

問題 1

【正解】 2

【解説】 刑法上の因果関係に関する基礎的な問題であり、第三者の行為が介入した場合の刑法上の因果関係について判断を下した判例の理解を問う趣旨である。

最決平 18・3・27 刑集 60・3・382 は、問題文と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」という判断を下している。

問題 2

【正解】 2

【解説】 不作為犯に関する基礎的な問題であり、行為者の先行行為があった場合の不作為による殺人罪の成否について、その理解を問う趣旨である。

最決平 17・7・4 刑集 59・6・403 は、問題文と同種の事案において、X が未必的な殺意を生じた後、医療措置を受けさせないまま B を放置して死亡させたことにつき、不作為による殺人罪が成立することを認めている。

問題 3

【正解】 1

【解説】 事実の錯誤に関する基礎的な問題であり、具体的事実の錯誤（方法の錯誤）の処理についての理解を問う趣旨である。

最判昭 53・7・28 刑集 32・5・1068 は、問題文と同種の事案において、故意が認められるためには「犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである……から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかつた人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである」とし、A だけでなく、B との関係でも、X に殺人の故意を認めている。

問題 4

【正解】 1

【解説】 いわゆる早すぎた構成要件実現に関する基礎的な問題であり、早すぎた構成要件実現のケースにおいて、第 1 行為に故意既遂犯の成立を認めるにあたって、行為者に要求される故意の内容について問う趣旨である。

最決平 16・3・22 刑集 58・3・187（クロロホルム事件）は、問題文と同様の事案につき、X は、「クロロホルムを吸引させて A を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという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、たとえば、〔X〕の認識と異なり、第 2 行為の前の時点で A が第 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】 正当防衛に関する基礎的な問題であり、「やむを得ずにした行為」の判断方法についての理解を確認する趣旨である。

「やむを得ずにした行為」を判断する際、武器対等の原則が言われることがあるものの、素手による侵害に対して、殺傷能力の高い刃物を持ち出せば、常に「やむを得ずにした行為」に当たらなくなるわけではなく、侵害者と防衛者の年齢・体力、防衛行為の態様（例えば、攻撃的なものか防御的なものか、物理的手段を用いているか威嚇にとどまるものか）などの諸般の事情も考慮した上で判断がなされる。最判平元・11・13 刑集 43・10・823 は、類似の事案で、X の脅迫行為（凶器を示して脅迫しているとして、刑法典の脅迫罪より重い暴力行為等処罰に関する法律 1 条の示凶器脅迫罪に問われた）に正当防衛の成立を認めている。

問題 6

【正解】 2

【解説】 正当防衛と緊急避難に関する基礎的な問題であり、それぞれの要件に関する理解を確認する趣旨である。

問題文の場合、緊急避難の要件である「現在の危難」も存在しないため、正当防衛だけではなく、緊急避難も成立する余地はない。この場合、誤想防衛あるいは誤想過剰防衛が問題となる。

問題 7**【正解】 2****【解説】** 違法性の意識に関するやや発展的な問題であり、違法性の意識の内容についての理解を確認する趣旨である。

判例（最判昭 32・10・18 刑集 11・10・2663）によれば、刑法 38 条 3 項ただし書は、自己の行為が違法であることを意識しなかった場合において、違法性の意識を欠くことにつき勘酌または宥恕すべき事由があるときは、刑を減輕できることを認めたものであり、自己の行為に適用される具体的な刑罰法令の規定ないし法定刑の程度を知らなかったとしても、その行為が違法であることを意識している場合は、同項ただし書の適用はない。

問題 8**【正解】 1****【解説】** 正犯・共犯論に関する基礎的な問題であり、刑事未成年者の利用と間接正犯・共同正犯の成否についての判例の理解を問う趣旨である。

被告人が日頃の言動により意思を抑圧している 12 歳の養女に命じて窃盗を行わせた事案について、養女に是非善悪の判断能力があったとしても、被告人に窃盗罪の間接正犯が成立するとした判例がある（最決昭 58・9・21 刑集 37・7・1070）。その一方で、12 歳の長男に指示命令して強盗をさせた被告人について、長男に是非弁別能力があり、指示命令は意思を抑圧するに足る程度ではなかったことなどを理由に間接正犯の成立を否定し、強盗罪の共謀共同正犯の成立を認めた判例もある（最決平 13・10・25 刑集 55・6・519）。これらの趣旨によれば、本事例では、意思抑圧の有無等の事情により、窃盗罪の間接正犯が成立する場合と、同罪の共同正犯が成立する場合のいずれもありうる。

問題 9**【正解】 2****【解説】** 共同正犯に関する基礎的な問題であり、その成立要件としての意思連絡の理解を問う趣旨である。

判例（最決平 15・5・1 刑集 57・5・507）は、被告人（組長）と組員らとの間にけん銃の所持につき黙示的に意思の連絡があったにすぎない事案で、共謀共同正犯の成立を肯定している。したがって、明示的な意思連絡が必要とする本記述は誤っている。なお、同判例は、黙示の意思連絡に加えて、スワットらを指揮命令する権限を有する被告人の地位と警護を受ける被告人の立場を併せ考えれば、実質的には被告人がスワットらにけん銃を所持させていたと評し得ることを共謀共同正犯が成立する理由として述べており、黙示の意思連絡があれば直ちに共謀共同正犯が成立するという趣旨とは解されないことに注意したい。

問題 10

【正解】 1

【解説】 罪数に関する基礎的な問題であり、科刑上一罪についての理解を確認する趣旨である。

殺人罪の個数は、侵害された客体の数によって決まる。また、殺人罪と現住建造物放火罪は保護法益が異なり同時に成立する。X は、放火という自然的に観察すれば一個の行為によって上記 3 つの犯罪を行っているので、「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」る場合として、これらは観念的競合になる（刑 54 条 1 項前段）。

問題 11

【正解】 1

【解説】 生命・身体に対する罪に関する基礎的な問題であり、暴行の概念についての理解を確認する趣旨である。

判例は、狭い室内において被害者を脅すためにその面前で日本刀を振り回す行為を暴行にあたるとする（最決昭 39・1・28 刑集 18・1・31）など、少なくとも被害者の身体近辺への有形力行使が傷害の危険を伴うときには、意図的に身体に接触するのではなくても、故意の暴行にあたることを認めている（最決昭 28・2・19 刑集 7・2・280 等も参照）。これによれば、X が自転車を相当の速度で A の直前まで進行させる行為は、それ自体、故意の暴行にあたり、これにより A を死亡させれば、傷害致死罪が成立する。

問題 12

【正解】 2

【解説】 名誉毀損罪に関する基礎的な問題であり、真実性の誤信についての判例の理解を確認する趣旨である。

本事例の名誉毀損は公務員に関する事実に係り、摘示事実の真実性が証明されれば処罰が否定される（刑 230 条の 2 第 3 項）が、本事例では真実性の証明がなされていない。このような真実性の誤信の事例について、判例（最大判昭 44・6・25 刑集 23・7・975，最決平 22・3・15 刑集 64・2・1）は、誤信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に、名誉毀損罪は成立しないとしている。それゆえ、名誉毀損罪が成立する余地はないとする本記述は誤っている。

問題 13

【正解】 2

【解説】 不法領得の意思に関する基礎的な問題であり、一時使用に関する判例の理解を問う趣旨である。

最決昭 31・8・22 刑集 10・8・1260 は、問題文と同種の行為について、「たとえ、その目的がパチンコ玉を景品交換の手段とするものであつたとしても、経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものである」として、窃盗罪の成立を肯定している。

問題 14

【正解】 2

【解説】 強盗利得罪に関する基礎的な問題であり、同条で保護される利益の意義についての理解を問う趣旨である。

最判昭 35・8・30 刑集 14・10・1418 は、麻薬購入資金として被告人が保管していた金員の返還を免れるため、被害者を殺害した事案において、「いやしくも被告人らが該金員を領得するため被害者らを殺害し、同人らから事実上その返還請求を受けることのない結果を生ぜしめて返還を免れた以上は、刑法 240 条後段、236 条 2 項の不法利得罪を構成するものと解すべき」としている（最決昭 61・11・18 刑集 40・7・523 も参照）。なお、すでに金員の占有は行為者にあるため、刑法 236 条 1 項は成立しない。

問題 15

【正解】 1

【解説】 詐欺罪に関する基礎的な問題であり、人を欺く行為（欺罔行為）における重要事項性についての理解を問う趣旨である。

最決平 22・7・29 刑集 64・5・829 は、同種の事案において、係員が厳重な本人確認を行っていたこと、そしてそのような本人確認が行われていたのは、第三者の航空機への搭乗が運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含んでおり、また航空機が到着する国の政府との関係で搭乗券の発券を適切に行う義務があったからであることを指摘した上で、「搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項である」として、詐欺罪の成立を肯定している。

問題 16

【正解】 1

【解説】 恐喝罪に関する基礎的な問題であり、権利行使と恐喝罪の関係についての理解を問う趣旨である。

最判昭 30・10・14 刑集 9・11・2173 は、「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがある」として、喝取された金額全額についての恐喝罪の成立を肯定している。

問題 17

【正解】 2

【解説】 横領罪および盗品等関与罪に関する基礎的な問題であり、横領行為の意義および盗品等関与罪の客体について確認する趣旨である。

横領行為とは、不法領得の意思を外部に発現させる一切の行為である。動産を売却する場合であれば、売却の意思表示を行うだけで、相手方の承諾をまたずに横領行為が認められて横領罪が成立するという見方になりうる。このように構成する場合には、売主が売却の意思表示を行った時点で、その客体は横領罪に当たる行為によって領得された物に該当し、盗品等関与罪の客体となるから、そうであると知って買い受ける買主には、盗品等有償譲受け罪が成立する（大判大 2・6・12 刑録 19・714）。

問題 18

【正解】 1

【解説】 器物損壊罪に関する基礎的な問題であり、「損壊」の概念について確認する趣旨である。

器物損壊罪における損壊とは、物の効用を害する一切の行為を指す。物理的に毀滅する必要はなく、物を隠匿する行為や、飲食店の食器に放尿する行為（大判明 42・4・16 刑録 15・452）などもこれに該当する。

問題 19**【正解】 1**

【解説】 文書偽造罪に関する基礎的な問題であり、有形偽造および名義人の概念について確認する趣旨である。

文書偽造罪で問題となる名義人は、作成名義人であり、すなわち、誰の名義において作成される文書かということである。運転免許証の作成名義人は、免許（運転の許可）の対象者として免許証に記載されている私人ではなく、各都道府県等の公安委員会である。したがって、運転免許証の記載内容を私人が勝手に書き換えて真正な文書の外観を作出する行為は、有形偽造として刑法 155 条の罪を構成し、無形偽造を対象とする虚偽公文書作成罪には該当しない（本問と同種の事案について有印公文書変造罪（155 条 2 項）を認めたものとして東京地判平 19・2・16 LEX/DB28145159 がある）。

問題 20**【正解】 2**

【解説】 公務執行妨害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確認する趣旨である。

公務執行妨害罪は、「公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた」ときに成立する。妨害となるべき暴行を加えるだけで十分であり、具体的な妨害結果が発生することは必要ない（最判昭 25・10・20 刑集 4・10・2115）。

問題 21

【正解】 1

【解説】 因果関係に関する基礎的な問題であり、被害者に持病がある事例における、行為者の行為と結果との間の因果関係の存否についての理解を問う趣旨である。

1. 正しい。X の平手打ちが A のくも膜下出血の発生や悪化に何ら影響を及ぼしていない可能性が高い場合には、X の平手打ちと A の死亡結果との間の事実的なつながりが認められないので、X の暴行と A の死亡結果との間に刑法上の因果関係は認められない。
2. 誤り。最決昭 32・3・14 刑集 11・3・1075 は、【事例 1】と同様の事案において、傷害致死罪が成立するためには、行為者の暴行が被害者の「死亡の唯一の原因または直接の原因たることを要するものではなく、他の原因と相俟つて死亡の結果を招来した場合」も同罪が成立する、とした原審（東京高判昭 31・5・24 刑集 11・3・1079）の判断を是認している。
3. 誤り。最判昭 46・6・17 刑集 25・4・567 は、【事例 2】と同様の事案において、「被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつ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つたものとしても、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いわなければならない」と判示して、被告人の暴行と被害者の死亡結果との間の刑法上の因果関係を否定した原判決を破棄し、差し戻している。
4. 誤り。前掲・最判昭 46・6・17 の判旨を参照（同判決が示した判断においては、被害者の近親者及び被害者のかかりつけの医師、そしておそらく被害者本人も心臓疾患を知らなかった、という原審認定の事実関係が前提にされている）。
5. 誤り。前掲・最判昭 46・6・17 が示した判断の理由に従えば、行為者の暴行と被害者の重度の心臓疾患とが相まって被害者が死亡したという場合において、被害者の年齢によって刑法上の因果関係の存否に関する結論が分かれることはない。文中に登場する行為者 Y の事案と同様の事案において、最決昭 36・11・21 刑集 15・10・1731 も、「ある行為が他の事実と相まって結果を生ぜしめたときでも、その行為と結果との間に因果関係を認めることは妨げない」として、行為者の暴行と被害者の死亡結果との間に刑法上の因果関係を認めている。

問題 22

【正解】 2

【解説】 過失犯に関する基礎的な問題であり、過失犯の成立要件に関する基本的な理解を問う趣旨である。肢ア～オの正誤は以下のとおり。

- ア. 正しい。【事例 1】と同種の事案に関する最決平元・3・14 刑集 43・3・262 は、「被告人において、右のような無謀ともいうべき自動車運転をすれば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は、当然認識しえたものというべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に〔被害者〕が乗車している事実を認識していなかつたとしても、〔被害者〕に関する業務上過失致死罪の成立を妨げない」との判断を示している（なお、当時は過失運転致死罪の規定がなく、業務上過失致死罪の成否が問題とされていた）。
- イ. 誤り。前掲・最決平元・3・14 は、「右のような無謀ともいうべき自動車運転をすれば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は、当然認識しえたものというべきである」という理由によって被告人の過失を認めており、この判旨に基づいて考えれば、X に B に対する過失運転致死罪の成立が認められるためには、人が後部荷台に乗り込んでいるという事実について X に認識可能性があったことは必ずしも必要でない。
- ウ. 誤り。【事例 2】と同種の事案に関する最決平 5・11・25 刑集 47・9・242 は、管理権原者（X の立場にある被告人）につき、「防火管理業務については〔防火管理者 Y〕において適切にこれを遂行するよう同人を指揮監督すべき立場にあった」として Y の防火管理業務に対する監督義務を認め、その義務の懈怠を刑法上の過失と認めている。
- エ. 正しい。前掲・最決平 5・11・25 は、消防設備の設置、避難訓練の実施などの「防火管理体制の不備を解消しない限り、いったん火災が起これば、発見の遅れや従業員らによる初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、従業員らにおいて適切な通報や避難誘導を行うことができないまま、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客らに死傷の危険の及ぶおそれがあることを容易に予見できた」として管理権原者（X の立場にある被告人）に刑法上の過失を認めており、この場合に刑法上の過失が認められるためには、火災発生 of 具体的経緯（宿泊客の寝たばこが出火原因となること）についての予見可能性が必要でないことを明らかにしている。
- オ. 誤り。【事例 2】においては、X の「あらかじめ防火管理体制を確立しておくべき義務」の不履行という実行行為に、「いったん火災が起これば、発見の遅れや従業員らによる初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、従業員らにおいて適切な通報や避難誘導を行うことができないまま、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客らを死傷させる」危険性が見出され、宿泊客が死亡したという結果はまさにこの危険性が現実化したものと認められるので、X の実行行為と宿泊客の死亡結果との間には刑法上の因果関係が認められ、X には業務上過失致死罪が成立する。

問題 23

【正解】 3

【解説】 正当防衛に関する発展的な問題であり、自招侵害についての重要判例（最決平 20・5・20 刑集 62・6・1786）の理解を確認する趣旨である。

ア. 誤り。【決定要旨】は、X の主観面は一切考慮せず、客観的な要素を考慮して判断している。

イ. 誤り。【決定要旨】は、X の自招行為と A の侵害行為が一連一体の事態であったことを考慮している。

ウ. 正しい。【決定要旨】の言う「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」という表現からは、およそ反撃行為に出ることが許容されないため、過剰防衛も否定される。

エ. 誤り。【決定要旨】は、A の侵害がなお継続していることを前提に、X の自招行為と A の侵害行為の関係を考慮して、正当防衛を判断している。

問題 24**【正解】** 4**【解説】** 未遂に関する基礎的な問題であり、未遂犯と中止犯についての基本的事項を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。未遂処罰が認められるのは、たとえば殺人未遂に関する刑法 203 条など特別の規定がある場合に限られる（刑 44 条参照）。
- イ. 誤り。判例は、実行の着手を判断する際に、行為者の計画を考慮している（最決平 16・3・22 刑集 58・3・187 等）。
- ウ. 正しい。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）。
- エ. 正しい。刑法 43 条ただし書は、中止犯の効果を刑の必要的減免と定めており、犯罪自体は成立する。
- オ. 誤り。不作為でも中止犯が成立するとされている（中止犯の成立を認めた例として東京高判昭 62・7・16 判時 1247・140）。また最決昭 32・9・10 刑集 11・9・2202 も、任意性がないことを理由に中止犯の成立を否定しているが、不作為でも中止犯が成立することを否定していない。

問題 25

【正解】3

【解説】共同正犯および同時傷害の特例に関する基礎的な問題であり、具体的事例を素材として判例の理解等を確認する趣旨である。

- ア. 誤り。判例（最決昭 54・4・13 刑集 33・3・179）によれば、傷害の故意であった Y には、傷害致死罪の共同正犯が成立する。
- イ. 正しい。判例によれば、片面的共同正犯は否定される（大判大 11・2・25 刑集 1・79）から、Y に建造物侵入罪・窃盗罪の共同正犯は成立しない。なお、片面的幫助は肯定されるので（大判大 14・1・22 刑集 3・921）、Y には上記の各罪の幫助犯が成立する。
- ウ. 正しい。X と Y は、暴行について事前の意思連絡がある場合、脳挫傷の傷害について共同正犯（60 条）として罪責を負う。意思連絡がない場合、同時傷害の特例規定（207 条）により同傷害結果について刑事責任を負う。X の暴行後に X と Y が意思連絡を遂げ、これに基づき Y が暴行に及んだとしても、やはり同時傷害の特例規定が適用される（最決令 2・9・30 刑集 74・6・669）ので、同じ結論となる。したがって、X と Y は、意思連絡の有無（や時期）にかかわらず、脳挫傷の傷害結果について刑事責任を負うことになる。
- エ. 誤り。判例（最決平 28・7・12 刑集 70・6・411）によれば、関与者に「共同義務の共同違反」が認められる場合に、過失の共同正犯が肯定される。X と Y にそれぞれ過失（注意義務とその違反）が肯定されるとしても、それらの注意義務は X と Y の共同義務ではないことから、共同正犯の成立は認められない。
- オ. 誤り。判例（最決平 24・11・6 刑集 66・11・1281）によれば、共謀加担前に生じた傷害結果については、自己の共謀およびそれに基づく行為がそれと因果関係を有することはなく、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはないから、Y に帰責されることはない。

問題 26

【正解】 5

【解説】住居等侵入罪に関する基礎的な問題であり、判例の理解を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。判例（最大判昭 24・7・22 刑集 3・8・1363）は、このような場合、真実においては家人の承諾を欠くとして、住居侵入罪の成立を肯定している。
- イ. 正しい。判例（最判平 20・4・11 刑集 62・5・1217）は、自衛隊宿舎の共用部分につき、居住用の建物の一部であり、宿舎管理者の管理に係るものであるから、「人の看守する邸宅」にあたるとしている。
- ウ. 誤り。判例（最決平 19・7・2 刑集 61・5・379）は、被告人らが現金自動預払機（ATM）利用客のキャッシュカードの暗証番号を盗撮する目的で、ATM が設置された銀行支店出張所に立ち入った事案で、そのような立入りが管理権者である支店長の意思に反することは明らかであるから、立入りの外観が一般利用客のそれと特に異なるものでもなくとも、建造物侵入罪が成立するとしている。
- エ. 正しい。判例（最判平 21・11・30 刑集 63・9・1765）は、同種の行為について刑法 130 条前段の罪の成立を認めた上で、憲法 21 条 1 項違反をいう弁護人の主張に対しては、ビラ配布は表現の自由の行使といえるが、そのために、住人らの私的生活の場所である住宅の共用部分であり、管理組合がそのような場所として管理し、一般に人が自由に入出入りすることのできない場所に管理組合の意思に反して立ち入ることは、管理権を侵害するのみならず、生活者の生活の平穩を侵害することなどを理由に、当該立入りを刑法 130 条前段の罪に問うことは憲法 21 条 1 項に違反しないとしている。したがって、本事例の行為は刑法 130 条前段の罪に問われうる。
- オ. 誤り。判例（最判昭 51・3・4 刑集 30・2・79）は、「人の看守する建造物」は、いわゆる圍繞地を含むとしているから、フェンスに囲まれた庭に（管理権者の意思に反して）立ち入ればすでに建造物侵入既遂罪が成立する。

問題 27

【正解】 2

【解説】 財産犯総論に関する基礎的な問題であり、財物の意義についての理解を問う趣旨である。

- ① ア（有体物説）が正しい。刑法 245 条をみなし規定と考えるのは、有体物説である。
- ② ウ（電気窃盗）が正しい。大判明 36・5・21 刑録 9・874 は、電気を盗用した者が（旧刑法の）窃盗罪で起訴された事案において、「電流ハ有体物ニアラサルモ五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノニシテ之ヲ容器ニ收容シテ独立ノ存在ヲ有セシムルコトヲ得ルハ勿論容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シーノ場所ヨリ他ノ場所ニ移転スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ヘク可動性ト管理可能性トヲ併有スルヲ以テ優ニ窃盗罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ヘシ」〔旧字体を新字体に改めた。以下、同じ〕として、窃盗罪の客体というためには、有体物である必要はなく、可動性と管理可能性があればよいとしている。
- ③ カ（注意規定）が正しい。電気が本来的に財物であるとすれば、刑法 245 条は注意規定ということになる。
- ④ ク（限られない）が正しい。大判明 44・8・15 刑録 17・1488 は、被告人が使用済の収入印紙を窃取した事案について、「窃盗罪ノ目的タル物ハ必スシモ経済的交換価値ヲ有スル物ニ限ラス財産権ノ目的タル物ナルヲ以テ足ル」と述べている（最決昭 30・8・9 刑集 9・9・2008 も参照）。
- ⑤ コ（成立しない）が正しい。大判大 4・6・24 刑録 21・886 は、刑法 190 条（死体損壊等）及び刑法 191 条（墳墓発掘死体損壊等）が「社会共同ノ利益ヲ保護スル」規定であることを述べた上で、「右二条ノ規定ニ背キ領得シタル死体ハ他人ノ財産権ヲ侵害スル不法行為ニ因テ得タル贓物（注：贓物とは、盗品のことを意味する）ナリト云フヲ得ス」としている。
- ⑥ サ（財物だ）が正しい。大判大 11・12・15 刑集 1・763 は、不動産の所有権移転登記をさせようとした事案において、刑法 246 条 1 項の成否を問題としている。

問題 28

【正解】 3

【解説】 窃盗罪・横領罪におけるやや発展的な問題であり、占有の有無および占有の所在についての理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。最判昭 41・4・8 刑集 20・4・207 は、問題文と同種の事案において、「このような場合には、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ものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものである」として、被告人に占有離脱物横領罪ではなく、窃盗罪の成立を認めている。
- イ. 誤り。物の保管者間に上下関係がある場合には、占有は上位者にあり、下位者は占有補助者に過ぎない（大判大 3・3・6 新聞 929・28 を参照）。それゆえ、たとえアルバイト店員 X が店内の商品を事実上管理していたとしても、それらの占有が常に X にあるとは限らず、店主 B に認められることもある。B に占有が認められる場合、X には窃盗罪が成立する。
- ウ. 正しい。大判明 45・4・26 刑録 18・536 は、問題文と同種の事案において、「郵便集配人ハ其配達中ニ係ル郵便物自体ニ付テハ事実上ノ支配アリト謂ヒ得ヘキモ封入ノ物件ハ依然他人ノ占有内ニ存シ自己カ自由ニ処分シ得ヘキ状態ニ在ラサル」〔旧字体を新字体に改めた〕として、被告人に（業務上）横領罪ではなく、窃盗罪の成立を認めている。なお、最決昭 32・4・25 刑集 11・4・1427 も参照。
- エ. 正しい。最決昭 62・4・10 刑集 41・3・221 は、問題文と同種の事案において、「本件ゴルフボールは、無主物先占によるか権利の承継的な取得によるかは別として、いずれにせよゴルフ場側の所有に帰していたのであつて無主物ではなく、かつ、ゴルフ場の管理者においてこれを占有していたものというべき」として、当該ロストボールを窃盗罪の客体として認めた。
- オ. 誤り。横領罪における占有は、事実的支配のみならず、法律的支配も含まれているため、預金による金銭の占有も認められる。X は、委託の趣旨に背いて、自己の占有する A の金銭を領得したといえるため、業務上横領罪が成立する。なお預金による金銭の占有については、大判大元・10・8 刑録 18・1231 を参照。同判決は、被告人が村長として保管していた村の財産を銀行に預金した場合であっても、「公金ハ其預入後ト雖モ依然被告ノ支配内ニ存セシモノナルヲ以テ右金員ハ刑法第 253 条ニ所謂自己ノ占有スル他人ノ物ニ該当スル」とし、当該金員を不法領得の意思で引き出した行為に業務上横領罪の成立を認めている。

問題 29

【正解】 2

【解説】 盗品等関与罪に関する基礎的な問題であり、同罪の各類型の成立要件を確認する趣旨である。

1. 誤り。盗品等関与罪の保護法益は、本犯である領得罪の被害者が客体に対して有する追求権である。追求権の中核には所有権があるが、詐欺に基づく契約で騙し取られた場合のように、契約を取り消したうえで取り戻す法的可能性もこれに含まれる。したがって、詐欺罪の客体も盗品等に該当し、それを買い受ける行為は盗品等有償譲受け罪を構成する。
2. 正しい。盗品等が同一性を失うと、追求権は否定される。被害物が現金である場合、その現金で購入された物品には、現金との同一性が認められないから、それはもはや盗品等には該当しない。したがって、それを客体とする盗品等無償譲受け罪が成立する余地はない。
3. 誤り。追求権侵害の判断においては、被害者の下に盗品等が戻らないことのみが重要であるという立場からは、被害者の下に盗品等を運搬する行為に盗品等運搬罪は成立しないことになる。しかし、判例には、被害者が盗品等を正常に回復する利益を重視する観点から、窃盗の被害者に盗品の取戻しを依頼された者が買い戻した盗品を被害者の下に運搬する行為について、窃盗犯人の利益のためにその領得を継受して盗品を移転したものであり、被害者による盗品の正常な回復を困難にしたとして、盗品等運搬罪の成立を認めたものがある（最決昭 27・7・10 刑集 6・7・876）。
4. 誤り。盗品等保管罪は、保管を開始した時点で成立してただちに終了し、その後は違法な保管状態が続く状態犯であると解する立場からは、保管開始時点で盗品性の認識がない場合には、盗品等保管罪が成立する余地はないことになる。これに対して、判例は、盗品性を認識せずに盗品等の保管を開始した者が、その後、盗品性を認識するに至ったにもかかわらず保管を継続した行為について、盗品等保管罪の成立を肯定している（最決昭 50・6・12 刑集 29・6・365）。判例は、盗品等保管罪を、保管を続ける限り継続的に成立し続ける継続犯としていると解するのが一般的である。
5. 誤り。盗品等有償処分あっせん罪の処罰対象は、盗品等を有償で処分することを仲介する行為であり、処分は有償でなければならないが、あっせんは有償であると無償であると問わない（最判昭 25・8・9 刑集 4・8・1556）。

問題 30

【正解】 4

【解説】 国家的法益・社会的法益に対する罪の共犯に関するやや発展的な問題であり、犯人蔵匿罪、賄賂罪、放火罪および公文書偽造罪について、共犯が関係する事案を題材にして、その成立要件の理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。犯人蔵匿・隠避罪は、構成要件上、犯人自身を主体から除外しており、自己蔵匿・自己隠避は不可罰である。その理由は、期待可能性の欠如に求めるのが一般的な理解である。これに対して、犯人が他人に対して自己を蔵匿・隠避するように教唆した場合については、判例は、防御権の濫用を根拠にして（大判昭8・10・18刑集12・1820）、同罪の教唆犯の成立を認めている（最決昭35・7・18刑集14・9・1189、最決令3・6・9裁判所ウェブ）。
- イ. 誤り。収賄罪は、公務員という身分が必要であるが、これは65条1項が適用される構成的身分（真正身分・違法身分）であり、非身分者にも身分者による収賄に対する共犯は成立しうる。また、収賄罪と贈賄罪とは実行行為の態様が異なる。したがって、収賄の共犯か贈賄の共犯かは、問題となる行為者に公務員の身分があるかどうかではなく、収賄の実行行為に対して関与しているか、贈賄の実行行為に対して関与しているかによって決せられる。これは、どの種類の収賄罪であるか（単純収賄罪か受託収賄罪かなど）によらない。公務員に対して、その配偶者が収賄行為を勧めたのであれば、収賄の実行行為に対する関与が認められるから、収賄の共犯が成立しうる。
- ウ. 誤り。放火罪において、建造物の現住性や現在性は、共犯者を含む犯人以外の者を基準にして判断する。犯人が一人暮らしをする建造物は、非現住建造物である（大判昭4・6・13刑集8・338）。建造物が誰の所有にかかるかについても同様であり、共犯者のうちの1人が所有する建造物は、他の共犯者にとっても自己所有建造物として扱われる。したがって、記述ウの事例で、XとYには、自己所有非現住建造物等放火罪（刑109条2項）の共同正犯が成立する。
- エ. 正しい。公務員が行使の目的（他人による行使を含む）で、自己の作成名義にかかる内容虚偽の公文書を作成する行為は、虚偽公文書作成罪に該当する。権限のある公務員という身分は、65条1項が適用される構成的身分（真正身分・違法身分）であるから、虚偽公文書作成行為に私人が関与した場合は、当該私人に同罪の身分がなくても、同罪の共犯が成立する。