

令和元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	B
2	A
3	A
4	B

1【設問1】

21. 甲が、金融庁職員に成りすまして、Aに対して「あなたの預金口座が不正引き出しの被害にあっています。」等と申し向けた行為について、詐欺未遂罪（246条1項、250条）が成立する。

5(1) 甲の上記文言は、金銭交付を直接求める嘘でないが、詐欺の実行の着手（43条本6文）があるといえるか。

7 未遂犯の処罰根拠は、法益侵害の現実的危険の発生である。したがって、実行の着手とは、法益侵害の現実的危険の発生を有する行為を指すと解すべきである。a)行為者の計画を基礎とした、当該行為の後行行為をするにあたっての必要不可欠性、b)当該行為をした場合の、後行行為をするにあたっての特段の支障の有無、c)当該行為と後行行為との時間的場所的近接性を考慮して判断する。

12(2) 本件についてこれをみるに、甲の上記文言は、直接金銭の交付を求める嘘ではないものの、その後に甲が金融庁職員になりすましてAからキャッシュカード等を交付させるために必要な嘘であるから、行為計画に照らして必要不可欠といえる（①）。この嘘をついた後、Aはこの後訪ねてくる者が金融庁職員であると誤信する危険が高いため、甲が金融庁職員に成りすまして金銭交付を求めることに特段の支障はなかった（②）。両行為の時間的場所的近接性もある（③）。したがって、実行の着手が認められる。

18(2) もっとも、後述のとおり、本件で甲は詐欺ではなく窃盗を実行しているから、詐欺未遂罪にとどまる。

202. 甲がAのキャッ

21シュカード等をバッグの中に入れて持ち去った行為について、窃盗罪（235条）が成立する。

23(1) 前提として、詐欺罪が成立しない理由を説明する。すなわち、246条1項の「交

24付」といえるためには、交付意思（自らの支配領域外までの物の持ち出しを許す意思）が
25必要と解する。本件においては、Aは甲にキャッシュカード等を手渡しているものの、こ
26れらをこの当日に甲に持ち帰らせる意思は一切なかったといえる（甲は、あくまで「後日、
27お預かりする可能性がある」と言っただけであり、Aは当日に甲にカード等を持ち帰らせ
28ようとは考えていなかったはずである）。したがって、Aに、カード等を自らの支配領域
29外まで甲に持ち出させる意思（交付意思）はなく、Aが「交付」をしたとはいえない。

30 人を「欺」く行為とは、交付行為に向けられたものでなければならないと解する。そし
31て、上のとおり、Aの行為が交付に当たらない以上、その前の甲の「キャッシュカードを
32証拠品として保管してもらう必要があります」等の嘘は、「欺」く行為に当たらない。

33 したがって、上記行為に詐欺罪は成立しない。

34 (2) そこで、窃盗罪の成立を検討するに、甲は本件キャッシュカード等の「他人の財
35物」を、Aの意に反して自らのバッグに入れて持ち去っており、「窃取」「した」。故意
36（38条1項）と不法領得の意思も明らかに認められる。したがって、上記行為に窃盗罪
37が成立する。

383. 甲が本件キャッシュカード等を用いてATMから現金を引き出そうとしたが失敗した
39行為について、窃盗未遂罪が成立する。

40 (1) 甲が上記行為に及んだ時点で、Aの口座は凍結されていたため、現実には行為時点
41で現金引き出しのおそれはなかったが、実行の「着手」があったといえるか。

42 刑法とは、国民に対する行為規範である。そして、行為者の認識を基礎とした場合に、
43法益侵害の現実的危険があるといえるならば、行為規範違反が認められる。そこで、行為
44者の認識を基礎として法益侵害の現実的危険がある場合には、なお実行の「着手」が認め
45られると解する。

46 本件では、甲は、Aの口座の凍結を知らなかった。そこで、Aの口座が凍結されていな

47いという甲の認識を基礎とすると、本件キャッシュカードを挿入して ATM に暗証番号を
48入力する行為には、法益侵害の現実的危険が認められる。したがって、本件では実行の着
49手がある。よって、窃盗未遂罪が成立する。

50 【設問 2】

51 第 1 立場①からの説明

52 1.(1) 共同正犯（60 条）の要件は、①意思連絡、②重大な寄与、③正犯意思、④①に
53基づく実行である。

54 本件で、甲と乙とは、C を実力で排除することについて意思連絡をしている（①。甲は
55「こいつをなんとかしてくれ」と乙に言い、乙はそれを受けてナイフを C に突きつけてい
56る）。乙は C にナイフを突きつけて脅しているから、重大な寄与をしている（②）といえ、
57自己の犯罪を実行する意思も認められるから、正犯意思もある（③）。乙が C にナイフを
58突きつけた行為は、①に基づく実行といえる。

59 (2) もっとも、事後強盗罪は結合犯と解すべきところ、乙は先行する ATM から現金を
60引き出そうとする行為には関与していない。そうであるにもかかわらず、乙に共同正犯が
61成立するか。

62 共同正犯の本質は、相互利用補充関係である。そして、先行行為に関与していなくとも、
63後行行為につき他者を利用して自己の犯罪を実現する意思さえあるのなら、相互利用補充
64関係は認められるため、共同正犯は成立すると解する。したがって、本件でも、乙が先行
65行為に関与していない点は、問題がない。

66 以上から、共同正犯の要件はすべて充たす。

67 2. 238 条の要件充足性

68 (1) 乙は、甲が「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐために、甲が ATM から
69現金を引き出そうとした直後という窃盗の継続的延長すなわち窃盗の機会において、刃渡

70 10センチメートルのナイフという凶器をCに示して「殺すぞ」等と申し向け、人の反
71 抗を抑圧するに足る程度の害悪の告知をしているから、「脅迫」をしているといえる。

72 (2) もっとも、乙は甲が万引きをしたと思っていた一方、甲は実際にはATMから現金
73 を引き出そうとしていたのだが、乙に故意は認められるか。

74 故意とは、反規範的人格態度に対する道義的非難である。そして、規範とは構成要件の
75 形で与えられる。したがって、認識事実と発生事実とが同一構成要件の範囲内で符合して
76 いるといえれば、故意は認められると解すべきである。

77 本件では、乙の認識事実によれば、甲はコンビニ店長(D)に対する窃盗罪をしていた
78 一方、現実には上述のとおりATM管理者に対する窃盗未遂罪をしていたのだから、窃盗
79 未遂罪の限度で同一構成要件内の符号が認められる。したがって、乙に故意は認められる。

803. よって、乙には事後強盗罪の共同正犯が成立する。

81 第2 立場②からの説明と自らの見解

82 1.(1) 立場②からは、共同正犯成立は結果発生への因果性が必要であるところ、後行行
83 為への関与が先行行為への因果性を持つことは論理的にありえない以上、承継的共同正犯
84 は否定すべきである（全面否定説）との反論が考えられる。

85 (2) 自らの見解

86 たしかに、共同正犯の本質は、結果への因果性を前提とした相互利用補充関係であると
87 解される。しかし、後行行為への関与だけでなお結果への因果性を認められるような場合
88 には、例外的に承継的共同正犯成立を認めてもよいと解すべきである（限定的肯定説）。

89 本件でのCへの脅迫行為にのみ関与しても、事後強盗罪の結果への因果性は認められな
90 い（傷害罪の類型に近い）（すなわち、窃盗行為は、詐欺のように被害者の心理状態に影
91 響を及ぼさないからである）。

92 したがって、本件では、乙につき事後強盗罪の承継的共同正犯は成立しない。

1161. 上記の事実から、Dにつき「生命、身体…財産に対する現在の危難」があったといえ
117る。丙は、これを「避けるため」、ワインボトルを甲に向かって投げつけている。これは
118丙が採りうる唯一の手段だったから、「やむを得ずにした」といえる。そして、丙はDの
119生命等を守るために、Dに加療3週間の傷害を負わせているから、「これによって生じた
120害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」に当たる。したがって、緊急避難が成
121立する。

1222. 難点

123 この見解によれば、「避けようとした害の程度を超えなかった場合」に当たる場合がか
124なり限定されるため、丙の行為が少し強度であった場合に、緊急避難が成立しないことに
125なってしまうという難点がある。

第1 設問1

1 甲が、Aに嘘をつき、本件キャッシュカード等を受け取った行為につき、詐欺罪（246条1項）が成立するか。

（1）「欺く行為」とは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽り、交付に向けた錯誤に陥らせることをいう。本件では、Aが、本件キャッシュカード等を甲に交付するような偽りがあったといえるかが問題となる。

交付行為というためには、処分意思がなければならず、処分意思があるためには、少なくとも財産が移転する外形的事実の認識が必要となる。本件では、甲は、本件キャッシュカード等を預かっているに過ぎない。Aも玄関近くの今にキャッシュカードを取りに行ったに過ぎない。そのため、Aに処分意思はなく、甲の言動も、Aに処分意思を生じさせるような危険性のある言動ではなかった。そのため、「欺く行為」があったとは言えない。

（2）よって、甲には、詐欺罪の未遂犯すら成立しない。

2 甲が、本件キャッシュカード等をバック内に入れ、持ち去った行為につき、窃盗罪（235条）が成立するか。

（1）本件キャッシュカード等は、Aの所有物であり、「他人の財物」である。また、Aは甲に本件キャッシュカードを手渡していたものの、Aの占有意思は強固であり、Aが印鑑を取りに行った時間はわずかで、場所も玄関近くの居間であるから、近い。そのため、Aには、いまだ本件キャッシュカードの占有があったといえる。それを、甲は、自己の支配下に移転したのであるから、「窃取」したといえる。

（2）甲には、犯罪事実の認識認容があるため、故意（38条1項）があり、不法領得の意思も認められる。

（3）よって、甲には、窃盗罪が成立する。

第2 設問2

1 乙に事後強盗の罪が成立するとの立場からは、以下の説明がありうる。

まず、事後強盗罪は、窃盗を身分とする身分犯である。そして、共同正犯（60条）の成立要件は、①共謀、②①に基づく実行行為である。本件では、甲と乙には、現場共謀が成立している。そして、乙は、甲の逮捕を免れさせる目的で、Cに対して、犯行を抑圧するに足りる程度の害悪の告知、「脅迫」を加えている。そのため、乙は、事後強盗の実行行為を行ったといえる。そして、事後強盗罪における身分は、真正身分であるから、65条1項により、乙には、事後強盗罪が成立する。

2 乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からは、以下の説明がありうる。

まず、事後強盗罪は、結合犯である。そして、窃盗罪に関与しない者が、事後強盗罪の罪責を負うか否かは、承継的共同正犯を認めるか否かの問題である。共犯の処罰根拠は、法益侵害惹起に対して因果性を有する点に求められるところ、時間的に後行する行為が、先行行為に対して因果性を持つことはあり得ないのだから、承継的共同正犯は否定されるべきである。よって、窃盗行為に関与していない乙には、事後強盗罪は成立しない。

相手方の身体に対する害悪を告知しているため、脅迫罪が成立するにとどまる。

3 私見

事後強盗罪は、結合犯であるが、承継的共同正犯については、完全否定説は取らない。つまり、共犯の処罰根拠は、確かに、法益侵害惹起に対して因果性を有する点に求められるが、因果性は、結果に対して有していればよい。そのため、先行行為の影響が存する間に、後行行為者がともに結果を実現したといえる状況にあれば、承継的共同正犯を認めるべきと解する。

本件では、甲の窃盗の機会が継続していたといえ、乙が、事後強盗という結果を甲とともに実現したといえ、乙には、事後強盗の罪の共同正犯が成立する。

なお、乙は、甲が万引きしたものと勘違いしているが、これは、具体的事実の錯誤であり、故意は阻却しない。

第3 設問3

1 正当防衛が成立するとの説明がありうる。

しかしながら、正当防衛は、不正に対する反撃行為が許されるのであり、正に対して、反撃をしたことになる本件では、少なくとも過失傷害罪が成立するという難点がある。

2 緊急避難が成立するとの説明がありうる。

しかしながら、緊急避難の成立には、法益の均衡が要求されるところ、Dには財産権侵害が切迫していたが、丙は、Dの身体を傷害している。そうすると、法益の均衡が満たされないのではないかという難点がある。

以上

刑事系科目第1問（刑法）

第1. [設問1] について

1. 甲が、A に対して、本件キャッシュカードを甲に手渡させ、印鑑を持ってくるように申し向け、その間に本件キャッシュカードをバックに入れた行為に詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立しないか。

上記行為が欺罔行為に当たるか。

欺罔行為といえるには、相手方の交付行為に向けられている必要がある。交付行為は、交付意思に基づくものでなければならず、交付意思は占有の移転についての認識であり、占有の弛緩の認識では足りないとする。

これを本件についてみるに、A は、甲の申し向けを受けて、A 宅内の玄関近くの居間に印鑑を取りに行っているが、A 宅の玄関と居間は A の同一の支配内であると考えられる。そうだとすれば、A が居間に印鑑を取りに行く際に本件キャッシュカード等が入った封筒を甲に預けることは、占有の移転の認識ではなく占有弛緩の認識に基づくに過ぎないと考えられる。したがって、交付意思に基づく交付行為は認められない。

よって、交付行為に向けられた欺罔行為とはいえず、詐欺罪は成立しない。

2. もっとも、甲の上記行為は、A の意思に反して、A の本件キャッシュカード等という「他人の財物」（235 条）を、自己の占有下に移したものであるから、「窃取」したといえる。したがって、上記行為に窃盗罪が成立する。

3. さらに、甲は、コンビニにて、上記キャッシュカード等を使って、ATM から現金を下ろそうとしたが、取引停止措置のため引き出すことができなかった行為に、A に対する窃盗未遂罪が成立するか。

この点、同行為は、銀行の支店長に対する窃盗行為であるため、A に対する犯罪とはいえないとも思える。しかし、A の本件キャッシュカードで下ろす現金は、実質的には A の所有であるから、A に対する犯罪とも評価可能である。

そして、甲が引き下ろす直前に取引停止措置がなされていたのであるから、不能犯が問題となるが、取引停止措置がなされていたとしても、外部からは認識不可能であり、一般人に現金が引き下ろされる危険を感じしめるものであるから、不能犯ではなく、未遂犯が成立する。

よって、甲の上記行為に窃盗未遂が成立する。

4. 以上より、甲には、窃盗罪と窃盗未遂罪が成立し、両罪は実質的法益が同じであるから、包括一罪となり、後者が前者に吸収されると考える。

第2. [設問2] について

乙が、C に対してナイフを向けながら殺すと脅した行為に、甲との間で事後強盗罪の共同正犯（238 条・60 条）が成立しないか。

1. まず、共同正犯が成立するには、共謀及び共謀に基づく実行行為が必要であるところ、甲が「こいつをなんとかしてくれ」と言い、これを受けて乙は上記行為に及んでいること

から、共謀が認められる。

では、上記行為が事後強盗の実行行為といえるか。

(1) 「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧する程度のものであることが必要である。

本件では、ナイフという殺傷能力のある鋭利な刃物を、コンビニという狭く助けを求めることが困難な場所で、相手に向けながら「殺す」という行為は、Cの反抗を抑圧する程度のものであったといえる。

(2) 次に、上記行為は、窃盗の機会になされる必要があるところ、本件では、同店内で時間的にも密接した段階でなされた脅迫であるから、窃盗の機会といえる。したがって、「脅迫」が認められる。

(3) よって、共謀に基づく実行行為も認められる。

2. もっとも、乙は「窃盗」を行っていないため、事後強盗をなし得ないのではないか。事後強盗の法的性質と関連して、窃盗でない者に対する同罪の共同正犯の成否が問題となる。

この点、②の脅迫罪が成立するとの立場からは、事後強盗罪は結合犯であるため、暴行又は脅迫から関与した者は承継的共同正犯として処理すべきであるが、承継的共同正犯を否定すべきとの考えを採用することが考えられる。

しかし、事後強盗罪を結合犯と解することが、窃盗の時点で事後強盗の着手が認められることになり、実行の着手時期が早くなりすぎるため不当である。「窃盗」がという言葉から、事後強盗は「窃盗」を真正身分とする身分犯と考えるべきである。そして、共同正犯であっても、共犯者の行為を介して法益侵害が可能であるから、「共犯」にあたる。

したがって、本件においても、「窃盗」に身分を有しない乙にも事後強盗の共同正犯が成立し得る。

3. しかし、乙は、甲が万引きしたと認識しており、錯誤が認められる。そこで、②の立場から、事後強盗の故意が阻却されると主張することが考えられる。かかる主張が認められるか。

この点、故意責任の本質は、規範の問題に直面したにも関わらず、あえて犯行に及んだことに対する非難であり、規範は構成要件の形で一般人に与えられている。そこで、同一構成要件内の錯誤は、規範の問題に直面するので、故意は阻却されないと考える。

本件では、乙の認識は窃盗罪という同一構成要件内の錯誤に過ぎないので、故意は阻却されない。

4. そして、甲と乙は、Cからの「逮捕を免れるため」に上記行為に及んでいる。

5. よって、上記行為に事後強盗の共同正犯が成立する。

第3、[設問3]

1. まず、丙は、甲を殴打するつもりであったが、Dを殴打してしまったのであるから、錯誤が認められる。そこで、故意が阻却されないかが問題となる。

この点、故意が認められるためには、客観的事実と認識が具体的に一致していなければ

ならないとの具体的付合説が考えられる。これによると、丙の認識において、Dと甲という客体について不一致があるので、故意は認められないと考えられる。しかし、かかる説は、故意が阻却される客体の錯誤とそうでない方法の錯誤との区別があいまいな事例においては機能し得ないという難点がある。

2. 次に、緊急避難が成立し、違法性が阻却されるとの主張が考えられる。本件では、Dは不正ではないため、正当防衛は成立しない。緊急避難の成否が問題となる本件では、法益の権衡が認められるかが問題となる。すなわち、丙が守ろうとした法益はDの生命身体であり、実際に生じた害はDの身体障害であるところ、守ろうとした法益に害を加えている本件では、法益の権衡として両法益の軽重を比べることは不合理であるという難点がある。

3. さらに、丙の認識は、正当防衛が成立するというものであるから、違法性阻却事由に対する錯誤が認められる。そこで、責任阻却されるのではないか。この点、違法性阻却事由に錯誤がある場合でも規範に直面しないので、非難可能性がなく、責任故意は阻却され则认为すべきである。

もっとも、本件では、丙に過剰性の認識があったのではないかとの問題がある。すなわち、Dは甲の脅迫には全く動じておらず、甲に対抗できる状況であったのであるから、ワインボトルを甲に投げつけるという行為は、甲の攻撃に比して過剰であると考えられ、それを丙は認識していたといえる。したがって、誤想過剰防衛となり、責任阻却がなされないのではないかとの難点がある。

設問1

第1 甲がAを騙して、本件キャッシュカード等を奪おうとした行為に、詐欺罪（刑法（以下略）240条1項）が成立しないか。

1 まず、甲は、Aを騙して、本件キャッシュカードと暗証番号を記載したメモを奪おうとしている。キャッシュカードは、暗証番号と合わせると自由に預金された現金を引き出すことができる。甲のかかる行為は、2項詐欺ではなく、1項詐欺の問題である。

2 「欺」く行為とは、財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせることをいい、その内容は交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることである。また、財物の「交付」は、錯誤に基づいて交付することを言う。

本件では、甲は、金融庁の職員になりすまし、Aの預金口座が不正引き出しの被害にあっていると偽っている。これらの事項は、本件キャッシュカード等の交付に向けて重要な事項であるといえる。そして、Aは、これについて錯誤に陥っている。もっとも、Aは、甲に対し、本件キャッシュカード等を封筒に入れるために手渡している。この封筒は、Aが保管する前提である。占有の移転があるかどうかは、占有の意思と占有の事実から判断される。Aの意思としては、本件キャッシュカード等を甲に交付するとの意思はない。また、Aが甲に本件キャッシュカード等を手渡したのは、Aの自宅の前のAの面前においてである。Aが甲に本件キャッシュカード等を交付した時点で、甲に占有は移転していない。

3 以上より、錯誤に基づく「交付」行為はなく、それゆえ「欺」く行為があったとも言えない。したがって、詐欺罪は成立しない。

第2 では、窃盗罪（235条）は成立するか。

1 まず、上記の通り、本件キャッシュカード等は、「他人の財物」である。

2 「窃取」とは、他人の占有する財物をその意思に反して自己又は他人の占有に移転させることを言う。

甲は、Aが玄関近くの居間に印鑑を取りに行っている間に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミーの封筒を入れ替えている。そして、その封筒を自己のショルダーバックの中に隠し入れてその占有を移転させている。そして、甲はそのまま本件封筒の中に隠された本件キャッシュカード等を持ち去っている。「窃取」があるといえる。

3 そして、甲は上記の事実を認識していることから、故意（38条1項）も認められ、さらに、キャッシュカード等を使用して、現金を引き出そうと考えていることから、不法領得の意思も認められる。

4 したがって、窃盗罪が成立する。

設問2

第1 まず、本件では、甲には、窃盗未遂罪が成立しており、「窃盗が」の場合に当たる。

そして、甲と乙は共謀した上で、乙は、Cに対して、「脅迫」（222条1項）ないし「脅迫」（238条）にあたる行為を行っている。そのため、甲には事後強盗罪の共同正犯（238条、60条）が成立することについては、以下で述べるどの説に立っても争いはないと考えられる。そして、乙について、どのような犯罪が成立するかに影響を与えるのは、いわゆる承継的共同正犯についてどのように考えるかによる。以下ではこれらを前提として、更に論じる。

1 ①の立場からの説明

まず、①の立場としては、完全犯罪共同説を前提として、承継的共同正犯を全面的に肯定する立場からの説明が考えられる。この立場を前提とすれば、共犯者である甲に事後強盗罪が成立する以上は、甲と共謀し、共犯関係にある乙についても事後強盗罪が成立する、と説明される。

また、共犯の処罰根拠が一部実行全部責任にあることを根拠としつつ、承継的共同正犯を部分的に肯定する立場からの説明が考えられる。これによれば、乙は、共犯者であり、窃盗犯人である甲の「脅迫」（238条）に加担したことから、乙は一部実行全部責任の原則から、事後強盗罪の共同正犯となる、と説明されることになる。

2 ②の立場からの説明

まず、共犯の処罰根拠を犯罪に因果性を有することに求めつつ、自己が加担した以前の事情に因果性を及ぼすことは不可能であることから、承継的共同正犯を全面的に否定する立場からの説明が考えられる。この立場によるならば、乙が甲の犯罪に加担したのは、現金を引き出そうとした行為ののちであるから、乙は窃盗部分に因果性を及ぼすことはできず、それゆえ、乙の行為は「脅迫」（222条1項）に過ぎず、脅迫罪が成立するに過ぎない、と説明されることになる。

また、承継的共同正犯を部分的に肯定しつつ、承継があるかどうかは、犯罪の重要部分に加担したかどうかによるという立場からの説明が考えられる。この場合、事後強盗罪の本質は、財産犯としての窃盗部分にあることから、これに加担していない乙は、脅迫罪に留まるとの説明がなされる。

なお、これと同様の立場に立ちつつ、事後強盗罪の本質を「脅迫」部分に求める立場からは、乙はこれに加担していることから、事後強盗罪が成立すると説明される。

3 私見

まず、共犯の処罰根拠は因果性に求めるべきである。もっとも、完全に承継的共同正犯を否定することは妥当ではなく、共犯者との関係で加担者の行為を全体的に評価して、どのような行為に加わったといえるかにより、どのような犯罪が成立するかを考えるべきである。

私見によれば、共犯者である甲は、窃盗犯人である。そして、乙の行為は甲との関係では、逮捕を免れるために行われた「脅迫」（238条）に当たると評価できる。したがって、事後強盗罪が成立すると考える。

第2 そこで、残る構成要件について検討する。

- 1 まず、上記の通り、共犯者である甲は、「窃盗が」にあたる。また、事後強盗罪の「脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる者である必要があるところ、乙がナイフを示しながら「ぶっ殺すぞ」とCに向かって言い放った行為は、Cの反抗を抑圧するに足りるものとして、「脅迫」に当たる。また、これは甲が逮捕を免れる目的でなされたものである。
- 2 乙は、甲が万引きをしたと認識しており、具体的事実について認識のずれが生じている。もっとも、故意責任の本質は、期待可能性を前提とする他行為可能性にあるところ、故意の対象は構成要件レベルで符合していれば足りる。万引き行為も窃盗罪にあたる行為であるから、乙は、甲が窃盗犯人であるとの認識はある。したがって、故意も認められる。

第3 以上より、乙には事後強盗罪が成立する。

設問3

- 第1 まず、丙は、甲に対してボトルワインを投げつけたとの認識があるのに対し、実際生じたのは、Dにこれが当たっていることから、丙には傷害罪の故意が認められない、との構成が考えられる。

もっとも、上記の通り故意は構成要件レベルの認識で認められる。また、判例に照らしても上記主張が認められるとは考えにくいという難点がある。

- 第2 次に、丙が傷害罪の構成要件を充足することを前提としつつ、正当防衛（36条1項）が成立することから、丙は傷害結果に刑事責任を負わないとの構成が考えられる。

- 1 「防衛のため」とあることから、防衛の意思が必要である。丙は、Dという「他人」を助けるためにワインボトルを投げつけていることから、防衛の意思は認められる。

また「やむを得ずにした行為」とは、必要最小限度の行為、すなわち防衛行為として相当性を有する行為を言う。

丙の行為は、丙が採りうる唯一の手段であることから、必要最小限度の行為であるといえる。「やむを得ずした行為」であるといえる。

- 2 もっとも、正当防衛には、「急迫不正の侵害」に対して行われる必要があるところ、丙が防衛行為を行ったDは、丙に対して急迫不正の侵害をしておらず、不正の侵害とは言えないのではないか、という問題点がある。

- 第3 最後に、緊急避難（37条1項）が成立することから、丙は傷害結果に対して責任を負わないという構成が考えられる。

- 1 この場合、急迫不正の侵害に対するものである必要はないから、正当防衛とは異なり、この点については問題とならない。

また、「守るため」という点も問題ない。そして、ワインボトルを投げることは丙が採りうる唯一の手段であるから、補充性も充たし「やむを得ずした」行為であると

いえる。

- 2 もっとも、緊急避難の場合、避難行為によって生じた害が避けようとした害の程度を超えないことが必要であるが、これを充たさないのではないかという問題がありうる。

すなわち、丙の行為によって生じた害は、Dの身体の傷害という、生命・身体に対する法益侵害であるのに対し、避けようとした害は、甲の行為が脅迫行為であったことからすると、財産権に対する侵害であった。緊急避難の場合、法益均衡が保たれていないのではないか、という問題がある。