

再チャレ第三回 R0 刑法

第1 設問1

1 詐欺罪の成否

甲が A から本件キャッシュカード等とダミー封筒をすり替えて本件キャッシュカード等を得た行為に詐欺罪(刑法(以下法とする)246条1項)が成立するか。

詐欺罪が成立するには、人が他人に対し交付の判断の基礎となる重要な事実を欺き、他人が錯誤に陥り、錯誤に基づいて財物を交付した場合である。

甲は、金融庁職員になりすまし、A が預金の不正引き出しの被害にあっている旨をあらかじめ電話で告げ、A 方を訪問し、キャッシュカード等を証拠品として保管していただく必要があるとして虚偽の事実を述べ、A に対して封筒の封印のためとして印鑑を取ってくるように指示している。しかし、不正引き出しの事実が無く、印鑑による封印が不要であるとしても甲の欺罔行為は A が本件キャッシュカードを X へ交付することを認めるための財産処分行為に向けられていनाため詐欺罪のいう欺く行為がされたとは言えない。したがって、甲の行為に詐欺罪は成立しない。

2 窃盗罪の成否

甲の上記行為に窃盗罪(法 235 条)が成立するか。

(1)窃盗罪は、他人の意思に反して他人の財物の占有を取得した場合に成立する。

(2)本件キャッシュカード等は A の所有物であり他人の財物と言える。

(3)A は甲に対して本件キャッシュカードを交付する判断をしておらず、また、封筒の封印に必要とされた印鑑を取りに行っている間に封筒を保持することを認めたにすぎず、本件キャッシュカード等を失うことはその意に反したものであると言える。

(4)甲は、A が印鑑を取りに行っている間にダミー封筒とすり替え、A にダミー封筒を示し、封印させた後、本件キャッシュカード等が入った封筒を A 方から持ち去っており、自らの支配下に置いており、占有を取得したと言える。

(5)以上のことから甲の行為には窃盗罪が成立する。

第2 設問2

1 ②の立場からの説明

(1) 乙は、甲と C がもめている現場において、甲と犯罪の共同遂行の合意をし、合意に基づいて、C に対してナイフでの生命侵害の可能性を示唆するという害悪の告知をしたため、脅迫罪の限度で共同正犯が成立するという見解である(法 60 条、222 条1項)。

(2) 甲は、乙が来るまでに ATM を用いて窃盗未遂罪を実行しており窃盗未遂犯としての責任をも負うのであれば乙にも事後強盗が成立する可能性がある(これを肯定する①については後述する)。しかし②の立場としては、途中から犯罪に関与した者(後行者)は先行者の行為について因果性を有することは無いため承継的共同正犯は認められないとする(承継的

共同正犯否定説)。したがって、乙は、甲が C とともにいる途中から甲に「またやったのか」と問いかけ、これに対して甲がうなずいたことにより、甲を C から逃げさせるためにナイフで C を強迫した時からの事実についてのみ責任を負う。そして乙は甲を逃げさせるために C に対して生命侵害を示唆するような害悪の告知を認識認容しており乙には脅迫罪の故意も認められる限度で共同正犯が成立する。

2 ①の立場からの説明

(1) ②の立場のように承継的共同正犯を否定すると、実質的には先行者と共同して法益侵害の結果を惹起しているにもかかわらず、後行者の行為は法益侵害行為の全部ではないことを理由に処罰されないことになり、法益侵害を惹起した者の抜け穴となりかねない問題が生じる。したがって、先行者の行為が後行者の関与後も効果を持ち続けており、後行者が先行者とともに違法な結果を実現したと言え、後行者の行為と違法な結果との間に因果関係が存在する場合には承継的共同正犯が成立すると解する(中間説)。

(2) 本件において、乙の刃物による生命侵奪の示唆は同様の立場に置かれた一般人を基準として、自らの生命を失うことは何としても避けたいと考えるため、反抗を抑圧するに足りるものであったと言える。甲が C とともにいる原因は、甲が ATM 近くで不審な行動をとっていたからであり、それに対して C が引き留めようとしているものである。そして乙が C に生命侵害への害悪の告知をしたのは甲が C から逃れようとしていたからであり、甲が窃盗未遂をし、逃走しようとし続けていることが乙の害悪の告知を引き起こしたものであるから、先行者甲の影響は後行者乙の関与後も効果を持ち続けていると言える。そして甲の窃盗未遂の後、逮捕を免れるという事後強盗罪(法 238 条)の違法な結果を引き起こしている。そして、後行者乙が脅迫することによって C は後ずさりし、そのすきに甲と乙は逃走しており、乙の行為によって甲が C から解放されたので因果関係も認められる。したがって、乙には事後強盗の罪の共同正犯が成立する(法 60 条、238 条)。

3 私見

①と②の違いは承継的共同正犯を認めるかどうかである。共犯の処罰根拠は、違法な結果を共同して惹起したことについて因果性を有していること(因果性共犯論)であり、因果性については重要な考慮要素である。しかし、否定説の場合は①の見解の説明にもある通り、違法な結果を引き起こしていながら、実行した行為が処罰の対象となる革新的部分ではないことを理由に処罰を免れることは、法益侵害を惹起した者の抜け穴となりかねないという問題が生じる。したがって、一定の場合(上記中間説参照)には承継的共同正犯を認めるべきであり、本件においては①の見解が妥当である。

第3 設問3

1 故意が無いことを理由とした正当化

丙は D を助けるために甲に向けてワインボトルを投げつけており、甲への故意は認められるが、D への故意はなかったとして正当化されることが考えられる。しかし、この見解においては、そもそも D への命中可能性が認識できていれば未必の故意があったと指摘され

る可能性があること、D への命中可能性の認識がなくとも故意責任は、規範突破意思であり、およそ人(甲)を攻撃しようとして人(D)を攻撃しているので故意を阻却しない(法定的符号説)とする見解によれば故意が阻却されないという問題点がある。

2 正当防衛の成立

丙は、D の生命ないし身体を守る為正当防衛(法 36 条 1 項)の成立を主張すると考えられる。甲による D に対するナイフの刃先を D に突き出した行為は、D の生命を侵害し得る現実的危険性があり、急迫不正の侵害と言える。また、丙は D を守るためにボトルワインを投げつけており、他人の権利を守る為の行為であったと言える。そして、ボトルワインを投げつける行為は、丙が取りえる唯一の手段であったことから、やむを得ない行為であり手段として相当であったと言える。しかし、正当防衛であっても、発生した結果が D についての傷害であり D に対して侵害を正当化することは出来ないとの難点がある。

3 緊急避難の成立

丙は、緊急避難(法 37 条 1 項)の成立を主張して自身の行為を正当化する可能性がある。正当防衛同様、侵害の急迫不正性や危険からの避難行為としての相当性は認められ得るが、やはり、侵害行為の転嫁を D に対して行っており、D への侵害を正当化することは出来ない。

以上