

1 [設問 1]

9/40

2 1. 甲に対して、1項詐欺罪（刑法 246 条 1 項、以下法文名省
3 略）の成否を検討する。

4 2. 詐欺罪が成立するには、欺罔行為、錯誤、財物の交付を
5 要するところ、これらの有無が問題となる。

欺罔行為は交付行為と同等重要

6 (1)「欺罔行為」とは、交付の判断の基礎となる重要な事項に
7 ついて欺く行為をいう。本件では、甲は A に対して、キャッ
8 シュカードを保管するためにキャッシュカード等をからの封
9 筒に入れる旨を告げている。にもかかわらず、甲はキャッシ
10 ュカード等を保管するのではなく、A から甲へと占有を移転
11 させており、欺く行為の存在が認められる。

(9) 0

12 (2)「錯誤」とは、認識した事実と真実が異なることをいうと
13 ころ、A は上述の欺罔行為によって、キャッシュカードを保
14 管するものと思っているが、実態としてはキャッシュカード
15 等の占有が甲に移転している。よって、錯誤が認められる。

(11) 2

16 3. (1)「交付行為」について、甲はキャッシュカード等の物
17 理的な占有を得ているので、2 項ではなく 1 項詐欺が問題と
18 なる。

19 (2) もっとも、詐欺罪は交付罪であり、これは錯誤に陥った被
20 欺罔者が、瑕疵があるにせよ意思に基づいて財物を交付する
21 ことによって、財産を移転させる犯罪であるから、交付行為
22 には「交付意思」が求められる。そこで、A はキャッシュカ
23 ード等が入った封筒とダミー封筒がすり替えられていること

(4) 1

1 を知らず、キャッシュカード等の占有が甲に移ったことを知
2 らないところ、このような場合にも、詐欺罪の「交付」が認
3 められるかが問題となる。

4 (2)この点、Aはキャッシュカード等を封筒に入れるために、甲
5 に対してキャッシュカード等の占有を移転させており、その
6 ことを認識している。よって、交付行為についてのAの認識
7 が認められる以上、「交付」の要件を満たす。

8 4. また、故意(38条1項)とは、犯罪事実の認識及び認容
9 を意味するところ、甲はAからキャッシュカード等入手す
10 ることを認識し、認容しているので、故意が認められる。

11 5. 以上より、甲には1項詐欺罪の罪責が認められる。

12
13 [設問 2]

14 第1. 意思連絡の有無

15 1. (1)共謀共同正犯の成否について、共同正犯の処罰根拠は、
16 行為が犯罪の結果に対して因果性を有する点にあるところ、
17 実行行為以外でも結果に対して因果性を持つことがあるので、
18 共謀共同正犯は認められる。

19 (2)そして、共謀共同正犯の要件は、共謀及びそれに基づく実
20 行行為であるところ、共謀が認められるには、互いに犯罪の
21 実行する意思を有することを認識しあっているという「意思
22 の連絡」を要する。

23 2. (1)本件では、窃盗未遂について、甲はATMから現金を引

1 き出そうとした事実を認識している。他方で、乙は、甲が同
2 店の商品を盗もうとしたが店の前で捕まっており、窃盗未遂
3 の状態にあるという事実を認識しているので、認識の内容が
4 甲と乙とで異なるとして、意思の連絡の有無が問題となる。

5 (2)この点、共謀共同正犯の成立に「意思の連絡」を要する趣
6 旨は、互いに犯罪事実を認識しているとの状態が犯罪の実行
7 に心理的寄与を有する点にあるところ、犯罪の基本的な部分
8 についての共通認識さえあれば、犯罪の実行を心理的に支え
9 ることができるので、意思の連絡が認められる。よって、本
10 件では、窃盗未遂について、その行為内容についての認識は
11 甲と乙とで異なるところ、窃盗未遂であるという点で両者の
12 認識は共通しているので、意思の連絡が認められる。

13 第2. ①の見解・②の見解の妥当性

14 1. 第1で述べたように、甲の窃盗未遂の事実について、甲
15 乙間の「意思の連絡」は認められる。しかしながら、共同正
16 犯の処罰根拠は、行為が犯罪の結果に対して因果性を有する
17 点にあるところ、窃盗未遂の行為が終了した後に同店に現れ、
18 その時点で意思の連絡が生じた乙について窃盗未遂の行為の
19 罪責を負わせることは、窃盗未遂に対する乙の因果性が認め
20 られない以上、不可能ではないのか、が問題となる。つまり、
21 乙について、窃盗未遂の行為の罪責を負わせられるかという
22 承継的共同正犯の問題が生じている。

23 2. (1)この点、上述の共同正犯の処罰根拠に従えば、途中か

1 ら犯罪行為に加担した者が、(a)事前に行われた犯罪行為を積
2 極的に利用しており、かつ、(b)事前に行われた犯罪行為と、
3 それ以後に行われた犯罪行為とが、同一の犯罪の構成要件に
4 該当する場合には、途中から犯罪行為に加担した者について、
5 犯罪の成立に対する因果的寄与が認められるとして、犯罪全
6 体に対して共同正犯が成立すると解される(承継的共同正犯)。
7 (2)これについて、①の事後強盗の罪の共同正犯が成立すると
8 いう見解については、(a)乙が甲の窃盗未遂を積極的に利用し、
9 そして、「行為者が被害者等から容易に発見されて、財物を取
10 り返され、あるいは逮捕され得る状況」という窃盗の機会、
11 具体的には、甲がCに逮捕されうるという状況から、犯行抑
12 圧に足りる脅迫行為を行うことで、事後強盗罪の^{先例}~~胸像~~正犯が
13 成立すると主張する。なお、事後強盗罪も強盗罪の一種であ
14 るので、強迫は相手方をして犯行抑圧たらしめるものでなけ
15 ればならない。
16 (3)しかしながら、本件において、確かに(b)窃盗未遂の事実は
17 事後強盗罪の構成要件の一部ではあるものの、乙の目的は甲
18 を逮捕から免れさせることに過ぎない。そして、甲を逮捕か
19 ら免れさせるために、甲の窃盗未遂を積極的に利用したとは
20 いえない。
21 (4)よって、①の見解は妥当ではない。そして、乙は、Cに対
22 して、ナイフを示し、身体に対する害悪の告知を身体的動作
23 によって実現し、加えて、「ぶっ殺すぞ」という害悪の告知をし

1 ているので、「脅迫」が認められる。そして、そのような行為
2 について乙は認識・認容しており、「故意」が認められる。
3 3. よって、乙には、脅迫罪（222条1項）の限度で共同正犯
4 が成立する。

5
6 [事例 3]

7 1. (1) 丙の行為は、傷害罪（204条）の実行行為に当たるとこ
8 ろ、丙が刑事責任を負わないための理論上の説明として、丙
9 には正当防衛の故意しかなく、よって、責任故意が認められ
10 ないという主張が考えられる。

11 (2) まず、「正当防衛の故意の有無」について、正当防衛（36条
12 1項）の成立には急迫不正の侵害、つまり、不正な侵害が現に
13 または間近に迫っていることを要するところ、甲は第三者 D
14 に対してナイフの刃先を突き出しており、D の生命身体に対
15 する危機が現に存在している。また、正当防衛の要件として、
16 防衛する「ために」という文言から「防衛の意思」を要する
17 ところ、丙は D を助けようとしており、防衛の意思を有する。
18 加えて、行為がやむを得ずしたものであるといえるには、行
19 為が危害を回避するために必要最小限度のものであることを
20 要するところ、ボトルワインを投げつける行為は丙がとりう
21 る唯一の手段であるので、この要件を満たす。よって、正当
22 防衛の構成要件該当事実が存在し、これを丙は認識している
23 ので、丙には正当防衛の故意が存在する。

1 (3)そして、故意責任の本質は、犯罪行為についての認識があ
2 り、その反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、そ
3 れを怠ったことに対する非難可能性であるところ、丙には正
4 当防衛の故意しかなく、Dに傷害を負わせるという認識・認容
5 がない以上、丙には非難可能性が認められない。よって、Dに
6 故意責任が認められない以上、Dは~~障~~害結果に関する~~駅~~時責
7 任を負わない。

8 2. (1)しかしながら、上記の説明は、丙には正当防衛の故意
9 しかなく、Dに傷害を負わせるという認識・認容がないことを
10 前提としているが、この説明には難点がある。

11 (2)具体的には、甲とDとの距離は、レジカウunterを挟んだ
12 距離しかなく、両者の距離は近い。そうであれば、ボトルワ
13 インという重たいものを、投球技術に長けているわけでもな
14 い30歳女性である丙が適切に狙った場所に投げられる可能
15 性が高いとは言えず、Dにボトルワインが当たってDが負傷
16 する可能性を、丙が認識していなかったとはいいがたい。つ
17 まり、丙としては、甲に対してボトルワインが当たることだ
18 けではなく、Dに当たることも認識・認容していたといえ、
19 未必の故意が認められる。

20 (3)そうであれば、丙はDに対してボトルワインを当てる未必
21 の故意を有し、その結果Dは~~障~~害結果を負うところ、これは
22 Dを急迫不正の侵害から守るためのやむを得ずした行為とは
23 言えず、正当防衛の故意があったとはいいがたい。