

論文式試験問題集  
[刑法]

## [刑 法]

以下の事例に基づき、甲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165センチメートル、体重60キログラム）は、2年前に養子縁組によって氏を変更し、当該変更後の氏名（以下「変更後の氏名」という。）を用いて暴力団X組組員として活動を始めた。甲は、自営していた人材派遣業や日常生活においては、専ら当該変更前の氏名（以下「変更前の氏名」という。）を用いていた。

2 甲は、X組と抗争中の暴力団Y組の組長乙を襲撃する計画を立てていたところ、乙が、交際のA宅に足繁く通っているとの情報を入手した。甲は、A宅を監視する目的で、A宅の向かいにあるB所有のマンション居室（以下「本件居室」という。）を借りるため、某月1日、Bに会い、「部屋を借りたい。」と申し込んだ。Bは、暴力団員やその関係者とは本件居室の賃貸借契約を締結する意思はなく、準備していた賃貸借契約書にも「借借人は暴力団員又はその関係者ではなく、本物件を暴力団と関係する活動に使いません。借借人が以上に反した場合、何らの催告も要せずして本契約を解除することに同意します。」との条項（以下「本件条項」という。）を設けていた。Bは、甲に対し、本件条項の内容を説明した上、身分や資力を証明する書類の提示のほか、家賃の引落しで使用する口座の指定を求めた。

甲は、自己がX組組員であり、A宅を監視する目的で本件居室を使用する予定である旨告げれば、前記契約の締結ができないと考え、Bに対し、X組組員であることは告げず、その目的を秘しつつ本件居室を人材派遣業の事務所として使用する予定である旨告げた。甲は、Bに変更後の氏名を名乗れば、暴力団員であることが発覚する可能性があると考え、Bに対し、変更前の氏名を名乗った上、養子縁組前に取得し、氏名欄に変更前の氏名が記載された正規の有効な自動車運転免許証を示した。また、甲は、養子縁組前に開設し、口座名義を変更していない預金口座の通帳に十分な残高が記帳されていたため、Bに対し、同通帳を示し、同口座を家賃の引落しで使用する口座として指定した。甲は、同日、前記契約書の借借人欄に現住所及び変更前の氏名を記入した上、その認印を押し、同契約書をBに渡した。Bは、甲が暴力団員やその関係者でなく、本件居室を暴力団と関係する活動に使うつもりもない旨誤信し、甲との間で上記契約を締結した。この際、甲には家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあった。

なお、前記マンションが所在する某県では、暴力団排除の観点から、不動産賃貸借契約には本件条項を設けることが推奨されていた。また、実際にも、同県の不動産賃貸借契約においては、暴力団員又はその関係者が不動産を賃借して居住することによりその資産価値が低下するのを避けたいとの賃貸人側の意向も踏まえ、本件条項が設けられるのが一般的であった。

3 乙の警護役であるY組組員の丙（20歳、男性、身長180センチメートル、体重85キログラム）は、同月9日午前1時頃、A宅前路上に停めた自動車に乗り、A宅にいた乙を待っていたところ、前記マンション敷地から同路上に出てきた甲を見掛けた。その際、丙は、甲のことを、風貌が甲と酷似する後輩の丁と勘違いし、甲に対し、「おい、こんな時間にどこに行くんだ。」と声を掛けた。これに対し、甲は、無言で上記路上から立ち去ろうとした。これを見た丙は、丁に無視されたと思い込み、同車から降りて甲を追い掛け、「無視すんなよ。こら。」と威圧的に言い、上記路上から約30メートル先の路上において、甲の前に立ち塞がった。丙は、その時、甲が丁でないことに気付くとともに、暴力団員風で見慣れない人物であったことから、その行動を不審に思い、乙に電話で報告しようと考え、着衣のポケットからスマートフォンを取り出した。他方、甲は、丙が取り出したものがスタンガン（高電圧によって相手にショックを与える護身具）であると勘違いし、それまでの丙の態度から、直ちにスタンガンで攻撃され、火傷を負わされたり、意識を失わされたりするのではないかと思い込み、同日午前1時3分頃、

自己の身を守るため、丙に対し、とっさに拳でその顔面を1回殴ったところ、丙は、転倒して路面に頭部を強く打ち付け、急性硬膜下血腫の傷害を負い、そのまま意識を失った。なお、甲は、丙の態度を注視していれば、丙が取り出したものがスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができた。

甲は、同日午前1時4分頃、丙が身動きせず、意識を失っていることを認識したが、丙に対する怒りから、丙に対し、足でその腹部を3回蹴り、丙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせた。

丙は、同日午前9時頃、搬送先の病院において、前記急性硬膜下血腫により死亡したが、甲の足蹴り行為により死期が早まることはなかった。

## 出題の趣旨

本問は、甲が、(1)本件居室の賃貸借契約締結に際し、その契約書の賃借人欄に変更後の氏名ではなく変更前の氏名を記入するなどした上、同契約書をBに渡したこと、(2)その際、Bに対し、自己が暴力団員であることを告げず、本件居室の使用目的がA宅の監視目的であることを秘しつつ、Bとの間で同契約を締結し、本件居室の賃借権を取得したこと、(3)丙の顔面を拳で殴って丙を転倒させ、丙に急性硬膜下血腫の傷害を負わせ、さらに、丙の腹部を足で蹴って丙に腹部打撲の傷害を負わせ、丙を同急性硬膜下血腫の傷害により死亡させたことを内容とする事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)については、有印私文書偽造罪・同行使罪の成否が問題になるところ、前者については、客観的構成要件要素である「偽造」の意義を示した上で、変更前の氏名は、甲が自営していた人材派遣業や日常生活で専ら使用していたものであることを踏まえつつ、前記契約書の性質に照らし、名義人と作成者との人格の同一性に齟齬が生じたといえるのか否かを検討する必要がある。

(2)については、2項詐欺罪の成否が問題になるところ、主に論ずべき点として、客観的構成要件要素である「人を欺く行為」(欺罔行為)の意義を示した上で、甲には家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあったことを踏まえつつ、甲の属性(暴力団員であるか否か)や、本件居室の使用目的(暴力団と関係する活動か否か)が、前記契約締結の判断の基礎となる重要な事項といえるか否かを検討する必要がある。

(3)については、甲は、丙が取り出したスマートフォンをスタンガンと勘違いして、これで攻撃されると思い込みながら、自己の身を守るため、第1暴行(丙の顔面を殴る行為)を行っていることから、誤想防衛又は誤想過剰防衛の処理が問題になるところ、甲は、丙が意識を失っていることを認識したのに、丙に対する怒りから、第2暴行(丙の腹部を蹴る行為)を行い、丙に腹部打撲の傷害を負わせているため、第1暴行と第2暴行の関係を踏まえつつ、その擬律を判断する必要がある。いずれについても、各構成要件等の正確な知識、基本的理解や、本事例にある事実を丁寧に拾って的確に分析した上、当てはめを具体的に行う能力が求められる。

以上

## 令和2年 予備試験『刑法』 参考解答

### 第1 Bから本件居室を借りた行為

1 この行為について、詐欺罪（刑法（以下、略）246条2項）が成立しないか。なお、本件は、財物ではなく居住の利益を得ていることから1項ではなく2項で検討する。

(1) ア まず、欺く行為が認められるか。

イ 欺く行為は、財産処分の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいうと解する。なお、積極的に虚偽を述べるような行為に限られず、挙動によってもなしうるものとする。

ウ 本件で甲は、契約の際に、使用目的を人材派遣業の事務所とすることとして、自己の変更前の氏名を名乗り、その氏名の免許証・預金口座通帳を示している。また、暴力団員でないことを表明する本件条項に同意している。このことから、甲が暴力団ではないこと、暴力団関係の活動に使用しないことを挙動において示しているといえる。たしかに、単に、形式的に本件条項が記載されているような場合であれば、判断の基礎となる重要な事項にはあたらないと考えるべきであるが、本件マンションのある某県では不動産賃貸借契約には本件条項を設けることが推奨されていたのであり、実際に同県の不動産賃貸借契約においては、暴力団員又はその関係者が不動産を賃借して居住することによりその資産価値が低下するのを避けたいとの賃貸人側の意向も踏まえ、本件条項が設けられるのが一般的であった。さらに、Bは、本件条項について、説明しており、形式的に本件条項が記載されていたとは言えない。そのため、このような事情のもとでは、Bは甲が暴力団員であること、暴力団の活動について使用されるということを認識していたのであれば、本件契約を締結しなかったものといえる。したがって、甲が伏せていた事情は、判断の基礎となる重要な事項を偽るものであり、挙動による欺罔行為を構成する。

したがって、欺く行為が認められる。

(2) そのうえで、Bは甲が暴力団員でないとの錯誤に陥り、本件契約を締結している中で、Bに居住するという財産上の利益を与える処分を行っているといえる。

なお、詐欺罪は、財産犯であるから、財産的損害が必要であるところ、甲は家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあったので、Bに経済上の不利益は生じていないようにも思える。もっとも、暴力団が入居すると資産価値は低下することから、暴力団であるか否か、暴力団の活動に使用されるか否かは、経済的に見て損害いえる。

(3) また、一連の流れにおいて因果関係が認められ、甲は自身が暴力団員であること及び借りる目的を告げれば、契約を締結できないと考えているので、不法領得の意思及び故意（38条1項）に欠けることはない。

(4) よって、甲に詐欺罪が成立する。

コメントの追加 [永井1]: 2項で検討する場合には1項を使えないことを示してほしい。

コメントの追加 [永井2]: ①客観的に当該関心事項が重要といえるか②被欺罔者の主観的に重要といえるか

コメントの追加 [永井3]: 挙動による欺罔行為とは、一定の挙動が社会通念上当然に一定の表示を包含していることをいう（①契約や継続的取引特別な動作により一定の表示を含んでいるか②当該事項が重要事項といえるか

コメントの追加 [永井4]: 不法領得の意思は忘れがちなので注意

## 第2 賃貸借契約書を作成し、Bに渡した行為

### 1 賃貸借契約書を作成した行為について、私文書偽造罪（159条1項）が成立しないか。

(1) 後述の通り、甲は作成した契約書をBに渡しているので、「行使の目的」が認められる。

(2) ア まず、「偽造」といえるか。本件で甲は「変更前の氏名」を用いているので、自己とは異なる人物の氏名を使用しているわけではないため、問題となる。

イ 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解する。そして、名義人の特定にあたり、文書の性質上、氏名の人格的特定機能以上に当該属性が重視されている場合には、当該属性についても考慮して決する。

ウ 本件では、たしかに、変更前の氏名は、甲が自営していた人材派遣業や日常生活で専ら使用していたものであることから、変更前の氏名であっても甲と特定できる。そのため、名義人と作成者の間に齟齬はなく、偽造といえないように思える。もっとも、本件契約書の性質は、不動産の賃貸借契約書であるが、この契約は当事者間の信頼関係を基礎とする契約であることや、暴力団についての条項もあることから、部屋を借りる者が暴力団であるかというのが重要な事項となる。そのため、契約書には、現在の自己の身分を正確に表す人格を記載しなければならないと解する。そのため、作成者は変更後の氏名である。にもかかわらず、甲は変更前の氏名を契約書に記載している。

そのため、人格の同一性を偽っているといえ、「偽造」が認められる。

(3) そして、変更前の氏名で署名し、その認印を押しているので、「他人の印章」及び「署名」を使用したといえる。

(4) また、故意に欠けるところはない。

(5) したがって、甲に私文書偽造罪が成立する。

### 2 そのうえで、甲は上述の通り偽造した契約書をBに渡しているので、他人が認識し得る状態においたといえ有印偽造私文書行使罪が成立する（161条1項）。

## 第3 丙に対する行為

### 1 丙の顔面を拳で1回殴打したことについて、傷害致死罪が成立しないか（205条）。

(1) 甲は拳で丙の顔面を拳で1回殴っているが、これは不法な有形力の行使といえるので、実行行為は認められる。

(2) 丙は死亡しているので、結果が発生している。

(3) 因果関係は認められるか。

実行行為の有する危険が結果として現実化したといえるのであれば、因果関係は認められると解する。

丙の死因は急性硬膜下血腫であり、これは甲が丙を殴ったことにより丙が転倒した際に生じたものである。甲は転倒後に丙の腹部を3回蹴るという行為も行っているが、これにより死期が早まったわけでもないので、甲の殴打行為の有する危険が、

コメントの追加 [永井5]: 有印と無印では適用条文が異なることから、しっかり区別してほしい。  
また、行使罪を忘れないように。

死亡という結果としてそのまま現実化したといえる。

したがって、因果関係は認められる。

(4) 甲は、自己のみを守るためとはいえ意思をもって殴っているので、暴行の故意は認められ、傷害致死罪は暴行の結果的加重犯であることから暴行の故意で足りる。

(5) よって、傷害致死罪の構成要件は満たしている。

2 (1) もっとも、甲は自己の身を守るため、殴ったのであるから、正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか (36条1項)。

これについては、丙はスマートフォンを取り出しただけであり、法益侵害が現存しまたは間近に差し迫ったとは言えないため、急迫性が認められないので、正当防衛は成立しない。

(2) ア では、誤想防衛が成立し、責任故意が阻却されないか。

イ 責任故意の対象は、正当化自由の不存在であるところ、誤想防衛の場合には、規範に直面していないことから、責任は阻却されると解すべきである。そのため、後者の主観で正当防衛の認識があれば、責任は阻却される。

ウ 上述の通り、本件で甲に対する急迫不正の侵害は存在しなかった。しかし、甲は、丙がスタンガンで攻撃してきて、火傷を負わされたり、気絶させられたりするのではないかと思っていたので、法益侵害が差し迫っており、急迫不正の侵害があると誤信していた。その

うえで、自己の身を守るため殴打行為に出ているので、防衛の意思を有していたといえる。そして、侵害行為は、体格が上回る乙がスタンガンによる攻撃であり、反撃行為は、顔面を殴るという行為である。そのため、体格が上回りスタンガンを持っている相手に対して、殴るという行為は最小限の行為は相当なものといえる。

したがって、誤想防衛が成立し、責任故意が阻却される。

(3) ア もっとも、過失致死罪が成立しないか (210条)。

イ 予見可能性に基づく結果回避義務違反が認められれば、成立すると考える。

ウ 甲は、丙の態度を注視していれば、丙が取り出したものがスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識できたのであるから、予見可能性はあったといえる。にもかかわらず、直ちに丙に対する殴打を行っているため、結果回避義務違反があるといえる。

そのため、過失致死罪が成立する。

3 丙の腹部を3回蹴った行為

(1) 傷害罪が成立しないか (204条)。

(2) 腹部を蹴っているため、実行行為は認められ、それにより腹部打撲が生じているので、結果及び因果関係も認められる。故意に欠けるところもない。もっとも、上述の防衛行為としてなされた殴打行為と一体といえるのであれば、誤想防衛の一部とし

コメントの追加 [永井6]: 相当性の検討は①侵害行為検討②反撃行為の検討③代替手段の有無の検討という流れで書くとききやすい

コメントの追加 [永井7]: 誤想防衛により阻却された場合には、過失犯の検討、誤想過剰防衛の場合には、2項の準用の検討

コメントの追加 [永井8]: 一体といえる場合か否かは、①時間的場所的接着性②侵害の継続性③防衛の意思の有無④暴行の様子の総合考慮で決する。

て責任故意が阻却されるため問題となる。

(3) たしかに、殴打行為を行ったのは午前 1 時 3 分頃で、腹部を蹴ったのは同じ場所で午前 1 時 4 分頃なので、時間的場所的接着性はあるといえる。もっとも、丙は転倒後、身動きせず、意識を失っていたので、もはや急迫性がないのは明らかで、甲もこれを認識していた。また、両者の行為態様は、1 回殴っただけと、足で 3 回蹴るとう第二暴行は一方的かつ激しめのものである行為態様も異なる。そのため、一体とはいえない。

(4) したがって、傷害罪が成立する。

#### 第 4 罪数

詐欺罪と私文書偽造・同行使罪は牽連犯となる (54 条 1 項後段)。それと過失致死罪、傷害罪は併合罪となる (45 条)。

以上

2022 年 10 月 3 日

担当：司法試験合格者 永井 努

# 法律論文の書き方 法的3段論法を守ろう

刑法の書き方（必ず客観から主観へ）

- ① 行為の特定
- ② 構成要件該当性の検討（実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意）
- ③ 違法性の検討（問題になる場面だけ）
- ④ 責任の検討（問題になる場合だけ）
- ⑤ 罪数の検討

- ・ 構成要件の検討の際には定義を示そう
- ・ かならず全要件を検討しよう（これは法律論文すべて）

👉のことは、司法試験合格まで（それ以降も）使うのでしっかり覚えておいて

ください