

【設問1】

1 甲の、自己名義の普通預金口座の開設を申し込み、預金通帳の交付及びキャッシュカード交付を受けた行為について、詐欺罪(刑法(以下、略)246条1項)が成立するか。

1項詐欺罪の要件は(ア)欺罔行為(イ)相手方の錯誤(ウ)錯誤に基づく交付行為(エ)財物の移転である。これら4つの要件がそれぞれ因果関係を有していることが必要である。以下、甲の行為についてこれらの要件にもとづき検討する。

2 (ア)について

(1) 甲の行為は欺く行為の態様を備えているか。

当該行為が、明示的に虚偽の事実を述べなくても社会的に行為者の言動が相手方の錯誤を生じさせるような性質を持つ場合は挙動による欺罔に当たり、欺く行為の態様を備えているといえる。

本件ではA銀行は預金取引の約款等において預金口座の譲渡を禁止していた。甲は、こうした第三者への譲渡禁止条項等を聞かされた上で、「同規定に同意します」という欄にチェックをして第三者譲渡目的を偽っている。また、社会常識や約款に照らして甲が第三者に譲渡する意図を伏せて契約を締結することは社会的に相手方を錯誤に陥らせる性質を有する。

よって、甲の行為は挙動による欺罔に該当し、欺く行為の態様を備えているといえる。

(2) 次に、甲が行った行為は客観的に見れば通常通り契約をしたのみで実害はなく、契約の相手方に財産的損害がないように思える。

この点、1項詐欺罪の成立を否定する立場からは、「交付の判断の基礎となる重要な事項」について経済的不利益をもたらし得る事項に限定する。その上で、本件では経済的不利益がもたらされておらず、A銀行に財産的損害が発生していない。よって、詐欺罪が成立しない、ということになる。

確かに、「欺く行為」によって財物が交付されたと言えれば全て詐欺罪が成立するというのは処罰範囲が広範に過ぎる。

そこで、財産的損害とは「交付の判断の基礎となる重要な事項」について欺く行為があり、それによって被害者が錯誤に陥り、財物・利益の交付と移転があれば、財産的損害があるといえると解する。

そして、「交付の判断の基礎となる重要な事項」かどうかは、①当該事項を重視する理由が刑法上保護に値する客観的な合理性を有するか、②当該事項について交付者が大きな関心を寄せていることが外部的に明らかになっているか、③交付者が真実を知っていれば、財産的処分をしなかったといえるか、で判断される。

しかし、上述のとおり、A銀行は預金口座の第三者への譲渡を約款によって禁止し、Cは第三者への譲渡利用禁止を甲に対して文面を読み上げた上で、規約に同意する旨を記入させている。「目的物を第三者へ譲渡すること」を禁止する趣旨は、当該行為により金融機関の知らないところで口座が使われることで犯罪に悪用されないことを防ぐことにある。よ

コメントの追加 [h1]: 文意が明確ではありません。推断的欺罔が否定された判例もありますので、本問で指摘した具体的状況下において、口座開設の申込みを行うことがすなわちどのような内容のものと評価しているかを指摘してください。

コメントの追加 [h2]: なぜ限定すべきかという理由に触れてください。

コメントの追加 [h3]: 否定説に対してどのような回答を行ったかがわかりません。

コメントの追加 [h4]: つまり、「重要な事項」について経済的利益に限定せずに判断するということがと思いますが、上では処罰範囲の広範性にしか言及していないため、なぜここでこのような解釈をとるべきと考えているのかが伝わりません。

コメントの追加 [h5]: 細かくて申し訳ないですが、接続詞は合っていますか？

って、係る事項は客観的に合理性を有するといえる(①)。

口座の第三者への譲渡については約款で禁止しており、当該事項について交付者である A 銀行の行員 C が関心を寄せていることは外部的に明らかである(②)。

C は、甲が預金通帳、キャッシュカードを第三者に譲渡する意図があることを事前に知っていたならば、これらを交付しなかったことはなかった(③)。

よって、「目的物を第三者に譲渡すること」は「交付の判断の基礎となる重要な事項」といえる。

そして、本件では、この事項について、挙動による欺罔により「人を欺く行為があったといえ、また、以下の通りに物の移転があるため、財産的損害がある」といえる。

以上から、「人を欺く行為があったといえる。

2 (イ) について

C は甲の欺く行為により、甲自身が口座を利用するものと錯誤に陥っている。

3 (ウ) について

C は当該錯誤により、預金通帳、キャッシュカードを甲に交付している。

預金通帳やキャッシュカードを「財物」として扱うことを否定する見解もあるが、キャッシュカードや預金通帳は、甲が売買を意図していたことからわかるように、それ自体経済的価値を有する上、開設された口座から、預金の引き出しを自由に行える権利が付されており、「財物」といえる。よって、「財物」が甲に移転している。

4 (エ) について

問題文より、甲には詐欺の故意、不法領得の意思もある。

5 結論

よって、甲に詐欺罪が成立する。

【設問 2】

1. 乙が D に本件口座に 100 万円を振り込み送金させた行為

(1) 乙の行為は、D に A T M を操作させて同人の口座から本件口座に 100 万円を振り込み送金させている。乙の行為に付き詐欺罪(刑法(以下、略)246 条 2 項)が成立するか。

詐欺罪の要件は (ア) 欺罔行為 (イ) 相手方の錯誤 (ウ) 錯誤に基づく交付行為 (エ) 財産上の利益の移転である。

本件で D はおよそ自身が行った A T M を操作する行為の意味を理解していない。よって、瑕疵ある意思に基づく利益の移転があると評価することはできず、二項詐欺罪の成立の余地はない。

(2) では、電子計算機使用詐欺罪 (246 条の 2) は成立するか。電子計算機使用詐欺罪は条文上 246 条が成立しないことを前提としているため、詐欺罪不成立であることを述べた上で、以下で検討する。

まず、A T M は「人の事務処理に使用する電子計算機」に当たる。

コメントの追加 [h6]: 財産的損害について、上の説明との整合性がわかりません。物の移転がなければ財産的損害があるとは言えないため、そもそも未遂にもならないということでしょうか。

コメントの追加 [h7]: どのような見解ですか。

コメントの追加 [h8]: 本問は、単に反対説への言及したうえで一つの見解を述べるものではなく、肯定説否定説の立論を行ったうえで、それを踏まえた自説を述べるべき問題でした。司法試験も近年この傾向が生じていますし、品田先生の期末試験もこの傾向が顕著なので、演習を重ねて慣れるようにしてみてください。

コメントの追加 [h9]: つまりどの要件が欠けるのでしょうか。

コメントの追加 [h10]: 既に不成立は述べているので不要です。

次に D は「虚偽の情報」を与えたといえるか。

虚偽の情報とは、電子計算機の事務処理の「目的に照らし、実質的に判断」される。本件では、D は振り込み送金という意味がなく、D の ATM 操作を窓口で行うことは事務処理の観点からできない。

よって、ATM においてかかる操作を行うことは「虚偽の情報」を与えたといえる。

これにより、乙は 100 万円口座の残高を増やした。よって、財産上不法の利益を得ているといえる。

もっとも、乙自身は当該犯罪の実行行為を行っていない。そこで、当該犯罪について、乙に間接正犯が成立しないか。当該犯罪について乙に実行行為性が認められるかが問題となる。

実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。そのような行為は、直接手を下さなくても被利用者を通じて間接的に行うことも可能である。

そこで、①一方的に支配・利用関係が存在し、②上記事情を利用して犯罪を実現することを認識していれば、実行行為性が認められる。

本件では、D は「乙の虚偽の事実」により騙されており、自らが乙に従って行っている行為が詐欺による 100 万円を交付する行為であることを認識していない。よって、D は乙に一方的に支配利用されている関係であるといえる(①)。

また、乙は D を自らの嘘により D を一方的に支配利用し、犯罪を行っていることを認識している(②)。

よって、乙は D を利用して 100 万円を振り込ませた行為に実行行為性が認められる。

したがって、乙に電子計算機使用詐欺罪が成立する。

2. 甲が本件口座から順次振込み送金した行為

(1) 甲は乙からの連絡を受け、本件講座から 70 万円と 30 万円を順次振込している。当該甲の行為につき、電子計算機使用詐欺罪が成立するか。

まず、ATM は「人の事務処理に使用する電子計算機」に当たる。

次には甲「虚偽の情報」を与えたといえるか。

まず、甲は、自己名義の口座から振込み送金を行っているが、本件口座は振込め詐欺救済法における犯罪利用預金口座であり、特殊詐欺の被害客体を振込み送金しようとしている以上、真実がわかっていたら A 銀行は口座凍結手続を行おうとするなどしてそのような手続に応じることがなかったと言える。したがって、甲の行為は、預金に関する事務処理を電子計算機上で再現しようとする ATM の事務処理の「目的に照らせば「虚偽の情報」を与えている」と評価できる。

さらに、甲は 100 万円口座の残高を増やした。よって、財産上不法の利益を得ているといえる。

(3) 以上から、甲に電子計算機使用詐欺罪が成立する。甲は、本件口座から 70 万円と 30 万円をそれぞれ別の口座に連続して送金しており、それぞれの行為に関して電子計算機

コメントの追加 [h11]: 目的に照らし、どう判断するのでしょうか。

コメントの追加 [h12]: よくわかりません。窓口で行うことができるかがメルクマールなののでしょうか。

コメントの追加 [h13]: 乙はどのようなことをしたのでしょうか。自らの行動を認識していないまま、指示するとおり ATM を操作していたから、反対動機形成の機会がなく、一方的な支配関係が生じるのではないのでしょうか。

コメントの追加 [h14]: ここまでは問題ないですが、目的に照らせばからの評価としてはやや飛躍です。

使用詐欺罪が成立し、これらは包括一罪となる。

3. 乙が甲に70万円の送金を指示した行為について

(1) 乙は、甲に特殊詐欺の被害の客体70万円の送金を指示している。しかし、乙は実行行為となる振込を行っていないため、電子計算機使用詐欺罪について、共謀共同正犯(60条)の成立が問題となる。

共同正犯に一部実行全部責任が認められる根拠は、二人以上の者が相互に利用補充しあい、自己の犯罪を実現する点にある。そこで、①共謀、②共謀に基づく犯罪の実現があれば共謀共同共謀正犯は認められる。

(2) まず、乙は、甲に「本件口座に100万円の入金がある。70万円を指示する口座に振込み送金してくれ。残りの30万円が報酬だ。」と伝えている。甲はその時点で、本件口座は振込め詐欺救済法における犯罪利用預金口座であることを認識しつつ送金している。したがって、本件電子計算機使用詐欺について意思の連絡はあったと認められる。また、乙からの連絡により甲は行為におよんでおり、犯行への重大な寄与があったといえる。よって共謀が認められる(①)

(3) では、共謀にもとづいて電子計算機使用詐欺が行われたといえるか。

まず、ATMは「人の事務処理に使用する電子計算機」に当たる。

では、乙は「虚偽の情報」を与えたといえるか。

まず、上述の通り、甲は自己名義の本件口座から振込み送金を行っている。乙は甲の振込送金に先立って、当該被害客体が本件口座に入金されるよう仕向けている。つまり、乙は甲の振込み送金を「虚偽の情報」の入力とする原因を与えた。また、甲の送金先が乙の口座である。また、乙は甲の振込により70万円口座の残高を増やした。よって、財産上不法の利益を得ているといえる。

したがって、乙は共謀にもとづき電子計算機使用詐欺を行っている。

(4) よって、乙に電子計算機使用詐欺罪の共謀共同正犯が認められる。

4. 乙の罪数

乙には電子計算機使用詐欺罪の間接正犯と共同正犯が成立し、併合罪となる。

【設問3】

第1 丙の罪責

1 丙が乙がリストから選んだFに電話をかけ、100万円を振り込ませた行為について詐欺罪(246条1項)が成立するか。

(1) まず、「人を欺く」行為があるといえるか。

欺罔行為とは、「交付の判断の基礎となる重要な事項」に欺罔があることをいう。本件では、甲はFに対して、その孫を装い、自らが逮捕されたとうそを言って100万円を交付させているところFは孫と誤信しなければ100万円を振り込むことはなかったのであるから、交付の判断の基礎となる重要な事項に欺罔があるといえる。

よって、「人を欺く」行為といえる。

コメントの追加 [h15]: 実行行為は何と考えていますか？ここでやっているのが乙の共謀共同正犯の検討であるとすれば、甲の実行行為は既に2で述べているので改めての検討は不要のはずです。

コメントの追加 [h16]: 問題文ではなんとありましたか。

(2) F は甲の欺く行為により、甲を孫だと思い、錯誤に陥っている。そして、当該錯誤により 100 万円という口座に振り込んでいたとすると、これは現金の占有移転と同視でき、財物の移転があったということになる。

(3) 詐欺の故意と不法領得の意思もある。

(4) ただし、本件でFは通話終了後に自身の錯誤に気づき、送金をとやめて通報している。よって、詐欺未遂罪が成立する。

2. 中止未遂(43 条但書)の成否

(1) 丙は、欺罔行為を行ってFを錯誤に陥れた後で、後悔の念からFが振り込め詐欺にあってることを警察に通報している。そのため、中止未遂が成立しないか。

この点、丙がFの振込みを止めようとした時点で、既にFは騙されたことに気づいており、その後に構成要件の結果が発生する可能性は皆無であった。このような場合に中止犯規定の適用があるかが問題となる。

43 条但し書きの趣旨は、犯行を自ら中止した者には、非難可能性が減少し、責任が減少することにある。よって、本件のように結果発生の可能性が皆無であっても、43 条ただし書きが適用される。

(2) では、具体的に中止犯はいかなる場合に認められるべきか。実行行為が既に終了している場合には結果防止のための積極的な努力があってはじめて非難可能性が減少するものとして中止犯が認められると解する。他方、実行の着手があったが実行行為そのものを終了しなかった場合には、その後の実行の放棄という不作為があれば足りると解する。

本件では、Fが錯誤に陥っており、中止行為には積極的な作為が必要である。丙はFとの通話を終えた後で、自身の行為を後悔し、翌日、警察に匿名で通報し、Fの住所と氏名を伝えて、同人が現在振り込め詐欺の電話に騙されている最中であることを伝えて、一方的に電話を切った。丙は結果発生防止のために真摯な努力をしたといえる。したがって、甲は犯罪を中止したといえる。

(3)次に、犯罪を中止したことが自己の意思によるかは、行為者が外部的障害によらずに自発的に行動した場合に認められると解される。もっとも、人の意思決定には少なからず外部的事情の影響を受けると解されることから、行為者の認識した事情が主観にいかなる影響を及ぼすかを客観的に評価して任意性を決するべきである。

本件で、丙は外部的な事情に影響を受けたわけではなく、Fの声が祖母と似ていたという理由から後悔し、匿名での通報に及んでいる。よって、任意性が認められ、丙の中止行為は自己の意思によるものといえる。

(4) 以上により、丙には中止犯は成立し、必要的減免は認められる。

第2 乙の罪責

1、乙は丙のFへの詐欺について実行行為を行っていない。しかし、丙の行為は乙の関与が認められるため共謀共同正犯が成立しないか。

本件で詐欺の具体的な内容は丙が考えているが、乙が丙を特殊詐欺の仲間に引き入れ、被

コメントの追加 [h17]: 上の規範では実行行為の終了がメルクマールとされるはずですが、ここでは錯誤に陥っているか否かを基準としています。

害者としてリストからFを選定したのが乙である。したがって丙は犯行に重要な寄与をしている。

以上から、①共謀、②共謀に基づく犯罪の実現があり、共謀共同正犯は認められる。

よって、乙に詐欺未遂罪の共同正犯が認められる。

(2) 次に、詐欺未遂罪について、丙に中止未遂が認められているが、乙にその効果が及ぶか。

中止犯については、その制度の趣旨から基本的に一身専属的に判断されると解されている。つまり、乙自身について、中止未遂が適用されるような行動をとったかどうかを検討することになる。

本件では、乙は丙の通報後丙から「もしかしたらFにばれていたかもしれない。」と伝えられ、自分に捜査の手が迫るかもしれないと思い逃走したのみである。乙は行為を「中止した」とも「自らの意思により」中止行為を行ったとも言えない。

(3) よって、乙中止未遂は適用されないということになる。

以上

コメントの追加 [h18]: 答案作成者がどのように考えているかを記載してください。理由を伏せればよかったですが、「解されている」という第三者的表現は答案がぶれるのでやめた方がいいです。

コメントの追加 [h19]: していないのは明らかなので少なくとも問題定期は不要です。