

## [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（建造物侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

1 甲（30歳、男性）は、絵画の収集及び展示等を行う者である。甲は、令和8年5月1日から同月31日まで、X県内にある展示場において、収集した絵画の展示会を開催することを予定していた。他方で、これと同じ期間にX県内の別の会場で、絵画の収集及び展示等を行う者であるA（50歳、男性）が、自身で収集した絵画の展示会を開催することを予定していた。Aの絵画のコレクションは多く、Aはこの展示会において世界各国の画家の貴重な絵画作品を展示することが公表されていた。甲は、以前からAが展示会を開催すると話題を呼び、集客にも成功することから、Aを疎ましく思っていた。そして、今回は甲が主催する展示会とAが主催する展示会の日程が同じであり、開催地も近かったことから、甲は、Aの展示会に客が奪われ、甲の展示会の集客が上手くいかなることを懸念していた。

2 甲は、Aを殺害し、Aが所有している貴重な絵画を奪ってそれを自己の主催する展示会で展示すれば、Aは今後展示会を開催することはできず、甲の展示会の来場者数が増えることに繋がると考えた。

甲は、知人である乙に上記の考えについて話し合った結果、乙はAと面識があり、Aは所有する絵画を時価と比べてはるかに高い金額で客に売却して利益を上げていること、及び絵画の売却はホテルの一室で行われることがわかった。そこで、甲と乙は、絵画の取引を口実にAをおびき出せることを利用し、Aを殺害し、絵画を取得するという計画を共有した。

3 乙は、令和8年4月5日、Aに対し、絵画の買い手がいるように装って、絵画の取引を申し込んだところ、Aから所有する世界的に著名な画家が描いた真作の絵画（以下「本件絵画」という。）を売る旨の返事を得た。取引日時は同月10日、場所はY県内のホテルと指定された。

4 同日、甲及び乙はホテルの付近で合流し、その際に、乙は甲に対し、「Aが予約した部屋（以下「客室α」という。）の他に、俺がもう1部屋予約した（乙が予約した部屋を、以下「客室β」という。）。そこにお前が隠れる。俺が客室αに行きしばらく話をしたのち、お前が先に絵画を見せろと言っているなどの適当な嘘を言ってAから絵画をもらい、客室αを出た後、絵画を持って客室βに行きお前に合図をするから、その後お前は入れ替わりに客室αに入ってAをナイフでやれ。お前に合図をしてすぐに、俺は絵画を持ってホテルを出る。」と具体的な手順を伝え、甲もこれに合意した。なお、客室αと客室βは同じホテル敷地内ではあるが棟が異なり、1階の連絡通路でのみ2つの棟を往来できる。

5 甲及び乙はホテルに入り、乙は客室αに入室し、甲は乙が予約していた客室βに入室した。Aは、乙が客室αに入室すると、乙に対して持参した絵画について値段を尋ねたりした後、乙は、「別室に先方がいるから、話をしてくる。」と言って、客室βに行った。乙は、再びAがいる客室αに行き、「先方は品物を受け取るまでは金は渡せないと言ってる。」と告げると、Aは「なら、これあんたに預けるわ。」と言って乙に本件絵画を渡した。

乙は、本件絵画を受け取ると、Aに「一寸待ってて。」と言って客室αを出て、客室βに行き、甲に対し「行ってくれ。」と述べて客室αに行くように指示した。

乙は、かねてから準備していたショルダーバッグに本件絵画を詰め込み、ホテルから逃走した。

6 他方、乙がホテルを出た後に、甲は客室αに入り、所持していたサバイバルナイフ（刃体の長さ約15センチメートル）でAを殺害する意図のもと、客室内でAを追い回しながらサバイバルナイフを振り回し、Aの右下腹部を斜めに突き刺した。Aは慌てて客室αの外に出て、その勢いで所有する自己の財布を客室α前の宿泊者共用の通路に落とした。Aが立ち去った後、甲は客室

$\alpha$ を出たところ、上記通路に財布（Aが落としたもの。）が落ちているのを発見し、生活費の足しにしようと考え、その財布を拾って着用していたズボンのポケットに入れ、客室 $\beta$ がある棟の出入り口からホテルを出た。

Aは客室 $\alpha$ から離れ、持てる力を使って客室 $\alpha$ がある棟の1階にあるホテルのフロントへ向かい、ホテルの従業員に状況を説明し、Aは対応に当たった従業員の手配によって近隣の病院へ救急搬送された。Aはサバイバルナイフが刺さったことにより出血をしたものの、刃先が途中で止まり腹腔に達せず、臓器損傷もなく、命に別状はなかった。

答案練習会  
参考答案・解説レジュメ  
[刑法Ⅱ]

## 参考答案

第1 乙がAから本件絵画を受け取り、持ち去った行為について  
1 かかる行為につき、乙に詐欺罪の共同正犯（60条、246条  
1項）が成立するか。

5 乙は、Aに対し、代金を支払う意思がないにもかかわらず本件絵画  
の値段を尋ねて代金を支払う意思があるように示し、別室に居る買い  
手の要望であるかのように、本件絵画を先に交付するように求めてい  
る。かかる行為は乙らの代金を支払う意思の有無というAの財産処分  
の基礎となる重要な事実を偽る行為といえるため、「欺」く行為に  
10 当たる。これによりAは本件絵画を交付すると代金が支払われると  
いう錯誤に陥り、同絵画を「交付」している。  
したがって、㉠同行為につき詐欺罪が成立し、後述のとおり甲との  
間で共同正犯となる。

2 上記行為につき、甲に詐欺罪の共同正犯が成立するか。

15 (1) そもそも共同正犯の処罰根拠は、相互補充利用関係のもと、結  
果に対して物理的・心理的因果性を及ぼした点にあるところ、共謀に  
よってもかかる因果性は及び得る。

そこで、①共謀および②①に基づく実行行為があれば、共謀共同正  
犯も認められると解する。

20 (2) 本件では、甲は乙との間で、上記のように甲がAに嘘の文言を  
言っており、意思連絡がある。また、甲は本件絵画を取得すること  
で自らの展示会の来場者を増やすという自己の利益を図る目的を有して  
おり、正犯性もある。そのため、共謀が認められる（①）。そして、  
25 上記の乙の行為は概ねかかる計画どおりの方法・態様といえること  
から、共謀に基づく実行行為といえる（②）。

したがって、㉡詐欺罪の共同正犯が成立する。

第2 甲がサバイバルナイフでAの胸元を刺した行為について

30 1 かかる行為につき、甲に強盗殺人未遂罪の共同正犯（60条、  
243条、240条、236条2項）が成立するか。

(1) そもそも、甲は殺意をもって上記行為に及んでいるところ、殺  
人の故意がある場合にも240条は適用され得るかが問題となる。  
この点につき、同条は強盗の機会に犯人が死傷の結果を生じさせる  
場合が多いことに着目して規定された犯罪類型であり、犯人に殺人  
35 の故意がある場合も多いといえることから、かかる場合をも含む規  
定と解する。そこで、同条は適用され得ると解する。

(2) では、甲は「強盗」（同条）か。

40 ア（ア）そもそも「強盗」とは、強盗の実行に着手した者をいう。  
上記行為は刃体の長さ約15センチメートルという人を死傷させ得  
る凶器を用いた身体に対する有形力行使であり、相手方の反抗を抑  
圧し得る程度のものである。

（イ）もっとも、甲の行為はAの処分行為に向けられたものではな  
い。そこで、被害者による処分行為がない場合にも強盗利得罪にお  
ける「暴行」たり得るか。処分行為の要否が問題となる。  
そもそも、強盗利得罪は被害者の反抗を抑圧して財産上の利益を取

45 得する犯罪であり、任意の処分行為は予定されていないというべき  
であるから処分行為は不要と解する。ただし、処罰範囲を限定する  
べく、財産的利益の移転の具体性・確実性が必要であると解する。  
本件では、本件絵画の取引はホテルの客室という密室で行われてお  
り、代金についても口頭で取り決められていることから債権に關す  
50 る物的証拠は殆どなく、事実上債務を免れるといえるため、利益移  
転の具体性・確実性がある。

(ウ) そのため、甲の上記行為は具体的かつ確実な利益移転に向け  
られたものといえるため、「暴行」に当たる。

55 イ そして、甲は上記行為により、本件絵画の代金の支払を免れる  
という「財産上不法の利益」を得ている。

ウ そのため、甲は「強盗」(240条)に当たる。

60 (3) 次に、強盗殺人罪の既遂時期が問題となるが、同条が重く処罰  
されるのは、生命・身体を第一次的な保護法益としているからであ  
ると解され、死傷結果が生じた時点で既遂に至ると解する。

本件では、Aは死亡していないため、未遂にとどまる。

65 (4) したがって、㉔強盗殺人未遂罪が成立し、後述のとおり乙との  
間で共同正犯となる。

2 では、乙に強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立するか。

65 乙と甲は、乙が本件絵画を受け取り、客室βで甲に合図をした後、  
甲が客室αに行き、Aを殺害するという計画を共有しており、意思  
連絡があるうえ、乙はAをホテルにおびき出し、一連の犯行手順を  
甲に提案する等、主導的に犯行に關与しているため正犯意思もある  
から、共謀がある(㉑)。また、甲の上記行為は甲乙間で共有して  
いた計画どおりのものであり、共謀に基づく実行行為といえる  
70 (㉒)。

よって、㉑強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

第3 甲がAの財布を持ち去った行為について

75 1 甲について、かかる財布はAの所有物であり「他人の財物」に  
当たり、甲はAの意思に反してAの財布の占有を移転させているか  
ら、「窃取」したといえる。そして、かかる行為は生活の足しにす  
る目的で行っているから不法領得の意思もあり、㉓窃盗罪(235  
条)が成立する。

80 なお、甲のAに対する暴行は、Aの財物を奪取することに向けられ  
たものではないため強盗罪の暴行に当たらず、上記財布はAが逃走  
中に落とした物にすぎないことから、かかる財布を取得する行為は  
「強取」とはいえないため、同罪は成立しない。

85 2 他方、乙について、甲の上記行為は、甲乙間の計画である他人  
の財物を詐取し、暴行によって財産上不法の利益を得ることとは規  
範的に異なるものであり、当初の共謀の射程外といえるから、窃盗  
罪の共同正犯(60条、235条)は成立しない。

90 第4 以上より、甲につき㉔ないし㉓の犯罪が成立し、㉔と㉓は実  
質的に保護法益が同一であり、時間的場所的にも近接していること  
から包括一罪、これと㉓は併合罪(45条)となり、甲はその罪責  
を負う。また、乙につき㉗および㉑の犯罪が成立し、これらは同様  
に包括一罪となり、乙はその罪責を負う。

以上

## 刑法Ⅱ 解説レジュメ

---

### 出題意図

答案練習会の刑法Ⅱでは、例年、刑法各論からの出題がされていることになって、刑法各論から出題した。

予備試験や司法試験で刑法各論が出題される場合、その多くが財産犯の分野からの出題である。しかし、特に令和に入ってから、特に財産犯の分野においては、基本的な定義や論点の理解を前提として、それを未知の問題に応用させる力を問う問題が増えてきているように感じられる。このような応用力を問う問題に対応するためには、誰もが知っている基本的な事項についての本質的な理解が必要である。そこで、今回の刑法Ⅱの出題は、1項強盗と2項強盗の違いは何か、2項強盗と事後強盗の違いは何か、強取と窃取の違いは何か等、それぞれの構成要件やタームの核心となる部分について考えてもらう問題を作成した。

一応の答案例も作成したが、必ずしもその構成が絶対的な正解筋ではないので、是非この機会に上記の点について各自で考えてみていただきたい。

# I 本件絵画の取得行為

## 1 行為の抽出

行為：乙がAから本件絵画を受け取り、持ち去った行為  
＝ 詐欺罪（246条1項）？ 窃盗罪（235条）？

### 【詐欺罪なのか窃盗罪なのか】

刑法の問題処理として最初に行うのが、“構成要件に該当しそうな”行為のピックアップですが、本問における上記行為が詐欺罪なのか窃盗罪なのか、構成要件の選択に悩む人も多いと思います。実は、本問が参照した判例（最決昭和61・11・18（百選II40））もこの点について判断していません。

構成要件の選択に悩んだときは、各選択肢の違いに着目するとよいです。本問では、詐欺罪と窃盗罪を分ける要素が何かという点です。この点について、両罪は財産犯、とりわけ1項詐欺については客体が財物という点で共通しますが、財物を、被害者が錯誤はあるものの意思に基づいて交付するのか、被害者が意思に反して占有を奪われるのか、という点で異なります。

しかし、本問ではAが乙に対し、代金は後で支払われるという錯誤に基づき本件絵画を「はいどうぞ」と渡したと考えるのであれば詐欺罪に問擬することになるし、代金の支払前であり乙を介して別室に居る甲に実物を見せるだけであるから占有を移転したことにはならないと考えるのであれば窃盗罪に問擬することになります。つまり、どちらの構成要件も考え得るということです。

## 2 詐欺罪（246条1項）の成否

### 1) 構成要件

第246条 人を欺いて財物を交付させた者は、10年以下の拘禁刑に処する。  
2 (略)

### 2) 「欺」く行為（欺罔行為）

#### (1) 意義

▷「欺」く行為：財産を処分させる手段として、財産についての処分権限をもつ相手方において、財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関し、錯誤（思い違い・勘違い）を生じさせる行為<sup>1</sup>

\*答案上は、「相手方の処分行為の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為」と端的に書くことが多い。

→言い換えると、錯誤を生じさせる行為は、④相手方に処分行為をさせるための手段であること、⑤処分行為をする権限をもつ者に対して向けられる行為であること、⑥財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関するものであること、が必要

↓

本問において、乙がAに対し、「先方は品物を受け取るまでは金は渡せないと言ってる。」と告げた行為は、

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、第3版、2023年）311頁

- ・ Aに本件絵画を乙へ渡させるための手段 (㉑)
  - ・ 所有者たるAに対して向けられた行為 (㉒)
- であるから、㉑㉒は充足する。

では、「先方は品物を受け取るまでは金は渡せないと言ってる。」と告げることが、Aが本件絵画を渡すか否かを判断するための基礎となる重要な事項 (㉓) か？ (㉔ (2)へ)

## (2) 財産処分の判断の基礎となる重要な事項に関するものであること (㉓)

### 【あてはめにおける視点】

#### ① どんな錯誤に陥れることを狙っているのかを把握する。

： Aに対して代金を支払う意思が無いにもかかわらず、後でAに対して代金を支払う意思があるかのように認識させるという錯誤

#### ② 錯誤が処分行為をするか否かの判断をするうえで重要な事項に関するものかを検討する<sup>2</sup>。

： 取引の相手方が代金を支払う意思があるか否かは目的物を引き渡すか否かを判断するうえで重要であるし、仮にAが乙らに代金を支払う意思がないことを知っていたのであれば本件絵画を渡さなかった。

乙による「先方は品物を受け取るまでは金は渡せないと言ってる。」と告げる行為は、Aが本件絵画を渡すか否かを判断するための基礎となる重要な事項といえる (㉓)。

→かかる行為は、「欺」く行為にあたる。

## 3) 錯誤

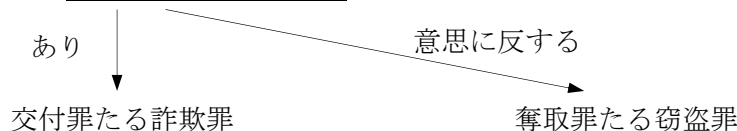
Aは本件絵画を乙らに渡した後、乙らにAに対し代金を支払う意思があると認識している点で錯誤がある。

## 4) 交付 (処分行為) ・ 財物の取得

### (1) 総説

▷交付行為：財物の占有・財産上の利益を相手方に移転させる行為

○被欺罔者の瑕疵ある意思に基づく交付行為 (処分行為) による財物移転が必要<sup>3</sup>



<sup>2</sup> 取引上重要とされる事項 (目的物の属性・品質等) やもし真実を知っていれば処分を行わなかったといえる事項について錯誤を生じさせる行為である場合、「重要な事項」性を肯定する。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法各論』(有斐閣、第3版、2024) 259頁

○この要件が詐欺罪と窃盗罪を分けるポイント

…処分行為を狭くとらえると、窃盗罪の成立範囲が広がり、処分行為を広くとらえると、詐欺罪の成立範囲が拡大して窃盗罪の成立範囲が狭まるという関係

## (2) 占有の移転と占有の弛緩

### ア 本問の検討

○占有の弛緩：被害者の占有状態を不安定にさせる処分<sup>4</sup>

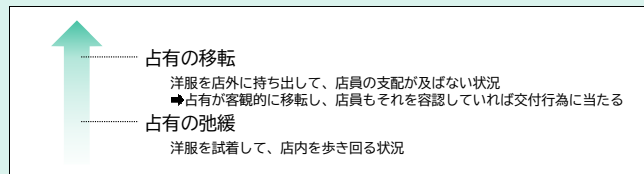
e. g. 甲が欺いてAの注意を逸らした際に、物の占有を取得する行為がなされた場合の物の状態

c. f. 占有の移転

→被害者が占有の弛緩した状況しか容認しておらず、占有が終局的に移転する状況を容認していない場合には、交付行為とはいえず、詐欺罪は成立しない（窃盗罪が成立する）。

例えば、百貨店の洋服売場において、客である甲が店員であるAに対し、洋服を試着したいと申し出て、Aが試着およびその洋服を着用して店内を歩き回ることを認めたところ、Aが目を離した際に甲が店外に持ち逃げしたとします。

確かに、Aが甲に対して試着等を許可したことによって、甲が商品である洋服を持ち逃げしやすい状況をつくっており、その意味で占有が弛緩したといえます。しかし、Aが容認しているのは、あくまで甲が洋服を試着して店内を歩き回ることであり、店外に持ち出すことまで容認しているわけではありません。そのため、占有が終局的に移転することまで容認しているわけではないのです。



### 【交付行為が認められるか否か】

被害者が、物の占有が終局的に移転する状況を容認していたか、占有の弛緩に対応する状況しか認識していなかったか

↓具体的には

- ①被欺罔者がいかなる状況まで容認していたか
- ②被欺罔者が容認していた状況を前提として、既に**財物の占有移転**が認められるか<sup>5</sup>

本問では、

- ① Aは甲がどこの客室にいるのかわからず、本件絵画に対する支配が及ばなくなることも認識したうえで、乙に対して本件絵画を渡しているため、Aは本件絵画の占有の終局的な移転について容認していた。

<sup>4</sup> 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022）288頁

<sup>5</sup> 橋爪・前掲注4）289頁

② 乙は本件絵画を、客室αとは別棟にある客室βへ運搬した後、ホテルから逃走した。

↓

Aが本件絵画を乙に渡した行為は、「交付」にあたる。

## イ 判例の検討

### (ア) 交付行為を肯定した判例

【東京高判平成12・8・29】

被告人がテレホンカードを購入する意思があるように店番をしていた薬局の店主の妻B子に見せかけて、B子からテレホンカードを受け取った後、お金は今払うから先に外で待っている若い衆にテレホンカードを渡してくる旨の嘘を告げ、店外に出てそのまま逃走した事案。

「被告人は、前記薬局から商品を詐取する意図のもとに、客を装って同薬局を訪れては機会を狙ううち、テレホンカードを騙し取る意思で、店番をしてした前記B子に対し、八〇枚購入する旨の嘘の注文した上、さらに数日後これを受け取りに赴き、枚数を確認するようにと同人から販売ケースの上に差し出されたテレホンカードを手にとった際、……嘘を付いて、その旨誤信した同人に、テレホンカードの店外持ち出しを了解・容認させたもので、もし、B子が被告人の申し

出の嘘を見破っていたら、テレホンカードの店外持ち出しを容認せず、直ちに右申し出を拒むとともに、即時その場で代金の支払いを要求したことは明らかである。これを要するに、B子は、被告人の一連の虚言により、被告人が近所の家具店の者であって、テレホンカードを購入してくれるものと誤信し、直ぐ戻って来て代金を支払う旨の被告人の嘘に騙されて、注文されたテレホンカード八〇枚を被告人に交付したものと認められる。したがって、被告人の行為は、詐欺罪

に該当することが明らかである。」

「被告人に應對したB子の原審証言には、テレホンカードを盗まれた旨述べた部分があるけれども、これは代金を払わずに持ち去られた事態をそのように表現したものと認められるのであって、その供述の要点は、被告人の言葉に注意を逸らした隙に、テレホンカードを盗まれたというのではなく、同人は、被告人が

販売ケースの上のテレホンカードを手にとって店外に持ち出すのをその場で認識していたが、被告人がセカンドバッグを店内に残したままであることを見て取り、その際の被告人の……言葉を信じて、被告人の右の行動を了解・容認したというにある。すなわち、同人は、欺かれて、テレホンカードを被告人に交付したものとすべきである。」

### (イ) 交付行為を否定した判例

【東京高判平成20・3・11】

被告人が、ホテルの会議室において、被害者から資金運用のために3000万円の現金を受け取ると、被害者に対して、盗聴器が仕掛けられているかもしれないので検品したい旨を告げたため、被害者は検品することを許可し(被害者は隣の部屋で検品が行われると認識)、当該現金は被告人の指示により若い男によって持ち出され、被害者は会議室で待っていたが、被告人及び若い男がホテルから出て現金が持ち去られた事案。

### (ウ) 分析

▷詐欺罪と窃盗罪の分水嶺

＝被害者らが容認した財物の状況において、被害者らの財物に対する支配が及んでいるか

(及んでいるのであれば占有は終局的に移転していないことになるため「交付」にあたらない一方で、及んでいないのであれば占有は終局的に移転したことになるから「交付」にあたる)



○東京高判平成 12・8・29（詐欺罪が成立）では、㊸テレホンカードは携帯が容易である大きさであること、㊹B子が1人で店番をしている状況で被告人が店外に出ればB子による追及は極めて困難であることから、テレホンカードが店外に出るとB子の支配は及ばない。

○東京高判平成 20・3・11（窃盗罪が成立）では、被害者は、検品する部屋が会議室の隣の部屋であると認識しているところ、これを前提とすると被害者は隣室に入って現金を回収することも容易であることから、現金が隣室へ運ばれても被害者の支配は及んでいる。

と考えて、それぞれの結論を支持できる<sup>6</sup>。

本問は、最決昭和 61・11・18（百選Ⅱ40）を素材にしました。この事案は、ホテルの一室において行われた覚醒剤の取引の際に、被告人が被害者に対し、別室に買主が待機しており買主に先に現物を見せる必要があると告げて覚醒剤を受け取り、ホテルから逃走したというものです。最高裁は窃盗罪が成立するのか、それとも詐欺罪が成立するのかについて明示しませんでした。上記の判例の考え方にならってどちらの犯罪が成立するのか考えてみてください。

なお、占有の移転がどの時点で認められるかという窃盗と詐欺の限界の問題は、評価によって結論が分かれるところであり、上記の判例も反対の結論をとる余地もあり得ます。少なくとも試験においては、どのような事情に着目して結論を導いたのかをきちんと答案上に示せば評価されると考えられます<sup>7</sup>。

## 5) 財産的損害の発生

Aは本件絵画を手渡すことにより、占有を失っているため、財産的損害が認められる。

※詐欺罪も財産犯である以上、財産的損害の発生を必要とすると解しつつ、要件の位置づけについては争いがある<sup>8</sup>。

---

<sup>6</sup> 橋爪・前掲注4) 291～293頁

<sup>7</sup> 昭和61年決定（百選Ⅱ40）の谷口正孝裁判官の補足意見は、被害者が、買主とされる者が待機する部屋番号を知らなかったこと、目的物が法禁物である覚醒剤でありこれを預けることを躊躇していたと考えられるが巧みな欺罔があったからこそ手渡したことを、を考慮して詐欺罪が成立するとしている。また、橋爪・前掲注4) 293頁には、同決定について、「平成20年東京高裁判決よりも、交付行為を認める余地が大きい事案」と述べられている。

<sup>8</sup> 財産的損害の発生を別立ての1つの要件と解する見解と、欺罔行為の要件の中で財産的損害を検討する見解がある。

### 3 窃盗罪（235条）の成否

#### 1) 構成要件

第235条 他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。

#### 2) 他人の財物

▷他人の財物：他人が所有権を有する財物<sup>9</sup>

→本件絵画はAが所有権を有するものであるから「他人の財物」にあたる。

甲の使用者的な立場である乙がAに対して本件絵画を買いたい旨の申込みを行い、それに対してAが承諾していることから、売買契約は成立しているため、民法176条の意思主義のもと意思表示のみによって所有権が移転すると考え、本件絵画の所有者は甲なのではないかと考えることもできます。しかし、この場合にも結局のところ刑法242条で「他人の財物」とみなされるため、この要件は充足することになります。

#### 3) 窃取した

▷窃取：財物の占有者の意思に反して自己または第三者の占有に移転させること<sup>10</sup>。

↓

○占有とは財物に対する事実的支配のことをいう。

○占有移転が意思に反することが本質的であり、欺罔行為を手段とする場合であっても、かかる行為が被害者の占有を弛緩させるにすぎないときは、窃取にあたる<sup>11</sup>。

→本問において、ホテルの規模・構造、甲がどの部屋で待機しているとAが認識していたかなどの具体的な事情を考慮したうえで、乙が客室αから本件絵画を持ち出した後もなおAの事実的支配が及んでいると考えるのであれば、遅くとも乙がホテルの外に出た時点でAの意思に反する占有移転といえ、「窃取」にあたる。

#### 4) 不法領得の意思

##### (1) 見解の対立

不法領得の意思は故意とは別の書かれざる主観的構成要件要素と解される<sup>12</sup>。

では、そもそも不法領得の意思が必要なのか、また、必要である場合にその内容をいかに解すべきか。

判例や通説的な見解によると、不可罰である使用窃盗と区別する必要があることから、権利者

<sup>9</sup> 山口・前掲注3) 189頁

<sup>10</sup> 山口・前掲注3) 199頁

<sup>11</sup> 井田・前掲注1) 255～257頁

<sup>12</sup> 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（弘文堂、第8版、2025）189頁

を排除して他人の物を自己の物と同様に扱う意思（権利者排除意思）が必要であると解する。また、量刑の異なる毀棄隠匿の罪と区別する必要があることから、財物をその経済的用法に従って利用処分する意思（利用処分意思）が必要であると解する。

		窃盗罪と使用窃盗との区別の視点	
		【必要説】 他人の財物を一時的に使用するだけの目的で持ち出す使用窃盗の場合、占有権・所有権の侵害の程度がきわめて小さく、不可罰（判例も窃盗罪を構成しないとしている（大判大正9・2・4））であり、不可罰的な使用窃盗と可罰的な窃盗罪の区別が必要	【不要説】 占有移転後の客観的な利用妨害の程度を考慮すれば区別可能
窃盗罪と毀棄罪との区別の視点	【必要説】 回復可能性のない損壊罪よりも窃盗罪が重く処罰されるのは、財物を利用しようという動機・目的の方がより強い非難に値するからであり、占有侵害行為であっても目的という主観による区別が必要	権利者排除意思 利用処分意思	利用処分意思
	【不要説】 占有取得により財物の利用可能性が生じたことで足りるし、毀棄も所有権者でなければできない	権利者排除意思	不要

## (2) 本問の検討

甲らは、自らの展示会で本件絵画を展示することを目的としており、自己の所有物として振る舞う意思があるから、権利者排除意思が認められる。また、本件絵画は芸術的な作品であり、展示会で展示することも経済的用法に従って利用処分することといえるから、利用処分意思も認められる。

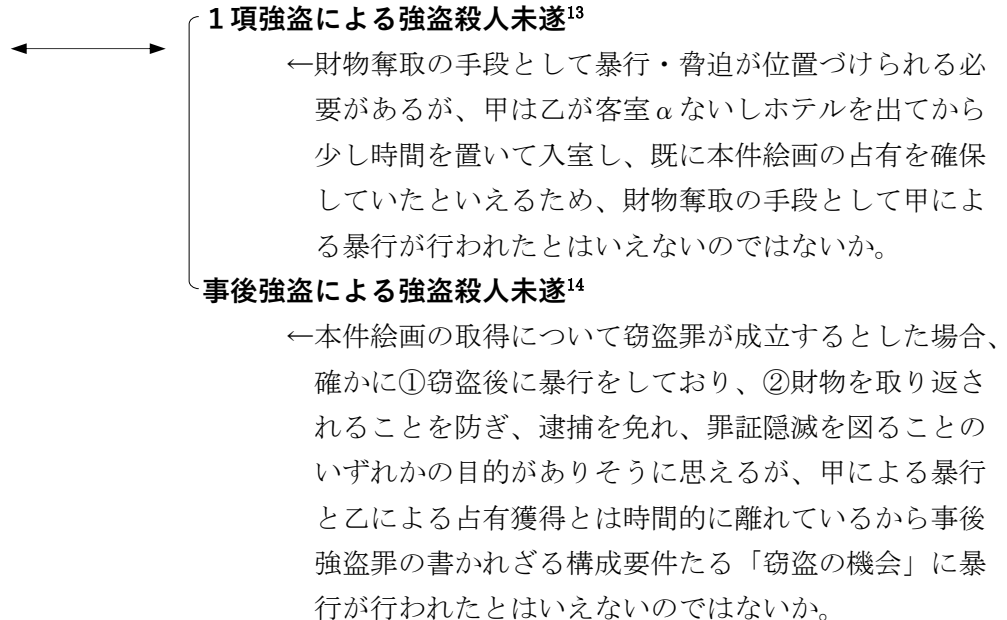
→不法領得の意思あり

## Ⅱ 甲がAを突き刺した行為

### 1 行為の抽出

行為：甲がサバイバルナイフでAの胸元を刺した

＝強盗殺人未遂罪（236条2項、243条、240条）？



参考答案では本件絵画の取得について詐欺罪が成立するとしたため、窃盗を前提とする事後強盗罪の成否については検討していませんが、本件絵画の取得について窃盗罪が成立すると考えるのであれば、2項強盗罪の成否を検討するに先立って事後強盗罪の成否について検討しておくべきです（否定する場合は一言だけでも書くとよいです。）。

### 2 構成要件の検討

第236条 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期拘禁刑に処する。  
 2 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。  
 第240条 強盗が、人を負傷させたときは無期又は6年以上の拘禁刑に処し、死亡させたときは死刑又は無期拘禁刑に処する。

<sup>13</sup> 暴行によりAが怯むことで占有がより確実になったとして1項強盗罪を認めるという見解もあり得なくはない。

<sup>14</sup> 本問の事案で事後強盗と2項強盗がどちらも成立すると考えることもできる。なぜなら、事後強盗は窃盗の機会継続中という時的制限があるものの、2項強盗のように返還請求権を免れることは要求しないため、一般法と特別法の関係にはないためである。

第243条 第235条から第236条まで、第238条から第240条まで及び第241条第3項の罪の未遂は、罰する。

→強盗殺人の構成要件（240条）を検討することになるところ、検討の順序として、まず甲が「強盗」に当たるのかについて、2項強盗罪（236条2項）の構成要件に該当するのかが検討し、次に「人を負傷させた」という要件を検討することになる。そして、既遂・未遂の区別（243条の適用の問題）を検討することになる。

## 1) 「強盗」(240条) 該当性

本条における「強盗」は、強盗犯人（強盗の実行に着手した者）を意味し、強盗に関して既遂・未遂を問わない（判例・通説）。

### (1) 暴行又は脅迫（236条2項、1項）

▷暴行・脅迫を加えられることにより、被害者の意思に反する財産上の利益移転が生じるという犯罪類型であるため、暴行・脅迫は被害者の反抗を抑圧するに足るものでなければならない<sup>15</sup>。

↓客観的に判断するか？被害者を基準に判断するか？

「暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によつて決せられるのであつて、具体的事案の被害者の主観を基準としてその被害者の反抗を抑圧する程度であつたかどうかと云うことによつて決せられるものではない。」（最判昭和24・2・8）<sup>16</sup>

→本問において、甲がサバイバルナイフでAの胸元を刺した行為は、刃体の長さ約15センチメートルという人を死傷させ得る凶器を用いてAの身体に有形力行使する行為であり、Aに対して生命の危険を感じさせ得るものなので、一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度の暴行といえる。

⇒「暴行」（236条1項）に当たる。

### (2) 財産上不法の利益を得た又は他人にこれを得させた（236条2項）

▷「財産上不法の利益」：財産上の利益を不法に移転させること

※利益自体が不法である必要はないため、例えば禁制品の返還請求権なども保護に値する<sup>17</sup>。

<sup>15</sup> 井田・前掲注1) 273頁参照。西田・前掲注12) 201頁

<sup>16</sup> 客観的には反抗を抑圧するに足る程度のものであったが、被害者が屈強であったため反抗を抑圧されるに至らなかった場合、判例は強盗既遂とする（最判昭和24・2・8、最判昭和23・11・18（百選Ⅱ38））が、学説では強盗未遂+恐喝既遂の観念的競合とする見解が有力。他方、客観的には反抗を抑圧するに足る程度のものでなかったが、被害者が臆病であったため反抗を抑圧されるに至った場合、恐喝既遂にとどまると解する見解と、被害者が臆病であることを知っていたならば強盗既遂と解する見解とに分かれる（西田・前掲注12) 202頁）。

<sup>17</sup> 井田・前掲注1) 280～281頁

## ア 処分行為の要否

▷財産上の利益移転があったといえるためには、被害者による処分行為（例えば、債務を免れる目的でされた強度の暴行により反抗抑圧状態に陥った被害者が、「もう払わなくていいよ。」と言うような行為）が必要か？

### 不要説(通説)

- ①行為者が、被害者の処分行為なく財産的利益を得ることもあり得るため、そのような場合に強盗利得罪の成立を認めないのは妥当でない<sup>18</sup>。
  - ②強盗利得罪は、暴行・脅迫により被害者の反抗が抑圧されることが予定される犯罪類型であり、任意性を要件とする処分行為が介入する余地はない<sup>19</sup>。
- ⇒被害者による処分行為は不要

## イ 財産上不法の利益を得たといえる場合とは

▷いかなる場合に財産上不法の利益を得たといえるのか？

：処分行為を不要とすると暴行・脅迫により客観的に利益が移転した場合すべてに2項強盗罪が成立することになるため、財産上の不法の利益取得といえる範囲を限定する必要があり、財産的利益の現実性・具体性が必要<sup>20</sup>

## ウ 本問の検討

### ・Aの財産上の利益

：(イ)本件絵画の代金支払請求権、または(ロ)既に乙がAから手渡されてホテルから持ち出した本件絵画の返還請求権

### ・客室αの状況

：契約書を作成している等の事情なし  
ホテルの客室という密室  
Aと甲は双方面識がない

→Aから甲らに本件絵画の占有が移転し、上記の財産上の利益を得たことを示す記録がない。

### ・甲の行為

：Aに対してサバイバルナイフで刺したという暴行後、ホテルを出た。  
→甲が現場から離れる行為

→本件絵画の占有移転を示す記録がない状態で事後的にAが履行を請求することはきわめて困難となるため、甲らは債務の履行を迫られることはなくなるから、債務を免れるという財産上の利益の移転の現実性・具体性があるといえる。

<sup>18</sup> 井田・前掲注1) 282～283頁

<sup>19</sup> 西田・前掲注12) 207頁

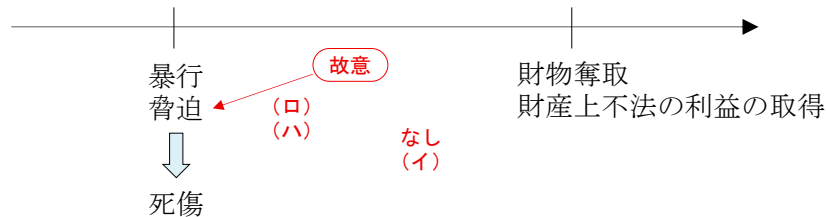
<sup>20</sup> 山口・前掲注3) 229頁

⇒「財産上不法の利益を得た」といえる。

## 2) 「人を負傷させた」・「死亡させた」(240条)

強盗犯人による基本犯の構成要件該当行為から死傷結果が生じた場合やその機会におけるその他の行為から死傷結果が生じた場合に、240条が適用される。

### (1) 必要最低限の主観的要件——240条適用の下限(参考)



○典型例：強盗犯人が殴った(暴行)相手方がケガをした(負傷)＝暴行の故意がある場合

▷暴行の故意がない場合にも240条は適用されるか？

- (イ) 強盗犯人が現場から逃げ出すときに、強盗の被害者の近くで眠っていた乳児を踏んで死傷させた場合【過失による死傷結果の発生】
- (ロ) 強盗犯人が強盗の手段として脅迫したところ、被害者の気が弱くショックで失神した場合【脅迫による死傷結果の発生】
- (ハ) 強盗犯人が強盗の手段として脅迫したところ、被害者が現場を飛び出したものの慌てていたため転倒して負傷した場合【脅迫から法的因果関係を有する範囲の死傷結果の発生】

240条の趣旨は、強盗の機会に意図せぬ死傷結果の発生を伴うことがあることに着目して、被害者の生命・身体の安全を特に保護することにある。そして、強盗の機会に、手段としての脅迫が原因となって死傷結果が生じたり、過失によって死傷結果が生じたりすることもあり得る。

→ (イ)～(ハ)の場合にも240条を適用<sup>21</sup>

<sup>21</sup> 井田・前掲注1) 297～299頁。ただし、(イ)については240条不適用と解する学説もある。

## (2) 死傷結果につき故意がある場合——240条の適用の上限

### 【本間における問題の所在】

甲はAに対して殺意を有しているところ、この場合にも240条は適用されるか？

240条は重い結果について故意がない場合にのみ適用されると解すると、本件では適用し得ないため問題となる。



▷強盗犯人に傷害や殺人の故意がある場合にも240条は適用されるか？

① 仮に、240条が適用されないとすると、強盗罪と傷害罪／殺人罪が成立し、観念的競合として処断することになるが、これでは240条が適用される死傷結果に**故意がない場合**と比べて刑が軽くなってしまう（故意あり：min. 5年、故意なし：min. 無期）<sup>22</sup>。

② 立法者が、強盗犯人が被害者に対して故意をもって殺傷するという**典型的な犯行態様**を240条の適用から除外していると解するのは不自然である<sup>23</sup>。

⇒強盗犯人に傷害や殺人の故意がある場合にも**240条は適用される**

本間において、甲はAに対して殺意を有しているが、240条が適用される。そして、甲はAに対して負傷させている（⇒殺意があるが死亡に至っていないという点について後述）。

## 3) 240条の未遂

### 【問題の所在】

①暴行・脅迫→財産上の利益移転（236Ⅱ）	既遂（∵上述の請求権を免脱）
②死亡結果（240）	未遂（∵Aは死亡せず）

：強盗行為は結果が発生しており、既遂に至っているが、死亡結果については発生していない。そこで、財産上の利益移転と死亡結果の2つの結果のうち、どちらの発生を基準に240条の既遂・未遂を判断するか？

▷240条の既遂・未遂の判断はどのような基準によるか？

：人の生命・身体の安全を重視する犯罪であるため、**死傷の結果が生じれば**、強盗が未遂であっても240条の既遂となる（判例・通説）<sup>24</sup>。

→本間では、強盗は既遂であるが、殺人は未遂であるため、240条は未遂となる。

<sup>22</sup> 山口・前掲注3) 242～243頁

<sup>23</sup> 井田・前掲注1) 299～300頁

<sup>24</sup> 西田・前掲注12) 220頁

## Ⅲ 甲がAの財布を持ち出した行為について

### 1 行為の抽出

行為：甲が通路に落ちているAの財布を持ち出した  
＝強盗罪（236条1項）？窃盗罪（235条）？

#### 1) 強盗罪が成立する可能性

##### (1) 強盗罪の構造

①暴行・脅迫⇒②財物の占有者の反抗が抑圧⇒③財物の占有の取得という、各要件間に因果関係が必要

▷現実に被害者（財物の占有者）の反抗が抑圧されることが必要か？

##### 多数説

：被害者の反抗が抑圧されたか否かによって、恐喝罪と強盗罪の区別が可能となるため、現実に被害者の反抗が抑圧されることが必要<sup>25</sup>

##### 判例

：強盗罪と恐喝罪の区別は、暴行・脅迫が社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかという客観的基準によって判断し、現実に被害者の反抗が抑圧されることは不要（最判昭和24・2・8）

▷暴行・脅迫は、意思に反する占有移転（＝奪取）をするための手段として行われる必要がある。  
→財布は、Aが客室αを出たときに偶然落ちたものであり、もともとAの財物を奪取する目的はなかったため、甲がAを刺した行為は奪取の手段として行われたものではないのではないか？

▷財物の奪取は、被害者の反抗抑圧状態（上記多数説の立場から）または被害者を反抗抑圧させるに足りる程度の暴行・脅迫（上記判例の立場から）と直接結びついていることが必要であるところ、強盗罪の成立は、被害者の物を行為者が取得するという事態が、暴行・脅迫により生じたと認められるか否かによる<sup>26</sup>。

→Aが逃走中に落とした物の取得は、甲がAを刺した行為によって生じたとは認められないのではないか？

##### (2) 名古屋高判昭和30・5・4

「強盗罪は暴行又は脅迫を加へ他人の反抗を抑圧して他人の財物をその事実的支配を侵して不法に自

<sup>25</sup> 山口・前掲注3) 222～223頁

<sup>26</sup> 齊藤彰子「刑法『強取』と『窃取』の限界」法教530号111頁（有斐閣、2024）

己の支配内に移す時に成立する犯罪であることは所論の通りである。

而して、原裁判所が原判示第三（一）の事実関係の証拠として取調べた証拠、殊に被告人Xの検察官検事に対する第二回供述調書、被告人Yの検察官検事に対する供述調書、A及Bの司法警察員に対する各第一回供述調書の各記載の内容を仔細に検討し、更に当審に於ける証拠調の結果、殊に証人A Bに対する各証人尋問調書の記載の内容を参酌して総合考量すれば、被告人兩名は、Zと共謀の上原判示第三（一）の日時場所に於て、同判示A及Bの兩名を同判示の如く脅迫してその反抗を抑圧し金品を強取せんとしたところ、同人等は之に畏怖して逸早く其の場を逃走したが、其の際

Aは所持していた皮製手袋一個を其の場に落したのを被告人等がその後之を発見して之を拾得したと謂うのであるから、被告人等がAの落した手袋の所持を取得した行為は被告人等の強盗罪が未遂を以て終了した以後の行為であつて、被告人等の脅迫が効を奏したに因るものではなく、勿論被告人等が強取したものと認めることは出来ない。従つて手袋の所持を取得した被告人等の行為は既遂として強盗罪を構成するものとなすことが出来ない。然るに原審が之を強盗罪の既遂と認めたのは判決に影響を及ぼすべき事実の誤認の違法があり、かつ之に基く法令違背があるのでこの論旨は理由があり原判決は破棄を免れない。」

## 2) 窃盗罪が成立する可能性

窃取とは、他人の占有する財物を占有者の意思に反して自己または第三者の占有に移転させること

→財布はAが落とした財物であるが、Aも未だホテル館内にいると考えられることからAの事実上の支配が及んでおり、甲は占有者たるAの意思に反して財布を拾って持ち出しているから窃盗罪が成立するのではないか？

## 2 構成要件の検討

第 235 条 他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10 年以下の拘禁刑又は 50 万円以下の罰金に処する。



- ①他人の財物：財布はAの所有物なので該当
  - ②窃取した：占有者たるAの意思に反して占有を移転
  - ③不法領得の意思：甲は生活費の足しにするために財布を持ち出しているため、不法領得の意思も肯定
- ⇒窃盗罪が成立する。

## 3 参考判例——長崎地判令和6・6・4

被告人はコンビニエンスストアA店敷地内において、店員に暴行を加えて店内の金品を領得しようと考え、店員Bにバールでその頭部を殺意をもって殴るなどの暴行を加え、加療約3か月間を要する頭蓋骨骨折、右急性硬膜外血腫、脳挫傷、左眼外傷性視神経症等の傷害を負わせ、客として居合わせたCに対し、同じバールでその頭部を殺意をもって殴り、手拳でその頭部及び顔面を殴るなどの暴行を加え店外に逃走させ、右暴行によりCに加療約6か月間を要する左頭頂骨骨折、左下顎骨骨折、左尺骨骨折等の傷害を負わせた。被告人は、店長D管理の現金5万円在中のマネーケース1個、及びCが店内の床に落とした現金等在中の財布

1点を領得した。長崎地裁は被告人に対し、有罪判決を言い渡した。

(量刑の理由)

「強盗殺人未遂の犯行についてみるに、被告人は、コンビニエンスストアの店員であるBが店外に出たところを突然、重量約1.3kgもある長さ約54cmの鋼製のバールで手加減なく頭部を殴るなどし、さらに、その直後に来店した客であるCにも襲いかかり、約1分半にわたって、店内で同人を追い回しながら、その頭部や顔面をバール又は手拳で多数回殴るなど

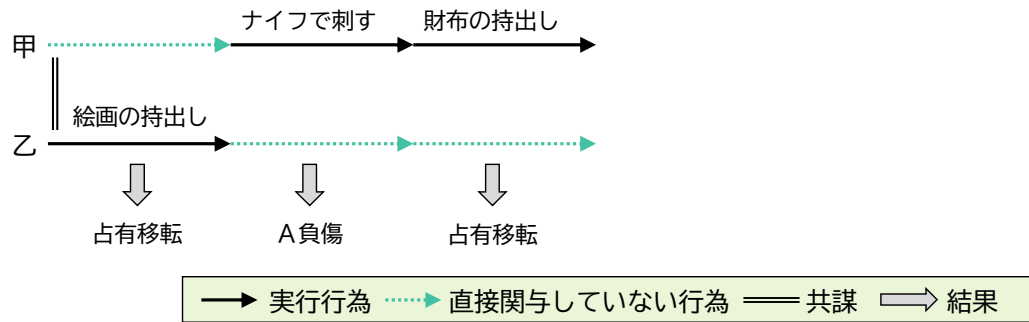
の激しい暴行を加えている。また、両名は、いずれも、止血をせず放置されていれば、死に至る危険があり、とりわけ、Bは、医師の所見によれば、あと1時間止血が遅れていれば、確実に死亡していたとされている。したがって、犯行態様は極めて危険かつ悪質である。窃盗の犯行については、Cが逃げる際に落とした財布をこれ幸いと盗んだというものであって、犯行態様は良くなく、強い非難に値する。」

【判決のポイント】

Bに対する暴行（傷害結果あり）	→	店長管理のマネーケースを領得（＝強取）
Cに対する暴行（傷害結果あり）		C所有または管理の財布を領得（＝窃取）

店長管理のマネーケースについては、被告人によるB・Cに対する暴行（またはそれによるBの反抗抑圧状態）によって領得されたといえるのは当然として、Cの財布についてはCがこれを落とした時期のいかんによっては上記暴行（またはCの反抗抑圧状態）によって領得されたとも評価し得る（この場合「強取」）し、上記名古屋高判のように逃走中に落ちてしまった類型とも評価し得る（この場合「窃取」）。

## Ⅳ 甲・乙の共犯関係



問題の所在： i 乙による本件絵画の取得について甲に、 ii 甲によるナイフによる暴行および iii 財布の取得についてそれぞれ乙に、責任を追及できるか？

### 1 共同正犯の要件

#### 1) 条文の規定

第 60 条 二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。

要件：2人以上共同して犯罪を実行

効果：全部責任

#### 2) 2人以上共同して犯罪を実行するとは？——共同正犯の要件

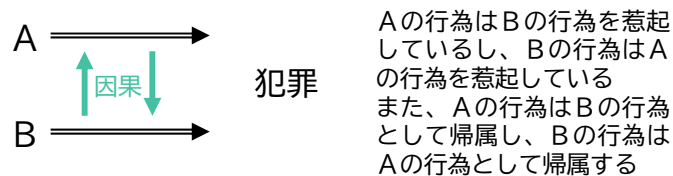
##### (1) 処罰根拠

「2人以上共同して犯罪を実行」

＝複数人が特定の構成要件的结果を発生させるための全ての行為を行うわけではなく、構成要件的结果発生のための行為を分担していること（＝一部実行）が前提

▷なぜ、せいぜい構成要件該当行為の一部しか直接行っていない者にも全部責任を肯定できるのか？——一部実行全部責任の根拠

：特定の構成要件を実現する意思を分かち合う（意思連絡）ことにより、その一部の者による実行行為を惹起し、実行行為を介して法益を侵害していること、及び自己の犯罪として実現する意思があれば自己の直接的な行為が構成要件該当行為の一部であったとしても他の者の行為も自己の行為の一部と評価できる<sup>27</sup>。



<sup>27</sup> 高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018）463頁

## (2) 共同正犯の要件

▷共同正犯の要件

: ① 共謀 + ② 共謀に基づく実行行為

### ア 共謀 (①)

▷何をしたら「共謀」なのか？

犯罪遂行の合意ないし意思連絡 ⇨結果に対する因果性

自己の犯罪として行う意思 (正犯意思)<sup>28</sup> ⇨相互利用関係

\* 正犯意思の有無が、共同正犯と狭義の共犯とを区別する要素である (狭義の共犯でも意思連絡はある。) ため、「共謀」の要件を検討するうえでの考慮要素となる。

\* 最大判昭和 33・5・28 (練馬事件、百選 I 75) は、共謀について「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」とする。

### イ 共謀に基づく実行行為 (②)<sup>29</sup>

▷共謀に基づく実行行為であるか否か (共謀の射程) の基準

: 共謀と結果惹起との間の因果性の有無

↓

- ・ 共謀と実行行為の内容との共通性 (被害者、行為態様、侵害法益など)
- ・ 過剰防衛のケースでは、機会の同一性、時間的場所的近接性、侵害行為の継続性
- ・ 犯意の単一性、継続性、動機・目的の共通性など

## 2 本件絵画の取得行為

### 1) 問題設定

乙が本件絵画を詐取/窃取した行為につき、甲に帰責できるか (=共同正犯が成立するか) ?

### 2) 要件①: 共謀

「2 ……甲と乙は、絵画の取引を口実にAをおびき出せることを利用し、Aを殺害し、絵画を取得するという計画を共有した。」

「4 ……乙は甲に対し、『Aが予約した部屋 (以下『客室α』という。) の他に、俺がもう1部屋予約した (乙

<sup>28</sup> 判例の中には「共謀」という要件の中に正犯性を入れず、別立ての要件として「正犯性」を検討するものもある。また、実行共同正犯については本文中①②の要件とは別に、「共同実行の意思」および「共同実行の事実」という要件の立て方をすることもあり得るが、これは実行共同正犯の場合行為者が何らかの実行行為に関与しているため、共同実行の事実が正犯性を基礎づけていると考えられる。

<sup>29</sup> 高橋・前掲注 27) 464~465 頁

が予約した部屋を、以下『客室β』という。)。そこにお前が隠れろ。俺が客室αに行きしばらく話をしたのち、お前が先に絵画を見せろと言っているなどの適当な嘘を言ってAから絵画をもらい、客室αを出た後、絵画を持って客室βに行きお前に合図をするから、その後お前は入れ替わりに客室αに入ってAをナイフでやれ。お前に合図をしてすぐに、俺は絵画を持ってホテルを出る。』と具体的な手順を伝え、甲もこれに合意した。…」

→甲乙間で本件絵画を取得するための一連の計画について共有している。

→意思連絡あり。

「2 甲は、Aを殺害し、Aが所有している貴重な絵画を奪ってそれを自己の主催する展示会で展示すれば、Aは今後展示会を開催することはできず、甲の展示会の来場者数が増えることに繋がると考えた。甲は、知人である乙に上記の考えについて話し合った結果……」

「6 ……乙がホテルを出た後に、甲は客室αに入り、所持していたサバイバルナイフ（刃体の長さ約15センチメートル）でAを殺害する意図のもと、客室内でAを追い回しながらサバイバルナイフを振り回し、Aの右下腹部を斜めに突き刺した。……」

→犯行を持ち掛け、本件絵画を取得することによる利益を得るのは甲

実際に甲は乙との間で共有した計画の実行にも関与

→正犯意思あり。

### 3) 要件②：共謀に基づく実行行為

「5 ……Aは、乙が客室αに入室すると、乙に対して持参した絵画について値段を尋ねたりした後、乙は、『別室に先方がいるから、話をしてくる。』と言って、客室βに行った。乙は、再びAがいる客室αに行き、『先方は品物を受け取るまでは金は渡せないと言ってる。』と告げると、Aは『なら、これあんたに預けるわ。』と言って乙に本件絵画を渡した。……」

→別室に買い手がいるから話をしてくるという適当な嘘を言って本件絵画を手渡されており、計画どおりの行為を行っている

### 3 ナイフを用いた暴行

#### 1) 問題設定

甲がサバイバルナイフを用いてAを刺し、負傷させた行為について、乙に帰責できるか（共同正犯が成立するか）？

#### 2) 要件①：共謀

\* 本件絵画の取得と同様

→ 甲乙間で本件絵画を取得した後にナイフで加害する計画について共有している。

→ 意思連絡あり。

「2 ……乙はAと面識があり、Aは所有する絵画を時価と比べてはるかに高い金額で客に売却して利益を上げていること、及び絵画の売却はホテルの一室で行われることがわかった。……」  
「3 乙は、令和8年4月5日、Aに対し、絵画の買い手がいるように装って、絵画の取引を申し込んだところ、Aから所有する世界的に著名な画家が描いた真作の絵画（以下『本件絵画』という。）を売る旨の返事を得た。……」  
「4 同日、甲及び乙はホテルの付近で合流し、その際に、乙は甲に対し、……と具体的な手順を伝え、甲もこれに合意した。……」

→ 乙は甲に対して、犯行をするうえで重要な、Aに関する情報を与えている。

具体的な手順を決めているのは乙

→ 正犯意思あり。

#### 3) 要件②：共謀に基づく実行行為

「6 ……乙がホテルを出た後に、甲は客室αに入り、所持していたサバイバルナイフ（刃体の長さ約15センチメートル）でAを殺害する意図のもと、客室内でAを追い回しながらサバイバルナイフを振り回し、Aの右下腹部を斜めに突き刺した……。」

→ 計画どおり、乙がサバイバルナイフを用いてAに対して加害行為をしている。

### 4 財布の取得行為

#### 1) 問題設定

甲が客室αから出て、通路に落ちていたAの財布を拾って持ち出した行為について、乙に帰責できるか（共同正犯が成立するか）？

#### 2) 要件①：共謀

\* Aに対する暴行と同様

### 3) 要件②：共謀に基づく実行行為

#### (1) 共謀の射程

「共謀」に加わったからこそ、その内容を実現する行為全部を直接行っていなくとも、全部責任が認められる。

反対に、実行行為者が独自の意思で合意とは異なる行為を行った場合、当該行為ないし結果について、共謀に加わった者に帰責することはできない<sup>30</sup>。

→上記2)の甲乙間の共謀と甲による財布の取得との間に因果性があるのか？

#### (2) 本問の検討

共謀…絵画の取得（詐欺／窃盗）と殺害により代金支払／返還を免れるという利得（2項強盗による強盗殺人）については合意

↓

##### 【共謀の射程内とする事情】

- 甲により暴行を受けて、逃げる際にAは財布を落としたため、合意内容たる暴行がきっかけ
- 被害者がA、侵害法益がAの財産という点で共通
- Aが財布を落としたのは、甲乙間の合意・計画である本件絵画の取得ないしAに対する暴行と時間的場所的に近接した点

##### 【共謀の射程外とする事情】

- Aに対して暴行した時点で甲乙間の計画は完遂されている。
- 甲は、計画を完遂したため客室αを出たところ、たまたまそこに財布が落ちていたため、そこで生活費の足しにしようという動機が生じて、拾った。

---

<sup>30</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018）518～519頁

## V 甲・乙の罪責

### 1 甲の罪責

①窃盗罪／詐欺罪の共同正犯、②強盗殺人未遂罪の共同正犯、③窃盗罪

▷①と②については数個の行為が異なる構成要件に該当

：①と②は、当初から一連のものとして計画されていたこと、本件絵画の取得と返還／代金支払を免れるという点で実質的に保護法益が同一であること、および時間的場所的に近接していることから、包括一罪となる<sup>31</sup>。

▷③との罪数処理

：本件絵画の占有と財布の占有とは異なる法益であること、および当初から計画されたものではなかったことから、①②とは包括一罪とはならず、併合罪となる。

### 2 乙の罪責

①窃盗罪／詐欺罪の共同正犯、②強盗殺人未遂罪の共同正犯

：これらの関係については、甲の罪責のところ記載したものと同様。

#### 【参考文献】

井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）

井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、第3版、2023年）

高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018年）

西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（弘文堂、第8版、2025年）

橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）

山口厚『刑法各論』（有斐閣、第3版、2024年）

佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ 総論』（有斐閣、2020年）

佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅱ 各論』（有斐閣、2020年）

齊藤彰子「刑法『強取』と『窃取』の限界」法教 530号（有斐閣、2024）

以上

---

<sup>31</sup> 昭和61年判例も覚醒剤の取得と砲弾の2つの行為につき包括一罪としている。

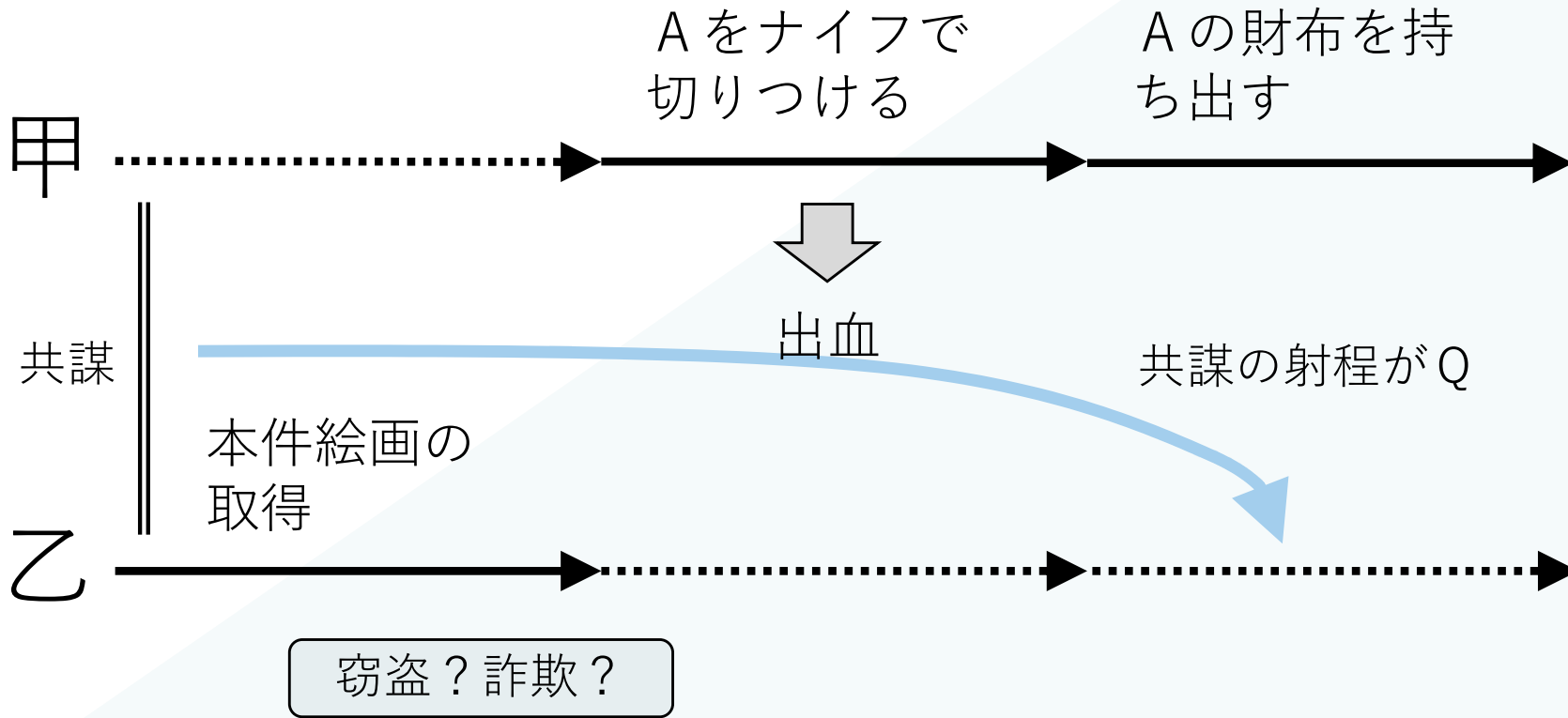
# 問題文の読み方

- **犯罪では？と直感で思う行為にマーク**  
→ 構成要件の検討し忘れを防ぐ
- **問題文を読みながら、“これ問題になるかも”**  
**という既知の論点があれば、とりあえずメモ**  
**しておく**  
→ 論点主義的という批判は想定されるが、刑法は検討事項が多いため、論点落としを防ぐことのほうが大切

- ・ 処分行為の要否
- ・ 殺意がある場合の240適用の可否
- ・ 240の未遂

強盗殺人未遂？

強盗？窃盗？



# 検討の際の頭の中を描いてみると

## 第三十七章 詐欺及び恐喝の罪

(詐欺)

第二百四十六条 人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の拘禁刑に処する。

2 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

(電子計算機使用詐欺)

第二百四十六条の二 前条に規定するもののほか、人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供して、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は、十年以下の拘禁刑に処する。

① 欺罔行為

② 錯誤

③ 財物を交付・財産取得  
…占有が緩んだだけ? (論点)

④ 財産的損害

# 強盗殺人未遂（2項強盗）

## ① 暴行・脅迫（←240「強盗が」）

- ・ 236の暴行・脅迫（程度・主観か客観か）

## ② 財産上不法の利益を得たこと（←240「強盗が」）

- （・ 「不法」が財産に係るか、移転に係るか）
- ・ 相手方の処分行為の要否
- ・ いかなる場合に利益移転といえるか

## ③ 人を負傷させた・死亡させた

- ・ Aは出血
- ・ 故意ある場合に240を適用できるか
- ・ 利得はしたが、殺しきれなかった場合未遂なのか？

## 予備試験答案練習会 刑法Ⅱ 優秀答案①

第1 乙がAから絵画の交付を受け、これを奪った行為について

1 乙の罪責について

(1) まず、詐欺罪（246条1項）が成立するかを検討する。

詐欺罪が成立するためには、相手方の処分行為に基づく「交付」  
5 によって占有移転がなされる必要がある。

確かに、Aは乙に絵画を渡しており、所持の移転は所有の移転に  
直結するものであるから、この時点で占有移転がなされたとも思わ  
れる。しかしながら、Aが同じホテルの別棟で1階連絡通路にて往  
来できる別室に先方がいると認識していたこと、売却価格も決まっ  
10 ておらず先方の現物確認のために乙に絵画を渡したにすぎないこ  
とからすれば、Aは乙又は先方に占有移転する意思はなく、自己の  
管理下に置くことを前提に渡したと考えるべきである。

とすると、Aの処分行為に基づく「交付」によって占有移転がな  
されたとはいえない。よって、詐欺罪（246条1項）は成立しない。

(2) しかしながら、乙は絵画をショルダーバッグに詰め込み、ホテル  
から逃走した行為は、Aの意思に反してその占有を移転させたこと  
になるから「他人の財物を窃取した」（235条）といえ、窃盗罪が成  
立する。

(3) 以上より、乙には窃盗罪（235条）が成立する。

20 2 甲の罪責について

(1) 甲はAの絵画を窃取した行為につき、自ら実行行為をしていない  
が、実行行為を行っていない者であっても60条の根拠である相互  
利用補充関係による共同実行の一体性が認められる以上、「共同し  
て犯罪を実行した」とみることができる。

よって、共同性を基礎づける意思連絡及び正犯性を基礎づける正  
犯意思が認められる場合には、共同正犯となると解する。

(2) 甲と乙とで事前に犯行計画を練っているため、上記犯罪について  
の意思の連絡がある。また、甲は以前からAを疎ましく思っており  
Aの貴重な絵画を奪うことについての主体的な関与もあり、甲に正  
30 犯意思も認められる。

(3) 以上より、甲には窃盗罪（235条）の共同正犯が成立する。

第2 甲が客室αに入室し、ナイフでAを刺した行為について

1 甲の罪責について

(1) まず、甲がAを殺そうとする以前に乙はホテルを後にしており、  
35 この時点では絵画の占有は確保されているため「強取」とは認め  
られず、1項強盗罪（236条1項）は成立しない。

(2) 次に、事後強盗罪（238条）の成立を検討するに、同罪の成立には  
強盗罪（236条1項）との均衡を図るべく、窃盗の機会が必要であ  
るところ、甲がAを殺害しようとした段階では、既に絵画を持った  
乙がホテルを後にしており、Aから容易に発見できなくなっており、  
40 窃盗の機会性を欠く。よって、事後強盗罪（238条）も成立しない。

(3) では、2項強盗罪（236条2項）は成立しないか。

甲は絵画の返還請求権を免れるため、殺害という反抗抑圧に足り  
る「暴行」を行い、上記利益を「得」たといえるから、同罪が成立  
45 する。

なお、同罪の成立に処分行為が必要か問題となるどころ、強盗利

得罪は被害者の意思を抑圧して財産上の利益を強取する犯罪類型であるから処分行為は必要でない。

50 (4)ア そして、強盗である甲が殺意をもってAを刺そうとしたものであるから、強盗殺人罪（240条後段）が成立しうるか。

イ この点、240条後段には「よって」の文言がなく、故意がある場合も含まれる。

55 ウ また240条は強盗の機会において人の殺傷の結果を伴うことが刑事学的に多いことに鑑み、被害者の生命・身体を保護するために特に重く処罰する趣旨と解される。よって、その既遂時期は財物ないし財産上の利益の移転でなく被害者の生命・身体の状態を基準に判断される。

60 エ とすると、Aを殺害する意思で甲はサバイバルナイフでAの右下腹部を刺しており甲に240条後段の適用をしうるが、本問Aは死亡せず受傷したにすぎないので、既遂としての240条後段の適用はなく、未遂としての強盗殺人未遂罪（243条）が成立する。

2 乙の罪責について

Aを殺して絵画を取得する点について意思の連絡と正犯意思が乙にあるので、強盗殺人未遂罪（243条）の共同正犯となる。

65 第3 Aが落とした財布をポケットに入れ持ち出した行為

1 甲の罪責について

70 Aが立ち去った後、甲は財布が落ちていることに気づき、これをポケットに入れホテルから出ている。財布がAの意思によらずに占有を離れているため占有離脱物とも思われ、占有離脱物横領罪（254条）しか成立しないのではとも思われる。しかし、甲の行為に起因している以上、Aの意思に反してその占有を移転させたといえる。また、Aの立ち去り後に気づき、Aに対し新たな反抗抑圧に足る暴行脅迫があったわけではないから「強取」とはいえない。よって、「他人の財物を窃取した」（235条）といえ、窃盗罪が成立する。

75 2 乙の罪責について

乙には甲の上記行為につき意思の連絡等はないので犯罪は成立しない。

第4 罪責について

1 甲の罪責

80 甲には上記の通り①窃盗罪（235条）の共同正犯②強盗殺人未遂罪（243条）③窃盗罪（235条）が成立する。しかし、甲乙の所期の目的は「Aを殺して絵画を奪う」ということにある。よって、①は重い②に包括一罪として吸収されると解する。よって、甲の罪責は強盗殺人未遂罪（243条）と窃盗罪（235条）の併合罪（45条）となる。

85 2 乙の罪責

乙には①窃盗罪（235条）②強盗殺人未遂罪（243条）の共同正犯が成立する。この点も、上記の通り、甲乙の所期の目的は「Aを殺して絵画を奪う」ということにある。よって、①は重い②に包括一罪として吸収されると解する。

90 以上から、乙の罪責は強盗殺人未遂罪（243条）の共同正犯となる。

以上

## 予備試験答案練習会 刑法Ⅱ 優秀答案②

第1 実際には本件絵画を購入する客がいないにもかかわらず客がいると偽り、Aに本件絵画を交付させた行為について、甲と乙に詐欺罪（刑法（以下、法名料略）246条1項）の共同共謀正犯（60条）が成立するか。

5 (1) 相互利用補充関係による共同犯行の一体性が認められる場合には、実行行為を行っていない者であっても共同正犯と見て問題ない。かかる一体性は、①共謀、②一部の者の実行行為、③正犯意思がある場合に認められる。

10 (2) 後述のように、Aを殺害すること及び、Aから絵画を取得することについて、甲が乙へ計画を持ち掛けている。そして、両名は話し合いのうえ、本件絵画の取得計画を共有している。そのため、両名の間に①共謀があり、両名に③正犯意思が認められる。

(3) ②一部の者の実行行為について

15 ア 「人を欺いて」とは、財物の処分行為に向けられた重要な事項を偽ることをいう。そして、処分行為と言えるには、少なくとも被欺罔者が財物の占有の移転の外形を認識している必要がある。Aは、本件絵画を購入する客が別室にいると誤信し、その客に本件絵画を引き渡す意思で本件絵画の占有を乙へ移転している。ホテルの別室は通常施錠できる扉で仕切られているため、Aは、Aのいる客室αとは別空間のAの支配下にない場所へ本件絵画の占有が移転することを認識しているといえる。そして、Aが本件絵画を乙へ引き渡せばその代金を受け取れるという事項は、Aが乙へ貴重な本件絵画を交付するか否かを判断する重要な事項である。したがって、実際には本件絵画を購入する客がいないにもかかわらず客がいると偽り、その客が品物の引渡し先が先履行だと言っているとAへ告げた行為は「人を欺いて」に当たる。

20 イ 乙の欺罔行為により、Aは本件絵画を乙へ引き渡せば代金を手に入れられると錯誤に陥り、本件絵画を乙へ交付するという処分行為をしている。実際には代金が支払われることはないため、Aには損害が発生している。

30 ウ 乙は一連の行為を認識・認容しているため故意（38条1項本文）に欠けるところはない。

エ したがって、②一部の者の実行行為がある。

35 (4) よって、上記行為について甲と乙の詐欺罪の共同正犯（60条）が成立する。

第2 甲がAの腹部をサバイバルナイフで突き刺した行為について、強盗殺人未遂罪（243条、240条後段、236条1項）の共謀共同正犯が成立するか。

40 1. 共謀共同正犯となるかは上述の基準で判断するところ、甲が「強盗」でない場合、②一部の者の実行行為という要件が欠けることになるため、まず、甲が「強盗」であるかが問題となる。

45 この点、強盗罪の「暴行又は脅迫」は財物奪取の手段として行われる必要があるところ、甲がAのいる客室αへ入った先にはすでに、乙が本件絵画をホテル外へ持ち出していた。そのため、この時点ではすでに本件絵画の占有は完全に乙の支配下にあるといる。したがって、甲の行為は財物奪取の手段として行われたといえず「暴行又は脅迫」にあたらぬ。

したがって、「強盗」でないため同罪は成立しない。

2. では、殺人未遂罪（203条、199条）の共謀共同正犯が成立するか。

50 (1) Aの殺害について、甲と乙で計画を立てて共有しているため、①共謀及び③正犯意思は認められる。

(2) ②一部の者の実行行為について

55 ア 人体の深部まで容易に到達する刃体15センチメートルものサバイバルナイフという鋭利な凶器で、腹部という枢要部を突き刺す行為は、人の生命侵害の危険性のある行為である。そのため、同罪の実行行為にあたり「実行に着手し」た（43条本文）といえる。

イ 甲は殺意を持って同行為に及んでおり、故意がある。

60 ウ もっとも、Aには死亡結果は発生していないため「これを遂げなかった」といえ、未遂にとどまる。

エ したがって、②一部の者の実行行為がある。

(3) よって、甲の上記行為にAに対する殺人未遂罪の共同正犯となる。

第3 甲が、Aが通路へ落した財布を広い、甲のポケットへ入れた行為について、窃盗罪（235条）が成立するか。

65 1. 「他人の財物」とは他人の占有する他人の所有物をいう。そして、刑法上の占有は、占有の事実と占有の意思から判断する。

70 かかる財布はAの所有物である。確かに、財布は宿泊者共用の通路というプライベート空間でない場所に落とされているため、Aの占有の事実は認められないとも思える。しかし、宿泊者共用の通路は、通常、従業員か宿泊者という限られた人しか通らない点で、一般の道路や歩道より場所の開放性はない。また、Aは同財布の落ちている客室αと同じホテル棟のフロントにおり、財布を落したことに気付けばすぐに戻れる距離にいる。また、同財布を落としてから間もないと考えられるため時間的にも近接している。そのため、財布にAの占有の事  
75 実及び意思があるといえ、Aの占有が及んでいる。したがって、財布は「他人の財物」である。

80 2. 「窃取した」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の下へ移転することをいう。甲はAの意思に反して、財布を自身のポケットという甲の支配下に置いている。そのため「窃取した」にあたる。

3. 故意に欠けるところはない。また、生活費の足しにしようと考えて拾っているため、不法領得の意思も認められる。

4. したがって、甲の行為に窃盗罪が成立する。

#### 第4 罪責

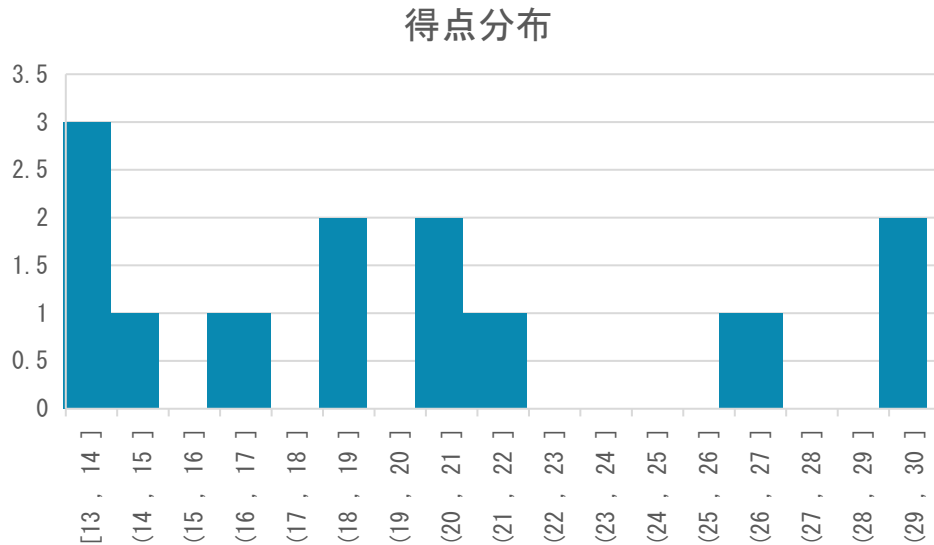
85 甲には①Aに対する殺人未遂罪、②Aに対する詐欺罪、③Aに対する窃盗罪が成立し、すべて併合罪（45条前段）となる。そして、①と②は乙と共同正犯となる。

乙には①Aに対する殺人未遂罪、②Aに対する詐欺罪が成立し、併合罪（45条前段）となる。そして、①と②は甲と共同正犯となる。

90 以上

# 答案練習会 刑法Ⅱ 講評

## 第1 得点分布



最低得点：13点  
最高得点：31点  
平均点：20.077点

## 第2 講評

答案作成、お疲れさまでした。受講生の答案を採点し、全体的にみられた傾向等をまとめます。

まず、罪名選択についてです。絵画の取得行為につき詐欺罪（246条1項）、Aに対しナイフで突き刺した行為につき強盗利得による強盗殺人未遂罪（243条、240条、236条2項）または殺人未遂罪（203条、199条）のいずれかを検討している答案が多くありました。本問の出題意図は講義で述べたとおりですが、問題文の事実が曖昧なこともあるため、今回、殺人未遂罪の検討をした受講生も、そのことゆえに気にする必要はありません。答練の性質上、2項強盗で論じた方が得点がしやすくなるという制約はありますが、本問を通じて、それぞれの罪名の構成要件及び重要な論点についておさらいができれば十分です。

次に、答案を採点・添削し、気になった点についてです。点数が伸び悩んだ答案の多くに共通して見られたのが、①実行行為者、正犯者と共謀にのみ関与した者、共犯者とを区別せずに論じている、②行為者の客観面と主観面を区別せずに論じている、及び③どの要件を検討しているのか不明確である、の3点です。①は、受講生の多くが立つ立場を前提とすると、共犯が成立するためには正犯の実行行為が必要である（⇒共犯の処罰根拠等を復習してください。）ことから、正犯の実行行為について先に論じた方が共犯については論じやすい事案が多いです。つまり、「実行行為者又は正犯者」と「共謀にのみ関与した者又は共犯者」とで項目を分け、前

者を先に論じると論じやすいことが多いです。②は、例えば共謀の成否と故意を混同しているものなどがありました。③は、条文上の要件 (e.g. 窃盗罪 (235条) の場合、㉑「他人の財物」と㉒「窃取」。主観は省略。) → 意義・論点 (e.g. ㉑犯人以外の者が所有する財物、㉒占有者の意思に反して占有を移転させること) → あてはめ (e.g. 万引き事例において、【事実】会計前に店舗外に持ち出す行為は、【評価】会計してはじめて商品を店舗外に持ち出すことを認めるという店の商品管理を妨げる行為であり、店の管理権限を侵害するから、店の意思に反する占有移転といえ、【結論】窃取に当たる。) という構成を意識してください。確かに、厳密にこのような3段階に分けずにコンパクトに論じる方法も本番では答案戦略的に考え得るところではありますが、事実と評価を区別できるようになるまでは上記の構成を徹底するようにするのが良いと思います。

試験対策として出回っている教材の参考答案とされるものの多くは比較的ナンバリングが整っているため、そのような教材で全体の構成を参考にしつつ (参考答案を参照する際に、どのように問題文をよみ、条文にたどりつき、要件を抽出すれば、その構成になるのかを考えてみてください。)、実際に受験生が作成した答案があればそれも参照し、現実的にどこまで書けるのかを考えてみてください。