

問題 1

【正解】 1

【解説】 因果関係に関する基礎的な問題であり、被害者の素因が結果に作用した場合についての理解を問う趣旨である。

最判昭 25・3・31 刑集 4・3・469 は、類似の事案において、「被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化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る場合で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予測もできなかつたとしてもその行為がその特殊事情と相まって致死の結果を生ぜしめたときはその行為と結果との間に因果関係を認めることができる」という判断を下している。

問題 2

【正解】 1

【解説】 因果関係に関する基礎的な問題であり、被害者の行為が介入した場合についての理解を問う趣旨である。

最決平 15・7・16 刑集 57・7・950 は、類似の事案において、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し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を肯定した原判決は、正当として是認することができる」という判断を下している。

問題 3

【正解】 2

【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、方法の錯誤が問題になる事案において、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」として、認識していた被害者と認識していなかった被害者の双方に対する殺人（未遂）罪の成立を認めている。いわゆる法定的符合説（抽象的法定符合説）・数故意犯説の立場であり、これに基づけば、本問では、Aのみならず、Bに対しても、殺人未遂罪が成立する。なお、2個の殺人未遂罪の罪数関係は、観念的競合となる。

問題 4

【正解】 1

【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ついての理解を問う趣旨である。

過失致死罪の成立のためには、行為者に死亡結果発生の予見可能性があることが必要であり、このことは運転者が道路交通法の義務に違反していたとしても変わらない。なお、道路交通法などの公法上の義務違反が直ちに刑法上の結果回避義務違反となるわけではない。

問題 5

【正解】 2

【解説】 正当防衛および緊急避難に関する基礎的な問題であり、正当防衛および緊急避難の成立要件についての理解を問う趣旨である。

正当防衛を定める刑法 36 条 1 項は、「自己又は他人の権利を防衛するため」と規定し、また、緊急避難を定める刑法 37 条 1 項は、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」と規定していて、いずれにおいても他人の法益を守るための行為も想定されている。

問題 6

【正解】 1

【解説】 緊急避難に関する基礎的な問題であり、緊急避難の成立要件についての理解を問う趣旨である。

刑法 37 条 1 項は、「これ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場合に限り、罰しない」と規定しており、避けようとした害と生じた害の程度が同じ場合にも適用される。なお、緊急避難の法的性質に関する違法性阻却事由説（通説）に対して、いわゆる二分説（有力説）は、生じた害と避けようとした害の程度が同じ場合、またはそのうち生命対生命の場合には、違法性阻却事由としては認められずに責任阻却事由として位置づけるほかないと主張しているところ、そうした議論は、条文の文言上、生じた害と避けようとした害の程度が同じ場合にも緊急避難が成立しうることを前提としている。

問題 7

【正解】 2

【解説】 違法性阻却事由に関する事実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ついての理解を問う趣旨である。

行為者が急迫不正の侵害を誤信し、誤信した侵害に対する防衛として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 項により刑が任意的に減免される（最決昭 62・3・26 刑集 41・2・182 等参照）。刑法 36 条 2 項による刑の減免は、犯罪成立を前提とした科刑の問題であり、その根拠が責任減少に求められるとしても、責任阻却（犯罪不成立）を認めるものではない。

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、心神喪失および心神耗弱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）のない状態をいい（大判昭6・12・3 刑集10・682 参照）、双方の能力が欠如することまでは要しない。また、心神耗弱とは、精神の障害により、弁識能力または制御能力が欠如するほどではないものの著しく限定されている状態をいう。なお、弁識能力という事物の理非善悪とは、行為の違法性のことをいう（最決昭29・7・30 刑集8・7・1231）。

問題 9**【正解】 2**

【解説】 共同正犯に関するやや発展的な問題であり、事後強盗罪を題材に、身分犯における共同正犯についての理解を問う趣旨である。

事後強盗罪は結合犯であるとの見解と、身分犯であるとの見解があるが、後者の見解からは、本問の事例では、窃盗犯人という身分のある X と身分のない Y とが共同して、事後強盗罪の実行行為である暴行を実行したものと理解される。そのうえで、事後強盗罪は、窃盗犯人という身分があってはじめて成立する構成的身分犯（真正身分犯）であり、刑法 65 条 1 項が適用されると考えれば、非身分者 Y には事後強盗罪の共同正犯が成立することになるが、事後強盗罪は、窃盗犯人という身分があることにより刑が加重される暴行罪の特別類型として、加減的身分犯（不真正身分犯）であり、刑法 65 条 2 項が適用されると考えれば、非身分者 Y には暴行罪の共同正犯が成立することになる。

問題 10**【正解】 2**

【解説】 共同正犯に関する基礎的な問題であり、過失犯の共同正犯の肯否についての理解を問う趣旨である。

最判昭28・1・23 刑集7・1・30 は、被告人兩名がその共同経営にかかる飲食店で、過失により法定の除外量以上の「メタノール」を含有する飲食物を客に販売したという有毒飲食物等取締令違反の事案において、「被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とする」として、過失犯の共同正犯の成立を認めている。また、最決平28・7・12 刑集70・6・411 も、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要である」として、過失犯の共同正犯が成立する場合があることを認めている。

問題 11**【正解】 1**

【解説】 生命に対する罪に関する基礎的な問題であり、墮胎措置により生まれた子を放置して死亡させた場合の罪責についての理解を問う趣旨である。

大判大 11・11・28 刑集 1・705 は、墮胎罪について、「自然ノ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ母体外ニ排出スルニ因リ成立スルモノニシテ該罪ノ成立ニハ常ニ必シモ之カ死産タルコトヲ要スルモノニ非ス」〔旧字体を新字体に改めた〕としている。この理解に基づけば、X が A を母体外に排出させた時点で業務上墮胎罪が成立する。

また、A は、生きて一部露出した時点以降は「人」となっており（大判大 8・12・13 刑録 25・1367 を参照）、かつ、ほぼ確実に生育可能であったという事実が認められるから、A を遺棄の故意で放置した X には、業務上墮胎罪に併せて保護責任者遺棄致死罪の成立が認められる（最決昭 63・1・19 刑集 42・1・1 も、同様の事案で両罪〔の併合罪〕の成立を認めた原判断を是認している）。

問題 12**【正解】 1**

【解説】 「業務」の概念に関するやや発展的な問題であり、業務妨害罪と業務上過失致死傷罪における「業務」概念の相対性についての理解を問う趣旨である。

業務妨害罪における「業務」とは、「汎ク職業其他継続シテ従事スルコトヲ要スヘキ事務又ハ事業ヲ総称スルモノ」〔旧字体を新字体に改めた〕であるとされる（大判大 10・10・24 刑録 27・643）。これに対して、業務上過失致死傷罪における「業務」とは、「人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為」であって、「他人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」をいう（最判昭 33・4・18 刑集 12・6・1090）。X による娯楽としての狩猟行為は、他人の生命身体等に危害を加えるおそれがあり、かつ、免許を受けて反覆継続して行っていることから、業務上過失致死傷罪の業務にはあたりうるが、事務または事業とはいえないことから、業務妨害罪の業務にはあたらない。

問題 13**【正解】 1**

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

最決昭 31・8・22 刑集 10・8・1260 は、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というべき」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】親族相盗例に関する基礎的な問題であり、親族相盗例が適用・準用される財産犯罪に関する条文の理解を問う趣旨である。

刑法 244 条は、窃盗罪に適用され、恐喝罪および横領罪にはそれぞれ準用される（刑 251 条・255 条）。これに対して、強盗罪および器物損壊罪には、適用または準用されない。

問題 15

【正解】2

【解説】詐欺罪に関する基礎的な問題であり、詐欺罪の実行の着手についての理解を問う趣旨である。

東京高判平 29・2・2 刑集 72・1・134 は問題文のような立場を採用したが、その上告審である最判平 30・3・22 刑集 72・1・82 は、こうした立場を否定し、詐欺未遂罪の成立を認める判断を示している。

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、類似の事案において、「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、交付された金額全額についての恐喝罪の成立を肯定しており、同判例からすれば、本問でも 15 万円全体につき恐喝罪が成立する。

問題 17

【正解】2

【解説】盗品等関与罪に関する基礎的な問題であり、盗品を本犯の被害者に売却する場合についての理解を問う趣旨である。

盗品等関与罪の保護法益は追求権であるとされる。本犯の被害者のもとへ盗品を移転させる行為は、追求権の実現に資するものであるから有償処分あっせんにあたらなと解することも可能である。しかし、判例（最決平 14・7・1 刑集 56・6・265）は、類似の事案について、「盗品等の有償の処分のあっせんをする行為は、窃盗等の被害者を処分の相手方とする場合であっても、被害者による盗品等の正常な回復を困難にするばかりでなく、窃盗等の犯罪を助長し誘発するおそれのある行為であるから、刑法 256 条 2 項にいう盗品等の『有償の処分のあっせん』に当たると解するのが相当である」としている（運搬罪に関する最決昭 27・7・10 刑集 6・7・876 も参照）。

問題 18

【正解】 2

【解説】 建造物損壊罪に関する基礎的な問題であり、損壊の意義についての理解を問う趣旨である。

最決平 18・1・17 刑集 60・1・29 は、類似の行為について、「本件落書き行為は、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」として損壊にあたるとしており、内部を便所として使用できる限り、建造物損壊罪は成立しないという立場はとっていない。

問題 19

【正解】 1

【解説】 犯人隠避罪に関する基礎的な問題であり、身代わり犯人として出頭する場合についての理解を問う趣旨である。

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】 建造物等以外放火罪に関する基礎的な問題であり、建造物等以外放火罪の主観的要件についての理解を問う趣旨である。

最判昭 60・3・28 刑集 39・2・75 は、建造物等以外放火罪が成立するためには、「火を放つて同条所定の物を焼燬〔現行法における焼損〕する認識のあることが必要であるが、焼燬の結果公共の危険を発生させることまでを認識する必要はない」としている。

問題 21

【正解】 1

【解説】 不作為犯に関する基礎的な問題であり、不作為犯の成立要件についての理解を問う趣旨である。

- ア. 正しい。不作為犯が成立するためには、行為者に作為が可能であることが必要である。
- イ. 正しい。期待された作為がなされていれば結果が発生しなかったことが合理的な疑いを超える程度に確実でなければ、不作為犯の因果関係は認められないとされているため（最決平元・12・15 刑集 43・13・879 参照）、五分五分程度の可能性があるというだけでは因果関係が否定され、殺人既遂罪が成立する余地はない。なお、同未遂罪の成立の余地は残されている。
- ウ. 誤り。大審院の判例には、既発の火力を利用する意思を必須とする趣旨に読めるものもあったが（大判大 7・12・18 刑録 24・1558 など）、最判昭 33・9・9 刑集 12・13・2882 は、「既発の火力により右建物が焼燬〔現行法における焼損〕せられるべきことを認容する意思」だけを理由に不作為の放火罪の成立を認める。
- エ. 誤り。過失の不作為犯も認められている（最決平 20・3・3 刑集 62・4・567 など）。
- オ. 誤り。故意の不作為犯の場合も、作為犯と同様、構成要件的结果発生認識予見が必要である。そのため、行為者が被害者の死亡結果の認識予見を欠いていれば不作為の殺人罪が成立する余地はない。しかし、保護責任者遺棄致死罪は結果的加重犯であり、加重結果である死亡結果の認識予見は不要であることから、同罪の成立の余地は残されている。

以上より、アおよびイが正しく、1 が正解となる。

問題 22

【正解】 2

【解説】殺人罪の実行行為および故意に関するやや発展的な問題であり、重要判例（最決平 16・1・20 刑集 58・1・1）を素材として、被害者に自殺的行為を強いた場合についての理解を問う趣旨である。

- ア. 正しい。自殺をさせるのは自殺関与罪にとどまると考えたことはあてはめの錯誤にとどまり、【決定文】記載の事実関係を認識している以上、殺人罪の故意は否定されない。
- イ. 誤り。被告人の行為により被害者が死ぬつもりになって飛び込んでいる以上、被告人は自殺関与（自殺教唆）行為をしたものとして処罰されうる。また、被告人が被害者を【決定文】のような精神状態にまで陥らせるつもりであったのであれば、それが成功しなかったとしても殺人未遂罪が成立しうる。
- ウ. 誤り。保険金取得目的がなかったとしても、被害者を【決定文】のような精神状態にまで陥らせて車ごと海中に飛び込むことを命じている以上、殺人罪の故意が認められる。
- エ. 誤り。仮に自殺意思を有していたとしても強制によるものであり、殺人既遂罪が成立する。
- オ. 正しい。死亡する現実的危険性が高い行為を強いて選択させることが殺人罪の実行行為であり、被告人はそれを認識しつつ行っている以上、被害者の自殺意思の有無を問わず、殺人罪の故意は否定されない。

以上より、アおよびオが正しく、2 が正解となる。

問題 23

【正解】 5

【解説】 正当防衛に関するやや発展的な問題であり、「急迫不正の侵害」の継続、および、「防衛行為の一体性」についての理解を問う趣旨である。

まず、「急迫不正の侵害」の継続・存否に関しては、防衛行為者の反撃によって侵害者がいったん体勢を崩しても、侵害者が凶器を握り続けているなど攻撃の意思と能力を保持しており、直ちに再度の攻撃に移る可能性があった場合には、その間も急迫不正の侵害の継続が認められる（最判平 9・6・16 刑集 51・5・435）。つぎに、最決平 20・6・25 刑集 62・6・1859、および、最決平 21・2・24 刑集 63・2・1 によれば、同一の「防衛の意思」に担われ、場所的・時間的な近接性をもってなされた一連の反撃は、これを「1 個の防衛行為」とみてその罪責を判断することになる。

以上の判例の理解に基づきア～オにおける X の罪責を検討すると、以下のようになる。

ア. X には正当防衛が成立し、傷害罪は成立しない。A による「急迫不正の侵害」は X の第 2 暴行の時点まで継続しており、かつ、X の第 1 暴行および第 2 暴行はいずれも「やむを得ずにした行為」にあたる。そのため、A の鼻骨骨折を惹き起こしたのが第 1 暴行であれ、第 2 暴行であれ、X には正当防衛が成立する。なお、X の第 1 暴行、第 2 暴行は「1 個の防衛行為」と認められる余地があるが、そうだとした場合も結論は同じである。

イ. X には正当防衛が成立し、傷害罪は成立しない。理由は、アと同じ。

ウ. X が「鼻骨骨折」を生じさせた点については正当防衛が成立し、傷害罪は成立しない。A による「急迫不正の侵害」は X の第 1 暴行によって終了し、他方、X の第 2 暴行は「防衛の意思」による行為ではないから、その罪責判断は第 1 暴行とは別個に検討されることとなる。その結果、A の「鼻骨骨折」を生じさせた X の第 1 暴行には正当防衛が成立し、A の「肋骨骨折」を生じさせた X の第 2 暴行に傷害罪が成立することになる。

エ. X には過剰防衛として傷害罪が成立する。A による「急迫不正の侵害」は X の第 1 暴行によって終了し、他方、X の第 1 暴行、第 2 暴行は「1 個の防衛行為」と認められる。その結果、一体の防衛行為から「鼻骨骨折」の結果が生じたものとして、過剰防衛として傷害罪が成立する。なお、この事例では、「鼻骨骨折」が第 1 暴行から生じており、仮に第 1 暴行を単独で評価すれば正当防衛が成立しうる（その場合、第 2 暴行を単独で評価すれば暴行罪が成立しうるとどまる）、という事情が認められるが、判例によれば、この事情は傷害罪の成立を否定する理由とはならず、「有利な情状として考慮すれば足りる」ものとされている（前掲・最決平 21・2・24）。

オ. X には過剰防衛として傷害罪が成立する。A による「急迫不正の侵害」は X の第 1 暴行によって終了しており、他方、X の第 1 暴行、第 2 暴行は「1 個の防衛行為」と認められる。その結果、一体の防衛行為から「鼻骨骨折」の結果が生じたものとして、過剰防衛として傷害罪が成立する。

以上より、A の「鼻骨骨折」の傷害につき X に傷害罪が成立するものはエおよびオであり、5 が正解となる。

問題 24

【正解】 4

【解説】 未遂に関する基礎的な問題であり、未遂一般および中止犯（中止未遂）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 など）。

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、一度成立した未遂犯が否定されるわけではなく、犯罪自体は成立する。

オ. 誤り。不作為態様の中止行為でも中止犯は成立しうる（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。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、不作為態様の中止行為に中止犯が成立しうることを否定していない）。

以上より、イおよびオが誤っており、4 が正解となる。

問題 25

【正解】 1

【解説】教唆犯および幫助犯に関する基礎な問題であり、それぞれの成立要件についての理解を問う趣旨である。

ア. 正しい。最決平 18・11・21 刑集 60・9・770 は、類似の事案において、「X は、被告人〔本肢の事例の Y〕の意向にかかわらず本件犯罪を遂行するまでの意思を形成していたわけではないから、X の本件証拠偽造の提案に対し、被告人がこれを承諾して提案に係る工作の実行を依頼したことによって、その提案どおりに犯罪を遂行しようという X の意思を確定させたものと認められるのであり、被告人の行為は、人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせたものとして、教唆に当たる」としている。

なお、犯人自身が証拠偽造にあたる行為を行っても証拠偽造罪（刑 104 条）には該当しないが、犯人が第三者を教唆して証拠を偽造させた場合には、証拠偽造罪の教唆犯が成立する（最決昭 40・9・16 刑集 19・6・679、最決令 5・9・13 裁判所ウェブサイトを参照）。

イ. 誤り。大判大 2・7・9 刑録 19・771 は、賭博場開張罪（刑 186 条 2 項）の幫助犯が問題となった事案において、「犯罪ノ幫助行為アリトスルニハ犯罪アルコトヲ知リテ犯人ニ犯罪遂行ノ便宜ヲ与ヘ之ヲ容易ナラシメタルノミヲ以テ足り其遂行ニ必要不可欠ナル助カヲ与フルコトヲ必要トセス」〔旧字体を新字体に改めた〕としている（最判昭 24・10・1 刑集 3・10・1629 も参照）。

ウ. 正しい。大判昭 3・3・9 刑集 7・172 は、選挙法違反の幫助犯が問題となった事案において、「不作為ニ因ル幫助犯ハ他人ノ犯罪行為ヲ認識シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作為ニ因リテ其实行ヲ容易ナラシムルニヨリ成立」〔旧字体を新字体に改めた〕すると解しており、犯罪成立のためには、作為義務が必要となる。偶然犯行を目撃した通りすがりの Y には、作為義務は認められない。

エ. 誤り。前掲・大判昭 3・3・9 は、「犯罪ノ実行ニ付相互間ニ意思ノ連絡又ハ共同ノ認識アルコトヲ必要トスルモノニ非ス」〔旧字体を新字体に改めた〕として、片面的幫助犯を認めている。

オ. 誤り。刑法 61 条 1 項は、教唆犯に「正犯の刑を科する」と規定している。

以上より、アおよびウが正しく、1 が正解となる。

問題 26

【正解】 2

【解説】共同正犯および同時傷害の特例に関するやや発展的な問題であり、主として、事後的に暴行に関与した者に帰責される傷害の範囲についての理解を問う趣旨である。

ア. 正しい。Xは、第1暴行に単独正犯として、第2暴行に共同正犯(刑60条)として関与しているため、具体的にどの行為から結果が生じたのか不明であっても、第1暴行および第2暴行から生じたすべての傷害結果について責任を負う。

なお、Xに対しすべての傷害結果についての責任を問うことは、Yに同時傷害の特例の適用を妨げる事情とはならない(最決令2・9・30刑集74・6・669を参照)。

イ. 誤り。【事例】における傷害aは、第1、第2のいずれの暴行から生じたのか不明であるため、同時傷害の特例の適用が問題となる。前掲・最決令2・9・30は、「他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとは認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条〔注記：刑207条〕の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れない」としたうえで、「上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られる」としている。【事例】において、Yが加えた暴行は、傷害aを生じさせうる危険性があつたため、傷害aはYに帰責される。

ウ. 誤り。【事例】における傷害bは、Yが関与する前にXにより生ぜしめられているため、共同共犯(承継的共犯)は成立しない。最決平24・11・6刑集66・11・1281は、「共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはな」としている。

エ. 誤り。【事例】における傷害cおよび傷害dは、Yの共謀加担後のXおよびYの共同暴行(の一部としてのXの暴行)により生じた結果であるから、共同正犯としてYにも帰責されるのであって、同時傷害の特例に基づき帰責されるわけではない。傷害cおよび傷害dは、第2暴行中のXの暴行により生じたことが明らかであるから、同時傷害の特例を適用することはできない。

オ. 正しい。イの解説を参照。【事例】において、Yが加えた暴行は、傷害eを生じさせうる危険性が認められないため、Yには、傷害eは帰責されない。

以上より、アおよびオが正しく、2が正解となる。

問題 27

【正解】4

【解説】窃盗罪に関する基礎的な問題であり、窃盗罪の成否についての理解を問う趣旨である。

1. 正しい。大判大 8・4・5 刑録 25・489 は、同様の事案において、このような判断を示している。
2. 正しい。最決平 21・6・29 刑集 63・5・461 は、同様の事案において、「被告人が自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない」旨を述べている。
3. 正しい。最決平 16・8・25 刑集 58・6・515 は、同様の事案において、領得行為時に着目して被害者の占有の有無を判断し、窃盗罪の成立を肯定している。
4. 誤り。大判大 6・10・15 刑録 23・1113 は、同様の事案において、郵便配達人が郵便物自体に対する所持を失った場合には、差出人は封緘物に対する占有を失うため、その郵便物全体が占有離脱物になり、これを第三者が領得するときは占有離脱物横領罪が成立するに留まる旨を述べている。
5. 正しい。東京高判昭 55・3・3 刑月 12・3・67 は、同様の事案において、A を被害者とするキャッシュカードの窃盗罪と銀行（ATM 管理者）を被害者とする現金の窃盗罪が別個に（併合罪として）成立するという趣旨の判断を示しており、かかる取扱いは実務上確立している。

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）を素材として、暴力団員関係者のゴルフ場利用と詐欺罪の成否についての理解を問う趣旨である。

ア. 誤り。【決定文】は申し込む行為それ自体を作為による欺く行為としている。

イ. 正しい。【決定文】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、詐欺罪が成立する。

オ. 正しい。交付されたのは財物ではなく、本件ではゴルフ場施設の利用という財産上の利益を客体とする 2 項詐欺罪が成立する。

以上より、ア、ウおよびエが誤っており、2 が正解となる。

問題 29

【正解】 5

【解説】 背任罪に関する基礎的な問題であり、背任罪の成立要件についての理解を問う趣旨である。

- ア. 正しい。最判昭 31・12・7 刑集 10・12・1592 は、類似の事案につき、「抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有することはいうまでもないところであり、右任務は主として他人である抵当権者のために負うものといわなければならない」として、事務処理者にあたることを認めている。
- イ. 正しい。最決昭 60・4・3 刑集 39・3・131 は、類似の事案につき、「信用組合の専務理事である被告人が自ら所管する本件貸付事務について、貸付金の回収が危ぶまれる状態にあることを熟知しながら、無担保であるいは十分な担保を徴することなく貸付を実行する手続をとつた以上、それが決裁権を有する組合理事長の決定・指示によるものであり、被告人が右貸付について組合理事長に対し反対あるいは消極的意見を具申した事情が存するとしても、所論のように任務違背がないとはいえないと解すべきである」とする。
- ウ. 正しい。最決昭 58・5・24 刑集 37・4・437 は、類似の事案につき、「被告人が本件事実関係のもとで同協会をして C の債務を保証させたときは、同人の債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがって同協会の財産に、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、財産上の損害を認めている。
- エ. 正しい。大判大 3・10・16 刑録 20・1867 は、「自己ノ利益ヲ図ル目的トハ身分上ノ利益其他総テ自己ノ利益ヲ図ル目的ナルヲ以テ足レリトシ必スシモ其財産上ノ利益ヲ図ル目的ナルコトヲ要セス」〔旧字体を新字体に改めた〕とし、最決昭 63・11・21 刑集 42・9・1251 は、類似の事案につき、「被告人……が右任務違背行為に出たのは、同銀行の利益を図るためではなく、従前安易に行つていた過振りの実態が本店に発覚して自己の面目信用が失墜するのを防止するためであつた」との事実関係を前提に、図利加害目的を認めている。

以上より、ア～エはすべて正しく、5 が正解となる。

問題 30

【正解】 3

【解説】 偽造の罪に関する基礎的な問題であり、文書偽造罪および偽造文書行使罪の成否についての理解を問う趣旨である。

- ア. 誤り。最決平 5・10・5 刑集 47・8・7 は、類似の事案につき、「本件各文書が弁護士としての業務に関連して弁護士資格を有する者が作成した形式、内容のものである以上、本件各文書に表示された名義人は、……弁護士 A 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」として、（有印）私文書偽造罪の成立を認めている。
- イ. 正しい。最決昭 56・4・8 刑集 35・3・57 は、「交通事件原票中の供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであつて、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立する」とする。
- ウ. 誤り。最決平 11・12・20 刑集 53・9・1495 は、類似の事案につき、履歴書「の性質、機能等に照らすと、たとえ被告人の顔写真がはり付けられ、あるいは被告人が右各文書から生ずる責任を免れようとする意思を有していなかったとしても、これらの文書に表示された名義人は、被告人とは別人格の者であることが明らかである」として、（有印）私文書偽造罪の成立を認めている。
- エ. 誤り。最判昭 51・4・30 刑集 30・3・453 は、類似の事案につき、「公文書の写真コピーの性質とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうるものであつて、この場合においては、原本と同一の意識内容を保有する原本作成名義人作成名義の公文書と解すべき」であるとして、（有印）公文書偽造罪の成立を認めている。あくまで原本と同じ性質の文書という評価になるので、私文書偽造罪の問題にはならない。
- オ. 正しい。最大判昭 44・6・18 刑集 23・7・950 は、偽造公文書行使罪にいう「行使にあたるためには、文書を真正に成立したものとして他人に交付、提示等して、その閲覧に供し、その内容を認識させまたはこれを認識しうる状態におくことを要する」とする。偽造した運転免許証を携帯して自動車を運転するだけでは、偽造公文書行使罪は成立しない。

以上より、イおよびオが正しく、3 が正解となる。