

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。

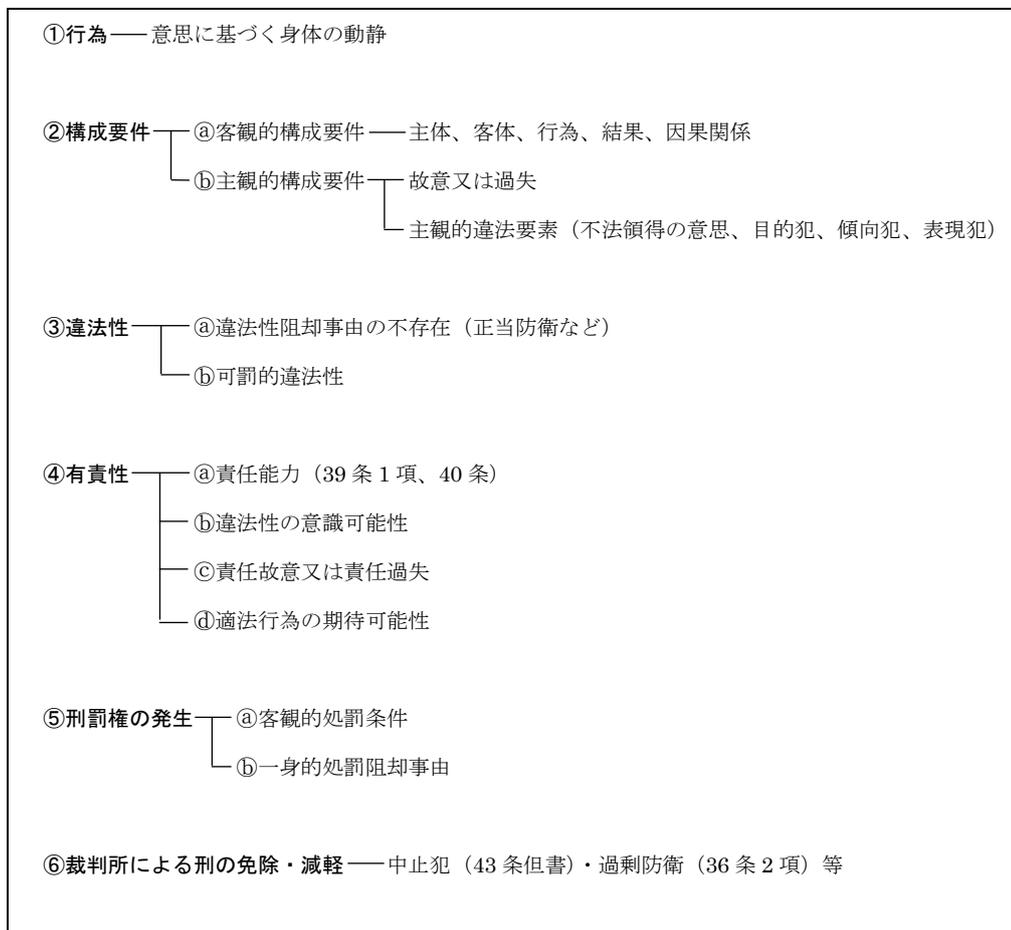
第1に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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節. 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」(60条)。

A 総まくり 122~148 頁

1. 共同正犯の本質

共同正犯者全員は、発生した結果について因果関係が認められ、正犯としての責任を問われる(60条、一部実行全部責任の原則)。

総まくり 122 頁

共同正犯は、法益侵害の共同惹起を処罰根拠とするものであり、正犯を前提としない非従属的な遂行形態という意味で一次的責任類型に属する。

総まくり 122~134 頁

2. 共同正犯の成立要件

(1) 「二人以上共同して犯罪を実行した者」

[論点 1] 共謀共同正犯

実行共同正犯は、①共謀(特定の犯罪を共同実行することについての意思連絡)と②共謀に基づく実行行為を成立要件として認められるものである。

A

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75

これに対し、共謀共同正犯の肯否及びその成立要件には争いがある。

自身実行がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められ得るから、共謀共同正犯も認められると解する。

そして、その成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自身実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要であると解する。

③は、犯意の誘発・役割の重要性・利害関係を考慮して判断される。

[論点 2] 順次共謀

B

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75

同一犯罪について、数人の間に順次共謀が行われた場合、共謀者全員の間には共謀が成立したものと評価される。

例えば、XとYが共謀し、次いでYとZが共謀したという事案では、XZ間に直接の意思連絡がなくても、XYZ三者間での共謀の成立が認められる。

そのため、Xは、Zの実行行為及びそれにより惹起された結果についても、自己の共謀に基づくものとして、共同正犯として責任を負うことになる。

仮に、XY間の共謀とYZ間の共謀の成立しか認められないと解すると、Zの実行行為及びそれにより惹起された結果について共同正犯として責任を負うのは、YとZのみである(Xから見た場合、Zの実行行為及びそれにより惹起された結果は、自己の共謀に基づくものと評価されないからである)。

[論点 3] 過失犯の共同正犯

B

最決 H28.7.12・百 I 79

個々の過失行為と結果との直接的な因果関係の証明ができないために、過失単独犯としては処罰しえない事例において、一部実行全部責任の原則(60条)により単独犯の場合よりも因果関係の範囲が拡張されている共同正犯を用いて、過失犯として処罰できるというところに実益がある。

「二人以上共同して犯罪を実行した」(60条)というためには、共同実行の事実と共同実行の意思が必要である。共同実行の事実は過失犯でも認められる。問題は、共同実行の意思である。

共同正犯の本質を自然的行為の共同に求める行為共同説からは、共同実行

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

共同実行の事実は認められるものの、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）。

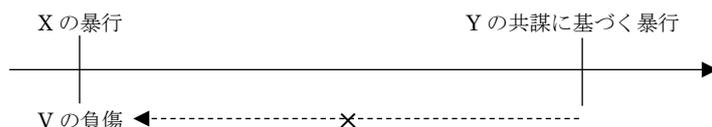
A

最決 H24.11.6・百181

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・百181

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

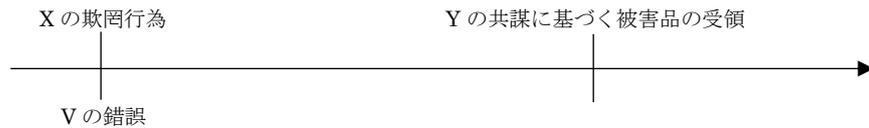
利用して暴行に及んだという事情は、Y が暴行に及んだ動機ないし経緯にすぎない。

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ばない。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)。

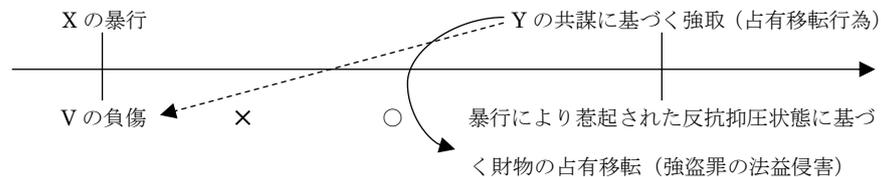
そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Yもこれを認識していないから、Yが受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

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

〔論点 7〕 不作為犯に対する共同正犯

作為義務のない者が作為義務のある者と共謀し、作為義務のある者による不作為に加功した場合に、作為義務のない者に不作為犯の共同正犯が成立するかが問題となる。

まず、65条1項は真正身分犯の成立・科刑における身分の連帯的作用を定めたものであると解する。

次に、不作為犯は保証人的地位（作為義務）を身分とする真正身分犯であるところ、非身分者も身分者の行為に加功することで身分犯の保護法益の侵害を実現することができるから、同条項の「共犯」には共同正犯も含まれると解する。

そうすると、不作為犯の成立・科刑において、保証人的地位が同条項により連帯する。

したがって、作為義務のない者にも、65条1項の適用により、不作為犯の共同正犯が成立し得る。¹⁾

B

最判 S31.5.24

大判 M44.10.9

〔論点 8〕 不作為による共同正犯

正犯の作為に不作為で関与する場合と、正犯の不作為に不作為で関与する場合とがある。

ここでは、不作為の共同正犯と幫助犯の区別が問題となる。

正犯性を結果惹起の支配により判断する以上、結果を故意により実現する直接行為者に対して不作為で関与する者には、原則として正犯性を肯定できず、正犯に対する幫助犯が成立するにとどまると解する（原則幫助説）。

そして、正犯性が否定された場合には、不作為による「幫助」が問題となるところ、これには、①正犯の実行を阻止する作為義務と、②作為の可能性・容易性が必要であると解する。

B

①は、自ら法益を保護するという正犯の作為義務とは区別される。

〔論点 9〕 予備罪の共同正犯

共謀に基づき予備行為を共同して行った者に、予備罪の共同正犯が成立するか。

まず、予備罪も修正された構成要件として「実行」行為や「正犯」を観念できるから、予備罪の共同正犯を認めうる。

次に、予備罪の共同正犯と幫助犯の区別は、予備罪という犯罪の実現にとって果たした役割の重要性に応じて決定されるべきである。

そして、他人予備行為の場合でも、欠けている自ら基本犯「を犯す目的」は「身分」（65条1項）に含まれる上、同条項の「共犯」には共同正犯も含まれるから、予備罪の共同正犯の成立余地がある。

B

最決 S37.11.8・百I 80

(2) 既遂結果発生・因果関係

既遂犯の共同正犯の客観的構成要件該当性が認められるためには、既遂結果の発生、及び共謀に基づく実行行為と既遂結果との間の因果関係が認めら

¹⁾ 真正不作為犯に対する共同正犯については、65条1項により作為義務を内容とする正犯の真正「身分」が共犯者間で連帯することにより、肯定される。これに対し、不真正不作為犯に対する共同正犯については、不真正不作為犯における作為義務は身分ではなく実行行為性の問題に位置づけられるため、65条1項を適用することなく、肯定できる。

れる必要がある。

(3) 故意

故意犯の共同正犯の故意が認められるためには、他の共同者との共同による既遂結果惹起の認識・認容が必要である。

(4) 違法性・責任

共同正犯は一次的責任類型であり、正犯の存在を前提とする二次的責任類型としての狭義の共犯とは異なるから、狭義の共犯における従属性は妥当しない。それにもかかわらず、共同正犯においても問題となるのが、他の共同正犯者について違法性阻却事由又は責任阻却事由が認められる場合における共同正犯の成否である。

〔論点 10〕 共同正犯の違法性阻却事由

共同正犯には狭義の共犯における要素従属性（制限従属性説）は妥当しないから、違法性の実質を社会倫理規範違反にも求める立場から共同正犯者間における違法の相対化が認められる。

そこで、違法性阻却事由のうち、人的違法要素については共同正犯者ごとに判断されるべきである。

（補足）

例えば、正当防衛の成立要件のうち、主観的正当化要素である防衛の意思については相対化が認められる。

また、侵害の「急迫」性についても、積極的加害意思の有無という点については相対化が認められる。

〔論点 11〕 共同正犯の責任阻却・責任減少

責任は、行為者に対する非難可能性という性質上、行為者ごとに個別に判断されるべきものである（責任の個別性）。

そこで、責任阻却・減少の効果は共同正犯者間で連帯しないと解する。

A

フィリピンバブ事件・最決 H4.6.5・
百 190

相当性は個別に判断されない（論証
集 45 頁 [論点 13]）

B

総まくり 134～142 頁

3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤

異なる構成要件間における共同正犯の成否とも呼ばれる論点である。

なお、共同正犯の本質論（行為共同説 VS 犯罪共同説）は、複数の行為者間における共同正犯の成否の問題であるのに対し、錯誤論は、認識内容と発生事実に食い違いがあるときに故意犯は成立するかという個々の行為者における故意犯の成否の問題である。

(1) 学説の対立

共同正犯の本質について前構成要件的な行為（自然的な行為）を共同することで各人の犯罪を実現することであると理解する行為共同説からは、共同者には、各々の故意の内容に対応して、法益侵害の共同惹起が肯定される範囲内において、異なった罪名（犯罪）間においても共同正犯が成立する。行為共同説を徹底すると、全く異質な構成要件間においても共同正犯の成立が認められることになる。しかし、これは構成要件を基軸とする犯罪論体系と

相容れない。

共同正犯の本質について特定の犯罪を共同して実現するものであると理解する犯罪共同説は、共同者間における罪名の一致を重視する。この考えを徹底し、共同実現すべき特定の犯罪を同一罪名というように厳格に捉える完全犯罪共同説からは、異なる構成要件間の共同正犯の成立が一切否定されることになる。

もっとも、各共同者の故意が構成要件的に重なり合う限りでは、共同して構成要件を実現したといえるから、その範囲で共同正犯の成立が認められると解すべきである（やわらかな部分的犯罪共同説）。この見解からは、構成要件が重なり合う範囲で異なる構成要件間における共同正犯の成立が認められる。

部分的犯罪共同説に対しては、(i) 殺意のあった者以外の共同者の行為により死の結果が生じた場合には、殺意のあった共同者について殺人未遂の責任しか問えない、(ii) 殺意のあった共同者に単独犯としての殺人既遂罪の成立を認めて傷害致死罪の共同正犯との観念的競合とするのは死の結果の二重評価である、との批判がある。しかし、一部実行全部責任により傷害致死罪と客観的構成要件を共通にする殺人罪についても死亡結果を帰責することができるから、殺人既遂罪の成立を認めることができ、(i) の批判は当たらない。また、傷害致死罪の共同正犯は殺人既遂罪に吸収される（包括一罪）と考えることで、死の二重評価を避けることができるから、(ii) の批判も当たらない。

(2) 事案類型ごとの検討の流れ

共同正犯における抽象的事実の錯誤の事例は、㉞ 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合と、㉟ 謀議時点では共同者間の認識に不一致がない場合（謀議後、共同者の一部が謀議の内容と異なる犯罪を実行した場合）に分類できる。

ア. 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合

完全犯罪共同説からは、共謀は「同一罪名の犯罪を共同遂行することの合意」と理解されるため、仮に自然的行為について共同遂行の合意があったとしても、各共同者が認識している罪名が異なるのであれば、共謀の成立は認められない。

これに対し、行為共同説からは、自然的行為について共同遂行の合意があれば、共謀の成立が認められる。

このように、謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合、各共同者の故意の内容が罪名レベルで異なっているのに共謀の成立が認められるのかという形で、共謀の要件の段階で行為共同説・犯罪共同説の対立が顕在化する。

この意味で、本来的には主観的構成要件該当性に属する各共同者の故意の問題が、共謀の要件の段階に前倒しされている。

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	間接領得罪	横領罪 [物]	
			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。

(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。

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

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

B

最判 S24.2.15

A

最決 H 元.7.7・百II26

A

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

253 条) の成立が排斥されることとの関係で問題となるのが通常である。

(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ときには、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。²⁾

大判 T8.4.5、最判 S25.6.6

(類型 2) 上下・主従関係

財物の保管に上下主従関係がある場合、原則として上位者に占有が認められる。

大判 T7.2.6、大判 T12.11.9

もっとも、物を現実支配している下位者が上位者から高度の信頼関係に基づきある程度の処分権を委ねられているときは、下位者に占有が認められる。

(類型 3) 支配関係

一定の領域の支配者に、領域に対する支配を通じて、領域内の財物に対する占有が認められることがある。

最判 S31.1.19

例えば、旅館が宿泊客に貸与する旅館所有の浴衣等に対する占有は旅館主にある（なお、判例は旅館外に外出中であっても旅館に占有があるとするが、これには疑問が呈されている。）。

(類型 4) 封緘委託物

封緘物とは、容器中に物を収めて封を施した物をいい、占有を委託された封緘物を封緘委託物という。

大判 M45.4.26 [内容物だけの領得:

窃盗]、大判 T7.11.19 [封緘物自体

の領得: 横領]

封緘物全体（自体）は、これが手元にある受託者の支配が及んでいるから、受託者の占有に属する。

もっとも、内容物は、封緘により被見・処分が禁じられている以上、事実的支配が委託者に留保されているから、委託者の占有に属する。

そうすると、内容物だけの領得には窃盗罪が成立する一方で、封緘物全体の領得には横領罪が成立することになるが、受託者が業務者であれば業務上横領罪が成立するため法定刑の不均衡は生じないし、それ以外の場合でも量刑上考慮することで宣告刑の不均衡を回避し得るから、上記見解は妥当である。

[論点 7] 死者の占有

死者には占有の意思（支配意思）が認められないため、基本的に占有を認めることはできないと解されている。

A

最判 S41.4.8・百II29

死者の占有は認められないものの、致死行為を利用して財物を取得した者との関係では、全体的に考察して、被害者の生前の占有の要保護性

²⁾ 他人の事実上の占有に属する物である以上、行為者も占有を有していても、委託物横領罪ではなく窃盗罪の客体となる。

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

C

最判 S53.6.29、最決 H元.3.10・百

II 114

「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。

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

最判 S42.5.24・百 II 112

最決 S41.4.14・百 II 113

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

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）。

判例

- ・大判 M40.9.27 p176
- ・大判 M42.12.13 p181
- ・大判 M43.12.19 p194
- ・大判 M44.10.9 p68、88
- ・大判 M44.12.4 p147
- ・大判 M45.4.26 p124
- ・大判 T2.11.18 p74
- ・大判 T2.12.16 p156
- ・大判 T3.4.29 (百Ⅱ120) p193
- ・大判 T3.10.16 p163
- ・大判 T4.4.9 p155
- ・大判 T4.4.29 p168
- ・大判 T4.12.11 p113
- ・大判 T4.5.21 p95
- ・大判 T7.2.6 p124
- ・大判 T7.5.7 p192
- ・大判 T7.11.16 (百Ⅰ65) p58
- ・大判 T7.11.19 p124
- ・大判 T8.3.31 p192
- ・大判 T8.4.5 p123
- ・大判 T8.7.9 p181
- ・大判 T8.11.19 p155
- ・大判 S9.8.27 p93
- ・大判 T9.12.24 p180
- ・大判 T11.2.25 p64
- ・大判 T11.3.1 p81
- ・大判 T11.12.15 p139、145
- ・大判 T12.4.14 p165
- ・大判 T12.4.30 (百Ⅰ15) p29、30
- ・大判 T12.7.2 p74
- ・大判 T12.11.9 p124
- ・大判 T15.3.24 p117
- ・大判 T15.7.5 p118
- ・大判 S2.3.15 p146
- ・大判 S2.3.28 p99
- ・大判 S2.12.8 p197
- ・大判 S4.5.16 (百Ⅱ45) p137
- ・大判 S4.9.17 p60
- ・大判 S5.5.17 p148
- ・大判 S7.12.10 p192
- ・大判 S9.8.4 p191

- ・大判 S10.10.24 p86
- ・大判 S12.11.9 p192
- ・大判 S13.9.1 p153
- ・大判 S15.2.5 p193
- ・最判 S22.11.26 p131
- ・最判 S23.3.9 p135
- ・最判 S23.5.6 p168
- ・最判 S23.6.5 (百 II 63) p153
- ・最判 S23.10.23 p81
- ・最判 S24.2.8 p129
- ・最判 S24.2.8、p148
- ・最判 S24.2.15 p122、123
- ・最判 S24.3.8 (百 II 66) p156
- ・最判 S24.5.28 p136
- ・最判 S24.7.9 p133
- ・最判 S24.7.12 p110
- ・最判 S24.7.30 p168
- ・最判 S24.8.9 (百 II 117) p189
- ・最判 S24.12.17 p75
- ・最大判 S24.12.21 p90
- ・最判 S25.5.25 (百 II 81) p173
- ・最判 S25.6.6 p123
- ・最判 S25.7.4 (百 II 46) p143
- ・最判 S25.7.11 (百 I 91) p79
- ・最判 S25.12.12 p127
- ・最判 S26.1.30 p167
- ・最判 S26.3.27 p64
- ・最判 S26.5.25 (百 II 64) p152
- ・最決 S27.2.21 p93
- ・最判 S27.10.17 p157
- ・最判 S27.12.25 p140
- ・最判 S27.12.25 p180
- ・最判 S28.1.30 p120
- ・最決 S28.2.19 p136
- ・最決 S28.10.19 p191
- ・最判 S28.11.27 p110
- ・最大判 S29.1.20 (百 I 72) p61
- ・最決 S29.5.27 (百 I 106) p90
- ・最判 S30.10.14 (百 II 61) p150
- ・最判 S31.5.24 p68、88
- ・最決 S31.7.12 p197
- ・東京高判 S31.8.9 p157

- ・最決 S31.8.22 p115
- ・最判 S31.10.25 p113
- ・最判 S31.12.7 (百Ⅱ70) p162
- ・最判 S32.2.26 (百Ⅰ50) p98
- ・最決 S32.4.30 p193
- ・最判 S32.8.1 p135
- ・最判 S32.9.13 (百Ⅱ39) p131
- ・最判 S32.10.4 (百Ⅱ92) p180
- ・最判 S32.11.19 (百Ⅰ94) p159
- ・最決 S32.12.5 p197
- ・最決 S33.3.19 p109
- ・最大判 S33.5.28 (百Ⅰ75) p63
- ・最判 S33.9.30 p187
- ・最判 S33.11.21 (百Ⅱ1) p6、37、94
- ・最判 S34.5.7 (百Ⅱ19) p117
- ・最判 S34.7.24 p95
- ・最決 S34.8.27 p187
- ・最決 S34.9.28 (百Ⅱ48) p139
- ・最決 S35.9.9 p126
- ・最判 S36.10.10 p154
- ・最決 S37.11.8 (百Ⅰ80) p68
- ・最判 S38.11.8 p168
- ・最決 S39.1.28 (百Ⅱ3) p97
- ・最決 S39.12.8 p197
- ・最決 S40.2.26 p190
- ・最判 S41.3.24 (百Ⅱ115) p187
- ・最判 S41.4.8 (百Ⅱ29) p124、126
- ・最決 S41.4.14 (百Ⅱ113) p186
- ・最判 S42.3.7 (百Ⅰ93) p88
- ・最判 S42.5.24 (百Ⅱ112) p186
- ・最決 S42.10.24 (百Ⅰ9) p21
- ・最決 S43.1.18 p118
- ・最決 S43.9.17 p110
- ・最決 S43.10.15 p198
- ・最決 S43.10.24 p145
- ・最判 S44.6.25 (百Ⅱ21) p118
- ・最決 S44.7.17 (百Ⅰ86) p86
- ・最決 S45.9.4 (百Ⅱ93) p181
- ・京都地判 S45.10.12 (百Ⅱ10) p109
- ・最決 S45.12.22 p131
- ・最判 S46.6.17 p19
- ・最大判 S49.5.29 (百Ⅰ104) p90

- ・最判 S50.4.24 (百 II 104) p194
- ・最決 S50.6.12 (百 II 76) p1656
- ・最判 S50.11.28 (百 I 24) p44、45
- ・最決 S51.4.1 (百 II 47) p143
- ・最判 S51.4.30 (百 II 88) p178
- ・最判 S51.5.6 (百 II 91) p179
- ・最大判 S51.9.22 (百 I 105) p90
- ・最決 S53.2.16 p91
- ・最決 S53.3.22 (百 I 14) p22
- ・東京高判 S53.3.22 p176
- ・最判 S53.6.29 p186
- ・最判 S53.7.28 (百 I 42) p25、29
- ・最決 S54.3.27 p32
- ・最決 S54.4.13 (百 II 92) p72
- ・最決 S54.11.19 p132
- ・最決 S55.10.30 (百 II 32) p126
- ・最決 S55.11.13 (百 I 22) p37
- ・最決 S56.4.8 (百 II 97) p182
- ・最判 S57.2.17 (百 I 107) p91
- ・旭川地判 S57.9.29 p190
- ・最決 S58.3.25 (百 II 109) p196
- ・最判 S58.4.8 (百 II 16) p115
- ・最決 S58.5.24 (百 II 72) p163
- ・東京高判 S58.6.20 p173
- ・最決 S58.9.13 p51
- ・最決 S58.9.21 (百 I 74) p4
- ・最決 S58.11.1 (百 II 22) p118
- ・最判 S59.2.17 (百 II 94) p181
- ・最決 S59.5.30 (百 II 106) p195
- ・最判 S59.7.3 p51
- ・最判 S60.3.28 (百 II 86) p174
- ・最決 S60.7.3 p190
- ・最決 S61.6.9 (百 I 43) p32
- ・最判 S61.7.18 (百 II 78) p169
- ・最決 S61.11.18 (百 II 40) p130
- ・最決 S62.3.24 (百 II 13) p111
- ・最決 S62.3.26 (百 I 29) p47、48
- ・東京地判 S63.7.27 (百 I 87) p83
- ・大阪高判 H 元.3.3 p129
- ・最決 H 元.3.10 (百 II 114) p186
- ・最決 H 元.5.1 (百 II 122) p189
- ・最決 H 元 6.26 (百 I 96) p75

- ・最決 H 元.7.7 (百Ⅱ26) p122
- ・最決 H 元.7.7 (百Ⅱ82) p172
- ・最決 H 元.7.14 (百Ⅱ83) p172
- ・東京高判 H2.2.21 (百Ⅰ88) p83
- ・最決 H2.11.20 (百Ⅰ10) p20
- ・最決 H4.6.5 (百Ⅰ90) p69
- ・東京地判 H4.6.19 p111
- ・最決 H5.10.5 (百Ⅱ95) p182
- ・最決 H6.3.4 p135
- ・最決 H6.7.19 p127
- ・千葉地判 H6.8.8 p135
- ・最判 H6.12.6 (百Ⅰ98) p75
- ・千葉地判 H7.6.2 p191
- ・東京地判 H7.10.9 p134
- ・大阪高判 H7.11.9 p4
- ・千葉地裁 H7.12.13 (百Ⅰ59) p39
- ・東京地判 H8.6.26 p49
- ・最判 H9.6.16 p42
- ・最決 H9.10.21 (百Ⅱ84) p171
- ・最決 H10.11.25 (百Ⅱ73) p163
- ・最判 H11.12.20 p181
- ・最決 H12.2.17 (百Ⅱ23) p120
- ・最決 H12.3.27 p140
- ・最判 H13.7.19 (百Ⅱ49) p139
- ・最決 H13.10.25 p4
- ・最決 H13.11.5 (百Ⅱ67) p157
- ・最決 H14.7.1 (百Ⅱ75) p167
- ・名古屋高判 H14.8.29 p75
- ・大阪高判 H14.9.4 (百Ⅰ28) p43
- ・最決 H14.10.21 p139
- ・最決 H15.2.8 (百Ⅱ74) p164
- ・最決 H15.3.12 (百Ⅱ52) p140
- ・最決 H15.4.14 (百Ⅱ85) p174
- ・最大判 H15.4.23 (百Ⅱ69) p158
- ・最決 H15.7.16 (百Ⅰ13) p20
- ・最決 H15.10.6 (百Ⅱ96) p178
- ・最決 H15.12.18 p179
- ・最決 H16.1.20 (百Ⅰ73) p4、37、94
- ・最決 H16.2.9 (百Ⅱ55) p139
- ・最判 H16.3.22 (百Ⅰ64) p56
- ・最決 H16.8.25 (百Ⅱ28) p123
- ・最決 H16.10.19 p21

- ・最決 H16.11.30 (百Ⅱ31) p127、178
- ・最判 H16.12.10 (百Ⅱ43) p133
- ・最決 H17.3.11 (百Ⅱ105) p195
- ・最決 H17.3.29 (百Ⅱ5) p97
- ・大阪高判 H17.3.29 p139
- ・最判 H17.4.14 (百Ⅰ103) p110
- ・札幌高判 H17.8.18 (百Ⅱ124) p189
- ・最決 H17.12.6 (百Ⅱ12) p111
- ・最決 H18.1.17 (百Ⅱ80) p169
- ・最決 H18.8.30 p127
- ・最決 H18.11.21 (百Ⅰ83) p77
- ・最決 H19.3.20 (百Ⅱ79) p169
- ・最決 H19.7.17 (H19 重判 9) p140
- ・最決 H20.1.22 (百Ⅱ15) p113
- ・最決 H20.2.18 (百Ⅱ35) p161
- ・東京高判 H20.3.19 (百Ⅱ42) p130
- ・最決 H20.5.20 (百Ⅰ26) p41
- ・最決 H20.6.25 (百Ⅰ27) p46
- ・最決 H21.2.24 (H21 重判 2) p46
- ・最決 H21.6.30 (百Ⅰ97) p74
- ・東京高判 H21.11.16 (百Ⅱ41) p132
- ・最決 H22.7.29 (百Ⅱ50) p140
- ・最決 H22.9.7 (H22 重判 12) p195
- ・最決 H23.12.19 (百Ⅰ89) p83
- ・最決 H24.10.15 (百Ⅱ103) p194
- ・最決 H24.11.6 (百Ⅰ81) p65
- ・最判 H26.3.28 (百Ⅱ51) p140
- ・最決 H28.3.24 (百Ⅱ6) p99、100、101
- ・最決 H28.7.12 (百Ⅰ79) p63
- ・大阪高判 H28.7.13 p146
- ・最決 H29.3.27 (百Ⅱ123) p189、190
- ・最決 H29.4.26 (百Ⅰ23) p41
- ・最決 H29.6.12 (百Ⅰ57) p33
- ・最大判 H29.11.29 (H29 重判 3) p112
- ・最判 H29.12.11 (百Ⅰ82) p66
- ・最判 H30.3.19 (百Ⅱ9) p96
- ・最判 H30.3.22 (百Ⅰ63) p55
- ・最決 R2.9.30 (R2 重判 4) p99、101
- ・最決 R3.6.9 p190

(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第2版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第3版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」三訂補訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2020(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)