

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側がB説を採用しない理由として、詐欺罪や恐喝罪における後行者が不可罰となるのは妥当でない旨主張しているが(検察レジュメ3頁18行目)、これ以外に検察側がB説を採用しないとする理由はあるか。あるとすれば、それは何か。
- 10 2. 検察側は、承継的共同正犯が成立するための要件の一つとして、先行行為の積極的利用意思を挙げている(検察レジュメ4頁35行目)が、何をもって「積極的」というのか。また、本問では、乙は、報酬約束はしたものの、受け子である旨を確信していたわけではなく、あくまでその可能性を認識していたにすぎないのであるから、「積極的」とは認められないのではないか。
- 15 3. 検察側は、因果共犯論を根拠とするB説(検察レジュメ1頁26行目)を採用せず、共同正犯が「すべて正犯」となる理由に言及してC説を採用している(検察レジュメ3頁23行目)が、検察側は因果共犯論をどう評価しているか。

## II. 学説の検討

### A説(肯定説)

- 20 この立場に立つと、事後的な利用意思でもって、因果性のない、自己が左右しえない結果について責任を負うということになってしまい、妥当ではない。
- よって、弁護側はこの説を採用しない。

### C説(中間説)

- 25 この説は、先行者の行為の効果を利用した限度で承継的共犯を認めるというものであるが、先行事実の利用を理由に、効果を惹起した「行為」の帰属を認めるのは妥当でない。効果の「利用」は、「因果性」に代替しうるものではなく<sup>1</sup>、自己の行為と因果性のない他人の行為の利用によって、先行事情の責任を基礎づけるべきでない<sup>2</sup>からである。
- 30 また、最高裁<sup>3</sup>は、後行者による先行行為の積極的利用意思は、単なる犯罪の動機ないし契機にすぎず、これは後行者が共謀加担前の責任を負う理由とはならない旨判示している<sup>4</sup>。
- したがって、積極的利用意思を要件として掲げるC説および検察側引用の裁判例は、上記判示と矛盾するものであり、妥当性を欠く。
- よって、弁護側はこの説を採用しない。

<sup>1</sup> 松原芳博『松原刑法総論[第2版]』(日本評論社, 2017年)408頁。

<sup>2</sup> 松原・前掲409頁。

<sup>3</sup> 最高裁判所平成24年11月6日第二小法廷決定(刑集66巻11号1281頁)。

<sup>4</sup> 信国幸彦・江草貞治『刑法判例百選I総論[第7版]』(有斐閣, 2014年)166頁。

## B 説(否定説)

後行者が加功する前に生じた過去の事実に対する因果関係を認めることはおよそできず、また、共犯の成立を肯定するためには、構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であり、構成要件該当事実の一部についての因果性では足りない<sup>5</sup>。それ故、後行者が加功する以前の事実についてまでも共犯責任を認めている承継的共犯を肯定することは困難である。

よって、弁護側はこの説を採用する。

## 10 III. 本問の検討

### 第1. 甲の罪責について

1. 甲がAに違約金を支払う義務がある旨のうそを言い現金150万円の交付を要求した行為について刑法(以下法令名省略)246条1項・250条の詐欺未遂罪が成立しないか。

2. 43条本文より未遂罪は「犯罪の実行に着手」し、「これを遂げなかった」場合に成立する。

15 (1) 甲は「実行に着手」したといえるか。

未遂犯の処罰根拠が特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起した点にあることから、そのような危険性が生じた段階で「実行に着手」したと認められる。

本件において、甲はAに対して契約違反による違約金の支払い義務という旨のうそを述べており、これは財物交付の判断の基礎となる重要な事項であるといえる。また、甲は現金  
20 150万円を交付するようAに求めている。そして、この後はAから現金を送られるという段階であった。そのため、Aの財産侵害の現実的危険性が生じているといえる。

よって、甲は詐欺罪の「実行に着手」したと認められる。

(2) Aは財物を交付しておらず、損害が発生していない。

(3) よって、「犯罪の実行に着手」し、「これを遂げなかった」といえる。

25 3. 38条1項本文の故意についても認められる。また、不法領得の意思についても認められる。

4. 以上より、甲の行為について246条1項・250条より詐欺未遂罪が成立する。

### 第2. 乙の行為について

30 1. 乙がAから詐欺被害金が入っていることを装った荷物を受領した行為について、だまされたふり作戦が既に開始されていることから不能犯が成立しないか。客観的には結果を発生させる危険はないが、実行行為性が認められるかが問題となる。

(1) 未遂犯の処罰根拠は特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起する点にある。そこで、そのような危険性の有無によって実行行為性を判断する。

---

<sup>5</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣, 2018年)370-371頁。

本件において、だまされたふり作戦で現金の入っていない箱を指定場所に発送していることから財物交付の危険が生じておらず、警察官が取り逃したとしても空箱を受け取り詐欺が露見したことを悟った乙らが再度交付を要求することは考えられない。そのため、だまされたふり作戦開始後に詐欺行為が既遂に至る現実的危険がなお存在するとはいえない。

5 (2) よって、実行行為性が認められず、不能犯となる。

2. 仮に不能犯が成立しないとした場合、246条1項・250条・60条より詐欺未遂罪の承継的共同正犯が成立しないか。

10 (1) 共犯の処罰根拠は他人によって引き起こされた法益侵害を惹起し、因果性を有することである。そのため、共犯の成立を肯定するためには構成要件該当事実すべてについての因果性が必要である。また、後行者の加功前に生じた過去の事実に対する因果関係は認められないことからすれば、後行行為者には加功後の範囲でのみ刑事責任を問うことができる。

15 (2) 本件において A に対する欺罔行為は乙の加功前の事実にすぎず、乙は A から発送された財物を受け取る段階にのみ関与している。そのため、乙は本件詐欺の欺罔行為について因果性を有しておらず、甲の詐欺行為の共犯責任を問うことはできない。よって、承継的共同正犯は成立しない。また、乙は単に財物の交付を受けるにすぎないため、不可罰である。

(3) よって、乙の行為は不可罰である。

#### IV. 結論

20 甲には 246 条 1 項・250 条より詐欺未遂罪が成立し、甲はその罪責を負う。乙については不可罰であり、何らの罪責も負わない。

以上