はしがき

法学を勉強することの目標の1つは，事実から法的問題を見出し，法を適用できるようになることである。もっとも，例えば刑法について，教科書を読むだけでそのような能力を身につけるのは容易ではない。教科書は，知識を得ることに重点が置かれているためである。得た知識を実際に用いるトレーニングとしては事例演習が有用であり，現在ではそのための良質な事例演習教材が多数存在する。しかし，そこで取り上げられているのは長文の複雑な事例であることが多く，自力でそうした問題を解くことは，教科書を読んだだけでは難しい。そのような試みは，いうなれば急斜面を一気に駆け上がろうとするもので，登り切れずに息切れしたり，途中でつまずいたりするなどといった事態に陥るかもしれない。それよりも，らせん階段をぐるぐると上っていくように上を目指していくほうが安全であり，結果として目標へ早く到達できる可能性すらある。以上のような考えのもとに作られたのが本書である。本書の目的は，講義や教科書などで刑法をひととおり勉強した人（あるいは，現に勉強中の人）が，長文の事例問題を解けるレベルに至るまでの橋渡しをすることにある。

本書は，刑法総論・各論を一冊でカバーする形で，体系に沿って，事例演習として必要な項目（最新判例も含む）を基本的に網羅している。各講の事例は，重要判例などをモデルにした比較的短めのものであるが，教科書で挙げられる「例」などよりは詳細で，事例問題としての実質を備えている。事例の解説は，答案を書くために必須の基本的知識を，判例およびその標準的理解をベースに，原則として見開き2頁に収まるコンパクトな記述により確認するスタイルをとっている。そこには，教科書などで学修した内容をどのように活かせばよいかという観点が盛り込まれているほか，法科大学院や法学部の法曹コースでの授業担当を通じて，学生の事例検討や答案作成上の悩みに日々向き合っている我々著者4名の経験に基づき，誤解に陥りやすい部分はどこか，その誤解をどのように正せばよいのかについての記述が随所に設けられている。そして各講末尾の「本講のポイント」では，最低限おさえておきたい点をまとめている。刑法の勉強がある程度進んでいる人に，アウトプットまで視野に入れつつ，基礎知識の定着（「本講のポイント」を読んでその具体的内容が思い出せることが1つの目安となろう）を図る教材として使っていただきたいのはもちろんのこと，初めて刑法の講

義を受けたが内容が抽象的でついていけないという人には，具体的なイメージを持って学べる副読本としての使用もおすすめしたい。

そのほかに，introduction において「第 0 講　刑法の事例問題への取り組み方」と題し，そもそも刑法の事例問題では何が問われているのか，事例問題をどのように分析していけばよいのかについて書いてあるほか，実際の解答例を素材に，具体的な答案の記述方法についても示している。事例問題に取り組むのが初めてという人には是非読んでもらいたい（すでに事例問題に慣れつつある人にも有用な情報が含まれているかもしれない）。

また，身分犯の共犯に関する刑法 65 条の適用や罪数のパターンについての一覧表（→132 頁，138 頁）のほか，出題頻度の高さにもかかわらずつまずく人の多い強盗の相互関係（事例において複数ありうる強盗罪のうちどれを問題にすべきか）に関する検討のパターン（→206 頁）を掲載している。これらも，事例問題への対応において，役立つはずである。

本書をマスターすれば，刑法の事例問題を解くために必要な基本的知識を獲得でき，長文の事例問題に対応することもきわめて容易となるであろう。本書で自身の基本的知識を「徹底チェック」してほしい。

本書の性質上，学説の先端的な議論状況に立ち入ることができず，参考文献も掲載できなかった。しかし，我々 4 名としては，コンパクトな記述の中に刑法のおもしろさが垣間見えるような意図も込めたつもりである。本書で刑法に興味を持ってくれた人が，さらに様々な体系書・論文などを読んでくれるようになれば，大変喜ばしい限りである。

有斐閣法律編集局の三宅亜紗美氏から本書の具体的な企画を提案いただいたのは平成の頃で，それから我々 4 名は何度も打合せを重ねてきた。その間，三宅氏は我々の長時間の議論に辛抱強くつきあってくださったことをはじめとして，刊行に至るまで様々なご尽力をいただいた。三宅氏には，長らくお待たせしたことをお詫びするとともに，深く感謝の意を申し上げたい。また，本書の完成にあたっては，我々の所属大学の学生の皆さんに有形・無形のお手伝いをいただいた。この場を借りてお礼を述べたい。

2022 年 4 月

著者一同

目次

introduction

第 0 講　刑法の事例問題への取り組み方　2

総 論

第 1 講　因果関係　10
第 2 講　不作為犯　18
第 3 講　故意　24
第 4 講　錯誤　30
第 5 講　過失犯　38
第 6 講　被害者の同意　46
第 7 講　正当防衛　52
第 8 講　過剰防衛・誤想防衛・誤想過剰防衛　60
第 9 講　緊急避難　66
第 10 講　責任能力・原因において自由な行為　72
第 11 講　違法性の意識　78
第 12 講　未遂犯総説・実行の着手　84
第 13 講　不能犯・中止犯　92
第 14 講　正犯と共犯　98
第 15 講　共同正犯(1)――基本成立要件　104
第 16 講　共同正犯(2)――承継的共同正犯，共犯関係の解消　116
第 17 講　共犯の諸問題
――過失犯の共同正犯，不作為の共犯，共犯と正当防衛，共犯と身分　124
第 18 講　罪数　134

各論

第 19 講　遺棄罪 142
第 20 講　暴行罪・傷害罪 146
第 21 講　胎児性致死傷 154
第 22 講　逮捕監禁罪・略取誘拐罪 156
第 23 講　性的自由に対する罪 160
第 24 講　住居等侵入罪 166
第 25 講　名誉毀損罪 170
第 26 講　窃盗罪 174
第 27 講　強盗罪 182
第 28 講　事後強盗罪 192
第 29 講　強盗致死傷罪 198
第 30 講　強盗の相互関係 204
第 31 講　詐欺罪・恐喝罪 210
第 32 講　横領罪 224
第 33 講　背任罪 234
第 34 講　盗品等関与罪 238
第 35 講　不法な財産と財産犯 242
第 36 講　親族関係の特例 246
第 37 講　毀棄罪・隠匿罪 250
第 38 講　放火罪 254
第 39 講　文書偽造罪 260
第 40 講　風俗に対する罪 268
第 41 講　公務執行妨害罪・業務妨害罪 272
第 42 講　司法に対する罪 276
第 43 講　賄賂罪 280

判例索引 287

細目次

introduction

□ 第 0 講　刑法の事例問題への取り組み方　2

問題 1　1　刑法の事例問題とは　2　具体的な検討の流れ
問題 2　1　複数人の罪責を論じる場合
2　具体的な事例の検討――いわゆる「論点」に関する論述
3　答案の作成

総 論

□ 第 1 講　因果関係　10

事例 1　1　X の罪責――事例問題の検討にあたって
2　因果関係の判断基準――危険の現実化（直接実現型(1)）
事例 2　1　直接実現型(2)
2　間接実現型(1)（誘発型）
事例 3　1　間接実現型(2)（危険状況の設定）
2　危険の現実化が否定される事例　3　危険の現実化の考慮要素
事例 4　1　被害者の病変（身体的素因）の考慮　2　補論――相当因果関係説

□ 第 2 講　不作為犯　18

事例 1　1　不作為犯
2　不作為犯の構成要件（行為，結果，因果関係，故意）
事例 2　1　作為と不作為（検討対象となる行為の特定）
2　作為義務の判断基準
3　作為義務の具体的な考慮事情とそれらの関係
4　結果回避可能性と不作為の未遂犯

□ 第 3 講　故意　24

事例 1　1　「故意」とは何か　2　構成要件的故意の対象
3　故意の対象かどうか微妙な事例
事例 2　1　故意の種類――確定的故意と未必の故意
2　未必の故意の内容　3　故意（殺意）の認定
4　殺意が認められる事例　5　殺意が認められない事例

□ 第 4 講　錯誤　30
事例 1　1　具体的事実の錯誤
2　法定的符合説（抽象的法定符合説）と具体的符合説（具体的法定符合説）
事例 2　1　抽象的事実の錯誤　2　構成要件の符合
3　重なり合いが認められない場合
事例 3　1　薬物犯罪と故意　2　構成要件の重なり合いの判断
3　重なり合いが認められる場合の処理
事例 4　1　因果関係の錯誤　2　遅すぎた構成要件の実現

□ 第 5 講　過失犯　38
事例 1　1　過失犯の検討方法　2　過失犯の構成要件
3　義務の履行可能性と過失の特定
事例 2　1　結果回避義務の判断と結果回避可能性
2　信頼の原則――交通法規違反がある場合
3　予見可能性の対象
事例 3　1　因果関係の予見可能性
2　信頼の原則――仕事を分担する場合
3　過失の競合
事例 4　1　管理・監督過失　2　不作為の過失

□ 第 6 講　被害者の同意　46
事例 1　1　被害者の同意と犯罪の成否　2　錯誤に基づく同意
事例 2　1　強制に基づく同意　2　被強制者に一定の主体的意思が残る場合
事例 3　1　同意傷害の位置づけと違法性阻却の前提
2　社会的相当性による判断

□ 第 7 講　正当防衛　52
事例 1　1　正当防衛の成立要件　2　「急迫不正の侵害」
3　「防衛するため」――防衛の意思
4　「やむを得ずにした」――防衛行為の相当性
事例 2　1　問題の所在――侵害の予期と急迫性
2　平成 29 年判例――「行為全般の状況」による判断
事例 3　1　問題の所在――自招侵害
2　平成 20 年判例――「反撃行為に出ることが正当とされる状況」の否定

□ 第 8 講　過剰防衛・誤想防衛・誤想過剰防衛　60
事例 1　1　防衛行為の一体的把握
2　侵害の継続性，防衛行為の相当性
3　防衛行為の一体性と量的過剰防衛の限界

事例 2　1　正当防衛の不成立　2　誤想防衛　3　誤想過剰防衛
事例 3　1　B に対する罪責――正当防衛
2　A に対する罪責――防衛行為と第三者

□ 第 9 講　緊急避難　66
事例 1　1　緊急避難の成立要件
2　過剰避難の認定，強要による緊急避難
3　補充性の逸脱と過剰避難
事例 2　1　自招危難に関する大審院判例　2　学説

□ 第 10 講　責任能力・原因において自由な行為　72
事例 1　1　責任能力の意義
2　原因において自由な行為の法理と 2 つのモデル
3　構成要件モデル　4　責任モデル
5　原因行為の時点で故意が欠ける場合　6　酒酔い運転
事例 2　1　実行行為の途中における責任能力の低下
2　実行行為の一体性の評価

□ 第 11 講　違法性の意識　78
事例 1　1　違法性の意識と責任評価の関係　2　判例の傾向
3　違法性の意識の内容
事例 2　1　違法性の意識を欠いたことについての「相当の理由」の判断方法
2　第三者の意見等を信頼した場合
事例 3　1　事実の錯誤と違法性の錯誤の区別　2　判例の評価

□ 第 12 講　未遂犯総説・実行の着手　84
事例 1　1　未遂犯の処罰根拠と実行の着手　2　実行の着手の判断基準
事例 2　1　実行の着手の判断における考慮要素
2　早すぎた構成要件の実現
3　手段限定型の犯罪と実行の着手
事例 3　1　離隔犯と実行の着手
2　結果的加重犯・結合犯と実行の着手

□ 第 13 講　不能犯・中止犯　92
事例 1　1　不能犯の意義と危険性の判断方法
2　方法の不能　3　客体の不能
事例 2　1　中止犯の意義と刑の減免根拠　2　中止行為　3　任意性
事例 3　1　中止行為と結果不発生の間の因果関係
2　予備の中止

□ 第 14 講　正犯と共犯　98
事例 1　1　正犯　2　直接正犯と間接正犯　3　間接正犯の要件
事例 2　1　間接正犯の限界　2　間接正犯と共同正犯
事例 3　1　狭義の共犯成立の要件　2　X の罪責

□ 第 15 講　共同正犯(1)――基本成立要件　104
事例 1　1　共同正犯成立の効果　2　共同正犯の成立要件
事例 2　1　意思連絡と故意　2　意思連絡の不存在
事例 3　1　共謀と正犯意思　2　正犯意思の積極事情　3　正犯意思と実行
事例 4　1　共謀の射程　2　共謀の射程の検討枠組み
事例 5　1　意思連絡の一部不一致と共同正犯
2　共犯と錯誤
3　複数の基本成立要件の問題の併発

□ 第 16 講　共同正犯(2)――承継的共同正犯，共犯関係の解消　116
事例 1　1　承継的共同正犯　2　傷害罪における承継　3　承継可能な犯罪
事例 2　1　承継の要否　2　詐欺罪における承継成否の論理
3　因果関係　4　強盗罪の承継の成否
事例 3　1　共犯と中止　2　共犯関係の解消
3　解消の成否の判断　4　一方的「排除」と解消

□ 第 17 講　共犯の諸問題
――過失犯の共同正犯，不作為の共犯，共犯と正当防衛，共犯と身分　124
事例 1　1　過失犯の共同正犯の基本理解　2　共同正犯規定適用の必要性
3　共同義務の限界
事例 2　1　不作為犯と正犯・共犯　2　不作為による幇助行為
3　不作為による幇助の因果関係
事例 3　1　共犯と正当防衛　2　正当防衛の前提条件（急迫性，防衛の意思）
3　「やむを得ずにした」と責任故意ほか
事例 4　1　身分と 65 条　2　65 条適用の典型例　3　65 条適用の振り分け
65 条の各適用例

□ 第 18 講　罪数　134
事例 1　1　罪数関係の種類　2　本来的一罪　3　科刑上一罪　4　共犯と罪数
事例 2　1　接続犯，連続的包括一罪
2　窃盗から強盗に発展する場合，強盗致死傷の罪数
3　混合的包括一罪　4　共罰的事後行為
知っておきたい罪数のパターン

各論

□ 第 19 講　遺棄罪　142

事例 1　1　遺棄罪の性質　2　保護責任者の意義　3　行為態様――遺棄の意義
事例 2　1　不保護による保護責任者遺棄致死　2　不保護の判断方法
3　死亡結果との因果関係

□ 第 20 講　暴行罪・傷害罪　146

事例 1　1　身体的利益の保護と暴行罪・傷害罪　2　「暴行」の範囲
事例 2　1　暴行の結果的加重犯としての傷害罪
2　暴行によらない傷害　3　傷害の程度
事例 3　1　同時傷害の特例の趣旨　2　同時傷害の特例の要件
3　傷害致死事案の処理
事例 4　1　承継的共犯と同時傷害の特例の適用の可否
2　承継的共犯の事例における 207 条の要件の検討方法

□ 第 21 講　胎児性致死傷　154

事例　1　問題の所在　2　熊本水俣病事件　3　妊婦の交通事故

□ 第 22 講　逮捕監禁罪・略取誘拐罪　156

事例 1　1　逮捕監禁罪　2　可能的自由説と現実的自由説
3　偽計による監禁　4　逮捕監禁致死傷罪
事例 2　1　略取誘拐罪
2　親権者が別の親権者から子を連れ去る行為と未成年者拐取罪の成否

□ 第 23 講　性的自由に対する罪　160

事例 1　1　性的自由に対する罪の構成要件　2　暴行・脅迫
3　強制わいせつ罪の主観的要件――性的意図の要否
4　「わいせつな行為」の意義
事例 2　1　準強制性交等・準強制わいせつ罪
2　心理的抗拒不能　3　心理的圧迫類型
事例 3　1　強制わいせつ等致死傷罪　2　随伴行為　3　あてはめ

□ 第 24 講　住居等侵入罪　166

事例 1　1　住居等侵入罪の客体　2　集合住宅の共用部分
3　建物利用のために供される工作物
事例 2　1　住居等侵入罪の保護法益と「侵入」の意義
2　錯誤に基づく同意
3　一般に立入りが認められている場所への違法目的での立入り

□ 第 25 講　名誉毀損罪　170
事例 1　1　名誉毀損罪　2　社会的評価を低下させうる「事実」の摘示
3　公然性と伝播性の理論　4　虚名の保護
事例 2　1　公共の利害に関する場合の特例　2　真実性の誤信

□ 第 26 講　窃盗罪　174
事例 1　1　窃盗罪の成立要件　2　「窃取」の前提としての占有
事例 2　1　意思に反する占有移転　2　死者の占有
事例 3　1　不法領得の意思　2　権利者排除意思　3　利用処分意思
事例 4　1　242 条の「占有」の意義――窃盗罪の保護法益
2　禁制品・盗品の窃取

□ 第 27 講　強盗罪　182
事例 1　1　強盗罪の基本要件
2　恐喝との区別　3　窃盗（ひったくり）との区別
4　解放と「強取」
事例 2　1　2 項強盗と「財産上の利益」　2　2 項強盗殺人（具体性と確実性）
3　殺人によらない 2 項強盗　4　2 項強盗の限界例
事例 3　1　「強取」の要件　2　反抗抑圧後の領得意思

□ 第 28 講　事後強盗罪　192
事例 1　1　事後強盗罪の基本要件　2　暴行・脅迫の特定　3　その他の要件
事例 2　1　「窃盗の機会」の前後　2　「窃盗の機会」の判断基準
3　具体的判断
事例 3　1　事後強盗罪の共犯
2　窃盗に関与しない者の事後強盗罪の共犯の成否　3　それぞれの解決

□ 第 29 講　強盗致死傷罪　198
事例 1　1　強盗手段による致傷の場合　2　強盗が未遂の場合
3　罪跡隠滅目的殺人の場合
事例 2　1　「強盗の機会」の始期と終期
2　「強盗の機会」における行為と致死傷結果の関連性
事例 3　1　「強盗の機会」の限定論　2　原因行為の性質からの限定
3　原因行為の客体からの限定　4　原因行為の存否あるいは因果関係

□ 第 30 講　強盗の相互関係　204
事例　1　相互関係の問題　2　排他的関係？　3　非排他的関係
4　強盗の相互関係
強盗の相互関係パターン

□ 第 31 講　詐欺罪・恐喝罪　210

事例 1　1　1 項詐欺罪の構成要件
　　2　交付行為の有無（1 項詐欺罪と窃盗罪の区別）
事例 2　1　挙動による欺罔
　　2　処分行為の有無（2 項詐欺罪と不可罰の利益窃盗の区別）
事例 3　1　相当対価の提供と詐欺罪における財産的損害
　　2　平成期の判例の展開
事例 4　1　他人名義のクレジットカードの不正使用（名義人の承諾なし）
　　2　他人名義のクレジットカードの不正使用（名義人の承諾あり）
　　3　自己名義のクレジットカードの不正使用
事例 5　1　他人の通帳・カードの無断使用による預金の払戻し
　　2　誤振込みにかかる預金の払戻し
事例 6　1　恐喝罪の構成要件　2　権利行使と恐喝

□ 第 32 講　横領罪　224

事例 1　1　横領罪の基本　2　横領罪の各類型
　　3　横領罪の実行行為――「横領」
事例 2　1　一時使用目的　2　毀棄目的　3　専ら本人のためにする処分
事例 3　1　上下者・主従者間の占有の帰属
　　2　封緘委託物
　　3　「他人の物」――被害客体が金銭の場合
事例 4　1　二重譲渡　2　横領後の横領
事例 5　1　預金による金銭の占有(1)――自己名義の預金口座に金銭を預ける場合
　　2　預金による金銭の占有(2)――他人名義の預金の処分権限がある場合

□ 第 33 講　背任罪　234

事例 1　1　背任罪の基本
　　2　二重抵当事例と事務処理者
　　3　二重抵当事例の限界（担保権の侵害）
事例 2　1　横領と背任の区別
　　2　背任罪の諸問題（財産上の損害，図利加害目的）

□ 第 34 講　盗品等関与罪　238

事例 1　1　盗品等関与罪の保護法益と罪質――追求権と本犯助長性
　　2　盗品等関与罪の客体
　　3　盗品等関与罪の実行行為
事例 2　1　被害者（側）に盗品等が返還される場合
　　2　盗品性の認識と途中知情
　　3　盗品等関与罪と共犯

□ 第 35 講　不法な財産と財産犯　242
事例 1　1　不法原因給付と詐欺
2　私法上違法・無効な債務の免脱（財産上の利益が不法な場合）
3　不法原因給付と盗品等関与罪
事例 2　1　不法原因給付と横領　2　盗品の横領

□ 第 36 講　親族関係の特例　246
事例 1　1　総説　2　親族相盗例　3　親族関係の錯誤
事例 2　1　盗品等関与罪の特例　2　犯人蔵匿・証拠隠滅罪の特例

□ 第 37 講　毀棄罪・隠匿罪　250
事例 1　1　毀棄・隠匿罪の罪質　2　毀棄の意義
事例 2　1　「建造物」の意義　2　財物の「他人」性

□ 第 38 講　放火罪　254
事例 1　1　現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪
2　現住性の判断
3　既遂時期――焼損の概念
事例 2　1　複合建造物の現住建造物としての一体性の判断
2　物理的一体性・機能的一体性の内容・関係
3　集合住宅のエレベーターでの放火――建造物性・現住性・焼損
事例 3　1　公共の危険の発生――非限定説の採用，危険の内実
2　公共の危険の認識の要否

□ 第 39 講　文書偽造罪　260
事例 1　1　保護法益と有形偽造・無形偽造　2　文書
3　行使罪と行使の目的
事例 2　1　「偽造」の意義
2　作成者の特定――意思・観念の帰属主体
3　名義人の特定――文書上作成者と認識される主体
4　公文書の偽造――公務員の文書作成権限
事例 3　1　偽造の程度　2　コピー文書
3　虚偽公文書作成罪の間接正犯

□ 第 40 講　風俗に対する罪　268
事例 1　1　公然わいせつ罪とわいせつ物頒布等罪の概要
2　わいせつ物頒布等罪の構成要件　3　わいせつ物頒布等罪と共犯
事例 2　1　死体損壊等罪の概要　2　不作為による遺棄

□ 第 41 講　公務執行妨害罪・業務妨害罪　272

事例 1　1　公務の保護と公務執行妨害罪
　　2　職務の適法性（要保護性）　3　適法性の錯誤
事例 2　1　業務妨害罪の行為態様　2　業務と公務

□ 第 42 講　司法に対する罪　276

事例 1　1　犯人蔵匿等罪・証拠隠滅等罪の構成要件
　　2　参考人の虚偽供述と司法に対する罪
事例 2　1　「隠避」の意義
　　2　「犯人」による共犯

□ 第 43 講　賄賂罪　280

事例 1　1　賄賂罪の基本理解　2　一般的職務権限論　3　具体的適用
事例 2　1　職務密接関連行為　2　根拠・類型・判断基準　3　具体的適用
事例 3　1　過去の職務に関する収賄
　　2　将来の職務に関する収賄

判例索引　287

本書を読むにあたって

各講の構成

▶ 事例

各講で理解してほしい点や問題となる点を含む事例を掲げています。
X（Y・Z がいる場合は Y・Z も）の罪責を検討してください（特別法違反については通常検討の必要はありませんが，問題となっている場合は事例の中で言及があります）。
また，http://www.yuhikaku.co.jp/books/detail/9784641139541 において，事例だけをまとめたものを公開していますので，こちらも活用してください。

▶ 解説

事例ごとに，答案を書く前提として必須の基本的知識，その事例の考え方，理解や解答において気をつけたい点などを，判例およびその標準的理解をベースに解説しています。

▶ 本講のポイント

各講の終わりに，その講でおさえておきたいポイントをまとめています。内容の確認や理解の定着につなげてください。

表記について

▶ 法令名

刑法は条文番号のみを記載しています。
そのほかの法律で略語を用いたのは以下のとおりです。

自動車運転死傷行為処罰法	自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律
銃刀法	銃砲刀剣類所持等取締法
振り込め詐欺救済法	犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律

▶ 判例集など

以下の略語を用いて表記しています。

刑録	大審院刑事判決録
刑（民）集	大審院，最高裁判所刑（民）事判例集
集刑	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事判例集
東時	東京高等裁判所刑事判決時報
判タ	判例タイムズ
判時	判例時報
裁判所 Web	裁判所ウェブサイト（https://www.courts.go.jp）
LEX/DB	TKC ローライブラリー（https://www.tkc.jp/law/lawlibrary）
最判解昭和〇年度	最高裁判所判例解説刑事篇昭和〇年度

著者紹介

嶋矢貴之　　しまや たかゆき
神戸大学大学院法学研究科教授
執筆担当講：14〜17，23，27〜30，42，43

小池信太郎　　こいけ しんたろう
慶應義塾大学大学院法務研究科教授
執筆担当講：6〜9，18，22，24，25，31，38

品田智史　　しなだ さとし
大阪大学大学院高等司法研究科准教授
執筆担当講：0〜5，19，32，33，35，40，41

遠藤聡太　　えんどう そうた
早稲田大学大学院法務研究科准教授
執筆担当講：10〜13，20，21，26，34，36，37，39

第1講 因果関係

事例1

Xは，深夜工事現場でAと口論になり，懲らしめる目的で，その場にあった角材でAの頭部を複数回殴って転倒させた後，そのまま立ち去った。数時間後，かねてからAに怨みを抱いているYが偶然その場を通りかかり，殺意なく，動かないAの頭部を角材で数回殴りつけた。AにはXによる暴行により脳内出血が発生しており，その後のYの暴行によって当該出血が拡大し，Aは死亡した。Yの攻撃がなくとも，脳内出血によりAは放置していれば死に至ったが，Yの攻撃はその死期を幾分か早めることとなった。

1 Xの罪責——事例問題の検討にあたって

第0講で述べたとおり，まず，問題文の事実の中から，Xの罪責を問うために，検討の対象とする犯行（ここでは，「XがAの頭部を角材で殴って，その結果としてAが死亡していること」）を特定し，続いて，その事実があてはまるかどうかを検討する構成要件を選ぶ。XがAを攻撃し，実際にAが死亡しているが，Xに殺意を認めることは難しく，殺人罪（199条）は成立しない。そのため，傷害致死罪（205条）の成否を検討することになる。

事例1では，Xの故意の暴行により脳内出血が発生しているので，205条の「傷害し」は問題なく認定できる。本事例において特に検討に値するのは，この傷害と死亡結果との因果関係であり，具体的には，脳内出血の発生後，その場を通りかかったYの故意の暴行という異常ともいえる事情が死亡結果との間に介在していることをどのように評価するかを示す必要がある。因果関係が認められれば，Xには傷害致死罪が成立する（→同罪については第20講も参照）*。

＊ 仮にXに殺意があった場合，Xの行為と死亡結果との間の因果関係という形で問題となるが，基本的に検討する内容は変わらない。

2　因果関係の判断基準――危険の現実化（直接実現型(1)）

因果関係の判断基準として，現在の判例は，行為の危険性が結果へと現実化（実現）したかという「危険の現実化」という基準を用いている*。もっとも，問題文の事実を挙げて，「危険が現実化した」という結論を示すだけでは，十分ではない。「危険の現実化」という基準を具体化し，それとの関係で，各事実がどのような意味を持つと考えたのかという評価を示すことが求められる。

＊　因果関係は，発生した結果を行為に帰属させる役割を持つ要件であるため，実行行為の有する危険性が現実化したため結果が発生したと評価できれば，その実行行為に結果を帰属させることが正当化されると一応説明されている。

行為の危険が結果へと直接実現したといえれば，行為後の介在事情の異常性が高くとも，因果関係が認められる（直接実現型）*。事例 1 類似の事案について，最決平成 2・11・20 刑集 44–8–837 は，「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された」ことを理由に因果関係を肯定した。事例 1 でも，X の殴打は A に脳内出血を生じさせ，それが実際に A の死因であった一方，Y の行為は，A の死因を変更したわけでもなく，死期を幾分か早める程度に脳内出血を拡大させたというわずかな影響しか及ぼしていない**。したがって，X の行為の危険が結果へと直接実現したとして，因果関係は認められる。

＊　危険の現実化の前提として行為と具体的結果との間に条件関係が認められていることが必要だが，特に問題がなければ検討は省略してよい。

＊＊　放置していれば死ぬような傷害であったこと（行為の危険性）だけではなく，傷害が実際の死因であること（その危険の現実化）も示す必要がある。

なお，Y の行為は，X の行為と A の死亡結果との因果関係を判断するにあたっては，影響力はわずかと評価されているが，このことは，Y の行為と A の死亡結果との因果関係を否定することを直ちに意味するものではない。Y の行為によって，A の死期が有意に早められたのであれば，Y にも傷害致死罪の成立を認めることは可能である*。

＊　ここで，死亡結果の二重評価であるという批判はあたらない。1 人の行為者に死亡を要件とする犯罪が 2 つ成立しているわけではなく，共犯関係のない複数人の犯行に死亡結果がそれぞれ帰属しているからである（同時犯）。結果の二重評価が問題となるのは，行為後に行為者自身の行為が介在する場合である。

事例 2
(1) X は，A の自宅で A と口論になり，長時間にわたりビール瓶で A の頭部を殴打し，瓶が割れても殴打を続けた。その結果，割れた瓶の先端が A の首や身体に複数回刺さった。X の行為によって A が受けた刺創は，それ自体として死亡の結果をもたらしうるものであった。A は直ちに救急車で病院に運ばれ緊急手術を受けたため，いったん容体は安定したが，A が医師による絶対安静の指示に従わず暴れるなどしたため，容体が悪化し死亡した。
(2) (1)と同様の経緯で，X が，長時間にわたり A を暴行していたところ，A は，瓶が割れた時点で，隙をみて自宅から逃走したが，X に対し極度の恐怖感を抱き，逃走を開始してから約 10 分後，X による追跡から逃れるため，自宅から約 800 m 離れた高速道路に進入し，自動車に衝突され死亡した。付近には身を隠せる安全な場所も存在していた。

1　直接実現型(2)——事例 2(1)

事例 2 も事例 1 と同じく X に傷害致死罪の成否が問題となる。事例 2(1)では，X のビール瓶での刺傷行為の後で，医師の治療によって A の容体はいったん安定したものの，A が医師の指示に従わないことが治療の効果を減殺するなどした結果，容体が悪化して A は死亡している。では，この場合どのようにして，X の行為と A の死亡結果との間の因果関係が判断されるであろうか。

X の行為の後，A の容体はいったん安定しており，A 自身が安静にしていれば死亡しなかったといえることからすれば，事例 1 と異なり，被害者 A 自身による行為の影響はわずかとまではいえないかもしれない。もっとも，類似の事案についての最決平成 16・2・17 刑集 58–2–169 は，行為による傷害が「それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷」であることから因果関係を認める。本事例においても，A は，X の行為によって死亡の結果をもたらしうる傷害を負っており，結局はその傷害によって死んでいることは間違いない。一方，A の不適切な行為は，X の行為によって生じた危険を減少させなかったという意味しか持っていない*。したがって，X の行為の危険が結果へと直接実現したとして，A の行為の異常性に関わらず，X の行為と A の死亡結果との間の因果関係は認められる。

＊　介在事情が，行為の危険性を減少させなかったという不作為と評価される場合，当初の行為の危険性が死亡結果に影響を及ぼすものであれば，基本的に因

果関係は否定されない。

事例 1 と事例 2(1)をまとめると，行為と介在事情の影響を比較して行為の影響力が結果発生にとって決定的であるといえれば，直接実現型として，介在事情の異常性を問わず因果関係は肯定されることになる。

2　間接実現型(1)(誘発型) ――事例 2(2)

事例 2(2)では，X の行為は(1)と同じであるが，それによって A が傷を負って死亡したのではなく，X の追跡から逃れるための A の行為が A 死亡の直接の原因となっている。そのため，X の行為の危険が A の死亡結果に直接実現したと評価することはできない。もっとも，介在事情が結果の直接の原因であったとしても，そのような介在事情の発生が行為の危険性に基づくものであれば，行為の危険性が介在事情を介して結果へと間接的に実現した場合（間接実現型）として危険の現実化による因果関係が認められている。

行為者の行為が被害者や第三者に物理的・心理的に影響を及ぼした結果として介在事情が発生するというのが間接実現型の例の 1 つである*。この場合は，行為による被害者・第三者への物理的・心理的影響と介在事情の関連性を見て判断することになる**。本事例において，身を隠せる安全な場所（他の合理的な逃走手段）があったことからすれば，高速道路への進入という A の採った行動は適切であったとはいいがたい。しかし，A は X による長時間の暴行の結果極度の畏怖状態にあったことからすれば，A が追跡を免れるためにこうした不適切で危険な手段を選択することも考えられないわけではない***。そうすると，A の行動という介在事情は，X の行為の危険性に基づいて発生したものといえる。したがって，X の行為の危険性が A の行動を介して結果へと実現したとして，因果関係が認められる。

＊　このような類型の場合，判例においては行為が介在事情を「誘発した」という表現が用いられることがある（最決平成 4・12・17 刑集 46–9–683 等)。

＊＊　ここでは，行為が結果を直接引き起こす危険を持っているかどうかという点は，必ずしも重要ではなく，行為が介在事情にどのような影響を及ぼしたのかが判断の焦点である。

＊＊＊　本事例のモデルである最決平成 15・7・16 刑集 57–7–950 は，介在事情である被害者の行動が「著しく不自然，不相当であったとはいえない」という評価でも因果関係を認めている。

事例 3
(1) X は，A を拉致するため，A を拘束して自動車の後部トランクに押し込んだ。その後，X は，車を道路（片側 1 車線のほぼ直線の見通しのよい道路）上に停車させた。数分後，X 車の停車地点の後方から Y の車が走行してきたが，Y は，携帯電話の画面を見ていて X 車に気づかず，時速 60 km で同車の後部に衝突した。衝突の衝撃でトランク内の A は死亡した。
(2) X は，Y を助手席に乗せて自動車を運転中，前方不注視により，自転車に乗っていた A に自車を衝突させた。A は衝突によって X 車に跳ね上げられたが，X はそのことに気づかず運転を続けた。その後，Y が，A の存在に気づいてパニックになり，自動車の屋根から A の身体を引きずりおろし，道路に転落させた。A は，頭部打撲に基づく脳くも膜下出血によって死亡したが，死因となった頭部の傷害は，Y の行為により生じたものであった。

1　間接実現型(2)(危険状況の設定)

事例 3(1)では，X に監禁致死罪（221 条）の成否が問題となるが，X のトランク監禁から直接生じる物理的影響力（例えば酸欠）によって A が死亡したわけではない。また，Y の過失は運転中の携帯電話利用による前方不注視であり，X が車を停車させた位置からしても，交通事故が X の監禁行為から誘発されたとはいいがたい[*]。もっとも，最決平成 18・3・27 刑集 60–3–382 は，類似の事案で，死亡原因が直接的には第三者の甚だしい過失行為にあるとしながらも，「道路上で停車中の……自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為」と死亡結果との間に因果関係を認めている。この判断は以下のように説明される。トランク監禁には，酸欠などの危険のほかに，車のトランクが（座席とは異なり）構造上衝突に対してぜい弱で，そこに人が入れられれば衝突から著しく無防備になるという危険も含まれる。そのため，道路上で停車中の車のトランクに被害者を監禁するという行為は，交通事故の発生が社会的に見てありうることからすれば，衝突事故を介した死亡という高い危険性を有している。そして，実際に衝突事故で A が死亡しているのだから，X のトランク監禁行為による危険が結果へと実現したと評価できる。このように，介在事情と行為との結びつきが弱い場合でも，行為によって，介在事情による結果実現の危険性がある状況が設定され，その危険が実現した場合には，因果関係が認められる。[**]

＊　これに対して，X が，道路の真ん中など，道路交通上危険な場所に車を放置した結果，後続車両が衝突したなどの場合であれば，交通事故自体が X の行為により誘発されたとして，危険の現実化が認められる。

＊＊　Y には過失運転致死罪（自動車運転死傷行為処罰法 5 条本文）が成立する。

2　危険の現実化が否定される事例

事例 3(2)では，X に過失運転致死罪の成否が問題となるが，本事例のモデルである最決昭和 42・10・24 刑集 21–8–1116[*] は，被告人（本事例の場合 X）の行為から結果の発生することが経験則上当然に予想しえられるものではないとして因果関係を否定している。この結論は，危険の現実化の基準からは，以下のように説明しうる。X の車による衝突行為は危険かもしれないが，A はその衝撃により死亡したわけではないので，直接実現型とは評価できない。また，Y は，パニックになっていることを考慮しても，車から人を引きずりおろす行為はきわめて異常なものといえる（加えて，Y の故意による結果惹起行為をありうる介在事情であるとして，X の行為を危険状況の設定と評価することもできない)。したがって，間接実現型とも評価できず，X の行為と A の死亡との間に因果関係を認めることはできない。[**]

＊　本決定の事案は，A の死因となった傷害が X と Y のどちらの行為から生じたものか確定しがたいというもので，本事例と異なるが，「疑わしきは被告人の利益に」の原則からは，X の罪責を判断する際には，X に不利にならないよう，X の行為ではなく，Y の行為から生じたものと認定されることになる。

＊＊　Y には殺人罪か傷害致死罪が成立する（責任能力は問題とならない)。

3　危険の現実化の考慮要素

危険の現実化の考慮要素として，①行為の危険性の大小，②介在事情の寄与度の大小，③介在事情の異常性の大小（経験則上予想できるか），が示されることがある。それらが分析の道具として有用であることは間違いないが，用法には注意が必要である。まず，①〜③の大小を示しただけでは十分ではなく，その大小からどのような意味で危険の現実化が認められるかを示す必要がある。また，①については，危険の結果への実現を判断するために，行為のどの危険を取り上げるのかを吟味する必要がある。例えば，事例 3(2)で，X の衝突行為自体の持つ死亡結果発生の危険性を取り上げても適切な結論は導き出せない。

事例 4

Xは，路上でAと口論になり，かっとなってAの顔や頭部を複数回殴打した。Xの攻撃は，それ自体としては致命傷となるものではなかったが，Aには頭部に高度の病変があり，その病変がXの暴行と相まって脳組織の崩壊を引き起こした結果，Aは死亡した。XはAの病変を知らず，一般人にも知ることは不可能であった。

1　被害者の病変（身体的素因）の考慮

事例4のXの暴行は，それ単独では死亡結果をもたらす危険性はなく，Aの病変と相まって初めてAの死亡結果をもたらした。このような場合に，因果関係を認めることはできるであろうか。この問題は，危険の現実化という判断基準においては，行為の危険性を判断する際に，被害者の病変という事情を考慮に入れてよいかどうかという問題（判断基底の問題と呼ばれている）として整理できる。危険の実現はあくまで客観的に判断するということであれば，被害者の病変について，行為者や一般人の予見（可能性）を問題にすることなく，その事情を含めて行為の危険性を判断することになる。判例（最判昭和25・3・31刑集4–3–469等）も，このような類型で一貫して因果関係を認めている。

この考え方によると，事例4では，Xの行為の危険性はAの病変の存在も含めて判断されるため，高度の病変を有するAに対する暴行という行為の危険性がA死亡という結果へ実現したとして因果関係は認められる。Xは，Aの病変を認識していないが，少なくとも暴行の故意があり，それによる傷害，そして死亡が発生しているため，Xには結論として傷害致死罪が成立する（死亡結果の予見可能性の有無に関わらず，判例は，結果的加重犯の成立を認める。→第3講参照）。

2　補論――相当因果関係説

かつての学説においては，相当因果関係説という見解が有力であった。この見解は，大まかに言えば，条件関係を前提に，行為から結果が生じることが相当（経験的に通常）であるといえる場合に因果関係を認める見解である。この見解においては，相当性を判断するための判断資料として，どのような事情を考慮するか否か（判断基底論）が重要であり，それについて激しい争いがあっ

た。有力であったのは，折衷説と客観説で，前者は，行為時に一般人が認識できた事情および行為者が特に知っていた事情を考慮に入れて相当性を判断する見解である。後者は，行為時に存在していた事情をすべて考慮して相当性を判断する見解である。事例 4 について，客観説であれば，A の病変を考慮に入れてよいので，X の行為から結果が発生するのは相当であるのに対し，折衷説の場合，一般人が知ることができず行為者 X も知らない A の病変を考慮に入れることはできないため，X の行為から結果が発生するのは相当といえないことになる*。

＊　事例 1〜3 のような行為後の介在事情の場合，相当因果関係説の上記規範がどのように適用されるかは必ずしも明確ではなく，そのこともあって，現在では危険の現実化という基準が一般的になっている。

本講のポイント

□1　因果関係は，結果犯の場合に，行為と結果との結びつきを示すものとして必要な構成要件要素である。因果関係が否定される場合，未遂処罰規定があれば未遂犯の成立が考えられる。

□2　因果関係の判断基準は，行為の危険が結果へと実現したか（危険の現実化）であるが，その基準の具体化が必要である。

□3　行為の危険が結果へと直接実現したといえれば，行為後の介在事情の異常性に関わらず，危険の現実化が認められる（直接実現型）。その判断のためには，行為と介在事情それぞれの結果への影響を分析する必要がある。

□4　行為の危険性が介在事情を介して結果へと間接的に実現した場合（間接実現型）にも危険の現実化は認められる。その例として，行為者の行為が物理的・心理的に影響を及ぼし介在事情を発生させたといえる場合がある。また，介在事情の一定の発生可能性を前提に，行為によって，介在事情により結果が実現する危険のある状況が設定されたといえる場合にも，危険の現実化は認められる。

□5　被害者の病変については，判例は，行為時に存在する客観的事情のすべてを考慮し，一般人が知りえたか，行為者が知っていたかは考慮しない。

第7講 正当防衛

事例1

Xは，通行人Aと路上で肩が触れたことがきっかけで，口論になった際，Aから手拳で顔面を殴打された。その後，次の事実が生じた（各事例は独立したものとする）。

(1) AはXを殴った後，走って逃げ去ろうとしたが，Xはこれを追いかけて，50m先の路上で追いつき，Aの顔面を手拳で殴打し，軽傷を負わせた。

(2) Xは，とっさにAの顔面を手拳で殴打し返し，軽傷を負わせた。

(3) Xは，Aの言動に憤激し，顔面を手拳で殴打し，軽傷を負わせた。

(4) Xは，逃げようとしたが，体格で自己を圧倒し，腕っぷしでもかないそうもないAにさらに迫られたため，その日バーベキューで使うために所持していた包丁を取り出して両手で構え，Aに対し，「それ以上近づくな。切られたいのか」と語気鋭く申し向けた。

(5) Xは，Aの顔面を手拳で殴打したところ，Aはよろよろと後退し，バランスを崩して倒れ，たまたま停められていた車のバンパーに頭を強打し，全治2か月の重傷を負った。

1 正当防衛の成立要件

Xの事例1(1)(2)(3)(5)の行為は傷害罪（204条）の構成要件に該当し，事例1(4)の行為は脅迫罪（222条1項）の構成要件に該当するが，それぞれ正当防衛として違法性が阻却されないかが問題となる。

正当防衛の成立要件は，①「急迫不正の侵害」に対し，②「自己又は他人の権利を防衛するため」，③「やむを得ずにした」行為であることである（36条1項）*。

＊ 正当防衛の成立には，①②③すべての充足を要する。①②を充足し，③のみ充足しない場合，正当防衛とはならず，犯罪の成立が認められるが，「防衛の程度を超えた行為」として，刑が任意的に減軽または免除される（36条2項。

これを過剰防衛という)。事例問題では，行為が正当防衛に当たり犯罪不成立となるか，正当防衛には当たらず犯罪は成立するが過剰防衛として刑の任意的減免となるか，それにすら当たらない（「単なる犯罪行為」「単なる違法行為」）かを答える必要がある。

2 「急迫不正の侵害」

「急迫」不正の侵害を認めるには，違法な法益侵害が，現に存在するか，または間近に押し迫っていることを要する（最判昭和 46・11・16 刑集 25–8–996)。これにより，将来の（開始前の）侵害に対する先制攻撃や過去の（終了した）侵害に対する報復攻撃が排除される。

事例 1(1)では，X を殴った A は走って逃げ去ろうとしており，X がこれ以上 A に殴られるおそれはなくなっているという意味で，侵害は終了している。これをわざわざ追いかけて殴り返す行為は正当防衛（・過剰防衛）たりえないから，X には単なる犯罪行為としての傷害罪が成立する。

これに対し，事例 1(2)〜(5)では，X の行為の時点で，A がさらに X を殴打するおそれがあり，侵害は終了していないから，「急迫不正の侵害」の要件は充足される。

3 「防衛するため」——防衛の意思

「防衛するため……にした行為」としての性格を認めるには，行為が客観的に防衛に向けられたものであることに加えて，防衛の意思に担われていることを要するというのが，判例・多数説の立場である。

防衛の意思が認められるためには，最低限，急迫不正の侵害に当たる事実を行為者が認識している必要がある。侵害の事実を認識せず，単に相手を攻撃したところ，その相手がまさにその瞬間，行為者に侵害を加えようとしていたため，客観的には防衛の効果が生じたという場合（これを「偶然防衛」という）には，防衛の意思が否定され，正当防衛は成立しない。

問題は，侵害の事実の認識に加えて，どのような心理状態があれば，防衛の意思が肯定または否定されるかである。

まず，事例 1(2)の X は，「とっさに」殴打し返しており，身を守る目的をはっきりと自覚していない可能性があるが，そうした場合にも防衛の意思は否

定されない。防衛行為は緊急状況で反射的・本能的に行われるのがむしろ通常であり，そうした場合を除外するのは不合理だからである。

また，事例1(3)のXは，「憤激」して反撃行為に出ているが，憤激または逆上したという事情があっても，防衛の意思が直ちに否定されることはなく，防衛の意思と攻撃的意思は併存しうると解されている（前掲最判昭和46・11・16，最判昭和50・11・28刑集29–10–983，最判昭和60・9・12刑集39–6–275）。いわれのない侵害を加えてきた相手に対して怒りを覚えるのは当然であり，そのような自然な心情に基づく行為を正当防衛から除外するのはやはり不合理だからである。

ただし，攻撃的意思を伴った防衛行為というにとどまらず，「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」や「専ら攻撃の意思」による行為については，防衛の意思が否定されると解されている（前掲最判昭和46・11・16，前掲最判昭和50・11・28，前掲最判昭和60・9・12参照）。具体的には，軽微な侵害に対し，防衛に必要な程度を著しく超えて，一方的ないし執拗な反撃を意図的に加える場合のように，行為者が侵害の事実を認識はしているが，その侵害から身を守ることへの関心はなく，相手を徹底的に痛めつけることにのみ関心を向けていると評価されるとき（「口実防衛」などとも呼ばれる）には，防衛の意思を欠き，正当防衛（・過剰防衛）の成立が否定される＊／＊＊。

＊　そのような場合，いずれにせよ防衛行為の相当性（→4）を欠き，正当防衛は成立しないが，防衛の意思を認めないことにより，防衛行為としての基本的性格を否認し，過剰防衛の成立をも否定できることに意味がある。

＊＊　なお，後述（→56頁）のように，事前に侵害を予期した上で，積極的加害意思をもって臨んだ場合，急迫性の要件が否定される。それに対し，現に侵害に直面した段階で，「専ら攻撃の意思」で反撃した場合，防衛の意思が否定される。急迫性を否定する積極的加害意思は，侵害に臨む前の意思を，防衛の意思を否定する「専ら攻撃の意思」は，現に反撃行為をする際の意思を，それぞれ問題にするという意味で，いわば基準時が異なる。

このような理解を受けて，防衛の意思は，「侵害に対応する意思」「侵害を意識しつつ，これを避けようとする単純な心理状態」「侵害を排除して権利を防衛することを少なくとも反撃理由の1つとする意思」などと定義される。いずれによっても，防衛の意思が実際に否定されるのは，前述したような例外的な場合にとどまる。事例1(2)〜(5)のように特段の事情の記載がなければ，

防衛の意思は肯定して，次の要件の検討に進むことになる。

4 「やむを得ずにした」――防衛行為の相当性

「やむを得ずにした」とは，反撃行為が，「権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること，すなわち……侵害に対する防衛手段として相当性を有する」ことをいう（最判昭和 44・12・4 刑集 23–12–1573）。

防衛行為の相当性は，①侵害にさらされている法益の種類，侵害の態様や強度等，②反撃行為の向けられた法益の種類，反撃の態様や強度等，③より危険性の低い反撃手段を採ることの容易性などを考慮して判断される。その判断に際しては，いわゆる武器対等の原則が一応の指針となり，侵害と同程度の反撃については，相当性が肯定されることが多い。事例 1(2)(3)のように，素手で殴られたのに対し，素手で応戦し，軽傷を負わせたという場合，防衛行為の相当性が肯定されやすいといえる。

ただ，武器対等の原則は，一応の指針であり，絶対的な基準ではないことに加えて，「素手対素手」「素手対凶器」といった形式的な対比ではなく，凶器の使い方なども含めた実質的な対比をしなければならないことに注意したい。例えば，事例 1(4)の X は，素手による侵害に対し，包丁を持ち出しているが，体格・体力で自己を圧倒する相手を威嚇するために用いているにとどまる。そのように，「危害を避けるための防御的な行動に終始していた」（最判平成元・11・13 刑集 43–10–823）場合には，相当性は基本的に肯定される。

また，判例の立場によれば，あくまで手段としての相当性が問題であり，相当な「反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても……正当防衛行為でなくなるものではない」（前掲最判昭和 44・12・4）。これによれば，素手で殴打し返す反撃行為が相当と評価されれば，事例 1(5)のように運悪く重傷に至ったとしても，そのこと自体から過剰防衛とされることはない。ただし，例えば，防衛行為者が，相手が背後の硬い壁に頭部を打ちつけることが容易に想定される状況でその顔面を強打して現に重傷を負わせるなど，反撃手段の危険性の大きさを裏づける形で重大な結果が生じた場合は，話は別である。そうした場合に，相手との力関係等から，より危険性の低い手段を採りえたのであれば，相当性が否定され，過剰防衛となることもありうる。

第20講 暴行罪・傷害罪

事例 1
(1) X は，就寝中の A の頭髪を根元からハサミで切除した。
(2) X は，驚かす目的で，A の目の前で，日本刀を素早く振り回した。
(3) X は，A の耳元で，ブラスバンド用の大太鼓や鐘を連打した。
(4) X は，お清めと称して，嫌がる A の頭に塩をひとつまみ振りかけた。

1 身体的利益の保護と暴行罪・傷害罪

刑法典は，人の身体に関わる利益（身体的利益）を保護法益とする犯罪として，暴行罪（208 条）と傷害罪（204 条）の 2 つの類型を設けている。身体的利益には，健康状態を維持する利益のほか，髪型など身体の外形的なあり方を決定する利益など，様々なものが含まれうる。現在の判例・多数説は，こうした多元的な身体的利益のうち，人の生理的機能（生活機能）に障害を与え，健康状態を悪化させる行為を傷害罪として重く処罰し，それ以外の身体的利益を害しうる行為を広く暴行罪として捕捉する。これに従えば，事例 1(1)の頭髪を切除する行為は，生理的機能に障害を与えるものではなく，健康状態を悪化させたとはいえないから，傷害罪ではなく暴行罪が成立しうるにとどまる。

2 「暴行」の範囲

暴行罪における「暴行」とは，他人の身体に対する有形力の行使をいう。暴行罪は，傷害に至らない身体への攻撃を独立の処罰対象とすることで，身体的利益を広く保護しようとするものであり，ここでいう有形力には，殴る，蹴るといった力学的作用のほか，音，電気，光など，身体的利益を害しうる物理的作用（物理力）一般が含まれると解されている。もっとも，このように有形力を広く捉える場合，「暴行」として捕捉されうる範囲は大きく広がることになる。そこで学説では，いくつかの観点から，「暴行」と評価される有形力の行

使の範囲を処罰に値する行為に限定しようという試みが有力である。

このうち，①「暴行」の要件として有形力の身体的接触が必要かについては古くから争いがあるが，判例はこれを不要と解している。身体の健康や安全，自由を十分に確保するためには，身体とあわせて，それに近接した空間についても保護の対象に含めるのが合理的であり，身体的接触のない有形力の行使でも，その作用が身体に近接した空間に及ぶ場合には，「身体に対する」ものとして，処罰に値する暴行と解されよう。事例 1(2)で X が振り回した日本刀は，A の身体には接触していないものの，その振り回しの作用は A の身体に近接した空間に達しており，A の「身体に対する」有形力の行使と評価できるから，暴行罪が成立する。

②学説では，有形力の行使に傷害の危険性を要求する見解も有力であるが，このように解すると，事例 1(1)の頭髪切除行為のように，傷害の危険性はないものの身体接触の程度が大きい行為が（傷害罪にもなりえない結果として）無罪になるなど，暴行概念が過度に限定されるという問題がある。生理的機能（健康状態）のほか，身体の外形的あり方を決定する利益も暴行罪による保護に値する身体的利益というべきであり，(1)の行為にも暴行罪が成立すると解すべきである。

以上のような理由から，多数説において，①身体的接触と②傷害の危険性は，「暴行」に不可欠の要件ではないが，その有無と程度は，③有形力の性質や作用の対象・強度などとともに，有形力の行使の可罰性を判断するための重要な考慮要素と位置づけられる。事例 1(3)は，耳元で太鼓等を連打する点で，音声による鼓膜への作用の強度が生活騒音のレベルを大きく上回っているほか，状況次第では，聴覚異常などの傷害のおそれも肯定しうることから，十分な可罰性が認められ，暴行罪が成立する。これに対し，事例 1(4)は，身体的接触があるものの，傷害の危険性はない上，ひとつまみの塩が身体に与える衝撃は極めて軽微なものにとどまるから，十分な可罰性を欠き「暴行」に該当しないというべきであろう*。

＊　福岡高判昭和 46・10・11 判タ 275–285 は，受忍すべきいわれのないことに加えて，不快嫌悪の情を催させることも指摘して，塩まき行為につき暴行罪の成立を認めているが，不快感を身体的利益の侵害に含めるのは困難である等の理由から，これを重視して暴行罪の成立を認めることには批判が強い。

事例 2
(1) Xは，驚かす目的でAの数歩手前にこぶし大の石を投げたところ，驚いたAは後ろに転倒して後頭部を強打し，頭蓋骨骨折の重傷を負った。
(2) Xは，隣人Aに嫌がらせをする目的で，隣家に接した窓の付近に複数の目覚まし時計を置き，1年半にわたって，早朝から深夜まで時計のアラーム音を大音量で鳴らし続けるなどしたところ，Aは精神的ストレスにより，全治不詳の慢性頭痛症，睡眠障害，耳鳴り症の傷害を負った。
(3) Xは，大学病院内で休日当直医として勤務していたAに睡眠薬を混ぜた菓子を食べさせたところ，Aは約6時間にわたり意識障害に陥った。

1 暴行の結果的加重犯としての傷害罪——事例 2(1)

傷害罪における「傷害」とは，判例・多数説によれば，生理的機能（生活機能）に障害を与え，健康状態を不良に変更することをいう（最決昭和 32・4・23 刑集 11–4–1393）。傷害罪は，①傷害の故意で傷害結果を惹起した場合（故意犯類型）のほか，②暴行の故意で傷害結果を惹起した場合（暴行の結果的加重犯類型）にも成立すると解されている。暴行により「人を傷害するに至」った②の場合に暴行罪の成立を認めることは 208 条の文言上困難である一方で，傷害の故意を欠くとして過失傷害罪（209 条）にとどめると「人を傷害するに至らなかった」点で犯情が軽いはずの単純な暴行罪のほうが重く処罰される不均衡が生じるからである。

結果的加重犯の加重結果につき過失を不要とする判例の立場を前提にすると（→第 3 講），暴行の後に傷害が生じた事案では，当該暴行の危険が当該傷害結果へと現実化したこと（因果関係）のほか，暴行の故意が認められる限り，傷害罪の成立が認められる。事例 2(1)の投石行為は，客観的には転倒による傷害の危険性をも認めうる行為であるが，驚かす目的のXにはその認識が欠けている疑いが残る。しかし，石の大きさのほか，投げた石がAの手前という身体に近接した空間に達することにつき十分な認識があるから，多数説（→事例 1）による限り，「暴行」該当性を基礎づける事実の認識すなわち暴行の故意が認められ，Xに（暴行の結果的加重犯としての）傷害罪が成立する*。

＊ なお，事例 2(1)において，頭蓋骨骨折が原因でAが死亡した場合には，Xに傷害致死罪（205 条）が成立する。このように傷害罪の結果的加重犯である

傷害致死罪は，「暴行罪の二重の結果的加重犯」としての性格も有する。

2　暴行によらない傷害――事例 2(2)

傷害罪は，実行行為の態様が限定されておらず，暴行以外の手段によって傷害結果を惹起した場合にも成立する。もっとも，この場合，暴行の結果的加重犯ではないから，原則どおり，傷害結果の惹起について故意が認められる必要がある。事例 2(2)の行為は，A の身体（鼓膜）に対して音声という物理力を行使するものといいうるが，隣家の窓から A の鼓膜に届く時計のアラーム音の物理的な空気振動は，耳元で太鼓等を連打する行為（→事例 1(3)）などと異なり，なお生活騒音のレベルにとどまり「暴行」と評価しえない疑いが残る。そうすると，X に傷害の故意が認められるか否かが重要な問題となるが，1 年半の長期にわたり早朝から深夜まで複数の時計のアラーム音を鳴らし続ける行為は，A に対し強い精神的ストレスを与え，これに起因する生活機能の障害を惹起しうる客観的な危険性を有するものであり，こうした行為を意図的に行った X には当該危険性を基礎づける事実の認識があったといえるから，傷害の故意が認められ，傷害罪が成立する（最決平成 17・3・29 刑集 59–2–54）*。

＊　精神的ストレスと「傷害」の関係につき，多数説は，精神的機能も身体の生理的機能の一部と考えられること等の理由から，精神的ストレスが外傷後ストレス障害（PTSD）のような形で被害者の生活機能に具体的な支障を生じさせた場合には「傷害」になりうると解している（最決平成 24・7・24 刑集 66–8–709 も参照）。

3　傷害の程度――事例 2(3)

生理的機能の障害の中には，日常生活で意識されないか看過されるほど軽微なものもありうるが，この程度の障害は，一般に可罰性が低い上，暴行に伴って常に生じうるともいえ，暴行罪の限度で処罰すれば足りるとも考えられる。そこで学説では，日常生活への影響や治療の要否，障害の継続性などの観点から，「傷害」の範囲を限定する見解が有力である。事例 2(3)の意識障害は，脳の血流低下による一過性の意識消失とは異なり，6 時間にわたって継続している上，勤務中に生じており日常生活への影響も大きいことから，軽微な障害とはいえず，「傷害」に当たるといえよう（最決平成 24・1・30 刑集 66–1–36）*。

＊　「傷害」に必要な障害の程度は，傷害罪と他罪で異なりうる（→第 29 講）。

第27講 強盗罪

事例 1
(1) Xは，Aに対し，次の手段を用い，金銭を得た（各事例は独立したものとする）。
（ア） 刃渡り 15 cm のサバイバルナイフを突きつけ金銭の要求をした。
（イ） 一人暮らしのA宅に侵入し，就寝中のAを起こし，口を押さえつけ「動くな，殺すぞ」と述べ，金銭の要求をした。
（ウ） 仲間数名とともに，無抵抗になるまでAを手拳で激しく殴打した上でそのポケットから財布を抜き取った。
（エ） Aが不倫をしている事実をばらすと述べて，金銭の要求をした。
（オ） 電話で「金を払わなければぶっ殺す」と執拗に怒鳴りつけた。
(2) Xは，1人で車を走行させ，白昼路上で，自転車に乗っていたAに道を尋ねるふりをして声をかけ停車させ，その自転車の前かごに入っていたハンドバッグを奪おうとしたが，留め金がかごにひっかかり，Aは転倒した。起き上がったAは，バッグを摑んで引っ張り返して奪われまいとしたが，Xは，そのまま車を発進・加速してAを引きずりながら走行し，路上，車体，電柱などにその身体を激突させ，Aが手を離したバッグを奪い去った。
(3) Xは，自己に対する金銭債務（300 万円）をいつまでも返済しない債務者Aからそれを取り立てるべく，Aを拉致監禁して，激しい殴打を加えるなどして返済を約束させて解放した。Aは3日後，その債務を全額弁済した。

1 強盗罪の基本要件

強盗罪（236 条 1 項）が成立するには，①他人の財物を，②暴行・脅迫を用いて，③強取する必要がある。このうち，②暴行・脅迫については，一般的に反抗抑圧に足る程度の暴行・脅迫である必要があり（最判昭和 24・2・8 刑集 3–2–75：具体的被害者の主観ではなく客観的基準によるべきとする），この点の判断

を通じて，同じく暴行・脅迫を手段とする恐喝罪（249条），有形力を行使するひったくり型の窃盗罪（235条）と区別されることとなる。また，その暴行・脅迫は③強取に向けられていることが必要であり，財産取得のためのものではなく，強盗の犯意のない場合には，強盗罪との評価はできない。

2　恐喝との区別――事例1(1)

一般論としては，暴行・脅迫の態様，それが行われた時間的・場所的状況，被害者の抵抗能力などの考慮要素を勘案し，その程度が反抗抑圧に足る程度であったか否かにより強盗と恐喝は区別されることとなる。ただし，事例1(1)のうち，(エ)のように，脅迫により告知された加害内容が名誉（ほか信用や財産）等にとどまる場合，および(オ)のように，直接加害の可能性がない遠隔からの脅迫の場合は，被害者がそれに対し，抵抗しがたい強い恐怖を抱いたとしても恐喝にとどまる。客観的に反抗抑圧に足るとの評価ができないからである。

他方で，(ア)のように，暴行・脅迫の態様として，生命・身体に対する強い加害能力を有する凶器等を用いて行われた場合には，それ以外の考慮要素はあまり問題とならず，強盗となる。本物と感じられるおもちゃの凶器が用いられた場合も，被害者の受け止めにおいて等しいという観点から，同様である。ただし，判例によれば，これらの手段で被害者の反抗が実際に抑圧されず，畏怖程度にとどまったとしても，強盗既遂となるが，学説の多数は，実際に被害者が反抗抑圧された上で，財物等が奪われなければ，強盗未遂にとどまるとする点は注意をしたい。被害者が対抗可能と考えた場合や凶器がおもちゃであるか半信半疑であった場合などには，学説によれば，強盗罪所定の因果関係や強取を欠くなどの理由から，結論が異なる可能性がある。

また，凶器を用いずとも，前記考慮要素を総合して，(イ)のように，被害者に強い心理的恐怖を与える場合や，(ウ)のように，被害者の物理的な抵抗能力を奪ってしまう場合にも，通常は強盗となる。(イ)のような場合には，周囲の助けがありうる時間帯・場所であるか否かの点や，行為者と被害者の年齢・性別・身体能力の相違を，具体的に検討していくことになる。(イ)の場合，多くは強盗を肯定することが可能と思われるが，事例を変え，白昼に人通りのある公園のベンチで寝ている男性に対して同様のことが行われたとしても容易には強盗とはなりえない。また，(ウ)の場合，前記考慮要素のほか，実際の状況の

推移も重要となろう。多数人に囲まれて少し小突かれた時点で被害者が金銭を差し出したり，被害者が早々に行為者らを撃退・鎮圧したりした場合には，恐喝にとどまることが多いと思われる。

以上の意味で，生命・身体等への直接加害の可能性のある状況下で，それらが脅かされると被害者において強く感じうる手段が実際に用いられたか否かが「反抗抑圧に足る」か否かの判断のポイントであるといえよう。

3　窃盗（ひったくり）との区別――事例 1(2)

ひったくりの場合にも，被害者に対し，財物を奪う有形力が行使されており，その点を見れば，暴行により財物を得たと評価して，強盗となるのではないかと思われる。しかし，有形力の行使の対象が専ら財物に向けられ，その作用が人に及ばない場合，あるいは及んでいたとしてもその作用が大きくない場合には，「反抗抑圧に足る暴行・脅迫」があるとはいえない。

(2)の事例において，仮に，前かごに入っていたバッグを，スムーズに X が奪い去ることに成功した場合には当然に窃盗にとどまるし，また，A を転倒させた後に，スムーズに奪えたという場合も，転倒させることが反抗抑圧に足る暴行かという問題があるのはもちろん，その点を認識・予見していない場合の X に強盗の犯意があるとはいいがたく，強盗は成立しがたい。

もっとも，ひったくり中の財物をめぐる闘争が発展し，財物にとどまらず，被害者の身体に対して直接加えられた有形力が，反抗抑圧に足る程度との評価をできる場合には，強盗罪が成立する（最決昭和 45・12・22 刑集 24–13–1882）。事例 1(2)の後半において，X が車を発進して A を引きずる行為はバッグを通じて A に作用する暴行に当たり，かつ各所に身体をぶつけていることから反抗抑圧に足る程度との評価は可能であり，それらを X が認識している以上は故意もあり，強盗既遂が成立する。なお，最初の転倒と後半の引きずりにより，それぞれ A に負傷が生じたとしても，引きずりによる負傷（と証明できた部分）についてのみ強盗致傷（240 条）が成立する点には注意したい（→第 29 講参照）。

4　解放と「強取」――事例 1(3)

正確には「強取」の問題（→事例 3）であるが，(3)のような解放後の財産取得を「強取」と解しうるか，またそのような財産取得に向けられた暴行・脅迫

が「強取」に向けられたものと評価でき，強盗の実行行為と解しうるかという問題もある。裁判例では，解放された場合や，解放後の取得を予定した暴行・脅迫の場合には，その程度がかなり強度でも強盗（既遂）を認めることに慎重なものがある。暴行・脅迫による影響下の財産取得と評価できない，あるいは反抗抑圧状態下での財産取得のみ「強取」と評価されるなどの理解が基礎にあると思われる。

ただし，解放後も，行為者側の関係者が付き添い監視し続けるなど被害者の反抗抑圧状態が継続しているといえる場合，あるいは反抗抑圧状態の継続を可能とするような（＝一般に強盗が認められる以上に強力な）反抗抑圧に足る暴行・脅迫があったといえる場合には，強盗が認められる可能性はある。

(3)の場合には，解放後，数日間にわたり反抗抑圧状態が継続するほど強力な暴行・脅迫であるとの評価が可能と考え，かつ強盗としてはそれで足りると解すれば強盗罪が成立する。それに対して，そこまでの暴行・脅迫と評価できない，あるいは「強取」は少なくとも行為者の暴行・脅迫状態下でなされる必要があると解すれば，強盗は成立せず，恐喝罪にとどまることになる。その場合，傷害を生じさせていれば，別途傷害罪（204 条）が成立する（行為が恐喝罪と共通していれば，観念的競合となる）。

なお，X が意図しているのは債権の取立てであり，違法性阻却が問題となりえなくはないが，このような態様の取立てが社会的に許容されるものとは評価できないであろう。

徹底チェック刑法――基本をおさえる事例演習

2022年6月10日　初版第1刷発行

著者　嶋矢貴之
小池信太郎
品田智史
遠藤聡太

発行者　江草貞治

発行所　株式会社有斐閣
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町2-17
http://www.yuhikaku.co.jp/

印刷　株式会社理想社
製本　大口製本印刷株式会社

©2022, Takayuki Shimaya, Shintaro Koike, Satoshi Shinada, Sota Endo. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978-4-641-13954-1

JCOPY 本書の無断複写（コピー）は，著作権法上での例外を除き，禁じられています。複写される場合は，そのつど事前に，（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX 03-5244-5089, email: info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。