

R6 司法試験 刑法

〔設問1〕

第1 甲の罪責

1. 甲が、A の腹部を繰り返し蹴るという暴行によって、肋骨骨折等の傷害を負わせた行為に、傷害罪（刑法（以下略）204条）が成立する。
2. (1)甲が、上記暴行後、恐怖で抵抗できなくなった A 所有の本件財布を自己のズボンのポケットに入れた行為に、強盗罪（236条1項）が成立するか。
(2)本件財布は A の所有物である。甲が本件財布を A の手元から拾って中身を見た時点では未だ A の占有下から離脱していない。よって、本件財布は「他人の財物」に当たる。
(3)強盗罪の「暴行」は財物奪取に向けられたものでなければならない。甲が財物奪取意思を生じたのは本件財布に現金6万円が入っているのを確認した時点であるから、前述の傷害を加えた時点では、財物奪取意思は存在せず、前述の傷害罪該行為を強盗罪の「暴行」とみることはできない。
このような場合に強盗罪の成立を認めるためには、財物奪取に向けられた新たな暴行・脅迫が必要となる。ここでいう新たな暴行・脅迫はそれ単体で反抗抑圧に足りる程度のものである必要はなく、既に生じている反抗抑圧状態を持続させる程度のものであればよい。「脅迫」とは、害悪の告知をいう。
甲は、倒れたままの A に向かって、「この財布はもらっておくよ」と声をかけた。かかる発言は、明らかに本件財布を A の意思に反して甲の占有下に置く旨を示しているから、財物奪取に向けられている。また、前述の傷害罪の実行行為としての暴行をして A に傷害を負わせた甲から、その被害者である A に向けてされたかかる声掛けは、拒否すれば前述と同じような暴行を加える意図を伺わせるものであるから、A の身体に対する害悪の告知がある。実際に、A は抵抗する気力を失っているから、反抗を抑圧されている。
よって、甲による上記声掛けは、反抗抑圧状態を継続するに足りる脅迫であるといえる。したがって、財物奪取に向けられた新たな脅迫があり、強盗罪の実行行為たる「脅迫」が認められる。
(4)「強取」とは、暴行または脅迫を手段とする財物奪取行為をいう。甲は、上記脅迫を手段として、A の反抗を抑圧して、本件財布を自己のズボンのポケットに入れたから、強取が認められる。
(5)甲は、本件財布の所有者 A を排除して、自己の所有物であるかのように本件財布の中身を費消しようとしているから、不法領得の意思が認められる。
甲が上記行為に出た以上、構成要件該当事実の認識・認容があり、故意が認められる。
(6)よって、甲に強盗罪が成立する。
3. なお、甲が乙に「お前が自由に使ってい。」と述べて本件財布を手渡した行為は、強盗罪の不可罰的事後行為に該当するため、かかる行為単体では特に罪責を負わない。
4. 前述の傷害罪と強盗罪は、併合罪（45条）となる。

コメントの追加 [尚小1]: 成立は明らかなのでこれ位簡潔でもいいかもしれませんね。

コメントの追加 [尚小2]: 財物性の検討もちゃんとできていて良いです。

コメントの追加 [尚小3]: 本問のポイントを正確に捉えられています。

コメントの追加 [尚小4]: 脅迫自体の定義も示されていて良いです。
何に向けられた害悪の告知をいうのかまで示せるともっといいですね。

コメントの追加 [尚小5]: 事実を踏まえてそれに対する評価が加わっていて良いです。

コメントの追加 [尚小6]: 主観的要件もばっちりです！

第2 乙の罪責

1. 乙が、本件財布から本件カードを取り出した上、バタフライナイフを示して A から暗証番号を聞き取った行為に、強盗利得未遂罪（243条、236条2項）が成立するか。

2. 本件カード及び同カードの暗証番号を用いて、A 名義の預金口座から自由に預金を引き出し得る地位を得ることは「財産上不法の利益」に当たる。

2. 同罪における「暴行」は、財産上不法の利益の取得に向けられた、身体に対する不法な有形力の行使をいう。

乙は、倒れたままの A の眼前にバタフライナイフの刃先を示し、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え」と申し向けている。通常、目という重要な器官の前に刃物を突きつけられれば反抗抑圧されるから、上記行為は犯行抑圧に足る暴行に該当する。

乙が A から暗証番号を聞き出す上記暴行は、財産上不法の利益を得ることに向けられたものといえるか。キャッシュカードは暗証番号と組み合わせて初めて預金を引き出し得る地位が得られるものであるから、本件カード単体では意味をなさず、そこから預金を引き出すための暗証番号を聞き出す行為は前述の財産上不法の利益を得るために不可欠である。そうすると、乙が上記暴行によって A から暗証番号を聞き出そうとした行為は、財物奪取に向けられた「暴行」に当たる。

実行行為とは、結果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、上記暴行をされれば反抗を抑圧された A が暗証番号を言う危険があるから、実行の着手は認められる。

3. A は、上記暴行を受けて4桁の数字からなる暗証番号を答えたが、本件カードを A 宅で保管中の別のカードと見間違え、本件カードの暗証番号とは異なる数字を答えた。よって、乙は、本件カードに対応する暗証番号を得られておらず、結果として、本件カードに紐づく A 名義の預金口座から自由に預金を引き出し得る地位という財産上不法の利益を得られていない。

4. よって、乙に、強盗利得未遂罪が成立する。

5. 乙が、ATM に本件カードを挿入し、A が答えた4桁の数字を入力して預金を引き出そうとした行為に、窃盗未遂罪（243条、235条）が成立するか。

ATM 内の金銭は銀行が所有し占有するから「他人の財物」である。

この点、前述の通り、A が乙に教えた4桁の数字は本件カードの暗証番号ではなかった以上、乙によって ATM から預金が引き出されることはあり得ないから、不能犯に該当しない問題となる。当該行為によって結果が生じる危険性が、一般人の目から見て明らかに存在しない場合には、不能犯となる。

本件において、乙は、本件カードと本件カードの所有者 A から聞き取った4桁の暗証番号をもって、ATM から預金を引き出そうと試みた。一般人の目から見れば、他人のキャッシュカード及びその暗証番号を持つ人物による預金引き出し行為に該当するから、乙によって ATM から預金が引き出される危険は存在したといえる。よって、不能犯とはならない。

コメントの追加 [尚小7]: 問題文の記載から明らかとなり、この部分を詳述する必要があります。書いてほしいことが書けていないと大きく点を落とすことになります。

コメントの追加 [尚小8]: この論述は「財産上不法の利益」の要件として上の部分で書く必要があると思います。

コメントの追加 [尚小9]: 未遂罪の要件をちゃんと踏まえられていて良いです。暴行はまさに強盗罪の実行行為だから実行の着手は認められるという書き方でも良いと思います。

コメントの追加 [尚小10]: 主観的要件もあるといいですね。

コメントの追加 [尚小11]: 未遂犯が処罰されることと対比して不能犯を論じられるともっといいと思います。

乙は、上記行為に出たから、銀行の意思に反して預金名義人でないのに A 名義の口座から預金を引き出して自己の占有下に移転させようとしたものとして「窃取」が認められる。

乙は、A の預金を引き出して奪おうと考えていたから不法領得の意思がある。また、上記行為に出た以上、構成要件該当行為の認識・認容があり、故意が認められる。

6. よって、乙に窃盗未遂罪が成立する。

7. 強盗利得未遂罪と、窃盗未遂罪は、併合罪となる（45条）。

〔設問2〕（1）

1. 丙は、C に対して1・2回目殴打をしたが、C に傷害は生じなかった。殴打行為に出た以上暴行の故意に欠けることなく、暴行罪（208条）の構成要件を充足する。

2. 1・2回目殴打は、ほとんど間を開けず連続して行われ、場所の移動もないことから、一連一体の行為である。丙の上記一連の暴行に、正当防衛（36条1項）が成立するか。

3. 「急迫不正の侵害」とは、自己又は第三者の法益に対する侵害が現に存在し、又は間近に押し迫っている場合に認められる。乙は、C から顔面を一方的に複数回殴られてその場に転倒していたところ、なおも C が続けて殴りかかってきたために1回目殴打に出たのであるから、この時点で丙の身体に対する急迫不正の侵害が認められる。C は、1回目殴打の後もなおも丙に殴りかかっているから、2回目殴打に至るまで侵害の急迫性・不正性は失われていない。よって、「急迫不正の侵害」は認められる。

4. 丙は、上記暴行を一貫して自己の身を守るために行っているから、「防衛するため」の行為であったといえる。

5. 「やむを得ずにした」とは、防衛行為の危険が侵害行為の危険との関係で相当性を有することをいう。侵害者の C は30歳の男性、被侵害者の丙は26歳の男性で同性・同年代である。C と丙はいずれも粗暴な性格であるが、武道の経験等を有するとの事情は見受けられない。侵害行為は素手で複数回顔面を殴るというものであり、これに対して防衛行為は素手で顔面を計2回殴るというものであるから、防衛行為の危険は侵害行為の危険よりも小さい。

6. よって、丙に正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

コメントの追加 [尚小12]: このような考え方も間違いとは言いきれませんが、問題文中で「1回目殴打」「2回目殴打」と別行為として書かれていることからするとリスクな部分はあるのかなと思います。

〔設問2〕（2）

第1 甲の罪責

1. 上記丙の暴行について、甲に暴行罪の共同正犯が成立するか（60条、208条、②）。

2. 共同正犯の成立要件は、共謀とそれに基づく実行行為である。共謀は、正犯意思と意思連絡がある場合に認定される。

甲は、丙に対し、「俺がCを押さえるから、Cを殴れ」と申し向け、自己もCを押さえるという実行行為たる暴行の一部を担当する意思があるから、正犯意思は認められる。これを聞いた丙は、Cを殴るのもやむを得ないと思っているから、意思連絡もあり、共謀が

コメントの追加 [尚小13]: 正当防衛の基本問題ですが定義から正確に論じられています。

コメントの追加 [尚小14]: Cのもとに向かうことをやCを殴ることを発案したのは甲であることも指摘できるとより良いと思います。

認められる。C は、上記共謀に基づいて、単独で丙に対する1回目殴打を行ったから、共謀に基づく実行行為が認められる。

3. よって、甲は、丙の暴行罪の共同正犯の成立要件を満たす。

4. 前述の通り、暴行罪の実行行為者丙について正当防衛（36条1項）が成立するところ、その共犯者たる甲についても正当防衛が成立するのではないか。

正当防衛の成立要件のうち、「急迫不正の侵害」の有無は、原則として被害者を基準に外形的・客観的事実から判断する。例外的に、共犯者の一部についてのみ積極的加害意思等の主観的要素が問題となる場合には、外形的・客観的事実から画一的に判断するのに適しないから、当該積極的加害意思を有する者についてのみ急迫性を否定すべきである（ア）。そうすると、主観的要素に差異がある場合には、共犯者間で違法性の判断が異なることもあり得る（イ）。

5. 甲は、C から電話で罵倒されたことに激高し、自ら C 方に出向き、直接文句を言おうと決意していた。甲は以前特殊詐欺グループの仲間であった C が粗暴な性格であることを知っており、直接文句を言いに出向けば、C から殴られる可能性を予見していた。そうであるにもかかわらず、そうなった場合には、むしろその機会を利用して C に暴力を振るい、痛め付けようと考えて、同じく粗暴な性格の丙を連れて C 方に出向いた上、C を呼び出したものである。また、甲による丙に対する「俺が C を押さえるから、C を殴れ」との声掛けも、丙に C を痛め付けさせる意図で発されたものである。

かかる事情に鑑みると、甲は専ら積極的加害意思に基づいて、上記丙に対する声掛けをしたものと認められるから、侵害の急迫性が否定される。

6. よって、甲については正当防衛が成立せず、丙との暴行罪の共同正犯が成立する。前述の通り、丙には正当防衛が成立するから、丙のみ不可罰となる。

第2 丁の罪責

1. 丙による2回目の殴打について、丁に暴行罪（208条）の幫助犯（62条）が成立するか（62条、208条、①）。

「幫助」とは、物理的・精神的に正犯による犯罪実行を容易にすることをいう。丙は、丁の「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに來い」との声掛けによって、発奮しているから、上記声掛けは丙に対する心理的幫助に該当する。丁は、かかる声掛けを、丙が C を殴り倒した後、その場から逃走するのを手助けするつもりで行っているから、心理的にも物理的にも丙の暴行を幫助する故意が認められる。

よって、幫助犯の構成要件を満たす。

2. 前述の通り、正犯である丙には正当防衛が成立するのであるが、従犯たる丁についても正当防衛が成立しないか。

この点、従犯については、対抗行為が観念できないから正犯者を基準とすべきである（ア）。そうすると、違法性の判断は正犯と従犯の間で必ず一致することになる（イ）。共同正犯と従犯は対抗行為の観念の可否という点で異なるから、整合性は問題にならない。

コメントの追加 [尚小15]: 問題文の指示に従って良いです。

前述の通り正犯丙に正当防衛が成立する以上、従犯の一種たる幫助犯丁の違法性も阻却される。

3. よって、丁には何らの罪責も成立せず、不可罰となる。

以上

コメントの追加 [尚小16]: あくまで正犯である共同正犯と従犯たる幫助犯の違いを踏まえて論じられていて良いです。

コメントの追加 [尚小17]: 刑法の理解、論じ方、事実の摘示及び評価などいずれの点においてもよく書けていると思います。
特に定義など基本的な要件を踏まえたうえでいわゆる論点に対する論述に移っており良い答案だと思います。