

刑事系第1問 解説

◆ 問題 ◆

(配点：100)

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、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(30歳、男性)は、弁護士として、A法律事務所において、所長弁護士Aのもとで働いていた。ところが、甲は、依頼者の弱みにつけ込んで法外な弁護士報酬を請求したり、依頼者の金を着服するなどの行為を繰り返したため、自身が所属していたB県弁護士会から除名処分を受け、弁護士の身分を失った。甲の悪行を知ったAは、直ちに甲を解雇した。
- 2 職を失い金に困った甲は、A法律事務所働いていたときに同事務所への依頼人であったCに対し、土地調査鑑定料を請求し忘れていたことにして、架空の請求書を作り、Cに対し、金銭を請求しようと考えた。

平成27年8月21日、甲は、土地調査に関する鑑定料等として弁護士会報酬規定に基づき15万円を請求する旨の「弁護士報酬金請求について」と題する書面(以下「本件書面」という。)を作成し、本件書面に「B県弁護士会所属、弁護士甲」と記載した。そして、甲は、本件書面をCに郵送した。

本件書面を受け取ったCは、すぐに上記報酬金を支払わなければいけないと思い、現金15万円を甲の指定する銀行口座に振り込んだ。

- 3 甲は、Cから15万円を手に入れたものの、さらに金が必要となったため、A法律事務所に侵入して金目のものを奪うことにした。

同月23日深夜、甲は、弁護士時代に密かに作って持っていたA法律事務所の合鍵を使い、誰もいないA法律事務所に立ち入った。甲は、室内を物色した結果、Aの机の中から、甲も以前使ったことがあり、暗証番号も聞いていたA名義のD銀行のキャッシュカードと、「顧客データ」と書いてあるラベルが貼られたUSBメモリを見つけたため、これらを持ち帰った。

同月24日午前9時頃、甲は、D銀行E支店に行き、現金自動預払機(ATM)にA名義のキャッシュカードを挿入してAの預金口座から現金を引き出そうとした。しかし、甲がA法律事務所を解雇された後、Aが同カードの暗証番号を変更していたため、甲は、現金を引き出すことができなかった。そこで、甲は、Aから直接、暗証番号を聞き出すことにした。

甲は、一旦E支店を出ると、Aに電話をし、「お久しぶりです。甲です。あなたのD銀行のキャッシュカードを拝借いたしました。このキャッシュカードの暗証番号を教えてください。教えてくれないと、A法律事務所に放火します。」と言った。Aは、A法律事務所に放火されてはたまらないと恐怖し、甲に対し、「暗証番号は4649だ。」と言って、上記キャッシュカードの暗証番号を教えてしまった。

上記暗証番号を知った甲は、再びD銀行E支店に行こうとしたが、行く途中で、A名義のキャッシュカードを入れた財布ごと荷物を何者かに持っていかれてしまった。そのため、甲は、Aの預金口座から現金を引き出すことを諦め、自宅へ帰った。

4 同日午前11時頃、自宅に戻った甲は、A法律事務所から奪ったUSBメモリに入っている顧客データを売りさばくことにした。そこで、甲は、友人乙（28歳、男性）を呼び出し、乙に対し、USBメモリがA法律事務所から盗んできたものであることを打ち明けた上で、「相手は誰でもいいから、この中に入っている顧客データを売ってくれ。」と言った。乙がこれを了承したため、甲は、乙に上記USBメモリを手渡した。

5 乙は、自宅に戻ると、まずは甲から受け取ったUSBメモリの内容を確認しようと思い、これをパソコンに接続した。しかし、このUSBメモリにはパスワードが設定されていたため、乙は、その内容を確認することができなかった。そこで、乙は、本来予定していた相手方に顧客データを売却することを諦め、持ち主であるAにUSBメモリごと買い取らせることにした。

同日午後1時30分頃、乙は、Aに電話をして、「あなたの事務所から顧客データが入ったUSBメモリがなくなっていると思います。ここにあるので、50万円で買い取っていただけませんか。」と言い、AにUSBメモリの買取りを持ち掛けた。AがA法律事務所の自分の机の引き出しを確認したところ、乙の言うとおりのUSBメモリがなくなっていた。Aは、ここで上記USBメモリを買い取らなければ、大切な顧客データが流出しかねないと思い、乙の申出を了承した。そこで、乙とAは、Aが同日中に50万円を乙のD銀行の預金口座に振り込み、それと引き替えに乙が上記USBメモリをAに渡すことで合意した。

Aは、直ちにD銀行F支店に行き、乙の預金口座に50万円を振り込む手続きをしようとした。しかし、Aは、早急にUSBメモリを取り返さなければならないと焦るあまり、振込先の口座番号を間違え、振込先の名義を確認しないまま振込みを行った。そのため、Aが振り込んだ50万円は、甲や乙と全く面識のない丙（25歳、女性）の預金口座に入金された。

6 同月25日、丙は、D銀行G支店に行って自身の預金通帳に記帳したところ、全く知らないAという人物から50万円が振り込まれ、以前から預けていた20万円と合わせて預金残高が合計70万円となっていることに気が付いた。丙は、これを奇貨として窓口に行き、70万円全額の払戻しを請求した。これに対し、窓口の銀行員は、誤振込みがされたことに気付かず、70万円を丙に払い戻した。丙は、生活費、借金の返済、ホストクラブの代金などで、その日のうちにこの70万円全額を消費した。

7 他方、乙は、Aから入金されないので調査したところ、Aが誤って丙の預金口座に入金したことが分かった。そこで、同月26日、乙は、丙と連絡を取り、丙に対し、金を返すように迫ったが、丙は、「もう使ってしまった。返せない。」と言い、全く悪びれる様子を見せなかった。そこで、乙は、このことを甲に伝えたところ、甲は、乙に対し、「そんな奴は懲らしめてやらないといけないな。」と言い、乙と話し合った結果、甲と乙は、丙を連れ去って監

禁し、全裸にしてその写真を撮ることで、丙を辱めることにした。甲と乙の計画では、甲と乙は、丙が勤務先から帰宅する途中に通る人通りの少なそうな路地に車を停めておき、乙は、その車内で待機し、甲は、丙の勤務先の前で待ち伏せをして、丙が勤務先から出てきたら、丙の後をつけつつ、丙が上記路地に差し掛かったところで、乙に携帯電話で連絡して合図をし、丙が上記車のそばを通った時に、乙は、丙の口を塞ぎつつ丙を車に押し込み、車内で丙の身体をロープで縛り、丙を乙の自宅に連れ込んで全裸にしてその写真を撮ることになっていた。また、車やロープ等といった犯行に必要な道具は、全て乙が用意することになっていた。

同月27日午後6時頃、甲と乙は、乙が用意した車に乗り込み、予定どおりの路地に車を停め、乙は、その車内で待機した。甲は、丙の勤務先に向かうと、その勤務先の玄関が見える位置で丙が出てくるのを待った。同日午後6時15分頃、甲は、丙が勤務先から出てきたのを確認すると、丙の後をつけた。そして、同日午後6時27分頃、丙が、甲と乙が車を停めていた路地に差し掛かろうとしたので、甲は、乙に携帯電話で連絡し、「丙が路地に差し掛かったぞ。」と伝えた。しかし、甲は、丙に遅れて路地を曲がったところ、思ったよりも人通りが多いことに気が付いた。甲は、慌てて乙に携帯電話で連絡し、「思ったより人が多いぞ。このまま実行するのはまずくないか。」と言った。乙は、「これくらいなら大丈夫だ。」と言いつつ張ったが、甲は、犯行の発覚を恐れ、乙に対し、「危ないから実行できない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切り、自宅に帰った。

乙は、そのまま一人で犯行を行うか否かを迷ったが、結局、計画どおり実行することとした。同日午後6時30分頃、乙は、待機中の車の前を通った丙を車内に押し込み、車内で丙の身体をロープで縛った後、丙を乙の自宅に連れ込んだ。そして、乙は、丙をロープで縛ったまま全裸にした上で、「人の金に手を出すところなるんだ。金の恨みは恐ろしいってことを思い知れ。」と言いつつ、全裸の丙の写真を撮った。

【配点表】

		配点
第1	甲が本件書面を作成し、Cに15万円を請求した行為について	
1	甲が本件書面を作成した行為一有印私文書偽造罪（刑法（以下、省略する。）159条1項）の成否	
(1)	「偽造」の意義（肩書きの冒用）	
	ア	問題提起 1
	イ	規範定立 2
		【加点事項】 ※ 保護法益から論じている場合など説得的な論述をしている場合には、加点する 加点評価 A・B・C
	ウ	当てはめ 3 ① 本件書面の性質についての指摘とその評価…目安2点 ② 甲は弁護士でないことの指摘…目安1点
	(2)	その他の構成要件要素の検討 1
	(3)	結論一有印私文書偽造罪の成否 1
2	甲が本件書面をCに郵送した行為	
	・当該行為について、偽造有印私文書行使罪（161条1項）の成否を検討していること 1	
3	甲がCに15万円を振り込ませた行為	
	・当該行為について、詐欺罪（246条1項）の成否を検討していること 2	
		【加点事項】 ※ 1項詐欺か2項詐欺かについて積極的に論じている場合には、加点する 加点評価 A・B・C
第2	甲がA法律事務所に立ち入り、キャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為について	
1	甲がA法律事務所へ立ち入った行為	
	・当該行為について、建造物侵入罪（130条前段）の成否を検討していること 2	
2	甲がキャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為	
	・当該行為について、窃盗罪（235条）の成否を検討していること 2	
第3	甲がD銀行E支店に行って現金を引き出そうとした行為について	
1	甲がD銀行E支店へ立ち入った行為	
	・当該行為について、建造物侵入罪（130条前段）の成否を検討していること 2	
2	甲がATMで現金を引き出そうとした行為一窃盗未遂罪（243条・235条）の成否	
(1)	不能犯の成否 3 ・実行の着手（43条本文）についての検討	
		【加点事項】 ※ 不能犯の成否又は実行の着手のいずれかについて説得的に論じていれば、加点する 加点評価 A・B・C
	(2)	結論一窃盗未遂罪の成否 1
第4	甲がAに電話して暗証番号を聞き出した行為について一恐喝罪（249条2項）の成否	
1	「恐喝して」の検討	
	・甲は、Aに対し、「暗証番号を教えてくれないと、A法律事務所に放火します。」と 言っており、Aを「脅迫」していることの指摘 1	
2	「財産上不法の利益」を「得」たか否かについての検討	
(1)	具体的かつ現実的な利益か否か	
	ア	問題提起
	(ア)	財物の移転を伴う1項犯罪との均衡上、2項犯罪にいう「財産上不法の利益」は、財物の取得と同視できるだけの具体的かつ現実的な財産的利益であることが必要とされることの指摘 1

	(イ)	暗証番号の取得は、財物の取得と同視できるだけの具体的かつ現実的な財産的利益といえるか否かという問題の所在の指摘	1
イ	本件の検討		
	(ア)	本件における財産上の利益の指摘	1
		【加点事項】 ※ 素材判例である東京高判平21.11.16(判時2103-158,平23重判刑4事件)のように「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位」を財産上の利益として指摘できている場合には、加点する	加 点 評 価 A・B・C
	(イ)	(ア)で指摘した利益が具体的かつ現実的な利益か否かの検討	
		・A名義のキャッシュカードを所持している甲がその暗証番号を取得すれば、ATMの操作により、キャッシュカードとその暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、Aの預金口座から預金の払戻しを受けることができるようになることなどを指摘しつつ、(ア)で指摘した財産上の利益が具体的かつ現実的な利益か否かの検討をしていること	2
(2)	移転性のある利益か否か		
	ア	問題提起	
	(ア)	恐喝罪は交付罪であるから、「財産上不法の利益」は移転性のある利益に限られることの指摘	1
	(イ)	「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位」に含まれる暗証番号は情報であり、情報の非移転性からすると、本件の財産上の利益には利益の移転性がないのではないかという問題の所在を指摘できていること	1
	イ	本件の検討	
		・被害者は預金を払い戻されかねないという事実上の不利益を被ることなどを指摘しつつ、利益の移転性について検討していること	1
		【加点事項】 ※ 暗証番号が「財産上不法の利益」に当たらないこと又は当たることなどを説得的に論述している場合には、加点する ※ (2)イにおいて、前掲東京高判平21.11.16のように「財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益を被るという関係があれば足りる」というような規範を定立できている場合には、加点する	加 点 評 価 A・B・C A・B・C
3	結論—恐喝罪の成否		1
第5	乙がAにUSBメモリの買取りを持ち掛けた行為について—盗品等有償処分あっせん罪(256条2項)の成否		
1	被害者に対するあっせん行為		
	(1)	問題提起	
		・乙の行為は「有償の処分のあっせんをした」に当たるが、相手方は被害者であるAであるから、本罪は成立しないのではないかなどといった問題の所在を指摘していること	1
	(2)	規範定立	1
	(3)	当てはめ	1
2	結論—盗品等有償処分あっせん罪の成否		1
3	甲について盗品等有償処分あっせん罪の教唆犯(61条1項)の成否		1

第6	丙がD銀行G支店で70万円の払戻しを受けた行為について一詐欺罪（246条1項）の成否		
	1	人を欺く行為の有無（誤振込み）	
	(1)	問題提起 ・誤振込みを告知しないことが人を欺く行為に当たるか否かが問題になること の指摘	1
	(2)	規範定立	2
	(3)	当てはめ	1
		【加点事項】 ※ 誤振込みについて銀行実務の詳細に触れている場合には、加点する ※ 不作為による人を欺く行為か否かを丁寧に検討している場合には、加 点する	加点評価 A・B・C A・B・C
	2	その他の構成要件要素の検討	
		【加点事項】 ※ 人を欺く行為又は財産上の損害を丁寧に検討している場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	3	結論一詐欺罪の成否	
		1	
第7	甲との共謀に基づいて、乙が丙を車に押し込んで自宅に連れ込み、全裸にしてその写真を撮った行為について		
	1	乙の罪責	
	(1)	加害目的略取罪（225条）の成否を検討していること	2
		★ わいせつ目的略取罪などの他の略取罪を検討している場合にも、本問の事例中の事実から目的の認定を適切にしていれば、同様に配点する	
	(2)	監禁罪（220条）の成否を検討していること	2
		★ 逮捕罪、逮捕・監禁罪の検討をしている場合でも、内容が適切であれば、同様に配点する	
	(3)	強制わいせつ罪（176条）の成否	
	ア	性的意図の要否	
	(ア)	規範定立	2
	(イ)	当てはめ ① 男性である乙が女性である丙に対してわいせつ行為を行っていること の指摘…目安1点 ② 甲と乙は、丙が誤振込みによって取得した金銭を費消し、返還を拒否した ことに対して、丙を懲らしめるために犯行計画を立てていることの指摘と その評価…目安1点 ③ 乙が、「人の金に…思い知れ。」と言いつつ、全裸の丙の写真を撮っている ことの指摘とその評価…目安1点	3
		★ 性的意図を不要とする見解に立った場合でも、上記①から③までを摘示し て、これに適切に法的評価を加えている場合には、同様に配点する	
	イ	その他の構成要件要素の検討	1
	ウ	結論一強制わいせつ罪の成否	1
2	甲の罪責		
(1)	1で乙につき成立する各犯罪との共謀共同正犯の成否		
ア	共謀共同正犯の成立要件の検討		
イ	当てはめ		
(ア)	共謀について ・甲及び乙は、話し合いの結果、丙を辱めることを計画したことの指摘	1	
(イ)	共謀に基づく一部の者の実行について ・乙は甲との計画に基づいて犯罪を実行していることの指摘	1	

	(ウ)	正犯性について ① 甲から犯行を持ち掛けていることの指摘とその評価…目安2点 ② 犯行に必要な道具は全て乙が用意していることの指摘とその評価…目安1点 ③ 犯行計画では、甲が丙の後をつけつつ乙に携帯電話で連絡する役割を担っていることの指摘とその評価…目安2点	5
		★ (ウ)の正犯性(正犯意思)について、共謀に含める見解に立つ場合でも、同様に配点する	
	ウ	共謀共同正犯の成立要件を満たしているか否かの結論	1
(2)	共犯関係の解消		
	ア	問題提起 ・共犯関係が解消されたかが問題になることの指摘	1
	イ	規範定立	2
	ウ	当てはめ ① 甲から犯行を持ち掛けていることの指摘とその評価…目安1点 ② 犯行に必要な道具は全て乙が用意していることの指摘とその評価…目安1点 ③ 犯行計画では、甲が丙の後をつけつつ乙に携帯電話で連絡する役割を担っていることの指摘とその評価…目安1点 ④ 丙が路地に差し掛かった時点では、乙は、いまだ何の行為もしていないことの指摘とその評価…目安1点 ⑤ 甲は、一方的に離脱の意思表示をしていることの指摘…目安1点 ⑥ 乙は、甲が帰ったことを認識しつつ、一人で犯行に及んでいることの指摘とその評価…目安2点 ⑦ 甲が乙に連絡する段階まで犯行計画は実行されていることの指摘とその評価…目安2点 ⑧ 甲は、乙の犯行を阻止する何らの措置も取っていないことの指摘…目安1点	10
	エ	甲の離脱の有無についての結論	1
(3)	結論-乙につき成立する各犯罪との共謀共同正犯の成否		
第8	罪数処理		2
第9	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問の事案の解決につき特記すべきものがある場合には、加点する(例えば、構成要件の意義を正確に論じている、構成要件の丁寧な当てはめができていて、事実について適切な評価ができていて、保護法益や制度趣旨から論じている、各論点の比重を考えてバランスよく論じているなど)		加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 肩書きの冒用
- 2 不能犯と実行の着手
- 3 キャッシュカード及びその暗証番号についての財産上の利益の移転
- 4 被害者に対する盗品等有償処分あっせん罪の成否
- 5 誤振込みと詐欺罪
- 6 強制わいせつ罪における性的意図の要否
- 7 共犯関係の解消

参考 共謀共同正犯の成否

【出題趣旨】

< 総論 >

本問は、有印私文書偽造罪、建造物侵入罪、窃盗罪、恐喝罪、盗品等関与罪、詐欺罪など、財産犯を中心に出题することで、刑法各論についての基本的な知識の理解を問うものである。

誤振込みと詐欺罪に関しては、百選掲載判例があるにもかかわらず、一般的な問題集に詳細な記述がない。そこで、誤振込みと詐欺罪に関して基本的な知識と理解を問うこととした。この機会に誤振込みの事例について理解を深めるとともに、詐欺罪全体について復習しておいてほしい。

2項恐喝に関しては、暗証番号を聞き出した行為につき2項強盗の成否が問題となった事例につき裁判例が出ているので、これが参考となる。近時出題される下級審の裁判例についても重要なものは理解を深めてほしい。

共犯関係の解消は、重要な論点であり、近年、学会の研究も進んでいて、司法試験での出題可能性が高まっている分野である。そのため、判例とは異なる事案であっても、判例の理論を用いて適切に事案を処理する能力を高めておいてほしい。

本問は、論点数が多く書くことが多い反面、各論点はそれほど難しいものではない。このような形式の問題を解く際には、答案構成をする時間を適切に管理し、途中答案とならないように注意してほしい。

< 内容面 >

第1 甲が本件書面を作成し、Cに15万円を請求した行為について

1 甲が本件書面を作成した行為について

上記行為について、有印私文書偽造罪（刑法（以下、省略する。）159条1項）が成立しないかが問題となる。甲は、以前、弁護士としての地位を有していたが、除名処分により弁護士の身分を失っている。それにもかかわらず、本件書面に「弁護士甲」と記載していることから、肩書きが名義の内容となるかが問題となる。事例中のこの論点に関する部分は、最決平5・10・5（刑集47-8-7、刑百選II〔7版〕94事件）を素材としている。文書偽造罪の保護法益から偽造の意義を解釈し、かつ名義人の判断基準として当該文書の性質から判断することを意識して論述してほしい。

- 2 甲が本件書面をCに郵送した行為について
上記行為について、偽造有印私文書行使罪（161条1項）が成立する。
- 3 さらに、甲が上記行為によりCに15万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。ここは簡潔に論述してほしい。
- 第2 甲がA法律事務所に立ち入り、キャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為について
- 1 甲がA法律事務所に立ち入った行為について
上記行為について、建造物侵入罪（130条前段）が成立する。
- 2 甲がA名義のキャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為について、窃盗罪（235条）が成立する。これらも簡潔に論じてほしい。
- 第3 甲が平成27年8月24日にD銀行E支店に行き、ATMにA名義のキャッシュカードを挿入してAの預金口座から現金を引き出そうとした行為について
- 1 甲がD銀行E支店に立ち入った行為について
上記行為は、後述のとおり犯罪目的での立入りであるから、管理権者であるE支店長の意思に反する立入りといえ、「侵入」に当たる。よって、建造物侵入罪（130条前段）が成立する。
- 2 甲がATMでAの預金口座から現金を引き出そうとした行為について
- (1) 上記行為につき、窃盗未遂罪（243条、235条）が成立しないか。
- (2) まず、キャッシュカードの暗証番号が変更されていたため、甲は、現金を引き出すことができなかったから、不能犯にならないかが問題となる。もっとも、裁判例は、このような場合には不能犯に当たらないことを前提として判断している。そのため、論点ではあるが簡潔に論じてほしい。
- (3) その上で、実行の着手（43条本文）があったかについても簡潔に論じてほしい。不能犯が問題となる事例では、実行の着手があったかもセットで検討すると、論点落ちを防げるであろう。なお、被害者は、D銀行E支店であることに注意を要する。
- 第4 甲がAに電話して暗証番号を聞き出した行為について
上記行為について、恐喝罪（249条2項）が成立しないか。暗証番号の聞き出しと「財産上不法の利益」の論点が問題となる。事例中のこの部分は、東京高判平21. 11. 16（判時2103-158、平23重判刑4事件）を素材としている。この判決は、2項強盗の事案ではあるが、2項恐喝にもその射程は及ぶとされている。したがって、この判決を踏まえて論じてほしい。論述の上では、問題の所在が大きく分けて二つあることを意識すると、印象の良い答案となるであろう（後掲論点③解説参照）。
- 第5 乙がAに対しUSBメモリの買取りを持ち掛けた行為について
- 1 上記行為について、盗品等有償処分あっせん罪（256条2項）が成立しないか。被害者に対してあっせんをした場合にも本罪が成立するのかが問題となる。
事例中のこの論点に関する部分は、最決平14. 7. 1（刑集56-6-265、刑百選II〔7版〕74事件）を素材としている。この決定を踏まえて論述してほしい。なお、既遂時期についても簡潔に論述することが望ましい。
- 2 甲について、盗品等有償処分あっせん罪の教唆犯（61条1項）が成立するかについても一言触れてほしい。
- 第6 丙がD銀行G支店で70万円の払戻しを受けた行為について
上記行為について、詐欺罪（246条1項）が成立しないかが問題となる。ここで問題となる

のはいわゆる「誤振込みと詐欺罪」の典型論点であるから、最決平15. 3. 12（刑集57-3-322, 刑百選Ⅱ〔7版〕51事件）を踏まえて論述してほしい。

第7 乙が丙を車に押し込んで、自宅に連れ込み、全裸にしてその写真を撮った行為について

1 乙の罪責について

(1) 乙が丙を車に押し込んだ行為について

上記行為について、加害目的略取罪（225条）が成立する。

(2) さらに、乙は、丙を乙の車内及び乙の自宅に閉じ込めており、監禁罪（220条）が成立する。

(3) 乙が丙を全裸にしてその写真を撮った行為について

上記行為について、強制わいせつ罪（176条前段）が成立しないかが問題となる。判例（最判昭45. 1. 29刑集24-1-1, 刑百選Ⅱ〔7版〕14事件）によると、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が行為者の性欲を刺激、興奮させ、又は満足させるという性的意図の下に行われることが必要である。本件においては、丙が誤振込みによって取得した金銭を既に費消し、乙が丙にその返還を求めたが、丙は、全く悪びれる様子を見せず、返還を拒否した。甲及び乙は、このような丙の態度に対して丙を懲らしめるために、専ら丙を辱める目的で全裸にさせた上でその写真を撮るという計画を立てている。そして、乙は、「人の金に…思い知れ。」と言いつつ、全裸の丙の写真を撮っているから、乙のわいせつ目的が希薄で、専ら報復目的の行為であったといえる。そうすると、乙の当該行為に性的意図は認められない。よって、上記行為について、強制わいせつ罪は成立しない。

他方、乙が男性で丙が女性であることや、乙が現に丙を全裸にしてその写真を撮るというわいせつ行為に及んでいること、乙が失った利益は50万円程度にすぎないことなどから、乙に性的意図を認定することもできると思われる。いずれの認定であっても説得的に論じられれば問題はない。

2 甲の罪責について

(1) 上記乙の行為につき、甲に加害目的略取罪、監禁罪の共謀共同正犯（60条・225条、60条・220条）が成立しないかが問題となる。

(2) まず、共謀共同正犯の成立要件のうち、正犯性が問題となる。大きく主観説と客観説の対立があるが、自説から説得的に論じてほしい。

(3) そして、甲は、乙が丙を車に押し込む前に、「危ないから実行できない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切って、自宅に帰っている。そこで、共犯関係が解消されたといえないかが問題となる。この論点については、最決平21. 6. 30（刑集63-5-475, 刑百選Ⅰ〔7版〕94事件）という重要判例が出ている。この決定を踏まえて論じてほしい。詳細については後掲論点⑦解説を参考としてほしいが、着手前か着手後かという単純な二分ではなく、結果への因果性がどの程度かをメルクマールとして考えてほしい。具体的には、犯行計画のどの段階まで進んでいたか、結果発生へのどの程度寄与していたかなどを加味して論じてほしい。もちろん、甲の離脱意思の表明と乙の了承の有無に触れることは必須である。

第8 罪数処理

本問は、成立する犯罪が多く、罪数処理は容易ではないが、適切に論じてほしい。

第9 全体の考察

本問は、甲、乙、丙で分けて論じることができる問題である。しかし、問題文の事例を検討す

るときは、時系列に沿って、行為ごとに思考を展開しているはずである。そうすると、答案に書くときは、常に人ごとに書かなければならないのではなく、分かりやすい論述のために人ごとに書いているのが受験界の流れであると思われる。そのため、人ごとでは書きにくいもの、とりわけ共犯関係の問題では、時系列に沿って、行為ごとに論述の方が要領よく、かつ分かりやすく書ける場合があると思う。ぜひ、このことを意識して、事案に応じた論述をしてほしい。

＜作成の経緯等＞

本問は、全体として財産犯がメインであるが、各論のみを問うのではなく、共犯などの刑法総論の分野が融合した問題である。近時の司法試験では、共犯関係を問うものが多く、複雑な事案が多い。そのため、総論と各論が入り乱れる問題を作成した。

有印私文書偽造罪は司法試験で出題されたことが少なく、今後出題可能性がある分野であるため、確認のため出題した。

その他、前述のとおり、近時の重要判例を中心に出題した。

とりわけ、共犯関係の解消については、前掲最決平2 1. 6. 30という重要判例が出されており、この判例を用いて事案を処理できるかをメインとして問う問題を作成した。

本問は、全体として、共犯関係が関わることから、行為ごとに、時系列に沿って分析し論述できる能力を試すために出題するに至った。

【参考文献】

1 肩書きの冒用

- ・最決平5. 10. 5 (刑集47-8-7, 刑百選Ⅱ〔7版〕94事件)
- ・青柳勤「判解」最高裁判所判例解説刑事篇 (平成5年度) P.29~49
- ・最決平15. 10. 6 (刑集57-9-987, 刑百選Ⅱ〔7版〕96事件)
- ・平木正洋「判解」最高裁判所判例解説刑事篇 (平成15年度) P.431~455
- ・平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 1996) P.262
- ・大谷實『刑法講義各論』(成文堂, 新版第4版補訂版, 2015) P.469~470
- ・西田典之『刑法各論』(弘文堂, 第6版, 2012) P.378
- ・前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会, 第6版, 2015) P.382~3

2 不能犯と実行の着手

- ・名古屋高判平13. 9. 17 (高刑速平13-179)
- ・京都地判平18. 5. 12 (判タ1253-312)

3 キャッシュカード及びその暗証番号についての財産上の利益の移転

- ・東京高判平21. 11. 16 (判時2103-158, 判タ1337-280, 平23重判刑4事件)
- ・前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会, 第6版, 2015) P.195~6
- ・西田典之『刑法各論』(弘文堂, 第6版, 2012) P.174~5
- ・山口厚『刑法各論』(有斐閣, 第2版, 2010) P.214~5
- ・大谷實『刑法講義各論』(成文堂, 新版第4版補訂版, 2015) P.237~8

4 被害者に対する盗品等有償処分あっせん罪の成否

- ・最決平14. 7. 1 (刑集56-6-265, 刑百選II〔7版〕74事件)
 - ・深町晋也「有償処分あつせん罪の成否」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選II』(有斐閣, 第7版, 2014) P.150~151
 - ・大谷實『刑法講義各論』(成文堂, 新版第4版補訂版, 2015) P.347
 - ・西田典之『刑法各論』(弘文堂, 第6版, 2012) P.276~7
 - ・山口厚『刑法各論』(有斐閣, 第2版, 2010) P.348
 - ・高山佳奈子「判批」『平成14年度重要判例解説』(有斐閣, 2003) P.155~6
- 5 誤振込みと詐欺罪
- ・最決平15. 3. 12 (刑集57-3-322, 刑百選II〔7版〕51事件)
 - ・宮崎英一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇(平成15年度) P.112~145
 - ・山口厚『新判例から見た刑法』(有斐閣, 第3版, 2015) P.298~309
- 6 強制わいせつ罪における性的意図の要否
- ・最判昭45. 1. 29 (刑集24-1-1, 刑百選II〔7版〕14事件)
 - ・東京高決平19. 3. 26 (高刑速平19-181)
- 7 共犯関係の解消
- ・最決平21. 6. 30 (刑集63-5-475, 刑百選I〔7版〕94事件)
 - ・任介辰哉「判解」最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度) P.165~185
 - ・島田聡一郎・小林憲太郎『事例から刑法を考える』(有斐閣, 第3版, 2014) P.120~137
 - ・橋爪隆「共犯関係の解消(1)」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選I』(有斐閣, 第7版, 2014) P.190~191

【素材・出題パターン】

論文本試験は、各教科において多様な要素を含んでいるものの、一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして、刑法の本試験過去問においては、まず、素材事例について、概ね以下の2つに分類できます。

① 判例参考型

主として判例を参考にしたと思われる出題(平成18年, 同20年, 同23年, 同24年, 同25年, 同26年, 同27年)

② 創造型

主として考査委員による創作性が強いと思われる出題(平成19年, 同21年, 同22年)

また、出題パターンとしては、概ね以下の2つのように分類できます。

ア 罪責検討型

問題文の事案に登場する特定の人物の罪責を検討させる一般的な出題形式(平成18年, 同20年, 同21年, 同22年, 同23年, 同24年, 同25年, 同26年, 同27年)

イ 判例添付・小問型

罪責の検討とともに、問題文に判例を添付して小問にも解答させる出題形式(平成19年)

以上の分類に従えば，本問は，① 判例参考型，ア 罪責検討型ということになります。

出題パターン \ 素 材	①判例参考型	②創作型
ア 罪責検討型	平成18年・平成20年・ 平成23年・平成24年・ 平成25年・平成26年・ 平成27年・本問	平成21年・平成22年
イ 判例添付・小問型	—	平成19年

【答案の形で読む解説ダイジェスト】

出題趣旨に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

第1 甲が本件書面を作成し、Cに15万円を請求した行為について

1 甲が本件書面を作成した行為について

(1) 上記行為について、有印私文書偽造罪（刑法（以下、省略する。）159条1項）が成立しないか。

(2) 以下、有印私文書偽造罪の構成要件に当たるかを検討する。

ア まず、本件書面は、請求書であるから、「権利、義務」「に関する文書」に当たる。

イ 次に、弁護士資格を失った甲が、自身が作成した本件書面に「B県弁護士会所属、弁護士甲」と記載したことが「偽造」に当たるか。

(ア) 刑法は、文書の作成名義の真正を保護する形式主義に立脚しているため、虚偽文書の作成は制限的に処罰の対象としているにすぎない。したがって、本条項にいう「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解すべきである。

名義人とは、当該文書から理解される意思主体をいう。また、作成者とは、当該文書を表示させた意思主体をいう。

(イ) 本件書面の名義人について検討する。

本件書面の記載からすると、名義人は「甲」とも「弁護士甲」とも理解し得る。そこで、「弁護士」のような肩書きが名義の内容となるかが問題となる。

本罪の保護法益は文書に対する公共の信用であるから、名義人の確定は、当該文書の性質など具体的事情に照らして判断すべきである。

本件書面は、弁護士がその地位に基づいて訟務の対価を請求する書面である。そうすると、その性質から判断すれば、本件書面は弁護士のみが作成できるものであるから、その名義人は「弁護士である甲」である。

(ウ) 次に、本件書面の作成者について検討する。

本件書面の文書を表示させた意思主体は甲である。甲は、依頼者の弱みにつけ込んで法外な弁護士報酬を請求するなどの悪行を繰り返したため、B県弁護士会から除名処分を受け、弁護士の身分を失っている。したがって、本件書面の作成者は「弁護士でない甲」である。

(エ) このように、本件書面の名義人は「弁護士である甲」であるのに対して、本件書面の作成者は「弁護士でない甲」であるから、本件書面においては、名義人と作成者の人格の同一性が偽られている。よって、「偽造」に当たる。

ウ そして、甲は、本件書面に「弁護士甲」と署名しているため、「他人の」「署名を使用した」といえる。

エ さらに、甲は、本件書面をCに郵送するために作成しているので、「行使の目的」がある

といえる。

(3) よって、上記行為について、有印私文書偽造罪が成立する。

2 甲が本件書面をCに郵送した行為について

上記行為は、偽造文書である本件書面を真正な文書として認識可能な状態に置いたといえるから、「行使」に当たる。したがって、上記行為について、偽造有印私文書行使罪（161条1項）が成立する。

3 甲がCに15万円を振り込ませた行為について

さらに、上記行為について、詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

甲は、報酬請求権がないにもかかわらず、架空の請求書を作成して、報酬請求権があるかのように装うという、人を欺く行為を行い、それによって、Cは、錯誤に陥り、15万円を甲の指定する銀行口座に振り込むという「交付」を行っている。また、それによって、Cは、15万円を喪失しているので、財産上の損害も認められる。

したがって、上記行為について、詐欺罪が成立する。

第2 甲がA法律事務所に立ち入り、キャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為について

1 甲がA法律事務所に立ち入った行為について

(1) 上記行為について、建造物侵入罪（130条前段）が成立しないか。

(2) 「侵入」とは、管理権者の意思に反する立入りをいう。

本件では、甲は、以前には、A法律事務所に勤めており、同事務所の鍵も所持して自由に出入りできる状況にあったと考えられる。しかし、甲は、その悪行を知ったAから解雇されている。そうすると、甲のようにもはやA法律事務所の関係者でない者の立入りは、その管理権者であるAの意思に反する立入りであるといえるから、「侵入」に当たる。

(3) したがって、上記行為について、建造物侵入罪が成立する。

2 甲がA法律事務所からA名義のキャッシュカードとUSBメモリを持ち帰った行為について

上記行為は、「他人の財物」を「窃取した」ものであるから、同行為について、窃盗罪（235条）が成立する。

第3 甲が平成27年8月24日にD銀行E支店に行き、ATMにA名義のキャッシュカードを挿入して、Aの預金口座から現金を引き出そうとした行為について

1 甲がD銀行E支店に立ち入った行為について

上記行為は、後述のとおり、犯罪目的での立入りであって、管理権者であるE支店の支店長の意思に反する立入りであるといえるから、「侵入」に当たる。

したがって、上記行為について、建造物侵入罪（130条前段）が成立する。

2 甲がATMでAの預金口座から現金を引き出そうとした行為について

(1) 上記行為について、窃盗未遂罪（243条、235条）が成立しないか。

(2) 甲は、ATMにA名義のキャッシュカードを挿入したが、その暗証番号が変更されていたために、現金を引き出すことができなかった。そもそも、キャッシュカードを所持していても、その暗証番号を知らなければ、現金を引き出すことはできない。

そこで、上記行為は、現金を引き出す危険性が全くないものとして不能犯とならないかが問題となる。

刑法は、国民一般に向けられた行為規範であるから、実行行為の内容である結果発生の実質的危険性は、行為の具体的状況を基礎として、一般人の見地に立って、具体的に結果発生の危険性を感じるかを基準として判断すべきである。

本件では、甲が暗証番号の入力を繰り返すうちに、暗証番号が偶然に一致して現金を引き出すことができってしまう可能性があるため、一般人としては、現金が引き出される（現金の占有が移転する）危険性があると感ずるから、不能犯ではない。

- (3) もっとも、甲が行ったのは、以前に聞いていた暗証番号をATMに入力したことまでであって、実際に現金に手を触れようとしたという事実はない。そこで、甲は、窃盗罪の「実行に着手」（43条本文）したといえるのかが問題となる。

未遂犯の処罰根拠は、構成要件の結果を惹起する現実的危険性にある。そのため、「実行に着手」とは、構成要件の結果の発生に至る現実的危険を含む行為を開始することをいう。

本件では、甲は、ATMにA名義のキャッシュカードを挿入し、その暗証番号を入力している。暗証番号を入力する行為は、ATMを通じて当該預金口座から現金を引き出すために必要不可欠な行為であり、かつ、暗証番号が一致した場合には、預金されている現金を自由に支配下に置くことができる行為である。そうすると、暗証番号を入力した時点で、当該現金に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為を開始したといえるから、構成要件の結果の発生に至る現実的危険を含む行為を開始したといえる。

したがって、甲は「実行に着手」したと認められる。

ただし、甲は、現金を引き出せていないので、既遂にはならない。

- (4) よって、上記行為について、E支店に対する窃盗未遂罪が成立する。

第4 甲がAに電話して暗証番号を聞き出した行為について

- 1 上記行為について、恐喝罪（249条2項）が成立しないか。
- 2 以下、恐喝罪の構成要件に当たるかを検討する。

- (1) 「恐喝」とは、人を畏怖させるのに足りる暴行、脅迫をいい、財産上の利益に向けられたものである必要がある。

本件では、甲は、Aに対し、「暗証番号を…放火します。」と言って、Aを畏怖させるのに足りる脅迫をしている。また、この脅迫は、後記の財産上の利益に向けられたものといえる。

したがって、甲の上記行為は、「恐喝」に当たる。

- (2)ア Aは、上記の脅迫を受けて、自身の事務所に放火されてはたまらないと畏怖し、甲に暗証番号を教えている。これによって、甲は、「財産上不法の利益を得」といえるのか。

イ まず、財物の移転を伴う1項犯罪との均衡から、「財産上不法の利益を得」といえるためには、財物の取得と同視できるだけの具体的かつ現実的な財産的利益の取得が必要となる。そこで、暗証番号は、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産上の利益といえるのかが問題となる。

本件では、暗証番号は、単に数字を並べたものであるから、具体的かつ現実的な財産的利益に当たらないようにも思える。

しかし、暗証番号は、キャッシュカードと共に用いることによって、預金口座から預金の払戻しを受けることを可能にする。そうすると、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、正当な預金債権者のように、事実上当該預金を支配していることといっても過言ではない。したがって、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体「キャッシュカードと暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位」という財産上の利益であると見ることができる。

そして、甲は、Aから窃取したA名義のキャッシュカードを所持している。このような甲がその暗証番号を取得すれば、ATMの操作により、キャッシュカードとその暗証番号によ

る機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、Aの預金口座から預金の払戻しを受けることができるようになる。

したがって、A名義のキャッシュカードを所持する甲がAからその暗証番号を聞き出すことは、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位という具体的かつ現実的な財産上の利益を移転させることであるといえる。

ウ もっとも、恐喝罪は、占有者の意思に基づく占有移転を要件とする交付罪であるから、恐喝罪における「財産上不法の利益」は、移転性のある利益に限られる。

本件の暗証番号は一種の情報である。情報は、不正に取得されてもその保有者からその情報が失われるわけではない。この情報の非移転性からすると、「事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位」には、利益の移転性がないのではないかが問題となる。

恐喝利得罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益を被るという関係があれば足りる。

本件では、甲が、ATMを通してAの預金口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、Aは、自らの預金を甲によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるので、移転性がある利益であるといえる。

エ したがって、甲は、「財産上不法の利益を得」たといえる。

(3) 甲は、上記の事実を認識しているから、恐喝罪の故意も認められる。

3 よって、上記行為について、恐喝罪が成立する。

第5 乙がAに対してUSBメモリの買取りを持ち掛けた行為について

1 (1) 上記行為について、盗品等有償処分あっせん罪（256条2項）が成立しないか。

上記行為は、Aに対して、窃盗により取得されたUSBメモリという「盗品」（256条1項）すなわち「前項に規定する物」について、50万円での買取り（売買）という法律上の処分を申し込むものであるから、「有償の処分のあっせん」（256条2項）に当たり得る。もっとも、相手方は、被害者のAである。そこで、被害者に対してあっせんをした場合にも、「有償の処分のあっせん」に当たるのかが問題となる。

(2) 同罪の保護法益は、被害者の追求権にある一方、同罪は、財産犯の事後従犯的性格を有している。そうすると、財産犯の被害者をあっせんの相手方とする場合であっても、被害者による盗品等の正常な回復を困難にするばかりでなく、窃盗等の犯罪を助長し、誘発するおそれのある行為であるから、盗品等の「有償の処分のあっせん」に当たると解する。

(3) したがって、上記行為は「あっせん」に当たる。

2 上記行為は、申込みをした時点で同罪の既遂となる。

3 よって、上記行為について、盗品等有償処分あっせん罪が成立する。

第6 丙がD銀行G支店で70万円の払戻しを受けた行為について

1 上記行為について、詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

2 詐欺罪が成立するためには、①人を欺く行為、②①による錯誤、③②に基づいた処分行為、④③による財産上の損害が必要である。

以下、①から④までの要件について検討する。

(1) 人を欺く行為について

ア 人を欺く行為とは、財産的処分の判断の基礎となる重要な事項を偽る行為をいう。誤振込みの事案において、民事判例では受取人に振込金額相当の預金債権が成立する。そこで、この預金債権の行使に伴って誤振込みであることを告知しないことが、不作為による人を欺く行為に当たるかが問題となる。

イ 銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方で、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人の紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。

したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応じるか否かを決する上で重要な事項である。

よって、預金債権の行使に伴って誤振込みであることを告知しないことは、人を欺く行為に当たり得る。

ウ もっとも、誤振込みであることを告知しないという不作為を人を欺く行為とする場合、詐欺罪は不真正不作為犯となるから、丙に告知義務があることが必要となる。

そこで、告知義務の発生根拠を検討する。

受取人は、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っているから、契約上の付随義務として、銀行を害しない一般的義務が課されているといえる。したがって、自己の預金口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に前記の組戻し等の措置を講じさせるため、受取人には誤振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。

本件では、丙は、全く知らないAという人物から50万円が振り込まれていることを知ったのだから、誤振込みがあった旨をD銀行に告知すべき信義則上の義務を負う。それにもかかわらず、丙は、D銀行に対し、誤振込みがあったことを告げずに、70万円全額の払戻しを受けている。したがって、丙は、上記告知義務に反しており、財産的処分の判断の基礎となる重要な事項を偽ったといえる。

エ よって、上記丙の不作為は人を欺く行為に当たる(①)。

(2) 錯誤及び処分行為について

また、窓口の銀行員は、上記丙の不作為によって、誤振込みがされたことに気付かず(②)、これによって、70万円を丙に払い戻している(③)。

(3) 財産上の損害について

そして、上記誤振込みによって丙の預金口座に入金された金額は50万円であり、これは丙が以前から預けていた20万円とは可分であるから、50万円についてD銀行に財産上の損害が生じたといえる(④)。

3 よって、上記行為について、詐欺罪が成立する。

第7 甲との共謀に基づいて、乙が丙を車内に押し込んで、自宅に連れ込み、全裸にしてその写真を撮った行為について

1 乙の罪責について

(1) 乙が丙を車に押し込んだ行為について

上記行為について、加害目的略取罪（225条）が成立しないか。

乙は、丙を車に押し込みロープで縛るといふ暴行を用いて、丙を帰宅経路から離脱させ、乙の車という実力支配下に置いているから、「略取し」といえる。

そして、乙は、後述のとおり、「わいせつ」「目的」を有してはいないものの、ロープで縛り続けるという暴行を加える目的を有しているから、「身体に対する加害の目的」は認められる。したがって、上記行為について、加害目的略取罪が成立する。

(2) 乙が丙を乙の車内及び乙の自宅に閉じ込めた行為について

上記行為は、丙を一定の区画から脱出困難にしたといえるので、上記行為について、監禁罪（220条）が成立する。

(3) 乙が丙を全裸にしてその写真を撮った行為について

ア 上記行為について、強制わいせつ罪（176条前段）が成立しないか。

イ 本件では、乙は、丙に対し、ロープで縛るといふ、通常、相手方の反抗を著しく困難にする暴行を用いて、全裸にした上でその写真を撮るといふ「わいせつな行為」をしているから、強制わいせつ罪の構成要件に該当するとも思える。

ウ もっとも、同罪は傾向犯であるから、その行為が行為者の性欲を刺激、興奮させ、又は満足させるという性的意図の下に行われることが必要であると解する。

本件では、確かに、乙は男性であり、丙は女性であることに加え、乙は、丙に対して、全裸にするというわいせつ行為をしている。そうすると、乙は、性的意図を有するとも思える。

しかし、乙は、丙が、誤振込みによって取得した金銭を既に費消し、返還を求めても全く悪びれる様子も見せず、これを拒否したという丙の態度に対し、丙を懲らしめるために、専ら丙を辱める目的で丙を全裸にした上でその写真を撮るといふ計画を立てている。そして、乙は、「人の金に…思い知れ。」と言いつつその写真を撮っているから、乙のわいせつ目的が希薄で、専ら報復目的の行為であったといえる。

そうすると、乙の上記行為に性的意図は認められない。

エ よって、上記行為について、強制わいせつ罪は成立しない。

2 甲の罪責について

(1) 上記1で検討したように、乙の上記各行為には、丙に対する加害目的略取罪及び監禁罪が成立する。そこで、これらの犯罪について、甲に加害目的略取罪、監禁罪の共謀共同正犯（60条・225条、60条・220条）が成立しないか。

2人以上の者が共同実行の意思の下に、相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実現する場合には、たとえ一部しか実行していなくても、全部を行ったと評価できるという60条の一部実行全部責任の根拠から、共謀共同正犯が成立するためには、①共犯者間の意思の連絡、②①に基づく実行行為、③正犯意思が必要となる。

(2)ア まず、甲及び乙は、話し合いの結果、乙が丙を連れ去って監禁し、全裸にしてその写真を撮ることで、丙を辱めることにしており、意思の連絡がある(①)。

イ また、それに基づいて、上記のとおり、乙が加害目的略取罪、監禁罪を実行している(②)。

ウ そして、正犯意思とは、自己の犯意を実現しようとする意思をいい、当該犯罪遂行に対して重要な役割を果たしたかといった客観的事情と、犯罪実現の意欲があるかなどの主観的事情により判断すべきである。

本件では、確かに、車やロープ等、犯行に必要な道具は全て乙が用意しており、乙の役割は大きなものといえる。しかし、甲は、乙に対し、「そんな奴は懲らしめてやらないといけないな。」と言っており、甲から犯行を持ち掛け、乙とともに具体的な計画を立てている。さらに、犯行を容易にするために甲が丙の後をつけつつ乙に携帯電話で連絡することになっており、甲は、実際にこれを実行している。以上から、甲は、犯罪遂行に対して重要な役割を果たしたといえる。

よって、甲には、自己の犯意を実現しようとする意思があるといえ、正犯意思が認められる(③)。

(3ア) もっとも、甲は、乙が丙を車に押し込む前に、「危ないから実行できない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切って自宅に帰っている。そこで、甲乙間で共犯関係が解消されたといえないかが問題となる。

イ 共犯の処罰根拠は、結果発生に対して物理的・心理的因果性を及ぼしたことにある。そうすると、共犯者が共犯行為による物理的因果性及び心理的因果性を除去した場合には、共犯関係の解消が認められ、以後の行為につき共犯としての責任を負わないと解する。

ウ 本件で、甲は、丙が路地に差し掛かった時点では、乙は、いまだ丙に対してなんらの行為も行っていないから、この時点で実行の着手はない。そして、甲は、一方的に離脱意思を表明し、乙は、甲が帰ったことを認識しつつ実行に及んでいるから、甲の離脱について乙の了承があったといえる。そうすると、甲は、結果に対して因果性を及ぼしていないとも思える。

しかし、上述のように、甲は、自分から犯行を持ち掛け、乙とともに具体的な計画を立てている。さらに、犯行計画では、「丙が勤務先から帰宅…写真を撮ることになっていた。」とあり、丙が会社から退出する段階、丙が路地に入る段階、甲が乙に連絡する段階、乙が丙を車に連れ込む段階から構成されている。そして、甲が乙に連絡する段階まで計画実行されており、実行の着手に近い状態に至っている。すなわち、甲の情報提供を利用して丙の略取、監禁が実現されやすい状況が現実化しているといえる。

そうすると、甲は、乙の犯行を阻止する何らかの積極的措置を取って因果性を遮断する必要があった。それにもかかわらず、甲は、何らの措置も取ることなく、一方的に離脱の意思を表明したにとどまるから、いまだ共犯関係が解消したということとはできない。

(4) よって、甲に加害目的略取罪、監禁罪の共謀共同正犯が成立する。

第8 結論

1 甲の罪責

甲の上記各行為には、それぞれ、①有印私文書偽造罪、②偽造有印私文書行使罪、③詐欺罪、④A法律事務所についての建造物侵入罪、⑤キャッシュカード等についての窃盗罪、⑥D銀行E支店についての建造物侵入罪、⑦E支店に対する窃盗未遂罪、⑧Aに対する恐喝罪、⑨加害目的略取罪、⑩監禁罪が成立し、⑨と⑩は、乙との共同正犯になる。

①と②、②と③、④と⑤、⑥と⑦はそれぞれ牽連犯(54条1項後段)、⑨と⑩は観念的競合(同前段)となり、②をかすがいとして①②③が全体として科刑上一罪となる。そして、①②③、④⑤、⑥⑦、⑧、⑨⑩は、それぞれ併合罪(45条前段)の関係になる。

2 乙の罪責

乙の上記各行為には、それぞれ、①盗品等有償処分あっせん罪、②加害目的略取罪、③監禁罪が成立し、②と③は、甲との共同正犯になる。そして、②と③は観念的競合となり、①と②③は併合罪の関係になる。

3 丙の罪責

丙の上記行為には詐欺罪が成立する。

以 上

【解 説】

◆ 論点① 肩書きの冒用 ◆

1 問題の所在

本問の事例では、弁護士でない甲が、自身が作成した本件書面に「弁護士甲」と記載している。文書の作成者が名義を冒用した場合には「偽造」（刑法（以下、省略する。）159条1項）に当たる。そこで、この「弁護士」という肩書きが名義の内容に含まれるかが問題となる。

2 学 説

A説（大谷，前田）

当該文書の性質など具体的事情に照らし、肩書きも名義に含まれるとする。

B説（西田，平野）

当該文書の名義人とした人物が実在する他人である場合には、その肩書きの冒用は「偽造」に当たるが、当該文書の名義人とした人物が実在しない場合には、その肩書きの冒用は、単に当該文書の内容を偽ったにすぎず、「偽造」には当たらないとする。

3 判 例

□ 最決平5. 10. 5（刑集47-8-7，刑百選Ⅱ〔7版〕94事件 本問の素材判例）

〔事案の概要〕

被告人は、弁護士資格を有しないのに、架空の土地調査に関する鑑定料等として弁護士会報酬規定に基づき7万8000円を請求する旨の「弁護士報酬金請求について」と題する書面を作成し、「第二東京弁護士会所属，弁護士甲野一郎」と記載し、甲野弁護士の角印を押した（なお、被告人は、同様に、上記文書以外にもいくつかの文書を作成している）。

〔決定要旨〕

「私文書偽造の本質は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にあると解される（最高裁昭和58年（あ）第257号同59年2月17第二小法廷判決・刑集38巻3号336頁参照），前示のとおり、被告人は、自己の氏名が第二東京弁護士会所属の弁護士甲野一郎と同姓同名であることを利用して、同弁護士になりすまし、『弁護士甲野一郎』の名義で本件各文書を作成したものであって、たとえ名義人として表示された者の氏名が被告人の氏名と同一であったとしても、本件各文書が弁護士としての業務に関連して弁護士資格を有する者が作成した形式、内容のものである以上、本件各文書に表示された名義人は、第二東京弁護士会に所属する弁護士甲野一郎であって、弁護士資格を有しない被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、本件各文書の名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきである。したがって、被告人は右の同一性を偽ったものであって、その各所為について私文書偽造罪、同行使罪が成立するとした原判断は、正当である。」

〔本決定の評価〕

本決定の事案では、実在する弁護士が名義人となるため、A説とB説のいずれからも私文書偽造罪の成立は肯定される。本決定の調査官解説では、「本件は、①被告人が、自己の氏名が第二東京弁護士会所属の弁護士甲野一郎と同姓同名であることを利用して、同弁護士になりすまし、②『弁護士甲野一郎』名義で本件各文書を作成したという事案であり、以上の①、②の点だけでも、名義人が示す人格は実在の甲野弁護士であり、人格の同一性にそごが生じていると判断してよいようにも思われる。

しかし、①、②の事実がある場合でも、たとえば、被告人がホテルに宿泊するに際し、ただはくをつけるためだけに（宿泊料金は払うつもりはあり、現に支払ったとする。）、宿泊者カードに『弁護士甲野一郎』と記載しても、この場合は、肩書きの詐称に止まり、人格の同一性を偽っていることにはならないであろう。また、被告人が、自己の所有する土地を他に売却するために売買契約書を作成するに当たり（所有権移転登記、土地引渡しの意味はあり、現にその後履行したとする。）、売主欄に『弁護士甲野一郎』と記載したとしても、私文書偽造にはならないであろう。前者の場合は、他の条件にもよると思われるが、後者の場合に文書偽造にならないことは明らかである。なぜなら、文書の内容は、作成者である甲野一郎（被告人）に帰属するものであり、そのことからすると、その文書の名義人は弁護士である甲野一郎ではなく、被告人であると考えられるからである。このようにみても、被告人が、弁護士業務とは関係がなく、弁護士であることが意味を持たない内容の文書を作成した場合には、『弁護士甲野一郎』の名義であったとしても、『弁護士』の点は特に意味を持たず、他に特段の事情がない限り、肩書きの詐称に止まり、人格の同一性にそごは生じず、私文書偽造にはならないと解してよいと思われる。これに対して、文書が、弁護士としての業務に関連して弁護士が作成した内容のものであった場合には、文書を受領した者も、その形式、内容から弁護士という点に重きを置き、弁護士である甲野一郎という人格主体が作成したと理解するであろうから、名義人は資格のない被告人とは別人格を示していると判断してよいものと考えられる。すなわち、本件においては、③右各文書が弁護士としての業務に関連して弁護士が作成した形式、内容のものであることも、人格の同一性そごの判断に当たり、重要な判断要素になるものである。

本件は、以上の①、②、③の点を考慮すると、名義人『弁護士甲野一郎』が示す人格主体は実在の甲野弁護士であり、被告人とは別人格であり、人格の同一性にそごが生じていると判断してよい事案ということになる。本決定は、このような考え方に基づいて前記のように判示したものであると考えられる。」（青柳勤「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成5年度）』P. 4 2～3）とされている。この解説によると、当該文書の性質から名義人が判断されることとなる。

本問の事例は、本決定の事案と異なり、弁護士甲は実在しない事案である。しかし、上記解説に従うと、このような場合においても、当該文書の性質から名義人を判断し、その結果、弁護士甲が名義人となるため、本決定の射程は及ぶとされている。

4 本問の事案における具体的検討

A説によると、上記決定と同様の論理から、本件書面の名義人は弁護士甲となり、弁護士でない甲が本件書面の名義人として「弁護士甲」と記載しているから、「偽造」に当たる。

B説によると、甲が本件書面に名義人として記載した「弁護士甲」は実在しないから、甲は、単に本件文書の内容を偽ったにすぎず、「偽造」に当たらない。

上記決定によると、本件書面は、弁護士がその地位に基づいて訟務の対価を請求する書面である。そうすると、その性質からすれば、本件書面は弁護士のみが作成できるものであるから、名義人は「弁護士である甲」となる。しかし、本件書面の作成者は「弁護士でない甲」であるから、甲は、本件書面において、作成者と名義人の人格の同一性を偽っている。よって、「偽造」に当たる。

なお、本問の事例は、上記決定の事案と異なり、弁護士甲は実在しない事案である。しかし、上記決定の解説に従うと、このような場合においても、当該文書の性質から名義人を判断し、その結果、弁護士甲が名義人となるため、上記決定の射程は及ぶとされている。

◆ 論点② 不能犯と実行の着手 ◆

1 問題の所在

甲は、A名義のキャッシュカードを用いて、D銀行E支店のATMから現金を引き出そうとしたが、暗証番号が変更されていたため、現金を引き出すことができなかった。そのため、不能犯として窃盗罪（235条）の実行行為性が否定されるかが問題となる。

また、不能犯ではないとした場合には、甲がキャッシュカードをATMに挿入した段階で窃盗罪の実行の着手（43条本文）が認められるかが問題となる。

2 不能犯

(1) 学説

A 主観説

行為者の主観的事情を基礎として、危険性を判断する。

A₁ 純粹主観説

行為者が認識した事情を基礎として、行為者を基準として危険性を判断する。

(理由)

未遂犯の処罰根拠は、行為者の性格や意思の危険性にあるので、行為者に犯意があり、かつ犯意を実現しようとする行為がある以上、未遂犯の成立を認めてよい。

A₂ 抽象的（主観的）危険説（木村）

行為当時において行為者が認識していた事情を基礎として、一般人が抽象的に結果発生の危険を感じるかを基準として判断する。

(理由)

危険性の内容を犯罪の実現の危険性として客観的に把握することで、A₁説の問題点を回避することができる。

B 客観説

行為の客観的危険性を問題にする。

B₁ 具体的危険説（団藤、大塚など）

行為当時において一般人が認識することができた事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人の見地に立って具体的に結果発生の危険を感じるかを基準に判断する。

(理由)

① 刑法は国民一般に向けられた行為規範であるから、実行行為の実質的な内容である結果発生の現実的危険性は、行為の具体的状況を基礎として一般人の見地から判断した類型的危険性であると解すべきである。

② 一般人の観点からは危険でない行為であっても、当該事情を行為者が特に知っていた場合には、結果発生の現実的危険が生じるといえる。

B₂ 純粹客観説

行為時及び行為後に存在した全事情に基づいて、事後的に純科学的に危険性を判断する。

B₃ (修正) 客観的危険説 (前田)

実行行為時に存在した客観的状況を基礎とし、行為時を基準にして、裁判官が一般人の視点で科学的・合理的に結果発生の確率を判断することにより、危険性の有無を判定する。

(理由)

- ① 危険性の程度を未遂犯の違法性の問題としてとらえるならば、危険性は客観的状況に基づいて判断すべきである。
- ② 立法者が行為時の一定の危険だけで処罰し得るという政策決定をし、それが不当でない以上、政策的に未遂として結果発生前に処罰する必要がある場合には、行為時を基準とすべきであるから、行為時の危険性判断は必須である。
- ③ 危険性の有無につき、一般人の「不安感」まで考慮する必要はない。

B₄ 仮定的蓋然性説 (西田, 山口)

結果が発生しなかった原因・事情を究明すると同時に、いかなる事情の変更があれば結果が発生していたか、そして、その事情の変更についてどの程度の蓋然性があったのかを探求する。このような検討の結果、それでも結果発生の蓋然性がないか、極めて低いときには、危険性を否定して不能犯とする。

(理由)

厳密な事後的・科学的判断によれば、すべての未遂は不能犯となりかねない。

(2) 判例

判例は、人を殺そうと硫黄を飲ませた事案については、その方法によっては殺害の目的を達することは絶対不能であるとして殺人未遂の成立を否定した(大判大6. 9. 10刑録23-999)のに対し、静脈に空気を注射したが量が足りなくて殺害の目的を達することができなかった事案については、科学的に見て死の結果発生の危険が絶対にはないとはいえないとして殺人未遂としている(最判昭37. 3. 23刑集16-3-305, 刑百選I〔7版〕66事件)ことから、B₂説に立っていると考えられている。しかし、客体の不能の場合には、判例は、B₁説に立っていると解すべきであるとの評価もある(大判大3. 7. 24刑録20-1546)。

3 実行の着手

(1) 学説

A 主観説 (宮本など少数説)

犯罪意思が外形的に明確になった時点で実行の着手を認める。

(批判)

- ① 予備罪と未遂罪の区別が不明確となる。
- ② 未遂犯の成立範囲が不当に拡大する。

B 客観説

実行の着手時期を行為の客観面から限定しようとする。

この説の中では、形式的客観説と実質的客観説の対立がある。

B₁ 形式的客観説（大塚）

構成要件に該当する行為（及びこれと近接・密接する行為）を開始した時に実行の着手を認める。

B₂ 実質的客観説（通説）

i 実質的行為説

犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始した時に実行の着手を認める。

B₁説と異なり、実質的危険性を要求するのであるが、「実行の着手」である以上、あくまで「行為」を開始する時点でなければならないとし、行為者の手を離れた時点で「着手」はあり得ないと考える。

ii 結果説

法益侵害の危険性が具体的程度以上に達した時に実行の着手を認める。

(2) ATMでの窃盗未遂罪に関する判例

□ 名古屋高判平13.9.17(高刑速平13-179)

〔判旨〕

「窃盗罪において実行の着手があったといえるためには、原判決の指摘するとおり、財物に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為を開始したことが必要と解されるところ、その判断は、具体的には当該財物の性質・形状、占有の形態、窃取行為の態様・状況、犯行の日時場所等諸般の状況を勘案して社会通念により占有侵害の現実的危険が発生したと評価されるかどうかにより決すべきものであり、これを本件についてみれば、キャッシュカードを現金自動預払機ないし郵便貯金自動預払機に挿入した時点で、犯罪構成要件の実現に至る具体的ないし現実的な危険を含む行為を開始したと評価するのが相当であって（たまたま盗難が届けられていたために各キャッシュカードが機械の中に取り込まれた事実は、この判断に何ら影響を及ぼすものではない。）、かかる預払機に使用方法として、先ずキャッシュカードを挿入し、残高照会をした後に入力画面から払戻しに移行する場合と残高照会後に再度カードを入れ直して払戻しをする場合と直接払戻しの操作に及ぶ場合とで占有侵害の具体的危険性に実質的な差異があるとは考えられない。そうすると、公訴事実第1及び第2について被告人の各所為は、窃盗の実行の着手と認められるものであって、窃盗未遂罪の成立は否定できないところである。」

□ 京都地判平18.5.12(判タ1253-312)

〔事案の概要〕

C銀行D支店のATM機4T号機で何者かが甲野名義のキャッシュカードを使用して何らかの操作を行おうとしたが、暗証番号が間違っていたため操作することはできなかった。甲野のC銀行の口座の暗証番号は「e g a f」であり、誤入力された暗証番号は「b i a c」であった。さらに、E郵便局キャッシュサービスコーナーのATM機で何者かが甲野名義のキャッシュカードを使用して残高照会を行おうとしたが、暗証番号が間違っていたため操作

することはできなかった。

【判 旨】

「なお、弁護人らは、C銀行D支店及びE郵便局での各ATM機の操作について、残高照会を行うことは金銭を確認するだけの準備行為にとどまり、本件では、残高照会後に引き出し手続に移行するつもりであったかどうかについては立証がなされていないことから、単なる準備行為として窃盗未遂罪は成立しない旨主張している。しかし、第三者が他人のキャッシュカードを使用して預金を引き出す場合、残高がどれくらいであるか認識している場合でもない限り、どの程度の金額を引き出すことができるか分からないのであるから、本件の行為者は、まず残高照会を行い、残高を確認した後に現金を引き出すのが合理的な行動であるといえ、さらに、不正に他人のキャッシュカードを使用する場合はもとより、自らのキャッシュカードを正当に使用してATM機を操作して現金を引き出す場合にも、残高照会を行い、残高を確認した上で必要な金額を引き出すということがしばしばなされているところである。本件の行為者は、C銀行D支店及びE郵便局でも甲野名義のキャッシュカードを使用して各ATM機を操作しているところ、他人のキャッシュカードを使用してATM機を操作する目的としては現金を引き出すということあるいはその預金引き出しの前提として残高の確認をしていること以外には想定し難い。本件の行為者は、本件直前にA信用金庫B支店において預金を引き出ししているが、その際にもまず残高照会を行った上で甲野名義の口座から現金を引き出ししている。この同一人物が、甲野の預金の残高照会をしているのであり、それはとりもなおさず、預金を引き出す前提で預金されている金額の確認をしていることは明らかであると認められる。そして、キャッシュカードをATM機に挿入し、残高照会を行った上で必要な金額を引き出そうとしている場合において、残高照会を預金の引き出しと全く別個の独立した行為であるにとらえることは行為の実情を無視した形式的なものとわざわざを得ないものであって、各行為は密接に関連した一連の行為にとらえるのが相当である。それ故、C銀行D支店及びE郵便局で甲野名義のキャッシュカードを使用して各ATM機を操作して残高照会をした行為は現金を引き出すための前提行為にとらえることができるのであって、すなわち窃盗罪の実行の着手行為として残高照会をしたものと認めることができると考える。」

【本判決の評価】

本判決は、暗証番号が一致せず、現金の引き出しができなかったことに関し、不能犯でないことを当然の前提としている。また、本判決は、残高照会での実行の着手を認めているから、これに従えば、本問の事例のように直接引き出そうとして失敗した事案に関しては、当然、実行の着手が認められると思われる。

4 本問の事案における具体的検討

(1) 不能犯について

A説によると、甲は、従来の暗証番号が使えると誤信していたから、この甲が誤信していた「従来の暗証番号が使える」という事情を基礎にすると、行為者甲を基準にしても、一般人を基準にしても、現金の占有移転の結果発生の危険性は肯定される。したがって、不能犯ではない。

B₁ 説によれば、一般人は、キャッシュカードを持った者がATMにそれを挿入して暗証番号を入力すると、暗証番号の偶然の一致から現金の占有が移転する危険を感じるといえるから、その危険性が肯定される。したがって、不能犯ではない。

B₂ 説によってもB₃ 説によっても、B₁ 説と同様の結論となる。

B₄ 説によれば、本問の事例で現金の占有移転という結果が発生しなかった原因・事情は、暗証番号の変更があったことであり、暗証番号が偶然一致するという事情変更があれば上記結果は発生していたといえる。そして、暗証番号は偶然一致する可能性のある性質のものであるといえるから、暗証番号が一致するという事情変更の蓋然性は高かったといえ、現金が引き出される危険性が肯定される。したがって、不能犯ではない。

上記のATMに関する判例でも、当然に不能犯ではないことを前提として認定されているといえる。これに従えば、本問の事例においても、不能犯ではないといえる。具体的には、偶然でも暗証番号が一致する場合がありますことから、現金の占有移転という法益侵害が発生する現実的危険性があるといえるので、不能犯ではない。

(2) 実行の着手について

A 説によれば、甲がATMから現金を引き出そうと考え、これに暗証番号を入力した時点では、明らかに犯罪意思が外形的に明確になったといえるので、窃盗罪の実行の着手が認められる。

B₁ 説によれば、キャッシュカードを挿入したATMに暗証番号を入力する行為は、ATMから現金を引き出すために必要不可欠な行為であるから、甲が暗証番号を入力した時点で、構成要件に該当する行為と近接・密接する行為を開始したといえるので、窃盗罪の実行の着手が認められる。

B₂ 説のうちの i 説によれば、キャッシュカードを挿入したATMに暗証番号を入力する行為は、ATMから現金を引き出すために必要不可欠な行為であるから、甲が暗証番号を入力した時点で、犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始したといえるので、窃盗罪の実行の着手が認められる。

B₂ 説のうちの ii 説によれば、キャッシュカードを挿入したATMに暗証番号が入力されれば、暗証番号が合致する限り自動的に現金の引き出しが可能な状態となるため、甲が暗証番号を入力した時点で、法益侵害の危険性が具体的程度以上に達したといえるので、窃盗罪の実行の着手が認められる。

上記判例によれば、残高照会においてさえも窃盗罪の実効の着手が認められているから、本問の事例のように直接現金の引出しを企図し、暗証番号を入力した場合にも、窃盗罪の実行の着手が認められると考えられる。具体的には、キャッシュカードを挿入したATMに暗証番号を入力する行為は、ATMから現金を引き出すために必要不可欠な行為であり、かつ、暗証番号が一致した場合には現金を自由に支配下に置くことができるから、甲が暗証番号を入力した時点で、現金に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為を開始したといえるので、窃盗罪の実行の着手が認められる。

◆ 論点③ キャッシュカード及びその暗証番号についての財産上の利益の移転 ◆

1 問題の所在

甲がA法律事務所への放火をちらつかせてAから暗証番号を聞き出した行為について、恐喝罪（249条2項）が成立するかを検討するに当たって、以下の点が問題となる。

すなわち、①いかなる利益が「財産上不法の利益」に当たるか。②①において、「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預金口座から預金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益」であると考えた場合に、それを得ることで、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産上の利益を得たといえるか。③「財産上不法の利益」は「移転性」のある利益に限られるところ、②の利益は移転性のある利益なのかが問題となる。

2 学説

学説（前田，西田，大谷）は、後掲東京高判平21.11.16の論理，結論に賛成し、「財産上不法の利益を得」たといえるとしている。

3 判例

□ 東京高判平21.11.16（判時2103-158，平23重判刑4事件 本問の素材判例）

本判決は、本問の事例と類似の事案において、2項強盗の成立を認めている。

〔事案の概要〕

甲は、金品窃取の目的で、無施錠の玄関ドアから被害者A方に侵入し、台所兼居間でAが寝ていることを確認するとともに、隣の南側和室に財布が入っていたバッグがあることを発見し、Aが目目を覚ましてすぐには見えない同和室の隅の壁際に同バッグを移動した上で、その中から財布を取り出してその中身を確認したところ、現金は6,000円程度しか入っていなかったものの、本件口座のものを含む数枚のキャッシュカードが入っていたことから、Aを包丁で脅してその暗証番号を聞き出し、キャッシュカードで現金を引き出そうと決意して、帰る際に持って行けばいいと考えて、キャッシュカードが入った財布を同和室の隅に置いておいたバッグに戻した上、包丁を台所から持ち出し、これをAに突き付けながら、「静かにしろ。一番金額が入っているキャッシュカードと暗証番号を教えろ。暗証番号を教えて黙っていれば、殺しはしない。」などと言ってAを脅迫し、Aは、やむなく本件口座の暗証番号を教えた。

〔判旨〕

「キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行，脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機（ATM）の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、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

の取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、A 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。」

「バッグを移動した場所は壁側で、Aにおいて目を覚ませば当然に見通せるとはいえないものの、Aが隣室をのぞけば容易に目にするのでできる位置にそのままの状態に移動したにすぎないことからすれば、いまだAの占有を排除して自己の占有を確立したとまではいい難く、キャッシュカードの窃取は完了していないというべきである。しかしながら、甲は、キャッシュカードをいつでも容易に取得できる状態に置いた上で暗証番号を聞き出そうとしたもので、このような本件の実事関係の下においては、甲においてAからキャッシュカードの暗証番号を聞き出すことの持つ意味は、甲が既にキャッシュカードの占有を確立している場合と何ら異ならないというべきであるから、この点は2項強盗の罪の成立を妨げるものとはいえない。」

「2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益(損害)を被るという関係があれば足りると解される(例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも2項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない)。そして、本件においては、甲が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、Aは、自らの預金を甲によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。」(引用中の下線は、本教材作成者が独自に付したものである。以下、同じ。)

【本判決の評価】

1 問題の所在①について

本判決は、「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、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」を「財産上不法の利益」と考えている。

2 問題の所在②について

「財物の移転を伴う1項犯罪との均衡上、いわゆる2項犯罪にいう『財産上不法の利益を得』たというには、財物の取得と同視できるだけの具体的かつ現実的な財産的利益の取得が必要であると解されて」いる。「本判決は『キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機(ATM)の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手続を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、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その暗証番号を用いて、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。』と判示しており」、具体的かつ現実的

な利益移転を肯定している。

3 問題の所在③について

恐喝罪等は、「移転罪ゆえ『財産上不法の利益』は移転性のある利益に限られる」とされている。「本判決は、『2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される。』『本件においては、被告人が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。』と判示し、「暗証番号という情報それ自体が財産上の利益に当たるとみたのではなく、暗証番号の果たす経済的機能に着目し、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことが財産上の利益に当たると判示していることに留意する必要がある」（判例タイムズ1337号P.280～281）。

4 本問の事案における具体的検討

本問の事例では、Aから既にキャッシュカードを窃取し、取得していた甲が、その暗証番号を聞き出している。上記判決によれば、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみる」ことができる。そうすると、具体的かつ現実的な利益移転があったといえるので、甲は、A名義のキャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通してAの預金口座から預金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たといえる（問題の所在①②）。

また、甲が、ATMを通してAの預金口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、Aは、自らの預金を甲によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるから、甲が得た上記利益は、移転性がある利益であるといえる（問題の所在③）。

したがって、甲は、「財産上不法の利益を得」たといえる。

◆ 論点④ 被害者に対する盗品等有償処分あっせん罪の成否 ◆

1 問題の所在

盗品等関与罪の保護法益は、被害者の追求権である。そうすると、被害者に対するあっせんはその追求権を害せず、盗品等有償処分あっせん罪（256条2項）は成立しないのではないかが問題となる。

2 学説

A 肯定説（西田，山口）

（理由）

- ① 被害者側の利益のためではなく、主として犯人側の利益のためのあっせん行為とみてよい。
- ② 被害者の正常な追求権の行使を妨げる。

B 否定説（大谷，高山佳奈子）

（理由）

- ① 盗品等関与罪の保護法益は被害者の追求権であり、被害者に対しあっせんする行為はこの被害者の追求権を侵害しない。
- ② 経済的負担を特段の理由なく課された点は、恐喝罪などで別途処罰すべきである。

3 判例

□ 最決平14. 7. 1（刑集56-6-265，刑百選Ⅱ〔7版〕74事件 本問の素材判例）

〔事案の概要〕

A株式会社は、約束手形181通を盗まれたところ、被告人は、氏名不詳者らからこの約束手形の一部をAの関係者に売却することを依頼され、盗品であることを知りつつ代金8220万円と引き換えにAの関連会社Bにこれを売却した。

〔決定要旨〕

「盗品等の有償の処分のあっせんをする行為は、窃盗等の被害者を処分の相手方とする場合であっても、被害者による盗品等の正常な回復を困難にするばかりでなく、窃盗等の犯罪を助長し誘発するおそれのある行為であるから、刑法256条2項にいう盗品等の『有償の処分のあっせん』に当たると解するのが相当である（最高裁昭和25年（れ）第194号同26年1月30日第三小法廷判決・刑集5巻1号117頁，最高裁昭和26年（あ）第1580号同27年7月10日第一小法廷決定・刑集6巻7号876頁，最高裁昭和31年（あ）第3533号同34年2月9日第二小法廷決定・刑集13巻1号76頁参照）。

4 本問の事案における具体的検討

A説からは、本問の事例でも盗品等有償処分あっせん罪が成立し、B説からは、盗品等有償処分あっせん罪は成立せず、恐喝罪が成立する。

上記決定に従うと、本問の事例でも盗品等有償処分あっせん罪が成立する。

◆ 論点⑤ 誤振込みと詐欺罪 ◆

1 問題の所在

本問の事例において、丙が自身の銀行口座に誤振込みに係る入金があることを知りつつ、そのことを秘して、D銀行の窓口で預金の払戻しを請求した行為につき、詐欺罪（246条1項）が成立するかが問題となる。

最判平8. 4. 26民集50-5-1267（以下「平成8年判決」という。）が、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して上記金額相当の普通預金債権を取得する」との判断を示したため、受取人に正当な払戻権限が認められ、人を欺く行為とならないのではないかが問題となる。

2 学説

後掲の最高裁平成15年決定についての宮崎英一判事の「判解」によれば、誤振込み金の払戻請求についての詐欺罪の成否に関する学説は、以下のように整理されている（宮崎英一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』P. 124～7）。

(1) 詐欺罪の成立を認める見解

A 説

刑法上、受取人には正当な預金払戻権限が認められないから、誤振込みの事実を秘して（振込みがあったかのように装って）預金の払戻しを受ける行為は、詐欺罪に該当する。

（理由）

- ① 平成8年判決は、銀行が進退両難の状況に陥ることから救済することを主眼とするものであり、そうであれば、この判決は、刑法の分野において、本来払戻権限のない受取人の預金債権を正面から肯定したものではない。
- ② 預金債権の成否に関する民事と刑事の考え方が分離することになるが、こうした例は、用途を定めて金銭を委託した場合につき、民法上その所有権が受託者に移るのに対して、刑法上は同所有権がいまだ委託者に残っていると解されていることにも見られる。

B 説

平成8年判決に従い、受取人と被仕向銀行との間の預金債権の成立は認めるものの、原因関係が存在しない以上、そのような受取人には預金債権を行使すべき実質的な理由が認められないから、誤振込みであることを認識した受取人からの預金払戻請求は権利濫用に当たり、受取人には正当な預金払戻権限が認められないとして、詐欺罪の成立を認める。

（理由）

- ① 平成8年判決は、振込送金制度の無因性を維持するために預金債権の成立を認めたのであり、そうであれば、原因関係が存在しない場合の受取人は、誤振込みによって成立した預金債権に対して何ら保護すべき経済的利益を有しない。また、誤振込みであることを認識した上での預金債権の行使を認めると、誤振込みによって乱された振込送金秩序をさらに乱すことになる。したがって、平成8年判決は、誤振込みであることを認識している者に正当な預金払戻権限を認めたものではないととらえるべきである。

- ② 平成8年判決の射程を民事法の領域において限定し、受取人の預金払戻請求が権利濫用に当たり、受取人は民事上も正当な預金払戻権限を有しないと解することによって、刑法上も詐欺罪の成立を認めるべきである。

C 説

受取人に預金の正当な払戻権限があるのかという観点からではなく、預金の払戻請求を受けた銀行側が、誤振込みであることを知っていれば、その払戻請求に対してどのように対応したか、直ちにその払戻しに応じたかという観点を重視して詐欺罪の成否を検討する。

この見解によると、誤振込みであることが判明した場合、現在の銀行実務は、振込依頼人等への照会や組戻し等の手続を採っており、直ちに預金の払戻しに応じることはないから、誤振込みであることを秘匿して直ちに預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。

この見解からは、誤振込みがあることを知りながら、これを銀行に告知せずに預金の払戻請求をすることが、人を欺く行為に当たる。

(理由)

平成8年判決は、振込みの過程で過誤が発生した場合の関係者間の利益の調整を民事の面において解決したものであり、刑事の面においては別異の見解を採る(受取人の預金債権の成立を前提としつつ、詐欺罪の成立を肯定する)ことも十分可能である。

(2) 詐欺罪の成立を否定する見解

D説(曾根, 林)

占有離脱物(遺失物等)横領罪の成立を認める。

(理由)

① 誤振込みによって成立した預金債権に対しても受取人の占有(法律上の占有)を認めた上で、誤振込みによる入金には法律上の根拠を有さないから、占有離脱物に当たり、したがって、その預金を引き下ろしたときには、振込依頼人を被害者とする占有離脱物横領罪が成立する。

② 平成8年判決を援用すれば、受取人と被仕向銀行との間に預金債権の成立が認められる以上、預金払戻請求について詐欺罪の成立を認めるのは妥当でない。

E 説

犯罪不成立とする。

(理由)

これまでの銀行実務及び平成8年判決によれば、誤振込みの受取人は、被仕向銀行に対して預金債権を取得し、正当な預金払戻権限を有しているから、受取人の預金払戻請求は、正当な権限の行使として何らの犯罪をも構成しない。このような行為に対して犯罪の成立を肯定することは、法秩序の統一性の要請と明らかに矛盾する。

3 判例

□ 最決平15. 3. 12(刑集57-3-322, 刑百選II〔7版〕51事件)

[事案の概要]

税理士甲の妻が、顧問料等の振込口座として、誤って被告人Xの銀行預金口座を届けたため、

Xの口座に75万円余りが誤って振り込まれた。Xは、通帳の記載から、誤振込みがあったことを知ったが、これを自己の借金の返済に充てようと考え、銀行の窓口係員に対し、誤振込みがあった旨を告げることなく、その時点で残高が92万円余りとなっていた預金のうち88万円の払戻しを請求し、同係員から現金88万円の交付を受けた。

〔決定要旨〕

本決定は、C説とほぼ同様の考えに立つと解されている。

「本件において、振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しないが、このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する（最高裁平成4年（オ）第413号同8年4月26日第二小法廷判決・民集50巻5号1267頁参照）。

しかし他方、記録によれば、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならない、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然といえるべきである。そうすると、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといえるべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。

前記の事実関係によれば、被告人は、自己の預金口座に誤った振込みがあったことを知りながら、これを銀行窓口係員に告げることなく預金の払戻しを請求し、同係員から、直ちに現金の交付を受けたことが認められるのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかであり、これと同旨の見解の下に詐欺罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である。」

〔本決定の評価〕

本決定の調査官解説は、以下のように説明している。

「本決定は、受取人に誤振込みに係る預金の払戻権限があるのかという観点からではなく、誤振込みによる預金の払戻請求を受けた被仕向銀行側が、誤振込みであることを知った場合、その払戻請求に対してどのように対応するのか、直ちに預金の払戻しに応じるのか、という観点から詐欺罪の成否を検討している。

詐欺罪の成立要件である『欺罔行為』(人を欺く行為)は、相手方にその点の錯誤がなければ財産的処分行為をしなかったであろうような事実を偽ることをいうのであり、そのような事実を誤信して財物を交付すれば、錯誤に基づく財産的処分行為があったといえる。したがって、本件において詐欺罪の成否を検討する上でも、被仕向銀行において、払戻請求に係る預金が誤振込みによるものであることを知った場合に、平成8年判決を前提としても、なお、受取人の預金払戻請求を拒むことができるのか(平成8年判決を前提としても、預金払戻請求に応じず、あるいは、これを拒む正当な理由が認められるのか)という点の検討が重要であろう。」

「このような観点から検討すると、受取人から誤振込みがあった旨の申告を受けた場合、被仕向銀行は、「当該振込金額相当分の預金の払戻しを一時停止して被仕向銀行の口座入金手続に過誤がなかったかを調査し(この点に過誤があれば、入金記帳を取り消す。)、自行の手続に過誤がなければ、仕向銀行及び仕向銀行を通じて振込依頼人に照会するなどした上、振込依頼人に過誤があり組戻しを求められれば、受取人の承諾を得た上で組戻しの手続を採るなどしているのであって」、「漫然と支払に応じているわけではない。」「被仕向銀行が預金の払戻しを一時停止して行う上記の調査、照会あるいは復元的な措置は、仕向銀行からの振込通知に記載された口座が被仕向銀行に存在しない場合の取扱いに関する内国為替取扱規則の定め等に準じた取扱いといえ、安全な振込送金制度を維持するためにも必要なことである。特に、誤記帳の場合には、預金債権は成立しないのであり(普通預金規定(ひな型)3条1項)、誤った振込通知の場合には、取消通知により預金債権が成立しなかったことになるのであるから(同条2項。…)」、「被仕向銀行には、誤記帳か否か、誤通知か否かに関する調査照会義務があるともいえる。加えて、上記の調査、照会や復元的な措置は、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができるし、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものであるといえよう。したがって、被仕向銀行が上記の措置等を採る利益は、刑法上保護されてよいと思われる。

他方、受取人にしても、自己の預金口座に振り込まれる予定のない振込みがあることに気付けば、その入金が口座を誤ったものであることを容易に理解し得るし、預金債権の成否とは関係なく、その入金分は本来返還すべきもので、自己が利得できるものではないと考えるのが普通であろう。そして、受取人は、被仕向銀行との間で預金契約を締結することにより、継続的な預金取引を行っているところ、上記の調査、照会あるいは復元的措置の必要性、有用性からすれば、受取人において自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、被仕向銀行に上記の調査等を行わせるため、信義則上、誤振込みがあった旨を被仕向銀行に告知する義務があると解される。このことは、社会生活上の条理からしても当然のことといえよう。

それにもかかわらず、誤振込みがあった事実を秘匿して預金の払戻しを請求し、被仕向銀行に対し、一時預金の払戻しを停止して調査、照会をし、組戻しの手続を採る機会を与えることなく直ちに預金の払戻しをさせる行為は、詐欺罪の予定する欺罔行為と評価することができるし、そのような機会もなく直ちに預金の払戻しに応じさせられた点で、銀行においても錯誤に基づく財産的処分行為があったといつてよいと思われる。」

「なお、本決定のように詐欺罪の成立を肯定した場合、平成8年判決との整合性が問題とな

る。しかし、平成8年判決は、受取人と被仕向銀行との間に預金債権が成立することを認めたにとどまり、受取人の預金払戻請求が欺罔行為に当たらないとか、払戻しに応じた銀行窓口係員に錯誤がないなどということまでを判示したものではない（判例違反の上告趣意に対し、平成8年判決が弁護人の主張するような趣旨まで判示したものではないから、前提を欠くとした本決定も、平成8年判決について、上記と同様の理解に立つものと思われる。）。むしろ、本決定のような考え方は、受取人と被仕向銀行との間に預金債権が成立し、受取人がその預金債権を行使できることを前提にした上で、その行使に信義則上一定の制約を課したにすぎないという点で、平成8年判決とも整合性が保たれていると思われる」（宮崎英一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』P. 131～4）。

※ 参考判例

□ 最判平8. 4. 26（民集50-5-1267，民百選Ⅱ〔7版〕72事件）

〔判旨〕

「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である。けだし、前記普通預金規定には、振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで、受取人と銀行との間の普通預金契約の成否を振込依頼人と受取人との間の振込みの原因となる法律関係の有無に懸かせていることをうかがわせる定めは置かれていないし、振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を開知することなくこれを遂行する仕組みが採られているからである。」

4 詐欺罪が成立する範囲

本問の事例において、丙にD銀行に対する詐欺罪が成立するとした場合、その成立する範囲、すなわち丙が払戻請求をした70万円の全額について詐欺罪が成立するのかが、問題となる。

A 説

誤振込みであることを告知せずに預金の払戻しを求めた行為者の行為が全体として違法性を帯びるから、詐取金額も払戻しを求めた全額になるとする。

B 説

詐欺罪の成立範囲は、受取人の告知義務が生じる預金の範囲であり、あくまで誤振込みに係る預金の限度（厳密には、誤振込み金相当額から預金払戻し後の残余金額を差し引いた金額）であるとする。

（理由）

行為者の人を欺く行為は、誤振込みがあったことを告知せずに預金の払戻しを請求したという告知義務違反に当たることからすれば、告知義務が生じる預金の範囲も、あくまで誤振込みに係る額である。

5 本問の事案における具体的検討

(1) 詐欺罪の成否

2のA説によれば、丙には、誤振込み金についての払戻請求権が認められず、これがあるかのように装い振替支払を申し込む行為は、詐欺罪に該当する。

2のB説によれば、丙に誤振込み金についての払戻請求権は認められても、その行使は権利濫用に当たるので、それにもかかわらず正当な払戻請求権の行使であるかのように装って振替支払を申し込んだ行為は、詐欺罪に該当する。

2のC説によれば、誤振込みがあることを知った丙が、その事情を秘して預金の払戻しを請求することは、信義則上の告知義務に違反するものであって、詐欺罪の人を欺く行為に当たり、また、誤振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるので、同罪の成立が認められる。

2のD説によれば、丙は、誤振込みに係る金員について振込依頼人のAの委託に基づかずに(法律上)占有しており、これを横領したとして、占有離脱物横領罪が成立する。

2のE説によれば、丙は、誤振込み金について正当な払戻請求権が認められるから、この払戻しを請求する行為は、何ら犯罪を構成しない。

(2) 詐欺罪が成立する範囲

4のA説によれば、丙が振替支払を申し込んだ70万円の全額が違法性を帯びると考えることになるから、その全額につき詐欺罪が成立する。

4のB説によれば、丙にD銀行に対する信義則上の告知義務が生じるのは誤振込みに係る50万円の限度であるから、50万円について詐欺罪が成立する。

◆ 論点⑥ 強制わいせつ罪における性的意図の要否 ◆

1 問題の所在

乙が丙を全裸にしてその写真を撮った行為について、乙に性的意図はなく、専ら丙を懲らしめることが目的であったのであるから、このような場合でもなお強制わいせつ罪（176条前段）の成立を認めることができるか、すなわち、強制わいせつ罪における性的意図の要否が問題となる。

2 学説

A 必要説（前田）

強制わいせつ罪が成立するためには、行為者の性欲を刺激、興奮又は満足させる意図のもとに行われることを要する。

（理由）

- ① 内心的傾向を問題にしなければ、処罰範囲を決定することができない。
- ② わいせつ傾向を欠く強制わいせつ行為は、例外的であって、処罰の必要性はなく、類型的にわいせつ傾向が認められる場合のみを禁圧すれば足りる。

B 不要説（大谷、西田、山口）

（理由）

- ① 強制わいせつ罪は、わいせつ傾向を法文上構成要件の主観的要素として要求していない。
- ② 本罪の保護法益を性的自由と解する以上、行為の法益侵害性は行為者の主観的意図により左右されるものではない。

3 判例

□ 最判昭45. 1. 29（刑集24-1-1, 刑百選Ⅱ〔7版〕14事件）

〔事案の概要〕

被告人は、被害者（女性）に報復するため、被害者の裸体写真を撮って仕返しをしようとし、内妻とともに被害者を脅迫して裸にさせ、内妻の面前で、単に立っている被害者を撮影した。

〔判旨〕

本判決は、以下のように判示し、A説を採用することを明示した。なお、同判決には、B説を採用と思われる反対意見がある。

「刑法176条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつ罪は成立しないものというべきである。」

※ 参考判例（わいせつ目的の認定）

□ 東京高決平19. 3. 26（高刑速平19-181）

〔決定要旨〕

「当時26歳の被告人は、深夜、団地内の人通りが途絶えた薄暗い遊歩道において、見ず知

らずの被害者の後ろから追いかけて引き倒した上、肩付近を押さえ付け、声を上げて抵抗する同女に対し、その口を塞ぎ、顔面を殴打するとともに、強烈な脅迫文言を告げておとなしくさせ、深夜で人気がない公園の方向に意図的に連行しようとしたことが認められる。このように、襲った相手が若い女性であること、その時間帯と場所、暴行の態様や連行状況等に照らすと、被告人の最終的な目的としては、被害者に対するわいせつ行為ないしは金員奪取あるいは拉致監禁もしくは通り魔的な暴行以外には想定し難いところである。そして、金員奪取や暴行それ自体を目的とするならば、被害者をわざわざ百数十メートルの距離がある公園の方まで連行する必要に乏しく、実際、被告人は、幾らでも機会がありながら、被害者に対する金品要求行為や持ち物の奪取行為には及んではおらず、被害者が暴行脅迫を受けて抵抗をやめると、連行行為を別にして更なる暴行を加えようともしていないことなどからすれば、金品奪取や暴行それ自体を目的としていたとはにはわかには考え難いし、拉致監禁目的も連行方向等からして可能性は低く、結局、最終的な目的は被害者に対するわいせつ行為にあった疑いが濃厚ではある。しかしながら、関係証拠を総合しても、本件暴行、脅迫行為の時点において、上記わいせつ行為が目的であったと断定するまでには至らないといわざるを得ない。」

4 本問の事案における具体的検討

A説によれば、乙は、専ら丙を懲らしめようという報復目的で、丙を全裸にしてその写真を撮ったのであって、乙に自己の性欲を刺激・興奮させ、又は満足させるという性的意図は認められないので、強制わいせつ罪は成立しない。

B説によれば、乙が上記行為をするに当たって上記目的しか有していなかったとしても、強制わいせつ罪が成立する。

なお、上記参考判例は、被害者に暴行・脅迫を加えたが、わいせつ行為自体は行っていない事案である。本問の事例では、上記参考判例の事案と異なり、乙が丙を全裸にしてその写真を撮るといいうわいせつ行為を行っているから、わいせつ目的が併存しているとして、強制わいせつ罪の成立を肯定することも可能である。本問の事例中の事実関係を自分なりに評価し、性的意図があると認定した場合には、A説によっても、強制わいせつ罪が成立することとなる。

◆ 論点⑦ 共犯関係の解消 ◆

1 着手前の離脱

(1) 問題の所在

甲は、乙が丙を車に押し込む前に、乙に対し、「危ないから実行できない。俺は、帰る。」と一方的に伝え、自宅に帰った。そこで、甲乙間において共犯関係が解消されたといえるかが問題となる。

共犯関係の解消につき、判例は、法益侵害の危険が質的に異なる実行の着手の前後で区別して判断していると整理されるのがかつては一般的であった。実行着手前は比較的緩やかに、実行着手後はより厳格に処理されていると理解されている（原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』P. 186参照）。

* 「離脱」と「解消」

後掲最決平21.6.30の調査官解説は、「なお、これまでは、『離脱』という用語について、実際にその場から離れるという事実行為としての意味で用いたり、共犯関係の解消という法的評価を加えた意味で用いたりする例が見られたところであるが、本決定は、『離脱』を事実行為の意味でのみ用いており、法的評価を加えた場合には『離脱』ではなく『共謀関係の解消』（『共犯関係の解消』でもよいと思われる。）という表現を用いている。用語の意味を明確にするという観点からすると、本決定のような用法が適切であるように思われる。」と述べている（任介辰哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』P. 172）。

(2) 学説

A 説

「共謀関係の解消」という観念を認め、共謀関係にある一部の者が、他の共謀者が実行行為に出る前に、その共謀関係から離脱する意思を表明し、それが他の共謀者によって了承されたときは、その後の他の共謀者の実行したところについて責めを問われなくとする。

※ さらに、この立場は、他の共謀者を支配して共謀関係を作り上げた共謀者については、このような離脱を認めることはできず、離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させることを要するとしている（大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』P. 308参照）。

B 説

共犯の因果性を問題とする立場からは、自らが加功した犯罪実現への影響を除去し、自己のそれまでの因果性を切断した場合には、それ以後は共犯関係そのものが解消される（単独犯に還元される）とする。

※ 具体的には、着手後の離脱の場合と比較して、着手前の離脱の場合には、離脱者が与えた影響力が相対的に小さい場合が多いから、共犯者の一人が共犯関係を解消する意思を表明し、他の共犯者がそれに対し了承すれば、心理的因果性が切断され（共謀関係が解消され）、それで足りることが多い。ただ、離脱者が関与時に情報や道具を提供していた場合には、共犯関係の解消には、それによる影響の除去（凶器を返却させるなど、物理的因果性の切断）ま

で必要となる（前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』P. 363，大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』P. 471参照）。

※ 心理的因果性は消えたが物理的因果性が残っている場合

「例えば，侵入窃盗を共謀したAは，侵入に使う道具を用意した後，共犯からの離脱を表明して了承されたが，道具を回収しなかったので，他の共犯者がこれを用いて住居侵入窃盗を行った，という場合はどうだろうか。因果性が解消できていない以上，Aは住居侵入窃盗の共同正犯の責任を負うというのが，一般的な考えかもしれない。しかし，最初から侵入道具を貸しただけの場合に幫助しか成立しないのであれば，用意した道具が使われたという物理的因果性だけが残っている場合にも，共同正犯は成立せず，幫助の責任だけを負うと解するのが，バランスの取れた結論であり，意思の共同を共同正犯の不可欠の要件として片面的共同正犯を認めない通説・判例の立場とも整合的だと思われる」（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013）P. 389～390）。

(3) 判例

ア 殺人罪の着手前の共謀関係の解消

「下級審の裁判例の一応の傾向としては，離脱者による離脱の意思の表明及び他の共犯者による離脱の了承により，共犯関係（共謀関係）の解消を認めてきており，例外的に，首謀者が離脱した事案については，離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させなければ共謀関係は解消しないとする」（任介・前掲P. 173～4）。

「裁判例では，実行着手前の離脱については，(a)首謀者以外の者の離脱については，他の共犯者に離脱の意思を表明したこと，及び他の共犯者がこれを了承したことが必要とされ，(b)首謀者の離脱の場合は，(a)の要件のほかに，共謀以前の状態に解消させる措置が必要とされている」（任介・前掲P. 175）。

□ 松江地判昭51. 11. 2（判時845－127，刑百選I〔6版〕95事件）

〔判旨〕

「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したのもでも，その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し，他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合，もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができない」。

※ ただし，被告人が他の共犯者を統制支配する立場にあり，共謀の中心であったことから，犯行計画の中止を徹底させ，共謀以前の状態に回復させることが必要であり，着手前に実行担当者らに帰るように指示しただけでは，離脱は認められないと判示した。

イ 共犯者が住居に侵入した後，強盗に着手する前に現場から離脱した場合

□ 最決平21. 6. 30（刑集63－5－475，判時2072－152，判タ1318－108，刑百選I〔7版〕94事件，平21年度重判刑法3事件）

〔事案の概要〕

被告人は，共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ，共犯者の一

部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がよい、先に帰る。」などと一方的に伝えただけで、待機していた場所から離脱し、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだ。

〔決定要旨〕

「上記事実関係によれば、被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」

〔本決定の評価〕

「実行の着手前の離脱についていわれている『離脱意思の表明と了承』という要件は、絶対的なものと捉えるべきではなく、因果性の遮断を認定するための一つの指針に過ぎないといえるであろう。そうすると、実質的には、共犯行為による物理的因果性及び心理的因果性の両者を遮断したかどうかという観点で具体的に判断するという枠組みが重要であるといえる。そして、この枠組み自体は、実行着手前と実行着手後とで変わりがない。したがって、単に実行の着手前後で区別すれば足りるというわけではなく、事案に応じた具体的な事情を考慮して、共犯関係（共謀関係）の解消を判断すべきということになるであろう。」

「このような観点から、本決定が摘示する事実関係を見る。被告人は、本件犯行以前にも、数回にわたり、共犯者らと共に、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪することを実行したことがあったものの、その共謀の内容は、共犯者2名が屋内に侵入し、内部から入口のかぎを開けて侵入口を確保した上で、被告人を含む他の共犯者らも屋内に侵入して強盗に及ぶというものである。本件は、共謀による心理的影響がさほど強くない平均的な共謀者の離脱が問題となっているケースといえる。

そして、家人が在宅する民家での住居侵入・強盗の事案であるところ、そのような被害者方に、上記のような共謀に基づき共犯者らが現実に侵入するなどしていることに鑑みると、それによりその後の強盗に至るおそれが既に生じているともいえる。また、屋内にいた共犯者2名（甲、乙）以外にも、現場付近には未だ3名の共犯者が残っており、それらの者だけでもその後の強盗が実行可能な状態であった。そうすると、前記最高裁判平成元年決定の応用事例ともいえるのであって、実質的には実行着手後の離脱に近い状況であるともいえる。すなわち、当初の共謀に基づく住居侵入の実行行為による物理的・心理的な効果はなお残存しており、これを利用してなお犯行が継続され、強盗に至る危険性が十分あったにもかかわらず、既に住居侵入の実行行為に及んでいる共犯者に格別それ以後の犯行

を止めさせる措置を講ずることなく、現場を立ち去って離脱したというだけである。したがって、当初の共謀関係が解消したということまではいえないものと思われる」（任介・前掲P. 180～181）。

※ 本決定の評価に関して、「本件は住居に侵入して強盗を行うという犯行計画のもと、既に住居侵入した後の段階での離脱が問題となった事件であり、犯行計画全般を実質的に評価すれば、むしろ着手後の離脱に近い事例であったということもできる」との指摘がある（橋爪隆「共犯関係の解消(1)」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ（第7版）』P. 191）。

※ 本決定の評価に関して、「本件の事案においては、既に共謀内容の一部が現実化・客観化されており、これを前提に犯行が継続されやすい状況が形成されていた点が重要である。すなわち犯行計画に基づいて既に実行分担者は住居内に侵入し、他の共犯者のための侵入口も確保されており、これを利用して強盗が実現されやすい状況が既に現実化しており、実際に共犯者はこのような状況を利用して強盗を完遂しているのである。このように共謀内容の一部が既に現実化しているという意味においては、本件事案は実質的には実行の着手後の離脱の事案に類似した実質を有しているといえよう。したがって、本件についても、因果的影響を解消するために、上記のような状況を利用して犯行が継続されることを防止するための措置が要求されるのである。」「共謀内容の一部が既に現実化しており、それを前提に犯行が継続されやすい状況が形成されていたことが重要である。」とするものがある（橋爪隆「共犯関係の解消について」法学教室414号P. 105）。

(4) 本問の事案における具体的検討

本件では、丙が路地に差し掛かった時点では、乙は、丙に対し、いまだ何らの行為も行っていないから、この時点で実行の着手はない。そして、甲は、一方的に離脱意思を表明し、乙は、甲が帰ったことを認識しつつ実行に及んでいるから、甲の離脱について乙の了承があったといえる。そうすると、甲は、結果に対して因果性を及ぼしていないとも思える。

しかし、甲は、乙に対し、「そんな奴は懲らしめてやらないといけないな。」と言っており、甲から犯行を持ち掛け、乙とともに具体的な計画を立てている。さらに、犯行計画では、「丙が勤務先から帰宅…写真を撮ることになっていた。」とあり、丙が会社から退出する段階、丙が路地に入る段階、甲が乙に連絡する段階、乙が丙を車に連れ込む段階から構成されている。そして、甲が乙に連絡する段階まで上記計画が実行されており、実行の着手に近い状態に至っている。すなわち、甲の情報提供を利用して乙が丙を略取、監禁することが実現されやすい状況が現実化しているといえる。そうすると、甲は、乙の犯行を阻止する何らかの積極的措置を取って因果性を遮断する必要があった。それにもかかわらず、甲は、何らの措置も取ることもなく一方的に離脱の意思を表明したにとどまるから、いまだ共犯関係が解消したということではできない。

2 着手後の離脱（参考）

(1) 学説

着手前の離脱の場合とは異なり、着手後の離脱の場合には、既に実行行為が行われているから結果発生の蓋然性が高く、共犯関係の解消を認めることが困難であるといえる。しかし、着手後の離脱の場合であっても、途中で翻意した者のすべてに他の共犯者が実現した結果を帰責するこ

とが不当な場合もあり得る。問題は、その要件である。

実行の着手後の離脱について、判例の態度は厳しく、一定の「犯行防止措置」を講じることが要求されるのが通例である。この判例の傾向は、学説においても、因果的共犯論の通説化に伴い、因果性遮断説から説明されることが多い。すなわち、共同正犯を含む共犯の処罰根拠は結果に対する心理的・物理的因果性にあるとする因果的共犯論によれば、離脱により、残余者の犯行に対する因果性が遮断（除去、切断）された場合には、離脱者に関して共犯の処罰根拠が欠けるため、その犯行について離脱者に対して共犯の責任を問えなくなるのである。

この因果的共犯論の立場からは、着手後についても因果性の切断の有無が問題となる。この場合に、因果性を切断するためには、他の関与者の了承を得ただけでは不十分であり、結果防止のための積極的行為が必要とされる。

(2) 判例

□ 最決平元. 6. 26 (刑集43-6-567, 刑百選I〔7版〕95事件)

〔決定要旨〕

「傷害致死の点について、原判決（原判決の是認する一審判決の一部を含む。）が認定した事実の要旨は次のとおりである。

(1)被告人は、一審相被告人のAの舎弟分であるが、両名は、昭和61年1月23日深夜スナックで一緒に飲んでいた本件被害者のBの酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、同人に謝らせるべく、車でA方に連行した。(2)被告人は、Aとともに、1階8畳間において、Bの態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、同人が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思をAと相通じた上、翌24日午前3時30分ころから約1時間ないし1時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも同人の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。(3)被告人は、同日午前5時過ぎころ、A方を立ち去ったが、その際『おれ帰る』といっただけで、自分としてはBに対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、Aに対しても、以後はBに暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは同人を寝かせてやってほしいとか、病院に連れて行ってほしいなどと頼んだりせずに、現場をそのままにして立ち去った。(4)その後ほどなくして、Aは、Bの言動に再び激昂して、『まだシメ足りないか』と怒鳴って右8畳間においてその顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。(5)Bは、そのころから同日午後1時ころまでの間に、A方において甲状軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、右の死の結果が被告人が帰る前に被告人とAがこもごも加えた暴行によって生じたものか、その後のAによる前記暴行により生じたものかは断定できない。」

「右事実関係に照らすと、被告人が帰った時点では、Aにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、Aとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のAの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりにBの死の結果が被告人が帰った後にAが加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」

□ 名古屋高判平14. 8. 29 (判時1831-158) (共犯関係の解消を認めた判決)

〔判旨〕

「論旨は、要するに、被告人は、原判示檜原公園駐車場において主犯格のBらとの共謀に基づき、Bと一緒に被害者に対して暴行（第一の暴行）を加えた後、Bの暴行を制止して被害者と話をし始めたところBから殴打されて気を失い、Bらと行動をとりにすることができない状態になってしまったから、共犯関係からの離脱（あるいは共犯関係の解消）を認めるべき場合であるのに、これを認めず、その後Bが行った衣浦港岸壁における暴行（第二の暴行）の結果生じた傷害についてまで刑事責任を負わせた原判決は事実を誤認したものであって、これが判決に影響することは明らかである、というのである。

そこで、原審記録を調査して検討するに、原判決挙示の関係証拠を総合すれば、本件の事実関係は原判決が（補足説明）(2)の<1>ないし<9>及び(3)において認定説示するとおりと認められる。これを要するに、被告人は共犯者Bとともに上記駐車場で被害者に暴行（第一の暴行）を加えたところ、これを見ていたCがやりすぎではないかと思って制止したことをきっかけとして同所における暴行が中止され、被告人が被害者をベンチに連れて行って『大丈夫か』などと問いかけたのに対し、勝手なことをしていると考えて腹を立てたBが、被告人に文句を言って口論となり、いきなり被告人に殴りつけて失神させた上、被告人（及びD子）をその場に放置したまま他の共犯者と一緒に被害者ともども上記岸壁に赴いて同所で第二の暴行に及び、さらに逮捕監禁を実行したものであり、被害者の負傷は(1)通院加療約2週間を要する上顎左右中切歯亜脱臼、(2)通院加療約1週間を要する顔面挫傷、左頭頂部切傷、(3)安静加療約1週間を要した頸部、左大腿挫傷、右大腿挫傷挫創、(4)安静加療約1週間を要した両手関節、両足関節挫傷挫創であるが、(1)は第一の暴行によって生じ、(4)は第二の暴行後の逮捕監禁行為によって生じたものと認められるが、(2)及び(3)は第一、第二のいずれの暴行によって生じたか両者あいまって生じたかが明らかでないものである。このような事実関係を前提にすると、Bを中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置というB自身の行動によって一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除してB、Cらのみによってなされたものと解するのが相当である。したがって、原判決が、被告人の失神という事態が生じた後も、被告人とBらとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、当初の共犯関係が解消されたり、共犯関係からの離脱があったと解することはできないとした上、(2)及び(3)の傷害についても被告人の共同正犯者としての刑責を肯定したのは、事実を誤認したものというほかない（なお、原判決が(4)の傷害についてまで被告人の刑責を肯定したものでないことは、その補足説明(3)及び(4)に照らし明らかである。）。しかしながら、叙上の事実関係によれば、被告人は第一の暴行の結果である(1)の傷害について共同正犯者として刑責を負うだけでなく、(2)及び(3)の各傷害についても同時傷害の規定によって刑責を負うべきものであって、被害者の被った最も重い傷が(1)の傷害である本件においては、(2)及び(3)の各傷害について訴因変更の手続をとることなく上記規定による刑責を認定することが許されると解されるから、結局、原判決が(2)及び(3)の各傷害についての被告人の責任を肯認したことに誤りはなく、原判決はその根拠ないしは理由について誤りを犯したにすぎないことになる。原判決の誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかなものとはいえず、論旨は理由がない。」

◆ 参考論点 共謀共同正犯の成否 ◆

1 問題の所在

本問の事例では、乙の丙に対する当該行為について加害目的略取罪（225条）及び監禁罪（220条）が成立するが、これらの犯罪について、甲は、乙との間で共謀共同正犯（60条）とならないかが問題となる。

2 学説

(1) 共謀共同正犯の肯否

A 共謀共同正犯肯定説

A₁ 共同意思主体説（草野）

数人の共謀により同心一体的な共同意思主体が成立し、そのうちの一人の実行は共同意思主体の活動にほかならないが、その責任は民法の組合理論を類推して各人に帰属するとする。
(批判)

個人を離れたものを犯罪の主体とすることは、個人責任の原則に反する。

※ なお、この説は、共同意思主体の活動がなければ自ら行わなかった行為について共犯としての責任を問われることはない、という消極的な形でこれを理解することも可能であり、この説を採ったからといって必ずしも共謀共同正犯を認めなければならないというものでもない、とする見解（曾根）もある。

A₂ 行為支配説（平場）

実行を担当しない共謀者が、社会通念上、実行担当者に比べて圧倒的に優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合には、共同正犯の成立を認め得る。

A₃ 間接正犯類似説（藤木）

共同正犯に一部実行全部責任が認められるのは、相互に相手を自己の手足のよう利用し合うからであり、共謀共同正犯も共同意思の下に一体となって相互に了解し合って互いに相手を道具として利用し合うから、共謀者にも正犯性を認め得る。

(批判)

間接正犯における利用者と被利用者との関係と、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行担当者との関係とは、明らかに異なっており、道具としての利用・被利用の関係は認められない。

A₄ 包括的正犯説

A₄₋₁ 説

60条の「共同して犯罪を実行した者」には、実行行為の一部を分担しなかった者も含まれる。「共同して…実行した」とは、実行行為が共同のもので評価できればよいのであり、共同の意思に基づいて誰かが実行した場合を当然に含むと解すべきである。共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して自らの惹起していない結果をも帰責させるもので

ある以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行わなかった者に客観的な発生結果を帰責することは可能なはずである。

そして、その要件としては、客観的側面として、①共謀に参加した者の誰かが実行に着手しなければならない。また、②「実行」と評価できるだけの共謀関係が認定されなければならない。さらに、主観的側面として、③関与者が正犯意思を持つことが必要である。

A₄₋₂ 説

共同正犯が「正犯」とされるのは、共同実行の意思の下に、他人の行為を相互に利用・補充し合って犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して遂行するという合意（共謀）に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為の分担の有無を問わず、すべて正犯とするべきである。

そして、共謀共同正犯が成立するためには、①2人以上の者が相互に他人の行為を利用して各自の意思を実行に移す謀議をし、②共同して犯罪を実行する意思の下に、③共謀者のある者がその犯罪を実行することが必要である。

B 共謀共同正犯否定説

実行行為を担当していない単なる共謀者を共同正犯とすることはできない（形式的共犯概念）。

（理由）

- ① 共同正犯も正犯であり、正犯とは自ら実行行為を行う者をいう。
- ② 単なる共謀者をも共同正犯とするA説（特にA₁説）は団体責任を認めるものであり、近代刑法の基本原理である個人責任の原則に反する。

（批判）

- ① 共謀共同正犯を認めないと、犯罪計画の立案の中心となった「首謀者」が、実行に直接参加しない場合に、その者を教唆としてしか処罰することができず、不合理である。
- ② 実際の共謀の事例では共謀者が互いに相談して協力し合う場合が多く、これを教唆・幫助概念に包摂することはできない。

（反論）

61条1項が、教唆者には、「正犯の刑を科する」と規定している以上、教唆者である共謀者は、正犯と同様に処罰し得るのであるから、その取扱いに格別の不都合は来たされない。

(2) 正犯性

※ 共謀共同正犯は実行行為を行っていないにもかかわらず、正犯として処罰されるため、正犯性が要件となる（この要件については「共謀」に含める学説もある。判例の評価も分かれている。）。そこで、いかなる場合に正犯性を有すると認められるかが問題となる。

C 形式的正犯概念説

実行行為の分担により共同正犯と幫助犯を区別する。

D 実質的正犯概念説

D₁ 客観説（山口・西田）

実行行為の分担を伴わないが、構成要件該当事実を実質的に共同惹起した場合に、共同正犯を肯定する（重要な役割を基準とする）。

D₂ 主観説（大谷）

正犯者の意思で行った者が正犯であり、加担者の意思で行った者が共犯であるとして、正犯意思（共同実行の意思）で区別する。

※ もっとも、この説も、重要な役割を全く加味しないわけではない。

3 判例

□ 最大判昭33. 5. 28（刑集12-8-1718（練馬事件）、刑百選I〔7版〕75事件）

〔判旨〕

「共謀共同正犯が成立するには、2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つ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、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつ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つ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。」

□ 最決昭57. 7. 16（刑集36-6-695、刑百選I〔7版〕77事件）

〔決定要旨〕

「乙は、タイ国からの大麻密輸入を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断つたものの、知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとして甲に引き合わせるのと同時に、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金20万円）を甲に提供したというのであるから、これらの行為を通じ乙が右甲及び丙らと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判断は、正当である。」

〔本決定の評価〕

本決定の最高裁判所調査官解説は、「本決定は、本件の具体的な事実関係のもとにおいて共謀共同正犯の成立要件である『謀議』の成立を肯定することができる旨を明示した事例判例にすぎないが、右に述べたような判例・学説の状況に照らすと、練馬判決の射程距離を具体的に明らかにして、実務へ一つの指針を与えようとする狙いをもつたものと理解すべきであろう。」と評価する（木谷明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和57年度）』P. 227）。

また、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定一裁判例の総合的研究—（上）』P. 348（石井一正・片岡博執筆）は、本決定につき、「この決定は、団藤裁判官の意見を含め、具体的事案における共謀の認定につき有用な判断基準を示し、その後の実務に指針を提供していると思わ

れる。すなわち、共謀の有無・成否を判断する場合、主観面では被告人の意思内容と、客観面（被告人の外部に存する）では犯罪遂行過程において被告人が果たした役割等が主要な要素であることをこの決定は明らかにしている。」と分析する。

ただし、判例が主観的な正犯意思を判断の要素とすることについては、かえって共同正犯と従犯の区別を不明確なものにするとして、学説からの批判がある（西田典之『刑法総論（第2版）』P. 354）。

※ 裁判例は、「自己の犯罪を行う意思」によって行われたかどうかによって、正犯と共犯を区別してきたといわれる。より具体的には、「動機、利益の帰属、実現意欲の積極性といった心情的要素」を重視しているとされ、一般に主観説と呼ばれている。もっとも、裁判例においては、客観的な間接事実から「自己の犯罪を行う意思」を認定しているため、実際の判断においては、利益を得るといった主観的な要素に加えて、行為者の役割の重要性など客観的な要素が考慮されている。実体要件としても、「自己の犯罪を行う意思」とは規範的概念であり、主観だけで決まるわけではないとされている。なお、覚醒剤譲渡の実行担当者につき正犯意思を欠くとして譲渡の幫助犯とした事例（横浜地川崎支判昭51. 11. 25判時842-127）など実行行為者の正犯意思を否定した裁判例がある（その他にも、福岡地判昭59. 8. 30判時1152-182など）。

4 本問の事案における具体的検討

まず、甲及び乙は、話し合いの結果、乙が丙を連れ去って監禁し、全裸にしてその写真を撮ること、丙を辱めることにしており、意思の連絡がある(①)。

また、それに基づいて、上記のとおり、乙が加害目的略取罪、監禁罪を実行している(②)。

そして、正犯意思とは、自己の犯意を実現しようとする意思をいい、当該犯罪遂行に対して重要な役割を果たしたかといった客観事情と犯罪実現の意欲があるかなどの主観事情により判断すべきである。

本件では、甲は、乙に対し、「そんな奴は懲らしてやらないといけないな。」と言っており、甲から犯行を持ち掛け、乙とともに具体的な計画を立てている。さらに、犯行を容易にするために、甲が丙の後をつけつつ乙に携帯電話で連絡することになっており、実際にこれを実行している。以上から、甲は、重要な役割を果たしたといえる。したがって、甲には、自己の犯意を実現しようとする意思があるといえ、正犯意思が認められる(③)。

よって、甲に、加害目的略取罪、監禁罪の共謀共同正犯（60条・225条、60条・220条）が成立し得る。

D₁説に従っても、前述のとおり、甲は、乙に犯行を持ち掛け、乙とともに具体的な計画を立てているから、重要な役割を果たしているといえる以上、甲に、加害目的略取罪、監禁罪の共謀共同正犯（60条・225条、60条・220条）が成立し得る。