

**問題 1****【正解】 1**

**【解説】** 刑法の基礎理論に関する基礎的な問題であり、遡及処罰の禁止の意義に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最判平 8・11・18 刑集 50・10・745 は、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為……であっても、これを処罰することが憲法の右規定〔憲法 39 条〕に違反しないことは、当裁判所の判例……の趣旨に徴して明らか」とする（なお、本判決には、判例を信頼したゆえに自己の行為が適法と信じたことに相当の理由がある者は故意を欠くと解する余地があるとしながら、当該事案で問題となった旧判例は変更が予想される状況にあったことなどから、被告人が故意を欠いていたと認める余地はないとする河合伸一裁判官補足意見がある）。

**問題 2****【正解】 2**

**【解説】** 因果関係に関する基礎的な問題であり、被害者の特殊な事情（病的素因）が存在した場合についての判例の理解を確認する趣旨である。

最判昭 46・6・17 刑集 25・4・567 は、本問と類似の事案について、「その暴行がその特殊事情〔被害者の重篤な心臓疾患〕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」とする。

**問題 3****【正解】 2**

**【解説】** 結果的加重犯に関する基礎的な問題であり、結果的加重犯の主観的要件についての判例の理解を確認する趣旨である。

結果的加重犯について、加重結果の予見可能性が必要と解する学説上の多数説とは異なり、判例は、行為と加重結果との間の因果関係が認められれば足り、加重結果の認識・予見も予見可能性も不要とする（最判昭 32・2・26 刑集 11・2・906）。

**問題 4****【正解】 1**

**【解説】** 故意に関する基礎的な問題であり、いわゆる抽象的事実の錯誤の処理についての判例の理解を確認する趣旨である。

最決昭 54・3・27 刑集 33・2・140 は、本問と同様の事案について、「麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではない」とし、麻薬輸入罪の成立を認めている。

## 問題 5

【正解】 2

【解説】 緊急避難の成立要件に関する基礎的な問題であり、やむを得ずにした行為の意義についての判例の理解を確認する趣旨である。

緊急避難における「やむを得ずにした行為」とは、「当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」（最大判昭 24・5・18 集刑 10・231）。

## 問題 6

【正解】 1

【解説】 殺人罪と自殺関与罪の区別に関する基礎的な問題であり、いわゆる偽装心中をめぐる判例についての理解を確認する趣旨である。

最判昭 33・11・21 刑集 12・15・3519 は、本問と類似の事案において、「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」として、殺人罪（刑法 199 条）の成立を認めている。

## 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、（現在の）強制性交等罪の実行の着手時期についての判例の理解を確認する趣旨である。

最決昭 45・7・28 刑集 24・7・585 は、本問と類似の事案において、被告人らが被害者をダンプカーに引きずり込もうとした時点ですでに強姦（現在の強制性交）に至る客観的な危険があったことを認め、強姦致傷罪（現在の強制性交等致傷罪）の成立を認めている。

## 問題 8

【正解】 1

【解説】 中止犯に関する基礎的な問題であり、中止行為の意義が問題となった判例についての理解を確認する趣旨である。

中止犯における中止行為は、結果を防止するための真摯な努力を示す行為でなければならない。この点、大判昭 12・6・25 刑集 16・998 は、本問と類似の事案において、犯人が自ら中止行為を行わない場合には、少なくとも犯人自身が中止行為にあたったと同視するに足りる程度の努力を払わなければならないとし、中止犯の成立を否定している。

**問題 9**

【正解】 2

【解説】 共犯に関する基礎的な問題であり、共犯関係からの離脱に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決平 21・6・30 刑集 63・5・475 は、本問と同様の事案において、「被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である」として被告人に強盗（致傷）罪の共同正犯の成立を肯定した。

**問題 10**

【正解】 1

【解説】 共犯と身分（刑法 65 条）に関する基礎的な問題であり、身分者に加功した非身分者の罪責および科刑に関する判例の理解を確認する趣旨である。

判例は原則として、身分を構成的身分と加減的身分とに区別しつつ、前者の場合には刑法 65 条 1 項を、後者の場合には同 2 項を適用し、犯罪の成立と科刑とを分離しない。しかし、業務上横領罪における身分者に加功した非身分者の罪責および科刑については、最判昭 32・11・19 刑集 11・12・3073 は、問題文で示した帰結を肯定している。

**問題 11**

【正解】 2

【解説】 略取誘拐罪に関する基礎的な問題であり、共同親権者間における子の拐取に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決平 17・12・6 刑集 59・10・1901 は、本問と同様の事案において、「被告人は、離婚係争中の他方親権者である A の下から B を奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、B の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということとはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、B が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない 2 歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない」とし、未成年者略取罪の成立を肯定している。

## 問題 12

【正解】 2

【解説】 侮辱罪に関する基礎的な問題であり、本罪の保護法益を前提として法人を客体とするか否かについての判例の理解を確認する趣旨である。

最決昭 58・11・1 刑集 37・9・1341 は、「刑法 231 条にいう『人』には法人も含まれると解すべき」とし、問題文で示された理解（本決定における団藤重光・谷口正孝裁判官意見参照）を否定する。

## 問題 13

【正解】 1

【解説】 窃盗罪に関する基礎的な問題であり、遺失物等横領罪との区別基準についての理解を確認する趣旨である。

窃盗罪は占有移転を要素とするから、その客体は他人が占有する財物でなければならない。これに対して、遺失物等横領罪の客体は、他人の占有を離れた物である。したがって、両罪を客観的に区別するのは、客体に対する他人の占有の有無である。そして、占有の有無の判断は、領得行為の時点に基づいて行われる。最決平 16・8・25 刑集 58・6・515 も、「被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者がこれを置き忘れてベンチから約 27m しか離れていない場所まで歩いて行った時点であったことなど本件の事実関係の下では、その時点において、被害者が本件ポシェットのことを一時的に失念したまま現場から立ち去りつつあったことを考慮しても、被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、被告人の本件領得行為は窃盗罪に当たるといふべきである」（圏点は引用者）としている。

## 問題 14

【正解】 2

【解説】 占有移転罪に関する基礎的な問題であり、詐欺罪における占有侵害の意義についての理解を確認する趣旨である。

占有移転罪の代表である窃盗罪は、客体が「他人の財物」と規定されているが（刑法 235 条）、自己の所有物であっても他人が占有するものであるときは「他人の財物」とみなす特別の規定がおかれており（刑法 242 条）、したがって、所有者による自己所有物の取戻しも窃盗罪を構成しうる。そして、詐欺罪においても、この 242 条が準用されており（刑法 251 条）、窃盗罪の場合と同様に、所有者による自己所有物の取戻しは、詐欺罪を構成しうる。

**問題 15**

【正解】 2

【解説】 詐欺罪に関する基礎的な問題であり、相当対価の提供事例を題材にして同罪の成立要件についての理解を確認する趣旨である。

判例は、価格相当の商品を提供したとしても、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、代金の交付を受けた場合には、詐欺罪が成立するとしており（最決昭 34・9・28 刑集 13・11・2993）、これは、今日では、「交付の判断の基礎となる重要な事項」（最決平 22・7・29 刑集 64・5・829 参照）について欺いた場合には、仮に商品の価格と代金とが客観的に釣り合っていたとしても、詐欺罪が成立するものと整理される。高級ブランド品の入手を目的としている買主にとっては、売買の目的物が高級ブランド品か否かは、代金の交付の判断の基礎となる重要な事項であるから、これについて欺いて代金を交付させた場合は、詐欺既遂罪が成立する。

**問題 16**

【正解】 1

【解説】 財産犯の相互関係に関する基礎的な問題であり、窃盗罪、詐欺罪、事後強盗罪および 2 項強盗罪の関係についての理解を確認する趣旨である。

事後強盗罪は、条文上、窃盗を前提にするから（刑法 238 条）、当初の占有移転行為が詐欺罪にあたるのであれば事後強盗罪を認めることはできない。しかし、その場合も、詐取品について被害者による返還を免れることは、2 項犯罪の客体である財産上の利益を得ることにあたるから、暴行・脅迫によりこれを得れば、2 項強盗罪になりうる（最決昭 61・11・18 刑集 40・7・523 参照）。

**問題 17**

【正解】 1

【解説】 横領罪に関する基礎的な問題であり、委託信任関係についての理解を確認する趣旨である。

横領罪（刑法 252 条 1 項）の成立要件である「自己の占有」は、明文にはないが、委託信任関係に基づくものでなければならない。そして、誤配達された郵便物は委託に基づいて占有する物ではないので、その郵便物を領得する行為については、横領罪は成立せず、占有離脱物横領罪（刑法 254 条）が成立するとされている（大判大 6・10・15 刑録 23・1113 参照）。

### 問題 18

【正解】 2

【解説】 背任罪に関する基礎的な問題であり、財産上の損害に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決昭 38・3・28 刑集 17・2・166 は、本問と同種の事案において、回収が困難な貸付をした時点で背任罪が既遂となることを認める。なお、同判例は、既遂となる理由について、背任罪の財産上の損害が「財産上の実害を発生させた場合のみでなく、実害発生の危険を生じさせた場合をも包含する」ことをあげているが、現在では、経済的見地において評価すれば、回収困難な貸付によって本人の財産が減少していると説明される（最決昭 58・5・24 刑集 37・4・437、および、同判例の谷口正孝裁判官補足意見を参照）。

### 問題 19

【正解】 1

【解説】 犯人蔵匿罪に関する基礎的な問題であり、同罪の客体についての判例の理解を確認する趣旨である。

判例（最判昭 24・8・9 刑集 3・9・1440）は、犯人蔵匿罪の客体である「罪を犯した者」には、犯罪の嫌疑を受けて捜査中の者も含まれるとの解釈を示し、その者が罪を犯したという事実が確定されない限り本罪の成立は認められないとする弁護人の主張を排斥している。

### 問題 20

【正解】 2

【解説】 賄賂罪に関する基礎的な問題であり、収賄者と贈賄者の関係についての理解を確認する趣旨である。

贈収賄が行われた場合、収賄側に収賄罪が成立し、贈賄側に贈賄罪が成立する。贈賄者は収賄罪について刑法 60 条以下の共犯となるわけではない。

**問題 21**

【正解】 4

【解説】 因果関係に関する基礎的な問題であり、高速道路進入事件（最決平 15・7・16 刑集 57・7・950）の理解を確認する趣旨である。

1. 誤り。【決定要旨】は、危険の現実化の枠組み以外の考え方（条件説や相当因果関係説）からも説明することは可能である。
2. 誤り。【決定要旨】は、Xらの暴行が「長時間激しくかつ執よう」なものであったという事実関係に基づく判断であり、暴行が短時間かつ執ようでない場合について言及したのではない。
3. 誤り。【決定要旨】は、Aをれき過した自動車の運転手についての過失運転致死罪の成否に言及したのではない。
4. 正しい。【決定要旨】は、Xらの行為が「長時間激しくかつ執ような暴行」であり、これによりAが「被告人Xらに対し極度の恐怖感を抱き」、その結果、高速道路に進入するという判断をし、死亡するに至ったという事実関係を踏まえて、Aの死亡は「被告人Xらの暴行に起因」したものであると評価するものである。これは、Xらの暴行の危険性が、Aの恐怖心に由来する行動を介して結果に実現したことを理由に因果関係を認めたものと説明することができるため、行為の危険性が結果に現実化した場合に因果関係を肯定する枠組みと矛盾しない。
5. 誤り。【決定要旨】は、「被害者Aが高速道路に進入して死亡したのは、被告人Xらの暴行に起因するものと評価することができる」ことを理由として因果関係を肯定している。

**問題 22**

【正解】 5

【解説】 故意の概念に関する基礎的な問題であり、故意の概念および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。大判大 6・11・9 刑録 23・1261 の趣旨によれば、A 以外の者が必然的に摂取するような状態で提供されるものであり、A 以外の者が飲用することの予見があるといえる場合には、飲用者の数に応じた殺人未遂罪が成立する。仮に X がシャンパンを A だけが飲むものと認識していたとしても、具体的事実の錯誤についていわゆる法定的符合説（抽象的法定符合説）・数故意犯説にたつ判例（最判昭 53・7・28 刑集 32・5・1068 参照）の立場からは、やはり飲用者の数に応じた殺人未遂罪が成立する。

ウ. 誤り。いわゆるウェーバーの概括的故意（遅すぎた構成要件実現）に関する大判大 12・4・30 刑集 2・378 は、本肢と類似の事案において、殺人罪の成立を認めている。

エ. 正しい。早すぎた構成要件実現が問題となる本肢類似の事案に関し、最決平 16・3・22 刑集 58・3・187 は、「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」と判示している。

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。

以上より、エおよびオが正しく、5 が正解となる。



## 問題 23

【正解】 3

【解説】 正当防衛の成立要件に関する基礎的な問題であり、各要件についての判例の理解を問う趣旨である。

1. 誤り。最判昭 44・12・4 刑集 23・12・1573 は、本肢と同様の事案において、「刑法 36 条 1 項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、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つて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつ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つても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」と判示している。
2. 誤り。最判平元・11・13 刑集 43・10・823 は、本肢と同様の事案において、X は、A の「接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとつたうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言つたというものであつて、A からの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」と判示している。
3. 正しい。最判昭 46・11・16 刑集 25・8・996 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つて、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」と述べており、憤激している場合であつても、攻撃の意思と防衛の意思が併存している場合には、防衛の意思は否定されない（最判昭 50・11・28 刑集 29・10・983 も参照）。
4. 誤り。最決平 29・4・26 刑集 71・4・275 は、本肢と同様の事案において、「刑法 36 条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがつて、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、……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」とし、具体的な考慮要素として、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦対抗行為の準備の状況、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況およびその際の意味内容等をあげたうえで、本件のような事情の下では、侵害の急迫性の要件は認められなかった。侵害の急迫性が認められなければ、過剰防衛も認められない。
5. 誤り。【事例 1】では、X に正当防衛が認められ、【事例 3】では、X に正当防衛および過剰防衛は認められない。肢 1 および 4 の解説を参照。

**問題 24**

【正解】 3

【解説】 共犯に関する基礎的な問題であり、共同正犯の成否に関する判例の理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。最決平 30・10・23 刑集 72・5・471 は、本肢と同様の事案において危険運転致死罪の共同正犯の成立を肯定した。
- イ. 正しい。最決平 17・7・4 刑集 59・6・403（いわゆる「シャクティ事件」に対する最高裁決定）はこのような判断を示している。
- ウ. 誤り。最決平 24・11・6 刑集 66・11・1281 は、共謀加担前に生じさせていた傷害結果については、傷害罪の共同正犯の罪責を負わないとした。
- エ. 正しい。最決平 29・12・11 刑集 71・10・535 は、詐欺未遂罪の事案において承継的共同正犯の成立を肯定し、この趣旨は詐欺既遂罪にも妥当すると解されている。
- オ. 誤り。大判大 11・2・25 刑集 1・79 は、行為者間に意思の連絡がない場合には共同正犯は成立しないとされた。

以上より、イおよびエが正しく、3 が正解となる。

## 問題 25

【正解】 2

【解説】 罪数に関する基礎的な問題であり、判例についての理解等を問う趣旨である。

1. 正しい。刑法 54 条 1 項前段は、1 個の行為が 2 個以上の罪名に触れる場合は、その最も重い刑により処断すると定めており、本肢において、X は、1 個の放火行為で 3 個の犯罪を実現している。
2. 誤り。最大判平 15・4・23 刑集 57・4・467 は、本肢と同様の事案において、「委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、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ような処分をしたものにほかならない」として、抵当権設定後の売却行為が不可罰（不可罰的事後行為）になるわけではないことを明らかにしている。
3. 正しい。最決昭 29・5・27 刑集 8・5・741 は、本肢と同様の事案において、「所論 3 個の殺人の所為は所論 1 個の住居侵入の所為とそれぞれ牽連犯の関係にあり刑法 54 条 1 項後段、10 条を適用し一罪としてその最も重き罪の刑に従い処断すべき」と述べている（いわゆる「かすがい現象」）。
4. 正しい。最判昭 24・7・23 刑集 3・8・1373 は、本肢と同様の事案において、「3 回にわたる窃盗行為は、僅か 2 時間余の短時間のうちに同一場所で為されたもので同一機会を利用したものであることは挙示の証拠からも窺われるのであり、且ついずれも米俵の窃取という全く同種の動作であるから単一の犯意の発現たる一連の動作であると認めるのが相当である」として、1 個の窃盗罪の成立を認めている（いわゆる「接続犯」）。
5. 正しい。最判平 17・4・14 刑集 59・3・283 は、「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は認められず、牽連犯の関係にはないと解するのが相当である」と判示している。

**問題 26**

【正解】5

【解説】本問は、住居侵入罪に関するやや発展的な問題であり、複数の住居権者の意思が対立する場合の住居侵入罪の成否を問う趣旨である。

1. 正しい。Ⅰの見解からは、本肢の場合には Y に住居侵入罪が成立しない。
2. 正しい。Ⅱの見解からは、本肢の場合には Y に住居侵入罪が成立する。
3. 正しい。他の住居権者の反対を押し切って、住居権者自身が住居に立ち入る場合には、ⅠからⅢのいずれの見解からも住居侵入罪は成立しない。
4. 正しい。X・A のいずれも不在である場合には、両者に意思の優劣は存在せず、原則に戻って不在者である X および A の両方の同意が必要となるため、Ⅲの見解からは Y に住居侵入罪が成立する。
5. 誤り。住居に現在する X の意思を不在の A の意思よりも優先させて、X の意思に基づく Y の立ち入りについては Y の住居侵入罪を否定するのが、Ⅲの見解からの帰結である。

**問題 27****【正解】 1**

**【解説】** 親族間の犯罪に関する特例（刑法 244 条）についての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。

1. 誤り。判例（最判昭 25・12・12 刑集 4・12・2543）は、刑法 244 条は、同条所定の者の間において行われた窃盗罪およびその未遂罪に関し、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から、そのような窃盗罪によって奪取された物は、盗品等に関する罪の客体たる性質を失わないとしている。
2. 正しい。判例（最決平 18・8・30 刑集 60・6・479）は、刑法 244 条 1 項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用または類推適用されることはないと解するのが相当であるとしている。
3. 正しい。刑法 255 条により、刑法 244 条は横領の罪に準用される。しかし、判例（最決平 20・2・18 刑集 62・2・37）は、家庭裁判所から選任された未成年後見人である被告人が、後見の事務として業務上預かり保管中の未成年被後見人の貯金を引き出して横領したという事案について、つぎのような判断を示している。すなわち、民法上、未成年後見人は、未成年被後見人と親族関係にあるか否かの区別なく、等しく未成年被後見人のためにその財産を誠実に管理すべき法律上の義務を負っており、未成年後見人の後見の事務は公的性格を有するものである一方で、刑法 244 条 1 項は、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から、上記のような事案で未成年後見人が刑法上の処罰を免れるものと解する余地はないというのである。
4. 正しい。刑法 244 条 1 項には、その適用対象として強盗罪（刑法 236 条）はあげられていない。
5. 正しい。判例（最決平 6・7・19 刑集 48・5・190）は、被告人が、被告人と 6 親等の血族関係にある A が保管し、B 社が所有する現金を窃取した事案について、窃盗犯人が所有者以外の者の占有する財物を窃取した場合において、刑法 244 条が適用されるためには、同条所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要するものと解するのが相当であるとし、同条の適用を否定した原判決を是認している。

## 問題 28

【正解】 4

【解説】 預金と財産犯に関するやや発展的な問題であり、具体的な事例を素材として各種財産犯の成立要件の理解を確認する趣旨である。

【事例】 の前段については、つぎのような財産犯の可能性はある。

誤振込金であることを銀行側に告知することなく銀行窓口で引き出す行為に 1 項詐欺罪の成立を認めた判例（最決平 15・3・12 刑集 57・3・322）と平行に考えれば、誤振込金を黙って ATM で引き出す行為には、銀行側の占有を侵害する窃盗罪が成立する。

これに対して、誤振込金であっても、口座名義人に正当な引出権限があり、また、正当な引出権限を有する者には預金口座の金銭に対する占有が認められると解するのであれば、ATM での引出行為には窃盗罪は成立しない。もっとも、当該金銭に対する誤振込行為者の所有権が認められ、費消目的での引出行為ないし費消行為自体に遺失物等横領罪が成立すると解する見解がある。

誤振込金であることを銀行に告げないまま振込送金する行為は、虚偽の情報を与えて財産上の利益を取得する電子計算機使用詐欺罪（刑法 246 条の 2 前段の「作出型」）が成立すると解する余地がある。

【事例】 の後段については、つぎのような財産犯が成立する。

道に落ちていた財布を領得する行為は、典型的な遺失物等横領罪である。

他人のキャッシュカードを不正に用いて、ATM から現金を引き出す行為は、窃盗罪であり、また、振込送金する行為は、口座名義人が送金するという虚偽の情報を与えて不法な利益を取得する典型的な電子計算機使用詐欺罪である。

以上に対して、詐欺罪は、1 項詐欺であれ、2 項詐欺であれ、人を欺く行為が必要であるが、【事例】 の X は ATM を操作しているだけであるから、同罪が成立する余地はない。また、委託物横領罪についても、委託された金銭を自己の口座に預け入れていた状況等での引出し等であれば該当する（→問題 29 肢オの解説参照）ものの、本問事例のような誤振込金の引出しでは成立する余地はない。

以上より、成立しないのは、ウ. 委託物横領罪、および、エ. 詐欺罪であり、4 が正解となる。

**問題 29****【正解】 2**

**【解説】**横領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。

- ア. 正しい。横領罪の客体は「他人の物」に限られている。X は、A のために抵当権を設定したにすぎず、売却行為前の所有権はなお X に帰属しているので、横領罪は成立しえない。背任罪（刑法 247 条）が成立する可能性はある。
- イ. 誤り。横領罪の行為である「横領」とは、判例・通説によれば不法領得の意思を実現する行為のすべてである。被害者の所有権を移転する行為に限られず、担保権を無断で設定することなどもそれに含まれる。したがって、X の行為には横領罪が成立する可能性がある。
- ウ. 正しい。横領罪の客体には利益は含まれない。X は債権を二重譲渡しているにすぎないので、横領罪は成立しえない。背任罪（刑法 247 条）が成立する可能性はある。
- エ. 誤り。使途を定めて委託された金銭については、刑法 252 条 1 項の「他人の物」として取り扱われるのが判例（最判昭 26・5・25 刑集 5・6・1186 など）・通説である。したがって、X の行為には横領罪が成立する。
- オ. 誤り。横領罪の成立要件である「自己の占有」には法律上の占有も含まれ、その一例として、預金による金銭の占有がある。本件はその典型例であり、預金名義人である X は、刑法上は A の物である預金口座内の金銭を法律上占有していると評価される（預金債権を有することで、銀行のもとにある有体物としての金銭を法的に支配しているという理解と、預金した金額という観念的な「物」を法的に支配しているという理解がある）。この場合、X が愛人に貢ぐという不法領得の意思をもって預金を引き出した時点で、横領罪が成立しうる（大判大元・10・8 刑録 18・1231 参照）。

以上より、アおよびウが正しく、2 が正解となる。

**問題 30**

【正解】 3

【解説】 放火罪に関するやや発展的な問題であり、放火罪の成立要件についての理解を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。現に人が住居に使用している建造物であれば、現に人がいなくても現住建造物放火罪の客体になる。
- イ. 正しい。A 神社の本殿はそれ単独で見れば非現住建造物といえるが、現住性を有する社務所との物理的・機能的一体性からすれば、本殿と社務所の全体が 1 個の現住建造物である。1 個の現住建造物の一部が焼損しているため、現住建造物放火既遂罪が成立する（最決平元・7・14 刑集 43・7・641 参照）。
- ウ. 誤り。X は、A 神社の元職員として、A 神社が 1 個の現住建造物であることを認識していた。したがって、X には現住建造物の焼損の故意があるので、現住部分である社務所へ延焼しないと思っていたとしても、現住建造物放火既遂罪が成立する。
- エ. 正しい。建造物等以外放火罪（刑法 110 条 1 項）の成立には「公共の危険」が必要とされるが、108 条、109 条の建造物への延焼の危険があればそれが認められる（なお、最決平 15・4・14 刑集 57・4・445 によれば、「公共の危険」は、そのような危険に限られず、不特定または多数の人の生命、身体、または前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれる）。もっとも、X は、公共の危険を認識していないと評価する余地があるが、判例（最判昭 60・3・28 刑集 39・2・75 など）は、110 条 1 項の成立にとって、公共の危険の認識を不要とする。一方で、X は、A 神社への延焼を認識していない以上、現住建造物放火未遂罪は成立しない。

以上より、ウのみが誤っており、3 が正解となる。