

令和元年司法試験 刑事系第1問（刑法）

出題趣旨

本問は、設問1で、甲が、Aから受け取ったA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）在中の封筒を、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）にすり替えて取得した行為について、窃盗罪若しくは詐欺罪の成否を検討させ、設問2で、乙が、甲が窃盗を行ったと認識しながら、店員Cに財物を取り戻されることを防ぐため、甲との間でCの反抗を抑圧することを共謀した上、Cに対してナイフを示して脅した行為について、事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の各理論構成を検討させた上、自説の立場を示させ、さらに、設問3で、丙が、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dに傷害を負わせた行為について、Dの傷害結果に関する刑事責任を負わないとする理論上の説明とその難点を検討させるものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実法に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

設問1について

本問では、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる。具体的には、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面が問題となることを的確に指摘した上で、処分行為の意義を示し、本事案における当てはめを行う必要がある。

本事案において、処分行為の客観面として、Aが印鑑を取りに行くに当たり甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先は、Aの場所的支配領域内であると認められる上、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることなどの事情を踏まえ、甲に対する本件キャッシュカード等の占有の移転があると認められるか、それとも占有の弛緩にすぎないかを検討することになる。

また、処分行為の主観面（処分意思）について見ると、Aとしては、飽くまで、玄関近くの居間に印鑑を取りに行き、すぐに玄関に戻ってくるつもりであった上、本件キャッシュカード等が入った封筒については、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりであったことなどの事情を踏まえ、処分意思（占有の終局的移転についての認識）の有無を検討することになる。

その上で、Aの処分行為がない（そもそも処分行為に向けられた欺罔行為がないということになる。）と認めた場合には、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「他人の財物」、「窃取」を、主観的構成要件要素とし

て故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。「他人の財物」については、特に、キャッシュカード及び暗証番号を記載したメモ紙の財物性について、客観的な経済的価値などを踏まえ検討する必要がある。また、「窃取」については、意義を示した上で、実行行為や既遂時期について具体的に論じる必要がある。そして、主観的構成要件要素として、窃盗罪の故意及び不法領得の意思について検討する必要があるところ、甲が、Aが不在の際に自ら本件キャッシュカード等をダミー封筒とすり替えて自己のショルダーバッグ内に隠し入れていることや、元々の計画として、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手し、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え本件行為に及んでいることなどから、故意及び不法領得の意思があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。

他方、本事案で、Aによる処分行為があると認めた場合には、詐欺罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「財物」、「欺罔行為」、「処分行為」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。「欺罔行為」については、処分行為との関係性を踏まえた正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があるところ、前記のとおり、本事案における処分行為に向けられた欺罔行為としては、甲が、本件キャッシュカード等を所持した状態で、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせた行為と捉えるべきであり、その点を踏まえた当てはめをする必要がある。そして、主観的構成要件要素のうち、故意については、甲が、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせ、それによりAをして本件キャッシュカード等の占有を甲の支配下に移させていることについての認識、認容があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。

なお、甲が本件キャッシュカードを使用してATMから現金を引き出そうとした行為は、ATMを管理する金融機関の占有を侵害するものであり、Aに対する罪責とはならないことから、この点は論ずるべきではない。

設問2について

本問では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、根拠とともに自説を論じる必要があるが、この点、事後強盗罪の構造を身分犯と解するか、結合犯と解するかが関わることになる。

まず、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場からの説明としては、a.事後強盗罪を窃盗犯人であることを身分とする真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、第2項は不真正身分犯について身分の個別作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明や、b.事後強盗罪を不真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共犯の成立を、第2項は不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する（第2項により科刑は脅迫罪）との説明、c.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に肯定することにより、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明等が考えられる。

他方、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からの説明としては、d.事後強盗罪を窃盗犯人であることを加重身分とする不真正身分犯と捉え、刑法第65

採点実感

1 出題の趣旨，ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針

本問では，具体的事例について，甲及び乙の罪責やその理論構成，丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明やその難点を問うことにより，刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度，事実関係を的確に分析・評価し，具体的事実法規範を適用する能力，論点を対立する複数の立場から検討する能力，結論の妥当性やその結論に至るまでの法的思考過程の論理性，論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても，各事例の事実関係を法的に分析した上で，事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し，問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと，さらには，それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし，論じるべき点が多岐にわたることから，事実認定上又は法解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で，必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど，答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように，設問1では，事例1における甲の罪責について，甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り，両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるところ，それが問題となるのが，甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で，本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち，上記場面において，本件キャッシュカード等の占有の移転があったと認められるか，それとも占有の弛緩があったにすぎないかについて，Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や，同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位置関係，本件キャッシュカード等在中の封筒の大きさ，更にその時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要がある。そのため，処分行為の有無が上記場面において問題となることを的確に指摘し，本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答案は高い評価を受けた。

上記検討を踏まえ，甲の罪責，つまり，窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが，その中で，「窃取する」や「欺く」といった実行行為については，正確な意義を示した上で，具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるかを丁寧に論じることが求められていた。

設問2では，乙の罪責について，①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と，②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ，最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを，根拠

とともに論じる必要があった。したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案、すなわち自説の展開ができていない答案については、出題の趣旨に十分に沿わないとの評価になった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、事後強盗罪の構造については、身分犯と解する説（身分犯説）と結合犯と解する説（結合犯説）があり、それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は高い評価であった。他方で、①及び②への言及で両見解に一切触れずに、甲乙間における事後強盗の罪の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによってのみ説明している答案や、両見解の内容を混同して論述していた答案は、低い評価となった。また、自説については、問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから、自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は高い評価であった。

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場を採る場合には、甲と乙の間で、窃盗が既遂か未遂かについての認識や、刑法第238条の掲げる「目的」の内容に齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある、かかる検討ができていた答案は高い評価であった。

設問3は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするための理論上の説明とその難点を検討させるものであったが、重要な理論上の説明がいくつも存在することから、1つの説明のみではなく複数の説明とそれらの難点を検討する必要があった。理論上の説明として、方法の錯誤や誤想防衛の処理により故意が阻却されとの説明が考えられるが、その場合、出題の趣旨で示したように、なお過失犯が成立する余地が残ることを難点として指摘できている答案は高い評価であった。また、本事例は、防衛行為の結果が侵害者以外の者に、しかも無関係の第三者ではなく、被侵害者であるDに生じているという特殊性があり、難点を検討するに当たっては、かかる点を踏まえる必要があったところ、違法性阻却の観点からの説明としては、正当防衛と緊急避難の成立を認めようとする説明を示し、前者については、Dによる「不正の侵害」がないなどの点を、後者については、引き起こされた結果は丙が実現しようとしたものではないなどの点を、難点として示すことができていた答案は高い評価であった。

3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

(1) 全体について

本問は、前述2のとおり、論じるべき点が多岐にわたるため、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があったが、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、いわゆる論証パターンを書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目につい

た。また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

(2) 各設問について

ア 設問1について

本設問では、前述のとおり、処分行為の有無を踏まえ、甲の行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかの検討が求められていたが、かかる問題意識を欠き、窃盗罪又は詐欺罪の構成要件該当性の検討のみに終始するものが相当数あった。また、どの場面の、どの時点の行為を処分行為として取り上げているのかが不明確な答案や、Aが甲に封筒を渡したことを安易に処分行為と捉える答案が散見された。

詐欺罪については、欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申し向けたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答案が少なからずあった。かかる答案の相当数が、欺罔行為（実行行為）を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立としていた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。

また、処分行為の有無を認定するに当たり、事例中にある事実関係を具体的かつ丁寧に当てはめて結論を導いていた答案は少数であったが、4で後述するとおり、判例等を学習する際には、前提となっている具体的な事実関係を理解し、当該事実が規範との関係でどのような意味を持つかなどを意識することが求められる。

客体に関していえば、本事例は、キャッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、それらの財物性には触れず、キャッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における客体の捉え方が適切とは言えない答案もあった。また、預金の引き出し行為をもって、事例1全体における窃盗罪あるいは詐欺罪の既遂と捉えている答案も見られた。

故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案などが多く、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

さらに、問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出そうとした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あった。同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。