２０２６年6月２０日

予備令４－１２

遺棄の罪に関する次の【見解】についての後記アからオまでの各【記述】のうち，誤っているものの組合せは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［No.14］）

【見解】

遺棄とは，場所的離隔を生じさせることにより，要扶助者を保護のない状態に置くことをいうところ，遺棄罪（刑法第２１７条）の「遺棄」は，要扶助者を移動させる行為（移置）のみに限られるが，保護責任者遺棄等罪（同法第２１８条）の「遺棄」は，移置のほか，置き去りのように，要扶助者の移動を伴わず，行為者自身が移動することで要扶助者との場所的離隔を生じさせる行為を含む。同罪の「不保護」は，場所的離隔を伴わずに，要扶助者の生存に必要な保護を行わないことをいう。また，同罪の「保護する責任」と不真正不作為犯における作為義務は一致する。

【記述】

ア．この【見解】によれば，保護責任を有しない者が置き去り行為をした場合，刑法第２１７条で処罰することが可能である。

イ．この【見解】に対しては，不真正不作為犯において，作為との同価値性を基礎付ける要件にすぎないはずの作為義務が，加重処罰の要件である保護責任と同視されており，妥当でないとの批判が可能である。

ウ．この【見解】によれば，保護責任を有する者が要扶助者から離れ，要扶助者を保護のない状況に置いた場合，刑法第２１８条で処罰することが可能である。

エ．この【見解】に対しては，隣り合った条文で用いられている同一の文言の解釈が異なることとなり，妥当でないとの批判が可能である。

オ．この【見解】によれば，保護責任を有する者の行為によって要扶助者の生命に対する危険が具体化した場合に限り，刑法第２１８条で処罰することが可能である。

１．ア　エ　２．ア　オ　３．イ　ウ　４．イ　オ　５．ウ　エ

正解　２

肢ア

２１８条は保護責任を構成要件とするので，保護責任を有しない者が「置き去り」行為をした場合，２１８条を適用できない。また，２１７条の「遺棄」は「移置」（作為）をいい，「置き去り」（不作為）を含まない。したがって，２１７条で処罰することはできない。

肢イ

前提，２１７条の遺棄は，作為のみで不作為は含まれない。

不真正不作為犯を処罰できるのは，２１８条の保護責任者遺棄罪のみ。

２１８条の遺棄には不作為の置き去りが含まれる。

不真正不作為の成立要件で，作為と同価値を基礎づける作為義務が，加重要件である保護責任と同視されている点で批判される。

同価値を基礎づけるにすぎないと考えるべきであれば，２１７条遺棄に不作為犯による置き去りも含めてしかるべきである。

不作為犯でも，作為と同価値であれば，処罰するべきであるので，２１７条遺棄が，作為による移置に限るとする必要がない。

肢ウ

保護責任を有する者が要扶助者から離れ，要扶助者を保護のない状況に置いた場合とは，場所的離隔を伴う場合，「置き去り」（不作為），場所的離隔を伴わない場合，不保護となる。

いずれにしても，２１８条で処罰できる。

肢エ

【見解】によると，「遺棄」の概念に関し，２１７条では「移置」，２１８条では「移置」と「置き去り」というように，隣り合った条文で用いられている同一の文言の解釈が異なり，妥当でないと批判できる。

肢オ

法益，生命および身体の安全（大判大 4.5.21）

遺棄も法益を保護の目的に合わせて解釈する。生命に対する危険のみならず，身体の危険であっても，実行行為性はある。

令５－１

次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討し，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. １］から［No. ５］）

ア．甲は，客観的にわいせつ性を有する書籍につき，その内容を確認して理解したものの，この程度では刑法上のわいせつな文書には該当しないと考え，同書籍を多数の者に販売した。この場合，甲にわいせつ物頒布罪は成立しない。［No. １］

イ．甲は，Ａ方前路上に置かれていた自転車を，Ａの所有物と認識して持ち去ったが，実際には同自転車は捨てられた物であり，誰の所有にも占有にも属さないものであった。この場合，甲に遺失物等横領罪が成立する。［No. ２］

ウ．甲は，男性Ａが，酩酊して暴れ回る女性Ｂを介抱するために取り押さえているのを見て，ＡがＢに対し無理矢理わいせつ行為に及ぼうとしていると誤信し，Ｂを助けるため，自己の暴行の内容を認識しつつＡに暴行を加え，傷害を負わせた。甲の暴行の程度が，甲が認識した急迫不正の侵害に対する防衛手段としての相当性を超えていた場合であっても，甲に傷害罪は成立しない。［No. ３］

エ．甲は，乙に対し，Ａ方に侵入して金品を窃取するように唆したところ，乙は，犯行を決意し，Ａ方に侵入しようとしたが，施錠を解錠できず，犯行を断念した。帰路において，乙は，Ｂ方に侵入し，Ｂから金品を強取した。甲の教唆行為と乙のＢ方における住居侵入及び強盗との間に因果関係が認められない場合であっても，甲に住居侵入罪及び窃盗罪の教唆犯が成立する。［No. ４］

オ．甲は，乙が窃取したバッグを，これが盗品かもしれないがそれでも構わないと思って購入した。この場合，甲に盗品等有償譲受け罪が成立する。［No. ５］

正解　ア２，イ２，ウ２，エ２，オ１

肢ア

わいせつ性の故意の問題。規範的構成要件要素について，どの程度の認識があればよいのか。一般人を基準に，意味の認識があれば足りる。規範の問題に直面するから。

肢イ

客観的に，法益侵害がない。遺失物等横領罪の法益，所有権。

したがって，犯罪が成立しない。甲は，Ａの所有物と認識しているが，客観的に法益侵害がない以上，故意は問題にならない。

肢ウ

誤想過剰防衛。他人の場合も成立（前提）。

誤想防衛の場合，責任故意阻却。過剰防衛の場合，違法性，責任減少で任意的減免。

誤想過剰防衛を，誤想防衛，過剰防衛どちらに寄せるかは，過剰性の認識の有無で判断。

過剰性の認識があれば，規範の問題に直面するので。

本件，過剰性の認識あり，任意的減免，傷害罪は成立。

肢エ

乙，被害者Ｂに対して，住居侵入，強盗罪成立。甲の犯罪は，乙に，Ａの住居侵入，窃

盗を教唆している。

Ａの住居侵入，窃盗は断念してものの，帰路においてＢの住居侵入，強盗罪成立が発生している。同一機会であるとして，重なりあう範囲で処罰できないか。

甲の保護にかける。犯行を断念した段階で，因果関係が切れている。

共犯としての処罰根拠ない。教唆犯成立しない。

肢オ

客観的には，追求権を侵害している。

主観，未必の故意で足りる。故意責任の本質，反対意思形成可能。

盗品等有償譲受罪，成立

令５－２

暴行罪及び傷害罪に関する次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合，誤っているものの個数を後記１から５までの中から選びなさい。（解答欄は，［No. ６］）

ア．相手方の眼前に抜き身の日本刀を突き付けたとしても，その刃が同人に接触しない限り，暴行罪が成立することはない。

イ．相手方の意思に反して，その耳元で楽器を大音量で鳴らし続けた場合には，人の身体に対して不法な攻撃を加えたものとして暴行罪が成立し得る。

ウ．ひそかに相手方に睡眠薬を摂取させ，２時間にわたり意識を失わせるとともに筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒の症状を生じさせたとしても，覚醒後の健康状態に支障がない場合には，傷害罪が成立することはない。

エ．性病を有する者が，性行為を行えば相手方に感染させる危険性があると認識しながら，情を秘して同人と性行為を行い，同人に性病を感染させたとしても，同人が性行為に同意している場合には，傷害罪が成立することはない。

オ．相手方に暴行を加えて負傷させた者が，傷害結果が発生することについて認識を欠いている場合には，傷害罪が成立することはない。

１．１個　　２．２個　　３．３個　　４．４個　　５．５個

正解　４

肢ア　×　最判昭３９．１．２８　百選３

接触がなくても，暴行罪が成立しうる。確かに，法益，身体。物理的接触がないと法益侵害ないので，暴行罪成立しないのでは。偶然の事情で犯罪の成否がわかれるのは，不当。

相手方の眼前に日本刀，有形力の行使が直接，身体に向けられていると評価できる。成立しうる。

肢イ　○　最判昭２９．８．２０

意思に反して，耳元で楽器を大音量で鳴らし続けた場合，暴行罪が成立しうる。

他人の身体に対する有形力（物理力）の行使。

殴る，けるのみならず，音，光，熱などの物理力も含まれる。

肢ウ　×

２時間にわたり意識を失わせるとともに筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒の症状を生じさせた。生理的障害という結果が発生している。よって，傷害罪が成立することはある

肢エ　×

傷害罪が成立することはある。情を秘している。被害者は，性行為に同意をしている。しかし，同意の内容に錯誤ある。真実をしったら同意をしない可能性がある。

同意は無効，生理的障害を加えたと判断されることはある。なお，故意は未必で足りる。

肢オ　×

　傷害罪が成立する。暴行の結果的加重犯。結果の認識はなくても成立しうる。208 条, 204 条

令５－３

次の【判旨】に関する後記１から５までの各【記述】のうち，誤っているものを２個選びなさい。（解答欄は，［No. ７］，［No. ８］順不同）

【判 旨】

共謀共同正犯が成立するには，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って互い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をなし，よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって，このような関係において共謀に参加した事実が認められる以上，直接実行行為に関与しない者でも，他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において，その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか，その分担又は役割のいかんは，共犯の刑責自体の成立を左右するものではないと解する。

【記 述】

１．【判旨】を前提にすると，殺意を有する者と傷害の故意にとどまる者との間で共謀共同正犯が成立する余地はない。

２．【判旨】は，共同正犯の成立には，実行行為の一部を分担することは必要ないとの立場に立っている。

３．【判旨】は，共謀共同正犯の成立には，単に関与者の内心における意思の合致があるだけでは十分でなく，客観的な謀議行為が必要であるとする考えと矛盾しない。

４．【判旨】に対しては，共同正犯を教唆及び幇助と区別することが困難になるとの批判がある。

５．【判旨】を前提にすると，共謀共同正犯の成立には，実行行為を行わない者が実行行為者に対して指揮命令をすることが必要である。

正解　１，５

肢１　×

（判旨のこの部分に着目）共謀共同正犯が成立するには，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って互い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

どこまで意思の連絡（共謀）が必要かという問題。

犯罪を共同する謀議があれば成立。重なり合う範囲で共同正犯を成立させることができる。(部分的犯罪共同説)

肢２　○

（判旨のこの部分に着目）直接実行行為に関与しない者でも，他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において，その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない

一部実行全部責任，相互利用補充関係があれば共同正犯成立。実行行為の一部を分担することは必要ない。

肢３　○

（判旨のこの部分に着目）共謀共同正犯が成立するには，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って互い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

客観的に謀議がいるという説と矛盾しない。

肢４　○

謀議があれば，実行行為を分担していなくても，共同正犯が成立する余地があるとしている。客観的に実行行為を分担していない意味で，教唆及び幇助と同じくする。

したがって，区別が困難という批判がある。

肢５　×

共謀共同正犯が成立するには，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って互い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があればよい。

指揮命令は不要。

令５－４

次の１から５までの各事例における甲の罪責について判例の立場に従って検討した場合，甲に窃盗罪が成立しないものはどれか。（解答欄は，［No. ９］）

１．甲は，Ｖ宅内において，Ｖが所在を見失っていたＶ所有の指輪を発見し，これを自己のものにしようと考えて無断で持ち去った。

２．甲は，Ｖが海中に取り落としたＶ所有の金塊について，Ｖからおおよその落下場所を教えてもらった上で回収を依頼され，Ｖの眼前で同所に潜り，同金塊を同所付近で発見したものの，これを自己のものにしようと考えて無断で持ち去った。

３．甲は，看守者のいない仏堂に所有者Ｖが据え置いてまつっていた仏像を，自己のものにしようと考えて無断で持ち去った。

４．甲は，Ｖが乙から窃取した乙所有の腕時計を，これが盗品であることを知りながら自己のものにしようと考えて，Ｖ宅に忍び込んで無断で持ち去った。

５．甲は，満員電車内において，乗客Ｖが網棚にかばんを置き忘れたままＡ駅で下車したのを目撃し，Ｂ駅で下車する際，同かばんを自己のものにしようと考えて無断で持ち去った。

正解　５

肢１　○

Ｖの占有。Ｖ宅内。客観的に占有がある。意思はないが，客観と主観で総合的に判断して，占有が及んでいるかを判断。指輪に占有はある。窃盗罪成立。

肢２　○

窃盗罪成立。確かに海中。占有は及んでいない，窃盗罪成立しないのでは，ただ，遺失物横領（２５５条）では，刑が軽すぎ。

成立させる必要がある。場所もおよそ特定し，依頼している。客観的に，ある程度，場所を特定している事実がある。また，探しており金塊への占有の意思もある。

よって，金塊の占有はＶにある。甲はＶの占有を害しているので，窃盗罪成立。

肢３　○

看守者がいない仏堂の中の仏像。看守者がいない分，管理が不十分とも考えられる。

窃盗罪で処罰すべき占有侵害はなく，占有離脱物横領罪（Ｖの所有権侵害）によるべきでは。不当，処罰軽すぎ。窃盗罪成立させる必要がある。

看守者がいなくても，わざわざ仏堂に据え置いてまつってある。Ｖは，場所等について，把握している。仏像に，占有が及んでいる。（仏像の占有の事実と意思を認めることは可能）

窃盗成立。

肢４　○

Ｖ 窃盗犯人，違法な占有（平穏な占有ではない）。窃盗罪，成立しないのではないか。Ｖの占有が保護に値しないとも思えるため。

ただ，仮に窃盗罪が成立しないと，窃盗犯人からさらに盗んで，財物を得たものを処罰できなくなり，不当である。処罰の必要あり。法益は，占有。違法な占有でも足りる。

盗品であることを知りながらやっているが，占有を奪う事実は認識しているので，故意は認められる。

肢５　×

窃盗罪成立しない。

法益，占有。かばんに占有はない。降りた時点で，占有の事実も意思もない。

車掌にうつるか。移らない。車は，管理されている場所（空間）であるともいえるので。客観，電車の中にある。ただ，閉鎖された空間ではなく，不特定多数が出入りする。客観としても管理権として弱い（家の中とは違う）。主観は認識していない。主観なし。

令５－５

次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合，正しいものの組合せは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［No. 10］）

ア．甲は，Ａが居住するＡ所有の家屋に放火し，同家屋を全焼させた上，同家屋に隣接するＢが居住するＢ所有の家屋にも火を燃え移らせて同家屋を全焼させた。この場合，甲には２個の現住建造物等放火罪が成立し，これらは観念的競合となる。

イ．甲は，行使の目的で１万円札を偽造し，Ａが経営する商店において，事情を知らないＡに対し，１万円の商品の購入を申し込み，その代金として偽造の１万円札をＡに手渡して同商品の交付を受けた。この場合，甲には通貨偽造罪，偽造通貨行使罪及び詐欺罪が成立し，これらは牽連犯となる。

ウ．暴力団員甲及び乙は，対立する暴力団員Ａ及びＢを襲撃して殺害することを共謀し，路上を連れ立って歩いていたＡ及びＢを待ち構えた上で，甲がＡを，乙がＢを，それぞれ殺害した。この場合，甲及び乙を共同正犯とする２個の殺人罪が成立し，これらは併合罪となる。

エ．甲は，酒に酔った状態で，自動車を無免許で運転した。この場合，甲には酒酔い運転の罪と無免許運転の罪が成立し，これらは観念的競合となる。

オ．甲は，恐喝目的でＡを監禁し，監禁のための暴行等により畏怖しているＡを更に脅迫して現金を喝取した。この場合，監禁罪と恐喝罪が成立し，これらは牽連犯となる。

１．ア　イ　　２．ア　ウ　　３．イ　オ　　４．ウ　エ　　５．エ　オ

正解　４

肢ア　×

罪数。構成要件該当性の数（法益侵害の数）。放火，社会法益。隣の物を燃やしても公共の危険は１個。したがって，１罪評価。

肢イ　×

通貨偽造行使と詐欺。通貨偽造に吸収。確かに法益が別。別途，評価すべきでは（牽連犯）とすべきとも。ただ，通貨偽造は，およそ詐欺行為を予定。別途，処罰することは予定していない。このことが，法定刑にも反映されている（１４８条１項）。

肢ウ　○

甲及び乙を共同正犯とする２個の殺人罪が成立し，これらは併合罪となる。

甲はＡを，乙はＢを殺害しているが一部実行全部責任。個人法益，２罪，ＡＢで別。併合罪，甲と乙の行為は別行為。同一の機会で行われているが，別と捉える。

実際，一連の行為とするのは，法益保護，処罰の観点からも不当である。

肢エ　○

線と線重なり合う。観念的競合。

酒酔い運転と無免許運転。継続犯，継続犯。線と線で重なり合う。罪数は，２罪。構成要件該当性の数（法益侵害の数とほぼ同じ）。刑罰論。自然的観察の下で考慮（行為は１個）。

肢オ　×
監禁は，継続犯。線。恐喝は，状態犯。点。点と線で併合罪。類型的に手段という関係にない。併合罪となる。