

令和元年司法試験憲法答案骨子

【設問 1】

- 本件では甲がAに対して「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けてAが席を外したすきに本件キャッシュカード等が入った封筒をショルダーバッグ内に隠し入れているところ、この一連の事実を窃盗罪として検討すべきか、詐欺罪として検討すべきかが問題となる。

・窃盗罪と詐欺罪の区別

→窃盗罪は占有者の意思に反して占有を取得する盗取罪であるのに対し、詐欺罪は占有者から瑕疵ある意思に基づいて占有移転を受ける交付罪であり、それぞれの犯罪が成立する場合には同一客体に対するもう一方の犯罪が成立しないところ、欺罔行為によって占有者による占有が消滅したと評価すべき場合には詐欺罪を検討し、そうでない場合には窃盗罪を検討すべきである。この点、刑法上の占有があるといえるためには、事実的支配を有していること、及び、事実的支配を有する意思があることが必要となる。

→事実的支配については、この一連の事実経緯において当該封筒がAの場所的支配領域内であるA方玄関にとどまっていること、Aは同じA方内のそれも玄関近くにある居間に行って戻ってきたに過ぎずAと当該封筒がAによる支配を脱したものと評価できないこと、からAは未だ事実的支配を有しているといえる。

事実的支配を有する意思については、Aは本件キャッシュカード等を封筒に入れるために甲に一時的に渡していたにすぎないこと、Aはすぐに玄関に戻ってくるつもりであったこと、Aは預けていた当該封筒等を最終的に受け取るつもりであったこと、からAは未だ事実的支配を有する意思を有していたといえる。

したがって、本件キャッシュカード等に関しAが占有を維持していたものといえる以上、詐欺罪の成立の余地がなく、窃盗罪を検討すべきである。なお、この場合、甲の上記行為は、Aの錯誤に基づくキャッシュカード等の交付行為に向けられた行為とはいえないため、欺罔行為があったものとはいえず、詐欺未遂罪も成立しない。

●窃盗罪の要件

・他人の財物

→本件キャッシュカード等はAの占有する「他人の」ものであるところ、これらが「財物」といえるか。

窃盗罪は財産犯である以上客体に一定の財産価値がなければならぬとこ

ろ、特定の預金口座に係るキャッシュカードを保有し暗証番号を把握していれば預金を引き出すことができるものであるため、キャッシュカードそれ自体と暗証番号を記載したメモは一体として経済的価値を有するものであり、客観的に財産価値を有するものであると言える。

- ・ 窃取

→占有者の意思に反して財物を自己又は第三者の占有下に移す行為。占有移転については上記のとおり、事実的支配しが移転していること、及び、事実的支配を移転させる意思があることが必要となる。

まず、上記のとおり、Aは当該封筒をショルダーバッグに隠し入れた時点でも依然として当該封筒の占有を保持しているものであるところ、これをそのままA方から持ち去った時点で、Aは客観的に事実的支配を失った。他方で、甲は、Aが当該封筒の占有を失った時点で、自ら保持するショルダーバッグの中に当該封筒を入れて事実的支配を及ぼしており、その事実的支配をする意思を有していたものである以上、当該封筒をAの占有下から自身の占有下に移している。その際、Aはその合理的意思からしてその占有移転を認めていないものと考えられる以上、当該封筒を「窃取」したものであると言える。

- ・ 故意

→客観的構成要件該当事実の意図又は認識・認容

甲は、Aからキャッシュカード及び暗証番号を入手し預金を引き出すべく、本件キャッシュカード等を入れた封筒をショルダーバッグに隠し、持ち去ることを意図していたものである以上、客観的構成要件該当事実の意図を有しており、故意があるといえる。

- ・ 不法領得の意思

→権利者を排除して他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従いこれを利用処分する意思

甲は、本件キャッシュカード等を利用して預金を引きだそうとしていたものであり、それらを自己の所有物としてその経済的用法に従って利用し様としていたものである以上、不法領得の意思も認められる。

※引き出そうとした行為の整理

【設問2】

●乙に事後強盗罪の共同正犯が成立するとの説明

→甲がキャッシュカードを挿入して現金を引き出そうとした行為が窃取行為の

実行の着手と評価され、甲及び乙のCに対する言動が脅迫行為と評価される場合、乙は窃取行為に関与しておらず、脅迫行為から関与した者といえる。このように窃取行為に関与しておらず、脅迫行為から関与した者について事後強盗罪の共同正犯を認めるべきかが問題となる。

この点、事後強盗罪は、「窃盗」を真正身分とする身分犯であって、暴行脅迫行為を実行行為とする犯罪であると考えれば、窃取行為に関与していない者については真正身分を有していない者に共同正犯を認めてよいかとの議論に帰着することになる。この点、身分犯における共同正犯の成立は刑法65条にしたがって考えるものであるところ、刑法65条は、1項において真正身分犯の成立と科刑を定めており、2項において不真正身分犯の成立と科刑を定めるものであると解釈する立場がある。この立場に従えば、事後強盗罪は上記のとおり「窃盗」を真正身分とする真正身分犯である以上、窃取行為に関与していない者については刑法65条1項に従って事後強盗罪の共同正犯が成立する。

以上のように考えれば、本件において、窃取行為に関与しておらず、脅迫行為から関与した乙に事後強盗罪の共同正犯が成立する。

●乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの説明

→上記の説明に対して、事後強盗罪について、窃取行為とその後の暴行・脅迫行為を結合した実行行為とする結合犯だと考える立場がある。この立場に従えば、窃取行為に関与しておらず、脅迫行為から関与した者は、実行の着手があった後実行行為の途中から関与した者と言えるところ、このような実行行為の途中から関与した者にそれまでに行われた実行行為の責任まで負わせるのか、すなわち承継的共同正犯を認めるのかとの議論に帰着する。この点、承継的共同正犯を認めない立場に立つ場合、または承継的共同正犯を先行者の生じさせた犯行を容易にする状態を積極的に利用した場合にのみ共同正犯を認める立場において乙による甲の行為の積極的な利用が認められないと評価した場合には、本件において、脅迫行為から関与した乙に事後強盗罪の共同正犯が成立しない。

ただし、以上のように解したとしても、乙は、脅迫行為から関与している以上、脅迫罪の限度で共同正犯が成立することになる。

●自説

→以上のとおり、本件では、窃取行為に関与しておらず、脅迫行為から関与した者につき事後強盗罪の共同正犯を認めるべきか否かが論点となっており、事後強盗罪の犯罪の性質及びそれとの関連で共犯と身分の処理、承継的共同

正犯の成否が問題となっている。

この点、事後強盗罪の犯罪の性質については、結合犯だと解した場合、窃盗の着手があった時点で（すなわち暴行脅迫という要素がない段階で）事後強盗罪の未遂が成立することとなり妥当ではなく、不真正身分犯だと解した場合、事後強盗罪は暴行罪脅迫罪の加重身分としての犯罪と整理されることとなり、財産犯であることと矛盾する。したがって、事後強盗罪の犯罪の性質については、窃盗を真正身分とする真正身分犯と解すべきである。

また、共犯と身分に関しては、文理上、1項において真正身分犯の成立と科刑を定めており、2項において不真正身分犯の成立と科刑を定めるものであると解するのが自然であるし、1項を身分犯の成立、2項を不真正身分犯の科刑を定めたものと理解するのは成立する犯罪と科刑が分離することになり好ましくないことから、1項において真正身分犯の成立と科刑を定めており、2項において不真正身分犯の成立と科刑を定めるものと解すべきである。

→事後強盗罪の共同正犯の構成要件は「窃盗」、共謀に基づく「脅迫」、「窃盗の機会」、逮捕を免れる目的、「故意」

→「窃盗」は窃盗の未遂犯も含まれるところ、窃盗の実行行為とは窃盗の構成要件的结果である占有移転を惹起させる現実的危険性を有する行為であり、その危険性の判断においては、行為時に存在した事情のうち、一般人が認識し得た事情と行為者が特に認識した事情を考慮する。

本件では甲がキャッシュカードを挿入し正しい暗証番号を入れ現金を引き出そうとしているところ、口座が凍結されていたことから現金を引きだせなかったものである。この点、一般人においてはキャッシュカード等を盗んだ翌日に口座凍結されていることは認識し難いものであったと考えられ、行為者である甲としてもそれを認識できていなかったものである以上、口座凍結の事情を考慮することができない。ここで、口座凍結の事情がなければ甲は現金を引き出すことができ、現金の占有移転をすることができたものである以上、上記行為によって現金の占有移転を惹起させる行為、すなわち窃盗の実行行為が行われ、甲は「窃盗」に当たる。

→共同正犯の成立のためには、相互利用補充説から、共謀に基づいて、実行行為が行われることが必要。なお、本件の実行行為たる「脅迫」については犯行を抑圧するに足る程度の害悪の告知である必要がある。

本件では乙は刃渡り10センチ程度の殺傷性の高いナイフを示しつつ殺すぞという生命侵害の予告を行っており、犯行を抑圧するに足る程度に生命侵害という害悪が告知されている。この点、乙は、甲の「こいつを何とかしてやれ」との発言に従い上記行為を行っていることからすれば甲の当該発言を

Cの犯行を抑圧しろとの指示と理解しており、また、甲も乙がCの犯行を抑圧することを期待して上記発言を行っていることからすれば、甲及び乙は乙がCの犯行を抑圧することを相互に認識認容、すなわち共謀しており、当該共謀によって乙は上記行為を行っているといえる。

→加えて、乙の上記行為は、甲の上記窃盗未遂が行われたコンビニ内において当該窃盗未遂直後に行われ、時間的にも場所的にも窃盗に接着して行われているから、窃盗の機会に行われたものと言える。

→また、乙の上記行為は、甲に関し実際に行われていない万引きに関する逮捕を免れさせる目的でなされているが、窃盗に関する逮捕を免れさせる目的に変わりないため、この要件も満たす。

→また乙は、甲に関し実際に行われていない万引きに関する逮捕を免れさせる目的で上記行為を行っており、甲の「窃盗」の内容に関する認識について錯誤があるが、およそ甲が「窃盗」であることの認識があるため、法定符号説から故意が認められる。

【設問3】

●丙の行為について成立し得る犯罪

・傷害罪

→丙はボトルワインをDの間近にいる甲に向かって投げつける行為を行っているところ、その行為はDへボトルワインが直撃し、Dに何らかの生理的機能の障害を生じさせる現実的危険性を有する行為であって、実際に、当該行為によってDに対して生理的機能の障害（「傷害」）たる加療約3週間を要する頭部裂傷を生じさせている。

この点、丙は、甲の動きを止めるべく、甲にボトルワインを直撃させ何らかの生理的機能の障害を生じさせることを意図又は認識認容して、上記行為を行っている。この点、客体について錯誤が生じているところ、法定的符合説を取れば構成要件的故意も認められる。

この点、丙の行為について、違法性阻却事由がなく、責任故意が認められれば傷害罪が成立し得る。

・過失傷害罪

→丙は、上記のとおり、ボトルワインをDの間近にいる甲に向かって投げつける行為によってDに「傷害」結果を生じさせているところ、当該行為につき丙の過失が認められれば、違法性阻却事由がなく、責任過失が認められれば過失傷害罪が成立する。

●まず、丙は客体の錯誤に陥っていることから、丙に構成要件的故意が認めら

れないという説明が考えられる。

→この点、法定的符合説を取ったとしても、救助相手と故意の対象たる人は構成要件的同価値性が否定されるため、構成要件の故意が否定されると考える立場によれば、傷害罪は不成立となるが、そもそもこのような考え方は法定的符合説の基本的な考え方と合致しないし、そもそも過失傷害罪の成立を否定できない点で難点がある。

●次に、丙はDを甲からのナイフ刺突の危険性を除去ために上記行為を行っており、正当防衛が成立し、その行為につき違法性阻却事由が認められるという説明が考えられる。

→甲はナイフを突きつけながら「金を出せ」「本当に刺すぞ」と言っており甲のナイフ刺突によるDの生命侵害の危険が差し迫っており（「急迫不正の侵害」）、丙はそれを認識しつつこれを避けようとして（「他人の権利」を防衛するため）上記行為を行っており、丙において上記行為は甲による生命侵害の危険を止めるための唯一の手段であったことからやむを得ずにした行為であると説明すれば、正当防衛が成立する。

しかし、正当防衛による違法性阻却は、侵害者に向けられた防衛行為であることによって発生した法益侵害が社会的倫理規範に違反したものであることになり、違法性が認められないものとされるものであるから、侵害者に向けられた防衛行為でなければ正当防衛が成立しない。

したがって、上記のように考えれば、本件でも、丙の行為は侵害者に向けられた防衛行為とはいえない以上、正当防衛が認められず、その点で難点がある。

●また、丙はDを甲からのナイフ刺突の危険性を除去ために上記行為を行っており、緊急避難が成立し、その行為につき違法性阻却事由が認められるという説明が考えられる。

→上記のとおり、甲のDに対する現在の危険が差し迫っており（「現在の危険」）、丙は当該危険を避けるために上記行為を行っており（避難の意思）、上記行為は甲による危険を避けるための唯一の手段であり、生じさせた法益侵害は傷害であって、避けようとした法益侵害である生命侵害の程度を超えていないため、法益権衡の要件も満たすと説明すれば、緊急避難が成立する。

しかし、緊急避難による違法性阻却は、緊急避難行為によって危険を生じさせた者の法益が侵害されることによって救助対象の法益が保全されるという点において、当該行為が社会的倫理規範に違反したものであることになり

り、違法性が認められないものとされるものであるから、危難を生じさせた者の法益侵害によって救助対象の法益が保全される場合でなければ緊急避難が成立しない。

したがって、上記のように考えれば、本件でも、丙の行為は危難を生じさせた者の法益侵害によって救助対象の法益が保全した行為とはいえない以上、緊急避難が認められず、その点で難点がある。

- さらに、丙は、Dを甲からの急迫不正の侵害から防衛するという正当防衛の認識によって上記行為を行っており、誤想過剰防衛として責任故意が阻却されると説明することが考えられる。

→本件において、丙は、甲によるDへの生命侵害の危険が差し迫っているという急迫不正の侵害に対して、Dを防衛するためにやむを得ない手段として上記行為を行ったところ、誤ってDにボトルが当たりDに法益侵害を生じさせたという事実経過について、その意図・事実認識において齟齬はない。そのため、丙には事実の錯誤はなく、あるとすれば法律の錯誤があるに過ぎないものと捉えることができる。

この点、法律の錯誤については、刑法上法律の不知によっては故意の存在は否定されないとされているため（38条3項）、責任故意が肯定されるものである以上、誤想過剰防衛として責任故意は阻却されない。

したがって、上記のように考えれば、丙の上記行為については誤想過剰防衛として責任故意は阻却されず、また仮に上記見解とは異なり責任故意が否定されたとしても、過失傷害が成立し得る点で難点がある。

- 丙は、緊急状況において他にとり得る手段がなく上記行為を行ったものであって、適法行為をなしうる期待可能性がなく責任故意及び責任過失が否定されると説明することが考えられる。

→この点、期待可能性の欠如による責任故意及び責任過失の否定については、明文規定がなく、超法規的責任阻却事由として説明されるものであるところ、それ故、その判断基準が明確でなく、その基準によっては広く犯罪成立が否定される可能性があり適正な刑罰を科すことができなくなる可能性があり妥当ではないため、そのような期待可能性の欠如による責任故意及び責任過失の否定を認めるべきではない。

したがって、上記のように考えれば、丙の上記行為については期待可能性の欠如による責任故意及び責任過失の否定が認められないという点で難点がある。