

『2008 刑法総論』

対象：法学部

■レポート設題

2024. 05. 16

訂正

設題

(誤) (1)～(25)までの各文章を専用のレポート用紙（必ず1行が20字のレポート用紙を使用すること）を用いて、それぞれおおむね160字程度で、正しい文章に書き改めなさい。

(正) (1)～(25)までの各文章をそれぞれおおむね160字程度で、正しい文章に書き改めなさい。

科目コード	科 目 名	添削者名
2008	刑 法 総 論	荒川 雅行
使用テキスト 刑法総論 著 者 名 高橋貞彦・田中圭二・中山研一 発行所 近畿大学通信教育部		
<p data-bbox="316 629 935 663">設 題 (字数指定 4,000 字) (設題の記入不要)</p> <p data-bbox="316 678 1278 779">各設題中の(1)~(5)までの文章の内容は、すべて誤っている。(1)~(5)までの各文章を、それぞれおおむね160字程度で、正しい文章に書き改めなさい。ただし、以下の条件を守ること。</p> <ol data-bbox="320 837 1278 1099" style="list-style-type: none"> 1. 答えは必ず(1)~(5)まで順番に作成すること。 2. 小問番号(1)~(5)は必ず最初に記入すること。 3. 原則として設問の誤りの箇所を訂正されたいが、必要に応じて、理由を付して補足することも可とする。 4. 全体として 3,800 字以上 4,200 字以内でまとめてください。 5. 以上の条件が守られていない場合、添削を保留して書き直しを指示することがある。 <p data-bbox="316 1151 1278 1294">(1)刑法は、犯罪となる行為を明らかにするとともに、その犯罪に対して科すべき刑罰を規定する法律である。現行刑法によれば、死刑、懲役、禁錮、拘留、罰金および過料が刑罰として定められ、このうち、付加刑に位置づけられる刑罰は、罰金と過料である。なお、令和 4 年改正により死刑は廃止される予定である。</p> <p data-bbox="316 1308 1278 1451">(2)応報刑論の基本思想によれば、刑罰とは、犯人に対し、その犯罪行為に見合った害悪として科せられる苦痛である。害悪が犯人によって引き起こされた以上、犯罪と刑罰は特に均衡する必要はなく、犯人に苦痛を与えられるのであれば、その種類や重さに制限はない。</p> <p data-bbox="316 1464 1278 1608">(3)社会的責任論によれば、犯罪は自由な意思決定に基づく行為である。そのため、社会は社会的危険性のある犯人に対し応報刑を科して社会復帰に向けた教育をするとともに、同時に犯罪から社会を防衛する必要があり、このような措置をうけるべき地位が責任となる。</p> <p data-bbox="316 1621 1278 1765">(4)犯罪と刑罰は「あらかじめ」法律で規定されなければならない。この基本原則を責任主義（憲法 31 条）といい、この原則に基づき刑罰法規を施行前の行為に適用することは禁止される。もともと、犯罪後に刑を重くする場合には、その行為は犯罪であるという点で変わりがないため、犯罪後の法律が適用される。</p> <p data-bbox="316 1778 1278 1921">(5)日本刑法は、日本国外において罪を犯したすべての日本国民に適用される。ただし、外国において確定裁判を受けた者については、適用されない。他方、日本国民が日本国外で犯罪の被害者となった場合、その罪を犯した日本国民以外に対して日本刑法は適用されない。</p>		

[次ページへ続く]

- (6)通説によれば、作為だけでなく、不作為によっても犯罪を実現することが可能である。したがって、例えば、偶然通りがかった通行人が川でおぼれている見知らぬ幼児を傍観し、その後、幼児は溺死した場合、救助することができたときは、不作為による殺人罪が成立する。
- (7)刑法は、過失犯の処罰を前提とし、故意犯については刑罰を加重する体系となっている（刑法 38 条 3 項）。故意の種類には確定的故意と不確定的故意があり、後者には、認容説によれば、結果の発生を積極的に意図する未必の故意が含まれる。
- (8)具体的事実の錯誤において、方法の錯誤の場合、法定的符合説によれば、行為者が認識した事実と実際に発生した事実が犯罪事実という点で共通する限り、実際に発生した犯罪事実について故意を認めるが、抽象的符合説によれば、生じた結果について原則として故意を認めない。
- (9)刑法上の因果関係の判断について、相当因果関係説は、その行為からその結果が発生することが日常生活経験に照らして通常ではないとき、因果関係が中断されたとして条件関係の成立を否定する。この見解は、相当性の判断基底をめぐって、条件説・原因説・折衷説の対立がある。
- (10)甲が殺害するために乙に向かって発砲しようとしているのを偶然発見した丙が、乙を助けるために甲を殴打して負傷させたが、乙を助けることができた場合、丙には、正当防衛（刑法 36 条 1 項）ではなく、緊急避難（刑法 37 条 1 項）が成立する。
- (11)一般に、犯罪は構成要件に該当する違法な行為と定義されるため、正当防衛（刑法 36 条 1 項）は犯罪とならない。他方、行為者の責任が否定されるにとどまるならば、犯罪は成立するが、刑罰だけが免除される。その例として、刑法典によれば、20 歳未満の者の行為（刑法 39 条 1 項）がある。
- (12)新過失論は、結果回避義務を中心として注意義務を考えるため、予見可能性の問題を全く問題としない。これに対し、旧過失論は、予見義務を注意義務の中心においている。
- (13)「原因において自由な行為」について、間接正犯の理論を応用する見解によれば、心神喪失の自己を利用する原因行為の時点で責任能力がある以上、行為と責任の同時存在の原則に反しない。したがって、人の殺害を目的として飲酒した時点で殺人未遂は成立せず、解釈上、問題はない。
- (14)違法性の意識を故意の要件とする立場によれば、刑法 38 条 3 項でいう「法律」とは、違法性と解釈される。したがって、法律の錯誤が問題となっても、故意は阻却されない。しかし、自己の行為は正当であると考え「確信犯」などの場合、故意犯の成立が困難であるという批判が向けられている。
- (15)不能未遂に関連して、刺殺された直後の生きているように見える死体に向けて発砲した行為について、不能犯における客観的危険説は結果発生の可能性が全くない以上、殺人の不能未遂にあたりと主張するのに対して、具体的危険説は殺意に基づき発砲行為に出た以上、殺人の障害未遂であると主張する。
- (16)中止犯における刑の減免の根拠について、刑事政策説は、「中止」によって行

[次ページへ続く]

- 為の違法性が減少するとともに、「自己の意思によってやめる」ことから責任が減少することに求めている。しかし、「既遂」に達することを防ぐという効果は中止犯の規定を知っている者にしか期待できないという批判がある。
- (17)過失犯の共同正犯について、犯罪共同説は、自己の犯罪を行う際、他人と行為を共同する限りで、過失犯の共同正犯を肯定する。近年、同説では、共同の注意義務の違反を根拠に肯定する見解もある。これに対して、行為共同説は、故意の共同がないとして過失犯の共同正犯を否定する。
- (18)共犯が成立するためには、正犯がいかなる犯罪成立要件を備えなければならないかという要素従属性の問題がある。最小従属形式は正犯者がいれば足りるとする見解であるのに対し、制限従属形式は正犯に構成要件該当性だけを要求する見解である。さらに正犯に違法性だけを要求する極端従属形式もある。
- (19)通説によれば、教唆行為や幫助行為それ自体が正犯に準じる程度に法益侵害の危険を生じさせる行為であるため、正犯が犯罪を実行せずに教唆ないし幫助の未遂にとどまったとしても、共犯者には、未遂罪（例えば、殺人未遂罪）が成立する。
- (20)共謀共同正犯を支持する共同意思主体説によれば、二人以上の者が特定の犯罪実現について共謀すれば、共同意思主体が形成され、これらの者の1人が犯罪を実行したとき、その行為は共同意思主体の行為となり、他の者に対しては、教唆犯または幫助犯が成立する。
- (21)共犯の処罰根拠に関連して、因果的共犯論によれば、既遂を目指す意思で犯罪の実行を教唆したが実行者が未遂にとどまった「未遂の教唆」の場合、共犯が正犯を誘発したことを理由に教唆犯が成立するのに対し、違法共犯論によれば、正犯が未遂にとどまったことを理由に教唆犯は成立しない。
- (22)法律上の任意的減免、例えば、従犯の減軽（刑法 63 条）のように、「刑を減軽する。」となっている場合、裁判官は、法の定める基準に従って、法定刑を軽くした処断刑を導くことができ、減軽しないことも許される。しかし、裁判上の事由に基づく過剰防衛の減免（刑法 36 条 2 項）の場合、刑を減軽しなければならない。
- (23)罪数論における観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）とは1個の行為が同時に2個以上の構成要件に抵触する場合をいうが、1個の行為とは、構成要件の観点から行為者の動態が1個のものと評価される場合であるとするのが判例の立場である。
- (24)罪数論における牽連犯（刑法 54 条 1 項後段）は、数個の犯罪行為が手段と目的、原因と結果の関係に立つかについては、行為者が数個の行為を具体的に牽連させる意思であったかどうかによって決定すべきであるという主観説が判例の立場である。
- (25)3年を超える懲役または禁錮の言渡しを受けた者には、その刑の一部の執行を猶予することができる。その場合、その一部を執行を猶予された刑については、裁判が確定した日から、その猶予の期間を起算し、その執行猶予を取り消されることなく執行猶予の期間を経過したときは、有罪判決が取り消される。

[次ページへ続く]

レポート作成上の留意事項・ポイント（参考文献の記入または添付要）

(1)最新の六法を参照しながら、使用テキストや参考書等をよく読み、内容を理解すること。

＊具体例を挙げながら読み進めることをおすすめします。

(2)使用テキストには法改正前の記述があるため、適宜、最新の六法・参考書（下記参照）を参照すること。

(3)各設題の「誤り」を正すことを基本とし、可能な限り設題文に合わせて書き改めること。

総評基準についてのメッセージ

(1)各設問を通じて、教科書を精読、かつ、理解しているか否かを総合的に判断します。

(2)指定字数（4,000字）に留意しつつ、レポートを作成してください。

参考書等の紹介（著者名・書名・出版社・ISBN等）

・井田良	『基礎から学ぶ刑事法〔第6版〕』	有斐閣	9784641220997
・山口厚	『刑法〔第3版〕』	有斐閣	9784641139084
・松宮孝明編	『ハイブリッド刑法総論〔第3版〕』	法律文化社	9784589040732
・松原芳博	『刑法総論〔第2版〕』	日本評論社	9784535522572
・山口厚	『刑法総論〔第3版〕』	有斐閣	9784641139152
・浅田和茂	『刑法総論〔第2版〕』	成文堂	9784792352738
・山口厚=佐伯仁志編	『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』	有斐閣	9784641115507
・大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦	『基本刑法Ⅰ（総論）』〔第3版〕	日本評論社	9784535523838