

# 刑法総論フレームワーク 講座（基礎編）

弁護士 井垣孝之



## 目次

第0章	刑法総論フレームワーク講座で学べること	11
1	本講座のコンセプト	11
2	本講座の3つのポイント	11
第1編	刑法の基礎	13
1	刑法の問題分析のフレームワーク 総論	13
2	法的三段論法と刑法総論の関係	14
3	刑法の基本的思考方法	15
4	刑法の基本原則 (刑法の目的・機能)	16
5	刑法の基本原則	16
(1)	法益保護の原則	16
(2)	謙抑性の原則	17
(3)	罪刑法定主義の原則	17
(4)	責任主義の原則	17
第2編	構成要件	18
第1章	実行行為	18
1	実行行為総説	18
(1)	定義	18
(2)	実行行為の実践的意義	18
(3)	実行行為の原則形態と各論点の関係性	19
2	実行の着手はあるが、犯罪が完成しなかった場合の処理	20
3	未遂犯	20
(1)	未遂犯の概要	20
(2)	未遂犯の処罰根拠	20
(3)	「犯罪の実行に着手」の解釈	21
(4)	「結果発生の実質的危険性」の事実認定	22
(5)	判例分析のフレームワークに沿って判例を分析する (FW105 頁)	22
(6)	結果発生の実質的危険性の事実認定のフレームワーク	23
4	不能犯	24
(1)	不能犯の意義	24
(2)	不能犯のポイント	24
(3)	危険性の判断基準	25
(4)	不能犯の判例	25
5	間接正犯	28
(1)	間接正犯の基本的思考	28
(2)	間接正犯における実行の着手の事実認定における下位基準	29

(3)	間接正犯のフレームワーク .....	29
(4)	間接正犯の判例から事実認定を学ぶ.....	30
(5)	間接正犯が問題となる類型 .....	32
第2章	結果.....	34
第3章	因果関係.....	35
1	因果関係という要件の存在意義.....	35
2	条件関係＝因果関係が認められるための最低限の条件.....	35
3	適正な処罰範囲画定のための基本的な考え方 .....	36
(1)	思考の出発点 .....	36
(2)	学説の対立を理解するための視点 .....	36
(3)	因果関係の学説の対立整理表.....	37
4	適正な処罰範囲画定のための考え方（その1）：相当因果関係説 .....	37
(1)	相当因果関係説における「因果関係」という要件の趣旨 .....	37
(2)	相当因果関係説の具体的内容.....	37
(3)	因果関係のフレームワーク(相当因果関係説) .....	38
(4)	「一般人の経験上通常」の事実認定の基本視点.....	38
(5)	相当因果関係説の危機 .....	38
5	適正な処罰範囲画定のための考え方（その2）：危険の現実化説 .....	39
(1)	概要 .....	39
(2)	危険の現実化説における「因果関係」という要件の趣旨 .....	39
(3)	相当因果関係説との違い.....	39
(4)	「危険の現実化」の判断要素.....	40
(5)	因果関係のフレームワーク（危険の現実化説） .....	41
6	因果関係が問題となる諸類型 .....	41
(1)	行為時に特殊事情が存在する類型 .....	41
(2)	行為後に行為者自身の行為が介在する類型.....	42
(3)	行為後に被害者自身の行為が介在する類型.....	42
(4)	行為後に第三者の行為が介在する類型.....	43
第4章	不真正不作為犯.....	44
1	不真正不作為犯の問題意識.....	44
(1)	問題の所在（原則-例外のフレームワーク） .....	44
(2)	思考の方向性.....	44
2	不真正不作為犯の実行行為.....	45
(1)	実行行為の意義 .....	45
(2)	不作為犯の処罰根拠.....	45
(3)	作為義務の根拠 .....	46

(4)	不真正不作為犯の成立要件 .....	47
(5)	作為義務の事実認定 .....	47
3	判例から学ぶ作為義務の事実認定 .....	48
4	不真正不作為犯の因果関係 .....	50
(1)	因果関係の基本的理解 .....	50
(2)	判例から学ぶ不作為の因果関係 .....	50
第5章	主観的構成要件 .....	52
1	故意の概要 .....	52
(1)	責任主義の概要 .....	52
(2)	責任主義の3つの前提 .....	52
(3)	故意犯処罰の原則 .....	52
(4)	故意の意義 .....	53
(5)	構成要件該当事実の認識・認容があれば、その行為を非難できる理由は？ .....	53
(6)	構成要件の故意と責任故意 .....	54
2	故意の有無が争われる諸類型 .....	55
(1)	錯誤があった場合（概要） .....	55
(2)	重い罪と軽い罪のどちらの故意があったかが争いになる場合（未必の故意） .....	56
(3)	客体についての認識がない場合 .....	56
(4)	規範的構成要件要素の認識 .....	57
(5)	条件付き故意の場合 .....	57
(6)	興奮状態/酩酊状態で覚えていない場合 .....	57
3	錯誤のフレームワーク（総論） .....	58
(1)	思考の出発点 .....	58
(2)	事実の錯誤の種類 .....	58
(3)	錯誤論のフレームワークモデル図 .....	59
4	具体的事実の錯誤 .....	60
(1)	方法の錯誤における結論の対立（法定的符合説と具体的符合説） .....	60
(2)	客体の錯誤ではなぜ結論が変わらないのか？ .....	60
(3)	法定的符合説と具体的符合説の対立の本質 .....	61
(4)	併発事例の処理 .....	61
(5)	因果関係の錯誤 .....	62
5	抽象的事実の錯誤 .....	62
(1)	思考の出発点 .....	62
(2)	思考の方向性 .....	63
(3)	抽象的事実の錯誤のフレームワーク（法定的符合説，判例） .....	63
(4)	構成要件が実質的に重なり合う具体例 .....	64

(5)	重なり合いの判断基準 .....	64
(6)	抽象的事実の錯誤の3つの類型 .....	65
6	過失犯 .....	68
(1)	総説 .....	68
(2)	過失犯の成立要件 .....	69
(3)	過失犯における実行行為の検討順序（新過失論を前提） .....	69
(4)	過失の事実認定 .....	71
(5)	業務上過失致死傷罪の事実認定 .....	73
(6)	信頼の原則 .....	75
(7)	過失の競合 .....	76
第6章	行為の一体性 .....	77
1	行為の個数の原則 .....	77
2	行為の一体性という例外が認められる要件 .....	77
(1)	意義 .....	77
(2)	客観的関連性 .....	77
(3)	主観的関連性（意思の共通性） .....	78
3	早すぎた構成要件の実現 .....	78
(1)	意義 .....	78
(2)	問題意識 .....	78
4	遅すぎた構成要件の実現 .....	78
(1)	問題意識 .....	79
(2)	思考の流れ .....	79
5	判例から学ぶ行為の一体性の事実認定 .....	80
第3編	違法性 .....	82
第7章	違法性の本質 .....	82
1	形式的違法性と実質的違法性 .....	82
(1)	例外としての実質的違法性 .....	82
(2)	結果無価値と行為無価値 .....	82
第8章	緊急行為（概説） .....	82
1	緊急行為の背後にある原理 .....	82
(1)	原則-例外のフレームワークでみる緊急行為の意義 .....	82
(2)	違法性阻却事由の検討のポイント .....	83
第9章	正当防衛 .....	83
1	正当防衛の意義 .....	83
2	正当防衛の要件 .....	83
3	正当防衛の正当化根拠 .....	84

4	正当防衛の各要件の意義と事実認定 .....	85
(1)	要件①（侵害の急迫性）の意義と事実認定 .....	85
(2)	要件②（侵害の不正性）の意義 .....	86
(3)	要件③（反撃行為）の意義 .....	87
(4)	要件④（防衛行為）の意義と事実認定 .....	88
(5)	要件⑤（防衛行為の相当性）の意義と事実認定 .....	89
5	自招侵害 .....	90
(1)	意義 .....	90
(2)	類型と効果 .....	91
6	過剰防衛 .....	92
(1)	意義 .....	92
(2)	効果（任意的減免）の根拠 .....	92
(3)	量的過剰防衛 .....	92
(4)	量的過剰防衛における行為の一体性の認定 .....	93
(5)	判例から学ぶ量的過剰防衛と行為の一体性 .....	93
第 10 章	緊急避難 .....	95
1	緊急避難の意義 .....	95
2	緊急避難の要件 .....	95
(1)	検討順序 .....	95
(2)	成立要件 .....	95
3	緊急避難の各要件の意義 .....	96
(1)	要件①（現在の危難） .....	96
(2)	要件②（避難の意思） .....	96
(3)	要件③（補充性） .....	96
(4)	要件④（法益の均衡） .....	97
4	自招危難 .....	97
5	強要による緊急避難 .....	97
第 11 章	被害者の承諾（同意） .....	98
1	概要 .....	98
2	被害者の承諾の効果 .....	98
(1)	適用条文が変わる .....	98
(2)	構成要件該当性阻却 .....	98
(3)	違法性阻却 .....	98
(4)	同意があっても効果がない .....	99
3	被害者の承諾の有効要件 .....	99
(1)	有効な承諾の要件 .....	99

(2)	欺罔・錯誤に基づく承諾 .....	99
(3)	社会的相当性の事実認定 .....	101
第 12 章	正当行為 .....	102
1	法令行為 .....	102
2	正当業務行為 .....	102
第 4 編	責任 .....	103
第 13 章	責任総説 .....	103
1	責任の体系的な位置づけと内容 .....	103
(1)	体系的な位置づけ .....	103
(2)	責任主義 .....	103
(3)	責任主義の 3 つの前提と責任の内容 .....	103
2	責任の本質・非難可能性 .....	104
3	責任と量刑 .....	104
4	行為・責任同時存在の原則 .....	104
5	原因において自由な行為 .....	105
(1)	問題意識 .....	105
(2)	思考過程 .....	105
(3)	原因において自由な行為の事実認定のフレームワーク .....	106
(4)	実行行為の途中から心神喪失・心神耗弱に陥った場合 .....	106
6	事実の錯誤と違法性の錯誤（法律の錯誤） .....	106
(1)	構成要件の故意と責任故意 .....	106
(2)	事実の錯誤と違法性の錯誤の意義 .....	106
(3)	事実の錯誤と違法性の錯誤の区別が問題となる場合の事実認定 .....	107
(4)	事実の錯誤と違法性の錯誤の区別が問題となる場合の処理（判例の検討） .....	107
(5)	違法性の意識（の可能性）に関する学説の整理 .....	110
7	違法性阻却事由の錯誤（誤想防衛・誤想過剰防衛） .....	111
(1)	意義 .....	111
(2)	前提となる思考の流れ .....	111
(3)	故意の意義 .....	112
(4)	誤想防衛の類型 .....	112
(5)	①狭義の誤想防衛の処理手順 .....	113
(6)	②防衛行為の誤想（過失の過剰防衛）の処理手順 .....	113
(7)	③誤想過剰防衛の処理手順 .....	113
(8)	誤想過剰防衛において犯罪が成立した場合における刑法 36 条 2 項の準用 .....	114
(9)	誤想過剰防衛の判例 .....	115
第 5 編	中止犯 .....	116



1	中止犯の意義と答案構成における中止犯の位置づけ .....	116
2	刑の必要的減免の根拠（制度趣旨） .....	116
3	中止犯の要件.....	117
(1)	「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」（前提条件） .....	117
(2)	「犯罪を中止」（中止行為） .....	117
(3)	「自己の意思により」（任意性） .....	118
(4)	中止行為と結果不発生との因果関係.....	118
4	任意性の事実認定の考慮要素 .....	118
(5)	判例で学ぶ任意性の事実認定.....	119
第6編	共犯.....	121
第14章	共犯論の基本フレームワーク .....	121
1	共犯論で取り扱う概念の整理 .....	121
2	単独犯という原則形態の例外的位置づけとしての共犯.....	121
(1)	刑法の原則形態 .....	121
(2)	共犯論の問題意識.....	122
(3)	重点的に理解すべき事項.....	122
3	共犯の処罰根拠（因果的共犯論） .....	122
4	共犯の成立要件 .....	123
(1)	一般的な成立要件.....	123
(2)	共同正犯の成立要件 .....	124
(3)	教唆犯の成立要件.....	124
(4)	幫助犯の成立要件.....	124
第15章	共同正犯 .....	125
1	共同正犯の処罰根拠.....	125
(1)	問題意識 .....	125
(2)	処罰根拠 .....	125
2	共同正犯の成立要件と法効果 .....	126
(1)	共同正犯の趣旨 .....	126
(2)	要件 .....	126
(3)	法効果.....	126
(4)	共謀共同正犯と実行共同正犯.....	126
(5)	練馬事件判決 .....	127
3	共謀の事実認定のフレームワーク .....	127
(1)	共同正犯の事実認定の大枠 .....	127
(2)	共謀の内容と行為共同説・犯罪共同説 .....	128
(3)	共謀の事実認定の要素 .....	129



4	共同正犯の場合の答案の書き方.....	129
5	共同正犯と狭義の共犯との区別.....	129
6	共同正犯の諸類型.....	130
	(1) 不真正不作為犯の共同正犯.....	130
	(2) 過失犯の共同正犯.....	130
	(3) 結果的加重犯の共同正犯.....	131
	(4) 片面的共同正犯.....	131
7	承継的共同正犯.....	131
	(1) 意義.....	131
	(2) 問題意識.....	131
	(3) 考え方.....	132
	(4) 設例の解決.....	132
	(5) 因果関係が不明な場合の処理.....	133
8	共同正犯の解消.....	135
	(1) 意義.....	135
	(2) 問題意識.....	135
	(3) 考え方.....	135
	(4) 共同正犯の解消の事実認定.....	135
9	共同正犯の中止.....	136
	(1) 意義.....	136
	(2) 法効果.....	137
第 16 章	狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）.....	138
1	教唆犯.....	138
	(1) 教唆犯の成立要件と意義.....	138
	(2) 教唆犯の故意と未遂の教唆.....	138
2	幫助犯.....	139
	(1) 幫助犯の成立要件と意義.....	139
	(2) 幫助犯の因果関係.....	139
3	間接正犯，共同正犯，教唆犯の区別の処理手順.....	140
4	共同正犯と幫助犯の区別の処理手順.....	141
5	狭義の共犯の諸類型.....	141
	(1) 不作為犯の幫助犯.....	141
	(2) 承継的幫助犯.....	141
	(3) 片面的教唆犯・幫助犯.....	141
	(4) 教唆犯・幫助犯関係の解消.....	141
	(5) 教唆犯・幫助犯の中止.....	142

第 17 章 共犯と身分.....	143
1 刑法 65 条の意義.....	143
(1) 概念の整理.....	143
(2) 身分犯の共犯における問題意識.....	143
(3) 考え方.....	144
2 非身分者が身分者に加功した場合の処理手順.....	144
3 身分者が非身分者に加功した場合の処理手順.....	145
(1) 真正身分犯の場合.....	145
(2) 処理方法.....	145
(3) 不真正身分犯の場合.....	145
(4) 処理方法.....	145
4 複合的身分犯の処理手順.....	146
(1) 問題意識.....	146
(2) 通説的見解の処理手順.....	146
(3) 複合的身分犯の判例.....	146
第 18 章 共犯と違法性阻却.....	148
1 共犯における要素従属性の意義.....	148
(4) 要素従属性に関する学説の整理.....	148
2 共犯の違法性の根拠の違いと違法性の連帯の帰結.....	149
3 狭義の共犯と違法性の連帯の処理手順.....	149
4 共同正犯と違法性の連帯の処理方法.....	150
(1) 「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則.....	150
(2) 処理手順.....	150
第 19 章 共犯の錯誤.....	152
1 共犯の錯誤の意義.....	152
2 狭義の共犯における抽象的事実の錯誤の処理.....	152
3 共同正犯における抽象的事実の錯誤の処理.....	152
(1) 3つのパターン.....	152
(2) 共同正犯の本質論.....	153
(3) <パターン①の処理>共謀時において、共謀者の中で犯意がずれている場合....	154
(4) <パターン②の処理>共謀にズレはないが、実行行為時に共謀内容とは異なった結果が発生した場合.....	155
(5) <パターン③の処理>共謀内容と発生した結果が似ているが、発生した結果を共謀者に帰責できない場合.....	156
4 共謀の射程の事実認定.....	156
(1) 共謀の射程の意義.....	156

(2)	共謀の射程の事実認定の要素.....	156
(3)	共謀の射程に関する判例.....	157
5	間接正犯と教唆犯との錯誤の処理手順.....	158
第7編	罪数論.....	159
第20章	罪数の処理.....	159
1	罪数の意義.....	159
2	罪数論の概念.....	159
3	本来的一罪と数罪の判断基準.....	160
4	本来的一罪（法条競合）.....	160
(1)	概説.....	160
(2)	特別関係.....	160
(3)	補充関係.....	160
(4)	択一関係.....	160
5	本来的一罪（包括一罪）.....	161
(1)	意義.....	161
(2)	1個の行為で同質の法益侵害が複数.....	161
(3)	1つの行為で異質の法益侵害が複数.....	161
(4)	複数の行為で同質の法益侵害が複数.....	161
(5)	複数の行為で異質の法益侵害が複数.....	162
6	科刑上一罪（観念的競合）.....	163
(1)	意義.....	163
(2)	要件.....	163
(3)	判例.....	163
(4)	包括一罪と観念的競合の違い.....	164
7	科刑上一罪（牽連犯）.....	164
(1)	意義.....	164
(2)	判例.....	164
(3)	牽連犯の判断基準.....	165
(4)	かすがい現象.....	165
8	併合罪と単純数罪.....	165
(1)	意義.....	165
(2)	併合罪になる類型.....	165
9	狭義の共犯の罪数.....	166
(1)	狭義の共犯.....	166
(2)	共同正犯.....	166
10	罪数判断のフレームワーク.....	166

## 第0章 刑法総論フレームワーク講座で学べること

### 1 本講座のコンセプト

司法試験・予備試験で初めて見る刑法の問題で、法的に妥当な結論を1人で導けるようになるための知識とフレームワークを提供すること

法律学のフレームワークについては『37の法律フレームワーク』を参照。

### 2 本講座の3つのポイント

Point①司法試験・予備試験の分析と解答に必要な思考方法を提供していること

【悩みその1】「基本書を読んでも司法試験・予備試験の問題が解けない！」

<具体的な悩み>

- i 基本書を読んでも、答案が書けない！
- ii 論点に気づいてもどこから手を付けたらいいかわからない！
- iii 刑法総論の問題に手間取って、答案作成の時間が足りない！

- ・基本書を読んでも答案を書けないのはなぜか？  
→基本書は、答案を書くことを前提として書かれていない
- ・具体的に問題を解くためには何が必要か？
  - ・知識
  - ・問題分析
  - ・問いに答える形で解答→記憶する知識を厳選し、解答のために必要な形に最適化する必要

<本講座の特徴①>

- ・司法試験・予備試験の問題を解くために必要な知識を厳選・再構成！
- ・問題の解答に役立つ形に、知識をフレームワーク化！

## Point② 法規範と連携した事実認定の視点を提供していること

【悩みその2】「司法試験はあてはめが重要と聞くけれど、結局どうやったらいいあてはめになるのかわからない！」

「あてはめを見れば、規範を理解しているか否かが一発でわかる」

「あてはめ」とは何だろう？

- i 「具体的事案の解決との関係で」「法的に意味のある」事実を抽出
- ii 抽出した事実に対し、法規範の趣旨及び解釈からなぜ問題となっている構成要件を満たす/満たさないのかという理由を説明（＝評価）

→「いいあてはめ」のためには、法規範と、どういう場合に問題となる構成要件を満たす/満たさないと評価できるのかという経験則（あてはめの評価要素）に対する理解が不可欠

←基本書には書かれていないが、これができなければ実務では役に立たない  
・あてはめは、予備試験合格者が司法試験で陥りがちなワナ

### <本講座の特徴②>

- ・趣旨-規範-事実というつながりがわかる形であてはめができるようになる！
- ・あてはめの視点を提供し、評価要素も網羅！

## Point③ 刑法総論の知識を一元化できるテキストと特典フレームワーク集

【悩みその3】「まとめノートをどうやって作ったらいかわからない！」  
「情報の一元化をやれってよく聞くけど、どうやって作ったらいの？」

なぜ情報の一元化をしなければならないのか？

→直前期に基本書や判例集を全部読む暇はない。しかし、全範囲の復習をしなければならないので、そのためのツールが必要

### <本講座の特徴③>

- ・テキストに、問題を解くための思考方法がまとめられているので、予備試験・司法試験直前期に見るまとめノートにできる！

## 第4章 不真正不作為犯

### 1 不真正不作為犯の問題意識

#### (1) 問題の所在 (原則-例外のフレームワーク)

不真正不作為犯：特定の不作為が明記されていない条文により，不作為が処罰される犯罪

作為という原則形態の例外

#### 【原則】

条文が作為の形で規定されている以上，自由保障機能の要請から不作為は処罰できない

#### 【例外】

(例外の必要性) 不作為によっても法益が侵害されることがあり，法益保護の要請から，不作為犯も処罰する必要がある

(例外の許容性) 作為犯と同視できる形式的及び実質的な根拠がある

↓

問題点①：(形式面) 罪刑法定主義違反 (→自由保障機能を制約)

→刑法の規範は禁止規範だけでなく命令規範(不作為)も含む

不真正不作為犯 = 「～するな」(特定の作為をするな) という禁止規範に「不作為」で違反する犯罪

問題点②：(実質面) 不作為には，結果発生に至る因果関係の起点 = 実行行為がない(結果に結びつく不作為が無限にある → 自由保障機能を制約)

→なぜ作為犯と同じように処罰してよいのか？(なぜ作為で定められている構成要件と同価値であるといえるのか？)

= 構成要件的同価値性の問題)

#### (2) 思考の方向性

「作為犯と同視」できる実質的な根拠を設定することにより，自由保障機能を確保

「作為犯と同視」 = 作為犯と同じ成立要件によって犯罪が成立

(客観) 実行行為・結果・因果関係

(主観) 故意または過失

→不作為犯における①実行行為と②因果関係を作為犯と同視するには？

## 2 不真正不作為犯の実行行為

### (1) 実行行為の意義

本来自由であるあらゆる行為と、刑法の対象となる「実行行為」を振るい分ける

→本来作為に出るか否かは自由だが、作為に出なかったことを刑罰によって処罰してよい不作為＝不真正不作為犯の実行行為＝作為義務があり、作為可能性・容易性が認められる場合

不真正不作為犯の問題の中核は、実行行為の検討における「作為義務」の根拠の理解と認定。

### (2) 不作為犯の処罰根拠

不作為によっても法益が侵害されることがあり、法益保護の要請から、不作為犯も処罰する必要がある（例外を認める必要性）。

もともと、法は直接に作為義務を定めていないため、罪刑法定主義により、処罰範囲を限定するべきである（例外を認める許容性）。

（不作為犯の本質は、「法益保護機能の要請と自由保障機能の要請との調和」では、法益保護の要請に応えつつ罪刑法定主義の要請もみたすような「作為義務」の存在を認める要件とは？

【コラム】「作為と不作為の構成要件的同価値性」とはどういう意味か？

「期待された作為」をなすべきことを法が命じている（＝「作為義務」がある）のに期待された作為をしなかったこと（＝作為義務違反）が、不作為犯の違法の内容である。

不作為が有する法益侵害の危険性が、作為犯の構成要件が本来予定している法益侵害の危険性と同価値の場合にはじめて、当該不作為が違法と評価される。

「形式的に作為義務に違反する不作為がどのような要件のもとに作為と同価値性を持ち得るかを考察し、作為の場合と同程度の違法性を基礎づけるに足りる強度の作為義務の存在を確認しなければならない」（思考方法（総論）112頁）

↓つまり

構成要件的同価値性は、不作為という例外が刑法的な違法性を備えるための許容性の内容そのもの。作為義務違反であることを担保するための上位基準であり、別個の要件ではない。

要するに、具体的に作為義務があることを認定すれば、作為との構成要件的同価値性という例外の許容性が満たされるということになる。不作為を違法足らしめる強度の作為義務に違反したかを検討するというかたちで、その不作為に



作為と同価値の違法性があるかを評価することになる。

### (3) 作為義務の根拠

作為義務の根拠たりえるためには、作為犯と不作為犯が同視できる理由があることが必要

<考え方①：排他的支配説>

作為犯の特徴

- ①結果発生に至る因果関係の起点がある
- ②（ほとんどの場合）その起点を特定の作為に特定できる

不作為犯の特徴：①結果発生に至る起点がないため、②どの不作為が結果に結びついているのか特定できない

←逆にいえば、不作為においても結果発生に至る起点及び因果経過を支配していれば、作為犯と同視できる（特定の不作為が結果に結びついていると特定できる）

「因果経過に対する排他的支配を不作為者が意思に基づいて設定し、又は意思に基づかず不作為者に事実上結果を支配する地位が認められる場合に作為義務を認める」（排他的支配説）（50 選上 36 頁）

<考え方②：危険創出説>

刑法が禁止しているのは、許された危険を超えた危険の実現

→作為により許されない危険を創出しこれが実現した場合だけでなく、自身が作為により創出した許されない危険の現実化を阻止しなかった場合も含まれる（危険創出説）

#### 【コラム】伝統的な形式的三分説について

従来、①保障人的地位、②作為の可能性・容易性、③作為犯との同価値性という3要件を定立し、①保障人的地位の内容として i 法令、ii 契約・事務管理、iii 慣習・条理（特に先行行為）という3つの要素を提示する見解がある。しかし、i や ii は刑法以外の根拠も含むが、なぜそれが刑法上の義務の根拠となるのかは明らかでないし、iii 慣習・条理のようにはそもそも法的なものではない義務が根拠になるかという問題がある。そして、この見解も結局のところは③作為犯との同価値性が処罰範囲の限界を画するので、その実質を考えることが必要である。（ひとりで学ぶ 222 頁以下を参照）

→三分説の要素を提示しただけで作為義務あり，と認定するのでは不十分

【コラム】保障人的地位と作為義務（作為義務の体系的地位の問題）

「保障人的地位」は，要するに作為義務違反によって法益侵害への因果の流れを支配している立場のことをいう。保障人的地位にある者の作為義務違反が不作为の実行行為になる，と考える。

答案では保障人的地位という言葉を使わなくても，作為義務の存否の検討で事実をしっかり評価すればよい。

(4) 不真正不作为犯の成立要件

不作为が実行行為である（作為と同程度の違法性がある）といえるための要件は？

①（法的な）作為義務の存在

作為義務が存在するといえるための要件は何か

- i 当該構成要件の結果発生の危険性を創出あるいは増大させたこと
- ii 不作为者が i の危険をコントロールすべき地位にあること

②作為の可能性・容易性

③行為者が故意に作為義務を履行しなかったこと

→この時点で実行の着手が認められる。

(5) 作為義務の事実認定

事実認定の際の重要な要素：①先行行為・②排他的支配・③保護の引受の有無

なぜこれらの要素が作為義務の認定のために重要？

①先行行為→因果関係の起点を設定する（危険の創出）

→先行行為の内容，結果発生の危険性の程度とその防止に必要な措置の内容，他に結果防止可能な者がいたか，先行行為に引き続く行為の有無，その内容（小林40頁）

②排他的支配（③保護の引受）

→結果と結びつく不作为の特定（他行為の可能性を遮断することによる危険の創出）

→これらの要素があれば，自ら生じさせた危険の現実化を防ぐ義務がある

### 3 判例から学ぶ作為義務の事実認定

○シャクティ事件(最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁(百選I6番))

#### 【認定された事実】

(1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療(以下「シャクティ治療」という。)を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。

(2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。

(3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知らながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

(4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBらからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

#### 【判旨】

以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的に受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。

<ポイント>

・実行行為は、「医師による医療行為、薬剤及び水分の供与や痰の除去など A の生存に必要な措置を何ら講じないまま放置」した行為

- ・作為義務→A の生命維持に必要な医療行為や医療的措置を受けさせること
- ・作為義務の認定において重視されている事実

①被告人と被害者らの関係

A は被告人の信奉者で、かつ友人関係

B ら親族も被告人の信奉者

②B が被告人にシャクティ治療を依頼し、承諾したこと

被告人に「A にシャクティ治療をすべき契約上の義務が発生したこと」は認められるが、生命維持のために必要な医療措置を受けさせる作為義務を発生させるとまでいえるか？

↓

B らの依頼は、被告人への信頼と、被告人が後遺症が残らない状態まで A を回復させることを前提としたもの

被告人は A の容態の重篤さを認識した上で運び出し行為を決行

↓

①と相まって、作為義務を発生させる根拠としての、A の生命に対する被告人の支配性を強める事実

③被告人の指示に基づき、A を病院から連れ出した行為

病院で意識障害の状態でも水分等の補給を点滴に頼っていた A を、B らに指示し、点滴装置を外して病院外に運び出させた被告人の行為

→A の生命に対する具体的危険をもたらしたといえる（先行行為）

④被告人が連れ出し先のホテルで B らから A の手当てを委ねられたこと

被告人が A の手当てを委ねられた以降は、被告人と B らの関係やそれまでの経緯に照らすと、被告人の指示や同意がなければ B らが独自の判断で A に必要な医療措置を受けさせることは困難な状況であった（保護の引き受け）

しかもホテルという密室的な空間に運び入れられたことにより、発生した危険はさらに大きくなったとも評価できる。

・先行行為や保護の引き受けだけでなく、具体的事実に基づいて多角的に作為義務を認定した点がポイント

### 【次のステップ】

- ・フレームワークの枠組みの流れと、重要キーワードのチェック
- ・自己学習のポイント

あてはめを考えながらフレームワークを確認（規範と事実の有機的関連性）

- ・おすすめ教材：フレームワーク本 133 頁以下（平成 26 年刑法）を使って、答案構成をしてみよう

## 4 不真正不作為犯の因果関係

### (1) 因果関係の基本的理解

条件関係の 3 つのルール

①因果関係の起点は、「実行行為」でなければならない

②「結果」は、具体的な結果を意味する

→いずれ死んでいたとしても、死期を故意に早めたのであれば、殺人の結果になる

③仮定条件付け加えの禁止

→条件関係はもともと仮定条件から導いているので、そこにさらに仮定を置くと、不当に条件関係が否定されてしまう

※不真正不作為犯の条件関係の場合は、例外的に仮定条件を付け加える。

→不作為における条件関係は、「期待された作為がなされていれば結果が生じなかつたであろう」という関係＝結果回避可能性をいう。

具体的には、「結果回避が合理的な疑いを超える程度に確実であった」と認められる場合に、条件関係を肯定できる。

←逆に言えば、「期待された作為がなされていれば結果が生じなかつたかはわからない」のであれば、因果関係は否定される

### (2) 判例から学ぶ不作為の因果関係

○十中八九判決(最判平成元年 12 月 15 日百選 I 4 番)

#### 【事案】

午後 11 時 10 分ころ、被告人が A（当時 13 歳の女性）に覚せい剤を注射したところ（A は注射されることには同意していた）、午後 11 時 40 分頃にベッドの横に座りこんでうずくまり、頭痛、胸苦しき及び吐き気等を訴え始めたため、背中をさするなどしていたが、午前 0 時半頃、再び A は頭痛などを訴えて「ウーウー」とうなり声をあげて苦しみだした。午前 1 時頃には「熱い、熱い、熱くて死にそうだ」などと言いながらベッドを降りて外に飛び出そうとするなど錯



乱状態になったので、午前1時半頃、管理人室に電話して「女が酔っ払っているので手を貸してくれ」と依頼したものの、部屋の中には入れられずにそのまま帰した。

このような状況において、被告人は、Aをすぐにでも病院に運ばなければ死んでしまうのではないかと感じたが、Aを病院に収容すれば覚せい剤を注射したことが発覚するのでその気にもならなかった。何とか自分だけで処置できると考えて自分で手当てをしていたが、結局そのまま放置して立ち去った。

#### 【判旨】

原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時一三年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前二時一五分ころから午前四時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。

#### 【ポイント】

保護責任者遺棄罪という真正不作為犯の因果関係の問題。

第一審は、「現実にとどの時点で医師の診察・治療を求めておれば確実に救命することができたかについては、正確な意見を述べることはできず、逆に同女の死亡の可能性も否定できず、現実の救命可能性が一〇〇パーセントであったとはいうことができないともしており、そうすると、同女の死亡は被告人が遺棄行為によって与えた危険が現実には具体化した結果であるとは断定しがたく、被告人の遺棄行為がなく、同女の異常な言動が発生した後直ちに医師の診察・治療が求められたとしても同女は死亡したのではないかとの合理的な疑いが残るといわざるを得ない。」と判示し、被告人の遺棄行為とAの死との因果関係の証明がないとして一部無罪としている。

控訴審は「Aが錯乱状態に陥り部屋の中で動きまわるなど活発に動作していた段階（これは、証拠上、八日午前零時半ころから被告人が管理人室に手伝いを求めた午前一時半ころまでの間であると認められる。）までに適切な救急医療を施しておれば、十中八、九救命は可能であり、その後体を活発に動かさなくなった段階（これは、証拠上、同日午前一時半ころ以降と認められる。）においても、救急医療を施すことにより救命できた可能性はかなり高い。」

最高裁の「十中八九同女の救命が可能であった」は、規範ではなく、「合理的な疑いを超える程度に確実」を別の言葉で表現しているだけではないか。