

R5 司法試験刑法

設問 1

第一 (1)

1. 被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認めることができるか。詐欺罪の実行の着手があったというためには、財物交付要求が必要であるかが問題となる。
2. この点について、財物交付要求は欺罔行為の開始に不可欠の要素ではなく、それがなされる前であっても欺罔行為を開始したといえる場合がある。したがって、詐欺罪の実行の着手があったというためには、財物交付要求が必要でない。
3. よって、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認めることができる。

第二 (2)

1. 甲に詐欺未遂罪(246条1項・250条)が成立するか。
 - (1) 同罪の実行の着手時期は、行為者が詐欺の意思で人に対し欺罔行為を開始した時である。欺罔行為とは、人の処分行為(交付行為)に向けられた、処分行為をするか否かの判断の基礎となる重要な事項を偽る行為をいう。
 - (2) 本件について、②時点では、甲はAに対し警察署担当の名前と電話番号という虚偽の事実を告げたが、それだけでは、Aが預金口座から現金を引き出すか否かの判断の基礎となる重要な事項を偽る行為とはいえない。これに対し、預金口座が不正利用され、捜査の必要性がある旨を告げられると、警察の捜査に協力せざるを得ず、現金を預金口座から引き出さざるを得なくなる。したがって、甲がAに対し2回目の電話をした行為は、Aが預金口座から現金を引き出すか否かの判断の基礎となる重要な事項を偽る行為であり、欺罔行為と評価できる。よって、②の時点で実行の着手を認めることができず、③の時点で実行の着手を認めることができる。
4. そして、詐欺罪は財物が行為者側に移転した時に既遂するところ、乙・丙がAから現金をだまし取ることを断念したため、財物は行為者に移転せず、未遂となる。
5. 以上より、甲に同罪は成立する。後述のとおり、乙及び丙との共謀共同正犯(60条)が成立する。

コメントの追加 [STH1]: 甲じゃなくてもいい?

設問 2

第一 乙及び丙の罪責

1. 乙及び丙に、甲との詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立するか。
 - (1) 共謀共同正犯が成立するには、①正犯意思に基づく共謀と②共謀に基づく実行行為が必要である。
 - (2) 甲は、乙及び丙に対し、高齢で一人暮らしの男性Bがうそを信用し、300万円を

コメントの追加 [STH2]: 乙及び丙 一緒に論じてもいい?

自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って、300万円をだまし取ってくるように指示し、乙及び丙はこれを了承した。したがって、共謀が認められる（①充足）。

（3） 上述の通り、甲が2回目の電話をした時点、共謀に基づく実行が認められる（②充足）。

（4） もっとも、乙及び丙は当初の詐欺計画を変え、Bを縛ってから現金を強取する方法で同300万円を取得したため、詐欺は未遂となる。

（5） 以上より、同罪が成立する。

2. 乙及び丙に、強盗致傷罪（240条）が成立するか。

3. まず、乙及び丙に強盗罪（236条1項）が成立するか。

（1） 「暴行」とは、財物奪取に向けられた、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいう。Bが一人暮らしの高齢者であるとの情報は、乙及び丙は事前に甲から聞いた。そのようなBの手足をそれぞれロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、Bを床の上に倒した行為は、Bの反抗を抑圧するに足りる程度のものである。したがって、暴行に当たる。

（2） 「強取」とは、反抗抑圧に足りる程度の暴行・脅迫を手段として財物を奪取することをいう。乙及び丙はBを縛り身体的自由を奪った上で、Bの反抗を抑圧に足りる程度の暴行を手段として、現金300万円をB宅から持ち出した行為は、強取に当たる。

（3） 乙及び丙は計画的に上記行為を行い、構成要件該当性の認識・認容があった以上、故意（38条1項）が認められる。さらに、不法領得の意思も認められる。

（4） 以上より、乙に強盗罪が成立する。

4. Bは、長時間の緊縛による足のしびれが残っていたために、転倒して床に頭を打ち付け、全治2週間を要する頭部打撲の傷害を負った。したがって、傷害結果が認められる。

5. もっとも、緊縛行為と傷害結果の間に因果関係が認められるか。

（1） **因果関係**は、結果発生を理由としてより重い違法性を肯定できるかの問題であるところ、一般予防効果達成の観点から、行為の危険性が結果へと現実化したといえる場合にのみ、行為に重い違法評価を加えることができると考える。そこで、因果関係は、①条件関係の存在を前提に、②行為の危険性については、規範による行為統制の観点から、行為時に一般人が認識・予見し得た事情及び行為者が現に認識・予見していた事情を基礎事情として、行為の危険性が結果へと現実化した場合に認められると考える。

（2） 本件について、緊縛行為がなければ、Bは転倒しなかったといえる（①充足）。そして、前述のとおり、Bが高齢者であることを乙及び丙はすでに認識しており、身体の血行循環が遅い高齢者を長時間緊縛することにより、Bの身体にしびれをもたし、

コメントの追加 [STH3]: 客観的相当因果関係説（折衷説）？

その結果 B が転倒するおそれが高いことは容易に予想できる事情である。したがって、緊縛行為の危険性が傷害結果へと現実化したといえる (②充足)。

(3) よって、緊縛行為と傷害結果の間に因果関係が認められる。

6. 強盗致傷罪の故意？

7. 以上より、乙及び丙に強盗致傷罪の共謀共同正犯が成立する。後述のとおり、甲との共謀が成立しない。

8. 甲との詐欺未遂罪の共謀共同正犯と、乙及び丙の強盗致傷罪の共謀共同正犯は、**併合罪 (45 条)** となる。

第二 甲の罪責

1. 甲に、強盗致傷罪 (240 条) の共謀共同正犯が成立するか。

(1) 共謀共同正犯が成立するには、①正犯意思に基づく共謀と②共謀に基づく実行行為が必要である。

(2) 甲は、乙及び丙に対し、高齢で一人暮らしの男性 B がうそを信用し、300 万円を自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って、300 万円をだまし取ってくるように指示し、乙及び丙はこれを了承した。したがって、正犯意思に基づく共謀が認められる (①充足)。

2. 共犯者乙及び丙が当初の詐欺の共謀に引き続き、詐欺と異なる態様による犯行を行って、当初の目的どおりの財物を奪取し、甲がこの分配を受けている。この場合、共謀共同正犯 (60 条) が成立するか。共謀の射程が問題となる。

(1) 共謀の射程が実行行為に及ぶかどうかは、①当初の共謀と実行行為の内容との共通性 (被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性など)、②当初の共謀による行為と過剰結果を惹起した行為との関連性 (機会の同一性、時間的・場所的接近性など)、③犯意の単一性、継続性、④動機・目的の共通性といった事情を総合的に判断する。

(2) 本件について、詐欺事件と強盗致傷事件の被害者はともに B で同一あり、侵害される法益は B の現金 300 万円と同質である (①)。当初予定していた詐欺行為と緊縛行為は、同一の機会、同じ時間と場所において行われる (②)。乙及び丙は、甲に対し、いつもどおりのやり方で B から 300 万円をだまし取ってきたと虚偽の報告をし、それぞれ 100 万円ずつ山分けしたことから、甲の詐欺罪の犯意は継続しているといえる (③)。さらに、B から現金 300 万円を不法に取得するという動機・目的は共通している (④)。以上より、乙及び丙が甲との間で詐欺を繰り返していたことから、乙らが現金の強奪行為に出ることを甲が全く予見できなかったものの、当初予定していた詐欺の共謀は実行行為に及ぶといえる。

(3) したがって、**共謀共同正犯**が成立する。

3. 甲には詐欺罪の故意しかないことから、異なる構成要件にまたがって実現された犯罪について故意既遂犯を認めることができるか (刑法第 38 条第 2 項)。軽い罪の故意

コメントの追加 [STH4]: 包括一罪と併合罪の違い？

コメントの追加 [STH5]: 要件 : ①共謀 + ②実行行為はいつに論じる？

に対応した客観的構成要件該当性が認められるかが問題となる。

- (1) そもそも、客観的構成要件該当性は実質的に考えるべきであり、構成要件が保護法益・行為態様に着目して類型化されたものであることから、保護法益と行為態様の点で重なり合いが認められる場合は、その範囲で客観的構成要件該当性が認められる。
 - (2) 本件について、詐欺罪と強盗致傷罪の保護法益はともに財産である。しかし、詐欺罪の行為態様は欺罔であるに対し、強盗致傷罪の行為態様は強取である。したがって、両罪の重なり合いが認められず、**強盗の故意は認められない**。
4. 以上より、甲に強盗致傷罪の共謀共同正犯が成立しない。前述設問2第一1.の通り、乙及び丙との詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立するにとどまる。

コメントの追加 [STH6]: 詐欺罪の故意の限度で共謀共同正犯が認められる？

設問3

1. 本文6の事実につき、丁に威力業務妨害罪（234条）の成立を否定するのはどのような場合か。威力業務妨害罪における「業務」に公務が含まれるかが問題となる。
 - (1) この点について、強制力を行使する権力的公務は、威力による妨害に対し自ら対処することが可能であるので、暴行・脅迫に対する公務執行妨害罪（95条1項）で保護すれば足りる。そこで、強制力を行使する権力的公務は「業務」に含まれないものの、それ以外の公務は「業務」に含まれると解する。
 - (2) 本文6の事実において、Dは乙に対する逮捕状をすでに取得しており、実際に乙を逮捕するところにあった。このような**司法警察活動**は強制力を行使する権力的公務と評価できる。したがって、「業務」に当たらず、同罪の成立が否定される。
2. 本文7の事実につき、丁に偽計業務妨害罪（233条）の成立を否定するのはどのような場合か。偽計業務妨害罪における「業務」に公務が含まれるかが問題となる。
 - (1) この点について、偽計による妨害は強制力によって排除することはできないため、非権力的公務のみならず、強制力を行使する権力的公務も係計による妨害から保護する必要があるといえる。そこで、同罪の「業務」には、すべての公務が含まれると解する。
 - (2) 本文7の事実において、丁は、警察官による乙の逮捕を妨害しようと考え、Y警察署に電話をかけ、その結果警察官5名は、通り魔事件発生への警戒等を行わざるを得なくなった。このような**行政警察活動**も公務の一環として、「業務」に当たり、同罪の成立が肯定される。
3. 以上より、本文6の事実につき、丁に業務妨害罪の成立を否定しつつ、本文7の事実につき、丁に上記警察官5名に対する業務妨害罪の成立を肯定する結論を導くことができる。

以上