

論文完璧講座

アウトプット「答案の型」編

< 刑事系 2 第 1 問 (刑法) >

【論文完璧講座冬のガイダンス検討問題】

辰巳専任講師・弁護士

貞永 憲佑 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

2010.2.21 LIVE 実施

2010 スタンダード論文答練（第2クール）刑事系1第1問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

◆ 問 題 ◆

（配点：100）

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、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 現在派遣契約を雇止めされ、就職活動中の甲（32歳、男性）は、旧知の間柄で、ことあるごとに甲に対して小言をいうA（65歳、男性）が疎ましく、また、Aが会社を経営して成功を収めていることについて彼我の地位の差を痛切に感じ、逆恨みしていた。

ある日、たまたまA宅に招かれ、一人暮らしであるA宅のセキュリティが万全でないことを知った甲は、Aを困らせ、恐怖心を味わわせて恨みを晴らしてやるついでに金銭も奪ってやろうと思いついた。

2 そこで、甲は、なにかと面倒を見てやっている学生時代の後輩であり、甲を先輩として慕っている乙（30歳、男性）を甲の自宅に呼び出し、「〇市×町にAという男が住んでいる家がある。このAの家にはたつぷりと現金があって、少なくとも1000万円は下らないはずだ。しかもセキュリティも甘い。Aは一人暮らしだし、温和な性格で、かつ、年寄りで力もたいしたことはないはずだから、ロープでも用意して行ってAを縛り上げてしまえば、簡単に金を取れるぞ。成功したら、金の半分はお前にやろう。どうだ、やってくれるか。」と乙に持ちかけた。

ところが、乙は当初、犯罪を実行することに二の足を踏み、「いやいや、先輩、自分はそんな強盗なんて大それたことはできっこないですよ。それに、今免停中でして、逃走の足もないんですよ。」と言った。

これに対して、甲は、表にある玄関は鍵がかかっていることが多く、人目につきやすいが、裏側の勝手口は人目につきにくく、鍵もかかっていないことが多いことを乙に伝え、ここを侵入経路とすることを指示した。また、Aが自慢話として、金目のものは2階の書斎にある小型金庫に入っていると言っていたことや、書斎のある場所、Aは日中、その書斎にいらることがほとんどであることなども伝えた。そして、乙に対して「な、俺の言うとおりにやったら簡単にいくだろう。Aには縛って多少不自由な思いをさせることになるが、なにも命をとるまでのこともないんだからさ。」と言った。

加えて、A宅からの逃走の際には、「逃げるときは、俺の車を使ってかまわない。」と言って、甲の車の使用を許諾し、鍵を乙に渡した。さらに、スピード違反などをして捕まった場合についても、「なにかあったら俺の名前を使っていいぞ。」と甲の名前を使うことについての許諾をした。

乙は、自分も消費者金融からの多額の借金に困っていて、これを返済するためと、これらの甲の詳細な計画を聞いて、先輩である甲がそこまでしてくれるなら期待に応えなければとの考えに加えて、これなら自分にもできるとの思いから、「わかりました。ほかならぬ先輩の頼みですから、やりましょう。」と言って引き受けた。

3 ところが、A宅のある〇市×町は、新興住宅街であって、同じような外見を有する住宅が建ち並んでおり、A宅の隣にもA宅と類似した外観を有するB宅が建っていた。乙は、×町に行ったのは初めてであり、またこれからA宅に押し入ろうとして緊張していたので、B宅をA宅と勘違いしてしまった。

そして、乙は、甲に言われたとおりに、A宅と同様に人目につきにくい勝手口からB宅に入った。勝手口の鍵はたまたまかかかっておらず、またB宅には、Bの妻C(33歳、女性)がいた。

乙は、「老人の一人暮らしではなかったのか。」と計画と違うことを怪しく感じながらも、当初の予定通りに玄関口でCを用意していったロープで縛り上げ、声を出せないように猿ぐつわをかませた。そして、乙は、廊下を進み階段を登って2階の一室に入ったが、そこで小型金庫を見つけることはできなかった。

そこで、その部屋の隣室である寝室に入り、その部屋のたんすを物色したところ、その引出しの中に入っていた封筒を見つけた。乙が中身を確認したところ、20万円が入っていたので、これを折りたたんでズボンのポケットに入れ、B宅を出た。

- 4 当初の計画では、甲は現場には行かないことになっていたが、乙一人では心許ない思うに至り、×町の現場付近に赴いて乙の様子を伺うことにした。そして、現場付近で、乙の様子を見ていた甲は、乙がB宅から出てくるのを見て、乙が入るべき家を間違えたことに気づいた。そして、このままではAを困らせ、恐怖を味わわせるという目的を達成することができなくなってしまうと思い、改めて自らA宅に行き、自ら当初の計画を実行することにした。

そして、甲は、人目につきにくく、鍵のかかかっていない勝手口からA宅に入り、まずはAを探して用意していたロープで縛ってしまおうと思い、廊下を進み階段を登って書斎に向かおうとした。

- 5 ところが、甲が階段を登ろうとしたところ、リビングにいて物音に気づいたAが甲を見咎め、「何をしている。誰か来てくれ。」と叫び始めた。

このままでは、Aの声を聞きつけた誰かが警察に通報してしまうと焦った甲は、Aを黙らせようとしたがAは叫ぶことをやめず、「泥棒。泥棒だ、誰か来てくれ。」と叫び続けているので、甲はAを黙らせなければと思った。そこで、甲は、廊下にあった花瓶(陶器製、高さ30センチメートル、重さ3キログラム)を手にとって頭上に掲げ、「黙れ、この野郎。」と言ったが、それでもAは黙らなかつたので、甲はかねてからの恨みもあって逆上し、「ぶっ殺すぞ」と叫びながら、手にしていた花瓶を倒れているAの頭部に思い切り叩きつけた。

これにより、Aは気絶し、叫ぶことをやめた。それを見た甲は、再び階段を登って書斎に行き、当初の目的であった小型金庫を発見したので、それを小脇に抱えて階段を下り、廊下を通って勝手口から出てA宅を後にした。

Aは、甲の上記の花瓶による殴打によって生じた頭蓋骨陥没及び大脳損傷により、3日後に死亡した。

なお、乙は、甲がA宅に押し入ってAに暴行を加えた行為についてはまったく知らなかつた。

- 6 乙は、B宅を出たあと、当初の予定通り甲の車が停めてある駐車場に行き、預かつた鍵で甲の車のロックを解除し、エンジンをかけて、実家のあるE県に向けて車を走らせ逃走を開始した。

道中、乙は罪悪感から警察に追われているものと錯覚して焦燥し、高速道路に乗ってから、法定速度の時速80キロメートルをはるかに超えた時速150キロメートルのスピードで走行していた。

ところが、このような速度超過を見咎めた覆面パトカーに路肩に停車させられてしまった。そして、同パトカーに乗車していた警察官から、「今、150キロ出てたね。ここの法定速度知ってる？80キロだから、70キロオーバーだよ。危ないから、そんなに飛ばすもんじゃないよ。事故を起こしてから後悔しても遅いんだからさ。わかった？そしたら免許証出して。」といわれたが、身元が明らかになってしまうことを恐れた乙は、「すみません、免許証は家に忘れてきてしまいました。」と答えた。

警察官は、「何、免許持ってないの？ダメじゃないか。まあ持ってないなら仕方ない。じゃあ、これにサインして。」と交通事件原票（反則キップ）にサインするように求めた。乙は、ここで下手に抵抗して強盗について発覚してしまうのは困るし、乙は、「俺の名前を使っていいぞ。」と甲に言われていたことを思い出したので、素直に「急いでたもので、すみませんね。おまわりさん。」と言って当該キップに「甲」とサインし、警察官に提出した。

なお、交通事件原票への署名は、当該違反をした者のものとして取り扱われ、その名義人について違反の責任を問う取扱いがなされるのであり、その署名者が道路交通法に違反したことを証明するものといえ、その署名者に反則金の納付などを命じる通告書及び納付書の交付又は送付をすることになる（道交法126条、127条）、という意味合いがある。

7 その後、乙は、頭を冷やすため、パーキングエリアに立ち寄ったところ、ガソリンの残量が少なくなっていることに気づいて、給油しようとした。そして、その駐車場で、何気なく車の中を探っていると、ダッシュボード内に甲のクレジットカードがあることに気づいた。そこで、たまたまそのパーキングエリアの中にあつたクレジットカードの加盟店であるガソリンスタンドに入店し、「ガソリン満タン。支払いはカードで。」と言って名義人である甲になりすまし、自動車への給油のために本件クレジットカードを従業員に渡した。

従業員は、このクレジットカードを預かり、給油機の側にあるカードリーダーに通して、盗難された事故カードでないことを確認して、給油を始めた。そして、満タンに給油したあと、請求明細書を運転席の乙のもとに持っていった。

すると、乙は、当該請求明細書に「甲」とサインをして、この従業員に手渡した。

なお、同クレジットカードの規約上、クレジットカードは、会員である本人以外の利用は許されておらず、他人に同カードを譲渡、貸与、質入等を行うことは禁止されている。また、加盟店規約上、加盟店はクレジットカードの利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意をもって確認することなど、本人確認義務を負っている。

加えて、本件ガソリンスタンドでは、店の内規により名義人以外によるクレジットカードの利用行為には応じないことになっていた。

8 無事にE県の実家に到着した乙は、甲との約束に従い、B宅から奪った20万円のうちの半分、10万円について、地元の郵便局から甲の口座に送金した。

【参照条文】

○ 道路交通法(昭和35年6月25日法律第105号)(抜粋)

第二節 告知及び通告

(告知)

第126条 警察官は、反則者があると認めるときは、次に掲げる場合を除き、その者に対し、速やかに、反則行為となるべき事実の要旨及び当該反則行為が属する反則行為の種別並びにその者が次条第一項前段の規定による通告を受けるための出頭の期日及び場所を書面で告知するものとする。ただし、出頭の期日及び場所の告知は、その必要がないと認めるときは、この限りでない。

一 その者の居所又は氏名が明らかでないとき。

二 その者が逃亡するおそれがあるとき。

2 前項の書面には、この章に定める手続を理解させるため必要な事項を記載するものとする。

3 警察官は、第1項の規定による告知をしたときは、当該告知に係る反則行為が行われた地を管轄する都道府県警察の警察本部長に速やかにその旨を報告しなければならない。ただし、警察法第60条の2又は第66条第2項の規定に基づいて、当該警察官の所属する都道府県警察の管轄区域以外の区域において反則行為をしたと認められた者に対し告知をしたときは、当該警察官の所属する都道府県警察の警察本部長に報告しなければならない。

4 第114条の4第1項に規定する交通巡視員は、第119条の2又は第119条の3第1項第1号から第4号まで若しくは第2項の罪に当たる行為をした反則者があると認めるときは、第一項の例により告知するものとし、当該告知をしたときは、前項の例により報告しなければならない。

(通告)

第127条 警察本部長は、前条第3項又は第4項の報告を受けた場合において、当該報告に係る告知を受けた者が当該告知に係る種別に属する反則行為をした反則者であると認めるときは、その者に対し、理由を明示して当該反則行為が属する種別に係る反則金の納付を書面で通告するものとする。この場合においては、その者が当該告知に係る出頭の期日及び場所に出頭した場合並びにその者が第129条第1項の規定による仮納付をしている場合を除き、当該通告書の送付に要する費用の納付をあわせて通告するものとする。

2 警察本部長は、前条第3項又は第4項の報告を受けた場合において、当該報告に係る告知を受けた者が当該告知に係る種別に属する反則行為をした反則者でないとき、その者に対し、すみやかに理由を明示してその旨を書面で通知するものとする。この場合において、その者が当該告知に係る種別以外の種別に属する反則行為をした反則者であると認めるときは、その者に対し、理由を明示して当該反則行為が属する種別に係る反則金の納付を書面で通告するものとする。

3 第一項の規定による通告は、第129条第1項に規定する期間を経過した日以後において、すみやかに行なうものとする。

【配点表】

		配点
第1	乙の罪責について	
1	住居侵入罪（130条前段）について	
(1)	客観的構成要件に該当することの指摘 ★130条『前段』まで指摘していなければ1点	2
(2)	客体の錯誤があることの指摘	1
(3)	具体的事実の錯誤についての論述	2
(4)	あてはめ・結論	1
	【加点事項】 ※ 侵入の意義について論じている場合には加点する	加点評価 A・B・C
2	強盗罪（236条1項）について	
(1)	客観的構成要件に該当することの指摘	2
(2)	客体の錯誤があることの指摘	1
(3)	あてはめ・結論	1
3	交通事件原票に「甲」と記載した行為について	
(1)	「行使の目的」の認定	1
(2)	「事実証明に関する文書」の認定 ① 「事実証明に関する文書」の定義…目安1点 ② 交通事件原票が道路交通法に違反したことを証明すること…目安1点 ③ 署名者に反則金の納付などを命じる通告書及び納付書の交付または送付をすることになること…目安1点 ④ 道交法126条、127条の明示…目安1点	4
(3)	「偽造」の認定	
	ア 「偽造」の意義	2
	イ 名義人の承諾がある場合の規範定立	3
	ウ あてはめ ・交通事件原票の性質に基づいてあてはめていること	3
(4)	結論	1
4	偽造した交通事件原票を提出した行為について	
(1)	「行使」の意義	1
(2)	結論	1
5	甲のクレジットカードを使用した点について	
(1)	名義を偽ってクレジットカードを使用することが欺罔行為に当たるか ・「欺い」てを指摘していること	2
(2)	規範定立	2
(3)	あてはめ ① クレジットカードの規約上、クレジットカードは会員である本人以外の利用は許されていないこと…目安1点 ② 他人に同カードを譲渡・貸与・質入等をするのが禁止されていること…目安1点 ③ 加盟店規約上、本人確認義務を負わせていること…目安1点 ④ 本件ガソリンスタンドでは店の内規により名義人以外によるクレジットカードの利用には応じないとされていたこと…目安1点	4
(4)	その他の要件の検討	3
(5)	結論	1
	【加点事項】 ※ クレジットカードを持ち出した点について横領罪・窃盗罪の成立を検	加点評価 A・B・C

		討している場合には加点する ※ 不可罰的事後行為に当たるかどうかの検討をしていれば加点する	A・B・C
6	ガソリンスタンドの請求明細書に「甲」とサインした点について		
	(1)	「行使の目的」の認定	1
	(2)	「事実証明に関する文書」の認定	1
	(3)	「偽造」の認定	1
	(4)	結論	1
7	「甲」とサインした請求明細書を従業員に手渡した点について		
	(1)	「行使」の認定	1
	(2)	結論	1
8	甲の住居侵入、強盗につき罪責を負うか		
9	罪数		
	(1)	処理できていること	2
	(2)	請求明細書についての偽造・行使と詐欺罪の関係を説得的に説明していること	2
		【加点事項】 ※ 詐欺罪と偽造文書行使の先後によって刑の重さが変わることが不合理であることが指摘できていれば加点する	加点点評価 A・B・C
第2	甲の罪責		
1	乙が住居侵入・強盗をしたことについて		
	(1)	甲は実行行為をしていないことの指摘	1
	(2)	共謀共同正犯における「共謀」の規範定立	3
	(3)	あてはめ ① 乙が甲による犯罪実行の持ちかけに同意していること…目安2点 ② 甲が自己の目的を達成するために乙を利用していること…目安2点	4
	(4)	乙が実行していること	2
		【加点事項】 ※ 甲に教唆犯が成立するとした場合、乙の客体の錯誤が甲にとって方法の錯誤に当たるか客体の錯誤に当たるかについて検討している場合には加点する	加点点評価 A・B・C
2	住居侵入罪について		
3	強盗殺人罪について		
	(1)	強盗罪の構成要件該当性	2
	(2)	Aが死亡している点の指摘	1
	(3)	甲に殺意があったことの認定 ① 「ぶっ殺すぞ」と叫んでいたこと…目安1点 ② 花瓶の材質・重さの指摘…目安1点 ③ Aの頭部に思い切り叩きつけたこと…目安2点	4
	(4)	240条後段に殺意があった場合を含むかについての規範定立	2
	(5)	結論	1
4	乙が交通事件原票に「甲」とサインすることを許可した点について		
	(1)	甲は名義人本人であるため、私文書偽造罪の主体とはならないのではないかという問題点の指摘	1
	(2)	名義使用の許諾についての規範定立	2
	(3)	あてはめ	3
5	乙が「甲」とサインされた交通事件原票を警察官に提出したことについて		
6	罪数		
			2
第3	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には加点する		
			加点点評価 A・B・C

基本配点分	合計 80点
加点评価点	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 具体的事実の錯誤及び共犯の錯誤
- 2 私文書偽造と名義人の同意
- 3 クレジットカード詐欺
- 4 偽造私文書行使罪と詐欺罪の罪数関係
- 5 共謀共同正犯の肯否
- 6 240条後段に殺意ある場合を含むか

【出題のねらい】

新司法試験の刑事系科目において要求されるのは、法的な規範についての理解と、それに対する事実のあてはめ、そして、その両方についてバランスの取れた力だといえる。(平成20年新司法試験論文式試験問題刑事系科目ヒアリング参照)

これを踏まえて本問は、法的な規範についての理解という意味で、刑法総論・各論における基本的な論点(前者については、共同正犯の錯誤、文書偽造罪・行使罪・詐欺罪の罪数関係の問題、後者については、私文書偽造と名義人の同意、他人名義のクレジットカード使用による詐欺の問題)の法的な知識を問うている。

特に、新司法試験にはまだ出題されてはいないが、偽造罪はいつ出題されてもおかしくない重要犯罪であり、本問において出題することとした。「偽造」の概念や「事実証明に関する文書」の意義などこれを機に確認して欲しい。

また、偽造罪と関連して偽造文書行使罪と詐欺罪との罪数関係も併せて考えてみて欲しい。罪数については、どのような問題にも配点がなされるものであり、決しておろそかにしてよいものではない。もっとも、これは細かな論点であるため、答案上で端的に必要な記述をすることを心がけるべきであろう。そのためには、基本的な知識があることが必要なのであり、これを機に見落としがちである罪数についても確認をして欲しい。

次に、法的規範を踏まえた上で、問題文に与えられた事実をどのように意味付けるかという観点が重要である(前掲ヒアリング参照)。新司法試験においては、単に事実を羅列するだけでなく、当該事実を適切に評価して、規範に対してあてはめをすることが重要である。強盗殺人罪における殺意の認定・共謀共同正犯の成否(特に共謀の有無・範囲の認定)・ダッシュボード内にあるカードの占有の有無などを、その訓練という意味で出題した。

【参考文献】

(判例)

- ・ 甲方に侵入して金銭を窃取するように教唆したところ、被教唆者が誤って乙方に侵入し窃盗をした場合、窃盗罪の教唆罪が成立するとした事例
大判大9. 3. 16 (大審院刑事判決録26-185)

- ・本人の同意を得て交通事件原票に本人名義でサインした場合、私文書偽造罪が成立するとした事例
最決昭56.4.8(刑集35-3-57)
最決昭56.4.16(刑集35-3-107)
- ・「私文書偽造罪において、名義の使用を許諾した本人の責任」
山火正則『平成10年重要判例解説』P.156・刑法6事件
東京地判平10.8.19(判例時報1653-154)
- ・クレジットカードの名義人になりすましてカードを使用し、商品を購入する行為が名義人の同意があっても詐欺罪に該当するとした事例
最判平16.2.9(判例時報1857-143)
橋爪 隆「クレジットカードの不正使用」『平成16年重要判例解説』P.171・刑法11事件
- ・詐欺罪と偽造有印私文書行使罪とが包括一罪の関係にあるとした事例
東京高判平7.3.14(判例時報1542-143)
前田雅英「最新重要判例250 刑法」(弘文堂, 2009) P.250(248事件)
東京地判平4.4.21(判例時報1424-141, 判例評論411-51)
東京地判平4.7.7(判例時報1435-142)

(参考資料)

- ・『大コンメンタール刑法』(青林書院, 第2版, 1999) P.203~210
- ・井田 良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005) P.457~8, 461~4
- ・只木 誠『罪数論の研究』(成文堂, 補訂版, 2009) P.164~175
- ・山中敬一『刑法総論』(成文堂, 第2版, 2008) P.977~8

(基本書)

- ・大谷 實『刑法講義総論』(成文堂, 新版第3版, 2009) P.465~470
- ・ 同 『刑法講義各論』(成文堂, 新版第3版, 2009) P.254~6, 452~461
- ・西田典之『刑法各論』(弘文堂, 第4版補正版, 2009) P.187~9, 343~350
- ・前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会, 第4版, 2006) P.480~485
- ・ 同 『刑法各論講義』(東京大学出版会, 第4版, 2007) P.289, 444~451
- ・山口 厚『刑法総論』(有斐閣, 第2版, 2007) P.342~346

【分析と展開】

第1 乙の罪責について

1 B宅へ入ってCを縛り上げ、金銭入りの封筒を持ち出した行為について

(1) 乙は、強盗目的でたまたま鍵のかかかっていなかった勝手口からB宅へ立ち入っている。このような目的での立入りを住居権者であるCが同意するわけがないので、立入りは意に反したものであり、あるいは平穏を害する態様のものといえ、「侵入」にあたり、住居侵入罪の構成要件に該当する。

よって、住居侵入罪(130条前段)が成立する。

(2) 強盗罪(236条1項)

ア 強盗罪における暴行とは「反抗を抑圧するに足りる有形力の行使」を意味する。乙が、30歳の男性であり、体力的にBの妻C(33歳、女性)に勝っているものといえることから、このように体力的に勝った者にロープで縛り上げられることは、反抗を抑圧するに足りる有形力の行使といえ、「暴行」と認定されよう。

イ 次に、「強取」とは「反抗抑圧状態にある被害者の意思に反して被害者の占有を排除して、自己または第三者に占有を移すこと」を意味する。Cを縛り上げて寝室のたんすにあった20万入りの封筒をポケットに入れB宅を出た行為はCの意に反して占有を乙に移したといえ、「強取」を認定できよう。

(3)ア ところで、乙はA宅のつもりでB宅へ侵入・強盗をしていることから、錯誤があり、「罪を犯す意思」(38条1項)すなわち故意がないのではないか。

イ 本件のような具体的事実の錯誤の一類型である客体の錯誤がある場合に、どのような処理をすべきか、自説を簡潔に理由を挙げて示すことが必要といえる。そして、具体的事実の評価を加え、自分が定立した規範にあてはめることが肝要であるといえる。

2 交通事件原票に甲名義を使用し提出した点について

(1) 交通事件原票に、「甲」とサインし、提出した行為について、有印私文書偽造罪、同行使罪(159条1項、161条1項)が成立するか。

(2) まず、私人名義で交通事件原票にサインして文書を作成していることから、有印私文書偽造罪が問題となるところ、「行使の目的」や「偽造」、「事実証明に関する文書」について、保護法益からその定義を導き、規範を定立した上で、具体的事実を評価して定立した規範にあてはめることが肝要といえよう。

ア 具体的には、「行使の目的」は、文書に対する公共の信頼という保護法益から、文書が公共の信頼を害するおそれのある場合、すなわち他人が認識しうる状況に置く目的をいうところ、乙は、警察官に提出するために交通事件原票を甲名義で作成しており、警官という他人に認識しうる状況に置く目的があるといえるので、「行使の目的」が認められるといえよう。

イ 次に、「事実証明に関する文書」とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書をいうが、交通事件原票は、署名者に反則金の納付などを命じる通告書および納付書の交付または送付をすることになる(道交法126条、127条)という点で、実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書といえ、「事実証明に関する文書」といえる。

ウ そして、文書の名義の真正に対する公共の信頼という偽造罪の保護法益から、「作成者

（文書作成の意思主体）と名義人（文書の意思主体）の同一性を偽ること」という「偽造」の定義をあげて、端的にこれに該当することを認定する必要があるだろう。

ところで、通常の私文書の場合、本件のように名義人の承諾があれば、作成者に作成権限が認められるため、このような権限により作成された文書は、名義人の意思を表示するものであって、文書の作成名義の真正に関する公共の信頼が害されることがないから、「偽造」といえないであろう。

しかし、本件事案の特殊性として、本件文書が交通事件原票であるという点がある。交通事件原票は、文書の性質上、名義人の承諾があっても名義人以外の者は作成を許されないものであって、同意があってもその同意は無効であるから、「偽造」に該当するとする見解がある。本問では、それを踏まえた論述が求められる。

(3) 以上を踏まえ、乙に私文書偽造罪が成立するかどうかを検討すべきである。また、警察官に提出しているので、偽造私文書の行使罪も検討する必要がある。

3 甲名義のクレジットカード使用などについて

(1)ア ガソリンスタンドに対する詐欺罪（246条1項）が成立するか。

この点、他人名義のクレジットカードの不正使用については自己名義のクレジットカードの不正使用と同様に考えるものとされる。そして、自己名義のクレジットカードの不正使用につき詐欺罪が成立するかについては、さまざまな見解があるが、加盟店に対する1項詐欺罪が成立するとするのが判例・通説である。詐欺罪が成立とした場合には、詐欺罪の各構成要件を解釈した上で、具体的事実にあてはめる必要がある。

イ 判例・通説にたった場合、本件で乙は、「ガソリン満タン。支払いはカードで。」と言って、甲名義のクレジットカードを店員に示している。これは、ガソリンの給油という財物の交付を受けるため、カードの名義人甲ではないのに甲であると偽って、従業員をして甲であると誤信させるような行為をしているという点で、「欺」く行為といえる。

また、上記行為により店員をして甲であると信じさせており、店員に錯誤が認められる。

次に、この錯誤に基づいて店員に給油をさせることで、ガソリンという財物を交付させ、上記給油によって、ガソリンの占有を移転させている。

さらに、上記の錯誤がなければなされなかったであろうガソリン給油をさせた点でガソリンスタンドに損害が発生したといえる。

よって、詐欺罪が成立するといえよう。

(2)ア 請求明細書に、「甲」と偽ってサインしてガソリンスタンドの従業員に手渡した点について、有印私文書偽造罪（159条1項）と同行使罪（161条1項）が成立するか。

イ もともと請求明細書は、提出するために書くものであり、「行使の目的」があるといえる。

次に、請求明細書は、カードを使って給油をした取引の事実という実社会生活に交渉を有する事項を証明するための文書といえ、「事実証明に関する文書」といえる。

そして、乙は自らの名前ではなく「甲」とサインしたものであるから、名義人と作成者との同一性に齟齬があるといえ、「偽造」といえる。

また、乙は従業員に当該明細書を提出しているので、「行使」しているといえる。

ウ よって、乙に、有印私文書偽造罪（159条1項）と同行使罪（161条1項）が成立するといえるだろう。

(3)ア 甲に無断で甲のクレジットカードを持ち出した点について、甲に対する関係で、横領罪

(252条1項)が成立しないか。ダッシュボード内にあったクレジットカードが、「自己の占有する」ものといえるか問題となる。

イ 占有を認めるためには、客観的な占有の事実と、主観的な占有の意思とが必要である。
ウ 本件では、確かに、甲が車の使用を許諾している点で車内のダッシュボードの中にあるクレジットカードの占有についても、乙の占有に移っているとも考えられる。

一方で、ダッシュボードはシート上などと異なり、車内とは別個の空間であって、誰にでも容易に持ち出せるようなものではないので、特別な承諾のない本件においては、占有は依然として甲に残っているとも考えられる。

占有が乙にあるとした場合には横領罪の成立が、甲にあるとした場合には窃盗罪の成立が問題となる。

4 罪数

以上から、乙には、①住居侵入罪(130条前段)、②強盗罪(236条1項)、「甲」として交通事件原票にサインして提出した点について、③有印私文書偽造罪(159条1項)、④偽造私文書行使罪(161条1項)、甲のクレジットカードの使用などについて、⑤詐欺罪(246条1項)、⑥有印私文書偽造罪(159条1項)、⑦偽造私文書行使罪(161条1項)、⑧甲に対する関係で窃盗罪(235条)または横領罪(252条1項)が成立する。

①と②、③と④、⑥と⑦は、それぞれ手段・結果の関係があり、牽連犯(54条1項後段)となり、これら3つと⑤と⑧とが併合罪(45条前段)となる。

もっとも、⑤と⑥⑦の関係については、併合罪として加重されるのが不当であるとの考えから、包括一罪とする見解が存する(解説参照)。

第2 甲の罪責について

1 乙がB宅へ立ち入ってCを縛り上げ、金銭入りの封筒を持ち出した行為について

(1) 上記のように乙については、住居侵入罪と強盗罪が成立する。

乙に対して、上記犯罪をするように持ちかけた甲には、これらの罪について共謀共同正犯が成立しないか。甲は乙のこれらの行為の実行については関与していないことから教唆にすぎないのではないか問題となる。

(2) この点、共謀共同正犯の成否について、端的に規範(例えば、練馬事件判決の3要件)を示した上で具体的事実に沿って評価・あてはめをしていく必要がある。

本件では、まず、乙はこの持ちかけに対して承諾をしており、共同実行意思が形成されたといえるから、①共同実行意思が認められている。

次に、甲は、具体的な指示をしている。このように、甲は、乙を積極的に利用することでAへの復讐という自己の犯罪を実現する目的があるといえ、相互に利用補充しあって住居侵入や強盗を行うという、②事前の共謀があるといえる。

次に、上記のように共謀者である乙は住居侵入と強盗を実行しており、③一部の者の実行が認められる。

よって、共謀共同正犯の成立要件は満たすと考えられる。

(3) 錯誤

もっとも、甲は乙がA宅に入ると思っており、B宅へ入るとは思っていないことから、B宅へ入って強盗をすることについて上記と同様、錯誤があり、「罪を犯す意思」(38条1項)すなわち故意があるかが問題となる。

ここでは、上記と同様に具体的事実の錯誤(ただし、この場合は方法の錯誤と一般に解さ

れている)が問題となり、上記と同様に、法定的符合説によれば、故意は否定されないといえる。

(4) よって、甲に、住居侵入罪と強盗罪について共謀共同正犯が成立するといえよう。

2 A宅へ入って金庫を持ち出した行為について

(1) 住居侵入罪(130条前段)

甲が強盗目的でA宅へ立ち入った行為は、住居権者Aの意に反する、あるいは平穏を害する態様のものといえ、「侵入」といえる。

よって、住居侵入罪が成立する。

(2) 強盗殺人罪(240条後段)

ア 上記と同様に、端的に規範を示してあてはめをする必要があるといえよう。

本件においては、30代の甲が、体力的に甲より劣るであろう60代の高齢者であるAの頭部に花瓶を叩きつける行為は、Aの生命身体に重大な影響を与えるほどの危険な行為といえ、反抗を抑圧するに足りる有形力の行使といえる。

よって、「暴行」が認められよう。

イ 本件では、甲は、上記暴行によって気絶したAの意思に反して小型金庫を手にして帰ったといえ、「強取」が認められる。

ウ 上記甲の暴行によってAの死亡という結果が発生している。このことから、乙に強盗殺人罪(240条後段)が成立しないか。

この点に関しては、まず、240条後段には、殺意のある場合を含むか否かを理由をつけて端的に論証することが重要である。

3 乙が交通事件原票に「甲」とサインしたことについて

(1) 乙に名義使用の許諾をしている点で、甲に有印私文書偽造罪の共謀共同正犯(60条)が成立しないか。

(2) まず、甲が名義を貸すことで、名義人でない乙が、甲として交通事件原票を作成し虚偽の外観を作成するという①共同実行意思が認められる。

次に、名義を貸すことが、乙がA宅に入って強盗をすることの条件となっており、甲としてはこれによって乙が強盗に入ることが甲のAに対する復讐という目的を達成する手段といえる。また、乙としては、甲の計画を手伝うという目的のために甲の名義を使用しているといえる。そして、甲と乙は、なにかあったら甲の名前を使い虚偽の外観を作出するという謀議をしている。このようなことから②相互利用補充するための共謀が認められる。

次に、上記のように乙が、交通事件原票にサインしており、③共謀者の一人である乙が実行したものといえる。

(3) よって、有印私文書偽造罪の共謀共同正犯が成立するといえよう。

(4) また、甲は乙が偽造した文書を提出することについても、上記の要件を満たしているといえるので、偽造私文書行使罪についても、共謀共同正犯が成立する。

4 罪数

B宅への①住居侵入罪の共謀共同正犯(60条、130条前段)、②強盗罪の共謀共同正犯(60条、236条1項)、A宅への③住居侵入罪(130条前段)、④強盗殺人罪(240条後段)、交通事件原票作成について、⑤有印私文書偽造罪と⑥偽造私文書行使罪の共謀共同正犯(60条、159条1項、161条1項)が成立する。

①と②、③と④、はそれぞれ住居侵入と強盗が手段・結果の関係にあり、⑤と⑥は、偽造と

行使が手段と結果の関係にあり、牽連犯(54条1項後段)となる。そして、それら3罪は併合罪(45条前段)となる。

【解説】

◆ 論点① 具体的事実の錯誤および共犯の錯誤 ◆

1 問題の所在

本問では、甲は乙にA宅に強盗に入るように持ちかけているが、乙はB宅をA宅と勘違いしてB宅に強盗に入っている。そこで、甲・乙には「罪を犯す意思」(38条1項)がなく、故意が阻却されるのではないか。

2 具体的事実の錯誤

故意が認められるためには、犯罪事実の認識がなければならない。では、行為の結果が行為者の認識と異なる客体に生じた場合にも、当該客体に対する故意を認めることができるか。いわゆる具体的事実の錯誤の処理が問題となる。

(1) 学説

A 法定的符合説

行為者が認識した内容と発生した事実が構成要件の範囲内で符合していれば、故意を認める。
(理由)

- ① 構成要件の上で同じ評価を受ける事実を認識すれば、当該行為に関し規範の問題に直面するから、認識内容と発生事実が構成要件の範囲内で符合する限り、行為者の反規範的意思活動が認められ、故意を阻却しない。
- ② 故意とは、一般人ならばその罪の違法性の意識を持ち得る犯罪事実の認識をいうが、「客観的事実に応じた犯罪類型の故意を成立させるだけの認識が存在したか」という故意論としては、例えば殺人罪の故意非難には「人」を殺す認識で十分なのであって、「その人」「Aという特定の人」を殺す認識は不要である。

* 法定的符合説において、故意の個数を問題にするかについて、見解の対立がある。

A₁ 数故意犯説

複数の故意犯の成立を肯定する。

(理由)

- ① 法定的符合説は、行為者の表象した行為客体と現実に結果の発生した客体とが同一の構成要件的评价を受ける範囲で全て故意の成立を認め、故意が具体化された行為客体に対するものであることを必要としないのであるから、行為者の表象した行為客体の数よりも広く故意犯の成立を認めることになる。
- ② 故意犯が複数個成立しても、観念的競合(54条1項前段)の関係にあつて、科刑上は1個の罪として扱われるから、格別の不都合は生じない。

A₂ 一故意犯説

1個の故意がある場合には、1個の故意犯の成立のみを認める。

(理由)

1個の故意しかなかったにもかかわらず数個の故意犯の成立を認めるのは、責任主義の見地から疑問がある。

B 具体的符合説

認識した内容と発生した事実とが具体的に一致していなければ、故意は認められない。

(理由)

生の具体的事実の認識が故意であるという前提に立つと、法益主体の相違は捨象できない重要性を備えたものである。

(批判)

- ① 軽微な錯誤までをいちいち取り上げるため、構成要件の故意が認められる範囲が狭くなり、実際に適合しない。
- ② 具体的符合説は、故意を阻却しない客体の錯誤と、故意を阻却する方法の錯誤を区別するが、この限界は微妙であり、かかる区別に合理的な理由はない。

(2) 判例

□ 最判昭53.7.28(刑集32-5-1068)

最判昭53.7.28は、以下のように判示して、法定的符合説の数故意犯説(A1説)に立つことを明らかにしている。

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきである…被告人が人を殺害する意思のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為に出た結果、被告人の意図した巡査Aに右側胸部貫通銃創を負わせたが殺害するに至らなかったのだから、同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に、被告人の予期しなかつた通行人Bに対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為とBの傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立」する。

(3) あてはめ

本問乙は、B宅をA宅と勘違いしたにすぎないため、客体の錯誤に当たる。よって、どの説に立っても、乙の故意は阻却されず、乙は住居侵入罪と強盗罪の罪責を負うことになる。

3 共犯と錯誤

では、乙にA宅に強盗に侵入するように持ちかけた甲はいかなる罪責を負うか。このような共犯と錯誤の問題は、①同一共犯形式内での錯誤と②異なる共犯形式内での錯誤があるが、本問は①同一共犯形式内での錯誤に当たる。そして、本問で甲に共謀共同正犯を認めた場合には共同正犯の錯誤、教唆犯を認めた場合には教唆犯の錯誤に当たるため、以下場合を分けて説明する。

(1) 共同正犯者間の錯誤

共同正犯の錯誤とは、共同行為者相互間の表象・認識に齟齬がある場合をいう。

ア 同一の構成要件内の錯誤

共同正犯の錯誤が同一構成要件内の錯誤である場合には、具体的事実の錯誤に関する考え方に従って判断される。

A 法定的符合説

共同行為者の一部の者が客体の錯誤に陥っていた場合、共同行為者の一部の者が方法の錯誤によって狙っていた人以外の者に結果を発生させた場合いずれの場合でも、故意は阻却されない。

B 具体的符合説

客体の錯誤の場合には故意を阻却しないが、方法の錯誤の場合には故意を阻却する。

イ 異なった構成要件間の錯誤

A 行為共同説

それぞれの故意に応じた共同正犯が成立する。

B 部分的犯罪共同説

それぞれの構成要件が重なり合う限度で、共同正犯の故意を肯定する。

(2) 教唆犯の錯誤

教唆犯の錯誤とは、教唆者の表象・認識と、被教唆者が実行した事実との間に齟齬がある場合をいう。

ア 具体的事実の錯誤

A 法定的符合説

客体の錯誤，方法の錯誤を問わず，故意を阻却しない。

B 具体的符合説

教唆者からみて客体の錯誤の場合には、教唆の故意を阻却しないが、方法の錯誤の場合には、故意を阻却する。ただし、錯誤が法的に重要でない限り故意は阻却しないというのが原則である。

被教唆者が客体の錯誤に陥った場合に、教唆者は方法の錯誤か客体の錯誤かについては争いがある。

イ 抽象的事実の錯誤

構成要件が形式的・実質的に重なり合う範囲内で、故意の教唆犯が成立する。重い罪を教唆された者が軽い罪を実行した場合、重なり合う限度内で、軽い罪の範囲内で故意が認められ、逆に軽い罪を教唆された者が重い罪を実行した場合には、重なり合う限度で、軽い罪の故意を阻却しない。

ウ 判例

□ 最判昭25.7.11(刑集4-7-1261)

本件事案は、Xが甲らにA方への住居侵入窃盗を教唆したところ、それにより強盗を決意した甲らはA方の屋内に侵入したが母屋には侵入できなかつたので犯行を断念した後、隣家のB商會に押入ることを謀議し、B方住居に侵入して強盗を犯したというものである。

「原判決によれば、被告人Xは甲に対して判示A方に侵入して金品を盗取することを使囁し、以て窃盗を教唆したものであつて、判示B商會に侵入して窃盗をすることを教唆したものでないことは正に所論の通りであり、しかも、右甲は、判示乙等3名と共謀して判示B商會に侵入して強盗をしたものである。しかし、犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致(符合)することを要するものではなく、右両者が犯罪の類型(定型)として規定している範囲において一致(符合)することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも右甲の判示住居侵入強盗の所為が、被告人Xの教唆に基いてなされたものと認められる限り、被告人Xは住居侵入窃盗の範囲において、右甲の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であつて、被告人Xの教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる甲のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人Xに判示甲の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ないものと言わなければならない。」

(3) あてはめ

ア 甲に共謀共同正犯が成立するとした場合、本問は同一構成要件内の錯誤の場合に当たるから、具体的事実の錯誤の考え方に従って判断される。その上で、本問は客体の錯誤の事例であるから、A法定的符合説に立った場合でも、B具体的符合説に立った場合でも、甲の故意は阻却されず、甲には住居侵入罪及び強盗罪の共謀共同正犯が成立することになる。

イ 甲に教唆犯が成立するとした場合、本問は具体的事実の錯誤の事例であるから、A法定的符合説に立った場合は甲の故意は阻却されず、甲には住居侵入罪及び強盗罪の教唆犯が成立することになる。

B具体的符合説に立ち、被教唆者が客体の錯誤に陥った場合に教唆者も客体の錯誤であるとする見解によれば、甲の故意は阻却されず、甲には住居侵入罪及び強盗罪の教唆犯が成立することになる。被教唆者が客体の錯誤に陥った場合に教唆者は方法の錯誤であるとの見解によれば、甲の故意は阻却され、犯罪は成立しないこととなる。

◆ 論点② 私文書偽造と名義人の同意 ◆

1 問題の所在

本問では、乙は、甲の承諾を得て、交通事件原票に甲の名をサインしている。かかる行為について、有印私文書偽造罪（159条1項）が成立するか。

現行刑法は、私文書の偽造については形式主義を基本としていることから、私文書偽造罪における「偽造」とは、作成名義を偽り、文書の作成名義人と作成者との人格の同一性に齟齬を生じさせることをいうと理解することができる。そして、作成者の意義について、文書に意思や観念を表示した者又は表示させた者をいうとする意思説に立った場合には、名義人の事前の承諾があれば、一般的には、その名義で文書を作成しても私文書偽造罪は成立しない。では、名義人の事前の承諾があるときはいかなる場合にも私文書偽造罪は成立しないのか。

2 学説

A 否定説

私文書偽造罪は成立しない。

（理由）

文書の作成主体の同一性についての偽りはなく、ただ違反者の同一性という内容についての偽り、即ち、無形偽造があるのみである。

B 肯定説

B₁説

違法な目的をもって承諾がなされた場合には、名義人の承諾があっても私文書偽造罪が成立する。

（理由）

違法な目的をもってなされた承諾は無効であり、それによつては承諾を得た者に作成権限は生じない。

（批判）

違法な目的で承諾が与えられたからといって、文書作成権限を否定する理由はない。

B₂説

性質上作成名義人による作成だけが予定されている文書については、名義人の承諾があっても私文書偽造罪が成立する。

（理由）

形式主義の下では、文書作成の不真正性が重要であり、文書作成が真正かどうかは、制度としての文書の基礎を侵害するかどうかという観点から決せられるべきところ、名義人の承諾があったとしても、性質上作成名義人による作成だけが予定されている文書を名義人以外の者が作成することは、文書の証拠性を著しく損なうものであって、不真正文書の作成にあたる。

（批判）

名義人による自署性を要求する文書については、負傷等を理由とする代筆もできないことになり、妥当でない。

B₃説

文書の表示内容についての責任を他人に移転することができない文書については、名義人の承諾があっても私文書偽造罪が成立する。

(理由)

文書の性質上、表示された意思・観念についての責任の転嫁が許されず、その名義人自身による作成、即ち、自署だけが予定されている文書については、事前に名義人の同意があってもその名義人は文書の意思・観念の主体になることはできないから、その同意に基づいていても、権限なくして他人の名義を冒用したことになる。

(批判)

裁判例で問題となっている事実証明文書の場合、内容に応じた責任を負うことが予定されていない(ある事実が存在したことを証明する文書を作成したからといって、ある事実が存在したことにはできない)。

B₄説

文書の性質上、一定の場所的状況において作成されること(例えば、警察官により交通違反者と現認されること、実際に試験場で受験すること)が予定されている文書については、名義人の承諾があっても私文書偽造罪が成立する。

(理由)

このような文書においては、名義人は一定の属性を備えた者(例えば、単なるAではなく、警察官により交通違反者と現認されたA、実際に試験場で受験したA)に限定されるので、そうした名義人が存在せず(虚無人)、名義人と作成者の同一性が偽られている。

3 判例

□ 最決昭56. 4. 8(刑集35-3-57)

「交通事件原票中の供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであつて、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立すると解すべきである」

この判例につき、井田教授は、「交通事件の手続においては、定型化された大量の事件を簡易迅速に処理するため、供述内容が不動文字として印刷された書式に、現場において違反者自らが署名するという方法がとられており、そこにおいて「作成名義人と作成者の同一性」が確保されなければ、手続そのものが成り立たない。その意味において、違反者自身以外の名前を書き込むことが法的に予定されておらず、事実上それが行われたとき自分の名を署名することに同意した者は当該文書の予定する本来の効果を生じさせることは法的に認められていない…。その意味で、作成名義人以外の者の作成は『法令上許されない』のである…。」とされる(井田良「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』(有斐閣、第6版、2008)P.204(101事件解説))。

4 あてはめ

A説によれば、乙の当該行為には、甲の同意があることから、有印私文書偽造罪は成立しないこととなる。

B₁説によれば、乙のスピード違反の責任を肩代わりするために乙に「甲」名義使用を許諾しているのに、違法な目的をもって甲の承諾がなされているといえ、乙の当該行為には、有印私文書偽造罪が成立することとなろう。

B₂説によれば、交通反則切符の交通事件原票は、他人の名義を使用することは許されず、文書の性質上作成名義人による作成だけが予定されている文書にあたるので、乙の当該行為には、有印私文書偽造罪が成立することとなろう。

B₃説によれば、交通反則切符の交通事件原票は、文書の表示内容についての責任を他人に移転することができない文書にあたるので、乙の当該行為には、有印私文書偽造罪が成立することとなろう。

B₄説によれば、交通反則切符の交通事件原票は、文書の性質上、一定の場所的状況において作成されることが予定されている文書にあたるので、乙の当該行為には、有印私文書偽造罪が成立することとなろう。

* なお、乙が、甲の名を記入した交通事件原票を警察官に提出した行為について、偽造私文書行使罪（161条1項）が成立し、有印私文書偽造罪とは手段と結果の関係にあるため、牽連犯（54条1項後段）となる。

◆ 論点③ クレジットカード詐欺 ◆

1 問題の所在

乙は、甲になりすまして甲のクレジットカードを使用し、自動車へ給油していることから、これが詐欺罪に当たるのではないかと、他人名義のクレジットカードの不正使用が詐欺罪に当たるか問題となる。

この点については、他人名義のクレジットカードの不正使用も自己名義のクレジットカードの不正使用と理論的には同じに解してよいとされるため、まずは自己名義のクレジットカードの不正使用について説明した上で、他人名義のクレジットカードの不正使用について説明する。

2 自己名義のクレジットカードの不正使用

クレジット会員が代金支払の意思または能力がないのに、自己名義のクレジットカードを使用し、加盟店から物品を購入する行為について、詐欺罪の成立を認めるべきか。

(1) 学説

A 否定説

(理由)

- ① 会員が代金支払の意思も能力もないのにあるように装って加盟店から商品を購入しても、加盟店に対する代金支払はカード会社が行うのであるから、この点に関して何ら虚偽はないので、加盟店に対する欺く行為は存在しない。
- ② 加盟店は、カードの有効・無効をチェックすれば足り、会員代金支払の意思や能力まで考慮する必要はないので、この点の錯誤は重要ではない。
- ③ カード会社は、会員に欺かれようが欺かれまいが、代金支払のあった加盟店に代金の支払をしなければならないのであるから、仮にカード会社に対する欺く行為があったとしても、その欺く行為と代金の支払という処分行為との間に因果関係が存在しない。
- ④ 会員によるカードの提示は、自らの支払意思や能力を表示するという意味を持つ黙示的行為ではなく、信販会社によって確実に支払を受けうるとことを表示しているにすぎない。

B 肯定説

B、加盟店が被疑罔者であり、財物を交付し、被害を受けたのであって、加盟店に対する1項詐欺罪が成立するとする見解(判例・通説)

(理由)

- ① 代金支払の意思又は能力のない者が、その意思又は能力があるように装って、クレジットカードによる物品の購入手続を行うことは、明らかに加盟店に対する詐欺行為に当たる。
- ② 利用客に代金を支払う意思や能力のないことを加盟店が知れば、クレジットカードによる取引を拒絶しなければならないことは信義則上当然である。
- ③ 代金支払の意思又は能力のないクレジット会員がクレジットカードを呈示して物品を購入する行為は、加盟店に対する詐欺行為によって財物を交付させたことに当たる。

（批判）

加盟店は財物を騙し取られてもクレジット会社から立替払いを受けることができ、何ら損害を被らない。

（反論）

加盟店が欺かれて財物を交付することが加盟店の損害であり、後日、信販会社から支払を受けることが加盟店に対する詐欺罪の成立を否定することにはならない。

B₂ 会員が加盟店を介して信販会社を欺き、信販会社をして加盟店に代金を支払うという処分行為をさせて財産上不法の利益を得たものとして信販会社に対する2項詐欺罪が成立するとする見解

（批判）

- ① 売上票を受け取った信販会社は、有効なカードにより取引がなされている限り、必ず立替払いをしなければならないのであるから、信販会社に錯誤に基づく処分行為はない。
- ② 立替払いをする時点で既遂となり、既遂となるのが遅すぎる。

B₃ 加盟店に対して欺く行為があり、信販会社の財産を処分する地位にある加盟店が錯誤に陥って処分行為を行った結果、立替払いをさせられた信販会社が被害者となったとする説

B₃₋₁ 1項詐欺説

（理由）

- ① 信販会社の加盟店に対する立替払いを財物の交付と捉えて財物に対する詐欺とする。
- ② 現実には金銭ではなく商品を取得しており、典型的な1項詐欺罪とは異なるが、取引上は両者の財物としての価値は実質的に同一である。

（批判）

立替払いは現金によるのではなく振替によるのだから、1項詐欺を認めることはできない。

B₃₋₂ 2項詐欺説

B₃₋₂₋₁ 会員が商品を得て、信販会社が債務を負担したことにより損害を受けたので、商品を購入した時点で2項詐欺が既遂となるとする説

（批判）

商品の取得と債務の負担が表裏の関係にないので、詐欺行為者が得た利益と被害者が被った損害とが素材同一性の関係になければならないという要請に反する。

B₃₋₂₋₂ 信販会社が加盟店に立替払いをしたことにより行為者が債務の支払を免れたとして、商品購入の時点で既遂とする説

（批判）

立替払い商品を購入し、売上票を作成した時点で、事実上債務を引き受けることになるとし、既遂になるとするが、まだ立替払いも債務の支払の免脱もない時点で、財産的損害の発生危険が認められるだけで、既遂を肯定することはできない。

B₃₋₂₋₃ 加盟店は売上票を信販会社に送付したことにより、加盟店に信販会社のため「その財産を処分し得る権能又は地位」が認められるが、加盟店は、第三者たる信販会社に「代金相当額の支払を受ける地位」を与えるという交付を行ったと捉え、第三者に財産処分を受ける「地位」を交付させた2項詐欺であるとする説

(批判)

- ① その「地位」を得ることは財産上の移転ではない。
- ② 詐欺罪は、財産に関する侵害犯であり、「地位」を得ただけでは既遂にならない。

なお、2項詐欺罪とする説全てに対して、取得された商品は詐取された物とはいえなくなり、情を知ってそれを譲り受けても、盗品罪に問えなくなるとの批判がある。

(2) 裁判例

□ 東京高判昭59.11.19(判タ544-251)

〔事案の概要〕

被告人は、代金支払意思も能力もないのに、これがあるかのように装って、クレジットカードの名義人と共謀して加盟店から電気製品等を騙し取ったとして詐欺罪で起訴された。

〔判旨〕

「クレジットカードによる物品販売の仕組みは、クレジット会社との間にクレジット契約を締結して、クレジット会社からクレジットカードの貸与を受けた会員が、右クレジット会社との間に加盟店契約を締結している加盟店において、右クレジットカードを提示してクレジットカード売上票にサインすれば、その場で代金を支払うことなく物品を購入することができ、右代金については、後日販売店からの右売上票の提示によつてクレジット会社から販売店に立替払いがなされ、さらにクレジット会社はこれを利息あるいは手数料とともに、会員の銀行口座からの振替入金の形で右会員から支払いを受けるというものであり、クレジット会社による会員への信用貸与を内容とするシステムに他ならないところ、右システムは、会員が後日クレジット会社に代金及び利息(あるいは手数料)を必ず支払うことを前提とするものである以上、会員に、後日クレジット会社に代金及び利息(あるいは手数料)を支払う意思も能力もないことが明らかな場合には、販売店は右会員に対し物品の販売を拒否することにより、クレジット会社に不良債権が発生しないようにすべき信義則上の義務をクレジット会社に対して負っていることは、右システム自体からしておのずから明らかであり、したがって、販売店において、会員が後日クレジット会社に代金及び利息(あるいは手数料)を支払う意思も能力もないことを知りながら会員に物品を販売した場合には、クレジット会社は右販売店に対し信義則違反を理由として、右代金の立替払いを拒むことができるといわなければならない。以上の法律関係に照らせば、会員が後日クレジット会社に対し代金及び利息(あるいは手数料)を支払う意思及び能力を有するかどうかについて、販売店としても関心を持たざるをえないことは明らかであり、会員が販売店の従業員に対して後日クレジット会社に対し代金及び利息(あるいは手数料)を支払う意思も能力もないのにこれあるように装い、右従業員がその旨誤信し物品を販売した場合には、会員の欺罔も従業員の錯誤もあるといわざるをえず、刑法246条1項の詐欺罪の構成要件に該当することは明らかであつて、加盟店を介してのクレジット会社に対する同条2項の詐欺罪の成否を論ずる要はないと

いうべきである。」

3 他人名義のクレジットカードの不正使用

(1) 学説

A 消極説

単に名義を偽るだけでは詐欺罪にいう欺く行為に該当しない。クレジットカードの使用権限を与えられていない場合に限り詐欺罪が成立する。

(理由)

名義人自身が他人にそのカードを交付し、使用を承諾しているのであれば、それは最終的に経済的負担を負う者の同意であるから、詐欺罪には当たらない。

B 積極説

名義を偽るだけで詐欺行為に該当し、カード名義人からカードの使用権限が与えられているか否かを問わない。

(理由)

クレジットカード制度は、カード名義人本人に対する個別的な信用を供与することが根幹となっているのであるから、カードの利用者がカードを利用する正当な権限を有するカード名義人本人であるかどうかがクレジットカード制度の極めて重要な要素である。

C 中間説

原則として名義を偽るだけで詐欺行為に該当するが、カード名義人の配偶者などの近親者であって本人と同視し得る者が使用する場合には詐欺罪には該当しない。

(理由)

わが国におけるクレジットカード取引の実態は、夫が自己名義のクレジットカードを配偶者などの家族に貸与して使用を認めることが時折見受けられ、加盟店もこのような場合に性別が異なるなどを理由としてカード取扱いを拒む扱いはしていない。

(2) 判例

□ 最決平16. 2. 9(刑集58-2-89)

〔事案の概要〕

ガソリンスタンドBでは、名義人以外によるクレジットカードの利用行為には応じないこととなっていたが、被告人Xは、クレジットカードの名義人Aになりすまし、Bの従業員にカードを呈示して給油を受けた。Xにはカードの正当な利用権限がなく、かつ、カードの利用代金を支払う意思も能力もないにもかかわらず、Xはこれをおもむくように装った。もっともXは、名義人Aからカードの使用を許され、名義人Aにおいて利用代金が決済されるものと誤信してカードを使用した可能性も否定できなかった。

〔判旨〕

「被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する。仮に、被告人が、本件クレジット

カードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」

- * この判例については、A説の立場を採らないことは明らかだが、B説又はC説のいずれの立場を採ったものかは明らかでないとされる。また、本決定の意義は、カード名義人の承諾があるときに、名義の冒用それ自体が詐欺行為に当たることを明示した点にあるとされる。

4 あてはめ

本問においては、甲が乙に対してクレジットカードの使用を許可したというような事情はみられないため、どの説に立っても乙には詐欺罪が成立すると考えられよう。

◆ 論点④ 偽造私文書行使罪と詐欺罪の罪数関係 ◆

1 問題の所在

クレジットカードの不正使用につき商品交付の時点で詐欺罪が成立するとすれば、本件では、ガソリンの給油を受けて詐欺罪が既遂となったあとで、請求明細書にサインをして私文書偽造罪が成立し、これを従業員に提出して偽造私文書行使罪が成立している。

一般的に、偽造文書行使罪と詐欺罪は、「手段」「結果」の関係にあるものとして、牽連犯の関係となるが、本件においては、時間的に詐欺罪が先になっているので、先後関係から偽造文書行使を手段とした詐欺罪とはいいいくく、牽連犯とはならないと考えられる。他方、サインをすることが、クレジットカード決済には不可欠なものであるから、両者は密接な関係にあり先後関係は重要ではなく、併合罪として通常の偽造私文書行使罪と詐欺罪に比して重く処罰することは、不当であるといえる。そこで、本件のような事例において包括一罪とならないか、異なる罪名・法益侵害においていわゆる混合的包括一罪が認められるか問題となる。

2 判例

□ 東京高判平7. 3. 14（高刑48-1-15，判タ883-284）

偽造有印私文書行使罪と詐欺罪との併合罪を否定して、混合的包括一罪を認容した裁判例

〔事案〕

被告人Xが自己の会社から銀行支店に対して行う協力預金の資金についてノンバンクからの融資を仰ぐこととし、かつ融資の担保としてノンバンクのため右協力預金につき質権を設定することをノンバンクに約したが、銀行支店職員Yと共謀の上、右預金に質権を設定する意思等がないのにあるように装ってノンバンク職員から同支店の自己の会社の口座に預金相当額を振込入金させたいと、同支店長作成名義の質権設定承諾書を偽造してこれをノンバンク職員に交付した。

〔判旨〕

「一般的には有印私文書偽造，同行使，詐欺との間には順次手段結果の牽連関係があると認められるが，本件の事実関係においては，欺罔されたEの担当者からC支店のG名義の普通預金口座に約50億円が振込送金され，Aが同普通預金口座から50億円を同社名義の通知預金に振り替えた後に同人においてC支店長名義の質権設定承諾書を偽造してこれをEの担当者であるMに交付して行使しており，詐欺が既遂に達してから偽造質権設定承諾書を行使していることが認められるから，偽造有印私文書行使が詐欺の手段となっているとはいいい難く，両者を牽連犯とするのは相当でない。

ところで，一般に銀行預金を担保として第三者から融資を受ける場合には，当該第三者に質権設定承諾書を交付し，その後融資金の交付を受けるのが通常予想される形態と考えられる。ところが，本件においては，融資金が銀行預金の原資となっている関係で，まず融資金が入金されて預金に当てられてこれに関する質権設定承諾書が作成され，それが融資先に交付されているのである。しかし，元々（偽造）質権設定承諾書の交付は，融資金の入金（騙取）につき必要不可欠なものとして，これと同時に，一体的に行われることが予想されているのであって，両者の先後関係は必ずしも重要とは思われないところである。事実，本件と同様の不正融資事

件において、事務処理の都合等から融資金の入金前に預金通帳等を作成して質権設定承諾書を偽造し、これを交付するのと引き換えに不正融資金が振込入金された事例もあることは当裁判所に顕著な事実であり、かつその場合には、当然のことながら、有印私文書偽造、同行使、詐欺とは順次手段結果の関係にあり結局一罪であるとして処断されているのである。そして、右の場合と偶々その担当者の事務処理の都合等から偽造質権設定承諾書の交付と振込入金との時間的先後が逆になった本件のような場合とで罪数処理に関する取り扱いを異にすべき合理的な理由を見出し難いことからすると、偽造有印私文書行使罪と詐欺罪との法益面での関連性が必ずしも強くないことを考慮に入れても、両者は包括一罪として処断するのが相当と解される。」

【本判決の評価】

判例タイムズ883号 P.284の本判決の解説では「(前略)原審は、有印私文書偽造、同行使は牽連犯であるものの、これと詐欺とは併合罪であるとした。時間的順序に従うと、詐欺は、有印私文書偽造、同行使の先に行われている以上、これも一つの見解であろう。(中略)

控訴審判決である本判決は、詐欺が既遂に達してから偽造質権設定承諾書が行使されているから、偽造私文書行使が詐欺の手段となっているとはいいい難く両者を牽連犯とするのは相当でないが、元々(偽造)質権設定承諾書の交付は、融資金の入金(騙取)につき必要不可欠なものとして、これと同時的、一体的に行われることが予想されているのであって、両者の先後関係は必ずしも重要とは思われないところであり、事実、本件と同様の事件において、事務処理の都合等から融資金の入金前に預金通帳等を作成して質権設定承諾書を偽造し、これを交付するのと引き換えに不正融資金が振込入金された事例もあり、かつその場合には、当然のことながら、有印私文書偽造、同行使、詐欺とは順次手段結果の関係にあり結局一罪であるとして処断されているのであり、右の場合と偶々その担当者の事務処理の都合等から偽造質権設定承諾書の交付と振込入金との時間的先後が逆になった本件のような場合とで罪数処理に関する取り扱いを異にすべき合理的な理由を見出し難いことからすると、偽造有印私文書行使罪と詐欺罪との法益面での関連性が必ずしも強くないことを考慮に入れても、両者は包括一罪として処断するのが相当と解されると判示した(有印私文書偽造と同行使は牽連犯であるから、結局全体を一罪として処断している)。同旨の見解をとるものとして、東京地判平4.4.21判時1424号141頁(その評釈として、只木誠・判評411号51頁参照)がある。」とされる。

※ 参考判例

□ 最決昭61.11.18(刑集40-7-523)

窃盗罪又は詐欺罪と(二項)強盗殺人未遂罪について包括一罪を認めた判例

【事案】

AとBが、当初はCを殺害してその所持する覚せい剤を強取することを計画したが、その後計画を変更し、共謀の上、まずAにおいて覚せい剤取引の斡旋にかこつけてCをホテルの一室に呼び出し、別室に買主が待機しているかのように装って、覚せい剤の売買の話をまとめるためには現物を買主に見せる必要がある旨申し向けてCから覚せい剤を受取り、これを持ってホテルから逃走した後、まもなく、BがCのいる部屋に赴いてCを拳銃で狙撃したが、殺害を遂げなかった。

〔判 旨〕

本件事実関係自体から、被告人による拳銃発射行為は、Cを殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪に当たるといふべきであり（中略）、先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるとせよ、前記事実関係にかんがみ、本件は、その罪と（二項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当である。

〔本判決の評価〕

覚せい剤の取得とその返還等を免れたことの法益面での密接な関連性、窃盗または詐欺行為と二項強盗行為の時間的場所的接近性のほか、A・Bが当初からこのような両行為におよぶ意思であったことが考慮されたものである。（大コンメンタール第4巻P.207～）

3 学 説

A 包括一罪説（判例・大谷など）

（理由）

処罰一回性の要請が働く。

偽造文書行使がたまたま後になされたことによって、先になされれば牽連犯として科刑上一罪とされるのに、そのような事情で併合罪として重く処罰されるのは罪数処理として妥当ではない。

（批判）

包括一罪は一罪であるが、科刑上一罪は数罪を科刑上一罪と取り扱うに過ぎず、本件のような牽連犯として科刑上一罪と同視できる事例を包括一罪として処理するのは不合理である。

（「偽造有印私文書行使罪と詐欺罪の罪数関係」前田雅英『最新重要判例250 刑法』（弘文堂、第7版、2009）P.250（248事件））

また、包括一罪の拡大化を招来してしまう。

（反論）

包括一罪には、様々な内容のものが含まれており、科刑上一罪と同様に扱わなければ不合理な場合で、しかも観念的競合や牽連犯に該当し得ない場合を含むのである。そして、手続法上は、科刑上一罪も「一罪」であることを想起する必要がある。（上記「偽造有印私文書行使罪と詐欺罪の罪数関係」）

B 包括一罪否定説

（理由）

一罪として処理するためには、「法益侵害の同一性」と「罪質の重なり合い」が要求される。偽造私文書行使罪と詐欺罪の間には、法益侵害の共通性も構成要件の重なり合いも認められないから、包括一罪とすることはできない。（山中敬一『刑法総論』（成文堂、第2版、2008）P.978）

加えて、上記包括一罪説に対する批判からも、包括一罪とすることはできない。

B₁ 只木説(牽連犯⇒牽連性がなければ併合罪とする説, 只木『判例評論』411-51)

(理由)

「偽造私文書行使罪と詐欺罪とは、偽造行為が先行しそれに基づき相手の処分行為がなされ、あるいは詐欺罪が既遂に達したとしてもそれだけで具体的牽連性が否定されるわけではないと思われる。錯誤に基づき金員を手交するなどして処分行為が行われても完全にその占有が失われていない状況のもとで、その後直ちに偽造文書を行使して財物に対する占有を確実にするような場合などは、牽連性を肯定してよいのではあるまいか。」として、只木教授は、牽連犯が成立する場合を指摘している。

もっとも、同教授は、「具体的牽連性を認めることが不可能であれば、もはや一罪を認めるべきではなく、両者は併合罪の関係にあると見てよい。」としている。

B₂ 観念的競合説(中山善房『大コンメンタール刑法』(青林書院, 第2版, 1999)P.209参照)

(理由)

上記のように、混合的包括一罪とは解することができないし、時間的に詐欺罪が先になっているので、先後関係から偽造文書行使を手段とした詐欺罪とはいいいくく、牽連犯とはならない。

もっとも、詐欺行為と偽造私文書行使の行為は、一連の行為の中で行われており、社会通念上一個の行為であると見てよい場合といえるので、観念的競合となる。

B₃ 併合罪説

(理由)

上記のように、混合的包括一罪とは解することができないし、牽連犯とはいえない。

さらに、詐欺行為が行われた後に、私文書を偽造し行使しているから、社会通念上一ひつの行為とはいえず、観念的競合には当たらない。よって、併合罪となる(上記只木教授の、牽連関係が認められなかった場合を参照。)

4 あてはめ

A説から、偽造私文書行使罪と詐欺罪は、包括一罪となる。

もっとも、私文書偽造と同行使は牽連犯であるから、結局全体として科刑上一罪となる。

B₁説から、本件では、錯誤に基づいて財物であるガソリンを給油して処分行為が行われても完全にその占有が失われていない状況といえ、その後直ちに偽造文書を行使して財物に対する占有を確実にするような場合といえるので、偽造私文書行使罪と詐欺罪は、牽連犯となる。

そして、私文書偽造罪と偽造私文書行使罪は牽連犯の関係であるから、順次牽連して全体として一罪となろう。

B₂説からは、本間における詐欺行為と私文書偽造行使の行為とは、一連の行為の中で行われているため、社会通念上一個の行為であると見てよく、観念的競合となろう。

B₃説から、偽造私文書行使罪と詐欺罪は、一度の行為でなされているとはいえず、社会通念上一ひつの行為とはいえないので、観念的競合とはならない。また、牽連犯ともならないから、両者は併合罪となろう。

◆ 論点⑤ 共謀共同正犯の肯否 ◆

1 問題の所在

甲には、乙のB宅への住居侵入罪・強盗罪について共同正犯(60条)、教唆犯(61条1項)・幫助犯(62条1項)のいずれが成立するか。謀議にのみ参加し、実際にB宅に侵入して強盗を行っていない甲にも、住居侵入罪・強盗罪の共同正犯の成立を認めてよいか。共謀共同正犯の成否が問題となる。なお、同様のことは、乙による私文書偽造罪、偽造私文書行使罪についての甲、甲によるA宅への住居侵入罪、強盗(殺人)罪についての乙に関しても問題となる。

2 学説

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1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各人に帰属する。

(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、共同意思主体説は、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、共同意思主体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と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なし、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 (特に、A₁説共同意思主体説に対し)単なる共謀者をも共同正犯とする肯定説は団体責任を認めるものであり、近代刑法の基本原理解た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、教唆としてしか処罰し得ず、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。

3 判例

□ 最大判昭33.5.28(刑集12-8-1718,百選I75事件,練馬事件判決)

「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。」

本判決について、前田雅英教授は、共謀共同正犯論の「新しい理論化の動き」のきっかけを作

ったのが本判決である、と評価する（前田雅英『最新重要判例250 刑法』（第7版）P.84）。

□ 最決昭57. 7. 16（刑集36-6-695, 百選I78事件）

〔判旨〕

「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画したA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ったものの、知人のB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Aに引き合わせるるとともに、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Aに提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右A及びB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。」

〔判例の評価〕

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っ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＝香城敏磨編著「刑事事実認定（上）」では、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（同・P.348）。

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（西田総論P.332～3）。

4 あてはめ

A₁説によれば、甲と乙には、住居侵入及び強盗の計画により同心一体的な共同意思主体が成立しており、従って、乙に共謀共同正犯が成立しうる。

A₂説によれば、甲が、社会通念上実行担当者乙に比べて圧倒的に優先的地位に立ち、乙に強い心理的拘束を与えて実行に至らせたといえれば、甲に共謀共同正犯が成立し得るが、本件では、実行を渋る乙に対していわばお願いして実行をしてもらっていることから、甲にそのような事情は認められないので、甲には共謀共同正犯は成立しないといえよう。

A₃説によれば、甲と乙は住居侵入及び強盗の計画の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っているといえるため、甲に共謀共同正犯が成立しうる。もっとも、乙は成人男性であり、甲は実行を渋る乙に対していわばお願いして実行をしてもらっており、甲の道具として実行を行ったものとはいえないと考えれば、乙に共謀共同正犯が成立しえないこととなる。

A₄説によれば、共謀に参加した乙が、B宅に入ってCを縛り上げている点で、実行に着手している①。

また、甲は、Aに復讐をするとともに、金銭を得るという目的のために、乙に対してA宅に入ってAを縛り金庫から金を盗むことを持ちかけて、承諾を渋る乙に対して裏側の勝手口を侵入経路として指示するなど具体的な指示をしている。このように、甲は犯罪遂行について、犯行動機の形成や情報提供をして犯罪の重要な部分を担っている点で「実行」と評価できるだけの共謀関係が認められる(②)。

さらに、主観的側面として、上記のように犯行動機の形成や犯罪の重要な部分を担っている点で、関与者である甲が正犯意思を持っているといえる(③)。

よって、甲に共謀共同正犯が成立しうる。

A₄₋₂説によれば、甲は、Aに復讐をするとともに、金銭を得るという目的のために、乙に対してA宅に入ってAを縛り金庫から金を盗むことを持ちかけて、承諾を渋る乙に対して裏側の勝手口を侵入経路として指示するなど具体的な指示をしている。このように、甲は、乙を積極的に利用することでAへの復讐という自己の犯罪を実現する目的があるといえ、相互に利用補充しあって住居侵入や強盗を行うという、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があるといえる(①)。

次に、乙はこの持ち掛けに対して承諾をしており、共同実行意思が形成されたといえるから、共同実行意思が認められる(②)。

次に、上記のように共謀者である乙は住居侵入と強盗を実行しており、一部の者の実行が認められる(③)。

よって、甲に共謀共同正犯が成立しうる。

B説によれば、実行行為を行っていない乙を共同正犯とすることはできず、教唆犯が成立することになる。

◆ 論点⑥ 240条後段に殺意ある場合を含むか ◆

1 問題の所在

甲は、Aに花瓶を叩きつけて頭蓋骨陥没・大脳損傷の傷害を負わせ、死に至らせている。甲が高さ30センチメートル重さ3キログラムの花瓶をAの頭にめがけて思い切り叩きつけるという行為には殺意を認めてよいが、このように犯人が故意に被害者を死亡させた場合、240条後段が適用されるか。240条後段が「死亡させたとき」と規定し、故意がある場合を含まないような表現をとっているため問題となる。

2 学説

A説(通説・判例)

240条後段は殺意がある場合を含み、240条後段のみが適用されるとする見解(理由)

- ① 刑事学上、強盗の機会に意図的に人を殺害する結果が生じることはしばしばみられるところであるから、本罪は利欲犯ではなく、むしろ攻撃犯と捉えるべきである。
- ② 240条後段の法定刑が極端に重く定められていることからすると、立法者は、強盗に際して故意に殺害する場合こそ、240条後段にあたる典型的な事例として予想していたものと考えることができる。
- ③ 240条後段には結果的加重犯についての慣用的用語ともいえるべき「よって」という言葉が用いられておらず、故意犯も含むと解してよい。
- ④ 240条には未遂処罰規定があるが(243条)、未遂処罰は故意犯に限定されており、240条後段を結果的加重犯に限定すると、未遂減輕の余地がなくなる。

(批判)

殺意の有無は重大な差であるのに、これを無視して、重い法定刑を同列に規定したと解すべきでない。

B説

240条後段は殺意がある場合を含まないとする見解

(理由)

- ① 240条後段の罪は強盗罪の延長線上にある利欲犯と解するべきであり、そうである以上、同条は結果的加重犯のみを規定していると解すべきである。
- ② 「死亡させた」という文言からすれば、同条は結果的加重犯と解することができる。

B₁説

236条(強盗罪)と199条(殺人罪)の観念的競合になるとする見解

(理由)

240条は結果的加重犯であり、重い結果に故意のある場合を含まない犯罪類型なので、240条の基本犯たる強盗罪と故意犯たる殺人罪の二罪の成立を認めるのが最も自然である。

(批判)

殺意がない場合には240条後段が適用されて刑の下限が無期懲役となるのに対し、殺意がある場合には、刑の下限が懲役5年ということになり、かえって刑が軽くなるという不都合

合がある。

B₂説

240条後段（強盗致死罪）と199条（殺人罪）の観念的競合になるとする見解（理由）

240条を結果的加重犯と解しつつ、刑の均衡に配慮するためにはこのように解すべきである。

（批判）

- ① 被害者の殺害行為を一方では過失的に評価し（240条後段）、同時に、他方で故意的なもの（199条）と評価する点に無理がある。
- ② 強盗致死罪と殺人罪の両罪の成立を認めることは、死亡の結果を二重に評価することになり妥当でない。

3 判例

判例は、古くは強盗致死罪と殺人罪の観念的競合と解していた（大判明43. 10. 27刑録16-1764）。しかし、大判大11. 12. 22（刑集1-815）は、単に240条後段を適用すれば足りるとしてA説に立ち、最高裁においてもこの立場が踏襲されている（最判昭32. 8. 1刑集11-8-2065）。

4 あてはめ

A説によれば、甲の行為につき、強盗殺人罪（240条後段）のみが成立することとなろう。

B₁説によれば、甲の行為につき、強盗殺人罪は成立せず、1項強盗罪（236条1項）と殺人罪（199条）が成立し、両者は観念的競合となろう。

B₂説によれば、甲の行為につき、強盗致死罪（240条後段）と殺人罪（199条）が成立し、両者は観念的競合となろう。