

## 資料

# 法教育ポートフォリオ

— 刑法編 —

清水 晴 生

Portfolio of the law-related and legal education

SHIMIZU Haruki

### はじめに

裁判員制度の開始はもとより、法的思考・法学的思考が社会生活上もとめられる場面は少なくない。逆に法学的思考方法を身につけあるいはそれに慣れておくことで、消費行動をより合理的におこなうことができたり、経済活動において展望的な視野を得やすくなるという利点もあろう。

本稿では2009年度に実施したゼミナールⅠ、Ⅱで使用した教材を中心に、また新たに製作したものも含めて、専門的内容を十分に取り入れつつ、なおかつ教養的な教育・学習にも対応できる素材をまとめてみた。

研究も教育も学習も、いずれも「わかる！」こと（真理・真実との共感）へと向けられた取り組みである。

やや高度な、発展的な法教育の一事例として興味をもっていただければ

幸いである。

<目次>

- ・ 恋心盗
- ・ 生命に対する罪
- ・ わたし窃盗ですか？
- ・ 窃盗か詐欺か（１）
- ・ 窃盗か詐欺か（２）～三角詐欺
- ・ 詐欺罪における「損害」とは？
- ・ 結婚サギ？
- ・ 寄付金詐欺
- ・ コンピューター詐欺（１）
- ・ コンピューター詐欺（２）
- ・ 二重売買と横領
- ・ 非典型担保と横領
- ・ 背任罪 ～他人のための事務処理者
- ・ 背任罪 ～裏切りのワケ
- ・ 盗品などに手を出す犯罪行為
- ・ 「壊した」か？
- ・ 放火
- ・ 文書偽造・同行使
- ・ 刑法とは何か？
- ・ （おまけ）100円の使い道

— 恋心盗 —

ユミエはレイミの彼氏の心を盗んだ。

恋心の窃盗を罰する刑法上の規定が存在し、その罰条上の構成要件該当性が認められると仮定したとき、ユミエの行為が無罪とされるべきであるとすれば、それは一体どのような理由づけによるべきであろうか？

— 無罪にするための理由 —

<正当化>

- ・ 正当防衛
- ・ 緊急避難
- ・ 自救行為
- ・ 可罰的違法性の欠如
- ・ 正当行為
- ・ その他

<責任阻却>

- ・ 責任無能力（心神喪失）
- ・ 限定責任能力（心神耗弱）
- ・ 刑事未成年（刑事責任年齢に達していない）
- ・ 期待不可能（期待可能性の欠如）

— 生命に対する罪 —

1 生命のプロセスをどう保護すべきか

- ①
- ②
- ③人（ヒト）
- ④

2 自殺関与・同意殺（202）

—自殺（未遂）の不処罰と自殺関与の処罰

3 殺人か自殺関与か

—偽装心中（cf. 暴行・姦淫の対価）

4 墮胎

- ・墮胎後、生育可能性ないが、作為で殺害した場合
- ・胎児性（出生後）致死傷
  - 熊本水俣病事件（業務上過失致死）

1 審：胎児は人の萌芽

（有罪）行為時は「人」いない（⇔人に対する侵害必要）

2 審：出生時まで侵害継続

（有罪）

最決：胎児を含む人たる母体を傷害し

（有罪）出生後に人が死亡⇒母体傷害説

— わたし窃盗ですか？ —

- チカコが作ってテーブルに置いておいたプレゼント用のケーキを、遊びに来たエミコが食べてしまった。
- 電気代が払えず電気が止められそうになっているユミエの家に来たカオルは勝手にテレビを見始めた。
- レイミが大切に飼っていたインコをハルカは自然に帰してあげた。
- JUNPEI の美容室をマイは不法占拠した。
- アヤコはテリヤキじゃないソースの塗られたテリヤキバーガーにクレームを付けた客に謝罪するため、店長から封筒に入ったサービス券を預かって客の家に向かう途中、きれいに封筒を開けて中のサービス券の半分を取り出して自分のものにした。

(参考文献：佐伯仁志「窃盗罪をめぐる3つの問題」研修645号3頁)

— 窃盗か詐欺か (1) —

・窃盗ってどんなこと？

・詐欺ってどんなこと？

— 3万円はさまった古本をだまって300円で購入

— 商品を隠してレジを素通り

— 試着したあと、そのままトイレに行くと言って裏口から逃亡

— ニセの切符で改札を出る

— 買い物してくると言ってホテルから逃げる

Q. 区別の基準は？

## — 窃盗か詐欺か（２）～三角詐欺 —

（出典：平野龍一「詐欺罪における交付行為」法学教室 9 号66頁）

1. 甲はAのお手伝いである乙に対して、「Aから洋服をクリーニングに出すように頼まれた」とうそを言って乙からAの洋服を受け取り立ち去った。
2. クリーニング店を経営する甲は昨日Aのところに届けた洋服を取り返して転売しようと考え、自分の店の店員乙に対して、「Aのところの洋服を頼まれているから取りに行ってくれ」とうそを言い、乙はいつも鍵のかけられていないAの家に行き頼まれた洋服を取って来た。
3. 甲はAに車を貸してくれと頼んだが断られ、Aの住んでいる寮に行き家主の乙にAから許可を得たとうそを言い、乙がAの部屋から持ってきた鍵を受け取り車を乗り去った。  
（ドイツ判例：Diebstahl）
4. 甲は車の所有者Aの承認があるといって乙が経営する貸ガレージの監視員丙から鍵を受け取り、車を乗り去った。  
（ドイツ判例：Betrug）

— 詐欺罪における「損害」とは？ —

- Q 1 未成年のマイがハタチだと偽ってチューハイを買った場合は？
- Q 2 カオルにA店のアイスを頼まれたのに実は同じ値段のB店のアイスを買ってきて代金をもらったユミエの場合は？
- Q 3 カリスマ美容師 JUNPEI に髪を頼んだあと客のハルカが眠りについたので、店員全員で共謀して、技術は同程度だがまだカリスマではなかった後輩の美容師アヤコがひそかにヘアメイクをして同程度の仕上がりとなり、サービスだといってアヤコが担当した場合の代金を得た場合は？
- Q 4 エミコは、サインを書かないので有名な芸能人チカコ様のサインがどうしてもほしいので、病気と闘っていると偽った手紙を送ってサイン色紙をもらった場合は？
- Q 5 レイミは毎月5日にお小遣いをもらう約束だったのに、毎月3日にももらう約束だったといて、お小遣いをもらった場合は？



— 結婚サギ? —

ジュンペイは恋人のチカコと結婚したいと思っていたが、  
「ギャンブルで借金あるような人とはゼッタイ結婚できないよ  
ね! そう思うでしょ!」と言われていたため、結婚を言い出  
せずにいた。というのもジュンペイにはギャンブルでの借金が  
100万ほどあったからだ。

ある日ジュンペイはいいアイデアを思いついたので、すぐに  
それを実行することにした。

チカコとのデートの日、チカコが待ち合わせ場所のカフェに  
入ると、ジュンペイは浮かない顔をして座っていた。

「どうしたの?」

「昨日車ぶつけちゃってさ、そしたらコワイおっさんが出てき  
て車の修理費と治療費と慰謝料で100万よこせて言われてさ  
……」

「エーッ! 大変じゃない! お金あるの?」

「いや……、全然ないよ」

「いつまでに払うの?」

「来週まで」

「警察には?」

「示談で済ませてくれるっていうから、その場は立ち去っちゃっ  
てさ」

「なにしてんのよ! どうするの?」

「どうしたらいいか……」

「わかった。わたしが出すよ。多少は貯金あるから。」

その半年後、2人はめでたくハワイで挙式をあげた……。

— 寄付金詐欺 —

1. マイが学食でまったりしていたところに、ゼミの先輩のレイミがあらわれた。

「マイちゃん。いまイルカの保護のために寄付を集めてるんだけど、かわいいイルカのために500円寄付してくれない？」

マイは今月余裕があったし、レイミ先輩にはゼミでもお世話になってるし、イルカも好きなので500円寄付した。

しかし実はかわいいイルカとはレイミのことだった……。

2. レイミが学食でまったりしていたところに、ゼミの後輩のマイがあらわれた。

「レイミ先輩。地球環境保全のために寄付してください。

ちなみにユミエちゃんは1000円寄付してくれました」

後輩のユミエが1000円寄付したなら、自分もそれくらいは出さなきゃと思い、地球環境保全も大事なので1000円寄付した。

実はユミエが寄付したのは500円だった。

## — コンピューター詐欺（１） —

物を盗れば窃盗罪。だまして得れば詐欺罪。ではコンピューターのデータを改ざんして利用料の支払をまぬがれたりした場合は？

物を盗ってないし、人をだましてもいない。コンピューターはだまされるということがない。

だから刑法246条の2に、コンピューター詐欺を処罰する規定がある。この犯罪は一、

- ①仕事や商売に使われているコンピューターに嘘のデータを入れたり送ったりして、料金のデータを改ざんしたり消去したりする方法か、または
- ②嘘のデータを入れたプリペイドカードやICカードを使う方法で、
- ③得をしたり、タダで利用して利益を得たことで成立。

では、次のようなケースではどうか？

ハルカはパソコンを使って、電話をかけたデータが残らないような不正信号を送りつつ国際電話をかけてその料金をまぬがれた。

- Q ハルカに本罪が成立するとした場合、そのとき認定されるべきハルカが得た利益とは、電話をタダでかけられたことか、それとも電話料金をまぬがれたことか？

— コンピューター詐欺（２） —

- Q 1 アヤコが教室で拾った他人のキャッシュカードを使って、その他人の口座から自分の口座に10万円振り込んだ場合は？
- Q 2 ユミエが学食のテーブルの上にあった suica を使って、電車で帰宅した場合は？
- Q 3 カオルがパソコンで ID とパスワードを入力しているのをこっそり見ていたエミコが、これを不正に利用して音楽ファイルをダウンロードした場合は？
- Q 4 銀行の支店長チカコが部下のジュンペイに銀行のコンピューター端末を不正に操作させて、原因関係も資金的実体も全くないにもかかわらず、自分の債権者の口座に50万円入金させた場合は？

（参考文献：林幹人「電子計算機使用詐欺罪の新動向」NBL 837号30頁）

## — 二重売買と横領 —

物を買ったあとそれを渡す前に、または土地を買ったあとと登記をする前に、第三者にさらに売ってしまった場合が二重売買。

売主のエミコに横領罪は成立するか？

\* \* \* \* \*

エミコが「①託されて」「②占有」している「③他人の」「④物」なのに「⑤自分の物みたいに扱った」といえれば横領成立。

↓

- ①エミコは買主カオルから引渡しや登記まで預かっているのだから、「託されて」いるといえる。
- ②物に対してはもちろん、エミコは登記簿上はまだその土地の名義人だから土地についても（意味的には）「占有」あり。
- ③エミコとカオルの間では売り買いについて話がついていたし、カオルはとっくにお金も払っていたので土地はカオルのもの。
- ④横領罪では不動産も「物」であり、窃盗や強盗とは違う。
- ⑤登記に協力するために託されていたのに裏切って、まるでまだ自分の物みたいにハルカに売ったといえる。横領成立。

- Q 何も知らないハルカに二重売買で売ったことは詐欺になる？
- Q 実はハルカが積極的にエミコに働きかけていた場合は共犯になる？

## — 非典型担保と横領 —

1. ユミエはアヤコから車を譲ってもらうことになった。月々5万円の6回払い。

アヤコ「乗ってていいけど、一応払い終わるまでは私のものってことでね」

ユミエ「OKです。払い終わったら正式に私のものになるんですよ」

アヤコ「そうそう」

しかしユミエは2か月めを払い終えたあと、勉強に集中するためバイトをやめてしまい、次の5万円を払えなくなった。そこでユミエはアヤコに内緒でハルカに車を転売し、借金から解放された。

[所有権留保]

2. ハルカは無理して車の代金を完済したため経済的に困窮していた。なんといっても卒業式前後はお金がかかる。今を過ぎれば問題はない。少し楽になるまで誰かにお金を借りようと思っていたところ、カオルが通りかかった。

ハルカ「ねえ、お金貸してもらえない？」

カオル「いいですよ」

ハルカ「何にも保証がないからなー。車渡すからさ、車を買ってことにしてもらって、返済したらまた車も返してもらってことでいい？」

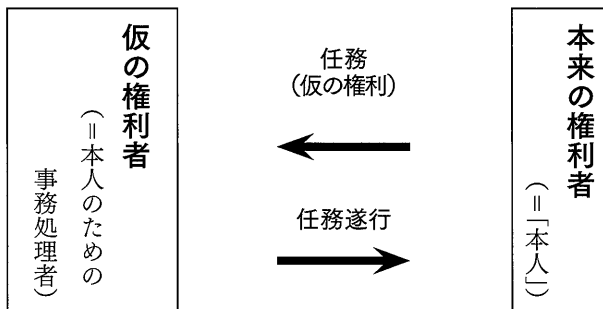
カオル「いいですけど、べつに担保とかいりませんよ」

10万受け取ったハルカだったがすぐにまたお金に困り、カオルに売ったはずの車を引渡前であるのをいいことにマイに売り（マイはカオルの物と知ってた）、しかし金だけ受け取り車はカオルに渡した。その後エイミが高く買うというので、カオルは返済が済んだら返すはずの車をエイミに売り渡した。

[譲渡担保]

— 背任罪 ～他人のための事務処理者—

背任罪は簡単にいうと次のような基本構造をもった犯罪である。



仮の権利者は本来の権利者のために仕事（事務・任務）をするのに必要な範囲で仮の権利を与えられているにもかかわらず、仮の権利をもっていることにかこつけて、勝手に自分が得をしようとしたり、業績を上げようとしたり、うまいこと失敗を隠そうとしたりしたことによって、結局本来の権利者に財産的な被害を与えたら本罪にあたる。

売買契約で自分が債務を履行しなきゃならない相手はその時点ではまだ本来の権利者とはなっていないので、背任とはならず、単に債務不履行にすぎない。

しかし相手が代金を支払うなどして、もう実質的に本来の権利者といえれば、残務処理（保全する義務）は相手のためといえる（やや苦しい）。このとき、権利・利益横領行為が背任罪によって処罰される（電話加入権の二重譲渡、二重抵当）。

## — 背任罪 ～裏切りのワケ —

背任罪一。「任務に背（そむ）く」ことで「損害を加えた」場合に成立する犯罪です。裏切って損害を加えたワケが何であるかを条文は問題にしています。

刑法247条は一、

- ①自分かまたは（任務を与えた本人以外の）誰かが得をするためというワケ【図利目的】、または
- ②任務を与えた本人に逆に損害を加えるというワケ【加害目的】、で、あえて任務に背く行為をして本人に損害を加えたときに、背任罪が成立するとしています。

「①自分かまたは本人以外の誰かが得をする」ということは、つまり本人に損害が加わるということですから、故意だけでも足りそうです。故意と別にワケまで必要でしょうか。「②本人に損害を加えるというワケ」はまさに本人に損害を加える故意そのものであり、区別できるとも思えません。

ただ、背任罪にいう「損害」はトータルの意味での損害です。最初はちょっと損するけど最後には得するという場合は、結局トータルでは「損害はない」こととなります。もしそう考えないと、最初のちょっとした「損」を認識していて、実際「損」が出るわけですから、この時点で背任罪が成立することにもなりかねないからです。

そういう意味では、単に「損害」の故意というだけの条文にしておくより、「最終目的がこういうワケのとき」としておいたほうが、トータルの損害を問題にしているというニュアンスが明確になるといえるのではないのでしょうか。



## — 盗品などに手を出す犯罪行為 —

0. 刑法256条の1項と2項は、盗品などに手を出す行為を処罰している。本犯との意思連絡があるときのみ成立するという意味で共犯的（事後従犯的・本犯助長的・犯人庇護的）な犯罪といえる。またそのとき、被害者による回復・追求が困難となりあるいはすでに困難であることによって利益にあずかるという意味で、追求権侵害罪であると同時に利得罪であるともいえる。
1. 善意無過失の第三者により即時取得（民192）されたときでも返還請求権（民193-2年）がある限り、盗品に手を出す罪は成立する。盗取金の両替金についても成立する。  
加工（民246）により所有権が加工者に移れば本罪は不成立だが、そうでない限り本罪が成立する。
2. 盗品の回復を被害者にあっせんしたり、被害者宅まで運ぶ行為は「正常な回復を困難にする」ので追求権侵害とされる。また盗品を売ったときは、売買契約の成立時点ではなく授受の時点で追求権は侵害され、既遂となり可罰的となる。— あっせんの場合は、いつ既遂と解するべきか？①あっせん終了時か、②契約成立時か、③授受時か？
3. 親族間の特例（§257）は、贓物犯と本犯の間のことか、それとも贓物犯と被害者の間のことか？  
被害者からすれば、確かに贓物犯との間に親族関係があれば追求権はあまり害されないようにも思われるが。逆に贓物犯が本犯の親族であっても、被害者からすればやはりその分追求・回復は困難になっているようにも思えるが。

（参考文献：林美月子「赃物罪—追求権説と事後従犯的理解—」芝原邦爾編『刑法の基本判例』164頁）

—『壊した』か？—

判例—  
—物質的変更・滅尽 [一部でもよい]  
—事実上・感情上の効用不能・侵害  
[一時的でもよい、本来的効用でなくてもよい（美観でもよい）]

- 1 公証人役場に備え付けてある公正証書の原本に貼られた消印済の収入印紙をはがした。
- 2 校庭として使われていた土地に杭を三本打ち込んだ。
- 3 家を建てるために整地された土地を勝手に掘り起こして、畑にして野菜を植えた。
- 4 接客に腹を立て、その食堂で使われている茶碗に放尿した。
- 5 嫌な同僚が仕事で使う書類をくちゃくちゃに丸めた。
- 6 応援するチームが優勝したことに興奮して、ふざけて近所の店の看板を取り外して隠した。
- 7 養魚池の水門を開いて鯉を逃がした。
- 8 校庭の隅に埋めてあったタイムカプセルを勝手に掘り出した。
- 9 世界的なアーティストがおしゃれな公衆トイレの白い壁に勝手にスプレーで見事な滝の絵を描いた。

(参考文献：山本輝之「毀棄の概念—物質的毀損と効用侵害—」芝原邦爾編『刑法の基本判例』168頁)

## — 放火 —

### 1 不作為による放火？

### 2 現住建造物といえる範囲

○複合建造物の一体性

・離れ

○不燃性建造物の一体性

・不燃性のエレベーター

### 3 既遂時期

(1)「焼損」

→「火を - 放って」

①独立燃焼説 [判. 西田] (媒介物離れ目的物が独立燃焼) ※中止未遂の範囲狭

→(遅らせる) ②燃え上り説 (重要部分が燃焼開始、容易に消し難い程度)

→(早くする) ③毀棄 (効用侵害) 説 [大谷]

④効用喪失説 [曾根、岡本]

(2) 不燃性建造物の既遂時期

### 4 建造物等以外放火

・本条の「公共の危険」

┌ 限定説

└ 非限定説：108,109I 物件への延焼の危険に限定されず、不特定または多数の人の生命、身体、財産に対する危険も含まれる (最決 H15.4.14)

⇔最初から3台の車両に火をつければ器物損壊となり不均衡 (西田)

— 文書偽造・同行使 —

1 罪質

=文書による、公共（社会一般）に対する詐欺

2 偽造公文書行使罪

・行使の程度

ex) 偽造免許

・行使の相手方

…「事情を知らない」ことに加え、「文書に関連して行為をなすことで利害を生ずる者」に限定すべきか

ex) 公立高校の卒業証書

3 私文書偽造罪

—代理名義・肩書きの冒用

—名義人の同意 ex) 交通事件原票（反則切符）、替え玉受験

—通称名の使用

— 刑法とは何か？ —

●刑法とは何か？

○刑とは何か？

- ・国とは何か？
- ・犯罪とは何か？
- ・罪とは何か？
- ・害とは何か？
- ・救いとは何か？
- ・守るとは何か？
- ・立ち直りとは何か？

○法とは何か？

- ・ルールとは何か？
- ・社会とは何か？
- ・平和とは何か？
- ・正義とは何か？
- ・

— 100円の使い道 —

< 3人はチョコがほしい。1人はガムがほしい。 >

— できるだけ多くの解決法を考えてみる。

- お金をくずして分配                    ⇨ 公平だが満足の度合いが極小
- 順番にして誰かの希望は次回に   ⇨ 誰があとになるか、約束は守られ  
先送り（あとになった人は割        るかの問題残  
増）
- 全員納得するまで話し合う        ⇨ 納得のいく理由を出せるか何が納  
得のいく理由か（今の事情、過去  
の事情、将来の事情）
- 第三者に決めてもらう（仲裁）   ⇨ 納得いかない者が出る  
誰に任せるかが問題（どう決め  
る）  
ずるはないか
- チョコガムやガムチョコを開発   ⇨ 技術と時間を必要とする  
する
- ゲームで決める                      ⇨ どんなゲームで決めるか（得意不  
得意がある）  
切実な時は乗りたくない
- 全員あきらめて寄付する           ⇨ 嫌  
合意できるものを探す
- 一番年下の子の好きな物を買っ   ⇨ 皆同じ年かも  
てあげる
- 多数決                                  ⇨ 不合理
- What else ?

(本学法学部・法科大学院准教授)