

## 只木ゼミ夏合宿第1問検察レジュメ

文責:4班

### I. 事実の概要

5 XはYに対し、多額の金銭債務を負っていたため、詐欺によって金を手に入れて借金を返そうと考えた。平成27年9月7日、XはAに、息子を装い電話をかけ、会社の金を使い込んだため100万円必要だと告げた。Aはそれを信じ、A宅近くの公園にて金銭の受け渡しの約束をした。その際、Xは自分の代理人が金を受け取りに行くとAに知らせていた。

10 XはYに、詐欺で100万円を手に入れたため、公園でAから金を受け取ってほしいことと、その金で借金返済とすることを申し出たところ、Yは承諾した。Yは公園にて、Xの代理人と名乗りAから100万円を受け取った。

15 その後、X、Y(以下「Xら」)は、平成27年9月10日午前3時頃、T市内携帯電話販売店に隣接する駐車場又はその付近に、以前から対立していたB、C(以下「Bら」)を呼び出し、Bに対しては、右手の親指辺りを石で殴打する、複数回手拳で殴る、足で蹴る、背中をドライバーで突くなどし、Cに対しては、複数回手拳で顔面を殴打する、顔面や腹部を膝蹴りする、足をのぼり旗の支柱で殴打する、背中をドライバーで突くなど、暴行を加えた。(第1暴行)

20 第1暴行後、XらはCを車のトランクに押し込み、Bも車に乗せ、T市内の別の駐車場(以下「本件現場」)に向かった。その際、YはZがかねてよりBらにいじめられ恨みを抱いていたことを知っていたため、午前3時50分頃、Zに対しこれからBらを連れて本件現場に行く旨を伝えた。

25 午前4時過ぎ頃、X、Y、Zは本件現場で合流し、3人はBらに傷害を負わせると共謀した上で、Bらに暴行した。Bに対しては、Zが、金属製はしごや角材や手拳で頭、肩、背中などを多数回殴打したり、Xに押さえさせたBの足を金属製梯子で殴打したりしたほか、Xが角材で肩を叩くなどした。Cに対しては、ZがCの体を押さえ、XとYが角材で背中、腹、足などを殴打し、頭や腹を足で蹴り、金属製はしごを何度も投げつけるなどした。共謀加担後に加えられたZの暴行の方が、それ以前のXらの暴行よりも激しいものであった(第2暴行)。

30 Zは第2暴行の際に、第1暴行による傷害でBらが逃げ出すことができない状態であったのを認識しており、ZはBらよりも体格が小さく、1人ではBらに対し復讐を遂げることができないと考えていたことから、XとYに感謝の気持ちを抱いていた。

Zの共謀加担後にわたる一連の前記暴行の結果、Bは全身打撲、頭部強打および切挫創等の傷害を負い、Cは約3週間の安静加療を要する見込みの頭部外傷擦過打撲、頸椎捻挫等の傷害を負った。

35 X、Y、Zの罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁平成24年11月6日判決

## II. 問題の所在

- 5 XはAに対して詐欺を働いているが、Yは行っておらず金員100万円を受け取る役割を果たしただけである。かかる場合に、YはXとともに詐欺罪の罪責を負うか。また、X,YがBらに傷害を負わせた後に呼び出されたZもX,Y同様にBらに傷害の結果を負わせているが、ZはX,Yの行った傷害行為についても傷害罪の罪責を負うか。承継的共同正犯の成否と関連して問題になる。

## III. 学説の状況

- 10 α説:肯定説<sup>1</sup>

後行者は自らの関与以前に先行者の行ったところについても共同正犯としての責任を負担すべきであるとする説。

- β説:否定説<sup>2</sup>

後行者はその関与以降の行為についてのみ共同正犯としての罪責を負うとする説。

- 15 γ説:中間説<sup>3</sup>

先行者の行為によって既に発生した結果について後行者が責任を問われることはないが、先行者の行為・結果が後行者の関与後にもなお継続し効果を持ち続けている場合に、後行者がこれを自己の犯罪遂行の手段として利用する意思で利用した時には、先行行為について共同正犯が成立するという説。

20

## IV. 裁判例

大阪高裁昭和62年7月10日判決。高刑集40巻3号720頁。

[事実の概要]

- 25 被告人AはM組員の被告人Bと共謀の上、Xに暴行を加え、さらに同組員の被告人C共謀の上、手拳、木刀、ガラス製灰皿でXの顔面などを数回殴打するなどの暴行を加えた。被告人DはAらに殴打されて頭部や顔面から血を流しているXの姿やNの説明などからいち早く事態の成り行きを察知したあと、Cの誘いに応じて、共同加功の意思でXの顎を2,3回手で突き上げたり、その顔面を1回手拳で殴打するなどの暴行を加えた

- 30 [判旨]

「一般に、先行者の犯罪にその途中から共謀加担した後行者に対し加担前の先行者の行為及びこれによつて生じた結果(以下、「先行者の行為等」という。)をも含めた当該犯罪全体につき共同正犯の刑責を問ひ得るのかどうかについては、これをすべて否定する見解(所論及び弁護人の当審弁論は、この見解を採る。以下「全面否定説」という。)や、後行者に

<sup>1</sup> 西原春夫『刑法総論上巻・下巻 [改訂版・改訂準備版]』(成文堂,1993年)336頁。

<sup>2</sup> 山中敬一『刑法総論 [第2版]』(成文堂,2008年)851頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論 [新版第4版]』(成文堂,2012年)417頁。

において、先行者の行為等を認識・認容して一罪の一部に途中から共謀加担した以上常に全体につき共同正犯の刑責を免れないとする見解（検察官の当審弁論の見解であり、原判決もこれによると思われる。以下「全面肯定説」という）もあるが、当裁判所としては、右のいずれの見解にも賛同しがたい。（中略）いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによつて生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である」。

## 10 V. 学説の検討

### α 説:肯定説

承継的共同正犯が問題になる犯罪類型は、単純一罪のみならず包括一罪、結合犯、結果的加重犯があるので、そのすべてを「不可分」と考えなければならない必然性はないし、一罪であってもその途中からの関与が可能である以上、関与以前の他の共犯者の行為を帰責できる実質的根拠を個別的に問題にせざるを得ない<sup>4</sup>。また、後行者に事後的な認識と認容があることのみをもって、自己が左右し得ない結果についてまでも責任を負うとするのは、心情刑法を認めるものであって妥当でない<sup>5</sup>。さらに、因果関係が存在しないにもかかわらず、後行者に先行者の行為についての行為責任を負わせるのは妥当でない<sup>6</sup>。

よって、検察側はα説を採用しない。

### 20 β 説:否定説

後行者の関与以前の先行者の行為や結果について後行者の行為が因果関係をもつことはありえないことを理由に、承継的共同正犯を一切認めない説である。

この説にたつと、たとえば、欺罔行為後に詐欺グループに加わって、すでに錯誤に陥っている被害者から金銭の受領のみを引き受けた者は、何ら犯罪を行ったことにはならないであろう。しかし、その行為は全体として詐欺罪の一部を構成することには間違いのないため、騙取行為にだけ関与した場合でも、実行行為の一部を共同に行ったとして共同正犯にあたり、詐欺罪の共犯と解されることになる<sup>7</sup>。このように、実質的にみると刑責を負うべきである者が、実行行為の一部がなされた後で共謀がなされたために因果関係が存在しないという理由のみで不可罰となりうることは妥当でない。

よって、検察側はβ説を採用しない。

### 30 γ 説:中間説

先行者の行為が後行者の関与後も効果をもち続けている場合には、後行者もその点につ

<sup>4</sup> 大塚裕史『刑法総論の思考方法<新版補訂版>』（早稲田経営出版,2008年）510頁。

<sup>5</sup> 西田典之『刑法総論[第2版]』（法律学講座双書,2010年）365頁。

<sup>6</sup> 大塚裕史『基本刑法I 総論』（日本評論社,2012年）423頁。

<sup>7</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2008年）471頁以下。

松宮孝明『刑法総論講義[第2版]』（成文堂,1999年）247頁。

いて責任を負うと考えて部分的に承継的共同正犯を肯定する説である。たしかに、関与前の結果については物理的にも心理的にも、結びつかないとして帰責されず、関与以前に既に生じてしまった傷害の責任を後行者に問うことは許されないと考えることもできる<sup>8</sup>。しかし、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先行者を利用するというように、先行者

5

と後行者とが相互に利用し補充し合って一定の犯罪を実現することは可能である<sup>9</sup>。このように、後行者が自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに関与後の行為によって先行者と共同して違法な結果を実現したといえる場合には、その結果について責任を負うべきであるため、責任を問うことができると考える<sup>10</sup>。したがって、この説にた

10

よって、検察側はγ説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1. A女に対して100万円を騙し取った行為について

#### 1. Xの罪責

15

(1) 上記行為につき、Xに詐欺罪(246条1項)が成立しないか。

(2) ア。「欺」く行為とは、処分行為に向けられ、かつ、被欺罔者がその事実を知れば処分行為をしなかったであろうと認められる重要な事実について欺く行為を言う。

20

本件についてみるに、A女は電話の相手が息子でないということを知れば、100万円を渡していなかったであろうといえる。したがってXの行為は、100万円の支払いという処分行為に向けられ、被欺罔者がたるA女がその事実を知れば100万円の支払いをしなかったであろうと認められる重要な事実について欺く行為であると言え、「欺」いたといえる。

25

イ. Xの欺罔行為によってA女は錯誤に陥り、その結果「財物」たる100万円「を交付させ」、A女に財産上の損害を与えている。故意(38条1項本文)も欠けるところがな

(3) よってXの行為には詐欺罪が成立する。なお、後述するように、これはYとの間で共同正犯となる。

#### 2. Yの罪責

30

(1) 上記行為につき、Yに詐欺罪の共同正犯(246条1項、60条)が成立しないか。

(2) YはXのA女に対する欺罔行為に参加していないことから、かかる欺罔行為についての結果を帰責させることはできるのか。いわゆる承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. この点につき検察はγ説を採用する。具体的には、共謀前の行為及び結果について認識しているのみならず、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用し、関与後の行為によって違法な結果を実現した場合に、後行者について先行行為も含めた帰責

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第5版]』(東京大学出版会,2011年)497頁。

<sup>9</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第3版]』(成文堂,2011年)422頁以下。

<sup>10</sup> 大塚・前掲 423頁。

を認める。

イ. 本件についてみるに、YはXから「詐欺で100万円手に入った」などと言われていることから、共謀前の行為及び結果については認識していた。さらに、Yは自己のXに対する金銭債務を実現するために、A女に自己を代理人だと偽り100万円を支払

5

わせているため、XがA女に対して欺罔行為を行い、錯誤に陥らせたという結果を積極的に利用している。そして、Xの欺罔行為と相まって、Aの財物詐取という詐欺罪の結果を実現させている。

以上より、Yについて、Xの先行行為を含めた詐欺罪の結果について罪責を負う。

(3) よって、YにAに対する詐欺罪の共同正犯が成立する。

10 第2. B・Cに対して暴行を加え、傷害を負わせた行為について

1. X・Yの罪責

(1) 上記行為につき、X及びYに傷害罪の共同正犯(204条、60条)が成立しないか。

(2) X及びYは「共同して」殴る蹴るの暴行を加えBらの生理的機能に障害を与えており、これは「傷害」したと認められる。そして、実行行為と結果との因果関係も認められ、

15

故意も欠けるところもないため、両者に傷害罪の共同正犯が成立する。

2. Zの罪責

(1) 上記行為につき、Zに傷害罪の共同正犯が成立しないか。

(2) ZはXらと「共同して」Bらに対し暴行(第2暴行)を加え、生理的機能に障害を与えていることから「傷害」をしたと認められる。そして、実行行為と結果との因果関係も認められ、故意も欠けるところもないため、Zに第2暴行について傷害罪の共同正犯が成立する。

20

(3) では、第1暴行に対する結果までZに帰責させることはできるのか。Zは第1暴行には何ら関与していなかったことから、承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. 前述同様に検察側はY説を採用し、検討する。

25

イ. ZはYから第1暴行につき連絡を受けていることから、共謀前の行為及び結果については認識していた。そして、Zは第1暴行によりBらが逃げ出せないことを利用し、普段は体格の差などから暴行を加えることのできないBらに対し暴行と言う行為を実現したとも思われる。もともと、第1暴行終了時点で第1暴行における傷害の結果は(例え因果関係が認定できなくとも)既に生じている。かかる傷害の結果に関しては、あくまでそれによって生じたB・Cの犯行抑圧状態がZが第2暴行を行う動機あるいは契機になるに過ぎず、傷害結果自体をZが利用することはできない。以上より、Zは先行行為の自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したとは言えないため、第1暴行の結果については罪責を負わない。

30

(4) よって、Zに第2暴行の限度で傷害罪の共同正犯が成立する。

35

第3. 罪数

1. Xの行為にAに対する詐欺罪の共同正犯とB・Cに対する傷害罪の共同正犯が成立し、両

罪は併合罪(45条前段)となる。

2. Yの行為にAに対する詐欺罪の共同正犯とB・Cに対する傷害罪の共同正犯が成立し、両罪は併合罪となる。

3. Zの行為にB・Cに対する第2暴行の限度での傷害罪の共同正犯が成立する。

5

## VII. 結論

XはAに対する詐欺罪の共同正犯とB・Cに対する傷害罪の共同正犯の罪責を負い、両罪は併合罪(45条前段)、YはAに対する詐欺罪の共同正犯とB・Cに対する傷害罪の共同正犯の罪責を負い、両罪は併合罪となり、ZはB・Cに対する第2暴行の限度での傷害罪の共同正犯の罪責を負う。

10

以上