

☐	_____
☐	_____
☐	_____
☐	_____
☐	_____

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。

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。

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。

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。

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。

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。

38 条 1 項本文は、「罪を犯す意思がない行為は、罰しない」と規定する。

ア. ×

175 条 1 項前段は、「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、2 年以下の拘禁刑若しくは 250 万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は拘禁刑及び罰金を併科する」と規定し、38 条 3 項は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる」と規定する。

そして、判例（最大判昭 32.3.13【百選 I 47】）は、「175 条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法 175 条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない。猥褻性に関し完全な認識があったか、未必の認識があったのにとどまっていたか、または全く認識がなかったかは刑法 38 条 3 項但書の情状の問題にすぎず、犯意の成立には関係がない」としている。

したがって、甲が、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、同書籍を多数の者に販売した場合、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ていたとしても、甲にわいせつ物頒布罪が成立する。

⇨ 2027 短答知識完成講座 I・98 頁

イ. ×

254 条は、「遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1 年以下の拘禁刑又は 10 万円以下の罰金若しくは科料に処する」と規定するところ、判例（最判昭 25.6.27）は、「刑法第 254 条所定の横領罪の成立するがためには、横領行為の客体たる占有離脱物が他人の所有にかゝるものと認められれば足りる」としている。しかし、A 方前路上に置かれ

ていた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のであるから、「他人の物」にあたらない。

したがって、甲が、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場合、甲に遺失物横領罪は成立しない。

⇒ 2027 総合講義・256 頁

ウ. ×

204 条は、「人の身体を傷害した者は、15 年以下の拘禁刑又は 50 万円以下の罰金に処する」と規定する。また、36 条 1 項は、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない」と規定し、同条 2 項は、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」と規定する。

ここで、判例（最決昭 62.3.26【百選 I 29】）は、「原判決の認定によれば、空手三段の腕前を有する被告人は、夜間帰宅途中の路上で、酩酊した A 子とこれをなだめていた B とが揉み合ううち同女が倉庫の鉄製シャッターにぶつかって尻もちをついたのを目撃して、B が A 子に暴行を加えているものと誤解し、同女を助けるべく両者の間に割って入った上、同女を助け起こそうとし、次いで B の方を振り向き両手を差し出して同人の方に近づいたところ、同人がこれを見て防御するため手を握って胸の前辺りにあげたのをボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとり自分に殴りかかってくるものと誤信し、自己及び同女の身体を防衛しようと考え、とっさに B の顔面付近に当てるべく空手技である回し蹴りをして、左足を同人の右顔面付近に当て、同人を路上に転倒させて頭蓋骨骨折等の傷害を負わせ、8 日後に右傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡させたというのである。右事実関係のもとにおいて、本件回し蹴り行為は、被告人が誤信した B による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法 36 条 2 項により刑を減輕した原判断は、正当である」としている。

したがって、甲が、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、傷害を負わせた場合において、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、甲に傷害罪が成立する。

工. ×

61 条 1 項は、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」と規定するところ、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、「人を教唆して犯罪を実行させた」とはいえない。したがって、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、甲に住居侵入罪及び窃盗罪の教唆犯は成立しない。

なお、判例（最判昭 25.7.11【百選 I 91】）は、「犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも B の……住居侵入強盗の所為が、A の教唆に基いてなされたものと認められる限り、A は住居侵入窃盗の範囲において、B の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であって、A の教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる B のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに A に……B の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ないものと言わなければならない。しかし、A の本件教唆に基いて、……B の犯行がなされたものと言い得るか否か、換言すれば右両者間に因果関係が認められるか否かという点について検討するに、……B の供述記載によれば、B の本件犯行の共犯者たる C 等 3 名は、V 1 方裏口から屋内に侵入したが、やがて C 等 3 名は母屋に入ることができないといって出て来たので、諦めて帰りかけたが、右 3 名は、吾々はゴットン師であるからただでは帰れないと言い出し、隣のラヂヲ屋に這入って行ったので自分は外で待っておった旨の記載があり、これによれば B の V 2 方における犯行は、A の教唆に基いたものというよりむしろ B は一旦右教唆に基く犯意は障碍の為に放棄したが、たまたま、共犯者 3 名が強硬に……日備電気商會に押入らうと主張したことに動かされて決意を新たにして遂にこれを敢行したものであるとの事実を窺われなくてもないのであって、彼是綜合するときは、……果して明確に A の……教唆行為と、B の……所為との間に、因果関係があるもの……であるか否かは頗る疑問であると言わなければならない」としている。

オ. ○

256 条 2 項は、「前項に規定する物を運搬し、保管し、若しくは有償で譲り受け、又はその有償の処分のあつせんをした者は、10 年以下の拘禁刑及び 50 万円以下の罰金に処する」と規定するところ、判例（最判昭 23. 3. 16 【百選 I 41】）は、「赃物〔注：盗品等〕故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによって成立するものであるが、故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知って居ることを必要としない〔。〕或は赃物であるかも知れないと思いながらしかも敢てこれを買受ける意思（いわゆる未必の故意）があれば足りるものと解すべきである〔。〕故にたとえ買受人が売渡人から赃物であることを明に告げられた事実が無くても苟くも買受物品の性質、数量、売渡人の属性、態度等諸般の事情から『或は赃物ではないか』との疑を持ちながらこれを買受けた事実が認められれば赃物故買罪が成立するものと見て差支ない」としている。

したがって、甲が、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場合、甲に盗品等有償譲受け罪が成立する。

⇔ 2027 総合講義・34 頁