

刑法II

以下の事例に基づき、甲の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）

1 甲（男，35歳）は、令和7年6月末に、それまで勤務していた株式会社Aを退職し、以後は定職に就くこともなくギャンブルやキャバクラ等に金を費やし、令和8年2月頃には生活費にも窮するようになった。甲は、2月18日、M大学時代の後輩であり、何度か自宅にも遊びに行ったことのあるVの自宅を久しぶりに訪れた際、実際には、返済する意思もその能力もないのに、同人に対し、「どうしてもすぐにお金が必要で、今働いている会社の給料日まで待てない。申し訳ないが、10万円ほど貸してくれないか。給料日の2月25日には必ず返す。」と話した。それに対し、Vは「今は手元にお金がないです。O銀行の僕の口座には30万円位の預金があると思うけど、僕は銀行に行く暇がないです。」と答えた。それを聞いた甲は、「それなら銀行のキャッシュカードを貸してくれば、お前の代わりに俺が10万円を下ろしてくるよ。キャッシュカードも10万円を返すときに一緒に返すから。暗証番号も教えて欲しい。」といった。Vは、さすがにキャッシュカードを甲に渡すことは躊躇したが、甲が大学時代の先輩で無碍にもできないことや、まさか甲がキャッシュカードを悪用するようなことはないだろうと思い、10万円と一緒にカードを返してくれるのであれば貸してもいいかと考え、「わかりました。でもキャッシュカードはおかしなことに使わないでくださいよ。引き出すのは10万円だけですよ。」と言って、O銀行のV名義の口座のキャッシュカードを甲に渡すとともに、その暗証番号を教えた。甲は、「本当に助かる、すまない。」と言って、VからO銀行のキャッシュカードを受け取った。

その後、甲はVと雑談をしていたが、Vがトイレに行った際、Vの戸棚の中に置いてあった小物入れの中をちらっと見ると高価そうなルビーのネックレスが目についた。甲はそのネックレスを手にとって素早くズボンのポケットに入れた。そして、甲はVがトイレから戻ってくると、何食わぬ顔で「それじゃそろそろ失礼するよ。金は必ず返すから。」と言ってV宅を立ち去った。なお、そのネックレスは、10年前に亡くなったVの母親の形見としてVが所有していたものであったが、Vはそんなところにネックレスを入れていたことをすっかり失念していた。

2 甲は、2月19日、Vから受け取ったキャッシュカードを持ってO銀行駿河台支店に行き、まず残高を確認するためにそのキャッシュカードを支店内に置いてある現金自動預払機（以下「ATM」という。）に挿入し、「残高照会」を押してパスワードを入れたところ、残高が30万円と表示された。甲は、一旦ATMからキャッシュカードを取り出し、再びそのカードを挿入して「お引き出し」を押し、Vの口座から現金10万円を引き下ろした。甲はそのまま帰ろうとしたが、店を出ようとしたところで残り20万円の残高のことが気になり、そのお金については、毎日のように返済の督促を受けている消費者金融からの借金の返済に充ててしまおうと考えた。そこで、甲は再度ATMに戻り、VのキャッシュカードをATMに挿入してVの口座から消費者金融のS信販会社の口座に口座間で直接振り

込む操作を行って20万円を同社の口座に入金した。その後、甲はこのキャッシュカードを2月25日のお昼過ぎにV宅の郵便受けに入れてVに返却した。

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

	小計	配点	得点
(甲の罪責)	40		
設問1 ●キャッシュカードをだまし取った行為 ・欺くの検討ができていないか(5点) ・財物性の検討、キャッシュカードに向けた欺罔行為であることの検討(2点) ・不法領得の意思の検討ができていないか(3点)	10		
●甲が暗証番号を聞き出した行為(6点) ・2項詐欺罪を構成する、1項詐欺罪の一部として構成すべきであり、2項詐欺罪は独立して成立しないなど暗証番号に関する適切な検討ができていないか	6		
●Vのネックレスをポケットに入れた行為 ・構成要件に従って検討ができていないか(4点) ・「占有」に関してVがネックレスの存在を忘れていたことを適切に検討ができていないか(3点)	7		
●甲がO銀行に立ち入った行為 ・建造物侵入の検討ができていないか(3点)	3		
●甲がVのキャッシュカードを用いて現金10万円を引き下ろした行為 ・窃盗の要件に従って検討ができていないか(4点) ・詐欺によるものとはいえ、Vは甲にカードを用いて現金を引き出す権限を与えていることについて適切な評価ができていないか(3点)	7		
●甲が銀行のATM機を操作して20万円をS社の口座に送金した行為 ・電子計算機使用詐欺の構成要件にのっとって検討ができていないか(4点) ・ATM機を操作する上で重要な情報である暗証番号は正規のものであることについて適切な検討ができていないか(3点)	7		
裁量点(文章構成・その他加点要素への言及)	10		
合計	50		

【解答例】

第1 設問1

1. 甲には、①Vからキャッシュカードをだまし取った行為につき1項詐欺と、Vから暗証番号を聞き出し、預金の払い戻しを受ける地位をだまし取った行為につき2項詐欺が成立し、併せて詐欺の包括一罪、②Vのネックレスをポケットに入れた行為につき窃盗罪、③銀行の店舗内に立ち入った行為につき、建造物侵入罪、③銀行のATM機で10万円を引き下した行為につき窃盗罪、④銀行のATM機を操作して20万円のS社の口座に送金した行為につき電子計算機使用詐欺が成立し、それぞれ併合罪の関係に立つ。以下詳述する。

2. Vからキャッシュカードをだまし取った行為について

甲は、Vに対し、実際には、返済する意思もその能力もないのに、同人に対し、「どうしてもすぐにお金が必要で、今働いている会社の給料日まで待てない。申し訳ないが、10万円ほど貸してくれないか。給料日の2月25日には必ず返す。」と話して最終的にVからV名義のキャッシュカードの交付を受けている。上記行為に1項詐欺罪が成立しないか。

詐欺罪(1項)の構成要件は「人を欺いて」「財物を交付させた」ことであり、主観的構成要件として故意および不法領得の意思が必要となる。

「欺いて」すなわち欺罔行為とは、一般人をして、財物・財産上の利益を処分させるような錯誤に陥らせる行為であり、財物又は財産上の利益の移転の判断の基礎となる重要な事項について欺罔がされたことが必要となる。

本問においては、真実はVに代わってキャッシュカードを用いて引き下した金員について同人に後日Vに返済する意思も能力もないのにこれがあるかのように装って、同人に対し「10万円ほど貸してくれないか。給料日の2月25日には、必ず返すから。」「銀行のキャッシュカードを貸してくれれば、お前の代わりに俺が10万円を下ろしてくるよ。キャッシュカードも10万円を返すときに一緒に返すから。暗証番号も教えて欲しい。」などと嘘を言っている。ここで、甲は当初からキャッシュカードをだまし取ろうとしていたのではなく、現金をだまし取ろうとしていたのであるが、Vが手許に金がないこと、銀行に行く暇がないことを打ち明けるや、キャッシュカードの交付を求める内容に変化したことから、全体としてキャッシュカードに対する欺罔行為が行われたものといえる。また、Vとしても、甲が給料日までに返済すること、キャッシュカードも10万円と一緒に返すことを甲が約束していたためにキャッシュカードを交付したものであるから、甲府の判断の基礎となる重要な事項について欺罔されたといえる。

よって「人を欺いて」の要件を満たす。

また、「財物」とは社会観念上刑法的保護に値する管理可能な有体物を指すと考えられるところ、キャッシュカードはそれ自体所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するものと認められるから、「財物」にあたる。また、Vはキャッシュカードを甲に渡していること

から「交付」も認められる。よって甲の行為は詐欺罪の客観的構成要件を満たす。

また、主観的構成要件として故意および不法領得の意思が必要であるところ、甲はキャッシュカードを交付させようという故意は優に認められる。ここで、不法領得の意思は認められるか。甲は2月25日にキャッシュカードをVへ返していることから問題となる。

不法領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいい、権利者排除意思は一時使用の軽微なものを除外するための可罰性限定機能を、経済的利用処分意思は毀棄隠匿罪との区別のための犯罪個別化機能を有すると解される。本問で問題となるのは権利者排除意思であるが、権利者排除意思の有無については、返還の意思の有無や一時使用の時間的長短のみを基準にするのではなく、当該無断使用によって権利者の被った損害や損害の可能性も考慮されるべきと考えられる。本問においてもキャッシュカードが後に返されるといってもVの真意に反して使われては意味がないものであり、権利者が被る損害の可能性は十分に認められるのであるから、権利者排除意思は認められるので、不法領得の意思も認められる。

以上から、甲がVからキャッシュカードをだまし取った行為について、1項詐欺罪が成立する。

3. 甲がVからキャッシュカードの暗証番号を聞き出した行為について

上記行為について2項詐欺罪が成立しないか。「人を欺いて」については上記2のとおりであり、キャッシュカードの暗証番号を聞き出した行為が「財産上不法の利益を得」といえるかが問題となる。

ここで、「財産上の利益」とは財物以外の財産的利益一切を指し、2項詐欺の場合、2項窃盗（利益窃盗のこと）が不可罰であって、処分行為の有無が可罰性の限界を画することになるから処分行為が必要であるが、2項強盗が行為者の暴行・脅迫により1項強盗における財物の移転と同視できるだけの財産的利益の移転の具体性及び確実性が必要であるのと同様に、財物の移転と同視できるだけの財産的利益の移転の具体性及び確実性が必要と解される。

本問のように、キャッシュカードをだまし取った甲がVからその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードと暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきであるから、本問の暗証番号は「財産上の利益」に該当するというべきである。

よって、暗証番号を聞き出した行為につき2項詐欺罪が成立する。この場合の罪数は、同一人であるVから財物と財産上の利益を詐取した場合として包括一罪となる。

4. Vのネックレスをポケットに入れた行為について

上記行為について、窃盗罪が成立しないか。窃盗罪の客観的構成要件は「他人の財物」を「窃取」したことであり、財産犯であるため故意と不法領得の意思も必要となる。

本件で甲がポケットに入れたものはVが所有するルビーのネックレスであり、「他人の

財物」であることは優に認められる。「窃取」とは占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己または第三者の占有に移すことをいう。ここで、Vが戸棚にネックレスを置いていたことを失念していたことから、「窃取」したといえるのか、ネックレスに対するVの占有が及んでいたのかが問題となる。

この点、占有とは、客観的に他人がその財物を事実上支配している状態または支配を指し、①財物自体の特性②占有者の支配の意思の強弱③距離などによる物理的支配関係の強弱などを考慮すべきであるが、財物に対する事実的支配が明確であれば、占有の意思は包括的または抽象的支配で足りると解すべきである。

本問において、甲がルビーのネックレスをポケットに入れた現場はVの自宅内である。そうすると、Vの自宅内における物は基本的にVの事実的支配が明確に及んでいるといえるべきであって、仮にVがネックレスの存在を失念していたとしても、なおネックレスにはVの事実上の支配が十分に認められる場合といえる。よってVの占有は認められ、甲の行為は「窃取」に当たる。

そのほか、甲には故意も不法領得の意思も認められるため、甲の上記行為には窃盗罪が成立する。

5. 甲がO銀行に立ち入った行為について

Oの立ち入り行為について、建造物侵入が成立しないか。建造物侵入とは「正当な理由」なく、「建造物」に「侵入」したことが要件であり、「建造物」とは住居、邸宅以外の建物を指し、「侵入」とは看守者の意思に反する立ち入りを指す。

本問において、甲はVを欺罔し、交付を受けたキャッシュカードを用いて、現金を引き下ろそうとして住居・邸宅以外の建物であるO銀行の駿河台支店に立ち入ったものであり、そのような立ち入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立ち入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、「建造物」への「侵入」が認められるといえるべきであり、甲には「正当な理由」もないものといえる。

以上から甲の銀行に立ち入った行為には建造物侵入罪が成立する。

6. 甲がVのキャッシュカードを用いて現金10万円を引き下ろした行為

上記行為について、窃盗罪が成立しないか。上記4の要件・基準に従って検討する。本問で甲が引き下ろした10万円はO銀行駿河台支店長が管理・占有する現金であり、「他人の財物」に該当する。「窃取」について、詐欺によるものとはいえ、Vは、甲にカードを用いて現金を引き出す権限を与えていることになり、カード名義人の意思に基づく行為であって、銀行も拒むことはできないはずだから、銀行の意に反する占有取得にならないのではないかと問題になりうる。

この点、Vが引き出す権限を甲に与えたのは騙されたことによるものであり、欺罔行為や脅迫に基づく権限付与は、刑法的評価としては権限付与がなかった場合と同視できるとすることも可能で、O銀行としてもこのような事情で取得されたカードによる引出しであ

ることを承知していればこれに応じるはずはなく、かようなカードによる引出しはその意思に反して現金の占有を侵害したものと評価できる。以上から甲の行為は「窃取」に該当する。また、甲には窃盗の故意および不法領得の意思も認められるため、甲の上記行為には窃盗罪が成立する。

7. 甲が銀行のATM機を操作して20万円のS社の口座に送金した行為

上記行為について、電子計算機使用詐欺罪が成立しないか。電子計算機詐欺罪は①「人の事務処理に使用する電子計算機」に②「虚偽の情報若しくは不正な指令を与え」て③「財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作った」ことが要件となる。

本問のATM機はO銀行の事務処理に使用する電子計算機であり、①の要件を満たす。②および③について、ATM機を操作する上で重要な情報である暗証番号は正規のものであり、虚偽ではないから、虚偽の情報を与えたことにならないのではないかと問題となる。

この点、「虚偽の情報」とは、当該コンピュータ・システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいうと解され、形式的に電子計算機に入力された名義人の氏名等それ自体を意味するのではなく、その入力により実現される財産権の得喪に関する処分の内容やその主体等を含むと解される。

本問においては、キャッシュカードの名義人による同意がないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人がS社への振り込み送金を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを支払ったとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、甲は債務の免脱という財産上不法の利益を得たものであるから、「虚偽の情報」を与え、財産権の得喪に係る不実の電磁的情報を作ったといえる。

また、甲には故意も不法領得の意思も認められるため、甲の上記甲について電子計算機使用詐欺罪が成立する。

なお、上記行為について、横領罪の成立が考えられるものの、横領罪における「占有」とは、正当な預金債権があることが前提であり、正当な払戻権限を有していない場合には法律上の占有を有するということができないため、成立しない。本問の甲は、Vから20万円の預金に対する処分権限を与えられていないものであるから、甲の上記行為につき、横領罪は成立しない。

以上

刑法 答練 解説レジュメ

●答案の書き方について意識すべきこと

司法試験では答案だけで評価される。書いた人間がどれだけ知識があり優秀であっても、できあがった答案に実力が反映されていないと適切な評価は受けられない。そのため、普段の勉強から、読み手に読んでもらうための答案であることを意識して書く練習をする必要がある。

まず心がけるのは問いに答えることである。問いに答えるのには二つのことを意識してほしい。一つ目は問題文の問いかけに対する答えになっているかである。「甲の罪責を論じよ。」という問いなら、結論は、「甲の罪責は…」という答え方をしなければいけない。いろんなことを論じなければならぬと思っているうちに忘れ、あるいは時間切れになるなどして、結論の明示を欠く答案がある。思考過程が大事で、結論に配点なんてないだろうという考え方もあるだろうが、例えば刑法の場合には罪数に点数が配点されていると思われる（今回の答練でも配点をしている）ことからすると、結論の明示が得点に直結し、合否にも影響するかもしれない。対処として結論から先に書き出すというのも一つの工夫と思われる（ただし、最初の答案構成がしっかりできている（答案を書いている最中に結論を変えない）ことが要求される）。二つ目は問題文の中にある事実を評価しきれているかどうかである。こちらはより得点に直結するであろう。もちろん問題文の中にはどうしてもよい事実もあるが、長文の問題をあえて作ってきているのはその中にある事実をできるだけ拾って評価し、この問題に対する答えをしてほしいからだと思う。問題文中の事実をより多くうまく評価しきれているかは普段から意識してほしい。特に、受験生であればだれでも気づくだろうという事実を拾えて評価していないと、相対的に評価が下がりやすくなってしまう（答案全体に対する印象も悪くなる）点には注意されたい。

次に論証パターンの扱いである。不真正不作為犯や伝聞など、この論点が出たら大体どの問題でもこう書くという定義・思考過程・判断基準の表し方がある（これは刑法に限らない。例えば行政法の処分性の定義が書けない受験生は司法試験（予備試験を含む）に合格することはないだろう）。これらの論証を本番の時間のない中で悩んでいても仕方がないところであり、事前に準備しておくべきである。注意してほしいのは他人が作った論証例をそのまま覚えようとしても使えないということである。自分で考えて思考過程をうまく表せるように工夫して作り、「型」として身に付けて用意しておいてほしい。型を用意しておけば、実際の試験では事実の拾いだし、評価にその分時間がさけると思う。

ただし、あくまでも使い方に気を付けないと、論点主義に陥る弊害がある。書こうとしている型を本問で論ずる実益があるかはその都度意識しなければならない。

最後に日本語になっているかである。「〇〇であるが、〇〇である。」の「が」のように逆接の意味か順接の意味か不明な文章や「しかし」「もっとも」「であるが」

を連発して展開しすぎてわかりにくい文章、一文が長すぎる文章は気を付けたほうが良い。「そして」という接続詞もどのような接続かあいまいなので、普段から使わないように気を付けて論理的な文章力を高める努力をすべきと思う。よくありがちなのが主語と述語が合わない文章である。時間がなく、いろいろ書きたいのはわかるが、文章がわかりにくいと、本当に書いた人が理解しているのか採点者には伝わりにくい。実務家登用試験であることから、司法試験受験生も公用文の書き方を覚えていた方が望ましい。また、ナンバーの付け方だが、横書きの場合、「第1 → 1 → (1) → ア → (ア)」の順序を用いることになっている。以上の点はこう書けると望ましいというだけのものであって、公用文の使い方ができていないからと言って合否に直ちに直結するものではないだろう。ただし、正しく使えているとやはりその答案全体に対する印象は良くなる。

文章として読み手に伝わるかの検証は、やはり人に読んでもらうのが一番である。自主ゼミや実務家に呼んでもらう機会を増やすなど、精進してほしい。なお、解説者は自分の答案を見てもらうのは受験生自体とても嫌だった（周りに優秀な友達が多く、恥ずかしかった）が、自主ゼミで研鑽を重ねたことが合格につながったと感じている。

第1 【第1問】

①キャッシュカードをだまし取った行為及び暗証番号を聞き出した行為

●甲は、生活に困窮していて、返済の能力も意思もないのに、Vに給料日になったら返すと言って金を貸してほしいと持ち掛け、最終的にキャッシュカードの交付を受け、暗証番号を教えてもらっている。

- ・キャッシュカードの交付
- ・暗証番号を教えてもらった行為

上記2点について丁寧に検討出来ているかがいい評価をもらえるかどうかの分水嶺となる。

→まずはキャッシュカードの交付について検討

●1 項詐欺罪の構成要件は、人を欺いて、錯誤を生ぜしめ、その錯誤による瑕疵のある意思に基づいて財物を交付させることであり、欺く行為→錯誤→処分行為→詐取という因果の系列を経て、財物を取得することが必要となる。これらの要件の他に条文上は明らかとなっていない財産的損害を要件とするかどうかで見解が分かれる。嘘なら何でも詐欺罪が成立してしまうわけではなく、財産的損害が発生する場合に絞ろうとする考え方に立てば要件とされる。他方で、条文上に現れていないから不要だとしつつ、錯誤を「法益関係的錯誤」、詐欺罪の場面では被欺罔者が認識した「財産交換」や「目的達成」が達成されない場合に限り、錯誤があったと認め、詐欺罪の成立を絞る考え方もある。

→財産的損害を要件とする、しないという考え方はあるが、目指す方向はさほど変わらな

い（財産的損害を要件とするか、要件としないが錯誤の内容を絞ることで財産的損害的な絞りをかけるか）

●キャッシュカードの財物性

・キャッシュカードは刑法的保護を要する財産的価値を有するから、財物に当たる。

キャッシュカードに関連して、最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁は、他人名義の預金通帳の交付を受けた行為に関し、「預金通帳は、それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するものと認められるから、他人名義で預金口座を開設し、それに伴って銀行から交付される場合であっても、刑法246条1項の財物に当たると解するのが相当である。そして、被告人は、上記のとおり、銀行窓口係員に対し、自己がA本人であるかのように装って預金口座の開設を申し込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳1冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである。」旨判断し、預金通帳が財物に当たることを明らかにしている、キャッシュカードも同様に考えることができよう。実務上も、キャッシュカードが財物に該当するというのは争いがないと思われる。

●第三者に譲渡するため自己名義の預金通帳及びキャッシュカードの交付を受ける行為につき、最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁は、「（銀行において預金口座開設の申込み当時、契約者に対して総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止しており、また、対応した行員においても、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や預金通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかったという事実関係を前提に）銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカード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。」旨判断している。

→このようにキャッシュカードが財物に当たり、それを交付することで財産的損害が生じうるとして、本問で欺く行為があったといえるか。

欺く行為とは、取引の相手方が真実を知っていれば財産的処分行為を行わないような重要な事実を偽ることをいう。前掲最決平成19年判例は、第三者に譲渡する意図があることを行員が知っていれば交付することはなかったという事実を前提に真実は第三者に譲渡す

る意図であるのにこれを秘し、あたかも自分自身が利用する意思であるかのように装って口座開設等を申し込んだ行為を欺く行為として捉えている。

・判例上の「欺く行為」の対象・・・交付（財産的処分）の判断の基礎となる重要な事項（最決平成22・7・29【搭乗券事件】及び最決平成26・4・7【暴力団員通帳交付事件】）

●不法領得の意思

キャッシュカードをだまし取るという欺く行為を考えた場合、不法領得の意思が認められるだろうか。キャッシュカードについては約束の期限の2月25日にVに返しており、欺く行為の時点においてもキャッシュカード自体については返すつもりがあったと認められることから問題となる。

不法領得の意思については、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁は、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいう」旨判断している。権利者排除意思と、利用処分する意思の二つが要求されているようであるが、前者は一時使用の軽微なものを除外するための可罰性限定機能を、後者は毀棄隠匿罪との区別のための犯罪個別化機能を、それぞれ別の機能を果たすものと解されている。本問で問題となるのは一時使用の場面であるが、返還の意思の有無や一時使用の時間的長短のみを基準にするのではなく、当該無断使用によって権利者の被った損害や損害の可能性も考慮されるべきと考えられている。本問においてもキャッシュカードが後に返されるといってもVの真意に反して使われては意味がない（真実は返す能力もなく、返す意思もない10万円を貸す羽目になったというVの被った損害は一時使用という範疇では考えられないだろう）ものであり、権利者が被る損害の可能性は十分に認められるのであるから、権利者排除意思は認められるので、不法領得の意思も認められる。

●暗証番号を聞き出した行為

→2項詐欺罪が成立する。

財産上の利益が移転したといえるかにつき、2項強盗の場合には債務免除や支払猶予の意思表示といった被害者の処分行為が必要か問題となるが、判例はタクシー強盗の事例で処分行為不要説を採用する一方で、処罰範囲を限定するため行為者の暴行・脅迫により1項強盗における財物の移転と同視できるだけの財産的利益の移転の具体性及び確実性が必要であると解すべきとされている。

→2項詐欺の場合、2項窃盗（利益窃盗のこと）が不可罰であって、処分行為の有無が可罰性の限界を画することになるから処分行為が必要であるが、2項強盗と平行に財物の移転と同視できるだけの財産的利益の移転の具体性及び確実性が必要と解されているようである。

暗証番号に関する事例として、強盗の事案であるが、神戸地判平成19年8月28日公刊

物未登載 は、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、ATMを操作してその預貯金残額の範囲内で金銭の払戻しを受ける地位を得ることであるといえ、このような経済的利益は、同条（236条）2項にいう『財産上不法の利益』として財物と同様に保護するのに十分な具体性、現実性をもった利益であるとみるのが相当である」旨判断している。同様に、東京高判平成21年11月16日判タ1337号280頁・判時2103号158頁は、「キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードと暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべき」旨判断している。とすれば、暗証番号を聞き出した行為につき2項詐欺罪が成立するものと考えられる。この場合の罪数は、同一人から財物と財産上の利益を詐取した場合として包括一罪と考える。

→考え方として1項詐欺、2項詐欺どちらもあるとは思いますが、その場合にはキャッシュカードの交付についてどう評価しているか、暗証番号を聞き出したことについてどう評価しているかをしっかり説明できている必要がある。

②Vのネックレスをポケットに入れた行為につき窃盗罪が成立する。

甲は、Vの占有するVの財物であるネックレスをVの意思に反して取得しているので、窃盗罪に当たる。

問題は、Vがネックレスにつき戸棚の小物入れの中に入れておいたことをすっかり忘れてしまっていることであり、忘れていた場合でもVの占有があったといえるかである。

窃盗罪における占有とは、客観的に他人がその財物を事実上支配している状態または支配を推認せしめる客観的状況があつて、かつ、主観的な占有の意思がある場合に認められるべきであるが、占有の意思はあくまで事実的支配を補充するにすぎないものと解すべきとされ、たとえば自宅内の財物は、たとえその所在を失念していてもなお占有が認められる（大判大正15年10月8日刑集5巻440頁）ので、本問の場合も自宅内の財物であるから失念したとしてもVの事実上の支配が十分に認められる場合といえる。

③ 甲がO銀行に立ち入った行為について

Oの立ち入り行為について、建造物侵入が成立しないか。

建造物侵入→「正当な理由」なく、「建造物」に「侵入」したことが要件であり、「建造物」とは住居、邸宅以外の建物を指し、「侵入」とは看守者の意思に反する立ち入りを指す。

→本問において、甲はVを欺罔し、交付を受けたキャッシュカードを用いて、現金を引き下ろそうとして住居・邸宅以外の建物であるO銀行の駿河台支店に立ち入ったものであり、そのような立ち入りと同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明

らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、「建造物」への「侵入」が認められるというべきであり、甲には「正当な理由」もないものといえる。

以上から甲の銀行に立ち入った行為には建造物侵入罪が成立する。

●参考判例：最高裁平成19年7月2日決定

「被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものではなくても、建造物侵入罪が成立する。」

④銀行のATM機で10万円を引き下した行為につき窃盗罪が成立する。

最決平成14年2月8日のとおり、カード自体の詐欺とは別に、そのカードを用いてATMから現金を引き出した行為については窃盗罪が成立し、併合罪となる。

ここで、詐欺によるものとはいえ、Vは、甲にカードを用いて現金を引き出す権限を与えていることになり、カード名義人の意思に基づく行為であって、銀行も拒むことはできないはずだから、銀行の意に反する占有取得にならないのではないか問題になりうる。しかし、Vが引き出す権限を甲に与えたのは騙されたことによるものであり、欺罔行為や脅迫に基づく権限付与は、刑法的評価としては権限付与がなかった場合と同視できるとすることも可能で、銀行としてもこのような事情で取得されたカードによる引出しであることを承知していればこれに応じるはずはなく、かようなカードによる引出しはその意思に反して現金の占有を侵害したものと評価されるということもできるとされている。

⑤銀行のATM機を操作して20万円のS社の口座に送金した行為につき電子計算機使用詐欺が成立する。

電子計算機使用詐欺は、基本的に2項詐欺の補充類型である。機械は錯誤に陥らないという前提に立つ以上は、ATM機から現金を引き出せば窃盗罪にはなりうるが、ATM機で操作して別の口座に送金する場合には「財物」を取得していないために窃盗罪にはならず、2項詐欺にもなりえないため、このような不処罰の間隙を埋めるために設けられた規定である。

構成要件としては、前段は、コンピューターに「虚偽の情報」「不正な指令」を与えて、「不実の電磁的記録」を作成し、これによって「財産上の利益」を得る類型であり、これには積極利得型（例えば、キャッシュカードの不正利用による預金の付け替え、架空の入金データの入力など）と債務免脱型（例えば、各種課金ファイルの改ざん、架空の弁済データの入力、借入金データの消去等）が考えられる。

後段は、「虚偽の電磁的記録」を「人の事務処理の用に供して」「財産上の利益」を得る

類型であり、これには内容虚偽の銀行の元帳ファイルを作成し、正規のものと差し替えて口座残高を変更させる行為、内容虚偽のプリペイドカードやICカードを作成・使用して不正にサービスの提供を受け代金の支払いを免れる行為が考えられるとされる。

→本問の場合、20万円の送金依頼という虚偽の情報を与えて、Vの口座からS会社への20万円の送金記録という不実の電磁的記録を作成し、S会社に同社名義の口座への20万円の入金という財産上の利益を与えた場合に当たり、前者の類型に当たる。

ここでATM機を操作する上で重要な情報である暗証番号は正規のものであり、虚偽ではないから、虚偽の情報を与えたことにならないのではないかと問題となるが、窃取したクレジットカードの名義人氏名等を冒用して電子マネーの購入を申し込んだ事例に関する最判平成18年2月14日刑集60巻2号165頁は、被告人が入力送信したクレジットカード番号等は真正なカードのものだから虚偽の情報に当たらないとして争われたのに関して「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申し込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。」旨判断している。

最優秀答案

回答者：K・Sさん

1

1 第1 甲が、返済する意思も能力もないのに給料日に返済する旨の
2 嘘をついて、Vに銀行のキャッシュカードを貸与させ暗証番号を教
3 えさせた行為について詐欺利得罪（刑法（以下、法名省略）246
4 条2項）の成否を検討する。

5 1. 「人を欺いて」（同条1項）とは、財物または財産上の利益の
6 移転の判断の基礎となる重要な事実を偽ることをいう。甲が半年以
7 上も無職であり実際には給料の入金がなく、返済意思も能力もない
8 ことをVが知っていればVが甲へキャッシュカードと貸与し暗証番
9 号を教えるという、預金を自由に引き出せるようになる行為をする
10 ことはなかった。そのため、返済意思と能力は財産上の利益の移転
11 の判断の基礎となる重要な事実であり、それを偽ったことは「人を
12 欺いて」にあたる。

13 2. 「財産上」の「利益」とは財物以外の一切の利益をいう。現代
14 では街中にATMがあるため、キャッシュカードと暗証番号があれば
15 容易に現金を引き出すことができる。そのため、キャッシュカー
16 ドと暗証番号を入手した時点で預金を引き出せる地位という財産上
17 の利益を得たといえる。

18 3. 甲の欺罔行為によりVは錯誤に陥り財産上の利益を甲へ移転さ
19 せている。一連の行為は因果関係があり、甲は一連の行為について
20 認識・認容しているため故意（38条1項）が認められる。

1

1 4. したがって、甲は詐欺利得罪の罪責を負う。

2 第2 ルビーのネックレス（以下、「本件ネックレス」という。）
3 を甲のズボンのポケットへ入れたままV宅を立ち去った行為につい
4 て窃盗罪（235条）の成否を検討する。

5 1. 「窃取」とは、財物の占有者の意思に反して占有を自己又は第
6 三者の下へ移転させることをいう。

7 （1）Vは本件ネックレスを戸棚に入れたことを失念しているが、
8 本件ネックレスにVの占有は及んでいるか。刑法上の占有は人の物
9 に対する事実的支配をいい、占有の事実と占有の意思から成る。占
10 有の事実、場所の開放性や所有者と財物の距離等を総合的に考慮
11 して判断する。

12 本件ネックレスはVの母親の形見でありVの所有物である。確か
13 にVは本件ネックレスを戸棚へ入れていたことを失念している。し
14 かし、本件ネックレスがあった戸棚はV宅内というプライベートな
15 私的領域に存在し、V以外の者が戸棚の中を探ることは想定されな
16 い。そのため本件ネックレスに対する占有の事実は認められる。ま
17 た、自宅内の個々のものを占有している具体的な認識を有していな
18 くても、自宅内のものを包括的に占有しているという意思は通常有
19 するから占有の意思もある。

20 したがって、Vの本件ネックレスに対する占有は認められる。

21 （2）そうすると、甲はVの意思に反して甲のズボンのポケットと
22 いう甲の支配下へ本件ネックレスを移転させているため、「他人の
23 財物」を「窃取した」にあたる。

2

3

1

1 (3) 甲は窃取について認識・認容があるため故意を有する。

2 (4) また、甲は、本件ネックレスはルビーが付いていて高価そう
3 だったために窃取しており、不法領得の意思も問題なく認められる。

4 (5) よって、甲は窃盗罪の罪責を負う。

5 第3 ATMにVのキャッシュカードを挿入し暗証番号を入力して
6 Vの口座から10万円を引き出した行為について、O銀行駿河台支
7 店に対する窃盗罪の成否を検討する。

8 1. ATM内の現金の占有は管理者であるO銀行駿河台支店にある
9 ところ、甲は欺罔行為によって得たキャッシュカードと暗証番号を
10 利用して預金を引き出しているため正当な払戻し権限なく預金を引
11 き出している。そのため、O銀行駿河台支店の意思に反して現金の
12 占有を甲の下へ移転させており、「他人の財物」を「窃取した」に
13 あたる。

14 2. 故意と不法領得の意思は問題なく認められる。

15 3. よって、甲は窃盗罪の罪責を負う。

16 第4 Vの預金口座内の残高20万円をS信販会社の口座に振替し
17 た行為について

18 1. ATMは人でないため「人を欺いて」に該当せず、2項詐欺罪
19 の構成要件を充足しない。

20 2. そこで電子計算機使用詐欺罪(246条の2)の成否を検討す
21 る。

22 (1) まず、ATMは「人の事務処理に使用する電子計算機」であ
23 る。

2

3

1

1 (2) 「不正な指令」とは本来予定されていない方法や権限で電子
2 機器を操作することをいう。甲はVを錯誤に陥らせてキャッシュ
3 カードと暗証番号を入手しており、Vの預金の処分について正当な
4 権限はない。そのため、権限のない甲がVの預金を第三者へ勝手に
5 送金することは本来予定されていない権限による操作であり「不正
6 な指令」にあたる。

7 (3) 甲は自己が返済の催促を受けているS信販会社へ20万円を
8 入金した記録を作成しており「財産権の得喪若しくは変更に係る不
9 実の電磁的記録を作」っている。

10 (4) そして、S信販会社への返済を免れるという「財産上」の
11 「利益」を「得」ている。

12 (5) 一連の行為は因果関係に貫かれており、甲の故意も問題なく
13 認められる。

14 3. よって、甲は電子計算機使用詐欺罪の罪責を負う。

15 第5 罪数

16 甲には①Vに対する詐欺利得罪、②Vに対する窃盗罪、③O銀行
17 駿河台支店に対する窃盗罪、④ATMに対する電子計算機使用詐欺
18 罪が成立しすべて併合罪(45条前段)となる。

19 以上

20 ・講評

21 全体的にあてはめが適切で、力があることが分かります。詐欺罪で
22 は、財物によって1項詐欺か2項詐欺かが分かれ得るところ、本問
23 のような場合には、キャッシュカードそのものが「財物」となるこ

2

3

1

- 1 とに注意しましょう。また、2項詐欺だけで考えてしまうと、例え
- 2 ば暗証番号の取得はできなかった（Vが誤った番号を教えた）
- 3 場合には、2項詐欺の未遂罪にとどまることになるところ、それが
- 4 妥当な帰結なのかという観点もあるでしょう。

2

3

司法試験予備試験答案練習会 2026年03月01日分 得点分布表
刑法Ⅱ

平均点21.95点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	0
11~15	3
16~20	8
21~25	4
26~30	5
31~35	2
36~40	0
41~45	0
46~50	0

