

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

評価(ABCD)
B

設問17

第1. 正犯意思の否定の主張

1. 乙と甲との間での、Aへの詐欺についての共謀は、乙の正犯意思に基づくものではなく、共同正犯(刑法、以下法文省略、60条)が成立したものでないという主張が考えられる。

2. 共同正犯の成立要件は①共謀の存在、②共謀に基づく実行行為である。そして、共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、各共犯者が互いに利用補完し合って結果に因果性及び、もて自らの犯罪を実現した点にある。

ア. このことからすると、①の共謀は正犯意思、つまり自らの犯罪として行う意思に基づくものでなければならぬ。この意思が認められる方は、行為者の内面だけでなく、犯罪における役割の大きさ等の外形的事情も考慮して判断する。

イ. 乙は、自らは犯罪に加担していると思いつつ、甲の詐欺の働きをおそれ、仕方なく甲に加担している。しかし甲へのおそれからであつたとしても、乙は自らの意思でAへの詐欺に加担している。また、乙の役割はAから受け取れる現金を受け取るというもので、この行為は詐欺の完成に不可欠な重要な役割であるうえ、乙は報酬も受け取る予定であった。

ウ. このことからすると、乙は自らの犯罪としてAへの詐欺の共謀を行つたと言え、正犯意思に基づく共謀と言える。

3. したがって、この主張は認められない。□

第2. 承継的共犯の否定の主張

1. 乙は甲による実行行為の途中から共謀に参加した者である。そして、乙の参加時にはAは詐欺を認識したとされ

注釈の一覧 :59..pdf

ページ :1

 番号 : 1 作成者 : higaki タイトル : ノート注釈 日付 : 2022/11/28 8:10:38
端的かつ十分に指摘できています。

たふ、サもしていたため、乙には承継的共同正犯が成立するとの主張が考えられる。

第2. 承継的共同正犯否定の主張

1. 乙が甲の共謀を行ったのは、甲のAに対する欺罔行為が終了し、Aが手裏にされたふりも始めた後である。そうすると、乙が共謀に参加した時点では、もはやAへの詐欺の危険性はなくなっていること¹¹。乙は自らの参加前の甲の詐欺欺罔行為には因果性も及ぼさない以上、責任を負うことはないこととする。乙に帰責されるべき犯罪事実はなく、詐欺未遂の共同正犯とはならない。

以上のよう主張が考えられる。

2. 共同正犯の処罰根拠からすると、共犯者は自らの共謀以前の他の共犯者の行為に対しては因果性及び及ぼさない以上、当該行為に対して帰責されない。

ア. すなわち、各共謀前後の行為が一体となり、個々の犯罪事実となることを計画されていた¹²場合には、共謀に先立つ行為も利用し、後行行為を行うことの結果に因果性を及ぼすものと言えるため、~~承継共同正犯が成立する。~~

イ. 本件では、先行行為たる甲の欺罔行為と、後行行為たる乙の受領行為は、それぞれ「人を欺く」行為と「金を授けさせる」行為であって、一体となって始めて詐欺罪を構成するものである¹³（24条1項）。

ウ. そうすると、乙は甲の欺罔行為を利用して受領行為を行い、詐欺罪を実現しようとしたものと言える。詐欺罪全体に対して責任を負うものとして、承継的共同正犯とする。

3. しながら、乙は甲の欺罔行為に対しては帰責されるため、上記主張は認められない。

2 ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

番号 : 1	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:12:07
2つの論点が混在しています。危険性がないなら、そもそも承継的共犯にもなりません。危険性の喪失の問題と、承継的共犯の問題は分けるほうが望ましいです。			
番号 : 2	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:13:05
若干わかりにくいです。犯行計画の問題でしょうか。それとも判例のような犯罪類型の問題でしょうか。			
番号 : 3	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:17:28
丁寧な説明です。			

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

第3. 不能犯の主張

1. Aは右まされをふりまとして現実の入っている荷物も指定の場所に送っている。そのため、詐欺罪の結果発生のおそれはなく、不能犯として未遂罪(43条1項)も成立しない。☐

以上のような主張も考えられる。

2. 実行行為が、行為時の事情の下に、一般人の認識において結果発生現実的危険を全く有していなかった場合に限り、不能犯として未遂は否定される。

ア. 本件において、実行行為は甲のAに対する詐欺同行為である。同行為時、Aはまた見子や警察に相談しておらず、甲の詐欺同行為自体にもAが錯誤にあっている危険が全くなかったとは言えないものである。したがって、行為時において詐欺の結果発生現実的危険を全く有していなかったとは言えない。☐

3. したがって、不能犯とは言えず、上記主張は認められない。

〈設問2〉

第1. 甲の罪責

1. Eに対する詐欺罪(24条1項)が成立しないか。

2. 欺罔行為は交付の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為を言う。甲がEにした特別抽選及びそのための振り込みの話は、Eが現金50万円を交付するにあつてその重要な基礎となる特別抽選の存在を偽る行為であつて、☐「人を欺く」行為にあたる。

ア. Eは甲の欺罔行為により、特別抽選の存在及びそのための振り込みの必要性を誤信するという錯誤

番号 : 1	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:19:31
事後的に危険性が喪失したら不能犯になるという理屈はあり得ないので、主張の立て方に工夫が必要です。			
番号 : 2	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:19:09
問題は乙が関与した時点での状況をどのように説明するかです。			
番号 : 3	作成者 : higaki	タイトル : ノート注釈	日付 : 2022/11/28 8:24:47
若干言葉足らずです。甲が話したどの箇所が事実と異なるのでしょうか。			

により、この錯誤により F 義の口座 12503 円を振り込むという「交付」行為をしている。

1. 甲は F 義の口座のキャッシュカードを有していなくても払い戻しを受けられるのだから、振り込みがあった時点で 503 円を取得したと言える。

3. 甲の詐欺の故意及び不法領得の意思は、甲の行為態様から明らかである。

4. したがって、甲に詐欺罪が成立する。

第2. 丙の罪責

1. 丙は窃盗罪(235条)が成立しないから。

2. 「窃取」とは所有者の意思に反してその財物の占有を奪うことを言う。

ア. 丙は F 義の口座のキャッシュカードを有している以上、払い戻しを受けうるとして、B 銀行の意思に反して現金の奪取ができたとも思える。

イ. しかし、口座の譲渡は禁じられており、丙が F 義のカードを用いて ATM から引き出すとすれば、B 銀行にはこれを許さないとはいえず、 と言う。

そうすると、丙は現金 503 円を B から「窃取」したと言える。

3. 丙は 503 円を裏取りしめするつもりであることから、窃盗の故意も不法領得の意思も明らかである。

4. したがって、丙には B への窃盗罪が成立する。

以上

