

令和1年

1 【第1問】(配点:100)

2 以下の【事例1】から【事例3】までを読んで、後記【設問1】から【設問3】までについて、  
3 答えなさい。

4

5 【事例1】

6 甲(男性,25歳)は,他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上,その口座内の預  
7 金を無断で引き出して現金を得ようと考え,某日,金融庁職員に成りすまして,見ず知らずのA(女  
8 性,80歳)方に電話をかけ,応対したAに対し,「あなたの預金口座が不正引き出しの被害に遭っ  
9 ています。うちの職員がお宅に行くのでキャッシュカードを確認させてください。」と告げ,Aの住  
10 所及びA名義の預金口座の開設先を聞き出した。

11 同日,甲は,キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒(以下「ダミー封  
12 筒」という。)と,それと同種の空の封筒をあらかじめ用意してA方を訪問し,その玄関先で,Aに  
13 対し,「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。後日,お預かりす  
14 る可能性があるため,念のため,暗証番号を書いたメモも同封してください。」と言った。Aは,そ  
15 れを信用し,B銀行に開設されたA名義の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  
16 を記載したメモ紙(以下「本件キャッシュカード等」という。)を甲に手渡し,甲は,本件キャッシ  
17 ュカード等をAが見ている前で空の封筒内に入れた。その際,甲は,Aに対し,「この封筒に封印を  
18 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  
19 る際に,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,本件キャッシュカード等  
20 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。Aが印鑑を持って玄関先に戻っ  
21 て来ると,甲は,ダミー封筒をAに示し,その口を閉じて封印をさせた上でAに手渡し,「後日,こ  
22 ちらから連絡があるまで絶対に開封せずに保管しておいてください。」と言い残して,本件キャッシ  
23 ュカード等が入った封筒をそのままA方から持ち去った。

24 その数時間後,甲の一連の行動を不審に感じたAが前記事情を警察に相談したことから,甲の犯  
25 行が発覚し,警察から要請を受けたB銀行は,同日中に前記口座を凍結(取引停止措置)すること  
26 に応じた。

27 翌日,甲は,自宅近くのコンビニエンスストアに行き,同店内に設置されていた現金自動預払機  
28 (以下「ATM」という。)に前記キャッシュカードを挿入して現金を引き出そうとしたが,既に前  
29 記口座が凍結されていたため,引き出しができなかった。

30

31 【設問1】 【事例1】における甲のAに対する罪責について,論じなさい(住居侵入罪及び特別  
32 法違反の点は除く。)

33

34 【事例2】(【事例1】の事実が続いて,以下の事実があったものとする。)

35 甲は,現金の引き出しができなかったため,ATMの前で携帯電話を使ってA方に電話をかけて  
36 Aと会話していた。同店内において,そのやり取りを聞いていた店員C(男性,20歳)は,不審  
37 に思い,電話を切ってそそくさと立ち去ろうとする甲に対し,甲が肩から掛けていたショルダーバ  
38 ッグを手でつかんで声をかけた。甲は,不正に現金を引き出そうとしたことで警察に突き出される  
39 のではないかと思い,Cによる逮捕を免れるため,Cに対し,「引っ込んでろ。その手を離せ。」と  
40 言ったが,Cは,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  
41 いた。

42 その頃,同店に買物に来た乙(男性,25歳)は,一緒に万引きをしたことのあった友人甲が店  
43 員のCともめている様子を見て,甲が同店の商品をショルダーバッグ内に盗み入れてCからとがめ  
44 られているのだろうと思い,甲に対し,「またやったのか。」と尋ねた。甲は,自分が万引きをした

45 と乙が勘違いしていることに気付きつつ、自分がこの場から逃げるために乙がCの反抗を抑圧して  
46 くれることを期待して、乙に対し、うなずき返して、「こいつをなんとかしてくれ。」と言った。乙  
47 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してやるため、Cに向かってナイフ(刃  
48 体の長さ約10センチメートル)を示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言い、それによってCが  
49 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、同店から立ち去った。

50

51 **【設問2】** **【事例1】**において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ことを  
52 前提として、**【事例2】**における乙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

53 なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自らの見解(①及び②で記載した立  
54 場に限られない)を根拠とともに示すこと。

55 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は、どのような説明が考えられるか。

56 ② 乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

57

58 **【事例3】**(**【事例1】**の事実が続けて、**【事例2】**の事実ではなく、以下の事実があったものとする。)

59 甲は、現金の引き出しができなかったため、同店の売上金を奪おうと考え、同店内において、  
60 レジカウンター内に一人でいた同店経営者D(男性、50歳)に対し、レジカウンターを挟んで  
61 向かい合った状態で、ナイフ(刃体の長さ約10センチメートル)をちらつかせながら、「金を出  
62 せ。」と言って、レジ内の現金を出すよう要求した。それに対し、Dが「それはできない。」と言  
63 って甲の要求に応じずにいたところ、甲は、「本当に刺すぞ。」と怒鳴り、レジカウンターに身を  
64 乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したが、それでも、Dは甲の要求に応じる素振りさ  
65 え見せなかった。

66 同店に客として来ておりそのやり取りを目撃していた丙(女性、30歳)は、Dを助けるため、  
67 間近に陳列されていたボトルワインを手に取り、甲に向かってカ一杯投げ付けた。ところが、狙  
68 いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dは、加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負  
69 った。なお、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。

70

71 **【設問3】** **【事例3】**において、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするには、  
72 どのような理論上の説明が考えられるか、各々の説明の難点はどこかについて、論じなさい。

[解説]

第1. 採点方針

本問では、具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成、丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明やその難点を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実法規範を適用する能力、論点を対立する複数の立場から検討する能力、結論の妥当性やその結論に至るまでの法的思考過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。(採点実感)

いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。(採点実感)

第2. 設問1

本問は、設問1で、甲が、Aから受け取ったA名義の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(以下「本件キャッシュカード等」という。)在中の封筒を、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒(以下「ダミー封筒」という。)にすり替えて取得した行為について、窃盗罪若しくは詐欺罪の成否を検討させ…るものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。(出題の趣旨)

1. 窃盗罪と詐欺罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる場面を的確に指摘した上で、「欺く」や「窃取する」について正確な意義を示しながら、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるのかを丁寧に論じる

設問1では、事例1における甲の罪責について、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるどころ、それが問題となるのが、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。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で、本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち、上記場面において、本件キャッシュカード等の占有の移転があったと認められるか、それとも占有の弛緩があったにすぎないかについて、Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や、同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位

置関係、本件キャッシュカード等在中の封筒の大きさ、更にその時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要があった。そのため、処分行為の有無が上記場面において問題となることを的確に指摘し、本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答えは高い評価を受けた。

上記検討を踏まえ、甲の罪責、つまり、窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが、その中で、「窃取する」や「欺く」といった実行行為については、正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるかを丁寧に論じることが求められていた。(採点実感)

## 2. 詐欺罪

### (1) 処分行為の有無

- ・本問では、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる。具体的には、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。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面が問題となることを的確に指摘した上で、処分行為の意義を示し、本事案における当てはめを行う必要がある。(出題の趣旨)
- ・欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申し向けたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答えが少なからずあった。かかる答案の相当数が、欺罔行為(実行行為)を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立としていた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。(採点実感)

詐欺罪の成立には、被欺罔者による財産(財物・財産上の利益)の処分行為、すなわち、被欺罔者による財物・財産上の利益を相手方に移転させる行為が必要である。処分行為には、詐欺罪と窃盗罪の区別機能(財産上の利益が客体である場合には、2項詐欺罪と不可罰な利益窃盗との区別機能)と、利益移転を確認するための因果的契機(錯誤と損害の因果関係)としての機能がある。

#### ア. 処分行為の客観面

本事案において、処分行為の客観面として、Aが印鑑を取りに行くに当たり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の場所的支配領域内であると認められる上、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることなどの事情を踏まえ、甲に対する本件キャッシュカード等の占有の移転があると認められるか、それとも占有の弛緩にすぎないかを検討することになる。(出題の趣旨)

処分行為は、被欺罔者の錯誤に基づくものであることに加え、それ自体が直接に占有を移転させるものである必要がある。占有状態を不安定

総まくり 258 頁 [論点 1]、論証集

140 頁 [論点 1]

高橋各論 322 頁

高橋各論 323 頁

にするとどまる行為、すなわち占有を弛緩させるにとどまる行為は、占有移転のために別途行為が必要となるから、処分行為とはえない。

甲は、A 方の玄関先で、A から本件キャッシュカード等を手渡され、これを A が見ている前で空き封筒内に入れ、その際、A に対して「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください」と申し向け、A に玄関近くの居間に印鑑を取りに行かせている。A 方の玄関先が A の場所的支配領域内であること、A が印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることからすれば、キャッシュカード等在中の封筒がその大きさや形状からして折り畳むなどして容易にショルダーバッグ内に隠匿できるものであることを踏まえても、甲の上記行為によりキャッシュカード等の占有が A から甲へと終局的に移転したとはいえない（処分行為の客観面を欠く）。

#### イ. 処分行為の主観面

また、処分行為の主観面（処分意思）について見ると、A としては、飽くまで、玄関近くの居間に印鑑を取りに行き、すぐに玄関に戻ってくるつもりであった上、本件キャッシュカード等が入った封筒については、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりであったことなどの事情を踏まえ、処分意思（占有の終局的移転についての認識）の有無を検討することになる。（出題の趣旨）

被欺罔者が欺罔者による持ち去りを認容しているような不作為による処分行為であってもよいと解されているため、行為の客観面だけで処分行為の存否を判断することは困難であるから、被欺罔者の認識という主観面によって、処分行為の存否が決定される。このように、処分行為が認められるためには、被欺罔者の処分意思が必要であり、具体的には、被欺罔者の意思に基づく占有の終局的移転が必要である。

甲は、金融庁職員に成りすまし、A に対し、「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてください。後日、お預かりする可能性があるので」と告げている。そのため、A は、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりだったといえるから、A 方内で保管すべき証拠品をまとめるために一時的に本件キャッシュカード等を甲に手渡す認識しかなかったといえる。しかも、A は、印鑑を取りに居間に行っただけであるから、すぐに居間から玄関先に戻ってくるつもりであった。このことに、A 方玄関先の A による支配領域性や玄関先から居間までの距離について A が認識していることも考慮すれば、甲に本件キャッシュカード等を手渡した上で、居間に印鑑を取りに行った A としては、自身の行為により本件キャッシュカード等に対する占有を弛緩する認識を有するにとどまり、その占有を終局的に甲に移転する認識までは有しないと考えられる（処分行為の主観面を欠く）。

#### (2) 客観的構成要件要素

本事案で、A による処分行為があると認めた場合には、詐欺罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「財物」、「欺

高橋各論 322～323 頁

罔行為」、「処分行為」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。(出題の趣旨)

#### ア. 財物 (客体)

本事例は、キャッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、それらの財物性には触れず、キャッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における客体の捉え方が適切とは言えない答案もあった。(採点実感)

#### イ. 欺罔行為・処分行為

「欺罔行為」については、処分行為との関係性を踏まえた正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があるところ、前記のとおり、本事案における処分行為に向けられた欺罔行為としては、甲が、本件キャッシュカード等を所持した状態で、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせた行為と捉えるべきであり、その点を踏まえた当てはめをする必要がある。(出題の趣旨)

### (3) 主観的構成要件要素

- ・主観的構成要件要素のうち、故意については、甲が、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせ、それによりAをして本件キャッシュカード等の占有を甲の支配下に移させていることについての認識、認容があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。(出題の趣旨)
- ・故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案が多く、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。(採点実感)

### 3. 窃盗罪

Aの処分行為がない(そもそも処分行為に向けられた欺罔行為がないということになる。)と認めた場合には、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「他人の財物」、「窃取」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。(出題の趣旨)

#### (1) 「他人の財物」

「他人の財物」については、特に、キャッシュカード及び暗証番号を記載したメモ紙の財物性について、客観的な経済的価値などを踏まえ検討する必要がある。(出題の趣旨)

#### (2) 「窃取」

「窃取」については、意義を示した上で、実行行為や既遂時期について具体的に論じる必要がある。(出題の趣旨)

甲はA方というAの場所的支配領域内から離脱しており、本件キャッシュカード等在中の封筒がその大きさ・重さ・形状からしてショルダーバッグ内に隠匿するなどして持ち運ぶことが容易であることも考慮すると、甲はA方から出た時点で、本件キャッシュカード等に対するAの占有を排除して、それを自己の事実的支配下に移したといえる。そして、Aには占有を終局的に移転する認識がないのだから、甲による占有移転はAの意思に反する。したがって、甲がA方から出た時点で「窃取」が認められる。

### (3) 主観的構成要件要素

主観的構成要件要素として、窃盗罪の故意及び不法領得の意思について検討する必要があるところ、甲が、Aが不在の際に自ら本件キャッシュカード等をダミー封筒とすり替えて自己のショルダーバッグ内に隠し入れていることや、元々の計画として、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手し、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え本件行為に及んでいることなどから、故意及び不法領得の意思があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。(出題の趣旨)

### 4. 甲が本件キャッシュカードを使用してATMから現金を引き出そうとした行為についての窃盗未遂罪の成否

- ・甲が本件キャッシュカードを使用してATMから現金を引き出そうとした行為は、ATMを管理する金融機関の占有を侵害するものであり、Aに対する罪責とはならないことから、この点は論ずるべきではない。(出題の趣旨)
- ・問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出そうとした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あった。同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。(採点実感)

### 第3. 設問2

- ・本問は、…設問2で、乙が、甲が窃盗を行ったと認識しながら、店員Cに財物を取り戻されることを防ぐため、甲との間でCの反抗を抑圧することを共謀した上、Cに対してナイフを示して脅した行為について、事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の各理論構成を検討させた上、自説の立場を示させ…るものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。(出題の趣旨)
- ・本問では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、根拠とともに自説を論じる必要があるが、この点、事後強盗罪の構造を身分犯と解するか、結合犯と解するかが関わることになる。(出題の趣旨)

#### 1. 試験対策としておさえておくべき学説対立

事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説が対立しており、身分犯説の内部では真正身分犯説と不真正身分犯説が対立している。

65条1項・2項の関係について、判例は、同条1項は真正身分犯の成立・科刑における身分の連帯的作用を定めており、同条2項は不真正身分犯の成立・科刑における身分の個別的作用を定めていると解している。そうすると、窃盗犯との共謀により238条所定の目的に基づく暴行・脅迫だけを行った後行者については、真正身分犯説からは、同条1項の適用により、事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。これに対し、不真正身分犯説からは、同条2項の適用により、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

結合犯に立つ場合、暴行・脅迫のみならず窃盗行為も事後強盗罪の実行行為を構成することになるため、後行者は本罪の実行行為の途中から関与したことになるから、後行者についての共同正犯の成立範囲は、承継的共同正犯の成否により画されることになる。承継的共同正犯全面肯定説からは、事後強盗罪の共同正犯が成立する。承継的共同正犯全面否定説からは、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。中間説からは、いずれの帰結もあり得る。

#### 2. ①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場

##### (1) 真正身分犯説からの説明

a. 事後強盗罪を窃盗犯人であることを身分とする真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、第2項は不真正身分犯について身分の個別作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

ア. まず、事後強盗罪の実行の着手(43条本文)が暴行・脅迫の開始時に求められることからすれば、本罪の実行行為は暴行・脅迫のみであり、「窃盗

総まくり 164 頁 [論点 8]、論証集

89 頁 [論点 8]

基本刑法II 200 頁



が」は本罪の実行行為の主体たる身分を意味していると解することができる（身分犯説）。

イ. 次に、窃盗犯人という身分のない者が暴行・脅迫を行っても暴行罪・脅迫罪しか成立しないのに、窃盗犯人という身分を有する者が暴行・脅迫を行うと事後強盗罪という重い犯罪が成立することに着目し、事後強盗罪について「窃盗」を加減的身分とする暴行罪・脅迫罪の加重類型であると解する見解もある（不真正身分犯説）。

基本刑法Ⅱ200～201頁

しかし、身体の安全を保護法益とする暴行罪・意思決定の自由を保護法益とする脅迫罪と財産犯である事後強盗罪の間に基本類型・加重類型という関係を認めることは困難である。

そこで、事後強盗罪は、「窃盗」を構成的身分とする真正身分犯であると解すべきである（真正身分犯説）。

ウ. そして、65条1項は真正身分犯の成立と科刑における身分の連帯的作用を定め、同条2項は不真正身分犯の成立と科刑における身分の個別的作用を規定したものであると解される。これが、各項の文理に忠実な解釈である。

最判 S31.5.24、基本刑法Ⅰ355頁

エ. さらに、非身分者も身分者の行為に加功することで身分犯の保護法益の侵害を実現することができるから、65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれると解する。

大判 M44.10.9、基本刑法Ⅰ355頁

オ. そうすると、構成的身分である「窃盗」が先行者・後行者間で連帯することにより（65条1項）、「窃盗」という身分を有しない後行者にも事後強盗罪の共同正犯の成立が認められる。

## （2）不真正身分犯説からの説明

b.事後強盗罪を不真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共犯の成立を、第2項は不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する（第2項により科刑は脅迫罪）との説明…が考えられる。（出題の趣旨）

事後強盗罪に関する身分犯説には、前記（1）の通り、不真正身分犯説もある。

基本刑法Ⅰ356頁、高橋総論490頁

そして、65条1項・2項の関係については、判例と異なり、65条1項は真正身分犯・不真正身分犯の双方における共犯の成立を定め、同条2項は特に不真正身分の科刑の個別的作用を定めたものであると解する見解もある。

この2つの見解を前提にすると、「窃盗」という不真正身分を欠く後行者には、65条1項の適用により事後強盗罪の共同正犯が成立し、同条2項の適用により暴行罪又は脅迫罪の刑が科されるという帰結になる。

65条1項・2項の関係についての（2）の見解に対しては、犯罪の成立（罪名）と科刑が分離する点で妥当でないとの批判がある。

## （3）結合犯説＋承継的共同正犯全面肯定説

c.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に肯定することにより、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明…等が考えられ

る。(出題の趣旨)

ア. 本罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産であるから、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきではない。

ローブラ 272 頁

また、本罪の未遂・既遂が窃盗の既遂・未遂を基準として決せられることからしても、本罪の財産犯性を基礎づけている窃盗も同罪の実行行為の一部であると解すべきである。

基本刑法Ⅱ 201 頁

さらに、窃盗行為は事後に暴行・脅迫が行われることにより結果的に本罪の実行行為になると理解すれば、すべての窃盗行為が本罪の実行行為になってしまうという問題にも対処できる。

ローブラ 272 頁

そこで、事後強盗罪は窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であると解する(結合犯説)。

イ. そうすると、窃盗後に共同加功した後行者(非窃盗犯人)は事後強盗罪の実行行為の途中から関与したことになるから、同人に本罪の共同正犯が成立するためには承継的共同正犯の成立が認められる必要がある。

高橋総論 461 頁、新判例 115 頁

そして、同一の犯罪についてのみ共同正犯の成立を認める完全犯罪共同説の立場からは、後行者には先行者がすでにした行為をも含めてその犯罪全体についての共同正犯が成立すると解される(全面肯定説)。

佐伯 380 頁・386 頁

結合犯説と承継的共同正犯全面肯定説を前提にすると、後行者には事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。

ウ. なお、承継的共同正犯については、全面肯定説・全面否定説のほか、中間説がある。中間説のうち、後行者が、先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない)の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解からも、事後強盗罪の共同正犯の成立が認められる余地がある。もっとも、本事例では、甲の窃盗は未遂にとどまっているため、先行者(甲)の行為を自己(乙)の犯罪遂行の手段として積極的に利用したとはいえないと考えて、事後強盗罪の共同正犯の成立を否定することも可能である。

令和1年出題趣旨(解説9頁・3(3))

イ)

### 3. ②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からの説明

#### (1) 不真正身分犯説からの説明

d.事後強盗罪を窃盗犯人であることを加重身分とする不真正身分犯と捉え、刑法第65条の解釈について、前記aと同様に解し、第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

事後強盗罪の構造について不真正身分説に立ち、かつ、65条1項・2項の関係については前記2(1)ウで紹介した判例の見解に立つと、「窃盗」という不真正身分を有しない後行者には、同条2項の適用により、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立することとまる。

#### (2) 65条1項2項について違法身分と責任身分により区別する見解からの説明

e.事後強盗罪について、窃盗犯人が財物の取り戻しを防ぐ目的の場合には違法身分として刑法第65条第1項を適用し、それ以外の刑法第238条所定の目的の場合には、責任身分として同条第2項を適用するとの考え

に立った上、本件では、乙の主観面は財物の取り戻し目的であるものの、客観的には甲による窃盗は未遂であり、違法身分の前提を欠いているため、刑法第65条第1項の適用がなく、同条第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

65条1項・2項の関係については、判例・通説のように真正身分犯か不真正身分犯かといった形式的な区別によって非身分者の取り扱いを異にすることには合理性がないとして、65条1項は犯罪の成立と科刑における違法身分の連帯的作用を定め、同条2項は犯罪の成立と科刑における責任身分の個別的作用を規定したものであると解する見解もある。違法身分とは、違法性とりわけ法益侵害に関係する身分であり、責任身分とは、責任すなわち非難可能性の有無・程度に関係する身分である。

この見解を前提として、事後強盗罪については、窃盗犯人が財物の取り戻しを防ぐ目的の場合には違法身分として65条1項が適用され、それ以外の238条所定の目的の場合には責任身分として65条2項が適用されると考えると、本事例では、乙の主観面は財物の取り戻し目的であるものの、客観的には甲による窃盗は未遂であり、違法身分の前提を欠いているため、65条1項の適用はなく、65条2項の適用により、脅迫罪の共同正犯が成立することになる。

基本刑法1363頁

### (3) 結合犯説からの説明

#### ア. 承継的共同正犯全面否定説

f.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に否定することにより、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

(ア) 結合犯説からは、暴行・脅迫のみならず窃盗行為も事後強盗罪の実行行為を構成することになるため、後行者は本罪の実行行為の途中から関与したことになるから、後行者についての共同正犯の成立範囲は、承継的共同正犯の成否により画されることになる。

(イ) 承継的共同正犯については、完全犯罪共同説の立場から、全面肯定説を採用する考えもある。

しかし、構成要件が重なり合う限度で共同正犯の成立を認める部分的犯罪共同説からは、共同正犯者間で罪名を完全に一致させるという制約がないから、承継的共同正犯の肯否は共同正犯の処罰根拠から考えればよい。

そして、共同正犯の処罰根拠を因果性に求める因果共犯論からは、因果関係が加功前(過去)に遡ることはあり得ない以上、全面肯定説は採り得ない。

因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、これが認められるためには構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であるから、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある(全面否定説)。

高橋総論 461頁、新判例 115頁、

佐伯 380頁・386頁

佐伯 386頁、新判例 115頁

新判例 107頁

山口総論 350頁、佐伯 386～387頁

承継的共同正犯全面否定説からは、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯の成立が認められるにとどまる。

#### イ. 承継的共同正犯の中間説

g.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯について、後行者が先行者の行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合において、その範囲で、後行者も先行者が行ったことを承継するなどの考えに立って、本事案では、甲の窃盗は未遂にとどまっており、先行者（甲）の行為を自己（乙）の犯罪手段として積極的に利用したとはいえないなどと考え、乙は甲の行為等を承継せず、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明等が考えられる。（出題の趣旨）

承継的共同正犯の中間説には、2つの見解がある。

一つ目は、後行者が、先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない）の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解である。この見解からは、後行者の共謀加功前に先行者の窃盗が既遂に達している事例であれば、事後強盗罪の共同正犯の成立余地があるが、先行者（甲）の窃盗が未遂にとどまっている本事例では、後行者（乙）が先行者（甲）の行為を自己（乙）の犯罪遂行の手段として積極的に利用したとはいえないから、承継的共同正犯の成立は認められず、脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

大阪高判 S62.7.10

二つ目は、共同正犯の処罰根拠である因果性を構成要件の結果に対する因果性と理解した上で、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件の結果に対して因果性を有する限りで承継的共同正犯の成立を認める見解である。そして、結合犯説からは事後強盗罪では窃盗行為と暴行・脅迫が共に法益侵害の内容をなしていると解されるどころ、後行者が共謀及びこれに基づく暴行・脅迫により関与前の先行者による窃盗の法益侵害に対して因果性を及ぼすことはできないから、因果性を基準とする中間説からは、事後強盗罪の承継的共同正犯の成立は認められず、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯の成立が認められるにとどまる。

最決 H24.11.6・百182

## 4. 自説

### (1) 自説の論じ方

- ・設問2では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要があった。したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案、すなわち自説の展開ができていない答案については、出題の趣旨に十分に沿わないとの評価になった。（採点実感）
- ・①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明

が考えられるが、事後強盗罪の構造については、身分犯と解する説（身分犯説）と結合犯と解する説（結合犯説）があり、それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は高い評価であった。他方で、①及び②への言及で両見解に一切触れずに、甲乙間における事後強盗の罪の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによってのみ説明している答案や、両見解の内容を混同して論述していた答案は、低い評価となった。また、自説については、問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから、自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は高い評価であった。（採点実感）

**(2) 自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとする場合**

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとする場合、自説とする前記 a～c 等の見解を採る根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「窃盗」、「窃盗の機会」、「脅迫」を、主観的構成要件要素として故意及び目的を、さらに、甲乙間の共謀を、それぞれ検討する必要がある。「窃盗」については、未遂犯も含むことを端的に指摘する必要がある。また、「脅迫」については、判例において、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものかという客観的基準によって判断されるところ、乙は、店員Cにナイフを示しながら、「ぶっ殺すぞ。」と申し向けており、前記基準による脅迫に該当すると判断されることを具体的に示す必要がある。そして、故意や共謀については、甲による窃盗の内容や、窃盗が既遂か未遂か、刑法第238条の目的の内容について甲乙間で認識の齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある。（出題の趣旨）

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場を採る場合には、甲と乙の間で、窃盗が既遂か未遂かについての認識や、刑法第238条の掲げる「目的」の内容に齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある。かかる検討ができていた答案は高い評価であった。（採点実感）

**(3) 自説として脅迫罪の共同正犯にとどまるとする場合**

自説として脅迫罪の共同正犯にとどまるとする場合、自説とする前記 d～g 等の見解をとる根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「脅迫」を、主観的構成要件要素として故意を、さらに、甲乙間の共謀について、それぞれ検討する必要がある。（出題の趣旨）

## 第4. 設問3

本問は、…設問3で、丙が、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dに傷害を負わせた行為について、Dの傷害結果に関する刑事責任を負わないとする理論上の説明とその難点を検討させるものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。(出題の趣旨)

### 1. 傷害罪の客観的構成要件該当性

- 本問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わない理論上の説明等を求めていることから、まず、丙がDの傷害結果に関してどのような罪を負い得るかを明らかにする必要があるところ、前記丙の行為は、有形力の行使によりDの生理的機能に障害を与えていることから、傷害罪の客観的構成要件に該当する。その上で、傷害罪の刑事責任を負わないとする理論上の説明及びその難点を検討していく必要がある。(出題の趣旨)
- 本設問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明とその難点を検討させるものであり、まずは、丙の行為がどの犯罪の構成要件に該当するかを検討すべきであった。その検討がなされていない答案が少なからず見られたことから、体系的思考への意識を促しておく。(採点実感)

### 2. 方法の錯誤

理論上の説明として、まず、方法の錯誤における処理により丙における故意を否定した上で、更に過失もなかったとする説明が考えられる。

#### (1) 具体的法定符合説

具体的符合説(具体的法定符合説)は、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しない限り、故意を阻却とする見解であり、この見解によれば、方法の錯誤の場合には、認識事実と発生事実とが具体的に一致していないことから、故意は阻却されることになる。本事実において、丙は、甲を狙ってボトルワインを投げ付けたところ、その狙いが外れてDに当たっているため、丙が認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しておらず、同見解によれば故意が阻却されることになる。

そして、ボトルワインを投げ付ける行為が、丙の取り得る唯一の手段であり、行為時における丙の心理状態等を踏まえ、丙に結果回避可能性はなかったなどと考えれば、丙に過失犯(過失傷害罪)も成立しないことになる。また、過失犯について、正当防衛や緊急避難が成立するとの説明も考えられる。もっとも、丙は、甲の間近にDがいることを認識してボトルワインを投げ付け、その結果、ボトルワインがDに直撃しており、丙につき過失犯の成立も否定するのは困難と考えられることから、結局、過失犯の

成立可能性を残す点が難点といえる。(出題の趣旨)

故意責任を問うためには、行為規範の問題が与えられることで反対動機が形成可能であったことが必要である。そして、認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合していれば、同じ構成要件的評価を受ける事実を認識している以上、反対動機を形成可能な行為規範の問題が与えられている。そこで、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する(法定的符合説)。

具体的法定符合説は、認識事実と実現事実との同一構成要件内での符合の有無を判断する際に、法益主体(被害者)の個別性・具体性を重視してこれを抽象的に捉えることを否定することにより、法益主体(被害者)については認識事実と実現事実とが具体的に符合していることを要求する。その結果、例えば、殺人罪や傷害罪といった人身犯においては、認識事実と実現事実が「その人」という具体的なレベルで符合していることが必要となる。したがって、法益主体(被害者)について認識事実と実現事実が具体的に符合しない方法の錯誤では、故意が阻却される。

具体的法定符合説からは、故意が阻却されるとして丙に傷害罪が成立することが否定される。もっとも、過失傷害罪(209条)又は重過失致傷罪(211条後段)の成立可能性が残るといえる難点がある。

## (2) 抽象的法定符合説

法定的符合説(抽象的法定符合説)は、行為者が認識した事実と現に発生した事実について、構成要件に該当する事実の具体性ないし個別性は考慮せずに、一定の構成要件の枠内において符合する限りにおいて故意を肯定する見解であり、この見解によれば、本事案において、丙は、「人」である甲を狙ってボトルワインを投げ付け、それが「人」であるDに直撃していることから、Dに対する故意が肯定されることになると考えられる。もっとも、法定的符合説(抽象的法定符合説)を採りつつ、暴行の故意を向ける相手方と相手方から救助すべき者とは、構成要件的評価の観点から見て法的に人として同価値であるとはいえず、故意の符合を認める根拠に欠けるといえる見解に立てば、本事案では、侵害者甲と被侵害者Dとの構成要件的同価値性が否定されるので、丙には、甲に対する暴行の故意が認められても、Dに対する暴行の故意は認められないと解することも可能と考えられる(大阪高判平成14年9月4日)。

しかしそれでも、過失犯の成立可能性は残るため、その点では、丙が刑事責任を負わないとする理論上の説明としては難ありといえる。また、行為を向けた相手方が行為者にとってどのような意味を持つ人であったかを重視するのは、「人」として構成要件的に同価値である限り行為者の主観的な錯誤には重要性を認めないという法定的符合説(抽象的法定符合説)の基本的な考えとも合致しないことになるとも考えられ、その点を難点として指摘することもできる。(出題の趣旨)

抽象的法定符合説は、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合していれば、行為者には同じ構成要件的評価を受ける事実の認識を通じて

総まくり 43 頁 [論点 3]、論証集 24

頁 [論点 3]

総まくり 44 頁 [論点 4] (論証 2)、

論証集 25 頁 [論点 4] (論証 2)

総まくり 44 頁 [論点 4] (論証 1)、

論証集 25 頁 [論点 4] (論証 1)

反対動機を形成可能な行為規範の問題が与えられていたといえるとの理由から、認識事実と実現事実との同一構成要件内での符合の有無を判断する際に法益主体（被害者）を抽象的に捉えることを肯定する。この見解からは、方法の錯誤の場合でも、認識事実と実現事実が「およそ人」という抽象的なレベルで符合している以上、故意が阻却されないのが原則である。

もっとも、同説が方法の錯誤により故意が阻却されないとする根拠は、認識客体と侵害客体が同じ「人」であり構成要件的に同価値であるとの考えにある。そうすると、正当防衛の根拠を法益欠如に求めるならば、正当防衛行為を行おうとする意思しかない行為者にとって、侵害者とそれ以外の第三者とでは構成要件的に同価値であるとはいえず、認識事実と実現事実の同一構成要件内の符合を認める根拠に欠けるとして、故意が否定されると考えることも可能である。<sup>2)</sup>しかし、この説明には、抽象的法定符合説と具体的法定符合説の境界を曖昧にしかねないという難点がある。<sup>3)</sup>

大阪高判 H14.9.4・百 I 28

### 3. 違法性阻却事由

総まくり 81 頁 [論点 8]・1(3)ア

#### (1) 正当防衛

論証集 43 頁 [論点 8]・1(3)ア

次に、正当防衛により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。本事案において、甲は、Dにナイフをちらつかせながら現金を出すよう要求したものの、Dがそれを拒んだため、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が、それでもDは甲の要求に応じる素振りを見せていない。そのため、甲が要求に応じないDをナイフで刺すという急迫不正の侵害が切迫している状況にあったといえ、ボトルワインを投げ付けた丙の行為は、Dのための防衛行為としてなされたものと考えられる。その上で、丙による防衛行為は、飽くまで甲の侵害に対する防衛行為としてなされており、それが甲との間で正当化される以上、それによって生じた結果も全て正当防衛の範疇に包含され、違法性が阻却されるなどの説明が考えられる。

もっとも、刑法第36条には「不正の侵害に対して」とあり、文言解釈として、侵害に対してのみ防衛行為としての反撃が許されると解すべきと考えれば、防衛行為によって守られるべき者に対する攻撃を正当防衛として正当化することは困難と考えられ、この点が難点といえる。(出題の趣旨)

第三者に対する法益侵害も不正の侵害者に対する防衛行為から生じている以上、正当防衛の問題として捉えるべきだとする見解もある。

<sup>2)</sup> 大阪高裁平成14年判決(大阪高判 H14.9.4・百 I 28)は、①「誤想防衛の一種として」責任故意を阻却するという構成のほか、②構成要件の故意を否定するという構成も示している。②では、抽象的法定符合説が同一構成要件内で認識していなかった客体に対しても故意を認める根拠は、例えば認識していたAと認識していなかったBは同じ「人」であり、構成要件の評価の観点からみて法的に同価値(構成要件の同価値性)であるという考えにあるところ、正当防衛行為を行おうとする意思しかない者にとって、侵害者と侵害者以外の第三者とでは構成要件の評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえないから、認識事実と実現事実の同一構成要件内の符合を認める根拠に欠ける、と解するのである。

<sup>3)</sup> ローブラ 246 頁では、「違法性阻却事由を…消極的構成要件要素…と位置づける見解(消極的構成要件要素の理論)に立たない限り、こうした事情を考慮することは、法定的符合説の前提に反することになる」と批判されている。



しかし、正当防衛における被侵害者の利益の優位性が正対不正という利益衝突状況を根拠とするものであることからすれば、不正な侵害者ではない第三者に対する関係で被侵害者の利益の優位性を認めるべきではない。

したがって、防衛行為の結果が第三者に生じた場合には、第三者に対する関係では「急迫不正の侵害」に「対」してなされた防衛行為は認められず、正当防衛の成立余地はなく、緊急避難の問題として扱われるにとどまる。

## (2) 緊急避難

総まくり 82 頁 [論点 8]・1(3)イ

論証集 44 頁 [論点 8]・1 (3) イ

次に、緊急避難により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。正当防衛の説明における急迫不正の侵害の存在と同様に、Dに対する現在の危険が差し迫っていると考えられ、その上で、他人であるDの生命、身体を守るためにボトルワインを投げた行為によって、Dの正当な利益（身体）を侵害した場合であり、また、防衛の意思は同時に避難の意思をも含むと解し、さらに、同行為は丙が採り得る唯一の手段であったことから、補充性及び相当性の要件も充たし、避難行為から生じた害（加療約3週間の傷害）が避けようとした害（生命の侵害、重度の傷害）の程度を超えていないため、法益権衡の要件も充たすことから、緊急避難が成立し、違法性が阻却されるなどの説明が考えられる。

もっとも、本事案では、丙は、Dの生命、重傷害という危険を避けようとして、Dに傷害を負わせているが、この結果は丙が実現しようとしたものではなく、緊急避難と評価できるかという点が難点といえる。また、危険から逃れさせるべきDに傷害を負わせていることから、避難行為がなされたとは言い難いともいえ、この点も難点といえる。（出題の趣旨）

第三者に危険を転嫁したことによって危険を回避したことを根拠に緊急避難の成立可能性を認める見解が有力である。

もっとも、補充性の原則との関係で、第三者の法益侵害以外に現在の危険を回避する方法がないことが必要とされるところ、第三者の法益侵害以外にも現在の危険を回避する方法が存在する場合も多いように思われる。また、害の均衡も要求される。そうすると、通常は、緊急避難が成立することはないと思われる。

## 4. 責任の阻却

### (1) 誤想防衛

総まくり 82 頁 [論点 8]・1(4)

論証集 44 頁 [論点 8]・1 (4)

丙は、飽くまでも主観的には、甲による急迫不正の侵害からDを防衛するという正当防衛の認識で反撃行為を行っているのであるから、主観的認識（正当防衛）と客観的事実（正当防衛の要件が充足されていない）との間に齟齬があるといえ、かかる状況は誤想防衛と類似することから、誤想防衛の一種に当たり、故意等が阻却されるなどの説明が考えられる。もっとも、本事案で、Dに対する急迫不正の侵害は現に存在している上、誤想に基づいて防衛行為に出たわけではないため、丙の行為を誤想防衛とみるのは困難と考えられる上、具体的符合説（具体的法定符合説）による処理の場合と同様に、過失犯の成立を否定することは困難と考えられ、そうし

た点が難点といえる。(出題の趣旨)

防衛行為の結果が第三者に生じた場合、行為者は正当防衛の認識で行為に及んでいるから、誤想防衛の一種と捉えることができる。そこで、行為者が正当防衛の成立要件を認識している場合には、違法の評価を受ける事実の認識がないために故意非難の可能性(故意非難を向ける主観的事実)を欠くとして、事実の錯誤により責任故意が阻却されると解する。この見解には、過失傷害罪又は重過失致傷罪の成立可能性が残るという難点がある。

なお、違法性の意識の要否については、①厳格故意説(責任故意の要素として、現実の違法性の意識と違法性阻却事由不存在の認識が必要)、②制限故意説(責任故意の要素として、違法性の意識の可能性と違法性阻却事由不存在の認識が必要)、③制限責任説(責任要素として、違法性の意識の可能性と違法性阻却事由不存在の認識が必要)、④厳格責任説(責任要素として、違法性の意識の可能性が必要であるが、違法性阻却事由不存在の認識は不要)がある。誤想防衛を違法性の錯誤として理解した上で、④厳格責任説を採用する場合、行為者が違法性阻却事由の存在を認識していることを理由に故意責任を否定することはできない。

## (2) 期待可能性の欠如

さらに、緊急状況下で丙に期待可能性を認めることが困難であるから、責任が阻却されるとの説明が考えられるが、期待可能性は根拠規定のない超法規的な責任阻却事由である上、その有無の判断基準が明確でないとの難点がある。(出題の趣旨)

阪高判 H14.9.4・百 I 28

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 甲が A に本件キャッシュカード・メモ紙を手渡させた上、玄関先か  
3 ら居間に印鑑を取りに行かせた行為につき、詐欺罪(刑法 246 条 1 項)  
4 が成立しないか。

5 (1)「欺」罔行為は、処分行為に向けられていることを要する。そして、  
6 行為の客観面だけで処分行為の存否を判断することは困難であるか  
7 ら、処分行為が認められるためには、①被欺罔者の行為が財物の占  
8 有を終局的に移転させるものであることに加え、②占有の終局的移  
9 転が被欺罔者の意思に基づくことも必要であると解する。

10 (2) 甲は、A 方の玄関先で、A から本件キャッシュカード等を手渡さ  
11 れ、これを A が見ている前で空き封筒内に入れ、その際、A に対し  
12 て「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください」と申  
13 し向け、A に玄関近くの居間に印鑑を取りに行かせている。

14 確かに、キャッシュカード等在中の封筒がその大きさや形状から  
15 して折り畳むなどして容易にショルダーバッグ内に隠匿できるもの  
16 であることからすれば、A が本件キャッシュカード等を持って甲か  
17 ら離れて玄関から居間に向かったことをもって、本件キャッシュカ  
18 ード等の占有が A から甲に対して終局的に移転したと評価できそう  
19 である。しかし、A 方の玄関先が A の場所的支配領域内であること  
20 と、A が印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることからすれ  
21 ば、A が居間に行っただけでは占有の弛緩が認められるにとどまり、  
22 占有の終局的移転までは認められない。したがって、①を欠き、甲  
23 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。

1 2. では、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒を A 方から持ち去  
2 った行為には、窃盗罪（235 条）が成立しないか。

3 (1) 「財物」には財産的価値を要する。キャッシュカード・暗証番号が  
4 記載されたメモ紙は、これらを利用して預金の払戻しを受けられる  
5 といった財産的価値を有するから、「財物」たり得る。

6 (2) これらは、A が所有・占有する有体物でもあるから、「他人の財物」  
7 として窃盗罪の客体となる。

8 (3) 「窃取」は占有者の意思に反する占有移転を内容とする。A は、甲  
9 から説明があった通り、甲が本件キャッシュカード等を証拠品とし  
10 てまとめて封筒に同封してその場で A に返還してくれると認識して  
11 いたのだから、甲がこれらを A から持ち去ることを承諾していない。  
12 したがって、甲の上記行為は、A の意思に反してこれらの占有を甲  
13 の下に移転するものとして「窃取」に当たる。

14 (4) 窃盗罪の主観的構成要件要素として、故意に加え、権利者排除意  
15 思・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さ  
16 れる。甲は、本件キャッシュカード等を A 方から持ち去ることを認  
17 識・認容しているから、これらの占有侵害の認識・認容を内容とす  
18 る故意を有する。また、甲は、これらを利用して口座内の預金を無  
19 断で引き出して現金を得るつもりだったから、権利者排除意思に加  
20 えて利用処分意思もある。したがって、不法領得の意思もあるから、  
21 窃盗罪が成立する。

22 設問 2

23 1. ①

1           まず、事後強盗罪（238条）は「窃盗」を真正身分とする真正身分  
2 犯であると解する。

3           次に、65条1項は真正身分犯の成立と科刑における身分の連带的作  
4 用を、同条2項は不真正身分犯の成立と科刑における身分の個別的作  
5 用を規定したものであると解される。

6           そして、65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれると解される。

7           したがって、乙のように、窃盗未遂犯である甲との共謀に基づいて  
8 238条所定の目的に基づく「脅迫」のみを実行した後行者には、65条  
9 1項の適用により真正身分である「窃盗」が先行者・後行者間で連帯  
10 することにより事後強盗罪の共同正犯（60条）が成立する。

## 11 2. ②

12           事後強盗罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする  
13 結合犯であると解する。そうすると、乙は事後強盗罪の実行行為の途  
14 中から関与したことになるから、乙に本罪の共同正犯の成立を認める  
15 ためには承継的共同正犯を肯定する必要がある。

16           したがって、承継的共同正犯を全面的に否定する見解からは、乙に  
17 は事後強盗罪の共同正犯は成立しえず、脅迫罪（222条1項）の共同  
18 正犯が成立するにとどまる。

## 19 3. 自らの見解

20           (1)「共同して犯罪を実行した」というためには、関与者間の共謀とそ  
21 れに基づく実行行為が必要である。

22           乙は、「こいつをなんとかしてくれ」という甲の申し入れに応じて、  
23 Cに向かってナイフを示しながら「離せ、ぶっ殺すぞ」と言ったの

1           だから、その直前に、Cを「脅迫」することについて了承していた  
2           と評価できる。そのため、甲乙間で、少なくともCを「脅迫」する  
3           ことについての共謀が成立した。そして、乙は、この共謀に基づき、  
4           Cに向かってナイフを示しながら「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言ひ、C  
5           に対してその「生命、身体…に対し害を加える旨を告知」すること  
6           で、Cに対する「脅迫」行為を実行した。したがって、甲と乙は、  
7           少なくとも脅迫罪を「共同して…実行した」といえる。

8           (2) では、事後強盗罪の共同正犯まで成立するか。

9           ア．事後強盗罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産であるか  
10           ら、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきでない。そこで、  
11           本罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合  
12           犯であると解すべきである。

13           イ．そうすると、乙に事後強盗罪の共同正犯が成立するかについて  
14           は、65条1項の適用ではなく、承継的共同正犯の肯否として検討  
15           することになる。

16           共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起であると  
17           ころ、先行者により後行者の関与前に惹起されている構成要件該  
18           当事実の一部について後行者の関与行為の因果性が遡及的に及  
19           ぶことはありえない。そこで、承継的共同正犯については、共同  
20           正犯の処罰根拠を満たし得ないものとして、全面的に否定するべ  
21           きである。

22           したがって、乙には、事後強盗罪の共同正犯は成立せず、脅迫  
23           罪の共同正犯が成立するにとどまる。

1 設問 3

2 1. 丙は、ワインボトルを投げるという暴行により、これを D の頭部に  
3 直撃させて D に加療約 3 週間を要する頭部裂傷の「傷害」を負わせた  
4 のだから、D という「人の身体を傷害した」として傷害罪（204 条）  
5 の客観的構成要件に該当する。丙の傷害結果に関する刑事責任を否定  
6 するための理論上の説明には、3 つある。

7 2. 構成要件的故意の阻却

8 丙は、甲に暴行・傷害を加える認識で D を傷害しているから、方法  
9 の錯誤として故意が阻却されないか。

10 (1) 故意責任を問うためには、行為規範の問題が与えられることで反  
11 対動機が形成可能であったことが必要である。そして、認識事実と  
12 実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合している限り、同じ構成  
13 要件的評価を受ける事実の認識を通じて反対動機を形成可能な行為  
14 規範の問題が与えられていたといえるから、具体的事実の錯誤は故  
15 意を阻却しないと解する（抽象的法定符合説）。

16 この見解が方法の錯誤により故意が阻却されないとする根拠は、  
17 認識客体と侵害客体が同じ「人」であり構成要件的に同価値である  
18 との考えにある。

19 そうすると、正当防衛の根拠を法益欠如に求めるならば、正当防  
20 衛行為を行おうとする意思しかない丙にとって、侵害者甲とそれ以  
21 外の第三者 D とでは構成要件的に同価値であるとはいえず、認識事  
22 実と実現事実の同一構成要件内の符合を認める根拠に欠けるとして、  
23 故意が否定されると考えることも可能である。

1 (2) しかし、上記説明には、抽象的法定符合説と具体的法定符合説の  
2 境界を曖昧にするという難点がある。

### 3 3. 正当防衛の成立

4 (1) 確かに、甲が「本当に殺すぞ」と言ってナイフを D の胸元に突き  
5 出すなどしていたため、甲による D の生命・身体の安全に対する「急  
6 迫不正の侵害」があり、丙は D を「防衛するため」に前記行為に及  
7 んでいるため、正当防衛の成立余地がある。

8 (2) しかし、正当防衛における被侵害者の利益の優位性が正対不正と  
9 いう利益衝突状況を根拠とするものであることからすれば、防衛行  
10 為は「不正の侵害」者に「対して」行われることを要すると解すべ  
11 きである。

12 そうすると、丙の前記行為は、侵害者以外の第三者 D との関係で  
13 は、「不正の侵害」者に「対して」行われたとはいえず、正当防衛は  
14 成立しない。

15 上記説明には、このような難点がある。

### 16 4. 責任故意の阻却

17 (1) 防衛行為の結果が第三者に生じた場合、行為者は正当防衛の認識  
18 で行為に及んでいるから、誤想防衛の一種と捉えることができる。

19 そこで、行為者が正当防衛の成立要件を認識している場合には、違  
20 法の評価を受ける事実の認識がないために故意非難の可能性を欠く  
21 として、事実の錯誤により責任故意が阻却されると解する。

22 (2) 上記説明には、違法性の錯誤説と異なり、過失傷害罪（209 条）  
23 の成立余地があるという難点がある。 以上



[中位答案]

1 設問 1

2 1. 甲が A に本件キャッシュカード・メモ紙を手渡させた行為につき、  
3 詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立しないか。

4 (1) 「欺」罔行為は、被欺罔者の意思に基づく財物の終局的移転を内容  
5 とする処分行為に向けられていることを要する。

6 (2) 甲は、金融庁職員に成りすまし、A に対し、「キャッシュカードを  
7 証拠品として保管しておいてください。後日、お預かりする可能性  
8 があるので」と告げている。そのため、A は、金融庁職員に後日預  
9 けるまでは自己が保管しておくつもりだったといえるから、A 方内  
10 で保管すべき証拠品をまとめるために一時的に本件キャッシュカ  
11 ード等を甲に手渡す認識しかなかったといえる。そうすると、甲に  
12 本件キャッシュカード等を手渡した A としては、自身の行為により  
13 本件キャッシュカード等に対する占有を弛緩する認識を有するにと  
14 どまり、その占有を終局的に甲に移転する認識までは有しない。し  
15 たがって、A による処分行為に向けられた「欺」罔行為がないため、  
16 1 項詐欺罪は成立しない。

17 2. では、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒を A 方から持ち去  
18 った行為に窃盗罪（235 条）が成立しないか。

19 (1) 「財物」は財産的価値を要する。キャッシュカード・暗証番号が記  
20 載されたメモ紙は、これを利用して預金の払戻しを受けられる等の  
21 財産的価値があるから「財物」に当たる。

22 (2) 「窃取」は占有者の意思に反する占有移転を内容とする。

23 甲は、封筒を持って A 方から出た時点で、占有者 A の意思に反し

1           て、本件キャッシュカード等に対する占有を A から自己に移転する  
2           ことで、「他人の財物を窃取」した。

3           (3) 甲には、上記財物を利用した預金の無断引出しによる現金領得の  
4           意思があったのだから、故意に加えて不法領得の意思もあり、窃盗  
5           罪が成立する。

## 6 設問 2

### 7 1. ①

8           (1) まず、事後強盗罪は「窃盗」を真正身分とする真正身分犯である  
9           と解する。次に、65 条 1 項は真正身分犯の成立と科刑における身分  
10           の連帯的作用を規定しており、同条項の「共犯」には共同正犯 (60  
11           条) も含まれると解する。

12           (2) そうすると、乙のように、窃盗未遂犯との共謀に基づき 238 条所  
13           定の目的に基づく脅迫のみを実行した後行者には、65 条 1 項の適用  
14           により「窃盗」が共謀者間で連帯することにより事後強盗未遂罪の  
15           共同正犯の成立が認められる。

### 16 2. ②

17           (1) 事後強盗罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とす  
18           る結合犯であると解する。

19           (2) そうすると、乙については、事後強盗罪の実行行為の途中から関  
20           与した者として承継的共同正犯の成否が問題となるから、承継的共  
21           同正犯を全面的に否定する見解からは脅迫罪 (222 条 1 項) の共同  
22           正犯が成立するにとどまる。

### 23 3. 自らの見解

1 (1)「共同して犯罪を実行した」というためには、関与者間の共謀とそ  
2 れに基づく実行行為が必要である。乙は、「こいつをなんとかしてく  
3 れ」という甲の申し入れに応じて、Cに向かってナイフを示しながら  
4 ら「離せ、ぶっ殺すぞ」と言ったのだから、その直前に、Cを「脅  
5 迫」することについて了承していたと評価できる。そのため、甲乙  
6 間で、少なくともCを「脅迫」することについての共謀が成立した。

7 (2)事後強盗罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産であるから、  
8 窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきでない。そこで、本罪  
9 は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であ  
10 ると解すべきである。

11 乙は、共謀に基づき、前記(1)の言動により、Cに対してその  
12 「生命、身体…に対し害を加える旨を告知」することで、Cに対す  
13 る「脅迫」行為を実行した。

14 (3)他方で、乙は窃盗を実行していないから、承継的共同正犯の成否  
15 が問題となる。

16 共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起であるところ  
17 ろ、関与前の事実に対して因果性が遡及することはあり得ないから、  
18 承継的共同正犯は全面的に認められないと解すべきである。

19 したがって、乙には、脅迫罪を「共同して…実行した」として、  
20 脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

### 21 設問3

22 1.丙はワインボトルを投げるといふ暴行によりDに頭部裂傷の「傷害」  
23 を負わせたから、傷害罪(204条)の客観的構成要件に該当する。刑

- 1 事責任否定の説明・難点は以下の通り。
- 2 2. 甲に暴行・傷害を加える認識で D を傷害した丙には方法の錯誤があ  
3 る。認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合していれば具体的事  
4 実の錯誤は故意を阻却しないと解されているが、責任主義の見地より  
5 法益主体の抽象化を認めるべきではないから、法益主体について認識  
6 事実と実現事実とが具体的に符合していなければ故意が阻却される  
7 と解する。そうすると、丙において認識事実と実現事実が「その人」  
8 という点で符合していないため故意が阻却される。もっとも、過失傷  
9 害罪（209条）の成立余地が残るという難点がある。
- 10 3. 甲が「本当に殺すぞ」と言ってナイフを D の胸元に突き出すなどし  
11 ていたため、甲による D の生命・身体の安全に対する「急迫不正の侵  
12 害」があり、丙は D を「防衛するため」に前記行為に及んでいるため、  
13 正当防衛の成立地がある。もっとも、防衛行為の結果が侵害者以外の  
14 第三者に生じた場合には、正対不正という正当防衛状況を欠くため、  
15 正当防衛は成立しないはずであるという難点がある。
- 16 4. 防衛行為の結果が第三者に生じた場合、誤想防衛の一種と捉えるこ  
17 とで責任故意が阻却されると解される。もっとも、過失傷害罪（209条）  
18 の成立余地があるという難点がある。 以上

(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)  
→第2版を参照している箇所では「基本刑法第2版〇頁」と表記
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第2版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第3版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」三訂補訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2020(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)