

## 第3版 はしがき

本書の第2版を上梓してから約5年の月日が経過したが、幸いにも予想を超える多くの読者に恵まれた。大学での授業テキストに指定いただいたり、司法試験や予備試験の受験生の基本書として利用されることが多く、刑法基本書の定番として多くの皆さんに愛読されるに至っている。これも、「判例実務」の視点から「具体的事例を通して刑法を理解する」という類書にはない本書の特徴が評価されたことによるものと思われる。

しかし、この5年の間に、刑法典の改正があっただけでなく、学習上欠かすことのできない重要な判例が出され、本書の情報を最新のものにアップデートする必要が出てきた。また、解説の仕方にも一層工夫を加え、読者の学習効率を少しでも高めたいと考えるに至り、この機会に第2版の内容を見直し、全面的な改訂を行うことにした。

具体的には、第1に、2022（令4）年6月に「刑法等の一部を改正する法律」が成立し、その一部が翌月施行された。これにより侮辱罪の法定刑が引き上げられたので、それに関連する箇所の説明を改めた。なお、この改正では懲役と禁錮が「拘禁刑」という新しい刑罰に一本化されることになったが、施行が2025（令7）年の予定であるため、今回の改訂には取り入れなかった。

第2に、同時傷害の特例に関する最高裁判例（最決令2・9・30刑集74巻6号669頁）をはじめ近時の重要な判例の情報をフォローし、最新の判例実務の考え方が良くわかるように説明を加えた。

第3に、本書を用いて学部や法科大学院で授業を担当した経験を踏まえ、従来の記述を全面的に見直し、読者が少しでも正確な理解が得られるよう、該当箇所をわかりやすく書き改めることにした。特に、横領罪については横領行為や不法領得の意思の意義、横領行為と法益侵害の関係などについて詳細に解説を加えることにより、不動産の二重売買を含めたさまざまな事例を整合的に説明することに努めた。また、例えば、詐欺罪では新たに特殊詐欺の問題に言及し、強盗の罪では読者が誤りがちな箇所により丁寧な説明を加え、文書偽造罪では偽造・変造・虚偽作成の関係を整理した図を作成するなどの工夫も試みた。なお、目次の後に、新たに「論点一覧」を追加した。学習の際に積極的に活用していただきたい。

第4に、本書第2版は基本書として必要な情報を確保する関係で総頁が

500頁を超えているため、初学者にとっては一読するのが時間的に容易ではない。そのため、本書は基本構造と重要問題の2段階構成をとっているが、今回の改訂にあたって、内容の重要度に応じて、第2版よりさらに説明にメリハリをつけることに努めた。その結果、全面改訂を施したにもかかわらず、本文全体として20頁程度のスリム化を実現できた。これにより学習者の負担を少しでも軽減できればと願うところである。

本書は実務刑法学の視点に立った教科書ではあるが、それは決して判例実務の結論に無批判に従うことを推奨しようとするものではないことに留意されたい。判例の考え方に賛成するか反対するかを考える前に、判例実務の立場を正しく理解することが刑法学の学習の出発点になる。そして、判例の立場を深く正確に理解するためには、それと対立する学説をしっかりと学ぶ必要がある。こうした学習をおろそかにすると、表面的な知識しか身につかず、具体的な事例問題を縦横に解決できる実践的応用力に欠ける結果になりかねない。本書は、便利なマニュアル本ではなく、実務刑法学の基礎をがっちり固める基本書であり、本物の力をつけたいと願う読者のバイブル的存在になることを希望している。

本書の改訂作業も、いつもどおり、4人の執筆者が相互に意見の交換を重ね、最終的には合議によって行った。また、日本評論社編集部の中田早苗さんには、改訂部分だけでなく第3版のすべての原稿を何度も読み返していただき、執筆者が見落としている細かな点についても的確な助言を数多くいただいた。編集者としての熱意と努力には本当に頭が下がる思いであり、中田さんの存在なくして本書の誕生はなかったといえる。この場を借りて、心より御礼申し上げたい。

本書が、刑法学を本格的に学ぼうとする読者の皆さんの期待に応えることができるならば、執筆者としてこれにまさる喜びはない。

2023年3月

執筆者を代表して  
大塚裕史

## 初版 はしがき

本書は、主として司法試験をめざして法科大学院や法学部等で刑法各論を学習しようとする読者を対象に、「判例実務」の視点から刑法を学ぶ新しいタイプの教科書であり、既刊の『基本刑法Ⅰ——総論』（日本評論社、2012年）の姉妹編をなすものである。

本書を執筆するにあたっての基本的な考え方は、『基本刑法Ⅰ——総論』と同様である。これまで出版されている刑法の教科書のほとんどは、著者が自ら拠って立つ刑法理論の立場から刑法のさまざまな問題について論述するもので、判例も、学説と同様、著者の学問的視点から分析の対象となる。こうした教科書は、著者の刑法研究の成果を著した体系書であり、学問的意義は高いものの、初学者には難解である場合が少なくない。しかも、こうした理論刑法学を中心とした教科書は、刑法学を学問として修得しようとする者には最適であっても、必ずしも実務家をめざす諸君のニーズに合致したものではない。

これに対し、本書は、法曹実務家を志す学生諸君を対象に、基本的な条文解釈力と判例実務の考え方に従って具体的事例を解決できる事案処理能力を養成できるようにさまざまな工夫を凝らした、いわば実務刑法学のテキストである。そのため、従来の学説中心の教科書とは異なり、さまざまな論点をあくまでも判例実務の立場から分析・検討する姿勢を貫き、学説は、判例を理解し、あるいは判例の結論を説明するためのツールと位置づけている。これはわが国の法律実務が、判例を中心として動いていることに鑑み、判例に賛成するか反対するかはともかく、まずは判例実務の考え方をしっかり理解することが肝要であると考えたためである。

本書の共同執筆者は、それぞれ独自の学問的立場に立ちその研究成果を学界に向けて発信している気鋭の研究者であるが、本書の執筆にあたっては、それぞれの学問的個性を排除し、常に判例実務の立場からの説明を心がけたので、共著本にありがちな執筆者の個性による内容的齟齬は本書には全く存在しない。

本書の基本的特徴は以下の3点である。

第1に、本書は、「判例から学ぶ刑法各論」のテキストである。本書の読者対象は、法科大学院生、法学部生、司法試験・予備試験等各種の受験生である。これらの者にとって最低限必要なことは、刑法の「条文」と「判例」

の内容を正しく理解することである。本書は、この目標達成にとって必要不可欠な事柄に絞り込み、メリハリをつけた解説を施すことによって、読者の学習効率を図ろうとした点に大きな特徴がある。特に、さまざまな問題点について、判例がどのような立場に立っているかを意識的に明らかにすることによって、判例実務の考え方が少しでも理解できるよう配慮するとともに、ある論点について判例が存在しない分野については、オーソドックスな通説の立場から解説を加えるようにした。

第2に、本書は「事例から学ぶ刑法各論」のテキストである。刑法各論の主な学習の対象は各犯罪類型の成立要件であるが、それらを機械的に暗記しても意味がない。本書は、具体的な事例を多く掲げ、その事例に即して各犯罪類型の成立要件について解説を加えることによって、抽象的な法概念のもつ意味を正しく理解し、基本的な事項を使いこなせる応用力が身につくよう配慮している。特に、本書に収録されている【設問】は、刑法の基礎的な力をつける上で重要な問題であるから、これらを自ら解説できる程度に繰り返して学習することが必要である。なお、本書の【設問】だけを集めた簡易問題集を日本評論社のHPに掲載しているのでぜひ活用してほしい。

第3に、本書は「読者の目線に立った刑法各論」のテキストである。本書は、日頃から法科大学院・学部の刑法教育に従事する執筆者たちが、定期的に研究会を開催し、何をどのように教えるのが適切かについて長時間の議論を経て執筆されたものであり、徹頭徹尾、読者の理解に役立つような細かな工夫が随所で施されている。例えば、本書は、重要性の高い犯罪については「基本構造」と「重要問題」の2段階構成をとっている。これは、各犯罪の基本部分と応用部分が混在して説明されている従来の各論の教科書の学習のしにくさを克服するために、まずは、「基本構造」を何度も読んで各犯罪の骨格部分（全体像）を頭に入れた後に、「重要問題」で発展的な内容を理解することによって、「木を見て森を見ざる」ことのないようにするとともに、重要論点について深く正しい理解に到達できるように配慮したものである。

このように本書は、基本的な事例を通して、できるだけわかりやすく、判例実務の立場を理解できるように配慮された実務刑法学のテキストである。したがって、法科大学院や学部の授業の予復習や、司法試験・予備試験の受験テキストとして、「自習」が十分に可能な内容となっている。

本書の活用法については、「本書の使い方」を熟読していただきたい。

既刊の『基本刑法Ⅰ——総論』は、幸いにも多くの読者に恵まれ、特に、司法試験合格者の皆さんから、司法試験用の基礎固めはこれ1冊で十分であ

り、あとは判例集と事例演習本による演習を行えばよいという声が多く寄せられている。刑法各論を扱った本書が、総論同様に、読者の皆さんの期待に応えることができるならば、執筆者としてこれにまさる喜びはない。

本書の刊行にも、日本評論社編集部の中早苗さんには大変お世話になった。滞りがちな原稿執筆に対して常に温かい激励の言葉をかけていただいただけでなく、大阪や京都で行われた本書の研究会には毎回必ずお付き合いをいただき、内容面でも随所に適切な助言をいただいた。田中さん抜きには本書の完成はありえなかったといえよう。また、神戸大学、同志社大学、岡山大学、関西学院大学の学生諸君には、本書のモニタリングにご協力いただき、あるいは、読者の立場から有益なアドバイスをいただいた。この場を借りて、心より御礼申し上げたい。

2014年10月

執筆者を代表して  
大塚裕史

# 本書の使い方

## 1 本書の全体構成と読み方

刑法各論の教科書の一般的な例にならい、本書も、対象となる犯罪を大きく個人的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪の3つに分け、個人的法益に対する罪から順に解説するというスタイルをとっている。

個人的法益に対する罪には身近なものが多く、その構造は一般に単純で理解が容易であるから、初めて刑法各論を学ぶ読者は、個人的法益に対する罪から順に通読するとよいであろう。もっとも、刑法各論の体系は、現行刑法を前提とした分類的なものにすぎないので、前から読まずに、興味のあるところや、特に重要と思われるところから読んでかまわない。

## 2 本書の工夫と活用法

### (1) 「基本構造」と「重要問題」の2段階構成

刑法各論を「基本から応用へ」と段階的に学べるように、本書では、各講の本論部分を「基本構造」と「重要問題」の2段階構成にした（その必要のない講を除く）。

「基本構造」の部分では、【事例】（典型事例）を使いながら、各犯罪の基本事項を解説している。いわゆる論点はひとまず措いて、まずは各犯罪の成立要件（構成要件要素）を一通り押さえ、その基本構造を理解しようというのが、その狙いである。次の「重要問題」の部分では、各犯罪の主要な論点を取り上げ、各論点につき、【設問】の事例（限界事例）を主な素材として検討を加えている。ここでは、各犯罪の主要な論点を解決する力を得ること、さらには、未知の問題にも対応できる応用力を身につけることがめざされる。

初めて刑法各論を学ぶ読者や基本知識に自信のない読者は、「基本構造」の部分を読熟して各犯罪の全体像をつかんでから、「重要問題」に進んで論点を検討するとよいであろう。勉強が進んだ読者は、「基本構造」はざっと

目を通すにとどめるか、あるいは読み飛ばして、「重要問題」の部分に力を入れるとよいであろう。ただし、くれぐれも論点の暗記に走らないように。論点については考え抜くことが大切である。また、基本知識をおろそかにしないでほしい。真の応用力は、基本を踏まえながら論点について考え抜くことによってしか身につかないであろう。

## (2) その他の工夫と活用法

読者をサポートするために、本書でも、『基本刑法Ⅰ——総論』と同様の工夫を試みた。これを活かせば、より効率的かつ効果的に本書を読むことができるであろう。

### ① 「学習のポイント」

各講の冒頭に「学習のポイント」を掲げた。本文を読む前に「学習のポイント」を確認し、これを目標に本文を読み進めるとよい。また、各講を読み終えた後、冒頭に戻って、「学習のポイント」を理解できたかを確認するのもよいであろう。

### ② 活字の大きさ・字体

活字の大きさを大小2つに分けた。本書は、大活字の部分を読めば刑法各論の基本部分を一通り学べるようになっている。したがって、大活字の部分に重点を置いて繰り返し読んでほしい。

キーワード・キーフレーズは太字にした。キーワードのうち、刑法各論の基本概念・用語については、正確に理解した上で、「使える知識」として記憶しておきたい。

### ③ 【事例】と【設問】

抽象的で難しいことも、具体例があるとわかりやすい。学んだことを「使える知識」とするためにも、具体例の使用は効果的である。そこで、本文中に適宜【事例】や【設問】を挿入した。

【事例】は、主に、基本的な概念・理論を理解するための典型例からなる。抽象的な概念・理論も、典型例で考えるとわかりやすいであろう。

【設問】は、主に、論点に関する典型例や判例の事案を素材として、論点の理解を問うものである。本書は、論点について、【設問】の解答の道筋を示しながら具体的に説明するという方法をとっている。これを読めば、刑法各論の重要論点についての理解が深まるとともに、概念・理論の使い方を具体的に学ぶことができ、概念・理論を、単に抽象的にではなく、具体的な事例に応用できる「使える知識」として身につけることができるであろう。

理解度を確認するために【事例】や【設問】を活用するのもよい。抽象的

な概念・理論を【事例】を使って自分の言葉で具体的に説明できるようになり、概念・理論を使って【設問】に答えられるようになれば、理解度は十分であると考えてよいであろう。

なお、【設問】を抜粋してまとめたものを日本評論社のウェブサイト <http://www.nippy.co.jp/> に掲載している。簡易な問題集として活用するとよいであろう。

#### ④ 図表

抽象的な概念・理論も、図表で視覚的に把握できると理解しやすい。そこで、読者の理解の手助けとなるよう適宜図表を挿入した。

#### ⑤ コラム

補足説明、用語解説、学習上の注意点などは、本文と別にコラムとして囲っておいた。コラムを読まなくても本文は理解できるようになっているので、初めて刑法各論を学ぶ読者や本書を早く通読したい読者は、コラムを後回しにしてかまわない。

#### ⑥ 判例の引用

判例を引用するにあたり、判例の重要度を示した。最重要判例には◎、重要判例には○を付してある。判例を参照するときは、これを参考に優先順位や時間配分のメリハリを付けるとよいであろう。

また、判例と併せて判例教材も引用しておいた。引用した判例教材は、佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅱ各論（第8版）』（有斐閣、2020年）、大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論（第2版）』（悠々社、2011年）、成瀬幸典＝安田拓人＝島田聡一郎編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（信山社、2012年）の3つで、それぞれ「百」、「講」、「ブ」と略して引用してある。略語に続く数字は、各判例教材における判例の番号である。引用判例を学ぶ際に活用してほしい。

## I 個人的法益に対する罪

### 第1講 生命に対する罪

#### 殺人罪

- 論点1 行為者による被害者の承諾の認識の有無 11
- 論点2 自殺の不処罰根拠と自殺関与罪の処罰根拠 11
- 論点3 自殺関与罪の実行の着手時期 12

#### 遺棄罪

- 論点1 遺棄罪の罪質 20
- 論点2 遺棄罪の保護法益 21
- 論点3 遺棄の概念 21
- 論点4 保護責任の発生根拠 23
- 論点5 ひき逃げ 24

### 第2講 身体に対する罪

#### 暴行罪

- 論点1 被害者の身体への接触の要否 27
- 論点2 傷害の危険の要否 28

#### 傷害罪

- 論点1 傷害の意義 29
- 論点2 暴行によらない傷害 30
- 論点3 傷害罪の故意 31

#### 同時傷害の特例

- 論点1 適用範囲1——傷害罪以外への適用 34
- 論点2 適用範囲2——承継的共犯 34

#### 凶器準備集合罪・同結集罪

- 論点1 本罪の保護法益・罪質 36
- 論点2 凶器の意義 37

#### 業務上過失致死傷罪

- 論点1 刑の加重根拠 39
- 論点2 業務の意義 39

### 第3講 意思決定および場所的移動の自由に対する罪

#### 逮捕・監禁罪

論点1 意思能力の要否 51

論点2 欺罔による監禁 52

#### 未成年者拐取罪

論点1 保護法益と罪質 55

論点2 監護者による拐取 56

#### 身の代金目的拐取罪

論点1 安否を憂慮する者の意義 59

### 第4講 性的自由に対する罪・住居侵入罪

#### 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪

論点1 承諾と錯誤 70

#### 住居侵入罪

論点1 侵入概念 80

論点2 現実の承諾の有効性 80

論点3 推定的（包括的）承諾の有効性 81

論点4 意思対立 82

論点5 ビラ配布目的での集合住宅の共用部分への立入り 83

### 第5講 人格的法益に対する罪

#### 名誉毀損罪

論点1 公然性の意義 94

論点2 真実性の誤信（証明の失敗） 95

### 第6講 信用および業務に対する罪

#### 業務妨害罪

論点1 公務の業務性 103

### 第7講 財産犯総説・窃盗罪

#### 窃盗罪

論点1 占有移転罪（窃盗・強盗・詐欺・恐喝罪）の保護法益 119

論点2 占有の有無 126

論点3 占有の帰属 129

論点4 死者の占有 132

論点5 不法領得の意思 135

## 第8講 強盗罪の基本類型

### ◆学習のポイント◆

- 1 強盗の手段である「暴行・脅迫」の意義・内容について理解し、その概要を説明することができるようになるとともに、反抗を抑圧するに足りる程度の「暴行・脅迫」の認定方法を理解し、具体的事案において強盗と恐喝の区別が適切にできるようになること。
- 2 強盗罪における「強取」の要件について理解し、判例と通説でその内容が異なることに注意し、強盗既遂罪の成立要件として相手方の反抗が現実抑圧されたことが必要か否かについてどのような見解の対立があるかをしっかり理解しておくこと。
- 3 いわゆる「ひったくり」に強盗罪が成立するのはどのような場合であるかを理解し、その概要を説明することができるようになること。
- 4 財物奪取以外の目的で暴行・脅迫を加え反抗抑圧後に財物奪取の意思を生じた場合に強盗罪が成立するのはどのような場合であるかを理解すること。
- 5 2項強盗罪（強盗利得罪）の成立範囲が不当に拡大しないようにするために236条2項をどのように解釈するのかを説明できるようになること。
- 6 違法な債務を免れるために暴行・脅迫を加えた場合における2項強盗罪の成否について理解し、その概要を説明することができること。

### 1 総説

強盗は、他人に暴力を振るったり、脅したりして無理やりに財産を奪う犯罪である。そのため、被害者が死亡したり負傷したりすることが容易に発生しやすい極めて危険かつ悪質な犯罪である。

刑法は、基本類型である強盗罪（236条）を規定するほか、強盗罪に準じる拡張類型（これを準強盗という）として、事後強盗罪（238条）および昏酔強盗罪（239条）を規定し、さらにこれらの罪の加重類型（強盗罪の刑を

加重する罪)として、強盗致死傷罪(240条)ならびに強盗・強制性交等罪・同致死罪(241条)を規定している。

強盗の罪は、殺人、放火、強制性交等とならぶ重罪(法定刑の重い犯罪)であるため、「未遂」も処罰されるし(243条)、さらには「予備」までも処罰される(237条)。なお、他人の占有等にかかる自己の財物(242条)や電気(245条)も強盗罪の対象となるが、重罪であるために親族相盗例(244条)の規定は適用されないことに注意する必要がある。

### ●コラム● 窃盗罪と強盗罪の関係

窃盗罪と強盗罪は、被害者の意思に反して財物の占有を奪う点で共通している(盗取罪)。しかし、第1に、財物奪取の手段として暴行・脅迫を用いるか否かで異なる。強盗罪が重罪とされるのは、財物奪取の手段として暴行・脅迫を用いて無理やり財産を奪う点にある。第2に、強盗罪の客体には、財物だけでなく財産上の利益も含まれる。強盗罪は、窃盗罪と比べて客体の範囲が拡張されている。財物を無理やり奪う場合は236条1項に規定されているので「1項強盗」といい、財産上の利益を無理やり奪う場合は236条2項に規定されているので「2項強盗」という。財産上の利益をも対象とする2項犯罪には、強盗罪のほか、詐欺罪、恐喝罪がある。

## 2 強盗罪(1項強盗罪)の基本構造

236条1項 ㊦暴行又は脅迫を用いて㊦他人の財物を㊦強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。

未遂(243条) 第235条から第236条まで、第238条から第240条まで及び第241条第3項の罪の未遂は、罰する。

強盗罪は、「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した」場合に成立する。財物の占有移転の手段として暴行・脅迫が用いられる点に特徴がある。暴行・脅迫もそれ自体犯罪であり(208条・222条)、これに窃盗という犯罪を合体させたものが強盗罪であるから、強盗罪は結合犯(それ自体でも犯罪となる複数の行為から構成された1つの犯罪)の典型例とされている。

強盗罪が成立する典型例は次のとおりである。

### 【事例1】財布強奪事例

Xは、Aの頭部を数回回りつけて転倒させ、所携のひもで手足を縛りガムテープで口をふさいだ後、Aが所持していた財布を持って逃走した。

有を取得した時点で認められる。

### (5) 罪数

第1に、住居侵入罪と強盗罪は、通例、手段・結果の関係にあるので牽連犯である。第2に、1個の暴行・脅迫により数人から財物を強取した場合には、1個の行為から数個の法益を侵害したので数個の強盗罪が成立し観念的競合となる。これに対して、数個の暴行・脅迫により1人から財物を強取した場合は、包括して1個の強盗罪が成立する。第3に、窃盗の意思で他人の住居に侵入して窃盗を行い、その後、家人に暴行・脅迫を加えて別の財物を強取した場合は、被害者が同一であることから、窃盗罪は強盗罪に包括され、強盗罪だけが成立する。

## 3 強盗罪（1項強盗罪）の重要問題

### (1) 強盗と恐喝の区別——暴行・脅迫の認定 **論点1**

#### ア 強盗罪における暴行・脅迫の意義

強盗罪における「暴行又は脅迫」は、被害者の反抗を抑圧するに足りる程度のものでなければならない。その程度に至らない場合には恐喝罪が成立するか否かを検討することになる。

#### イ 暴行・脅迫の判断基準

反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫であるか否かは、その暴行または脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足りる程度のものかどうかという客観的基準によって決せられるのであって、具体的事案の被害者の主観を基準としてその反抗を抑圧する程度であったかどうかということによって決せられるものではない（◎最判昭24・2・8刑集3巻2号75頁〔あいくち七首強盗事件〕〈ブ232〉）。つまり、暴行・脅迫自体の客観的性質によって判断される。

#### ウ 暴行・脅迫の有無の認定方法

暴行・脅迫の客観的性質により反抗を抑圧するに足りる程度か否かを判断する際には、以下の事情を考慮し総合的に判断する。なお、以下では、暴行・脅迫を肯定する方向の事情を「⊕の事情」、否定する方向の事情を「⊖の事情」とよぶことにする。

##### a 暴行・脅迫の態様（何をしたのか）

凶器を使用している場合は、殺傷能力の高さ、身体の枢要部に向けられていたか、使用時間は長いかなどをみて「生命侵害の危険性」が強ければ（相当有力な）⊕の事情となる。

## (2) 客観的要件

### ア 客 体

本罪の客体は「他人の財産上の利益」である（下線㊸）。財産上の利益とは、財物以外の財産的利益のことをいい、債権の取得のような積極的利益のほか、例えば、代金の支払いを免れること（債務の免除、債務の消滅）とか、支払期日を引き延ばすこと（履行の延期・猶予）などの消極的利益も含まれる。

236条2項の文言は「財産上不法の利益」であるが、「不法の」とは、「利益」自体の不法性を意味しているのではなく、利益を取得する「方法」の不法性という当然のことを意味しているにすぎない。

「不法」な利益が236条2項の「財産上の利益」に含まれるかについては争いがある（論点1〔不法な利益〕）。

「利益」は目に見えないものであるだけに、客体の範囲が広がり処罰範囲が不当に拡大するおそれがある。そこで、財産上の利益は、1項強盗罪における財物と同視できるような利益でなければならないことから「具体的利益」に限定される（論点2〔財産的利益の具体性〕）。

【事例4】において、Xが運転手Aの首を絞めて取得したのは「乗車料金の支払いを免れる」という「財産上の利益」である。

#### ●コラム● 移転性のある利益であることは必要か

強盗罪は移転罪であることから、2項強盗罪の客体は「移転性のある利益」に限られるとする見解が有力である。移転性のある利益とは、被害者が利益を喪失したことにより行為者側が利益を取得したといえるような利益を意味する（素材の同一性）。

そこで、この見解によれば、「情報」や「サービス」は移転性のある利益とはいえず、2項強盗罪の客体とはならないことになる。なぜなら、情報やサービスを行為者側が不正に取得したとしても、被害者がそれを失うものではないからである。この見解によれば、暴行・脅迫を手段として情報やサービスを取得しても強要罪（223条）が成立するにすぎないことになる。

しかし、通説は、厳密な意味での素材の同一性は必要でないと解しており、対価を支払うべき有償のサービスや情報については2項強盗罪の客体となることを肯定している。なぜなら、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益を被るという関係があれば足りるからである。例えば、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を手段として対価を支払うべき有償のサービスを取得した場合、行為者にはサービスを不正に取得することにより料金に対応する財産上の利益を取得したといえ、被害者に財産上の損害（請求する料金の免脱）があるので、移転罪としての2項強盗罪の成立を肯定することができるのである。

のように理解すべきかが焦点となるのである。

ただし、詐欺罪の成立要件への当てはめ方については、先ほど処分（交付）行為について述べたことが、ここでも妥当する。仮に【設問9】（成人雑誌事例）において財産的損害の発生を否定するとしても、「Xは年齢を偽ったから欺罔行為はあるが、『Xは18歳である』という錯誤に基づく雑誌の占有移転は財産的損害と評価しうるものではない」と説明すると、詐欺未遂罪が成立することになってしまう。実質的個別財産説は、【設問9】において詐欺罪は未遂すら成立しないと考えるのであるから、そのような結論を導き出すためには、欺罔行為自体がなかったと説明する必要がある。つまり、財物の占有移転が財産的損害と評価しうるものでなければならぬことに伴い、詐欺罪の実行行為である欺罔行為も、財産的損害を生じさせる危険性を有する行為でなければならぬのであり、【設問9】では、「単に年齢を偽る行為は、詐欺罪における財産的損害を生じさせる危険性を有する行為とはいえないため、そもそも欺罔行為に当たらない」と説明されることになるのである。

実際、◎最決平19・7・17刑集61巻5号521頁〈自己名義預金通帳詐取事件、講51、プ288〉や◎最決平22・7・29刑集64巻5号829頁〈搭乗券詐取事件、百50、後掲【設問10】〉といった近時の判例も、財産的損害の発生の有無が争われた事案において、被告人の行為が欺罔行為に当たるかどうかを問題としている。

- \* 詐欺罪は、①欺罔行為、②相手方の錯誤、③錯誤に基づく処分（交付）行為、④財物・利益の移転という4つの要件を内容としているが、学説の中には、財産的損害をそれらの要件から独立した第5の要件であるかのように説明するものもある。しかし、詐欺罪においては、背任罪（247条）と違って、財産的損害の発生が条文上要求されているわけではないこと、詐欺罪は財物・利益の移転によって既遂に達するのであって、財産的損害の発生によって既遂に達するわけではないことを踏まえると、財産的損害は、詐欺罪の第5の要件ではなく、錯誤に基づく財物・利益の移転の内容を示したものであると理解すべきであろう。そして、上記のように、この点は、財産的損害を生じさせる危険性を有する行為が行われたといえるかという形で、まず①欺罔行為の要件のところで検討することになる。

#### 【設問10】搭乗券取得事件

Xは、搭乗券交付の際に航空会社による厳格な本人確認が行われている中、本当はYを航空機に搭乗させて外国に不法入国させる意図であるのにその意図を隠し、Xが搭乗するように装い、航空会社の係員Aに対してXの航空券と旅券を呈

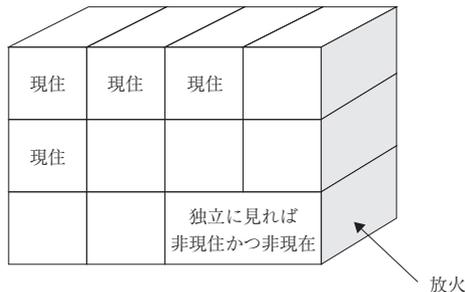
①説は、物理的一体性がなくても、機能的一体性があれば、現住建造物等放火罪の重罰根拠である建物内部の人に対する危険が認められるということ根拠とする。これによれば、例えば、人が現在する宿直室が別棟になっている無人の裁判所庁舎は、機能的一体性を理由に1個の現住建造物と解することが可能になる（大判大3・6・9刑録20輯1147頁）。

しかし、①説に対しては、同じように隣接する物理的に別個の建物が使われ方によって1個と認められたり認められなかったりするの是不自然であるとの批判や、機能的一体性という基準は不明確であり、このような基準のみで建造物の概念を拡張することには慎重であるべきだとする批判が向けられているほか、建造「物」という文言からは、物理的一体性は1個性の最低条件であるとの指摘もなされている。実際、判例においても、機能的一体性のみで建造物の1個性が肯定された例は少なく、物理的一体性を欠く場合の多くについて、1個性が否定されている（住居に近接する便所、物置、炊事場、風呂場など）。学説上も、②説が多数説である。

### イ 不燃性・難燃性建造物

外観上1個の建造物ではあるが、耐火構造により、1区画に放火しても他区画に延焼しにくい**不燃性・難燃性建造物**についても、全体を1個の建造物と見るべきか、区画ごとに独立した建造物と見るべきかが問題となる。

この問題も、独立に見れば非現住かつ非現在の区画に放火した場合に意味をもつ。この場合、区画ごとの独立性が否定されれば、全体が1個の現住・現在建造物となり、現住建造物等放火罪が成立するが、区画ごとの独立性が肯定されると、放火された区画は独立の非現住かつ非現在建造物となり、非現住建造物等放火罪が成立するにとどまるからである。



先に述べたように、延焼可能性が物理的一体性の要素（物理的一体性を肯定するための必要条件）であるとすれば、居住部分への延焼可能性が認められない場合には、物理的一体性が否定される。つまり、**延焼可能性が認めら**

d 主観的要件

159条の罪の成立にも、故意のほか、行使の目的が必要である（下線㉑）。行使の意義については、既に述べた（→本講2(1)ウc）。

e 罪数

公文書の場合と同様に考えればよい。

イ 虚偽診断書等作成罪

160条 ㉑医師が㉒公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書に㉓虚偽の記載をしたときは、3年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

虚偽診断書等作成罪は、医師が公務所に提出すべき診断書、検案書または死亡証書に虚偽の記載をした場合に成立する。私文書の虚偽作成（無形偽造）は、この場合に限り例外的に処罰される。この場合が特に処罰されるのは、本罪の客体である公務所に提出すべき診断書・検案書・死亡証書は公的色彩が強く、内容の真実性を担保する必要性が高いからである。

本罪は、医師（歯科医師を含む）を主体とする身分犯である（下線㉑）。医師が公務員である場合には、本罪ではなく、虚偽公文書作成罪（156条）が成立する。

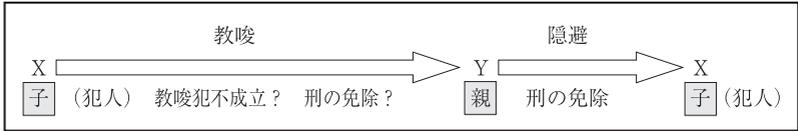
客体は、公務所に提出すべき診断書、検案書または死亡証書である（下線㉑）。診断書とは、医師が診察の結果に関する判断を表示して、人の健康上の状態を証明するために作成する文書をいう。検案書は、死体について医学的所見を記載した文書であり、死亡証書は、一般の死亡診断書（生前から診療に従事していた医師が、その患者が死亡したときに、死亡の事実を確認して作成する診断書）である。これらの文書は、公務所に提出すべきものであることを要する。これには、公務所に提出することが法令上義務づけられている場合だけでなく、公務所に提出することが予定されている場合も含まれる。

行為は、虚偽作成、すなわち虚偽の記載をすることである（下線㉑）。虚偽の記載とは、客観的事実に反する一切の記載（病状、死因、死亡日時等）をいう。本罪は、診断書等に虚偽の記載がなされれば成立する（虚偽の記載がなされた診断書等が公務所に提出されたか否かは関係ない）。

ウ 偽造私文書等行使罪

161条1項 前2条の文書又は図画を行使した者は、その文書若しくは図画を偽造し、若しくは変造し、又は虚偽の記載をした者と同一の刑に処する。

未遂（161条2項） 前項の罪の未遂は、罰する。



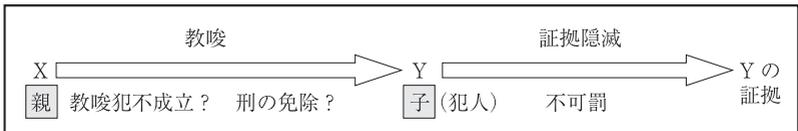
### 【設問16】親族による犯人に対する証拠隠滅教唆

Xは、息子のYが詐欺事件の被疑者として警察に迫られていることを知り、詐欺に使用した偽造文書を廃棄するようYに指示した。Yは、それに従い、偽造文書を廃棄した。Xの罪責を論じなさい。

逆に、親族が犯人・逃走者に犯人蔵匿や証拠隠滅を教唆した場合はどうか。【設問16】のYは犯人であるから、自己の証拠を隠滅しても不可罰である。問題は、Yに証拠隠滅を教唆したXの取扱いである。

他人が犯人に証拠隠滅を教唆した場合に証拠隠滅等教唆罪の成立を肯定する見解（→5(2)イ）は、【設問16】のXにも犯人隠避教唆罪の成立を認める。ただし、Xは犯人の親族であるから、本条により刑が免除される。

しかし、多数説は、Xにおける証拠隠滅教唆罪の成立を否定している。Yの行為が構成要件に該当しない以上、共犯従属性の観点から、Yに証拠隠滅を教唆したXについても教唆犯の成立が否定されるというのである。



## 7 証人等威迫罪

105条の2 ④自己若しくは他人の刑事事件の捜査若しくは審判に必要な知識を有すると認められる者又はその親族に対し、⑤当該事件に関して、正当な理由がないのに面会を強請し、又は強談威迫の行為をした者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

### (1) 意義

本罪は、刑事事件の被害者や証人などが犯人側から威圧を加えられる（いわゆる「お礼参り」）のを恐れて正しい供述や証言ができなくなる事態を防ぐため、1958（昭和33）年に新設されたものである。したがって、本罪の保護法益は、国の刑事司法作用の円滑な運用ではあるが、副次的に、