

2015 年度共通到達度確認試験試行試験・解説編（刑法）

問題 1

【正解】 1

【解説】 やや発展的。法人処罰の可否を問う問題。一般的な理解によれば，法人を処罰するためには，両罰規定などの特別な規定が必要とされる。

問題 2

【正解】 2

【解説】 既修者試験 2013 年度第 11 問。基礎的。間接正犯の成立範囲を問う問題。判例は，刑事未成年者を利用していれば，一律に間接正犯の成立を認めているわけではない（間接正犯を肯定したものとして最決昭和 58・9・21 刑集 37 卷 7 号 1070 頁，否定例として，最決平成 13・10・25 刑集 55 卷 6 号 519 頁を参照）。

問題 3

【正解】 2

【解説】 基礎的。不作為犯の因果関係を問う問題。因果関係として危険の現実化を要求する立場からは，結果回避可能性が認められるだけでは不十分であり，実行行為に内在する危険（養育放棄による死亡の危険）が具体的な結果に実現することが必要である。

問題 4

【正解】 2

【解説】 基礎的。抽象的事実の錯誤を問う問題。判例によれば，認識していた構成要件と実現した構成要件が実質的に重なり合う限度で，軽い罪の故意犯が成立することになる（最決昭和 54・3・27 刑集 33 卷 2 号 140 頁参照）。

問題 5

【正解】 2

【解説】 基礎的。誤想防衛の意義を問う問題。判例は，侵害が現実には存在しない場合には正当防衛が成立せず，誤想防衛あるいは誤想過剰防衛として故意阻却および 36 条 2 項の適用の余地を認めている（最決昭和 41・7・7 刑集 20 卷 6 号 554 頁，最決昭和 62・3・26 刑集 41 卷 2 号 182 頁など参照）。

問題 6

【正解】 1

【解説】 既修者試験 2009 年度第 14 問。やや発展的。過失犯における結果回避可能性の意義を問う問題。最判平成 15・1・24 判時 1806 号 157 頁は，A において，B 車との衝突を回避することが可能であったことについて「合理的な疑いを容れる余地がある」として，過失運転致死罪（本判決当時は業務上過失致死罪）の成立を否定している。

問題 7

【正解】 2

【解説】 既修者試験 2011 年度第 8 問。基礎的。正当防衛の成立要件を問う問題。共有持分権，賃借権，業務，名誉に対する侵害行為であっても，正当防衛による保護が一律に否定されることはない。最判平成 21・7・16 刑集 63 卷 6 号 711 頁参照。

問題 8

【正解】 2

【解説】 基礎的。正当防衛における「やむを得ずにした行為」の意義を問う問題。最判昭和 44・12・4 刑集 23 卷 12 号 1573 頁は，「やむを得ずにした行為」とは「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」し，「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行為でなくなるものではない」とする。

問題 9

【正解】 1

【解説】 やや発展的。「原因において自由な行為」の意義を問う問題。最大判昭和 26・1・17 刑集 5 卷 1 号 20 頁は，同種の事案において，殺人罪ではなく過失致死罪の成立の余地を認めている。また，一般的な理解によれば，いわゆる「原因において自由な行為」について殺人罪の成立を認めるためには，心神喪失に陥る前の段階で殺人罪の故意が必要とされる。

問題 10

【正解】 1

【解説】 基礎的。中止犯の成立要件を問う問題。大判昭和 12・6・25 刑集 16 卷 998 頁は，「結果発生に付ての防止は必ずしも犯人単独にて之に当るの要なきこと勿論なりと雖，其の自ら之に当らざる場合は少くとも犯人自身之か防止に当りたると同視するに足るべき程度の努力を払ふの要ある」と判示している。

問題 11

【正解】 1

【解説】 基礎的。共同正犯における過剰防衛の成否を問う問題。最決平成 4・6・5 刑集 46 卷 4 号 245 頁は，「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は，共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべき」と判示している。

問題 12

【正解】 1

【解説】 基礎的。共同正犯の成立範囲を問う問題。最決平成 17・7・4 刑集 59 卷 6 号 403 頁は、殺意のある被告人が、殺意のない患者の親族と共同して、患者に必要な医療措置を受けさせずに死亡させた事件について、「被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と判示している。

問題 13

【正解】 2

【解説】 基礎的。包括一罪の意義を問う問題。最決平成 22・3・17 刑集 64 卷 2 号 111 頁は、街頭募金詐欺の事例について、「これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる」と判示している。

問題 14

【正解】 1

【解説】 基礎的。傷害罪における「傷害」の意義を問う問題。最決平成 24・7・24 刑集 66 卷 8 号 709 頁は「精神疾患の一種である外傷後ストレス障害（以下「PTSD」という。）の発症が認められた」事案について、「上記認定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解するのが相当である」と判示している。

問題 15

【正解】 2

【解説】 既修者試験 2010 年度第 2 問。やや発展的。強制わいせつ等致死傷罪の成立要件を問う問題。最決平成 20・1・22 刑集 62 卷 1 号 1 頁は「被告人は……わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、被害者に対して暴行を加えたものであるが、被告人のこのような暴行は、上記準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」と判示している。

問題 16

【正解】 2

【解説】 基礎的。業務妨害罪と公務執行妨害罪の関係を問う問題。最決昭和 62・3・12 刑集 41 卷 2 号 140 頁は、同様の事案について、「本件において妨害の対象となつた職務は、新潟県議会総務文教委員会の条例案採決等の事務であり、なんら被告人らに対して強制力を行使する権力的公務ではないのであるから、右職務が威力業務妨害罪にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」としている。

問題 17

【正解】 1

【解説】 基礎的。窃盗罪の保護法益を問う問題。最決平成元・7・7 刑集 43 卷 7 号 607 頁は、同種の事案について、「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法 242 条にいう他人の占有に属する物を窃取した物として窃盗罪を構成する」と判示している。

問題 18

【正解】 2

【解説】 基礎的。窃盗罪における占有の意義を問う問題。最決平成 16・8・25 刑集 58 卷 6 号 515 頁は、被害者が置き忘れてから約 27 メートル離れた時点で被告人が当該財物を領得した事案について、窃盗罪の成立を認めている。

問題 19

【正解】 2

【解説】 基礎的。2 項強盗（殺人）罪における処分行為の要否を問う問題。最判昭和 32・9・13 刑集 11 卷 9 号 2263 頁は、2 項強盗罪が成立するためには「必ずしも相手方の意思による処分行為を強制することを要するものではな」と判示している。

問題 20

【正解】 1

【解説】 既修者試験 2010 年度第 15 問。基礎的。詐欺罪の成立要件を問う問題。最決平成 12・3・27 刑集 54 卷 3 号 402 頁は、「簡易生命保険契約の事務に従事する係員に対し、被保険者が傷病により入院中であること又は被保険者につき既に法定の保険金最高限度額を満たす簡易生命保険契約が締結されていることを秘して契約を申し込み、同係員を欺罔して簡易生命保険契約を締結させ、その保険証書を騙取した行為」について、1 項詐欺罪の成立を認めている。

問題 21

【正解】 2

【解説】 基礎的。電子計算機使用詐欺罪の成立要件を問う問題。最決平成 18・2・14 刑集 60 卷 2 号 165 頁は、「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え」として、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めている。

問題 22

【正解】 2

【解説】 既修者試験 2009 年度第 14 問。やや発展的。背任罪の共同正犯の成否を問う問題。最決平成 20・5・19 刑集 62 卷 6 号 1623 頁は、被告人は「単に本件融資の申込みをしたにとどまらず、本件融資の前提となる再生スキームを D らに提案し、G 社との債権譲渡の交渉を進めさせ、不動産鑑定士にいわば指し値で本件ゴルフ場の担保価値を大幅に水増しする不動産鑑定評価書を作らせ、本件ゴルフ場の譲渡先となる C を新たに設立した上、D らと融資の条件について協議するなど、本件融資の実現に積極的に加担したものである」として、特別背任罪の共同正犯の成立を認めている。

問題 23

【正解】 2

【解説】 基礎的。建造物損壊罪における「損壊」の意義を問う問題。最決昭和 41・6・10 刑集 20 卷 5 号 374 頁は、被告人らが建造物に大量のビラを貼付した行為について「右建造物の効用を減損するものと認められるから、刑法 260 条にいう建造物の損壊に該当する」とした原審の判断は、正当であると判示しており、また、最決平成 18・1・17 刑集 60 卷 1 号 29 頁は、ラッカースプレーで落書きした行為について、「本件建物の外観ないし美観を著しく汚損し、原状回復に相当の困難を生じさせたものであって、その効用を減損させたものというべきであるから、刑法 260 条前段にいう『損壊』に当たる」と判示している。

問題 24

【正解】 1

【解説】 基礎的。私文書偽造罪における「偽造」の意義を問う問題。最決平成 5・10・5 刑集 47 卷 8 号 7 頁は、本件と同様の事例について、「本件各文書に表示された名義人は、第二東京弁護士会に所属する弁護士 X であって、弁護士資格を有しない被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、本件各文書の名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきである」と判示している。

問題 25

【正解】 2

【解説】 既修者試験 2014 年度第 20 問。やや発展的。収賄罪における「職務に関し」の意義を問う問題。判例によれば、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前の職務に関して賄賂を收受した場合であっても、收受の時点で收受者が公務員である以上、単純収賄罪・受託収賄罪が成立する（贈賄罪の成否について、最決昭和 58・3・25 刑集 37 卷 2 号 170 頁参照）。

問題 26

【正解】 4

【解説】 やや発展的。因果関係についての理解を問う問題。

1. 誤り。最決平成 22・10・26 刑集 64 卷 7 号 1019 頁は、実行行為の危険が現実化した場合に因果関係を認めている。
2. 誤り。最決平成 18・3・27 刑集 60 卷 3 号 382 頁参照。
3. 誤り。最決平成 15・7・16 刑集 57 卷 7 号 950 頁は「その行動が、被告人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」として因果関係を認めているが、客観的に他の選択肢が存在しないことまでは要求していない。
4. 正しい。最決昭和 53・3・22 刑集 32 卷 2 号 381 頁参照。
5. 誤り。判例は、一般人の認識可能性にかかわらず、被害者の疾病等を判断資料に取りこんで因果関係を判断している（最判昭和 46・6・17 刑集 25 卷 4 号 567 頁）。

問題 27

【正解】 5

【解説】 基礎的。不作為犯についての一般的な理解を問う問題。

- ア. 誤り。救命可能性が 50 パーセントを超えていたというだけでは、因果関係を認めることはできない。
- イ. 誤り。具体的状況によっては、実力をもって阻止することが要求される場合もある。
- ウ. 正しい。最決平成 17・7・4 刑集 59 卷 6 号 403 頁参照。
- エ. 誤り。最決平成 15・3・12 刑集 57 卷 3 号 322 頁は、誤振込があったことを銀行に告知すべき作為義務を認めている。
- オ. 正しい。親権者であれば常に不作為犯として処罰されるわけではない。

問題 28

【正解】 3

【解説】 既修者試験 2013 年第 22 問。基礎的。具体的事実の錯誤についての学説の理解を問う問題。

1. 正しい。客体の錯誤について故意を否定する見解は存在しない。
2. 正しい。具体的法定符合説（具体的符合説）に対しては、このような批判がある。
3. 誤り。具体的法定符合説（具体的符合説）を採用したとしても、同一被害者における傷害の部位についてまで、必然的に認識が要求されるわけではない。
4. 正しい。抽象的法定符合説（法定的符合説）のうちの数故意犯説については、このような批判と反論がある。
5. 正しい。抽象的法定符合説（法定的符合説）のうちの単故意犯説については、このような批判がある。

問題 29

【正解】 5

【解説】 やや発展的。過失犯についての判例の理解を問う問題。

1. 誤り。最決平成 12・12・20 刑集 54 卷 9 号 1095 頁は、炭化導電路の形成という経過を具体的に予見できなくても、誘起電流が本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることの予見可能性があれば足りるとしている。
2. 誤り。過失犯の正犯の個数は常に 1 個に限定されるわけではない（最決平成 19・3・26 刑集 61 卷 2 号 131 頁参照）。
3. 誤り。最決平成元・3・14 刑集 43 卷 3 号 262 頁は「人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないこと」を認識できたのであれば、自車の後部荷台に被害者が乗車している事実を認識する必要はないと判示している。
4. 誤り。最決平成 5・11・25 刑集 47 卷 9 号 242 頁は、出火の時期や場所について具体的な予見可能性がなくても、過失犯の成立を認めている。
5. 正しい。最判昭和 41・12・20 刑集 20 卷 10 号 1212 頁参照。

問題 30

【正解】 4

【解説】 既修者試験 2010 年度第 22 問。基礎的。正当防衛における防衛の意思について、判例の理解を問う問題。

- ア. 誤り。最判昭和 46・11・16 刑集 25 卷 8 号 996 頁は「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」と判示している。
- イ. 誤り。最決平成 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁は、自招侵害について「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」として正当防衛の成立を否定している。
- ウ. 正しい。もっぱら攻撃の意思で対抗行為に出た場合には、防衛の意思が認められない（最判昭和 60・9・12 刑集 39 卷 6 号 275 頁参照）。
- エ. 誤り。最決昭和 52・7・21 刑集 31 卷 4 号 747 頁は、積極的加害意思がある場合に侵害の急迫性を否定している。
- オ. 正しい。最判昭和 50・11・28 刑集 29 卷 10 号 983 頁は「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」と判示している。

問題 31

【正解】 4

【解説】 基礎的。実行の着手に関する学説の理解を問う問題。空欄には、それぞれ、ア＝a（主観説）、イ＝b（客観説）、ウ＝h（玄関の扉を開ける）、エ＝e（犯意を外部的に明確にする行為）、オ＝d（構成要件に該当する行為）、カ＝g（財物に手をかける）、キ＝i（窃取しようとする財物のある方向に行きかける）、ク＝f（結果発生 of 具体的危険性が認められる行為）、ケ＝c（密接な関係を有する直前の行為）が入る。

問題 32

【正解】 2

【解説】 やや発展的。教唆・幫助に関する理解を問う問題。

1. 誤り。最判昭和 24・10・1 刑集 3 卷 10 号 1629 頁，最決平成 23・12・19 刑集 65 卷 9 号 1380 頁，最決平成 25・4・15 刑集 67 卷 4 号 437 頁参照。
2. 正しい。最決平成 18・11・21 刑集 60 卷 9 号 770 頁は，このような場合に教唆犯の成立を認めている。
3. 誤り。判例によれば，片面的共同正犯は認められないが（大判大正 11・2・25 刑集 1 卷 79 頁），片面的幫助の成立は認められている（大判昭和 3・3・9 刑集 7 卷 172 頁など）。
4. 誤り。教唆には「正犯の刑を科する」（61 条 1 項参照）。
5. 誤り。不作為による幫助が成立するためには，作為義務が必要である。

問題 33

【正解】 3

【解説】 やや発展的。共犯と身分に関する学説の理解を問う問題。

- ア. 正しい。最決昭和 40・3・30 刑集 19 卷 2 号 125 頁参照。
- イ. 誤り。A の見解からは，いずれの場合でも罪名と科刑は一致することになる。
- ウ. 誤り。B の見解は，罪名と科刑が分離することを認めるものであり，「B の見解とは整合的ではない」とはいえない。
- エ. 正しい。C の見解からは違法性を基礎づける身分について，1 項が適用される。
- オ. 正しい。C の見解にはこのような批判がある。

問題 34

【正解】 3

【解説】 やや発展的。遺棄罪における「遺棄」の意義に関する理解を問う問題。

- ア. 不作為形態を単純遺棄罪で処罰することの不当性を指摘するものであり，批判にはならない。
- イ. 不作為形態での遺棄を単純遺棄罪でも処罰すべきとするもので，批判になる。
- ウ. 【解釈】からの帰結であり，批判にならない。
- エ. 場所的離隔に基づく遺棄と不保護の区分を批判するものであり，批判になる。
- オ. ここでの遺棄概念の【解釈】とは無関係な主張であり，批判とならない。

問題 35

【正解】 1

【解説】 基礎的。略取・誘拐罪に関する基本的な知識を問う問題。

1. 誤り。移動の自由を制限することまでは不要と一般的に解されており，嬰兒に対しても未成年者誘拐罪は成立する。
2. 正しい。一般的な理解である。
3. 正しい。一般的な理解である。
4. 正しい。最決昭和 62・3・24 刑集 41 卷 2 号 173 頁を参照。
5. 正しい。法条競合の関係に立ち，法定刑の高い犯罪が優先的に成立する。

問題 36

【正解】 2

【解説】 基礎的。財産犯についての基本的な理解を問う問題。

- ア. 正しい。X の行為は強盗罪における暴行に該当し，X には強盗致傷罪が成立する（最決昭和 45・12・22 刑集 24 卷 13 号 1882 頁参照）。
- イ. 誤り。X には占有離脱物横領罪の故意しかないことから，窃盗罪は成立しない。
- ウ. 正しい。最判昭和 41・4・8 刑集 20 卷 4 号 207 頁は，行為者が殺害直後の被害者から財物を奪取した場合について，窃盗罪の成立を認めている。
- エ. 誤り。ボートを乗り捨てる意思であり不法領得の意思も認められることから，X には窃盗罪が成立する（最判昭和 26・7・13 刑集 5 卷 8 号 1437 頁参照）。
- オ. 誤り。錯誤に陥った A が単独での試乗を認めたことによって，自動車の占有が X に移転しているといえるから，1 項詐欺罪が成立する（東京地八王子支判平成 3・8・28 判タ 768 号 249 頁参照）。

問題 37

【正解】 4

【解説】 2011 年度既修者試験第 25 問。基礎的。事後強盗罪における「窃盗の機会」の意義を問う問題。

- ア. 誤り。A 方に引き返して玄関の扉を開けただけでは，窃盗の実行の着手はない。
- イ. 正しい。最判平成 16・12・10 刑集 58 卷 9 号 1047 頁参照。
- ウ. 誤り。時間的・場所的な近接性という基準だけで「窃盗の機会」が判断されるわけではなく，実際，前掲最判平成 16・12・10 は事後強盗罪の成立を否定している。
- エ. 正しい。最決平成 14・2・14 刑集 56 卷 2 号 86 頁を参照。

問題 38

【正解】 2

【解説】 基礎的。詐欺罪に関する基本的な理解を問う問題。

1. 誤り。大決昭和 3・12・21 刑集 7 卷 772 頁は、医師資格を偽ったが販売した医薬品の効能については偽っていない場合につき、1 項詐欺罪の成立を否定している。
2. 正しい。飲食店で、支払意思がないのに飲食を注文する行為は挙動による欺罔に当たる。
3. 誤り。判例は、被害者側の財物交付が不法原因給付に該当する場合にも、行為者の 1 項詐欺罪の成立を認めている（最決昭和 33・9・1 刑集 12 卷 13 号 2833 頁など参照）。
4. 誤り。最決平成 16・2・9 刑集 58 卷 2 号 89 頁は「仮に…クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されて…いたという事情があったとしても」加盟店に対する詐欺罪は成立するとの判断を示している。
5. 誤り。Xには銀行（銀行員 B）に対する 2 項詐欺罪が成立し、電子計算機使用詐欺罪は成立しない。

問題 39

【正解】 3

【解説】 やや発展的。委託物横領罪の成否に関する思考力を問う問題。空欄には、それぞれ、ア=e（盗品等保管罪）、イ=f（故意）、ウ=a（委託物横領罪）、エ=i（所有権）、オ=c（占有離脱物横領罪）、カ=l（包括一罪）が入る。

問題 40

【正解】 5

【解説】 やや発展的。放火罪に関する判例の理解を問う問題。

1. 誤り。人の起居の場所として日常使用されていればたり、数日間不在にしているも現住性は失われない（最決平成 9・10・21 刑集 51 卷 9 号 755 頁参照）。
2. 誤り。木造建造物であり延焼可能性があり、また、物理的に接続されていることから建造物としての一体性が認められる（最決平成元・7・14 刑集 43 卷 7 号 641 頁参照）。
3. 誤り。判例は独立燃焼説を採用している（最判昭和 23・11・2 刑集 2 卷 12 号 1443 頁）。
4. 誤り。最決平成 15・4・14 刑集 57 卷 4 号 445 頁は、建造物に対する延焼の危険に限定せず、不特定多数の人の生命、身体、または財産に対する危険も含めている。
5. 正しい。最判昭和 60・3・28 刑集 39 卷 2 号 75 頁参照。