

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7節. 犯罪の種類 p5～9

1. 犯罪の主体 p5～6

身分犯／法人の両罰規定

2. 犯罪の対象となる行為 p6～7

行為／作為犯と不作为犯

3. 結果 p7～8

結果犯と危険犯／結果の発生と犯罪の終了／既遂犯・未遂犯・予備罪

4. 主観的構成要件要素 p8～9

故意犯と過失犯／主観的違法要素・主観的責任要素

第2章 構成要件該当性 p10～67

第1節. 意義及び機能 p10

第2節. 構成要件の要素 p10

第3節. 実行行為 p10

第4節. 正犯 p11～21

1. 間接正犯の成立要件 p11～12

2. 間接正犯の体系上の位置づけ p12～13

3. 間接正犯の諸類型 p13～21

第5節. 不真正不作为犯 p22～29

1. 実行行為の特定 p21～22

2. 不真正不作为犯の実行行為性 p22～27

3. 不作为犯の「実行に着手」 p27

4. 不作为犯の因果関係 p27～28

5. 故意 p28～29

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 p29

第6節. 因果関係 p30～41

1. 条件関係 p30～31

2. 法的因果関係 p31～41

第7節. 構成要件の故意 p42～59

1. 故意の認識対象 p42

2. 故意の種類 p42～44
3. 故意の意義 p44
4. 規範的構成要件要素 p44～45
5. 具体的事実の錯誤 p46～55
6. 抽象的事実の錯誤 p55～59

第8節. 過失 p60～67

1. 過失犯の成立要件 p60～65
2. 段階的過失 p65～66
3. 管理・監督過失 p66
4. 業務上過失致死罪の検討手順 p66～67

第3章 違法性 p68～102

第1節. 違法性の本質 p68～69

1. 違法性の実質 p68
2. 違法性阻却事由 p68
3. 主観的要素 p68～69
4. 可罰的違法性 p69

第2節. 正当行為 p70～71

1. 法令行為 p70
2. 正当業務行為 p70～71
3. 労働争議行為 p71

第3節. 超法規的違法性阻却事由 p72～78

1. 被害者の承諾 p72～75
2. 被害者の推定の承諾 p75～76
3. 治療行為 p76
4. 危険の引き受け p76～77
5. 義務の衝突 p77
6. 自救行為 p77～78

第4節. 正当防衛 p79～98

1. 正当防衛の本質 p79
2. 成立要件 p79～92
3. 過剰防衛 p92～95
4. 誤想防衛 p95～98

第5節. 緊急避難 p99～102

1. 意義 p99
2. 法的性質 p99～100
3. 成立要件 p100～101
4. 過剰避難 p102
5. 業務上特別義務者の例外 p102

第4章 責任 p103～110

1. 責任能力 p103～106
2. 責任故意 p106～109
3. 期待可能性 p109～110

第5章 未遂犯 p111～129

第1節. 実行の着手 p111～121

1. 「実行に着手」した時期の判断基準に関する学説 p111～114
2. 判例・論点 p114～121

第2節. 不能犯 p121～125

1. 問題の所在 p121
2. 学説 p122～124
3. 判例 p124～125

第3節. 中止犯 p125～129

1. 法的性質 p125～126
2. 成立要件 p126～128
3. 予備罪の中止犯 p129
4. 中止犯の一身専属的効果 p129

第6章 共犯 p130～181

第1節. 共犯の基礎理論 p130

第2節. 共同正犯 p131～158

1. 共同正犯の本質 p131
2. 共同正犯の成立要件 p131～146
3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤 p146～152
4. 共同正犯の中止・共同正犯関係からの離脱 p152～158

第3節. 教唆犯 p159～167

1. 成立要件 p159～163
2. 教唆の態様 p163～165
3. 教唆への関与 p165
4. 教唆犯と間接正犯、共謀共同正犯の区別 p165～166
5. その他の論点 p166～167

第4節. 幫助犯 p168～176

1. 成立要件 p168～172
2. 幫助の態様 p172～174
3. 幫助への関与 p174～175
4. 幫助犯と共謀共同正犯との区別 p175～176
5. その他の論点 p176

第5節. 共犯と身分 p177～181

第7章 罪数 p182～186

第1節. 単純一罪 p182

第2節. 法条競合 p182

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 p183～185

1. 吸収一罪 p183～184
2. 狭義の包括一罪 p185

第4節. 科刑上一罪 p185～186

1. 観念的競合 p185
2. 牽連犯 p185～186
3. かすがい現象 p186
4. 共犯の罪数 p186

第8章 刑法の適用 p187～190

1. 刑法の時間的適用範囲 p187
2. 刑法の場所的適用範囲 p187～190

第9章 刑罰論 p191

1. 刑罰の種類 p191～193
2. 刑の軽重 p193
3. 刑の執行猶予 p193～197
4. 仮釈放 p197～198
5. 刑の時効及び刑の消滅 p198～199
6. 刑罰の適用 p199～200-2
7. 刑罰の執行 p200-3

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 p201～209

第1節. 殺人罪 p201

第2節. 殺人予備罪 p201～202

第3節. 自殺関与罪・同意殺人罪 p203～205

第4節. 堕胎罪 p206

第5節. 遺棄罪 p207～209

第2章 身体に対する罪 p210～223

第1節. 暴行罪 p210～211

第2節. 傷害の罪 p211～217

1. 傷害罪 p211～213
2. 傷害致死罪 p213
3. 現場助勢罪 p213
4. 同時傷害の特例 p213～217

第3節. 凶器準備集合罪 p218

第4節. 過失致死傷罪 p219～223

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 p219～223

第3章 自由に対する罪 p224～243

第1節. 脅迫罪・強要罪 p224～226

1. 脅迫罪 p224～225
2. 強要罪 p225～226

第2節. 逮捕・監禁罪 p227～230

第3節. 略取・誘拐・人身売買罪 p230～234

第4節. 性的自由に対する罪 p234～241

1. 令和5年改正の概要 p234～235
2. 不同意わいせつ罪 p235～238
3. 不同意性交等罪 p238～239
4. 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の削除 p239
5. 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪 p239～240
6. 未遂処罰規定 240
7. 不同意わいせつ等致死傷罪 p240～241
8. 非親告罪 p241

第5節. 住居侵入罪 p241～243-3

1. 住居侵入罪 p239～243-3
2. 不退去罪 p243-3

第4章 人格的法益に対する罪 p244～247

第1節. 秘密に対する罪 p244

1. 信書開封罪
2. 秘密漏示罪

第2節. 名誉に対する罪 p244～247

1. 名誉毀損罪 p244～246
2. 侮辱罪 p247

第5章 信用及び業務に対する罪 p248～253

- 第1節. 信用毀損罪 p248
- 第2節. 偽計等業務妨害罪 p248～250
- 第3節. 威力業務妨害罪 p250～252
- 第4節. 電子計算機損壊等業務妨害罪 p252～253

第6章 財産犯 p254～352

- 第1節. 財産犯の体系 p254～255
- 第2節. 窃盗罪 p256～268
- 第3節. 不動産侵奪罪 p268～269
- 第4節. 強盗罪 p270～287
 - 1. 強盗取得罪 p270～274
 - 2. 強盗利得罪 p274～277
 - 3. 強盗予備罪 p277～278
 - 4. 事後強盗罪 p278～280
 - 5. 昏酔強盗罪 p280～282
 - 6. 強盗致死傷罪 p282～285
 - 7. 強盗・不同意性交等及び同致死罪 p285～287
- 第5節. 詐欺罪 p288～313
 - 1. 1項詐欺罪 p288～307
 - 2. 2項詐欺罪 p307～310
 - 3. 電子計算機使用詐欺罪 p310～311
 - 4. 準詐欺罪 p311～312
 - 5. 振り込め詐欺と還付金詐欺 p312～313
- 第6節. 恐喝罪 p314～318
 - 1. 1項恐喝罪 p314～318
 - 2. 2項恐喝罪 p318
- 第7節. 横領罪 p319～333
 - 1. 単純横領罪 p319～329
 - 2. 業務上横領罪 p329～332
 - 3. 占有離脱物横領罪（遺失物等横領罪） p332～333
 - 4. 親族間の犯罪に関する特例 p333
- 第8節. 背任罪 p334～339
- 第9節. 盗品等に関する罪（盗品等関与罪） p340～348
- 第10節. 毀棄・隠匿罪 p349～352

第3部 各論（2）社会的法益に対する罪

第1章 公共危険罪 p353～365

第1節. 騒乱罪 p353

1. 騒乱罪
2. 多衆不解散罪

第2節. 放火罪・失火罪 p353～363

1. 現住建造物等放火罪 p353～358
2. 他人所有非現住建造物等放火罪 p358
3. 自己所有非現住建造物等放火罪 p358～359
4. 建造物等以外放火罪 p359～361
5. 延焼罪 p361
6. 消火妨害罪 p361
7. 差押え等に係る自己の物に関する特例 p362
8. 失火罪 p362
9. 激発物破裂罪 p362
10. 業務上失火等罪 p362
11. ガス漏出等罪・同致死傷罪 p363

第3節. 出水罪 p363

第4節. 往来妨害罪 p364～365

第5節. 公衆の健康に対する罪 p365

第2章 取引等の安全に対する罪 p366～384

第1節. 通貨偽造罪 p366～368

1. 通貨偽造罪・同行使等罪 p366～367
2. 外国通貨偽造罪・行使等罪 p367
3. 偽造通貨等取得罪 p367
4. 取得後知情行使等罪 p367
5. 通貨偽造等準備罪 p367～368

第2節. 文書偽造罪 p368～381

1. 保護法益 p368
2. 形式主義と実質主義 p368～369
3. 基本的な構成要件 p369～372
4. 行為類型 p372～381

第3節. 有価証券偽造罪 p381～382

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 p382～383

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 p383

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 p384

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 p385

第1節. わいせつ及び重婚の罪 p385

第2節. 賭博及び富くじに関する罪 p385~386

第3節. 礼拝所及び墳墓に関する罪 p386

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 p387~388

第1節. 内乱に関する罪 p387

第2節. 外患に関する罪 p387~388

第2章 国交に関する罪 p389

第3章 国家の作用に対する罪 p390~422

第1節. 公務の執行を妨害する罪 p390~396

第2節. 逃走の罪 p397

第3節. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 p398~404

1. 犯人蔵匿等罪 p398~400

2. 証拠隠滅等罪 p401~403

3. 親族による犯罪に関する特例 p403~404

4. 証人等威迫罪 p404

第4節. 偽証の罪 p405

第5節. 虚偽告訴の罪 p406

第6節. 職権濫用罪 p407

第7節. 賄賂罪 p408~422

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あ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）。

B

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

基本刑法 I 9

第4節. 刑法の機能

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

B

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ことを通じて、国家の恣意的な刑罰権の行使から国民の自由な行動を保障するとの自由保障機能もある。

基本刑法14頁、西田総論39～41

頁

3. 社会倫理秩序維持機能

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

基本刑法15頁、山口総論5頁、高

橋総論18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。

B

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）。

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

2. 責任主義

山口総論 6～7 頁

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

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

責任が認められるためには、少なくとも、故意又は過失が必要である。

3. 罪刑法定主義

井田・入門総論 44～50 頁

法益に対する加害行為が有責に行われただけでは、それについて犯罪の成立を認めることはできない。犯罪の成立を認めるためには、その行為が、「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」について事前に法律により定められた「犯罪のカタログ」に載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（公布・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、類似した事実に適用さ

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、拡張解釈は禁止されない。

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

山口総論 13 頁

（４）絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止

井田・入門総論 47～48 頁、高橋総論 45 頁

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

なお、「～した者は、10 年以下の拘禁刑に処する」（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定刑を定める刑罰法規（罪刑の不均衡）がある。

第 6 節. 犯罪論の体系

A

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

山口総論 23～25 頁

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

山口総論 23 頁、基本刑法 I 25 頁

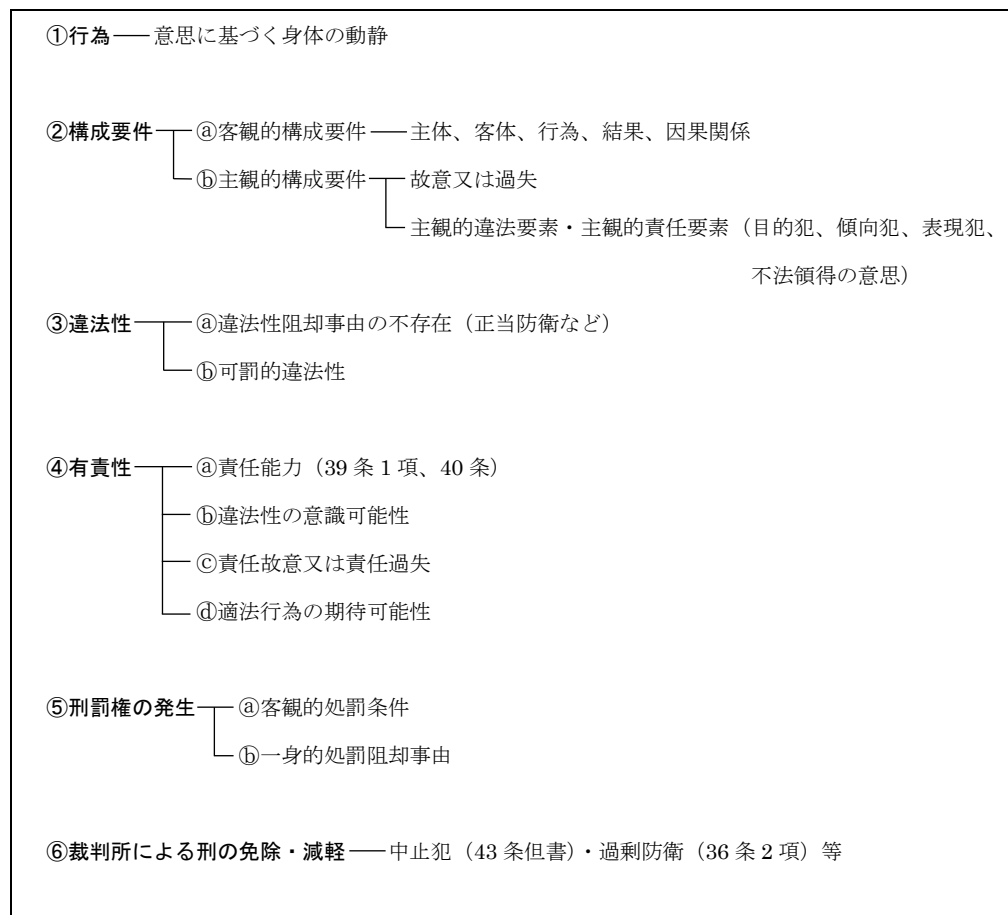
第 2 に、犯罪は、法律（厳密には、委任命令・自主条例を含む）が定める犯罪構成要件に該当する行為に限られる。これは、罪刑法定主義（憲法 31 条）からの帰結である。

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

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

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

[犯罪論の体系]



第7節. 犯罪の種類

A

1. 犯罪の主体

(1) 身分犯

犯罪成立や法定刑の軽重における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている犯罪を身分犯という。身分は客観的構成要件要素である。

身分犯は、犯罪成立における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている真正身分犯、法定刑の軽重における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている不真正身分犯に分類される。

真正身分犯の例としては、当該公文書の作成権限を有する公務員を身分とする虚偽公文書作成等罪（156条）、「法律により宣誓した証人」を身分とす

る偽証罪（169条）、公務員を身分とする収賄罪（197条以下）、「他人のためにその事務を処理する者」を身分とする背任罪（247条）、他人の物の占有者を身分とする単純横領罪（252条）などが挙げられる。

不真正身分犯の例としては、「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」を身分とする看護者等による逃走援助罪（101条）、「常習…者」を身分とする常習賭博罪（186条1項）、「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」を身分とする特別公務員職権濫用罪（194条）・特別公務員暴行凌辱罪（195条）、「医師、助産師、薬剤師又は医療品販売業者」を身分とする業務上墮胎罪・業務上墮胎致死傷罪（214条）、業務者を身分とする業務上横領罪（253条）などが挙げられる。

（2）法人の両罰規定

山口 26～27 頁

法人は、原則として罰則にいう「者」には含まれず、法人を処罰する規定が存在する場合に限り犯罪の主体として処罰の対象となる。法人処罰規定は、業務主体としての法人を、違反行為を実際に行なった自然人行為者と共に処罰する業務主処罰規定としての両罰規定の形式を採るものが一般的である。

業務主処罰規定としての両罰規定によって自然人の業務主たる法人が処罰される根拠について、現在の判例は、無過失転嫁罰を定めたものと解する立場ではなく、「行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定した規定」とであると理解する過失推定説である。過失推定説では、両罰規定について、代表者には自然人行為者による違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかったという意味での過失があることが推定されると理解するため、必要な注意を尽くしたこと（＝無過失）を証明することで法人は処罰を免れる。

最判 S40.3.26・百13

2. 犯罪の対象となる行為

（1）行為

犯罪は行為でなければならないから、単なる思想・内心の状態は処罰の対象とならない。

山口青本 21 頁

刑法上の行為については、かつては、①意思に基づく身体の動静と定義する自然的行為論、②目的によって支配された身体の動静と定義する目的的行為論、③行為者人格の主體的現実化である身体の動静と定義する人格的行為論、④社会的に意味のある身体の動静と定義する社会的行為論とが対立していた。もっとも、行為でないものを処罰の対象から除外するという意味で、意思に基づく身体の動静と定義すれば足りると考えられる。この意味で、身体の動静であっても、例えば反射運動のように意思に基づかないものは行為から除外されることになる。

山口青本 27 頁

（2）作為犯と不作為犯

山口青本 27～28 頁

上記（1）の行為の定義における「身体の動静」には、身体の「動」である作為のみならず、身体の「静」である不作為も含まれる。

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

不作為犯には、不作為を明示的に構成要件要素として規定し、それが犯罪となる条文を法文上明定している真正不作為犯（不退去罪 [130 条後段]、保護責任者不保護罪 [218 条後段] 等）と、不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない不真正不作為犯とがある。

3. 結果

(1) 結果犯と危険犯

山口青本 28～29 頁

法益保護の観点から、刑法は、保護法益侵害行為又は保護法益侵害の危険のある行為を将来抑止し、法益を保護するために、保護法益の侵害行為・危惧化行為を犯罪として規定し、処罰の対象とするものであると理解される。この意味で、犯罪とは法益侵害・危惧化行為をいい、犯罪の成立には法益侵害又はその危険の惹起が必要である。

構成要件的结果（＝構成要件要素である結果）には、実際に保護法益を侵害したことの他に、保護法益を侵害する危険も含まれる。実際に保護法益が侵害されたことを構成要件的结果として規定する犯罪を結果犯といい、保護法益を侵害する危険を構成要件的结果として規定する犯罪を危険犯という。

危険犯は、法文上、具体的な「危険」の発生が規定・要求されている具体的危険犯と、一般的・抽象的に危険な行為が規定・要求されているにとどまり具体的な「危険」の発生までは規定・要求されていない抽象的危険犯に分類される。

(2) 結果の発生と犯罪の終了

山口青本 29～30 頁

構成要件的结果が発生すると犯罪が成立する。問題は、一旦成立した犯罪が終了する時点である。犯罪の終了時期の観点から、犯罪は、即成犯、状態犯及び継続犯の3つに分類される。

即成犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、それと同時に犯罪が終了するとともに、法益侵害状態も終了する場合である（殺人罪 [199 条]、傷害罪 [204 条] など）。

継続犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、その結果が継続する限り犯罪が継続的に成立する場合である（例えば、監禁罪 [220 条] では、監禁状態が継続する間、監禁罪が継続的に成立する）。

状態犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、その後も法益侵害状態が継続するが、犯罪成立と同時に犯罪が終了する場合である（例えば、窃盗罪 [235 条] では、財物の占有移転によって既遂が成立するが、その後は財物が窃取されたことによる占有侵害の状態が継続するにすぎないから、占有移転と同時に既遂に達するとともに犯罪が終了する）。

(3) 既遂犯、未遂犯、予備罪

山口青本 139～140 頁

既遂犯とは、実際に保護法益が侵害されたという意味での構成要件的结果が発生した場合に成立するものである。

未遂犯とは、法益保護の見地から処罰時期を早期化する趣旨で、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合、具体的には「犯罪の実行に着手」したが実際には保護法益侵害という意味での構成要件的结果の発生には至ら

なかった場合に犯罪として処罰されるものである。未遂犯は、未遂犯処罰規定が設けられている場合に限り、犯罪として処罰される（44条）。なお、未遂犯では、「刑を軽減することができる」（43条本文）。

予備罪とは、未遂よりも前の予備行為を処罰するものである。殺人罪や強盗罪など極めて重い犯罪に限って予備の処罰規定が設けられている（201条、237条など）。

また、内乱罪や外患罪など国家の存立にかかわる重大犯罪については、陰謀罪の処罰規定がある（78条、88条、93条など）。

4. 主観的構成要件要素

（1）故意犯と過失犯

刑法上の犯罪は原則として故意犯であり、その成立には「罪を犯す意思」という意味での故意が必要である（38条1項本文）。故意とは、構成要件該当事実の認識・認容を意味する構成要件の故意と責任故意の2つからなる。

38条1項が「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。」と定めていることから、過失犯は、法律により過失犯処罰規定が設けられているものに限り、処罰される。

刑法上は、過失致死傷罪（209条、210条）、業務上過失致死傷罪（211条前段）、重過失致死傷罪（211条後段）が規定されている。

例えば、過失による窃盗罪（235条）、過失による横領罪（252条）、過失による器物損壊罪（261条）など、法律により過失犯処罰規定が設けられていない犯罪については、過失犯として処罰することができない。

（2）主観的違法要素・主観的責任要素

主観的構成要件要素として、構成要件の故意に加えて主観的違法要素又は主観的責任要素として特定の主観的要素が要求される犯罪がある。

ア. 主観的違法要素

（ア）目的犯

目的犯とは、一定の目的を有することが成立要件とされている犯罪をいう。

例えば、通貨偽造罪（148条）における「行使の目的」、文書偽造罪（155条、159条）における「行使の目的」などである。

（イ）表現犯

表現犯とは、内心の表現が処罰の対象となる犯罪をいう。

例えば、偽証罪における「虚偽の陳述」について証人の記憶に反する陳述を意味すると理解する主観説からは、偽証罪は表現犯に位置付けられる。

（ウ）傾向犯

傾向犯とは、行為者の内心の意図ないし傾向が成立要件とされている犯罪である。

かつての判例は、旧強制わいせつ罪（176条）について、その主観的構成要件要素として行為の他に、「犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足

基礎応用 405 頁 [論点 1]

基礎応用 237 頁 [論点 1]

させるという性的意図」が必要であると解していたため、旧強制わいせつ罪は傾向犯に位置付けられていた。しかし、平成 29 年最高裁大法廷判決により判例が変更され、性的意図は旧強制わいせつ罪の成立要件そのものではないと解されるに至ったため、現在は、旧強制わいせつ罪と不同意わいせつ罪（令和 5 年改正により、「強制わいせつ罪」から「不同意わいせつ罪」に変更された）は傾向犯ではない。

基礎応用 265 頁 (4)

イ. 主観的責任要素

例えば、窃盗罪（235 条）、強盗罪（236 条以下）、詐欺罪（246 条以下）及び恐喝罪（249 条）で必要とされる不法領得の意思は、主観的責任要素である。

第5章 未遂犯

刑法上の犯罪には、法益保護の見地から、未遂犯の処罰規定が設けられることで、処罰時期の早期化が図られているものがある。これを未遂犯という（さらには、予備罪もある。）。

第1節 実行の着手

刑法43条本文は、未遂犯を「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」と規定し、未遂犯を処罰する場合（44条）には既遂犯の刑を裁量的に減輕しうることを定めている。

1. 「実行に着手」した時期の判断基準に関する学説

(1) 主観説

未遂犯の処罰根拠を行為者の意思ないし性格に求める主観的未遂論の立場から、犯意の飛躍的表動といった、行為者の犯意が外部的に明らかになった時点で「実行に着手」が認められるとする見解である。

しかし、主観的未遂論はそれ自体が妥当でないのみならず、判断基準としてあまりに不明確である上、犯意の表動で足りるならば予備も未遂となり未遂犯成立を限定する機能が「実行に着手」から失われてしまう。

そこで、「実行に着手」は客観的な基準により判断するべきである。

(2) 客観説

ア. 形式的客観説

43条本文の「実行に着手して」という文言を重視し、ここでいう「実行」を実行行為（構成要件の行為）、「着手」を開始と理解することで、実行行為を開始すること（構成要件の一部を実現すること）が「実行に着手」に当たると解する見解である。

この見解からは、例えば、窃盗罪においては、占有侵害の一部を実現する「窃取」の開始時に「実行に着手」が認められる。

具体的には、他人の住居内での物色の段階では「実行に着手」は認められず、物色により発見した他人の財物に手を伸ばした段階で「実行に着手」が認められる。

しかし、これでは、実行の着手時期が遅くなりすぎ、法益保護のために処罰時期を早期化した未遂犯処罰規定の趣旨が全うされない。

この批判を受けて、形式的客観説の内部には、実行行為（構成要件該当行為）に「密接する」行為の実現があればよいと修正する見解もあるが、そこではすでに実質的な危険性が考慮されているといわざるを得ない。

イ. 実質的客観説

(ア) 内容

未遂犯の処罰根拠は、既遂結果発生の現実的（具体的）危険性に求めるべきである。

そして、実行行為の開始時に「実行に着手」を認める考えでは、実行の着手時期が遅くなりすぎ、法益保護のために処罰時期を早期化した未

A

山口青本 139 頁

A

司 H25 司 H26 司 H30 司 R2

司 R5 予 H25 予 H29 予 R4

高橋総論 416 頁、佐伯 338 頁

高橋総論 416～417 頁、山口総論

281 頁

山口総論 281 頁

高橋総論 415～416 頁、基本刑法 I

253～254 頁

山口総論 284～285 頁

遂犯処罰規定の趣旨が全うされない。

そこで、構成要件の結果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解すべきである。¹⁾

行為の危険性は行為を支配する行為者の意思にも影響されるから、行為の危険性の判断においては、行為者の故意や犯行計画も考慮できると解される。

(イ) 行為犯説・結果犯説

実質的客観説には、①未遂犯の処罰根拠である既遂結果発生の実質的危険性を行為者の行為に認められる属性（行為それ自体の危険）と理解する立場から、行為時に未遂犯が成立すると解する見解（行為犯説）と、②未遂犯の処罰根拠である既遂結果発生の実質的危険性を行為が現にもたらしたと事後的に判断される行為から切り離された未遂犯に固有の結果であると理解する立場から、行為により現に既遂結果発生の実質的危険性が生じた時点で「実行に着手」が認められ、未遂犯が成立すると解する見解（結果犯説）がある。

行為無価値的立場からは、未遂犯は、行為自体の法益侵害の一般的危険性を基礎として処罰されると理解されるため、①行為犯説が導かれる。結果無価値的立場からは、未遂犯は、当該行為により結果として法益侵害の現実的危険性が発生したことを根拠として処罰されると理解されるため、②結果犯説が導かれる。

①行為犯説からは、行為と結果との間に時間的・場所的間隔が存在する離隔犯では行為時に未遂犯が成立することになり（発送時説）、間接正犯では被利用者に働きかけた段階で未遂犯が成立することになる。しかし、これでは、既遂結果発生の実質的危険性が現実的なものとなる前の段階（既遂結果発生の実質的危険性が認められない段階）で未遂犯の成立を肯定することになり、未遂犯の処罰根拠を既遂結果発生の実質的危険性と理解することと整合しない。²⁾

②結果犯説では、行為により既遂結果発生の実質的危険性が生じた時点で「実行に着手」が認められ³⁾、未遂犯が成立するのだから、離隔犯では、例えば毒入り饅頭が被害者宅に届き、被害者がこれを食べることが

高橋総論 416 頁、山口総論 282 頁

H20 重判 5 解説 3、山口総論 285 頁

山口総論 284 頁

高橋総論 413 頁

山口総論 284 頁

山口総論 284 頁

¹⁾ 客観的未遂論では、未遂犯の成立に必要な既遂結果発生の実質的危険性について、①客観的危険性（行為者の意思の実質的危険性ではなく、行為の実質的危険性）＋②現実的危険性（漠然とした危険性と区別するための概念であり、具体的危険性とも呼ばれる）と理解する（基本刑法 I 270 頁）。だからこそ、山口総論 3 版 284～285 頁では、未遂犯の処罰根拠につき「既遂の実質的・客観的危険」と表現するとともに、「未遂犯が成立するために必要とされる危険」性について「既遂犯の構成要件の結果が惹起される現実的・客観的危険」と表現されている。もっとも、山口総論 2 版 271 頁では「既遂の具体的危険の内容としては、既遂犯の構成要件の結果…惹起される具体的・客観的危険を通常意味する」とされていることから、「具体的危険」が「客観的危険」をも包摂する概念として用いられることもある。

²⁾ 行為説の内部では、行為と結果発生の実質的危険性とを切り離して実行の着手を認めることができないため、発送行為という作為を実行行為と捉えることをやめ、発送物が到達した時点で発送行為が先行行為であることを根拠として結果阻止のための作為義務を認めることで、不作為犯の実行の着手を認めるという考えも有力である。しかし、発送物が到達した時点では作為可能性が失われている場合もあり、その場合には不作為犯の成立を認めることができないという不都合がある（基本刑法 I 第 2 版 256 頁）。

³⁾ 行為と危険との間の因果関係も必要とされる（平成 30 年司法試験・採点実感、高橋総論 416 頁）。

可能な状態になった段階で未遂犯が成立する（到達時説）。また、間接正犯では、一般的な既遂の危険が発生した段階で未遂犯が成立する。⁴⁾

②結果犯説では、「実行に着手して」という法文の文理と未遂犯の成立時期との整合性が問題となる。これについては、(i) 行為者の行為が事後的に「実行に着手」となるとする巧妙な説明もあり、危険の発生を「実行に着手」とは別の未遂犯の成立要件とする見解もあるが、(ii) 既遂結果発生の実現的危険性の発生をもって「実行に着手」を端的に肯定するという理解で足りると思われる。

山口総論 285 頁

【論点 1】「実行に着手」した時期の判断基準（1）

A 予 H25

未遂犯の処罰根拠は、既遂結果発生の実現的（具体的）危険性に求めるべきである。

そして、実行行為の開始時に「実行に着手」を認める考えでは、実行の着手時期が遅くなりすぎ、法益保護のために処罰時期を早期化した未遂犯処罰規定の趣旨が全うされない。

そこで、構成要件的結果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解すべきである（判例）。

行為の危険性は行為を支配する行為者の意思にも影響を受けるから、行為の危険性の判断においては、行為者の故意や犯行計画も考慮できると解される（判例）。

【論点 2】「実行に着手」した時期の判断基準（2）

A 司 R5 予 H25

これは、行為の危険性という実質的基準と実行行為との密接性という形式的基準の双方により「実行に着手」した時期を判断する見解であり、最高裁平成 30 年判決の山口厚補足意見で未遂犯成否の判断基準として示された判断基準である。

最判 H30.3.22・百 I 63・山口厚裁

判官の補足意見

本判決以降は、原則として [論点 2] の判断基準を用いるべきであるが、実行行為との密接性という基準が機能しない（あるいは、機能しにくい）事案では、[論点 1] の判断基準を用いるべき場合もあろう。⁵⁾

未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的客観的危険性にあるから、「実行に着手」したといえるためには、少なくとも、既遂結果発生に至る客観的な危険性が認められる行為に着手したことが必要である。

もっとも、危険概念は程度問題であり、このような実質的な基準だけでは未遂犯の成否について明確に限界を画することが難しいため、「実行に着手」の肯否・時期が曖昧になることが懸念される。

山口総論 283 頁

そのため、無限定な未遂犯処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、実行行為との密接性という形式的基準も用いるべきである。

⁴⁾ 基本刑法 I 第 2 版 258 頁では、到達時説は被利用者標準説と結びつくとして理解されている。

⁵⁾ 基本刑法 I 254 頁では、「危険性の判断は容易ではなく、「実行に着手」して」という文言による制約もある。そこで、判例・通説は、形式的客観説の基準、具体的には、実行行為に密接する行為の開始という基準も併用する（…クロロホルム事件…）。以上をまとめると、実行の着手は、実行行為に密接する行為がなされ、かつ結果発生の実現的危険性が生じた時点で認められる、というのが現在の一般的な理解であるとされている。

そこで、未遂犯の成否において問題となる「実行に着手」の成否は、①実行行為との密接性と②既遂結果発生に至る客観的な危険性の2点から判断されるべきである（判例）。⁶⁾ ⁷⁾

2. 判例・論点

基本刑法 I 256～261 頁

現在の判例・通説は、結果発生の現実的危険性と実行行為との密接性の2つにより判断する見解であり、これらを判断する際には犯行計画も考慮している。

(1) 窃盗罪

ア. 住居侵入窃盗

- ・住居侵入窃盗の事案では、住居侵入の時点では窃盗罪の実行の着手を認めない。
- ・侵入後の物色行為の段階で実行の着手が認められる。
- ・もっとも、物色行為がなければ実行の着手が認められないというわけではなく、金品物色のためにタンスへ歩み寄った時点で実行の着手が認められている。判例は、タンスに歩み寄った行為が財物の占有の侵害に「密接ナル行為」として窃盗罪の着手が肯定されているが、そこでは、占有侵害の危険性も考慮されているとみることができよう。

東京高判 S24.12.10

最判 S23.4.17

大判 S9.10.19

イ. 土蔵侵入窃盗

- ・窃盗目的で土蔵に侵入する事案では、土蔵に侵入しようとして土蔵の一部を破壊した時点で実行の着手が認められる（納屋、倉庫についても同様である）。土蔵（及び納屋、倉庫）では、通常、その内部には窃取すべき財物のみがあり、しかも人が住んでいないため、侵入して内部の物色を開始しなくても、侵入しようとした時点で内部の財物が窃取される現実的危険性が認められるのである。

名古屋高判 S25.11.14、高松高判

S28.1.31、高松高判 S28.2.

25

ウ. 店舗侵入窃盗

- ・電気器具類を盗むつもりで犯行計画に基づき電気器具店に侵入した事案であれば、電気器具店に侵入した時点（あるいは、侵入しようとした時点）に、実行の着手が認められる。

⁶⁾ 山口厚裁判官の補足意見では、「無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点」から、「未遂罪の成否」の判断基準として①・②が要求されている。もっとも、早すぎた構成要件の実現事案に関する最高裁平成16年決定（最決 H16.3.22・百 I 64）では、既遂犯の成否が問題となっている場面で、第一行為と第二行為の密接性という基準が用いられているから、既遂犯の成否が問題となっている事案で①・②による判断基準を用いることも可能であると思われ、このような理解は「複数の行為を重ねて既遂を目指すという構造が本件と共通するクロロホルム殺人事件決定…の判断枠組みを、詐欺罪に適用したものである」とする H30 重判 2 解説とも整合すると思われる。

山口総論 282～283 頁でも、(i) 早すぎた構成要件の実現事案に関する前掲最高裁平成16年決定を実質的客観説と同視することができるしつつ、(ii) 「客観的な危険性」という「実質的アプローチによると、危険概念が程度概念であり、明確に限界を画することが難しいから、実行の着手時期があいまいになるのではないか」ということが問題となる（潮見淳「実行に着手について」法学論叢 121 巻 2 号・4 号・6 号所収は、ここから、構成要件の直前に位置する行為の開始を実行の着手とし、行為経過の自動性、時間的接近性、被害者領域への介入などを基準として考慮する、修正された形式的客観説を主張する）。この意味で「この立場も、形式的な基準によって限界設定を行うことの意義を無視できないのである」とした上で、(iii) 前掲最高裁平成16年決定が「密接性及び客観的危険性」に言及している点について「上記の判断基準を示すものとして重要である」としているため、やはり、既遂犯の成否が問題となっている事案でも①・②による判断基準を用いることが可能であると思われる。

⁷⁾ 山口厚裁判官の補足意見における「客観的な危険性」を「現実的危険性」とは区別された、「仮定的危険」とであると理解する見方もある（H30 重判 2 解説 4）。

・これに対し、現金を盗むつもりで電気器具店に侵入した事案では、電気器具店に侵入した時点（あるいは、侵入しようとした時点）では、いまだ現金が盗まれる現実的危険性が認められない（また、電気器具類が盗まれる現実的危険性も認められない）から、実行の着手を認めることができない。判例は、電気器具店内において所携の懐中電灯により真暗な店内を照らしたところ電気器具類が積んであることが判ったが、なるべく金をとりたいので現金が置いてあると思われる同店舗内東隅側の煙草売場の方へ行きかけたという事案において、煙草売場へ行きかけた時点で実行の着手を認めている（これは、電気器具類を盗む計画ではなかったことを考慮したものであると思われる。）。

最決 S40.3.9

エ. その他の事案

- ・他人のズボンのポケット内にあつて外に見えていた現金をすり取るべく右手をポケットの外側に触れたものの発見されて遂げなかった事案について、実行の着手が認められている。
- ・車上荒らしの事案では、自動車内への侵入を試みる行為（例えば、ドアの鍵穴にドライバーを差し込む行為）がなされた時点で実行の着手が認められている。

最決 S29.5.6

東京高判 S45.9.8 等

(2) 不同意性交等罪（旧強姦罪）

判例は、女性を物色して情交を結ぼうとダンプカーで徘徊走行していた X から 2 名が、現場共謀の上、強姦の目的で必死に抵抗する A 女をダンプカーの運転席に引きずり込み、発進して 6km 近く離れた護岸工事現場に移動し、同所においてに運転席内で姦淫したという事案において、「かかる事実関係のもとにおいては、X が A 女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があったと解するのが相当」としている。

最決 S45.7.28・百 1 62

本判決では、①X らの計画が当初から人目につかない場所に女性を連行して運転席内で姦淫するというものであったこと、②走行中のダンプカーの運転席という閉鎖空間内に引きずり込んでしまえばいつでも姦淫することが可能であったこと、③行為者が複数人であったこと（これは、②の根拠の一つであると思われる）などの事実が重視されていると思われる。

なお、旧強姦罪の実行の着手（暴行を手段とする不同意性交等罪についても同様）は、典型的には、直接姦淫に向けられた、被害者の反抗を著しく困難にする手段として用いられる暴行・脅迫の開始時点で求められるが、判例の事案では、X らが A 女をダンプカーの運転席に引きずり込むために行使した暴行によって A 女に生じた傷害について強姦致傷罪の成立を認めることの可否として、強姦罪の実行の着手時期が問題となった。

(3) 放火罪

放火罪の実行の着手は、典型的には、建造物等の目的物に点火する行為又は媒介物に点火する行為を開始した時点で認められるが、それよりも前に実行の着手が認められることがある。

例えば、下級審裁判例には、妻に家出され将来を悲観した X が、妻との思

横浜地判 S58.7.20

い出のある木造平屋建の居住家屋を燃やすとともに焼身自殺しようと考え、ガソリンを家屋内に大量かつ広範囲に撒布した後、死ぬ前に最後の煙草を吸おうと口に加えた煙草にライターで点火したところ、そのライターの火が気化したガソリンに引火して爆発し、家屋が全焼するに至った事案において、引火性の強いガソリンを大量かつ広範囲にわたって撒布していたことを重視して、「被告人はガソリンを撒布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において…本件家屋の焼損を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められる」として、現住建造物放火罪（108条）の実行の着手を認めたものがある。

これは、早すぎた構成要件の実現の事案である。

（４）覚せい剤輸入罪

判例には、Xが共犯者らと共謀の上、外国において覚せい剤を密輸船に積み込んだ上、本邦近海まで航行させ、同船から海上に投下した覚せい剤を小型船舶で回収して本邦に陸揚げするという方法で覚せい剤を輸入しようとしたものの、悪天候などの理由により、投下した覚せい剤を小型船舶により発見、回収することができなかったという事案において、「その事実関係に照らせば、小型船舶の回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえないから、本件各輸入罪の実行の着手があったものは解されない。」としたものがある。

最判 H20.3.4・H20 重判 5

（５）殺人罪

殺人罪の実行の着手は、人を死亡させる現実的危険性のある行為を開始した時点で認められる。以下では、早すぎた構成要件の実現について取り上げる。

〔論点 3〕早すぎた構成要件の実現

早すぎた構成要件の実現とは、行為者が第一行為後の第二行為により既遂結果を発生させようとしていたが、第一行為により結果が惹起された場合をいう。

第一行為自体の危険性に着目して第一行為開始時点で「実行に着手」を認めることができる事案であれば、第二行為の危険性に着目しなくても、第一行為について実現しようとしていた犯罪の客観的構成要件該当性が認められる。

しかし、行為者の主観では既遂結果惹起が第二行為に留保されていたのだから、第一行為と第二行為を別々に捉えた場合には、第一行為の時点で既遂犯の故意として必要な結果惹起意思を認めることができない。

そこで、第一行為と第二行為とを全体として一個の実行行為とみることによって第一行為の開始時点で「実行に着手」を認め、ひいて、一個の実行行為の一部である第一行為の開始時点で結果惹起意思があったとみることをできないかが問題となる。

第一行為と第二行為を全体として一個の実行行為とみることで第一行為の開始時点で「実行に着手」を認めると、第二行為の段階に留保されていた既

A 司 H25 司 R2(学説対立)

新判例 86 頁以下、基本刑法 I 264

～266 頁

基本刑法 I 267 頁

遂結果惹起の認識・認容を第一行為についても認めることができるため、行為者の認識と実際の因果関係のそごは因果関係の錯誤として把握されることになる。⁸⁾

未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的・客観的危険性にあるところ、程度問題である危険概念のみを基準としたのでは「実行に着手」の肯否・時期が曖昧になるおそれがある。

そこで、第一行為が第二行為に密接な行為であり、第一行為を開始した時点で既に既遂結果発生に至る客観的危険性が認められる場合に、第一行為の開始時に「実行に着手」したと認められると解する（判例）。⁹⁾

そして、上記の存否の判断では、①第二行為を確実かつ容易に行うための第一行為の必要不可欠性、②両者間における犯行計画を遂行する上で障害となる特段の事情の不存在、③両者間の時間的・場所的近接性を考慮する（判例）。

〔判例 1〕 クロロホルム事件

事案：Xらは、共謀の上、クロロホルムを吸引させて（第一行為）Vを失神させた上、Vを車ごと海に転落させて（第二行為）溺死させるという計画に基づき、Vにクロロホルムを吸引させたところ、Vがクロロホルムの吸引により死亡した。

判旨：「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯3名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第二行為の前の時点でVが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

B

最決 H16.3.22・百 I 64

⁸⁾ この問題意識を答案冒頭で示す必要性は乏しい（平成25年出題趣旨・採点実感で書くようにとの指示がないため）。

⁹⁾ “確かに、既遂犯の構成要件該当性は、構成要件該当行為（実行行為）の危険性が構成要件の結果へ現実化したときに認められる。しかし、既遂犯の構成要件要素である構成要件該当行為（実行行為）と未遂犯の実行の着手が認められる行為（未遂犯の実行行為）とは同一である必然性はない。なぜなら、未遂犯においては、法益保護の見地から、処罰時期の早期化が図られ、既遂犯の構成要件の結果惹起行為以前の行為にまで実行の着手が繰り上げられているからであり、換言すれば、未遂犯における実行の着手は、未遂処罰の必要性を根拠として、その観点から決められたもので、決して既遂犯の成立要件から導出されたものではないからである。このような視点から見れば、判例・通説は、未遂犯の処罰時期（実行行為とその着手）を既遂犯の構成要件該当行為（法益侵害行為）への着手以前に未遂処罰の必要性から政策的に遡らせつつ、さらに、そればかりではなく、今度は、そのことを根拠として既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）自体までも拡張・前倒ししていると解しうることになる。これは、未遂犯を犯罪の基本型、既遂犯を結果的加重類型と理解することになるものといえよう。しかし、未遂をすべて処罰しているわけではない現行刑法の構成上、このような理解は採りえない。やはり、既遂犯が基本型であり、未遂犯はあくまでも拡張類型であると理解されなければならない。…略…”（新判例 89～90 頁）

(6) 詐欺罪

[判例 2] 未遂犯の成否

A 司 R5

最判 H30.3.22・百 I 63

事案：Xは、警察官になりすまし、V（当時 69 歳）から現金をだまし取ろうと考え、氏名不詳者らと共に共謀の上、Vが、平成 28 年 6 月 8 日、同人の甥になりすました者に、仕事の関係で現金を至急必要としている旨嘘を言われて、その旨誤信し、同人の勤務する会社の系列社員になりすました者に、現金 100 万円を交付したことに乗じ、あらかじめ V に預金口座から現金を払い戻させた上で、同人から同現金の交付を受ける意図の下、同月 9 日午前 11 時 20 分頃から同日午後 1 時 38 分頃までの間、氏名不詳者らが、複数回にわたり、被害者方に電話をかけ、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が被害者の名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていませんか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。」「前日の 100 万円を取り返すので協力してほしい。」「僕、向かいますから。」「2 時前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などと嘘を言い、被害者を、電話の相手が警察官であり、その指示に従う必要がある旨誤信させ、被害者に預金口座から預金の払戻しをさせた後、同日午後 1 時 38 分頃、警察官になりすました被告人が、被害者から現金の交付を受けようとしたが、同人方付近で警戒中の警察官に発見されて逮捕されたため、その目的を遂げなかった。

判旨：「本件における、上記…記載の各文言は、警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘（1 回目の電話）、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘（1 回目の電話）、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘（2 回目の電話）を含むものである。上記認定事実によれば、これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に 100 万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」

補足：「詐欺の実行行為である「人を欺く行為」が認められるためには、財物等を交付させる目的で、交付の判断の基礎となる重要な事項について欺くことが必要である。詐欺未遂罪はこのような「人を欺く行為」に着手すれば成立し得るが、そうでなけ

山口厚裁判官の補足意見

れば成立し得ないわけではない。従来の当審判例によれば、犯罪の実行行為自体ではなくとも、実行行為に密接であって、被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為に着手することによっても未遂罪は成立し得るのである（最高裁平成15年（あ）第1625号同16年3月22日第一小法廷決定・刑集58巻3号187頁参照）。

したがって、財物の交付を求める行為が行われていないということは、詐欺の実行行為である「人を欺く行為」自体への着手がまだ認められないとはいっても、詐欺未遂罪が成立しないということを必ずしも意味するものではない。未遂罪の成否において問題となるのは、実行行為に「密接」で「客観的な危険性」が認められる行為への着手が認められるかであり、この判断に当たっては「密接」性と「客観的な危険性」とを、相互に関連させながらも、それらが重疊的に求められている趣旨を踏まえて検討することが必要である。特に重要なのは、無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、上記「密接」性を判断することである。

本件では、預金口座から現金を下ろすように求める1回目の電話があり、現金が被害者宅に移動した後に、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する2回目の電話が行われている。このように、本件では、警察官になりすました被告人が被害者宅において現金の交付を求めることが計画され、その段階で詐欺の実行行為としての「人を欺く行為」がなされることが予定されているが、警察官の訪問を予告する上記2回目の電話により、その行為に「密接」な行為が行われていると解することができる。また、前日詐欺被害にあった被害者が本件の一連の嘘により欺かれて現金を交付する危険性は、上記2回目の電話により著しく高まったものと認められる。こうして、預金口座から下ろした現金の被害者宅への移動を挟んで2回の電話が一連のものとして行われた本件事案においては、1回目の電話の時点で未遂罪が成立し得るかどうかはともかく、2回目の電話によって、詐欺の実行行為に密接な行為がなされたと明らかにいえ、詐欺未遂罪の成立を肯定することができる

最決 H16.3.22・百 I 64

(7) 間接正犯

利用者標準説、被利用者標準説、個別化説（個別的にみて結果発生の危険性が生じた時点に実行の着手を認める、あるいは、結果発生の自動性・確実性いかんにより利用行為か被利用者の行為のいずれかに実行の着手を認める見解）がある。¹⁰⁾

高橋総論 425~427 頁、詳細につき
基礎応用 17 頁 [事例 1]

【論点 4】 間接正犯の実行の着手時期

A 司 H25 予 R4

例えば、X が事理弁識能力を欠く満6歳の実子 Y に対してコンビニエンスストア V 店で酒類を取ってくるように指示したところ、Y が V 店内に入ることもなく Y 自身の行為として窃盗罪の「実行に着手」と評価できる行為がない場合には、まず初めに間接正犯の正犯性について検討し、それが認められたら次に、間接正犯における実行の着手時期について検討することになる。

間接正犯の実行の着手時期を利用行為の開始時であると理解する利用者標準説からは、X が Y に対して V 店における酒類の窃盗を指示したことが窃盗

¹⁰⁾ 高橋総論 425 頁は、「間接正犯および離隔犯の実行の着手時期の問題」について「判例は、一貫して被利用者説（到達時説）に立脚している」とする。

罪の間接正犯の「実行に着手」することに当たり、窃盗未遂罪（243条、235条）の間接正犯が成立する。これに対し、間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為の開始時であると理解する被利用者標準説からは、Yによる窃盗罪の「実行に着手」を欠く以上、Xが窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したとはいえ、窃盗未遂罪の間接正犯は成立しない。

（論証1）利用者標準説

未遂処罰の根拠は結果発生の実現的危険性にある。

そして、利用者により一方的に利用・支配されている被利用者が実行行為を行うことの自動性・確実性からすれば、被利用者の行為は利用行為から結果発生に至るまでの因果関係の経過にすぎず、利用行為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の実現的危険性が認められる。

そこで、利用行為の開始時に間接正犯の「実行に着手」したと認められると解する。

（論証2）被利用者標準説

未遂処罰の根拠は結果発生の実現的危険性にあるところ、利用行為時には結果発生の実現的危険性が切迫しているとはいえない。

また、利用行為時に実行の着手を認める見解では、実行の着手時期が極めて早くなるという弊害も起こり得る。

そこで、被利用者の行為の開始時に間接正犯の「実行に着手」したと認められると解する。

基本刑法 I 262～263 頁、高橋総論

404 頁

高橋総論 426～427 頁

（8）離隔犯

行為と結果との間に時間的・場所的間隔がある場合を離隔犯という。

例えば、XがVを殺害するために、致死量の毒を入れたワインを遠隔地にあるV宅宛てに宅配便で発送したところ、宅配業者が同ワインを持ってV宅前まで行ったが、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰ったところ、Vは、同連絡票に気付かず、同ワインを受け取ることはなかったという事案において、まず初めに間接正犯の正犯性について検討し、それが認められたら次に、離隔犯における実行の着手時期について検討することになる。

離隔犯の実行の着手時期を郵送行為の開始時点であると理解する発送時説からは、Xが同ワインをV宅宛てに宅配便で発送したことをもって殺人罪の「実行に着手」したといえるため、殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。これに対し、離隔犯の実行の着手時期を郵便物が被害者に届いた時点（例えば、被害者宅に届いた時点）であると理解する到達時説からは、Xが殺人罪の「実行に着手」したとはいえ、殺人未遂罪の成立が認められず、殺人予備罪（201条）が成立するにとどまる。

判例には、同種事案において到達時説に立ったものがある（大判 T7.11.16・百165）

【論点5】離隔犯

未遂犯処罰の根拠は既遂結果発生の実現的危険性にあるから、既遂結果発生に至る実現的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解する。

そして、郵送による離隔犯の事案では、現在の郵便事情からすると郵便物

A 予 H29

基本刑法 I 261 頁

が一旦郵送されればほぼ確実に自動的に宛先に到達することから、郵送行為の時点で既遂結果発生の現実的危険性の発生が認められる。

そこで、郵送行為の開始時点で「実行に着手」と認められると解する（発送時説）。¹¹⁾

第2節. 不能犯

不能犯とは、行為者が、本来、犯罪の完成に至る可能性をおよそもない行為により犯罪を実現しようとする場合のことをいう。

case1 : Xは、Vのポケット内から財布を盗もうと考え、Vのポケット内に手を入れたところ、Vのポケット内には財布が入っていなかった（客体の不能）。

case2 : Xは、Vを殺害するために青酸カリを無理やりVに飲ませようと考え、白色の粉末を無理やりVに飲ませたが、その白い粉末は青酸カリではなく砂糖だった（方法の不能）。

case3 : Xは、VがX宅に置き忘れていったV所有のゲーム機1台を、Vから委託を受けて自分が占有しているものであると勘違いしている状態で、Vに無断で売却して、売却代金を費消した（主体の不能）。

1. 問題の所在

不能犯は、結果の不発生を前提として、それにもかかわらず、「結果としての危険（具体的危険）」が発生したかを問うものである。これに対し、因果関係は、結果（「法益侵害」あるいは「結果としての危険」（具体的危険）」）が発生したことを前提として、それらを（実行）行為に帰属できるかを問うものである。

不能犯には、①客体の不能（構成要件要素としての客体が存在しなかった場合）、②方法の不能（犯罪実現の方法・手段に誤りがあったため結果発生が不可能な（不可能に見える）場合）、③主体の不能（身分のない者が身分を有すると誤信していた場合）がある。

このうち、③行為主体（身分）については、客観的事実を基礎にしなければならず、また、事後的に見れば結果発生の危険はないことから、不可罰とすべきであるとの見解もある。他方で、構成要件要素の中で主体だけを特別視する理由はないから、主体の不能の場合には未遂犯が成立する余地があると解すべきであるとの見解もある。

A 司 H30 司 R2 司 R6 予 H25

予 H29 井田総論 406 頁

高橋総論429頁

基本刑法 I 272 頁

高橋総論439頁

佐伯351頁

¹¹⁾ 郵送行為に結果発生の確実性・自動性はあるとしても、結果発生の切迫性があるといえるかは疑問であり、このような郵送行為に結果発生の現実的危険性があるとみるのは無理ではないかという疑問が残る。この点につき、行為説からは、行為と結果発生の危険性とを切り離して実行の着手を認めることができないから、郵便物が到達した時点で郵送行為が先行行為であることを根拠として結果阻止のための作為義務を認めることで、不作為犯の実行の着手を認めるという考えもある（有力説）。しかし、郵便物が到達した時点では作為可能性が失われている場合もあり、その場合には不作為犯の成立を認めることができないという不都合がある（基本刑法 I 第2版 256 頁）。

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。¹⁾

A

山口総論 305～315 頁

山口総論 310 頁、佐伯 371～372 頁

高橋総論 478～480 頁

¹⁾ 「共犯なき正犯」とは、正犯の違法性はあっても正犯に関与した共犯については処罰に値するだけの違法性がないとして処罰しないことを意味する。これに対し、「正犯なき共犯」とは、正犯は違法性がないため処罰されないが正犯に関与した共犯については処罰に値する違法性があるとして処罰することを意味する。

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)。

case1 : X と Y は V に対して暴行により傷害を負わせることについて共謀をし、X が V の顔面を殴打したことにより V が顔面打撲の傷害を負い、Y が V の脇腹を蹴ったことにより V が肋骨骨折の傷害を負ったという事案において、X と Y は、顔面打撲と肋骨骨折の双方の傷害結果について傷害罪の共同正犯 (60 条、204 条) となる (実行共同正犯)。

case2 : X と Y は V に対して暴行により傷害を負わせることについて共謀をし、Y だけが上記共謀に基づいて V の顔面を殴打し、V に顔面打撲の傷害を負わせたという事案において、Y のみならず X も、傷害罪の共同正犯 (60 条、204 条) となる (共謀共同正犯)。

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。

ア. 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。

【論点 1】 共謀共同正犯

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 (判例)。

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、⑧役割の重要性、⑨利害関係を考慮して判断される。

共謀には「事前共謀」と「現場共謀」とがある。

A 司^アレ 司 H20,24,25,27,28

司 R3,5,6 予 H24,25,27 予 R4,6

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

佐伯 404~408 頁、高橋総論 488 頁、

百 1 [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、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、X と Y が共謀し、次で Y と Z が共謀するというようにして、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。」

B

最大判 S33.5.28・百 I 75

基礎応用 134 頁 [論点 2]

[判例 2] スワット事件

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。

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、前記認定事実を徴すれば、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、

B

最決 H15.5.1・百 I 76

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、被告人が行つた具体的な役割、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…る。…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]）

…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思は、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、実行行為者ら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 卷 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考え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。

[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 に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一

深澤武久裁判官の補足意見

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

百 1 [7 版]76 解説 [井田良]

C

最判 S57.7.16・百 1 77

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げたと認められた原判断は、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一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一が正犯である」としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347-348 頁参照）、この趣旨にほかならない。」

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（判例）。

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 司 H28 予 H25

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

イ. 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。

例えば、X と Y が山頂で下に向かって石を投げて遊んでいたところ、X と Y のどちらかが投げた石が V に当たって V が負傷したが、V に当たった石が X と Y のどちらが投げたものであるのかまでは特定できないという事案では、単独犯としての過失傷害罪（209 条）は、X と Y のいずれについても、過失行為と傷害結果との因果関係が認められないとの理由から不成立

山口総論 358 頁

となる。もつとも、過失犯の共同正犯が認められるのであれば、XとYのいずれについても、一部実行全部責任の原則により、過失傷害罪の共同正犯（60条、209条）が成立する。

〔論点3〕 過失犯の共同正犯

「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（判例）。^{2) 3) 4)}

ウ. 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。

共同正犯の罪名従属性に関する部分的犯罪共同説からは、原則として、共同正犯が成立する範囲は共謀が成立した特定の罪名に限られる。例えば、XとYがVに暴行を加えることだけについて共謀し（傷害についてまでは共

B 最決 H28.7.12・百 I 79

高橋総論 482 頁

佐伯 511 頁

高橋総論 480 頁、山口総論 383 頁

高橋総論 511 頁、山口総論 383～384 頁

山口総論 386 頁、佐伯 429 頁

高橋総論 512 頁、山口総論 384 頁

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）。

謀がないものとする)、それぞれが V に暴行を加えたところ、X の暴行によって V が負傷したという事案において、上記の原則を貫くと、傷害については共謀がない以上、X と Y は暴行罪の限度で共同正犯となり、X は傷害について別途傷害罪の単独正犯となる。

上記の原則に対する例外として、共同正犯の成立範囲を共謀があった基本犯（暴行罪）から共謀がない加重結果（傷害罪）にまで拡張する理論が、結果的加重犯の共同正犯である。

[論点 4] 結果的加重犯の共同正犯

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（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（判例）。

(事例)

例 1 : 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。

例 2 : 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

B 司プレ 司 H28

高橋総論 261 頁・5116 頁

山口総論 387 頁

高橋総論 516 頁

高橋総論 511 頁・472 頁

最判 S26.3.27、高橋総論 515 頁、最判 S32.2.26・百 I 50

最判 S26.3.27、佐伯 424 頁、基本刑法 I 336 頁

基礎応用 148 頁 [論点 12]

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 515～516 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。

成立する。

例3：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。

基礎応用 150 頁 [論点 13]

エ. 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。

例えば、Yは、XがVに暴行を加えようとしているのを見て、Xを加勢するつもりで、Xと共謀することなく、XがVを殴った直後にVを殴ったところ、Xの暴行によりVが負傷したという事案では、片面的共同正犯を否定すると、Xは傷害罪の単独正犯となる一方で、Yは暴行罪の単独正犯となるにとどまる。これに対し、片面的共同正犯を肯定すると、YはXとともに、傷害罪の共同正犯となる。

高橋総論 499～501 頁、基本刑法 I

337 頁

[論点 5] 片面的共同正犯

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（判例）。

A 司 H25 司 H26

山口総論 367 頁

山口総論 367 頁

大判 T11.2.25

オ. 承継的共同正犯

(ア) 問題の所在

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⁾

例えば、XがVに暴行を加えている途中で、YがXとの現場共謀に基づいてXとともにVに暴行を加えたところ、VがYの共謀加担前におけ

基本刑法 I 390 頁

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 501 頁）。そのため、ここでいう「実行行為」は、広義の実行行為に対応するものとして、「構成要件的行為」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。

る X の暴行によって負傷していたという事案において、承継的共同正犯の成立を認めると、Y は X とともに傷害罪の共同正犯となる。これに対し、承継的共同正犯を否定すると、X と Y は暴行罪の限度で共同正犯となり、X は傷害について別途傷害罪の単独正犯となる。

なお、Y の共謀加担後における X 又は Y の暴行により生じた負傷については、承継的共同正犯を否定する立場からも、問題なく、X と Y は傷害罪の共同正犯となる。

(イ) 学説

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）。

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。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。

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。

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⁾

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。

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

高橋総論 501～502 頁、新判例 115 頁、佐伯 380 頁・386 頁

佐伯 386 頁、新判例 115 頁

新判例 107 頁

新判例 114 頁以下

山口総論 370～371 頁、佐伯 386～387 頁

新判例 121～122 頁参照

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かと思われる。なぜならば、犯罪事実の一部に対する因果性で、犯罪事実全体に対する共犯の成立を肯定してよいか、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。」と批評し、「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）。

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。

二つ目は、共同正犯の処罰根拠である因果性を構成要件の結果に対する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において承継的共同正犯の成立を認める見解である。

〔論点 6〕 承継的共同正犯

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）。

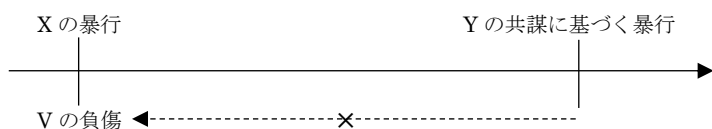
しかし、処罰の隙間を埋める必要性もあるから、構成要件該当事実全体にわたる因果性までは要求するべきではなく、構成要件該当事実において最も重要である構成要件の結果に対する因果性が認められるのであれば、その限りで承継的共同正犯を肯定するべきである。

そこで、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件の結果に対して因果性を有する限りにおいて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）。

(ウ) 具体例

〔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

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、Y 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

大阪高判 S62.7.10

最決 H24.11.6・百 I 81

A 司 H18 司 H28 司 R1(学説対立)

予 R6

最決 H24.11.6・百 I 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 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

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。

新判例 113 頁、佐伯 338 頁

新判例 120 頁

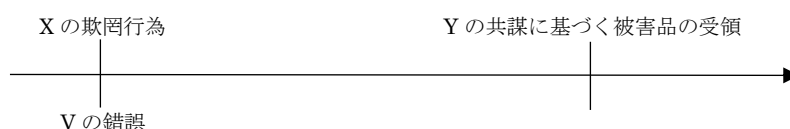
(答案)

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。

【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

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)

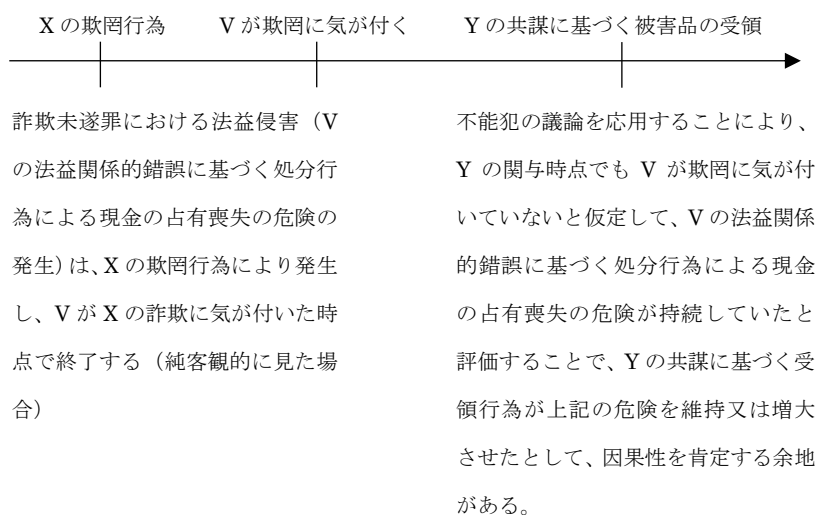
Y は、X との共謀及びこれに基づき V から錯誤に基づく被害品の交付を受けたという行為により、V の錯誤に基づく被害品の占有移転という詐欺罪の法益侵害の惹起に対して因果性を及ぼしたといえる。したがって、詐欺既遂罪の承継的共同正犯が成立する。

A

H30 重判 3 解説 1・2

【例 3】詐欺未遂事案（だまされたふり作戦事件）

事案：XはVに欺罔文言を告げたものの、Vは、嘘を見破り、錯誤に陥らなかつた。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。



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んにかかわらず、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

A

最判 H29.12.11・百 I 82

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）。

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。

説)。⁹⁾

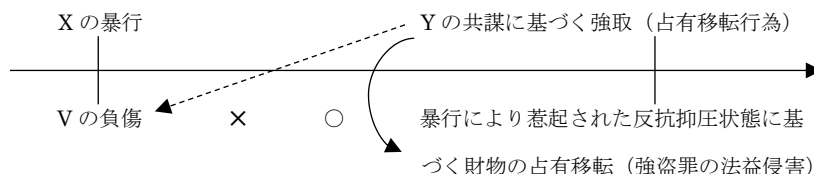
そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Yもこれを認識していないから、Yが受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

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。

【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。

カ. 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。

例えば、Xは、前夫と離婚し、生後数か月の実子Vを養育していたところ、育児に疲れたため、Vを殺害して育児から解放されたいと思い、同居していた友人Yに相談したところ、YがVへの授乳等をやめて殺害すればいいのではないかと提案し、Xがこれを了承し、その後、Xは、Vの生存に必

A

平成28年司法試験改題

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）。

要とされる授乳等を一切行なわなくなり、Yは、そのことを知りながら何もしなかったところ、Vは衰弱して死亡したとする。

不作為犯に対する共同正犯を肯定すると、YはXとともに不作為による殺人罪の共同正犯となる。これに対し、不作為犯に対する共同正犯を否定すると、Xは殺人罪の単独正犯となる一方で、Yは何らの罪責も負わない（不作為犯に対する教唆犯を肯定する見解に立つならば、殺人罪の教唆犯となる）。

[論点 7] 不作為犯に対する共同正犯

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（判例）。

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（判例）。

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⁾

B

最判 S31.5.24

大判 M44.10.9、基本刑法 I 371 頁

佐伯 430～431 頁

キ. 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（ex. Xが息子Yによる万引きを知りながら阻止しなかった場合）と、正犯の不作為に不作為で関与する場合（ex. XがYの不作為による殺人を放置した場合）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。

[論点 8] 不作為による共同正犯

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ととどまると解する（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。

佐伯 431 頁

B 司 H26

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。

ク. 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。

例えば、XとYがXによるV殺害の準備行為をすることについて共謀し、Xは現場の下見などを行い、YはVを殺害するために使用する拳銃を

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）。

第4節 強盗罪

A

1. 強盗取得罪（1項強盗罪）

司 H20 司 H27 司 H28 司 R1

- ① 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期拘禁刑に処する。（236条1項）¹⁾
- ② 第236条…の罪の未遂は、罰する。（243条）

司 R3 司 R5 司 R6 予 H30

case1: Xは、Vからかばんを奪うために、Vに執拗な暴行を加え、反抗を抑圧されたVからかばんを奪った（暴行による強盗罪）。

case2: Xは、Vからかばんを奪うために、Vの顔面に包丁を突き付けながら「言うとおりにしなければ殺す。かばんを渡せ。」と言い、反抗を抑圧されたVからかばんを受け取った（脅迫による強盗罪）。

(1) 「他人の財物」

- ・「財物」は有体物に限られる。もっとも、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。²⁾
- ・「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。
→自己所有物であっても、「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。
- ・「財物」は、他人の占有に属することを要する。

山口各論 213頁、高橋各論 274頁

(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のをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。³⁾

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。

司 H20 司 H28

最判 S24.2.8

基本刑法II 151～152頁

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

強盗罪における「暴行又は脅迫」は財物奪取の意思に担われたものでなければならぬから、暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧した後に、財

B 司 R6

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。

²⁾ 不動産に対する権利・利益は「財産上…の利益」として2項強盗罪の客体となる。例えば、暴行・脅迫により不動産の登記名義を取得する場合、暴行・脅迫により不動産の事実上の占有を取得する場合には、2項強盗罪が成立する（山口各論 213頁、高橋各論 274頁）。

³⁾ 強盗罪の「暴行又は脅迫」が客観的基準により判断されるというのは、たまたま被害者の反抗が抑圧されなくても強盗未遂罪が成立し得るという意味において妥当性を有するにすぎず、被害者の特殊事情を考慮して「暴行又は脅迫」を認めることを排斥する趣旨のものとは解すべきではない（山口各論 218頁）。

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」に当たらない以上、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（新たな暴行・脅迫を必要とする見解）。それでは、反抗抑圧後の新たな暴行・脅迫としては、どの程度のものが要求されるか。

例えば、XはVに暴行を加えた後で、反抗を抑圧されたVを見て、この機会にかばんを奪ってしまおうと考えるに至り、Vを睨み付けながら「そのままおとなしくしていろよ。」と言い、Vからかばんを奪ったという事案では、当初の暴行は財物奪取の意思に担われていないため強盗罪の「暴行」に当たらない。そして、反抗抑圧後に相手方から財物を奪取する場合であっても強盗罪の成立には新たな暴行・脅迫が必要であると理解する立場からは、XがVを睨み付けながら「そのままおとなしくしていろよ。」といった行為が強盗罪の「脅迫」の程度に至っているのかが問題となる。

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のであればよいと解する。

大阪高判 H 元.3.3

〔論点 2〕 事後的奪取意思（2）不同意わいせつ・不同意性交等後の新たな暴行脅迫

B

例えば、XがVにわいせつ行為をするための手段として暴行を加え、その反抗を抑圧してからVに対するわいせつ行為に及び、反抗を抑圧されたVを見て、この機会にかばんを奪ってしまおうと考えるに至り、Vを睨み付けながら「そのままおとなしくしていろよ。」と言い、Vからかばんを奪ったという事案では、当初の暴行は財物奪取の意思に担われていないため強盗罪の「暴行」に当たらない。そして、反抗抑圧後に相手方から財物を奪取する場合であっても強盗罪の成立には新たな暴行・脅迫が必要であると理解する立場からは、XがVを睨み付けながら「そのままおとなしくしていろよ。」といった行為が強盗罪の「脅迫」の程度に至っているのかが問題となる。

「暴行若しくは脅迫」を手段とする不同意わいせつ・不同意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）。

基本刑法II 159 頁、大判 S19.11.24

〔旧強姦罪の事案〕

また、不同意わいせつ・不同意性交等の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〔旧強

制わいせつ罪の事案〕

[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。

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、事後強盗罪が成立する場合を除き（暴行・脅迫が窃盗の機会に行われたのであれば、事後強盗罪が成立する）、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ものとして、窃盗罪のほかに、2項強盗罪が成立する（判例）。^{4) 5)}

罪数関係については、①窃盗罪と2項強盗罪とは実質的に同じ財産を客体とするものであり、法益侵害の一体性により違法減少が認められるから、あとは、②行為の一体性により責任減少も認められれば、両者の包括一罪として重い后者の刑で処断されるべきこととなる。

[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。

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）。

罪数関係については、①1項詐欺罪と2項強盗罪とは実質的に同じ財産を客体とするものであり、法益侵害の一体性により違法減少が認められるから、あとは、②行為の一体性により責任減少も認められれば、両者の包括一罪として重い后者の刑で処断すべきこととなる。

[論点 5] 反抗抑圧手段としての暴行・脅迫

例えば、Xは、Vからかばんを奪うために、原動機付自転車でVの背後から近づき、Vが右手に持っているかばんを手にとって奪ったという事案では、Vからかばんをひったくる際に行使される有形力は、Vの不意をついてあつけにとられている隙にかばんを奪うためになされているのであって、Vの反抗を抑圧する手段としてなされているわけではないから、反抗抑圧の手段性を欠く。

1項強盗罪における「暴行又は脅迫」については、「財物奪取の手段と

B

最決 S61.11.18・百II40

B

最決 S61.11.18・百II40

B 司 H27 司 R3

山口各論 218～219 頁、高橋各論

281 頁

4) 判例は、当初から強盗の意思を有していた事案について、「暴行脅迫を用いて財物を奪取する犯意の下に先づ財物を奪取し、次いで被害者に暴行を加えてその奪取を確保した場合は強盗罪（236条）を構成するのであって、窃盗がその財物の取還を拒いで暴行をする場合の事後強盗罪（238条）ではない」とする（最判 S24.2.15）。これには、当初から強盗の意思を有していた場合でも、財物の占有の移転があり窃盗が既遂になった後は事後強盗罪又は2項強盗罪の成否を問題にするべきとの批判がある（基本刑法II156頁）。

5) 財物は一応手元にあるが、占有移転が完了していないという窃盗未遂の段階における暴行・脅迫であれば、財物奪取に向けて行われたものといえるから、1項強盗罪が成立する。

しての暴行・脅迫」と表現されることもある。

しかし、厳密には、暴行・脅迫は、財物奪取の目的を達成するために、相手方の反抗を抑圧する手段として行われることが必要である。つまり、暴行・脅迫は、直接的には反抗抑圧手段として行われる必要があり、財物奪取の直接の手段として行われたにすぎないものは1項強盗罪における「暴行又は脅迫」に当たらない。

例えば、ひっ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、あっ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まいと抵抗した際、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(判例)。

最決 S45.12.22

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。

司 H20

最判 S22.11.26

(3) 「強取」

判例は、反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫と財物移転があれば常に「強取」を肯定するという立場ではない。

基本刑法II 160～162 頁

最判 S23.11.18

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、②畏怖という中間結果の経由があれば足りる、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ところ、判例は②の立場であると理解されている。

つまり、判例は、「強取」について「反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫と財物移転の間の因果関係」が必要であると考えた上で、因果関係が認められるためには、暴行・脅迫によって反抗を抑圧されたことまでは不要であり、畏怖されただけで足りる、と考えている。⁶⁾

基本刑法II 162 頁、前田各論 184 頁

判例の立場からは、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⇒畏怖⇒財物移転」という経過は因果関係の枠内にあるといえるが、「暴行・脅迫⇒憐れみ⇒財物移転」という経過は因果関係の枠内にあるといえないと考えられるからである。

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

例えば、X が V からかばんを奪うために V の顔面に包丁を突き付けながら

B

⁶⁾ 反抗が抑圧された被害者から、その意思に反して財物を奪取する場合は「強取」の典型例であるが、そのほか、反抗が抑圧された被害者が差し出す物を受け取る場合(東京高判 S42.6.20)、置いて逃げれば追っつてこないと思っているから反抗を抑圧され、逃走した被害者が放置した物を取る場合(名古屋高判 S32.3.4)、反抗が抑圧された被害者が気付かないうちに物を取る場合(最判 S23.12.24、大阪高判 S47.8.4)なども「強取」とされる。これに対して、被害者が逃走中に落とした物を取る場合には、「強取」は認められず、強盗未遂罪と窃盗既遂罪の観念的競合となるにとどまる(名古屋高判 S30.5.4)。

「言うとおりにしなければ殺す。かばんを渡せ。」と言い、畏怖した V からかばんを奪ったという事案において、たまたま V がこうした脅迫に慣れていたことから、反抗を抑圧されることはなく、多少畏怖したにとどまるという事案では、暴行・脅迫と財物移転との間の因果関係として反抗抑圧という中間結果の経由を要するとする通説の立場からは、「強取」は認められず、強盗未遂罪（243 条、236 条 1 項）と恐喝既遂罪（249 条 1 項）の観念的競合（54 条 1 項前段）となるにとどまる。

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」が認められるためには、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）。

（4）主観的要件

強盗罪でも、窃盗罪と同様、故意に加えて不法領得の意思が必要である。

2. 強盗利得罪（2 項強盗罪）

司 H28 司 R2 予 H26 予 H30

- ① 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。（236 条 2 項）
- ② 第 236 条…の罪の未遂は、罰する。（243 条）

case3：X は、V に対する借入債務を免れるために、V に執拗な暴行を加え、反抗を抑圧された V に債務免除の意思表示をさせた（債務免除の利益を客体とする強盗利得罪）。

case4：X は、V に執拗な暴行を加え、反抗を抑圧された V にサービスを提供させた（サービスを客体とする強盗利得罪）。

（1）「財産上…の利益」

- ・本罪の客体である「財産上…の利益」とは、財物以外の財産的利益のことをいい、債権の取得のような積極的利益のほか、債務の免除・消滅や履行期の延期・猶予などの消極的利益も含まれる。
- ・「不法の」とは、「利益」自体の不法性を意味しているのではなく、利益を取得する方法の不法性という当然のことを意味しているにすぎない。

【論点 1】 処分行為の要否

強盗利得罪の成立には、債務免除や支払猶予といった財産的処分行為を要するか。この論点は、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、実行為論として問題になるものであると思われる。

例えば、X が債務免脱目的で債権者 Y を殺害した事案、X が相続による財産承継を意図して被相続人 Y を殺害した事案、X が Y が経営する店舗 A の経営上の権益を承継するために Y を殺害したという事案などでは、殺害による暴行が Y の処分行為による利益移転に向けられていないため、処分行為必要説からは、強盗罪の実行為たる「暴行」が認められない結果、強盗罪を

A 司 R2 予 H26

基本刑法 II 167 頁

基本行為とする強盗殺人罪（240条後段）の成立も認められず、殺人罪（199条）が成立するにとどまる。

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ために、「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ると解する。

このような性質を欠く利益は「財産上…の利益」という本罪の客体に当たらないから、これの取得に向けられた暴行・脅迫は（利益移転の現実的危険性を欠くとして）強盗利得罪の実行行為に当たらない。

（補足）

- ・裁判例は、債務免脱目的での債権者の殺害事案において、「債務者が債務の支払いを免れる目的で債権者を殺害した場合において、右殺害の結果、債権の相続人等においてこれを行使することが不可能もしくは著しく困難になったときは、債務者が、債権者による債務免脱の処分行為を得たのと実質上同視しうる現実の利益を得たという意味において、財産上不法の利益を得たと認めうるのは当然である。しかし、債権者を殺害することにより債務者が財産上不法の利益を得たと認めうるのを、右の場合のみに限定するのは、やや狭きに失して妥当でない。なぜなら、たとえば、債務者が、履行期の到来し又は切迫している債務の債権者を殺害したときは、債権者自身による追及を絶対的に免れるだけでなく、債権の相続人等による速やかな債権の行使をも、当分の間不可能ならしめて、債権者による相当期間の支払猶予の処分行為を得たのと実質上同視しうる現実の利益を得ることになるのであつて、かかる利益を、刑法 236 条 2 項にいう『財産上不法ノ利益』から除外すべき理由は見当らないからである。』と判示している。
- ・裁判例には、相続人が相続による財産承継のために被相続人（さらには他の相続人）を殺害する事案について、「財産上の利益は、財物の場合と同様、反抗を抑圧されていない状態において被害者が任意に処分できるものであることを要すると解すべきところ、現行法上、相続の開始による財産の承継は、生前の意志に基づく遺贈あるいは死因贈与等とも異なり、人の死亡を唯一の原因として発生するもので、その間任意の処分を觀念に容れる余地がないから、同条 2 項にいう財産上の利益には当たらない」として 2 項強盗による強盗殺人罪の成立を否定したものがある（厳密には殺人が未遂の事案である）。
- ・経営上の権益とは、会社の什器備品や従業員などを利用して会社を営むることによって得られる売上金收受をはじめとする諸利益をいう。裁判例には、経営承継目的で店舗経営者を殺害した事案について、2 項強盗による強盗殺人罪の成立を否定したものがある。経営上の権益は、将来の売上に対する期待権であつてその利益の内容は抽象的なものにとどまるから具体性を欠くし、経営者を殺害しても経営権を承継するためには所定の手

基本刑法 II 166 頁、H23 重判 4 解説

基本刑法 II 168～171 頁

基本刑法 II 166～168 頁

司 R2 大阪高判 S59.11.28

東京高判 H 元.2.27

神戸地判 H17.4.26

続を経て経営者に選任されることを要するから暴行・脅迫によって直ちに得られるという直接性も欠くから、「財産上…の利益」に当たらない。

〔論点 2〕 民法上保護されない不法な利益

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。

例えば、①XがVに対する売春代金の支払を免れるためにVに暴行を加えた事案（公序良俗違反の契約に基づく履行請求権を免れるための暴行）、②XがVから麻薬の購入資金として預かっていた金銭の返還を免れるためにVに暴行を加えた事案（不法原因給付の返還請求権を免れるための暴行）などで問題となる。

窃盗罪においては本権に基づかない財物に対する事実上の占有が保護されることとの均衡から、民法上保護されない利益についても、財産法秩序を維持するために、刑法上の保護に値すると認められる限度において、「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）。⁷⁾

〔論点 3〕 キャッシュカードの暗証番号の聞き出し

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、第一審判決は、①キャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められない、また、②2項強盗に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であるところ、キャッシュカードの暗証番号を聞き出しただけでは被害者について犯人の利得に対応した利益喪失が生じたとはいえないとの理由から、「財産上不法の利益を得た」とはいえないとして、強要罪の成立を認めるにとどまった。

これに対し、控訴審判決は、①財産的利益の具体性と②利益の移転性の双方を認めて、2項強盗罪が成立すると判示した。

（論証 1） 財産的利益の具体性

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。

確かに、キャッシュカードの暗証番号それ自体は情報にすぎず、行為者が被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではない。

しかし、行為者は、ATM（現金自動預払機）の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになるため、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配するに至るといえる。

したがって、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

B

最判 S32.9.13・百II39

基本刑法II165頁

B 司H28 司R6

地川越支判 H21.6.1・H23 重判4

東京高判 H21.11.16・H23 重判4

⁷⁾ 民法上保護されない利益のすべてが「財産上の利益」として強盗利得罪の客体になるわけではない。例えば、判例・裁判例では、②の事案については2項強盗罪の成立が認められている一方で（最判 S35.8.30）、①の事案では、売春代金は2項強盗罪の客体から除外されるとの理由から2項強盗罪の成立が否定されている（広島地判 S43.12.24）。

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。

(論証 2) 利益の移転性 (利得と喪失の対応関係)

強盗利得罪は移転罪であるから、本罪の客体となる「財産上…の利益」とは、行為者の取得した利益が被害者から移転したといえる利得と喪失の対応関係が認められるものであることを要する。それでは、この利得と喪失の対応関係についてどこまで厳格に要求すべきか。

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必要とするあまりにも処罰範囲が狭くなり妥当でないから、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があれば足りると解する。⁸⁾

そして、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体が被害者から行為者に移転するわけではないものの、行為者が前記地位を取得する反面において被害者が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ため、利得と喪失の対応関係が認められる。

(2) 「財産上不法の利益を得…た」

強盗罪は暴行・脅迫を手段として相手方の反抗を抑圧することで財産的利益を取得する犯罪であるから、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。

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。

3. 強盗予備罪

司 H28

強盗の罪を犯す目的で、その予備をした者は、2年以下の拘禁刑に処する。
(237条)

(1) 構成要件

ア. 「予備」

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。

基本刑法II 197頁

例えば、強盗を計画して凶器を携えて被害者宅の表戸を叩いて家人を起こす行為、強盗を共謀して出刃包丁・ナイフ・懐中電灯を買い求めこれを携えて徘徊する行為、被害者を昏酔させるために使用すべき麻酔薬を調合する行為などがこれに当たる。

最大判 S29.1.20・百 I 72、最判 S24.12.14

イ. 「強盗の罪を犯す目的」

自ら強盗を犯す目的に限られ (自己予備罪)、他人が強盗を実行するのを

基礎応用 144頁 [論点9]

⁸⁾ 第一審は、犯人が暗証番号を聞き出したとしても、暗証番号に関する情報が被害者と行為者との間で共有されるにすぎず、被害者の利益が失われるわけではないとして、利得と喪失の対応関係を否定した。しかし、犯人が前述の地位を得る反面において、被害者は、自らの預貯金を犯人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、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ことになるから、利得と喪失の対応関係を認めることができる。

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〕 事後強盗目的の強盗予備罪

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から、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。

したがって、事後強盗罪の予備罪も認められる。

B

最決 S54.11.19

(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、それが未遂に終わると既遂に達したとを問わず、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。

基本刑法 II 198 頁

4. 事後強盗罪

司ブレ 司 H20 司 R1 予 R4(多角的)

① 窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

(238条)

② 第238条…の罪の未遂は、罰する。(243条)

検討

case5 : X は、コンビニエンスストア A 店において万引きをして店外に出たところ、店員 B が追いかけてきたため、私人現行犯逮捕(刑事訴訟法 212 条、213 条)を免れるために、B に暴行を加えたという事案では、事後強盗罪が成立する。

(1) 罪質

① 財物に対する強盗罪の拡張類型である。

② 窃盗犯人を主体とする身分犯であるとする身分犯説と、窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯であるとする結合犯説とが対立している。

基礎応用 180 頁 [論点 8]

(2) 趣旨

窃盗犯人が窃盗の現場又は窃盗の機会の継続中に逃亡目的などにより暴行・脅迫を加えることが多いという刑事学の実態に着目して、人身保護の観点から、強盗と同じく処断するものと解する見解もある。他方で、窃盗犯人が財物を得た後、これを確保するために暴行・脅迫を加える場合は、実質的にみて暴行・脅迫によって財物を得たと評価し得るという強盗罪との罪質の近似性に着目して、強盗と同じく処断するものと解する見解もある。

西田各論 191~192 頁

(3) 構成要件

ア. 「窃盗」

逮捕免脱・罪証隠滅目的の場合には、窃盗罪の未遂の犯人も含む。これに対し、取戻防止目的の場合には、「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。

西田各論 192 頁

イ。「暴行又は脅迫」

(ア) 程度

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。

(イ) 相手方

窃盗の被害者に限らず、犯行を目撃して追跡してきた第三者や警察官でもよい。

(ウ) 目的

主観的に法所定の目的で行われることで足り、目的達成の有無や、客観的に財物の取戻しや逮捕の行為が行われたのかは問わない。

(エ) 財物奪取と暴行・脅迫との関連性

判例は、機会説に立っている。

[論点 1] 財物奪取と暴行・脅迫との関連性

例えば、Xは、コンビニエンスストア A 店において万引きをして店外に出て、店員から追跡されることなく A 店から 300m 離れた公園まで逃げたところ、A 店に駐輪していた自転車を取りに A 店の駐輪場まで戻ったところ、店員 B が X を見つけて A 店から出てきたため、私人現行犯逮捕（刑事訴訟法 212 条、213 条）を免れるために、B に暴行を加えたという事案では、X の暴行は窃盗の機会に行われたものとはいえないから、事後強盗罪の「暴行」に当たらないのではないか。

事後強盗罪も「強盗として論じ」られるから（238 条）、強盗罪との罪質の近似性を担保するために、本罪の「暴行又は脅迫」には財物奪取行為との密接な関連性が要求される。⁹⁾

そこで、「暴行又は脅迫」は、(窃盗の犯行現場又は) 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）。

[事案類型]

窃盗の機会の継続中は、時間的・場所的接性や被害者側による追跡の有無を主要な要素として、最終的には、窃盗の犯行により生じた犯行時・犯行現場と同様の緊迫した対立状況（＝「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」）の継続性により判断される。¹⁰⁾

(類型 1) 逃走追跡型

窃盗の犯行現場から継続して追跡されている場合には、時間的・

予 R4

大判 S19.2.8

A 司ブレ 司 H20 予 R4

高橋各論 295 頁、基本刑法 II 181 頁

新判例 219 頁

最判 H16.12.10・百 II 43

新判例 229 頁、基本刑法 II 182 頁

基本刑法 II 182 頁

⁹⁾ 事後強盗罪は、暴行・脅迫により財物を奪取するという典型的な強盗とは異なるにもかかわらず、強盗に準じた行為類型であることから、「強盗として論ずる」とされている。そのため、事後強盗罪の構成要件解釈は、強盗罪との罪質の近似性を担保するようになされる必要がある（新判例 219～228 頁、高橋各論 295 頁、基本刑法 II 181 頁）。

¹⁰⁾ 基本刑法 II 182 頁は、窃盗の機会の継続の有無を、「被害者等の支配領域から完全に離脱して安全圏に入ったか否か」を基準として判断する。

場所的近接性は認められなくても、窃盗の犯行により生じた犯行時・犯行現場と同様の緊迫した対立状況が継続しているから、窃盗の機会の継続性が肯定される。

(類型 2) 現場滞留型

窃盗の犯行後、その現場付近にとどまっている場合にも、時間的・場所的近接性は認められなくても、窃盗の犯行により生じた犯行時・犯行現場と同様の緊迫した対立状況が継続しているから、窃盗の機会の継続性が肯定される。

(類型 3) 現場回帰型

窃盗犯人が、一旦窃盗現場を離れた後に、何らかの理由で再度現場に戻った際に被害者等に見つかり暴行・脅迫を行う場合には、窃盗の機会の継続性が否定されることが多い。

この場合、窃盗の犯行により生じた緊迫した対立状況が一旦解消されているため、暴行・脅迫時に存在した「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」は、窃盗犯人が窃盗現場に戻ったことにより新たに生じたものにすぎず、窃盗の犯行時から継続しているものとはいえないのである。

基本刑法 II 183 頁

基本刑法 II 183 頁

(4) 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。

したがって、先行する窃盗罪が既遂である以上、事後強盗罪も既遂となり、先行する窃盗罪が未遂である以上、事後強盗罪も未遂となる。

予 R4 最判 S24.7.9

(5) 居直り強盗

居直り強盗とは、窃盗の故意だけで窃盗の「実行に着手」したが他人の財物を取得できなかったため、財物奪取のために他人に暴行・脅迫を加えたという場合を意味する。

前記(3)アの通り、逮捕免脱・罪証隠滅目的の場合は、「窃盗」には窃盗罪の未遂の犯人も含まれるが、取戻防止目的の場合は、「財物を得て」という文言から、「窃盗」には窃盗罪の既遂の犯人に限られる。

居直り強盗の場合、窃盗未遂の犯人が財物奪取だけのために暴行・脅迫を行っているため、「窃盗」要件を満たさないとの理由から事後強盗罪の成立が否定され、1項強盗罪が成立することとなる。¹¹⁾

高橋各論 283 頁、基本刑法 II 185～

186 頁

最判 S24.2.15

5. 昏酔強盗罪

- ① 人を昏酔させてその財物を盗取した者は、強盗として論ずる。(239 条)
- ② 第 238 条から第 240 条まで…の罪の未遂は、罰する。(243 条)

¹¹⁾ 判例は、「暴行脅迫を用いて財物を奪取する犯意の下に先づ財産を奪取し、次いで被害者に暴行を加えてその奪取を確保した場合は強盗罪を構成するのであって、窃盗がその財物の取還を拒いで暴行をする場合の準強盗ではないのである。」とする。

(1) 罪質

財物に関する強盗罪の拡張類型である。

(2) 構成要件

ア. 「昏酔」

薬物などによって人の意識作用に一時的又は継続的な障害を生じさせることをいうが、意識喪失まで要求されていない。

山口各論 233～234 頁

なお、暴行を用いて昏酔させた場合には、普通強盗罪（236条1項）が成立する。

イ. 「昏酔させて」

条文上、「昏酔させて」とあるから、財物奪取の目的で昏酔させることに加え、強盗犯人自らが被害者を昏酔させる必要がある。

高橋各論 301 頁

他人が昏酔させたり、被害者自らが昏酔したという場合に、それに乗じて被害者から財物を奪取した場合には、窃盗罪が成立するにとどまる。

(3) 昏酔による意識障害

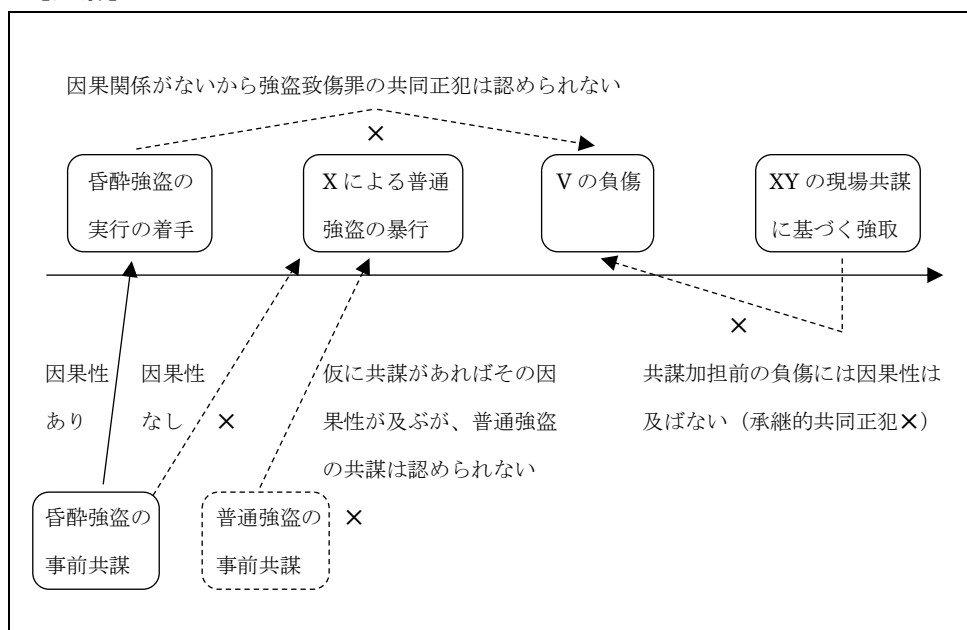
昏酔による意識障害それ自体は、昏酔強盗罪の構成要件に含まれているから、強盗致傷罪（240条前段）でいう「負傷」に当たらない。

(4) 共犯関係

東京地判 H7.10.9

裁判例は、XとYが昏酔強盗を共謀しその実行に着手したが、被害者Vが昏酔しなかったため、XがVに暴行を加えて負傷させた後、その反抗抑圧状態を利用してYとの現場共謀に基づきYとともにVから金品を奪取したという事案において、Yにつき強盗致傷罪の成立を否定している。

[図解]



ア. 昏酔強盗の共同実行を原因行為とする強盗致傷罪の共同正犯

昏酔強盗の実行の着手とV負傷の間には、Xの暴行が介在している。そして、V負傷の直接的原因となっているXの暴行と昏酔強盗の実行の着手の間に「起因」「支配」「利用」といった関係を認めることができないから、因果関係が否定される。したがって、前記アは認められない。

イ. Xの暴行を原因行為とする強盗致傷罪の共同正犯

ここでは、①普通強盗の共謀に基づく強盗致傷罪の共同正犯の成否と、②昏酔強盗の共謀に基づく強盗致傷罪の共同正犯の成否が問題となる。

①につき、Yが暴行開始前において昏酔強盗の計画が普通強盗へと発展する可能性を認識しておらず、しかも、暴行中において暴行を認容してそれを自己の強盗の手段として利用したともいえないのであれば、YX間に普通強盗の意思連絡（共謀）があったとはいえない。

②につき、昏酔強盗と普通強盗とでは手段方法が質的に異なっているから、昏酔強盗の共謀の因果性は普通強盗に及ばないのが通常である。仮に因果性を肯定するのであれば、共同正犯の錯誤が問題となる。部分的犯罪共同説からは、普通強盗の共同正犯の成立を認めることができる。さらに、結果的加重犯の共同正犯を肯定する見解に立つのであれば、強盗致傷罪の共同正犯まで認めることができる。

ウ. 承継的共同正犯

前記ア・イが否定される場合、YがVの反抗抑圧状態を利用してXと共にVから金品を奪取した行為につき承継的共同正犯の成否が問題となる。

Yは、負傷にも起因するVの反抗抑圧状態を強盗罪の手段として利用しているが、これは、Yが金品の奪取に及んだ動機ないし契機にすぎず、Yの共謀に基づく行為がその前に生じていたVの負傷に対して因果性を及ぼしたということとはできないから、承継的共同正犯の成立も否定される。

1 項強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立する(基礎応用 142 頁 [例 4])

司ブレ 司 H20 司 H27 司 H28

司 R2 司 R5 予 H26

6. 強盗致死傷罪

- ① 強盗が、人を負傷させたときは無期又は 6 年以上の拘禁刑に処し、死亡させたときは死刑又は無期拘禁刑に処する。(240 条)
- ② 第 238 条から第 240 条まで…の罪の未遂は、罰する。(243 条)

case6: Xが強盗目的でVに暴行を加えたところ、Xの想定に反してVが負傷した(強盗致傷罪)。

case7: XがVを負傷させてもやむを得ないと思いながら強盗目的でVに暴行を加えたところ、Vが負傷した(強盗傷人罪)。

case8: Xが強盗目的でVに暴行を加えたところ、Xの想定に反してVが死亡した(強盗致死罪)。

case9: XはVを殺害して債務を免れようと考えVを殺害した(強盗殺人罪)。

(1) 構成要件

ア. 「強盗」

強盗罪の実行に着手していれば足りる。

[論点 1] 犯人が殺人・傷害の故意を有する場合

行為者が殺意・傷害の故意を有する場合(case7、case9)にも、強盗致傷罪の成立が認められるのか。仮に認められない場合、強盗罪(236条～238条)と傷害罪(204条)又は殺人罪(199条)が成立するにとどまる。

240条は「よって」という文言を用いていないし、強盗が故意に人を殺害・傷害することも刑事学上顕著であるから、同条の「強盗」には、殺

B 司 R2 予 H26

基本刑法 II 204 頁

人・傷害の故意を有する者も含まれると解する。

したがって、強盗が殺人の故意や傷害の故意をもって人を死亡又は負傷させた場合には、240条の適用により強盗殺人罪又は強盗傷人罪が成立する（判例）。¹²⁾

最判 S32.8.1 [強盗殺人罪]

イ. 「人」

文言上強盗の被害者に限定されていないから、強盗罪の被害者以外の者も含まれる。

ウ. 「負傷」

刑法上の傷害概念は統一的に解釈すべきであるし、改正刑法下では強盗致傷罪にも執行猶予の余地がある（法定刑の下限が拘禁刑6年に引き下げられたため酌量減軽による執行猶予が可能となった）から、240条前段の「負傷」は傷害罪における傷害と同程度のもので足りると解する。

最決 H6.3.4

エ. 原因行為

「死亡」「負傷」の原因行為に①強盗の手段である暴行が含まれることに争いはない。争いがあるのは、②強盗の手段である脅迫と③強盗の手段である暴行・脅迫以外の行為である。

[論点 2] 強盗の手段である脅迫

例えば、Xが強盗のためにVを脅迫したところ、Vが恐怖心から逃げ出そうとした際に躓いて転倒し負傷したという事案などで問題となる。

B

高橋各論 307 頁

強盗致死傷罪は、強盗が人を死亡又は負傷させる類型的な危険の高さに着目した加重処罰類型である。

そして、強盗の手段たる脅迫にも、相手方に対する心理的影響を介して同人を死亡又は負傷させる類型的な危険が認められる。

そこで、本罪の原因行為には、強盗の手段たる脅迫も含まれると解する。¹³⁾

[論点 3] 強盗の手段である暴行・脅迫以外の行為

例えば、強盗の現場付近で罪証隠滅目的で被害者や目撃者を殺害した事案、犯人が逃げ出した被害者を追跡していたところ被害者が躓いて転倒して負傷した事案などで問題となる。

A 司 H20

(論証 1) 機会説

本罪は、強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着目した犯罪である。

そこで、「死亡」「負傷」の原因行為は、強盗の機会に行われたものであることを要する（判例）。

最判 S24.5.28

強盗の機会とは、強盗行為と当該行為の時間的・場所的接着性、被害者

高橋各論 305～306 頁、基本刑法 II

¹²⁾ この見解からは、240条は、結果的加重犯としての強盗致傷罪・強盗致死罪と故意犯としての強盗傷人罪・強盗殺人罪という4つの犯罪類型を規定していることになる（基本刑法 II 200 頁、高橋各論 301 頁）。

¹³⁾ 学説には、①脅迫を原因行為とする強盗致死傷罪の成立を正面から肯定する見解と、②暴行概念を緩和（拡張）することにより暴行を原因行為とする強盗致死傷罪の成立を肯定する見解とがある。判例は、強盗犯人が脅迫目的で被害者に日本刀を突き付けたところ、被害者が日本刀にしがみついたために負傷したという事案において、日本刀を突き付けつる行為が暴行に当たるとして、暴行を原因行為とする強盗致死傷罪の成立を認めており（最決 S28.2.19）、②の見解に立っている（高橋各論 307 頁、西田各論 201 頁）。

の同一性、犯行意図の継続性等から判断される。判例・裁判例では、特に、原因行為が「新たな決意に基づく別の機会」に行われたものであると評価される場合には、強盗の機会が否定されている。

(論証 2) 限定機会説 (密接関連性説)

本罪の基本となるのは強盗であるから、「死亡」「負傷」の原因行為は、①強盗の機会に行われたものであることに加えて、②強盗行為と密接な関連性を有することが必要である。

②強盗行為と密接な関連性を有する行為とは、財物の奪取・確保、逮捕防止、証拠隠滅に向けられた一連の行為の中で行われたような行為をいう。

208 頁、最判 S23.3.9、千葉地判
H6.8.8

西田各論 200 頁

前田 250 選 [10 版] 168 解説

司 H20 司 R5

オ. 因果関係

本罪の既遂が成立するには、原因行為と「死亡」「負傷」との間の因果関係の存在が必要である。

カ. 原因行為の主観的要件

原因行為について手段説 (又は拡張された手段説) に立つのであれば、暴行・脅迫の故意が必要とされる。これに対し、機会説 (又は限定機会説) の立場からは、暴行・脅迫の故意の要否が問題となる。¹⁴⁾

これについては、原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はないから、原因行為について過失しかない場合であっても強盗致死傷罪の成立が認められると解すべきである。¹⁵⁾

司 H20

山口各論 237~238 頁

基本刑法 II 213 頁

(2) 未遂・既遂

- ・本罪の主たる保護法益は人の生命・身体であるから、負傷・死亡の発生をもって既遂となる。
- ・強盗致死傷罪については、未遂処罰規定 (243 条・240 条前段) が存在するものの、未遂は成立し得ないと解されている。すなわち、一般に傷害の未遂は暴行と評価されており (208 条参照)、その暴行は強盗の手段であるから (236 条参照)、強盗犯人が傷害の故意をもって被害者を「負傷」させるに至らなかった場合には、通常の強盗罪が成立するととどまる。

大判 S4.5.16・百 II 45 [強盗殺人罪]

(3) 罪数関係

236 条の強盗罪の本質は盗取罪であるから、成立する罪の数は占有侵害の個数を基準に考える。

これに対し、強盗致死傷罪は、第一次的には人の生命・身体を保護法益とするから、成立する罪の数は被害者の数を基準に考える。

前田各論 199 頁

前田各論 220 頁、基本刑法 II 203 頁

¹⁴⁾ 原因行為について機会説を採用すると、強盗致死傷罪の成立範囲が拡大する可能性が高いため、主観面から同罪の成立範囲を限定するために、原因行為について少なくとも暴行が必要であるとして、脅迫を原因行為とする強盗致死傷罪の成立を否定する見解もある。この見解は、240 条は「負傷させた」「死亡させた」と規定しているため、少なくとも 204 条の傷害罪又は 205 条の傷害致死罪の要件を具備する必要がある、これらの成立には少なくとも結果的加重犯における基本行為である暴行の故意が必要であるとして、強盗致死傷罪の主観的要件として原因行為についての暴行の故意が必要であることを説明するのである (基本刑法 II 211 頁)。

¹⁵⁾ ここでいう「過失」は、負傷・死亡発生についての予見可能性という旧過失論的な過失である。

7. 強盗・不同意性交等及び同致死罪

- ① 強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が第177条の罪若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は同条の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は7年以上の拘禁刑に処する。(241条1項)
- ② 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。(2項)
- ③ 第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期拘禁刑に処する。(3項)
- ④ 第241条第3項の罪の未遂は、罰する。(243条)

case10 : XがVを不同意性交した上でVからかばんを強取したという事案では、強盗・不同意性交既遂罪(241条1項)が成立する。

case11 : XがVからかばんを強取した上でVを不同意性交したという事案では、強盗・不同意性交既遂罪(241条1項)が成立する。

case12 : Xによる強盗と不同意性交のどちらも未遂であり、かつ、死傷結果が発生していない事案では、強盗・不同意性交既遂罪(241条1項)が成立するものの、刑の任意的減輕がある(241条2項本文)。

case13 : Xによる強盗と不同意性交のどちらも未遂であり、死傷結果の発生もなく、かつXが自己の意思により強盗と不同意性交のどちらかを中止していたという事案では、強盗・不同意性交既遂罪(241条1項)が成立するものの、刑の必要的減免がある(241条2項但書)。

case14 : XがVに対して強盗と不同意性交の罪を犯し、強盗と不同意性交のいずれかによってVを死亡させた場合には、強盗や不同意性交の既遂・未遂にかかわらず、強盗・不同意性交致死罪(241条3項)が成立する。

(1) 強盗と不同意性交等の先後関係

本罪は、強盗と不同意性交等の双方が同一機会に行われることの悪質性・重大性にかんがみ、強盗と不同意性交等の先後関係を問わず、これらが同一機会に行われた場合を対象として定められた強盗罪と不同意性交等罪の加重類型である。

(2) 同一機会

本罪の重罰根拠は、強盗と不同意性交等の双方が同一機会に行われることの悪質性・重大性にある。そこで、強盗と不同意性交等は同一機会に行われることを要する。

(3) 減輕・免除事由

強盗・不同意性交等罪(241条1項)は、強盗の罪と不同意性交等の罪の結合犯であり、両者のいずれもが未遂であっても成立するから、本罪自体の未遂は観念できない。

もともと、同一機会になされた強盗の罪と不同意性交等の罪がいずれも未遂であり、人の死傷結果が生じていない場合には、その行為の違法性が低い

こともあり得るため、刑の任意的減軽を認める規定が設けられている(241条2項本文)。その上で、未遂に終わった強盗の罪と不同意性交等の罪のいずれかについて自己の意思によって中止したといえるときには、必要的減免が認められる(同条項但書)。

(4) 論点

以下では、本罪に関する論点を取り上げる。

[論点 1] 負傷結果

241条は、強盗・不同意性交等致死罪については規定しているが、強盗・不同意性交等致傷罪については規定していない。そこで、強盗や不同意性交等の際に被害者が負傷した場合には、強盗・不同意性交等罪(241条1項)だけが成立するのか、それとも同罪に加えて不同意性交等致傷罪(181条2項前段)や強盗致傷罪(240条前段)も成立するのかが問題となる。

強盗・不同意性交等罪の法定刑が不同意性交等致傷罪(181条2項前段)や強盗致傷罪(240条前段)の法定刑よりも重いのは、強盗・不同意性交等の際に生じた負傷結果については強盗・不同意性交等罪のみで評価すれば足りるとする趣旨によると考えられる(本罪の量刑上、被告人に不利な犯情として考慮される)。

そこで、強盗・不同意性交等の際に生じた負傷結果は、不同意性交等致傷罪の「傷」や強盗致傷罪の「負傷」に含まれず、強盗・不同意性交等罪一罪が成立すると解すべきである。¹⁶⁾

[論点 2] 殺意がある場合

殺意がある場合にも241条3項を適用することができるか。

平成29年改正の241条3項は、旧規定における「よって…死亡させた」という文言をあえて用いず、「第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた」と規定している。これは、本罪には殺意がある場合も含まれることを明らかにする趣旨であるといえる。

また、本罪の未遂処罰規定(243条)は強盗・不同意性交等殺人罪の未遂を想定しているといえる。

そこで、本罪には殺意がある場合も含まれると解する。

[論点 3] 強盗・不同意性交等殺人罪の未遂・既遂

241条3項が規定している強盗・不同意性交等致死罪の未遂とは、強盗、不同意性交等、死亡結果のどちらが未遂である場合を意味するのか。

平成29年改正前は、強盗強姦致死罪には殺意がある場合は含まれないとする判例・通説を前提に、死亡結果を基準として未遂・既遂を判断することができないと解されていた。

しかし、前記の通り、平成29年改正の241条3項には殺意がある場合も含まれると解されている。

そこで、243条が適用される未遂とは、強盗・不同意性交等殺人罪におい

B

基本刑法II 218～210 頁

B

基本刑法 229～230 頁

B

基本刑法 229～230 頁

¹⁶⁾ 平成29年改正法・令和5年改正法のもとでは、「強盗・不同意性交等の被害者の負傷」と「強盗・不同意性交等の被害者以外の負傷」を区別する実益が乏しいと思われるから、上記論証で統一しても良いと考える。基本刑法229～230頁でも、平成29年改正法を前提とした解説において、両者は区別されていない。

て死亡結果が未遂である場合を意味すると解すべきである。

[論点 4] 240 条後段との関係

強盗又は不同意性交等の手段である暴行から死亡結果が発生した場合には強盗・不同意性交致死罪（241 条 3 項）が成立することについて争いはない。

問題は、強盗又は不同意性交等の機会に行われた行為から死亡結果が発生した場合にも、強盗・不同意性交等致死罪（241 条 3 項）が成立するのか、それとも強盗・不同意性交等罪（241 条 1 項）と強盗致死罪（240 条後段）又は強盗殺人罪（240 条後段）の観念的競合（54 条 1 項前段）となるのかである。

240 条後段と 241 条 3 項を統一的に解釈する必要があるところ、240 条後段の死亡結果の原因行為は強盗の機会に行われたものまでを意味するのに対し、241 条 3 項の処罰対象は強盗の行為又は不同意性交等の行為から死亡結果が発生した場合である。

そのため、強盗の行為又は不同意性交等の行為の機会から死亡結果が発生した場合には、「第一項の罪に当たる行為により人を死亡させた者」に当たらず、241 条 3 項は適用されない。

そこで、強盗・不同意性交等罪（241 条 1 項）が成立する場合であっても、強盗や不同意性交等の実行行為とは評価できない強盗の機会の行為（ex. 逃走のための暴行）によって被害者を死亡させた場合には、強盗・不同意性交等致死罪は成立せず、強盗・不同意性交等罪と強盗致死罪（殺人の故意なし）又は強盗殺人罪（殺人の故意あり）が成立し、両者の観念的競合になると解すべきである。

B

基本刑法 230～232 頁

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年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。(95条1項)

A

case1: Xは、警察官Yから適法な職務質問を受けた際に、Yに暴行を加えたという事案では、公務執行妨害罪が成立する。

(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⁾

高橋各論 631～632 頁

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。例えば、Xは、公立小学校Aの教員Bが算数の授業をしている際に、教室に乗り込み、Bに暴行を加えたという事案では、公立小学校Aの教員Bによる算数の授業は公務執行妨害罪における「職務」に含まれるのか。

B

上記事例では、威力業務妨害罪(234条)における「業務」には強制力行使する権力的な公務を除いたすべての公務が含まれるとする判例・通説からは、威力業務妨害罪が成立するため、公務執行妨害罪の成立まで認めると、私企業的・現業的公務を二重に保護することになり、公務以外の業務との関係で均衡を欠くのではないかという問題意識があるのである。

基礎応用 250 頁 [論点1]

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)。

西田各論 446 頁

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)。

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（判例）。

〔論点 2〕 職務執行の範囲

公務員に対する「暴行又は脅迫」は「公務員が職務を執行するに当たり」、
つまり公務員が職務を執行する際に行われる必要がある。

例えば、休日中の公務員や通勤途中の公務員に対して暴行又は脅迫を加
えても、「公務員が職務を執行するに当たり」暴行又は脅迫が加えられたわ
けではないから、公務執行妨害罪は成立しない。問題は、職場で休憩中の
公務員や職務の準備中又は待機中の公務員に暴行又は脅迫を加えた場合
において、「公務員が職務を執行するに当たり」暴行又は脅迫が加えられた
といえるかである。

「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（判例）。

〔論点 3〕 職務の適法性

公務員の「職務」は適法であることを要するか。

例えば、X は、警察官 Y から現行犯逮捕（刑事訴訟法 212 条、213 条）
された際に、自分は無実であるから現行犯逮捕は違法であると言って抵抗
し、Y に暴行を加えたところ、逮捕時を基準としてみた場合には X は「現
に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」として現行犯人に当たるもの
の、実際には無実の者であつたという事案では、①裁判時を基準にすると
現行犯逮捕は違法であるから、現行犯逮捕は違法な公務として「職務」と
して保護されないのではないか、②仮に「職務」の適法性が必要である
として、それはいかなる基準により判断するのか（例えば、現行犯逮捕時と
裁判時のいずれの時点を基準として判断するのかなど）、③仮に現行犯逮
捕時を基準とする見解から Y の現行犯逮捕が適法であると評価されると
して、X は自分は無実であり現行犯逮捕は違法であると考えているのだから、
事実の錯誤として故意が阻却されるのではないか、という 3 点が問題
となる。

（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
自体を保護するという本罪の趣旨に反する。

西田各論 446 頁

最判 S53.6.29

C

基本刑法 II 478 頁

最判 S53.6.29、最決 H 元.3.10・百

II 114

A

西田各論 445 頁、高橋各論 635 頁、

基本刑法 II 474 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（判例）。

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

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。

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 - 判例）。

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 - 判例）。⁴⁾

（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。

最判 S42.5.24・百 II 112

最決 S41.4.14・百 II 113

基本刑法 II 481～482 頁

高橋各論 638～639 頁

基本刑法 II 483 頁

高橋各論 639～640 頁、基本刑法 II
484 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りる相当な理由」(同法 199 条 1 項本文)や逮捕の必要性(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 638 頁、大阪高判 S32.7.22 等)。逮捕状の発付についても、②ではなく③に位置づけることになるとと思われる。

3) ③については、単なる訓示規定・任意規定の違反に限定して「重要部分の履践」が認められるとする見解もあるが、公務の保護と人権の保護との調和を図る見地からは、職務執行の相手方の権利保護のために重要な手続違反の有無により判断する見解によるべきである(高橋各論 636～637 頁、基本刑法 II 479～480 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)。

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）。

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

例えば、X が職務質問をしてきた警察官 Y を殴ったというように、公務員の身体に対して直接に物理力が行使された直接暴行の事案では、問題なく「暴行」が認められる。

これに対し、X が Y に向かって物を投げたがそれは Y に当たらなかった、X が Y の前で覚醒剤入りの注射器のアンプルを足で踏みつけたというように、公務員の身体にして間接的に物理力が行使されているにとどまる間接暴行の事案では、「暴行」が認められるのかが問題となる。

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⁾

[判例 1]

事案：被告人 X は、司法巡査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

A

西田各論 451 頁

西田各論 451 頁、高橋各論 640 頁

西田各論 451 頁、高橋各論 641 頁

B

最決 S34.8.27

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 X 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 Y が X 方内に入る前に X 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。

り、そしてその暴行は間接に同司法巡査に対するものというべきである。さればかかる X の暴行を刑法 95 条 1 項の公務執行妨害罪に問擬した原判決は正当でありこれを攻撃する論旨は理由がない。」

[論点 5] 公務員の補助者に対する暴行

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

もともと、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、執行吏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

「暴行又は脅迫」が認められるためには、暴行又は脅迫によってその相手方である公務員による公務の執行が現実には妨害されたことを要するか。

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）。

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

B

最判 S41.3.24・百 II 115

西田各論 451 頁、高橋各論 641 頁

B

最判 S41.3.24・百 II 115

A

最判 S33.9.30

高橋各論 642 頁

B

最判 S33.9.30

基本刑法 II 104～105 頁

基礎応用 390 頁 [論点 1]、250 頁

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、行為者が強制力を行使する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。

[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 642 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 (択)

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 (択)

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年以下の拘禁刑若しくは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 (択)

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年以下の拘禁刑若しくは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

最判 S35.6.24

山口各論 553 頁

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3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第5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7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第7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」4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5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)