

司法試験

---

# 刑法 一斉テスト

## 解説

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 230025

LL23002

## 第1問（短答式・肢別正誤判定）

1 不作為犯の因果関係は、期待された作為に出ているれば結果が発生しなかったことが、合理的な疑いを超える程度に確実であったといえない場合であっても、その可能性さえあれば、認められる余地がある。

× 判例（最決平元. 12. 15／百選 I [第8版] [4]）は、被害者の女性が錯乱状態に陥った時点で直ちに救急医療を要請していれば「同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから」、被害者を救助しなかった不作為と被害者の死亡との間には因果関係が認められるとしている。したがって、不作為犯の因果関係は、期待された作為に出ているれば結果が発生しなかったことが、合理的な疑いを超える程度に確実であったといえる場合に認められる。よって、不作為犯の因果関係は、期待された作為に出ているれば結果が発生しなかったことが、合理的な疑いを超える程度に確実であったといえない場合であっても、その可能性さえあれば、認められる余地があるとする点で、本肢は誤っている。

**令和元年司・第1問、予・第3問**

2 甲が、心臓発作を起こしやすい持病を持ったVを突き飛ばして尻餅をつくように路上に転倒させたところ、Vはその転倒のショックで心臓発作を起こして死亡した。Vにその持病があることを甲が知り得なかった場合でも、甲がVを突き飛ばして路上に転倒させた行為とVの死亡との間には、因果関係がある。

○ 判例（最判昭 46. 6. 17／百選 I [第8版] [8]）は、致死の原因たる暴行は、必ずしも「それが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があったため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であっても、右暴行による致死の罪の成立を妨げない」とした上で、たとえ「本件暴行が、被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったであろうと認められ、しかも、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかったものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地がある」としている。かかる判例の立場に従って検討すると、本肢における甲の行為とVの死亡との間には、因果関係があると見える。よって、本肢は正しい。

**平成28年司・第5問、予・第7問**

- 3 甲が、Vの胸部、腹部及び腰部を殴打したり足蹴りしたりする暴行を加えたところ、それに耐えかねたVは、その場から逃走した際、逃げることに必死の余り、過って路上に転倒し、縁石に頭部を打ち付けたことによって、くも膜下出血により死亡した。この場合、甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係がある。

○ 判例（最決平 15.7.16／百選 I [第8版] [13]）は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる」としている。本肢におけるVの行為は、甲の暴行に耐えかねて、その場から逃走した際、逃げることに必死の余り、過って路上に転倒したというものであり、著しく不自然、不相当なものであったとはいえない。そうすると、Vが転倒した際に縁石に頭部を打ち付けたことによって、くも膜下出血により死亡したことも、甲の暴行に起因するものと評価することができる。そして、判例（最決昭 59.7.6）も、被告人らによる足蹴り等の暴行に耐えかねた被害者が逃走しようとして池に落ち、露出した岩石に後頭部を打ち付けたことによって、擦過打撲傷に基づくくも膜下出血で死亡したという本肢類似の事案において、被告人らの行為と被害者の死亡という結果との間の因果関係を肯定して、傷害致死罪の成立を認めている。かかる判例の立場に従って検討すると、本肢における甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係が認められる。よって、本肢は正しい。

#### 平成 29 年予・第 1 問

- 4 相手方から急迫不正の侵害を受け、第三者の所有物を用いて相手方に反撃し、同所有物を損壊した場合において、その行為が器物損壊罪の構成要件に該当するとき、その行為につき緊急避難が成立する余地はない。

× 第三者の物を利用した防衛行為に出た結果、その物を損壊した場合、その行為は器物損壊罪の構成要件に該当する。もっとも、防衛行為に及んだ者には相手方に対する正当防衛が成立する以上、防衛行為に及んだ者と第三者との関係は「正対正」の関係に立つ。したがって、防衛行為に及んだ者には緊急避難（37 I 本文）の成立の余地がある。よって、緊急避難が成立する余地はないとする点で、本肢は誤っている。

#### 平成 28 年司・第 9 問、予・第 1 問

5 甲は、乙ら数名の男によって監禁されたが、監禁されて2週間後、たまたま見張りが乙一人になったので、監禁場所から脱出するため、乙の顔面を1回殴打して乙がひるんだ隙にそこから逃げた。この場合、甲には正当防衛が成立する。

- 正当防衛が成立するには、「急迫不正の侵害」の存在が必要である。監禁罪（220）は継続犯であるため、監禁されて2週間経った時点であっても、甲の移動の自由は侵害されているといえる。したがって、甲の行為は「急迫不正の侵害」に対してなされたといえる。また、甲は自己の移動の自由という「権利を防衛するため」、乙の顔面を1回殴打しているが、これは防衛行為としての相当性を有する行為といえるから、「やむを得ずにした行為」といえる。以上より、甲には正当防衛が成立する。したがって、本肢は正しい。

**平成23年予・第1問**

6 自己に対しナイフを示して脅している相手方に対し専ら攻撃の意思で暴行に及んだ場合、その暴行行為については、正当防衛が成立する余地はない。

- 判例（最判昭 50.11.28／百選 I [第8版] [24]）は、「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではない」が、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く」としている。したがって、専ら攻撃の意思で暴行に及んだ場合には、防衛の意思を欠き、正当防衛は成立しない。よって、本肢は正しい。

**令和元年司・第15問、予・第5問**

7 現在の危難の発生原因は人の行為に限られず、自然災害や動物による危害も含まれる。

- 「現在の危難」（37 I 本文）とは、「急迫不正の侵害」（36 I）と異なり、不正であることは要件とされていないから、動物の動作であっても、また自然現象であってもよい。判例（大判昭 8.11.30）も、豪雨により水没した稲苗を救うために他人の板堰を損壊した行為について、「現在の危難」に当たるとしている。したがって、本肢は正しい。

**平成27年予・第3問**

8 甲は、乙が保険金をだまし取るのに協力する目的で、乙の右手の親指を包丁で切断した。親指の切断について乙があらかじめ甲に対して承諾していた場合、甲の行為は、傷害罪の構成要件に該当せず、同罪は成立しない。

× 被害者が身体傷害を承諾した場合の傷害罪（204）の成否は、承諾の存在だけではなく、その承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度などの諸般の事情に照らし合わせて決すべきであって、保険金詐取の目的で身体傷害の承諾を得た場合には傷害罪の違法性は阻却されない（最決昭 55. 11. 13）。よって、保険金をだまし取る目的で乙の親指を切断した甲の行為の違法性は阻却されず、甲には傷害罪が成立する。したがって、本肢は誤っている。

**平成 23 年司・第 8 問、予・第 9 問**

9 甲は、知人乙から、「生活が苦しく刑務所に入りたいので、私から脅されたという事実をでっち上げて、私を告訴してほしい。」と依頼され、乙の承諾を得て、乙を脅迫罪で告訴した。この場合、甲には、虚偽告訴罪は成立しない。

× 虚偽告訴罪（172）の保護法益は、国家の審判作用の前段階たる捜査・調査権の適正な運用という国家的法益及び不当に捜査の対象とされないという個人的法益であるから、被申告者の同意があっても、違法性は阻却されず、虚偽告訴罪が成立する（大判大元. 12. 20 参照）。したがって、本肢においても、甲には、虚偽告訴罪が成立する。よって、甲には、虚偽告訴罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

**令和元年司・第 9 問、予・第 1 問**

10 甲は、パチンコ店の従業員乙が運搬していた同店の売上金の入ったかばんを強取するため、乙の後方から、乙の頭部を狙い、殺意をもってけん銃の弾丸を発射したところ、同弾丸は乙の肩を貫通した上、甲が認識していなかった通行人丙の腹部に命中し、乙と丙にそれぞれ傷害を負わせた。この場合、甲には、乙に対する強盗殺人未遂罪、丙に対する強盗殺人未遂罪がそれぞれ成立し、両罪は観念的競合となる。

○ 強盗殺人の故意で甲に向けて発砲したが、甲のみでなく乙をも負傷させた場合には、二個の強盗殺人未遂罪が成立するとするのが判例である（最判昭 53. 7. 28）。犯罪の故意があるとするには、犯人の認識した事実と発生した事実とが法定の範囲内で一致すれば足り、殺意を持って殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に結果が発生した場合にも故意があるとしてよいからである。また、乙に対する奪取意思は必要な

い。したがって、正しい。

**平成 23 年司・第 18 問、予・第 11 問**

11 甲は、乙から、乙が窃取してきた貴金属類を、乙が盗んできたものかもしれないと思いながら、あえて買い取った。甲には盗品等有償譲受け罪の故意が認められる。

- 盗品等有償譲受け罪の故意について、判例は、「赃物故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによって成立するものであるがその故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知って居ることを必要としない或は赃物であるかも知れないと思いながらしかも敢てこれを買受ける意思があれば足りるものと解すべきである」とし、盗品であるかも知れないと思いながらあえてこれを買受ける意思があれば、同罪の未必の故意を肯定できるとして、同罪の成立を認めている（最判昭 23. 3. 16/百選 I [第 8 版] [41]）。したがって、本肢は正しい。

**平成 25 年予・第 7 問**

12 共同正犯に関する刑法第 60 条は、意思の連絡を要件としているので、過失犯には適用されない。

- × 判例（最判昭 28. 1. 23）は、過失犯の共同正犯の成立を認めている。過失犯の共同正犯が成立するためには、共同の注意義務に共同して違反したことが必要である（最決平 28. 7. 12/百選 I [第 8 版] [79] 参照）。よって、共同正犯に関する刑法第 60 条は、過失犯には適用されないとする点で、本肢は誤っている。

**令和 3 年司・第 1 問、予・第 3 問**

13 過失犯の成立に必要となる結果発生の予見可能性は、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度の予見の可能性で足りる。

- × 過失犯における予見可能性について、判例（札幌高判昭 51. 3. 18/百選 I [第 8 版] [51]）は、「結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべき」であるとしている。よって、過失犯の成立に必要となる結果発生の予見可能性は、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度の予見の可能性で足りるとする点で、本肢は誤っている。

**令和 3 年司・第 1 問、予・第 3 問**

14 甲は、Aを川の中に突き落として溺死させようと思い、橋の側端に立っていたAを突き飛ばしたところ、Aは落下する途中で橋脚に頭部を強打して即死した。甲には殺人既遂罪が成立する。

- 本肢のように、いわゆる因果関係の錯誤がある場合であっても、行為者が事前に予見した因果関係の内容と実際の因果の経過とが構成要件の範囲内で符合している限り、すなわち、その不一致が相当因果関係の範囲内にある限り、行為者に故意責任を問いうる。本肢では、甲はAを溺死させようと思っていたところ、Aは橋脚に頭部を強打して即死しているが、甲が認識した因果経過と現実の因果経過とが相当因果関係の範囲内で符合しているから、殺人罪の故意は阻却されず、甲に殺人既遂罪が成立する。したがって、本肢は正しい。

**平成 24 年司・第 7 問、予・第 12 問**

15 甲が乙に対し、Aをナイフで脅してAから金品を強取するように教唆したところ、乙は、その旨決意し、Aをナイフで脅したが、その最中に殺意を抱き、Aの腹部をナイフで刺してAに傷害を負わせ、Aから金品を強取したものの、Aを殺害するには至らなかった。甲には強盗罪の教唆犯が成立することとまる。

- × 本肢において、甲の認識事実は、Aに対する強盗罪（236 I）の教唆犯であるが、現実事実は、Aに対する強盗殺人未遂罪（240 後段、243）の教唆犯である。そこで、教唆犯において抽象的事実の錯誤があった場合の処理が問題となる。判例（最決昭 61. 6. 9 / 百選 I [第 8 版] [43] 等）・法定的符合説によれば、認識していた犯罪事実の構成要件と発生した犯罪事実の構成要件が実質的に重なり合う場合には、その限度で故意犯の成立が認められる。そうすると、甲には、強盗罪と強盗殺人未遂罪の構成要件が実質的に重なり合う強盗罪の限度で、その教唆犯が成立するとも思える。しかし、判例（大判大 13. 4. 29）は、人を教唆して、他人に暴行を加えさせた以上は、その暴行により、傷害・死亡の結果を生じた場合、傷害致死罪の教唆犯となるとして、結果的加重犯の教唆犯を認めている。かかる判例の立場に従って検討すると、甲の認識事実としては、強盗罪ではなく強盗致傷罪の教唆犯となる。したがって、甲には、強盗殺人未遂罪と強盗致傷罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で、軽い強盗致傷罪の教唆犯が成立する。よって、甲には強盗罪の教唆犯が成立することとまるとする点で、本肢は誤っている。

**平成 29 年司・第 15 問、予・第 7 問**

16 犯行時に成年に達していても、犯行時の知能程度が12歳程度であった場合には、刑事未成年者に関する刑法第41条が準用される。

× 41条が14歳未満の者を一律に刑事未成年者としたのは、年少者については刑法が目的とする犯罪予防の見地からも、処罰を控えることを妥当とする刑事政策的理由にもとづく。そうだとすれば、犯行時に成年に達していても知能が12歳程度である場合には、政策的規定である41条を準用するよりも、より実質的に責任能力がないとして39条の問題とするのが適切であろう。また、14歳以上の者であれば、その精神能力が14歳未満の者のそれと同程度であるということだけで責任能力が否定されることにはならないとした裁判例がある（神戸地姫路支判昭34.11.25）。したがって、刑法第41条が準用されるとする点で、本肢は誤っている。

#### 令和2年予・第39問

17 犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退していても、行動を制御する能力が十分に保たれていれば、完全責任能力が認められることがある。

× 心神喪失とは、精神の障害により、事物の是非善悪を弁識する能力（弁識能力）と行動を制御する能力（制御能力）のいずれか又は双方を欠く状態をいう。心神耗弱とは精神の障害により弁識能力、制御能力のいずれか又は双方が著しく限定されている状態をいう。そうすると、完全責任能力が認められるためには、弁識能力と制御能力の双方を有することが必要である。本件では、是非善悪を弁識する能力が著しく減退しているということから、弁識能力を著しく欠いており、心神耗弱にあたる。そうすると、たとえ制御能力が十分であったとしても、完全責任能力が認められることはない。したがって、完全責任能力が認められることがあるとする点で、本肢は誤っている。

#### 平成24年司・第13問、予・第10問

18 裁判所は、責任能力の有無・程度について、専門家たる精神医学者の意見を十分に尊重して判定すべきであるから、精神鑑定意見の一部だけを採用することは許されない。

× 判例（最判平20.4.25）は、「専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべき」である旨判示している。したがって、本肢前



段の記述は正しい。もっとも、判例（最決平 21.12.8/百選 I [第 8 版] [35]）は、「責任能力の有無・程度の判断は、法律判断であって、専ら裁判所にゆだねられるべき問題であり、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である。……裁判所は、特定の精神鑑定の見解の一部を採用した場合においても、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、……総合して判定することができる」旨判示している。したがって、精神鑑定の見解の一部だけを採用することは許されないとする点で、本肢後段の記述は誤っている。よって、本肢は誤っている。

**平成 30 年司・第 11 問、予 11 問**

19 甲は、自己が居住する建物に付した火災保険の保険金を保険会社からだまし取る目的で同建物に放火したが、保険金を請求するに至らなかった。この場合、甲には詐欺未遂罪は成立しない。

- 保険金を詐取する目的で保険の目的物である家屋に放火した場合は、人に対して詐欺行為を行っていないから、それだけでは実行の着手とはいえない。保険会社に保険金の支払いを請求した時にはじめて実行の着手となる。それゆえ、保険金を請求するに至らなかった甲には詐欺未遂罪が成立しない。したがって、正しい。

**平成 23 年司・第 10 問、予・第 13 問**

20 甲は、他人が居住する建物に放火することを企て、30分後に発火して導火材を経て同建物に火が燃え移るように設定した時限発火装置を同建物に設置したが、設定した時刻が到来する前に発覚して同装置の発火に至らなかった。この場合、甲には現住建造物等放火未遂罪は成立しない。

- × 自然に発火し導火材料を経て目的物を燃やす装置を設けただけで実行の着手は認められる（大判昭 3.2.17）。それゆえ、甲には現住建造物等放火未遂罪は成立する。したがって、甲には現住建造物等放火未遂罪は成立しないとする点で、誤っている。

**平成 23 年司・第 10 問、予・第 13 問**

21 甲は、生活費欲しさから強盗を計画し、12歳の長男乙に対し、Vから現金を強取するよう指示した。乙は、甲の指示に従い、Vに刃物を突き付けて現金を強取した。乙が是非善悪の判断能力を有していたか否か、甲の指示により意思を抑圧されていたか否か

にかかわらず、甲には強盗罪の間接正犯が成立する。

- × 刑事未成年者を利用した場合の背後者の罪責について、判例には、「顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーでこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行ったと認められる」と意思の抑圧を認定して、背後者に間接正犯の成立を認めたものがある（最決昭58.9.21/百選 I [第8版] [74]）。他方、「本件当時 Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは認められない」とし、結論として強盗の共同正犯とした判例（最決平13.10.25）もある。これらを整理すると、判例は、是非弁別能力があるか否か、意思の抑圧があるか否かを考慮して間接正犯の成否を決する立場であるといえる。したがって、乙が是非善悪の判断能力を有していたか否か、甲の指示により意思を抑圧されていたか否かにかかわらず、甲には強盗罪の間接正犯が成立するとしている点で本肢は誤っている。

**平成 25 年司・第 17 問、予・第 13 問**

- 22 甲は、X に対し、暴行や脅迫を用いて、自殺するように執拗に要求し、要求に応じて崖から海に飛び込んで自殺するしかないとの精神状態に陥らせた上で、X を崖から海に飛び込ませて死亡させた。この場合、甲に、X に対する殺人罪は成立しない。

- × 判例（最決平 16.1.20/百選 I [第8版] [73]）は、本肢と同様の事案において、甲は、「本件犯行当時、X をして、甲の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる。甲は、以上のような精神状態に陥っていた X に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、X をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、X に命令して車ごと海中に転落させた甲の行為は、殺人罪の実行行為に当たる」としている。したがって、甲に、X に対する殺人罪が成立する。よって、甲に、X に対する殺人罪は成立しないとすると、本肢は誤っている。

**令和 2 年司・第 1 問、予・第 11 問**

23 甲は、日頃から暴行を加えて自己の意のままに従わせて万引きをさせていた満12歳の実子Xに対し、これまでと同様に万引きを命じて実行させた。この場合、Xが是非善悪の判断能力を有する者であれば、甲に、窃盗罪の間接正犯は成立せず、Xとの間で同罪の共同正犯が成立する。

× 判例（最決昭58.9.21／百選I〔第8版〕〔74〕）は、本肢と同様の事案において、甲は、「自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているXを利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のようにXが是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、甲については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」としている。したがって、甲に、窃盗罪の間接正犯が成立する。よって、甲に、窃盗罪の間接正犯は成立せず、Xとの間で同罪の共同正犯が成立するとする点で、本肢は誤っている。

**令和2年司・第1問、予・第11問**

24 甲が乙にA方に侵入して金品を窃取するように教唆して、その犯行を決意させたが、乙はA方と誤認して隣のB方に侵入してしまい、B方から金品を窃取した場合、甲にB方への住居侵入罪及びBに対する窃盗罪の教唆犯は成立しない。

× 本肢において、甲の認識事実は、A方への住居侵入罪（130前段）とAに対する窃盗罪（235）の教唆犯であるが、実現事実は、B方への住居侵入罪とBに対する窃盗罪の教唆犯であり、被教唆者である乙について、具体的事実の錯誤のうち客体の錯誤が生じている。この点、被教唆者に客体の錯誤がある場合であっても、教唆犯が客体の錯誤をしたわけではなく、教唆犯にとっては方法の錯誤になるものと解されている。そこで、教唆犯において方法の錯誤があった場合の処理が問題となる。

この点、判例（最判昭53.7.28／百選I〔第8版〕〔42〕）は、法定的符合説に立っている。法定的符合説とは、認識事実と実現事実とが、構成要件的評価として一致（符合）する限度で実現事実についても故意責任を認める立場である。

本肢において、A方への住居侵入とB方への住居侵入はいずれも「住居」に対するものであり、Aに対する窃盗とBに対する窃盗も同じく「人」に対するものであるから、甲には、B方への住居侵入罪及びBに対する窃盗罪の教唆犯が成立する。よって、甲にB方への住居侵入罪及びBに対する窃盗罪の教唆犯は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

**令和2年司・第5問、予・第3問**

25 刑法第65条の身分は、一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態の全てを指称するものであるので、責任能力のある者が刑事未成年者を教唆して犯罪を行わせた場合、同条が適用される。

× 責任能力は一身専属的な事情であり、各共犯者の責任阻却は個別的に判断されることについては、争いがない。例えば、共同正犯者の一部が責任無能力者であっても、他の共同正犯者まで責任が阻却されるわけではない。判例（最決平 13.10.25）も、被告人が刑事未成年者である12歳の長男に指示・命令をして強盗を実行させた事案において、被告人には強盗罪の共同正犯が成立するとしており、65条の適用を問題としていない。よって、責任能力のある者が刑事未成年者を教唆して犯罪を行わせた場合、65条が適用されるとする点で、本肢は誤っている

**令和元年司・第19問、予・第9問**

26 傷害罪は、他人の身体の生理的機能を毀損する犯罪であるから、精神疾患の一種である心的外傷後ストレス障害（いわゆるPTSD）を負わせるなど精神的機能の障害を惹起した場合、傷害罪が成立することはない。

× 判例（最決平 24.7.24）は、PTSDのような「精神的機能の障害を惹起した場合も刑法にいう傷害に当たる」としている。よって、精神的機能の障害を惹起した場合、傷害罪が成立することはないとする点で、本肢は誤っている。

**令和元年司・第4問、予・第8問**

27 15歳の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした場合には、暴行又は脅迫を用いていなくても、監護者わいせつ罪が成立する。

○ 監護者わいせつ罪（179I）は、「18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第176条の例による」としており、暴行又は脅迫を用いることを要求していない。したがって、15歳の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした場合には、暴行又は脅迫を用いていなくても、同罪が成立する。よって、本肢は正しい。

**令和元年予・第12問**

28 強盗の意図を隠してA方の玄関前で「こんばんは。」と言ったところ、来客と勘違いしたAから「どうぞお入りください。」と言われてA方住居に立ち入った場合、住居侵入罪が成立する。

- 判例（最大判昭 24. 7. 22）は、本肢と同様の事案において、住居侵入罪の成立を認めている。これは、犯人が強盗の意図でその住居に入った以上、真意に基づく住居権者の承諾を認めることができないためである。よって、本肢は正しい。

**平成 28 年司・第 6 問、予・第 4 問**

29 現金自動預払機が設置されている銀行支店出張所は、一般の利用客の立入りが許容されている場所であるので、同機を利用する客のキャッシュカードの暗証番号等を盗撮する目的で立ち入っても、平穏な態様での立入りであれば、建造物侵入罪が成立することはない。

- × 判例（最決平 19. 7. 2／百選Ⅱ〔第 8 版〕〔18〕）は、「被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立する」と判示している。よって、建造物侵入罪が成立することはないとする点で、本肢は誤っている。

**平成 28 年司・第 6 問、予・第 4 問**

30 死者であっても、その外部的名誉を保護すべきことに変わりはないので、死者の名誉を毀損する事実が摘示された場合も、その事実の真偽にかかわらず、名誉毀損罪が成立し得る。

- × 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない（230Ⅱ）。この点、本罪の保護法益は、死者自身の外部的名誉と解するのが通説であるところ、摘示された死者の名誉を毀損する事実が真実であれば、それは歴史的批判の対象となることから、本罪は成立しない。よって、死者の名誉を毀損する事実が摘示された場合も、その事実の真偽にかかわらず、名誉毀損罪が成立し得るとする点で、本肢は誤っている。

**令和 2 年司・第 16 問、予・第 4 問**

31 特定かつ少数の者に特定人の名誉を毀損する事実を摘示した場合、その内容が拡散する可能性があったとしても、「公然と」事実を摘示したことにはならない。

× 名誉毀損罪は、公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した場合に成立する(230 I)ところ、判例(大判昭3.12.13)は、「公然」の意義につき、不特定又は多数の者が認識しうる状態をいうとしている。もっとも、判例(最判昭34.5.7/百選Ⅱ[第8版][19])は、事実を摘示した相手が特定かつ少数の場合であっても、その者を通じて、不特定又は多数の者に伝播する可能性がある場合には、公然性が認められるとしている(伝播性の理論)。

したがって、特定かつ少数の者に特定人の名誉を毀損する事実を摘示した場合において、その内容が拡散する可能性があるときは、「公然と」事実を摘示したことになる。よって、「公然と」事実を摘示したことにはならないとする点で、本肢は誤っている。

**令和2年司・第16問、予・第4問**

32 送金銀行の手違いで、自己名義の預金口座に誤って入金されたことを知った者が、これを自分のものにして考え、同口座のキャッシュカードを用いて現金自動預払機から全額を引き出した行為には、窃盗罪は成立しない。

× 裁判例(東京高判平6.9.12)は、本肢と同様の事案において、「もともと、預金口座の名義人と銀行との関係は、前者に正当な払戻し権限がある場合であっても、債権債務関係が成立しているだけであって、銀行の現金自動支払機内の現金について預金口座の名義人が事実上これを管理するとか、所持するとか、占有するとかいう立場ではなく、右現金は、銀行(現実には、当該銀行の支店長)の管理ないしは占有に属する」旨判示した上で、送金銀行の手違いによって過剰入金された場合には、そもそも口座名義人に当該金額分の預金の払戻し権限を認めず、それに応じて預金に対する法律上の占有をも否定して、行為者に窃盗罪を認めている。よって、本肢においては、行為者に窃盗罪が成立する。したがって、「窃盗罪は成立しない」とする点で、本肢は誤っている。

**平成26年司・第2問、予・第6問**

33 民家で火災が発生し、消火活動に参加した者が、一人暮らしだった住人の焼死体に付いていた金のネックレスを発見して自分のものにしてしまうと考へ、これを取り外して持ち去った行為には、窃盗罪は成立しない。

○ 窃盗罪が成立するためには、他人の財物を「窃取」すること、すなわち、財物の占有者の意思に反して、その占有を侵害し、自己又は第三者の占有に移すことが必要であるところ、死者に占有が認められるかどうかが問題となる。この点、判例（最判昭41.4.8/百選Ⅱ[第8版][29]）は、殺害行為を犯した犯人との関係では、死者の生前の占有を肯定して窃盗罪を認める一方、別の判例（大判大13.3.28）は、無関係な第三者との関係では、死者の生前の占有を否定して占有離脱物横領罪（254）の成立を認めるにとどまる。本肢では、無関係の第三者が死者の装着物を奪った場合であるから、行為者に占有離脱物横領罪が成立するととどまる。したがって、本肢は正しい。

**平成26年司・第2問、予・第6問**

34 パチスロ機を誤作動させてメダルを窃取することを共謀した者が、実行者の犯行を隠ぺいするため、実行者の隣で通常の遊戯方法によりメダルを取得した場合、そのメダルを被害品とする窃盗罪は成立しない。

○ 判例（最決平21.6.29/百選Ⅱ[第8版][30]）は、本肢と同様の事案において、「被告人が自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない。」旨判示している。よって、本肢においては、行為者に窃盗罪は成立しない。したがって、本肢は正しい。

**平成26年司・第2問、予・第6問**

35 甲は、乙宅に侵入して財布を盗んだ後、誰にも発見されずに1キロメートル離れた公園へ移動して財布内の現金を確認した。しかし、甲は、その金額に満足せず再度乙宅で窃盗をしようと思へ、乙宅を出た30分後に乙宅に戻り、その玄関扉を開けようとしたところ、帰宅していた乙に発見されたため、逮捕を免れる目的で、乙に反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えた。この場合、甲には、事後強盗罪が成立する。

× 事後強盗罪（238）の「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会に行われなければならない。そして、窃盗の機会が継続していたか否かについては、「被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」が継続していた否かによって判断される（最決平14.2.14）。

判例（最判平 16.12.10／百選Ⅱ〔第8版〕〔43〕）は、本肢と同様の事案において、「被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなった」とした上で、「被告人が、その後に、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない」としている。したがって、本肢における甲には、事後強盗罪は成立しない。よって、甲には、事後強盗罪が成立するとする点で、本肢は誤っている。

**令和3年司・第18問、予・第2問**

36 強盗予備罪の「強盗の罪を犯す目的」には、事後強盗を犯す目的も含まれる。

- 判例（最決昭 54.11.19／百選Ⅱ〔第7版〕〔43〕）は、事後強盗罪の予備の可罰性を肯定しているおり、強盗予備罪（237）の「強盗の罪を犯す目的」には、事後強盗を犯す目的も含まれる。したがって、本肢は正しい。

**平成27年司・第16問、予・第10問**

37 甲は、通行中の乙から現金を喝取することを企て、乙に対し、反抗を抑圧するに至らない程度の脅迫を加えたところ、乙は、甲の脅迫により畏怖し、甲が乙の上着の内ポケットに手を入れて財布を抜き取ることを黙認した。この場合、甲には、恐喝未遂罪が成立するとどまる。

- × 恐喝罪が成立するためには、畏怖した者の瑕疵ある意思に基づく交付行為により、物・財産上の利益が移転することが必要である。もっとも、交付は自ら交付する場合のみならず、畏怖して黙認しているのに乗じて行為者が財物を取得する場合のように、不作為による交付も認められる（最判昭24.1.11）。本肢のような事例でも、乙の不作為による交付が認められ、恐喝既遂罪が成立する。したがって、乙が、甲が財布を抜き取ることを黙認した場合に、恐喝未遂犯が成立するとどまるとする点で、本肢は誤っている。

**平成24年司・第6問、予・第13問**



38 国や地方公共団体が所有する財物は、刑法第246条第1項の詐欺罪における「財物」には当たらない。

× 詐欺罪は個人法益に対する罪であるが、国や地方公共団体が所有する財物も246条1項の詐欺罪における「財物」に当たる。実際、判例は、国や地方公共団体から補助金（大判昭8.2.2）、簡易生命保険証書（最決平12.3.27／百選Ⅱ〔第6版〕〔48〕）等を不正に受給する事案において、詐欺罪の成立を認めている。このように、判例には、国や地方公共団体が所有する財物も246条1項の詐欺罪における「財物」に当たるとしているものがある。したがって、財物には当たらないとする点で、本肢は誤っている。

**平成25年予・第8問**

39 横領罪の「占有」とは、物に対して事実上の支配力を有する状態をいい、物に対して法律上の支配力を有する状態を含まない。

× 横領罪にいう「占有」は、事実的支配のみならず法律的支配も含むとするのが判例（大判大4.4.9）である。したがって、法律上の支配力を有する状態を含まないとする点で、本肢は誤っている。

**平成25年司・第18問、予・第10問**

40 株式会社の取締役経理部長甲は、同会社の株式の買い占めに対抗するための工作資金として自ら業務上保管していた会社の現金を第三者に交付した。この場合、甲が、会社の不利益を回避する意図を有していたとしても、当該現金の交付が会社にとって重大な経済的負担を伴うもので、甲が自己の弱みを隠す意図をも有していたなど、専ら会社のためにしたとは認められないときは、甲には、業務上横領罪が成立する。

○ 判例（最決平13.11.5／百選Ⅱ〔第8版〕〔67〕）は、本肢と同様の事案において、A株式会社の現金を第三者に交付した甲の「意図が専らAのためにするところにあつたとすれば、不法領得の意思を認めることはできず、業務上横領罪の成立は否定される」ところ、甲はAの不利益を回避する意図をも有していたが、本件交付はAにとって重大な経済的負担を伴うものであり、自己の弱みを隠す意図等を有していた事情をも考慮すれば、本件交付における甲の「意図は専らAのためにするところにはなかつたと判断して、本件交付につき甲の不法領得の意思を認めた原判決の結論は、正当」であるとしている。したがって、甲には、業務上横領罪が成立する。よって、本肢は正しい。

**令和2年司・第2問、予・第8問**

41 窃盗犯人から盗品の売却を依頼された者が、その売却代金を自己の用途に費消するため着服した場合、当該行為は、他人の所有権を侵害する行為であるものの、窃盗犯人との間の委託信任関係は法律上保護に値しないから、横領罪は成立しない。

× 判例（最判昭 36.10.10）は、盗品の処分代金の着服について、横領罪（252 I）の成立を認めている。この結論を支持する学説は、窃盗犯人とはいえ、他人からの委託信任関係は保護すべきであるという理由を挙げている。よって、当該行為は、他人の所有権を侵害する行為であるものの、窃盗犯人との間の委託信任関係は法律上保護に値しないから、横領罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

#### 令和3年予・第8問

42 甲は、乙がその同居の親族から盗んできたカメラを、盗品であると知りながら乙から購入した。この場合、乙は、窃盗罪についての刑が免除されることから、甲には盗品等有償譲受け罪は成立しない。

× 配偶者等との間で、盗品等に関する罪を犯した者は、その刑を免除する（257 I）。そして、判例（最決昭 38.11.8）は、「257 条 1 項は、本犯と赃物〔注：盗品等〕に関する犯人との間に同条項所定の関係がある場合に、赃物に関する犯人の刑を免除する旨を規定したものである」としている。この判例の立場に従って検討すると、本犯である乙とカメラを購入した甲の間には 257 条 1 項所定の関係がないから、甲の行為について 257 条 1 項は適用されず、甲には盗品等有償譲受け罪が成立する。よって、甲には盗品等有償譲受け罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

#### 平成28年司・第16問、予・第10問

43 甲は、日頃恨みを持っていたVの所有する自動車は止めてある駐車場に出向き、同車にガソリンをかけて火をつけ、同車を焼損させたところ、同駐車場に駐車されていた第三者が所有する自動車10台に延焼する危険が生じたものの、駐車場が住宅地から離れていたため、住宅その他の建物に延焼する危険は生じなかった。甲には建造物等以外放火既遂罪は成立しない。

× 建造物等以外放火罪（110）は、「よって公共の危険を生じさせた」場合のみ処罰される。そして、判例は「110 条にいう『公共の危険』は、必ずしも同法 108 条及び 109 条 1 項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、…前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれる」とする（最決平 15.4.14／百選Ⅱ〔第8

版] [85])。本肢においては、第三者所有の自動車 10 台に延焼する危険があるので、「公共の危険」が生じ、建造物等以外放火罪 (110 I) が成立する。したがって、建造物等以外放火罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

**平成 24 年司・第 17 問、予・第 3 問**

44 甲は、妻所有の一戸建て木造家屋に妻と二人で暮らしていたところ、ある日、同家屋内において、口論の末に激高して妻を殺害し、その直後に犯跡を隠すため、同家屋に火をつけて全焼させたが、周囲の住宅には燃え移らなかった。甲には現住建造物等放火既遂罪が成立する。

× 「現に人が住居に使用し」(108 I) とは、放火の当時、人が起臥寝食の場所として日常使用していることをいい、「人」とは犯人以外の者をいう(最判昭 32. 6. 21)。また、居住者全員を殺害した後に放火する行為は、非現住建造物放火罪 (109) にあたる(大判大 6. 4. 13)。本肢では、妻と 2 人で暮らしていた甲が妻を殺害して放火したので、非現住建造物放火罪が成立する。したがって、現住建造物放火罪が成立するとする点で、本肢は誤っている。

**平成 24 年司・第 17 問、予・第 3 問**

45 甲が、一部の部屋のみが現に住居に使用されている木造の集合住宅の空き部屋に放火し、同室のみを焼損させた場合、甲には、現住建造物等放火罪が成立する。

○ 判例は、外観上 1 個の建物でその一部に現住性が認められる場合には、1 個の現住建造物と判断している。たとえば、一室が宿直室となっている校舎の 2 階部分(大判大 2. 12. 24)、棟割り長屋の空き家部分(大判昭 3. 5. 24)等は、1 個の現住建造物であると解されている。この判例の立場に従うと、一部の部屋のみが現に住居に使用されている木造の集合住宅の空き部屋に放火し、同室のみを焼損させた場合も、1 個の現住建造物に放火したものと認められる。したがって、甲には、現住建造物等放火罪が成立する。よって、本肢は正しい。

**令和 2 年司・第 14 問、予・第 2 問**

46 甲は、乙から、大学の入学試験を代わりに受けてほしいと頼まれてこれを引き受け、乙に成り済まして入学試験を受け、乙名義で答案を作成して提出した。この場合、甲には有印私文書偽造罪が成立する。

- 私文書偽造罪（159）における「事実証明に関する」文書とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書をいい、判例（最決平6.11.29／百選Ⅱ〔第8版〕〔89〕）は、大学の入学試験の答えは「志願者の学力の証明に関するものであって『社会生活に交渉を有する事項』を証明する文書」に当たるとしている。

次に、「偽造」とは、文書の作成名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう。名義人の承諾がある場合は、人格の同一性の偽りが無いから、原則として「偽造」に当たらない。しかし、文書の性質上、作成名義人以外の者が作成することは許されないような文書については、作成名義人の承諾を得ていたとしても、「偽造」に当たる（最決昭56.4.8／百選Ⅱ〔第7版〕〔97〕）。

裁判例（東京高判平 5.4.5、上記最決平 6.11.29／百選Ⅱ〔第8版〕〔89〕）の原審は、本肢と同様の事案において、名義人の承諾があったとしても、「答えは、志願者本人の学力の程度を判断するためのものであって、作成名義人以外の者の作成が許容されるものでない」として、有印私文書偽造罪、及び同行使罪の成立を認めている。したがって、甲に有印私文書偽造罪が成立する。よって、本肢は正しい。

#### 令和2年司・第6問、予・第12問

- 47 甲は、消費者金融業者に提出する目的で、公文書である乙の国民健康保険被保険者証の氏名欄に自己の氏名が印刷された紙を貼り付けた上で、複写機を使用してこれをコピーし、一般人をして甲の国民健康保険被保険者証の真正なコピーであると誤信させるに足りる程度の形式・外観を備えたものを作成した。この場合、甲に有印公文書偽造罪が成立する。

- 判例（最判昭51.4.30／百選Ⅱ〔第8版〕〔88〕）は、「公文書偽造罪は、公文書に対する公共的信用を保護法益とし、公文書が証明手段としてもつ社会的機能を保護し、社会生活の安定を図ろうとするものであるから、公文書偽造罪の客体となる文書は、これを原本たる公文書そのものに限る根拠はなく、たとえ原本の写であっても、原本と同一の意識内容を保有し、証明文書としてこれと同様の社会的機能と信用性を有するものと認められる限り、これに含まれる」ところ、写真コピーは、「実生活上原本に代わるべき証明文書として一般に通用し、原本と同程度の社会的機能と信用性を有するものとされている場合が多い」ため、「右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうる」としている。

この点、国民健康保険被保険者証のコピーは、その性質上、原本と同様の機能と信用性を有しえない場合とはいえないから、公文書偽造罪の客体となる。

そして、公文書である乙の国民健康保険被保険者証の氏名欄に自己の氏名が印刷さ

れた紙を貼り付けた上で、複写機を使用してこれをコピーする行為は、原本の作成名義を不正に使用して原本と異なる意識内容を作成するものであり、原本作成名義人の許容するところではないから、公務所の作成名義を冒用して、本来公務所の作るべき公文書を偽造したものといえる。したがって、甲に有印公文書偽造罪が成立する。よって、本肢は正しい。

**令和2年司・第6問、予・第12問**

48 警察官から提示を求められたときに備え、偽造された自動車運転免許証を携帯して自動車を運転した場合、偽造公文書行使罪が成立する。

× 判例（最大判昭 44. 6. 18／百選Ⅱ〔第8版〕〔99〕）は、偽造公文書行使罪（158 I）にいう「行使にあたるためには、文書を真正に成立したものであるとして他人に交付、提示等して、その閲覧に供し、その内容を認識させまたはこれを認識しうる状態におくことを要する」とした上で、「自動車を運転する際に偽造にかかる運転免許証を携帯しているに止まる場合には、未だこれを他人の閲覧に供しその内容を認識しうる状態においたものというには足りず、偽造公文書行使罪にあたらない」としている。よって、偽造公文書行使罪が成立するとする点で、本肢は誤っている。

**令和3年司・第6問、予・第6問**

49 甲は、強盗罪を犯した後、友人乙に事情を話して唆し、自己を隠避させた。甲には犯人隠避罪の教唆犯は成立しない。

× 犯人等が単独で官憲の発見・逮捕を免れる行為をすることについては、期待可能性が認められないことから、構成要件上処罰の対象とされない。しかし、犯人等が他人に自己を蔵匿し、又は隠避させるよう教唆した場合について、判例は「防御の濫用」であるとして、犯人蔵匿等教唆罪の成立を肯定している（最決昭 35. 7. 18、最決昭 40. 2. 26 など）。したがって、甲に犯人隠避罪の教唆犯が成立しないとする点で、本肢は誤っている。

**平成24年司・第10問、予・第9問**

50 賄賂罪の「職務」は、公務員の一般的職務権限に属するものであれば足り、公務員が現に具体的に担当している事務であることを要しない。

- 判例（最判昭 37. 5. 29）は、賄賂罪の職務とは、「当該公務員の一般的な職務権限に属するものであれば足り、本人が現に具体的に担当している事務であることを要しない」旨判示している。よって、本肢は正しい。

**平成 30 年司・第 6 問、予・第 10 問**

## 第2問（記述式）

- 1 （定義）条文が作為の形で規定されているものに不作為で違反する場合  
①（保証人的地位に基づく）作為義務、②作為の可能性・容易性、③作為との構成要件的同価値性（不作為による結果惹起が作為による構成要件実現と同視し得るか）が認められる場合には不真正不作為犯の実行行為性が肯定される
- 2 被利用者（刑事未成年者）が是非弁別能力を欠いているとはいえないが、その意思が抑圧されていたと評価できる場合
- 3 ①「侵入」（130 前段）にあたらず構成要件該当性が否定され、犯罪は成立しない  
②違法性が阻却され、犯罪は成立しない  
③犯罪の成否に影響しない（∵個人の承諾による国家的法益の放棄は不可能）
- 4 正当防衛行為は違法性が阻却され適法行為となるため「不正」の侵害にあたらず、これに対する正当防衛は成立しない
- 5 いわゆる偶然防衛の場合（例：甲がAを射殺したところ、実はAも甲を射殺しようとピストルを構えて狙っていたところであった場合）において、防衛の意思必要説に立てば防衛の意思のない甲には正当防衛は成立せず殺人罪が成立するのに対し、防衛の意思不要説に立てば甲には正当防衛が成立し殺人罪は成立しないことになる
- 6 正当防衛における「やむを得ずにした」（36 I）は防衛行為の必要性和防衛手段の相当性をいうのに対し、緊急避難における「やむを得ずにした」（37 I 本文）は避難行為の必要性、避難手段の相当性に加えて、避難行為がその危難を避けるための唯一の方法であって、他に手段がなかったこと（補充性の原則）も必要である
- 7 （原則）全体を一連の行為として捉え、手段の相当性を欠くか否かは全体的に考察して判断すべきである（＝一連の行為を、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と捉え、全体的に考察して1個の過剰防衛が成立するか否かを判断する）  
（例外）両行為の間に侵害の継続性や防衛の意思の継続性の有無等の観点から断絶があると評価される場合には別個の行為として検討し、第1行為には正当防衛が成立し違法性が阻却される一方、第2行為には通常の故意犯が成立することになる
- 8 構成要件該当性は肯定され、また、急迫不正の侵害も存在しない以上、正当防衛による違法性阻却も認められない。さらに、主観的にも防衛手段の過剰性の認識がある以

上（「やむを得ずにした」(36 I) との認識を欠いており）誤想防衛による故意の阻却も認められず、故意犯が成立する。もっとも、36 II 準用による刑の任意的減免の余地はある。（∵ 過剰防衛における刑の減免の根拠は責任減少であり、誤想過剰防衛の場合も、過剰防衛の場合と同様、防衛者の恐怖・驚愕・興奮・狼狽などに基づく緊急状態下の行為であって、防衛者に責任非難を加えることができないがゆえに責任が減少するといえ、36 II 準用を肯定すべきである）

- 9 第1行為が第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる事情（具体的には、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものか、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存するか、③第1行為と第2行為の時間的場所的接性の有無を考慮する）
- 10 行為時に存在したすべての客観的事実を判断の基礎として、客観的にみて結果発生の惹起の可能性・蓋然性が認められるか否かで判断する（客観的危険説）  
（危険の現実化の有無により客観的因果関係の判断をする以上、行為時に存在した客観的全事情を判断基底とする点で危険の現実化説と平仄を合わせる必要がある）
- 11 具体的な結果および当該結果に至る因果経過の基本的部分の予見可能性が必要である
- 12 ①被害者が予見の範囲内で生じる危険の発生を自己の危険として引受け、②その引き受けていた危険が行為者の行為によって現実化し、③（その行為に）社会的相当性が認められる場合、行為者の違法性が阻却される（違法性阻却事由）
- 13 B = 殺人罪、A = 傷害致死罪の教唆犯  
（∵ Aの罪責について、殺人罪と傷害致死罪の構成要件の実質的重なり合いの認められる軽い罪である傷害致死罪の限度で教唆犯が成立する）  
※なお、傷害致死罪は結果的加重犯なのでAに死亡結果の認識は不要である
- 14 相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである（判例）



→Aの防衛行為には正当防衛が成立し違法性が阻却され、AB間に新たな共謀がない以上、その後の追撃行為についてはAは何らの罪責を負わないことになる

- 15 217条の「遺棄」は狭義の遺棄（移置）を指し、218条の「遺棄」は広義の遺棄（移置及び置き去り）を指す（判例）
- 16 監護権者も略取及び誘拐の罪の主体となり得るが、家族間における行為として社会通念上許され得る枠内のとどまる場合には、行為の違法性が例外的に阻却される場合がある（判例）
- 17 刑法 230条の2第1項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない（判例）
- 18 窃盗罪：権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思  
横領罪：他人の物の占有者が委託の趣旨に背いて、その物につき権限がないのに、所有者でなければできない処分をする意思
- 19 財産的処分行為（財物の交付、財産上の利益の移転）に向けられた、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項について錯誤に陥らせるに足りる行為をいい（判例）、重要な事項にあたるか否かは、法令・契約約款・規約・業界内での慣行・取引上の社会通念等に照らして総合的に判断される
- 20 恐喝罪の構成要件に該当し、また、債権者による取立行為（権利行使）といえども社会的相当性を逸脱する方法、態様でなされた場合には違法性は阻却されず、恐喝罪が成立する
- 21 詐欺罪：個別財産の喪失自体が損害である  
背任罪：経済的見地から見た全体財産の減少が損害である
- 22 名義人とは文書の記載内容から理解される意識内容の主体であり、文書の客観的性質から一般人を基準に判断される  
文書偽造罪にいう「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうため、名義人は「偽造」の構成要件該当性判断において意味をもつことになる

- 23 (原則) 有効な承諾を得た場合は、人格の同一性を偽ったことにならず、承諾を得た者の名称を使用して文書を作成しても文書偽造罪は成立しない（∵作成者＝文書の内容を表示させた意思の主体（観念説）→有効な承諾があれば、名義人と作成者は一致するため、有形偽造ではない）  
 (例外) 文書の性質上その名義人による作成（自署）だけが予定されている文書の場合は、たとえ名義人の承諾があっても、文書の作成は「偽造」にあたり、文書偽造罪が成立する（∵このような場合には法的に有効な承諾とは評価できない）
- 24 「罪を犯した者」(103) には犯罪の嫌疑を受けて捜査または訴追されている者も含み、真犯人であることを要しないため、真犯人であるか否かの認識は故意の成立とは無関係である。したがって、犯罪の嫌疑を受けて捜査されている者であることの認識、認容をもってその者への蔵匿行為がなされれば、構成要件に該当し故意に欠けるところもなく、犯人蔵匿罪が成立する。
- 25 証人の記憶に反する陳述（主観説）

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL23002