

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、応じた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 られているのだらうと思い、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】**の事実が続いて、**【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、レ
60 ジカOUNTER内に一人でいた同店経営者D(男性、50歳)に対し、レジカOUNTERを挟んで向か
61 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、「金を出せ。」
62 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。」と言って甲の
63 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OUNTERに身を乗り出して
64 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え見せなかつ
65 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、狙い
68 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った。
69 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、ど
72 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。

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)

(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）

(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、承継的共同正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）

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）

(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）

(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、承継的共同正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）

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。

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、承継的共同正犯について、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。

二つ目は、共同正犯の処罰根拠である因果性を構成要件的结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）が構成要件的结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。

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る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)

[中上位答案]

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 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