

## 第1部 総論

### 第1章 序論

#### 第1節. 刑法の意義

刑法とは、どのような行為が犯罪で、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて規定した法である（実質的意義の刑法）。

その中で、「刑法」という名称の法律を、形式的意義の刑法という。

C

山口総論 1 頁

#### 第2節. 刑罰の目的

刑罰の目的については、①正義を実現するために、犯罪に対する反作用として科されるとする応報刑論と、②社会統制の手段として、犯罪を予防することとする目的刑論とがある。

②でいう犯罪の予防には、⑦刑罰を予告し、罪を犯した者に実際にそれを科すことによる威嚇的效果を通じて、一般の国民による犯罪の遂行を抑止・予防することを内容とする一般予防と、④実際に罪を犯した者に刑罰を科すことにより同人を改善・教育を施し、これにより同人が再び犯罪を遂行することを抑止・予防することを内容とする特別予防とがある。②は、将来の犯罪を抑止・予防するという公益利益の達成に資する。

通説は、刑罰について、①それは過去の犯罪に対する非難たる応報であるとする応報刑論を基本に据えながら、②犯罪の予防をも目的としていると理解している（相対的応報刑論）。

C

井田・入門総論 19～25 頁、基本刑法 I 10～12 頁、山口総論 2～3 頁

#### 第3節. 犯罪の本質

非決定論は、自由意思肯定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶという行動の選択の原因は自由意思に基づく理性的判断にあると考える見解である。非決定論からは、犯罪は自由意思をもつ犯人が理性的選択に基づき行ったものであるから、外部に現れた犯人の行為及びその結果に犯罪の本質を求めることになる（客観主義又は行為主義）。非決定論は、応報刑論と結びつく。

決定論は、自由意思否定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶ行動の選択の原因は本人の遺伝的素質と社会的環境にあると考える見解である。決定論からは、犯罪は遺伝的素質や社会的環境により必然的に生起する現象であるとして、外部に現れた犯人の行為より、犯罪を引き起こす性格の危険性に犯罪の本質を求めることになる（主観主義又は行為者主義）。決定論は、目的刑論と結びつく。

通説は、人間は遺伝的素質や社会的環境に影響を受けながらも、理性を備えた存在として限られた範囲内で主体的に自己の行動を選択する自由も有しているとして、相対的な自由意思を肯定する（相対的自由意思論）。

C

高橋総論 350 頁、西田総論 19～20 頁、基本刑法 9 頁、井田・入門総論 25 頁

基本刑法 I 9

## 第4節. 刑法の機能

刑法には、第一次的機能として法益保護機能、第二次的機能として自由保障機能があり、さらには社会倫理（秩序）維持といった機能もある。

C

基本刑法14～5頁、西田総論39頁

### 1. 法益保護機能

相対的応報刑論からは、刑法には、応報刑の枠内での科刑を予告することにより、国民の将来の犯罪を抑止・予防することを通じて、国民の法益（法的な保護に値する利益）を保護する機能があると理解できる。<sup>1)</sup>

基本刑法14頁、井田・入門総論29

頁

法益保護機能からは、犯罪は、法益に対する加害行為（法益を現実侵害する行為と法益侵害の危険を生じさせる行為）に限定されることになる。

### 2. 自由保障機能

刑法には、罪刑法定主義の原則と結びつくことにより、どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて明らかにすることにより、それ以外の行為であればたとえ不道德なものであっても犯罪として処罰されないとすることを通じて、国家の恣意的な刑罰権の行使から国民の自由な行動を保障するとの自由保障機能もある。

基本刑法14頁、西田総論39～41

頁

### 3. 社会倫理秩序維持機能

刑法には、社会倫理（秩序）維持機能もあると理解されている。この機能からは、倫理的に許しがたい行為であってそれを放置すると社会の倫理が崩壊しかねないと懸念される行為が犯罪とされることになる。

基本刑法15頁、山口総論5頁、高

橋総論12頁

個人主義に立脚する日本国憲法下では（憲法13条参照）、多様な価値観が許容されなくてはならず、社会倫理を維持するための刑罰的介入は副次的なものにとどめるべきであるとの見方もある。もっとも、判例・学説における社会倫理の観点への関心・執着には根強いものがあり、それは違法論をはじめとして様々な解釈論の場面に顔を出すことになる。

## 第5節. 刑法の基本原則

刑法の法益保護機能から法益保護主義が、刑法の自由保障機能から責任主義と罪刑法定主義が導かれる。

C

基本刑法17～8頁、山口総論4～8

頁

### 1. 法益保護主義

ある行為が犯罪であるといえるためには、その行為が違法であることが必要であり、法益保護主義からは、違法性の本質を法益侵害又はその危険だけに求めることになる（結果無価値論）。

基本刑法17頁

<sup>1)</sup> 刑罰には、「その適用は控え目なものでなければならない」とする謙抑主義が妥当し、この謙抑主義の内容としては、①法益保護のために他の保護手段では足りないときにだけ用いられるべきであるとする「刑法の補充性」と、②刑罰化される領域は法益侵害全般に及ぶ包括的なものではなく、手厚い保護に値する法益を特に違法な態様で侵害する行為のみを処罰するという断片的なものでなければならないとする「刑法の断片性」が重要である（山口総論5～6頁、井田・入門総論29～32頁）。

もつとも、判例・通説は、刑法の任務は法益保護だけでなく社会倫理秩序の維持にもあると理解するから、違法性の本質は法益侵害又はその危険だけでなく社会倫理規範違反にも求められることになる。

## 2. 責任主義

山口総論 6～7 頁

法益侵害又はその危険を惹起する行為が行われただけでは犯罪の成立を認めることはできず、行為者がその行為を行ったことについて他行為可能性たる非難可能性を内容とする責任が認められなければならない。

責任とは、行為者が上記行為を行ったことについての非難可能性であり、非難可能性があるといえるためには行為者が現実に行った上記行為を避けることが可能であったという意味での他行為可能性が認められる必要がある。

責任が認められるためには、少なくとも、故意又は過失が必要である。

## 3. 罪刑法定主義

井田・入門総論 44～50 頁

法益に対する加害行為が有責に行われただけでは、それについて犯罪の成立を認めることはできない。犯罪の成立を認めるためには、その行為が、「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」について事前に法律により定められた「犯罪のカタログ」に乗っていることが必要である。これを、罪刑法定主義という（憲法 31 条、39 条、73 条 6 号但書）。

山口総論 9 頁、基本刑法 18 頁

罪刑法定主義の内容は以下の 6 つである。

### (1) 法律主義

山口総論 10～13 頁

「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」については、原則として、国会が法律により定める必要がある。これは、罪刑法定主義の民主主義的な側面と憲法 31 条（「法律の定める手続」には法律により定められた実体法も含まれるため）から導かれる。

例外として、委任命令（憲法 73 条 6 号但書）や自主条例（憲法 92 条、地方自治法 14 条 1 項）により罰則を定めることも許されている。

### (2) 遡及処罰の禁止

山口総論 14～16 頁

罪刑法定主義の実質原理である自由主義の側面から、刑罰が事前（行為の遂行前）に制定（交付・施行）されていることが要請される。そうでなければ、行動に関する予測可能性が失われ、遡及処罰の可能性による萎縮効果が生じ、国民の行動の自由が著しく害されるからである。

遡及処罰の禁止では、①「実行の時に適法であった行為」をその後に制定された刑罰法規により犯罪として処罰すること（憲法 39 条）だけでなく、②行為後に法定刑を重くする法改正があった場合に変更後の刑罰法規を適用して重く処罰すること（刑法 6 条）も禁止される。<sup>2)</sup>

### (3) 類推解釈（適用）の禁止

事件について直接に適用できる規定がない場合に、類似した事実に適用さ

<sup>2)</sup> 学説には、③判例が行為者に不利益に変更された場合に、当該事件の被告人に不利益に現行された解釈を適用することまで禁止されるべきであると主張ものもあるが、判例は③までは禁止されないとの立場である（山口総論 16 頁、最判 H8.11.18・百 I 1）。

れる刑罰法規を適用して処罰すること（類推解釈（適用））も禁止される。これに対し、拡張会社は禁止されない。

類推解釈（適用）の禁止について、裁判所による法律の解釈・適用の場面で問題となる法律主義として説明する見解もある。

山口総論 13 頁

#### （4）絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止

井田・入門総論 47～48 頁、高橋総論 39 頁

刑罰法規において刑の種類も分量も全く定めないことは、禁止される。例えば、「～した者は、裁判所の定める刑に処する」、「～した者は、懲役に処する」との定めは禁止される。

なお、「～した者は、10 年以下の懲役に処する」（刑法 12 条 1 項により、1 ヶ月以上 10 年以内が法定刑となる）というように、刑の上限と下限を定めて現実の執行期間をその範囲において執行機関の裁量に委ねる相対的不定期刑は許容される。

#### （5）刑罰法規の明確性

山口総論 17 頁

刑罰法規の内容は明確でなければならず、内容が不明確である刑罰法規は憲法 31 条に違反し違憲・無効である。

#### （6）刑罰法規の内容の適正さ

山口総論 17～22 頁

明確な刑罰法規であっても、国民の自由を不当に侵害するものは憲法 31 条に違反し違憲・無効である。

これには、①無害な行為を処罰の対象とする刑罰法規（憲法 31 条違反）、②規制の目的に照らし過度に広範な刑罰法規（過度の広汎性の原則）、及び③定められた犯罪に対して著しく均衡を失する法提起を定める刑罰法規（罪刑の不均衡）がある。

### 第 6 節. 犯罪論の体系

A

犯罪とは、構成要件に該当する、違法で、有責な行為である。罪刑法定主義から構成要件該当性の要件が導かれ、法益保護主義と社会倫理秩序維持機能から違法性が解釈され、責任主義から有責性の要件が導かれる。

山口総論 23～25 頁

第 1 に、犯罪は「行為」でなければならない。「行為」だけが処罰の対象となり、思想・信条・意思は、それが行為者の内心にとどまっている限り、処罰の対象とならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

山口総論 23 頁、基本刑法 I 25 頁

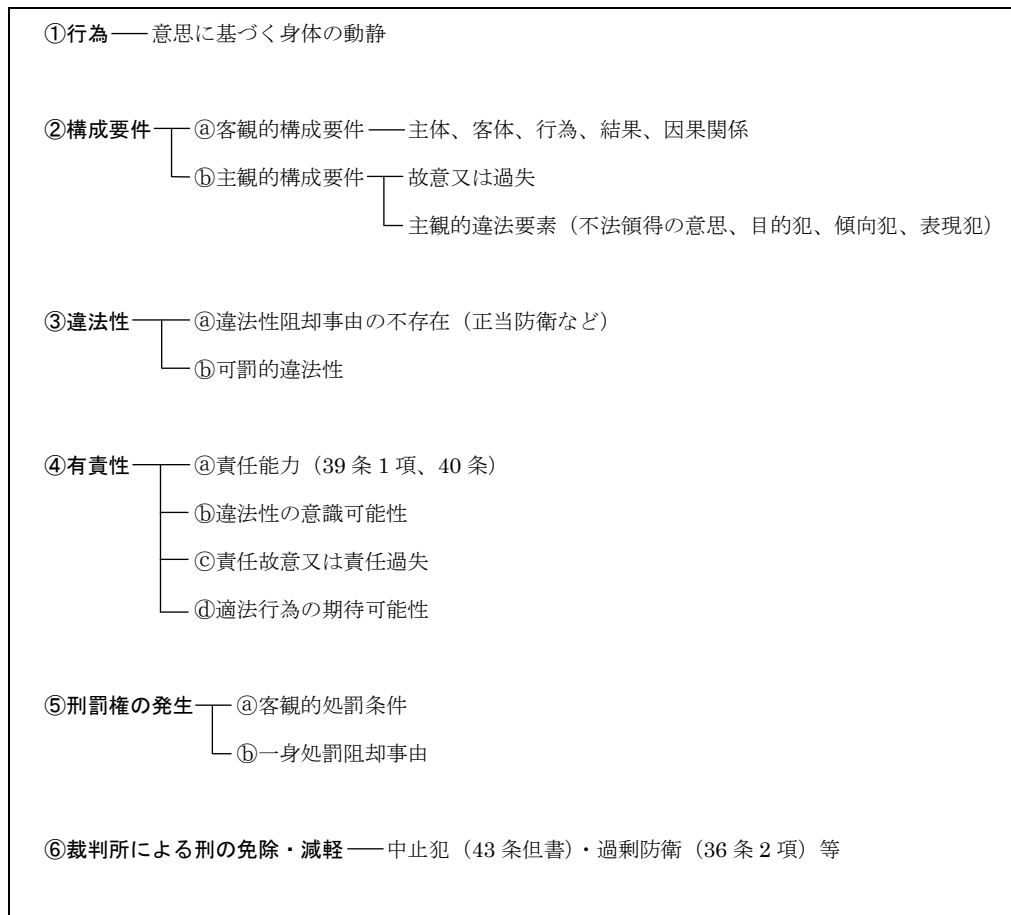
第 2 に、犯罪は、法律（厳密には、委任命令・自主条例を含む）が定める犯罪構成要件に該当する行為に限られる。これは、罪刑法定主義（憲法 31 条）からの帰結である。

第 3 に、犯罪というためには、構成要件に該当する行為が違法（刑法上禁止されていること）でなければならない。構成要件に該当する行為は、犯罪として禁止するために法律で規定されているのだから、本来違法（違法性が推定される）なのであるが、正当防衛（刑法 36 条）などの例外的な事情の存在により違法性が阻却されることがあるため、刑法上禁止される違法な行為であるというためには違法性阻却事由の不存在も必要なのである。

第 4 に、責任主義の要請から、非難可能性を内容とする有責性も必要とされる。

犯罪の成否は、行為⇒構成要件該当性⇒違法性⇒有責性という流れで判断し、これらを全て満たす場合に初めて犯罪の成立が認められる。犯罪が成立した場合、刑罰権が発生して行為者を処罰できるのが原則である。もっとも、例外的に刑罰権の発生について一定の事情の存在が要求されたり（客観的処罰条件）、一定の事情の存在について刑罰権の発生が妨げられる（一身の処罰阻却事由）犯罪もある。さらに、犯罪の成立要件を満たし、かつ、刑罰権も発生した場合であっても、裁判所により刑を免除又は減輕されることもある。

### [犯罪論の体系]



## 第2章 構成要件該当性

### 第1節. 意義及び機能

犯罪とは、構成要件に該当する違法で有責な行為である。このうち、構成要件とは、犯罪のカタログであり、違法・有責な行為を類型化したものである。

そして、罪刑法定主義（憲法 31 条）のもと、生の事実のうち、刑罰法規が犯罪として規定している行為の類型に該当しないものには犯罪は成立しないのだから、構成要件には、①何が犯罪であるかを予め国民に対して明示することで、その自由を保障するという機能がある（保障機能／罪刑法定主義機能）。さらに、②ある犯罪と別の犯罪を明確に区別する犯罪個別化機能、③違法・有責な行為を犯罪として類型化したものであるが故の違法性・有責性推定機能、及び④故意が成立するために必要な認識・要件の対象を示す故意規制機能もある。

B

基本刑法 I 46～48 頁、講義案 39～

40 頁

### 第2節. 構成要件の要素

構成要件は、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素とに分類される。

客観的構成要件要素としては、行為の主体、行為の客体、行為、結果、行為と結果との間の因果関係がある。

主観的構成要件要素としては、故意のほか、特別の主観的要素（目的犯、傾向犯、表現犯、不法領得の意思）がある。<sup>1)</sup>

B

基本刑法 I 48～55 頁

### 第3節. 実行行為

ある行為が特定の構成要件に該当していると認められるためには、その行為が各構成要件要素を形式的に満たしているだけでは足りず、その行為が当該構成要件の予定している実質を備えたものでなければならない。そして、全ての構成要件はそれぞれ何らかの法益の保護を目的としているから、保護法益を侵害する現実的危険性という実質を有し、かつ、特定の構成要件に形式的にも該当する行為を、実行行為と定義することになる。

また、結果犯の構成要件該当性が認められるためには実行行為と構成要件的结果との間に因果関係が必要であるところ、構成要件的结果への因果関係の起点となる行為は、構成要件的结果を惹起する現実的危険性を有する行為でなければならない。その意味で、実行行為には、因果関係の起点となる行為という意味もある。

B

<sup>1)</sup> 目的犯における目的 (ex. 文書偽造罪における「行使の目的」、傾向犯における内心の意図ないし傾向 (ex. 判例変更前における強制わいせつ罪についての性的意図)、表現犯における内心の状態 (ex. 偽証罪における記憶に反した心理的過程)、窃盗罪等における不法領得の意思を、まとめて「主観的違法要素」を呼ぶ (高橋総論 95～97 頁、井田総論 107～110 頁)。

井田総論 109 頁では、窃盗罪等における不法領得の意思についても「主観的違法要素」に位置づけている。これに対し、山口総論 96～101 頁では、主観的構成要件要素を構成要件の故意・過失、責任要素としての主観的構成要件要素及び主観的違法要素の 3 つに分類した上で、窃盗罪等における不法領得の意思を責任要素としての主観的構成要件要素に位置づけている。

## 第4節. 正犯

構成要件該当性が認められる場合には、実行行為（構成要件的行为）を自ら行い（自手実行）、結果を直接惹起する場合（直接正犯）のほか、実行行為を外形上行為者が行うのではなく、他人に行わせ（間接実行）、その他人によって結果が惹起される場合（間接正犯）がある。

両者は、正犯の構成要件該当性が認められる事例における、内部的な事実上の区別にすぎない。ここで、外形的には実行行為の自手実行がないのに、自手実行がある場合と同視しうるのかが問題となる。すなわち、行為者の行為後に他人の行為が介入して、他人により結果が惹起された場合について、処罰拡張類型としての共犯ではなく、本来の第一次的な処罰類型である正犯が成立するのはいかなる場合かが解釈上問題となる。これは、共犯ではなく正犯となる要件、すなわち正犯性の問題である。

### 1. 間接正犯の成立要件

間接正犯の正犯性は、直接正犯と同様に自ら実行行為を行ったと評価できる点にその根拠がある。問題は、そのような評価がされるために必要とされる、間接正犯の成立要件である。

正犯性が認められるためには、構成要件的结果惹起の原因を支配したといえることが必要であり、このように正犯性が認められる行為者の行為が実行行為ということになる。そうすると、そのような実行行為を行う直接惹起者の背後にあって結果惹起に間接的な原因性・因果性を有するにすぎない者には正犯性を肯定できないのが原則である（この理解を、故意行為以前に遡って結果惹起の正犯責任を追及することができないという意味で、遡及禁止と呼ぶ。）。

しかし、行為者の行為と結果惹起の間に他人の行為が介入する場合には、結果原因支配の判断にあたって、介入する他人の行為の評価（＝結果原因としての当該行為を介した結果惹起に対する支配の有無の検討）が不可欠という意味で、遡及禁止の観点からは、構成要件的结果惹起支配を意味する正犯性を判断する上で重要な一般的判断基準であるものの、正犯性の判断基準それ自体ではない。

そして、結果を直接惹起する他人の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用した者については、介入者の結果惹起についての正犯としての答責性が否定されることを根拠として、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立し、正犯性が認められると解する。

#### [論点1] 間接正犯の成立要件

結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者については、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立すると解する。

### 2. 間接正犯の体系上の位置づけ

#### (1) 被害者以外の第三者を利用した事案

間接正犯は、本来的には正犯性の問題である。直接正犯と間接正犯とは、本来的には、（正犯の）構成要件該当性が認められる事例における内部的な事

A

青本 39～40 頁

基本刑法 I 309 頁

山口総論 68 頁

山口総論 69 頁

山口総論 69～70 頁

A

②は一方的な利用・支配関係により判断される。

基本刑法 I 309 頁、山口総論 67 頁、

高橋総論 434 頁以下、青本 40 頁

実上の区別にすぎない。

甲が乙に指示して乙に万引きをさせたという事例では、甲又は乙のいずれかを正犯とする窃盗罪の構成要件該当性が認められることまでは確定しており（したがって、窃盗罪の実行行為があることも確定している）、ただ、外形的には甲が窃盗罪の実行行為をやっていないように見えるため（逆に言えば、外形的には乙が窃盗罪の実行行為をやっているようにも見えるため）、窃盗罪の実行行為を自ら行った者として正犯になるのは甲と乙のいずれであるのかを確定する必要があるというのが、間接正犯の正犯性の議論なのである。

## （2）被害者を利用した事案

### ア. 実行行為性の問題として論じる

被害者を利用した事案では、間接正犯を実行行為性の問題として論じる。

例えば、甲が乙に命令して自殺を強制した事案では、乙は自己を被害者とする殺人罪の主体にはなり得ないため、外形的に見ても、乙による殺人罪の実行行為があったとみる余地はない。ここが、乙による実行行為を観念し得る「被害者以外の第三者を利用した事案」との違いである。

被害者乙による実行行為を観念する余地がない以上、「甲又は乙のいずれかを正犯とする殺人罪の構成要件該当性が認められることまでは確定しており（したがって、殺人罪の実行行為があることも確定している）、ただ、外形的には乙が殺人罪の実行行為をやっているようにも見えるため、殺人罪の実行行為を自ら行った者として正犯になるのは甲と乙のいずれであるのかを確定する必要があるという」という問題意識にはならない。

そのため、「甲が被害者乙に命令したことは、殺人罪の実行行為たり得るか」（つまり、殺人罪の実行行為を認める余地があるのか）という問題意識に基づき、実行行為性の問題として間接正犯を論じることになる。

### イ. 実行行為性という概念

実行行為性と実行行為とは厳密には異なる概念である。

ここでいう実行行為性とは、実行行為の前提条件という意味である。間接正犯の成立要件（正犯意思+道具性）をクリアすることで間接正犯としての殺人罪の実行行為性が認められたとしても、その直後に、別途、甲が被害者乙に自殺を命じたこと（利用者標準説を前提とした表現）が殺人罪の実行行為に当たるかについて検討する必要がある。

利用者標準説に立っても、被害者にやらせた行為（厳密には、被害者にやらせようとしていた行為）が構成要件の発生の実現的危険性を有することが必要である。

利用者標準説は、「利用行為⇒被利用者の行為による結果発生」の自動性・確実性を根拠として、本来的であれば被利用者の行為の段階に留保されている結果発生の実現的危険性を利用行為の段階に前倒しするという考えであるため、利用行為が実行行為に当たるというためには、その危険性を前倒すことになる利用者の行為について、構成要件の結果発生の実現的危険性が認められる必要があるのである。



### 3. 間接正犯の諸類型

#### (1) 責任なき行為の介入

##### ア. 是非弁別能力のない者の行為

高度の精神障害者や幼児といった是非弁別能力（意思能力）を欠く者は、規範の問題に直面することができないため、利用者の指示命令に抵抗しないはずであるから、道具性が認められる。

##### [判例 1]

判旨：「被害者が通常の意味能力もなく、自殺の何たるかを理解せず、しかも被告人の命ずることは何でも服従するのを利用して、その被害者に通常の意味能力のない被害者に縊首（いしゅ）の方法を教えて縊首させた所為は、殺人罪にあたる。」

B

最決 S27.2.21

##### イ. 責任能力に欠ける者の行為

例えば、刑事未成年者（14歳未満／41条）であっても、実質的には是非弁別能力を有している場合があるから、当然に道具性が認められるわけではない。

山口総論 72 頁、基本刑法 I 311～  
312 頁

判例は、被利用者が利用者により意思を抑圧されていた場合に、道具性を認めている。

##### [判例 2]

事案：X は、日頃 X の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた養女 Y（当時 12 歳）に対し、窃盗を命じてこれを行わせた。

判旨：「X は、当時 12 歳の養女 Y を連れて四国 88 ケ所札所等を巡礼中、日頃 X の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた Y に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、X が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている Y を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように Y が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、X については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。」

B

最決 S58.9.21・百 I 74

##### [判例 3]

事案：X は、V から金品を強取しようとして、12 歳の息子 Y に対して強盗を指示した。息子 Y は、強盗を決意した上で、臨機応変に対処して本件強盗を完遂した。

判旨：「本件当時 Y には是非弁別の能力があり、X の指示命令は Y の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Y は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、…X につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、X は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Y に対し犯行方法を教示

B

最決 H13.10.25

するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Y が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、X については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。」

[判例 4]

事案：X は、日頃から X の言動に畏怖している 10 歳の少年 Y に対し、交通事故現場に落ちているバッグを窃取することを命じてこれを行わせた。

判旨：Y は、事理弁識能力が十分とはいえない 10 歳（小学 5 年生）の刑事未成年者であったのみならず、…直ちに大きな危害が X から加えられるような状態ではなかったとしても、右の Y の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた X からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、Y は、X の目の前で 4、5 メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して X の支配から逃れることが困難であったと思われ、また、Y の行った窃盗行為も、X の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったといえることができる。そして、そのような状況の下で、X は、…自己が直接窃盗行為をする代わりに、Y に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ Y がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、X には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか 10 歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である。」

B

大阪高判 H7.11.9

(2) 被害者の行為の利用

例えば、被害者を脅迫又は欺罔して自殺させたという事案では、殺人罪の間接正犯の成否が問題となる。

[判例 5] 自殺の強制

事案：X が保険金を取得する目的で V に対して車ごと海中に転落するように命じたところ、V は自殺を決意するには至らなかったものの、命令に従って車ごと海に飛び込んだ後に車から脱出して X の前から姿を隠す以外に助かる方法はないと考え、車ごと海に飛び込み、水没する車から脱出して死亡を免れたという事案において、X が V に命令して車ごと海中に転落させた行為について殺人未遂罪（203 条、199 条）が成立するかが問題となった。

判旨：①「本件現場の海は、当時、岸壁の上端から海面まで約 1.9m、水深約 3.7m、水温約 11 度という状況にあり、このような海に車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして、車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出

A

最決 H16.1.20・百 173

に成功したとしても、冷水に触れて心臓まひを起こし、あるいは心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった。」

②「…被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる。」

③「被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである。」

④「被害者には被告人の命令に応じて自殺する気持ちはなかったものであって、この点は被告人の予期したところに反していたが、被害者に対し死亡の現実的危険性の高い行為を強いたこと自体については、被告人において何ら認識に欠けるところはなかったのであるから、上記の点は、被告人につき殺人罪の故意を否定すべき事情にはならないといふべきである。」

⑤「したがって、本件が殺人未遂罪に当たるとした原判決の結論は、正当である。」

(答案)

#### 1. 殺人罪と自殺教唆の区別

Vは死亡していないところ、XがVに対して車ごと海に飛び込むように命令した行為は、殺人未遂罪(203条、199条)と自殺教唆未遂罪(203条、202条前段)のいずれを構成するか。

(1) 両罪は「自殺」の「教唆」の有無により区別される。そして、「自殺」の「教唆」は、被教唆者の自殺意思がその自由意思により形成されたことを前提とする。そこで、被害者が行為者から命令された行為以外を選択することができない精神状態に陥っていた場合には、被殺者の自由な意思決定を前提とする「自殺」の「教唆」は認められず、行為者が自殺を強制する行為は殺人罪を構成し得ると解する。

(2) …略… (当てはめ)

Xの行為は「自殺」の「教唆」に当たらず、殺人未遂罪を構成し得る。

#### 2. 間接正犯の成立要件

Xの行為に殺人罪の実行行為性が認められるか、間接正犯の成否が問題となる。

- (1) …略… (論証)
- (2) Xは、V殺害という自己の犯罪を実現することを内容とする正犯意思に基づき (①)、Vに命令し、これによりVを前記の心理状態に陥らせているのだから、心理的強制によりVを一方的に利用・支配することで道具として利用したともいえる (②)。したがって、間接正犯が成立し、Xの行為に殺人罪の実行行為性が認められる。
3. 殺人罪の実行行為
- (1) …略… (実行行為の定義)
- (2) Vの行為 (自ら車ごと海に転落する行為) がV死亡の現実的危険性が認められれば、これを強制するXの行為は、V死亡の現実的危険性があるとして殺人罪の実行行為に当たる。<sup>2)</sup>
4. 故意
- (1) まず、XはVに対して自殺を教唆するつもりで殺人未遂罪を実現しているとして、抽象的事実の錯誤により殺人罪の故意が阻却されるのではないかが問題となる。仮に抽象的事実の錯誤に該当するのであれば、38条2項の適用により殺人未遂罪の成立が否定され、構成要件の符合説からは自殺教唆未遂罪の成立が認められることになる。しかし、Xは、自己の脅迫によりVが車ごと海に転落するという死亡の現実的危険性のある行為以外を選択することができない精神状態に陥り同行為に及ぶという、殺人罪を基礎づける事実を認識していたといえる。したがって、Xには抽象的事実の錯誤は認められない。
- (2) 次に、Xには、Vが自殺意思に基づかないで上記行為に及んだという意味で、Vが上記行為に及んだ因果経過についても錯誤がある。
- もともと、因果関係の錯誤では、認識した因果経過と現実の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合する以上、行為規範の問題が与えられていたといえるから、故意は阻却されないと解する。したがって、具体的事実の錯誤として殺人罪の故意が阻却されることもない。<sup>3)</sup>
5. よって、殺人未遂罪が成立する。

**[判例 6] 偽装心中**

事案：Xが、追死する意思がないのにあるように装い、その旨誤信したVに心中を決意させた上で、致死量の青化ソーダをVに与えて嚥下させ、青化ソーダの中毒によりVを死亡させたという事案において、殺人既遂罪 (199条) の成否が問題となった。

判旨：「所論は、…本件被害者は自己の死そのものにつき誤認はなく、それ

A

最判 S33.11.21・百II1

<sup>2)</sup> 利用者標準説に立つとしても、間接正犯者による利用行為が実行行為に当たるというためには、間接正犯者が被利用者にやらせようとしていた行為が結果発生の実現的危険性を有することが必要である。利用者標準説は、利用行為時における被利用者の行為により結果発生に至る確実性・自動性を根拠にして、被利用者の行為による結果発生の実現的危険性を前倒しする見解だからである。

<sup>3)</sup> 未遂犯の成立要件を①「実行に着手」 (=行為自体の危険) ②結果としての危険発生③結果不発生と整理する立場からは (総論 19頁・2)、未遂犯の成立要件として①により②が発生したという意味で因果関係も必要とされるから、(2)は因果関係の錯誤 (総まくり 49頁 [論点 4]) に位置づけられる。

を認識承諾していたものであるが故に刑法上有効な承諾あるものというべく、本件被告人の所為を殺人罪に問擬した原判決は法律の解釈を誤った違法があると主張するのであるが、本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当するものというべく、原判示は正当であって所論は理由がない。」

(答案)

#### 1. 殺人罪と自殺教唆の区別

X が追死する意思がないのにあるように装い、その旨誤信した V に心中を決意させた上で、致死量の青化ソーダを V に与えて嚙下させた行為は、殺人罪(199条)と自殺教唆罪(202条前段)のいずれを構成するか。

両罪は「自殺」の「教唆」の有無により区別される。そして、「自殺」の「教唆」は、被害者の有効な自殺意思を前提とする。V の自殺意思には、X に追死する意思がないのであれば自殺の意思決定をしなかったという意味での動機の錯誤がある。

法益関係的錯誤(法益の種類・程度・範囲などに関する錯誤)に限って同意を無効にすると解する法益関係的錯誤説からは、X が追死するかどうかについての錯誤は、処分することになる生命の種類・程度・範囲に関する錯誤に当たらないから、法益関係的錯誤は認められない。そうすると、V の自殺意思は有効であるため、X の行為は有効な自殺意思の存在を前提とする「自殺」の「教唆」に当たるから、殺人罪を構成しない。

しかし、錯誤に陥った事柄に被害者が与えた重要性も無視できないから、錯誤と承諾の間に条件関係がある限り、承諾は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思として無効であると解すべきである(条件関係的錯誤説/重大な錯誤説)。これが判例の立場である。V は、X に追死する意思がないことを知っていたならば自殺の意思決定をしなかったといえるから、判例の立場からは、V の自殺意思は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思として無効になる。したがって、X の行為は、自殺教唆罪ではなく殺人罪を構成する。

#### 2. 間接正犯の成立要件

X の行為に殺人罪の実行行為性が認められるか、間接正犯の成否が問題となる。

(1) …略…(論証)

(2) X は、V 殺害という自己の犯罪を実現することを内容とする正犯意思に基づき(①)、V を欺罔して、これにより V に自殺意思を生じさせているのだから、V を一方的に利用・支配することで道具として利用したともいえる(②)。したがって、間接正犯が成立し、X の行為に殺人罪の実行行為性が認められる。

### 3. 殺人罪の実行行為

(1) …略… (実行行為の定義)

(2) X の行為が V を欺罔して致死量の青化ソーダを嚥下させるものだから、青化ソーダの中毒により V を死亡させる現実的危険性があるといえ、殺人罪の実行行為に当たる。

### 4. 故意

X は V に有効な自殺意思を生じさせるつもりだったが、V の自殺意思は無効なものであった。そのため、事実の錯誤により故意 (38 条 1 項本文) が否定されないか。

(1) まず、X は V に対して自殺を教唆するつもりで殺人罪を実現しているとして、抽象的事実の錯誤により殺人罪の故意が阻却されるのではないかが問題となる。仮に抽象的事実の錯誤に該当するのであれば、38 条 2 項の適用により殺人罪の成立が否定され、構成要件の符合説からは自殺教唆罪の成立が認められることになる。しかし、X は、V を欺罔して重大な瑕疵のある自殺意思を生じさせた本人だから、V の自殺の決意を無効ならしめる事実を認識していたといえる。そうすると、X には、殺人罪を基礎づける事実の認識があったといえるから、抽象的事実の錯誤は認められない。

(2) 次に、X は、V が有効な自殺意思に基づいて自殺すると認識していたにもかかわらず、V が無効な自殺意思に基づいて自殺しているため、因果関係の錯誤がある。

もともと、因果関係の錯誤では、認識した因果経過と現実の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合する以上、行為規範の問題が与えられていたといえるから、故意は阻却されないと解する。したがって、具体的事実の錯誤として殺人罪の故意が阻却されることもない。

5. よって、殺人既遂罪が成立する。

総まくり 49 頁 [論点 4]

## (3) 非故意行為の利用

### ア. 無過失行為

被利用者には規範的障害が認められないから、道具性が認められる。

### イ. 過失行為

過失がある被利用者にも、(間接的には)規範的障害が認められるものの、犯罪事実の認識がなく違法性を意識できていない以上、自らの意思で犯罪の実現を回避することができないから、利用者に一方的に利用・支配されているといえ、道具性が認められる。

これに対し、有力説は、被利用者は通常の注意をすることで結果を回避することができたのであって、またそうすることを法により期待されているのだから、利用者の思い通りになる蓋然性が高くないとして、道具性を否定する。この有力説は、被利用者による結果発生 of 蓋然性 (利用者の結果支配の程度) の低さをメルクマールにする考えから説明しやすい。

前田総論 86 頁、基本刑法 I 313~  
314 頁

為だけでは、既遂罪の間接正犯の成立要件の一つである既遂結果の発生がないため、間接正犯の成立を認めることができない。

[事例2]では、乙の道具性の喪失により、乙の行為は甲が自ら行ったものであるという規範的評価がなされないことになるから、横領罪の間接正犯の成立要件の一つである「横領」は甲が自ら行ったものではないという評価になる。

したがって、甲について横領罪の間接正犯の成立は認められず、乙を実行行為者（正犯）とする横領罪の教唆犯（61条1項）の成否を検討することになる。教唆犯の成否としては、主として、㉞「教唆」の成否、㉟乙による預金の「占有」の肯否（実行従属性）、㊱「教唆」と「実行」行為の因果関係、㊲間接正犯と共犯の錯誤、㊳因果関係の錯誤、㊴65条1項・2項の意義が問題となる。

#### ウ. 身分なき故意ある者

身分のある者が身分のない者を利用した場合に、身分犯の間接正犯が成立するかという問題である。

①利用者には身分犯の間接正犯・被利用者には身分犯の幫助犯（65条1項）が成立するという見解<sup>5)</sup>、②65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれるとする立場から利用者と被利用者の双方に身分犯の共謀共同正犯の成立を認める見解、③純粹惹起説の立場から「正犯なき共犯」の成立を認めることで利用者について身分犯の教唆犯の成立を認める見解がある。

#### エ. 目的なき故意ある者

目的のある者が目的のない者を利用した場合に、目的犯の間接正犯が成立するかという問題である。

目的を有しない被利用者には、刑法上の禁止の対象である行為を行うという認識がなく、反対動機の形成可能性がないのだから、道具性があるといえ、目的犯の間接正犯が成立する。

#### (5) 適法行為の利用

利用者が被利用者の行為を利用することで構成要件該当事実を生じさせたが、被利用者の行為には違法性阻却事由が認められるため犯罪が成立しないという場合（例えば、甲が乙の正当防衛行為を利用して自らの殺意を実現した場合）に、間接正犯が成立するかという問題である。

被利用者は構成要件に該当する行為を行うことの認識があるものの、違法性阻却事由の存在について認識している以上、自らの行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから、反対動機の形成可能性を欠き、道具性が認められると解すべきである。したがって、間接正犯が成立する。

基本刑法 I 315～316 頁

基本刑法 I 316 頁

基本刑法 I 316～317 頁、山口総論  
73～74 頁、講義案 79 頁

<sup>5)</sup> ①の見解は、間接正犯の成立を否定した場合、共謀がない限り教唆犯の成否が問題になるところ、「正犯なき共犯」の成立を否定する立場からは、身分を有しない被利用者は身分犯の構成要件に該当しないため、教唆犯の成立も否定されることになり不都合であるということ、実質的な理由とする。もっとも、この見解に対しては、例えば、公務員が非公務員を利用して職務執行の対価として賄賂を受け取らせたという事案では、非公務員である被利用者も公務員である利用者との関係で賄賂を受け取れば違法となることを十分弁えているはずであるから、道具性が認められないのではないかという批判がある（基本刑法 I 315 頁）。

## 第5節. 不真正不作為犯

不作為とは、「期待された作為をしないこと」を意味し、不作為によって構成要件を実現する場合を不作為犯という。

不作為犯には、不作為を明示的に構成要件要素として規定し、それが犯罪となる条文を法文上明定している真正不作為犯と、不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない不真正不作為犯とがある。

### 1. 実行行為の特定

#### (1) 作為と不作為の区別

不作為は、期待された作為をしないことを意味する。そのため、積極的な行為も、期待された作為をしないことの一環として不作為を構成することがある。

実行行為を作為・不作為のいずれで捉えるのかの判断においては、なぜ結果が発生したのか（結果の発生の原因が作為と不作為のいずれにあるか）が問題とされる。すなわち、期待された作為を行わなかったから結果が発生したといえる場合には、実行行為は不作為と捉えるべきである。

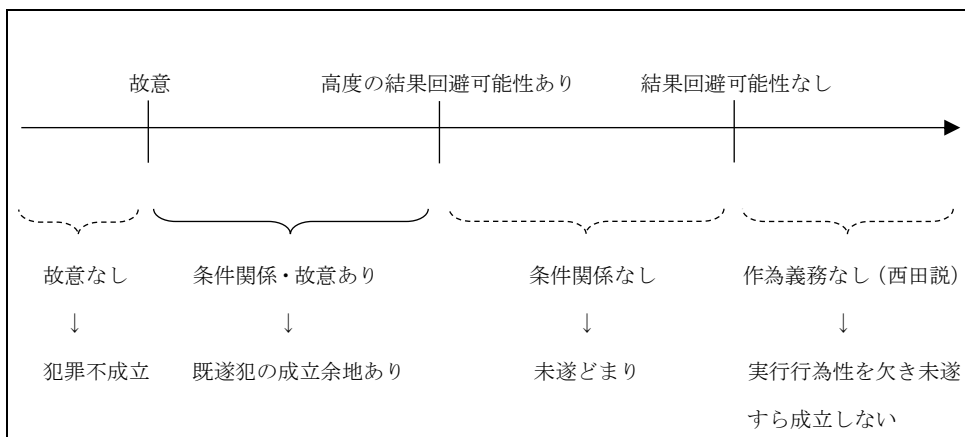
#### (2) 時間的範囲

故意及び因果関係との関係から、「故意を生じた時点」から「結果回避可能性のあった時点」までの間における不作為を実行行為と捉えるべきである。

まず、①故意は、実行行為時に備わっていることを要するから、実行行為は、故意を生じた時点若しくはそれ以降の不作為に求めなければならない。

次に、②既遂結果発生事案であれば、既遂犯成立が認められるための前提として、条件関係の要件である結果回避の高度の蓋然性が認められる時点までにおける不作為を実行行為と捉える必要がある。

#### [図解]



#### [過去問]

事案：病室で夫Vの看病をしていた妻Xは、D薬によるアレルギー反応により夫Vの容体に異変が生じていることを認識しながら、午後2時頃、Vの生死を、医師等の医療従事者の手にではなく、運命に委ねることを決め、その結果がどうなろうとその運命を従うこととし、殺人の故意を生じた。

Xは、上記の殺人の故意に基づき、Vの容体の異変を乙ら病院関係者

A

山口総論 78頁

山口総論 78頁

(1)(2)のうち、特に(2)については、それによって実行行為を特定するだけで足り、思考過程をそのまま答案で説明する必要まではないのが通常である。

A

平成22年司法試験改題



に報告することなく、事態を放置した。その際、巡回に来た看護師に対し夫 V の容体に変化はない旨の虚言を述べ、看護師による容体確認等を妨げるという積極的な行為にも及んだ。

午後 3 時 50 分、V が D 薬による急性アレルギー反応による呼吸困難によりショック死した。

遅くとも午後 2 時 20 分までに、医師、看護師等が V の異変に気付けば、当時の A 病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それにより V は救命されたものと認められたが、V の異変に気付くのが、それより後になると、V が救命されたかどうかは明らかでなく、午後 2 時 50 分を過ぎると、V が救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

解説：甲には午後 2 時頃、V の生死を運命に委ねることを決めた時点で殺意が認められる。

そこで、甲がかかる時点から救命可能性が認められる午後 2 時 20 分まで V の容体の異変を乙に報告しなかったという不作為について、殺人罪（刑法 199 条）の成否を検討することとなる。

なお、X が巡回に来た看護師に対し夫 V の容体に変化はない旨の虚言を述べたことは、V の容体の異変を報告する（作為義務の内容）という期待された作為を行わない不作為の一環をなすものにすぎない。

## 2. 不真正不作為犯の実行行為性

例えば、刑法 199 条は、「人を殺した」と規定しているから、作為による殺人のみを予定しているかのように読める。にもかかわらず、不作為が殺人罪の構成要件に該当し得るのか。これが、不真正不作為犯の実行行為性（あるいは、構成要件該当性）の問題である。

### [論点 1] 不真正不作為犯の実行行為性

不真正不作為犯は、構成要件の行為が作為に限定されている条文で不作為を処罰するわけではないから（不作為も殺人罪等の構成要件に本来的に含まれていると考える）、法律主義（罪刑の法定性）や類推適用の禁止という意味での罪刑法定主義には反しない。

もっとも、予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不作為につき作為との同価値性を要求することで、不真正不作為犯の成立範囲を限定すべきである。

具体的には、①作為義務及び②作為の可能性・容易性が必要である。

（補足）

①は、保証人的地位とも呼ばれるものであり、行為者に対して当該法益の保護が社会的に期待される場合に認められるものである。<sup>1)</sup>

A

高橋総論 154 頁、山口総論 76 頁、

佐伯 83 頁

佐伯 83～84 頁

<sup>1)</sup> 従来の通説では、通常、社会生活上その者が当然にその法益の保護（法益侵害の結果発生回避）に当たるべき地位（保障人的地位）にあるときに作為義務が認められる（刑事実体法演習 160 頁）。このような意味での保証人的義務は、結局、行為者に対して直接的・間接的に当該法益の保護を社会的に期待するか否かによるのである（高橋総論 162 頁）

①の発生根拠としては、法令、契約、事務管理、条理、先行行為、排他的支配ないし支配領域性、保護の引受けなどがあり、これらの作為義務の発生根拠は多元的に理解されている。<sup>2)</sup>

②作為の可能性・容易性は、作為義務違反の前提要件として必要とされるものである。

### [判例 1] シャクティ事件

B

事案：X 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する「シャクティパット」と称する独自の治療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。

A は、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて病院に入院し、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 (X の信奉者) は、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 X に依頼した。

X は、B の依頼を受け、滞在中の県内のホテルで同治療を行うとして、B らに指示して、痰の除去や水分の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。

X 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 X 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、X 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ゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、X は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を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 X には、不作为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

<sup>2)</sup> 先行行為とは、不作为以前に自己の故意又は過失に基づく行為により危険を生じさせた者（結果発生に向かう因果を設定した者）は、当然その危険を解消するべきであるとの考えに基づくものである（山口総論 82 頁、高橋総論 160 頁）。

排他的支配ないし支配領域性とは、不作为者が結果へ向かう因果経過を具体的・現実的に支配したことに着目して作為義務を肯定する考えである（山口総論 89 頁、高橋総論 161 頁）。

保護の引き受け（事実上の引き受け）とは、不作为者が法益保護を事実上引き受けたことにより、不作为者と法益との密接性が生じることに着目し、法益保護が不作为者に依存することを根拠として、作為義務を肯定する考えである（山口総論 88～89 頁、高橋総論 160～161 頁）。

との間に因果関係があれば足り、加重結果についての過失は不要と解すべきである。

そうすると、加重結果との関係における過失犯の共同正犯を問題にするまでもなく、結果的加重犯の共同正犯が認められることになる。

(事例)

- ・ X と Y とが暴行についての共謀に基づき、共同して V に対して暴行を加え、V を負傷させた  
➡ X と Y に傷害罪の共同正犯が成立する。
- ・ X は殺人の故意で、Y は傷害の故意で、V に対して暴行を加えることについて合意し、共同して V に対して暴行を加えたところ、X の暴行により形成された傷害を原因として V が死亡した  
➡ X には殺人罪の単独正犯が成立し、Y には傷害致死罪の共同正犯が成立する。
- ・ X は、Y との間における傷害についての共謀に基づき、Y とともに V に対して暴行を加え、その途中で、V の態度に激怒し、殺人の故意を生じ、V を殺害した  
➡ X には殺人罪の単独正犯が成立し、Y には傷害致死罪の共同正犯が成立する。

佐伯 424 頁、基本刑法 I 336 頁

総まとめ 136 頁 [論点 12]

総まとめ 138 頁 [論点 13]

#### [論点 5] 片面的共同正犯

共同実行の事実認められるものの、共同者間に意思連絡がなく、共同実行の意思が共同者の一方にだけ存在する場合である。

確かに、共同正犯における一部実行全部責任を基礎づける法益侵害の共同惹起という因果性は心理的因果性と物理的因果性からなるところ、片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性又は一方的な心理的因果性を基礎として構成要件該当事実を片面的ないし一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることも可能である。

このように考えて、片面的共同正犯を肯定する見解もある。

しかし、共同正犯では、構成要件該当事実の惹起の共同性を担保するための特別の要件として、意思連絡による心理的因果性が不可欠であると解すべきである。

そこで、意思連絡を欠く片面的共同正犯は認められないと解する。

A

高橋総論 471~473 頁、基本刑法 I  
337 頁

山口総論 367 頁

山口総論 367 頁

大判 T11.2.25

A

基本刑法 I 390 頁

#### [論点 6] 承継的共同正犯

承継的共同正犯の肯否は、先行者が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了しない間に、後行者が先行者との共謀に基づき残りの実行行為を行った場合、後行者は関与前の先行者の行為・結果について共同正犯としての責任を負うか、という問題である。<sup>6)</sup>

<sup>6)</sup> 実行行為とは、広義には客観的構成要件に該当する行為全般を意味し(強盗罪における「強取」、詐欺罪における交付行為を受けること等も含まれる)、狭義には強盗罪の「暴行又は脅迫」や詐欺罪における「欺」罔行為等を意味する。承継的共同正犯は、後行者について、実行行為終了前に「共謀に基づき実行行為の一部を実行した」ことを根拠として、一部実行全部責任という効果としていかなる範囲で先行者の行為とそれにより惹起された結果を承継するか(=加功前の先行者の行為とそれにより惹起された結果も含めて共

<p>1. まず、同一の犯罪についてのみ共同正犯の成立を認める完全犯罪共同説の立場からは、後行者には先行者がすでにした行為をも含めてその犯罪全体についての共同正犯が成立すると解される（積極説・全面肯定説）。</p>	<p>高橋総論 473～474 頁、新判例 115 頁、佐伯 380 頁・386 頁</p>
<p>しかし、構成要件が重なり合う限度で共同正犯の成立を認める部分的犯罪共同説からは、共同正犯者間で罪名を完全に一致させるという制約がないから、承継的共同正犯の肯否は共同正犯の処罰根拠から考えればよい。</p>	<p>佐伯 386 頁、新判例 115 頁</p>
<p>そして、共同正犯の処罰根拠を因果性に求める因果共犯論からは、因果関係が加功前（過去）に遡ることはあり得ない以上、全面肯定説は採り得ない。</p>	<p>新判例 107 頁</p>
<p>なお、上記のように、承継的共同正犯の肯否に関する議論では、共犯の因果性という実質論と共犯の従属性という形式論が交錯する。</p>	<p>新判例 114 頁以下</p>
<p>2. 次に、因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、これが認められるためには構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であるから、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある（消極説・全面否定説）。<sup>7)</sup></p>	<p>山口総論 370～371 頁、佐伯 386～387 頁</p>
<p>しかし、処罰の隙間を埋める必要性からは、構成要件該当事実全体にわたる因果性までは要求するべきではなく、構成要件該当事実において最も重要である法益侵害に対する因果性が認められるのであれば、その限りで承継的共同正犯を肯定するべきであろう。</p>	<p>新判例 121～122 頁参照</p>
<p>3. そして、承継的共同正犯を一定の範囲で肯定する中間説には、大別して、2つの見解がある。</p>	
<p>一つ目は、後行者が、先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない）の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解である。</p>	<p>大阪高判 S62.7.10</p>
<p>二つ目は、共同正犯の処罰根拠である因果性を構成要件的结果に対する</p>	<p>最決 H24.11.6・百 I 81</p>

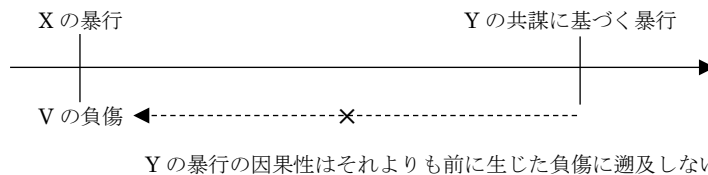
同正犯としての責任を負わせることができるか」という議論である（高橋総論 473 頁）。そのため、ここでいう「実行行為」は、広義の実行行為に対応するものとして、「構成要件的行为」と呼ばれることもある（山口総論 368 頁参照）。そうすると、承継共同正犯の事案における後行者は、共謀及びそれに基づく実行行為の分担という要件を満たすから、実行共同正犯である。

<sup>7)</sup> 山口厚教授は、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を「構成要件該当事実の共同惹起」「犯罪事実への因果性」と理解し、これが認められるためには「構成要件該当事実のすべてについての因果性が必要であり、構成要件該当事実の一部についての因果性では足りない」とする（山口総論 371 頁、新判例 119 頁）。因果性の対象は「構成要件該当事実」全体であり、「構成要件該当事実」の最重要部分ではあるがその一部であるにすぎない「法益侵害」に対する因果性だけでは、共同正犯の成立にとって必要とされる因果性としては足りない、と考えているのかもしれない（もっとも、山口厚教授は、共同正犯の処罰根拠について、「法益侵害の共同惹起」と表現することもある）。その上で、後行者の「共謀及びそれに基づく行為が…因果関係を有する」限りで承継的共同正犯の成立を認める限定中間説（最決 H24.11.6・百 I 81）について、「共犯の因果性の枠内にとどまるかの説明を行っているが、それは、成立が問題となる犯罪（たとえば強盗罪）の、最も重要であるとはいえ、一部をなすにすぎない法益侵害に対する因果性をいうものにすぎず、共犯の因果性を全く無視していないとはいえても、因果的共犯論の枠を超えていることは否定し難いのではないかと思われる。なぜならば、犯罪事実の一部に対する因果性で、犯罪事実全体に対する共犯の成立を肯定してよか、因果的共犯論の立場からは説明することができないからである。これは、処罰の隙間を埋めるため、あるいは必要と思われる相当な処罰を実現するために、共犯処罰を政策的に拡張しているものであるように思われる。」を批評し、「検討されるべき実質的な問題は、因果的共犯論の枠を超える政策的な処罰の拡張が本当に必要なのかということである。」とする（新判例 120～122 頁）。

因果性と理解した上で、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件的结果に対して因果性を有する限りで承継的共同正犯の成立を認める見解である。

〔例1〕共謀加担前に惹起された傷害結果

事案：Yは、Xの暴行により傷害を負ったVが抵抗困難な状態に陥っていたことから、Xと現場共謀の上、かかる状況を積極的に利用することで、Vに対して制裁目的で暴行を加えた。



要点：本決定は、「…Yは、共謀加担前にXが既に生じさせていた傷害結果については、Yの共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯として責任を負うことはない…。…原判決…の認定は、Yにおいて、VがXの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨を言うものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。」と述べている。

本決定は、「傷害罪については、共犯の因果性の観点から、中間説を適用することによる承継的共同正犯の成立を否定したものである」、「因果性を重視した妥当な判決である」と評価されている。

なお、本決定の千葉裁判官補足意見では、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がある…」とされているが、これは、因果関係のない過去の法益侵害についての刑責を負わせようとするものではない。

(答案)

共謀加担前の傷害結果については、その後の共謀及びこれに基づく暴行の因果性を遡及させることができないから、Yが自らの制裁目的を実現するためにXの暴行により傷害を負ったVの抵抗困難状態を積極的に利用して暴行に及んだという事情は、Yが暴行に及んだ動機ないし経緯にすぎない。

したがって、Yの共謀及びこれに基づく暴行がそれ以前に生じた傷害結果に因果性を及ぼしたとはいえないから、傷害罪の承継的共同正犯の成立は認められない。

未遂犯事例では「構成要件的结果」から「法益侵害」に変更する。

A

最決 H24.11.6・百 I 81

解説の便宜上、先行者・被害者が1名ずつの事案に修正している

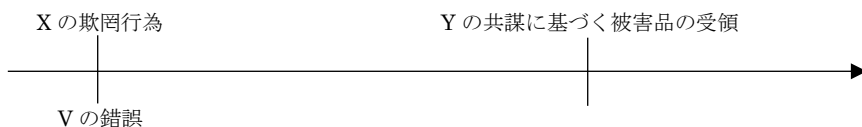
新判例 113 頁、佐伯 338 頁

新判例 120 頁

[例2] 詐欺罪において処分行為の段階から共謀加担した場合

A

事案：Yは、XがVを欺罔して錯誤に陥らせた後に、Xと共謀の上、Vから被害品を受け取った。



錯誤という過去の事実に対しては、Yの共謀に基づく被害品の受領の因果性は及ぼさない。しかし、Vの法益関係的錯誤に基づく処分行為による被害品の占有の喪失（詐欺罪における法益侵害）に対しては、Yの共謀に基づく被害品の受領の因果性が及ぶ。

(答案)

Yは、Xとの共謀及びこれに基づきVから錯誤に基づく被害品の交付を受けたという行為により、Vの錯誤に基づく被害品の占有移転という詐欺罪の法益侵害の惹起に対して因果性を及ぼしたといえる。

H30 重判3 解説1・2

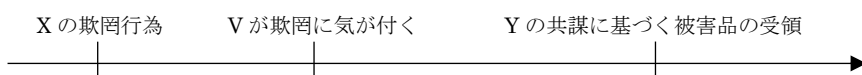
したがって、詐欺既遂罪の承継的共同正犯が成立する。

[例3] 詐欺未遂事案（だまされたふり作戦事件）

A

事案：XはVに欺罔文言を告げたものの、Vは、嘘を見破り、錯誤に陥らなかった。その後、Vは、警察と協力し、だまされたふりをして現金が入っていない箱を指定された場所に発送した。Yは、Xによる欺罔行為の後、Xと共謀の上、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、指定された場所においてVから発送された現金が入っていない荷物を受領した。

最判 H29.12.11・百I 82



詐欺未遂罪における法益侵害（Vの法益関係的錯誤に基づく処分行為による現金の占有喪失の危険の発生）は、Xの欺罔行為により発生し、VがXの詐欺に気が付いた時点で終了する（純客観的に見た場合）

不能犯の議論を応用することにより、Yの関与時点でもVが欺罔に気が付いていないと仮定して、Vの法益関係的錯誤に基づく処分行為による現金の占有喪失の危険が持続していたと評価することで、Yの共謀に基づく受領行為が上記の危険を維持又は増大させたとして、因果性を肯定する余地がある。

判旨：「前記…の事実関係によれば、Yは、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、Xと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、Yは、その

加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」

(答案)

確かに、本件詐欺未遂の法益侵害の内容をなす V が錯誤に陥り現金を交付することでその占有を喪失する危険性は、X の V に対する欺罔行為の時点で発生しており、Y が共謀に基づく本件受領行為によりかかる危険性を（維持又は）増大させたとはいえない。<sup>8)</sup>

しかし、不能犯に関する議論を応用し、次のように考えるべきである。

行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として一般人の危険感において結果発生 of 危険性が認められるのであれば、未遂犯が成立すると解されている（具体的危険説）。<sup>9)</sup>

そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Y もこれを認識していないから、Y が受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

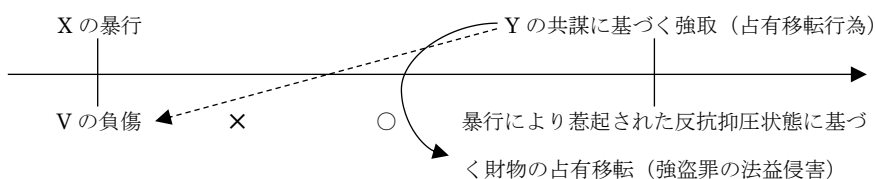
そうすると、Y は、X との共謀に基づき、本件詐欺を完遂する上で X の欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与することにより、V が錯誤に陥り現金を交付することでその占有を喪失する危険性をさらに（維持又は）増大させたといえる。

したがって、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成立が認められる。

本事件の控訴審である福岡高判 H29.5.31 の構成（H30 重判 3 解説 1)。

#### [例 4] 強盗致傷罪

事案：Y は、X の暴行・脅迫により負傷した V が反抗抑圧状態に陥っていたことから、X と現場共謀の上、かかる状況を積極的に利用することで、V から現金を奪い取った。



(答案)

まず、Y は、X との共謀に基づき共謀加担前の X の暴行・脅迫により惹起された V の反抗抑圧状態を利用して V から現金を奪うことで、現金の占有侵害について因果性を及ぼしている。そうすると、少なくとも強盗罪には因果性を及ぼしている。

次に、Y は、X の暴行・脅迫により負傷している V を見て、負傷している V からであれば簡単に現金を奪うことができると考え、V が負傷して

A

平成 28 年司法試験改題

<sup>8)</sup> だまされたふり作戦の実行により危険性が消滅し、詐欺未遂罪は終了したのではないかという問題の捉え方もある（基本刑法 I 280 頁）。（答案）は、この問題意識を前提としたものである。

<sup>9)</sup> 不能犯につき、最高裁決定は言及しておらず、その検討は基本的に不要であるとの見方もある（H30 重判 3 解説 2）。

## 第6章 財産犯

### 第1節 財産犯の体系

A

青本 275 頁

個別財産に 対する罪	領得罪	移転罪	盗取罪	窃盗罪 [動産のみ]
				不動産侵奪罪 [不動産のみ]
			強盗罪 [物/利益]	
		交付罪	詐欺罪・恐喝罪 [物/利益]	
		非移転罪	横領罪 [物]	
	間接領得罪	盗品等関与罪 [物]		
	毀棄罪			毀棄罪 [物]
全体財産に 対する罪	領得罪・毀 棄罪			背任罪 [物/利益]

### 第2節 窃盗罪

A

- ①「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」(235条)
- ②「第235条…の罪の未遂は、罰する。」(243条)

#### 1. 保護法益

占有それ自体 (占有説)

#### 2. 罪質

- ①結果犯
- ②個別財産に対する罪 (客体たる財産が個別財産として個々に保護される)
- ③状態犯 (結果発生とともに犯罪が終了し、その後は法益侵害の状態が継続)
- ④領得罪 (財産の効用の取得による財産侵害を要件とする)
- ⑤移転罪 (占有の移転を伴う)
- ⑥盗取罪 (占有の移転が占有者の意思に反する)

#### 3. 構成要件

- (1)「他人の財物」
- ア.「財物」
- (ア)財物概念



- ・有体物（固体・液体・気体）に限られる（有体物説）。
- ・電気は財物とみなす（245条）。
- ・不動産侵奪罪（235条の2）との関係から、不動産は含まれない。

#### [論点 1] 財物は有体物に限られるか

有体物説と管理可能性説（事務的管理可能性説／物理的管理可能性説）がある。

なお、245条が「この章の罪については、電気は、財物とみなす。」と規定しているため、電気窃盗は可罰的である。

確かに、財物の概念を目的論的に解釈すれば、管理可能な無体物も含むと考える余地もある。

しかし、245条の規定は「電気」が財物でないことを前提とする規定であるといわざるを得ない。

また、管理可能な無体物を「財物」に含めると、「財物」の解釈の限界がきわめて不明確となり、罪刑法定主義に反する。

さらに、ほとんどの利益窃盗も可罰的となる可能性があり、利益窃盗を不可罰とする現行刑法を逸脱することにもなる。

そこで、「財物」は、有体物（固体、液体、気体）に限られると解する。<sup>1)</sup>

#### [判例 1]

事案：A製薬の代表取締役社長であったX及び顧問であったYは、国立予防衛生研究所（以下「予研」）抗生物質製剤室に勤務する厚生技官Zと共謀して、同室長Cが保管管理する、B製薬のホスホマイシンに関する資料を入手することを企てた。その後、Zは、午前9時頃出勤して、出勤前のC室長の戸棚の中からB製薬のホスホマイシンに関する資料が編綴されたファイル1冊を取り出して自己の机の上に置いておき、同9時半頃、受け取りに来たYにこれを手渡した。Yは、これをA製薬本社に持ち帰ってコピーを作成し、その日の午後4時前後に予研に赴いて、Zに同ファイルを返還した。

判旨：①「情報の化体された媒体の財物性は、情報の切り離された媒体の素材だけについてではなく、情報と媒体が合体したものの全体について判断すべきであり、ただその財物としての価値は、主として媒体に化体された情報の価値に負うものということができる。そして、この価値は情報が権利者（正当に管理・利用できる者を含む。以下同様）において独占的・排他的に利用されることによって維持されることが多い。また、権利者において複製を許諾することにより、一層の価値を生み出すことも可能である。情報の化体された媒体は、こうした価値も内蔵しているものといえる。以上のことは、判示窃盗にかかる本件

B

西田各論 152～153頁

B

東京地判 S59.6.28・百II 33

<sup>1)</sup> 情報窃盗事案では、①情報自体の「財物」性を否定した上で、②USB等の情報媒体について情報が化体されたものであり財産的価値があるとして「財物」性を肯定する。

ファイルについても同様であって、本件ファイルは、判示医薬品に関する情報が媒体に化体され、これが編綴されたものとして、財物としての評価を受けるものといわなければならない。」

②「まず、本件ファイルの財物としての価値は、前示のように情報が化体されているところにあるとともに、権利者以外の者の利用が排除されていることにより維持されているのであるから、複製という方法によりこの情報を他の媒体に転記・化体して、この媒体を手許に残すことは、原媒体ともいべき本件ファイルそのものを窃かに権利者と共有し、ひいては自己の所有物とするのと同様の効果を挙げることができる。これは正に権利者でなければ許容されないことである。しかも、本件ファイルが権利者に返還されるとしても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗するといわなければならない。このような視点に立つて本件をみるに、…本件窃盗は、判示にもあるように、本件ファイルを複製して、これに化体された情報を自らのものとし、前示のような効果を狙う意図と目的のために持ち出したものであるから、これは正に被告人らにおいて、権利者を排除し、本件ファイルを自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用又は処分する意思であつたと認められるのが相当である。そして、こうした意思で本件ファイルを持ち出すことは、たとえ複製後すみやかに返還し、その間の権利者の利用を妨げない意思であり、かつ物理的損耗を何ら伴わないものであつても、なおX・Y及びZらに不法領得の意思があつたものと認めざるを得ない。」

#### (イ) 所有権の目的

「財物」は、財産権、ことに所有権の目的となり得るものであることを要する。

##### [論点 2] 禁制品も「財物」に含まれるか

禁制品（特別の許可がなければ私人による所有・所持が認められない物）も「財物」に含まれるか。

禁制品であっても、一定の許可等を条件として所有権の対象となるのであるから、「財物」に含まれると解する。

#### (ウ) 財産的価値

「財物」は、財産犯の客体である以上、財産的価値を有することを要する。ここでいう財産的価値には、客観的な交換価値と、主観的な使用価値（積極的価値・消極的価値）がある。<sup>2)</sup>

<sup>2)</sup> 例えば、預金通帳については、「それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有する」として財物性が肯定されており（最決 H14.10.21）、キャッシュカードについても同様に考えることができる。

B

最判 S24.2.15

## イ. 「他人の」

- ・「他人の」とは、他人の所有権を意味する。<sup>3)</sup>
- ・刑法の目的は、既存の財産関係の秩序の保護にあるから、財物の他人の所有権は、刑法的保護に値するものであれば足り、完全な所有権であることを要しない。そのため、禁制品・公職選挙法違反の選挙ポスターなどのように、将来所有権が否定される可能性のある物であっても、他人性が認められる。
- ・財物は、①他人所有・他人占有の物（問題なく「他人の財物」に当たる）、②他人が本権に基づき占有する自己所有物（本権説からも「他人の財物」に当たる）、③他人が本権に基づかないで事実上占有する自己所有物（〔論点 3〕）、④他人が本権に基づかないで事実上占有する第三者所有物（〔論点 4〕）に分類される。

### 〔論点 3〕 自己所有物

自己所有物であっても、「他人が占有…するもの」は、「他人の財物」とみなされる（242条）。では、242条でいう「他人が占有」は、本権に基づかない事実上の占有も含むか。<sup>4) 5)</sup>

#### （論証 1）本権説

235条と242条が区別されて規定されていることからすれば前者が原則規定で後者が例外規定と理解するべきである、民法上保護される私法上の正当な権利関係だけを刑法で保護すれば足りるとの理由から、窃盗罪の保護法益を他人の占有の基礎にある所有権その他の本権（質権、賃借権など）であると解する見解がある。

本権説からは、窃盗罪は本来所有権だけを保護するものであるが、242条により「本権」にまで保護法益が拡大されていると理解することになる。

そうすると、242条は、窃盗罪の客体を、他人が占有・所有する財物から、他人が本権に基づき占有する自己所有物にまで拡大した規定であると理解される。

したがって、242条でいう「占有」は、本権に基づく占有（権限（法律上の原因）に基づく適法な占有）だけを意味する。

#### （論証 2）占有説

現行刑法は、窃盗罪の客体について「他人の財物」と規定し、旧刑法

A

高橋各論 222～223 頁、基本刑法 II

130 頁

高橋各論 223 頁、基本刑法 II 130 頁

<sup>3)</sup> 「自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす」（242条）。

<sup>4)</sup> 本権説からは、235条は原則規定、242条は例外規定と位置づけられ、例外規定である242条の適用範囲は制限的に、本権に基づく占有と解釈されることになる。これに対し、占有説からは、242条は235条の注意規定であるという位置づけになる（高橋各論 222 頁）。

<sup>5)</sup> 判例（最決 H 元.7.7・百 II 26）は、占有説に立ち、他人が事実上占有する自己所有物の取り戻しも窃盗罪の構成要件に該当するとしつつ、その行為は社会通念上占有者（例えば、借主等）に受忍を求め限度を超える者かという観点から、権利行使による違法性阻却の可否について検討を加えている（高橋各論 226 頁、基本刑法 II 134 頁）。

のように「人の所有物」と規定していない。

また、235条・242条では、「他人の財物」「他人の占有」とだけ規定されており、権利の存在を明示的に要求していない。

さらに、占有訴権制度（民法197条以下、特に民法202条2項）は、本権に基づく自力救済を禁止することで事実としての財産状態の尊重を要求する趣旨であるから、窃盗罪においても占有自体を保護すべきである（実質的根拠 - 自力救済の禁止）。

そこで、窃盗罪の保護法益は、占有それ自体であると解する。

占有説からは、所有権者であっても他人の占有を侵害することは許されないものであり、242条はそのことを注意規定にすぎないと理解される。

そうすると、242条の「他人が占有」には、他人の事実上の占有も含まれる。

西田各論 164 頁

#### [論点 4] 第三者が本権に基づかずに占有する他人の所有物

確かに、他人の所有物である以上、「他人の財物」に当たるはずである。

しかし、窃取という占有移転の対象となるべき本罪における「財物」は、他人の占有に属するものであることを要する。そこで、本権に基づかない第三者の占有が本罪によって保護に値するものであるかという形で、窃盗罪の成否が問題となる。

A

窃盗罪の保護法益を他人の占有の基礎にある所有権その他の本権であると解する本権説からは、本権に基づかない事実上の占有の要保護性が否定される結果、第三者が本権に基づかずに占有する他人の所有物は「財物」に当たらないことになる。

高橋各論 223 頁、基本刑法Ⅱ 132 頁

しかし、事実上の占有も尊重することで財産秩序を保護する必要があるから、本罪の保護法益は事実上の占有自体であると解すべきである（占有説）。

この見解からは、上記の他人の所有物も、「財物」に当たる。

#### ウ. 他人の占有

窃盗罪は占有移転を伴う移転罪であるから、客体である「財物」は他人の占有に属することを要する。<sup>6)</sup>

#### [論点 5] 占有の存否

所有者と財物との間に物理的間隔がある場合などに、当該財物について所有者の占有が及んでいるのかが問題となる。

A

最決 H16.8.25・百Ⅱ 28

窃盗罪における占有は、財物に対する事実的支配である。

これは、領得行為の時点を基準に、財物に対する客観的支配と支配意思を総合して社会通念に従って判断される。<sup>7)</sup>

<sup>6)</sup> 「他人の」とは、他人の占有を意味するのではない。窃盗罪の客体である「財物」が他人の占有に属するものであることは、「窃取」から導かれる（山口各論 177 頁）。

<sup>7)</sup> 行為者が窃取の時点で被害者の占有を基礎づける事実を認識していることが必要であり、この認識がなければ、窃盗罪の故意がなく、抽象的錯誤の問題となり、遺失物横領罪が成立するとどまる。なお、窃盗罪は、242条を度外視すれば占有侵害と所有権侵害からなる罪であり、遺失物等横領罪は所有権侵害からなる罪であり、両者の間には「重い軽い」という関係がある。すなわち、両者は所有権侵害の限度で実

[事案類型]

(類型 1) 財物を現実に握持している場合

財物を直接に支配しているといえ、占有が認められる。

(類型 2) 財物が人の(閉鎖的)支配領域内に有る場合

当該閉鎖的空間の支配を通じた財物に対する支配が認められるから、当該閉鎖的空間を支配している者による占有が認められる。

(類型 3) 財物を自己の所在地から離れた場所にとくに置いた場合

単なる財物の所在場所だけではなく、財物がそこに置かれた経緯・状況も考慮して判断する。

(類型 4) 財物を一時置き忘れた場合

時間的・場所的な関係から、財物の置き忘れに気づき、それによって現実的支配を回復する可能性が高いこと(他者による妨害を排除して財物を確保する可能性)が占有を基礎づける。

場所的間隔についていえば、財物が被害者が短時間で現実的支配を及ぼし得る場所的範囲にあったかが重要である。

「他人の事実的支配を推認せしめる状況」の存在は、妨害を排除して現実的支配を回復する可能性を認めがたい場合において意味があるのであり、すでに現実的支配の可能性によって占有を肯定し得る事案においては、これの欠如は占有を否定する理由にならない。

(類型 5) 元の占有者の占有喪失により占有が他者に移る場合

元の占有者が物の占有を喪失することにより、物の占有が、それが存在する領域を支配している者に移転することがある。

[論点 6] 占有の帰属

財物の支配に複数の者が関与している場合、占有が誰に帰属しているのかが問題となる。その判断においては、物の支配・帰属に関する社会通念が援用される。

(類型 1) 共同占有

数人が共同して財物を占有する場合である。

この場合、共同占有者の一人が他の共同占有者の同意を得ることなく、当該財物を、単独占有に移した場合には、他の共同占有者の占有を侵害したことになり、窃盗罪が成立する。

(類型 2) 上下・主従関係

財物の支配について上下・主従関係がある場合については、原則として、占有は上位者にあり、下位者は占有補助者(上位者が財物に対して

A

山口各論 181~182 頁

大判 T8.4.5、最判 S25.6.6

大判 T7.2.6 [商店の店主と雇人]、  
大判 T12.11.9 [倉庫番による窃盗]

質的に重なり合い、占有侵害の有無によって重さが異なっているのである。したがって、窃盗の認識で遺失物横領を実現した場合には、遺失物横領罪の故意が認められる。

## 第2章 国交に関する罪

C

### 1. 外国国章損壊等

- ①「外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。」(92条1項)
- ②「前項の罪は、外国政府の請求がなければ公訴を提起することができない。」(2項)

### 2. 私戦予備及び陰謀

「外国に対して私的に戦闘行為をする目的で、その予備又は陰謀をした者は、3月以上5年以下の禁錮に処する。ただし、自首した者は、その刑を免除する。」(93条)

### 3. 中立命令違反

「外国が交戦している際に、局外中立に関する命令に違反した者は、3年以下の禁錮又は50万円以下の罰金に処する。」(94条)

## 第3章 国家の作用に対する罪

### 第1節 公務の執行を妨害する罪

#### 1. 公務執行妨害罪

「公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者は、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。」(95条1項)

##### (1) 保護法益

本罪の保護法益は公務員による公務の円滑な執行であり、公務員を特別に保護する趣旨ではない。

##### (2) 構成要件

###### ア. 客体

本罪の客体は「公務員」である。

「公務員」とは、形式的には「国又は地方公共団体の職員その他法令により公務に従事する議員、委員その他の職員」(7条1項)をいい、実質的には、「法令により公務に従事する職員」をいい、「議員」、「委員」はその例示である。<sup>1)</sup>

###### イ. 「職務を執行するに当たり」

「暴行又は脅迫」は、「公務員が職務を執行するに当たり」加えられたものであることを要する。

###### [論点1] 「職務」の範囲

業務妨害罪で保護される私企業的・現業的公務も「職務」に含まれるか。

確かに、私企業的・現業的公務が業務妨害罪(233条・234条)によって保護されていることから、これにつき二重の保護を与えるべきではないとして、本罪の「職務」には私企業的・現業的公務は含まれないとする見解もある(公務区分説)。

しかし、公務は公共の福祉に奉仕するものとしてより厚く保護されてしかるべきである。

そこで、本罪の「職務」には、広く公務員が取り扱う各種各様の事務のすべてが含まれると解すべきである。

###### [論点2] 職務執行の範囲

「公務員が職務を執行するに当たり」とは、①具体的・個別的に特定された職務の執行の開始から終了までの時間的範囲、及び②当該職務の執行と時間的に接着してこれと切り離し得ない一体的関係にあるとみることが出来る範囲内の職務の執行中を意味する。

そして、職務の性質上、ある程度継続した一連の職務として把握する

A

高橋各論 617 頁

B

西田各論 446 頁

西田各論 446 頁

最判 S53.6.29

C

最判 S53.6.29、最決 H 元.3.10・百

<sup>1)</sup> 「国又は地方公共団体の職員」とは、国家公務員法、地方公務員法上の職員を意味し、外国の公務員を含まない。判例も、公務執行妨害罪以外の犯罪に関するものではあるが、被告人が米国領事館員に対して虚偽の申し立てをした事案における公正証書原本不実記載等罪(157条2項)の成否の判断において、「米国領事館員のごときは、刑法7条、従って同法157条2項にいわゆる公務員とはいえない」との理由から本罪の未遂の成立を否定している(最判 S27.12.25)。

ことが相当と考えられるものについては、暴行・脅迫の際に職務の執行が中断・停止されているかのような外観を呈していたとしても、一体性・継続性を有する職務の執行中であつたとして、職務執行性を認めることができる。

II 114

### 〔論点 3〕 職務の適法性

A

#### (論証 1) 職務の適法性の要否・要件

違法な職務を刑法により保護する必要はないし、仮に違法な職務まで保護すると公務員の身分・地位それ自体が保護される結果となり、公務員自体を保護するという本罪の趣旨に反する。

西田各論 445 頁、高橋各論 621 頁、  
基本刑法 II 490 頁

そこで、本罪の書かれざる(規範的)構成要件要素として、「職務」の適法性が必要であると解する。

最判 S42.5.24・百 II 112

そして、職務の適法性要件は、①抽象的職務権限(当該公務員に法律上付与されている抽象的・一般的な意味での職務の範囲に属すること)、②具体的職務権限(当該公務員の具体的な職務行為が法律上の要件を具備していること)、及び③公務の有効要件である法律上の手続・方式の重要部分の履践であると解する。<sup>2) 3)</sup>

最決 S41.4.14・百 II 113

基本刑法 II 497~498 頁

#### (論証 2) 適法性の判断基準

①主観説(公務員が適法と信じたかを基準とする)、②折衷説(一般人を基準とする)、③客観説(裁判所が法令の要件に従い客観的に判断する)がある。①主観説及び②折衷説は行為時における主観・見え方を問題とする以上、必然的に行為時標準説となる。これに対し、③客観説については、裁判時標準説と行為時標準説がある。

高橋各論 624 頁

まず、職務の適法性を公務員の主観を基準に判断すると公務員の専断が許容され適法性が否定される場合が存在し得ないことになりかねないし、一般人基準も不明確である。適法性の要件が公務員の職務行為自体と国家的利益と私人の個人的利益との比較衡量の基準となることからすれば、職務の適法性は、裁判所が法令を解釈して客観的に判断すべきである(客観説)。

基本刑法 II 499 頁

次に、事後判断によると職務の執行が十分保護されないおそれがあるから、職務行為時を基準として判断すべきである(行為時標準説)。<sup>4)</sup>

2) 通常逮捕であれば、これを行う権限を有するのは「検察官」「検察事務官」及び「司法警察職員」であるから、これらのいずれにも該当しない市役所勤務の公務員には被疑者を通常逮捕する抽象的職務権限(①)は認められない。また、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」が通常逮捕をする場合であっても、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(同法 199 条 1 項本文)逮捕の必要性(同法規則 143 条の 3)を欠く場合には、通常逮捕の具体的職務権限を欠く。さらに、被疑者に対して逮捕状を示すこと(刑事訴訟法 201 条 1 項)は、③の問題である(高橋各論 623~624 頁、大阪高判 S32.7.22 等)。逮捕状の発付についても、②ではなく③に位置づけることになるとと思われる。

3) ③については、単なる訓示規定・任意規定の違反に限定して「重要部分の履践」が認められるとする見解もあるが、公務の保護と人権の保護との調和を図る見地からは、職務執行の相手方の権利保護のために重要な手続違反の有無により判断する見解によるべきである(高橋各論 622 頁、基本刑法 II 496 頁)。

4) 裁判時標準説(純客観説)によると、適法な逮捕要件を備えていても、裁判時に無実であると判明すれば、逮捕行為は違法となり公務執行妨害罪が成立しないことになる。無実の者に反抗しないことを期待す



(論証 3) 適法性の錯誤

職務の適法性は規範的構成要件要素であるから、これを基礎づける事実と適法性の法的評価とに区別される。

そして、構成要件要素に属する職務の適法性に関する錯誤のすべてを法律の錯誤として処理するのは妥当でない一方で、適法性を軽信した場合にまで故意の阻却を認めることも法益保護に悖り妥当でない。

そこで、前者についての錯誤の場合には事実の錯誤として故意が阻却されるが、後者についての錯誤の場合には法律の錯誤として原則として故意が阻却されないと解する(二分説)。

高橋各論 625-626 頁、基本刑法Ⅱ

500 頁

ウ。「暴行又は脅迫」

本罪の「暴行」は、公務員の身体に対し加えられる必要はなく、直接・間接を問わず公務員に向けられた不法な有形力の行使をいう。

[論点 4] 間接暴行

本罪は結果としての公務執行妨害を処罰するものではないから、暴行は間接的にせよ公務員に対して加えられることが必要である。

そこで、物や第三者に対して加えられる暴行は、それが間接的に公務員の身体に物理的に影響を与えるものでなければ本罪の「暴行」たり得ないと解する。

そのための最低条件として、物や第三者に対する暴行は、公務員の面前で行われる必要がある。ことが必要であると解される。<sup>5)</sup>

A

西田各論 451 頁

西田各論 451 頁、高橋各論 626 頁

西田各論 451 頁、高橋各論 627 頁

[判例 1]

事案：被告人 X は、司法巡査が覚せい剤が覚せい剤取締法違反の現行犯逮捕の現場で証拠物として適法に差し押さえた上、整理のため同所においた覚せい剤注射液入りアンプル 30 本を足で踏みつけ、内 21 本を損壊した。

判旨：「刑法 95 条 1 項の公務執行妨害罪が成立するには、いやしくも公務員の職務の執行に当りその執行を妨害するに足る暴行を加えるものである以上、それが直接公務員の身体に対するものであると否とは問うところでないことは当裁判所判例とするところである。

原審の確定した事実によれば、X は、司法巡査が覚せい剤取締法違反の現行犯人を逮捕する場合、逮捕の現場で証拠物として適法に差し押さえたうえ、整理のため同所に置いた覚せい剤注射液入りアンプ

B

最決 S34.8.27

ることは困難であることを考えれば純客観説にも一理あるが、職務行為時に適法な職務であれば十分な要保護性を備えているといえるから、行為時標準説によるべきである(西田各論 450 頁)。

5) 最高裁昭和 34 年決定は、被告人 X が X を現行犯逮捕した司法巡査の面前で司法巡査が覚せい剤取締法違反の証拠物として差し押さえた覚せい剤注射液入りアンプルを足で踏みつけて損壊したという事案において、「X の所為は右司法巡査の職務の執行中その執行を妨害するに足る暴行を加えたものであり、そしてその暴行は間接に同司法巡査に対するものというべきである。」と判示して、公務執行妨害罪の成立を認めている。

これに対し、「X は、警察官 Y らが捜索差押許可状に基づき甲方の捜索に来た際、Y らにより X 方玄関ドアの鍵が開けられる前に、居室内にあった覚せい剤入りの注射器を足で踏みつけて壊した。」という事案(令和 2 年司法試験短答式第 8 問イ)では、X が警察官乙が甲方内に入る前に甲方居室内で「覚せい剤入りの注射器を足で踏みつけて壊した」だけであるため、注射器に対する暴行は警察官 Y の面前で行われていないから、同暴行が警察官 Y の身体に物理的に影響を与えたとはいえない。したがって、「暴行」は認められず、公務執行妨害罪は成立しない。

ル 30 本を足で踏付けうち 21 本を損壊してその公務の執行を妨害したというのであるから、右 X の所為は右司法巡査の職務の執行中その執行を妨害するに足る暴行を加えたものであり、そしてその暴行は間接に同司法巡査に対するものというべきである。さればかかる X の暴行を刑法 95 条 1 項の公務執行妨害罪に問擬した原判決は正当でありこれを攻撃する論旨は理由がない。」

**[論点 5] 公務員の補助者に対する暴行**

判例は、公務員の指揮に従いその手足となりその職務の執行に密接不可分の関係において関与する補助者に対する暴行も本罪の「暴行」たり得るとしている。

もっとも、本罪が「公務員」に向けられた暴行・脅迫を実行行為としていことから、前記暴行は、公務員の面前で行われることで、公務員に対して物理的に影響を与えるものであることを要する。

**[判例 2]**

要点：本判決は、執行史による強制執行の際にその補助者に対して暴行が加えられた事案につき、本罪の「暴行脅迫は、必ずしも直接に当該公務員の身体に対して加えられる場合に限らず、当該公務員の指揮に従いその手足となりその職務の執行に密接不可分の関係において関与する補助者に対してなされた場合もこれに該当すると解するを相当とする」と述べた上で、公務執行妨害罪の成立を認めた。

**[論点 6] 暴行・脅迫の程度**

本罪は公務に対する抽象的危険犯であるから、本罪の「暴行又は脅迫」は、公務執行の妨害となるべき性質のものであれば足り、現実の公務執行妨害の結果発生までは不要と解する。

**[判例 3]**

事案：警察官に対する投石行為について公務執行妨害罪の成否が問題となった。

判旨：「公務執行妨害罪は公務員が職務を執行するに当りこれに対して暴行又は脅迫を加えたときは直ちに成立するものであつて、その暴行又は脅迫はこれにより現実に職務執行妨害の結果が発生したことを必要とするものではなく、妨害となるべきものであれば足りうるものである。…そして投石行為はそれが相手に命中した場合は勿論、命中しなかつた場合においても本件のような状況の下に行われたときは、暴行であることはいうまでもなく、しかもそれは相手の行動の自由を阻害すべき性質のものであることは経験則上疑を容れないものというべきである。されば本件被告人等の各投石行為はその相手方である前記各巡査の職務執行の妨害となるべき性質のものであり、従つて公務執行妨害罪の構成要件たる暴行に該当すること明らかである。そうだとすれば被告人等の各投石行為がたとえ只一回の瞬間的なものであつたとしても、かかる投石行為があつたときは、前説示のとおり、直ちに公務執行妨害罪の成立があるもの

B

最判 S41.3.24・百 II 115

西田各論 451 頁、高橋各論 627 頁

B

最判 S41.3.24・百 II 115

A

最判 S33.9.30

高橋各論 627 頁

B

最判 S33.9.30

といわなければならない。」

### (3) 他の犯罪との関係

#### ア. 威力妨害罪との関係

判例は、公務執行妨害罪における「公務」には全ての公務が含まれると解する一方で、威力業務妨害罪における「業務」には強制力を行使する権力的公務以外の公務が含まれると解しているため、強制力を行使する権力的公務以外の公務については両罪で保護される。したがって、行為者が権力的公務以外の公務に従事する公務員に対して「暴行又は脅迫」を行い、これが「威力」にも当たる場合には、両罪が成立し、科刑上、観念的競合として処理される。

基本刑法Ⅱ112～113頁

総まくり 336頁 [論点1]、216頁

[論点1]

#### イ. 暴行罪・脅迫罪・傷害罪・恐喝罪・強盗罪・殺人罪

高橋各論 628頁

- ・公務執行妨害罪の手段たる「暴行又は脅迫」は、別罪として暴行罪（208条）や脅迫罪（222条）を構成しない。
- ・本罪の手段たる「暴行又は脅迫」が傷害罪（204条）、恐喝罪（249条）、強盗罪（236条以下）、殺人罪（199条）などの成立要件を満たす場合には、別途これらの犯罪も成立し、両罪は観念的競合になる。

### 2. 職務強要罪

C

「公務員に、ある処分をさせ、若しくはさせないため、又はその職を辞させるために、暴行又は脅迫を加えた者も、前項と同様とする。」（95条2項）

保護法益は、将来の公務執行である。

### 3. 封印等破棄罪

C

「公務員が施した封印若しくは差押えの表示を損壊し、又はその他の方法によりその封印若しくは差押えの表示に係る命令若しくは処分を無効にした者は、3年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」（96条）

保護法益は、封印又は差押えの表示により示された公務員による命令・処分の作用である。

### 4. 強制執行妨害目的財産損壊等罪

C

「強制執行を妨害する目的で、次の各号のいずれかに該当する行為をした者は、3年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。情を知って、第3号に規定する譲渡又は権利の設定の相手方となった者も、同様とする。」（96条の2柱書前段）

- ①「強制執行を受け、若しくは受けるべき財産を隠匿し、損壊し、若しくはその譲渡を仮装し、又は債務の負担を仮装する行為」（1号）
- ②「強制執行を受け、又は受けるべき財産について、その現状を改変して、価格を減損し、又は強制執行の費用を増大させる行為」（2号）
- ③「金銭執行を受けるべき財産について、無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為」（3号）