予備試験　平成 26 年　刑法

問題文

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。）。

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，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，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。

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，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，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，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。

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，「金は持ってきたが，近くの喫茶店で鑑定人が待っているので，まず仏像を鑑定させてくれ。本物と確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，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，同室出入口ドア前に立ちはだかって，甲の逃走を阻んだ。

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，「お前の免許証か何かを見せろ。」と言った。

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，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，Ｖからナイフを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，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，一命を取り留めた。

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。

答案例

1

第 1　仏像を求めた行為に詐欺罪（刑法（以下，略）246 条 1 項）が成立しないか。
1　上記行為は「欺いて」にあたるか。
⑴　「欺いて」とは，「交付」に向けられており，その事実を知っていれば交付しなかったといえる重要な事実を偽ることをいう。
⑵　Vは，「代金が準備されているのであれば，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」て引渡しているので，Vは引き渡しの時点で終局的に仏像の占有を甲に移転させる意思だった。また，仏像は風呂敷で包めるほどのサイズであるから，引渡されれば仏像が甲の支配権内に入ったと評価し得る状況であった。そうでなくとも，ホテルの廊下は不特定多数人が往来する場所であることからすれば，少なくとも廊下を出れば仏像は甲の支配圏内に入ったと評価し得る。したがって，引渡し時に，あるいは，少なくとも廊下を出る時点で仏像の占有がVから甲に終局的に移転し得る状況下で甲の上記行為は行われている。よって，甲の上記行為は「交付」に向けられている。
　他方，甲は，真実は仏像の代金を支払うつもりはないのに，支払意思があるかのように偽っている。V は甲に支払意思がない事を知っていれば仏像を引き渡さなかったといえる。ゆえに，支払意思の偽りはその事実を知っていたならば交付しなかったといえる重要な事実の偽りである。
⑶　よって，上記行為は「欺いて」にあたる。
2　密輸入された仏像は法禁物だが，没収に一定の手続を要する以上「財物」にあたる。そして，Vは錯誤に陥り，仏像を「交付」している。また，仏像の引渡しは不法原因給付（民法 708 条）だが，Vの支配権侵害という損害が生じている。加えて，故意（38 条 1 項本文）及び不法領得の意思が認められる。
3　したがって，詐欺罪が成立する。
第 2　甲がVをナイフで刺した行為に強盗殺人未遂罪（243 条，240 条後段，236 条 2 項）が成立しないか。まず，甲が「強盗」に当たるか否かを検討する。

2

1　甲は，詐欺により仏像を V から取得しているが，不法原因給付である以上，不当利得返還債務（民法 703 条）を負っていない。もっとも，法禁物が財物足り得る以上，法禁物の返還を事実上免れるという利益は刑法上の保護に値するというべきである。したがって，かかる事実上の利益が「財産上…の利益」にあたる。
2　では，V を刺した行為は「暴行」といえるか，客観的に見て相手方の犯行を抑圧する程度といえるものの，V が債務免除の意思表示をしていないことから問題となる。強盗罪は相手方の犯行を抑圧して財物を奪取する犯罪類型なので，処分行為は不要である。もっとも，1 項強盗における財物の移転と同視しうる程度の利益移転の具体性は必要であり，「暴行」はかかる利益移転に向けられている必要があると考える。甲とVは，仏像の売買契約に関する契約書を作成していない。また，甲は偽名を使っている。したがって，甲がナイフで V を刺せば，V が甲に対して返還を請求する事が事実上不可能となる。故に，かかる暴行は 1 項強盗における財物の移転と同視しうる程度の利益移転の具体性に向けられている。よって，上記行為は「暴行」といえる。
3　また，甲は上記利益を「得」ているので，甲は「強盗」にあたる。
4　甲は殺意を有しているが，240 条は強盗が人を殺すことが刑事学上顕著である点に鑑みて規定されたものであり，故意ある場合を除外する趣旨ではないため問題とならない。
5　次に，Vのナイフによる反撃は甲が欺罔により自ら招いたものなので自招防衛となることが問題となる。もっとも，Vの反撃行為は甲の欺罔よりも生命身体に対する危険を有する点ではるかに危険である。ゆえに，Vの反撃行為が甲の欺罔行為の程度を越えている以上，甲が何らかの反撃行為に出ることが正当される状況だったといえる。
　そこで，正当防衛（36 条 1 項）が成立し，違法性が阻却されないか。
⑴　「急迫不正の侵害」とは，法益侵害の危険が現在または切迫しているこ

3

とを意味する。
Vは甲にナイフを奪われているため，甲の行為時においてVによる法益侵害は現在していない。もっとも，その前には「痛い目に合うぞ」と述べ，奪われた後も取り返そうとつかみかかりに行っていることから，加害意欲が旺盛であり，なお法益侵害の危険が切迫しているといえ，「急迫不正の侵害」が認められる。

⑵ 「防衛するため」とは，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を意味する。甲は殺害を決意しているので攻撃意思を有するが，同時に「自分の身を守る」という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でもある。ゆえに，「防衛するため」といえる。

⑶ 「やむを得ずにした」とは，防衛行為が相当であることを意味する。
Vはナイフを甲に奪われているので，攻撃力が著しく低下している中，甲はナイフという殺傷能力の高い凶器を有していた。また，甲は 28 歳と若く，身長 178 センチメートル，体重 82 キログラムという格闘家並みの体型であるのに対し，Vは 68 歳と高齢で，身長 160 センチメートル，体重53キログラムと痩せ型の体型であるため，かなりの対格差が存在した。そうだとすれば，甲がVを刺す行為は相当とはいえず，「やむをえずした」行為とはいえない。

⑷ よって，正当防衛は成立せず，過剰防衛として任意的減免（36条2項）となる。

6 以上より，甲に強盗殺人未遂罪が成立する。

第3 甲の罪数につき，詐欺罪と強盗殺人未遂罪が成立し，同一機会に同一客体に対して行われているので混合包括一罪となる。

第4 乙の仏像保管行為につき，盗品保管罪（256 条2項）が成立しないか。

1 仏像は甲が詐欺により取得した物なので，「その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」（256 条 1 項）であり，「前項に規定する物」に

4

あたる。

2 では，上記行為は「保管」にあたるか。保管開始時に，仏像が「その他財産に対する罪…によって領得された物」であるという認識がないことから問題となる。盗品等罪は，被害者の追求権を侵害すると同時に事後従犯的に本犯を助長する犯罪である。そうだとすれば，乙が，仏像が「…領得された物」であると認識した時点以降の保管は，実質的に被害者の追求権を侵害し，事後従犯的に本犯を助長していると言える。ゆえに，乙が認識した時点をもって「保管」にあたると考える。したがって，上記行為は「保管」にあたる。そして，故意も認められる。

3 よって，乙に，Vに対する盗品保管罪が成立する。

第5 乙が仏像を売却した行為につき，横領罪（252 条）が成立しないか。

1 窃盗犯人との間における委託信任関係も法的保護に値するので，乙の仏像の占有は甲との委託信任関係に基づく事実上の「占有」にあたる。仏像の所有権は甲と V の売買契約締結時に甲に移転しているが，甲から乙への寄託は「移転」（民法 708 条）にあたらない。そのため，仏像の所有権は甲が有している。故に，仏像は甲という「他人の物」にあたる。

2 「横領」とは不法領得の意思の一切の発現行為，具体的には，委託の趣旨に反して権限がないのに所有者でなければすることができない処分をすることをいう。乙は甲から保管を依頼されているので，売却行為は委託の趣旨に反している。また，売却権限は乙に認められない。そして，売却は所有者でなければ行い得ず，売却時点で不法領得の意思が発現している。故に，乙の行為は「横領」にあたる。

3 そして，故意及び不法領得の意思も認められるので，乙に，甲に対する横領罪が成立する。

第6 乙の罪数につき，盗品保管罪と横領罪が成立し，併合罪（45 条前段）となる。

以 上

出題の趣旨

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。