

問題 1

【正解】 2

【解説】 犯罪の分類に関する基礎的な問題であり、危険犯の意義に関する基本的な理解を確認する趣旨である。

ある犯罪類型が法益侵害の危険を処罰の根拠とする危険犯であるか否かは、条文において危険という言葉が用いられているか否かだけで決定されるわけではなく、当該犯罪の性質を勘案して判断される。

問題 2

【正解】 1

【解答】 既遂犯の構成要件該当性判断に関する基礎的な問題であり、早すぎた構成要件実現の場合に既遂犯が成立することの理解を確認する趣旨である。

いわゆるクロロホルム事件に関する最決平 16・3・22 刑集 58・3・187 は、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すでに殺人に至る客観的な危険性が認められるから、その時点で実行の着手が認められ、また、一連の殺人行為に着手してその目的を遂げたのであるから、計画とは異なり第 1 行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはないとして、殺人既遂罪の成立を認めることができるとしている。

問題 3

【正解】 1

【解答】 具体的事実の錯誤に関する基礎的な問題であり、いわゆる法定的符合説（抽象的法定符合説）についての判例の見解に関する理解を確認する趣旨である。

最判昭 53・7・28 刑集 32・5・1068 は、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した罪となるべき事実とが法定の範囲内で一致することをもって足りるとしたうえで、A・B 両名に対する殺人未遂が成立し、かつ A に対する強盗の手段として行われたものである以上、A だけでなく、B に対しても強盗殺人未遂罪が成立するとしている。

問題 4

【正解】 1

【解答】 過失犯における信頼の原則に関する基礎的な問題であり、信頼の原則を適用する前提条件についての理解を確認する趣旨である。

最判昭 42・10・13 刑集 21・8・1097 は、行為者に交通法規違反があったとしても、そのことをもって直ちに信頼の原則の適用が否定されることにはならない旨の判断を示している。

問題 5

【正解】 2

【解説】 正当防衛に関するやや発展的な問題であり，侵害を予期した場合の急迫性の判断について，判例の理解を確認する趣旨である。

最決平 29・4・26 刑集 71・4・275 は，「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合，侵害の急迫性の要件については，侵害を予期していたことから，直ちにこれが失われると解すべきではなく……，対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。……行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき……など，前記のような刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には，侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである」と述べており，行為者が侵害を予期している場合に，「行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき」（積極的加害意思のある場合）以外にも，侵害の急迫性の要件が満たされない場合を想定している。

問題 6

【正解】 1

【解説】 正当化事情の錯誤等に関する基礎的な問題であり，いわゆる誤想過剰防衛に関する理解を確認する趣旨である。

行為者が急迫不正の侵害を誤信し過剰な行為を行った場合に，過剰性を基礎づける事実を認識していたのであれば，故意犯が成立し，刑法 36 条 2 項により刑が減免される。類似の事例で，最決昭 62・3・26 刑集 41・2・182 等も，故意犯の成立を認め，同項による減軽を認めている。

問題 7

【正解】 2

【解説】 実行の着手に関する基礎的な問題であり，窃盗罪の着手時期に関する判例の理解を確認する趣旨である。

判例は，類似の事案において，金品を物色するために現金があると思われる場所に近づいた段階で実行の着手を認めている（最決昭 40・3・9 刑集 19・2・69 参照）。

問題 8

【正解】 1

【解説】 責任能力に関する基礎的な問題であり，心神喪失の意義を確認する趣旨である。

心神喪失とは，精神の障害により，事物の理非善悪を弁識する能力（弁識能力）のない状態，または，この弁識に従って行動する能力（制御能力）のない状態であり（大判昭 6・12・3 刑集 10・682 参照），双方の能力がないことまでは要しない。

問題 9

【正解】 2

【解説】 共犯に関する基礎的な問題であり，共同正犯の錯誤に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決昭 54・4・13 刑集 33・3・179 は，類似の事案で，殺人の故意のなかった者には，傷害致死罪の共同正犯が成立するとしている。

問題 10

【正解】 1

【解説】 共犯に関する基礎的な問題であり，身分犯の共犯に関する理解を確認する趣旨である。

真正身分犯としての委託物横領罪には刑法 65 条 1 項が適用される（最判昭 27・9・19 刑集 6・8・1083），共同正犯に 65 条が適用されるとする判例（大判明 44・10・9 刑録 17・1652，大判大 4・3・2 刑録 21・194 等）の立場からは，非占有者であっても同罪の共同正犯が成立しうる。

問題 11

【解答】 1

【解説】 脅迫罪に関する基礎的な問題であり，同罪の成立要件についての理解を確認する趣旨である。

脅迫の意義，害悪告知の到達の要否，実際に畏怖することの要否について，本問のように解されている（大判明 43・11・15 刑録 16・1937 等参照）。

問題 12

【解答】 2

【解説】 強制わいせつ致傷罪に関する基礎的な問題であり，いわゆる随伴行為による致傷についての判例の理解を問う趣旨である。

最決平 20・1・22 刑集 62・1・1 は，類似の事案で，被告人の暴行は，準強制わいせつ行為に随伴するものといえることを理由に，強制わいせつ致傷罪の成立を肯定している。

問題 13

【正解】 2

【解説】 財産犯に関する基礎的な問題であり，窃盗罪の客体についての理解を確認する趣旨である。

不動産については，不動産侵奪罪が成立し，窃盗罪は成立しないため誤り。

問題 14

【正解】 2

【解説】 財産犯に関する基礎的な問題であり、親族相盗例の理解を確認する趣旨である。

刑法 244 条 1 項は、該当する場合の刑の必要的免除を規定し、最決平 20・2・18 刑集 62・2・37 においても、「親族間の一定の財産犯罪については、国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律にゆだねる方が望ましいという政策的な考慮に基づき、その犯人の処罰につき特例を設けたにすぎず、その犯罪の成立を否定したものではない」と述べられており、誤り。

問題 15

【正解】 2

【解説】 財産犯に関する基礎的な問題であり、強盗致死傷罪の理解を確認する趣旨である。

強盗致死傷罪の成立には、「強盗の機会」における行為から致死傷結果が生じれば足りると解されている（最判昭 24・5・28 刑集 3・6・873）。

問題 16

【正解】 1

【解説】 財産犯に関する基礎的な問題であり、クレジットカードの不正利用による詐欺罪の構成についての理解を確認する趣旨である。

最決平 16・2・9 刑集 58・2・89 は、他人名義のクレジットカードの不正利用による商品（ガソリン）購入につき、1 項詐欺罪の成立を認めている。

問題 17

【正解】 1

【解説】 背任罪に関する基礎的な問題であり、「財産上の損害」要件についての理解を問う趣旨である。

最決昭 58・5・24 刑集 37・4・437 は、背任罪にいう「財産上の損害」とは、「経済的見地において本人の財産状態を評価し、被告人の行為によつて、本人の財産の価値が減少したとき又は増加すべかりし価値が増加しなかつたときをいう」としたうえで、信用保証協会の保証業務担当者が、資産状況からみて弁済期に弁済することが期待できない者のために債務保証をした行為につき、「同人の債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがつて同協会の財産に、代位弁済による現実の損失がいまだ生じていないとしても、経済的見地においては、同協会の財産的価値は減少したものと評価される」として、債務保証を行った時点ですでに背任罪が既遂となることを認めている。この判例の趣旨からすれば、金融機関の貸付担当者が任務に違背し、回収できる見通しのない貸付けを無担保で行った（不良貸付）という場合、貸付けの時点で、経済的見地においては金融機関の財産的価値が減少したものと評価され、背任罪は既遂となる。

問題 18

【正解】 1

【解説】 盗品等関与罪に関するやや発展的な問題であり、客体につき、第三者による即時取得がなされていた場合の同罪の成否に関する理解を問う趣旨である。

大判大 6・5・23 刑録 23・517 は、横領罪の被害物品を第三者が即時取得していた場合には、その所有権は第三者に帰することとなり、当該物品は盗品等関与罪の対象（赃物）ではなくなるため、情を知りつつ第三者から当該物品を譲り受けた者には盗品等有償譲受け罪（赃物故買罪）は成立しない旨を判示している。なお、本問の絵画は、A から管理を委託されていた X が横領したものであって、「盗品」にも「遺失物」にもあたらないため、「盗品又は遺失物」に関する即時取得の例外規定である民法 193 条の適用はない。

問題 19

【正解】 2

【解説】 犯人隠避罪に関する基礎的な問題であり、身代わり犯人の場合に関する判例の知識を問う趣旨である。

最決平元・5・1 刑集 43・5・405 は、「現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為」であれば「隠避」にあたりうるものとし、身代わり犯人として出頭したが、それによって犯人の身柄拘束が解かれなかった場合にも、犯人隠避罪の成立を認めている。

問題 20

【正解】 2

【解説】 贈収賄罪に関する基礎的な問題であり、部署の異動後における同罪の成否についての理解を問う趣旨である。

最決昭 58・3・25 刑集 37・2・170 は、公務員が一般的職務権限を異にする他の職務に転じた後に、同人に対し前の職務に関して賄賂を供与したという場合も、贈賄罪の成立を認めている。

問題 21

【正解】 3

【解説】 因果関係論に関する基礎的な問題であり、第三者の行為が介在した場合の因果関係の存否に関する最決平 18・3・27 刑集 60・3・382 の理解を問う趣旨である。

1. 誤り。【決定要旨】は、介在事情の性質を問題にしており、必ずしも条件説の立場にたったものとはいえない。
2. 誤り。【決定要旨】は、A の直接の死亡原因を、被告人の監禁行為にあることを前提とした判断を示したものではない。
3. 正しい。【決定要旨】は、結果を直接引き起こした介在事情が第三者の甚だしい過失行為であっても、被害者をトランクに監禁する行為に伴う危険性が実現し、因果関係が認められるとする見解と矛盾するものではない。
4. 誤り。【決定要旨】は、介在事情が第三者の故意行為である場合について判断を示したものではない。
5. 誤り。【決定要旨】は、第三者の過失行為について因果関係が肯定されれば、当初の監禁行為との間で因果関係が存在しないとする趣旨を示したものではない。

問題 22

【正解】 4

【解説】 故意に関連する基礎的な問題であり、故意犯の成否に関する基本的な理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。最判昭 23・3・16 刑集 2・3・227 は、盗品等であるかもしれないと思いながらしかもあえてこれを買受ける意思があれば、いわゆる未必の故意が認められるとしている。
- イ. 誤り。最決昭 56・12・21 刑集 35・9・911 は、被告人ら 3 名は、被害者と喧嘩となるなどの事態になれば、被害者の殺害もやむをえないとして、同人殺害の共謀を遂げ、その際、現実に殺害の実行に着手すべき事態であるかについては、実際に現場におもむく者の状況判断にゆだねられたという状況において、謀議の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、殺害計画を遂行しようとする意思が確定的であったときは、殺人の故意の成立に欠けるところはない旨判示して、いわゆる条件付き故意を認めている。
- ウ. 正しい。他人の占有下にある物を、その占有を離脱したものと誤信して持ち去った場合、窃盗罪と占有離脱物横領罪の構成要件は、同質的で重なり合うため、その限度で、軽い占有離脱物横領罪の成立が認められる（大判大 9・3・29 刑録 26・211 参照）。
- エ. 誤り。最決昭 50・6・12 刑集 29・6・365 は、当初は盗品等と知らずに保管中、盗品等であることを知るに至った場合につき、盗品等保管罪の成立を肯定している。
- オ. 正しい。最大判昭 32・3・13 刑集 11・3・997 は、「刑法 175 条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない」と判示している。

問題 23

【正解】 1

【解説】 正当防衛と緊急避難に関する基礎的な問題であり，両者の異同についての理解を確認する趣旨である。

- ア. 誤り。正当防衛は「急迫不正の侵害」を必要とするが，過失の場合であっても「不正の侵害」は認められる。
- イ. 誤り。条文上，他人の利益を防衛するための正当防衛は認められ，他人の利益に対する危難を避けるための緊急避難も認められる。
- ウ. 正しい。正当防衛と緊急避難の成立のためには，条文上「やむを得ずにした行為」が必要だが，緊急避難の場合には他にとるべき手段がなかったこと（補充性）が厳格に要求されるのに対し，正当防衛の場合にはそうではない。
- エ. 正しい。刑法 37 条 1 項本文には「これ〔避難行為〕によって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」と定められており，法益の権衡が必要とされているが，正当防衛の条文にはそのような文言はなく，最判昭 44・12・4 刑集 23・12・1573 によれば，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，正当防衛は成立するとされている。
- オ. 正しい。どちらも条文上「情状により，その刑を減輕し，又は免除することができる」と定められている。

問題 24

【正解】 2

【解説】 中止犯に関するやや発展的な問題であり、中止犯の減免根拠（法的性格）に関連して思考力を問う趣旨である。

学生の見解は、AⅡ、BⅢ、CⅠで、カッコ内の語句の組み合わせは、①ア、②エ、③オ、④ク、⑤ケ、⑥サである。

中止犯の法的性格についての見解のうち、Ⅰは政策説、Ⅱは違法性減少説、Ⅲは責任減少説とよばれる見解である。刑法 43 条ただし書は、「自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と規定しており、行為者に反省・悔悟の情があることを要求していない。また、43 条は未遂犯の規定であり、ただし書に定められている中止犯は既遂の場合には適用されない。これらの点は責任減少説に対する批判としてあげられている。裁判例は中止犯の成立に「真摯な努力」を要求しており、B が言うように一部の裁判例（大阪高判昭 44・10・17 判タ 244・290）においては、その内容として倫理的に是認できる態度を含めているかのような表現がされていることもあるが、多くの裁判例（福岡高判昭 61・3・6 高刑集 39・1・1、名古屋高判平 2・7・17 判タ 739・243 など）は、A の述べるように犯人が結果発生を防止するためにどの程度の行為をしたかに着目している。

政策説に対しては、刑の減免があるから中止するという想定は非現実的であるといった批判や、中止犯の規定は知られていないから政策は機能しないなどの批判がある。もっとも、後者に対しては、犯罪予防という政策を担う刑罰法規は、罰則の存在を知っているかどうかにかかわらず適用されるとい反論がなされている。

違法性減少説に対しては、共犯の従属性についての制限従属性説からは、中止犯成立による正犯の違法性減少の効果が狭義の共犯にも及ぶことになるはずだが、中止犯の効果は一身専属的であるという理解と矛盾することになる、と批判されている。

問題 25

【正解】 2

【解説】 共犯論に関する基礎的な問題であり、最決平元・6・26 刑集 43・6・567 を素材として、共犯関係の解消をめぐる理解を問う趣旨である。

- ア. 正しい。本決定は、本肢の立場に親和的と解されている。
- イ. 誤り。本決定は、犯行防止のための格別の措置を講じれば、結果的に第 2 暴行が行われたとしても、共犯関係の解消が認められる余地があるという趣旨に理解されている。
- ウ. 誤り。本決定は、着手前の離脱について何も述べていない。なお、一般的な理解としても、問題となる犯罪の実行の着手前の離脱について、離脱の意思表示と残余者による了承があれば直ちに共犯関係の解消が肯定されるという立場はとられていない（最決平 21・6・30 刑集 63・5・475 参照）。
- エ. 誤り。共犯関係の解消が認められない場合、第 2 暴行も共同して実行したことになるから、それにより生じた死亡結果も被告人に帰責され、被告人は傷害致死罪の罪責を負う。
- オ. 正しい。第 1 暴行は共同して実行したものであることに問題はないから、それと致死結果の因果関係が立証されれば、共犯関係の解消が認められるか否かにかかわらず、被告人は傷害致死罪の罪責を負う。

問題 26

【正解】 5

【解説】 傷害の罪に関する基礎的な問題であり、傷害罪、傷害致死罪の各成立要件、同時傷害の特例の適用要件に関する基本判例の知識を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。至近距離で日本刀を振り回す行為をすれば、接触させる認識がなくとも、故意の暴行にあたり、これにより死亡させれば、二重の結果的加重犯としての傷害致死罪が成立する（最決昭 39・1・28 刑集 18・1・31 参照）。
- イ. 正しい（最決平 17・3・29 刑集 59・2・54 参照）。
- ウ. 誤り。X が自己の関与した暴行が当該傷害を生じさせたのではないことを立証すれば、同時傷害の特例（刑 207 条）の適用を受けず、傷害罪は不成立となる（最決平 28・3・24 刑集 70・3・1 参照）。
- エ. 誤り。傷害致死罪の成否が問題となる事案においても、死因となった傷害との関係で同時傷害の特例（207 条）の適用がある。したがって、X の関与した暴行と当該傷害の因果関係が証明されなくても、X に傷害致死罪が成立することがありうる（前掲・最決平 28・3・24 参照）。
- オ. 誤り。暴行と致死結果の因果関係があれば、致死結果の予見可能性は不要とするのが判例の立場である（最判昭 26・9・20 刑集 5・10・1937，最判昭 32・2・26 刑集 11・2・906 参照）。

問題 27

【正解】 4

【解説】 窃盗罪，強盗罪に関する基礎的な問題であり，いわゆる「死者の占有」と強盗殺人罪の構成要件の理解を確認する趣旨である。

1. 誤り。強盗殺人罪の既遂，未遂は，殺人の既遂，未遂により，区別される（大連判大 11・12・22 刑集 1・815）。
2. 誤り。死亡時に強盗殺人罪が既遂に達するという点は正しいが，【事例】の状況では，財布を奪った行為も強盗殺人罪として評価され，別途財産犯は成立しない。仮に，成立を問題にするとしても，【事例】の状況では，窃盗罪の成否が問題となる。
3. 誤り。財布に対して，A の「死者の占有」を認めたとしても，殺害行為時に財物奪取意思がなければ，強盗殺人罪とはならない。
4. 正しい。判例（最判昭 41・4・8 刑集 20・4・207）によれば，殺害直後に領得意思をいだいた事案で，「被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなう」とされており，【事例】の状況では，A に，いわゆる「死者の占有」が認められ，窃盗罪が成立する。
5. 誤り。肢 4 の理解により，財布の奪取については，客観的にも窃盗罪が成立し，主観的にも窃盗罪の故意が認められ，窃盗罪が成立する。

問題 28

【正解】 2

【解説】 詐欺罪に関する基礎的な問題であり，重要判例（最決平 26・3・28 刑集 68・3・646）を素材に，詐欺罪全体の基本的理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。本決定は挙動による欺罔を欺く行為としている。
- イ. 正しい。【決定要旨】において，「利用客が暴力団関係者かどうかは，本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから」と述べられている。
- ウ. 誤り。被欺罔者が錯誤に陥ることなく交付行為を行った場合には，詐欺罪の既遂は成立しない。
- エ. 誤り。ゴルフ場の利用料金を支払ったか否かに関係なく，交付の判断の基礎となる重要な事項が偽られ，それにより財産上の利益が交付された場合には，詐欺罪の既遂が成立する。
- オ. 正しい。交付されたのは財物ではない。

問題 29

【正解】 1

【解説】横領罪，背任罪および盗品等関与罪に関する基礎的な問題であり，各犯罪の成立要件，不法原因給付と横領および横領後の横領に関する知識を問う趣旨である。

- ア. 正しい。X は，バイクが盗品であることを認識したうえ，その有償処分（売却）のあつせんをしていることから，盗品等有償処分あつせん罪が成立する。
- イ. 誤り。他人から物の売却を委託された者が，売却によって得た代金を領得した場合には，横領罪が成立する。そして，A が売却を依頼して X に盗品のバイクを引き渡したことが不法原因給付にあたるとしても，A はバイクの所有者ではないため，バイクの所有権が X に移転することはない。そのため，委託物横領罪の「他人の物」という要件が「財物の民法上の所有権が他人に帰属していること」を意味するという見解に立って考えたとしても，【事例 1】におけるバイクが X にとって「他人の物」であることに違いはない。
- ウ. 正しい。Y の行為①は，自己が業務上占有する他人（C）の土地に無断で抵当権を設定するものであり，C に対する業務上横領罪が成立する。
- エ. 誤り。D は第 1 順位の抵当権の登記をすでに了しており，Y の行為②は，その後で E のために抵当権を設定し，E を第 2 順位の抵当権者とする登記を了したものであるから，いわゆる「二重抵当」の場合とは異なり，D に対する背任罪は成立しない。
- オ. 誤り。最大判平 15・4・23 刑集 57・4・467 は，委託を受けて他人の不動産を占有する者が委託の趣旨に背いて不動産に抵当権を設定し，いったん横領罪の成立が認められた後も，同じ地位に基づいて，同じ不動産につき再び横領にあたる行為に出た場合には，横領罪の成立が認められる，との判断を下している。

問題 30

【正解】 2

【解説】 放火罪に関するやや発展的な問題であり、放火罪の成立要件および関連する判例の理解を問う趣旨である。

1. 誤り。建造物が人の起居の場所として日常使用されており、その使用形態に変更がないならば、放火当時において居住者が不在であったとしても当該建造物には「現住性」が認められる（最決平 9・10・21 刑集 51・9・755）。
2. 正しい。建造物を構成しない付属物であるカーテンが独立燃焼の状態に達しただけでは、現住建造物等放火罪は既遂に至らないが、少なくとも壁、床、天井など建造物を構成する部分に延焼する危険が発生した以上、現住建造物等放火未遂罪が成立する。
3. 誤り。内部の区画が分かれている建造物において、放火した部屋が無人であったとしても、当該建造物の建材や構造からみて、構造上の一体性や、人がいる部屋にまで火勢が及ぶ危険などを根拠に「現住性」は肯定される。
4. 誤り。マンション内に設置されたエレベーターのかごは、マンションの一部を構成しており、かつ、マンション居住者らが居室に出入りする際に利用し、居室との機能上の一体性が認められることから、同所には「現住性」が認められる（最決平元・7・7 判時 1326・157 は、マンションのエレベーターのかごの中に放火した事案につき、現住建造物等放火既遂罪の成立を認めた原審の判断を是認している）。
5. 誤り。建造物等以外放火罪が成立するためには、行為者に「公共の危険」発生の認識があったことは要求されない（最判昭 60・3・28 刑集 39・2・75）。