

### I. 反対尋問

- 5 1. 先行者の行為について後行者は因果性を有しておらず、積極的にその結果を利用したとしても、共同正犯の要件である共謀は先行行為についての意思連絡ないし正犯意思が認められないため、満たさないのではないか。
2. 後行者の行為が構成要件に重大な影響を及ぼしている場合とそう出ない場合の区別が不明瞭ではないか。
- 10 3. 検察側は、強盗罪について財物奪取行為にのみ加担した者について承継的共同正犯を認めると考えるか。

### II. 学説の検討

ア説(肯定説)について

- 15 検察側と同様の理由により弁護側はア説を採用しない。

ウ説(中間説)

- 後行者は介入前の行為を含めた犯罪についてその実行行為の一部を分担しているが相互的了解は実行行為の一部が行われた後に生じているので事前に相互的了解が生じている共同正犯の場合と価値的に同じであるとはいえない<sup>1</sup>。よって弁護側はウ説を採用しない。
- 20

イ説(否定説)について

- 承継的共同正犯において後行者は、介入後の犯罪事実についてのみ責任を負う。それ以上、構成要件上の因果的進展の可能性のない事情を積極的に利用することができないのと同様に、それが因果的に後に生じるべき事象の成立に積極的に利用しうる場合でも、その状況を惹起したのではないから、因果的に先行する事象の発生に対しては、後行者は責任を負わない。ゆえに承継的共同正犯は否定されるべきである<sup>2</sup>。よって弁護側はイ説を採用する。
- 25

### III. 本問の検討

- 30 第1. 甲の罪責

1. 甲がAに対し、違約金を支払う義務が生じた旨のウソを言って現金150万円の交付を要求した行為につき、詐欺未遂罪(刑法(以下法名略)246条1項, 250条)が成立しないか。
- 2(1)「人を欺く行為とは、①交付判断の基礎となる重要な事項について②作為または不作為により偽る行為をいう。

<sup>1</sup> 福田平『刑法総論[第五版]』(有斐閣、2011年)272頁。

<sup>2</sup> 山中敬一『刑法総論II』(成文堂、1999年)810頁。

甲は、A が契約に違反して違約金を支払う義務が生じていないのにも関わらず、この点について嘘をついているため作為により偽っているといえる(①)。また、一般的に、A は契約に違反していないことを知っていれば違約金を支払わなかったといえるし、契約違反には種々の責任が伴うことから契約当事者にとって契約違反の有無は取引通念上重要な関心事

5

であるといえ客観的重要性も認められる。したがって契約違反の有無は交付判断の基礎となる重要な事項といえる(②)。  
(2) もっとも、A は甲の嘘を見破り、錯誤に陥っていないため、詐欺罪は未遂にとどまる。  
(3) 故意(38条1項本文)及び不法領得の意思は認められる。

3. よってこの行為に詐欺未遂罪が成立する。

## 10 第2. 乙の罪責

1. 乙が A から発送された現金が入っていない荷物を受領した行為につき、甲との関係で、詐欺未遂罪(246条1項, 250条)の共同正犯(60条)が成立しないか。

15

2(1)ア. 他者の行為を介して行為及び結果に因果性を及ぼし合う点に共犯の処罰根拠があるため、共同正犯の成立には a 意思連絡及び正犯意思から成る共謀及び b 共謀に基づく実行行為が必要であるところ、本件では A のだまされたふり作戦の開始後に a 共謀がなされている。

この点、そもそも共犯は犯罪の終了後には成立しえないところ、だまされたふり作戦の実行により甲の詐欺未遂罪が終了したといえるならば、その後を受け子として加担した乙に共犯は成立しない。そこで、甲の欺罔行為によって発生した財産移転に至る危険性がだまされたふり作戦の後に消滅しているといえないか、いわゆる不能犯が問題となる。

20

イ. 不能犯か未遂犯かは構成要件該当性の問題である。そして、構成要件は一般人の行為規範であるため一般人を基準にして判断すべきである。また、行為は主観と客観の統合体であるため、行為者の主観も基礎にする。したがって、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎にして、一般人の見地から当該行為の危険性を判断すべきであると考ええる。

25

本件についてみると、乙において被害者 A が騙されたふりをしているとの事情を認識しておらず、その場に置かれた一般通常人にとっても、そのような事情はおよそ認識し得なかったといえるから、被害者が騙されたふりをしているとの事情は、行為の危険性を判断する際の基礎事情から排除する。そして、この場合、一般人の見地からすれば詐欺の危険性を感

30

知すると評価することができる。  
ウ. したがって、不能犯は成立しない。これにより未遂犯としての当罰性認められうることになる。

(2) もっとも、乙は受領行為を行ってはいるが、共謀前の甲の行為については関与しておらず、この行為については b 共謀に基づく実行行為として評価できないため、承継的共同正犯が認められるか問題となる。

35

ア. この点、弁護側は全面否定説を採用するところ、これによれば必ずすべての構成要件の実

現について因果関係を持つ行為といえなければ、正犯性を肯定できず、承継的共同正犯は成立しないと考える。

イ. 共謀前の甲の行為は詐欺罪の構成要件の一要素であるところ、乙はかかる行為について一切関与しておらず、因果性を及ぼしたといえない。

5 したがって、乙に承継的共同正犯は成立しない。

3. 被害者を宅配便業者とする詐欺罪(246条1項)は成立しないか。

本件事情からは明らかではないが、例え受取名義人を偽っていたとしても詐欺罪は未遂罪すら成立しない。

10 なぜなら、宅配業者は受取名義人に荷物を交付することを業務としておらず、その宛所に配達することが業務であるため、受取名義人の同一性は宅配業者にとって交付判断の基礎となる重要な事項ではないからである。

また、乙には詐欺罪の被害金であることを伝える信義則上の告知義務があり、この点で不作為の詐欺罪と捉えるべきとも思えるが、乙のように犯罪に加担している者には右行為を期待できないため信義則上の告知義務は生じないと考える。

15 4. 以上より、乙には何ら犯罪が成立しない。

#### IV. 結論

甲の行為について詐欺未遂罪が成立する。

以上