

第1部 総論

第1章 序章 p1～5

第1節. 刑法の意義 p1

第2節. 刑罰の目的 p1

第3節. 犯罪の本質 p1

第4節. 刑法の機能 p2

法益保護機能／自由保障機能／社会倫理秩序維持機能

第5節. 刑法の基本原則 p2～4

法益保護主義／責任主義／罪刑法定主義

第6節. 犯罪論の体系 p4～5

第2章 構成要件該当性 p6～63

第1節. 意義及び機能 p6

第2節. 構成要件の要素 p6

第3節. 実行行為 p6

第4節. 正犯 p7～19

1. 間接正犯の成立要件
2. 間接正犯の体系上の位置づけ
3. 間接正犯の諸類型

第5節. 不真正不作为犯 p20～27

1. 実行行為の特定
2. 不真正不作为犯の実行行為性
3. 不作为犯の「実行に着手」
4. 不作为犯の因果関係
5. 故意
6. 不作为による殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別

第6節. 因果関係 p28～39

1. 条件関係
2. 法的因果関係

第7節. 構成要件の故意 p40～55

1. 故意の認識対象
2. 故意の種類
3. 故意の意義
4. 規範的構成要件要素
5. 具体的事実の錯誤
6. 抽象的事実の錯誤

第8節. 過失 p56～63

1. 過失犯の成立要件

2. 段階的過失
3. 管理・監督過失
4. 業務上過失致死罪の検討手順

第3章 違法性 p64～96

第1節. 違法性の本質 p64～65

1. 違法性の実質
2. 違法性阻却事由
3. 主観的要素
4. 可罰的違法性

第2節. 正当行為 p66～67

1. 法令行為
2. 正当業務行為
3. 労働争議行為

第3節. 超法規的違法性阻却事由 p68～74

1. 被害者の承諾
2. 被害者の推定的承諾
3. 治療行為
4. 危険の引き受け
5. 義務の衝突
6. 自救行為

第4節. 正当防衛 p75～93

1. 正当防衛の本質
2. 成立要件
3. 過剰防衛
4. 誤想防衛

第5節. 緊急避難 p94～96

1. 意義
2. 法的性質
3. 成立要件
4. 過剰避難
5. 業務上特別義務者の例外

第4章 責任 p97～103

1. 責任能力 p97～100
2. 責任故意 p100～103
3. 期待可能性 p103

第5章 未遂犯 p104～120

第1節. 実行の着手 p95～105

1. 「実行に着手」した時期の判断基準に関する学説
2. 判例・論点

第2節. 不能犯 p114～117

1. 問題の所在
2. 学説

第3節. 中止犯 p117～120

1. 法的性質
2. 成立要件
3. 予備罪の中止犯
4. 中止犯の一身専属性

第6章 共犯 p121～165

第1節. 共犯の基礎理論 p121

第2節. 共同正犯 p122～148

1. 共同正犯の本質 p122
2. 共同正犯の成立要件 p122～134
3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤 p134～142
4. 共同正犯の中止・共同正犯関係からの離脱 p142～148

第3節. 教唆犯 p149～155

1. 成立要件
2. 教唆の態様
3. 教唆への関与
4. その他の論点

第4節. 幫助犯 p156～162

1. 成立要件
2. 幫助の態様
3. 幫助への関与
4. その他の論点

第5節. 共犯と身分 p163～165

第7章 罪数 p166～170

第1節. 単純一罪 p166

第2節. 法条競合 p166

1. 特別関係
2. 交差関係
3. 罰条の優先関係

第3節. 包括一罪 p167～169

1. 吸収一罪
2. 狭義の包括一罪

第4節. 科刑上一罪 p169～170

1. 観念的競合
2. 牽連犯
3. かすがい現象
4. 共犯の罪数

第2部 各論（1）個人的法益に対する罪

第1章 生命に対する罪 p171～177

- 第1節. 殺人罪 p171
- 第2節. 殺人予備罪異 p171
- 第3節. 自殺関与罪・同意殺人罪 p172～173
- 第4節. 堕胎罪 p174
- 第5節. 遺棄罪 p174～177

第2章 身体に対する罪 p178～192

- 第1節. 暴行罪 p178
- 第2節. 傷害の罪 p179～187
 - 1. 傷害罪
 - 2. 傷害致死罪
 - 3. 現場助勢罪
 - 4. 同時傷害の特例
- 第3節. 凶器準備集合罪 p188
- 第4節. 過失致死傷罪 p188～189
 - 1. 過失傷害罪
 - 2. 過失致死罪
 - 3. 業務上過失致死傷罪
 - 4. 重過失致死傷罪
- 第5節. 自動車運転死傷行為処罰法 p189～192

第3章 自由に対する罪 p193～210

- 第1節. 脅迫罪・強要罪 p193～195
 - 1. 脅迫罪
 - 2. 強要罪

第2節. 逮捕・監禁罪 p195～197

第3節. 略取・誘拐・人身売買罪 p198～201

第4節. 性的自由に対する罪 p201～206

1. 強制わいせつ罪
2. 強制性交等罪
3. 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪
4. 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪
5. 未遂処罰
6. 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪
7. 旧集団強姦罪・旧集団強姦致死傷罪の廃止
8. 非親告罪化

第5節. 住居侵入罪 p206～210

1. 住居侵入罪
2. 不退去罪

第4章 人格的法益に対する罪 p211～213

第1節. 秘密に対する罪 p211

1. 親書開封罪
2. 秘密漏示罪

第2節. 名誉に対する罪 p211～213

1. 名誉棄損罪
2. 侮辱罪

第5章 信用及び業務に対する罪 p214～218

第1節. 信用毀損罪 p214

第2節. 偽計等業務妨害罪 p214～215

第3節. 威力業務妨害罪 p215～218

第4節. 電子計算機損壊等業務妨害罪 p218

第6章 財産犯 p219～302

第1節. 財産犯の体系 p219

第2節. 窃盗罪 p219～230

第3節. 不動産侵奪罪 p230～231

第4節. 強盗罪 p232～245

1. 強盗取得罪 p232～235
2. 強盗利得罪 p235～237
3. 強盗予備罪 p237～238
4. 事後強盗罪 p238～240

5. 昏睡強盗罪 p240～241

6. 強盗致死傷罪 p241～242

7. 強盗・強制性交等及び同致死罪 p242～245

第5節. 詐欺罪 p246～269

1. 1項詐欺罪 p245～266

2. 2項詐欺罪 p266～267

3. 電子計算機使用詐欺罪 p267～268

4. 準詐欺罪 268～269

5. 振り込め詐欺と還付金詐欺

第6節. 恐喝罪 p269～274

1. 1項恐喝罪

2. 2項恐喝罪

第7節. 横領罪 p275～287

1. 単純横領罪 p275～274

2. 業務上横領罪 p284～286

3. 占有離脱物横領罪（遺失物等横領罪） p287

4. 親族間の犯罪に関する特例 p287～287

第8節. 背任罪 p288～292

第9節. 盗品等に関する罪（盗品等関与罪） p293～299

第10節. 毀棄・隠匿罪 p300～302

第3部 各論（2）社会的法益に対する罪

第1章 公共危険罪 p303～312

第1節. 騒乱罪 p303

1. 騒乱罪

2. 多衆不解散罪

第2節. 放火罪・失火罪 p303～310

1. 現住建造物等放火罪

2. 他人所有非現住建造物等放火罪

3. 自己所有非現住建造物等放火罪

4. 建造物等以外放火罪

5. 延焼罪

6. 消火妨害罪

7. 差押え等に係る自己の物に関する特例

8. 失火罪

9. 激発物破裂罪

10. 業務上失火等罪

11. ガス漏出等罪・同致死傷罪

第3節. 出水罪 p310～311

第4節. 往来妨害罪 p311～312

第5節. 公衆の健康に対する罪 p312

第2章 取引等の安全に対する罪 p313～330

第1節. 通貨偽造罪 p313～314

1. 通貨偽造罪・同行使等罪

2. 外国通貨偽造罪・行使等罪

3. 偽造通貨等取得罪

4. 取得後知情行使等罪

5. 通貨偽造等準備罪

第2節. 文書偽造罪 p315～328

1. 保護法益

2. 形式主義と実質主義

3. 基本的な構成要件

4. 行為類型

第3節. 有価証券偽造罪 p328

1. 有価証券偽造罪・同虚偽記入罪

2. 偽造有価証券行使等罪

第4節. 支払用カード電磁的記録に関する罪 p328～329

1. 支払用カード電磁的記録不正作出等罪

2. 不正電磁的記録カード所持罪

3. 支払用カード電磁的記録不正作出準備

第5節. 印章偽造罪 p329～330

1. 御璽偽造罪・不正使用等罪

2. 公印偽造罪・不正使用等罪

3. 公記号偽造罪・不正使用等罪

4. 私印偽造罪・不正使用等罪

第6節. 不正指令電磁的記録に関する罪 p330

1. 不正指令電磁的記録作成等罪

2. 不正指令電磁的記録取得等罪

第3章 風俗に対する罪 p331

第1節. わいせつ及び重婚の罪 p331

第2節. 賭博及び富くじに関する罪 p331～332

第3節. 礼拝所及び墳墓に関する罪 p322

第4部 各論（3）国家的法益に対する罪

第1章 国家の存立に対する罪 p333～334

第1節. 内乱に関する罪 p333

第2節. 外患に関する罪 p333～334

第2章 国交に関する罪 p335

第3章 国家の作用に対する罪 p336～363

第1節. 公務の執行を妨害する罪 p336～341

第2節. 逃走の罪 p342

第3節. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 p343～347

1. 犯人蔵匿等罪

2. 証拠隠滅等罪

3. 親族による犯罪に関する特例

4. 証人等威迫罪

第4節. 偽証の罪 p349

第5節. 虚偽告訴の罪 p350

第6節. 職権濫用罪 p351

第7節. 賄賂罪 p352～364

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にする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 19

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。¹⁾

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事を通じて、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

¹⁾ 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）。

もっとも、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atalog」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。²⁾

（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、類似した事実に応用さ

²⁾ 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

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。

論 39 頁

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、処罰の対象とされない。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。

井田総論 71 頁、基本刑法 I 39 頁

[犯罪論の体系]

- ①行為——意思に基づく身体の動静
- ②構成要件
 - ①客観的構成要件——主体、客体、行為、結果、因果関係
 - ②主観的構成要件
 - 故意又は過失
 - 主観的違法要素（不法領得の意思、目的犯、傾向犯、表現犯）
- ③違法性
 - ①違法性阻却事由の不存在（正当防衛など）
 - ②可罰的違法性
- ④有責性
 - ①責任能力（39 条 1 項、40 条）
 - ②違法性の意識可能性
 - ③責任故意又は責任過失
 - ④適法行為の期待可能性
- ⑤刑罰権の発生
 - ①客観的処罰条件
 - ②一身の処罰阻却事由
- ⑥裁判所による刑の免除・減輕——中止犯（43 条但書）・過剰防衛（36 条 2 項）等

第2章 構成要件該当性

第1節. 意義及び機能

B

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。

基本刑法 I 46～48 頁、講義案 39～

40 頁

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。

第2節. 構成要件の要素

B

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。

基本刑法 I 48～55 頁

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。¹⁾

第3節. 実行行為

B

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。

¹⁾ 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6章 共犯

第1節 共犯の基礎理論

犯罪の遂行に複数の行為者が関与する場合を共犯現象といい、このような場合に自ら当該犯罪の構成要件をすべて直接実現する者のみならず、本来であれば構成要件該当性が認められないはずの他の関与者の行為まで処罰範囲を拡張した規定が共犯規定（60条以下）である。これは、基本となる犯罪構成要件を拡張した修正構成要件である。

共犯には、一次的責任類型（正犯を前提としない非従属的な遂行形態）である共同正犯と、二次的責任類型（正犯の存在を前提とする従属的な関与形態）である狭義の共犯（教唆・幫助）がある。

共犯の処罰根拠は、正犯の行為を介した法益侵害（構成要件該当事実）の惹起にあり（因果共犯論・惹起説）、共同正犯では法益侵害の共同惹起、狭義の共犯では正犯行為を介した法益侵害の間接惹起と理解される。

混合惹起説は、因果共犯論（惹起説）の理解をそのまま狭義の共犯の成立要件に直結させた純粹惹起説と異なり、因果共犯論（惹起説）を支持しつつ、狭義の共犯について、その二次的責任性から、正犯行為に構成要件該当性・違法性を要求する。ここでは、共犯不法は共犯行為そのものの違法性と正犯行為の違法性の双方に基づくと理解されることになるから、「共犯なき正犯」は肯定される一方で、「正犯なき共犯」が否定される。

B

山口総論 305～315 頁

山口総論 310 頁、佐伯 371～372 頁

高橋総論 454～456 頁

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)。

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)。

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(因果共犯論)、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。

共同正犯における結果惹起に対する因果関係は、犯行を共謀することで相互に犯意を拘束して強化し合ったという心理的因果関係と、結果の実現に必要な行為を相互に分担して結果を実現したという物理的因果関係に分類される。

佐伯 370 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」

共同正犯には、実行共同正犯(共謀者全員が実行行為を分担し合って犯罪を実現する場合)と共謀共同正犯(共謀者の一部が実行行為を行う場合)がある。

[論点 1] 共謀共同正犯

実行共同正犯は、①共謀(特定の犯罪を共同遂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。

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。

共同正犯の因果性は法益侵害の共同惹起であるところ(因果共犯論)、自手実行がなくても、共謀や役割分担を通じて法益侵害を共同惹起し得るから、共謀共同正犯も認められると解する。

そして、共謀共同正犯の成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手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正犯性は、⑦犯意誘発、④役割の重要性、⑦利害関係を考慮して判断される。

A

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75

佐伯 404~408 頁、高橋総論 463 頁、
百 I [7 版]75 解説 [高橋則夫]

平成 24 年司法試験・出題趣旨

[判例 1] 練馬事件

事案：V 巡査に恨みを抱いていた被告人 X ら約 10 名は、V に暴行を加えることにつき順次共謀し、そのうちの一部の者が V を襲撃して死亡させた。

判旨：①「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、

B

最大判 S33.5.28・百 I 75

その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。」¹⁾

②「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものでなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するということにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする。」

総まくり 125 頁 [論点 2]

[判例 2] スワット事件

B

事案：暴力団組長である X がスワットと称される自己のボディーガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うかが問題となった。

最決 H15.5.1・百 176

事案：①「X は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に X を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた…。なお、弁護人らが主張するように、X が幹部組員に対してけん銃を持つなという指示をしていた事実が仮にあったとしても、前記認定事実に徴すれば、それは自らがけん銃等の不法所持の罪に問われることのないように、自分が乗っている車の中など至近距離の範囲内で持つことを禁じていたにすぎないものとしか認められない。また、前記の事実関係によれば、X とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。」

②「そして、スワットらは X の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被 X の近辺にいて X と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する X の地位と彼らによって警護を受けるといふ X の立場を併せ考えれば、実質的には、正に X がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、X には本件けん銃等の所持について、…スワット 5 名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第 1 審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

補足：①「本件は、X を組長とする山健組の組員 3100 名余の中から X の警護のために選ばれた精鋭の者が、けん銃等を所持して X を警護するために行われたものであって、X は山健組の組長としてこれら実行行為者に対し圧倒的に優位な支配的地位にあり、実行行為者はその強

深澤武久裁判官の補足意見

1) “ 本判決は、共謀概念につき、単なる意思疎通・意思連絡ではなく、共同正犯を肯定し得る実質を備えたものと捉えているといえよう。…共謀者（被告人）と（形式的な）実行行為者との関係、被告人の犯行動機、被告人の地位、被告人が行った具体的な役割、被告人が得た利益などが考慮要素とされ、共謀にプラスされる要素（正犯性）が付加されている。これによれば、共謀共同正犯の成立要件は、「共謀＋正犯性＋一部の者の実行」ということにな…。…スワット事件においては「被告人の地位」が、最決平 13・10・25 …においては「被告人の得た利益」が正犯性判断の重要な考慮要素とされたのである。”（百 I [7 版]75 解説 [高橋則夫]）

い影響の下に犯行に至ったものであり、Xは、その結果、自己の身の安全が確保されるという直接的な利益を得ていたものである。X本件犯行について、具体的な日時、場所を特定した謀議行為を認めることはできないが、組長を警護するために、けん銃等を所持するという犯罪行為を共同して実行する意は、組織の中で徐々に醸成され、本件犯行当時は、Xも警護の対象者として、実行行為者が被告人警護のために、けん銃等を携行していることを概括的にはあるが確定的に認識して犯行場所ないしその付近に臨んでいたものである。」

②「Xと実行行為者間に、上記のような関係がある場合、具体的な謀議行為が認められないとしても、犯罪を共同して遂行することについての合意が認められ、一部の者において実行行為が行われたときは、実行行為に直接関与しなかった被告人についても、他人の行為を自己の手段として犯罪を行ったものとして、そこに正犯意思が認められる本件のような場合には、共謀共同正犯が成立するというべきである。」

③「所論引用の最高裁判所昭和29年（あ）第1056号同33年5月28日大法廷判決・刑集12巻8号1718頁は、犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判示したものであって、被告人を警護するため、その身边で組員がけん銃を所持していた本件とは、事案を異にするものである。」

解説：練馬事件大法廷判決では、共謀共同正犯の成立要件として、単なる意思の連絡という主観的要件が充足されるだけでは不十分でなく、「謀議」と呼びうる外部的行為を要求したものとするのが一つの解釈である（客観的謀議説）。これに対し、いつどこで指示・命令・打ち合わせ等の共同意思形成のための行為があったかを特定して立証することは不可能な場合が多いことから、「共同遂行の合意」の存在が必要であり、それで足りるとする解釈もある（主観的謀議説）。

本決定では、Xとスワットらとの間にそのような謀議「行為」の存在も、また明示の意思連絡を内容とする共謀関係も認定されていない。本決定が謀議なき共謀共同正犯の成立を認めたものであるとすれば、練馬事件大法廷判決に反する判断をしたことになるのではないかという疑問が生じる。これについては、前記補足意見で③のように述べられている。

練馬事件・最大判S33.5.28・百175

百1[7版]76解説[井田良]

〔判例3〕大麻密輸入事件

事案：Xは、タイ国からの大麻密輸入を計画したYからその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人Zに対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとしてYに引き合わせるるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとに、その資金の一部（金20万円）をYに提供した。

判旨「これらの行為を通じXがY及びZらと本件大麻密輸入の謀議を遂

C

最判S57.7.16・百177

げたと認めた原判断は、正当である。」

意見：「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯のばあいには、みずから実行行為（基本的構成要件に該当し当の構成要件的特徴を示す行為）そのものを行つた者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となつたものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。わたくしが、「基本的構成要件該当事実について支配をもつた者—つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となつた者—が正犯である」としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347—348 頁参照）、この趣旨にはかならない。」

団藤重光裁判官の意見

〔論点 2〕 順次共謀

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。）。

B

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

〔論点 3〕 過失犯の共同正犯

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に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（前構成要件的な行為）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、無意識的側面が本質であるために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、故意の

B

山口総論 358 頁、最決 H28.7.12・

百 1 79

高橋総論 457 頁

佐伯 429 頁

高橋総論 480 頁、山口総論 383 頁

高橋総論 480 頁、山口総論 383～

384 頁

共同を欠く過失犯の共同正犯は認められないとする帰結もあり得る。

しかし、共同正犯における一部実行全部責任を基礎づける因果性のうち、共同実行の意思により基礎付けられる心理的因果性は、故意の共同がなくても、実行行為を共同して行う心理的一体性により認めることができる。

そして、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られるといえる。

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。^{2) 3) 4)}

〔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。

1. 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。

この立場からは、結果的加重犯が故意犯と過失犯の複合形態と理解されるため、過失犯の共同正犯の肯否が結果的加重犯の共同正犯の肯否に影響し得る。

過失犯の共同正犯を肯定する立場からは、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、共謀者全員が加重結果について共同正犯として責任を負う。

過失犯の共同正犯を否定する立場からは、特定の犯罪を共同実行する意思という故意の共同が共同正犯の不可欠の要件と理解されるため、共同正犯の成立範囲が故意の共同がある基本犯に限定される結果、結果的加重犯の共同正犯が否定される。⁵⁾

2. もっとも、基本犯（基本行為）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、基本犯の実行行為と加重結果

山口総論 386 頁、佐伯 429 頁

高橋総論 481 頁、山口総論 384 頁

B

最判 S26.3.27 [肯定]

高橋総論 248 頁・484 頁

山口総論 387 頁

高橋総論 484 頁

高橋総論 480 頁・472 頁

高橋総論 248 頁、最判 S32.2.26・百

I 50

²⁾ 共同の注意義務とは、自己の行為から結果が発生しないよう注意するだけでなく、他の共同者の行為からも結果が発生しないよう注意し、互いに協力し合って結果を防止すべき義務が課せられていることをいい（注意義務の内容）、これが認められるための前提として、各人が一定の行為を共同して行うという共同行為関係の存在が必要である（基本刑法 I 335 頁、山口総論 387 頁参照）。

³⁾ 最高裁決定平成 28 年決定（最決 H28.7.12・百 I 79）は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解される」との述べることににより過失犯の共同正犯の成立要件を明らかにした（百 I 79 解説）。

⁴⁾ 過失による教唆・幫助については、過失による共犯を処罰する「特別の規定」（38 条 1 項但書）がないため、認められないと解されている。これに対し、過失犯の共同正犯については、個別の過失犯処罰規定が 60 条により拡張適用されると解することにより、過失犯処罰規定の存在を肯定するのである（山口総論 382 頁）。

⁵⁾ 加重結果について共謀者各自の過失が認められるのであれば、基本犯の共同正犯を包含する単独犯としての結果的加重犯が成立する（高橋総論 484～485 頁）。もっとも、①基本犯（基本行為）には加重結果発生の高度の危険性が内包されていることから、基本犯を「共同して実行した」者らには原則として加重結果発生の具体的予見可能性が認められ、これに基づき加重結果発生の防止すべき共同の注意義務が認められることを理由に「過失犯の共同正犯を否定する見解も、結果的加重犯の共同正犯は肯定するのが一般的である」とする説明（基本刑法 I 336 頁）、②故意犯である基本犯の共同正犯の成立が前提である以上、加重結果惹起についての因果性・共同性は明白であり、共同正犯の成立を認めない理由はないように思われる」とする説明（山口総論 388 頁）もある。

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

総まくり 136 頁 [論点 12]

総まくり 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。⁶⁾

⁶⁾ 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

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）。	高橋総論 473～474 頁、新判例 115 頁、佐伯 380 頁・386 頁
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。	佐伯 386 頁、新判例 115 頁
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。	新判例 107 頁
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。	新判例 114 頁以下
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）。⁷⁾	山口総論 370～371 頁、佐伯 386～387 頁
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。	新判例 121～122 頁参照
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。	
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。	大阪高判 S62.7.10
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	最決 H24.11.6・百 I 81

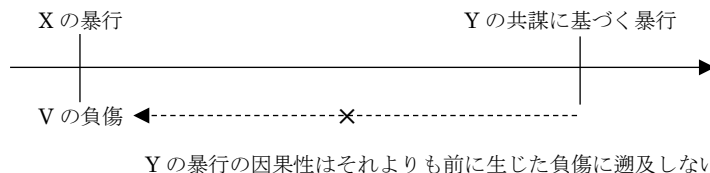
同正犯としての責任を負わせることができるか」という議論である（高橋総論 473 頁）。そのため、ここでの「実行行為」は、広義の実行行為に対応するものとして、「構成要件的行為」と呼ばれることもある（山口総論 368 頁参照）。そうすると、承継共同正犯の事案における後行者は、共謀及びそれに基づく実行行為の分担という要件を満たすから、実行共同正犯である。

⁷⁾ 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っても、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）が構成要件の結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い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「構成要件の結果」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

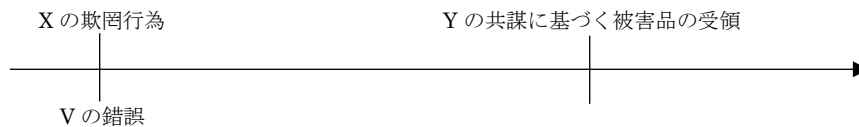
新判例 113 頁、佐伯 338 頁

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ばない。しかし、V の法益関係の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

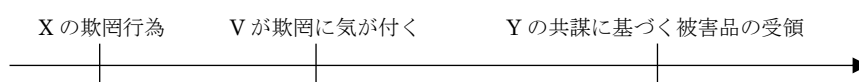
したがって、詐欺既遂罪の承継的共同正犯が成立する。

〔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 の法益関係の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 の法益関係の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。⁸⁾

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）。⁹⁾

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。

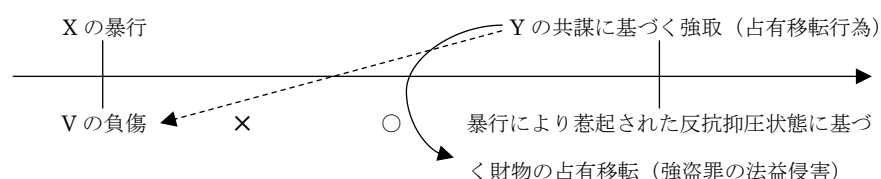
そうすると、Y は、X との共謀に基づき、本件詐欺を完遂する上で X の欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与することにより、V が錯誤に陥り現金を交付することでその占有を喪失する危険性をさらに（維持又は）増大させたといえる。

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

A

平成 28 年司法試験改題

⁸⁾ 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。

⁹⁾ 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）。

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。

〔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。¹⁰⁾

〔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）。¹¹⁾

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。

〔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よ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。

B

最判 S31.5.24

大判 M44.10.9、基本刑法 I 371 頁

佐伯 430～431 頁

B

佐伯 431 頁

山口総論 389～390 頁、佐伯 342 頁

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。

B

最決 S37.11.8・百 I 80

西田総論 423 頁

西田総論 426 頁

¹⁰⁾ 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（山口総論 389 頁、基本刑法 I 371 頁）。

¹¹⁾ 例外的に正犯になる場合があるとすれば、正犯に対する心理的拘束が以前から存在しており、これを利用して結果を発生させたといえるような場合である（佐伯 432 頁）。

そして、自ら基本犯の実行行為を行う意思を有する自己予備行為と異なり、自ら基本犯の実行行為を行う意思を有しない他人予備行為については、基本犯「を犯す目的」を欠くことになる。

これについては、目的犯における目的も「身分」(65条1項)に含まれるとともに、共同正犯も同条項の「共犯」に含まれると解されることから、他人予備行為の場合についても同条項の適用により予備罪の共同正犯の成立が認められると解する。

西田総論 423～424 頁

(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。¹²⁾

山口総論 337 頁

(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。

山口総論 325 頁・360 頁

〔論点 10〕共同正犯の違法性阻却事由

A

共同正犯は一次的責任類型であるから、正犯に従属する二次的責任類型である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。

そのため、違法性の実質的理解によっては、共同正犯者間における違法の相対化が認められる。

違法性の実質を法益侵害の惹起に求める結果無価値論を徹底すれば、法益侵害は客観的に存在する1つの事象であることから、違法の相対化が否定され、その結果、違法性阻却の判断は共同正犯者間で統一される。

基本刑法 I 407 頁、百 I 90 解説

しかし、違法性の実質については、法益侵害という結果無価値を基本としつつも、社会倫理規範違反という行為無価値も加味すると理解するべきであるから(違法二元論)、違法の相対化(違法の人的相対化 - 共同正犯における各人の法的判断の相対性)が認められる。

基本刑法 I 408 頁、高橋総論 487 頁

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。

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

基本刑法 I 408 頁、佐伯 378 頁、ロ
ーブラ 253～254 頁

¹²⁾ 共同正犯においては、故意の共同の要否(共同正犯における罪名従属性)との関係で、各共同者の故意の問題が共謀の成否・内容や主観的構成要件の検討の最終段階でも顕在化することがあるから、構成要件的故意以外の段階でも各共同者の故意が問題となることがある。

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。^{13) 14)}

〔判例〕 フィリピンパブ事件

事案：Xは、Vに憤激しVの店に押しかけようと、友人Yに包丁を持たせて一緒に同店へタクシーで向かい、タクシー内で未必を殺意を生じ、Yに対し、「やられたらナイフを使え」と指示し、Yを同店の出入口に行かせ、自分が少し離れた場所に待機していた。Yは、店から出て来たVにXと取り違えられ、いきなり激しい暴行を受けたため、自己の生命身体を防衛する意思で、Vの殺害を決意し、Xとの共謀の下に包丁でVを刺し、Vを死亡させた。なお、Yには過剰防衛の成立が認められる。

判旨：「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決すべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。X被告人は、Vの攻撃を予期し、その機会を利用してYをして包丁でVに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、VのYに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったYにとっては急迫不正の侵害であるとしても、Xにとっては急迫性を欠くものであって…、Yについて過剰防衛の成立を認め、Xについてこれを認めなかった原判断は、正当として是認することができる。」

解説：本決定が問題とした急迫性の要件は、正当防衛にも共通する要件であるから、本決定の結論は正当防衛にも当てはまるものである。したがって、本決定は、共同正犯者間における違法の相対性を肯定する余地を認めたものであるといえる。

〔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、行為者ごとに個別的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。

B

最決 H4.6.5・百190

基本刑法 I 409 頁

B

基本刑法 I 381 頁～384 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。

¹³⁾ 自招侵害事案で問題となる正当防衛状況（法益が対立する状況）についても、相対化を認めることができる（基本刑法 I 408 頁参照）。

¹⁴⁾ 共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法についても、「違法の相対化」という観点から議論されるのかは定かではない。事例演習 79 頁では、一部実行全部責任の原則の理解の仕方という観点から議論されているように思われる（詳細につき、総まくり 86 頁〔論点 12〕参照）。

第6章 財産犯

第1節. 財産犯の体系

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]
全体財産に対する罪	毀棄罪・毀棄罪			毀棄罪 [物]
				背任罪 [物／利益]

A

青本 275 頁

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。¹⁾

【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、一層の価値を生みだ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

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。

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、複写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、本件ファイルを複写して、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、たとえ複写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。²⁾

B

最判 S24.2.15

²⁾ 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。

イ.「他人の」

- ・「他人の」とは、他人の所有権を意味する。³⁾
- ・刑法の目的は、既存の財産関係の秩序の保護にあるから、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。^{4) 5)}

（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

³⁾ 「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）。

⁴⁾ 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）。

⁵⁾ 判例（最決 H 元.7.7・百Ⅱ26）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）に受忍を求める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条はそのことの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Ⅱ132 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。⁶⁾

〔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Ⅱ28

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。⁷⁾

⁶⁾ 「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）。

⁷⁾ 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〕

山口各論 178～180 頁

(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

A

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。

山口各論 181～182 頁

(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る、窃盗罪が成立する。

大判 T8.4.5、最判 S25.6.6

(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

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。

事実的支配を及ぼすための補助者) ないし監視者にすぎないと解されている。

もっとも、商品の管理を委ねられている番頭・支配人のように、下位者が上位者との間に高度の信頼関係があり、現実には支配している財物についてある程度の処分権が委ねられている場合には、下位者について占有を認め得る。

(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。

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。）。

宿泊客の所有物の占有は、旅館内においても宿泊客にあると解されるから、ここでも、財物の帰属がいずれにあると見られているかが重要である。

(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。

確かに、封緘物全体は受託者の手元にあり、しかも、受託者は一定の範囲で封緘物について一定の権限が与えられているのだから、受託者は、封緘物全体については、単なる占有補助者ではなく、事実上の支配を有するといえる。

しかし、内容物については、封緘により被見・処分が禁じられている以上、事実上の支配が委託者に留保されているというべきである。

そこで、封緘物自体の占有は受託者にあるが、その内容物についての占有は委託者になお留保されていると解すべきである。

この見解によると、受託者が封を開いて内容物だけ領得する行為には窃盗罪が成立し、封緘物全体を領得する行為には横領罪が成立するということとなるところ、これに対しては刑の不均衡が生じるとの批判がある。しかし、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、それ以外の場合であっても量刑上考慮することで宣告刑の不均衡を回避し得る。

基本刑法Ⅱ140 頁

最判 S31.1.19

基本刑法Ⅱ140～141 頁

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]

【論点 7】死者の占有

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

もっとも、判例は、被害者殺害後に領得意思が生じて死者から財物を領得するという事案について、「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取した

A

最判 S41.4.8・百Ⅱ29

のであって、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものというべきであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である」と判示している。

このように、判例は、行為を全体的に考察することにより、被害者を殺害した犯人との関係では、時間的・場所的に近接した範囲内にある限り、殺害行為に含まれる占有侵害行為と死亡後の財物取得行為を一体のものとしてみることで、被害者の生前の占有が法的保護に値すると解しているのである。^{6) 7)}

基本刑法Ⅱ142～143頁

これに対し、無関係の第三者が死者から財物を領得するという事案については、判例は、犯人自身の致死行為と領得行為とを全体として評価することはできないから窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪が成立するにとどまるとしている。

大判 T13.3.28

確かに、死者には占有の意思が認められないため、死者の占有を認めることはできない。

しかし、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が認められると解する。

(補足)

致死行為を利用して財物を取得したといえるかは、①行為者が被害者を死亡させたこと（共犯でもよい）、②致死行為と財物取得の時間的・場所的近接性から判断される。

(2) 「窃取」

①占有者の意思に反して、②財物に対する他人の占有を排除し、財物を自己又は第三者の事実的支配下に移したことをいう。

なお、窃盗罪の構成要件の結果は占有移転による占有侵害であるから、窃盗罪の実行の着手時期は、財物の占有侵害の具体的危険が認められる行為を開始した時点（あるいは、具体的危険が生じた時点）である。

(3) 故意

論文試験では、他人の占有・他人の所有権の存在の認識が問題となることが多い。

⁶⁾ “被害者の生前の占有を死後どの段階まで保護するか判断にあたっては、被害者の死亡と財物奪取との時間的・場所的近接性、機会の同一性、被害者の客観的占有状態が死後も変化していないかなどの点が考慮される。そして、一般的に、被害者の住居の場合のほうが、被害者の排他的支配下の場所であることから、野外の場合よりも生前の占有は長時間保護されるべきであるといえる。”（基本刑法Ⅱ144頁）

⁷⁾ 裁判例においては、殺害と領得の時間的・場所的近接性や被害者の握持されていた物であることが必ずしも要件とされておらず、財物領得行為が外形的・客観的に観察して窃取行為とみられるか否かという点が重視されているように思われる（高橋各論251頁）。

〔論点 8〕 他人所有物を自己所有物と誤認した場合

X は、Y が占有・所有するかばんを、自己のかばんであると誤信し、Y から当該かばんを窃取した。

X は、Y という「他人の」所有に属し、Y の占有に属する「財物」を、Y から「窃取した」のだから、窃盗罪の客観的構成要件に該当する。もっとも、X は Y 所有のかばんを自己所有のかばんであると誤認しているため、窃盗罪の故意との関係で、「他人の財物」の認識の有無が問題となる。

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、「他人が占有」（242 条）は本権に基づく占有だけを意味することになる。

この見解からは、行為者が客体を自己所有物であると誤認している場合において、窃盗罪の故意が認められるためには、窃取の相手方の占有が本権に基づくものであることを認識している必要がある。

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）。

この見解からは、「他人が占有…するもの」は、他人が事実上占有する財物を意味することになる。

そうすると、行為者が客体を自己所有物であると誤認している場合であっても、窃取の相手方の事実上の占有さえ認識していれば、窃盗罪の故意が認められる。

〔論点 9〕 占有者が死亡したと誤認した場合

X は Y に暴行を加えたところ、Y が失神した。X は、Y が死亡したと誤認した上で、Y のズボンのポケットから財布（Y 所有）を取り出し、その場から立ち去った。なお、暴行の時点では領得意思がなかった。

X は、Y という「他人の」所有に属し、Y の占有に属する「財物」を、Y から「窃取した」のだから、窃盗罪の客観的構成要件に該当する。もっとも、X は Y が死亡したと誤認しているため、占有侵害の事実の認識を欠き、窃盗罪の故意が認められないのではないか。

確かに、死者には占有の意思が認められないため、死者の占有を認めることはできない。

しかし、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が認められると解する。

そうすると、行為者が被害者が死亡したと誤認している場合であっても、致死行為を利用して財物を取得したという事実を認識していれば、要保護性のある被害者の生前の占有を侵害する認識があるといえ、窃盗罪の故意が認められる。

（4）不法領得の意思

不可罰な使用窃盗及び毀棄罪との限界を画するために、窃盗罪の成立には、不法領得の意思が必要であると解する。その内容は、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として（権利者排除意思）、②その経済的用法に従い利用又は処分する意思（利用処分意思）である。

A

平成 27 年司法試験

A

平成 29 年司法試験

最判 S41.4.8・百 II 29

〔論点 10〕 権利者排除意思

窃盗罪の成立には不法領得の意思が必要であり、その内容は、権利者排除意思と利用処分意思からなる。

権利者排除意思は、不可罰な一時使用（使用窃盗）を窃盗罪から除外するための要件であるから（可罰性限定機能）、一般に権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思を意味すると解すべきである。⁸⁾

〔論点 11〕 利用処分意思

（論証 1）財物自体のもつ何らかの利益や効用を享受する意思

窃盗罪の成立には不法領得の意思が必要であり、その内容は、権利者排除意思と利用処分意思からなる。

利用処分意思は、毀棄罪と窃盗罪を適切に区別するために、占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であるところ、財物自体のもつ（何らかの）利益や効用を享受する意思があれば財物の利用可能性の取得という目的が認められる。

そこで、①財物の経済的用法に従って利用する意思に限らず、②財物の本来的用法に従って利用する意思、さらには、③財物から生じる何らかの効用を享受する意思であっても、利用処分意思が認められると解する。

（論証 2）財物自体を利用する意思の要否

単に財物を毀棄・隠匿するにとどまらず、そこに何らかの利益追求の意思がありさえすれば、「財物自体のもつ（何らかの）利益や効用を享受する意思」があるとして、利用処分意思を認めてよい。

確かに、窃盗罪の法定刑が法益侵害がより重い毀棄罪のそれよりも重いことを基礎づけるという利用処分意思の機能からすれば、何らかの利益追求の意思があれば、毀棄罪よりも重く処罰すべき強い非難と一般予防の見地からの抑止の必要性が認められるとして、利用処分意思を肯定できそうである。

しかし、利用処分意思は、窃盗罪の法定刑が毀棄罪よりも重いことを基礎づけるために占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であるから、これを肯定するためには、その財物自体を利用する意思が必要であると解すべきである。⁹⁾

A

西田各論 170 頁・174 頁

A

西田各論 170～172 頁、基本刑法Ⅱ

147～148 頁

新判例 196～197 頁・203 頁

処分も「利用」の一態様である。

⁸⁾ 最決 S55.10.30（百Ⅱ32）は、「被告人は、深夜、広島市内の給油所の駐車場から、他人所有の普通乗用自動車（時価約 250 万円相当）を、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意図のもとに、所有者に無断で乗り出し、その後約 4 時間余りの間、同市内を乗り廻していたというのであるから、たとえ、使用後に、これを元の場所に返しておくつもりであったとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があったというべきである。」として、不法領得の意思を認めている。

⁹⁾ 最決 H16.11.30（百Ⅱ31 - 1 項詐欺の事案）は、被告人 X が、支払督促制度を悪用して A の財産を不正に差し押さえ強制執行するために、A 宛の支払督促正本等を廃棄する意図で、A を装い郵便配達員を欺き支払督促正本等の交付を受けたという事案において、「郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで他に何らかの用途に利用、処分する意思がなかったという場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の 1 つとして行ったときであっても異ならない」として、詐欺罪の成立を否定した。（i）本事件では、支払督促正本等の廃棄と効用・利用取得（領得）との関係が極めて間接的であるために利用処分意思が否定されるが、（ii）債務免脱のために借用証書を廃棄した事案であれば、債権の証明に直接資する借用証書の廃棄により債権の行使可能性にかかる借用証書の価値が直接侵害され、

4. 親族間の犯罪に関する特例

- ①「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第 235 条の罪、第 235 条の 2 の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する。」(244 条 1 項)
- ②「前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。」(2 項)
- ③「前二項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。」(3 項)

(1) 趣旨

本条は、法は家庭に入らずという政策的観点に基づく一身の処罰阻却事由と解されている(政策説)。

最判 S25.12.12

(2) 「親族」の意義

高橋各論 263 頁

- ・「親族」の意義は、民法の定めるところにより、6 親等内の血族、配偶者、及 3 親等内の姻族を意味する(民法 725 条)。
- ・内縁関係にある者は「親族」に当たらない。
 - ➡X の内妻 Y が X が占有・所有する財物を窃取した場合、X は内妻 Y の「配偶者」に当たらない。¹⁰⁾
 - ➡X が実父 Y の内妻 Z が占有・所有する財物を窃取した場合、内妻 Z は X の「直系血族」に当たらない。

(3) 親族ではない共犯の取扱い

高橋各論 265 頁

X が、友人 Y を教唆して、Y の実父 Z が占有・所有する財物を窃取させた場合、正犯 Y から見た場合、占有者・所有者である Z は「直系血族」に当たるから、正犯 Y については 244 条 1 項の適用により刑が免除される。

これに対し、教唆犯 X から見た場合、占有者・所有者である Z は「直系血族」に当たらないから、教唆者 X については 244 条 1 項の適用による刑の免除はない。

このことは、「前 2 項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。」として 244 条 3 項によって注意的に規定されている(244 条 1 項の「刑の免除」の法的性格を一身の処罰阻却事由と解することから、244 条 3 項は当然の注意規定であると解することになる)。

(4) 論点

〔論点 1〕244 条の親族関係が必要な人的範囲

B

244 条 1 項は、法は家庭に入らずという政策的観点に基づく一身の処罰阻却事由と解されている(政策説)。

西田各論 180 頁、山口各論 211 頁

そして、窃盗罪の保護法益は事実上の占有それ自体であると解されるが、これは財産秩序維持のために事実上の占有が本権とは独立した保護法益と

その反面として行為者が効用・利益を取得するという意味で、廃棄が行為者に効用・利益を直接もたらすとの理由から、利用処分意思が認められる可能性がある(新判例 202~203 頁)。処罰範囲の明確性の見地からは、利用処分意思における「利用」(処分は利用の一態様である)には、行為者に直接に効用・利益をもたらす財物廃棄は含まれるが、効用・利益取得との関係が極めて間接的である財物廃棄は含まれないと解すべきである(新判例 197 頁・200~203 頁)。

¹⁰⁾ 判例は、内妻による自宅内窃盗の事案において、「刑法 244 条 1 項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用又は類推適用されることはない」と判示している(最決 H18.8.30)。

なることを認める考えであって、所有権の保護法益性を否定する趣旨ではない。

そうすると、所有者が親族でない場合も、紛争が家庭外に波及していることになるから、同条1項の趣旨が妥当しない。

そこで、親族関係は、占有者のみならず所有者との間でも必要であると解すべきである。

〔論点2〕244条の親族関係の錯誤

244条の趣旨については、親族間においては所有・占有関係が合同的でありその区別が明確ではないから法益侵害が軽微だとする違法減少説と、親族関係という誘惑的要因から反対動機形成の期待可能性が低いため責任が減少すると解する責任減少説もある。

これらの見解からは、244条1項・2項は一種の軽減構成要件を定めたものと解されるから、親族関係の錯誤については、抽象的事実の錯誤に関する38条2項が適用される結果として、244条1項・2項が適用ないし準用されると解することになる。

しかし、違法・責任減少という考えは、244条1項の定める法的効果が刑の必要的な免除に限定されていることと整合しない。むしろ、同条1項は、法は家庭に入らずという政策的観点に基づく一身の処罰阻却事由を定めたものと解すべきである（政策説）。

そうすると、処罰阻却事由を基礎づける親族関係の存在は故意の対象とならないから、親族関係の錯誤は構成要件の故意・責任故意のいずれも阻却しないし、抽象的事実の錯誤として38条2項の適用により244条1項が適用ないし準用されることもない。

高橋各論 264 頁

最判 S25.12.12

B

山口各論 209 頁、西田各論 178 頁

西田各論 181 頁、高橋各論 265 頁、山口各論 212 頁（違法減少説からは「準用」、責任減少説からは「適用」となる）。

最決 H6.7.19

第3節. 不動産侵奪罪

- ①「他人の不動産を侵奪した者は、10年以下の懲役に処する」（235条の2）
- ②「第235条から第236条まで…の罪の未遂は、罰する。」（243条）

C

1. 概要

本罪との関係で、窃盗罪（235条）の客体には不動産が含まれない。

2. 構成要件

（1）「不動産」

①土地、②建物などの土地の定着物（民法86条1項）。

不動産の一部に本罪の客体となるが、不動産の一部を分離してそれを奪取した場合には、客体を動産とする窃盗罪が成立する。

（2）「他人の」

本罪の客体は、原則として、他人が所有権を有する不動産である。

もっとも、自己所有不動産であっても、「他人が占有し、又は公務所の命令により看守するもの」については、242条の適用により、本罪の客体となる。

(3) 他人の占有

本罪は「侵奪」を要件とする移転罪であるから、本罪の客体である「不動産」は他人の占有に属することを要する。

占有とは、人の物に対する事実的支配を意味するところ、場所的移転がない不動産の占有については、動産と異なる特殊性が認められる。すなわち、占有判断は社会通念上の帰属判断であるから、権利関係が登記により公示される登記済不動産については、遠隔地にあり実質的支配を及ぼし得ない土地等であっても所有者の占有を肯定することができ、それゆえに、所有者が家族ともども行方をくらました所在不明の状態の不動産であっても、所有者の占有が認められる。

最決 H11.12.9・百Ⅱ36

(4) 「侵奪」

占有者の意思に反して、不動産に対する他人の占有を排除して、自己又は第三者の占有を設定することをいい、不動産に対する事実的な支配の侵害が必要である。

「侵奪」というためには、他人の占有を排除する必要があるから、不動産賃借人の契約終了後の居座りのように、不動産の利用・使用を適法に開始した者の利用・使用状態が事後的に違法になっただけでは本罪は成立しない。ただし、占有に「質的变化」が生じた場合には、新たな占有侵害があったと評価して（あるいは、所有者の重疊的占有が排除・侵害されたとして）本罪の成立を肯定できる。¹¹⁾

山口各論 207 頁

¹¹⁾ 例えば、空き地を資材置場として無断で一時使用していた者がコンクリートブロック塀を築造した事案、土地とともに簡易施設の引渡しを受けた後にこれを改造して本格的店舗を構築した事案などである。

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

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。¹⁾

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

¹⁾ 「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。^{2) 3)}

（論証 2）適法性の判断基準

最決 S41.4.14・百 II 113

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。

基本刑法 II 497～498 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）。

高橋各論 624 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）。⁴⁾

基本刑法 II 499 頁

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、適法性を基礎づける事実に関する錯誤の場合には事実の錯誤として故意が阻却されるが、適法性の法的評価に関する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(二元説)。

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。⁵⁾

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、居室内にあった覚醒剤入りの注射器を足で踏み付けて壊した。」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「覚醒剤入りの注射器を足で踏み付けて壊した」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間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ふまでもなく、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. 威力業務妨害罪との関係

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）

保護法益は、もっぱら債権者の債権の実現にある。

これに対し、本条において強制執行がとくに保護されているのは、財産権の実効性の確保に奉仕する要保護性の高い公務だからであるから、債権者による債権の実現と間接的には関連するが、直接的な保護法益は公務としての強制執行作用であると解する見解もある。

最判 S35.6.24

山口各論 553 頁

5. 強制執行行為妨害等罪

C

- ①「偽計又は威力を用いて、立入り、占有者の確認その他の強制執行の行為を妨害した者は、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 条の 3 第 1 項)
- ②「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的で、申立権者又はその代理人に対して暴行又は脅迫を加えた者も、前項と同様とする。」(2 項)

保護法益は、公務作用としての公の競売又は入札の公正である。

6. 強制執行関係売却妨害罪

C

「偽計又は威力を用いて、強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正を害すべき行為をした者は、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。」(96 条の 4)

保護法益は、強制執行において行われるべき公務作用としての売却の公正である。

7. 加重封印等破棄等罪

C

「報酬を得、又は得させる目的で、人の債務に関して、第 96 条から前条までの罪を犯した者は、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」(96 条の 5)

本罪は、報酬の取得等を加重要件とした、封印等破棄罪・強制執行妨害目的財産損壊等罪・強制執行行為妨害罪・強制執行関係売却妨害罪の加重類型である。

8. 公契約関係競売等妨害

C

「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為をした者は、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。」(96 条の 6 第 1 項)

保護法益は、公務作用としての公の競売又は入札の公正である。

9. 談合罪

C

「公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で、談合した者も、前項と同様とする。」(96 条の 6 第 2 項)

保護法益は、公務作用としての公の競売又は入札の公正である。

判例

- ・ 大判 M40.9.27 p314
- ・ 大判 M42.12.13 p324
- ・ 大判 M43.4.28 p173
- ・ 大判 M43.11.15 p193
- ・ 大判 M43.12.19 p352
- ・ 大判 M44.10.9 p132、163
- ・ 大判 M44.10.13 p281
- ・ 大判 M44.11.10 p250
- ・ 大判 M44.12.4 p270
- ・ 大判 M45.4.26 p255
- ・ 大判 M45.6.20 p179
- ・ 大判 T2.1.23 p314
- ・ 大判 T2.11.18 p142
- ・ 大判 T2.12.16 p281
- ・ 大判 T2.12.24 p305
- ・ 大判 T3.4.29 (百Ⅱ120) p349
- ・ 大判 T3.10.16 p290
- ・ 大判 T3.12.1 p194
- ・ 大判 T4.4.9 p279
- ・ 大判 T4.4.29 p298
- ・ 大判 T4.11.2 p303
- ・ 大判 T4.12.11 p205
- ・ 大判 T4.5.21 p174、175
- ・ 大判 T7.2.6 p224
- ・ 大判 T7.5.7 p346
- ・ 大判 T7.8.20 p202
- ・ 大判 T7.11.16 (百Ⅰ65) p113
- ・ 大判 T7.11.19 p225
- ・ 大判 T7.12.18 p23
- ・ 大判 T8.3.31 p346
- ・ 大判 T8.4.5 p224
- ・ 大判 T8.7.9 p324
- ・ 大判 T8.11.19 p279
- ・ 大判 S9.8.27 p173
- ・ 大判 T9.12.10 p355
- ・ 大判 T9.12.24 p322
- ・ 大判 T10.10.14 p287
- ・ 大判 T11.2.25 p127
- ・ 大判 T11.3.1 p154

- ・大判 T11.12.15 p246、267
- ・大判 T12.4.14 p293
- ・大判 T12.4.30 (百 I 15) p49、51
- ・大判 T12.7.2 p142
- ・大判 T12.11.9 p224
- ・大判 T13.4.25 p101
- ・大判 T14.6.9 (百 I 45) p101
- ・大判 T15.3.24 p211
- ・大判 T15.7.5 p213
- ・大判 S2.3.15 p269
- ・大判 S2.3.28 p180
- ・大判 S2.12.8 p360
- ・大判 S3.5.24 p305
- ・大判 S4.2.19 p314
- ・大判 S4.5.16 (百 II 45) p243
- ・大判 S4.9.17 p119
- ・大判 S4.10.15 p314
- ・大判 S5.5.17 p147
- ・大判 S5.12.12 p170
- ・大判 S7.10.10 p218
- ・大判 S7.11.24 p314
- ・大判 S7.12.10 p346
- ・大判 S8.6.5 p179
- ・大判 S8.7.8 p170
- ・大判 S8.10.18 p347
- ・大判 S9.8.4 p345
- ・大判 S9.10.19 p107
- ・大判 S10.10.24 p162
- ・大判 S11.1.29 p170
- ・大判 S12.6.25 p118
- ・大判 S12.11.9 p346
- ・大判 S13.3.11 p23
- ・大判 S13.9.1 p277
- ・大判 S14.6.6 p305
- ・大判 S15.2.5 p350
- ・大判 S19.2.8 p238
- ・最判 S22.11.26 p234
- ・最判 S23.3.9 p242
- ・最判 S23.4.17 p107
- ・最判 S23.5.6 p299

- ・最判 S23.6.5 (百Ⅱ63) p277
- ・最判 S23.10.23 p154
- ・最判 S23.10.23 p355
- ・最判 S23.12.24 p235
- ・最判 S24.2.8 p232
- ・最判 S24.2.8、p271
- ・最判 S24.2.15 p221、233
- ・最判 S24.2.22 p305
- ・最判 S24.3.8 (百Ⅱ66) p281
- ・最判 S24.4.14 p316
- ・最判 S24.4.5 p91
- ・最判 S24.5.28 p242
- ・最判 S24.7.9 p240
- ・最判 S24.7.12 p197
- ・最判 S24.7.30 p298
- ・最判 S24.8.9 (百Ⅱ117) p343
- ・最判 S24.10.1 p156
- ・最判 S24.10.20 (百Ⅱ77) p294
- ・東京高判 S24.12.10 p107
- ・最判 S24.12.17 p145
- ・最大判 S24.12.21 p169
- ・最判 S25.5.25 (百Ⅱ81) p307
- ・最判 S25.6.6 p224
- ・最判 S25.7.4 (百Ⅱ46) p264
- ・最判 S25.7.11 (百Ⅰ91) p152
- ・名古屋高判 S25.11.14 p107
- ・最判 S25.12.12 p229
- ・最判 S26.1.30 p297
- ・最判 S26.3.27 p126
- ・最判 S26.5.11 p316
- ・最判 S26.5.25 (百Ⅱ64) p277
- ・最判 S26.8.17 (百Ⅰ44) p101
- ・最判 S26.9.20 p182
- ・最決 S27.2.21 p9
- ・最決 S27.2.21 p173
- ・最判 S27.6.6 p179
- ・最判 S27.10.17 p282
- ・最判 S27.12.25 p250
- ・最判 S27.12.25 p321
- ・最判 S27.12.25 p336

- ・最判 S28.1.30 p217
- ・高松高判 S28.1.31 p107
- ・最決 S28.2.19 p242
- ・最判 S28.5.2 p303
- ・最決 S28.10.19 p345
- ・最判 S28.10.27 p355
- ・最判 S28.11.27 p194、197
- ・最大判 S29.1.20（百 I 72） p120、237
- ・最決 S29.5.6 p108
- ・最決 S29.5.27（百 I 106） p170
- ・最判 S29.8.20 p179
- ・名古屋高判 S30.5.4 p235
- ・最決 S30.7.7（百 II 53） p255、260
- ・最判 S30.10.14（百 II 61） p273、274
- ・最判 S31.5.24 p132、163
- ・最決 S31.7.12 p362
- ・東京高判 S31.8.9 p281
- ・最決 S31.8.22 p206
- ・最判 S31.10.25 p205
- ・東京高判 S31.12.5 p261
- ・最判 S31.12.7（百 II 70） p289
- ・最判 S32.2.26（百 I 50） p126、180
- ・名古屋高判 S32.3.4 p235
- ・最大判 S32.3.13（百 I 47） p43
- ・最決 S32.4.23 p179
- ・最決 S32.4.30 p349
- ・大阪高判 S32.7.22 p337
- ・最判 S32.8.1 p241
- ・最判 S32.9.13（百 II 39） p235
- ・最判 S32.10.4（百 II 92） p321
- ・最判 S32.10.18（百 I 49） p103
- ・最判 S32.11.19（百 I 94） p285
- ・最決 S32.12.5 p362
- ・最決 S33.3.19 p196
- ・最大判 S33.5.28（百 I 75） p122、124、125
- ・東京高判 S33.7.7 p261
- ・最判 S33.9.9（百 I 5） p23
- ・最判 S33.9.30 p339
- ・最判 S33.11.21（百 II 1） p12、70
- ・最判 S34.5.7（百 II 19） p212

- ・最判 S34.7.24 p175
- ・最決 S34.8.27 p338
- ・最決 S34.9.28 (百Ⅱ48) p247
- ・最判 S35.3.18 (百Ⅰ11) p193
- ・最判 S35.6.24 p341
- ・最決 S35.9.9 p125
- ・最決 S36.8.17 (百Ⅱ118) p345
- ・最判 S36.10.10 p278
- ・最決 S37.11.8 (百Ⅰ80) p132
- ・最判 S38.11.8 p298、299
- ・最決 S39.1.28 (百Ⅱ3) p178
- ・大阪高判 S39.10.5 p218
- ・最決 S39.12.8 p360
- ・最決 S40.2.26 p344
- ・最決 S40.3.9 p108
- ・最判 S41.3.24 (百Ⅱ115) p339
- ・最判 S41.4.8 (百Ⅱ29) p225、227
- ・最決 S41.4.14 (百Ⅱ113) p337
- ・最判 S42.3.7 (百Ⅰ93) p163
- ・最判 S42.5.24 (百Ⅱ112) p337
- ・東京高判 S42.6.20 p234
- ・最判 S42.10.13 (百Ⅰ54) p59
- ・最決 S42.10.24 (百Ⅰ9) p38
- ・最決 S43.1.18 p213
- ・最決 S43.9.17 p197
- ・最決 S43.10.15 p362
- ・最決 S43.10.24 p267
- ・広島地判 S43.12.24 p236
- ・最判 S44.6.25 (百Ⅱ21) p213
- ・最決 S44.7.17 (百Ⅰ86) p162
- ・最判 S44.12.4 p84
- ・最判 S45.1.29 p202
- ・最決 S45.7.28 (百Ⅰ62) p108
- ・最決 S45.9.4 (百Ⅱ93) p323
- ・東京高判 S45.9.8 p108
- ・京都地判 S45.10.12 (百Ⅱ10) p196
- ・最決 S45.12.3 (百Ⅱ7) p188
- ・最決 S45.12.22 p234
- ・最判 S46.6.17 p31
- ・大阪高判 S47.8.4 p235

- ・福岡高判 S47.11.22 (百 II 65) p276
- ・最判 S50.4.24 (百 II 104) p352、353
- ・最決 S50.6.12 (百 II 76) p296
- ・最判 S50.11.28 (百 I 24) p84
- ・東京地判 S50.12.26 p218
- ・札幌高判 S51.3.18 (百 I 51) p56
- ・最決 S51.4.1 (百 II 47) p264
- ・最判 S51.4.30 (百 II 88) p316
- ・最判 S51.5.6 (百 II 91) p320
- ・最大判 S51.9.22 (百 I 105) p169
- ・松江地判 S51.11.2 p143
- ・最決 S52.7.21 p77
- ・最決 S53.2.16 p170
- ・最決 S53.3.22 (百 I 14) p39
- ・東京高判 S53.3.22 p313
- ・最判 S53.3.24 (百 I 34) p97
- ・福岡高判 S53.4.24 p280
- ・最判 S53.6.29 p336
- ・最判 S53.7.28 (百 I 42) p44、46、49
- ・最決 S54.3.27 p54
- ・最決 S54.4.13 (百 II 92) p138
- ・最決 S54.11.19 p237
- ・最決 S55.10.30 (百 II 32) p228
- ・最決 S55.11.13 (百 I 22) p68、197
- ・最決 S56.4.8 (百 II 97) p326、327
- ・最判 S57.2.17 (百 I 107) p170
- ・東京高決 S57.6.28 p274
- ・旭川地判 S57.9.29 p345
- ・最決 S57.11.29 p199
- ・最決 S58.3.25 (百 II 109) p359
- ・仙台地判 S58.3.28 p306
- ・最判 S58.4.8 (百 II 16) p206、209
- ・最決 S58.5.24 (百 II 71) p289
- ・東京高判 S58.6.20 p306
- ・最決 S58.6.23 p188
- ・横浜地判 S58.7.20 p108
- ・最決 S58.9.13 p97
- ・最決 S58.9.21 (百 I 74) p9
- ・最決 S58.9.27 p199
- ・最決 S58.11.1 (百 II 22) p213

- ・最判 S59.2.17 (百 II 94) p317、324
- ・最決 S59.3.23 p218
- ・最決 S59.4.27 (百 II 25) p191
- ・最決 S59.5.30 (百 II 106) p357
- ・東京地判 S59.6.28 (百 II 33) p220
- ・最判 S59.7.3 p97
- ・最決 S60.7.3 p344
- ・最決 S61.6.9 (百 I 43) p53
- ・最決 S61.6.27 (百 II 108) p359
- ・最判 S61.7.18 (百 II 78) p300
- ・最決 S61.11.18 (百 II 40) p233
- ・最決 S62.3.24 (百 II 13) p199
- ・最決 S62.3.26 (百 I 29) p93
- ・最決 S62.7.16 (百 I 48) p102
- ・最決 S63.1.19 p177
- ・最決 S63.7.18 p352
- ・大阪高判 H 元.3.3 p233
- ・最決 H 元.3.10 (百 II 114) p336
- ・最決 H 元.3.14 (百 I 52) p57
- ・最決 H 元.5.1 (百 II 122) p343、344
- ・最決 H 元 6.26 (百 I 96) p144、145
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 26) p222
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 82) p306
- ・最決 H 元.7.14 (百 II 83) p305
- ・最判 H 元.7.18 (百 I 46) p102
- ・最判 H 元.11.13 (百 I 25) p85
- ・最決 H 元 12.15 (百 I 4) p25
- ・最決 H2.2.9 (百 I 40) p42
- ・東京高判 H2.2.21 (百 I 88) p156
- ・最決 H2.11.20 (百 I 10) p29、32
- ・最決 H4.6.5 (百 I 90) p134
- ・東京地判 H4.6.19 p199
- ・最決 H4.11.27 p218
- ・最決 H4.12.17 (百 I 12) p35
- ・最決 H5.10.5 (百 II 95) p326
- ・名古屋地判 H6.1.18 p179
- ・最決 H6.3.4 p242
- ・最決 H6.7.19 p230
- ・千葉地判 H6.8.8 p242
- ・最決 H6.11.29 (百 II 89) p322

- ・最判 H6.12.6 (百 I 98) p145、146
- ・最大判 H7.2.22 (百 II 107) p352
- ・千葉地判 H7.6.2 p346
- ・東京高判 H7.9.26 p194
- ・東京地判 H7.10.9 p240
- ・大阪高判 H7.11.9 p10
- ・千葉地裁 H7.12.13 (百 I 59) p72
- ・東京地判 H8.6.26 p95
- ・最判 H8.11.18 (百 I 1) p3
- ・最判 H9.6.16 p79、88
- ・最決 H9.10.21 (百 II 84) p304
- ・最決 H10.11.25 (百 II 73) p290
- ・最決 H11.12.9 (百 II 36) p231
- ・最判 H11.12.20 p325
- ・最決 H12.2.17 (百 II 23) p215、216
- ・最決 H12.3.27 p250、251
- ・最決 H12.12.20 (百 I 53) p58
- ・富山地判 H13.4.19 p179
- ・最判 H13.7.19 (百 II 49) p248
- ・最決 H13.10.25 p9
- ・最決 H13.11.5 (百 II 67) p282
- ・最決 H14.7.1 (百 II 75) p298
- ・名古屋高判 H14.8.29 p144
- ・大阪高判 H14.9.4 (百 I 28) p81、82
- ・最決 H14.9.30 (百 II 24) p215、216
- ・最決 H14.10.21 p221、250、251
- ・最決 H15.2.8 (百 II 74) p291
- ・最決 H15.3.12 (百 II 52) p257
- ・最決 H15.4.14 (百 II 85) p308
- ・最大判 H15.4.23 (百 II 69) p168、283
- ・最決 H15.5.1 (百 I 76) p123
- ・最決 H15.7.16 (百 I 13) p33、34
- ・最決 H15.10.6 (百 II 96) p317、326
- ・最決 H15.12.9 p262
- ・最決 H15.12.18 p318、319
- ・最決 H16.1.20 (百 I 73) p10、70、173
- ・最決 H16.2.17 p32
- ・最決 H16.3.22 (百 I 64) p110、107、112
- ・最決 H16.8.25 (百 II 28) p223
- ・最決 H16.10.19 p33、35

- ・最決 H16.11.30 (百Ⅱ31) p228、316
- ・東京高判 H16.12.1 p178
- ・最判 H16.12.10 (百Ⅱ43) p239
- ・最決 H17.3.11 (百Ⅱ105) p356
- ・最決 H17.3.29 (百Ⅱ5) p179
- ・大阪高判 H17.3.29 p246
- ・最判 H17.4.14 (百Ⅰ103) p197
- ・最決 H17.7.4 (百Ⅰ6) p22
- ・札幌高判 H17.8.18 (百Ⅱ124) p343
- ・最決 H17.12.6 (百Ⅱ12) p198、199
- ・最決 H18.1.17 (百Ⅱ80) p301
- ・最決 H18.1.23 (H18 重判 10) p357
- ・最決 H18.2.14 (百Ⅱ59) p268
- ・最決 H18.3.14 p191
- ・最決 H18.3.27 (百Ⅰ11) p36
- ・最決 H18.8.30 p229
- ・最決 H18.11.21 (百Ⅰ83) p149
- ・最決 H19.3.20 (百Ⅱ79) p301
- ・最決 H19.3.26 (H19 重判 2) p60
- ・最決 H19.7.2 (百Ⅱ18) p209、217
- ・最決 H19.7.17 (H19 重判 9) p252
- ・最決 H20.1.22 (百Ⅱ15) p205
- ・最決 H20.2.18 (百Ⅱ35) p287
- ・東京高判 H20.3.19 (百Ⅱ42) p233
- ・最判 H20.4.11 (H20 重判 8) p207
- ・最判 H20.3.4 (H20 重判 5) p109
- ・最決 H20.5.20 (百Ⅰ26) p75
- ・最決 H20.6.25 (百Ⅰ27) p88、89
- ・最決 H21.2.24 (H21 重判 2) p89
- ・最決 H21.3.16 (H21 重判 8) p354
- ・最決 H21.6.30 (百Ⅰ97) p143
- ・最決 H21.7.13 (H21 重判 4) p209
- ・最判 H21.7.16 (H21 重判 1) p85
- ・東京高判 H21.11.16 (百Ⅱ41) p236
- ・最判 H21.11.30 (百Ⅱ17) p208
- ・最決 H21.12.8 (百Ⅰ35) p97
- ・最決 H22.3.17 (百Ⅰ102) p168
- ・最判 H22.5.31 (H23 重判 1) p189
- ・最決 H22.7.29 (百Ⅱ50) p253
- ・東京地判 H22.9.6 (H23 重判 6) p318

- ・最決 H22.9.7 (H22 重判 12) p358
- ・最決 H23.12.19 (百 I 89) p157
- ・最決 H24.1.30 (百 II 4) p179
- ・最決 H24.10.15 (百 II 103) p354
- ・最決 H24.11.6 (百 I 81) p128、129
- ・最決 H25.4.15 (百 I 84) p156
- ・最決 H26.3.17 (百 I 101) p168
- ・最判 H26.3.28 (百 II 51) p256
- ・最決 H28.3.24 (百 II 6) p181、182、184
- ・最決 H28.7.12 (百 I 79) p125、126
- ・大阪高判 H28.7.13 p269
- ・最決 H29.3.27 (百 II 123) p343
- ・最決 H29.4.26 (百 I 23) p77
- ・最決 H29.6.12 (百 I 57) p56
- ・最大判 H29.11.29 (H29 重判 3) p201、202
- ・最判 H29.12.11 (百 I 82) p130
- ・最判 H30.3.19 (百 II 9) p176
- ・最判 H30.3.22 (百 I 63) p106、111
- ・最決 R2.9.30 (R2 重判 4) p181、184、185
- ・最決 R3.6.9 p344

(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)
→ 第2版を参照している箇所では「基本刑法第2版〇頁」と表記
- ・「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」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)