

## ■2021 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】

甲については詐欺か窃盗か、さらにその実行の着手時期が問題となる事案であり、乙についてはいわゆる誤想（過剰）防衛の成否を問うものである。

### 【解説】

甲の行為については、一般に詐欺として問題となっているケースが多いことから、詐欺罪の成否を検討しているものが多かった。詐欺であれば、最判平成 30 年 3 月 22 日（刑集 72 卷 1 号 82 頁）等を念頭に論じることになる。なお、近時の下級審裁判例で「被告人は、盗む予定のキャッシュカード…を入れた封筒を準備した上で、C 方玄関から 12m 余りの路上で待機し、いつでも C 方を訪問できる状況に至っていた。これらの事情を踏まえると、架け子による欺罔行為や被告人の待機行為は、計画されていた被告人によるすり替え行為と密接な行為であり、架け子による欺罔行為が行われた時点で既に被告人によるすり替え行為が行われる客観的な危険性が飛躍的に高まったと認められるから、その時点において窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当」としたものがある（大阪地判令和元年 10 月 10 日）。もちろん、窃盗にせよ詐欺にせよ、具体的な事実関係に照らせば着手はなかったと結論づけて良く、答案でもそのように理解したものが多かった。A が B に相談したことで結果発生の可能性はなくなっているため、不能犯の成否も問題となりうる。

また、乙は「甲が B に襲われている」と誤想して、甲を助ける意図で行為し、結果的に B を死亡させていることから、いわゆる誤想（過剰）防衛の成否が問題となりうる。これについては最決昭和 62 年 3 月 26 日（刑集 41 卷 2 号 182 頁）が参考になるが、本問の事実関係からすれば実際には存在しないにもかかわらず、一般的な正当防衛のケースとして処理する解答が散見された。また、乙の行為が防衛行為としては過剰ではないかという点も問題となりうる。判例を踏まえつつよく検討できていた答案は、乙には過剰事実の認識があったとして傷害致死罪の成立を認め、刑法 36 条 2 項を準用するとしていたが、他方、相当性判断を具体的事実に沿って検討できていないものも多数見られた。

以 上