

本試 R7 論述刑法 解答

〔設問1〕(1)

第1 問題の所在

乙は、甲から依頼されて、甲に成りすまし、A大の入試会場において、小論文試験の解答用紙（以下、「本件用紙」という。）に甲の受験番号である「A123」を記載した上で解答を記入した（以下「本件作成行為」という。）。このことから、乙には有印私文書偽造罪（刑法（以下、法令名省略。）159条1項1号）の共同正犯（60条）が成立しうる。

また、乙は、甲に依頼されて、甲の受験番号を記載し、解答を記入した本件用紙をA大に提出した。このことから、乙には偽造私文書行使罪（161条1項）の共同正犯（60条）が成立しうる。

第2 構成要件

私文書偽造罪が成立するには、①権利・義務または事実証明に関する文書を、②偽造したこと、③①及び②の故意、および、行使の目的が必要である。また、偽造私文書行使罪が成立するには、④偽造私文書を、⑤行使したこと、⑥④及び⑤の故意が必要である。

②「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることである。名義人とは、文書から看取される作成者であり、作成者とは、文書作成に関する意思主体であると考えられる。

さらに、③や⑤の「行使」とは、偽造文書を真正な文書として使用することをいう。そして、使用とは、文書の内容を相手方に認識させ、または、認識可能な状態に置くことである。

第3 あてはめ

①のうち、事実証明に関する文書とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明する文書をいう。私立大学であるA大の入試答案は、私立大学に入学する素質を有するかどうかを示すものであるため、実社会生活に交渉を有する事項を証明する文書であるといえる。よって、本件用紙は、①の文書に該当する。

また、受験生識別の手段として用いられている甲の受験番号が記載されているため、本件用紙の名義人は甲であるのに対して、作成者は乙である。そのため、乙は、本件用紙の名義人と作成者の人格の同一性を偽ったといえる。

そして、乙は、本件用紙をA大に提出する目的をもっており、また、前記事実を認識し、かつ、認容していたため、③故意及び行使の目的があったといえる。

さらに、乙は、実際に、①の本件用紙をA大に提出してその内容を認識させたため、④偽造文書を⑤行使したといえ、かつ、⑥その事実の認識・認容があったといえる。

第4 結論

以上のことから、乙には、甲との有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯（159条1項1号、161条1項、60条）が成立する。

〔設問1〕(2)

第1 問題の所在

乙は、甲の承諾を得たうえで、甲に成り済まして甲名義のクレジットカードをB店の店員Cに提示して代金の支払をし、Cに、本件カードの正当な利用権限を有していると信じさせ、よって、乙に対してB店の商品である5万円の腕時計を交付させた。このことから、乙には詐欺罪（246条1項）の共同正犯（60条）が成立しうる。

第2 構成要件

コメントの追加 [祐林1]: 設問1で、問題の誘導部分に触れていれば、一応の水準以上にはなったと思います。

コメントの追加 [祐林2]: 成立し得る、というよりは成立するかどうかを検討するという方が正確です。また、問題の所在という小見出しは正確ではないように思います。以下も同様です。

コメントの追加 [祐林3]: 他人の印章等を用いて、という要件が抜けています。

コメントの追加 [祐林4]: ここを秘書事例と比較して厚く書く必要があります。

コメントの追加 [祐林5]: 秘書事例との比較がなされていませんので、問いに答えたことにはなりません。聞かれたことに答えましょう。

1項の詐欺罪が成立するには、①人を欺く行為と、②相手方が錯誤に陥ること、③相手方の交付行為、④①、②、③の間にそれぞれ因果関係があること、⑤故意、⑥不法領得の意思が必要である。

第3 反論

①の人を欺く行為は、財産的損害を生じさせる危険性を有する行為である必要がある。しかし、乙は、本件カードの名義人である甲から本件カードの使用の承諾を受けている。また、B店は、信販会社から5万円の立替払いを受け、その信販会社も甲名義の預金口座から引き落とされた本件カードの利用分5万円を取得している。そのため、乙に詐欺罪が成立するという立場に対しては、誰も経済的な損害を被っていないため、乙の行為は、財産的損害を生じさせる危険性のない行為であり、「人を欺く行為」には当たらないという反論が考えられる。

第4 検討

1 規範

詐欺罪は、個別財産に対する罪であるため、交付された財物に対する反対給付があったとしても成立するというべきである。他方で、相手方が本当のことを知っていれば交付しなかったといえるときは常に財産的損害が生じるという考え方をすれば、詐欺罪の成立範囲が広くなりすぎる。そこで、①欺罔行為とは、相手方の財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせる行為をいい、かつ、被害者の取引を通じて意図した交換目的・交付目的といった交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることを指すと考えるべきである。

2 あてはめ

乙は、B店の店員Cに対し、甲に成り済まして本件カードを提示し、B店のカード決済端末機に本件カードを差し込み、その暗証番号を入力した。この行為は、B店の商品である販売価格5万円の腕時計を購入する行為であるため、Cの腕時計の交付に向けてCに乙が本件カードの正当な利用権限を有しているという錯誤に陥らせる行為である。また、B店は、本件カードの加盟店規約より、善良な管理者の注意義務をもって、カードを提示した者とカードの名義人の同一性を確認する義務を負っており、名義人以外の者によるカードの利用には応じないことにしていた。よって、乙の前記の行為は、B店が名義人本人によるカードの利用を受けて問題なく加盟店からその立替払いを受けるという交付の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為であるといえる。したがって、乙が、Cに対して甲に成り済まして本件カードを提示し、決済端末機に暗証番号を入力した行為は、①欺罔行為に当たる。

次に、Cは、乙が本件カードを提示し、差し込んだ決済端末機に入力した暗証番号が正しいものとして認証されたため、乙が本件カードの名義人甲本人であり、本件カードの正当な利用権限を有していると信じ、それに基づいて、乙に対し上記腕時計を交付した。よって、②と③、④が認められる。

さらに、乙は、上記事実の認識・認容があり、かつ、B店を排除して上記腕時計を利用処分する意思を持っていたといえるため、⑤故意と⑥不法領得の意思も認められる。

第5 結論

以上のことから、乙には、甲との詐欺罪の共同正犯（246条1項、60条）が成立する。

〔設問1〕（3）

第1 有印私文書偽造罪の共同正犯の成否

1 問題の所在

甲は、乙に頼んで、甲に成り済ましてA大の入試を受けてもらった。そこで、甲には、乙とともに有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯（159条1項1号、161条1項、60条）が成立しうる。

コメントの追加 [祐林6]: この部分は不要です。

コメントの追加 [祐林7]: 犯罪が成立しないとの見解との比較で、これが何か（何を偽ることが欺罔なのか）を書く必要があります。

しかし、甲は、A大入試の小論文試験の解答用紙である本件用紙の名義人である。そのため、甲が単独で本件用紙に記入した場合には、本件用紙の偽造とはいえず、甲に有印私文書偽造・同行使罪の単独正犯は生じ得ない。そこで、そうであるにもかかわらず、甲に、乙との有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯が成立するかどうかを検討する。

2 規範

共同正犯として処罰される根拠は、構成要件該当事実である法益侵害を共同に惹起したといえることである。よって、たとえ、単独正犯は成立しえない者であっても、他人を介して犯罪に関与することで法益侵害の惹起が認められるため、共同正犯が成立するというべきである。

共同正犯が成立するには、①意思連絡と、②正犯性、③共謀に基づく犯罪の実現、④故意が必要である。特に、②正犯性は、自己の犯罪を行う意思を有していることであり、犯行への重大な寄与や犯行関与の積極性を考慮してその有無を判断する。

3 あてはめ

甲は、乙に対して、甲に成り済ましてA大の入試を受けてほしい旨依頼し、乙の了承を得た。よって、甲と乙には、①の意思連絡があったと認められる。

また、甲は、自身がA大へ入学するために、乙に替え玉受験をしてもらい、甲の受験番号を記載させた解答用紙をA大に提出させ、よって、A大に入学することができた。よって、甲は、犯行に積極的に関与し、自己の犯罪を行う意思を有していたといえるため、②の正犯性も認められる。

さらに、乙は、①の甲との共謀に基づき、替え玉受験をしたため、③の共謀に基づく犯罪の実現も認められる。そして、甲は、上記①から③の事実を認識し、認容していたため、④故意も認められる。

4 結論

以上のことから、甲には、乙との有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯（159条1項1号、161条1項、60条）が成立する。

第2 詐欺罪の共同正犯の成否

1 問題の所在

甲は、乙が甲名義のカードを利用することを知ったうえで、甲に対し甲名義のカードを手渡すとともに、その暗証番号を教示し、よって、乙が本件カードを不正に利用した。そこで、甲には、乙とともに詐欺罪の共同正犯（246条1項、60条）が成立しうる。

しかし、甲は、乙の利用分である5万円を本件カードの利用代金支払日までにアルバイトをして工面する意思を有しており、また、実際に、アルバイトにより5万円を工面して甲名義の預金口座に入金し、その支払の能力も備わっていた。そのため、甲が単独で本件カードを利用することは、不正なものとはいえず、甲に詐欺罪の単独正犯は成立しえない。そこで、そうであるにもかかわらず、甲に、乙との詐欺罪の共同正犯が成立するかどうかを検討する。

2 検討

第1の有印私文書偽造・同行使罪と同様に、詐欺罪の場合も、他人を介して犯罪に関与することで法益侵害の惹起が認められれば、共同正犯は成立しうる。

甲は、乙から甲名義のクレジットカードを利用して5万円相当の物品を購入し、後日その利用分について甲に決済してもらいたい旨要求され、その要求に応じた。よって、①意思連絡が認められる。

コメントの追加 [祐林8]: この部分は問題意識を的確に捉えられているので、よいと思います。

コメントの追加 [祐林9]: OK ですが、認められるというよりは実現できるという方がよいと思います。

また、甲は、乙に対する報酬の一部の支払として、乙に本件カードを利用させたのであり、本件カードを乙に不正利用させる目的をもっていった。さらに、甲は、乙に本件カードを手渡すとともに、その暗証番号を教示し、犯行への重大な関与をしているといえる。よって、②正犯性も認められる。

そして、乙は、甲との共謀に基づいて、本件カードを不正に利用しているため、③も認められる。また、甲はこれらの事情を認識し、かつ、認容していたため、④故意も認められる。

3 結論

以上のことから、甲には、乙との詐欺罪の共同正犯（246条1項、60条）も成立する。

第3 罪数

甲には、有印私文書偽造・同行使罪と詐欺罪が成立し、両者は併合罪の関係となる。

〔設問2〕

第1 甲の罪責

1 D及び丙に対する1度目の傷害

甲は、令和6年4月1日、Dの顔を拳で殴った。また、甲は、同日、丙の顔面も拳で殴った。これによって、D及び丙は、それぞれ全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負った。

したがって、甲には、D及び丙の顔を殴り傷害を負わせたことについて、それぞれ傷害罪（204条）が成立する。

2 Dに対する2度目の傷害と、Dの死亡

（1）問題の所在

甲は、令和6年7月1日午後7時ごろ、Dの頭部を拳で強く十数回殴り（以下、「本件暴行」という。）、これによりDに硬膜下血腫を生じさせ、Dの意識を喪失させた。そして、その後、Dは、E病院到着時には既に死亡していた。そこで、甲に、Dについて傷害致死罪（205条）が成立するかどうか問題となる。

傷害致死罪の成立には、①人の身体の傷害と、②その人の死亡、③①と②の間の因果関係、④傷害または暴行の故意が必要である。

甲は、Dの身体に傷害を負わせており、Dは死亡している。また、甲は、Dに対して「殴るぞ。」などと言って本件暴行を加えているため、少なくとも暴行の故意はある。よって、①、②、④は認められる。

しかし、本件暴行とDの死亡の間には、Dを抱えて歩いていた丙に居眠り運転をしている自動車が衝突したという介在事情が存在する。そこで、このような介在事情が存在している場合に、③本件暴行とDの死亡との間に因果関係が認められるかどうかを検討する。

（2）規範

因果関係が認められるかどうかは、行為と結果との間に条件関係が存在し、かつ、行為の危険が結果に現実化したかどうかで判断する。行為から直接結果を生じさせたといえる場合には、たとえ介在事情が存在していても因果関係は認められる。他方で、行為と結果との間の介在事情が直接結果を生じさせたといえる場合には、介在事情と行為との間に関連性があり、行為によって介在事情が誘発されたといえるときや、誘発されたとはまではいえない場合でも、行為によって介在事情による結果実現の危険性がある状況が設定されて、その危険が実現したときは、危険が現実化したといえ、因果関係が認められる。

（3）あてはめ

まず、甲が本件暴行を加えなければ、Dが丙に病院まで徒歩で運ばれることもなく、居眠り運転に衝突されることもなかったといえるため、本件暴行とDの死亡との間に条件関係は認められる。

コメントの追加 [祐林10]: 短くてもよいので傷害の意義を書いた方がよいと思います。

コメントの追加 [祐林11]: この部分は本問との関係では不要です。

しかし、本件暴行は、Dの頭部を強く殴る態様のもので、硬膜下血腫を生じさせたのに対し、Dの死亡原因は、肝臓破裂による失血死である。そのため、本件暴行が直接Dの死亡を発生させたとはいえない。また、本件暴行とDの死亡との間に介在している居眠り運転による交通事故という事情は、本件暴行とは関連性がなく、本件行為によって誘発されたとはいえない。さらに、Dらが交通事故に遭ったのは、丙がDを抱えて本件居室を出たことによるものであるため、本件暴行によって介在事情によるD死亡の危険性がある状況が設定されたともいえない。

これらのことから、③本件暴行とDの死亡との間に因果関係は認められない。

(4) 結論

以上のことから、甲には、Dの頭部を十数回殴り傷害を負わせたことについて、傷害罪（204条）が成立する。

3 罪数

甲には、3つの傷害罪が成立し、それらは併合罪（45条）の関係となる。

第2 丙の罪責

1 問題の所在

丙は、甲と本件暴行を加える意思連絡をしていない。また、丙は、甲の本件暴行に対して、積極的に関与する様子もなかった。よって、丙には、甲の傷害罪（204条）の共同正犯（60条）や幫助犯（62条1項）などの作爲犯は成立しない。

他方で、丙は、甲がDに本件暴行を加えている様子を目撃したにもかかわらず、①行為や②行為といった本件暴行を阻止する行為をしなかった。よって、丙に不作爲犯が成立するかどうかが問題となる。

そして、丙は、被害者Dの母親であり、甲及びDと同居している。そのため、丙は、甲の本件暴行を阻止しなかったことにつき、作爲義務違反として不作爲による正犯が認められるか、甲を手助けしたとして不作爲による幫助犯が認められるかが問題となる。

2 正犯か共犯か

他人の犯行を阻止しなかった場合は、原則、幫助犯が問題となるに過ぎないというべきである。なぜなら、当該犯罪の因果経過を支配しているのは、直接犯罪を実行した他人であって、それを阻止しなかっただけの者は、因果経過を支配したとまではいえないため、正犯としての実行行為性が認められないからである。

そこで、次に、丙には甲を手助けしたとして不作爲による幫助犯が成立するかどうかを検討する。

3 不作爲による幫助犯の成否

(1) 規範

不作爲による幫助犯が成立するには、作爲による幫助行為と同視しうるものでなければならないため、⑦正犯を幫助することと、④⑦に基づいて正犯者が犯罪を実行すること、⑧故意を有することが必要である。

特に⑦とは、正犯者の犯罪を防止すべき作爲義務のある者が、作爲に出ることが可能かつ容易であったにもかかわらず、その義務に違反して作爲をしないことをいう。作爲義務の有無は、法令、地位、先行行為、結果発生に対する支配性などから総合的に判断する。

また、作爲による幫助犯の因果関係が認められるには、条件関係は不要であり、促進的因果関係で足りる。そのため、④が認められるには、正犯行為を阻止しようとするれば結果発生を確実に防止できたという関係までは要求されず、正犯行為を阻止しなかったことによって正犯者の結果実現が容易になったといえれば足りる。

(2) あてはめ

まず、丙は、被害者 D の母親であるから親権者（民法 820 条）の地位にあった。また、丙は、一度暴行を加えられた甲と別居したものの、同居の再開に応じているため、甲が D に暴行を加えるような危険な状況を作出したともいえる。さらに、丙は、正犯者である甲及び D と同居しており、本件暴行を阻止し得る人物は、甲本人以外に丙しかおらず、D は丙に依存していた。これらの事情から、丙には、甲が D に本件暴行を加えるのを阻止すべき作為義務があったといえる。

次に、丙が、何らかの行為によって甲を阻止することが可能かつ容易であったかどうかを検討する。丙が甲に対して D に本件暴行を加えないように監視したり言葉で静止したりする行為（①行為）は、それに及んだとしても、甲が丙に暴行を加える蓋然性は高くなく、丙でも容易に行うことが可能であったといえる。それに対して、丙が身を挺して甲を制止する行為（②行為）は、それに及んだ場合、甲が丙の腹部に暴行を加える蓋然性は高くなかったが、甲が丙の顔を拳で殴る程度の暴行を加える蓋然性は高かった。また、丙は、本件暴行時、妊娠 8 か月であったことから、仮に、甲が丙の腹部に暴行を加える蓋然性が高くないとはいえども、甲からの暴行を避けようとするには合理性があるといえる。したがって、②行為は、丙にとって容易に行うことが可能であったとはいえない。

そうであるにもかかわらず、丙は、①行為をしなかったため、作為義務違反が認められる。これらのことから、丙は、正犯者甲を幫助したといえ、要件⑦を満たす。

そして、丙が①行為を行った場合には、本件暴行を阻止できる可能性は確実とはいえずとも、相当程度あった。そのため、正犯行為である本件暴行を丙が①行為で阻止しなかったことによって、正犯者である甲が D に傷害を加えるという結果の実現が容易になったといえる。したがって、⑦に基づき甲が本件暴行をしたといえ、④も満たす。

さらに、丙は、作為義務を負っており、可能かつ容易に行える①行為に及んでいれば、甲による本件暴行を相当程度阻止できる可能性があったと認識していたため、⑦故意もある。

4 結論

以上のことから、丙には、甲の傷害罪の幫助犯（204 条、62 条 1 項）が成立する。

コメントの追加 [祐林12]: これは広すぎるように思います。