

【論文発表前】予備試験スタンダード論文答練ガイダンス

「勝負どころ」が
「みえる」読み方と「伝わる」書き方

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士

古海 健一 先生

辰巳法律研究所

【MEMO】

講師作成レジュメ

辰巳専任講師 弁護士

古海 健一講師

1 『勝負どころ』とは

- (1) 論文式試験で試されているのは、法的な問題を解決する能力の有無
→具体的には、① 法律を解釈し、具体的な事例に適用できるか

② 事実の法的な意味を抽出し、法的に評価できるか
- (2) 上記①及び②は、密接にリンクしている（「車輪の両輪」）。
- (3) 難しい法解釈論は、理解しておく必要はあるが、論文式試験の答案に書く必要はない。
(理由)
 - ① 司法試験は、裁判官、検察官及び弁護士になろうとする者が、必要な学識及びその応用能力を備えているかを判定するための試験
 - ② 時間的制限、紙幅の制限
- (4) 『勝負どころ』は、法律の解釈論ではなく、事実の法的な意味の抽出及び評価。

2 『みえる』読み方

- (1) 問題文に記載されている事実のうち、法的に意味がある事実を抽出する。
- (2) 事実の法的な意味を抽出するには、法律の基礎的な理解が必要不可欠。
- (3) (2)は、事前準備が可能。
- (4) (1)は、判例（特に、下級審の判例）を読み込んで訓練できる。事前に勉強した法律が、具体的な事件を解決するためにどのように使われているのかを確認して、記憶する。

3 『伝わる』書き方

(1) 大前提として、形式面を整える。

→丁寧な字，正しい日本語，適切なナンバリング，特定答案となるのを避けること。

(2) 法律の解釈論は最小限にとどめ，事実の法的な意味を明らかにした上で，法的に評価し，法律を適用し，問題を解決する。

4 具体例

- ・平成26年予備試験論文式試験「刑法」

[平成26年予備試験刑法]

1 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。）。

2
3 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、
4 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
5 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、
6 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
7 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計画した。

8 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
9 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、
10 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、
11 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、
12 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
13 えせず、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。

14 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
15 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
16 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
17 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
18 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
19 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
20 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
21 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
22 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、
23 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
24 前に立ちはだかつて、甲の逃走を阻んだ。

25 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
26 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
27 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
28 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
29 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
30 免許証か何かを見せろ。」と言った。

31 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、
32 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、
33 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
34 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
35 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、
36 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
37 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
38 留めた。

39 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
3 いと思い、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
4 たことから、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】

5 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
6 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
7 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
8 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、
9 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、
10 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、
11 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

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
5 言っ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
8 方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
9 付させた」要件は、錯誤に基づいて交付行為がなされたことを担
10 保するための要件である。そこで、錯誤、つまり瑕疵ある意思に
11 基づいて交付がなされることを要し、意思に基づかない占有移転
12 では足りないから、交付者は占有の弛緩の認識では足りず、占有
13 移転の認識が必要である。

14 イ 本間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
15 に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
16 取り戻すことはほぼ不可能となるから占有の移転があると言え、
17 したがって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
19 る。

20 ウ よって「交付させた」と言える。

21 (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
22 知らぬ以上、自律性が無く、甲の間接正犯となる。

P.2 (4) 以上よりVに対する詐欺罪が成立する。

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(2
3 43条, 240条後段, 236条2項)が成立しないか、以下検討す
4 る。

5 (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
6 である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
7 ら、反抗を抑圧する程度の有形力行使たる「暴行」があった。

8 (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、
9 「財産上不法の利益を得」といえる。

10 (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
11 全であるので、財物奪取がなされても、Vが死亡していない以上未
12 遂(243条)にとどまる。

13 (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
14 反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
15 されないか。

16 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、
17 「急迫不正の侵害」があったと言え、「自己の権利」である甲の
18 身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
19 意があるうとも、Vの侵害を認識しつつこれを避けようとする防
20 衛の意思が認められ、「防衛するため」と言える。

21 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
22 害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
P.3 れるものであるから、「やむを得ずにした行為」と言えるために
2 は確実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

3 とを要する。本問では、甲が年齢、体格においてVに大きく勝る
4 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
5 除可能と言える。そのため、ナイフでの刺突行為は必要最小限と
6 は言えない。よって、「やむを得ずにした行為」にあたらぬ。

7 ウ そこで過剰防衛（36条2項）が成立するとも思える。

8 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
9 のであり、自招侵害としての側面を持つと考えられることから、
10 過剰防衛が成立しないのではないか。

11 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
12 の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
13 であるから、詐欺行為に比して不法の程度が著しく高い。そのた
14 め、判例の射程は及ばず、喧嘩闘争状況の一コマとは評価できな
15 いから、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
16 ない。

17 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
18 となる。

19 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
20 害法益・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
21 となる。

22 第2 乙の罪責について

P.4 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、
2 盗品等保管罪（256条2項）が成立しないか、検討する。

3 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
4 こ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
5 ている。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
6 か問題となる。

7 (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
8 る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
9 情後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
10 える。

11 (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
12 立する。

13 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
14 断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）
15 が成立しないか。

16 (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
17 保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
18 が問題となるに過ぎない。

19 (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
20 が認められ、売却時点で既遂となる。

21 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
22 一罪となり、前者の罪に吸収される。 以上

平成26年論文式試験・刑法 合格者再現答案

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に仏像を渡させた行為は詐欺罪(246条1項)に該当しないか。詐
3 欺罪が成立するためには、①欺罔行為、②錯誤、③交付行為、④財産上の損害
4 が要件となる。

5 (1) では、欺罔行為があったといえるか。欺罔行為は交付行為に対して向けら
6 れたものでなければならぬところ、本件では、占有を弛緩させただけで占
7 有移転たる交付行為に向けられたものではないのではないかが問題となる。

8 そして、交付行為においては交付意思が必要であり、客観的外形的事情の
9 認識が必要と解される。

10 本件において、Vは、ホテルの部屋という排他的支配から持ち出すことの
11 みならず、さらにはホテル自体から持ち出し、隣の喫茶店にまで持ち出すこ
12 とも認めている。さらに、Vは甲がいる以上代金は支払われると考えてお
13 り、これは仏像が持ち逃げされることをも考慮に入れた上でのことと解釈で
14 きる。よって、本件では交付行為といえ、ひるがえって欺罔行為もあるとい
15 える。

16 (3) そして、Vは代金が支払われると「錯誤」に陥ったうえ、乙という、甲と
17 特別な人間関係にあるものが仏像をもちだしているため、占有も移転し、交
18 付行為があったといえる。さらに仏像は密輸品であるものの、没収するため
19 には一定の手続きが必要であることから、財産上の損害も認められる。よっ
20 て詐欺罪が成立する。

21 2 甲がVを刺した行為について強盗殺人未遂(240条、236条2項)が成
22 立しないか。

P.2 (1) まず、「強盗」といえるか。本件では、売買契約自体が民法90条で無効
2 であるため売買代金請求権もなく、また仏像自体も民法708条により返還
3 請求権もない。このことから甲には財産上の利益がないのではないかが問題
4 となる。しかし、財産法秩序の維持も刑法の目的であるため、刑法独自の保
5 護を与える必要があるため、財産上の利益にあたる解する。

6 (2) そして、ナイフという極めて危険な凶器によって喉元という身体の枢要部
7 に突き付けているため、反抗を抑圧するにたりる暴行といえる。

8 (3) さらに、利益が移転したといえるか。2項強盗は相手側の反抗抑圧状態に
9 乗じたものであるため、相手側の交付行為は必要ない。しかし、1項強盗と
10 の均衡から財物の移転に同視できる、財産上の利益の移転が必要である。具
11 体的には債権の追求が不可能または著しく困難となったことが必要となる。

12 本件では、この契約が違法であるため、裁判所によって追求することは考
13 えにくい。さらにこの契約を知っているのはVと甲のみであり、さらに甲は
14 身分を秘している。これらのことから甲はVからこの場で逃げることが出来
15 さえずれば、追及されることは著しく困難になる。よって利益を得たとい
16 えるため、強盗にあたる(236条2項)。

17 (4) そして、甲は殺意を持っているが強盗殺人は240条にあたるかが問題と
18 なるが、240条が刑を加重しているのは、強盗が身体を傷害することが刑
19 事学上顕著であるからであり、殺意を持つ時もこの趣旨は妥当する。

20 よって240条にも強盗殺人は含まれ、これは身体という重要な法益を守
21 るための法であるため、既遂未遂は身体障害結果の既遂未遂で決定する。

22 よって強盗殺人未遂罪が成立する。

P.3 (5) しかし、正当防衛として違法性を阻却されないか。

2 ア まず、「急迫不正の侵害」といえるかが問題となる。本件では、Vによ

3 りナイフを突きつけられている。しかし、これは甲が代金支払いを免れよ
4 うとするのを阻むための行為である。ところが、体格差を考慮してもナイ
5 フを突きつける行為がやりすぎであり、正当な逮捕行為を逸脱している。
6 実際、ホテルの人や警察を呼ぶことも可能であったであろう。よって急迫
7 不正の侵害はあったといえる。

8 イ 次に、刑法は法益侵害のみならず、社会倫理秩序の維持をも目的として
9 いるところ、違法性阻却事由においては社会的相当性を有しているがゆえ
10 に、違法性が否定される。すると、当人の主観面もかかる社会的相当性の
11 判断には必要であるため、いわゆる防衛の意思が必要である。そして防衛
12 の意思とは急迫不正の侵害を認識しこれを避けようとする単純な心理状態
13 である。また、攻撃の意思と併存していてももっぱら攻撃の意思でない限り
14 防衛の意思は否定されない。

15 本件において、甲は、身を守るためという意味を持っていうため防衛の
16 意思は肯定できる。

17 ウ さらに行為の相当性はあるか。甲Vには体格差があり、甲としてはナイ
18 フを奪いさえすれば、危機を脱することができたといえる。よって相当性
19 を欠き、過剰防衛となる。

20 エ そして、過剰防衛において責任が軽減されるのは、急迫下においてやり
21 すぎてしまうことに対しては非難可能性が減少するところにある。しかし、
22 侵害が自ら招いたものであり、かつ防衛行為も防衛のためのみならず別の
P.4 意図でなされた場合には依然として非難が可能であるため、過剰防衛は否
2 定されると解する。

3 本件では、Vの行動は甲が逃げようとしたからであり、また、行為も強
4 盗という防衛と関係ない意思によりなされている。よって過剰防衛の適用
5 はされない。

6 よって甲には詐欺罪と強盗殺人未遂罪が成立し、両者は同一の法益に向
7 けられたものである以上、前者は後者に吸収される。

8 第2 乙の罪責について

9 1 まず盗品等保管罪（256条2項）が成立しないか。この保護法益は本人の
10 追求権と本犯助長的側面にあるところ、保管が継続すればこれらの法益は侵害
11 され続ける。

12 そこで、乙が気づいた時から盗品等保管罪が成立する。

13 2 つぎに横領罪が成立しないか。乙は仏像というVという他人のものを売って
14 いる。そして、委託信任関係は所有者との間には必要なく、また窃盗犯の占有
15 も保護されることとの均衡から違法な委託信任関係でもよい。そして、かかる
16 委託の趣旨に反して権利を有さないのに権利者でなければならない行為を行っ
17 ているため、横領罪が成立する。

18 そして代金を費消した行為は不可罰的事後行為となる。

19 両者は併合罪となる。

20 以 上

平成26年論文式試験・刑法 合格者再現答案

刑法・評価C (601位～900位/受験者1900人)

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1. 甲がVから仏像の引き渡しを受けた一連の行為について、詐欺
3 罪を検討する。

4 2. 甲が、「欺」く行為とは、当該財産の処分の基礎となる事由に
5 つき相手方を錯誤に陥らせ、財物を交付せしめることに向けられ
6 た行為でなければならない。

7 真実は金を支払う意思がないのに、ことさらにアタッシュケ
8 ースを見せて「まず仏像を鑑定させてくれ」と言ったのは、「欺」
9 く行為にあたる。

10 これに対して、Vは金を払ってくれると思ったので「錯誤」に
11 陥っている。

12 そして、Vはその錯誤に基づき、「仏像を甲に引き渡した」の
13 で、「処分行為」を行い、「交付」している。

14 錯誤から交付まで因果関係があり、最終的には事情を知らない
15 乙が仏像を持ってホテルを出てしまっており、Vは仏像を失った
16 との損害もある。以上により、甲には詐欺罪(246条1項)が
17 成立する。

18 なお、仏像は密輸品であるが、刑法は財産秩序の維持も目的と
19 するので、「損害」の発生を認定することができる。

20 3. さらに、甲は「仏像の返還や支払いを免れる」ため、「殺意を
21 もって」、ナイフでVの腹部を突き刺すという、反抗を抑圧する
22 に足る暴行を加えている。このとき、仏像は乙が受け取ってタク
2 シーで立ち去ってしまっており、甲としてはもっぱら「支払いを
3 免れる」という「財産上不法の利益を得る」という目的があった
4 と考えられる。

5 このため、この行為は、強盗利得罪(236条2項)に該当す
6 るとともに、殺意があるところ、強盗殺人罪は故意犯を含むので、
7 甲のこの行為は強盗殺人罪(240後段)の実行行為に該当する。

8 もっとも、結果的に乙は一命を取り留めたので、結局、強盗殺
9 人の未遂(240後段、243条)となる。

10 4. では、正当防衛(36)が成立しないか。Vは甲に対して、ナイ
11 フの刃先を甲の首元に突きつけている。首元に突きつけると、一
12 歩間違うと動脈を切って失血死するかもしれない状況であるので、
13 「急迫不正の侵害」があると言える。そして、甲は、「自分の身
14 を守る」ことを認識しているので、「自己の権利を防衛するた
15 め」といえる。

16 しかし、「やむを得ずした」と言えるか。この点、甲は28歳
17 と年も若く、178cm、体重82キロと屈強な体格である。一方、
18 Vは68歳の老人で、身長は160cmに過ぎず、体重も53キロ
19 しかない。

20 確かに、甲がVをナイフで突き刺した際、Vは「ナイフを取り
21 戻そうと掴みかかってきて」おり、急迫不正の侵害は継続してい
22 たと考えられるが、ナイフで突き刺すのは「やむを得ず」したと
23 は認められない。このため、甲には過剰防衛が成立する。

P.3 5. 以上により、甲には1項詐欺罪(246条1項)と強盗殺人罪
2 の未遂犯(240後段、243条)が成立し、後者は過剰防衛

3 (36条2項)として、減刑または免除される可能性がある。

4 第2 乙の罪責

5 1. 詐欺罪の共同正犯が成立するには犯行内容の主要な部分につき
6 共謀がなされている必要がある。しかし、乙は甲が欺罔行為を
7 行った当時、それが仏像をだまし取るという詐欺罪にあたる行為
8 の根幹について認識していなかったのだから、主要な部分につき
9 共謀がなされているとは言えない。よって、詐欺罪の共同正犯は
10 成立しない。

11 同様に、詐欺罪を幫助した客観的構成要件該当事実につき認識
12 認容がなかったのであるから、幫助犯も成立しない。

13 2. 海外に逃亡した甲に頼まれた後、引き続き仏像を保管した行為
14 は、盗品等保管罪(256条2項)に該当する。盗品等の罪は被害
15 者の追求権を保護法益とするところ、知情後に保管を続けること
16 で、追求権を侵害するからである。

17 3. さらに、甲に無断で仏像を売却した行為について、横領罪(2
18 52条1項)が成立しないか。

19 まず、仏像は、「乙が占有する他人のもの」である。

20 盗品の占有も法的保護に値する以上、盗品に関する委託関係も
21 法的保護に値するものとする。ここで、「横領」とは不法領得
22 意思の発現行為を広く含む。具体的には、委託の趣旨に背いて権
23 利者でなければできない行為である。

24 この点、確かに仏像は甲がVから詐欺で取得したものなので、
25 不法原因給付物として返還請求できず、保護されないとも思える。

26 しかし、刑法は外形的な財産秩序も保護しているので、甲の寄
27 託も刑法上保護される。乙は甲から仏像の保管を受託しており、
28 委託関係があり、そのうえで、「第三者への売却」という「権利
29 者でなければできない行為」をしたといえる。

30 よって横領したものと言え、横領罪が成立する。

31 4. 以上、乙には盗品等保管罪(256条2項)及び横領罪(252
32 条1項)が成立し、併合罪となる。

以上

平成26年論文式試験・刑法 合格者再現答案

刑法・評価D (901位~1200位/受験者1900人)

Memo

P.1 第一 甲の罪責

2 1 甲がVに仏像を交付させた行為につき、詐欺罪(刑法246条1項)が成立しないか。
3 (1) 詐欺罪の成立には、欺罔行為によって相手を錯誤に陥らせ、それに基づき財物を交
4 付させることが必要である。

5 (2) 本問では、甲は2000万円の準備があるとの虚偽の事実を告げ、Vは2000万
6 円を受け取ることができるとの錯誤に陥っており、売買における対価はまさに売買の
7 目的たる重要なものであり、Vは甲の欺罔行為で錯誤に陥ったといえる。

8 (3) そして、錯誤に陥らなければ仏像を引き渡すことはなかったといえる。もっとも、
9 錯誤に基づき直接的に財物が移転したといえるか。

10 ア 上述のように、詐欺罪では錯誤により相手が財物の占有を移転することが因果関
11 係として予定されており、占有の弛緩にとどまる場合は詐欺罪は成立しない。

12 イ 本問においてこれをみるに、仏像を持ち去ったのは乙であり、占有が移ったと評
13 価できるのはこの行為によるとも思える。

14 しかし、仏像は風呂敷で包める程度の大きさであり、容易に占有を移すことが可
15 能であること、また、Vの主観としても「先に仏像を引き渡しても代金を受け取り
16 損ねることはない」と考えており、その場で代金をただちに受け取らなければ仏像
17 を渡さないとは考えておらず、むしろその場では甲に占有を完全に移転させる意図
18 があった。

19 ウ よって、錯誤に基づき直接的に財物の占有が移転しているといえる。

20 (4) 以上より、甲に詐欺罪が成立する。

21 2 甲が殺意をもってVをナイフで突き刺し、重傷を負わせた行為につき、強盗殺人未遂
22 罪(240条・243条)が成立しないか。

P.2 (1) Vには仏像の返還請求権・代金請求権があり、これらも私法上の権利であるから強
2 盗罪の「利益」にあたる。

3 (2) そして、ナイフによる刺突行為は明らかに反抗抑圧に足る「暴行」といえ、強盗の
4 手段としての暴行から未遂結果が生じている。

5 また、強盗殺人は人身犯の規定であり、未遂の判断は殺人の既遂・未遂によるべき
6 であるから、強盗殺人未遂罪の構成要件の結果を惹起している。

7 (3) もっとも、甲がナイフでVを突き刺したのは、Vが掴みかかってきたことに対して
8 行ったものであり、正当防衛(36条1項)が成立しないか。

9 しかし、Vの行為が甲の行為によって惹起されたものであるとすれば、正当防衛は
10 成立しないとも思える。

11 ア この点、正当防衛の違法性阻却の根拠は、正の法益は不正の法益に優越するとい
12 う原則に求められるが、自ら侵害を招き、その侵害を避けられる状況であって侵害
13 に身をさらしたような場合は防衛状況を否定すべきである。

14 イ 本問においては、Vは確かに甲が詐欺を行おうとしていてことに応じてナイフを
15 突きつけているが、詐欺は有形力の行使を伴わない行為であり、これに対してナイ
16 フを突きつけるという高度の危険性を有する侵害が行われることは予測できない。

17 ウ したがって、本問では防衛状況は否定されない。

18 (4) では、正当防衛の要件を満たすか。

19 ア 「急迫不正の侵害」とは法益侵害の現在または間近に迫っていることをいうが、
20 ナイフを奪われた後もVは甲につかみかかってきており、急迫不正の侵害がある。

21 イ 防衛の意思を必要とする見解もあるが、利益対立は客観的なものであり、違法性
22 阻却事由の認識を違法性阻却の要件とすべきではないから、防衛の意思は不要であ
り、積極的攻撃意思に担われた場合には過剰防衛で減免しなければよい。

P.3

2 本問でも、仏像の返還や代金の支払を免れる意図はあるが、自らの身を守ること

も意図している以上、防衛の意思もあり、積極的加害意思があるとはいえない。

ウ では、相当性があるといえるか。

(ア) 正の法益は最大限保護されるべきであるから、現場でとりうる最小限の手段である限り相当性を認めるべきである。

(イ) 本問では、甲は一度ナイフを奪っており、さらに甲はVよりも体格が勝っているので、ナイフを防衛的に使う、あるいは軽く突き飛ばすなどの手段を取れたといえる。

(ウ) よって必要最小限の手段とは言えず、相当性は認められない。

(5) 以上より甲には強盗殺人未遂罪が成立するが、過剰防衛（36条2項）として刑が任意に減免される。

第二 乙の罪責

1 乙が仏像を持ち去った行為については、計画を知らなかった以上故意はなく、さらに甲に占有が移った時点で詐欺は完了していると考えられるから、何の罪も成立しない。

2 乙が仏像を盗品であると知った後も保管を続けた行為につき、盗品保管罪（256条2項）が成立しないか。

(1) 盗品保管罪は被害者の返還請求権を保護法益とするから、それを害する認識として盗品性の認識が必要であるが、保管途中での知情でもよいか問題となる。

ア この点、盗品保管罪は保管している間は継続的に返還請求権が害されるから、継続犯であり、返還が著しく困難あるいは不可能でない限り、保管途中の知情であっても保管罪は成立すると解すべきである。

P.4 イ 本問でも、乙は保管途中に仏像が盗品であると認識しており、返還が著しく困難あるいは不可能であるとみられる事情はなく、保管罪は成立する。

(2) したがって、乙には盗品保管罪が成立する。

3 乙が仏像を売却し、代金500万円を費消したことにつき、横領罪（252条1項）が成立しないか。

(1) 単なる委託違反は横領罪として処罰するべきではないから、横領は不法領得の意思が発現した領得行為をいうと解する。

ア 横領罪における不法領得の意思とは、委託の趣旨に背いて所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

イ 本問では、乙は仏像を無断で販売しその代金を消費するという処分を行っており、これは本来甲でなければできない処分である。

ウ よって、不法領得の意思が発現しており、領得行為があったといえる。

(2) もっとも、盗品の委託の場合も横領罪が成立するか。

ア この点、横領罪の保護法益は財物だけでなく、財物の委託関係も含まれており、不法な委託関係については保護を与える必要はないから、横領罪は成立しない。

イ 本問の委託関係は盗品についてのものであるから、不法な委託関係であり、横領罪は成立しない。

(3) 以上より横領罪は成立しない。

以 上