

論文式試験問題集
[刑法]

[刑 法]

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（住居等侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、新たに投資会社を立ち上げることを計画し、その設立に向けた具体的な準備を進めていたところ、同会社設立後の事業資金をあらかじめ募って確保しておこうと考え、某年7月1日、知人のVに対し、同年10月頃の同会社設立後に予定している投資話を持ち掛け、その投資のための前渡金として、Vから現金500万円を預かった。その際、甲とVの間では、前記500万円について、同会社による投資のみに充てることを確認するとともに、実際にその投資に充てるまでの間、甲は前記500万円を甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書（原本）をVに渡し、同定期預金証書はVにおいて保管しておくとの約定を取り交わした。同日、甲は、この約定に従い、Vから預かった前記500万円をA銀行B支店に開設した甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書をVに渡した。なお、同定期預金預入れの際に使用した届出印は、甲において保管していた。
- 2 甲は、約1年前に無登録貸金業者の乙から1000万円の借入れをしたまま、全く返済をしていなかったところ、同年7月31日、乙から返済を迫られたため、Vに無断で前記定期預金を払い戻して乙への返済に流用しようと考えた。そこで、同年8月1日、甲は、A銀行B支店に行き、同支店窓口係員のCに対し、「定期預金を解約したい。届出印は持っているものの、肝心の証書を紛失してしまった。」などどうその話をして、同定期預金の払戻しを申し入れた。Cは、甲の話を信用し、甲の申入れに応じて、A銀行の定期預金規定に従って甲の本人確認を行った後、定期預金証書の再発行手続を経て、同定期預金の解約手続を行い、甲に対し、払戻金である現金500万円を交付した。甲は、その足で乙のところへ行き、受け取った現金500万円を乙に直接手渡して、自らの借入金の返済に充てた。なお、この時点で、乙は、甲が返済に充てた500万円は甲の自己資金であると思っており、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で自らの返済金に流用したという事情は全く知らないまま、その後数日のうちに甲から返済された500万円を自己の事業資金や生活費等に全額費消した。
- 3 同年9月1日、Vは、事情が変わったため甲の投資話から手を引こうと考え、甲に対し、投資のための前渡金として甲に預けた500万円を返してほしいと申し入れたところ、甲は、Vに無断で自らの借入金の返済に流用したことを打ち明けた。これを聞いたVは、激怒し、甲に対し、「直ちに500万円全額を返してくれ。さもないと、裁判を起こして出るところに出るぞ。」と言って500万円を返すよう強く迫った。甲は、その場ではなんとかVをなだめたものの、Vから1週間以内に500万円を全額返すよう念押しされてVと別れた。その後すぐに、甲は、乙と連絡を取り、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で乙への返済金に流用したことを打ち明けた。その際、乙が、甲に対し、甲と乙の2人でV方に押し掛け、Vを刃物で脅して、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書をVに無理矢理作成させて債権放棄させることを提案したところ、甲は、「わかった。ただし、あくまで脅すだけだ。絶対に手は出さないでくれ。」と言って了承した。
- 4 同月5日、甲と乙は、V方を訪れ、あらかじめ甲が用意したサバイバルナイフを各々手に持ってVの目の前に示しながら、甲が、Vに対し、「投資話を反故にした違約金として500万円を出してもらおう。流用した500万円はそれでちゃらだ。今すぐここで念書を書け。」と言ったが、Vは、念書の作成を拒絶した。乙は、Vの態度に立腹し、念書に加え現金も取ろうと考え、Vに対し、「さっさと書け。面倒かけやがって。迷惑料として俺たちに10万円払え。」と言って、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き付けた。Vは、このまま甲らの要求

に応じなければ本当に刺し殺されてしまうのではないかとの恐怖を感じ、甲らの要求どおり、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書を作成して、これを甲に手渡した。

そこで、甲がV方から立ち去ろうとしたところ、乙は、甲に対し、「ちょっと待て。迷惑料の10万円も払わせよう。」と持ち掛けた。甲は、乙に対し、「念書が取れたんだからいいだろ。もうやめよう。手は出さないでくれと言ったはずだ。」と言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙から同ナイフを取り上げて立ち去った。

- 5 その直後、乙は、再びV方内に入り、恐怖のあまり身動きできないでいるVの目の前で、その場にあったV所有の財布から現金10万円を抜き取って立ち去った。

参考答案

一 乙の罪責

1 共謀に基づき、Vにサバイバルナイフを突き付けて念書を作成させ、これを手渡させた乙の行為につき、強盗利得罪の共同正犯が成立する（236条2項・60条）。

相互利用補充関係に基づく自己の犯罪の実現という趣旨に照らし、「二人以上共同して犯罪を実行した」とは、①共謀及び②これに基づく実行をいう。

乙が、甲に対し、甲と乙でVを刃物で脅して、念書をVに無理やり作成させて債権放棄させることを提案したところ、甲は「わかった」といってこれを了承した（①）。

（1）「前項の方法」である「脅迫」とは、社会通念上、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の害悪の告知をいう。

Vに対し「迷惑料として俺たちに10万円払え」等と言いながら行われた乙の本件行為は、身体の枢要部である喉元を殺傷力のあるサバイバルナイフで切られ殺されかねないとの恐怖を相手方に抱かせるのに十分であり、社会通念上相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の害悪の告知に当たるから「脅迫」に当たる。

（2）「財産上不法の利益を得」とは、手段の不法性をいい、1項との均衡から、相手方の処分行為を要しないが、利得の確実性を要する。

Vが裁判上の請求をしたところで、本件念書により貸金債務の不存在が基礎付けられるから認められない。したがって、不法な手段

による利得とその確実性が認められ、乙は「財産上不法の利益を得」たといえる（②）

（３）行為態様から、甲と乙には故意及び不法領得の意思も認められる。

よって、本件行為は、「二人以上共同して」強盗利得罪という「犯罪を実行した」ものとして、共同正犯が成立する。

２ 反抗抑圧状態にあるV所有の財布から現金10万円を抜き取った乙の行為は、脅迫と強取との間に多少の時間的間隔が生じているものの、なお強盗罪の構成要件に該当する。そして、迷惑料を奪う目的で行為に及んでいる乙には故意及び不法領得の意思も認められる。

もっとも、本件行為につき、甲との強盗既遂罪の共同正犯（236条1項・60条）は成立しない。

（１）上記の趣旨に照らせば、共謀の射程内の行為は、共謀に基づくものとする。

確かに、乙は甲と強盗罪（同条1項）の共謀を明示的にはしていない。乙の犯意は、Vを脅迫する際、にわかに生じたものである。しかし、強盗利得罪の手段たる暴行又は脅迫の機に乗じて、共犯者が財物を強取するのは異常とは言えない。強盗利得行為と本件行為は時間的距離的に近接し、同一機会性が認められることにも照らせば、なお共謀の射程内といえ、共謀に基づくといえる（②）。

（２）共謀に基づく実行後、共犯関係を解消した後の他者の行為に

よる結果につき、既遂罪の共同正犯は成立しないと考える。

甲が乙に対し「止めてくれ」等と言い、その犯行をやめるよう促したことにより、心理的因果性が解消している。また、甲が自ら用意し乙に渡したナイフを取り上げ、これを用いて乙がVを更に脅迫しないよう促したことにより、物理的因果性が解消している。

よって、乙の強盗行為につき、同既遂罪の共同正犯は成立せず、強盗未遂罪の範囲で甲との共同正犯となるに止まる（236条1項・243条・44条・43条本文・60条）。本件行為につき、別途、乙の強盗罪の単独正犯が成立する。

二 甲の罪責

1 Vに無断でA銀行の定期預金を解約し、500万円を引き出した甲の行為につき、横領罪（252条）が成立する。

（1）「他人の物」とは、他人の所有物をいう。500万円は、使途が事業資金に定められて甲に預けられた現金であり、金銭所有権の占有との一致という私法原則にもかかわらず、なおVという「他人の物」に当たる。

（2）「占有」とは濫用のおそれのある支配力をいい、事実上及び法律上の支配をいう。これは、委託に基づくことを要する。

甲は、Vから、投資以外に用いないとの約定に基づき500万円の交付を受け、A銀行B支店に開設した甲名義の定期預金口座に預け入れ、届出印を保管している。甲は、Vからの委託に基づき、500万円を法律上支配しているといえるところ、「占有」を満たす。

(3)「横領」とは、不法領得の意思すなわち他人の物の占有者が、委託の任務に背き、権限がないのに、所有者でなければできない処分をする意思を発現する一切の行為をいう。

甲はVから500万円を会社の投資目的以外の用途に用いないとの約定に基づき、定期預金に預け入れた。本件約定に照らせば、甲は、投資目的以外の目的で定期預金を解約し、500万円を引き出さないとの委託の任務を負っていた。甲がVに無断で債務返済への流用目的で本件払戻しをする行為は、当該委託の任務に背き、権限がないのに、所有者Vでなければできない処分をする意思の発現といえる。したがって、本件行為は、「横領」に当たる。

(4) 本件行為態様から、甲には故意が認められる。

2 銀行に対する正当な払戻権限のある甲がA銀行から払戻しを受けた行為は、重要な事実を偽っておらず、A銀行B支店係員Cという「人を欺いて」を満たさないから、詐欺罪は成立しない。

三 罪数

1 甲と乙は①Vに対する強盗利得罪の共同正犯、及び、②Vに対する強盗未遂罪の共同正犯となり、②は同一被害者Vに対する同一機会に行われた罪として①に吸収され、包括一罪となる。

2 甲には、③Vに対する横領罪が成立し、①③は「確定裁判を経していない二個以上の罪」として併合罪となる(45条前段)。乙には④Vに対する強盗罪が成立し、①と併合罪となる。

以上

刑法解説レジュメ

第一 本レジュメの使い方

本レジュメは、予備試験の論文式試験において、何をどのように、どれくらい書けばA評価が付くのかに関係する解説に特化させている。本問には様々な論点があり、その全てに触れていると答案用紙4枚に収まらないおそれがある。受験生としては、構成段階でこれに気づき、書くべき論点を取捨選択する必要がある。ここに受験生のセンスが現れ、裁量点に反映される。参考答案は、当日、講師が書いた答案の再現を基に完成度を高めたものである。参考答案や論証例を読み、説得力があると感じられた表現は私に無断でパクリ、わかりにくい表現は、自分ならどう表現するかを検討し、実際に書いてみるのも一つの方法である。このような地道なプロセスを踏み、論述に磨きをかけたゼミ生全員が、今年9月の予備試験論文を余裕で通過することを、講師は心から祈っている。

第二 本問（H30予備刑法）の検討¹

1 Vに無断で定期預金を解約し預金を引き出した甲の行為につき、横領罪（252条1項）の成否

(1) 「他人の物」とは、他人の所有物をいう。

私法上、金銭所有権は占有と一致するという原則がある。銀行預金の占有は名義人にある。他人から預かった金銭が預金に預け入れられた場合、当該金銭は名義人の占有に属する。そうすると、私法上、他人から用途を定められて預かった金銭の所有権は名義人に帰属し、「他人の物」に当たらないのではないかという点が問題となる²。

論証例①

金銭所有権と占有の一致は、取引の安全を図るための原則であるところ、委託関係の静的安全を保護すべき横領罪にこれが直接妥当すると考えるべきではない。（実際、価値そのものである金銭の横領が横領罪の対象から除かれるのは妥当でない。）したがって、用途を定められた金銭の所有権は委託者に帰属し、なお「他人の物」に当たると考える。

(2) 「占有」は、濫用のおそれのある支配力（キーワード）に横領罪における「占有」の本質があることから、事実上の支配だけでなく法律上の支配も含まれる³⁴。（遺失物横領罪との区別及び委託

¹ 刑法各論では、条文の文言と規範定立、これに対する当てはめを淡々と行っていくことが高得点の秘訣である。以下、住居侵入罪を端的に認定する際の記述を比べてみる。

A「甲はV宅に無断で立ち入っているから『他人の住居』に『侵入した』といえる」

B「侵入」とは、住居権者の意思に反する立入りをいうところ、Vに無断でV宅に立ち入った甲の行為はこれに当たる」
AよりもBの方が、法解釈が示されている分だけ評価が高い。前者は、法律を全く知らない一般人でも、刑法130条前段を示されれば書けるのに対し、後者は同条を示されたとしても書けない表現だからである。

² 多論点型の本問では省略相当である。論じるとすれば、論証例①のようになる。

³ 業務上横領罪の検討において、「業務上」と「占有」を分けて検討している再現答案や解説が見受けられる。しかし、

信任関係の破壊に横領罪の本質があることから、)「占有」は委託に基づくことを要する。

(3) 「横領」とは、(領得行為をいい、)不法領得の意思の発現たる一切の行為をいう。不法領得の意思とは、㉗他人の物の占有者が㉘委託の任務に背き㉙権限がないのに㉚所有者でなければできない処分をする意思をいう⁵。

論証例②

甲はVから500万円を投資目的で預かり、これ以外の用途に用いないとの約定に基づき定期預金に預け入れた(㉗)。本件約定に照らせば、甲は、投資目的以外の目的で定期預金を解約し、500万円を引き出さないとの委託の任務を負っていた。ところが、甲は、乙への借入金の返済に充てる目的で、定期預金を解約し、500万円を引き出している。これは、委託の任務に背いているといえる(㉘)。本件約定に照らせば、Vの同意がなければ500万円を引き出す権限がないといえるのに、甲はこれをVに無断で行っている(㉙)。投資目的以外の目的で預金を解約・払戻しをすることは、所有者Vでなければできない処分に当たり、甲にはこれをする意思が認められる(㉚)。したがって、預金を解約して500万円を払い戻した行為は、不法領得の意思の発現として「横領」したといえる。

(4) 故意 一言触れる⁶。

2 A銀行B支店C係員に対し、預金証書をなくしたと虚偽の事実を告げて預金を解約し、500万円の払戻しを受けた甲の行為につき、詐欺罪の成否

(1) 「人を欺いて」(欺罔行為)とは、財産的処分行為の基礎となる重要な事実を偽ることをいう。ここにいう重要な事実とは、当該事実を知っていれば、相手方が財産的処分行為をすることはなかったといえる事実をいう。

本問での問題点は、銀行に対する正当な払戻権限がある者が、真実は預金証書をVに預けているの

文法的に「業務上」は「占有する」を修飾する副詞であり、その範囲を限定する役割を果たしているのに、これを分けると不自然な認定となるおそれがある。業務性と言っても、何に関する業務性なのかを示さなければ、説明として不十分である。

⁴ 基本書や再現答案上、事実上の「占有」法律上の「占有」という記載が散見される。しかし、この表現では、採点者から同語反復と見られるおそれがある。占有の定義を述べるときに、占有という言葉を用いるべきではない。この点を気にする採点者に当たった場合、裁量点が伸びなくなるおそれがある。

⁵ 定義に照らせば、論証例②のように㉗㉘㉙㉚にそれぞれ当てはめて検討すべきであるが、長くなる。そこで、委託の趣旨に照らして、所有者が絶対に許さなかった処分といえるかどうかという判断枠組みに当てはめて一括して認定する方法もある。

⁶ 「乙への借入金返済目的で無断で預金を解約し、その払戻しを受けているという行為態様から、故意も認められる」「乙の行為態様から故意も認められる」等。

に、これをなくしたと虚偽の事実を申し向ける行為が、重要な事実を偽ったといえるかである⁷。

論証例③

定期預金の名義人である甲には、A銀行に対する正当な払戻権限がある。仮に、甲がVに対し真実預金証書を預けていたことを銀行が知っていたとしても、甲からの解約と払戻しの申出に応じざるを得ず、当該事実は重要な事実とは言えない。したがって、本件行為は「人を欺いて」を満たさない。

(2) 「財物を交付させた」とは、錯誤に基づき財産的処分行為を行わせたことをいう。

(3) 故意 一言触れる⁸。

3 甲との共謀に基づき、Vの喉元にサバイバルナイフを突きつけるなどして念書を書かせ、乙に手渡させた乙の行為につき、強盗利得罪の共同正犯(236条2項・60条)の成否

(1) 「二人以上共同して犯罪を実行した」とは①共謀と②これに基づく実行につき③正犯性を有することをいう⁹。③は、(自己の犯罪を実現する意思としての)正犯意思及び重要な役割分担から判断される。

論証例④

「二人以上共同して犯罪を実行した」とは、①共謀と②これに基づく実行をいう。

乙が、甲に対し、甲と乙でVを刃物で脅して、念書をVに無理やり作成させて債権放棄させることを提案したところ、甲は「わかった」といってこれを了承した。ここに、甲乙間にVへの強盗利得罪を共同遂行することの合意が成立した(①)。以下②を検討する。

(2) 強盗利得罪(236条2項)

ア 「前項の方法により」とは、「暴行又は脅迫」を用いることをいい、(恐喝罪との区別から)、その程度は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることが必要である。

⁷ 論証③のとおり、否定するのが解答筋と思われる。参考答案は、詐欺罪の成立を否定する理由が不正確である。

⁸ 「流用目的でその話をするという行為態様から故意も認められる」等。併せて、本来は不法領得の意思も書くべきだが、平均的受験生が触れないことから、あえて触れる必要はない。参考答案でも触れていない。

⁹ 一般的に、実行共同正犯の成立要件としては、共同実行の意思と共同実行の事実を示せば足りる。ただし、講師は、共謀共同正犯の成立要件としては、本文の定義を用いている。③は、実行行為を行う従犯を認める裁判例(百選I78事件、福岡地裁昭和59・8・30判時1152・182)がある一方、実行行為を分担しない共同正犯(共謀共同正犯)が判例上認められていることに対応している。正犯意思を共謀に含める見解等、様々な定義があるところなので、各自の説を確立しておけばよい。

論証例⑤

(アを規範定立した上で) 乙の行為は、Vの胸倉をつかんでサバイバルナイフの刃先をVの喉元に突きつけるというものである。これは、乙の要求に従わなければ身体の枢要部である首をナイフで切られて殺されかねないと相手方を畏怖させ、抵抗せず要求に素直に従おうと観念させるに十分であるといえるから、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものと評価できる。したがって、「脅迫」を用いたと言える。

イ 「財産上不法の利益を得」たとは、不法な手段により利益を得ることをいう。1項との均衡から相手方の処分行為は不要であるが、(一時的な利益移転を除くため、) 利得の確実性を要する。

論証例⑥

(イを規範定立した上で) 本件念書は、500万円の返還債務がないことの証拠となる。Vは「裁判を起こして出るところに出るぞ」と言い、裁判上の請求をする意向を示している。仮にVが裁判で定期預金証券を証拠として提出しても、甲から念書が提出されれば、500万円の返還請求は認められない。さらに、Vが念書による債権放棄の意思表示を強迫取消し(民法96条1項)するとの主張を証拠で裏付けることは困難である。したがって、利得の確実性が認められ、「財産上不法の利益を得」たといえる。

4 乙が10万円をVの財布から抜き取った行為につき、強盗罪の共同正犯(236条1項・60条)の成否

(1) 乙の行為だけを見ると、「強取」を満たしていないようにも思われるが、本件行為は、脅迫と強取との時間的間隔が生じているに過ぎず、「強取」と評価することができる。

論証例⑦

本件行為につき、強盗罪が成立する。乙は新たな暴行又は脅迫を用いていないが、Vは、これに先立つ乙の脅迫によって恐怖のあまり身動きできないでおり、すでに反抗抑圧状態にあったといえる。このようなVから現金10万円を抜き取る行為は、時間的間隔が空いたに過ぎず、なお「脅迫を用い」て「強取した」といえる。

(2) 乙の強盗行為につき、甲が共同正犯となるか。

乙は甲から「もうやめよう」等と言われたのにあえて本件行為を行っているが、これが甲との共謀に基づく実行といえるかが問題となる。

ア 共謀の射程の検討

共謀に基づく実行に共同正犯の本質があることを示した上で、共謀の射程外の犯罪の実行につき共同正犯が成立しない旨を論証する。

論証例⑧（共謀の射程外バージョン）

共謀の射程が及ぶかどうかは、当初の共謀の内容・過剰行為の異常性・犯意の継続性・同一機会性等に基づき判断する。

乙は甲と念書を書かせるという強盗利得罪（236条2項）の共謀をしたにとどまり、特に強盗罪（236条1項）の共謀をしていない。乙が10万円をVから強取したことは、共謀の内容を超えており、異常性が高い。乙の犯意は、強盗利得罪としての脅迫をする際ににわかに生じたものに過ぎず、共謀時から継続していたものではない。本件行為が強盗利得行為の直後に行われたものであり、同一の機会に行われたものといえることを考慮しても、共謀の射程は強盗罪に及ばないといえる。（これに加えて、甲は乙に「止めてくれ」「手を出さないといったはずだ」と言っており、現場共謀も認められない。）乙の強盗行為は、乙の単独正犯となるに過ぎない。

論証例⑨（共謀の射程内バージョン）

（判断枠組みを示してから）確かに、乙は甲と念書を書かせるという強盗利得罪（236条2項）の共謀をしたにとどまり、強盗罪（同1項）の共謀を明示的にはしていない。また、犯意は乙が強盗利得罪としての脅迫をする際ににわかに生じたものであり、犯意の継続性も認められない。しかし、強盗利得罪も強盗罪も同じ強盗罪であり、手段である暴行又は脅迫に違いはないところ、共犯者が、強盗利得罪の機会に乗じて強盗行為に出ることは、異常とは言えない。これに加えて、本件行為は強盗利得行為の直後に行われ、同一機会性が認められることに照らせば、なお共謀の射程内といえる。

イ 共犯関係の解消の検討

共謀の射程内とした場合、次にこの点を論じる。共謀の射程内としつつ共犯関係の解消を認めた場合、甲に強盗未遂罪が成立し、その範囲で乙と共同正犯となることを忘れずに示す¹⁰。

論証例⑩

（相互利用補充関係すなわち）心理的物理的因果性を互いに及ぼし合う共犯関係に基づき犯罪を実行した点に共同正犯の処罰根拠があることに照らせば、共犯関係を解消した後の他者の行為につき、共同正犯は成立しないと考える。

甲は乙に対し「止めてくれ」「手を出さないといったはずだ」と言っており、その犯行をやめるよう促している。これにより、心理的因果性が解消したといえる。また、甲は、自ら用意し乙に渡していたナイフを乙から取り上げ、これを用いて乙がVをこれ以上脅迫しないように促している。これにより、物理的因果性が解消したといえる。したがって、乙の強盗行為は、共犯関係を解消した後の行為に当たり、これにつき甲に共同正犯は成立しない。

¹⁰ 甲の言動と行動に照らし、乙の強盗を共謀の射程外とするか、共謀の射程内としながら共犯関係の解消を認めるのが試験委員の想定している解答筋と思われる。

5 罪数

(1) 甲と乙には、①Vに対する強盗利得罪の共同正犯(236条2項・60条)及び②Vに対する強盗未遂罪の共同正犯(236条1項・243条・44条・43条本文・60条)が成立し、②は同一被害者に対する同一機会に行われた罪として①と包括一罪となる。

(2) 甲には、③Vに対する横領罪(252条1項)が成立し、これと①が「確定裁判を経ていない二個以上の罪」として併合罪となる(45条前段)。(④Aへの詐欺罪(246条1項)の成立を認めた場合、これと②が「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」る場合(54条1項前段)として観念的競合となり、①と併合罪となる)。

(3) 乙には、⑤Vに対する強盗罪(236条1項)が成立し、①と併合罪となる。

【参考文献】

前田雅英ほか『条解刑法』(第2版・弘文堂・2011)

佐伯仁志ほか『刑法判例百選I総論』(第8版・有斐閣・2021)

佐伯仁志ほか『刑法判例百選II各論』(第8版・有斐閣・2021)

高橋則夫『刑法総論』(第4版・成文堂・2018)

高橋則夫『刑法各論』(第3版・成文堂・2018)

以上

2023年3月2日(Cゼミ) / 4月5日(Bゼミ) / 5月16日(Aゼミ)

担当：予備試験合格者 水野直