

論文式試験問題集  
[刑法]

## [刑 法]

以下の事例に基づき、Vに現金50万円を振り込ませた行為及びD銀行E支店ATMコーナーにおいて、現金自動預払機から現金50万円を引き出そうとした行為について、甲、乙及び丙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、友人である乙に誘われ、以下のような犯行を繰り返していた。
  - ①乙は、犯行を行うための部屋、携帯電話並びに他人名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を準備する。
  - ②乙は、犯行当日、甲に、その日の犯行に用いる他人名義の預金口座の口座番号や名義人名を連絡し、乙が雇った預金引出し役に、同口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教える。
  - ③甲は、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて電話会社発行の電話帳から抽出した相手に電話をかけ、その息子を装い、交通事故を起こして示談金を要求されているなどと嘘を言い、これを信じた相手に、その日乙が指定した預金口座に現金を振り込ませた後、振り込ませた金額を乙に連絡する。
  - ④乙は、振り込ませた金額を預金引出し役に連絡し、預金引出し役は、上記キャッシュカードを使って上記預金口座に振り込まれた現金を引き出し、これを乙に手渡す。
  - ⑤引き出した現金の7割を乙が、3割を甲がそれぞれ取得し、預金引出し役は、1万円の日当を乙から受け取る。
- 2 甲は、分け前が少ないことに不満を抱き、乙に無断で、自分で準備した他人名義の預金口座に上記同様の手段で現金を振り込ませて、その全額を自分のものにしようと計画した。そこで、甲は、インターネットを通じて、他人であるAが既に開設していたA名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を購入した。
- 3 某日、甲は、上記1の犯行を繰り返す合間に、上記2の計画に基づき、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて、上記電話帳から新たに抽出したV方に電話をかけ、Vに対し、その息子を装い、「母さん。俺だよ。どうしよう。俺、お酒を飲んで車を運転して、交通事故を起こしちゃった。相手のAが、『示談金50万円をすぐに払わなければ事故のことを警察に言う。』って言うんだよ。警察に言われたら逮捕されてしまう。示談金を払えば逮捕されずに済む。母さん、頼む、助けてほしい。」などと嘘を言った。Vは、電話の相手が息子であり、50万円をAに払わなければ、息子が逮捕されてしまうと信じ、50万円をすぐに準備する旨答えた。甲は、Vに対し、上記A名義の預金口座の口座番号を教え、50万円をすぐに振り込んで上記携帯電話に連絡するように言った。Vは、自宅近くのB銀行C支店において、自己の所有する現金50万円を上記A名義の預金口座に振り込み、上記携帯電話に電話をかけ、甲に振込みを済ませた旨連絡した。
- 4 上記振込みの1時間後、たまたまVに息子から電話があり、Vは、甲の言ったことが嘘であると気づき、警察に被害を申告した。警察の依頼により、上記振込みの3時間後、上記A名義の預金口座の取引の停止措置が講じられた。その時点で、Vが振り込んだ50万円は、同口座から引き出されていなかった。
- 5 甲は、上記振込みの2時間後、友人である丙に、上記2及び3の事情を明かした上、上記A名義の預金口座から現金50万円を引き出してくれれば報酬として5万円を払う旨持ちかけ、丙は、金欲しさからこれを引き受けた。甲は、丙に、上記A名義の預金口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教え、丙は、上記振込みの3時間10分後、現金50万円を引き出すため、D銀行E支店（支店長F）のATMコーナーにおいて、現金自動預払機に上記キャッシュカードを挿入して暗証番号を入力したが、既に同口座の取引の停止措置が講じられていたため、現金を引き出すことができなかった。なお、金融機関は、いずれも、預金取引に関する約款等において、預金口座の譲渡を禁止し、これを預金口座の取引停止事由としており、譲渡された預金口座を利用した取引に応じることはなく、甲、乙及び丙も、これを知っていた。

## 平成25年度予備試験（刑法）答案

### 第1 Vに現金50万円を振り込ませた行為について

#### 1 甲の罪責について

- (1) 甲に詐欺罪（刑法（以下略する。）246条）が成立するか。
- (2) まず、1項詐欺罪と2項詐欺罪のいずれに問疑すべきかが問題となる。  
この点、甲は、Vをして自己が支配するA名義の銀行口座に50万円を送金させ、50万円の預貯金債権を取得しているにすぎないため、「財産上不法の利益を得」たものとして、2項詐欺に問疑すべきようにも思える。  
しかし、甲は、A名義の銀行口座の通帳、キャッシュカード及び暗証番号情報を有しており、A名義の銀行口座からいつでも自由に預金の払戻しを受けることができる状況にあったのだから、Vから現金50万円が振り込まれた時点で、その現金50万円という「財物」を得たのと同視すべきである。

したがって、2項詐欺罪ではなく、1項詐欺罪に問疑すべきである。

- (3) では、甲の行為をもって「人を欺いて」といえるか。  
「人を欺いて」とは、相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。  
甲は、Vに対し、自身がVの息子であるのかを装い、「交通事故を起こしたため、被害者に示談金を支払わなければ、警察に逮捕されてしまう」といった虚偽の事実を申し述べている。そして、親にとって、自身の子どもが示談金を支払って逮捕を免れるかどうかは、示談金を用意して支払うか否かを決めるに当たって重要な事項である。

したがって、甲の上記行為をもってVという「人を欺いて」といえる。

- (4) そして、甲の上記行為によって、Vは、甲のことを自身の息子であり、50万円をAに支払わなければ、息子が逮捕されてしまうと誤信している。

また、かかる誤信に基づき、Vは、A名義の銀行口座に50万円を送金し、甲に対し、現金50万円という「財物を交付」している。

- (5) 以上より、甲に詐欺罪（246条1項）が成立する。

#### 2 乙の罪責について

- (1) 乙に詐欺罪の共同正犯（60条）が成立するか。
- (2) 共同正犯の処罰根拠は、相互利用補充関係の下、互いに因果性を及ぼし合い、特定の犯罪を実現したことにあることから、共同正犯が成立するためには、①特定の犯罪に係る共謀、②①に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為、③正犯性が認められる必要があると解する。

(3) 本件では、甲及び乙は、従前、共同して、相手方の息子を装い、交通事故を起こして示談金を要求されているなどと虚偽の事実を述べ、相手方から金員を騙し取っていた。しかし、甲は、自身の分け前が少ないことに不満を抱き、乙に無断で、オレオレ詐欺を実行し、騙し取った金員を全部自分の物にしようとしていたのであって、A名義の銀行口座の通帳、キャッシュカード及び暗証番号情報も自ら用意している。したがって、Vに対する詐欺に関し、乙が甲に対して心理的・物理的因果性を及ぼしたとはいえない。したがって、甲乙間において、Vに対する詐欺という特定の犯罪に係る共謀は認められない(①不充足)。

また、甲はVに対する詐欺という犯罪の実行行為を行っているものの、そもそも特定の犯罪に係る共謀が認められないのだから、①に基づく共謀者の中の一部の者にに基づく実行行為も認められない(②不充足)。

さらに、甲がA名義の銀行口座の通帳、キャッシュカード及び暗証番号情報も自ら用意したのであって、乙がこれらを用意したわけではなく、Vに対する詐欺に関し、乙が重要な役割を果たしたとはいえない。また、従前の犯罪においては、利益分配の割合は甲と乙とで3対7であったが、Vに対する詐欺においては、乙には一切利益が分配されないこととなっていた。したがって、乙について正犯性も認められない(③不充足)。

よって、乙に詐欺罪の共同正犯は成立しない。

### 3 丙の罪責について

Vに対する詐欺は、VがA名義の銀行口座に50万円を送金した時点で、既遂に達しており、Vに対する詐欺に関し、丙は何も関与していないから、丙には何らの犯罪も成立しない。

## 第2 D銀行E支店ATMコーナーにおいて、現金自動預支払機から現金50万円を引き出そうとした行為について

### 1 丙の罪責について

(1) 丙は、D銀行E支店ATMコーナーにおいて、現金自動預支払機から現金50万円を引き出そうとしたが、結局、現金50万円を引き出すことができなかったことから、丙に窃盗未遂罪(243条, 235条, 43条本文)が成立しないか。

(2) まず、現金50万円が「他人の財物」に当たるかが問題となる。

窃盗罪の保護法益は財物に対する占有それ自体であることから、「他人の財物」とは、他人が占有(事実上支配)する財物をいうと解される。

現金50万円はA名義の銀行口座の預貯金に係るものではあるものの、現金50万円それ自体を事実上支配していたのはD銀行E支店支店長のFである。

したがって、現金50万円は、Fが占有（事実上支配）する財物、すなわち「他人の財物」に当たる。

(3)ア 次に、丙の行為は「窃取」に当たり得るかが問題となる。

上述のとおり、窃盗罪の保護法益は財物に対する占有それ自体であることから、「窃取」とは、相手方の意思に反し、その占有する財物を自己又は第三者の占有下に移すことをいうと解される。

金融機関は、いずれも、預金取引に関する約款等において、預金口座の譲渡を禁止し、これを預金口座の取引停止事由としており、譲渡された預金口座を利用した取引に応じることはないのだから、Aから譲渡された銀行口座から現金を引き出そうとした丙の行為は、Fの意思に反し、その占有する現金50万円という財物を自己の占有下に移そうとするものといえる。

したがって、丙の行為は「窃取」に当たり得る。

イ もっとも、丙は、現金50万円を引き出そうとした時点で、A名義の銀行口座の取引停止措置が講じられていたため、結局、現金50万円を引き出すことができなかった。そこで、そもそも現金50万円が引き出される現実的危険性はなかったようにも思え、丙が窃盗罪の「実行に着手」したといえるか、未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

未遂犯の処罰根拠は構成要件的结果発生の実現的危険性を惹起したことにある。そして、刑法典は一般人に対する行為規範である。そこで、結果が発生しなかった原因を解明し、如何なる事実が存在していたら結果が発生し得たかを客観的・科学的に究明した上で、一般人の事後的な見地から、そのような仮定的な事実が存在した蓋然性が高い場合には、構成要件的结果発生の実現的危険性があつたものとして、「実行に着手」したものと認められると解する。

本問では、丙により現金50万円が引き出されるという結果が発生しなかった原因は、Vによる振り込みの1時間後、たまたまVの息子から電話があり、甲の言ったことが嘘であることが判明し、Vによる振り込みの3時間後、A名義の銀行口座の取引の停止措置が取られたためである。このことから、客観的・科学的に、Vの息子から電話がなかったという事実が存在していたならば、丙により現金50万円が引き出されるという結果が発生し得たといえる。そして、丙が現金50万円を引き出そうとしたのはVによる振り込みの3時間10分後であるところ、一般人の事後的な見地からは、このわずか3時間10分の間においてVの息子から電話がないという事実が存在する蓋然性は高いと考えられる。

したがって、窃盗罪の構成要件的结果発生の現実的危険性があったものとして、丙は窃盗罪の「実行に着手」したといえる。

- (4) 以上より、丙に窃盗未遂罪が成立し、後述するように、甲と共同正犯となる。

なお、金融機関が、預金口座の譲渡を禁止し、これを預金口座の取引停止事由としており、譲渡された預金口座を利用した取引に応じることはないことを、丙は知っていたのだから、故意に欠けるところはない。

## 2 甲の罪責について

- (1) 甲に窃盗未遂罪の共同正犯が成立しないか。  
(2) 上述のとおり、共同正犯が成立するためには、①特定の犯罪に係る共謀、②①に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為、③正犯性が認められる必要がある。  
(3) 本件では、甲は、丙に対し、問題文2及び3の事情を明かした上で、A名義の銀行口座から現金50万円を引き出すことを依頼し、丙はこれを引き受けることとしているのだから、甲丙間において、Fに対する窃盗罪に関し、意思連絡が存在し、共謀が認められる(①充足)。

また、丙は、かかる共謀に基づき、実際に、現金50万円を引き出そうとして、D銀行E支店のATMコーナーにおいて、現金自動預支払機にキャッシュカードを挿入して暗証番号を入力しており、上述のとおり、窃盗罪の「実行に着手」している(②充足)。

さらに、甲は、窃盗罪の実現に不可欠なA名義の銀行口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を入手しており、Fに対する窃盗罪に関し、重要な役割を果たしたといえる。また、甲は、引き出した50万円のうちの5万円だけを丙に対して支払い、残りの45万円を自分の物にしようとしていた。したがって、甲に正犯性が認められる(③充足)。

よって、甲には窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

## 3 乙の罪責について

Vに対する詐欺罪と同様、甲は、自身の分け前が少ないことに不満を抱き、乙に無断で、オレオレ詐欺を実行し、騙し取った金員を全部自分の物にしようとしていたのであって、A名義の銀行口座の通帳、キャッシュカード及び暗証番号情報も自ら用意しており、Fに対する窃盗罪に関し、乙が甲に対して心理的・物理的因果性を及ぼしたとはいえないのだから、そもそもFに対する窃盗罪という特定の犯罪に係る共謀は認められず、乙には、窃盗未遂罪の共同正犯を含め、何らの犯罪も成立しない。

## 第3 罪数処理

甲には、Vに対する詐欺罪及びFに対する窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

両者は、被害客体が異なるため、併合罪となる（45条前段）。

また、乙には、何らの犯罪も成立しない。

さらに、丙には、Fに対する窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

【論点】

- ① 1項詐欺と2項詐欺の区別
- ② 「人を欺いて」（246条）の意義
- ③ 共同正犯の要件
- ④ 共謀の射程
- ⑤ 「他人の財物」（235条）の意義
- ⑥ 「窃取」（235条）の意義
- ⑦ 未遂犯と不能犯の区別

【解説】

1 論点①（1項詐欺と2項詐欺の区別）について

預貯金債権が「財物」（246条1項）と「財産上不法の利益」（246条2項）のいずれに当たるのかが1つの論点となります。

1項詐欺説は、送金がなされると、送金先の銀行口座を支配する者はいつでも自由に送金された金銭を引き出すことができることになることから、預貯金債権を「財物」と同視することができることを根拠にします。

他方、2項詐欺説は、預貯金債権それ自体は有体物ではないことを根拠にします。

実務では、1項詐欺説が採用されているので、実務家を目指す皆さんは1項詐欺説を採るようにしてください。

2 論点②（「人を欺いて」（246条）の意義）について

最高裁判例において、「人を欺いて」に当たるか否かは、財物交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったか否かを基準にして判断されることとされています。

私の答案例では、2項詐欺にも対応することができるように、「相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項を偽ること」と定義しています。なお、問題によっては、「相手方の財産的処分行為に向けられたもので、相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項を偽る行為」と定義すべき場合もあるので、この点は気を付けてください。

（最決平成22年7月29日）

以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してそ



の搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。

### 3 論点③（共同正犯の要件）について

- (1) 共同正犯の処罰根拠が、相互利用補充関係の下、互いに因果性を及ぼし合い、特定の犯罪を実現したことにあることから、共同正犯が成立するためには、①特定の犯罪に係る共謀、②①に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為、③正犯性（正犯意思）が認められる必要があると解されます。

この規範は、実行共同正犯であるか、共謀共同正犯であるかに関わらず、用いることができます。

なお、共同正犯の要件を①特定の犯罪に係る共謀、②①に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為とする文献もありますが、これは、共謀の中に、意思連絡のみならず、正犯性（正犯意思）も含めて考えるものですので、上記の規範と実質的に相違ありません。もっとも、書きやすさという観点から、上記の規範を用いることをお勧めします。

- (2) そもそも、かつては、共謀共同正犯（共同実行の意思の形成過程にのみ参加し、共同実行には参加しなかった形態の共同正犯）を認めるか否かについて、議論がありました。

例えば、ヤクザの親分がある人物を殺害するよう子分に命じ、その子分が親分の命令どおりにその人物を殺害した場合、親分は殺害という「実行行為」を行っていないため、共同「正犯」とはいえず、教唆犯や幫助犯が成立するととどまるように思えます。しかし、かかる帰結は、殺害に主導的な役割を果たした親分を子分よりも軽く処罰することになり、不均衡にすぎる、という問題意識がありました。

こうした問題意識を受け、最高裁は共謀共同正犯の成立を認め、実務上、共謀共同正犯の理論が確立されるに至りました。

（最大判昭和33年5月28日）

共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。

#### 4 論点④（共謀の射程）について

共犯者のうちの一人が当初の共謀の内容と異なる行為に出た場合に、当初の共謀がその行為にも及んでいるか、共謀の射程が問題となります。

共同正犯の処罰根拠が、相互利用補充関係の下、互いに因果性を及ぼし合い、特定の犯罪を実現したことにあることから、共謀の射程が及んでいるかは、共犯者のうちの一人の行為につき、その他の共犯者が物理的・心理的因果性を及ぼしたといえるかどうかを基準に判断すべきであると解されます。

なお、この共謀の射程の問題はあくまでも客観面の問題ですので、共謀の射程が及んでいる場合、別途、主観の問題を検討する必要が生じます。

#### 5 論点⑤（「他人の財物」（235条）の意義）について

窃盗罪の保護法益は財物に対する占有それ自体であることから、「他人の財物」とは、他人が占有（事実上支配）する財物をいうと解されます。

#### 6 論点⑥（「窃取」（235条）の意義）

窃盗罪の保護法益は財物に対する占有それ自体であることから、「窃取」とは、相手方の意思に反し、その占有する財物を自己又は第三者の占有下に移すことをいうと解されます。

#### 7 論点⑦（未遂犯と不能犯の区別）について

未遂犯と不能犯の区別について、判例の立場は明らかではありません。

そして、従来の通説（具体的危険説）では、刑法典の行為規範性を考慮すれば、一般人が、行為当時において、結果発生 of 危険を感じる行為を禁止することにより、法益の保護を図る必要があることや、行為者が主観と客観の統合体であること等を根拠として、行為者が特に認識していた事情及び一般人が認識し得た事情を基礎として、行為の時点に立って、一般人の見地から、危険性の有無を判断すべきであるとされていました。

しかし、その後、因果関係論において危険の現実化の法理が主流となったことから、具体的危険説に対しては、因果関係の存否の判断における基礎事情との整合性の観点から疑問が投げかけられるようになりました。

そこで、現在では、結果が発生しなかった原因を解明し、如何なる事実が存在していたら結果が発生し得たかを客観的・科学的に究明した上で、一般人の事後的な見地から、そのような仮定的な事実が存在した蓋然性が高い場合には、構成要件的结果発生 of 現実的危険性があったものとする修正客観説が有力になっています。