

平成29年司法試験再現答案

刑事系科目

第1問 刑法

整理番号	ランク
1	A
2	A
3	A
4	A
5	A
6	C
7	A
8	A
9	A
10	A
11	B
12	B
13	B

再現答案(刑法)

一. 甲が、売上票用紙に A の名前を記入して C に手渡した行為

1. 甲のこの行為に無印私文書偽造罪(刑法(以下、法典名省略)159 条 3 項)及び同行使罪(161 条 1 項)が成立しないか。

2. 無印私文書偽造罪の成否

(1) まず、甲は、売上票用紙に A の名前を記入しているが、これは A の自署ではないため、「他人の印象若しくは署名」がなく、有印私文書偽造罪(159 条 1 項)は成立しない。

(2) 「事実証明に関する文書」とは、社会生活上の事実について証明する文書のことをいう。本件売上票用紙は、腕時計を購入したという事実を証明するものであるから「事実証明に関する文書」に当たる。

(3) 「偽造」とは、作成者と名義人を偽る行為をいい、作成者とは文書作成にかかる意思主体のことをいい、名義人とは文書から看取される作成者のことをいう。

本件における売上票用紙の作成者は甲である。他方、売上票用紙には、A と署名されている。そのため、甲の上記行為は、作成者と名義人を偽る行為であるといえ、「偽造」に当たる。

そして、B 信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載があり、また、B 信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁じられていることからすると、クレジットカードの名義人のみが署名することが前提となっているといえる。したがって、カード名義人のみの署名が予定されているから、本件売上票用紙への甲の署名にあたり A が承諾していたことは、無印私文書偽造罪の成否に影響を与えない。

よって、甲の上記行為に無印私文書偽造罪が成立する。

3. 偽造私文書行使罪の成否

「行使」とは、文書を真正なものとして使用することをいい、使用とは文書を相手に認識させ又は認識可能な状態に置くことをいう。

本件で、甲は、上記売上票用紙を C に手渡し、真正な文書として C に認識させているから、これは「行使」に当たる。

したがって、甲の上記行為に、偽造私文書行使罪が成立する。

二. 甲が A 名義のクレジットカードを使用して腕時計 X 及び Y を購入した行為

1. 甲のこの行為に詐欺罪(246 条 1 項)が成立しないか。

2.(1) 「欺」く行為は、詐欺罪の実行行為である。そして、詐欺罪は財産犯であるからその成立には財産上の損害が必要である。そこで、「欺」く行為とは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為をいうと解する。

本件において、甲は A 名義のクレジットカードたる本件クレジットカードを C に呈示している。そして、上記の通り、B 信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁じられており、クレジットカードの加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。そうする

と、加盟店が名義人以外の者にクレジットカードの利用を許せば、加盟店は B 信販会社から債務不履行に基づく損害賠償請求を受けるおそれがある。これらの事情からすると、クレジットカードの利用者が本人であるか否かは、交付の判断の基礎となる重要な事項に当たるといえる。

そして、上記の B 信販会社の規約からすると、クレジットカードは名義人本人以外の利用は予定されていない。そのため、クレジットカードを名義人本人として提示する行為は、それ自体、挙動による欺罔行為となる。

したがって、甲が A 名義のクレジットカードを C に呈示した行為は、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為といえ、「欺」く行為に当たる。

(2) 甲による欺罔行為により、C は、甲が A 本人であると錯誤に陥り、「財物」たる腕時計 X 及び Y を甲に交付している。そして、それにより、甲は腕時計 X 及び Y の占有を取得した。したがって、甲は、腕時計 X 及び Y を交付させたといえる。

(3) さらに、甲には不法領得の意思及び詐欺罪の故意に欠けるところはない。

したがって、甲の上記行為に詐欺罪が成立する。

なお、甲は、腕時計 Y を交際相手にプレゼントしているが、これは不可罰的事後行為となる。

三. 甲と乙が A を押さえつけ、石で顔面を殴打した行為

1. 甲と乙のこの行為に傷害罪(204 条)の共同正犯(60 条)が成立しないか。

実行共同正犯は、共同実行の意思とその意思に基づく実行行為により成立する。

本件で、甲は A から殴られるのを防ぐため、乙に対し、「一緒に A を止めよう。」と言い、乙は、これに対し「分かった。」と答えた。そのため、甲乙間では暴行罪(208 条)の共同実行の意思が成立していたものといえる。そして、その意思に基づき、甲と乙は A に体当たり等をしており、これは不法な有形力の行使に当たり暴行罪の実行行為である。

2. その後、乙は、A の顔面を石で殴打し、A に鼻骨骨折の傷害を負わせた。乙の殴打行為は、人の生理的機能を害する行為に当たるから、乙の行為には傷害罪が成立する。もっとも、甲は、乙の殴打行為を認識していなかった。そのため、甲は A の上記傷害について責任を負うかが問題となる。

基本犯について共同正犯が成立する場合、加重結果についても責任を負うと解する。なぜなら、基本犯は加重結果を生じさせ得る危険性を有する行為であるから、基本犯について共同正犯が成立すれば加重結果についても責任を負うべきだからである。

傷害罪は暴行罪の結果的加重犯である。したがって、甲は A の上記傷害についても責任を負う。

3. もっとも、甲と乙は、甲が A から殴られるのを防ぐため、A に対し上記暴行を行っている。そこで、甲と乙に正当防衛(36 条 1 項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) 「急迫不正の侵害」とは、違法な侵害が生じ又は間近に差し迫っていることをいう。本件で、A は、甲に殴りかかっており、違法な侵害が間近に差し迫っているといえるから「急

迫不正の侵害」が認められる。

(2) 「ため」という文言上、正当防衛の成立には防衛の意思が必要であり、その内容は侵害を避けるという単純な心理状態のことをいう。本件で、甲と乙は、甲が A から殴打されるのを防ぐため上記暴行を行っているから、両者に防衛の意思が認められる。

(3) それでは、甲と乙の暴行が「やむを得ずにした行為」といえるか。「やむを得ずにした行為」とは、防衛行為として必要性及び相当性が認められる行為であることをいう。

本件で、A は甲の顔面に殴りかかっているから、甲を防衛するため、A に体当たりし、A を押さえつけることも防衛行為として必要な行為であるといえる。

確かに、同じくらいの体格である男性に対し、2 人がかりで押さえつければ、防衛行為として相当性を欠くとも思える。しかし、甲と乙は防御に徹しており、2 人で A を押さえつけたことをもって直ちに防衛行為として相当性を欠くとはいえない。もっとも、乙が右手に持った石で A の顔面を殴打したことは防衛行為としての相当性を欠くといえる。したがって、甲と乙の暴行は「やむを得ずにした行為」とはいえず、正当防衛は成立しない。

4. ここで、甲は乙が石で A の顔面を殴打したことを全く認識していなかった。そのため、甲は過剰事実の認識を欠き、甲の認識では正当防衛が成立するから、甲は責任故意を欠き、甲には傷害罪は成立しない。

したがって、乙にのみ傷害罪が成立し、過剰防衛(36 条 2 項)として刑を減免することができる。

5. なお、防衛行為の一体性は、侵害の継続性及び防衛意思の連続性から判断するところ、甲と乙が A を押さえつけていても、なお A が甲を殴打しうる状況が存在しており、侵害が継続しているといえること、乙は、甲が A から殴られるのを防ぐという同一の防衛の意思に基づき、石で A を殴打していることからすると、乙が A を石で殴打した行為は防衛行為として一体性が認められる。

四. 甲と乙が A の財布を持ち帰った行為

1. 甲と乙は、A の財布を甲宅へ持ち帰っているところ、この行為に器物損壊罪(261 条)の共同正犯が成立しないか。

2. 本件で、甲と乙は、A の財布を甲宅へ持ち帰る旨の合意をしている。そして、甲はその合意に基づき、A の財布を甲宅へ持ち帰っており、この行為は財布の効用を害する行為といえるから「損壊」に当たる。したがって、甲と乙の上記行為に器物損壊罪の共同正犯が成立する。

五. 甲が A の財布から 4 万円を抜き取った行為

1. 甲のこの行為に窃盗罪(235 条)が成立しないか。

2.(1) 窃盗罪の保護法益は占有それ自体であるから、「他人の財物」とは、他人が占有する財物のことをいうと解する。

確かに、甲が A の財布から現金 4 万円を抜き取ったのは、A から離れた時点から約 1 時間を経過し、甲宅という A から離れた地点においてであるから、現金 4 万円に A の占有は

認められないとも思える。しかし、当該現金は A の財布の中に入っていたものである。そうすると、当該現金にはいまだ A の占有が及んでいたと解すべきである。したがって、現金 4 万円は「他人の財物」に当たる。

(2) 「窃取」とは、他人の意思に反して財物を自己の占有に移すことをいう。

本件において、甲は、A の財布から現金 4 万円を抜き取り自分のものとした時点で、現金 4 万円を自己の占有に移転させている。そして、これは A の黙示の意思に反するものである。したがって、甲の上記行為は「窃取」に当たる。

(3) もっとも、甲は、A が死亡しているものと誤信している。そのため、甲には窃盗の故意が欠けるとも思える。しかし、死者の生前の占有も犯人との関係では未だ保護に値する。そうすると、甲との関係においても A の占有は未だ保護に値するのであるから、甲が上記のように誤信していたとしても、窃盗の故意を阻却することにはならない。

また、甲に不法領得の意思は認められる。

したがって、甲の上記行為に窃盗罪が成立する。

六. 罪数

以上より、甲に①無印私文書偽造罪及び②同行使罪、③詐欺罪、④器物損壊罪、⑤窃盗罪が成立し、①、②、③は牽連犯(54 条 1 項前段)となり、その他と併合罪となる(45 条)。

乙には、傷害罪及び器物損壊罪が成立し、これらは併合罪となる(45 条)。

刑事系科目第一問

第1 甲の罪責

1. 甲が、A の名前をボールペンで記入し、売上表用紙を作成した行為について、有印私文書偽造罪(刑法(以下法典名省略)159 条 1 項)が成立しないか。

(1) まず、上記売上表用紙は、署名者が B 信販会社の規約に従い利用代金を支払う意思のあるという事実を証明する文書で、実社会に交渉を有する事項を証明するに足りる文章であるといえるから、「事実証明に関する文書」に当たる。

(2) では、甲が上記文書を「偽造した」といえるか。

ア この点について、偽造とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽る行為を意味すると解する。

イ まず、上記売上表用紙には A の名前が記載されていることからすれば、当該文書から理解されるその意思の主体は A であり、名義人は A であるといえる。

ウ 次に、クレジットカード制度は、個人的な信用供与を根幹とした制度であり、本件クレジットカードについても、その規約上会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与が禁じられていた。このようなクレジットカードの性質からすれば、その利用のために作成される売上表用紙についても、名義人本人が作成されることがその文書の性質上予定されており、名義人本人により作成されたものであることにその信用性の根拠があったといえる。

したがって、上記売上表用紙は、その文書の性質上自署性が要求されるものであるから、名義人である A の同意は無効であり、その作成者は甲であると解するべきである。

よって、甲は上記売上表用紙の名義人と作成者の人格の同一性を偽ったものとして、「偽造した」といえる。

(3) また、甲は、上記売上表用紙を C に示し、真正な文書として認識し得る状態に置く目的を有していたといえるから、「行使の目的」があったといえる。

(4) さらに、上記売上表用紙には A の氏名が記載されていたから、「他人の…署名を使用し」といえる。

(5) よって、甲の上記行為には、有印私文書偽造罪が成立する。

2. また、甲が上記売上表用紙を C に手渡した行為は、当該売上表用紙を真正な文書として認識し得る状態に置く行為であるといえるから、偽造私文書行使罪(161 条 1 項)が成立する。

3. 次に、甲が A 本人であると装い、本件クレジットカードを C に手渡し、腕時計を購入した行為について、C に対する詐欺罪(246 条 1 項)が成立しないか。

(1) まず、詐欺罪も財産犯である以上、その成立には実質的な財産上の損害が発生していることが必要である。したがって、欺く行為とは、相手方に実質的な財産上の損害を生じさせる危険性のある行為であって、財物交付の判断の前提をなす重要な事実を偽る行

為を意味すると解すべきである。

前述のように本件クレジットカードは本人以外の者の利用が禁じられており、また、加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められていた。このような制度からすれば、加盟店である時計店は、名義人以外の者に本件クレジットカードを利用させた場合には、上記義務に違反したものとして信販会社 B から立て替え払いを拒否される可能性があったといえる。このような経済的リスクを被るおそれがあった以上、甲の上記行為は、C に実質的な財産上の損害を生じさせる危険性があり、財物交付の判断の前提をなす重要な事実を偽る行為であったといえるべきである。

したがって、甲の上記行為は「欺」く行為であるといえる。

- (2) また、甲の上記行為により、C は甲が A 本人であるとの錯誤に陥り、当該錯誤に基づいて甲に腕時計を交付している。また、C は A の口座から腕時計の代金の支払いを受けているが、上記のような経済的リスクの発生の可能性があった以上、実質的な財産上の損害が発生したといえる。

- (3) よって、甲の上記行為について、C に対する詐欺罪が成立する。

4. さらに、甲が乙とともに A に体当たりをして押さえつけた行為、及び A の顔面を意思で殴り、鼻骨骨折の傷害を負わせた行為は、いずれも A からの攻撃を免れるという同一の意思の下で行われた行為であって、時間的、場所的にも接着した行為であるから、一連一体の行為として罪責を検討すべきである。そこで、当該行為について、甲に傷害罪の共同正犯(60 条、204 条)が成立しないか。

- (1) まず、甲は、乙に対して「A を止めよう」といい、乙はそれに対して甲が A から殴られるのを防ごうと考え、「わかった」といていたことから、甲と乙の間で、A を止めるために暴行を行う旨の共謀が成立したといえる。

また、乙が A の顔面を意思で殴打した行為も、甲が A に殴られるのを防ごうとの意思の下行われたもので、上記共謀の範囲内の行為であるといえるから、共謀に基づく乙の実行行為があるといえる。

そして、甲は、自己に危害を加えられることを防ぐために A に対する暴行を行う旨の共謀をしており、自らの利益を図るために積極的に犯行に関与しているものとして、正犯意思があったといえる。

よって、甲の上記行為は、傷害罪の構成要件に該当する。

- (2) もっとも、甲は、A が甲に殴り掛かってきたことに対し、A から殴られることを防ごうと考えて、上記行為を行っているから、正当防衛(36 条 1 項)が成立しないか。

ア まず、当初、A は甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に突き出しており、甲から体当たりをされた後もなお甲の顔面に殴り掛かろうとしていた。そして、甲、乙が A を押さえつけた後においても、A はなお甲を大声でののしり、力を込めて体をよじらせるなどしており、甲に対する攻撃の意図、可能性が存在したといえる。したがって、

甲の身体という法益に対する危険が切迫しており、「急迫不正の侵害」が存在したといえる。

イ また、甲は、上記のような急迫不正の侵害を意識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態にあったといえるから、防衛の意思が認められる。

ウ では、甲の上記行為が、「やむを得ずにした行為」といえるか。

(ア) やむを得ずにした行為とは、防衛のために必要性、相当性が認められる行為をいう。

(イ) まず、甲は、自己の身体に障害が加えられることを防ぐため、何らかの防衛行為に出る必要性があったといえる。

もっとも、A の顔面という身体の枢要部を石で殴打するという行為は、危険性の高い行為である。A から甲が殴られることを防ぐためには、そのまま A の上にのしかかり続ける等、より危険性の少ない方法で A の攻撃をやめさせることが可能であった。したがって、上記行為は、防衛のための必要最小限度の行為であるとはいえず、「やむを得ずにした行為」とはいえない。

エ よって、甲に正当防衛は成立せず、過剰防衛(36 条 2 項)となる。

(3) もっとも、甲は乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石で A の顔面を殴りつけたことを全く認識しておらず、上述したような防衛行為の過剰性を基礎づける事実の認識を欠いていたといえる。

このように、過剰性を基礎づける事実の認識を欠いていた以上、違法性阻却を基礎づける事実の認識があったものとして、規範の問題に直面したとはいえず、責任故意が阻却されるというべきである。

(4) よって、甲の上記行為について、傷害罪の共同正犯は成立しない。

5. さらに、甲が、乙と共謀のうえ、A のズボンのポケット内の財布及び現金 4 万円を取り、自らの上着のポケット内にしまった行為について、窃盗罪(235 条)が成立しないか。

(1) まず、A のズボンのポケット内の財布及び現金 4 万円は、A の所有物であり、「他人の財物」であるといえる。

そして、甲は、同財布及び現金を自らの上着のポケット内にしまうことで、当該財物を占有者である A の意思に反して、自己の支配下に移したといえるから、「窃取した」といえる。

したがって、甲の上記行為は窃盗罪の構成要件に該当する。

(2) もっとも、甲は上記行為の時点で A が死亡していたと考えていたことから、上記財物についての A の占有を侵害する認識を欠くものとして、構成要件的故意が阻却されないかが問題になる。

ア この点、被害者を死亡させた者との関係においては、被害者の死亡と時間的、場所的な接着性が認められる以上は、被害者の占有はなお刑法的保護に値するといえるべきであるから、これらの事実についての認識がある以上、被害者の当該財物についての占有を侵害する認識があるといえ、構成要件的故意は阻却されないと解すべきである。

イ 甲の認識においては、甲は A を死亡させた者であり、A を死亡させたと考えたその場所で、その直後に A から上記財物を奪っているから、A の死亡と甲による財物の窃取との間には時間的場所的接着性が認められる。

したがって、甲の構成要件的故意は阻却されない。

(3) また、甲は、財布の中の現金を借金の返済に使おうとしていたから、同現金について他人の物を自己の物として、その経済的用法に従い利用する意思、すなわち不法領得の意思があったといえる。

(4) よって、甲の上記行為については、窃盗罪が成立する。なお、後述のように、乙との間では、器物損壊罪の限度で共同正犯が成立する。

6. 以上より、甲は①有印私文書偽造罪、②同行使罪、③C に対する詐欺罪、④A に対する窃盗罪の罪責を負う。①と②、及び②と③はそれぞれ手段、結果の関係にあるので牽連犯(54 条 1 項後段)となり、それ以外は併合罪(45 条)となる。

第 2 乙の罪責

1. 乙が、甲とともに A に体当たりをして押さえつけた行為、及び A の顔面を意思で殴り、鼻骨骨折の傷害を負わせた行為について、甲に傷害罪の共同正犯(60 条、204 条)が成立しないか。

(1) まず、前述のように、上記行為は、傷害罪の構成要件に該当する。

(2) また、前述のように、防衛行為の相当性が認められないから、正当防衛は成立せず、過剰防衛が成立する。

(3) また、乙は石を拾い、右手に持った石で A の顔面を殴りつけた張本人であり、当然にそれらの事実について認識していたといえる。したがって、上述したような防衛行為の過剰性を基礎づける事実の認識はあったといえるので、責任故意は阻却されない。

(4) よって、乙には傷害罪が成立する。もっとも、過剰防衛が成立するから、その刑が任意的に減免される。

2. 次に、乙が、甲と共謀のうえ、A から財布及び現金 4 万円を奪った行為について、窃盗罪の共同正犯が成立しないか。

(1) まず、上記行為は、窃盗罪の構成要件に該当する。

(2) また、甲と同様に、乙も窃盗罪の構成要件的故意が認められる。

(3) もっとも、乙は、上記財布及び現金を利用するつもりはなく、A の財布を捨ててしまうつもりであった。したがって、当該財布及び現金を、その経済的用法に従い利用、もしくは処分する意思があったとはいえず、不法領得の意思が認められない。

(4) したがって、乙には、窃盗罪の共同正犯は成立しない。

(5) もっとも、窃盗罪と器物損壊罪は、いずれも財物の所有権を保護法益とし、財物の効用を害するという行為態様を共通にする点で、実質的な構成要件的な重なり合いが認められる。したがって、乙の上記行為については、甲との間で、軽い器物損壊罪(261 条)の限度で、共同正犯が成立する。

3. 以上より、乙は、A に対する傷害罪、器物損壊罪の罪責を負い、これらは併合罪となる。

以上

再現答案 刑法

第1 甲の罪責

1 甲が時計店で腕時計 X 及び Y を購入した行為について

(1)甲は、某年 9 月 12 日、ショッピングモール内の時計店で A 名義の本件クレジットカードを用いて腕時計 X 及び Y を購入した。かかる行為につき、甲に詐欺罪(刑法 246 条 1 項)が成立しないか。いわゆる他人名義のクレジットカード詐欺が問題となる。

(2)まず、他人名義のクレジットカード詐欺における被害者が、加盟店たる時計店なのか、B 信販会社なのか。後者の場合、三角詐欺で 2 項詐欺になることから問題となる。

詐欺罪は財産犯であり、詐欺罪には実質的な財産的損害の発生が必要となる。そして、詐欺罪が取引犯罪であることに鑑みて、実質的な財産的損害とは、取引の経済的目的の不達成をいうと考える。

ここで、名義人がクレジットカードの使用を承諾した場合には、加盟店は信販会社から立替払いを受けられるものの、信販会社は名義人が承諾していたとはいえ、名義人が支払いを拒む可能性もあるから財産的損害を被る者は信販会社であり、被欺罔者を加盟店、被害者を信販会社とする三角詐欺で、かつ、利得詐欺罪とする説がある。

しかしながら、名義人の承諾の有無にかかわらず、通常加盟店は信販会社との加盟店契約によりクレジットカードの使用の際には名義人か否かを確認する義務が課されており、その義務に反すると、信販会社は加盟店への立替払いを拒否する可能性がある。そうすると、他人名義のクレジットカードを使用すると、信販会社は立替払意をせず、他方で加盟店は信販会社から立替払いを受けられない以上、商品を対価なしで交付することになるので、他人名義のクレジットカード詐欺における被害者は信販会社ではなく、加盟店である。

したがって、他人名義のクレジットカード詐欺は、被欺罔者、交付者、被害者が全て加盟店である 1 項詐欺であり、三角詐欺にはならないと考える。

(3)本件においても、時計店は B 信販会社との規約により、クレジットカード利用者が会員本人であることを確認する義務が課されていたのであるから、被害者は加盟店たる時計店である。

(4)では、本件で 1 項詐欺罪が成立するか。詐欺罪の成立要件は、①欺く行為、②錯誤、③交付行為、④財産上の損害、⑤①ないし④の因果関係である。

ここで、①の欺く行為は、詐欺罪の実行の着手(刑法 43 条本文)を決する要件であり、刑法が法益保護を目的とすることに鑑みると、実行の着手は、法益侵害の実質的具体的危険性が客観的に認められる場合に肯定される。そして、前述の通り、詐欺罪の法益は財産であるので、財産上の損害の危険性、すなわち、経済的目的の不達成の現実的具体的危険性が認められる場合に、欺く行為が認められると考える。

(5)本件においては、甲が A 名義である本件クレジットカードの利用に際して、時計店は甲が名義人である A であるかを確認する義務があり、かかる義務が履行されないと B 信販会

社は代金の立替払いを受けられず、経営の根幹が揺るがされることになる。そうすると、本件クレジットカードの利用が名義人であるか否かは時計店の経営に関わる重要な事項であるから、名義人以外の者の利用がされると、それ自体が時計店の経済的目的の不達成を招くことになる。したがって、名義人以外の者の利用は、加盟店の財産上の損害を生じさせる現実的具体的危険性が認められるから、欺く行為であるといえる（①充足）。

また、時計店は本件クレジットカードの利用者である甲がAであると誤信して（②充足）、時計店は甲に腕時計 X 及び Y を交付し（③充足）、それにより前述の財産上の損害が生じている（④充足）。そして、これらに因果関係も認められる（⑤充足）。

なお、名義人 A は腕時計 X を購入するために 10 万円までなら本件クレジットカードの使用を認めているが、前述の通り、名義人の承諾の有無にかかわらず、B 信販会社は規約違反により時計店への立替払いを拒否する可能性がある以上、時計店に上記財産上の損害が生じる危険性についても A の承諾の有無で異なるところはない。したがって、A が X の購入を承諾していることは詐欺罪の成否に何ら影響しない。

（6）以上より、上記行為につき、甲に詐欺罪が成立する。

2 売上票用紙の自署欄に A の名義を記入した行為について

（1）甲は本件クレジットカードの利用に際して時計店の売上票用紙の「ご署名（自署）」欄に A の名前を記入して時計店に提出した。かかる行為につき、甲に私文書偽造罪及び同行使罪（刑法 159 条 1 項、161 条）が成立しないか。名義人 A が本件クレジットカードの利用につき、一部承諾していることから、かかる承諾の効果が問題となる。

（2）私文書偽造罪の要件は、（a）行使の目的で（b）他人の署名を用いて（c）事実証明に関する文書を（d）偽造することである。

（a）行使の目的の行使とは、文書を流通の過程に置くことをいう。また、文書偽造罪の保護法益は文書に対する社会的信頼である。そして、文書の内容の間違いは文書の名義人に責任を追及すれば足りるが、文書の責任主体である名義人の所在が偽られると文書の内容の間違いを正すことができず、文書の社会的な信頼も低下する。したがって、偽造とは、文書の名義人と作成者の同一性を偽ることをいうと考える。

（3）本件においては、甲は売上票用紙を時計店に交付するつもりで記入したのだから、流通の過程に置く目的があったといえる（（a）充足）。また、甲は他人である A の名前を自署欄に記入したので他人の署名を用いたといえる（（b）充足）。さらに、売上票用紙はクレジットカードの利用者がクレジットカードにより加盟店と契約を締結したことを証明するものであり、事実証明に関する文書といえる（（c）充足）。

ここで、売上票用紙の名義人は甲である。他方で、作成者は文書の意味が反映されている者をいうところ、A は腕時計 X については本件クレジットカードの利用を承諾しているのだから、10 万円については A の意思が売上票用紙に反映されているとも思われる。しかしながら、売上票用紙についての「ご署名」欄にはカードの利用者が署名することが求められており、それ以外の者が署名することはその性質上、許されないものである。したが

って、同用紙の作成者は文書を記入した甲であり、故に、同用紙の作成者と名義人の同一性が偽られている（(d) 充足）。

よって、上記行為につき、甲に私文書偽造罪が成立する。

(4)また、甲は同用紙を時計店に交付しているので行使しているといえ、私文書偽造行使罪が成立する。

3 甲がAから許された本件クレジットカードの利用の範囲を超えて腕時計Yを購入した行為について

(1)甲は、A から 10 万円までの範囲で本件クレジットカードの利用を許されていたところ、その範囲を超えて 50 万円の腕時計 Y を購入した。そこで、かかる行為につき、A に対する背任罪（刑法 247 条）が成立しないか。

(2)背任罪の成立要件は、(ア) 他人の事務処理者であること、(イ) 任務違背行為であること、(ウ) 図利加害目的があること、(エ) 全体財産上に損害が生じることである。

(3)本件においては、まず甲は自己が使用する目的で腕時計 X 及び Y を購入したところ、甲が A の事務処理者といえるかが問題となる。確かに、腕時計 X 及び Y は A から購入を頼まれたものではないので、甲は A の事務処理者とはいえないと思われる。しかしながら、本件クレジットカードは会員規約により譲渡や貸与等が禁止されているため、本件クレジットカードは客観的に見て他人の使用を予定されていない性質を持つものである。そうすると、本件クレジットカードを利用するということは、それは名義人である A のための使用であるということができるのであるから、甲が本件クレジットカードの使用を A から許されていたということは、客観的に見て甲は A の事務処理者であるといえる（(ア) 充足）。

また、甲は A から 10 万円の腕時計 X を買うことまでは承諾されていたに過ぎず、その範囲を超えて 50 万円の腕時計 Y をも購入したことは、A からの委任された範囲を超えた本件クレジットカードの使用であり、任務違背行為であるといえる（(イ) 充足）。さらに、甲は給料月額 23 万円であるから、次の給料日をもってしても A に対して腕時計 Y の代金 50 万円を返済することができないということを認識していたのであり、他方で、甲は自己の交際相手に Y をプレゼントする目的であったから、図利加害目的があったといえる（(ウ) 充足）。加えて、A は腕時計 Y の代金 50 万円の B 信販会社が立て替えた分を返済する債務を負うことになったのであり、A の全体財産上に損害が生じているといえる（(エ) 充足）。

(4)よって、上記行為につき、甲に背任罪が成立する。

4 乙と共同して A を押さえつけ、全治約 1 か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った行為について

(1)甲は、某年 11 月 20 日、午後 8 時 10 分頃、乙と共同して A を押さえつけ、乙が顔面を殴打したことで、A は全治約 1 か月の鼻骨骨折の傷害を負った。そこで、かかる行為につき、甲に傷害罪の共同正犯（刑法 204 条、60 条）が成立しないか。

(2)まず、A を押さえつけている際に乙が A の顔面を石で殴打した行為が、甲と乙が共同して A を押さえつけていた行為と刑法上一体の行為と評価できるかが問題となる。

この点については、両行為とも後述するように急迫不正の侵害である A の攻撃から甲の身を守る防衛の意思の下に行われており、目的が共通である。また、両行為とも同一の場所で同時並行して行われているので、時間的場所的に接着している。したがって、両行為は刑法上密接に関連した一連一体の行為であると評価することができる。

(3)そうすると、甲と乙は現場で「一緒に A を押さえつけよう。」と言っていわゆる現場共謀の意思連絡により、A に上記傷害を負わせたのであるから、上記行為につき傷害罪の共同正犯の構成要件に該当する。

(4)もっとも、甲はAが甲の顔面を殴ろうとしてきたことに対して、自己の身体を守るためにAに体当たりし、乙と共同して押さえつけたことから、上記行為につき正当防衛（刑法 36 条 1 項）が成立し、違法性が阻却されないか。

(5)正当防衛の成立要件は、①急迫不正の侵害に対して、②自己又は第三者を防衛するために、③やむを得ずに行為に及ぶことである。

(6)まず、①の急迫不正の侵害とは、法益が現に侵害されているか、あるいは間近に侵害される危険が生じている場合をいうところ、本件ではAは体当たりにより倒れてることから、急迫不正の侵害が継続しているかが問題となる。

この点については、確かにAは甲の体当たりによりいったん倒れているものの、「なにするんだ。この野郎。」と大声で言いながら立ち上がろうとし、再度甲に対して殴りかかろうとしていたのであるから、甲の身体への侵害が間近に差し迫っていたのであり、急迫不正の侵害は継続していたといえる。したがって、急迫不正の侵害は認められる（①充足）。

(7)また、②の要件には防衛の意思が必要であるところ、本件では甲は自己の身体を守る意思で上記行為に及んでおり、専ら攻撃の意思であったわけではないから、甲は自己を防御するために行為に及んでいるといえる（②充足）。

(8)では、③はどうか。やむを得ずにした行為といえるためには、防衛行為として必要かつ相当であることが必要である。そして、共同正犯とは、共犯者間の意思の連絡を通して一つの犯罪を共同し完遂させることに特徴があり、そうすると、共犯者が行った行為の違法性も他の共犯者との間で連帯する。したがって、ある共犯者が行った行為が防衛行為として過剰な行為であれば、それは他の共犯者の行為としても、過剰な行為として評価される。

本件についてこれを見ると、甲は体重 70 キログラムの男性であり、乙も体重 75 キログラムの男性であり、合わせて 145 キログラムの体重があるのに対して、A は身長 170 センチメートル、体重 65 キログラムであり、甲と乙の併せた体重の半分以下しかないため、甲と乙が二人でAを押さえつけた行為は防衛行為としては相当なものとはいえないとも思われる。しかしながら、A は甲から腕時計 Y の代金を完済してもらったとはいえ、飲食店で偶然に甲と出くわすことをきっかけに、わざわざ飲食店を離れた甲を追いかけてきて、甲に殴りにかかってきたのである。また、A は転倒しながらも再度起き上がって甲に殴りにかかろうとする素振りを何度も見せていたのであり、A は甲に対して大変怒りを抱いていたのであり、甲がAを十分に抑えつけておく必要があった。加えて、甲と乙は抑

えてつける際には武器等は使用していないのであるから、武器対等の原則が守られている。したがって、甲が乙と共同してAを押さえつけた行為自体は、防衛行為として必要かつ相当な行為であるといえる。

(9)次に、乙がAを石で殴打した行為については、素手に対して石という武器を使用しており、武器対等の原則が守られていない。また、甲と乙が共同してAを押さえつけるというだけで防衛行為として十分であるにもかかわらず、それに加えて、Aの顔面を直径10センチメートルの石で力を込めて一発殴打した行為は、明らかに防衛行為としては相当な範囲を逸脱している。したがって、乙が甲と共同してAを押さえつけたことに加えて、石で顔面を殴打した行為については、防衛行為として必要かつ相当な行為とはいえない。故に、乙と共犯者である甲についても上記行為について防衛行為として必要かつ相当な行為とはいえない（③不充足）から、正当防衛は成立しない。

(10)もっとも、甲は過剰性を基礎付ける事実である乙がAの顔面を石で殴打した行為については認識していない。そうすると、甲には正当防衛を基礎付ける事実しか認識しておらず、違法である過剰防衛を基礎付ける事実については認識していなかったといえる。したがって、甲には責任故意がなく、責任が否定される。

以上より、甲には責任がないのであるから、傷害罪の共同正犯は成立しない。なお、共同正犯の成否に当たっては、違法は連帯するが、責任は個々の行為者の主観の問題であるから連帯しないと考える。

5 Aの財布を捨てて現金を抜き取り、財布を押入れに隠した行為について

(1)甲は乙にAの財布を捨てると言いながら、中身の現金4万円を抜き取り、財布を自己の押入れにしまいこんだ。かかる行為につき、窃盗罪（刑法235条）が成立しないか。甲は財布を盗むときにAが死亡していると思っていたことから、いわゆる死者の占有の法理が問題となる。

(2)窃盗罪の成立要件は、①他人が占有する他人所有の財物を自己の占有下に移転すること（窃取）、②不法領得の意思である。なお、不法領得の意思とは、所有権者を排除して物の経済的用法に従い、物の効用を得ようとする意思であり、不可罰である一時窃盗と棄毀隠匿罪との区別をするための要件である。

ここで、本来死者は財物の占有主体とはなり得ないので、死者の財物の占有を取得しても占有離脱物横領罪（刑法254条）しか成立しないのが原則である。しかしながら、殺人犯人は行為を全体的に観察すると殺害行為により死者の生前の財物の占有を侵害したと評価することができるのであるから、殺人犯との関係では死者の生前の占有がなお保護されるべきであり、したがって、殺人犯には窃盗罪が成立すると考える。

(3)これを本件についてみると、Aは死亡しておらず単に失神していただけであるから、Aの所有する財布はAの占有にあるといえ、甲はそれを自己の占有に移しているから、窃取が認められる（①充足）。また、甲は財布の中身の現金4万円を使用するために財布を窃取しており、不法領得の意思も認められる（②充足）

もっとも、甲はAが死亡していると考えていた以上、占有離脱物横領罪の故意しかなく、窃盗罪の故意が認められないのではないかが問題となる。この点については、甲の内心においては甲は自己が乙と共同してAを殺害したと思っている以上、甲は殺人犯であるから、甲の内心においては、生前のAの占有を侵害したと認識している。そうすると、甲には窃盗罪の故意が認められることになるから、故意が否定されることはない。

よって、上記行為につき甲に窃盗罪が成立する。なお、財布から現金4万円を抜き出した行為は不可罰的事後行為である。

6 罪数

以上より、甲には、詐欺罪、有印私文書偽造罪及び同行使罪、背任罪、窃盗罪が成立し、偽造罪と行使罪は牽連犯、詐欺罪とも牽連犯となり、これらと残りは併合罪になる。

第2 乙の罪責

1 甲と共同してAを押さえつけ、Aに傷害を負わせた行為について

乙は、現場共謀により甲と共同してAに上記傷害を負わせたのであるから、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当する。

また、前述の通り、乙と甲が共同してAを押さえつけ、石で殴打した行為は過剰防衛であるから、正当防衛は成立しない。さらに、甲とは異なり、乙には石で殴打していることを認識しているから、過剰性を基礎付ける事実につき認識があるので、責任故意が否定されることはない。

よって、乙には傷害罪の過剰防衛（刑法36条2項）が成立し、刑が任意的に減免される。

2 甲がAの財布を盗んだ行為について

まず、乙は甲と共謀してAの財布を物色しているところ、Aの財布を甲の占有下に移転させたのであり、窃盗罪の客観的構成要件を満たす。また、乙も自身が殺害犯人であると思っているから、乙の内心においては乙は生前のAの占有を侵害したものと認識しているのであり、窃盗罪の故意に欠けるところはない。

もっとも、乙がAの財布を盗んだのは、Aの死亡を強盗犯によるものと偽装するためであり、このような犯罪隠蔽目的は、財布の経済的用法に従った使用目的とはいえないから、不法領得の意思がなく、主観的構成要件を充足しない（②不充足）。そして、共同正犯においては、違法は連帯するものの、主観は個々の内心における責任非難可能性の問題であるから、主観的構成要件が連帯しなくても矛盾はしない。そもそも、本件では乙は窃盗罪を遂行する意思がない以上、甲との間で窃盗罪の意思連絡すらないのであるから、共同正犯は成立しない。

よって、上記行為につき、乙に窃盗罪の共同正犯は成立しない。

3 罪数

以上より、乙には傷害罪の共同正犯の過剰防衛が成立し、刑が任意的に減輕される。

以上

第 1 問

1 第一 甲がCに対しXとYの買入を申し込んだ行為について、

2 1. 甲の上記行為について、詐欺罪(刑法(以下省略)246条1項)
3 が成立するか。詐欺罪の成立要件は①欺罔行為、②相手
4 方の金銭誤、③交付行為、④財物の移転が因果関係で
5 包摂されていることである。そして、詐欺罪も財産犯である以上、
6 財産上の損害が発生していなければならない。以下検討する。

7 2. 欺罔行為とは、財物の交付のために経済的に重要な
8 事項について相手方を金銭誤に陥れる行為をいう。

9 本件クレジットカードは、B社が所有するものであり、B社の
10 規約には会員である名義人のみが利用でき、他人への貸付等
11 が禁じられており、加盟店は利用者が会員本人であることを
12 善管三注意義務をもち確認することが定められている。

13 といふも、仮に加盟店が本人確認を怠った場合、カード
14 会社は加盟店に対する立替金を拒否することになるから
15 である。これはカード会社は、名義人本人に支払能力がある
16 ことを前提としているからである。

17 したがって、~~甲~~加盟店にとってカード利用者が名義人本人
18 であることは経済的に重要な事項にあたる。そして、これは
19 名義人本人のカード利用の承諾を得ている場合も異な
20 りない。

21 もともと 本件において、A名義の口座からXとYの代金600円
22 が引き落とされていることから、~~甲~~加盟店はカード会社から
23 立替金を受けており、財産上の損害が発生していないとも

（第 問）

1 思える。しかし、XとYを甲に交付した時点では立替金を
2 受けらるかは不明であり、この時点でXとYの交付が損害と
3 いえる。

4 おて、甲の前記行為は、XとYの交付のためにカード名義人
5 本人が有かといふ経済上重要な事項についてCを金銭誤に
6 陥れる行為といふ、~~詐欺~~欺罔行為にあたる(①)。

7 3. さて、Cは、甲が「A本人であつて、本件クレジットカードの正当な
8 利用権限を有すると信じ」(②)、XとYを甲に交付している
9 (③、④)。

10 4. 甲は犯罪事実を認識・認容しているので「詐欺罪の
11 故意(38条1項)も認めらる。

12 5. 以上より、甲の行為は詐欺罪が成立する。

13 第二 甲が売上票用紙にAの名前を記入した行為について、

14 1. 甲の上記行為について、有印私文書偽造罪・同行使罪
15 (159条1項、161条1項)が成立するか。

16 2. まず、「事実証明に関する文書」とは、実社会生活に
17 交渉を有する事項を証明する文書をいう。売上票用紙
18 は売買があつたという事項を証明する文書であるため、
19 「事実証明に関する文書」にあたる。

20 3. さて、「偽造」とは、作成者と名義人の人格の同一性を
21 偽ることという。

22 本件売上票用紙の作成者は甲である。さて、名義人
23 とは文書から看取する作成者をいふところ、名義人は

1 Aである。したがって、作成者と名義人の人格に不一致がある。
 2
 3 よって、甲の行為は「偽造」にあたる。
 4 4. よって、甲は自署欄にAの名前を記入していることから有印
 5 である。
 6 5. したがって、甲の行為は、有印私文書偽造罪が成立する。
 7 6. 甲は売上票用紙AをCに手渡ししていることから、同行使罪
 8 が成立する。
 9 第三 甲と乙がAに体あたりをした行為について、
 10 1. 甲と乙の上記行為について、暴行罪の共同正犯が成立
 11 するか(60条、208条)。
 12 (1) 一部実行全部責任(60条)の根拠は、行為者相互の利用
 13 補充関係にある。そこで、共同正犯の成立要件は、①共謀
 14 (①意思連絡、②正犯意思)、②①に基き実行行為である。
 15 (2) まず、甲は乙に対して「急者にAを止めろ」と言い、乙は「分かった」と
 16 答えている。したがって、甲と乙はAに対して何らかの有形な行使
 17 することとを明示的に意思連絡している(①)。そして、これは甲と乙
 18 の両者が自らの行為として行っていることから正犯意思も
 19 認められる(②)。したがって、甲乙間に共謀が成立している(①)。
 20 よって、甲と乙はかかる共謀に基づいてAに対して体あたりを
 21 している。これはAの身体に対する直接の不法な有形な行使
 22 であり「暴行」にあたる(②)。
 23 (3) よって、甲と乙の行為は暴行罪の構成要件に該当
 する。

（第 問）

2. もともと、甲と乙の行為はAの行為に对应したものであることが正当防衛に成立する（36条1項）。以下検討する。

(1) まず「急迫不正の侵害」とは、合法权益の危険が間近に迫っていることをいう。Aは、甲に対して甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出している。Aの行為は甲の身体に対する不法有形力の行使にあたり得るものである。そして、甲と乙の1回目の身体あたりを受けてもなおAは甲に対して攻撃をしようとしていることから、Aの侵害行為は主観的にも客観的にも継続している。

したがって、「急迫不正の侵害」にあたる。

(2) 次に、正当防衛に成立するためには、防衛の意思が必要である。「ために」という文言もかかる趣旨である。そして、その内容は「急迫不正の侵害を認識し、これを避ける」という単純な心理状態をいう。

甲と乙は、Aから殴られるのを防ぐと知っている。防衛の意思は認められる。

(3) これは「やむを得ず」にした行為といえるか。防衛行為としての相当性が認められるか。

確かに、甲、乙、Aは年齢、体格にかなりの差がある。二対一の状況は最少限度の防衛行為といえる。とも思える。もともと、甲は甲に対して明確に攻撃をしようとしていることから、甲の身体を守るためにAのバランスを崩すことは有効である。加えて、甲、乙、Aは素人であり、甲と乙の二人

1 6から10の行為もなお相当性が認められる。
2 したがって、「やむを得ず」にして行為+にある。
3 3. おて、甲と乙の行為は正当防衛が成立する。
4 第四 甲と乙がAを押しつけた行為について、
5 1. 乙の罪責について、
6 (1) 乙は、Aを押しつけたから、石でAの顔面をたたいて
7 発火している。乙は殺意は無いから、Aを痛めつけようとしている
8 ため、傷害の故意を有する。そして、Aは~~完全~~治療約1ヶ月を要する
9 鼻骨骨折の傷害を負っていることから、生理的機能に支障を
10 生じている。
11 (したがって、傷害罪の構成要件に該当する(204条)。
12 (2) ともに、乙の行為は正当防衛が成立(416)(30条1項)。
13 7. また、Aは甲と乙に体を押しつけたから、甲に
14 対して攻撃を加えようとしていた。したがって、Aの甲の身体
15 に対する^乙急迫不正の侵害は継続している。
16 1. したがって、~~甲Aに対して~~乙は、甲を守るために上記行為をして
17 いることから防衛の意思も認められる。
18 2. 乙は、「やむを得ず」にして行為+にある。確かに、Aの甲に
19 対する攻撃意図が強度であることに鑑みると、Aの攻撃意図
20 をとらえても最小限度の防衛行為とも思える。
21 3. ともに、Aは全員の素手であり甲と乙に体を押しつけた
22 全無防備な状態であった。にもかかわらず、乙は直刀(10cm=4
23 X=10cm)で動かさず800グラムもある石という凶器を用いて、人体の木

1 要部である素人面を力を入れて殴っている。よけは打ちどくが「悪心
2 は「死亡につきかりおぼしい危険な行為である。とすれば、この行為
3 は相当とはいえず「やむを得ず」にして行為にあてられ
4

5 (3) したがって、正当防衛は成立せず、過剰防衛として刑罰に
6 任意的に裁量される(36条2頁)。

7 2. 甲の罪責

8 (1) 甲は、この上記行為についても帰責される。甲はこの行為を
9 全く認識して行っていることから問題となる。

10 まず、甲に結果的加重犯の共同正犯が成立するか(60条、20条)。
11 結果的加重犯が重く処罰されるのは、基本犯たる行為に重い
12 結果発生の危険性が包含されているからである。したがって、基本犯
13 たる行為と重い結果発生間に因果関係が認められる限り、
14 結果的加重犯の共同正犯が成立すると解する。

15 甲としてはAを押しつけることについて共謀している(暴行)。
16 よて、甲としては力を入れてAを押しつけていることからAが何らかの
17 傷害を負うことも当然にあり得る状況であった。したがって、
18 因果関係が認められる。

19 よて、傷害罪の構成要件に該当する。

20 (2) ともに、正当防衛が成立しないか(36条2頁)。

21 まず、前述のとおり、急迫不正の侵害は存在し、甲にも防衛の
22 意思が認められる。

23 よて、共犯者の一方に過剰性が認められる場合も、他の共
犯者は個別に過剰性の有無を検討しないと解する。

1 甲は、乙が「Aの財布を区別しつづけることを全く認識している」として、
2 Aの財布を押しこめつけることに着手している。甲はAが落ちつくまで財布を
3 押しこめつけるという意識に陥り、乙は甲の財布を守るための物と心得
4 込である。

5 (3) おて、正当防衛が成立する。

6 第五 甲と乙がAの財布を持ち去る行為について、

7 1. 甲の罪責

8 (1) 甲が、Aの現金入りの財布を上着ポケットにしまった行為について、
9 窃盗罪が成立する(235条)。

10 甲の行為は、相手方の占有を排斥し、自己の支配下に移動さ
11 せるものである。したがって、「窃取」にあたり、窃盗罪の客観的
12 構成要件に該当する。

13 (2) では、甲に窃盗罪の故意が認められるか。甲はAが死んでいると
14 甚だ違っていることから問題となる。

15 甲は、死者には占有の意思も事実も認められないことから、占有
16 離脱物横領(が認められるとも思える(254条)。もっともこれは
17 刑法の法益保護機能を全うできない。そこで、犯人との関係
18 において、時間的場所的近接性が認められる場合には、
19 一連の行為を全体として把握し窃盗罪が成立すると解する。そして、
20 この主観面についても応用可能と解する。

21 本件において、犯人たる甲との関係において時間的場所的
22 近接性が認められる。したがって、窃盗殺の故意が認められる。

23 (3) したがって、窃盗罪成立のためには、不法利益取得の意思が必要と

1/ 解する。よてその内容は、所有者でなければならぬ振替用紙を
2
し、財物の経済的効用を享受する意思をいう。

3
4
5
6
財物の現金及び見布の処分は所有者しかできないが、
経済的効用を享受するものである。したがって、不法領得の意思
も認められる。

(4) おて、甲には窃盗罪が成立する。

2. Zの罪責

8
9
10
11
(1) 他方、Zは甲が現金入りの見布を捨てていると知っている。
したがって、Zには、経済的効用を享受する意思を欠くので、不法
領得の意思が認められない。

12
13
(2) もっとも、甲の上記行為は器物損壊罪の構成要件に
該当する(261条)。

14
15
16
(3) 果する構成要件の共同正犯については、実質的に重なる範囲
で成立すると解する。窃盗罪と器物損壊罪の行為は共通
し、保護法益も財産権という点で共通する。

したがって、軽い器物損壊罪の範囲で共同正犯が成立する。

第六 罪数

1. 甲の罪責

19
20
21
甲は①加害店に対する詐欺罪、②有印私文書偽造罪③同
行使罪、④Aに対する窃盗罪が成立し、①、③、④は牵连犯、
(54条1項前段) ②と④は併合罪とみる(45条)。

22
23
2. Zの罪責 (が成立し、併合罪とみる(45条))。

Zは、⑤Aに対する傷害罪、⑥Aに対する器物損壊罪の共同正犯

平成29年度 論文式試験 刑事系科目第1問

第1 甲の罪責

1 甲はAからクレジットカードを借り、購入を許されていないにもかかわらずYを購入している。そこで、甲にAに対する背任罪(刑法(以下省略)247条)が成立しないか。

この点、甲がAのクレジットカードを使ってXやYを購入することは、甲の事務であってAの事務ではない。したがって、甲は「他人のために事務を処理する者」とはいえず、背任罪は成立しない。

2 次に、甲がX及びYを購入した行為に、Cを被害者とする詐欺罪(246条1項)が成立しないか。

この点、詐欺罪は、欺罔行為によって被害者が錯誤に陥って交付行為を行い、損害が生じた場合に成立する。そして、損害に関しては、詐欺罪が財産犯である以上、実質的な損害が生じる必要がある。

本件では、甲はA本人であると装ってCに本件クレジットカードを手渡してX及びYを購入することで欺罔行為を行い、Cはこれを信じて錯誤に陥り、交付行為を行っている。そして、本件クレジットカードは、会員である名義人のみが利用でき、加盟店は利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意をもって確認する義務を負っている。この規約に反すると、CはB信販会社から立替払いを受けられなくなるおそれがあるのであるから、甲は取引上重要な事実に関して欺罔行為を行ったといえる。そして、Cとしては立替払いを受けられないおそれのある取引の交付行為を行った以上、かかる取引によって実質的な損害が生じたといえる。

以上より、甲に詐欺罪が成立する。

3 次に、甲が売上票用紙にAの名前を記入した行為に有印私文書偽造罪(159条1項)が成立しないか。

まず、偽造とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽る行為をいう。また、作成者とは、文書に意思や観念を表示した者又は表示させたものをいう。

本件では、甲はAからクレジットカードの使用について承諾を得ていることから、甲がした署名についてはAが表示させた者にあたり、Aが文書の作成者になるとも思える。仮にそうであるなら、名義人及び作成者はともにAとなり、私文書偽造罪は成立しない。

もっとも、クレジットカードの署名は、加盟店に利用者が会員本人であることを確認する義務があることから考えても、その文書の性質上、会員本人が署名することが文書の社会的信用の基礎となっているといえる。そこで、クレジットカードを会員本人以外が利用することに対する、会員本人の承諾は無効と解する。

本件でも、Aの甲に対するクレジットカードの使用の承諾は無効であり、甲は名義人

と作成者の人格の同一性を偽る行為を行ったといえる。

以上より、甲に有印私文書偽造罪が成立する。

4 さらに、甲は売上票用紙を C に手渡すことで、偽造文書を真正な文書として他人が認識可能な状態においているから、「行使」したといえ、偽造私文書行使罪(161条1項)が成立する。

5 甲が、乙とともに A に体当たりし、体を押さえつけるなどした一連の行為によって、A に鼻骨骨折などの傷害を負わせた行為に傷害罪(204条)の共同正犯(60条)が成立しないか。

(1) そもそも、共同正犯が一部実行の全部責任として処罰される根拠は、共同正犯では共犯者が実行行為に大きな因果的寄与を与える点にある。そこで、共同正犯が成立するためには、①共謀、②共謀に基づく実行行為、③正犯性が必要である。

本問では、甲は A に殴られるのを防ぐために、乙に対して「一緒に A を止めよう。」といい、これに対して乙は「分かった。」と答えていることから、共謀が認められる(①)。

そして、かかる共謀に基づいて、甲と乙は A に体当たりするなどしており、共謀に基づく実行行為が認められる(②)。また、乙が石で A の顔面を殴りつけた行為も、甲が A から殴られるのを防ぐために行った行為であるから、共謀に基づくものといえる。

さらに、甲は A に殴られることを防ぐために自らも実行行為を行っていることから、正犯性も認められる(③)。

なお、乙が A を石で殴った行為を甲は認識していないが、かかる行為を行った乙に殺意はなく、乙の行為は甲を防衛するために行われた暴行といえる。甲はかかる行為が行われる認識は有している以上、故意は否定されない。

以上より、甲の行為は、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当する。

(2) もっとも、甲は A に殴られることを防ぐために実行行為を行っていることから、正当防衛(36条1項)が成立しないか。

まず、A は甲の顔面を殴ろうとして右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出しており、甲に対する違法な侵害が間近に迫っていたといえるから、「急迫不正の侵害」が認められる。

また、甲は A に殴られることを防ぐために A に体当たりをするなどしていることから、「自己の権利を防衛するために」行ったといえる。

では、「やむを得ずにした行為」といえるか、甲と乙の行為に行為の相当性が認められるかが問題となる。

そもそも、甲と乙は仰向けに倒れた A を押さえつけた後も、A に暴行を加えているが、A は仰向けに倒れた後もさらに力をこめて体をよじらせるなどして攻撃の意思を継続して有しており、これに対応して甲と乙は防衛の意思を有していたといえる。よって、甲と乙による一連の暴行は一体のものとしてみることができる。

そして、一連の暴行とみた場合、A が1人であるのに対して甲と乙は2人で暴行を行

っており、また、石という武器も用いていることから、相当性に欠ける行為であったといえる。

以上より、甲と乙の行為は、「やむを得ずにした行為」とはいえない。

よって、過剰防衛(36条2項)が成立する。

6 次に、甲がAのズボンのポケットから財布を取った行為は、他人の占有する物をその意思に反して自己の占有に移転する行為といえるから、「窃取」したといえる。

もっとも、甲はAが死亡しているとの認識を有していたことから、財布がAの占有に合った事の認識を欠くのではないか。

この点、死者の占有は死亡させたものとの関係では、時間的場所的に近接する限り、なお刑法的保護に値すると解する。

本件では、甲は自らがAを死亡させたものと認識して、死亡したと認識した時点から時間的場所的に近接してAの財布を取っている。よって、甲はAが財布の占有を有していることの認識があったといえる。

また、甲は財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おうと考えていることから、不法領得の意思も認められる。

以上より、甲に窃盗罪(235条)が成立する。

第2 乙の罪責

1 乙が甲と共同してAに体当たりをするなどして傷害を負わせた行為には、甲と同様、傷害罪の共同正犯が成立する。

2 次に、Aの財布を取った行為については、乙は甲が現金入りのまま財布を捨ててくれると思っており、物の用法に従って利用処分する意思に欠けるから、不法領得の意思が認められない。

よって、器物損壊罪(261条)が成立するにとどまる。

第3 罪責

1 甲について

甲には①詐欺罪、②私文書偽造罪、③同行使罪、④傷害罪の共同正犯、⑤窃盗罪が成立する。そして、①、②、③は牽連犯となり、これと④、⑤が併合罪(45条)となる。

2 乙について

乙には傷害罪の共同正犯と器物損壊罪が成立し、これらは併合罪となる。

以上

第1 甲の時計購入について

1 詐欺利得罪

甲がA名義のクレジットカードを使用し時計X・Yを購入した行為には、詐欺利得罪（刑法246条2項）が成立する。

5 詐欺利得罪が成立するためには、欺罔行為、錯誤、処分行為、財産上の利益の移転が必要であり、これらの間に因果関係があることを要する。また、財産上の利益の移転は財産的損害と評価できるものでなければならず、欺罔行為は、財産的損害と評価できる財産上の利益の移転に向けられたものである必要がある。

10 時計店は、甲がA名義のクレジットカードを使用したとしても、後日信販会社から代金を支払ってもらえるのだから、財産的損害が生じておらず、甲の行為は欺罔行為にあたらないのではないかが問題となる。

財産的損害といえるかの判断については、行為者が、処分者が財産上の利益の移転の判断をする上で重要な事項を偽っており、その点を偽っていないならば財産上の利益を移転しなかったといえる場合には、その移
15 転が財産的損害と評価できると考える。なぜなら、処分者は重要な事項を基に経済的な損得を勘定し財産上の利益の移転をするかどうかの判断をするからである。

本問において、Bの規約ではカードの他人使用は禁じられており、加
20 盟店は本人確認を義務付けられている。そして、仮に他人のカードを使用させてしまったならば、加盟店は、最悪の場合加盟取消しになるかもしれない。そのため、加盟店である時計店にとって、カードの名義が本人であるかという点は、カードを使用しての取引をするかどうか判断す

る上で、重要な事項であるといえる。甲はこの点を偽っており、もし偽
っていなかったならばCは時計を売ることを拒んでいたであろうから、
時計店が時計を甲へ売却したことは財産的損害と評価できる財産上の利
益の移転といえる。そして、そのような財産上の利益の移転に向けられ
5 た甲の行為は、欺罔行為といえ、それによりCが錯誤に陥り、その錯誤
に基づいて処分行為を行い、財産上の利益の移転がされているから、詐
欺利得罪が成立する。

2 有印私文書偽造・同行使罪

甲が、売上票用紙に自己の名を記入し、Cに手渡した行為には、有印
10 私文書偽造・同行使罪（159条1項）が成立する。

有印私文書偽造罪における偽造とは、文書の作成者と名義人の人格の
同一性を偽ることをいう。名義人とは文書から読み取れる作成者を、作
成者とは文書に表示された意思が帰属される主体をいう。

本問では、Aは甲に自己のカードの利用を許している。そのため、甲
15 のした署名の意思はAに帰属し、作成者はAとなり、名義人と一致する
から偽造にあたらないのではないかが問題となる。

名義人の承諾がある場合、文書に表示された意思は名義人に帰属する
ことになるから、原則として名義人と作成者との人格は一致し、偽造と
はならない。しかし、文書に表示された意思を他人に帰属させることが
20 許されていない性質の文書の場合には、表示された意思が名義人に帰属
することはなく、名義人と作成者との人格の不一致が生じるから、名義
人の承諾があつたとしても偽造となる。

本問では、Bの規約によりカードの他人使用は禁じられている。その

ため、カードの名義人が他人にその使用を承諾したとしても、売上票の署名の意思がカードの名義人に帰属することはなく、売上票の名義人はその他人ということになる。したがって、売上票の名義人はAであるのに作成者は甲であるから、名義人と作成者の人格の同一性を偽っているといえる。甲の署名行為には、有印私文書偽造罪が成立する。

そして、甲はその売上票をCに手渡したから、同行使罪が成立する。

3 横領罪・背任罪

甲が、Aとの約束を違えて、時計Yを購入した点については、横領罪、背任罪のいずれも成立しない。なぜなら、両罪とも信頼関係を保護法益としているが、他人名義のカードを使用することは詐欺利得罪に該当する犯罪行為であり、犯罪行為のためにカードを預けるという信頼関係は保護に値しないからである。

第2 甲・乙のAに対する暴行等について

1 Aへの暴行について

(1) 甲・乙の体当たりと押さえつけについて

甲・乙の体当たり・押さえつけ行為は、Aに対する不法な有形力の行使であるから、客観的には暴行罪（208条）に該当する。しかし、これらの行為はAが殴りかかってきたためにされたものであるから、正当防衛（36条1項）が成立しないかを検討する。

正当防衛は、急迫不正の侵害に対して、防衛の意思をもって、やむを得ずした行為について成立する。

本問において、Aは甲らに殴りかかっており、現に違法な侵害行為が存在しているといえるから、急迫不正の侵害は認められる。

次に、防衛の意思であるが、そもそも防衛の意思は条文上は要求されていない。しかし、違法とは行為が社会倫理規範に違反して法益を侵害することであり、社会倫理規範に違反したといえるためには、規範に違反しようとする意思が必要である。ここから、正当防衛として違法性が
5 阻却されるためには、防衛の意思が必要となるのである。そして、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いう。本問では、甲・乙はAから殴られるのを防ごうと考えて行為に及んでいる。そのため、防衛の意思は認められる。

最後に、やむを得ずした行為といえるか。Aの侵害行為は、殴りかか
10 ってくるというものであるのに対して、甲・乙の行為は、体当たりと押さえつけというものであって、両者の行為の危険性は大きく異ならない。また、三者とも体格はほぼ同じである。そのため、甲・乙の行為に相当性は認められ、やむを得ずした行為といえる。

以上より、甲・乙のこれらの行為については、正当防衛が成立する。

15 (2) 乙の殴打行為について

次に、乙がAを石で殴った行為について検討する。まず、そもそもこの乙の行為の結果が甲に帰責されるだろうか。

甲と乙は、Aの侵害行為に対して、共同して防衛行為をするという合意をしている（共謀とは犯罪を共同遂行する合意をいうから、正確では
20 ないが、以下この合意を共謀という）。乙の行為が、この共謀の射程内ならば、甲にもその結果が帰責されることになる。

そもそも、共同正犯が一部実行全部責任（60条）として処罰される根拠は、正犯性があることに加え、各関与者の行為が結果に対して物理

的・心理的因果性を持っている点にある。そのため、共謀と因果性がある行為ならば共謀の範囲内といえるが、そうでなければ共謀の射程外ということになる。

5 本問では、甲・乙はあくまでAの侵害行為への対応として反撃することとを共謀しており、反撃以上の行為をすることは考えていなかった。そのため、Aへの反撃をするという共謀と、Aへの反撃という行為を超えた行為であるAへの殴打行為との間には、物理的・心理的因果性は認められない。そのため、乙の行為は共謀の射程外であり、その結果は甲には帰責されない。

10 では、乙の行為について検討する。乙がAを石で殴打した行為によって、Aは傷害を負っているから、客観的には傷害罪（204条）に該当する。

15 正当防衛にあたるかについて、Aは甲らに押さえつけられているものの、いまだ大声をあげながら暴れようとしており、急迫不正の侵害は終了していない。また、乙は甲がAから殴られるのを防ごうと考えて殴打に及んでいるから、防衛の意思も認められる。

もっとも、すでに押さえつけられていて反撃能力が乏しいAに対して、石で頭を殴打するという行為は、生命の危険すらある危険性の高い行為であり、やむを得ずした行為とはいえない。

20 したがって、正当防衛は成立せず、過剰防衛（36条2項）が成立するにとどまる。

ところで、乙の体当たり・押さえつけ行為（第1行為）と、この石による殴打行為（第2行為）とは、一体として評価すべきか。一体として

評価するならば、乙には全体について傷害罪の過剰防衛が成立するのに対し、そうでないならば、第1行為は正当防衛、第2行為は傷害罪の過剰防衛となる。

5 一体と評価できるかどうかは、侵害が継続していたか、意思は連続していたかから検討する。この点について、Aの侵害行為は程度の差はあれ継続していたし、乙の防衛の意思は、終始存在していた。したがって、第1行為と第2行為は一体として評価すべきである。

以上より、乙には傷害罪が成立し、過剰防衛となる。

(3) 結論

10 甲の行為は客観的には暴行罪に該当するが、正当防衛が成立し罪責を負わない。

乙には、傷害罪が成立し、過剰防衛が成立する。

2 財布の持ち出しについて

次に、甲・乙がAの財布を持ち出した行為について検討する。

15 まず、この行為には強盗罪は成立しない。強盗罪における暴行・脅迫は財物奪取に向けられたものである必要があるが、暴行後に財物奪取の意思が生じている本問においては、強盗罪における暴行・脅迫があったとはいえないためである。

20 では、窃盗罪（235条）は成立するか。窃盗罪は主として所有権、従として占有を保護しており、意思に反して他人の物の占有を取得したときに成立する。その際、使用窃盗や毀棄・隠匿罪との区別のために、権利者排除意思と利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要となる。

本問では、甲は財布の中の現金を収得する意思があったから不法領得

の意思が認められるのに対し、乙は財布を捨てようと思っていたから、利用処分意思に欠け、不法領得の意思が認められないことになる。このような場合、どのような共同正犯が成立するのか。

5 共同正犯は、特定の「犯罪」を共同遂行することをいい、共謀とは特定の犯罪の共同遂行の合意である。そして、犯罪事実の認識・認容である故意が一致していなければ、共謀は成立し得ないため、共同正犯は成立しない。もっとも、異なる構成要件間であっても、重なり合う範囲で軽い犯罪については故意は一致しているといえるから、その軽い罪について共謀は成立し得る。

10 本問では、甲は窃盗罪の故意、乙は器物損壊罪（261条）の故意を有しており、器物損壊罪の限度で故意が一致しているといえるから、その限度で共謀は成立している。

15 したがって、甲・乙には器物損壊罪の共同正犯（60条・261条）が成立する。また、窃盗罪の故意があった甲については、窃盗罪の単独正犯が成立する。

3 Aを放置した点について

20 負傷したAを置き去りにした行為について、甲と乙には、保護責任者遺棄罪（218条前段）は成立しない。なぜなら、たしかに過剰防衛もあるとはいえ、甲・乙に侵害者を救護する義務は条理上認められないからである。

第3 罪数

1 甲について

甲には、①詐欺利得罪、②有印私文書偽造罪、③同行使罪が成立し、

②と③、③と①はそれぞれ牽連犯（54条後段）となる。また、窃盗罪が成立し、乙との関係では器物損壊罪の限度で共同正犯となる（60条・235条・261条）。前者と後者とは併合罪（45条）となる。

2 乙について

- 5 乙には、傷害罪が成立し、過剰防衛が成立する（204条・36条2項）。また、器物損壊罪の共同正犯（60条・261条）が成立する。前者と後者とは併合罪となる。

以 上

第1 本件クレジットカードの使用について

1. 本件クレジットカードでX・Yを購入したこと（Cに対する罪責）

甲がAになりすまして本件クレジットカードを使用したことに詐欺罪（条1項）が成立しないか。

（1） まず、被欺罔者は加盟店で、被害者は信販会社であるとする、三角詐欺構成と捉える見解がある。加盟店は信販会社から支払いを受けることができ、信販会社の財産を処分する権限があるとするものである。

しかし、他人名義のクレジットカードが使用された場合には、加盟店は信販会社から支払いを受けることができないおそれがある。とすれば、そのようなリスクを負ったまま商品を交付したことが財産的損害であるといえるので、被欺罔者・被害者ともに加盟店とする1項詐欺構成で考えるべきである。

（2） 欺罔行為とは、交付の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。

B信販会社の規約には、クレジットカードの他人への貸与が禁止されており、加盟店が確認を怠った場合には、信販会社から支払いを受けられないおそれがある。したがって、甲が本件クレジットカードの名義を偽ることは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったといえる。なお、クレジットカードの名義人から使用が許諾されていた場合であっても、上記の結論は異なるところはない。

（3） 甲の欺罔行為によって、Cは錯誤に陥り、X・Yを甲に交付したので、財産的処分行為があったといえる。

（4） 以上より、甲には詐欺罪が成立する、

2. 売上表用紙に署名したこと

当該行為に私文書偽造罪（159条1項）が成立しないか。

(1) 「事実証明に関する文書」とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明する文書をいう。

売上票用紙は、クレジットカードが使用された場合に、加盟店が信販会社から支払いを受けるために必要な文書であるから、実社会生活に交渉を有する事項を証明する文書であるといえる。

(2) 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう。

ア 名義人とは、文書から理解される意思の主体をいう。

本問では、売上票用紙には、A の名前が署名されているので、文書から理解される意思の主体は A であるといえる。

イ 作成者とは、文書を表示させた意思の帰属主体をいう。

本問では、甲が「A」と署名することについて、A の承諾があるので、意思の帰属主体は A であるとも思われる。しかし、売上票用紙は、クレジットカード名義人本人が署名しなければならず、自署性が必要とされるものである。そのような文書においては、名義人の承諾があつたとしても、文書に表示された意思は A に帰属せず、作成者は甲となる。

ウ 以上より、名義人と作成者の人格の同一性を偽っているといえるので、「偽造」にあたる。

(3) よって、私文書偽造罪が成立する。

3. 本件クレジットカードで X・Y を購入したこと (A に対する罪責)

(1) 甲は、本件クレジットカードで X のみならず Y をも購入したので、詐欺罪が成立するかが問題となる。

甲が A から本件クレジットカードを借りた際には、X を購入する認識しかなく、この時点で A を欺罔して Y をも購入する認識はなかった。したがって、詐

欺罪の故意は認められないので、詐欺罪は不成立である。

(2) では、背任罪(247条)が成立しないか。

ア 甲は、XをAから購入するために本件クレジットカードを借り受けている。本件クレジットカードを使用すれば、Aにおいて決済が行われるものであるから、甲は「他人のためにその事務を処理する者」にあたる。

イ 「任務に背く行為」とは、相手方との信任関係に違背する行為をいう。

甲は、Aと、Xの購入のためにのみ本件クレジットカードを使用するという信任関係があった。それにも拘わらず、甲はAに無断でYを購入している。これは、甲とAとの信任関係に違背する行為であるといえる。

ウ 「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」については、確定的な認識が必要である。

甲は、Yを交際相手にプレゼントするために購入しているので「自己…の利益を図」ったといえる。また、甲はAに対して60万円を支払いう確実な見込みがないことを認識しつつ、Yを購入しているので、これは「本人に損害を加える」確定的な認識があったといえる。

エ 「財産上の損害」とは、背任罪は全体財産に関する罪であるから、経済的に全体財産を減少させたといえる場合をいう。

11月10日に、本件クレジットカードの9月分の利用代金がA名義の銀行口座から引き落とされた。Aは甲に対して債権を有してるが、甲には資力がなく弁済を受けるられる可能性は低い。したがって、経済的に全体財産が減少したといえる。

よって、背任罪が成立する。

第2 甲と乙の暴行について

1. 1 回目の体当たりについて

(1) 甲と乙は、A を止めるために、A に対して体当たりをすることを共謀し、共同して体当たりを行っている。したがって、暴行罪の共同正犯（60条・208条）の構成要件に該当する。

(2) では、当該行為について、正当防衛（36条1項）が成立しないか。

ア 「急迫不正の侵害」とは、法益侵害の危険が切迫していることをいう。

本問では、A は甲に対して罵声を浴びせながら右手の拳骨を突き出して、甲に殴りかかろうとしている。したがって、甲の身体に対する法益侵害の危険が切迫しているといえる。

イ 「防衛するため」とは、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態をいう。

本問では、甲と乙は、甲の身体に対する法益侵害の危険を認識しつつ、これを避けるためには体当たりをしているのであるから、防衛の意思が認められる。

ウ 「やむを得ずにした行為」とは、防衛行為の必要性及び相当性をいう。

A の行為を止めるためには、A に対して暴行を加える必要性があったといえる。

A・甲・乙は、それぞれほとんど同じ年齢・体格であり、武器なども使用していない。A は一人なのに対して、甲乙は二人がかりで A に対して暴行を加えているが、A が勢いよく暴れているのを止めるためには、二人がかりで体当たりという軽度の暴行を加えることも相当であるといえる。

したがって、正当防衛が成立する。

2. 2 回目の体当たりについて

(1) 当該行為についても、暴行罪の共同正犯の構成要件に該当する。

(2) A は一度尻もちをついた後でも、すぐに立ち上がって再び甲の顔面に殴りかかろうとしており、攻撃の意欲はおう盛であった。したがって、急迫不正の侵害が認められる。

そして、上述のように、甲と乙は、防衛の意思を持って、体当たりという「やむを得ずにした行為」を行っている。

したがって、正当防衛が成立する。

3. A を押さえつけたことについて

(1) 当該行為も、暴行罪の共同正犯の構成要件に該当する。

(2) もっとも、A はなおも反撃に出ようとしおてり「急迫不正の侵害」があり、甲と乙は、防衛の意思をもって、押さえつけるという「やむを得ない行為」を行っている。したがって、正当防衛が成立する。

4. A の顔面を石で殴ったことについて

(1) 乙が A の顔面を殴った行為に傷害罪（204条）が成立しないか。

乙は、直径10センチメートルもの大きな石で、A の顔面を殴るという人の生理的機能に障害を与える行為を行っている。そして、A はこれによって鼻骨骨折という傷害を負った。したがって、乙の行為は傷害罪の構成要件に該当する。

(2) では、甲も乙が行った行為について共同正犯として責任を負わないか。

共犯の処罰根拠は、相互の行為を利用補充しながら、相手方の行為に因果性を与えたことにある。したがって、共謀の射程の範囲内かどうかは、因果性が及んでるか否かで判断すべきである。

本問では、甲と乙は、A が暴れるのを抑えるために A を押さえつけるという意思連絡を行っていた。男二人で押さえつけているのであるから、乙に対して

それ以上の暴行を加える必要はなかったといえる。しかし、乙は、独断で A を痛めつけて大人しくさせるしかないと考えて、A の顔面を殴っている。したがって、乙の行為に対して甲が因果性を及ぼしているとはいえないので、乙の行為は共謀の範囲外の行為であるといえる。よって、甲は乙の行為について責任を負わない。

(3) 乙は、防衛行為として、過剰な手段を行っているので、過剰防衛（36 条 2 項）が成立することになる。

5. A の財布を奪ったことについて

(1) 客観面について

甲と乙は、強盗のしわざに見せかけるために A から財布を奪っている。したがって、A から財布の占有を奪うということについての共謀が成立しているといえる。

(2) 主観面について

ア 甲は A がすでに死亡したものと誤信して、A から財布を奪っている。このような場合にも、窃盗罪（235 条）の故意が認められるか。

(ア) この点、死者の占有は否定される。しかし、殺害した後に財物奪取の意思が生じた場合であっても、犯人に対する関係では、なお被害者の生前の占有が刑法上保護される。

したがって、犯人が死亡した被害者から財物を奪うという認識でも、窃盗罪の故意となる。

(イ) さらに、窃盗罪が成立するためには、不法領得の意思が必要である。不法領得の意思とは、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法にしたがい、利用処分する意思をいう。

本問では、甲は財布を奪った後は、これを自己のものとする意思を有していたので、不法両得の意思が認められる。

(ウ) 以上より、甲は窃盗罪の主観的構成要件を満たす。

イ 乙の主観は、財布を捨てるものであると認識していた。これは財布に対する利用処分意思が認められないので、乙は窃盗罪の主観的構成要件を満たさない。

乙を捨てて、物の効用を喪失させるという意思を有していたにすぎないので、乙は器物損壊罪（261条）の主観的構成要件を満たす。

(3) では、共同正犯者間でことなる認識を有していた場合に、いかなる罪責が成立するかが問題となる。

この点、共同正犯は相互に特定の行為を共同するものであるから、罪名従属性は必要ではない。

したがって、甲には窃盗罪、乙には器物損壊罪が成立し、これらは共同正犯となる。

第3 罪数

1. 甲の罪責

甲には、①詐欺罪、②私文書偽造罪、③背任罪、④窃盗罪が成立し、これらは、併合罪（45条）となる。

2. 乙の罪責

乙には、①傷害罪の過剰防衛、②器物損壊罪が成立し、これらは併合罪（45条）となる。

以上

平成29年度司法試験 再現答案

刑事系科目 第1問

第1. 腕時計の購入にかかる甲の罪責について

1. 詐欺罪（刑法（以下略）246条1項）の成立について

甲は、Cに対して自らをAであると偽って、腕時計X、Yの交付を受けた。当該行為に詐欺罪は成立するか。Cは代金相当額である60万円の代金債権を得ているため、問題となる。

詐欺罪も財産犯の一種であるため、その成立には、被害者に実質的な財産上の損害が発生していることが必要である。そのため、本条にいう「人を欺く行為とは、相手方の実質的な財産上の損害に向けられたものでなければならない。それは、相手方が得ようとして失敗した利益が、経済上の利益といえるかどうかによって判断する。

CはB信販会社との契約上の義務として、クレジットカード利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められていた。これを怠ったとして、CはB信販会社から代金の立替えを受けられない可能性がある。そのため、クレジットカードの利用者が、会員本人であるか否かは、Cにとって適切に立替えを受けられるかにあたって重要な事項であるといえる。甲に本件クレジットカードの会員本人であると欺かれたCは、何の問題もなくB信販会社から立替えを受けられるという利益を得ることに失敗している。これは、経済上の利益といえる。よって、Cには、実質的な財産上の利益が発生していると評価すべきである。

甲は、売上票用紙にAの名前を記載するなどして、自分がA本人であるとCを「欺く」行為をした。Cはそのとおりの錯誤に陥り、それに基づいて、腕時計X、Yを交付した。よって、甲の当該行為には詐欺罪が成立する。

2. 有印私文書偽造（159条1項）、同行使罪（161条1項）の成立について

売上票用紙にAの氏名を記載した行為、それをCに手渡した行為は、同罪を構成するか。売上票用紙は、クレジットカード利用者が会員本人であることを示すための書面であるから、「事実証明に関する文書」にあたる。ここにいう「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性に齟齬を生じさせる行為をいう。売上票用紙にAの氏名が記載されている以上、売上票用紙からはAの意思が表出しているとみえるから、売上票用紙の名義人は、Aである。一方で、作成者は甲である。よって、甲は乙の「署名を使用」して、売上票用紙を「偽造」と評価できる。後述のとおり、それは「行使」の目的で行われた。以上より、当該行為には有印私文書偽造罪が成立する。

「行使」とは、当該偽造文書を第三者の認識下に置くことをいう。甲は売上票用紙をCに手渡して、Cの認識下に置いている。よって、同行為は「行使」にあたる。以上より、同行為には、偽造有印私文書行使罪が成立する。

3. 背任罪（247条）の成立について

本件クレジットカードを利用して腕時計 Y まで購入した行為には、A に対する背任罪は成立するか。甲は A から、腕時計 X を購入するにあたって本件クレジットカードを使用することを許されていた。このことから、甲は A のためにクレジットカードを適切に使用するという事務を処理する者の地位にあったといえる。甲の A に対する任務は、腕時計 X を購入することのみに本件クレジットカードを使用することであった。ところが、甲は本件クレジットカードで腕時計 Y まで購入した。よって、甲は A に対する任務に背く行為をしたといえる。腕時計 Y は甲が交際相手にプレゼントするために購入されたものであるから、自己の利益を図る目的でなされている。A はそれによって、腕時計 Y の代金である 50 万円の予期せぬ債務を負った。よって、A に財産上の利益が発生している。

以上より、当該行為には、A に対する背任罪が成立する。

第2. A とのけんかにかかる罪責について

1. 乙の罪責

(1) A に体当たりした行為について

体当たりは、他人の身体に対する有形力の行使であるから、「暴行」にあたる（208条）。そのため、同行為は暴行罪の構成要件に該当する。

では、同行為には正当防衛（36条1項）は成立しないか。A は甲を殴りつけようとしていたため、甲に対する「急迫不正の侵害」があったと評価できる。乙はそれから甲を防衛するために同行為を行ったのであるから、甲の身体という「権利を防衛するため」に行われた。では、同行為は「やむを得ずにした行為」と評価できるか。確かに、同行為は甲とともに2人がかりで行われている。3人とも年齢、体格にそれほど差はなく、乙らが有利な状況であった。しかし、体当たりは、殴打等と比べて攻撃力が弱く、A もすぐに立ち上がって反撃できるような程度の攻撃であった。乙らはその体当たりを2回したにすぎない。これらを考慮すると、同行為はAからの侵害を避けるために必要かつ相当な行為であり、「やむを得ずにした行為」と評価できる。

以上より、同行為には正当防衛が成立する。よって、同行為には犯罪は成立しない。

(2) A を押さえつけた行為について

同行為も、A の身体に対する有形力の行使であるから、暴行罪の構成要件に該当する。これについても正当防衛は成立するか。

上記体当たりによっても、A の甲に対する攻撃意欲は失われていなかった。そのため、A の甲に対する急迫不正の侵害は未だ継続していたと評価できる。そして、同行為も体当たりと同様に甲の身体の権利を防衛するために行われたといえる。さらに、身体を押さえつけるだけであれば、相手方が何らの大きな傷害を受けるおそれは小さい。そのため、同行為も必要かつ相当な範囲でなされたもので、「やむを得ずにした行為」と評価できる。

以上より、同行為にも正当防衛は成立し、犯罪は成立しない。

(3) A を石で殴打した行為について

同行為によって、A は鼻骨骨折の傷害を負った。そのため、同行為は傷害罪（204条）

の構成要件に該当する。同行為にも正当防衛は成立するか。

上記行為らによっても、Aは大声を出して甲に対する攻撃意欲を示していた。そのため、乙らがAの身体を離せば、Aは甲に攻撃を加えようとしたことは確実である。よって、未だAの急迫不正の侵害は継続していたといえる。乙はAをおとなしくさせて甲を守るために同行為を行ったのであるから、甲の身体の権利を防衛するために行われたともいえる。では、やむを得ずにした行為と評価できるか。石での殴打はこれまでの行為とは異なり、攻撃力が高く、相手に傷害を負わせる可能性の高い行為である。石もそれなりの大きさがある。殴打した部位も顔面と危険な部位である。場所が人気のない路上であったとしても、周囲には居酒屋があったのだから、助けを呼ぶなり、警察に通報するなり、他にとりうる手段は存在した。これらを考慮すると、Aを石で殴打する行為は、甲の身体を防衛するには不相当な行為であったといえる。よって、同行為は「やむを得ずにした行為」とは評価できない。

以上より、同行為には正当防衛は成立しない。よって、同行為には傷害罪が成立する。もっとも、同行為は、「防衛の程度を超えた行為」であるから、過剰防衛が成立する（36条2項）。

2. 甲の罪責

(1) Aに体当たりした行為について

同行為は暴行罪の構成要件に該当する。もっとも、その状況は乙と変わらない。よって、同行為には正当防衛が成立し、犯罪は成立しない。

(2) Aを押さえつけた行為について

これについても、暴行罪の構成要件に該当するが、乙と同様の状況でなされたので、正当防衛が成立する。よって、犯罪は成立しない。

(3) Aを石で殴打した行為について

ア. 乙の同行為について、甲も責任を負うか。同行為について、傷害罪の共同正犯（60条）が成立していれば、甲も同行為について全部の責任を負う。

共同正犯が成立するには、当該行為が事前の共謀に基づくものであると評価されなければならない。そのため、甲乙間でいかなる共謀が成立していたのかが問題となる。甲は乙に対して「一緒にAを止めよう」と言い、乙はそれに了解した。その後の行為としては終始体当たりという攻撃力の低い行為にとどまっている。このことから、Aを止める行為としては、黙示的に体当たり程度の攻撃力の低いものにとどめることも共謀の内容になっていたと評価できる。次に甲はより具体的に「一緒にAを押さえよう」と言い、乙はそれに了解した。その共謀の内容は、乙の提案通り、乙がAの上半身を押さえ、甲が下半身を押さえるものであり、それにとどまっていたといえる。以上より、甲乙間の共謀の内容としては、Aを止める行為として、体当たり、押さえつけあるいはそれに匹敵する程度の弱い攻撃力の行為をすることであったと評価すべきである。その中には、攻撃力の強い石での殴打は含まれていない。

したがって、乙の A の石での殴打は、甲乙間の共謀に基づくものではない。甲には、同行為について、傷害罪の共同正犯は成立しない。

イ. 過失傷害（209条1項）の成立について

甲に「過失」は認められるか。「過失」とは、結果予見可能性、結果回避可能性に基づく注意義務に違反することをいう。甲は、乙が A を殴打して傷害を負わせることを予見することができたか。乙が A を殴打することは、甲乙間の共謀に基づいたものではなく、甲にとっては予期せぬ出来事であった。また、実際に甲は乙が石を拾ったことを認識していなかった。乙は甲との黙示的な共謀に基づいて、終始攻撃力の弱い行為を行っており、乙がいきなり攻撃力の強い行為にでることは、甲にとっても予想外のできごとであり、これを予見することは困難であったといえる。よって、甲には結果予見可能性が無かったと評価すべきである。

したがって、甲には注意義務違反はなく、「過失」は認められない。甲には過失傷害は成立しない。

第3. A の財布の持ち去りにかかる罪責について

1. 甲の罪責

A の財布を持ち去った行為について、窃盗罪（235条）は成立するか。「窃取」とは、他人の財物に対する占有を不法に自己に移転させることをいう。財布は A のズボンのポケットの中にあった。そのため、財布は A の占有下にあったと評価できる。もっとも、甲は、A は死亡したものと誤信していた。占有とは、客観的な占有状況に加え、主観的な占有意思も必要である。死者は占有意思を持ち得ない。そのため、甲には、財布が A の占有下にあることを認識できなかったのではないか。そうであれば、甲には、専有離脱物横領罪（254条）の故意しか認められず、同罪の成立にとどまる。

死者の占有は、殺害者との関係においては、死亡直後もなおそれを保護することが、法の趣旨にかなう。そのため、殺害者との関係においては、死亡直後の死者の占有は認められる。よって、殺害者が相手方が死亡していたと認識していたという事実は、占有の認識がなかったと評価する事実にはならない。

甲が、A が死亡したと誤信する原因となった行為は、乙の石による A の殴打である。上記のとおり、同行為について甲は罪責を負わず、厳密には、甲は殺害者ではない。しかし、甲と乙はそれに至るまでの行為は共に行っており、甲の目の前で乙の行為が行われていた。そのため、甲を殺害者と同視し、甲との関係においても A の財布に対する占有を保護することが法の趣旨にかなうというべきである。よって、甲の誤信は、A の財布に対する占有についての認識を阻却しない。したがって、甲には、窃盗罪の故意が認められる。

加えて、甲は、財布から現金を抜き出し、借金の返済にあてようと考えていた。そのため、不法領得の意思も認められる。以上より、甲の当該行為には、窃盗罪が成立する。

2. 乙の罪責

甲と乙は、財布を持ち去ることについて共謀し、甲はそれに基づいて実行した。そのた

め、乙も窃盗罪の共同正犯の罪責を負うかが問題となる。

乙も、A が死亡したものと誤信していた。しかし、乙は、A を石で殴った本人であり、A が死亡したと誤信する原因となる行為を行った者である。よって、乙との関係では、A が死亡したと誤信していた事実は、乙が A に占有がなかったと誤信していたことの理由にはならない。

もっとも、乙には不法領得の意思が認められるか。不法領得の意思とは、権利者排除意思と経済的利用意思によって構成される。乙は A から財布を奪って捨てるつもりでいたから、権利者排除意思は認められる。しかし、証拠隠滅のために財布を捨てるというのは、財布の経済的な利用意思とは評価できない。そのため、乙には、不法領得の意思が認められない。よって、乙は窃盗罪の主観的構成要件を満たさない。乙には窃盗罪は成立しない。

「損壊」（261条）とは、物の効用を害する一切の行為をいう。財布を持ち去って捨てれば、所有者は財布を利用することができなくなるから、同行為は「損壊」にあたる。よって、乙は、器物損壊罪の罪責を負う。甲とは、構成要件の重なり合う範囲で、器物損壊罪の限りで、共同正犯となる。

第4. 罪数

1. 甲について

第1の各犯罪は、1つの行為で行われているから、すべて観念的競合（54条1項前段）で処理される。これらと、他の犯罪は併合罪（45条）で処理される。

2. 乙について

成立する各犯罪は併合罪で処理される。

以上

H29 刑法再現答案

設問 1

第 1. 甲が本件クレジットカードで腕時計 X と Y を購入した行為

1. この行為に詐欺罪(246 条 1 項)が成立するか

(1) 欺いたといえるか

欺いたといえるには、相手方の財物交付の基礎となる重要な事項を偽る必要がある。

クレジットカード制度は名義人個人の支払い能力・支払意思に着目した信用供与である。そのため名義人本人による利用が予定されており、仮に名義人の許諾あっても名義人以外の利用は許されない。そして加盟店としては利用者が名義人かどうかを確認する注意義務を負っているのであるから加盟店にとって利用者と名義人の同一性は商品交付の判断の基礎名取る重要な事項である。本件では甲は自己を A と偽ってカード利用しているの上記事項を偽ったといえる。よって甲は欺いた。

(2) C は錯誤に陥っており、これによって腕時計を交付している。これにより甲は腕時計の占有を取得している。

(3) 甲はこれらの事実を認識認容していたので故意がある。

2. 同罪が成立する。

第 2. 売上表用紙に A と記入した行為

1. この行為に有印私文書偽造罪(159 条 1 項)が成立するか。

(1) 売上伝票は、腕時計の購入という実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書であるので「事実証明に関する文書」である。

(2) 甲は A の名前を記入しているので、署名を偽造している。

(3) 甲はこれを C に認識させる目的なので行使の目的もある。

(4) 甲には故意もある。

2. よって同罪が成立する。

第 3. 売り上げ用紙を C に渡した行為は、偽造私文書を他人に真正文書として認識させる行為なので偽造私文書行使罪(161 条 1 項)が成立する。これと第 2 の罪は牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

第 4. 甲と乙が A に体当たりした行為に暴行罪の共同正犯が成立するか(60 条・208 条)。

1. かかる行為は人の身体に対する有形力行為であり暴行である。甲と乙は共同している。

2. 甲も乙も上記事実を認識認容しているので故意がある。よって構成要件該当性がある。

3. 正当防衛として違法性阻却されないか(36 条 1 項)。

(1) 急迫不正の侵害とは法益侵害の危険が切迫していることをいう。本件では A からの殴打を甲は回避しているが、いまだ A からの危害があったとして急迫不正の侵害がある。

(2) 甲と乙は甲の身体を防衛するため行為に及んでいるので、急迫不正の侵害を意識しつつこれを避けようとする単純な心理状態があったとして防衛の意思がある。

(3)やむをえずにしたとは防衛行為としての必要性相当性をいう。

本件では、顔面への殴打に対して防衛する必要性がありその方法も相当である。

よってやむをえずにしたといえる。

よって正当防衛が成立し違法性が阻却される。

4. 同罪は成立しない。

第5. Aを押さえつけた行為は暴行罪の共同正犯の構成要件に該当するが、正当防衛として違法性阻却されるので同罪が成立しない。

第6. 乙が石でAの顔面を殴打した行為に傷害罪の共同正犯成立するか

1. まず甲は実行行為を行っていないものの、共同正犯の処罰根拠が相互利用補充関係に基づいて構成要件的结果惹起にあるので①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく実行行為があれば共同正犯となりうる。

本件では、甲と乙はAを押さえつける旨の共謀をしていた(①)。そして甲は自己の犯罪とする意思があったので正犯意思がある(②)。では共謀に基づく実行行為か。

共同正犯の処罰根拠が以上のようなものであるので、共謀に基づくかは共謀との因果性によって判断する。本件では、甲と乙が共謀したのは二人掛かりでAを押さえつけるという、道具も使わずに相手の行動を制御する正当防衛が成立する行為であった。そして乙が行ったのは800グラムの直径10センチという大きい石で相手の顔面という身体の枢要部を殴打という行為である。これは共謀していた行為とは質的にも異質の行為であり、また後述のように相当性が欠け正当防衛が成立しない行為である。よってこれは共謀の因果性の無い行為であるので、共謀に基づく実行行為とはいえない。そのため甲が共同正犯となるにはこの行為につき新たな共謀が必要である。しかし甲は乙の行為について全く認識していなかったので共謀はなかった。よって甲はこの行為に責任を負わない。

2. (1)乙は石でAの顔面を殴打し、Aは鼻骨骨折という結果を負っている。よって人の生理的機能に障害を加えたといえ傷害といえる。そして乙には故意もある。

(2)そしてAはいまだ体をねじらせて甲に対して攻撃しようとしているので急迫不正の侵害があるが、乙による顔面への石での殴打行為は防衛行為として相当性を欠く。

3. 乙に傷害罪が成立し、過剰防衛(36条2項)として任意的に刑が減免される。

第7. 甲が財布を取得した行為について

1. 窃盗罪の共同正犯が成立するか。

甲と乙は財布を捨てる旨の共謀をして、乙に正犯意思もある。甲が財布を取得したのは共謀に基づく行為である。

2. しかし、乙は窃盗の故意が無いので窃盗罪の罪責は負わない(38条2項)。

では器物損壊罪(261条前段)の共同正犯となるか。

共同正犯の処罰根拠は共同して特定の犯罪実現することにある。そこで同質的に重なり合う構成要件内で共同正犯となる。その判断は構成要件が保護法益行為態様に着目した犯罪類型であるから、それらの共通性による。

窃盗も器物損壊も保護法益は他人の個人的財産である。そして、財物の効用を失わせるという点で行為態様が共通する。よって器物損壊罪の範囲で重なり合うので乙は器物損壊の共同正犯となりうる。

甲の行為は財布をAから取得する行為でその効用を失わせる。乙はその故意がある。よって乙に器物損壊罪の共同正犯が成立する。

3. 甲は財物たる財布を意思に反して占有取得しているので窃取している。甲には故意もある。甲はその現金を自己の借金返済に用いる意図なので、他人の物を自己の物として経済的用法に従い利用処分する意思がある。よって不法領得の意思がある。

よって甲に窃盗罪が成立する。

4. 甲と乙は器物損壊罪の共同正犯となる。

第8. 罪数

1. 甲は第1の罪、第3の罪、第7の罪を負い、これらは併合罪(45条前段)となる。

2. 乙は第6の罪、第7の罪の罪責を負い、併合罪となる。

司法試験刑事系第1問 再現答案

第1 甲がAのクレジットカードを利用した行為について

- 1 当該行為につき、詐欺罪（刑法「以下、略」246条1項）が成立しないか。
- 2 本罪における欺罔行為は、財物又は財産上の利益の移転の判断の基礎となる重要な事項についてなされる必要がある。本件クレジットカードは、B信販会社が所有するものであり、B信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与が禁じられている。また加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。ゆえに、加盟店にとって、クレジットカードの利用の際、その利用者が会員本人であるかどうかは判断の基礎となる重要な事項にあたる。

本件において、甲は時計店店主Cに対して自己がA本人であると装ってクレジットカードを渡している。ゆえに、当該行為は欺罔行為にあたる。

- 3 そして、当該欺罔行為により、Cは甲をA本人であると信じていることから錯誤に陥っており、Cは腕時計を甲に渡すという交付行為を行っている。

- 4 では、当該行為につき、財産上の移転はあるといえるか。

この点、加盟店は信販会社から後に代金額と同額の支払いを受けることになるため財産上の損害はないとも思える。しかし、上述したように加盟店は利用者が本人であるかどうかを確認する義務を有していることから、当該利用者が本人でないと知っていれば、加盟店はクレジットカードの利用を認めず、財物を引き渡さなかったといえる。ゆえに、本件においても、Cはこの点、甲がAでなければ時計を引き渡さなかったといえるので、財産上の損害はあったといえる。

- 5 以上より、当該行為につき、詐欺罪が成立する。

第2 甲が売上表用紙の署名欄にAの名前を記入した行為について

- 1 当該行為につき、有印私文書偽造罪（159条1項）が成立しないか。
- 2 本条における「事実証明に関する文書」とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書をいう。本件における売上表用紙は当該物を購入したことを表すものであるので、「事実証明に関する文書」にあたるといえる。
- 3 また、本条における「偽造」とは名義人と作成者の同一性を偽ることをいう。ここでの名義人とは、意思觀念の表示主体として文書上認識される者をいう。本件では、当該クレジットカードの会員であるAを名義人とする。他方、作成者は、文書の記載をさせた意思の主体をいうところ、本件では、甲が自己の意思で記載しているので、作成者は甲である。よって、名義人と作成者の同一性を偽っているので、「偽造」にあたる。

もっとも、本件では、名義人であるAの同意があることから名義人と作成者の同一性を偽っているとは言えないのではないかが問題になる。

この点、文書の性質上、名義人地自身による作成だけが予定されている文書を他人が作成することは本条の保護法益である文章に対する公共の信用を害することになる。このことから、文書の性質上、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、承

諾があっても偽造にあたる。

本件では、上述したように、クレジットカードの利用者が名義人本人であるかどうかは重要な事項であるので、売上票は名義人自身による作成だけが予定されている文書であるといえる。よって、本件における A の同意は意味をなさず、「偽造」は認められる。

4 以上より、当該行為につき、有印私文書偽造罪が成立する。

第3 Aに傷害を負わせた行為について

1 当該行為につき、甲と乙に傷害罪（204条）の共同正犯（60条）が成立しないか。

2 本件において、Aが甲に対して突然殴りかかってきた際、甲はこれを防ぐために乙に対して自分と一緒にAの行為を止めようと問いかけ、これに対して乙は了解の意思を表している。ゆえに、両者には、現場共謀の意思が成立しているといえる。

3 そして、その後乙が、石を使ってAの顔面を殴打した結果、Aは傷害を負っている。

4 もっとも、当該行為につき、正当防衛（36条1項）が成立するとして違法性は阻却されないかが問題になる。

この点、正当防衛の要件のうち、客観的構成要件については、共犯者に連帯して考慮し、他方、防衛の意思などの主観的構成要件については、共犯者それぞれにつき検討する。

（1）本条における「急迫不正の侵害」とは法益の侵害が現に存在しているか、または間近に迫っていることをいう。

本件において、Aは甲、乙に押さえつけられていたにもかかわらず、体をよじらせながら大声で甲を罵り、更に力を込めて体をよじらせている。このことから、Aが甲に対していまだ暴行を加えるおそれが存在していたといえる。よって、「急迫不正の侵害」は存在していた。

（2）また本条における「防衛するため」という文言から、防衛の意思が必要であるといえる。本件において、甲、乙ともにAが甲を殴りかかろうとしていたことを避けるために行っているといえるので、防衛の意思があったといえる。

（3）では、「やむを得ずにした行為」いえるか。当該行為の必要性、相当性の観点から判断する。

ア 本件では、Aが突然甲に対して暴行を加えようとしていることから、当該行為を行う必要性はあったといえる。

イ 他方、相当性は認められるか。この点、甲、乙、Aは年齢、体重、身長にそれほどの違いはない。そして、Aは地面に倒れ、甲と乙にそれぞれ両腕、両手首を押さえつけられている状態であった。このことから、Aがいまだ甲に対して暴行を加える意思があり、艇庫こうしようとしていたとしても、そのような状態であれば容易にAが甲に対して新たに暴行を加えることはできなかったといえる。それにもかからわず、乙は直径10センチメートルで重さが800グラムもある石をもって、容易に死に至る危険性がある顔面を殴打している。このことから、当該行為につき、相当性は認められず、「やむを得ずにした行為」とはいえない。

ウ もっとも、当該過剰性を伴う行為につき甲は認識していない。このことから、上述したように主観的要件は個別に判断すべきであるので、甲については相当性は認められるといえる。

5 以上より、乙については相当性は認められないので、正当防衛は成立せず、過剰防衛（36条2項）が成立する。他方、甲については正当防衛が成立するといえる。

第4 Aのポケットから財布を取り出しそのまま甲の上着にしまった行為について

1 当該行為につき、窃盗罪（235条）が成立しないか。甲、乙それぞれにつき検討する。

2 甲について

(1) 本条における「窃取」とは占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己または第三者の占有に移すことをいう。また占有とは人が財物を事実上支配し、管理する状態をいう。占有が認められるかは占有の事実と占有の意思に基づき判断する。

確かに財布はその形状、大きさから容易に回復困難な状態に及ぶといえる。しかし、本件において、Aは失神させられており、自己の意思で当該財布の占有を放棄したものではなく、いまだAには当該財布に対して占有の意思はあったといえる。また、Aが失神してからすぐにAのポケットから取り出していることから、その距離的、時間的観点から物理的支配は及んでいたといえる。ゆえに、占有の事実は認められる。

よって、当該財布につきAの意思に反して、Aの占有を排除し、自己の占有に移したといえるので、「窃取」行為があったといえる。

(2) 次に、窃盗の故意が認められるかが問題になるが、本件において甲はAが死亡したと思っていることから、窃盗の故意はなかったといえないかが問題になる。

この点、被害者の生前の占有は、殺人犯人との関係においては、死亡と時間的場所的接着性が認められる限り、規範的に見て、刑法的保護に値する。そして、このような場合には殺人から財物奪取にいたる生前の占有を侵害したと考えるべきである。

このことから、死亡したものと誤信したとしても「他人」の財物との認識はあるので、窃盗の故意に欠けるところはないとして、故意は阻却しない。

本件において、Aが失神してからすぐにAのポケットから財布を窃取していることから、時間的場所的接着性が認められる。そして当該行為を甲は認識し、これを認容している。ゆえに、窃盗の故意に欠けるところはないといえるので、故意は阻却されない。

(3) また、本罪が成立するためには故意の他に不法領得の意思が必要になる。これは、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従いこれを利用、処分する意思である。

本件において甲は、財布をすててその中の現金をもらう意思に基づき、当該窃取行為を行っている。このことから、Aを排除して財布及びその中の現金を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用する意思があったといえるので、不法領得の意思は認められる。

(4) 以上より、当該行為につき甲は窃盗罪の罪責を負う。

3 乙について

(1) 乙については、「窃取」行為、窃盗罪における故意は、甲と同様の理由で存在したと認められる。

(2) もっとも、不法領得の意思については問題になる。本件において、乙は、甲とは異なり当該財布を窃取した後には、当該財布から現金を抜き取らずそのまま捨てると考えていた。このことから、乙はその物の経済的用法に従い、利用処分する意思はなかったといえる。よって、乙に不法領得の意思は認められない。

(3) したがって、乙につき窃盗罪は成立しない。

(4) もっとも、財布を捨てていること、これを認識、認容していることから、その物の効用を害したといえるので、器物損壊罪（261条）が成立する。

第5罪数について

1 甲については、①詐欺罪、②私文書偽造罪、③窃盗罪が成立し、①と②は手段と目的の関係なので牽連犯（54条1項後段）となり（④）、③と④は併合罪（45条）となる。

2 乙については、①傷害罪と②器物損壊罪が成立し、①については過剰防衛が成立し任意的減免が行われる。①と②は併合罪となる。

以上

1. 甲がAのクレジットカードを使って腕時計XとYを購入した行為に詐欺罪(刑法(以下略)246条1項)が成立するか。

(1)上記行為によりCが欺罔されて腕時計X・Yを交付しているから、上記行為はCを被欺罔者かつ処分行為者とする1項詐欺であると考ええる。

(2)欺罔行為が認められるか。詐欺罪も財産犯である以上、欺罔行為は重要な財産的判断に関わる事項に対してなされる必要があると解される。

本件クレジットカードを所有するB信託会社の規約には、加盟店に本件会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている、そうすると、加盟店は会員本人でない者の使用を認めてしまうことで、信託会社からの支払を受けられなくなるリスクを負うことになる。かかるリスクは経済上のものであるといえる。よって、会員本人と偽る行為は、重要な経済的判断に関わる事項に対する欺罔行為である。

また、B信販会社の規約には、会員である名義人のみがクレジットカードを利用でき、他人への譲渡等が禁じられているから、甲がA本人であると装って本件クレジットカードを手渡し、Aの名前を売上票に書いた行為は、自己をAと偽る挙動であり、欺罔行為に当たる。

(3)もっとも、Aは甲にXを買うことを認めているから、この部分については、同意に基づくクレジットカードの使用として、名義人Aが使用したものといえないか。

前述の通り、クレジットカードは信頼関係を基礎とするものであり、本人のみの使用が求められるものだから、同意によって他人の使用が認められるものでない。よって、かかる事情は犯罪の成否に影響しない。

以上より、詐欺罪が成立する。

2.甲が売上票の「ご署名」の欄にAの名前を記入した行為に私文書偽造罪(159条1項)及びこれをCに手渡し、認識させた行為に同行使罪(161条1項)が成立しないか。

売上票は売買契約締結を証明する文書であり「権利…証明に関する文書」に当たる。

「偽造」とは、作成者と名義人の同一性を偽る行為をいう。本件で、Aはクレジットカード使用に同意している以上、署名も同意に基づくものといえる。そうすると効果帰属主体であるAが作成者となり、名義人はAであるから、同一性を偽ったとはいえないのではないとも思える。

もともと、文書には、性質上本人のみが作成できるものが存在し、かかる文書については同意することが不可能である。本件で、クレジットカードは前述のように本人しか使えないものである以上、売上票用紙も本人のみが署名できるものである。よって、Aの同意は無意味であり、作成者は甲となるから、作成者と名義人の同一性が偽られているといえ、「偽造」が認められる。

よって、私文書偽造罪及び同行使罪が成立し、前述の詐欺罪とは、社会通念上同一の行為であるから、観念的競合となる。

3.甲と乙が飲食店から甲を追いかけてきたAに体当たりをし、又立ち上がったAに再び体当たりした行為に傷害罪(204条)の共同正犯(60条)が成立するか。

(1)甲と乙は「一緒にAを止めよう」としているから、共同実行の意思が認められる。また、一緒に体当たりという有形力行使をし、Aは尻餅を

ついているから、内出血等の生理的機能障害が生じているものと思われるため、傷害罪の共同正犯の構成要件該当性が認められる。

(2)もっとも、Aを止めるためにした行為であるため正当防衛(36条1項)が成立しないか。正当防衛が成立するには、①急迫不正の侵害に対して②自己または他人の権利を防衛する③ために④やむを得ずにした行為であることが必要である。

本件で、Aは甲に殴りかかっているから、甲の身体の安全という法益が侵害される現実的危険性が存在し(①充足)、これを守るために反撃している(②③充足)。また、体当たりという行為は、相手の行為を止める以上の暴行を目的とするものでなく、相手へのダメージも少ないから④も満たす。よって、正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

4.甲と乙が「一緒にAを押さえつけよう」と共謀し、甲がAの両足首を押さえつけ、乙がAの両上腕部を押さえつけ、石でAの顔面を力をこめて一発殴った行為に、傷害罪が成立しないか。

(1)甲と乙は一緒にAを押さえつけることしか共謀していない。もっとも、乙がAを石で殴った行為は、Aが押さえつけても更に身体をよじらせ、また甲に殴りかかろうとしていたから行われた行為であり、Aを止める一連の行為としてなされている。また、Aの行為を止めるのに、かかる有形力行使がなされることも、予想がつくことである。よって、乙の行為は共謀と因果関係があるものであり、共謀の射程内の行為である。

そして、Aは鼻骨骨折の傷害を負っているから、傷害罪の共同正犯の構成要件該当性が認められる。

(2)もっとも、正当防衛が成立しないか。前述の要件該当性を検討する。

まず、A はわざわざ甲を追いかけてくるほど、攻撃意欲が強いものであり、甲を大声でののしり、更に力をこめて体をよじらせているから、甲が A に殴られる現実的危険性は現存し、①が満たされる。また、甲の身体の安全を守るために上記行為をしているから、②③が満たされる。もともと④やむを得ずにした行為といえるか。

やむを得ずにした行為とは、必要最小限の行為をいい、行為にでることが必要であり、手段が相当なものであったことが必要である。

本件で、A は甲を殴ろうとしているから、A を止めることは必要であった。そして、確かに乙が A を殴った石は丸型であり、鋭利なものでないから、攻撃力は大きいものでなかった。また、甲・乙・A は身長、体重、年齢が同じくらいであり、体力差は大きくなかったと考えられる。しかし、体力差のないものが2対1になっている以上、2人で攻撃した甲と乙は優位であった。それなのに、A は素手であるのに対して、乙は石という武器を使用している。また、石は 10 c m、800g もあり、その重さを利用して、力いっぱい殴れば相当の攻撃力を持つものであった。更に、乙は A の顔面を殴っており、脳に近い顔面を力いっぱい殴る行為は、人の枢要部分である脳に危害を加えかねないから、強い攻撃力を有する行為である。よって、素手の A に対しかかる行為にでることは、相当性を欠き、④を充足しない。よって、正当防衛は成立しない。

(3) そうだとして、量的過剰防衛が成立し、刑の減免を受けられないか(36条2項)。

同条の趣旨は、防衛行為中という心理的動揺している際には、過剰な行為に出ることの責任は減少する点にある。そうすると、共同正犯にお

いて、責任は主観的要素に左右されるものである以上、過剰防衛の成否は相対的に決するべきである。よって、以下甲と乙を別に検討する。

ア.甲について

甲は、乙が石を拾ったことや乙がAの顔面を殴りつけたことを全く認識していなかった。そうすると、乙の行為を止めることも不可能であったのだから、過剰な行為に出たことに責任があるとはいえない。

よって、量的過剰防衛が成立し、乙の行為を認識等していなかった以上、刑は免除されるべきである。

イ.乙について

乙は、石でAを殴っている。しかし、始めはAを押さえつけることしかしておらず、Aがそれでも更に力をこめて体をよじる等するため、Aを止めるための必死の行為として、Aを殴ったものといえる。また、殴る行為も、鋭利なものを使用したのではなく、人の枢要部分を直接殴ったものでもない。そうすると、行為に出たことも仕方ない部分もあるといえるから、責任は減少し、量的過剰防衛は成立する。

5.甲がAの財布を奪った行為に窃盗罪(235条)が成立するか。

(1)甲は前述のようにAに暴行しているが、奪取意思は事後的に生じたものであり、暴行を手段として財布を奪取したわけではないから、暴行を手段とする犯罪類型たる強盗罪は成立しない。

(2)甲は財物たる財布を自己の支配下に移転させ窃取している。もっとも、Aが死亡していると考えており、死者に占有は認められないから、窃盗の故意(38条1項)が認められないのではないか。

故意責任の本質は、規範に直面し、反対動機形成が可能であるのに、

あえて犯行に出たことにたいする道義的非難である。そのため、甲の認識を基準として、規範に直面したといえる場合には、故意責任を問えると考える。

本件で、甲は A が死亡したと考えている。もっとも、死者の占有も、犯人との関係においては、時間的場所的接着性が認められる限り、規範的にみて刑法的保護に値するといえる。そのため、一連の行為を全体的に評価して、窃取が認められると考える。

本件で、甲は暴行し A が動かなくなっただけで、すぐその場で財布を取っているから、時間的場所的接着性が認められ、窃盗罪が成立する。後述のようにこれは器物損壊罪の範囲で乙と共同正犯になる。

6.乙が甲と財布を取った行為に窃盗罪の共同正犯が成立するか。

(1)乙も A が死亡したと考えているが、前述のように窃盗罪は成立し得る。もっとも、乙は財布を A が強盗に襲われて死んだように見せかけるため、捨てることを目的に取っているから、不法領得の意思が認められないのではないか。刑法上罰せられない毀棄隠匿と区別するため、窃取した物を経済的用法に従って利用する意思がない場合には、不法領得の意思は認められないと解される。

本件で、乙は財布に入った 4 万円を使う気もなく、財布ごと捨てるつもりであったから、毀棄目的しかなかったといえる。よって、財布を捨てることにより、財布を使用できなくしている以上、器物損壊罪(261条)が成立するにとどまると考える。

(2)そうすると、甲と乙に成立する犯罪が異なるが、共同正犯は成立し得るのか。

共同正犯の根拠は、相互利用補充関係によって特定の犯罪を達成することにある。そして、構成要件的重なり合いがあれば、その範囲での相互利用補充関係はみとめられるから、その範囲で共同正犯が成立すると考える。

本件で、器物損壊罪と窃盗罪の行為態様は、不法領得の意思の有無だけが異なる同一のものであり得るし、保護法益は、財物の所有権か、財物の利用可能性かで異なるが、所有権を奪われた場合にも利用可能性が失われることから、類似する。よって、器物損壊罪の範囲で重なり合いが認められると考える。

よって、乙に甲との器物損壊罪の共同正犯が成立する。

刑法

甲の罪責

第 1, 腕時計の購入及び売上表用紙の記入交付について

1, 甲は, 本件クレジットカードの名義人 A であると装って, C に対して腕時計 XY の購入を申し込み, C から両腕時計の交付を受けた。この行為について, 時計店に対する詐欺罪 (刑法 (以下略) 246 条 1 項) が成立するか。

まず, 詐欺罪の実行行為たる欺罔行為とは, 相手方が当該財物の交付を行うにあたって, 重大な関心を抱いている事項について虚偽の情報を伝えることである。

この点について, クレジットカード加盟店としては, 信販会社から立て替え払いを受けることができるのであるから, 名義人と利用者の同一性については重要でないとも思える。もっとも, 加盟店も, 信販会社から, カードの利用者と会員本人の同一性について確認する義務を課せられており, 当該義務を履行しなければ, 立て替え払いを受けられない可能性がある。そうすると, 利用者とカード名義人の同一性は, 加盟店がカードによる支払いを許容し, 財物を交付するかどうかの判断をするにあたって重要な事項であるということができる。

したがって, 本件においても, 腕時計 XY の購入申し込みにおいてカード名義人 A と利用者の同一性は C にとって重大な関心を抱いていた事項となるから, 甲がこの点を偽って購入申し込みをした行為は, 欺罔行為に当たる。

そして, 甲の欺罔行為により, C は甲を A 本人であると誤信して腕時計 XY という財物を交付するに至った。

以上より, 甲の上記行為には, C に対する 1 項詐欺罪が成立すると考える。

2, 甲は, 売上表用紙の「ご著名 (自著)」欄に A の名前をボールペンで記入して, これを C に手渡した。この行為について, 有印私文書偽造罪 (159 条 1 項) が成立するか。

まず, 売上表用紙はクレジットカードによる商品購入に必要な文書であるから, 権利義務に関する有印私文書に該当する。

次に, 偽造とは, 文書の作成名義人と作成者の人格の同一性を偽ることを本質とするものである。本件腕時計の購入に関する売上表用紙のご著名欄の作成名義人は A であるから, そこに甲が作成者として A の名前を記入することは, 原則として, 作成者と名義人が異なるから, 偽造となると考える。もっとも, A は甲に対して, 事前にクレジットカードの利用については, 許諾をしている。そして, クレジットカードの利用には, 当然に署名を要するから, 当該許諾によって, 署名についても許諾があると言える。そこで, 当該許諾によって, 作成者についても A となると言えないか。

この点について, 確かに, 名義人が許諾している場合, 名義人が実際に作成した者を通じて意思を表示したと言えるから, 作成者と名義人が一致すると言える。もっとも, その文書の性質上作成名義人以外が作成することが許されていないものについては, 名義人の事前承諾は無効となり, 依然として偽造となると考える。

そして、クレジットカードにおいては、上記の通り、名義人と利用者が同一かどうかについて、加盟店にとって、極めて重要な事項であることからすると、クレジットカードの利用に伴う売上表用紙への署名も名義人本人以外は行うことが許されていないと考えるのが相当である。

以上より、本件 A の許諾は無効であり、甲の署名行為は偽造となる。

また、甲には、売上表用紙を C に手渡すことで腕時計の交付を受けるという行使の目的がある。

よって、上記甲の行為には有印私文書偽造罪が成立する。

3、次に甲は、腕時計 X を購入するためだけに利用することを条件として A から本件クレジットカードを借りたにも関わらず、同カードを利用することによって、腕時計 Y も購入している。

このような甲の行為について委託物横領罪（刑法 252 条 1 項）が成立しないか。

まず、甲は、A から委託された本件クレジットカードを占有しているから、「自己の占有する他人の物」を有していると言える。

次に、「横領」とは不法領得の意思の発言行為のことを言い、不法領得の意思とは、委託の趣旨に背いて所有者でなければすることができない行為をする意思のことをいう。そして、本件についてこれを見ると、甲は A から腕時計 X のみの購入について本件クレジットカードの利用を許され委託されたが、当該委託に反することを認識しながら、同カードを用いて腕時計 Y も購入している。これは委託の趣旨に背いて所有者でなければすることができない行為をするものであり、「横領」に該当すると考える。

以上より、上記甲の行為には、委託物横領罪が成立すると言える。

第 2、A に対する暴行傷害について

1、甲の「一緒に A を止めよう。」という申し出に対し、乙は「わかった。」と言いこれを了承した。これにより、甲乙間で、A に対して暴行することについての現場共謀が成立した。そして、甲乙はこの共謀に基づき A に体当たりをするという暴行を行った。これは、暴行罪の共同正犯（60 条）の構成要件に該当する。

しかし、暴行は甲の顔面をなぐろうとしていた A による「急迫不正の侵害」に対して、甲の身体を守るという防衛の目的で、行われた必要最小限度の行為であるから、正当防衛（36 条 1 項）が成立し、違法性が阻却される。

以上より、上記行為について、甲乙には暴行罪の共同正犯は成立しない。

2、次に、甲乙が A を押さえつけた行為について、同様に甲乙には現場共謀が認定できる。そして、甲乙は、この共謀に基づき A にまたがり A の両足首及び両上腕部を真上から両手で力を込めて抑えつけるという暴行を行っている。

もっとも、この行為についても、正当防衛が成立するか、問題となる。

この点について、確かに甲乙の体当たりにより、A は路上にあおむけに倒れていた。しかし、A は「何するんだ。この野郎。」と反抗の意思を明らかにしながら立ち上がろうとし

ていたのだから、いまだ甲に対する暴行の意図は継続しており、押さえつけなければ、すぐさま甲に殴りかかる可能性が高かったと言える。このような状況下では、Aが倒れていたとしてもいまだ急迫不正の侵害は継続していたと認められる。

次に、防衛の意思について、甲及び乙は、Aを押さえつけておけばAが落ち着き、Aから殴られることもなくなるだろうという意図の下、このような暴行に及んでいる。そうすると、甲乙に防衛の意思があることは当然に認められる。

そして、確かに、同程度の体格の三人の内一人に対して、残りの二人が体にまたがり押さえつけるという行為は、相当性に欠ける用意も思える。もっとも、激しく暴れるAに対して被害を確実に防ぎつつ相手の暴行をやめさせるためには、甲乙の両名が協力して体を押さえつける必要性が高いと言える。また、両手足という枢要部以外の部分を押さえつけたに過ぎないのであるから、相当性を欠くものではないと考える。

以上より、正当防衛の成立要件を充足すると言え、甲乙の当該行為には、暴行罪の共同正犯は成立しない。

3、乙は、右手に持った石でAの顔面を殴るという暴行によって、Aに対して全治1か月の鼻骨骨折という傷害を負わせている。したがって、このような乙の行為は、傷害罪の構成要件に該当する。

もっとも、乙には正当防衛又は過剰防衛が成立しないか。

この点について、Aは甲に対して大声で怒鳴りつけ、甲乙の押さえつけに対して激しく抵抗している。もっとも、甲乙両名がAにまたがり両手足を押さえている状況下で、Aが大勢を立て直して再び暴行に及ぶことは極めて困難な状況であったと言える。そうすると、急迫不正の侵害があるとは言えず、正当防衛は成立しない。

以上より、乙の上記行為には、傷害罪が成立する。

また、この傷害罪については、甲は乙が石を拾ったことも認識しておらず、当初の正当防衛行為についての共謀しかしていないのであるから、新たな共謀が成立したというような特段の事情が無い限り、共同正犯とならない。そして本件においては、このような特段の事情は存しない。

したがって、甲には傷害罪の共同正犯は成立しない。

第3、Aからの現金及び財布の取り出しについて

1、甲は、現金4万円の入ったAの財布という他人の財物を自分の上着ポケットにしまうことでAの占有を侵害し、摂取したと言える。

もっとも、甲はAが死亡したと思っているから、占有侵害の事実の認識を書き窃盗罪の故意が認められないのではないか。

この点について、占有は占有の意思及び事実により判断するところ、死者にはそのいずれも欠けることから、占有は認められない。確かに殺害した者との関係では、全体的にみて、占有侵害であるのと同視し、占有を認めることは考え得る。しかしながら、甲の認識ではAを殺害したのは乙であって、自分ではない。したがって、甲には自己にAの占有侵

害の事実について認識はないと考えられる。

以上より、甲には窃盗罪の故意はなく、占有離脱物横領罪が成立するととどまる。

2、次に財布の摂取については、当初から捨てるつもりであり、経済的用法にしたがって利用処分することを想定しておらず、不法領得の意思に欠けるのであるから、器物損壊罪（261条）が成立するととどまる。

3、そして、乙は、甲と現金及び財布については甲が捨てておくという器物損壊の範囲でのみ共謀をしている。そして、器物損壊罪と窃盗罪は他者の所有権を害するという保護法益の共通性が認められ、また摂取というように行為態様の共通性も認められる。

したがって、器物損壊罪の範囲で共同正犯が成立すると考える。

第4、罪数

1、以上より、甲には、①1項詐欺罪②有印私文書偽造罪③委託物横領罪④窃盗罪⑤器物損壊罪が成立し、①と②は牽連犯（54条1項後段）、これと③は観念的競合となる。そして、これとその他は併合罪となる。

一方乙には①Aに対する傷害罪②器物損壊罪の共同正犯が成立する。そしてこれらは併合罪の関係となる。

刑事系第1問

第一、甲の罪責

1. C店におけるX・Yの購入について

(1) ア. 甲は、自身がAであると装って、CからX・Yを購入した。当該行為につき、詐欺罪（刑法（以下法典名省略）246条1項）の成否を検討する。

(2) 詐欺罪の構成要件は、①欺罔行為、②欺罔行為に基づく錯誤、③錯誤に基づく処分行為、④財産上の損害、の4つである。

(3) ア. 甲は、Cに対し、自身がA本人であると装い、本件クレジットカードを渡した（①充足）。

イ. 当該甲の欺罔行為に基づきCは甲が本件クレジットカード名義人たるAであるとの錯誤に陥った（②充足）。

ウ. Cは、甲がA本人であり、本件クレジットカードを利用する正当な権原があると誤信し、XとYを甲に売却した（③充足）。

カ. CはXとYの代金60万円をB信販会社から受領することになる。よって、Cに財産上の損害がないようにも思われる。しかしながら、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。個別財産上の損害が生じたか否かは実質的に、即ち、当該錯誤がなければ処分行為をしなかった、というような法益関係的錯誤に基づく処分行為であるか否かを検討する。

本件において、B信販会社規約でカードの名義人以外の利用、他人への譲渡・貸与は禁止されており、加盟店も、利用者が会員本人であることを善管注意義務を以て確認しなければならない、とされていた。Cも、売上票用紙に名義人の署名を求め、当該署名を確認し、カードの正当な利用権限を有するか否かを判断した上で、商品を売却している。よって、Cは、甲がA本人でなければX・Yを売却することはなかったのであり、法益関係的錯誤に基づき、処分行為を行ったと認められる。

以上より、X・Yの売却は、Cにとって、実質的個別財産上の損害と認められる（④充足）。

(4) 以上より、甲の行為は①～④を充足し、詐欺罪が成立する。

2. Aの名前を署名し、Cに手渡した行為について

(1) 甲は、売上票用紙の自署欄に、Aの名前を記入した。当該行為について、有印私文書偽造罪（159条1項）の成否を検討する。

(2) 本罪の構成要件は、①行使の目的、②他人の印章若しくは署名の利用、③権利、義務若しくは事実証明に関する文書、④偽造、の4つである。

(3) ア. ①について、文書偽造罪は、偽造文書を他人の閲覧に供し、取引安全・秩序を乱すことを防止するための罪である。よって、「行使の目的」とは、他人の閲覧に供する目的をいう。

甲は、売上票用紙をCに渡し、Cの閲覧に供する、という行使の目的を以てなされた（①

充足)。

イ. 甲は、他人 A の署名をしている (②充足)。

ウ. 売上票用紙は、カード利用者が名義人本人であることを証明するための文書であり、「事実証明に関する文書」である (③充足)。

エ. 偽造とは、文書の作成者と名義人との間で人格的同一性を偽ることを言う。

売上票用紙に署名をした (作成者) 甲は、署名名義人 A との間で人格を偽っている (④充足)。

(3) 以上より、当該行為について、有印私文書偽造罪が成立する。

(4) また、A の署名をした売上票用紙を C に渡し、C の閲覧に供した行為は、偽造私文書行使罪 (161 条 1 項) が成立する。

(5) 有印私文書偽造罪と同行使罪は、手段・結果の関係にあり、牽連犯 (54 条 1 項後段) となる。

3. A に告げず Y を購入した行為について

(1) 甲は、10 万円の X についてのみ A から購入の許可を得ていたにもかかわらず、50 万円の Y を、A の了解を得ず、本件クレジットカードを地要氏、購入した。即ち、50 万円分の A の B 信販会社に対する金銭債権を行使した。

当該行為について、横領罪 (252 条 1 項) の成否を検討する。

(2) 横領罪の構成要件は、①占有、②他人の物、③横領、の 3 つである。

(3) ア. ①について、横領罪の保護法益は財産権と委託信任関係である。行為者の占有が事実上の占有のみならず、法律上の占有であっても、委託信任関係を損ねる点に鑑み、自本罪の構成要件たる「占有」は、事実上のもの・法律上のもの、両者を含む。

本件において、甲は、A の B 会社に対する金銭債権を、事実上占有している (①充足)。
イ. 本罪の対象物には、債権も含まれると解する。

甲が利用した B 会社に対する債権は、他人 A の物である (②充足)。

ウ. 「横領」とは、不法領得の意思、即ち委託信任の趣旨に背き、所有者でなければならぬような処分をする意思を発現する一切の行為をいう。

甲の、本件クレジットカードを利用し Y を購入する行為は、X のみの購入を許容した A の委託信任に背き、本来カード所持者たる A でなければならぬ処分行為である。よって、③も充足されている。

(4) 以上より、甲の行為は、①～③を充足し、横領罪が成立する。なお、事後に A が Y の購入について許したことも、当該行為時点において甲に犯罪が成立することを妨げない。

4. A への体当たり行為について

(1) 甲は、乙と共に、A に正面から体当たりした。当該行為は、暴行罪 (208 条) の共同正犯 (60 条) の構成要件を満たす。

(2) ア. もっとも、甲 (と乙) は、A が甲の顔面を殴ろうとしてきたことから、これを防ぐため、上記行為に及んだ。当該行為について、正当防衛 (36 条 1 項) が成立しないか。

イ. 正当防衛の構成要件は、①急迫不正の侵害、②防衛の意思、③やむを得ずした行為の3つである。

ウ. Aは甲の顔面を殴ろうと、右手手拳を突き出した。これは、甲の身体に対する不法な有形力の行使であり、急迫不正の侵害である（①充足）。

甲（と乙）は、Aに殴りかかれるのを防ぐため、Aを止めようとして、当該行為に及んだ。よって、防衛の意思も認められる（②充足）。

③については、必要性和相当性が認められる行為であるかを検討する。まず、従前から甲に怒りを抱き、殴りかかろうとしていたAを止めるために、体当たりによってAの体勢を崩させると言う行為は、必要であったと認められる。甲・乙・Aはいずれもほぼ同年齢・同身長・体格である。甲と乙二人がかりではあるものの、正面から体当たりをしたのであれば、殴りかかろうとしていたAも一定程度構えることができ、相当性を逸脱する行為ではない。よって、甲らの行為は必要性・相当性を満たし、③の要件も充足している。

エ. 以上より、甲の行為は①～③を満たし、正当防衛が成立する。

（3）当該行為について、甲の行為は、暴行罪の構成要件を満たすものの、正当防衛が成立するため、犯罪不成立である。

5. 財布の奪取について

（1）当該行為について、窃盗罪（235条）の成否を検討する。

（2）窃盗罪の構成要件は、①他人の財物の②窃取である。

（3）ア. 甲が奪取した財布は、他人Aの財物である（①充足）。

イ. 「窃取」とは、他人の占有下から自己の占有下に移転させることをいう。

Aは意識を失っていたものの、占有を喪失したわけではなく、甲は、自身の上着ポケットにしまった時点で、Aの占有下から自己の占有下に本件財布を移転したと認められる。

（4）以上より、当該行為について、窃盗罪が成立する。

なお、財布内の現金4万円を抜き取った行為については、不可罰的事後行為であり、独立に犯罪は成立しない。

6. 罪数

以上より、甲には1. の詐欺罪、2. の有印私文書偽造罪と同行使罪の牽連犯、3. の横領罪、5. の窃盗罪が成立する。これらは、いずれも社会観念上別個の行為であり、併合罪（45条）となる。

第二、乙の罪責

1. Aへの体当たり行為について

（1）当該行為については、暴行罪（208条）の共同正犯（60条）の構成要件が満たされている。

（2）しかし、乙は、Aが甲に殴りかかろうとしていたという急迫不正の侵害が存する状況において、甲の身体を守るという防衛の意思を以て、必要かつ相当な体当たりと言う行為をやむを得ずした。

当該行為について、正当防衛の構成要件（第一、4.（2）イ．参照）①～③が充足されており、乙には正当防衛が成立するため、犯罪は成立しない。

2. A の顔面を殴った行為について

（1）乙は、A の顔面を石で殴った。当該行為によって、A は、全治約 1 ヶ月の鼻骨骨折という傷害（生理的機能を害された）結果を負った。よって、当該行為は、傷害罪（204 条）の構成要件を満たす。

なお、当該行為については、甲乙間に意思連絡がなく、共謀共同正犯（60 条）は成立しない。

（2）ア．もっとも、乙は、押さえつけているにもかかわらず、未だ甲に殴りかかろうとしていた A を制圧するため、当該行為に及んだ。よって、正当防衛が成立するか検討する。

イ．正当防衛の構成要件は、①急迫不正の侵害、②防衛の意思、③やむを得ずした行為（必要性・相当性）の 3 つである。

ウ．A は、甲に殴りかかろうとしたのであり、甲と乙に上半身と下半身をそれぞれ抑え込まれた状況でも、なお身体をよじりながら「ぶん殴ってやる」等の攻撃的な大声で甲を罵り続けていた。当該状況において、A の攻撃の意思は止んでおらず、未だ甲に対する急迫不正の侵害は存在した（①充足）。

乙は、甲が A から殴られるのを防ぐため、という防衛の意思を以て行為に及んだ（②充足）。

上半身と下半身を抑え込んだ状況でもなお拘束を逃れ、甲を攻撃しようとしていた A に対し、攻撃をやめさせるためには、戦意を喪失させるためにも、殴りかかるというより強度な攻撃に及ぶ必要性はあった。しかしながら、乙は直径 10 センチ、重さ 800 グラムという、小さくはない石で、A の顔面、即ち頭部を殴りつけている。頭部を殴りつけると、脳内で出血等した場合、死に至り得ることは常識である。乙が殴ったのは一発のみであったものの、手拳で殴ることもできたにもかかわらず、傍らの石を拾い上げ、力を込めて殴るという行為は、相当とは認められない。

以上より、乙の当該行為は、正当防衛の要件のうち③の相当性のみを充足しない。

（3）当該行為は、過剰防衛（36 条 2 項）として、刑の任意的減免を受け得る。

（4）以上より、乙に傷害罪の過剰防衛が成立する。

3. 財布の奪取について

（1）甲が A の財布を奪取した行為には窃盗罪が成立する。

しかしながら、乙は強盗を装うため財布を隠匿することのみを目的としており、甲も隠匿目的を以て奪取したと認識していた。即ち、乙には不法領得の意思のうち権利者排除意思は認められても、利用処分意思はなかった。

よって、乙に窃盗罪は成立しない。

（2）乙は、財布の効用を喪失させる、という器物損壊罪（261 条）の故意を以て、甲の奪取に関与した。

(3) 乙には構成要件的錯誤があった。このとき、38条2項の適用を検討する。

本条は、構成要件が実質的に重なる場合、即ち行為態様と保護法益が共通する場合に、実質的に、行為者には軽い罪の限度で故意が実現されたと解する規定である。

Aの財布を奪取するという行為は共通であり、保護法益もいずれもAの財産権である。

よって、38条2項の適用によって、乙は器物損壊罪の限度で罪責を負う。

4. 罪数

乙には、2. の傷害罪の過剰防衛と、3. の器物損壊罪が成立し、両罪は社会観念上別個の行為であるため、併合罪(45条)となる。

以上