



法学部3S 刑法第二部 (佐伯教授) シケプリ

！注意！

これは、3Sに開講される刑法第二部（佐伯教授）のシケプリです。授業内容の中で個人的に大事そうなところをまとめました。要点をまとめたつもりでしたが、約100pになってしまったこと、また行間が広すぎることをまずお詫びします。ごめんなさい。また文末表現がめちゃくちゃで読みにくくなっていますが、ご了承ください。また法曹志望ではないので、きっと間違いだらけだと思います（以前作成したシケプリでは結構あった）。そんな時は温かい目で見逃し、教科書やノートを確認してください。間違いの箇所がテストに出て単位が来なくても知りません。頑張りましょう～

目次

目次	1
第1編 序論	1
第2編 個人的法益に対する罪	2
第1章 生命に対する罪	3
第2章 身体に対する罪	8
第3章 自由に対する罪	16
第4章 秘密・名誉に対する罪	28
第5章 信用及び業務に対する罪	31
第6章 財産に対する罪	34
第3編 社会的法益に対する罪	83
第1章 公共危険罪	83
第2章 取引等の安全に対する罪	88
第4編 国家的法益に対する罪	97
試験について	98

第1編 序論

1 刑法各論の特徴

個々の犯罪を適切に判断する。総論は体系的であったのに対し、各論は問題的である。

2 講義の目的

新しい問題が出てきた時に解決する力を身につける。

3 刑法各論における解釈のツボ

(1) 目的論的解釈

条文がどんな目的を持って規定されているのかを考えながら解釈をする。そして目的というのは以下の2つ。

(a) 法益保護

解釈によって確定する部分。

例えば、キスはわいせつ行為かを考える際、刑法174条の「わいせつな行為」と176条の「わいせつな行為」の2つを考える必要が出てくる。前者は公然わいせつを処罰しており、こち

らは社会的法益を保護していると考えられる。一方で、後者を考えるとこちらは強制わいせつを処罰しており、個人的法益を保護していると考えられる。

まとめると、同じ「わいせつ」でも何を保護法益にしているかによって、処罰対象が変わってくるので注意。

(b) 人権保障＝罪刑法定主義

そうはいつでも法益保護と言ってしまうと、解釈がどうしても広がっていつてしまう。それでいいのかということが言われ、条文同士の関係を見ていく罪刑法定主義はそのブレーキになる。

例えば、食器に放尿する行為は食器の「損壊」なのかという問題がある。壊れてはいないよね、と言いたいところであるが、事実上使えなくなるので器物破損でいいのではないかといい判決が出ている。でもそんなことは条文の文言に一切ない。これが条文の文言の限界ということになる。

また、条文相互の関係も大事。例えば、Xが嫌がらせの目的でAの書類を盗んで屋根裏に隠した場合、これが窃盗なのか器物破損なのかという問題がある。窃盗というのは「利用収益処分する意思」が構成要件となっているため、今回のように単に隠すだけでは窃盗に当たらないということになる。よって、なぜか器物破損で処罰されることになる（Aが書類を隠されることで使えなくなっているから）。このような書かれざる構成要件というものもあるということをおさえるべし。条文に書かれていないから、試験にも出やすいとのこと。

4 刑法各論の体系

刑法各論で扱う犯罪は大きく三つの保護法益を持った犯罪類型に分類することができる。ある犯罪類型がどのような法益を保護しているのかは条文に書いてあるわけではないので、解釈によって決まってくる問題。

①個人的法益に対する罪、②社会的法益に対する罪、③国家的法益に対する罪

昔は優先順位として③→②→①であったが、憲法の要請として個人中心主義があり、今は優先順位がこの順になっているらしい。授業のやりやすさ的にも①→②→③がいいらしい。

第2編 個人的法益に対する罪

個人的法益というのは個人の生命、自由、財産を保護しているが、生命、自由、身

体、財産である。人の命が一番大事で、生命が最も大事な法益であると考えている。ここから生命、自由、財産という順番で講義が進んでいくことになる。

第1章 生命に対する罪

第1節 総説

1 人の概念

(1) 人の始期

人の始まりについては「どのタイミングで胎児から人になるのか」ということが議論されるようになった。というのも、人と胎児で罪の重さが違うから。

議論としては4つに分かれていて、

①独立生育可能性説

②陣痛開始説

③一部露出説

④全部露出説

の4つに分かれる。判例は③の説を採用していると考えられる（ちなみにドイツの判例は②を採用しているらしい）。

これらの説はかなり白熱した議論があって、判例は③となっているけど果たしてそれでいいのか、間違っているという論者の説明もどこかおかしい部分というのがあり、また医学の発達などで子宮外で胎児を育成できるとなったらどうなるの？という話もあって、ちょっとよくわからない。

最後に人となるために生育可能性は必要か？という議論があります。何かしら重たい障害を抱えて生まれ、生きる可能性がないということで殺してしまったり、その場に放置して死なせてしまった場合、殺人罪になるのかという判断をするためには大事な議論です。大審院は、生きて生まれてきた以上は将来成長の希望がなかったとしても、人として保護される。従って、生きて生まれてきた子供を殺害した晩には殺人罪が成立すると感知しています。よって、生育可能性は要件ではないということですね。

(2) 人の終期

今度は人はいつ死んだ判定されるのかという点について。

(a) 死の概念

伝統的には、三徴候説（心臓停止、呼吸停止、瞳孔反射喪失）が言われていた。しかし医療の発達もあり、最近では脳死説（脳幹死説、大脳死説、全脳死説）の特に全脳死説が日本では有力です。

この全脳死説に基づいて制定された法律が、臓器移植法6条1項、2項なのですが、そもそも全脳死説に反対する人が多く、この規定は妥協の産物みたいになってしまっているようです。

第2節 殺人罪

1 単純殺人罪（199条）

199条の「人」は他人の意味であって、自殺は199条の構成要件に当たりません。しかし、外国では自殺を処罰している国もありますし、日本でも構成要件には当たるんだけど、違法性が阻却されているんだという説を唱える人もいます。

2 尊属殺人罪の削除（200条）

これはよく知ってるところだと思います。総論でもやりました。

3 自殺関与罪、同意殺人罪（202条）

（1）総説

自殺関与罪、同意殺人罪は普通の殺人罪に比べ、罪が軽い（6ヶ月以上7年以下）。それはなぜでしょうという話が以下に続きます。

（a）減刑根拠

①責任減少説

②違法減少説

③違法・責任減少説

なぜ罪が199条よりも軽いのかということについて、最近有力なのは②の違法減少説です。被害者の同意があるんだから、関与した人の違法性が少なくなるというのが説明です。

202条はとりわけ罪が軽いので、適用に関しては限定されるべきだとされています。

（b）自殺関与と同意殺人の区別

これについては法定刑も同じですし、限界事例ではどちらとも言えないことが多いので、特に気にする必要はないとのことでした。

（c）自殺関与罪の処罰根拠

これは冒頭でも言いましたが、基本的に自殺は不可罰です。そもそも構成要件に該当しないという説や、あるけど違法性が阻却されるなどいろいろな説があります。

①適法説

自殺自体は適法。自殺関与罪は共犯ではなく独立の犯罪類型を規定していると考えべきという説。

②責任欠如説

自殺を仮に違法なものだとしても責任がないので、罪に問われないという説。

③違法だけど処罰するまでもないという説（ネーミングがなぜかないw）

ではなぜ自殺に関与すれば処罰対象になるのでしょうか？これは、違法性というのは連帯で発生するものであり、責任は個別に発生するものと考えからです。生きるか死ぬかは本人にしか決められませんので、まず関与した人に責任はないです。しかし、違法ではあるので処罰するということになっているとのことです（責任欠如説？）。

（2）自殺関与罪・同意殺人罪の要件

（a）法益処分意思の有効性

死んでもいい、つまり生きるという法益を処分する意思がいつどのように有効とされるのがやっぱり問題となります。もしかしたら、本心ではないけど言わされてるということもありますし。

- 判断能力
 - 同意能力があるかどうかです。つまりある一定の年齢であることが要件です。
- 真意性
 - 本当に本心から死にたいと思ったかということです。なんとなくではダメってことです。
- 欺罔による同意の有効性
 - 騙して（ex. 俺も後を追って死ぬから先に死んでくれ！）同意を取り付けてもダメです。
- 強制による同意の有効性
 - 普段から消えろと言いつけ、死なないといけないみたいな状況を作り出して、自殺させるのも同意として有効ではありません。
 - この場合は、生死の選択の自由の意志が残っているのかが問題になります。

参考：法益關係的錯誤説

承諾の対象となる犯罪の保護法益に関係しない事情についての錯誤があった場合にまで承諾を無効とすると、対象となっている犯罪の保護法益が変化してしまうから（一般的意思活動についてまで当該犯罪が保護することになるように保護法益が広がりすぎる）、承諾の対象となっている犯罪の保護法益に直接関係する事情についての錯誤が存在する場合にのみ、それを承諾の重大な瑕疵として、承諾を無効とする。

（b）実行行為性（正犯性）

（c）自殺関与罪の実行の着手時期

これは被害者が自殺に着手した時です。

（d）故意

同意がないのに同意があると思っていた場合や、同意があるのに認識していなかった場合は、自殺関与罪の故意が取れるのかという点について、3つの説があります。

①同意殺人罪説、②殺人未遂説、③殺人既遂罪説

3つありますが、基本的に客観的な同意があれば、認識していなくても故意はとれるとされています。

（3）安楽死・尊厳死

刑法総論でやりましたね。

第3節 堕胎罪

1 総説

母体保護法の人工妊娠中絶が対象。昔は富国強兵で子供が必要であったために、できた子どもは産むことが前提で、中絶は厳しく取り締まられ罰せられていた。しかし、現在ではわけもなしに中絶することはダメだが、例えば経済的な理由で中絶したいとなった際でも、医者が具体的に経済状況を調べるということはないので、フリーパス状態となっており、堕胎罪の検挙率はほぼない。実際ザルな規定になってしまっている。

2 堕胎の概念

何をもって堕胎とするかということについては、明治に判例・通説が確立している。

「自然の分娩期に先立って人為的に母体から胎児を分離させること＋母体内または母体外で胎児を死亡させること」

これはドイツから輸入されているから実際は漏れが出てしまっている。というのも、日本は人の始期について一部露出説を取っているが、ドイツは出産開始説を取っているから。しかし、今はこれで例外が発生していないからこのままとなっている。

医療技術の発達もあるので、今は母体の外に出しても確実に死ぬということはなくなってきつつあり、これを受けて母体の内外関係なく、とにかく殺してしまえば犯罪なのだとする説もあるが少数。

3 堕胎罪の類型

1. 自己堕胎罪（212条）
 - a. ②の軽減類型（責任減少）
2. 同意堕胎罪（213条）
 - a. デフォルト、2年以下の懲役
 - b. 「堕胎させた」＝堕胎を行うことであって、誰かにさせるという意味ではない。
3. 業務上堕胎罪（214条）
 - a. ②の加重類型（責任加重）
4. 不同意堕胎罪（215条1項）・同致死傷罪（216条）「重い刑により処断する」の意義

妊婦が第三者に依頼して堕胎してもらった場合は、同意堕胎罪の共犯という捉え方ではなく、自己堕胎罪にあたりと考えるのが妥当する。・・・①

妊婦の堕胎を教唆・幫助した場合は、自己堕胎罪の教唆・幫助になると判例で確立されています。しかし、総論のところで行った65条1項の違法身分、65条2項の責任身分との関係で、65条2項で同意堕胎罪の教唆・幫助とする説もあります。というのは、①を同意堕胎罪からの責任減少と考えると、妊娠している人ではない人の場合は責任減少など必要ないので、デフォルトの同意堕胎罪の教唆・幫助と考えるという考え方です。

妊婦と医師を教唆して医師に業務上堕胎を行わせた場合については、65条2項で同意堕胎罪の教唆とされます。

4 人に対する罪との関係

（1）具体的生育可能性がない場合

堕胎で生まれてきた子どもについての話。具体的生育可能性がない場合に、作為で生命を短縮させたという場合については、生きて生まれてきた以上は、生育可能かどうかというのは要件ではないという話だったので、作為によって生命を短縮させた場合には当然殺人罪が成

立すると考えて良いということになる。しかし、不作為の場合は不処罰になっているみたい。

（２）具体的生育可能性がある場合

具体的生育可能性がある場合については、真正不作為犯の作為義務あるいは保護責任者遺棄罪の保護責任というものが認められれば、不作為についても不作為犯が成立するし、作為の場合は殺人罪、あるいは傷害致死罪が成立する。こちらは作為でも不作為でも処罰するということらしい。

（３）罪数

墮胎行為と墮胎で生まれてきた子供に対して成立する人に対する罪との罪数関係の話。基本的には一連の行為として包括一罪で良いとされる。その際、より重い方で処罰するべきとされている。

（４）胎児傷害

母体内で胎児を傷害し、その結果が生まれてきたあとに及んでいる（例えば障害が残っているなど）場合の扱いをどうするのかということで、議論がある。

1. 結果存在時基準説

- a. 人を傷害するのも傷害された人を作り出すのも同じだという説。障害を持って子どもが生まれたとすれば、その障害があると分かった時点を基準として責任を追求できるとした。
- b. 熊本水俣病事件1審はこの説を取っている。
- c. しかしどうやら間違いのよう。広く取りすぎているみたい。

2. 侵害作用時基準説

- a. 侵害があった時を基準とする。つまり人に対する罪であれば、侵害されてない人というものがいて、その人が傷害されなければ、やはり法益侵害というものを認めることはできないだろうと考える。つまり人と胎児を区別する考え方。
- b. 熊本水俣病事件2審に採用されている？

3. 母体傷害説

- a. 母親の健康な子供を産むという機能を害したと解する説。

第２章 身体に対する罪

第１節 総説

第2節 暴行罪（208条）

1 暴行の意義

暴行の意義についてですが、一般に身体に対する物理力、古い判例では有形力という言葉が使われていますが、別に形がある必要はないので、正確には物理力の行使と定義されています。つまり、匂いとか音とか光などでも暴行になり得るということです。

（1）物理力の範囲

音・放射線・電流・光熱などのエネルギー、病原菌、臭気なども含まれます。

（2）暴行は傷害の結果を引き起こし得るものであることが必要か

判例は不要説を取っています。例えば、服の襟元を掴んで持ち上げるという暴行が考えられますが、別にそれだけで傷害結果にはつながりませんよね。でも、これは暴行と判例は判断しています。

侮辱・脅迫（意味による攻撃）との区別について。「殺すぞ、お前」と脅されたとしてこれが暴行になるのかということとは違うだろうとされています。確かに音が発せされていますので暴行にもなりそうですが、建前上区別されています。

詐称誘導（ex. 騙して落とし穴に墜とす）という行為についても、音で誘導しているので暴行にもなりそうだが、これはならない。穴に落ちて怪我をしたら、それは重力という物理力を利用した暴力であり、結果傷害という判定になる。騙すために音声を発することは、別に必要ではないということなのかも。

ちなみに、傷害罪というのは暴行罪の結果的加重犯と解されています。つまり、暴行をして傷害を生じさせてしまった場合には、傷害の故意がなくても傷害罪が成立する。これ引っかけやすいので注意！！

そして、傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯であるから、死亡させるという認識がなくても、暴行をして（ここに故意あり）傷害が生じて死亡してしまったら傷害致死罪が成立する。二重の結果的加重犯になっている。

つまり、例えば刀をあてるつもりがなくて振り回していたら結果的に当たってしまって殺してしまった事例において、身体に接触することが暴行罪の要件と解し、かつそのことについて

て故意がないという風に考えてしまうと、過失致死罪ということになる。おそらく重大な過失があるだろうから重過失致死罪だ。つまり、非常に軽い罪になってしまう。

これは軽すぎてよくないので、身体の近くに物理力を行使することが暴行であるという風に考え、被告人はそのことを認識しているから暴行の故意がある、すなわち暴行罪が成立する。その結果怪我をしてしまったから、傷害罪は暴行罪の結果的過剰犯なので傷害の故意がなくても暴行の故意があれば傷害罪が成立するから、傷害罪が成立し、さらに死亡してしまったら傷害致死罪になるという構成が適切。

過失致死罪と傷害致死罪とでは全く刑の重さが異なるから、実務上とっても大事になってくるらしく、テストでもよく出るとの話。確認されたし。

（３）身体に物理力が接触する必要があるか

今挙げた刀の話でもそうでしたが、身体の近くに作用すればよいとするのが判例・通説です。

２ 暴行概念の相対性

1. 物に対する物理力の行使を含む「最広義の暴行」
 - a. 騒乱罪（106条）における暴行
2. 人に向けられた物理力の行使を含む「広義の暴行」
 - a. 公務執行妨害罪（95条）の暴行（教材545、545）
3. 人に対する暴行である「狭義の暴行」
 - a. 暴行罪の暴行
4. 人の反抗を抑圧しまたは著しく困難にする程度の「最狭義の暴行」
 - a. 強盗罪（236条）の暴行、強制性交等罪（177条）の暴行（議論あり）

第３節 傷害罪

１ 傷害の意義

（１）傷害の範囲

傷害の意義

- ① 生理的機能障害説 判例（教材47、49）・通説
- ② 身体的完全性侵害説（教材48）
- ③ 生理的機能の障害と身体の外貌の重大な変更説

意識障害（教材49）、精神障害（教材50～52）

(2) 傷害の程度

治療しなくても日常生活に影響しない程度は傷害でない？ 教材40参照

強盗致傷罪（240条前段）にいう傷害の程度 教材54、55

酌量減輕（66条）→71条→68条 執行猶予（25条）

法改正によって下限が7年から6年に引き下げられた

(3) 成功した手術は傷害か

通説は傷害罪の構成要件に該当し、治療行為として違法性が阻却され得ると解している。ドイツでは非傷害説も有力

→刑法第一部でもやりましたね。

2 暴行と傷害の関係

(1) 暴行によって傷害結果が生じた場合

傷害罪は暴行罪の結果的加重犯を含む（208条の反対解釈）→暴行の故意でたりる

教材42や43の事例では身体に当たると思っていなくても傷害罪が成立する

→ここら辺は暴行の意義のところで書いています。

まとめると暴行の故意さえあれば、傷害が生じた際に傷害には故意がなくても、故意があったという判定になります。そもそも暴力がなければ傷害にもなりません。

(2) 暴行以外によって傷害結果が生じた場合

故意犯→傷害の故意が必要 教材51はどちらの例？

3 同意傷害

違法性阻却の問題（構成要件阻却説も有力）

- ① 社会的相当性説（教材56）
- ② 重大な傷害の場合は同意があっても傷害罪になるとする説→何が重大な傷害か
（ア） 傷害罪が成立する場合も、同意殺人より重く処罰することはできない
- ③ 不可罰説

4 傷害致死罪（205条）

傷害罪の結果的加重犯＝判例は過失不要説

死亡した場合は傷害に故意がなくてもよいという判断がされている。

5 傷害現場助勢罪（206条）

- ① 幫助とは別の助勢行為を処罰するものと解する説 判例（教材57）
- ② 幫助を処罰するもので群衆心理による責任減刑類型と解する説

6 同時傷害の特例（207条）

挙証責任の転換＝刑事訴訟法の大原則（「疑わしきは被告人の利益に」）の例外

共同正犯と擬制（他の行為者が生じさせた結果についても責任を負う）

新判例（教材61）

- ① 各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険を有するものであること
- ② 外形的に共同正犯に等しいと評価できるような状況（同一の機会）で行われたこと
（ア） 時間的・場所的近接性

現場型（教材59）と同一の閉鎖空間で暴行が繰り返される場合（教材58）

樋口亮介「同時傷害の特例」研修809号3頁以下

すべての傷害結果について責任を負う者がいても適用される

現場型では時間的・場所的近接性が厳格に要求されます。一方で、閉鎖空間であれば近接性は緩く判断されています。

傷害致死罪にも適用（教材60）、強盗致傷罪、強姦致傷罪には適用例がない

承継的共同正犯との関係 適用肯定説（教材63）と否定説（教材62）

強盗致傷罪、強姦致傷罪には適用例がないというか、認めるべきではないというのが通説です。

7 過失致死傷罪（209条、210条）、業務上過失致死傷罪（211条前段）、重過失致死傷罪（211条後段）

（1）業務の概念

業務とは、人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行なうもので他人の生命身体に危害を加える虞のあるもので、他人の生命身体に対する危険に配慮すべき社会生活上の地位があるものとされます。反復継続して行なう意思があれば1回限りでも業務です。

この業務には危険であれば娯楽であっても含まれ得ます。例えば趣味で狩猟をやっているなど。ただし、家庭内の育児や炊事、ペットの飼育は除外されます。

もちろん自動車は業務になりますが、生命身体への危険の高さの観点から、自転車運転は一般に業務ではないとされています。

（２）交通事故の重罰化

飲酒運転で死亡事故が起きたなどの、痛ましい事件を契機に車の事故については罪を重くしようという試みがなされてきました。これまでは業務上過失致死傷罪として5年以下の懲役でしか処罰できませんでした。

そこでまず、2001年危険運転致死傷罪を新設しました。これは死亡させた場合1年以上の有期懲役で最高20年まで行けるようにしました。次に、2007年自動車運転致死傷罪の新設で車の事故一般についてmax7年まで法定刑を引き上げました。最後に2013年準危険運転致死傷罪の新設。これは病気などがあると分かっている車を運転し、事故ってしまったケースに適用されます。こちらもmax15年とかなり重い。

（３）重過失の概念

重過失＝きわめて軽度の注意を払うことで結果を予見できた場合

第５節 遺棄罪

１ 総説

（１）保護法益

もちろん生命に関する罪の続きなので、保護法益は生命なのだけど、判例・通説は生命・身体に対する抽象的危険犯という風に、身体も含めた危険犯だということにしているらしい。

抽象的危険犯というのは、日常用語で遺棄という言葉にあたる行為がなされて初めて成立する（具体的危険犯）というわけではなく、生命身体に対する危険性がある程度ある行為であれば遺棄という概念に当てはまるという考え方。

（２）特別法上の義務

日本では、道路交通法の救護義務・軽犯罪法のように例外的に救護義務・届出義務を課しています。要は倒れている人がいたら見過ごさずに救護しろってこと。しかし、努力義務であり、一般的に危険にさらされている人を発見した時にその人を救護する義務というのは規定されていない。

しかし、ドイツ刑法には不救助罪というのがあり、一般に救助を行わなかった者は1年以下の自由刑または罰金に処するという感じで罰則規定となっているらしいです。

2 客体

扶助をしないと生命・身体に危険が生じるおそれのある者としています。条文は限定列举であり、病者には泥酔状態・負傷者が含まれますが、広げて解釈したとしても、妊婦さんは病者とは言えないと言われている。あるいは縛られて、身動きができない人っていうのは身体障害者とは言えないので遺棄罪には含まれない。つまりかなり広く解釈されるがすくわれな部分はあるということ。

3 遺棄の概念

遺棄というのは、行為者と要扶助者との間に場所的隔離が生じる場合を指します。また後から出てくる不保護は、場所的隔離は不要とされています。したがって、親が子どもを山に捨ててきたとなったとしてもこれは遺棄扱いです。一緒に生活しながら食事を与えないなどが不保護になります。

学説の変遷は非常にごちゃごちゃしています。簡単にすると、通説は217条の遺棄は作為の遺棄だけ、218条の遺棄は不作為の遺棄も含むとする説です。議論が進んでいますが、結論が出ていないので、結局通説に戻りつつあります。

通説では保護責任（加重要件）と作為義務（保証人的地位）を同一視してしまっています。だから、救護が必要な人がいたとして、その場に居合わせた時点で救護するという作為義務が発生し、同時に保護責任者にもなる結果、救護をしないと218条で処罰されるということ。しかしこれでは重い。

じゃあ、保護責任と作為義務が異なると解した場合どう区別するかという点について、保護責任は作為義務よりも重い（保護責任＞作為義務）と解することによって、従来保護責任＝作為義務と解されていたために218条で重く処罰されていた行為を「それは作為義務はあるけど保護責任はない」という解釈をすることで217条で処罰するということになるのではないかと佐伯さんは考えているみたい。

（1）単純遺棄罪

これは例えば会社をクビになった人が、帰る途中に気分が悪くなって会社に戻って救助を要求したのに、追い出した結果死亡してしまった場合なんかに当てはまるんじゃないかと思う。

（2）保護責任者遺棄罪

通説は作為義務（保障人的地位）と同視するので、それに基づいて考える。車で人をひいてしまい病院まで車で乗せていこうとしたが、気が変わって車から降ろして置いていった事件で保護責任者遺棄罪が認められた事例について考える。判例は、道交法上の義務を根拠にしたけれど学説は批判的。ここでは単純に、ひき逃げしたわけではなく（引き逃げただけで

は、保護責任者遺棄罪を認められない）、途中まで車で運ぶという事実上の引き受け、排他的支配があり、それを重視した結果保護責任者遺棄罪が認められたのだと考えるのが1つ。

また、保護責任者遺棄罪を認める要件として以下の2つも参考に。

1. 死の結果との因果関係を認めるために必要な救命可能性
 - a. 救命行為をしていれば命が助かったのかという結果回避可能性
2. 保護責任の前提としての救命可能性
 - a. ex. 海で溺れている子どもがいたとして、泳げもしない父親が助けに行く必要があるのかという問題

さらに、生命の危ない状況がありながらもわざと放置したのか、という故意の議論もある。（泥酔した妻を水風呂に放置し死亡させた事例について重過失致死とした事例）

（3）遺棄致死罪

本罪と殺人罪との区別をどうするのかということだが、判例・通説は殺意の有無による区別をしている。つまり、放置して殺してやろうと思わなくても、とりま放置して死んでしまった場合に、遺棄致死罪が成立するんだと思う。

第6節 凶器準備集合罪・結集罪

1 保護法益・罪質

暴力団の抗争が多発し市民に不安を与えたことから、昭和33年に新設された罪。保護法益として、①生命、身体、財産に対する予備罪的性格②社会生活の平穏侵害罪的性格があり、判例は②を重視しているとされる。

集合犯なので、集合した者に共犯規定の適用はなく、みんなそれぞれにこの罪が適用される。でも、共謀共同正犯は肯定されているみたい（ex. 自分は集合しなかったけれども他の人と共謀して他の人だけが集合したという場合）。

2 法益論からの帰結

（1）凶器の概念

用法上の凶器も含まれるとのこと。しかし、ダンプカーやひもは凶器になるのだろうか？

判例は外観上ただちに危険感をいだかせるものとしており、ダンプカーやひもは凶器でないとしている。途中から凶器になるんだという話もあるが、それは間違い。

（２）目的とする犯罪が実行される危険性

予備罪であることを重視すれば、当然準備された・目的とした犯罪が実行される危険性が必要だという事になる。でも、どのくらいの危険性が必要なのかというと高度である必要はないと考えられています。ある程度必要ということですね。逆にゼロということであれば、予備罪の成立を認めることは難しいとされています。

（３）犯罪の終了時期

集合した時点で既遂なわけで、集合状態が継続する限り犯罪が継続する継続犯です。問題は目的とされた犯罪が開始された段階で集合罪は終了するか？ということです。で、判例は終了しないという判断をしています。基本的に解散しない限りは継続するものとされています。

（４）目的とされた犯罪との罪数関係

これは結構意見が分かれています。集合自体は次に起こる本番？の犯罪の前の予備罪のような感じなので、吸収か牽連犯と考えることもできます。しかし、判例は社会的な平穏を壊す集合罪とその次に起こる犯罪は保護法益が違うと思われるので、種類が違うものだとして併合罪という風に判断しています。

３、「集合した」「集合させた」

判例は、凶器があることを知らないで集まって、凶器があることを知ったにも関わらずその場から立ち去らなかった、あるいは集まっている場所に凶器が用意されたにもかかわらず、その場に集合し続けたという場合も「凶器準備集合」したという言葉に当てはまると解釈しました。また集合させた場合、たとえ自分がその場にいらなくても集合状態の形成に主導的役割を果たしたということで、単なる教唆ではなくより重く処罰されます。

第３章 自由に対する罪

第１節 総説

意思決定の自由を保護する脅迫罪・強要罪、身体的移動の自由を保護する逮捕監禁罪、身体的移動の自由と安全を保護する略取・誘拐罪、性的自由を保護する強制わいせつ罪・強姦罪、住居等に誰を入れるかを決定する自由などを保護する住居侵入罪などを、順に解説していきます。

第２節 脅迫・強要の罪

１ 保護法益

脅迫・強要は何に対する罪なのでしょう？強要罪は単に意思決定の自由だとされています。一方で脅迫罪は同じく意思決定の自由とする通説や、人の安全感ないし私生活の平穏という説もあり、またはその両方を保護法益とする説もあります。

2 脅迫罪（222条）

（1）客体

法人について議論がありますが、私生活の平穏を保護法益と考えると法人は含まれない。意思決定の自由と解するとそれはどちらともあり得ますが、判例は否定してます。

（2）害悪の内容

条文の「生命、身体、自由名誉又は財産に対する」は限定列举とされています。まあ限定列举でもほぼ網羅されているので問題になるケースはないといってもいいでしょう。

たとえば「村八分にするぞ」というのは脅迫になるのかというと、今何か害があるというよりは将来にある不利益なので脅迫ではないだろうとされ、名誉や交際の自由（どちらかというと言交際の自由の方）の侵害と判示されている。

また条文中の「害を加える旨」は、告知者が左右できるものとして告知されなければいけません。つまり、「明日お前は大地震で死ぬだろう！」は脅迫ではありませんし、「人民裁判で断頭台上に裁かれる」もダメです。

（3）害悪の程度

何をもって脅迫とするかについてですが、一般に人を畏怖させるに足るものであれば被告知者が恐怖心を抱く必要はないとされています。これについては具体的事情の下で判断するしかないです。

佐伯さんの好きな『ゴットファーザー』の馬の首のシーンについてはかわいそうですが、省略します。要は言葉でなくても態度などによっても脅迫になることはあるってこと。

（4）告知の方法

上でも言いましたが、態度による脅迫も可能。だから、「もちろん俺らは抵抗するで。拳で！」と言わなくても、拳を突き合わせる動作だけでも明白に拳で何かするつもりなのがわかるので、脅迫罪にあたると言えるのかも。

また明確でない形での告知であったとしても脅迫になることはあります。とにかく方法は問わず、一般に人を畏怖させるに足るものであればおけです。

（5）違法性

害悪の内容が違法である必要はありません。状況によっては「いうこと聞かなかったら訴えてやる！」というのも訴える行為自体は全く違法ではありませんが、脅迫になることもあるってことです。

（６）既遂時期

加害の告知が相手方に到達した段階（手紙であれば配達された段階）。手紙であれば開く必要はなくて、とにかくいつでも開ける状況下にあるということでOK。

（７）罪数

今回も告知の内容である加害行為とは併合罪が原則です。「殴るぞ！」といって殴った場合脅迫と暴行は保護法益が違うのでね。接着していれば加害行為に吸収ですが、原則的には併合罪でいいと思います。

３ 強要罪（213条）

（１）暴行・脅迫

強要罪は、暴行・脅迫を用いて義務のないことを行わせる又は権利の行使を妨害するということを罰しています。脅迫＋アルファってことですね。暴行は別に殴るみたいなどと考えても暴行というやつ以外にも、広義の暴行も含むと解されています（音とか臭いとか光とか）。

（２）客体

法人は含まれないのが通説です。

（３）義務の内容

条文には「人に義務のないことを行わせ」とあるわけですがけれども、この義務が何でしょうという論点がある。つまり、法律上の義務に限るか社会生活上の義務を含むかということですね。これは法律上の義務が通説です。やっぱり社会生活上の義務となると広すぎるんですね。「刑法を毎日5時間以上勉強しないと単位あげないぞ」と佐伯さんが脅してきても、確かに法学部生として刑法を勉強するという社会生活上の義務があるかもだけど、どう考えても酷だし法律上の義務ではないよね。

でも、別にこの議論は必要ないと佐伯さんは考えているみたいです。別に強要罪にあたりはするけど、たとえば親の懲戒権とか考えれば違法性を阻却できるんだと考えてもいいからですね。まあこれはどっちでも。

（４）罪数

強要罪は基本的に脅して（不自由な元で）何かをさせるということなので、次の何かを強制させる罪がそもそも自由に対する罪だと考えられた場合、保護法益が同じなので強要罪は成立しません。例えば、脅して無理矢理に性行為をさせた場合、確かに強要罪（意思決定の自由が法益）は成立しているのだけど、その次の強制性交等罪（性的な自由が保護法益）も同じ自由に関する罪なので、より重い強制性交等罪だけが成立するとされる。というように原則として、まとめられると考えるべきですが、脅してカラオケに連れて行って歌わせた場合は、例外として強要罪（脅して歌わせる）と監禁罪（カラオケボックスという閉鎖空間に閉じ込める）が別個に成立するとのこと。

4 人質強要罪

おまけ。1977年に発生した日航機乗取事件（ダッカ事件）を契機に制定されたもの。第三者強要を含み、第三者には国、法人を含みます。

第3節 逮捕・監禁の罪

1 法益

いつものように保護法益の確認。自由の中でも人の移動の自由を保護しています。逮捕・監禁し続けている間は法益侵害が継続しているので、犯罪も継続します。さっきの集合罪を同じ感じ。逮捕・監禁をやめた時点で終了。

（1）場所的移動能力がおよそない者は客体にならない（通説）

本当に生まれたての赤ん坊など移動ができない人には、この罪は成立しません。この場合は略取誘拐罪という後の方に出てくる罪の方が該当します。

また、機械や介助者の助けで移動できる人は客体となります。また、判例は事実上の意思活動能力があればよいとして1歳7カ月の幼児について客体であるとししました。

（2）意識を喪失している者、睡眠中の者

これについては2つの意見があります。

1. 可能的自由説

- a. 移動しようと思ったら移動できたことの侵害で足りる
- b. 仮に起きたとして移動できなければ監禁とする説
- c. 通説です。

2. 現実的自由説

- a. 移動したいのにできなかったことが必要
- b. その時に起きていなければ監禁になりません。

2 逮捕・監禁罪

逮捕とは人の身体を直接拘束するもの、監禁とは人の身体を間接的（場所的）に拘束するものとされています。限界事例ではどちらなのかわからないこともあります。罪の重さに違いがないので問題にはなりません。

恐怖感を利用した監禁は、実際は逃げることができたとしても監禁としている。偽計（騙すこと）による監禁について、偽計によって被害者の錯誤を利用する場合も含むとしています。「騙されなければ車に乗ることはなかっただろう」という解釈で、これが判例・通説です。

ただ、手段として騙して車に乗せた場合は、「騙されなければ車に乗ることはなかっただろう」という解釈ではなく、その車に乗るという同意の有効性を問題にするべきと佐伯さんは言っています。しかし、結論は同じなので別にそこまで考える必要があるのかはわかりません。

3 罪数

手段としての暴行・脅迫は強要罪の方に吸収されます。また、逮捕に続いて監禁を行なうと包括して逮捕監禁罪一罪との解釈です。しかしいつものごとく、他の犯罪の手段として逮捕・監禁が行なわれた場合は併合罪です。

4 逮捕監禁致死傷罪

違法な逮捕監禁から（手段を含めて）死傷の結果が生じることが必要とされ、因果関係がしばしば問題になります。こんな時には総論のところで出てきた相当因果関係説で考えることが多かったけど、それで不当に因果関係が否定されることがあったので、今は危険の現実化の問題で処理されています。これは総論の話ということです。

第4節 略取・誘拐の罪

略取は有形力を使って連れて行く、誘拐は騙して連れて行く。略取は殴って意識を飛ばしてそのまま連れて行くみたいな感じで、誘拐は「お菓子を買ってあげるからおじさんと一緒に行こうよ」みたいな感じ。

1 保護法益

他人をその真実の意思に反して自己または第3者の実力的支配下に移し、その移動の自由を制限する行為で被拐取者の安全に危険がある場合に限って処罰しています。この安全に危険がある場合に限るとするのが大事なポイントです。したがって、保護法益は行動の自由と安全だと考えられます。

未成年者拐取罪（拐取というのは略取と誘拐をまとめた言い方）では、保護者の監護権も保護法益とするのが判例・通説です。しかし、反対も強い。というのも、誰が告訴できるかという告訴権者が問題になるからです。もし監護権も保護法益にすれば親権者も訴えの利益があるということで告訴できるはずで、判例はそう解しています。しかし、親権者も含む法定

代理人は独立して告訴できるという刑訴法の規定があるので、わざわざ監護権も保護法益とする必要があるのかということについて議論があります。

また、①監護権者が拐取に同意している場合（親が我が子連れ去っていただきますという場合）は犯罪不成立なのか、②未成年者が拐取に同意していて監護権者が同意していない場合（家出少女的な？）は犯罪成立なのか、という問題もありますが、とにかく被拐取者に危険があるかだけを判断すればどこまで保護法益なのかは問題でないと考えていいと思います。

とにかく、告訴の場面で監護権を独立の法益と考える必要はないのと、監護権者の同意があれば常に犯罪不成立と考えるべきでないと考えるのであれば、監護権を独立の法益として認めない方がいいということがポイントです。

犯罪の終了時期についてですが、通説は継続犯と考えているので（状態犯説も有力）、拐取が終わった段階で犯罪が終了ということになります。

2 未成年者拐取罪（224条）

未成年者を保護されている生活環境から離脱させる犯罪です。これで最も大事な議論は親権を主張して、自分の子どもを連れて行くのがこの罪に該当するのかという話。どこまで224条を適用できるのでしょうか？

まず判例は、監護権者であったとしても、未成年者拐取罪の主体となることをまず認めています。国外に連れ出すのはハーグ条約か何かで規定があるのでそっちを見ろとのこと。

3 営利目的等拐取罪（225条）

こっちは成人連れ去りに対して適用される。営利・猥褻・結婚の目的を持って拐取すればこの罪になる。なお営利の目的には、第三者から利益を得る場合も含むとされています。

国連国際組織犯罪防止条約の人身取引議定書を批准するため、もっとも今は目的を広く取る改正がされている。リンチ目的も含めて「生命若しくは身体に対する加害の目的」を付加しました。

4 身代金目的拐取罪、身代金要求罪（225条の2）

昭和39年新設された犯罪で、それまで営利目的拐取罪と恐喝罪で処理されていました。児童誘拐が非常に多かった中で、それでは不十分ということが当時言われていた。特に身代金目的の誘拐はこれまでの営利目的みたいなのは違って、お金さえ手に入れば被拐取者の存在が邪魔でしかなくなるため、殺してしまう可能性がとても高い。そのため非常に重い法定刑にしている（無期または3年以上）。

問題は条文中の「近親者その他」って誰？ってこと。これについて複数の説がある。

1. 事実上の保護関係があるものに限る説
2. 近親に類似した関係にあるものに限る説
 - a. これが通説
3. 非限定説
 - a. 明らかに立法時の説明に反する
 - b. これだと広すぎるのでだめ

昔は私的に親密である必要があるとされていた。だからバイト先の店長とバイトの関係とかはいくら勤務歴が長くてもダメ。しかし、最近ではもっと広くとって安否を親身に憂慮するのが社会通念上当然とみられる特別な関係にある者は含まれるものと解しています。なので、会社の社長と幹部だったり、社員と代表取締役は含まれるっぽいです。

また国や会社は憂慮する者に当たらないので、ISISにカメラマンが拉致されて国に対して2億ドル払えと要求した事件なんかは人質強要罪で扱います。さらに、財物とは所有物に限らず事実上処分し得るものを含むので、銀行口座に振り込み送金させるなども本罪の財物にあたるとしています。

細かい話になるけど、1項の身代金目的の方は現実に安否を憂慮する者がいたかどうかは犯罪の成立には関係ないとされています。目的犯なので。しかし、2項の要求罪の方は関係あります。

最後に228条で未遂が処罰されていますが、さらに身代金目的の略取拐取罪については228条の3で、予備も処罰されています。予備については自首減免の規定が設けられています。

5 所在外国移送目的拐取罪（226条）

元は日本国外移送目的だけでしたが、平成17年改正で所在する場所から外国、すなわち所在する国の外、国外に移送する目的、ということになった。

6 人身売買（226条の2）

これも17年の改正で、226条のように国内外を問わなくなった。

- ①人身買い受け罪（1項）の新設
- ②未成年者（2項）、225条の目的（3項）、所在国外移送目的（5項）を加重処罰
- ③売り渡し罪（4項）＝買い受けと必要的共犯

7 被略取者等所在国外移送罪（226条の3）

略。

8 被拐取者等引渡・輸送・収受・蔵匿・隠避罪（227条）

227条は「幫助する目的で略取され、誘拐され、又は売買された者を引き渡し、収受し、輸送し、蔵匿し、又は隠避させた者は3月以上5年以下の懲役に処する」というもの。ここは用語のチェックだけ。

収受：自己の支配下に移す

隠匿：場所を提供して保護者・官憲の発見を困難にする

隠避：その他の方法で保護者・官憲の発見を困難にする

もともと引渡と輸送がなかったが、17年改正で追加された。

9 親告罪（229条）

略。

第5節 性的自由に対する罪

人によっては大事なところなのでちゃんと覚えよう。

1 保護法益

性犯罪の罪は平成29年6月に改正され、同年7月に施行されています。古い六法だと規定が全然違う！ということになるので注意。

保護法益は当たり前ですが、性的自由（性的自己決定権）です。自分で相手を選ぶ自由です。普通に考えればそうなのですが、最近はこのようにうるさい人はうるさく、性的暴行罪、人の尊厳に対する罪とする見解もあります。しかし、尊厳、、、というと広いし抽象的なので、そこまでを保護法益にする必要はないかなということです。

法律は13歳以上なのかそうでないのかというところで分けています。まず13歳以上の男女についてですが、暴行・脅迫が用いられることが必要です。暴行が同時にわいせつ行為であってもよく、暴行・脅迫の程度は反抗を著しく困難にする程度のものとされています。これが従来の通説・判例でしたが、近時の裁判所の運用は暴行・脅迫を広く解しているという指摘もあります。

（余談1）

まあそもそも13歳で区切る理由ってあるのでしょうかね？海外からはもっと年齢を引き上げろと言われているみたいです。しかし、年齢は故意の対象になるかの境目ということらしく、また児童福祉法によって18歳以下は保護されているし、児童買春、児童ポルノ処罰法もあるのでこちらでカバーできているという話があります。

また条例で法律と別の処罰規定を作ろうとする試みもありました。この問題は憲法で勉強したと思いますが、福岡県の青少年保護育成条例における「淫行」という言葉が不明確で何を指しているのかというやつです。結局、最高裁は限定解釈して合憲性を認めましたね、復習です。

(余談2)

あと、暴行・脅迫要件を削除すべきであるという意見もあります。また、反抗を著しく困難にする程度のものという限定解釈もされていると、一見非常に保護が薄い感じがしますよね。現に海外ではそういう要請から要件を削除したところもあるみたい。これに対して、抵抗しない女の貞操なんて保護する必要はないのだ、という今だと炎上しそうな解説をした先生もいたらしい。今は、そういう行為は密室で行われるもので、刑法がむやみに介入すべきでないから限定にしているという考えもされています。

お次は13歳未満。こちらは暴行・脅迫は不要で、同意があっても成立します。

2 強制わいせつ罪（176条）

強制わいせつ罪は、かつての判例では性的意図必要だとされていました。例えば、恨みを持った女の人がいいて、その人に復讐する意味で裸にして写真を撮ったという事例について、強制わいせつではないとした判例があります。しかし、保護法益は性的自由ですから性的意図を持っているなんて関係ないということで学説がリードして、判例が変更され性的意図は不要になりました。

今は一見して問題ない場面でも、本人は性的興奮を覚えている場面（ex. 小児性愛者が子供を抱き上げる、抱っこする行為）をどう考えるのか、つまり主観を取るのか客観を取るのかが問題になるとされている。

3 強制性交等罪（177条）

最近犯罪の名前が変わったやつです。昔は強姦罪・集団強姦等罪・集団強姦等致死傷罪という別個の犯罪でしたが、今回1つにまとめられました。また、強姦罪は男性による女性の姦淫だけを処罰していましたが、ジェンダー・ニュートラルな形に改正されクリアされています。

夫婦間での犯罪があり得るのかという議論があったけど、否定説が有力。しかし破綻した後であれば強姦罪が成立するとした判例もあるので、それは夫婦でも犯罪になるかならないかはタイミングの問題ということで、破綻時説というものもある。

旧強姦罪は法定刑が結構軽く、身体を保護法益にしているのに財産を保護している強盗罪よりも軽いということが批判されていた。ということで、平成16年改正で2年以上15年以下の

懲役 から3年以上20年以下の懲役になった。そして強盗罪は5年以上なので、平成29年改正で5年以上にすることで下限をそろえた形になった。

4 準強制猥褻罪・準強姦罪（178条）

178条の「人の心神喪失もしくは抗拒不能に乗じ、」の心神喪失は、精神的障害によって性的行為につき判断できない状態、抗拒不能は物理的・心理的に抵抗が困難な状態という意味です。

ここで大事なのは同意が有効かという問題があり、同意は無効である或いは同意はないということになると、では被害者の状態は抗拒不能と言えるか、という次の問題が生じてくるとのこと。ただ、この2つを明確に区別している判例はないとのこと。

被害者を騙した際に心神喪失や抗拒不能に乗じたのかという問題は、同意が有効なのか無効なのかという問題に収斂される。多くの判例では、騙されていなければ同意しなかったであろうということで、被害者の錯誤に基づく同意は広く無効とされて178条で処罰します。また、性的行為の認識がない場合、相手の同一性について錯誤がある場合は法益関係錯誤説によって、同意がなかったものとする。

5 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪（180条）

平成29年改正で新設されたもので、親が子どもに対してわいせつなことをするのを罰している。というのも、子どもは監護者に生活を支えてもらっており、いざ要求されたら容易には断りにくいということがあるからとされる。

しかし教師やスポーツコーチは含まれません。含めるべきという意見もあったらしいけど。「乗じて」という文言の意味として、積極的に影響力を行使する（俺はお前の恩師だぞと言うみたいな）必要はないとされています。

6 未遂罪（179条）

実行の着手は、一般的な現実的危険性が生じた時期に成立します。

7 親告罪（旧180条）

被害者側の権利としての親告罪だが、逆に心的負担を強いてるということで廃止された。

8 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪（181条）

仮にわいせつ・姦淫が未遂でも、致死傷の結果が生じれば既遂として扱います。わいせつ・姦淫の機会にそれと密接に関連する行為から生じた致死傷であれば181条に該当します。例えば漫画とかにはよくあるやつですが、寝ている間にわいせつしたろと思ってやっていたら、起きてしまったのでその場から逃走するために突き飛ばして怪我をさせたということであれば、強制わいせつ致傷罪としてもいいということです。

強盗致死傷罪（240条）との比較がよく行われるらしく、学説の中には強盗致死傷罪と同じように解釈する見解もあるが、それは適当ではないとのこと。やはり強制わいせつ・強制性交の手段としての暴行・脅迫或いはそのわいせつ行為・強制性交行為自体から生じた致死傷の結果に限定するというのとは一つの筋の通った見解だとのこと。

9 認知件数の推移

性犯罪というのは非常に暗数が多い犯罪なので、白書に現れる数字が本当なのかは疑わしいとのこと。

第6節 住居侵入罪

1 保護法益

2つに割れており住居権者の住居権が保護されているとする住居権説と、住居の平穏が保護されているという住居の平穏説が大きく対立しています。これは侵入の意味で解釈が割れているということなのですが、住居権説は住居権者の意思に反した住居への立ち入りが、一方住居の平穏説に立つと、住居の平穏を害するような態様での立ち入りと定義されることになります。

判例・学説の変遷としては長いから見ておいてくれ。とにかくお互いを行ったり来たりして揺れており、現在では住居権説が有力。

住居権説に残された問題点

1. 誰が住居権者（管理権者）か
 - a. 家出も別居も出ていった以上、住居権者ではなくなるとしている
 - b. 集合住宅の敷地・共有部分は誰が管理権者なのかが大事で、その人の意思による
 - c. 同じ家の中でも住居権は部屋ごとに観念することができる
2. 住居権者の意思が対立する場合
 - a. 全員の同意が必要
 - b. 一人の同意があればよい（佐伯さん支持）
 - c. 現場にいる者の意思が優先
3. 住居権者が死亡した後の立入り
 - a. 判例は生前の占有を死亡直後もなお保護するとしている。
 - b. 住居で考えると死亡した直後であれば、侵入罪になるとしている。
 - c. 佐伯さんは無罪になる恐れがあるので、そもそも平穏説を取るか死者の法益があるとするかのどちらかを選択せざるを得ないとしている。

（４）錯誤に基づく同意の有効性

いつもの通り判例は騙されなければ同意しなかったと言える場合、同意は無効であると考えているとすると、かなり広い範囲で住居侵入罪が肯定されることになってくる。

盗み目的で知ってる人の家に赴き、「お入り」と言われたから許可が出たと思って建物に入り、強盗をしたという場合、当然同意がないものとして侵入罪が成立するとしている。

また、スーパーマーケットに入る際にはわざわざ承諾はいらないが、万引き目的の来店まで承諾しているのかという問題があり、包括的承諾の有効性の問題として議論される。正当な目的以外の入店を認めていないと考えるのであれば、万引き目的で店に入ることは、管理権者の意思に反した立ち入りとして建造物侵入罪になる。

２ 住居侵入罪（130条前段）

130条「正当な理由がないのに、人の住居若くは人の看守する邸宅、建造物若くは艦船に…」

住居：人の日常生活に使用されている場所

邸宅：居住用の建造物で住居以外のもの

邸宅、建造物、艦船は看守（管理・支配するための物的・人的設備）が必要で、物的・人的設備がないガバガバなところは130条の保護に当たらないとされている。

建造物には囲繞地も含まれます。東大で考えると、塀で囲まれた所は全て建造物になり、その中に入った時点で、建造物侵入罪の既遂になります。一方、住居は庭も含むとしているが建物だけの住居説も有力です。またハシゴを使って塀に登っただけの場合でも控訴審・最高裁は塀も建物の一部を構成するため塀の上も建造物に当たるという風に判示しています。

建造物侵入罪は継続犯と考えられ、不法侵入が発見された時に同時に不退去罪は成立しません。不退去罪は入るのは合法で、出て行けと言われて出ていかない時に使われる類型です。

また罪数ですが、住居侵入罪と侵入後の犯罪は牽連関係で一罪として扱われます。総論でもやったかもしれません。懐かしい「かすがい現象」の問題が発生します。建物に侵入して同時に2人を殺した場合、本来であれば併合罪なのに住居侵入があるがために一罪で処理されてしまうってやつです。

3 不退去罪（130条後段）

さっきも言いましたが、正当に立ち入った後に退去を求められた場合に成立し、侵入罪とは同時に罪を構成しません。退去するのに必要な時間経過後に実行の着手かつ既遂が認められます。

4 未遂罪（132条）

総論でもやった記憶があるけど、住居侵入罪は体が全部入ったときに既遂というのが判例です。ここは細かくて微妙なのでこれくらいで。

第4章 秘密・名誉に対する罪

第1節 秘密に対する罪

1 保護法益

ズバリ個人の秘密を保護しているとされ、これは自然人だけでなく法人も含まれるとのこと。ここでいう秘密とは①非公知性、②秘密にする意思、③秘密にする利益があるものをいいます。

ちなみに国家秘密に関する公務員の守秘義務について、形式秘説と実質秘説があったみたいですが、判例は実質秘説をとったみたいです。

2 秘密侵害の類型

1. 探知（133条）（ex. 信書開封罪）
2. 漏泄（134条）
3. 窃用

特別法の秘密侵害罪（ex. 郵便法、電気通信事業法、有線電気通信法、電波法）は上の3つ全てが処罰範囲ということです。

3 信書開封罪（133条）

条文中の「封をしてある」は、壊さないと中がみられない信書と一体の外封という意味で使われています。

また「開けた」というのは、信書の内容が知り得る状態にする行為です。当たり前ではありますが、信書という形式を保護しているのであって内容が秘密である必要はありません。

4 秘密漏示罪（134条）

真正身分犯とされていて、業務上取り扱ったことに対する秘密でなければならないとされています。例えば医者がお酒の席で知った患者さんに対する情報を、医者が漏えいしたとしてもそれは134条の問題にはなりません。

「正当な理由なく」とありますが、正当な理由がある場合（伝染病の発見など）、秘密を開示してもいいということになっているみたいです。

第2節 名誉に対する罪

1 保護法益

保護法益はもちろん名誉。そして名誉には3つの概念があるとされています。

1. 客観的名誉（外部的名誉＝社会的評価）
2. 主観的名誉（名誉感情）
3. 規範的名誉（人の人格的価値）

では刑法がどれを保護しているのかということですが、名誉毀損罪・侮辱罪とも1を保護しているというのが通説・判例です。侮辱罪については2の説も有力です。また、判例通説は「実際に名誉が低下する必要はない」という立場を取っていますので、抽象的危険犯です。

2 公然性

公然とは、不特定または多数の者が「直接に」認識し得る状態というように解されます。では少数から口伝えに伝わっていくのがダメなのかという伝播性については、意見が分かれています。佐伯さんは直接的な者に公然性要件の成立を絞るべきなのではないかという学説を支持しているみたい。

3 真実証明（230条の2）

1項は事実であっても処罰されるとされます。社会的評価は真実であればあるほど傷つくという考えもありますから。しかしそれは表現の自由を侵害するとして、昭和22年に230条の2が設立されました。

（1）公共利害事実

公共の利害に関する事実というのは、単に社会の人が興味を持つ事実という意味ではないのですが、私的な事由であっても社会的影響力の程度等の基準を踏まえれば、公共的利害に関する事実だと解されるとされています。

（2）公益目的

この根拠は表現の自由、国民の知る権利に求められます。だからこれは報道する主体がどのような意図であっても認められるべきであって、公益目的の目的要件については緩やかに認められるべきであろうというのが学説の一般的見解である。

（３）真実性の証明

真実性の挙証責任は被告人にあります。したがって「疑わしきは被告人の利益に」の例外あたり、厳格な証明（合理的疑いを超える程度での証明）が必要です。また噂の真実性については、証明の対象は噂の存在ではなく噂の内容に真実性があるのかどうかです。

次は真実性の誤信という問題です。誤信とは客観的に真実ではなかった、その証明が出来なかったけれども、それが正しいと誤信していた場合に責任が阻却されるのかという問題。

旧判例で、誤信があったとしてそこに相当な理由があったとしても犯罪の成立は免れないと判示したのに対し、ここに表現の自由の保障には不十分であるという批判がありました。これでは報道が萎縮してしまうと。これでは憲法であれだけ言われていた表現の自由の保障がなおざりになってしまう。ということで新判例では、誤信が確実な資料・根拠に照らし相当の理由があるときは不可罰となりました。

ではどんな時にどんな理由で不可罰となるのかというのが下にあるやつです。

①事実が真実であることが処罰阻却事由

特別に真実が証明されれば処罰を阻却しようという見解。普通に少数派。

③ 事実が真実であることが違法阻却事由

特別に真実が証明されれば違法性を阻却しようという見解。報道をいい加減にやったとして、真実でさえあれば違法性が阻却されるのかということが問題視された。

③事実が証明可能な程度に真実であったことが違法阻却事由

④事実が虚偽であることが構成要件要素

いろいろあるけど、結局実務は真実であったかどうか争われ、次に真実と信じたことに相当の理由があったかどうかを考えているみたい。

インターネットの名誉毀損についてですが、ネット上の名誉毀損だからといって、何か特別なルールが当てはまるわけではなく、確実な資料・根拠に照らして相当の理由があるときに限って免責される、と述べた判例があります。

また違法性阻却の問題について、刑法35条の正当業務行為として阻却するというパターンもあります。

4 死者の名誉棄損罪（230条2項）

保護法益は3つの説があります。

1. 死者の名誉
 - a. 死者の人格権を認めるor生前の名誉の保護を死後に及ぼす
 - b. 従来の考え方を大きく変更する必要がある
2. 遺族の名誉
 - a. 遺族がいないと保護されないのかという点で問題あり
3. 死者に対する敬虔感情
 - a. 社会一般にいる死者に対する敬虔感情
 - b. 社会風俗に対する罪ということになる

死者一般に対する保護法益であると考ええると、虚偽の事実を摘示するとダメですが、逆にいうと虚偽でなければなにを言ってもOKということになります。その点で、死者に対する名誉毀損罪を認めるためにはかなりハードルが高いということになります。

5 侮辱罪（231条）

判例・通説は名誉毀損罪も侮辱罪も人の社会的評価・外部的名誉・客観的名誉を保護しているという様に考えています。両者の違いは事実を摘示するかしないかで、することで成立するのが名誉毀損罪で、事実を摘示せず評価をすることで人の名誉を傷つける侮辱罪です。したがって、人の名誉を傷つける危険性が大きく異なっているので、侮辱罪の方が軽く処罰しているということ。

第5章 信用及び業務に対する罪

第1節 総説

保護法益について、信用毀損罪は人の経済的評価で、『信用』は人の支払能力又は支払意思に対する社会的な信頼に限定されるべきものではなく、販売される商品の品質に対する社会的な信頼も含むと解するのが相当であるとし、学説からも支持されています。

一方の業務妨害罪は、人の社会的活動の自由としています。事実上業務を妨害すればみんな業務妨害罪が成立するのと同じようになってます。

第2節 信用に対する罪

かつては信用というのは支払能力に関する社会的信頼に限定されていましたが、新判例により支払能力に関する社会的信頼に限定されないとされています。

虚偽の風説の流布とは、客観的事実に反する情報を不特定又は多数の人に伝播させることです。これについて、相当な根拠を有しない情報も含むと解する判決があります。無責任な報

道をして人の信用を傷つける行為まで処罰すべきだ、という解釈に合理性はあるという考え方ももちろんあるけれども、ただ罪刑法定主義の観点から「相当な根拠を有しない情報＝虚偽」って言うていいんだということには問題があるように思います、と佐伯さん。

名誉毀損のと同じように、現実信用が低下したということを証明する必要はなく、信用を低下させる事実を摘示すればそれで済む、つまり抽象的危険犯である、と考えられています。

第3節 業務妨害罪（233条後段、234条）

まず業務とは、職業その他社会生活上の地位において継続して従事する事務のことを言い、ここでは単なる娯楽は含まれないと解されています。また継続性については、個々の業務の継続性を問題にする必要はないとされています。会社設立に際して何か妨害があった場合、設立は1回きりだけれども、会社として業務はやっていくわけで、業務妨害になるとされています。さらに業務というのは、刑法で保護に値する活動でなければならないので、例えば麻薬の密売は業務に含まれません。

行政法上の瑕疵があっても、平穩に営まれていれば刑法による保護に値するということなのですが（麻薬の密売とかそういう反社会性の高いものは外れるけれども）、しかし公務の場合には、公務執行妨害罪との均衡からもっと厳格に要保護性の判断というものがなされているということです。

公務と業務の関係は？

1. 公務はすべて業務に含まれないとする消極説
 - a. 戦前の判例、戦後も一般論として
2. 公務もすべて業務に含まれるとする積極説
3. 含まれる公務と含まれない公務があるとする中間説
 - a. 教材132でこの説をとって国鉄職員の職務の業務性を認めた
4. 業務に当たる公務は公務執行妨害罪でも2重に保護されると解する限定積極説
 - a. 下に説明
5. 業務に当たる公務は業務妨害罪だけで保護されると解する振り分け説
 - a. 下に説明

最近では、権力的職務かどうかということが、業務かどうかということの基準となっています。つまり、非権力的公務であれば業務に含まれるという基準が用いられていると考えられますが、暴行・脅迫を用いて非権力的公務を妨害すると、公務執行妨害罪が成立するという

ふうに判決は考えています。ですから、非権力的業務というのは、公務執行妨害罪と業務妨害罪の二重に保護を受けるということで、この説を学説は限定積極説と呼んでいます。

5の説について。非権力的業務は、業務妨害罪だけで保護されると解する説。これは公務を公務執行妨害罪で保護される業務と、業務妨害罪によって保護される業務に分けるので、振り分け説と呼ばれています。

(余談?)

正直多すぎてどうでもいい感じですけど、この問題は昔はとても重要な意義を有していました。なぜかと言うと、公務執行妨害罪の中に罰金刑が昔はなく、公務員は禁錮以上の刑を言い渡されると、自動的に失職してしまうから。法定刑に懲役・禁錮しかありませんので、執行猶予になったとしても、必ず禁錮以上の刑に処せられるということになってしまって、失職してしまうんですね。公務執行妨害罪の適用を受けるということは、公務員の身分を失うことと同義になりますので、相当重い意味を持つんですね。業務妨害には罰金刑があるので、それで行けば失職は免れられるってわけです。しかし、それは昔の話で今はほとんど重要性がないみたいです。というのも公務執行妨害罪に罰金刑が付けられたからです。

その後、暴力や脅迫がない場合は自力執行力でなんとかしなさい、でも権力的公務も偽計に対しては無力であるから保護されるべきであるという説が山口厚先生によって唱えられたが、業務妨害罪の中で手段によって業務の概念を変えるのは疑問とのことです。

手段

業務妨害罪の手段について。虚偽の風説の流布（既出）と偽計（人を錯誤に陥らせる行為、人の無知・錯誤を利用する行為）、または威力（人の意思を制圧するに足る勢力）になります。意思の左右（抑圧）は問題にならず、結果として妨害されればよく、暴力的である必要もないとされています。

偽計と威力の区別

偽計：人を錯誤に陥らせる行為、人の無知・錯誤を利用する行為

威力：人の意思を制圧するに足る勢力

・例

漁場の海底に障害物を沈めた、百貨店の寝具に縫針を差した＝偽計業務妨害

競馬場に釘を撒いた＝威力業務妨害

偽計と威力の区別はすぐには分からない場合には偽計・分かる場合には威力と区別します。

妨害の意義

妨害するに足りる偽計・威力等を用いれば、実際に業務が妨害される必要はないと一般論として判例は述べています。学説はそれを業務妨害罪の抽象的危険犯なんだと理解して、多数説はこれを支持しています。ただ、その必要性という観点で佐伯さんは疑問があるよう。

例えば、釘を競馬場に撒いて職員が必死に回収して予定のレースの時間に間に合ったとすると、実際に業務が妨害されたと判断してもいいのか？ということ。大学受験のカンニング事件についても、こっそりとカンニングしていれば進行にはなんの問題もないわけで、京大は偽計業務妨害として訴えたのはなんで？ってなる。しかし、これはそのあとの調査とか公表とか、そもそも必要がないはずのことを職員がしないといけなくなるから、と考えればすっきりといく。

電子計算機損壊等業務妨害罪（234条の2）

昭和62年の刑法一部改正で業務妨害罪の加重類型（3年→5年）として規定されたものです。この業務妨害は加害行為（実行行為）→コンピューター動作障害の結果発生→業務妨害という間に中間段階を踏んでいることが特徴になっています（普通は真ん中がありません）。

加重類型なのは何故なのかというと、電子計算機を損壊することによって業務を妨害する行為は単にその人の業務を妨害するにとどまらず社会的に大きな損害を与えることがありうるからとされています。空港の制御システムとかですね。職員だけでなく利用客にも影響がありますからね。

ここでいう「電子計算機」は限定解釈されていて、パチンコ台についているマイコンはあたらないとされました。その場合は普通の業務妨害です。

「損壊」は広く解していて、物理的毀損・データ消去など効用を喪失させる一切の行為にあたります。また、「虚偽の情報・不正の指令」は内容が真実に反する情報、具体的な業務遂行の過程で与えられるべきでない指令となっています。

その他の方法としては、電源の切断、通信回線の切断、付属設備の損壊、処理不能データの入力など、直接電子計算機の動作に影響を及ぼすような性質のものに限られ、コンピュータールームの占拠、運搬中のデータの損壊等は含まれないとされています。直接ってところが大事。

第6章 財産に対する罪

個人的法益に対する罪の最後になります。

第1節 財産犯総論

1 財産犯の分類

最初は財産犯の分類について。財産犯は非常に大事な類型で、最初に全部を覚えてしまう必要はないけど、財産犯全体を勉強した後の段階で、どのような犯罪が財産犯の中にあってそれぞれどういう位置付けになっているのかということが頭に入っている必要がある。ということでレジュメにある表は覚えてねとのこと。

財物罪 利益罪（2項犯罪）

領得罪

占有移転

奪取罪

窃盗罪	○	×
-----	---	---

強盗罪	○	○
-----	---	---

交付罪

恐喝罪	○	○
-----	---	---

詐欺罪	○	○
-----	---	---

占有不移転

横領罪	○	背任罪
-----	---	-----

毀損罪

毀棄罪	○	背任罪
-----	---	-----

この表について説明をします。まず横軸。財産犯は客体で財物に対する罪と財産上の利益に対する罪に大きく分けることができ、財産に対する罪は、第1項に財物に対する罪が規定され、第2項に財産上の利益に対する罪が規定されていることが多いので、利益罪はよく2項犯罪というふうに呼ばれています。これについて全てがこの2つの罪になるのかということそうではありません。例えば窃盗犯は2項犯罪での処罰はありません。

次にたての分類について。他人の物や財産上の利益を自分のものにする、これを刑法の条文では領得と言ひ、これには不法領得の意思を持つ必要がある。次に、具体的に財産上の利益を得るというわけではなくて他人の財物を壊す、そういう罪が毀棄罪。よって、大きく財産犯は領得罪と毀棄罪に分けることができる。

次に領得罪の中でも、他人の占有を己の占有に移すというような占有を移転させる罪と、他人の占有を侵害せず、具体的には預かっているものを自分のものにしてしまうような占有が移転しないような罪に分かれる。これを占有移転罪と占有不移転罪という。占有が移転しないのが、横領罪。占有移転罪は、占有移転罪は占有の移転が占有者の意思に基づいているか、それとも占有者の意思に反して占有が移転しているかという点で交付罪と奪取罪という風に分けます。交付罪の類型としては恐喝罪（脅かす罪）と詐欺罪（騙す罪）がある。一

方、奪取罪は窃盗罪、それから不動産侵奪罪（不動産を盗む罪、不動産の占有を盗む罪）、そして強盗罪というものがある。

これらについてこれから詳しく扱っていくことにするよ。

第2節 窃盗罪

1 客体

（1）財物の意義

235条は「他人の財物を窃取した者は」というふうに規定されているので、ここで言う財物とはどういうものかという問題となる。これには2つの説があって、有体性説（有体物＝財物）と管理可能説（管理可能であれば有体物でなくてもOK）があります。

これが問題になったのが電気は財物なのかということ。大審院は「可動性及び管理可能性の有無をもって窃盗罪の目的たる」かどうかという点を見ている。窃盗罪とは占有を移転させて盗む罪である。盗むことができるということは、動かすことができて管理することができるというわけ。そして、電気もこれにあたるので財物であるという結論を出した。ただし、今は電気は財物という規定が刑法が置かれたので争いはない。

逆に今は有体性説が通説になりつつある。管理可能説は範囲が広すぎるというわけです。別に情報なんかを財物にしなくても情報というのはUSBなんかに保存されているわけで、情報と一体となった有体物が財物として保護されればそれでいいのではということです。しかし、メモや写真をとることで情報も盗めるが今の所これが窃盗とはされていない。利益窃盗（2項犯罪）は処罰されていないので、物を盗まないと窃盗罪は成立しません。

しかし、どちらの説を取るにしても問題となるのが、不動産は財物かということ。しかし財物というには可動性が必要だったので、財物とみなされていなかった。しかし今は、不動産侵奪罪が制定されているので、正式に財産には含まれないということで問題はクリアされていると言えます。

では不動産の強盗（ex. 暴行脅迫して不動産から立ち退かせた）はどうするのかという問題があります。もちろん財物ではないので、この強盗罪のケースでは財産上の利益（2項強盗）とされています。

しかし暴行などは用いずに、恐喝や詐欺で立退きをさせた場合には、1項で処罰します。なぜ分けているのかということで疑問に思うかも知れども、実際そこまで区別しているわけではないそうなので、「1項と2項で分けられているのね」くらいの理解でいいと思う。

（２）所有権の対象

当たり前ですが、人の財物であることが必要で、無主物（大気、川の水、野生動物など）は財物ではないとされています。また、身体の一部・臓器や血液も身体と一体化している限りにおいて財物ではないということになる。吸血鬼が噛み付いて血を吸っても傷害であって強盗ではないというわけですね。

とにかく人の財物で、身体と分離することができることが必要。つまり、ペースメーカー、人工関節など身体と一体化すると財物でなくなるということ。しかし、かつら、コンタクトレンズ、義足は財物ということです。とにかく身体から分離して所有権の対象となれば財物です。吸血鬼が血液バンクから血液を盗むと窃盗になります。

最近少し議論されていることとして、試験管内の受精卵は財物なのかということ。しかし受精卵や胚は人の生命であって財物ではない/物ではないというのが有力な見解。しかし佐伯さんは疑問があるらしく、財物でないとすると現状なんの保護もないので、財物にして保護するのがいいのではということらしい。しかし少数説。

さて、お次は死体は財物かということであるけど、通説は所有権の対象でなく財物でないとする。190条に規定があって「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の懲役に処する」とある。これは財産犯ではなく社会的法益に対する罪であると解釈されている。死体のみならず遺骨や遺髪、棺についても財物ではなく190条だけでいくというのが通説。一方で、博物館のミイラ、標本などは博物館が所有権を持っているので、財物という扱いです。

しかしこれにも佐伯さんは疑問があるらしく、昔ゴッホの絵を所有していた方が「死んだ時にゴッホの絵を自分の棺に入れてくれ」と言って物議を醸したことがあって、いくら自分のものだと言ってもそのような人類にとっての遺産・大事なものを勝手に処分してしまうのはおかしいのではないかという議論があり、仮に言われた通りに棺に絵画を入れたとして、その絵画を盗んでも窃盗罪にならないというのは明らかに妥当な結論ではないと思うとのこと。

（３）財産的価値

ここまで財物というのは有体物で、所有物の対象になるのだということできたが、もちろんそこらへんのゴミを拾って所有権を主張しても財物として保護する価値があるのかということ微妙だよね。ということで、財物とされるには財産的価値が必要とされています。別に売りに出して価値があるという必要はなくて、交換価値・主観的価値（自分にとって価値があるか）・消極的価値（他人に使われたくない）があれば財物の扱いになります。

例としては彼女が彼氏にもらったラブレターなどの大事にしているものはそれが有名人でもない限り、売りに出しても誰も買ってくれないと思うが、それは本人にとってすごく大事なものであって保管しておきたいとなれば、それは主観的価値が認められ財産的価値があると

いうことになる。あるいは、昔小学校の時にとった0点の答案を、そんなものをみんなに見られたら困るということで机の底に隠しているような場合は、もちろん売りに出しても誰も買ってくれないだろうし、自分にとって価値あるものでもないけれど、他人に利用されては困るということで消極的な価値があり、財産的な価値があるということになる。

基本的に裁判では財物ではないということが認められることは少ないのだが、稀に認められることもある。ポケットに入っていた13枚のティッシュを盗もうとした事件では、可罰的違法性が否定されるほど軽微なので財物でないとなった。しかし、この事件ではティッシュを財物とはしなかったが、窃盗未遂罪で処罰されている。なんでかというところポケットに手をつっ込んで、財物を盗もうとしたけどティッシュしか入ってなかったというケースなので、窃盗目的であれば中に何もなくてもアウトだということです。

最後に、情報は財物ではないということでしたが、財物的価値という観点では情報の価値というのは結構重要みたいです。まあ当たり前といえば当たり前の話。紙自体は1円くらいでも、書いてある内容にすごい価値（有名人のサインとか）があれば、それを1円と評価はしないだろうってことです。

2 占有の意義

まず占有があるのかないのかという問題があり、財物に対する他人の占有を奪って自己の占有に移すと窃盗罪だし、占有を離れたものを自分のものに領得すれば占有離脱物横領罪あるいは忘れ物の場合は遺失物横領罪になります。窃盗罪は他人の占有を奪うことだけど、横領罪は例えば人から預かっていたものをそのままパクるみたいなパターン。

（1）占有の有無

最初は窃盗と占有離脱物横領罪の区別について。窃盗における占有ってどういう程度なのかというと、究極的には社会通念によって判断される、社会の人一般がどう思うかによって支配があるかどうか判断されるのだと考えられている。

また、刑法の占有は物の事実上の支配という意味なので、民法でいう占有とは違い代理占有（間接占有）・占有改定・相続による占有の継承は認められません。ここでいう事実上の支配は、占有の事実と占有の意思の両面から相関的に判断されるので、どちらが強くてどちらが弱いということでも問題ありません。

① 排他的支配領域内

客観面が強くて主観面が弱い典型例。自分のアパートの部屋にあるものは全部自分のものと考えてもいいよねということ。家の中でなくしたものでも、母親が勝手に買ってきて冷蔵庫に置いているプリンでも占有があると考えて良い。つまり、家の中のものは全部俺のものという潜在的・包括的意思があればそれでよいということだね。

例えば、宿泊者が旅館の便所に財布を忘れて旅館から立ち去ったため、財布の持ち主は財布に対する占有を失っている。その後便所で財布を見つけた人がそれを自分のものにした場合に、これは持ち主の占有を離れているので占有離脱物横領罪かと言うとそうではない。この旅館の主人の占有に属している。旅館の中にあるものは、もちろん持ち主が持っているときは持ち主の占有だが、持ち主の占有を離れてしまうと占有離脱物になるわけではなくて、先ほどの排他的支配領域内にあるものはいちいち認識していなくてもその領域を支配している人の占有に属するというルールを適用して旅館の管理者の占有に属する。そうすると、その財布を盗んだ人は持ち主の占有は侵害していないけれども旅館の主人の占有を侵害しているということになるため、占有離脱物横領罪ではなくて窃盗罪になる。

しかし、一方で電車の車内なんかの毎日多くの人を利用する場所で、忘れ物をした場合は占有離脱物の扱いになる。ここでは車掌さんの占有物に、、、ということにはならないので注意。でも、新幹線では車掌の見回りが山手線なんかよりも断然多いから、こういう場合には車掌の占有にしてもいいのではみたいな議論があってなかなかめんどくさい。

結局最終的にどんな時に占有を認めるのかということについて、社会通念で決めるので結論が定まりにくい。周りからどう見えるかなんかの視点も大事になってくる。

また、後の議論にもなるが、すぐに取りに戻れるかというのは占有を判断する際に非常に重要な判断基準。あとはもう一つ重要な要素として、見たときに誰のものか分かるかどうかということも一つの判断要素である。家の庭に自転車が放置されていても、その家の人が持ち主なんだなとわかるように、判断できる程度に近い場所にあれば占有はなくなっていないと判断すべきという話もある。

②公衆に開かれた場所での忘れ物

今の話の関連で、すぐに取りに戻って占有を回復できるか？という問題を具体的に検討する。

肯定例では一時的に失念して27m離れても占有は失われていないとしたものがある。しかし、このケースは誰のものかわかるものだし、すぐに取りに帰ることができる社会通念として認められているだけで、具体的に何m離ればいいのか何分以内に帰って来れる距離にいたとかという公式に当てはめたわけではない。

一方の否定例では、屋上で財布を忘れ、地下1階で気がついた時にはもう遅かったという事例については占有を否定したことになる。今の所どれも妥当ということになっているところからしても、個別具体的に判断していくしかないということかもね。

しかし、最後に公衆に開かれた場所に忘れてしまった場合の基本的なルールをまとめておくと、すぐに取りに戻って占有を回復できるような場所的・時間的距離にあるという場合にはまだ占有が残っているということです。あとはもちろん窃盗は故意犯なので、そのものを占有物だと思って盗んだのか、占有離脱物として盗んだのかということも判断要素にはなりません。

③離れたところに意識的に置いた場合

では、離れた場所に意図的に置いた場合はどうなるのか？典型的には自転車置き場がこれに当たります。もちろん管理人がいるのであれば、管理人の占有物になるので窃盗とできますが問題は管理人がいない場合。判例は、事実上の自転車置き場であっても占有を認めました。さらに鍵をかけていなくても占有があるとしました。しかし、置き場でもない空き地に置いた場合には占有を認めていません。やっぱり自転車置き場としての利用が社会的に容認されている場所に限定されていると考えるべきでしょうか。

また、震災の時に一時的に道路にものを置いていたものを取った事件で、窃盗が認められた判例は批判が強いです。というのも、道路が一時物の“置場”になっていた事例と理解しないと、そのように窃盗を認めることが難しいのに、それを容易に認めてしまったからです。

④飼い主の元に帰って来る習性のある動物は飼い主に占有：教材186、春日大社の鹿

伝書鳩？ドローン？

（2）死者の占有

死者は法益の主体ではありません。したがって否定説が有力ですが、占有している客観的事実と占有の意思があれば認められる肯定説もあります。

①否定説、②肯定説、③生前の占有を殺害者との関係では時間的・場所的に近接した範囲で保護する説（教材191～195）

財物を領得する意思で占有者を殺害した場合はどの説からも強盗殺人罪

殺害後に領得の意思が生じた場合

①→占有離脱物横領、②③→窃盗（強盗説もある）

第三者が死亡直後に領得

②→窃盗、①③→占有離脱物横領

判例の近接性判断＝場所的・時間的接着性、機会の同一性、住居内（閉鎖性）か

肯定例：福岡高判昭和50・5・26刑月7巻2号84頁（殺害後8時間半、死体遺後3時間、死体埋没場所から12.7m）、教材193（住居内）

否定例：教材194、盛岡地判昭和44・4・16判時582号110頁（業過により死亡させ、死体を遺棄、4時間後35km離れた場所で車内に残された財物を領得）

（3）占有の他人性＝窃盗と委託物横領との区別

（a）共同占有：共同者の占有を侵害（教材197）

（b）上下関係：占有補助者にすぎない下位者は占有を持たない（教材196）

被雇用者の中にも、占有を持たない者、共同占有者である者、処分権限を委ねられ自分だけが占有を有する者（支店長など）がいる

窃盗肯定例：大判大正7・2・6刑録24輯32頁（店員が店主に無断で店の物を領得）、大判昭和12・3・10刑集16巻2901頁（倉庫係員が在庫品を領得）、最判昭和23・7・27刑集2巻9号1004頁（車掌が貨物列車から荷物を領得）

教材201

（c）委託された封緘物

①中身は委託者に占有が残る（判例・通説）

→封を破って中身を領得すると窃盗（教材198）、全体の領得は横領（教材199、200）

②中身も受託者の占有→横領だけ

①から中身を取る為の全体の領得は中身の窃盗に当たる（封筒の横領は窃盗に吸収）

参考文献：橋爪隆「刑法各論の悩みどころ（1）」法教427号80頁以下（2016年）

3 窃取行為

（1）窃取の意義

窃取＝占有者の意思に反して、財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己または第三者の占有に移す行為

「ひそかに取る」ことを要しない（最決昭和32・9・5刑集11巻9号2143頁）

機械は騙されない＝教材238、他人のキャッシュカードを盗んでCD機から現金をおろす。

欺罔行為があっても被害者の交付行為（処分行為）がなければ窃盗

衣類を試着すると店員を騙して逃げたら窃盗→詐欺のところで

占有者の意思とは？ 教材204、205

(2) 着手時期－未遂の処罰 (243条) 予備は不可罰

物色行為説、最判昭和40年3月9日刑集19巻2号69頁

土蔵への侵入 (名古屋高判S25・11・14高刑集3・4・748)

(3) 既遂時期

占有取得時＝自己の実力支配内においた時

①自由に処分できる安全な場所に移す必要はない 教材211

②目的物が小さく容易に持ち運びできるときは隠せば取得

③すぐに搬出し得る状態をつくり出したとき 教材209、家人不在の居宅でダンスから衣類を出し袋に積めて出口まで運ぶ (東京高判昭和27・12・11高刑集5巻12号2283頁)

④監視が強い場所では、現に搬出して支配を脱したとき 教材210

⑤他人は発見困難で自分だけが知っている場所に置いた 教材208。教材207、212？

4 窃盗罪の保護法益

窃盗罪の保護法益について、2つの学説がある。①本権説は財産関係というのは民法によって決まっていて、基本的には所有権など法律上正当に所有する権限を刑法は保護しているという風に考えるべきという考え方で、②(純粋)占有説は自力救済の禁止、財産的秩序の保護という観点から、事実上の占有(所持)を保護しているとする考え方。そうはいつでも窃盗犯人の占有まで保護する必要はないだろうという風に考えると、基本的には占有が保護されるがそれには限界があるだろうと考えられ、平穏な占有説という窃盗犯人の占有は平穏な占有でないと考える説もある。判例は本権説から占有説に変更したと理解されている。

判例含め、補足意見も非常に占有説の考え方で、基本的には民事実体法によって他人のものがどうかということが判断されるけれども、しかし場合によっては刑法の目的である財産関係の法秩序の安定を図るという観点から、必ずしも民事実体法上の所有権が確定されることは必要ないという立場であった。しかし佐伯さんとしては、やはり本権説の考え方を支持しているみたい。

最近では本権説をそこまで厳格に考えずに、刑法で保護する経済的価値のある利益であれば良いという考え方でもいいんじゃないかということが言われるようになった。これが④修正された本権説で佐伯さんも賛成のよう。④のよって、これまで占有説でしか認められなかったこと(例えば奪われたものを奪い返す)も、本権説で認められるということらしい。

この場面のように、財産犯には民法と刑法の関係性が大事になる場面もあるみたいですね。刑事裁判で民事関係を確定することには困難があり、⑤一応の合理的理由のある占有と、一応の保護に値する利益が民事上認められる占有であれば保護されるという見解も見られる。

まとめると、自分の所有物を奪われた時に奪い返せるのかという問題が出発点となり、修正された本権説・平穏な占有説の場合は窃盗にならないということになる。窃盗犯人の占有は保護に値する占有ではないので窃盗罪の構成要件に該当しない。

次に、窃盗犯人から第三者が窃取したという場合については、だいたいどの説からも窃盗罪が成立するという風に考えられています。「窃盗犯人の占有というのは保護に値しないはずで、そしたら窃盗にならないのでは？」と思うかもしれないけど、窃盗犯人の占有が保護されないのはあくまでも所有者との関係での話で、窃盗犯人と第三者の関係ではまた違ってきますよということ。

最後に法禁物（ex. 麻薬など）を盗んだという場合ですが、占有説や平穏な占有説からは、平穏に占有している限り窃盗の構成要件に該当するということになるかと思われるし、本権説系の考え方からするも、国との関係で占有が禁止されていても第三者との間で占有が禁止されているわけではないので、この場合は占有があり窃盗になるという判断をしている。まあ結論はどちらをとっても同じということ。

以上が客観的な構成要件で、窃盗罪の客観的構成要件は他人の財物を窃取したという文言が何を意味するのかという話をしたということになります。他人が所有する、他人の占有を剥奪して・奪ってということですので、占有しているというのが絶対必要だし、窃盗犯は故意犯ですので、当然他人が占有していることを認識していることが必要。

5 不法領得の意思

お次は主観的構成要件で、窃盗罪の成立には故意と不法領得の意思が必要だ。じゃあ不法領得の意思とは何かというと判決が判示しており、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い、これを利用または処分する意思」という風に判示している。この不法領得の判例による定義は2つのパートに分かれているとされており、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として（排除意思）、②その経済的用法にしたがい、利用または処分する意思（利用処分意思）が必要とされている。これは2つとも必要とされており、どちらかだけではダメということに判例・通説はしている。というのも、①は使用窃盗（不可罰）との区別のためで、②は毀棄隠匿罪との区別のため。

①使用窃盗との区別の話をすると、まず自転車を一時使用の目的でパクってちゃんと元の場所に戻すつもりだった場合、これはもちろん一時的でも窃盗になるわけだけど、しかし窃盗罪は不法領得の意思が否定されることによって成立しないと判じたのが231の判例である。次の232は乗り捨てるとりだったということで窃盗を認めた。234は他人の自転車を夜間勝手に使っていたという事例について、すぐに返すということで不法領得の意思が認められな

いということで無罪にした判決。このように一時使用であるから無罪にした判決も自転車の場合はあるわけだけど、自動車は話が別とされている。

自動車は一時使用でも窃盗になるとされている。235は車を4時間乗り回して元に戻すつもりだったということだが、最高裁は不法領得の意思があるとして窃盗を認めた。これは車は自転車とは違って、ガソリンを消費するからだと解釈されているが、それだったらガソリンの窃盗として構成すればいいのでは？という批判もあって、これはもっともらしい。

結局、権利排除意思は他人の財物を窃取しているのは事実だけど、窃盗罪で処罰するほどではない（可罰的違法性がない）という場合を処罰範囲から除くためにあるのだとされた。でも、そしたら別に単純に可罰的違法性だけを判断すればよくない？という批判があり、これが（排除意思）不要説。でも、これは難しい。だって、ちょっと使ってすぐ返すくらいの行為でも被害額がとんでもないことになることだってある（機密情報が書いてある紙をちょっと借りてコピーしたとか）。この場合、やったこととしては別に可罰するほどのことでもない（紙切れを借りただけ）ので、これだと窃盗罪を構成できなくなってしまう。

ということで、今の定着している考え方は可罰的違法性の問題というのは、既遂後の利用状況（目的）を行為時の意思として前倒しで考慮するということ。こうすることで、一時使用の意思であっても不法領得の意思を肯定できるとしている。つまり、一時使用の目的であるかどうかは重要なんではなくて、盗んだ後に可罰的に違法な程度の利用をしているかどうかということが重要であるという風に理解するべきだとした。だから、さっきの自転車を夜間だけ借りパクしていたという件では、夜で別に持ち主が乗る時間帯ではなかったから不可罰だったが、もしこれが昼間で持ち主がバリバリ使うはずだったのにということであれば、夜間と同じ使用時間であってもこれは罰しましょうということになる。

②毀棄隠匿罪との区別について。教育勅語を屋根裏に隠したという事件で、窃盗罪ではなく業務妨害罪になる。なぜなら隠すというところで利用処分がないから、不法領得の意思が否定され、窃盗罪にならない。

隠すという罪に関して窃盗罪と器物損壊罪について問題になるのは、法定刑の差。100万円のツボをその場で壊した場合は器物破損で3年以下、でも盗んだ場合は窃盗で10年以下。最終的に持ち主が利用できなくなっている状態は同じなのに、罪の重さが全然違うということになってしまっている。しかも、壊したらもう二度と戻ってこないけど、盗まれたとしても返ってくる可能性がある。そしたら法定刑は逆なのではないのかとさえ思えてくる。

では、なぜこのように窃盗を重く処罰しているのかということだが、窃盗は認知件数が非常に多い。器物破損と比べ物にならないくらいに。それはやはり窃盗であれば盗んだ人が利用・処分できるからということがある。壊したらそれまでだからね。そして、犯されやすいということは、これを防止しようという立法者の側から言うと、より重い刑罰を科すことで犯罪を抑止することが必要なんだということ。この理由づけを仮に認めると、窃盗罪として

より重く処罰する必要があるのは、利用処分する意思がある場合に限るということになる。これが、利用処分意思を不法領得の意思という窃盗罪の要件として要求する見解の理由付けの1つになる。

まとめると、窃盗罪の主観的構成要件としては可罰的違法性の前倒し判断として排除意思、器物損壊罪との区別として利用処分意思が必要であるというのが通説判例の立場。あとは判例がたくさんあるのでそれで勉強してほしいけど、基礎としては以上になります。

否定例（教材220、221、222、224、226＝重要）

肯定例（教材223、229、225？、227？）

近時の判例（教材228）

6 親族相盗例（244条）

窃盗罪に関する特例。窃盗しても親族間であれば刑が免除されることになっています。また、親告罪なので告訴がないと起訴ができないことになっています。

（a）直系血族・配偶者・同居の親族＝刑の免除（有罪判決）

（b）親族＝親告罪→告訴がなければ公訴棄却

この根拠として、

1. 政策説

- a. 「法は家庭に入らず」政策的理由
- b. 家庭外の人間については適用がないのは当たり前である。これを一身の処罰阻却事由とも言います。

2. 違法減少

- a. 親族の財産関係は基本的に共有である。
- b. 財布共同体

3. 責任減少

- a. 同居の親族間でお金を盗むといった行為は、誘惑的で避難可能性が少ない

どれも正しいが、究極的には1の政策判断になるだろうとしている。しかし、家族間でどうやって財産を守るかというのが重要になっている時代に、親族間の犯罪については刑を免除する政策が妥当であるのか、むしろ刑を加重しなきゃいけないんじゃないかというような議論もある。

次に244条の「親族」が誰を指しているのかということで、配偶者に内縁の妻・夫、内縁の配偶者が含まれる。しかし、政策的に考えると内縁の配偶者は含まれないと解されている。これについても議論があるとのこと。

誰との関係において適用できるのかということだが、これは占有者・所有者両方と必要であり、占有説は占有だけが保護法益だとする説ではないことに注意。判例も、占有者のみならず所有者との間にも親族関係がなければ一項を適用できないと判示した。

最後に錯誤についてですが、政策説からは無関係（教材243）、違法性・責任減少からは責任に影響（教材244）とされています。

7 不動産侵奪罪（235条の2）

不動産は窃盗できるのかというところでも出てきた話。昭和35年改正で追加された条文。条文が作られたとはいえども、客体が異なるだけで窃盗とパラレルに解釈して良いということになっています。

不動産というのは土地及びその定着物、地上及び地下の空間を含みます。この侵奪罪は状態犯なので、他人の占有の排除し新たに占有を取得する必要があるとされています。つまり、占有の移転が必要ということです。新たに取得することが必要なので、賃借期間がすぎた後立ち退かないのは侵奪罪となりません。しかし「一時使用の態様から侵奪へと質的に変化を遂げた」場合は別です。

侵奪の時点で既遂・犯罪終了になる。なぜなら、不動産というのはパッと占有が移るということがない、窃盗罪のように「この時点」というものがないから。

判断基準（教材246） 不動産の特性（遺失物にならない）

委託物横領罪では登記の所持者（所有権登記の名義人）が占有（法的支配）を有すると解されている

窃盗＋器物損壊＝共罰（独立に犯罪が成立しない）、しかし不動産侵奪と器物破損は併合罪になる。

第3節 強盗の罪

1 強盗罪（236条）

暴行・脅迫＝相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のもの（教材252）肯定例（教材254）、否定例（教材255）

これは社会通念に照らし、客観的基準が使われる。問題はここでいう一般人とは誰なのかということ。例えば、ゴキブリ嫌いの人にゴキブリを突きつけて反抗を抑圧した場合はどうなるのでしょうか？これは、その被害者の状況を考慮した上で、一般人の基準で判断します。その結果、強盗にはならないのではないかとというのが佐伯さんの考え。

暴行・脅迫は財物の所有者・占有者に加えられる必要はない。

強取の意義

反抗抑圧されなかった場合 既遂説（教材252）、未遂説（教材253）＝こちらが妥当

強盗未遂と恐喝既遂の観念的競合が問題になります。たとえ反抗が抑圧されても反抗をすれば未遂扱いになります。

ひったくりは占有の意思に反して奪っているので通常は窃盗、教材257は例外的に強盗になる場合で、ものを取ろうとした後で新たに暴行が加えられる必要があるとしている。

反抗抑圧後の領得意思

①窃盗説（教材261、262）

②強盗説 判例は強姦の場合に肯定する傾向（教材263、264）

263では、暴行＝強姦であり、新たに暴行・脅迫を加える必要はないとした。

①説からも新たな暴行・脅迫と評価できれば問題ない＝ある程度弱いもので足りる

継続的な暴行をみとめたものとして教材265

着手時期：暴行・脅迫に着手した時（着手しないと未遂にもならない）

既遂時期：占有を取得した時

2 強盗利得罪（2項強盗）

財産上不法の利益：不法な利益ではなく、不法に財産上の利益を得ること

個別財産に対する罪（背任罪以外）と全体財産に対する罪（背任罪）

財産上の利益＝客観的に評価して経済的価値を有する利益

積極的利益（債権の取得）も消極的利益（債務の免除、履行の一時猶予）も含む

つまり、0から＋もいいし、－から0でもokということ。

利益は事実上のもので足りる。つまり、脅迫による口頭の債務免除であってもOK（民法上債務が存続していても利益取得が認められる）。

教材267、268と269

相続の利益？教材270

役務（サービス）の提供については、判例・通説は有償なら含まれるとしているが、含まれないという説もある。例えば、AさんがBさんを車に乗せてどこかに行くというケースを考えると、乗せてもらったBさんは利益を得ているし、Aさんも別に明確な不利益は被っていない。この意味で2項強盗に含まれないという説もある。役務の提供それ自体は財産上の利益ではないので、その代金を免れたというのを捉えて財産上の利益を得たということにしている。つまり、含まれない立場からは、タクシーなどの最後に代金を払う場面になってその支払いを免れたということであれば、2項強盗を認めてもいいのではないかとされている。

この点で、会社の経営権やキャッシュカードの暗証番号は財産上の利益になるのかというところで、判例はなるという風に解しているが、これについては批判もある。というのも、暗証番号を知った状態というのはいつでも現金が引き出せる段階と言えるから2項強盗が既遂だと考えているわけだが、家の金庫にお金がある場合だと金庫の番号を聞き出そうとした時点で2項強盗が既遂になるわけで、そこらへんの既遂のタイミングがズレているので、どうなんだろうとのこと。

この2項強盗について、大事な判例は260。これは2016年のテストにも出てます。被告人XとYは、対立する暴力団の組員Aを殺害して、その所持する覚せい剤を強取することを計画した。その後計画を変更し、共謀のうえ、まずXが覚せい剤取引の斡旋にかこつけてAをホテルの一室に呼び出し、別室に買い主が待機しているかのように装って、「覚せい剤の売買の話をもとめるためには現物を買主に見せる必要がある」ということを申し向けて、Aから覚せい剤を受け取り、これを持って同ホテルから逃走した後、間もなくYがAのいる部屋に赴きAを拳銃で狙撃したが殺害の目的を遂げなかった。

一審と二審は、その計画の綿密さや明確に覚醒剤を強奪する意思などから、1項強盗を認めたが、最高裁はこれは2項強盗だとした。というのも、Yが殺害に及んだ時点では、Xらは本件覚せい剤を手中にして何ら追跡を受けることなく逃走しており、すでにタクシーに乗車して遠ざかりつつあったかも知れないというのであるから、その占有をすでに確保していたというべきであり、拳銃発射が本件覚せい剤の占有奪取の手段となっているとみることは困難であり、被告人らが本件覚せい剤を強取したと評価することはできないというべきである、というわけである。強盗罪というのはあくまで財物を強取する、あるいは財産上の利益を得ようとする目的で、暴行・脅迫を用いることが必要であって、本件の場合にはもうYがAに対して拳銃を発射した時点では、Xは覚せい剤を持ってホテルの外に出ているわけだから、拳銃を発射するという暴行を行使する前に占有確保しているのだから、1項強盗が成立するわけではないということである。強盗罪の構造の理解としては明確に、強盗罪というのは財物を強取する目的で暴行・脅迫を加えるということがあるので、ここではそれは認められなかったということ。

また、2つ目の点として、YのA殺害行為というのは、Aの追跡行為や支払い債権から逃れるための、つまり財産上の利益を不当に得ようというために及んだのであって、覚醒剤を奪うための手段ではない。だから1項強盗が成立せずに、2項強盗なんだとした。結果本件は、覚醒剤の窃盗罪or詐欺罪と2項強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当であるとした。

あとは、覚醒剤を持っていったのが、果たして窃盗なのか詐欺なのかという問題がある。今回は一旦ホテルの一室から持ち出している、つまり占有が移転しており財産の利用処分ができる状態にあるということであれば詐欺だし、まだ占有が移転していないということであれば窃盗になる（前のデパートの例を参考に）。ここではホテルの一室というのは非常に閉じられた空間であって、そこから持ち出すということになると、占有は移転してしまったと考えるのが正しいので、詐欺罪。

また暴利行為による高額な借金から逃れるためにヤミ金業者の人を殺害した事件では、裁判所はそれが適法でなくても、結局、私人の財産上の正当な権利・利益の実現を不能ならしめることになるから、2項犯罪になるのだとした。非常に占有説的な考え方で、本権説に立つ佐伯さんは、私法上適法なものに限られないが、刑法では保護に値する利益でなければならないのだとして、疑問を呈した。

処分行為の要否について、昔は他の2項犯罪と同様に処分行為が必要とされており、これが旧判例だった。しかし現在では処分行為は不要となっており、現在では異論がない。包丁を突きつけて「借金をなくさないで殺すぞ」と言って、「もう払わないでいいです」と言わせたからといって、それは当然反抗を抑圧された状態で言っているだけであって、処分行為とはいえないから、強盗罪において処分行為というものを要求する理由はない、とされています。

最後に1項犯罪と2項犯罪の関係について確認をしておくと、まずは、(1) 財物の交付を請求する権利は財産上の利益か？という点について。例えばXがAに包丁を突きつけて、金をよこせ、というふうに要求した。Aは「今お金を持っていないので、明日100万円支払います」というふうに約束した。すると、100万円を受け取るという債権を得たということで、2項強盗の既遂になるのかということなのだが、普通は「金を出せ」と言って金を受け取れば、金を受け取ったところで1項強盗の既遂、というのが普通の処理の仕方、今言った事例も、「金を出せ」と言って「いや今ないので明日支払います」と言って、次の日に実際100万円支払わせたという場合には、やはりお金を受け取ったところで2項強盗の既遂と考えるのが普通。100万円払いますと約束しただけで、しかもそれは強盗の脅迫によって得られた約束であるから、民法上は全くの無効で、財産上の利益というのは事実上のものでいいとは言いながら、やはりある程度確実なものである必要があり、ただ口約束したというだけで2項強盗を認めるのは、結局1項強盗を相当早く2項強盗として処罰するということになってしまっているので、妥当ではないのではないかと、というふうに言われている。

次に（2）他の財産犯によって得た財物の代金支払い・返還を免れるための暴行脅迫について。さっきの覚醒剤を盗んで、別人が取引先を射殺したという事件で、先に窃盗罪や詐欺罪が成立すると言っていて、その盗んだもの、あるいは騙し取ったものの返還を免れる、あるいは代金の支払いを免れるということについて、別途犯罪が成立するののかという問題である。この問題については2項強盗罪が成立し包括一罪になる、すなわち先行する窃盗・詐欺は2項強盗に吸収される、2項強盗で包括的に処罰するというふうになっている。二つ犯罪が成立するわけではなくて、重い2項強盗に詐欺や窃盗は吸収される、というのが判例・通説の立場。

3、事後強盗罪（238条）

「窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる」というのが事後強盗罪。ここでの窃盗という言葉の中には窃盗の未遂犯人と窃盗の既遂犯人の両方が含まれる、というふうに解されている。これは目的犯であって、目的を持って暴行・脅迫をすれば強盗になる。また客体は財物の所有者に限られず、例えば、警察官、コンビニで万引きをして、通報を受けて駆けつけてきた警察官に逮捕されそうになって、逮捕を免れるために暴行をする、というような場合に、238条が問題ということになる。財物を得るために暴行・脅迫をするのは普通の強盗罪であって（居直り強盗）、窃盗が既遂になって、財物を確保してその後取り返されそうになって、取り返しを防ぐために暴行・脅迫を加えたという場合は、238条の問題ということになる。

また、この事後強盗罪の未遂・既遂は窃盗の未遂・既遂で区別します。したがって、窃盗が既遂であれば本罪も既遂だし、未遂であればいくら逃げる手段として暴行・脅迫をしても未遂ということになります。

細かいところだと、強盗のところで要件になっていたように、反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫が必要で、条文には書いていませんが暴行・脅迫が窃盗と時間的・場所的に近接していることが必要です。最後に、窃盗罪は事後強盗罪に吸収されます。

時間的・場所的近接性に関して重要な判例は280。状況が複雑なので、ここでは事案は省略するが、重要な点はだれからも発見・追跡されることなくいったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしているという場合には、窃盗の機会が否定されるという点。今回のケースだと、1回目の窃盗が終わり現場を離れている。結果、機会継続性が否定されるし、2回目の窃盗（というか物色すらしてないから窃盗ですらない）に関しては家人をナイフで威嚇しただけであって窃盗の着手がない。そうすると事後強盗も否定されるということ。

これについてはたくさん判例があるので、それで確認して欲しいけれど、ちゃんと暴行・脅迫の前に窃盗の着手があることが大事。

- ・ 暴行脅迫行為にだけ関与した者の罪責について

① 承継的共犯

先行行為に加わっていない者が、後行行為にだけ加わった場合にどのような責任を負うのかというのが承継的共犯の問題。こちらの場合、事後強盗は窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯と考えて、行為前の事実（窃盗の部分）についても共犯として責任を負うのかどうかについては学説上争いがあるとのこと。

② 真正身分犯③不真正身分犯

事後強盗を身分犯と考えたと、65条の1項と2項を使って、窃盗の身分がないということでも65条1項では事後強盗罪の共同正犯が成立するけれども、それが重いということであれば窃盗犯人でないので65条2項によって傷害罪の限度で処罰するというふうになる。

④財物の取り返しを防ぐ場合は②それ以外は③

2項強盗と事後強盗の違い

1. 事後強盗は主体が窃盗だけ、同一機会性が必要
2. 事後強盗だと財物を取り返されても既遂、2項強盗だと未遂（取り返しを防ぐことが必要）
3. 事後強盗の方が成立範囲が広いので、事後強盗が成立するなら事後強盗を判断する必要がある

4 昏酔強盗（239条）

「人を昏酔させてその財物を盗取した者は、強盗として論ずる」ということで、これも法定刑の上では強盗致死傷罪との関係も重要になるということである。典型的な事例は飲み物に睡眠薬を入れて眠らせて物を盗むというような場合で、それが昏酔強盗である。強盗致死傷罪との関係では、眠らせること自体が傷害罪になることがあり得るわけだが、しかし昏酔強盗についていえば昏酔させることを傷害と書いてしまうと昏酔強盗は常に強盗致死傷罪だということになってしまうので、普通に眠っている・意識を失っているという状態自体を傷害と捉えることは239条・240条との関係では適切ではないということになるかと思う。

もちろん睡眠薬が多すぎて命が危ない状態になってしまったりすればそれは強盗致死傷罪として処罰することが可能だが、普通に眠っている・昏酔している状態自体を傷害と捉えて昏酔強盗として処罰するのは法律の趣旨に反すると思うとのこと。

5 強盗致死傷罪（240条）

非常に重い罪の典型例。本罪は強盗と傷害・傷害致死等の結合犯と考えるのが自然。法定刑が非常に重いのは殺傷犯的性格に重点を置いているからだと言説ではされている。

原因行為が強盗の機会に行なわれればよく、強盗の手段である暴行・脅迫から死傷の結果が生じないといけないという見解は少数説。少し広いので機会説からは強盗と通常密接な関連性を持ち、被害者に向けられた行為に限定すべきともされ、これが現在の有力説。

本罪は結果的加重犯だけではなく、死について故意がある場合も含むとされています。というのも、普通の結果的加重犯の条文には「よって」という文言があるのですが、240条にはないからです。これはつまり、結果として死んでしまったという場合だけではなく、当然殺人の場合も含んだ規定であるということです。それはまた、法定刑の重さからもそう解釈されます。ちなみに、脅迫から傷害の結果が出た（ex. 脅した結果怖がって逃げている中で、階段から転げ落ちて死んでしまった）としても240条の適用は妨げられないとしています。

次に傷害の程度だけれども、これはかなりの程度が必要だとされている。だって、コンビニで金を奪って追いかけてきた店員を殴ったくらいで、懲役3年6ヶ月ってどう考えても重いから。これは今も維持されていると考えていいとのこと。

強盗致傷罪の未遂・既遂というのは殺傷行為、傷害それから死亡結果の有無によって判断される。したがって強盗をおこなって被害者が怪我をした場合、ものをとることについて未遂であったとしても、強盗致傷罪の既遂が成立する、あるいは死亡した場合には強盗致死罪の既遂が成立するという風に解する。ここでも、殺傷犯的性格に重点があるということがわかれると思う。

傷害の故意で傷害が生じなかった場合は、これは単なる暴行であって240条ではなく強盗罪として処罰する。

6 強盗・強制性交等罪・同致死罪（241条）

かつての判例通説は、強盗犯人が被害者を強姦した場合は、強盗強姦罪が成立するけれども、強姦犯人が強盗した場合は、つまり順番が逆だった場合には成立しないというふうに解していた。しかし、改正によってどちらが先でも成立するようになった。

241条は、「強盗の罪もしくはその未遂罪を犯した者が、強制性交等罪もしくはその未遂罪のとき、または強制性交等罪もしくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪もしくはその未遂罪を犯したときは無期又は7年以上の懲役に処する」。だからどちらも未遂であっても成立するということになる。未遂未遂だったとしても、強盗強制性交等罪は既遂になるということになる。しかし、これでは重いので両方未遂（1項既遂）で死傷の結果が生じていない場合は241条2項により任意的減刑をする。

3項「第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処する」。これは、同一の機会に行われることが必要ということで、別々の機会に強盗犯人が強制性交をするというのはだめで、同じ機会に両方の行為が同時に行われることが必要である。

強盗致死傷罪の時にもあったように、「よって」という文言がないので、結果的加重犯だけではなく、殺人の故意があった場合も含まれるとされている。

7 強盗予備罪（237条）

事後強盗の予備というのも237条より後に規定されているけれども、強盗として論ずるとい
うのは全て強盗として同じに扱うという意味であると解されているので、事後強盗の予備も
237条で処罰されると解されている。

第4節 詐欺の罪

1 保護法益

246条1項で「人を欺いて財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。」2項で「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。」というふうに規定されている。この「欺いて」というのは、学説上欺罔行為と呼んでいる。

保護法益は他の犯罪と同じで、財産、特に1項は財物に対する占有説であると占有、本権説に基づく本権に基づく占有ということになる。だまされないということが特別な保護法益であるとは解されていない。

詐欺罪でも財産の中で、窃盗罪や強盗罪等と同じように個別の財産を保護する。全体の財産ではない。判例通説は、背任罪が全体に対する罪だけど、他の財産犯は個別財産に対する罪になると解している。

個人の財産は保護法益であるということで、じゃあ国家の保護法益に対する罪（国家に対する詐欺罪）は処罰されないのかということが議論されている。これは国も私人とおなじように所有権があるから、当然含まれる。代表例としては配給制度の下で、配給を受ける資格がないのに、配給を受ける資格があるかのように装って、配給物を受け取る、または補助金を不正に受け取る場合。配給を受ける資格がないのに、あると偽って、国と国の担当者をだまして、配給を受けるのは、個別財産としての配給物に対する占有あるいは所有権を国が失っているのは明らかだから、財産犯、詐欺罪の成立を否定する理由はないというのが判例通説の立場。これについては否定説もある。

税金を免れるというのは、当然国は税収力が侵害されているので、国に財産的損害をあたえていないとは言えなくはない、脱税というのは国を騙すという行為によって国に財産的損害を与えているということでじゃあ詐欺罪は成立するかというと、脱税については詐欺罪は成立しないというふうに解釈されている。というのも、徴税というのは強制徴収権を持っており、私法上の財産関係ではないからとされている。また、特別法は一般法に優先するという風に言われているように、特別法の規定が刑法の詐欺罪の適用を排除するからとも言われている。脱税については、税法に脱税を処罰する規定があり、立法者は詐欺罪ではなく、税法

の脱税の罪で処罰するという意思だったのだと解することも可能だ。ただ、現在では詐欺罪よりも脱税の罪の方が重いので、脱税について詐欺罪の罪が適用できるかという問題は実際上の意味がもうなくなってしまった。

不法原因給付（民法708条）と詐欺罪の関係について。民法708条によると、不法な原因で給付をしたらその返還請求ができないとしている。麻薬を売ってやるよと言われたので代金として100万渡したが、麻薬を渡してくれないから代金返せといって返してくれないということで、裁判所に訴えて返還を命令してもらうことができるかという民法708条によって請求することができないから、返還請求は否定される。

ではこれが詐欺になるのだろうかということ。騙されていることは確かだけれど、占有説はもちろんのこと、本権説の立場からも民法上保護されない返還請求権なのだから詐欺罪は成立しないという議論が主張されている。しかし判例は詐欺罪の成立を認めていて、佐伯さんもこれには賛成の様子。だってもともと100万円を持っていた人は正当な方法で100万を稼いでいたのであって、ここの占有が否定されないのであれば当然詐欺だろうということ。

また、違法な債務を免れるという場合は、これは2項詐欺が問題になっているのだが、ここでは占有説、本権説の議論そのものではないが、同じような考え方があてはめられる。売春の代金を免れたという事件では、一方で「違法な手段による行為は社会秩序を乱す点においては売淫契約の際行われた欺罔手段でも通常の取引における場合と何等異なるところがない。」という占有説っぽい立場で判示して2項詐欺罪を認めているが、他方で本権説っぽい立場から「売淫行為は善良の風俗に反する行為であって、その契約は無効のものであるからこれにより売淫料債務を負担することはないのである。」と2項詐欺を否定する判例もある。しかし、基本的に不法原因給付（民法708条）と詐欺罪の関係について、2項詐欺が成立するものと考えていいらしい。

2 詐欺罪

欺罔行為→錯誤→錯誤に陥った者による交付行為（処分行為）→財物・財産上の利益の移転

上の流れが要件としては全てです。詐欺罪はまず欺罔行為があって、相手方がだまされて錯誤におちいって、錯誤に陥った者が処分行為を行って、その結果として被害者から行為者に財物や財産上の利益が移転するということによって成立します。これには特別な因果関係が必要とされており、途中で因果関係が切れれば未遂ということになります。例えば、オレオレ詐欺だとわかったにも関わらず、かわいそうなので騙されたふりをして財物を交付したという場合は、流れとしては詐欺罪既遂っぽいですが詐欺罪の未遂なので注意です。

（1）欺罔行為

ではそれぞれの言葉の定義について確認。まずは欺罔行為とはこういった行為を指すのでしょうか。

欺罔行為とは、社会通念上一般人をして錯誤に陥らせるような行為です。誰が考えても嘘だとすぐ見破られるのは欺罔行為とは言えません。また、欺罔行為には作為と不作為と両方があり、作為の中には態度による欺罔行為も含まれます。ですので、注文行為にはお金を払うという意味も含まれていると解釈するので、「俺はコーヒー一杯とittedただけでお金を払うとは言っていない」というような理屈は通らないということです。そして作為なのか不作為なのかという判定は大事で、不作為であるということになれば作為義務があることが必要になります。ここにおける作為義務というのは、民法の信義則義務は含まない方がいいのではないかとされています。例えば、1000円の買い物をして10000円を出したら、1000円札10枚がお釣りと返ってきた場合に、それに気づいたのに言わなければ信義則義務に反するとして詐欺罪が成立すると言われていたが、それは広すぎるであろうと批判されているということです。

ちなみに、商売上の駆引や誇張は社会通念上許される範囲内で欺罔でないとされています。

また、欺罔行為とは社会通念上一般人をして錯誤に陥らせるような行為とのことだったが、人の錯誤に向けられていないものは欺罔行為ではないとされています。例えば機械は騙されないという原則があるので、偽造通貨による電話の不正利用は利益窃盗だし、プリペイドカードであれば電子計算器使用詐欺罪になる。

最後に、人の錯誤は現実的な錯誤でないといけないというふうと考えられている。列車や劇場に切符をもっていないのにこっそり潜り込むというのが、列車の運転手、車掌、劇場の支配人は当然そこにいる人はお金を払っていると思っている。そういう広い意味では騙されていると言えなくはないが、しかしそれは具体的な錯誤ではないので、その点について欺罔行為が成立することはないとされている。こっそり潜り込んでいたという行為自体で詐欺罪が成立することはない。

(2) 錯誤

錯誤というのはもちろん騙されるということだけど、この騙される人と処分行為を行う人は同一人物でないといけないとされている。しかし、実際に財産的損害を受ける人と騙されて財産を処分する人は同一でなくていい。会社の担当者を騙して会社のお金をだまし取ったという場合は、騙された人は従業員だが、被害者は会社であるということになる。

例えば、Aがアパート管理人BにCの親だと偽ってCの部屋の鍵を開けさせ、Cの物を持ち去るのは詐欺なのかという例を考える。BはCの財産を処分する権限はないので、これはBを利用した間接正犯となる。では、BがCのお手伝いだった場合、お手伝いさんにはCの財産を処分する権限はない、だから窃盗の間接正犯という考え方も当然ありうるけど、なんとなくこちらの方は詐欺っぽい。こっちは三角詐欺と言われている。三角詐欺の場合は処分行為者が被害者の財産を処分する権限がないといけないのは基本なのだけれど、もう少し広く詐欺罪を認めてもいいともいわれている。

次に訴訟詐欺。裁判所を騙して原告側に有利な判決を下させるということについて、裁判官を騙したことに關して詐欺罪が成立するかというのが訴訟詐欺の問題である。佐伯さんは形式的眞実主義をとる民事裁判では裁判官は欺罔されないという説は妥当でなく、詐欺になる場合も当然ありうるということ考えているみたい。ただし、さっきの三角詐欺だと考えると、詐欺罪を認めるには裁判所に被告の財産を処分する権限がなければならないということになる。

さらにクレジット詐欺について。

(a) クレジットカードの詐欺

年収などに関して、嘘の情報の提供をしてカードの交付をさせた場合、カードという財物を受け取っているので1項詐欺と考えることもできるし、現金いらずで買い物ができるという財産上の利益を得ていると考えれば2項詐欺になる。どちらかというと1項詐欺で処罰されることが多いみたい。

(b) 他人名義のカードを使用

本人でないのに他人になりすまして他人名義のカード使うのは欺罔行為となり、それで商品の提供を受ければ1項詐欺、サービスの提供を受ければ2項詐欺が成立するというようになるのはあまり問題がない。家族間で名義人と違う人が使うのも、厳密には詐欺？っぽいけど、それで起訴したケースはない。

(c) 自己名義のカードを支払意思・能力がないのに使用

クレジットカードを使って買おうとしている客が、本当に代金をクレジット会社に支払う気があるのかということとは加盟店にとって関心事ではない（どっちみちクレカ会社から支払いがあるので）と考えると、それは加盟店が騙されたとは言えないということで、加盟店に対しての詐欺罪は成立しない。じゃあクレジット会社に対する詐欺罪が成立するかというと、クレジット会社に対して直接、欺罔行為は行われているわけではない。カード会社に対しても詐欺罪が成立しないということで、無罪ということになる。実際無罪説も学説では有力。

しかし、加盟店にとって、クレジットカードで購入している人の支払い能力、意思というのは関心事ではないという点について、判決は否定している。結局クレジット取引を申し込むということは後でクレジット会社に代金を支払いますよという意思表示を含んでいるわけで、払う意思がないのにクレジットカードを呈示するのは作為による欺罔行為であり、加盟店は支払う意思がないことを知っていれば拒絶しないといけない。したがって詐欺罪が成立するということである。このような1項詐欺説もある。

また、本当の被害者はカード会社であって、ここでは三角詐欺が成立しているという見解もある。クレジット会社が失っているものは、お金を後で支払ってもらえないような債権を取得しているということなので、これは2項詐欺でしようということ。

加盟店を被害者として1項詐欺が成立する見解、クレジット会社を被害者とする2項詐欺が成立する見解、それと無罪説という、おおきく3つの見解が主張されている。日本でどれが通説かというと、以前は2項詐欺説が有力だった。しかし、今は1項詐欺説が有力とのこと。

次に缶焚き事件（教材325）について見ていきます。この事件は病気などの悩みを抱えている被害者らに対し、事実は被害者らの病気などの原因がいわゆる霊障などではなく、『釜焚き』と称する儀式には直接かつ確実に病気などを治癒させる効果がないにもかかわらず、病気などの原因が霊障であり、釜焚きの儀式には上記の効果があるかのように装い、虚偽の事実を申し向けてその旨誤信させ、釜焚き料名下に金員を要求した。

お金を要求したわけだけど、被害者はお金を払う資力がなかったものですから、被害者らが被告人らの経営する薬局から商品を購入したように仮装し、その購入代金につき信販業者とクレジット契約を締結し、これに基づいて信販業者に立替払をさせる方法により、釜焚き料を支払うように勧めた。これに応じた被害者らが上記薬局からの商品売買を仮装の上クレジット契約を締結し、これに基づいて信販業者が被告人らの管理する普通預金口座へ代金相当額を振込送金したということです。

この事件について検察官は、被告人が被害者を騙してお金を支払わせたという詐欺罪として起訴しました。最高裁判所の方も、「以上の事実関係の下では、被告人らは、被害者らを欺き、釜焚き料名下に金員をだまし取るため、被害者らに上記クレジット契約に基づき信販業者をして立替払をさせて金員を交付させたものと認めるのが相当である。この場合、被告人ら及び被害者らが商品売買を仮装して信販業者をして立替払を交付させた行為が信販業者に対する別個の詐欺罪を構成するか否かは、本件詐欺罪の成否を左右するものではない。」として1項詐欺を認めたということになります。

この場合は被害者とは言いつつも、当然に信販会社を騙してお金を支払わせているので、今回は違いましたが「犯人」として起訴されていれば信販会社に対する詐欺罪となっていたであろうとのこと。

（3）処分行為

処分行為は、欺罔行為によって錯誤に陥った人が財物を処分する行為のこと。条文にはありませんが、処分行為がなければ詐欺罪は成立しないとされています。

また、意思能力の無い幼児を欺罔した場合は、処分行為がなかったものとして窃盗罪になります。また、店員さんに試着室に入りますと言ってそのまま服を持って帰った場合も処分行為がないので、詐欺ではなく窃盗ということになります。

1項詐欺では窃盗罪との区別が厳格にされ、2項詐欺では不可罰な利益窃盗との区別を比較的緩く解釈しています。1項2項で処分行為は変わらないとされていますが、いっそ変えてしまってもいいのではないかという議論もあるとのこと。

(a) 騙して注意を外らせて持ち去るのは処分行為がない

例はさっきの試着室のやつですが、他の例を出すと「あ、UF0だ!」と注意をそらしてそこにあったカバンを持ち逃げするというのも詐欺ではなく窃盗だとされています。説明の仕方としては、占有の弛緩があるだけで占有の移転がないからということです。

また欺罔行為というのは、単に騙すだけではなくて処分行為に向けて騙す行為である必要があるとされています。なので、さっきの試着室の例やUF0の例では、騙す行為が処分行為に向けてではないので未遂にはならず、全て窃盗罪という判断になります。

処分行為の肯定例は教材309（批判もある）、教材311、否定例は教材310があるので、適宜みてください。基本的に詐欺よりも窃盗の方が常習犯の規定があるので重いとされています。

(b) 不作為の処分行為も認められる

債務の弁済請求をしないとといった狭義の不作為や、行為者がもうお金を払ったものと勘違いをして、店主が物を持ち去るのを見守る甘受についても、処分行為であるとされています。

(c) 無意識の処分行為

処分行為があると詐欺ということには争いはありませんが、何をもって処分行為とするのかについては争いがあるところです。自分の処分を認識している必要があるのかということについて、処分意思必要説と不要説というのがあります。不要説というのは客観的に処分行為が行われていれば、その意味を処分行為者が認識していなくても処分行為を認めることができるというものです。現在は、処分意思必要説も処分行為を必要としながらも非常に緩やかに考え、不要説の方も、何らかの意味での財産的な処分であるということの認識は必要であると考えているので、実際の結論を見ると、必要説と不要説の違いは無くなってきていると言われています。

次の問題は、処分意思はどこまで具体的である必要があるか？ということです。レジユメの例だと、10個入りのリンゴ箱の中にこっそり2個リンゴを入れておいて買った場合についてありますが、これは多くの人は、りんごを売るという意識があるかという、処分意思必要説の論旨で考えて、箱の中に入っているりんごを売るという意識はあるので処分意思を認めることができるだろうという風に考えます。じゃあ次に、普通リンゴの箱に最上級リンゴを入れておいた場合。これは、りんごを相手に渡すという意識はあるのですが、そのりんごの品質について誤解がある、最高級のりんごを処分する意識はないですね。これは認められない

という人がいますけども、多くの人は認めるんじゃないかと思いますとのこと。または、松茸を入れておいた場合について。これはりんごを売るという意識はあるけれども松茸を売るという意識はないです。しかし、箱の中に入っている商品を売るという風に抽象化すれば、箱の中に入っている箱の中のものを相手に売るという意識があるので、そのぐらいの認識でいいという風に考えれば、処分意思を認める方向に行くと思われます。

最後に、空の段ボール箱にこっそりりんごや松茸を入れて、お店の人に、引っ越しするので空き箱が必要なんですけれどもこの空き箱くださいと言うと、どうぞどうぞ持って行ってくださいと言われた場合。そういう風に言って段ボール箱、本当は中に商品が入っているが、お店の人は段ボール箱を渡すという意識しかない。これで処分意思を認めることができるかということですけども、流石にここまで来ると、箱を渡すという意識があるけれど商品が入っている箱を渡すという意識がないというので必要説から認めないという見解があるはずとのこと。

結局、どこまで具体的に意識しているのかという問題で、処分意思が認められようと認められまいとどっちみち処罰されるので問題はない。

（d）無意識で不作為の処分行為

判例312について。これは代金を支払う意思も能力もないのに、飲食・宿泊をなした後、自動車で帰宅する知人を見送ると申欺いて被害者方の店先に立出でたまま逃走したという事件です。一審・二審は友人を見送るといってそのまま出て行った行為が2項詐欺にあたるとしましたが、最高裁は「ちょっとそこまで見送ってくるから」という風に言って騙して逃げただけで、お店の人が、「ああそうですか、じゃあもう払わなくていいですよ」という債務免除の意思表示をしたわけではないから詐欺罪は成立しない。しかし、もともと支払う意思がなくて（つまり騙した上で）、宿泊サービスや料理が提供されているわけで、ここに処分行為があると考え。すると、宿泊という有償サービスを取得したとして2項詐欺、料理を食べたら財物の取得ということで1項詐欺、その両方の場合は合わせて1つの詐欺罪と考えられるとしました。

そうすると、途中で払う気がなくなり裏口から逃げ出すパターンについてはどうでしょう？宿泊を申し込む時点では欺罔行為を認めることができませんし、宿泊代金を免れるという時点でも処分行為を認めることができないという判例の立場に立つと、代金を免れたという点についても詐欺罪を認めることができなくなって無罪、単なる債務不履行ということになります。しかし、「外に出す＝逃げられたら事実上支払を免れられる」と宿の主が認識した上で客を外に出したのであれば詐欺罪を認めてもいいのではないかととも言われています。

また、「後で必ず払うから」と言って外に出た場合、支払猶予をしているわけですが、ここでは別に払わなくていいとは言っていない。しかし、夕方まで待ってあげるという風に言っているんだからそれが債務を猶予する処分行為に当たると、そのことは認識しているので、処分行為を認めることができ、2項詐欺罪の成立を肯定できるとしている判例もあります（教材314）。ただし、この支払い猶予が財産的利益かは疑問であり、ここから詐欺罪を

認めるというのは無理があるとのこと。財産上の利益は事実上支払を免れるという利益、そのことは宿の人は認識してないので、もし厳格に処分意思を要求すると、この事例でもやっぱり詐欺罪を認めることはできない。しかし、そこまで厳格に考えるべきかという必要説の人かなり緩やかに考えていて、まあ認める説も十分ありだろうという風に思いますと佐伯さん。

(e) キセル乗車

こういった処分行為に関する重要な（でもかなり昔の）問題としてキセル乗車というのがありました。キセル乗車とは、ちゃんと切符を買っていないのに、切符を買っているかのように装って、電車に乗ることをいいます。

具体例としては、A駅からD駅まで行こうというときにAB間の定期券とCD間の定期券を持っていると、A駅でAB間の定期券を示して、D駅でCD間の定期券を示して降りると。そうすると、BC間の代金を免れることができるというのがキセル乗車の例。これは詐欺罪なのかどうかということです。

1つ目の説として①乗車駅説があります。A駅の改札係にAB間の切符ないし定期券を示したことが欺罔行為で、A駅の改札係が騙されて駅務を提供した、処分行為を行ったという風に考えて詐欺罪を認める見解です。

これに対して、降りるときD駅の改札係に切符ないし定期券を示して降りる。D駅の改札係が清算代金を請求しないという不作為の処分行為を行なっているわけです。BC間の代金清算義務が本当はあるのにないという風に騙されて外に出してあげることによって、事実上代金を免れるという利益を得ている。下車駅で詐欺をするということで②下車駅説と呼ばれます。

他にも無罪説があるけれども、最近は2項詐欺ということでもいいということになってます。さっきもあったけれども、1項は窃盗と区別しないといけないので厳格に審査されるけど、2項の方はそうでもない。なので、2項詐欺の方が認められやすいというのがあります。

(4) 財産的損害

おさらいですが、詐欺罪は全体財産ではなく個別財産に対する罪です。これはもう大丈夫でしょう。学説は詐欺罪が財産犯である以上、何らかの意味で実質的な損害が必要ではないかと考えていまして、騙されなければそのものを渡す、占有を失うことがなかっただろうという想定のもとで財物について議論している。

その1つ目が形式的個別財産説。この説に立つと、騙されなければ財物を渡すことがなかったということさえ言えば詐欺罪の成立を認めることができますので、財産的損害というの

は実際には問題にならない。欺罔行為があつて、錯誤に陥つて、錯誤に基づいた処分行為がなされたということさえ証明すれば詐欺罪は成立するということになります。一方、それでは詐欺罪を認める範囲が広すぎるという風に考える、より実質的に損害が必要であるという見解、これを実質的個別財産説という風に呼んでいます。実質的個別財産説が妥当であるということの例としてよく挙げられるのが、コンビニで18歳未満には売ってはならない雑誌を18歳以上と偽って中高生が購入したという場面です。この場合、お店の人が別に18歳以下でもとにかく売ればいいやと思ってたら、これはもちろん錯誤ではないので詐欺罪の問題にはなりません。

しかし、お店の人が18歳未満であるということを知っていれば売らなかったという場合を考えます。その場合、形式的個別財産説からいえば、騙されなければ雑誌を売ることはなかったわけですから、雑誌を売る、騙された結果雑誌を売ったという処分行為があるので、1項詐欺罪の成立を認めるというわけです。しかし、お店の人はちゃんと代金を受け取って雑誌を売って販売したんだから、別に何の損害もないでしょう、詐欺罪を認める必要はないんじゃないですかというのが実質的個別財産説の考え方です。多くの人が、たしかにここまで詐欺罪を認めるのは酷すぎるよねっていうことで、形式的個別財産説を批判するときによく使う例。

どっちが正解ということはないんだけど、学説上は実質的個別財産説の考え方が強いみたい。ここについてはたくさんの肯定・否定例があるので、見てみてください。とにかく大事なのはこっちが明らかに優れていて、これしか採用しないという考えではダメで、どちら側の主張の根拠を理解した上でどっちがより判断として妥当なのかということ、その度ごとに考えることが大事と言っていました。

肯定例（教材332、333、339～345）

否定例（教材330、335～338）

規制によって市場価格より安くなっている場合（教材332、333）

単なる証明書の詐取には詐欺罪を認めていない（教材342参照）

財物性が否定されるわけではないことに注意

教材338は、刑法157条の反対解釈を一つの理由とする

最近の判例は、かなり広く詐欺罪を認めますが、重要な限定がありまして、重要な錯誤であるかということで、単に騙されたかではないということを詐欺罪の成立要件にしています。決して、形式的個別財産説からすればこんな限定はないはずですが、判例は認めているということです。

教材344、345（重要な事項＝経営上の重要性）、347（経営上の観点）、348

さて、ここまでは形式的個別財産説と実質的個別財産説についての判例を見てきましたが、実は3つ目の説として、これまでもなんども出てきた法益関係の錯誤説というのがあります。これは佐伯さんの立場でもあるみたいです。錯誤について限定をかける説で、詐欺罪においての法益は財産ですから、詐欺罪が成立するには被害者の財産に関する錯誤でないといけない、それ以外に錯誤があっても、それは詐欺罪の錯誤ではないとする説です。

この法益関係の錯誤説に立つ論者の間でも違いがあって、佐伯さんは重要な錯誤について狭く解釈しようという立場だそうで。その意味で、詐欺罪を行政規制違反を処罰する罪にしてしまうのは妥当でないし、目的（法益）の考慮を無制限に認めると形式的個別財産説と同じになってしまうのではないかとしています。つまり、コンビニの店主が、青少年保護に熱心で、18歳以下禁止のものを売るとは絶対にしたくない、金儲けのためだけでなく、社会への貢献もするという人で、騙されて販売してしまうとなるとそういう目的が達成できないことになる。しかし、そこまで目的を広げて考慮して損害ありとしてしまうのは、結局お店の人が18歳未満であるということを知っていれば売らなかったという形で詐欺を認定していく形式的個別財産説とほぼ同じになってしまうよね、ということ。調査官解説にはこの目的の範囲について、「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」という風にも定義されているということらしいです。

すごい長かったのですが、まとめると判例・多数説は、形式的を一貫して適用するのは処罰範囲は広すぎるので、限定をかけようとしており、ただどこまで限定するかは、実質的個別財産説・法益関係の錯誤説から、さらに経済的損害が認められればということにしている。しかしここについても、少なくとも間接的に被ることが必要だと見るべきか、さらに広く見ると経営上、もっと広い見方もあるかも知れずそこは色々考え方があるということでした。

（5）未遂・既遂

詐欺罪の実行の着手は欺罔行為に着手した時です。ただし、保険金詐欺では保険金の請求をしたタイミングとされています。事故に見せかけて共同で保険金をだまし取るという場面で、事故を装っただけでは実行の着手は認められません。また、詐欺罪の既遂は財物・財産上の利益の取得した時です。詐欺罪は欺罔行為さえあれば着手を認められるので、他の窃盗なんかに比べて（窃盗は物色説でした）認定が早い。

（6）罪数

窃盗については常習累犯窃盗があって、詐欺にはないので、窃盗の方が何回もやっているとなると重くなる。この意味で、詐欺か窃盗か争われる事例は何か理由がある。

預金通帳と印鑑を窃盗してそこからお金を引き出すと窃盗罪と詐欺罪が成立すると、両者は併合罪です。また、保険金目的の放火と詐欺も併合罪です。さらに、文書偽造罪とそれの行使は牽連犯とされますが、さらに偽造文書で詐欺しても牽連犯、3つ続けても牽連犯で全体がかすがい現象になるということです。

3 準詐欺罪（248条）

248条「未成年者の知慮浅薄又は人の心神耗弱に乗じて、その財物を交付させ、又は財産上不法の利益を得、若しくは他人にこれを得させた者は、10年以下の懲役に処する。」

この場合には欺罔行為が認められなくても詐欺罪が成立することになります。

4 電子計算機使用詐欺罪（246条の2）

昭和62年改正で新設されたものです。前にも出てきましたが、機械は騙せないの原則がありました。だから、機械関係で詐欺にならなかったのですが、得たものが財産上の利益である場合には、これは詐欺罪が成立しないとなると不可罰になってしまう。で、昔はそういう事例はあったんですが、電子計算機が人によって変わって判断をするようになってきましたので、新たに設けられたというわけです。

人に対する詐欺が認められる場合は通常の実詐欺罪です。機械自体は騙していないという場合ですね。機械をチェックして人間が配送をする場合なんかに、その人を騙すような情報を入れれば、パソコン自体は騙しておらず正常に情報が記録されているわけですが、その向こうの人間が騙されているので、これは普通の詐欺ということになります。

客体が財物の場合は窃盗になります。

この電子計算機使用詐欺罪というのには、大きく2つの型があって、電子計算機に「虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作る」というのと、「財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供する」という2つです。

「財産権の得喪・変更に係る電磁的記録」の「係る」ですが、これは記録の作出が財産権の得喪に直接的あるいは必然的連関を有するものを意味し、例えば銀行元帳ファイルの預金残高記録、プリペイドカードの残度数記録を指します。不動産登記ファイルやキャッシュカードの磁気部分は含まれないとされています。

「虚偽の情報若しくは不正の指令を与えて不実の電磁的記録を作り」についてですが、この「不実」というのは、当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理目的に照らし、その内容が真実に反する情報のことです。キセル乗車がこれに当たります。

最後に「虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供する」というのは、偽造テレホンカードの使用などが当たります。ここはこの程度で。

第5節 恐喝の罪

1 恐喝罪

恐喝罪というのは、詐欺罪と強盗罪との区別が大事です。恐喝罪は被害者自身が財産を交付するという点で詐欺罪と同じですが、詐欺罪は騙す行為を手段としますが、恐喝罪は暴行・脅迫を手段とします。また、暴行・脅迫を用いて財産上の利益を得る点については強盗罪と同じですが、強盗罪と恐喝罪は、反抗を抑圧するに至りうる程度のものかというのが強盗罪では要求されていますが、恐喝罪ではそうではないという違いがあります。ちなみに、恐喝罪と強盗罪について恐喝罪は処分行為が必要ですが、強盗罪は不要という違いもあります。

2 権利行使と恐喝罪

このテーマは、例えば債権者が債務者に暴行・脅迫を加えて債務を実現させたということが恐喝罪になるのかという時に問題になります。昔は本権説のような立場に立って、債権者は民法上有効な権利を持っているので、それを暴行・脅迫で実現しても財産犯にはならないということで、暴行罪or脅迫罪にしかならなかった。しかし、戦後占有説のような考えにシフトしてきて、暴行・脅迫によって財物の占有が失われていますから、今では当然に恐喝罪になるということです。

佐伯さんは、本権説からも恐喝罪を認めてよいのではないかと主張しています。というのは、確かに、債務者というのはきちんと債務を履行しない（借金が1000万あればそれを返す）といけないわけだけど、じゃあ履行できていない間に持っていた1000万は違法なのかというと、当然に適法なわけです。本権説趣旨というのは、所有権等の占有に基づいた請求でなければ保護されないということだけれども、当然この1000万は本権に基づく占有だから、保護されて当然なので恐喝罪を認めてもいいのではないかということ。

第6節 横領罪

1 総説

最近では、252条と253条の横領罪は、背任罪とセットで理解されることが多いです。

単純横領と言われている252条については、委託信任関係が必要とされています。単に、占有するものを横領したら成立するのではなく、なんで自分が占有しているかというと、委託者から預かっているからだという関係が必要であるということ。それは、業務上横領（253条）も同じです（252条の加重類型だから）

こういう委託信任関係がいないというのが、占有離脱物横領（254条）です。これは、誰の占有にも属していないものを横領するということです。道路に落ちているものを拾うような事例はこれです。さらに、自分が占有していても、それが委託を受けているものではないという場合、代表例は間違って配達された郵便物を占有し続けるものですが、これは遺失物等横領罪に当たると解されています。

2 委託物横領罪

(1) 委託信任関係

委託信任関係なければ占有離脱物横領罪。これは上で説明しました。

(2) 「他人の」物

自己が所有するものについて横領罪が成立することはありません。したがって、横領罪の成立の判断には、自己か他人かどちらが所有しているのか判断する必要があるということです。所有権が誰にあるのかということは、原則的に民法で決まります。

(a) 金銭

お金は高度の流通性という側面を考慮して、民法では所有と占有が一致するとされています。つまり、盗んだらその瞬間に盗人に所有権も移ります。これを考えるいい例は、会計の時に店員さんが「これはあなたのお金ですか？」なんて聞かないことが挙げられます。これが「金銭を持っているということ＝占有だけじゃなくて所有権もあること」が当然の認識としてみんな持っていることの何よりの証拠です。しかし例外は封金で、これについては預けた人に所有が残るとされています。

でも、このままだとお金を預かった人にお金の所有権も自動的に移ってしまい、そうすると横領とはなくなってしまう。これはまずいですよね。ということで、刑法では用途を定めて委託された金銭については所有権は預けた人に残ったままと考えます。販売委託した物の代金についても同様です。

刑法においては金銭所有権という考えがあって、全く同じ発行番号のお札でもって返還する必要はなく、すぐに補填できる同額の金銭が保管されていれば横領は認められません。

(b) 非典型担保

他人のものでなければ横領とはなりません。そうすると、自分のものに抵当権がついていて、その抵当権を侵害する行為（ex. 抵当権付きの土地を自分で売ってしまう）というのは横領にはなりません。自分のものなので。なっても背任罪にしかありません。

ここで、非典型担保が設定された物の所有者は債権者か債務者かという問題があります。まず、譲渡担保については、判例において外部移転型であれば自分のものではないので横領罪になるが、内外共移転型だと自分のものであるとして横領罪にはならないということを言っています。しかし、民法ではこんなこと言われていないということで、この区別は古いのではないか、そしてじゃあ民法ではというよく決まってないわからない問題とのことです。

また、分割払いというのは、所有権留保があります。したがって、購入者に所有権は移っていないので、完全にお金を支払っていないのに転売すると横領罪ということになる考え方が

有力ですが、もう所有権は移転してるんだということを言う人もいるとのこと。だって、今晚はすき焼きにしようと思って奥さんが超高いお肉を分割払いで買いに行った。しかし、所有権は未だ精肉店にあるので食べると横領罪になってしまうから、返済できるまでは食べられないなんていう馬鹿な話があるのかということです。まあ契約趣旨によって所有権留保は変化させてもいいということなのかもしれません。

（c）二重譲渡

次は、不動産の二重譲渡の問題。民法は意思主義であるとする、譲渡の意思表示があった段階で所有権が移転しているということになり、二重譲渡は当然に横領罪です。

どういうことかということ、例えばXがAさんに自己が所有する不動産を売却しますという意思表示をして、Aさんが1000万円で買いますという契約が成立したと、その後BさんがXにその土地を2000万円で購入しますという風に申し出て、Bさんにさらに売却して二重譲渡してBさんに2000万円で売却して所有権移転登記をしたと、いうような場合を考えてみると、意思表示だけで契約が成立した、Aに所有権が移転したと考え、XはA（つまりは他人）の不動産を勝手に他人に売却したということになって、これは横領罪だよねということです。しかし刑法学者は、意思主義に従って横領罪の認めるのは広すぎるとしています。これが通説です。

（d）不法原因給付物（民法708条）の横領

民法708条では、不法な原因のために給付をしたものは、その給付したものへ返還を請求することができないとなっています。しかし刑法では、たとえ不法な原因であったとしても、給付する前の占有というのは適法なものですので、たとえばXがAに麻薬を売ってあげるといように騙して、Aから100万円を受け取ったという場合に、確かにこれは不法原因給付ですので、返してくれと請求することはできない。しかし、AがXに給付する前のAの100万円の占有は当然適法な占有ですので、それは詐欺罪で保護に値する占有であって、本権説であろうと占有説であろうと詐欺罪の成立を認めることができる。これは確認済みです。不法原因給付というのは、こうして詐欺罪が成立したあとの問題であって、詐欺罪の成立には影響しないと考えるべきです。

では、次はその不法原因給付の横領をした場合にどうなるのか、ということですね。つまり、XがAから頼まれて麻薬を購入する代金として100万円預かりました、というような場合に、Xが預かった100万円を勝手に自分の用途に使用してしまったという場合に横領罪が成立するかどうかという問題。

まず前提として、金銭ですから、民法上は占有と所有が一致すると考えられているけど、用途を特定して預けたお金については、なお委託者に所有権が残っている、他人のものであるという風に考えられているというのは前に確認しました。これが前提条件です。

その上で、原則としては預かったお金を勝手に使ってしまうと、用途を特定されて預かったお金を勝手に使ってしまうと横領罪が成立するのは当然ですね。では、麻薬を買ってくれという不法な原因のために給付していると、そうするとXはAに返還する必要はないというのが不法原因給付の規定ですね。そのことによって、Xが返す必要のない100万円を勝手に使ってしまった場合に、横領罪になるのかというのがここでの問題です。

判例は肯定説を採っています。しかし、民法上返す必要のないものを自分のものにしてしまったからといってこれを横領罪として処罰するのは法秩序の統一性に反するし、民法は返さなくていいといっているのに、刑法では返さないものを自分で使うと処罰するとなっているのは刑法と民法が矛盾していることになって適切ではないという批判があります。さらに、もう給付があった時点で所有権が移ってしまっているのだという人もいます。佐伯さんは否定的な立場だそう。また、そもそもこれは不法原因給付ではないのだと。寄託であって民法708条を構成しない。だから当然に横領罪が成立するんだという説もあります。結構有力になった説らしいけど、やはり不法原因給付でない考えるのは民法的にもおかしいので、佐伯さんも無理があると言っています。何れにせよ否定説もかなり有力に議論されているということです。

（3）占有

窃盗では事実上の占有があればOKという風になっていましたが、今回は事実上の占有だけでなく、法的占有も必要とされています。代表例で、不動産所有権登記がなされている不動産については、所有権登記名義を有している者が占有者という風に解されています。

不動産については、占有は所有権登記名義を持つ者に限られます。なぜならば登記名義がないと処分することができないから。事実上その不動産を占有しているからといってその不動産を売却したりすることはできないよね。登記が誰にあるかということが横領罪の占有にとっては決定的であるということ。ただし、登記があるかだけではなくて、権利証と白紙信任状があるという場合にも占有を認めることができる、と判例では言っています。

さらに法的な占有が認められるとして、判例367は倉荷証券。倉荷証券というのは、倉庫の中のものを一つの証券化して、証券を譲渡することによって倉庫の中の物の所有権を全て一斉に移転させるというようなことです。倉荷証券を持っていれば、その倉庫の中のものを自由に処分することができますので、倉荷証券の所持人が倉荷証券の対象となっているものの占有を有しているという風に解されています。

銀行預金について、他人から「預かってて！」と言われてもらったお金についても、現金を占有しているのと同じ扱いを受けます。銀行預金というのは厳密に言うと債権に過ぎませんけれども、預金は自由に引き出すこともできるし自由に相続することもできるからだとされています。100万円預かってそれを自分の口座に預け入れたという場合に、それを勝手に自分の用途に使ってしまえば、これは当然横領罪です。とにかく他人のお金を預かって自分の用途に使えば横領罪。これは銀行に預けて引き出すという動作が入っても同じということ。

（４）横領行為

何を持って横領行為とするのか。これについては、①越権行為説と②領得行為説に分かれます。①越権行為説は読んで字のごとく、権限を超えるような行為をしたら横領行為とするという説。一方、②領得行為説は不法領得の意思の実現をすることが横領行為であるという風に考える見解です。判例・通説は②領得行為説を採用しています。横領罪における不法領得の意思というのは、横領行為が不法領得の意思の表れという風に定義されています。代表例を挙げると、会社の経理係が会社の金を預かっていて、そのお金を自己の消費行為に使ってしまうというパターン。または会社の土地に抵当権をつけるとか。

では、何をもって不法領得というのかということが問題になります。判例の解釈は、隠匿目的くらいであっても横領罪の場合には不法領得の意思にあたることになっています。公文書を持ち出して隠匿したという事例では、自分が占有・管理している公文書を持ち出してそれを隠した場合、横領罪の成立が認められています。一方の窃盗罪のところでは、教育勅語を持ち出して屋根裏に隠しておいたくらいでは、不法領得の意思が認められないので窃盗罪が成立しないという風に解釈されています。

つまり、窃盗罪における不法領得の意思と横領罪における不法領得の意思というのと異なった解釈がなされている。前者は厳しく解釈をし、後者は緩め。これは窃盗罪の不法領得の意思には利用処分が意思が要求されていたことを思い出すと、窃盗というのは利用処分ができるので犯されやすい。だから法定刑が重く厳しめにチェックしているという理由づけになります。

この不法領得の意思が重要な意味を持っているのは、判例において専ら本人（本人＝その人ではないことに注意）のために行われた場合には不法領得の意思が否定されるという風に解されているというところに現れてきます。

代表的な判例は386で、お寺の住職さんが、震災によって被害を受け、建物を建て直す費用を捻出するために、本当であれば寺の財産の処分のためにはその宗派のお偉いさんの印鑑がなければお寺の財産を処分することはできないにもかかわらず、勝手にお寺の財産を処分してしまったということで、横領罪で起訴された事件。お寺は宗教法人だから、住職だからといって寺の財産が住職さんの所有に属してはおらず、法人としてのお寺の財産を住職が管理しているという関係にあります。つまり、住職にとってお寺の財産というのは自己が占有する他人の所有物であるということになります。

今回の費用捻出は権限を超える行為（越権行為）だということは明らかですね。行為説からは、越権行為を行ってお寺の財産を勝手に処分してしまったわけですから、横領罪が成立するということになります。しかし、判例においては横領罪の成立には不法領得の意思というものが要求されています。その不法領得の意思の解釈としてもっぱら本人（この場合は

宗教法人) のために処分をしたということであれば、不法領得の意思が否定されて横領罪は認められないということになります。

他にも判例がありますが、とにかくいかにも横領罪になりそうな事件であっても、本人のためにやった行為においては、背任罪は成立する可能性はあるけれども、横領罪が成立することはないということです。

判例419や388は、その原則から少し外れる判例なのですが、本人にとってできないことは本人のためにやった行為とすることができないとしています。例えば、商法に違反する行為や使い道が限定されているお金をその用途以外のところに使った場合など、いくら本人のためにやったからといって、それがもともとできない行為であれば、それは本人のためにした行為にはならないという風な原則もあるみたいです。

次に不法領得の意思の有無が問題となる場面で、一時使用の問題があります。これは窃盗罪のところでもやりましたね。これは単純で、例えば預かったお金を自分のため使ったけれども、別に銀行に預けてある100万円を返還するというのであれば、そもそも横領行為がないという風に考えています。当たり前ですが、100万円を預かったとして、全く同じの100万円を返さなければいけないかと言うとそんなことはなくて、100万円ならどの100万円でもいい。返そうと思っているのであれば、客観的な債務を負わないという風に解されています。

問題は、その時に返すだけのお金を持ってない時。翌週に給料日があって今週が厳しいから預かっているお金を使ってしまって、翌週返そうというケース。これまで通りの考えで行くと、後日補填する意思があり確実にそれを実行する能力がある資力があるという場合には、不法領得の意思が否定され、それは不可罰の一時使用ということであって不法領得の意思が否定されるということになると思います。これが通説の立場。でも、残念なことに判例はこれを否定していて、後日補填する意思があっても不法領得の意思が肯定されるとしています。

「それはおかしいだろ!」と思う人もいるかもだけど、こういう「翌週返します!」っていう人でそれをきっちり完済できる人は裁判の事例として現れないわけです。だいたい、補填ができなくて争いになって裁判所に事案が持ち込まれて判例ができることが多い。だからこうなっているということらしく、佐伯さんはデフォルトとしては通説を取るべきだと考えているみたいです。

またこれも窃盗のところでやりましたが、いくら一時利用だからといってすぐに不法領得の意思が否定されるということではなく、可罰的行為を先取りして不法領得の意思の有無を判断しようということになっています。自分が保管している秘密資料を社外に持ち出してコピーして返していたという事例では、これコピーしてすぐ帰るつもりがあったから(一時使用だから)といって、不法領得の意思が否定されるかということとはなくて、可罰的に

違法な行為でそのことを行為時に意図しているわけですから、不法領得の意思を立証することができます。

また、自分のために行われた場合だけではなくて自分と利害関係が一致している第三者に領得させるという場合にも不法領得の意思を肯定することができます。

実行行為と既遂時期ですけれども、不法領得の意思を外部に実現する行為があればそれが横領行為なので既遂であるという風に理解されていますし、占有者が自己の所有権を主張して訴訟を提起すれば既遂ということです。ただし、不動産の二重譲渡については移転登記が終わった後ということになります。これは契約だけではなくて、所有権移転の登記をするまで誰がその土地の所有者になるのかが変わってくるという不動産の特性からの例外です。

（５）不動産の二重譲渡をめぐる問題

不動産の二重譲渡を判断する際には、まだ他人のものかどうかということ判断する必要があります。民法上は意思主義かも知れど、刑法では売買契約が成立した時点ではまだ他人のものではなくて、まずは代金の支払いあるいは大部分の支払があった時点で所有権が移転したことになるという風に考えるのは刑法の通説。第一譲受人から代金がまだ払われていないとすると、それはまだ売主のものなのでそれを第二譲り受け人に販売してしまったとしても債務不履行の問題は起こっても、刑法の横領罪にはならないという風に解されています。

次は占有しているかという問題があって、占有というのは所有権免除と登記名義を持っているかが大事で、まだ登記が第一譲受人に移っていない、売主に残っているという場合には売主に占有があると。この場合、売主は他人のものを登記を通じて占有しているということになり、それを第二譲受人に売ってしまうとそれは他人のものを勝手に売却したということになりますから、それが横領行為で登記が第二譲受人に権利を記することになって既遂になる。

ここまでは異論はなく反対説とかもない。しかし、第二譲受人の責任というのが議論されていて、もちろん第二譲受人が善意であれば全く横領罪ということはない。しかし、知っていた、民法上でいう悪意だった。XがAにまず自己の所有する不動産を売却します、そのあと登記がまだ残っていることを奇貨にしてBにさらに売却します。そしてBに所有権登記を経由しましたという事例を考えてみると、Bは先にAに販売されていることを知っていたと、二重譲渡であるということを知っていたという場合ですね。

この場合、判例通説はBが民法上有効に所有権を取得することができる、つまり対抗要件を備えることによって有効に所有権を取得することができるのであれば、共犯になることはないという風に書いています。判例・通説は、単純悪意者は民法177条によって所有権を取得することができるから、単純な悪意者であれば刑法上の共同正犯の責任を問われることはないということですね。そうすると単純悪意者じゃなくて背信的悪意者の場合は177条の第三

者にあたらないので、所有権を有効に取得できなければそれは共犯になるのでしょうかということで、この点について問題になったのは判例371（一応、369や370もチェックしてね）。

ちなみに民法では今、判例・通説の背信的悪意者排除説から単純悪意者排除説がかなり有力になりつつある。もし民法で判例変更があって民法177条が単純悪意者排除説に変わったら、刑法の共犯の成立犯もそれに伴って単純悪意者の共犯として共同正犯で処罰されることになる。しかし、民法が単純悪意者排除説に変わったとしても、なお執拗にけしかけて二重譲渡を実現した背信的悪意者だけ処罰するという見解（必要的共犯）も維持できるとのこと。

判例371は、第二譲受人が善意だったとしても、売主に詐欺罪が成立しないという判例の例外判決である。従来は、二重譲渡であることを秘して言わないで売った場合、二重譲渡だったら買わなかった場合は、騙されてお金を払っているのだから詐欺罪が成立するのではないかとということが問題になっており、原則として成立しないと考えられていた。なぜならば、二重譲渡であっても所有権を有効に取得できるのであって、第二譲受人にとっては経済的損害がないから。本当のこと言わなかったとしても欺罔行為とは言えないと従来は考えられていたから。この事件は、第一譲受人が仕事上のお得意様で、第二譲受人は確かにやろうと思えば所有権を取得できるけれども、それをしてしまうと仕事上の関係にヒビが入ってしまうからできなかったという場面で、このような所有権を取得することに困難があるような特別な事情があれば詐欺罪が成立すると今はされています。現在では直接的な経済的損害という部分よりも、二重譲渡による紛争を出来るだけ避けるというところに非常に重きを置いている部分があって、そもそも二重譲渡は原則詐欺罪という扱いがされる可能性も十分にあり得るとのこと。

（6）罪数

横領罪の罪数について最近問題になったものとして、他人の所有していた物を委託を受けて占有していて、それを勝手に処分してしまった、つまり横領してしまった。そして、さらにその横領してしまったものを処分した。そういう場合に再度横領罪は成立するかと。横領に横領が重なったらその2回目の横領には横領罪が成立するのかという問題。窃盗についてはできないということでしたが、横領ではどうなのかということです。

旧判例は、横領罪にならないとしていました。横領行為というのは他人の物の所有権を侵害して、他人の所有に属するものを自分の所有に移してしまうということなので、一旦自分のものにしてしまったら、それを再度自分のものにすることはできないんだ、ということで、再度横領罪というのは認められないと理解していました。

わかりにくいのでどういうことかということ、判例373。他人が所有している土地に勝手に抵当権をつけて、さらに代物弁済ということで所有権を移転してしまったという事件。抵当権をつけるだけでは、民法上は他人の所有権のままで特に問題にならないのですが、刑法では抵当権をつける＝自分のものと理解していると考えるので、抵当権をつける行為も横領にな

ります。そうしてそのあとに所有権移転までしてしまったという事件なわけですね。これについて所有権移転は横領罪にしくなくても良いという風に判示していました。

しかし、判例変更があったのが374。再度の横領について横領罪を認めました。この事件では抵当権をつけたこと自体が時効にかかっている、旧判例のままだと横領罪にならないとなるところだったのですが、「別に2回目の横領に対しても横領罪自体はこれを肯定できる」としており、両方横領罪が成立するとして、先に横領罪が成立していることは、後の横領罪を処罰することの妨げにはならない、と判示したわけです。結局、横領罪が成立することは確定なのだから、どっちで横領罪を認めるのかについてはどっちでもいいということになります。もし両方で起訴して両方について横領罪になったとしても包括一罪で処理すればいいよねということです。

3 業務上横領罪

横領罪の加重類型。おさらいだけど、「業務」というのは社会生活上の地位に基づいて反復継続して行う事務のこと。この事務というのは、委託に基づいて反復継続する、他人の物を委託を受けて占有するという事務ですね。

問題としてはいつもの65条の身分犯の話。判例は一般に業務者という身分が無い者については、65条1項によって業務上横領罪の共同正犯となり、65条2項により通常の横領罪の刑が科されるという風に解しています。そして、業務者でもないし、委託を受けて占有する者でもない、何も身分が無い者については、65条1項によっても65条2項によっても通常の横領罪の刑が科されるという風に解しています。

これをどういう風に理解するのか。横領罪の罪の大きさで言えば、逸失物横領罪→普通の横領罪が→業務上横領罪。通常の横領罪は「他人の物を委託を受けて占有している」、つまり委託者、被委託者という身分があることによって成立する罪ということになって身分犯。そうすると、業務者でもないし、委託を受けて占有する者でもない、何も身分が無い者の横領について65条2項を適用すると、なぜ逸失物横領罪の刑ではなく普通の横領罪で処罰されるのかが問題となります。

西田先生曰く、252条の横領罪における「委託を受けて占有する身分」は違法身分であるため、とにかく横領罪という名のつく犯罪全部に働いて65条1項が科される結果、全く身分が無いものも252条の罪で処罰しますよとなっている。一方で、業務者については責任身分ですから、253条に該当する行為について個別的に作用して65条2項が適用されるということになり、業務者という身分を持っていない者については253条からは今度は弾かれて、65条2項によっても252条の罪が適用されるというわけです。（正直作成者もよくわかっていない）

結論自体は、身分のある者は業務上横領罪、身分の無い者は委託物横領罪ということではほぼ一致しているということですが、その説明の仕方や罪名（業務上横領罪の共同正犯）と刑（委託物横領罪）の分離を認めるかどうかというような点については、議論があるということです。

4 占有離脱物横領罪

どういう時に占有離脱物になるのかということについて、誰の占有にも属していない物（逸失物＋漂流物）＋委託を受けないで占有するに至った物ということになっています。

横領罪というのは他人の所有権を侵害することが必要なので、例えば生け簀から湖に逃出した色鯉を捕まえて自分のものにしたという事件では、もう逃げ出した時点で野生に戻っている（つまり無主物になっている）ので、委託物横領罪にも、逸失物横領罪の客体にもならないはずなのですが、色鯉であれば普通は生け簀から逃げ出した（つまり純粋に野生ではない）ということがわかるから無主物ではないと判示した。

第7節 背任罪

1 罪質

背信的な行為をする、背信的な行為をして財産的損害を与える罪であるということについては全く問題ないんですけども、財産的損害を与える罪の中で背任罪というのはどういう特性を持っているのかという部分で2つの大きな説が出てきました。

①背信説：任務違背行為によって財産的損害を与える罪

②権限濫用説：他人から与えられた権限を乱用して財産的損害を生じさせる犯罪

②権限濫用説は権限がないと、背任罪にそもそもならないということで狭すぎるという批判を受け、判例・学説上は①背信説を取っています。逆に①背信説についてはどこまでが背信行為なのかというところが曖昧ではあります。そこで、真ん中をとった③背信的権限濫用説というものも主張されてきているみたいですが、とりあえずは①背信説でOKということです。

2 「他人のためその事務を処理する者」の意義

次に、条文の「他人のためその事務を処理する者」という部分について、どこまでが含まれるのかという問題があります。背任罪は財産犯だということを考えると、財産上の事務に限定する説が判例・通説となっています。さらに、ここから問題になるのが「他人のために」の部分。大事なことは、単なる債務不履行を背任罪として処罰してはダメということで、単にお金を借りパクするというだけでは処罰対象になりません。ここでは他人の事務、本来他人の事務であるものを他人に代わっておこなっているという風に解釈するべきだと言われています。

ただ実際は曖昧のようで、判例394は二重抵当に背任を肯定しました。二重抵当というのは、例えばXがAから1000万を借りて、抵当権を自分の所有している不動産に取得させる。で、さらにBからお金を借りる。1000万円借りて、Bにも抵当権を取得させる。普通Aが第1抵当権者で、Bが第2抵当権者なんですけれども、これも対抗要件、登記の先後によって決まってくるので、本来第1抵当権者であるAではなく、B（第2抵当権者）が先に抵当権を設定してしまうと、Bが第1抵当権を主張することができて、Aは第2抵当権に過ぎないとい

うことになってしまう。これが二重抵当です。検察官はこれを背任罪（第1抵当権者になるAとの関係で背任）で起訴した。しかし、これに対して抵当権を最初に設定したAの登記に協力するというのは単なる債務なわけで、登記に協力しなかったというのは、債務不履行に過ぎないんじゃないかと争われた訳です。

最高裁は背任を肯定したわけだけど、そんなに説得的なものではなかったみたいで、そのあとこの事件について2つの説明が出てきた。1つは、登記は共同申請なので自己の事務であると同時に他人の事務でもあるという説。つまり、自己の義務だけではないので、債務不履行ではないのだという説明。もう1つは、結局抵当権設定者は、抵当権者の担保価値を保全する義務があるのに、二重抵当をして一番・二番抵当を残してしまうと担保価値が下がってしまう。だから、そのような二重抵当をすることは抵当権者の担保価値を、抵当担保物の担保価値の保全の義務に背く行為で背任罪という説明。

結局この394については、債務不履行と背任罪の区別が明確になるわけでもなく、そして判決自体も妥当ではないのではないかととも言われています。佐伯さんもよくわかってないということで、まあテストには出ないと思う。

3 任務違背行為

背任罪の客観的構成要件は、他人のためにその事務を処理するものという身分が主体があって、その者がその任務に背く行為をするっていうもの。じゃあ任務とはどういうものなのかというと、法令、定款、内部規則などで決まってくると言われています。たとえ財産的損害を発生させる可能性が高くても許される行為であれば、一定の侵害が許される（冒険的取引など）。規則に違反しているからといって直ちに任務違背行為となるのではなく、危険性がまず高いかどうか、そしてそれが許されているかを判断することになるということ。冒険的取引（投機的商品買付、デリバティブなど）は、権限内であれば任務違背行為ではない。権限逸脱があれば図利加害目的の問題となる。

399の事例では、銀行がお金を貸すときは、ちゃんと返済の見込みがあるかどうかということとを審査し、そして担保をきちんととって融資をすべきなのに、そういうことをしていない買ったので任務違背だということで裁判になった。会社法の分野で一般に認められる経営判断の原則（商法のテストに出ましたよね）っていうものが、本件において適用されるのか、任務違背を判断する際に適用されるのかってことが争われて、最高裁判所は原則として適用されると。ただ、銀行の場合にはその社会的な使命からして、経営判断の原則の余地はそれだけ限定的なものに留まるといわざるを得ないという風に述べていています。不正融資も任務違背行為になる可能性があるということです。

背信説からは任務違背行為には事実行為も含まれるので、倉庫の温度管理を怠って商品をダメにするなども背任罪になる可能性がある。

4 財産上の損害

背任罪の3つ目の要件として、財産上の損害というものがある。これまでも出てきましたが、背任罪における財産というのは全体財産です。どういうことかということ、ある人（会社

財産に対して権限はない) が会社のお金1億を使って冒険的取引をしたとします。これでもし失敗して0円になってしまったということであれば、もちろん背任罪ということにもなり得ますが、もし成功して10億になったとすると全体財産が9億増えているので、損害はないということになるのです。

補足ですが、背任罪というのは消極的損害（得べかりし利益の喪失）も含まれます。また、法律的に考えればもちろん結果犯であって、危険犯ではないことは当然です。結果として全体財産に損害があったかどうかを判定しますから。しかし、判例404や405は危険犯についても財産上の損害を認めています。

というのは、たとえば倒産寸前の会社に1億融資して利子付きで返してもらおうということで、会社の金を使って融資したとします。こんなの始める前から返ってこないことなど自明ですよ。そんな現実には返済される可能性が低いorない場合は、結果がわかってなくても当然その1億円の債権というのは経済的な観点からは価値がゼロなわけで、経済的観点からはもう財産的な損害が発生してるんだと判断できるというわけです。ただ、損害に見合う利益が帰属すれば財産上の損害はないとされるので、倒産寸前であっても社長が宝くじを当てて、返済はできましたとなると財産上の損害はないとされる。まあ、普通こんなことはないわけですが。

以上が背任罪の客観的要件でした。まとめると、「他人のために事務を処理」「その任務に背く行為」「本人に財産上の損害を加える」というのが客観的な構成ですね。

5 主観的要件

次は主観的要件です。まず背任罪は故意犯ですから、主体、任務違背、それから財産上の損害の発生ということを行為者は認識・認容している必要があります。

さらに、条文に「自己若しくは第三者の利益を図り、損害を加える目的で」というのがあり、前半を図利、後半を加害目的に分けて、合わせて図利加害目的と呼んでいます。これはつまり本人の利益を図る目的の場合には、犯罪が不成立だということです。どれだけ主体、任務違背、それから財産上の損害の発生があったとしても、本人の利益になると思ってやれば背任罪にはならない。冒険的取引では、トクをするかもしれないし損をするかもしれない。この場合、財産上の損害について未必の故意があるわけだけど（つまり故意はある）、本人のためを思っ一か八かやって見て、それでダメだったということであれば図利加害目的が否定されて背任罪は否定されます。これについては、動機の主従で判断します。会社の財産よりは自分の昇進のためになるからやってそれで失敗したということになると、背任罪になるかもということです。

残された問題は、故意と同じように単なる認識で足りるのか。それとも、さらにプラスアルファが必要なのか、例えば確定的認識が必要なのかというようなことについて、必要であるという見解もなお有力に主張されているが、議論をする必要はないだろうと佐伯さんは考えている。おそらく判例も、目的というのは動機であると解していると思うが、そこでいう動

機というのはどういうものなんだろうということについて最近議論があって、その契機となったのは402の判決。そこでは、もっぱら本人の利益を図る目的があれば図利加害目的は認められないけれども、それがなければ図利加害目的が認められるという見解が主張された。

ここで、積極的動機説と消極的動機説というのが出てくる。前者は、「条文に自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で」と書かれているので、そういう目的がないと犯罪が成立しないとする見解。一方の后者は、もっぱら本人の利益を図る目的でない場合でなければ図利加害目的が認めていいんだという見解。積極的に図利加害目的があったということを認定しなくても、もっぱら本人の利益を図る目的がなかったということを認定しさえすれば背任罪の成立を認めることができるということで、消極的動機説の方が処罰範囲が広いということになる。佐伯さんは、積極的動機説を支持しているとのことだけど、消極的動機説も有力ということだった。

6 横領と背任の区別

1. 権限逸脱が横領、権限濫用が背任
 - a. あくまで権限の範囲内のことをしていれば背任
2. 物に対する信任違背が横領、物以外に対する信任違背が背任
3. 行為者の名義・計算が横領、本人の名義・計算が背任
 - a. 判決文で結構出てくるフレーズ
4. 業務上横領罪が成立する場合には背任罪が成立しない（法条競合）
 - a. 現在の通説

まず前提として、横領罪というのは自己が占有する他人のものを横領する罪だから、物に対する罪である。もの以外の利益を侵害する場合について横領罪が成立するとは言えないということにまず注意が必要。

基本的に、横領罪と背任罪の区別が問題になるのは、業務上横領罪がほとんどなので、業務上横領罪と背任罪の区別という風に考えると、業務上横領罪の法定刑が10年以下の懲役で、背任罪の法定刑が5年以下の懲役または五十万円以下の罰金、つまり業務上横領罪の方が重い。したがって、両方が成立しうる場合は、より重い業務上横領罪が優先して適用される。これを法条競合、つまりこっちが成立すればもうあっちを考える必要はないといった説が今の通説です。

しかし、会社法960条には特別背任罪というのがあって、こっちの方が業務上横領罪より最高の量刑であれば重い。そしたらこれまでの理屈が成り立たないのでは？となるけれども、佐伯さんとしては、別にそれはどちらでもよいのではということみたい。

7 不正融資の相手方の責任

バブル崩壊後に、会社はバタバタと倒産し銀行も経営が危ないということになった時に、それまでに不正融資に関わった銀行の経営者等の刑事責任が追求された。このとき、貸した方の責任を追及するだけではなくて、借りた方も悪い、というかもっと悪いんじゃないかということになって、借りた側も背任罪の共同正犯として起訴されることが増えた。しかし、これにもまた文句がつくようになった。貸す方はきちんと審査して貸すかどうかを判断しなければいけないけれども、借りる方は銀行が貸してくれるならばそれを借りるだけのことであって、正当な手段で借りている限り刑事責任を追及することはおかしいんじゃないかということも言われるようになった。

有力な見解としては、普通に借りるだけだったら成立しないけれども、何か不当な手段を使った場合に限って、成立すると考えるというもの。その見解に影響を受けたと思われる無罪判決も下級審で出てきた。そして最高裁がどのような判断をするのかということが注目されていた。

それが判例407で、中身は省略するが最高裁は、支配的な影響力を行使したり、脅かす、脅迫するとか、借りる側が社会通念上許されないような方法を用いたりした場合について、もちろん借りる側が刑事責任を問われるというのは当然。しかし、そのような場合ではない、普通に貸してくださいと言って借りると、借りる際に多少よくない方法（この事例では迂回融資）をとって、それに協力するというようなことをしてもアウトだと判示した。つまり、その程度であれば成立しないとする見解もあったが、この判決はそこまで限定をする必要はないといったわけですね。

第8節 盗品等に関する罪

1 罪質

以前は「贓物」（赃物）と規定されていたが、それが口語化によって「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得されたもの」とめっちゃ長くなった。

「贓物」という言葉について、解釈が3つに分かれていた（大きくは最初の2つ）。立法によって①説は否定されたのだけど、その後3番目の説が現れた。

1. 違法状態維持説

- a. 犯罪で得られたものであれば財産犯で得られたものに限られない。したがって密漁で得られたものや賄賂や偽造文書なども贓物に含まれる。

2. 追求権説（判例・通説）

- a. 財産犯に限る、追求権の存在が必要

3. 総合説（新違法状態維持説）

- a. 贓物の範囲は財産犯に限るが、追求権にはこだわらない

法定刑の重さ（罰金併科）について。256条2項は、「10年以下の懲役および50万円以下の罰金という風に罰金が併科されている非常に珍しい規定。これって結構重い罪なんですよ。窃盗は10年以下の懲役または50万円以下の罰金。詐欺罪も、10年以下の懲役。追及権説から考えるとこれは変なんですよ。直接盗んだ人よりも盗んできたものを買ったりした人の方が罪が重いという。これは、結局盗品等関与罪、特に有償譲受や有償の処分のあっせんというのが、財産犯を助長する性格を持っていることに着目した規定になっているという風に解されている。高く買う人の存在があるから、安く盗んだりしようと企む人が現れるのであって、だからそういった買う人の存在をなくせば盗む人も減るだろうということで罪が重くされているという解釈。

最後に、窃盗に事後的に関与する行為を共犯として処罰せずに、別途盗品等関与罪で処罰するということになる。だから、盗んだものを運搬する行為などは、窃盗の共犯ではなくこちらで処罰する。

2 盗品等の意義

外国の財産罪について。例えば、外国で盗まれた貴重な文化財を日本に持ち込んで、それが盗まれたものであると知りながら買い受けるというような行為を、この盗品等関与罪で処罰する必要があるのかということで、肯定説と否定説があります。つまり、財産に対する罪というのは日本で処罰される財産に対する罪なんだという説もあるし、日本で行われたとすれば処罰される犯罪、つまり日本で行われていれば足りるという説もある。

これを考えると国外犯の話になって、第一部の話になってしまうけど、基本的にこういうケースは処罰ができない。外国で行われた、外国人が外国で行った犯罪についてまで日本国の刑法を適用するのは外国政府の主権とぶつかるので、本来は犯罪なんだけれども処罰しないだけなんだというように理解すれば積極説、そもそも犯罪ではないと考えると消極説になるけど、この辺はまだ十分な議論がないとのこと。

また、刑法の盗品等に関する罪というのはあくまでも物である必要があるので、財産上の利益は含まれないとしています。

次は不動産が物に含まれるかということについて。ここは議論のあるところで、不動産ってずっとそこにあるので追求権説の立場から追求権を侵害されることはないんじゃないかという消極説もあるけれど、佐伯さんの的には確かに場所的には無くならけれども、法的に追求を困難にすることは可能なので積極説でいいのではとのこと。

さらに、財産犯によって直接得た物に限られるため、窃取した機密資料のコピーは盗品ではないということになっています。あと、組織的犯罪処罰法の不法収益等收受罪は、転換財産（盗んだお金でもの買った場合など）についても認めています。刑法の盗品等関与罪には色々限界があるけど、その限界については特別法で一定の範囲で修正・改善がなされている。

判例は追求権説を採っているので、追求可能性が必要であって、追求ができなくなってしまう盗品ではなくなります。善意の第三者が盗品を手に入れたしまったという場合がこれ（善意取得）。もっともどこからが加工になるのかということについては、民法上争いがあるところ。

金銭は特定性が問題にならず額がとにかく問題なので、混合したり両替しても盗品性を失わないと解されています。これに関連して、小切手を盗んで現金化した場合であっても、盗品等だとされている。これが判例428。

不法原因給付物については肯定説・否定説が対立しています。佐伯さんによると不法原因給付の規定の趣旨に沿って、被害者が返還請求をすることができないことから、それは追求権がないということを意味すると考えれば否定説になるということでした。

3 本犯

盗品等に関する罪は本犯（窃盗罪など）に事後的に関与する罪なので、財産犯の本犯、正犯あるいは共同正犯は主体とならないと解されている。だから、窃盗犯人が盗んできたものを自分で運んだり自分の家で保管したり売ったりするという行為は、別途盗品等に関する罪で処罰されることはありません。

しかし、教唆犯・幫助犯は主体となるというのが判例・通説です。本犯助長的性格ということ考えると、裏でいっぱい窃盗させて盗んできたものを買い請けることによって、窃盗が作り出されているという、そういう行為を処罰しようとしているんだという風に考えるとわからなくもない（もちろん疑問もあるけど）。窃盗を教唆して盗んできたものを買い受けたら、窃盗罪の教唆犯と盗品有償譲受け罪が成立し、両者は併合罪になるというのが判例の立場。

本犯の人が売却の意思表示をした時に、それは自分のものにしてそれを売するという意思が表示されている（不法領得の意思が表示されている）ので、その時点で横領罪が既遂になると解されていました。そうすると、売ろうとしているものは盗品、横領によって得たものになりますので、それを買うという行為は共犯でなく盗品等の有償譲受になります。これに対して不動産の横領の場合には、不動産は所有権移転登記がなされて初めて既遂になるという風に解されているので、不動産を二重譲渡で購入するという行為は、横領罪の共同正犯として処罰されるということになります。

4 実行行為

（1）無償譲受け（収受）

無償の場合は、盗品の移転が必要とされています。それは、追求権説からすると受け渡しがあったら、追跡がもっと難しくなるからだとされています。

（２）運搬

これは、委託を受けて盗品等の場所を移転させる行為と解されています。委託を受けて盗品等の場所を、窃盗犯人等から頼まれて運搬するという行為が必要である。では、被害者に返還するために運搬する行為はどうでしょう？普通に考えれば、追求権の侵害がないから原則として含まれないですね。原則はそうなのですが、正常な返還を妨げる場合、つまり判例423、424のようにお金を払わせて返還するという場合には正常な回復を困難にしているという意味で追求権の侵害があるので例外扱いです。被害者のために無償で返還するために運搬してるのであればいいものの、窃盗犯人のためにお金をとって運搬するというのはダメということです。

（３）保管

戦前までは寄蔵と言われていたもので、委託を受けて盗品を保管すること。

判例・通説は継続犯という風に解釈していて、保管している間はずっと犯罪が継続します。もちろん盗品だと知らなければ犯罪にはならないのですが、知らない状態で保管を始めて、のちに盗品であることを知った場合、まだ保管を続ければ保管罪が成立ということになっています。気づいて捨てられたり売られたりしては追求権を侵害してしまうので、気付いたからといってなにか特別な行為を要求することはできないとすると、単に保管するだけの行為に犯罪を認めるべきではないという説もありますが、判例通説は故意が備わった時点から保管罪は成立するという風に解しています。

（４）有償で譲受け（故買）

売買、交換、代物弁済など有償によって盗品を譲り受けたという場合には、より重く処罰するということになっています。そして、追求権の侵害が明確化する、盗品の移転（場所的移動）があった時という風になっています。

また、これについては状態犯なので、盗品の引き渡し時に故意が必要です。

（５）有償処分のおっせん（牙保）

窃盗犯人と第三者の盗品の売買を斡旋するということについて。判例・通説は、おっせん行為があればそれで犯罪だとしています。しかし、一個前の有償譲受けについてはものの引渡しが必要であったわけで、こっちは斡旋行為があればもう犯罪成立なのかということで批判がありました。そこから盗品の場所的移動を要求する説として、物の引渡しが必要という説も現れました。また、その中間として契約の成立が必要というものも現れました。

なぜ斡旋行為をここまですぐに犯罪としたいのかというと、おそらく斡旋をする人というのはそれを職業でやっているわけで、本犯助長的性格がもろにあるわけです。ただでもらった

人は、こういうのがなく処罰対象として価値が低いんだけど、職業的に反復してやっているやつは重く処罰するというこういう背景があるのではということ。

最後に、各行為を続けて行った場合は、別個に処罰するのではなく包括一罪です。

5 親族間の特例

親族間の犯罪に関する特例244・245条について。誰との間に親族関係がないといけないかということについて、現在の判例・通説は占有者・所有者両方と親族関係がなくてはならないと解している。

257条ではどうなるのかということで、2つの説がある。

①盗品関与罪の犯人と本犯者との間（教材429・通説）

②盗品関与罪の犯人と被害者との間

追求権の侵害のことを考えた場合、②の説も悪くはないのだが、本犯助長的な性格を重点的に見るという観点からは①の方がより適しているとのこと。

第9節 毀棄及び隠匿の罪

財産犯の最後です。

1 毀棄概念

毀棄というのは、判例通説はそのものの効用を害する行為というふうに広く解しています。学説上は少数説として、ものの物理的損害を必要するという見解も主張されています。佐伯さんも罪刑法定主義的には少数説を支持しているのだそう。

改正刑法草案261条「損壊、隠匿、その他の方法でその効用を害した者」とありますが、隠匿、隠すなどの行為は持ち主がそれを利用できなくなりますので、所有者にとってもそのものの効用を失わせる行為であるということで毀棄に当たるとしています。学校の校庭の看板を引き抜いて持ち去って、捨てたという場合には、利用処分意思がないので窃盗罪ではなく、学校の関係者が使えなくなっているので、毀棄罪になるということです。また、パソコンにウイルスを送るという行為も窃盗ではなく、持ち主がそのパソコンを使えないという状態を作り出しているので毀棄罪です。

あと、建造物の効用に美観が含まれるかということについて、美観が失われても建物自体は使えるわけで、効用を害したとは言えないかもしれませんよね。しかし、判例は含まれると解しています。ただし、じゃあ建物にちょっと落書きしてしまったなんていう場合に全部処罰されるかということそうではなく、じゃあ文化的価値の高い建物のちょっとした落書きはいいのかとかいろいろ議論はあるみたいです。ここは個別具体的に判断するという事です。

2 毀棄罪

(1) 公用文書毀棄罪 (258条) ・ 私用文書毀棄罪 (259条)

まず、この2つの罪は名義人を問いません。つまり、公文書・私文書の区別とこの258・259条の区別は違うので注意です。公用文書というのは「公務所の用に供する文章または電子的記録」であって、公文書というのは名義人が公人である文書ということで別物なので注意です。電磁的記録は改正によって含められています。この公用文書というのは、公務として利用する価値のある文書という風に厳格に解釈します。

もちろんのことですが、文書を破るという物理的損壊だけでなく、記録の消去、読みとりを不可能にすることなども損壊になります。

(2) 建造物損壊罪・建造物損壊致死傷罪 (260条)

この条文における建物というのは、他人の建物であって、自分の建物を壊したところでこの罪には該当しません。判例434も参照のこと。

次は建造物の意義について。判例435が重要で、屋根があって壁があって土地に定着していて内部に人が出入りすることができる、というのがまずは基本的に建造物の定義となっています。その上で、ドアは建造物に含まれるのかみたいな話になりますが、判例は「壊すことをしなければ取り外しができない物が建造物である」としています。

しかし、でも固定している机を壊せば建造物損壊罪になって、固定していない机を壊したら器物損壊になるという区別には疑問がなくはないよね。佐伯さんの教え子には「内と外で分けているんだ」という人もいたみたい。つまり、外ドアを壊せば建造物損壊罪だけど、部屋のドアだと器物損壊（または不可罰）ということ。しかし、判例436は機能上の重要性も考慮に入れて建造物なのかを判断するという判断枠組みを提示している。つまり、机を壊すというのは別に新しい机に変えればいいだけだけど、壁をぶっ壊せばなかなか取り替えるのが難しい。そんな感じで、単に取り外しができないという風に判断するのはどうなのかということで色々と言われているみたいです。

(3) 器物損壊罪、動物傷害罪 (261条)

動物傷害罪には、もちろん怪我をさせるというのものもあるけど、逃すというのも処罰されています。また262条では、自分のものでも差し押さえられていたり、賃貸したりするもの又は配偶者居住権設定されたものを損壊し、阻害する場合は「前3条の例により」というふうに特例が設けられています。

(4) 境界毀損罪 (262条の2)

262条の2は境界毀損罪ということで、「境界標を損壊し、移動し、若しくは除去し、又はその他の方法により、土地の境界を認識することができないようにした者は、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」というふうになっています。

3 信書隠匿罪（263条）

刑法の最後の条文で、謎な罪。今の判例・通説は隠匿は毀損と考えているわけで、信書だって器物破損で処罰されるし、さらにこの信書隠匿罪は器物破損罪よりも法定刑が軽いので、存在価値が薄い。適用例もほぼないとのこと。

第3編 社会的法益に対する罪

第1章 公共危険罪

第1節 放火罪・失火罪

1 法益

公共危険犯の代表例について見ていきます。先ほど建造物損壊罪を見ましたが、放火で建物を損壊させたら、火の性質としてどんどん燃え広がっていくということがあるので、公共への危険犯ということで放火罪になります。要は、公衆（不特定又は多数人）の生命・身体・財産の安全に危険を生じさせれば、それは放火罪であるということです。建物が燃えてなくなるだけならいいけれども、建物というのは人がいる可能性が極めて高いので、そういった危険も考慮して非常に重たい法定刑が科されている。

放火罪は大きく抽象的危険と具体的危険に分けられています。抽象的危険犯は108条、109条1項で規定されており、一方で具体的危険犯は109条2項、110条にあります。具体的危険犯は条文で危険発生（今回の場合公共の危険の発生）が要求されている罪と理解されています。したがって、具体的危険犯というのは客体を損傷したというのに加えて、公共に危険を発生させたということまで、合理的に証明しなくてはならないということです。もちろん抽象的危険犯は、危険発生の可能性があったということであれば処罰されるので、証明責任としてはこちらの方が断然楽です。

当たり前の話ですが、放火罪は1次的に生命・身体を保護しており（だから非常に法定刑が重い）、2次的に財産を保護している（他人の所有するものと自己のもので法定刑を分けている理由）とされています。

罪数について。放火罪は公共危険犯、つまり周りの不特定多数の生命・身体・財産を保護しているという風に考えられるので、その公共の危険が一個であると考えられる場合は、何件も家が燃えたとしても、それは包括一罪とされています。でも、例えば本郷キャンパスに火をつけて、移動して駒場キャンパスに火をつけたということであれば、別個の罪になるとされます。

2 建造物

建造物にはもちろん建物も含まれますが、汽車電車幹線が含まれるとされています。建造物損壊罪についてはさっき見ましたので、そちらとあとは判例（451～453、436）で確認してください。ただ、建造物損壊罪というのは財産犯であって、放火犯というのは公共危険犯。つまり、法益が違うので本来は別々に議論されるべきところですが、まとめて議論されることが多いとのこと。

あと、建造物といった際に定着性が大事なのかということ。最近（というか結構前）は、非常に豪華な寝台列車（ななつ星とか）も登場して、これらが建造物といった方がいいと考えるのであれば、必ずしも土地に定着する必要はないのかもしれないですね。問題になったことがないようですが。

3 行為

「放火して」というのは不作為犯も含まれるという解釈です。

4 焼損

108条・109条1項は、焼損という状態が発生すると既遂となるとしている。焼損というのは、具体的に発生する必要はなく抽象的危険犯である。したがって、焼損という概念・結果がいつ認められるのかということが主要な論点となります。

焼損という言葉は以前「焼燬」という言葉が使われていた。焼損の概念については判例・通説では独立燃焼説という立場をとっている。これは例えば、新聞に火をつけて火を建物に燃え移らせるという場合には、燃えている新聞が媒介物となり、媒介物を離れて（つまり媒介物をなくしたとして）も建物が燃焼すると焼損という判定になり、現住建築物等放火罪の既遂になるということ。通説もこれを支持しています。

ただ、これについては既遂にするのが早すぎるという批判もあり、そういう人は建物の効用を喪失した時に焼損であり既遂であるという効用喪失説の立場にたつ。まあ、いつものパターンではあるけど、そうするとその真ん中らへんをとって、重要部分が燃え始めたら既遂という重要部分燃焼開始説だとか、物の効用がなくなったら既遂という毀棄説などが言われるようになったけど、重要部分燃焼開始説はどこが重要部分なのかかわらんという批判があり、毀棄説には毀棄というのは前に出てきた公用文書のあたりで出てきたワードであって、財産犯と放火犯の既遂時期を同じにするべきではないという批判がある。

独立燃焼説が判例・通説なのは、公共危険犯なので不特定多数の人に損害がある可能性が生まれる前に手を打ちたいという思いもあってのこと。つまり、具体的に危険がある必要はなく、抽象的危険犯であるというのはここからきている。

しかし時代が進んでくるにつれ、逆に独立燃焼説だと遅くね？ということが言われるようになった。というのも、不燃性・耐火式建造物が増えてきて、独立に燃焼することが難しくなってきたから。そうすると独立燃焼説の既遂時期というのは非常に遅いということになってしまいこれが批判されるようになった。

というのは、そういう事件が出てきたからなんですよ。燃えているけど、媒介物を離すと消えてしまうという場合、燃焼はしているが独立燃焼ではない。だけど、壁が高熱だし、塗料が燃えて有毒ガスを発生している、それから鉄が真っ赤になって高熱が発生している。しかし、壁自体は独立燃焼していない、媒介物が離れてしまうと火が消えてしまう。そういう場合に独立燃焼説から既遂でないと言ってよいのかということです。公共の危険性が増している状況の評価して、既遂であることを認めるべきという先生もいるらしいのですが、判例は依然として独立燃焼説をとっており、こういう場合であっても未遂であるとしています。

5 公共の危険

(1) 公共の危険の意義

ここまでいろいろところで、「公共の危険性」「公共危険犯」というワードが出てきましたが、じゃあ公共の危険って何？ということについて見ていきます。

旧判例は、物件に延焼する危険としていた（限定説）。放火罪における公共の危険というのは、火が燃え広がるという多数の生命身体に対する危険であるというように考えた時の限定であった。しかし、判例（469）は「同法110条1項にいう『公共の危険』は、必ずしも同法108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当」と非限定説を取るようになって判例が変更された。

ただ、もともと放火罪の公共の危険というのは火がどんどんたくさんのもに燃え移ることで拡大していくという点にあり、もっと広域でみて周りの建物に燃え広がる危険があつて初めて公共の危険が認められるのではないかとのこと。どっちみち実際の裁判では、客観的・科学的に延焼の危険性があったかということを検察官が立証するので、そこまで問題にはならないとのことだけど。（判例470、471、475）

(2) 公共の危険の認識

次に公共の危険の認識が必要であるのかということについて、判例では不要説をとっている。しかし、学説は必要説が有力になっている。例えば、自分の庭で焚き火をするといったことは何の犯罪にもならない。しかし、公共の危険が生じた場合に処罰する。そうであるとするならば、犯罪が成立するのは公共の危険が発生したからこそであり、そのことを認識していないのに110条2項で処罰するのは、妥当ではないと多くの学説では考えられている。

もちろん自分の庭に火をつけて、過失で他の人に家に燃え広がらせたと言った場合には失火罪で処罰されるということはあるが、110条2項で処罰するのはおかしいということ。だけど、ここはとりま不要説でOK。

6 現住建造物等放火罪（108条）

(1) 住居の意義

住居の意義は起臥寝食の場所とされており、寝起きをして食事をしたりする場所といったことがある。しかし、住んでいる人の全員の同意があった場合あるいは住んでいる人全員殺害した後に火をつけた場合、いずれも「住居」ではなくなると解されている。また、条文上「現に人が住居に使用し」としていることから、住居であれば現に人がいなくてもいい。

人がいなくてもいいということなんだけど、じゃあ人がいないということがわかっていて火をつけた場合はどうなるのか？この現住建造物等放火罪というのは法定刑が非常に重い。これは、現に人がいる建造物では、住居の中に人がいて、人の生命・身体に対する危険性が高いから。なのに、人がいないことがわかっていても108条で処罰する必要が果たしてあるのかということが問題となる。

そこで判例456を見る。これは妻が不在の間に火をつけたという事件で、妻が家出中であったとしても、戻ってくる可能性がある以上、現住建造物と言えることを判示した。ただし、妻が家出して戻ってこないのであれば、もはやそれは現住建造物ではないされる。とりあえず帰ってくる可能性というのが大事。

次に、判例457。放火する目的で旅行に行かせた事件。旅行中であれば、住居でなくなるのかということについて、旅行から帰るとまだ本件家屋に宿泊が継続されるという認識があった以上、なお住居といえると判示した。

ここで今一度、住居の放火が重く処罰される理由は何かを考えてみよう。例えば、一人暮らしの人が海外旅行に行ったという場合に、ちゃんと海外旅行に行っているかどうかを、アメリカに電話をかけて「本人がアメリカにいる」と確認した上で火を付けるという場合に、絶対アメリカにいる本人の生命・身体に対する危険がない以上、108条の現住建造物等放火罪で処罰することがあるのだろうか。

これに対して学説では、住居に訪ねてくる人がいるのではないかと考えて、その人に対する生命・身体の危険があるとする見解もある。しかし、訪ねてくる可能性といえど、私人の家と会社の事務所とどちらの方が人の訪ねてくる可能性が高いかを考えた場合、会社の事務所の方が高そうである。しかし、住居ではない会社の事務所については、現に人がいなければ109条になる。その一方で、住居であれば、人がいなくても108条である。そうだとするとやはり、住居内の人がある可能性を考えるべきで、確実に住居内に人がいないことを確認した上で火をつけた場合について108条を適用してよいかということに関しては、108条を適用しないという限定解釈をとることも可能であると思うと佐伯さん。

（２）現在性

これは現に人がいるということを意味する。

（３）建造物の一体性

建造物の一部に人がいて一部に人がいないという場合に、全体として現住建造物として扱うことができるかということについて、判例459では廊下によって物理的に建物がつながっていること、一部に火をつけると全体に燃え広がること、全体が一体として利用されていることという事情をあげて、物理的にも機能的にも1個の現住建造物と認めた。このように、物理的一体性と機能的一体性を合わせて現住建造物かどうかを認定する判断方法は、学説上支持されています。

また、不燃性建造物について。構造的に1つであっても、一部に放火しても全体に危険が及ばないと考えられる構造であれば、分けて考えることができるとされている。じゃあエレベーターはどうか？エレベーターの中が独立燃焼した結果、現住建造物等放火罪の既遂が認められた判決が464である。エレベーター内から他の共有部分に燃え広がる可能性はかなり低かったと言えるだろうけど、本判決では燃え広がる可能性といったことに一切言及しなかった。

一つの有力な理解としては、エレベーターは建造物に取り付けられているものであり住民の利用しているものであるから機能的に一体と言えるというもの。さらに、エレベーターの中の火が燃え広がる可能性は低いかもしれないが、逆にエレベーターに乗ったり、近づいたりする居住者の生命・身体に危険があるとみることによって物理的一体性があるとも思えると解すると物理的機能的一体性を肯定できるのではないかとされています。

最後に、非現住から現住に延焼する危険については、108条の現住建造物放火罪の実行の着手が認められます。例えば、家が2軒並んでおり片方が人が住んでいない109条の客体、もう片方が人が住んでいる108条の客体であるとして109条の客体たる家に火をつけた場合、108条の客体に燃え広がる現実的危険性があれば108条の実行の着手が認められる。さらに、それを認識していれば108条の故意が認められ、実際に燃え広がった場合は108条の既遂となる。

7 非現住建造物等放火罪（109条）

1項「放火して、現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物、艦船又は鉱坑を焼損した者は、二年以上の有期懲役に処する。」

2項「前項の物が自己の所有に係るときは、六月以上七年以下の懲役に処する。ただし、公共の危険を生じなかったときは、罰しない。」

1項は他人所有についてで、こちらに関して特に問題にならない。2項は自己所有である。2項「自己の所有」であるときは公共の危険の発生が必要です。また、「自己の所有に係るときは」としているが、1項と2項で法定刑に差があるのは、他人の財産に対する侵害の有無であるから。だから無主物に火をつけた場合、火をつけられる客体の所有者が共犯者である場合や、所有者の同意がある場合も2項の適用を受けることになる。

8 建造物以外放火罪（110条）

110条は1項2項で要件は変わらないけれども、法定刑が違う。公共の危険の認識については判例である不要説をとる人がいるかもしれないが、不要説を取る場合に注意しなければならないことがある。例えば、寝タバコで火の不始末により火が燃え広がった場合、これは失火罪の典型的事例であるし、失火罪とすることは常識的な結論であると言えるだろう。あるいは、焼き芋を庭でする際に、その葉っぱが飛んでいたり、焼き芋の火が飛んだりすることで、隣の家が燃えた場合も同じく失火罪の典型的事例。

タバコや焼き芋の際の葉っぱなどは条文上建造物等以外の物であり、公共の危険の認識不要説をとると、タバコの不始末や焼き芋の事例でも放火罪が成立してしまうことになりそうである。ここでどうやって常識的な結論にもっていくのかというと、110条の「前二条に規定する物以外の物」というのは、それを燃やすこと自体によって公共の危険が発生するような（ある程度大きい）ものであると限定する見解がある。

9 延焼罪（111条）

基本的に自己所有物放火罪を基本犯とする結果的加重犯である。

10 消火妨害罪（114条）

条文上の「火災の際に」とは火災が発生しようとしている場合や発生している場合のこと。

11 失火罪（116条）

117条の2の業務上失火について。なんどもやっていますが、「業務」というのは「社会生活上の地位に基づいて反復・継続して行われる行為であって、人の生命・身体に危害を加えるおそれのある行為」を意味する。

117条の2の「業務」も基本的にこれがあてはまるが、これだけではなく別の類型として、「職務として火器の安全に配慮すべき社会生活上の地位」も当然含まれる。防火管理者などもこれにあたると考えられる。

第2章 取引等の安全に対する罪

第1節 通貨偽造の罪

1 法益

法益については、①通貨の真正さに対する公共の信用という風に一般的には考えられている。これはこれで正しいわけだけど、問題はこれだけなのかということ。別に公共の信用ということであれば、公用文書でも変わらないわけで。お金にしかない性質をもっと大事にするべきでは？ということが言われるようになった。

そこで出てきた、②国の通貨発行権（通貨高権）いうものも保護法益に含まれるという見解も有力である。これは、内国通貨の偽造が外国通貨の偽造より重い処罰がなされていることから説明ができる。しかし佐伯さんは、文書偽造罪では文書の真正さに対する公共の信用だ

けが保護法益とされているので、お金についての通貨の真正さだけを保護法益にすれば十分ということで、②は不要という立場を取っているようです。

西田先生は、③通貨発行量の調整という国の金融政策が保護されているのだという風な説を唱えたけど、①でも十分みたい。

2 客体

客体は、日本でいうと貨幣・銀行券（日銀券）である。

3 行為

（1）偽造と変造

偽造：通貨に似た外観のものを創り出すこと

変造：真正な通貨に加功して通貨に似たものを創り出すこと

偽造か変造かということはどちらも同じように処罰されているので、区別にそこまで悩む必要はないとのこと。

偽造にしる変造にしる、先ほどの①の説だと一般の人の真正さに対する信用を保護しているのであるから、一般人がそれを見て真正な通貨と誤認するものでなければ処罰する必要はなく、誤認させる程度のものであることが必要。その程度に至らないものは、通貨及び証券模造取締法という別の法律で処罰されることになる。

（2）行使の目的

偽造罪というのは「行使の目的」がなければ処罰されない目的犯であり、主観的違法要素の代表例。一万円札を偽造したとしても、それが観賞用（ex. twitterでバズらせるためだけ）であれば、通貨の真正さに対する公共の信用を害する危険性は非常に小さい、故に「行使の目的」があって初めて処罰する。

ここでいう「行使の目的」とは「真正なものとして流通に置く意思」を意味し、例えば鑑賞目的はこれに該当しない。自動販売機も通貨等を入れると人が自動販売機から回収し、流通のもとに置かれると解することができ、「行使の目的」に該当するという理解がなされている。しかし、自動販売機が形と重さだけで通貨等か判断しているとして重さ・形は全く日本の通貨と同じだが、見た目が全く違うような通貨を自動販売機に入れた場合にこれは偽造又は変造と言えるかという問題があります。

また、自分はお金を持っているということを相手に示す（相手を信用させる）ためだけに、偽の通貨を他人に見せる場合、これは流通に置く意思はないので、「行使の目的」に含まれ

ない。それから、収集家に譲渡する場合も、収集家は取引の目的物として使用する意図はないので、同様に「行使の目的」に含まれません。

4 罪数

通貨の偽造とその行使は牽連犯なので、科刑上一罪とされます。また、公文書などは偽造して作業を行うと詐欺罪も成立するのですが、この貨幣については偽造して他人に交付したとしても詐欺罪は成立しないというのが判例・通説です。

というのも、刑法152条に収得後知情行使罪があるから。「貨幣、紙幣又は銀行券を収得した後に、それが偽造又は変造のものであることを知って、これを行使し、又は行使の目的で人に交付した者は、その額面価格の3倍以下の罰金又は科料に処する。」とあり、詐欺罪よりも軽い規定なので、詐欺罪が成立するとしてしまうとこの条文の存在意義がなくなってしまうということで、詐欺罪は成立しません。

第2節 文書偽造罪

1 法益

法益は通貨のところとほぼ同じ感じで、文書の真正さに対する公共の信用（文書のもつ証拠としての機能）です。ただ、公共となると広すぎるので、その文書を見る人に限定した信用という風にされています。

次に文章の真正さについて。1つ目に内容の真正さとされています。こちらは無形偽造と言われ、この無形偽造を処罰する手技を実質主義と言います。2つ目に作成名義の真正さというものもあります。こちらは例えばAさんが作ったということが真正の証拠になるということで有形偽造と言われ、この有形偽造を処罰する手技が形式主義です。

私文書については形式主義、公文書は実質主義と形式主義というのが、わが国の原則となっています。無形偽造であるということになると、私文書については原則として不可罰ということになりますので、実務としてはそれをなんとか有形偽造として処罰しようという動きが現れてきています。

2 文書概念

文書の定義は、「文字その他の可視的な符号を用い、ある程度永続すべき状態で、ある物体の上に記載された特定人の意思表示」となっています。なので、可視性・可読性から録音テープは文書ではないと解されています。

問題となったのが電磁的記録（USBメモリ、ハードディスクなど）が文書かどうか。文章は読み取れないのでそれ自体としては可視性、可読性というのはないけど、しかしコンピュータを使ってディスプレイに表示することによって、読むことができるという意味では、それは可視性可読性があるということもできる。この点については、コンピュータ犯罪を刑法に規定した立法で解決されています。

電磁的記録については解決がされたわけですが、当時度数を改ざんしたテレホンカードの犯罪が横行しました。そこで、度数を改ざんされたテレホンカードが有価証券に該当するかどうかということが議論になりました。テレホンカードの度数を記録している磁気部分は、機械に対して使うものなので有価証券ではない、あるいはそれを電話機に使うというのも行使ではないと。そうすると有価証券偽造の罪は成立しないという見解も有力に主張されました。

これに対して、最高裁はテレホンカードというのは券面に、おもてにもいろんな絵とか写真とか文章が書かれているということで、その券面の表示と一体として有価証券に当たるというふうに判示しました。磁気部分だけではなくて、テレホンカードの券面の表示も含めて一体として有価証券になると判示をしたということです。ただ、人に対する行使は問題とならず、券面の記載は重要ではない（人の信頼が問題とならない）という批判があります。

その後この問題については立法が行われ、刑法163条の2以降で支払用カード電磁的記録不正作出等の罪を新設しました。ということで、さっきの最高裁の判例は意味を失ったということになります。

次に文書であれば何でもいいのかということだけど、文章の真正さに対する公共の信用を保護するに値するものということで、社会生活上重要な事実に関する文書であることが必要であるという風に解されています。例えば論文とか小説なんかは含まれません。しかし、判例529では、入試の答案を私文書という風に判示しました。採点されて志願者の学力を示す資料となり、これをもとに合否の判定が行われ合格の判定を受けた志願者が入学を許可されるのであるから、これは私文書偽造罪の要件である社会生活に交渉を有する事項を証明する文書というものに当たるとのことです。

次が名義人について。名義人とは文章の意思表示の主体（文書それ自体からうかがえる意思表示の主体）です。名義人が存在しない、つまり誰が書いたのかわからない文書というのは、公的信用の対象とならないので文書ではありません。ただし、普通は文書に明記しますが、名義人が明示されている必要はなく、他の事情から推認できれば十分です。さらに法益は文書を見た人の信用なので、見た人がそういう名義人が実在していてその名義人がこの文書を作ったのだと信頼するようなものであれば、死者・架空人でも良いとされています。

文書の原本性について。文書というのは写し（人の手で写すこと）をとることが多いと思いますが、この写しそれ自体は文書ではありません。写しというのは、作成者の観念が入り込む可能性があり、内容を書き換えたり間違っていることもあって信用性が薄いというところからこのようになっています。ただし、写しである旨の認証文書があれば写し自体が認証者を名義人とする文書になれることになっています。

もちろん最近は写しといってもコピーすればいいだけの話で、有印公文書をコピーして使用する場合が増えてきました。そうすると原本をまず偽造して、それをコピーをして公文書の

コピーとして使用するということが行われるようになりました。これがなんの罪に問われるのかということについて、主に2つの説があります。

1つ目は有印公文書偽造罪とする説。供託金受領書のAの記名・押印部分を切り取り、虚偽の内容を記入した供託書と合わせてコピーし、A名義の供託金受領書写真コピー5通を作成して、これ行使したという判例486では、第1審は、本件写真コピーは、私人が作成した公文書の写しであるから、被告人を作成名義人とするし文書であるとして無罪にし、原審もこれを支持したというわけですが、最高裁判所はコピーも原本と社会的に同一の機能を有しているからということで、有印公文書偽造罪を認めました。ただ、コピーは文書ではないという前提があるのに、社会的に文書なら文書という解釈は罪刑法定主義に反するのではないかということで色々と議論のあるところです。無罪説もあって、こちらはコピーというのはコピー作成者が名義人の私文書であって不可罰な無形偽造なのだとします。

この最高裁の判決を受けて、原本を改ざんしてそれをファクシミリで送り、相手方に印刷されて出てきたものも公文書の偽造になるのだとした高裁判例（判例488）も出てきているので、判例としてはコピーも文書になるということで確定なのでしょうね。

3 有形偽造の概念

さっきも言いましたが、日本は私文書について形式主義をとっていて、有形偽造しか原則として処罰しませんので、有形偽造にあたるかどうかということは実務上非常に重要になっていきます。

（1）有形偽造の意義

有形偽造の定義は従来は「権限がないのに他人の名義を勝手に使用して文書を作成すること」でした。しかし最近の判例により、「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」とされています。この人格の同一性を偽るという点が超大事。

（2）文書の名義人

さっきの名義人の定義「文書の意味表示の主体」は誰なのかという点で問題になるケースをあげていきます。

（a）通称の使用

まず通称を使用しても有形偽造ではないとされています。社会的に広く通用している名前（HIKAKIN、はじめしゃちょーなど）を使用しても有形偽造ではないということですね。大事なことは文書を読む人の信頼ですから。なので、限られた範囲で通用していた名前ではだめとされています。

長年使用していた他人名の通称を、再入国許可申請書に使用した場合はどうかということで、判例501。注意点があって、1つが再入国許可申請書というのは公務署で用いられる文書

ですから公用文書ですが、申請書を誰が作成するかと言うとそれは私人が作成して公務署に提出するものですので、名義人は私人ですのでこれは私文書ということになります。

1審・2審判決はAという名称が被告人の人格を示す名称として社会生活上一般に通用するようになっていたから、作成名義を偽ったことにならないとして私文書偽造罪の成立を否定しました。検察官としては、再入国許可申請書のような公の文書で他人名義を使っている時点でアウトなんだということで上告。

最高裁は、まず「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る」という定義を示した上で、公の手続き内で用いられる文書であり、当然に本名を用いて申請書を作成することが予定されており、本件文書に表示されたAの氏名から認識される人格は適法に本邦に在留することを許されているAであって、密入国をし何らの在留資格も有しない被告人とは別の人格であることが明らかであるから、そこに本件文書の名義人と作成者との人格の同一性に齟齬を生じているということで、私文書偽造罪の成立を認めました。

ここで大事なのは、「公の手続き内で用いられる文書であり、当然に本名を用いて申請書を作成することが予定されている」からといって、直ちに私文書偽造罪の成立を認めたわけではないということです。つまり、被告人の通称であるAが被告人の名前であるということを認めた上で、だけど適法に在留を許可されているAさんという人格と、適法に在留を許可されていないAさん（被告人）という人格との間には同一性に齟齬があるから、有形偽造になるというふうにしたことに注意です。佐伯さんは1審・2審の判断を支持しているみたいですけどね。

（b）肩書きの冒用

肩書きの冒用、例えば社長じゃないのに社長と名乗るというような行為は、一般的には有形偽造ではないとされます。肩書きが違っても誰が作成したかがわかる（人格の同一性を偽っていない）のでという趣旨です（軽犯罪法1条15号ではある程度処罰されているみたい）。

しかし、肩書き等によって作成者と別の人格が指示されている、つまり人格の同一性に齟齬が生じているのであれば有形偽造になりえます。これによくあるケースとして、代理・代表名義の冒用があります。事実はそうではないのに、「A株式会社代表取締役X」「A代理人X」のような記載をすることは、内容の誤りなので無形偽造ということになり、処罰できないはずですが。これについて判例・通説は、文書作成についてAが責任を負う形式の文書であるから、Aが名義人であってAの文書を作成する権限はXにはないということで有形偽造としています（ex. 判例504）。

しかし、この判例はさっきの再入国許可申請書の判決の前の判例。今だと、確かにこの文書の作成者はXであると。Xが名義人だと。でもこの文書に表れているXというのはA会社の代表取締役という属性をもったXさんで、でも現実のあなたはA株式会社代表取締役である

Xではない。そうすると、A株式会社代表取締役Xという名義人と、被告人Xとの間には人格の同一性に齟齬がある、というふうに言えば有形偽造であるということになるので、そう解すべきであるという説も現れているそうです。現に判例506は、国際運転免許証の偽造について同一の枠組みを使って有形偽造としています。

次に、同姓同名の場合に行きますが、本名を使うと言っても同じ名前の人は色々いるわけで、本名を使っているけれども実際は他人が名義人として示されているという場合には、文書偽造になりうる。その例が判例505。

この事件は、弁護士Aと同姓同名の人がいて、「俺弁護士になれるんじゃないか？」ということでそれを利用して自分が弁護士であるかのように偽った。そして弁護士の肩書きを付したA名義の弁護士報酬金請求書、振込依頼書、請求書、領収書等の文書を作成し、これを仕事の依頼者であるBに交付した、という事例。これについては肩書きを勝手に使った事件とも捉えられそうだったのですが、最高裁はそこに示されている名義人の人格は弁護士としてのAで、被告人は弁護士でないAなので、人格の同一性に齟齬が生じているということで有形偽造とした。

（２）文書の作成者

次は文書の作成者は誰かということでそこにあるようにもいろんな考え方があります。

1. 事実説（行為説）
 - a. 実際に作成行為を行った者が作成者
 - b. これは社長秘書が社長の名で文書を作るということは日常茶飯であって、こういうのは罰するはずがないので使われていません。
2. 観念説（意思説）
 - a. 文書作成の意思を持つ者が作成者
 - b. 1つの有力な見解
3. 効果帰属説
 - a. 文書の効果が帰属する者が作成者
 - b. 昔は有力だったが、法的効果は文書の内容の問題であって作成者の基準として妥当ではないという批判が強い。
4. 帰属説
 - a. 文書に表示された意思・観念が帰属する者が作成者
 - b. かなり有力な見解

（a）名義人の承諾

色々と言があるのですが、名義人が承諾すればいいのではということですね。つまり、承諾があれば名義人以外の者が作成しても有形偽造にはならないということです。これが原則なのですが、例外として判例497があります。

この事件は、被告人は酒気帯び運転等により運転免許停止処分を受けていたが、Aから「俺が免許証を持っているから、もし止められたら俺の名前を言ったら？」と勧められ、Aの本籍、住所、氏名、生年月日を書いたメモを交付されていたので、無免許運転をされていて取り締まりを受けた際「免許証は家に忘れてきました」と言って、Aの氏名等を称し、道路交通法違反（免許証不携帯）の交通事件原票の供述書欄に「A」と署名して免許証不携帯による反則金2000円ということでその場を切り抜けたという事件。無免許運転は刑罰が科されてしまうけど、不携帯であれば軽い罰金だけで済まされるので、それで切り抜けたと。その際に書く供述書は私文書という風に解されており、Aの同意があるから文書偽造にならないのか、有形偽造にならないのかということが問題となりました。

最高裁判所は、「交通事件原票中の供述書はその文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであって、右供述書を他人の名義で作成した場合はあらかじめその他にの承諾を得ていたとしても私文書偽造罪が成立すると解すべきであるからこれと同趣旨の原審の判断は相当である。」と判示しました。ただ、公の手続きに使う文章だから本名以外はダメだという考え方は、保護法益に関係がないので妥当ではないのに、この判決なんかはそれに近い言い方なのでどうなのかと佐伯さんは疑問らしい。被告人を違反をしたAという風に考えれば、本当のAは違反していない以上、人格の同一性に齟齬があるという説明が可能かもしれないとのこと。

次は、判例499の明治大学の替え玉受験の事件。これは結局受験生の承諾がなかったという認定になっているのですが、もし承諾があった、つまり自分の代わりに受験をして自分の名前で答案用紙を作成して提出するということを認めていたとした場合にどうかということで、最高裁は「本件のようにまさに文書の作成名義人と現実の作成者との人格の同一性についての欺罔が存する場合にはその目的のために与えられた『承諾』を有効と認めるべきではないことは当然である。」としました。この事例も試験である以上は、当然試験会場に行って解答するというのが前提となっていて、Aという名前で解答を作ったとしても、それは当然入試会場で受験をして文書を作成したAさん、という風に考えると人格の同一性を認めることができないのだという説明が有力です。

これに関連して、カンニングも最近では偽計業務妨害になるんだという話になってきていますし、カンニングをすると知っていたら答案を渡さなかったという風に考えるとこれは一項詐欺という話も出てくるかもしれませんし、なかなかカンニングをするのも最近は処罰される恐れが出てきているとのこと。

25、26回の授業は作成者の時間の都合上、まとめが適当になってます。ごめんなさい！

（b）代理権限の濫用

一般的に代理権の濫用の場合は、与えられた権限の範囲内で文書を偽造しているため有形偽造には当たらないと解されている。一方、権限逸脱の場合は有形偽造になると考えられている。

4 偽造と変造

偽造とは、他人の名義を使用して新たに文書を作り出すこと。変造というのは、既に存在する真正な文書に変更を加えて有形偽造を行うこと。ただし、真正な文書に手を加えたとしても、変更の度合いが大きく新たに文書を作り出したに等しいとされる場合には偽造にあたりうる。両者の違いはそれほど重要ではなく、一般の人が見て真正な文書であると誤信する程度の文書であることが大事。

議論になるのは、その文書が誤信する程度のものだったのかは、客観的に判断するのかそれとも行使の態様なども考慮に入れるのかということである。佐伯さんは、あまり行使の態様は考慮すべきでないと考えている。しかし、行使の態様によっては誤信する可能性があり偽造に当たるとした判例もあり。

5 行使

行使とは偽造文書を真正なものとして、又は虚偽文書を内容が真実な文書として使用すること。通貨偽造罪と違い流通に置くだけでなく、見せることも行使に当たる。ただ、登記簿などは備え付けられることによって行使に当たり、誰かに見せることは要しないと解されている。また、偽造運転免許証は携帯するだけでは行使に当たらず、他人に交付・提示をして認識しうる状態にして初めて行使に当たると判示した。

6 公文書偽造罪

155条の公文書偽造罪について、1項と3項の違いは公務員の署名もしくは押印を使用して偽造・変造する場合かそうでないか。一般に公務員の署名もしくは押印が必要な1項を有印公文書偽造罪、必要のない3項を無印公文書偽造罪と呼ぶ。

作成権限がないのに、公文書を偽造することが公文書偽造罪の要件である一方で、作成権限ある公務員が内容虚偽の公文書を作成した場合、156条が適用される。公文書においては私文書と違い有形偽造も無形偽造も共に処罰される。作成権限を委任された代決者は作成権限が認められるが、組織の中で機械的に処理をする秘書などの機械的補助者には作成権限はない。

この両者の中間に位置する準代決者についての判断が問題となることがあるが、判例は内容の正確性を担保するため一定の重要な手続きを経ていれば権限が認められるとした。学説では内容の正確性を担保するためという条件について、本来無形偽造の問題である正確性を有形偽造の問題である権限の議論に盛り込むのは、区別を曖昧にしようという批判がある。

7 虚偽公文書作成罪

ここでよく問題となるのは、権限のない公務員が権限のある公務員を利用して虚偽文書を作成させる間接正犯の問題。私人が公務員を利用して虚偽公文書を作成した場合には、157条の場合を除いて間接正犯には当たらないが、補助公務員による間接正犯は成立するとされている。これは身分犯という解釈もできるけど、補助公務員からの依頼であれば虚偽文書を作成してしまいやすい、すなわち道具として利用されやすいことから、補助公務員であれば間接正犯は成立する、しかしそれ以外の外部者については道具として利用される可能性が低いので、刑事政策的にまた文言該当性から間接正犯を否定するという考えもある。

8 公正証書原本等不実記載等罪（157条）

公正証書原本不実記載罪では、民事実体法条の物権変動の過程がどうであったかを刑事裁判所が判断しないと、虚偽かどうか判断できない。判例は526。

9 偽造公文書等行使罪（158条）

これは私文書と同じで、偽造して行使すると科刑上一罪として扱われる。

10 私文書偽造罪（159条）

文書は権利義務ないし事実証明に関する文書であることが必要であるとされている。入試の答案は事実証明に当たるという話は紹介済み。

11 虚偽診断書等作成罪（160条）

私文書偽造については原則として有形偽造しか処罰していないが、例外的に無形偽造を処罰しているのが160条。

12 偽造私文書等行使罪（161条）

13 電磁的記録不正作出・供用罪（161条の2）

161条の2は行使の目的ではなく人の事務処理を誤らせる目的である。有形偽造と無形偽造の区別はなく、無形偽造でも罪に当たる。

14 有価証券偽造罪（162条）・同行使等罪（163条）

（1）有価証券の意義

有価証券とは、権利の行使に証券の占有を必要とするもので、いわゆる免責証券は含まれない。一方刑法では商法と違い有価証券であるためには譲渡性は必要ないと考えられている。

（2）行使の意義

文書偽造罪の行使の目的には見せることも含まれ、有価証券偽造罪についても判例・通説は流通に置く必要はないと考えている。

15 支払用カード電磁的記録不正作出等の罪（163条の2～4）

この犯罪は、クレジットカードのスキニングという行為の横行によって新たに設けられた規定。キャッシュカード付きのものなども処罰対象。現在はスマホ、パソコンなどがこの罪に当たるのが問題となっている。

163条の3で所持が、163条の4で不正作出の準備が処罰されている。本来偽造罪は行使によって法益侵害が行われ処罰されるものであるが、所持や準備で処罰されるのは前倒しすぎるという批判もあるが、クレジット会社の強い働きかけなどもあって立法が行われ、刑法の中では珍しい立法経緯といえる。

第4編 国家的法益に対する罪

国家的法益に対する罪については、作成者の時間の関係で省略させていただきます！ごめんなさい！！

試験について

大問は例年2問。第一問が短答問題で、第二問が事例問題。

結構シンプルな問題が出るので、これをしっかりと読み込めばわからないということはないはず。佐伯さんはパッと読んで点数をつけるタイプらしいので、パッと見でアピールできる答案を作ろう。

それではGood Luck!