

第 18 問

基礎応用 111 頁以下、論証
集 55 頁以下、平成 28 年予
備試験参考

(事案)

1. 甲は、V に恨みを持っていたことから、設定した時間に発火し、その火を周囲の物に燃え移らせる装置（以下「本件発火装置」という。）を製作し、これを使って V 宅に放火することを計画した。
2. 甲は、深夜 1 時ころ、V 宅内に侵入し、V 宅内に本件発火装置を運び込んで V 宅の 1 階の居間の木製の床板上に置き、同日午前 9 時に発火するように設定し、V 宅を出た。
3. 同日午前 7 時ころ、目を覚まして 1 階に降りてきた V は、本件発火装置を発見し、直ちに消防署に連絡し、駆けつけた消防隊員により本件発火装置の設定が解除されたため、本件発火装置から火が出ることはなかった。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（住居侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 甲が「現に人が住居に使用」している「建造物」である V 宅の 1 階の居間に本件発火装置を置き、同日午前 9 時に発火するように設定した行為には、現住建造物放火未遂罪（刑法 112 条、108 条）が成立しないか。
2. 本件発火装置が作動していないから、甲が本罪の「実行に着手」（43 条本文）したといえるかが問題となる。
 - (1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的・客観的危険性にあるところ、程度問題である危険概念のみを基準としたのでは未遂犯の処罰範囲を適切かつ明確に画定することが困難である。そこで、「実行に着手」の成否は、①実行行為との密接性と②既遂結果発生に至る客観的な危険性の 2 点から判断されるべきである。
 - (2) V 宅内に本件発火装置を置いて午前 9 時に発火するように設定すれば、それ以降何らの行為を要することなく午前 9 時になると本件発火装置から火が出て、V 宅が焼損するのである。そうすると、V 宅内に本件発火装置を置いて午前 9 時に発火するように設定した行為は、V 宅に「放火」という本罪の実行行為と密接性を有するといえ（①）、また、その時点で V 宅の「焼損」に至る客観的な危険性が認められる（②）から、甲が本罪の「実行に着手」したといえる。
3. 本件発火装置から火が出て V 宅が焼損することはなかったのだから、甲は本罪の「実行に着手」したが「これを遂げなかった者」に当たる。
4. 甲は、本件発火装置により V 宅に放火するつもりだったのだから、本罪の故意（38 条 1 項本文）も有する。
5. 以上より、甲には現住建造物放火未遂罪が成立する。 以上

基礎応用 113 頁 [論点 1]、
論証集 55 頁 [論点 1]

第 19 問

(事案)

甲は、Vを自動車事故による死亡に見せかけて殺害しようと考え、Vにクロロホルムを吸引させて失神させてから、Vを自動車に乗せて自動車で1時間ほどかかる人気のない港まで運び、自動車ごと海中に落としてVを溺死させるという計画を立てた。

その後、甲は、上記計画に従い、Vにクロロホルムを吸引させたところ、クロロホルムの過剰吸引によってVが死亡してしまった。

(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。)

基礎応用 116 頁 [論点 3]、
論証集 56 頁 [論点 3]、ク
ロロホルム事件(最決
H16.3.22・百164)参考

(参考答案)

1. 甲は、Vにクロロホルムを吸引させるという第一行為で失神させてから、Vを自動車に乗せて港まで運び、自動車ごと海中に落とすという第二行為によりVを溺死させるという計画に基づいて、第一行為に及んだところ、Vが第一行為によって死亡している。そこで、甲が第一行為の時点で殺人罪(刑法199条)の「実行に着手」(43条本文)したといえるかが問題となる。

(1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的・客観的危険性にあるところ、程度問題である危険概念のみを基準としたのでは「実行に着手」の肯否・時期が曖昧になるおそれがある。そこで、第一行為が第二行為に密接な行為であり、第一行為を開始した時点で既に既遂結果発生に至る客観的危険性が認められる場合に、第一行為の開始時に「実行に着手」したと認められると解する。そして、上記の存否の判断では、①第二行為を確実にかつ容易に行うための第一行為の必要不可欠、②両者間における犯行計画を遂行する上で障害となる特段の事情の不存在、③両者間の時間的・場所的近接性を考慮する。

(2) まず、第一行為によりVを失神させれば、Vが自動車に乗る際や自動車内において暴れることもないため、自動車で1時間ほどかかる港までVを運ぶことが容易になるから、第一行為はVを港まで運んで第二行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠である(①)。

次に、本件港は人気のない場所であるから、第一行為によりVを本件港にまで連れて行くことに成功した場合には、何者かに気が付かれて制止・通報等されるという犯行計画遂行上の障害事由がないから、第二行為を容易に遂行できる(②)。

そして、第一行為の地点から第二行為を行う予定だった本件港までは車で1時間程度で移動できる距離だから、第一行為・第二行為間の時間的場所的近接性もある(③)。

そうすると、第一行為は第二行為に密接な行為であるといえ、さらに、既にV殺人に至る客観的危険性が明らかに認められるともいえるから、甲は第一行為の開始時点で殺人罪の「実行に着手」したものと認められる。

2. もっとも、故意(38条1項本文)は実行行為の時点で存在しなければならぬから、第二行為でVを殺害しようと計画していた甲には、第一行為の時点では殺人既遂罪の故意が認められないのではないか。

(1) 第一行為と第二行為を全体として一個の実行行為とみることによって第一行為の開始時点で殺人罪の「実行に着手」を認めると、第二行為の段階に留保されていた殺人既遂結果惹起の認識・認

容を第一行為についても認めることができるため、甲の認識と実際の因果関係のそごは因果関係の錯誤として把握される。では、因果関係の錯誤は故意を阻却するか。

(2) 故意責任の本質である規範の問題は構成要件の形式で与えられているから、認識事実と実現事実とが同一構成要件の範囲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。そして、因果関係の錯誤は、認識した因果経過と実際の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合するものである。したがって、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

そうすると、甲には第一行為の時点で殺人既遂罪の故意が認められる。

3. したがって、甲には殺人既遂罪が成立する。 以上

第 20 問

(事案)

甲(35歳、女性)は、A市内のアパートにおいて、長女X(4歳)と2人で暮らしていた。

甲は、Xと共に、Bが店長を務める大型スーパーマーケットC店に入り、果物コーナーを歩いていた際、陳列棚に置かれていた1房3000円の高級ブドウを手にとってXに見せながら、「おいしそうなブドウだね。」などと話したが、高額であったことから、Xの眼前でそのまま陳列棚に戻した。その後、甲は、何も買わずに店を出たが、Xに上記ブドウを万引きさせて自分で食べようと考え、C店の前において、Xに対し、「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言った。それを聞いたXは、甲の指示に従うことを決め、「分かった。」と言って、甲から渡された買物袋を持って1人でC店に入っていった。

Xは、約10分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出た。甲は、上記ブドウの入手を諦め、Xと共に帰宅した。

(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。)

基礎応用 119 頁 [論点 4]、
論証集 57 頁 [論点 5]、令
和 4 年予備試験設問 1 参考

(参考答案)

1. 甲が、C店において、Xに対して「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言うことで、「他人の財物」であるC店のブドウを「窃取」するように指示をしたことについて、店長としてC店内の商品を占有しているBに対する窃盗未遂罪（刑法243条、235条）の間接正犯が成立しないか。

2. 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者については、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立すると解する。

甲は、Xを利用してC店のブドウを万引きさせようと考えており、Xに窃取させたブドウを自分で食べるつもりだったのだから、自己の犯罪を実現するためにXを利用するという正犯意思が認められる(①)。Xは4歳であり事理弁識能力を欠くため、指示されたブドウの万引きについて規範的障害が生じないから、甲によって一方的に利用支配されていたといえ、道具性も認められる(②)。

したがって、甲には間接正犯としての正犯性が認められる。

3. X自身が窃盗罪の「実行に着手」したといえるか。

(1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の実現的危険性にあるから、構成要件的结果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解する。

(2) Xは、ブドウをとる目的でC店に入った後、約10分間かけて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からなかったのだから、ブドウが置かれている果物コーナーを見つけてそこに近づいていったという事実は認められない。そうすると、Xがブドウの占有侵害に至る現実的危険性を含む行為を開始したとはいえないから、Xが窃盗罪の「実行に着手」したとはいえない。

4. そうすると、間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為の開始時と理解する見解からは、甲が窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したとはいえず、窃盗未遂罪の間接正犯すら成立しない。

しかし、被利用者の行為は利用行為から結果発生に至るまでの因果関係の経過にすぎず、利用行為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の実現的危険性が認められるから、利用行為の開始時に間接正犯の「実行に着手」したと認められると解する。

したがって、甲はXに対してブドウの窃盗を指示したことにより窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したといえる。

5. 窃盗罪の成立には故意(38条1項本文)に加えて不法領得の意思も必要である。

基礎応用 12 頁 [論点 1]、
論証集 3 頁 [論点 1]

基礎応用 119 頁 [論点 4]、
論証集 57 頁 [論点 5]

甲は、Xを道具として利用してC店のブドウを万引きさせてこれを自分で食べるつもりだったのだから、窃盗罪の間接正犯の故意も、不法領得の意思も認められる。

6. したがって、甲にはBに対する窃盗未遂罪の間接正犯が成立する。
以上

第 2 3 問

基礎応用 131 頁 [論点 1]、
論証集 63 頁 [論点 1]、平
成 20 年司法試験参考

(事案)

1. 甲(男性・30歳)は、勤務先会社が倒産して失職し、新たな就職先も見付からず、生活費に窮していたところ、同じく失職中の友人の乙に対し、「このままでは家賃も払えないし、食べていけない。何か金を作る方法はないだろうか。泥棒でもするしかないかな。」などと話した。

乙は、3か月前までVが経営する会社に勤務していたが、Vがしばしば自宅で仕事をするため、売上金を届けるなどの用件でVの自宅に何度も行ったことがあり、Vが自宅の書斎にある机の引き出しの中に現金300万円くらいを入れているのを知っていたことから、「前に勤務していた会社の社長Vは、現金300万円くらいをいつも家に置いていた。」と言った。

甲は、それを聞いて、乙に対し、「それじゃあ、俺が入るから、Vの家の場所と現金の在りかを教えてくれ。300万円手に入れることができれば、お前に100万円やる。」と言った。

乙は、Vの会社に勤務していた時の待遇に不満を持っていた上、乙自身も生活費に窮していたことから、甲が首尾よく現金を盗むことができれば自分もまとまった金を手に入れることができると思い、「分かった。明日Vの家を見に行こう。家の間取り図も作っておくよ。」と答え、さらに、「Vは一人暮らしだ。毎週月曜日には必ず会社に出勤するので、月曜日の日中Vは家にいない。Vは月曜日の午前8時半ころ家を出るが、午前10時ころには通いの家政婦が来るので、やるんだったら月曜日の午前8時半から午前10時前までだ。トイレの窓にはいつも鍵が掛かっていないから、そこから家の中に入れると思う。書斎の机の引き出しには300万円くらいは入っているはずだ。」と説明した。

2. 同日夜、乙は、V宅の間取り図面を作成し、トイレの場所、書斎の場所やVがいつも現金を入れていた机の場所等を同図面に書き込んだ。

そして、翌日の昼間、乙は、自分の自動車に甲を乗せてV宅付近まで運転し、Vの自宅を指さして、甲に対し、「あれがVの家だ。」と教えるとともに、前記図面を甲に手渡した。

甲は、V宅付近が閑静な住宅街で、日中も人通りがほとんどなかったことから、トイレの窓からV宅に侵入してもだれにも見られないだろうと安心し、乙に対し、「今度の月曜日にやる。Vが家を出た後すぐに入るから、午前8時過ぎにVの家の近くに着けるように今度の月曜日の朝迎えに来てくれ。」と言った。乙は、これに対して、「分かった。」と答えた。

3. 翌週の月曜日、乙は、前記自動車を運転して甲方に行き、甲を同車に乗せて、V宅付近に向かい、午前8時過ぎころV宅付近に到着した。乙は、甲がV宅から出て来るまで付近道路に同車を停車させたまま待っていようと思い、甲に対し、「ここで待っているよ。」と言ったところ、甲は、乙が何度も同車でV宅を訪れた旨聞いていたことから、だれかに乙の自動車を見られるのは絶対に避けたいと考え、「お前は先に帰っていてくれ。車を見られたらまずい。」と言った。そこで、乙は、甲を同車から降ろした後、すぐに同車を運転してその場を去った。

4. 甲は、V宅付近でV宅玄関の様子をうかがっていたが、午前8時半ころ、Vが家を出たのを確認した後、V宅に向かい、前記図面に示されていたトイレの窓を探し、無施錠の同窓を開けて屋内に入った。そして、甲は、書斎に行き、机の引き出しを開けて現金300万円を見付け、これを着ていたジャンパーのポケットに入れて、V宅から出た。

翌日、甲は、乙と会い、V宅から盗んだ現金300万円のうち100万円を乙に手渡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲の罪責

(1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは管理権者の意思に反する立入りを意味するところ、住居の管理者が窃盗目的での立入りを容認しないのは当然であるから、甲が窃盗目的で「人の住居」たる V 宅に無施錠のトイレの窓を開けて屋内に入ったことは、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、甲には住居侵入罪が成立する。

(2) 甲は、V 宅の書斎机の引き出しの中にある現金 300 万円という「他人の財物」を自分のジャンパーのポケットに入れて V 宅から出ることで「窃取」したのだから、窃盗罪(235 条)が成立する。

(3) なお、後述する通り、甲は、上記の 2 罪について乙と共同正犯(60 条)になる。

2. 乙の罪責

(1) 乙は住居侵入罪及び窃盗罪の実行行為を行っていないから、共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. 自手実行がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められ得るから、共謀共同正犯も認められると解する。その成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要であると解する。

イ. 甲は乙に対し、V 宅の書斎にある机の引き出しの中にある現金約 300 万円を盗む意図を伝えた上で、「俺が入るから、V の家の場所と現金の在りかを教えてくれ。」と申し入れ、乙が「分かった。」と言い甲の申し入れを了承した。これにより、甲乙間で、V 宅に侵入して現金約 300 万円を盗むことについての共謀が成立した(①)。

甲は、上記共謀に基づき、上記 1 の通り住居侵入及び窃盗を実行した(②)。

乙は、「何か金を作る方法はないだろうか。泥棒でもするしかないかな。」という甲の発言に対し、「V は、現金 300 万円くらいをいつも家に置いていた。」と言い、甲の犯意を誘発している。また、乙は、甲に対し、月曜日の午前 8 時半から午前 10 時前までなら V が出勤している上に通いの家政婦もいないこと、V 宅トイレの窓にはいつも鍵がかかっていないことと、書斎の机の引き出しには 300 万円くらいが入っていることを説明した上で、V 宅の間取り図面を作成してトイレ・書斎・机の場所を同図面に書き込んでこれを甲に手渡した。犯行の日時・侵入経路・財物の在りかが住居侵入窃盗を

基礎応用 131 頁 [論点 1]、
論証集 63 頁 [論点 1]

成功させる上で極めて重要な情報であることから、乙は上記情報提供により重要な役割を果たしたといえる。さらに、甲は「300万円手に入れることができたなら、お前に100万円やる。」と言い、乙と報酬約束をしているところ、実行行為を分担しない乙にとっては、300万円のうち100万円を得るということは相当大きな利益であるから、乙は本件住居侵入窃盗について強い利害関係を有する。したがって、乙の正犯性(③)も認められる。

よって、乙には、住居侵入罪及び現金300万円の窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。

(2) 乙は、取り分として、甲から「盗品」である現金100万円を「無償で譲り受け」(256条1項)ている。

しかし、共同正犯者を含む本犯者による256条所定の行為については、不可罰的事後行為として盗品等関与罪は成立しないと解されている。

したがって、窃盗罪の共同正犯である乙には、盗品無償譲受け罪は成立しない。

3. 罪数

(1) 甲は、①住居侵入罪の共同正犯と②窃盗罪の共同正犯の罪責を負い、両者が手段・目的の関係に立つから牽連犯(54条1項後段)となる。

(2) 乙は、①住居侵入罪の共同正犯と②窃盗罪の共同正犯の罪責を負い、共謀共同正犯であることから共謀という一つの行為により①と②を実現しているから、①と②は観念的競合(54条1項前段)となる。

以上

第 24 問

基礎応用 137 頁・オ、論証
集 65 頁 [論点 6]、平成 28
年司法試験参考

(事案)

1. 甲 (男、40 歳) は、V (男、45 歳) から現金を奪うためにナイフを準備した上で、路上で V を待ち伏せし、V に対し、その右足のふくらはぎ (以下「右ふくらはぎ」という。) をナイフで 1 回刺した上で、「金を出せ。」と申し向け、V は、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き、「分かりました。今渡します。」と答えた。
2. 乙 (男、38 歳) は、甲の後輩であり、たまたま甲と V の様子を路上で見かけたところ、甲が強盗するのを手伝おうという気持ちが生じるとともに、分け前がもらえるだろうと考え、甲に対し、「俺も手伝いますよ。」と言った。甲は、乙に対し、「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前が V から金をもらってくれ。お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙も、これを了解して「分かりました。」と言った。
乙は、V がかばんから出した現金 100 万円入りの封筒を受け取り、これを甲に手渡した。甲は、封筒から現金 20 万円を取り出し、これを乙に手渡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい (特別法違反の点は除く。)。

(参考答案)

1. 甲の罪責

(1) 甲が V に対し、その右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した上で、「金を出せ。」と申し向けた行為について、強盗傷人罪（刑法 240 条前段）が成立しないか。

(2) 「暴行又は脅迫」（236 条 1 項）は、客観的にみて相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

殺傷能力の高いナイフで右ふくらはぎを刺された場合、歩くことができずその場から動けなくなるのが通常であるから、甲が V の右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した行為は、客観的に V の反抗を抑圧するに足りる有形力の行使として「暴行」たり得る。甲が右ふくらはぎを刺された状態の V に対して「金を出せ。」と申し向けた行為も、客観的に見て V の反抗を抑圧するに足りる害悪の告知として「脅迫」たり得る。

(3) 甲は V から現金を奪うために上記 (2) の暴行・脅迫を行っているから、これは財物奪取意思に担われた反抗抑圧手段として行われたものとして、強盗罪の「暴行」「脅迫」に当たる。

(4) V は、甲の暴行・脅迫により、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き反抗を抑圧され、「分かりました。今渡します。」と答え、かばんから現金 100 万円入りの封筒を出して乙に手渡している。その後、甲は、乙から同封筒を受け取ったのだから、V から現金 100 万円を「強取」したといえる。

(5) 240 条は「よって」という文言を用いていないし、強盗が故意に人を傷害することも刑事学上顕著であるから、同条の「強盗」には傷害の故意を有する者も含まれると解する。

したがって、傷害の故意（38 条 1 項本文）をもちながら上記行為に及んだ甲も「強盗」に当たる。

(6) V が強盗の手段である上記暴行により右ふくらはぎを負傷しているから、「強盗が、人を負傷させた」（240 条前段）といえる。

(7) したがって、甲には強盗傷人罪が成立する。

なお、後述する通り、甲は強盗罪（236 条 1 項）の限度で乙と共同正犯になる。

2. 乙の罪責

乙には、強盗致傷罪の共同正犯（60 条、240 条前段）が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

乙は、甲が強盗をしていることを認識しながら、甲に対し、

基礎応用 282 頁 [論点 1]、
論証集 135 頁 [論点 1]

「俺も手伝いますよ。」と言い、これに対し甲が「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前が V から金をもらってくれ。お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙が「分かりました。」と言った。これにより、甲乙間で、V に対する強盗罪の共謀が成立したといえる。

(2) 乙は、上記の共謀に基づき、甲により反抗を抑圧された V がかばんから出した現金 100 万円入りの封筒を受け取ることしかしておらず、強盗罪の手段である暴行・脅迫までは行っていないから、強盗罪さらには強盗傷人罪の実行行為の途中から共謀加担しているにすぎない。そこで、承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にあるから、後行者の共謀及びこれに基づく行為が構成要件的结果に対して因果性を及ぼしたといえる場合には、その限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められると解する。

イ. 乙は、前記共謀に基づき共謀加担前の甲の暴行・脅迫により惹起された V の反抗抑圧状態を利用して、V から現金 100 万円入りの封筒を受け取ることで、現金 100 万円の占有侵害について因果性を及ぼしている。そのため、少なくとも強盗既遂罪には因果性を及ぼしている。

他方で、V が右ふくらはぎを負傷したという結果は、乙が共謀加担する前の甲の暴行により生じたものであり、因果性の遡及が認められない以上、乙は V の負傷には因果性を及ぼしていない。

したがって、乙には強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立するにとどまる。

(3) よって、乙には強盗既遂罪の共同正犯が成立する。 以上

基礎応用 139 頁 [論点 6]、

論証集 65 頁 [論点 6]

第 47 問

基礎応用 270 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。

基礎応用 271 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

基礎応用 274 頁以下、論証
集 129 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。

基礎応用 276 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

基礎応用 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

基礎応用 279 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。）。

基礎応用 180 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)が成立するととどまる。 以上

第 5 1 問

基礎応用 282 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

基礎応用 283 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。）。

基礎応用 274 頁以下・282
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。

基礎応用 274 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。

基礎応用 282 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

(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)
- ・「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18版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4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」2012～2022(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)