

1 設問 1

25/40

2 1 甲が、金融庁職員に成りすまして、Aのキャッシュカード
3 をプラスチックカードとすり替えた行為について、詐欺罪（刑
4 法（以下法名略）246条）が成立しないか。

5 2 まず、甲は、金融庁職員に成りすまして電話をし、Aが不正
6 引き出しの被害にあっている旨連絡している。そして、証
7 拠品としてキャッシュカードを封印する必要があるなどと述

(1) 2

8 べている。これらは、Aからキャッシュカードの占有を移転さ
9 せるための方策の一過程であり、交付行為に向けて誤信させ
10 る行為であると評価できる。したがって、「欺い」といえる。

(9) 2

11 そして、キャッシュカードは財産的価値を有するから「財物」
12 であるといえ、これを失ったAは財産的損害を受けるといえ
13 る。

(7) 1/2

14 3 もっとも、本件において、Aは「交付」行為を行っていない。
15 い。すなわち、甲は、本件キャッシュカードを封筒に入れた
16 うえで、プラスチックカードが入った封筒とすり替えるとい

(1) 0

17 う手段を用いているから、Aに占有の移転を認識させないで
18 財物を取得している。このような場合に、「交付」行為があっ
19 たといえるか。

(2) 2/4

20 この点、「交付」行為、すなわち処分行為があるといえるため
21 には、処分意思があることが前提となる。処分意思の有無は、
22 処分者が、少なくとも占有の移転の基礎となる外形的事実を
23 認識していたかどうかで判断する。

(3) 2/4

(4) 2

1 本件では、Aは、甲がA宅を去った後も、なおキャッシュカー
2 ドが自宅の封筒内にあると思い込んでいたものであり、占有移
3 転の外形的事実を何ら認識していない。よって処分意思が存
4 在しない。

⑤ 0

⑥ 3/5

5 したがって、「交付」行為が認められない。

6 4 よって、甲に詐欺罪は成立しない。

7

8 1 次に、甲に窃盗罪（235条）が成立しないか。

9 2 キャッシュカードは財産的価値を有するAの所有物である
10 から、「他人の財物」に当たる。そして、「窃取」とは、他人の
11 所有物をその意思に反して自己の占有に移転させる行為をい
12 うところ、甲はAの黙示の意思に反してキャッシュカード入
13 りの封筒を自ら持参したショルダーバッグに隠し入れている
14 から、これをみtas。

⑦ 2

⑧ 2

15 3 そして、不可罰的な使用窃盗との区別のために、窃盗罪の成
16 立には不法領得の意思も主観的要件として必要であると解す
17 る。その内容は、①権利者を排除して自己の所有物として扱
18 い、②その物の経済的用法に従い利用処分する意思をいう。

⑨ 1/2

⑩ 2

19 本件では甲はAから占有を移転させたキャッシュカードを用
20 いてその口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考
21 えていたものであり①・②をみtas。したがって不法領得の意
22 思が認められる。また、同時に故意も問題なく認められる。

⑪ 2

23 4 よって、甲に窃盗罪が成立する。

⑫ 2

1 1 次に、甲がキャッシュカードを ATM に挿入して現金を引き
2 出そうとした行為について、窃盗未遂罪が成立しないか。
3 2 盗まれたキャッシュカードを用いて ATM から現金の引き
4 出しをおこなうことは、現金の占有者である銀行の意思に反
5 してその占有を移転させる行為であり、「窃取」に該当しうる
6 といえる。移転されるおそれがある銀行の金銭は当然に「他
7 人の財物」である。不法領得の意思及び故意の点も問題なく
8 認められる。しかし、本件では銀行口座が凍結していたので
9 あり占有移転が行われなかったから、結果が発生せず、窃盗
10 未遂が成立する。
11 3 もっとも、本件では、キャッシュカード挿入という実行の
12 着手時点で、銀行口座が凍結しており、そもそも結果発生
13 現実的危険がなかったから、不能犯となり未遂罪すら成立し
14 ないとも考えられる。
15 4 この点、43条が未遂犯を処罰しようとした趣旨は、結果発
16 生の現実的危険性及び結果の発生を惹起した点にある。そう
17 だとすれば、構成要件が規範として与えられていることに鑑
18 み、結果発生現実的危険性及び結果の発生を惹起していた
19 か否かは、当該行為当時一般人が認識しえた事情および、行
20 為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人を基準に
21 判断すべきである。
22 5 本件では、一般人の目線からみれば、キャッシュカードを挿
23 入すれば預金を引き出すことができると考えるのが通常であ

不要

1 るし、甲としてもその時点で警察に発覚して口座が凍結され
2 ていることは認識していなかったといえる。したがって甲の
3 行為は結果発生の実害的危険および結果発生を惹起する行為
4 であるといえる。

5 6 よって、甲の行為には窃盗未遂罪が成立する。

6 7 窃盗罪と窃盗未遂罪は併合罪となる。

7

8 設問 2

9 1 まず、事後強盗罪は、暴行脅迫の対象が財物の所有者と一致
10 する必要はないから、Cに対する脅迫行為を、「窃盗」たる甲
11 と乙が共同で行った場合には甲に事後強盗罪が成立する。

12 2 そして、乙が、甲を助けるためにCに対してナイフを示しな
13 がら、「はなせぶっころすぞ」と言った行為について、事後強
14 盗罪の共同正犯が成立しないか問題となるも、乙は「窃盗」
15 ではないから、直ちに事後強盗罪の共同正犯は成立しえない、
16 もっとも、甲との意思連絡の上で、乙は本件行為を行ってい
17 るから、この点をもって乙を同罪で処断することができない
18 か。乙に成立する罪責の帰趨は、乙が「窃盗」といえるかど
19 うかという点に帰着するから、共犯と身分（65条）の問題で
20 ある。

21 3 まず事後強盗罪が真正不作為犯か不真正不作為犯かが問題
22 となる。この点、身分の無い者が事後強盗罪の実行行為たる
23 暴行脅迫を行えば、通常の暴行・脅迫罪が成立することから、

併合罪
身はなし
窃盗か？

⑤
3/6
1 とは侵害が現に迫っているか存在することを言うが、甲は怒
2 鳴りながら刃体10センチという十分な殺傷能力を有するナ
3 イフをDの胸元に突き出しているから、これをみたす。そし
4 て、丙はDを助けるためという防衛の意思を有する。ワイン
5 を投げつける行為は丙がとりうる唯一の手段であり補充性が
6 あるから「やむをえずにした」といえる。したがって、本件
7 において乙にワインが命中していれば正当防衛が成立してい
8 た。

9 4次に、故意責任本質は、規範に直面して反対動機が形成可能
10 であるにもかかわらずこれを実行したことに対する道義的非
11 難である。そして、違法性阻却事由があると誤信している場
12 合、規範に直面する余地がないから、故意を阻却すると考え
13 る。

14 5本件では、丙は、乙に対する正当防衛が成立すると考えてワ
15 インをなげているのであるから、傷害の故意は阻却されると
16 考える。

17 6もっとも、この考え方に対しては、Dの様子をみるに全く動
18 じる様子はないのであるから、急迫性があったのかの認定が
19 困難であるという難点がある。 もっと、被害理由がある

20

21