2025年度 早稲田大学法科大学院

法学既修者試験 論述試験

刑 法

(出題の趣旨)

【出題の趣旨】

本問は、具体的な事案に即して、刑法総論・各論に関する基本的理解を問うものである。

〔設問1〕は、詐欺罪及び窃盗罪に関する基本的理解を問うものである。このうち、甲がAを騙して500万円を送金させようとした点については、詐欺未遂罪が成立する。詐欺グループとおよそ無関係である(との合理的疑いが残る)第三者の普通預金口座に送金しているにもかかわらず詐欺既遂罪の成立を認める答案が一定数見られたが、詐欺罪が領得罪であることとの整合性等に疑問が残る。一方、乙が甲の指示を受けてコンビニエンスストアのATMから現金を引き出そうとした点については、窃盗未遂罪の共同正犯の成否が問題となる。払戻権限のない者による現金の引き出しがATM設置管理者の意思に反する占有移転として「窃取」に該当しうることを前提に、残高0円の預金口座からの現金引き出しを試みる行為について占有移転の危険を肯定しうるかとの検討が求められる。不能犯に関する客観説の採用を宣言したうえで安易に上記危険を否定する答案が散見されたが、客観説の立場からも危険を肯定する余地がある点には注意が必要である。

なお、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成否を大々的に検討する答案が相当数見られたが、被欺罔者から直接現金の交付を受ける必要があった最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁(刑法判例百選I〔第8版〕82事件)の事案との相違に十分注意する必要がある。甲らの管理支配する預金口座への送金が問題となっている本問において、乙による現金の引き出し行為は財産的利益の領得に不可欠ではなく、乙の関与時点で詐欺(未遂)罪は終了していると評価しうる。それゆえ「当該事案の詐欺を完遂する上で当該欺罔行為と一体のものとして予定されていた受領行為に関与」すれば承継を認める前記平成29年決定の立場を前提にしても、乙に承継的共同正犯の成立を認めることには相当の困難が伴うであろう。

〔設問2〕は、実行の着手、因果関係、故意、共犯と錯誤など、刑法総論の基本的な論点に関する理解を問うものである。このうち、丙がPの頭部を角材で殴打して死亡させた点については、殺人罪が成立する。角材殴打は甲の指示を契機とするが、指示の時点で甲は死体損壊罪の故意しかなく、保護法益の質的相違ゆえに同罪と殺人罪の間に実質的に重なり合う部分を認めることは困難であるから、部分的犯罪共同説(最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁・刑法判例百選I〔第8版〕92事件参照)を前提にする限り、丙の上記行為について甲に共犯が成立する余地はない。他方、甲がPにクロロホルムを吸引させた行為については、別途、殺人罪の単独犯の成否が問題となる。最決平成16年3月22日刑

集 58 卷 3 号 187 頁（刑法判例百選 I〔第 8 版〕 64 事件）に照らせば、甲の当該行為は、殺人罪の実行に着手するものと評価できよう（なお、「P を殺害して〔借金返済の目途が立たない〕窮状を脱しよう」と考えていた点などを踏まえて強盗殺人罪の実行の着手を認める余地もないではないが、本問において、殺害による利益取得の確実性等を基礎づける具体的事情は十分に明らかではない点に注意を要する）。特に検討を要するのは、P の死亡結果との間の因果関係である。P の死因を直接に形成したのは丙の角材殴打であるところ、当該行為を指示したのは甲であること、殺人行為後に犯行隠蔽目的で死体損壊に出ることは不自然・不相当とはいえないこと等を踏まえると、P にクロロホルムを吸引させて失神させた甲の行為（第 1 行為）と甲の指示により行われた丙の殴打行為（第 2 行為）の結びつきは強いとして、因果関係を肯定する余地がある（危険の間接実現につき、最決平成 4 年 12 月 17 日刑集 46 卷 9 号 683 頁・刑法判例百選 I〔第 8 版〕 12 事件、最決平成 15 年 7 月 16 日刑集 57 卷 7 号 950 頁・刑法判例百選 I〔第 8 版〕 13 事件も参照）。しかし他方で、甲の指示は第 1 行為時点での計画を変更してなされたものであるうえ、丙の殴打行為は殺人の故意で自律的な決断の下に行われたものといえる点等を踏まえると、なお第 1 行為の危険性が第 2 行為を介して死亡結果へと現実化したとは評価しえないとして因果関係を否定することも十分に可能であろう（行為者の行為の介在につき、最決昭和 53 年 3 月 22 日刑集 32 卷 2 号 381 頁・刑法判例百選 I〔第 8 版〕 14 事件も参照）。いずれの結論に至るにせよ、ここで挙げた事情をどの程度重視すべきかを明らかにすることが肝要である。因果関係を肯定する場合、因果関係の錯誤について故意は阻却されないとする通説的理解（大判大正 12 年 4 月 30 日刑集 2 卷 378 頁・刑法判例百選 I〔第 8 版〕 15 事件参照）を前提にすれば、甲には殺人既遂罪が成立する。これに対し、因果関係を否定する場合、甲には殺人未遂罪が成立し、P の死亡結果については（前述の通り丙との共謀を肯定し得ない以上）重過失致死罪の成立する余地が残るのみとなる。

なお、甲による第 1 行為について殺人未遂罪の成否に言及することなく傷害罪の成立を認める答案が相当数みられたが、関連判例と事案の経過に照らして明らかに不自然な事案処理である。計画変更の前後で事案を分断した方が、共犯者間の錯誤等の論点を検討しやすくなることは確かではあるが、それは「自分の書きたい論点に合わせて事案処理の方針を枉げる」ものであって、およそ適切な態度とはいえない。また、「クロロホルム」の言葉に引っぱられてか、前記平成 16 年決定に関する議論を大展開する（だけ）の答案が相当数あったが、本問の主たる争点は因果関係である。本件事案の処理に真に必要な論点の選別を行えるよう、基本的な論点については市販の判例集などを活用しつつ典型ケースの事案の特徴を踏まえた学習が有効かつ重要である。