

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、㉞法律主義（憲法 31 条）㉟遡及処罰の禁止（憲法 39 条、刑法 6 条）、㊱類推解釈（適用）の禁止、㊲絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止、㊳刑罰法規の明確性（憲法 31 条）、㊴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。

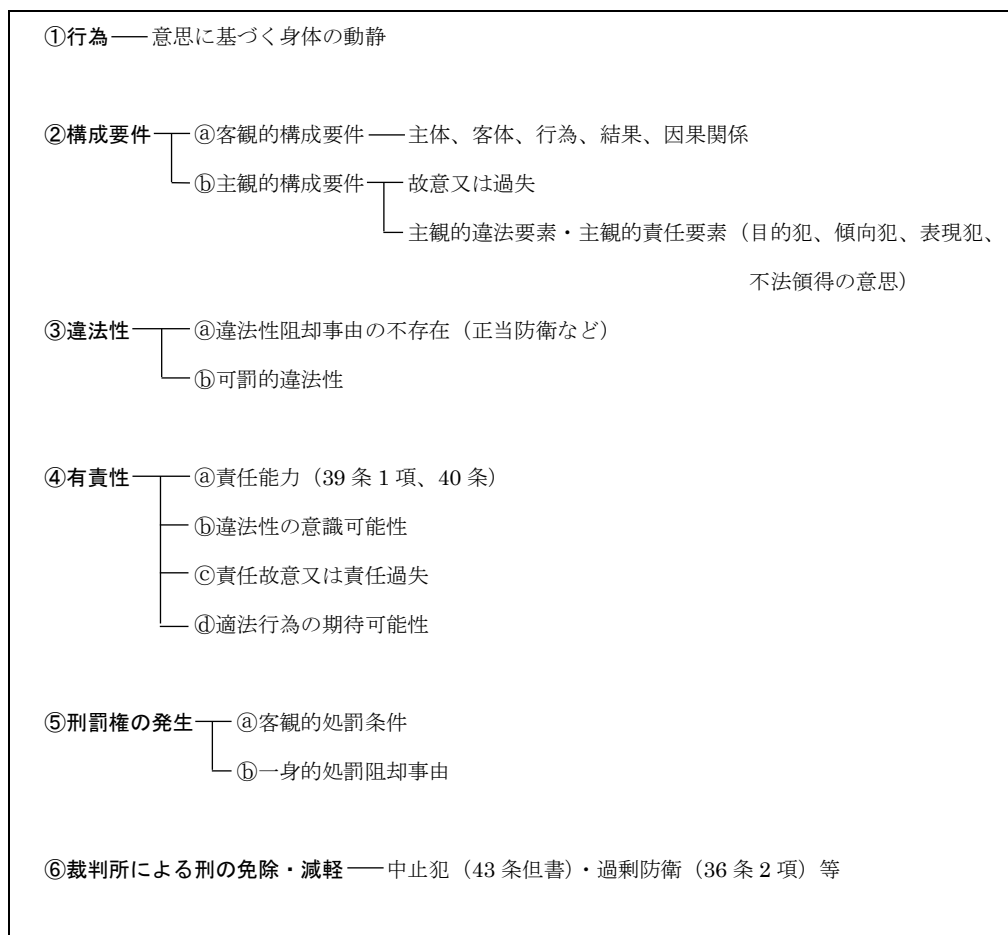
第1に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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⁾

(1) 作為と不作為の区別

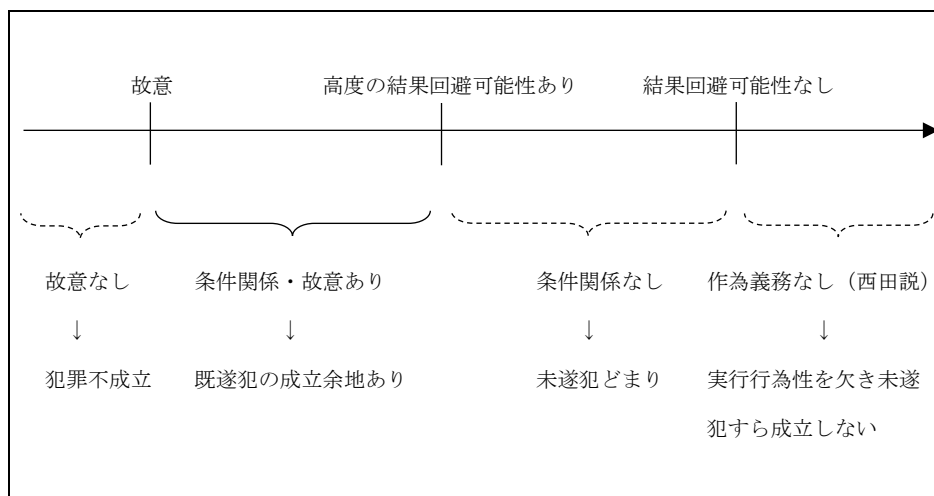
不作為は、期待された作為をしないことを意味する。そのため、積極的な行為も、期待された作為をしないことの一環として不作為を構成することがある。

(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。²⁾

¹⁾ (1)(2)のうち、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のが通常である。

²⁾ 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。

A 基礎応用 22～29 頁

司 H22 司 H26 司 H30 予 R3

A

司 H22 司 H26

司 H22 司 H26

司 H22 司 H26 司 H30 予 R3

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。

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。

司 H26 司 H30

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。³⁾

…略… (当てはめ)

司 H22 司 H26 予 R3

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いことがある。

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。

司 H22 司 H30

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

司 H22 司 H30(学説対立)

(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。

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⁾ 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。

対する危険が直接死亡に直結するものか、それとも比較的軽微なものにとどまるのかで区別される。

(2) 殺意の有無で区別する見解

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る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節. 因果関係

司 H20 司 H22 司 H25 司 H26

司 R2 司 R5 予 H23 予 H29 予 R3

予 R5 基礎応用 28～29 頁

1. 条件関係

因果関係が認められるための最低条件であり、実行行為によって結果が惹起されたという事実的な関係（つながり）を意味する。

(1) 条件関係の判断公式

条件関係は、「その行為がなければその結果は発生しなかった」（＝「あればなければこれなし」という判断基準により判断される。

(2) 条件公式の使い方

ア. 結果の具体的把握

構成要件的结果は具体的に把握される。実行行為との間の因果関係が問題となる結果は具体的な結果だからである。

司 H26

イ. 代替的原因の存在

現実に遂行された実行行為のほかに、構成要件的结果を同様に惹起しうる代替的原因が存在する事例においては、実行行為を取り去っても、代替的原因によって構成要件的结果が同様に発生していたであろうから、「行為なければ結果なし」の公式によると条件関係を肯定することができないことになるのではないかという問題がある。

〔論点 1〕 択一的競合事例

代替的原因が現実化した事例である。例えば、X と Y の二人が、それぞれ独立に、V を殺害しようとして、V の飲み物にそれぞれ致死量の同一毒を混入し、その結果、V が死亡した事例である。

B

代替的原因が現実化した択一的競合事例では、「行為なければ結果なし」の公式によると、双方の行為につき条件関係が否定される。

これでは、双方の行為に条件関係が肯定される重疊的因果関係の事例との均衡を欠く

そこで、上記公式は条件関係判断の補助公式にすぎず、当該行為の作用により結果が発生したと認められる場合には条件関係が認められると解すべきである（合法則的条件説）。

〔論点 2〕 仮定的因果関係の事例

代替的原因が潜在化した事例である。例えば、死刑囚に対して死刑が執行される際、被害者の父親がその場に現れ、死刑執行のボタンを自分で押し、執行予定時刻に死刑囚を死亡させたという事例である。

B

条件関係は、行為なければ結果なしの公式により判断されるのが通常である。

確かに、仮定的因果関係の事例では、当該行為がなくても潜在する代替的原因により結果が発生していたのだから、行為なければ結果なしという関係が認められないとも思える。

しかし、因果関係の判断過程において構成要件的结果は具体的に把握される。

そこで、潜在していたにとどまる代替的原因を捨象して、行為なければ結果なしという関係の存否を判断することになる（付け加え禁止の原則）。

2. 法的因果関係

A 基礎応用 29～39 頁

(1) 総論

因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加え、法的因果関係も認められる必要がある。

[論点 3] 危険の現実化説

相当因果関係説が抱える問題は、大阪南港事件のように、実行行為により結果発生原因が直接形成されているものの予見不能な介在事情により結果発生が早められたという事案で顕在化する。¹⁾

A 司 H20 司 H22 司 H25 司 H26

司 R2(学説対立) 司 R5 予 H23

予 H29 予 R1 予 R5

経験的通常性を判断基準とする相当因果関係説によると、実行行為により結果発生原因が直接形成されているものの予見不能な介在事情により結果発生が早められたという事案では、介在事情を判断基底に取り込むことができないため、因果経過を具体的に捉えると相当因果関係が否定される。

行為者の行為の結果発生に対する寄与度が大きい一方で介在事情の寄与度が小さいにもかかわらず、法的因果関係が否定されるのは妥当でない。

適正な帰責範囲を確定するためには、介在事情の寄与度も考慮するべきである。

そこで、法的因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮されると解すべきである（危険の現実化説 - 判例）。²⁾

学説対立が問われていない事案では、論証 4 段落目だけを書けば足りる。

(2) 事案類型

ア. 被害者の特殊事情

実行行為の危険性は、実行行為時に存在した全事情を基礎に客観的に判断されるから、被害者の特殊事情の存在を前提として判断される。

したがって、当該行為は、被害者の特殊事情と相まって結果を生じさせる危険性があると評価されるから、危険の現実化が認められ、因果関係が肯定される。³⁾

B 司 R2 予 H29

老女蒸し布団事件・最判 S46.6.17
等

イ. 行為後の介在事情

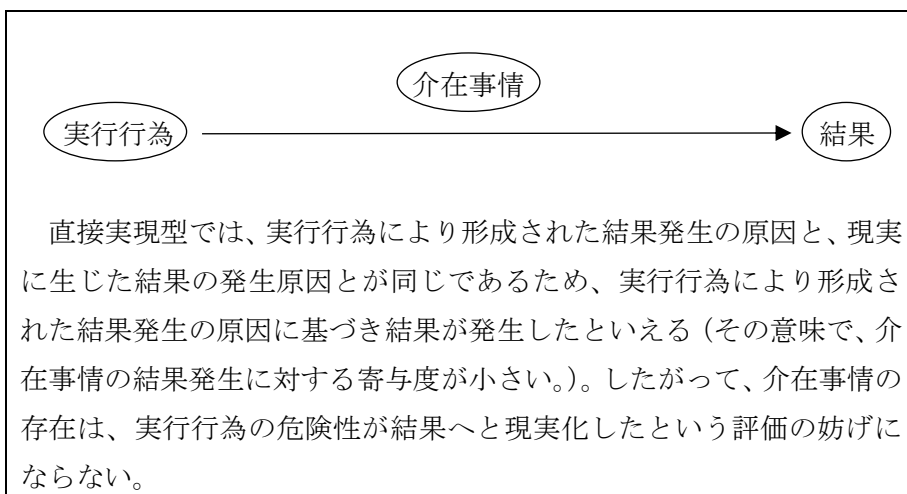
(ア) 直接実現型

A 司 H22

¹⁾ 相当因果関係説と危険の現実化説の対立が顕在化するの、典型的には、大阪南港事件のような行為後の介在事情がある事案のうち直接実現型に属する事案である。もっとも、行為時に被害者の特殊事情がある事案でも顕在化することがある。例えば、「Xは、Vを昏酔させるつもりで、睡眠薬を入れたワインをVに飲ませた。Vは、睡眠薬の摂取により、X・V双方が認識していなかった特殊な心臓疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥り、死亡した。ワイングラスに混入した睡眠薬の量は、Aの特殊な心臓疾患がなければ生命に対する危険性は全くないものであった。」(令和2年司法試験設問2・3)という、行為時に存在した被害者の特殊事情を経由して結果が発生した場合である。

²⁾ 行為そのものの危険性は「介在事情の…結果への寄与度」として考慮される（両者は表裏の関係に立つから）。

³⁾ 被害者の特殊事情は、その異常性の程度を問わず、行為の危険性判断で考慮される。

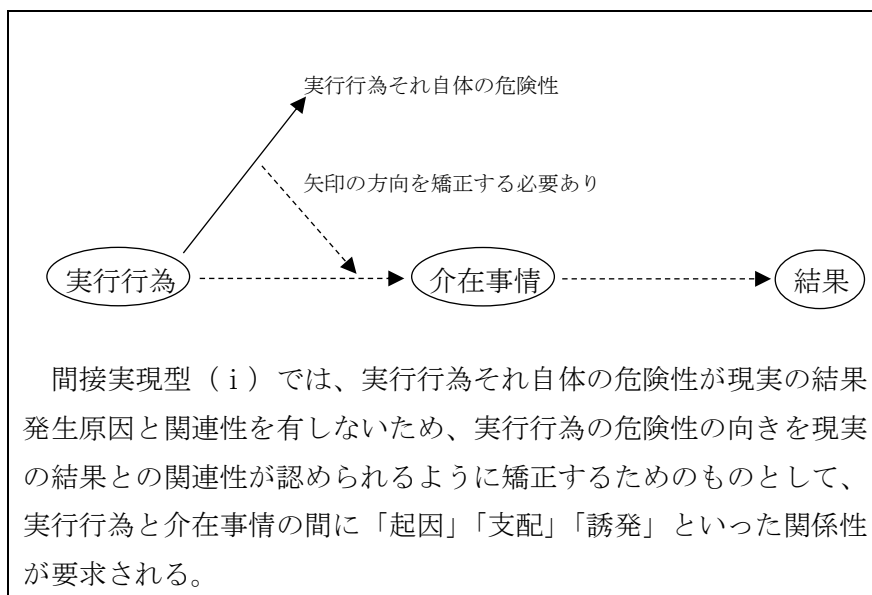


行為者の実行行為が結果発生の直接的原因になっている場合には、行
為者の実行行為そのものの危険性が結果へと現実化したといえるため、
介在事情が危険の現実化を妨げる事情にならないから、介在事情の異常
性の程度にかかわらず、因果関係が認められる。

(イ) 間接実現型

介在事情が結果発生の直接的原因になっている場合には、(ア) 直接実
現型のように、行為者の実行行為そのものの危険性だけでは、危険の現
実化としての因果関係を肯定することができない。もっとも、結果発生
の直接的原因になっている介在事情の助けを借りることで、危険の現実
化としての因果関係を肯定することができる。

(i) 高速道路侵入事件型



結果発生の直接的原因になっている介在事情が行為者の実行行為に
起因する（あるいは、「支配」されていた・「誘発」された）といえる
のであれば、行為者の実行行為には結果発生の直接的原因になってい
る介在事情をもたらす危険性を有する（介在事情を経由して結果を発
生させる危険性が含まれている）ものとして評価されることになるから、
そのような意味での行為者の実行行為の危険性が結果へと現実化
したといえることになり、因果関係が認められる。

介在事情は、実行行為と結果を結ぶ
矢印（線）の外側に位置するという
イメージ。

直接実現型では、介在事情の結果へ
の寄与度が、危険の現実化という評
価を妨げるだけの強さを有しない。

大阪南港事件・最決 H2.11.20・百
I 10

A 最決 H15.7.16・百 I 13

司 H20 司 H25 司 H26 司 R5

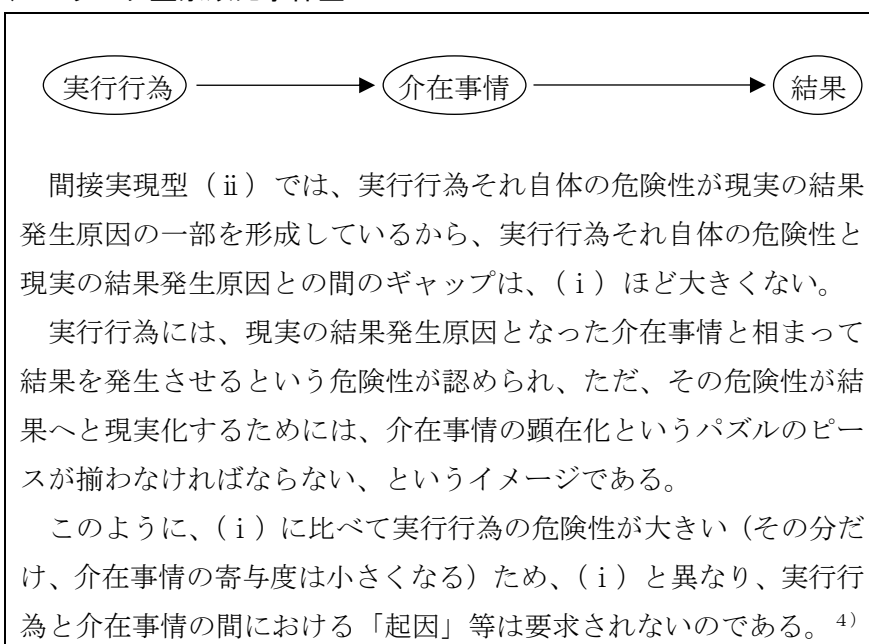
予 R1 予 R5

厳密には、実行行為に密接に関連し
て行為者が行った行為との間に「起
因」「支配」「誘発」といった関係が
認められる場合でもよい（最決
H16.10.19）。

答案では、①介在事情が結果発生の直接的原因となっているため、実行行為それ自体の危険性が結果へと現実化したとは評価できないということを指摘した上で、②実行行為と介在事情の間に「起因」「誘発」「支配」といった関係性を認めることができるかを検討する。②では、介在事情の異常性が強ければ、「起因」等が否定される。

そして、介在事情が被害者の行為である場合、自ら危険な行為に及ばないのが通常であるという経験則が働くため、被害者の行為の危険性が高ければその分だけ異常性が高いものとして「起因」等が否定されやすくなるものの、行為者の実行行為が被害者に対して心理的影響を及ぼしていたのであれば、介在事情の異常性の高さが希釈されて「起因」等を肯定する余地が生じる。

(ii) トランク監禁致死事件型



同事件では、Xらが路上で停車中の普通乗用自動車のトランク内にVを監禁していたところ、後続車が運転者の甚だしい過失により当該普通乗用自動車にほぼ真後ろから追突し、トランク内のVが死亡したという事案において、Xらの監禁行為とVの死亡との間の因果関係を肯定している。

答案では、①結果発生の直接的原因となっている介在事情と実行行為の間に「起因」等の関係性が認められないことを指摘した上で、②介在事情の異常性と寄与度（寄与度と表裏の関係にある実行行為それ自体の危険性）を考慮して「ひとたび介在事情が発生した場合に結果を発生させる危険性」が実行行為に認められるかを検討する。

(iii) 結果発生の直接的原因を特定できない事案

行為者 X の第一行為と第三者 Y の第二行為のいずれかによって V の死因（結果発生原因）が形成されたという点は確かであるものの、

A 司 H25 予 H23

最決 H16.10.19

A

米兵ひき逃げ事件・最決

S42.10.24・百19

⁴⁾ 書き難ければ、①直接実現型ではないことを指摘した上で、②介在事情の異常性と寄与度の単純な足し算（又は引き算）により、介在事情には危険の現実化という評価を妨げるだけの異常性と寄与度があるのかということを論じれば足りる。

いずれによって形成されたのかまでは特定できていないという事案では、Xの罪責について、以下のように処理することになる。

①Vの死因がXの第一行為によって生じた場合と②Yの第二行為によって生じた場合についても因果関係が認められるのであれば、Xの第一行為とV死亡の因果関係があると認定しても、利益原則（刑訴法336条後段参照）に反しない。

①の場合、直接実現型に属することになるから、Yの第二行為という介在事情は、危険の現実化という評価を妨げる事情にならない。

②の場合、間接実現型のうち、(i)に属するのが通常である。仮にそうである場合、Xの第一行為とYの第二行為の間に「起因」等の関係性が認められなければ、Yの第二行為という介在事情により危険の現実化という評価が妨げられることになる。②の場合に因果関係を認めることができない以上、利益原則の適用により、Xの第一行為とV死亡の間の因果関係は存在しないものとして扱われる。

(iv) 死の二重評価が問題となる事案

Xは過失行為によりVに重傷を負わせ、その後、殺意に基づきVを殺害したという事案では、過失行為により現実の死因が形成されていたのであれば、過失行為と死亡の間の因果関係は、直接実現型として処理されるため、肯定される。他方で、故意行為と死亡の間の因果関係も、故意行為がなくても過失行為により形成された傷害が悪化してVは死亡していたという仮定的因果経過は捨象されるため、肯定される。そうすると、同一行為者の複数の行為につき同一被害者に対する過失致死罪（事案によっては業務上過失致死罪・重過失致死罪等）と殺人既遂罪が成立することになり、死の二重評価という問題が生じる。

そこで、死の二重評価を避けるために、過失行為には過失致傷罪の成立を認めるにとどめ、故意行為につき殺人既遂罪の成立を認めるという処理をすることになる。なお、過失行為により惹起された結果のうち、故意行為に吸収されているのは死亡結果だけであるから、過失致傷罪と殺人既遂罪とは包括一罪ではなく併合罪となる。

上記と異なり、過失行為により現実の死因が形成されていないのであれば、過失行為と死亡の間の因果関係は、通常は、間接実現型(i)として処理されることになる。そして、故意に基づく殺人行為という介在事情の異常性から、結果発生の直接的原因である故意行為と過失行為の間に「起因」等の関係性を認めることはできないため、過失行為と死亡の間の因果関係は否定される。他方で、故意行為と死亡の間の因果関係は、仮定的因果経過の捨象により、肯定される。そうすると、死の二重評価を避けるための特殊な処理を要することなく、Xには過失致傷罪と殺人既遂罪が成立し、両罪は併合罪となる、という結論が導かれる。

A

熊撃ち事件・最決 S53.3.22・百114

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

司^アレ^レH21 司 H23~29 司 R1,2,3

司 R5 予 H24,25,27,28,30 予 R4

基礎応用 131 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)。

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。

基礎応用 131~146 頁

2. 共同正犯の成立要件

(1) 「二人以上共同して犯罪を実行した者」

[論点 1] 共謀共同正犯

実行共同正犯は、①共謀(特定の犯罪を共同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。

A 司^アレ^レ 司 H20,24,25,27,28

司 R3,5 予 H24,25,27 予 R4

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)。

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

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 司 H28 予 H25

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

同一犯罪について、数人の間に順次共謀が行われた場合、共謀者全員の間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である)。

[論点 3] 過失犯の共同正犯

B

最決 H28.7.12・百 1 79

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

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

共同正犯の本質を自然的行為の共同に求める行為共同説からは、共同実行

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

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

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

そこで、共同義務の共同違反を成立要件として、過失犯の共同正犯が認められると解する（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 司ブレ 司 H28

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。

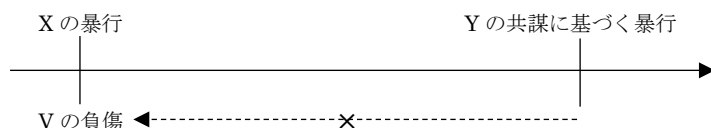
因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある（消極説・全面否定説）。

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、その限りにおいて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）。

〔例 1〕 共謀加担前に惹起された傷害結果

事案：Y は、X の暴行により傷害を負った V が抵抗困難な状態に陥っていたことから、X と現場共謀の上、かかる状況を積極的に利用することで、V に対して制裁目的で暴行を加えた。



Y の暴行の因果性はそれよりも前に生じた負傷に遡及しない

(答案)

共謀加担前の傷害結果については、その後の共謀及びこれに基づく暴行の因果性を遡及させることができないから、Y が自らの制裁目的を實現するために X の暴行により傷害を負った V の抵抗困難状態を積極的に

A 司 H25 司 H26

大判 T11.2.25

A 司 H18 司 H28 司 R1(学説対立)

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

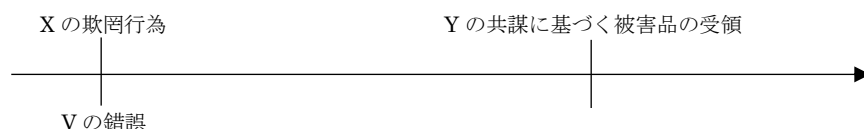
利用して暴行に及んだという事情は、Y が暴行に及んだ動機ないし経緯にすぎない。

したがって、Y の共謀及びこれに基づく暴行がそれ以前に生じた傷害結果に因果性を及ぼしたとはいえないから、傷害罪の承継的共同正犯の成立は認められない。

【例 2】 詐欺罪において処分行為の段階から共謀加担した場合

A

事案：Y は、X が V を欺罔して錯誤に陥らせた後に、X と共謀の上、V から被害品を受け取った。



錯誤という過去の事実に対しては、Y の共謀に基づく被害品の受領の因果性は及ばない。しかし、V の法益関係的錯誤に基づく処分行為による被害品の占有の喪失（詐欺罪における法益侵害）に対しては、Y の共謀に基づく被害品の受領の因果性が及ぶ。

(答案)

Y は、X との共謀及びこれに基づき V から錯誤に基づく被害品の交付を受けたという行為により、V の錯誤に基づく被害品の占有移転という詐欺罪の法益侵害の惹起に対して因果性を及ぼしたといえる。

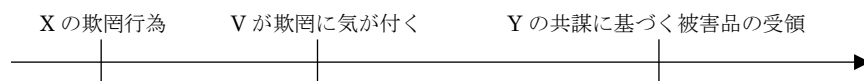
したがって、詐欺既遂罪の承継的共同正犯が成立する。

【例 3】 詐欺未遂事案（だまされたふり作戦事件）

A

事案：X は V に欺罔文言を告げたものの、V は、嘘を見破り、錯誤に陥らなかった。その後、V は、警察と協力し、だまされたふりをして現金が入っていない箱を指定された場所に発送した。Y は、X による欺罔行為の後、X と共謀の上、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、指定された場所において V から発送された現金が入っていない荷物を受領した。

最判 H29.12.11・百 I 82



詐欺未遂罪における法益侵害（V の法益関係的錯誤に基づく処分行為による現金の占有喪失の危険の発生）は、X の欺罔行為により発生し、V が X の詐欺に気が付いた時点で終了する（純客観的に見た場合）

不能犯の議論を応用することにより、Y の関与時点でも V が欺罔に気が付いていないと仮定して、V の法益関係的錯誤に基づく処分行為による現金の占有喪失の危険が持続していたと評価することで、Y の共謀に基づく受領行為が上記の危険を維持又は増大させたとして、因果性を肯定する余地がある。

(答案)

確かに、本件詐欺未遂の法益侵害の内容をなすVが錯誤に陥り現金を交付することでその占有を喪失する危険性は、XのVに対する欺罔行為の時点で発生しており、Yが共謀に基づく本件受領行為によりかかる危険性を(維持又は)増大させたとはいえない。

しかし、不能犯に関する議論を応用し、次のように考えるべきである。

すなわち、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として一般人の危険感において結果発生危険性が認められるのであれば、未遂犯が成立すると解されている(具体的危険説)。

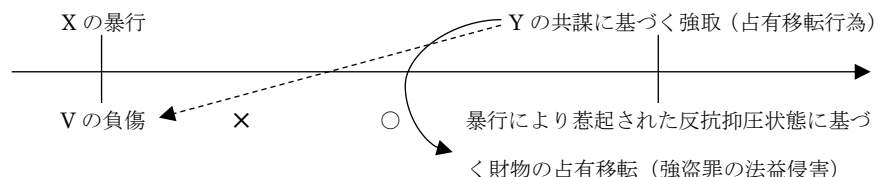
そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Yもこれを認識していないから、Yが受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

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

したがって、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成立が認められる。

[例4] 強盗致傷罪

事案：Yは、Xの暴行により負傷したVが反抗抑圧状態に陥っていたことから、Xと現場共謀の上、かかる状況を積極的に利用することで、Vから現金を奪い取った。



(答案)

まず、Yは、Xとの共謀に基づき共謀加担前のXの暴行により惹起されたVの反抗抑圧状態を利用してVから現金を奪うことで、現金の占有侵害について因果性を及ぼしている。そうすると、少なくとも強盗罪には因果性を及ぼしている。

次に、Yは、Xの暴行により負傷しているVを見て、負傷しているVからであれば簡単に現金を奪うことができると考え、Vが負傷している状況を現金奪取の手段として利用している。しかし、YによるXとの共謀及びそれに基づく現金奪取の因果性は共謀加担前に生じていたVの負傷に遡及しないから、上記の事実はYが現金奪取に及んだ動機ないし契機にすぎない。

したがって、強盗罪の限度で承継的共同正犯が成立する。

A

平成28年司法試験改題

第4節 強盗罪

A

基礎応用 270～274 頁

司 H20 司 H27 司 H28 司 R1

司 R3 司 R5 予 H30

司 H20 司 H28

最判 S24.2.8

B

大阪高判 H 元.3.3

B

大判 S19.11.24 [旧強盗罪の事案]

1. 強盗取得罪（236条1項）¹⁾

(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。

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、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。

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）不同意わいせつ・不同意性交等の新たな暴行脅迫

「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

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。

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）。

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。

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
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。

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）。

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。

B 司 H27 司 R3

〔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。

2. 例えば、ひったくり行為に際して行われる暴行は、被害者の不意につき、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。

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・脅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。

司 H28 司 R2 予 H26 予 H30

〔論点1〕 処分行為の要否

A 司 R2 予 H26

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

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。

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

最判 S32.9.13・百II 39

B 司 H28

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

司 H28

論証集 68 頁 [論点 9]、86 頁・2(8)

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。

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。

[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)

(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

(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)。

(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。

B

最決 S54.11.19

基礎応用 278~280 頁

司ブレ 司 H20 司 R1 予 R4(多角的)

検討

論証集 89 頁 [論点 8]

予 R4

A 司ブレ 司 H20 予 R4

最判 H16.12.10・百 II 43

多論点型の事案では、下位基準の定立を省略してもよい。

予 R4 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。

(4) 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手できなかつたため、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。

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。

最判 S24.2.15

5. 昏酔強盗罪 (239 条)

基礎応用 280～282 頁

(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

- ・「昏酔」は、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、意識喪失までは不要である。
- ・「昏酔させて」という文言から、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。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、窃盗罪が成立するととどまる。

昏酔の手段として暴行を用いた場合、普通強盗罪となる。
不同意わいせつ罪・不同意性交等罪では、行為者自らが被害者を昏酔させる必要はない。

(3) 昏酔による意識障害

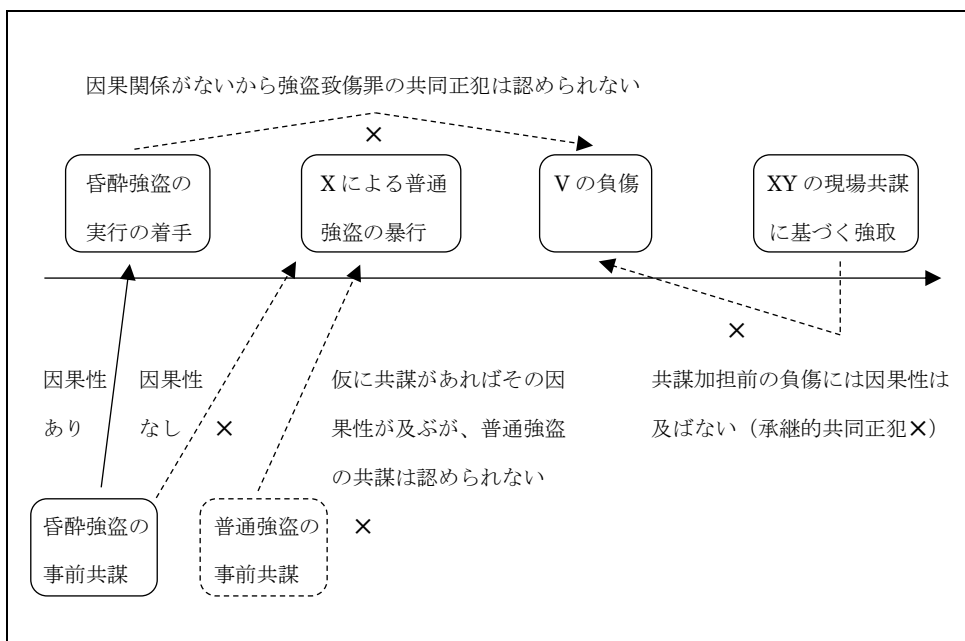
昏酔による意識障害それ自体は、昏酔強盗罪の構成要件に含まれているから、強盗致傷罪 (240 条前段) でいう「負傷」に当たらない。

(4) 共犯関係

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 が昏酔しなかつたため、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。

東京地判 H7.10.9

[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 Y 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。

論証集 72 頁イの類型

論証集 64 頁 [論点 4]

1 項強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立する(論証集 67 頁[例 4])

基礎応用 282~284 頁

司プレ 司 H20 司 H27 司 H28

司 R2 司 R5 予 H26

B 司 R2 予 H26

最判 S32.8.1 [強盗殺人罪]

6. 強盗致死傷罪 (240 条)

(1) 構成要件

ア. 「強盗」

[論点 1] 殺人・傷害の故意を有する者も「強盗」に含まれるか

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。

そこで、同条の「強盗」には、殺人・傷害の故意を有する者も含まれると解する (判例)。⁴⁾

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」

4) 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。

刑法上の傷害概念は統一的に解釈するべきであるし、改正刑法の下では強盗致死傷罪にも執行猶予の余地がある（法定刑の下限が懲役 6 年に引き下げられたので、酌量減輕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。

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

強盗致死傷罪は強盗が人を死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ところ、強盗の手段たる脅迫にも上記危険がある。

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。⁵⁾

B

〔論点 3〕 強盗の手段である暴行・脅迫以外の行為

（論証 1）機会説

強盗致死傷罪は強盗犯人が人を死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ところ、強盗の機会の範囲外での死傷には上記危険は認められない。

そこで、本罪の原因行為は、強盗の機会に行われたものであることを要する（判例）。⁶⁾

A 司 H20

最判 S24.5.28

（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。⁷⁾

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

司 H20 司 R5

⁵⁾ 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。

⁶⁾ 強盗の機会は、強盗行為と当該行為の時間的・場所的接着性、被害者の同一性、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（最判 S23.3.9、千葉地判 H6.8.8）。

⁷⁾ 限定機会説は、強盗犯人どうしの暴行による致死傷事案のように、密接関連性の欠如を理由として強盗致死傷罪の成立を否定すべき事案に限って使うべきである。そうでない事案では、機会説を用いれば足りる。

係の存在が必要である。⁸⁾

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。

[論点 4] 原因行為についての暴行・脅迫の故意の要否

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。

そこで、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。⁹⁾

C 司 H20

(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どまる。

大判 S4.5.16・百II45 [強盗殺人罪]

(3) 罪数関係

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。

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

7. 強盗・不同意性交等及び同致死罪（241条）

基礎応用 284～287 頁

(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

⁸⁾ 原因行為と因果関係は、要件として区別する。原因行為と死傷結果の間に被害者の特殊事情や行為後の介入事情が存在していた事案では、原因行為とは別に、因果関係が論点となる。

⁹⁾ 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。

未遂は観念できない。もっとも、同条 2 項本文・但書により、刑の減輕・減免事由が定められている。

(4) 論点

[論点 1] 負傷結果

241 条 1 項の法定刑が 181 条 2 項前段や 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は 241 条 1 項だけで評価すれば足りるとの考えにある。

そこで、強盗・不同意性交等の際に負傷が生じた場合、その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。

[論点 2] 殺意がある場合

殺意がある場合にも 241 条 3 項（強盗・不同意性交等致死罪）を適用することができるか。

241 条 3 項が旧規定における「よって…死亡させた」という文言をあえて用いていないことから、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

平成 29 年改正前は、旧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・通説を前提として、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。もっとも、平成 29 年改正後は、以下のように解される。

241 条 3 項が旧規定における「よって…死亡させた」という文言をあえて用いていないため、本罪には殺意がある場合も含まれると解される。

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

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）によって故意に被害者を死亡させた場合には、強盗・不同意性交等殺人罪は成立せず、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）又が成立し、両者の観念的競合になると解すべきである。

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るべきである（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4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」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)