

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、検察レジュメ3頁26行目において、ウ説を「先行者の行為が後行者の関与後にも効果を持ち続けている場合には承継的共同正犯を肯定するという見解」であるとしたうえで、検察レジュメ3頁27行目において、ウ説を採用する理由として「先行者と後行者とが互いに利用し補充しあって犯罪を実現したと認められるため」と主張している
- 10 1. 検察側は、本件においてウ説を採用し、X及びYに詐欺未遂罪の共謀共同正犯(246条1項、250条、60条)の成立を主張しているが、先行行為者のした行為にまで後行行為者に責任を負わせるということになると、因果的共犯論の考え方とは矛盾し、結論不当ではないか。

15

II. 学説の検討

ア説(全面肯定説)について

検察側と同様の理由から弁護側も採用しない¹。

20 ウ説(中間説)について

本説においては、先行者が後行者の加功後もなおも効果を持ち続けていることを理由としているが、先行者の行為の効果は利用しうるとしてもそのような効果をもたらした行為を利用することはできず、承継の範囲として行為まで含めなければ承継的共同正犯として認められることはできない。それゆえ、本説は妥当ではない²

25

イ説(全面否定説)について

本説では、共犯の処罰根拠について、共犯処罰のためには法益侵害結果との因果性が必要になるが、共犯の成立を肯定するためには構成要件該当事実全てについて因果性が必要であるため、後行者は関与以前の行為・結果に対して物理的にも心理的にも因果性を有することはなく、承継的従犯は認められないと考えられる。また、関与していない行為まで責任を負わせるのは妥当ではない。

30

¹ 大谷實『刑法総論講義[新刷第4刷]』(成文堂、2021年)418頁。

² 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2008年)351頁

よって、弁護側はイ説を採用する³。

Ⅲ. 本問の検討

第1. Xについて

- 5 1. XがAに対し、宝くじが当選し、その手続費用等が必要であるとの虚偽の事項を伝え、100万円の支払いを要求した行為につき、詐欺未遂罪(刑法(以下法令名略)246条1項、250条)が成立するか。
2. まず、Xは「実行に着手」(43条本文)したといえるか。
- (1) 未遂犯の処罰根拠は、法益侵害ないし構成要件的结果発生の実現的危険を生じさせた
10 点にある。他方、当該危険性の判断に際し、「実行に着手して」という文言による制約があることに鑑み、実行行為に密接する行為がなされたことも要すると考える。そこで、実行の着手は、実行行為に密接する行為がなされ、かつ構成要件的结果発生の実現的危険が生じた時点で認められると考える。本件においては、欺罔行為に密接する行為がなされ、
15 手を認めるべきである。
- (2) ア.欺罔行為とは、財物の交付や財産上の利益の処分に向けた判断の基礎となる重要な事項を偽り、相手方を錯誤に陥らせることをいう。
- イ. 本件において、XはAに対し、同人が宝くじに当選し、その手続費用として100万円の支払いが必要である旨の虚偽の事項を伝えている。当該手続費用は、宝くじに当選して
20 からこそ支払われる予定であったのであるから、宝くじに当選しているか否かは、Aにとって100万円の交付の判断をする上で基礎となる重要な事項であるといえる。また、宝くじに当選した旨の連絡がない場合は100万円を支払わないと考えられる。
- (3) したがって、欺罔行為に密接する行為がなされ、詐欺被害を生じさせる客観的な危険が認められる行為への着手があったといえるため、実行の着手が認められる。
- 25 3.(1) もっとも、AはXに財物を交付する前に同人の嘘を見抜き、警察官Bと相談し、だまされた振り作戦を開始し、現金の代わりに偽の紙幣を入れた紙袋を指定の住所に郵送している。したがって、相手方であるAは、Xの上記行為により錯誤に陥ったとはいえ、錯誤に基づいて財物を交付したとは認められない。
- (2) したがって、「これを遂げなかった」(43条本文)といえる。
- 30 4. よって、Xの行為につき詐欺未遂罪が成立する。

第2. Yについて

- 1.(1) Yの、Aから発送された現金が入っていない紙袋を受領した行為について不能犯が成立しないか。

³ 山口敬一『刑法総論[第2刷]』(成文堂、2008年)380頁。

(2) 不能犯においては、既遂を生じさせることが不能であるために既遂の現実的・客観的危険の発生が認められない場合において成立する。よって既遂の現実的・客観的危険の発生の有無が問題となるところ、本件では、Yの共謀加担前にだまされたふり作戦が実行されているから、純客観的に危険性を判断すれば、だまされたふり作戦開始後に当該詐欺行為が既遂に至る現実的危険が存在するとは言えない。

(3) よって、YのAから発送された現金が入っていない紙袋を受領した行為について不能犯が成立する。

3. 仮に不能犯が成立しないとした場合、Yの、から発送された現金が入っていない紙袋を受領した行為について、詐欺未遂罪の承継的共同正犯(246条1項、250条、60条)が成立しないか。本件では、Xの詐欺罪の実行行為である欺罔行為の後にYが共謀加担したことになるため、そのようなYに詐欺未遂罪の承継的共同正犯が成立するかが問題となる。

4.(1) 弁護側はこの点について全面否定説を採用するところ、前述の通り、共犯の処罰根拠は、共犯が犯罪結果に対して因果性を持つという点にあり、共犯の成立を肯定するためには構成要件該当事実全てについて因果性が必要である。そして、共謀加担前の先行者の行為により既に生じた犯罪結果については、後行者の共謀やそれに基づく行為がそれに因果性を及ぼすことはありえず、よって後行者が共同正犯としてそれに責任を負うことはないというべきである。したがって、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。

(2) 本件についてみると、XがAに対して本件欺罔行為を行い、それによって詐欺の結果が生ずる危険性を発生させたことが明らかであるが、これはYの共謀加担前の事情であり、YはAから発送された現金が入っていない紙袋を受領したのみであるから、本件欺罔行為について因果性を有していない。よって、Yの共謀加担後、詐欺の結果が生じる危険性を発生させることについて何らかの因果性を及ぼしたとはいえないから、詐欺未遂罪の承継的共同正犯は成立しない。

25

IV. 結論

Xの行為に詐欺未遂罪(246条1項、250条)が成立し、Xはその罪責を負う。Yの行為には不能犯が成立し、不可罰となる。

以上