

司法試験

---

あと10点の得点アップ！  
短答ヤマ当て講座  
刑 法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 173078

LU17307



第5問

## 場所的適用範囲

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成23年

同第20問  
予

要求能力



次の【事例】の甲に対する刑法の適用に関する後記1から5までの【記述】を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。

## 【事例】

甲は、日本国内に居住するA国民である。

甲は、B国を訪れた際、同国内に居住する日本国民V1並びに日本国内に居住する日本国民V2及び同V3を殺害しようと考え、B国において、毒入りの酒（以下「毒入酒」という。）をV1方、V2方及びV3方に向けてそれぞれ発送し、その後日本に帰国した。

V1宛ての毒入酒は、V1方に到達し、これをB国内で飲酒したV1及びその友人であるB国民V4は、それぞれ、同国内で薬物中毒により死亡した。

V2宛ての毒入酒は、甲が発送手続の際、誤ってV2と同姓の日本国民V5の住所地を記載したことから、日本国内のV5方に配達され、V5は、V2宛ての配達物であることに気が付いたが、しばらく保管して誰からも連絡がなかったら自分で飲酒しようと思い、これを自宅に保管していた。

V3宛ての毒入酒は、V3方に到達したが、配送途中の事故により、瓶が割れ、到達時には毒入酒がすべて無くなっていたことから、V3は、これを飲酒することができなかった。

## 【記述】

1. V1に対する行為について刑法（殺人罪）が適用される。
2. V2に対する行為について刑法（殺人未遂罪）が適用される。
3. V3に対する行為について刑法（殺人未遂罪）が適用される。
4. V4に対する行為について刑法（殺人罪）が適用される。
5. V5に対する行為について刑法（殺人未遂罪）が適用される。

## （参照条文）刑法

第3条の2 この法律は、日本国外において日本国民に対して次に掲げる罪を犯した日本国民以外の者に適用する。

一（略）

二 第199条（殺人）の罪及びその未遂罪

三～六（略）

第5問

## 場所的適用範囲

正答率 66.2%

正解

1 (88.0%) 5 (74.8%) (順不同)

部分点 —

- 1 ○ 3条の2は、日本国民の保護（保護主義）の観点から、同条各号に列挙する一定の重大な犯罪について、日本国外における外国人の日本国民に対する犯罪に刑法を適用するとする。事例では、外国人の甲は、「日本国外」のB国において、「日本国民」のV1に毒入酒を発送し、これを飲酒したV1を死亡させているから、3条の2第2号により、殺人罪（199）が適用される。よって、本肢は正しい。
- 2 × 判例（大判大7.11.16／百選I〔65〕）は、他人を毒殺するために毒入り砂糖を小包郵便で送ったという離隔犯の事案において、「飲食し得べき状態に置きたる」ときに殺人罪の実行の着手が認められるとしている。事例において、甲は、V2を殺害しようと考え、毒入酒を発送しているが、宛名を誤りV2方に到達していないため、V2に対する殺人罪の実行の着手があったとはいえない。よって、殺人未遂罪が適用されるとする点で、本肢は誤っている。
- 3 × 事例において、甲が発送した毒入酒は、V3方に配達されているが、到達時には、毒入酒がすべて無くなっている。そのため、上記判例によれば、「飲食し得べき状態」に置かれたとはいえないから、殺人罪の実行の着手があったとはいえない。よって、殺人未遂罪が適用されるとする点で、本肢は誤っている。
- 4 × 1条1項は「日本国内において罪を犯した」者を刑法の適用対象とする国内犯処罰の原則を定めるが、事例では、甲の日本国外における犯罪が問題となっており、1条1項は適用されない。次に、例外としての国外犯処罰を定める3条の2第2号は、日本国外における外国人の日本国民に対する殺人罪に刑法を適用しているが、事例では、外国人の甲が日本国外のB国において、日本国民以外のV4を殺害しているから、3条の2第2号にも該当せず、日本の刑法は適用されない。よって、殺人未遂罪が適用されるとする点で、本肢は誤っている。
- 5 ○ 「日本国内において罪を犯した」（1I）とは、実行行為の一部が日本国内で行われた場合や、結果が日本国内で発生した場合をいう。事例では、日本国内のV5方に毒入酒が配達されており、V5は甲の毒入酒を飲食し得べき状態に置かれていることから、甲に殺人の実行の着手が認められ（大判大7.11.16／百選I〔65〕参照）、実行行為の一部が日本国内で行われた場合に当たるので、1条1項の適用がある。次に、甲はV2を殺害しようとして毒入酒を発送したが、誤ってV5に配達されているため、方法の錯誤があり、甲に故意が認められるかが問題となる。判例（最判昭53.7.28／百選I〔42〕）は、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るとする（法定的符合説）。この点、甲はV2という「人」を殺害する認識でV5という「人」の殺人の実行に着手しており、「人を殺す」という範囲内で一致しているから、甲に殺人罪（199）の故意が認められる結果、V5に対する殺人未遂罪が成立する。よって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢は1と5であり、正解は1と5となる。

参考文献 前田・総論・78頁以下、大谷・総論・512頁以下

第 11 問

## シャクティ事件

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成25年

同 第11問  
予 第5問

要求能力



第2編

犯罪

次の【事例】及び【判旨】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものはどれか。

## 【事例】

甲は、手の平で患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるとの独自の治療を施す特別の能力を有すると称していたが、その能力を信奉していたAから、脳内出血を発症した親族Bの治療を頼まれ、意識障害があり継続的な点滴等の入院治療が必要な状態にあったBを入院中の病院から遠く離れた甲の寄宿先ホテルの部屋に連れてくるようAに指示した上、実際に連れてこられたBの様子を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識しながら、上記独自の治療を施すにとどまり、点滴や痰の除去等Bの生命維持に必要な医療措置を受けさせないままBを約1日間放置した結果、Bを痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

## 【判旨】

甲は、自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた上、Bが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられた立場にあったものと認められる。その際、甲は、Bの重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置してBを死亡させた甲には、不作為による殺人罪が成立する。

## 【記述】

1. Aが甲に対してその特別の能力に基づく治療を行うことを真摯に求めていたという事情があれば、甲にはその治療を行うことについてのみ作為義務が認められるから、この判旨の立場からも殺人罪の成立は否定される。
2. 判旨の立場によれば、この事例で甲に患者に対する未必的な殺意が認められなければ、重過失致死罪が成立するにとどまる。
3. 判旨は、不作為犯が成立するためには、作為義務違反に加え、既発の状態を積極的に利用する意図が必要であると考えている。
4. 判旨は、Aが甲の指示を受けてBを病院から搬出した時点で、甲に殺人罪の実行の着手を認めたものと解される。
5. 判旨は、先行行為についての甲の帰責性と甲による引受行為の存在を根拠に、甲のBに対する殺人罪の作為義務を認めたものと解される。

第 11 問

正解

## シャクティ事件

5

正答率	同 83.7% 予 71.1%
部分点	—

- 1 X 【判旨】は、「甲は、自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた上、……Aから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられた立場にあったものと認められる。その際、甲は、Bの重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、**直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負**」うとして、甲に作為義務を認めている。仮に、「Aが甲に対してその特別の能力に基づく治療を行うことを真摯に求めていた」という事情があったとしても、甲はBの生命に具体的な危険を生じさせている以上、甲の作為義務が限定される理由にはならず、やはり甲には不作為による殺人罪が成立する。よって、この判旨の立場からも殺人罪の成立は否定されるところで、本肢は誤っている。

参考文献 前田・総論・98頁、山口・総論・84頁

- 2 X 【判旨】は、甲のBに対する「未必的な殺意」を認定して殺人罪の成立を認めているから、未必的な殺意が認められなければ、殺人罪の成立は否定される。もっとも、【判旨】は、甲は「**重篤な状態にあったBに対する手当を全面的に委ねられた立場にあった**」とした上で、「**直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていた**」としているから、甲は保護責任者遺棄致死罪(219, 218)における「**保護する責任のある者**」(218)に当たる。したがって、甲に未必的な殺意がなくても保護責任者遺棄致死罪が成立し、重過失致死罪は成立しない。よって、重過失致死罪が成立するにとどまるところで、本肢は誤っている。

参考文献 前田・98頁・139頁、高橋・総論・160頁、西田・各論・32頁以下

- 3 X 【判旨】は、甲に不作為による殺人罪を認めた理由について、「**既発の状態を積極的に利用する意図**」に言及していない。よって、既発の状態を積極的に利用する意図が必要であると考えているとすると、本肢は誤っている。

参考文献 前田・総論・97頁・98頁、山口・総論・82～84頁

- 4 X 【判旨】は、甲が「自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた」ことを作為義務の根拠の1つとしているが、甲がBの重篤な状態を認識する前の時点では、いまだ甲に作為義務が発生していないと解される。そして、作為義務が発生しない時点では、不作為による殺人罪の実行の着手を認めることができない。この点、Aが甲の指示を受けてBを病院から搬出した行為は、上記「自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた」ことの1つの理由となる事実にすぎず、この行為が行われた時点では甲に作為義務が発生していない以上、殺人罪の実行の着手を認めることはできない。よって、Aが甲の指示を受けてBを病院から搬出した時点で、甲に殺人罪の実行の着手を

認めたものと解されるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 高橋・総論・158～160頁，山口・総論・84頁，最判解刑事篇平17年度・202頁

- 5 ○ 甲に不作為による殺人罪を認めた理由として、【判旨】は、甲が「**自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた上**」，「**重篤な状態にあったBに対する手当を全面的に委ねられた立場にあった**」ことを認定し，甲に，作為義務を認めている。よって，本肢は正しい。

参考文献 前田・総論・98頁，山口・総論・84頁

以上より，正しい肢は5であり，正解は5となる。

— MEMO —



第 18 問

## 高速道路進入事件

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成 24 年

同 第 18 問  
予 第 6 問

要求能力



第 2 編

犯罪

次の【事例及び裁判所の判断】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、誤っているものはどれか。

## 【事例及び裁判所の判断】

被告人ら複数名が、被害者に対し、マンションの居室内において、長時間にわたって激しい暴行を加えたところ、被害者が、隙を見て同居室から逃走した上、被告人らに極度の恐怖感を抱き、その追跡から逃れるため、逃走を開始してから約10分後、上記マンションから約800メートル離れた高速道路内に進入し、疾走してきた自動車に衝突されて死亡したという傷害致死被告事件において、裁判所は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、危険な行為ではあるが、被害者は、被告人らの激しい暴行を受けて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は肯定することができる。」旨の判断を示した。

## 【記述】

1. この裁判所の考え方によれば、上記事例において、高速道路内に進入する以外に被害者にとって容易にとり得る他の安全な逃走経路があり、そのことを被害者が認識していたにもかかわらず、あえて被害者が高速道路に進入した場合には、因果関係を否定する判断に結び付きやすいといえる。
2. この裁判所の考え方は、被告人らの行為の危険性が現実化したか否かという観点から、逃走した被害者の行動が、被告人らの暴行による心理的・物理的な影響に基づくか否かを検討することによって、因果関係の存否を判断しているものと評価することも可能である。
3. この裁判所の考え方によれば、上記事例において、被告人らが被害者に加えた暴行が短時間かつ軽微なもので、被害者も強い恐怖感を抱かなかった場合には、因果関係を否定する判断に結び付きやすいといえる。
4. この裁判所の考え方は、被告人らの行為と被害者の死亡の結果との間に事実的なつながり（条件関係）が存在することを前提にした上で、被告人らの行為の後に被害者による危険な逃走行為が介在した場合における因果関係の存否を判断していると評価することも可能である。
5. この裁判所の考え方によれば、上記事例において、被害者が暴行を受けたマンションの居室から逃げ出し、同マンションに面した一般道路に慌てて飛び出したところ、自動車に衝突されて死亡したという場合であれば、因果関係を否定する判断に結び付きやすいといえる。

第18問

## 高速道路進入事件

正答率 同 92.3%  
予 95.2%

正解

5

部分点 —

- 1 ○ 判例は、本問と同様の事例について、「被害者は……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」から、被告人らの暴行と被害者死亡との間の因果関係を肯定することができるかと判断している（最決平15.7.16／百選I〔13〕）。そうだとすると、とっさに選択した行動ではなく、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当な逃走方法であれば、因果関係を否定する判断に傾くといえる。本肢の被害者は、他の安全な逃走経路の存在を認識しながら、あえて高速道路に侵入しており、著しく不自然、不相当な逃走方法を選択したものと見えるため、因果関係を否定する判断に結び付きやすいといえる。よって、本肢は正しい。
- 2 ○ 本問の裁判所の判断は、「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」としている。すなわち、被告人らの「激しい暴行」という行為の危険性が現実化したか否かという観点から、被害者の行動が暴行による心理的・物理的な影響に基づくか否かを検討することによって、因果関係を肯定したものと評価することも可能である。よって、本肢は正しい。
- 3 ○ 本問の裁判所の判断は、被害者が被告人らから激しい暴行を受けて「極度の恐怖感」を抱いたこと、つまり、被告人らの暴行に強く影響・支配されていた点を捉えて、因果関係を肯定したものと見える。そうだとすれば、「被告人らが被害者に加えた暴行が短期間かつ軽微なもので、被害者も強い恐怖感を抱かなかつた場合」には、上記のような影響・支配が認められず、因果関係を否定する判断に結び付きやすいといえる。よって、本肢は正しい。
- 4 ○ 本問の裁判所の判断は、「被害者は……とっさにそのような行動を選択したものと認められ」として、被告人らの行為の後に被害者による危険な逃走行為が介在したことを認めているといえる。そうだとすれば、条件関係を前提とした上で、行為後に被害者の行為が介在した場合における因果関係の存否を判断していると評価することも可能である。よって、本肢は正しい。
- 5 ✕ 肢2で述べたとおり、本問の裁判所の判断は、被害者の行動が被告人らの暴行による心理的・物理的な影響に基づいている点を捉えて、因果関係を肯定している。被害者が被告人らの心理的・物理的な影響下で行動したといえれば、一般道路に慌てて飛び出し、自動車に衝突されて死亡した場合も、因果関係を肯定する判断に結び付きやすいといえる。よって、因果関係を否定する判断に結び付きやすいとする点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢は5であり、正解は5となる。

参考文献 最判解・刑事篇平成15年度・412頁以下、前田・総論・144頁以下

第41問

## 正当防衛

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成25年

同第13問  
予第3問

要求能力

知識

第2編

犯罪

正当防衛に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、誤っているものを2個選びなさい。

1. 正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないが、単に予期された侵害を避けなかったということにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、侵害の急迫性の要件を欠く結果、そのような侵害に対する反撃行為に正当防衛が認められることはない。
2. 憎悪や怒りの念を抱いて侵害者に対する反撃行為に及んだ場合には、防衛の意思を欠く結果、防衛のための行為と認められることはない。
3. 相手からの侵害が、それに先立つ自らの攻撃によって触発されたものである場合には、不正の行為により自ら侵害を招いたことになるから、相手からの侵害が急迫性を欠く結果、これに対する反撃行為に正当防衛が認められることはない。
4. 刑法第36条にいう「権利」には、生命、身体、自由のみならず名誉や財産といった個人的法益が含まれるので、自己の財産権への侵害に対して相手の身体の安全を侵害する反撃行為に及んでも正当防衛となり得る。
5. 正当防衛における「やむを得ずにした」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味し、反撃行為が防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛でなくなるものではない。

第41問

## 正当防衛

正答率

正	88.9%
予	79.4%

正解

2 (正 94.7% / 予 91.7%)	3 (正 90.9% / 予 84.4%) (順不同)
-----------------------	-----------------------------

部分点

—

- 1 ○ 侵害の急迫性につき、判例は、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけでない」とする一方、「単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない」と判示し、正当防衛の成立を否定している（最決昭52.7.21／百選I〔23〕）。よって、本肢は正しい。

参考文献 講義案・198頁、西田・総論・167頁

- 2 × 防衛の意思について、判例は、「相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とした上で、「かねてから被告人がAに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別の事情が認められない限り、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認めるのが相当である」と判示している（最判昭46.11.16）。したがって、特別の事情が認められない限り、憎悪や怒りの念を抱いて反撃行為に及んでも防衛の意思は認められ、刑法36条の防衛行為となる。よって、憎悪や怒りの念を抱いて反撃行為に及んだ場合、防衛のための行為と認められることはないとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 講義案・203～204頁、西田・総論・171～172頁

- 3 × 判例は、「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示している（最決平20.5.20／百選I〔26〕）。したがって、判例は、自招侵害における正当防衛の成否につき、**侵害者の攻撃の程度等を考慮して総合的な判断**を行っているといえる。この判例の立場によれば、自招侵害に対する反撃行為について正当防衛が認められることもあり得る。よって、正当防衛が認められることはないとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 西田・総論・164頁、前田・総論・259～261頁

- 4 ○ 判例は、「Bらが立入禁止等と記載した本件看板を本件建物に設置することは、被告人らの本件建物に対する……共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、……被告人らの名誉を害するものといわなければならない。……本件暴行の際、

Bらはなおも本件看板を本件建物に取り付けようとしていたものと認められ、その行為は、被告人らの上記権利……名誉に対する急迫不正の侵害に当たる」として、被告人の暴行につき正当防衛の成立を認めている（最判平21.7.16/H21重判〔1〕）。この判例の立場によると、**36条1項**にいう「権利」には、**名誉や財産が含まれることになる**。よって、本肢は正しい。

参考文献 西田・総論・158頁，前田・総論・276～277頁

- 5 ○ 36条1項の「やむを得ずにした行為」について、判例は、「急迫不正の侵害に対する反撃行為が自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち、**反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛でなくなるものではない**」と判示している（最判昭44.12.4）。よって、本肢は正しい。

参考文献 講義案・208頁，西田・総論・174頁

以上より、誤っている肢は2と3であり、正解は2と3（順不同）となる。

— MEMO —

第 64 問

配点

3

## 早すぎた 構成要件の実現

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成 24 年

同 第3問  
予 一

要求能力



第2編

犯罪

次の【事例】及び【判旨】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものを2個選びなさい。

## 【事例】

甲は、自動車内でVにクロロホルムを吸引させて失神させた上、約2キロメートル離れた港までVを運び、自動車ごと海中に転落させて溺死させようという計画の下、Vにクロロホルムを吸引させた。甲は、Vが動かなくなったので、計画どおりVが失神したものと考え、港に運んで自動車ごと海中に転落させた。Vの遺体の司法解剖の結果、甲の計画とは異なり、Vは溺死ではなく、海中への転落前にクロロホルムの吸引により死亡していたことが判明した。

## 【判旨】

甲の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上（以下「第1行為」という。）、その失神状態を利用してVを港まで運び、自動車ごと海中に転落させ（以下「第2行為」という。）、溺死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、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しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、甲が第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から、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。

## 【記述】

1. ダンプカーに女性を引きずり込んで数キロメートル離れた人気のない場所まで連れて行き姦淫しようという計画の下、抵抗する女性をダンプカーに引きずり込んだ上、計画どおり姦淫したが、引きずり込もうとした段階で加えた暴行により同女が負傷したという事例において強姦致傷罪の成立を認める見解は、実行の着手時期に関してこの判旨の考え方と矛盾する。
2. この判旨は、甲がVにクロロホルムを吸引させた場所と殺害計画を実行しようとしていた港との距離が約2キロメートルの距離にあったということ、実行の着手時期を決する上で考慮している。
3. この判旨が第1行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手を認めたのは、第1行為自体によってVの死の結果が生じることを甲が認識・認容していたことを前提としている。
4. この判旨の立場に立てば、甲が第1行為によってVが死亡していることに気づき、自動車ごとVを海中に転落させる行為に及ばなかった場合でも、甲に殺人既遂罪が成立する。
5. この判旨の立場に立てば、第1行為を行っても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在していたような場合には、甲に殺人未遂罪と重過失致死罪が成立することになる。

第64問

## 早すぎた構成要件の実現

正答率 75.1%

正解

2(91.7%) 4(80.7%)(順不同)

部分点 —

設問の【事例】及び【判旨】は、最決平16.3.22／百選I〔64〕(以下「本決定」という。)を素材としたものである。

- 1  本決定は、【判旨】のとおり、結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為に着手した時点で、実行の着手を認めるものである。この考え方によれば、本肢の事例についても、引きずり込む行為に着手した時点で強姦罪の結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる場合には、強姦罪の実行の着手が認められ、その段階で加えた暴行により同女が負傷したときは、強姦致傷罪が成立する(最決昭45.7.28／百選I〔63〕参照)。よって、本肢の事例において強姦致傷罪の成立を認める見解が、実行の着手時期に関して本決定の考え方と矛盾するとしている点で、本肢は誤っている。
- 2  本決定は、「第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性」を、実行の着手があったと認める理由に挙げているから、第1行為たるクロロホルムを吸引させた場所と第2行為たる海中に転落させた場所との距離が2キロメートルであることを考慮しているといえる。よって、本肢は正しい。
- 3  本決定では、甲は、第1行為によりVを失神させるという計画を有しており、第1行為自体によって被害者を殺害する認識はないことから、第1行為に殺人行為の実行の着手が認められるかが問題となった。つまり、第1行為自体によって死の結果が生じることを甲が認識・認容していたことを前提にしていたとはいえない。よって、第1行為によってVの死の結果が生じることを甲が認識・認容していたことを前提としているとする点で、本肢は誤っている。
- 4  本決定によれば、第1行為に実行の着手が認められ、結果が生じた以上、殺人罪の客観的構成要件は認められる。また、Vを殺害する意図で実行の着手に至っている以上、殺人罪の故意に欠けるところはない。第1行為自体によって殺害する意図がなかったとしても、因果関係の錯誤にすぎないから故意は阻却されない。以上によれば、甲が第1行為によってVが死亡していることに気づき、自動車ごとVを海中に転落させる行為に及ばなかった場合でも、甲に殺人既遂罪が成立する。よって、本肢は正しい。
- 5  本決定は、第1行為を行っても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在しなかったことから、第1行為の時点で殺人の実行の着手を認めているため、反対に、そのような特段の事情が存在する場合は、第1行為の時点で殺人の実行の着手は認められず、第1行為について傷害致死罪(205)が成立する。また、第2行為については、客観的には死体遺棄罪(190)が成立するが、死体であることの故意が認められないため、同罪は成立しない。よって、甲に殺人未遂罪と重過失致死罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。以上より、正しい肢は2と4であり、正解は2と4となる。



第 52 問

## 責任能力

配点

2

出題年度

平成24年

同 第13問  
予 第10問

要求能力

知識

実施日	/	/	/
チェック			

責任能力に関する次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものの個数を後記1から5までの中から選びなさい。

- ア. 犯行時に14歳未満であっても、公訴を提起する時点で14歳に達していれば、刑事責任能力が認められる。
- イ. 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。
- ウ. 犯行時に心神耗弱の状態にあったと認められれば、刑が任意的に減輕される。
- エ. 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。
- オ. 飲酒当初から飲酒後に自動車を運転する意思があり、実際に酩酊したまま運転した場合、運転時に飲酒の影響により心神耗弱の状態であっても、完全責任能力が認められることがある。

1. 1個      2. 2個      3. 3個      4. 4個      5. 5個

第52問

## 責任能力

正答率 同 49.2%  
予 37.0%

正解

4

部分点 —

- ア × 41条は、「14歳に満たない者の行為は、罰しない」と規定している。この規定は、14歳未満の者（刑事未成年者）を責任無能力者として不処罰とするものである。そして、14歳未満か否かは、**犯行時**を基準として判断する。したがって、犯行時に14歳未満である場合、公訴を提起する時点で14歳に達していても、刑事責任能力は認められない。よって、刑事責任能力が認められるとする点で、本肢は誤っている。
- イ × 41条は、暦年齢によって画一的な取扱いをする刑事政策的な規定であるから、実際の知能が14歳未満のものであっても、そのことをもって責任能力を否定することはできない。裁判例（神戸地姫路支判昭34.11.25）も、14歳以上の者については、その精神能力が刑事未成年者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ている。よって、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41条が準用されるとする点で、本肢は誤っている。
- ウ × 39条2項は、「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定しており、形の任意的減輕ではなく**必要的減輕**を定めている。よって、刑が任意的に減輕されるとする点で、本肢は誤っている。
- エ × 心神喪失とは、**精神の障害により、事理弁識能力（事物の是非善悪を弁識する能力）又は行動制御能力（その弁識に従って行動する能力）がない状態**をいう。また、心神耗弱とは、**精神の障害により、事理弁識能力又は行動制御能力が著しく減退した状態**をいう。この点、犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力（事理弁識能力）が著しく減退していた場合には、行動を制御する能力（行動制御能力）が十分に保たれていたとしても、心神耗弱に当たり、完全責任能力は認められない。よって、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。
- オ ○ 判例（最決昭43.2.27／百選I〔39〕）は、本肢類似の事案において、「**酒酔い運転の行為当時**に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあったとしても、**飲酒の際**酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法39条2項を適用して刑の減輕をすべきではない」として、完全責任能力を認めている。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はアイウエの4個であり、正解は4となる。

参考文献 基本総論・243頁、大コンメ3・438頁以下

第 65 問

## 中止犯

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成21年 同 第6問

要求能力



第2編

犯罪

学生A, B及びCが, 中止犯の刑の減免(刑法第43条ただし書)の根拠に関する次のアからウまでの【見解】のいずれかを選んで, 後記【会話】のとおり議論している。A, B及びCが, それぞれどの【見解】を選んでいるかを検討した場合, 正しいものの組合せは, 後記1から5までのうちどれか。

## 【見解】

- ア. 行為者及び将来犯罪を実行するかもしれない国民一般に対して犯罪の中止を奨励することによって法益を侵害から守ることに根拠を求める見解
- イ. 障害未遂と比べて行為者に対する非難が減少することに根拠を求める見解
- ウ. 自ら生じさせた危険を自ら消滅させたことにより違法性が減少することに根拠を求める見解

## 【会話】

学生A. 我が国の刑法では, 中止犯は犯罪の成立を妨げる事由とはされておらず, 刑の減免しか認められていないし, 普通, 一般人は, 中止犯の規定の存在を知らないだろうから, B君の言う根拠は説得力を欠くのではないか。

学生B. A君の見解によれば, 真剣な中止行為が行われる限り, 結果が発生した場合でも刑の減免を認めるべきことになるはずだ。ところが, 刑法第43条の規定によれば, 犯罪が既遂に達した場合には中止犯を認めることができないのであって, 現行法の立場とは整合しないという問題があるね。

学生C. その上, A君の見解では, 中止犯の成立を倫理的に是認し得る動機による場合に限定するのが自然だが, 刑法第43条ただし書にはそんな限定はなされていないよ。

学生A. そうは言っても, C君の見解では, 被教唆者が中止行為を行ったときに, 教唆者にも刑法第43条ただし書の適用があることになるはずだ。しかし, 一般に, 中止犯の効果は一身専属的なものだと考えられているから, この点についてC君の見解では適切な説明ができないのではないか。

1. Aア      Bウ      Cイ
2. Aイ      Bウ      Cア
3. Aイ      Bア      Cウ
4. Aウ      Bア      Cイ
5. Aウ      Bイ      Cア

第 65 問

中止犯

難易度

★☆☆

正解

3

部分点

—

中止犯の刑の減免の根拠については、政策説と法律説の対立がある。

**政策説**は、行為者及び将来犯罪を実行するかもしれない国民一般に対して犯罪の中止を奨励することによって法益を侵害から守ることに根拠を求める見解（見解ア）である。政策説に対しては、①中止犯の規定（43ただし書）を知らない一般の犯罪者にとっては政策的効果を期待できない、②犯罪の中止の奨励として、刑の減輕又は免除を認めるのみでは弱いなどの批判がなされている。

**法律説**は、責任減少説と違法減少説に大別される。

**責任減少説**は、障害未遂と比べて行為者に対する非難が減少することに根拠を求める見解（見解イ）である。責任減少説に対しては、真剣な中止行為が行われる限り責任は減少するはずであるから、既遂結果が発生しても中止犯の成立が認められるべきであるが、現行法は中止犯を未遂犯の枠内でしか認めておらず、これと矛盾するとの批判がなされている。責任減少説に立った場合、中止の任意性については、中止行為が倫理的に是認し得る動機に基づいてなされた場合に限定して認める説と結びつくのが自然である。

**違法減少説**は、自ら生じさせた危険を自ら消滅させたことにより違法性が減少することに根拠を求める見解（見解ウ）である。違法減少説に対しては、違法性が減少するならば、違法性は共犯者間で連帯することから、共犯者にも中止犯の効果が及ぶはずであるが、これは中止犯の一身専属的效果と矛盾するとの批判がなされている。

**学生A イ** 学生Bの学生Aに対する発言は、責任減少説に対する批判と一致する。また、学生Cの発言によれば、学生Aの採る説は、中止の任意性を倫理的に是認し得る動機に基づいてなされた場合に限定して認めるのが自然ということになる。したがって、学生B及びCの発言は、責任減少説に対する批判と考えられる。よって、学生Aは、責任減少説（見解イ）を採るものである。

**学生B ア** 学生Aの学生Bに対する発言は、政策説に対する批判①②と一致する。よって、学生Bは、政策説（見解ア）を採るものである。

**学生C ウ** 学生Aの学生Cに対する発言は、違法減少説に対する批判と一致する。よって、学生Cは、違法減少説（見解ウ）を採るものである。

以上より、学生Aはイ、学生Bはア、学生Cはウとなり、正解は3となる。

参考文献 前田・総論・116頁以下、大谷・総論・382頁以下

第 86 問

## 共犯の成否

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成22年 同 第5問

要求能力

知識

第2編

犯罪

次の【事例】に引き続く甲の行為に関する下記アからオまでの各【記述】を判例の立場に従って検討し、甲に（ ）内の犯罪が成立する場合には1を、成立しない場合には2を選びなさい。

## 【事例】

甲は、人通りの少ない道路を通行中、知人の乙が見知らぬ丙を「金を出せ。」と言いながらロープで縛り上げ、丙を道路脇の草むらの中に連れ込むのを偶然目撃した。

## 【記述】

- ア. 甲が、草むらをのぞくと、乙が丙の上着のポケットを探って所持金を奪おうとしていた。甲は、後で乙から口止め料をもらおうと考え、あえて何もせずにその場から立ち去った。乙は、甲にのぞかれたことに気付かないまま、丙の所持金を奪った。(強盗罪の従犯)
- イ. 甲が、乙が立ち去ったのを見届けてから草むらの中に入ったところ、丙が縛られたままだったので、甲は、丙が身に付けていた腕時計を奪った。(強盗罪の共同正犯)
- ウ. 甲は、警察官が近付いてきたので、そのことを乙に知らせるために草むらに行ったところ、丙から奪った現金を着衣のポケットにしまった乙が、草むらから出ようとしていた。甲が乙を草むら内に押し戻して警察官をやり過ごしたため、乙の犯行はその場で発覚せずに済んだ。(強盗罪の従犯)
- エ. 甲は、草むらの中に入り、同所で、丙の所持金を奪って山分けすることを乙と合意した。その上で、乙が緩んでいたロープをきつく縛り直した後、甲は、丙の所持金をその上着のポケットから奪った。(強盗罪の共同正犯)
- オ. 甲が、草むらをのぞくと、乙が丙の上着のポケットを探って所持金を奪おうとしていた。甲が、乙に気付かれることなく草むらから道路に戻ろうとしたところ、付近住民の丁が、野草摘みのため草むらに入ろうとしていた。甲が、後で乙から分け前を得るため、丁に「スズメバチの巣があるから危ない。」と嘘を言って丁を追い払ったため、その間に乙は丙の所持金を奪うことができた。(強盗罪の従犯)

第 86 問

共犯の成否

正答率 46.8%

正解

2(91.3%) 2(88.7%) 2(59.6%) 1(97.8%) 1(88.7%)

部分点 4問正解で部分点2点

ア 強盗罪の従犯は成立しない

判例（大判昭3.3.9）は、**不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止すべき作為義務を有する者が、正犯者の犯罪行為を認識しながら、その義務に反して結果発生の防止を怠ったことにより、正犯者の犯罪の実行を容易ならしめた場合に成立する**としている。本肢において、甲は、知人の乙の行為を偶然目撃したにすぎないから、乙の犯罪を防止すべき作為義務は認められない。よって、甲には、強盗罪の従犯は成立しない。

イ 強盗罪の共同正犯は成立しない

共同正犯（60）が成立するためには、共謀及びその共謀に基づく実行行為が必要であり、判例（大判大11.2.25）は、共謀の内容として**相互の意思連絡**が必要であるとする。本肢において、甲と乙の間には意思連絡がない。よって、甲には、強盗罪の共同正犯は成立しない。

ウ 強盗罪の従犯は成立しない

幫助（62 I）とは、実行行為以外の行為で正犯の実行行為を容易にすることを意味する。そして、幫助行為は有形・無形の態様を問わず広く認められるが、**正犯が実行行為を終了してしまった場合には、幫助犯は成立し得ない**。本肢において、正犯乙は、丙から強取した現金を着衣のポケットにしまっており、強盗罪の実行行為を終了したものといえるから、その後の甲の関与は幫助とはならない。よって、甲には、強盗罪の従犯は成立しない。

エ 強盗罪の共同正犯が成立する

共同正犯の成立には、共謀及びその共謀に基づく実行行為が必要であり、**共謀は実行行為の現場における意思連絡によっても認められる（現場共謀）**。本肢において、甲は、丙の所持金を奪って山分けすることを乙と合意しており、現場共謀が認められる。そして、甲は、乙がロープをきつく縛り直した後、丙の所持金を奪取しているから、現場共謀に基づく実行行為も認められる。よって、甲には、強盗罪の共同正犯が成立する。

オ 強盗罪の従犯が成立する

幫助犯の成立には、幫助者と被幫助者の意思疎通があることは必ずしも必要とされず、幫助者が被幫助者の知らないうちに幫助行為をするような場合（**片面的幫助**）にも幫助犯が成立すると解されている。判例（大判大14.1.22）も、同様の見解に立っている。そして、草むらに入っていくとした丁を追い払った甲の行為は、正犯者の実行行為を容易にする行為であるといえる。よって、甲には、強盗罪の従犯が成立する。以上より、正解はアから順に2, 2, 2, 1, 1となる。

参考文献 前田・総論・341頁以下、大谷・総論・393頁以下

第81問

## 共犯と身分

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成25年

同第7問  
予一

要求能力



第2編

犯罪

刑法第65条に関する次のIないしⅢの各【見解】についての後記1から5までの各【記述】のうち、誤っているものはどれか。

## 【見解】

- I. 刑法第65条第1項は真正身分犯の成立及び科刑についての規定であり、同条第2項は不真正身分犯の成立及び科刑についての規定である。
- II. 刑法第65条第1項は身分が違法性に関係する場合についての規定であり、同条第2項は身分が責任に関係する場合についての規定である。
- Ⅲ. 刑法第65条第1項は真正身分犯・不真正身分犯を通じて共犯の成立についての規定であり、同条第2項は不真正身分犯の科刑についての規定である。

## 【記述】

1. Iの見解に対しては、真正身分犯が身分を連带的に作用させ、不真正身分犯が身分を個別的に作用させることの実質的根拠が明らかでないとの批判がある。
2. IIの見解に対しては、身分が違法性に関係する場合と身分が責任に関係する場合を区別することは困難であるとの批判がある。
3. Ⅲの見解は、刑法第65条第1項が「共犯とする」と規定し、同条第2項が「通常の刑を科する」と規定していることを根拠の一つとしている。
4. Iの見解に立った場合、甲が愛人である乙を唆して、乙が介護していた乙の老母の生存に必要な保護をやめさせた事例では、甲には保護責任者遺棄罪の教唆犯が成立し、科刑は単純遺棄罪の刑となる。
5. Ⅲの見解に立ちつつ、常習賭博罪における常習性が身分に含まれると解した場合、賭博の非常習者である甲が賭博の常習者乙を唆して、乙に賭博をさせた事例では、甲には常習賭博罪の教唆犯が成立し、科刑は単純賭博罪の刑となる。

第81問

共犯と身分

正答率 87.5%

正解

4

部分点 —

1 ○ Iの見解は、判例のとり立場である（最判昭31.5.24）。Iの見解は、真正身分犯については、**身分を連帯**させて、共犯とし、不真正身分犯については、**身分を個別的に作用**させて、刑の軽重に差を設けている。そのため、Iの見解に対しては、なぜ、真正身分犯の場合に身分を連带的に作用させ、不真正身分犯の場合に身分を個別的に作用させるのかという**実質的根拠を明らかにしていない**という批判が妥当する。よって、本肢は正しい。

参考文献 新基本法コメ・196頁以下、高橋・総論・475頁・476頁

2 ○ IIの見解は、65条1項は、**身分が行為の違法性を規制する要素**となっている場合であり、同条2項は、**身分が行為の責任性を規制する要素**となっている場合であると解する立場である。IIの見解に対しては、**違法身分と責任身分の区別が困難**な場合があるのではないかという批判が妥当する。よって、本肢は正しい。

参考文献 新基本法コメ・197頁、前田・総論・337頁、高橋・総論・475頁

3 ○ IIIの見解は、65条1項が「共犯とする」と**成立に関する文言**となっているのに対して、65条2項が「通常の刑を科する」と**科刑に関する文言**となっていることから、65条の文理とも合致することを根拠とする見解である。よって、本肢は正しい。

参考文献 井田・総論・509頁

4 × Iの見解によれば、**犯罪の成立と科刑が分離されない**ため、本肢のように犯罪の成立と科刑が分離されるということにはならない（Iの見解からは、業務上横領罪のように真正身分犯であると同時に不真正身分犯でもある場合の処理についてのみ罪名と科刑が分離し得る。）。よって、甲には保護責任者遺棄罪の教唆犯が成立し、科刑は単純遺棄罪の刑となるとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 西田・総論・400頁、西田・各論・34頁

5 ○ IIIの見解によれば、単純賭博罪（185）の加重類型である常習賭博罪（186 I）のような不真正身分犯につき、まず、その「**罪名**」については、**65条1項を適用**して甲に常習賭博罪の教唆犯が成立し、「**科刑**」については、**65条2項を適用**して、甲には単純賭博罪の刑が科されることになる。このようにIIIの見解は、罪名と科刑の分離を認める点で、批判が強い。よって、本肢は正しい。

参考文献 西田・総論・400頁・401頁

以上より、誤っている肢は4であり、正解は4となる。



第 90 問

## 罪数

配点

3

出題年度

平成 18 年 同 第 12 問

要求能力

知識

実施日	/	/	/
チェック			

第 2 編

犯罪

次のアからオまでの各事例の甲の罪責について、判例の立場に従って ( ) 内から適切な語句を選んだ場合、その組合せとして正しいものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 甲は、乙から金員を恐喝しようとして企て、乙に暴行を加えて監禁し、暴行により畏怖している乙を脅迫して金員を交付させた。甲には、監禁罪と恐喝罪が成立し、( a. 両罪は牽連犯である・ b. 両罪は併合罪である)。
- イ. 甲は、無免許で普通乗用自動車を運転中、前方不注意の過失により歩行者乙に傷害を負わせる事故を起こした。甲には、道路交通法の無免許運転の罪と過失運転傷害罪が成立し、( c. 両罪は併合罪である・ d. 両罪は観念的競合である)。
- ウ. 甲は、乙の住居に放火してその建物を全焼させたが、さらに、隣接する丙の住居にも燃え移らせてその建物を半焼させた。甲には、( e. 2 個の現住建造物等放火罪が成立し、両罪は併合罪である・ f. 1 個の現住建造物等放火罪が成立する)。
- エ. 甲は、通り掛かった乙と丙のうちの乙と肩が触れたことから口論になり、憤激のあまり、その腹部を足で蹴った。この様子を見た丙が文句を言ったので、甲は丙にも憤激し、その顔面をこぶしで殴って傷害を負わせた。甲には、乙に対する暴行罪と丙に対する傷害罪が成立し、( g. 両罪は併合罪である・ h. 両罪は包括一罪である)。
- オ. 甲は、一緒にいた乙と丙を同時に殺害する目的で、両名に向けて爆弾 1 個を投げ付けて爆発させ、両名を死亡させた。甲には、乙に対する殺人罪と丙に対する同罪が成立し、( i. 両罪は観念的競合である・ j. 両罪は併合罪である)。

1. a c f h i      2. a d f g j      3. b c e g i      4. b c f g i  
5. b d e h j

\* 平成 25 年法律第 86 号で、自動車運転死傷行為処罰法 5 条に過失運転致死傷罪が新設されたことに伴い、問題文中の業務上過失傷害罪を、過失運転傷害罪に変更した。

第90問

正解

罪数

4

難易度

★☆☆

部分点

—

- ア b** 牽連犯（54 I 前段）とは、数個の犯罪が手段結果の関係にある場合をいい、**犯罪の性質上、典型的に手段結果の関係があるかどうかによって決せられる。**この点、判例（最判平17.4.14／百選 I〔102〕）は、監禁（致傷）罪と恐喝罪の罪数関係について、「恐喝の手段として監禁が行われた場合であっても、両罪は、犯罪の通常の状態として手段又は結果の関係にあるものとは認められず、牽連犯の関係にはない」として、併合罪の関係に立つとする。よって、適切な語句はbである。
- イ c** 観念的競合（54 I 前段）とは、1個の行為が数個の罪名に触れる場合をいい、1個の行為の意義について、判例（最大判昭49.5.29／百選 I〔103〕）は、「**法的評価をはなれ構成要件的観点を取捨した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価をうける場合をいう**」としている。この点、無免許運転行為は、時間的継続と場所的移動を伴う行為であるのに対し、その過程において人身事故を発生させる行為は、運転継続中における一時点一場所における事象であって、社会的見解上1個のものとして評価すべきでないから、道路交通法の無免許運転の罪と過失運転傷害罪は併合罪の関係に立つ（最決昭33.3.17参照）。よって、適切な語句はcである。
- ウ f** 判例（大判大11.12.13）は、**放火罪は公共危険罪**であるから、1個の放火行為によって数個の目的物を焼損しても、それによって発生する公衆の安全に対する危険が包括的に1個として評価される限り、一罪が成立するにすぎないとする。よって、適切な語句はfである。
- エ g** 行為の外形上異なる構成要件に該当するよう見える場合に包括一罪であるというためには、被害法益の同一性が認められなければならない。乙に対する暴行罪と丙に対する傷害罪は、被害法益が異なり、同一の法益侵害に向けられた単一の意思の実現行為とはいえないので、包括一罪とはならない。よって、適切な語句はgである。
- オ i** 肢イの解説のとおり、観念的競合とは、1個の行為が数個の罪名に触れる場合をいうところ、甲が乙・丙を殺害する目的で、両名に向けて爆弾1個を投げつけて爆発させた行為は、自然的観察からすれば、社会的見解上1個のものとして評価すべきであるから、甲の行為は1個の行為といえる。そして、甲の1個の行為によって乙・丙を死亡させているから、乙及び丙に対する2個の殺人罪が成立し、両罪は観念的競合となる。よって、適切な語句はiである。

以上より、適切な語句の組み合わせとして正しいものはb, c, f, g, iであり、正解は4となる。

参考文献 前田・総論・390頁以下、大谷・総論・475頁以下

第 111 問

## 殺人罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成27年

同 第6問  
予 一

要求能力

知識

次の1から5までの各事例における甲のVに対する罪責について、判例の立場に従って検討した場合、甲に殺人罪が成立しないものはどれか。

1. 甲は、Vには自殺がどのようなものかを理解する能力がなく、しかもVが甲の命ずることには何でも服従するのを利用してVを死亡させようと考え、Vに対して、首を吊る方法を教えた上、これを実行するよう命じた。Vは、甲から命じられたとおりに、教えられた方法で自ら首を吊って窒息死した。
2. 甲は、真冬の深夜、河川堤防でVに激しい暴行を加えたところ、Vは走って逃げ出した。甲は、逃げるVを堤防際まで追い詰めれば、逃げ場を失ったVが堤防から下の川に飛び込んで溺死するかもしれないがそれでも構わないと考え、Vを堤防際まで追い詰めた。逃げ場を失ったVは、甲からの暴行を免れるため、堤防から約3メートル下の川に飛び込んで溺死した。
3. 甲は、Vから、包丁で腹部を突き刺して殺してほしいと依頼され、これを真意から出た依頼であると信じて包丁でVの腹部を突き刺したが、その依頼はVの冗談であって、Vの真意から出たものではなかった。Vは、甲から腹部を包丁で刺されたことにより失血死した。
4. 甲は、妻と話し合っって一家心中することとし、妻と5歳になる息子Vからそれぞれ一家心中することの承諾を得た上、妻とVを殺すため、同人らの腹部を包丁で刺した。妻とVは、甲から腹部を包丁で刺されたことにより失血死した。
5. 甲は、Vから心中を持ち掛けられたことを利用して、Vを死亡させようと考え、自らは死ぬ気がないのに、Vとの心中を了承した。Vは、甲の真意を知っていれば死ぬことはなかったが、甲も一緒に死んでくれるものと誤信したまま、甲の目の前で、甲が用意した致死量の毒を飲んで中毒死した。

第4編

個人的法益に対する罪

第 111 問

正解

殺人罪

3

正答率

90.5%

部分点

—

**1 成立する**

Vは、甲から命じられたとおりに、教えられた方法で自ら首を吊って窒息死しているから、甲には自殺関与罪（202）の成立も考えられる。もっとも、**自殺関与罪が成立するためには、被害者が自由な意思決定能力を有する者でなければならないから、その能力の欠如がある者を自殺させた行為については、同罪ではなく、被害者の行為を利用した殺人罪（199）が成立する。**判例（最決昭27.2.21）も、被害者が精神病のため通常の意味能力を欠き、自殺の何たるかを理解せず、被告人の命ずることは何でも服従するのを利用して、縊首の方法を教え死亡させた事案につき、殺人罪が成立するとしている。よって、甲には殺人罪が成立する。

参考文献 ▶ 基本各論・13頁，大コンメ10・351頁

**2 成立する**

判例（最決昭59.3.27）は、「被告人は、外2名と共に、厳寒の深夜、かなり酩酊しかつ被告人らから暴行を受けて衰弱していた被害者を、都内荒川の河口近くの堤防上に連行し、同所において同人を川に転落させて死亡させるのもやむを得ない旨意思を相通じ、上衣、ズボンを無理矢理脱がせたうえ、同人を取り囲み、……脅しながら護岸際まで追いつめ、さらにたる木で殴りかかる態度を示すなどして、遂には逃げ場を失った同人を護岸上から約3メートル下の川に転落するのやむなきに至らしめ、そのうえ長さ約3、4メートルのたる木で水面を突いたり叩いたりし、もって同人を溺死させたというのであるから」、被告人には殺人罪が成立するとしている。よって、甲には殺人罪が成立する。

**3 成立しない**

Vの殺人の囑託は、真意から出たものではなかったのであるから、甲には殺人罪の成立も考えられる。もっとも、被害者が真意に基づく囑託をしていない場合に、その囑託があるものと誤信したときは、**同意殺人（202）の意思で普通殺人の結果を生じさせたという抽象的事実の錯誤**が認められるから、38条2項により普通殺人の故意は阻却され、構成要件の重なり合う限度で**同意殺人罪が成立する**（大判明43.4.28参照）。よって、甲に殺人罪は成立しない。

参考文献 ▶ 基本各論・12頁，大コンメ10・356頁

**4 成立する**

甲は、妻と5歳になる息子Vからそれぞれ一家心中することの承諾を得ているため、甲には同意殺人罪の成立も考えられる。もっとも、**同意殺人罪が成立するためには、被害者が自由な意思決定能力を有する者でなければならないから、その能力のない者の同意は有効なものとして取り扱われず、普通殺人罪が成立する。**判例（最

判昭9.8.27)も、親子心中の事案において、当時5歳11か月で、自殺の何たるかを理解する能力のない幼児は、自己を殺害することを同意する適格がないとして、普通殺人罪が成立するとしている。よって、甲には殺人罪が成立する。

参考文献 基本各論・13頁，大コメ10・351頁

## 5 成立する

Vは、自己の死そのものにつき誤認はなく、それを認識承諾していたものであるから、甲には自殺関与罪又は同意殺人罪の成立も考えられる。もっとも、判例（最判昭33.11.21／百選Ⅱ〔1〕）は、追死するかのごとく装い、被害者に死の決意をさせた事案において、「被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は**通常の殺人罪に該当する**」としている。よって、甲には殺人罪が成立する。

参考文献 基本各論・14頁，大コメ10・353頁

以上より、甲に殺人罪が成立しない肢は3であり、正解は3となる。

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	0.6%	2.1%	90.5%	5.7%	0.9%

— MEMO —

第 116 問

## 監禁罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成 25 年

同 第2問  
予 一

要求能力

知識

監禁の罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。

1. 甲は、自己が経営する飲食店で住み込みの従業員として違法に働かせていたA女が逃げたことから、これを連れ戻すため、A女に対し、「お母さんが病気で入院していると連絡があった。これからその病院に連れて行くから、車に乗れ。」と嘘を言い、これを信じたA女を自己の運転する普通乗用自動車に乗車させて約12キロメートル走行した。甲に監禁罪は成立しない。
2. 甲は、身の代金取得の目的で7歳の子供Aを拐取し、さらに、Aの手足をロープで縛って逃げるができないようにして自室に閉じ込め、その間にAの親に電話をかけて身の代金を要求した。甲に監禁罪は成立しない。
3. 甲は、知人のA女をA女宅に送るため、自己が運転する原動機付自転車の後部荷台に乗せて走行していたが、途中でA女を強姦しようと考え、なおも走行を続けた。その後、甲の意図に気付いたA女が「降ろして。」と叫んだが、甲は、これを無視して、そのまま約1キロメートルの間、同車を疾走させた。甲には監禁罪が成立する。
4. 甲は、自己の所属する暴力団の配下組員Aに指を詰めさせることとし、嫌がるAを無理やり普通乗用自動車に乗せて組事務所に連行し、約1時間半にわたってAを監視したが、その間に、組事務所内において、Aの左腕を押さえ付け、包丁でAの小指を切断した。甲には監禁致傷罪が成立する。
5. 甲は、通行中のA女を殴るなどして無理やり自己が運転する普通乗用自動車に乗せて同車を疾走させて連れ回そうと考え、同車を停めて運転席から降り、路上でA女に近づき、A女を同車に連れ込むために、A女の顔面を殴打して加療約2週間を要する顔面挫傷の傷害を負わせたが、A女が甲に捕まえられることなく逃げたため、A女を同車に乗せることはできなかった。甲に監禁致傷罪は成立しない。

第116問

## 監禁罪

正答率

65.9%

正解

3(93.8%) 5(70.2%)(順不同)

部分点

—

- 1 **X** 判例（最判昭33.3.19）は、被害者を母親のところ連れて行くと騙して車に乗せ、気付いた被害者が停止を要求したのに無視して疾走したという本肢類似の事案につき、「監禁」（220）の方法には「偽計によって被害者の錯誤を利用する場合をも含む」とした上で、被害者が気付く以前も含めて監禁罪の成立を認めている。よって、甲に監禁罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 2 **X** 甲は、身の代金取得の目的で子供Aを拐取し、自室に閉じ込め、その間に、Aの親に身の代金を要求しており、身の代金目的拐取罪（225の2Ⅰ）及び身の代金要求罪（225の2Ⅱ）と監禁罪の関係が問題となる。判例（最決昭58.9.27／百選Ⅰ〔第6版〕〔102〕）は、身の代金取得目的で人を拐取した者が、被拐取者を監禁し、その間に身の代金を要求した場合には、身の代金目的拐取罪と身の代金要求罪は牽連犯であり、これらと監禁罪は併合罪になるとする。よって、甲に監禁罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。

参考文献 前田・各論・119頁

- 3 **O** 「監禁」（220）とは、一定の区域からの脱出を不可能又は著しく困難にすることをいい、一定の区域は必ずしも区画された場所でもなくてもよい。判例（最決昭38.4.18）も、婦女を姦淫する企図の下、原動機付自転車の荷台に当該婦女を乗せて約1キロメートル疾走した本肢類似の事案において、監禁罪の成立を認めている。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本各論・53頁、条解・642頁

- 4 **X** 監禁致死傷罪（221）の死傷結果は、監禁行為又はその手段である暴行・脅迫から生じる必要がある。この点、判例（最決昭42.12.21）は、監禁中に加えられた暴行による傷害であっても、その暴行が監禁を維持する手段ではなく、単に監禁の機会になされたものであるときは、監禁致死傷罪は成立せず、監禁罪と傷害罪の併合罪になるとしている。本肢において、甲が包丁でAの小指を切断した行為は、監禁中になされているものの、監禁を維持する手段としてなされたものではなく、単に監禁の機会になされたものにすぎない。したがって、甲に監禁致死傷罪は成立せず、監禁罪と傷害罪の併合罪となる。よって、甲には監禁致死傷罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

参考文献 西田・各論・75頁、条解・645頁

- 5 **O** 監禁致死傷罪は監禁罪の結果的加重犯であるから、同罪が成立するためにはその基本犯たる監禁罪が成立することが必要となる。A女は甲に捕まえられることなく逃げており、甲に監禁罪は成立しない。したがって、基本犯たる監禁罪が成立しない以上、甲に監禁致死傷罪は成立しない。よって、本肢は正しい。

参考文献 前田・各論・121頁、西田・各論・75頁

以上より、正しい肢は3と5であり、正解は3と5（順不同）となる。



第 133 問

配点

2

窃盗罪における  
占有

実施日	/	/	/
チェック			

出題年度

平成24年

同 第1問  
予 第1問

要求能力

知識

次の1から5までの各事例における甲の罪責について判例の立場に従って検討した場合、甲に窃盗罪が成立しないものはどれか。

1. 甲は、コンビニエンスストアでレジ係のアルバイトをしていたが、店長の乙が短時間外出していた間に、商品棚からたばこ1カートンを取り出して自分のバッグに入れ、アルバイト終了後店外へ持ち出し、これを自分のものにした。
2. 甲は、旅館に宿泊した際、旅館内にある共同浴場の脱衣場で、他の宿泊客が置き忘れた時計を見つけたので、脱衣場から持ち出し、これを自分のものにした。
3. 甲は、深夜、路上を歩いていたところ、見知らぬ乙と丙が殴り合いのけんかをしていたので、これを見ていると、乙がナイフを取り出して丙を刺し殺した。甲は、乙が走り去った直後、死亡した丙の上着のポケット内に入っていた現金入りの財布を持ち去り、これを自分のものにした。
4. 甲は、乙から封かんされた現金10万円入りの封筒を渡されて丙に届けるように依頼され、丙方に向かって歩き始めたが、途中で封筒内の現金が欲しくなり、封を開いて封筒に入っていた現金のうち2万円を取り出してこれを自分のものにした後、残りの現金が入った封筒を丙に交付した。
5. 甲は、乙が他の者から盗んできた宝石を乙所有の自動車の中に置いているのを知っていたところ、ある日、同車が無施錠で駐車されているのに気付き、同車内から同宝石を持ち去り、これを自分のものにした。

第4編

個人的法益に対する罪

第133問

## 窃盗罪における占有

正答率

正	80.7%
誤	71.3%

正解

3

部分点

—

## 1 窃盗罪が成立する

窃盗罪は他人の意思に反して、財物の占有を奪う点に特質があるから**窃盗罪の客体は他人の占有する財物**である。そこで、店舗で物品を販売する店員が店主に無断で商品を領得する場合に、誰に商品の占有が帰属するか問題となるも、店員は単なる占有補助者にほかならず、商品の占有は店主に帰属する（大判大7.2.6）。そうすると、たばこ1カートンの占有は店長乙に帰属するから、甲がこれを持ち出した行為につき、窃盗罪が成立する。よって、甲に窃盗罪が成立する。

## 2 窃盗罪が成立する

窃盗罪における占有が認められるためには、財物に対する**事実上の支配が必要**である。この点、他の宿泊客が置き忘れた時計には、当該宿泊客の事実上の支配が及ばないため、当該宿泊客の占有は認められないが、時計が旅館内にある共同浴場の脱衣室にある以上、旅館管理者の事実上の支配があるといえるので、旅館管理者の占有が認められる（大判大8.4.4）。したがって、これを自分のものにする行為につき、窃盗罪が成立する。よって、甲に窃盗罪が成立する。

## 3 窃盗罪は成立しない

死者が生前占有していた財物を領得する行為について、判例は、殺害行為とは無関係の者が死者の生前占有していた財物を領得した場合、占有離脱物横領罪が成立するとしている（大判大13.3.28）。本肢において、甲は、丙が生前占有していた財布を持ち去っているが、丙の殺害とは無関係の者であるから、占有離脱物横領罪が成立し、窃盗罪は成立しない。よって、甲に窃盗罪は成立しない。

## 4 窃盗罪が成立する

財物の占有が誰に帰属するかによって、横領罪と窃盗罪のいずれが成立するかが区別される。この点、判例は、封かんをした包装物全体の占有は受託者に属しているが、中身は委託者に帰属すると解する（最決昭32.4.25参照）。本肢において、封かんされた封筒内の現金10万円は委託者乙に帰属するので、封を開いて2万円を取り出した甲には窃盗罪が成立する。よって、甲に窃盗罪が成立する。

## 5 窃盗罪が成立する

窃盗罪の保護法益について、判例は、**占有説を原則とし、例外的に違法性阻却の余地を認める**（最判昭35.4.26参照）。そうすると、窃盗犯人が事実上支配する盗品も、「他人の占有」（242）する財物に当たるので、「他人の財物」（235）として窃盗罪の客体となる。本肢において、宝石の占有は乙に帰属するので、甲が乙の意思に反してその占有を奪う行為は窃盗罪に当たる。よって、甲に窃盗罪が成立する。

以上より、甲に窃盗罪が成立しない肢は3であり、正解は3となる。

参考文献 大谷・各論・196頁、199頁以下、西田・各論・145頁以下

第 144 問

## 強盗罪総合

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成 25 年

同 第 12 問  
予

要求能力

知識

強盗の罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものはどれか。

1. 甲は、乙に対し、金品を奪うために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して乙から財布を奪ったが、乙は財布を奪われたことに気がなかった。甲には強盗既遂罪が成立する。
2. 甲は、乙宅で財布を窃取し、誰からも追跡されることなく、約2キロメートル離れた場所まで徒歩で移動した後、窃取した財布の中を見たが、予想していたよりも現金が少なかったことから、再び窃盗を行う目的で乙宅に戻り、玄関を開けたところ、帰宅していた乙に発見され、逮捕を免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えた。甲には事後強盗既遂罪は成立しない。
3. 甲は、電車内で乗客のポケットから財布を窃取した直後、その犯行状況を目撃して甲を逮捕しようとした警察官乙に対し、逮捕を免れるために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えたが、乙に逮捕された。甲には事後強盗未遂罪が成立する。
4. 甲は、空き巣を行う目的で乙宅に侵入したところ、たまたま留守番をしていた乙の甥である10歳の丙に発見され、金品を奪うために、丙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して寝室のタンス内にあった乙名義の預金通帳と印鑑を奪った。甲には強盗既遂罪が成立する。
5. 甲は、飲食店において、代金を支払う意思及び能力がないのに、店長乙をだまして酒食を注文し、飲食した後、代金の支払いを免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して逃走し、代金請求を免れた。甲には強盗既遂罪が成立する。

第144問

## 強盗罪総合

正答率 81.7%

正解

3

部分点 —

- 1 ○ 「強取」(236)とは、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を手段として、財物の事実上の占有を奪取することをいう。そして、暴行・脅迫により反抗を抑圧された被害者が、財物を奪われたことに気付かなかった場合も「強取」に当たり、強盗既遂罪が成立する(最判昭23.12.24)。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本各論・153頁、条解・735頁

- 2 ○ 事後強盗罪(238)における暴行・脅迫は、窃盗の機会に行われなければならないが、暴行・脅迫が窃盗の機会の継続中に行われたか否かは、「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する(最決平14.2.14)。そして、本肢類似の事案において、判例は、「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、ある程度の時間を経過しており、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、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」旨判示している(最判平16.12.10/百選Ⅱ〔42〕)。したがって、甲には事後強盗既遂罪は成立しない。よって、本肢は正しい。

参考文献 基本各論・186頁

- 3 × 判例は、事後強盗罪の既遂と未遂の区別について、先行する窃盗罪(235)が既遂か未遂かにより決している(最判昭24.7.9)。甲は、財布を窃取した時点で窃盗罪の既遂となっているため、その後、乙に対し、逮捕を免れるために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えた時点で、事後強盗既遂罪が成立する。よって、事後強盗未遂罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

参考文献 山口・各論・229頁、条解・746頁

- 4 ○ 強盗罪における暴行の対象は、財物奪取の目的遂行の障害となり得る者であれば足り、財物を所持する者や十分な意思能力が備わった者でなくてもよい。この点、判例は、本肢類似の事案において、10歳の少年は、完全な意思能力はないが、ある程度物に対する管理の実力は持っているから、同少年が犯行現場に居合わせたことは財物奪取の目的遂行の障害となっているとして、強盗罪の成立を認めている(最判昭22.11.26)。よって、本肢は正しい。

参考文献 条解・734頁

- 5 ○ 最初から代金支払の意思なく無銭飲食をした後、暴行又は脅迫によって、その代金請求を免れた場合の罪責について、判例は、1項詐欺と2項強盗の成立を認めつつも、重い2項強盗の罪の包括一罪とする見解に立っている(最決昭61.11.18/百選Ⅱ〔39〕)。よって、本肢は正しい。

参考文献 西田・各論・176頁、前田・各論・329～330頁

以上より、誤っている肢は3であり、正解は3となる。

第 147 問

## 詐欺罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成20年 同 第20問

要求能力

知識

次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。

1. 甲は、盗んだ銀行キャッシュカードを現金自動預払機に挿入して現金を払い戻し、これを手に入れた。この場合、甲は人を欺いていないから、甲に詐欺罪は成立しないが、人の事務処理に使用する電子計算機に不正な指令を与えて財産権の得喪・変更に係る不実の電磁的記録を作り、財産上の利益を得たといえるから、甲に電子計算機使用詐欺罪が成立する。
2. 甲は、乙所有の土地を甲が乙から買い受けた事実がないのに、登記申請に必要な書類を偽造して登記官に提出し、当該土地につき乙から甲への所有権移転登記をさせた。この場合、不動産の占有が甲に移ったといえるから、甲に詐欺罪が成立する。
3. 甲は、架空人である乙名義でX銀行Y支店に預金口座を開設しようと企て、乙に成り済まして預金口座を開設し、乙名義の預金通帳の交付を受けた。この場合、預金通帳は口座開設に伴って発行される証書にすぎないので、甲に詐欺罪は成立しない。
4. 甲は、架空人である丙名義で預金口座を開設した上、乙に対し、「あなたの息子が交通事故を起こし、直ちに示談のお金が必要である。」とうそを言って、自ら通帳・印鑑を所持する上記口座に乙をして現金を振り込ませた。この場合、甲は、いまだ他人名義の口座に振込みを受けたにすぎないので、甲には詐欺未遂罪が成立するとどまる。
5. 甲は、生活費に窮したため、返済する意思がないのに、知人の乙に、「故郷にいる自分の父親が亡くなった。故郷に帰るお金がないので貸してほしい。」旨のうそを言って金員の借入れを申し込んだところ、乙は、そのうそを見破り、甲に返済の意思がないことを察したが、憐憫の情から、甲に現金を手渡した。この場合、乙は錯誤に陥っていないので、甲には詐欺未遂罪が成立するとどまる。

第147問

## 詐欺罪

難易度

★☆☆

正解

5

部分点

—

- 1 **×** 電子計算機使用詐欺罪（246の2）の客体は「財産上……の利益」であり、これは**財物以外の財産的利益**を意味する。したがって、財物たる現金を払い戻す行為について、電子計算機使用詐欺罪は成立しない。よって、甲に電子計算機使用詐欺罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- 2 **×** 詐欺罪（246 I）の欺く行為の相手方は、**財物について事実上又は法律上財産的処分行為をなし得る権限ないし地位を有する者**でなくてはならない（最判昭45.3.26／百選Ⅱ〔55〕）。そして、偽造した書類を登記官に提出して自己への所有権移転登記をさせた事案において、判例（大判大12.11.12）は、登記官は不動産を処分する権限も地位も有しないから、詐欺罪は成立しないとする。したがって、甲には詐欺罪は成立しない。よって、甲に詐欺罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- 3 **×** 判例（最決平14.10.21）は、「預金通帳は、**それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するもの**と認められるから、他人名義で預金口座を開設し、それに伴って銀行から交付される場合であっても、刑法246条1項の財物に当たる」とする。したがって、甲には詐欺罪が成立する。よって、甲に詐欺罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 4 **×** 行為者が開設し管理していた他人名義の口座に金員を振り込ませた事案において、裁判例（大阪高判平16.12.21）は、「銀行に同口座が不正な偽名口座であると発覚するなど特段の事情がない限り、同口座に振込送金された金員は被告人らにより自由に処分でき、……**振込送金の時点で詐欺罪が既遂になる**」とする。したがって、甲には詐欺罪が成立する。よって、甲には詐欺未遂罪が成立するにとどまるとする点で、本肢は誤っている。
- 5 **○** 詐欺罪が既遂になるには、**欺罔行為→錯誤→交付行為→財物の移転の間に相当因果関係がなければならない**。甲は、返済する意思がないのに、乙に、うそを言って金員の借入れを申し込んだ点で欺罔行為を行っており、実行の着手は認められる。しかし、乙は、そのうそを見破り、甲に返済の意思がないことを察したが、憐憫の情から、甲に現金を手渡したというのであるから、乙の交付行為は錯誤に基づいた交付ではなく、欺罔行為と交付行為との間に因果関係が認められない（大判大11.12.22参照）。よって、甲には詐欺未遂罪が成立するから、本肢は正しい。
- 以上より、正しい肢は5であり、正解は5となる。

参考文献 大谷・各論・258頁以下、前田・各論・323頁以下

第 156 問

## 背任罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成22年 同 第9問

要求能力

知識

背任罪の構成要件に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。

1. 「自己若しくは第三者の利益を図る目的」の「利益」とは、経済的利益のことをいい、社会的地位や信用等の身分上の利益を含まない。
2. 「自己若しくは第三者の利益を図る目的」があるというためには、主として自己又は第三者の利益を図る目的があれば足りるが、これと本人の利益を図る目的とが併存している場合は含まない。
3. 「他人のためにその事務を処理する者」の「事務」は、法律行為たる事務に限らず、事実行為たる事務を含む。
4. 「財産上の損害」は、経済的見地から把握されるべきものであるから、返済の可能性が著しく低い無担保貸付けについては、その債務不履行が確定しなければ損害が発生したとはいえない。
5. 「本人に損害を加える目的」があるというためには、加害の点につき意欲ないし積極的認容が必要である。

第4編

個人的法益に対する罪

第156問

## 背任罪

正答率

75.2%

正解

3

部分点

—

- 1  判例（大判大3.10.16）は、背任罪（247）の「利益を図る目的」（図利目的）につき、「身分上の利益その他全て自己の利益を図る目的であれば足り、必ずしも財産上の利益を図る目的である必要はない。」と判示している。よって、「利益」を経済的利益に限定している点で、本肢は誤っている。
- 2  判例（最判昭29.11.5）は、主として第三者の利益を図る目的である場合には、本人の利益を図る目的があったとしても、図利目的があるといえるとしている。よって、本人の利益を図る目的とが併存している場合は含まないとする点で、本肢は誤っている。
- 3  背任罪の「他人のためにその事務を処理する者」の「事務」の範囲については、背任罪の本質における権限濫用説と背信説のいずれの見解に立つかにより、その範囲が異なりうる。すなわち、権限濫用説を採ると、背任行為を法定代理権限の濫用と規定するため、本条にいう「事務」とは法律行為に係る事務に限定される。一方、背信説に立てば、法律行為に係る事務に限定せず、事実行為に係る事務も含むとされる。そして、判例は**背信説**を採るものと解されている（大判大3.6.20）。よって、本肢は正しい。
- 4  判例（最決昭58.5.24／百選Ⅱ〔71〕）によれば、「本人に財産上の損害を加えたとき」（247）とは、**経済的見地において本人の財産状態を評価し、行為者の行為によって、本人の財産の価値が減少したとき又は増加すべき価値が増加しなかったとき**をいう。この点、前掲判例は、本人の財産に現実の損失がまだ生じていないとしても、経済的見地においては財産的価値が減少したものと評価できる場合には、「本人に財産上の損害を加えたとき」に当たるとした。そうすると、返済の可能性が著しく低い無担保貸付けは、経済的見地において財産的価値が減少したものと評価できるから、本人の財産に現実の損失が生じていなくても、財産上の損害が発生したといえる。よって、返済の可能性が著しく低い無担保貸付けについては、その債務不履行が確定しなければ損害が発生したとはいえないとする点で、本肢は誤っている。
- 5  背任罪の「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」（図利加害目的）の意義について、判例（最決昭63.11.21）は「図利・加害目的を肯定するには、図利・加害の点につき、必ずしも意欲ないし積極的認容までは要しないと解するのが相当である」と判示する。よって、加害の点につき意欲ないし積極的認容が必要であるとする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は3であり、正解は3となる。

参考文献 西田・各論・255頁以下、大谷・各論・326頁以下



第 173 問

# 放火罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成 24 年

同 第 17 問  
予 第 3 問

要求能力

知識

放火罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。

1. 甲は、日頃恨みを持っていたVの所有する自動車が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。
2. 甲は、周囲に他の住宅のない場所に空家を所有する乙から、同家屋に付された火災保険金をだまし取る計画を持ちかけられ、これに応じることとし、同家屋に立て掛けてあった薪に灯油をかけて火をつけたところ、火は同家屋の取り外し可能な雨戸に燃え移ったが、たまたま降り出した激しい雨によって鎮火した。甲には他人所有非現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまる。
3. 甲は、深夜、本殿・祭具庫・社務所・守衛詰所が木造の回廊で接続され、一部に火を放てば他の部分に延焼する可能性がある構造の神社の祭具庫壁付近にガソリンをまいてこれに火をつけた。その結果、無人の祭具庫は全焼したものの、Vらが現在する社務所・守衛詰所には、火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。
4. 甲は、日頃恨みを持っていたVが居住するマンション内部に設置されたエレベーターのかご内に、ガソリンを染み込ませて点火した新聞紙を投げ入れて放火し、エレベーターのかごの内部を焼損させた。甲には現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまる。
5. 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。

第173問	放火罪		正答率	同 70.2% 予 60.6%
	2 (同 73.5% 予 68.1%)	3 (同 94.5% 予 89.6%) (順不同)	部分点	—

正解

- 1  建造物等以外放火罪（110 I）は、「公共の危険」を生じさせた場合にのみ成立するところ、判例（最決平15.4.14／百選Ⅱ〔84〕）は、「公共の危険」（110 I）について、「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、**不特定又は多数の人の生命、身体又は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。本肢では、第三者所有の自動車10台に延焼する危険が生じているので、「公共の危険」が認められ、建造物等以外放火罪が成立する。よって、甲には、建造物等以外放火既遂罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 2  甲は乙と共謀して乙所有の空家に放火しているが、当該空家には火災保険が掛けられているから、乙所有の空家は他人所有非現住建造物（115・109 I）に当たる。次に、判例（大判大7.3.15）は、「焼損」の意義について、「**火が媒介物を離れ燃焼の目的物が……独立して燃焼作用を営み得べき場合**」とし、別の判例（最判昭25.12.14）は、「**建具その他家屋の従物が建造物たる家屋の一部を構成するものと認めるには、該物件が家屋の一部に建付けられているだけでは足りず更らにこれを毀損しなければ取り外すことができない状態にあることを必要とする**」としている。本肢では、火は毀損せずに取り外し可能な雨戸に燃え移ったにすぎず、建造物たる空家が「独立して燃焼作用を営み得べき場合」には当たらないので、「焼損」は認められない。したがって、甲には他人所有非現住建造物等放火未遂罪（112・109 I）が成立する。よって、本肢は正しい。
- 3  判例（最決平元.7.14／百選Ⅱ〔82〕）は、本肢類似の複合建造物の一体性が問題となった事案において、**物理的一体性（構造的一体性、延焼可能性等）、機能的一体性**を総合考慮した上で、建造物の一体性を認め、その全体が1個の現住建造物であるとして、現住建造物等放火既遂罪の成立を認めている。よって、本肢は正しい。
- 4  判例（最決平元.7.7／百選Ⅱ〔81〕）は、本肢類似の事案において、エレベーターのかごをその収納部分から取り外すには作業員約4人がかりで1日の作業量を要するので、エレベーターのかご部分は「**毀損しなければ取り外すことができない状態にある**」〔最判昭25.12.14参照〕場合に該当し、刑法108条の適用上も、建造物たる本件マンションの一部を構成する」と判示した原審の判断を正当として、現住建造物等放火既遂罪の成立を認めている。よって、甲には現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまるとする点で、本肢は誤っている。
- 5  現住建造物等放火罪（108）における「人」とは、**犯人以外の者**をいい（最判昭32.6.21）、居住者全員を殺害した後に放火する行為には、非現住建造物等放火罪（109 I）が成立する（大判大6.4.13）。よって、甲には現住建造物等放火既遂罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は2と3であり、正解は2と3となる。

参考文献 大谷・各論・379頁以下、条解・337頁

第 182 問

## 偽造罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

3

出題年度

平成22年 同第15問

要求能力

知識

次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか（ただし、甲は、「行使の目的」又は「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」を有するものとする。）。

1. 司法警察員甲が、参考人乙に対する事情聴取を行ったところ、乙は客観的事実と異なる供述をした。甲は、同供述が客観的事実と異なることが分かったものの、乙の供述をそのまま録取した供述調書を作成し、これに自ら作成者として署名押印した。甲には、虚偽公文書作成罪が成立する。
2. 甲は、乙所有の建物の売買契約書を会員制クラブの入会申込書であると偽って乙に示し、乙をしてその旨誤信させてその売主欄に署名押印させた。甲には、有印私文書偽造罪の間接正犯が成立する。
3. 甲は、内容虚偽の旅券申請書を作成して旅券の交付を申請し、旅券の交付を受けた。甲には、詐欺罪が成立するので、免状等不実記載罪は成立しない。
4. 市立病院に勤務する公務員である医師甲が、同病院の医師として同病院の患者が裁判所に提出するための診断書を作成するに当たり、同診断書に虚偽の病名を記載した。医師である甲には、虚偽診断書等作成罪が成立するので、虚偽公文書作成罪は成立しない。
5. 甲は、乙から詐取した携帯電話機に保存された電子マネーを使って商品を購入し、同電話機に保存された電子マネーの残高を減少させた。甲には、支払用カード電磁的記録不正作出罪が成立する。

第182問

正解

偽造罪

正答率

31.1%

2

部分点

—

- 1 **×** 捜査機関又は裁判所書記官が人の供述を録取する場合には、供述自体の内容を正確に録取することが重要であり、たとえ供述そのものに客観的事実と異なる内容が含まれていても、その供述と調書の記載が符合していれば、虚偽公文書作成罪（156）における「虚偽の文書……を作成」したとはいえない。本肢において、甲は、乙の供述をそのまま録取した供述調書を作成しているから、甲には、虚偽公文書作成罪は成立しない。よって、甲には、虚偽公文書作成罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- 2 **○** 「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいい、その方法には制限がない。この点、名義人を欺いて文書を作成させた場合、名義人には当該文書の作成意思がなく、当該文書の作成者は欺罔者であるといえる。そのため、このような場合でも、名義人と作成者の人格の同一性の偽りが認められ、文書偽造罪の間接正犯が成立する。判例（大判明44.5.8）も、文盲の者に対して文書の内容を偽って伝え、署名押印させた事案において、私文書偽造罪の成立を認めている。したがって、甲には、有印私文書偽造罪の間接正犯が成立する。よって、本肢は正しい。
- 3 **×** 本肢類似の事案において、判例（最決昭27.12.25）は、免状等不実記載罪（157Ⅱ）の構成要件は、公務員に対して虚偽の申立てをし、免状等に不実の記載をさせるだけで充足すると同時に、その性質上、不実記載された免状等の交付を受ける事実をも当然に包含するため、免状、鑑札、旅券の交付を受ける行為については詐欺罪（246）ではなく免状等不実記載罪（157Ⅱ）のみ成立する旨判示している。よって、甲には、詐欺罪が成立するので、免状等不実記載罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 4 **×** 判例（最判昭23.10.23）は、公務員たる医師がその公務員たる資格において内容虚偽の診断書等を作成した場合には、虚偽診断書作成罪（160）ではなく、より重い虚偽公文書作成罪（156）が成立するとしている。よって、甲には、虚偽診断書等作成罪が成立するので、虚偽公文書作成罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 5 **×** 支払用カード電磁的記録不正作出罪（163の2Ⅰ）の客体は、人の財産上の事務処理の用に供する電磁的記録であり、かつクレジットカードその他の代金又は料金の支払用のカードを構成するもの、又は預貯金の引出用のカードを構成するものをいい、カードと一体となっている状態の電磁的記録のみがその対象となる。甲は乙の携帯電話機に保存された電子マネーを権限なく使用しているものの、携帯電話機に保存された電子マネーはカードと分離された電磁的記録であるから本罪の客体になりえず、甲に支払用カード電磁的記録不正作出罪は成立しない。よって、甲には、支払用カード電磁的記録不正作出罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢は2であり、正解は2となる。

参考文献 西田・各論・353頁以下、基本各論・436頁、大コンメ8・90頁以下

第 197 問

## 偽証罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成23年

同 第11問  
予 第2問

要求能力

知識

偽証罪に関する次の【見解】に従って後記1から5までの【記述】を検討し、誤っているものを2個選びなさい。

## 【見 解】

A説：偽証罪は、宣誓した証人が客観的事実に反する陳述をした場合に成立する。

B説：偽証罪は、宣誓した証人が自己の記憶に反して陳述をした場合に成立する。

## 【記 述】

1. 証人が自己の記憶に反する事実を客観的事実に反すると思いながら陳述したが、それが客観的事実に合致していた場合、A説によれば、偽証罪は成立しない。
2. 上記1の場合、B説によれば、偽証罪は成立しない。
3. 証人が客観的事実に反しないと思いながら自己の記憶どおりに陳述したが、それが客観的事実に合致していない場合、A説によれば、偽証罪が成立する。
4. 証人が自己の記憶に反する事実を客観的事実に反すると思いながら陳述し、それが客観的事実に合致していない場合、A説によっても、B説によっても、偽証罪が成立する。
5. 証人が自己の記憶に反する事実を客観的事実に反しないと信じて陳述したが、それが客観的事実に合致していない場合、A説によれば、偽証罪は成立しない。

第197問 正解	<b>偽証罪</b>		正答率	同 62.3% 予 57.0%
	2 (同 94.0% 予 94.9%)	3 (同 66.8% 予 60.2%)	(順不同)	部分点

- 1 ○ A説（客観説）によると、客観的事実に合致しているか否かが問題となる。証人の陳述が客観的事実に合致しているので、A説からは、構成要件該当性を満たさず、偽証罪は成立しない。よって、本肢は正しい。
- 2 × B説（主観説）によると、自己の記憶に反したか否かが問題となる。証人は自己の記憶に反する事実を陳述しているので、B説からは、構成要件該当性を満たし偽証罪が成立する。よって、偽証罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- 3 × A説（客観説）によると、客観的事実に合致しているか否かが問題となる。証人の陳述は、客観的事実に合致していないが、証人は客観的事実に反しないと思いつながりながら陳述しているため、客観的事実に反するという認識（故意）がなく、偽証罪は成立しない。よって、偽証罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- 4 ○ A説（客観説）によると、客観的事実に合致しているか否かが問題となる。証人の陳述は客観的事実に合致しておらず、また客観的事実に反すると思いつながりながら陳述しているため、故意も認められ、A説からは偽証罪が成立する。他方、B説（主観説）によると、自己の記憶に反したか否かが問題となる。証人は自己の記憶に反する事実を陳述しているため、B説からも偽証罪が成立する。よって、本肢は正しい。
- 5 ○ A説（客観説）によると、客観的事実に合致しているか否かが問題となる。証人の陳述は、客観的事実に合致していないが、証人は客観的事実に反しないと思いつながりながら陳述している以上、証人に故意は認められず、A説からは偽証罪が成立しない。よって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は2と3であり、正解は2と3となる。

参考文献 前田・各論・647頁以下、大谷・各論・614頁以下

第201問

## 汚職の罪

実施日	/	/	/
チェック			

配点

2

出題年度

平成21年 同 第5問

要求能力

知識

汚職の罪に関する次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. 公務員が、自己の職務に関し、賄賂を収受し、よって職務上不正な行為をした場合であっても、贈賄者から請託を受けたのでなければ、加重収賄罪（刑法第197条の3第1項）は成立しない。
- イ. 公務員が、自己の職務に関し、請託を受けて、第三者に賄賂を供与させた場合には、職務上不正な行為をし、又は相当の行為をしなかったときに限り、第三者供賄罪（刑法第197条の2）が成立する。
- ウ. 公務員が、その在職中に請託を受けて職務上不正な行為をしたことに関し、公務員の身分を失った後に賄賂を収受した場合には、事後収賄罪（刑法第197条の3第3項）が成立する。
- エ. 市長が、その任期満了前に、現に市長としての一般的職務権限に属する事項に関し、再選された後に担当すべき具体的職務について請託を受けて賄賂を収受した場合には、受託収賄罪（刑法第197条第1項後段）は成立せず、市長に再選されたときに限り、事前収賄罪（刑法第197条第2項）が成立する。
- オ. 公務員が物品の贈与を受けた場合、それが中元・歳暮の名目で贈与されたものであっても、同人の職務との対価関係が認められる限り、単純収賄罪（刑法第197条第1項前段）が成立する。

1. ア イ    2. ア オ    3. イ エ    4. ウ エ    5. ウ オ

第201問

## 汚職の罪

難易度

★☆☆

正解

5

部分点

—

- ア** × 197条の3は加重収賄罪を規定するが、同条1項は、「公務員が前2条の罪を犯し、よって不正な行為をし、又は相当な行為をしなかったとき」に加重収賄罪が成立するとしている。そして、本条項にいう「前2条の罪」とは、単純収賄罪（197 I 前段）、受託収賄罪（197 I 後段）、事前収賄罪（197 II）及び第三者供賄罪（197の2）をいう。すなわち、加重収賄罪は、請託を受けることが要件とされていない単純収賄罪を犯し、その上で、職務上不正な行為をし、又は相当な行為をしなかったときにも成立する。よって、請託を受けなければ加重収賄罪は成立しないとする点で、本肢は誤っている。
- イ** × 197条の2は、「公務員が、その職務に関し、請託を受けて、第三者に賄賂を供与させ、又はその供与を要求若しくは約束をしたとき」に第三者供賄罪（197の2）が成立する旨を規定する。したがって、「自己の職務に関し、請託を受けて、第三者に賄賂を供与させ」た場合には、「職務上不正な行為をし、又は相当な行為をしなかったとき」に限らず、第三者供賄罪が成立する。よって、職務上不正な行為をし、又は相当な行為をしなかったときに限り第三者供賄罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- ウ** ○ 197条の3第3項は、「公務員であった者が、その在職中に請託を受けて職務上不正な行為をしたこと又は相当な行為をしなかったことに関し、賄賂を收受し、又はその要求若しくは約束をしたとき」に事後収賄罪が成立する旨を規定する。したがって、公務員が、その在職中に請託を受けて、職務上不正な行為をしたことに関し、**公務員の身分を失った後に賄賂を收受した場合には、事後収賄罪が成立する**。よって、本肢は正しい。
- エ** × 判例（最決昭61.6.27／百選Ⅱ〔108〕）は、市長が、その任期満了前に、市長としての一般的職務権限に属する事項に関し、再選された後に担当すべき具体的職務について請託を受けて賄賂を收受した事案につき、「市長が、任期満了前に、現に市長として一般的職務権限に属する事項に関し、再選された場合に担当すべき具体的職務の執行につき請託を受けて賄賂を收受したときは、受託収賄罪が成立する。」と判示している。よって、市長に再選されたときに限り、事後収賄罪が成立するとしている点で、本肢は誤っている。
- オ** ○ 判例（大判昭4.12.4）は、公務員の職務に関係がなければ中元・歳暮における社交上の慣習儀礼として認められるべき程度の贈与であっても、それが公務員の職務に関して授受された以上は、賄賂罪が成立する旨判示している。よって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢はウとオであり、正解は5となる。

参考文献 前田・各論・664頁以下、大谷・各論・634頁以下









**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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17307