



Title	承継的共犯の理論的根拠と限界
Author(s)	中田, 翔太
Citation	北大法政ジャーナル, 27, 1-28
Issue Date	2020-11-11
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/79773">http://hdl.handle.net/2115/79773</a>
Type	bulletin (article)
File Information	HouseiJournal_27_01_Nakata.pdf



[Instructions for use](#)

# 承継的共犯の理論的根拠と限界

なか た しょう た  
中 田 翔 太

## 目 次

第1章 はじめに	3
第2章 学説の整理	3
第1節 総論	3
第2節 肯定説	3
第3節 中間説	3
第4節 否定説	4
第3章 判例・裁判例の展開	4
第1節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁以前	4
第1款 傷害罪	4
第2款 詐欺罪	5
第3款 強盗致死傷罪	5
第2節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁	6
第3節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁以後	7
第1款 裁判例	7
第2款 最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁	9
第4章 学説の検討と問題解決のためのアプローチ	10
第1節 学説の検討	10
第1款 肯定説と中間説の検討	10
第2款 否定説の検討	10
第3款 小括	11
第2節 因果的共犯論における因果性の対象	12
第1款 因果的共犯論の根拠	12
第2款 因果性の対象	12
第3款 小括	15
第3節 承継的共犯への応用	15

第1款	総論	15
第2款	因果性の対象につき学説②に立ち、行為無価値二元論の立場から 一定の限度で承継的共犯を肯定するアプローチ	16
第3款	因果性の対象につき学説①に立ち、否定説②を補足する アプローチ	17
第4款	小括	18
第5章	おわりに	18

## 第1章 はじめに

承継的共犯とは、Xによる実行行為の開始後に、YがXに共謀加担した場合において、Yにいかなる犯罪が成立するかという問題である（以下、本稿では、Xにあたる者を「先行者」、Yにあたる者を「後行者」という。）。承継的共犯は、従来から学説上議論があり、また、複数の下級審裁判例が存在していた論点である。しかし、近年まで最高裁判例はなく、最高裁の立場は不明だった。そのような状況の下で、傷害罪について最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁（後掲判例④）が登場し、さらに、詐欺罪について最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁（後掲判例⑤）が登場した。これらの判例により、最高裁の立場がある程度明らかとなった。しかし、その理論的根拠は必ずしも明らかではない。また、特に後掲判例④の登場後、学説上も新たな展開が見られている。

本稿の目的は、これまでの学説や判例・裁判例を整理した上で、さらに検討を加え、承継的共犯に関する研究の一助とすることにある。具体的には、第2章と第3章において、承継的共犯についての学説と判例・裁判例を整理する。そして、第4章では、第2章で整理した学説を検討する。さらに、同章では、因果的共犯論における因果性の対象についての学説の整理・検討をした上で、私見を述べる。最後に、第5章において、それまでの検討を振り返り、今後の議論の展望を述べる。なお、本稿は、因果的共犯論に立つことを前提としているが、本稿の目的は承継的共犯について検討を加えることにあるため、因果的共犯論の根拠には深くは立ち入らない。

## 第2章 学説の整理

### 第1節 総論

承継的共犯に関する学説は、論者によって各学説の呼称は異なるものの、以下に示す通り、肯定説、中間説、否定説に大別される。本章もこの分類に従って、各学説を紹介する。

### 第2節 肯定説

肯定説は、承継的共犯の成立を一律に肯定する見解である<sup>1</sup>。その根拠は、後行者は先行者の意思を了解し、共謀加担前に行われた先行者のみによる行為（以下「先行行為」という。）によって成立した事情を利用すること<sup>2</sup>や一罪性<sup>3</sup>に求められる。また、一罪の実行行為の途中で共謀がなされても、その共謀は実行行為全体についてなされたと同様に評価できると考えることにも根拠があると思われる<sup>4</sup>。

### 第3節 中間説

中間説は、一定の場合に限って承継的共犯の成立を肯定する見解である。もっとも、どのような場合に成立させるかは、学説によって異なる。そこで、分類すると、以下のようになる<sup>5</sup>。

まず、第1は、後行者が、先行行為を積極的に利用して行為を行った場合に、承継的共同正犯の成立を肯定する見解（中間説①）である<sup>6</sup>。

第2は、因果的共犯論を前提として、後行者による行為（以下「後行行為」という。）の時点で先行行為の効果が持続している場合に、承継的共同正犯の成立を肯定する見解（中間説②）である<sup>7</sup>。

第3は、因果的共犯論を前提として、例えば、先行者から見れば後行者による受領は詐欺であり、後行者は詐欺を行った以上、詐欺罪が成立するとするものである（中間説③）<sup>8,9</sup>。

第4は、因果的共犯論を前提として、後行行為が法益侵害結果に因果性を有している場合に承継的共同正犯の成立を肯定する見解（中間説④）である<sup>10,11</sup>。この見解からは、例えば強盗罪のように、複数の法益が侵害される犯罪の場合に、法益侵害結果とは何かさらに問題となる<sup>12</sup>。

第5は、承継的共同正犯は否定する一方、幫助犯の承継的共犯は肯定しようとする見解（中間説⑤）である<sup>13</sup>。その根拠としては、共同正犯の処罰根拠と幫助犯の処罰根拠を異なるものとして理解することが挙げられる<sup>14</sup>。

中間説は以上の通りに分類されるが、少なくとも中間説①と中間説②は、具体的な事案におい

て、その結論が異なるものではないと思われ、両説の違いは文言の違いのみであると考えられる<sup>15</sup>。

むしろ共犯の処罰根拠との関係で意識すべきなのは、中間説①②③と中間説④との違いである。中間説④は、因果的共犯論に依拠する学説である<sup>16</sup>。これに対し、中間説②③は因果的共犯論に依拠するが、中間説①が因果的共犯論に依拠するか否かは明らかではない。そうすると、中間説①のうち因果的共犯論を前提とする学説<sup>17</sup>と中間説②③とは、因果的共犯論に依拠しつつ一定の限度で承継的共同正犯を肯定するという点で、中間説④と同様の見解であると思われる<sup>18 19</sup>。一方、中間説①のうち因果的共犯論を前提としない学説は、中間説④とは区別されることとなる。

#### 第4節 否定説

否定説は、承継的共犯の成立を一律に否定する見解（否定説①）である<sup>20</sup>。その根拠は、因果的共犯論を前提として、後行者は、共謀加担前の先行行為について因果性を有しないため、先行行為について責任を負わないということにある<sup>21</sup>。

否定説①に対しては、後行者の適切な処罰を図ることができない場合があるという批判がある<sup>22</sup>。例えば、否定説①によれば、先行者による欺罔行為後に共謀が成立し、その後に後行者が被害者から送付された財物を受け取った場合、後行者は欺罔行為には関与していないから、後行者には少なくとも詐欺罪は成立しない<sup>23</sup>。このような結論は、妥当ではないというのである。

この批判を克服するため、否定説①の論理を踏襲しつつも、後行者が先行者の作為義務を共有すると考えることで、後行者に不作為犯を成立させ、その限度で先行者との共同正犯の成立を肯定する見解（否定説②<sup>24</sup>）が登場した<sup>25</sup>。この見解によれば、欺罔行為後に共謀に加担した後行者について、不作為の詐欺罪を成立させることができる。

### 第3章 判例・裁判例の展開

#### 第1節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁以前

##### 第1款 傷害罪

傷害罪の承継的共犯については、後掲判例④を除けば、例えば、以下の7つの裁判例がある。すなわち、名古屋高判昭和47年7月27日刑月4巻7号1284頁（裁判例①）、名古屋高判昭和50年7月1日判時806号108頁（裁判例②）、札幌地判昭和55年12月24日刑月12巻12号1279頁（裁判例③）、大阪高判昭和62年7月10日高刑40巻3号720頁（裁判例④）、大阪地判昭和63年7月28日判タ702号269頁（裁判例⑤）、大阪地判平成9年8月20日判タ995号286頁（裁判例⑥）、東京高判平成8年8月7日東高刑時報47巻1～12号103頁（裁判例⑦）である。

これらの裁判例について、どのような場面で承継的共同正犯が成立するとしたかに着目すると、2つのグループに分類できる。

まず、第1のグループ（行為認識型）として、後行者が先行行為を認識していたことを理由に承継的共同正犯の成立を肯定したものがある（裁判例②、裁判例③、裁判例⑤）。

例えば、裁判例②は、傷害が後行者の共謀加担前後どちらから生じたか不明である事案について、後行者が、先行者がすでになした暴行を認識しつつ共謀し、暴行を加えたことから、後行者に傷害罪の承継的共同正犯の成立を肯定した。

次に、第2のグループ（積極利用型）は、後行者が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場合に承継的共同正犯が成立するとしたものである（裁判例④、裁判例⑥、後掲判例④（最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）の第1審・原審）。

積極利用型のうち、例えば、裁判例④は、肯定説と否定説を詳細に検討した上で、どのような場合に承継的共同正犯が成立するかを示した。

事案は、A、B及びC（以下「Aら」という。）が被害者に対して第1暴行を加えた後、被告人がAらと共謀の上、被害者に対して第2暴行を加えた結

果、被害者は傷害を負ったが、当該傷害は、第2暴行によるものではなかったというものである。

裁判例④では、被告人が承継的共同正犯として傷害罪の罪責を負うかが問題となった。

この点につき、原審は、傷害罪の承継的共同正犯の成立を肯定したが、裁判例④は、これを否定した。すなわち、裁判例④は、「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」と判示した上で、被告人に、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思や当該行為等を現にそのような手段として利用した事実が認められないとして、傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定した。

裁判例④は、承継的共同正犯が成立する余地を残しつつも、具体的な事実関係の下では、その成立を否定している。そのため、裁判例④は、中間説⑤を除く中間説に類似した立場に立つと考えられる<sup>26</sup>。特に、先行行為及びその結果を積極的に利用するという後行者の意思に着目する点で、中間説①に類似するものといえよう。

上記2つのグループに含まれないものとしては、裁判例①と裁判例⑦がある。

裁判例①は、原則として承継的共同正犯を否定しつつも、「結果的加重犯の場合においては、その結果発生前に基本たる行為に途中より介入したものは、その結果発生が先行者の行為および介入後の後行者の行為のいずれもが結果発生に原因を与えていると認められるかぎり、結果的加重犯全体について共同正犯が成立すると解しても、実行行為分担の度合に従つて量刑を考慮すればよいのであるから、何ら不都合は生じないというべきである。」と判示し、「被告人は結果的加重犯である傷害致死の基本たるべき行為である暴行・傷害に途中より介入し、しかも先行行為により死の結果

が生じたとすべき証拠はなく、かえつて介入後の共犯者の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高い」として、傷害致死罪全体の成立を肯定している。また、裁判例⑦は、後行者の加担後の行為による傷害結果発生の有無・範囲を、加担前の行為による結果と明確に識別・分離できない場合には、全体として共同正犯が成立するとした。

このように、後掲判例④以前の裁判例は、傷害罪について、承継的共同正犯の成立を全く否定する立場を採るものではないが、いかなる場合に成立を肯定するかは、事例によって異なっていた。

## 第2款 詐欺罪

詐欺罪の承継的共同正犯については、以下の2つの大審院判例がある。

大判明治43年2月3日刑録16輯113頁（判例①）は、先行者が偽造証書の行使により、執行命令を得て強制執行をしようとするときに、途中からそれを知り加担して財物を騙取した後行者に詐欺罪の共同正犯の成立を肯定した。また、大判明治44年11月20日刑録17輯2014頁（判例②）は、裁判所を欺罔して他人から財物を騙取しようとしたが、これを遂げなかった事案において、計画に当初から加功するか途中から参加するかを問わず、詐欺未遂罪の共同正犯の成立を肯定した。

## 第3款 強盗致死傷罪

強盗致死傷罪の承継的共同正犯については、以下の7つの判例・裁判例がある。すなわち、大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁（判例③）、札幌高判昭和28年6月30日高刑6巻7号859頁（裁判例⑧）、名古屋高判昭和29年10月28日高刑特1巻10号427頁（裁判例⑨）、神戸地判昭和39年3月10日下刑6巻3・4号204頁（裁判例⑩）、福岡地判昭和40年2月24日下刑7巻2号227頁（裁判例⑪）、大阪高判昭和40年10月26日下刑7巻10号1853頁（裁判例⑫）、東京高判昭和57年7月13日判時1082号141頁（裁判例⑬）、東京地判平成7年10月9日判時1598号155頁（裁判例⑭）である。



これらの判例・裁判例のほとんどは、それぞれが異なった理由から、承継的共犯の成否を決しているため、グループ化することはできない。そこで、判決日の古いものから順に紹介する。

判例③は、大審院時代に、強盗殺人罪の承継的共犯について判断したものである。これは、後掲判例④以前は承継的共犯についての最高裁判例が登場しない中、貴重な大審院判例であった。判例③は、強盗殺人罪が単統一罪であることのみから、被害者の殺害後に犯行に加わった後行者について、強盗殺人罪の幫助犯の成立を肯定した。

その後、裁判例⑧は、強盗傷人罪の承継的共同正犯について、同罪が単統一罪であることから、承継的共同正犯の成立を肯定した。もっとも、判例③とは異なり、裁判例⑧は、先行者による行為の機会を利用したことを成立の要件としているように読める。

裁判例⑨は、先行者が被害者に暴行を加え、死亡させた後、後行者が先行者と共に金銭等を窃取したという事案について、後行者に強盗及び致死について犯意がなかったことから、後行者に窃盗罪の共同正犯を成立させるとどめた。

裁判例⑩は、先行者の暴行・脅迫により、被害者が反抗を抑圧された後、先行者と共謀して金品を強取した後行者について、理由を示さず、強盗傷人罪の成立を肯定した。

裁判例⑪は、理由を示さずに、強盗傷人罪の承継的共犯の成立を否定した。

裁判例⑫は、被告人①が強盗の共謀なく被害者に暴行を加え、反抗不能にした後、被告人②と共謀して被害者から背広等を剥ぎ取ったという事案において、被告人①が暴行の際に強盗の意思がなくても剥ぎ取りの段階では被告人②の強盗の意図を認識し、被告人②の強盗に加担していることから、被告人①に強盗致死罪を成立させた。

裁判例⑬は、理由を示さずに、強盗傷人罪の承継的共同正犯の成立を肯定した。

裁判例⑭は、先行者が被害者に傷害を加えた後に先行者と後行者が共謀して被害者から金品を奪った事案において、裁判例④と同様の立場に立

ち、後行者は、先行者による傷害の結果について責任を負わず、強盗罪の限度で共同正犯が成立すると判示した。

これらの判例・裁判例からわかる通り、判例・裁判例が、強盗致死傷罪について承継的共犯の成立を肯定するか否定するかは明らかではない。

## 第2節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁

承継的共犯についての最高裁判例は、長らく存在せず、最高裁の立場は不明であった。しかし、傷害罪の承継的共同正犯について、最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁（判例④）が登場した。これにより、傷害罪の承継的共同正犯についての最高裁の立場が明らかとなった。

判例④の事案は、以下の通りである。

A及びB（以下「Aら」という。）が、被害者①と被害者②（以下「被害者ら」という。）に第1暴行を加えた。第1暴行により、被害者らは流血し、負傷していた。その後、暴行現場に到着した被告人は、被害者らがAらの前記暴行により逃走や抵抗が困難であることを認識しつつ、Aらと共謀の上、Aらと共に、被害者らに第2暴行を加えた。第2暴行は、第1暴行よりも激しかった。第1暴行及び第2暴行により、被害者らは傷害を負った。

これについて最高裁は、「被告人は、Aらが共謀して被害者らに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、…更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた…部位については被害者らの傷害…を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって被害者らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」と判示した。その上で、最高裁は、原審の「被告人は、Aらの行為及びこれによって生じた

結果を認識、認容し、さらに、これを制裁目的による暴行という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、一罪関係にある傷害に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような制裁の手段として利用したものである」という認定については、「被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。」とした。

第1審は、裁判例④を引いて「承継的共同正犯は、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・認容するにとどまらず、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下に、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、上記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を相当」としていたところ、原審もこの立場を維持し、双方とも承継的共同正犯の成立を認めていた。

これに対して、前述の通り、最高裁は、被告人の共謀等と第1暴行との「因果関係」が存在しないことを理由として承継的共同正犯の成立を否定した<sup>27</sup>。この最高裁の判示は、因果的共犯論を念頭に置いたものと読むことができる。そして、承継的共同正犯の成否について因果性に言及し、その理論構成をうかがわせるものとして、注目すべき判例である。

判例④は、承継的共同正犯の成立を否定したため、肯定説を採用していないことは明らかである。しかし、判例④が、因果性に言及し、承継的共同正犯の成立を否定したからといって、否定説のみに親和的であるとただちにいうことはできない<sup>28</sup>。なぜなら、第2章第3節で述べた中間説のように、因果的共犯論を前提としても、承継的共同正犯の成立を一定の範囲で肯定することは不可能ではないからである<sup>29</sup>。現に、後掲判例⑤（最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁）は、いわゆ

る特殊詐欺の受け子について、因果性に言及していないものの、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成立を肯定していると読める。そうすると、判例④からわかることは、後行者が何らの因果性も持たない傷害結果については、後行者は責任を負わないと最高裁が考えているということのみである。また、判例④が「因果関係」に言及しており、因果的共犯論を念頭に置いていると読むことができるとはいっても、いかなる構成要件該当事実に対して因果性を有すれば足りるのかという意味で、要求される因果性の対象は定かではない。

### 第3節 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁以後

#### 第1款 裁判例

横浜地裁川崎支部平成25年9月18日LLI/DB判例秘書登載L06850517（裁判例⑮）は、Aが自己の管理する自動車を盗まれたと保険会社に嘘の申告をし、その後、被告人がAから依頼されて自己が窃盗犯人であるかのように振る舞い、当該保険会社に保険金を支払わせたという事案において、被告人に詐欺罪の共同正犯の成立を肯定した。裁判例⑮は、被告人が「共犯者Aの行為を自己のために利用し、共犯者Aによる詐欺罪を正に自己の犯罪として実現したといえるから、被告人は、本件詐欺罪の幫助犯ではなく共同正犯と評価するのが適切である。」と判示している。このような判示は、因果関係に言及していない点と先行者の行為の利用を共同正犯成立の理由としている点で、判例④よりも、裁判例④に親和的である。もっとも、裁判例⑮の事案は、共謀後に詐欺罪の法益侵害結果が発生した点で判例④とは異なるから、次に見る特殊詐欺に関する一連の判例・裁判例と同様に、そもそも判例④の射程は及ばないだろう<sup>30</sup>。また、Aは保険金請求手続きに着手しており、欺罔行為の途中で共謀が成立した点で、以下の特殊詐欺における受け子の事案とも異なる<sup>31</sup>。

判例④の後、特殊詐欺における後行者たる受け子に詐欺（未遂）罪が成立するかという形で、以下の通り、承継的共同正犯に関する裁判例が



多数登場した<sup>32, 33</sup>。すなわち、名古屋高裁金沢支部平成28年1月21日LEX/DB25542138（裁判例⑬）、神戸地判平成28年9月23日LEX/DB25448327（裁判例⑭）、名古屋高判平成28年11月9日LEX/DB25544658（裁判例⑮）、福岡高裁平成28年12月20日判時2338号112頁（裁判例⑯）、大阪高判平成29年5月24日LEX/DB25448842（裁判例⑰）、仙台高判平成29年6月1日高等裁判所刑事裁判速報集（平29）号307頁（裁判例⑱）、仙台高判平成29年8月29日高等裁判所刑事裁判速報集（平29）号309頁（裁判例⑲）である。裁判例⑬ないし裁判例⑮は、いずれも理由を示さずに承継的共同正犯の成立を肯定した。

裁判例⑬は、(1)先行者の欺罔行為の後、先行者と後行者が共謀し、後行者が被害者から金員を受け取った、(2)先行者の欺罔行為の後、先行者と後行者が共謀し、後行者が被害者から金員を受け取ろうとしたが、被害者に嘘を見破られ、金員を受け取れなかったという事案だった。裁判例⑬は、後行者に、(1)について詐欺罪、(2)について詐欺未遂罪の成立を肯定した。裁判例⑬は、承継的共同正犯とは明示的に判示していないものの、共謀前に欺罔行為があったという点で、詐欺（未遂）罪の承継的共同正犯の成否が問題となったと考えられる。

裁判例⑭の事案は、先行者が被害者にその子を装って嘘を言い、金員を渡してほしい旨電話で申し向けた後、後行者は先行者と共謀し、被害者から金員を受け取ろうとした<sup>34</sup>ものであった。これについて、裁判例⑭は、詐欺未遂罪の成立を肯定した。裁判例⑭も、承継的共同正犯であることが明示はされていないものの、共謀前に欺罔行為がある点で、承継的共同正犯の詐欺未遂罪の成否が問題となるべき事案だった。

裁判例⑮の事案は、先行者による欺罔行為の後、後行者は先行者と共謀し、前記欺罔行為により錯誤に陥ったとみせかけた被害者が送付した金員<sup>35</sup>を受け取ろうとしたというものだった。裁判例⑮も、共謀前に欺罔行為がある点で、明示されていないものの、承継的共同正犯の成否が問題と

なるべき事例だった。そして、裁判例⑯は、詐欺未遂罪の成立を肯定した<sup>36, 37</sup>。

裁判例⑰は、裁判例⑮と同様の事案<sup>38</sup>において、承継的共同正犯とは明示していないが、被告人が受領行為時に「未必的に詐欺の一端に加担することを認識・認容」していたことから、詐欺未遂罪の成立を肯定した。

裁判例⑱は、先行者による欺罔行為の後、後行者は先行者と謀議<sup>39</sup>の上、先行者から金員を受け取ろうとした<sup>40</sup>という事案だった。裁判例⑱も、承継的共同正犯とは明示していないが、この成否が問題となるべき事例だった。裁判例⑱は、(1)先行者が被害者に対し、（捜査二課の警察官を装った）後行者が金員を受け取りに行くなどと電話した行為及び(2)後行者が被害者から現金300万円と言われて渡された封筒を受け取ろうとした行為は、「本件謀議に従って氏名不詳者と被告人各自にそれぞれの欺罔行為が役割分担されており、氏名不詳者らと被告人とが相互に利用補充しあって詐欺を共同実行しようとする内容」であることから、詐欺未遂罪の共同正犯の成立を肯定した。

仙台高判平成29年6月1日高等裁判所刑事裁判速報集（平29）号307頁（裁判例⑲）や仙台高判平成29年8月29日高等裁判所刑事裁判速報集（平29）号309頁（裁判例⑳）は、欺罔行為後に被告人が共謀加担した事案において、被告人に詐欺未遂罪を成立させた<sup>41</sup>。

以上の通り、判例④以降の特殊詐欺の受け子についての事例（裁判例⑬ないし裁判例⑲）は、先行者の欺罔行為がすでに行われているが、金員の受領行為は行われていない時点で、共謀が成立している点に特徴がある。すなわち、判例④はすでに先行者の行為による法益侵害結果が発生した後に共謀が成立しているのに対し、裁判例⑬ないし裁判例⑲は先行行為による法益侵害結果<sup>42</sup>が発生しない間に共謀が成立しているのである。したがって、判例④の射程は裁判例⑬ないし裁判例⑲のような事例に及ばないと考えることができる。

## 第2款 最決平成29年12月11日刑集71巻10号 535頁

裁判例⑩ないし裁判例⑳のように、詐欺（未遂）罪に問われた特殊詐欺の受け子の裁判例はいくつか登場していたが、最高裁判例は登場していなかった。そこに、事例判断<sup>43</sup>ではあるが、最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁（判例⑤）が登場した。これは同時に、判例④以後、初めて承継的共犯の事例について判断した最高裁判例<sup>44</sup>である。

判例⑤の事案は、以下の通りである。

氏名不詳者が被害者に対し、電話でうそを言って同人を誤信させ、現金を配送させようとした。しかし、被害者は、警察官に相談し、前記うそを見破り、現金の入っていない箱1個を発送した。後行者は、氏名不詳者による前記欺罔行為の後、同人と共謀の上、だまされたふり作戦の開始を知らずに、被害者が発送した現金の入っていない箱を受け取った。

これについて最高裁は、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負う」と判示した。

第1審は、共犯の処罰根拠を因果的共犯論に求めつつ、「未だ詐欺の犯罪行為が終了していない段階で、後行者が、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果に対して因果関係を持ち、その結果犯罪が成立するという場合が想定できるから、そのような場合には、承継的共同正犯の成立を認めることができる」と判示した。その上で、共謀成立後に被害者に対する欺罔行為は行われておらず、詐欺の結果発生危険性を新たに生じさせていないから、詐欺未遂罪の承継的共同正犯は成立しないとされた。これに対

し、原審は、「詐欺罪における本質的な保護法益は個人の財産であって、欺罔行為はこれを直接侵害するものではなく、錯誤に陥った者から財物の交付を受ける点に、同罪の法益侵害性がある」とした。そして、「欺罔行為の終了後、財物交付の部分のみに関与した者についても、本質的法益の侵害について因果性を有する以上、詐欺罪の共犯と認めてよいし、その役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる。」と判示し、詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成立を肯定した。

最高裁は、後行者が「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。」と判示している<sup>45</sup>ものの、承継的共犯についていかなる立場に立つのか明示せずに、詐欺未遂罪の成立を肯定した。この結論は、原審と同じであるが、その理論的根拠は不明である<sup>46</sup>。

判例⑤が「欺罔行為と受領行為の一体性を根拠として、受領行為に関与した後行者に欺罔行為を含めた詐欺行為全体の帰責を認めるものであって、欺罔行為の部分に関する限り因果の遡及を認める理論構成」を採用することを前提に、因果の遡及を認める判例⑤の立場は因果的共犯論の観点から問題があるとする見解がある<sup>47</sup>。しかし、判例⑤を必ずしもこのように理解する必要はないと思われる。なぜなら、判例⑤が「欺罔行為と受領行為の一体性」を理由として後行者に詐欺未遂罪を成立させたならば、あえて「本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為」（傍点は筆者による。）と判示する必要はなく、「本件欺罔行為と一体のものである本件受領行為」と判示すれば足りるからである。受領行為を欺罔行為と一体のものとして「予定」していた主体は先行者であると考えれば、判例⑤は中間説③を採ったと理解することも不可能ではないと思われる<sup>48</sup>。

判例⑤の理論的根拠が不明であるため、判例⑤と判例④との関係が問題となるが、判例⑤と判例④は、問題となった犯罪が異なる以上、判例④の射程は判例⑤に及ばないとしか言えないのではないと思われる<sup>49</sup>。

なお、判例⑤の後、東京高判平成30年3月20日高等裁判所刑事裁判速報集（平30）号120頁は、欺罔行為終了後に共謀加担した後行者たる受け子について、受領行為を「詐欺を完遂する上で」「欺罔行為と一体のものとして予定されていた行為」とした上で、受け子が先行行為を「自己の詐欺罪遂行の手段として積極的に利用して」受領行為を行ったことから、詐欺罪の承継的共同正犯が成立することを認めた。

## 第4章 学説の検討と問題解決のためのアプローチ

### 第1節 学説の検討

#### 第1款 肯定説と中間説の検討

まず、共犯の処罰根拠について因果的共犯論を採る本稿の立場からすると、肯定説と中間説①②は、後行者は共謀加担前の先行行為に対する因果性を有しないにもかかわらず、それでもなお後行者が先行行為も含めて責任を負うとされる根拠が明らかでなく、採りえない。中間説①②のうち因果的共犯論を前提としているものについても、なぜ「後行者が先行者の行為を積極的に利用して行為を行った場合」や「後行者による行為の時点で先行者による行為の効果が持続している場合」に限って後行者が共謀加担前の先行行為について処罰されるのかを説明できておらず、採りえない<sup>50</sup>。

中間説③については、詐欺罪を例に考える。すなわち、先行者の行った欺罔行為は少なくとも実行行為の一部ではあるところ、後行者は、欺罔行為を行っておらず、また、その欺罔行為に対する因果性を有していない。したがって、共犯の成立のためには構成要件該当事実すべてに対する因果性が要求されると考える限り、先行者から見れば後行者が詐取を行ったと考えることができるとしても、後行者に詐欺罪を成立させる理由はないと思われる。よって、先行者から見れば後行者が詐取を行ったと考えることができることを理由に、後行者に詐欺罪を成立させるならば、より詳細な根拠が示される必要があるが、そのような根拠は

不明である。仮に、中間説③が共犯の成立のためには構成要件該当事実すべてに対する因果性は不要であることを前提としているならば、この見解は、実質的には中間説④と変わるところはなく、中間説④に対する批判が同様に妥当と思われる。

中間説④は、後行者が法益侵害結果に因果性を有していれば、承継的共同正犯の成立を肯定している。しかし、第4章第2節第3款で述べる通り、後行者が因果性を有すべきものが法益侵害結果のみで足りるとは思われえないから、中間説④は採りえない。

以上より、中間説①ないし④は採りえない<sup>51</sup>。

中間説⑤は、共同正犯の処罰根拠を構成要件該当事実すべてに対する因果性の存在とする一方、狭義の共犯の処罰根拠は法益侵害結果に対する因果性の存在と理解しているものと考えられる。そして、この処罰根拠の差異は、構成要件該当事実すべてに対する因果性がなければ、共同正犯の正犯性が認められないという理解<sup>52</sup>から導かれていると考えられる。そうすると、中間説⑤は、広義の共犯に共通する処罰根拠は法益侵害結果に対する因果性の存在であると理解していることになる<sup>53</sup>。この理解は、中間説④の理解と同様であるといえよう<sup>54</sup>。以上の理解を前提とすると、中間説⑤と否定説では、承継的共同正犯を否定する論理が異なることとなる。そして、中間説⑤には中間説④に対するのと同様に、後行者が因果性を有すべきものが法益侵害結果のみで足りるとは思われえないという批判が妥当する。したがって、中間説⑤を採ることはできない。

#### 第2款 否定説の検討

否定説①に対しては、第2章第4節で述べた通り、適切な処罰を図ることができないという批判がある。この批判に対しては、詐欺罪や恐喝罪のような「一連の多行為の存在をその本質的特質とする犯罪類型にあっては、それらの多行為の実現に寄与しない行為は処罰されるべきではない。これは処罰の間隙ではなく、むしろ、処罰してはな



らない場合と考えるべきである。」との反論がなされている<sup>55</sup>。しかし、詐欺罪などの財産犯において金員の受領は欠くことのできない行為であるから、受領行為を行ったにもかかわらず、後行者に何ら犯罪が成立しない、または占有離脱物横領罪が成立するにとどまるという結論が導かれるならば、違和感があることはたしかである。そのため、このような結論が導かれるならば、この批判は、より適切な処罰を図ることができる理論が望まれるという意味で、妥当であると思われる<sup>56 57</sup>。

そうすると、否定説①は、前述の通り結論の妥当性という観点から批判される通り、適切な処罰範囲を図ることができず、問題がある。このような批判が否定説①への決定的な批判とはいえないとしても、否定説①の克服すべき課題であることには変わりがない。

そこで、否定説②を検討するに、否定説②は「後行者は先行者に共謀加担することによって、先行者に認められる…保障人的地位＝作為義務を共有することになる。」<sup>58</sup>としているが、このように言える根拠は明らかでない<sup>59</sup>。したがって、否定説②は、後行者が共謀加担前の先行行為に因果性を有しないにもかかわらず、先行者の作為義務を共有できる根拠を示すことが課題となろう。

また、否定説②について、特殊詐欺の受け子が被害者との対面なく金員を受領する場合には、「錯誤を解消する手段もない」から、後行者の受領行為を不作為の欺罔行為と評価することは困難であるという指摘がある<sup>60</sup>。この指摘は、後行者に作為の容易性または可能性が認められないという指摘であると思われる。しかし、後行者が、金員の配送業者や警察官等を通じて被害者の錯誤を解消するために、その配送業者等に対して事情を打ち明けることは可能であろう。このように、被害者との対面なく金員を受領する場合でも、後行者に作為の容易性と可能性を認めることはできると思われる<sup>61</sup>。もっとも、本節第3款で述べるとおり、否定説②に立っても、後行者に不作為の詐欺罪が成立しない場合もある。

### 第3款 小括

以上の通り、各学説には、それぞれ検討の余地がある。まず、最も理論面での批判が少ないであろう否定説①についても、適切な処罰を図ることができないという批判が妥当である。また、仮に因果的共犯論において要求される因果性の対象が法益侵害結果のみで足りるならば、それを前提とする中間説④も問題点の少ない見解ということになろう。そこで、次節以下では、本章第2節で因果的共犯論における因果性の対象を検討した上で、本章第3節で承継的共犯の成否と限界を探っていく。

なお、次節以下の検討に入る前に、適切な処罰を図ることができないという否定説①に対する前記批判について一考察を述べたい。

否定説①に対する前記批判は、近時は主に特殊詐欺の受け子の罪責を念頭に論じられていると思われる。そして、中間説④や否定説②は、この批判を克服するものとして論じられているという印象を受ける。しかし、中間説④や否定説②が必ずしも、この批判を克服できているとはいえないと思われる。この点につき、以下述べる。

中間説④の論者のなかには、「詐欺罪が既遂に達した後に関与した『受け子』について同罪の共犯の成立を認めることはできない。たとえば郵便局員等によって被害金の在中した郵便物が（たとえばアパートの空き室の）郵便受けや集合ポストに投函された場合、その段階で財物の占有は移転しており、詐欺罪が既遂に達する場合が多いと思われる。この場合、投函された郵便物の回収を担当する者は、詐欺罪の構成要件の結果が既に発生した後に関与する者にすぎないから、詐欺罪の共同正犯の成立を認めることはできないだろう。」として、中間説④によっても受け子に詐欺罪が成立しない場合があることを認める者もある<sup>62 63</sup>。また、否定説②の検討に際し、「被害者が先行者の指示した場所に財物を置いて立ち去り、もはや被害者と連絡をとる手段が失われてしまったのち、後行者が先行者から依頼を受けて当該財物を取ってくるというだけの場合には、いかにしても後行者に詐欺の共犯を成立させることはできない。」こ

とに留意を要するという否定説①の論者による指摘もある<sup>64</sup><sup>65</sup>。この事例も、中間説④の論者が示した事例と同様、先行者の詐欺罪が既遂に達している場合であると思われる。これらの事例では、中間説④や否定説②に立っても、後行者たる受け子に詐欺罪を成立させることは困難であろう<sup>66</sup>。しかし、中間説④や否定説②からは、送付された金員を配送業者から直接受領した受け子に詐欺罪が成立すると思われるところ、これらの事例は、この詐欺罪が成立する事例と比べて、金員の受領方法が異なるのみであって、後行者たる受け子の罪責が異なるべき実質的な理由は存在しない。このように、中間説④や否定説②を採用したとしても、受け子に詐欺罪が成立することが妥当であると考えられるのに、詐欺罪が成立しない場合がなお存在する。そのため、中間説④や否定説②は、否定説①に対する前記批判を完全には克服したとはいえないと思われる<sup>67</sup>。

## 第2節 因果的共犯論における因果性の対象

### 第1款 因果的共犯論の根拠

以上の検討から、因果的共犯論における因果性の対象をいかに考えるかが、承継的共犯を一定の限度で肯定するのか、一律に否定するのかを区別する分水嶺となることがわかる。そのため、本節では、因果性の対象を検討する。

因果性の対象を考える前提として、因果的共犯論が共犯の処罰根拠として妥当である理由を簡潔に示す。共犯の処罰根拠として論じられてきた見解には、責任共犯論、違法共犯論、因果的共犯論の3つがある。

まず、責任共犯論や違法共犯論は、正犯による法益侵害に関与しているか否かを問題とせずに関犯を成立させる点で、個人責任の原則に反する。そのため、これらの見解を採用することはできない。これが因果的共犯論を採用する消極的な理由である。そして、その裏返しとして、個人責任の原則<sup>68</sup>の観点からは、少なくとも自らが法益侵害結果に関与していなければ、犯罪を成立させることはできないから、法益侵害結果の惹起を共犯の処罰根拠

とする因果的共犯論を採用することとなる。なお、因果的共犯論内部でも議論があるところではあるが、その議論は、少なくとも以下で示すような因果性の対象にかかる議論には影響しないと考えられるので、本稿では扱わない<sup>69</sup>。

### 第2款 因果性の対象

#### (1) 総論

因果的共犯論を採用としても、共犯者<sup>70</sup>がいかなる構成要件該当事実に対して因果性を有していればその者に共犯が成立するかについては、議論がある。すなわち、共犯が成立するためには、共犯者は構成要件該当事実すべてに因果性を有していなければならないのか(学説①)<sup>71</sup>、あるいは、法益侵害結果のみに因果性を有すれば足りるのか(学説②)<sup>72</sup>という問題である<sup>73</sup>。

学説②に対して、法益侵害結果のみに対する因果性で足りるとする根拠が不明であるという批判が加えられている<sup>74</sup>。この批判に対して、「そもそも共犯規定が適切な処罰範囲を確保するための政策的な規定である以上、単独正犯とは異なる観点から、処罰の間隙が生じないように修正を施すことも、一定の限度で許されるようにも思われる。」という反論がなされている<sup>75</sup>。しかし、因果的共犯論は、共犯にも単独正犯と同じく、行為者が構成要件該当事実に関与していなければ処罰されないという原則が妥当であることを確認する立場であるから、共犯規定を「適切な処罰範囲を確保するための政策的な規定」と捉えることは適切ではないと思われる。また、仮に共犯規定を政策的な規定と理解したとしても、因果的共犯論が要求する因果性の対象を法益侵害結果のみに限定してよい理由にはならないと思われる<sup>76</sup>。したがって、学説②に対する前記批判は妥当と思われる。

また、自分が共犯者の行った行為に関与していないならば、その行為についての責任を負わないという意味で、因果的共犯論を個人責任の原則の共犯論における具体化と理解する<sup>77</sup>ならば、自らが関与していない行為について共犯者は責任を負わないはずである(承継的共犯においては、後行



者は先行行為に関与していないため、先行行為について責任を負わないはずである。)。そのため、学説②は、一方の共犯者は法益侵害結果に対する因果性さえ有していれば、関与していない他方の共犯者による行為についても責任を負うという意味で、個人責任の原則の緩和または例外を肯定する見解であるといえよう（学説②について、一方の共犯者が法益侵害結果に対する因果性を有していれば共犯が成立するが、その共犯者が負う責任は自らが関与した範囲に限定されると考えることができるならば、学説②が個人責任の原則の緩和または例外を肯定する見解であるとはいえないかもしれない。しかし、例えば、欺罔行為後に受け子が共謀加担した特殊詐欺の事案において、学説②に立ち中間説④を採れば、受け子は詐欺罪の共犯として処罰される場所、受領行為はそれ単独では犯罪が成立しないはずの行為であるのに、受け子はその受領行為に限定された責任を負うこととなる。このような結論は、法が予定していない犯罪を創設することと同じことであり、罪刑法定主義に反するおそれがある。そのため、学説②について、一方の共犯者が法益侵害結果に対する因果性を有していれば共犯が成立するが、その共犯者が負う責任は自らが関与した範囲に限定されると考えることはできないであろう。これに対し、学説②について、一方の共犯者は法益侵害結果に対する因果性さえ有していれば、関与していない他方の共犯者による行為についても責任を負うと考えれば、前記受け子は詐欺罪全体の責任を負うこととなるため、犯罪の成立範囲と負う責任の範囲が一致し、少なくとも罪刑法定主義に反するおそれはない。)。したがって、学説②は、個人責任の原則の緩和または例外を許容できる根拠を示す必要があると思われる<sup>78</sup>。

さらに、学説②には、以下の3つの疑問点がある。

第1に、学説②のように法益侵害結果のみに対する因果性があれば足りると解するとき、この議論は承継的共犯だけではなく、共犯論一般についても妥当なのかという疑問である（疑問点①）。

第2に、学説②に立つと、法益侵害結果が発生しなかった場合において、実行行為を行っていない一方の共犯者に、他方の共犯者との共犯を成立させることができるのかという疑問である（疑問点②）。

第3に、行為無価値二元論の立場から、学説②を採ることができるのかという疑問である（疑問点③）。

## (2) 疑問点①

いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるかという議論は、承継的共犯の文脈で議論されてきた。しかし、この議論は共犯の処罰根拠に関わる議論である以上、その影響は承継的共犯だけにとどまらず、後述する疑問点③のように共犯論一般に及ぶ可能性がある。そこで、この議論は承継的共犯だけに妥当するものなのか、あるいは、共犯論一般に妥当するものなのかが問題となる。

因果的共犯に立つ限り、処罰のためには何に対する因果性が必要かという問題は、どのような者が処罰されるかという問題そのものといえる。言い換えれば、要求される因果性の対象が変われば、共犯として処罰される範囲も変わるのである。そうすると、因果性の対象についての議論を承継的共犯だけにとどめるべき理由はなく、むしろ共犯論一般について妥当する議論として捉えるべきである。仮にこの議論を承継的共犯だけに妥当するものだと考えるならば、そのように考えるべき理由が存在しなければならないが、あえて承継的共犯だけに限定すべき理由はないと思われる。たしかに、いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるかという問題意識は、承継的共犯について特に先鋭化する。なぜなら、承継的共犯においては、後行者が法益侵害結果に対してだけしか因果性を有しない場合がありうるのであり<sup>79</sup>、まさにそのような場合に、要求される因果性の捉え方によって後行者が負う罪責の内容が異なりうるからである。しかし、因果性の対象についての議論が承継的共犯について特に問題とな

るとしても、そのことがこの議論が共犯論一般に妥当しないと考えるべき理由にはならない。

したがって、いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるかという議論は、承継的共犯だけではなく、共犯論一般に妥当する議論であると考えられるべきである。よって、学説②を採るならば、共犯論一般について、因果性は法益侵害結果に対するもので足りると考えることになる<sup>80</sup>。

### (3) 疑問点②

疑問点①で述べた通り、いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるかという議論が共犯論一般に妥当すると考えると、法益侵害結果が発生しなかった場合において、実行行為を行っていない一方の共犯者に、他方の共犯者との共犯を成立させることができるのかという疑問が生じる。すなわち、他方の共犯者による実行行為に関与したが、自らは実行行為を行っていない共犯者は、法益侵害結果が発生していない場合、実行行為に対する因果性しか有さないため、学説②を前提とすると、共犯として処罰する根拠を欠くのではないかという疑問である。例えば、以下の事例を考えてみたい。

XがYに対して銀行Vに忍び込み現金を盗むことを持ちかけ、Yはこれに同意した。その上で、XとYは、Xが金庫破りの道具などの盗みに必要な物品を用意し、Yのみが銀行Vに盗みに入るという犯行計画を立てた。なお、犯行計画を立てるとき、Xが主導的な役割を果たしており、YはXに追従するのみだった。犯行当日、Xは前記物品を用意し、Yは銀行Vに侵入した。Yは現金の入った金庫を開け、現金を取り出そうとしたが、現金を手にする直前に警備員に取り押さえられたため、現金を盗むことができなかった。

この事例で、XとYの罪責を検討すると、Yに窃盗未遂罪が成立することは明らかだろう。これに対し、Xは自ら実行行為を行っていないため、単独正犯としての窃盗未遂罪は成立しない。そこで、Xについて、窃盗未遂罪の共犯の成立を検討することとなる。

窃盗罪の法益侵害結果は発生していないから、Xが法益侵害結果に対する因果性を有することはない。一方、Xは、盗みに必要な物品の用意などを行い、Yによる実行行為に関与しているため、実行行為に対する因果性は有している。ここで、学説①に立てば、Xは、窃盗未遂罪の構成要件該当事実すべてに対して因果性を有しているため、窃盗未遂罪の共同正犯または幫助犯が成立する。一方、学説②に立った場合、Yは法益侵害結果に対する因果性を有さないから、共犯として処罰する根拠を欠き、窃盗未遂罪の共犯が成立しないのだろうか。Xは、犯行の発意から犯行計画の立案及び必要な物品の用意に至るまで主導的かつ不可欠な役割を果たしており、いわば主犯といえ、このようなXに窃盗未遂罪が成立しないという結論は妥当ではないだろう。この点につき、学説②の論者は、Yに窃盗未遂罪の共犯の成立を肯定するだろう。なぜなら、学説②の論者は、だまされたふり作戦が行われた特殊詐欺の受け子について、詐欺未遂罪の成立する余地を認める<sup>81</sup>からである。

学説②に立ちながら、法益侵害結果が発生していない場合に実行行為を行っていない共犯者について未遂罪の共犯を成立させるために考えられる構成としては、以下の2つの構成がありえるだろう。すなわち、法益侵害の現実的な危険を結果と捉えた上でその結果に対する因果性があれば共犯が成立するという構成<sup>82</sup>（構成①）と未遂犯については法益侵害の現実的な危険を有する実行行為に対する因果性があれば共犯が成立するという構成（構成②）である。

まず、構成②を採るならば、法益侵害結果に対する因果性があれば共犯が成立するという学説②をそのまま維持することはできない。そこで、学説②を、既遂犯については法益侵害結果に対する因果性があれば共犯が成立し、また、未遂犯については実行行為に対する因果性があれば共犯が成立すると再構成することとなる。しかし、既遂犯のいわば未完成形である未遂犯について実行行為に対する因果性を要求しながら、既遂犯については実行行為に対する因果性を不要とすることに

は、違和感があるといわざるをえない。

これに対し、構成①は、法益侵害結果を広く解する構成といえよう。そして、構成①は、未遂犯について法益侵害の現実的危険を結果と解する立場<sup>83</sup>に立ち、その上で学説②に立つならば、自然な構成だろう。

以上より、法益侵害結果が発生しなかった場合において、実行行為を行っていない一方の共犯者に、他方の共犯者との未遂罪の共犯を成立させるためには、構成①に立つべきだろう。そのため、このような一方の共犯者に未遂罪の共犯を成立させるためには、未遂犯について法益侵害の現実的危険を結果と解する立場に立つ必要がある。

#### (4) 疑問点③

結果無価値論の立場からは学説②を採用することができる指摘されている<sup>84</sup>。たしかに、法益侵害結果に対する因果性が認められるということは、結果無価値への関与があるということであるから、共犯者にその結果無価値の責任を負わせることはできるであろう。そのため、結果無価値論の立場からは学説②を採用することができる可能性がある。

しかし、学説②に立つと、法益侵害結果に対ししか因果性を有さない共犯者には結果無価値への関与しか認められないため、他方の共犯者の行為無価値の責任を負わせることができない。そうすると、結果無価値だけでなく、行為無価値も要求する行為無価値二元論に立つならば、法益侵害結果に対してしか因果性を有さない共犯者に他方の共犯者の行為の責任を負わせることはできないことになろう。そのため、学説②は、行為無価値二元論の立場からの共犯処罰を根拠づけることができないと考えられる。

したがって、行為無価値二元論の立場からは、学説②を採用することができないと思われる<sup>85 86</sup>。

#### 第3款 小括

疑問点①で検討した通り、いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるかという議論は、共犯論一般に妥当するものである。そのた

め、学説②を採用するならば、疑問点②のように、承継的共犯以外の問題についても何らかの影響を及ぼす可能性がある。

疑問点③が示すように、行為無価値二元論に立つならば、本章第3節第2款で示す例外はあるものの、原則として、共犯論一般について学説②は採りえない。

本節第2款で述べた通り、法益侵害結果に対する因果性があれば足りるとする根拠が不明であるという学説②に対する批判は妥当である。そのため、学説②を採用するためには、この批判に耐えうるような根拠を示すことが必要であろう。しかし、学説②から、そのような根拠は示されていないと思われる。

したがって、学説①を採用すべきという結論になる。

以上より、共犯が成立するためには、法益侵害結果に対する因果性を有するのみでは足りず、学説①に立ち、構成要件該当事実すべてに対する因果性を有していなければならない。

### 第3節 承継的共犯への応用

#### 第1款 総論

本章第2節では、いかなる構成要件該当事実について因果性が要求されるのかについて検討した。それでは、その検討を踏まえると、承継的共犯の問題はいかに解決されるべきか。

そのアプローチの仕方としては、以下の4つが考えられる。なお、本章第2節第3款で述べた通り、本稿は因果性の対象につき学説①に立つが、以下では学説②に立った場合の解決についても検討する。

まず、(1)因果性の対象につき学説①に立ち、構成要件該当事実すべてに対する因果性を要求した上で、(A) 否定説①によるアプローチ、または、(B) 否定説②を補足するアプローチが考えられる。

次に、(2)因果性の対象につき学説②に立ち、法益侵害結果に対する因果性のみを要求した上で、(C) 結果無価値論の立場から承継的共犯を一定



の限度で肯定するアプローチ、または、(D) 行為無価値二元論の立場から一定の限度で承継的共犯を肯定するアプローチ<sup>87</sup>が考えられる。

もっとも、本章第1節第2款で述べた通り、否定説①には結論の妥当性を欠くという批判がなされているところ、この批判に対する反論は必ずしも成功していないように思われる。そして、この批判を乗り越えるためには、(A) のアプローチ以外の解決方法を探るほかないように思われる。また、(C) のアプローチは中間説④を意味するため、検討はすでにした通りである<sup>88</sup>。そこで、以下では、(B) と (D) のアプローチを検討する。なお、検討の都合上、(D) のアプローチを検討した後に、(B) のアプローチを検討する。

## 第2款 因果性の対象につき学説②に立ち、行為無価値二元論の立場から一定の限度で承継的共犯を肯定するアプローチ

本章第2節第2款における疑問点③からわかった通り、行為無価値二元論に立つならば、共犯論一般において、構成要件該当事実すべてに対する因果性を要求するほかない。しかし、例外的に、承継的共犯の問題においては、行為無価値二元論に立ちながら、法益侵害結果に対する因果性のみで足りると解することができるのではないか。この点について、以下、検討する。

たしかに、後行者は、法益侵害結果に対する因果性を有することにより先行行為による結果無価値を備えるが、自らが因果性を有していない先行行為の違法性については責任を負わないと考えられる。なぜなら、後行行為は、先行行為それ自体ではない以上、先行行為の行為無価値を後行行為が備えるはずはないからである。

もっとも、行為が何らかの行為規範に違反していれば、行為無価値が認められることに留意する必要がある。ここで、後行者が、後行行為を行うことによって先行者に犯罪が成立することを認識しながら後行行為を行った場合を考えてみたい。

まず、法は、幫助犯を罰していることから、犯罪の成立を促す行為をしてはならないという行為

規範を課していると考えられる。そして、そのような行為規範でさえ課されている以上、法は、他者に犯罪を成立させる行為をしてはならないという行為規範も課していると考えられる。後行者により後行行為が行われることによって、先行者には犯罪が成立するから、後行者は当該行為規範に違反することとなる<sup>89</sup>。

ここで、後行者が後行行為を行うことによって先行者に犯罪が成立することを認識しながら後行行為を行った場合、その後行者は、そのような事情を認識せずに後行行為を行った場合に比べて、当該行為規範違反の程度が重いと考えられる。なぜなら、一般に行為規範違反となることを認識しながらあえて違反行為を行ったほうが違反の程度は重いとと思われるところ、前者の場合、後行者は後行行為を行うことによって先行者に犯罪が成立することを認識しながら後行行為を行っているのであり、後行者は当該行為規範に違反することを認識しながらあえて後行行為に及んでいるといえるからである。

そして、後行行為が行われることによって先行者には先行行為について犯罪が成立したのだから、先行者に犯罪が成立することを認識しながら行われた後行行為の行為規範違反の程度は、先行者が先行行為を行った場合の行為規範違反の程度と同等といえよう。

このように考えると、後行者が後行行為を行うことによって先行者に犯罪が成立することを認識しながら後行行為を行った場合に限り、後行者が後行行為しか行わなかった場合でも、先行者が先行行為を行った場合と同程度の行為無価値を認めることができる。その結果、結果無価値と併せ、後行者に先行行為の違法性についても責任を負わせることができる。すなわち、後行者が後行行為を行うことによって先行者に犯罪が成立することを認識しながら後行行為を行った場合に限り、行為無価値二元論に立ちながらも、法益侵害結果に対する因果性のみで足りるとする学説②を採り、承継的共犯を成立させることができるのではないかと思われる<sup>90</sup>。なお、このアプローチによった

場合、中間説④と同様に、因果性が要求される法益侵害結果とは何かが別途問題となる。

### 第3款 因果性の対象につき学説①に立ち、否定説②を補足するアプローチ

本章第1節第2款で述べた通り、否定説②の短所は、先行者の作為義務を後行者が共有する根拠が明らかでないということにある。そのため、否定説②によって承継的共犯の問題を解決するためには、この根拠を明らかにすることが必要である。そこで、後行者が先行者の作為義務を共有する根拠を以下検討する。

後行者が先行者と共謀した時点で法益侵害結果が発生していない場合、後行者が後行行為に着手することで、先行行為によって惹起された、法益侵害結果が発生する危険は具体的に強化されているといえる。後行行為の着手より前の時点では、先行行為によって惹起された危険が具体的に強化されたとははいえないだろう。そして、このような危険の強化が後行者の作為義務を基礎づける根拠の1つとなろう。なぜなら、単独犯の作為義務を認定するにあたっては、行為者による危険の創出がなくとも、危険の強化が作為義務を基礎づける根拠の1つとなると思われるところ、単独犯と共犯とで作為義務の根拠を異に考える必要はないからである。もっとも、単独犯の作為義務の根拠としては、行為者による危険の強化では足りず、危険の創出が必要である<sup>91</sup>という批判も考えられる。しかし、作為犯であっても、法益侵害結果が発生する危険を創出せず、危険を強化しているにすぎない場合がある。例えば、頭上の落石に気づいていない被害者を羽交い絞めにして避けられないようにする場合、被害者の生命・身体への危険は、被害者が落石に気づいていない状況で、石が被害者に向けて落下していることで生じているところ、行為者は被害者をその落石から避けられないようにすることで、被害者の生命・身体への危険を強化している。このような場合において、行為者に殺人罪または傷害罪が成立しないと結論はとりえないであろう。そうすると、危

険を強化するにすぎない作為犯がありうる以上、不作為犯の作為義務を基礎づける根拠の1つとして、行為者が法益侵害結果が発生する危険を強化したことを挙げられるであろう。

そして、後行者に作為義務を認めるためには、後行者によるこのような法益侵害結果発生危険の強化を前提としつつ、作為義務一般に因果経過の支配を要求する見解<sup>92</sup>と結果原因の支配を要求する見解<sup>93</sup>に対応して、後行者が因果経過または結果原因を支配していることが必要であろう。すなわち、後行者の作為義務の発生根拠は、後行行為の着手によって法益侵害結果発生危険が強化されたことと、後行者が因果経過または結果原因を支配していたこととなる。ここでは、後行者が単独で因果経過または結果原因を支配する必要はなく、先行者ととも因果経過または結果原因を支配していれば足りると思われる。なぜなら、両説が出发点とする「結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていた」<sup>94</sup>という観点は、不作為犯が、因果の流れを設定するという特徴を持つ作為犯と同価値であるためには、不作為の行為者が因果の流れを掌中に収めていたことが必要であることから導かれる<sup>95</sup>ところ、作為の共犯では、共犯者がともに因果の流れを設定しているから、作為の共犯と不作為の共犯が同価値であるためには、不作為の共犯においても、共犯者はともに因果経過を支配していれば足り、それぞれの共犯者が単独で因果経過または結果原因を支配している必要はないと思われるからである。

さらに検討を進めると、先行者は先行行為を行っているから、多くの場合、少なくとも結果原因は先行者によって支配されているといえる。そのため、そのような場合、後行者は先行者とともに結果原因を支配しているといえよう。したがって、作為義務一般に結果原因の支配を要求する見解に立つ場合、後行者は、後行行為に着手することで法益侵害結果発生危険を強化することと併せ考えると、後行者が後行行為に着手するならば、後行者は、作為義務を負うこととなる。また、作為義務一般に因果経過の支配を要求する見



解に立ったとしても、先行者が先行行為を行っている以上、先行者について同時犯が存在するような限られた場合にのみ後行者の作為義務は否定されうることとなろう。

以上より、後行者は、原則として、自らが強化した危険を解消し、その法益侵害結果発生を防止する作為義務を負うといえよう。後行者の作為義務が否定される場合としては、後行者が先行者と共謀したにとどまり、後行者が後行行為に着手せず、後行者が法益侵害結果発生の危険を強化していない場合や、作為義務一般に因果経過の支配を要求する見解に立った上で、先行者について同時犯が存在し、先行者と後行者の双方が因果経過を支配していない場合などが考えられる。そして、作為義務を負う後行者については、作為の容易性・可能性が認められる限度で、先行者と同じ罪名の不作為犯が成立することとなる。このように、否定説②がいうように、後行者は先行者の作為義務を「共有」するとまではいえないとしても、後行者は、先行者が先行行為を行ったこととの関係で作為義務を負うということはできると思われる。

傷害罪、詐欺罪、強盗罪のそれぞれにつき、以上の考え方からの帰結を示すと以下となる。すなわち、詐欺罪は、後行行為に着手した時点で法益侵害結果が発生していないから、後行行為の着手によって、その結果発生の危険が強化され、後行者には不作為の詐欺罪が成立すると思われる。具体的には、特殊詐欺の事案においては、後行者たる受け子が金員を受け取ろうと受領行為に着手した時点で、不作為の詐欺罪が成立するであろう。一方、傷害罪は、後行行為に着手した時点で法益侵害結果がすでに発生しているから、後行行為によって、その結果発生の危険が強化されることはなく、後行者に不作為の傷害罪は成立しない。また、強盗罪についても、身体への侵害を法益侵害結果と理解するならば、後行行為に着手した時点で、身体への侵害という法益侵害結果がすでに発生しているから、後行行為の着手によって、その結果発生の危険が強化されることはな

く、後行者に不作為の強盗罪は成立しない。

なお、(B)のアプローチによっても、後行者が先行行為の責任を負うものではないことには留意しなければならない。

#### 第4款 小括

以上の通り、法益侵害結果のみに対する因果性で足りるとする根拠が不明であるという批判が加えられている、因果性の対象についての学説②に立たずとも、(B)のアプローチを採用することで、後行者に先行者と同じ罪名の不作為犯が成立し、(C)や(D)のアプローチと同程度には、妥当な結論を得ることができる。そのため、学説②に立つ(C)や(D)のアプローチではなく、因果性の対象について学説①に立つ(B)のアプローチを採用すべきである。

本章第1節第3款で述べた通り、否定説②は、適切な処罰を図ることができないという否定説①に対する批判を完全に克服することはできていない。そのため、否定説②を補足する(B)のアプローチもこの批判を完全に克服することはできていない。しかし、(C)や(D)のアプローチもこの批判を完全に克服することはできない上、(B)のアプローチを採用すれば、少なくとも否定説①よりは適切な処罰を図ることはできる。したがって、やはり(B)のアプローチが最も妥当であるといえよう。

### 第5章 おわりに

本稿では、承継的共犯の成否及びそれが成立するとして、どのような場合に成立するのかを検討してきた。以下では、これまでの検討を簡潔に振り返り、今後の議論の展望を述べたい。

まず、第2章と第3章では、それぞれ学説と判例・裁判例の整理を試みた。そして、第4章第1節では、各学説を検討し、各学説には何らかの短所があることが確認された。同章第2節では、因果的共犯論を前提として承継的共犯を検討するにあたっては避けられないであろう因果性の対象につ

いて検討した。その結果、法益侵害結果に対する因果性があれば足りるとする見解は採れず、構成要件該当事実すべてに対する因果性がなければならぬことがわかった。その検討結果を前提として、同章第3節では、承継的共犯の問題解決のために考えられる複数のアプローチを検討し、否定説②を補足するアプローチが最も適当であると結論づけた。

それでは、承継的共犯に関する問題解決のために、今後、どのような議論が展開されるだろうか。

因果的共犯論が学説上の通説である上、判例④が「因果関係」に言及していること<sup>96</sup>から、今後の承継的共犯についての議論は因果性に着目して展開されていくことになろう。特に、因果性がどのような範囲で要求されるのかという点の理解が異なると、承継的共犯についての論理構成が大きく変わることから、この点についての議論はことさら重要な意味を持つと思われる。

また、因果性の範囲の議論は、違法性の理解と深くかわり、結果無価値論と行為無価値二元論とで結論が変わりうるものと思われる。そのため、結果無価値論と行為無価値二元論の対立を踏まえずに、因果性の範囲を議論することは困難であろう<sup>97</sup>。なお、法益侵害結果に対する因果性で足りると解するならば、因果的共犯論が関係する他の議論にも影響を及ぼす可能性があることに留意する必要がある。

さらに、前述の通り、(B)のアプローチを採っても、特殊詐欺の受け子に詐欺罪を成立させることができない場合が存在する<sup>98</sup>。たしかにこのような場合も受け子に詐欺罪を成立させなければ<sup>99</sup>、特殊詐欺における金員の受領方法が変わるだけであり、特殊詐欺の撲滅にはつながらないとも思える。しかし、因果的共犯論に立ちながら、このような場合にまで受け子に詐欺罪を成立させることが可能なのか、また、詐欺罪を成立させることが妥当なのかは検討を要するだろう<sup>100</sup>。

頁、植松正『再訂刑法概論 I 総論』(勁草書房、1974) 354頁以下、西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977) 336頁、木村亀二=阿部純二増補『刑法総論』(有斐閣、1978) 408頁、土屋眞一「判批」研修403号(1982) 48頁以下、山崎基宏「承継的共同正犯の責任の範囲」研修427号(1984) 132頁以下、夏目文雄=上野達彦『犯罪概説』(敬文堂、1992) 264頁以下。

<sup>2</sup> 夏目=上野前掲注(1) 265頁、木村=阿部・前掲注(1) 408頁。西原・前掲注(1) 336頁、山崎・前掲注(1) 132頁以下、土屋・前掲注(1) 49頁も参照。

<sup>3</sup> 江家・前掲注(1) 189頁。

<sup>4</sup> 植松・前掲注(1) 354頁以下参照。

<sup>5</sup> 論者によって中間説に関する分類は異なるが、本稿では、承継的共犯を一律に肯定または否定する学説やそれを発展させた学説以外はすべて中間説に分類した。

<sup>6</sup> 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、オンデマンド版、2003) 290頁以下、大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第4版、2012) 418頁以下、445頁。なお、松宮孝明「間接正犯および共犯論の諸問題」(2019) 法学セミナー770号86頁は、「『自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した』という要件は、『承継』的共犯の要件ではなく、承継的『共同正犯』の要件と考えるべきであろう。」と指摘する。

<sup>7</sup> 平野龍一『刑法 総論 II』(有斐閣、1975) 382頁以下、堀内捷三『刑法総論』(有斐閣、第2版、2004) 291頁以下、川端博『刑法総論講義』(成文堂、第3版、2013) 570頁以下、阿部力也「承継的共同正犯の成立範囲について一日高博士の所説を参考にして一」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2018) 535頁以下。

<sup>8</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013) 386頁以下。西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論』(弘文堂、第3版、2019) 395頁以下も実質的には同旨。また、尾棹司「わが国における承継的共犯論について」法学研究論集(明

<sup>1</sup> 江家義男『刑法(総論)』(千倉書房、1952) 189

治大学大学院法学研究科) 48号 (2018) 198頁以下は、この見解を中間説②に分類し、中間説②を妥当とした上で、因果的共犯論のうち混合惹起説の立場から、「後行行為の『評価』につき先行事情を取り込んだ形で評価することができる」ことを説明する。

- <sup>9</sup> 山田慧「だまされたふり作戦が行われた特殊詐欺事案における受け子の罪責—一連の裁判例を契機として—」同志社法学70巻2号 (2018) 124頁以下は、特殊詐欺では先行者(架け子)が後行者(受け子)による受領行為を期待して欺罔行為を行っていることに注目し、この期待が「一方的な期待」であることを認めつつも、「そうした期待のもとで欺罔行為が行われ、受け子はその期待を承知し、実際に期待通りに関与した場合には、受け子は、架け子の欺罔行為に影響を与えていると評価する余地はないだろうか。」としている。その上で、山田124頁以下は、佐伯・前掲注(8) 387頁を引用し、このような場合には、受領行為は架け子から見れば詐取であるとし、受け子に「詐欺全体についての責任を負わせることができる」可能性を指摘している。たしかに、特殊詐欺では、架け子がいわば仮想の受け子を想定した上で、欺罔行為を行っていると思われるため、その仮想の受け子が欺罔行為に関与していると評価することは不可能ではないと思われる。しかし、現実には受領行為を行った受け子が欺罔行為に関与したと評価するためには、現実には受領行為を行った受け子と仮想の受け子が実質的に同一であることが必要であると考えられるところ、そのような同一性を肯定する理由はないように思われる。なぜなら、現実には受領行為を行った受け子は、先行者による欺罔行為の時点では先行者との意思連絡がなかった以上、先行者との意思連絡が想定される仮想の受け子とは、欺罔行為に関与したと評価するための重要な点が異なる上、そのような差異にもかかわらず同一性を肯定すべきであるような理由は存在しないと思われるからである。

- <sup>10</sup> 高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」川端博ほか編『理論刑法学の探究<sup>9</sup>』(成文堂、2016) 179頁以下、十河太朗「騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯」同志社法学70巻2号 (2018) 4頁以下、松宮・前掲注(6) 85頁以下、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020) 393頁以下。高橋182頁以下は、「後行者が惹起した結果だけで先行者に成立する犯罪の共犯を肯定するに足るだけの不法を惹起したとはいえないのではないか」という点について、「先行者が犯罪を途中まで遂行しているという事情が、後行者の加担以後の行為をその進行中の犯罪との関係で意味づける一種の構成要件の状況のような働きをする」とした上で「先行者が作出した途中結果に、その事情を知らながら自己の行為を結びつけることによって、後行者は先行者の行為に対する構成要件的评价を引き継ぎ、この構成要件的评价の引継ぎの作用と加担後の構成要件該当事実に因果性をもったことが相まって共犯固有の不法が構成される」としている。

- <sup>11</sup> 中間説④は、後行者に先行者と同じ罪名の犯罪を成立させたときに後行者が先行行為を含めて責任を負うか否かが明らかではない。例えば、先行者による欺罔行為後に後行者が共謀した場合、中間説④によれば、後行者には詐欺罪が成立する。このとき、後行者の量刑上、先行行為についても考慮されるか否かが明らかではない。

- <sup>12</sup> 橋爪・前掲注(10) 395頁以下。この点につき、橋爪・前掲注(10) 395頁以下は、強盗罪における結果を「財産権侵害」や「暴行・脅迫による身体」、「安全や意思決定の自由の侵害」と理解し、これらすべてに対する因果性が要求されるとしている。一方、十河太朗「承継的共犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究<sup>9</sup>』(成文堂、2016) 146頁は「第1次的な保護法益の侵害・危険」に対する因果性を要求し、強盗罪については「占有が第1次的な保護法益であり、身体の安全や自由ないし私生活の平穏は副次的な保護法益にすぎない。」としている。

- <sup>13</sup> 斉藤誠二「承継的共犯をめぐって」筑波法政8号



- (1985) 31頁以下、中野次雄『刑法総論概要』(成文堂、第3版補訂版、1997) 149頁、165頁以下、立石二六『刑法総論』(成文堂、第3版、2008) 314頁以下、325頁、山本雅子「承継的共同正犯論」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010) 476頁以下、高橋則夫「承継的共犯について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂、2014) 572頁以下、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開〔上巻〕』(信山社、2014) 275頁以下、山中敬一『刑法総論』(成文堂、第3版、2015) 916頁、912頁、962頁以下、上野幸彦「特殊詐欺における中途関与者の刑事責任—だまされた振り作戦と中途受取り関与者の共犯の成否を中心として—」危機管理学研究2号(2018) 81頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、第2版、2018) 519頁以下。
- <sup>14</sup> 高橋・前掲注(13) 574頁以下。
- <sup>15</sup> 大谷・前掲注(6) 418頁は「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」に承継的共同正犯の成立を肯定しているところ、大谷・前掲注(6) 419頁以下は、その成立範囲について中間説②と同様の文言を用いている。また、川端・前掲注(7) 570頁は中間説②に賛成しつつも、川端・前掲注(7) 571頁は承継的共同正犯の成立範囲について中間説①と同様の文言を用いている。
- <sup>16</sup> 因果性が後行行為と何との間で存在すればよいのかについては、否定説の論者と見解が一致していない。中間説④は法益侵害結果に対する因果性を要求する一方、否定説は構成要件該当事実すべてに対する因果性を要求する。
- <sup>17</sup> 大谷・前掲注(6) 420頁以下は、強盗殺人罪について、共謀加担前の先行者が被害者を殺した場合、後行者は殺人の結果と因果関係がないことを理由に同罪の共同正犯の成立を否定する。
- <sup>18</sup> 同様の指摘と思われるものとして、十河・前掲注(12) 139頁。なお、十河・前掲注(12) 125頁以下は、中間説②と中間説④を区別しない。中間説②と中間説④が実質的には同様の見解であっても、両説は少なくとも文言上の違いがあるため、本稿では、両説を区別して分類した。
- <sup>19</sup> もっとも、橋爪・前掲注(10) 394頁は「結果発生に対する因果性があればたりと解する立場からは、先行事実を積極的に利用する関係までは不要と解すべきであろう。」としており、中間説①と中間説④との違いが完全にはないと思われる。
- <sup>20</sup> 相内信『承継的共犯について』金沢法学25巻2号(1983) 42頁以下、植田重正『共犯論上の諸問題』(成文堂、1985) 108頁以下、町野朔「惹起説の整備・点検—共犯における違法従属と因果性—」松尾浩也=芝原邦爾『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994) 128頁以下、浅田和茂『刑法総論』(成文堂、補正版、2007) 422頁以下、曾根威彦『刑法総論』(弘文堂、第4版、2008) 258頁、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、第2版、2017) 410頁以下(以下「松原①」という。)。なお、松原芳博「詐欺罪と承継的共犯—送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責をめぐって—」法曹時報70巻9号(2018) 15頁以下(以下「松原②」という。))は、「法益の侵害・危殆化の前提をなす物的ないし人的な環境であって、その発生について行為者が責任を問われる性質のものではない」事情を「不法前提」と定義し、「その発生について行為者が責任を問われるものであって、行為者による有責な惹起を要する事情」を「不法内容」と定義した上で、不法内容に属する事情すべてに対する因果性は要求されるが、不法前提に属する事情に対する因果性は要求されないとする。たしかに、因果的共犯論において、構成要件該当事実すべてに対する因果性が要求されると解した場合、「構成要件該当事実すべて」という表現では、そもそも因果性を想定できないはずの身分に対しても因果性が要求されると読まれかねないのであって、この点で、松原②15頁以下のよ

うに「不法前提」及び「不法内容」という概念を設定することには説得力がある。

<sup>21</sup> 曾根・前掲注(20) 258頁。なお、小林憲太郎「承継的共犯・再論」研修820号(2016) 6頁(以下「小林①」という。)は、「承継の否定は共犯の処罰根拠などではなく、より上位の、個人責任の原則から導かれる帰結である」としていた。しかし、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018) 598頁(以下「小林②」という。)は、「因果的共犯論の必然的な帰結」として承継的共犯を否定している。承継的共犯の成否とは後行者を先行者と同じ罪名の共犯として処罰できるか否かという問題であるため、その解釈にあたっては、共犯の処罰根拠に照らしてその処罰が正当化されるか否かを検討することが必要不可欠であると思われる。また、個人責任の原則は、刑法の根本的な原則であるがゆえに、可能な限り、共犯の処罰根拠など何らかのかたちで具体化すべきであると思われる。そのため、否定説の根拠が究極的には個人責任の原則にあるとしても、個人責任の原則それ自体からただちに承継的共犯を否定すべきではなく、共犯の処罰根拠を何らかのかたちで踏まえなければならないであろう。

<sup>22</sup> 特に、特殊詐欺の受け子についての批判として、橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修827号(2017) 6頁。なお、本稿で「受け子」というときは、特に断りのない限り、架け子による欺罔行為後に共謀加担した受け子をいう。

<sup>23</sup> 浅田・前掲注(20) 424頁、松原②・前掲注(20) 29頁以下は、後行者に占有離脱物横領罪が成立するとする。

<sup>24</sup> 否定説②は、否定説①の論理を踏襲した上でその短所を克服しようとするものであり、否定説①を発展させた学説であるといえる。そのため、否定説①と否定説②は並列できるものではないから、否定説①②という分類は厳密には正確でないと思われる。しかし、本稿では、便宜上、このような分類を用いる。

また、否定説②は、後述の通り中間説と同様の結論を導くから、中間説の一種に分類することも可能であると思われる。しかし、否定説②は否定説①の論理を維持したまま、それを発展させた学説といえるため、否定説①に分類した。

<sup>25</sup> 山口厚『承継的共犯論の新展開』法曹時報68巻2号(2016) 16頁以下。

<sup>26</sup> 裁判例④が中間説を採用したとするものとして、高橋則夫「判批」別冊ジュリスト142号(1997) 164頁、林美月子「判批」別冊ジュリスト166号(2003) 163頁、堀内捷三「判批」別冊ジュリスト189号(2008) 169頁。

<sup>27</sup> 共謀加担前の先行行為から生じた傷害について後行者は責任を負わず、後行者には、共謀加担後の行為から生じた傷害についてのみ傷害罪が成立する。これを指摘するものとして、石田寿一「判解」最判解刑事篇平成24年度(2015) 456頁。

<sup>28</sup> 判例④が否定説以外にも親和的であるとするものとして、高橋則夫「判批」刑事法ジャーナル39号(2014) 85頁、大塚裕史ほか『基本刑法I総論』(日本評論社、第2版、2016) 387頁〔十河太郎〕。佐久間修「共犯の因果性について—承継的共犯と共犯関係の解消—」法学新報121巻11・12号(2015) 181頁は判例④が「全面否定説を主張する因果的共犯論に与したわけではない。」とする。なお、松原芳博「承継的共犯」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015) 204頁以下は、判例④について複数の理解がありうるとしつつも、強盗罪や詐欺罪などの「手段—目的型の結合犯・多行為犯」でも否定説を採るのが判例④の趣旨に適うとしている。

<sup>29</sup> 中間説④から判例④を説明することも可能であることを指摘するものとして、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題(3) - 承継的共同正犯をめぐる問題について」警察学論集70巻9号(2017) 157頁以下。

<sup>30</sup> なお、判例④の千葉勝美補足意見は、詐欺罪の承継的共同正犯は成立しうるとしている。

<sup>31</sup> 特殊詐欺における受け子の受領行為に実行行為



性を認めるか否かについて、判例・裁判例の立場は定まっていない。

- <sup>32</sup> いわゆるだまされたふり作戦により、既遂犯が成立しなかった裁判例も含む。だまされたふり作戦が行われた事例では、作戦開始後、被告人らが金銭を騙取することは不可能になるため、不能犯またはそれに類似した問題も生じるが、この点について、本稿では触れない。なお、本稿では触れないが、特殊詐欺においては受け子の詐欺の故意についても問題となりうるところ、この点に関する近時の判例として、最判平成30年12月11日刑集72巻6号672頁、最判平成30年12月14日刑集72巻6号737頁。
- <sup>33</sup> 川田宏一「判解」最判解刑事篇平成29年度(2020)237頁以下が指摘するように、特殊詐欺には、いわゆる振り込め詐欺のほかに、被害者に直接金員を持参させるもの(例えば、裁判例⑯、裁判例⑰、裁判例⑳)や被害者に金員を送付させるもの(例えば、裁判例㉑、裁判例㉒)がある。
- <sup>34</sup> だまされたふり作戦により、被害者は金員を交付しなかった(現金の受渡時に、後行者が被害者と思っていた者は、被害者に扮した警察官であり、受け取ろうとした現金は、偽装した現金様のものだった)。
- <sup>35</sup> 被害者が金員の送付前に警察に相談し、詐欺に気づいたため、実際に送付されたのは模擬現金である。
- <sup>36</sup> 原審(名古屋地判平成28年4月18日LEX/DB25448222)は、共謀の成立を否定し、詐欺未遂罪の成立を否定した。
- <sup>37</sup> 裁判例㉑の原審では、異なる被害者に対する詐欺罪の成否も争われた。この点につき、原審は、先行者の欺罔行為後に共謀が成立したことを認め、被告人について詐欺罪の成立を肯定した。
- <sup>38</sup> 裁判例㉒は、被害者が金銭の送付前に警察に相談していたため、送付したのは現金様の紙だった。
- <sup>39</sup> 裁判例㉓は、「共謀」ではなく「謀議」という言葉を用いているが、その内容は、後行者が詐欺の受け子であることの確認と氏名不詳者から

後行者への金銭受領の指示だったことからすると、裁判例㉓における「謀議」は共謀を意味すると思われる。

- <sup>40</sup> 被害者が金銭の交付前に警察に相談し、だまされたふり作戦が行われていた。
- <sup>41</sup> 両裁判例とも、だまされたふり作戦が行われた。
- <sup>42</sup> 詐欺罪における法益侵害結果に、被欺罔者が錯誤に陥った状態を含まず、財物移転のみに限った場合。
- <sup>43</sup> 判例⑤を事例判断とするものとして、川田・前掲注(33)258頁。
- <sup>44</sup> 判例⑤は、承継的共同正犯という用語を用いていないが、先行者による欺罔行為の後、後行者と先行者の共謀が成立しているという点で、承継的共同正犯の事例であると考えられる。川田・前掲注(33)255頁以下も、判例⑤が詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成否について判断したとしている。
- <sup>45</sup> 判例⑤が判示した「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為」について、上寫一高「詐欺未遂罪と承継的共犯」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2018)570頁は、「他人によって共同正犯を基礎づける行為が行われる(他人が後に関与する)客観的な可能性があり、そのことが先行者によって期待されることによって、先行者に犯罪を遂行することを心理的に促進するという意味において、このような受領行為は、潜在的な因果性とでもいべきものを与えると解することも可能であるように思われる。」と指摘する。この指摘は、山田・前掲注(9)136頁が、判例⑤について、受け子により受領行為が行われるという「架け子の『期待』が実現した場合には、受け子の関与が架け子の欺罔行為に因果性を及ぼしたと評価してよいとの判断が示されたものと解する余地はないだろうか。」と指摘することと、架け子による期待に着目する点で同様の発想に立つものと思われる。

上寫561頁以下は、判例⑤が承継的共同正犯

を肯定した理由には「先行行為と後行行為が一体性を有することが含意される」と指摘し、上寫570頁は、本件受領行為についての前記解釈の可能性を指摘した上で判例⑤が示した一体性を「犯罪類型の性質としての一体性を前提とした、先行者が実現しようとする当該犯罪の計画において、他人による後行行為が予定されているという意味での先行行為との一体性と理解することも可能であろう。」とする。このように判例⑤を理解するならば、山田・前掲注(9)136頁が「後行者が先行行為に客観的な因果性を及ぼしていない点は無視できない」と指摘するように、欺罔行為に対する因果性を欠く後行者に詐欺未遂罪を成立させることができる根拠を、欺罔行為と受領行為の一体性から説明できるのかをさらに検討する必要があるのではないか。この点については、上寫570頁が前述の通り指摘する「潜在的な因果性」という観点や山田・前掲注(9)136頁が前述の通り指摘する「架け子の『期待』が実現した場合には、受け子の関与が架け子の欺罔行為に因果性を及ぼしたと評価してよい」という観点が重要であると思われる。もっとも、後行者が共謀時点で自らが因果性を及ぼすことを認識しなければ、関与についての意思決定に対する非難はできない以上、後行者はその因果性の対象についての責任を負わないと思われるところ、受け子は、共謀時点で、上寫570頁や山田・前掲注(9)136頁が指摘する因果性を及ぼすことを認識していたものではない。上寫570頁や山田・前掲注(9)136頁の論理に従ったとしても、あくまでも、受け子は、共謀時点で、自らが欺罔行為に因果性を及ぼすことを認識するのではなく、自らが欺罔行為に因果性を及ぼしていたことを認識することとなるにすぎない。共謀時点で自らが欺罔行為に因果性を及ぼしていたことを認識したからといって、欺罔行為に関与するという意思決定を受け子がなすことにはならず、そのため、そのような意思決定に対する非難を觀念することもできず、受け子が因果性の対象である欺罔行為

の責任を負うことにはならないだろう。そのため、上寫570頁や山田・前掲注(9)136頁が指摘する因果性が、欺罔行為に対して現実に生じる因果性に代替しうるものかという点には疑問が残る。

<sup>46</sup> 川田・前掲注(33)256頁も、「因果的共犯論による立論を含めその具体的な理論構成は特定の立場を採ることを明らかにしたものではないといえる。」としている。

<sup>47</sup> 松原②・前掲注(20)23頁以下。

<sup>48</sup> 判例⑤が中間説③と同様の立場を採ったと理解する可能性を認めるものとして、齊藤彰子「承継的共犯」法学教室453号(2018)23頁。なお、本稿は、判例⑤を松原②・前掲注(20)23頁以下のように理解する可能性を否定するものではなく、また、必ずしも判例⑤が中間説③の見解と同様の立場を採ったと理解するものでもない。本稿は、あくまでも判例⑤の立場は不明であると考えるものである。

<sup>49</sup> 松宮孝明「判批」法学セミナー759号(2018)123頁は、判例⑤が判例④の考え方と矛盾するとする。なお、佐藤拓磨「判批」刑事法ジャーナル55号(2018)106頁と只木誠「判批」ジュリスト臨時増刊1531号(2019)153頁は、判例⑤の論理が恐喝罪には及ぶ可能性を指摘する。

<sup>50</sup> 因果的共犯論を前提としない中間説は維持できないことを指摘するものとして、十河・前掲注(12)138頁以下。また、橋爪・前掲注(29)158頁は、後行者は自らが何らの因果性も有していない結果については責任を負わないという点を前提として、今後の議論をすすめる必要があると指摘する。

<sup>51</sup> 井田良「承継的共同正犯についての覚書」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(成文堂、2017)644頁以下は、裁判例④が一種の中間説に立つことを前提に、後行者に共同正犯を成立させても、因果関係を持たない構成要件要素の責任を負わず、その分だけ量刑を軽くするならば、裁判例④の理論は支持できるとしているように思われる。たしかに、その

ように量刑で調節する解決は、妥当な結論を導きうるという点では優れている。しかし、共犯は修正された構成要件であるところ、構成要件該当事実に対する因果性の有無は、後行者に構成要件該当性が認められるか否かにかかる問題であり、言い換えれば、犯罪の成否に関する問題である。そのため、因果関係のない構成要件該当事実があっても、後行者に共同正犯が成立するか否かを検討せずに、後行者に共同正犯が成立することを前提として量刑で調節することは許されないであろう。

<sup>52</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）367頁以下参照。

<sup>53</sup> 照沼亮介「判批」判例時報2392号（2019）169頁は、「『広義の共犯』の因果性につき、正犯行為を介した最終的な法益侵害結果の惹起が最低限必要であり、それで足りる」としている。

<sup>54</sup> 共同正犯の正犯性を認めるために、中間説⑤は法益侵害結果以外の構成要件該当事実に対する因果性が必要であると考え一方、中間説④は法益侵害結果以外の構成要件該当事実に対する因果性は必ずしも必要ではないと考える点に、両説の違いがある。

<sup>55</sup> 立石・前掲注（13）315頁以下。

<sup>56</sup> もっとも、結論が妥当ではないという批判は、たしかに重要な指摘ではあるが、理論的な欠点を指摘するものではない以上、否定説①への決定的な批判とはなりえないと思われる。

<sup>57</sup> 山口・前掲注（25）18頁が「錯誤に陥った被害者に対面して金員を受領するような場合には、後行者を単独で考えても、保障人的地位＝作為義務を認める余地はあると考えられる」とする通り、後行者が単独で作為義務を負う可能性はある。そのような場合には、否定説①を採っても、後行者に不作為の詐欺罪の罪責を負わせることができる。

<sup>58</sup> 山口・前掲注（25）19頁。

<sup>59</sup> 同様の指摘として、松原①・前掲注（20）411頁、齊藤・前掲注（48）26頁、小林①・前掲注（21）8頁以下、山田・前掲注（9）124頁。

<sup>60</sup> 橋爪・前掲注（22）6頁。また、小林①・前掲注（21）8頁は、「既存の錯誤の不除去だけで不作為による欺罔と評価しうるか」という点に留意が必要であるとしている。

<sup>61</sup> 山田・前掲注（9）124頁は、「錯誤を解消する手段」として「郵便物の返送を配達員に依頼する」ことを挙げている。

<sup>62</sup> 橋爪・前掲注（22）7頁。

<sup>63</sup> 尾棹司「だまされたふり作戦と詐欺罪の承継的共同正犯の成否について—最高裁第三小法廷決定平成29年12月11日を素材として—」法学研究論集（明治大学大学院法学研究科）49号（2018）14頁は、後行者による受領行為の実行行為性と関連して、「先行行為者が被害者に対して私書箱等へ荷物を発送させ、後行行為者がその指定場所に荷物を取りに行くといった場合」には「私書箱等に預けられたものを回収して先行行為者に届けることで初めて詐欺罪の法益侵害結果の確定があり、詐欺罪が既遂に至るとも考えられる。」と指摘する。しかし、具体的な事実関係によって占有の移転時期についての評価は異なりうるものではあるが、私書箱等は実質的には詐欺グループの管理下にあり、また、その私書箱等に預けられた金員を占有する意思が詐欺グループにはあるだろう。そのため、金員が私書箱等に預けられた時点で、詐欺グループがその金員を支配しているといえ、その金員の占有は移転したと評価されるのではないか。したがって、金員が私書箱等に預けられた時点で詐欺罪が既遂に至らない事例は、想定し難いのではないと思われる。

<sup>64</sup> 小林①・前掲注（21）8頁

<sup>65</sup> 小林①・前掲注（21）7頁以下は、否定説②に批判的である。

<sup>66</sup> これらの事例では、先行者の詐欺罪が既遂に達している以上、後行者は法益侵害結果に対して因果性を持ちえないため、因果的共犯論の観点からは、後行者に共犯としての処罰を根拠づけることができないからである。

<sup>67</sup> 松原②・前掲注（20）30頁以下は、否定説①に

立った上で、「送付型特殊詐欺の事案で、郵便物・荷物を配達員・配送員から受け取るのではなく、配達員・配送員に郵便物・荷物を郵便受けや宅配ボックスに投入させるという形態をとる場合には、郵便受けや宅配ボックスが犯人側の支配下にある限り、配達員・配送員による郵便物・荷物の郵便受け・宅配ボックスへの投入によって詐欺罪は既遂に達する」とし、配送業者から金員を直接受領して受領後に運搬行為をした者や、郵便受け等から金員を回収し運搬行為をした者について詐欺罪を否定し、盗品運搬罪を成立させる。

<sup>68</sup> 個人責任の原則の定義には解釈の余地があると思われる。しかし、少なくとも自らが関与していない法益侵害結果については責任を負わないということは動かし難いと思われる。

<sup>69</sup> 尾棹・前掲注(8)198頁以下は、前掲注(8)で書いた通り、特に混合惹起説の立場から検討をすすめるものではあるが、因果性の対象については、因果的共犯論内部の対立に入る前に、法益侵害結果に対する因果性があれば足りるとしている。

<sup>70</sup> 共犯が成立するか否かの段階の議論であるから、厳密には「共犯者」という文言は適切ではないと思われるが、本節では、便宜上、共犯が成立するか否かの検討の対象となる者を「共犯者」と書く。

<sup>71</sup> 山口・前掲注(25)2頁以下、14頁以下参照。

<sup>72</sup> 橋爪・前掲注(10)393頁以下。十河・前掲注(12)143頁以下は、承継的共犯について、後行行為と第1次的な保護法益の法益侵害結果に対する因果関係があれば共犯が成立するとする。また、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論§§1~72』(有斐閣、2010)860頁〔島田聡一郎〕は、最終的な法益侵害結果と因果性があれば足りるとし、高橋・前掲注(10)182頁以下は、これに賛成する。

<sup>73</sup> このような対立が顕在化する前も、因果性が要求される範囲についての理解は各論者によって異なっていたと思われる。そうであるがゆえ

に、因果的共犯論を前提とする中間説①②と否定説①の対立が生じていたのだと思われる。

なお、高橋・前掲注(10)179頁は、「今日、因果的共犯論が通説となっているにもかかわらず承継的共犯の問題について見解が分かれるのは、前提となっている因果的共犯論の理解が異なっているからではないかと思われる。」としている。

<sup>74</sup> 山口・前掲注(25)2頁以下、14頁以下。

<sup>75</sup> 橋爪・前掲注(22)7頁。尾棹・前掲注(8)201頁も同旨。

<sup>76</sup> たしかに、共犯には単独正犯とは異なり、適切な処罰範囲の画定という観点から、要求される因果性の範囲を限定する必要があるのかもしれない。しかし、このような修正の必要性があるとしても、その修正が許容されるか否かは別の問題である。したがって、共犯規定を政策的な規定と理解したとしても、法益侵害結果に対する因果性があれば足りるという帰結が導かれるわけではない。言い換えれば、法益侵害結果に対する因果性があれば足りると解することまで共犯規定が許容しているかは明らかではない。

<sup>77</sup> 松原②・前掲注(20)1頁。

<sup>78</sup> 松原②・前掲注(20)19頁以下や鎮目征樹「承継的共同正犯」法学教室470号(2019)103頁も参照。

<sup>79</sup> 例えば、先行者が被害者を暴行し犯行を抑圧した後に後行者が先行者と共謀して財物を奪取した場合や、先行者の欺罔行為後に後行者が先行者と共謀して財物を受け取った場合がある。

<sup>80</sup> 小林憲太郎『刑法総論』(新世社、2014)153頁以下は、承継的共犯を検討する際に、学説②を「承継を一定の範囲で肯定するロジックを共犯の一般理論に適合するかたちで再構成」したものと位置づけている。

<sup>81</sup> 橋爪・前掲注(22)10頁以下、十河・前掲注(10)7頁以下。

<sup>82</sup> 橋爪・前掲注(22)10頁以下。十河・前掲注(12)143頁は「保護法益の侵害・危険すなわち構成要件的结果」としていることから、十河・前掲注



(12) 143頁以下も構成①であると思われる。

<sup>83</sup> 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016）284頁以下。

<sup>84</sup> 橋爪・前掲注（10）394頁。

<sup>85</sup> もっとも、行為無価値二元論の立場からは学説②を採りえないとしても、それが学説②の決定的な欠点となるわけではないであろう。なぜなら、結果無価値論の立場からは、なお学説②を支持しうるからである。疑問点③の意義は、学説②の決定的な欠点を明らかにすることにあるのではなく、学説②が特定の立場からのみ支持しうるものなのか、あるいは、因果的共犯論に立つ限りであらゆる立場から支持しうるものなのかを分析する一助とすることにある。

<sup>86</sup> 行為無価値二元論と結果無価値論のどちらの立場に立つかによって、ある議論についてただちに結論が導かれることは多くはないと思われる。しかし、いかなる構成要件該当事実に対して因果性を有していればその者に共犯が成立するかという議論についてみれば、違法論についてのこの対立が結論に影響を与えと言わざるを得ないであろう。

<sup>87</sup> (D)のアプローチは、本章第2節第2款で示した疑問点③に対応したものである。

<sup>88</sup> 本章第2節第2款の疑問点②で述べた通り、結果無価値論に立たずに学説②を採ることはできないだろう。その帰結として、因果的共犯論の要請について法益侵害結果に対する因果性で足りることを前提とする中間説④は、結果無価値論の立場からしか採りえないと思われる。

<sup>89</sup> 例えば、先行者が強盗の故意で被害者に反抗を抑圧する程度の暴行を加え、被害者の反抗が抑圧された後、先行者と後行者が共謀して、後行者のみが被害者から金員を奪ったという場合、後行者が金員を奪わなければ、財物の占有移転がない以上、強盗罪は既遂に達しない。そのため、後行者が金員を奪うという後行行為を行ったことによって、先行者に強盗罪が成立することとなる。

また、先行者が被害者に欺罔行為を行い、

それにより錯誤に陥った被害者が先行者の指定した場所に金員を送付し、その後、先行者と共謀した後行者が送付された金員を配送業者から受け取ったという場合、後行者が配送業者から金員を受け取らなければ、財物の占有移転はない以上、詐欺罪は既遂に達しない。そのため、後行者が金員を受領するという後行行為を行ったことによって、先行者に詐欺罪が成立することとなる。なお、この場合、被害者が金員を送付した時点で、後行者による受領行為がなくても、詐欺罪は既遂に達すると考えるならば、後行者は当該行為規範に違反しない。

<sup>90</sup> 後行者が後行行為を行わなくても先行者に犯罪が成立する場合には、後行者は後行行為によって先行者に犯罪を成立させたといえないから、後行者に先行者が先行行為を行ったのと同等の行為無価値を認めることができず、承継的共犯は成立しないだろう。

<sup>91</sup> 作為義務の認定にあたって、行為者による危険の創出を要求する見解として、小林②・前掲注（21）108頁以下。

<sup>92</sup> 作為義務の発生根拠として因果経過の支配を要求する見解については、西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社、1988）89頁以下。

<sup>93</sup> 作為義務の発生根拠として因果経過の支配を要求する見解として、山口・前掲注（83）90頁以下、橋爪・前掲注（10）68頁以下。

<sup>94</sup> 西田・前掲注（92）90頁。山口・前掲注（10）90頁もこのような理解を出発点とすることを正当とする。

<sup>95</sup> 西田・前掲注（92）89頁以下。

<sup>96</sup> 判例⑤は「因果関係」という文言は使っていないが、判例④と整合的に理解するためには、判例⑤を因果性の観点から説明していく試みをするほかないと思われる。判例⑤とそれまでの判例との整合性については、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責・補論（2・完）」名城ロースクール・レビュー45号（2019）54頁以下も参照。



<sup>97</sup> 第4章第2節第4款で述べた通り、私見は因果性の対象について学説①に立つが、仮に学説②に立とうとするならば、違法性の観点と個人責任の原則の観点の両面から、学説②を根拠づけることが求められるであろう。

<sup>98</sup> 例えば、橋爪・前掲注(22)7頁が示す「郵便局員等によって被害金の在中した郵便物が(たとえばアパートの空き室の)郵便受けや集合ポストに投函された場合」のうち詐欺罪が既遂に至った場合や、小林①・前掲注(21)8頁が示す「被害者が先行者の指示した場所に財物を置いて立ち去り、もはや被害者と連絡をとる手段が失われてしまったのち、後行者が先行者から依頼を受けて当該財物を取ってくるというだけの場合」がある。このような事例では、仮に肯定説に立ったとしても、承継的共犯の論理では、受け子に詐欺罪を成立させることができないと思われる。

<sup>99</sup> 佐藤・前掲注(49)106頁は、判例⑤が「『既遂』という文言を用いていない」ことは「詐欺の既遂後、その完遂のために関与した者についても承継的共同正犯として罪責を問う余地を残したものと解される。たとえば、詐欺の事案で、被害者に犯人が支配する宅配ロッカーに現金を送付させた場合、その時点で既遂が認められると思われるが、現金をロッカーから取り出して手中に収めるまでは詐欺は完遂していないとみれば、現金がロッカーに届けられた後に回収の依頼を受けてこれを回収した者に詐欺罪の承継的共同正犯を認める余地があろう。」と指摘する。

もっとも、従来、承継的共犯は先行行為についての犯罪が既遂に達するまでの事例を念頭に論じられてきたと思われるところ、このように架け子の詐欺罪が既遂に達した場合にまで受け子に詐欺罪を成立させるならば、少なくとも、従来論じられてきた承継的共犯としての問題解決の範囲を超えているのではないか。

<sup>100</sup> 佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法学セミナー779号(2019)17頁は、犯罪の既遂と終了を区別した上で、既遂に達した後でも終了前に関与

があれば、共犯の成立を認めることも不可能ではないとする。

(なかた しょうた 北海道大学法科大学院修了)