



Doshisha University Academic Repository

同志社大学学術リポジトリ

承継的共同正犯成立の範囲

著者	大谷 実, 長沢 正範
雑誌名	同志社法學
巻	22
号	3
ページ	34-44
発行年	1971-03-31
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000009701

判例研究

承継的共同正犯成立の範囲

大 谷 実

長 沢 正 範

昭和四五年六月九日岡山地裁津山支部判決 (昭和四五年(わ)第二一〇二八号、二八号、) 判例タイムズ二五四号二五二頁、判例時報六一号一〇三頁

一一号一〇三頁

【事実】 被告人甲、乙兩名は、旅館に投宿し部屋で同旅館の仲居A女を混えて飲酒していた。そのうち甲は同部屋の奥の間で就床し、乙とA女が飲酒を続けたが、やがて機をみて同女は部屋を立ち去ろうとした。そのとき、乙は、同女に情交を求めたが、同女に拒絶され、そこで乙は同女を強姦しようとして決意し、同女の手首をつかみその場に引き据え、右手拳で左頬を左耳にかけて強く打した。さらに抵抗する同女を奥の間(甲の寝ている部屋)に引き込み押し倒し、口を手で塞ぎ、上半身を押さえつける等の暴行を加え、右の一連の暴行により同女に左頬打撲・左関節部擦過創(全治約三日間)、左側外力性中耳炎(加療約一〇日間)の

傷害を負わせた。このとき眠りに入りかけていた甲が、この騒ぎで目をさまし、乙のA女に対する強姦の意図を察知し、右傷害には気づかぬまま、乙に加勢して姦淫目的を遂げようと決意し、同女の着衣を脱がせ、ここに甲、乙兩名は意思相通じて同女の反抗を抑圧し、まず甲が同女を姦淫し、次いで乙が姦淫しようとしたが、すきを見て同女が逃げたため遂げえなかった、というのである。なお同女に対する右傷害の事実については、甲は逮捕されて後、始めて知ったものである。

【判旨】 判決は、乙に対しては当然強姦致傷罪を認めるが、後行者たる甲に対しては、その罪責は強姦罪にとどまるとし、その理由を『ところで、先行者による犯罪遂行途上からこれに加担した後行者の責任は、その加担後の行為についてはもとより、加担前の先行者の行為であっても後行者においてそれを認識認容して自己の犯罪行為の内容に取り入れ、これを利用しようとする意図が認められるときには、右加担前の行為についてもおよぶべきものといえるけれども、後行者が認識していないときには、その責任はこれにまでおよばないものと解するを相当と考える。これを本件についてみると、前記のとおり被告人山部(甲)は、本件犯行に加担した当時被告人池上(乙)のその以前の暴行によって生じている傷害の結果については全く気付いていなかったのであるから被告人山部(甲)に対しては、この点を含めた責任を問うことはできないものといわねばならない』と判示した。

【評釈】 結論は妥当と考えるが、その理由には賛成できない。

本件はさほど数多くない承継的共同正犯に関する判例のひとつであり、しかも後行者が、参加前の先行者の行為(または行為結果)を認識せずに参加したという特殊な事案につき下された興味ある判決である。

一 承継的共同正犯についての判例はそれほど多くない。しかし、ほとんど同一と見られる事件に対し、逆の結論を下す判決もあり、判例の内部に相当の乱れがみられるが、一応積極説(後行者に参加前の分の責任をも問う説)が従来からの判例の一般的傾向と考えられる(同旨・莊子:「承継的共同正犯成立」の範圍「判例評論四一頁以下」)。積極判例として、大審院がまず訴訟詐欺の事案につき、『他人力詐欺取財ヲ爲スニ當リ半途ヨリ之レニ加担シ共ニ其目的ヲ遂ケタルモノナレハ他人ト共ニ詐欺取財ノ罪責ヲ負担スルハ当然……』(大判・明治四三年二月三)と判示して参加前の行為を含めた全体につき後行者の責任を肯定し(同旨・大判・日刑録一六輯一一三頁)

明治四四年一月二〇日、次いで、阿片煙輸入事件につき『或者カ犯罪ノ実行ヲ開始シタル後、他人之ニ加ハリ爾後共同実行ヲナシ得ルモノナルコトハ実験則上明白ナル事ニシテ之ニ擬スルニ共同正犯ヲ以テスヘキハ当然ノ事理ナレハ数人カ実行行為開始ニ先チ予メ共謀シタルコトヲ以テ共同正犯ノ成立要件ナリトスルハ正当ニアラス』と判示した(大判・昭和八年七月六日・刑集一二卷一一二五頁。もつとも、この判決が承継的共同正犯の事例につき正面からそれを認めた判例といえるかどうか多少問題がある。大野(平)一承継的共同正犯「法セ六八号三七頁参照」)。次いでこれより五年後、有名な強盗殺人幫助事件の大審院昭和十三年一月一八日判決(刑集一七卷二二号八三九頁)が登場する。事案は、ある夜不穏な格好で外出した夫の行動を心配した妻が、夫を追ってA方に行つたところ、そこで夫に出逢い、夫より、金員を強取するためAを殺害したことを打明けられ、さらに奪取につき協力を求められた。そこで妻はやむなく承諾し、夫に燈火を送り、その金品強取を容易ならしめた、というのである。この妻の行為に対し原審は強盗幫助を認定し、弁護人は窃盜幫助にとどまる旨主張し、上告した。大審院はこれに対し強盗殺人幫助の成立を認め、次のように判示した。『刑法第二百四十条後段ノ罪ハ強盜罪ト殺人罪若ハ傷害致死罪ヨリ組成セラレ右各罪種カ結合セラレテ單純一罪ヲ構成スルモノナルヲ以テ他人カ強盜ノ目的ヲ以テ人ヲ殺害シタル事實ヲ知悉シ其ノ企圖スル犯行ヲ容易ナラシムル意思ノ下ニ該強盜殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加担シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ對シテハ強盜殺人罪ノ從犯ヲ以テ間擬スルヲ相当トシ……』
というのである。

本来、承継的共同正犯は、いわゆる結合犯において、しかも先行者の行為によって結果の一部が完全に実現されてしまつてゐるような事例において、まさに問題となつてきたのであり(植田「承継的共同正犯について」、関大法學論集三卷三三頁、参照)、その意味で右の事例は本問の典型事例と考えられる。かかる事例に対し、大審院が強盗殺人幫助の成立を認めたことから判例は積極説を採るものとされてきた。そこで、次に問題となるのは、右大審院判決は從犯に関するものであり、從犯に対し下さ

れた判旨が承継的、共同正犯に對しどこまで妥当するのか、さらに共同正犯と従犯の質的差異が承継的、という場面に包摂される場合、その解決に何らの区別をもたらないかどうか、一である（吉田常次郎「承継的共同正犯・因果」関係刑法演習総論一〇五頁参照）。これにつき判例は、共同正犯も従犯も、それが承継的である限り全く同様であるとする立場にたち、右大審院判決に次いで現われた札幌高裁判決（昭和二八年六月三〇日）が強盜傷人の承継的、共同正犯に對し、右大審院判決とほとんど同じ判旨をもって積極説を採用した。いわく、『刑法二四〇条前段の罪は強盜の結果的加重犯であつて單純一罪を構成するものであるから、他人が強盜の目的をもつて暴行を加えた事實を認識してこの機会を利用してともに金品を強取せんことを決意し、互に意思連絡の上金品を強取した者はたとえ共犯者がさきになした暴行の結果生じた傷害につきなんら認識がなかつた場合でもその所為に對しては強盜傷人罪の共同正犯をもつて問擬するのが正当である』と。

ここに至り判例の承継的共同正犯に對する積極説が一応完成したといえよう（以後この立場に従う判決として、東京高判・昭三四・罪）、東京高判・昭三四・二・七・高刑集一二・九八〇（不法監禁罪）、福岡高判・昭三六・二・一六下級刑集三・二二・四〇（宿合罪）、名古屋高判・昭三八・一二・五下級刑集五・一一二・一〇八〇（強姦罪）、神戸地判昭三九・三・一〇下級刑集六・三二四・二〇四（強盜致傷罪）が挙げられる。なお下村教授は最決・昭三二・一〇・一八刑集一・一〇・二六七五をもつて、最高裁における積極説の判例と解されるようであるが、右決定をそのように評価することには疑問がある。最高裁においては、まだ承継的共同正犯に關する判例はないとみるのが正しいと考ふる。下村「承継的共同正犯」判例演習刑法總論一八四頁参照）。

二 ところが近時、下級審において、後行者の責任を参加以後の責任に限定するところの消極説をとる判例が現われてきた。しかも、その動きは無視できない強さを示すに至っている。それらはいずれも強姦（致傷）罪、強盜（致傷）罪に關する判決である（特異なものとして殺人罪に關するものも一件存在する）が、その代表的判決である浦和地裁判決（昭三三・三・二八、一審刑集一・三・四五五）は以下のように判示した。すなわち、強姦致傷事件について、共同正犯の一部行為が全部責任の認められる根拠は、『主觀的に一個の犯罪に關与したものの間に於て共同犯行の認識即ち相手方の行為を心理的に支配利用していること』にあるとし、『従つてその心理的支配は必然的に相手方の行為の前に存する筋合でなければ

ばならない』。したがって後行者が先行者の行為を認識して参加しても、さらに、その状態を利用したとしても、後行者は先行行為を支配したとはいえず、その分の責任を問うことはできない、と判示し、致傷責任を否定している。

この他、消極説に立つ判例として、広島高裁判決（昭三四・二・二七高刑集一三）、福岡地裁判決（昭和四〇・二・二七盗傷人事件）、大阪地裁判決（昭四五・一・一七判時五七七号二八頁殺人事件）がある。

このように、承継的共同正犯に関する従来の積極説に立つ判例は、最近の消極説判例の登場により多少なりとも動揺してきている。そこで判例がこの先、積極説の立場を守ってゆくか、あるいはその際、積極説の立場に何らかの限定づけをなしてゆくかが、積極説の実質的な理由づけと関連して注目される。そしてその際、積極説に限定づけが加えられるとすれば、後行者が「それを認識・認容し、利用しようとして参加した」という積極説の一般理論の適用に当たり、認識・認容・利用対象として、具体的に何を設定するのかという問題が生じてくる。いかえれば、①後行者は、先行行為が強盗目的による行為であるとの抽象的な行為性質を認識・認容して参加しただけで、先行行為による致死傷責任まで負うのか、それとも、②致死傷の原因となった具体的行為を認識・認容する必要があるのか、あるいは、③現実に認識・認容した具体的行為のなされた時点の前後でその取扱いを変えるか、④具体的に発生した致死傷結果自体を認識・認容対象に設定してゆくかといった問題である（①の立場が最も広い積極説であることはいまでもない。そのような立場を明確に直面する事案がなかったからである。ただ、積極説を採る理由として、形式的にその犯罪が結果的加重犯であって単純一罪であることを強調する論旨を貫けば、）。そのような結論が出される可能性は、論理的には存在する。なお、致傷結果自体の認識は不要と明言する判決は、前出札幌高裁判決（昭二八・六・三〇）である。

このような観点から本判決、およびこれと類似した事案につきなされた東京地裁判決（昭四〇・八・一〇判夕一八一号一九二頁）は、さわめて注目すべきものである。

三 本判決の意義は、後行者の認識・認容・利用対象を具体的な致傷結果自体においている点にある。もっとも、本件

は事案的には致傷原因たる具体的行為についても認識のない事案と考えられるため、はたして意識的に致傷結果を認識・認容対象として設定しているといえるか、さらに、認識・認容対象としての原因行為と致傷結果との関係はどうか（双方とも必要か、どちらか一方があればよいのか、あるいは致傷結果の認識・認容だけが必須的なのか）、明瞭でないところが多い。しかし、いずれにしても本判決は、傷害結果を認識・認容していないことを理由に、致傷責任を否定しているとみられるのであり、そのような見解を示す判決としては最初のものである。そして結果自体の認識・認容を必須的に要求することも理論的には可能であるとみられ、その意味でも将来、判例がどのような展開を示すかが非常に注目される。

このように本判決は、多少とも動揺している従来の積極説の判例にさらに新たな問題を提出したものといえよう（なお、本判決のいう「後行者において認識認容して自己の犯罪行為の内容に取り入れこれを利用する意図が認められるとき」という一般規準自体は、別段）
（特異なものとは考えられない。それは従来の一般規準を言い換えただけであって、単に認識・認容というのと内容においてさほど変らないと思われる。）

四 承継的共同正犯につき、学説は周知のとおり分れている。そこで議論の混乱をさけるため、先行者が被害者を失神、あるいは殺害した後に参加し、後行者は奪取のみを共同した場合のような明確な事例を想起し、論を進めることにする（植田、前掲書）。

承継的共同正犯に関する学説は、従来一般に積極説と消極説に分類整理され、かかる学説の対立は、消極説が『結局、先行行為に本質的な段落をみとめるのに対し、先行行為を含めて共同正犯成立を肯定する見解が、先行行為と後行行為とを「全体としての行為」ないしは「共通した全体の計画」といった契機を通して一体不可分のものとして結合させている』（莊子前掲）
（書三頁）
点に求めたり、『因果関係論を基礎として考える限り行為共同説の消極説は論理的必然である』（大野（平）前掲書三六頁。なお、同旨）
（小野、刑事判例評釈一巻一〇四頁）
点に求められている。

両説の分岐点は、一つには、共同正犯の共犯性をどのように考えるかという原則論的な点にあり、もうひとつは、具体的な犯罪構成要件の理解の仕方にかかっているのである(牧野、「刑法研究」九卷一七一頁参照)。

消極説は、きわめて有力である(牧野、前掲書。植田、前掲書。吉田、前掲書。平場、「刑法総論講義」五六頁。)(が、そのうち明快、端的に

消極説を展開される植田説と平場説を見よう。前者は行為共同説より消極説を導くものであり(同じ立場をとるものとして、

共同正犯を「数人がそれぞれ各自の犯罪を犯すに当って各自の行為(即ち因果関係)を共同してそれを遂げること：

…」(植田「共犯の基本問題」一二頁。傍点筆者。)(にあると構成し、共同正犯を理論的には単独犯の中に解消する。そして「相互了解」も心理的

因果関係に解消されるから共同正犯を根拠づけることはできない。この立場による以上、現在の相互了解が過去の行為

為に対する原因となり得ないから消極説に至るのは論理必然である。一方、平場説は目的的行為論の立場から、共同

正犯は、他の共同正犯者の行為に対しても共同の目的の支配のある場合であり、したがって実行行為全体にわたって各

自が正犯である、とされ、共同正犯を相互的間接正犯と類似したものとして構成する。したがってこの立場から、行

為支配を認めえない先行者の行為について後行者に責任を問えない、とされるのも当然の結論である(なお、ドイツの目

解については大野(平)、前掲書参照)。

両説は理論構成の仕方を異にするが、いずれも共同正犯を単独正犯に解消する思考であり、そうである以上、自己が関与する前に既になされてしまっている先行行為の責任を、後行者に帰属せしめるのは当然否定される。

積極説が多数説と考えられる(小野、前掲書。莊子、同。大野(平)、同。草野、「刑事判例研究」五卷一二四頁。植松、「全訂刑法概論・総論」三〇六頁。下村、前掲書。福田、神戸法学雑誌三卷八一八頁。青木清相、日本法学二四卷四号一〇二頁。中野、総合判例研究叢書刑法(四

二二五頁以下。木村、「刑」法総論」四〇八頁)。

これら積極説は共同意思主体説、あるいは伝統的な犯罪共同説(この説の内包する団体責任性については西原「刑事法研究」二卷一三三頁参照)を背景とし、何らかの

形で共同正犯の共犯性を是認する思考を基礎としている（行為共同説に立たれる木村説も、「相互了解」に独立の意味を付与さ）。そして、共同意思主体説によれば、各個の共同正犯者と犯罪結果との間の因果関係は問題にする余地がないことが、また、犯罪共同説によれば、共犯は同一罪名についてのみ成立するという思考（中野、前掲書二）が、背景にある。そこで、形式的には、結合犯として単純一罪である限り、二個の行為は不可分的に結合して新しい一個の意味統一体を形成していることが積極説の根拠とされ（小野、前掲書。福田、前掲論文。他、なお、大塚、前掲書はこのこと）、実質的には、全体としての行為の一環として、先行行為が展開されている段階で後行者が参加すれば、全体としての行為に即応する全体的計画・相互了解の成立する可能性を認めうる（莊子、前掲書三頁）とされる。そして、『後に参加した者において最初の行為者の意思を了解し、且つ、その成立させた事情を利用するのであるから』（木村、前掲書四〇八頁）あるいは、『実行行為の一部を実現した後、その事実を知つてその機会を利用して結果の実現を決意し意思を連絡してその後の犯行に加功した事実が認められるかぎり』（福田、前掲書八一頁）、後者に全部の責任を問うとするのである。ただ、従来、議論のたて方が承継的共同正犯を全面的に否定するか否か、という形で展開されたため、積極説をとるとしても、そこに何らかの具体的限定づけを設定するかどうか、という問題についてはほとんど論じられていないのである（ただ、牽連犯については、否定するのが一致した結論。また、植松説）。また、それとの関係で、後行者の認識・認容・利用対象として具体的に、何を設定するのも明らかではない。小野博士（前掲書、一〇四頁）、莊子教授（前掲書四頁）が、結果的加重犯における後行者の加重的结果に対する責任の可否を、その基本犯罪に対する責任の可否の問題に解消され、基本犯罪に対する後行者の責任を肯定する以上は、必然的に加重的结果に対する責任も問わねばならない、それは共同正犯において結果的加重犯自体を認めている現在の法制下にあつては必然の結論である、とされている点から逆に推論すれば、認識・認容・利用対象は先行行為の抽象的行為性質である（前記①の立場）

ということになる可能性もあろう。また、形式的に、結合犯は全体で一罪であり、中途参加者はまさしく全体の一部に加功したものである、ということ強調すれば、あるいはさらに、共同意思主体説にたつて、共犯の行為主体は法的には一個の共同意思主体であることを貫けば、右と同じ結論が導かれる可能性がある。

しかしながら、そこまで無制限に認めるのは、いかに後行者に対しては量刑上の配慮をするといってもあまりに広がりすぎよう(加重的結果についての責任を認めると。法定刑が一挙に高くなってしまう。)。さらに、問題を結果的加重犯の一般論に還元してしまうことは、承継的共

同正犯を通常の共同正犯と全く同視し、その構造的差異を無視するものであって正当ではない。両者を「加重的結果に対する責任の可否」という共通性だけで、同一の取扱いをせねばならない必要はない。そこで、後行者に加重的結果についての責任を負わせるにしても、少なくとも、具体的な原因行為を現実に認識・認容・利用した場合に、さらには、加重的結果自体を認識・認容・利用した場合に、限定すべきであろう(藤木、「刑法」一四六頁は「同旨か。なお後述参照。)。この問題は結局のところ、後行者がいかなる態様で参加した場合に、価値的には最初から行動を共にしていた場合と同視しうるかという問題であり、右のような限定づけを設けることは十分可能と思われるのである。

五 しかし、ここでひるがえって考えてみると、本来、刑事責任を問うるのは、行為者が自らの意思に基き、行動し、惹起した犯罪結果についてのみであったはずである。事後的に、いかに認容・利用したとしても本人が全く関与せず、既に発生してしまっている犯罪結果に対し、責任を負わせることは許されまい。共犯といえども同じである(同旨、平野、「刑法の基礎」法一七、一九六八年二月号三〇頁)。その意味では、行為共同説が『およそ結果に対する責任は犯罪論上は因果関係によって定まるのであって他に特別な理由はない』(植田、「共犯の基」本問題「一三六頁)と主張するとおりである。しかし、われわれは、共犯を認める現行の法制下にあつては、共同正犯といえどもそれを単独正犯に解消する思考はとりえないと考える。そこで、われ

われの立場からは、他の共同正犯者の行為、自己を自己の行為の因果経路の内にとり込む必要はなく、ただ犯罪結果との関係で行為者の関与の有無・程度を考えることになる。したがって、その犯罪について、具体的な犯罪結果は一体何か、それはどのような構造をもつか、そしてそれはいつ完成するか、が問題となってくる。強盗罪についていえば、犯罪結果は「反抗を抑圧し、つつの奪取」であり、それが完成するのは抑圧下で奪取したときである。そこで、先行者による反抗抑圧後、奪取のみをなした後行者といえども、その犯罪結果に対し共同の原因を設定していると考えられる。したがって、後行者に強盗罪の責任を認めるのは妥当である。強姦罪についても同様である（念のためいえば、「いつ完成するか」と問うには参加後に完成しても、その犯罪結果の原因が専ら参加前の先行者の行為によるときは、後行者にその責任を問うことはできない。だから前出大阪地裁判決（昭四五・一・一七）が後行者を殺人未遂責任にとどめたのは正当なのである。）。一方、加重的結果たる死傷はそれが加えられたとき、ただちに完了する。そのことは、死傷自体が独立した犯罪結果であり、また、死傷が生じれば基本犯罪たる強盗（強姦）がまだ未遂であっても、ただちに強盗（強姦）致死傷罪が既遂になることからしても明らかである。さらに、加重的結果は強盗（強姦）の機会に行われればよいのであって、「抑圧し、つつの奪取」というような不可分の結合をなしているのではない点も根拠づけになりえよう。したがって、参加以前に既に完了しており、その死傷（犯罪結果）に対し原因を与えていない後行者に、たとえ同人がそれをいかに認容・利用したとしても、死傷の分までの責任を問うことは認められない。ただ、殺傷行為に含まれている反抗抑圧行為としての性質の限度までの責任は、右に述べた理由から、後行者は負担すると考えてよい。したがって先行者が被害者を殺害したのち参加した共同奪取者は、強盗罪の罪責を負う（同旨、平野、前掲書三一頁。遠藤誠氏「人を殺さなくても強盗殺人になるか」判夕九〇号一三頁以下。なお、藤木、前掲書一四六頁も同旨か。ただ、藤木説が、後行者の利用目的によって結論を左右する旨の主張ならば、われわれとは説を異にする。われわれは、たとえ後行者も殺傷意思を有し、既に生じていた先行者による殺傷を認容・利用した場合であっても強盗罪にとどまると考えるのである。）。なお、竹田直平「強盗殺人後の強取行為を幫助したる者の罪責」法と経済、一一巻四号一一一頁参照。

以上述べたところにより、本判決の結論は妥当と考えるが、その理由づけには賛成しえない。しかし、加重的結果

についても後行者に責任を問う従来の判例を前提としてみれば、認識・認容・利用対象を傷害結果自体に設定する本判決は、積極判例の無限定的な広がり規制するものとして、さらにはこれを契機に、積極説自身に、その実質的理由づけに關しての反省をせまるものとして高く評価できよう。ただ、本判決の論理からする限定づけは、通常、結果的加重犯についてだけしか作用しえない点に留意する必要がある。