

■ 2019 年度 S 日程卒業見込者特別入試法律科目試験 「刑法」問題の出題趣旨・解説

【出題趣旨】

刑法総論中、共犯論、未遂犯論、故意論、刑法各論では詐欺罪の各成立要件の理解を問う。詐欺罪の共犯の故意の判定、そして承継的共犯というものを認めるか否か、認めるとしていかなる要件の下でか、更に、甲の犯罪決意の時点で、詐欺行為は客観的には既に未遂に終わっている点をどう評価するか、欺く行為の結果としてなされる財物の交付を受け取る行為が実行行為の一部といえるか、そして不能犯についていわゆる具体的危険説（印象説）を正しく適用できるか、を評価する。

【解説】

詐欺罪の各客観的成立要件を正しく理解していることが大前提となる。また、判例は概ね「ひょっとすると自分は詐欺を含むなんらかの犯罪の被害者から現金を受け取ろうとしているのではないかと推測していた。」という程度の認識で詐欺罪の未必の故意を認める傾向にあることを少なくとも認識していなければならない。このような判例の態度は知ったうえで、この程度では未必の故意は認められないとする立論も不可能ではないが、その根拠については相応に詳しい説明を要する。

0 の息子 S を装った A の 0 に対する金銭供与の依頼は、甲が A からの指示を受け、「荷物」を受け取りに行くことを決意した時点では、既に虚偽であることが露見している。すなわち、この時点で A の詐欺計画が完遂され、詐欺罪が既遂に至る可能性は失われている。A は、金銭を交付させるための欺罔行為を開始しており、A について詐欺罪の実行の着手が認められ、未遂罪が成立することには疑いはない。この時点に先だって甲と A との間に共謀が成立しておれば、甲についても詐欺未遂罪の罪責を問うことは可能であるが、甲の決意はこれよりも後の時点である。また、警察官 P の介入により、甲が加功を決意した時点では、甲が 0 から財物（現金）の交付を受け、0 の財産を侵害する客観的な可能性はない。

判例は類似の事案について、承継的共犯の理論と不能犯におけるいわゆる具体的危険説（印象説）の双方を適用する。甲の行為は先行して行われた A の欺罔行為の効果を利用するものであるから、甲は、A の欺罔行為についても承継的に責任を負い、且つ、加効の時点で客観的には詐欺が完成する可能性がなくても、甲の立場におかれた一般人は、いわゆる騙されたフリ作戦が行われていることなど知るよしもないので、甲の行為は一般人の見地からは、なお詐欺罪を完成させる可能性があるようにみえる、すなわち具体的危険性のある行為で

ある、とするのである。

もちろん、この理論構成を再現できれば十分であるが、Aによる欺罔行為ないし詐欺未遂行為を承継するのであるから、そのことだけでも甲を詐欺未遂罪の共犯とすることはできるので、この点の理解を示した構成は高い評価に値する。あるいは、甲の行為が具体的危険説の見地から詐欺未遂を肯定できるものであるとするならば、逆にこの点だけでも甲を詐欺未遂罪の共犯とすることもできる。この点の理解を示した場合にも評価は高い。

最後に、被害者からの財物の交付を受けるという行為を、詐欺罪の実行行為の一部と評価できるか否かが、甲が詐欺未遂罪の共犯であるとしても、共同正犯なのか幫助犯にとどまるのかを決する。強盗殺人について、被害者殺害後に加功して財物の運び出しのみを手伝った者を強盗殺人の幫助にとどまるとした大審院判例に照らせば、甲を詐欺未遂の幫助とする結論もあり得る。形式客観説の見地から実行行為の一部と看做すことはできなくても、行為計画全体において甲の果たした役割が重要なものであると評価できれば、甲をなお正犯であるとすることもできる。

以上