

〔設問1〕

1 以下の理由から、甲がAに対して「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください」と申し向けた行為（以下、「甲の第1行為」という。）について詐欺罪（246条2項）は成立しない。

本件における詐欺罪の客体を、本件キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことにより預金の払い戻しを受けられる地位と考えれば、「財産上…の利益」に該当するようにも思える。

しかし詐欺罪における「人を欺く行為（欺罔行為）」は、財物等の処分行為に対して向けられたものである必要がある。本件では、甲は印鑑を持ってきてくださいと申し向けたのみであり、これは処分行為に対して向けられたものではない。したがって、詐欺罪の構成要件に該当せず、甲の第1行為には詐欺罪（246条2項）は成立しない。

2 以下の理由から、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、自らのショルダーバッグ内に隠し入れた行為（以下、「甲の第2行為」という。）につき、Aのキャッシュカードを客体とする窃盗罪（刑法235条、以下法名略）が成立する。

まず、Aのキャッシュカードは所有権の対象となるだけでなく、これにより預金の払い戻しを受けられる等の財産的価値を有するから、Aのキャッシュカードは「他人の財物」である。

本件では、甲が本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、自らのショルダーバッグ内に隠し入れたことにより、Aの意思に反して、Aのキャッシュカードの占有を自己の支配下に移転させており、「窃取した」（権利者の意思に反して、財物を自己または第三者の支配下に移転させること）といえる。

また、甲の第2行為の時点で、甲には不法領得の意思（権利者排除意思と利用処分意思）と故意が認められる。

以上より、甲の第2行為に窃盗罪が成立する。

〔設問2〕

1 ①の立場

以下の理由から、乙がCに対して刃渡り10センチメートルのナイフを示しながら「離せ。ぶっ殺すぞ。」と申し向けた行為（以下、「乙の第1行為」という。）について、事後強盗罪（238条）の共同正犯が成立する。

238条の文言から、強盗犯であることは身分犯である。また、不真正身分犯であるとする、事後強盗罪が暴行罪の加重類型であることになり不合理である。よって、事後強盗罪は真正身分犯であるものと解する。本件では、甲に窃盗未遂罪が成立するから、甲は「窃盗」である。また、65条はその文言から1項が真正身分犯、2項が不真正身分犯の成立と科刑を規定しているものと解する。そして、非身分者も身分ある者と共同することで法益侵害が可能であるから、「共犯」には共同正犯を含む。

コメントの追加 [A1]: キャッシュカード自体で1項の詐欺罪を認定することが出来る。答案の流れとしては、1項の詐欺罪を認定できない場合に、2項の詐欺罪を検討するのが良い。

採点実感を見ると、2項詐欺で書いた答案は減点の可能性はある。

コメントの追加 [A2]: 詐欺罪が成立するかを、客観面と主観面の両方から検討する。出題趣旨によれば、両方に点が振られている可能性がある。

問題文中で答案に拾い上げられていない事実がないかを、（時間があれば）確認するのも大切。

コメントの追加 [A3R2]: 処分行為の裏返しとして、占有侵害があることは言及した方が良い。

コメントの追加 [A4]: 欺罔行為の検討のなかで、処分行為についても言及する。

コメントの追加 [A5]: 罪の成立の検討に際しては、①要件前出し型、②個別に検討していく型とがあるが、②の方が短く書きやすいと思われる。

コメントの追加 [A6]: Aに占有が残っていたことを言及した方が良い。

コメントの追加 [A7]: 「権利者排除意思」「利用処分意思」自体の定義も書いた方が良い。定義については、条解刑法等を参照する。

コメントの追加 [A8]: 38条1項前段。時間があれば、「計画通りキャッシュカードを入手しているから」等、事実に沿って認定していくと良い。

コメントの追加 [A9]: 「乙の罪責を論ずる」ことが主題であることを常に念頭に置く。

その検討に際し、①と②の立場に付随的に言及するという形が良い。③が自説という構成。

そもそも事後強盗罪が不真正身分犯が真正身分犯か、という問題に加え、65条1項2項の解釈の問題もある。

共同正犯（60条）の成立要件は、①共謀②正犯意思③共謀にもとづく実行行為である。本件では、甲が「こいつを何とかしてくれ」と言ったことで、甲と乙の間に現場共謀が成立している(①)。また、乙は重要な役割を担っており、正犯意思がある(②)。さらに、乙の第1行為は、甲乙間の右現場共謀に基づくものである(③)。乙は、甲がCに逮捕されないように右脅迫をしており「逮捕を免れ」る目的（238条）がある。

また、乙の第一行為により生命身体への危害をおそれるのが通常であるから、乙の右脅迫は反抗を抑圧するに足りる程度のものであり、「脅迫」（相手方の反抗を抑圧するに足りる程度を要する）（238条）がある。

もっとも、甲は実際には窃盗未遂罪であるところ、乙は甲がコンビニエンスストアの商品をショルダーバッグ内に盗み入れており、窃盗の既遂であると認識している。このような事実と認識のずれによって、故意(38条1項)が阻却されないかが問題となる。

故意責任の本質は、規範に直面し、反対動機を形成できたのにあえて犯罪行為に及んだことに対する道義的非難にある。そして、規範は構成要件の形で与えられているから、構成要件が重なり合う限度で故意責任を問うことができる。

本件では、乙は甲が窃盗既遂であると認識しているところ、現実には甲は窃盗未遂を犯している。よって、乙には窃盗未遂の限度で故意が認められる。しかし、「窃盗」（238条）は窃盗未遂罪でもよいとされているから、乙に甲が「窃盗」（238条）であることにつき認識があることはかわりなく、このような認識のずれによっては事後強盗罪の成立は否定されない。以上から、乙には事後強盗罪の共同正犯が成立する。

2②の立場

以下の理由から、乙の第1行為には脅迫罪の共同正犯(60条、222条)が成立する。

まず、事後強盗罪は窃盗罪と脅迫罪の結合犯である。本件では、乙は上記のようにCに対して脅迫をしており、脅迫罪の共同正犯が成立する。

もっとも、甲は乙との共謀が成立する前に、窃盗未遂を犯している。乙がこれについても帰責されるのか、承継的共同正犯の成立が問題となる。

自己が加入する前の行為については、承継的共同正犯は成立しないのが原則である。後行行為者が先行行為者の行為の結果を自己の犯罪の手段として積極的に利用する意思のもと犯罪に加勢したなどの特段の事情があれば、因果性が認められ、承継的共同正犯が成立する。

本件では、乙は、甲をCからの逮捕を免れさせる目的で右脅迫をしているのみであり、甲の窃盗未遂の結果を自己の犯罪手段として積極的に利用する意思は認められない。

以上より、乙の第1行為には脅迫罪の共同正犯が成立するととどまる。

3.私見

まず、事後強盗罪を結合犯とすると、窃盗行為に着手した時点で事後強盗罪の着手が認められることになり、実行の着手が早くなりすぎるから妥当でない。よって、①の立場のように、「窃盗」は真正身分犯であると解する。

そして、①の立場の通り、甲は「窃盗」であり、甲乙には「逮捕を免れる」目的があり、

コメントの追加 [A10]: 「正犯性」とした方が書きやすいかも（先生）
→ゼミで深めていってほしい。

コメントの追加 [A11]: 批判の方法については事後学習により深めておく。

「共犯者が当初から事後強盗罪を教唆したような場合には、正犯が窃盗に着手した時点、すなわち正犯には窃盗未遂罪の成立しか認められない段階で、共犯者には強盗教唆罪の成立を認めることにならざるを得ないのではないか、という問題も指摘されている」（新基本法コンメンタール）

正犯が窃盗未遂罪にしか問えないのに、共犯は事後強盗罪の教唆というのはアンバランスである。

法益の性質からも批判できる。（財産犯と身体に対する罪）

乙はCに対して「脅迫」をしている。

236条との均衡から、事後強盗罪の既遂・未遂の区別は、窃盗の既遂・未遂を基準とすると、本件では、甲は窃盗未遂にとどまるから、甲と乙は事後強盗の未遂の客観的構成要件をみたす。

もっとも、乙は甲が窃盗既遂であると認識しているから、故意が阻却されないかが問題となる。本件では、乙は甲が窃盗既遂と認識しているところ、甲は窃盗未遂である。とすれば、乙は事後強盗既遂の認識で、事後強盗の未遂を行なっているから、事後強盗の未遂の限度で重なり合いがあり、故意がある。

よって、乙には事後強盗の未遂の共同正犯(243条、238条、60条)が成立する。

〔設問3〕

1 緊急避難 (37条1項)

丙がワインボトルを投げつけDの頭部に傷害を負わせた行為(以下、「丙の本件行為」という。)は、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。

本件は、丙の本件行為を防衛行為とすると、その結果が第三者に生じた場合であるが、丙とDは「正」対「正」の関係にあることから、緊急避難(37条1項)が成立し、違法性が阻却されないかが問題となる。

本件では、甲は、ナイフの刃先をDの胸元に突き出しており、危難が間近に押し迫っているといえる。したがって、「現在の危難」(危難が現存し、または間近に押し迫っていることがある。「避難するため」とは避難の意思をいうところ、本件では、丙はDを助けようとして、甲に向かってワインボトルを投げつけているから、避難の意思がある。ボトルワインを投げつける行為は、丙が採り唯一の手段であったから、「やむを得ずにした」(37条1項)といえる。

では、「生じた害が避けようとした害の程度を超えない」(37条1項)といえるか。

本件では、丙が避けようとした害は、甲の強盗行為による財産に対する侵害である。他方、生じた害は、Dの頭部傷害という身体に対する害である。とすれば、法益の均衡があるとはいえず、かかる要件をみたさない。

よって、法益均衡の要件をみたさず、緊急避難を成立させるのは難しい。

2 誤想防衛

丙の本件行為は傷害罪(204条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条)が成立するかが問題となる。しかし、丙はDから「急迫不正の侵害」を受けていないから、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

もっとも、丙の認識においては、正当防衛であり、故意(38条)が阻却されないかが問題となる。

故意責任の本質は上記の通りであるが、違法性阻却事由を認識した場合は、反対動機の形成可能性がなく、故意責任を問えない。よって、丙の認識において正当防衛となっていれば

コメントの追加 [A12]: 事実に即した検討ができているのは良いと思います。どこまで記載が必要かはゼミで議論できたらと思います。

コメントの追加 [A13]: 本事例では、法益均衡が満たされるようにも思われる。「緊急非難行為」に該当するかを検討すべきであった。

コメントの追加 [A14]: そもそも「誤想防衛」ではないのではないか、というのが出題趣旨。

ば、故意が阻却される。本件では、丙の認識において、正当防衛となっている。よって、故意が阻却され、傷害罪は成立しない。

他方、丙の本件行為は危険な行為であり、第三者に傷害結果が発生することを予見すべきだから、過失傷害罪が成立する可能性が高く、何ら責任を負わないとするのは難しい。

以上