

第 47 問

総まくり 232 頁以下、論証

集 129 頁以下

(事案)

甲(男、35歳)は、V(男、40歳)に対する恨みを晴らすために、Vに対して殴る蹴るといった暴行を加え、これにより反抗を抑圧されたVの様子を見て、この機会にVから財布を奪ってしまおうと考えるに至り、Vの胸ぐらを掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向けた。

Vは、既に甲から執拗な暴行を受けていたことから、「言う通りにしなければ、何をされるか分からない。」と極度に畏怖し、ズボンのポケットから財布を取り出して甲に手渡した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲がVに対して殴る蹴るといった「暴行」を加えたことには、少なくとも暴行罪（刑法208条）が成立する。
2. 甲がVに対して上記暴行を加え、これにより反抗を抑圧されたVから財布を受け取った行為には、強盗罪（236条1項）が成立するか。
 - (1) 強盗罪は暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧して財物を奪取する犯罪であるから、「暴行又は脅迫」は、財物奪取意思に担われていることを要する。
 - (2) 甲は、上記暴行により反抗を抑圧されたVの様子を見て、この機会にVから財布を奪ってしまおうと考えるため、上記暴行の後に財物奪取意思を抱いているにすぎない。

したがって、上記暴行は財物奪取意思に担われたものではないから、強盗罪の「暴行」に当たらない。

よって、甲には、上記暴行を実行行為とする強盗罪は成立しない。
3. 甲がVの胸倉を掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向け、Vから財布を受け取った行為には、強盗罪が成立しないか。
 - (1) 甲がVの胸倉を掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向けた行為は、財物奪取意思に基づいてVに対して害悪を告知するものだから、「脅迫」たり得る。
 - (2) もっとも、上記行為自体では客観的にみてVの反抗抑圧を惹起するには足りないから、「脅迫」に当たらないのではないか。
 - ア. 反抗抑圧後に生じた財物奪取の意思に担われた新たな暴行・脅迫の程度としては、既に自己の先行行為により相手方の反抗を抑圧していることに鑑み、相手方の反抗抑圧状態を継続させるに足りる程度のものであればよいと解する。
 - イ. 甲は自らの上記暴行によりVの反抗を抑圧しているところ、既に甲から反抗を抑圧されているVにとっては、胸倉を掴まれながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と言われるだけでも、反抗抑圧状態を継続させるには十分である。したがって、甲の3(1)の行為は「脅迫」に当たる。
 - (3) Vは、甲から「脅迫」を受けたことにより、「言う通りにしなければ、何をされるか分からない。」と極度に畏怖し、反抗抑圧状態が継続している状況下でズボンのポケットから自己所有の財布を取り出して甲に手渡した。したがって、甲は「脅迫を用いて他人の財物を強取した」といえる。
 - (4) 甲には、故意（38条1項本文）に加えて不法領得の意思もあると考えられるから、強盗罪が成立する。

総まくり 233 頁 [論点 3]、

論証集 130 頁 [論点 3]

4. 甲は、前記1の暴行罪と前記3の強盗罪の罪責を負い、これらは観念的競合（54条1項前段）になる。 以上

第 4 8 問

総まくり 235 頁以下、論証
集 131 頁以下、平成 28 年
司法試験参考

(事案)

1. 甲(男、32歳)は、盗みに入る先を探して徘徊していたところ、V宅前を通った際、偶然、V宅の玄関扉が少し開いていることに気付いた。

甲は、V宅の金品を盗もうと考え、その玄関からV宅に入り、6畳間において、扉の開いた金庫内にX銀行のV名義のキャッシュカード1枚(以下「本件キャッシュカード」という。)があるのを見付け、これをズボンのポケットに入れた。

その直後、甲は、V(男、70歳)と出くわし、「ちょうどいい。手に入れたキャッシュカードの暗証番号を聞き出し、現金を引き出そう。」と考え、Vに対して、執拗な暴行を加えた上で、その胸ぐらを掴みながら「殺されたくなかったら、金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った。Vは、甲に対して強い恐怖心を抱き、甲に対し、「暗証番号は××××です。」と言った。

2. 甲は、その暗証番号を覚えると、V宅から逃げ出し、同日午前3時頃、V宅近くの24時間稼働している現金自動預払機(以下「ATM」という。)が設置されたX銀行Y支店にその出入口ドアから入り、同ATMに本件キャッシュカードを挿入した上、その暗証番号を入力して、同ATMから現金1万円を引き出した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 住居侵入罪

- (1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは、管理権者の意思に反した立入りを意味すると解される。
- (2) 管理権者は窃盗目的での立入りを容認しないから、甲が V 宅の金品を盗む目的で V 宅という「人の住居」に入ったことは、V の意思に反する立入りとして「侵入」に当たる。
したがって、住居侵入罪が成立する。

2. 窃盗罪

- (1) 「財物」は、財産犯の客体である以上、財産的価値を有することを要する。
本件キャッシュカードは、ATM を使って預金の預入れ・払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するから、「財物」として保護される。
- (2) 本件キャッシュカードは、V の所有に属するから「他人の財物」に当たり、かつ、V の占有に属するから「窃取」の対象にもなる。
- (3) 甲が本件キャッシュカードをズボンのポケットに入れた行為は、V の意思に反する占有移転として「窃取」に当たるから、窃盗罪が成立する。

3. 強盗罪

甲が V から本件キャッシュカードの暗証番号を聞き出した行為について、強盗利得罪(236 条 2 項)が成立するか。

- (1) 強盗罪における「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

32 歳の男性甲が自分よりも体力的に劣る 70 歳の男性 V に対して、執拗な暴行を加えた上で、その胸ぐらを掴みながら「殺されたくなくなかったら、金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った行為は、客観的に見て V の反抗を抑圧するに足りる程度のものだから、「暴行又は脅迫」に当たる。

- (2) 本件キャッシュカードを持っている甲がその暗証番号も併せ持つことは、「財産上…の利益」に当たるか。

ア. 処罰範囲の明確化のため、「財産上…の利益」には、財物の取得と同視できる程度の具体性が需要である。

本件キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことは、両者を用いて事実上 ATM を通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位として、財物と同視できる程度に具体的な「財産上…の利益」に当たり得る。

総まくり 236 頁 [論点 3]、

論証集 132 頁 [論点 3]

イ．本罪は移転罪だから、「財産上…の利益」は、利得と喪失の対応関係が認められるものでなければならない。

確かに、暗証番号は甲・V間で共有されるにすぎずそれ自体がVから甲に移転するわけではない。しかし、甲が前記3(2)の地位を取得する反面においてVは預貯金債権に対する支配力が弱まるという財産上の損害を被るという意味での利得と喪失の対応関係を認めることができる。したがって、前記3(2)の地位も「財産上…の利益」に当たる。

(3) 甲は、前記3(1)の暴行・脅迫によりVに強い恐怖心を抱かせることでその反抗を抑圧し、「暗証番号は××××です。」と言わせることで前記3(2)の地位という「財産上…の利益を得…た」といえる。

(4) したがって、強盗利得罪が成立する。

4. 窃盗罪

甲は、本件キャッシュカードを用いて、名義人以外の者による預金の引出しには応じないというX銀行Y支店の意思に反してATMから現金1万円という「他人の財物」を引き出して「窃取」しているから、窃盗罪が成立する。

5. 建造物侵入罪

甲は、上記4の窃盗目的でX銀行Y支店という「人の…看取する建造物」にその出入口ドアから入っており、これは同銀行支店長の意思に反する立入りとして「侵入」に当たるから、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

6. 甲は、①V宅における住居侵入罪、②本件キャッシュカードに対する窃盗罪、③強盗利得罪、④X銀行Y支店における窃盗罪及び⑤X銀行Y支店における建造物侵入罪の罪責を負い、①、②及び③は①をかすがいとした1個の牽連犯(54条1項後段)となり、④と⑤も牽連犯となり、これらが併合罪(45条前段)となる

以上

第 49 問

総まくり 278 頁以下、論証
集 133 頁以下、令和 4 年予
備試験設問 2 参考

(事案)

1. 甲（男、30歳）は、自転車に乗って1人で、Aが店長を務めるホームセンターB店（法人化されている）に行った際、陳列されていた液晶テレビ（50センチメートル×40センチメートル×15センチメートルの箱に入ったもの）を、自宅で使う目的で万引きしようと考え、B店内で、同液晶テレビ1箱を手にとって自己のトートバッグに入れた。甲は、上記箱を上記トートバッグ内に収めて店外へ持ち出すつもりでいたが、箱が大きすぎてその上部が10センチメートルほど同トートバッグからはみ出した状態になった。甲は、その状態のまま出入口方向へ歩き出そうとしたが、その一部始終を警備員C（女、35歳）に目撃されていた。Cは、甲が液晶テレビを精算せずに店外へ持ち出そうとしていると考え、約20メートル離れた場所から甲の方へ歩いて向かったところ、周囲を見回していた甲も、Cがこちらを見ながら向かってきていることに気付いて万引きがばれたと思い、上記箱を陳列棚に戻した。
2. そして、甲は、その場から走って逃げ出し、B店を出てから約3分後、B店から約400メートル離れた公園にたどり着き、同所でB店から追ってくる人がいないかどうかをうかがっていた。甲は、約10分間、上記公園にとどまっていたが、誰も追ってこなかったことから、B店に隣接する駐輪場にとめたままにしていた自己の自転車を取りに戻ろうと考え、それから約5分後、同駐輪場に戻ってきて、周囲の様子をうかがいつつ同自転車に近づこうとした。Cは、戻ってきた甲に気付き、上記駐輪場に飛び出し、甲を捕まえようと思って、「この万引き犯。逃げるんじゃない。」などと言いながら、両手を左右に広げて甲の前に立ち塞がった。そのため、甲は、逮捕を免れようと考え、Cに殴る蹴るの暴行を加えたところ、Cは恐怖心からその場に尻餅をついた。そこで、甲は、その隙に上記自転車に乗ってその場から逃走した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 甲が B 店内において陳列されている本件液晶テレビをトートバッグ内に入れた行為には、窃盗罪(刑法 235 条)が成立するか。

(1) 本件液晶テレビは、B 店の所有に属する「他人の財物」である上、店長 A の占有に属するから「窃取」の対象にもなる。

(2) 「窃取」とは、占有者の意思に反する占有移転を意味する。

本件液晶テレビは 50 cm × 40 cm × 15 cm であり、甲のトートバッグから上部が 10 cm ほどはみ出していたのだから、甲が店外に出るまでは本件液晶テレビの占有が A から甲に移転したとはいえない。

甲は、店外に出る前に本件液晶テレビを陳列棚に戻しているから、「窃取」に「着手」(43 条本文)したにとどまり、既遂には達していない。

(3) 甲は、店外に持ち出して本件液晶テレビを自宅で使うつもりだったのだから、故意(38 条 1 項本文)も不法領得の意思も認められる。

(4) したがって、窃盗未遂罪(243 条、235 条)が成立する。

2. 甲が、逮捕を免れようと考え、C に殴る蹴るの暴行を加えたことについて、事後強盗罪(238 条)が成立しないか。

(1) 甲は「窃盗」に当たる。

(2) 事後強盗罪(238 条)の「暴行又は脅迫」は、社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕の行為を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

甲は、C に対して殴る蹴るの暴行を加えており、これにより C が恐怖心から尻餅をついていることから、甲の暴行は C の逮捕行為を抑圧するに足りる程度のものであったといえる。

(3) 強盗罪との罪質の近似性を担保するために、事後強盗罪の「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると解する。

甲は、B 店を出て、それから約 3 分後、B 店から 400m 離れた公園にたどり着き、C はそこまで甲を追跡していなかったのだから、甲が公園にたどり着いた時点で、C により逮捕される状況たる窃盗の機会は解消されたといえる。

そうすると、その後で、甲が公園から B 店に隣接する駐車場まで戻った際に C から逮捕されそうになったという状況は、新たに生じたものにすぎず、窃盗の機会性を基礎づけない。

したがって、甲の暴行は窃盗の機会に行われた「暴行」に当たらないから、事後強盗罪は成立しない。

3. 甲の暴行には暴行罪(208 条)が成立し、これと上記 1 の窃盗罪とは併合罪(45 条前段)となる。 以上

総まくり 238 頁 [論点 1]、
論証集 133 頁 [論点 1]

第 50 問

(事案)

乙は、A店で窃盗を犯して店員から追いかけている友人甲を見て、事情を理解した上で、甲を助けようと考え、甲との間で店員による現行犯逮捕を阻止するために店員に暴行を加えることについて意思を疎通した上で、甲とともに、店員に対して殴る蹴るの暴行を加えた。

(設問)

乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

総まくり 164 頁 [論点 8]、
論証集 90 頁 [論点 8]、令
和 1 年司法試験設問 2 参考

(参考答案)

1. 乙は、「窃盗」犯人である甲との間で意思を疎通した上で、甲とともに店員に対して殴る蹴るの暴行を加えたことについて、事後強盗罪の共同正犯(238条、60条)が成立しないか。

(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れに基づく実行行為が必要である。

乙は、事情を理解した上で、甲との間で店員による現行犯逮捕を阻止するために店員に暴行を加えることについて意思を疎通することで、事後強盗罪の共謀をした。そして、乙は、この共謀に基づいて、甲とともに、甲の「逮捕を免れ」させる「目的」で店員に対して殴る蹴るの「暴行」を加えた。

(2)ここで、事後強盗罪の性質が問題となる。仮に事後強盗罪を「窃盗」を身分とする身分犯であると捉えるのであれば、本罪の実行行為は238条所定の目的に基づく暴行・脅迫だけとなるから、乙のように窃盗犯との共謀に基づき238条所定の目的に基づく暴行のみを実行した後行者についても、65条の適用によって事後強盗罪の共同正犯の成立を認め得る。これに対し、事後強盗罪を窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であると理解すると、乙は事後強盗罪の途中から関与したことになるため、承継的共同正犯を認めない限り、事後強盗罪の共同正犯は成立しないことになる。

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、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べきである。

(3)そうすると、乙は事後強盗罪の途中から関与したことになるから、承継的共同正犯の肯否が問題となる。

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、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、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。

したがって、乙には、事後強盗罪の共同正犯は成立しない。

2. 前記1の行為には、暴行罪の共同正犯(208条、60条)が成立するにとどまる。 以上

第 5 1 問

総まくり 241 頁以下、論証
集 135 頁以下、平成 20 年
司法試験参考

(事案)

甲（男、32歳）は、強盗に入る先を探して徘徊していたところ、V宅前を通った際、偶然、V宅の玄関扉が少し開いていることに気付いた。

甲は、V宅の金品を奪い取ろうと考え、その玄関からV宅に入り、居間において、V（男、70歳）の姿を見るや、ズボンのポケットに入れていたカッターナイフを取り出してその刃を約5センチメートル出し、Vに歩み寄り、「金を出せ。騒ぐと殺すぞ。」と言いながら、カッターナイフの刃をVの目の前に突き出した。Vは、恐怖で声が出なくなる一方で、金を出しても殺されるのではないかと思い、甲に対して、「分かりました。隣の部屋からお金を持ってきます。」と言い、隣の部屋に向かい、そこから走り出して玄関先に向かった。

甲は、Vが逃げ出したことに気が付き、「待て。」と怒鳴りながらVを追った。

Vは、甲に捕まったら本当に殺されると思いながら、必死で玄関先から外に逃げようとし、玄関の外に出た直後、足がもつれて転倒し、その際加療約1か月を要する右手首骨折の傷害を負った。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 住居侵入罪

(1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは、管理権者の意思に反した立入りを意味すると解される。

(2) 管理権者は強盗目的での立入りを容認しないから、甲が強盗目的で V 宅という「人の住居」に入ったことは、V の意思に反する立入りとして「侵入」に当たる。

したがって、住居侵入罪が成立する。

2. 強盗致傷罪

甲は、V に対して「金を出せ。騒ぐと殺すぞ。」と言いながらカッターナイフの刃先を V の目の前に突き出した後で、逃げ出した V を追いかけたところ、V が転倒して加療約 1 か月を要する右手首骨折の傷害を負った。この行為について、強盗致傷罪(240 条前段)が成立するか。

(1) 強盗罪における「暴行又は脅迫」(236 条 1 項)は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

甲は 32 歳の男であり、70 歳の男性 V に比べて年齢差による大きな体力差がある。甲は、素手の V に対し、5 cm も出したカッターナイフの刃を身体の重要部分である V の目の前に突き出している。この状態で、甲は、V に対し「騒ぐと殺すぞ。」と言っているのだから、V としては、言われたとおりにしなければカッターナイフで殺害されるか、目を切られるなどして重大な傷害を負わされると考えて極度に畏怖するのが通常である。そうすると、甲の上記行為は、V の反抗を抑圧するに足りる程度のものとして「脅迫」に当たる。

したがって、甲は「強盗」(240 条)に当たる。

(2) 転倒による V の前記傷害は「負傷」に当たる。では、甲が逃げ出した V を追いかけた行為は、「負傷」の原因行為といえるか。

ア. 本罪は強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着目した犯罪であるから、「負傷」の原因行為は、強盗の機会に行われたものであることを要する。

イ. 甲が V を追いかけた行為は、強盗が行われた V 宅内で、強盗後間もなく行われたものであるから、強盗の機会に行われたものとして、「負傷」の原因行為に当たる。

(3) では、因果関係はあるか。前記 2 (2) の原因行為と V 負傷の間に V の転倒が介在していることから問題となる。

ア. 因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が

総まくり 242 頁 [論点 3]、
論証集 136 頁 [論点 3]

考慮される。

イ. Vは、脅迫を受けた甲から「待て。」と怒鳴られながら追いかけることで、「甲に捕まったら本当に殺されるかもしれない。」と置いていたため、逃走時にかなり心理的に動揺していたといえる。しかも、Vは、70歳という高齢により身体機能が低下している。そうすると、甲が脅迫直後にVを追いかけた行為は、身体機能の低下と心理的動揺が相まって逃走過程でVを転倒させるという危険性を有していたといえる。したがって、甲の行為の危険性がV負傷へと現実化したといえ、因果関係が認められるから、甲はVを「負傷させた」といえる。

(4) 甲の強盗は未遂にとどまっているところ、強盗致傷罪の保護法益は人の身体の安全であるから、本罪の既遂・未遂は強盗の既遂・未遂ではなく負傷の有無により決せられると解すべきである。

したがって、Vの「負傷」が生じている以上、強盗致傷罪は未遂とならない。

(5) 原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はないから、原因行為について過失しかない場合にも強盗致死傷罪の成立が認められると解する。

甲は、自己の脅迫によりVがその反抗を抑圧されていること及びVが高齢であることを認識しているから、Vを追いかける行為によりVが心理的動揺と高齢による身体機能低下とが相まって転倒し負傷するという事態について予見可能であったといえるから、負傷につき過失が認められる。

(6) 以上より、強盗致傷罪の既遂が成立する。 以上

第 5 2 問

(事案)

1. 甲は、V に対して 500 万円の債務（以下「本件債務」という。）を負っていたところ、本件債務について、その存在を証明する資料はなく、V 及び甲以外に知っている者はいないことを奇貨として、その返還を免れる目的で、V を殺害しようとして決意した。
2. 甲は、V を殺害するため、路上で V を待ち伏せした上で、V を包丁で刺して殺害した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

総まくり 235 頁以下・241
頁以下、論証集 131 頁以
下・135 頁以下、令和 2 年
司法試験設問 3 参考

(参考答案)

1. 甲が V に対する本件債務の返還を免れる目的で V を包丁で刺して殺害した行為には、2 項強盗殺人罪 (236 条 2 項、240 条後段) が成立しないか。
2. 甲が V を包丁で刺した行為は、究極の反抗抑圧手段である被害者の殺害に向けられたものであり、「暴行」(236 条 2 項) たり得る。
3. 反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪においては、処分行為が想定されているとはいえないから、処分行為は不要であると解する。もっとも、処罰範囲の明確化のために、「財産上…の利益」には財物の取得と同視できる程度に具体性と直接性が必要であると解する。

総まくり 235 頁 [論点 1]、
論証集 131 頁 [論点 1]

本件債務について、その存在を証明する資料はなく、V 及び甲以外に知っている者はないから、V が死亡した場合にその相続人が本件債務の存在に気が付いて甲に対してその履行を求めるといふ可能性はほぼないといえる。そうすると、甲による V の殺害は、財物取得と同視できるだけの具体性と直接性をもった債務免脱利益という「財産上の利益」の取得に向けられているといえるから、強盗利得罪の「暴行」に当たる。

したがって、甲は、強盗利得罪の成立により「強盗」に当たり得る。

4. 甲は V を殺害するつもりだったのだから、殺人罪の故意がある。

もっとも、240 条後段が「よって」という文言を用いていないことからしても、「強盗」には殺人の故意を有する者も含まれると解される。

総まくり 241 頁 [論点 1]、
論証集 135 頁 [論点 1]

したがって、甲も「強盗」(240 条) に当たる。

5. 甲は強盗の手段として V を包丁で刺して殺害したのだから、「強盗が…人を死亡させた」といえる。
6. 前記の通り甲には殺人罪の故意があるのだから、強盗殺人罪の故意 (38 条 1 項本文) が認められる。
7. 以上より、甲には 2 項強盗殺人罪が成立する。 以上