

第1部 総論

第1章 序論

第1節. 刑法の意義

C 総まくり1頁

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。

第2節. 刑罰の目的

C 総まくり1頁

通説は、刑罰について、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を基本に据えながら、②社会統制の手段としての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）。

第3節. 犯罪の本質

C 総まくり1頁

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）。

第4節. 刑法の機能

C 総まくり2頁

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。

第5節. 刑法の基本原則

C 総まくり2~4頁

刑法の法益保護機能から①法益保護主義が、刑法の自由保障機能から②責任主義と③罪刑法定主義が導かれる。

③罪刑法定主義の内容は、①法律主義（憲法31条）④遡及処罰の禁止（憲法39条、刑法6条）、⑤類推解釈（適用）の禁止、⑥絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止、⑦刑罰法規の明確性（憲法31条）、⑧刑罰法規の内容の適正さ（憲法31条：無害行為の処罰禁止・過度の広汎性の原則・刑罰の不均衡の禁止）である。

第6節. 犯罪論の体系

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。

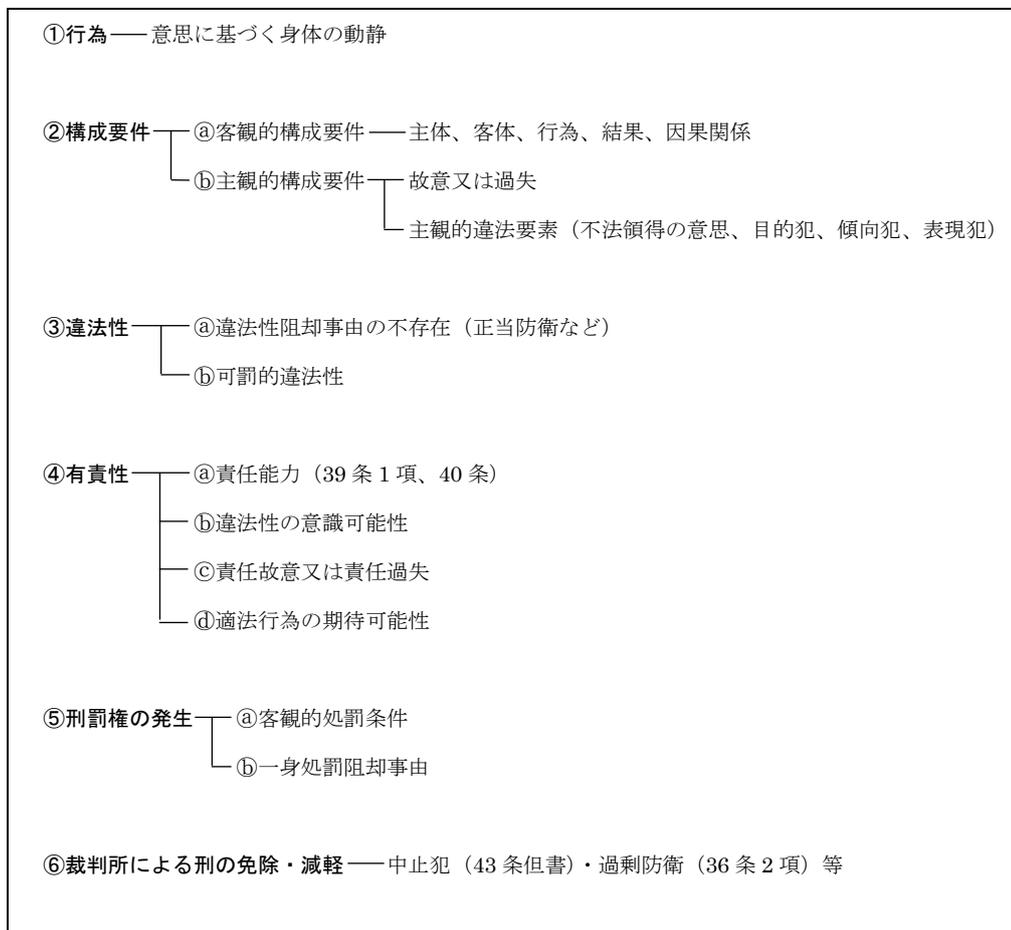
第1に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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。

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。

[犯罪論の体系]



第2章 構成要件該当性

第1節. 意義及び機能

B 総まくり 6頁

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。

第2節. 構成要件の要素

B 総まくり 6頁

構成要件は、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素に分類される。

第3節. 実行行為

B 総まくり 6頁

実行行為は、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いう。

第4節. 正犯

A 総まくり 7～19頁

正犯としての構成要件該当性が認められるためには、実行行為を自ら行った正犯であると評価できる必要がある。これには、実行行為を自ら直接に行う直接正犯と、他人を利用して間接的に行う間接正犯がある。

1. 間接正犯の成立要件

[論点 1] 間接正犯の成立要件

A

間接正犯は、通常は、正犯性として論じられる。もっとも、被害者の行為を利用する類型では、実行行為性として論じるべきである。

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、構成要件の結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は一方的な利用・支配関係により判断される。

2. 間接正犯の体系上の位置づけ

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実上の区別にすぎない。したがって、間接正犯の問題は、第三者の行為を利用した事案では、実行行為を行った者として正犯となるのは利用者と被利用者(第三者)のいずれであるかという形で、正犯性として議論されることになる。

被害者を利用した事例では、被害者による実行行為を観念することができない以上、間接正犯の問題について、実行行為を行った者として正犯となるのは利用者と被利用者(被害者)のいずれであるかという形で、正犯性として議論することはできない。そこで、利用者による実行行為を認める余地があるのかという形で、実行行為性の問題として間接正犯を論じることになる。

なお、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。例えば、甲が乙に命令して自殺を強制したという事案では、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（被害者乙に命令してやらせようとした行為には、被害者乙死亡の現実的危険性が認められるか）について検討する必要がある。

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。

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。

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。

最決 S58.9.21・百174

例えば、被利用者が機械的に動いただけであり、自己が利得する意思もない場合には、意思の抑圧による道具性が認められる傾向にある。

大阪高判 H7.11.9

反対に、被利用者が自己の意思により犯罪の実行を決意し、臨機応変に対処して犯罪を完遂したなどの場合には、道具性が否定される。この場合、利用者は共謀共同正犯となるのが通常である（共謀共同正犯の成立要件が否定されるときは、教唆犯となる。）。

最決 H13.10.25

(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1] 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

A

最決 H16.1.20・百173

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) に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。¹⁾

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。

5. よって、殺人未遂罪が成立する。

[判例2] 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

¹⁾ 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。

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。

論証集 29 頁 [論点 6]

(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。

第5節. 不真正不作為犯

不作為犯のうち、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ものを意味する。

[検討の流れ]

1. 実行行為の特定

(1) 作為と不作為の区別

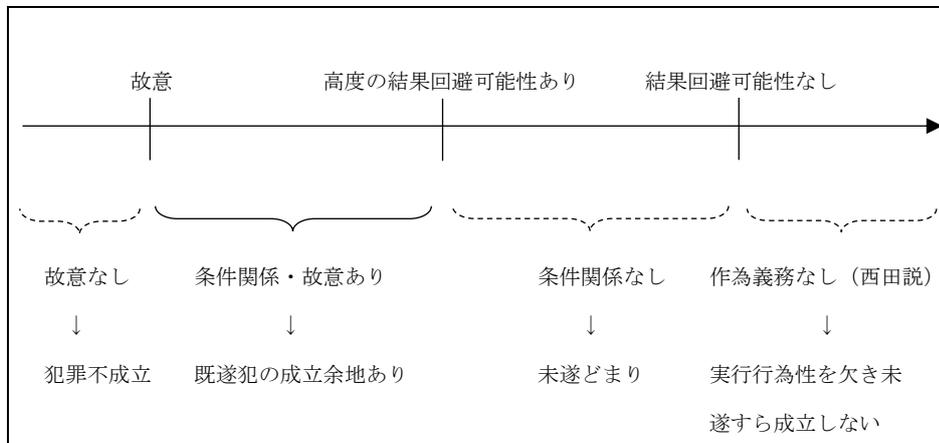
不作為は、期待された作為をしないことを意味する。そのため、積極的な行為も、期待された作為をしないことの一環として不作為を構成することがある。

(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、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。



2. 不真正不作為犯の実行行為性

予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不真正不作為犯の成立には、不作為につき作為との同価値性が要求される。具体的には、作為義務及び作為の可能性・容易性が必要である。¹⁾

A 総まくり 20~27 頁

A

左1、特に(2)については、それに従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。

作為義務は、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。

¹⁾ 作為義務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、これらは多元的に理解されている。
先行行為とは、不作為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。
排他的支配ないし支配領域性とは、不作為者が結果へと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。
保護の引き受け(事実上の引き受け)とは、不作為者が法益保護を事実上引き受けたことにより、不作為者と法益との密接性が生じることに着目し、法益保護が不作為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。

3. 不作為犯の「実行に着手」(43条本文)

「実行に着手」は、既遂結果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に認められる。

- ➡不作為犯では、既遂結果発生の危険惹起と作為義務違反の双方が認められるに至った時点で「実行に着手」が認められる。
- ➡未遂犯事案(既遂結果不発生/因果関係否定)では、「実行に着手」として論じる。これに対し、既遂犯事案(既遂結果発生+因果関係肯定)では、実行行為として論じる。

4. 因果関係

(1) まず、不作為犯の条件関係は、仮定的判断を要するから、ある期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる場合に認められると解する。

…略…(当てはめ)

(2) 次に、因果関係が認められるためには、条件関係に加え、行為の危険性が結果へと現実化したことが必要である。²⁾

…略…(当てはめ)

5. 故意

(1) 故意の定義

故意(38条1項本文)とは、客観構成要件該当事実の認識・認容を意味する。

- ➡殺人罪の事案では、殺意の存在が明らかであっても、故意の定義を示した上で、殺意を認定する。
- ➡当てはめでは、認識と認容を区別した上で、行為者の心理状態に関する問題文の記述を答案で摘示・評価して、故意の存否を認定する。

(2) 作為義務の錯誤

作為義務は構成要件として故意の認識対象になるものの、規範的構成要件要素であるから、素人的な意味の認識があれば足りる。具体的に、作為義務の存在・発生を基礎づける事実の認識があれば足りる。

6. 殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別

(1) 作為義務と保護責任の内容で区別する見解

結果犯である殺人罪の作為義務と危険犯である保護責任者遺棄等罪の保護責任とは、その内容が異なると解すべきである。具体的には、生命に対する危険が直接死亡に直結するものか、それとも比較的軽微なものにとどまるのかで区別される。

(2) 殺意の有無で区別する見解

(1)の見解を採用する場合、左6の論点を左2の中で論じる。

(2)の見解を採用する場合、左6

²⁾ 危険の現実化の判断が条件関係の判断を包摂するという見解(山口説)もあるため、結果回避可能性が論点として顕在化していない事案では、危険の現実化説一本で処理しても構わない。

保護責任者遺棄等致死罪（219条）は「よって」という文言を用いている結果的加重犯であるから、殺意がある場合は含まれない。そこで、殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪は、殺意の有無によって区別されると解する。

の論点を左5の中で論じる。

〔論点1〕結果回避可能性と作為義務の関係

B

客観的には結果回避可能性がないが、主観的には結果回避可能性があったら思っていた場合に、不作為による殺人未遂罪は成立するか。

確かに、不能犯に関する具体的危険説からは、殺人未遂罪の成立を肯定し得る。

具体的危険説からは、一般人を基準にすれば結果回避可能性があると見て、殺人未遂罪の成立を認める余地がある。

しかし、不真正不作為犯が法益保護のための例外的な処罰であることからすれば、客観的に結果回避可能性がない場合には、期待されるべき作為を觀念することができないとして、作為義務を否定するべきである。

そこで、不能犯と未遂犯の区別の問題として考えるべきではなく、実行行為性を欠くとして殺人未遂罪の成立が否定されると解すべきである。

〔論点2〕先行する作為と後行する不作為との関係

B

第一行為によって傷害を負わせた後、不作為により先行する傷害を原因とする死亡の結果を生じさせた場合に、第一行為について傷害致死罪の成立を認めるべきであろうか。

1. 第二行為である不作為に殺人罪が成立するか

因果関係（のうち条件関係）の判断では、第二行為がなくても第一行為により形成された傷害を原因として死亡結果が発生していたであろうという仮定的因果経過は捨象される。そうすると、期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる以上、第二行為である不作為と死亡結果の間の条件関係を否定することはできない。

また、被害者の特殊事情や第二行為後の介在事情もないから、第二行為である不作為の危険が死亡結果へと現実化したともいえる。

したがって、第二行為である不作為と死亡結果の間の因果関係が認められる。

第二行為の時点では殺人の故意もあるため、第二行為には不作為による殺人罪が成立する。

事案により、保護責任者遺棄致死罪にとどまることもある。

2. 第一行為である作為に傷害致死罪が成立するか

(1) 傷害罪の客観的構成要件（実行行為・傷害結果・因果関係）を認定する。

(2) 傷害致死罪の成否

ア. 因果関係

第一行為により死因が形成されていること、介在事情である不作為は単なる因果の契機を放置するものにすぎず、結果に対する因果的寄与は小さいこと、及び介在事情である不作為の異常性が低いことからすると、第一行為の危険性が被害者の死亡へと現実化したといえ、因果関係は認

の意思は自然的行為についての意思疎通で足りるから、故意の共同を欠く過失犯においても共同正犯が認められる。

これに対し、共同正犯の本質を特定の犯罪を共同することに求める犯罪共同説からは、共同実行の意思として故意の共同が要求されるとして、過失犯の共同正犯は認められないとの帰結もあり得る。

しかし、共同義務の共同違反により、共同実行の事実のみならず、過失犯における心理的因果性を基礎づける共同実行の意思も認めることができる。

そこで、共同義務の共同違反を成立要件として、過失犯の共同正犯が認められると解する。

〔論点 4〕 結果的加重犯の共同正犯

結果的加重犯の共同正犯の肯否は、2人以上の者が共謀して基本犯の実行行為を共同したところ、その一部の者の行為によって加重結果が発生した場合などにおいて、共謀者全員が加重結果についても共同正犯の責任を負うかといった形で問題になる。

責任主義を徹底する見地から、結果的加重犯の成立に加重結果についての過失を要求する立場がある。

そして、過失犯の共同正犯肯定説からは、加重結果についての共同の注意義務の共同違反が認められれば加重結果についての共同正犯の成立が肯定されるが、過失犯の共同正犯否定説からは加重結果についての共同正犯の成立が否定される。

しかし、基本犯には加重結果発生の高度の危険性が内包されているため、結果的加重犯の成立には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。

(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 には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。

B

最判 S26.3.27

論証集 71 頁 [論点 12]

論証集 72 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、共同正犯の処罰根拠である法益侵害の共同惹起は物理的因果性又は一方的な心理的因果性をもって肯定し得ると考え、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

大判 T11.2.25

〔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。

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、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）。

しかし、処罰の隙間を埋める必要性もあるから、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構成要件的结果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る。

そこで、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が認められると解すべきである（中間説のうち、因果性を基準にする見解）。

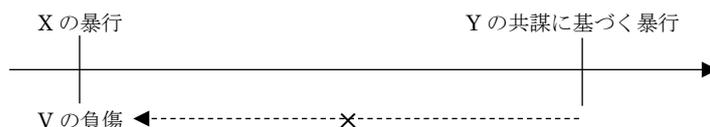
A

最決 H24.11.6・百 1 81

未遂犯事例では「構成要件の結果」から「法益侵害」に変更する。

〔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。



Y の暴行の因果性はそれよりも前に生じた負傷に遡及しない

(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實現するために 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

A

最決 H24.11.6・百 1 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

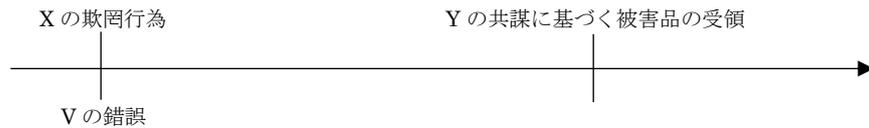
利用して暴行に及んだという事情は、Y が暴行に及んだ動機ないし経緯にすぎない。

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。

【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。

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 A 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。

(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。

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。

すなわち、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)。

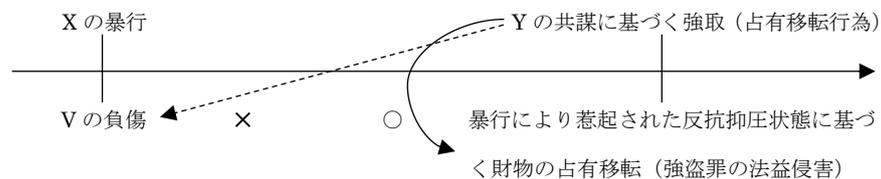
そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Yもこれを認識していないから、Yが受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

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。

[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が負傷している状況を現金奪取の手段として利用している。しかし、YによるXとの共謀及びそれに基づく現金奪取の因果性は共謀加担前に生じていたVの負傷に遡及しないから、上記の事実はYが現金奪取に及んだ動機ないし契機にすぎない。

したがって、強盗罪の限度で承継的共同正犯が成立する。

A

平成28年司法試験改題

第6章 財産犯

第1節. 財産犯の体系

A 総まくり 219 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 (235条)

A 総まくり 219~230 頁

1. 構成要件

(1) 「他人の財物」

ア. 「財物」

(ア) 財物概念

- ・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。
- ・電気は「財物」とみなされる (245条)。

[論点1] 「財物」は有体物に限られるか¹⁾

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条は「電気」が財物でないことを前提とする規定であるから、管理可能な無体物を「財物」に含める解釈は罪刑法定主義に反する。

そこで、「財物」は有体物 (固体、液体、気体) に限られると解する。

(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

B

¹⁾ 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。

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。

B

最判 S24.2.15

(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。

イ. 「他人の」

「他人の」とは、他人の所有権を意味する。

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（占有の基礎にある所有権や質権・賃借権等）に基づかない事実上の占有も含むか。

A

最決 H 元.7.7・百 II 26

確かに、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と理解する本権説からは、242 条でいう「占有」は本権に基づく占有だけを意味する。

しかし、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を尊重しようとする占有訴権制度（民法 197 条以下）の趣旨に照らし、窃盗罪の保護法益は占有それ自体であると解すべきである（占有説）。

そうすると、他人が事実上占有する自己所有物も「他人が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされ、窃盗罪の客体となる。

[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

A

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。

確かに、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と理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。

しかし、事実上の占有を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)。

そうすると、第三者が本権に基づかずに占有する他人の所有物にも、「財物」としての要保護性が認められる。

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。

[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。

窃盗罪における占有は財物に対する事実的支配であり、これは、領得行為時を基準として、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。

[事案類型]

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。

②財物が人の(閉鎖的)支配領域内に有る場合

➡当該閉鎖的空間を支配している者は、空間の支配を通じて空間内の財物を占有しているといえる。

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。

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。

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。

本論点は、窃盗罪の占有が認められる範囲では委託物横領罪(252条・

A

最決 H16.8.25・百II 28

最判 S24.2.15

A

大判 T8.4.5、最判 S25.6.6

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

総まくり 336~341頁

1. 公務執行妨害罪（95条1項）

A

（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（7条1項参照）。

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。

B

最判 S53.6.29

公務は、公共の福祉に奉仕するものであるから、業務妨害罪と公務執行妨害罪により二重に保護されることになっても問題ない。

そこで、本罪の「職務」には、すべての公務が含まれると解する。

[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できる範囲内の職務の執行中を意味する。

C

最判 S53.6.29、最決 H元.3.10・百

II 114

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。

[論点3] 職務の適法性

A

1. まず、違法な職務を刑法により保護する必要はないから、本罪の成立には、「職務」の適法性、すなわち、職務が①当該公務員の抽象的職務権限と②具体的職務権限に属し、③公務の有効要件である法律上の手続・方式の重要部分を履践していることが必要であると解する。¹⁾
2. 次に、基準の明確性の見地より、職務の適法性は、職務行為時を基準として、裁判所が客観的に判断すべきである（客観説＋行為時標準説）。
3. そして、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

最判 S42.5.24・百II 112

最決 S41.4.14・百II 113

¹⁾ 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。

礎づける事実の錯誤は事実の錯誤として構成要件の故意を阻却する一方で、法的評価に関する錯誤は法律の錯誤として原則として責任故意を阻却しないと解する（二分説）。

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、物や第三者に対する暴行は、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。

〔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ることから、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。

〔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。

A

最決 S34.8.27

B

最判 S41.3.24・百II115

A

最判 S33.9.30

C

2. その他

職務強要罪（95条2項）・封印等破棄罪（96条）・強制執行妨害目的財産損壊等罪（96条の2）・強制執行行為妨害等罪（96条の3）・強制執行関係売却妨害罪（96条の4）・加重封印等破棄等罪（96条の5）・公契約関係競売等妨害（96条の6第1項）・談合罪（96条の2第2項）。