

**問題 1****【正解】 2**

【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」であるとする（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の補足意見がある）。

**問題 2****【正解】 1**

【解説】 犯罪の主体に関する基礎的な問題であり、法人処罰の理解について確認する趣旨である。

法人は、罰則において犯罪の主体を示す「者」には含まれず、法人を処罰する規定がある場合にのみ処罰される。その規定は、通常、業務主としての法人を、行為者である自然人と共に処罰する両罰規定の形式をとる。刑法典には法人処罰規定はない。

**問題 3****【正解】 1**

【解説】 不作為犯に関する基礎的な問題であり、不作為犯の客観的要件とそれに対応した故意に必要となる条件について問う趣旨である。

不作為の殺人既遂の成立に、死亡結果の結果回避可能性が必要であるとする以上（最決平元・12・15 刑集 43・13・879 参照）、その点の認識が故意として必要である。

**問題 4****【正解】 2**

【解説】 因果関係と結果的加重犯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）が存在した場合の因果関係、および、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。

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。また、結果的加重犯については、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 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、いわゆる自招侵害に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決平 20・5・20 刑集 62・6・1786 は、類似の事案において、「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人にお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。この理解に基づけば、本問の事例において、X が A の暴行を具体的に予期していなかったとしても、X には正当防衛が認められない。

**問題 6**

【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 [刑集 3・6・772]）。最判昭 35・2・4 刑集 14・1・61 も、通行者の生命、身体等に対する危険を防止するために、腐朽した橋をダイナマイトで爆破した事案において、「その危険を防止するためには、通行制限の強化その他適当な手段、方法を講ずる余地のないことはなく、本件におけるようにダイナマイトを使用してこれを爆破しなければ右危険を防止しえないものであつたとは到底認められない」として、緊急避難の「やむを得ずにした行為」を否定している。

**問題 7**

【正解】 2

【解説】 責任能力に関する基礎的な問題であり、心神喪失と心神耗弱の意義についての理解を問う趣旨である。

大判昭 6・12・3 刑集 10・682 によれば、心神喪失とは、「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力ナク又ハ此ノ弁識ニ從テ行動スル能力ナキ状態」を指称するのに対して、心神耗弱とは、「精神ノ障礙未タ上叙ノ能力ヲ欠如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態」を指称する。この理解によれば、是非善悪を弁識する能力、または、その弁識にしたがって行動する制御能力のいずれかがない状態は、心神耗弱ではなく、心神喪失である。

**問題 8****【正解】 1**

**【解説】** 未遂犯に関する基礎的な問題であり、実行の着手に関する判例の理解を確認する趣旨である。

最決平 16・3・22 刑集 58・3・187 は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させ（第 1 行為）、その状態を利用して被害者を自動車ごと海中に転落させて死させようとした（第 2 行為）事案において、「第 1 行為は第 2 行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第 1 行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第 1 行為と第 2 行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第 1 行為は第 2 行為に密接な行為であり、実行犯 3 名が第 1 行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」と判示している。この理解によれば、本問の事例においても、第 1 行為に出た時点で、X には殺人罪の実行の着手が認められる。

**問題 9****【正解】 1**

**【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】 2**

**【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。

最決平 13・10・25 刑集 55・6・519 は、被告人が 12 歳の長男に指示命令して強盗をさせた場合、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、同様の事案において、「被告人……の行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の 1 人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される」としたうえで、「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、正当なものといえることはできない。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】名誉に対する罪に関する基礎的な問題であり、名誉毀損罪・侮辱罪において法人が客体となりうるかに関する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である」としており、侮辱罪の客体である「人」には法人も含まれる。なお、中村治朗裁判官補足意見においては、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益をいずれも人の社会的名誉とする立場から、いずれの犯罪においても法人を客体に含める理解が示されている。

**問題 13**

【正解】1

【解説】2 項強盗罪に関する基礎的な問題であり、同罪における被害者の処分行為の要否についての理解を確認する趣旨である。

最判昭 32・9・13 刑集 11・9・2263 は、2 項強盗罪の成立には、「相手方の反抗を抑圧すべき暴行、脅迫の手段を用いて財産上不法利得するをもつて足り、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い」とした。

**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、親族相盗例が適用される範囲についての理解を問う趣旨である。

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又は類推適用されることはない」と解するのが相当である」とした。

**問題 15**

【正解】 1

【解説】 詐欺罪に関する基礎的な問題であり、他人名義のクレジットカード使用におけ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、類似の事案において、「以上の事実関係の下では、被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する」としており、ガソリンの交付を受けたことを理由として詐欺罪を認めている（同判例が是認する第一審判決である京都地判平 13・9・21 刑集 58・2・93 は、刑法 246 条 1 項を適用している）。

**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ものと解するを相当とする」とし、「従つて、原判決が……債権額のいかんにかかわらず、右金 6 万円の全額について恐喝罪の成立をみとめたのは正当であ」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】背任罪に関する基礎的な問題であり、図利目的の意義について確認する趣旨である。

判例によれば、自己の利益を図る目的には、自己保身の目的も含まれる（最決昭 63・11・21 刑集 42・9・1251）。また、自己または第三者の利益を図る目的と本人の利益を図る目的が併存する場合でも、後者の目的が決定的なものではなく、前者の目的が主たるものであれば、背任罪の成立は妨げられない（最決平 10・11・25 刑集 52・8・570）。

**問題 18**

【正解】1

【解説】盗品等関与罪に関する基礎的な問題であり、本犯（ここでは窃盗罪）の教唆と盗品等関与罪の関係について確認する趣旨である。

最判昭 24・7・30 刑集 3・8・1418 は、このような場合に窃盗罪の教唆と盗品有償処分あっせん罪の 2 罪が成立するとしている。

**問題 19**

【正解】1

【解説】偽証罪に関する基礎的な問題であり、本罪における「虚偽の陳述」の意義について確認する趣旨である。

大判大 3・4・29 刑録 20・654 は、このような場合にも偽証罪が成立するとしている。

**問題 20**

【正解】2

【解説】現住建造物放火罪に関する基礎的な問題であり、建造物の意義について確認する趣旨である。

両建物とこれを接続する廊下は、いずれも木造であり、その一部に放火されることにより全体に危険が及ぶおそれのある一体の構造となっている。また、倉庫として利用している建物は日用品を保管するためのものであり、両建物は全体が一体として日夜人の起居に利用されているといえる。そのため、両建物は 1 個の現住建造物にあたり、その一部を焼損すれば、現住建造物放火罪の既遂が成立しうる（最決平元・7・14 刑集 43・7・641 参照）。

**問題 21****【正解】 1**

**【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. 正しい。**【決定要旨】** は、因果関係に関する一定の法理を明示するものではなく、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、監禁行為にともなう危険性が結果に実現したといえることから因果関係が認められるとする見解と、まったく矛盾するものではない。
2. 誤り。**【決定要旨】** は、たとえば、監禁行為にともなう危険性が死亡結果に実現したことから因果関係が認められるとする見解からも説明でき、条件説の立場からでないとは説明できないものではない。
3. 誤り。**【決定要旨】** は、「A 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」といえることを前提としており、A の直接の死亡原因が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。
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は、何ら判断を示していない。
5. 誤り。**【決定要旨】** は、第三者の過失行為と死亡結果との間に因果関係が認められることを前提に、監禁行為と死亡結果の因果関係を肯定しており、第三者の過失行為について因果関係が肯定されれば監禁行為との間では因果関係が認められないとする趣旨を示したものではない。

**問題 22**

【正解】 2

【解説】 故意における認識対象についての基礎的な問題であり、各種犯罪において行為者に要求される認識の対象・範囲を問う趣旨である。

1. 誤り。傷害致死罪などの結果的加重犯における加重結果については、現実の認識（予見）は不要である。死亡結果に対する認識（予見）があると殺人の故意があることになり、傷害致死罪ではなく殺人罪が成立する。
2. 正しい。殺人罪では客体の認識が必要であるが、ある部屋の中にいる人を全員殺害する目的で、その正確な人数は認識しないまま手りゅう弾を投げ込む場合のように、一定の範囲内にいる人を概括的に認識しているだけでも概括的故意が認められ、その全員との関係で殺人罪の故意が肯定できる。
3. 誤り。人の身体を傷害することの認識がある場合には、傷害罪の構成要件の故意は認められるが、それだけでは傷害罪は成立せず、正当防衛に該当する事実を誤信していると、誤想防衛として故意（責任故意）が阻却されて、同罪は不成立となる（広島高判昭 35・6・9 高刑集 13・5・399、大阪地判平 23・7・22 判タ 1359・251 など）。
4. 誤り。未成年者略取誘拐罪において、客体が未成年であることは構成要件要素であり、同罪の故意における認識対象である。
5. 誤り。覚醒剤所持罪の故意を認めるためには、条文の認識は不要であるが、「身体に有害な違法な薬物である」といった「意味の認識」が必要である。

## 問題 23

【正解】 3

【解説】被害者の同意に関する基礎的な問題であり、同意の有効性および同意の効果についての知識を問う趣旨である。

- ア. 正しい。大判昭 9・8・27 刑集 13・1086 は、類似の事案において、被害者は「僅ニ 5 年 11 月ノ幼児ニ過キサルコト明白ニシテ未タ自殺ノ何タルカヲ理解スルノ能力ヲ有セス従テ自己ヲ殺害スルコトヲ囑託シ又ハ殺害ヲ承諾スルノ適格ナキモノト認ムヘキ」として、殺人罪の成立を認めている。この理解によれば、X には、同意殺人罪ではなく、殺人罪が成立する。
- イ. 誤り。最判昭 33・11・21 刑集 12・15・3519 は、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。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」として、殺人罪の成立を認めている。この理解によれば、X には、殺人罪が成立しうる。
- ウ. 正しい。刑法 176 条 3 項は、16 歳未満の者（ただし、13 歳以上 16 歳未満の者については、行為者が 5 歳以上年上であることが必要である）に対し、わいせつな行為を行えば、それだけで不同意わいせつ罪が成立することを規定している。
- エ. 誤り。最決昭 55・11・13 刑集 34・6・396 は、類似の事案において、「被害者が身体傷害を承諾したばあいには傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」として、傷害罪の成立を認めている。この理解によれば、X には、傷害罪が成立しうる。
- オ. 正しい。最決昭 33・3・19 刑集 12・4・636 は、刑法 220 条にいう「『監禁』とは、人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい、その方法は、必ずしも所論のように暴行又は脅迫による場合のみに限らず、偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含む」と述べている。この理解によれば、本肢のような事案においても、X には、監禁罪の成立が認められる。

以上より、イおよびエが誤っており、3 が正解となる。

## 問題 24

【正解】 4

【解説】 責任能力に関するやや発展的な問題であり、原因において自由な行為についての知識を問う趣旨である。

ア. 誤り。本肢のような事例においては、A 車に対する窃盗罪については、完全責任能力の状態でなされた意思決定の実現でなく、心神耗弱に陥った後に決意されたものであるから、刑法 39 条 2 項の適用が認められるが、心神耗弱に陥る前より意図されていた、道路交通法上の酒酔い運転の罪については、刑法 39 条 2 項の適用が否定される。詳細は、イの解説を参照。

イ. 正しい。最決昭 43・2・27 刑集 22・2・67 は、心神耗弱の状態での酒酔い運転を行った事案において、「酒酔い運転の行為同時に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあつたとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法 39 条 2 項を適用して刑の減輕をすべきではないと解するのが相当である」として、道路交通法上の酒酔い運転の罪について、当初より酒酔い運転の意思があつた場合に、刑法 39 条 2 項の適用を否定している。

ウ. 誤り。X の酒酔い運転行為は、完全責任能力の状態でなされた意思決定の実現でなく、心神耗弱の状態でなされた意思決定によるものであるから、刑法 39 条 2 項の適用は排除されない（イの解説を参照。実際に、このようなケースにおいて 39 条 2 項の適用を認めた裁判例として、東京高判昭 41・10・27 東高刑時報 17・10・224 などがある）。

エ. 誤り。最大判昭 26・1・17 刑集 5・1・20 は、本件と類似の事案において、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因つて心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険ある素質を有する者は居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない」として、過失致死罪の成立可能性を認めている。なお、殺人罪が成立しない点については、オの解説を参照。

オ. 正しい。アルコールを摂取した際、Y には、飲酒して B に危害を加えようとする意思がなかったことから、殺人罪については、刑法 39 条 1 項により責任が阻却される。また、アルコールを摂取したことについて Y に注意義務違反（過失）が認められないので、Y に過失致死罪も成立しない。

以上より、イおよびオが正しく、4 が正解となる。

**問題 25****【正解】 1**

**【解説】** 共犯と身分に関するやや発展的な問題であり、刑法 65 条の適用に関する判例の知識を問う趣旨である。

1. 誤り。大判大 2・3・18 刑録 19・353 は、本肢のような見解を採用した原審判決を破棄し、常習賭博罪のような「犯人ノ身分ヲ以テ……単ニ刑ノ輕重ノ原因トセル犯罪」については刑法 65 条 1 項が適用されないとした。
2. 正しい。最判昭 42・3・7 刑集 21・2・417 はこのような立場にたつ。
3. 正しい。最判昭 32・11・19 刑集 11・12・3073 はこのような立場にたつ。
4. 正しい。最判令 4・6・9 刑集 76・5・613 は、「公訴時効制度の趣旨は、処罰の必要性と法的安定性の調和を図ることにあり、刑訴法 250 条が刑の輕重に依じて公訴時効の期間を定めているのもそれを示すものと解される。そして、処罰の必要性（行為の可罰的評価）は、犯人に対して科される刑に反映されるものといえることができる。本件において、業務上占有者としての身分のない非占有者である被告人には刑法 65 条 2 項により同法 252 条 1 項の横領罪の刑を科することとなるとした第 1 審判決及び原判決の判断は正当であるところ、公訴時効制度の趣旨等に照らすと、被告人に対する公訴時効の期間は、同罪の法定刑である 5 年以下の懲役について定められた 5 年（刑訴法 250 条 2 項 5 号）であると解するのが相当である」とする。
5. 正しい。最判令 7・1・27 刑集 79・1・1 はこのような立場にたつ。

**問題 26**

【正解】 3

【解説】住居等侵入罪に関する基礎的な問題であり、住居等侵入罪の成否に関する判例の知識を問う趣旨である。

ア. 正しい。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. 誤り。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. 正しい。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立った事案で、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、建造物侵入罪が成立するとしている。

エ. 正しい。最決平 21・7・13 刑集 63・6・590 は、「本件塀は、本件庁舎建物とその敷地を他から明確に画するとともに、外部からの干渉を排除する作用を果たしており、正に本件庁舎建物の利用のために供されている工作物であって、刑法 130 条にいう『建造物』の一部を構成するものとして、建造物侵入罪の客体に当たる」とし、「外部から見ることでできない敷地に駐車された捜査車両を確認する目的で本件塀の上部へ上がった行為」につき建造物侵入罪の成立を肯定した。

オ. 誤り。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。

以上より、イおよびオが誤っており、3 が正解となる。

## 問題 27

【正解】 3

【解説】 不法領得の意思に関する基礎的な問題であり、不法領得の意思の有無についての判例の理解を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。最決昭 55・10・30 刑集 34・5・357 は、類似の事案において、窃盗罪について不法領得の意思を認めている。
- イ. 誤り。最決昭 35・9・9 刑集 14・11・1457 は、同様の事案において、「電線を送電用ではなく流木を岸に繋留するために使用することは、電線の廃棄ではなくその経済的用法に従ったものである」として窃盗罪について不法領得の意思を認めた原判決（高松高判昭 32・3・27 刑集 14・11・1464）を是認している。
- ウ. 正しい。最決平 16・11・30 刑集 58・8・1005 は、同様の事案において、「郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である」として、詐欺罪について不法領得の意思を否定している。
- エ. 正しい。最判昭 26・7・13 刑集 5・8・1437 は、同様の事案において、「X 等が対岸に該船を乗り捨てる意思で前記肥料船に対する A の所持を奪った以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思即ち右にいわゆる不正領得の意思がなかつたという訳にはゆかない」として、窃盗罪について不法領得の意思を認めている。
- オ. 誤り。最判昭 33・4・17 刑集 12・6・1079 は、同様の事案において、「権利者を排除して……市選挙管理委員会所有の投票用紙を恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であつたこと明らかであるから、X 等は、不法領得の意思なしというを得ない」として、窃盗罪について不法領得の意思を認めている。

以上より、イおよびオが誤っており、3 が正解となる。

**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がある。

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 246 条の 2 前段。いわゆる「作成型」）が成立すると解する余地がある（広島高判令 6・6・11 裁判所ウェブ）。

【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。仮に、被害者がまだ付近におり、財布を落としてからわずかな時間しか経過していなかったなどの事情がある場合は、窃盗罪が成立する余地もある（最決平 16・8・25 刑集 58・6・515）。

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】 5

【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、横領罪が成立する余地はない。

イ. 正しい。大判昭8・9・11刑集12・1599は、債権者が債務者に対する金銭債権等の取立てを第三者に委任した場合においては、特段の事情がない限り、受任者が債務者から取り立てた金銭等の所有権は直接これを債権者本人に帰属するとしている。したがって、Xには横領罪が成立しうる。

ウ. 誤り。横領罪の行為である「横領」とは、判例（大判明43・8・9刑録16・1452、最判昭27・10・17集刑68・361）および通説によれば、不法領得の意思を外部に発現する行為をいう。所有権を移転する行為のみならず、担保権を負担させることなどもそれに含まれる（最判昭34・3・13刑集13・3・310）。したがって、Xには横領罪が成立する余地がある。

エ. 正しい。判例によれば、後日に補填する意思が行為当時であったとしても横領罪の成立は妨げないとしている（最判昭24・3・8刑集3・3・276）。下級審判例では、遅滞なく補填する意思があり、かついつでも補填できる十分な資力がある場合は横領罪が不成立となる余地があるとしたものがあるが（東京高判昭31・8・9高刑特3・17・826）、本肢にはそのような事情は書かれておらず、横領罪が成立する余地がある。

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。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、ウおよびオが誤っており、5が正解となる。

**問題 30****【正解】 2**

**【解説】** 国家的法益に対する罪に関する基礎的な問題であり、賄賂罪についての理解を確認する趣旨である。

- ア. 正しい。賄賂の收受時に X は公務員であることから、単純収賄罪が成立する。異動の前後で一般的職務権限が異なっていたとしても、同罪の成立を妨げない（最決昭 58・3・25 刑集 37・2・170 参照）。
- イ. 誤り。A 県警の警察官の犯罪捜査に関する権限は、A 県警の管轄区域である A 県全域に及ぶことから、X が同事件の捜査に関与していなくとも、「その職務に関し」賄賂を收受したといえる（最決平 17・3・11 刑集 59・2・1）。
- ウ. 誤り。中間的審査結果を漏示する行為は、大学設置審議会の専門委員会委員としての職務に密接な関係のある行為にあたるため、X は「その職務に関し」賄賂を收受したといえる（最決昭 59・5・30 刑集 38・7・2682）。
- エ. 誤り。任期満了の前に、現に市長としての一般的職務権限に属する事項に関して請託を受けて賄賂を收受したときは、受託収賄罪が成立する（最決昭 61・6・27 刑集 40・4・369）。
- オ. 正しい。未公開株を本肢のような形で取得できる利益それ自体が、賄賂にあたる（最決昭 63・7・18 刑集 42・6・861）。

以上より、アおよびオが正しく、2 が正解となる。