

夏の論文対策セミナー②

司法試験の合否は訓練の有無で決まる

今から始めたい「適切な」答案トレーニング

辰巳専任講師・弁護士

福田 俊彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

夏の論文対策セミナー
今から始めたい「適切な」答案トレーニング

□ 目 次 □

第1	はじめに	P. 1
第2	絶対にすべらない答案のルール：総論（一部紹介）	P. 4
第3	絶対にすべらない答案のルール：各論（一部紹介）	P. 7
第4	スタ論スタート2015刑法1（2014年7月6日実施）より	P. 10

第1 はじめに

1 司法試験とはどういう試験か？

司法試験法1条1項：「①裁判官，検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及び②その应用能力を有するかどうかを判定することを目的とする国家試験」（記号及び下線等は，福田が付したものです。以下，すべて同じです。）

↓司法試験のうちの論文式試験とは，

同法3条2項：「①裁判官，検察官又は弁護士になろうとする者に必要な専門的学識並びに②法的な分析，構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的」とする試験

↓その採点方法は，

同法3条4項：「司法試験においては，その受験者が裁判官，検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその应用能力を備えているかどうかを適格に評価するため，①知識を有するかどうかの判定に偏することなく，②法律に関する理論的かつ実践的な理解力，思考力，判断力等の判定に意を用いなければならない。」

2 司法試験にすべらないために必要な具体的な能力とは？

- (1) 基本的な知識の習得（←これが最も重要！！）
- (2) 法律実務家になる上で必要な技法の習得
 - ア 法的三段論法（←これも重要！）
 - イ 法律文書の読み方，読むスピード
 - ウ 法律文書の書き方，書くスピード

3 短答式試験対策の重要性

司法試験にすべらないためには，「①基本的な知識を②習得すること」が最も重要です。

第1に，①基本的な知識とは，条文（要件と効果），基本概念の定義，条文・制度の趣旨及び判例百選に掲載されているレベルの判例のうち重要な判例の事案と規範に関する知識をいいます。

司法試験にすべらないための基本的な知識を表す標語として，「1に条文，2に判例，3，4がなく，5に学説」という標語を頭に入れておいてください。この標語が意味する最も重要なことは，法律実務家の命は「条文」そのものであるということです。

第2に，②習得するとは，自分の頭で理解し，記憶し，日本語の文章で表現することができることをいいます。

多くの受験生（私のこれまでの経験に基づくイメージでいいますと，司法試験に不合格になってしまう人の7割くらいです。）が司法試験に不合格になってしまう理由は，基本的な知識が習得されていないからです。

基本的な知識を習得するために役に立つ勉強は、短答式試験対策です。短答式試験で高得点をとることが司法試験に合格する確率を上げるためには必須であることを認識してください。そして、目標とする点数を各科目「合格最低点+10点」と決め、力を注いでください。

短答式試験対策の勉強内容を具体的に述べます。第1に、インプットについては、基本的な知識である「重要条文」と「判例百選に掲載されているレベルの判例のうち重要な判例の事案と規範」を血肉化させるため、条文を音読及び素読し、判例集の事案と判旨を読み込んでください（なお、私は、重要な知識とそうでない知識の区別が直ちにつかないという理由から、短答式試験用の肢別本の類の本を利用することを薦めていません。）。

第2に、アウトプットについては、司法試験の過去問を解くことが最重要です。また、できましたら、民法は、旧司法試験の過去問も解いてほしいです。さらに、実践の場として、辰巳の短答オープン及び全国公開模試を受験してください。

なお、短答式試験で6割の点数を取れないレベルの方すなわち初級者及び中の下レベルの方は、司法試験の過去問集を「解く」よりも先に、条文を引きながら過去問集を「読んで」ください。そして、基本的な知識を頭に叩き込むことを最優先にしてください。

インプットの勉強をする際には、論文式試験で答案を実際に書くことを意識し、答案を書くのに必要な事項を記憶するように努めることが大切です。

また、アウトプットとして答練及び模試を受験する際には、①時間感覚を意識すること及び②具体的な課題を設定した上で受験し、受験後に反省し、その反省を踏まえて新たな具体的な課題を設定して次の答練に臨むこと、要するに、答練を受験しながら一步一步前に進んでいくことこそ、大切です。

4 論文式試験対策のポイント

私は、司法試験を受験する少し前に、司法試験においては、答案の書き方で得点はかなり変わることに気が付きました。そこで、「何を(What)どのように(How)書き、何を書かなかつたら、確実に合格者の平均点を取れるか」を研究しました。以下、5つの結論を記します。

受験生の中には、基本的な知識はそれなりに習得し、一生懸命に勉強しているにもかかわらず、答案の書き方が下手であるために損をしている受験生（私は、そのような受験生を「もったいない受験生」と呼んでいます。）が少なからずいます。したがって、「もったいない受験生」にならないため、以下の5つをぜひ意識し続けてください。

第1に、本番では、どうしても書いてほしいと考査委員が考えている事項が、2つか3つはあります。それに気が付くことが大切です。それに気が付くことができれば、低い得点に終わる可能性は低くなります。そして、問題文の中でどの事項がどうしても書いてほしいと考査委員が考えている事項に当たるかは、問題文の長さ及び問題文の表現の仕方に現れていることが多いです。その点に注意して、問題文を読む訓練を積んでください。

第2に、問題提起をする際には、条文の条項と具体的な文言を指摘することです。考査委員が聞いていない誤った方向に答案が進まないようにすることが、低い得点にならないためには大切です。条文を指摘することがそれを防いでくれます。また、条文の条項と具体的な文言を指摘することが、単なる作文ではない法律の答案を書くことにつながります。

答案を採点する立場からいいますと、書かれている答案に挙げられている条文の数及びその正確さを見れば、答案を書いた受験生の実力はほぼ確実に分かります。

第3に、法的三段論法を答案できちんと示すことです。法律実務家の仕事は、法的三段論法をすることに尽きるといっても過言ではありません。したがって、法律実務家を登用する試験である司法試験においても、法的三段論法ができることを審査委員にアピールすることが、合格するためには必須です。

第4に、規範を定立する際には、簡潔でもよいので必ず理由をつけ、その理由は、できる限り、①条文若しくは制度の趣旨又は②保護法益から書くことです。①条文若しくは制度の趣旨又は②保護法益に基づく理由を書くことで、法律実務家に求められる論理的な思考ができることを審査委員にアピールすることができます。

第5に、あてはめ（事実認定）をする際には、まず、問題文の具体的な事実を抜き書きしてください。すなわち、司法試験においては、「具体的な事実を摘示して」書くことが求められますから、自分で勝手に具体的な事実を抽象化せず、どの具体的な事実を引用しているかが審査委員に分かるようにしてください。次に、問題文の事実を具体的に引用した後、引用した事実が何を意味するかという「評価」を、簡単でよいので自分の言葉で書いてください。この習慣を付けられたら、安定して良い得点を取れるようになります。

私は、司法試験にすべりたくないの本気で思っている受験生であれば、携帯電話を常に持ち歩くように、直近2回分の本試験の①問題文、②司法試験論文式試験出題趣旨及び③司法試験の採点実感等に関する意見の3点セットを常に携帯すべきであると考えています。

すなわち、司法試験に絶対にすべらないための最重要文書は、②「司法試験論文式試験出題趣旨」です。また、③「司法試験の採点実感等に関する意見」も、合格に直結する有益な記載がされていることが多いです。直近の③採点実感をきちんと検討すれば、司法試験でどのような採点がされているかは、大体わかります。

②及び③には、論文式試験に合格するために必要な情報がほぼすべて書かれています。したがって、「審査委員から受験生であるあなたへの合格を願った手紙」であると思って、試験当日まで繰り返し読みこんでください。特に、司法試験の直前期には、①問題文と②出題趣旨・③採点実感等に関する意見とを行ったり来たりして読み込んで、ポイントを頭に叩き込むようにしてください。

もっとも、②及び③のいずれにも、明らかに合格レベルを逸脱した高レベルな記載がされている箇所が結構あります。全てできなければ合格することができないわけでは、決してありません。そのため、優秀な成績で合格した受験生の再現答案を読みこむことで、司法試験審査委員が要求している事項の全てを書けているわけではないことを確認したうえで、基本的な知識及び論証が正確であることおよび法的三段論法を踏むことができていることを確認してください。

第2 絶対にすべらない答案のルール：総論（一部紹介）

STEP0 事前準備＝（目的：現場で考える時間を捻出する）

1 全体から部分を考える＝ゴールから考える（結果無価値的、評価規範的発想）（←これが最重要！！）

- (1) 配点割合に従って答案を書く枚数を割り振り，答案を書く分量を予め決める。
- (2) 答案構成の時間をあらかじめ決める。

選択科目以外の問題でしたら，2時間のうち，30分から45分が答案構成（答案構成でやる内容は，後で述べます。）の時間になるでしょう。そして，残り時間で書き上げます。

(3) 答案の基本型をあらかじめ決める。←2(1)法的三段論法と対応していることを理解してください！！

法的三段論法の本質は「①規範→②あてはめ→③結論」ですから，問題提起をすることは，必須ではありません。問題文に書かれている問いをただ書き写すことしかできないのであれば，問題提起は書かないで，論証から始めてください。

第1 設問1

1 ○○について（←項目の見出し）

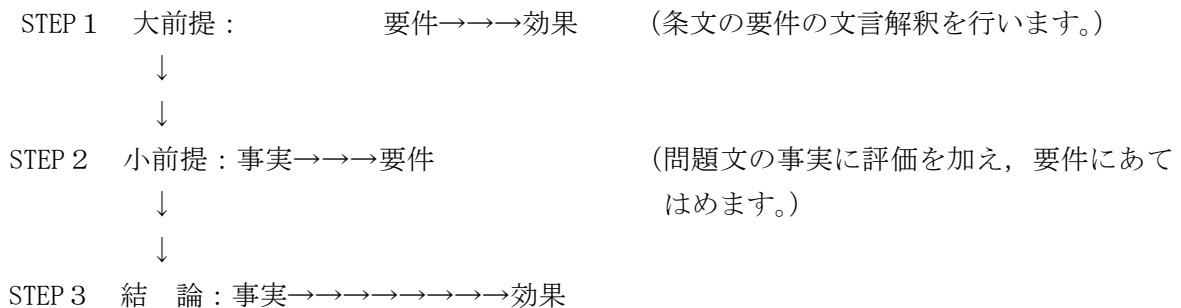
- (1) 本問の事案の問題提起（具体・個別） → 論点の問題提起（抽象・一般）
- (2) 論点の論証：理由→規範定立（抽象・一般） ←「理由」は，できる限り，条文の趣旨，保護法益，基本原理から書いてください。
- (3) あてはめ←「①問題文の事実の引用→②引用した事実についての評価→③評価に基づく認定」という3段階で書くのが鉄則です。その際，②自分なりの「評価」を書くことが最も重要です。なぜなら，自分なりの「評価」を書きませんと，単なる問題文の書写し及び自分の立場の言切りで終わってしまい，説得力がなく点数が伸びないからです（この②「評価」は，形容詞や副詞と考えますと，その本質が掴みやすいかもしれません。）。
- (4) 結論（具体・個別）

答案を上記基本型で書くことができますと，

- ① 答案が「具体→抽象→抽象→具体」と論理的に流れ，
- ② 自分が設定した問いと結論が対応し，
- ③ 規範とあてはめを峻別して書くことができ（抽象論と具体論の峻別），
- ④ 答案を読む審査委員に予測可能性を与え，自分の体系的理解をアピールすることができます。

2 法的思考ができることを示す（←これも重要！）

(1) 「法的三段論法」を徹底する。←司法試験は、受験生が法的三段論法をできるかを試す試験



STEP 1 絶対にすべらない問題文の読み方のルール

最も重要な行為規範は、「問題作成者である考査委員の立場になって問題文を読むこと」です。司法試験の問題文は、得点に直結するヒントが満載の「宝の山」です。したがって、①宝の山に気が付くだけの実力をつけること及び②宝の山を探そうとする姿勢を持つことが大切です。

- 1 最初に、設問を細かいところまで丁寧に読み込んで、聞かれている事項をマークして、頭に叩き込みます。
- 2 問題文を読む順番
- 3 問題文に誘導があるときの誘導の乗り方のルール
- 4 比較の視点を持つ（前述のとおりです。）。
- 5 ビジュアル化（＝問題文の事案を簡単な絵にする作業をしてください。）
- 6 ブロックワーク（＝問題文を大きなまとまりごとに把握する作業）

STEP 2 絶対にすべらない答案構成のルール

選択科目以外、1問に与えられた時間は2時間なので、STEP 2までを30～45分で行います。答案構成用紙に文字を書いても全く点数にならないので、文字を書きすぎないことが大切です。問題文に書き込みをするなど、良い意味で手抜きをして、早く確実に答案構成をする自分なりの工夫をしてください。

<答案構成では、何をどこまですればよいのか？>（3つ）

- 1 ①答案に書くべき項目・論点，②書く順序，③書く枚数を確定させます。（←これが，最重要！！）

- 2 合憲か違憲か、適法か違法か、犯罪が成立するか否か、請求を認めるか否かという、結論を決めます。
- 3 答案に挙げる条文を答案構成用紙に書き出します。



決して見切り発車をしてはいけません。きちんと答案構成をしてから、書き出してください。

STEP 3 絶対にすべらない答案の書き方のルール

最も重要な行為規範は、「答案採点者である考査委員の立場になって答案を書くこと」です。

具体的にいきますと、どのような答案に考査委員が点数を付けて、どのような答案に考査委員が点数を付けないかを考えながら、答案を書くことです。

- 1 難しい問題ほど、形式を整えて守る。決して勝負にはいかない。（←これが最重要！）
- 2 途中答案になることは絶対に避ける。（←これも重要！）
- 3 平常心を心掛けて淡々と書く。
- 4 問題文又は設問に誘導がある場合には、答案を読んでいただく考査委員に誘導に乗っていることが明確に伝わるように答案を書く。
- 5 基本的な事項から論理的に書き、嘘を書かず、論理矛盾を起こさない。
- 6 自分が書きたいことを書くのではない。考査委員が書いてほしいと思うことを答案に書く。
- 7 条文の条項と文言を必ず正確に指摘する。
- 8 当該科目の原理・原則を理解していることが考査委員に伝わる答案を書く。
- 9 理由付けがよくわからないときは、必要性和許容性の両方を自分なりに考えて書くとよいです。これは、全ての科目で使えますが、特に会社法と刑事訴訟法で有益な発想です。
この発想以外にも、形式的な理由付けと実質的な理由付けの両方を書くようにすることも、説得的な答案を書くためには良い発想です。

第3 絶対にすべらない答案のルール：各論（一部紹介）

【刑法】

刑法で考査委員に伝えるべきこと

- 1 罪刑法定主義→被疑者（問題文の甲、乙、丙など）に犯罪を成立させるためには、当該犯罪の全ての構成要件を検討し、充たすことを述べなければなりません！
- 2 法益保護と被疑者の人権保障との調和を図っていること

刑法の問題を解く際に覚えておくとい視点

刑法の問題を解く際には、被疑者を起訴して処罰したいと考える検察官の立場に立ってください。
その理由は、司法試験では、実務的な問題が出題され、実務的な問題を解く際には、自分が拠って立つ立場を明確にしますと、問題の本質を捉えられることが多いからです。

具体的にいいますと、最初に、本件において起訴権限を有している検察官の立場に立ち、被疑者がした行為のうち、どの「法益侵害（＝結果）」が重大であるかを考えます。そして、その重大な法益侵害を引き起こした被疑者の行為のうち、どの「行為」を実行行為と捉えて、どういう理屈を立てて、何罪で裁判所に起訴するかを考えます。

次に、被疑者の弁護人の立場に立ち、検察官の起訴に対して、どのように反論するかを考えます。そして、検察官の主張と弁護人の反論とが大きくぶつかる「争点」について、厚く書きます。それに対して、争点以外の問題点は、軽く認定をして、先に進みます。

このように、「法益侵害（＝結果）」を中心にした視点で問題文を読み、答案構成をし、答案を作成しますと、問題の本質を捉えた刑法の答案を作成することができます。

刑法におけるすべらない答案のルール

第1 ①刑事実体法に関する正確な知識と理解、③論理的思考力（②は後記第2で説明します。）

- 1 刑法総論：刑法における体系的思考・論理的思考ができることを考査委員にアピールすることが、最も重要です。

(1) 構成要件 (Tb) → 違法性 (Rw) → 責任 (S)

↳ 実行行為 → 結果 → 因果関係 → 故意

- (2) 共犯論←毎年出題されると予想し、準備しておいてください。

共犯論においては、共犯の処罰根拠である因果的共犯論（惹起説）から論証を始めることが必須です。因果的共犯論とは、共犯が正犯の行為を介して構成要件該当事実（法益侵害）を惹起したことを共犯の処罰根拠とする見解です。

2 刑法各論

- (1) 当該犯罪の「構成要件」を的確に示し、その「構成要件の定義」を正確に書きます。そして、「構成要件の定義」を充たすか否かを、問題文の具体的な事実を摘示して検討します。被疑者に犯罪を成立させるためには、当該犯罪の構成要件を全て検討し、全ての構成要件を充たすことを論証しなければなりません。
- (2) 複数の被疑者の行為が出てきますから、行為者の行為ごとに色分けをしてマークし、犯罪の成立が問題になる行為を的確に拾います。共犯は、両方の色でマークするとよいです。
- (3) 規範を定立する際には、「保護法益」から論証を始めるように心掛けます。
なぜなら、刑法各論においては、「保護法益」が民法や商法でいう「趣旨」に当たり、保護法益を明示した上で論証することが、考査委員に論理的思考力があることをアピールすることになるからです。

3 罪数処理

観念的競合（刑法54条1項前段）、牽連犯（刑法54条1項後段）、併合罪（刑法45条前段）というように、正確に条文を指摘して、丁寧に行います。考査委員の中には、受験生の答案を採点する際に、最初に罪数の箇所を読んで、答案作成者の大まかな思考を把握する方もいらっしゃいますから、絶対に手を抜いてはいけません。罪数で、馬脚を現さないようにしましょう。

4 「著名な判例の事案」と「問題文の事案」との比較

両者の異同を把握した上で、著名な判例の規範を使うことができると判断した場合には、問題文の事案においても、規範を定立する際に、判例の規範を使います。（←これは、重要！）

そして、両者の事案の異同を答案に具体的に書いて表現することができたら、高得点を取ることができます（←これは応用で、「絶対にすべらない」のレベルを超えた話です。）。

<論文式試験問題出題趣旨からの具体例>

←注：ここまで書けないとすべるといっわけでは、決してありません！

1 第8回（平成25年）

「本問で特に問題となるのは、構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等をどのように考えるのかという点である。この点については、最判平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が参考になる。すなわち、乙がAの口をガムテープで塞いでトランクを閉じてB車を走行させた行為を第1行為とし、前記採石場の駐車場でB車に火を放つ行為を第2行為とし、この判例のような考え方に従うのであれば、同判例が挙げる実行着手を判断するための考慮要素、すなわち、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の犯罪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、③第1行為と第2行為との間が時間的場所的に近接していることの各要素を示すなどした上、各種事情を的確に当てはめ、第1行為時に殺人の実行着手が認められるかを検討することが必要である。」

刑法第110条の建造物等以外放火罪は、「公共の危険の発生を要するところ、乙がB社に放火し

た場所は、ひとけのない山中の採石場の駐車場であり、B車の周囲には、他人所有の車両が3台駐車されていたものの、建造物等もなかったことから、本問において、公共の危険が発生したかにつき、その意義や判断基準を明らかにした上での確な当てはめを行うことが求められる。この点については、刑法第110条の公共の危険とは、同法第108条及び第109条に規定する建造物等への延焼の危険に限られず、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である旨判示した最決平成15年4月14日刑集57巻4号445頁が参考になる。この判例の考え方に従う場合には、同判例に示された公共の危険の意義等を示した上、問題文中の各種事情を具体的に指摘して丁寧に当てはめる必要がある。」

第2 ②具体的事実に法規範を適用する能力

「①問題文の事実の引用→②引用した事実についての評価→③評価に基づく認定」という3段階を経ます。

この3段階で注意すべきことは、2つです。

第1に、①問題文の事実を引用する際には、問題文の具体的な事実をきちんと摘示してください。

第2に、②引用した事実について、自分なりの「評価」を書いてください。もし「評価」が書かれていざと、単なる問題文の事実の書き写しになってしまい、また論理が飛んでしまいます。問題文の事実を書き写しただけの答案は、あてはめ(刑事事実認定)において、ほとんど点数が付かないと思ってください。そのため、守りの答案の書き方としては、自分なりに「評価」を書ける事実のみを答案に引用する書き方もあり得ます。

<論文式試験問題出題趣旨からの具体例>

←注意：ここまで書けないとすべってしまうという趣旨で引用しているわけではありません！

1 第7回(平成24年)

「乙は、実行行為自体を行っていないため、いわゆる共謀共同正犯の成否が問題となるが、検討を行う際には、問題文中に現れている具体的な事実を丁寧に拾い上げて、『共謀の成否(特に犯罪を行う意思の相互認識、相互利用補充関係)』及び『乙の正犯性』を論じる必要がある。

すなわち、『共謀の成否』に関していえば、①乙は、甲がA社に無断で本件土地に抵当権を設定してDから1億円を借りているという事実を認識した上で、甲に本件土地の売却を勧め、甲もこれを了承していること、②乙は、甲の売却行為を利用して仲介手数料という利益を得ることを、甲は、乙の売買仲介行為を利用して売却利益を得ることを、それぞれ企図していることなどの事実が(←①問題文の事実の引用)共謀の成否の判断(←③認定)にどのような影響を及ぼすか(←②評価)を論じる必要がある。

『正犯性』に関していえば、①乙は仲介手数料という利益を得ることを企図して売却行為に関わっていること、②乙は現実に売却行為により1300万円の利益を得ていること、③乙は売却行為の仲介という重要な行為を行っていること、④甲の犯意は乙が誘発したものであることなどの事実(←①問題文の事実の引用)が正犯性の判断(←③認定)にどのような影響を及ぼすか(←②評価)を論じる必要がある。」

□第4 「スタ論【スタート】2015 刑法1」より

辰巳専任講師・弁護士 福田 俊彦先生御担当
辰巳法律研究所

※ 本問の初出題は、2010.11.28実施の2011スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第1問（辰巳専任講師・弁護士 福田 俊彦先生御担当）です。また、本問は、2014.07.06実施の「スタ論【スタート】2015刑法1」を本セミナー開催にあたり福田講師が補訂したものです。

問題

（配点：100）

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲は、A女が勤務する会社から絵画を購入した際に、Aと知り合い、Aに興味を持つようになったが、次第に、Aの接客態度と販売方法に疑問と怒りを抱くようになった。そこで、甲は、平成22年10月2日、Aの裸体写真をカメラで撮影して、Aに仕返しをしようと考えて、カメラやマスクなどを携えて、自己所有の自転車（以下「本件自転車」という。）でAの住居に赴いた。

甲は、A宅の玄関付近の物陰にひそみ、Aの帰宅を待ち伏せしていたところ、翌3日午前零時ころ、Aが帰宅した。Aが鍵を取り出して錠を外しドアを開けたのを見計らって甲は物陰から飛び出し、Aを押し込みながら玄関内に押し入った。

2 甲は、Aに対し「よくも俺を騙したな。あんたに仕返しに来た。」と申し向け、恐怖のあまり這って逃げようとするAを捕まえて、顔面を数回殴打した。

Aはバッグの中に携帯電話を入れていたことを思い出し、これを使って助けを呼ぼうとしたが、これを察した甲は、助けを呼ばれるのを防ぐため、Aのバッグから携帯電話を取り上げ、後で川にでも捨てようと思い、自己のポケットに入れた。

甲は、Aの顔面にガムテープを、上半身に布団を掛け、目隠しをするとともに、Aの両手首を紐で後ろ手に縛って、身動きが困難な状態にした後、更に下着等を脱がして、Aの下半身の写真を撮った。

3 その後、甲は、A宅から逃走することにした。甲は、Aを後ろ手に縛った紐を緩めるなどしたが、逃走の時間を確保するために、Aの両足を更に縛った。逃走する際、甲は、テーブルの上にあった財布を見つけ、中から現金2万円を抜き取って持ち去った。

Aは、甲の顔面殴打により、加療約4週間を要する鼻骨骨折等の傷害を負った。なお、Aは、甲から殴打を受けた際には、一時意識が朦朧としたが、気絶していたわけではなく、その後も、意識を失うことはなかった。また、甲は、Aを縛っている最中も、逃走する際も、Aが動いていたことを確認していた。

4 甲は、逃走した後、自宅へ帰る途中、マスクやAから取り上げた携帯電話を川に投棄する

つもりで本件自転車のかごに入れていたが、首尾よく犯行を遂行できたことに気分が高揚して、捨てるのを失念してそのまま帰宅した。

- 5 同日昼ころ、Aに対する仕返しに成功し、いい気分になっていた甲は、一度帰宅した後、酒が飲みたくなり、本件自転車でX市場にある行きつけの居酒屋Yに向かった。

甲は、本件自転車をYの前の通路に置いて同店で飲み始めたところ、通路に本件自転車を置くと通行人の邪魔になることから、同店の従業員が、甲の承諾の下に、本件自転車を同店から約17メートル離れた通常客の自転車置場としている人道専用橋のZ橋へ持って行き、同橋の東端近く欄干寄りに欄干に沿って止めた。

Z橋は、相当以前からX市場へ出入りする客の自転車置場ともなっており、客は閉店時ころまでには大体自転車を持ち帰るものの、終夜同橋上に置いたままにしてあることも度々見受けられた。甲は、Yの常連客だったため、Z橋についてのこのような事情を知っていた。

本件自転車は、甲が平成21年秋ころに新車として購入したもので、その後輪泥よけ（ステンレス製）の中央には、青色ペンキで鮮明に「甲」と記入されていた。

- 6 甲は、居酒屋Yで飲酒しているうちに酔いが回り、同日午後2時ころ、Yから帰る際、本件自転車に乗って帰るのは危ないと考えたため、本件自転車がZ橋上にあるのを確かめた後、後から取りにくるつもりで同所に本件自転車を置いて、約600メートル離れた自宅へ帰った。甲は、当時本件自転車の前輪上に取り付けてある白色かごの中に、マスク、Aの携帯電話、茶色折りたたみ式傘1本及び白色タオルを入れており、施錠をしていなかった。

- 7 乙は、定職にもつかず、日雇いのアルバイトをしては得た給料をギャンブルにつぎ込むというその日暮らしの生活を送っていたところ、生活費にも困るようになり、強盗でもするほかないと思うようになった。

乙は、自宅近くのコンビニエンス・ストア（以下「コンビニ」という。）に狙いを定め、ナイフで店員を脅し、売上金を奪おうと考え、自宅からサバイバルナイフ（刃体の長さ約15センチメートル）を持ち出し、コンビニに赴いた。同月4日午前3時35分ころ、乙は、自宅からコンビニまで向かう途中にあるZ橋を通りかかった際、本件自転車が他の自転車1台と並んで止まっているのを見つけ、強盗後に逃げる際の足にすることを思いついた。そこで、乙は自己の用に供するため、本件自転車のかごの中に入っていた物をすべて取り出してZ橋上に置いた上で、本件自転車を持ち去った。

- 8 乙は、同日午前3時55分ころ、コンビニ出入口前歩道上に、本件自転車を止めると、サバイバルナイフを手に取り、同店内に立ち入った。そして、乙は、レジカウンターに向かい、客を装ってコンビニのアルバイト店員Bを呼び出すと、サバイバルナイフの刃先を同人の胸の辺りに向けながら、「金を出せ。」などと言って現金を要求した。

それに対し、Bは、乙のサバイバルナイフを握った手を蹴り上げようとしたり、レジの下に置いてあったスイカ包丁を乙に向けたりして抵抗したが、乙が、回り込んでレジカウンターの中に侵入し、Bの抵抗をものともせずBに向かっていったことから、乙とBとはもみ合いになった。

そうした所、異変を察知したコンビニの店長Cが、店舗事務室から駆け付けてBに加勢し、3人でもみ合った末、Cが乙からサバイバルナイフを取り上げた。

そこで、乙は、Bの持っていたスイカ包丁を奪おうとし、これを奪われまいとするB及びCと更にもみ合いになったが、Bがスイカ包丁をレジカウンターの外側に落としたことか

ら、今度はCからサバイバルナイフを奪い返すこととし、B及びCともみ合いながら、Cが持っていたサバイバルナイフに手を伸ばした。

ちょうどその時、事件を通報するために店外に出ていたコンビニのアルバイト店員Dが、同店出入口から同店内に戻って来たことから、Cは、乙にサバイバルナイフを奪われることを防ぐため、サバイバルナイフをDに向かって投げ渡した。しかし、Dは、携帯電話で通話をしており、サバイバルナイフに気付くのが遅れたため、これを受け取ることも、避けることもできず、サバイバルナイフがDの頸部をかすめ、左頸部刺創による左頸部血管損傷等の傷害を負った。サバイバルナイフはDの頸部の動脈を傷つけたため、Dの傷害は多量の出血を来すものであった。

なお、乙は身長178センチメートル、犯行当時体重130キログラムを超える大柄な男であったのに対し、Bは中背でやせ型、Cは小柄でやせ型であり、また、乙とB及びCともみ合っていた場所は、手狭なレジカウンターの中であった。

- 9 乙は、現金を奪うことをあきらめて逃走することとし、店外に駆け出し、止めてあった本件自転車がまたがり、両足をペダルに乗せて発進しようとした。

本件自転車が進むか進まないかという時に、乙を追って店外に出てきたCが、乙を逮捕するため、乙の後方から、右手で乙が背負っていたリュックサックの上部取っ手部分をつかみ、左手で乙のベルトのバックル辺りをつかむようにして、乙に飛びかかった。また、Bも、乙の逃走を防ぐため、乙の後方から、本件自転車の後輪を蹴った。その結果、乙が乗った本件自転車は、進行方向左側に転倒し、Cは、乙の下敷きになるようにして、乙とともに地面に転倒した。

なお、Cが乙に飛びかかった行為と、Bが本件自転車の後輪を蹴った行為は、ほぼ同時に行われた。

- 10 乙は、地面に転倒するやすぐさま立ち上がり、素早く自転車を起こすと、Cを助け起こそうとするBの隙について逃走した。

Cは、乙に飛びかかったこと、及び、これとほぼ同時にBが本件自転車の後輪を蹴ったために、本件自転車が転倒し、乙とともに地面に転倒したことにより、その左肘部分に、全治約5日間を要する挫傷の傷害を負った。

- 11 他方、甲は、同日午前4時30分ごろ、本件自転車を取りにZ橋に行ったところ、止めておいた本件自転車がなくなっていることに気付いた。

甲は、本件自転車を探してしばらく付近を探し回っていたところ、乙が本件自転車に乗って走行しているのを見かけたため、その後を追いかけた。甲がしばらく追いかけていくと、乙は自宅の庭に本件自転車を止めて住居内に入っていったので、甲は、乙宅の庭に立ち入り、本件自転車に駆け寄った。

甲は、本件自転車の後輪泥よけに自己の名前が記入されているのを認め、本件自転車が自己所有の物であると確信した。甲が自転車泥棒が何者であるかを確認しようと玄関の表札を見たところ、そこには「乙」と書かれていた。

甲は、乙に本件自転車を盗まれたと思い、怒りがこみ上げてきて、直ちに携帯電話で警察に通報し、乙を突き出そうかとも考えたが、下手に警察と関わって自己のAに対する犯行がばれてはかえって都合が悪いと思い直し、警察への通報は断念した。

そして、甲は、止めてあった本件自転車に乗って帰宅した。

12 Dは、受傷後直ちにCの運転する車で病院に赴いて受診し、翌5日未明まで止血のための緊急手術を受けた。Dの担当医は、術後、容体が安定したため、加療期間については、良好に経過すれば、約3週間との見通しを持った。

Dは、自分の怪我は大したものではないと軽信し、医師に帰宅を申し出たが、くれぐれも安静にしているよう指示され、帰宅は許されなかった。納得がいかなかったDは、何度か無断退院をしようと試みたが、その度ごとに、これを発見した看護師らによって病室に連れ戻された。

13 それでも帰宅をあきらめきれないDは、看護師に対し、もう帰宅をあきらめたかのように装って、しばらく病室で安静にしていた。しかし、Dは、同月10日午前10時ころ、看護師が席を外した隙をつき、2階病室の窓から飛び降りたところ、その衝撃で治療中の患部の縫合が開いて再出血した。Dは、痛みで意識を失ってその場に倒れていたところ、しばらくしてDの姿が見えないことに気付き、Dを探していた看護師に発見され、再度救急治療を受けたが、同日午後3時16分、上記左頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡した。

なお、Dの担当医は、死亡診断書に、「創自体については、合併症等なく、Dの協力も得られ、良好に経過すれば、約3週間の見込みであった。しかし、基礎疾患、Dの安静が得られない点や、創の部位、深さ等、種々の要素が合併症を引き起こし、致命的となった。」と記載しており、Dが無断退院しようとして2階から飛び降りる等医師の指示に従わず安静に努めなかったことが治療の効果を減殺した可能性があることは、否定することができない。

【配点表】

			配点
第1	甲の罪責		
	1	A宅侵入について住居侵入罪の成否	1
	2	Aの顔を殴打し傷害を加え、服を脱がせて下半身裸の写真を撮った行為	
	(1)	強制わいせつ致傷罪の成否	
		ア 「暴行または脅迫」	1
		イ 「わいせつな行為」 ① 問題提起（性的意図の要否）…目安1点 ② 規範定立（必要説または不要説）…目安2点 ③ あてはめ（甲には仕返し目的しかないこと）…目安1点	4
	(2)	結論	1
		【加点事項】 ※ 判例の立場を踏まえて論じていけば加点する ※ 判例に従い、強制わいせつ致傷罪の成立を否定した上で、逮捕致傷罪の成否について検討している場合には加点する	加点評価 A・B・C A・B・C
	3	Aの財布から2万円を抜き取った行為について	
	(1)	強盗罪等の成否	
		ア 「他人の財物」	1
		イ 「強取」 ① 問題提起（暴行脅迫後に財物奪取意思を生じていること）…目安2点 ② 規範定立…目安5点 ③ あてはめ（緊縛状態の継続が逮捕監禁にあたりうることなど）…目安6点	13
	(2)	結論	1
	4	Aの携帯電話を取り上げた行為	
	(1)	窃盗罪の成否 ① 不法領得の意思の要否、内容…目安1点 ② あてはめ（毀棄目的しかないことなど）…目安1点	2
	(2)	器物損壊罪の成否	
		ア 「他人の物」	1
		イ 「損壊」 ① 規範定立…目安1点 ② あてはめ…目安2点	3
	(3)	結論	1
		【加点事項】 ※ 携帯電話を放置したことについて、隠匿による毀棄罪の成否を検討している場合には加点する	加点評価 A・B・C
	5	乙宅の庭に止められていた自転車を持ち去った行為について	
	(1)	窃盗罪の成否	
		ア 問題提起（自己物の取戻しであること）	1
		イ 規範定立（占有説または中間説）	3
		ウ あてはめ	
	いずれか一方 で評価	(7) 占有説からのあてはめ ① 構成要件へのあてはめ（「他人の財物」、「窃取」）…目安1点 ② 違法性阻却（行為の必要性・緊急性、相当性など）…目安2点	3
		(イ) 中間説からのあてはめ（平穏な占有といえるかなど）	3
	(2)	結論	1

		【加点事項】 ※ 乙宅の庭に立ち入った点につき、住居侵入罪の成否について検討してある場合には加点する	加点点評価 A・B・C
6	罪数		1
第2	乙の罪責		
1	甲の自転車を持ち去った行為について		
	(1)	窃盗罪または占有離脱物横領罪の成否	
	ア	問題提起（窃盗と占有離脱物横領の区別）	1
	イ	規範定立（占有の事実、占有の意思）	2
	ウ	あてはめ ① 占有の事実（乙橋の性質、甲の自転車がおかれていた状況、甲の自転車の特徴など）…目安5点 ② 占有の意思（あとで取りにくるつもりだったこと）…目安3点	8
	(2)	結論	1
		【加点事項】 ※ 占有の事実、占有の意思の関係について触れた上で、両者につき具体的にあてはめができていれば加点する	加点点評価 A・B・C
2	コンビニ立入りについて住居侵入罪の成否		1
3	逃走を図ったところBに自転車を蹴られてCを下敷きにするように倒れた行為		
	(1)	強盗致傷罪の成否	
いずれか一方 で評価	ア	機会性（密接関連性説の場合は、逃走行為自体が性質上強盗行為との関連性をもつ行為といえないとして否定することも可）	4
	イ	因果関係 ・規範定立 ・あてはめ	4
	(2)	結論	1
4	奪われたナイフをCから取り返そうとした行為について		
	(1)	強盗致傷罪の成否	
	ア	「強盗」	1
	イ	致傷結果	1
	ウ	機会性・因果関係	
	(7)	規範定立	3
	(i)	あてはめ	6
	(2)	結論	1
	(3)	強盗致死罪の成否	
	ア	致死結果	1
	イ	因果関係 ・規範定立 ・あてはめ（i 行為の危険性 ii 介在事情の異常性 iii 介在事情の寄与度など）	9
	(4)	結論	1
5	罪数		1
第3	【その他加点点事項】 ※ 上記【加点点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがあるときは加点点する		加点点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点评価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事例解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 暴行後の領得意思と強盗罪の成否
- 2 強制わいせつ罪における性的意図の要否
- 3 不法領得の意思の要否及びその内容
- 4 器物損壊罪における「損壊」の意義
- 5 強盗の機会性
- 6 因果関係
- 7 窃盗罪と占有離脱物横領罪の区別
- 8 窃盗罪の保護法益

【出題のねらい】

本問は、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を試すものである（刑法の出題趣旨参照）。具体的には、強盗罪に関する近時の下級審裁判例2つを中心に、暴行後に領得意思を生じた場合の規律、強盗罪の機会性、致死傷結果との間の因果関係の存否について、解釈論上の問題及び具体的な事実関係から重要な事実の抽出・評価というあてはめの問題の双方を問う問題である。論点自体は典型的なものであるが、暴行・脅迫というべき行為はなく、財物奪取意思を生じる前から継続して被害者を緊縛していたなどという特殊な事情が含まれているので、具体的な事案に即した検討をすることが求められる。

また、同じ財産犯である窃盗罪、器物損壊罪について、保護法益及び基本的な要件についても確認していただきたく出題した。また、窃盗罪については、具体的事実から占有の有無を判断させるという刑事事実認定についても問っている（このことは、平成27年司法試験でも正面から問われた。）。このような問題を解くに当たっては、①事実を羅列することにとどまらず、事実が法的にどのような意味をもつかという評価をしっかりと考えること、及び、②自分が立てた規範に対応したあてはめをすることの2つを心掛けてほしい。

また、本問は触れるべき論点が多く、時間内に書き切ることが難しいかもしれない。しかし、現在の司法試験においては、事務処理能力があるかないかで合否が分かれる問題が出題されている。そのため、問題文を読んで答案構成をする際に、論述のバランス・メリハリに気を配り、そのメリハリに応じた答案を書くなどして、2時間で答案を書き上げられるよう、今から十分な訓練を積んでほしい。

【参考文献】

〔判例〕

- ・東京高判平20. 3. 19 (判例タイムズ1274-342)
 - ・前田雅英『最新重要判例250 刑法』(弘文堂, 第10版, 2015) 167事件
 - ・島岡まな「暴行後の領得意思と強盗罪の成否」『平成20年重要判例解説』刑法10事件
 - ・中空壽雅「強制わいせつ目的による緊縛状態に乗じて財物を取得した行為について強盗罪が成立するとした事例」刑事法ジャーナル14号P.80~85
- ・最判昭45. 1. 29 (刑集24-1-1, 判例時報583-88)
- ・大阪高判平13. 3. 14 (判例時報1760-149)
 - ・前田雅英『最新重要判例250 刑法』(弘文堂, 第8版, 2012) 227事件
- ・横浜地判平21. 6. 25 (判例タイムズ1308-312)
- ・最決平16. 2. 17 (刑集58-2-169, 判例時報1854-158)
 - ・前田 巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成16年度)』P.128~154
- ・福岡高判昭58. 2. 28 (判例時報1083-156)
- ・最決平元. 7. 7 (刑集43-7-607, 判時1328-151)
 - ・林 幹人「判批」『刑法判例百選Ⅱ』(有斐閣, 第6版) 25事件

〔参考資料〕

- ・小林憲太郎「占有の概念」『刑法の争点』(有斐閣, 2007) P.164~5
- ・佐伯仁志「窃盗罪の保護法益」『刑法の争点』(有斐閣, 2007) P.166~7
- ・島岡まな「暴行・脅迫後の領得意思」『刑法の争点』(有斐閣, 2007) P.174~5
- ・内田 浩「強盗致死傷罪をめぐる論点」『刑法の争点』(有斐閣, 2007) P.180~181

〔基本書〕

- ・西田典之『刑法各論』(弘文堂, 第6版, 2012) P.89~90, 142~6, 150~161, 170~172, 186~7
- ・前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会, 第6版, 2015) P.127~148
- ・前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会, 第5版, 2011) P.230~235, 239~249, 262, 288~291, 307~308
- ・山口 厚『刑法各論』(有斐閣, 第2版, 2010) P.178~180, 184~194, 221~222, 235~238

【解 説】

◆ 論点① 暴行後の領得意思と強盗罪の成否 ◆

1 問題の所在

強盗罪は、本来、強取の意思をもって暴行又は脅迫を開始することを予定している。しかし、本問において、甲は、当初仕返し目的でAに対し暴行を加え、緊縛し、反抗抑圧状態を作出した後、Aの財布に目をつけ、これを奪う意思を生じている。

そこで、財物奪取以外の目的で暴行・脅迫を加え、被害者が反抗抑圧された段階で不法領得の意思を生じて財物を奪った場合、強盗罪が成立するかが問題となる。

2 学 説

(1) 新たな暴行・脅迫の要否

A 不要説

財物の強取に向けられた新たな暴行・脅迫は不要である。

(理由)

- ① 238条(事後強盗)は、窃盗後の暴行・脅迫をもって強盗罪としているが、暴行・脅迫後の領得意思の類型では、暴行・脅迫と財物奪取との因果性はより強く認められる。
- ② 通説は、甲が強盗の目的で丙に暴行・脅迫を加え犯行を抑圧した後に、乙が奪取にのみ関与した場合、乙を強盗罪の承継的共犯とするが、これとの均衡を図るならば、自らの先行行為の利用の場合にも強盗罪を認めるべきである。
- ③ 新たな暴行・脅迫が必要とすれば、被害者が最初の暴行で気絶した場合には、その可能性が認められず強盗とならないが、より情状の重いほうが軽く処罰されるのは不都合である。

(批判)

- ① 結果として財物奪取に利用されたという事後の事実によって強盗の行為を伴わない暴行・脅迫を財物奪取目的の暴行・脅迫と評価することを合理化することは困難である。
- ② 178条(準強姦)のように、抗拒不能に「乗じた」行為を処罰する明文規定が欠如する強盗罪においては不要説をとることはできない。
- ③ 承継的共犯の先行行為者は強盗の目的で暴行・脅迫を加え反抗を抑圧しており、後行行為者はそのことを認識し利用する意思で財物を奪取している。

B 必要説

財物の強取に向けられた新たな暴行・脅迫が必要である。

(理由)

強盗罪が成立するためには、財物の奪取に向けた暴行・脅迫が行われることが必要だから、新たな暴行・脅迫が必要である。

(2) 新たな暴行・脅迫の程度

必要説においては、新たな暴行・脅迫の程度が問題となる。

B₁ 反抗抑圧状態を維持継続させるもので足りるとする説

(理由)

すでに反抗が抑圧されている者に対して行う暴行・脅迫なのだから、通常の場合に比して（それ自体としては）程度の低いもので足りると解されるし、また反抗抑圧状態を維持・継続させるもので足りる。

B₂ 行為者がその場にいること自体が無言の脅迫になるとする説（現場残留説）

(理由)

強姦の際財物を奪う場合には、特に被害女性に強い恐怖心を生じており、強姦犯がとどまっていること自体が強盗の積極的脅迫行為とも見られる。

(批判)

強盗罪の本質は、財物を得るために生命・身体・自由に対する高度の危険性を有する暴行・脅迫を使用する点にあり、暴行・脅迫は強盗罪の本質的要件であるから、単なる反抗抑圧状態の不解消では足りず、現場残留や不作為がそれ自体が暴行・脅迫と評価できるのでなければ強盗罪は成立しない。

※ 新たな暴行・脅迫必要説に立っても、B₂説を採るならば、不要説と同様の結論に至ることになる点に注意が必要である。

新たな暴行・脅迫の程度の判断において、具体的状況（犯行の時刻、場所等）の下で、被害者側の客観的事実（年齢、性別、体格、体力等）及び主観的事実（臆病であるか、畏怖しているか等）を考慮することは許されようが、現場滞留自体や不作為にまでそれを拡大することは、必要説と不要説の区別を曖昧にし、必要説の限界を越えるものと思われる。

B₁説に立ち、単なる現場残留のみでは足りないとした場合、必要説と不要説の対立の実益は、殺害ないし気絶させた後に領得意思を生じた場合に限られよう。

3 判例

判例はかつて不要説をとっていた（大判昭19. 11. 24刑集23-252, 最判昭24. 12. 24刑集3-12-2114）と評されているが、近時の下級審判決の基本的立場は、必要説である。新たな暴行・脅迫を必要とした裁判例としては、東京高判昭48. 3. 26高刑集26-1-85, 札幌高判平7. 6. 29判時1551-142, 東京高判平20. 3. 19判タ1274-342がある。

□ 東京高判平20. 3. 19（判タ1274-342, 平成20年重刑法10事件）

本問の素材とした裁判例である。強制わいせつ目的で被害者を殴打し両手首を後ろ手に縛った状態でわいせつ行為をしている途中で、着信のあった被害者の携帯電話を領得したという事案に関し、東京高裁は、以下のように判示した。

【判旨】（下線は辰巳法律研究所。以下全て同じ。）

「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要であると解されるが、本件のように被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合に

は、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべきである。すなわち、緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当たらないとしても、逮捕監禁行為には当たりうるものであって、被告人において、この緊縛状態を解消しない限り、違法な自由侵害状態に乗じた財物の取得は、強盗罪に当たるというべきなのである。緊縛された状態にある被害者は、一切の抵抗ができず、被告人のなすがままにまかせるほかないのであって、被告人の目的が最初は強制わいせつであったが、その後財物取得の意思も生じて財物を取得しても、なすすべが全くない状態に変わりはないのに、その行為が窃盗にすぎないというのは、不当な結論であるといわなければならない。たとえば、緊縛状態がなく、強制わいせつの目的による当初の暴行・脅迫により反抗を抑圧された被害者に被告人が「これを寄越せ」とか「貰っておく」と言って財物を取った場合に、その言動が新たな脅迫に当たるとして強盗罪が成立するのであれば、緊縛され問答無用の状態にある被害者から財物を取った場合が強盗罪でないというのは、到底納得できるところではない。」

〔判決に対する評価〕

中空壽雅「判批」『刑事法ジャーナル14号』P. 80は、本判決は必要説を前提とした上で、上記B1説にいうような軽い程度の暴行・脅迫さえも新たに行われていないことは判決も認めているとする。その上で、本件被告人が被害者を緊縛状態に置いたことについて以下のように述べる。

「この緊縛状態は身体の自由を奪い客観的に反抗可能性を奪うとともに暴行・脅迫行為やわいせつ行為により生じた畏怖状態を維持ないし強化するものといえよう。ここでは、財物奪取意思が生じた後も緊縛状態を解消しないことがどのように法的に評価されるかが問題である。」

(中空前掲「判批」P. 84)

「緊縛による逮捕行為が被害者をずっと羽交い締めにして行動の自由を奪う行為と法的に異なる以上、緊縛を解かないという不作為もこれと同価値であるといえよう。そして、ここでは緊縛を解消しないという不作為によって反抗抑圧状態が維持され、さらにこの不作為が逮捕・監禁の実行行為と評価されるという理由から、暴行による反抗抑圧状態の維持と同価値のものとして理解することにもなお合理性があるということができよう。」(中空前掲「判批」P. 85)

4 あてはめ

本問では、Aの緊縛状態は継続しているものの、甲が財布から金銭を奪うに際し別個の新たな暴行・脅迫があったとは認めがたい。

A説によると、甲はまさに自らが作出した反抗抑圧状態に乗じて財物奪取を行っているといえるから、強盗罪が成立することになる。

B₂説に立っても、Aは客観的には性的自由を侵害され、かつ緊縛され身動きできない状態に陥り、強い恐怖心を抱いていたといえるから、この緊縛状態を解消しない限り、甲の現場滞留ないし不作為をもって強盗罪の成立を認めることになる。

これに対し、B₁説からは、緊縛状態を解消しないことがどのように法的に評価されるかが問題となる。

この点緊縛状態の継続は、それ自体を暴行・脅迫行為とみることはできないとしても、逮捕監禁

行為にはあたりうるものといえ、緊縛状態を解消しない限り、実質的には暴行・脅迫が継続していると評価することができよう。そうすると、緊縛状態の不解消は、財物奪取の意思で新たな暴行・脅迫を行い、反抗抑圧状態を維持した場合と同価値として、強盗罪の成立を認めることも可能と思われる。

◆ 論点② 強制わいせつ罪における性的意図の要否 ◆

1 問題の所在

旧来、強制わいせつの罪（176条前段）に当たるとされた事例は、被害者の身体の性に関係ある部分に対する接触行為であることが通例であり、特段の事情のない限り、犯人の性欲を刺激興奮又は満足させるという性的意図が外形行為自体から推認される事案であった。しかし、本件では、甲に性的意図はなく、専ら報復目的であったというから、このような場合でもなお強制わいせつ罪の成立を認めることができるか、すなわち、強制わいせつ罪における性的意図の要否が問題となる。

2 学説

A 必要説

強制わいせつ罪が成立するためには、性欲を刺激興奮又は満足させる意図に出たことを要する。
(理由)

- ① 内心的傾向を問題にしなければ、処罰範囲を決定し得ない。
- ② わいせつ傾向を欠く強制わいせつ行為は例外的で処罰の必要性はなく、類型的にわいせつ傾向の認められる場合のみを禁圧すれば足りる。

B 不要説

(理由)

- ① 強制わいせつ罪は、わいせつ傾向を法文上構成要件の主観的要素として要求していない。
- ② 本罪の保護法益を性的自由と解する以上、行為の法益侵害性は行為者の主観的意図により左右されるものではない。

3 判例

□ 最判昭45. 1. 29 (刑集24-1-1, 百選II14事件)

報復のため婦女の裸体写真を撮って仕返しをしようとし、内妻とともに被告人が被害者を脅迫して裸にさせ、内妻の面前で、単に立っている被害者を撮影したという事案において、判例は、以下のように判示し、A説を採ることを明示した。なお、同判決には、B説を採ると思われる反対意見がある。

「強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつ罪は成立しない…」

〔入江俊郎裁判官反対意見〕

他方、入江俊郎裁判官の反対意見は、「個人のプライバシーに属する性的自由を保護し尊重することは、まさに憲法13条の法意に適合する所以であり、現時の世相下においては、殊にこれら刑法法条の重要性が認識されなければならないのであって、これら法条の解釈にあたっては、個人をその性的自由の侵害から守り、その性的自由の保護が充分全うされるよう、配慮されなければならない。

従って、これらの法条の罪については、行為者（犯人）がいかなる目的・意図で行為に出たか、行為者自身の性欲をいたずらに興奮または刺激させたか否か、行為者自身または第三者の性的しゆう恥心を害したか否かは、何ら結論に影響を及ぼすものではないと解すべきである。」としている。

□ 東京地判昭62. 9. 16（判タ670-254）

【事案】

被告人は、女性下着販売業のモデルとして働かせる目的のために、婦女の全裸写真を強制的に撮影しようとした。

【判旨】

「たしかに、本件犯行の際、被告人には、右Aを全裸にしその姿態を写真撮影することによつて、同女を被告人が営む女性下着販売業の従業員として働かせようという目的があつたことは一応肯認することができる。しかし一方、前掲『証拠の標目』挙示の各証拠を総合検討すれば、被告人が、右のように右Aを働かせるという目的とともに、同女に対する強制わいせつの意図をも有して本件犯行に及んだことも十分肯認できるというべきである。

すなわち、右各証拠によれば、

- 1 右Aからすれば、初めて訪れたマンションの一室において、見ず知らずの男性の前で全裸にされ、その写真を撮られることは、若い未婚の女性としてこの上ない性的羞恥心を覚えるものであること
- 2 被告人は、右写真を自らの手で保管しておくときは、第三者に手渡し、その性的興味の対象として眺めさせることもでき、その意味で右Aの弱味を握つた立場に立つことができること
- 3 被告人は、右Aがそのような性的羞恥心を覚えるであろうことを十分認識していたのみならず、むしろそれを利用することによつて、同女を被告人の意のままに従業員として働かせようと企んだものであること
- 4 そのためには、逆に言えば、被告人は右Aをして被告人自身が男性の一人として性的に刺激、興奮するような状態、すなわち全裸のような状態にしなければならず（なお、被告人としても同女の裸につき性的な興味がないわけではなかつた旨、捜査段階において自認している。）、かつ、その撮影する写真も被告人自身が性的に興味を覚えるようなものでなければならなかつたことなどが認められる。してみると右Aを全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようとして企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。

したがつて、被告人の本件所為が強制わいせつ致傷罪に当たることは明らかである。」

4 あてはめ

A説によれば、専ら恨みを晴らそうという報復目的であり、性欲を刺激・興奮させ、又は満足させるという性的意図のない甲には、強制わいせつ罪は成立しないこととなろう。

B説によれば、専ら恨みを晴らそうという報復目的である甲にも、強制わいせつ罪が成立することとなろう。

◆ 論点③ 不法領得の意思の要否及びその内容 ◆

1 問題の所在

甲は、Aのバッグから携帯電話を取り上げ、自己のポケットに入れている。この携帯電話はバッグの中というAの占有領域内にあることから、甲の行為は、窃盗罪（235条）の客観的要件である占有移転・侵害がある。また、甲は、占有移転の認識を有しているから、故意も満たす。

もっとも、甲はAに助けを呼ばれるのを防ぐという目的を持って携帯電話を奪っている。そこで、窃盗罪において不法領得の意思が必要か、必要だとしてその内容をいかに解するかが問題となる。

2 学説

A 不法領得の意思の内容として、排除意思及び利用意思を要求する見解（判例）

（理由）

①（排除意思を肯定する点について）可罰的な程度に利用を妨害する意思としての排除意思によって、不可罰な一時使用と可罰的な窃盗とを画する他ない。

②（利用意思を肯定する点について）窃盗罪と毀棄罪との実質的区別を可能とするために利用意思は必要である。すなわち、同じ占有侵害行為であっても、それが利用可能性の取得と利用妨害のいずれを目的としているかという主観によって窃盗罪と毀棄罪を区別せざるを得ないからである。

（批判）

（利用意思を肯定する点について）財物を毀棄目的で奪取したが、その後、毀棄せずに放置したり、領得したりした場合には、不可罰となり妥当でない。

（反論）

毀棄・隠匿目的での占有奪取後、その物を放置すれば（隠匿による）毀棄罪が成立し、その物を利用すれば遺失物等横領罪が成立する。

B 不法領得の意思の内容として、排除意思のみ要求する見解

（理由）

①（排除意思を肯定する点について）A説の理由①。

②（利用意思を不要とする点について）占有の取得により財物の利用可能性を生じたことで窃盗罪の成立を認め得る。

（批判）

（利用意思を不要とする点について）窃盗罪と器物損壊罪の法定刑の差異を説明できない。即ち、法益侵害という点では、回復可能性のない損壊罪の方が大きいともいえるのに、窃盗罪が損壊罪よりも重く処罰されるのは、財物を利用しようという動機、目的の方がより強い非難に値し、また、一般予防の見地からも抑止の必要性が高いことを理由とするので、両者は主観をもって区別せざるを得ない。

C 不法領得の意思の内容として、利用意思のみ要求する見解

（理由）

①（排除意思を不要とする点について）他人の財物を無断で一時使用する行為が、その財物の物体の価値をもほとんど奪うものでない限り、これを不可罰と解すべきであるが、その理

由は、行為者に不法領得の意思が欠けるからではなく、その行為自体が可罰的な財物の窃取行為とは認められないからである。

② (利用意思を肯定する点について) A説の理由②。

(批判)

(排除意思を不要とする点について) 既遂時期を極めて不明確とするものである。

D 不法領得の意思を不要とする見解

(理由)

① (排除意思を不要とする点について) C説の理由①。

② (利用意思を不要とする点について) B説の理由②。

3 判例

判例(大判大4. 5. 21, 最判昭26. 7. 13等)は、一貫して不法領得の意思を必要とし、その内容を「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」と定義してきた。

もつとも、「経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」とは、必ずしもその物の利用により経済的利益を得る意思とか、その物の本来の用法に従う意思と解することは必要ではなく、その物のもつ利益や効用を享受しようとする意思で足りる(東京地判昭62. 10. 6参照)と拡張されている。たとえば、性的目的で女性の下着を盗む行為(最決昭37. 6. 26)などについても、不法領得の意思が肯定される。

4 あてはめ

A説によれば、乙に不法領得の意思の内容として排除意思・利用意思が要求される。甲がAの携帯電話を取り上げたのは助けを呼ばれるのを防止するためであるから、携帯電話という物の経済的用法に従って利用処分する意思があるとはいえないので、不法領得の意思が認められず、窃盗罪は成立しないこととなろう。

B説によれば、不法領得の意思の内容として排除意思のみが要求される。そして、助けを呼ばれるのを防止するためであっても、財物の所有者を排除する意思が認められる以上、不法領得の意思が認められ、窃盗罪が成立することとなろう。

C説によれば、不法領得の意思の内容として利用意思のみが要求される。そして、助けを呼ばれるのを防止するために携帯電話をポケットに入れていることから、他人の物によって何らかの経済的利益を取得する意思を有していないので、不法領得の意思が認められず、窃盗罪は成立しないこととなろう。

D説によると、不法領得の意思は要求されないから、助けを呼ばれるのを防止するためであっても携帯電話をポケットに入れる行為は窃盗罪が成立することとなろう。

◆ 論点④ 器物損壊罪における「損壊」の意義 ◆

1 問題の所在

論点③で、甲がAの携帯電話を取り上げた行為につき、窃盗罪の成立を否定した場合に、器物損壊罪が成立するか。携帯電話を取り上げた行為について、器物損壊罪の成立を認めることができるか。「損壊」（261条）の意義が問題となる。

2 学 説

A 効用喪失説（効用侵害説）

物理的損壊に限らず、物の効用を害する一切の行為をいう。

B 物質的毀損説

物の全部又は一部を物質的に破壊・毀損し、それによってその物の本来の用法に従う使用の全部又は一部を不能ならしめることをいう。

* 毀棄・隠匿目的での占有奪取後、その物を放置すれば（隠匿による）毀棄罪が成立すると山口教授は論じている（山口・刑法各論（第2版）P.203）。

3 参考裁判例

被告人が、強姦目的で車内に監禁した女性から携帯電話等を取り上げ、その後これらを川に投棄した事案について、原審である神戸地尼崎支判平12.8.30は、「器物損壊罪にいう毀棄は、必ずしも財物を有形的に毀損することを要せず、隠匿その他の方法によって財物を利用することができない状態におくことをもって足り、その利用を妨げた期間が一時的であると永続的であると、また、犯人に後に返還の意思があったと否とを問わないものと解されるから、被告人らの占有奪取行為は器物損壊罪を構成し、かつ既遂に至っているものというべきである。」とし、携帯電話等を取り上げた行為こそが器物損壊罪を構成するとし、その後の投棄行為は器物損壊罪の不可罰的事後行為にあたりと判示した。

これに対して、控訴審である大阪高判平13.3.14（判時1760-149）は、「器物損壊罪にいう『損壊』とは、物質的に物を害すること又は物の本来の効用を失わしめることをいうと解される」としてA説に立ちつつ、「物の本来の効用を失わしめることに、物の利用を妨げる行為も含まれること、利用を妨げた期間が一時的である場合や、犯人に返還する意思があったような場合も含まれ得ることは、原判決が解釈として説示するとおりである。しかし、利用を妨げる行為が物の本来の効用を失わしめ、『損壊』に該当するといっても、利用を妨げる行為がすべて『損壊』に当たるわけではなく、『損壊』と同様に評価できるほどの行為であることを要するものというべきである。」とし、被告人らが携帯電話等を取り上げた段階では、「かばんや携帯電話の効用そのものが失われたとまで解することはできないから、前記行為をもって器物損壊罪にいう『損壊』と評価するのは相当でなく」「その後、被告人らが、かばん及び携帯電話を川に投棄した行為をもって、それらの物の効用を失わしめる『損壊』行為に当たると解するのが相当である」と判示した。

4 あてはめ

A説に立ち、上記原審のように、物の本来の効用を失わしめることに一時的に物の利用を妨げる行為も含まれるとすると、甲が携帯電話を取り上げた行為は、Aの携帯電話の利用を妨げるものとして「損壊」にあたり得、器物損壊罪が成立しうる。

これに対して、A説に立ちつつ、控訴審のように一時的に利用を妨げる行為のすべてが「損壊」にあたるわけではないとすると、甲が携帯電話を取り上げただけで「損壊」と同様に評価できる程度に利用を妨げたといえるかが問題となろう。

この点については、Aは当時、助けを呼ぶために正に携帯電話を必要とする状況にあったこと、利用が妨げられた時間も取上げ行為から緊縛、撮影等犯行終了までのある程度の時間継続していること、甲は取上げ時点で川に投棄する意思を有しており、犯行目的達成のための一時的な手段として取り上げたにすぎないとはいえないことから、甲の行為は「損壊」にあたるとも評価できよう。他方で、携帯電話を取り上げただけでは、携帯電話の効用そのものが失われたとはいえないとして、甲の行為は「損壊」にあたらないとも評価できよう。

B説によると、甲が携帯電話を取り上げた行為は、携帯電話の全部又は一部を物質的に破壊・毀損する行為ではなく「損壊」にあたらない。

◆ 論点⑤ 強盗の機会性 ◆

1 問題の所在

本件では、乙の強盗行為に関連して、アルバイト店員D・店長Cの死傷結果が生じている。しかし、Dの致傷については、直接ナイフを投げ渡したのはCであるし、乙がCを下敷きにして倒れたのも、Bから自転車を蹴られたからである。このような場合に、乙が致死傷結果についてまで責任を負うか。

240条の、強盗が「人を負傷させたとき」又は「死亡させたとき」の解釈として、強盗致死傷罪の成立を肯定するためには、致死傷の結果はいかなる行為から生じたことが必要となるのかが問題となる。判例、学説は分かれているが、かなり重い犯罪として規定された法定刑を正当化するような犯罪性を認めるためには、強盗と致死傷との関連性がどの程度なければならぬかについての検討が必要となろう。

2 致死傷の原因行為

(1) 学説

A 手段説

強盗致死傷罪の成立を、強盗の手段である暴行・脅迫から死傷の結果が生じた場合に限る。

(理由)

- ① 240条は結果的加重犯である以上、手段としての暴行・脅迫から生じたものに限るべきである。
- ② 240条の加重処罰根拠は、被害者の任意の財産処分行為を排除するほどに強度な反抗抑圧手段（とくに「物理力の行使」）に内在する死傷結果発生の典型的で高度な危険と、その最終結果への直接的な実現にあると考えられることから、そのような危険を有する強盗の手段たる暴行・脅迫に限定することによって重い法定刑を正当化できる。

B 機会説（判例）

「強盗の機会」に死傷の結果が生じることで足りる。

(理由)

240条は、強盗の機会には残虐な行為が行われることが少なくないので、これを重い情状として規定したものである。

(批判)

「機会」以外限定原理を持たず、死傷結果の原因行為が（事後強盗目的を含む）強盗目的以外のものであっても、240条が適用される可能性があり、その適用範囲が広がるおそれがある。

問題となる事例は、被害者に対する日頃の私怨をはらすために、強盗の機会を利用して殺害する場合や、強盗の共犯者同士が、犯行の機会に仲間割れし、仲間を死傷させた場合が挙げられる。

C 密接関連性説

「強盗の機会」に行われた原因行為から生じた場合も含まれるが、その原因行為は強盗行為と密接な関連性を有するものに限られる。

(理由)

240条は犯罪学上強盗の機会に生じがちな致死傷の結果を防止するために設けられたものであるから、その立法趣旨からしても、原因行為が性質上強盗に付随してなされるものと通常予想しうる程度に強盗と密接な関連性を有するものであることが必要である。

(批判)

関連性の判断基準と根拠が不明確である。

D 拡張された手段説

①強盗の手段である暴行・脅迫と②事後強盗類似の状況における暴行・脅迫から死傷の結果が生じた場合に、強盗致死傷罪の成立を肯定する。

(理由)

240条の加重処罰根拠については、手段説と同様に解するが、事後強盗罪の主体を窃盗犯人に限定する一般的な考え方を前提とすると、窃盗犯人が逮捕を免れるため追跡者に暴行を加え、死傷の結果を生ずれば238条に基づき240条が適用されるが、強盗犯人の場合は、同じ行為をしても、窃盗でないという理由で240条が適用されないとするのは不合理であるから、手段説では不十分である。そこで、端的に、強盗の手段たる暴行・脅迫と事後強盗類似の状況における暴行・脅迫に限定されるべきである。

※ 原因行為の範囲と関連して、原因行為につき最低限いかなる主観的要件が必要かという点も問題となる。

一方で、A説、D説からは、暴行・脅迫の故意が要求され、強盗の過程で誤って嬰兒を踏み殺した場合のように、純然たる過失犯としての死傷の結果は除かれることになる。

他方で、B説、C説からは、暴行・脅迫以外の行為も原因行為に含まれるため、問題が生じる。

この点については、刑法240条前段（強盗致傷）については、暴行の認識が必要であり、後段（強盗致死）についてもこれとの均衡上暴行の認識が要求されるとする見解がある。判例も、暴行・脅迫の故意を欠く、純然たる過失傷害の場合については強盗致死傷罪の成立を肯定することを回避しているとみうとの評価もある。

このような理解は、原因行為を広く捉える機会説の広範さを主観的要件で限定しようとするものといえる。

(2) 判例

判例は、一貫して機会説を採用してきたといわれる。

□ 最判昭23.3.9（刑集2-3-140）

〔判旨〕

「刑法第240条後段の強盗殺人罪は強盗たる者が強盗をなす機会において他人を殺害することにより成立する犯罪であって、一旦強盗殺人の行為を終了した後新たな決意に基いて別の機会に他人を殺害したときは右殺人の行為は、たとえ時間的に先の強盗殺人の行為に接近しその犯跡を隠ぺいする意図の下に行われた場合であっても、別箇独立の殺人罪を構成し、之を先の強盗殺人の行為と共に包括的に観察して1箇の強盗殺人罪とみることは許されない

ものと解すべきである。ところが、原判決摘示の事実によれば被告人は外2名と共謀の上京都市伏見区深草柴田屋敷67番地A方家人を殺害して金品を強奪しようとして決意し、昭和21年12月28日午後11時頃より翌3月1日午前1時半頃迄の間において右A方同市同区竹田青池町鴨川東側堤防下鳥羽用水附近及同市下京区上鳥羽久我橋東詰北方桂川堤防附近においてA外2名を殺害してA家より金品を強奪した後右犯行の発覚を防ぐため判示のようないきさつで被告人等の顔を見知っている判示Bを殺害しようと相談し、同人を同市下京区東9条明田新町38番地の空家内に誘い出し3月1日午前6時30分頃同所において同人を殺害したというのであって強盗殺人の行為をした後先の犯行の発覚を防ぐため改めて共謀の上数時間後別の場所において人を殺害したこと明白であるから、前記の法理により被告人等が判示Bを殺害した行為はA外2名に対する強盗殺人罪に包含せられることなく別箇独立の殺人罪を構成するものといわなければならない。従って、原判決が之に対し刑法第199条を適用したのは正当である。」

□ 最判昭24. 5. 28 (刑集3-6-873, 百選II44事件)

〔判旨〕

被告人が強盗目的で屋内に侵入後、家人がいち早く救いを求めて戸外に脱出し、また騒ぎ立てるなどしたため金員奪取の目的を達成できなくなり、逃走しようとしたところ、被告人を追ってきた被害者を日本刀で突き刺し死亡させた事例について、最判昭和24. 5. 28は、「刑法240条後段の強盗殺人罪は強盗犯人が強盗をなす機会において他人を殺害することによりて成立する罪である。…殺害の場所は同家表入口附近といって屋内か屋外か判文上明でないが、強盗行為が終了して別の機会に被害者両名を殺害したのではなく、本件強盗の機会に殺害したことは明である。」と判示した。

次に、本問が素材とした事例において、単なる逃走行為が原因行為になるかについて判示した裁判例がある。

□ 横浜地判平21. 6. 25 (判タ1308-312)

本問の素材となった、いわゆるコンビニ強盗の事案で、2名が負傷したところ、各傷害につき、強盗致傷罪の「致傷」にあたるかが争われた。

まず、店員丙谷の傷害は、レジカウンター内で被告人ともみ合っていた経営者乙川が、被告人から取り上げたカッターナイフをレジカウンターの外にいた店員丙谷に投げ渡したところ、これが同人の大腿部に刺さって生じたものである。

また、経営者乙川の傷害は、被告人が逃げようとして自転車にまたがったところを、経営者乙川が被告人に飛びかかったことと、これとほぼ同時に店員丙谷が自転車の後輪を蹴ったことから、被告人と乙川の2人が、乙川が被告人の下敷きになるようにして路上に転倒したときに生じた可能性がある。

〔判旨〕

「1 刑法240条所定の『強盗が人を負傷させたとき』とは、強盗犯人が強盗の機会に人を負傷させた場合をいうのであるが、単に強盗の機会に被害者に傷害の結果が生じればよいというものではなく、強盗犯人の行為と傷害結果との間に刑法上の因果関係の存在するこ

とが必要である。

そこで、以下、これを前提に、被告人の行為と丙谷及び乙川の各傷害結果の間に因果関係があるかについて判断する。

2 丙谷の傷害について

- (1) 前記第2で認定したとおり、被告人は、そもそも強盗犯人として暴行・脅迫を行った者である上、乙川にカッターナイフを取り上げられたにもかかわらず、なおも乙川や甲山から凶器を奪おうとしていたものであるから、乙川としては、もし被告人にカッターナイフを奪われてしまえば、これによっていかなる危害を加えられるかわからない状況にあったといえる。

加えて、被告人は身長178センチメートル、犯行当時体重130キログラムを超える大柄な男であったのに対し、乙川は中背でやせ型、甲山は小柄でやせ型であったこと、被告人と乙川、甲山がもみ合っていた場所が手狭なレジカウンターの中であったことの諸点からすれば、乙川と甲山が二人がかりで抵抗していたことを考慮しても、乙川がカッターナイフを持ち続けていたならば、いつ被告人に奪い返されてもおかしくない状況にあったというべきである。

以上のような切迫した状況を前提とすると、カッターナイフを丙谷に向かって投げ渡した乙川の行為は極めて自然なものといえる。

- (2) そして、なんの前触れもなく刃物を投げ渡された者としては、それを受け取り損ね、あるいは避け損ねて怪我をするというようなことも決して稀有なことではない。
- (3) そうすると、丙谷の傷害はまさにカッターナイフを奪い返そうとする被告人の行為の危険性が現実化したものといえ、その間に因果関係を認めることができる。

3 乙川の傷害について

- (1) 次に、乙川の傷害については、前記第2で認定したとおり、これが店内におけるもみ合いから店外で被告人を取り押さえるまでのいずれかの間に生じたものであることは認められるが、具体的にいかなる機序で生じたものかは明らかではない。そうすると、弁護人が主張するとおり、被告人を逮捕する目的で、乙川が自転車でまたがった被告人に飛びかかり、丙谷が自転車の後輪を蹴って、自転車を転倒させた際に生じたものである可能性も否定できない。

- (2) そこで、このような場合に被告人の行為と乙川の傷害との間に因果関係が認められるか否かについて検討する。

前記第2で認定したとおり、被告人は、暴行をやめ、財物奪取をあきらめて逃走を開始し、自転車のペダルに両足を乗せて発進しようとした時点で、乙川に左後方からつかみかかれ、ほぼ同時に丙谷に後輪を蹴られて転倒したものであって、自転車が転倒して乙川が傷害を負うに際し、同人に対してはおろか、丙谷に対しても何ら積極的な行為はしていない。

そうすると、本件において、乙川の傷害が自転車が転倒した際に生じたものであるとした場合には、結局、乙川の傷害を帰属させるべき被告人の行為は存在せず、被告人の行為と乙川の傷害との間に因果関係があるということにはならないというべきである。

- (3) これに対し、検察官は、乙川の傷害結果を帰属させるべき被告人の行為としては、被告人の『逃走行為』の存在をもって足り、乙川らに向けられた暴行ないし積極的な行為は必要ないと主張する。

しかしながら、強盗致傷罪における傷害の原因行為が強盗の手段たる行為に限られず、強盗の機会に行われた行為を含むとはいっても、傷害結果を強盗致傷として帰責する以上、傷害の原因行為は、これが強盗の機会に行われた行為であるということのほか、少なくとも被害者等に向けられた暴行ないし積極的な行為である必要がある。」

3 因果関係

強盗致死傷罪が成立するためには、原因行為について機会性等の要件を満たすことに加え、原因行為と死傷結果との間に因果関係が認められる必要がある。

前掲横浜地判平21・6・25の解説である判例タイムズ1308号P.313のコメントにおいて、同判決が因果関係についていかなる立場に立つかにつき、以下のように述べている。

「因果関係については、近時、行為の危険性とその現実化を判断基準とする判例が相次いでいるところである…。」

「本判決は、最近の判例の傾向に従って、客観的帰属説の見地に立っているようである。本判決のように、原因行為につき、危険性を内在する行為を考えるとともに、因果関係につき、その危険性が現実化して致傷の結果が生じたものか否かを考えて、いわば、原因行為と因果関係を表裏一体のものとして構成する考え方は、強盗の遂行がともすると残虐な致死傷行為につながりがちであることにかんがみて、このような事態を特に重く処罰することにしたという強盗致傷罪の趣旨ともよく整合しているように思われる。」

なお、因果関係についての詳細は別項（論点⑥）に譲る。

4 あてはめ

(1) 乙が奪われたサバイバルナイフを取り戻そうとしたところ、Cが取り上げたナイフをDに投げ、結果としてDが傷害を負っている。このようなDの致傷結果について、乙に強盗致傷罪が成立するか。

A説によると、乙はそもそも強盗犯人として暴行・脅迫を行った者である上、Cにナイフを取り上げられたにもかかわらず、なおもCやBから凶器を奪おうとしていたものである。そしてもし凶器の奪取に成功すれば、乙はそのまま強盗行為を継続したことが想像に難くないから、乙のナイフの取戻し行為は、強盗行為に付随するものとして、強盗の手段たる暴行といえる。

そして、原因行為と致傷結果との因果関係については、乙とB、Cらとの体格差及びもみ合っていたレジカウンター内が手狭であったことから、Cがナイフを持ち続けていたならば、いつ乙に奪い返されてもおかしくない状況にあったといえること、このような切迫した状況を前提とすると、ナイフをDに向かって投げ渡したCの行為は極めて自然であること、そして何の前触れもなく刃物を投げ渡された者としては、それを受け取り損ね、あるいは避け損ねて怪我をするというようなことも決して稀有なことではないといえることからすると、Dの傷害はまさにナイフを奪い返そうとする乙の行為の危険性が現実化したものといえ、因果関係を認めることができる。

さらに、乙には取戻し行為につき暴行の故意があることが明らかであり、主観的要件の面でも問題は無い。

D説からもA説と同様の結論となろう。

また、B説、C説からも、乙の行為が強盗の手段たる暴行といえる以上、「強盗の機会」の要

件を満たし、あるいは強盗行為と性質上密接に関連性を有するといえ、強盗致傷罪の成立が認められよう。

- (2) 乙が自転車で逃走を図ったところ、Bに自転車を蹴られてCを下敷きにするように倒れ、結果としてCに傷害を負わせた行為について、強盗致傷罪が成立するか。

A説からは、暴行をやめ、財物奪取をあきらめて逃走を開始する行為は強盗の手段たる暴行・脅迫とはいえないから、強盗致傷罪の成立を否定することになる。また事後強盗類似の状況における暴行・脅迫ともいえないから、D説によっても強盗致傷罪は成立しない。

他方、B説によると、逃走行為も強盗の機会にされたものであれば原因行為たりうることになるから、本問でも「強盗の機会」の要件を満たしうる。もっとも、乙の逃走行為とCの致傷との間にBの故意行為が介在しており、因果関係が認められないことになると思われる。また、本問の事案では、乙は逃走を開始しようとした時点でBに後輪を蹴られて転倒したものであり、暴行・脅迫の故意はないといえる。よって、仮に機会性の要件を満たすとしても、主観的要件として暴行・脅迫の故意を要件とする立場からは、暴行・脅迫の故意を欠くとして強盗致傷罪の成立を否定することになる。

次に、C説によると、単なる逃走行為が強盗行為と性質上密接に関連性をもつ行為といえるか問題となる。強盗犯人が何の抵抗もしないで逃走する行為は、強盗行為の危険性を徴表するものではなく、強盗致傷罪として重い法定刑を科すことを正当化できないとして、強盗致傷罪の成立を否定することになる。

◆ 論点⑥ 因果関係 ◆

1 問題の所在

因果関係とは、実行行為と構成要件の結果との間に一定の原因と結果の関係をいう。結果犯においては、実行行為が存在し、構成要件の結果に当たる事実が認められても、それだけでは既遂にならず、その実行行為と構成要件の結果とを結びつける因果関係が認められなければならない。

本件では、乙の行為後に、Dが医師の指示に従わず安静に努めなかったという被害者自身の行為が介在する。そこで、行為後に被害者の行為が介在した場合には、乙の行為とDの死亡という結果との間に因果関係が認められるのかが問題となる。

2 学説

(1) 一般的基準

A 条件説

その行為がなかったならばその結果は発生しなかったであろうという条件関係が存在する限り、刑法上の因果関係が認められる。

(理由)

事後的にみれば条件関係が認められる限り実行行為と結果とは必然的關係に立つから、結果を実行行為に帰属させても不当とはいえない。

(批判)

刑法上の因果関係は、発生した結果のうち、実行行為に基づくものとして処罰できるのはどの範囲までであるかを類型的に確定するために必要となるものであり、一般の経験からすると偶然とみられるようなものについてまで因果関係を認めるのは、因果関係の本来の趣旨に反する。

B 相当因果関係説

一般人の社会生活上の経験に照らして、通常その行為からその結果が発生することが相当と認められる場合に刑法上の因果関係を認める。

(理由)

- ① 刑法における因果関係は、構成要件の1つの要素として構成要件該当性判断の対象となるものであるから、自然的因果関係としての条件関係が認められるだけでは足りず、いかなる結果につき刑罰的評価を加えて処罰するのが適切かという見地からこれに絞りをかけなければならない。
- ② 構成要件は当罰的行為を社会通念に基づいて類型化したものであるから、条件関係が認められる結果のうち、行為者に帰属せしめるのが社会通念上相当と認められる結果だけを選び出し、このような結果についてのみ行為者に帰属せしめ、責任を問うのが妥当である。

* 相当因果関係説は、行為時に一般人を基準に相当性を判断するという点では共通するが、その相当性の有無を判断する基礎（判断基底）としていかなる事情を考慮すべきかについては、以下のように見解が分かれる。

B₁ 主観説

行為者が行為の当時に認識した事情、及び予見し得た事情を判断の基礎とする。

(批判)

行為者が認識・予見し得なかった事情については、一般人が認識・予見し得た場合でも判断の基礎とすることができないから、この場合にも因果関係が否定されることになり、経験則上偶然的結果でないものまでも排除してしまう点で判断の基礎として狭すぎる。

B₂ 客観説

行為当時に客観的に存在したすべての事情、及び行為後に生じた事情のうち一般人にとって予見可能であった事情を判断の基礎とする。

(理由)

因果関係論を客観的な帰責の問題と考える以上、行為者の主観を排除し、現に生じた結果を客観的な実行行為に帰責し得るかを客観的に考察すべきである。

(批判)

一般人ですら知り得ない特殊な事情を基礎に因果関係を認めることになり、行為者に余りに酷である。

B₃ 折衷説

行為時に一般人が認識・予見し得た事情と行為者が特に認識・予見していた事情を判断の基礎とする。

(理由)

因果関係は構成要件要素であり、構成要件を違法・責任の類型と解する立場からすれば、因果関係の存否を定めるにあたっては責任を類型化したものとして主観的なものを考慮すべきである。

(批判)

① 相当性判断の基礎に主観的なものを考慮することは、責任と因果関係とを混同するものである。

② 行為者の主観を考慮すると、共犯で典型的に現れるように、1個の犯罪現象でありながら、各関与者がその事実を認識していたか否かによって因果関係が人によりあったりなかったりするという不都合が生じる。

* 以上の見解の他に、因果関係の問題と帰属の問題を区別する客観的帰属論と呼ばれる立場がある。この立場は、因果関係の問題は条件説によって判断し、帰属（帰責）の問題は客観的帰属論によって考えるものである。そして、客観的帰属論は、行為者の行為が行為の客体に危険を創出し、その危険が具体的な結果に実現した場合（危険実現）にのみ、惹起された結果が行為に帰属されると解する。そのため、この立場は、実質的には相当因果関係の判断と重なってくると指摘されている。

(2) 行為後に介在事情が存在する場合

A 条件説 ((1)A説を参照)

* 条件説を採る場合、因果の過程に他人の行為が介入した場合などには、条件関係の連鎖が

無限に続き因果関係が極めて広範囲に認められる可能性を否定できない。

もっとも、条件説の支持者の中には、このような不合理を解消するため、因果関係の中断という概念を用いて、因果関係に関し法的な絞りをかける立場がある。即ち、因果経過の進行中に予期し得ない異常な第三者の行為や事実等が介入した場合、実行行為と結果との因果関係は中断し、結果を行為に帰属させないとする。

しかし、この因果関係の中断は、条件説を基礎としながら条件関係の認められる場合に因果関係を否定するもので、自己矛盾に陥っていると批判されている。

B 相当因果関係説 ((1)B説を参照)

(批判)

行為時に立った相当性判断は、現に生じた異常な因果経過の事後的な評価の問題とは適合しない。

C 事後的な相当性判断による見解 (前田説)

(i) 実行行為の有する危険性(結果発生力)の大小(広義の相当性)、(ii) 介入事情の異常性(及び実行行為との結びつき)の大小、(iii) 介入事情の結果への寄与の大小を総合して判断する。

(理由)

① 相当性を、行為に結果発生危険性がうかがわれること(広義の相当性)と、行為の持つ危険性が具体的な因果経過を通じて結果を発生させるに至ったとみられること(狭義の相当性)とに区別する見地から、因果関係の判断は広義の相当性と狭義の相当性とを併せて考える。そして、行為時に存在した事情のみを考慮すれば足りる事例においては広義の相当性だけを問題にすれば足りるが、行為後に他の事情が介入して因果の流れに影響を及ぼした事例については狭義の相当性をも判断することが不可欠である。

② 行為後に予想外の事情が介入して結果が発生した場合、単に現に生じた因果経過がどれだけ突飛だったのかだけでは結果の帰責関係を判別し得ないから、通常考えられているように介入事情が行為時に予測可能かのみで判断すべきではない。

(批判)

① 広義の相当性判断は、実行行為性の判断において用いられる危険性の判断と酷似することから、因果関係の問題とすることは妥当でない。

② 因果関係は構成要件該当性の問題であって、定型的・類型的に判断することを要するから、上記3要素の実質的な相関関係によって相当性を判断するのは妥当でない。

③ 3要素の総合判断とされるため、判断の基準が明らかでないし、3要素の理論的意味付けも明らかでない。

* 以上の見解の他に、因果関係の問題と帰属の問題を区別する客観的帰属論と呼ばれる立場があることについては、上記(1)参照。

3 判例

(1) 因果関係の存否の判断基準について、判例は、かつては条件説の立場であると説明されてきた。しかし、最決昭42.10.24刑集21-8-1116(米兵轢き逃げ事件)を契機に相当因

果関係説に立場を改めたのではないかといわれた。その後、行為後に被害者の行為が介入した事案についての最決昭63. 5. 11刑集42-5-807(柔道整復師事件)や最決平4. 12. 17刑集46-9-683(夜間潜水訓練事件)、行為後に第三者の行為が介入した事案についての最決平2. 11. 20刑集44-8-837(大阪南港事件)などで、相当因果関係説とは異質な考慮がなされているとも指摘されており、判例の立場は明確ではないともいわれた。

- (2) 行為者の行為後に、被害者が、行為者側の影響を受けることなく、結果回避の観点からは不合理な行動を自発的にとり、それが死亡という重大な結果の発生に寄与しているという事案につき、判例は、以下のように判示して、因果関係を認めた。

□ 最決平16. 2. 17(刑集58-2-169)

「1 原判決の認定及び記録によると、本件傷害致死事件の事実関係等は、次のとおりである。

- (1) 被告人は、外数名と共謀の上、深夜、飲食店街の路上で、被害者に対し、その頭部をビール瓶で殴打したり、足蹴にしたりするなどの暴行を加えた上、共犯者の1名が底の割れたビール瓶で被害者の後頸部等を突き刺すなどし、同人に左後頸部刺創による左後頸部血管損傷等の傷害を負わせた。被害者の負った左後頸部刺創は、頸椎左後方に達し、深頸静脈、外椎骨静脈沿叢などを損傷し、多量の出血を来すものであった。
- (2) 被害者は、受傷後直ちに知人の運転する車で病院に赴いて受診し、翌日未明までに止血のための緊急手術を受け、術後、いったんは容体が安定し、担当医は、加療期間について、良好に経過すれば、約3週間との見通しを持った。
- (3) しかし、その日のうちに、被害者の容体が急変し、他の病院に転院したが、事件の5日後に上記左後頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡した。
- (4) 被告人は、原審裁判廷において、上記容体急変の直前、被害者が無断退院しようとして、体から治療用の管を抜くなどして暴れ、それが原因で容体が悪化したと聞いている旨述べているところ、被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったことが治療の効果を減殺した可能性があることは、記録上否定することができない。

- 2 以上のような事実関係等によれば、被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

※ 最決平成16. 2. 17の調査官解説(前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成16年度)』P. 143)によると、「近時の判例の立場は、生じた結果が被告人の行為による危険の現実化したものと評価できるかどうかによって、因果関係の有無が判断されていると考えられる。」とし、あくまでラフ・スケッチであることを前置きした上で、以下のような被害者ないし第三者の行為が介在した場合における「危険の現実化」の具体的な判断枠組みを挙げる(前掲前田・最判解P. 144以下)。

- ① 介在する被害者、第三者の行為によっても、もともと被告人の行為によって生じていた結

果発生の危険性を上回るだけの新たな結果発生への危険性が生じない限りは、生じた結果は、被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるから、当然に被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される。

例：柔道整備師事件、大阪南港事件、夜間潜水事件など。なお高速道路上で被害者の自動車を停止させたところ、後続車の追突事故が発生した事件（最決平16・10・19刑集58-7-645）、トランク監禁事件（最決平18・3・27刑集60-3-382）もこの類型に挙げられている（前掲前田「判解」P.146注13）。

- ② 介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合でも、それが被告人の行為によって誘発されたなど、被告人の行為の影響下にある場合には、やはり、生じた結果は、被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるから、被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される。

例：高速道路進入事件など

- ③ これに対して、介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合で、かつ、それが被告人の行為と独立したものであるときには、因果関係が否定される場合がありうる。しかし、その場合においても、具体的な結果発生の中に、当初の行為の影響力がなお競合して寄与していると見られる限り、それが間接的、劣後的なものであるというだけでは、因果関係が否定されることにはならない。

③について、因果関係が否定される余地があるのは、具体的な結果発生の中に、当初の行為の影響力が、事実的な側面としてはもとより、規範的評価の面からしても、因果関係を否定するに足りるほど軽微なものを見ることができるという場合に限られようと指摘されている。

最決平16・2・17では、被告人より加えられた傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であり、被害者が医師の指示に従わず、安静を保たず、治療を無にするような行動・態度をとったという介在事情があった。

この介在事情の評価について、前掲前田「判解」P.149は、「単なる治療拒否、不協力、医師の医療上の指示の不遵守等の介在事情は、当初の行為の実質的な危険性を何ら左右する性質のものではないといえるように思われる。なぜならば、被害者は、当初の行為の危険性が相当程度残存している状況下で、可能であった危険の減少をしなかつただけであり、これを変質させたり、増幅させたりはしていないからである。」と述べる。

さらに、「介在する被害者、第三者の行為によって、当初の被告人の行為によって生じていた結果発生の危険を上回るような新たな結果発生への危険性が生じたわけではなく、生じた結果は、飽くまで被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるのであり、本件は、」上記「の分類によれば、」①「の当然に被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される場合に属するものと評価できるように思われる。」とす述べる。

他方で、本問のように、2階病室の窓から飛び降りたという介在事情がある場合については、「本件よりも治療への不協力の態度が著しい例」とし、次のように述べている。

(飛び降りた)「衝撃で治療中の患部の縫合が開いて再出血し、失血死した、というような場合を想定すると、被害者の行為は、もはや治療拒否や不協力的にとどまるものではなく、当初の行為の危険性が残存しているとしても、介在行為による変質・増幅の寄与の方が大きいように思われる。そうすると、介在行為が結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合で、かつ、当初の行為の影響下にはないものとして、前記③「の場合に属するといえる。」(前掲前田「判解」P.150)

このような考え方によれば、前記の具体的な判断枠組みによると、乙の当初の行為の影響力が間接的・劣後的といえるか、規範的にみて軽微といえるかを検討することになる。結論は、肯定又は否定のいずれもありうるであろう。

4 あてはめ

(1) 条件説(A説)からのあてはめ

取られたナイフを奪い返そうとする乙の行為がなければ、D死亡の結果は発生しなかったであろうという関係が認められるから、因果関係は認められることとなる。

(2) 相当因果関係説(B説)からのあてはめ

ア 取られたナイフを奪い返そうとする乙の行為がなければ、D死亡の結果は発生しなかったであろうという関係が認められるから、条件関係は認められる。それでは、相当因果関係は認められるのか。

イ 主観説(2(1)B₁説)によれば、被害者であるDが医師の指示に従わないにとどまらず、2階の病室から飛び降りるということは、被害者が死亡に至る経緯として通常予想し得る事態とはいいたいと思われることから、行為時に行為者である乙にとって予見し得ない事情であり、相当性判断の基礎に含まれないこととなる。

しかし、「頸部動脈から大量出血」する程の行為からD死亡という結果が発生することは、一般人の社会生活上の経験に照らして相当といえ、因果関係が認められることとなる。

ウ 客観説(2(1)B₂説)によれば、被害者であるDが医師の指示に従わないにとどまらず、2階の病室から飛び降りるということは、殺人の被害者が死亡に至る経緯として通常予想し得る事態とはいいたいと思われることから、行為時に、一般人が予見することができないので、Dがこのような行動をとることは判断の基礎に含まれないこととなる。

しかし、「頸部動脈から大量出血」する程の行為からD死亡という結果が発生することは、一般人の社会生活上の経験に照らして相当といえ、因果関係が認められることとなる。

エ 折衷説(2(1)B₃説)によれば、被害者であるDが医師の指示に従わないにとどまらず、2階の病室から飛び降りるということは、殺人の被害者が死亡に至る経緯として通常予想し得る事態とはいいたいことから、行為時に、一般人が予見することができないので、Dがこのような行動をとることは判断の基礎に含まれないこととなる。

しかし、「頸部動脈から大量出血」する程の行為からD死亡という結果が発生することは、一般人の社会生活上の経験に照らして相当といえ、因果関係が認められることとなる。

※ なお、被害者であるDが医師の指示に従わないにとどまらず、2階の病室から飛び降りるということは、殺人の被害者が死亡に至る経緯として通常予想し得ると考えた場合、いずれの見解においても、本問におけるDの行動は判断の基礎に含まれることになる。かかる事情の下では、乙の行為からD死亡の結果が発生することは、一般人の社会生活上の経験に照らして相当といえ、やはり因果関係は認められることとなる。

(3) 事後的な相当性判断による説（C説）からのあてはめ

まず、(ii) 患者が医師に従わない行為は全く考えられないことではないとしても、2階の病室から飛び降りてまで無断で退院しようとする行為は、単に医師の指示を無視するような場合に比し異常性が高いものといわざるをえない。

しかし、(i) 乙のナイフを取り返そうとする行為は、これを奪われまいとするCのナイフを投げ渡す行為を誘発するものであり、これによってDの受けた傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得るほど重大な身体の損傷であった。

また、(iii) 傷口が開いたのはDの飛び降りが直接の原因であるが、乙の行為を原因とする頸部の傷とは別個独立の死因が新たに生じたわけではなく、Dは当初の行為の危険性が相当程度残存している状況下で、安静にしていれば可能であった危険の減少をしなかっただけであるから、介入事情の結果への寄与度はさほど高くないといえる。

よって、乙の行為の有する危険が結果へと現実化したといえ、因果関係は認められることとなる。

他方で、判例の事案では、被告人が共犯者とともに被害者に暴行を加え、共犯者の一人が底の割れたビール瓶で被害者の後頸部等を突き刺すという直接的かつ危険性の高い行為を行っている一方で、本件では、(i) 発生した致傷結果が重大なものではあるが、乙の行為は奪われたサバイバルナイフを取り戻そうとするものであり、Dに対する傷害を惹起するような直接的で危険性の高い行為とはいえないと評価することもできよう。

このように考えて因果関係を否定することもありえよう。

◆ 論点⑦ 窃盗罪と占有離脱物横領罪の区別 ◆

1 問題の所在

「窃取」とは、他人の所有する財物の占有を移転し、その占有を取得した（あるいは、第三者に取得させた）場合を意味する。ゆえに、窃取の対象となる財物は、他人が占有するものであることが必要となる。このような他人の占有の存否によって、窃盗罪と占有離脱物横領罪が区別される。

本件では、甲の自転車はZ橋上に無施錠のまま約14時間放置されていたから、甲に占有が認められるか。占有の存否をどのように判断すべきかが問題となる。

2 学説

(1) 総説

占有とは、財物に対する事実的支配・管理の意味である。民法における占有概念とは異なり、自己のためにする意思は必要でない一方で、観念的な占有は含まれない。

占有の存否は、財物に対する支配という客観的要件（占有の事実）と支配意思という主観的要件（占有の意思）を総合して、社会通念に従って判断すべきであり、しかも占有の意思はあくまでも事実的支配を補充するにすぎないとする点で、学説の大勢は一致しているといえる。

なお、占有の事実の内容として、「支配を推認せしめる客観的状況」を要求する立場もある。

(2) 類型的検討

山口厚『刑法各論（第2版）』P. 178以下は、問題となる類型的状況ごとに占有の捉え方を整理している。

① 財物を握持している場合

財物に対する直接的支配があり、占有が肯定されることに何の問題もない。

② 財物が人の（閉鎖的）支配領域内にある場合

閉鎖的空間の支配を通じて、財物に対する支配を認めることができる。自宅内に存在する物については、その所在を見失っても占有は肯定される。

③ 財物を一時置き忘れた場合

置き忘れた財物との場所的離隔又は置き忘れた時点からの時間的離隔が僅かであることから、置き忘れに気づき、他者による妨害を排除して短時間の内に財物を確保する可能性によって、財物に対する支配である占有を肯定することができる。

④ 財物を自己の所在地から離れた場所にとくに置いた場合

駐輪場に自転車を駐輪するなど、保管場所に財物を置く場合には、保管のための場所であるという状況的要件とそこに財物を保管するという占有意思の存在によって、財物はなお所有者に帰属している（社会通念上所有者の支配内にある）という評価が可能となる。

本問もこの類型に属すると考えられる。

⑤ 元の占有者の占有喪失により、占有が他者（当該領域を支配している者）に移る場合

たとえば、旅館の宿泊客が客室に置いている所有物に対しては宿泊客自身の占有が認められるように、他人により支配・管理された領域内においても所有者の占有はなお存続するが、所有者がその占有を失うに至れば、当該領域を支配している者に占有は移行する。

3 判例

□ 最決平16. 8. 25 (刑集58-6-515, 百選II28事件)

〔決定要旨〕

上記③の類型に当たる判例である。

被告人が、公園のベンチに座った際に、隣のベンチでAらがポシェットをベンチの上に置いたまま話しこんでいるのを見掛け、もし置き忘れたら持ち去ろうと考えて様子を窺っていたところ、Aはポシェットをベンチに置き忘れたまま公園出口にある横断歩道橋を上り、ベンチから約27mの距離にある階段踊り場に行ったときに、ポシェットを持ち去ったという事案について、最高裁は、「Xが本件ポシェットを領得したのは、A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事実関係の下では、その時点において、A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、Aの本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、Xの本件領得行為は窃盗罪に当たるというべきであるから、原判断は結論において正当である。」と判示した。

〔判決に対する評価〕

この判例に対しては、最高裁は、「とくに忘れ物をしてから領得されるまでがきわめて接着しているような場合には、そのことだけで占有を肯定するという理解が広まりつつある」との見方がある(小林憲太郎「占有の概念」『刑法の争点』P.165)。

また、他人の支配を推認せしめる状況を要求する立場からは、本判決に対して、「本件の特徴は、犯人が被害者による忘れ物をする現場を見ており、被害者が立ち去った直後に忘れ物を領得した点、距離的・時間的に接着した時点で被害者が忘れ物に気づき取りに帰っている点にある…。このような被害者が忘れ物に気づいて直ちに帰ってくるかもしれないという状況は、被害者による占有の継続を推認せしめる状況といえるかもしれない。」としている。もっとも、占有を認めた判例の結論については、「しかし、本件のような客観的状況において被害者が忘れ物をする状況を全く認識していない者が同様の行為をした場合には、客観的には窃盗であるが主観的には占有離脱物横領の故意しかないとして38条2項により占有離脱物横領罪の成立を認めることになろう。これに対して、本件の犯人の場合には事実の錯誤は否定されるであろう。このように、客観的事情は全く同一であるのに、犯人が被害者による忘れ物を見ていたという事実を重視して占有の継続を認め窃盗罪の成立を肯定することは、なお疑問があるように思われる。」としている(西田典之『刑法各論(第6版)』P.145以下)。

□ 福岡高判昭58. 2. 28 (判時1083-156)

上記④の類型に当たる裁判例として、本問の素材とした福岡高判昭和58. 2. 28がある。

同判決は、「てんじんじまばし」という人道専用橋上に午前3時半ころまで無施錠のまま約14時間放置されていた自転車に対する窃盗の事案について、被害者の占有の有無につき、以下のように判示して、被害者の占有を認め、窃盗罪の成立を認めた。

『てんじんじまばし』は人道専用橋であるものの、事実上X市場にくる客の自転車置場ともなっており、終夜自転車を置いたままにしておくことも度々見受けられ、現に被告人が本件自転車を持ち去ったとき、同所には右自転車のほか一台の自転車が置かれており、しかも、本件自転車は購入後いまだ一年くらいしか経ていない新しい品物で、後輪泥よけ部分には青色のペンキで『A』と鮮明に記入されており、その前輪上のかごのなかには折りたたみ傘一本とタオルが入れられて、通行の邪魔にならないように同橋の東端近く欄干寄りに欄干に沿って置かれていたものであり、Bは、同橋上がそのような場所であることを認識し、後で取りにくる積りで本件自転車をそのまま同所に置いて一旦帰宅したものであるから、かかる事実関係の下では、右自転車が以後約14時間を経過して夜半をすぎて午前3時半ころに及び、しかも無施錠でそのまま置かれていたこと等を考慮しても、社会通念上、被告人が本件自転車を持ち去った時点においても、本件自転車はBの占有下にあったものと認定するのが相当である。」

4 あてはめ

上記の判断枠組みを本問の具体的事情にあてはめるとどのようなになるか。

まず、Z橋は人道専用橋であるものの、相当以前からX市場に来る客の自転車置場ともなっており、終夜自転車を置いたままにしておくことも度々見受けられるという場所的特性を有していることから、自転車の保管のための場所であると評価できる。

次に、現に乙が本件自転車を持ち去った時、同所には右自転車のほか1台の自転車が置かれていたこと、本件自転車は、後輪泥よけ部分には青色のペンキで「甲」と持ち主の名前らしきものが鮮明に記入されていること、その前輪上のかごのなかには折りたたみ傘1本とタオルなど持ち主の物らしき物品が入れられていたこと、通行の邪魔にならないように同橋の東端近く欄干寄りに欄干に沿って置かれていたことなどの客観的事情からは、自転車をそこに乗り捨てたのではなく、所有者が一時自転車を止めており、今にも取りに戻ってくることを推認できる事情といえる。

支配を推認せしめる客観的状況を要求する立場からは、上記のような場所的特性及びその他の事情がこれにあたりとみることになる。

そして、甲は、同橋上がそのような場所であることを認識し、後で取りにくるつもりで本件自転車をそのまま同所に置いて一旦帰宅したというのであるから、そこに財物を保管するという占有意思の存在を認めることができる。

以上のような占有の事実、占有の意思の検討を踏まえて社会通念に従い判断すれば、本件自転車はなお甲の支配内にあり、占有の存在を認めることができよう。

よって、乙に窃盗罪が成立することになる。

◆ 論点⑧ 窃盗罪の保護法益 ◆

1 問題の所在

本件では、甲は、乙に盗まれた自己の所有物である自転車を取り戻している。このような「自己物の取戻し」の場合にも、窃盗罪（235条）が成立するか。窃盗罪の保護法益論が結論に影響を与えるため、窃盗罪の保護法益をどのように解するかが問題となる。

2 学説

A 本権説

所有権その他の本権を保護法益とする。

(理由)

刑法が保護するのは民法によって保護される権利だけで十分である。

B 占有説（判例）

占有それ自体を保護法益とする。

(理由)

- ① 所有と占有の分離という現象が顕著な現代社会では、所持された財物の財産的秩序を刑法上、保護しなければならず、本権を保護するためには、まず占有を保護することが必要である。
- ② 自力救済の禁止という思想に基づく。

C 平穏占有説

本権説と占有説の中間に線を引き、一応平穏と思われる占有のみを保護法益とする。具体的には、占有侵害のうち、窃盗犯人からの所有者による取戻しだけを処罰範囲から除外しようとするものである。

(理由)

- ① 占有説の理由①。
- ② 刑法で保護すべき利益はそれに値するものでなければならない。

3 「自己物の取戻し」の帰結

A 本権説

所有権者等の本権者が不法な占有者から自己の所有物・賃借物を取り戻す行為は、窃盗罪を構成しない。

B 占有説

占有侵害がある以上、構成要件該当性は否定できない。もっとも、権利行使として違法性が阻却される場合が考えられる。その際には、必要性、手段の相当性を加味して実質的に判断する必要がある。

(批判)

手段が不相当であることのゆえに、占有者に保護に値する利益がなくとも財産犯が成立するとするのは不当である。占有の背後に保護に値する利益があるか否かは、やはり構成要件該当

性のレベルで判断されるべきである。

C 平穩占有説

窃盗犯人の占有は、平穩な占有にあたらぬ。よって、窃盗罪を構成しないことになろう。

なお、上記の前田教授の見解に立つと、取戻しまでの程度の期間が経過したかが重要な問題となろう。

4 判例

□ 最判昭35. 4. 26 (刑集14-6-748)

譲渡担保権者が譲渡担保権の目的物であり、管財人が保管する自動車運び去ったが、自動車の所有権の帰属は債務者による弁済の充当関係が不明確なため民事裁判によらなければ確定しがたい状態であったという事案において、「当裁判所においては、すでに、…『法令上公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果国鉄公傷年金証書（これは刑法にいわゆる財物に該当する）を借受金の担保として差入れたことが無効であるとしても、これを受取った者の右証書の事実上の所持そのものは保護されなければならないから、欺罔手段を用いて右証書を交付させた行為は刑法242条にいわゆる「他人ノ財物ト看做」〔注：現「他人の財物とみな」〕された自己の財物を騙取した詐欺罪に該当する。』との趣旨の判決…があり、この判決により…大審判決…は変更されたものであること明らかであり、他人の事実上の支配内にある本件自動車を無断で運び去った被告人の所為を窃盗罪に当たるとした原判決の判断は相当である。」と判示して、窃盗罪について占有説の論理を採用した。

□ 最決平元. 7. 7 (刑集43-7-607, 百選II26事件)

自動車金融業者である債権者が、債務者との間に買戻約款付自動車売買契約を締結し、債務者が買戻権を喪失した直後に、密かに作成したスペアキーを利用するなどして、債務者などに無断で自動車を引き揚げたという事案において、以下のように判示し、窃盗罪の成立を肯定した。

〔判旨〕

「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したもとして窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。」

〔判例の評価〕

本決定の解説である判時1328号152頁のコメントは、本決定は占有侵害の存在により窃盗罪の構成要件該当性を肯定し、行為者の権利行使の側面は違法性阻却において考慮する立場をとるものと評している。

5 あてはめ

A説によれば、甲の行為に窃盗罪（235条）は成立しないこととなろう。

B説によれば、占有侵害があるので、甲の行為に窃盗罪（235条）の構成要件該当性は肯定されるが、なお、違法性阻却が問題となる。もっとも、本問において、公権力に助けを求める余裕はあるといえる上に、乙宅に忍び込んで取り戻した甲の手段は住居侵入罪に該当するものとして相当とはいえないから、違法性は阻却されず窃盗罪が成立することとなろう。

C説によれば、乙は窃取行為により甲の所有物の占有を開始しているから、平穏な占有は認められないといえ、甲の行為に窃盗罪（235条）は成立しないこととなろう。

もっとも、平穏でない占有の概念を限定的に捉えたと（論点⑧2C説※参照）、乙は自宅に持ち帰った自転車について平穏な占有を開始しているともいえよう。この場合には、甲の行為に窃盗罪（235条）が成立することになろう。

「スタ論【スタート】2015 刑法1」より

福田 俊彦先生 作成答案

Memo

- 1 第1 甲の罪責
- 2 1 甲がA宅内に立ち入った行為
- 3 上記行為は、住居権者Aの意思に反する立入りといえるから、住居侵入罪
- 4 (刑法(以下省略する。)130条前段)が成立する。
- 5 2 甲がAの顔面を殴りし傷害を加え、下半身裸の写真を撮った行為
- 6 上記行為につき、強制わいせつ致傷罪(181条1項)が成立するか。
- 7 甲には仕返し目的しかないから、同罪の成立に性的意図が必要であるか否
- 8 かが問題となる。
- 9 強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由であり、行為の法益侵害
- 10 性は行為者の主観的意図で左右されないから、同罪の成立に性的意図は不
- 11 要であると解する。
- 12 本件では、甲は、Aを殴りし、緊縛するという反抗を著しく困難にする
- 13 程度の「暴行」を加え、Aに加療約4週を要する鼻骨骨折等の傷害を負
- 14 わせ、Aの下着を脱がして下半身の写真を撮り、Aの性的自由を侵害して
- 15 いるので、「わいせつな行為」をし、よって傷害を負わせたと認められる。
- 16 よって、甲に強制わいせつ致傷罪が成立する。
- 17 3 甲がAの財布から2万円を抜き取った行為
- 18 上記行為につき、強盗罪(236条1項)が成立するか。
- 19 甲は、当初報復目的でAに暴行を加えた後に、財物奪取意思を生じてい
- 20 る。そこで、このような場合、強盗罪が成立するためには、新たな暴行・
- 21 脅迫が必要であるか否かが問題となる。
- 22 強盗罪の本質は、財物を得るため生命・身体・自由に対する高度の危険
- 23 性を有する暴行・脅迫を行う点にあり、そうであるからこそ、重い法定刑
- 24 が定められている。そうすると、この場合に強盗罪が成立するためには、
- 25 原則として、新たな暴行・脅迫が必要と解すべきである。
- 26 もっとも、既に反抗抑圧された者に対する暴行・脅迫であるから、新た
- 27 な暴行・脅迫の程度としては、反抗抑圧状態を維持・継続させるもので足
- 28 りると解する。
- 29 本件では、緊縛状態の継続は逮捕・監禁行為に当たり、Aは反抗抑圧さ
- 30 れたまま身動きできない状態を強いられているから、実質的には暴行・脅
- 31 迫が継続し、その程度も反抗抑圧状態を維持させるに十分と評価できる。
- 32 したがって、緊縛状態の継続を新たな暴行・脅迫と同視することができ、
- 33 これに乗じて、甲は、A所有の2万円という「他人の財物」を抜き取って
- 34 「強取」しているといえる。甲には、強盗罪が成立する。
- 35 4 甲がAの携帯電話を取り上げた行為
- 36 まず、上記行為につき、窃盗罪(235条)が成立しないか。
- 37 「窃取」とは、占有者の意思に反して占有を移転することをいう。甲が
- 38 Aの携帯電話を取り上げ自己のポケットに入れた行為は、Aの意思に反し
- 39 て占有を移転しているから、「窃取」に当たる。また、同罪の故意もある。
- 40 しかし、不可罰的な使用窃盗との区別及び毀棄罪と領得罪との区別の観
- 41 点から、窃盗罪が成立するためには、書かれざる構成要件として、不法領
- 42 得の意思、すなわち権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその
- 43 経済的用法に従いこれを利用若しくは処分する意思が必要であると解する。
- 44 これを本件についてみると、甲の上記取上げ行為は、Aに助けを呼ばれる
- 45 のを防ぐためである。甲には、Aの携帯電話を電話として利用する意図
- 46 はなく、後に川にでも捨てるという毀棄目的を有していたにとどまる。

47 よって、甲には利用意思がなく、不法領得の意思を欠くので、窃盗罪は
48 成立しない。

49 次に、上記行為につき、器物損壊罪（261条）が成立しないか。

50 甲は、携帯電話を取り上げたにとどまるから、「損壊」に当たるか。「損
51 壊」の意義が問題となる。

52 「損壊」とは、物の本来の効用を失わせることをいう。もっとも、物の
53 利用を妨げる行為がすべて「損壊」に当たるとすると、処罰範囲が広すぎ
54 て妥当でない。したがって、「損壊」と同様に評価できるほどに物の効用
55 を失わせる行為であることを要すると解する。

56 本件では、Aは、助けを呼ぶためにまさに携帯電話を必要とする状況に
57 あったにもかかわらず、甲の行為により携帯電話を利用できなくなり、そ
58 の時間も取上げから犯行終了まである程度の時間継続している。また、甲
59 は、取上げ時点で川に投棄する意思を有しており、犯行目的達成のための
60 一時的な手段として携帯電話を取り上げたとはいえない。

61 よって、甲の取上げ行為によって携帯電話の本来の効用が失われたとい
62 え、甲の取上げ行為は「損壊」に当たるから、器物損壊罪が成立する。

63 5 甲が乙宅前に止められた本件自転車を持ち去った行為

64 上記行為につき、窃盗罪（235条）が成立するか。本件自転車は甲の
65 所有物であるから、自己物の取戻しとして不可罰とならないか。窃盗罪の
66 保護法益と関連して問題となる。

67 原則として自力救済は禁止され、社会秩序を維持する必要があるから、
68 物の所持それ自体を独立の法益として保護すべきである。そのため、自己
69 物の取戻しも、原則として窃盗罪の構成要件に当たる。

70 もっとも、それが社会通念上相手方に受忍を求める限度を超えた違法な
71 ものではないときは、例外的に自力救済も認められると解する。その違法性
72 を判断するにあたっては、取り返す根拠とそれに用いられた手段、取り返
73 す必要性・緊急性を相関的に考慮して判断すべきである。

74 本件では、甲の持ち去り行為は、窃盗罪の構成要件に該当するので、違
75 法性が阻却されないかを検討する。

76 甲は自己の所有権に基づいて取戻行為を行っており、その根拠は正当で
77 ある。しかし、自転車を盗んだのが乙と判明した後で、携帯電話で警察に
78 連絡することも容易であったから、甲に必要性・緊急性は認められない。
79 また、甲は乙宅の庭に侵入しており、甲の行為は住居侵入罪に当たり得る
80 違法行為であるから、社会通念上乙に受忍を求める限度を超えた違法なも
81 のといえ、違法性は阻却されない。

82 よって、甲には窃盗罪が成立する。

83 6 罪数

84 甲には、住居侵入罪、強制わいせつ致傷罪、強盗罪、器物損壊罪
85 及び窃盗罪が成立し、と、と、とは、それぞれ手段目的の関
86 係にあるから、牽連犯（54条1項後段）となる。そして、これらは、かす
87 がい現象により一罪となり、それとは、併合罪（45条前段）となる。

88 第2 乙の罪責

89 1 乙が甲の本件自転車を持ち去った行為

90 上記行為につき、窃盗罪（235条）又は占有離脱物横領罪（254
91 条）のいずれが成立するか。両罪の区別は占有侵害の有無によるが、甲の
92 自転車は人道専用橋に無施錠で約14時間放置されていたことから、甲に
93 占有が認められるか否かが問題となる。

94 占有の有無の判断は、財物に対する支配という客観的要件（占有の事
95 実）と支配意思という主観的要件（占有の意思）を総合して、占有者が
96 支配していると社会通念上認められるか否かによってすべきである。

97 ア 本件では、Z橋は人道専用橋であるが、終夜自転車を置いておくこと

98 も度々見受けられ、事実上X市場に来る客の自転車置場であった。また、
99 本件自転車は、車体に甲の氏名が鮮明に記入されており、かごの中には
100 所有者の物らしき傘とタオルなどが入れられていた。

101 これらの客観的事実からすると、本件自転車は、乗り捨てられたので
102 はなく、所有者が一時止めているにすぎず、今にも取りに戻ってくるで
103 であろうと推認することができる()。

104 イ また、甲は、Z橋がそのような場所であることを認識し、後で取りに
105 くるつもりで本件自転車をそのまま同所に置いて一旦帰宅したにすぎな
106 い()。

107 ウ 以上 及び を総合考慮すると、乙が本件自転車を持ち去った時点に
108 おいても、甲が本件自転車を支配していると社会通念上認められ、甲に
109 占有が認められる。

110 そして、乙は、甲の意思に反して本件自転車を持ち去っているから、乙
111 の行為は「窃取」に当たり、乙には窃盗罪が成立する。

112 2 乙が強盗目的でコンビニに立ち入った行為
113 上記行為につき、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

114 3 乙が自転車で逃走を図ったところ、Bに自転車を蹴られてCを下敷きにす
115 るように倒れ、Cに傷害を負わせた行為
116 上記行為につき、強盗致傷罪(240条前段)が成立するかを検討する。

117 まず、乙は、サバイバルナイフをBの胸の辺りに向けながら現金を要求し
118 ており、Bの反抗を抑圧するに足りる脅迫を行っているから、「強盗」に当
119 たる。

120 それでは、「人を負傷させたとき」に当たるか。
121 強盗致傷罪の死傷の結果については、本条にいう「強盗」が事後強盗を含
122 む以上、通常の強盗の場合も、これとの均衡上、強盗の機会になされたもの
123 で足りると解する。

124 もっとも、強盗致傷罪の原因行為が強盗の機会に行われた行為を含むとは
125 いても、傷害結果を強盗致傷として帰責して重い法定刑を科す以上、傷害
126 の原因行為は、少なくとも被害者等に向けられた暴行ないし積極的な行為で
127 ある必要がある。

128 本件では、乙は、暴行をやめ、財物奪取を諦めて逃走を開始しようとした
129 にすぎず、Cに対してはもちろんのこと、Bに対しても何ら積極的な行為を
130 していない。

131 したがって、乙にはCの傷害を帰属させるべき積極的な行為が存在せず、
132 乙の行為とCの傷害結果との間に因果関係があるとはいえない。

133 よって、乙に強盗致傷罪は成立しない。

134 4 乙が奪われたサバイバルナイフを取り戻そうとしたところ、Cが取り上げ
135 たナイフをDに投げ、結果としてDに傷害を負わせ、入院後死亡させた行為
136 上記行為につき、乙に強盗致傷罪(240条前段)又は強盗致死罪(24
137 0条後段)が成立しないか。

138 Cがナイフを投げたのは、乙に取り返されるのを防ごうととっさにした
139 ものであるから、乙の取り返そうとする行為は強盗の実行行為の一環とい
140 える。そのため、Dの致傷結果は、強盗の機会に生じたといえる。

141 次に、「強盗が人を負傷させたとき」といえるためには、強盗の機会性
142 に加えて、強盗犯人の行為と傷害結果との間の因果関係が必要である。

143 本件では、BCは2人がかりとはいえ、体格では乙に圧倒されており、
144 しかも乙はなおもBやCから凶器を奪おうとしていたから、手狭なレジカ
145 ウンター内ではいつ乙にナイフを奪われてもおかしくない。しかも、乙に
146 ナイフを奪われてしまえば、乙からBやCにいかなる危害を加えられるか
147 分からない状況にあったといえる。

148 このような切迫したCの状況では、ナイフをDに向かって投げ渡したC

149 の行為は、極めて自然である。
150 そして、何の前触れもなく刃物を投げ渡されたDがそれを受け取り損ね
151 て怪我をすることは、稀な出来事ではない。
152 そうすると、Dの傷害結果はナイフを奪い返そうとする乙の行為の危険
153 性が現実化したといえ、因果関係を認めることができる。
154 よって、乙には、少なくとも強盗致傷罪が成立し得る。
155 その後、Dは、病院に搬送され一旦は容体が安定したが、医師の指示を
156 聞かず、2階の病室から飛び降りて容体が悪化し、死亡している。このよ
157 うに、被害者自身の行為という介在事情がある場合、乙の行為とDの死の
158 結果との間に因果関係が認められるか。
159 刑法上の因果関係の存否は、当該行為の有する危険が結果へと現実化し
160 たかによって決すべきである。その具体的な判断にあたっては、当該行
161 為の結果発生危険性の大小、介在事情の異常性の大小及び介在事情
162 の結果発生への寄与度の大小を総合考慮すべきである。
163 本件では、Dが怪我の程度を軽視し、2階の病室から飛び降りてまで無
164 断で退院しようとするものの異常性は大きいといえる()。
165 しかし、乙の行為はCのナイフを投げ渡す行為を誘発するものであり、
166 これによってDの受けた傷害は、それ自体死亡の結果をもたらすほど
167 重大な身体の損傷であった。()
168 また、傷口が開いたのはDの飛び降りが直接の原因であるが、乙の行為
169 を原因とする頸部の傷とは別個独立の死因が新たに生じたわけではなく、当
170 初の傷が開いたことが死因となっているので、介在事情の結果発生への寄
171 与度が大きいとはいえない()
172 以上を総合考慮すると、Dの死亡結果は、いわばDの行為が加わること
173 により、乙の行為の危険がそのまま現実化したものといえ、介在事情が結
174 果を惹き起こしたとまではいえない。乙の行為とDの死の結果との間には
175 因果関係が認められる。
176 よって、乙には強盗致死罪が成立する。
177 5 罪数
178 乙には、窃盗罪、建造物侵入罪、強盗致死罪が成立し、とは、
179 手段目的の関係にあるから、牽連犯(54条1項後段)となり、それとは、
180 併合罪(45条前段)となる。
181

以上

「スタ論【スタート】2015 刑法1」より

受験生答案 (受験生が試験時間内に実際に書いた答案)

Memo

- 1 第1 甲の罪責について
2 1 A宅での行為について
3 甲は、Aの裸体写真を撮り、Aに仕返しする目的で、A宅玄
4 関内に押し入っている。甲は「正当な理由」なくA宅に「侵
5 入」しているといえる。したがって、甲には住居侵入罪(13
6 0条前段)が成立する。
7 甲は、Aの顔面を殴打して、傷害を負わせている。したがっ
8 て、甲にはAに対する傷害罪(204条)が成立する。
9 ア 甲は、Aのバッグから携帯電話を取り上げて自らのポケッ
10 トに入れ、さらに、Aの財布から2万円を持ち去っている。
11 後者については、甲に窃盗罪(235条)が成立することは
12 明らかである。
13 しかし、前者については、窃取した時点では甲は川に投棄
14 する意思を有していたのだから、甲に不法領得の意思が認め
15 られるかが問題となる。
16 イ 不法領得の意思とは、権利者排除意思と利用・処分意
17 思のことをいう。甲は投棄する意思を有していた以上、は
18 認められよう。問題は についてである。
19 については、経済的・本来的用法に従って利用・処分す
20 る意思をいうとされる。とすれば、甲の投棄意思は、には
21 当たらないようにも思える。
22 しかし、は窃盗犯の利益になるように利用する意思であ
23 れば足りると考えられる。とすると、甲は、Aが助けを呼ぶ
24 のを防ぐために携帯電話を取り上げたものであり、犯行発覚
25 を防ぐことに利益を有する甲にとって、携帯電話を取り上げ
26 る意思を有することが に当たると考えられる。
27 したがって、甲には不法領得の意思が認められる。
28 ウ よって、携帯電話についても甲には、Aに対する窃盗罪が
29 成立する。
30 甲は、Aの両手首を紐で後ろ手にしばったり、Aの両足をし
31 ばったりしている。これはAの行動の自由を侵害するものとい
32 える。したがって、甲にはAに対する逮捕罪が成立する(22
33 0条前段)。
34 ア 甲は、Aの裸体写真を撮っている。しかし、甲はAへの仕
35 返し目的である。そこで、かかる目的を有するときでも、
36 強制わいせつ罪(176条前段)が成立するか。
37 イ 本罪の保護法益は、性的自由である。とすると、本罪が成
38 立するためには、性的自由を害する意図がなければならない
39 と考える。
40 ウ 甲は、専らAに対する仕返しをするために、写真を撮って
41 いるのである。ここにAの性的自由を害そうとする意図は見
42 受けられない。
43 したがって、甲には強制わいせつ罪は成立しない。
44 2 乙宅での行為について
45 甲は、本件自転車が乙によって使用されていたので、それを
46 追いかけて、乙宅の庭に止められた本件自転車に駆け寄るべく

- 47 乙宅の庭に立ち入っている。
- 48 かかる立入りは、甲には「正当な理由」がなく、乙の意に反
- 49 した立入りであるといえる。したがって、甲には乙に対する住
- 50 居侵入罪（130条前段）が成立する。
- 51 ア 甲は、乙宅の庭に止めてあった本件自転車を乙に無断で乗
- 52 って帰宅している。そこで、甲には乙に対する窃盗罪（23
- 53 5条）が成立しないか。本件自転車の所有権は甲が有してい
- 54 るので、本罪の保護法益が問題となる。
- 55 イ 窃盗罪の保護法益については、争いあるも、財物の所持自
- 56 体であると考ええる。242条は、かかる理解を前提として定
- 57 められたといえるからである。
- 58 本件では、甲は所有権を有しているものの、乙宅の庭に本
- 59 件自転車は止められている以上、乙が所持しているといえる。
- 60 この乙による所持が本罪によって保護される法益である。こ
- 61 れは、乙が窃盗によって本件自転車を得たとしても結論は変
- 62 わらない。というのも、主観的事情によって、保護法益の有
- 63 無が左右されるのも不合理だからである。
- 64 ウ したがって、甲には乙に対する窃盗罪が成立する。
- 65 3 罪数
- 66 甲には、A宅への住居侵入罪、Aへの傷害罪、Aへの窃
- 67 盗罪、Aへの逮捕罪、乙宅への住居侵入罪、乙への窃盗罪
- 68 が成立する。そして、～はを受けてなされたものであり、
- 69 を中心としたかすがい現象が生じるので、～で一罪として
- 70 処断される。また、～はの手段となるものであるから、～は
- 71 牽連犯（54条1項後段）となる。
- 72 そして、前者と後者は併合罪（45条前段）となる。
- 73 第2 乙の罪責について
- 74 1 本件自転車をめぐる行為について
- 75 乙は、Z橋に止めてあった甲所有の本件自転車を持ち去って
- 76 いる。そこで、乙には甲に対する窃盗罪（235条）は成立し
- 77 ないか。甲は本件自転車をZ橋に放置しているところ、甲に占
- 78 有が認められるかが問題となる。
- 79 ア 本罪における占有とは、財物に対する事実上の支配が及ん
- 80 ていることをいう。本罪の保護法益が所有権でないことから
- 81 も、明らかである。この事実上の支配の有無については、占
- 82 有状態の存在と占有意思の存在によって判断されると考える。
- 83 イ 本件についてみると、確かに、甲は本件自転車をZ橋に放
- 84 置して、600メートル離れた自宅へ戻っている。また、本
- 85 件自転車には施錠がされておらず、誰でも自由に乗り回せる
- 86 状況にあったといえるし、甲が本件自転車を支配している意
- 87 思を感じることもできない。とすれば、本件自転車は甲の事
- 88 実上の支配下にないともいえそうである。
- 89 しかし、Z橋は相当以前からX市場の自転車置場として利
- 90 用されていたのであり、終夜自転車が置いてあることも度々
- 91 見受けられている。そして、甲もこの事情を知っていた。さら
- 92 に、本件自転車には、「甲」と記入されていた。このよう
- 93 な状況からすると、本件自転車は所有権放棄されたものでも
- 94 ないし、Z橋上に置いてある以上、誰かしらの財物であるこ
- 95 とは容易に分かるといえる。また、「甲」と本件自転車に記
- 96 入されているのは、甲の占有の意思が表明されているといえ
- 97 る。

98 したがって、本件自転車には、いまだ甲の事実上の支配が
99 あるといえ、甲の占有に属するものである。

100 よって、乙には甲に対する窃盗罪が成立する。

101 2 コンビニでの行為について

102 乙は、コンビニの売上金を奪う目的を有しながら、コンビニ
103 に立ち入っている。これは「正当な理由」なく、店長Cの意に
104 反する立ち入りといえる。したがって、乙にはCに対する建造
105 物侵入罪（130条前段）が成立する。

106 ア 乙は、サバイバルナイフをBに向けて、「金を出せ。」と言
107 って現金を要求している。もっとも、現金を奪うことはでき
108 ていない。

109 そこで、乙には強盗未遂罪（243条、236条1項）は
110 成立しないか。乙の脅迫に対して、Bは抵抗していることか
111 ら、乙の行為が「暴行又は脅迫」（236条1項）に当たる
112 かが問題となる。

113 イ 本罪の「暴行又は脅迫」とは、恐喝罪との区別の点から、
114 相手方の反抗抑圧する程度のものでなければならないと考え
115 られる。

116 その程度に達しているか否かは、判断の明確化の点から、
117 社会通念に照らして、反抗抑圧される程度といえるか否かによ
118 って判断されると考える。

119 本件では、確かに、Bは乙に対して抵抗しているので、B
120 自身は反抗を抑圧されているとはいえない。しかし、乙は身
121 長178センチメートル、体重130キログラムであり大柄
122 な体格である。そのような乙がサバイバルナイフ（刃体15
123 センチメートル）という凶器を持って脅してくれば、通常
124 の一般人であれば、反抗抑圧されることは明らかといえる。ま
125 た、BやCはやせ型であったということからも尚更である。

126 したがって、乙の行為は「脅迫」に当たる。

127 ウ よって、乙には強盗未遂罪が成立する。

128 ア 乙が、上記の強盗未遂を犯している間に、C・Dが負傷し
129 ている。そこで、乙には、C・Dに対する強盗致傷罪（24
130 0条前段）が成立しないか。それぞれC・Bによる行為が原
131 因となって結果発生しているので、乙にこの点につき帰責で
132 きるかが問題となる。

133 イ 本罪は、財産犯としての側面を有しながらも、生命・身体
134 に対する犯罪としての側面を重視している。量刑が特に重く
135 設定されていることも、その根拠となる。とすれば、強盗
136 （未遂）の機会の中で、人の生命・身体を害する結果が生じ
137 たならば、この点についても当然に強盗犯人に帰責できると
138 考えるべきである。

139 本件では、まずDについては、確かにCがナイフを投げた
140 ことによってDが傷害を負っている。しかし、Cがナイフを
141 投げたのは、乙にナイフを奪われることを防ぐためである。
142 B・Cと乙がもみ合っている途中でなされたことであるから、
143 乙による強盗未遂と同一機会に、Dは負傷したといえる。

144 次に、Cについては、確かに、Bが本件自転車を蹴ったこ
145 とにより、自転車が転倒し、Cが下敷きとなって、Cは負傷
146 している。しかし、Bが蹴った行為は、乙が逃走するのを防
147 ぐためにされたものである。乙とB・Cが争っている途中で
148 なされたものだから、乙による強盗未遂と同一機会に、Cは

149 負傷したといえる。

150 したがって、C・Dの負傷について、乙に帰責できる。

151 ウ よって、乙にはC・Dに対する強盗致傷罪が成立する。

152 ア Dは病院で治療を受けて回復に向かったが、その後Dの行
153 為により病状が悪化し、Dは死亡している。そこで、Dの死
154 について乙に帰責できるか。因果関係の有無が問題となる。

155 イ 因果関係とは、実行行為に含まれる法益侵害の危険性が、
156 結果として現実化したときに認められる。その際、介在事情
157 が結果発生にどのように影響したか等を考慮すべきである。

158 本件では、確かに、Dに生じた傷害は多量出血を伴うもの
159 であり、そのみでも死亡するおそれは高かったともいえる。

160 161 しかし、病院での治療により回復傾向になったにもかかわらず、
162 Dは無断退院を試みようとしていたりしている。今度もDが
163 窓から飛び降りたことに起因する。

164 したがって、実行行為の危険性が現実化したとはいえず、
165 因果関係は認められない。

166 ウ よって、乙にはDに対する強盗致死罪（240条後段）は
167 成立しない。

168 3 罪数

169 乙には、窃盗、建造物侵入、強盗致傷が成立する。そし
て、は牽連犯となり、それとは併合罪となる。

170 以上

「スタ論【スタート】2015 刑法1」より

受験生答案 (受験生が試験時間内に実際に書いた答案)

Memo

- 1 第1 甲の罪責について
- 2 1 甲は「正当な理由」なく、Aの「住居」の玄関内に押し入って
- 3 「侵入」しており、この行為について住居侵入罪（刑法（以下条
- 4 数のみとする）130条）が成立する。
- 5 2 甲は顔面を数回殴打するという不法な有形力をAに行使し、そ
- 6 の結果加療約4週間を要する鼻骨骨折等の傷害を負わせており、
- 7 この行為について傷害罪（204条）が成立する。
- 8 3 甲はAのバッグから携帯電話を取り上げ、自己のポケットに
- 9 入れており、この行為について窃盗罪（235条）が成立する
- 10 かが問題となるも、しないと考える。
- 11 窃盗罪の成立には、使用窃盗（不可罰）や毀棄罪との区別の
- 12 観点から不法領得の意思が必要である。
- 13 不法領得の意思は 利用意思と 権利者排除意思からなると
- 14 ころ、甲はAに助けを呼ばれることを防ぐために本件行為に及
- 15 んだものであり、 が欠けるからである。
- 16 また、甲は携帯電話を後で捨てようというつもりであったも
- 17 のの、結局それを失念して自転車のかごに入れっぱなしにして
- 18 おり、携帯電話の効用を害したとはいえ、器物損壊罪（26
- 19 1条）も成立しない。
- 20 4 甲は「十三歳以上」のAに対し、顔面にガムテープを、上半
- 21 身に布団を掛け、目隠しをするとともに、Aの両手首を紐で後
- 22 ろ手に縛って、身動きが困難な状態にするという「暴行」を用
- 23 いて、Aの裸体の下半身の写真を撮るとする「わいせつな行
- 24 為」をしており、この行為について強制わいせつ罪（176
- 25 条）が成立する。
- 26 ここで、甲には自己の性的要求を満足させるという意図はな
- 27 く、仕返しの意図で本件行為に及んでいることから同罪は成立
- 28 しないのではないかとも思える。
- 29 しかし、同罪の保護法益は被害者の性的自由であり、客観的
- 30 にこれが害されるような行為が行われれば、犯人の意図が欠け
- 31 ても法益は侵害されることになるから、かかる意図の有無は同
- 32 罪の成否には影響しないと考える。
- 33 5 甲はA宅から逃走する際、Aの両足を更に縛るという不法な有
- 34 形力の行使をしており、この行為について暴行罪（208条）が
- 35 成立する。
- 36 3で前述した通り、甲はこの時点で窃盗罪及びその未遂罪の罪
- 37 責を負っておらず窃盗犯人ではないから、事後強盗罪の成否の検
- 38 討は要しない。
- 39 6 甲はテーブルの上にあった財布の中から現金2万円を抜きとつ
- 40 て持ち去っており、この行為について窃盗罪が成立しないか。
- 41 まず、甲はAを縛るなどした後に財布を見つけ、財物窃取の
- 42 意図を形成したものであるから、強盗罪は問題とはならない。
- 43 ア では、現金2万円について、Aの占有は認められるか。A
- 44 は身柄を拘束され意識が朦朧としていたことから、現金2万
- 45 円についてAの占有が失われているとも思われるため問題と
- 46 なる。

47 占有とは、財物に対する事実上の支配をいい、占有の意思
48 と占有の事実を総合的に考慮してその有無が判断される。

49 イ 本件においては、Aは意識を朦朧とさせながらも気絶せず
50 に一応意識を保っていたのであり、現金2万円について、抽
51 象的・一般的とはいえ占有する意識が未だ存在していたとい
52 え、占有の意思が認められる。

53 また、現金2万円は小さい形状ではあるが、A宅のテーブ
54 ルの上の財布の中にあったものであり、Aの占有という事実
55 があったものと認められる。

56 ウ 以上より、甲には現金2万円について構成要件該当性が認
57 められる。

58 また、甲は、現金2万円を窃取する時点の前後たるAを縛っ
59 ている時点及び逃走する時点の両時点においてAが動いている
60 ことを確認しており、Aの占有を侵奪するという点について
61 故意を有しているとは認められる。

62 よって、この行為について、窃盗罪が成立する。

63 7 甲は乙の承諾なく乙宅の庭に立ち入っており、「正当な理由」
64 なく「住居」に「侵入」しており、この行為について住居侵入罪
65 が成立する。

66 8 甲は止めてあった本件自転車に乗って帰宅しており、窃盗罪が
67 成立する。

68 ここで、本件自転車が甲の物であるが、同罪の保護法益は平穩
69 な占有であり、目の前で犯人から盗られた物をとり返すような場
70 合を除き、占有は保護されると考えるため、甲の行為は同罪を構
71 成することとなる。

72 また、甲の取り返しは自救行為として許されるかも問題となる
73 が、取り返しに際して乙宅の庭に侵入し、住居権を侵害しており、
74 社会的相当性を欠くため、許されないと考える。

75 第2 乙の罪責について

76 1 乙はZ橋上にあった本件自転車を持ち去っており、この行為
77 について窃盗罪または占有離脱物横領罪(254条)が成立し
78 ないか。

79 両罪の分水嶺として、本件自転車の甲の占有の有無が問題と
80 なる。

81 第1, 6 で前述したのと同様、占有の意思と占有の事実を
82 総合的に考慮して占有の有無を判断すべく、検討していく。

83 まず、甲は本件自転車のかごの中にAの携帯電話、傘、タオル
84 を入れたままにしており、後で再びこれに乗る意思がみてと
85 れる。また、居酒屋Yの従業員がZ橋へ本件自転車を移動させ
86 たとはいえ、この移動はYにおいて日常的に行われていたこと
87 であるし、常連客たる甲はこのような事情を知っていたもので
88 あり、実際帰宅時にZ橋上に本件自転車があることを確かめて
89 いることから、一般的・抽象的に本件自転車を占有するとい
90 う意思是午後2時の時点には認められるといえる。

91 もっとも、その後本件自転車をおいて約600メートルもは
92 なれた自宅へ帰っており、乙が持ち去った午後3時35分の時
93 点でかかる意思が継続しているとは認めがたい。

94 そして、自転車は運ぶことが非常に容易であること(乗って
95 移動できる)、本件自転車は甲の名前が書いてあり、新車では
96 あるものの、かごに荷物が入っており、放置自転車の様をなし
97 ていること(荷物は傘、タオルなど一見してゴミに見える)、

98 施錠されていないことが、甲が帰宅した後は600メートル
 99 も離れていることからすれば、午後3時35分の時点では甲の
100 占有の事実があると認められないと考える。

101 よって、本件自転車について甲の占有は認められず、乙は
 102 「占有を離れた他人の物」たる甲の本件自転車を強盗後に逃げ
 103 る際に使用しようという意思で「横領」しており（不法領得の
 104 意思が認められる）、この行為について占有離脱物横領罪（2
 105 54条）が成立する。

106 2 乙は「正当な理由」なくコンビニ店内に立ち入っており、建造
 107 物侵入罪が成立する。

108 3 強盗致傷罪について

109 乙は店員Bに対してナイフを向け、「金を出せ」などと言っ
110 ており、この行為は強盗罪（236条1項）の実行の着手とな
 111 るか。

112 強盗罪における「暴行」は、客観的にみて被害者の反抗を抑
 113 圧するに足るものである必要があるため問題となる。

114 本件においては、Bが乙の手を蹴り上げようとしたり、スイ
 115 カ包丁を向けたりし、その後Cが加勢したりしているが、大柄
 116 の乙（178センチ130キロ）に比べてBとCはどちらも大
 117 柄ではなくやせ型であり、また乙とB及びCがもみ合っていた
 118 場所は抵抗が容易でないと考えられる手狭なカウンターの中
 119 であつたことからすれば、客観的にみて乙の「暴行」は反抗を抑
120 圧するに足りるものであると考えられる。

121 よって、乙の行為は強盗罪を構成する。

122 Dは傷害を負っているがこれについて乙に帰責されるかが問
 123 題となるも、されないと考える。

124 強盗の際に傷害結果が生じることは顕著であり、身体・生命
 125 の保護の観点からは傷害結果は強盗の機会に生じればよいと考
 126 えるからである。

127 本件では乙への抵抗の際に、乙の、Cに向けられた暴行から
 128 生じており、強盗の機会に生じたといえる。

129 もっとも、その後のDの死亡結果は、Dの2階からの飛び
130 という極めて異常な行為が介在、寄与しているから、これにつ
 131 いて乙には帰責されない。

132 Cの傷害結果は、乙の下じきになったことから生じているも
 133 のの、乙の財物奪取に向けられた行為とは関係なく、強盗致傷
 134 罪の予定するものではなく、乙に帰責されない。

135 よって、乙は強盗致傷罪（240条）の罪責を負う。

136 第3 罪数関係

137 1 甲は 住居侵入罪 傷害罪 強制わいせつ罪 暴行罪 窃盗罪
 138 窃盗罪が成立し、は に吸収、と、及び は牽連犯と
 139 なり、これと とが併合罪となる。

140 2 乙は 占有物離脱横領罪 住居侵入罪 強盗致傷罪の罪責を負
 141 い、と は牽連犯、これと とが併合罪（45条）となる。

142 以上

受験生答案

【MEMO】