

第一編 刑法総論

第1章 構成要件該当性

第1問 D

母親甲が眠り込んでしまい、その睡眠中に寝返りをうち、その結果乳児Aを圧死せしめた。本事例に含まれる刑法上の問題点について、次の各問いに答えよ。

1、本問甲は寝返りによってAを死に致しているが、かかる行為は①無意識下のものとして刑法処罰の対象にならないのではないか。

2、1で甲の行為を処罰の対象にするとした場合、本問②甲の過失は、犯罪論体系のいずれの段階で検討すべきか。

基礎点 20 点

① **【論点】刑法上の行為概念**（2点）、**【論点】忘却犯**（1点）

② **【論点】過失犯の構造**（2点）

解答例

一、小問1について

1、母親が睡眠中に寝返りをうって乳児を圧死させる行為については過失致死罪（210条）の成立可能性がある。

しかし、母親の寝返りは反射運動の一種であから、本件事案に刑法処罰の対象としての行為があるといえるか。刑法上の行為概念が問題となる。

2、人の行為が自然現象と区別できるのは、人の意思によって何らかの選択がなされている点に求められる。また、単なる静止は自然的にみれば内心の意思・思想と区別がつかないから、この点を区別できるように、行為観念を組み立てる必要がある。

したがって、行為とは意思による支配の可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止のことをさすと解する。

3、以上をもって本問を検討すると、確かに睡眠中の行為自体は意思に基づかないものである。

しかし、行為といえるためには、意思支配の可能性があればよい。本問の場合は睡眠前に圧死しないようにすべきであったという点で、意思支配の

【論点】刑法上の行為概念

【論点】忘却犯

可能性が認められる。

したがって、本問母親の行為は刑法上の行為に当たる。

以上より、甲の行為全体は処罰の対象になりうる。

二、小問2について

1、過失を犯罪論体系のどの段階で判断するかは、刑法理論の対立に伴い、争いがある。

客観主義刑法を徹底させる立場は、判断対象も客観的であるべきであるとする。そのため、故意・過失などの主観的事情は、責任段階で判断することになる。

すなわち、過失を責任形式とし、本人に結果発生の見込み可能性があったか否かによって当罰性を判断するということになる。

2、しかし、法律上要求される注意を払っても結果が避けられない場合まで、構成要件該当性があるとしてとりあえず処罰の対象とするのは不当である。

思うに、客観主義とは言え、判断基準が客観的であることを要求しているのであり、判断対象まで客観的である必要はないと解する。

そこで、過失犯は法律上要求される注意義務違反という違法行為を行うものとして、違法性のレベルでも取り上げるべきである。

しかも、結果が不可抗力で発生する場合は構成要件該当性もないというべきである。したがって、過失は構成要件の問題とも考えるのが妥当である。

3、以上から、本件甲の過失の有無は、まず構成要件段階で取り上げ、判断をすべきであることになる。

なお、理論的にはその後の違法性・責任でも過失の有無が影響することになるが、構成要件段階で過失があることになれば、後の段階ではこれがあることになる。事実上、構成要件段階以降では、過失の有無についての判断をする必要はないことになる。

以上

【論点】過失犯の構造

第 2 問 A

次の①各場合における甲の罪責について論ぜよ。

- 1、②甲が行使の目的を秘して、教材用と偽って、乙に偽造通貨を作らせた場合（特別法違反の点は無視せよ）。
- 2、③公務員甲が、事情を知った妻丙に、賄賂を受け取りに行かせた場合。
- 3、④上司甲が、情を知った丁に命令して、ワープロを用いて偽造文書を作成させた場合。

基礎点 20 点 各論点 1 点

①すべて間接正犯の成否が問題となる事例である

【論点】実行行為の意義

【論点】間接正犯処罰の根拠

②行使の目的がない、教材用→作成する者は犯罪をする意図なし
→適法行為を利用した道具の典型例

【論点】目的なき故意ある道具

③実際に賄賂を受け取った妻には身分はない→間接正犯の成否が問題となる
↓ しかし

妻は事情を知っている→それでも道具といえることができるか？

【論点】身分なき故意ある道具

④偽造文書の作成→直接的には丁がしているが？丁はそれこそ機械的に道具として使われているのみ→清書機代わり

【論点】故意ある補助的道具

解答例

一、小問 1 について

1、乙は偽造通貨を作っているが、行使の目的がない。したがって、乙は何ら罪責を負わない（148 条 1 項参照）。 ● 直接手を下した者から

ここで、乙に行使の目的をもって偽造通貨を作らせた甲には何らかの犯罪が成立しないのか。甲の利用行為に正犯性があるか検討する。

2、思うに、実行行為とは、当該構成要件が予定する結果発生の危険を有する行為である。

【論点】実行行為の意義

このような実行行為は行為者自らの手で行われるのが通常である。しかし、これも道具などの助けを借りている場合が少なくない。

【論点】間接正犯処罰の根拠

だとすると、他人を自己の意のままに使い、その動作や行為を自己の犯罪に利用する場合には、自らその実行行為をしたと同一に考えることができる。このような利用者は間接正犯として処罰できると解する。

ここに、目的がない者は、犯罪事実を認識していないから、違法性の意識を喚起する可能性はない。とすると、目的がない者は被利用者たりえ、利用者の行為支配性は認められる。

したがって、この場合も間接正犯が成立する。

3、以上より、甲は通貨偽造罪の罪責を負う。

二、小問2について

1、本問では、情を知りながらも身分のない妻を利用して賄賂の収受を実現している。このような甲に収賄罪（197条1項）の正犯は成立しないか。

2、身分ない者も十分に自分の行為の意味は分かるから、行為支配性は認められないとも思える。

しかし、身分ない者は犯罪の中心として行動する意識がないから、そのような場合、違法性の意識を喚起する可能性が著しく低いといえる。とすると、行為支配性は認められるといえる。

したがって、そのような関係が認められる限りで、間接正犯が成立する。

3、以上から、甲が正犯であり、丙は単に甲の実行行為を容易にしているに過ぎない。

したがって、甲は収賄罪の罪責を負う。

三、小問3について

1、本小問では、被利用者と目される丁は故意を有した上で、自ら実行行為を行っている。このような場合も、甲に文書偽造罪（159条1項など）が成立するのか。

2、思うに、単なる機械的行為を行っているに過ぎない場合は、利用者にとって一方的に利用されている道具に過ぎない。とすると、行為支配性は

【論点】目的なき故意ある道具

【論点】身分なき故意ある道具

*そもそも収受の方法として、自ら受け取ることを197条1項は要求していない。左の結論は当然

*この場合、道具となった者は幫助犯（62条）として処罰されることになる。

【論点】故意ある幫助的道具

肯定される。

したがって、利用者が間接正犯として処断されることはありうると解する。

3、本問における丁は、甲の命令にしたがって、機械的に行為をなしているに過ぎない。すなわち、本問犯罪の中心は甲であり、丁は甲の犯罪の実行を容易にしているものである。

したがって、甲は文書偽造罪の正犯としての罪責を負う。

以 上

* 被利用者は幫助犯（62 条）とされることになる。共同正犯の成立可能性もあり。

第 3 問 B

次の①各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、甲は②人だと知りながら、加害の意図をもって、②マネキンだからとうそをつき、乙に人をピストルで撃たせた場合。

2、甲は、④A が空手の名手と知りつつ、丙を害するため、これに命じてAに殴りかからせ、⑤A の反撃を受けた丙が怪我をした場合。

基礎点 21 点 各論点 1 点

①やはり各事例は間接正犯の事例

【論点】実行行為の意義、【論点】間接正犯処罰の根拠

②結果を左右させようという意思、正犯意思あり

③マネキンを壊す→無罪ではなく、器物損壊の意思がある

【論点】異なる故意犯の利用

④結果を左右しようという意図がある→しかし、結果発生はそれほど確実ではない

この点は考慮してもしなくてもよい

⑤反撃を受けた→正当防衛で、適法行為

【論点】適法行為の利用

解答例

一、小問 1 について

1、甲は人だと知りながら、客観的には情を知らない乙に殺人罪（199 条）の実行行為をさせている。

ただし、乙には器物損壊罪（261 条）の故意があるから、このような乙を利用する行為に殺人罪の構成

* 特に問題文に甲乙のマネキンとはないので、他人物とみてよい

要件該当性が認められるか。

2、思うに、実行行為とは、当該構成要件が予定する結果発生の危険を有する行為である。

このような実行行為は行為者自らの手で行われるのが通常である。しかし、これも道具などの助けを借りている場合が少なくない。

だとすると、他人を自己の意のままに使い、その動作や行為を自己の犯罪に利用する場合には、自らその実行行為をしたと同一に考えることができる。このような利用者は間接正犯として処罰できると解する。

ここに、乙は器物損壊罪を犯すことについては、十分の同意がある。かつ乙は器物損壊罪（261条）の故意を有しているに過ぎず、殺人罪を犯すことの認識がない。

かかる事情は利用者による被利用者への行為支配性を肯定するに十分なものである。

3、以上から、甲の利用行為は殺人罪の実行行為と評価できる。したがって、甲は殺人罪の罪責を負う。

二、小問2について

1、甲は丙を加害するために、Aの正当防衛に基づく行為を利用しようとしている。このような甲の利用行為は、傷害罪（204条）の実行行為と評価できるか。

2、正当防衛は適法行為であるから、これをする者には自己の行為が犯罪を構成するという認識ができない。となると、これを利用する者には、被利用者への行為支配性が認められると解する。

したがって、適法行為を利用した場合も、間接正犯として、当該行為の実行行為性は認められる。

3、以上から甲の利用行為は傷害罪の実行行為と評価でき、甲は傷害罪の正犯としての罪責を負う。

以 上

【論点】実行行為の意義

【論点】間接正犯処罰の根拠

【論点】異なる故意犯の利用

【論点】適法行為の利用

＊小問2について反対説

思うに、相手の行為は適法行為であるが、そのような行為を道具として利用した間接正犯を認めることができるかに見える。

しかし、本事例において法益侵害が計画通りに発生するか否かについては、あまりに偶然性の介在する部分が大い。

したがって、このような場合は相手の道具性は肯定できず、間接正犯は成立しないと解する。

3、本小問における甲の利用行為は結果発生の類型的危険に欠けるから、犯罪の実行行為とは評価できない。したがって、甲は無罪である。

第4問 A

医師甲は①X殺害の意図をもって、②事情を知らない看護婦乙に、誤った処方（これに従うと、人の死の結果を発生させるに十分な薬品ができる）によるXへの投薬の指示をした。次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、③乙が途中で処方の誤りに気が付き、処方を訂正したので、Xは死ななかった。

2、④乙は途中で処方の誤りに気が付いたが、甲の意図を汲み、そのままの処方で薬を投与したが、Xは他の看護婦の処置によって助かった。

基礎点 20点 各論点 1点

①殺人罪の故意あり

②故意がない看護婦を利用→人が死ねば業務上過失致死＝過失犯を利用した犯罪
間接正犯の成否が問題となる

【論点】実行行為の意義

【論点】間接正犯処罰の根拠

③結果見発生→未遂処罰の有無→実行の着手があるかを検討する必要

【論点】間接正犯における着手時期

④結果不発生になっただけではない→甲の意図とは異なり、乙は途中から道具性を失っている（投薬があるので実行行為はあるが？錯誤論との関係が問題になる）

【論点】故意責任の本質と故意の成立要件

【論点】間接正犯と錯誤

解答例

一、小問1について

1、甲は情を知らない乙を利用して殺人罪（199条）の結果を発生させようとしている。まず、かかる行為の実行行為性は肯定できるか。

思うに、実行行為とは、当該構成要件が予定す

【論点】実行行為の意義

る結果発生危険を有する行為である。

このような実行行為は行為者自らの手で行われるのが通常である。しかし、これも道具などの助けを借りている場合が少なくない。

だとすると、他人を自己の意のままに使い、その動作や行為を自己の犯罪に利用する場合には、自らその実行行為をしたと同一に考えることができる。このような利用者は間接正犯として処罰できると解する。

本問では、甲は情を知らない乙を利用して殺人の結果を発生させようとしている。ここに甲の支配可能性は認められ、甲の行為は殺人罪の実行行為と評価できる。

2、しかし、乙が処方箋を書き替えていることから、殺人の結果が発生していない。そこで、甲は殺人未遂罪（199条・203条）の成否がありうる。この判断のため、間接正犯の実行の着手時期をいつと解するべきか。

思うに、実行の着手は、具体的な犯罪結果発生危険性が現実化した時点に求められる。

そして、多くの場合、被利用者による行為によって危険性が現実化するのが通常であるといえる。

しかし、かかる危険性の発生は、個々の具体的な事案によって変わりうるものである。とすると、間接正犯においても、実行の着手時期について利用者・被利用者いずれを基準とすると固定化することは妥当でない。場合によって、実行の着手を認めるに必要な危険が発生しているかどうかを個別具体的に判断すべきである。

本問では、途中で処方箋が書きかえられているから、殺人の結果発生現実危険は未だ発生していないと評価できる。

したがって、甲には殺人未遂罪は成立しない。殺人予備罪（201条）が成立するに過ぎない。

二、小問2について

本問甲は、間接正犯の故意で、教唆犯の結果を發

【論点】間接正犯処罰の根拠

【論点】間接正犯における着手時期

利用者標準説も被利用者標準説も採らず、個別的に解する説を採った。

生させている。この場合甲の故意責任を問うことができるか。

思うに故意責任の本質は犯罪事実の認識によって違法性が喚起されるのに、あえて犯罪に及んだ点に求められる。したがって、自己の犯罪事実を認識・認容した場合、故意責任を問うことができると解する。

ここに犯罪事実とは構成要件として刑法上類型化されているから、原則として構成要件に該当する事実さえ認識していれば、故意責任を問いうる。

とすれば、認識した内容と発生した事実がおよそ構成要件の範囲内で符合していれば故意を認めてよいことになる。

逆に、構成要件該当事実の認識がなければ規範の問題は与えられないから、そのような認識がない場合に行為者を処罰することはできない。

したがって、構成要件の範囲内での符合もない場合、原則として、故意は阻却される。

ただし、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で違法性の意識を喚起できる。したがって、そのような場合には、故意責任を問いうるというべきである。

上のような実質的重なり合いの有無についての判断基準としては、①両罪の行為態様、及び②被侵害法益の共通性をもって判断すべきである。

【論点】故意責任の本質と故意の成立要件

● 抽象的事実の錯誤がある場合

* 犯罪の重要要素が行為態様と保護法益だから

ここに、人に働きかけて犯罪をさせるという行為の重要部分について、間接正犯と教唆犯の間に重なり合いが認められる。かつ、他人を利用して法益侵害の結果を発生させる点からして、間接正犯の故意は教唆犯の故意を含む。

したがって、軽い教唆犯の限度で処断するのが妥当である。

【論点】間接正犯と錯誤

以上から、甲は殺人未遂罪（199条・203条）の教唆犯（61条1項）として処断される。

以上

第5問 A

① 甲は車で歩行者Aに衝突し、Aは重傷を負った。その後甲は事故の発覚を恐れ、② Aの死の可能性を認識しながら、③ Aを自己の車に乗せた上でAの捨て場所を探しているうちに、Aは死亡した。

衝突後の行為について、甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

① 業務上過失致傷

② 故意あり

③ 積極的に息の根を止める行為をしているわけではない

→ただし、瀕死の者を手当もしないでつれ回すというのは？

【論点】実行行為の意義

【論点】不真正不作為犯による犯罪の成否

解答例

一、1、本問甲は重傷を負ったAを自己の車に乗せ、結果、Aを死亡させているので、その行為は殺人罪（199条）と評価される可能性がある。

しかし、甲は死の結果が発生する積極的行為を行っていない。そこで、甲の不作為を殺人の実行行為と評価できるかを検討する。

2、まず、作為で規定された犯罪について、不作為による実行行為性を認められるか。

思うに、実行行為は犯罪の結果発生の実現的危険を有する行為である。このような、結果発生の実現的危険を不作為によって実現することはできる

したがって、不作為にも実行行為性を認めることはできる。

2、しかし、不作為犯とは期待された作為をしないことが犯罪にあたる場合であるのに、構成要件には作為義務の内容が明示されていない。

そこで、不真正不作為犯の成立を限定する必要がある。具体的には不作為に、作為によって当該構

【論点】不真正不作為犯による犯罪の成否

【論点】実行行為の意義（不作為による実行行為がありうるか）

● 構成要件の明示がない
→ 処罰範囲限定の必要性

● 構成要件的同価値性

成要件を発生することとの同価値性が認められることが必要であると解する。

かような構成要件的同価値性は、①結果発生の実質的危険が発生していること②結果防止の可能性・容易性③行為者に作為義務があることから判断する。

作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・先行行為等の存在などの総合的に判断して認められる。

→作為によると同程度に、当該不作为は具体的な危険が現実化させるものかどうか

●判断基準の定立

二、以上をもって、本問事案を検討する。

Aは車でひかれたことによって、重傷を負っている。Aの生命・身体という法益に高度の危険が生じている。

●あてはめ

また、車でひいたのは甲である上、Aを車に引き込んでおり、救助をなしうる者が自分しかいない状況を作り出している。このような事情からすると、甲には作為義務が認められる。

また、車を用いれば近くの病院にAを連れて行くなど適当な処置をとることができたのであるから、結果防止の可能性も認められる。

以上から、それ以後の不作为には作為との構成要件的同価値性が認められる。すなわち、本問甲の行為には殺人罪の実行行為性を満たし、かかる甲の行為とAの死の結果との因果性も認められる。

以上より、甲は殺人罪の罪責を負う。

以 上

第6問 B

① **父親** 甲は 周囲に誰もいず、かつ容易に助けられるのに、②溺れている **甲の子供乙** を **助けなかった**。次の各事情がある場合の甲の罪責を論ぜよ。

1、③ 他の子供が溺れている と思った場合

2、④ 甲が親は子供を 救助する義務は全くない と思った場合

基礎点 19 点 各論点 2 点

① 作為の容易性、作為義務の発生を根拠づける事実

② 甲の子供乙を助けない→不作为による殺人罪の成立可能性

【論点】 実行行為の意義

【論点】 不真正不作为犯による犯罪の成否

- ③他の子供がおぼれている→作為義務を認識できない
- ④救助する義務はない→作為義務を認識していない

【論点】作為義務の錯誤

解答例

一、1、甲は救助義務を怠って、おぼれる子を助け
ないという不作為をなしている。かかる不作為が「殺
した」（199条）といえるか。殺人罪の実行行為性が
認められるかが問題となる。

2、(1)まず、作為で規定された犯罪について、不
作為による実行行為性を認められるか。

思うに、実行行為は犯罪の結果発生の実害の危険
を有する行為である。このような、結果発生の実害
の危険を不作為によって実現することはできる

したがって、不作為による行為にも実行行為性を
認めることはできる。

(2)しかし、不作為犯とは期待された作為をしない
ことが犯罪にあたる場合であるのに、構成要件に
は作為義務の内容が明示されていない。

そこで、不真正不作為犯の成立を限定する必要が
ある。具体的には不作為に、作為によって当該構
成要件を発生することとの同価値性が認められる
ことが必要であると解する。

(3)かような**構成要件的同価値性**は、①結果発生
の実害の危険が生じていること②結果防止の可能性
・容易性③行為者に作為義務があることから判断
する。

作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・先行
行為等の存在などの総合的に判断して認められる。

【論点】実行行為の意義

【論点】不真正不作為犯による犯
罪の成否

3、本問甲は作為義務を果たすことが可能であるにも
関わらず期待される行為をなしていない。 ●あてはめ

しかも、他に誰もいない場合であるから、甲の不
作為は結果発生の実害の危険性において、作為と同価値
であるといえる。

したがって、甲の不作為は殺人罪の実行行為性が
認められる。

二、1、しかし、甲は、各小問とも作為義務を具体的に認識していない。そこで、甲に完全な故意責任を問えるかを検討する。

2、まず、かかる錯誤が犯罪成立にどのような影響を与えるかの判断をするため、**作為義務の体系上地位**をどこにおくかが問題となる。

この点、保証人的地位を構成要件要素、保証人的義務を違法要素と二分して処理する見解がある。しかし、このような区分は必ずしも明確になしうるものではない。

思うに、作為義務ない者の不作為を一端構成要件に該当すると考えるのは妥当でない。そこで、作為義務は構成要件該当性における判断とみるべきである。

ただし、作為義務は規範的構成要件要素である。そのような構成要件要素については、素人的認識として作為義務があるとの認識があれば、故意は阻却しない。

3、具体的には、他の子供が溺れていると考えた場合は、作為義務の認識をしえないから、事実の錯誤として故意は阻却される。

それに対して、自分の子供が溺れているのに助けなくてよいと考えた場合、素人的認識として規範の問題は与えられていたといえる。

ここで、自分が助けなくてよいと考えたことは単なる違法性の錯誤があったのみである。この場合、故意は阻却しないと解する。

以上から、小問1の場合、事実の錯誤として甲の故意は阻却される。場合によっては過失致死罪（210条）が成立する可能性があるのみである。

これに対して、小問2の場合、甲の故意は阻却されず、甲は殺人罪の罪責を負う。

以 上

【論点】作為義務の錯誤

● 構成要件要素か違法要素かによって、理論的には結論が変わる可能性

● 規範定立

● あてはめ

第7問 C

次の各小問における甲の罪責を論ぜよ。

1、甲はAを殴ったが、意外にもAは打ち所が悪くて死んでしまった。甲には発生した

① **重い結果について過失がなかった**とする。

2、甲は乙と共同でAを殴ったが、意外にもAは打ち所が悪くて死んでしまった。その結果について、② **甲乙いずれの暴行が原因かは不明**である（同時傷害の特則は傷害致死には適用しないとせよ）。

3、甲は乙にAを痛めつけるようにそそのかした。乙はAを殴ったが、意外にもAは打ち所が悪くて死んでしまった。**甲には発生した重い結果について過失がなかった**とする。

基礎点 19 点 各論点 2 点

① 殴って死んでしまうということに過失がないということがあるのかはさておきとして…
…学説によって結論が変わるので、この論点を書く必要→ **【論点】重い結果と過失**

② 原因不明でも、共同正犯ということになれば、全部責任なので…

【論点】結果的加重犯の共同正犯

③ 教唆者に過失がない場合

【論点】結果的加重犯の教唆

解答例

一、小問1について

1、甲はAを殴り、結果Aは死亡しているから、傷害致死罪が成立する可能性がある（205条）。

しかし、甲に重い結果について過失がない場合でも致死の結果まで責任が問われるのか。結果的加重犯の成立のため、重い結果の発生について過失ないし予見可能性は必要か。

2、この点、責任主義の観点からすれば、過失が認められない限り、重い結果に責任は問えないかに見える。

しかし、結果的加重犯における基本行為には重い結果を発生させる高度の危険性を内包している。かかる基本行為から当然発生が予想される重い結果については、仮に過失がなくとも、結果を予見すべき義務を行為者に課しているとみうる。

したがって、基本となる構成要件に該当する行為と重い結果との間に因果関係があれば重い結果について責任を問えるというべきである。

3、以上から、甲は問題なく傷害致死罪（205条）の罪責を負う。

二、小問2について

【論点】重い結果と過失

* 結果的加重犯の「重い結果の帰責に過失が必要か」の論点は本問のように、犯人に重い結果に過失がない場合しか書かなくてよい。

ほとんど書く機会がない論点。他に各論点がなければ念のため書いておく。

教唆・幫助の場合は特に書いておくとよいかも。

1、本小問は致死の結果がいずれの暴行が原因として発生したか不明確な場合である。そこで、共同正犯の規定が加重結果についてまで適用されるのか問題となる。

2、思うに、結果的加重犯の処罰根拠は基本となる犯罪に重い結果発生危険がある点にある。

とすれば、基本犯を共同して犯せば、当然予想される重い結果についてまで全部責任を問うてよいと解する。

【論点】結果的加重犯の共同正犯

3、以上から、甲は致死の結果についてまで責任を負うから、傷害致死罪の罪責を負う（205条）。

三、小問3について

1、本問で甲は傷害の教唆しかなしていないから、重い結果についてまで責任を負うのか。基本犯の教唆の結果、正犯者が重い結果は引き起こした場合、教唆犯にいかなる責任を問いうるか。

2、思うに、結果的加重犯の処罰根拠は基本となる犯罪に重い結果発生危険がある点にある。

とすれば、正犯に加担した者にも、当然予想される重い結果についてまで責任を問うてよいと解する。

【論点】結果的加重犯の教唆

3、したがって、正犯に教唆して犯罪に加担した甲は、傷害致死罪（205条）の教唆犯（61条）の罪責を負う。

以 上

第8問 C

次の各小問における**刑法上の問題点**を論ぜよ。

1、①甲乙が**(意思の連絡なく)**Aを殺そうと、同じウィスキーに**致死量の毒**を入れた結果、Aがそのウィスキーを飲んで**死亡**した場合

2、②丙が車でBをひいて、Bは死亡したが、**丙がひかなくても、後続の丁が車でひいたであろう**と思われる場合

基礎点 21 点 各論点 2 点

①典型的な択一的競合の事例→致死量の毒でなければ、論点が生じないことにも注意

【論点】 択一的競合

②典型的な仮定的因果関係の事例

【論点】 仮定的因果関係

解答例

一、小問1について

1、本問甲乙は、殺意をもって致死量の毒をウィスキーに入れ、これをAが飲んで死亡しているから、両者に殺人罪（199条）の正否が問題となる。

しかし、両者の行為と結果との条件関係の有無を、「あればこれなし」の公式をもって判定すると、甲の行為がなくてもAは死亡したし、乙の行為がなくてもAは死亡したといえる。このような場合にも甲乙の行為と死の結果との間に条件関係が認められるか。

【論点】 択一的競合

2、思うに、甲乙が致死量の半分の毒しか入れていない場合ならば、2人の行為と死の結果との間に条件関係が認められることとの均衡を図る必要がある。危険な行為をしながら未遂に止まるのも不合理である。

そこで、条件関係の公式を修正し、いくつかの行為のうち、すべての場合を除けば結果が発生しない場合、すべての条件につき条件関係を認めるとすべきである。

このように解すれば、甲乙双方の行為を除けば結果が発生しないから、条件関係は認められ、妥当な結論を導きうる。

以上から、甲乙双方の行為とAの死の結果との間に条件関係が認められる。

3、したがって、甲乙は他の事情がない限り、殺人罪の罪責を負う（199条）。

二、小問2について

1、本問丙は、誤ってBを車で引いたと考えられるから、業務上過失致死罪が成立する可能性がある（211条）。

2、しかし、条件関係の公式からすると、丙の行為がなくても結果が発生していたということで、Bの死と丙の行為との間に条件関係がないということになりそうである。

思うに、条件関係は現実には発生した行為と具体的に発生した結果において判断されるべきであり、仮定的な他の事実をつけ加えて判断することは許されないというべきである。

したがって、本問事例では。あくまで丙がBをひかなければ結果は発生しなかったから、条件関係はあるというべきである。

3、以上から、特段の事情のない限り丙には業務上過失致死罪（211条）が成立することになるだろう。

以 上

【論点】仮定的因果関係

第9問 A

次の各事案における甲の罪責を論ぜよ。

- 1 ①甲は**傷害の故意**をもって**Aを殴った**。Aは大けがをし、病院に運び込まれたが、②そこで**医師乙がAを殺すつもりで故意に手術ミス**を犯し、③**結果として、Aは死亡**した。
- 2 ①甲は**傷害の故意**をもって**Aを殴った**。Aは大けがをし、病院に運び込まれたが、②そこで**医師乙が手術ミス**を犯し、③**結果として、Aは死亡**した。
- 3 甲は**傷害の故意**をもって今年で**老女Aを殴った**。これは通常人であれば死に至らないようなものであったが、Aは心臓に病変を持っていた関係で、心臓麻痺が起き、ショック死してしまった。

基礎点 22 点

- ①傷害の故意をもって暴行、Aはケガ→少なくとも傷害罪にはなる
- ②医師乙の治療ミスが介入→

【論点】因果関係の判断方法

相当因果関係説を採った場合→基礎事情をどのように考えるかも検討する

- ③死の結果が発生→傷害致死罪の正否を検討する

* 相当因果関係説 1 点

基礎事情の内容 1 点

あてはめ 1 点

解答例

一、 1、 いずれの事案も甲はAに暴行を行い、結果としてAは死亡しているから、傷害致死罪（205条）が成立する可能性がある。

しかし、本件死亡の結果は乙の過失行為を直接の原因とするものである。そこで、甲の行為と死亡の結果との間に因果関係は認められるか。因果関係の存否についての判断方法が問題となる。

2、（因果関係の判断方法について、条件関係があれば、即因果関係があるとする見解がある。

しかし、条件関係は無限に広がるおそれがあるから、犯罪の成立範囲を妥当な範囲に限定することができなくなるおそれがある。

上記説による不当な結果を避けるために、因果関係の進行中に他の行為、事実が介入する場合は、因果関係が中断するとする理論を導入することも考えられる。

しかし、条件関係が存在するのに因果関係の存在を否定するのは条件説自体の否定というべきである。）

思うに、構成要件は社会通念から処罰すべき行為を類型化したものである。とすれば、構成要件該当性の判断においては、行為者に責任を帰属させるのが社会通念上妥当な結果だけを選び出すべきである。

したがって、社会通念上通常その行為からその結果が発生することが相当と認められる場合に因果関係の存在を認めるのが妥当である。

二、 1、 それでは、そのような相当性判断のためには、いかなる事情を基礎として考えるのが妥当か。

思うに、経験則上偶然的結果でないものを基礎事情から排除することはできない。一方で、行為者にとって偶然的事情でないものを帰責の範囲から除外する必要もない。

したがって、一般人が認識しえた事情と行為者が特に認識していた事情を因果関係の基礎事情と考えるのが妥当である。

【論点】因果関係の判断方法

● 条件説か、相当因果関係説か

● 条件説への批判

● 中断論への批判

● 自説＝相当因果関係説の理由付け

● 基礎事情をどのように考えるか

三、1、以上をもって各小問を検討する。

まず小問1について、担当医があえて患者を殺害するというのは異常事態であり、かかる結果は甲の傷害行為から発生するに相当なものであるとはいえない。

したがって、Aの死の結果を甲に帰責することはできない。Aは傷害罪の限度で責任を負う。

2、次に小問2について、甲は手術が必要なほどの大けがをAに負わせている。そして、そのような手術の中で、医者の治療ミスがあることは一般人も認識できる事情というべきである。

したがって、甲の行為と乙の死の結果との間には因果関係が認められる。

以上から、甲は傷害致死罪の罪責を負う。

3、最後に小問3について、一般人の認識として、老女の心臓に病変があるということを知ることにはできない。しかし、老女である以上、何らかの病変を持っているということは意外なことではない。

その意味で、これに暴行を加えた弾みで、被害者が死に至るということは、十分ありうることである。

したがって、Aの死の結果について甲に帰責することは可能である。

以 上

●あてはめ

*社会的相当性の判断方法

行為と結果との間に「ありうることだ」という関係があれば十分である。因果関係の問題は、因果の過程に極めて偶然的な事情が介在した場合に因果関係を否定する点にあるからである。

因果関係が切れるのは、他人の故意行為、きわめて重大な過失に基づく行為、自然的事情が介入したときに限られる。

第10問 B

①甲は強盗を計画し、押し入るため家を調査し、凶器のピストルも注文したが、宝くじ
②があたり、金回りがよくなったので強盗の実行を中止し、ピストルの注文を取り消した。

甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 17 点 各論点 2 点

①強盗予備罪として十分な行為を行っている

②しかし、強盗を予備段階で、中止している→甲に中止犯の規定の適用はないか。

【論点】中止犯の必要的減免の根拠

【論点】「自己の意思により」止めたと言えるには？

【論点】「中止」の意義

【論点】予備と中止犯

解答例

一、 1、 甲は強盗の手段としての調査・凶器の注文をしているので、強盗予備罪（237条）の罪責を負うかにみえる。

しかし、宝くじがあたったことをきっかけに、犯罪の実行を中止しているので、これに予備罪への中止犯の規定が適用できないか。

2、 予備行為には、中止が考えられないとして、予備犯に中止未遂の規定は適用されないともいえる。

しかし、実行してから止めれば免除の可能性があるので、実行した方が有利になるという結論は是認できない。

そこで、43条但書の準用を認めるべきである。

3、 次に、減免の基準となる刑はどこに認めるべきか。

この点、予備罪を基準とすべきとする説もあるが、予備罪は基本犯を減輕したものであるから、これ以上減輕することはできない。

したがって、免除のみを準用すべきというべきである。

二、 1、「自己の意思」（43条但書）で止めたといえるか否かの判断基準をいかに解すべきであるか問題となる。

2、（中止犯において、刑が必要的に減免される（43条但書）根拠について、犯罪を思いとどまった者に褒賞を与えることに求める見解がある。

しかし、刑の必要的減免を認めるに過ぎない以上、犯罪の完成を阻止する効果はそれほど期待できない。とすると、政策のみでは説明できない。）

思うに、犯罪結果の完成を思いとどまった行為者に対しては、国民の規範意識から見て非難は弱まる。

もっとも、中止犯の規定による犯罪防止の効果は

【論点】予備と中止犯

* 判例は予備罪に中止犯の規定は全部適用しないとする。

【論点】「自己の意思により」止めたと言えるには？

【論点】中止犯の必要的減免の根拠

* 反対説批判をすると論証が長くなるので、書かなくてもよい

● 自説

皆無ではないし、結果発生した場合、刑法はいかに責任が減少しても犯罪が成立するものとしている。

したがって、責任減少に加え、政策的理由を合わせて考えるべきである。

3、かように責任阻却を必要的減免の根拠とみるならば、外部的傷害の影響を受けず自発的に中止したか否かをもって、任意性を判断するとの立場をとることが考えられる。

しかし、人の意思決定は何らかの外部的事情に基づいてなされるのが通常であるから、これに触発されたからといって、すべて自発性を否定するのは妥当でない。

また、中止の意思に積極的な後悔を要求することも考えられる。しかし、中止犯は単に刑の必要的減免事由にすぎないから、そのような後悔の要求は厳格に過ぎる。

そこで、いかなる外部的事情があるかを判断し、かかる外部的事情に触発されたにせよ、自由な意思によって中止したといえるならば、任意性ありとしてよい。

つまり、中止犯の成否については、行為者が犯罪の完成を妨げる認識をもたず、たとえできるとしても欲しないことをもってたりと解する。

三、1、さらに、犯罪を「中止した」（43条但書）といえるには、どの程度の行為が必要か。

この点、着手未遂においては、未だ実行行為は終了していないから、単に実行行為を止めればたりる。

（それに対して、実行未遂の場合、既に実行行為が完了しているから、実行行為を中止できない。したがって、結果発生防止の努力が必要であるというべきである。

そして、中止行為は報償を与えるに値するものである必要があるから、その努力は真摯なものである必要があると解する。）

● 責任減少説→主観説

● 限定主観説の批判

● 折衷説

責任減少→行為者を基準とする

* 批判が自説の理由付けにもなるから、論証はこのままでよい

【論点】「中止」の意義

* 本問では、実行行為の着手はないので、必ずしも実行未遂のことまで明らかにする必要はない
した方が丁寧という程度

2、以上をもって本問を検討すると、金回りがよく ●あてはめ
なるということは、強盗計画を取りやめる決定的な
要素ではない。にもかかわらず甲は強盗の実行をや
めているから、甲には中止犯の規定の準用が認めら
れる。

ただし、強盗の刑を減輕しても予備罪の刑よりも
重くなる（236条参照）。したがって、免除のみが準
用され、免除が認められない場合は通常の予備罪（237
条）が成立するというべきである。

以 上

第 11 問 A

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、①甲はAに殺意をもって毒を飲ませたが、その後②甲は後悔し、医者に連れて行く
など必死の介護を行った。③乙は死ななかったが、そもそも甲が飲ませた薬物は**致死量**
に達していなかった場合

2、甲は乙に殺意をもって毒を飲ませたが、④その後**甲は後悔し、医者に連れて行くな**
ど必死の介護を行った。にもかかわらず乙が死亡した場合。

基礎点 21点 各論点 1点

①この時点で殺人未遂罪が成立するのは決定

②後悔し、介護を行う→中止犯が問題になる

「必死の介護」→中止行為の程度を論じなくなる（中止行為として十分だという観点から
は論じなくてよいとなりそうだが、いかにも論証を誘っているようなので）。論じた方が
よい。

【論点】中止犯の必要的減免の根拠

【論点】「中止」の意義

③致死量に達していなかった→中止行為と結果の不発生との間に因果関係がない場合

【論点】中止行為はあったが、そもそも結果が発生しえなかったといえる場合

④中止行為を行った→結果発生してしまった以上、未遂ではない点に注意

→一度やったことの巻き戻しはきかない

【論点】中止行為にも関わらず結果が発生した場合

解答例

一、小問1について

1、甲は毒物を乙に飲ませている。毒物が致死量に
達していなくとも、死の結果について現実的危険性

* 不能犯の論証も書いた方が丁寧

は認められる。したがって、殺人罪（199条）の実行行為性は認められる。

2、(1)しかし、甲は実行行為終了後必死の介護を行っているから中止犯の規定は適用できないか。中止行為と結果不発生の上に因果関係が必要であるかが問題となる。

思うに、中止犯（43条但書）において、刑が必要的に減免される根拠は、一次的には、犯罪を思いとどまった者に対する褒賞というべきである。

しかし、同条は刑の必要的減免を認めるに過ぎない以上、犯罪の完成を阻止する効果はそれほど期待できない。したがって政策のみでは説明できない。

ここで、犯罪結果の完成を思いとどまった行為者に対しては、国民の規範意識から見て非難は弱まるといえる。

したがって、政策的理由に加えて、責任減少を合わせて考えるべきである。

そして、本問事案についても責任減少は認められるし、褒賞も与えるべきである。また、致死量の毒を飲ませた後、結果発生を防止したときとの均衡を図る必要がある。

よって、中止行為と結果不発生の上に因果関係がないため、中止犯の規定は適用できないが、準用を認めるべきである。

(2)さらに、犯罪を中止したといえるには、どの程度の行為が必要か。

この点、**着手未遂**においては、未だ実行行為は終了していないから、単に実行行為を止めれば足りる。

これに対して、**実行未遂**の場合、既に実行行為が完了している。

したがって、結果発生防止の努力がなければ、犯罪を中止したとはいえない。かつ、中止行為は褒賞を与えるに値するものである必要があるから、少なくとも、その行為は**結果発生を妨げるに必要**

【論点】中止犯の必要的減免の根拠

*中止の任意性について、本問では、この要件は明らかにあると思われるので、省略できる。

【論点】中止行為はあったが、そもそも結果が発生しえなかったといえる場合

【論点】「中止」の意義

かつ相当なものである必要がある。

3、本問は甲の実行行為は終了している。しかし、右に述べた程度の結果発生防止の努力が甲には認められる。

以上から、甲には殺人未遂罪（203条、199条）が成立するが、中止犯の規定（43条但書）の準用によって刑が減免される。

二、小問2について

1、本問では、甲は殺人罪の実行行為を行い、かつ結果が発生している。この場合、結果が発生した以上、中止犯の規定の適用はない。中止犯の規定は未遂の場合の規定だからである（43条参照）。

もっとも、責任減少の点を考慮すると、中止犯の規定を準用すべきとも言えそうであるので、この点を検討する。

2、思うに、43条は未遂犯の条文であるから、中止犯の規定は結果不発生の場合に限定されるとみられるべきである。

すなわち法は、結果が発生した場合は報償を与えるべきでないとしていると解される。

よって、結果が発生した場合には中止犯の規定の準用もない。

3、以上から、甲は殺人罪の罪責を負い、中止犯の規定の適用はない。

以 上

【論点】中止行為にも関わらず結果が発生した場合

第12問 A

次の各事案において、甲は殺人未遂罪の罪責を負うか。

1 ①甲は夜A家の寝室付近に向かって、ライフルを乱射したが、②その夜Aはたまたま旅行に出かけており、その部屋には誰もいなかった。

2 ②甲はAに毒入りウイスキーを飲ませて殺そうとしたが、③毒は致死量に達せず、Aは死ななかった。

3 ③甲はAに硫黄入りウイスキーを飲ませて殺そうとしたが、硫黄には人を殺す毒性はないので、Aは死ななかった。

基礎点 20点

①相当危ない人……？常識で考えて、殺人罪の実行行為性ありというべきですが。

②誰もいない→たまたまとはいえ、当該その事案については絶対に死の結果が発生しないと思われる。

【論点】不能犯と未遂犯の区別

問題提起 1点

基礎事情の内容 1点

あてはめ 1点×3（各小問ごと）

解答例

一、小問1について

1、甲のライフルを乱射した行為には殺人罪（199条）の実行行為性が認められるかに見える。

しかし、目的となった部屋には誰もいなかったわけであるから、客観的には殺人の結果発生 of 危険は皆無であったともいえる。

そこで、行為に処罰にたるだけの危険性があるか、それとも不能犯として処罰の対象からはずされるか、その区別が問題となる。

2、（この点、危険性を行為時に存在した全事情、および行為後の事情まで含め事後的に純客観的に判断すべきとする説がある。

しかし、このように考えるならば、すべての未遂犯は不能犯ということになりかねない。）

思うに刑法は一般人への行為規範である。したがって、一般人から判断して結果発生 of 危険性がある場合 of 可罰性は認めるべきである。

また、基礎事情に特に行為者が知っていた事情を取り込まなければ、妥当な結論を導くことはできない。（たとえば、砂糖を飲ませる行為は一般に危険性はない。しかし、被害者が重度の糖尿病患者であることを行為者が特に認識している場合を不能犯とすることはできない。）

以上から、行為時に一般人が認識し得た事情、及び行為者が特に認識していた事情を基礎にして、一般人を基準に具体的危険の有無を判断するのが妥当である。

【論点】不能犯と未遂犯の区別

●客体の不能の事例

3、以上をもって本問事案を検討すると、<u>一般人ならば、家に人がいる可能性はありうると考えるはず</u>である。そのような家に向かって銃を乱射すれば、人の死の結果発生の具体的危険は生じるというべきである。	●あてはめ
したがって、甲は殺人未遂罪の罪責を負う。 二、小問2について	
1、本小問甲は、毒を飲ませてAを殺そうとしているが、結果は発生していないので、殺人未遂罪の成否を検討する。	●不能犯でも、方法の不能の問題
2、甲が飲ませた毒は<u>致死量に達するものではない</u>。しかし、その薬物には、量によっては人を殺害する毒性がある以上、これを飲ませる行為は、一般人の判断からすれば十分に危険性が感じられる。	●あてはめ
したがって、甲は殺人未遂罪の罪責を負う。 三、小問3について	
1、本問甲の硫黄を飲ませる行為に殺人罪の実行行為性が認められるか。同様に検討する。	* 毒と硫黄の違い
硫黄はもともと人に対して毒性がない以上、これをどのように飲ませても人に死の結果は発生しない。かような場合、一般人も死の結果が発生する危険を感じない。	→致死量があるかどうか、さらに致死量に達することはさじ加減一つでありうるということを考慮してください。
以上から、本件甲の行為に殺人罪の実行行為性はない。甲は殺人未遂罪の罪責を負わない。	
以 上	

第13問 A

次の事案における甲の罪責について論ぜよ。

- 1、甲がAを殺そうとして銃を撃ったら、Bにあたり、Bが死亡した場合。
- 2、甲がAを殺そうとして銃を撃ったら、ABにあたり、ABが死亡した場合。
- 3、甲がAを殺そうとして銃を撃ったら、ABにあたり、Bが死亡した数時間後、Aも死亡した場合。

基礎点 19 点

【論点】故意責任の本質（1点）

【論点】具体的事実の錯誤

法定的符合説の論証（1点）

一故意説の論証（1点）

解答例

一、小問1について

1、甲は人を殺す意図をもって拳銃を撃っているの
で、殺人罪（199条）が成立する可能性がある。

しかし、結果として死亡しているのはBであり、
甲にとって意外な結果が発生している。にもかか
わらず、甲に故意責任を問いうるか。故意責任を
問うためには、いかなる程度の実事の認識があれ
ばよいかが問題となる。

2、思うに故意責任の本質は犯罪実事の認識によ
って違法性の意識が喚起されるのに、あえて犯罪
に及んだ点に求められる。したがって、自己の犯
罪実事を認識・認容した場合、故意責任を問うこ
とができると解する。

ここに犯罪実事とは構成要件として刑法上類型化
されているから、原則として構成要件に該当する
実事さえ認識していれば、故意責任を問いうると
解する。

とすると、認識した内容と発生した実事がおよそ
構成要件の範囲内で符合していれば故意を認めて
よいと解する。

さらに、一つの客体に犯罪結果を発生させる意図
で、二つの客体に犯罪結果を発生させた場合どの
ように処理すべきか。

思うに、上記見解ではおよそ構成要件の範囲内に
おける認識の一致しか問題としない。とすれば、
故意の個数は故意の認定においては問題とならな
いというべきである。

したがって、この場合は二つの犯罪が成立すると
解する。このように解しても、両罪は観念的競合
となるから、刑の不均衡は生じず、不都合はない。

3、本小問では、甲が人を撃った点で認識と結果は
一致している。したがって、甲にはBに対する殺人
既遂罪（199条）とAに対する殺人未遂罪（203条・199

【論点】具体的実事の錯誤

● 法定的符合説

【論点】故意責任の本質

● 数故意説

● 二罪成立は重すぎるとの批判への配慮

* 反対説（一故意説）への批判

この点、具体的符合説の批判を受け入れ、故意の個数についてのみ具体的符号を要求する見解がある。

条) が成立し両者は観念的競合 (54 条) となると考
える。

二、小問 2 について

本件甲も、小問 1 と同様に殺人の実行行為をしな
がら、A B 両方の死亡という思わぬ結果が発生して
いる。

しかし、甲は人を殺すという認識があり、結果と
して人が死亡している。また、自説からは**故意の個
数は問題にしない**。

したがって、本件の場合、A B 双方に対して故意
が認められる。すなわち、甲にはA B 両者に対する
殺人罪の罪責を負い、両者は観念的競合の関係に立
つ。

三、小問 3 について

これも甲は殺人罪の実行行為を行って起きながら、
思わぬ結果が生じた場合である。

上記規範から本件を考えると、いずれの客体にも
故意を認めるので、小問 2 と同様の結論になる。

(なお、本事例は故意を一つの客体にしか認めない
立場からは、B 死亡の時点で B への殺人既遂罪を認
めざるを得ない。ところが、A も死亡した時点では、
A に殺人罪の既遂を認めるべきであるから、B につ
いては過失致死罪と罪が変更されることになる。

反対説にたった場合、かような問題が生じる事例
である。その意味でも、自説が妥当であるといえる。)

以 上

しかし、かように解するのはあ
まりに技巧的であるのみならず、
結果が発生したいずれの客体に故
意を認めるかの基準も不明確であ
る。

●あてはめ

* 数故意説のメリット

●あてはめ

●本事例を小問 2 と別に用意した
理由

第 14 問 A

次の事案における甲の罪責について論ぜよ。

1、甲はAの首を絞めたら①ぐったりしたので、甲はAは死んだものと思って海岸に捨
てたところ、②Aが砂を吸って窒息死した場合。

2、甲が③Aを殺そうとAを狙ってピストルを撃ったら、④近くのマネキンに弾が当た
った場合。

3、④甲は、悪徳政治家である乙を生かしておいては国のためにならないと考えて、乙
にナイフで斬りつけてケガをさせたが、周りの人間に取り押さえられた。

⑤甲は当該行為について違法性の意識は全くないが、それでも甲を処罰できるか。

基礎点 19 点

- ①② Aは首を絞めて殺したと思っていたが、実は砂を吸って死んでいた場合
→因果関係に錯誤がある

【論点】故意責任の本質（1点）

法定的符合説の論証（1点）

【論点】因果関係の錯誤（2点）

- ③人を殺そうとして、器物損壊の結果が発生した。

【論点】抽象的事実の錯誤（2点）

- ④人をナイフで斬りつけてケガ→殺人未遂罪

- ⑤人を斬りつける故意はある→ただし、悪いことをしているという認識がない
悪いことだと思わなければ、思いとどまろうという機会はないのではないか？
甲の処罰をする必要があるので、この点をどう法律構成するか。

【論点】法律の錯誤と故意（2点）

一、小問1について

1、甲のAの首を絞めた上、海岸に捨てているから、殺人罪の実行行為をしている（199条）。

しかし、本件Aに発生した死の結果は、甲の意図とは異なる原因から発生している。かように行為者にとって意外な因果経過を通して結果が発生した場合、その者に完全な故意責任を問いうるか。

【論点】因果関係の錯誤

2、(1)思うに故意責任の本質は犯罪事実の認識によって違法性の意識が喚起されるのに、あえて犯罪に及んだ点に求められる。したがって、犯罪事実を認識しつつあえて行為をした者に、故意責任を問うことができると解する。

【論点】故意責任の本質

ここに犯罪事実とは構成要件として刑法上類型化されているから、原則として構成要件に該当する事実さえ認識していれば、故意責任を問いうると解する。

とすると、認識した内容と発生した事実がおおよそ構成要件の範囲内で符合していれば故意を認めてよいと解する。

(2)ここに、因果関係は客観的構成要件に該当する事実であるから、因果関係の錯誤も事実の錯誤の問題として捉えるべきである。

そして、事実と行為者の認識した事実が構成要

件の範囲内で符合していれば故意責任を問いうる
と解する。

具体的には、事前に予見した内容と実際に進行
した結果との不一致がいずれも相当因果関係の範
囲内にある限り、故意を阻却しないというべきで
ある。

3、本問甲の絞首から、Aの遺棄までの一連の行為 ●あてはめ
は時間的・場所的關係から一体として把握できる。

その中で、被害者が砂を吸引して死亡することは、
海岸に捨てるという甲の行為とは相当因果関係の範
囲内にあるといえる。一方、甲の内心における絞首
によってAが死亡することについても、また構成要
件が予定する因果関係の範囲内にあるといえる。

このように内心と客觀的事實のいずれも相当因果
關係の範囲内にあるから、甲の故意は阻却されない。

以上から、甲は殺人既遂（199条）の罪責を負う。

二、小問2について

1、本小問では甲は人を殺す意思をもって、殺人の
結果発生の危険、及び器物損壊罪（261条）の結果
を発生させている。

このように認識と客觀的事實とが、異なる構
成要件にまたがって不一致をきたしている場合、
いかに処理すべきか。

2、思うに、構成要件該当事實の認識がなければ
規範の問題は与えられないから、そのような認識
がない行為者を処罰することはできない。

したがって、構成要件の範囲内での符合もない場
合、一般的には、故意は阻却されるというべきで
ある。

ただし、構成要件に実質的な重なり合いが認めら
れる場合には、その限度で違法性の意識を喚起で
きる。したがって、そのような場合には、その限
度で故意責任を問いうるというべきである。

右のような実質的重なり合いの有無についての判
断基準としては、①両罪の行為態様、及び②被侵
害法益の共通性をもって判断すべきである。

以上の要件をもって殺人罪と器物損壊罪の構成要

【論点】抽象的事実の錯誤

cf. 参考

* 遺棄罪と死体遺棄

保護法益について前者が身体の
安全、後者が宗教感情

→重なり合いなし

* 窃盗と占有離脱物横領

他人の物を自己または第三者の
占有下に移す→行為態様の重なり
合いあり、保護法益は他人の財産

件の重なり合いを判断すると、被侵害法益の点で重なり合いは認められない。→これも重なり合いあり

過失の器物損壊罪は成立しないから、甲には殺人未遂罪（203条・199条）のみが成立する。

三、小問3について

1、本問甲は人をナイフで斬りつけているが、死の結果は発生していないので、殺人未遂罪（203条、199条）が成立する可能性がある。

しかし、甲には違法性の意識は全くないので、かかる事情が甲の犯罪成立に影響を与えるか。

2、(1)この点、判例は違法性の意識を不要とする。しかし、不可抗力によって違法性の意識を欠いた場合ですら、処罰するというのは、あまりに必罰主義的である。

一方、違法性の意識ない場合は処罰できないとする説もあるが、確信犯・行政犯の処罰において不都合を生じ、妥当でない。

(3)本来、犯罪事実の認識・認容があれば行為者への非難は十分に可能である。

とはいえ、違法性の意識を喚起する可能性が全くないので処罰することはできない。とすると、違法性の意識は故意の成立には不要であるが、違法性の意識の可能性は故意の成立に必要と解する。

したがって、違法性の意識の可能性すらない場合は、故意を阻却し、過失犯の成否が問題になるにすぎないというべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、甲に全く違法性の意識がないとしても、人を殺すという行為について違法性の意識を抱く可能性がないとはいえない。

したがって、甲の故意の成立に影響はなく、甲は殺人未遂罪（203条・199条）によって処断される。

以上

【論点】法律の錯誤と故意

第2章 違法性

第15問 A（1はC）

次の各小問における甲の罪責を論ぜよ。

- 1、甲がA家に訪問した際に、①無断でA家に備え付けのちり紙を一枚使用した場合
2、②Aが「俺が悪かった、俺を殴ってくれ」といったので甲は少々ケガをさせてもやむを得ないと思いながらAを殴り、軽い怪我をさせた場合

基礎点 20 点 各論点 1 点

- ①ちり紙を所有者を排除する意思を以て、経済的用法に従って利用
→窃盗罪の構成要件該当性あり、ただ、処罰の必要性はあるのか？

【論点】可罰的違法性の理論

- ②甲がAを殴った行為→軽いケガを発生させているので、傷害罪にあたる
Aが「殴ってくれ」と傷害の依頼がある→違法性が阻却されないか

【論点】被害者の同意の処罰阻却根拠

【論点】被害者の同意の成立要件

→前提論点 **【論点】違法性阻却の原理、【論点】違法性の本質**

解答例

一、小問1について

1、甲は形式的には窃盗罪（235条）の構成要件に該当する行為を行っている。

しかし、甲の侵害した財物の価値は、ちり紙一枚と低い。それでも、甲に窃盗罪は成立するか。

2、思うに、刑罰法規の適用には重大な人権侵害が伴う。したがって、刑罰の適用対象となる行為はそれに見合うだけの法益侵害の危険を発生させるものでなければならない。

そのような危険性がない行為は、未だ社会的相当性を失わず、当該行為には違法性はないと解する。

したがって、かような場合は、形式的に構成要件に該当する行為があっても、違法性が阻却されると解する。

【論点】可罰的違法性の理論

3、本件甲の行為はちり紙一枚を無断使用するものである。ちり紙の財産的価値はきわめて低く、これを不法に領得しても、刑法処罰に必要な法益侵害の結果は発生しない。

したがって、甲は何の罪責も負わない。

二、小問2について

1、本問では、甲はAを殴り、傷害結果を発生させ

ているから、甲には傷害罪（204条）が成立する可能性がある。

しかし、本問の場合Aは傷害行為について同意をしており、かかる同意が犯罪の成立にいかなる影響を与えるか。

2、傷害罪の条文には、同意のないことは要求されていない（204条参照）。したがって、同意があっても傷害行為の構成要件該当性が阻却されるわけではない。

ここに、違法性の本質は、社会倫理規範に違反した法益侵害またはそれへの脅威にある。したがって、違法性阻却の根拠は当該行為が社会的相当性を有する点にあると解する。

そして、同意がある場合は傷害行為も社会的相当性ある行為というべきである。したがって、被害者の同意は**違法性阻却事由である**と解する。

ここに違法性が阻却されるには次のような要件を満たすことが必要であると解する。

まず、①同意の内容が被害者にとって処分可能な法益に関することではなくてはならず、かつ、②自ら有効な同意をなすことが必要である。また、同意は③行為時に存在していなければならない。同意は当該犯罪行為を対象とするものであるからである。

さらに、同意ある侵害行為が社会的相当性あるというために、④同意の表示と行為者による同意の認識まで必要であるというべきである。最後に⑤承諾に基づいて行われる行為態様自体、社会生活上是認できる相当なものでなければならない。

3、以上をもって本問を検討すると、身体の安全は個人が処分可能な法益である。また、特に何の事情もないから、Aは有効な同意をしていると解される。本問事情では他の要件も具備されていると考えられる。

したがって、甲には傷害罪（204条）は成立しな

【論点】被害者の同意の成立要件

● 反対説批判

【論点】違法性阻却の原理

【論点】違法性の本質

【論点】被害者の同意の処罰阻却根拠

● 被害者の同意の要件

● あてはめ

い。

以 上

第 16 問 A

次の各小問における甲の罪責を論ぜよ。

- 1、甲は① A の同意を得て、A をナイフで刺し、② A に **ひん死の重傷**を負わせた場合
- 2、A は③他人のミスを自分のミスだと **勘違いして**、「俺を許してくれ、殴ってくれ」と甲に言った。甲は事情は知っていたが、A のことを気に入らなかったもので、ものついでと A を殴った。
- 3、④ A 家が **火事になった**ので、**勝手に A 家に侵入**して家財道具を甲が外に運び出した場合

基礎点 20 点 各論点 1 点

①被害者の同意があるので……

【論点】被害者の同意の処罰阻却根拠

【論点】被害者の同意の成立要件

②瀕死の重傷→それでも違法性が阻却されるのか？

【論点】いかなる傷害においても同意は有効か

③真実を知っていたら、同意をしなかったかも……

【論点】錯誤に基づく同意

④同意はないが、同意を求められたら同意したろうという状況

【論点】推定的同意（緊急避難説）

解答例

一、小問 1 について

1、本問では、甲は A をナイフで刺し、傷害結果を発生させているから、甲には傷害罪（204 条）が成立する可能性がある。しかし、本問の場合 A は自らへの傷害について同意をしており、かかる同意が犯罪の成立にいかなる影響を与えるか。

2、(1) 思うに、違法性の本質は、社会倫理規範に違反した法益侵害またはそれへの脅威にある。したがって、違法性阻却の根拠は当該行為が社会的相当性を有する点にあると解する。

そして、同意がある場合は傷害行為も社会的相当性ある行為といえる場合があるというべきであ

【論点】被害者の同意の処罰阻却根拠

る。

したがって、被害者の同意は違法性阻却事由であると解する。

(2)そして、違法性が阻却されるには次のような要件を満たすことが必要であると解する。

まず、①同意の内容が被害者にとって処分可能な法益に関することではなくてはならず、かつ、②自ら有効な同意をなすことが必要である。また、同意は③行為時に存在していなければならない。同意は当該犯罪行為を対象とするものであるからである。

さらに、同意ある侵害行為が社会的相当性あるというために、④同意の表示と行為者による同意の認識まで必要であるというべきである。最後に⑤承諾に基づいて行われる行為態様自体社会生活上は認できる相当なものでなければならない。

3、ただ、Aはナイフで刺されているから重大な傷害を負っていると考えられる。かかる傷害結果の発生についてまで、Aは同意をなすのか。

この点、およそ同意ある以上、すべて処罰されないとする立場がある。

しかし、死の結果を発生させる高度の危険性がある行為については、被害者の承諾があっても到底社会的相当行為であるとはいえない。

したがって、重大な傷害に対する承諾は無効とするのが妥当である。

以上から、甲の傷害行為については違法性が阻却されない。甲は傷害罪の罪責を負う。

二、小問2について

1、本小問で、甲はAを殴っているので少なくとも暴行罪の罪責を負う可能性がある(208条)。

しかし、Aは他人のミスを自分のミスと考えるという錯誤に陥っている。Aは真実を知れば、同意をしなかったと考えられるので、かかる同意の効力をいかに解すべきかが問題となる。

2、(1)この点、法益侵害について意味を認識して

【論点】被害者の同意の成立要件

【論点】いかなる傷害においても同意は有効か

【論点】錯誤に基づく同意

同意している以上、同意自体には何ら錯誤がないとして、その有効性に影響はないとする見解がある。

しかし、意味を認識していれば、いかなる同意有効であると考えるのは極端である。

(2) 思うに、規範的にみて有効な承諾があるとは認められない場合もある。したがって、このような承諾がなされた場合は、承諾は無効であるといふべきである。

一方、本問事案のように被害者が勝手に勘違いをして俺を殴ってくれと言っているにすぎない場合、かかる錯誤は同意の有効性には影響を与えないといふべきである。

したがって、甲は無罪である。

三、小問3について

火事場から家財道具を運び出す行為は、住居侵入罪（130条）の構成要件に該当する。

それでは、社会的相当行為として違法性は阻却されないか。

この点推定的承諾という概念を用いる見解がある。しかし、行為時に同意が存在しない以上、被害者の承諾の問題とすることはできない。

思うに、本件事案では、正当な利益を保護するために、正当な者に対して侵害を加えている。

したがって緊急避難（37条1項）の問題として考えるのが妥当である。

以上より、本問甲には犯罪は成立しない（37条1項）。

以 上

【論点】推定的同意（緊急避難説）

* 推定的承諾の概念肯定説

本事例の場合、事態を正しく認識していれば不在者は同意したであろうといえる。

このような同意を推定して行う行為は社会的相当性があり、違法性を阻却するといふべきである。

ただし、承諾の推定の判断は被害者の立場に立って、客観的・合理的に行われなければならない。

本問の行為は上記基準に照らし、社会的相当性あるといえる。したがって、行為の違法性は阻却され、犯罪は不成立となる。

第 17 問 A

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

- 1、①甲は乙に殴りかかられたので、手拳で反撃をした。しかし、②甲は乙の侵害をうすうす予期していた場合。
- 2、上記事案で、③甲がこの機会を利用して積極的に乙を加害するつもりであった場合。

3、④乙に殴りかかれたところで、甲は手拳で反撃をした形になったが、甲は**乙の攻撃を認識していなかった**場合。

基礎点 21 点 各論点 1 点

①殴りかかれたので、殴り返す→正当防衛の、少なくとも相当性はある

②かような要件は正当防衛の成否にどのような影響を及ぼすか？

③積極的加害意図がある場合→防衛の意思の有無に関わる

【論点】急迫性の要件

【論点】防衛の意思の要否

④甲には全く防衛の意思なし

【論点】偶然防衛の当罰性

【論点】防衛の意思の内容→防衛の意図は必要か

解答例

一、小問 1 について

1、甲は乙の加害行為から自らを防衛するために反撃をしているから、正当防衛（36 条 1 項）によって犯罪の成立が阻却される可能性がある。

しかし、甲は攻撃をあらかじめ予期している。攻撃をあらかじめ予期している場合も「急迫」性は失われないのか（36 条 1 項）。

確かに通常の場合、急迫性ある侵害とは、予期しない侵害のことを指す。しかし、強盗よけに護身用の木刀を準備していた者が現に強盗に襲われた場合、逃げるしかないというのは不当である。すなわち、法は予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないと解するべきである。

したがって、予期によって急迫性が当然に失われるものではない。

他の正当防衛の要件について欠けるところはみられないから、甲には犯罪は成立しない。

二、小問 2 について

1、小問 1 と異なり、甲は進んでその機会を利用し積極的に相手を加害する意思で侵害に臨んでいる。この場合、甲に正当防衛は成立するか。

この点、急迫性が失われるとする判例がある。

【論点】急迫性の要件

【論点】防衛の意思の要否

しかし、急迫性は客観的な状況の問題であるから、防衛者の意思によって急迫性の存否が左右されるものではない。

すなわち、現実には法益侵害の結果またはその危険が発生していれば、急迫性の要件は存在するというべきである。すなわち、この場合にも急迫性は認められ、むしろ本問は防衛の意思の問題というべきである。

2、(1)そこで、「防衛するため」(36条1項)とは正当防衛の要件として、防衛の意思を必要とする趣旨かが問題となる。

思うに、違法性の本質は社会倫理規範に違反する法益侵害またはその危険にあるというべきである。とすれば、社会的に相当といえる行為については、違法性が阻却されるというべきである。

正当防衛による行為が処罰を阻却されるのはまさに、社会的相当性ある行為であるからである。ここで、防衛行為が社会的に相当な行為というには、防衛する意思を必要とすべきである。

行為は主観と客観の統合体である。したがって、このように内心が違法性に影響を及ぼすとする主観的正当化要素を認めることは何ら差し支えない。

(2)それでは、本小問の甲に防衛の意思は認められるか。防衛の意思の内容が問題となる。

思うに、防衛行為は興奮・逆上して反射的になされることが多い。このような場合に正当防衛が成立しないとするのは妥当ではない。

したがって、防衛の目的あるというには防衛の認識でたり、防衛の意図までは必要ない。すなわち、防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつ、それを回避しようとする心理状態を指すと解する。

ただし、積極的加害意図がある場合は、もはや防衛の意思があるとは言えない。この場合は、侵害を回避しようとする意思すら認められないからである。

【論点】防衛の意思の内容→防衛の意図は必要か

3、本小問では、甲には積極的加害意図がある。したがって甲には防衛の意思が認められない。甲は暴

行罪（208 条）もしくは傷害罪（204 条）の罪責を負う。

三、小問 3 について

本問甲は乙を攻撃しており、かつ防衛の意思を全く欠く。

小問 2 でみたように、正当防衛の成立には、防衛の意思が必要であるというべきである。したがって、かかる意思を欠く偶然防衛による行為では、正当防衛としての違法性阻却はされないというべきである。

さらに、偶然防衛の場合、行為者はどのように処断されるべきか。

思うに、違法性阻却の対象は構成要件に該当する事実全体であると解する。

したがって、結果と行為を切り離して判断するのは妥当でない。構成要件該当事実があり、違法性阻却事由がない以上、既遂犯として処断すべきであると考える。

以上から、甲は暴行罪（208 条）もしくは傷害罪（204 条）の罪責を負う。

以 上

【論点】偶然防衛の当罰性

第 18 問 A

次の事案における、甲の罪責を論ぜよ。

- 1、甲が乙を馬鹿にした上で、殴れるものなら殴ってみろと言った。結果、意外にも乙が殴りかかってきたので、甲は驚いて反撃し、乙に負傷させた場合
- 2、小問 1 の事案の下、甲は乙の反撃を予想しており、これ幸いとばかりこてんぱんにした場合はどうか。
- 3、甲が乙とつかみ合いをしていたところ、乙が突然ナイフで刺そうとしたので、甲は近くにあった棒で一撃し、乙の手に怪我をさせた場合

基礎点 21 点 各論点 2 点

【論点】防衛者の挑発行為ある時

【論点】喧嘩闘争

解答例

一、小問 1 について

1、甲は乙に暴行を加え、傷害結果を発生させているから、傷害罪の罪責を負う可能性がある（204条）。

しかし、甲の反撃した乙の攻撃は、もともと甲の侮辱を原因とするものである。このように不正の侵害が防衛者の挑発行為に基づくものである場合、正当防衛（36条1項）は成立するか。

2、まず、急迫性は客観的な状況の問題である以上、相手の攻撃が間近に迫ってさえいれば急迫性は認められる。その他の要件も満たす以上、正当防衛が成立するようにも思われる。

しかし、挑発行為を原因として招かれた侵害への反撃は、社会的相当性あるとは言えない場合がある。このような場合を不処罰とするならば、逆に法秩序を乱すことになる可能性がある。

したがって、かような場合に限り、反撃行為は防衛行為とは言えず、正当防衛の成立自体は否定されるというべきである。

そして、社会的相当性の有無は、挑発行為の程度、乙の反撃の程度等の事情を総合勘案して具体的に決せられるというべきである。

【論点】防衛者の挑発行為ある時

3、本問侵害は挑発行為を原因としている。しかし、挑発に対して、暴行をするというのは反撃として過度のものであり、乙の反撃が意外なものである点も無理はない。したがって、特段の事情がない限り、正当防衛は成立すると解する。

●あてはめ

したがって、甲は何の罪責も負わない。

二、小問 2 について

1、本問の場合も、前段と同様に甲の行為の社会的相当性を全体的に判断し、その当罰性を判断すべきである。

2、本件甲は、乙の反撃を予想し、正当防衛的な機会を利用して乙を加害しようという意図を持っている。かかる甲の行為にはもはや社会的相当性を認めることはできない。

●あてはめ

したがって、甲は傷害罪の罪責を負う。

三、小問 3 について

1、本件のような喧嘩闘争の場合、喧嘩両成敗の考え方から、旧判例は正当防衛の観念を入れる余地がないとしていた。

2、しかし、一方の攻撃が新たな別個の侵害の開始と認められる場合や攻撃が素手からナイフに変わるなど攻撃が質的に急激に重大化した場合ならば、正当防衛を認める余地があると解する。

【論点】喧嘩闘争

3、本問ではつかみ合いの喧嘩をしていたところで、いきなり乙がナイフで攻撃をなしている。これは新たな別個の侵害の開始といえることができる。

●あてはめ

したがって、甲の攻撃は正当防衛（36条1項）として違法性が阻却され、傷害罪の成立は阻却される。

以上

第19問 B

次の場合、甲はいかなる罪責を負うか。

1、乙の飼っている犬が飛びかかってきたので、甲は手持ちのナイフで反撃し、犬を刺殺した場合

2、乙に殴られそうになったので、甲は小石を投げたら、近くを通った人に当たった場合

基礎点 21点 各論点2点

【論点】不正の意義と対物防衛の可否

【論点】防衛行為の結果が他人に生じた場合

解答例

一、小問1について

1、本件甲による犬の殺傷は、器物損壊罪（261条）の構成要件に該当する。しかし、甲は自己を守るために、上記行為を行っている。そこで、甲に正当防衛の成立の可能性がある。

ここに乙の飼っている犬による攻撃は「不正」（36条1項）の侵害といえるか。その意味が明らかでな

【論点】不正の意義と対物防衛の可否

く問題となる。

2、思うに、正当防衛において反撃行為が広く許容されるのは、侵害者の行為が「不正」であるからである。このような法の自己保全の考え方からすれば、「不正」とは刑法上の違法性を指すと解するべきである。

したがって、動物や自然現象、行為とはいえない人の挙動による侵害に対しての正当防衛は当然には成立しない。これは緊急避難（37条1項）などによって処理されるべきである。

ただし、上記動物や自然現象、人の挙動について、物の所有者や本人の故意・過失が認められれば、人の行為による侵害として正当防衛が認められる。

また、「不正」行為は違法行為であれば、有責である必要はない。責任能力がない者による侵害行為に対しても、正当防衛を行うことはできることには注意すべきである。

3、(1)以上をもって甲の罪責を検討するに、乙の犬の管理が十分でないとか、乙が甲に犬をけしかけたような場合は、その行為は正当防衛として違法性が阻却される。甲は何の罪責も負わない。

(2)一方、上記のいずれの事情もない場合も、甲の行為は、緊急避難（37条1項）によって、違法性が阻却される可能性がある。

甲は身体という法益を守るため、他人の財産を侵害している場合に当たる。この場合生じた害が、避けようとした害を越えなかったといえる。

そこで、他の手段を採り得たかなど、他の要件が整う限りで、緊急避難が成立することになる。そうなれば、やはり甲は何の罪責も負わないことになる。

二、小問2について

甲は石を投げて他人に傷害の結果を発生させている。したがって、形式的には傷害罪に当たる行為をしている。

しかし、甲は自己の身を守るために、上記行為をしている。かような場合、その行為をどのように評価すべきか。

本事例を評価するならば、正である者に反撃する

* 小問1について反対説

「不正」の意味が問題となる。

思うに、処罰するための不正と正当防衛の成立要件としての不正の侵害とは別に考えるべきである。なぜなら、たとえば動物でも、法益を侵害することがある以上、不正の侵害はなしうと考えるのが常識的であるからである。

したがって、不正の侵害とは刑法上の違法性に限らず、動物による侵害に対しても正当防衛は可能であるというべきである。

以上から、甲には正当防衛（36条1項）が成立し、処罰されない。

● 対物防衛否定説→緊急避難の成否について検討すること

【論点】防衛行為の結果が他人に生じた場合

ことで現在の危難を回避したというべきである。また、防衛の意思には避難の意思も含まれる。

したがって、緊急避難（37条1項本文）として扱うべきである。

以上より、甲は何の罪責も負わない。

以上

第20問 C

いわゆる①**緊急避難**及び②**自救行為**にあたる行為がなされた場合、なぜ犯罪の成立が阻却されるか、理由を説明せよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①【論点】緊急避難の正当化根拠

②【論点】自救行為

解答例

一、緊急避難が犯罪成立を阻却する根拠

1、緊急避難（37条1項）にあたる事由があるとき、犯罪の成立が阻却される根拠が明らかでなく問題となる。

2、この点、責任阻却事由に過ぎないとする見解がある。

しかし、37条1項本文は、他人の行為についての緊急避難を認めているが、このような場合には、期待可能性がないとはいえない。

また、避難によって侵害される法益の価値が、保全される法益より高くても責任が失われる場合はあるはずである。なのに、緊急避難においては法益権衡の原則が採用されている。

思うに、緊急避難は重要な法益を保全するための**社会的に相当な行為**であると考えべきである。

3、したがって、緊急避難は違法性阻却事由と考えるべきである。

【論点】緊急避難の正当化根拠

* 行為無価値が前提

二、自救行為の当否とその根拠

1、自救行為とは、正当防衛を認めるだけの侵害の急迫性・現行性は存在しないが、国家機関の救済を待っているのは権利の回復が困難になる場合、侵害者に対し自ら実力により救済を図る行為をいう。

そのような概念が認められるか明文なく問題となる。

2、思うに、国家機関が法秩序の回復をするいとまがなく、権利保護の緊急性・必要性が高度に認められる場合がある。このような事態をそのまま放置すれば、法が不法を擁護する結果となりかねない。

したがって、かかる場合に、自力による権利救済を許容する余地はあるというべきである。

3、ただし、自力救済の禁止の趣旨を没却するおそれがあるから、安易に広く認めることはできない。次のような厳格な基準のもとで認められるに過ぎないというべきである。

まず、①回復すべき権利が正当であり、②回復手段の相当性が認められることが必要である。また、③国家の救済を待つことができないような回復の必要性・緊急性が認められることも必要である。さらに、主観的正当化要素として、自救の意思も要求すべきである。

【論点】 自救行為

● 概念の紹介

● 許容できるか否かの判断

● 自救行為の成立要件

* 自救の意思→行為無価値から

以 上

第3章 責任

第21問 A

1、甲は乙が突然手を振り上げたので、①殴られると思って思わず乙を突き飛ばし、けがをさせた。②しかし、乙が手を振り上げたのは、単に乙がタクシーを呼ぶためであった。

2、③乙が殴りかかってきたので、④甲は木の枝で反撃するつもりで客観的には弁で反撃した。

3、⑤甲は乙が突然手を振り上げた（乙はタクシーを呼ぶつもりしかない）ので、殴ら

れると思い、甲は反撃した。⑥甲は棒で反撃するつもりであったが、その棒には釘がたくさんついていて。

4、⑦甲は乙が突然手を振り上げた（乙はタクシーを呼ぶつもりしかない）ので、殴られると思い、⑧甲はそうと知っていながら、釘がたくさんついた棒で反撃し、乙に怪我をさせた。

基礎点 17 点 各小問ごとに 2 点

①「殴られる」という内心に対応する反撃について、相当性はある。

②現実には、乙による急迫不正の侵害なし→【論点】違法性阻却事由の錯誤、【論点】誤想防衛

③急迫不正の侵害がある

④防衛行為の程度が過剰→ただし、その認識がない＝過剰防衛の一種

【論点】誤想過剰防衛

⑤急迫不正の侵害なし→侵害があるとの誤認

⑥内心に対応する反撃について、相当性もなし→【論点】誤想過剰防衛

⑦急迫不正の侵害なし→侵害があるとの誤認

⑧内心に対応する反撃→相当性の程度を越えていることを知っている

→【論点】誤想過剰防衛

過剰防衛の規定の準用は？→【論点】過剰防衛による刑の減免の根拠

解答例

一、小問 1 について

1、本問甲は客観的には傷害罪（204 条）に該当する行為を行っており、その点についての故意もある。

しかし、甲は乙による不正の侵害の存在を誤認した結果、上記行為を行っている。

このように違法性阻却事由に錯誤ある場合、行為者をどのように取り扱うべきか。

2、(1) 思うに故意責任の本質は犯罪事実の認識によって違法性が喚起されるのに、あえて犯罪に及んだ点に求められる。したがって、自己の犯罪事実を認識・認容した場合、故意責任を問うことができる」と解する。

ここで、違法性阻却事由がないのにあると認識した場合、違法性を喚起することはできない。

したがって、違法性阻却事由に錯誤があるとき、犯罪事実を認識しているとはいえず、故意は阻却される。

【論点】違法性阻却事由の錯誤

【論点】誤想防衛

(2) 一方で、違法性阻却事由に関する評価を誤った場合は、これは法律の錯誤があるに過ぎない。

思うに、犯罪事実の認識・認容があれば原則として非難可能性として十分である。とはいえ、違法性の意識を喚起する可能性が全くないのに処罰することはできない。とすると、違法性の意識は故意の成立には不要であるが、違法性の意識の可能性は故意の成立に必要であることになる。

したがって、違法性の意識の可能性すらない場合に限定し、故意を阻却するというべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、甲は自らの身体への攻撃の存在を誤認している。このような事実の認識がある場合、傷害行為の実行について違法性の意識を喚起できない。

したがって、甲には故意犯は成立しない。誤認に過失がある場合、過失致傷罪の罪責を負うのみである。

二、小問2について

1、本小問では、乙による急迫不正の侵害に対して、甲は防衛行為として過剰な斧による反撃を行っているから、客観的には過剰防衛（36条2項）の結果が発生している。

しかし、甲は上の過剰性について認識がない。このような場合甲に故意を認めることができるか。

2、この場合、犯罪者の認識においては、防衛行為の相当性の要件を満たし、正当防衛が成立している。

したがって、行為者は犯罪事実を認識していないので、故意犯は成立しない。過失犯の成否を検討するのみであり、傷害・死亡の結果が発生していないならば、無罪である。

3、ただし、斧を木の枝と誤信することは、その重さの違いからほとんど考えられない。したがって、通常は故意は阻却されず、過剰防衛として処理されることになろう。

三、小問3について

1、本問では甲は暴行、または傷害罪（204条）の

【論点】誤想過剰防衛

構成要件に該当する行為を行っている。しかし、急迫不正の侵害について誤想がある。

2、かつ甲は釘付きの棒で攻撃しており、誤想した攻撃に比して客観的には過剰な攻撃を行っているが、その点についても甲は認識がない。甲の認識上は完全な正当防衛であり、甲には違法性の意識を喚起できるだけの事実の認識がないといえる。

3、したがって、甲の故意が阻却される。傷害結果が発生していないならば、甲は無罪ということになる。

三、小問4について

1、本小問における甲は傷害罪の構成要件に該当する行為を行っている。

かかる行為は、急迫不正の侵害を誤認して行ったものであるが、ただ、甲は過剰性を認識している。

2、(1)過剰防衛との認識あれば、違法性の意識を喚起することはできる。したがって、故意犯が成立する。

ただし、過剰防衛における刑の減免の根拠は、緊急事態においては行き過ぎがあっても避難ができないので、責任が減少する点にも求められる。

【論点】過剰防衛による刑の減免の根拠

かような事態は、侵害の存在を誤想している時にもあてはまる可能性がある。

したがって、認識通り、過剰防衛の規定を準用すべきである（36条2項）。

(2)とはいえ、免除の規定を準用することは許されない。過剰性に認識がない場合も、過失犯が成立し、罪に問われる可能性がある。となると、故意が成立するのに刑が全部免除されるというのは不均衡だからである。

●過剰性に認識がある場合の特別な処理

3、以上より、甲は傷害罪（204条）の罪責を負うが、場合によって過剰防衛の規定が準用され、刑が減輕される可能性がある。

以 上

第 22 問 B

①甲は、酒を飲めば我を忘れて暴れる一種の病気であった。②甲はその事情を熟知しながらも、③傷害を行うことを意図し、酒を飲んだとする。これを前提として次の各場合における、甲の罪責を論ぜよ。

- 1、甲は酒を飲んで人に襲いかかり、心神耗弱状態に陥ったところで傷害をした場合。
- 2、酒を飲んだ後、そのまま寝てしまった場合。

基礎点 21点→原因において自由な行為の可罰性を基礎づける構成（2点）

各小問のあてはめ→1点ずつ

①病的酩酊の症状あり

②③事情を知りながら酒を飲む、傷害を行うことを意図

→傷害時に心神耗弱状態でも完全な責任を問うべきではないか？

【論点】原因において自由な行為

解答例

一、小問1について

1、甲は客観的に傷害罪（204条）の構成要件に該当する行為を行っている。

しかし、傷害時には、甲には心神耗弱状態に陥っている。このような場合、甲は無条件に責任の減少が認められ、刑が減輕されるか。

2、(1)責任能力は原則として実行行為時に存在しなければならない。とすると、犯行が限定責任能力下で行われている場合、責任が減少し、刑が減輕される（39条2項）ということになりそうである。

しかし、かかる結論は素朴な法感情に反する。行為者の責任能力ある時点における行為によって責任無能力等の状態が招かれ、犯罪結果が生じた場合完全な責任を問うべきである。

かかる場合の可罰性を肯定する理論を、上記行為と責任の同時存在の原則との関係でいかに構成すべきか。

(2)（この点、自己の責任無能力状態を道具として利用する点に可罰性を認める見解がある。この立場は、原因設定行為を実行行為と解するので、行

【論点】原因において自由な行為

●原則の指摘

●妥当な結論について

●反対説批判

為と責任の同時存在の原則は堅持される。

しかし、原因設定行為に、実行行為といえるだけの危険性を認めることは常識に反する。また、この理論によれば責任の判断において始めて実行行為が何かが決定することになるから、理論の筋道として疑問がある。）

思うに、責任非難は違法な行為をなす最終的な意思決定に向けられるものである。ここで、結果行為自体が原因行為時になされた意思決定の実現であると評価できる場合、そこにおける最終の意思決定とは、原因設定行為時における意思決定である。

とすれば、この場合は実行行為のときに責任能力があった場合と同視してよい。

したがって、上記場合において、責任能力が意思決定時に存在すれば、全体として責任を問うてよいと解する。

3、以上の法的構成から、本件甲の行為を評価する。
甲は、酒を飲んだ場合の自己の状況を熟知しつつ、しかも傷害結果を意図しながら酒を飲むに至っている。

とすれば、最終的に発生した結果は、原因設定行為時になされた意思決定が実現したものであるといえる。

したがって、本件甲には完全な責任を問うことができる。以上、甲は傷害罪の罪責を負う。

二、小問2について

本件甲は傷害を決意し、酒を飲んだだけである。

かような行為のみは犯罪結果発生の危険性としては、不十分であるから、未遂犯が成立するのは、あくまで現実に危険性が高まったときである。

この点、場合によって酒を飲んだだけで実行の着手を認める見解もあるが、未遂処罰に必要なだけの危険性が認められるとは考えにくく、妥当でない。

したがって、本件甲の行為は何の可罰性もなく、無罪である。

以 上

* 左記の立場

→心神耗弱状態で他人を害した場合、完全な責任を問うことの説明が難しくなるという問題点もある

● 自説

第4章 共犯

第23問 A

甲丙は①得られた財物を山分けする約束の下、A宅に強盗に入ろうと企て、くじ引きの結果、丙が見張り役をすることになり、A宅の入り口付近で見張りを開始した。一方、②甲は鉄棒をもってA宅に侵入し、就寝中のAに対し金を出せと脅迫したが、Aがこれに応じなかったので、Aを鉄棒で脅しつつ、縛り上げた。

一方甲の妻乙は甲が鉄棒を持って自宅を出たことを見て憂慮し、甲の後を追ってA宅まで赴いたところ、③甲に出会い、甲から金員強取のため協力するように説得された。乙はやむなく承諾し、甲と共に、財物を物色し、財物を取得した。

乙丙の罪責を論ぜよ（住居侵入罪は論じなくてよい）。

基礎点 22点→各論点1点

①共謀はある→ただし、やっていることは見張りのみ、強盗の実行行為自体はしていない

【論点】共同正犯の処罰根拠

【論点】共謀共同正犯

②甲の行為→強盗行為そのもの

③甲から強盗に加担するよう説得はある→しかし、共同してした行為は財物の物色・取得のみ

【論点】承継的共同正犯

解答例

一、乙の罪責について

1、本問乙は、甲が強盗罪（236条1項）の実行行為として、Aの反抗を抑圧した後、財物奪取行為のみに加担している。

このように、先行行為者が、既に実行行為の一部を終了した後、後行行為者が関与した場合、後行者を共同正犯（60条）として処罰できるか。

【論点】承継的共同正犯

2、(1)思うに、共同正犯とは、行為者相互間に意思の連絡があって、互いに他の一方の行為を利用して犯罪事実を実現するものである。

【論点】共同正犯の処罰根拠

一部実行全部責任の原則の根拠は、このような場合に物理的・心理的にも犯罪の実行が容易になり、法益侵害の可能性が倍加する点に求めるべきである。

(2)ここに、後行者が、先行者の行為及び結果を積極的に自己の犯罪遂行の手段として利用することは可能である。また、先行者も後行者の加入によって自己の犯罪の実現が容易になることが考えられる。

かように先行者と後行者が相互に利用補充しあって一定の犯罪を実現することは可能である。

ただし、後行者の行為と無関係な先行者の行為・結果に利用補充関係は認められないのも、もちろんである。

したがって、先行者と後行者に上記関係があるときに限り、共同正犯の成立を認めるべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、乙は、甲から事情を知らされた上で実行行為の一部を行っている。さらに、乙は甲による先行行為を利用して、犯罪を実行しているし、甲も乙の加入によって犯罪の遂行が容易になっている。

したがって、乙には犯罪全体について共同正犯（60条）が成立し、強盗罪の罪責を負う。

二、丙の罪責について

1、本問丙は強盗罪の構成要件に該当する行為を直接行っているわけではない。このような丙はいかなる場合も幫助犯（62条1項）として処断せざるを得ないのか。

2、前述の通り、一部実行全部責任の原則の根拠は、共同行為によって物理的・心理的にも犯罪の実行が容易になり、法益侵害の可能性が倍加する点に求められる。

この点を満たしているならば、実行行為をなすために行為を共同するに過ぎない者も正犯とすべきである。すなわち、共同実行とは実行行為の共同を必ずしも要しないといえる。

以上から、謀議に加わった者はすべて正犯として処罰しうると解する。

具体的な共謀共同正犯の成立要件としては、①正犯としての共同意思の存在、②実行と評価できるだけの共謀の事実、③共謀者のいずれかによる

●あてはめ

【論点】共同正犯の処罰根拠

【論点】共謀共同正犯

実行行為の存在が必要であると解する。

3、以上をもって、本問を検討すると、丙は山分けをする約束をし、役割分担についても、たまたま見張りの役につただけであるに過ぎない。このような事情からして、①②の要件は認められる。

そして、甲乙の犯罪の実行があるから、③の要件も認められる。

以上から、丙は、甲乙と共に強盗罪の共同正犯として処断されると解する。

以 上

第 24 問 B（1はC）

1、①甲乙は共同で溶接作業を行っていたが、溶接によって発生する熱や火花によって溶接箇所周辺にある可燃物に着火する危険性があるのに、両名とも何ら遮へい措置等の発火防止措置を講じないまま溶接を続けた結果、可燃物に着火して近隣の建物に燃え移り、これを焼損した。甲乙に業務上失火罪（117条の2）が成立するか。

2、②甲はAを殺害する計画を立て、③乙に毒の調達を依頼した。乙はやめたほうがよいといいながらも、毒を用意して甲に手渡したが、②事前に計画が発覚し、甲は逮捕された。

乙の罪責を論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①可燃物に着火する危険性があるのに、何ら結果発生を防止する措置を執っていない
→両者とも注意義務を怠っている

【論点】過失の共同正犯

②甲は殺人計画を立てたのみ→実行の着手に至っていない

③やめた方がよい→殺人の正犯意思はない

ただし、殺人予備については予備行為そのものを行っている

【論点】予備の共同正犯

【論点】他人予備の可否

解答例

一、小問1について

1、甲乙は共同で作業を行っている。このような場合両名のいずれの過失から結果が生じたのか因果関係が必ずしも明らかでないという場合が少なくない。

●なぜ単独犯二つではだめなのかを指摘した。

そこで、過失犯の共同正犯の成否が問題となる。

2、過失犯は無意識を本質とするから、共同実行の意思が認められないという見解がある。

しかし、過失犯にも注意義務違反としての実行行為が認められるし、この実行行為を共同して行うことは十分観念できる。

したがって、過失の共同正犯（60条）は認められるというべきである。

【論点】過失の共同正犯

3、以上から、甲乙の罪責を検討する。

二人は一つの目的に向け、一方が他方の行為を利用しつつ行為をしている。また、溶接作業を行う際には、可燃物が着火し、本間におけるような結果が発生することは予見できる。

にもかかわらず、遮へい措置を行うなど必要な措置を行わなかった点には予見義務違反が認められる。かつ、かような心理状態について意思の連絡があったとみることができる。

したがって、甲乙には業務上失火罪（117条の2）の共同正犯（60条）が成立すると解する。

二、小問2について

1、本問乙は甲の殺人予備行為（201条）に加担している。かかる他人の犯罪行為に加担してした予備行為を刑法上いかに評価すべきか、明らかでなく、検討する。

2、(1)この点、他人のための予備行為の可罰性を肯定し、予備罪の単独犯として処断する見解がある。

しかし、予備罪は条文上自己の犯罪を犯す目的が必要であると読むのが素直である。理論的に予備行為は未遂行為の前段階に位置するものであることからしても、予備行為をする者は自ら正犯として犯罪を実行する意思を持つ者でなければならない。

したがって、他人予備の成立は否定すべきである。

【論点】他人予備の可否

【論点】予備の共同正犯

(2) 思うに、予備行為にも実行行為を觀念すること
ができるから、そのような行為を共同して実行し
た場合には共同正犯としての処罰を認めるのが素
直である。したがって、本件は共同正犯として処
断するのが妥当である。

しかし、他人の犯罪行為を幫助する意思で予備行
為をした者を予備罪の正犯としてよいのか。

確かに、予備は犯罪実行の前段階であるから、予
備行為をする者は実行行為をする目的を有する必
要があろう。

しかし、かかる実行の目的あることは身分と考
えることができる。とすると、自ら犯罪を犯す意
思ある者と共同して予備行為をすれば、他人予備
をする目的ある者にも完全な罪責を問うてよい（65
条1項）。

したがって、自ら犯罪を実行する意思がない者も
予備の共同正犯としてすべきであることになる。

3、以上より、乙は殺人予備罪の罪責を負い、甲の
予備罪とは共同正犯の関係に立つ。

以 上

第 25 問 C

甲は、乙がA家に侵入する所を目撃したので、不審に思って自分もA家に侵入した。
すると、① **甲はAを気絶させた上で、付近を物色**しはじめた。

甲は乙の存在を一切知らないものとして、次の各場合における、住居侵入行為後の乙
の罪責を論ぜよ。

1、②乙が、**これ幸いとA家の物色**を始め、A家の物を奪取した場合（承継的共同正犯
の成否については、これを肯定するものとする）。

2、乙が、甲を手助けするつもりで、外で見張りをした場合。

基礎点 21 点 各論点 2 点

① Aを気絶→付近を物色＝強盗致傷罪

② 乙→甲によって作り出された状況を利用して、財物奪取→強盗か、窃盗か

【論点】片面的共同正犯

③ 甲の犯罪を容易にする行為がある→幫助犯の成否が問題

【論点】片面的共犯（幫助犯）

解答例

一、小問1について

1、本小問では、乙は甲の行為を利用して財物奪取行為を実行している。

このように、共同実行の意思が一方にしか存在しないとき、共同正犯（60条）として処断できるか。

2、思うに共同正犯として一部実行全部責任を負う根拠は、互いに意思を通じて犯罪を共同実行することで、物理的・心理的に犯罪結果の実現が容易になるからである。

したがって、共同正犯としての処罰のためには、共同実行の事実と共同実行の意思が必要であるというべきである。

ところが、片面的共同正犯においては、共同実行の意思に欠ける。したがって、この場合は共同正犯として処罰することはできないと解する。

【論点】共同正犯の処罰根拠

【論点】片面的共同正犯

3、以上から、乙は自己がなした行為の限度で、窃盗罪（235条）の罪責を負うに過ぎない。

二、小問2について

1、本問では、乙は一方的に、甲の犯罪を容易にする意思で、幫助行為を行っている。他方、乙は甲の存在は知らない。

このように、幫助の意思が一方にしかない場合、片面的幫助は認めるべきか。

2、思うに、狭義の共犯の処罰根拠は正犯を通じて法益侵害ないしその危険を惹起した点にある。しかし、かかる危険を惹起させるのに、正犯と共犯との意思の連絡は必要ない。

したがって、意思の連絡の有無は幫助の成否に関係がないというべきである。

【論点】片面的共犯

3、以上から、乙は強盗罪（236条1項）の幫助犯（62条1項）の罪責を負う。

以上

第 26 問 C

- 1、①過失犯を教唆・幫助することはできるか。
- 2、②たまたまナイフを置き忘れたことによって、③ある者に傷害罪の犯意を生じさせたり、既に犯意を生じた者の犯行を容易にした場合、②ナイフを置き忘れたことを犯罪として処罰できるか。
- 3、④甲女は自分の恋人乙に、乙の不倫相手A女経由で、A女の夫で公務員であるBが賄賂を受け取るようにしむけろと唆した。結果Bは賄賂を受け取った。
- 4、乙はA女が公務員Bの代わりに賄賂を受け取りに行くことを聞きつけたので、受取場所までA女を送り届け、見張りをやった。

基礎点 21 点 各論点 1 点

①【論点】過失犯の共犯

②過失行為→③のような教唆・幫助行為を導き出している

【論点】過失による教唆・幫助

④ややこしいけど、再間接教唆の事例

甲女→乙→A女→B

【論点】再間接教唆は処罰されるか

⑤これは間接幫助の事例

【論点】間接幫助は処罰されるのか

解答例

一、小問1について

1、過失犯の教唆の可罰性は認められるか(61条)。

思うに、過失犯は無意識をその要素としているので、犯意を生じさせることは不可能である。

したがって、過失犯への教唆犯はあり得ない。

2、一方、過失犯の幫助(62条)は認められるか。

観念的に、過失犯を幫助することが考えられないわけではない。

しかし、過失行為を幫助するという結果を発生は偶然に頼る要素が大きく、処罰に値する法益侵害の発生の危険性が認められない。しかも、ただでさえ軽い過失犯の刑を減輕すると刑が軽すぎて処罰の意味がなくなる。

したがって、過失犯の幫助をしても、処罰の対

【論点】過失犯の共犯

●教唆犯の可罰性

●幫助犯の可罰性

象にならない。

二、小問2について

1、本問のように、ナイフを置き忘れたことによって、犯意を生ぜしめた者を、教唆犯として処罰できるか。過失行為による教唆犯（61条）の成否が問題となる。

思うに、正犯に準じるとされる教唆の法定刑を過失犯に科すことは妥当でない。

しかも、故意に犯意を生ぜしめるという「教唆」（61条）の語義に反する。

したがって、過失による教唆は処罰できないというべきである。

2、同様に、過失による幫助（62条）も処罰できないと解する。

処罰範囲が不当に広がるし、処罰の必要性があるほどの危険性も認められないからである。

3、以上、本問のような行為は罪を構成しない。

三、小問3について

A女はBに単純収賄罪（197条）を犯すよう教唆し、そのA女を乙が教唆している。

乙は間接教唆犯（61条2項）として処罰されるが、その乙をさらに教唆する行為は可罰的か。

思うに、共犯の処罰根拠は間接的な法益の侵害にあるといえることができる。とすれば、犯罪行為を唆することが教唆だと考えることができる。

したがって、間接教唆の教唆も「教唆」（61条）というべきである。

以上から、甲女は収賄罪の教唆犯の罪責を負う。

四、小問4について

A女はBが収賄罪（197条）を実行することを容易にする幫助犯（62条）ということがいえる。

では、そのA女を幫助する間接幫助行為は可罰的か。

思うに、間接幫助行為については、正犯を幫助

【論点】過失による教唆・幫助

●教唆の可罰性

●幫助の可罰性

【論点】再間接教唆は処罰されるか

【論点】間接幫助は処罰されるのか

していると考えることができる。したがって、間接幫助も可罰的であるというべきである。

以上から、乙は収賄罪の幫助犯の罪責を負う。

以 上

第 27 問 B

甲は乙が金に困っていることを聞きつけたので、乙に俺が財物を買取ってやるから窃盗を行え、と教唆をした。

① 共犯の従属性について論じた上で、次の各場合において、甲に窃盗罪（第 235 条）の教唆犯（第 61 条）が成立するか。

1、② 乙が窃盗を行わなかった場合

2、③ 乙が犯罪を実行したが、**刑事未成年**であった場合

3、④ 甲は乙が実行に着手しても結果は絶対に発生しないと思っていたのに、乙が犯罪を実行し、結果を発生させた場合

基礎点 21 点 各論点 2 点

① 【論点】狭義の共犯の従属性

② 【論点】教唆の未遂

③ 【論点】責任無能力者の教唆

④ 【論点】結果が発生しないと認識しつつ犯罪を教唆した場合（未遂の教唆）

解答例

一、共犯の従属性について

1、共犯の実行従属性の問題について

従属性の問題として、まず、正犯が成立しないにも関わらず、共犯を独自に処罰できるかが問題となる。

思うに、刑法の機能は法益保護にあるから、正犯を通じて法益侵害・危険を惹起したところに処罰根拠を求めるべきである。

すなわち、共犯は正犯者を媒介として、犯罪の実現に加担するのみであるので、共犯行為のみでは、結果発生に至る現実的危険性に乏しい。

したがって、正犯による法益侵害の危険が発生し

【論点】狭義の共犯の従属性

● 実行従属性の問題

* 処罰根拠論から明らかにした。

て初めて処罰すべきである。すなわち、正犯が実行行為に着手して初めて処罰できることになる。

2、共犯の要素従属性の問題

上記のように、共犯処罰のためには、正犯が犯罪の実行に着手することが必要である。それでは、共犯処罰のためには、正犯はいかなる程度まで犯罪の構成要素を具備する必要があるか。「犯罪」（61条）、「正犯」（62条）の意味が問題となる。

思うに、共犯は正犯を通じて法益侵害を行う点に処罰根拠がある。とすると、共犯の可罰性を認めるには、正犯者が違法な行為をなしたことを要し、それでありたいというべきである。

● 要素従属性の問題

すなわち、正犯行為が違法性まで備えれば共犯も処罰できると解する。

二、1、小問1について

本件のように、犯罪の実行を教唆したが、正犯が実行に着手しなかった場合、教唆者を処罰できるか。

上で述べたように、教唆犯の処罰根拠は正犯を介して間接的に法益侵害の結果を発生させた点に求めるべきである。

この点で、正犯が実行に着手しなければ、そのような法益侵害の結果を発生させているとは言えない。

したがって、この場合、教唆者は処罰できない。だから、本問甲にも窃盗罪の教唆犯は成立しない。

【論点】教唆の未遂

2、小問2について

乙が刑事未成年者であった場合、乙は違法行為を行えるが、有責な行為は行えない。かかる乙を教唆した場合、教唆犯は成立するか。

前段で述べたように、共犯処罰のためには、正犯が違法行為を行うことで足りる。

本件乙は窃盗罪（235条）の構成要件に該当する違法行為をしている。したがって、これを教唆

【論点】責任無能力者の教唆

した甲は、窃盗罪の教唆犯（61条）の罪責を負う。

3、小問3について

未遂処罰には処罰に必要な危険性の発生が必要である。一方で、共犯の処罰根拠は正犯を介して危険を発生させる点にある。

ここで、正犯が実行行為を行えば、結果発生の危険は発生する。とすれば、これをあえて行うように教唆すれば、その可罰性は肯定しうる。

したがって、教唆犯の故意としては、被教唆者が実行行為を行う認識でたり、結果の発生を認容することまでは必要ないと解する。

以 上

【論点】結果が発生しないと認識しつつ犯罪を教唆した場合（未遂の教唆）

* 未遂の教唆不可罰説の論証

本問では教唆者甲に正犯の犯罪実行についての故意が全く欠ける。このような場合、甲に教唆の故意を認めることができるか。

思うに、未遂処罰には処罰に必要な危険性の発生が必要であるが、故意責任を問うにはこの点についての認識が必要である。となると、故意犯の成立には、結果についてまでの故意が要求されることになる。

ここで、教唆者にそのような危険な結果発生の認識がなければ、教唆の故意に欠けるといふべきである。

以上から、正犯の実行の着手について、甲に故意が欠ける以上、甲は処罰されないといふべきである。

第 28 問 A

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、甲乙がA家に強盗に入る計画をたてたが、甲が、②押し込む前に怖じけずいて①やめた場合。

2、二人でA家に②押し込んで（＝住居に侵入し、脅迫を開始して）から、甲が犯罪の実行を①放棄した場合。また、放棄するに止まらず、③甲が乙の犯罪の実行をいったん①やめさせたが、乙が新たな意思をもって犯罪を実行した場合かどうか。

3、甲乙がAを殺害する計画を立て、④乙がAに毒を飲ませた。⑤乙が立ち去った後、甲はAがかわいそうになって、苦しむAに解毒剤を飲ませて助けた。

基礎点 19 点 各小問の処理するごとに 1 点

①すべて、犯罪を途中で放棄している。

②押し込む前にやめる→実行の着手前の離脱

【論点】共犯関係からの離脱（3点）

【論点】共犯への中止犯の適用（1点）

③実行行為が終了前→離脱の問題

あえて犯罪の実行をやめさせる→中止犯の問題

小問2では、離脱と中止犯の両方が問題になる

④乙が毒をAに飲ませる→実行行為が終了、離脱は問題にならない

⑤中止犯の成否が問題になる

解答例

一、小問1について

1、本問甲は、住居侵入（130条）、強盗（236条）の実行行為に着手する前に犯罪の実行を断念している。

しかし、共犯として処罰されるためには、必ずしも実行行為を担当する必要はなく、実行行為を担っていないことは、甲の強盗罪の罪責を否定するための決定的理由にならない。犯罪行為を断念した者の罪責を考慮するには、この者が共犯関係から離脱しているか否かを判断する必要がある。

2、(1)ここに、離脱とは、共犯関係にある者の一部が犯罪の完成に至るまでの間に犯意を放棄し、自己の行為を中止してその後の犯罪行為に関与しないことをいう。

その効果として、離脱者は犯罪結果について責任を問われないことになる。

(2)上記のように処理されるのは、行為と因果性がない結果への責任を問うわけにはいかないからである。

とすれば、離脱の効果を認めるには、離脱者が自己の行為と他の行為者によるその後の行為との因果性を除去する必要があるというべきである。

(3)具体的には、着手前の離脱の場合は、他の共謀者に対して共謀関係からの離脱の意思表示をなせば足りる。それだけで、共同実行の意思が解消されるからである。

それに対して、着手後の離脱については、離脱者は他の共謀者の実行行為を阻止して、当初の共

【論点】共犯関係からの離脱

謀に基づく実行行為を阻止する必要がある。

他方、結果が発生した場合でも、他の共謀者が現に行っている実行行為を中止させた上、それ以後実行行為を継続することのない状態を作り出せば離脱を認めてよい。その時点で共犯関係が解消されたとみうるからである。

3、以上をもって本件を検討するに、怖じけずいただけでは、着手前であっても、離脱があるとはいえない。少なくとも、他の行為者への離脱の意思表示が必要だからである。これがない以上、甲も全部責任を負わざるを得ない。

したがって、甲は住居侵入・強盗罪の罪責を負い、乙とは共同正犯（60条）の関係にたつ。

二、小問2について

1、本小問では、甲は押し込んでから行為を止めている。かように実行に着手した後に、共犯関係から離脱をするには、共犯者の誰もが、当初の共謀に基づく実行行為を継続することのない状態を作り出す必要がある。

したがって、後段の場合で初めて甲は離脱が認められることになる。

離脱が認められない場合、甲は完全な罪責が問われる。前段の場合、甲は住居侵入罪に加え、強盗既遂罪（236条）の罪責を負うことになる。

他方、後段では甲は住居侵入をした上で、犯罪の実行に着手している。その後共犯者が発生させた結果に責任を負ういわれはないので、強盗未遂罪（243条・236条）の罪責を負うことになる。

2、さらに、小問2の後段において、結果が発生しても中止を認めるべきか。

思うに、離脱が認められる場合、未遂犯として処断される以上、43条但書の文言に反しない。しかも行為と結果との因果性を除去している場合には、中止犯の効果として、褒賞を与えるべきである。

したがって、離脱が認められる者には中止犯として、43条但書が適用ないし準用されるというべきである。

●あてはめ

●規範のおさらい

●あてはめ

【論点】共犯への中止犯の適用

以上から、後段の甲には中止犯の規定が適用され、強盗について刑が減輕、または免除される。

三、小問3について

本問では、乙が毒を飲ませた時点で殺人罪の実行行為は終了している（199条）から、離脱は問題にならない。

ただし、甲は、自己の意思によって結果防止のため必要かつ相当な行為を行い、結果発生を防止している。

したがって、甲は殺人未遂罪の罪責（199条）を負うが、中止犯の規定が適用される。

以 上

●中止犯しか問題にならない点に注意

第29問 B

次の各事例における甲乙の罪責を論ぜよ。

- 1、①甲乙がAを痛めつけてやろうと共謀し、暴行に及んだ。甲が傷害の故意しかかったにも関わらず、乙が殺人の故意をもって、Aを刺し、殺害した場合
- 2、甲が丙に傷害を教唆したにも関わらず、丙が殺人の故意をもって人を刺し、殺害した場合
- 3、甲が丙に**A家に強盗に入ることを教唆したが、B家に強盗に入った場合**。丙が単にA家とB家を間違った場合と、A家の戸締まりが厳重で、一度あきらめて帰りかけたところ、一緒に強盗に行った丁が強硬にB家に強盗にはいるように主張した場合に分けて論ぜよ。

基礎点 21 点

【論点】共犯と抽象的事実の錯誤

共同正犯の場合 2 点

教唆犯の場合 2 点

【論点】共犯と具体的事実の錯誤

- ・各小問のあてはめ→1点ずつ

解答例

一、小問1について

1、本問甲乙には傷害致死又は殺人罪についての共同正犯（60条）の関係が見られる。

しかし、本問では甲乙の間の認識に不一致が見ら

れる。殺人行為を犯した乙に殺人罪（199 条）が成立するのは当然であるが、甲はいかに処断されるか。

2、(1)この点、罪名の従属性を強調し、重い罪の共同正犯が成立し、軽い罪の故意しかない者は軽い罪の限度で処断刑が決まる（38 条 2 項）とする立場がある。しかし、犯罪の成立と科刑を分離する解釈は妥当ではない。

(2)思うに、共同正犯では共同の正犯行為を通じて法益侵害もしくはその危険を発生させるものである。とすれば、共同して特定の構成要件を実現したという事実を要するいうべきである。

そうすると、共犯間の故意が異なる場合、共犯が成立しないかにも見える。しかし、両者の故意について、構成要件的に重なりある範囲については犯罪の共同が認められる。

したがって、上の限度で共犯の成立が認められるというべきである。重なり合いの有無は、各犯罪の行為態様、及び保護法益に共通点が見られるか否かをもって判断することが妥当であると解する。

3、本問事案を見ると、傷害罪と殺人罪の保護法益は、それぞれ人の身体・生命であり、類似点が見られる。しかも、犯罪の行為態様についても相違点は少ない。

以上から、本問では死の結果が発生していることから、甲には傷害致死罪が成立する。甲乙は傷害致死罪の限度で、共同正犯の關係に立つことになる。

二、小問 2 について

1、本問のように、教唆（61 条）の内容と実現した結果が異なる場合、教唆者にはいかなる犯罪が成立するか問題となる。

2、思うに、構成要件に該当する客觀的事実を認識した場合、規範の問題が与えられ、違法性の意識を喚起することが可能となる。にもかかわらず、あえて犯罪事実を実現する点に故意犯が重く処罰される理由がある。

とすれば、犯罪事実は構成要件として与えられるから、原則として構成要件に該当する事実さえ

【論点】共犯と抽象的事実の錯誤

* 罪名従属性の問題

● 行為共同説を批判

● 犯罪共同説

● 部分的犯罪共同説

【論点】共犯と抽象的事実の錯誤

* 教唆犯の場合

認識していれば、十分故意責任を問いうる。

したがって、認識した内容と発生した事実がおよそ構成要件の範囲内で符合していれば故意があるというべきである。

とすると、構成要件の範囲内での符合もない場合、一般的には、故意は阻却されることになる。

ただし、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で違法性の意識を喚起できる。したがって、この場合には、その限度で故意責任を問いうるというべきである。

教唆犯も、犯罪に重なり合いが認められる限度で罪責を負うというべきである。

3、以上から、甲は傷害致死罪（204条）の教唆犯（61条）として処断されることになる。

* 結果的加重犯の教唆の論点もあ
りうる

三、小問3について

1、本小問前段については、具体的事実の錯誤の問題として処理できる。すなわち、住居侵入強盗を教唆し、結果として住居侵入強盗の結果が発生してる以上、故意は認められる。

したがって、甲は強盗罪（236条）の教唆犯としての罪責を負う。

2、これに対して、後段について乙がB家に強盗に入ったのは、甲の教唆によるものではなく、丙に強盗に入るように説得されたからである。

● 教唆の因果性の問題

共犯も、行為と結果との間に因果関係が必要であることは注意すべき

となると、この場合甲の教唆と、乙による強盗の結果との間に因果性はない。すなわち、甲によって法益侵害の結果が発生させられたわけではない。

以上から、甲は無罪である。

以 上

第二編

第1章 財産罪以外の個人的法益

第30問 B

1、会社が倒産して世をはなかんだ夫に対して、①妻は自殺をするようにすすめた。この時点における妻の罪責を論ぜよ。

2、上記の事案で、②夫が俺も後を追って死ぬから、と嘘をついた結果、妻が自己の殺害に承諾し、夫が殺人の実行行為に及んだ場合、夫の罪責を論ぜよ。

3、会社が倒産して、夫が一家心中しようとして妻を殺した。③夫は**承諾の存在を知らなかったが、妻が真意による承諾をしていた場合**と、④**夫が承諾の存在を誤信した場合**とに分けて、夫の罪責を論ぜよ。

基礎点 17 点 各 2 点

①これだけで犯罪にできるか

【論点】自殺関与罪（202 条）の処罰根拠

【論点】自殺関与罪の着手時期

②承諾殺に見えるが→承諾は錯誤によるもの

【論点】承諾殺人罪の承諾～錯誤による場合

③殺人の故意で承諾殺人の結果が発生した場合→殺人未遂か承諾殺人か

④内心で承諾殺→これ以上の罪に問うことはできない

【論点】抽象的事実の錯誤

解答例

一、小問 1 について

1、妻は自殺をするように唆しているから、自殺関与罪（202 条）が成立する可能性がある。

しかし、この時点では夫はなんら自殺行為に着手していないが、それでも、妻に犯罪が成立するか。自殺関与罪の着手時期が問題となる。

2、(1)この点、自殺関与罪が共犯の特別類型であると考えるならば、自殺者の自殺行為の開始に実行の着手時期を求めるべきことになる。

しかし、自殺は、既遂に達すれば処罰の対象が存在しなくなるし、未遂の場合に自殺未遂者を処罰するのは国民の処罰感情に反する。自殺はかような理由から犯罪ではない。

となると、自殺関与罪は共犯の特別の類型とみるべきではない。

思うに、生命は本人だけが左右しうるものというべきである。すなわち、他人の生命への関与は自らの生命の関与と質的に異なり、可罰性がある。

したがって、自殺関与罪は上記趣旨から処罰される独立の犯罪類型であるというべきである。

【論点】自殺関与罪の着手時期

【論点】自殺関与罪（202 条）の処罰根拠

cf. 【論点】承諾により法定刑が軽減される根拠

同意殺（202 条）は、他人の生命を侵害するものとして、その可罰性は肯定される。

ただし、同意殺人罪では、被殺者が死について承諾をなしているから、現象的には、自殺関与と類似する。

また、被殺者の自由な意思決定により生命が放棄されている。この場合、法益侵害の程度は普通殺人罪より小さい。

(2)とすれば、自殺関与罪の実行行為は、自殺への関

以上同意殺人罪は、可罰的である

与行為そのものを実行行為と解すべきである。すなわち、教唆行為の開始に実行の着手があると解する。

3、以上から、自殺をすることを教唆した妻は自殺関与未遂罪の罪責を負う（202条・203条）。

二、小問2について

本問妻は、夫の虚言を信じて自らの死について承諾をしている。

このように、同意が錯誤によるものであるとき、殺害行為を承諾殺人罪（202条）、殺人罪（199条）のいずれによって評価すべきか。

思うに、追死が自殺の決意にとって本質的であるならば、自殺についての自由な意思決定が失われる。このような状況でなされた承諾は、錯誤による承諾として、無効とすべきである。

承諾が無効な以上、本件殺害行為は殺人罪の構成要件によって評価されることになる。

以上から、妻の承諾は無効であり、夫は殺人罪（199条）として処罰される。

三、小問3について

1、まず、前段では、客観的に承諾殺人罪の結果が発生しているが、行為者は殺人罪の故意をもって行為に望んでいる。一方、後段の場合は、承諾殺人罪という軽い罪を犯す意思で殺人罪という重い罪を犯している。

このように錯誤が異なる構成要件にまたがる場合は、いかにして処理すべきか。

2、(1) 思うに、故意責任の本質は、反対動機の形成可能性があるにもかかわらず、あえて犯罪行為を行った点にある。

とすると、違法性の意識喚起の可能性がある場合は、その限度で故意責任を問いうると解する。具体的には、認識と客観的事実が構成要件の範囲で符合していれば、故意責任を問いうる。

(2) 一方、錯誤が異なる構成要件にまたがっている場合、原則として故意は阻却される。

しかし、両構成要件の間に、重なり合いが認め

が、通常の殺人罪よりも法定刑が軽減されていることになる。

【論点】承諾殺人罪の承諾が錯誤による場合

一方で、錯誤が意思決定に重大な影響を与えているとまでは言えない場合、承諾は真意によるものとして、有効であるということになる。この場合、殺害行為は承諾殺人罪によって評価される。

* 承諾の有効・無効について個別的に考える説を採ってもよい。

【論点】抽象的事実の錯誤

られれば、その限度で違法性の意識は喚起しうる。
したがって、かような重なり合いが認められる限度で故意責任を問うことができると解する。

3、ここに、承諾殺人罪と、殺人罪は行為態様・被害法益の点で共通する。一方の犯罪を犯す故意で他方の犯罪を犯した場合、違法性の意識喚起の可能性はある。

とすれば、前段の場合、客観的に発生した以上の責任を行為者に負わせるわけにはいかない。したがって、夫は承諾殺人罪（202条）の罪責を負う。

一方後段の場合、承諾殺人の限度でしか違法性の意識を喚起することはできない。したがって、夫は承諾殺人罪（202条）の罪責を負うことになる。

以 上

第 31 問 B

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、①甲は命中させるつもりはないが、威嚇する故意をもって、石を乙に向かって投げたが、意外にも乙に石が命中し、乙は怪我をした。

2、甲が嫌がらせ目的で執拗に乙に電話をしたら、②意外にも乙がノイローゼになってしまった場合

3、甲は妊婦であるA女に薬物を飲ませたところ、③A女の生んだ子供 B に傷害結果が発生していた。④甲の毒物投与によって、A女の分娩時期が早まったなどの事実がないものとする。

基礎点 19 点 各小問 2 点ずつ

①暴行の故意しかない→②傷害の結果が発生した、どうする？

【論点】傷害罪（204条）の成立に必要な故意

②傷害の故意はない、暴行の故意もない→結果として傷害結果が発生した場合

③傷害結果が発生→ただ、行為をした時期には胎児は存在しない

④堕胎罪にはできない

【論点】胎児性傷害をいかに処断すべきか

解答例

一、小問 1 について

1、本問甲は暴行の故意をもって傷害の結果を発生

させている。このように、傷害の結果は生じたが、暴行をする故意しかない場合、行為者をどのように処断すべきか。

2、傷害罪（204条）の成立には、あくまでその故意が必要であり、故意ない限り傷害罪を成立させることはできないとも考え得る。この立場からは、本件は暴行罪（208条）と過失傷害罪（209条）との観念的競合（54条）によって処断することになるだろう。

しかし、傷害の故意と暴行の故意を明確に区別するのは不可能に近い。にもかかわらず、かように解すると、処断刑があまりに軽すぎ、妥当な結論を導けない。

思うに、「傷害するに至らなかったとき」（208条）という文言は、傷害罪が結果的加重犯であることを予定しているといえる。

したがって、暴行・傷害の故意のいずれにかかわらず、傷害結果を発生させた場合、傷害罪が成立するというべきである。すなわち、傷害罪は暴行の結果的加重犯と故意犯の複合形態といえる。

3、以上から、甲は傷害罪の罪責を負う。

二、小問2について

本問甲は嫌がらせ目的で電話をかけたことによって、意外にも乙にノイローゼの結果を発生させている。

しかし、嫌がらせ電話をかけることは暴行の実行行為とはいえない。このような場合、基本犯がないから、傷害の故意がない限り、傷害罪は成立しないというべきである。

以上から、甲は過失致傷罪（209条1項）の罪責しか負わない。

三、小問3について

1、甲は乙に毒物を投与しているが、本問の場合、分娩時期が早まっていないから、不同意堕胎罪（215条）は成立しない。

一方、Bに傷害の結果が発生しているが、甲の実行行為時Bは胎児であった。胎児は人ではない。

【論点】傷害罪（204条）の成立に必要な故意

【論点】胎児性傷害をいかに処断すべきか

この場合、甲に傷害罪の成立を認めることができるか。

2、まず、胎児は母体の一部であると考えれば、胎児への攻撃は、母体という人に対する傷害といえる。その上で、生まれた子という人に傷害結果が発生するのであるから、傷害罪の成立を認めることができそうである。

しかし、胎児に対する傷害を母体への攻撃と解すると、自己堕胎は自己傷害ということになる。となると、自己堕胎が可罰的であることの説明がつかない。

しかし、傷害結果が生じた胎児が生まれた場合、母親への攻撃によって、母親の健康な子供を産むという機能が害されるとみることができる。すなわち、母親に対して結果が発生する傷害罪とみるのが妥当である。

3、したがって、甲には傷害罪（204条）が成立すると解するべきである。

以 上

第 32 問 C

甲は、山中でハイキングをしていたところ、①乙がAを殴っている現場に出くわした。乙が立ち去った後、②甲はAを前々から気に入らなく思っていたので、怪我をしてうずくまっているAに数発足蹴を食らわして立ち去った。さらに、③丙は苦しんでうめいているAを発見したが、面倒なことにに関わり合いになるのはごめんだと考え、丙はそのままAを置き去りにした。④Aはその後死亡したが、死亡の原因となった傷害が甲乙いずれの暴行によるものか不明である。

甲乙丙の罪責を論ぜよ。

基礎点 21点 各論点 2点

①②甲乙はAに強度の暴行を加えている→傷害結果が発生しているのは明らか

③Aは怪我をしている＝扶助を要すべきもの

これを置き去りにする行為は、遺棄罪を構成しないのか。

ただ置き去りにするだけならば処罰する必要はない？

【論点】遺棄の意義

④死の結果と甲乙の行為との間の因果関係が不明である。

【論点】同時傷害の特例（207条）の趣旨

【論点】207条の適用範囲（傷害致死に適用できるか）

解答例

一、甲乙の罪責について

1、甲乙は傷害行為を行っており、結果としてAが死亡している。しかし、Aの死の結果と甲乙の行為との因果関係が明らかでないから、甲は傷害罪（204条）の限度でしか罪責を負わないのが原則である。

しかし、傷害罪について、意思の連絡がなくとも共犯の例によるとされているが（207条）、この場合、甲に同規定が適用されるか。傷害致死罪に同時犯の特則が適用できるか否かが問題となる。

2、(1)同時犯においては、行為者相互間に意思の連絡がない。したがって、単独犯としてそれぞれの行為者について犯罪の成否が検討されるのが原則である。

しかし、207条は傷害行為が行われた場合に限り、意思の連絡なくても共犯規定により処罰される場合を認めるものである。

一つの客体に複数の暴行が競合した場合、発生した傷害の原因行為の特定が難しい。因果関係の推定は、それでも行為者に処罰を免れさせるべきではない、という政策的理由によって認められるものである。

とすると、本問のような場合にも上の趣旨は当てはまるから、207条の適用を認めうるかに見える。

(2)しかし、本条は因果関係が不明な場合、既遂結果について犯罪者に帰責できないとの刑法の原則を修正するものである。したがって、安易に適用範囲を拡大することはできない。

本条が、人を「傷害した」場合と規定していることはその現れというべきである。

したがって、原則通り、甲乙はAの死の結果については責任を負わない。甲乙は傷害罪（204条）の

【論点】207条の適用範囲（傷害致死に適用できるか）

【論点】同時傷害の特則（207条）の趣旨

罪責を負うのみである。

二、丙の罪責について

1、Aは扶助を要すべき者ということが出来るから、これを置き去りにした丙は、遺棄罪（217条）の罪責を負う可能性がある。

しかし、丙はAを発見した後、そのまま置き去りにしたのみである。ここに、「遺棄」（217条）には置き去り行為も含むか。

2、思うに、217条は保護責任のない者を処罰する規定であるから、そのような者には不作為を処罰するための基礎となる作為義務はない。

したがって、217条の遺棄は移置のみを指すといふべきである。

（一方で保護責任者には不作為を処罰する基礎となる作為義務の存在が認められる。

したがって、218条の遺棄は移置のみならず、置き去りをも意味すると解すべきである。）

3、以上から、甲は無罪である。

以 上

【論点】遺棄の意義

第 33 問 B

郵便局員甲は局長のことを日頃から気に入らなかったため、①局長を批判する文書を局内に掲示するため、こっそり夜間に郵便局に侵入する計画を立てた。甲は郵便局に入る際に、②ビルの管理人に対して事情を話し、黙って通してもらった話がついていたので、すんなり郵便局内に侵入できた。甲が侵入してみると、局長室が開いている様子であったので、こわごわ局長室を覗いてみると、③局長が仕事に疲れて眠り込んでいたので、嫌がらせをしてやろうと考え、④局長室の扉を閉め、その外に机やいすをおいて、簡単には開かないようにした。ところが、甲の帰宅後、管理人は話が大きくなることをおそれ、局長室の前の机やいすを取り除き元に戻しておいたので、⑤局長は閉じこめられたことについては気がつかなかった。

本問事例における甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

① 正当な理由がないのに侵入した……といえるか

② 管理人が建物の内部への進入を許可している→侵入態様としては正当

【論点】住居侵入罪の処罰根拠→いかなる場合に正当な理由なく……侵入したことになるか

③⑤被害者は監禁の事実には気がつかなかった

【論点】逮捕・監禁罪の客体

④人を物理的に監禁する行為がある

解答例

一、まず、夜間郵便局に侵入していることを捉え、甲には住居侵入罪（130条）が成立する可能性がある。

しかり、甲は管理人の承諾を得て建物に進入している。そこで、「正当な理由がないのに…侵入」（130条前段）とは、いかなる態様による立ち入りを指すのか。

この点、平穩を害する態様による住居への立ち入りを指すとする見解がある。

しかし、平穩は社会の平穩と結びつきやすく、本罪の保護法益が社会的法益であるとみる考え方の残滓がみられる。

そもそも、個人の意思から法益を分離するのは妥当でない。この点を中心にして住居侵入罪の保護法益を考えるべきである。

そこで、本罪の保護法益は住居に誰を立ち入らせ、誰の滞留を許すかを定める自由であるというべきである。したがって、住居等の一定の場所を管理支配する権利を害する立ち入りが本罪で処罰されるというべきである。

本問においては、建物の管理権者は局長である。管理人は管理のため手足として利用されているものにすぎない。そして、本問甲による侵入を局長は認めなかったと予測されるから、甲には建造物侵入罪が成立する（130条前段）。

二、1、次に、甲は局長を局長室に閉じこめているが、局長にはそのような認識がない。このような場合甲に監禁罪（220条）が成立するか。

2、思うに、本罪の保護法益は身体活動の自由で

【論点】住居侵入罪の処罰根拠

* 犯罪の成立を否定してもよい

【論点】逮捕・監禁罪の客体

* 原則論

ある。したがって、本罪の客体は身体活動の自由を有する自然人であり、嬰兒などは除外される。

それでは、実行行為の時点で具体的な行動の意思・能力がない者は、本罪の客体となるのか。

* 論点

思うに、被害者がたまたま行動の意思を起こすか否かで、犯罪の成否が左右されることになるのは妥当ではない。身体活動の自由とは、行動したいときに行動できる自由というべきである。

したがって、客体の有する自由の程度は潜在的・可能的自由でたり、本罪の客体たるために具体的な行動の意思・能力は必要ないというべきである。

さらに、監禁・逮捕の事実を被害者は認識している必要があるかについても、不要であるということになる。

3、以上から、甲は監禁罪（220条）の罪責を負う。

以 上

第 34 問 A（1はB）

1、甲は、A女を姦淫する際、傷害結果発生認識を持ちつつ、傷害の結果を発生させた。甲はいかなる罪責を負うか。さらに、甲が死の結果を認容しながら、A女を姦淫し、A女が死亡した場合についても論ぜよ。

2、乙は、Bから財物を強奪する際、傷害結果発生認識を持ちつつ、傷害の結果を発生させた。この場合、乙はいかなる罪責を負うか。乙が死の結果を認容しながら、Bから財物を強奪するため暴行し、Bが死亡した場合についても論ぜよ。

基礎点 19 点

*それぞれの論点が導かれる典型的な事例

181条、240条のいずれの条文も結果的加重犯に関する条文であるのは間違いない

→重い結果に故意がある場合の処理は？

【論点】強姦致死傷（181条）で重い結果に故意ある場合の取扱

傷害の場合 2点

殺人の場合 2点

【論点】強盗致死傷で、重い結果に故意がある場合の扱い

あわせて2点

一、小問1について

1、甲は強姦犯人であり、死傷の結果を発生させているから、強姦致死傷罪（181条）の成立がまず考えられる。しかし、上の規定は、一次的には死傷の結果に故意がない場合を規定していると解される。

そこで、強姦犯人が死傷に故意ある場合、本罪で処罰できるのかが問題となる。

2、まず、強姦致傷罪（181条）は結果的加重犯であるから、故意ある場合とない場合が同一の条文で規定されるのは不自然であるともいえる。

そこで、故意ある場合は、強姦罪と殺人罪もしくは傷害罪との観念的競合が成立するとの見解がある。

しかし、傷害結果が発生した場合、強姦罪と傷害罪の観念的競合に止まるとすれば、無期による処罰の可能性がなくなり、刑の均衡を失する。

3、思うに、姦淫行為の際、傷害の結果が伴うことは多い。とすれば、傷害の故意ある場合は強姦致傷罪の構成要件において予定されていると考えるのが素直である。

以上から、傷害の故意ある場合は強姦致傷罪が成立すると解するのが妥当である。

それに対して、殺人の結果については上の論理は妥当しない。したがって、殺人の故意ある場合は、強姦罪と殺人罪の観念的競合として処理されると解するべきである。

3、以上から、前段の場合、甲は強姦致傷罪（181条）の罪責を負うことになる。

一方で、後段では、甲は強姦罪（177条）と殺人罪（199条）の罪責を負う。

二、小問2について

1、乙は暴行の手段としての暴行によって、Bの死傷の結果を発生させているから、強盗致死傷罪（240条）が成立する可能性がある。

しかし、甲は殺人の故意があるので、240条を

**【論点】強姦致死傷（181条）で
重い結果に故意ある場合の取扱**

【論点】強盗致死傷で、重い結果

甲に適用できるか。240 条が殺人の故意ある場合に故意がある場合の取扱いも含むかが問題となる。

2、思うに、240 条の趣旨は強盗の際に暴行・脅迫が行われ、被害者が負傷・死亡することが顕著にみられるため、これを重く罰したものである。

そして、強盗の際に殺意・傷害の故意あることは十分あり得ることであるから、240 条が故意ある場合を予定していないとは考えられない。

結果的加重犯特有の「よって」の文言がないということも、240 条の上のような性格を表したものであるといえることができる。

したがって、240 条には死傷結果に故意ある場合も含まれる。

3、以上から本件甲は、前段は強盗傷人罪、後段は強盗殺人罪（240 条）の罪責を負う。

以 上

第 35 問 B

1、①甲は、政党も傘下におさめる宗教団体Aの代表が、複数の女性信者と特定の関係があることを、②綿密な取材の結果、つきとめた。③そこで、代表ひいては当該宗教団体の反社会性を世に訴えるため、④取材内容を雑誌で公表した。後、甲は名誉毀損罪で起訴されたが、その裁判の際、⑤甲は取材内容の真実性の証明に失敗した。甲の罪責を論ぜよ。

2、⑥上記事例で、名誉毀損罪が不成立になったとした場合、別に侮辱罪は成立しないか、検討せよ。

基礎点 19 点 各論点 2 点

①摘示した事実→人の社会的評価を低下させるにたる具体的事実

→ただし、代表の地位から、公共の利害に関わる事実といえないか

【論点】事実の公共性

②確実な資料・根拠による表現であるとみてよい

③公益を図る目的があるといっていよい

④公然事実を摘示したといえ、名誉毀損罪の構成要件該当事実あり

⑤失敗したらだめでしょう……という気もするが、230 条の 2 などによって、自分の行為が犯罪ではないと考えていたなら、そういう甲を保護しなくてよいのか？

【論点】230 条の 2 の法的性格

【論点】真実性の証明に関する錯誤

⑥侮辱罪が、事実を摘示した場合にも成立するとなれば、別に侮辱罪が成立する可能性はあるが……

【論点】侮辱罪の保護法益（名誉毀損と侮辱罪の区別）

解答例

一、小問1について

1、甲は公然と事実を摘示しているから、名誉毀損罪（230条1項）の構成要件に該当する行為を行っている。しかも、真実性の証明に失敗しているから、230条の2の適用もない。

しかし、甲は社会的影響力の大きい団体の反社会性を訴えるという公益目的をもって、事実の摘示をしているものである。にもかかわらず、いかなる場合も甲が処罰されることは、表現の自由（憲法21条）保障の観点からしても認められない。

そこで、場合によっては、甲の処罰を免れさせる法的構成が問題となる。

2、この点、甲の故意を阻却することでその可罰性を否定する見解がある。

しかし、230条の法的性質は処罰阻却事由であると解される。真実性の挙証責任を被告人に負わせているからである。

そして、処罰阻却事由の有無は故意の成立と関係ないから、上記見解は妥当でない。

実質的にも、非難可能性がないというより、端的に違法性のない行為であると解するのが妥当である。確実な資料・根拠に基づいた事実の摘示は、表現の自由の正当な行使というべきであるからである。

したがって、たとえ証明に失敗しても、本行為は正当行為（35条）として、違法性が阻却されるというべきである。

そして、正当行為というためには、まず230条の2における二つの要件の具備が必要である。すなわち、摘示事実が公共の事実に関する事実であり、行為者に公益目的がなければならない。

その上で、確実な資料・根拠に基づいて事実の摘示をしていることが35条適用の要件と解する。

【論点】真実性の証明に関する錯誤

3、以上をもって本問を検討する。

まず、本件事実は巨大な宗教団体の会長の私行に関するものである。この場合にも、事実の公共性は認め得るか。

この点、(旧出版法などでは、私行は事実証明の対象から除外されていた。しかし、) 当該私人の社会的活動の性質、社会に及ぼす影響力によっては、私行であっても、事実の公共性を認めうる場合はあると解する。

当該私人の社会活動が公人といえるものであるならば、それに対する批判、評価の一資料となるからである。

したがって、当該事実に事実の公共性を認めてよいと考える。

さらに、甲は、綿密な調査の上、当該団体の反社会性を世に訴えるために、表現行為をなしている。したがって、甲の表現の目的に公益目的はあるし、表現が確実な資料・根拠に基づいているともいえる。

したがって、甲の表現行為からは、35条によって、違法性が阻却され、甲は無罪となる。

二、小問2について

1、前段で述べたように、甲は名誉毀損罪での処罰はされない。その場合に、改めて侮辱罪(231条)が成立することがありうるか。両者の区別が問題となる。

2、この点、名誉毀損罪と成立範囲を区別するため、侮辱罪の保護法益を名誉感情とする見解がある。

しかし、この見解は侮辱罪で公然性が要求されていることが説明できない。また、幼児や感情のない法人も侮辱罪の主体というべきであるから、保護法益は両罪とも外部的名誉というべきである。

そこで、「事実を摘示しなくても」(231条)とあることから、事実の摘示の有無で区別するのが妥当である。すなわち、事実を摘示する場合が名誉毀損罪であり、事実を摘示しない場合が侮辱罪と

【論点】事実の公共性

【論点】侮辱罪の保護法益(名誉毀損と侮辱罪の区別)

いうことになる。

3、本件で甲は事実を摘示しているから、別に侮辱罪が成立することはない。

以 上

＊甲の保護のための法的構成～故意を阻却とする見解

この点、真実性の举证責任を被告人に負わせているから、単なる処罰阻却事由と考える説がある。

しかし、表現の自由に基づく真実の公表は、積極的に正当な行為と評価されるべきである。

思うに、事実の公共性・目的の公益性が認められる場合、真実の公表は違法な行為とは評価できない。

したがって、230条の2は違法性阻却事由を定めたものというべきである。

とすると、230条の要件事実がないのにあると考えた場合、認識としては完全な正当行為であるから、故意責任を問うわけにはいかない。

したがって、かかる場合故意を阻却し、名誉毀損罪が成立しないと解する。

ここで、いかなる場合に故意を阻却するといえるか。軽率にも真実であると誤信した者を保護するのは、名誉権を不当に害する結果となる。

名誉の保護と表現の自由との調和と均衡の観点から、確実な資料・根拠に照らし、誤信に相当の理由がある場合に故意が阻却されると解する。すなわち、証明可能な程度に真実であると誤信した者が故意責任を阻却されると解する。

第2章 財産に対する罪

第36問 B

次の事案における甲の罪責について論ぜよ。

- 1、甲は乙の運転する①トラックの荷台にこっそり乗り込み、数十キロ移動をした。
- 2、②甲は乙の占有する麻薬を盗んだ。
- 3、甲は、情報を同業他社に渡す意図で、③機密情報が書かれたファイルについて、会社で業務用のコピー用紙一枚にコピーし、家に持ち帰った。

基礎点 19 点 各小問 2 点

【論点】財物の意義

- ①運送利益が「財物」にあたるか
- ②禁制品が「財物」にあたるか
- ③情報が「財物」にあたるか

解答例

一、1、甲は、トラックの荷台に乗って、運送という利得を得ている。

このように、運送という利得を得ることは「財物」の取得にあたるか。

2、思うに、民法85条は、物を有体物と定義する。これを参考にして、原則として財物とは有体物を指すと解することになりそうである。

しかし、電気などのエネルギーを盗用するものを取り締まる必要がある。したがって、管理可能な物を財物に含めるべきである。

ただし、財物が物という概念から乖離しすぎるのは妥当でない。したがって、財物とは、物理的に管理可能な物をさすと解する。

3、以上をもって本問内容を判断すると、運送という利得は物理的な管理が不可能である。したがって、甲には利益窃盗が成立するのみであるから、不可罰となる。

二、小問2について

1、甲は麻薬という禁制品の占有を自己に移転しているから、窃盗罪（235条）の罪責を負う可能性がある。

しかし、麻薬のように、私人による所有・占有が禁止されている物は、財産罪の客体にはならないのではないかと。禁制品も財物にあたるかが問題となる。

2、思うに、禁制品もその没収には一定の手続が必要である。すなわち、法律上の没収手続によらなければ没収されないという意味で事実上の占有が可能である。

したがって、法律的手続によらない奪取行為に対しては刑法上保護の必要があるから、その範囲においては財物性を認めるべきである。

3、以上から、麻薬も財物に当たるので、甲は窃盗罪（235条）の罪責を負う。

三、小問3について

【論点】財物の意義

● 運送利益が「財物」にあたるか

【論点】財物の意義

● 禁制品が「財物」にあたるか

1、本件甲はコピー用紙一枚を家に持ち帰っているが、この点だけをみると、処罰に値する法益侵害がなく、犯罪は成立しない。

しかし、甲は会社の機密情報をコピー用紙に写し取ってもいるから、かかる行為を全体的にみていかに評価できるか。

2、(1)「財物」とは、小問1でみたように少なくとも物理的な管理が可能のものでなければならない。

とすれば、情報は人の観念の産物であるから、これは財物にあたらない。

(2)しかし、かかる情報の財貨的価値は高い。とすれば、これが記録された紙全体の価値も、単なる紙とは異なり、財貨的価値が高いとみうる。

とすれば、かような情報が記録された紙を窃取する行為は十分可罰性があるといってよい。

3、以上をもって本件を検討するに、会社の機密情報は、同業他社に売り渡すことができるほどの価値がある。かような情報が記載された紙は、もはや単なるコピー用紙一枚の価値と同列にみることはできない。

したがって、かかる用紙を家に持ち帰った甲は、窃盗罪の罪責を負うことになる。

以上

【論点】財物の意義

③ 情報が財物にあたるか

第37問 B

次の各事例における甲の罪責を論ぜよ。

1、①Aは公衆トイレに入るため、トイレのすぐ前にある公園のベンチの上に自分の鞆を置いた。通りがかりの甲は一部始終を見ていたが、前々から鞆がほしいと思っていたので、②そのまゝ鞆を領得した。

2、③甲は乙の経営するコンビニエンスストアで店番をしていたが、④店の商品を勝手に食べたり、日用品を自分の家に持ち帰って使用したりした。

3、郵便局員甲は、自己が届けることになっていた⑤現金書留を家に持ち帰り、⑥封を切って、中身の金銭を領得した。

基礎点 21 点 各論点 2 点

① Aの占有はあるか

② 鞆を自己の占有下に移している

→ Aの占有があるなら窃盗罪、なければ遺失物等横領となる

③ 店に雇われた者→委託新任関係が……あるのか？

④ 店の商品に手をつける行為→横領か、窃盗か。甲にもともと占有があるかを検討！

【論点】上下・主従間の占有

⑤⑥ 本来届けるべき金を自分のものにする→横領か、窃盗か。

【論点】封緘物の占有

解答例

一、小問1について

1、甲が鞆を領得した行為について、これは「他人」の占有を侵害したものといえるか。Aの占有があるかどうかの判断基準が問題となる。

2、思うに、占有はその意思と事実からなるものである。特に占有の事実、問題となる物の種類、物の保存の態様、占有の意思を持つ者と、物との位置関係など諸般の事情から総合判断すべきである。

3、ここに本件Aは、一次的に公園のベンチに鞆を置いたに過ぎないから、その占有の意思は認められる。

また、公衆トイレと公園のベンチとの距離も近接しているから、そこに鞆が短時間放置されただけであるなら、Aの占有の事実もあるといってよい。

以上から、甲は他人の占有を侵害し、鞆を自己の占有下に移しているといえる。したがって、甲は窃盗罪の罪責を負う。

二、小問2について

甲は店の商品を領得しているが、商品の占有が甲にあれば、横領罪、そうでなければ窃盗罪となる。甲の罪責を確定するため、本問コンビニエンス店内の商品の占有は誰にあるかが問題となる。

思うに、本問甲のような使用人の占有は上位者の占有を機械的に補助するものに過ぎない。

したがって、占有は上位者にあるというべきである。

以上から、使用人が店の物を盗んだ場合は窃盗罪

● 要件事実のあてはめが問題になる

* 参考

自動車の試乗を装って、自動車に載って逃げる行為

自動車の機動性、ガソリンはスタンドで容易に入れられること→これから考えると、キーを受け取ったら占有移転

∴だまして占有移転させた、として詐欺罪

cf. 占有移転の時期を遅らせ、窃盗罪とする見解もある

【論点】上下・主従間の占有

* 参考

もともと下位者とはいえ、上位者との間に高度の信頼関係があり、支配している財物についてのある程度の処分権が委ねられている場

(235 条) が成立する。本問甲は窃盗罪の罪責を負う。

三、小問 3 について

1、本問封筒は、財物を封印・施錠した物であるから、封緘物にあたると考えられる。

そこで、封緘物の中身の占有は誰にあるか。

2、思うに、封緘によって中身を披見できないから、内容についての事実上の支配は委託者にあるとせざるを得ない。

したがって、封緘物全体の占有は受託者に帰属しているが、中身は委託者に帰属しているとすべきである。

(本見解によると全体を領得すれば軽い横領で、中身を抜き取れば重い窃盗という結論となる。このような結論は奇妙であるかに見える。

しかし、在中物を領得する意思があるのが普通であるので、その場合窃盗罪が成立するから、奇妙な結論とはいえない。

また、封緘物の委託を受ける者が業務上の占有者であれば、窃盗罪と業務上横領罪(253 条)の法定刑は同じであり、問題はない。)

以上から本件を検討すると、甲は業務上封筒を占有する者であるので、これを持ち帰った時点で、業務上横領罪が成立する。さらに、中身を抜き取った時点で、委託者の占有を自己の占有に移しているから、窃盗罪が成立する。

そして、両罪は実質上同一の法益を侵害するものであるから、窃盗罪が成立した場合は、業務上横領罪は窃盗罪に吸収される。

以 上

合がある。このような場合、下位者には占有が認められる。ここで下位者がその財物をほしいままに処分する行為は横領罪または業務上横領罪(252 条 1 項 2 項)を構成することになる。

【論点】封緘物の占有

● 罪数の処理は難しいので覚えておく

第 38 問 B

甲(刑事未成年ではない)は兄 A がいつも外国製の高級時計を自慢するので、懲らしめるため、①時計をどこかに隠してやろうと考えた。②甲 A は普段同じ部屋を使っていたので、甲は夜こっそり A の机を開けてみると、時計と一緒に前から気に入っていた②

アイドルのプロマイドが入っていた。③甲は、**後でゆっくり見よう**と考えて、④**時計とプロマイドを取り出した**。次の日になって、甲は「さあ、どこに時計を隠そうか」と考えたが、どこにも隠すあてがなかったので、ちょうど金がないことも考えて、⑤**事情を知らない友人に「これを買ってくれ」と持ちかけ、売ってしまった**。

甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①時計をどこかに隠してやろう→隠匿の意思しかない

②同じ部屋を使っていた→甲が兄の部屋に入っても、住居侵入にはならない

③後でゆっくり見る→不法領得の意思は認められるか？微妙なところ

【論点】領得罪成立における不法領得の意思

④時計とプロマイドを（兄の机の中から）取り出す→兄の占有を侵害している

⑤事情を知らない友人に財産罪によって得られた物（＝贓物）を購入させている

→詐欺罪の成否が問題になる。しかし、犯人自身による得物の処分→不可罰的事後行為ではないか。

【論点】盗取物を他人に処分した場合

解答例

一、1、まず、甲はAの机から、時計とプロマイドを取り出しており、その点について甲は故意がある。

しかし、甲は時計については、隠す意思しかないし、プロマイドも後でゆっくり見ようという意思しかない。この場合、甲にいかなる罪責を認めるべきか。領得罪の成立に不法領得の意思が必要か問題となる。

2、思うに、他人の財物を自己または他人の占有に移転する意思があれば領得罪が成立すると考えた場合、拾った物を警察に届けるのも占有離脱物横領罪（254条）になるおそれがある。そもそも、領得罪が重たく処罰される理由は、不法に利益を得ようという点の誘因が強い点に求めるしかない。

だから、領得罪の構成要件に該当するというのは、どうしても不法領得の意思という主観的超過傾向を判断せざるを得ない。

では、その不法領得の意思の内容をいかに考えるべきか。

まず、不可罰的な使用窃盗と窃盗罪との区別の

【論点】領得罪成立における不法領得の意思

* 前田先生の基本書にある説例

● 不法領得の意思の内容

→必要説から導かれる根拠

ため、不法領得の意思が認められるためには、所有者として振る舞う意思が必要である。

さらに、窃盗罪と毀棄罪とを区別するため、物を経済的用法にしたがって利用する意思も必要とすべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、時計について、甲は行為時には、それを隠す意思しかない。すなわち、時計を経済的用法にしたがって利用する意思が欠ける。また、プロマイドについては、その財産的価値、甲Aが兄弟であることから考えると、Aの支配を排除するまでの意思を甲に認めることはできない。

したがって、甲には不法領得の意思は認められないため、甲に窃盗罪（235条）は成立しない。

二、1、次に、甲は友人に時計を売却しようとしている。この時点では目的物は甲の占有物となっているから、占有離脱物横領罪（254条）が成立する。ただし、親族間の特例（244条1項）の適用によって、上の罪責については免除される（255条）。

2、(1)さらに、甲の売却行為に友人に対する詐欺罪（246条1項）が成立するのではないか。

(2)この点、犯罪者自身による売却行為は不可罰的事後行為にすぎないとも思える。

しかし、不可罰的事後行為が処罰されない根拠は、当該構成要件がその後の違法な財産状態についてまで評価していると考えられる点にある。

とすれば、新たな法益が侵害されているといえる場合には、当該行為は別個に評価されるべきである。

(3)そして、詐欺罪は全体財産に対する罪ではなく、個別財産に対する罪である。さらに、事情を知っていれば友人は本件時計を買い受けなかったと考えられる。

以上から、本問売却行為をした甲は詐欺罪の罪責を負う（246条1項）。

以 上

* 成立すると、同居の親族の間の犯罪→親族相盗に関する論述が必要

【論点】盗取物を他人に処分した場合

* なお、親族間の特例の適用はない。詐欺罪によって領得された金銭の占有者・所有者は友人のものだから、明らかである。

第 39 問 B

甲（刑事未成年ではない）はお金に困って、同居の兄乙がいつも身につけている外国製の高級時計を盗み出すことを考えた。①時計は乙の友人のAのものであったが甲は乙の時計だと考えていた。②夜になってから、甲が乙の机を開けて、時計を手にとり、ポケットに入れた瞬間に、乙に見つかり、止められたとして、甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 19 点 各論点 2 点

①時計の占有者は乙→所有者はA

ただ、甲は占有者・所有者とも乙だと考えている

【論点】親族関係は犯人と誰との間に必要か

【論点】親族関係の錯誤

②甲が乙の机を開けた→物色行為の開始、窃盗罪の実行の着手あり

・時計をポケットに入れる→占有は移転しているか

【論点】窃盗罪の既遂時期

解答例

一、1、まず、甲は他人乙の占有下にある財物を自己の占有下に移そうとしている。夜こっそり机を開けて、時計に触れば財物奪取の危険は十分高まるから、実行の着手があると言える。したがって、甲は、窃盗罪の罪責を負う可能性がある（235条）。

しかし、犯行時、甲は乙に行為を制止されている。この点をいかに評価すべきか。窃盗罪の既遂時期が問題となる。

2、思うに、窃盗罪（235条）の既遂時期は、被害者が占有を喪失し、行為者が占有を取得したときといえることができる。

ただし、行為者が占有を取得した時期については、物の性質・被害者の管理の態様など諸般の事情を考慮して個々の判断することになる。

本件目的物である時計のサイズを考えると、甲が乙の机から取り出して、自らの手中に収めれば、十分に甲が占有を得たといえる。

【論点】窃盗罪の既遂時期

3、したがって、甲は窃盗罪の既遂の罪責を負う。

二、 1、しかし、甲乙間には親族関係があるから、この場合親族間の特例の適用（244 条 1 項）によって、甲は処罰を阻却されそうである。

ところが、本問における目的物の所有者は他人である A である。そこで、244 条適用のためには、所有者・占有者・窃盗犯の三者の誰との間に必要か。

思うに、親族間の窃盗行為の処罰が阻却される理由は、家庭内の問題は法が介入せず自主的に解決させることが妥当であるとの政策的考慮にある。

しかし、他人を巻き込めば家庭内の事件とはいえない。

したがって、244 条適用のためには、関係者すべての者の間に親族関係が必要である。

【論点】親族関係は犯人と誰との間に必要か

以上から、本小問の場合、甲には親族間の特例は適用されない。

2、しかし、甲は時計の所有者も乙だと考えている。かように、親族関係がないにもかかわらず、親族関係があると誤信した窃盗犯人をどのように扱うべきか。

親族間の特例による窃盗犯の処罰阻却（244 条）は、前述の通り「法律は家庭に入らず」との観点から政策的に認められたものである。

すなわち、244 条の法的性質は一身的処罰阻却事由というべきである。とすると、その点の錯誤は故意の成否に影響を与えない。親族関係がないことは故意の内容ではないからである。

【論点】親族関係の錯誤

以上から、甲は窃盗罪の罪責を負う。

以 上

第 40 問 B

次の各事例における甲の罪責を論ぜよ。

1、甲は、① 深夜で誰もいない路上で、後ろから女性乙に対して、脅迫的言辞とともにモデルガンを突きつけ、金を差し出すように言った。しかし、② 乙は 反抗抑圧されず、

単に畏怖して金を差し出した。

2、甲は男性Aに、③昼間の路地裏で、誰が見てもおもちゃだと分かるピストルを突きつけて、単に金を差し出すように命じた。ところが、④特にAは臆病だったので、Aは反抗を抑圧されつつ、金を差し出した。

基礎点 17 点 各論点 2 点

①それぞれの記述＝強盗罪にいう反抗抑圧にたる暴行・脅迫があるか、それとも恐喝罪にとどまるかの判断要素になる→モデルガンという部分以外は、暴行・脅迫が強度であると認定する要素になりそう。

【論点】強盗罪の暴行・脅迫の意義

【論点】強盗罪の暴行・脅迫の判断基準

②反抗抑圧の結果が発生していない→ただ、畏怖して財物を交付している

・恐喝罪の結果しか発生していない→強盗未遂罪にすべき？

【論点】被害者が任意に財物を交付した場合の強盗罪の成否

③通常ならば、恐喝罪が成立する程度の行為しかない

④反抗抑圧されて財物を差し出す→強盗罪の結果は発生しているが……

これは、脅したからというよりも、被害者の性格が臆病だったからではないか？

【論点】相当因果関係の問題

解答例

一、小問1について

1、甲は脅迫的言辞を利用して、財物を奪取しているから、強盗罪（236条）が成立する可能性がある。しかし、本件甲はモデルガンを突きつけている点から、甲の行為が強盗罪の実行行為といえるか。

強盗罪の成立には、財物奪取の手段としての暴行・脅迫の程度が、反抗抑圧にたるものである必要がある。

しかし、そのような程度にあるか否かの判断基準をいかに解すべきか。

思うに、客観的には強盗の手段と呼べない暴行・脅迫しか加えられていない場合には、強盗罪の成立を認めるべきでない。

したがって、一般人を基準とするのが妥当である。

ただし、判断にあたっては、暴行・脅迫自体の強度・態様に加え、被害者の性別・年齢、犯行の

【論点】強盗罪の暴行・脅迫の意義

【論点】強盗罪の暴行・脅迫の判断基準

時刻・場所などの要素を考慮に入れ、具体的に判断されねばならない。

以上をもって本問を検討すると、甲は深夜後ろから脅迫的言辞とともに女性にモデルガンを突きつけている。被害者の性別・犯行の時刻・場所・脅迫の態様を考えるならば、手段がモデルガンであっても、当該行為には反抗抑圧にたるものであったというべきである。

したがって、甲は強盗罪の実行行為に着手しているというべきである。

2、しかし、本問乙は財物を交付しているものの、反抗抑圧されていない。このような場合、甲の罪責をどのように解するべきか。

本問のように、恐怖心が生じた場合、判例は強盗罪は既遂とする。しかし、この場合は恐喝罪（249条）の結果が発生しているに過ぎない。

したがって、強盗罪は、未遂となるというべきである。すなわち、甲は強盗未遂罪の罪責を負う（236条・243条）。

二、小問2について

1、本小問甲は、昼間、男性に対して、あからさまにおもちゃと分かる銃を突きつけている。かような行為のみでは、客観的にみて、反抗抑圧にたるものとはいえない。

しかし、本問では特に相手が臆病で、反抗が抑圧されているから、強盗罪の結果が発生している。かような重たい結果について甲に帰責することができるか。

2、(1)思うに、構成要件は社会通念から処罰すべき行為を類型化したものである。とすれば、構成要件該当性の判断においては、行為者に責任を帰属させるのが社会通念上妥当な結果だけを選び出すべきである。

したがって、社会通念上通常その行為からその結果が発生することが相当と認められる場合に因果関係の存在を認めるのが妥当である。

●あてはめ

【論点】被害者が任意に財物を交付した場合の強盗罪の成否

*全く恐怖心は生じなかった場合は、問題なく強盗未遂罪に止まる（243条・236条）といってよい。

【論点】相当因果関係

*意外な事情が介在して、重たい結果が発生した場合

(2) それでは、上記相当性判断のためには、いかなる事情を基礎として考えるのが妥当か。

思うに、経験則上偶然的結果でないものを基礎事情から排除することはできない。一方で、行為者にとって偶然的な事情でないものを帰責の範囲から除外する必要もない。

したがって、一般人が認識しえた事情と行為者が特に認識していた事情を因果関係を判断する際の基礎事情と考えるのが妥当である。

3、これをもって本問を判断すると、相手がそのように臆病な人間であるということは、一般人にとっては認識し得ない事情であるといつてよい。

したがって、甲がそのような事情を特に認識していない限り、強盗罪の責任を負わせるわけにはいかない。

したがって、甲は恐喝罪（249条）の罪責を負うに留まる。

以 上

●あてはめ

第 41 問 A

次の各場合における甲乙の罪責について論ぜよ。

1、①甲はAを殴ったところ、Aは打ち所が悪くて死んでしまった。甲は驚いたが、毒もくらわば皿までと考え、②Aの死体を探り、財布を領得した。甲が立ち去った後、それを一部始終みていた③乙は死体に駆け寄り、Aの腕時計を奪取した。

2、甲は④Aを殺害した上でAの財布を奪取しようと考え、実行に移した。

3、⑤甲はAを殴ったところ、Aは反抗を抑圧された。甲はその時点で財物奪取の意思を生じたので、襟首をつかんでAを立ち上がらせた上で、Aに金を差し出させた。

基礎点 17 点 各論点 2 点

①傷害致死罪

②自分が殺したAの財物を奪う→窃盗罪など、それなりの罪にする必要があるのでは？

【論点】死者の占有

③死体から財物を奪取→やはり死体には占有はないのが原則

④はじめから被害者を殺して、財物を奪う→強盗殺人の計画

【論点】死傷の結果に故意ある場合の処理

【論点】死者の占有と強盗殺人

⑤財物奪取の意思を生じたのは、反抗抑圧にたる暴行をした後

【論点】反抗抑圧後に財物奪取の意図を生じた場合

解答例

一、小問1について

1、甲の罪責

本問甲はAを殴って、死に至らしめている。但し、死の結果について故意はないと思われるから、傷害致死罪（205条）が成立する。

さらに、甲はA殺害後に財物奪取の意思を生じ、領得している。甲の罪責確定のため、財物の占有はAにあるといえるかが問題となる。

思うに、占有は、占有の事実とその意思を要素とする。しかし、死者にはいずれも認められないから、死者の占有は認められない。

ただし、被害者が生前に有した占有は、殺人犯人に対する関係では、殺人との時間的・場所的近接性がある限り、なお刑法的保護に値する。

とすると、殺害から被害者の死を利用した財物奪取までの一連の行為を全体的に観察すると、財物奪取は生前の占有を侵害する行為と評価できる。

【論点】死者の占有

したがって、甲の奪取行為は窃盗罪（235条）として処断されるべきである。なお、傷害致死罪と窃盗罪は併合罪の関係に立つ（45条）。

●あてはめ

2、乙の罪責

乙は甲と同様にAの財物を奪取している。しかし、前項の法的構成を前提とすれば、Aの死に関わっていない乙がAの生前の占有を侵害することはない。

●あてはめ

したがって、乙は占有離脱物を領得したに過ぎない。乙は遺失物等横領罪（254条）の罪責を負うに過ぎない。

二、小問2について

1、まず、甲は殺人の故意があるので、240条を甲に適用できるか。240条が殺人の故意ある場合も含むかが問題となる。

【論点】死傷の結果に故意ある場合の処理

*この論点は適用条文を確定するためのもの→なるべく最初に書く

思うに、240条の趣旨は強盗の際に暴行・脅迫

が行われ、被害者が負傷・死亡することが顕著にみられるため、これを重く罰したものである。

そして、強盗の際に殺意・傷害の故意あることは十分あり得る事であるから、240条が故意ある場合を予定していないとは考えられない。

結果的加重犯特有の「よって」の文言がないということも、240条の上記のような性格を表したものであるといえることができる。

したがって、240条に故意ある場合は含まれる。

以上から、甲は240条の罪責を負う可能性がある。

2、(1)次に、殺害は、反抗抑圧状態の極限概念といえる。したがって、客観的に、甲の行為は強盗殺人罪の実行行為といえる。

(2)しかし、殺して物を奪う認識とは、殺人と占有離脱物横領罪の故意に過ぎず、強取の意思に欠けるのではないか。

思うに、被害者から殺人によって占有を離脱させて財物を奪う行為については、全体的に見れば生前の占有を侵害したというべきである。

したがって、殺して物を奪うという認識は暴行を手段として生前の占有を侵害する故意というべきである。すなわち、甲には強盗殺人の故意がある。

3、以上から、甲は強盗殺人罪（240条）の罪責を負う。

三、小問3について

1、本問甲は、反抗を抑圧されたAから財物を奪取している。

しかし、暴行・脅迫が財物奪取の手段とされていない。したがって、この場合、甲は原則として窃盗罪（235条）の罪責を負うに過ぎないかにみえる。

2、しかし、かかる場合でも、財物奪取時に、新たに暴行・脅迫があれば強盗罪というる。

そして、この場合の暴行・脅迫は通常に比較して、軽度のものでよい。なぜなら、既に反抗を抑

こと

【論点】死者の占有と強盗殺人

【論点】反抗抑圧後に財物奪取の意図を生じた場合

「圧されている者に対しては、軽度の暴行・脅迫で被害者は反抗を抑圧されるからである。」

3、以上をもって本問を検討すると、既に反抗を抑圧されたAに対して襟首をつかんで立たせれば、再度Aが反抗抑圧状態に陥るに十分である。

したがって、甲は強盗罪（236条）の罪責を負う。

以 上

第 42 問 B

次の事案における甲乙の罪責を論ぜよ。

- 1、甲は①**麻薬の購入代金の支払を免れる**ため、②売主乙を**殺害する計画**を立て、実行に移した。
- 2、③甲は**麻薬の入手**を依頼され、**購入資金**として預かっている金を横領した。
- 3、④さらに、乙は2の横領金を甲から**小遣いとしてもらった**。

基礎点 19 点 各論点 2 点

- ①麻薬購入代金の支払いを免れる→財産上の利益を得る

ただ不法な契約上の利益である点に注意

【論点】**処分行為の要否**

【論点】**不法原因給付と強盗**

- ②殺害→暴行の一種、これによって利益を得る＝強盗の故意

【論点】**死傷の結果に故意ある場合の処理**

- ③不法ながら委任契約の受任者がその事務処理費用を横領

→ただ、不法契約に基づく給付は返還請求の対象にならないのでは？

【論点】**不法原因給付と横領**

- ④財産罪によって領得された物→これを譲り受ければ、盗品等譲受罪になる。

しかし、判例のように追求権説を採ると？

【論点】**不法原因給付と贓物罪（盗品等に関する罪）**

解答例

一、小問1について

1、まず、甲は乙の殺害によって債務を免れようとしているから、強盗殺人罪（236条2項・240条）が成立する可能性がある。

しかし、甲は殺人の故意があるので、240条を

【論点】**死傷の結果に故意ある場**

甲に適用できるか。240 条が殺人の故意ある場合も含むかが問題となる。

思うに、240 条の趣旨は強盗の際に暴行・脅迫が行われ、被害者が負傷・死亡することが顕著にみられるため、これを重く罰したものである。

そして、強盗の際に殺意・傷害の故意あることは十分あり得る事であるから、240 条が故意ある場合を予定していないとは考えられない。

結果的加重犯特有の「よって」の文言がないということも、240 条の上記のような性格を表したものであるといえることができる。

したがって、240 条に死亡の結果に故意ある場合も含まれる。

合の処理

2、しかし、乙が殺害された場合、甲は事実上債務を免れることはできるが、乙は何ら処分行為を行ったわけではない。

そこで、236 条 2 項成立の際、被害者の処分行為が必要か問題となる。

思うに、1 項強盗において処分行為は不要であるから、2 項も同様に解すべきである。

したがって、2 項強盗の成立について、処分行為は、不要である。

しかし、被害者から強盗に利益が移転したか否かの判断は慎重にする必要がある。特に本事例では、単なる殺人罪と強盗殺人を区別するために、殺害行為に上のような利益移転が認められなければならない。

具体的には、債権の行使を当分の間不可能にし、支払の猶予を得たのと同視し得る程度の危険が、殺害後に発生する必要がある。

【論点】処分行為の要否

本問でも、上記のような事情があれば、236 条 2 項の成立に、必ずしも乙の処分行為は必要がないといえるべきである。

3、しかし、本問乙の請求は公序良俗（90 条）に反するものとして、民法上認められない。にもかかわらず、甲に利得があるか。

【論点】不法原因給付と強盗

* 強く公序良俗に反する利益
利益供与自体が公序良俗違反に

思うに、刑事法上処罰に値するか否かは、民事法上とは別に、財産に対し刑事法上の保護が必要か否かによって判断すべきである。

すなわち、強く公序良俗に反する利益でない限り、強盗罪が成立するというべきである。

そして、本問債務は麻薬購入の対価とはいえ、金銭債務であるから、強く公序良俗に反するものとはいえない。

したがって、甲は強盗殺人罪（236条2項、240条）の罪責を負う。

二、小問(2)について

1、本問のように不法原因給付物を横領した場合、横領罪（252条）は成立する可能性がある。

しかし、民法上は反射的に所有権が移転し、返還請求はできないとすれば、本件金銭の他人物性が否定されるのではないか。

2、この場合、横領行為の可罰性を肯定すれば、刑法をもって返還を強制することになり、法秩序の統一性を破るとも見える。

しかし、刑法と民法とでは他人物性を別に考えるべきである。すなわち、刑法の他人物性は不法な領得行為に対して刑法上保護すべき利益があるか否かという観点から判断すべきである。

そして、禁制品や窃盗犯の財物奪取が処罰される均衡上、不法原因給付物も横領罪の客体というべきである。

3、以上より、本問甲は他の横領罪の要件が備われば、横領罪（252条）の罪責を負うことになる。

三、小問(3)について

1、本件乙は、財産罪によって領得された財物を無償で譲り受けているから、盗品等無償譲受罪（256条1項）の罪責を負う可能性がある。

しかし、乙が受け取ったのは、前段同様に不法原因給付物である。これが、乙の犯罪の成否に影響を与えるのではないか。

2、すなわち、本罪が民法上認められる本権者の

属する場合をさす。

【論点】不法原因給付と横領

【論点】不法原因給付と贓物罪（盗品等に関する罪）

追求権を侵害する罪であると解する立場がある。
この立場に立てば、民法上の返還請求権が否定される以上、損害はなく、犯罪は成立しないということになる。

しかし、本罪によって保護される、刑法上の追求権は刑法上の当罰性の観点から判断すべきである。とすれば、その追求権の内容は、民法上の規定に拘泥することなく、もともとの権利者に事実上認められる返還請求権でも広く含むと解するべきである。

3、以上から、乙は上のような追求権を侵害するものとして、盗品等無償譲受罪の罪責を負う。

以 上

第 43 問 A

甲は①乙宅に窃盗に入り、②タンスに手をかけたところ、Aに発見されたので、③何も取らずに逃げた。④Aは甲を捕まえようと追いかけて、A宅から500メートル離れた公道上で甲を捕まえた。ところが、甲を心配して追いかけてきた甲の子分乙がそこで甲Aに出くわし、⑤事情を把握した乙は甲と共にAに暴行を加え、その反抗を抑圧した。
乙の罪責を論ぜよ。

基礎点 20 点 各論点 1 点

①住居侵入罪は忘れない

②窃盗の実行の着手→窃盗の身分を取得していないと、後で事後強盗の話にできない

【論点】窃盗罪の着手時期

③既遂未遂の判断に使うかも

④「窃盗の機会」に暴行・強迫をしたといえるか

【論点】暴行・脅迫と窃盗行為との関係

⑤暴行・強迫のみ、乙は甲と共同している

反抗を抑圧→【論点】暴行・脅迫の程度は十分

【論点】暴行・脅迫のみに加功した者の罪責、【論点】共犯と身分

解答例

一、1、乙の罪責を論じるには、まず甲の罪責を確定する必要がある。甲は住居侵入罪（130条）を犯

した上で、窃盗行為を行おうとしている。

ここに、窃盗罪（235 条）の着手時期としては、占有侵害の具体的危険が高まったときということができる。具体的には原則、物色行為があれば、窃盗罪の着手が認められるというべきである。

本問甲は上にいう物色行為を行っている。

ただ甲は何も取らずに逃走しているので、本問甲はこの時点では窃盗罪の未遂に該当する行為を行っている（243 条・235 条）。

2、さらに、甲は追いかける A に暴行を加えているので、甲には事後強盗罪（238 条）が成立する可能性があるので検討する。

まず、事後強盗罪（238 条）における暴行・脅迫の程度は、相手方の反抗を抑圧する程度のものである必要がある。同罪は強盗として評価されるものだからである。

本問甲は乙と共に A の反抗を抑圧しているから、この点要件を満たす。

3、しかし、甲の暴行は窃盗の現場から、500 メートル離れた場所で行われている。この場合、窃盗が暴行・脅迫をなしたといえるか。事後強盗における暴行・脅迫と窃盗行為との関係が問題となる。

思うに、事後強盗罪（238 条）は強盗として扱われる。

とすれば、強盗罪における暴行・脅迫が財物奪取の手段として行われる必要があることとの均衡を図らねばならない。

したがって、事後強盗罪における暴行・脅迫は、窃盗の機会に行われる必要がある。すなわち、窃盗行為と暴行との間にある程度の関連性を要求すべきである。

具体的には、原則として窃盗の現場と時間的場所的に近接した場所で暴行が行われる必要がある。しかし、そうでなくとも窃盗の現場の継続的延長といえる場合には、なお窃盗の機会性は失われな

【論点】窃盗罪の着手時期

【論点】暴行・脅迫の程度

【論点】暴行・脅迫と窃盗行為との関係

いというべきである。

本問甲はAの追跡を受けているから、公道上であっても、そこは窃盗の現場の継続的延長というべきである。

以上から、甲には事後強盗罪（238条）が成立する。

ただし、事後強盗罪は財産犯であるから、財産の奪取が実現されていない場合は、未遂（243条）に止まるというべきである。

また、窃盗罪は後に成立した事後強盗罪に吸収して評価される。

二、1、このように甲は事後強盗犯である。このような甲の行為について、暴行・脅迫部分にだけ加功した乙は刑法上いかなる評価を受けるかを検討する。

2、(1)まず、この事案をいかなる問題と扱うべきか。

（この点、窃盗行為に実行の着手時期を認め、本罪を承継的共同正犯として扱うこともできそうである。しかし、窃盗行為に実行の着手を認めれば、窃盗をすれば、すべて事後強盗罪の未遂罪に問われることになりかねず、妥当でない。）

思うに、本罪の性質は窃盗犯という身分ある者しか犯せない身分犯というべきである。

すなわち、実行行為は暴行・脅迫であるから、共犯と身分の問題として扱うべきである。

では、本罪は真正身分犯か不真正身分犯か。

窃盗の身分のない者が実行行為をすると、暴行・脅迫罪となることから不真正身分犯ともいえそうである。

しかし、暴行・脅迫と準強盗では保護法益が全く異なる。したがって、本罪を暴行・脅迫罪の加重類型とするのは無理があり、真正身分犯というべきである。

(2)次に、65条1項は身分のない者も共犯とする一方で、2項では、非身分者には通常の刑を科すとしている。ここで各項の関係をいかに解すべき

●あてはめ

●既遂・未遂の判断

●罪数

【論点】暴行・脅迫のみに加功した者の罪責

【論点】共犯と身分

か。

この点、1項は共犯成立の規定、2項は不真正身分犯の科刑の規定とする説がある。しかし、犯罪の成立と科刑を分離することは妥当でない。

思うに、1項は「身分によって構成すべき犯罪」2項は「身分によって特に刑の軽重があるとき」としている。このような文言に着目し、1項は真正身分犯についての規定であり、2項は不真正身分犯についての規定であるというべきである。

さらに、65条1項の共犯には、共同正犯が含まれるか。

思うに、非身分者も身分者を通じて法益侵害することは可能である。

したがって、65条1項の共犯には共同正犯が含まれるというべきである。

3、以上をもって本問を検討すると、事後強盗罪は真正身分犯である。したがって、65条1項の問題となる。

そして、甲乙は共同正犯と評価すべきであるから、乙は65条1項によって、事後強盗罪の共同正犯の罪責を負うということになる（238条・60条）。

以 上

第44問 B

甲は金銭を窃取するために、A家に侵入する計画を立てた。ただし、発見された場合に脅して逃げるための道具を用意した。

1、①上の段階で警察に捕まったとして、甲の罪責を論ぜよ。

2、②甲は、A家に侵入し、金のある場所を探し、机の引き出しを明けたところで、Aが現れた。Aはびっくりして逃げ出そうとしたが、甲は逃げられて通報されては困ると考え、③「待ちやがれ」とさげび、さらにびっくりしたAを捕まえて縛り上げた上で、金銭を奪って逃げた。Aは甲に「待ちやがれ」といわれた際に、恐怖のあまり精神に障害をきたした。この場合の甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 19点 各論点 2点

①実行の着手前、準備段階で逮捕→予備罪が成立するしかないが、窃盗予備罪は不可罰だし？

【論点】事後強盗の予備

② 窃盗としての身分を取得している

③ 暴行・脅迫を加え、財物奪取→暴行・脅迫が財物奪取の手段そのものになっているから
……事後強盗ではない

【論点】居直り強盗 → 窃盗との罪数も気をつけること

④ 脅迫による致傷

【論点】脅迫による致傷

【論点】強盗と致傷を生じた暴行・脅迫との関係

【論点】致傷の程度

解答例

一、小問1について

1、本問行為者は、窃盗の意図しかない。しかし、暴行・脅迫のための道具を用意しようとしているところを捉えて、強盗予備罪（237条）として扱ってよい。

本小問の行為者について、現実には被害者を脅すか否かは確定的でない。

しかし、見つかった場合に脅す意思は確定的である。すなわち、脅すか否かが条件にかからしめられているに過ぎない。

さらに、事後強盗は強盗をもって論ずるとされている（238条）。

以上から、事後強盗罪についても予備罪が成立するというべきである。

【論点】事後強盗の予備

本問甲は強盗予備罪（237条）の罪責を負う。

二、小問2について

1、甲はA家に侵入し、かつ財物窃取の目的をもって机の引き出しを明けたので、住居侵入罪（130条）を犯した他、窃盗の実行にも着手している。

しかし、その後甲は財物奪取のため、自分を発見したAを縛り上げ、財物を奪取している。すなわち、甲の行為についてみると、暴行・脅迫が財物奪取の手段となっている。

とすると、この場合は通常の強盗罪（236条）が成立する。そして、事前の窃盗行為は強盗行為に吸収されて評価されると解する。

【論点】居直り強盗

2、(1)しかし、Aは甲の「待ちやがれ」との脅迫的言辞によって精神に異常をきたしている。そこで、甲には強盗致傷罪（240条前段）が成立する可能性がある。

しかし、脅迫によって発生した負傷も 240 条にいう負傷といえるか。

思うに、脅迫行為を原因として、被害者が畏怖し、危険な行動に走ったり、生理的機能を害することは経験則上あり得る。

したがって、脅迫によって発生した負傷も 240 条にいう負傷といえる。

(2)さらに、240条成立のための脅迫は、強取の手段とされた脅迫に限るべきか。

思うに、本罪の趣旨は、刑事学類型上、強盗行為の際、致死傷の結果が顕著に見られるから、これに対して厳罰をもって禁圧する点にある。

とすれば、脅迫の範囲を、財物奪取の手段としてなされたものに限定することは、処罰範囲として、狭きに失する。

しかし、偶然発生した致傷の結果まで強盗犯に帰責するのは妥当でない。

そこで、強盗の機会に致傷の結果が発生した場合に本条の適用があるというのが妥当である。

すなわち、240条にいう負傷とは、財物奪取・確保に向けられた一連の行為の中で発生したものというべきである。

(3)最後に、強盗致傷罪成立のための致傷の程度は傷害罪と同程度でよいのか。

思うに、被害者が反抗を抑圧される程度の暴行が加えられた場合、軽微な傷害の結果が発生するのが通常である。

このような場合に、すべて 240 条が成立するとすると、本罪は 7 年以上の懲役であるから、酌量減軽しても執行猶予をつけることができない。

【論点】脅迫による致傷

暴行→傷害というつながりがなくとも、致傷か？

【論点】強盗と致傷を生じた暴行・脅迫との関係

【論点】致傷の程度

さらに、軽い傷害の結果は強盗罪の中で評価されているとみうる。

したがって、傷害罪にいう傷害よりも重いものであることが必要である。具体的には、医師の治療を必要とする程度のものを必要とすべきである。

3、以上をもって本問にあてはめると、甲の脅迫は偶然的なものではなく、強盗の機会に行われたものと評価すべきである。

そして、乙には精神的障害を発生しているから、傷害の程度としても、十分である。

したがって、甲は強盗致傷罪（240条前段）の罪責を負う。

以 上

第 45 問 B

次の各事案における甲の罪責を論ぜよ。

1、①甲は乙に対して、ちょっと **君の時計を見せてくれ**、といって時計を **受け取り、そのまま走って逃げた**。

2、甲は通りがかりにAの店に立ち寄って買い物をし、②Aからおつりを受け取った瞬間、額が多いことに気がついたが、③ **これ幸いと受け取ってそのまま立ち去ろうとした**。Aはおつりを渡しすぎたことに気がついて、「おつり返してくださいよ」といいながら④ **甲を追いかけたので、甲はAに暴行を加え、そのまま逃げ去った**。

3、甲は⑤ **家に帰ってからAから受け取ったおつりの量が多いことに気がついたが、これ幸いとばかりにそのおつりを使ってしまった**。その後甲はAから「おつりを多く渡しませんでしたか」と聞かれたとき、⑥ **もらってないと嘘をついた**。

基礎点 19 点 各論点 2 点 + 小問 3 の処理 2 点

① 君の時計を見せてくれ、と嘘をつく→欺罔行為あり???

ただし、相手は財産を処分する意思なし

【論点】欺く行為と財産的処分行為との関係

② 釣りが多い→買主として、相手に告知する義務がある

③ これ幸いと→相手の錯誤を利用して不当な利益を得ようとしている

【論点】不作為による欺罔行為

④ 暴行によって釣り銭の返還を免れる→強盗利得罪の成否が問題になる

⑤ 欺罔行為はないので、詐欺罪にはできない

⑥ 後でうそをつく、この行為の可罰性は？

解答例

一、小問1について

甲は乙に嘘をついて時計を利得している。かかる甲の罪は詐欺罪（246条1項）となるかにも見える。

しかし、詐欺罪の欺罔行為は、被欺罔者を錯誤に陥れて、財物を交付させるようなものである必要がある。

したがって、欺罔行為はあくまで財産の処分に向けられている必要がある。

本問甲の嘘は乙に財産を処分させる意思を生じさせるものではない。したがって、甲には詐欺罪は成立せず、窃盗罪（235条）が成立するのみである。

二、小問2について

1、(1)甲は、釣り銭が余計に出されていることに気がつきながら、これをそのまま受け取っている。

このような相手方の不知・錯誤を利用して、利得を得る行為は詐欺罪にあたらぬ。

(2)思うに、詐欺罪における欺罔の手段に制限はない。すなわち、欺罔行為は不作為でもなしうる。処分権者が錯誤に基づき財産を処分しようとしている際に、告知義務がありながら、義務を果たさなかった場合である。

(3)本問甲には条理上釣り銭が余分であることを告知する義務はあるというべきである。したがって、相手が錯誤に陥っていることを利用し、余分に釣り銭を受け取る行為は詐欺罪（246条1項）が成立する。

2、さらに、甲は釣り銭を返すように主張して追いかけてくるAに暴行を加え、釣り銭の返還を免れている。かかる行為は、強盗利得罪（236条2項）に当たる可能性がある。

本罪の成立の際には、既遂時期の確定のため、被害者の処分行為が必要かどうかに関し争いがある。

この点は、1項強盗において処分行為は不要で

【論点】欺く行為と財産的処分行為との関係

【論点】不作為による欺罔行為

【論点】強盗罪の成立における処分行為の要否

あるから、2 項も同様に解すべきである以上、被害者の処分行為は不要であるというべきである。

ただし、利益移転の有無は判断が困難であるので、これを慎重にする必要がある。具体的には、暴行・脅迫によって、債権の行使を当分の間不可能にし、支払の猶予を得たのと同視し得る程度の効果が発生する必要性がある。

本件の場合、甲は通りがかりの者であるから、この時点で釣り銭の返還がなされなければ、事実上 A が釣り銭を確保することは不可能になる。

かような事情の下、A に暴行を加え、その請求を免れれば、そのまま甲は利得を得ることになる。

したがって、本件甲は強盗利得罪の罪責を負う。

3、最後に詐欺罪と強盗罪の関係が問題になるが、いずれも同一の法益確保に向けられた行為なので、これを二罪として評価することは不当である。したがって、重い強盗罪に軽い詐欺罪は吸収され、強盗一罪で処断することが妥当である。

三、小問 3 について

まず、本件甲は家に帰ってから初めておつりが多いことに気がついたのであるから、ここに詐欺の事実も意思もない。したがって、前段とは異なり詐欺罪は成立しない。A の占有から離れた金銭を領得したものであるとして、甲は遺失物等横領（254 条）の罪責を負う。

かつ、その後甲が A にうそをついた行為については、既に甲に領得された利益を確保するための手段としてなされた行為である。したがって、これは別罪を構成しない。

以上から、甲は遺失物等横領一罪の罪責を負う。

以 上

● 罪数の処理に気をつけて

● 詐欺罪・遺失物等横領罪の成否

● 後の行為の評価

第 46 問 B

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

- 1、初めから②無銭飲食の意図がありながら、①その意図を秘して甲が料理を注文した場合。
- 2、甲が飲食中に財布を忘れたことに気づき、②黙って逃げた場合。

- 3、飲食後初めて②無銭飲食を意図し、甲が店の店主に、①支払の意思がないのに後で払いますと言った場合。
- 4、②飲食後初めて無銭飲食を意図し、甲が店の店主に「トイレに行ってくる」とウソをついてそのまま逃げた場合。

基礎点 21 点 各小問 1 点

①相手方の財産の処分に向けられた欺罔行為あり

【論点】詐欺罪の構造

②無銭飲食の意図→注文する時点からそのつもりなら、詐欺罪成立

その後支払いを免れる意思を生じた場合→詐欺罪にすることが難しくなる

【論点】無銭飲食

【論点】処分行為の要否

解答例

一、小問 1 について

本問甲については、注文した時点で挙動による欺罔行為がある。そのことによって飲食物の提供を受けているから、甲は詐欺罪の罪責を負う（246 条 1 項）。

二、小問 2 について

1、本問甲も前段と同様に無銭飲食を行っている。
この点について、詐欺罪が成立しないか。

2、詐欺罪（246 条）の成立には、欺罔行為によって被欺罔者が錯誤に陥った結果として処分行為をし、財物・利益が欺罔者又は第三者に移転することが必要である。

すなわち、欺罔行為・錯誤・処分行為・利益の移転といった事由に因果関係が認められる必要がある。

【論点】詐欺罪の構造

3、本問甲は、注文の時点では詐欺罪の故意に欠ける。また、逃げる行為は欺罔行為ではない。

したがって、本事例は利益窃盗として、不可罰となるというべきである。

三、小問 3 について

甲の「後で払う」というこの行為自体が欺罔行為である。

この行為に対して、相手が支払の猶予の意思表示

をすれば、問題なく詐欺利得罪（246条2項）が既遂になる。

二、小問4について

1、本問甲は、トイレに行くとうそをついて代金の支払いを免れているので、詐欺罪が成立する可能性がある。

2、しかし、店主は甲に対して支払いを免除する意思はないので、甲を黙って見送った店主が処分行為をしたといえるか。

思うに、処分意思に基づく処分行為の存在は不可罰的な利益窃盗との区別から必要な概念である。

したがって、そのような区別ができるならば、その限度で明確な債務免除の意思表示は不必要とすべきである。

そこで、欺罔しなかったなら、相手方が必要な作為をすると認められる事情がある場合には、不作為による処分行為を認めてもよいと解する。

3、本問の場合、真実を知れば、甲がトイレに行くことを店主は許さなかったと考えられる。したがって、甲は処分行為に向けられた欺罔行為を行っていると評価できる。かつ錯誤に陥った店主は甲に利益を移転させる結果を導くような承諾を行っている。

したがって、甲は詐欺罪（246条2項）の罪責を負う。

以 上

【論点】無銭飲食

【論点】処分行為の要否

第 47 問 B

1、甲は乙に「その時計をしていると呪われるから捨てた方がいい」と①勸めた上で、乙が捨てた時計を②拾った場合、甲の罪責を論ぜよ。

2、甲は乙に貸金債権があったが、乙から②既に弁済を受けていた。にもかかわらず、甲は乙に領収書を発行していないことをいいことに、乙への貸金返還について訴訟を起こし、勝訴判決を得た場合、甲の罪責を論ぜよ。

3、甲は③裏口入学の仲介を乙に依頼したが、乙は初めから④仲介をするつもりはなかったのに、甲から金を受け取ってそのまま逃げた。この場合の乙の罪責を論ぜよ。逆に、裏口入学はうまくいったが、⑤甲は乙を欺罔して、うまく代金の支払を免れた。この場合の甲の論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①だまして処分をさせている→ただし、占有を移転させようという意思はない

【論点】欺罔して財物を放棄させた場合

②既に弁済を受けていたにもかかわらず、二重に弁済を受ける目的で訴訟→勝訴判決
訴訟では真実通りの結論が出るとは限らない

→裁判所は弁論主義、立証責任などのルールに従って裁判をせざるを得ない

【論点】訴訟詐欺

③少なくとも公序良俗に反する契約

④典型的な詐欺ではないか？被害者が不法な話に飛びついた点は犯罪の成否に関係が……
あるのか？

【論点】不法契約（不法原因給付）と詐欺罪

⑤不法な契約に基づいて発生した債務→民法上無効で履行する必要なし
→この義務の履行を免れても、被害はないのではないかな？

解答例

一、小問 1 について

1、本問甲は乙を欺罔し、利益を得ているので、詐欺罪（246 条 1 項）が成立する可能性がある。

しかし、甲は自己へ直接利益を移転させるような欺罔行為を行っていない。甲の欺罔行為は詐欺罪の欺罔行為といえるか。

2、思うに、詐欺罪（246 条）の成立には、欺罔行為によって被欺罔者が錯誤に陥った結果処分行為をなし、財物・利益が欺罔者又は第三者に移転することが必要である。

すなわち、欺罔行為・錯誤・処分行為・利益の移転といった事由に因果関係が認められる必要があると解する。

ここに、財物が放棄されれば、行為者は当該物を自由に拾得できる。つまり、被欺罔者の処分行為によって、欺罔行為者の事実上の支配下に財物が移転しているというべきである。

3、したがって、本問甲は詐欺罪（246 条 1 項）の罪責を負う。

二、小問 2 について

【論点】欺罔して財物を放棄させた場合

【論点】詐欺罪の構造

*詐欺に関する問題ではとりあえず書いておく論証

1、本小問のように、裁判所を騙して、勝訴判決を得る行為は、詐欺罪を構成するか。

2、裁判所は弁論主義に拘束され、たとえ真実と異なっても訴訟のルールに則って裁判をする義務がある。この点を強調すれば、訴訟による詐欺はないとみることもできそうである。

しかし、裁判所は当事者に争いがある事実については、自由心証によってその有無を判断する。とすれば、裁判官が事実誤認し、錯誤に陥ることはあり得るというべきである。

しかも、裁判所の判決の結果、強制執行によって財物を交付させることができる。

したがって、裁判所が被欺罔者兼処分権者である詐欺罪（246条1項）が成立するというべきである。

【論点】訴訟詐欺

3、本問甲は裁判所に事実誤認をさせ、勝訴判決を得ている。

したがって、甲は詐欺罪（246条1項）の罪責を負うことになる。

三、小問3について

1、前段について

本小問のように、裏口入学の仲介人が逃げた場合、注文者は金銭の返還請求はできないことが通常である（民法708条参照）。

にもかかわらず、乙に詐欺罪（246条2項）は成立するか。

思うに、詐欺罪の成立において重要なのは欺罔されなければ処分行為をしなかったであろうという点である。

したがって、民法上の返還請求の可否には関係なく、本問のような場合にも当然に詐欺罪が成立するというべきである。

【論点】不法契約（不法原因給付）と詐欺罪

以上より、乙は詐欺罪（246条2項）の罪責を負う。

2、後段について

甲は乙を欺罔して債務を免れている。しかし、

乙の金銭債権は、公序良俗に反し、無効というべきであり、乙には民法上の請求権はない。それでも、甲に詐欺罪（246条2項）は成立するか。

思うに、財産罪が可罰的であるのは、他人の財産・利益を不法に得ることで財産秩序が乱れる点にある。そして、本問甲のような行為によっても、財産秩序が乱れるという関係を見いだすことはできる。

したがって、甲は詐欺罪（246条2項）の罪責を負う。

以 上

第 48 問 B

甲は① 拾ったクレジットカードを使って、東京・新横浜間の切符と京都大阪間の定期券を購入した。その上で甲は、② 東京から切符を利用して入札し、京都大阪間の定期券を利用して大阪の出札口を出た。甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 17 点 各論点 2 点

① 拾ったクレジットカードを利用して支払い→支払意思がない

【論点】詐欺罪の構造

【論点】クレジットカードによる詐欺

② 京都～横浜間を乗車する権利が甲にはない→キセル乗車をどうやってして処罰するか

【論点】キセル乗車

【論点】処分意思の要否

解答例

一、1、まず、本問甲は拾ったクレジットカードを使って物品購入をしている。このように、支払意思がないままカードを提示し、物品を購入する行為は詐欺罪（246条）を構成するか。

2、(1) 思うに、詐欺罪の成立には、欺罔行為によって被欺罔者が錯誤に陥った結果処分行為をなし、財物・利益が欺罔者又は第三者に移転することが必要である。

すなわち、欺罔行為・錯誤・処分行為・利益の

【論点】詐欺罪の構造

移転といった事由に因果関係が認められる必要があると解する。

(2) 上記要件を本事案が満たすかを検討する。

まず、支払意思のないカードの提示は挙動による欺罔にあたるといえる。そのことによって、加盟店は錯誤に陥り、財産を甲に差し出している。

しかし、法的構成として、財産的損害がどこに発生すると考えるべきか。

思うに、詐欺罪はが個別財産に対する罪である。したがって、加盟店が商品を失った点に財産的損害を観念すべきであり、この時点で一項詐欺罪が成立するというのが妥当である。

3、以上から、拾ったクレジットカードで乗車券を購入した行為につき、甲は詐欺罪（246条1項）の罪責を負う。

二、1、加えて、甲はいわゆるキセル行為を行っている。かかる乗車行為が詐欺利得罪（246条2項）を構成するか。

2、(1) 思うに、出札口で清算すべきなのに正規の運賃の支払が済んでいるかのように装う点に欺罔行為があるというべきである。

そして、改札係員は錯誤によって請求すべき運賃の支払いを請求できなくなる。すなわち、不作為による処分行為をなしているといえる。

(2) この点、出札係は請求すべき債務の存在すら知らないから、処分行為はないとも考えられる。

しかし、処分意思に基づく処分行為の存在は不可罰的な利益窃盗との区別から必要な概念である。

したがって、そのような区別ができるならば、その限度で明確な債務免除の意思表示は不必要とすべきである。

そこで、欺罔しなかったなら、相手方が必要な作為をすると認められる事情がある場合には、不作為による処分行為を認めてもよいと解する。

そして、本問では甲が正規の運賃を払っていない

【論点】クレジットカードによる詐欺

* 判例によった

【論点】キセル乗車

【論点】処分意思の要否

という事情を知っている場合、出札員は、甲の出場を許さなかったと解される。

3、したがって、甲は詐欺利得罪（246条2項）の罪責を負う。

以 上

*クレジットカード詐欺に関する学説

支払意思ないままカードを提示し、物品を購入する行為は刑法上いかに評価されるべきか。

まず、支払意思ないカードの提示は挙動による欺罔にあたるといえる。

また、加盟店は、行為者に支払い意思がないことを知ったならば、カードの提示に対して物品は引き渡さなかったと言える。したがって、商品を加盟店が犯人に引き渡した時点で、錯誤による処分行為はある。

次に、財産的損害をどのように考えるべきか。

思うに、加盟店は商品を引き渡しても、ほとんど必ず立て替え払いをクレジット会社から受けうるから、そこには損害はない。

しかし、商品を引き渡してから一ヶ月後には、クレジット会社に確実に損害が発生する。ここに財産的損害の発生をみることができる。

したがって、被欺罔者・処分行為者が加盟店であり、被害者がクレジット会社と構成し、詐欺罪の成立が肯定されることになる。

第 49 問 B

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

- 1、①甲は担保目的物である車について、弁済の期日が到来した朝に、②債務者乙に無断で車を持ち出した。甲の罪責を論ぜよ。
- 2、他人が平穩に占有する甲の所有物を、③甲が恐喝的手段をもって取り戻した場合
- 3、甲が④債権の回収に際して脅迫的な言辞を用いた場合

基礎点 19 点 各小問 2 点

①所有権者は甲

②現在占有をしているのは乙→占有権限はないが、占有をしていることに変わりなし
→奪取罪による被侵害法益は何かによって結論が変わる

【論点】財産犯の保護法益論

③小問 1 が窃盗→2 ではこれが恐喝になったのみ

∴論点は小問 1 と同じ→ただし、権利行使としての恐喝＝違法性が阻却される可能性あり

【論点】権利行使と恐喝

④債権の回収→物であろうが、何らかの利益であろうが債務者の権利が制約される
→これを恐喝的手段で実現するのは、保護法益論とは別の考慮が必要

解答例

一、小問1について

1、甲は民法上は、本問車について所有権を取得している。しかし、甲が自力で権利を実現すれば、債務者丙の占有が侵害される。そこで、財産罪の保護法益は占有か、本権かが問題となる。

2、思うに、財産罪は究極的には所有権を保護するものである。

しかし、現代の複雑な所有・占有関係の下では、本権を保護するために、権原の有無にかかわらず、平穏な占有は保護する必要がある。財物の占有侵害において、権原によるかどうかを確認することは到底望みえないからである。

したがって財産罪は平穏な占有を保護法益とするのが妥当である。

【論点】財産犯の保護法益論

3、以上をもって本問を判断するに、乙の占有は、もともと権原のあった占有であるから、少なくとも、現在も平穏であるといえる。

したがって、かような乙の占有を侵害しているので、甲は窃盗罪（235条）の罪責を負う。

二、小問2について

1、本小問において、甲は恐喝的手段を用いているが、その財産は甲に所有権がある。それでも、甲に恐喝罪（249条）は成立するか。

2、この点、奪取罪の保護法益は、前段で述べたように、平穏な占有である。甲は恐喝的手段によって、これを侵害している。

したがって、甲の行為は恐喝罪の構成要件に該当する。

3、ただし、権利の実行の際には、交渉・説得が必要になることがあり、その中で恐喝的言辞が用いられることはありうる。これをすべて処罰の対象とすることは行き過ぎである。

【論点】権利行使と恐喝

* 本権者による権利行使

違法性の本質は社会倫理規範に反する法益侵害に求めるべきであるが、権利行使の際に恐喝的手

段を用いることは、場合によって社会的相当性が未だ失われないということがありえる。

したがって、具体的事情によっては、違法性が阻却され、甲は無罪となる。

三、小問3について

1、本問では、甲が恐喝的手段によって、財物を交付させている。しかし、債務者は財物の交付によって債務を免れているから、損害はないと思える。それでも恐喝罪（249条）は成立するか。

2、この点、実質的な権利侵害はないが、脅した点には犯罪性があるとして、脅迫罪（222条）の成立に止めるべきであるとの立場もある。

しかし、債務を免れることと金銭を脅し取られることとの利益は等価ではない。正規の手続きでしか取戻を受けないという利益が害されているからである。

恐喝罪は個別財産に対する罪というべきであるから、恐喝がなかったならば財物交付はなかったという関係があれば、財産的損害は認められる。以上より、本問事例でも財産的損害は認められる。

ただし、前段で述べたように、いかなる場合も恐喝罪が成立すると解することはできない。

具体的には、債権の回収行為が権利行使の範囲内にあると認められるならば、正当行為として違法性が阻却されるというべきである。

したがって、上のような事情が認められない限り、甲は恐喝罪（249条）の罪責を負うことになる。

以 上

cf. 占有侵害があれば、それだけで損害

【論点】権利行使と恐喝

* 債権を持つ者の権利行使

● 結論

第 50 問 A

甲は業務においてAと土地の①**売買契約**を結び、②Aから**代金を受け取った**にもかかわらず、③**自己に登記がある**ことをいいことに、④目的物を乙にも**売却**し、かつ乙に**登記も得させた**。乙が二重譲渡の事実について、⑤善意の場合、⑥悪意の場合、⑦背信的悪意の場合のそれぞれについて、甲乙にいかなる犯罪が成立するか論ぜよ。

基礎点 19 点

【論点】二重譲渡の処理→超典型問題

甲に横領罪は成立するか 2 点

甲に詐欺罪は成立するか 2 点

乙に犯罪は成立するか 2 点

①売買契約→甲乙の間に委託信任関係ある

②代金を受け取った→土地の所有権の移転は間違いなくあり

③登記がある→甲には法律上の占有あり

④乙に売却、登記まで得させている→間違いなく横領行為あり

⑤乙が善意の場合→乙に犯罪が成立しないのは明らか

逆に甲は乙に対する詐欺罪も犯したことにならないか

⑥⑦悪意・背信的悪意→乙は甲の犯罪に加担した者ということにならないか

さらに、乙は業務者、占有者いずれの身分もない

【論点】共犯と身分、【論点】業務上横領と共犯 (2 点)

解答例

一、売主甲の責任（横領罪について）

1、甲は業務上 A に売却したはずの土地をさらに乙に売却しているから、業務上横領罪（253 条）が成立する可能性がある。

まず、甲は土地を「自己」が「占有」しているといえるか。

●「自己の占有する」

横領罪における占有は、濫用のおそれのある支配力である。したがって、事実上の占有のみならず法律上の占有も含むというべきである。

本問で、甲の下に登記があれば、法律上の占有があり、「占有」があることになる。

2、次に、本問不動産は「他人の物」といえるか。

●「他人の物」

思うに、民法上は契約があれば所有権が移転するとされている。しかし、契約があれば他人物性をみとめるとすれば、処罰範囲が広がりすぎる。

したがって、刑法による要保護性を考慮し、民法とは別個に他人物性を考えるべきである。すなわち、買主がある程度の支配を備えて初めて、目的物が他人の物にあたるとすべきである。

本問の場合、A は代金を支払っているから、A は目的物への支配を得ているといえる。したがって、本件不動産は「他人の」物にあたる。

3、さらに、売主は売買契約によって土地・登記名

●横領したといえるには

義を保管する義務がある。したがって、委託信任関係も認められる。

また、不法領得の意思についても、一時使用の目的と区別するために必要である。

ここに不法領得の意思の内容は、横領罪が委託信任関係を破って行われる犯罪であることを考慮して決すべきである。具体的には、委託信任関係に背いて、権限なく所有者でなければならないような処分をする意思のことをいう。

本問でいうと、登記移転は所有者でなければならない。したがって、不法領得の意思は認められる。

最後に、登記時に上のような意思が確定的に発現しているから、この時点で横領罪は既遂に達しているというべきである。

4、以上から、甲は業務上横領罪の罪責を負う。

二、売主甲の責任（詐欺罪）

本問乙が事情に善意の場合、他人の物を購入させた甲に詐欺罪（246条1項）が成立する可能性がある。

ただ、新買主は、所有権を取得できるから、原則として損害はない。したがって、詐欺罪は原則として不成立である。

ただし、第1譲受人の存在を知っていたら買わなかっただろうと考えられる特別の事情があるときは、例外的に詐欺罪が成立する。詐欺罪は個別財産に対する罪だからである。

三、買主乙の責任

1、(1)二に対して、乙が悪意、さらに背信的悪意の場合、乙は業務上横領罪の共犯（60条・61条・62条）の罪責を負わないか。

(2)思うに、刑法の謙抑性の観点から、民法上有効に財産を取得できる場合は、買主を処罰すべきでない。

したがって、事情について買主が単純悪意の場合は、共犯にならない。民法177条の第三者は、悪意の権利者も含まれると解されるからである。

一方、買主が背信的悪意者である場合には、買主は民法177条の第三者にあたらない。

したがって、この場合の買主には犯罪成立の可能性があるというべきである。

(3)よって、乙は背信的悪意者の場合に、共犯として処罰される可能性がある。乙が犯罪への関与形態に

→委託信任関係が必要

●横領したといえるには
→不法領得の意思

●横領行為が客観的に行われているか

●原則として詐欺罪は成立しない

●犯罪に加担した者

●悪意であるだけでは共犯として
処罰されないことを指摘

より、共同正犯（60 条）になることがれば、教唆犯（61 条）、幫助犯（62 条）になる可能性もある。

2、(1)ただ乙には、「他人の物の占有者」という身分がない。そこで、乙は身分がない者として、65 条により処理される。

思うに、65 条 1 項は、「身分によって構成すべき」としており、65 条 2 項は「身分によって特に刑の軽重があるとき」としている。このような文言から、同条 1 項は真正身分犯、同条 2 項は不真正身分犯の規定であると解すべきである。

そして、通常人からすると、業務上の占有者たる身分は真正身分ということになる。

したがって、65 条 1 項で業務上横領罪（253 条）が成立するというべきである。

(2)しかし、単なる占有者が業務上物を占有する者と共犯行為を行った場合、65 条 2 項で単純横領が成立することとの均衡を欠くおそれがある。

そこで、処断刑は横領罪（252 条）よりは重くできないと解すべきである。

以上から、乙には業務上横領罪（253 条）が成立するが、5 年（252 条参照）より刑が重くなることはない。

以 上

●身分がない乙がどう処理されるかを指摘

【論点】共犯と身分

【論点】業務上横領と共犯

第 51 問 B

銀行の①支店長甲は、④友人の事業者乙の財産状況が悪いことを知りつつ、②乙を助けるため、ひいては乙の才能ならば、まずこの苦境を乗り越えるから、この場で融資を行った方が、甲銀行の重要な顧客を確保することになると考え、③十分な担保を取らないまま、自己の判断で貸し付けることができる最高の額の金銭を乙に貸し付けることを承諾した。

この場合の甲の罪責を論ぜよ（特別法は考慮に入れなくてよい）。

基礎点 21 点 各論点 1 点

①＊業務上物を占有する者、かつ事務処理を委託されたもの

【論点】横領と背任の区別

④ 権限内でできるが、会社に損害が発生する可能性がある

【論点】背任罪の罪質

② 第三者の利益を図る意思と会社の利益を図る意思が混在→どちらが主目的かと言えば？

【論点】図利・加害目的の意義

【論点】財産上の損害

解答例

一、 1、まず、乙は業務上の財産の占有者であり、かつ事務処理を委託されたものともいえそうである。

そこで、横領罪と背任罪といずれが成立するか、その判断基準が問題となる。

2、思うに、権限内で行動する場合は、本人に一応効果が及ぶのだから、不法領得の意思が発現するとはいえない。

したがって、行為態様で決定するのが妥当である。具体的には権限逸脱行為が横領行為にあたるのに対し、権限濫用行為は背任行為にあたるというべきである。

ただし、このような違いは実質的に判断される。すなわち、外形上権限内にあたる行為であっても、委託の趣旨から絶対に許されない行為は、ほしいままの処分といわざるを得ない。

したがって、このような場合は横領罪（252条）となる。

【論点】横領と背任の区別

3、本問甲は銀行の支店長であるから、他人への貸付の承諾は、特段の事情がない限り甲の権限内の行為であると解される。

したがって、本問は背任罪の問題として処理すべきである。

二、 1、そこで、背任罪の要件にあたる事実の有無を検討する。

まず、247条にいう事務とは、信任関係あれば、事実上の事務と法律上の事務とを問わないというべきである。

ただし、犯罪の成立範囲を明確にする必要があ

【論点】背任罪の罪質

る。

そこで、背任行為の範囲を財産上の権限が認められる場合に限定すべきである。

そして、そのような事務処理上有している権限を濫用して行われる背信行為を本犯罪の対象とすべきであると考ええる。

本問甲については、この要件を満たす。

2、次に、本問甲には本人の利益を図る目的と、自己・第三者の利益を図る目的が混在している。この場合、甲に図利目的は認められるか。

思うに、自己又は第三者の利益を図る目的あれば、およそすべて処罰するというのでは、図利加害目的を要件として犯罪の成立範囲を限定した意味がなくなる。

したがって、このような場合は、主たる目的が何であるかによって目的の有無を判断せざるを得ない。

本問の場合、将来的に甲銀行の役に立つと考えたとしても、そのような個人的判断で、貸付をすることは許されないはずである。その意味で、甲の苦境を救うという目的が主であることは否めない。

したがって、甲に図利目的は認められる。

3、最後に、背任罪（247条）の成立には、全体財産に損害を発生させることを要し、かつそれであり得る。

したがって、損害が発生したかにみえても、これに対応する反対給付があれば、損害はないとみることになる。

とすると、本問事例では金銭の支出に対して、債権を取得しているから財産上の損害はないかに見える。

しかし、全体財産への損害は法律的損害ではなく、**経済的損害において、実質的に判断すべきである。**

となると、実価が低い債権を取得したのみでは、十分な反対給付があったとはいえない。経済的損害

【論点】図利・加害目的の意義

【論点】財産上の損害

は認められるというべきである。

すなわち、無担保で、実価が低い債権を取得したのみでは、経済的損害は発生しているというべきである。

本問は、甲は甲銀行に無担保の債権を得させているに過ぎない。したがって、甲銀行に財産上の損害は発生する。

以上から、甲は背任罪（247条）の罪責を負う。

以 上

第 52 問 A

①甲は、Aのために自己の土地に一番抵当権を設定する **契約をAと結び**、②債務履行のため **必要な資料を交付**した。しかし、③甲はAが登記を具備しないうちに、さらに、④ **事情に悪意**の乙のために抵当権を設定する契約を結び、登記を具備させて⑤乙に **一番抵当権を得させた**。

この場合の甲乙の罪責を論ぜよ。

基礎点 22 点 問題提起・あてはめ 1 点 論証 1 点

①甲は乙と抵当権設定契約を結んでいる→他人の事務进行处理する者……ではないのか

②甲は積極的になすべき義務は終えている→それでも他人の事務処理者か

③甲は乙に一番抵当権を得させる→任務に背いた行為をしている

④乙は悪意→甲の犯罪に加担したといえるのではないか

ただし、乙には他人の事務処理者という身分がない

【論点】共犯と身分

* 甲が背任罪になるかの要件事実の検討以外は、二重譲渡と横領の問題と本問はほぼ処理の方法が同じになる

⑤乙に一番抵当権→Aは二番以下の抵当権しか取得できない、財産上の損害あり

【論点】二重抵当

解答例

一、甲の罪責について

1、(1)甲は、Aに一番抵当権を得させる債務があるのに、事情を知る乙に対して、一番抵当権を得させている。

かかる、甲には背任罪（247条）が成立する可能性があるので要件の有無を検討する。

(2)まず、抵当権設定者は他人の事務処理者か。

【論点】二重抵当

●他人の事務进行处理する者

思うに、抵当権設定者は抵当権者に抵当権の登記を得させるという事務を処理する者である。

ここに、**必要書類を全て手渡している場合**も事務処理者といえるか問題となる。しかし、この者も抵当権者の抵当権登記の取得を妨害しないという消極的義務を負うというべきである。

したがって、いずれにせよ抵当権設定者は「他人の事務を処理する者」にあたる。

2、さらに、自己なり、他の抵当権者の利益を図る意図ある以上、図利加害目的は認められる。

そして、甲は抵当権登記を得させることを妨害しない義務に反する行為をなしている。

さらに、一番抵当と二番抵当では価値が違うから、Aについて財産上の損害も認められるというべきである。

したがって、甲は背任罪（247条）の罪責を負う。

二、乙の罪責について

(1)乙が悪意の場合、乙は甲の犯罪に加担する者として、背任罪の共犯（60条・61条・62条）の罪責を負わないか。

(2)思うに、刑法の謙抑性の観点から、民法上有効に権利を取得できる場合は、その者を処罰すべきでない。

したがって、事情について単純悪意の場合、抵当権設定を受けた者は共犯にならない。民法177条の第三者は、悪意の権利者も含まれると解されるからである。

一方、改めて抵当権の設定を受けた者が背信的悪意者である場合には、この者は民法177条の第三者にあたらない。

したがって、この場合の抵当権者には、犯罪成立の可能性があることになる。

(3)よって、乙は背信的悪意者の場合に、共犯として処罰される可能性がある。乙が犯罪に関与した度合いにより、共同正犯（60条）になることがれば、教唆犯（61条）、幫助犯（62条）になる可能性もある。

2、(1)ただ乙には、「他人の物の占有者」という身分がない。そこで、乙は身分がない者として、65条により処理される。

思うに、65条1項は、「身分によって構成すべき」

* 事実認定の仕方を学ぶ

● 図利加害目的

● 任務違背行為の有無

● 財産上の損害

丁寧に各要件事実にあたる事実があるかを認定

【論点】共犯と身分

としており、65 条 2 項は「身分によって特に刑の軽重があるとき」としている。このような文言から、同条 1 項は真正身分犯、同条 2 項は不真正身分犯の規定であると解すべきである。

そして、通常人からすると、業務上の占有者たる身分は真正身分ということになる。

したがって、乙は 65 条 1 項から、背任罪の共犯の罪責を負う。

以 上

第 53 問 A

次の各事情の下、甲はいかなる罪責を負うか。

1、①甲は**刑事未成年**である乙に対して、金目の物を盗んできたが、俺が買ってやるから盗んでこいと②唆し、現実に乙が盗んできた物を買取った。

2、③甲は、自分の子である乙が甲の親 A から盗んだ物だと考えて、財物を保管していたところ、その財物は乙の友人丙が、A から盗んだ物を、警察などの追求を免れるため、無断で甲家に隠した物であった。

基礎点 20 点 各論点 1 点

①本犯者は「犯罪」を犯している必要があるか？

【論点】盗品等に関する罪の本質

【論点】盗品等に関する罪の客体

②教唆犯による財物の有償譲受け→不可罰的事後行為ではないか？

【論点】窃盗教唆犯は盗品等に関する罪の主体たりうるか

③親族関係についての錯誤がある

【論点】親族関係は犯人と誰との間に必要か

【論点】身分関係についての錯誤

解答例

一、小問 1 について

1、(1)本問甲は盗品譲受け等の罪（256 条 2 項）の罪責を負う可能性がある。

本罪の客体は財産に対する罪で取得された物である。しかし、本問盗品は、刑事未成年者乙によって取得されたものである。すなわち、刑法上処

【論点】盗品等に関する罪の客体

罰されない（41 条）者によって取得されている財物についても、本罪の客体になるのか。

(2) 思うに、本罪の間接領得罪としての性格からすると、本罪は本権者の追求権を侵害する罪であるというべきである。

とすれば、違法な行為によって取得された物を取得すれば、追求権は十分侵害できる。

したがって、構成要件に該当し、違法な行為によって取得された物であるならば、本罪の客体となると解する。

(3) 乙の行為が違法な行為であることは間違いない。したがって、乙が盗んできた物も本罪の客体になる。

2、しかし、本犯者は本罪の主体とならない。そこで、甲のような狭義の共犯となる者（61 条、62 条）も本罪の客体になるのか。

思うに、本犯者の盗品譲受行為が処罰されないのは、本犯行為の評価の中で、事後の追求権の侵害まで評価されているからである。

しかし、共犯は、直接占有を侵害する者ではなく、窃盗罪とは罪質がかなり違う。すなわち、共犯行為によって本罪の違法性が評価されているとは考えられない。

したがって、共犯者は本罪の主体たりうると解する。

3、以上から、甲の盗品譲受行為は可罰的である（256 条 2 項）。

二、小問 2 について

1、(1) 本問甲は盗品等保管罪（256 条 2 項）で処罰される可能性がある。

しかし、甲が保管した物は、甲の親 A の物である。

そこで、甲は 257 条によって刑を免除されないか。257 条にいう親族関係は、被害者、本犯者、盗品罪の犯人のいずれに必要かが問題となる。

(2) 257 条に該当する行為には犯人庇護罪、事後従

【論点】盗品等に関する罪の本質

【論点】窃盗教唆犯は盗品等に関する罪の主体たりうるか

【論点】親族関係は犯人と誰との間に必要か

犯的性格が認められる。とすれば、このような行為をしないことについて、親族には期待可能性がない。

この趣旨から、親族等の犯罪に関する特例が設けられたといえることができる。

とすれば、親族関係は本犯者と盗品罪の犯人との間にあれば足りるというべきである。

(3) 本件甲と本犯者との間には親族関係はないから、甲には 257 条は適用されないことになる。

2、(1) しかし、甲は本犯者が自己の子供であると誤信している。かかる錯誤が甲の罪責にいかなる影響を与えるのか。

(2) 思うに、257 条の法的性質は、一身の処罰阻却事由である。すなわち、親族関係の不存在は故意の内容ではない。

したがって、故意を阻却しない。

3、以上より、甲は盗品等保管罪の罪責を負う (256 条 2 項)

以 上

【論点】身分関係についての錯誤

* 盗品等譲受け罪の罪質 (長文)

思うに、本罪の複雑な罪質からすれば、本犯罪の本質を一面的に捉えるのは妥当でない。

本罪は刑法典上財産罪の一種とされていることから、本犯は財産罪に限定するべきである。ただし、不法原因給付物や禁制品に盗品等の性格を認められないというのは不都合である。

したがって、本罪は財産罪によって取得された財物に対する違法状態が維持されることから被害者を保護するために認められる独自の追求権を侵害する罪であると解する。あわせて、盗品等の罪には内容的に利益関与的・事後共犯的な性質も有するといえる。

第 3 章 社会的法益・国家的法益に対する罪

第 54 問 A

① 甲は乙の住んでいる耐火建築マンションに**放火するために**、② マンションと一体になったゴミ置き場の中に**ガソリンを撒いた**。そこで、③ 放火をする前に一服しようと考え煙草に火をつけたら、ガソリンに引火し、家に燃え移ったが、たまたま通りかかった通行人が瞬時に消し止めた。

甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 19 点 各論点 2 点

① ガソリンを巻いた→これで実行の着手はあるかが問題

結果が発生しているから実行の着手は関係ない……と思ってはいけない

→ここで実行の着手がなければ、失火罪しか甲には成立しないことになる

【論点】実行の着手時期

② 難燃性マンションと一体になったゴミ置き場→現住建築物といえるか

【論点】現住性判断の方法

③ 結果的に甲が放火をしたことになったが、火をつけるつもりはまだなかった

→思わぬ経緯を通して結果が発生、**【論点】因果関係の錯誤**

③ 瞬時に消し止められている→既遂に達しているか

【論点】放火罪の既遂時期

解答例

一、 1、 (1) 本問甲はガソリンを撒いているのはマンションと一体となっているとはいえ、ゴミ捨て場である。放火の客体の現住性は認められるか。

(2) 思うに現住建築物放火罪が重い法定刑を用意しているのは、人の生命・身体に危険が発生する可能性が高い点を考慮したものである。

したがって、その現住性の判断は、放火によって延焼し、人の生命・身体に危険が発生する可能性があるかどうかを基準にすべきである。

(3) 以上をもって本件を検討するに、耐火建築マンションとはいえ、火の粉があがり、窓などから住居の部分に燃え移ることがありえないわけではない。

したがって、その本件ゴミ捨て場は、その現住性を肯定してよい。

2、 (1) 次に、甲はガソリンを捲いているだけであるが、かかる行為あれば、現住建築物放火罪（108 条）の実行の着手ありといえるか。

(2) 思うに、放火罪の実行の着手時期は、焼損の結果への現実的な危険が発生する時点である。

このような危険性が認められれば、実行の着手

【論点】現住性判断の方法

【論点】実行の着手時期

があるから、媒介物を利用する場合も含まれると
いうべきである。

(3)本問の場合を検討するに、ガソリンは引火しやすい。そのような事情を考えると、ガソリンを撒くだけで、焼損の結果への現実的な危険は発生するとい
うべきである。

したがって、ガソリンを撒く行為は、放火罪の実
行の着手ある場合といえる。

3、その上で、建物に火が燃え移っているが、その
火は瞬時に消し止められている。

放火罪は焼損時に既遂に達するが、「焼損」の
具体的内容が明らかでなく問題となる。

思うに、未遂のない失火罪では、既遂時期を早い
時期に認めるべきである。これと他の放火罪の既
遂時期は統一的に把握すべきである。また、放火
罪は抽象的危険犯である。かかる抽象的な公共の
危険は目的物が独立して燃焼を開始した時点で発
生する。

したがって、「焼損」とは火が媒介物を離れ、独
立に燃焼を継続する状態に達したことを指すと解
する。

本問の場合、目的物は独立に燃焼を始めているか
ら、放火罪は既遂になっているといえる。

二、1、しかし、本件既遂の結果は、甲の意図しな
い過程を通じて発生している。そこで、因果関係の
錯誤が問題となる。

2、(1)思うに、構成要件に該当する客観的事実を
認識した場合、規範の問題が与えられ、違法性の
意識を喚起することが可能となる。にもかかわら
ず、あえて犯罪事実を実現する点に故意犯が重く
処罰される理由があるといふべきである。

とすれば、犯罪事実が構成要件によって与えら
れる以上、構成要件に該当する事実さえ認識して
いれば、十分故意責任を問いうる。

したがって、認識した内容と発生した事実がお
よそ構成要件の範囲内で符合していれば故意があ

【論点】放火罪の既遂時期

【論点】因果関係の錯誤

るといえる。

(2)そして、因果関係は客観的構成要件に該当する事実であるから、因果関係の錯誤も事実の錯誤の問題として捉えるべきである。

この場合、事実と行為者の認識した事実が構成要件の範囲内で符合していれば故意責任を問うると解する。

具体的には、事前に予見した内容と実際に進行した結果との不一致がいずれも相当因果関係の範囲内にある限り、故意を阻却しないというべきである。

3、本問を検討すると、ガソリンの撒かれた状態で火をつけることで、建物が焼損する結果が発生することは相当因果関係内の事情と言ってよい。

また、具体的に火をつけて焼損の結果を発生させることもまた、相当因果関係の範囲にある。

したがって、事実と甲の内心は構成要件内で符合する。したがって、甲の故意は阻却されず、甲は現住建造物放火罪（108条）の罪責を負う。

以 上

第 55 問 B

①甲は自己の所有する家を大掃除し、出てきたゴミを焼却するために、ゴミを積み上げ、火をつけた。②甲の家の庭は狭く、急に風が強くなった上に、たき火の炎はいつのまにか2～3メートルになり、今にも隣家に燃え移らんとするばかりであった。しかし、③甲は火をつけた直後から何の危険もないであろうと考えていたので、外に買い物に行っていた。

甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①自己物に火をつけているのみ→本来は不可罰

②公共の危険が発生している→しかし③認識がない

【論点】公共の危険の意義

【論点】公共の危険の認識の要否

解答例

一、甲は自己物に火をつけているから、甲には自己物に対する建造物等以外放火罪（110条2項）が成立する可能性がある。

本罪の成立には、公共の危険の発生が要件とされる。

公共の危険とは、一般の不特定多数人が、延焼による生命・身体・財産への危害の発生を感じるに相当の理由がある状態をいう。

したがって、危険性発生の判断については、当該具体的状況に置ける一般人の判断を基準として、客観的に行わなければならない。

本問では、風が強く、甲の家の庭は狭く、火は今にも隣家に燃えうつらんとするばかりであったから、公共の危険は発生していると言ってよい。

二、1、しかし、本問甲は、公共の危険の発生を認識していない。本罪の成立のため、行為者は危険を認識する必要があるか。

2、この点、判例は本罪を結果的加重犯と捉え、重い結果についての認識を不要とする。しかし、基本犯たる器物損壊罪と放火罪とは保護法益が大きく異なるから、後者を前者の加重形態とするのは無理がある。

思うに、公共の危険は構成要件に該当する事実とすべきである。

したがって、本罪の成立には、公共の危険の発生を行為者が認識する必要があるというべきである。

そして、公共の危険の発生の認識とは、公共の危険の発生の予見はあるが、延焼の具体的認識を欠いている心理的状态をさす。延焼罪の故意との区別のためである。

3、本問甲は公共の危険の発生の認識を欠いている。したがって、不可罰である。

以上

【論点】公共の危険の意義

【論点】公共の危険の認識の要否

第 56 問 A

甲は① **K私大の卒業証書**をAから借り受け、②Aの名前の上に自己の名を書いた紙を挟んだ上で、③当該卒業証書を写真コピー機でコピーし、あたかも甲の卒業を証する証書が存在するかのようなコピーを一通作成した。

甲の罪責を論ぜよ。

基礎点 20 点 各論点 1 点

① 私文書、事実証明に関する文書

② ③ 名前を書き直せば変造→しかし、直接卒業証書を書き直しているわけではない。

コピーの作成は偽造にも変造にもならないのか？

【論点】偽造の意義

【論点】作成者の意義

【論点】名義人の判断基準

【論点】事実証明に関する文書とは

【論点】写真コピーと偽造

解答例

一、1、まず、甲は卒業証書をコピーしているから、私文書偽造・変造に関する罪を負う可能性がある。

私文書偽造罪（159 条）における「事実証明に関する文書」とは、争いあるも、実生活に交渉を有する事実を証明するにたりる文書を指す。

【論点】事実証明に関する文書とは

卒業証書がかかる要件を満たすことは問題ない。

2、しかし、写真コピーの作成が、偽造文書の作成といえるか。文書偽造行為は原本の作成行為に限られるか否かが問題となる。

【論点】写真コピーと偽造

本来、写しは、写しの作成者による原本内容の変更を伴う可能性があるから、原本たり得ない。

しかし、その写しに原本と同様の社会的機能と信用性がある場合、写しも本罪の客体としうるというべきである。

そして、写しとしての写真コピーは、原本と寸分違わない体裁・内容を備えるものとして信用性が高められ、各種証明などに利用されている。

したがって、写真コピーは文書偽造罪の文書にあたるというべきである。

二、1、次に写真コピーは偽造といえるかを判断する必要がある。

まず、「偽造」（154条以下）の意義が明らかでなく問題となる。

思うに、文書偽造罪の保護法益たる文書に対する公共の信用は、作成権者によって真実その文書が作成されたかに向けられる。

すなわち、内容的には真実であっても、作成者の意思に反して名義を冒用する行為は禁止する必要性がある。

したがって、偽造とは名義人を偽ること、すなわち有形偽造を指すというべきである。そうすると、名義人と文章作成者が不一致をきたす文書が偽造文書ということになる。

【論点】偽造の意義

2、(1)とすると、偽造の有無の判定のため、作成者の意義、及び名義人の意義が問題となる。

まず、文書を作成させた意思の主体を作成者というべきである。なぜなら、現実には文書を作る者と文書の名義人は異なることはいくらかでもあるからである。

【論点】作成者の意義

(2)さらに、名義人の判断基準について検討する。

思うに、文書偽造罪の保護法益は文書に対する一般人の信用である。

とすれば、名義人が誰にあたるかについては、一般人がその文書を見て誰が名義人と考えるかによって判断するのが妥当である。

【論点】名義人の判断基準

3、以上をもって、本問にあてはめる。

まず、写真コピーには、原本を見た場合と同様の信用性があるから、一般人は名義人を原本の名義人と同様に考えるであろう。

したがって、写真コピーの名義人は原本の名義人というべきである。

かかるコピーを作出したのは名義人ではないから、名義人と作成者との不一致は発生している。もっとも、本事例では**非本質的部分**に改ざんが加えられたにすぎない。しかし、原本と**別個の文章を作り出されている**から、やはり偽造というべきである。

三、最後にコピーに複写された印章・署名は、原本作成名義人の印章と見るべきである。

なぜなら、写真コピーが原本と同一の意識内容を保有しているからである。

以上から、甲は有印私文書偽造罪の罪責を負う(159条1項)。

以 上

●有印文書か否か

→法定刑も変わる！

* 参考

【論点】テレホンカードの有価証券性

テレホンカードは有価証券か。

有価証券は従来文書の一種と解される。しかしテレホンカードは可読性のない磁気情報部分に本質があるから、有価証券とはいえないともみうる。

しかし、かように解するのはテレホンカードのもつ社会的存在性を無視するものであり、妥当でない。

思うに、テレホンカードの券面上の記載と磁気情報部分を一体としてみれば、そこには電話の役務の提供を受ける財産上の権利が証券上に表示されていると認められる。

かつ有価証券というには、権利の行使にその占有が必要であるが、テレホンカードはこれを電話機に挿入することによって使用するものである。

したがって、テレホンカードは有価証券にあたるというのが相当である。

第 57 問 A

次の各問いにおける甲の罪責を論ぜよ。

1、①甲は**架空人名義**の②**契約書**を作成した。

2、③甲はAから**権限を与えられていない**にも関わらず、「**A代理人甲**」の名義で、契約書を作成した。

3、甲は、④**同姓同名の弁護士**がいることを利用して、弁護士甲名義の⑤**報酬請求書**を一通作成した。

基礎点 21 点 各論点 1 点

①架空人名義の契約書の作成→他人の名前を勝手に使った……とはちょっと違うが？

【論点】名義人の意義

【論点】架空人名義と偽造

②契約書→権利・義務に関する文書

③無権限で代理人名義の文書を作成

【論点】代理名義の冒用

④名前は間違えなく甲→名義を冒用しているのではなく、肩書についてうそをついているだけではないか？

【論点】資格・肩書の冒用

⑤報酬請求書→権利・義務に関する文書

解答例

一、小問1について

1、本問契約書のように、名義人の存在しない文書は、私文書偽造罪（159条）における偽造文書といえるか。

2、思うに、名義人が不存在であっても、文書に対する公共の信頼が害されることには変わりがない。

したがって、架空人名義の文書作成は、偽造にあたりと解する。

【論点】架空人名義と偽造

3、以上から、甲は他の要件を満たせば、私文書偽造罪（159条）の罪責を負う。

二、小問2について

1、本問甲のように、代理権限がないのに代理人として署名した者は、いかなる罪責を負うか。その判断のため、名義人の判断基準について検討する。

【論点】代理名義の冒用

【論点】名義人の意義

2、思うに、文書偽造罪の保護法益は文書に対する一般人の信用である。

とすれば、名義人が誰にあたるかについては、一般人がその文書を見て誰が名義人と考えるかによって判断するのが妥当である。

3、以上をもって本事例に当てはめると、代理の効果は甲に帰属する。とすれば、文書を見た者は甲を名義人と考えるといえる。

したがって、本文書の名義人は甲というべきである。

とすると、作成者がAである以上、当該文書には

名義人と作成者の不一致が見られる。

したがって、代理名義の冒用行為は文書偽造行為にあたる。

三、小問3について

1、本問甲には私文書偽造罪（159条）が成立する可能性がある。しかし、この場合の甲は名義を偽っているといえるか。

2、前小問で述べたとおり、名義人の判断は、一般人を基準として判断すべきである。

その上で、肩書の冒用について検討するに、肩書きを付した文書作成行為が当然に偽造行為となるわけではない。作成名義人と作成者の間に人格的同一性が認められることが通常だからである。

しかし、肩書を付すと別人格になるとことが明らかなる場合は偽造罪となる。この場合、文書に対する一般人の信用を害するからである。

上のような事情があるか否かは、肩書の内容、文書の性質などの事情から総合的に決せられる。

【論点】資格・肩書の冒用

3、以上をもって本問にあてはめると、甲は弁護士と名乗り、かつ弁護士しか作成できない文書を作成している。

とすると、一般人は、その文書の名義人を弁護士である甲と考えられる。そして、作成者は弁護士でない甲であるから、作成者と名義人の間に齟齬が生じている。

したがって、甲は私文書偽造罪（159条）の罪責を負う。

以 上

第 58 問 B

次の各場合における甲の罪責を論ぜよ。

1、①甲は自動車のスピード違反で捕まった際、**交通反則切符中の供述書**に、②**事前に承諾を得ておいた友人**の名を書き込んだ。

2、③甲は乙から替え玉入試の**委託を受けて**、④甲大学の**試験問題に対する解答**を乙名義で一通作成した。

基礎点 19 点 各論点 2 点 あてはめ各小問 1 点ずつ

① 交通反則切符の供述書

→交通違反をした人自身の供述書＝私文書、事実証明に関する文書

② ただし、承諾を得て他人の名で供述することができるわけではない

∵交通違反をしたその人の供述を求めるものだから

承諾があっても他人の名義を使用してはいけない

③ 委託を受けて→名義使用の承諾も当然含まれているが……

④ 試験問題に対する解答→学力という事実証明にかかる文書

【論点】事実証明に関する文書とは

【論点】名義人の承諾ある場合

解答例

一、小問 1 について

1、甲は交通反則切符中の供述書に、友人の名を書き込んでいる。

交通反則切符はスピード違反の事実を証明する、事実証明にかかる文書である。そこで、甲は私文書偽造罪（159 条）の罪責を負う可能性がある。

しかし、甲は事前に友人にその名義使用の承諾を得ている。かように名義人の名義使用の承諾がある場合、これを「偽造」ということができるか。

2、この点、名義人の名義使用の承諾がある場合は、名義の冒用とはいえず、真正文書となるのが原則である。

しかし、文書の性質上、その名義人自身による作成だけが予定されている文書については、別に考える必要がある。

このような文書では、名義人と作成者が同一でないと、名義人と作成者の齟齬が発生し、一般人の信用を害することになる。作成者と名義人の同一性が著しく要求される場合だからである。

したがって、このような場合は、名義使用の承諾があっても、不真正文書となるというべきである。

3、以上をもって本問にあてはめるに、供述書は公
● あてはめ
の手続に用いられるという特殊な性格を持っている。
しかも反則制度では簡易迅速な手続が要求される。

【論点】名義人の承諾ある場合

すなわち、交通反則切符中の供述書は、名義人自身による作成だけが予定されている文書にあたるというべきである。

以上から、甲は私文書偽造罪（159 条）の罪責を負う。

二、小問 2 について

1、本問甲のような替え玉受験行為は、文書偽造罪にあたる可能性がある。まず、解答用紙が「事実証明に関する文書」（159 条）にあたるか。

2、(1) 思うに、解答用紙は採点されることで志願者の学力を示す資料となる。
したがって、志願者の学力の証明に関する文書として、解答用紙は「事実証明に関する文書」にあたるというべきである。

【論点】試験の解答用紙は事実証明に関する文書とは

(2) さらに、承諾があるのに偽造といえるか。

● あてはめ

思うに、答案は志願者の学力を図るものであるから、性質上名義人自身のみによる作成が予定されている文書というべきである。

3、したがって、名義使用の承諾があっても、替え玉受験行為は文書偽造罪（159 条）を構成するといえるべきである。

以 上

第 59 問 B

1、①**公務員の身分を有しない甲**は、日本において兵役に服したことがないなどの②**虚偽の事項**を記載した証明願いを村役場の係員に提出し、**情を知らない係員乙**に、③**村長名義の証明書を作成**させた。甲の罪責を論ぜよ。

2、1 の事例で、甲乙が通謀して虚偽の公文書を作成した場合の乙の罪責を論ぜよ。

3、④甲は自分の名前が書かれた**偽造の運転免許証**を⑤**携帯**して、車を**運転**した。当該行為は偽造公文書の行使にあたるか。

基礎点 21 点 各論点 2 点

①公務員の身分なし→虚偽公文書作成罪を犯すことはできないのではないかと

②虚偽の事項を……虚偽公文書を公務員に作成させるための手段

③村長名義の証明書→名義の冒用はなく、偽造ではない

【論点】虚偽公文書作成罪の間接正犯

④運転免許証→名義人は公安委員会

⑤免許証を携帯して車を運転→免許証を行使といえるか？一般人からすればいいとも思えるが？

【論点】偽造の運転免許証と行使

解答例

一、小問1について

1、本問甲は役場の係員を利用して、虚偽内容の公文書を作成させている。

しかし、甲は公務員たる身分がないから、それでも、甲に虚偽公文書作成罪（156条）が成立するか。

2、まず、一般的にいうと、非身分者も身分者を道具として利用することで法益を侵害できる。

したがって、身分なくとも、身分犯を犯すことはできる。

3、しかし、刑法は公正証書原本等不実記載罪（157条）を規定し、限定された重要な公文書についての間接正犯的態様を特に軽く処罰している。

とすると、法は、その他の間接正犯的形態を処罰しない趣旨と考えるのが自然である。

よって、157条にあたらぬ虚偽公文書作成の間接正犯は不可罰と解すべきである。

3、したがって、甲は無罪である。

二、小問2について

本件乙は公務員たる身分はあるが、証明書の作成名義人ではない。とすれば、乙はやはり前段甲と同様、無罪になるかに見える。

しかし、乙は日常業務として、本件証明書の起案を担当する者であるといえよう。とすれば、乙は本件証明書を作成する事実上の作成権限が与えられた者とみるべきである。

したがって、乙は虚偽公文書作成罪の罪責を負う。

三、小問3について

1、本問では、偽造公文書行使罪（158条1項）に

【論点】虚偽公文書作成罪の間接正犯

●補助公務員が虚偽公文書を作成させた場合

*このときの甲は、65条1項によって、共犯としての罪責を負う。共同正犯になる可能性が高い。

【論点】偽造の運転免許証と行使

における「行使」の意義が問題となる。

2、思うに、本罪の保護法益は文書に対する公衆の信用である。したがって、「行使」といえるためには、当該行為によって公衆の信用が害される危険が発生しなければならない。

そこで、「行使」とは、文書を他人が認識しうる状態におくことを指すと解すべきである。

3、ここに、携帯しているだけでは、他人が当該文書を認識しうる状態にあるとはいえない。

したがって、文書の携帯だけでは、「行使」にあたらない。本問甲の行為は無罪ということになる。

以 上

第 60 問 B

1、甲は、① A 公立高校卒業後、② 高校の校門付近で発煙筒を焚いたり、動物の死体をおいたりして、嫌がらせを行った。甲の罪責を論ぜよ。

2、警察と銀行が協力した防犯訓練の際、③ 公務員甲は強盗役となったので、それらしい格好をした上で、銀行から現金で膨らんだかに見える鞆をもって飛び出した。それを見た A は甲が④ 本物の強盗犯人だと考えたので、これは大変だと思い、A は甲に飛びかかり、甲を羽交い締めにした。A に公務執行妨害罪は成立するか。

基礎点 21 点 各論点 1 点

② 威力を使った業務妨害

→ ① ただし、妨害されているのは公立学校、公務が妨害されている

【論点】「公務」は「業務」に含まれるか

③ 適法な職務の執行 → ただし、一般人からしたら、強盗に見えても仕方がない

【論点】職務の執行の意義

【論点】公務の適法性

④ 実際に A は甲が本物の強盗犯人だと勘違いする

【論点】規範的構成要件要素の錯誤

解答例

一、小問 1 について

1、甲は発煙筒を焚くなど「威力」(234 条)を用いて、A 公立高校の業務を妨害している。そこで、A

は業務妨害罪で処罰されないか。

「業務」に公務が含まれるかが問題となる。

2、思うに、権力的公務については威力は実力で排除できる。しかし、非権力的作用はそのような実力はない。とすると、暴行にいたらない威力から公務を保護する必要がある。

しかも、かかる作用については私人が通常行っているものと区別する必要がない。

したがって、非権力的公務は「業務」にあたりと解するのが妥当である。

3、以上をもって本問を判断すると、甲公立高校の行う業務は非権力的公務にあたる。

したがって、Aには業務妨害罪（234条）が成立すると解する。

二、小問2について

1、甲は公務員であり、防犯訓練中であつたにも関わらず、Aがかかる甲の職務の遂行を妨害している。そこで、Aには公務執行妨害罪（95条1項）が成立する可能性がある。

まず、強盗犯人役として逃げる甲は職務執行中の公務員といえるか。

95条は公務員を特別に保護する規定ではない。公務の適正な執行を保護することをその趣旨とする。

とすれば、職務執行にあたる公務員とは、現実には執行中の者に限らない。加えて、職務開始直前の執務をなす者及び、職務と密接な関連を有する待機状態にある者も含むというべきである。

本問甲は防犯訓練中であるから、職務執行中の公務員といってよい。

2、(1)しかし、Aは甲のことを強盗犯人だと考えている。かかる錯誤の犯罪成立への影響を判断するため、職務の適法性は犯罪成立要件といえるかが問題となる。

この点、条文では公務の適法性は要求されてい

【論点】「公務」は「業務」に含まれるか

【論点】職務の執行の意義

*この点はもう少し短く論述してよい

【論点】公務の適法性と判断基準

ない。

しかし、前述の通り、本条の趣旨は公務員の身分・地位を保護することにあるのではなく、公務の適正な執行を保護する点にある。

そして、違法な公務を保護しても公務の適正な執行を保護するとはいえない。したがって、職務は適法なものでなければならない。職務の適法性は記述されざる構成要件要素というべきである。

ただし、違法な公務といえども、軽微な違法性を有するに過ぎない公務は、保護されるべきである。職務の円滑な執行という利益を確保する必要があるからである。

そこで、保護される公務か否かの判断基準が必要である。具体的には、①一般的・抽象的職務権限に属すること②具体的職務権限に属すること③法律上の重要な条件・方式を履践していることが要求されるというべきである。

● 判断基準

(2)問題は、かかる適法性の判断方法である。

かかる要件は規範的構成要件要素であるから、その判断を一般人が正確になすことは困難である。また、国民の人権保障の観点から、判断を恣意に陥らせない必要もある。したがって、裁判所が法令を解釈して客観的に判断すべきである。

また、適正な手続を踏んで、行為時に適法であった行為は、公務の円滑な執行の観点からひとまず保護する必要がある。したがって、適法性は行為時の状況を基礎に判断すべきである。

● 適法性の判断基準

公務員？一般人？裁判所？

(3)以上をもって本問甲の行為の適法性を判断すると、甲は防犯訓練中であるから、その適法性について疑いの余地はない。

3、(1)2を前提とすると、本問Aは、不適法な公務だと考えて、暴行を行って公務を妨害しており、構成要件要素についての認識が欠缺している。とすれば、Aについては事実の錯誤として故意が阻却されるようにみえる。

しかし、行為者が軽率にも公務が適法でないと思いこんで暴行・脅迫を加えた場合まで公務が保護されないとするのは不当である。

【論点】規範的構成要件要素の錯誤

ここに、職務の適法性は、規範的構成要件要素にあたる。規範的構成要件要素とは、その存否について裁判官の規範的・評価的な価値判断を有する構成要件要素をいう。

その有無が裁判所によって判断される規範的構成要件要素については、どの程度の認識があれば故意があるといえるか。

(2) 思うに、規範的構成要件要素も構成要件の要素である以上、行為者に故意責任を問いうるにはその認識が必要である。しかし、その内容についての正確な認識を素人に求めることは不可能である。

思うに、一般人としての社会常識に照らして通常知りうる範囲でその法的意味を認識していれば違法性の意識が喚起できる。したがって、その程度の認識があれば、故意責任を問うことが可能であるというべきである。

(3) 以上をもって本問について検討すると、甲は通常人から見れば強盗犯人にしか見えない。とすると、そのような甲に対して、逮捕しようとして羽交い締めにすることに違法性の意識を喚起する可能性はないというべきである。

したがって、Aは事実の錯誤として、故意が阻却される。したがってAに公務執行妨害罪は成立しない。

以上

●あてはめ

第 61 問 A

甲は警察に追われている乙を匿った。次の各小問に答えよ。各小問は独立した問いである。

1、①乙が**真犯人でない**場合、甲の罪責を論ぜよ。

2、②甲は乙が**侮辱罪**を犯したに過ぎないと考えていたが、乙は**名誉毀損罪**を犯していた場合、甲の罪責を論ぜよ。甲は、③乙が名誉毀損罪を犯したことは知っているが、たいた罪ではないと思っていたときはどうか。

3、④乙が甲に自分を蔵匿するよう、**強く唆し**、結果甲が犯人蔵匿罪を犯した場合、乙に犯人蔵匿罪の教唆犯は成立するか。

基礎点 19 点 各論点 2 点

① 犯人蔵匿罪の客体→真犯人に限るか。真犯人でなければ、刑事司法作用を侵害する度合いは低い

【論点】 客体は真犯人に限るか

② 侮辱罪→罰金刑がない＝罰金刑以上の罪にあたると思っていない

③ 名誉毀損罪を犯したことを知っている→罰金刑以上の「罪」を犯したことだけ知っている

【論点】 犯人蔵匿罪の故意

④ 乙は本犯者→自分で隠れた場合犯罪ではないが、教唆犯として処罰の対象になるか

【論点】 犯罪者が自らの蔵匿を他人を教唆したとき

解答例

一、小問 1 について

1、甲に犯人蔵匿罪（103 条）は成立するか。犯人蔵匿罪の犯人とは真犯人に限るかが問題となる。

2、思うに、条文が犯罪を「犯した」としている。
また、無実であるものを蔵匿することは違法性が低い。
したがって、本罪の客体は真犯人に限るとすべきである。

【論点】 客体は真犯人に限るか

3、以上から、甲は何の罪責も負わない。

二、小問 2 について

1、甲は乙が犯した犯罪について、錯誤をきたしている。そこで、犯人蔵匿罪の故意を問うには、蔵匿行為者に、どのような故意を要求すべきか。
2、思うに、「罰金以上の刑にあたる罪を犯した者」（103 条）であることは本罪の構成要件要素である。しかし、「罰金以上」の罪であることの認識を行為者に要求するのは素人的判断を越える。
そこで、「罰金以上の刑にあたる」ことの認識は犯罪の成立に必要な。しかし、罰金以上にあたる「罪を犯した者」であることへの認識は本罪の成立に必要なである。

【論点】 犯人蔵匿罪の故意

3、以上をもって本問を判断すると、前段の甲は拘留・科料の法定刑が定められている侮辱罪を乙が犯

したと考えている。

したがって、罪の点について錯誤があるから、事実の錯誤がある。すなわち、甲は何の罪責も負わない。

それに対して後段の甲は、乙が名誉毀損罪を犯したことは知っている。その後の評価は故意に影響しない。したがって、甲は犯人蔵匿罪の罪責を負う。

三、小問3について

1、本問のように、犯罪者が自らの蔵匿を他人を教唆したとき、犯罪者自身は犯人蔵匿罪の教唆犯として処罰されるか。本罪の主体に犯罪を犯した本人は含まれないから問題となる。

2、思うに、本犯者が犯人蔵匿罪の主体とならないのは、本犯者には適法行為の期待可能性がないからに過ぎない。ここに、他人を道具に使用したとしても、期待可能性が乏しいのは同様というべきである。

したがって、本犯者の教唆行為もまた処罰できない。

3、以上から、乙に犯人蔵匿罪の教唆犯は成立しない。

以 上

【論点】犯罪者が自らの蔵匿を他人を教唆したとき

*判例は可罰説に立つ。

第 62 問 A

①甲は、殺人罪の被疑者として先に警察に逮捕されていた**共犯者 A から預かっていた、凶器や血の付いた衣服など証拠が入った風呂敷包み**を、②A の妻乙から教唆され、③**A の利益のために**隠匿した。さらに、④乙は**参考人**として、警察に取り調べを受けた際に、**虚偽の陳述**をなした。

さらに、丙は甲が被疑者とされた刑事裁判における証人として、証言をすることになった。⑤丙は**甲が殺したと記憶**していたが、⑥甲にもともと偽証を教唆されたので、⑤丙は宣誓をした上で、「確かに**A が人を殺すのを見ました**」と証言をした。⑤**真実は A が人を殺していた**として、甲乙の罪責を論ぜよ。

基礎点 20 点 各論点 1 点

① A は共犯者→本件証拠は自分の刑事事件に関するものであるし、A のものともいえる

【論点】共犯者の刑事被告事件

② 偽証の教唆→親族自身が証拠隠滅をした場合、刑が免除されるが。教唆は？

【論点】親族が他人を教唆した場合

③ Aの利益のために→甲は証拠隠滅罪が成立してもいいのではないか

④ 参考人としての虚偽の陳述→証拠偽造罪にならないか？

【論点】捜査段階における虚偽の陳述

⑤ 丙は記憶に反するが、真実に合致する証言をした→犯罪は成立するか

【論点】「偽証」の意義

⑦ 偽証の教唆→被告人は処罰されるか？

【論点】被告人が証人に偽証を教唆した場合

解答例

一、甲の罪責について

1、本問甲Aは共犯であるが、甲は当該事件における証拠を隠匿している。そこで、共犯事件では、その事件に関する証拠は、「他人の」（104条）刑事事件に関する証拠にあたるか否かが問題となる。

思うに、104条で「他人の」とされている理由は被疑者、被告人には証拠を隠滅しないことに期待可能性がないからである。

共犯事件に関する証拠にはもっぱら他人のための証拠も含まれており、これの隠滅に期待可能性がないとはいえない。とすると、期待可能性ある場合も含め、すべて自己の刑事事件の証拠とするのは本条の趣旨に反する。自己の被告事件と関係ない証拠は、右にいう他人の刑事事件の証拠とすべきである。

したがって、もっぱら共犯者のためにする意思で隠滅した証拠のみ「他人の刑事事件」に関する証拠にあたりとすべきである。

以上をもって本問を検討すると、甲はもっぱら乙のために証拠を隠滅している。したがって、甲は証拠隠滅罪（104条）の罪責を負う。

2、さらに、本件甲は丙に偽証をするように教唆している。かように被疑者本人が証人に偽証を行うように教唆した場合、犯人は教唆犯（61条）として処罰されるか。

【論点】共犯者の刑事被告事件

【論点】被告人が証人に偽証を教唆した場合

思うに、本人が 169 条の主体にならないのは、本人は証人適格がなく、主体になれないからにすぎない。

思うに、本人よりも他人の証言の方が裁判所にとって信頼度が高い。したがって、他人に偽証させるほうが、より国家の審判作用を害する可能性が高い。

したがって、教唆犯は成立するというべきである。

以上から、丙が偽証罪に問われる限りで、甲は偽証罪（169 条）の教唆犯（61 条）の罪責を負う。

二、乙の罪責について

1、乙は夫 A のため、甲に証拠隠滅を教唆している。そこで、乙には、証拠隠滅罪の教唆犯（61 条）が成立するが、科刑が免除される可能性はないか（105 条）。

思うに、親族が刑を免除されるのは、親族には適法行為の期待可能性が乏しいからである。そして、他人を道具に使用したとしても、期待可能性が乏しいのは同じである。

したがって、親族による教唆行為もまた免除の可能性があるとすべきである。

以上から、乙は甲への教唆行為について、科刑が免除される可能性がある。

2、また、乙は捜査段階で、虚偽の証言をなしている。これが甲を隠避させる目的でなされたなら、乙は犯人隠避罪（103 条）の罪責を負うが、親族間の特例により、刑が免除される可能性がある。

さらに、これは証拠の偽造（104 条）として、処罰の対象にならないか。

当該行為は、形式的には証拠の偽造にあたる。

しかし、偽証罪（169 条）は、宣誓をした者に限って処罰するとしている。とすると、法は、宣誓をしないで虚偽の証言をした者は処罰しない趣旨であるというべきである。

したがって、捜査段階で虚偽の証言をなしたに

【論点】親族が他人を教唆した場合

【論点】捜査段階における虚偽の陳述

過ぎない者は 104 条では処罰しないというべきである。

以上から、乙は証拠偽造罪（104 条）の罪責は負わない。

三、丙の罪責について

1、甲は宣誓をした上で、記憶には反するが、真実には合致する証言をなしている。このような甲に偽証罪は成立するか。「虚偽の陳述」（169 条）の内容が問題となる。

2、この点、自らが真実でないと思うことを陳述することを指すとする説がある。

しかし、何が真実かを判断するのは裁判所であり、証人は実験した事実を自己の記憶のままに述べなければならない。にもかかわらず、記憶に反することが陳述されると、それだけで審判作用が害される抽象的危険が発生する。

したがって、「虚偽の陳述」とは、記憶に反する陳述をさすと解する。

3、結果、甲は偽証罪（169 条）の罪責を負う。

以 上

【論点】「偽証」の意義

第 63 問 B

① 財務官僚甲は、税務署長時代、②乙のために 不正に便宜を図った見返りとして、③自分の息子 A を乙の経営する会社の取締役とすることを 迫り、④もしこれが聞き入れられないなら、その 当時見逃した乙の不正行為が摘発されるように計らうと告げた。仕方がなく、乙はこれに応じた。甲乙の罪責を論ぜよ。

基礎点 20 点 各論点 1 点

① 甲は現在公務員→ただし、職務行為との対価は過去のものであってもよい

【論点】抽象的職務権限を異にした場合

【論点】職務行為の意義

② 不正な職務行為の対価→賄賂を請求すれば、加重収賄になる可能性

③ A を取締役にするというのは「賄賂」といえるのか？

【論点】賄賂の意義

④ 脅迫的言辞を伴う→恐喝罪が成立する

同時に贈収賄罪は成立するのか？

【論点】収賄と恐喝

【論点】贈賄と恐喝

解答例

一、甲の罪責

1、まず、不正行為の摘発をほのめかすことも、人を畏怖させるにたる言動である。これは不正行為の摘発を内容としていても、その犯罪性は認められる。

したがって、甲に恐喝罪（249条）が成立する。

● 恐喝の内容

警察に告訴するぞ、でもよい

2、(1)かつ、甲は公務員であり、かかる職務に関して利益を取得しているので、収賄罪（197条）が成立する可能性がある。しかし、かように恐喝的言辞を伴う場合、別に収賄罪が成立するのか。

【論点】収賄と恐喝

思うに、収賄罪・恐喝罪は保護法益を異にしており、財産犯である恐喝罪の構成要件では国家的法益の侵害について評価できない。

したがって、恐喝罪の他、収賄罪が成立しないわけではない。そこで、甲の行為が収賄の構成要件に該当すると評価できるか、検討する。

(2)本問では、甲は抽象的な職務権限を異にしているから、このような場合、甲の行為はいかなる構成要件に該当する可能性があるか。

【論点】抽象的職務権限を異にした場合

この点、現在の一般的職務権限を異にするのであるから、賄賂の収受は職務に関して行われたとは言えないともみえる。それでも不可罰にすることはできないので、事後収賄罪の問題にすべきとする見解がある。

しかし、公務員で「あった」ものという文言（197条の3第3項）からして、事後収賄罪の成否を考えるのは無理がある。収受の当時には公務員であるからである。

思うに、公務員の転職は日常茶飯事であり、特に当該職務を直前まで行っていた場合は、可罰性は高い。

そこで、「職務に関」してとは、現在公務員の抽

象的職務権限に関する必要はなく、過去の職務権限内の行為に関するものであつたと解する。

2、その上で、本問甲については加重収賄罪（197条の3第1項）の成否が問題となる。

思うに、収賄罪の成立には、賄賂の收受その他の行為が職務に関してなされねばならない。

そこで、ここにいう「職務」の意義がまず問題となる。

本罪の趣旨は職務の公正と社会一般の信頼を保護する点にある。とすれば、当該公務員又は仲裁人が法律上有する権限でなくても、本条の対象にする必要がある。

したがって、ここにいう職務とは、職務として行いうる抽象的な範囲にあればよく、かつ職務と密接に関連する行為も含むというべきである。

本問の場合、甲は乙に便宜を図つたとあるから、本要件にあたる事実はあると解すべきである。

3、最後に、甲のAを会社に就職させろという要求は、収賄罪における「賄賂」にあたるか。

思うに、この問題は本罪の保護法益、すなわち、職務の公正・社会への信頼が害されるか否かとの観点から判断するのが妥当である。

したがって、何らかの利益であれば、たりるといふべきである。

したがって、本問甲の要求も賄賂にあたる。

以上から、甲は加重収賄罪（197条の3第1項）の罪責を負う。

二、乙の罪責

乙は恐喝の被害者であるが、それでも贈賄罪（198条）は成立するか。

思うに、畏怖しているとはいえ、いまだ財物交付について任意性が認められる。

したがって、被恐喝者に贈賄罪は成立すると解する。

【論点】職務行為の意義

* 本件では、この要件は当然にあると思われるので、論点の指摘を省略してもよい。

【論点】賄賂の意義

【論点】贈賄と恐喝

* 場合によっては乙の利益を図るために、Aを入社させたことが背任罪に当たる可能性もある。

可能性は非常に低いが……。

乙は贈賄罪の罪責を負う。

以 上

* 参考

なお、公務員が職務行為に仮託して、自己の職務と全く関係のない事項について人を恐喝し財物を交付させた場合は、単なる恐喝罪しか成立しない。