２０２６年3月１４日

予備令３－８

肢１

形式で判断。実質的には，払えば問題ない。所有権を侵害してないので，横領とならないとも。ただ，支払いが確保できない恐れがある。

会社の財産を保護する必要がある。形式で判断，横領罪。

実際，個別具体的な事情で犯罪の成否がわかれるのは法的安定性から見て問題。

肢２

窃盗罪が成立。アルバイトに委託に伴う占有はない。業務上横領は，窃盗よりも重い点も意識したい。

肢３

横領罪成立。申し入れた段階で，危険性が発生している。横領には未遂がない。

処罰の隙間を埋めるべく犯罪を早めに成立させる方向性。

肢４

横領後の横領。

不可罰的事後行為か。処罰しないと，法益保護が不十分。新たな法益侵害。

抵当権と売却は別。成立

肢５

委託が不法なので，保護に値しないのでは。成立。これを成立させないと法益保護図れない。リスクが少ないかたちで犯罪目的が達成できてしまう。

民法と刑法目的違う。犯罪成立。

予備令３－１１

肢ア

①行為の危険性，②介在事情の寄与度，③介在事情の異常性（予見可能性）

直接の死因，自動車の衝突+V の過失。②介在事情の寄与度大

甲の行為ではない。ただ自動車の運転手に死の責任を帰責するのは難しい。高速道路（信頼の原則等も働く可能性あり）

だれも，死の結果について責任を負わないのは，法益保護との関係で問題。

甲を処罰する必要があり。ただ，自由保障の観点から甲に不意打ちにならないようにしなければならない。

そこで，①③，木刀で多数殴打，行為の危険性はある。これにより V の行為を誘発している，その後の流れで事故が発生しることは異常性が低い。

危険な行為をすれば，相手が逃走することは甲も想定できるだろう。そして，緊急時の被害者の過失から発生した一連の結果も，異常でない，

甲の危険な行為が，その後，事情を誘発して，結果となった（現実化した)。因果を帰責できる。

肢イ

②　直接の死因。V の行為，病院の過失。死の刑事責任を問うのは無理。

①③　包丁での刺突，危険。その後の事情，異常性低い。甲の危険な行為に対する結果が現実化しただけ。因果関係あり。

肢ウ

因果関係ある。行為時に存在した全事情で判断。法的安定性，客観的構成要件要素。

病気なっていた V を蹴ったということになる。因果関係あり。

肢エ

②V の行為　ただ，V に責任問えない。

①③　甲は誘発している，予見可能性もかなりある。現実化しただけ。

本件の場合，甲は口で指示しただけ。ナイフで刺したのとはわけが違う。

だから，甲から見れば，V が勝手にやったという言い分が立つように思われる。

いろいろなファクターを拾って慎重に認定する必要があるだろう。

医学的に根拠のないことを繰り返して指示。

柔道整復師という身分があるものがいっており，全幅の信頼を寄せていたなどの事情が大きいだろう。

行為者と行為の事情をひろう。

肢オ

①②　直接の死因が不明。被告人に有利に考える。甲から見れば，同乗者。
同乗者から見れば甲。

③故意行為，異常性高い。予見可能性小さい。因果関係ない。

令４－１

次の１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものを２個選びなさい。

１．甲は、麻薬であるヘロインの粉末を覚醒剤と誤信して営利目的で輸入した。ヘロインの営利目的輸入罪と覚醒剤の営利目的輸入罪の法定刑は同一であった。この場合、甲には、覚醒剤の営利目的輸入罪が成立する。

２．暴力団組員甲は、配下の組員乙に対し、抗争状態にある暴力団組員Ａとの間でもめごとが起きた場合にはＡを殺害してよいが、実際にＡを殺害するかは乙の判断に任せる旨伝えて拳銃を渡し、乙も了承したところ、乙は、Ａともめたことから、殺意をもってＡを射殺した。甲が乙とＡの間でもめごとが起きることがあり得ると認識していた場合、甲には、殺人罪の故意が認められる。

３．甲は、殺意をもってＡに向けて拳銃を発射したところ、その弾丸がＡを貫通し、その背後にいて甲がその存在を認識していなかったＢにも命中し、その結果、Ａが死亡し、Ｂが重傷を負った。この場合、甲には、Ａに対する殺人罪が成立するが、Ｂに対する殺人未遂罪は成立しない。

４．甲は、乙にＡへの暴行を教唆し、乙もその旨決意し、Ａに暴行を加えて死亡させたが、甲は同教唆の時点でＡが死亡する可能性を予見していなかった。この場合、甲には、傷害致死罪の教唆犯が成立する。

５．甲は、殺意をもってＡの首を絞めたところ、Ａが動かなくなったので、Ａが死亡したものと誤信し、犯行の発覚を防ぐ目的で、Ａを砂浜に運んで放置し、その結果、Ａが砂を吸引して窒息死した。この場合、甲には、殺人罪が成立する。

正解１，３

肢１　×

客観　ヘロインの営利目的輸入罪

主観　覚醒剤の営利目的輸入罪≒ヘロインの営利目的輸入罪

法定刑が同じ場合，ほぼ同じと解釈できる。客観的に行われたヘロインの営利目的輸入罪成立。

肢２　○

条件付認識でも故意あり。規範の問題に直面している，殺人罪の故意が認められる。

肢３　×

法定的付合説。数故意説。A 殺人既遂，B 殺人未遂。

肢４　○

結果的加重犯の成立は基本犯の認識があれば足りる。

客観的に重い結果が発生する危険が高い。結果が発生した段階で重く処罰する趣旨。

肢５　○

客観的には因果関係ある。ただ，認識が違う。そこで，故意が問えるか。

因果関係の認識，必要。認識については，大綱的認識で足りる。

およそ死の結果が発するだろうという認識があって，その通りの結果が発生している。

故意，問題ない。殺人罪成立

令４－２

次の１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合，正しいものはどれか。（解答欄は，［No. ３］）

１．甲は，乙が熟睡していることに乗じてわいせつな行為をしたが，これに気付いて覚醒した乙から抵抗され，わいせつな行為を行う意思を喪失した後，逃走するため，乙に暴行を加えて負傷させた。この場合，甲に準強制わいせつ致傷罪は成立せず，準強制わいせつ罪と傷害罪が成立するにとどまる。

２．甲は，自己の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図を有さず，専ら乙を侮辱して報復するため，乙を脅迫して裸にして写真撮影した。この場合，甲に強制わいせつ罪が成立することはない。

３．甲は，自らが管理する動画配信サイトにわいせつな動画のデータファイルをアップロードし，同サイトを利用した不特定の顧客によるダウンロード操作に応じて，同ファイルを当該顧客のパーソナルコンピュータに自動的に送信させ，同コンピュータに記録，保存させた。この場合，甲にわいせつ電磁的記録等送信頒布罪が成立する。

４．甲は，わいせつな内容を含む書籍を販売したが，その目的は作品の文芸的・思想的価値を社会に主張することであった。この場合，甲にわいせつ文書頒布罪が成立することはない。

５．甲は，日本国外で販売する目的で，日本国内において，わいせつな内容を含む書籍を所持した。この場合，甲にわいせつ文書有償頒布目的所持罪が成立する。

正解　３

１．甲は，乙が熟睡していることに乗じてわいせつな行為をしたが，これに気付いて覚醒した乙から抵抗され，わいせつな行為を行う意思を喪失した後，逃走するため，乙に暴行を加えて負傷させた。この場合，甲に準強制わいせつ致傷罪は成立せず，準強制わいせつ罪と傷害罪が成立するにとどまる。

肢１　×　最決平２０．１．２２〔刑百選Ⅱ－１５第８版〕

強制わいせつ致傷罪が成立する。

準強制わいせつに随伴するもの。一連の機会で発生している。

わいせつ後の暴行の場合も強制わいせつ罪成立。強制的に性的自由が害されていると評価できる。

そして，暴行によって，傷害が発生しているので，強制わいせつ致傷罪成立。

なお，準の場合，強制わいせつ罪が成立しないときに成立する。

２．甲は，自己の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図を有さず，専ら乙を侮辱して報復するため，乙を脅迫して裸にして写真撮影した。この場合，甲に強制わいせつ罪が成立することはない。

肢２　×最判平２９．１１．２９〔刑百選Ⅱ－１４第８版〕

最判昭４５．１．２９は，判例変更

主観が，もっぱら，性的意図を有さず，専ら乙を侮辱して報復するためであっても，性的自由が強制的に害されている。

「わいせつ」にあたるかは，性質上，諸般の社会的事情を考慮するが，主観のみを考慮して一律に犯罪の成立が否定とはならない。

「わいせつ」は，規範的構成要件要素であるので，社会通念に照らし諸般事情を考慮できるが，主観のみを取り上げて一律，否定は解釈上問題である。

３．甲は，自らが管理する動画配信サイトにわいせつな動画のデータファイルをアップロードし，同サイトを利用した不特定の顧客によるダウンロード操作に応じて，同ファイルを当該顧客のパーソナルコンピュータに自動的に送信させ，同コンピュータに記録，保存させた。この場合，甲にわいせつ電磁的記録等送信頒布罪が成立する。

肢３　○　最決平２６．１１．２５〔刑百選Ⅱ－１０１第８版〕

頒布，不特定または多数者の記録媒体上に電磁的記録，その他の記録を存在するに至らしめること。

ダウンロードの操作は，顧客の行為であり，甲の頒布行為はないのではないか。

不都合，法益が保護できない。顧客の行為が介在したとしても，甲の意図したもの。

顧客の行為は送信の契機にすぎない。甲が頒布したといえる。

甲にわいせつ電磁的記録等送信頒布罪が成立

４．甲は，わいせつな内容を含む書籍を販売したが，その目的は作品の文芸的・思想的価値を社会に主張することであった。この場合，甲にわいせつ文書頒布罪が成立することはない。

肢４　×

「わいせつ」にあたるかは，行為者の主観のみならず，社会通念に照らして諸般の事情を総合的に判断。

甲にわいせつ文書頒布罪が成立することはある。このようにしないと，客観的に法益が害されているのに，文芸的・思想的価値といってしまえば，すべて犯罪成立になってしまう。刑法の目的が達成されないこととなり問題である。

５．甲は，日本国外で販売する目的で，日本国内において，わいせつな内容を含む書籍を所持した。この場合，甲にわいせつ文書有償頒布目的所持罪が成立する。

肢５　×

国内の販売目的のみ。社会法益，日本の社会。外国については，保護の対象外。

令４－３

詐欺罪の実行の着手に関する次の【事例】及び【判旨】についての後記アからオまでの各【記述】を検討し，正しい場合には１を，誤っている場合には２を選びなさい。（解答欄は，アからオの順に［No. ４］から［No. ８］）

【事例】

甲及び乙は，既に１００万円の詐欺被害に遭っていたＶに対し，警察官に成り済まして電話し，犯人検挙及び被害回復のために必要と誤信させ，Ｖに預金を払い戻させた上，警察官に成り済ました甲がＶ宅に赴き，捜査に必要であるから現金を預かるとのうそを言ってＶから現金をだまし取ることを計画した（以下「本件計画」という。）。その上で，乙は，本件計画に従ってＶに電話し，捜査に必要であるから預金を全部払い戻してほしいとうそを言い，これを信じたＶが預金を払い戻して帰宅すると，その約１時間後に再び乙がＶに電話し，間もなく警察官がＶ宅に行くとうそを言った。しかし，甲は，Ｖ宅に到着する直前，警察官に逮捕された。

【判旨】

１回目と２回目の電話における各うそ（以下「本件うそ」という。）を述べた行為は，本件計画の一環として行われたものであり，本件うその内容は，本件計画上，Ｖが現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであった。そして，このように段階を踏んでうそを重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件うそには，Ｖに現金の交付を求める行為に直接つながるうそが含まれており，既に１００万円の詐欺被害に遭っていたＶに対し，本件うそを真実であると誤信させることは，Ｖにおいて，間もなくＶ宅を訪問しようとしていた甲の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえ，本件うそを一連のものとしてＶに対して述べた段階において，Ｖに現金の交付を求める文言を述べていないとしても，詐欺罪の実行の着手があったと認められる。

【記述】

ア.【判旨】は，犯罪の実行行為自体ではなく，実行行為に密接で，被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為を開始することによっても未遂罪が成立し得るとする立場と矛盾しない。［No. ４］

イ.【判旨】は，本件うそとその後に予定されたうそを述べる行為全体を詐欺罪の構成要件である「人を欺く行為」と解した上で，一連の実行行為の開始があることから未遂犯の成立を認める立場と矛盾する。［No. ５］

ウ.【判旨】は，実行の着手を判断する際に行為者の犯行計画を考慮する立場を前提としている。［No. ６］

エ.【判旨】は，１回目の電話では実行の着手を認めず，２回目の電話で実行の着手が認められると明示している。［No. ７］

オ.【判旨】は，詐欺罪の実行の着手が認められるためには必ずしも財物交付要求行為が必要ないとの立場を前提としている。［No. ８］

正解　ア１，イ２，ウ１，エ２，オ１

ア.【判旨】は，犯罪の実行行為自体ではなく，実行行為に密接で，被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為を開始することによっても未遂罪が成立し得るとする立場と矛盾しない。［No. ４］

肢ア　○

【判旨】によれば，犯罪の実行行為自体ではなく，実行行為に密接で，被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為を開始することによっても未遂罪が成立し得る。

実際，判旨も「即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえ，本件うそを一連のものとしてＶに対して述べた段階において，Ｖに現金の交付を求める文言を述べていないとしても，詐欺罪の実行の着手があった」と，危険な行為の段階で着手を認

めている。

イ.【判旨】は，本件うそとその後に予定されたうそを述べる行為全体を詐欺罪の構成要件である「人を欺く行為」と解した上で，一連の実行行為の開始があることから未遂犯の成立を認める立場と矛盾する。［No.５］

肢イ　×

本件うそとその後に予定されたうそを述べる行為全体を詐欺罪の構成要件である「人を欺く行為」と取らせると，判旨のように，早い段階で，一連の実行行為の開始があったと評価して，未遂を認めることになる。したがって，矛盾しない。

ウ.【判旨】は，実行の着手を判断する際に行為者の犯行計画を考慮する立場を前提としている。［No.６］

肢ウ　○

犯行計画があることを前提に，一連の行為と評価している。

したがって，実行の着手を考慮する際に，計画を考慮していることうかがえる。

エ.【判旨】は，１回目の電話では実行の着手を認めず，２回目の電話で実行の着手が認められると明示している。［No.７］

肢エ　×

一連の行為を評価している。したがって，２回目で実行の着手が認められるかについて明示していない。

オ.【判旨】は，詐欺罪の実行の着手が認められるためには必ずしも財物交付要求行為が必要ないとの立場を前提としている。［No.８］

肢オ　○

現金の要求行為は不要である。現金を交付する危険性を高めるようなことを言っていれば，詐欺の実行の着手が認められる。

実際，常に現金の要求行為が必要とすると，ない限り危険な行為であっても処罰できず，刑法の目的が達成されない。

令４－４

信用及び業務に対する罪に関する次の１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合，正しいものを２個選びなさい。（解答欄は，［No. ９］，［No. 10］順不同）

１．人の業務に使用する電子計算機に対して不正な指令を入力した場合，その指令の内容が人の業務を妨害するおそれのあるものであれば，当該電子計算機の動作に影響を及ぼしていなくても，電子計算機損壊等業務妨害罪の既遂犯が成立し得る。

２．威力業務妨害罪における「威力」は，客観的にみて被害者の自由意思を制圧するに足りる勢力であればよく，現実に被害者が自由意思を制圧されたことを要しない。

３．偽計業務妨害罪における「偽計」とは，人を欺罔し，あるいは人の錯誤又は不知を利用することをいい，電話料金の支払を免れるための機器を電話回線に取り付けて課金装置の作動を不能にする行為は，これに該当しない。

４．信用毀損罪は，経済的な側面における人の社会的な評価を保護するものであり，同罪における「信用」には，人の支払能力又は支払意思に対する社会的な信頼だけでなく，販売される商品の品質に対する社会的な信頼も含まれる。

５．威力業務妨害罪における「威力」は，被害者の面前で行使される必要があるので，被害者が執務のために日頃使っている机の引き出しに猫の死骸をひそかに入れた場合，後に被害者がこれを発見するに至ったとしても，威力業務妨害罪は成立しない。

正解　２，４

肢１　２３４条の２　２項

未遂罪が成立する。既遂罪は，成立しない。

機械の場合，現実に動く限りは実際に，業務に影響しない。そこもみて，既遂と未遂がわかれている。また，２３４条よりも，２３４条の２の方が，法定重い。

機械が壊れると，事業への影響が大きいことが考えられる。

なお，業務妨害罪の場合，抽象的危険犯

肢２　最判昭２８．１．３０

威力は，客観的に見て，被害者の自由意思を制圧するに足りる勢力で足りる。

抽象的危険犯。相手方の事情で，犯罪が成立しないとするのは，刑法の目的が達成されない。

刑法の目的，社会的相当性を逸脱する行為から法益侵害および法益侵害の危険性の発生を防止すること。

肢３

最決昭５９．４．２７刑百選Ⅱ２５第８版

「偽計」，人を欺罔し，あるいは人の錯誤不知を利用することを予定している。

よって，人への働きかけが予定される。

そこで，機器を電話回線に取り付ける行為は，人への働きかけが一切にないので，「偽計」を用いてにあたらないと思える。

ただ，現実的に，課金装置の作動が不能になって業務が妨害されている。

刑法の目的達成のため処罰する必要がある。人への働きかけがなくても，業務主体の不知を利用しているといえる。偽計にあたる。

参考，実際の弁護人は，偽計業務妨害を否定し，利益窃盗であるとして不可罰を主張した。

肢４

最判平１５．３．１１

経済面における社会的評価が法益。経済的な信用を指す。支払い能力，支払意思に関する社会的信頼のみならず，品質に関する信頼も含む。

経済取引で考えればわかる。買主としてではなく，売主としての信用も保護すされるべき。

肢５最決平４．１１．２７

威力のタイミング，被害者の面前で威力を行使するべきか。

確かに面前で威力を行使した方が，法益侵害の危険性は高い。

しかし，面前に限定してしまうと，法益（業務の円滑な運用）の保護が不十分になる。

ひそかに入れたとして，後に発見するに至っても，威力に当たる。

客観的に見て，被害者の自由な意思を制圧するための行為は行われている。

この場合も威力にあたる。