

1 【刑事系科目】令和1年

2

3 【第1問】(配点：100)

4 以下の【事例1】から【事例3】までを読んで、後記〔設問1〕から〔設問3〕までについて、
5 答えなさい。

6

7 【事例1】

8 甲(男性、25歳)は、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の
9 預金を無断で引き出して現金を得ようと考え、某日、金融庁職員に成りすまして、見ず知らずの
10 A(女性、80歳)方に電話をかけ、応じたAに対し、「あなたの預金口座が不正引き出しの被
11 害に遭っています。うちの職員がお宅に行くのでキャッシュカードを確認させてください。」と告
12 げ、Aの住所及びA名義の預金口座の開設先を聞き出した。

13 同日、甲は、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒(以下「ダミー
14 封筒」という。)と、それと同種の空の封筒をあらかじめ用意してA方を訪問し、その玄関先で、
15 Aに対し、「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預
16 かりする可能性があるため、念のため、暗証番号を書いたメモも同封してください。」と言った。
17 Aは、それを信用し、B銀行に開設されたA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座
18 の暗証番号を記載したメモ紙(以下「本件キャッシュカード等」という。)を甲に手渡し、甲は、
19 本件キャッシュカード等をAが見ている前で空の封筒内に入れた。その際、甲は、Aに対し、「こ
20 の封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください。」と申し向け、Aが玄関近くの居間に印鑑
21 を取りに行っている隙に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、本件
22 キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた。Aが印鑑
23 を持って玄関先に戻って来ると、甲は、ダミー封筒をAに示し、その口を閉じて封印をさせた上
24 でAに手渡し、「後日、こちらから連絡があるまで絶対に開封せずに保管しておいてください。」
25 と言いつつ、本件キャッシュカード等が入った封筒をそのままA方から持ち去った。

26 その数時間後、甲の一連の行動を不審に感じたAが前記事情を警察に相談したことから、甲の
27 犯行が発覚し、警察から要請を受けたB銀行は、同日中に前記口座を凍結(取引停止措置)する
28 ことに応じた。

29 翌日、甲は、自宅近くのコンビニエンスストアに行き、同店内に設置されていた現金自動預払
30 機(以下「ATM」という。)に前記キャッシュカードを挿入して現金を引き出そうとしたが、既
31 に前記口座が凍結されていたため、引き出しができなかった。

32

33 【設問1】 【事例1】における甲のAに対する罪責について、論じなさい(住居侵入罪及び特
34 別法違反の点は除く)。

35

36 【事例2】(【事例1】の事実が続いて、以下の事実があったものとする。)

37 甲は、現金の引き出しができなかったため、ATMの前で携帯電話を使ってA方に電話をかけ
38 てAと会話していた。同店内において、そのやり取りを聞いていた店員C(男性、20歳)は、
39 不審に思い、電話を切ってそそくさと立ち去ろうとする甲に対し、甲が肩から掛けていたショル
40 ダーバッグを手でつかんで声をかけた。甲は、不正に現金を引き出そうとしたことで警察に突き
41 出されるのではないかと思い、Cによる逮捕を免れるため、Cに対し、「引っ込んでろ。その手を
42 離せ。」と言ったが、Cは、甲のショルダーバッグをつかんだまま、甲が店外に出られないように
43 引き止めていた。

44 その頃、同店に買物に来た乙(男性、25歳)は、一緒に万引きをしたことのあった友人甲が
45 店員のCともめている様子を見て、甲が同店の商品をショルダーバッグ内に盗み入れてCからと

46 がめられているのだらうと思ひ、甲に対し、「またやったのか。」と尋ねた。甲は、自分が万引き
47 をしたと乙が勘違いしていることに気付きつつ、自分がこの場から逃げるために乙がCの反抗を
48 抑圧してくれることを期待して、乙に対し、うなずき返して、「こいつをなんとかしてくれ。」と
49 言った。乙は、甲がショルダーバッグ内の商品を取り返されないようにしてやるため、Cに向か
50 かってナイフ（刃体の長さ約10センチメートル）を示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言ひ、
51 それによつてCが甲のショルダーバッグから手を離して後ずさりした隙に、甲と乙は、同店から
52 立ち去つた。

53

54 **【設問2】** **【事例1】**において甲が現金を引き出そうとした行為に窃盗未遂罪が成立すること
55 を前提として、**【事例2】**における乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

56 なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自らの見解（①及び②で記載した
57 立場に限られない）を根拠とともに示すこと。

58 ① 乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

59 ② 乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

60

61 **【事例3】**（**【事例1】**の事実に続けて、**【事例2】**の事実ではなく、以下の事実があつたものとする。）

62
63 甲は、現金の引き出しができなかつたため、同店の売上金を奪おうと考え、同店内において、
64 レジカウンター内に一人でいた同店経営者D（男性、50歳）に対し、レジカウンターを挟んで
65 向かい合つた状態で、ナイフ（刃体の長さ約10センチメートル）をちらつかせながら、「金
66 を出せ。」と言つて、レジ内の現金を出すよう要求した。それに対し、Dが「それはできない。」
67 と言つて甲の要求に応じずにいたところ、甲は、「本当に刺すぞ。」と怒鳴り、レジカウンター
68 に身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したが、それでも、Dは甲の要求に応じる
69 素振りさえ見せなかつた。

70 同店に客として来ておりそのやり取りを目撃していた丙（女性、30歳）は、Dを助けるため、
71 間近に陳列されていたボトルワインを手に取り、甲に向かってカ一杯投げ付けた。ところが、
72 狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dは、加療約3週間を要する頭部裂傷の
73 傷害を負つた。なお、ボトルワインを投げ付ける行為は、丙が採り得る唯一の手段であつた。

74

75 **【設問3】** **【事例3】**において、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするには、
76 どのような理論上の説明が考えられるか、各々の説明の難点はどこかについて、論じなさい。

第1. 採点方針

本問では、具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成、丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明やその難点を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実には法規範を適用する能力、論点を対立する複数の立場から検討する能力、結論の妥当性やその結論に至るまでの法的思考過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。(採点実感)

いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。(採点実感)

第2. 設問1

本問は、設問1で、甲が、Aから受け取ったA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）在中の封筒を、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）にすり替えて取得した行為について、窃盗罪若しくは詐欺罪の成否を検討させ…るものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。（出題の趣旨）

1. 窃盗罪と詐欺罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる場面を的確に指摘した上で、「欺く」や「窃取する」について正確な意義を示しながら、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるのかを丁寧に論じる

設問1では、事例1における甲の罪責について、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるどころ、それが問題となるのが、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で、本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち、上記場面において、本件キャッシュカード等の占有の移転があったと認められるか、それとも占有の弛緩があったにすぎないかについて、Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や、同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位置関係、本件キャッシュカード等在中の封筒の大きさ、更にその時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要があった。そのため、処分行為の有無が上記場面において問題となることを的確に指摘し、本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答えは高い評価を受けた。

上記検討を踏まえ、甲の罪責、つまり、窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが、その中で、「窃取する」や「欺く」といった実行行為については、正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるかを丁寧に論じることが求められていた。（採点実感）

2. 詐欺罪

(1) 処分行為の有無

本問では、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる。具体的には、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面が問題となることを的確に指摘した上で、処分行為

の意義を示し、本事案における当てはめを行う必要がある。(出題の趣旨)

詐欺罪の成立には、被欺罔者による財産(財物・財産上の利益)の処分行為、すなわち、被欺罔者による財物・財産上の利益を相手方に移転させる行為が必要である。処分行為には、詐欺罪と窃盗罪の区別機能(財産上の利益が客体である場合には、2項詐欺罪と不可罰な利益窃盗との区別機能)と、利益移転を確認するための因果的契機(錯誤と損害の因果関係)としての機能がある。

高橋各論 307 頁

ア. 処分行為の客観面

本事案において、処分行為の客観面として、Aが印鑑を取りに行くに当たり甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先は、Aの場所的支配領域内であると認められる上、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることなどの事情を踏まえ、甲に対する本件キャッシュカード等の占有の移転があると認められるか、それとも占有の弛緩にすぎないかを検討することになる。(出題の趣旨)

処分行為は、被欺罔者の錯誤に基づくものであることに加え、それ自体が直接に占有を移転させるものである必要がある。占有状態を不安定にするとどまる行為、すなわち占有を弛緩させるにとどまる行為は、占有移転のために別途行為が必要となるから、処分行為とはえない。

高橋各論 307 頁

イ. 処分行為の主観面

また、処分行為の主観面(処分意思)について見ると、Aとしては、飽くまで、玄関近くの居間に印鑑を取りに行き、すぐに玄関に戻ってくるつもりであった上、本件キャッシュカード等が入った封筒については、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりであったことなどの事情を踏まえ、処分意思(占有の終局的移転についての認識)の有無を検討することになる。(出題の趣旨)

被欺罔者が欺罔者による持ち去りを認容しているような不作為による処分行為であってもよいと解されているため、行為の客観面だけで処分行為の存否を判断することは困難であるから、被欺罔者の認識という主観面によって、処分行為の存否が決定される。このように、処分行為が認められるためには、被欺罔者の処分意思が必要であり、具体的には、被欺罔者の意思に基づく占有の終局的移転が必要である。

高橋各論 307～308 頁

(2) 客観的構成要件要素

本事案で、Aによる処分行為があると認めた場合には、詐欺罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「財物」、「欺罔行為」、「処分行為」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。(出題の趣旨)

ア. 財物(客体)

本事例は、キャッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、それらの財物性には触れず、キャッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い

戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における客体の捉え方が適切とは言えない答案もあった。(採点実感)

イ. 欺罔行為・処分行為

「欺罔行為」については、処分行為との関係性を踏まえた正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があるところ、前記のとおり、本事案における処分行為に向けられた欺罔行為としては、甲が、本件キャッシュカード等を所持した状態で、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせた行為と捉えるべきであり、その点を踏まえた当てはめをする必要がある。(出題の趣旨)

(3) 主観的構成要件要素

- ・主観的構成要件要素のうち、故意については、甲が、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせ、それによりAをして本件キャッシュカード等の占有を甲の支配下に移させていることについての認識、認容があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。(出題の趣旨)
- ・故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案が多く、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。(採点実感)

(4) 採点実感

- ・本設問では、前述のとおり、処分行為の有無を踏まえ、甲の行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかの検討が求められていたが、かかる問題意識を欠き、窃盗罪又は詐欺罪の構成要件該当性の検討のみに終始するものが相当数あった。また、どの場面の、どの時点の行為を処分行為として取り上げているのかが不明確な答案や、Aが甲に封筒を渡したことを安易に処分行為と捉える答案が散見された。
- ・詐欺罪については、欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申し向けたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答案が少なからずあった。かかる答案の相当数が、欺罔行為(実行行為)を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立としていた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。
- ・処分行為の有無を認定するに当たり、事例中にある事実関係を具体的かつ丁寧に当てはめて結論を導いていた答案は少数であったが、4で後述するとおり、判例等を学習する際には、前提となっている具体的な事実関係を理解し、当該事実が規範との関係でどのような意味を持つかなどを意識することが求められる。

・預金の引き出し行為をもって、事例1全体における窃盗罪あるいは詐欺罪の既遂と捉えている答案も見られた。

3. 窃盗罪

Aの処分行為がない（そもそも処分行為に向けられた欺罔行為がないということになる。）と認めた場合には、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「他人の財物」、「窃取」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。（出題の趣旨）

(1) 「他人の財物」

「他人の財物」については、特に、キャッシュカード及び暗証番号を記載したメモ紙の財物性について、客観的な経済的価値などを踏まえ検討する必要がある。（出題の趣旨）

(2) 「窃取」

「窃取」については、意義を示した上で、実行行為や既遂時期について具体的に論じる必要がある。（出題の趣旨）

(3) 主観的構成要件要素

主観的構成要件要素として、窃盗罪の故意及び不法領得の意思について検討する必要があるところ、甲が、Aが不在の際に自ら本件キャッシュカード等をダミー封筒とすり替えて自己のショルダーバッグ内に隠し入れていることや、元々の計画として、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手し、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え本件行為に及んでいることなどから、故意及び不法領得の意思があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。（出題の趣旨）

4. 甲が本件キャッシュカードを使用して ATM から現金を引き出そうとした行為についての窃盗未遂罪の成否

- ・甲が本件キャッシュカードを使用してATMから現金を引き出そうとした行為は、ATMを管理する金融機関の占有を侵害するものであり、Aに対する罪責とはならないことから、この点は論ずるべきではない。（出題の趣旨）
- ・問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出そうとした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あった。同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。（採点実感）

第3. 設問2

- 本問は、…設問2で、乙が、甲が窃盗を行ったと認識しながら、店員Cに財物を取り戻されることを防ぐため、甲との間でCの反抗を抑圧することを共謀した上、Cに対してナイフを示して脅した行為について、事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の各理論構成を検討させた上、自説の立場を示させ…るものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。(出題の趣旨)
- 本問では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、根拠とともに自説を論じる必要があるが、この点、事後強盗罪の構造を身分犯と解するか、結合犯と解するかが関わることになる。(出題の趣旨)

1. 試験対策としておさえておくべき学説対立

事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説が対立しており、身分犯説の内部では真正身分犯説と不真正身分犯説が対立している。

65条1項・2項の関係について、判例は、同条1項は真正身分犯の成立・科刑における身分の連帯的作用を定めており、同条2項は不真正身分犯の成立・科刑における身分の個別的作用を定めていると解している。そうすると、窃盗犯との共謀により238条所定の目的に基づく暴行・脅迫だけを行った後行者については、真正身分犯説からは、同条1項の適用により、事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。これに対し、不真正身分犯説からは、同条2項の適用により、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

結合犯に立つ場合、暴行・脅迫のみならず窃盗行為も事後強盗罪の実行行為を構成することになるため、後行者は本罪の実行行為の途中から関与したことになるから、後行者についての共同正犯の成立範囲は、承継的共同正犯の成否により画されることになる。承継的共同正犯全面肯定説からは、事後強盗罪の共同正犯が成立する。承継的共同正犯全面否定説からは、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。中間説からは、いずれの帰結もあり得る。

2. ①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場

(1) 真正身分犯説からの説明

a. 事後強盗罪を窃盗犯人であることを身分とする真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、第2項は不真正身分犯について身分の個別作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

ア. まず、事後強盗罪の実行の着手(43条本文)が暴行・脅迫の開始時に求

められることからすれば、本罪の実行行為は暴行・脅迫のみであり、「窃盗が」は本罪の実行行為の主体たる身分を意味していると解することができる（身分犯説）。

イ. 次に、窃盗犯人という身分のない者が暴行・脅迫を行っても暴行罪・脅迫罪しか成立しないのに、窃盗犯人という身分を有する者が暴行・脅迫を行うと事後強盗罪という重い犯罪が成立することに着目し、事後強盗罪について「窃盗」を加減的身分とする暴行罪・脅迫罪の加重類型であると解する見解もある（不真正身分犯説）。

基本刑法Ⅱ200～201頁

しかし、身体の安全を保護法益とする暴行罪・意思決定の自由を保護法益とする脅迫罪と財産犯である事後強盗罪の間に基本類型・加重類型という関係を認めることは困難である。

そこで、事後強盗罪は、「窃盗」を構成的身分とする真正身分犯であると解すべきである（真正身分犯説）。

ウ. そして、65条1項は真正身分犯の成立と科刑における身分の連帯的作用を定め、同条2項は不真正身分犯の成立と科刑における身分の個別的作用を規定したものであると解される。これが、各項の文理に忠実な解釈である。

最判 S31.5.24、基本刑法Ⅰ355頁

エ. さらに、非身分者も身分者の行為に加功することで身分犯の保護法益の侵害を実現することができるから、65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれると解する。

大判 M44.10.9

基本刑法Ⅰ355頁

オ. そうすると、構成的身分である「窃盗」が先行者・後行者間で連帯することにより（65条1項）、「窃盗」という身分を有しない後行者にも事後強盗罪の共同正犯の成立が認められる。

（2）不真正身分犯説からの説明

b.事後強盗罪を不真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共犯の成立を、第2項は不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する（第2項により科刑は脅迫罪）との説明…が考えられる。（出題の趣旨）

事後強盗罪に関する身分犯説には、前記（1）の通り、不真正身分犯説もある。

基本刑法Ⅰ356頁、高橋総論490頁

そして、65条1項・2項の関係については、判例と異なり、65条1項は真正身分犯・不真正身分犯の双方における共犯の成立を定め、同条2項は特に不真正身分の科刑の個別的作用を定めたものであると解する見解もある。

この2つの見解を前提にすると、「窃盗」という不真正身分を欠く後行者には、65条1項の適用により事後強盗罪の共同正犯が成立し、同条2項の適用により暴行罪又は脅迫罪の刑が科されるという帰結になる。

65条1項・2項の関係についての（2）の見解に対しては、犯罪の成立（罪名）と科刑が分離する点で妥当でないとの批判がある。

(3) 結合犯説＋承継的共同正犯全面肯定説

c.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に肯定することにより、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明…等が考えられる。(出題の趣旨)

ア. 本罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産であるから、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきではない。

また、本罪の未遂・既遂が窃盗の既遂・未遂を基準として決せられることからしても、本罪の財産犯性を基礎づけている窃盗も同罪の実行行為の一部であると解すべきである。

さらに、窃盗行為は事後に暴行・脅迫が行われることにより結果的に本罪の実行行為になると理解すれば、すべての窃盗行為が本罪の実行行為になってしまうという問題にも対処できる。

そこで、事後強盗罪は窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であると解する(結合犯説)。

イ. そうすると、窃盗後に共同加功した後行者(被窃盗犯人)は事後強盗罪の実行行為の途中から関与したことになるから、同人に本罪の共同正犯が成立するためには承継的共同正犯の成立が認められる必要がある。

そして、同一の犯罪についてのみ共同正犯の成立を認める完全犯罪共同説の立場からは、後行者には先行者がすでにした行為をも含めてその犯罪全体についての共同正犯が成立すると解される(全面肯定説)。

結合犯説と承継的共同正犯全面肯定説を前提にすると、後行者には事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。

ウ. なお、承継的共同正犯については、全面肯定説・全面否定説のほか、中間説がある。中間説のうち、後行者が、先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない)の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解からも、事後強盗罪の共同正犯の成立が認められる余地がある。もっとも、本事例では、甲の窃盗は未遂にとどまっているため、先行者(甲)の行為を自己(乙)の犯罪遂行の手段として積極的に利用したとはいえないと考えて、事後強盗罪の共同正犯の成立を否定することも可能である。

ローブラ 272 頁

基本刑法Ⅱ 201 頁

ローブラ 272 頁

高橋総論 461 頁、新判例 115 頁

佐伯 380 頁・386 頁

出題の趣旨(解説 10 頁・3 (3))

3. ②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からの説明

(1) 不真正身分犯説からの説明

d.事後強盗罪を窃盗犯人であることを加重身分とする不真正身分犯と捉え、刑法第65条の解釈について、前記aと同様に解し、第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

事後強盗罪の構造について不真正身分説に立ち、かつ、65条1項・2項の関係については前記2(1)ウで紹介した判例の見解に立つと、「窃盗」という不真正身分を有しない後行者には、同条2項の適用により、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するととどまる。

(2) 65条1項2項について違法身分と責任身分により区別する見解からの説明

e.事後強盗罪について、窃盗犯人が財物の取り戻しを防ぐ目的の場合には違法身分として刑法第65条第1項を適用し、それ以外の刑法第238条所定の目的の場合には、責任身分として同条第2項を適用するとの考えに立った上、本件では、乙の主観面は財物の取り戻し目的であるものの、客観的には甲による窃盗は未遂であり、違法身分の前提を欠いているため、刑法第65条第1項の適用がなく、同条第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

65条1項・2項の関係については、判例・通説のように真正身分犯か不真正身分犯かといった形式的な区別によって非身分者の取り扱いを異にすることには合理性がないとして、65条1項は犯罪の成立と科刑における違法身分の連帯的作用を定め、同条2項は犯罪の成立と科刑における責任身分の個別的作用を規定したものであると解する見解もある。違法身分とは、違法性とりわけ法益侵害に関係する身分であり、責任身分とは、責任すなわち非難可能性の有無・程度に関係する身分である。

この見解を前提として、事後強盗罪については、窃盗犯人が財物の取り戻しを防ぐ目的の場合には違法身分として65条1項が適用され、それ以外の238条所定の目的の場合には責任身分として65条2項が適用されると考えると、本事例では、乙の主観面は財物の取り戻し目的であるものの、客観的には甲による窃盗は未遂であり、違法身分の前提を欠いているため、65条1項の適用はなく、65条2項の適用により、脅迫罪の共同正犯が成立することになる。

基本刑法1 363頁

(3) 結合犯説からの説明

ア. 承継的共同正犯全面否定説

f.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に否定することにより、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明…が考えられる。(出題の趣旨)

(ア) 結合犯説からは、暴行・脅迫のみならず窃盗行為も事後強盗罪の実行行為を構成することになるため、後行者は本罪の実行行為の途中から関与したことになるから、後行者についての共同正犯の成立範囲は、承継的共同正犯の成否により画されることになる。

(イ) 承継的共同正犯については、完全犯罪共同説の立場から、全面肯定説を採用する考えもある。

高橋総論 461頁、新判例 115頁

佐伯 380頁・386頁

佐伯 386頁、新判例 115頁

しかし、構成要件が重なり合う限度で共同正犯の成立を認める部分的犯罪共同説からは、共同正犯者間で罪名を完全に一致させるという制約がないから、承継的共同正犯の肯否は共同正犯の処罰根拠から考えればよい。

そして、共同正犯の処罰根拠を因果性に求める因果共犯論からは、因果関係が加功前(過去)に遡ることはあり得ない以上、全面肯定説は採り得ない。

新判例 107頁

因果共犯論からは、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、これが認められるためには構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であるから、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する見解もある（全面否定説）。

承継的共同正犯全面否定説からは、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯の成立が認められるにとどまる。

イ. 承継的共同正犯の中間説

g. 事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯について、後行者が先行者の行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合において、その範囲で、後行者も先行者が行ったことを承継するなどの考えに立って、本事案では、甲の窃盗は未遂にとどまっており、先行者（甲）の行為を自己（乙）の犯罪手段として積極的に利用したとはいえないなどと考え、乙は甲の行為等を承継せず、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明等が考えられる。（出題の趣旨）

承継的共同正犯の中間説には、2つの見解がある。

一つ目は、後行者が、先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない）の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解である。この見解からは、後行者の共謀加功前に先行者の窃盗が既遂に達している事例であれば、事後強盗罪の共同正犯の成立余地があるが、先行者（甲）の窃盗が未遂にとどまっている本事例では、後行者（乙）が先行者（甲）の行為を自己（乙）の犯罪遂行の手段として積極的に利用したとはいえないから、承継的共同正犯の成立は認められず、脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

大阪高判 S62.7.10

二つ目は、共同正犯の処罰根拠である因果性を構成要件的结果に対する因果性と理解した上で、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件的结果に対して因果性を有する限りで承継的共同正犯の成立を認める見解である。そして、結合犯説からは事後強盗罪では窃盗行為と暴行・脅迫が共に法益侵害の内容をなしていると解されるところ、後行者が共謀及びこれに基づく暴行・脅迫により関与前の先行者による窃盗の法益侵害に対して因果性を及ぼすことはできないから、因果性を基準とする中間説からは、事後強盗罪の承継的共同正犯の成立は認められず、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯の成立が認められるにとどまる。

最決 H24.11.6・百182

4. 自説

(1) 自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとする場合

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとする場合、自説とする前記 a～c 等の見解を採る根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「窃盗」、「窃盗の機会」、「脅迫」を、主観的構成要件要素

として故意及び目的を、さらに、甲乙間の共謀を、それぞれ検討する必要がある。「窃盗」については、未遂犯も含むことを端的に指摘する必要がある、また、「脅迫」については、判例において、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものかという客観的基準によって判断されるところ、乙は、店員Cにナイフを示しながら、「ぶっ殺すぞ。」と申し向けており、前記基準による脅迫に該当すると判断されることを具体的に示す必要がある。そして、故意や共謀については、甲による窃盗の内容や、窃盗が既遂か未遂か、刑法第238条の目的の内容について甲乙間で認識の齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある。(出題の趣旨)

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場を採る場合には、甲と乙の間で、窃盗が既遂か未遂かについての認識や、刑法第238条の掲げる「目的」の内容に齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある、かかる検討ができていた答案は高い評価であった。(採点実感)

(2) 自説として脅迫罪の共同正犯にとどまるとする場合

自説として脅迫罪の共同正犯にとどまるとする場合、自説とする前記d～g等の見解をとる根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「脅迫」を、主観的構成要件要素として故意を、さらに、甲乙間の共謀について、それぞれ検討する必要がある。(出題の趣旨)

5. 採点実感

- ・設問2では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要があった。したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案、すなわち自説の展開ができていない答案については、出題の趣旨に十分に沿わないとの評価になった。(採点実感)
- ・①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、事後強盗罪の構造については、身分犯と解する説(身分犯説)と結合犯と解する説(結合犯説)があり、それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は高い評価であった。他方で、①及び②への言及で両見解に一切触れずに、甲乙間における事後強盗の罪の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明している答案や、両見解の内容を混同して論述していた答案は、低い評価となった。また、自説については、問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから、自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は高い評価であった。

- 本設問で問題となる事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説の対立があるが、そうした対立点を示せている答案は少数であった。ほとんどの答案が身分犯説か結合犯説の一方のみに触れているものであり、さらに、それらの説には一切触れることなく、甲乙間の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明するなど、出題意図の把握が全くできていない答案が少なからずあった。また、身分犯説あるいは結合犯説の具体的内容について一応の説明がなされているものの、各見解の理解が十分ではないと思われる答案が少なからずあった。例えば、事後強盗罪の構造には一切触れずに（結合犯説には一切触れずに）、承継的共同正犯の問題だけを検討している答案や、事後強盗罪を窃盗犯の身分犯としながら、承継的共同正犯の成否を検討している答案、結合犯説を採り、承継的共同正犯の成否を検討した上で、刑法第65条の適用を検討する答案等である。これらは、それぞれの説において、事後強盗罪の実行行為がどのように捉えられているかについての理解が不十分であることによるものと思われる。ほかには、結合犯説に立ち承継的共同正犯の成否について中間説（先行者が既に生じさせた結果は承継しないが、先行者が生じさせた、犯行を容易にする状態、違法結果を左右し得る状態が存在する場合に、後行者がそれを利用して犯罪を実現したときには、後行者も犯罪全体についての責任を負うなどの見解）を採った上で、甲による窃盗（万引き）が未遂であったことに言及することなく、安易に乙による承継を認めた答案が少なからずあったが、かかる答案は、その内容からすると、総じて、論証パターンを無自覚に記述していて、具体的な事実関係に即した当てはめが十分にできていないとの印象を受けた。（採点実感）

第4. 設問3

本問は、…設問3で、丙が、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dに傷害を負わせた行為について、Dの傷害結果に関する刑事責任を負わないとする理論上の説明とその難点を検討させるものであり、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。(出題の趣旨)

1. 傷害罪の客観的構成要件該当性

- 丙は、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインが店舗経営者Dの頭部に直撃し、Dに加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負わせている。本問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わない理論上の説明等を求めていることから、まず、丙がDの傷害結果に関してどのような罪を負い得るかを明らかにする必要があるところ、前記丙の行為は、有形力の行使によりDの生理的機能に障害を与えていることから、傷害罪の客観的構成要件に該当する。その上で、傷害罪の刑事責任を負わないとする理論上の説明及びその難点を検討していく必要がある。(出題の趣旨)
- 本設問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明とその難点を検討させるものであり、まずは、丙の行為がどの犯罪の構成要件に該当するかを検討すべきであった。その検討がなされていない答案が少なからず見られたことから、体系的思考への意識を促しておく。(採点実感)

2. 方法の錯誤

理論上の説明として、まず、方法の錯誤における処理により丙における故意を否定した上で、更に過失もなかったとする説明が考えられる。

(1) 具体的符合説(具体的法定符合説)

具体的符合説(具体的法定符合説)は、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しない限り、故意を阻却とする見解であり、この見解によれば、方法の錯誤の場合には、認識事実と発生事実とが具体的に一致していないことから、故意は阻却されることになる。本事案において、丙は、甲を狙ってボトルワインを投げ付けたところ、その狙いが外れてDに当たっているため、丙が認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しておらず、同見解によれば故意が阻却されることになる。

そして、ボトルワインを投げ付ける行為が、丙の取り得る唯一の手段であり、行為時における丙の心理状態等を踏まえ、丙に結果回避可能性はな

かったなどと考えれば、丙に過失犯（過失傷害罪）も成立しないことになる。また、過失犯について、正当防衛や緊急避難が成立するとの説明も考えられる。もっとも、丙は、甲の間近にDがいることを認識してボトルワインを投げ付け、その結果、ボトルワインがDに直撃しており、丙につき過失犯の成立も否定するのは困難と考えられることから、結局、過失犯の成立可能性を残す点が難点といえる。（出題の趣旨）

まず、構成要件該当事実を構成要件要素のレベルで抽象的に捉えるとしても、法益主体（被害者）の個別性・具体性だけは重要であるため捨象できないから、客観的構成要件該当性は法益主体（被害者）ごとに判断される。例えば、一個の行為で数人を殺害した場合には被害者の数だけ殺人罪の客観的構成要件該当性が認められることになる。にもかかわらず、方法の錯誤の場合における認識事実と実現事実の法定的符合の判断では被害者を抽象化して捉えるというのは、構成要件を基準とする法定的符合説の論理としておかしい。被害者ごとに別個に扱い、それぞれについて故意を問題にするのが、構成要件を基準とする法定的符合説の論理に忠実な立場であるといえる。

次に、犯罪を行う意思さえあれば規範の問題は与えられているといえるから、規範の問題が与えられているかを問題にするのであれば、構成要件の枠を超えて故意の符合を認める抽象的符合説に至るはずであり、構成要件を基準として故意を画する法定的符合説を採用することはできないはずである。

そこで、具体的事実の錯誤の場合、法益主体（被害者）については、認識事実と実現事実とが具体的に符合していなければ、故意が認められないと解する（具体的法定符合説）。

そうすると、傷害罪における方法の錯誤では、認識事実と実現事実が「その人」という具体的なレベルで符合していないため、傷害罪の故意が阻却される。

（2）法定的符合説（抽象的法定符合説）

法定的符合説（抽象的法定符合説）は、行為者が認識した事実と現に発生した事実について、構成要件に該当する事実の具体性ないし個別性は考慮せずに、一定の構成要件の枠内において符合する限りにおいて故意を肯定する見解であり、この見解によれば、本事案において、丙は、「人」である甲を狙ってボトルワインを投げ付け、それが「人」であるDに直撃していることから、Dに対する故意が肯定されることになると考えられる。もっとも、法定的符合説（抽象的法定符合説）を採りつつ、暴行の故意を向ける相手方と相手方から救助すべき者とは、構成要件的评价の観点から見て法的に人として同価値であるとはいえず、故意の符合を認める根拠に欠けるといふ見解に立てば、本事案では、侵害者甲と被侵害者Dとの構成要件的同価値性が否定されるので、丙には、甲に対する暴行の故意が認められても、Dに対する暴行の故意は認められないと解することも可能と考えられる（大阪高判平成14年9月4日）。

しかしそれでも、過失犯の成立可能性は残るため、その点では、丙が刑

山口 221 頁・基本刑法 I 108 頁

山口総論 221 頁・224 頁、佐伯 259 頁

抽象的符合説は、抽象的事実の錯誤に関する学説である（山口総論 218 頁）

事責任を負わないとする理論上の説明としては難ありといえる。また、行為を向けた相手が行為者にとってどのような意味を持つ人であったかを重視するのは、「人」として構成要件的に同価値である限り行為者の主観的な錯誤には重要性を認めないという法定的符合説（抽象的法定符合説）の基本的な考えとも合致しないことになるとも考えられ、その点を難点として指摘することもできる。（出題の趣旨）

故意責任を問うためには、規範の問題が与えられることで反対動機の形成が可能であったことが必要であるところ、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合していれば、行為者としては、同じ構成要件的の評価を受ける事実を認識している以上、故意責任を問うために必要な規範の問題が与えられ、反対動機の形成が可能であったともいえる。

佐伯 258 頁

そこで、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（抽象的法定符合説）。

最判 S53.7.28・百 I 42

もっとも、同説が方法の錯誤により故意が阻却されないとする根拠は、認識客体と侵害客体が同じ「人」であり構成要件的に同価値であるとの考えにある。¹⁾

大阪高判 H14.9.4・百 I 28

そうすると、正当防衛の根拠を法益欠如に求めるならば、正当防衛行為を行おうとする意思しかない行為者にとって、侵害者とそれ以外の第三者とでは構成要件的に同価値であるとはいえず、認識事実と実現事実の同一構成要件内の符合を認める根拠に欠けるとして、故意が否定されると考えることも可能である。²⁾

新判例 55～56 頁、佐伯 269 頁、大

阪高判 H14.9.4・百 I 28

しかし、上記説明には、抽象的法定符合説と具体的法定符合説の境界を曖昧にするものであるという難点がある。³⁾

3. 違法性阻却事由

(1) 正当防衛

次に、正当防衛により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。本事案において、甲は、Dにナイフをちらつかせながら現金を出すよう要求したものの、Dがそれを拒んだため、レジカウンターに身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したが、それでもDは甲の要求に応じる素振りを見せていない。そのため、甲が要求に応じないDをナイフ

¹⁾ 抽象的法定符合説に対しては、責任主義に反するとの批判もある（基本刑法 I 106 頁）。

²⁾ 大阪高裁平成 14 年判決（大阪高判 H14.9.4・百 I 28）は、①「誤想防衛の一種として」責任故意を阻却するという構成のほか、②構成要件の故意を否定するという構成も示している。②では、抽象的法定符合説が同一構成要件内で認識していなかった客体に対しても故意を認める根拠は、例えば認識していた A と認識していなかった B は同じ「人」であり、構成要件的評価の観点からみて法的に同価値（構成要件的同価値性）であるという考えにあるところ、正当防衛行為を行おうとする意思しかない者にとって、侵害者と侵害者以外の第三者とでは構成要件的評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえないから、認識事実と実現事実の同一構成要件内の符合を認める根拠に欠ける、と解するのである。

³⁾ ローブラ 246 頁では、「違法性阻却事由を…消極的構成要件要素…と位置づける見解（消極的構成要件要素の理論）に立たない限り、こうした事情を考慮することは、法定的符合説の前提に反することになろう」と批判されている。

で刺すという急迫不正の侵害が切迫している状況にあったといえ、ボトルワインを投げ付けた丙の行為は、Dのための防衛行為としてなされたものと考えられる。その上で、丙による防衛行為は、飽くまで甲の侵害に対する防衛行為としてなされており、それが甲との間で正当化される以上、それによって生じた結果も全て正当防衛の範疇に包含され、違法性が阻却されるなどの説明が考えられる。

もっとも、刑法第36条には「不正の侵害に対して」とあり、文言解釈として、侵害に対してのみ防衛行為としての反撃が許されると解すべきと考えれば、防衛行為によって守られるべき者に対する攻撃を正当防衛として正当化することは困難と考えられ、この点が難点といえる。(出題の趣旨)

第三者に対する法益侵害も不正の侵害者に対する防衛行為から生じている以上、正当防衛の問題として捉えるべきだとする見解もある。

しかし、正当防衛における被侵害者の利益の優位性が正対不正という利益衝突状況を根拠とするものであることからすれば、不正な侵害者ではない第三者に対する関係で被侵害者の利益の優位性を認めるべきではない。

したがって、防衛行為の結果が第三者に生じた場合には、第三者に対する関係では「急迫不正の侵害」に「対」してなされた防衛行為は認められず、正当防衛の成立余地はなく、緊急避難の問題として扱われるにとどまる。

(2) 緊急避難

次に、緊急避難により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。正当防衛の説明における急迫不正の侵害の存在と同様に、Dに対する現在の危難が差し迫っていると考えられ、その上で、他人であるDの生命、身体を守るためにボトルワインを投げた行為によって、Dの正当な利益(身体)を侵害した場合であり、また、防衛の意思は同時に避難の意思をも含むと解し、さらに、同行為は丙が採り得る唯一の手段であったことから、補充性及び相当性の要件も充たし、避難行為から生じた害(加療約3週間の傷害)が避けようとした害(生命の侵害、重度の傷害)の程度を超えていないため、法益権衡の要件も充たすことから、緊急避難が成立し、違法性が阻却されるなどの説明が考えられる。

もっとも、本事案では、丙は、Dの生命、重傷害という危難を避けようとして、Dに傷害を負わせているが、この結果は丙が実現しようとしたものではなく、緊急避難と評価できるかという点が難点といえる。また、危難から逃れさせるべきDに傷害を負わせていることから、避難行為がなされたとは言い難いともいえる、この点も難点といえる。(出題の趣旨)

第三者に危険を転嫁したことによって危難を回避したことを根拠に緊急避難の成立可能性を認める見解が有力である。

もっとも、補充性の原則との関係で、第三者の法益侵害以外に現在の危難を回避する方法がないことが必要とされるところ、第三者の法益侵害以外にも現在の危難を回避する方法が存在する場合も多いように思われる。また、

基本刑法 I 182 頁

基本刑法 I 182 頁

基本刑法 I 182 頁、新判例 55 頁

害の均衡も要求される。そうすると、通常は、緊急避難が成立することはないと思われる。

4. 責任の阻却

(1) 誤想防衛

丙は、飽くまでも主観的には、甲による急迫不正の侵害からDを防衛するという正当防衛の認識で反撃行為を行っているのであるから、主観的認識（正当防衛）と客観的事実（正当防衛の要件が充足されていない）との間に齟齬があるといえ、かかる状況は誤想防衛と類似することから、誤想防衛の一種に当たり、故意等が阻却されるなどの説明が考えられる。もっとも、本事案で、Dに対する急迫不正の侵害は現に存在している上、誤想に基づいて防衛行為に出たわけではないため、丙の行為を誤想防衛とみるのは困難と考えられる上、具体的符合説（具体的法定符合説）による処理の場合と同様に、過失犯の成立を否定することは困難と考えられ、そうした点が難点といえる。（出題の趣旨）

防衛行為の結果が第三者に生じた場合、行為者は正当防衛の認識で行為に及んでいるから、誤想防衛の一種と捉えることができる。

そこで、行為者が正当防衛の成立要件を認識している場合には、違法の評価を受ける事実の認識がないために故意非難の可能性（故意非難を向ける主観的事情）を欠くとして、事実の錯誤により責任故意が阻却されると解する。

この見解からは、過失致死傷罪又は重過失致死傷罪の成立余地が残る。

なお、違法性の意識の要否については、①厳格故意説（責任故意の要素として、現実の違法性の意識と違法性阻却事由不存在の認識が必要）、②制限故意説（責任故意の要素として、違法性の意識の可能性と違法性阻却事由不存在の認識が必要）、③制限責任説（責任要素として、違法性の意識の可能性と違法性阻却事由不存在の認識が必要）、④厳格責任説（責任要素として、違法性の意識の可能性が必要であるが、違法性阻却事由不存在の認識は不要）がある。誤想防衛を違法性の錯誤として理解した上で、④厳格責任説を採用する場合、行為者が違法性阻却事由の存在を認識していることを理由に故意責任を否定することはできない。

(2) 期待可能性の欠如

さらに、緊急状況下で丙に期待可能性を認めることが困難であるから、責任が阻却されるとの説明が考えられるが、期待可能性は根拠規定のない超法規的な責任阻却事由である上、その有無の判断基準が明確でないとの難点がある。（出題の趣旨）

5. 採点実感

・設問3は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするための理論上の説明とその難点を検討させるものであったが、重要な理論上の説明がいくつも存在することから、1つの説明のみではなく複数の説明とそれ

大阪高判 H14.9.4・百128

基本刑法 I 183 頁

基本刑法 I 235 頁

新判例 55～56 頁、基本刑法 I 183 頁

らの難点を検討する必要があった。理論上の説明として、方法の錯誤や誤想防衛の処理により故意が阻却されるとの説明が考えられるが、その場合、出題の趣旨で示したように、なお過失犯が成立する余地が残ることを難点として指摘できている答案は高い評価であった。また、本事例は、防衛行為の結果が侵害者以外の者に、しかも無関係の第三者ではなく、被侵害者であるDに生じているという特殊性があり、難点を検討するに当たっては、かかる点を踏まえる必要があったところ、違法性阻却の観点からの説明としては、正当防衛と緊急避難の成立を認めようとする説明を示し、前者については、Dによる「不正の侵害」がないなどの点を、後者については、引き起こされた結果は丙が実現しようとしたものではないなどの点を、難点として示すことができていた答案は高い評価であった。(採点実感)

- ・理論上の説明として、方法の錯誤について具体的(法定)符合説に立って故意の阻却を認めたり、誤想防衛による解決を検討している答案は相当数あったが、過失犯の余地が残ることを難点として指摘できているものは多くはなかった。違法性阻却による説明では、正当防衛については、Dによる「不正の侵害」がないことなど、難点が明らかにあるところ、正当防衛の要件等を長々と検討した結果、時間不足に陥ったためか、他の論じるべき説明や難点に関する論述がないまま終わっている答案も少なからずあった。繰り返しになるが、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別して、手際よく論じる必要がある。また、本事例は、一般的に論じられている、防衛行為の結果が第三者に発生した事案とは異なり、結果が被侵害者に発生しているという特殊性があるが、その点を難点として検討できていた答案は少数であった。(採点実感)

第5. 設問全体に関する採点実感等

- ・本問は、…論じるべき点が多岐にわたるため、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があったが、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、いわゆる論証パターンを書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目についた。また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。(採点実感)
- ・例年指摘している点でもあるが、用語の間違い(方法の錯誤と客体の錯誤等)がある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。(採点実感)

第6. 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

- ・「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。(採点実感)
- ・「良好」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せず適切な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について

一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。(採点実感)

- ・「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記の採点方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。(採点実感)

第7. 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

論点を学習するに当たっては、一つの見解のみならず、他の主要な見解についても、その根拠や難点等に踏み込んで理解することが要請される。論点をそのように多面的に考察することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

例年、取り上げるべき論点の把握が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、取り上げなくてよい論点についてまで長々と論じる答案が目につく。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点について理解を深め、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。(採点実感)

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 甲が A に本件キャッシュカード・メモ紙を手渡させた上、
3 玄関先から居間に印鑑を取りに行かせた行為につき、詐欺罪
4 (刑法 246 条 1 項) が成立しないか。

5 (1) 「欺」罔行為は、人の錯誤に基づく処分行為に向けられた
6 ものでなければならない。そして、行為の客観面だけで処分行
7 為の存否を判断することは困難であるから、処分行為が
8 認められるためには、①行為の客観面として、それ自体が財
9 物の占有を終局的に移転させるものであることに加え、②
10 行為の主観面として、被欺罔者の意思に基づき財物の占有
11 が終局的に移転したことも必要であると解される。

12 (2) 甲は、A 方の玄関先で、A から本件キャッシュカード等を
13 手渡され、これを A が見ている前で空き封筒内に入れ、そ
14 の際、A に対して「この封筒に封印をするために印鑑を持っ
15 てきてください」と申し向け、A に玄関近くの居間に印鑑を
16 取りに行かせている。A 方の玄関先が A の場所的支配領域
17 内であること、A が印鑑を取りに行った居間は玄関の近く
18 あることからすれば、キャッシュカード等在中の封筒がそ
19 の大きさや形状からして折り畳むなどして容易にショルダ
20 ーバッグ内に隠匿できるものであることを踏まえても、甲
21 の上記行為によりキャッシュカード等の占有が A から甲へ
22 と終局的に移転したとはいえない (①)。

23 甲は、金融庁職員に成りすまし、A に対し、「キャッシュ

1 カードを証拠品として保管しておいてください。後日、お預
2 かりする可能性があるのでは」と告げている。そのため、Aは、
3 金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもり
4 だったといえるから、A方内で保管すべき証拠品をまとめ
5 るために一時的に本件キャッシュカード等を甲に手渡す認
6 識しかなかったといえる。しかも、Aは、印鑑を取りに居間
7 に行っただけであるから、すぐに居間から玄関先に戻って
8 くるつもりであった。このことに、(1)で指摘したA方玄
9 関先のAによる支配領域性や玄関先から居間までの距離に
10 ついてAが認識していることも考慮すれば、甲に本件キャ
11 ッシュカード等を手渡したうえで、居間に印鑑を取りに行
12 ったAとしては、自身の行為により本件キャッシュカード
13 等に対する占有を弛緩する認識を有するにとどまり、その
14 占有を終局的に甲に移転する認識までは有しない(②)。

15 そうすると、仮に①を満たしても、②を満たさないため、
16 Aによる処分行為は認められないから、処分行為に向けられ
17 た「欺」罔行為がないとして、1項詐欺罪は成立しない。

18 2. では、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒をA方か
19 ら持ち去った行為には、窃盗罪(235条)が成立しないか。

20 (1)「財物」は、所有権の目的になり得ることに加え、財産的
21 価値を有することを要する。

22 キャッシュカード・暗証番号が記載されたメモ紙は、それ
23 自体として所有権の対象となり得るものであるし、これを

1 利用して預金の預入れ・払戻しを受けられるなどの財産的
2 価値を有するから、「財物」に当たる。

3 (2) 本件キャッシュカード等は A の所有物だから、「他人の財
4 物」ともいえる。

5 (3) 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する他人
6 の占有を排除し、財物を自己又は第三者の事後的支配下に
7 移したことをいう。

8 甲は A 方という A の場所的支配領域内から離脱しており、
9 本件キャッシュカード等在中の封筒がその大きさ・重さ・形
10 状からしてショルダーバッグ内に隠匿するなどして持ち運
11 ぶことが容易であることも考慮すると、甲は A 方から出た
12 時点で、本件キャッシュカード等に対する A の占有を排除
13 して、それを自己の事後的支配下に移したといえる。そして、
14 A には占有を終局的に移転する認識がないのだから、甲によ
15 る占有移転は A の意思に反する。したがって、甲が A 方か
16 ら出た時点で「窃取」が認められる。

17 (4) 窃盗罪の主観的構成要件要素として、故意に加え、権利者
18 排除意思・利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必
19 要であると解される。

20 甲は、本件キャッシュカードとメモを利用して口座内の
21 預金を無断で引き出して現金を得るつもりだったから、故
22 意と権利者排除意思に加え、利用処分意思もある。

23 したがって、窃盗罪が成立する。

1 設問 2

2 1. ①

3 (1) まず、事後強盗罪(238条)の実行の着手(43条本文)が
4 暴行・脅迫の開始時に求められることからすれば、本罪の実
5 行行為は暴行・脅迫のみであり、「窃盗が」は本罪の実行行
6 為の主体たる身分を意味していると解すべきである。

7 (2) 次に、身体の安全・意思決定の自由を保護法益とする暴行
8 罪・脅迫罪と財産犯である事後強盗罪の間に基本類型・加重
9 類型という関係を認めることは困難であるから、事後強盗
10 罪は、不真正身分犯ではなく、「窃盗」を真正身分とする真
11 正身分犯であると解する。

12 (3) そして、65条1項は真正身分犯の成立と科刑における身
13 分の連帯的作用を、同条2項は不真正身分犯の成立と科刑
14 における身分の個別的な作用を規定したものであると解する。
15 これが、各項の文理に忠実な解釈だからである。

16 (4) さらに、非身分者も身分者の行為に加功することで身分犯
17 の保護法益の侵害を実現できるから、65条1項の「共犯」
18 には共同正犯(60条)も含まれると解する。

19 (5) そうすると、乙のように、窃盗との共謀に基づき238条
20 所定の目的に基づく脅迫のみを実行した後行者については、
21 65条1項の適用により真正身分である「窃盗」が先行者・
22 後行者間で連帯することにより(65条1項)、事後強盗罪の
23 共同正犯の成立が認められる。

1 2. ②

2 (1) 事後強盗罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産で

3 あるため、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきで

4 ないから、本罪について窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を

5 実行行為とする結合犯であると解すべきである。

6 (2) そうすると、乙のように窃盗後に共同加功した後行者は、

7 事後強盗罪の実行行為の途中から関与したことになるから、

8 同人に本罪の共同正犯が成立するためには承継的共同正犯

9 の成立が認められる必要がある。

10 ア. 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性に

11 あるから、後行者の共謀及びこれに基づく行為が構成要件

12 的结果に対して因果性を及ぼしたといえる場合には、その

13 限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められると解する。

14 イ. 事後強盗罪を結合犯であると理解すると、窃盗及び暴行・

15 脅迫が共に本罪の法益侵害の内容をなしていることになる。

16 そして、乙は、共謀及びこれに基づく脅迫行為により、自己

17 が関与する前における甲の窃盗未遂による法益侵害に対し

18 て因果性を及ぼすことができない。したがって、承継的共同

19 正犯の成立は認められず、脅迫罪(222条1項)の共同正犯

20 が成立するにとどまる。

21 3. 自らの見解

22 (1) ②(1)で論じたことに加え、事後強盗罪の未遂・既遂が

23 窃盗の既遂・未遂を基準として決せられることからしても、

1 本罪の財産犯性を基礎づけている窃盗も同罪の実行行為の
2 一部であると解すべきである。また、窃盗行為は事後に暴
3 行・脅迫が行われることにより結果的に本罪の実行行為に
4 なる理解すれば、すべての窃盗行為が本罪の実行行為に
5 なってしまうという問題にも対処できる。そこで、事後強盗
6 罪は結合犯であると解すべきである。

7 (2)「共同して犯罪を実行した」というためには、関与者間の
8 共謀とそれに基づく実行行為が必要である。

9 乙は、「こいつをなんとかしてくれ」という甲の申し入れ
10 に応じて、Cに向かってナイフを示しながら「離せ、ぶっ殺
11 すぞ」と言ったのだから、その直前に、Cを「脅迫」するこ
12 とについて了承していたと評価できる。そのため、甲乙間で
13 Cを「脅迫」することについての共謀が成立した。

14 乙は、共謀に基づき、上記言動により、Cに対してその「生
15 命、身体…に対し害を加える旨を告知」することで、Cに対
16 する「脅迫」行為を実行した。

17 (3)そして、2(2)の通り、乙には、承継的共同正犯の成立
18 は認められないから、脅迫罪を「共同して…実行した」とし
19 て、脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

20 設問3

21 1. 丙は、ワインボトルを投げるといふ暴行により、これをDの
22 頭部に直撃させ、Dに加療約3週間を要する頭部裂傷の「傷
23 害」を負わせたのだから、傷害罪(204条)の客観的構成要件

1 1 に該当する。丙の傷害結果に関する刑事責任を否定するため
2 2 の理論上の説明には、3つある。

3 2. 構成要件の故意の阻却

4 丙は、甲に暴行・傷害を加える認識で D を傷害しているか
5 5 ら、方法の錯誤として故意が阻却されないか。

6 (1) 故意責任を問うためには、行為規範の問題が与えられるこ
7 7 とで反対動機が形成可能であったことが必要である。

8 そして、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的
9 9 に符合している限り、同じ構成要件の評価を受ける事実の
10 10 認識を通じて反対動機を形成可能な行為規範の問題が与え
11 11 られていたといえるから、具体的事実の錯誤は故意を阻却
12 12 しないと解する（抽象的法定符合説）。

13 この見解が方法の錯誤により故意が阻却されないとする
14 14 根拠は、認識客体と侵害客体が同じ「人」であり構成要件的
15 15 に同価値であるとの考えにある。

16 そうすると、正当防衛の根拠を法益欠如に求めるならば、
17 17 正当防衛行為を行おうとする意思しかない丙にとって、侵
18 18 害者甲とそれ以外の第三者 D とでは構成要件的に同価値で
19 19 あるとはいえず、認識事実と実現事実の同一構成要件内の
20 20 符合を認める根拠に欠けるとして、故意が否定されると考
21 21 えることも可能である。

22 (2) しかし、上記説明には、抽象的法定符合説と具体的法定
23 23 符合説の境界を曖昧にするという難点がある。

1 3. 正当防衛の成立

2 (1) 確かに、甲が「本当に殺すぞ」と言ってナイフを D の胸
3 元に突き出すなどしていたため、甲による D の生命・身体
4 の安全に対する「急迫不正の侵害」があり、丙は D を「防
5 衛するため」に前記行為に及んでいるため、正当防衛の成立
6 地がある。

7 (2) しかし、正当防衛における被侵害者の利益の優位性が正対
8 不正という利益衝突状況を根拠とするものであることから
9 すれば、防衛行為は「不正の侵害」者に「対して」行われる
10 ことを要すると解すべきである。

11 そうすると、丙の前記行為は、侵害者以外の第三者 D と
12 の関係では、「不正の侵害」者に「対して」行われたとはい
13 えず、正当防衛は成立しない。

14 上記説明には、このような難点がある。

15 4. 責任故意の阻却

16 (1) 防衛行為の結果が第三者に生じた場合、行為者は正当防衛
17 の認識で行為に及んでいるから、誤想防衛の一種と捉える
18 ことができる。そこで、行為者が正当防衛の成立要件を認識
19 している場合には、違法の評価を受ける事実の認識がない
20 ために故意非難の可能性を欠くとして、事実の錯誤により
21 責任故意が阻却されると解する。

22 (2) 上記説明には、違法性の錯誤説と異なり、過失傷害罪(209
23 条)の成立余地があるという難点がある。 以上

[中位答案]

1 設問 1

2 1. 甲が A に本件キャッシュカード・メモ紙を手渡させた行為

3 につき、詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立しないか。

4 (1) 「欺」罔行為は、被欺罔者の意思に基づく財物の終局的移

5 転を内容とする処分行為に向けられていることを要する。

6 (2) 甲は、金融庁職員に成りすまし、A に対し、「キャッシュ

7 カードを証拠品として保管しておいてください。後日、お預

8 かりする可能性があるので」と告げている。そのため、A は、

9 金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもり

10 だったといえるから、A 方内で保管すべき証拠品をまとめ

11 るために一時的に本件キャッシュカード等を甲に手渡す認

12 識しかなかったといえる。そうすると、甲に本件キャッシュ

13 カード等を手渡した A としては、自身の行為により本件キ

14 ャッシュカード等に対する占有を弛緩する認識を有するに

15 とどまり、その占有を終局的に甲に移転する認識までは有

16 しない。したがって、A による処分行為に向けられた「欺」

17 罔行為がないため、1 項詐欺罪は成立しない。

18 2. では、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒を A 方か

19 ら持ち去った行為に窃盗罪（235 条）が成立しないか。

20 (1) 「財物」は財産的価値を要する。キャッシュカード・暗証

21 番号が記載されたメモ紙は、これを利用して預金の払戻し

22 を受けられる等の財産的価値があるから「財物」に当たる。

23 (2) 「窃取」は占有者の意思に反する占有移転を内容とする。

1 甲は、封筒を持って A 方から出た時点で、占有者 A の意
 2 思に反して、本件キャッシュカード等に対する占有を A か
 3 ら自己に移転することで、「他人の財物を窃取」した。

4 (3) 甲には、上記財物を利用した預金の無断引出しによる現金
 5 領得の意思があったのだから、故意に加えて不法領得の意
 6 思もあり、窃盗罪が成立する。

7 設問 2

8 1. ①

9 (1) まず、事後強盗罪は「窃盗」を真正身分とする真正身分犯
 10 であると解する。次に、65 条 1 項は真正身分犯の成立と科
 11 刑における身分の連帯的作用を規定しており、同条項の「共
 12 犯」には共同正犯 (60 条) も含まれると解する。

13 (2) そうすると、乙のように、窃盗未遂犯との共謀に基づき 238
 14 条所定の目的に基づく脅迫のみを実行した後行者には、65
 15 条 1 項の適用により「窃盗」が共謀者間で連帯することによ
 16 り事後強盗未遂罪の共同正犯の成立が認められる。

17 2. ②

18 (1) 事後強盗罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行
 19 為とする結合犯であると解する。

20 (2) そうすると、乙については、事後強盗罪の実行行為の途中
 21 から関与した者として承継的共同正犯の成否が問題となる
 22 から、承継的共同正犯を全面的に否定する見解からは脅迫
 23 罪 (222 条 1 項) の共同正犯が成立するにとどまる。

1 3. 自らの見解

2 (1)「共同して犯罪を実行した」というためには、関与者間の
3 共謀とそれに基づく実行行為が必要である。乙は、「こいつ
4 をなんとかしてくれ」という甲の申し入れに応じて、Cに向
5 かってナイフを示しながら「離せ、ぶっ殺すぞ」と言ったの
6 だから、その直前に、Cを「脅迫」することについて了承し
7 ていたと評価できる。そのため、甲乙間で、少なくともCを
8 「脅迫」することについての共謀が成立した。

9 (2) 事後強盗罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産で
10 あるから、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきで
11 ない。そこで、本罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を
12 実行行為とする結合犯であると解すべきである。

13 乙は、共謀に基づき、前記(1)の言動により、Cに対し
14 てその「生命、身体…に対し害を加える旨を告知」すること
15 で、Cに対する「脅迫」行為を実行した。

16 (3) 他方で、乙は窃盗を実行していないから、承継的共同正犯
17 の成否が問題となる。

18 共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起であ
19 るところ、関与前の事実に対して因果性が遡及することは
20 あり得ないから、承継的共同正犯は全面的に認められない
21 と解すべきである。

22 したがって、乙には、脅迫罪を「共同して…実行した」と
23 して、脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

1 設問 3

- 2 1. 丙はワインボトルを投げるといふ暴行により D に頭部裂傷
3 の「傷害」を負わせたから、傷害罪（204条）の客観的構成要件に該当する。刑事責任否定の説明・難点は以下の通り。
- 5 2. 甲に暴行・傷害を加える認識で D を傷害した丙には方法の
6 錯誤がある。認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合していれば具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解されているが、責任主義の見地より法益主体の抽象化を認めるべきではないから、法益主体について認識事実と実現事実とが具体的に符合していなければ故意が阻却されると解する。そうすると、丙において認識事実と実現事実が「その人」という点で
12 符合していないため故意が阻却される。もっとも、過失傷害罪（209条）の成立余地が残るといふ難点がある。
- 14 3. 甲が「本当に殺すぞ」と言つてナイフを D の胸元に突き出すなどしていたため、甲による D の生命・身体の安全に対する「急迫不正の侵害」があり、丙は D を「防衛するため」に
17 前記行為に及んでいるため、正当防衛の成立地がある。もっとも、防衛行為の結果が侵害者以外の第三者に生じた場合には、
19 正対不正といふ正当防衛状況を欠くため、正当防衛は成立しないはずであるといふ難点がある。
- 21 4. 防衛行為の結果が第三者に生じた場合、誤想防衛の一種と捉
22 えることで責任故意が阻却されると解される。もっとも、過失傷害罪（209条）の成立余地があるといふ難点がある。以上