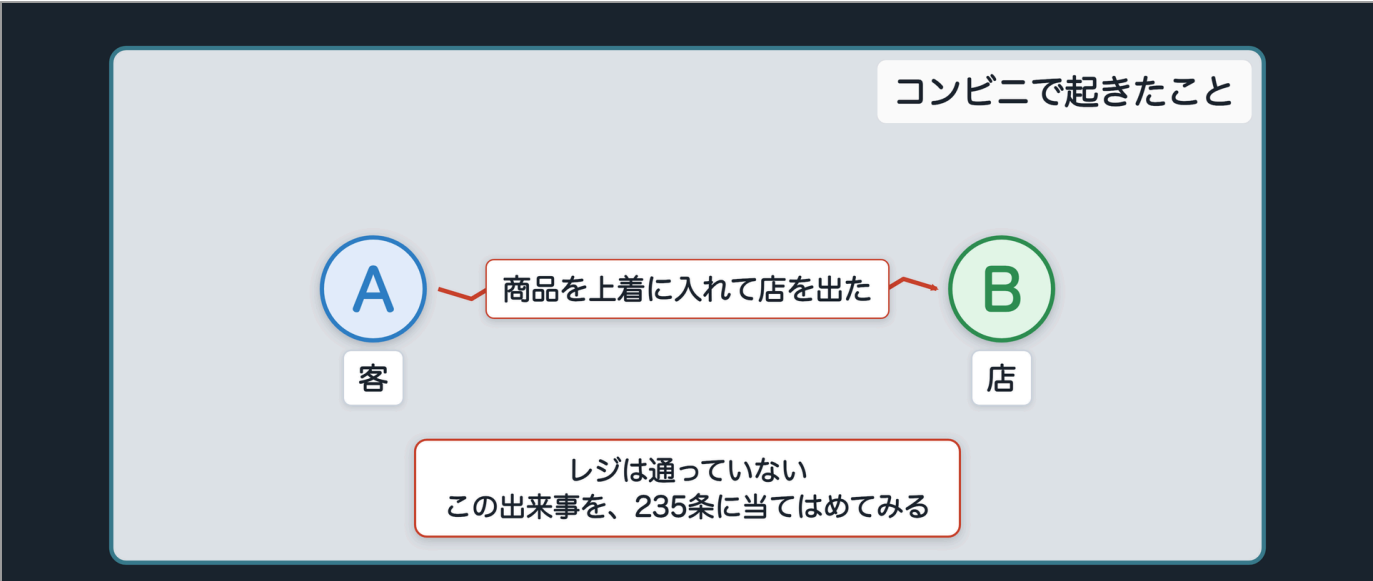


#10 構成要件の確定と実行行為

第2章 構成要件と実行行為 ④／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 窃盗罪の条文を、そのまま開いてみる

論文の骨格



図：コンビニで起きたこと

六法の丸暗記だけでは足りません。条文を最後まで読んでも、構成要件は決まりません。出来事を1つ、見てください。Aは、コンビニで、陳列棚の商品を上着の内側に入れました。そのまま、レジを通らずに店を出ています。その窃盗罪の条文を、そのまま開いてみましょう。

条文 刑法235条

刑法235条（窃盗）
他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の拘禁刑又は五十万円以下の罰金に処する。

しかも、罪の中身を決めているのは、前半だけです。「他人の財物を窃取した者は」、この12文字です。犯罪が成り立つかどうかとは、別の話です。そこで、今日の1つ目の問いです。この12文字が、窃盗罪の構成要件の全部でしょうか。全部ではない気がします。故意とか、要りそうです。足りない部分を、出どころごとに拾っていきます。ここで1つ、思い出していただきたいことがあります。実行行為の定義を、3つのブロックに分けてお渡ししましたね。真ん中のブロックは、何だったか思い出せますか？それが、今日の2つ目の問いです。なぜ、わざわざ現実的な危険性で絞るのでしょうか。

この2つを、窃盗罪ひとつで、最後まで追いかけます。

2 基本的構成要件——各本条が1つずつ持っている型

短答知識

各本条が1つずつ持っている型

条文	罪名	この型の中身
刑法235条	窃盗罪	？
刑法199条	殺人罪	？
刑法246条	詐欺罪	？

刑法各本条が、それぞれ1つずつ持っている型＝基本的構成要件

図：各本条が1つずつ持っている型

まず、言葉を1つお渡しします。刑法各本条が、個別に定めている構成要件を、**基本的構成要件**と呼びます。235条が窃盗罪、199条が殺人罪、246条が詐欺罪です。罪の数だけ、型が1つずつ用意されています。ただ、名前に引っかけりませんか。そこです。基本的と付くからには、基本

条文の言葉を、3つに割る

条文の言葉	その正体
「他人の」「財物」	行為の客体 条文に明記されている
「窃取した」	実行行為 条文に明記されている
「窃盗の罪とし、十年以下の拘禁刑又は五十万円以下の罰金に処する」	効果の側 構成要件の要素ではない

罪の名前と法定刑は、成立の条件ではない

図：条文の言葉を、3つに割る

では、235条の言葉を割っていきましょう。まず「他人の」と「財物」。これは何を指していますか。さっきの、陳列棚に並んでいた商品ですね。行為が向けられる対象なので、**行為の客体**と呼びます。次に「窃取した」。これが**実行行為**です。そこは、成立したあとに何が起きるかを書いた部分です。罪の名前と法定刑は、構成要件の要素ではありません。答案で要素を並べるときは、前半だけを見てください。さて、ここからが本題です。「窃取した」とは、どういう意味でしょうか。もう少し正確には、占有者の意思に反して、財物の占有を移すことです。さっきのAで言えば、店の意思に反して、商品の占有を自分に移したことです。

今日は、その理解で十分です。問題は、その中身が、条文のどこに書いてあるかです。「窃取」の中身は、条文に一言も書かれていません。誰の占有か、どこまでが占有かという議論は、窃盗罪の回で扱います。ここが、2つ目の層への入口です。

構成要件は、3つの層でできている

層	中身
条文の文言	行為の客体（他人の・財物）と実行行為（窃取した）
他の条文	故意（刑法38条1項本文）
解釈・判例	結果（占有の移転）・因果関係・不法領得の意思

下にいくほど、条文を読んだだけでは見えない

図：構成要件は、3つの層でできている

235条には、書いていないのに要る要素があります。それを、どこから来たのかで分けて、積んでいきます。まず、他の条文から来るものです。235条に、「故意に」という言葉はありましたか。では、傘立ての傘を、自分のものだと思って持ち帰った人はどうでしょう。故意が要ります。それは、どこから来るのか。

条文 刑法38条1項

刑法38条1項（故意）

罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

この条文、前回も見ましたね。前は、本文から故意犯が原則だと確認しました。今日は、その本文を、235条に足される条文として見ます。故意は、条文にそのまま書いてある**成立要件**です。根拠は38条1項本文。言葉として暗記せず、条文から取り出してください。次の層は、解釈

が取り出すものです。2つあります。1つ目が、**結果**。占有が現実に移ったことです。条文の言葉に、含み込まれています。商品が、店の手元からAの手元へ、現実に移りました。2つ目が、**因果関係**です。こちらは条文に一言もありません。

中身は、因果関係の回で扱います。そして同じ層に、判例が要求するものがあります。窃盗罪では、**不法領得の意思**というものが要ります。ざっくり言えば、他人の物を、自分の物のように使うつもりです。どこにも書いてありません。それでも、判例は要求しています。中身は窃盗罪の回です。今日は、こういうものまで足される、という事実だけです。

5 勝手に足していいのか——解釈と類推のあいだ

論文の骨格

枠の内側か、枠の外か

観点	解釈	類推
作業	枠の内側で中身を確定する 条文の言葉が予定している範囲	枠の外の物にまで及ぼす 別の物に当てはめる
例	「窃取した」＝占有の移転 条文の言葉の中身を確定	バイクの条文を自転車に 枠の外への持ち出し
可否	許される	禁止される 被告人に不利益な方向へ及ぼすとき

境界＝言葉の可能な意味の範囲

図：枠の内側か、枠の外か

とてもいい引っかけです。そこを通らないと、先へ行けません。答えは2つあります。1つ目は、作業の向きが違う、ということです。以前、言葉の可能な意味の範囲を、ゴムひもにたとえましたね。今日やっているのは、その枠の内側で、中身を詰める作業です。「窃取した」という言葉が、もともと予定している中身を確定しています。そこが分かれ目です。枠の外へ出せば、それは類推になります。類推解釈の禁止は、憲法31条を土台にした罪刑法定主義から出てくる原則でしたね。枠の外まで及ぼすことは、その禁止に正面からぶつかります。

2つ目の答えは、足す方向です。さっきの不法領得の意思を、思い出してください。あれが要求されると、窃盗罪は成立しやすくなりますか。条件が1つ増えるので……しにくくなります。不法領得の意思については、処罰の範囲が狭まる方向です。禁止されているのは、被告人に不利益な方向へ及ぼす類推でした。ただ、こうして足す要素が、いつも狭める方向だ、とまでは言えません。不法領得の意思については、そう言える。そこまで押さえてください。故意は38条という別の条文から来るので、枠を広げてすらいません。因果関係も、不法領得の意思と同じく、要求されるほど処罰は狭まります。

6 修正された構成要件——1人で、やり遂げた形しか書いていない

短答・論文共通

235条だけでは拾えない2つの場合

出来事	「窃取した者」に当たるか
盗もうとしたが、 財布に手が届かなかった	？
2人で組んで盗んだ 1人は見張りで、自分では物に触れていない	？

刑法各本条は、通常、1人でやり遂げた形でしか書かれていない

図：235条だけでは拾えない2つの場合

さっき置いておいた「基本的」という言葉を、ここで回収します。235条には、「窃取した者」と書いてありましたね。盗もうとして、財布に手が届かなかった人は、この言葉に入りますか。では、2人で組んで、1人が見張りをしていた場合はどうでしょう。刑法各本条は、**通常**、1人でやり遂げた形でしか書かれていません。なぜ「通常」なのかは、最後に1行だけ触れます。まず、やり遂げなかった場合の条文です。

条文 刑法43条

刑法43条（未遂減免）

犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を**減輕することができる**。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

減輕するかどうかは、裁判所が決めます。そこは間違えやすいところです。ただし書は、自分の意思でやめた場合です。こちらは減輕か免除になります。中止未遂という名前だけ、置いておきます。次は、2人でやった場合の条文です。

条文 刑法60条

刑法60条（共同正犯）

二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。

これが共同正犯です。成立の条件は、共犯の回で扱います。なお、そそのかす側が61条の教唆、手助けする側が62条の幫助です。どちらも60条とは別の条文です。「共犯は60条以下」の「以下」には、今日は入りません。

235条に、総則の条文が掛かる

基本的構成要件	× 総則の条文	= 型
刑法235条 （窃盗罪）	刑法43条 （未遂減免）	窃盗未遂
刑法235条 （窃盗罪）	刑法60条 （共同正犯）	窃盗の共同正犯

基本的構成要件に、総則の条文が修正を加えた型＝修正された構成要件

図：235条に、総則の条文が掛かる

ここまでを、掛け算の形にしてみましょう。235条に43条が掛かると、窃盗未遂という型ができます。235条に60条が掛かると、窃盗の共同正犯という型ができます。これを**修正された構成要件**と呼びます。199条でも同じです。「人を殺した者」だけでは、未遂も共犯も拾えません。各本条に書いていないので、総則側で作るしかありません。最後に1行だけ。「通常」と言ったのには、理由があります。以前、危険犯の例で出た内乱罪、77条です。あの条文は、首謀者と、付和随行した者とで、刑を書き分けています。各本条が自分で書いている場合もある、と頭の隅に置いてください。

7 43条だけでは、未遂は処罰されない

短答知識

43条と44条は、別の仕事をしている

	刑法43条	刑法44条
仕事	刑の重さ を決める （未遂だったとき）	処罰の有無 を決める （その罪の未遂について）
内容	減輕することができる （裁判所が判断）	各本条が定める （罰するかどうかを）

窃盗の未遂を罰すると定めているのは、刑法243条

図：43条と44条は、別の仕事をしている

ここで、43条だけを見た人が、必ずする誤解があります。「未遂は、どの罪でも処罰される」という誤解です。この条文を見てください。

条文 刑法44条

刑法44条（未遂罪）

未遂を罰する場合は、各本条で定める。

この1行が、大きな仕事をしています。43条は、未遂だったときに刑をどうするかを決めているだけです。その罪の未遂を処罰するかどうかは、各本条が決めます。243条が、罰すると定めています。だから、窃盗未遂は処罰されます。どの罪の未遂を罰するかも、あらかじめ法律が決めてあります。答案でも、未遂を論じる前に、処罰規定を確認してください。

8 235条の中に、2種類の要素がある

短答・論文共通

見れば分かるか、評価が要るか

軸	①	②
評価が要るか	記述的構成要件要素 見れば分かる（「財物」）	規範的構成要件要素 評価を経て決まる（「他人の」・「わいせつな」）
外から見えるか	客観的構成要件要素 行為・結果など	主観的構成要件要素 故意

2つは別の軸。掛け合わせて覚えな

図：見れば分かるか、評価が要るか

もう一度、235条に戻ります。同じ条文の中に、性質の違う要素が入っているからです。まず「財物」。それが目の前にあるかどうかは、どう決めますか。見れば、分かります。見れば分かる要素を、**記述的構成要件要素**と呼びます。では「他人の」はどうでしょう。見れば分かりますか。……分かりません。誰の物かは、見ても書いてありません。誰の所有かは、法律のうえの評価を経ないと決まりません。こういう要素を、**規範的構成要件要素**と呼びます。評価を経なければ、当てはまるかどうかが決まらない要素です。そして、規範的な要素には、2つのタイプがあります。1つは、いまの「他人の」のように、法律のうえの評価が要るもの。もう1つは、社会の常識や価値観による評価が要るものです。そこが問題になります。代表例が、この条文です。

条文 刑法175条1項前段

刑法175条1項前段（わいせつ物頒布等）

わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、二年以下の拘禁刑若しくは二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は拘禁刑及び罰金を併科する。

この罪の中身は各論で扱います。今日は、この言葉だけを借ります。最後に、混ぜてはいけない軸を1つ。記述的か規範的かは、評価が要るかどうかの軸です。客観的か主観的かは、外から見えるかどうかの軸でした。

わいせつかどうかは、誰が決めるのか

- 誰が決めるのか
- 何を基準に決めるのか
- その基準は、変わらないのか

※ 評価が要る要素は、この3つの問いを必ず生む

図：わいせつかどうかは、誰が決めるのか

判例が、正面から答えています。この判決は、4つのことを言っています。順に見ていきましょう。

判例 最大判昭和32年3月13日（大法院判決・刑集11巻3号997頁）

チャタレー事件——わいせつ性を判断するのは誰か この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである。裁判所が右の判断をなす場合の基準は、一般社会において行われている良識すなわち社会通念である。かような社会通念が如何なるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられているのである。なお性一般に関する社会通念が時と所によつて同一でなく、同一の社会においても変遷があることである。

そこが1つ目です。証拠で決まる、事実の話ではありません。法律の解釈、つまり法的な価値判断だと言っています。2つ目。基準は社会通念、世の中の常識だとしています。3つ目。裁判官に委ねられている、と書かれています。社会通念は、一人ひとりの感覚の平均値ではありません。それに、誰かが最後に確定しなければ、有罪か無罪かが決まりません。その役割を、制度として裁判所に置いている、ということです。そして4つ目。いちばん見ていただきたいのが、最後の一文です。社会通念は、時と所によって同じではなく、変わっていく。判決文そのものに、書き込まれています。現に、20年以上あとの判例では、「その時代の」という言葉が枠組みに入りました。その判断の枠組みを、見てください。

判例 最判昭和55年11月28日（第二小法院判決・刑集34巻6号433頁）／〔 〕は省略した部分

四畳半襖の下張事件——わいせつ性の判断枠組み 文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、**その時代の健全な社会通念に照らして**、〔わいせつ文書の定義部分は省略〕といえるか否かを決すべきである。

そこを見ていただきましたね。明確性の原則ですね。通常の判断能力を有する一般人が基準でした。実は、いまの判例が、そこにも答えています。175条の構成要件は、不明確であるとはいえない、としています。いま見た判断枠組みが、示されているからです。何を見て決めるのが分かれば、一般人にも基準が読み取れます。ただし、この2つの判例が答えたのは、社会の常識で測るタイプの言葉についてです。もう1つ、評価が要る要素は、別の問題も生みます。どの程度まで意味が分かっているか、故意があるといえるのか。これは、故意の回で扱います。今日は、名前だけ置いておきます。

抽象的な型に、具体的な行為を当てる

条文（罪名）	構成要件の側 抽象的に書かれている	目の前の行為 具体的な行為
235条 （窃盗罪）	「窃取した」	陳列棚の商品を上着の内側に入れて レジを通らずに店を出る
199条 （殺人罪）	「人を殺した」	相手に向けて銃を撃つ

この往復が、実行行為についての構成要件該当性の判断

図：抽象的な型に、具体的な行為を当てる

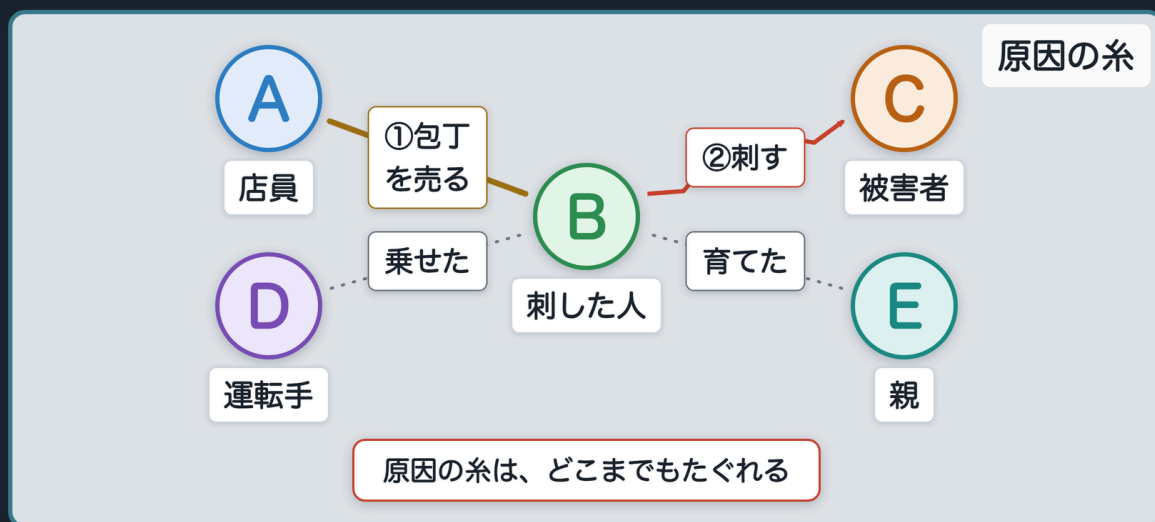
ここから、話が一段変わります。ここまでは、型そのものを確定する話でした。ここからは、確定した型の部品を、1つずつ詳しく見ていきます。実行行為です。いちばん最初に検討する部品です。定義を、正確に置きます。

★ 論文で書く規範：実行行為の定義（3つのブロック）① 特定の構成要件に該当する ② 法益侵害の現実的危険性を有する ③ 行為 一文にすると「特定の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為」（規範（通説で立てる））

一字も動かさないでください。とくに、「結果発生 of 現実的危険性」と縮めてはいけません。なぜそうなのかは、今日の後半で見ます。もう1つ、この定義を使うときの前提があります。条文の側は、抽象的に書かれています。「窃取した」「人を殺した」。一方、実行行為かどうかを判断するのは、目の前の具体的な行為です。陳列棚の商品を上着に入れて、レジを通らずに店を出る。あるいは、相手に向けて銃を撃つ。この具体的な行為のほうです。この往復が、実行行為についての構成要件該当性の判断です。

11 なぜ現実的危険性で絞るのか——絞らなかった世界

論文の骨格



図：原因をたどると、どこまでも遡れる

では、今日の2つ目の問いに答えます。絞らなかったらどうなるかを見るのが、いちばん早いです。実行行為とは、結果に結びついた行為だ。そう決めたとします。Aは金物店の店員です。客のBに、包丁を1本売りました。Bは、その包丁でCを刺し、Cは亡くなりました。結果への寄与は、確かにあります。では、Aは殺人の実行行為をした人でしょうか。しかも、もっと遠くまで遡れます。Bを駅まで乗せた運転手はどうでしょう。Bを産み育てた親は。これが1つ目のこぼれ方です。原因の糸は、どこまでもたぐれます。では、2つ目のこぼれ方です。逆に、「殺そうとして何かをしたか」で決めたら、どうでしょう。今度は別の人が、恨んでいる相手を殺そうとして、毎晩、呪いをかけたとします。

この物差しなら、呪いも入ってしまいます。殺すつもりで、毎晩、何かをしているからです。そこで、物差しを入れます。

物差しを入れる前と、入れた後

行為	絞りを入れなかった場合	法益侵害の現実的危険性で見た場合
包丁を売る行為	入ってしまう 結果に寄与しているのだ	人の生命を害する現実的危険はない → 落ちる
呪って人を殺そうとする行為	入ってしまう 殺そうとして何かをしたのだ	およそ人の生命を害する現実的危険がない → 落ちる
包丁で刺す行為	入る	人の生命を害する現実的危険がある → 残る

図：物差しを入れる前と、入れた後

その行為に、法益侵害の現実的な危険性があるか、で見ます。包丁を売る行為そのものに、Cの生命を害する現実的な危険はありますか。ありません。危険を作ったのは、刺したBのほうです。その行為だけで法益が害されうるか、で見分けます。では、呪いに、人の生命を害する現実的な危険はありますか。どちらも、ここで落ちます。これが、この絞りの働きです。包丁を売る行為と、包丁で刺す行為。線は、ここに引かれています。今日話しているのは、その一段手前です。原因として寄与しただけでは実行行為とは言えない、という話です。因果関係そのものの判断は、因果関係の回で扱います。なお、呪いのような行為の理論的な扱いは、不能犯という論点です。名前だけ置いておきます。中身は、未遂の章です。

どの関門で切るかで、効き目が変わる

	構成要件該当性の段階で切る	違法性・責任の段階まで進んでから切る
効き目	犯罪の入り口に立たない そもそも検討が始まらない	いったん該当と言われる 捜査や起訴の対象になりうる

同じ処罰されないでも、効き目がまるで違う

図：どの関門で切るかで、効き目が変わる

そして、ここからが、いちばん大事なところですよ。この絞りは、どの段階で効いていますか。3つの関門の、1つ目……構成要件該当性ですね。構成要件該当性・違法性・責任、この3つの関門でしたね。では、もしここで切らなかったら、どうなるでしょう。でも、その人はいったん「構成要件に該当する」と言われます。捜査や起訴の対象になりうる、ということです。構成要件の段階で切れば、そもそも犯罪の入り口に立ちません。そこです。この絞りは、暗記のための定義ではありません。国民の自由を守るための線です。型に当たらなければ、検討さえ始まらない。以前見た保障機能と、同じ線の上です。

同じ行為でも、罪ごとに答えが変わる

事案：平らな場所で立っているBの腕を、Aが強く引いて転倒させた

罪名	現実的危険性	実行行為にあたるか
傷害罪	人の身体を害する 現実的危険はある	あたりうる
殺人罪	人の生命を害する 現実的危険は、通常ない	あたらない

危険な行為一般、というカテゴリーは無い。危険は罪ごとの型に照らして測る

図：同じ行為でも、罪ごとに答えが変わる

先に進む前に、1つ確かめさせてください。なぜ実行行為を、現実的な危険性で絞るのか。ご自分の言葉で言えますか？絞らないと、原因として寄与しただけの人まで入ってしまうから。そして、構成要件の段階で切らないと、自由が守られないから、です。それが言えれば、今日の山は越えています。では、定義の残りのブロックに戻ります。出来事で見ましょう。Aが、平らな場所で立っているBの腕を、強く引いて転倒させました。これは、傷害罪の実行行為でしょうか。では、同じ行為は、殺人罪の実行行為でしょうか。死ぬかもしれない、と言われると……それは無理があります。平地で腕を引く行為に、人の生命を害する現実的な危険は、通常ありません。

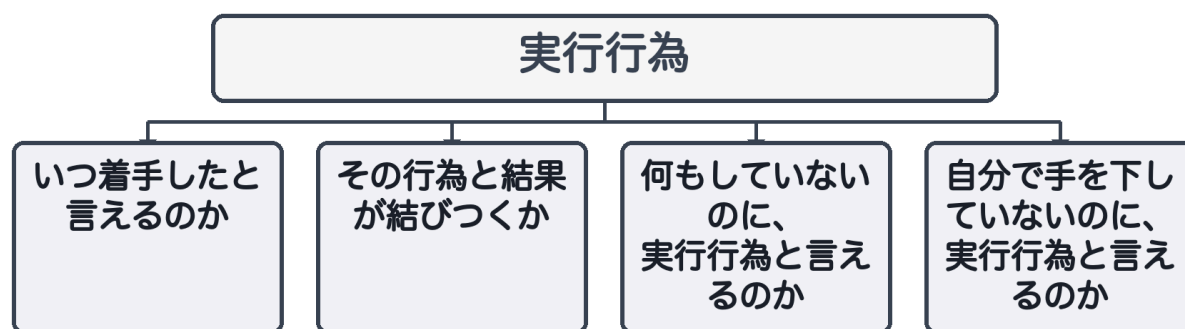
そこです。「危険な行為一般」というカテゴリーは、ありません。危険は、罪ごとの型に照らして測ります。答案でも、何罪の実行行為にあたるか、と書き出してください。もう1つ、「法益侵害の」という言い方についてです。結果の発生を要件にしない罪も、ありましたね。構成要件の結果の発生を、要件にしない罪でした。たとえば、住居に無断で立ち入る行為です。条文は、その先に何か結果が起きたことまでは求めていませんでした。そこにも実行行為はあります。「結果発生危険」では、届きません。ただ、結果が要る罪でも、話は終わりません。この言い回し自体に、学説上の議論があります。抽象的危険犯だった、建物を燃やす罪を思い出してください。

焼損という結果は起きて、まわりの人たちの安全は、まだ壊れていません。法益侵害と、構成要件の結果は、必ずしも一致しないんです。答案では、判例・通説どおりの語順で書けば、それで足ります。

13 実行行為が決まって、はじめて言えること

短答・論文共通

ここから先に進むための、出発点



実行行為が決まってはじめて、この4つを語れる

図：ここから先に進むための、出発点

最後に、今日の位置を確認します。実行行為は、起点です。これが決まってはじめて、いつ着手したと言えるのかを語れます。その行為と結果が結びつくか、も語れます。順番を逆にすると、答案が崩れます。そして、この実行行為には、引っかかる場面が2つあります。1つ目。何もしていないのに、実行行為があると言えるでしょうか。2つ目。前半で足したことも、後半で絞ったことも、やっていることは同じです。処罰される範囲を、法律があらかじめ決めた線の内側に確定する。それだけです。今日は、2つだけ持ち帰ってください。構成要件は、条文そのものではありません。そして、実行行為の絞りは、自由を守るための線です。