

論文式試験問題集
[刑法 I]

[刑法 I]

次の事例における甲の罪責について具体的な事実を摘示しつつ論じなさい。

甲は、令和元年ころから飲食店に勤務していたが、店の常連客であるVと知り合い、やがて好意を寄せるようになった。Vは、甲に対して、格別の好悪の感情を有しておらず、甲も、Vが自分に興味を持っていないことを察していたが、Vを諦めることができなかった。

令和5年4月29日、甲は、Vをほかの男に渡すことなく、自分がVと一緒に居続けるためには、Vを刃物で刺し殺した上で、自分も死ぬしかない、などと考え、Vの殺害を決意した。甲は、Vがソフトボールの経験の有すると聞いていたことなどから、身のこなしが速いVの動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させ、包丁で刺して殺害する、との計画を立てた。その上で、同日午後2時ごろ、金具屋において包丁を購入し、同日午後3時ごろ、レンタカー会社から普通乗用自動車一台を借り受け、包丁を自動車の運転席ポケットに入れて、Vをうまく転倒させるべく、適当な速度で走行しようと路上で練習するなどの準備を整えた上、同日午後6時頃からVが子を預けている保育園付近の路上に上記普通乗用自動車を止め、同車内でVが現れるのを待ち受けた。

同日午後6時20分ころ、Vが自分の子を引き取りに行くために、S保育園に向かって路上を歩いていたところ、同所に自動車を停めてVを待ち伏せしていた甲は、Vを認めて自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でVの右斜め後方から車両前部を衝突させた。しかし、甲の思惑と異なって、Vは転倒することはなく、ボンネットに跳ね上げられて、後頭部をフロントガラスに打ち付けた上、甲車両が停止した後、路上に落下した。Vは、その衝撃により、加療約10日間を要する頭部挫傷、右肩挫傷、右下腿挫傷の傷害を負った（なお、この衝突行為による生命侵害の具体的危険は発生しなかったものとする）。

甲は、意外にもVがボンネットに跳ね上げられて、路上に落下し、立ち上がろうとするその顔を見て、急にVを殺すことはできない、との考えを生じ、自動車を停止させた後、包丁を手取ることなく降車した。そして、逃げるVを追い掛け、Vに追いつくと「ごめんなさい。」などと述べ、さらに「Vさんを殺して自分も死ぬつもりだった。」などと言った。

甲はその後乗っていた車を返しに行こうと思ったが、Vの足元に財布が落ちており、Vの持ち物と考えた甲は、金銭的にも困っていたことから、財布の中の現金をもらおうと思い、「すみません、これもらいます。」と言って財布を拾って持ち去り、逃走した。なお、甲が拾った財布はVの所有物ではなく、前日にたまたまその道を通っていたYが落とした物であり、甲が拾うまでVが当該財布の存在に気づくことはなく、Vが事前に財布を拾っていたということもなかった。

以 上

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久

参考答案
[刑法 I]

第1 甲の罪責

1 甲が包丁を購入し、普通乗用自動車を借り受け、Vを転倒させるため路上で練習するなどの準備をした行為

甲の上記行為については、殺人の実行を目的としてなされる準備的行為であり、いまだ実行の着手に至らない行為であり、殺人の「罪を犯す目的で、その予備をした」といえるため、殺人予備罪（刑法201条。以下、法令名は省略）が成立する。

2 甲が自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でVの右斜め後方から車両前部を衝突させた行為

甲の上記行為について、殺人未遂罪（199条・203条）が成立する。以下詳述する。

(1) 殺人未遂罪が成立するためには「人」を「殺した」といえることが必要であり、「殺した」とは自然の死期に先立って人の生命を断絶することである。

(2) 本間において、甲は上記行為によってVに加療約10日間を要する頭部挫傷、右肩挫傷、右下腿挫傷の傷害を負わせているが、上記行為そのものは死の結果を通常予測させるほど危険性の高いものであるとはいえない。

(3) もっとも、甲は自動車の衝突によりVを転倒させ、その後にVを用意していた包丁によって刺殺するという犯行計画を立てていた。ここから、計画していた第1行為の実行に当たる上記行為により、殺人罪の実行に着手した（43条）と認められないか。

(4) ア 実行の着手は「犯罪の実行に着手」という43条の文言上の制約から、ある程度構成要件該当行為に密接した行為であることを要求せざるを得ない。また、一方で、未遂犯の処罰根拠は既遂に至る客観的危険性を発生させる点にあるから、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的

危険性が認められるときに実行の着手を認めるべきである。したがって、実行の着手は構成要件該当行為に密接し、法益侵害ないし構成要件の実現に足る現実的危険性が認められる行為が行われた時点で認められると考える。また、かかる密接性と危険性の判断においては、行為者の計画も考慮に入れた上で、①第1行為の必要性、②第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在、③第1行為と第2行為との間の時間的・場所的接着性等の諸事情を考慮して決すべきである。

イ 本間において、甲は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女を刃物で刺し殺すという計画を立てていたところ、その計画によれば、自動車をVに衝突させ転倒させる行為は、身のこなしが速いVに逃げられることなく刃物で刺すために必要（第1行為の必要性）であり、そして、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて同女を転倒させた場合、即座に刺突行為に移ることが可能であると考えられることから、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく（第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在）、自動車を衝突させる行為と刃物による刺突行為は引き続き行われることになっていたのであって、そこには同時、同場所といってもいいほどの時間的・場所的接近性が認められる（第1行為と第2行為との間の時間的・場所的接近性）ことなどにも照らすと、自動車をVに衝突させる行為と予定されていた刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為というべきであり、被告人が自動車をVに衝突させた時点で殺人に至る客観的な現実的危険性も認められるから、甲は上記行為の時点で殺人罪の実行の着手があったものといえる。

(5) ア それでは故意（38条1項）は認められるか。故意とは構成要件事実の認識・認容を指すところ、甲には衝突行為時に死の結果は出ないと考え

ている以上、甲に殺人罪の故意が認められないのではないか、問題となる。

イ もっとも、前述の通り甲は、衝突行為と刺突行為を合わせて一連の殺人行為として予定しており、これら一連の行為は全体として1個の意思に貫かれた殺人の構成要件事実として評価されるべきであり、甲は、現実に行われた衝突行為の際に、「自動車を衝突させて被害者を転倒させたうえ包丁で刺すという一連の殺人行為」を行う認識と認容があることから、殺人の故意に欠けることはない。

(6) 以上から、甲の上記行為について、殺人罪の実行の着手が認められ、故意も認められることから、殺人未遂罪が成立する。

(7) もっとも、甲は上記行為の後、Vの立ち上がろうとする顔を見て、急にVを殺そうとするのをやめたことから、中止犯(43条但書)が成立しないか。

ア 「自己の意思により」とは犯行継続の難易、行為者の予測・計画、犯意の強弱、中止行為の態様等の諸事情を総合的に考慮して、やろうと思えばできたがあえてやらなかったと評価できることを要し、かつそれをもって足りると解する。なぜなら、中止犯の法的根拠は責任減少と政策的理由になり、自己の自由な意思によって中止したといえるならば、責任減少は認められ、褒賞も与えられるべきだからである。

イ 本問において、Vは衝突行為によって甲の予定通り転倒はしなかったもののボンネットに跳ね上げられた後に路上に落下しており計画は大幅に狂うことはなかった。また、甲は衝突行為の後、立ち上がり逃げるVを追いかけ、準備していた包丁で刺突することは容易であった。これらからすれば、甲はVの殺害をやろうと思えばできたがあえてやらなかったと評価できるため「自己の意思により」といえる。

(8) ア それでは「犯罪を中止した」といえるか。この点、中止未遂は犯

罪の完成を防止したことを成立要件とするのだから、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきであり、結果発生に向けて因果の流れがまだ進行を開始していない場合は単なる不作為で足りると考える。

イ 本問においては、甲は、殺人の実行行為(衝突行為)に着手したものの、刺突行為を行う前のVの軽傷段階であり、結果発生に向けた因果の流れがまだ進行を開始していない場合といえる。また、甲の計画は自動車の衝突により転倒させたVを刃物で刺し殺すというものであったことからすれば、中止した刺突行為は続行可能であり、既に行われた実行行為に継続する行為であるといえ、刺突行為を断念した甲の不作為は「犯罪を中止した」にあたる。

以上から、甲の刺突行為の断念には中止犯が成立する。

3 甲が財布を持ち去った行為について

上記行為について窃盗罪(235条)は成立せず、占有離脱物横領罪(254条)が成立する。以下詳述する。

(1) 窃盗罪(「他人の財物」を「窃取した」)が成立するためには、①他人の占有する財物が客体となっていることと、②窃取行為がなされたといえなければならぬ。また、他人の占有する財物であるといえるか否かは、占有の事実と所有者の占有意思等を総合考慮して社会通念に従って判断される。

(2) 本問においては、甲が持ち去った財布は前日にその路上を通りがかった人が落とした物であり、既に場所的・時間的離隔は著しいと考えられ、本件財布に対するYの占有はもはや及んでいないといえる。また、足元に落ちていただけのVの占有が及ぶ余地もない。以上から、本問の財布にY及びVの占有は及んでおらず、財布の領得行為に窃盗罪は成立しない。

(3) もっとも、占有離脱物横領罪が成立しないか。「占有を離れた他人の物」を「横領した」といえるためには、①占有者の意思によらずにその占有を離れ未だに何人の占有にも属していない物に対し、②不法領得の意思を発現する一切の行為が行われたといえる必要がある。

(4) 本件財布は前日にYが落としした物であり、場所的・時間的離隔が著しく、すでにYの占有は失われており、他の誰かの占有が及んでいるという事情もないため、本件財布は「占有を離れた他人の物」ということができる。また、甲は、本件財布を中の現金を抜き取るため、自己の占有下に移転しているため、甲は不法領得の意思を発現する行為を行ったといえることができ、「横領した」に該当する。

したがって甲は刑法254条の占有離脱物横領罪に該当する行為を行ったといえることができる。

(5) これに対して、甲は、本件財布について、Vの占有物として認識しており、窃盗罪の故意を有していたため、占有離脱物横領の故意(38条1項)がないとして故意阻却されないか。

ア この点、故意責任の本質は犯罪事実の認識によって反対動機が形成可能であるにもかかわらず、あえて犯罪に及んだ道義的非難である。そして犯罪事実は刑法上構成要件として類型化されているから、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合にはその限度で反対動機を形成可能である。したがって、そのような場合には、その限度で故意責任を問うことができる。かかる実質的重なり合いについては、①保護法益の共通性及び②両罪の行為態様の共通性をもって判断する。

イ 本問において、甲は本件財布についてVの占有物であると認識していたことから、窃盗罪についての事実を認識しているが、窃盗罪と占有離脱物

横領罪の両罪とも、財物の所有権の限度において保護法益を共通とするものであり、どちらも他人の財物を不法に領得する行為である点で行為態様も共通することから、構成要件的重なり合いが認められる。

したがって、甲は占有離脱物横領罪の限度においても故意が認められ、甲には占有離脱物横領罪が成立する。

第2 罪数

以上より、甲には殺人予備罪、殺人未遂罪、占有離脱物横領罪が成立し、殺人予備罪と殺人未遂罪は包括一罪となり、占有離脱物横領罪とは併合罪となる。

以上

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久

予備試験答案練習会(刑法 I 正当防衛)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
(甲の罪責)	(40)		
包丁を用意した行為等について ・殺人予備罪が成立することへの言及 ・殺人未遂罪と包括一罪になることへの言及		3	
自動車での衝突行為について ・殺人未遂罪に該当することの言及(3) ・第1行為そのものの危険性に対する評価(3) ・計画していた第2行為を踏まえて衝突行為が殺人罪の実行の着手といえるかの問題提起(3)・規範定立(3)・あてはめ(4) ・故意について、第1行為と第2行為が一連の殺人行為として1個の構成要件該当事実と評価でき、その認識・認容が認められることへの言及(3)		19	
中止行為について ・刺突行為の断念により中止犯が成立する旨の言及(2) ・「自己の意思により」の検討(規範の定立(2)・当てはめ(2)) ・「犯罪を中止した」の検討(規範の定立(2)・当てはめ(2))		10	
財布を持ち去った行為について ・窃盗罪の占有が認められないことの言及(1) ・占有離脱物横領罪の構成要件の客観面を満たすことの指摘(2) ・窃盗罪の故意で占有離脱物横領罪を行ったことの指摘(1) ・抽象的事実の錯誤の規範定立(2)・当てはめ(2)		8	
裁量点(文章構成・その他加点要素への言及)	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

第1 出題の趣旨

今回は、実行の着手・中止犯・抽象的事実の錯誤等を論点として名古屋高裁平成19年2月16日判決を基に問題を作成した。本問で挙げたテーマはいずれも本試験、予備試験問わず出題可能性が高い分野である。今回は、基本に立ち返り、刑法総論で頻出の上記テーマをじっくり検討して欲しいと考え、単独犯の問題とした。

予備試験は時間が極めてタイトであり（刑法に関して言えば本試験も同様である）厚く論じるべき部分、触れる程度でいい部分を見極め、答案にメリハリを付けることが肝要である。採点基準等を参考として、各自、試験時間内に書ききれぬ解答を考えてみてほしい（解答を書くスピードは各々違うため、「自分が書ききれぬ分量」というものをそれぞれこの機会に意識して欲しい。）。

第2 甲の罪責

1 包丁を準備した行為等について

包丁を購入した行為に代表される一連の準備行為は、殺人予備罪（刑法201条）に該当し得る行為といえるだろう。もっとも、本問は後述するように、Vに対する殺人未遂罪が成立し得ると考えられるため、予備罪の成立を認めても殺人未遂罪の包括一罪となると解されることからすれば、メインの論点とはいえ、ごく簡単に触れる程度でもよいだろう（あるいは、問題文、回答量との兼ね合いによっては触れなくても合否にはさほど影響がない程度の内容である。本問の配点においても、ごく少ない配点としている。）

2 自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でVの右斜め後方から車両前部を衝突させた行為

上記行為によって、Vは加療約10日間を要する頭部挫傷、右肩挫傷、右下腿挫傷の傷害を負っているものの、客観的に見る限り、傷害の結果を発生される危険性の高いものではあるが、死の結果をただちに予測させるほど危険性の高いものではないと思われる。

※この点について、衝突行為自体が死の具体的危険を発生させるものであり、甲に衝突時点での殺意もあるとして、この行為のみで殺人の実行行為を認定する（後述するクロロホルム事件の規範をとらなくて済むようになる）ことのないよう、問題文中にもあえて具体的な死の危険性は発生していないものとする、という注を入れた。こういった誘導は科目問わず、作問者に何らかの意図があり、回答のヒントになるということは意識してほしい。

また、衝突行為はあくまでもその後の刺突行為（殺害行為）に向けての準備行為であり、甲が事後に被害者を刺し殺すつもりであった事情は、自動車を衝突させる行為自体の危険性を高めるものではないという観点からすれば、衝突行為自体は傷害罪の成立にとどまると考えられるようにも思える。

もっとも、本問の甲は、自動車をVに衝突させてVを転倒させ、その後にVを刃物で刺し殺すという計画を立てていることから、本問の自動車での衝突行為が計画していた一連の殺人行為の実行の着手として認められ、殺人未遂罪（刑法199条・203条）が成立するのではないか、という問題が生じている。

（1） 実行の着手について

今日の判例・通説は、刑罰の対象は行為（法益侵害・結果を生じさせたこと）であるとする客観主義の立場から、未遂犯の処罰根拠を行為の客観的な危険性、すなわち法益侵害ないし（既遂）結果発生危険性に求める客観的未遂論に立っている。これによれば、結果発生現実的危険性が生じた時点で実行の着手が認められる、と考えることができる（客観説・大塚 裕史；十河 太郎；塩谷 毅；豊田 兼彦、基本刑法I総論（p.253））。そして、実行の着手については、結果発生現実的危険性に加え、「実行に着手して」という文言による制約も加味して、実行行為に密接する行為の開始という基準も併用している。この、実行行為に密接する行為がなされ、かつ結果発生現実的危険性が生じた時点で実行の着手が認められるとするのが、現在の一般的な理解である。窃盗罪において、タンスの物色行為が実行の着手として認められるという例が上記の基準によって説明される典型例である。

また、判例・通説は、結果発生現実的危険性を判断する際、故意や行為者の犯行計画も考慮してよいとする。殺人罪において犯行計画を加味した上で、実行行為に密接する行為、結果発生現実的危険性という基準を用いて実行の着手を検討したリーディングケースがいわゆるクロロホルム事件（最決平成16・3・22）である。同判例は、第1行為（クロロホルムを吸引させて失神させる）それ自体によって結果を発生させるつもりはなかったにもかかわらず、第1行為によって発生した死という結果について責任を問えるかという判例であり、早すぎた構成要件の実現という論点として理解されるところであるが、本判例を細かく見ると、客観的には（一連の殺人行為として）第1行為の時点で実行の着手が認められるか、主観的には第1行為の時点で殺人罪の故意が認められるかが問題となった。

クロロホルム事件において、最高裁は、Xらの犯行計画によれば、第1行為は第2行為に密接な行為であること（密接性）、第2行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が認められること（危険性）を理由に、第1行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手があったとした。さらに、密接性と危険性の判断要素として、①第1行為の必要性、②第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在、③第1行為と第2行為との間の時間的・場所的近接性を明示した。これら3つの要素は、実行の着手を判断するための具体的な判断要素として重要である。なお、ここにいう第1行為と第2行為は、犯行計画上の行為であり、こ

れら3つの要素も、犯行計画に照らして判断されていることに注意が必要である（前掲基本刑法I総論（p.266））。

本問は、被害者が死亡しておらず、加害者が第1行為（自動車による衝突）の後に第2行為（刃物による刺突）に及んでいない点も異なっているのであるが、本問の基となる事例において、名古屋高裁平成19.2.16判決は、上記クロロホルム事件が示したのと同様の判断枠組を提示した上、第1行為の時点で殺人罪の実行の着手があると判断している。

すなわち、「・・・被告人は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女を刃物で刺し殺すという計画を立てていたところ、その計画によれば、自動車を同女に衝突させる行為は、同女に逃げられることなく刃物で刺すために必要（第1行為の必要性）であり、そして、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて同女を転倒させた場合、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく（第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在）、自動車を衝突させる行為と刃物による刺突行為は引き続き行われることになっていたのであって、そこには同時、同所といってもいいほどの時間的場所的近接性が認められる（第1行為と第2行為との間の時間的・場所的近接性）ことなどにも照らすと、自動車を同女に衝突させる行為と刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為というべきであり、被告人が自動車を同女に衝突させた時点で殺人に至る客観的な現実的危険性も認められるから、その時点で殺人罪の実行の着手があったものと認めるのが相当である。この点につき、原判決は、自動車を衝突させた時点で、その行為自体によって殺害の結果が発生し得ることを認識していなければ、自動車を衝突させる行為を殺人の実行行為と認めることができない、と解しているようであるが、それは一面的な見方というべきである。すなわち、被害者を殺害するために連続して行われるべき第1の行為と第2の行為との間に時間的場所的に近接性が認められ、第1の行為の時点で殺害の結果発生に至る客観的、現実的危険性が認められる場合、第1の行為自体において、殺害の結果が発生せず、被告人においても第1の行為自体での殺害の結果発生を意図していなくとも、第1の行為時に殺人の実行行為に着手したものと認めるのが相当であり（最一小決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁参照）、これは予定されていた第2の行為に及んでいないとしても、同様と考えられる。」と判示している（引用部の下線は講師加筆）。

行為が複数計画されている場合の実行の着手の認定においては、上記クロロホルム事件判決の基準を用いて検討することが原則であるが、この基準を用いると、それまでの裁判例の傾向よりも前倒して認定できうる点が存在することには注意が必要である（放火罪において人がいない屋内で灯油をまいた場合等）。

（2） 故意について

第1行為に殺人の実行行為性が認定できる場合、次に問題となるのが甲に第1行為の時点で殺人の故意が認定できるかである。故意は、実行行為時の行為者の意思内容であり、「その行為によって結果を発生させる意思」である以上、甲の認識として第1行為の時点では

第1行為から殺人の結果は出ないと考えている以上、故意に欠けるのではないかという点が問題となる。

この点、故意とは構成要件該当事実の認識・認容であるが、行為者が頭の中で想定していた第1行為と想定していた第2行為が2つの構成要件該当事実であるならば第1行為を行う認識・認容は殺人の故意とはいえない。

これに対し、頭の中で想定していた第1行為と第2行為が1個の構成要件該当事実であるならば、「衝突転倒させて刃物で刺突する行為」の危険性を認識・認容すれば殺人の故意があるといえる。

本問においては、行為者が頭の中で想定していた第1行為と想定していた第2行為はVの生命という同一法益に向けられた行為であり、時間的場所的にも近接しており、また、一連の行為を通じてVを殺害しようという一つの意志に貫かれていると評価できる。しかも、準備的行為である第1行為は第2行為にとって必要不可欠で、第1行為が行われれば、第2行為を遂行する上で障害となる特段の事情は存在しない（実行の着手と同じ理屈）。したがって甲が頭の中で想定していた第1行為と第2行為はVの殺害という結果に向けた「一連の行為」であり、1個の構成要件該当事実と評価できる。そのため、甲は、現実に行われた第1行為の際に、「自動車を衝突させて被害者を転倒させよう包丁で刺すという一連の殺人行為」を行う認識と認容があるから、殺人の故意に欠けるとはいえず、殺人未遂罪(199・203条)が成立すると考えてよいと思われる。

3 中止犯について

甲は意外にもVがボンネットに跳ね上げられて、路上に落下し、立ち上がろうとするその顔を見て、急にVを殺すことはできない、との考えを生じ、自動車を停止させた後、包丁を手取ることなく降車し、犯行を途中で断念（刃物で刺すことをやめた）しているので、中止犯（43条但書）が成立するかが問題となる。

この点、中止犯は「自己の意思により」「犯罪を中止した」ことが求められる。まず、中止行為（「犯罪を中止した」）といえるかについては、中止行為が問題となる時点において、放置しても結果が発生する危険性がない場合には不作為で足りるが、放置すれば結果が発生する危険性がある場合には、作為が必要であると考えられている。不作為を中止行為というためには、中止される実行行為が①続行可能なものであること②すでに行われた実行行為に継続する行為であることが必要とされると解されている。

本問において、甲は、殺人の実行行為（衝突行為）に着手したものの、刺突行為を行う前のVの軽傷段階でその後の行為（予定していた刺突行為）の続行を、続行可能であるにもかかわらず自発的に中止している。また、甲の計画では衝突行為により転倒させたVを刃物で刺し殺すというものであったことからすれば、中止した刺突行為は既に行われた実行行為（衝突行為）に継続する行為であることからすれば、本問の甲の犯行の断念は中止行為であるといつてよいと考えられる。

また、「自己の意思により」（任意性）については、主観説・客観説・限定主観説等の考え方があり、判例の立場は明らかではないが、基本的には客観的基準に従って任意性を判断していると考えられている（前掲基本刑法 I 296 頁）。どの立場にたって論述するにしても、中止犯の減免根拠を踏まえて一貫した規範定立と当てはめが求められる。

本問においては、甲が被害者を刃物で刺すことを断念した理由・原因は、V への一種の憐憫の情が湧いたか若しくは自己の行動についての自責の念が起きたためと認めるのが合理的であって、その後の甲の行動は、刃物を自動車に残したまま降車し、V に「ごめんなさい。」等の言葉を掛けただけで、V に対し、刺突行為を含む一切の暴行や脅迫に及んでいない以上、被告人は自己の意思により殺人の実行行為を途中で中止したものと認めるのが相当と思われる（本問の基となった高裁判例も上記のように判示している）。本問は、どの説に立脚して回答を検討したとしても、おそらく任意性は肯定される事案と考えられる。

以上から、甲の中止行為について任意性も認められ、「自己の意思により」「犯罪を中止した」といえるため、43 条但書が適用される。

4 財布を拾った行為について

財布を拾って持ち去った行為について、甲はVの物と誤解しているが、実際には前日に付近を通っていた人がたまたま落としていったものであり、路上に落ちていた点、前日に落としていた点を踏まえると、もはや、落としたYの占有は観念できない（もちろん本問において財布の存在に気づいていなかったVの占有も観念できない）と考えられるため、窃盗罪（235条）は成立しないであろう。その点をまず指摘したうえで、占有離脱物横領罪の検討をすることになると思われる。本問において、占有離脱物横領罪を検討する上で客観面は問題ないと思われるが、一番問題となるのは、甲は、財布をVの所有物と勘違いしており、窃盗罪についての故意を有しながら占有離脱物横領罪の行為を行ったことにある。この点は、いわゆる抽象的事実の錯誤の類型の内、重い罪の認識で軽い罪を実現した場合にあたる（前掲基本刑法 I 127 頁参照）。この場合、通説である法定的符合説によれば、窃盗罪と占有離脱物横領罪の構成要件が重なり合う以上、実質的には重い窃盗罪の構成要件の中に、軽い占有離脱物横領罪の構成要件と同じものが含まれているとみてよく、故意の内容としても、窃盗罪の故意の中に占有離脱物横領罪の故意が含まれているとみなしてよいと考えられ、軽い限度の占有離脱物横領罪が成立すると解される。

なお、構成要件の実質的な重なり合いの検討においては、保護法益の共通性と行為態様の共通性という基準をしっかりと示した上で、保護法益の点では、占有離脱物横領罪の保護法益は所有権であり、窃盗罪の保護法益は（判例によれば）所有権と占有であるから、両罪は所有権の限度で共通性があることを指摘し、行為態様の点では、占有侵害に注目すると行為態様の類似性はないが、他人の財物を不法に領得する行為である点で共通性があることをしっかりと論述されたい。

以上

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久