

I. 事実の概要

甲は、平成27年3月16日頃、Aに対して、Aが契約に違反したので違約金を支払う義務が生じた旨のうそを言って現金150万円の交付を要求した。

その後、Aは、うそを見破り、警察に相談してだまされたふり作戦を開始し、現金が入っていない箱を指定された場所に発送した。一方、乙は同月24日以降、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、甲から報酬約束の下に荷物の受領を依頼され、それが詐欺の被害金を受け取る役割である可能性を認識しつつこれを引き受け、同月25日、八王子市内の空き部屋(指定された場所)でAから発送された現金が入っていない荷物を受領した

甲及び乙の罪責を検討せよ。

参考判例：最高裁平成29年12月11日第三小法廷決定

II. 問題の所在

承継的共同正犯の成立を認めるべきか。

III. 学説の状況

A説(肯定説)¹

後行者は加功する以前の事実についてまでも共犯責任を負うとする説。

B説(否定説)²

教唆・幫助については正犯行為を介した構成要件該当事実の間接惹起、共同正犯については構成要件該当事実の共同惹起に求める立場(因果共犯論)から、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る承継的共犯を肯定することは困難であるとする説。

C説(中間説)³

後行者が先行者の行為の効果を承継・利用して行為した場合に、承継的共犯の成立を肯定する説。

¹西原春夫『刑法総論』(成文堂,1977)336頁

²植田重正『共犯論上の諸問題』(成文堂,1985)101頁以下

³大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)294頁以下

IV. 判例

大阪高等裁判所昭和 62 年 7 月 10 日判決。高裁判例集第 40 卷 3 号 720 頁。

[事実の概要]

A、B は共謀の上、被害者 C に対し、同人方及び同人を暴力団事務所へ連行するタクシー内でその顔面を殴打する暴行を加え、右事務所内では、D とも共謀の上、さらにその顔面、頭部を数回にわたって手拳、木刀及びガラス製灰皿で殴打し、その下腿部を足蹴にする暴行を加えた。また、被告人においては、右事務所内での暴行の途中から右 A らと相通じ共謀の上、C のその顎を二、三回手で突き上げる暴行を加えた。C は加療約八日間を要する顔面打撲、頭頂部挫創、右下腿打撲の傷害を負った。

[判旨]

思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従って、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っ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。

先行者が遂行中の一連の暴行に、後行者がやはり暴行の故意をもつて途中から共謀加担したような場合には、一個の暴行行為かもともと一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではない上に、後行者には、被害者に暴行を加えること以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為等を認識・認容していても、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることができ……ない。

被告人は……事態の成行きを理解し、同室内における B らの C への暴行及びこれによる同人の受傷の事実を認識・認容しながら、これに途中から共謀加担したものといい得る。しかし、前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人が C に対し現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、被告人が先行者たる B らの行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思であったとか、これを現実にそのようなものとして利用したと認めることは困難である。従って、本件において、被告人に対しては、B らとの共謀成立後の行為に対して共同正犯の成立を認め得るに止まり、右共謀成立前の先行者の行為等を含む犯罪全体につき、承継的共同正犯の刑責を問うことはできない。

C の受傷の少なくとも大部分は、被告人の共謀加担前に生じていたことが明らかであり、右加担後の暴行によって生じたと認め得る傷害は存在しない。そうすると、被告人に対しては、暴行罪の共同正犯が成立するに止まり、傷害罪の共同正犯の刑責を問うことはできない。

[引用の趣旨]

本判決は、先行者の行為等を積極的に利用した場合に承継を認める中間説を採用した判決である。

よって、検察側が中間説を採用するにあたり有用な裁判例である。

V. 学説の検討

A 説(肯定説)

この説は、1 個の犯罪は一罪として不可分であるから、共同実行の意思のもとに一罪の一部に関与した以上は、先行者の行為と後行者の行為を全体として考察し、共同正犯として認めるべきであるとする説⁴である。

しかしながら、後行者の行為と無関係な先行者の行為及び結果については、後述する相互利用・補充関係を認めることができないため、妥当ではない。

よって、検察側はこの説を採用しない。

B 説(否定説)

この説は、関与以前の先行者の行為については後行者の行為が因果性を持つことはありえないから、承継的共犯を認めるべきではないとする説である。しかしながら、この説に立つと、たとえば詐欺罪や恐喝罪においては金員の受領のみに関与した後行者が不可罰となり⁵、妥当ではない。

よって、検察側はこの説を採用しない。

C 説(中間説)

そもそも、共同正犯が「すべて正犯」とされるのは、二人以上の者が相互に他人の行為を利用しあって、それぞれが一体となって自己の犯罪を実現しているからである。言い換えると、二人以上の者が共同して犯罪を実行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充しあって、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結び付いたから正犯とされるのである。ここから、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先行者の行為を利用するというように、先行者と後行者とが相互に利用し補充しあって一定の犯罪を実現することは可能であるから、相互に共同実行の意思があり実行行為共同の事実が認められる限り、先行者の行為および結果を後行者は承継して、両者の共同正犯が成立すると解すべきである。

そして、後行者が先行者の行為等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犯罪の途中から関与し、先行者の行為等を利用した場合には、相互利用・補充関係が認め⁶られるため、共同正犯が「すべて正犯」とされる理由から、この説をとるのが妥当

4 大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（成文堂,2019）418頁以下

5 高橋則夫『刑法総論』（成文堂,2010）429頁以下

6 前掲・大谷 419頁以下

である。

よって、検察側はこの説を採用する。

VI. 本問の検討

第1. 甲の罪責について

1. 甲が、A に対して、A が契約に違反したので違約金を支払う義務が生じた旨のうそを言
って現金 150 万円の交付を要求したことにつき、詐欺未遂罪(刑法[以下省略]246 条 1 項、
250 条)が成立するか。
2. 甲は詐欺罪の「実行に着手し」(43 条本文)たといえるか。
(1) 未遂犯の処罰根拠は、構成要件の実現ないし結果発生の実現的危険を惹起した点にある。
そのため、実行の着手もその現実的危険を惹起せしめることをいうと解する。したがって、
したがって、実行の着手時期は、構成要件の結果発生の実現的危険性を含む行為を開始した
時点に求められる。これを判断するにあたっては、行為者の主観及び犯行計画をも考慮する。
(2) 本件において、甲の A に対する上記内容のうそは、A の現金 150 万円の交付行為に向
けられたものである。また、A の違約金支払い義務の存在という、現金交付の判断の基礎と
なる重要かつ具体的な事実を偽るものである。そして、甲の犯行計画は上記うそによって錯
誤に陥った A に現金を送付させるというものであったと認められるから、甲の上記うそを
含む現金の要求行為は、A に現金を交付させることに直接つながるものであり、A の財産を
侵害する現実的危険性を有するものといえる。
(3) したがって、甲は、A に上記内容のうそを言って現金の交付を要求した時点において詐
欺罪の構成要件の結果発生の実現的危険性を含む行為を開始したといえるから、同罪の「実
行に着手し」たといえる。
3. 甲の本件行為により A に財産的損害は発生していない。
4. 故意(38 条 1 項本文)とは構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、甲には詐欺罪の
故意が問題なく認められる。また、不法領得の意思も認められる。
5. よって、甲のかかる行為につき詐欺未遂罪(246 条 1 項、250 条)が成立する。

第2. 乙の罪責について

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ことにつき、甲との間で詐欺
未遂罪(246 条 1 項、250 条)の承継的共同正犯(60 条)が成立するか。
- 2.(1) 承継的共同正犯とは、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し、
先行者の行為等も含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認めるというものである。
このような承継的共同正犯の成立を認めうる実質的根拠は、後行者において、先行者の行為
を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したという点にある。したがって、承継的共同
正犯が成立するのは、後行者が、①先行者の行為及びこれによって生じた結果を自己の犯罪
遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、②実体法上の一罪を構成する先行者の犯

罪に途中から共謀加担し、③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。

(2)ア. 本件において、乙は、甲から依頼された荷物の受領が詐欺の被害金を受け取る役割である可能性を認識しつつ、それでもかまわないと思いこれを引き受けているのであるから、詐欺罪の未必の故意が認められる。さらに、荷物の受領にあたっては報酬が約束されているのであるから、乙はこれを自己の犯罪として行う意思を有しており、また、甲の A に対する欺罔及びこれによって生じた A の錯誤、被害金の送付という結果を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思も有している(①充足)。

イ. 詐欺罪は、欺罔行為を手段として被欺罔者から財物の交付を受ける点に法益侵害性があるのである。そうすると、乙が行った受領行為は、本件詐欺の犯行計画の成就にとって必要不可欠なものであり、甲の A に対する欺罔行為と一体のものとして予定されていたものであるといえる。そのため、乙は詐欺罪という実体法上の一罪を構成する先行者甲の犯罪に途中から共謀加担したものと認められる(②充足)。

ウ. 乙は上記アで述べたような甲の行為及びその結果を手段として利用し、詐欺の結果が生じる危険性を認識しつつ、荷物の受領を行っている(③充足)。

3. よって、乙の荷物受領行為につき、甲との間で詐欺未遂罪(246 条 1 項、250 条)の承継的共同正犯(60 条)が成立する。

第 3. なお、本件においては詐欺未遂罪が成立するため、だまされたふり作戦による不能犯の問題は生じず、詐欺未遂罪の成立に影響を与えない⁷。

VII. 結論

甲には詐欺未遂罪(246 条 1 項、250 条)が成立し、甲はその罪責を負う。

乙には甲との間で詐欺未遂罪(246 条 1 項、250 条)の承継的共同正犯(60 条)が成立し、乙はその罪責を負う。

以上

⁷ 詳細は、只木誠「批判」『平成 30 年重要判例解説』(2019 年)152 頁参照。