

再チャレンジ勉強会 刑法

答案構成

設問 1

1 甲の罪責

甲がAに傷害を負わせた後、A所有の財布に入っていた現金6万円が欲しくなり、Aが恐怖で抵抗できないことを知りながら、本件財布を自己のポケットに入れた行為につき、傷害罪(204条)、強盗罪(236条1項)が成立しないか。

・傷害罪

甲はAの頭部を拳で殴り、Aの腹部を繰り返し蹴って肋骨骨折等の傷害を負わせている
→Aの生理的機能の障害

・傷害(暴行)の故意もある。

⇒傷害罪(204条)成立

・強盗罪

→強盗罪の成立には、財物奪取に向けられた犯行を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫が必要

→甲はAの犯行を抑圧した後、財物奪取の意思が生じ、財物奪取している

→強盗罪不成立？

⇒自ら作出した犯行抑圧状態を利用して財物窃取をした場合、新たな暴行・脅迫があれば暴行罪が成立

→甲はAに対して「この財布はもらっておくよ。」と言ったのみであり新たな暴行・脅迫の事実はない

→強盗罪は成立せず、窃盗罪(235条)が成立する。・意思に反した占有移転はあるため。

・不法領得の意思もある。

乙の罪責

(1) 乙がA名義のキャッシュカードを使用してAの預金を引き出そうと考え、Aにバタフライナイフの刃先をAに示しながら暗証番号を聞き出そうとした行為につき、強盗罪(236条2項)が成立しないか。

→暗証番号を聞き出すことは「財産上の利益を得」たと言えるか。

→キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことによって初めて預金の引き出しが可能になる

→財産上の利益を得たといえる

+Aに対する害悪の告知もある

⇒強盗罪(236条2項)成立

(2) 乙が現金自動預払機にカードを挿入し、Aから聞き出した本件カードの暗証番号とは異なる4桁の数字を入力してAの預金を引き出そうとした行為につき、窃盗罪の未

遂罪が成立しないか。

コメントの追加 [法t1]: そもそも不能犯では?ここまでの
答案構成は OK.

司法試験 R6 刑法

設問 1

1 甲の罪責について

(1) 強盗罪について

甲がAから財布を受け取ったことについて強盗罪（236条）が成立しないか問題となる。

強盗罪が成立するには、相手方の抵抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を用いて、財物を強取する必要がある。

本問について見ると、甲がAの腹部を繰り返し蹴って傷害を負わせた時点では、本件財布を取るという意図は有していなかった。よって、甲は暴行・脅迫を用いて、本件財布を強取したとは言えない。

よって、甲に強盗罪は成立しない。

コメントの追加 [法t1]: ここを掘り下げるべき論点でした。

(2) 傷害罪について

甲がAの腹部を蹴って肋骨骨折等の傷害を負わせたことについて、傷害罪（204条）が成立しないか問題となる。

傷害罪の要件は、①人に生理的機能の障害を生じさせること、②暴行行為と傷害結果の因果関係、③故意である。

①について、甲はAに肋骨骨折等の傷害を生じさせている。②について、甲はAの腹部を繰り返し蹴ることにより肋骨骨折等の傷害を負わせているから因果関係が認められる。③については、傷害罪は結果的加重犯のため暴行の故意で足りるところ、甲は自分がAの腹部を蹴ることを認識・認容している。

よって、甲に傷害罪が成立する。

コメントの追加 [法t2]: 減点対象とかではないですが、現れた事実の順番に書く方が読みやすい。

(3) 窃盗罪について

甲がAから本件財布を受け取ったことについて窃盗罪（235条）が成立しないかが問題となる。

窃盗罪の要件は、①他人の財物を、②窃取したと、③故意があること、④不法領得の意思があることである。

①について、窃盗罪における他人の財物とは、他人が占有する他人の所有物をいう。本問について見ると、本件財布はAが所有し、Aが自分の上着ポケットにしまっていたものである。よって、本件財布は他人の財物に当たる。

②について、窃取とは、占有者の意思に反して他人の財物の占有を移すことをいう。ここで、Aは自ら甲の手に本件財布を置いたことから、甲がAの意思に反して本件財布を窃取したといえるかが問題となる。本問について見ると、まず、Aは甲に「持っている物を見せろ」と言われて、本件財布を上着ポケットから取り出してAの手に置いている。甲はAから名簿の所在を聞き出そうとしてAに暴行していたことから、Aが甲の手に財布を置いたのはAが持っている物は財布だけであることを示す意図であり、この時点にAは甲を確認後に返してもらうつもりだったと考えられる。その後、甲は財布を確認するうちに財布に入っている現金6万円がほしくなり、抵抗する気力を失ったAに「この財布はもらっておくよ」と言って本件財布を自分のポケットに入れている。甲が本件財布

を自分のポケットに入れたことは、Aの意思に反して本件財布の占有を自己に移したということができ、②が認められる。

③について、甲は、本件財布がAの占有するAの所有物であることと、本件財布をAの意思に反して自分のポケットに入れることを認識していたから、故意が認められる。

④について、不法領得の意思とは、権利者を排除して他人の物と自己の所有物としてその経済的用法に従い利用処分する意思をいう。甲は、財布の中の現金6万円がほしくて本件財布を自分のポケットにいれており、不法領得の意思が認められる。

以上より、甲に窃盗罪が成立する。

(4) 結論

甲には傷害罪及び窃盗罪が成立する。

2 乙の罪責について

(1) Aに対する2項強盗について

乙がAからキャッシュカードの暗証番号を聞き出したことについて、強盗罪(235条2項)が成立しないか検討する。

要件は、①相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を用いて、②財産上不法の利益を得たこと、③故意があること、④不法領得の意思があることである。

①について、乙の行為が相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫といえるか問題となる。脅迫とは害悪の告知をいう。乙は、倒れたままのAに対してバタフライナイフの刃先をAの顔面に見せながら「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え」といって暗証番号を聞き出している。このようにバタフライナイフを示して要求することは、**相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫**であるといえる。

②について、乙はAから暗証番号を聞き出したことにより「本件カードと暗証番号を用いて乙の口座から現金を引き出す」という**財産上の利益**を得たといえるかが問題となる。乙が聞き出したのは本件カードの口座とは別のカードの暗証番号だったので、乙は本件カードと暗証番号を用いて現金を引き出すことはできていない。しかし、強盗罪の実行の着手は、暴行・脅迫を開始した時に認められるから、本件においても、強盗罪の未遂罪を認めることができる。

③について、故意の内容は、①と②を認識していたことであるが、乙はAに脅迫を加えて「本件カードと暗証番号を用いて乙の口座から現金を引き出す」地位を得ることを認識していた。

④について、不法領得の意思とは、権利者を排除して他人の物と自己の所有物としてその経済的用法に従い利用処分する意思をいう。乙は本件カードを暗証番号を用いて、Aの預金を引き出そうとしているから、④が認められる。

以上より、乙に2項強盗未遂(236条2項、243条)が成立する。

(2) 銀行に対する窃盗罪について

乙に暗証番号とキャッシュカードを用いて預金を引き出そうとしたことが窃盗罪(235条)にならないか検討する。

コメントの追加 [法t3]: なぜ?
事実と評価の間につなぎを入れること。

コメントの追加 [法t4]: 財産上の利益の話をしているのに、帰着は未遂かどうかになっている。

窃盗罪の要件は、①他人の財物を、②窃取したと、③故意があること、④不法領得の意思があることである。

①について、ＡＴＭ内の現金は銀行が占有する銀行の所有物であり、①にあたる。

②について、乙は暗証番号を間違えてＡＴＭから現金を引き出せていないため、乙が現金を窃取したということとはできない。そこで、乙が窃盗の実行に着手したと言え未遂罪が成立しないかを検討する。実行の着手があったかは、犯罪計画を考慮して、実行行為に密接な行為があったか、及び結果発生の現実的可能性があったかから判断する。本件について見ると、乙の計画は、入手した本件カードとＡを脅迫して聞き出した暗証番号を用いてＡＴＭから現金を引き出すというものであった。そして、乙はＡを脅迫して暗証番号を聞き出して、ＡＴＭの操作までしている。聞き出した暗証番号が誤っていたため現金を引き出すことはできなかったものの、Ａがあえて別の暗証番号を言ったのではなく暗がりでも別のカードの暗証番号を誤って答えたことや乙が実際にＡＴＭの操作までしていることからすると、乙が現金を引き出す現実的可能性があったといえる。よって、乙は窃盗の実行に着手していたといえる。

③について、乙はＡＴＭから引き出そうとした現金が銀行のものであることと、銀行の意思に反してＡＴＭから現金を引き出そうとしていたことを認識・認容しており、故意が認められる。

④について、乙はＡの預金を奪うために本件行為を行っていることから不法領得の意思が認められる。

よって、乙に窃盗罪未遂（235条、243条）が成立する。

コメントの追加 [法t5]: 今回は不能犯が問題。

(3) 結論

乙に、2項強盗罪未遂、窃盗罪未遂が成立する。

設問2

(1)

1 構成要件該当性について

丙の行為が暴行罪（207条）の構成要件に該当するかを検討する。

暴行罪の要件は、①他人に対する不法な有形力の行使、②傷害の結果が発生していないこと、③暴行の故意があることである。

丙は、Ｃが殴りかかってきたのに対して、Ｃの胸倉をつかんで、Ｃの顔面を1回殴っている（1回目殴打）。さらに、なおもＣが丙に殴りかかってきたことからＣの顔面を拳で1回殴っている（2回目殴打）。これらの殴る行為は①にあたる。また、②について、丙に傷害は生じていない。③について、丙はＣの顔面を殴ることを認識・認容している。

よって、丙の行為は暴行罪の構成要件に該当する。

コメントの追加 [法t6]: 1回目の行為ですか？2回目の行為ですか？いずれも検討しているなら、そのように書くこと。

2 正当防衛について

丙の行為に正当防衛（36条）が成立しないか検討する。

要件は、①急迫不正の侵害があること、②防衛の意思があること、③防衛行為の相当性があることである。

コメントの追加 [法t7]: 要件のうち、規範要件は定義を必ず書くこと

①について、1回目殴打の前には、丙はCから一方的に顔面を拳で数回殴られて転倒し、その後Cが丙に続けて殴りかかってきたという状況にあった。よって、1回目殴打について①が認められる。また、2回目殴打についても、なおもCが丙に殴りかかってきたことから、丙が二回目殴打で反撃した。よって、2回目殴打についても①が認められる。

②について、丙は、1回目殴打と2回目殴打において、自分の身を守るためにCを殴っている。よって、②が認められる。

③について、Cが拳で殴りかかってきたことから、丙は拳で反撃している。また、Cは1回目殴打と2回目殴打を受けても傷害は生じていない。よって、③が認められる。

3 結論

丙に正当防衛が成立する。

(2)

1 甲の罪責について

(1) 構成要件該当性について

甲に暴行罪（207条）の共同正犯（60条）が成立するかを検討する。

甲は丙に対して「俺がCを抑えるから、Cを殴れ」と言っているが、結局甲がCを抑える前に乙がCを殴ったので、甲は物理的にCに暴行を加えたりCを抑えたりしたわけではない。そこで、甲に暴行罪の共謀共同正犯が成立するかを検討する。

共謀共同正犯の要件は、①共犯者と意思の連絡があること、②正犯意思があること、③行為者が犯罪の成立に重要な役割を果たすこと、④行為者・共犯者のいずれかが実行に着手することである。

①について、甲が丙に「俺がCを抑えるから、Cを殴れ」と言い、これを聞いた丙は甲の言うとおりにCを殴るのもやむを得ないと思ったことから、この時点で甲と丙による暴行罪の意思の連絡が認められる。

②について、正犯意思とは共犯者と共同して犯罪を行う意思をいう。甲は丙にCを痛めつけさせようと考えていた。よって、甲に正犯意思が認められる。

③について、甲は丙に対して、Cを殴ることを提案しており、重要な役割を果たしたといえる。

④について、丙がCを殴っていることから、共犯者が実行に着手したといえる。

よって、甲に暴行罪の共同正犯が成立する。

(2) 正当防衛について

丙に正当防衛が成立することから、甲の暴行罪についても違法性が阻却されないかが問題となる。

正当防衛の成立は、行為者ごとに個別に検討すべきと考える。なぜなら、正当防衛の要件が備わっていない者にも違法性阻却を認めるのは妥当でないからである。

本問について見ると、Cは丙を殴っており、甲に急迫不正の侵害は認められない。また、甲は、丙を利用してCを痛めつけようと考えており、防衛の意思も認められない。

よって、丙には正当防衛は成立しない。

コメントの追加 [法t8]: 問題に問われている順番に答えましょう。

コメントの追加 [法t9]: もっと書くべきところ

(3) 結論

甲に暴行罪の共同正犯が成立する。

2 丁の罪責について

(1) 暴行罪の成立について

丁に暴行罪の幫助犯が成立するかを検討する。

幫助犯が成立するためには、正犯が構成要件に該当する行為をして、正犯に違法性が認められることが必要であると解する。なぜなら、幫助犯の処罰根拠は正犯を物理的・心理的に援助して違法な行為を実現したことにあるからである。

本問において、丙に正当防衛が成立することを前提とすると、丁に暴行罪の幫助犯は成立しない。

(2) 結論

丁は罪責を負わない。

以上

コメントの追加 [法t10]: ここもっと書くべきところがあります。

時間切れだというのは理解します

〔設問 1〕

第 1 甲の罪責について

1 甲は、A の腹部を蹴って、A に肋骨骨折等の傷害を負わせているから、傷害罪（204 条）を負う。

2 甲が本件財布を自分のポケットに入れた行為に、窃盗罪（235 条）が成立しないか。

（1）A 所有の本件財布は「他人の財物」にあたる。

「窃取」とは、不法領得の意思の発現としての占有者の意思に反する占有移転をいう。不法領得の意思は、権利者排除意思と、利用処分意思で構成される。

甲は、本件財布の中身を見て、現金 6 万円を発見し、その現金がにわかになり、「この財布はもらっておくよ」といっているから、権利者である A を排除し、本件財布の効用を享受して利用処分する意思が認められる。そして、A が本件財布を渡したくないにもかかわらず、甲は、A の上着ポケットから本件財布を取り出し、自分のズボンのポケットに入れ、本件財布の占有を自己に移転させている。

よって、甲は、本件財布を窃取したといえる。

（2）また、甲は、上記客観的事実を認識・認容しており、故意が認められる。また、不法領得の意思も認められる。

（3）以上より、甲に窃盗罪が成立する。

3 甲が本件財布を自分のポケットに入れた行為に、強盗罪（236 条）が成立しないか。

（1）A 所有の本件財布は、「他人の財物」にあたる。

強盗罪の「暴行」は、相手方の反抗抑圧に足りる程度の暴行をいう。甲は、転倒した A の腹部を繰り返し蹴り、肋骨骨折等の傷害を負わせているから、「暴行」が認められる。

「暴行」は、強盗の機会に行われることを要するところ、上記暴行行為と、甲が本件財布をポケットに入れた行為は、某月 1 日午後 8 時頃から、同日午後 8 時 30 分頃の間に行われ、A と甲も 1m の距離にいたから、「暴行」は、強盗の機会に行われているという。

そして、甲は、上記暴行行為によって、抵抗する気力を失った A の上着ポケットから本件財布を取り出し、自分のズボンのポケットに入れているから、「強取」したといえる。

（2）甲は、上記客観的事実を認識・認容しており、故意が認められる。また、不法領得の意思も認められる。

（3）以上より、甲に強盗罪が成立する。

4 以上より、窃盗罪と傷害罪は強盗罪に吸収され（54 条）、甲に、強盗罪が成立する。

40 分 30 秒

第 2 乙の罪責について

コメントの追加 [法t1]: 傷害は規範要件、定義を簡単にでもかく

故意の認定もする

コメントの追加 [法t2]: まず、強盗罪では？

強盗罪が成立しないときに窃盗ではないですか

コメントの追加 [法t3]: なぜ強盗を検討しているのでしょうか。

1 乙が、A に本件カードの暗証番号を答えさせた行為に強盗利得罪（236 条 2 項）が成立しないか。

（1）強盗罪における「脅迫」は、相手方の反抗を抑圧する程度のものであることを要するところ、乙は、倒れている A の眼前にバタフライナイフの刃先をしまししながら、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言っているから、反抗抑圧に足りる脅迫が認められる。

（2）では、キャッシュカード暗証番号が「財産上不法の利益」にあたるか。

まず、処罰範囲の明確化の観点から、財産上不法の利益は、財物の取得と同視できる程度の具体性が必要である。

暗証番号は、キャッシュカードとあいまって、銀行口座から現金を引き落とすことができるから、暗証番号の取得には、財物の取得の同視できる程度の具体性が認められる。

次に、強盗罪は移転罪であるから、移転性が必要である。

キャッシュカードを持つ乙が A からその暗証番号を聞き出すことにより、銀行口座から現金を引き落とす地位が乙に移転するから、移転性も認められる。

よって、キャッシュカード暗証番号は「財産上不法の利益」にあたる。

（3）よって、乙は、「脅迫」を用いて「財産上不法の利益を得」ているから、強盗利得罪が成立する。

2 乙が本件カードを使って、コンビニエンスストアの ATM から A の預金を引き出そうとした行為に、窃盗未遂罪（243 条、235 条）が成立しないか。

（1）ATM 内の A の預金は、A が所有しており、「他人の財物」にあたる。

では、窃盗罪の「実行の着手」（43 条）が認められるか。実行の着手は、①実行行為との密接性②既遂結果発生危険性の 2 点から判断される。

本件では、甲は、本件カードを ATM に挿入し、暗証番号を入力しているが、その暗証番号は間違っていた。したがって、既遂結果発生危険性は認められない。

（2）以上より、窃盗未遂罪は成立しない。

〔設問 2〕

第 1

コメントの追加 [法14]: なぜこのような言葉からこの評価になったのでしょうか。
全体的に問題の所在が分かりにくいです。

第1問

設問1

第1 甲の罪責

1 甲はAの頭部を拳で殴りまた、腹部を繰り返し蹴った結果、Aに肋骨骨折等を負わせたことについて傷害罪が成立しないか（刑法（以下略）204条）。

(1) 傷害とは、人の生理的機能の障害である。甲の暴行により、Aは肋骨骨折等の傷害を負っていることから傷害していると言える。また、甲は「殺されたいのか」と言いながら当該暴行を行なっていることから、**傷害罪への故意も認められる。**

(2) よって、傷害罪が成立する。

2 次に甲が、Aが抵抗できないことを分かりながら、本件財布を自分のズボンのポケットに入れたことについて、強盗罪が成立しないか（236条1項）。

(1) 強盗罪の成立要件は、①暴行または脅迫②他人の財物③占有の移転④不法領得の意思である。

ア) 「暴行または脅迫」とは、財物奪取に向けた、相手の反抗抑圧に足りる程度の暴行・脅迫である。したがって、強盗罪が成立するためには暴行・脅迫の際に財物奪取の意思がなければならない。

イ) 甲の財物奪取の意思は、本件財布の中に6万円が入っていることがわかった時点である。その時点ですでにAは上記1の暴行により恐怖で抵抗できない状態であったため、これを利用して本件財布を奪取しており、上記1の暴行時点では財物奪取の意思はない（①不充足）。

(2) **よって、財物奪取の意思が生じたのに「暴行または脅迫」は行われていないため、強盗罪は成立しない。**

3 では、甲が本件財布を窃取したことについて、窃盗罪が成立しないか（235条）。

(1) 窃盗罪の成立要件は①他人の財物②窃取③不法領得の意思である。

ア) 他人の財物とは、他人が占有する他人所有の財物である。本件財布はAが占有する、A所有の物であるため、他人の財物である（①充足）。

イ) 窃取とは、占有者の意に反する占有移転である。Aは本件財布を甲に渡したくもなかったにも関わらず、甲は自分のズボンのポケットに入れているため窃取したと言える（②充足）。

ウ) 甲に不法領得の意思や窃盗の故意が欠ける事情はない（③充足）。

(2) よって、窃盗罪が成立する。

4 以上より、甲に傷害罪と窃盗罪が成立し、両者は併合罪となる。

第2 乙の罪責

1 乙は、預金を奪う目的で本件キャッシュカードの暗証番号をAから聞き出そうとしたことについて強盗罪が成立しないか（236条2項）。

(1) 2項強盗罪の成立要件は①暴行または脅迫②財産上の利益③当該利益の移転④不法

コメントの追加 [法t1]: なぜ故意が認められますか。事実と評価との間につながりが無い。

コメントの追加 [NM2R1]: 「暴行への認識認容があり、傷害罪への故意が認められる」を書く

コメントの追加 [法t3]: 新たな暴行・脅迫の論点あり。

コメントの追加 [法t4]: もう少し当てはめをすること

領得の意思である。

ア) 暴行または脅迫とは、上記の通りである。乙は、バタフライナイフの刃先を A の眼前に示しながら、「死にたくなければ…」と言い、A は拒否すれば殺されると感じていることから、反抗抑圧に足りる脅迫であると言える (①充足)。

イ) 財産上の利益とは、利益移転の具体性・直接性を有する地位も含まれる。キャッシュカードの暗証番号はただの数字であるが、財産上の利益と言えるか。キャッシュカードの所有者が暗証番号を入手したら容易に A T M から預金を引き出せるから、この場合の「預金を引き出せる地位」は利益移転の具体性、直接性を有しており、財産上の利益にあたると言える (②充足)。

ウ) また、キャッシュカードは乙の元にあり、暗証番号を聞いたことにより、「預金を引き出せる地位」が乙のもとに移転したように思える。もっとも、A は本件カードと別のカードを勘違いしており、本件キャッシュカードと異なる 4 桁の数字を教えているため、「預金を引き出せる地位」は乙に移転していない (③不充足)。

エ) 不法領得の意思や強盗の故意に欠けるところはない (④充足)。

(2) よって、乙に強盗未遂罪が成立する (243 条、236 条 2 項)。

2 さらに、本件カードを使って A の預金を引き出そうと思い、A T M に本件カードを挿入し、A の答えた暗証番号を入力した結果、本件カードの暗証番号と異なるため、引き出すことができなかったことについて、銀行に対する窃盗未遂罪が成立しないか (243 条 235 条)

(1) 窃盗罪の成立要件は上記の通りである。

ア) 乙は、A T M が占有する A T M 所有のお金から A の預金を引き出すため、他人所有の財物であると言える (①充足)。

イ) A が乙に教えた番号は別のキャッシュカードの番号であったため、本件カードから預金を引き落とせなかった (②不充足)。

ウ) 不法領得の意思や故意に欠けるところはない (③充足)。

(2) よって、窃盗未遂罪が成立する。

3 以上より、乙には、A に対して強盗未遂罪、A T M に対して窃盗未遂罪がそれぞれ成立する。

設問 2

(1)

1 丙が C に対して 1 回目殴打及び、2 回目殴打をしたことについて暴行罪が成立しないか (208 条)。

2 丙はどちらも、手拳で C の顔面を 1 回殴打していることから有形力の行使であり、暴行罪の構成要件に該当する。もっとも、丙が殴打する前に C が先に丙に対して一方的に顔面を殴っており、丙は身を守るために本件暴行を行なっていることから、正当防衛とな

コメントの追加 [法5]: 不能犯の問題でした。

り、違法性が阻却されないか（36条）。

- (1) 正当防衛の成立要件は、①急迫不正の侵害②自己または他人の権利を防衛するため③やむを得ずにした行為である。

ア) 急迫性とは、法益侵害の危険性が現に存在し、または差し迫っていることである。

丙は興奮したCから一方的に殴られ、その場に転倒している。したがって、法益侵害の危険性が現に存在していると言え、急迫不正の侵害が差し迫っていることが認められる（①充足）

イ) 「防衛するため」は、防衛の意思があることを指す。防衛の意思は、急迫不正の侵害を認識し、これを避けようとする心理状態のことである。丙はCから一方的に顔を殴られたことにより、身を守るためにCを殴ることはやむを得ないと考えているため、防衛の意思があると言える（②充足）。

ウ) 「やむを得ずにした行為」とは、防衛行為の相当性であり、反撃行為が防衛手段として最小限度のものであることを指す。Cは手拳で丙の顔を数回殴っていることに対し、丙は1回目殴打を行い、なおもCが丙に殴りかかってきたことに対して二回目殴打を行なっているため、反撃行為は防衛手段として最小限度のものであると言える（③充足）。

- (2) したがって、正当防衛の成立要件を充足する。

- 3 よって、丙への暴行罪は正当防衛であるから違法性が阻却され、不可罰となる。

(2)

第1 甲の罪責

- 1 甲はCを痛めつける目的で丙を連れてCの元へ行き、結果丙がCを殴打することによって目的は達成されていることから、暴行罪の共同正犯とならないか（208条60条）。

- 2 共同正犯の成立要件は①共同実行の意思②実行行為である。

(1) 本件では、甲はCが粗暴な性格であることを加味して、Cを痛めつけようと計画をしていた。しかし、甲は丙に事情を説明せず一緒にCの元に向かっており、丙は甲と共にCを痛めつける気など全くなかったことから、共同実行の意思があったとは言えない（①不充足）。

(2) したがって、甲に暴行罪の共同正犯は成立しない。

- 3 甲は丙をそそのかしてCを殴打させていることから暴行罪の教唆犯が成立しないか（61条1項）。

時間を測って解くところまでしかできなかったのもそのまま提出します。

設問2(2)は調べずには解けなかったです…

第1 甲の罪責

1 傷害罪

A の頭部を殴り、腹部を繰り返し蹴って A に肋骨骨折などの傷害を負わせたから、傷害罪（204条）が成立しないか。

傷害とは、生理的機能を害することをいうところ、本件では、ろっ骨骨折という生理的機能を害しているから、傷害を負わせたと言える。

よって傷害罪が成立する。

2 強盗罪

甲は、A を脅迫して本件財布を奪っているから、強盗罪（236条1項）が成立しないか。

強盗罪の成立には、財物奪取に向けられた暴行脅迫でなければならないところ、甲は、A に対し、財物奪取の意思なく、暴行、脅迫をして、その後、奪取意思を生じている。このような場合、「財物奪取に向けられた、相手方の犯行を抑圧するに足りる程度の暴行または脅迫を用いて、財物を強取」したといえるか。

今回は、すでに暴行強迫をしていて、A の抵抗気力がすでになかった。このようなとき、被害者が反抗抑圧状態であっても、そのあとに新たに脅迫があれば足りる。

甲は、すでに暴行をしていて、A の抵抗気力がすでに失われるまでのひどい暴行と脅迫があった状態で「持っているものを見せろ。」と言った。このような状況でこの文言であれば、反抗する気持ちにもさせないので、反抗抑圧を維持するに足りる脅迫であるといえる。

そして、甲は、A が置いた財布を、自ら奪取しているので、強取したといえ、そのことについて認識認容もしているから、故意もある。

よって強盗罪が成立する。

以上から、傷害罪と強盗罪が成立し、併合罪となる（45条）。

第2 乙の罪責

1 2項強盗罪

乙は、A を脅してキャッシュカードの暗証番号を聞き出しているから、2項強盗罪が成立しないか（236条2項）。

脅迫は、反抗抑圧に足りる程度のものであればよく、それが財産上不法の利益を得ようとするために行われた行為であることが必要であるところ、ナイフを示し、死にたくなければ暗証番号を言えという行為は、反抗を抑圧するのに十分であり、そして、それが、暗証番号を入力することで預金の支払いを得ることができる地位は、具体的な利益を得ることのできる財産上の利益であると言えるので、財産上不法の利益を得ると言える。

しかし、今回、A の誤りによって、間違った暗証番号を聞き出しているので、預金受取のできる地位を得られていないから、2項強盗未遂罪（236条2項、243条）が成立する。

2 窃盗罪

本件では、乙は、コンビニエンスストアでATMに本件カードを挿入し預金を引き出そうとしたが、暗証番号が間違っていたため、引き出せずに終わった行為が、窃盗未遂罪が成立

しないか（235条243条）。

他人のキャッシュカードを不正に使用してATMから現金を引き出す行為は、他人の財物を自己に移転する行為であるので、窃取である。

本件では、失敗に終わっているのに、未遂となるどころ、そもそも、入力しても引き出せない間違った暗証番号しか乙は知らないのに、不能犯といえないか。

これについて、客観的に不能である場合に不可罰とすると、多くの犯罪が科学的に客観的に調査すると不能である場合が多いために不可罰となってしまう。それでは不当であるから、行為者の立場の一般人が認識可能な事情を基礎にして、危険性を判断すべきである。

本件では、Aを脅して、暗証番号を聞き出した乙の立場にたった一般人からすれば、番号を聞いたならば、それが正しい暗証番号だと認識すると考えられる。危険性を肯定することができる。

そうすると、乙は、抽斗の意図で、カードをATMに差し込んだ時点で実行に着手したといえ、その認識認容もあるから故意もあるといえる。

よって、窃盗未遂罪が成立する。

以上から、2項強盗未遂罪と窃盗未遂罪が成立し、両者は併合罪となる。

設問2

第1 （1）丙による暴行について正当防衛の成否

丙のCに対する暴行は、暴行罪（208条）の構成要件に該当するところ、正当防衛（36条1項）の成立により、違法性が阻却されないか。

「急迫不正の侵害」は、違法な侵害が現に存在しまたは差し迫っていることをいうところ、Cは丙を殴ったその上に続けて殴りかかろうとしており、差し迫っているといえるから急迫不正の侵害があると言える。また、丙は、その場に向かうとき、丙は侵害の予期はなく、急迫性は否定されない。

そして、防衛するためとは、侵害に対する防衛の意思が必要であるところ、丙は身を守るために暴行をしているから満たされる。

最後に、やむをえずにしたとは、防衛行為として相当かどうかであるところ、武器を使用せずに、相手と同等の年齢の者が殴ってきた行為に対応して適当な回数を殴っているのが相当であると言える。

よって、正当防衛が成立する。

第2 （2）甲及び丁の罪責について

1 ①丙による2回目殴打について丁に暴行罪の幫助犯が成立するか。

丁は、丙がCの胸倉をつかんでいた様子を見て、一方的に殴ろうとしていると思い、丙を激励し、逃走を助ける旨を伝えており、これを聞いて丙は興奮して殴打している。よって、

丁は丙の暴行を心理的に幫助した（62条1項）といえる。

2 ②甲に暴行罪の共同正犯が成立するか。

甲は、丙がCから殴られた際、反撃を指示しているところ、元々、Cとトラブルがあって、丙に反撃させることができると思って丙を連れてきているところ、正犯意思に基づく共謀に基づいて丙に暴行を実行させたといえる。よって共同正犯として甲が処罰されうる。

しかし、丙について、正当防衛が成立する場合、他の共同正犯者についても正当防衛として、処罰されないかが問題となる。

このとき、正当防衛の適用は、その者がどのような状況でその行為を行ったかどうかで判断するのであって、個別に判断するのが適当である。

そうすると、甲には、侵害の予期があり、丙を連れて行ったことに積極的加害意思があるといえるので、正当防衛は成立しない。

よって、甲は暴行罪の共同正犯が成立する。

以上

（90分）