

## 第1部 総論

### 第1章 序論 p1~2

- 第1節. 刑法の意義
- 第2節. 刑罰の目的
- 第3節. 犯罪の本質
- 第4節. 刑法の機能
- 第5節. 刑法の基本原理
- 第6節. 犯罪論の体系

### 第2章 構成要件該当性 p3~32

- 第1節. 意義及び機能 p3
- 第2節. 構成要件の要素 p3
- 第3節. 実行行為 p3
- 第4節. 正犯 p3~13

#### 1. 間接正犯の成立要件 p3

[論点1] 間接正犯の成立要件

#### 2. 間接正犯の体系上の位置づけ p3~4

#### 3. 間接正犯の諸類型 p4~13

##### (1) 責任なき行為の介入 p4

- ア. 是非弁別能力のない者の行為
- イ. 責任能力に欠ける者の行為

##### (2) 被害者の行為の利用 p4~8

[判例1] 自殺の強制 (最決 H16.1.20・百I73)

[判例2] 偽装心中 (最判 S33.11.21・百II1)

##### (3) 非故意行為の利用 p8

- ア. 無過失行為
- イ. 過失行為

##### (4) 故意行為の利用 p9~12

- ア. 軽い犯罪の故意しかない者
- イ. 故意ある幫助的道具

[事例1] 殺人罪 (平成25年司法試験改題)

[事例2] 横領罪 (平成21年司法試験改題)

- ウ. 身分なき故意ある者
- エ. 目的なき故意ある者

##### (5) 適法行為の利用 p12~13

#### 第5節. 不真正不作為犯 p14~17

[検討の流れ]

- ・ 実行行為の特定 (作為と不作為の区別、時間的範囲)
- ・ 不真正不作為犯の実行行為性
- ・ 不作為犯の「実行に着手」(43条本文)
- ・ 因果関係

- ・ 故意
- ・ 殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別

[論点 1] 結果回避可能性と作為義務の関係

[論点 2] 先行する作為と後行する不作為との関係

## 第 6 節. 因果関係 p18~22

### 1. 条件関係 p18~19

[論点 1] 択一的競合事例

[論点 2] 仮定的因果関係の事例

### 2. 法的因果関係 p19~22

#### (1) 総論 p19

[論点 3] 危険の現実化説

#### (2) 事案類型 p19~22

ア. 被害者の特殊事情 p19

イ. 行為後の特殊事情 p19~22

(ア) 直接実現型 (老女蒸し布団事件・最判 S46.6.17 等) p19~20

(イ) 間接実現型 p20~22

・ 高速道路進入事件型 (最決 H15.7.16・百 I 13)

・ トランク監禁致死事件型 (最決 H16.10.19)

・ 結果発生の直接的原因を特定できない事案 (米兵ひき逃げ事件・最決 S42.10.24・百 I 9)

・ 死の二重評価が問題となる事案 (熊撃ち事件・最決 S53.3.22・百 I 14)

## 第 7 節. 構成要件の故意 p23~32

### 1. 故意の認識対象 p23

### 2. 故意の種類 p23

[論点 1] 未必の故意と認識ある過失の区別

### 3. 故意の意義 p23~24

### 4. 規範的構成要件要素 p24

[論点 2] 規範的構成要件に該当する事実の認識

### 5. 具体的事実の錯誤 p24~31

#### (1) 法定的符合説 p24

[論点 3] 法定的符合説

#### (2) 方法の錯誤 p24~29

[論点 4] 方法の錯誤

(論証 1) 抽象的法定符合説 (最判 S53.7.28・百 I 42)

(論証 2) 具体的法定符合説

[論点 5] 併発事実と故意の個数 (最判 S53.7.28・百 I 42)

[具体例]

(例 1) A 負傷・B 死亡

(例 2) A 死亡・B 死亡

(例 3) A 死亡・B 負傷

(例 4) A 負傷・B 負傷

#### (3) 客体の錯誤 p29

(4) 因果関係の錯誤 p29～31

[論点 6] 因果関係の錯誤 (大判 T12.4.30・百 I 15)

[論点 7] 遅すぎた構成要件の実現 (ウェーバーの概括的故意) (大判 T12.4.30・百 I 15)

6. 抽象的事実の錯誤 p31～32

[論点 8] 重い罪の認識で軽い罪を実現

[論点 9] 軽い罪の認識で重い罪を実現 (最決 S61.6.9・百 I 43)

[論点 10] 認識した罪と実現した罪の法定刑が同じ (最決 S54.3.27)

第8節. 過失 p33～35

1. 過失犯の成立要件 p33～34

[検討の流れ] 業務上過失致死罪の成否

- ・「業務」
- ・過失の意味
- ・結果予見可能性の程度・対象・基準
- ・結果回避可能性
- ・結果回避義務違反 (信頼の原則を含む)

2. 段階的過失 p34

[論点 1] 段階的過失

3. 管理・監督過失 p34～35

[論点 2] 監督過失

[論点 3] 管理過失

第3章 違法性 p36～50

第1節. 違法性の本質 p36

[論点 1] 違法性の実質

第2節. 正当行為 p36

第3節. 超法規的違法性阻却事由 p37～40

1. 被害者の承諾 p37～38

[論点 1] 被害者の承諾による違法性阻却の根拠 (最決 S55.11.13・百 I 22)

[論点 2] 承諾する動機の錯誤 (最判 S33.11.21・百 II 1)

[論点 3] 承諾の存在時期

[論点 4] 承諾に対する行為者の認識

[論点 5] 承諾の外部的表明

[論点 6] 被害者の承諾に関する錯誤

2. 被害者の推定的承諾 p38

[論点 7] 被害者の推定的承諾による違法性阻却

3. 治療行為 p38～39

[論点 8] 治療行為による違法性阻却

4. 危険の引き受け p39

[論点 9] 危険の引き受けによる違法性阻却 (千葉地裁 H7.12.13・百 I 59)

5. 義務の衝突 p39

[論点 10] 義務の衝突による違法性阻却

6. 自救行為 p39～40

[論点 11] 自救行為による違法性阻却

[論点 12] 誤想自救行為による責任故意の阻却

第4節. 正当防衛 p41～48

1. 成立要件 p41～46

(1) 緊急行為性 p41

[論点 1] 自招侵害 (最決 H20.5.20・百 I 26)

(2) 「急迫不正の侵害」 p41～p42

[論点 2] 対物防衛の肯否

[論点 3] 予期された侵害の「急迫」性 (1)

[論点 4] 予期された侵害の「急迫」性 (2) (最決 H29.4.26・百 I 23)

[論点 5] 「急迫不正の侵害」の終了時点 (最判 H9.6.16)

(3) 防衛行為の対象 p42～44

[論点 6] 第三者の物を利用した侵害

[論点 7] 第三者の物を利用した防衛

[論点 8] 防衛行為の結果が第三者に生じた場合 (大阪高判 H14.9.4・百 I 28)

(4) 「防衛するため」 p44～45

[論点 9] 防衛効果の要否

[論点 10] 防衛の意思 (最判 S50.11.28・百 I 24)

[論点 11] 防衛意思の内容 (最判 S50.11.28・百 I 24)

(5) 「やむを得ずにした行為」 p45～46

[論点 12] 「やむを得ずにした行為」 (最判 S44.12.4)

[論点 13] 共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法

2. 過剰防衛 p46～47

[論点 1] 任意的減免の根拠

[論点 2] 過剰防衛の一体性 (最決 H20.6.25・百 I 27、最決 H21.2.24・H21 重判 2)

3. 誤想防衛 p47～48

[論点 1] 狭義の誤想防衛における故意犯の成否

[論点 2] 防衛行為の誤想における故意犯の成否

[論点 3] 誤想過剰防衛における故意犯の成否 (最決 S62.3.26・百 I 29)

[論点 4] 故意の誤想過剰防衛への 36 条 2 項の準用 (最決 S62.3.26・百 I 29)

第5節. 緊急避難 p49～50

1. 法的性質 p49

[論点 1] 緊急避難の法的性質

2. 成立要件 p49～50

[論点 2] 自招危難 (最決 H20.5.20・百 I 26)

[論点 3] 強要による緊急避難 (東京地判 H8.6.26)

3. 過剰避難 p50

[論点 4] 補充性の要件を逸脱した場合

4. 業務上特別義務者の例外 p50

## 第4章 責任 p51～54

### 1. 責任能力 p51～53

[論点1] 責任能力の判断方法（最判 S59.7.3、最決 S58.9.13）

[論点2] 原因において自由な行為（1）実行行為時の心神喪失

[論点3] 原因において自由な行為（2）実行行為時の心神耗弱

[論点4] 原因において自由な行為（3）過失犯

[論点5] 原因行為において自由な行為（4）実行行為の途中での心神喪失

### 2. 責任故意 p53～54

[論点1] 違法性の意識の要否

### 3. 期待可能性 p54

[論点1] 期待可能性の錯誤

## 第5章 未遂犯 p55～61

### 第1節. 実行の着手 p55～58

[論点1] 「実行に着手」した時期の判断基準

[論点2] 行為犯説・結果犯説

[論点3] 早すぎた構成要件の実現（クロロホルム事件・最判 H16.3.22・百 I 64）

[論点4] 不作為犯

[論点5] 間接正犯

[論点6] 離隔犯（大判 T7.11.16・百 I 65）

### 第2節. 不能犯 p58～59

[論点1] 未遂犯の成否

[論点2] 主体の不能

### 第3節. 中止犯 p59～61

[論点1] 法的性質

[論点2] 「犯罪を中止した」の態様

[論点3] 真摯な努力をしたが既遂結果が発生した場合

[論点4] 中止行為と結果不発生間の因果関係の要否

[論点5] 「自己の意思により」の判断基準

[論点6] 予備罪の中止犯（最大判 S29.1.20・百 I 72）

## 第6章 共犯 p62～91

### 第1節. 共犯の基礎理論 p62

### 第2節. 共同正犯 p63～76

#### 1. 共同正犯の本質 p63

#### 2. 共同正犯の成立要件 p63～69

(1) 「二人以上共同して犯罪を実行した者」 p63～68

[論点1] 共謀共同正犯（練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75）

[論点2] 順次共謀（練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75）

[論点3] 過失犯の共同正犯（最決 H28.7.12・百 I 79）

[論点4] 結果的加重犯の共同正犯（最判 S26.3.27）

[論点 5] 片面的共同正犯 (大判 T11.2.25)

[論点 6] 承継的共同正犯 (最決 H24.11.6・百 I 81)

[例 1] 共謀加担前に惹起された傷害結果 (最決 H24.11.6・百 I 81)

[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

[例 3] 詐欺未遂事案 (だまされたふり作戦事件) (最判 H29.12.11・百 I 82)

[例 4] 強盗致傷罪 (平成 28 年司法試験改題)

[論点 7] 不作為犯に対する共同正犯 (最判 S31.5.24、大判 M44.10.9)

[論点 8] 不作為による共同正犯

[論点 9] 予備罪の共同正犯 (最決 S37.11.8・百 I 80)

(2) 既遂結果発生・因果関係 p68～69

(3) 故意 p69

(4) 違法性・責任 p69

[論点 10] 共同正犯の違法性阻却事由 (フィリピンパブ事件・最決 H4.6.5・百 I 90)

[論点 11] 共同正犯の責任阻却・責任減少

3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤 p69～74

[論点 12] 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合

[論点 13] 謀議時点では共同者間の認識に不一致がない場合

4. 共同正犯の中止・共同正犯関係からの離脱 p74～76

(1) 共同正犯の中止 p74

(2) 共同正犯関係からの離脱 p74～76

ア. 着手前の離脱 p74

[論点 14] 着手前の離脱 (最決 H21.6.30・百 I 97)

イ. 着手後の離脱 p75

[論点 15] 着手後の離脱 (最決 H 元.6.26・百 I 96、名古屋高判 H14.8.29)

[論点 16] 離脱者について中止犯の成否 (最判 S24.12.17)

[論点 17] 正当防衛の共同実行後における量的過剰防衛 (最判 H6.12.6・百 I 98)

ウ. 因果性が完全には解消されていない場合 p75～76

[論点 18] 因果性を完全に解消することの要否

[論点 19] 心理的因果性の遮断が認められる一方で物理的因果性が残存している場合

### 第3節. 教唆犯 p77～82

1. 成立要件 p77～80

[論点 1] 教唆の概念と条件付き故意 (最決 H18.11.21・百 I 83)

[論点 2] 教唆犯における実行従属性

[論点 3] 未遂の教唆

[論点 4] 具体的事実の錯誤

・ 正犯に方法の錯誤がある場合

・ 正犯に客体の錯誤がある場合

[論点 5] 要素従属性

[論点 6] 罪名従属性

・ 正犯が実現した構成要件該当事実が共犯の認識したものよりも重い場合

・ 正犯が実現した構成要件該当事実が共犯の認識したものよりも軽い場合

2. 教唆の態様 p80～81

片面的教唆／過失犯に対する教唆／過失による教唆／結果的加重犯の教唆犯／承継的教唆犯／不作為犯に対する教唆／不作為による教唆／予備罪に対する教唆

3. 教唆への関与 p81

間接教唆／再間接教唆／共同教唆／共謀共同教唆／従犯の教唆

4. 教唆犯と間接正犯、共謀共同正犯の区別 p81～82

5. その他の論点 p82～83

[論点 7] 共犯形式間の錯誤

[論点 8] 間接正犯と狭義の共犯との間における錯誤

[論点 9] 教唆からの離脱

第4節 幫助犯 p84～88

1. 成立要件 p84～85

[論点 1] 幫助の因果関係（東京高判 H2.2.21・百 I 88）

[論点 2] 片面的幫助（東京地判 S63.7.27・百 I 87）

[論点 3] 中立的行為による幫助（日常的行為と幫助）（最決 H23.12.19・百 I 89）

[論点 4] 具体的事実の錯誤

- ・ 正犯に方法の錯誤がある場合
- ・ 正犯に客体の錯誤がある場合

2. 幫助の態様 p86～87

片面的幫助／過失犯に対する幫助／過失による幫助／結果的加重犯の幫助犯／承継的幫助犯／不作為犯に対する幫助／不作為による幫助／予備罪に対する幫助

3. 幫助への関与 p87

[論点 5] 間接幫助（最決 S44.7.17・百 I 86）

4. 幫助犯と共謀共同正犯との区別 p88

5. その他の論点 p88

[論点 6] 幫助からの離脱

第5節 共犯と身分 p89～90

[論点 1] 65条1項と2項の関係（最判 S31.5.24）

[論点 2] 目的犯における目的も「身分」に含まれるか（最判 S42.3.7・百 I 93）

[論点 3] 65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれるか（大判 M44.10.9）

[論点 4] 真正身分犯において身分者が非身分者に加功した場合

[論点 5] 真正身分犯において非身分者が情を知らない身分者を利用する場合

[論点 6] 不真正身分犯において非身分者が身分者に加功した場合

[論点 7] 不真正身分犯において身分者が非身分者に加功した場合

[論点 8] 先行者が窃盗又は窃盗未遂を犯した後、238条所定の目的に基づく暴行又は脅迫にのみ関与した後行者の罪責の範囲

（論証1）身分犯説

（論証2）結合犯説

第7章 罪数 p91～92

1. 単統一罪 p91

2. 法条競合 p91

- 3. 包括一罪 p91
- 4. 科刑上一罪 p91～92

## 第8章 刑法の適用

掲載無し

## 第9章 刑罰論

掲載無し

# 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 p93～96

### 第1節. 殺人罪 p93

### 第2節. 殺人予備罪 p93

### 第3節. 自殺関与罪・同意殺人罪 p93～94

- 1. 概要 p93
- 2. 殺人罪との区別 p93～94
- 3. 論点 p93～94

[論点1] 自殺関与罪の実行の着手時期

[論点2] 錯誤による自殺の決意・殺人への同意（最判 S33.11.21・百II1）

[論点3] 同意の存在に関する錯誤

### 第4節. 墮胎罪 p95

### 第5節. 遺棄罪 p95～96

- 1. 保護法益・罪質 p95
- 2. 構成要件 p95
- 3. 類型 p95～96

[論点1] 単純遺棄罪における「遺棄」（最判 S34.7.24）

[論点2] 「生存に必要な保護をしなかった」の意義（最判 H30.3.19・百II9）

## 第2章 身体に対する罪 p97～106

### 第1節. 暴行罪 p97

[論点1] 身体への接触の要否（最決 S39.1.28・百II3）

### 第2節. 傷害の罪 p97～104

#### 1. 傷害罪 p97～98

[論点1] 暴行によらない傷害（最決 H17.3.29・百II5）

[論点2] 「傷害」の意義

[論点3] 結果的加重犯における加重結果についての過失の要否（最判 S32.2.26・百I50）

#### 2. 傷害致死罪 p98

#### 3. 現場助勢罪 p99

#### 4. 同時傷害の特例 p99～105

[論点 1] 二人以上による暴行のうち一方の暴行には当該傷害を生じさせ得る危険性が認められるが、他方の暴行には当該傷害を生じさせ得る危険性が認められない場合（最決 R2.9.30・R2 重判 4）

[論点 2] 207 条が適用される犯罪（最決 H28.3.24・百 II 6）

[論点 3] 二人以上による暴行のうちいずれかの暴行と死因である傷害との間の因果関係が肯定される場合にも 207 条が適用されるか（傷害致死罪の成否）（最決 H28.3.24・百 II 6）

[論点 4] 二人以上の者のうち傷害結果について刑事責任を負う者がいる場合にも 207 条が適用されるか（傷害罪の成否）

[論点 5] 承継的共同正犯の事案にも 207 条が適用されるか（最決 R2.9.30・R2 重判 4）

[オリジナル問題] 最決 R2.9.30・R2 重判 4

### 第 3 節. 凶器準備集合罪 p105

### 第 4 節. 過失致死傷罪 p105～106

### 第 5 節. 自動車運転致死傷行為処罰法 p106

1. 概要
2. 危険運転致死傷罪の基本構造

## 第 3 章 自由に対する罪 p107～116

### 第 1 節. 脅迫罪・強要罪 p107～108

1. 脅迫罪 p107
2. 強要罪 p107～108

### 第 2 節. 逮捕・監禁罪 p109～110

1. 保護法益・罪質 p109
2. 構成要件 p109～110

[論点 1] 監禁状態の認識や移動意思の要否（京都地判 S45.10.12・百 II 10、最決 S33.3.19）

3. 罪数 p110
4. 逮捕監禁致死傷罪 p110

[論点 2] 「死傷」の原因行為（最判 S28.11.27、最決 S42.12.21）

[論点 3] 逮捕・監禁の着手行為から死傷の結果が生じた場合

### 第 3 節. 略取・誘拐・人身売買罪 p111

1. 保護法益・罪質
2. 未成年者略取・誘拐罪

[論点 1] 共同親権者の一方による未成年者略取等（最決 H17.12.6・百 II 12）

3. 営利目的等略取罪・誘拐罪

[論点 2] 「営利の目的」（最決 S37.11.21）

4. 身の代金目的略取・誘拐罪

### 第 4 節. 性的自由に対する罪 p112～114

1. 不同意わいせつ罪 p112～113

[論点 1] 性的意図の要否（最大判 H29.11.29・H29 重判 3）

2. 不同意性交等罪 p113
3. 準強制わいせつ・準強制性交等罪の削除 p113
4. 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪 p113～114
5. 不同意わいせつ等致死傷罪 p114

[論点 2] 「死傷」の原因行為（最決 H20.1.22・百 II 15 参照）

[論点3] 行為者が死傷につき故意を有する場合 (大判 T4.12.11、最判 S31.10.25)

6. 非親告罪 p114

第5節. 住居侵入罪 p115~116

1. 住居侵入罪 p115

[論点1] 「侵入」の意義

2. 不退去罪 p116

第4章 人格的法益に対する罪 p117~118

第1節. 秘密に対する罪 p117

第2節. 名誉に対する罪 p117~118

1. 名誉毀損罪 p117~118

[論点1] 伝播性の理論 (最判 S34.5.7・百II19)

[論点2] 真実性の錯誤 (最判 S44.6.25・百II21)

[論点3] 真実性の証明の対象となる事実 (最決 S43.1.18)

2. 侮辱罪 p118

第5章 信用及び業務に対する罪 p119~120

第1節. 信用毀損罪 p119

1. 保護法益

2. 構成要件

第2節. 偽計等業務妨害罪 p119~120

1. 保護法益 p119

[論点1] 公務

2. 構成要件 p119~120

[論点2] 違法な業務

第3節. 威力業務妨害罪 p120

1. 保護法益 p120

2. 構成要件 p120

[論点1] 公務 (最決 H12.2.17・百II23)

第4節. 電子計算機損壊等業務妨害罪 p120

第6章 財産犯 p121~170

第1節. 財産犯の体系 p121

第2節. 窃盗罪 p121~128

1. 構成要件 p121~127

(1) 「他人の財物」 p121~125

[論点1] 「財物」は有体物に限られるか

[論点2] 禁制品も「財物」に含まれるか (最判 S24.2.15)

[論点3] 自己所有物 (最決 H元.7.7・百II26)

[論点4] 第三者が本権に基づかずに占有する他人の所有物

[論点5] 占有の存否 (最決 H16.8.25・百II28)

[論点 6] 占有の帰属

- (類型 1) 共同占有 (大判 T8.4.5、最判 S25.6.6)
- (類型 2) 上下・主従関係 (大判 T7.2.6、大判 T12.11.9)
- (類型 3) 支配関係 (最判 S31.1.19)
- (類型 4) 封緘委託物 (大判 M45.4.26、大判 T7.11.19)

[論点 7] 死者の占有 (最判 S41.4.8・百 II 29)

(2) 「窃取」 p125

(3) 故意 p125～126

[論点 8] 他人所有物を自己所有物と誤認した場合 (平成 27 年司法試験)

[論点 9] 占有者が死亡したと誤認した場合 (平成 29 年司法試験改題)

(4) 不法領得の意思 p127

[論点 10] 権利者排除意思 (最決 S55.10.30・百 II 32)

[論点 11] 利用処分意思 (1) 経済的用法に従った利用に限定されるか (最決 S35.9.9、最決 H16.11.30・百 II 31)

[論点 12] 利用処分意思 (2) 財物自体を利用する意思の要否 (最決 H16.11.30・百 II 31)

2. 親族間の犯罪に関する特例 (親族相盗例) p127～128

[論点 13] 244 条の親族関係が必要な人的範囲 (最決 H6.7.19)

[論点 14] 244 条の親族関係の錯誤

第 3 節. 不動産侵奪罪 p128

第 4 節. 強盗罪 p129～138

1. 強盗取得罪 p129～131

[論点 1] 事後的奪取意思 (1) 反抗抑圧後の新たな暴行・脅迫 (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 (大判 S19.11.24 [旧強姦罪]、  
東京高判 H20.3.19・百 II 42)

[論点 3] 財物奪取後の暴行・脅迫 (最決 S61.11.18・百 II 40)

[論点 4] 財物詐取後の暴行・脅迫

[論点 5] 反抗抑圧手段としての暴行・脅迫

[論点 6] 暴行・脅迫と財物移転との間の因果関係

2. 強盗利得罪 p131～132

[論点 1] 処分行為の要否

[論点 2] 民法上保護されない不法な利益 (最判 S32.9.13・百 II 39)

[論点 3] キャッシュカードの暗証番号の聞き出し (東京高判 H21.11.16・百 II 41)

3. 強盗予備罪 p132～133

[論点 1] 事後強盗目的による強盗予備罪 (最決 S54.11.19)

4. 事後強盗罪 p133～134

[論点 1] 財物奪取と暴行・脅迫の関連性 (最判 H16.12.10・百 II 43)

5. 昏酔強盗罪 p134～135

6. 強盗致死傷罪 p135～137

[論点 1] 殺人・傷害の故意を有する者も「強盗」に含まれるか (最判 S32.8.1 [強盗殺人罪])

[論点 2] 強盗の手段である脅迫

[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 (最判 S24.5.28)

(論証2) 限定機会説 (密接関連性説)

[論点4] 原因行為についての暴行・脅迫の故意の要否

7. 強盗・不同意性交等及び同致死罪 p137～138

[論点1] 負傷結果

[論点2] 殺意がある場合

[論点3] 強盗・不同意性交等殺人罪の未遂・既遂

[論点4] 240条後段との関係

第5節. 詐欺罪 p139～146

1. 1項詐欺罪 p139～144

(1) 「財物」 p139

(2) 欺罔行為 p139～143

[法益関係的錯誤に関する判例]

- ・ 売主が代金相当額の商品の売買において当該商品の効能を偽ること (最決 S34.9.28・百II 48)
- ・ 買主が代金の支払時期を早めること (最判 H13.7.19・百II 49)
- ・ 他人名義のクレジットカードの利用 (最決 H16.2.9・百II 55)
- ・ 旅券・保険証書・預金通帳の詐取 (最判 S27.12.25、最決 H12.3.27、最決 H14.10.21)
- ・ 自己名義で普通預金口座を開設する際に実際の利用者と口座名義人との同一性を偽ること (最決 H19.7.17・H19 重判 9)
- ・ 航空機の搭乗券を購入する際に購入者と実際の搭乗者との同一性を偽ること (最決 H22.7.29・百II 50)
- ・ 反社会的勢力に当たる者が銀行預金口座の通帳・キャッシュカードの交付を申し込む際に自身が反社会的勢力ではないと偽ること (最決 H26.4.7・H26 重判 8)
- ・ 暴力団関係者がゴルフ場の施設利用を申し込む際に自身が暴力団関係者であることを秘すること (最判 H26.3.28・百 51)

[論点1] 処分行為における直接性の要件

[論点2] 意識的処分行為説／無意識的処分行為説

[論点3] 国家的法益に向けられた欺罔行為 (最決 S51.4.1・百II 47)

[論点4] 不法原因給付物の詐取 (最判 S25.7.4・百II 46)

[論点5] 訴訟詐欺

(3) 「財物を交付させた」 p143

(4) 財産的損害 p143～144

(5) 故意 p144

(6) 不法領得の意思 p144

2. 2項詐欺罪 p144～145

[論点1] 物の引渡請求権 (大判 T11.12.15、最決 S43.10.24)

[論点2] 不法な利益

[論点3] キセル乗車 (大阪高判 S44.8.7・百II 54)

3. 電子計算機使用詐欺罪 p145

4. 準詐欺罪 p146

5. 振り込め詐欺と還付金詐欺 p146

第6節. 恐喝罪 p147～150

1. 1項恐喝罪 p147～150

(1) 構成要件 p147～149

[論点1] 恐喝と欺罔の併用 (最判 S24.2.8、大判 S5.5.17)

(2) 権利行使と恐喝 p149～150

ア. 他人が不法占有している財物の喝取

- ・他人が不法に占有している自己所有物を恐喝により取り戻す場合
- ・他人が不法に占有している第三者所有物を喝取する場合

イ. 債務弁済の手段として恐喝が用いられた場合

[論点2] 債務弁済の手段として恐喝が用いられた場合 (最判 S30.10.14・百II61)

2. 2項恐喝罪 p150

第7節. 横領罪 p151～161

1. 単純横領罪 p151～158

(1) 構成要件 p151～157

ア. 「物」 p151

イ. 「他人の物」 p151～155

[論点1] 共有物

[論点2] 二重売買

- ・「他人の物」
- ・「横領」の既遂時期
- ・第二譲受人についての共同正犯の成否

[論点3] 所有権留保特約付き売買の目的物

[論点4] 譲渡担保の目的物

(論証1) 売渡担保 (所有権は債権者に帰属し、債務者には買戻権があるにとどまる)

(論証2) 狭義の譲渡担保

[論点5] 寄託された金銭 (最判 S26.5.25・百II64)

[論点6] 不法原因給付物・寄託物

(論証1) 不法原因給付物 (最大判 S45.10.21)

(論証2) 不法原因寄託物 (最判 S23.6.5・百II63)

[論点7] 盗品の保管を委託された者による不法処分 (大判 S13.9.1)

[論点8] 盗品の有償処分をあっせんした者による売却代金の着服 (最判 S36.10.10)

ウ. 「自己の占有」 p155～156

[論点9] 登記済不動産

[論点10] 預金

エ. 「横領」 p156～157

[事案類型]

(類型1) 毀棄・隠匿 (大判 T2.12.16)

(類型2) 一時使用の意思

(類型3) 補填の意思・能力の存在 (東京高判 S31.8.9)

(類型4) 第三者に領得させる意思 (大判 T12.12.1)

(類型5) 本人 (委託者・所有者) のためにする意思 (最決 H13.11.5・百II67)

オ. 既遂時期 p157

(3) 窃盗罪との関係 p157～158

(4) 罪数 p158～159

[論点 11] 穴埋め横領

[論点 12] 横領後の横領 (最大判 H15.4.23・百 II 69)

- ・委託信任関係
- ・不可罰的事後行為
- ・罪数処理

2. 業務上横領罪 p159～160

(1) 「業務」の意義 p159

(2) 他人の物の占有者でない者が業務上の占有者による業務上横領に加功した場合 p159

[論点 13] 他人の物の占有者でない者が業務上の占有者による業務上横領に加功した場合 (最判 S32.11.19・百 I 94)

(3) 業務上占有者が非占有者との間で横領の共同遂行について合意した後に占有者たる身分を失い、窃盗を実現した場合 p159～161

3. 占有離脱物横領罪 (遺失物等横領罪) p161

4. 親族間の犯罪に関する特例 p161

[論点 14] 親族関係が必要な人的範囲 (大判 S6.11.17)

[論点 15] 後見人が親族関係にある被後見人の所有物を横領した場合 (最決 H20.2.18・百 II 35)

第 8 節. 背任罪 p162～164

1. 保護法益 p162

2. 構成要件 p162～163

[論点 1] 「事務」は財産上の事務に限定されるか

[論点 2] 「事務」の包括性・裁量性の要否

[論点 3] 契約上の義務は「他人の…事務」に当たるか (最判 S31.12.7・百 II 70)

[論点 4] 背任罪における「財産上の損害」(最決 S58.5.24・百 II 72)

[論点 5] 図利加害の目的の程度

[論点 6] 図利加害目的と本人図利目的とが併存している場合 (最決 H10.11.25・百 II 73)

3. 横領と背任の区別 p163～164

4. 取引行為の相手方の共同正犯性 p164

[論点 7] 取引行為の相手方の共同正犯性 (最決 H15.2.8・百 II 74)

5. 親族間の犯罪に関する特例 p164

第 9 節. 盗品等に関する罪 (盗品等関与罪) p165～168

1. 総論 p165

2. 行為類型 p165～167

[論点 1] 窃盗の被害者に盗品の取戻しを依頼された者が、買い戻した盗品を被害者の下へ運搬する場合

[論点 2] 知情後の保管継続 (最決 S50.6.12・百 II 76)

[論点 3] 「有償の処分のあつせん」の意義 (本罪の成立時期) (最判 S26.1.30)

[論点 4] 将来窃取すべき物の売却のあつせん

[論点 5] 本犯の被害者を相手方として盗品等の有償処分のあつせんをする場合 (最決 H14.7.1・百 II 75)

3. 本犯と盗品等関与罪の関係 p167～168

4. 親族等の中の犯罪に関する特例 p168

[論点 6] 親族関係が必要とされる人的範囲 (最判 S38.11.8)

[論点 7] 盗品等関与罪の犯人相互間に親族関係がある場合 (最判 S38.11.8)

## 第10節. 毀棄・隠匿罪 p169～170

### 1. 基本的な構成要件 p169

### 2. 行為類型 p169～170

[論点1] 建造物等損壊罪と器物損壊罪の客体の区別 (最決 H19.3.20・百II79)

[論点2] 建造物の外観・美観の汚損 (最決 H18.1.17・百II80)

[論点3] 信書隠匿罪における「隠匿」の意義

## 第3部 各論(2) 社会的法益に対する罪

### 第1章 公共危険罪 p171～175

#### 第1節. 騒乱罪 p171

#### 第2節. 放火罪・失火罪 p171～175

##### 1. 現住建造物等放火罪 p171～173

[論点1] 延焼の危険や客体内部の人の生命・身体に対する危険がおよそ存在しない場合

[論点2] 放火時点における人の現在の要否 (最決 H9.10.21・百II84)

[論点3] 居住者の承諾

[論点4] 居住者全員の殺害後の放火

[論点5] 複合建造物の一体性 (最決 H元.7.14・百II83)

[論点6] 建造物の内部的独立性(1) エレベーター (最決 H元.7.7・百II82)

[論点7] 建造物の内部的独立性(2) 不燃性・難燃性建造物 (最決 H元.7.7・百II82)

[論点8] 「焼損」の意義 (最判 S25.5.25 百II81)

##### 2. 他人所有非現住建造物等放火罪 p173

##### 3. 自己所有非現住建造物等放火罪 p174

[論点9] 「公共の危険」の意義 (最決 H15.4.14・百II85)

[論点10] 「公共の危険」の認識

##### 4. 建造物等以外放火罪 p174～175

[論点11] 「公共の危険」の意義 (最決 H15.4.14・百II85)

[論点12] 公共の危険の認識(1) 110条1項 (最判 S60.3.28・百II86)

[論点13] 公共の危険の認識(2) 110条2項

##### 5. その他 p175

#### 第3節. 出水罪 p175

#### 第4節. 往来妨害罪 p175

#### 第5節. 公衆の健康に対する罪 p175

### 第2章 取引等の安全に対する罪 p176～183

#### 第1節. 通貨偽造罪 p176

##### 1. 通貨偽造罪・同行使等罪

##### 2. その他

#### 第2節. 文書偽造罪 p177～182

##### 1. 保護法益 p177

2. 形式主義と実質主義 p177

3. 基本的な構成要件 p177～179

(1) 「文書」 p177～179

[論点 1] 作成名義人の認識可能性

[論点 2] 原本性（写しの文書性）（最判 S51.4.30・百II88）

(2) 作成者・作成名義人 p178

(3) 「偽造」 p178

(4) 「変造」 p178～179

(5) 「行使」 p179

[論点 3] 行使の相手方（最決 H15.12.18）

4. 行為類型 p179～182

(1) 詔書偽造等罪 p179

(2) 公文書偽造等罪 p179

[論点 4] 補助的公務員の作成権限（最判 S51.5.6・百II91）

(3) 虚偽公文書作成等罪 p180

[論点 5] 私人による間接的無形偽造（最判 S27.12.25）

[論点 6] 公務員による間接的無形偽造（最判 S32.10.4・百II92）

(4) 公正証書原本不実記載等罪 p180

[論点 7] 私人が権限ある公務員と共謀して虚偽の申立てをしたことにより公正証書の原本に不実の記載がなされた場合（大判 M44.4.27）

(5) 偽造公文書行使等罪 p180

(6) 私文書偽造等罪 p180～182

[論点 8] 私人による私文書偽造等罪の間接正犯

[論点 9] 無権代理・代表名義の文書の作成（大判 M42.6.10、最決 S45.9.4・百II93）

[論点 10] 作成権限の逸脱・濫用（大判 M42.12.13、大判 T8.7.9）

[論点 11] 通称・偽名の使用（最判 S59.2.17・百II94、最判 H11.12.20）

[論点 12] 肩書・資格の冒用（最決 H5.10.5・百II95）

[論点 13] 名義人の承諾（最決 S56.4.8・百II97）

(7) その他 p182

第3節. 有価証券偽造罪 p183

第4節. 支払用カード電磁的記録に関する罪 p183

第5節. 印章偽造罪 p183

第6節. 不正指令電磁的記録に関する罪 p183

第3章 風俗に対する罪 p184

第1節. わいせつ及び重婚の罪

第2節. 賭博及び富くじに関する罪

第3節. 礼拝所及び墳墓に関する罪

## 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 p185

- 第1節. 内乱に関する罪
- 第2節. 外患に関する罪

### 第2章 国交に関する罪 p185

### 第3章 国家の作用に対する罪 p186~199

#### 第1節. 公務の執行を妨害する罪 p186~187

##### 1. 公務執行妨害罪 p186~187

- [論点1] 「職務」の範囲(最判 S53.6.29)
- [論点2] 職務執行の範囲(最判 S53.6.29、最決 H元.3.10・百II114)
- [論点3] 職務の適法性(最判 S42.5.24・百II112、最決 S41.4.14・百II113)
- [論点4] 間接暴行(最決 S34.8.27)
- [論点5] 公務員の補助者に対する暴行(最判 S41.3.24・百II115)
- [論点6] 暴行・脅迫の程度(最判 S33.9.30)

##### 2. その他 p187

#### 第2節. 逃走の罪 p188

#### 第3節. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 p189~192

##### 1. 犯人蔵匿等罪 p189~190

- [論点1] 真犯人逮捕後における身代わり犯人の出頭(最決 H元.5.1・百II122)
- [論点2] 参考人による被疑者との口裏合わせに基づく虚偽供述(最決 H29.3.27・百II123)
- [論点3] 犯人が他人を教唆して自己を「蔵匿」等させた場合(最決 S40.2.26、最決 S60.7.3、最決 R3.6.9)
- [論点4] 犯人が共犯者を「蔵匿」等する場合(旭川地判 S57.9.29)

##### 2. 証拠隠滅等罪 p190~192

- [論点1] 参考人の虚偽供述についての証拠偽造罪の成否
  - (論証1) 参考人が捜査機関に対して虚偽供述をしただけの場合(大判 S9.8.4、最決 S28.10.19)
  - (論証2) 参考人が捜査機関に対して虚偽供述をした結果として内容虚偽の供述調書が作成された場合(千葉地判 H7.6.2、最決 H28.3.31・百II119)
  - (論証3) 参考人が自ら内容虚偽の供述書を作成した場合

- [論点2] 共犯者の刑事事件に関する証拠の隠滅等(大判 T7.5.7、大判 T8.3.31)

- [論点3] 犯人が他人を教唆して自己の刑事事件に関する証拠を隠滅等させた場合(大判 S7.12.10、大判 S12.11.9)

##### 3. 親族による犯罪に関する特例 p192

- [論点1] 親族が第三者を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合(大判 S8.10.18)
- [論点2] 第三者が親族を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合
- [論点3] 犯人が親族を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合
- [論点4] 親族が犯人を教唆して自己蔵匿等を行わせた場合

##### 4. 証人等威迫罪 p192

#### 第4節. 偽証の罪 p193

- [論点1] 「虚偽の陳述」の意義(大判 T3.4.29・百II120)

[論点 2] 被告人が自己の刑事事件について他人に偽証を教唆した場合 (最決 S32.4.30 等)

## 第 5 節. 虚偽告訴の罪 193

[論点 1] 「人」の意味

## 第 6 節. 職権濫用罪 p193

## 第 7 節. 賄賂罪 p194~199

### 1. 保護法益 p194

### 2. 基本的な構成要件 p194~196

#### (1) 「賄賂」 p194

[論点 1] 社交儀礼としての贈与 (最判 S50.4.24・百 II 104)

[論点 2] 時価相当額での土地売買による換金の利益 (最決 H24.10.15・百 II 103)

#### (2) 職務関連性 p194~196

[論点 3] 一般的職務権限に属する行為 (最決 H17.3.11・百 II 105 等)

[論点 4] 職務密接関連行為 (最決 S59.5.30・百 II 106、最決 H18.1.23・H18 重判 10)

[論点 5] 違法 (不正) な職務 (最決 H22.9.7・H22 重判 12)

[論点 6] 過去の職務 (既に終了した職務)

[論点 7] 転職前の職務 (最決 S58.3.25・百 II 109)

[論点 8] 将来の職務

#### (3) 主観的要件 p196

### 3. 行為類型 p196~199

#### (1) 単純収賄罪 p196~197

#### (2) 受託収賄罪 p197

#### (3) 事前収賄罪 p197

[論点 9] 「公務員になった場合」の意味

#### (4) 第三者供賄罪 p197

#### (5) 加重収賄罪 p197

#### (6) 事後収賄罪 p197~198

#### (7) あっせん収賄罪 p198

[論点 10] 「あっせん」の意味 (最決 S43.10.15)

#### (8) 没収・追徴

#### (9) 贈賄罪 p198~199

[論点 11] 公務員の詐欺や恐喝による賄賂の供与等

## 第 1 部 総論

### 第 1 章 序論

#### 第 1 節. 刑法の意義

C 基礎応用 1 頁

刑法とは、どのような行為が犯罪で、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて規定した法である（実質的意義の刑法）。

その中で、「刑法」という名称の法律を、形式的意義の刑法という。

#### 第 2 節. 刑罰の目的

B 基礎応用 1 頁

通説は、刑罰について、①正義を実現するために犯罪に対する反作用として科されるとする応報刑論を基本に据えながら、②社会統制の手段としての犯罪の予防をも目的としていると理解している（相対的応報刑論）。

#### 第 3 節. 犯罪の本質

C 基礎応用 1 頁

非決定論は、自由意思肯定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶという行動の選択の原因は自由意思に基づく理性的判断にあると考える見解である。非決定論は、応報刑論と結びつく。

決定論は、自由意思否定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶ行動の選択の原因は本人の遺伝的素質と社会的環境にあると考える見解である。決定論は、目的刑論と結びつく。

通説は、人間は遺伝的素質や社会的環境に影響を受けながらも、理性を備えた存在として限られた範囲内で主体的に自己の行動を選択する自由も有しているとして、相対的な自由意思を肯定する（相対的自由意思論）。

#### 第 4 節. 刑法の機能

C 基礎応用 2 頁

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

#### 第 5 節. 刑法の基本原則

B 基礎応用 2~4 頁

刑法の法益保護機能から①法益保護主義が、刑法の自由保障機能から②責任主義と③罪刑法定主義が導かれる。

③罪刑法定主義の内容は、①法律主義（憲法 31 条）④遡及処罰の禁止（憲法 39 条、刑法 6 条）、⑤類推解釈（適用）の禁止、⑥絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止、⑦刑罰法規の明確性（憲法 31 条）、⑧刑罰法規の内容の適正さ（憲法 31 条：無害行為の処罰禁止・過度の広汎性の原則・刑罰の不均衡の禁止）である。

## 第6節. 犯罪論の体系

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

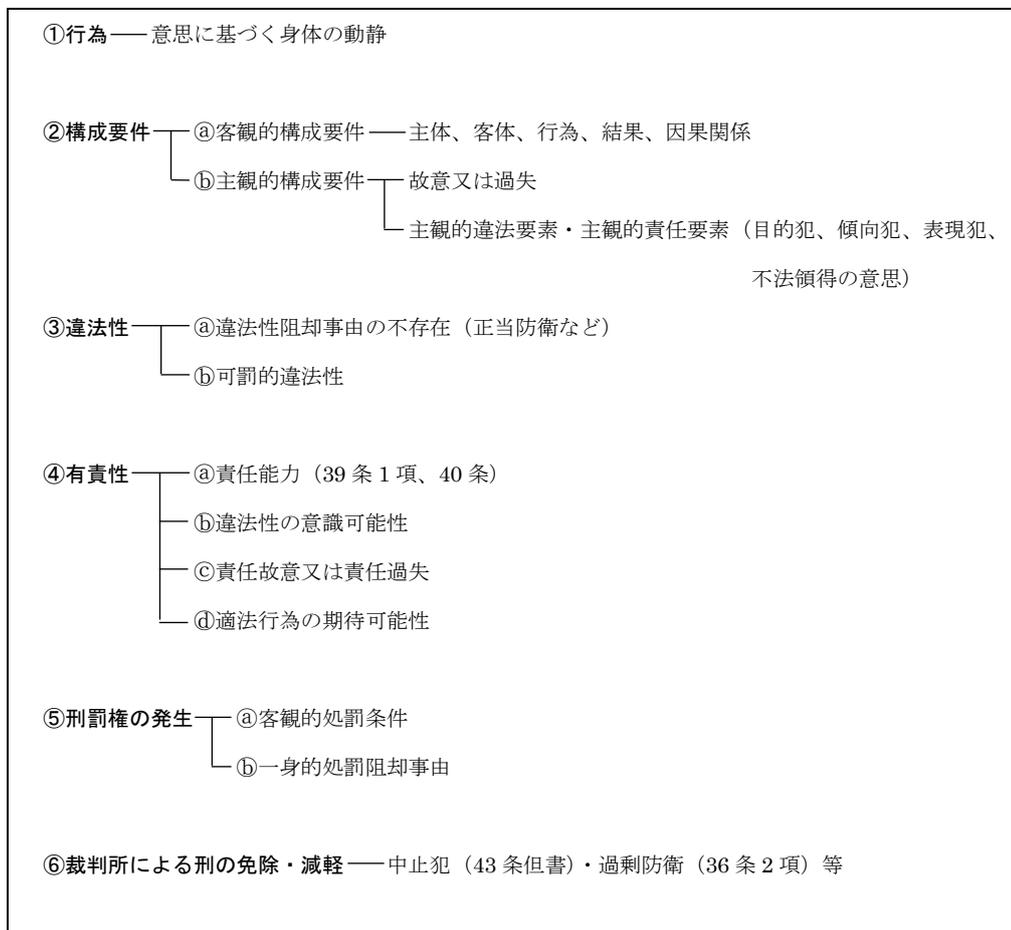
第1に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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

第3に、犯罪というためには、構成要件に該当する行為が違法（刑法上禁止されていること）でなければならない。

第4に、責任主義の要請から、非難可能性を内容とする有責性も必要とされる。

### [犯罪論の体系]



## 第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

### (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。<sup>1)</sup>

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）。<sup>2)</sup>

### (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。<sup>3)</sup>

#### イ. 行為後の介在事情

##### (ア) 直接実現型

A 基礎応用 31～41 頁

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

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。

B 司 R2 予 H29

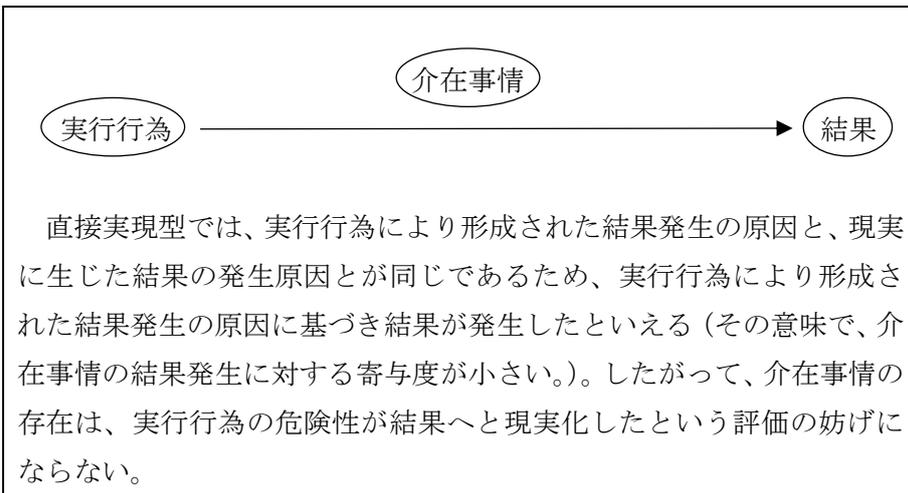
老女蒸し布団事件・最判 S46.6.17 等

A 司 H22

<sup>1)</sup> 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。

<sup>2)</sup> 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）。

<sup>3)</sup> 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。

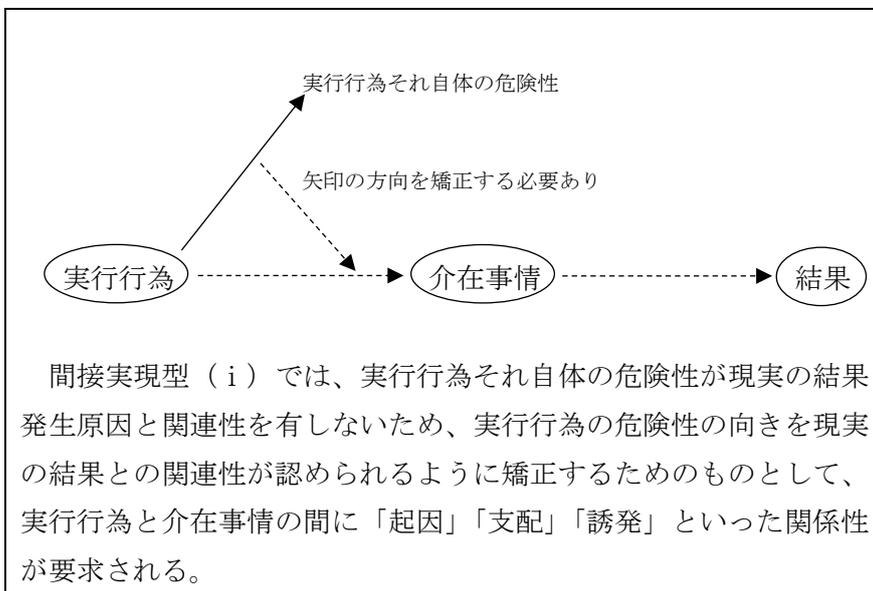


行為者の実行行為が結果発生の直接的原因になっている場合には、行  
為者の実行行為そのものの危険性が結果へと現実化したといえるため、  
介在事情が危険の現実化を妨げる事情にならないから、介在事情の異常  
性の程度にかかわらず、因果関係が認められる。

(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) 高速道路進入事件型



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

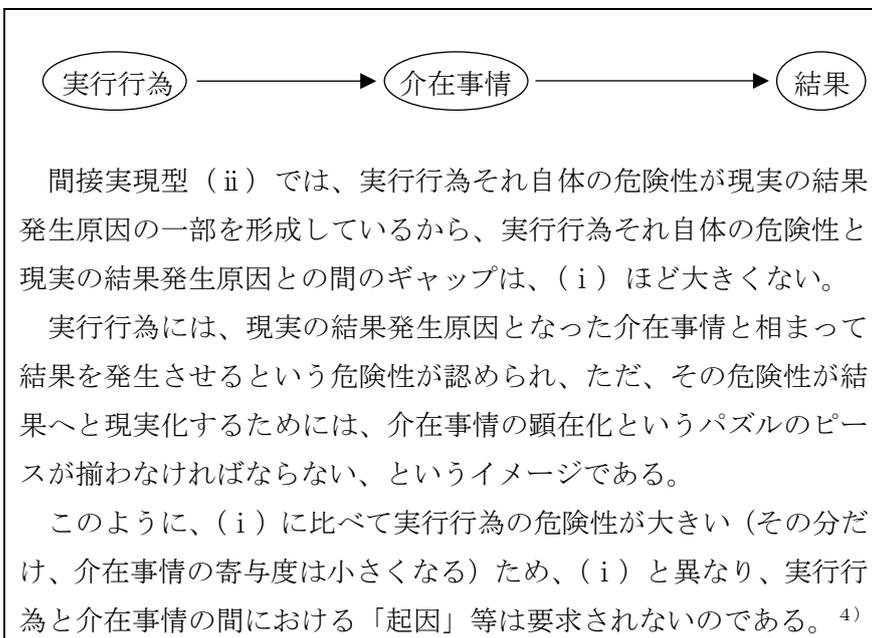
予 R1 予 R5

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

<sup>4)</sup> 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5章 未遂犯

### 第1節 実行の着手

犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった場合は、未遂犯となる（43条本文）。

#### [論点1] 「実行に着手」した時期の判断基準

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がある（主観説）。

しかし、主観的未遂論はそれ自体が妥当でないし、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べきである（客観説）。

客観説の内部では、形式的客観説・実質的客観説が対立している。<sup>1)</sup>

#### （論証1）従来の判断基準

未遂犯の処罰根拠は、既遂結果発生の現実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。<sup>2)</sup>

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（判例）。

そして、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）。

#### （論証2）新しい判断基準

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未遂犯の処罰範囲を適切かつ明確に画定することが困難である。

そこで、「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）。

#### [論点2] 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現実的危険性を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現実的危険性を行

A

A 基礎応用 111~121 頁

司 H25 司 H26 司 H30 司 R2

司 R5 予 H25 予 H29 予 R4

A 司 R5 予 H25

最判 H30.3.22・百163・山口厚裁

判官の補足意見

既遂犯の成否が問題となっている

事案でも（論証2）の判断基準を用いることが可能であると思われる。

B

<sup>1)</sup> 原則として（論証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、（論証1）の判断基準を用いる。

<sup>2)</sup> 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。

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現実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。

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、既遂結果発生の危険性が現実的なものとなる前の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現実的危険性と理解すること整合しない。

②結果犯説では、行為により既遂結果発生の現実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。

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) 既遂結果発生の現実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。

### 〔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が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」を認めると、第二行為の段階に留保されていた既遂結果惹

A 司 H25 司 R2(学説対立)

クロロホルム事件・最判 H16.3.22・

百 164

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。<sup>3)</sup>

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」と認められると解する（判例）。

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）。

#### 〔論点 4〕 不作為犯

B 司 H26 司 H30

未遂犯処罰の根拠は既遂結果発生危険性にあるから、作為義務発生が危険発生に先行している事案では、作為義務違反により既遂結果発生危険が現実的危険が発生した時点で不作為犯の「実行に着手」といえると解する。

これに対し、危険発生が作為義務発生に先行している事案では、既遂結果発生危険の現実的危険の発生後、作為義務の発生・違反があった時点で不作為犯の「実行に着手」といえると解する。

#### 〔論点 5〕 間接正犯

A 司 H25 予 R4

##### （論証 1）利用者標準説

未遂処罰の根拠は結果発生危険性にある。

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」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危険性にあるところ、利用行為時には結果発生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」と認められると解する。

<sup>3)</sup> 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。この問題意識を答案冒頭で示す必要性は乏しい（平成 25 年趣旨・実感で書くようにとの指示がないため）。

## [論点 6] 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、V宅に届かなかったという事案において、Xが殺人罪の「実行に着手」したといえるのかが問題となる。

これにつき、発送時説と到達時説が対立している。

未遂犯処罰の根拠は既遂結果発生の危険性にあるから、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「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、郵送行為の発送時点で「実行に着手」したと認められると解する（発送時説）。

A 予 H29

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）

## 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。

これには、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。

A 基礎応用 121～125 頁

司 H30 司 R2 司 R6 予 H25 予 H29

### [論点 1] 未遂犯の成否

未遂犯の処罰根拠につき行為者の意思ないし性格に求める主観的未遂論からは、主観説（行為者の認識した事情を基礎として行為者の危険感を基準として危険性を判断する見解）や抽象的危険説（行為者の認識した事情を基礎として一般人の立場から一般人の危険感を基準として危険性を判断する見解）が主張されている。しかし、主観的未遂論は妥当でない。

未遂犯の処罰根拠を既遂結果発生の客観的・具体的危険に求める客観的未遂論からは、具体的危険説と客観的危険説が主張される。

A 司 H30 司 R2 司 R6 予 H25

予 H29

#### （論証 1）具体的危険説

刑法の一般予防機能及び行為者の主観的事情が違法性判断に影響を及ぼすとの考えから、未遂犯と不能犯の区別は、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、一般人の危険感を基準として判断すべきである（具体的危険説）。

#### （論証 2）客観的危険説

具体的危険説には、科学的知識が危険判断に不可欠である場合には一般人の危険感を基準にすると不能犯とならざるをえないという問題点がある。

そこで、危険性の有無は、事前の一般人の認識可能性や危険感ではなく、客観的な基準により判断されるべきである。

すなわち、行為時に存在したすべての事実（行為後に判明した事実を含む）を基礎として、科学的見地から危険性を判断するべきである（客観的危険説）。

もっとも、危険判断で基礎とする事実を純客観的に判断すると、行為時に存在した全事情として結果不発生の原因も基礎とされることにより、常に不能犯になるという問題点がある。

そこで、このような不都合を回避するために、①まず初めに、結果不発生の原因を解明し、事実がいかなるものであったなら結果発生があり得たのかを、一般人の認識可能性とは無関係に科学的に明らかにした上で、②こうした結果発生をもたらすべき仮定的事実が存在し得たのかを、一般人の事後的な危険感を基準として判断することにより、具体的危険の有無を判断するべきである。

客観的危険説は、結果無価値論から主張されるのが一般的である。

## 〔論点 2〕 主体の不能

これについては、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。

しかし、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。

C

## 第3節 中止犯

「自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」（43条但書）。

A 基礎応用 125～129 頁

司プレ 司 H26 司 R2 予 H28

## 〔論点 1〕 法的性質

中止犯の刑の必要的減免の根拠については、中止犯に刑の減輕又は免除という恩恵を与えることで、結果発生を防止するという法益保護のための政策的考慮にあるとする見解がある（政策説）。しかし、中止犯規定を知らない一般の犯罪者には政策的効果を期待できないといった問題点がある。

そこで、刑の必要的減免の根拠を違法性や責任と関連付けて説明する見解が主張される。そのうち、中止行為により結果発生危険性が消滅したことにより違法性が減少すると説明する見解（違法減少説）には、狭義の共犯では違法性が連帯すると考えられていることから中止犯の一身専属的效果を説明できないといった問題点がある。

そこで、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させると説明するべきである（責任減少説）。

共犯者間では責任は連帯しないと考えられているため、責任減少説からは共犯事案で中止犯の一身専属的效果を説明できないという問題は生じない。

なお、違法性と責任の双方が減少するとの見解もある（違法責任減少説）。

B

### [論点 2] 「犯罪を中止した」の態様

1. まず、中止行為として作為が必要とされる場合におけるその根拠は、そのままにしておくのと既遂結果発生に至る危険性にある。

そこで、行為者の行為から独立して既遂結果発生に至る具体的危険が生じた場合には作為が必要であり、そうでない場合には不作為で足りると解する（因果関係遮断説）。

2. 次に、中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある（責任減少説）。

そこで、「犯罪を中止した」というには、（責任減少を認めるに足りるだけの）結果回避へ向けた真摯な努力が必要であると解する。

A 司 H26

### [論点 3] 真摯な努力をしたが既遂結果が発生した場合

中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある（責任減少説）。

そうすると、既遂結果が発生しても、中止行為による責任減少が認められる以上、中止犯の成立が認められるべきとも思える。

しかし、現行法が中止犯を未遂犯の一種と規定している以上、「犯罪を中止した」とはいえず、中止犯の成立は認められないと解する。

B 司 R2

### [論点 4] 中止行為と結果不発生との因果関係の要否

これは、①結果惹起が具体的に不能な未遂の場合、②他人によって結果惹起が阻止された場合について問題となる。

中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある（責任減少説）。

そして、結果防止のための真摯な努力がなされた以上、刑の必要的減免の根拠である責任減少が認められる。

そこで、中止行為と結果不発生との間の因果関係は不要と解する。

B

判例は、②の事案で、因果関係必要説に立ち、中止犯の成立を否定している（大判 S4.9.17）。

### [論点 5] 「自己の意思により」の判断基準

中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある（責任減少説）。

そこで、行為者の主観においてできるのに止めたという場合に、責任減少が認められるから、「自己の意思により」といえると解する（主観説 - 判例）。

（補足）

主観説からは、行為者が認識した事情が中止の動機にどのように影響したのか（「できない」と思わせたのか、それとも「できるけれど止めよう」と思わせたのか）により任意性が判断される。外部的事情の認識を通じて中止の動機が形成された場合に当然に任意性が否定されるのではなく、外部的事情の認識を通じて「できない」と思うに至り中止を決意した場合に、任意性が否定される。

A

### [論点 6] 予備罪の中止犯

この議論の実益は、情状による刑の免除を認めない強盗予備罪（237条）などに限定されている。

判例は、強盗予備罪の事案において、予備罪には中止未遂の観念を入れる余地はない（未遂犯の前提たる「実行」がないから）として、予備罪についての中止犯の規定の準用を否定している。

これに対して、学説では、肯定説が通説的地位を占めている。

判例は強盗予備事案における予備罪の中止犯を否定しているものの、これでは、強盗予備と強盗中止未遂との間の刑の不均衡が生じる（237条、236条・43条但書参照）。

そこで、予備罪の中止にも責任減少という43条但書の根拠が妥当することにもかんがみ、予備罪にも中止犯が認められると解する。

もともと、法律上の減輕を1回しか認めないとする68条の趣旨により、刑の免除のみの準用を認めるべきである。

B

最大判 S29.1.20・百172

強盗の中止未遂では免除の余地があるのに、強盗予備はない。

## 第6章 共犯

### 第1節 共犯の基礎理論

A 基礎応用 130 頁

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

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

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

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

## 第2節 共同正犯

「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」(60条)。

### 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。

### 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。

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

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

##### [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である)。

##### [論点 3] 過失犯の共同正犯

個々の過失行為と結果との直接的な因果関係の証明ができないために、過失単独犯としては処罰しえない事例において、一部実行全部責任の原則(60条)により単独犯の場合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

A 基礎応用 131~158 頁

司<sup>ア</sup>レ<sup>レ</sup>H21 司 H23~29 司 R1,2,3,5,6

予 H24,25,27,28,30 予 R4,6

基礎応用 131 頁

基礎応用 131~146 頁

A 司<sup>ア</sup>レ<sup>レ</sup> 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

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。

B 司 H28 予 H25

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 1 75

B

最決 H28.7.12・百 1 79

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（判例）。

#### （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 司プレ 司 H28

最判 S26.3.27

最判 S32.2.26・百 I 50

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。

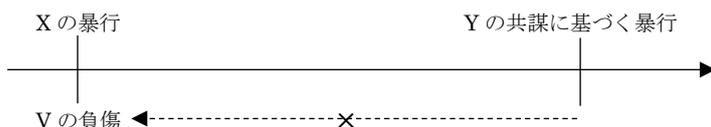
因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある（消極説・全面否定説）。

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)

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

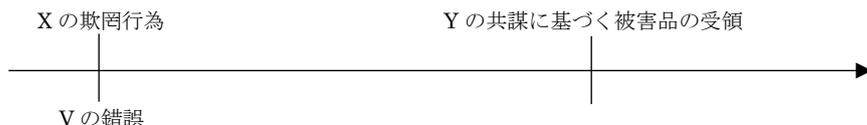
利用して暴行に及んだという事情は、Y が暴行に及んだ動機ないし経緯にすぎない。

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）。

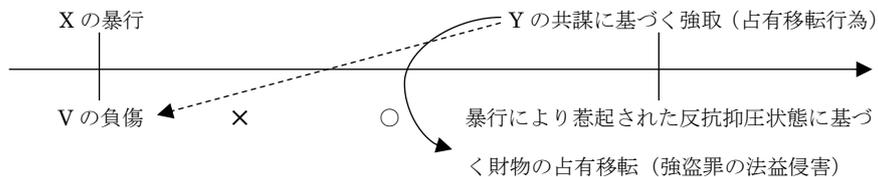
そして、一般人はだまされたふり作戦の開始を認識し得ないし、Y もこれを認識していないから、Y が受領した箱の中には現金が入っているという前提に立って、本件受領行為の因果性を考えることになる。

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

**〔論点 7〕 不作為犯に対する共同正犯**

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

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

B

最判 S31.5.24

大判 M44.10.9

**〔論点 8〕 不作為による共同正犯**

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

ここでは、不作為の共同正犯と幫助犯の区別が問題となる。

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

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

B 司 H26

①は、自ら法益を保護するという正犯の作為義務とは区別される。

**〔論点 9〕 予備罪の共同正犯**

共謀に基づき予備行為を共同して行った者に、予備罪の共同正犯が成立するか。

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

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

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

B

最決 S37.11.8・百 I 80

**(2) 既遂結果発生・因果関係**

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

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

れる必要がある。

### (3) 故意

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

### (4) 違法性・責任

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

#### 〔論点 10〕 共同正犯の違法性阻却事由

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

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

（補足）

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

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

#### 〔論点 11〕 共同正犯の責任阻却・責任減少

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

そこで、責任阻却・減少の効果は共同正犯者間で連帯しないと解する。

A 司 H18 司 R4 司 R6

フィリピンバブ事件・最決 H4.6.5・

百 190

相当性は個別に判断されない（論証

集 45 頁 [論点 13])

B

基礎応用 146～152 頁

司ブレ 司 H20 司 H27 司 H29

司 R3 司 R5

## 3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤

異なる構成要件間における共同正犯の成否とも呼ばれる論点である。

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

### (1) 学説の対立

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

- ・本条は、法は家庭に入らずという政策的観点に基づく一身的処罰阻却事由と解されている（政策説）。
- ・内縁関係にある者は「親族」に当たらない。
  - ➡Xの内妻YがXが占有・所有する財物を窃取した場合、Xは内妻Yの「配偶者」に当たらない。
  - ➡Xが実父Yの内妻Zが占有・所有する財物を窃取した場合、内妻ZはXの「直系血族」に当たらない。

最判 S25.12.12

最決 H18.8.30

## (2) 論点

### 〔論点 13〕 244 条の親族関係が必要な人的範囲

窃盗罪の保護法益を事実上の占有と解する立場も、財産秩序維持のために事実上の占有が本権とは独立した保護法益となることを認めるものであり、所有権の保護法益性を否定する趣旨ではない。

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

B

最決 H6.7.19

### 〔論点 14〕 244 条の親族関係の錯誤

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

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

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

B

## 第 3 節. 不動産侵奪罪（235 条の 2）

C 基礎応用 268～269 頁

- ・「不動産」は、①土地、②建物などの土地の定着物である（民法 86 条 1 項）。
- ・本罪は「侵奪」を要件とする移転罪であるから、本罪の客体である「不動産」は他人の占有に属することを要する。権利関係が登記により公示される登記済不動産については、遠隔地にあり実質的支配を及ぼし得ない土地等であっても所有者の占有を肯定できる。
- ・「侵奪」は、占有者の意思に反して、不動産に対する他人の占有を排除して、自己又は第三者の占有を設定することをいい、不動産に対する事実的な支配の侵害が必要である。

## 第4節 強盗罪

### 1. 強盗取得罪（236条1項）<sup>1)</sup>

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

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の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・不同意性交等後の新たな暴行脅迫

「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

A

基礎応用 270～274 頁

司 H20 司 H27 司 H28 司 R1

司 R3 司 R5 司 R6 予 H30

司 H20 司 H28

最判 S24.2.8

B 司 R6

大阪高判 H 元.3.3

B

大判 S19.11.24 [旧強姦罪の事案]

<sup>1)</sup> 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

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

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

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

### 〔論点 5〕 反抗抑圧手段としての暴行・脅迫

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

2. 例えば、ひたたくり行為に際して行われる暴行は、被害者の不意をつき、あつけにとられているすきに所持品を奪うためになされるもの

B 司 H27 司 R3

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 274~277 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と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。<sup>2)</sup>

**(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。

**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。

B

最判 S32.9.13・百II 39

B 司 H28 司 R6

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]、87 頁・2(8)

<sup>2)</sup> 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。<sup>3)</sup>

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 90 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

<sup>3)</sup> 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

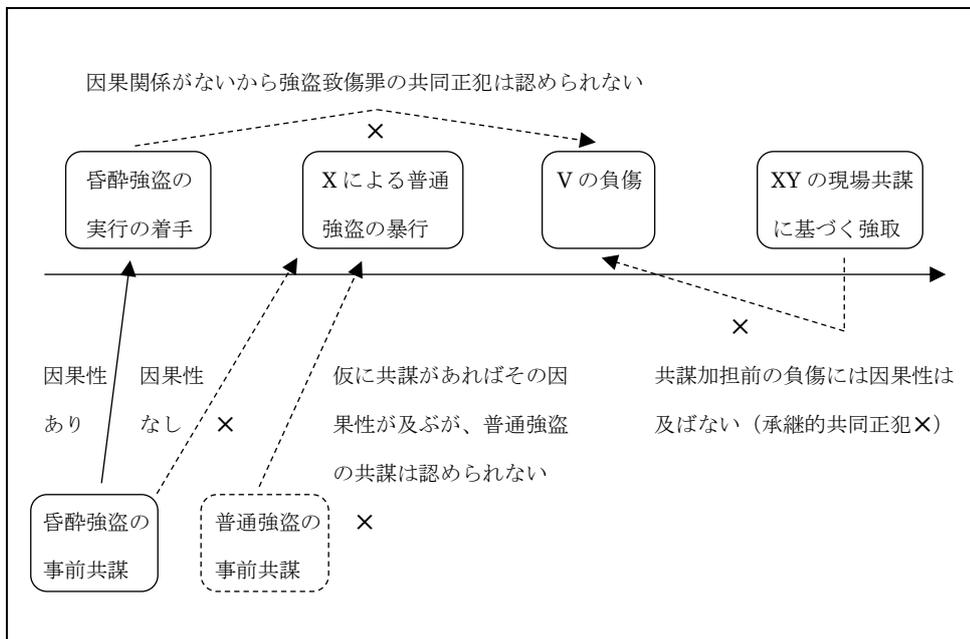
昏酔による意識障害それ自体は、昏酔強盗罪の構成要件に含まれているから、強盗致傷罪 (240 条前段) でいう「負傷」に当たらない。

(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 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。

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)。<sup>4)</sup>

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、改正刑法下では強盗致死傷罪にも執行猶予の余地がある（拘禁刑の下限が6年であるため酌量減軽による執行猶予が可能である）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。<sup>5)</sup>

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）。<sup>6)</sup>

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。<sup>7)</sup>

## 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

<sup>5)</sup> 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。

<sup>6)</sup> 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）。

<sup>7)</sup> 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。<sup>8)</sup>

#### 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。<sup>9)</sup>

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 285～287 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

<sup>8)</sup> 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。

<sup>9)</sup> 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）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）。<sup>1)</sup>

最判 S42.5.24・百 II 112

最決 S41.4.14・百 II 113

2. 次に、基準の明確性の見地より、職務の適法性は、職務行為時を基準として、裁判所が客観的に判断すべきである（客観説＋行為時標準説 - 判例）。

<sup>1)</sup> 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）

## 判例索引

- ・大判 M40.9.27 p176
- ・大判 M6.10 p181
- ・大判 M42.12.13 p181
- ・大判 M43.3.10 p176
- ・大判 M43.12.19 p194
- ・大判 M44.4.17 p151
- ・大判 M44.4.27 p180
- ・大判 M44.10.9 p68、88
- ・大判 M44.12.4 p147
- ・大判 M45.4.26 p124
- ・大判 T2.11.18 p74
- ・大判 T2.12.16 p156
- ・大判 T3.4.29 (百Ⅱ120) p193
- ・大判 T3.10.16 p163
- ・大判 T4.4.9 p155
- ・大判 T4.4.29 p168
- ・大判 T4.5.2 p95
- ・大判 T4.12.11 p113
- ・大判 T4.5.21 p95
- ・大判 T7.2.6 p124
- ・大判 T7.5.7 p192
- ・大判 T7.11.16 (百Ⅰ65) p58
- ・大判 T7.11.19 p124
- ・大判 T8.3.31 p192
- ・大判 T8.4.5 p124
- ・大判 T8.7.9 p181
- ・大判 T8.11.19 p155
- ・大判 S9.8.27 p93
- ・大判 T9.12.24 p180
- ・大判 T11.2.25 p64
- ・大判 T11.3.1 p81
- ・大判 T11.12.15 p139、145
- ・大判 T12.4.14 p165
- ・大判 T12.4.30 (百Ⅰ15) p29、30
- ・大判 T12.7.2 p74
- ・大判 T12.11.9 p124
- ・大判 T12.12.1 p157
- ・大判 T15.3.24 p117
- ・大判 T15.7.5 p118
- ・大判 S2.3.15 p146
- ・大判 S2.3.28 p99
- ・大判 S2.12.8 p197

- ・大判 S4.5.16 (百 II 45) p137
- ・大判 S4.9.17 p60
- ・大判 S5.5.17 p148
- ・大判 S6.11.17 p161
- ・大判 S7.12.10 p192
- ・大判 S8.10.18 p192
- ・大判 S9.8.4 p191
- ・大判 S9.8.27 p93
- ・大判 S10.10.24 p87
- ・大判 S12.3.17 p119
- ・大判 S12.11.9 p192
- ・大判 S13.9.1 p153
- ・大判 S15.2.5 p193
- ・大判 S19.11.24 p129
- ・最判 S22.11.26 p131
- ・最判 S23.3.9 p135
- ・最判 S23.5.6 p168
- ・最判 S23.6.5 (百 II 63) p153
- ・最判 S23.10.23 p81
- ・最判 S23.11.25 p115
- ・最判 S24.2.8 p129
- ・最判 S24.2.8 p148
- ・最判 S24.2.15 p122
- ・最判 S24.2.15 p134
- ・最判 S24.3.8 (百 II 66) p156
- ・最判 S24.5.28 p136
- ・最判 S24.7.9 p133
- ・最判 S24.7.12 p110
- ・最判 S24.7.30 p168
- ・最判 S24.8.9 (百 II 117) p189
- ・最判 S24.12.17 p75
- ・最大判 S24.12.21 p91
- ・最判 S25.5.25 (百 II 81) p173
- ・最判 S25.6.6 p124
- ・最判 S25.7.4 (百 II 46) p143
- ・最判 S25.7.11 (百 I 91) p79
- ・最判 S25.12.12 p128
- ・最判 S26.1.30 p167
- ・最判 S26.3.27 p64
- ・最判 S26.5.25 (百 II 64) p152
- ・最決 S27.2.21 p93
- ・最決 S27.7.10 p166
- ・最判 S27.10.17 p157

- ・最判 S27.12.25 p139
- ・最判 S27.12.25 p180
- ・最判 S28.1.30 p120
- ・最決 S28.2.19 p136
- ・最決 S28.10.19 p191
- ・最判 S28.10.27 p194
- ・最判 S28.11.27 p110
- ・最大判 S29.1.20 (百 I 72) p61
- ・最決 S29.5.27 (百 I 106) p91
- ・最判 S30.10.14 (百 II 61) p150
- ・最判 S31.1.19 p124
- ・最判 S31.5.24 p68、89
- ・最決 S31.7.12 p197
- ・東京高判 S31.8.9 p157
- ・最決 S31.8.22 p115
- ・最判 S31.10.25 p113
- ・最判 S31.12.7 (百 II 70) p162
- ・最判 S32.2.26 (百 I 50) p64、98
- ・最決 S32.4.30 p193
- ・最判 S32.8.1 p135
- ・最判 S32.9.13 (百 II 39) p131
- ・最判 S32.10.4 (百 II 92) p180
- ・最判 S32.11.19 (百 I 94) p159
- ・最決 S32.12.5 p197
- ・仙台地判 S33.3.13 p100
- ・最決 S33.3.19 p109
- ・最大判 S33.5.28 (百 I 75) p63
- ・最判 S33.9.30 p187
- ・最判 S33.11.21 (百 II 1) p6、37、94
- ・最判 S34.5.7 (百 II 19) p117
- ・最判 S34.7.24 p95
- ・最決 S34.8.27 p187
- ・最決 S34.9.28 (百 II 48) p139
- ・最決 S35.9.9 p127
- ・東京地判 S36.3.30 p111
- ・最判 S36.10.10 p154
- ・最決 S37.11.8 (百 I 80) p68
- ・最決 S37.11.21 p111
- ・最判 S38.11.8 p168
- ・最決 S39.1.28 (百 II 3) p97
- ・最決 S39.12.8 p197
- ・最決 S40.2.26 p190
- ・最判 S41.3.24 (百 II 115) p187

- ・最判 S41.4.8 (百Ⅱ29) p125、126
- ・最決 S41.4.14 (百Ⅱ113) p186
- ・最判 S42.3.7 (百Ⅰ93) p89
- ・最判 S42.5.24 (百Ⅱ112) p186
- ・最決 S42.10.24 (百Ⅰ9) p21
- ・最決 S42.12.21 p110
- ・最決 S43.1.18 p118
- ・最決 S43.5.23 p151
- ・最決 S43.9.17 p110
- ・最決 S43.10.15 p198
- ・最決 S43.10.24 p145
- ・最判 S44.6.25 (百Ⅱ21) p118
- ・最決 S44.7.17 (百Ⅰ86) p87
- ・大阪高判 S44.8.7 (百Ⅱ54) p145
- ・最判 S44.12.4 p45
- ・最決 S45.9.4 (百Ⅱ93) p181
- ・京都地判 S45.10.12 (百Ⅱ10) p109
- ・最大判 S45.10.21 p153
- ・最決 S45.12.22 p131
- ・最判 S46.6.17 p19
- ・最判 S46.7.30 p39
- ・最大判 S49.5.29 (百Ⅰ104) p91
- ・最判 S50.4.24 (百Ⅱ104) p194
- ・最決 S50.6.12 (百Ⅱ76) p166
- ・最判 S50.11.28 (百Ⅰ24) p44、45
- ・最判 S51.3.4 p115
- ・最決 S51.4.1 (百Ⅱ47) p143
- ・最判 S51.4.30 (百Ⅱ88) p178
- ・最判 S51.5.6 (百Ⅱ91) p179
- ・最大判 S51.9.22 (百Ⅰ105) p90
- ・最決 S53.2.16 p92
- ・最決 S53.3.22 (百Ⅰ14) p22
- ・東京高判 S53.3.22 p176
- ・最判 S53.6.29 p186
- ・最判 S53.7.28 (百Ⅰ42) p25、29
- ・最決 S54.3.27 p32
- ・最決 S54.4.13 (百Ⅱ92) p72
- ・最決 S54.11.19 p133
- ・最決 S55.10.30 (百Ⅱ32) p127
- ・最決 S55.11.13 (百Ⅰ22) p37
- ・最決 S56.4.8 (百Ⅱ97) p182
- ・最判 S57.2.17 (百Ⅰ107) p92
- ・旭川地判 S57.9.29 p190

- ・最決 S58.3.25 (百 II 109) p196
- ・最判 S58.4.8 (百 II 16) p115
- ・最決 S58.5.24 (百 II 72) p163
- ・東京高判 S58.6.20 p173
- ・最決 S58.9.13 p51
- ・最決 S58.9.21 (百 I 74) p4
- ・最決 S58.11.1 (百 II 22) p118
- ・最判 S59.2.17 (百 II 94) p181
- ・最決 S59.5.30 (百 II 106) p195
- ・最判 S59.7.3 p51
- ・最判 S60.3.28 (百 II 86) p174
- ・最決 S60.7.3 p190
- ・最決 S61.6.9 (百 I 43) p32
- ・最判 S61.7.18 (百 II 78) p169
- ・最決 S61.11.18 (百 II 40) p130
- ・最決 S62.3.24 (百 II 13) p111
- ・最決 S62.3.26 (百 I 29) p47、48
- ・東京地判 S63.7.27 (百 I 87) p84
- ・大阪高判 H 元.3.3 p129
- ・最決 H 元.3.10 (百 II 114) p186
- ・最決 H 元.5.1 (百 II 122) p189
- ・最決 H 元 6.26 (百 I 96) p75
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 26) p122
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 82) p172、173
- ・最決 H 元.7.14 (百 II 83) p172
- ・東京高判 H2.2.21 (百 I 88) p84
- ・最決 H2.11.20 (百 I 10) p20
- ・最決 H4.6.5 (百 I 90) p69
- ・東京地判 H4.6.19 p111
- ・東京高判 H5.6.29 p146
- ・最決 H5.10.5 (百 II 95) p182
- ・最決 H6.3.4 p136
- ・最決 H6.7.19 p128
- ・千葉地判 H6.8.8 p136
- ・最判 H6.12.6 (百 I 98) p75
- ・最大判 H7.2.22 (百 II 107) p194
- ・千葉地判 H7.6.2 p191
- ・東京地判 H7.10.9 p134
- ・大阪高判 H7.11.9 p4
- ・千葉地裁 H7.12.13 (百 I 59) p39
- ・東京地判 H8.6.26 p49
- ・最判 H9.6.16 p42
- ・最決 H9.10.21 (百 II 84) p171

- ・最決 H10.11.25 (百Ⅱ73) p163
- ・最判 H11.12.20 p181
- ・最決 H12.2.17 (百Ⅱ23) p120
- ・札幌高判 H12.3.16 (百Ⅰ85) p87
- ・最決 H12.3.27 p139
- ・最判 H13.7.19 (百Ⅱ49) p139
- ・最決 H13.10.25 p4
- ・最決 H13.11.5 (百Ⅱ67) p157
- ・最決 H14.7.1 (百Ⅱ75) p167
- ・名古屋高判 H14.8.29 p75
- ・大阪高判 H14.9.4 (百Ⅰ28) p43
- ・最決 H14.10.21 p140
- ・最決 H15.2.8 (百Ⅱ74) p164
- ・最決 H15.3.12 (百Ⅱ52) p140
- ・最決 H15.4.14 (百Ⅱ85) p174
- ・最大判 H15.4.23 (百Ⅱ69) p158
- ・最決 H15.7.16 (百Ⅰ13) p20
- ・最決 H15.10.6 (百Ⅱ96) p178
- ・最決 H15.12.18 p179
- ・最決 H16.1.20 (百Ⅰ73) p4、37、94
- ・最決 H16.2.9 (百Ⅱ55) p139
- ・最判 H16.3.22 (百Ⅰ64) p56
- ・最決 H16.8.25 (百Ⅱ28) p123
- ・最決 H16.10.19 p20
- ・最決 H16.11.30 (百Ⅱ31) p127、178
- ・最判 H16.12.10 (百Ⅱ43) p133
- ・最決 H17.3.11 (百Ⅱ105) p195
- ・最決 H17.3.29 (百Ⅱ5) p97
- ・大阪高判 H17.3.29 p144
- ・最判 H17.4.14 (百Ⅰ103) p110
- ・札幌高判 H17.8.18 (百Ⅱ124) p189
- ・最決 H17.12.6 (百Ⅱ12) p111
- ・最決 H18.1.17 (百Ⅱ80) p169
- ・最決 H18.1.23 (H18 重判10) p195
- ・最決 H18.8.30 p128
- ・最決 H18.11.21 (百Ⅰ83) p77
- ・最決 H19.3.20 (百Ⅱ79) p169
- ・最決 H19.7.17 (H19 重判9) p140
- ・最決 H20.1.22 (百Ⅱ15) p114
- ・最決 H20.2.18 (百Ⅱ35) p161
- ・東京高判 H20.3.19 (百Ⅱ42) p130
- ・最決 H20.5.20 (百Ⅰ26) p41、49
- ・最決 H20.6.25 (百Ⅰ27) p46

- ・最決 H21.2.24 (H21 重判 2) p46
- ・最決 H21.6.30 (百 I 97) p74
- ・東京高判 H21.11.16 (百 II 41) p132
- ・最決 H22.7.29 (百 II 50) p140
- ・最決 H22.9.7 (H22 重判 12) p195
- ・最決 H23.12.19 (百 I 89) p84
- ・最決 H24.10.15 (百 II 103) p194
- ・最決 H24.11.6 (百 I 81) p65
- ・最判 H26.3.28 (百 II 51) p140
- ・最決 H26.4.7 (H26 重判 8) p140
- ・最決 H28.3.24 (百 II 6) p99、100、101
- ・最決 H28.3.31 (百 II 119) p191
- ・最決 H28.7.12 (百 I 79) p63
- ・大阪高判 H28.7.13 p146
- ・最決 H29.3.27 (百 II 123) p189、190
- ・最決 H29.4.26 (百 I 23) p41
- ・最決 H29.6.12 (百 I 57) p33
- ・最大判 H29.11.29 (H29 重判 3) p112
- ・最判 H29.12.11 (百 I 82) p66
- ・最判 H30.3.19 (百 II 9) p96
- ・最判 H30.3.22 (百 I 63) p55
- ・最決 R2.9.30 (R2 重判 4) p99、101
- ・最決 R3.6.9 p190

## 参考文献

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第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)