

設問 1 (1)

1 詐欺罪(刑法246条1項)における「欺」く行為は疑罔行為のことであり、疑罔行為は処分行為に向けて人を錯誤に陥らせるものを言う。疑罔行為の対象は財物交付の基礎となる重要な事項に限られる。

2 未遂犯の処罰根拠は、結果発生の実現的危険性を有する点にある。そして、危険概念は程度問題であるから、未遂犯の処罰範囲の明確にする必要がある。そこで、未遂犯は、結果発生の実現的危険性を有する行為であって、実行行為と密接に関連する行為をいうと解する。そして、詐欺罪においては、財物交付の文言を述べなくとも、財物を交付させる現実的危険性を有する行為であって、それが財物交付させる行為と密接に関連する場合には、詐欺罪の実効の着手があったと言えると解する。

3 1回目の電話により甲はAに対して警察官と偽り、身分を誤信させ、2回目の電話で捜査のため必要があるとして現金を自宅に用意させている。その後、甲らの計画に沿って警察官を装った乙、丙が現金をAから受け取るというものであるから、2回目の電話の時点でAが乙らに現金を交付させる危険性が高まっているといえる。2回目の電話は、乙らが現金を預けてほしいという現金交付の文言を述べる上で、自宅に現金を用意させるという意味で財物を交付させる行為と密接に関連するといえる。これらを踏まえると、2回目の電話は、財物を交付させる現実的危険性を有する行為であって、それが財物交付させる行為と密接に関連する行為といえる。甲は2回目の電話の後、実際に現金を騙し取ることができなかったのであるから、実効の着手はあったが結果は発生していないとして、詐欺未遂罪が成立する。

設問 1 (2)

1 ③の時点で実効の着手が認められる。以下、理由を説明する。

2 前記のとおり、甲らの計画を前提とすると、2回目の電話の時点でAが乙らに現金を交付させる危険性が高まっている。1回目の電話の時点では、警察官と偽るのみで現金を交付させるような文言を述べていないし、警察官と偽るのは2回目の電話を信じさせるものにすぎないから1回目の電話の時点では実効の着手は認められない。したがって、③の時点で実効の着手が認められる。

設問 2

1 乙、丙 強盗の共同正犯 致傷結果との因果関係は否定

1 乙と丙に強盗罪(236条1項)の共同正犯が成立しないか。乙は丙に対し、「ジジイを騙すより縛ったほうが確実に金を奪える。縛って、金を奪ってしまおうぜ。」と言い、丙はこれを了承しているから、乙と丙に強盗罪の共謀が成立している。

2 強盗罪における暴行は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものでなければならぬ。乙、丙は、Bの手足をロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、Bを床の上に押し倒している。2人がかりで身体を自由をロープで奪われ、さらに口を塞がれることで助けを呼ぶこともできないのであるから、言う通りにしなければ更なる被害を加えられる可能性があ

った。したがって、乙らの暴行は B の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行のといえ、強盗罪の暴行に当たる。そして、乙らは B の 300 万円をもって B 宅を出ることで同 300 万円を「強取」している。したがって、少なくとも強盗罪の共同正犯が成立する。

3 B は縛られた痺れから転倒して頭部打撲の障害を負っているから、強盗致傷罪が成立しないか。前記傷害と乙らの暴行との間に因果関係があるかが問題になる。

確かに、B の転倒の原因となった足の痺れは乙らがロープで B を長時間にわたって縛っていたからである。しかし、B は乙らから縛られた後、C がそのままでいるよう注意したにもかかわらず、奪われたものの有無を確認するために立ちあがろうとして転倒したのであるから、転倒の原因には B の不注意が与えた影響が大きい。したがって、乙らの前記暴行と B の前期傷害との間に因果関係は存在しない。よって、乙らに強盗致傷罪は成立しない。

乙と丙は強盗罪の共同正犯となる。

2 甲 強盗について共謀の射程は及ばず

2 甲は乙らと詐欺罪の共謀をしていた。それにもかかわらず、乙らは強盗罪を行っている。では、乙らの強盗は、甲の共謀に基づく実行行為と言えるか。共謀の射程が問題になる。共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果の共同惹起にあるところ、当初の共謀の危険実現の範囲内の行為であれば、共同正犯の処罰根拠が妥当する。そこで、共謀の射程は、共謀の危険実現の範囲内の行為がどうかで判断する。

3 確かに、B という被害者は同一であるし、現金 300 万円を領得するという点では共通する。しかし、強盗と詐欺は財物を了得する手段が暴行脅迫を用いるか、錯誤を用いるかで質が大きく異なっている。甲らは疑罔行為で騙せない場合は暴行脅迫を用いるということとを事前に合意していたわけでもない。したがって、乙らの強盗に対して共謀の射程は及ばない。よって、乙らの行為は甲に奇跡されず、甲に犯罪は成立しない。

設問 3

1 業務妨害の成立を否定

権力的公務であれば威力による公務の妨害に対しては自力救済により排除することができるため、威力業務妨害(234条)における業務には、権力的公務は含まれないと解する。丁による暴行脅迫は威力に当たるものの、妨害したのは警察官による乙の逮捕という権力的公務であるから、丁に業務妨害罪は成立しない。

2 業務妨害の成立を肯定

権力的公務は偽計による公務の妨害に対しては自力救済により排除することができないため、偽計業務妨害(233条)における業務には、権力的公務は含まれると解する。丁は警察官による乙の逮捕を妨害しようと考え、警察署に虚偽の通り魔発生の通報の電話をかけて、警察官らに当該通り魔事件のへの警戒等を行わせることによって、乙の追跡を妨害し、乙の逮捕をできなくさせているから、偽計により乙の逮捕という権力的公務を妨害している。したがって、丁に警察官に対する偽計業務妨害が成立する。

第1 設問1について

1 (1)について

(1) 甲は、「欺」(刑法(以下、法令名省略)246条1項)く行為を行ったといえるか。

ア 「欺」くとは、財産処分に向けられた、相手方の交付の判断の基礎となる重要な事実を偽る行為をいう。そして、実行の着手は、構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起した時点で認められる。そのため、「現金の交付を求める文言を述べること」がなくても、財産処分に向けられた一連の「欺」く行為が開始され、構成要件的结果発生の現実的危険性が惹起された時点で、実行の着手が認められると解する。

イ 甲は、警察官がA宅に向かうというAの現金200万円の交付の基礎となる重要な事実を偽っており、また、甲と、共同実行の事実及び意思のある乙及び丙も警察官を装ってA宅を訪ねていることから、「欺」く行為を行ったといえる。

(2) もっとも、Aは、乙らの姿を見て不審に思い、錯誤に陥らず、現金200万円を「交付し」ていないことから、結果が発生したとはいえない。

(3) 甲に上記一連の行為の詐欺罪の故意(38条1項本文)に欠けるところはない。

(4) よって、甲に詐欺未遂罪(250条、246条1項)が成立する。

2 (2)について

②の時点で実行の着手を認める。

②の時点において、Aによる現金200万円の交付の判断の基礎となる重要な事実である警察官がA宅に向かうという事実について、財産処分に向けた一連の欺罔行為を開始しており、1回目の電話がなければ、Aを錯誤に陥らせることは難しいと考えられる。そのため、②の時点で、構成要件的结果発生の現実的危険性が惹起されたといえる。そして、①の時点では、現金を騙し取る対象者を選んでのみであり、欺罔行為を開始しているか否かという点において、実質的に異なる。したがって、②の時点において実行の着手が認められる。

第2 設問2について

1 乙と丙が、Bを縛り上げて現金300万円を持ち出した行為に強盗致傷罪の共同正犯(60条、240条)が成立するか。

(1) 乙と丙は、後述の通り、強盗致傷罪につき、共同実行の実行の事実及び意思が認められる。

(2) 乙と丙は、Bの手足をそれぞれロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、Bを床の上に倒すというBの犯行を抑圧するに足りる程度の「暴行」(236条1項)を用いて、「他人の財物」であるBの現金300万円を「強取した」といえる。

(3) 「強盗」(240条)である乙と丙は、Bに全治2週間を要する頭部打撲の傷害を負わせて衣類ことから、「人を負傷させた」といえるとも考えられる。

(4) もっとも、仲間割れ等による人の負傷結果を帰責するのは妥当でないため、適切な帰責範囲を確定するべく、強盗の機会に行われたものにより、人の負傷結果が生じていること

が必要であるところ、強盗の機会にBの負傷結果が生じたといえるか。

ア 強盗の機会に生じたといえるためには、強盗行為と密接に関連する行為によって同結果が生じている必要があると解する。

イ Bの負傷結果には、CがBにそのままにいるように言ったにもかかわらず、立ちあがろうとしたという介在事情が存在することから、強盗の機会に生じたものではないとも考えられる。もっとも、高齢者を2時間もの長時間緊縛すれば足の痺れが生じて転倒することや、強盗の被害者が奪われた物の有無を確認するために緊縛が解かれてすぐに立ち上がることは容易に想定しうる。また、Bの足の痺れは乙と丙がロープで足を縛ったことにより生じたものであり、Bが転倒した場所は、同強盗致傷事件の犯行現場であるB宅であり、Bは2時間にもわたり縛られ続けていたことから、時間的場所的近接性も認められる。

したがって、強盗行為と密接に関連する甲によってBの負傷結果が生じたといえ、強盗の機会に生じたものと認められる。

(5) 乙と丙には、上記強盗罪の故意につきかけるところはないため、強盗致傷罪の故意が認められる。

(6) よって、甲と乙に強盗致傷罪の共同正犯が成立する。

2 甲が、Bに電話をかけて警察官がB宅に向かう旨を信用させた行為に詐欺未遂罪が成立するか。

(1) 「すべて正犯とする」(60条)」として一部実行全部責任を定める根拠は、共犯者が「重大な因果的寄与をして法益侵害を共同惹起したといえる点にある。そこで」、自らが「実行行為を行っていない者についても、①共謀、②共謀に基づく実行行為が認められれば、共同正犯となると解する。

甲は、同詐欺罪を計画し、Bにこれから向かうのが警察官である旨を信じさせるという実行行為を行っており、正犯意思や重大な寄与が認められる。そして、乙及び丙は、同計画に基づく指示を了承してることから意思連絡もあるといえ、詐欺罪につき共謀があったといえる(①充足)。

もっとも、乙と丙は、上述の通り、強盗致傷罪の実行行為を行なっていることから、共謀に基づく実行行為があったといえるか。

ア 上述の一部実行全部責任を認める根拠から、共謀に基づく実行行為があったといえるかは、共謀の因果性の有無により判断する。

イ 乙と丙は、甲から指示されたBに対して、強盗致傷罪の実行行為を行なっていることから、共謀の因果性が残っているとも考えられる。もっとも、詐欺罪と強盗罪の実行行為の態様は大きく異なることから、共謀の因果性があるとはいえない。

したがって、共謀に基づく実行行為があったとはいえない。

(2) もっとも、甲は、警察官がB宅に向かうというBの現金300万円の交付の判断の基礎となる重要な事実を偽っていることから、「欺」く行為を行ったといえる。他方で、Bは、

「交付」行為を行っていないことから、結果が発生したとはいえない。

(3) 甲は、上記一連の行為につき、詐欺罪の故意を有している。

(4) よって、甲の上記行為に詐欺未遂罪が成立する。

3 乙と丙が、甲から上記詐欺罪に関する計画につき、了承した行為に詐欺未遂罪の共同正犯が成立するか。

上述の一部実行全部責任の根拠から、i 先行行為の効果が介入後もなお継続し、ii 後行者がその効果を利用して犯罪を実現させた場合には、後行行為によって法益侵害を共同惹起したといえ承継的共同正犯を肯定できると解する。

もっとも、乙と丙は、甲の欺罔行為によってもたらされた B の錯誤状態を利用して犯罪を実現させていない（ii 不充足）ことから、法益侵害を共同惹起したとはいえず、承継的共同正犯は肯定できない。

したがって、乙と丙の上記行為に詐欺未遂罪の共同正犯は成立しない。

4 甲が、乙と丙から現金 100 万円を受け取った行為に盗品等譲受罪（256 条 1 項）が成立するか。

(1) 同 100 万円は強盗致傷罪という「財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」であり、甲はこれを「無償で譲り受け」ている。

(2) 甲は、同 100 万円は、詐欺罪によって領得されたものであると認識しているものの、「財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」であるという点について認識にかけるところはないから、盗品等譲受罪の故意が認められる。

(3) よって、甲の上記行為に盗品等譲受罪が成立する。

5 甲の上記各行為に、詐欺未遂罪、盗品等譲受罪が成立し、両者は併合罪（45 条）となり、甲はその罪責を負う。乙と丙の上記行為に強盗致傷罪の共同正犯が成立し、両者はその罪責を負う。

第3 設問3について

1 業務妨害罪の「業務」には、強制力を用いて自ら排除することが可能な「威力」による業務妨害の場合には、公務執行妨害罪により、罪責を問うこともできることから、含まれず、他方で、強制力を用いて偽計を排除することは困難であることから、「偽計」による場合には強制力を行使できる「業務」も含まれると解する。

2 丁は、6 の事実の際には、乙を逃すため、怒号を発しながら両手を広げて立ち上がり、道を塞ぐという「威力」を用いて業務妨害を行っており、「業務」にあらず、威力業務妨害罪は成立しない。

3 丁は、7 の事実において、警察官 5 名に対し、乙の逮捕を妨害するため、電話で通り魔に刺された旨のうそによって「業務」を妨害していることから、「偽計」による業務妨害として、偽計業務妨害罪が成立する。

以上

2023 年司法試験 刑法再現答案

設問 1

第 1 (1)

1、 甲に詐欺未遂罪（刑法（以下略）246条）が成立するとの立場から次のような説明が考えられる。

2 (1) 「欺いて」（同項）とは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。そして、この欺罔行為には、現金の交付を求める文言が必要である。

(2) 他方で、未遂犯の処罰根拠は、法益侵害の現実な危険性の惹起にある。そのため、実行の着手とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為を開始することをいう

この実行の着手は、直接の実行行為そのものでなくとも、それに密接に関連する行為も含み得る。この密接関連行為は本罪の実行行為そのものではないから、交付文言はなくとも本罪の未遂は成立する。

(3) 本件で、本罪の直接の実行行為は、計画⑥における乙丙によってなされることが予定された欺罔である。しかし、甲は、後述するように上記の乙丙の実行行為と密接に関連する行為をしており、実行の着手が認められる。

3、 以上のような理由で、甲には詐欺未遂罪が成立する。

第 2 (2)

1、 本件では、後述する通り③の時点で、実行の着手が認められると考える。

2 (1) 本件では、甲は、1回目の電話で被害者 A に対して、A が住む地域を担当することになった警察官である旨申し向けている。

そして、2回目の電話では、甲は、A に対し、上記の警察官である旨を伝えた上で、A の預金口座が不正利用されている疑いがあり、捜査のため必要であるため、預金を全額引き出して自宅に持ち帰るよう申し向けている。

(2) 警察官という公職にあるものから、自らの預金口座が不正に利用されている疑いがあると伝えられれば、誰もが焦り、冷静な判断ができなくなり、指示通りに預金を引き出してくる可能性は高かった。本件では、A は、高齢者であり、判断能力が衰えていると考えられることから、なおさらである。

(3) さらに、2回目の電話以降の犯行計画では、A が預金を引き出したら、甲に電話をかけさせ、それを受けた甲が、警察官が A の自宅に向かう旨を伝えること、そして、警察官を装った乙丙が A の自宅に向かい、捜査のために必要な現金を預けるよう A に申し向け、現金をだましとることが予定されていた。

(4) 上記犯行計画をも考慮すると、2回目の電話は、①乙丙らによる欺罔を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであり、②2回目の電話に成功した場合、それ以降の計画を遂行する上で、障害となるような特段の事情も存在せず、③2回目の電話から、乙丙らによる欺罔行為がなされるまで、わずか3時間しかなく時間的な接着性が認められ

る。

(5) したがって、2回目の電話は、乙丙らによる欺罔行為と密接に関連する行為といえ、本罪の法益侵害の現実的危険性を有する行為である。

3、 2回目の電話の前の時点では、未だAに被害が及んでいるとの嘘は伝えられておらず、預金を全額手元に引き出すおそれはほぼなかったのに対して、2回目の電話では、警察官となるものから、Aの預金に被害が及んでいること伝えられ、預金を全額手元に引き出す危険性は極めて高かった。また、それ以後の犯行計画を加味すると、2回目の電話以後は、それ以前に比較して、Aが乙丙らに現金を交付する危険性は著しく高まっていた点が異なる。

4、 以上より、2回目の電話をした③の時点で、甲には本罪の実行の着手が認められる。

設問2

1、 乙丙が、B縛り上げて、同人の現金300万円を奪った行為について強盗致傷罪の共同正犯(240条、60条)が成立するか。

(1) 共同正犯が認められるには、①共謀、②共謀に基づく実行行為という要件を充たす必要がある。

①について、乙は、丙に対し、Bを「縛って金を奪おう」と申し向け、丙はこれを了承しているから、共謀が認められる(①充足)。

(2) ア、②について、強盗罪(236条1項)の暴行・脅迫は、相手方の反抗を抑圧する程度のもでなければならない。本件では、乙丙は、体力の低下した高齢者であるBに対して、同人の手足をロープで縛り、口を粘着テープでふさぎ、床に倒した。上記行為により、Bのような高齢者は、全く身動も声も発することできない状態になるから、上記行為は、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行にあたる。

イ、そして、乙丙は、上記の暴行を手段として用いてBの現金300万円を奪っている。

ウ、さらに、乙丙らに、強盗罪の故意、不法領得の意思も欠けるところがない。

エ、したがって、乙丙は、上記の共謀に基づいて強盗罪(236条1項)実行行為を行ったといえる(②充足)から、同項の共同正犯の構成要件に該当し、「強盗」(240条)である。

(3) ア、さらに、Bは、Cによって、ロープ等を解いてもらった後、立ち上がろうとした際に、転倒して頭部に傷害を負っているところ、この傷害と乙丙の上記行為との因果関係があるか。B自身の行為が介在しているため問題となる。

イ、これについて、行為の危険が結果へと現実化したと言える場合には因果関係を認めることができると解する。

本件で、Bは、乙丙によって、約2時間という長時間、緊縛され、全く身動きが取れない状態にされていた。Bが高齢者であることもふまえると、乙丙の上記行為は、Bが緊縛

を解かれた際に、立ち上がろうとして、転倒し床に頭を打ち付け頭部に傷害を負う高度の危険を有する行為である。

ウ、 したがって、乙丙の上記行為の危険が結果へと現実化したと言えるため、因果関係が認められる。

(4) 以上より、乙丙の上記行為につき、強盗致傷罪(240条1項)の共同正犯が成立する。

2、 甲が、乙丙と共謀して、Bから現金300万円を奪った点について、詐欺罪(246条1項)の共同正犯が成立するか。

(1) ア、 ①について、甲は、乙丙らと詐欺に関する本件計画をしていたため、共謀が認められる(①充足)。

イ、 ②について、本件共謀においては、乙丙らは、捜査のためにひつようなので現金を預けてほしいとの嘘をBに申し向けて、同人の現金300万円をだまし取る計画だったのに対して、実際には、乙丙は、強盗を行っている。そのため、共謀の射程が及ぶかどうか問題となる。

ウ、 これについて、上記のように、共謀内容と、実際に行われた実行行為の態様は、異なるものの、Bから現金300万円の占有を乙丙らに移転させ、甲乙丙で山分けするという動機はなお維持されていた。また、犯行の客体も計画と同じBであり、日時も同じである。

エ、 したがって、共謀の射程内といえるから、②を充たす。

(2) ア、 もっとも、甲は、詐欺の認識しかないが、共犯者の乙丙は、強盗致傷の結果を生じさせており、この場合にいかなる罪の共同正犯が成立するか問題となる。

これについて、共同正犯の本質は犯罪を共同する点にあり、上記のように不一致がある場合でも、構成要件が重なりある限度で犯罪を共同したと言える。したがって、その限度で軽い罪の共同正犯が成立すると解する。

イ、 本件では、保護法益は、いずれも財産権という点で共通している。また、犯行行為態様について、前者が、欺罔して財物を交付させるのに対して、後者は、暴行等を手段として財物を強取する点で異なるが、財物の占有を移転させるという点では共通している。

したがって、窃盗罪(235条)の限度で重なり合いが認められる。

(3) 以上より、甲には、窃盗罪の共同正犯が成立する。

設問3

1、 威力業務妨害罪(234条)の「人の業務を妨害した」とは、威力が用いられたことによって、本来行うことができた業務を行うことができなかったことをいう。

2 (1) 本件で、事実6について、丁は、警察官Dに対して、怒号しながら超手を広げて立ちはだかるという行為を行っている。しかし、この行為によって、Dは、わずかな時間足止めをされ、「直ちに」乙を追いかけることができなかったにすぎず、この行為がなかったとしても乙を逮捕できたかどうかは不明である。

コメントの追加 [Y.K1]: コメント

時間がなく、また知識も抜けていて警察官の各種公務が「業務」に該当するかどうか論述をすることができなかった。

3

(2) したがって、逮捕という「業務を妨害した」とは評価できない。よって、上記行為について、丁には、業務妨害罪は成立しない。

3、(1) 次に事実7について、丁は、Y 警務署に電話をかけ、「Y 署近くの路上で、通り魔に刺された」との嘘を申し向けている。その結果、D から応援要請を受けていた警察官5名は、その嘘の通り魔事件の警戒等を行わざるをえなくなったため、乙を追跡逮捕することができなかった。警察官5名が乙の追跡逮捕の応援にかけつけていれば、乙を逮捕できていた可能性は高かったことからすれば、乙は、追跡逮捕という「業務を妨害した」といえる。

(2) したがって、上記行為については、丁に威力業務妨害罪が成立する。

以上

設問 1

(1)

現金の交付を求めなくても、交付の判断の基礎となる重要な事項について欺く行為がなされれば、交付によって財産的損害という結果が発生する現実的危険性が認められるから。

(2)

①は A を選んだだけ。

②は騙しているが、交付とは関係ない。

③の電話で告げられた事項について錯誤に陥れば、現金を引き出して自宅に持ち帰るという交付をなすために不可欠の準備行為に至る。あとは、ただ現金を手渡しするだけという状態になる。そのため、③で実行の着手が認められる。

設問 2

・乙と丙は強盗の共謀の上、強盗をし、強盗の機会に怪我させているため、強盗致傷が成立する。

・甲には詐欺未遂は成立する。ただ、甲は詐欺の共謀を乙・丙としているだけだから、乙・丙の強盗致傷は共謀の射程外。

設問 3

威力業務妨害罪の「業務」には強制力を行使する権力的公務が含まれるが、偽計業務妨害罪の「業務」には強制力を行使する権力的公務は含まれない。

刑法

第1 設問1 (1)

1 甲の A から現金をだまし取ろうとした行為に、詐欺未遂罪（刑法（以下略）250 条、246 条1 項）が成立する。

(1) まず、人を騙す行為によって財物が交付されれば常に詐欺罪が成立するとすると、処罰範囲が広範に過ぎる。そこで、「欺」く行為とは、交付の判断の基礎となるような重要な事情を偽る行為をいうと解する。

そして、実行行為とは構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為をいい、実行の着手はその危険性が生じた時点で認められる。

(2) 本問では、甲は未だ A に現金の交付を求める文言を述べていない。もっとも、甲が A に電話をかけ、A は預金口座から 200 万円を引き出し、自宅に保管している。そして、甲は電話で警察官が向かうと A に述べているから、A としては警察官が 200 万円を回収しにくると信じるのが通常であり、現金の交付を求める文言を述べていなくとも、A が乙及び丙に対して交付行為を行う危険性は生じているといえる。

そうだとすれば、すでに「欺」く行為の実行の着手が認められる。

(3) そして、A は甲の欺罔行為によって錯誤に陥っているが、交付行為は行っていない。

2 したがって、上記行為に詐欺未遂罪が成立する。

第2 設問1 (2)

1 まず、①～③の段階では、A に対して電話をかけ、現金を引き出すよう告げているだけであり、A が高額の現金を引き出そうとすれば、係員等に不審がられ、現金を引き出せない可能性がある。

そこで、この段階では結果発生に対する障害が除去されておらず、現実的危険性がないため実行の着手が認められない。

2 次に、④の段階では、A が実際に現金を引き出し、自宅に持ち帰っている。しかし、この段階でも、この 200 万円の処理については甲からなんら告げられておらず、A による交付の危険性は抽象的なものにすぎない。

3 そして、⑤の段階では、甲が「これから警察官がそちらに向かいます。」と告げ、A は警察官が家に来ると認識するに至っている。そうだとすれば、A は警察官の指示に従い、現金を交付する危険性が格段に高まっている。また、通常警察官が家に来ると告げられればそのように信じるものと考えられ、この時点で結果発生に対する特段の障害がなくなっているといえる。

そこで、⑤の段階で結果発生の実現的危険性が認められ、実行の着手が認められる。

第3 設問2 乙・丙の罪責

1 乙と丙が、Bの手足をロープで縛り現金を奪った行為に、強盗致傷罪の共同正犯（240条前段、236条1項、60条）が成立するか。

（1）まず、乙らはBの手足をロープで縛り、口を粘着テープで塞ぐという、Bの反抗を抑圧する程度の「暴行」により、Bの反抗を抑圧し、現金3000万円を「強取」している。そこで、乙らは「強盗」である。

（2）次に、乙らの暴行行為は強盗と密接な関連を有する行為といえるから、強盗の機会における行為といえる。では、同行為とBの傷害との間に因果関係が認められるか。

ア そもそも、因果関係は、偶然の結果を排除し、適正な処罰範囲を確定するものである。そこで、介在事象の異常性、結果への因果的寄与度等を考慮し、行為の危険性が結果へと現実化したといえるかによって判断する。

イ 本問では、乙らの暴行行為とBの傷害結果との間に、Bが足のしびれが残っていたにもかかわらず立ち上がったという介在事情が存在する。確かに、Bの傷害は直接的にはこの介在事情により生じており、その結果への寄与度は小さいとはいえない。もっとも、乙らがBの手足をロープで縛ったことにより、Bの足がしびれていたであり、乙らの行為がそのような危険状況を設定したといえる。また、足がしびれている状態でそのままのように言われたとしても、近くのをとろうとしてふと立ち上がるということは通常考えられるものであり、介在事情の異常性は低い。

そこで、乙らの行為の持つ危険性が結果へと現実化したといえる。したがって、因果関係が認められる。

（3）では、乙らは甲の行為によって300万円が用意されているという状況を利用しているため、甲との関係でも共同正犯とならないか。

ア 共犯の処罰根拠は、他の共犯者によって引き起こされた法益侵害と因果性を有する点にある。そして、行為者の加担前に発生した事象については因果的に影響を持ちえないため、原則として承継的共同正犯は成立しない。

もっとも、加担後に結果が発生する場合に、加担前に構成要件の一部がすでに行われていたとしても、先行行為と後行行為が構成要件上一体となっている犯罪であれば、既に行われた構成要件部分への因果的寄与は不要であり、承継的共同正犯が成立すると解する。

イ 本問では、甲によるBへの電話は乙らの加担前に行われている。そして、乙らの行為は単独で強盗罪の構成要件に該当するものであり、先行行為と後行行為が構成要件上一体となっているとはいえない。

そこで、承継的共同正犯は成立せず、甲との関係では共同正犯とならない。

2 よって、上記行為に強盗致傷罪の共同正犯が成立し、乙・丙はその罪責を負う。

第4 設問2 甲の罪責

1 乙らの強盗行為について、詐欺罪（246条1項）の共同正犯が成立するか。甲は実行行為を行っていないため問題となる。

- (1) 共犯の処罰根拠は、他の共犯者による法益侵害と因果性を有する点にあり、①共謀、②①に基づく実行行為があれば、因果性を持ちうるため、共同正犯が成立すると解する。
- (2) 本問では、甲は、乙及び丙に対し、B から現金の交付を受けるよう指示し、これを乙及び丙が了承しているから、意思の連絡がある。また、甲は B に現金を用意するよう告げる電話をかけるという重要な役割を担っている。そして、B から現金をだまし取るための計画も自ら立てている。そこで、甲には正犯意思が認められ、共謀があるといえる(①充足)。

では、乙らの行為は、上記共謀に基づく実行行為といえるか。

共謀に基づく実行行為といえるかは、犯意の同一性、時間的場所的接着性等を考慮し、共謀が結果へと現実化したといえるかによって判断する。

本問では、共謀段階では、乙らがB に嘘を言って 300 万円をだまし取るという計画であった。しかし、乙らは自らB をロープで縛るという強盗行為に及んでいる。これは、共謀と同一性を有する行為とはいえない。また、甲はB に暴行を加えることは想定していなかったといえる。

そこで、乙らの行為は上記共謀が現実化したものとはいえず、共謀に基づく実行行為があるとはいえない(②不充足)。

したがって、詐欺罪の共同正犯は成立しない。

- 2 もっとも、すでに甲はすでに詐欺罪の実行に着手しているから、詐欺未遂罪が成立する。そして、甲はその罪責を負う。

第5 設問3

- 1 丁が道を塞いだ行為につき、威力業務妨害罪(234条)は成立するか。同罪における「業務」に公務が含まれるかが問題となる。

(1) 強制力を行使する権力的公務は、威力による妨害に対し自らこれを排除することが可能であり、同公務は「業務」には含まれないと解する。

(2) 本問では、事例3の6におけるDの行為は、逮捕状に基づき強制力を行使する権力的公務であり、「業務」とはいえないから、丁の行為に威力業務妨害罪は成立しない。

- 2 丁がY警察署に電話をかけ、嘘を言った行為に、偽計業務妨害罪(233条)は成立するか。

(1) 偽計による妨害は強制力によって排除できないため、強制力を行使する権力的公務も偽計による妨害から保護する必要がある。そこで、同条の「業務」にはすべての公務が含まれると解する。

(2) 本問では、7のY警察署の警察官5名の業務も同条の「業務」に当たり、上記行為に偽計業務妨害罪が成立する。

以上

設問 1

第 1 (1)について

- 1 甲は、乙丙とともに詐欺の計画を立て、その計画に従い乙丙に A に詐欺をすることを指示しているから、甲乙丙に詐欺の意思連絡と正犯性が認められる。もっとも、甲に、詐欺未遂罪の共同正犯を成立させるためには（刑法（以下法名略）246 条 1 項、250 条 60 条）、かかる意思連絡による共謀に基づく詐欺の実行の着手（43 条）が認められるか問題となる。
- 2 実行行為とは構成要件的結果発生危険性を有する行為であるから、実行の着手は、構成要件の結果発生現実的危険性が認められる時点で認められることとなる。そして、詐欺罪は、欺罔行為により相手を錯誤に陥らせて財産を交付させる犯罪であるから、実行の着手がされたといえるには、財産交付に向けた欺罔行為が必要となる。したがって、財産の交付を求める文言を述べていなければ、財産交付にむけた欺罔行為がされておらず、結果発生現実的危険性がまだない以上、実行の着手は認められない。
- 3 もっとも、犯行計画上の行為が二段階からなる場合、第 2 行為で実行行為を行おうとしていたとしても、第 1 行為と第 2 行為が密接に関連しており、第 1 行為の時点で結果発生に至る客観的な危険性があると認められるときは、第 1 行為の時点で実行の着手が認められると考える。具体的には、①第 1 行為が第 2 行為を確実かつ容易に行うために必要であったか、②第 1 行為に成功したあとの計画遂行において障害となるような特段の事情はないか、③第 1 行為と第 2 行為に時間的場所的近接性があるか、という点を検討する。

このように考えると、甲乙丙が現金の交付を求める文言を述べていなくとも（第 2 行為）、その前段階の行為（第 1 行為）の時点で、実行の着手を認めることが可能となり、甲に詐欺未遂罪が成立する。

第 2 (2)について

- 1 ①～④の行為を第 1 行為とすると、これらの行為は、A に警察官が現金を受け取りに来るという嘘の情報を信じさせたうえで、詐欺の被害品となる現金を A が交付予定場所である A 宅に用意させるものであるから、その後 A 宅で乙丙が現金交付を求める欺罔行為（第 2 行為）をすることを確実かつ容易に行うために必要なものである（①充足）。もっとも、A が預金口座から現金を引き出す前、及び引き出した直後は、銀行員や ATM 設置場所の管理者、その周辺の人などが詐欺の疑いをもち、A が 200 万円を引き出し持ち帰るのを止められる可能性がある。現在において高齢者に対する詐欺行為が増えており、世間の防犯意識が高まっている現状では、①～④の行為をしたあと、第 2 行為をするまでに、周囲の人の注意や情報から A が詐欺と気が付き、詐欺が成功しない可能性が大いにあると認められる。したがって、第 1 行為に成功した後の計画遂行において、障害となるような特段の事情があると認められる（②不充足）。
- 2 これに対し、⑤の行為の時点では、甲の嘘を信じて A は 200 万円を自宅に持ち帰り、

そのことを電話で甲も確認している状態で、かつ、甲が、これから警察がA宅に向かう旨をAに伝えることで、AをA宅にとどませるものであるから、⑤の行為の後、乙丙がA宅で現金交付を求める欺罔行為をするまでの間に、Aが気が付いて詐欺が成功しなくなるといった障害が発生する特段の事情は認められない（②充足）。そして、⑤の行為は、Aが200万円をA宅に持ち帰っていることを確認し、AをA宅にとどまらせて乙丙をむかわせるための準備をするものであるから、第2行為を確実にかつ容易に行うために必要な行為といえる（①充足）。また、第2行為と場所がA宅で同一であり、時間も1時間程度しか変わらないことから、⑤の行為と第2行為に時間的場所的近接性が認められる。

3 よって、⑤の行為の時点で実行の着手が認められる。

設問2

第1 乙と丙の罪責について

1 乙と丙が、Bをロープで縛るなどしたうえで、B宅から300万円を奪った行為に、強盗致傷罪の共同正犯（240条、60条）が成立しないか。

- (1) 乙と丙は、Bを縛り上げて現金を手に入れる強盗行為について、意思連絡をしており、また実行行為も二人で行うこととしているから、正犯性も認められる。そして、かかる意思連絡に基づく共謀により、乙と丙は、Bの手足をロープで縛り、口を粘着テープでふさぎ、Bを床の上に倒したから、Bの反抗を抑圧するに足る有形力行使をしたと認められる。その結果、Bは動けなくなったところ、乙丙はB宅のリビングからB所有の300万円をもってB宅を出たため、300万円をBの意思によらずに自己の占有に移したから、300万円について強取したと認められる。したがって、共謀に基づく乙丙の強盗（236条1項）の実行行為と結果発生が認められる。また、乙丙には、強盗の故意と不法領得の意思が認められる。
- (2) その後、Bは、乙丙による緊縛によって足にしびれが生じていたところ、立ち上がった際に、転倒して床に頭を打ち付けて、全治2週間の頭部打撲の傷害を負ったところ、この傷害と乙丙の強盗行為に因果関係が認められるか。この傷害結果は、BがCのことを聴かず立ち上がったため発生したものであるから、Bによる介在事情があるものの、乙丙のした緊縛行為自体が、Bに足のしびれを生じさせ、解放され立ち上がった際に転倒してケガをさせる危険性を有するものであるから、その危険が現実化したといえる。緊縛から解放されたあと、奪われた物を確認するために立ち上がることは通常の事であるから、Bの介在事情は不自然なものでなく、また、乙丙の行為の危険性を減らさなかっただけにすぎない。したがって、Bの傷害結果と乙丙の強盗の際の暴行行為と因果関係が認められる。

もっとも、Bの傷害結果は、強盗の機会に発生したものであるか。乙丙が強盗を行ってから、Bの傷害結果発生までに2時間ほど間があるため、強盗の機会とは言えないとも思える。しかし、Bは、強盗の際に緊縛されて反抗を抑圧されてから、2時間ずっ

と同じ場所で同じ状態であったのであるから、Bは2時間後も強盗の最中の状態にあると同視することができる。そこで、Bがその緊縛から解放されて立ち上がった際にケガをしたことも、乙丙の強盗の機会に生じた傷害結果とすることができる。

そして、強盗致傷罪は結果的加重犯であるところ、結果的加重犯が重く処罰されるのは、基本行為自体が、その性質上、重い結果を発生させる高度の危険性を内包しているからである。そのため、基本犯の実行行為と重い結果に因果関係があれば、重い結果に対する過失がなくても、結果的加重犯は成立するのであり、共同正犯についても、基本犯の共同実行と重い結果との間に因果関係があれば、共同して重い結果を惹起したといえるため、結果的加重犯の共同正犯が成立する。したがって、乙丙に過失がなくとも、傷害結果について乙丙は帰責される。

- 2 よって、乙と丙に、強盗致傷罪の共同正犯（240条、60条）が成立し、後述の通り、詐欺罪（246条1項）の限度で甲と共同正犯が成立する。

第2 甲の罪責について

- 1 甲が、乙丙とともに詐欺を計画し、乙丙に詐欺を実行させたところ、乙丙が上記強盗行為をした行為に、詐欺罪の共同正犯（246条1項、60条1項）が成立しないか。

- (1) 甲乙丙は、高齢者に対する詐欺を計画の上、甲が乙丙にBに対する詐欺をするよう指示しているから、詐欺の意思連絡及び正犯性が認められる。
- (2) もっとも、かかる意思連絡による共謀のあと、乙丙は、Bに対し詐欺でなく強盗を行っているから、この乙丙の強盗行為が上記共謀の射程に含まれるか。共謀の射程は、当初の共謀と実行行為との間に因果性が認められるかの問題であり、実行担当者が当初の共謀の際に抱いた動機付けのもと行動しているといえるとき認められる。具体的には、共謀で予定された行為と実際の行為との間の行為の関連性、状況の連続性、時間的場所的接着性、共謀の際の留保等を、総合的に判断する。

本件では、共謀の際に、甲らは強盗行為をするなといった留保をなんらしていない。そして、詐欺をしようとして被害者を目の前にした実行行為者が、状況に応じて暴行行為をすることで詐欺でなく強盗を行うことになることは、一般的に起こりうることである。本件でも、乙丙は、詐欺の反抗予定現場であるB宅で、犯行予定時刻に、Bに対し、強盗行為を行っているから、予定されていた行為と乖離しているわけではなく、甲乙丙の共謀から十分起こる可能性のある行為であったといえる。したがって、甲乙丙は、実行行為で強盗をしないことを前提に共謀したとは認められず、乙丙は、共謀の際の動機付けにより強盗行為をしたと認められる。

以上より、乙丙の強盗行為は共謀の射程内にあるものといえる。

- (3) しかし、甲の主観としては、強盗ではなく、詐欺を行うものであった。そこで、主観が詐欺、客観が強盗とずれが生じているため、甲に故意犯が認められないとも思える。

もっとも、故意責任とは、反規範的人格態度に対する道義的非難であり、規範は構成要件の形で与えられている。そのため、主観と客観の構成要件が形式的または実質的に

重なり合っていると認められる場合には、その限度で反対動機の形成が可能であったといえるから、重なり合いの限度で故意が認められると解する。そして、構成要件が形式的に重なり合っていないなくても、構成要件は法益侵害行為を類型化したものであることから、保護法益と行為態様において共通性があり、実質的な重なり合いが認められる場合には、その重なり合いの範囲で軽い罪の故意が認められる。

主観の詐欺罪と客観の強盗罪は、B の財産 300 万円に対する法益侵害という点で共通する。そして、行為態様は、錯誤による瑕疵ある意思に基づき財産の占有が移転されたか、反抗抑圧により意思なく財産の占有が移転されたかという点で、詐欺の限度で行為に重なり合いも認められる。したがって、詐欺と強盗は、詐欺の限度で実質的な重なり合いがあると認められる。

よって、甲は、詐欺罪の故意犯として帰責される。なお、甲は不法領得の意思がある。

- (4) B の致傷結果については、基本行為である強盗行為について甲に帰責することはできない以上、結果的加重犯の論理を用いて故意過失なく致傷結果を甲に帰責することはできない。よって、甲は B の致傷結果について責任を負わない。
- (5) 甲と乙丙では共謀に基づき成立する罪が異なるが、共謀に基づいて行われた以上、重なり合う罪の限度では共同して犯罪を実現したといえるから、その範囲で共同正犯の成立が認められると考える。

2 よって、甲は、乙と丙と詐欺罪の限度で共同正犯（246 条 1 項、60 条）が成立する。

設問 3

- 1 業務妨害罪（233 条、234 条）で保護される「業務」には、強制力を行使する権力的公務は含まれない。なぜなら、強制力を行使する権力的公務については、公務執行妨害罪（95 条 1 項）における暴行・脅迫に至らない程度の威力等による妨害行為に対して、すみやかに強制力によってこれを排除することができるから、業務妨害罪を成立させて保護をする必要はないからである。もっとも、強制力を行使する権力的公務であっても、当該強制力による排除が不可能な威力・偽計がなされた場合には、例外的に「業務」に含まれると考える。
- 2 事例 6 について、丁は、D に対し、怒号しながら両手を広げて立ちほだかり、道をふさいだから、D の意思を制圧するに足る勢力を用いたとして、丁の行為は「威力」（234 条）と認められる。そして、この威力により、D の乙に対する逮捕という業務が妨害されることとなる。もっとも、D の逮捕行為は、刑事訴訟法 199 条 1 項に基づくもので、強制力を行使する権力的公務であるから、正面からむかってきた丁の威力を自らの強制力によりすみやかに排除が可能である。したがって、D の逮捕行為は、「業務」として保護されないから、丁の行為に威力業務妨害罪（234 条）は成立しない。
- 3 事例 7 については、丁は、警察署に通り魔についての嘘の電話をかけているから、欺罔の手段を弄しており、丁の行為に「偽計」（233 条）が認められる。そして、妨害されることとなる警察官 5 名の行為は、乙の逮捕であるから、強制力を行使する権力的公務

であり、「業務」に含まれないとも思える。もっとも、丁の偽計は、電話により警察官を錯誤に陥らせるものであり、警察官らの強制力をもってしても、通り魔事件への警戒を行わずにすむようにかかる錯誤を排除することは不可能である。したがって、この場合、警察官 5 名の逮捕行為は「業務」として保護される。そして、丁の偽計により、警察官 5 名は通り魔事件発生への警戒等を行わざるを得なくなり、乙の逮捕が妨害されたから、丁の行為に偽計業務妨害罪（234 条）が成立する。

以上

令和 5 年司法試験刑法

第 1 設問 1 (1)

1 ③の段階で実行の着手が認められるとの説明が考えられる。

2 実行行為とは、構成要件的結果発生の実現的危険を有する行為をいう。そのため、構成要件の結果発生の実現的危険を有する行為を開始した時点で、「実行に着手」(刑法(以下省略) 43条1項)したといえる。

「欺いて」(246条1項)とは財物の交付に向けられた、交付の判断の基礎となる重要な事実を偽る行為をいう。

詐欺罪では、「人を欺いて財物を交付させ」るために、前提となる重要な事実についても被害者を欺罔する必要がある場合が存する。そのため、実行の着手に「現金の交付を求める文言を述べること」は必要ない。

具体的には、嘘が財物交付に当たり重要なものであり、財物交付に直接つながる嘘であり、財物交付の危険性を著しく高めるものであれば、実行の着手が認められる。

第 2 設問 1 (2)

1 ①の段階では、被害者として A を選んだのみであり、何らの欺罔行為にも至っておらず、実行の着手は認められない。

2 ②の段階では、甲が警察官であることの信用を高めるために必要な嘘である。したがって、財物交付に当たり重要な嘘であるといえる。しかし、財物交付に直接つながる嘘ではないことから、②の段階で実行の着手は認められない。

3 ③の段階で、不正に預金口座が使用されていれば、現金を引き出そうと考えるのは無理もないことといえる。したがって、嘘は財物交付に当たり重要なものである。甲らは、相手が現金をひきだしたら、約 1 時間後には相手の家を訪ねて現金をだまし取る予定だった。後続の行為が、通常滞りなく行われることが予想されることから、③の行為は、財物交付に直接つながり、財物交付の危険性を著しく高めるものだといえる。

したがって、③の時点で実行の着手が認められる。

第 3 設問 2

1 乙の罪責

(1) 乙が B を縛り上げ、B を床に押し倒し、300 万円を奪い取った行為に強盗致傷罪(240条、236条1項)が成立するか。

(2) 236条1項

「暴行」とは、相手方の犯行を抑圧するに足りる暴行をいう。

手足をロープで縛り、口を粘着テープで縛られれば、身体が自由が奪われ相当な恐怖感を抱く行為といえるから、B の犯行を抑圧するに足りる暴行といえ、「暴行」にあたる。

300万円は、Bの所有物だから、「他人の財物」である。

甲は、300万円をBから無理矢理奪っており、「強取」したといえる。

したがって、甲の行為に強盗罪が成立する。

(3) 240条

ア 240条は、強盗の機会に被害者の生命身体を害することが多いことにかんがみ、その防止のため設けられた政策的規定である。したがって、強盗の手段による行為のみならず、強盗に機会にもたらした死傷結果も広く240条に含むべきである。もっとも、仲間割れによる殺傷などを含むべきではないから、強盗に密接に関連する行為から生じた死傷結果に限る。

イ 本件では、犯行から1時間50分後という時間的に近接していない時点において、Bが奪われた物の有無を確認しようとした。Bは、足をロープで縛られていたことによるしびれにより、転倒して床に頭をうちつけ、全治2週間を要する東部打撲の傷害を負った。この傷害はBの行為に起因する部分が大きく、この時点で乙らの犯意は継続していなかった。したがって、Bの傷害は強盗と密接に関連する行為から生じたとはいえない。

(4) 乙の行為に強盗罪が成立する。

2 丙の罪責

丙がBを縛り上げ、Bを床に押し倒し、300万円を奪い取った行為に強盗罪の共同正犯(60条)が成立するか。

共同正犯の処罰根拠は、共犯者の行為を介して法益侵害結果に因果性を及ぼした点にある。そのため、共同実行の意思、共同実行の事実があれば、共同正犯が認められる。

乙は、丙に対し、「縛って金を奪ってしまおうぜ。」等といい、乙はこれに対して了承している。したがって、共同実行の意思はある。

乙と丙は、ともにBを縛り、300万円を奪っており、共同実行もしている。

丙に、強盗罪の共同正犯が成立する。

3 甲の罪責

甲は、乙と丙が300万円をだまし取ってくると考えているところ、乙と丙が300万円をだまし取ったことについて詐欺罪が成立するか。

共同正犯の本質は行為を共同することにあるので、保護法益、行為、客体の限度で重なり合いが認められる場合、その共同正犯が成立する。

詐欺罪と強盗罪では、保護法益は財産権で共通しており、行為は財物を自己の占有下に移すという点で共通しており、客体はBで共通している。

したがって、詐欺罪の限度で重なり合っている。

甲は、乙及び丙に300万円をだまし取ってくるよう指示し、乙及び丙はこれに了承しているので、共同実行の意思がある。甲は、Bに一回目や二回目の電話をかけていて、共同実行もしている。したがって、甲に詐欺罪の限度で共同正犯が成立する。

第3 設問3

1 公権力を行使する権力的公務は「業務」(234条)には含まれない。

なぜなら、公権力を行使する権力的公務であれば、威力に対し、自ら対応できるからである。それを超える暴行に対しては、公務執行妨害罪(95条)で保護すれば足りる。もっとも、公権力を行使する権力的公務であっても、混乱を生じさせる欺罔行為に対しては、対応できない。したがって、このような欺罔行為により侵害される場合、公権力を行使する権力的公務も「業務」に含まれる。

2 Y警察署の警察官Dの行為は、公権力の行使する権力的公務にあたる。

事実6に記載された行為は、怒号しながら手を広げて立ちはだかり、道をふさぐというもので、通常の「威力」にあたる。

したがって、事実6の事実につき丁に業務妨害罪は成立しない。

3 事実7の丁の行為は、「Y所の近くの路上で通り魔に刺された」というものである。これを聞けば通常、警察官は警戒等を行い、乙の追跡が阻害されるだろうから、混乱を生じさせる欺罔行為に当たる。

Dの行為は、社会生活上の地位に基づいて反復継続して行うものであり、「業務」に当たる。

事実7の丁の行為に業務妨害罪が成立する。

以上

第一 設問3

1. 丁がDを止めるべく道を塞いだ行為には、以下の通り威力業務妨害罪（刑法（以下法令名省略）234条）は成立しない。

(1) 平穩にされている業務であれば、原則として「業務」に含まれる。もっとも、公務のうち、権力的公務については自ら有形力を行使して妨害を排除することができることから、234条によってその公務を保護する必要がない。そこで、公務のうち、権力的公務については「業務」に含まれない。

Dは警察官であり、丁の上記行為の時点で乙の逮捕に着手していた。そのため、Dが行っていた業務は権力的公務であり、「業務」にはあたらない。

(2) よって、丁の上記行為に威力業務妨害罪は成立しない。

2. 丁がY警察署にうその電話をかけた行為には、以下の通り偽計業務妨害罪（233条後段）が成立する。

(1) 前述の通り、233条の「業務」には権力的公務は含まれない。もっとも、これは有形力の行使によって妨害を排除することが可能である点に基づくのであって、偽計の場合には有形力の行使によって排除できない。そのため、234条後段の「業務」には権力的公務も含まれる。

警察官5名は乙の逮捕手続を行っており、これは権力的公務にあたるものの、「業務」に含まれる。

(2) 丁は、上記行為をする際に欺罔を弄しており、「偽計を用い」といえる。

(3) 本罪は抽象的危険犯であるところ、丁の上記行為は警察官5名の逮捕手続が妨害されるおそれを生じさせるものであるから、「業務を妨害した」といえる。

(4) よって、丁の上記行為には偽計業務妨害罪が成立する。

第二 設問1

1. 小問(1)について、甲らの行為には、以下の通り詐欺未遂罪の共同正犯（60条、250条、246条1項）が成立する。

(1) 本罪が成立するには、詐欺罪の「実行に着手した」（43条本文）ことを要する。実行の着手とは、構成要件の結果発生の実現的危険を生じさせることをいう。そして、このような危険が生じたか否かについては客観的事実のみならず、行為者の計画という主観的要素も考慮する。具体的には、行為者の計画において㊦第一行為が第二行為を行うことを確実かつ容易に行うために必要なものであり、㊧第一行為を行った場合にその後の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情がなく、㊨第一行為と第二行為との間に時間的場所的近接性がある場合には、第一行為と第二行為とを一体のものとしてとみることができ、第一行為の時点で財物交付の実現的危険を生じさせたとして実行の着手を認めることができる。

このことから、乙と丙がAに対し「他人の財物」たるA所有の現金を預けてほしい旨のうそをいう行為を上記の第二行為として、それとの関係で第一行為にあたるような

行為がされた場合には、現金の交付を求める文言を述べていなくとも詐欺罪の「実行に着手した」といえる。

そして、後述の通り、①ないし⑥の行為によって甲は詐欺罪の「実行に着手した」といえる。

(2)「共同して犯罪を実行した」(60条)といえるには、①共謀、②正犯性、③共謀に基づく実行行為を要する。

ア 甲は、乙及び丙とともに詐欺の計画を立てており、共謀がある(①充足)。

イ 甲らの計画において、甲はAへうその電話をかけ、乙及び丙はともにA宅へ訪れて現金の交付を受けるというそれぞれ重要な役割を担っており、正犯性がある(②充足)。

ウ 上記行為は、三者間の共謀に沿って行われたものであり、共謀に基づくといえる(③充足)。

エ したがって、甲らは「共同して犯罪を実行した」といえる。

(3)当該行為について、甲の認識に欠けることなく、詐欺未遂の共同正犯の故意(38条1項本文)が認められる。

(4)よって、甲には詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。

2. 小問(2)について、①ないし⑥の時点で上記の㊦ないし㊩を満たす第一行為にあたる行為がされたかという観点から、実行の着手の時点を検討する。

(1)②の時点では、甲が対象者としてAを選び、1回目の電話を掛けたにすぎない。1回目の電話は、甲が警察官であるとAに信じ込ませるために行うものであって、このような行為によってAに甲が警察官であると信じ込ませることは乙と丙がAに現金の交付を求める行為を確実かつ容易にするにあたり、必要なものである(㊦充足)。もっとも、そのような行為をしたからといって、Aが実際に甲を警察官と誤信しなければなお乙と丙のことを不審に思う可能性が高く、計画を遂行する上で障害となるような特段の事情がないとはいえない(④不充足)。

したがって、この時点で詐欺罪の「実行に着手した」とはいえない。

(2)③の時点では、甲がAに対し2回目の電話をしている。これは、Aに預金口座から現金を引き出させるためのものであり、乙と丙がAに現金の交付を求めることを確実かつ容易にするために必要な行為である(㊦充足)。もっとも、この行為はなお甲の一方的行為であって、この行為があったからといってその後障害となるような特段の事情が除去されたとはいえない(④不充足)。

したがって、この時点で詐欺罪の「実行に着手した」とはいえない。

(3)④の時点では、Aが甲の電話内容を信じて預金口座から200万円を引き出している。

もっとも、これは甲らの行為ではなく、上記の第一行為となり得ない。

(4)⑤の時点では、Aが甲に電話をかけて200万円を引き出したことを伝え、甲がAに対しA宅に警察官が訪れる旨のうそを言っている。甲がこのようなうそを言わなければ

ば、Aは自宅を訪れる乙と丙が警察官であると誤信することはないから、この行為は上記第二行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠である（㊦充足）。また、この電話はAが甲の言う通りに200万円を預金口座から引き出し、そのことを伝えるためのものであって、既にAは甲の言葉を信じている状態にあるから、その後に甲がA宅を警察官が訪れるといえ、実際に訪れた乙と丙を警察官と誤信する蓋然性が認められる。そうすると、この行為の後に計画を遂行する上で障害となるような特段の事情は甲らの計画上存在しない（㊩充足）。さらに、この電話のあと、一時間後に乙と丙はA宅を訪れているから、計画上もこれらの行為は時間的に近接している。計画上乙と丙がAに対して現金の交付を求める場所はA宅であるのに対し、甲が電話をかけた場所はそこから場所的に離れている。もっとも、甲が電話という遠隔通話ができる機械を用い、Aはいずれの行為の時点でもA宅にいることを考慮すると、なお場所的近接性が肯定できる（㊧充足）。

したがって、甲がAとこのような電話をした行為が上記の第一行為にあたり、これが上記の第二行為と一体と扱われる。そのため、この㊥の時点で現金の交付の現実的危険が生じており、詐欺罪の「実行に着手した」といえる。

第三 設問2

1. 甲がBに電話でB宅に警察官が向かう旨のうそを述べた行為につき、甲・乙・丙に詐欺未遂罪の共同正犯（60条、250条、246条1項）が成立するかを検討する。

（1）前問と同様に、Bが甲の2回の電話を信じて300万円を預金口座から引き出し、これを確認した甲が「警察官がそちらに向かいます」と述べた行為は、甲らの計画上の乙及び丙がBに対して「他人の財物」たるB所有の現金の交付を求める行為と一体のものとして扱われる。これにより、甲は当該行為により詐欺罪の「実行に着手した」（43条本文）といえる。

他方で、乙及び丙は警察官を装いBから現金の交付を受けたわけではないので、「交付させた」とはいえない。そのため、詐欺未遂罪の客観的構成要件を充足する。

（2）「共同して犯罪を実行した」（60条）といえるには、①共謀、②正犯性、③共謀に基づく実行行為を要する。

ア 甲・乙・丙は、Bから現金を詐取する計画を立て、それぞれが重要な役割を担当していた（㊠・㊡充足）。

イ 甲の上記行為は当該計画に沿ったものであり、共謀に基づく（㊢充足）。

ウ したがって、甲・乙・丙は「共同して犯罪を実行した」といえる。

（3）上記行為につき、甲・乙・丙の認識に欠けることはなく、詐欺未遂罪の共同正犯についての故意が認められる。

（4）よって、上記行為につき、甲・乙・丙には詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。

2. 乙と丙がBを縛って300万円を持ち去った行為につき、強盗致傷罪の共同正犯（60条240条前段、236条1項）の成否を検討する。

(1)「暴行」とは、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の有形力の行使をいう。

乙と丙は、B が一人暮らしをする B 宅という非公然の場所で、2 人がかりで B の手足をロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、床の上に倒している。このような場所でこのような行為をされると、高齢の者は物理的にも精神的にも反抗することができない。そのため、当該行為は相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の有形力の行使といえ、「暴行」にあたる。

(2)乙と丙は、「他人の財物」たる B の現金 300 万円を B から交付を受けてはいないものの、B の反抗抑圧状態を利用して持ち去っており、「強取」したといえる。

(3)結果として、B は転倒して床に頭を打ち付け、全治 2 週間の頭部打撲という傷害を負い、「負傷させた」といえる。

(4)240 条の罪は、強盗の状況で死傷結果が生じやすいことから政策的に設けられた規定であるから、死傷結果は強盗の機会に生じることを要する。

B の上記負傷は、乙及び丙による犯行から約 2 時間が経過した後に生じたものであって、強盗の機会に生じたとはいえないとも思える。もっとも、この負傷は、両者の緊縛による足のしびれに起因するものである。また、この負傷は B が無理に動いたことによるものではあるものの、そのような危険性も緊縛行為に内包されていたものであり、因果関係も肯定できる。

したがって、B の負傷は強盗に機会に生じたといえる。

(5)よって、乙及び丙には強盗致傷罪の共同正犯が成立する。

3. 上記行為につき、甲に強盗致傷罪の共同正犯が成立するかを検討する。

(1)甲・乙・丙の間では、強盗についての共謀はされておらず、また、乙と丙が強盗について新たな犯意を生じたのは B 宅に向かう道中である。また、乙と丙はそこから新たに道具を調達しており、甲はそのことを知らない。そのため、乙丙間で形成された強盗の共謀について、甲は何らの因果性も有していない。

(2)よって、甲には強盗致傷罪の共同正犯は成立しない。

以 上