

（設問 1）

1 甲が本件キャッシュカード等の入った封筒（以下、本件封筒）を取得した行為に詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

(1) 「人を欺」く行為は、交付行為に向けられていることを要する。そして、交付行為とは、被害者がその意思に基づいて財物の占有を移転することをいう。

(2) 甲が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」と虚偽の事実を申し向けている。

確かに、本件封筒はショルダーバックに入る程度の重量と形状であるから、持ち運びや隠匿が容易であった。しかし、Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先はAの支配の及ぶ範囲内であり、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くであり、本件キャッシュカード等に対するAの支配も失われていない。また、Aはすぐに玄関に戻り本件封筒を回収するつもりであった。それゆえ、上記申し向けはAの本件キャッシュカード等に対する占有を弛緩させるにとどまる。

また、Aは本件キャッシュカード等が入った封筒については証拠品として自己が保管しておくつもりであったから、本件キャッシュカード等の占有を甲に移転させる認識は全くなかった。

したがって、上記申し向けは、交付行為に向けられているとはいえないから、「人を欺」く行為にはあたらない。

(3) よって、甲に詐欺罪は成立しない。

2 上記行為に窃盗罪（235条）は成立しないか。

- (1) Aが所有し占有する本件キャッシュカード等は、それらを用いることでA名義の預金口座から現金を引き出すことができるという財産的価値を有するから、「他人の財物」にあたる。
- (2) 「窃取」とは、占有者の意思に反して財物の占有を移転させることをいう。

Aは本件封筒がダミー封筒とすり替えられていることを認識しておらず本件封筒に対する占有の意思はないから、甲がAの支配領域内であるA方から出た時点で、本件キャッシュカード等の占有はAから甲に移転したといえる。また、Aとしては本件封筒を自己が保管しているつもりであったから、上記占有移転は占有者Aの意思に反するといえる。

それゆえ、甲は本件キャッシュカード等を「窃取した」といえる。

- (3) 甲は上記犯罪事実を認識・認容していたから、故意が認められる。また、甲は本件キャッシュカード等を用いて現金を引き出すつもりであったから不法領得の意思も認められる。
- (4) 以上より、甲に窃盗罪が成立する。

（設問2）

1 ①の立場からの説明

事後強盗罪（238条）を構成的身分犯と解し、かつ、65条1項を構成的身分に関する犯罪の成立と科刑を定めた規定と解して適用するという説明が考えられる。また、事後強盗罪を結合犯と解し、かつ、

承継的共同正犯を全面的に肯定するという説明も考えられる。

2 ②の立場からの説明

事後強盗罪を加減的身分犯と解し、かつ、65条2項を加減的身分に関する犯罪の成立と科刑を定めた規定と解して適用するという説明が考えられる。また、事後強盗罪を結合犯と解し、かつ、承継的共同正犯を全面否定するという説明も考えられる。

3 自らの見解

- (1) 乙に事後強盗未遂罪の共同正犯（243条、238条、60条）が成立するか。
- (2) まず、事後強盗罪を結合犯と解することは「実行に着手」（43条本文）した時期が早まりすぎるため妥当でない。他方、身分犯であるとしても、加減的身分と解することは異なる罪質間に加重類型を見いだすこととなり妥当でない。そこで、事後強盗罪は構成的身分犯であるとする。

そして、「構成」・「刑の軽重」という文言や基準の明確性から、65条1項は、構成的身分に関する犯罪の成立と科刑を、同条2項は、加減的身分に関する犯罪の成立と科刑を規定する。また、身分者と共同すれば身分犯の法益侵害をすることが可能であるから、65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれる。

したがって、「窃盗」の身分のない乙には65条1項が適用され、甲と事後強盗未遂罪の共同正犯が成立しうる。

- (3) 共同正犯の成立要件は①共謀と②共謀に基づく実行である。
- (4) 甲と乙は後述の犯罪事実を認識・認容していたから、故意が

ある。なお、乙は現実の B 銀行を被害者とする窃盗行為は認識していないが、それと同じ事後強盗罪の構成要件に該当するコンビニエンスストアを被害者とする窃盗行為を認識している以上、反対動機の形成は可能であるから故意は阻却されない。また、乙は甲がショルダーバッグ内の商品を C に「取り返されることを防」ぐ目的であり、甲は C による「逮捕を免れ」る目的である。そして、乙は後述の脅迫を行っているから犯行への積極的な関与がみとめられ、甲は犯行により逃走するつもりであったから、正犯意思がある。さらに、乙は、甲に対し万引きを「またやったのか。」と尋ね、甲は「こいつをなんとかしてくれ」と乙に対して述べているから、黙示の相互意思連絡もある。それゆえ、甲乙間に事後強盗罪の①共謀が認められる。

(5) ア 窃盗未遂罪に留まる場合も「窃盗」に含まれる。そして、

甲には窃盗未遂罪が成立するから、甲は「窃盗」に当たる。

イ 乙は 2 対 1 という数的に有利な状況で、刃体の長さ約 10 センチメートルのナイフという殺傷能力の高い凶器を示し、「ぶっ殺すぞ。」という生命侵害を示唆する言葉を C に言っている。それゆえ、乙の行為は、客観的に相手方の反抗を抑圧するに足る害悪の告知として「脅迫」に当たる。

ウ 上記「脅迫」は、甲の窃盗未遂と時間的場所的に近接しており、C からの追及可能性が継続している状況で行われたので、窃盗の機会に行われたといえる。

エ したがって、②共謀に基づく実行も認められる。

- (6) 事後強盗罪は財産犯であるから、同罪の既遂・未遂は先行する窃盗の既遂・未遂で決まる。そして、前述の通り、窃盗は未遂であるから、乙に事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する。

（設問３）

- 1 丙はワインボトルをDに投げるといふ暴行により、Dに頭部外傷を負わせ、生理的機能を害したから、D「の身体を傷害した」（204条）といえる。また、少なくとも暴行の故意が認められ、これで足りる（208条反対解釈）。

- 2 丙の故意が阻却されるという説明が考えられる。

- (1) 発生した結果を全く認識していない者に故意責任を認めることは責任主義に反するから、認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが具体的に一致する場合に故意責任が認められる。

丙は、甲にワインボトルをあてようとして、その横にいたDにワインボトルをあてているから、認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが具体的に一致するとはいえず、故意が阻却される。

したがって、丙に傷害罪は成立しない。

- (2) この説明の難点は、丙は甲の近くにいるDの存在を認識しており、「過失」があったこと否定できないから、過失傷害罪（209条1項）の成立可能性があることがあげられる。

- 3 丙に正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却されるという説明が考えられる。

- (1) 甲は殺傷能力の高いナイフの刃先をDの身体の枢要部である胸元に突き出したから、Dの生命・身体に対する侵害が間近に押

し迫っているといえ、「急迫不正の侵害」は認められる。また、「ために」という文言上、防衛の意思が要求しており、丙はDに対する上記侵害を認識しつつ、Dを助けるためにワインボトルを甲に向かって投げたから、防衛の意思も認められる。そして、丙の行為は、丙が取り得る唯一の手段であったから、必要最小限度といえ、「やむを得ずにした行為」といえる。

したがって、甲に正当防衛が成立し、違法性が阻却されるため、傷害罪は成立しない。

- (2) この説明の難点は、Dは「不正の侵害」を受けた者であり正当防衛により保護されるものであるから、Dに対する傷害行為を正当防衛により正当化することはできないという点にある。

4 丙に緊急避難（37条1項本文）が成立し、違法性が阻却されるという説明が考えられる。

- (1) 3と同様の理由で、「現在の危難」と避難の意思がみとめられ、丙の行為は丙が取り得る唯一の手段であったから、「やむを得ずにした行為」といえる。また、避難行為「によって生じた害」は加療約3週間の傷害にすぎず、生命の侵害、重度の傷害という「避けようとした害」の程度を超えていない。したがって、甲に緊急避難が成立し、違法性が阻却されるため、傷害罪は成立しない。

- (2) この説明の難点は、(3)2と同様である。

4 丙は、正当防衛の認識であったから、違法性阻却事由の錯誤により、責任故意が阻却されるという説明が考えられる。

R1 司法試験（刑法）

- (1) 正当防衛の成立要件の認識がある場合には、自己の行為が違法行為として禁じられるとの規範の問題に直面していないため、反対動機の形成可能性がないから、事実の錯誤として責任故意が阻却される。

丙の認識を基準とすると、前述の通り、丙の行為は、甲からの「急迫不正の侵害」に対して、身体の安全というD「の権利を防衛するため」に「やむを得ずにした行為」といえ、正当防衛が成立する。したがって、正当防衛の成立要件の認識認められ、責任故意を阻却されるため、傷害罪は成立しない。

- (2) この説明の難点としては、前述1の通り、過失傷害罪（209条1項）の成立可能性があることがあげられる。