

## 2016 司法試験全国模試 刑事系第1問

### ■ 合格スタンダード答案

(司法試験合格者が検討した、「良好」と「一応の水準」の境界上の本試験順位 500 番相当の解答例)

Memo

- P.1 第1 甲が本件書面を作成し、Cに15万円を請求した行為について
- 2 1 甲が本件書面を作成した行為について、有印私文書偽造罪（刑法
- 3 (以下、省略する。)159条1項)が成立しないか。
- 4 「偽造」とは、作成者と名義人の人格の同一性を偽ることをいう。
- 5 そして、名義人の確定においては、当該文書の性質から判断する。
- 6 本件書面は、弁護士がその地位に基づいて訟務の対価を請求する書
- 7 面である。その性質からすれば、本件書面は弁護士のみが作成できる
- 8 ものであるから、名義人は「弁護士である甲」となる。しかし、本
- 9 件書面の作成者は「弁護士でない甲」であるから、作成者と名義人の
- 10 人格の同一性を偽っている。
- 11 したがって、上記行為は「偽造」に当たる。
- 12 よって、有印私文書偽造罪が成立する。
- 13 2 本件書面をCに郵送した行為について、偽造有印私文書行使罪（1
- 14 61条1項)が成立する。
- 15 3 さらに、Cに15万円を振り込ませた行為について、報酬請求権が
- 16 ないにもかかわらず、架空の請求書を作成しているから、Cに対する
- 17 詐欺罪（246条1項)が成立する。
- 18 第2 甲がA法律事務所に立ち入り、キャッシュカードとUSBメモリを
- 19 持ち帰った行為について
- 20 1 A法律事務所に立ち入った行為については、建造物侵入罪（130
- 21 条前段)が成立する。
- 22 2 A名義のキャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為につい
- 23 て、窃盗罪（235条)が成立する。
- P.2 第3 甲が平成27年8月24日にD銀行E支店に行き、ATMにA名義
- 2 のキャッシュカードを挿入して、Aの預金口座から現金を引き出そうと
- 3 した行為について
- 4 1 D銀行E支店に立ち入った行為については、犯罪目的での立入りで
- 5 あるから、管理権者であるE支店長の意思に反する立入りといえ、
- 6 「侵入」に当たる。
- 7 したがって、建造物侵入罪（130条前段)が成立する。
- 8 2(1) 甲がATMにA名義のキャッシュカードを挿入してAの預金口座
- 9 から現金を引き出そうとした行為について、窃盗未遂罪（243条、
- 10 235条)が成立しないか。
- 11 (2) 本件では、甲は、ATMにキャッシュカードを挿入し、その暗証
- 12 番号を入力しているから、財物に対する事実上の支配を侵すにつき
- 13 密接な行為を開始したといえ、構成要件的结果の発生に至る現実的
- 14 危険を含む行為を開始しているから、実行の着手（43条本文)が
- 15 認められる。
- 16 (3) したがって、E支店長に対する窃盗未遂罪が成立する。
- 17 第4 甲がAに電話して暗証番号を聞き出した行為について
- 18 上記行為について、恐喝利得罪（249条2項)が成立しないか。
- 19 確かに、暗証番号は移転性のある利益でないから「財産上不法の利
- 20 益」に当たらない。しかし、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持
- 21 つ者は、あたかも正当な預金債権者のように、事実上当該預金を支配し
- 22 ているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併
- 23 せ持つことは、それ自体財産上の利益といえることができる。そうすると、

P.3 直接具体的な利益移転があるといえ、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位という「財産上の利益を得」たといえる。

2  
3  
4 本件で、甲は、Aに対し、「暗証番号を…放火します。」と脅迫している。これに対し、Aは、自身の事務所に放火されてはたまらないと畏惧して暗証番号を教えており、これによって、甲は、A名義の預金口座から自由に現金を引き出し得る地位を取得したといえる。

5  
6  
7  
8 したがって、恐喝利得罪が成立する。

9 第5 乙がAに対してUSBメモリの買取りを申し込んだ行為について

10 上記行為は「有償の処分のあつせん」（256条2項）に当たり得る  
11 が、相手方が被害者のAであるから、上記行為について、盗品等有償処  
12 分あつせん罪が成立しないかが問題となる。

13 同罪の保護法益は、被害者の追求権にあるところ、財産犯の被害者を  
14 あつせんの相手方とする場合であっても、被害者による盗品等の正常な  
15 回復を困難にする行為であるから、盗品等の「有償の処分のあつせん」  
16 に当たると解する。

17 したがって、本件では、盗品等有償処分あつせん罪が成立する。

18 第6 丙がD銀行G支店で70万円の払戻しを受けた行為について

19 1 上記行為について、詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

20 2 詐欺罪が成立するためには、①人を欺く行為②錯誤③処分行為④財  
21 産上の損害が必要となる。

22 (1)ア 人を欺く行為とは、財産的処分の判断の基礎となる重要な事項  
23 を偽る行為をいう。本件では、丙が窓口の銀行員に対して、誤振  
P.4 込みであることを告げずに70万円全額の払戻しを請求したことが  
2 人を欺く行為に当たるかが問題となる。

3 イ 銀行実務では、誤振込みの場合に組戻しや照会を行うなどの  
4 措置が講じられている。これらの措置は、安全な振込送金制度  
5 を維持するために有益なものであるから、銀行にとって、誤振  
6 込みによるものか否かは、重要な事項である。したがって、誤  
7 振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると  
8 解する。

9 本件では、丙は、誤振込みであることを告げずに70万円全  
10 額の払戻しを受けているから、上記告知義務に反しており、財  
11 産的処分の判断の基礎となる重要な事項を偽ったといえる。

12 ウ したがって、上記丙の行為は、人を欺く行為に当たる(①)。

13 (2) また、窓口の銀行員は、誤振込みがされたことに気付かず(②)、  
14 70万円を丙に払い戻したことにより(③)、D銀行G支店には現  
15 金50万円について財産上の損害が生じたといえる(④)。

16 3 よって、詐欺罪が成立する。

17 第7 甲との共謀に基づいて、乙が丙を車に押し込んで、自宅に連れ込み、  
18 全裸にしてその写真を撮った行為について

19 1 乙の罪責について

20 (1) 乙が丙を車に押し込んだ行為について加害目的略取罪（225  
21 条）が成立しないか。

22 乙は、丙を車に押し込んでいるから、「略取し」といえる。そ  
23 して、乙は、ロープで縛り続けるという暴行を加える目的を有して  
P.5 いるから、「身体に対する加害の目的」は認められる。

2 したがって、加害目的略取罪が成立する。

3 (2)ア 乙が丙を全裸にしてその写真を撮った行為について、強制わい  
4 せつ罪（176条前段）が成立しないか。

5 イ 本件においては、ロープで縛るという通常相手方の反抗を著

6 しく困難にする暴行を用いて、全裸にさせた上でその写真を撮  
7 るという「わいせつな行為」をしているから、強制わいせつ罪  
8 の構成要件に該当するとも思える。

9 しかし、本罪の成立には、その行為が行為者の性欲を刺激、  
10 興奮させ、又は満足させるといった性的意図の下に行われること  
11 が必要であると解する。

12 ウ 本件では、乙は、甲との間において、誤振込みによって取得  
13 した金銭を丙が既に費消し、乙が返還を求めたが全く悪びれる  
14 様子も見せず、返還を拒否したという丙の態度に対し、丙を懲  
15 らしめるために、専ら丙を辱める目的で、丙を全裸にした上で  
16 その写真を撮るといった計画を立てている。そして、乙は、「人の  
17 金に…思い知れ。」と言いつつ写真を撮っているから、乙のわい  
18 せつ目的が希薄で、専ら報復目的の行為であったといえる。

19 そうすると、乙の行為に性的意図は認められない。

20 エ したがって、強制わいせつ罪は成立しない。

## 21 2 甲の罪責について

22 (1) 上記1で検討した乙の丙に対する加害目的略取罪について、甲に  
23 加害目的略取罪の共謀共同正犯(60条, 225条)が成立しない  
P.6 かが問題となる。

2 (2) 一部実行全部責任を認める60条の趣旨から、共謀共同正犯が成  
3 立するためには、①共犯者間の意思の連絡、②①に基づく実行行為、  
4 ③正犯意思が必要となる。

5 ア まず、甲及び乙は、話し合いの結果、乙が丙を連れ去って、  
6 全裸にしてその写真を撮ることで、丙を辱めることにしており、  
7 意思の連絡がある(①)。

8 イ また、それに基づいて、上記のとおり、乙が加害目的略取罪  
9 を実行している(②)。

10 ウ そして、正犯意思とは、自己の犯意を実現しようとする意思  
11 をいい、当該犯罪遂行に対して重要な役割を果たしたかとい  
12 った客観的事情と、犯罪実現の意欲があるかなどの主観的事情に  
13 より判断すべきである。

14 本件では、甲は、乙に対し、「そんな奴は懲らしめてやらない  
15 といけないな。」と言っており、甲から犯行を持ち掛けている。  
16 さらに、犯行を容易にするために甲が丙の後をつけつつ乙に携  
17 帯電話で連絡することになっており、甲は、実際にこれを実行  
18 している。以上から、甲は、重要な役割を果たしたといえる。

19 よって、正犯意思が認められる(③)。

20 (3)ア もっとも、甲は、乙が丙を車に押し込む前に、「危ないから実  
21 行できない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切っ  
22 て自宅に帰っている。そこで、甲乙間で共犯関係が解消された  
23 といえないかが問題となる。

P.7 イ 共犯の処罰根拠は、結果発生に対して物理的・心理的因果性  
2 を及ぼしたことにある。そうすると、共犯者が共犯行為による  
3 物理的因果性及び心理的因果性を除去した場合には、共犯関係  
4 の解消が認められ、以後の行為につき共犯としての責任を負わ  
5 ないと解する。

6 ウ 本件において、甲は、一方的に離脱意思を表明し、乙は、甲  
7 が帰ったことを認識しつつ実行に及んでいるから、甲の離脱に  
8 ついて乙の了承があったといえる。そうすると、甲は、結果に  
9 対して因果性を及ぼしていないとも思える。

10 しかし、甲は、乙に連絡して犯行を容易にしているから、乙

11 の犯行を阻止する何らかの積極的措置をとって因果性を遮断す  
12 る必要があった。それにもかかわらず、甲は、何らの措置も取  
13 ることなく、一方的に離脱の意思を表明したにとどまるから、  
14 いまだ共犯関係が解消したということとはできない。

15 (4) したがって、甲に加害目的略取罪の共謀共同正犯が成立する。

16 第8 結論

17 1 甲の罪責

18 甲の上記各行為には、それぞれ、①有印私文書偽造罪、②偽造有印  
19 私文書行使罪、③Cに対する詐欺罪、④A法律事務所についての建造  
20 物侵入罪、⑤Aに対するキャッシュカード等についての窃盗罪、⑥D  
21 銀行E支店についての建造物侵入罪、⑦E支店長に対する窃盗未遂罪、  
22 ⑧Aに対する恐喝罪、⑨丙に対する加害目的略取罪が成立し、⑨は乙  
23 との共同正犯になる。

P.8 ①と②、②と③、④と⑤、⑥と⑦はそれぞれ牽連犯（54条1項後  
2 段）、①②③が全体として科刑上一罪となる。そして、①②③、④⑤、  
3 ⑥⑦、⑧、⑨はそれぞれ併合罪（45条前段）の関係になる。

4 2 乙の罪責

5 乙の上記各行為には、それぞれ、①Aに対する盗品等有償処分あつ  
6 せん罪、②丙に対する加害目的略取罪が成立し、②は甲との共同正犯  
7 になる。そして、①と②は、併合罪の関係になる。

8 3 丙の罪責

9 丙の上記行為には詐欺罪が成立する。

10 以上

## 2016 司法試験全国模試 刑事系第1問 モニター答案

※ 講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内に実際に書いた答案

Memo

- P.1** 第1 乙の罪責
- 2 1 乙は、Aに対し、盗品であるUSBメモリを買い受けるよう持ちかけた行為に盗品等有償処分あっせん罪（256条2項）が成立するか。
- 3
- 4
- 5 (1) 窃盗等の被害者を相手方として盗品等の有償処分をあっせんする行為は、被害者による盗品等の正常な困難を困難にし、本犯を助長する行為である。
- 6
- 7 よって、被害者を相手方にした盗品等の買い付けを申し入れる行為も「有償の処分をあっせんした」といえる。
- 8
- 9
- 10 (2) したがって、乙には、盗品等有償処分あっせん罪が成立する。
- 11 2 乙は、丙を車内に押し込み、身体をロープで縛って自宅に連れ込んだ行為は、一定の場所から脱出を不可能にし、継続して人の行動の自由を侵害する行為たる「監禁」（220条）にあたる。
- 12
- 13 よって、乙には監禁罪が成立する。
- 14
- 15 3 丙が金を返さないため懲らしめる目的で、丙を全裸にし、写真を撮影した行為が、強制わいせつ罪（176条）にあたるか。
- 16
- 17 (1) かかる罪の保護法益は、性的自由であるところ、「わいせつな行為」という要件を満たすには行為が犯人の性的意図の下行われることが必要と解する。
- 18
- 19
- 20 (2) 本件で、乙は、丙が金を返さないことから報復する目的で、かかる行為を行っており、性的意図が認められない。
- 21
- 22 したがって、乙のかかる行為は、強制わいせつ罪の構成要件に該当しない。
- 23
- P.2** (3) 丙のかかる行為は、「脅迫」を用いて「人に義務のないことを行わせる行為であり、強要罪（223条1項）が成立する。
- 2
- 3 4 罪数
- 4 乙には、①盗品等有償処分あっせん罪、②監禁罪、③強要罪が成立し、①から③は併合罪（45条1項）となる。
- 5
- 6 第2 甲の罪責
- 7 1 甲が、架空の請求書を作成した行為に、私文書偽造罪（159条1項）が成立するか。
- 8
- 9 (1) 甲は、請求書を「行使する目的」で、「署名を使用」してかかる文書を作成している。
- 10
- 11 (2) 本件書面は、弁護士報酬金の請求を目的として、土地調査等についての鑑定料が記載されているので「権利義務…に関する文書」である。
- 12
- 13 (3)ア 本罪の保護法益は、文書に対する公共の信用であるところ、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることでありと解する。
- 14
- 15 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることでありと解する。
- 16
- 17 そして、保護法益に鑑みれば、名義人とは、文書から理解される意思や観念の表示主体であり、作成者とは、文書に意思又は観念を表示した者又は表示させた者であると解する。
- 18
- 19
- 20
- 21
- 22
- 23
- イ 本件において、弁護士報酬を請求する本件文書においては、請求者が弁護士であることが前提となるため、文書の性質上

・問題は簡単だったが処理量が多かったため、コンパクトに論述し書ききることに注意した。恐喝罪について、時間がなく検討が薄くなってしまった。

P.3

弁護士であるか否かを考慮すべきである。

そして、名義人は、「B県弁護士会所属弁護士甲」であることに對し、作成者は弁護士資格のない甲であるから、名義人と作成者の人格の同一性が偽られているといえる。

よって、甲は「偽造」したといえる。

(4) したがって、甲には、私文書偽造罪が成立する。

2 甲が、本件書面をCに郵送した行為は、「文書」を「行使」したといえ、偽造私文書行使罪（161条）が成立する。

3 甲が、架空の報酬をCに請求して、現金15万円を甲の指定口座に振り込ませた行為に詐欺罪（246条1項）は成立するか。

(1) 報償支払請求の有無という事実は、Cが甲に支払をいをするか否かという点において、交付の判断の基礎となる重要な事実である。そして、甲は、かかる事実を偽って報酬を請求しているので「欺く」行為がある。

(2) Cは、甲に対する報酬支払義務がある錯誤に陥っている。

(3) 口座に15万円が振り込まれた時点で、甲は、15万円の金銭を取得したと同視できるので、Cの交付行為によって「財物」を取得したといえる。

(4) また、一連の行為に因果関係が認められる。

(5) よって、甲には詐欺罪が成立する。

4 甲が、金目のものを奪う目的でA法律事務所という「建造物」に管理権者の意思に反して立入るといふ「侵入」を行った行為に建造物侵入罪（130条前段）が成立する。

P.4

5 A事務所からA名義のキャッシュカードとUSBメモリを持ち去った行為に窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) A名義のキャッシュカード及び顧客データを含むUSBは、各々が財産的価値を有する有体物といえるため「財物」にあたる。

(2) 甲は、かかる物件の占有者たるAの意思に反して、キャッシュカードとUSBの占有を自己の下に移転しており「窃取」したといえる。

(3) よって、甲に窃盗罪が成立する。

6 甲が、キャッシュカードを用いて現金を引き出そうとした行為に窃盗未遂罪（235条）が成立するか。

(1) 本件では、Aが暗証番号を変更していたため、甲は金員を引き出すことができない状態であったことから、不能犯となるのではないか。

ア 未遂犯の処罰根拠は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する点にあるから、かかる危険の発生を検討する。

そして、構成要件は、社会通念に基づいて類型化された違法有責行為類型であるから、一般人が認識しえた事情及び行為者が認識していた事情を基礎にかかる危険性を判断する。

イ 本件において、甲は以前A事務所に務め、カードの番号を認識していた。そして、カード番号を知る者が、ATMにキャッシュカードを挿入すれば、口座から金が引き出される危険性が高い。

P.5

ゆえに、本件で不能犯は成立せず、甲に窃盗未遂罪が成立する。

7 甲が放火することを示し、乙からカード番号を聞き出した行為が、恐喝罪（249条2項）といえるか

(1) 甲は、放火を事務所にすると乙に言っており、かかる行為は、

- 6 人を畏怖させるに足る害悪の告知である「脅迫」にあたる。  
 7 (2) 乙は、甲のかかる行為によって畏怖し、暗証番号を教えてい  
 8 る。  
 9 (3) 銀行口座の暗証番号を取得する行為は、キャッシュカードを  
 10 所持している者にとっては、銀行口座の金員の払戻しを受けう  
 11 る地位を取得することと同視できる。  
 12 よって、キャッシュカードを有する者が、暗証番号を聞き出  
 13 す行為は「財産上不法の利益を得」といえる。  
 14 したがって、Aのキャッシュカードを有する甲の前述の行為  
 15 によって、甲は「財産上不法の利益を得」た。  
 16 (4) 甲には、恐喝罪が成立する。  
 17 8 甲が、盗品であるUSBメモリの販売を乙にあっせんする行為  
 18 は、盗品等有償処分あっせん罪にあたらぬ。  
 19 なぜなら、本犯者には期待不可能性がないからである。  
 20 9 甲は、乙と話し合って丙を監禁し、全裸にして写真をとること  
 21 を取り決めている。かかる点につき、監禁罪・強要罪の共同正犯  
 22 は成立するか(60条, 220条, 223条, 236条1項)。  
 23 (1) 共謀共同正犯の要件は、①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく  
 実行行為である。

P.6

- 2 ア 甲と乙は、事前に丙を監禁して全裸写真を撮ることで辱め  
 3 を与える点で、意思連絡がある。他方、乙が丙の財布を取る  
 4 ことについて合意はなく、かかる点に共謀はない。  
 5 イ また、甲は犯行を積極的に乙に持ちかけ、丙を辱めるとい  
 6 う強い動機もあり、正犯意思もある。  
 7 ウ そして、乙の共謀に基づく実行行為もある。  
 8 エ よって、甲は、監禁罪と強要罪につき、共同正犯の要件を  
 9 具備する。  
 10 (2) もっとも、甲は「実行できない」と乙に伝え自宅に帰ったの  
 11 で、共犯の離脱が認められるか。  
 12 ア 共犯の処罰根拠は、自己の行為が結果に対し因果性を与え  
 13 る点にある。  
 14 とすれば、共犯関係から離脱するためには、自己の結果に  
 15 対して与えた因果性を除去することが必要であると考ええる。  
 16 結果に対して、因果の流れが進行している場合は、因果性  
 17 を完全に除去する必要がある。また、結果への因果の流れが  
 18 進行していない場合は、不作為の意思の表明と了承で足りる。  
 19 イ 本件では、乙が「大丈夫」と言って犯行を継続する意思が  
 20 あり、因果の流れが結果に対し進行しているため、甲は乙の  
 21 行為を止める必要があつたにもかかわらず、これをしていな  
 22 い。

23 よって、甲には共犯関係の離脱は認められず、監禁罪・強  
 要罪の共同正犯が成立する。

P.7

- 2 10 甲には、①私文書偽造罪、②同行使罪、③詐欺罪、④建造物侵  
 3 入罪、⑤窃盗罪、⑥窃盗未遂罪、⑦恐喝罪、⑧監禁罪、⑨強要罪  
 4 が成立する。

5 ①、②は③との関係で牽連犯、④と⑤も牽連犯、その余は併合  
 6 罪となる。

7 第3 丙の罪責

- 8 丙には、詐欺罪(246条1項)が成立する。  
 9 1 まず、誤振り込みがあつた場合、口座利用者は、信義則(民法  
 10 1条2項)上の告知義務がある。

- 11 にもかかわらず、誤振り込みであることを秘して、窓口から金  
12 を引き出す行為は、「欺く」行為にあたる。  
13 2 銀行員は、誤振り込みでないことにつき錯誤に陥り、全て交付  
14 した。  
15 よって、50万円部分につき、詐欺罪が成立する。  
16 以 上
- 

※本モニター答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。今後も答案作成者の協力が得られた場合にはコメントを掲載いたします。