

2024 年度刑事系・解答例

1 設問 1

- (1) 警察官になりすまして A に嘘の電話をした X の行為について、詐欺未遂罪（刑法 250 条・246 条 1 項）が成立しないか。

X は、A に気付かれないように封筒をすり替えてキャッシュカードを持ち去るつもりで嘘の電話をしている。かかる行為であっても「人を欺いて」といえ、詐欺罪の実行行為たり得るか。

ア 詐欺罪は、相手方を欺罔して錯誤に陥らせ、その意思に基づき財物ないし利益を移転させる犯罪類型であるから、欺罔行為は処分意思に向けられていることを要する。ただし、相手方が財物・利益の内容を正確に認識していないとも、その移転の事実が瑕疵ある意思に基づいていれば、詐欺罪の成立には十分であるから、財物ないし財産上の利益が移転するという外形的な状況の認識があれば、処分意思が認められると解する。

イ 本件では、封筒のすり替えの発覚を防止すべく、A のキャッシュカードをそのまま A に返還したとの認識を A に抱かせることを目的として、X は A に対して虚偽の電話をしている。そうだとすれば、A としては、X に何らかの財物を交付することを想定していないのであるから、何らかの財物の移転という外形的な状況の認識すら有しないことになる。

ウ したがって、A が処分意思を有することはなく、それゆえ処分意思に向けられた欺罔行為も存在しないから、「人を欺いて」とはいえない。よって、上記行為は詐欺罪の実行行為たり得ず、詐欺未遂罪は成立しない。

- (2) もっとも、上記行為に窃盗未遂罪（同 243 条・235 条）が成立しないか。

ア 「窃取」行為に「着手」（43 条本文）したといえるか。

未遂犯の処罰根拠は、法益侵害の現実的危険性を有する点にあるから、かかる危険性が惹起された時点で実行の着手を認めることができると解する。そこで、「実行に着手」したかどうかは、実行行為との密接性及び客観的危険性が認められる行為への着手が認められるかにより判断すべきである。

本件では、警察官を装って A に事前に嘘の電話をして金融庁の職員を装った X に対してキャッシュカードを提示するよう求め、A が目を離したすきにすり替えるという窃取行為を行うことが計画されている。そして、X が A に対し、嘘の事実を告げてキャッシュカードを用意することを求めた上、金融庁の職員が A の家に向かっている旨の計画どおりの電話をしていることから、かかる窃取行為との密接性が認められるといえる。

また、X の電話により、錯誤に陥った A が金融庁職員を装う X の指示に従う可能性が高まり、キャッシュカードを X に提示

してこれがXによりすり替えられる危険性が高まったといえるから、客観的危険性がある行為であるともいえる。

よって、窃盗罪への実行の着手が認められ、上記行為に窃盗未遂罪が成立する。

イ そうだとしても、それ以上の犯行計画に至らなかつたため、中止犯（同43条ただし書）の成立が認められないか。

中止犯の成立による刑の減免の根拠は、行為者に対する非難可能性の減少にあると解する。そうだとすれば、自発的に中止したのであれば非難可能性の減少は認められ、外部的事情が、行為者に対しある程度必然的に中止を決意させたような場合でない限り、「自己の意思により」といえると解する。

本件では、警察官の職務質問により計画遂行に至らなかつたところ、そのような中で犯行を行えば犯行が発覚してしまう。そうだとすれば、Xに対してある程度必然的に中止を決意させるような外部的事情があるといえ、「自己の意思」による中止とはいえない。

よって、中止犯は成立せず、刑の減免は受けられない。

2 設問2

差し押さるべき物については、特定されており問題はない。もっとも、捜索差押許可状の「同室内に在所する者の身体及びその所持品」という捜索場所の記載は、「場所」（刑事訴訟法219条1項）の特定を欠き違法ではないか。

(1) そもそも、憲法35条を受けた刑事訴訟法219条1項が場所の特定を要求する趣旨は、捜査機関の権限の範囲を明確にし、被処分者に受忍の範囲を明示することで一般的探索的捜索差押えを防止するとともに、裁判官に当該場所を捜索すべき「正当な理由」の判断を可能ならしめる点にある。それにもかかわらず、捜索対象が特定していないと、「正当な理由」すなわち差押対象物が存在する蓋然性の判断をなし得ない。

そうだとすれば、その場所にいるすべての者が差押対象物を所持している蓋然性が認められるような例外的の場合でない限り、その場に在所する者の身体及び所持品を捜索場所とする捜索差押令状は、「場所」の特定性を欠き219条1項に反すると解する。

(2) 本件では、マンションの一室を拠点としてXが所属する犯罪グループが組織的に活動していると疑われるのであって、そのような場所に無関係なものがいるとは考え難い。そうだとすれば、301号室にいるすべての者が差押対象物を所持している蓋然性が認められるといえる。

よって、「場所」の特定性に欠けず、上記記載も適法である。

(3) 以上より、上記記載の捜索差押許可状も発付できる。以上