

H29 刑法 第1問

I 甲の罪責

1. 甲が、A 名義のクレジットカードを C に提示して腕時計 X と Y の購入を申し込んだ行為につき、詐欺罪（246 条 1 項）が成立するか。

被害者をだれととるのかを明記しておいた方がよさそう

- (1) まず、甲の上記行為は詐欺罪の欺罔行為にあたるか。

詐欺罪は、相手方を錯誤に陥れ、相手方の処分行為によって財物を取得する犯罪類型である。また、詐欺罪も財産犯である以上、その成立には財産的損害が必要である。

よって、欺罔行為と言えるためには、相手方の錯誤ないし処分行為に向けられた行為でなければならない、かつ、財産的損害の発生に向けられた行為でなければならないと解する。

本件でみるに、甲がクレジットカードの名義人たる A でないことを知っていれば、C は、B 信販会社との契約上、甲との売買取引を拒否するはずである。よって、C が、甲がクレジットカードの名義人であると誤信することは、C の錯誤にあたる。また、C は時計店の店主だから、本件時計店の商品を交付するという処分行為をなす権限を有するといえる。よって、C が、甲がクレジットカードの名義人であると誤信し、甲に時計 2 個を交付する行為は、錯誤による処分行為といえる。

さらに、C が錯誤によって甲によるクレジットカードの使用を認めた場合、B 信販会社は C に対する立替払いを拒否する可能性がある。よって、C には財産的損害の発生が認められる。

以上より、甲の上記行為は、C の錯誤ないし処分行為、および C の財産的損害の発生に向けられた行為といえ、欺罔行為にあたる。

- (2) したがって、上記甲の行為につき 1 項詐欺罪が成立する。

2. 甲が、A 名義で売上票に署名した行為は、名義人 A と作成者甲の人格の同一性を偽る行為と言え、「偽造」にあたる。また、売上票は「権利、義務…に関する文書」にあたり、甲にはかかる売上票を真正な文書として C に認識させるという「行使の目的」も認められる。さらに署名しているので、有印と言える。

よって、有印私文書偽造罪（159 条 1 項後段）が成立する。

構成要件の定義づけで大方書くことは終わられるはず

偽造の定義を聞かれているだけ

3. 甲がかかる売上場を C に手渡しした行為は、偽造私文書を真正な文書として使用する行為と言えるから、偽造私文書行為罪（161 条）の「行使」にあたる。よって、偽造私文書行為罪が成立する。

4. Cが時計Yを甲に引き渡した行為につき、Aとの関係で背任罪（247条）が成立するか。

図利加害目的

- (1) 甲は、Aの承諾を得てA名義のクレジットカードを用いて時計を購入しようとしているので、「他人のためにその事務を処理する者」にあたる。そして、交際相手にプレゼントとしたいという「自己の利益を図り」、Aの承諾を得ていないのに時計X以外にも時計Yを購入するという「任務に背く行為」をして、Aに50万円の「財産上の損害」が発生させている。
- (2) よって、背任罪が成立する。

☆横領背任はどちらでもいいが横領にすると難しいか
体当たりとの一連一体性で書く方が漏れは少ないのか
実行行為者が乙なので乙から考えた方が書きやすい
共謀があるかないか・共謀がない意思の連絡がない
押さえつけまでで共謀を認めた方が○
違法性阻却自由、責任の連帯

5. 乙とともにAに正面から体当たりし（以下「第1行為」という。）、また、乙が石でAを殴った行為（以下「第2行為」という。）につき、何罪に問擬すべきか。

- (1) まず、第1行為と第2行為を別個のものとしてとらえると、第1行為は傷害罪（204条）の構成要件を充足するが正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却される。そして急迫不正の侵害が終了している以上、第2行為には傷害罪が成立し、過剰防衛（36条2項）にすらならない。一方、一体としてとらえると全体として傷害罪が成立し過剰防衛となる。

では、甲と乙の行為をいかにとらえるべきか。

この点、①第2行為の時点で当初の防衛の意思が継続していたか、それとももっぱら攻撃の意思だったのか、②行為者がさらなる侵害に出る可能性がないことを認識していたか否か、③第2行為の態様・程度を総合的に考慮して判断すべきである。

たしかに、甲、乙の両者よりも体格に劣るAに対し、2人でAの上に乗りながら、乙が石でAを殴るという行為は過剰である（③）。しかし、乙は「甲がAから殴られるのを防ぐためには」と考えて第2行為に及んでおり（①）、Aは押さえつけられながらも攻撃的な言葉を発し続け体をよじらせているからAはさらなる侵害に出ようとしていたといえる（②）。

よって、第1行為と第2行為は一体としてとらえるべきである。

(2) では甲と乙に上記第1行為及び第2行為につき、傷害罪の共同正犯（204条、60条）が成立するか。

ア. 共同正犯の処罰根拠は、相互利用補充関係のもと、結果に対して物理的・心理的因果性を及ぼす点にある。よって共同正犯が成立するには、共同実行の意思（共謀と正犯意思）、共同実行の事実が必要である。

本件で、甲は乙に、「Aと一緒にとめよう」と言い、乙もこれに「分かった」と答えている。甲は自分が殴り掛かれて乙に提案しているのであるし、乙も第2行為において進んで石で殴っているので、甲乙共に正犯意思がある。そして、甲と乙は、かかる共謀に基づき第1行為に出ているので共同実行の事実も認められる。

イ. もっとも、甲は殴られるのを防ぐために上記行為に及んでいるところ、正当防衛（36条1項）が成立しないか。

本件で甲は、Aに殴られそうになっているので、「急迫不正の侵害」がある。またかかる侵害を避けようとする単純な心理状態で上記行為に及んでいるので、「防衛するため」にした行為である。

では、「やむを得ずにした」といえるか。防衛行為の相当性が求められるところ、甲と乙は、体格の劣るAに対し二人がかりで押さえつけたうえ、第2行為において石で殴る行為をしている。そうだとすると防衛行為の相当性を欠く。

なお、第2行為について甲は認識していなかったが、乙と共謀して第1行為に及んでおり、いまだ甲を殴ろうとするAの行為を止めようとして乙が行ったものだから、第2行為についても共謀の射程が及ぶと解する。

ウ. 以上より、正当防衛は成立しない。ただし、過剰防衛（36条2項）となり、任意的減免を受ける。

6. Aの財布を持ち帰った行為につき、窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) まず、Aの財布は「財物」にあたる。

「窃取」とは、他人の占有する物をその意思に反して自己または第三者の占有に移すことをいう。甲の上記行為はAの意思に反してAの占有する財布を甲の占有に移転させるものだから、「窃取」にあたる。

窃盗罪が成立するには、構成要件の故意のほか、いかなる主観的構成要件要素が必要か。いわゆる不法領得の意思の要否ないし内容が問題となる。

通常の窃盗を不可罰な使用窃盗と区別するために、①権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として振舞う意思が必要である。また、毀棄・隠匿罪よりも窃盗罪の方が重く処罰されるのは、窃盗罪が利欲犯的性格を有するからである。そこで、②財物の経済的用法に従い利用処分する意思も必要と解する。

本件で甲は、Aの財布から現金を抜き取り自分のものにして借金の返済に充てようと考えていたのだから、上記①②を充たす。

(2) もっとも、甲はAが死んだと考えているため、占有離脱物横領罪（254条）の故意しか認められないのではないか。死者であると勘違いしていた場合にも、占有侵害が認められるかが問題となる。

たしかに、死者には財物に対する事実上の支配もその意思も認められない以上、死者の占有自体は否定するべきである。

しかし、被害者が生前に有した占有は、①被害者を死亡させた犯人に対する関係では、②被害者の死亡と時間的場所的に近接した範囲内にある限り、なお刑法的保護に値するというべきである。

甲の主観では占有離脱物横領、その錯誤

窃盗と器物損壊の区別

そこで、上記要件を満たす場合には、犯人による一連の行為を全体的に観察して、被害者が生前有していた占有を侵害したと解し、窃盗罪が成立する。

本件では、上記①②の要件を満たしているから、Aが死んだと誤信していたとしても占有侵害が認められ、窃盗罪が成立する。

7. 以上より、甲には、①1項詐欺罪、②有印私文書偽造罪、③同行使罪、④背任罪、⑤傷害罪、⑥窃盗罪が成立し、①と③、③と②はそれぞれ目的と手段の関係にあるから全体として牽連犯（54条1項後段）、これと④は観念的競合（同項前段）、これらと⑤及び⑥は併合罪（45条）となる。また、⑥は器物損壊罪の限度で乙との共同正犯となる。なお、⑤は乙との共同正犯となり、任意的減免をうける。

II 乙の罪責

1. 甲とともにAに正面から体当たりしたうえ、石で殴った行為につき、前述のとおり、甲との傷害罪の共同正犯が成立し、任意的減免を受ける。

2. 次に、Aの財布を甲とともに捨てようとした行為につき、窃盗罪（235条）又は器物損壊罪（261条）のいずれに問擬すべきか、甲との共同正犯が成立するかが問題となる。

(1) まず、共同正犯が成立するか。

本件でみるに、乙が「財布を捨ててしまおう」と甲に対して話したのに対して、甲は「そうしよう」と答えている。従って、「器物損壊罪」という特定の犯罪につき、意思の連絡があったといえる。

また、乙は自分の犯行が発覚しないために行っており本件行為につき重大な利害関係を有していた。さらに本件行為については乙から甲に持ちかけている。以上のことから乙には自己の犯罪として行う意思があるといえる。従って正犯意思があるといえ、共謀が認め

られる。

(2) もっとも甲は窃盗を行っているところ、共謀に基づく実行行為があるといえないのではないか。

罪刑法定主義の見地から、共同正犯が成立するには特定の構成要件を共同して実行する必要があるが、構成要件が同質的で重なり合うものであるときはその重なり合いの限度で共同正犯が成立する。

本件で、窃盗と器物損壊は共に他人の財物を使用できない状態にする行為である点で行為態様が類似している。また財産犯であり保護法益も類似している。

(3) よって、器物損壊罪の限度で共同正犯が成立する。

3. 以上より、①甲との傷害罪の共同正犯及び②甲との器物損壊罪の共同正犯が成立し、併合罪となる(45条)。なお、①は任意的減免を受ける。

最後に甲と乙の罪数処理をまとめて書いてしまった方がいい