

# 承継的共犯について

林 幹 人

- I 系譜の概観
- II 現状の分析

## I 系譜の概観

(1) 承継的共犯については、筆者はすでに何度か論考を発表してきた。筆者自身の見解は基本的に今でも変わっていない。しかし、最高裁平成 24 年 11 月 6 日決定<sup>1)</sup>（以下平成 24 年決定と呼ぶ）を契機として、にわかに問題は緊迫化し、多くの論考、そして関連判例が出るに至っている。そこでこの機会に、改めてこの問題について検討を加えることとしたい。

もっとも、平成 24 年決定自体の分析は、すでにほぼ尽くされている。足りないと思われるのは、まず、承継的共犯に関わる共犯論全体の判例の系譜の概観、そして、承継的共犯に関わる新たな、特にオレオレ詐欺事件などの現状の分析である。本稿では、この二つの問題に焦点を合わせることにする。

(2) 承継的共犯論の出発点となったのは、大審院昭和 13 年 11 月 8 日判決<sup>2)</sup>である。これは、実行正犯が強盗殺人を犯した後、物取りにだけ関わった被告人を強盗殺人罪の幫助犯としたものである。この判例は、承継的共犯についてのリーディング・ケースとなった。それは現在でも変わらない。しかし、今回の平成 24 年決定は、「因果関係」という概念を強調して、自己の行為との間に因果関係のない先行者の行為と結果については、共犯としての責任を負わないと判示した。そうであるからには、大審院判例の場合、被告人が関与した時点

---

1) 刑集 66・11・1281。

2) 刑集 17・839。

では、被害者はもはや死んでいるのであるから、その死に因果関係を有することはなく、強盗殺人罪の幫助犯とすることはできないのではないかという重大な問題が生じる。平成 24 年決定において、千葉意見はこの点を問題としており、そして、今回の決定と大審院判例の整合性を認めるかのような口吻を示している。この点をどのように解するかは、今回の決定の前後を通じて、学説は盛んに論じてきたが、近時オレオレ詐欺など特殊詐欺事件において、現実の問題となるに至っている。この点は後に論じる。

(3) 平成 24 決定は共犯としての罪責を問題とする前提として「因果関係」という概念を用いたが、実はこれは最高裁としても初めてのことはない。最高裁昭和 25 年 7 月 11 日判決<sup>3)</sup>は、被告人が住居侵入窃盗を教唆したが、正犯者は、その住居には侵入できなかったため、別の住居に侵入して強盗罪を犯したという事案について、教唆行為と強盗行為との間に「因果関係」があるか疑問だとした。この判例は、共犯が成立するためには、正犯行為との間に因果関係を要するというを前提としている。さらに、最高裁昭和 23 年 10 月 23 日判決<sup>4)</sup>は、被告人は公文書無形偽造教唆行為を共謀したものの、他の共犯者は被告人に謀ることなく、公文書有形偽造教唆行為をしたという事案について、「相当因果関係」があるとして、共犯の成立を認めた。

この 2 つの最高裁判例を見ると、最高裁も、共犯の処罰根拠として因果関係を重視する因果（的）共犯論<sup>5)</sup>を、ほぼ無意識のうちに採用していたといえる。もっとも、どちらの判例も、主要な争点は因果共犯論の是非に直接関わるものではなかった。したがってこの時点では、判例が因果共犯論を採用していると断言することもできなかったわけである。

(4) しかし、その後学説は、因果共犯論を強力に主張し始めた<sup>6)</sup>。

この影響を受けて、判例は因果共犯論を次第に取り入れるようになった。そ

---

3) 刑集 4・7・1261。

4) 刑集 2・11・1386。

5) 筆者は、「因果」共犯論とし、「因果的」共犯論としてはこなかったが、それは、共犯の処罰根拠についての、対立概念である「責任」共犯論との語呂がいいと考えたからである。ちなみに、責任共犯論は現在でも意義ある概念である。いわゆる極端従属（性）説、（部分的）犯罪共同説にそれは生きている。

6) 平野龍一・刑法総論（1975）380 頁以下、大越義久・山中敬一・西田典之「共同研究・共犯の処罰根拠」刑法雑誌 27 巻 1 号（1986）19 頁以下など。詳細は、林幹人・刑法の基礎理論（1995）159 頁以下。

の先駆けは、共犯の離脱についての最高裁平成元年5月26日決定<sup>7)</sup>である。共犯の離脱についてのそれまでの判例としては、最高裁昭和24年12月17日判決<sup>8)</sup>や、東京高裁昭和25年9月14日判決<sup>9)</sup>などが重要とされてきた。その判示には因果共犯論的なものは見られない。しかし、共犯の離脱についての過去の多くの判例は、因果共犯論による説明も可能なものであった。平成元年決定の調査官解説はそのような理解を踏まえて、平成元年決定は因果共犯論を基礎とするものと説明したのである<sup>10)</sup>。もっともその判示の中には、「因果関係」という概念は見られない。わずかに、「その後の共犯者の強盗も当初の共謀に『基づいて』行われたもの」(『』は筆者による)という判示から、因果共犯論的な理解を読み取れるにすぎないのである。しかし、この判例は因果共犯論を採用したものであるという理解は急速に広まった。そのような理解は、最高裁平成21年6月30日決定<sup>11)</sup>によってさらに強まった。

(5) 共犯の離脱の問題について因果共犯論を採用しても、それだけではあまり大きな意味はない。それは単に多くの判例を説明するための理論であり、犯罪の成否を大きく動かすものではない。とくに、心理的因果性の場合(そして多くの事例においてこれが重要な意味をもつ)、共謀などにより一旦設定された因果性が切断・排除されたかの判断には評価を伴う<sup>12)</sup>。

それだけでなく、因果共犯論の試金石はもう一つある。それが、承継的共犯の問題である。いうまでもなく、因果関係とは、時間的に前のことと、後のこととの関係性を問題とするものである。時間的に後のことが前のことに因果関係を有することはありえない。ところが、この最も基本的な所で、判例は因果共犯論を採用してこなかったのである。その基礎にあったのが、前掲昭和13年大審院判例である。もっとも、傷害罪が二人の犯人によって継続的に行われる場合については、下級審でも判断は分かれていた。その中でも、「積極的な利用」とかその「意思」を基準とする判例は、共犯の成立を認めるについて、大

7) 刑集43・6・567。

8) 刑集3・12・2028。

9) 高刑集3・3・407。

10) 平成元年度最高裁判所判例解説175頁以下(原田國男)。

11) 刑集63・5・475。

12) この問題について、参照、小島陽介「精神的幫助における因果関係について」法学論叢161巻4号(2007)70頁以下。

審院判例を抑制するものとして、下級審判例を支配しつつあったのである。今回の最高裁平成24年決定の原判決は、そうした傾向を踏まえたものである。しかし、今回の最高裁決定は、さらに一步を進めた。すでに生じてしまっていることを認識・認容し、これを積極的に利用する意思でそうしたといえれば、過去の事実であっても、共犯としての責任を負うというのは、まさに、因果共犯論の本旨に反することであり、そして、ことは犯罪の成否に大きく関わることである。

共犯の離脱の問題において因果共犯論をとり、承継的共犯の問題においてとらない状況について、筆者は「矛盾」と評していた<sup>13)</sup>。それが解消され、二つの試金石について、因果共犯論に統一されたことは高く評価される。

(6) しかし、実は因果共犯論の試金石にはもう一つある。それは、幫助犯の内容の理解である。最高裁平成25年4月15日決定<sup>14)</sup>は、危険運転致死傷罪を実行した犯人に同乗した者について幫助犯の成立を認めるにあたり、運転者の心理を「強固」にしたということを指摘した<sup>15)</sup>。これは、共犯の因果性の中でも特に重要な心理的因果性の内容を示したものである。幫助犯において、心理的因果性が重要であること、そして、その内容は正犯者の心理の「維持・強化」にあるということは、すでに東京高裁平成2年2月21日判決<sup>16)</sup>が示していた。危険運転行為の同乗者に幫助犯の成立を認めるにあたっては、これまでの判例理論によっても、さまざまな概念構成がありうるところである。そうした中で、危険運転に同乗するという新しい事案について、あえて因果共犯論的な判示を行って幫助犯の成立を認めたところに、この決定の意義があると解される。

こうして、判例の因果共犯論の基礎は完成した。しかし、現在そこからさらに多くの問題が生じている。次には、特に重要となっているいくつかの問題について検討を加えたい。

---

13) 林幹人・判例刑法(2011)152頁。さらに参照、嶋矢貴之「共犯の諸問題」法律時報85巻1号(2013)28頁以下。

14) 刑集67・4・437。

15) この概念は、すでに大判昭和15・4・22刑集19・253に見られる。

16) 判タ733・232。

## II 現状の分析

(1) 平成24年決定は、複数人が時間的に前後する傷害行為を行った場合について、途中から関与した者の罪責の範囲が問題となったものである<sup>17)</sup>。冒頭にあげた大審院判例のように、強盗殺人罪という一罪の中で、途中から物取りにのみ関与したような場合をどのように解するかは、問題として残されている。この点について、平成24年決定における千葉補足意見は、次のように述べている。「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、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ついて因果関係を持ち、犯罪が成立する場合があります」。傷害罪の場合について因果共犯論を採用した場合、当然に大審院判例との関係が問題となるところであり、その点について意見を述べるのが、裁判官として職権を逸脱したものとはいえない。問題はその内容である。平成24年決定は、先行者の行為の効果の(積極的な)「利用」という基準を否定し、「因果関係」という基準を立てた。ところが、千葉意見ははまだ「利用」という基準を維持している。これは不徹底ではないか、との疑問をまづもって提起できる。

もっとも、千葉意見も犯罪の「結果」についての「因果関係」を問題とするという点では、因果共犯論の枠内にあるともいえる。このような立場からは、大審院判例も変更を要しないということになろう。そして、現在非常に問題となっているオレオレ詐欺の場合にも、先行者が欺罔行為を行った後に、現金の受け取りにのみ関与したような場合にも、詐欺罪の共同正犯の成立を認めることができることになる<sup>18)</sup>。

このような見解の理論的な根拠として、次のような指摘がなされている。「構成要件該当事実は構成要件該当行為(=実行行為)と構成要件的结果に分類

17) 参照、松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治64巻1号(2013)1頁以下。

18) 参照、十河太朗「承継的共犯の一考察」同志社法学64巻3号(2012)366頁以下、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(2013)387頁、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号(2014)12頁など。さらに参照、橋本正博「『承継的共同正犯』について」川端博先生古稀祝賀論文集(上巻)(2014)579頁以下、阿部力也「承継的共同正犯について」川端博先生古稀祝賀論文集(上巻)(2014)531頁以下、豊田兼彦「共犯の因果性」刑事法ジャーナル44号(2015)8頁など。

することができるが、結果惹起こそが不法内容の本質的要素であり、実行行為は罪刑法定主義の要請から処罰範囲の限定のために要求されている」というのである<sup>19)</sup>。これは、大審院以来の判例や千葉意見を理論的に基礎づけようとするもので、注目に値する。

しかし、筆者は、実行行為が不法内容の本質的要素でないという見解には与しない。構成要件要素の中で、実行行為と結果惹起の間に軽重の差はなく、この二つのものは等価と考える。結果惹起に関与したに過ぎない者について、実行行為を重要な要素として含む犯罪の共同正犯の成立を認めるべきではない<sup>20)</sup>。

(2) 大審院判例が物取りにのみ関わった者について強盗殺人罪の幫助犯とした理由としては、強盗殺人罪は物取りと殺人が「結合」していること、あるいは、共犯は同一の犯罪についてのみ成立するものという理解があると思われる。最近の最高裁判例においても、一方は殺意、他方は保護責任者遺棄の意思をもって被害者を不作為により死に致した事件において、殺意をもっている者については、不作為による殺人罪の成立を認め、殺意のない者との間では、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となるとされている<sup>21)</sup>。この事件においては、殺意をもっている者が、もっていないかのようにふるまっており、そこに共同正犯を認める契機があるともいえる。また、実は殺意をもっている者は殺人罪を一人で犯したことも確かである。すなわち、殺人罪の共同正犯とできないことは明らかである。しかし、殺意を現実にもっていないながら、保護責任者遺棄罪の共同正犯とするのは、やはり実態を離れている。いわゆる部分的犯罪共同説にはさまざまな問題があり<sup>22)</sup>、筆者は、端的に、殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の共同正犯とするのが妥当だと考える。

大審院判例の場合も、正犯は強盗殺人罪であるが、物取りにのみ関わった者については、窃盗罪の幫助犯とすべきだと思われる。これに対しては、強盗に窃盗は含まれないという考えもある。しかし、たとえば、窃盗の共謀にのみ加

19) 橋爪隆「承継的共犯について」法学教室 415号 (2015) 95頁。

20) 参照、町野朔「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古稀祝賀 (1994) 132-133頁、松原芳博「共犯の処罰根拠・その2」法学セミナー 677号 (2011) 110頁、同「承継的共犯」野村稔先生古稀祝賀論文集 (2015) 207頁など。

21) 最決平成 17・7・4 刑集 59・6・403。

22) 参照、林幹人・刑法総論 (2008) 401頁。

担したが、実行を担当した者が勝手に強盗殺人に及んだ場合、窃盗罪の共謀共同正犯とすべきことに問題はないであろう。この意味で、いわゆる罪名共同説に固執する必要はないと思われる。

(3) 現在この関係で特に問題となっているのは、オレオレ詐欺である<sup>23)</sup>。オレオレ詐欺にもさまざまな場合があるが、多くは先行者によって欺罔行為が行われた後、後行者は受け取りにのみ関与する。先に見た大審院判例・千葉意見に従えば、それだけで詐欺罪の承継的共同正犯となる。しかし、このような見解が妥当と思われないことについては、先に述べたとおりである。

もっとも、受け取り行為自体が実行行為となる場合も決して少なくない。たとえば、東京高裁平成23年11月25日判決は、「本件犯行において、単に交付された金銭を受領するという事実行為であるにとどまらず、目的達成に向けた欺罔行為の一部にも関わり、本件犯行を完遂させるために重要かつ不可欠な行為と評価できる」として、詐欺罪の共同正犯の成立を認めた<sup>24)</sup>。

もちろんその前提として、故意と共謀の成立が必要である。東京高裁平成27年6月11日判決は、「封筒を示された時点で、それが現金をだまし取る詐欺であると容易に認識したものであることは優に推認できる」とし、「被告人が現金詐欺と認識した時点で、被告人と氏名不詳者との間に本件詐欺についての暗黙の意思の連絡があったといえる」とした<sup>25)</sup>。

自分はいわゆるオレオレ詐欺に関わっているかもしれないという意思をもてば、その時点で故意と共謀の成立を認めてよいであろう<sup>26)</sup>。そして、振り込め詐欺で、ATMから引き出したような場合には、窃盗罪の成立を認めてよい。そこには、窃盗罪の実行行為を認めることができるからである。もっとも、銀行員が相手の場合には、告知義務があったかが問題となるが、最高裁平成15年3月12日決定<sup>27)</sup>などに従えば、告知義務を認めることは可能である

23) 松澤伸「振り込め詐欺をめぐる諸問題」早稲田大学社会安全政策研究所紀要5号(2013)3頁以下。

24) 東京高裁(刑事)判決時報62巻117頁。猪俣正貴「振り込め詐欺等特殊詐欺の受け子事案における故意及び共謀の認定、東京高裁判決平成27・1・30(東京高検速報3539号)、同平成27・6・11(同3553)」捜査研究No.777(2015)13頁参照。さらに参照、松宮孝明「『承継的』共犯について」立命館法学352号(2013)380頁など。

25) 判例時報2312号134頁。

26) 故意を否定した事例として、松江地裁判決平成28・1・20判例時報2312号134頁以下、名古屋高裁判決平成28・3・23LEX/DB25544184など。

う。

これに対して、被害者から直接現金を受け取るような場合で、受け取った後によく詐欺を疑ったような場合には、もはや交付行為が終了しており、詐欺罪の実行行為性は認めえないと考える。この場合は、占有離脱物横領罪などの成立を認めるほかないであろう<sup>28)</sup>。

交付を受ける前に、故意と共謀を認めうる場合、まず、挙動による欺罔行為となる場合には、当然それ自体実行行為といいうる。しかし、挙動による欺罔行為とは作為犯だとすると、その行為によって、相手の錯誤を深めたのでなければならぬと解される。そのような事情を認めがたいときには、不作為犯の構成をとるほかはない。そのような場合、特に、作為義務としての告知義務を認め得るかが重要な問題となる<sup>29)</sup>。

この場合、まず、先に欺罔行為を行った者に作為義務を認めうるかなどを問題とする必要はない。先行者が作為によって欺罔行為を行い、受取人にその後故意が生じ、共謀が成立したとすれば、先行する欺罔行為者は当然に作為犯である。このような作為犯との間でも、不作為による共犯は成立しうると考えられる。そして、交付を受ける時点では、被害者の財産を保全する者はほかにいないのであるから、いわゆる排他的支配が認められ、受取人には、詐欺かもしれないことを告知する作為義務を認めることができるであろう。

もっとも、いわゆる騙されたふり作戦で警察官が潜んでいるような場合<sup>30)</sup>には、排他的支配も、実行行為の内容としての危険性もなく、不能犯とすべきであろう。

(4) このようにして、犯罪の途中から関与した場合、共同正犯の成立を認めるべきでないとしても、幫助犯の成立は認めうるという見解も有力である<sup>31)</sup>。昭和13年大審院判例も、強盗殺人罪の幫助犯の成立を認めたのであった。オレオレ詐欺のような場合も、受取りにだけ関与した者について、幫助犯の成立

---

27) 刑集 57・3・322。

28) この問題について、富山侑美「振り込め詐欺の「出し子」の罪責について」上智法学論集 59 卷 3 号 (2016) 213 頁以下) など。

29) 参照、山口厚「承継的共犯論の新展開」法曹時報 68 卷 2 号 (2016) 1 頁以下。

30) 参照、名古屋地裁判決平成 28・3・23 LEX/DB25544199、名古屋高裁平成 28・9・21 判決 LEX/DB 25544184 (評釈として、安田拓人・法学教室 437 号 (2017) 146 頁など)、福岡地裁判決平成 28 年 9 月 2 日 LEX/DB 25543872 など。

は認めうるのではないか、問題となる。

この点はドイツでも争われており、承継的共同正犯は認めえないが、幫助犯は認めうるという見解が有力である。その理由としては、幫助犯は「従属的」(akzessorisch)なものだということが指摘されることが多い<sup>32)</sup>。その趣旨は、正犯というものは、独立の犯罪で不法内容の完全な実現に関与しなければならないのに対して、幫助犯はそのようにして成立を認めた犯罪を前提として、いわば付加的に成立するものだという理解であろう。このような理解に対しては批判もあり、幫助犯も実行行為の前に関与し、すべての不法内容に関与しなければならないという見解も有力であるが、そのような見解も、それも「自明なことではない」ことを自ら認めている<sup>33)</sup>。

筆者自身は、共犯の因果性の原理は、共同正犯と幫助犯(そして教唆犯)に通底する基本的な原理でなければならず、共同正犯と幫助犯の区別は、そうした基本的な因果性を前提として、区別されるべきものと考えている。承継的共同犯の問題において、共同正犯と幫助犯とで扱いを異にする理論的な根拠があるとは思われない<sup>34)</sup>。もともと因果共犯論はドイツで発生したものであるが、そのときは、教唆犯・幫助犯など狭義の共犯の処罰根拠と理解されていた。これを輸入した我が国では、少なくとも判例では、共同正犯に妥当するものとして展開した。学説では一般に、共同正犯・幫助犯・教唆犯を区別することなく、一般的な共犯の処罰根拠として、因果共犯論は展開されてきたと思われる。そこには妥当なものがあったと筆者は考えている。

(5) 平成24年決定との関係で現在特に問題とされているのは、同時傷害罪規定(刑法207条)との関係である。平成24年決定は因果共犯論を採用し、自己の行為と因果関係のない先行者の行為と結果については責任を負わないとした。この判示からは、因果関係が証明されない場合にも、承継的共同正犯とし

31) 照沼亮介・体系的共犯論と刑事不法論(2005)244頁以下、井田良・講義刑法学総論(2008)473頁、高橋則夫・刑法総論(第2版)(2013)447頁など。さらに参照、山本雅子「承継的共同正犯論」立石二六先生古稀祝賀論文集(2010)475頁以下、小島秀夫「いわゆる承継的共同犯の規範論的考察」大東法学24巻1号(2014)7頁以下、同・幫助犯の規範構造と処罰根拠(2015)139頁以下など。

32) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S.93; Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 25, Rdnr.201 (Bernd Schuenemann).

33) Guenther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S.675.

34) 参照、佐久間修「共犯の因果性について」法学新報21巻11・12号(2015)184頁。

ては責任を負わないということになる。それでは、そのような場合、同時傷害罪の規定の適用は可能かが問題とされてきた。

共謀がない場合には、機会の同一性等の要件が充足されれば、その適用をしなければならない。共謀がある場合に適用しないのは、均衡を失する。したがって、同時傷害罪の適用をしなければならないと筆者は考えている。これに対しては、共謀がある場合、先行者に共犯の因果性があることを理由に、因果関係が不明であることを前提とする本条を適用することはできないという見解もある<sup>35)</sup>。しかし、本条は共犯の因果性の推定規定ではなく、同時犯の因果関係の推定規定である。また、最近、最高裁平成 28 年 3 月 24 日決定は、後行者に死の結果について因果関係がある場合であっても、先行者について因果関係が不明の場合には、本条の適用は妨げられないと判示した<sup>36)</sup>。この決定の立場からは、先行者に共犯の因果性があることを理由に本条の適用をしないという解釈は、不当ということになるものと思われる。

もっとも、以上のように解釈するときは、平成 24 年決定が因果共犯論を採用したことの意義の大半が失われることは確かである。しかし、もともと、刑法 207 条は、立法政策上は妥当を欠く規定なのである。平成 28 年決定の場合で言うと、先行者は本当に死を引き起こしたのか疑いがある。それにもかかわらず、殺したとすべきだというのは、疑わしきは被告人の利益にの原則から外れていることは明らかである。しかし、違憲とまで言えないとすれば、本条を適用せざるを得ない。平成 24 年決定の場合も同じである。因果共犯論は、すでに見たように、学説の進歩によってもたらされたものである。現行法の古い観念とアンバランスが生じるのは避けられないことである。これを解釈によって解消しようとするには限界がある。

判例が、条文にない、「機会の同一性」を要求してきたのは、このような不合理な規定の適用を限定しようとするものである。平成 28 年決定は次のように述べる。「同条の適用の前提として、検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が『外形的』には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会

---

35) 中森喜彦・刑法各論（第 3 版）（2011）18 頁、西田典之・刑法各論（第 6 版）（2012）47 頁など。

36) 刑集 70 卷 3 号 1 頁。

に行われたものであることの証明を要する」(『』は筆者による)。

この判示に対しては、次のような疑問を提起できる。まず、「各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること」を要件とするのは、それ自体としては妥当であるが、それは、機会の同一性要件の内容と解すべきものとは思われない。機会の同一性要件の内容とすべきなのは、「外形的」に共同実行に等しいと評価できるような状況である。しかし、この「外形的」という基準には疑問がある。

たしかに、時間・場所などの客観的な限定要素は重要である。また、共犯の成立に要する「意思の連絡」などを要しないことも当然である。しかし、本条の適用において、主観的・意思的な要素をおよそ考慮しないとすれば、妥当ではない。過去の判例には、主観的要素を重視して、本条の適用を否定したものがあつた。近時の学説も、その重要性を指摘している<sup>37)</sup>。典型的な同時犯、たとえば、甲乙が互いに相手を認識しないまま、被害者に向かって発砲し(これでも、暴行・傷害となりうる)、一つの弾だけが当たり死に致したが、どちらの発砲によるものか証明できなかった場合には、死について責任を負わせることはできないというのが、一般的な理解だつたように思われる。

本件の場合も、主観的な要素として、次のような事情を指摘できる。まず、先行者と後行者とは互いにその存在を認識し合つていた。後行者は先行者の一人から誘いを受け、客として飲食していたのである。また、先行者は、後行者の暴行に明らかに心理的影響を与えている。いいかえると、心理的因果性がある。共犯における心理的因果性とは、前述したように、相手の決意を「強固」にするというように、程度のあるものである。共犯を認めるほどの因果性ないし関係性がなくても、弱い心理的因果性があるということはある。本件の場合もそのような事案であつた。いわば、後行者は「悪乗り」しているのである。このような主観的要素がどのような理論的意義をもつものかは、将来の検討課題である。しかし、「外形的」という名の下に、単に客観的な要素のみを、機会同一性の要件の内容とするのは、妥当とは思われない。

以上

---

37) 杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011)49頁以下、樋口亮介「同時傷害の特例(刑法207条)」研修809号(2015)3頁、辰井聡子「同時傷害の特例について」立教法務研究9号(2016)1頁など。

（2017年3月8日脱稿）

脱稿後，最高裁平成29年12月11日決定（LEX/DB25449113）に接した。本稿で問題とした，いわゆるだまされたふり作戦の場合について，最高裁は詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認めた。本件の場合，不能犯の問題について「危険性」を認める判断は理論的にあり得るものと思われるが，「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」としたのは，疑問である。本件被告人は，「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受け」たのであり，その時点で，故意も共謀も成立している。そして，被告人の受け取ろうとした行為は，告知義務違反を構成する可能性がある。この点について検討すべきであったと思われる。