

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

〈扱った問題〉

- ・刑法：2021（令和3）年度司法試験 刑事系第1問
- ・民法：2016（平成28）年度予備試験 民事系第1問

〈刑法〉

時間を計って解くと書ききれない部分が出て来る
刑法に限らず、全ての事実は何らかの意味を持っている

〔設問1〕

「罪責について論じなさい」の場合

検討の対象になる行為を具体的に特定するところから

今回は誰から論じるか？

実行行為者

参考答えは甲・丙で書いてあるけれど、甲書いて→後述の通り乙丙と共同正犯となるで良い
と思う（もちろん参考答案の通りでも○）

甲のこういった行為が検討対象になるか？

実行行為：丙にナイフを示して本件時計を本件バッグに入れて、持ち去ったこと

成否はともかく検討する犯罪：

強盗罪（236条1項）

窃盗罪（235条）or 業務上横領罪（253条）

強盗罪から

今回充足されなような構成要件は？

「暴行又は脅迫」→×

相手方の反抗抑圧に足りる程度の有形力の行使または害悪の告知

反抗抑圧に足りるか否かは、客観的に判断（本人がどう思ったかは関係ない）

財物奪取（財物の強取）に向けられた行為→×

今回の暴行・脅迫は本件時計を奪うためのものではない、お芝居

→暴行・脅迫を認めて因果関係を否定する人がいるが、因果関係で切ると結果の帰責ができ
ず、実行行為だけが残って未遂罪が成立してしまうから×

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

恐喝罪

反抗抑圧に達する程度であるかないかが強盗罪との分水嶺

今回は、程度の話ではなくそもそも暴行・脅迫が無いので恐喝罪も成立しないことに触れておく丁寧

(丙と一緒に共同正犯になることを前提として)

窃盗罪か業務上横領罪か?

自分が成立すると思った方の犯罪について検討して、その中で成立しない犯罪についても触れておけばOK。両方分けて書かなくて良い。その場合でも、構成要件との関係で書くように注意

窃盗と業務上横領罪の区別が必要になる構成要件

「他人の財物」：他人の占有する財物

本件時計の占有者は誰かが問題となる

パターンとしては、

- ① (B店副店長) 丙の単独占有→業務上横領罪
 - ② 丙・Cの共同占有→少なくとも窃盗罪
 - ③ 店長Cの単独占有→窃盗罪
- があり得る

Cと丙の關係に着目して説明する必要

①②は、高度の信賴關係に基づき下位者に処分權限が委ねられている場合

- ・仕入れ、持ち出し、価格設定については丙に權限なし(これが1番大きい)
- ・陳列方法の決定は丙
- ・陳列したショーケースのカギは丙・Cが所持
- ・売上金の入金(お金の管理→高度の信賴關係)
- ・事件当時に店

これらを総合的に評価して①～③どれとするかは何でもいい

今回は、自由に処分できるわけではないけれど、鍵を持っているなどある程度の信賴・權限ありとして、②丙・Cの共同占有が丸い

「窃取」

「不法領得の意思」

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

「故意」

共同正犯は「後述の通り～」で後回し

「共同して」の解釈論は、丙の罪責で展開すれば良い

丙の罪責

甲と同じ行為について、窃盗罪の検討（前述の通り～）

共同正犯（60条）も立派な構成要件の1つだから、きちんと検討

「共同して」

①共謀

②①に基づく実行行為

③正犯性（重大な寄与）

甲と分けて書くと、丙については書くことがほとんどない

①狂言強盗により本件時計を持ち去る共謀あり

②甲が実行行為

③丙がいなかったら成功していない、丙の店から持ち出している

などを拾って要件に当てはめて書いていたらOK

ここはサクサク書くところ

書くことが無いので甲、丙混ぜるのもあり

時間切れが怖ければ丁から書く人もいると思う

難しいのが乙の罪責

正犯を先、従犯を後に検討するのが基本だから、従犯である幫助犯が成立する可能性のある

乙は、丙より後に検討する

実行行為：周囲の見張りをして、車を運転して甲を逃走させたこと

何の犯罪の成否を検討？

窃盗罪の共同正犯（甲・乙・丙）or 幫助

* 共謀共同正犯は当然認められるものではないので、実行行為をしていない人でも共謀共同正犯が成立することは、一言理由をつけて触れておく必要がある

第5グループ

第3回再チャレンジ勉強会メモ

「共謀」

(1) 本件時計を持ち去ることについては意思の合致があるが、具体的な方法について、甲・丙と乙の間に認識の齟齬がある→乙についても共謀を認めて良いのか？

→判断基準：構成要件（特に実行行為と結果）が重なり合う限度で認められる

ここで比較すべきは、抽象的に強盗罪と窃盗罪の限度で重なり合うかどうか。具体的な事情の重なり合いについて比べるのではない

←あくまで今やっているのは、客観的構成要件レベルなので、客観的な構成要件同士の重なり合いを比べる。具体的な事情を考慮するのは、故意における錯誤論

今回は、窃盗の限度で重なり合いが認められる

(2) 丙と乙にも意思連絡が認められる？

順次共謀：間に全てを知っている人が挟まって、その人を通じて意思連絡がなされていれば意思連絡が認められる

ここは1文で良いので触れておく

「①に基づく実行行為」

「正犯性（重大な寄与）」

- ・取り分である本件時計の内20点をもっている
- ・そもそも甲と乙が計画したこと
- ・逃走、見張り

→防犯カメラと通報システムがあって、走って逃げたのでは甲はすぐにつかまっていたと考えられる＝車と見張りによって、今回の犯罪の実現に極めて重大な寄与をしたということができる

幫助に留まるという評価をするには、あくまで終わってからの逃走と見張りしかしていないから実行行為は分担していないから、重大な寄与とは言えないとする

正犯性否定→共同正犯不成立にする場合には、幫助犯の要件・あてはめまでする

丁の罪責

盗品等保管罪（256条2項）

客観的構成要件は、保管している以上満たす

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

故意が問題

継続中に気付いた場合に成立するのか？

丁寧に書くなら、本件時計が客体に当たること、保管の意義と本件で保管したことを検討してから、故意の問題を書くことになる
時間が無ければ客体と保管は飛ばしても仕方ない

〔設問2〕

問題で何を聞かれているのか、よく読む

フルスケールでの検討は不要、書いたら紙面と時間が足りなくなる

ただ、頭の中（答案構成）ではフルスケールの検討をしないとなかなか分からないところ

①甲が木刀で乙の頭部を殴打

②丙が乙の顔面・腹部を殴打

③丙が木刀を乙の頭部を殴打

→①②に、暴行の共同正犯が成立することは疑いが無い

結果：乙の頭部裂傷

①③のいずれによるものだったかは不明

問題3つ

1. 共犯関係の解消

(1) の立場からは、解消が認められることの説明

(2) の立場からは、認められないことの説明

因果的寄与の遮断があれば、解消が認められる

甲は今回どんな行為をした？

- ・凶器（木刀）の準備
- ・計画の首謀者は甲
- ・乙を呼びつけたのも甲

→ (2) の立場から

今回の計画に甲が寄与した度合いは大きい

木刀の回収、丙を現場から連れて帰るくらいのことをしていないから、因果的寄与の遮断は認められない

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

→ (1) の立場から

でも、甲は、丙によって気絶した

= 丙から一方的に共犯関係から放り出されたということも可能

(2) の立場で挙げたような行為までしていなくても、因果的寄与の遮断を認めるべき

2. 共謀の射程

当初の共謀：乙を懲らしめる、多少怪我をさせても構わない、甲が木刀で殴り、丙が乙を押さえておく

→ 当初の共謀の中に、③までやる事が含まれていたと言えるのか？

共謀の射程の判断基準：当初の共謀の内容と、逸脱の程度

→ (2) 基本的なところでは当初の共謀の通り（2人で木刀で殴る）= 逸脱の程度は大きくないので、共謀が成立

→ (1) 甲が凶器を準備して殴る（実行行為）、丙は手を出さないことが共謀の中身= 実行行為者まで変わっている以上、逸脱の程度が大きく、共謀は及ばない

3. 同時障害の特例（207条）

(1) からは適用できないこと、(2) からは適用できることを説明

(1)

同時障害の特例は誰も結果について責任を負わない場合の救済措置、まさしく特例

→ 今回は少なくとも丙が、乙の頭部裂傷という結果の責任を負うので、適用なし

(2)

同時障害の特例の趣旨は、立証困難の緩和にある

共謀が無い場合さえ 207 条は問題なく適用されるのに、一部であったとしても共謀がある場合に適用されないのは妥当でない

→ 適用あり

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

〈民法〉

A 夫（死亡）、B 妻、C 子

A→C 平成27年1月11日、甲機械を遺贈

B→D 平成27年5月22日、甲機械を売り渡す（本件売買契約）

D の主張

- ①支払い済みの代金500万円の返還…B
- ②別の機会を借りた増加費用40万円…B
- ③修理費30万円の支払い…B、C
- ④増価値分50万円の支払い…B、C

①解除による原状回復請求権（545条1項）

解説に書いてある担保責任とかの問題は令和2年改正によって消えた
他人物売買（561条）

後は普通の債務不履行、契約責任として処理（Bが、他人物売買によりDに甲機械を移転する義務を負ったのにそれを履行しない）
債務不履行→541（、542）条により解除

解除による損害賠償の要件

- a 債務不履行
- b 催告と相当期間の経過
- c 解除の意思表示

→本件では、催告はあるものとすれば、特に問題なく認められる

②債務不履行による損害賠償責任（415条1項、545条1項）

要件

- a 債務不履行
- b 損害とその数額
- c 因果関係

改正前561条では、他人物売買について買主が悪意であった場合には損害賠償請求をすることができない旨の規定あり

第5グループ

第3回再チャレンジ勉強会メモ

→これは改正により消えたので、単純に415条1項が認められるかを検討
結論においては今も昔も変わらない

損害の根拠条文は416条1項 通常損害

40万円を通常損害に含めること自体は問題なし→論証等は不要で、416条1項を示して
損害に当たるとだけ書けばOK

③④必要費・有益費償還請求（196条1項、2項）

修理費30万円を必要費（1項）で請求した場合

壊れていた甲機械の修理費が必要費ではないことは否定しようがないので、条文を指摘し
て当てはめをするだけで良い

価値が増えた50万円全体の支払い（2項）

修理費30万円+20万円

有益費：客観的に見て物の価値を増大するために必要な費用

回復者＝機会を返してもらったC

→普通は安い方を選ぶので、回復者の請求によれば30万円の支払いになる
＝1項、2項のいずれによっても30万円しか回収できない

では、残りの20万円はどうやって回収するか？

契約関係がないときには、不法行為・不当利得・事務管理のいずれかで回収

→本件では不当利得（703条）によって回収

a 利得

b 損失

c 法律上の原因

d 因果関係

条文と要件を挙げて、あてはめをしていくだけの問題

①②債権、③物権、④法定債権なので、民法全体を見る必要があり、問題としては難しい
気付きさえすれば後は簡単

Cは、Dに対して使用料相当額（25万円）を支払わなくてよいとの主張

相殺（505条1項）

要件

a 反対債権の存在

第5グループ
第3回再チャレンジ勉強会メモ

b 相殺の意思表示

CがDに対して反対債権を持っていないといけない

→この中身として、不当利得の検討をする（使用料が不当利得に当たることは判例が認めているので、論証まではいらない）

反対債権を持っているのは、他人物売買の目的物の真の所有者

=Cからの請求であれば認められるが、Bからの請求は認められない