

# 刑法Ⅱ 解説レジュメ

## 第1 出題の趣旨

本問は、甲が、Aの財布を領得した行為について窃盗罪又は占有離脱物横領罪、他人名義のクレジットカードを使用した行為について詐欺罪と私文書偽造、同行使罪、乙宅のシャッターに落書きをした行為について建造物損壊罪、乙が、甲に金銭を交付させた行為に恐喝罪が成立するかについて、事実を的確に分析する能力を問うとともに、刑法各論分野の基本的理解とその事例への当てはめが適切になされているかを問うものである。

なお、今回は、刑法各論第1回答練であるので、共犯関係が問題とならない事例とした。

## 第2 甲の罪責

### 1 Aの財布を領得した行為

#### (1) 問題の所在

窃盗罪は、他人の財物を窃取することにより成立するが、甲がAの財布を「窃取」したというためには、当該財布が、甲の領得時にAの占有下にあることが必要である。

そこで、他人の物を領得した行為が、窃盗罪に当たるか、占有離脱物横領罪に当たるかは、その領得時に、当該物が他人の占有下にあったか、それとも何人の占有にも属していなかったによって区別される。

#### (2) 占有の意義

刑法上の占有は、事実上の支配を意味し、それは民法上の占有よりも狭く、あくまでも事実的な関係であるとされる。そして、それは、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）とを総合して、社会通念に従って判断されるべきものと解されている。

#### (3) 置き忘れ放置型における占有の有無の判断

被害者が、公衆が存在しうる現場に放置した被害品が持ち去られた事例に関しては、①置き忘れ放置型と②意識的放置型の2つに大別できるが、本問は、①置き忘れ放置型の類型である。

置き忘れ放置型においては、被害者は財物の存在を失念して現場を離れているため、他者が置き忘れた財物を持ち去るのを阻止する行動をとることできない。その点で財物に対する直接的・現実的支配を認めることには無理がある。

もっとも、仮に置き忘れたことに気づき直ちに現場に戻れば、他者による持ち去りを阻止する行動をとることが可能な状況（財物に対する直接・現実的な支配を回復する客観的な可能性）がある場合には依然として占有を肯定することができる。さらに、その判断にあたっては、被害者が他者による財物の持ち去りを見通すことが可能であるか否かも重要な要素となる。

そして、この財物に対する直接的・現実的な支配を回復する客観的可能性は、他者が財物を領得する時点で存在する必要がある。

(3) 最決平成16年8月25日刑集58巻6号515頁

本問の素材とした最決は、被害者が公園のベンチに置き忘れたポシェットを被告人が持ち去った事案において、「被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者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の事実関係の下では、その時点において、被害者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、被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、被告人の本件領得行為は窃盗罪に当たる」と判示している（最決平成16年8月25日刑集58巻6号515頁）。

本決定の事案では、約27m離れ、ごくわずかな時間しか経っていない時点で領得行為が行われ、しかも、約2分で置き忘れに気付いたことから、占有を肯定することができる。とくに、被告人による領得行為の時点において、被害者には当該財物が置かれた場所を見通すことが可能であったと認められるから、その時点における被害者の占有を肯定することがより容易である。そして、このような事案では、被害者が置き忘れに気づき、他者による妨害を排除して財物を確保する可能性が占有を基礎づけている（山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』（有斐閣・2008年）135頁）。

(4) 答案作成上の注意点

本問の当てはめにあたっては、上記の判断要素を考慮し、上記決定との事案の違いを分析して解答することが求められる。

## 2 他人名義のクレジットカードを使用した行為

### (1) 詐欺罪

#### ア. 詐欺罪の成立

クレジットカードを利用する信用販売取引は会員のみ認められるものであることは当然のことであり、会員でない者が会員になりすましてカードを利用した場合には、クレジットカードを利用する取引の前提条件を欺罔したものとして、詐欺罪の成立を肯定すること自体は問題がない。

#### イ. いかなる意味で詐欺罪が成立するか

判例、通説は、加盟店に対する詐欺（商品を詐取すれば1項詐欺）の成立を肯定するが、カード会社から代金相当額の立替払いを受けることができることを重視して、カード会社に対する2項詐欺罪の成立認める見解もある（山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』（有斐閣・2008年）208頁）。

### (2) 私文書偽造・同行使罪

私文書偽造罪の客体は、「権利・義務に関する」文書、及び「事実証明に関する」文書に限定されている。本件の売上票は、クレジットカードを利用することにより債務を負担することを証明する文書であることから、「権利・義務に関する」文書にあたる。

また、「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうが、本件では、名義人はA、作成者は甲であることから偽造にあたる。そして、「行使の目的」とは、偽造文書を真正な文書として使用する目的をいい、甲は同書面を行使している。したがって、甲の行為には、私文書偽造、同行使罪が成立する。

### (3) 答案作成上の注意点

本問の他人名義のクレジットカード使用行為は、名義人の承諾がある場合とは異なり、詐欺罪及び私文書偽造、同行使罪が成立することについて、判例・学説上、認められることに特段争いはないことから、簡潔に述べることが求められる。

## 3 乙宅のシャッターに落書きをした行為

### (1) 建造物損壊罪の客体

建造物損壊罪が成立するためには、建造物の全部を損壊する必要はなく、その一部を損壊することで足りると解されていることから、建造物に取り付けられた物が、建造物損壊罪の客体に当たるか否かが問題となる。

従前、敷居や鴨居のように建築物の一部を組成し、建築物を破壊しなければ取り外すことのできない物を損壊する行為は建造物損壊罪に当たり、雨戸や板戸のように損壊することなく自由に取り外しができる物を損壊する行為は、器物損壊罪に当たると解され、建造物に取り付けられた物が、建造物損壊罪の客体に当たるか否かは、毀損せずに取り外し可能かという基準によって判断されてきた。

こうした中、最決平成19年3月20日刑集61巻2号66頁は、「建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体にあたるか否かは、当該物と建造物との接合の程度のほか、当該物の建造物における機能上の重要性をも総合考慮して決すべきである」という立場を明らかにし、毀損せずに取り外し可能かという基準によって建造物損壊罪と器物損壊罪の客体を区別する見解をとらないことを明らかにした（山口厚『基本判例に学ぶ刑法各論』（成文堂・2011年）213頁）。

### (2) 損壊の意義

「損壊」について判例・通説は、物の効用を害する一切の行為をいうとする効用侵害説の立場をとっているが、その効用の内容と損壊の程度については争いがある。

最決平成18年1月17日刑集60巻1号29頁は、公衆便所への落書きの事案で、「本件落書き行為は、本件建物の外観ないし美観を著しく汚損し、原状回復に相当の困難を生じさせたものであって、その効用を減損させたものというべきであるから、刑法260条前段にいう「損壊」に当たると解するのが相当」であるとして、建物の外観・美観の汚損の程度と原状回復の容易さ・困難さを考慮しながら、建物の効用の減損があったか否かを判断することを明らかにした（山口厚『基本判例に学ぶ刑法各論』（成文堂・2011年）215頁）。なお、本問の素材とした広島高判平成19年9月11日も同様の枠組みにより判断している。

### (3) 答案作成上の注意点

上記の最決はいずれも判例百選に掲載されているが、上記最決を知らない受講生も、問題文中の事情から、自分なりの規範を定立し、丁寧に当てはめを行うことが求められる。

### 第3 乙の罪責

#### 1 問題の所在

「権利行使と恐喝罪」という問題には、①他人が不法に占有する自己の所有物を恐喝を用いて取り戻す場合（自己所有物の取り戻し）と、②金銭債権を有する者が、恐喝を用いて弁済を受ける場合（狭義の権利行使と恐喝）が含まれるが、本問では、乙が、甲から、本来の債権額である10万円に上乗せして詫び料5万円を請求しているので、②の問題である。

#### 2 判例・学説

判例は、3万円の債権を取り立てるに際し、恐喝により6万円交付させた事案において、権利の実行は、「その権利の範囲内でありかつその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り何ら違法の問題を生じないが、その範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立する」ことがあるとして、6万円全額について恐喝罪の成立を肯定する（最判昭和30・10・14刑集9巻11号2173頁）。この判例は、権利行使が、金銭債権の行使であっても相手方を畏怖させて財物を交付させている限り、恐喝罪の構成要件該当性が肯定されるが、①権利の範囲内で、②社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、違法性が阻却され恐喝罪は成立しないが、それを越えた場合には恐喝罪が成立するとしている。

学説上も、判例と同様の見解が多数を占めている。これに対し、権利の範囲内にとどまる限り債務者に実質的な法益侵害の発生はないから、恐喝罪の成立は否定されるべきで、手段に行きすぎがあれば暴行罪・脅迫罪が成立するにすぎず、その必要性・相当性を要件として違法性阻却が可能であるとする見解も主張されている（山口厚『刑法〔第2版〕』（有斐閣・2011）328頁）。

#### 3 答案作成上の注意点

設問の解答に当たっては、上記判例の理解を前提に、構成要件該当性及び違法性阻却について、事例に示された具体的な事実関係を分析して、的確に法的評価することが求められる。