

# 1 人目

## 第 1 設問 1

1 甲が A から A の住所及び A 名義の預金口座の開設先を聞き出した行為に、詐欺罪（246 条 1 項）が成立しないか。

（1）ここで、A の住所及び A 名義の預金口座が「財物」と言えるかが問題となる。これらは、情報であり、所有権の対象となる有体物ではない。よって、財物とはいえない。

（2）したがって、甲の上記行為に、詐欺罪は成立しない。

2 甲が、本件キャッシュカード等を A から受け取り、これを入れた封筒とダミー封筒をすり替え、本件キャッシュカード等を入れた封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた行為に詐欺罪（246 条 1 項）が成立しないか。

（1）「財物を交付させた」といえるためには、A の処分行為が必要である。本件では、甲が、本件キャッシュカード等が入った封筒をダミー封筒とすり替えているから、A に処分行為があるかが問題となる。処分行為とは、被害者が錯誤に基づいて財物の占有を移転させることをいう。

ア 本件キャッシュカード等は、いずれも、所有権の対象となる有体物であるから、財物にあたる。

イ 確かに、A は本件キャッシュカード等を甲に手渡している。しかし、この行為は A 方の玄関先で行われているから、未だに A が本件キャッシュカード等を事実上支配しているといえる。また、A は本件キャッシュカード等を保管することを目的としているから、これを処分する意思もないといえる。

ウ よって、A に処分行為はない。

（2）よって、詐欺罪は成立しない。

3 では、本件キャッシュカード等が入った封筒を A 方から持ち出した行為に窃盗罪（235 条）が成立しないか。

（1）本件キャッシュカード等は、上述したように「財物」であり、A が事実上支配している。また、これらは A の所有物であるから「他人の財物」にあたる。

（2）窃取とは、占有者の意思に反する占有移転をいう。A は、本件キャッシュカード等を保管する意思を有していたから、甲が本件キャッシュカード等の入った封筒を A 方から持ち出す行為は A の意思に反する。また、A 方から持ち出したことにより、本件キャッシュカード等の事実上の支配は甲に移転したといえる。よって、「窃取した」といえる。

（3）また、甲はこの事実につき認識があるから故意が認められるし、本件キャッシュカード等を用いて、預金を無断で引き出して現金を得ようと考えているから、「不法領得の意思」もある。

（4）よって、上記行為に窃盗罪が成立する。

4 以上より、甲は窃盗罪の罪責を負う。

## 第 2 設問 2

1 甲が現金を引き出そうとした行為に窃盗未遂罪が成立する。また、事後強盗罪（238 条）の「窃盗」は未遂を含むから、甲は「窃盗」にあたる。そして、乙が甲に対して「またやったのか。」と訪ねたところ、甲はうなずき返して、「こいつをなんとかしてくれ」と言っている。

コメントの追加 [法t1]: これは検討不要、経済的損失も出していないので、詐欺罪にあたることはない。

コメントの追加 [法t2]: 財物性のあてはめがここで来ているのは、不自然。

コメントの追加 [法t3]: 論点に気付くことができているのは GOOD, ここをもう少し詳細に認定するべきでした。

コメントの追加 [法t4]: キャッシュカードの財物性より、メモの財物性を論ずるべき。

コメントの追加 [法t5]: 不法領得の意思は、判例で認められているもの、故意も不法領得の意思も、定義を書くこと。

るから、共謀がある。甲は、この共謀に基づき、「逮捕を免れる目的」で、乙をして、Cに向かってナイフを示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言わせ、反抗を抑圧するに足りる「脅迫」をしている。よって、甲に、事後強盗罪の共同正犯（238条、60条）が成立する。

2 では、乙が、Cに向かってナイフを示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言った行為に何罪が成立するか。

（1）乙に事後強盗の罪（238条）の共同正犯が成立するという立場

事後強盗罪は財産犯であり、罪質を異にする暴行・強迫の加重類型とはいえない。よって、本罪は窃盗犯人しか犯し得ない真正身分犯である。よって、乙が、事後強盗罪に加功した場合は、「共犯」となる（65条1項）。

上述したように、乙は、甲との共謀に基づき、Cに対して「脅迫」し、事後強盗罪に加功している。

よって、乙に事後強盗罪の共同正犯が成立する。

（2）乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するという立場

窃盗行為をしていない者が窃盗犯人と同じように強盗罪の刑で処断されるのは不均衡である。よって、事後強盗罪は窃盗犯人を主体とする暴行罪・脅迫罪の加重類型（不真正身分犯）である。よって、身分を有しない者は、「通常の刑」が科される（65条2項）

よって、「窃盗」としての身分を有しない乙には、基本犯である脅迫罪の限度で共同正犯が成立する。

（3）私見

乙に事後強盗の罪（238条）の共同正犯が成立するという立場に同じ。

コメントの追加 [法66]: 罪責の検討は？  
同じ、だけでは点数になりません。

### 第3 設問3

1 丙は、ボトルワインをDの頭に直撃させ、Dは、頭部裂傷の傷害を負っているから、傷害罪（204条）の客観的構成要件に該当することは明らかである。

2 丙がDの障害結果に関する刑事責任を負わないとするには、以下の理論上の説明が考えられる。

（1）故意を否定する説明

ア 丙は、Dを助ける目的で、甲に向かってボトルワインを投げているから、甲に対する傷害罪の故意はないのではないか。

イ しかし、故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえて行為に出るという反規範的態度にある。そして、規範は構成要件ごとに与えられている。そうだとすれば、同一の構成要件に該当する事実を認識していれば、予想外の結果についても故意は認められる。

丙には、甲に対する傷害の故意があるから、Dに対する傷害の故意も否定することは困難である。

（2）緊急避難が成立するという説明

ア 緊急避難が成立するには、①危難の現在性、②避難行為、③補充性、④害の均衡、が必要である。

まず、甲がDに対して胸元にナイフを突き出しているから、Dという「他人」の生命に「現在の危難」がある（①充足）。

イ 次に、丙の行為は、Dを助けるために行われたものである（②充足）。

ウ 次に、ボトルワインを投げる行為は、丙が採り得る唯一の手段であった（③充足）。

エ 最後に、丙の行為によって生じた頭部裂傷の傷害は、Dの生命に対する害の程度を超えていない（④充足）。

（3）よって、丙の行為に緊急避難が成立し、違法性が阻却されるから、丙は傷害結果に関して罪責を負わない。

以上

コメントの追加 [法7]: 問題文は、説明の難点を書いてほしい、との記載があります。

## 設問 1

## 第 1 詐欺罪（刑法（以下略）246 条 1 項）の成否

- 1 甲は A に対して電話で住所や、銀行口座の開設先、A 方でキャッシュカード情報をメモに書き出させ封筒に入れさせ、印鑑で封をさせる言動を行ったことが詐欺罪の成立要件に該当しないか。

コメントの追加 [法t1]: 実行行為の特定がずれています

- 2 詐欺罪は①欺罔行為②相手方の錯誤③錯誤に基づく交付④財物の移転を要件としている。

- (1) 欺罔行為とは財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項を偽ることを言う。

コメントの追加 [法t2]: 今回は、処分行為が問題になる事案でした。

本件ではまず甲は A に対して「あなたの預金口座が不正引き出しの被害に…キャッシュカードを確認させてください」と告げたこの行為はキャッシュカードを確認させるかを判断する事項であっても、本件キャッシュカード等交付の判断の基礎となる重要な事項であるとは言えない。

次に A 方の玄関口で「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう…暗証番号を書いたメモを同封してください」と言っている。これも本件キャッシュカード等を封筒に入れるかどうかの判断をする事項であっても、本件キャッシュカード等交付の判断基礎となる重要な事項であるとは言えない。

最後に A にダミーの封筒を渡し、「後日、こちらから連絡があるまで…保管しておいてください」と言ったことも、封筒を保管するかどうかの判断する事項であっても、本件キャッシュカード等の交付の判断の基礎となる事項とは言えない。

- (2) よって甲は欺罔行為を行なったとは言えない。

- 3 したがって詐欺罪は成立しない。

## 第 2 窃盗罪の成否（235 条）の成否

- 1 甲は A が封筒に本件キャッシュカード等を入れた後ダミー封筒を入れ替えていることについて窃盗罪が成立しないか。

- 2 窃盗罪は「他人の財物を窃取すること」である。

- (1) 財物とは有体物であって財産的価値があるものをいう。

甲が取得したのは、本件キャッシュカード等は、B 銀行に開設された A 名義の銀行口座のキャッシュカードと暗証番号が書かれたメモ用紙であり、これがあれば口座からお金を引き出せるため財物であると言える。

コメントの追加 [法t3]: 財物性の問題になるのは、メモの方。メモの方の財物性が問題になるが、～のため、財物といえる、と書きましょう

- (2) 次に窃取とは他人の占有する財物を占有者の意思に反して自己又は第三者の占有に移転させることである。

甲が本件キャッシュカード等が入った封筒をダミー封筒とすり替えて自己のショルダーバック内に隠し入れたことは占有を移転させたと言える。そして A は本件キャッシュカード等を自ら保管する意思であったから上記占有の移転は占有者の意思に反して行われている。

よって甲は本件キャッシュカード等を窃取したと言える。

- (3) 窃盗罪が成立するには故意及び不法領得の意思が必要なところ、甲は上記の(1)(2)に関して認識認容しているから故意は認められる。

不法領得の意思とは、権利者を排除し、他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思である。

甲は口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考えていたから権利者排除意思及び利用処分意思が認められる。

- 3 したがって窃盗罪が成立する。

#### 設問2

- 第1 事後強盗(238条)における「窃盗」とは窃盗犯を意味し、窃盗の既遂、未遂を問わないが、実行の着手は要する。

甲が現金を引き出そうとしていた行為に窃盗未遂罪が成立するが乙は実行に着手していないから「窃盗」ではない。

#### 第2 1 設問①について

窃盗を真正身分犯であるとして65条1項が適用されるとするものと事後強盗罪を窃盗と暴行・脅迫との結合犯、先行する窃盗との承継的共同正犯を認めるものが考えられる。

#### 2 設問②について

窃盗を不真正身分犯であるとして65条2項が適用されるとするものと、事後強盗罪を窃盗と暴行・脅迫との結合犯とし、先行する窃盗との承継的共同正犯を認めないものが考えられる。

#### 第3 自らの見解

##### 1 設問①の見解に立つと考える。

- 2(1) 事後強盗の暴行・脅迫は、通常の強盗と同様、相手の反抗を抑圧する程度のものであることを要するが、相手方は窃盗の被害者である必要はない。

乙は、Cに向かってナイフを刺しながら「離せ、ぶっ殺すぞ」と言った。ナイフは刃渡約10センチメートルであり十分怪我をする恐れがあることを考慮するとCの犯行を抑圧する程度の脅迫である。

- (2) 事後強盗の暴行・脅迫は窃盗の機会の継続中に行われることを要する。窃盗の機会が継続しているか否かは、時間的場所的接着性、被害者等による追跡可能性、犯人の犯意の継続性等を総合的に考慮して判断すべきである。

本件で甲は現金の引き出しができなかったため、ATMの前でA方に電話をかけてA会話していた。同店内において、そのやり取りを聞いていたCが、不審に思い、電話を切って立ち去ろうとする甲のショルダーバッグをつかんだまま、甲が店外に出られないように引き止めていた。その頃、乙が来店し、上記2の脅迫をした。以上から、窃盗未遂との時間的場所的接着性、Cによる追跡可能性、甲の犯意の継続がある。よって乙の脅迫は窃盗の機会の継続中にされたと言える。

コメントの追加 [法4]: なぜでしょうか?理由を書くこと。

- 3 共同正犯が成立するには共謀とそれに基づく実行行為が必要であり、認識している犯罪が異なる場合には当該構成要件のうち重なり合う限度で成立するとする。

乙は甲に対し「またやったのか」と尋ね、甲が万引きをしたと勘違いしている。甲はそのことを認識しながら甲が逃げるために乙がCの犯行を抑圧してくれることを期待して頷き返し、「こいつをなんとかしてくれ」と言った。甲乙は事後強盗という同一の構成要件を認識し実現しようとしているから同罪の共謀が成立する。そして共謀に基づく実行行為も行なっている。

そして乙は万引きの共同正犯の故意があり、甲はATMからの現金の引き出しの未遂であったが両者は事後強盗の構成要件の範囲で一致するから乙に事後強盗の故意があると言える。

- 4 したがって事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する。(238条、243条、60条)

#### 設問3

- 1 丙は、甲を狙っているからDの身体への危険を認容しておらず、Dに対して暴行の故意がないと説明することが考えられる。この説明の難点はDの傷害の結果について過失傷害罪(209条1項)の成立を否定することが困難であるという点である。
- 2 正当防衛(36条1項)であるとする説明が考えられるが、侵害者以外の第三者との関係では「正対不正」の関係がないという点で説明が困難である。
- 3 Dの生命・身体に対する危険を避けるために緊急避難(37条1項本文)とする説明が考えられる。この説明の難点は丙の行為によってDの危険を回避したとは言えないという点にある。

以上

コメントの追加 [法t5]: 認識内容は違うはずですが、規範、あてはめを丁寧に書くこと。

コメントの追加 [法t6]: もう少し詳しい当てはめをする  
と GOOD

8 月 23 日勉強会 刑法回答

## 【設問 1】(201・259) 154.123

第 1 甲はダミー封筒とすりかえて暗証番が書かれたメモとキャッシュカードを持ち去っている。そこで甲には詐欺罪（246 条 1 項）または窃盗罪（235 条）が成立しないか。

1 （1）詐欺罪（246 条 1 項）が成立するには、①相手方を欺いて②相手方に錯誤を生ぜしめ③この錯誤に基づく交付行為により、④財物を交付させ、⑤これらが因果関係を有し、①～⑤を認識している不法領得の意思が必要である。

（2）①の「相手方を欺いて」とは、真実を知っていれば財産を交付しないであろう重要な事実を偽ることをいう。本件では、甲が金融庁職員でないこと、不正被害の被害にあっていないこと、キャッシュカードが犯罪の証拠品でないことを知っていなければ、本件キャッシュカード等を交付しなかった。よって、重要な事実を偽っているといえる（①充足）。また、A は上記事実を信頼していることから錯誤が生じている（②充足）。

（3）被害者の意思に反した物の移転を内容とする犯罪である窃盗罪と被害者の意思に基づいた物の移転を内容とする犯罪である詐欺罪とを区別するため、③の「交付行為」とは被害者の意思に基づく占有移転であり、被害者には占有移転の認識が認められる必要がある。本件では、本件では、A は本件キャッシュカード等を証拠品として保管するために必要な作業として本件キャッシュカードを甲に手渡しただけである。よって、A は甲に占有を移転する認識はない（③充足せず）。

（4）以上より、甲に詐欺罪は成立しない。

2 （1）次に、窃盗罪（235 条）について検討する。

（2）「財物」とは財産的価値を要する物のことである。本件では、キャッシュカードと暗証番号が書かれたメモがあれば、預金の引き出しをすることができるものであるから、「財物」といえる。

（3）「窃取」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に反して、その占有を侵害し自己または第三者の占有に移転させることをいう。本件では、A は本件キャッシュカード等を証拠品として保管するために必要な作業として本件キャッシュカードを甲に手渡しただけであり、A に移転する意思はない。そして、A はダミー封筒とすりかえて本件キャッシュカード等を自らのショルダーバッグ内にいれた時点で自己に占有を移転したといえる。よって、「窃取」したといえる。

（4）甲は口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようとしていたことから、不法領得の意思と故意を認めることができる。

（5）以上より、窃盗罪（235 条）が成立する。

## 【設問 2】

第 1 乙に事後強盗（238 条）の罪で共同正犯が成立する立場について。

1 （1）共同正犯（60 条）の一部実行全部責任の根拠は、相互利用補助関係にある。そこで①共謀②正犯意思③実行行為があれば、共同正犯が認められる。

（2）本件では、甲は乙に対して「こいつをなんとかしてくれ。」と言っていることから、共謀が認められる。（①充足）。乙は甲がショルダーバッグ内の商品を取り返されないようにする意思があることから正犯意思が認められる（②充足）。乙は C に向かってナイフを示しながら「離せ。ぶっ殺すぞ」と言っており、実行行為が認められる。（③充足）よって、乙

コメントの追加 [法t1]: 欺罔行為となる実行行為の特定をすること、特定ができていないので、その後のあてはめがずれました

コメントの追加 [法t2]: この理解ができていることは GOOD.あとは、あてはめを充実させましょう。

コメントの追加 [法t3]: 詐欺と同様、要件を書くこと

コメントの追加 [法t4]: この事実は指摘いりますか？

コメントの追加 [法t5]: 定義を書くこと

コメントの追加 [法t6]: 何に対する共謀？そもそも共謀とは何ですか？あてはめが雑になっています。

には共同正犯（60条）が成立する。

2（1）「事後強盗の罪」で共同正犯が成立するか。事後強盗罪は窃盗を身分とする真正身分犯である。そして65条1項により犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯となる。

（2）本件において、65条1項により窃盗の身分が乙にも適用され、乙は財物を取り返されないようにCにナイフを向けて脅迫しているため、事後強盗罪が成立する。

3 よって、事後強盗の罪での共同正犯が成立することになる。

第2 乙に脅迫罪（222条1項）の限度で共同正犯が成立するとの立場について

1 上記のとおり乙には共同正犯が成立する。

2（1）では、「脅迫罪」の限度で共同正犯が成立するか。共犯の処罰根拠は、結果に対する心理的・物理的因果性にある。だとすれば自己のために先行行為を利用したといえる場合には、因果性を認められることができ、承継的共同正犯となる。

（2）脅迫罪（222条1項）の脅迫は、人が畏怖するに足りる害悪の告知をいう。本件での乙がCにナイフを向けて「ぶっ殺すぞ」と言ったことは、人が畏怖するに足りる害悪の告知と言えるから、「脅迫」にあたる。しかし、乙による脅迫に関して、先行行為たる甲の窃盗行為はなんら利用されたといえず、因果性を認めることはできない。

3 よって、乙には脅迫罪の共同正犯が成立するにすぎない。

第3 自らの見解について。

1（1）上記のとおり甲乙には共同正犯が成立しているといえる。

（2）しかし、上記のとおり甲の窃盗行為と乙の脅迫に因果性を認めることはできず、承継的共同正犯は認められない。よって、65条1項による窃盗の身分が乙には適用されず、事後強盗罪の成立の余地はない。

2 よって、乙には脅迫罪の共同正犯が成立する。

### 【設問3】

第1 丙の刑事責任について

1 丙が投げたボトルワインによりDは加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負っている。これは、Dの生理的機能に障害を生じさせるものであり、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

2（1）しかし、丙は甲を狙ってボトルワインを投げていることから、故意が阻却されないか。

（2）故意責任の本質は、規範に直面しながら行為を行った反規範的態度にある。そして、規範は構成要件ごとに与えられる。だとすれば、同一の構成要件に該当する場合には故意をみとめてもよい。本件では、丙は人（甲）を傷害しようとして、人（D）に障害を与えている。よって、故意が認められる。

（3）以上より、故意は阻却されない。

2（1）では、正当防衛（36条1項）が成立しないか。

（2）本件において、Dは甲からナイフの刃先を胸元に突き出されているから「急迫不正の侵害」がある。また、丙はDを「防衛するため」にはボトルワインを投げつけるしか手段がなかったため、「やむを得ない行為」であるといえる。しかし、Dを傷害させた結果については、正対不正という状況ではなく、正当防衛は成立しない。

（3）また、丙は正当防衛の状況を認識していた以上、誤想防衛は成立しない。

3（1）では、緊急避難（37条1項）が成立しないか。

コメントの追加 [法17]: ①と②の見解双方に触れた上で、要件の検討をしていくべきです。黄色マーカーを先に論じた後に、構成要件を論じるべきでした。

コメントの追加 [法18]: 着眼点はいいいのですが、各々の説明の難点を書くことが求められていました。

（２）緊急避難においても、D を助けるために D を傷害していることから、生じた害と避けようとした害との程度の均衡性があるとはいえず、緊急避難も成立しない。

以上

刑法 司法試験 2019 年

## 第 1 設問 1

### 1 詐欺罪の成否

甲は、A に対して、A の預金口座が不正引き出しに遭っているとの虚偽の情報を与え、さらに、本件キャッシュ等が入った封筒を A 方から持ち去った行為に詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立しないか。

コメントの追加 [法t1]: 実行行為の特定のずれ

欺罔行為とは人の錯誤を惹起させて、その錯誤に基づいて、物・利益の交付行為をさせる危険性を有する行為をいう。そのため、同行為が認められるためには、少なくとも人の交付行為に向けられた行為と言えなければならない。交付行為とは、意思に基づく占有移転であるから、交付意思を有する必要がある。本件において、A に交付意思は認められるか。

交付意思が認められるためには、財物に対する占有を弛緩する意思だけでは足りず、外形的に何らかの物利益を移転させる意思を有することを要する。

本件において、A は、X の「印鑑を持ってきてください」という言葉により、玄関から今に移動しただけであり、本件キャッシュカードを甲に移転させる意思を有していたとは言えない。

よって、A に交付意思が認められない。

以上から、甲の上記行為は欺罔行為に当たらないから詐欺罪は成立しない。

### 2 窃盗罪の成否

甲は上記のように、本件キャッシュなどが入った封筒を持ち去っているから、窃盗罪（235 条）が成立しないか。

「他人の財物」とは、他人が所有する物を言うところ、本件キャッシュカード等は、A が所有する物であるから、「他人の財物」に当たる。

コメントの追加 [法t2]: 占有でよい

「窃取」とは、占有者の意思に反する占有侵奪をいうところ、甲は、A の意思に反して、ショルダーバッグ内という自己の支配下に移していることから、占有者の意思に反する占有侵奪がみとめられ、「窃取」に当たる。

コメントの追加 [法t3]: 所有していれば、紙きれでも財物性が認められることになります。

よって、窃盗罪が認められる。

## 第 2 設問 2

### 1 乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場から

(1) 甲が窃盗を犯したと勘違いしている乙に対し、甲はその意思を利用し、「こいつをなんとかしてくれ」と頼んでいる。

そして、乙は甲が窃盗を犯したと考え、甲のショルダーバッグ内の商品を取り返されないようにしてやるため、C に対してナイフを示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言い、それによって C が甲のショルダーバッグから手を離して後ずさりした隙に甲と乙は同店から立ち去っている。ゆえに、甲乙間に事後強盗罪の共謀があるといえる。

(2) 事後強盗罪を窃盗の真正身分犯とする見解から、65 条 1 項より事後強盗罪の共同正犯が成立すると説明できる。非身分者も身分者を介して法益侵害を惹起することができるから、共犯には共同正犯も含まれるからである。

コメントの追加 [法t4]: 文章が不自然

(3) 一方で、事後強盗罪を窃盗の不真正身分犯とする見解からは、65条2項の適用から、脅迫罪の共同正犯が成立すると説明できる。

(4) 事後強盗罪が窃盗罪と暴行強迫の罪の結合犯にとらえ、承継的共同正犯の問題として処理する見解もある。しかし、この考え方では、窃盗行為に着手した時点で、事後強盗罪の実行の着手を認めることになり、妥当ではない。

そこで、事後強盗罪は窃盗という身分を持つ者の行為を特別に規定した身分犯にとらえるべきである。そして、非財産犯である暴行罪と財産犯である事後強盗罪の間に加重類型の性質は認めがたいから、事後強盗罪は窃盗犯人が一定の目的で暴行強迫に及ぶ、真正身分犯であり、65条1項を適用すべきである。

よって、乙は、Cに対して、ナイフを示し「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言い、犯行を抑圧するに足る脅迫をしているから、暴行強迫をしており、共謀に基づく実行行為が認められる。

そして、各共同者の意思に不一致があったとしても、構成要件が重なり合う限度で共同正犯を認めることから、事後強盗罪の故意も認められる。

よって、乙に事後強盗罪の共同正犯が認められる。

### 第3 設問3

1 丙は、ボトルワインを投げて、Dの頭部に直撃させDに頭部裂傷の傷害を負わせているから、傷害罪の客観的構成要件に該当する。ここで、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするためには、丙にDに対する傷害罪の故意がないと言える必要がある。

具体的符合説に基づけば、丙の故意がないといえる。具体的符合説とは、認識事実と実現事実とが具体的に一致しない限り、実現事実について故意責任を認められないとする立場である。本件では、丙は、甲に対してワインボトルを投げつける意思であるから、認識した甲への傷害事実と実現したDへの傷害事実とが具体的に一致しないから故意責任を認められない。

しかし、故意責任は反規範的態度に対する道義的非難であるところ、規範は構成要件の形式で与えられることから、構成要件の範囲内で実現事実と認識事実とが一致している限り、故意は認められる（法定的符合説）はずである。

したがって、本件において、故意を否定することは理論的に困難である。

2 丙は、傷害罪の客観的構成要件、および、故意があると言える場合であっても、丙の行為に緊急避難が成立すれば、丙はDの傷害結果に関する刑事責任を負わない。

緊急避難が成立するためには、①現在の危難、②避難の意思、③補充性、④法益の均衡が必要である。

現在とは、法益侵害が現実存在することまたはその危険が目前に切迫していることを言う。甲が「本当に刺すぞ」と怒鳴り、ナイフの刃先をDの胸元に突き出しており、丙の生命身体が侵害される危険が目前に切迫している（①充足）。そして、Dの生命身体を守ろうとして（②充足）、丙が採りえる唯一の手段であるボトルワインを投げつける行為を行っている（③充足）。Dの生命身体を守ろうとして、Dの身体を害しているから、法益の均衡も

コメントの追加 [法t5]: どのような見解から脅迫罪の共同正犯が導くことができるのでしょうか。

コメントの追加 [法t6]: どのような不一致があるのですか？

コメントの追加 [法t7]: OK

認められる（④充足）。

しかし、実際には、丙は、甲の D に対して及ぼそうとする現在の危難を避けることはできていない。緊急避難は、違法性阻却事由説にたち、前提として、現在の危難の回避に寄与する行為である必要があると解する。

よって、丙は、D に攻撃しようとする甲という危難を回避するにあたり、D にワインボトルを直撃させる行為をしており、現在の危難の回避に寄与していない。

よって、丙の刑事責任を否定するのは困難である。

以上

## 設問 1

1 甲が、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた行為につき、詐欺罪(刑法 246 条 1 項。以下法名省略)または窃盗罪(235 条)が成立しないか。

2 詐欺罪と窃盗罪は、処分行為の有無によって区別されるから、財物の占有移転が相手方の意思によって行われたか否かを検討する。

甲は、A に「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向け、A が玄関近くの居間に印鑑を取りに行っている隙に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替えており、A は自身の預金口座が不正引き出しの被害にあっているという錯誤に陥っているとはいえ、A 自らの意思で財物の占有を移転していない。

したがって上記行為に詐欺罪は成立しない。

3 そこで、以下、窃盗罪の成否を検討する。

(1) まず、普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙は、これを利用して、預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的価値を有しているから、「財物」にあたる。そしてこれらは A 所有のものであるから「他人の財物」である。

(2) そして、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた行為は、占有者 A の意思に反して財物への占有者の占有を排除し、目的物を自己の占有に移す行為であるから、「窃取」にあたる。

(3) また、甲には故意(38 条 1 項)が認められる。

さらに、窃盗罪の成立には、権利者排除意思および利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要であると解するところ、甲は A の本件キャッシュカード等に対する支配を排除し、自己のものとして利用して口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようとしたため、不法領得の意思が認められる。

4 よって、上記行為には窃盗罪(235 条)が成立し、甲はその罪責を負う。

## 設問 2

1 乙が、甲がショルダーバッグ内の商品を取り返されないようにしてやるため、C に向かってナイフを示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言った行為につき事後強盗の罪の共同正犯(60 条、238 条)が成立しないか。

2 (1)まず、「脅迫」とは、一般人をして畏怖せしめるに足る害悪の告知をいうところ、乙は C に向かってナイフを示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言っており、それによって C は甲のショルダーバッグから手を離して後ずさりしているから、一般人を畏怖させる程度の害悪の告知があったと評価でき、上記行為は脅迫にあたる。

コメントの追加 [法t1]: なぜこの検討に至ったのですか？

コメントの追加 [法t2]: ここが争点なので、もう少し詳述しないと点数が伸びません

コメントの追加 [法t3]: キャッシュカードは単体で財物性は肯定できるので、メモの財物性の方が問題になることを明確にすると良いです

コメントの追加 [法t4]: 問題に記載のとおり、①及び②の双方に言及した上で、結論、構成要件の検討、という順に書きましょう。

(2)次に、「窃盗が」の文言が身分犯か否かが問題となる。この点につき、①238条は結合犯であり、事後的な脅迫は実質的には強盗としての評価を受け、これに情を知って加功した乙についても事後強盗の部分を承継するとして事後強盗罪の共犯を肯定しようと解する立場と、②乙はあくまでも脅迫に関与したに過ぎないとして、脅迫の限度でのみ罪責を問うと解する立場が考えられる。もっとも、①説をとる場合でも、後行者はすでに過去の出来事である先行者の行為や結果とは因果性を有しないから、承継的共犯は認められず、甲の窃盗が既遂である場合でも乙は脅迫の共犯にしかなりえないと解する。よって、②説が妥当であると考えられる。

3 したがって、上記行為に事後強盗の罪の共同正犯は成立せず、乙には脅迫罪の限度で共同正犯(222条1項、60条)が成立する。

コメントの追加 [法t5]: 構成要件の検討もすること。

### 設問3

1 丙がボトルワインを甲に向かって力一杯投げ付けたところ狙いが外れ、Dの頭部に直撃させた行為は、Dの身体の生理的機能の障害にあたり、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。

2 もっとも、丙の行為は、甲が「本当に刺すぞ。」と怒鳴り、レジカウンターに身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したことからDを守ろうとしてした行為であり、正当防衛(38条1項)が成立するとして違法性が阻却されないか。故意は阻却されないか。

コメントの追加 [法t6]: 故意はどうですか。錯誤があるはず。

コメントの追加 [H(7)]: 具体的符合説

(1) 急迫不正の侵害とは、法益の違法な侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいう。

コメントの追加 [法t8]: 丙に対する急迫不正の侵害はありますか？

これを本問についてみると、甲はレジカウンターを挟んで向かい合った状態でナイフをちらつかせながら、「金を出せ。」と言ってレジ内の現金を出すよう要求し、Dがその要求に応じずにいたところ、甲が「本当に刺すぞ。」と怒鳴り、レジカウンターに身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出しており、Dの生命に対する侵害が間近に押し迫っているといえる。

(2) さらに、丙の上記行為はDの生命を守るためにしたものであるから、「他人の権利を防御するため」である。そして、ボトルワインを投げ付ける行為は丙が採り得る唯一の手段であったから、「やむを得ずにした」ものであるといえる。

よって、正当防衛が成立し、違法性が阻却される結果、丙は傷害罪の罪責を負わない。

3 もっとも、36条1項の文言が「急迫不正の侵害に対して」とあることから、不正に対する反撃行為のみが許容されているようにも思われる。そうだとすると、丙の投げ付けたボトルワインは甲ではなくDに命中した場合に正当防衛の成立を認めると、文言に沿わないところが難点である。

以上

## 令和元年司法試験過去問（刑法）

## 設問 1

## 1 詐欺罪について

甲が A から本件キャッシュカード等を取得したことについて、詐欺罪（246 条）が成立しないか問題となる。

詐欺罪の構成要件は、①欺罔行為、②財物を、③交付行為、④財産上の損害である。

このうち、①欺罔行為とは、財物の交付に向けて人の錯誤を惹起する行為のことであり、交付の判断の基礎となる行為を偽ることをいう。

本問について見ると、甲から「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります」（以下「発言①」という。）と言われて、A は封筒に本件キャッシュカード等をいれて甲に封筒を手渡した。その後、甲から「この封筒に封印をするために印鑑を持ってくるください」（以下「発言②」という。）と言われて、A は居間に印鑑を取りに行き、玄関で甲からすり替えられたダミー封筒を受け取っている。

ここで、A は発言①を受けて、本件キャッシュカード等を A が保管する必要があると理解しており、甲に本件キャッシュカード等を引き渡す必要があるとは理解していない。一度 A が甲に本件キャッシュカード等を交付したのは、証拠品として保管するものが正しいのか確認してもらうために一時的に渡しただけであり、本件キャッシュカード等の占有を甲に移転させる意図ではなかったと言える。また、甲の発言②を受けて、A は甲に本件キャッシュカード等が入った封筒を預けたまま居間に印鑑を取りに行っている。この際、A は甲が封筒を持ち去ることを容認していたわけではないこと、場所は A の支配領域である A 宅玄関であったこと、A が玄関を離れたのは短時間であったことからすると、A としては甲の発言を受けて甲に本件キャッシュカード等を交付しなければならないという錯誤に陥っていたとは言えない。

したがって、欺罔行為がないため、詐欺罪は成立しない。

## 2 窃盗罪について

甲が A から本件キャッシュカード等を取得したことについて、窃盗罪（235 条）が成立しないか問題となる。

窃盗罪の要件は、①他人の財物、②窃取、③故意である。

①について、他人の財物とは、他人が占有する所有物のことである。本件について見ると、キャッシュカードは A が占有する A の所有物であり、他人の財物に当たる。次に、暗証番号が書かれたメモについては、A が占有する A の所有物であるが、メモ自体が持つ経済的価値は低い。しかし、メモには A のキャッシュカードの口座番号が記載されており、キャッシュカードと合わせて使用することで、預金口座の預金引き出すという経済的利益を得ることができる。したがって、暗証番号が記載されたメモについても財物性が認められる。したがって、本件キャッシュカード等は①他人の財物に当たる。

②窃取とは、他人の占有する財物を占有者の意思に反して、自己または第三者に移転させることを言う。本問について見ると、A は甲の発言①を受けて、A が本件キャッシュカード等を保管しておく必要

コメントの追加 [法t1]: 問題は、①ではなく、③でした。

コメントの追加 [法t2]: 着眼点は OK です。

コメントの追加 [法t3]: この指摘があると GOOD です

があると理解しており、Aとしては甲に本件キャッシュカード等の占有を移転させるつもりはなかった。それに関わらず甲はAの意思に反して、Aが不在のうちに本件キャッシュカード等が入った封筒をダミー封筒にすり替えて自身のショルダーバッグに入れて持ち去っている。よって、甲は本件キャッシュカード等を窃取したといえる。

③故意について、窃盗罪については、窃盗の認識・認容に加えて、不法領得の意思が必要である・不法領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを処分又は利用する意思をいう。本件について見ると、甲はAの所有物である本件キャッシュカード等を自らのショルダーバッグに入れて持ち去っており、他人の財物を窃取することの認識・認容がある。また、甲が本件キャッシュカード等を窃取したのは、口座内の預金を無断で引き出して現金を得るためであり、不法領得の意思が認められる。

したがって、甲に窃盗罪が成立する。

### 3 結論

以上より、甲に窃盗罪が成立する。

#### 設問2

##### 1 事後強盗罪の共同正犯について

事後強盗罪は、窃盗という身分を持った者だけが行い得る犯罪類型であると解すると、乙の罪責は65条の問題として考えることになる。

65条の文理解釈から、65条1項は真正身分犯に適用すべき条文であり、65条2項は不真正身分犯に適用すべき条文である。ここで、事後強盗罪を不真正身分犯としてみた場合、暴行・脅迫罪を基本罪とすることになるが、強盗罪が財産罪であるのに対して、暴行・脅迫罪は非財産罪であり、整合しない。よって、事後強盗罪は真正不作為犯と解するべきである。本問においては、乙は65条1項により事後強盗罪の共犯になり得る。

乙に事後強盗罪の共同正犯（238条、60条）が成立するかを検討する。

共同正犯の要件は、①意思の連絡、②正犯意思、③実行行為または実行行為に匹敵する重要な役割を果たすことである。

本問について見ると、乙が甲に「またやったのか」と尋ねたのに対して、甲は「こいつをなんとかしてくれ」と言った。このことから、甲と乙の間でCの反抗を抑圧するための脅迫をすることについて意思の連絡がある。また、乙は、甲がCにショルダーバッグを取り返されないようにするために、Cにナイフを突きつけて「ぶっ殺すぞ」と言ったことから、Cには脅迫を手段として財物を窃取することについて正犯意思があったといえる。また、甲がCから逃れることができるようにするためにCにナイフを突きつけて「ぶっ殺すぞ」と言うことは、客観的に相手方の反抗を抑圧するに足りる脅迫にあたり、乙は事後強盗の実行行為の一部をしたといえる。

故意について、甲はショルダーバッグにAから窃取した本件キャッシュカード等を入れておりCによる逮捕を免れるためにCともみ合っていたのに対して、乙は甲がショルダーバッグ内に店の商品を入れて商品を取り返されないようにするためにCともみあっていると認識していた。乙の認識した事実と実際の事実が異なっていることから、乙に故意を認めてよいか問題となる。しかし、認識した事実

コメントの追加 [法t4]: 現段階でここまで理解が進んでいることは素晴らしいことです。刑法は得意科目として、粗いところを削り、頑張っていけると思います！

と実際の事実が構成要件の範囲内にあれば故意を認めることができる。乙が認識した事実は甲がコンビニエンスストアの商品を窃取することであり、実際の事実は甲が金融機関から窃取することであるが、これらは「他人の財物を窃取する」という構成要件の範囲内で符合している。よって、乙に脅迫を用いて財物を窃取することについて故意を認めることができる。

以上より、乙に事後強盗の共同正犯が成立する。

## 2 脅迫罪の共同正犯について

窃盗行為を事後強盗の実行行為の一部であると考えて、事後強盗の事後強盗罪は窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯であると解すると、暴行・脅迫にのみ関与した者についても、承継的共同正犯として事後強盗罪の共同正犯を認め得る。

本問について、乙が承継的共同正犯として事後強盗の罪責を負うかを検討する。

共犯の処罰根拠は、自己の行為が何らかの形で結果に対して因果性を与えた点に求められる。よって、共謀があり、結果に対して因果性がある場合に承継的共同正犯となる。

事後強盗の承継的共同正犯が乙に成立するには、反抗抑圧状態にある被害者から財物を窃取するという結果に対して乙が因果性を与えたことが必要である。

本問について見ると、口座は凍結されていて預金を引き出せない状態にあり、甲がATMから現金を引き出そうとした行為について、乙の行為に因果性があるとは言えない。

よって、乙に事後強盗の共同正犯は成立しない。

次に、乙に脅迫罪の共同正犯（222条、60条）が成立するか問題となる。

要件は、①意思の連絡、②正犯意思、③実行行為または実行行為に匹敵する重要な役割を果たすことである。

本問について見ると、上記1のとおり、脅迫について①～③が認められる。

よって、乙に脅迫罪の共同正犯が成立する。

## 3 自説について

事後強盗を結合犯と解すると、窃盗行為が実行行為の一部ということになる。そうすると、事後強盗まで犯罪計画に入れていた犯人が窃盗段階で逮捕された場合に、事後強盗罪の未遂が成立することになる。しかし、これは客観的には窃盗しか行われていないのに事後強盗の未遂を肯定することになるから妥当でない。

よって、上記1に記載のとおり、身分犯と解して、乙には事後強盗の共同正犯が成立すると考えるべきである。

## 設問3

### 1 正当防衛について

丙の行為は正当防衛（36条）であり、違法性が阻却されるという説明が考えられる。

正当防衛の要件は、①急迫不正の侵害、②防衛行為、③防衛の意思、④防衛行為の相当性である。

本問について見ると、甲がDに対してナイフをちらつかせて現金を要求していることが①急迫不正の侵害に当たる。丙はDを助けようとしていたのであるから、③防衛の意思が認められる。また、丙

コメントの追加 [法t5]: なぜですか? 規範なので、過不足なく書くこと。

コメントの追加 [法t6]: 丙に対する侵害はありません。

はDの胸元にナイフを突きつけており、Dに生命の危機があったことからすると、Dに加療3週間の傷害を負わせた行為には相当性が認められる。

しかし、丙が投げたボトルワインはDに当たっており、これが②防衛行為と認定できるかが難点である。また、ボトルワインが丙に当たるおそれがあることについて予見可能性が丙にあったとすると、丙に過失傷害が成立する可能性が残る。

## 2 緊急避難について

丙の行為は緊急避難（37条）であり、違法性が阻却されるという説明が考えられる。

緊急避難の要件は、①現在の危難、②避難行為、③やむを得ずした行為、④生じた害が避けようとした害を超えなかったことである。

本問について見ると、甲がDに対してナイフをちらつかせて現金を要求していることが①現在の危難に当たる。ボトルワインを投げる行為は丙が採り得る唯一の手段であったことから、③やむを得ずした行為であったと認められる。また、丙はDの胸元にナイフを突きつけており、Dに生命の危機があったことからすると、Dに加療3週間の傷害を負わせた行為には④生じた害が避けようとした害を超えなかったことが認められる。

しかし、Dに丙が投げたボトルワインはDに当たっており、これが②避難行為と認定できるかが難点である。また、Dに過失傷害罪が成立する可能性が残る。

以上

コメントの追加 [法t7]: GOOD