

第1部 総論

第1章 序論

第1節. 刑法の意義

C 基礎応用 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

B 基礎応用 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 基礎応用 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 基礎応用 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

B 基礎応用 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。

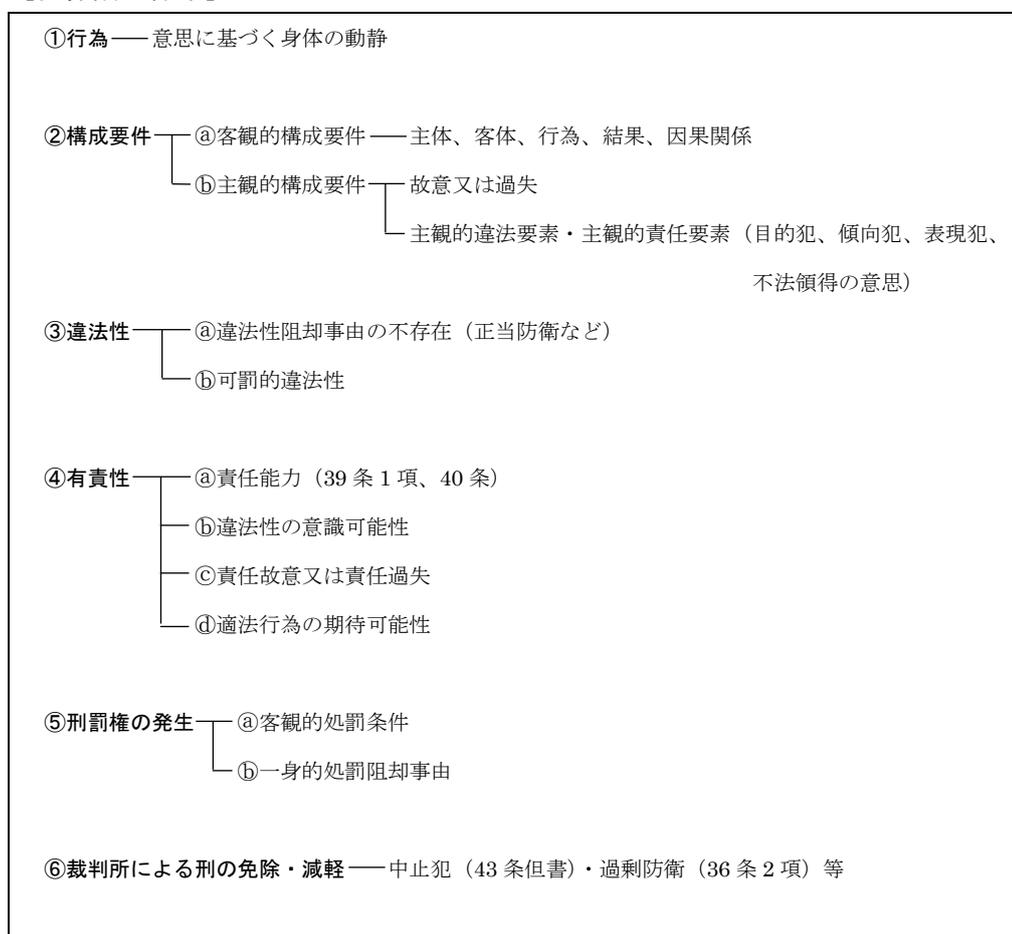
第 1 に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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

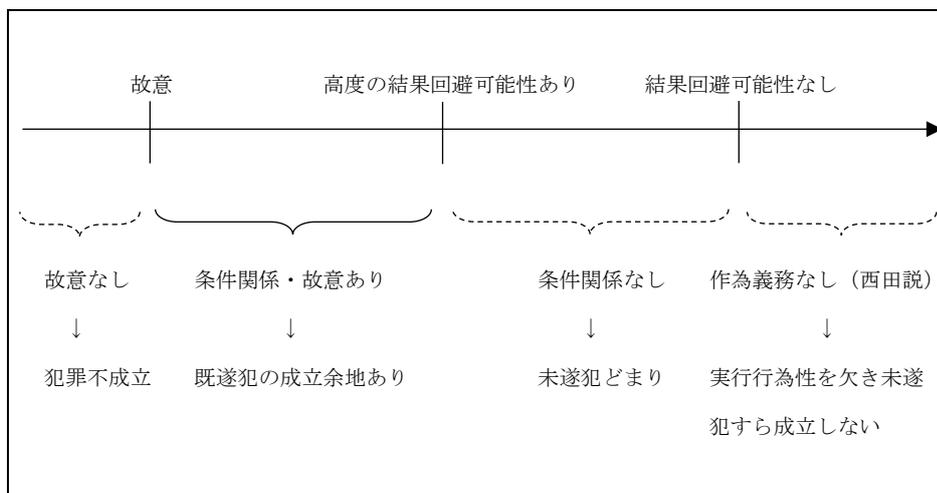
不作為は、期待された作為をしないことを意味する。そのため、積極的な行為も、期待された作為をしないことの一環として不作為を構成することがある。

(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又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 基礎応用 22~29 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では、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。

事案によっては「合理的な疑いを超える程度に確実」という規範の方が使いやすことがある。

(1)の見解を採用する場合、左6の論点を左2の作為義務の中で論じる。

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。

(2) 殺意の有無で区別する見解

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。

(2) の見解を採用する場合、左6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

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と思っていた場合に、不作為による殺人未遂罪は成立するか。

B

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観念することができないとして、作為義務を否定すべきである。

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

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。

B

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、因果関係は認められる。

イ. 死の二重評価を回避するための法律構成

しかし、第一行為に傷害致死罪の成立を認めると、不作為に殺人罪又は保護責任者遺棄等致死罪が成立するため、死の結果を二重評価することとなる。

この死の結果の二重評価を避けるために、第一行為にだけ死の結果を帰責させたのでは、第一行為の時点では殺意がないことから殺人罪に問えず、刑が不当に軽くなる。

そこで、死の結果の二重評価を避けるための法律構成としては、死亡の点は不作為による殺人罪（又は保護責任者遺棄等致死罪）に吸収されると解すべきである。

したがって、第一行為には傷害罪が成立するにとどまり、これと不作為による殺人罪は併合罪となる（吸収されるのは死の結果だけであるから、包括一罪とはならない。）。

第6章 共犯

第1節 共犯の基礎理論

A 基礎応用 130 頁

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構成要件的结果（法益侵害・危険）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。

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 基礎応用 131~158 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)。

基礎応用 1311 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。

2. 共同正犯の成立要件

基礎応用 131~146 頁

(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。

A

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。

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75

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(判例)。

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

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

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75

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

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。

最決 H28.7.12・百 I 79

「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（判例）。

〔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る（判例）。

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（判例）。

〔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。

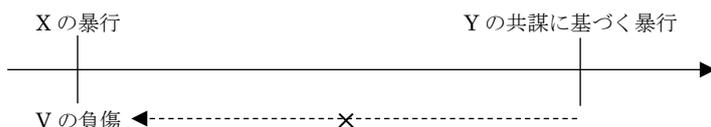
因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある（消極説・全面否定説）。

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 - 判例）。

〔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

A

大判 T11.2.25

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。

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

第4節 強盗罪

A

1. 強盗取得罪（236条1項）¹⁾

基礎応用 270～274頁

(1) 「他人の財物」

- ・「財物」は有体物に限られる。但し、電気は「財物」とみなされる（245条）。
- ・「財物」には不動産は含まれない。但し、不動産に対する権利・利益が「財産上…の利益」として2項強盗罪の客体となる。
- ・「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上、財産的価値を有することを要する。
- ・「他人の財物」は、他人の所有物を意味する。但し、242条がある。
- ・「財物」は、他人の占有に属することを要する。

(2) 「暴行又は脅迫」

ア. 程度

相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のもをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

最判 S24.2.8

この判断は、①暴行・脅迫の態様、②行為者及び相手方の状況（性別、年齢、体格、容貌・服装、人数、人間関係）、③日時・場所・周囲の状況、④被害者の対応を総合考慮して行う。

イ. 目的・手段

強盗罪は暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧して財物を奪取する犯罪であるから、「暴行又は脅迫」は、①財物の占有移転に向けた、②反抗抑圧手段として行われる必要がある。

〔論点1〕 事後的奪取意思（1）反抗抑圧後の新たな暴行・脅迫

暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧した後に、財物奪取の意思を生じ、自己の暴行・脅迫により作出した反抗抑圧状態を利用して奪取した場合であっても、先行する暴行・脅迫が財物奪取の意思に担われた「暴行又は脅迫」に当たらない（①を欠く）ため、財物奪取の意思に担われた新たな暴行・脅迫がなければ、強盗罪の成立は認められない。それでは、反抗抑圧後の新たな暴行・脅迫としては、どの程度のもが要求されるか。

B

大阪高判 H元.3.3

反抗抑圧後に生じた財物奪取の意思に担われた新たな暴行・脅迫の程度としては、既に自己の先行行為により相手方の反抗を抑圧していることにかんがみ、相手方の反抗抑圧状態を継続させるに足りる程度のもであればよいと解する。

〔論点2〕 事後的奪取意思（2）強制わいせつ・強制性交等後の新たな暴行脅迫

B

強制わいせつ・強制性交等の犯人がその現場を立ち去らない限り被害者の畏怖状態が継続するのが通例であるから、犯人が現場に滞留していること自体が、それが被害者に認識されている限り、言う通りにしなければさらに暴行を加えるという害悪を態度によって黙示的に告知するも

大判 S19.11.24 [旧強姦罪]

¹⁾ 強盗罪（236条～241条）については、親族間の犯罪に関する特例（244条）は適用・準用されない。

のという意味で、被害者に対する反抗抑圧状態を継続する行為として新たな「脅迫」に当たると解すべきである（判例）。

また、強制わいせつ目的で被害者を緊縛した状態に乗じて財物を取得した場合、緊縛状態を解消しない限りそれが強盗罪の実行行為たる「暴行又は脅迫」に当たるから、強盗罪の成立が認められる（判例）。

東京高判 H20.3.19・百II 42

〔論点 3〕 財物奪取後の暴行・脅迫

財物を奪取した後に、その財物の占有を確保するために暴行・脅迫を用いた場合には、暴行・脅迫が財物奪取の意思に担われているとはいえないから、1項強盗罪の「暴行又は脅迫」が認められず、1項強盗罪は成立しない。もっとも、事後強盗罪や2項強盗罪が成立しないか。

B

最決 S61.11.18・百II 40

1. 財物を窃取した後、返還請求を免れるためになされた暴行・脅迫については、①暴行・脅迫が窃盗の機会に行われたのであれば、財物取返し防止目的に基づく暴行・脅迫を実行行為とする事後強盗罪が成立する。②窃盗の機会性を欠く場合には、窃取した財物の返還請求を免れるという「財産上不法の利益」を得るためになされた暴行・脅迫として、2項強盗罪を構成する（判例）。

窃盗未遂段階における暴行・脅迫

は、財物の占有移転のために行われたものとして1項強盗罪の「暴行又は脅迫」を構成する。

2. 窃盗罪と2項強盗罪は実質的に同じ財産を客体とするため法益侵害の一体性があるから、行為の一体性もあれば、包括一罪として、前者が後者に吸収される。

〔論点 4〕 財物詐取後の暴行・脅迫

財物を詐取した後に、その財物の占有を確保するために暴行・脅迫を用いた場合には、暴行・脅迫は財物奪取の意思に担われているとはいえないから、1項強盗罪の「暴行又は脅迫」が認められず、1項強盗罪は成立しない。もっとも、2項強盗罪が成立しないか。

B

1. 財物を詐取した後、返還請求を免れるためになされた暴行・脅迫については、詐取した財物の返還請求又は代金の支払を免れるという「財産上不法の利益」を得るためになされたものといえるから、1項詐欺罪のほかに、2項強盗罪が成立する（判例）。

詐欺罪の行為者は「窃盗」という事後強盗罪の主体に当たらないから、事後強盗罪は成立し得ない。

2. 詐欺罪と2項強盗罪は実質的に同じ財産を客体とするため法益侵害の一体性があるから、行為の一体性もあれば、包括一罪として、前者が後者に吸収される。

〔論点 5〕 反抗抑圧手段としての暴行・脅迫

1. 1項強盗罪における「暴行又は脅迫」は、①財物の占有移転に向けた、②反抗抑圧手段として行われる必要があるから、財物奪取の直接の手段として行われたにすぎない暴行・脅迫は、②を欠き、「暴行又は脅迫」に当たらない。

B

2. 例えば、ひたくり行為に際して行われる暴行は、被害者の不意をつき、あつけにとられているすきに所持品を奪うためになされるものであって、反抗抑圧の手段として行われるものではなく、比較的軽微な態様にとどまるのが通常であるから、通常は強盗罪における「暴行」

に当たらない。

他方、相手方が所持品を奪われないように抵抗した際、相手方を転倒させたり、引きずったりする態様にわたる場合には、反抗抑圧の手段として行われた暴行として、「暴行」に当たり、強盗罪が成立する。

ウ. 相手方

相手方は、条文上限定されていないから、財物奪取を遂行する上で障害となる者であればよく、財物の占有者に限られない。

最決 S45.12.22

(3) 「強取」

暴行・脅迫と財物移転との間の因果関係については、①反抗抑圧という中間結果の経由が必要である(通説)、②畏怖という中間結果の経由があれば足りる(判例)、③畏怖という中間結果の経由すら不要という考え方がある。

②からも、相手方が暴行・脅迫により憐れみの情を抱いて財物を交付したという事案では、「強取」が否定される。「暴行・脅迫⇒憐れみ⇒財物移転」という経過は、「暴行・脅迫⇒畏怖⇒財物移転」という②の因果関係を満たさないからである。

最判 S22.11.26

なお、相手方が畏怖したにとどまる事案で①の立場から因果関係が否定された場合には、強盗未遂罪と恐喝既遂罪の観念的競合となる。

〔論点 6〕 暴行・脅迫と財物移転との間の因果関係

B

強盗罪は、暴行・強迫を手段として相手方の反抗を抑圧することで財物を奪取する犯罪である。

そこで、「強取した」というには、暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧し、その結果として財物の占有を取得したという因果関係が必要であると解すべきである(通説)。

2. 強盗利得罪 (236 条 2 項)

基礎応用 274~247 頁

(1) 「財産上…の利益」

客体である「財産上…の利益」は、財物以外の財産的利益を意味する。

〔論点 1〕 処分行為の要否

A

強盗利得罪における処分行為の要否自体は、基本書では客体論のところでも取り上げられることが多いが、厳密には、強盗利得罪の「暴行又は脅迫」は反抗抑圧状態の被害者の処分行為による利益移転に向けられていることを要するかという形で、実行行為論として問題になるものであると思われる。

反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪においては、処分行為が想定されているとはいえないから、処分行為は不要であると解する。

もっとも、処罰範囲の明確化の見地より、「財産上…の利益」には財物の取得と同視できる程度に具体性と直接性が必要であり、このような性質を欠く抽象的利益の取得に向けられた暴行・脅迫は強盗利得罪の実行行為に当たらないと解すべきである。

〔論点 2〕 民法上保護されない不法な利益

B

公序良俗違反の契約に基づく履行請求権や、不法原因給付の返還請求権と

最判 S32.9.13・百II 39

いった、民法上保護されない不法な利益も、「財産上…の利益」として強盗利得罪の客体となるか。

窃盗罪では事実上の占有が保護されることとの均衡から、財産秩序維持のために、民法上保護されない利益も、刑法上の保護に値すると認められる限り「財産上の…利益」として強盗利得罪の客体になると解する（判例）。

【論点 3】 キャッシュカードの暗証番号の聞き出し

裁判例では、キャッシュカードを窃盗した犯人が被害者に暴行・脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出したという事案において、「財産上…の利益」との関係で、①財産的利益の具体性・②利益の移転性が論点となった。

1. まず、処罰範囲の明確性のため、「財産上…の利益」には、財物の取得と同視できる程度の具体性が必要である。

キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことは、両者を用いて事実上 ATM を通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位として、財物の取得と同視できる程度に具体的な「財産上…の利益」に当たり得る。

2. 次に、本罪は移転罪だから、「財産上…の利益」は、利得と喪失の対応関係が認められるものでなければならない。

確かに、暗証番号は行為者・被害者間で共有されるにすぎずそれ自身が被害者から行為者に移転するわけではない。しかし、行為者が前記 1 の地位を取得する反面において被害者は預貯金債権に対する支配力が弱まるという財産上の損害を被るという意味で、利得と喪失の対応関係がある。

したがって、前記 1 の地位も「財産上…の利益」に当たる。²⁾

(2) 「財産上不法の利益を得…た」

通説は、1 項強盗罪と同様、①暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧し、②その結果として財産的利益を取得したという因果関係が必要であるとする。

相手方が畏怖したにとどまる事案で通説の立場から因果関係が否定された場合には、強盗未遂罪と恐喝既遂罪の観念的競合となる。

B

東京高判 H21.11.16・百II 41

時間がなければ、左 1 だけを論じれば足りる。

基礎応用 277～278 頁

論証集 68 頁 [論点 9]、86 頁・2(8)

B

最決 S54.11.19

3. 強盗予備罪 (237 条)

(1) 構成要件

- ・「予備」は、強盗の実行を決意して強盗の準備をする行為であり、強盗の実行の着手以前の段階の行為をいう。
- ・「強盗の罪を犯す目的」は、自ら強盗を侵す目的に限られ（自己予備罪）、他人が強盗を実行するのを助けるために準備をすることには強盗予備罪の単独正犯は成立せず、共同正犯又は幫助犯が成立しうるにとどまる。

【論点 1】 事後強盗目的による強盗予備罪

窃盗の決意を有する者が、もし見つかったら脅して逃げるために使おうと

2) 利得と喪失の対応関係としては、①利益がそのままの形で移転するという直接的な対応関係までは不要であり、②行為者が利益を取得する反面において被害者が財産上の損害を被るという関係で足りる。

考えて凶器を準備する行為については、事後強盗罪の予備罪が成立するか。これは、「強盗の罪を犯す目的」は確定的なものであることを要するか、それとも条件付き又は未必的なものも含まれるかという問題である。

238条は事後強盗を「強盗として論じる」と規定しているし、条件付きの目的も目的として確定的といえる。

そこで、237条の「強盗の罪を犯す目的」には事後強盗の目的も含まれると解する。³⁾

したがって、事後強盗罪の予備罪も認められる(判例)。

(2) 罪数関係

強盗予備を行いさらに強盗の実行に着手したときは、強盗の未遂・既遂を問わず、強盗予備罪は共罰的事前行為として強盗罪に包括して評価されるため、強盗予備罪が独立して成立することはない。

4. 事後強盗罪 (238条)

基礎応用 278～280頁

(1) 罪質

- ・財物に対する強盗罪の拡張類型
- ・窃盗犯人を主体とする真正身分犯

論証集 89頁 [論点 8]

(2) 構成要件

ア. 「窃盗」

- ・逮捕免脱・罪証隠滅目的の場合、窃盗罪の未遂の犯人も含む。
- ・取返し防止目的の場合、「財物を得て」という文言から、窃盗罪の既遂の犯人に限られる。

イ. 「暴行又は脅迫」

- ・本罪も強盗罪として扱われる以上、社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕の行為を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。
- ・相手方は、窃盗の被害者に限られない。
- ・主観的に法所定の目的で行われることで足り、目的達成は不要である。
- ・財物奪取と暴行・脅迫の関連性が必要である。

[論点 1] 財物奪取と暴行・脅迫の関連性

強盗罪との罪質の近似性を担保するために、「暴行又は脅迫」(238条)は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると解する(判例)。

窃盗の機会の継続中とは、被害者等から容易に発見され、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が、窃盗の犯行により生じた緊迫した対立状況として継続していることを意味する(判例)。

A

最判 H16.12.10・百II43

多論点型の事案では、下位基準の定立を省略してもよい。

(3) 既遂・未遂の判断基準

先行する窃盗罪の既遂・未遂を基準として判断され、暴行・脅迫の目的の達成の有無は無関係である。

最判 S24.7.9

³⁾ 2つ目の理由付けは、本罪の「目的」には未必的目的は含まれないとする見解を前提とするものである。

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

基礎応用 390～396 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

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。

最判 S53.6.29

そこで、本罪の「職務」には、全ての公務が含まれると解する（判例）。

[論点2] 職務執行の範囲

C

「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（判例）。

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（判例）。

[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（判例）。¹⁾

最判 S42.5.24・百 II 112

最決 S41.4.14・百 II 113

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 - 判例）。

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。

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（判例）。

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（判例）。

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（判例）。

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）

(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」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)