

論文式試験問題集
[刑法Ⅱ]

[刑法Ⅱ]

以下の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい（〔設問1〕、〔設問2〕の配点割合は2：1）。

【事例】

1 甲（45歳、無職）及び内縁の妻A（25歳、無職）は、貧困の末、キャンピングカー（以下、「本件車」という。）の中で、長年共同して車上生活を送り、全国の僻地を転々としていた。しかし、国際情勢の変化等によりガソリン価格が高騰し、甲は、本件車の燃料代の捻出が困難となった。こうした状況に悲観したAは、将来への不安から、毎晩、深酒をするようになっていた。

某月3日午後11時頃、甲とAが本件車を止めて車上生活を送っていたところ、Aは、甲から飲酒をやめるように注意され憤慨し、普段以上に酒を飲むに至った。すると、Aは瞬く間に泥酔し、車内で眠り込んだ。甲は、停車中の車内に留まりつつ、Aを放っておいたが、同月4日午前2時頃になると、Aが高度の酩酊状態ながらも突然起き上がり、意識がはっきりしないまま豪雪と極寒の車外へ一人で出ようとした。車内にいた甲は、このことに気づいたが、これだけ寒いので外に出れば酔いも覚めるだろうと考え、車外に出ようとするAを止めなかった【行為①】。

その結果、Aは、車外で、寒さを原因とした低体温症により昏睡状態に陥り、本件車の横で意識を失うに至った。なお、甲に殺意は認められなかったが、甲が一言声を掛ければ、Aを容易に制止することができた。また、Aは、【行為②】の後、しばらくして、巡回中の警察官Bに発見・救助され、一命を取り留めた。

2 同日午前4時頃、車内にいた甲は、うつ伏せのAを車外に発見し、Aが凍死したものと誤信した。甲は、この場を立ち去らなければ逮捕されると考え、逃亡資金を確保する目的で、車外にいるAのポケットから現金3万円を領得し【行為②】、直ちにその場を立ち去った。

3 その後、甲は、一人で隣県に移動したものの、移動し続けることは危険だと判断し、同県X市にある無料駐車場Yに本件車を止め、やはり本件車を生活拠点とした。もっとも、本件車の燃料が底をつきそうであったことから、甲は、他人の車両（車やバイク等）のタンク内にあるガソリン燃料を、給油口から抜きとることを計画した。甲は、同計画に従い、Y付近に在住するC（25歳）が毎日通勤に使用しているバイク（以下、「本件バイク」という。）から、ガソリン燃料10リットルを抜き取り、その場で本件車に注入した【行為③】。この際、Cは自宅におり、本件バイクには施錠をしていたが、給油口については施錠していなかった。また、本件バイクは、購入後間もない新品で、24時間営業の本屋（C宅から500メートルの距離にある）の来客者用の駐輪場として事実上使用されている公道（当該本屋に隣接している）に駐輪されていた。

4 翌朝、Cは、本件バイクから燃料が抜き取られていることに気が付いた。そこでCは、かねてより私人逮捕系ユーチューバー（※）に憧れていたこともあり、再度の犯行に備えて、以下の画策を思案した。すなわち、① Cは、盗まれても損失がないように、本件バイクのタンク内にあるガソリン燃料を雨水に替えておく。② 犯人は、タンクからガソリン燃料と思って、雨水を抜き取り、それを犯人自身の車両に注入する。③ Cは、犯人が②を完了後に、私人逮捕に及び、事前に自宅外壁に装着した監視カメラ（以下、「本件カメラ」という。）で、逮捕の場面を動画撮影する。

しばらくして、Cは、画策①に従って本件バイクのガソリン燃料を雨水に入れ替えた。他方、その日の深夜、たまたま本件バイクを見つけた甲は、Cの思惑通りに、本件バイクから雨水10リットルを抜き取り、その場で本件車に注入した【行為④】。この際、本件バイクは施錠されており（給油口のロック機能はついていなかった）、C宅敷地内に駐輪されていた。もっとも、犯人の犯行を終始見ていたCは、戸外へ出ようとした際に転倒したため私人逮捕に及ぶことができなかった。甲は、もともと本件車に給油されていたガソリンを燃料に、何ら支障なくその場を離れた。

〔設問1〕

甲の【行為①】、【行為②】、【行為③】に関し、具体的な事実関係を踏まえつつ、甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

〔設問2〕

甲の【行為④】に関し、窃盗未遂罪(刑法第243条, 第235条)が成立するとの主張の当否について、具体的な事実関係および反対の立場からの主張も踏まえつつ、説明しなさい。

※私人による逮捕行為を撮影し、その撮影した映像をYouTube等に投稿・配信する動画配信者をいう。

参考答案
[刑法Ⅱ]

第1 〔設問1〕(以下、刑法について法名略)

1 行為①について

行為①に、保護責任者遺棄致傷罪(219条, 218条)が成立するか。

- (1) まず、「病者」には、高度の酩酊により身体を自由を失い他人の扶助を要する状態に至った泥酔者を含むところ、高度の酩酊状態で朦朧としているAは、扶助を要する「病者」に当たる。
- (2) では、甲は、「保護する責任のある者」に当たるか。

この点、作為義務と保護責任を同視する必要はなく、保護責任は加重要素であるから、長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機を持つことが強く期待できる場合は、「保護する責任のある者」に当たる。

本件では、甲とAが内縁関係にあり、長期的に共同生活を営んでいたのだから、甲A間に、長期の緊密な人的関係があり、Aが生活空間である車内で酩酊状態である場合には甲のみがAを保護しうることからすれば、甲に対しては要扶助者たるAを保護する動機を持つことが強く期待できる。

したがって、甲は、「保護する責任のある者」に当たる。

- (3) つぎに、218条の「遺棄」とは、場所的離隔を伴った作為、不作為による移置と置き去りをいうところ、本問では、Aと扶助者たる甲との場所的離隔が創出されている。また、甲は内縁の妻であるAに対し扶助義務を負っており(民法 752条準用)、甲以外に酩酊状態のAの外出を止められた者がいなかったのだから、甲は、Aの生命に対する危険を排他的に支配していた。
- そのため、甲は、Aを制止する法的作為義務を負っているといえ、制止するのが容易であった以上、Aを制止しないという行為①は、不作為による移

置として、「遺棄」に当たる。

- (4) そして、Aは車外で意識を喪失しており、人の生理的機能に対する障害たる傷害結果が生じている。不作為犯において因果関係を認めるためには、期待された作為がなされれば、結果回避が合理的疑いを超える程度に確実である必要がある。本件では、甲が一言声を掛ければ、Aを止めることができたのであるから、行為①と上記結果との間に因果関係が認められる。
- (5) さらに、甲は、豪雪と大吹雪の中で、酩酊状態のAが車外に出ようとしたことを認識しており、また、同罪は結果的加重犯であるから、加重結果たる傷害結果の認識は不要である。したがって、甲に故意が認められる。
- (6) よって、行為①に保護責任者遺棄致傷罪が成立する。

2 行為②について

行為②に、現金3万円を客体とする窃盗罪(235条)が成立するか。

- (1) まず、現金3万円は、「他人」たるAの「財物」といえる。
- (2) また、「窃取」は、占有者の意思に反する自己又は第三者への占有移転をいい、占有の有無は占有の事実と占有の意思から総合判断する。
- 本件では、現金がAのポケット内にあり、Aの占有の事実が認められる。また、Aは意識を喪失してはいるものの、現金の占有の意思を放棄した事情もない。そのため、行為②は、占有者たるAの意思に反して、財物を自己に占有移転させる行為に当たり、「窃取」といえる。
- (3) もっとも、甲は、Aが凍死したものと誤信しているところ、窃盗罪の故意(38条1項)が阻却されるのではない。

この点、死者には占有を認められないが、その生前の占有は、①死亡させた

者と死者との関係では、②死亡と時間的・場所的接着性が認められる場合には、死後においてもなお保護に値すると解すべきである。そのため、主観的認識事情において①②が認められる場合には、窃盗罪の故意は阻却されない。

本件で、甲は、自分がAを遺棄して凍死させたと認識しており(①充足)、遺棄から多くとも2時間程度しか経過していないから、時間的場所的接着性(②充足)についても認識がある。したがって、甲の故意は阻却されない。

(4) また、逃亡資金確保の目的である以上、甲に不法領得の意思も認められる。

(5) よって、行為②に窃盗罪が成立する。

3 行為③について

行為③に、ガソリン10リットルを客体とする窃盗罪が成立するか。

(1) まず、ガソリン燃料は、「他人」たるCの「財物」に当たる。

(2) 他方、Cは、本件バイクを自宅から500メートル離れた歩道に置いたため、ガソリン燃料についてCの占有の事実がなく、Cの占有が認められないとも思える。しかし、Cは、本件バイクを公道とはいえ、駐輪場として事実上使用されていた場所に施錠して置いていたのであり、本件バイクは購入して間もない物であった。とすれば、本件バイクについて、Cの占有の意思が強く存在するといえるから、Cの占有が認められる。そして、給油口が無施錠だったとはいえ、本件バイクにつきCの占有が認められる以上、その内容物となっているガソリン燃料にもCの占有が認められると考えられる。そのため、行為③は、占有者の意思に反する占有移転といえ、「窃取」に当たる。

(3) また、甲には、窃盗の故意と不法領得の意思が認められる。

(4) よって、行為③に、窃盗罪が成立する。

4 罪責

以上より、甲の各行為に、保護責任者遺棄致傷罪(219条、218条)、2つの窃盗罪(235条)が成立し、これらは併合罪(45条前段)となる。

第2 〔設問2〕

1 まず、行為④により、Cの占有下にあった雨水が、甲へ占有移転しているところ、かかる行為は「窃取」にあたり、窃盗既遂罪が成立するとも思える

2 しかし、「財物」とは、所有権の目的となりうるものをいうが、経済的価値のみならず、主観的価値がない又は僅少である場合、刑法上の保護に値せず、「財物」性が否定されると解する。本件では、雨水に、経済的価値がなく、主観的価値が認めるべき事情もない以上、客体たる「財物」が存在しない。

3 また、「財物」性が肯定されとしても、「窃取」とは、有者の意思に反することを内容とするところ、本件では、私人逮捕の場면을撮影しようとするCが雨水の移転について積極的に望んでおり、「窃取」行為性が認められない。

4 そこで、行為④について、未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

この点、行為当時、一般人が認識し得たであろう事情及び行為者が特に認識していたしていた事情を基礎として、一般人を基準として、窃盗の事実が実現する危険性が肯定できる場合には、同罪の未遂が認められる。

本件では、Cが占有移転を望んでいたという事情は外観上認識不能であり、住宅に駐輪中のバイクにはガソリン燃料が入っているのが通常であるところ、甲がこれに反する認識を特に有していたとは認められない。そのため、本件では、窃盗の事実が実現する危険性が肯定できる。

したがって、行為④は、窃盗未遂罪が成立するとの主張が認められる。以上

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
〔設問1〕	(30)		
【行為①】「病者」または「扶助を要する状態」(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】「保護する責任」者性(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】「遺棄」または「不保護」該当性(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
【行為②】窃盗罪:客観的構成要件該当性		2	
【行為②】窃盗の故意が問題となることの指摘		1	
【行為②】死者の占有と故意又は占有離脱物横領罪の客観的構成要件該当性		5	
【行為②】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
【行為③】占有に関する規範・事実評価(優4-3、良2、可1)		4	
【行為③】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
裁量点(減点のみ)			
〔設問2〕	(15)		
「財物」性についての言及(優4、良2、可1)		4	
「窃取」該当性についての言及(優4、良2、可1)		4	
主張の内容と論拠の充実度など(優7-4、良3-2、可1)		7	
裁量点			
全体の裁量点	(5)		
文章表現力(文章の正確性、長さ、接続詞、誤字・乱筆、ナンバリング等)			
答案構成力(問題提起、規範とあてはめの分離、問題文の誤解・問題提起と結論の整合等)			
裁量点(加点のみ)		5	
合計	(50)	50	

解説

1 遺棄罪/不保護罪〔設問1〕【行為①】

(1) 検討の指針

遺棄罪の客体となりうるのは、他人の保護がなければ、自ら独立に日常生活を営むべき動作をなし得ない者、すなわち「扶助を必要とする者」(以下、「要扶助者」という。)である。もっとも、単純遺棄罪(刑217条)の客体が「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者」と規定されることから分かる通り、現行法は、扶助を要するに至る原因(「のために」)を限定列举しており、このことは、保護責任者遺棄罪(刑218条)についても同様である。刑217条と刑218条とでは、その規定が若干異なっているが(同条は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」と規定する)、客体の範囲については共通に理解されているからである(時武・後掲234頁)。

そこで本問では、①まず、甲が「前二条の罪を犯し、よって人を死傷させた者」(刑219条)に当たるかという文脈において、泥酔したAが「前二条」(刑217条・刑218条)の客体に当たるのかが問題となる。②その上で、甲が「保護する責任のある者」(刑218条)に当たるかが問題となる。③最後に、甲の行為が「遺棄」等に当たるかについても問題となる。

(2) ①泥酔者に対する遺棄罪の成立

泥酔者が、遺棄罪の客体である「病者」(刑218条)にあたるとした最初の最高裁判例としては判例①があり、通説もこれを認めている。判例①は、「高度の酩酊により身体の自由を失い他人の扶助を要する状態」にあった者について、「病者」にあたるかと判示している。

本問において、Aは、独りでに起き上がり車外へ出ることができたものの、高度の酩酊状態であったことには変わりがない。Aについて「疾病のために扶助を必要とする者」(刑217条)または「病者」(刑218条)該当性を認めることができると考えられる。

(3) ②「保護する責任のある者」

扶助者、すなわち「保護する責任のあるもの」(以下、「保護責任者」という。)については、以下のような理解の対立がある。すなわち、不作為の遺棄を専ら刑218条で処罰しようとする判例、通説によると、その前提として、作為義務と保護責任を同様に解する(→後述の【保護責任＝作為義務説】)こととなり(例えば「保護責任というのが同時に刑法上の作為義務を意味する」(西原・後掲206頁)との指摘を参照。),「保護責任の有無は不作為犯における作為義務の解釈に依存する」ことになる(橋爪・各論13頁)。したがって、形式的には法令や、契約、事務管理、条理、実質的には先行行為や排他的支配、事実上の引受けといった根拠により、保護責任の有無を判断することと考えられる。

他方で、作為義務と保護責任を区別する立場(→後述の【保護責任≠作為義務説】)は、不作為行為を刑217条の「遺棄」から排除せず、保護責任を遺棄罪独自の要素として探究することとなる(和田・演習①139頁)。いかなる範囲の者に、要扶助者としての保護を義務付けるべきかという観点からの検討が重要となり、この立場による時、作為義務が認められる範囲よりも絞り込まれた保護責任を認めるのが一般的である(橋爪・各論13頁)。作為義務違反の主体(不作為行為者)が保護責任者であるか否かにより、刑217条により軽く処罰されるか、刑218条により重く処罰されるかが決まるため、加重要素である保護責任は、作為義務より限定された内容でなければならないからだと考えられる。そのため、学説では、「排他性など、より強度の支配関係がある場合」(山口・後掲

36頁)、「長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機を持つことが強く期待できる場合」(林・後掲43頁)などに限り、保護責任を認める見解が主張されている。

本問では、甲とAは法律婚をしていないが、内縁関係があるところ、判例②は、内縁について「婚姻に準ずる関係というを妨げない」として、法律婚に関する一部規定の準用(類推適用)を認めている。甲とAの間にも扶助義務(民752条準用)を認めることができる。

また、甲とAは、長年、共同して車上生活を送っていたのであるから、継続的な人的関係が存在する。これらの事情に加え、高度の酩酊状態で極寒の車外へ出ようとしていたAを止めることができたのは甲だけであったと考えられること等を踏まえると、上述いずれの学説に立つとしても、本問では甲に保護責任を肯定しようと考えられる。なお、これらの反対事情としては、Aが自ら飲酒をした事情等が存在する。これらの事情に対する評価も適切になされる必要がある。

(4) ③「遺棄」と「不保護」の意義

ア 保護責任と作為義務を同視する見解【保護責任＝作為義務説】

まず、保護責任と作為義務を同視する見解は、刑218条における「遺棄」と「不保護」を、(保護責任者と要扶助者の)場所的離隔の有無で区別する見解(以下、【保護責任＝作為義務説①】という。)と、区別しない見解(【保護責任＝作為義務説②】という。)に分類できる。

多数説は、場所的離隔がある場合には要扶助者の保護が困難となることを重視し、【保護責任＝作為義務説①】に立つ。【保護責任＝作為義務説①】としては、刑217条の「遺棄」は、(作為による)移置のみを指し、刑218条の「遺棄」は、(作為による)移置と(不作為による)置き去りの両方を含むとの主張がなされてきた(→従来の通説)。

しかし、(不作為の)移置や(作為による)置き去りのケースもありうるとして、刑217条の「遺棄」は、(作為による)移置・置き去りを指し、刑218条の「遺棄」は、(作為・不作為による)移置・置き去りを指すとの立場が主張されている。

これに対し、【保護責任＝作為義務説②】は、同じ「遺棄」の文言を同義に解さない【保護責任＝作為義務説①】の解釈を問題視する。刑217条・刑218条が同じ「遺棄」という文言を使用していること、「遺棄」自体の文理を重視し、「遺棄」は、刑217条・刑218条を問わず、(作為による)移置・置き去りだと解する立場が【保護責任＝作為義務説②】である。

この立場では「不保護」が(不作為による)移置・置き去りと解されるため、(不作為による)移置・置き去りは、不保護罪と扱われる。

このように、【保護責任＝作為義務説①】が場所的離隔の有無により遺棄罪と不保護罪を区別するのにに対し、

【保護責任＝作為義務説②】によれば行為者の作為の有無により、遺棄罪と不保護罪を区別する。しかし、刑218条の解釈においては、【保護責任＝作為義務説①】と【保護責任＝作為義務説②】のどちらの立場に立つとしても、その違いは、「場所的離隔を伴う不作為形態の関与を「遺棄」と「不保護」のいずれに割り振るかという……対立……にすぎず、実質的な結論において大きく異なる」(橋爪・各論6頁)とされる。ただ、不保護罪とするためには、単なる不保護ではなく、「生存に必要な」保護をしないことが必要であることに注意が必要である。

イ 保護責任と作為義務を同視しない見解【保護責任≠作為義務説】

不作為に対する処罰は、作為義務の存在を前提とする。そのため、保護責任＝作為義務とすれば、不作為が処罰されるのは、扶助者(刑218条の保護責任者)のみであって、扶助者でない外部者は処罰されない。【保護責任＝作為義務説】は、刑217条の「遺棄」から不作為行為を排除する(和田・演習139頁)。

これに対し、【保護責任≠作為義務説】は、保護責任が認められない場合でも、作為義務が認められる場合があるとす。その上で、「作為義務のある者が作為義務に違反して不作為の遺棄をすれば、作為の遺棄と同じように処罰されるはずである」(十河・後掲28頁)として、刑217条・刑218条を問わず、「遺棄」とは、(作為・不作為による)移置・置き去りと解する立場が【保護責任≠作為義務説】である。なお、【保護責任≠作為義務説】も場所的離隔の有無により、遺棄罪と不保護罪を区別することを前提としているため、この点で【保護責任＝作為義務説①】と共通する。

ウ 本問では、上記の立場等に従い、甲が保護責任者に該当するか、「遺棄」又は「不保護」に該当するかを適切に検討することが求められる。なお、作為と不作為の区別については、「[従来]の学説では]基本的に要扶助者の身体に対する介入によって作為と不作為が区別されてきた印象があるが、あくまで「行為者の身体」の「動」「静」いずれが構成要件に該当するかによって区別すべきとするものとして(橋爪・後掲10頁)がある。

2 窃盗罪(【行為②】、【行為③】、【設問2】)

(1) 検討の指針

本問では、現金(行為②)、ガソリン燃料(行為③)、雨水(行為③)を客体とする窃盗罪又は遺失物横領罪の成否が問われている。

両罪に共通するものとして、「財物」(刑235条)、「物」(刑254条)該当性、すなわち、客体の財物性が問題となる。なお、本問で財物性を否定する場合、客体の不能も問題となり、未遂の成否(不能犯との関係)の検討が必要となる。

また、これらとは別に、「占有」の有無が問題となる。

(2) 財物性

奪取罪の目的となる財物の意義を定義した判例③は、「強、窃盗罪において奪取行為の目的となる財物とは、財産権殊に所有権の目的となり得べき物を言い、それが金銭的乃至経済的価値を有するや否やは問うところではない」として、金銭的・経済的価値の有無を問わないとする。「所有権の目的となり得べき物」を物に対する形式的法的地位と解する形式的法的地位説によれば、価値の無価値性や軽微性により、財物性を否定することはないことになる(山中・後掲47頁)。判例④以前では、「一塊ノ石(価格二銭位)」に財物性を肯定したもの(大判大正1年11月25日刑録18輯1421頁)などがある。

しかし、判例⑤の定義自体からは、「金銭的乃至経済的価値」以外の価値を問題とし得る余地は残されている。例えば、大阪高判昭和43年3月4日下刑集10巻3号225頁は「横約21センチメートル、縦約27センチメートルの紙片」について、東京高判昭和45年4月6日東高時報21巻4号152頁は「四つ折りのちり紙13枚」について、札幌簡裁判昭和51年12月6日判時848号1281頁は「はずれ馬券1枚」について、東京高判昭和54年3月29日東高時報30巻3号55頁は「広告用パンフレット2通在中の封筒」について、「財物」性を否定してい

る。このように上記の裁判例では、「所有権の目的となり得べき物」であっても、主観的価値がない、又はそれらが極めて僅少である場合には、財物性が否定されているとすることができる。

本問では、雨水(行為④)の財物性が問題となるが、金銭的・経済的価値がなく、主観的価値を認める事情もないことから、財物性を否定する結論が上記の下級審の立場と平仄が合うと考えられる。

(3) 窃取

「窃取」(刑235条)とは、占有者の意思に反して財物の占有を自己又は第三者に占有移転することをいう(大判大正4年3月18日刑録21輯309頁)。

本問では、行為④について「窃取」該当性が問題となるが、雨水の占有移転については被害者たるCの同意ないし承諾があるといえるため、客観的に「窃取」行為性が否定されると考えられる。

(4) 占有の判断

窃盗罪、占有離脱物横領罪の区別が問題となった判例④は、「占有は……必ずしも物の現実の所持又は監視を必要とするものではなく、物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するを以て足りると解すべきである。しかして、その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは通常人ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によつて決するの外はない」と判示し、占有の判断基準として、社会通念による判断を強調する。

そして、社会通念による判断の下位規範としては、占有の事実と占有の意思という観点で学説において重視されている(橋爪・後掲132頁)。

行為③については、Cが「意識的に」離れた場所へ財物を置いているが、「意識的に」離れた場所へ財物が置かれた事例として、人道専用橋上に午前3時半ころまで無施錠のまま14時間放置していた自転車に対する被害者の占有の有無が問題となった福岡高判昭和58年2月28日判タ497号179頁は、人道専用橋が隣接の市場来客者の自転車置場ともなっていたこと、終夜自転車を放置する者も度々見受けられたこと、被害自転車は購入後間もない新品で記名されていたこと等から、被害者の占有を認めている。財物の利用の一環として、意識的に財物が置かれた場合には、占有の事実が弱くとも占有の意思が強く、占有の事実が認められたと説明することが可能である(橋爪・後掲141頁)。

本問では、Cの占有の事実が薄いと評価できる事情が複数あるものの(場所的距離や歩道である等)、上記事例と同様に、Cの占有の意思が強く認められると評価して、本件バイクがCの占有下にあると認めることはできると考えられる。

(5) 死者の占有

また、本問(行為②)では、客観面において窃盗罪の構成要件該当行為があるが、その際、甲は占有者たるAが死亡したと誤信している。そこで、窃盗の故意が認められるかという文脈において、死者の占有が問題となる。

判例⑥は、殺人犯人が、殺害後、財物両得の意思を生じ被害者の財物を領得した場合、被害者の生前の占有が死亡後も法的保護に値するとして、占有離脱物横領罪(刑254条)ではなく、窃盗罪(刑235条)を成立させた。

かかる理論構成は、故意の殺人の場合以外にも妥当すると考えられるため(井田ほか・後掲114頁)、これを認めれば、占有者が遺棄により死亡したと誤信した甲にも窃盗(未遂)罪の故意を肯定しうることになる。

他方、これを認めなければ、甲は占有離脱物横領罪(刑254条)の故意しかないところ、同罪の客観的構成要件該

当性(又は抽象的事実の錯誤)が問題となるが、結論としては、両罪の重なり合いが認められると考えられる。

3 不能犯など〔設問2〕全般

(1) 不能犯

不能犯とは、「何らかの行為の遂行があるが、構成要件的结果発生の危険性が認められないため、未遂犯の成立が否定され、不可罰となる場合」をいう(橋爪・総論271頁)。本問では、客体の不能と被害者の承諾により、犯罪を実現する危険性がないことから、実行行為性に欠けるのではないかが問題となる。

(2) 学説

不能犯に関しては、可罰的な未遂犯と不可罰的な不能犯とを区別する基準を如何に解するかが問題となり、その基準とそれに適用すべき基礎事情の範囲について様々な学説上の対立がある。代表的な学説は、純粹主観説、抽象的危険説、具体的危険説、客観的危険説に大別可能であるが、不能犯は客観的な行為の問題であるから、行為者の主観面を重視する前二者については現在支持が失われている。

具体的危険説は、行為の当時、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎事情として、一般人を基準に危険性を判断する。他方で、客観的危険

説は、客観的な事情を基礎事情として科学的見地から危険性を判断する。

客観的危険説のうち、従来は、絶対的不能・相対的不能説(絶対的不能の場合を不能犯、相対的不能の場合を未遂犯とする)が主張され、判例もこの立場に立っていたとされるが、このような立場に対しては、修正された客観的危険説(いかなる事実があれば既遂たりえたかを明らかにした上で、そのような事実が存在した可能性に未遂犯の基礎となる危険を見出す(和田・演習②169頁))が唱えられている。

修正された客観的危険説のうち、客体の不能については、(客体の存在可能性があっても)具体的な法益に対する「現実的」危険がないとして不可罰とする立場(山口・後掲276頁)、客体の存在可能性があれば未遂を認めるべきとする立場(佐伯・後掲91頁)など様々な立場があり、客体の不能についても扱いが分かれている。

(3) 設問との関係

設問2との関係では、すでに2(2)、(3)で触れた「財物」の不存在、「窃取」行為性の不存在を指摘しつつ、上記の不能犯に関する議論を踏まえて、未遂犯にとどまるとの主張や不可罰とする主張がありうる。また、それらとは別に、被害者の同意がある等との事情に基づいて未遂や不可罰が論じられる余地もある。もっとも、いずれを主張するにせよ、適切な論拠が示されなくてはならない。

* * * * *

【参考文献】

- ・ 時武英男「泥酔者に対する保護責任者遺棄罪の成立——遺棄罪の客体および刑法二一八条の保護責任——」平野龍一編『刑法の判例〔第二版〕』ジュリスト増刊(1972年)234頁-239頁(判例①)
- ・ 西原春夫「遺棄罪(一)」福田=大塚編『演習刑法各論』(青林書院新社, 1983年)
- ・ 十河太郎「遺棄」法学教室2021年6月号(No. 489)
- ・ 和田俊憲・法学教室2013年3月号(No. 390)138-139頁(→和田・演習①)
- ・ 和田俊憲・法学教室2012年8月号(No. 383)168-169頁(→和田・演習②)
- ・ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣, 2010年)
- ・ 林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会, 2007年)
- ・ 山中敬一「財物の価値性」判例タイムズ540号47-51頁(1985年)
- ・ 井田良ほか『刑法事例演習教材〔第2版〕』(有斐閣, 2014年)
- ・ 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣, 2020年)(→橋爪・総論)
- ・ 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』(有斐閣, 2022年)(→橋爪・各論)
- ・ 川田宏一「共犯者による欺罔行為後だまされたふり作戦開始を認識せずに共謀の上被害者から発送された荷物の受領行為に関与した者が詐欺未遂罪の共同正犯の責任を負うとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成29年度228-261頁

【判例】

- ・ 判例① 最一小昭和43年11月7日〔昭和43年(あ)第979号〕刑集169号355頁
- ・ 判例② 最二小昭和33年4月11日〔昭和32年(才)第21号〕民集12巻5号789頁
- ・ 判例③ 最三小昭和25年8月29日〔昭和24年(れ)第3056号〕刑集4巻9号1585頁
- ・ 判例④ 最二小昭和32年11月8日〔昭和32年(あ)第2125号〕刑集11巻12号3061頁
- ・ 判例⑤ 最二小昭和41年4月8日〔昭和40年(あ)第1573号〕刑集20巻4号207頁

最優秀答案

表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

回答者: S.H. 29点

※



第1. 設問1

1. 行為①について

(1) 甲に保護責任者遺棄罪(218条)が成立する。

ア. 甲が、Aを「保護責任者」として扱える。

「保護責任者」として扱えるためには、まず排他的支配、先行行為、あるいは、保護の受け手としての作為義務があることが必要となる。甲の作為義務が存在して、且つ不可能を強いることがないから、作為可能性と作為容易性が必要となる。

イ. 確かに、甲は、行為①のうち、気がついて甲が、一言声を掛けず、Aを容易に制止可能なところから、作為可能性、作為容易性が認められる。しかし、甲は、行為①を止めなかったのは、「これだけ寒いから、外に出れば酔って寝るだろう」と考えながらであることがあり、甲は、Aを排他的支配してはいるが、先行行為が、保護の受け手であるという事情が、この場合、甲は、「保護責任者」として扱えない。

ウ. したがって、甲は、「保護責任者遺棄罪」が成立しない。

エ. したがって、甲は、保護責任者遺棄罪が成立しない。

(2) したがって、甲に単独遺棄罪(217条)が成立する。

ア. 「遺棄」とは、単独置くことと含み概念であるが、単独置くとは、作為義務のある人から、作為を強いることにより、処罰範囲が拡大されることには、利益が認められるからである。

イ. 甲は、Aが、行為①を拒否して、制止されたと見做すことができ、積極的に作為してはいるけれども、甲は「遺棄」として扱える。

ウ. したがって、甲は、単独遺棄罪が成立しない。

(3) したがって、行為②のうち、甲は犯罪が成立しない。

2. 行為②について

(1) 甲は、「他人」たるAの所有する「財物」たる現金3万円をAの意思に反して領得したから、甲の行為は、窃盗罪(235条)の客観的構成要件に該当する。

(2) 甲は、Aが凍死したのを知り、窃盗の故意(235条1項)が認められる。したがって、窃盗罪は、処罰されるべきである(38条2項)の故意責任の意義の問題と、故意責任の性質、処罰の問題と、直面的にみて、これを乗り越えて犯罪を成立させるべき道義的非難がある。したがって、処罰は、構成要件の形式が国民に知られるの同一構成要件内、構成要件が符合している限り、処罰の問題と直面的にみて、故意責任の問題とを区別して考える。私法上の構成要件問題と、保護法益行為態様の兼ね合いが認められれば、軽い犯罪の限度で、処罰の問題と直面的にみるべきで、故意責任の問題とを区別して解する。

本件において、甲は、Aが凍死したのを知り、甲の上記領得行為は、占有能脱物積込罪(254条)の故意が、窃盗を成したから、占有能脱物積込罪の保護法益は、財物の所有権であり、窃盗罪の保護法益は、一次的に占有であるという突極的ないし、財物の所有権であり、保護法益は、近似する。甲の行為態様と、この移転罪と共通する。

したがって、軽い犯罪である占有能脱物積込罪の範囲で、符合するの故意責任問題となる。

したがって、甲は、不正領得の故意を認められるから、占有能脱物積込罪が成立する。

3. 行為③について

(注意事項)
 1 答案用紙の種類
 本答案用紙は、刑法の答案用紙です。
 刑事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、無効となるので、注意してください。
 なお、試験時間中に答案用紙の取替えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取替えの申出は一切認められません)。
 2 答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。
 3 答案作成上の注意
 1 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 2 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点となります。
 3 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 4 答案用紙の表裏を書き通して答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください(試験時間終了後に記載することは認めません)。
 5 答案用紙の※印の裏には何も記載しないでください。
 4 その他
 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

(1) 行為③は、甲の窃盗罪(235条)が成立する。
 7. 「他人の財物」とは、他人の占有する財物的価値を有する有体物といふ。
 ガソリン燃料10リットルは、財物的価値を有する有体物である。
 したがって、ガソリン燃料10リットルは、Cの占有に属するものである。給油機については、施設工場の設備から問題となる。
 占有とは、占有の事実状態と占有の意思から成り立つものである。
 この点、ガソリン燃料10リットルは、事件バイクを運転する必要不可欠な燃料であり、給油機に施設工場の設備からいって、Cがガソリン燃料10リットルを放棄して置くことを考えれば、事件バイクは施設工場のCの占有に及ぶ以上、ガソリン燃料10リットルもCの占有の事実状態に及ぶといえる。したがって、ガソリン燃料10リットルは、Cの占有に属するものである。
 1. したがって、甲は、ガソリン燃料10リットルを振取っていることから、窃取したことになる。
 2. 甲は、振取ったガソリン燃料を自車に使用して、公道から故意及び不意に得たことになる。

(2) したがって、甲は、窃盗罪が成立する。
 第2 設問2.
 1. 甲の行為について、窃盗未遂罪が成立するとの論拠は、実行行為が、没益侵害の現実的危険性を惹起する行為といふと解される。行為時の通常あり得る事情を考慮するに、没益侵害の現実的危険性を惹起する行為と解される。したがって、解される。
 したがって、事件工場は、Cはガソリンを盗まれている。事件バイクのタンク内にあるガソリン燃料を雨水で替えておき、甲は、Cの意思通りに事件バイクから雨水10リットルを振取

取っている。通常、事件バイクには、ガソリン燃料10リットルが充てられているから、事件バイクがガソリン10リットルが充てられていることは、通常あり得る事情である。したがって、Cのガソリン燃料10リットルの占有侵害といふ没益侵害の現実的危険性を惹起する行為があるといえるから、実行行為があるとして、窃盗未遂罪が成立するといえる。
 2. 一、実行行為とは、没益侵害の現実的危険性を惹起する行為であるから、行為時の客観的あり得る事情のみを考慮する必要がある。この点、甲は、事件バイクのタンク内には、雨水しか充てられておらず、ガソリン燃料を甲が振取った場合の危険性は、雨水であるから、窃盗未遂罪は、成立しない。
 3. 上記2の答については、行為時の客観的争点の没益侵害の現実的危険性について、常に不能犯が成立するといふ理由が導かれない。
 したがって、上記1の答については、導かれない。

以上

【コメント】

4行目　　まずは、218条の客体に当たるのか検討すると、より良かったと思われます。もっとも、4行目以下の検討は、他の解答者との比較においてよく書けていました。評価の内容についても、ありうる評価の範囲内と思われます。

評価は、A。

17行目～　　良く書けています。

25行目　　意識を失っていたこととの関係で、「占有」の有無も問題となり得ますが、解説講義でも言及した通り、この点よりも故意の検討の方を優先した方が良いので、メリハリのある答案と評価しました。

28行目～　　論述内容は良いですが、もう少しコンパクトに論述できると、より実践的だと思われます。これについては、36行目以下の論述についても同様です。

49行目～　　ガソリンの占有を直接的に論じられている点は、他の解答者との比較において良いと思われますが、ガソリンが入っているバイクの客観的状況等についても何らかの言及があるとより良かったと思われます。

65行目～　　論述内容から、水の「財物」性について問題意識を持っていることは理解されるものの、この点を47行目の定義を踏まえて明示的に言及できるとより良かったと思われます。それ以下の論述については、良く書けています。

【評】

形式面で言及すべき点はありません。また、内容面についても、メリハリの付いた論述ができており、他の解答者との比較においても、良く書けていたと思われます。他方で、コメントでも言及した通り、よりコンパクトに論述できる部分がありますので、時間との関係でも、よりメリハリの付いた論述をする余地はあると思います。

もっとも、総じて、書くべきことをしっかりと論述できており、読みやすく実践的な答案だったと思われます。

最優秀答案

回答者 S.H. 29点

第1 設問1

1. 行為①について

(1) 甲に保護責任者遺棄罪(218条)が成立するか。

ア. まず、甲が、Aを「保護する責任ある者」にあたるか。

「保護する責任ある者」にあたるためには、まず、排他的支配、先行行為、あるいは、保護の引受けといった作為義務があることが必要となる。また作為義務が存在しても、法は不可能を強いるものではないから、作為可能性と作為容易性が必要となる。

イ. 確かに、甲は、作為①について、気づいていたし、甲が一言声を掛ければ、Aを容易に制止することができたのであるから、作為可能性、作為容易性が認められる。しかし、甲が行為①を止めなかったのは、「これだけ寒いことから、外に出れば、酔いも覚めるだろう」と考えたからであることであり、甲にはAを排他的支配をしていたとか、先行行為があったとか、保護の引受けがあったという事情がない。したがって、甲は「保護する責任ある者」にあたらない。

ウ. よって、甲に、保護責任者遺棄罪は成立しない。

(2) それでは、甲に単純遺棄罪(217条)が成立するか。

ア. 「遺棄」とは、単なる置き去りを含まない概念であると解する。なぜなら単なる置き去りを含むと、作為義務のない人まで、作為を強いることになり処罰範囲が拡大することになり妥当でないからである。

イ. 甲はAが行為①を行うことについて、制止をしなかっただけであり、積極的な作為をしているわけではないので、甲は「遺棄」をしていない。

ウ. したがって、甲に単純遺棄罪も成立しない。

(3) よって、行為①については、甲に犯罪は成立しない。

2. 行為②について

(1) 甲は、「他人」たるAのポケットから、その占有する「財物」たる現金3万円をAの意思に反して領得しているので、甲のかかる行為は、窃盗罪(235条)

の客観的構成要件に該当する。

(2) もっとも、甲はAが凍死したものと誤信しており、窃盗の故意(38条1項)がない。そこで窃盗罪で、処罰することができない(38条2項)ので、故意責任の意義が問題となる。

故意責任の本質は、規範の問題に直面したのにあえてそれを乗り越えて犯罪をしたことに対する道義的非難である。そして、規範は、構成要件という形式で国民に与えられているので、同構成要件内で、構成要件が符合している限り、規範の問題に直面しているといえ、故意責任を問うことができると考える。また、異なった構成要件間でも、保護法益、行為態様の重なり合いが認められれば、軽い犯罪の限度で、規範の問題に直面しているといえるので、故意責任を問うことができると解する。

本件において、甲はAが凍死したものと誤信していることから、甲の上記領得行為は、占有離脱物横領罪(254条)の故意で、窃盗罪を成している。占有離脱物横領罪の保護法益は、財物の所有権であり、窃盗罪の保護法益は、一時的には、占有であるところ、究極的には、財物の所有権であり、保護法益は近似する。また、行為態様も、ともに移転罪で共通する。

したがって、軽い犯罪である占有離脱物横領罪の範囲で、符合するのでこの範囲で故意責任を問いうる。

そして、甲には、不法領得の意思も認められるから、占有離脱物横領罪が成立する。

3. 行為③について

(1) 行為③について、甲に窃盗罪(235条)が成立するか。

ア。「他人の財物」とは、他人の占有する財産的価値を有する有体物をいう。

ガソリン燃料10リットルは、財産的価値を有する有体物である。

それでは、ガソリン燃料10リットルは、Cの占有に属していたといえるか。給油口については、施錠されていなかったことから問題となる。

占有とは、占有の事実状態と占有の意思から成ると考えられる。

そうすると、ガソリン燃料10リットルは、本件バイクを作動させる必要不可欠な燃料であり、給油口に施錠がなかったからといえ、Cがガソリン燃料10リットルの占有を放棄していたとは、考えられないし、本件バイクは施錠され、Cの占有が及んでいる以上、ガソリン燃料10リットルについても、Cの占有の事実状態が及んでいるといえる。したがって、ガソリン燃料10リットルは、Cの占有に属していたといえる。

イ. そして、甲は、ガソリン燃料10リットルを抜き取っていることから「窃取」したといえる。

ウ. 甲は、抜き取ったガソリン燃料を自車に使用していたのだから、故意及び不法領得の意思もある。

(2) したがって、甲には、窃盗罪が成立する。

第2 設問2

1. 甲の行為④に関し、窃盗未遂罪が成立するとする論拠は、実行行為が、法益侵害の現実的危険性を惹起する行為をいうと解するところ、行為時に通常あり得た事情を全て考慮することにより、法益侵害の現実的危険性を惹起する行為を考えることにあると解する。

すなわち、本件においては、Cはガソリンが盗まれないように、本件バイクのタンク内にあるガソリン燃料を雨水に替えておき、甲はCの思惑通りに、本件バイクから雨水10リットルを抜き取っているが、通常は本件バイクには、ガソリン燃料10リットルが入っているわけであるから、本件バイクにガソリン10リットルが入っていることは、通常あり得る事情である。したがって、甲の行為④のCのガソリン燃料10リットルの占有侵害という、法益侵害の現実的危険性を惹起する行為があったといえるから、実行行為があったとして、窃盗未遂罪が成立するとするものである。

2. 一方、実行行為とは、法益侵害の現実的危険を惹起する行為であるから、行為時に客観的に存在した事情のみを考慮する考え方がある。この考え方によると、本件バイクのタンク内には、雨水しかはいていなかったのだから、ガソリン燃料を甲が抜き取る現実的危険性はないといえるから、窃盗未遂罪とはならず、不能犯となる。

3. 上記2の考えによると、行為時に客観的事情に法益侵害の現実的危険性がなければ、常に不能犯が成立することになり、妥当でない。

したがって、上記1の考えによるべきである。

以上

表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

最優秀答案

回答者: Y.K. 29点

刑法
1
頁

第1 設問 | に ついて

1 甲の行為①は 保護責任者不保護致傷罪 (刑法(以下略) 218条、219条) に成立する。

2 (1) 保護責任者とは、要扶助者の安全を保護すべき法律上の義務を負う者という。民法752条は夫婦の互いの扶助義務を定めているがこれは内縁関係にも適用されるため、甲は内縁の妻であるAの扶具P義務を負っている(法律上の保護)。また、本件事にはA以外には甲しかいない、^{甲が一層責任を掛ければ、Aを容易に制止できるとして、}排他的支配に認められる。さらに、^{車外に出ようとするAを車の中にとどまらせることは}男女の体格差の差もあることや、車外に出ようとするAを車の中にとどまらせる、保護可能とは容易なものと見える。これらのことから甲には保護義務があり、保護責任者といえる。

3 (2) 不保護とは、要保護状況が存在することと前項として、その者の「互いに必要な保護、行為をしなかったこと」という。Aは高度の面識面了状態であり、^{夜中}の午前2時に豪雪と極寒の車外へ出ようとしており、^{12/28}寒~~さ~~は~~あり~~に~~よ~~り~~低~~体温~~維持~~危険があり、要保護状況が存在していた。したがって甲は、Aを低体温症等の危険に陥らせるよう車内にとど~~まらせる~~ま~~ら~~せ~~る~~ようとしたことは、不保護といえる。

4 (3) 甲がAを車内にとどまらせたことは、Aは低体温症の~~よ~~り~~昏~~倒状態になり、意識を失った~~こと~~。

5 (4) 以上の各事^{12/28}実~~質~~に~~あ~~り、~~認~~め~~ら~~れ~~る~~。 又~~も~~、~~認~~め~~ら~~れ~~る~~。

6 (5) よって甲の行為①は 保護責任者不保護致傷罪に成立する。

7 2 甲の行為②は 窃盗罪(235条)に成立する。

(1) 現金3万円は「財物」である。

(2) 「窃取」とは占有者の意思に反して目的物を自己又は第三者の占有に移すことにより、Aの意思に反して現金3万円をAの個人より取去っており、自己の占有に移していることから「窃取」となる。

(3) 甲はAが死したものと誤信していることから、窃盜罪の故意に認められようとはしない。しかし、被害者の生前の占有は~~保護義務~~不保護致死罪の犯人との関係においては、死亡と時間的場所的接着性が認められる限り、刑罰の保護は値し、この限りで他人の所有を認めようとする。甲は自分の窃取行為がAの意思に反してかつ2時間経過しているため、Aの意思に反する場所は本件争いの根拠であり、場所的接着性が強く認められ、事実関係はついでに認められている。このことから、仮にAが死して2時間経過して甲自身の不保護がAを死なせAが生前占有していた占有を侵害することの事実関係についての比較はある。このことから、占有侵害はついでに認められており、窃盜罪の故意に認められる。

(4) また、不可罰的な使用窃盜及び利権犯の性格の異なる毀棄罪とを区別するに際し、権利者排除意思及び利用知能から成る不法取得の意思に必要とされ、甲は此を現金を確信する目的を有しているため、不法取得の意思に認められる。

(5) したがって、甲の行為②は窃盜罪が成立する。

(6) 存続、免除の範囲を明確に定めておき、内務省の所定(子)「~~秋款~~」(2名) ~~以下~~、秋款相違例(24条)は適用されない。

3 甲の行為③は窃盜罪(235条)が成立する。

(1) 甲がガソリンは有体物であり、「財物」といえる。

次にガソリンはCの占有物と認められるか問題となるが、占有は有体物に対する事実上の支配といひ、占有の有無は占有の事実と占有の意思を総合し、社会通念の上で判断する。本件に於てみると、本件バイクの位置はC宅から500メートルの距離にある場所であり、距離が離れていることから、本件バイクのガソリンに於てCの支配に及んでいないものと考えられる。しかし、Cは置き忘れで当該場所(馬車輸)しているわけではなく、本件バイクは購入後間もなく新品であり、比較的新しいに於てと考へられ、志願の500C宅から500メートル離れた場所(馬車輸)してあるといえる。また、給油口のロック機能がないため、給油口に於ては施錠してあるが、本件バイクには施錠しており、ガソリンタンクはバイクを乗ることはできないため、本件バイクの施錠は本件バイクに於てなくガソリン燃料に於てもCの支配に及んでいないものといえる。したがって、本件バイクのガソリン燃料に於てCが占有しているといえる。以上から、「他人の財物」といえる。

(2) 本件バイクからガソリン燃料を抜き取り、本件事に注入していることから、窃取が認められ、「窃取」といえる。

(3) 甲はガソリンの窃取行為^{の事実}を認識、「窃取」と認められる。

(4) 甲はガソリンを本件事の燃料として使用することを考へており、不法取得の意思も認められる。

(5) したがって、甲の行為③は窃盗罪が成立する。

4. 以上から、甲には①保護責任者不保護致傷罪 ②窃盗罪 ③窃盗罪が成立し、これらが併合罪(95条)となる。

第2 疑問 2 の ついて

1 雨水は財物ではないため、雨水を汲み取り、乙の財物に付着の占有侵害の危険性がないため、不能犯として不可罰であり、窃盗未遂罪は成立しないとの主張が考えられる。

(1) 未遂罪が成立するには「実行の着手」(43条)に2点が必要である。未遂犯の処罰根拠は結果発生の具体的危険性にあり、かかる危険性は構成要件の問題である。構成要件は一般人に対する行為規範であるため、行為が主観と客観の統合体であるとして、行為者の主観も考慮される。ここで、結果発生の具体的危険性は行為時に一般人が認識し得る事情及び行為者特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って一般人が具体的に結果発生の危険を感じ得るかによって判断される。

(2) 通常パイプに雨水が入ることは容易で、甲と同じ立場の一般人でも本件パイプから雨水を汲み取り、乙の財物に付着させることは容易に可能であると判断してよい。この基礎事情を以て、一般人の危険性判断は本件パイプに雨水では無くガソリン燃料が入ることに前提に判断可能である。そうすると、ガソリン燃料を本件パイプから汲み取り、本件車に注入する乙の行為はCのガソリンの占有を侵害する具体的結果発生の危険を感じ得る。したがって、「実行の着手」している。

(3) したがって、Cのガソリン燃料を汲み取り、乙の車に注入する乙の行為は「盗むべき財物」といえる(43条)。

(4) したがって、甲はCのガソリンを汲み取り、乙の車に注入する乙の行為を助長している。

2以上から、甲は窃盗未遂罪(243条、245条)が成立する。

以上

【コメント】

- 4行目 客体の検討がなされるとより良かったと思います。
- 16行目 不作為を問題にしているのですが、どのような作為があれば不保護といえなかったのか、について言及できるとより良かったと思われます。
- 18行目～ この2行の法的意味が不明確です。どの構成要件との関係で実益がある記載か明示するようにしましょう。
- 24行目～ 端的に客観的構成要件の充足を認定しており、良いです。また、27行目以下の検討内容も良く書けています。
- 46行目～ 「占有」の検討について丁寧に検討できています。細かいことですが、占有の事実と占有の意思を総合して判断すると論述しているので、あてはめでそれらの要素をもう少し意識して書けるとより良かったと思われます。もっとも、バイクとガソリンの占有について、その関係性を意識しながら論述できている点は、他の解答者との比較においても、良く書けています。
- 68行目～ 「財物」の規範を挙げて論じられるとより説得的だったと思われますが、その他の記載は過不足ないもので、良く書けています。
- 78行目～ ガソリントank内に通常はガソリンが入っていることについて、分かり易く説明できており、良く書けています。

【評】

形式面で指摘すべき点は特にありません。

また、内容面でも書かれるべき重要な点を厚く論じられているだけでなく、網羅的な要件の検討も出来ており、他の解答者との比較においても、良く書けていました。刑法では、細かなミスが評価に大きく影響するといわれることが多いですので、この調子で丁寧に慎重な論述を心掛けるとよいと思います。

評価は、A。

最優秀答案

回答者 Y.K. 29点

第1 設問1について

1. 甲の行為①に保護責任者不保護致傷罪（刑法（以下略）218条、219条）が成立するか。

(1) 保護責任者とは、要扶助者の安全を保護すべき法律上の義務を負う者をいう。民法752条は夫婦の互いの扶助義務を定めているがこれは内縁関係にも適用されるため、甲は内縁の妻であるAの扶助義務を負っている（法令上の根拠）。また、本件車にはA以外には甲しかいなく、排他的支配が認められる。さらに、甲が一言声を掛ければ、Aを容易に制止することができ、男女の体格差の違いもあることから、車外に出ようとするAを車の中にとどまらせ、保護することは容易だったといえる。これらのことから、甲には保護義務があり、保護責任者といえる。

(2) 不保護とは、要保護状況が存在することを前提として、その者の「生存に必要な保護」行為をしなかったことをいう。Aは高度の酩酊状態で意識がはっきりしていないにもかかわらず、夜中の午前2時に豪雪と極寒の車外へ出ようとしており、寒さにより低体温になる危険があり、要保護状況が存在していた。それにもかかわらず、Aを低体温症等の危険に陥らせないように車内にとどまらせようとしなかったことは、不保護といえる。

(3) 甲がAを車内にとどまらせなかったことによって、Aは低体温症により昏睡状態に陥り、意識を失っている。

(4) 以上の各事実に甲の認識・認容はあり、故意が認められる。

(5) よって、甲の行為①に保護責任者不保護致傷罪が成立する。

2. 甲の行為②に窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) 現金3万円は、「財物」である。

(2) 「窃取」とは、占有者の意思に反して目的物を自己又は第三者の占有に移すことをいうが、Aの意思に反して現金3万円をAのポケットから抜き取っており自己の占有に移していることから「窃取」したといえる。

(3) 甲はAが凍死したものと誤信していることから、窃盗罪の故意が認められ

ないようにも思える。しかし、被害者の生前の占有は保護責任者不保護致死罪の犯人との関係においては、死亡と時間的場所的接着性が認められる限り、刑罰的保護に値し、その限りで他人の占有が認められると解する。甲は自分の窃取行為がAが意識を失ってから2時間経過しているがAが意識を失った場所は本件車の横であり、場所的接着性が強く認められる事実関係について認識している。このことから、仮にAが死亡していた場合について甲自身の不保護がAを死亡させAが生前占有していた占有を侵害することの事実関係についての認識はある。このことから、占有侵害について認識しており、窃盗罪の故意が認められる。

(4) また、不可罰的な使用窃盗及び利欲犯的性格のない毀棄罪とを区別するために、権利者排除意思及び利用処分意思から成る不法領得の意思が必要となるが、甲は逃亡資金を確保する目的を有しているため、不法領得の意思が認められる。

(5) したがって、甲の行為②に窃盗罪が成立する。

(6) なお、免除の範囲を明確に定める必要があるため、内縁配偶者は「親族」に含まれず、親族相盗例(244条)は適用されない。

3. 甲の行為③に窃盗罪(235条)が成立するか。

(1) ア. まず、ガソリンは有体物であるため、「財物」といえる。

イ. 次にガソリンにCの占有が認められるかが問題となるが、占有とは財物に対する事実上の支配をいい、占有の存否は占有の事実と占有の意思を総合し、社会通念にしたがって判断する。本件についてみると、本件バイクが置かれている場所はC宅から500メートルの距離にある場所で、距離が離れていることから、本件バイクのガソリンについてCの支配が及んでいないようにも思える。しかし、Cは置き忘れて当該場所に駐輪しているのではなく、本件バイクは購入後間もない新品であり、比較的大切に扱うことが考えられ、意図的にC宅から500メートル離れた場所に駐輪させているといえる。また、給油口のロック機能がないため、給油口については施錠していないが、本件バイクには施錠しており、ガソリンがなければバイクを走らすことはできないため、本件バイクへの施錠は本件バイクだけでなくガソリン燃料についてもCの支配が及んでいるものといえる。したがって、本件バイクのガソリン燃料についてCが占有しているといえる。

ウ. 以上から、「他人の財物」といえる。

(2) 本件バイクからガソリン燃料を抜き取り、本件車に注入していることか

ら、占有移転が認められ、「窃取」したといえる。

(3) 甲はガソリンの占有移転の事実を認識・認容しており、故意が認められる。

(4) 甲は、ガソリンを本件車の燃料として使用することを考えており、不法領得の意思も認められる。

(5) したがって、甲の行為③に窃盗罪が成立する。

4. 以上から、甲には①保護責任者不保護致傷罪、②窃盗罪、③窃盗罪が成立し、これらが併合罪（45条）となる。

第2 設問2について

1. 雨水は財物ではないため、雨水を抜き取ってもCの財物についての占有侵害の危険性がないため、不能犯として不可罰であり窃盗未遂罪は成立しないとの主張が考えられる。

(1) 未遂罪が成立するには「実行に着手」（43条）したことが必要であるが、未遂犯の処罰根拠は結果発生 of 具体的危険性にあり、かかる危険性は構成要件の問題である。構成要件は一般人に対する行為規範であること、また行為が主観と客観の統合体であることから、行為者の主観も考慮する。そこで、結果発生 of 具体的危険性は行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎に、行為の時点に立って一般人が具体的に結果発生 of 危険を感じるか否かで判断する。

(2) 通常バイクに雨水が入っていることは考え難く、甲と同じ立場の一般人でも本件バイクから抜き取ったものはガソリン燃料であると誤認する可能性が十分に存在していたため、これを基礎事情とすれば、一般人の危険性判断は本件バイクに雨水ではなくガソリン燃料が入っていたことを前提に判断することになる。そうすると、ガソリン燃料を本件バイクから抜き取り、本件車に注入することは一般人を条件としてもCのガソリンの占有を侵害する具体的な結果発生 of 危険を感じる。したがって、「実行に着手」している。

(3) そして、Cのガソリン燃料が抜き取られるという結果は発生していないため、「遂げなかった」といえる（43条）。

(4) また、甲はCのガソリンを抜き取ろうと考えており、故意が認められる。

2. 以上から、甲には窃盗未遂罪（243条、235条）が成立する。

以 上

採点講評

(2024年3月3日 刑法Ⅱ)

担当：美和 恭平

第1 設問1について

1. 行為①について

基本的には、多くの解答者が刑法 218 条・219 条の構成要件該当性を検討しており、おおむね採点基準に即した論述を行っていた。もっとも、各要件についての学習が不十分な解答者が多かった印象であり、いずれの要件についても適切な規範を提示し、あてはめができていた答案は少数にとどまった。

このほか、殺意がないことが問題文において明示されているのに殺人未遂罪の検討をするものや、傷害結果をどのように扱うのかについて全く言及のない答案がいずれも複数見られた。

さらに、遺棄と不保護の違いを意識しないまま要件の検討を行っている答案も一定数あり、解答者の中には、保護責任者不保護罪という犯罪類型について知らないか、学習が至っていないと思われる者が、それなりに居られるのではないかと感じられた。

2. 行為②について

結論として、占有離脱物横領罪の成立を認めた者が多かったが、窃盗罪を認めた答案もそれなりにあった。それらの結論自体によって評価に差異はないが、窃盗罪の故意の有無が問題となることについて気づけていない答案や、一定の論証をよく理解しないまま貼り付けたような答案は低い評価にとどまった。

センテンスごとにみれば意味のある論述になっているが、全体としてみると、論述の趣旨や実益が不明確・不明瞭な答案が一定数見られ、その意味で、行為②については、フランケンシュタインのような答案が一番多く見られた。このような答案は、印象が悪く、本来であれば減点すべきとも考えたが、今回の採点に当たっては、程度の著しい例外的な場合を除き、減点はしなかった。

3. 行為③について

ほとんどすべての答案が、基本的には「占有」の有無を重要な論点と捉えることができおり、論述内容も良く書けていたものが一定数見られた。もっとも、ガソリンとバイクの占有を区別せずに論じている答案や、専らバイクの占有について論じている答案がかなりの数みられ、それらは低い評価にとどまった。

さらに、「占有」の論述に終始し、他の要件の検討・認定がなされていない答案が一定数みられ、その点からも評価には、それなりのバラツキが生まれた。なお、このような要件検討の網羅性に乏しい答案は、他の行為についても同様にみられたが、答案構成段階でしっかりとした構成ができていないなどの理由が考えられた。特に、窃盗罪について、故意や不法領得の意思の検討・認定がなされていない答案が多かった。ただ、他方においては、不必要に助長な論述

をする答案もあり、そのよう答案からは、メリハリの付いた論述ができていない印象を受けた。

第2 設問2について

近年の出題傾向を踏まえた問題であったこともあり、多くの解答者が柔軟な対応を見せていた。しかし、「財物」性、「窃取」性のいずれについて問題意識を明示できていた答案は、少数にとどまった。

また、未遂犯と不能犯に関する一般論についての理解が不十分な答案が一定数見られた。答案上では、個々の解答者の理解度が如実に表れた印象であり、基本的理解を欠いていると思われる答案もいくつか見られたが、これらについても減点はせず、低い評価を与えるにとどめた。

第3 さいごに

今回の添削の結果、平均点は20点(19.6点)となりました。一面的ではあるものの、本番に近い平均点となったことから、一応の参考にしていただきたいと思います。もっとも、添削が大幅に遅れてしまったこともあるので、点数や評価に一喜一憂せずに、現在の学習状況に応じて、適宜復習されることをお勧めします。

添削の遅れについては、ご迷惑おかけして申し訳ございません。

なお、A～Fの評価については、本番の試験のレベルを念頭に置いてはいるものの、最終的には、素点を基準に機械的に判定していますので、ご了承ください。

質問事項やコメントについての返信が来ていない場合は、再度ご連絡ください。また、添削結果について疑問点等については返却直後にご連絡いただければ、可能な限り対応しますので、ご遠慮なくお申し付けください。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2024年3月3日分 得点分布表

刑法II

出席者 27名 平均点 19.9点

分布	人数
0	0
1~5	1
6~10	0
11~15	5
16~20	9
21~25	7
26~30	5
31~35	0
36~40	0
41~45	0
46~50	0

