

R1 刑法

第1 設問1

- 1 甲が、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の現金を得るため、金融庁職員に成りすまして電話をかけ、不正引き出しの被害に遭っていると虚偽の事実を告げ、Aの住所及び預金口座の開設先を聞き出した行為について、詐欺罪（刑法（以下、略する。）246条1項）が成立しないか。

(1) 詐欺罪の成立要件は、①欺罔行為、②相手方錯誤、③処分行為、④①～③の間に因果関係、⑤故意、⑥不法領得の意思である。

(2) ①欺罔行為とは、財産的処分行為の基礎となるような重要な事項を偽ることをいうところ、電話を掛けた時点では、不正引き出しの被害に遭っていることを理由に、キャッシュカードの「確認」をさせてくださいと告げているだけであり、交付させることまでは意図しておらず、財産的処分行為へ向けられたものとはいえない。

(3) したがって、②以下の要件を検討するまでもなく、この時点で、甲のAに対する詐欺罪は成立しない。

- 2 その後、A方を訪問し、キャッシュカードと暗証番号を記載させたメモを交付させ、Aが見ている前で空の封筒に入れ、封印のために印鑑が必要だと取りに行かせている間に、あらかじめ用意したダミーの封筒とすり替えて自らのバッグに隠し入れた行為につき、詐欺罪が成立しないか。

(1) Aは、甲に、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを手渡しているが、これが前記した詐欺罪の成立要件のうちの③処分行為と認められるかが問題となる。

(2) 処分行為には、処分の意思と処分の事実が含まれるが、処分意思が認められるためには、少なくとも占有の移転を基礎付ける外形的事実を被害者が認識していることが必要だと解する。

(3) 本件で、Aがキャッシュカードと暗証番号を書いたメモを甲に手渡したのは、甲にその占有を移転するためではなく、それらを同封し自分で保管する必要があると信じていたところ、甲が封筒を持っており、その封筒に入れてもらうためである。

その後、Aが印鑑を取りに行っている間に、甲によりダミーの封筒とすり替えられ占有が移転しているが、それはAによる処分行為に基づく占有移転とはいえない。

(4) したがって、③処分行為は認められず、甲に、Aに対する詐欺罪は成立しない。

(5) もっとも、同行為は、自己がカードとメモを保管するというAの意思に反して、それらの財物に対するAの占有を排除し、甲の占有に移転する「窃取」（235条）にあたるといえる。

なお、暗証番号を入力することでキャッシュカードの口座内の預金を引き出し

59/100

16/40

90
100
70

処分行為を何と見ているか不明

12/4

20

42

50

3/5

92

102

41/2

詐欺罪の成立要件

うため、財物性の要件は満たす。

また、甲には、口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようとする意図があったのであるから、故意及び不法領得の意思が認められる。

よって、甲に、A に対する、窃盗罪が成立する。

- 3 翌日、甲が、当該キャッシュカードを ATM に挿入し現金を引き出そうとした行為について、A に対する罪は成立しない。

なぜなら、口座内の現金に対する占有は、A ではなく、B 銀行にあるからである。

第2 設問2

1 ①の立場からの説明

- (1) この立場は、まず、事後強盗罪の実行行為を暴行・脅迫と捉える。その理由として、窃盗行為を実行行為と捉えると、窃盗をすれば、すべて事後強盗罪の未遂罪に問われることになりかねず妥当でないからとする。

- (2) そして、「窃盗」の部分は身分犯と解する。そのように解することが「窃盗が」と犯罪主体について規定した条文の文言とも整合するからである。

このように、共犯と身分の問題と捉えるのであるが、①の立場は、事後強盗罪は財産犯であり、窃盗犯人でなければなしえない犯罪類型と考えるべきであるという理由から、これを真正身分犯と捉える。

- (3) 65条1項が、「身分によって構成すべき犯罪」、2項が、「身分によって特に刑に軽重があるとき」としている文言に着目し、1項は真正身分犯、2項は不真正身分犯の規定と解する。そして、非身分者も身分者を通じて真正身分犯の法益侵害が可能であるから、1項の「共犯」には共同正犯を含むと解する。

- (4) 本件で、「窃盗」の身分を有しない乙は、甲が万引きをしたと勘違いをしてはいるが、C により商品を「取り返されることを防」ぐという意味を有しており、C による「逮捕を免れ」ようとしていた甲との間で、事後強盗罪を実現させるという意思を通じているといえる。また、乙は、刃体約10センチのナイフを示しながら「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言っており、これは相手方の犯行を抑圧するに足りる「暴行又は脅迫」といえる。

- (5) このような考えから、①は、乙に事後強盗罪の共同正犯が成立するとする。

2 ②の立場からの説明

- (1) 事後強盗罪の実行行為を暴行・脅迫と捉える点は①と同じである。

- (2) 「窃盗」の部分は身分犯と解する点も①と同じであるが、②は、①と違い、不真正身分犯と捉える。その理由として、窃盗犯人でない者が、暴行・脅迫を加えた場合にも事後強盗罪の成立を認めることはあまりに重い刑を科すことになり妥当でないからとする。

- (3) 65条の解釈についても①と同様であり、「窃盗」の身分を不真正身分と捉える②の考えでは2項が適用されることとなる。

- (4) そして、窃盗犯人でない乙が、「ぶっ殺すぞ。」と C の「生命に対し害を加え

(1) 0

(2) 0

(3) 2

(4) 2

20/30

甲は
共同正犯
で
ない

軽では??

る旨を告知」しており、これは客観的事情に照らし人を畏怖させるに足りる害悪の告知たる「脅迫」といえる。

(5) このような考えから、②は、乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとする。

3 自らの見解

(1) ①の見解が妥当と考える。なぜなら、事後強盗罪を②のように不真正身分犯と捉えたと、窃盗の身分がない者の行為は、暴行罪・脅迫罪ということになるが、財産犯たる事後強盗罪を、身体や意思決定の自由を保護法益とするこれらの罪の加重類型とするのは無理があるからである。

(2) また、事後強盗罪が「強盗として論ずる。」とされているのは、その違法性において通常の強盗と異なるところがないからであって、「窃盗」の部分をも身分と見るのは妥当でないとし、事後強盗罪を、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯と考える見解もある。

しかし、この考えでは、窃盗行為を実行行為と解することになり、①のところで論じたように、窃盗をすればすべて事後強盗罪の未遂罪に問われることになりかねず妥当でない。

(3) よって、①の見解が妥当と考える。

第3 設問3

1 正当防衛（36条1項）

ワインボトルを人に向かって力一杯投げつける行為は、人の生理的機能に障害を生じさせるに足る行為であるところ、丙は、これを認識認容してなし、D に加療約3週間の傷害を負わせているため、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

もっとも、丙は、同行為を、甲による「侵害」から「第三者」たるDを「防衛するため」になしているため、正当防衛として違法性が阻却され、丙は刑事責任を負わないとすることが考えられる。

この説明の難点は、正当防衛は、「不正」の侵害に対してなされることが要求されるところ、本件のDは、丙に対してなんら不正をなしていない。

したがって、Dに対する正当防衛を認めることはできず、これを根拠として丙が刑事責任を負わないとすることはできない。

2 緊急避難（37条1項）

丙の行為は、1と同様、傷害罪の構成要件に該当するが、Dという「他人の生命、身体に対する」、甲による「現在の危難を避けるため」の唯一の手段であることから、「やむを得ずにした行為」といえる。また、Dを助けるためという避難の意思も認められるため、違法性が阻却され、刑事責任を負わないとすることが考えられる。

この説明の難点は、Dへの危難を生じさせているのは甲であるところ、Dに対してワインボトルを投げつけることは、避難のための行為とはいえないという点である。

27/30

有罪に引換

① 3/4
③ 6/6

④ 6/6

したがって、これを根拠として刑事責任を否定することはできない。

3 Dの傷害結果への故意を欠く

丙は、甲に向かってボトルワインを投げつけており、Dに傷害結果を生じさせることを認識・認容していないとして、Dの傷害結果に関する刑事責任を否定することが考えられる。

もっとも、故意責任の本質は、犯罪事実を認識し、規範に直面し、反対動機の形成が可能であったにもかかわらずあえて犯罪に及んだ点に対する道義的避難である。そして、犯罪事実は、刑法上構成要件として類型化されており、その文言上、具体的な法益主体の認識までは要求されていないと解される。したがって、認識した事実と発生した事実がおおよそ構成要件の範囲内で符合していれば犯罪事実の認識があったといえ故意を認めうる。

本件で、丙が認識していた甲という「人」に対する傷害と、現実発生したDという「人」に対する傷害では、おおよそ「人」に対する傷害という意味で構成要件の範囲内で符合しているといえる。したがって、丙には、犯罪事実の認識があったといえ故意を認めうるのであって、Dの傷害結果に関する刑事責任を否定することはできないこととなる。

この点がこの説明の難点といえる。

以上

②
8
8