

答案力養成答練・Web 限定ガイダンス

# 予備試験合格レベルの答案構造 【刑法】

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

1 [刑 法]

2  
3 以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。  
4

5 1 甲（28歳、男性、身長178センチメートル、体重82キログラム）は、V（68歳、男性、  
6 身長160センチメートル、体重53キログラム）が密輸入された仏像を密かに所有しているこ  
7 ことを知り、Vから、売買を装いつつ、代金を支払わずにこれを入手しようと考えた。具体的には、  
8 甲は、代金を支払う前に鑑定が必要であると言ってVから仏像の引渡しを受け、これを別の者に  
9 託して持ち去らせ、その後、自身は隙を見て逃走して代金の支払を免れようとして計画した。

10 甲は、偽名を使って自分の身元が明らかにならないようにして、Vとの間で代金や仏像の受渡  
11 しの日時・場所を決めるための交渉をし、その結果、仏像の代金は2000万円と決まり、某日、  
12 ホテルの一室で受渡しを行うこととなった。甲は、仏像の持ち去り役として後輩の乙を誘ったが、  
13 乙には、「ホテルで人から仏像を預かることになっているが、自分にはほかに用事があるから、  
14 仏像をホテルから持ち帰ってしばらく自宅に保管しておいてくれ。」とのみ伝えて上記計画は伝  
15 えず、乙も、上記計画を知らないまま、甲の依頼に応じることとした。

16 2 受渡し当日、Vは、一人で受渡し場所であるホテルの一室に行き、一方、甲も、乙を連れて同  
17 ホテルに向かい、乙を室外に待たせ、甲一人でVの待つ室内に入った。甲は、Vに対し、「金は  
18 持ってきたが、近くの喫茶店で鑑定人が待っているの、まず仏像を鑑定させてくれ。本物と確  
19 認できたら鑑定人から連絡が入るので、ここにある金を渡す。」と言い、2000万円が入って  
20 いるように見せ掛けたアタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めた。Vは、代金が準備され  
21 ているのであれば、先に仏像を引き渡しても代金を受け取り損ねることはないだろうと考え、仏  
22 像を甲に引き渡した。甲は、待機していた乙を室内に招き入れ、「これを頼む。」と言って、仏像  
23 を手渡したところ、乙は、準備していた風呂敷で仏像を包み、甲からの指示どおり、これを持っ  
24 てそのままホテルを出て、タクシーに乗って自宅に帰った。乙がタクシーで立ち去った後、甲は、  
25 代金を支払わないまま同室から逃走しようとしたが、Vは、その意図を見破り、同室出入口ドア  
26 前に立ちはだかつて、甲の逃走を阻んだ。

27 3 Vは、甲が逃げないように、護身用に持ち歩いていたナイフ（刃体の長さ約15センチメー  
28 トル）の刃先を甲の首元に突き付け、さらに、甲に命じてアタッシュケースを開けさせたが、中に  
29 現金はほとんど入っていなかった。Vは、甲から仏像を取り返し、又は代金を支払わせようと  
30 して、その首元にナイフを突き付けたまま、「仏像を返すか、すぐに金を準備して払え。言うこと  
31 を聞かないと痛い目に合うぞ。」と言った。また、Vは、甲の身元を確認しようと考え、「お前の  
32 免許証か何かを見せろ。」と言った。

33 4 甲は、このままではナイフで刺される危険があり、また、Vに自動車運転免許証を見られると、  
34 身元が知られて仏像の返還や代金の支払を免れることができなくなると考えた。そこで、甲は、  
35 Vからナイフを奪い取ってVを殺害して、自分の身を守るとともに、仏像の返還や代金の支払を  
36 免れることを意図し、隙を狙ってVからナイフを奪い取り、ナイフを取り返そうとして甲につか  
37 み掛かってきたVの腹部を、殺意をもって、ナイフで1回突き刺し、Vに重傷を負わせた。甲は、  
38 すぐに逃走したが、部屋から逃げていく甲の姿を見て不審に思ったホテルの従業員が、Vが血を  
39 流して倒れているのに気付いて119番通報をした。Vは、直ちに病院に搬送され、一命を取り  
40 留めた。

41 5 甲は、身を隠すため、その日のうちに国外に逃亡した。乙は、持ち帰った仏像を自宅に保管し

- 1 たまま、甲からの指示を待った。その後、乙は、甲から電話で、上記一連の事情を全て打ち明け
- 2 られ、引き続き仏像の保管を依頼された。乙は、先輩である甲からの依頼であるのでやむを得ない
- 3 と思い、そのまま仏像の保管を続けた。しかし、乙は、その電話から2週間後、金に困っていた
- 4 ことから、甲に無断で仏像を500万円で第三者に売却し、その代金を自己の用途に費消した。

**【法務省発表の出題趣旨】**

本問は、甲が、Vに嘘を言い、同人所有の仏像を、事情を知らない乙を介して入手した際、Vからナイフを突き付けられて仏像の返還や代金の支払を要求されたため、自分の身を守るとともに仏像の返還や代金の支払を免れる意図で、殺意をもって、Vから奪い取ったナイフで同人の腹部を刺したが殺害に至らず、その後、甲の依頼を受けた乙が、仏像を保管中、甲に無断でこれを売却した、という事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、詐欺罪、強盗殺人未遂罪、正当防衛、盗品等保管罪、横領罪それぞれの成立要件等に関する基本的理解と事実の当てはめが、論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

## 平成26年論文式試験・刑法〔合格者再現答案①〕

刑法・評価A (1位～300位/受験者1900人)

Memo

## P.1 I 甲の罪責

- 2 1 アタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めた行為について、窃盗罪(刑法、以下略、235条)又は  
3 詐欺罪(246条1項)は成立しないか
- 4 (1) この点、窃盗か詐欺かを区別するにあたり、窃盗は意思に反して占有移転がされた場合を指し、詐欺  
5 は瑕疵ある意思に基づいて占有移転がなされた場合を指す。そこで、意思に基づいて占有移転がなされ  
6 たか否かで両者を区別する。
- 7 本件において、アタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めたことにより代金を免れられることは  
8 ないだろうとVは考え、仏像を現実に引渡し、乙が外にもって出ることをも認めていることから、Vの  
9 主観も併せて考慮するに、引渡しにより仏像はもはや甲の占有下に移転したといえる。よって、占有移  
10 転はVの瑕疵ある意思に基づいてなされたと言え、詐欺罪の成否が問題となる。
- 11 (2) 本件において、2000万円が入っているように見せかけたアタッシュケースを示すという「欺」く  
12 行為により、Vは代金が準備されていると考えるという錯誤に陥ったといえる。そして、仏像が財物と  
13 いえるのならば、交付行為、財産上の利益の移転があり、詐欺罪は成立するといえる。
- 14 では密輸入された仏像は「財物」といえるか。刑法上保護に値するかが問題となる。この点、密輸入  
15 品といった法禁物であっても没収のためには手続を経る必要があり、占有を保護するという観点から刑  
16 法上保護に値すると考えるべきである。よって、本件において対象となった仏像は「財物」に該当する。
- 17 (3) 以上より、詐欺罪が成立する。
- 18 2 Vの腹部をナイフで一回突き刺した行為について、強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)は成立し  
19 ないか。
- 20 (1) まず、甲は殺意をもって上記行為に及んでいるが、故意がある場合も240条の適用があるのかが問  
21 題となる。この点、240条の趣旨は強盗の機会に殺傷を伴うことが多く、重い刑罰をもって望む点に  
22 ある。そうであれば、殺害して財物を奪取するという1つの顕著な刑事学的類型を除外するのは、その  
P.2 趣旨に反するといえる。そこで、故意ある場合も240条後段が適用できると考える。したがって、本  
2 問においても240条後段の適用はあると考えるべきである。
- 3 (2) では、「強盗」(236条2項)といえるか
- 4 ア そもそも、強盗といえるためには、反抗抑圧に足る程度の「暴行又は脅迫」が必要である。本問に  
5 関してはナイフで腹部を突き刺す行為であり、一般人をして反抗を抑圧されるであろうことから、  
6 「暴行」にあたる。
- 7 イ では、「財産上不法の利益を得」ることに向けられた暴行といえるか。そもそも、2項強盗罪成立  
8 のためには、処罰範囲を限定する観点から、確定的な利益移転に向けられた暴行でなければならない  
9 と解される。本問において、まず甲は仏像の引渡しを受けていることから、代金2000万円の債務  
10 を負っている。そして、その債務は、Vが死亡したり、一旦甲を逃がせば、甲の身元は不明であるこ  
11 とから、また仏像の売買について証書を作成していないことから、もはや甲は請求を受けない地位と  
12 同様の地位を得たものと言え、債務を実質的に免れる関係にあるといえる。よって、「財産上不法の  
13 利益を得」ることに向けられた暴行といえる。
- 14 ウ そして、Vの抑圧状態を利用して部屋から逃げたので、実行行為から財産上の利益移転まで  
15 因果関係が認められる。
- 16 エ 以上から甲は「強盗」にあたる。
- 17 (3) また、240条により処罰されるためには、死傷結果が強盗の機会の行為により生じたことが必要と  
18 なるが、Vの死亡に至らなかった傷害という結果は2項強盗の手段たる暴行から生じており、強盗の機  
19 会の要件を充足する。
- 20 もっとも、Vは死亡するに至っておらず、240条の第一次的な保護法益は人の生命身体であると考  
21 えられ、その点から既遂未遂が判断されるべきと考えるので、甲には未遂罪が成立し得るにとどまる。
- 22 (4) もっとも、甲はVから首元にナイフを突きつけられて「痛い目に合うぞ」と脅された行為に対抗して  
P.3 当該行為に及んでいる。そこで、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されるのではないか。
- 2 ア まず、「急迫」とは法益侵害が切迫していることを指すところ、ナイフで脅され刺される危険性が

## 予備試験合格レベルの答案構造【刑法】

- 3 あることから、文言上該当する。そして、自分の生命を守ろうとしており、「自己の…権利」を守ろ  
4 うとしている。さらに、人の主観は行為の社会的相当性に影響するので防衛の意思は必要で、その内  
5 容は急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態と考えられるところ、ナイ  
6 フで刺されることを避けようとしているため、防衛の意思があるとも考えられる。しかし、主たる目  
7 的は防衛よりも、仏像の返還や代金の支払を免れるという目的であり、それが防衛意思を圧倒的に上  
8 回っているとはいえるため、防衛の意思はないといえる。そして、たしかに防衛する必要はあったが、  
9 ナイフで突き刺す行為はやむを得ずにした必要最小限度の行為であるともいえない。
- 10 イ また、本問においてVの恐喝行為は甲の詐欺行為に触発してなされた一連一体の事態であり、自招  
11 侵害により防衛をすべき正当な状況になかったといえ社会的相当性を欠く。よって、この点からも正  
12 当防衛行為が否定される。
- 13 ウ 以上から、正当防衛は成立せず、違法性阻却はされない。
- 14 (5) 以上より、強盗殺人未遂罪が成立する。
- 15 3 また、甲が乙に対して仏像の保管を依頼した行為に対して、後述のように乙には盗品等保管罪が成立し、  
16 当該行為は庇護権の濫用であるといえ、「盗品」である仏像について盗品等保管罪の教唆犯(6 1条 1項、  
17 2 5 6条 2項)が成立する。
- 18 4 以上より、甲には①詐欺罪、②強盗殺人未遂罪、③盗品等保管罪の教唆犯が成立し、①と②は同一法益  
19 に対する侵害行為であるので、①は②に吸収され、これと③は別個独立の行為であるので、併合罪(4 5条  
20 前段)となり、その罪責を負う。
- 21 II 乙の罪責
- 22 1 まず、甲の詐欺行為、強盗殺人未遂行為については認識していないので何ら罪は成立しない。
- P.4** 2 一連の事情を全て認識した後に仏像の保管を続けた行為について盗品等保管罪は成立しないか。
- 3 (1) まず、仏像は甲の詐欺行為により領得された「盗品」にあたる。そして、盗品であることを認識して  
4 「保管」している。  
5 そして、「盗品」であることを認識したときが保管開始後も盗品等保管罪が成立するか問題となる  
6 も、認識した以上返還すべきであり、保管を続けていることで保護法益たる被害者の追求権を害してい  
7 るといえるので、認識したときが保管後であっても同罪は成立すると考える。よって本問でも盗品等保  
8 管罪が成立する。
- 9 (2) 以上から、盗品等保管罪が成立する。
- 10 3 第三者に仏像を売却した行為について、委託物横領罪(2 5 2条 1項)は成立しないか。
- 11 (1) まず、仏像を乙は保管しているが、仏像につき所有権を有していないので、「自己の占有する他人の  
12 物」にあたる。  
13 そして、甲から仏像の保管を任されており、委託信任関係があるとも思えるが、盗品犯による盗品の  
14 保管の依頼という委託信任関係は刑法上保護に値するかが問題となるも、財産的秩序の保護のため、詐  
15 欺犯人との委託信任関係も保護に値すると考える。とするのならば、委託信任関係も認められる。
- 16 (2) そして、「横領」とは不法領得の意思を発現する一切の行為であり、その意思の内容は権利者排除意思  
17 であると考えられるところ、売却する行為は権利者でなければなし得ない行為であることから、権利者  
18 排除意思が売却の意思表示の時点で認められ既遂に達する。
- 19 (3) 以上より、委託物横領罪が成立する。
- 20 4 なお、代金を自己の用途に消費した行為は委託物横領罪で評価されており、不可罰的事後行為となる。
- 21 5 以上より、①盗品等保管罪、②委託物横領罪が成立し、両者は独立別個の関係にあるので、併合罪とな  
22 り、その罪責を負う。
- 以上

## 平成26年論文式試験・刑法〔合格者再現答案②〕

刑法・評価A (1位~300位/受験者1900人)

Memo

## P.1 第1 甲の罪責について

2 1 甲がVから仏像の受渡しを受けた行為について詐欺罪(246条1  
3 項)が成立しないか、以下検討する。

4 (1) まず、甲はVに代金を支払うつもりが無いのにあるかのように言っ  
5 て引き渡しを求めているから、「欺い」と言える。

6 (2) では「交付させた」と言えるか。

7 ア この点、詐欺罪とは、相手方の錯誤に基づき財物の占有を相手方  
8 から移転させるという因果経過を予定している。従って、「交付さ  
9 せた」要件は、錯誤に基づいて交付行為がなされたことを担保する  
10 ための要件である。そこで、錯誤、つまり瑕疵ある意思に基づいて  
11 交付がなされることを要し、意思に基づかない占有移転では足りな  
12 いから、交付者は占有の弛緩の認識では足りず、占有移転の認識が  
13 必要である。

14 イ 本問についてこれを検討するに、Vは甲がホテルを出て喫茶店に  
15 行くことを容認しているところ、ホテルを出てしまえば仏像を取り  
16 戻すことはほぼ不可能となるから占有の移転があると見え、したが  
17 ってVには占有を移転させる認識がある。

18 そして、客観的にも占有は乙の帰宅により、占有は移転している。

19 ウ よって「交付させた」と言える。

20 (3) そして、事情を知らぬ乙を道具として用いているが、乙は事情を知  
21 らぬ以上、自律性が無く、甲の間接正犯となる。

22 (4) 以上よりVに対する詐欺罪が成立する。

## P.2 2 甲がVに対してナイフで1回突き刺した行為は強盗殺人未遂罪(243条、240条後段、236条2項)が成立しないか、以下検討する。

3 (1) 刃渡り約15センチメートルもの長さのナイフで、人体の枢要部で  
4 あるVの腹を突き刺す行為によりVは重傷を負わせたのであるから、  
5 反抗を抑圧する程度の有形力行使たる「暴行」があった。

6 (2) 甲は国外に逃亡しているから、返還請求を完全に免れたと言え、  
7 「財産上不法の利益を得」といえる。

8 (3) もっとも、240条後段の保護法益は第1次的には生命身体の安全  
9 であるので、財物奪取がなされても、Vが死亡していない以上未遂  
10 (243条)にとどまる。

11 (4) そうだとしても、甲はVから首元にナイフを突きつけられそれに反  
12 撃したのであるから正当防衛(36条)が成立し、違法性が阻却され  
13 ないか。

14 ア Vはナイフを取り返そうと甲に掴みかかってきたのであるから、  
15 「急迫不正の侵害」があったと言え、「自己の権利」である甲の身  
16 体を守るためナイフの刺突行為を行っているのであるから、殺意が  
17 あるうとも、Vの侵害を認識しつつこれを避けようとする防衛の意  
18 思が認められ、「防衛するため」と言える。

19 イ もっとも、正当防衛は正対不正の状況下では正たる防衛者は侵害  
20 を退避せずにこれに対抗することが許されることにより認められる  
21 ものであるから、「やむを得ずにした行為」と言えるためには確実  
22 な防衛効果が期待できるうちで必要最小限の行為であることを要す

## P.3 2 本問では、甲が年齢、体格においてVに大きく勝るため、Vからナイフを奪い取った後は素手での対抗でも侵害を排除可能と言え

- 3            る。そのため、ナイフでの刺突行為は必要最小限とは言えない。よ  
4            って、「やむを得ずにした行為」にあたらぬ。
- 5            ウ       そこで過剰防衛（36条2項）が成立するとも思える。
- 6            エ       しかし、そもそもVの恐喝行為は甲の詐欺行為に端を発するもの  
7            であり、自招侵害としての側面を持つと考えられることから、過剰  
8            防衛が成立しないのではないか。
- 9            この点、先行する甲の行為は暴行でなく詐欺であり、また、Vの  
10           恐喝行為はナイフを用いたきわめて生命への危険性の高い行為であ  
11           るから、詐欺行為に比して不法の程度が著しく高い。そのため、判  
12           例の射程は及ばず、喧嘩闘争状況の一コマとは評価できないから、  
13           防衛行為に出ることが正当と認められないとまでは言えない。
- 14           オ       以上より、Vに対する強盗殺人未遂罪が成立するが、過剰防衛と  
15           なる。
- 16           3       甲にはVに対する①詐欺罪及び②強盗殺人未遂罪が成立するが、被害  
17           法益・行為態様の一体性があるから、①が②に吸収され、包括一罪とな  
18           る。
- 19           第2   乙の罪責について
- 20           1       乙が詐欺罪の目的物である仏像を自宅で保管していた行為につき、盗  
21           品等保管罪（256条2項）が成立しないか、検討する。
- 22           本問では、乙が仏像を引き受けた当初、甲の詐欺罪の目的物であるこ  
**P.4**       とを知らなかったが、その後一連の事情を打ち明けられ知るに至ってい  
2           る。そこで、中途から盗品性を知情した場合も同罪が成立するの  
3           か問題となる。
- 4           (1)   この点、256条2項は真の所有者による盗品の追求権を妨げる  
5           ような行為を罰する事にその趣旨がある。とすれば、盗品性の知情後  
6           も保管を継続することでかかる追求権行使を阻害していると言える。
- 7           (2)   よって知情後も仏像の保管を続けた乙に対して盗品等保管罪が成立  
8           する。
- 9           2       更に、甲から依頼を受けたにもかかわらず、保管していた仏像を無断  
10           で第三者に売却してしまった行為について横領罪（252条1項）が成  
11           立しないか。
- 12           (1)   甲は詐欺罪の正犯であるから、犯人による委託信任関係に基づく保  
13           管を保護する必要性はない。よって、占有離脱物等横領罪の成否が問  
14           題となるに過ぎない。
- 15           (2)   そして、500万円の費消目的があったことから不法領得の意思が  
16           認められ、売却時点で既遂となる。
- 17           3       乙には、盗品等保管罪及び占有離脱物横領罪が成立し、両者は包括一  
18           罪となり、前者の罪に吸収される。
- 19

以 上