

1 [平成26年]

2
3 以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

4
5 1 甲（28歳、男性、身長178センチメートル、体重82キログラム）は、V（68歳、男
6 性、身長160センチメートル、体重53キログラム）が密輸入された仏像を密かに所有して
7 いることを知り、Vから、売買を装いつつ、代金を支払わずにこれを入手しようと考えた。具
8 体的には、甲は、代金を支払う前に鑑定が必要であると言ってVから仏像の引渡しを受け、こ
9 れを別の者に託して持ち去らせ、その後、自身は隙を見て逃走して代金の支払を免れようと計
10 画した。

11 甲は、偽名を使って自分の身元が明らかにならないようにして、Vとの間で代金や仏像の受
12 渡しの日時・場所を決めるための交渉をし、その結果、仏像の代金は2000万円と決まり、
13 某日、ホテルの一室で受渡しを行うこととなった。甲は、仏像の持ち去り役として後輩の乙を
14 誘ったが、乙には、「ホテルで人から仏像を預かることになっているが、自分にはほかに用事
15 あるから、仏像をホテルから持ち帰ってしばらく自宅に保管しておいてくれ。」とのみ伝えて上
16 記計画は伝えず、乙も、上記計画を知らないまま、甲の依頼に応じることとした。

17 2 受渡し当日、Vは、一人で受渡し場所であるホテルの一室に行き、一方、甲も、乙を連れて
18 同ホテルに向かい、乙を室外に待たせ、甲一人でVの待つ室内に入った。甲は、Vに対し、「金
19 は持ってきたが、近くの喫茶店で鑑定人が待っているので、まず仏像を鑑定させてくれ。本物
20 と確認できたら鑑定人から連絡が入るので、ここにある金を渡す。」と言い、2000万円が入
21 っているように見せ掛けたアタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めた。Vは、代金が準
22 備されているのであれば、先に仏像を引き渡しても代金を受け取り損ねることはないだろうと
23 考え、仏像を甲に引き渡した。甲は、待機していた乙を室内に招き入れ、「これを頼む。」と言
24 って、仏像を手渡したところ、乙は、準備していた風呂敷で仏像を包み、甲からの指示どおり、
25 これを持ってそのままホテルを出て、タクシーに乗って自宅に帰った。乙がタクシーで立ち去
26 った後、甲は、代金を支払わないまま同室から逃走しようとしたが、Vは、その意図を見破り、
27 同室出入口ドア前に立ちはだかって、甲の逃走を阻んだ。

28 3 Vは、甲が逃げないように、護身用に持ち歩いていたナイフ（刃体の長さ約15センチメー
29 トル）の刃先を甲の首元に突き付け、さらに、甲に命じてアタッシュケースを開けさせたが、
30 中に現金はほとんど入っていなかった。Vは、甲から仏像を取り返し、又は代金を支払わせよ
31 うとして、その首元にナイフを突き付けたまま、「仏像を返すか、すぐに金を準備して払え。言
32 うことを聞かないと痛い目に合うぞ。」と言った。また、Vは、甲の身元を確認しようと考え、
33 「お前の免許証か何かを見せろ。」と言った。

34 4 甲は、このままではナイフで刺される危険があり、また、Vに自動車運転免許証を見られる
35 と、身元が知られて仏像の返還や代金の支払を免れることができなくなると考えた。そこで、
36 甲は、Vからナイフを奪い取ってVを殺害して、自分の身を守るとともに、仏像の返還や代金
37 の支払を免れることを意図し、隙を狙ってVからナイフを奪い取り、ナイフを取り返そうとし
38 て甲につかみ掛かってきたVの腹部を、殺意をもって、ナイフで1回突き刺し、Vに重傷を負
39 わせた。甲は、すぐに逃走したが、部屋から逃げていく甲の姿を見て不審に思ったホテルの従
40 業員が、Vが血を流して倒れているのに気付いて119番通報をした。Vは、直ちに病院に搬
41 送され、一命を取り留めた。

42 5 甲は、身を隠すため、その日のうちに国外に逃亡した。乙は、持ち帰った仏像を自宅に保管

43 したまま、甲からの指示を待った。その後、乙は、甲から電話で、上記一連の事情を全て打ち
44 明けられ、引き続き仏像の保管を依頼された。乙は、先輩である甲からの依頼であるのでやむ
45 を得ないと思い、そのまま仏像の保管を続けた。しかし、乙は、その電話から2週間後、金に
46 困っていたことから、甲に無断で仏像を500万円で第三者に売却し、その代金を自己の用途
47 に費消した。

(出題趣旨)

本問は、甲が、Vに嘘を言い、同人所有の仏像を、事情を知らない乙を介して入手した際、Vからナイフを突き付けられて仏像の返還や代金の支払を要求されたため、自分の身を守るとともに仏像の返還や代金の支払を免れる意図で、殺意をもって、Vから奪い取ったナイフで同人の腹部を刺したが殺害に至らず、その後、甲の依頼を受けた乙が、仏像を保管中、甲に無断でこれを売却した、という事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、詐欺罪、強盗殺人未遂罪、正当防衛、盗品等保管罪、横領罪それぞれの成立要件等に関する基本的理解と事実の当てはめが、論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

第1. 甲の罪責

1. Vに対する1項詐欺罪

甲がVからVの所有・占有に属する「財物」である仏像の引渡しを受けた行為につき、詐欺罪（刑法246条1項）が成立しないか。

(1) 1項詐欺罪における主たる争点は、窃盗罪（235条）と1項詐欺罪との区別、すなわち処分行為に向けられた「欺」罔行為の有無である。

「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、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、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。

(2) 処分行為に向けられた「欺」罔行為を肯定した場合、法益関係的錯誤の惹起に向けられた「欺」罔行為、被欺罔者の錯誤、錯誤に基づく処分行為による財物の終局的占有移転、主観的構成要件（故意及び不法領得の意思）についての検討を進めていくことになる。

これに対し、処分行為に向けられた「欺」罔行為を否定した場合、詐欺未遂罪すら成立しないから、窃盗罪の成否を検討することになる。

2. Vに対する強盗殺人未遂罪

甲が仏像や代金の支払を免れるためにVの腹部をナイフで1回突き刺した行為につき、強盗殺人未遂罪（243条、240条後段）が成立しないか。

(1) 前記1で1項詐欺罪の成立を認めている場合、これと法条競合の関係に立つ窃盗罪の成立が否定されることになるから、「窃盗」を要件とする事後強盗罪（238条）は成立しない。したがって、事後強盗殺人未遂罪ではなく、2項強盗殺人未遂罪の成否を検討することになる。

これに対し、前記1で1項詐欺罪の成立を否定する一方で窃盗罪の成立を認めている場合には、事後強盗殺人未遂罪の成否を検討することになる。

(2) 甲の上記2の行為は、Vの反抗を抑圧するに足りるものだから、強盗罪の「暴行」（236条）に当たり得る。

(3) 強盗殺人罪（未遂を含む）の事案では、相手方の処分行為による利益移転を観念できないため、2項強盗罪の成否における処分行為の要否が論点として顕在化する。

基礎応用 274 頁 [論点 1]、論証集
131 頁 [論点 1]

反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪（236条2項）において相手方の処分行為は不要であるが、処罰範囲の明確化のために、「暴行又は脅迫」は財物取得と同視し得るだけの具体的な財産的利益の移転に向けられている必要があると解する。

仏像は密輸入されてVにおいて密かに所有されているものであるため、Vが死亡した場合、相続人は仏像やそれに関する売買の存在を知らないのだから、甲に対して仏像の返還や代金の支払を求める者がいなくなる。したがって、甲の上記2の行為は、Vを殺害することにより財物取得と同視できるだけの具体的な財産的利益といえる債務免脱利益の取得に向けられており、「暴行」に当たる。

したがって、2項強盗罪が成立する。

(4) 甲はVを殺害するつもりだったから、殺人既遂の故意がある。そこで、「強盗」（240条）には殺人罪の故意がある者も含まれるかが問題となる。

基礎応用 282 頁 [論点 1]、論証集
135 頁 [論点 1]

240条は「よって」という文言を用いていないし、強盗が故意に人を死亡させることも刑事学上顕著であるから、同条の「強盗」には殺人罪の故意を有する者も含まれると解される。

したがって、甲は「強盗」（240条）に当たる。

(5) 強盗殺人罪の原因行為については、強盗の手段たる暴行以外の行為も含まれるかという論点があるが、前記2の行為は2項強盗罪の手段たる暴行であるから、問題なく強盗殺人罪の原因行為に当たる。

基礎応用 283 頁 [論点 2] [論点 3]
論証集 136 頁 [論点 2] [論点 3]

(6) Vが死亡していないため、強盗殺人罪の既遂・未遂の判断基準が問題となる（なお、仏像の返還や代金を免れるという利益を取得したとして2項強盗罪が既遂に至っているのかは不明である）。

基礎応用 284 頁(2)、論証集 137 頁
(2)

強盗殺人罪の主たる保護法益は人の生命であるから、死亡の発生をもって既遂となると解される。

したがって、Vが死亡していない以上、2項強盗殺人既遂罪ではなく、2項強盗殺人未遂罪の構成要件に該当するととどまる。

(7) 甲は、このままではVからナイフで刺される危険があり、自分の身を守るとともに、仏像の返還や代金の支払を免れることを意図して、前記2の行為に及んでいるから、正当防衛（36条2項）の成立による違法性阻却の有無が問題となる。

ア. まず、Vによるナイフでの侵害行為（問題文28～33行目）は、甲の前記1における詐欺行為によって招来されたものであるから、自招侵害であることを理由として正当防衛の成立が否定されるかが問題となる。

基礎応用79頁[論点1]、論証集41頁
[論点1]、最決H20.5.20・百126

防衛行為者について侵害者に対する関係で優越的地位が認められている根拠は、正当防衛が正対不正という状況で行われることにある。そこで、①違法行為による侵害行為の招致（違法行為による触発）、②招致行為と侵害行為の一連一体性（①の直後に近接した場所で侵害行為が行われたこ

と)、③侵害行為が招致行為の危険性(程度)を大きく超えないことを要件として、正当防衛状況の欠如により自招侵害に対する正当防衛の成立が否定されると解する。

イ. 次に、Vの侵害行為が甲の身体の安全に対する「急迫不正の侵害」に当たることについて、簡潔に指摘する。

ウ. さらに、甲には自分の身を守る意図がある一方で、仏像の返還や代金の支払を免れる意図もあることから、「防衛するために」に対応する防衛の意思の有無が問題となる。

違法性の実質を社会倫理規範違反に(も)求める行為無価値論(又は違法二元論)からは、正当防衛の成立には、「防衛するため」という文言に対応する要件として、防衛の意思が必要であると解される(防衛の意思必要説)。

防衛の意思の内容としては、①正当防衛状況の認識に加え、②多少なりとも防衛の動機・目的が必要とされる。

もっとも、不正な侵害を受けて憤激・逆上するのは人間の感情として自然なことであるから、攻撃の意思と防衛の意思は併存し得るものであり、反撃行為が専ら攻撃の意思でなされた場合でない限り、攻撃の意思の存在は防衛の意思を否定しないと解される。

本問は、憤激・逆上による攻撃の意思が存在する事案ではないが、防衛の意思以外の犯罪意思が存在する事案であり、防衛の意思の有無について、攻撃の意思と防衛の意思との併存に関する判断基準を参考にして論じることができると考えられる。

エ. 最後に、「やむを得ずにした行為」に当たるかが問題となる。

「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段として必要最小限度であることを意味する。

必要最小限度のうち「必要」が防衛行為の必要性であり、これは「必ず要る」という意味ではなく、「防衛に役立つ」という程度の意味である。

必要最小限度のうち「最小限度」が防衛行為の相当性であり、「正は不正に譲歩する必要はない」という正当防衛の基本思想(正当化根拠)から、防衛行為の相当性は行為としての相当性を意味すると解される。行為としての相当性は、①(確実な)防衛効果を期待できるより侵害性の小さい他の侵害排除手段の存否、②①を侵害現場で選択することの可能性(困難性)から判断される。

3. 盗品等保管罪の教唆犯

甲が乙に対して犯行計画を知らせないまま、仏像を乙の自宅で保管するように依頼するとともに、その後、電話で一連の事情を全て打ち明けた行為には、盗品等保管罪の教唆犯(61条1項、256条2項)の成否が問題となる。

まず、後述する通り、乙が仏像が「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」(以下「盗品性」という)であると認識するに至った以降も仏像の保管を継続した行為には、盗品等保管罪が成立する。そうすると、

基礎応用 88頁[論点10][論点11]、
論証集 44頁以下[論点10][論点
11]

基礎応用 89頁[論点12]、論証集
45頁[論点12]

教唆犯の前提要件を満たす。

次に、甲は、乙に対して電話で一連の事情の全てを打ち明けたことにより、乙が仏像の盗品性を認識するに至り、先輩である甲からの依頼であるのでやむを得ないと思い、そのまま仏像を保管することにした時点で、乙に盗品等保管罪の実行を決意させたとして、盗品等保管罪の「教唆」をしたといえる。

そして、本犯者及び本犯の共同正犯による盗品等関与罪については不可罰事後行為であると解されているが、本犯の狭義の共犯による盗品等関与罪については不可罰事後行為とはならず、本犯の狭義の共犯と併合罪の関係に立つと解されている。

したがって、甲には、盗品等保管罪の教唆犯が成立する。

基礎応用 346 頁・5、論証集 167 頁・

3

第2. 乙の罪責

1. 盗品等保管罪

乙は、甲から依頼を受けて「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」（以下「盗品等」という）である仏像を「保管」しているが、「盗品」性の認識を欠いている間における保管行為には、本罪の故意を欠くとして盗品等保管罪（256 条 2 項）は成立しない。もっとも、乙は、甲から電話で一連の事情を全て打ち明けられたことにより仏像の盗品性を認識し、本罪の故意を有するに至り、その後も「先輩である甲からの依頼であるのでやむを得ないと思い」甲のために仏像の保管を継続している。そこで、知情後の保管の継続について本罪が成立しないか。

基礎応用 344 頁 [論点 2]、論証集

166 頁 [論点 2]、最決 S50.6.12・

百 II 76

本罪を状態犯であると理解すると、保管開始とともに保管罪は既遂に達し、終了するから、故意が生じた時点では構成要件的行為が存在しないことになり、それ以降の保管行為には本罪は成立しない。しかし、本罪は継続犯と解すべきであるから、盗品性の認識後にも本犯のために保管を継続する行為には本罪が成立する。

乙は、仏像の盗品性を認識した後も、「先輩である甲からの依頼であるのでやむを得ないと思い」甲のために仏像の保管を継続している。したがって、知情後の保管行為には盗品等保管罪が成立する。

2. 乙が甲に無断で仏像を 500 万円に売却した行為

(1) まず、委託物横領罪（252 条）の成否が問題となる。

確かに、盗品等は、本犯の被害者の所有権に属するという意味で、「他人の物」に当たる。

基礎応用 322 頁 [論点 7]、論証集

153 頁 [論点 7]

本罪の「占有」は委託信任関係に基づくことを要するところ、移転罪においては犯人の事実上の占有も保護されることとの均衡上、犯人との間の委託信任関係も刑法上保護されるべきであるとする見解もある。

しかし、委託物横領罪は、所有権を第一次的な保護法益とするものであり、第二次的な保護法益にすぎない委託信任関係自体を保護するものではない。

判例は、委託物横領罪の成立を認め

ている（大判 S13.9.1）。

そこで、本犯者という無権限者との間における委託信頼関係の要保護性は認められないと解する。

したがって、無権限者である詐欺の犯人甲との間における委託信頼関係の要保護性が否定されるから、その結果、委託信頼関係に基づく「占有」が否定される。

よって、委託物横領罪は成立しない。

(2) 次に、「占有を離れた他人の物」(254条)には委託信頼関係に基づかず行為者が占有する他人所有の物も含まれるから、「占有を離れた他人の物」である仏像を「横領」したものととして占有離脱物横領罪が成立する。

(3) さらに、第三者に盗品性について偽って仏像を売却し、代金を取得したことについて、1項詐欺罪の成否が問題となる。

判例は、盗品の所持者が盗品であることを隠してこれを売却した事案について、代金の取得はあっせんの結果であるとして、盗品有償処分あっせん罪のみが成立し、詐欺罪は成立しないと解している。

しかし、本問では、乙は、初めから代金を費消するつもりで仏像を第三者に売却していることから、仏像に関する甲と第三者との間の売買をあっせんしたのではなく、自らが売買契約の当事者となって第三者との間で売買をしていると考えられる。そのため、上記の判例の射程が及ぶかが定かでない。

(4) そして、(3)の通り、乙は自らが売買契約の当事者となって第三者との間で売買をしていると考えられるから、盗品等有償処分あっせん罪(256条2項)は成立しないとされる。

3. 乙が仏像の売却代金を自己の用途に費消した行為

(1) まず、委託物横領罪の成否が問題となる。乙が自ら売買契約の当事者となって第三者との間で売買をしていると考えられるため、売却代金の占有については甲乙間に委託信頼関係が存在しない。したがって、委託信頼関係の要保護性を論じるまでもなく、委託信頼関係に基づく「占有」を欠くとして委託物横領罪の成立が否定される。

(2) 次に、占有離脱物横領罪の成否が問題となる。確かに、売却代金が被害者Vの所有に属すると解されることから、乙の行為は「占有を離れた他人の物」である仏像を「横領」するものといえる。しかし、売却代金を客体とする領得行為については、仏像の売却行為について成立する占有離脱物横領罪による既に評価し尽くされているとして、別途占有離脱物横領罪を構成するものではないと解すべきであろう。

[模範答案]

1 第1. 甲の罪責

2 1. 甲がVからVの所有・占有に属する「財物」である仏像の引渡しを
3 受けた行為につき、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 甲は、Vに対し「近くの喫茶店で鑑定人が待っているので、まず
7 仏像を鑑定させてくれ。本物と確認できたら…ここにある金を渡す。」
8 と言って仏像の引渡しを求めたのだから、乙がこれに応じて仏像を
9 甲に引き渡した行為は、仏像がホテル外の喫茶店に移動することに
10 加え、本物であるとの確認がとれた場合には仏像を甲側の支配下に
11 置き続けることまで許容するものであるといえるため、Vの意思に
12 基づき仏像の占有を終局的に甲に移転する処分行為である。したが
13 って、甲の行為はVの処分行為に向けられている。

14 (2) 甲が代金を支払うつもりがないのにVに対して2000万円が入っ
15 ているように見せ掛けたアタッシュケースを示して仏像の引渡しを
16 求めた行為は、Vが仏像の引渡しに応じるかの判断における重要事
17 項である代金支払意思の有無について偽るものだから、法益関係的
18 錯誤の惹起に向けられた「欺」罔行為に当たる。

19 (3) Vは、甲の欺罔行為により「代金が準備されているのであれば」
20 と考えるに至ることで錯誤に陥り、仏像を甲に引き渡しているから、
21 甲はVを「欺き財物を交付させた」といえる。

22 (4) したがって、1項詐欺既遂罪が成立する。

1 2. 甲が仏像や代金の支払を免れるために V の腹部をナイフで 1 回突き
2 刺した行為につき、2 項強盗殺人未遂罪（243 条、240 条後段、236 条
3 2 項）が成立しないか。

4 (1) 甲の上記 2 の行為は、V の反抗を抑圧するに足りるものだから、
5 強盗罪の「暴行」（236 条）に当たり得る。

6 (2) 反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪（236 条 2 項）において
7 相手方の処分行為は不要であるが、処罰範囲の明確化のために、「暴
8 行又は脅迫」は財物取得と同視し得るだけの具体的な財産的利益の
9 移転に向けられている必要があると解する。

10 仏像は密輸入されて V において密かに所有されているものである
11 ため、V が死亡した場合、相続人は仏像やそれに関する売買の存在
12 を知らないのだから、甲に対して仏像の返還や代金の支払を求める
13 者がいなくなる。したがって、甲の上記 2 の行為は、V を殺害する
14 ことにより財物取得と同視できるだけの具体的な財産的利益といえ
15 る債務免脱利益の取得に向けられており、「暴行」に当たる。

16 したがって、2 項強盗罪が成立する。

17 (3) 甲は V を殺害するつもりだったから、殺人既遂の故意がある。も
18 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
19 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。

20 したがって、甲は「強盗」（240 条）に当たる。

21 (4) 強盗の手段である前記 2 の行為は強盗殺人罪の原因行為に当たる
22 ところ、V が死亡していないから、強盗殺人未遂罪の構成要件に該

1 当するにとどまる。

2 (5) では、正当防衛 (36 条 1 項) は成立しないか。

3 ア. ①違法行為による侵害行為の招致、②両者の一連一体性及び③

4 侵害行為が招致行為の程度を大きく超えないことを要件として、

5 正当防衛の本質である正当防衛状況を欠如することにより、自招

6 侵害に対する正当防衛の成立が否定されると解する。

7 V によるナイフでの侵害行為は、甲の前記 1 の詐欺行為に招来

8 されたものであるし (①)、両者には時間的場所的近接性ゆえに一

9 連一体性がある (②)。しかし、刃体の長さ約 15 cm のナイフの刃

10 先を甲の首元に突き付けてナイフによる加害を告知する乙の侵

11 害行為の危険性は、財産犯にすぎない詐欺行為の危険性を大きく

12 超えるものである (③)。したがって、正当防衛状況の欠如はない。

13 イ. V の侵害行為は甲の身体の安全に対する「急迫不正の侵害」に

14 当たり、甲には仏像の返還や代金の支払を免れる意図のほか、自

15 分の身を守る意図もあるから、「防衛するために」に対応する防衛

16 の意思も認められる。

17 ウ. 「やむを得ずにした行為」は防衛手段の必要最小限度性を意味す

18 るところ、甲が年齢及び体格において大幅に V に勝っていること

19 からすれば、乙からナイフを取り上げて乙の腕などをナイフで切

20 り付けるといふより穏当な方法でも十分、乙の侵害行為を排除で

21 きたといえる。したがって、甲の行為は、防衛手段としての必要

22 最小限度性を欠き、「やむを得ずにした行為」に当たらない。

1 よって、正当防衛による違法性阻却は認められず 2 項強盗殺人
2 未遂罪が成立し、任意的減軽（36 条 2 項）があるにとどまる。

3 第 2 . 乙の罪責

4 1 . 乙は、甲から依頼を受けて「盗品その他財産に対する罪に当たる行
5 為によって領得された物」（以下「盗品」性という）である仏像を「保
6 管」しているが、「盗品」性の認識を欠いている間における保管行為に
7 は、本罪の故意を欠くとして盗品保等管罪（256 条 2 項）は成立しな
8 い。もっとも、乙は、甲から電話で一連の事情を全て打ち明けられた
9 ことにより仏像の盗品性を認識し、本罪の故意を有するに至り、その
10 後も甲のために仏像の保管を継続している。

11 本罪は状態犯ではなく継続犯であると解すべきだから、盗品性の認
12 識後にも本犯のために保管を継続する行為には本罪が成立する。

13 したがって、知情後の保管行為には盗品等保管罪が成立する。

14 2 . 乙が甲に無断で仏像を 500 万円で第三者に売却した行為には、委託
15 物横領罪（252 条）は成立しない。本罪は、所有権を第一次的な保護
16 法益としており、第二次的な保護法益にすぎない委託信任関係自体を
17 保護するものではないため、無権限者にすぎない詐欺犯人甲との間に
18 おける委託信任関係は保護に値せず、その結果、委託信任関係に基づ
19 く「占有」が否定されるからである。もっとも、「占有を離れた他人の
20 物」（254 条）には委託信任関係に基づかず行為者が占有する他人所有
21 の物も含まれるから、「占有を離れた他人の物」である仏像を「横領」
22 したものとして占有離脱物横領罪が成立する。 以上