

承継的共犯の一考察

十河 太朗

- 一 はじめに
- 二 議論状況の概観
 - 1 学説
 - 2 判例
- 三 解決の方法
 - 1 各説の検討
 - 2 中間説の根拠
- 四 結語

一 はじめに

承継的共犯とは、ある者（先行者）が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了しない間に、他の者（後行者）がその事情を知らずながら残りの実行行為に関与することをいう。承継的共犯には、承継的共同正犯と承継的幫助犯がある。承継的共同正犯とは、承継的共犯のうち、後行者が先行者と共同実行の意思の下に共同して残りの実行行為を行う場合をいい、承継的幫助犯とは、正犯者が実行行為の一部を終了した後に幫助行為を行い、その後の正犯行為を容易にすることをいう。これらの場合に、途中から関与した後行者は関与前の先行者の行為や結果について共犯としての責任を問われるのが問題となる。

学説は、常に後行者に対し犯罪全体の共犯の成立を認める肯定説、関与以前の先行者の行為や結果については一切責任を負わないとする否定説、一定の場合に限って承継的共犯を認める中間説に大別される。従来、中間説が多数を占めてきたが、近時、共犯の処罰根拠に関する惹起説（因果的共犯論）を基礎とした否定説が支持者を増やしている。また、中間説の内部においても、その根拠や結論については論者により違いが見られる。

一方、判例においては、かつて肯定説に立つ裁判例が多かったが、最近では、中間説を採用することを明言する裁判例が登場するなど、むしろ中間説が主流になりつつある。ただ、この問題を扱った最高裁判例は見当たらず、また、裁判例の中には依然として肯定説に立つと見られるものも存在することから、判例の立場は、必ずしも明確ではない。

このように、承継的共犯をめぐる議論は混沌としている。そこで、本稿では、承継的共犯をめぐる従来の議論状況を整理した上で、妥当な解決方法について考察を加えることにしたい。

二 議論状況の概観

1 学説

(一) 問題となる場面

最初に、承継的共犯をめぐる議論状況を概観しておくことにする。承継的共犯が問題となるのは、主に以下のような事例である。

第一は、強盗致死傷罪や強姦致死傷罪などの結果的加重犯において、先行者が加重結果（死傷の結果）を生じさせた後に、後行者が先行者とともに基本犯に当たる行為（強盗や強姦）を実行した場合である（以下、「第一類型」という）。たとえば、甲が財物奪取の意思でAを殺害した後、乙が甲と意思を通じてAの財物を奪取した場合（事例一）が、これに当たる。この場合、先行者の甲には強盗殺人罪が成立するが、財物奪取のみに関与した後行者の乙も同じく強盗殺人罪の罪責を負うのが問題となる。

第二は、強盗罪などの結合犯において、手段となる行為（暴行・脅迫）を先行者が行った後に、後行者が先行者とともに残りの行為（財物の奪取）を行った場合である（以下、「第二類型」という）。たとえば、甲が財物奪取の意思でAに暴行を加えて反抗を抑圧した後、乙が甲と意思を通じてAの財物を奪取した場合（事例二）である。先行者の甲の行為は強盗罪に該当するが、後行者の乙は、自らは暴行・脅迫を行っておらず、財物奪取に関与したにすぎない。それにもかかわらず、乙にも強盗罪の共犯が成立するのかが問題となる。なお、厳密には結合犯ではないが、強姦罪もこの類型に属するといえよう。先行者が強姦の意思で暴行・脅迫を加えて被害者の反抗を抑圧した後に、後行者が先行者と意思を通じて姦淫した場合が、これに当たる。

第三は、詐欺罪や恐喝罪など構成要件上複数の行為が予定されている単純一罪の場合（多行為犯）において、先行者が一部の行為（暴行・脅迫や欺罔行為）を行った後に、後行者が先行者とともに残りの行為（財物の交付を受ける行為）を行った場合である（以下、「第三類型」という）。たとえば、甲が財物騙取の意思でAを欺罔し、錯誤に陥れた後、乙が甲と意思を通じてAから財物の交付を受けた場合（事例三）である。この場合に、先行者の甲の行為は詐欺罪に該当するが、後行者の乙は、自ら欺罔行為を行っていないにもかかわらず、財物の受領に関与したことを理由に詐欺罪の共犯の成立を認めてよいか問題となる。

第四は、殺人罪や傷害罪などの生命・身体に対する罪の場合（以下、「第四類型」という）である。殺人罪に関する事例としては、たとえば、甲が殺人の意思でAを殴打した後、乙が甲とAの殺害を共謀し、Aに暴行を加えたところ、Aは死亡したが、Aの死因は、もっぱら乙の関与前になされた甲の暴行によって形成された場合（事例四）が考えられる。この場合に、乙は、殺人既遂罪の共犯となるのか、それとも単に殺人未遂罪の共犯となるかが問題となる。また、傷害罪に関する事例として、甲が傷害の意思でAに暴行を加えた後、乙が甲と意思を通じてAに暴行を加えたところ、乙が関与する前の甲の暴行によってAが傷害を負った場合（事例五）、あるいは、いずれの暴行から傷害の結果が生じたのが判明しなかった場合（事例六）に、後行者の乙に傷害罪の共犯の成立が認められるか、それとも暴行罪の共犯が成立するにすぎないかが問題となる。

第五は、継続犯、常習犯、包括一罪など、同種の行為が反復継続される犯罪における実行行為の途中で関与した場合（以下、「第五類型」という）である。たとえば、甲がAに対する監禁を開始した後、乙が甲と意思を通じてAの監禁に加担した場合（事例七）が、これに当たる。この場合には、いずれにしても後行者の乙に監禁罪の共犯が成立することは明らかであり、承継的共犯を認めるかどうかによって罪名が変化するわけではないが、乙は関与前の監禁についても

責任を問われるのか、関与後の監禁についてのみ責任を負うのかが問題となる。

(二) 肯定説

学説は、肯定説、中間説、否定説に分かれる。

肯定説は、常に後行者に対し犯罪全体について共犯の成立を認める。⁽¹⁾ その根拠は、一個の犯罪を二つに分解して論ずることは許されないという点⁽²⁾、あるいは、後行者は先行者の意思を了解し、かつ、その成立させた事情を利用するから、後行者にも先行者にも行為の全体について共同意思が存在するという点に求められている。事例一では、甲が行った強盗殺人罪という犯罪は全体として一個の犯罪であり、分割することはできないこと、あるいは、乙は甲との間に強盗殺人罪全体について共同意思が存在することを根拠に、乙はその一部に関与したにすぎないとしても強盗殺人罪の共同正犯になるという。同様に、事例二、事例三においても、それぞれ乙には強盗罪の共同正犯、詐欺罪の共同正犯が成立する。また、事例四では乙に殺人罪の共同正犯、事例五および事例六では乙に傷害罪の共同正犯、事例七では関与前の監禁を含めた行為全体について乙に監禁罪の共同正犯が成立することになる。

しかし、肯定説に対しては、後行者の行為と因果関係のない結果についてまで責任を負わせるのは許されないと批判が寄せられている。この点が問題となるのは、第一類型である。事例一において乙の行為とAの死亡との間には因果関係が存在しないにもかかわらず、乙に強盗殺人罪の成立を認めるのは妥当でない。⁽⁴⁾ 特に、強盗殺人罪の法定刑は死刑または無期懲役であり、Aの殺害に全く関与していない乙をそのように重く処罰するのは酷である。このような批判を受け、肯定説は、現在ではほとんど支持されていない。

(三) 中間説

(1) 従来の多数説は、中間説を支持してきた。中間説は第一類型について承継的共犯を否定し、第二類型および第三類型について承継的共犯を肯定するのが、通常である。

その根拠については、中間説の内部においても様々な見解が主張されている。第一は、後行者が先行者の行為および結果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は、相互利用・補充関係によって犯罪を実現したといえる、あるいは、自ら先行行為を行ったのと同視しうるから、後行者にも関与前の行為および結果を含めて共犯の成立を認めようとする見解⁽⁵⁾である。これによると、事例二の乙は、甲の暴行によって生じた反抗抑圧状態を積極的に利用して財物を奪取したといえるので、強盗罪の共同正犯となる。また、事例三の乙は、甲が欺罔行為によりAを錯誤に陥らせたことを積極的に利用して財物の交付を受けたといえるので、詐欺罪の共同正犯の成立が認められる⁽⁶⁾。

これに対し、事例一の乙は、強盗殺人罪ではなく単に強盗罪の共同正犯であるとされる。その理由については、乙は被害者の抵抗不能の状態を利用したにすぎず、殺人の結果を利用したわけではないと説明する⁽⁷⁾のが、一般的である。また、同じ結合犯でも、強盗罪のように、手段としての暴行・脅迫と財物の取得とが一体となっている犯罪の場合は、先行者の行為を後行者が利用・補充することは一般的に可能であるから、承継的共犯が認められるが、強盗殺人罪における強盗と殺人は結合の仕方が弱く実質的な一罪性を有するものではないので、承継的共犯は否定されると説明されることも⁽⁸⁾ある。

第四類型については、この見解を徹底すれば、後行者である乙が先行者である甲の行為や結果を利用して暴行を行ったことを条件として、乙に殺人既遂罪の共同正犯や傷害罪の共同正犯の成立が認められるということになろう。ただ、実際には、後行者の関与前後の行為が単純一罪であることを理由に承継的共犯が肯定されている⁽⁹⁾。さらに、傷害罪に関

しては、行為全体が単純一罪であることに加えて、刑法二〇七条の存在も根拠として挙げられている。すなわち、意思の連絡なしに複数の行為者が暴行を加え、傷害の結果が発生したが、いずれの暴行が傷害の原因となったかが特定できない場合には、刑法二〇七条により各行為者は傷害罪として処罰されるのであるから、これとの均衡上、事例五のように、途中から意思を通じた後行者の乙には、なおさら傷害罪の共同正犯の成立を認めるべきであるというのである。⁽¹⁰⁾

事例七では、後行者の乙が先行者の甲の行為や結果を利用して監禁を行ったときには、乙は監禁全体について責任を負うことになるであろう。⁽¹¹⁾

(2) 第二は、先行者の行為が後行者の関与後も効果を持ち続けており、後行者が先行者と共同して実行行為を行ったといえるときには、後行者も行為全体について責任を負うとする見解である。⁽¹²⁾ この見解は、惹起説（因果的共犯論）との整合性を意識したものといえる。すなわち、惹起説を採る以上、自己の行為と因果関係のない結果について責任を負わせることは許されないと前提に立ち、共犯行為が関与前の行為や結果と因果関係を有することはありえないから、後行者は関与後の結果についてのみ責任を問われるのであって、後行者は関与後の行為によって先行者と共同して違法な結果を実現したためにその結果について責任を負うにすぎないとするのである。⁽¹⁴⁾

この見解によると、事例一において、Aの死亡の結果は、後行者である乙の関与前の行為によって生じたものであり、乙の行為との因果関係は認められないから、乙を強盗殺人罪の共犯とすることはできない。⁽¹⁵⁾ しかし、先行者である甲の立場から見れば、事例一や事例二における金員の奪取はまさに強取であるし、事例三における金員の受領は騙取であるところ、乙はその行為に関与している以上、強盗罪や詐欺罪の責任を負うとする。⁽¹⁶⁾

一方、事例四、事例五および事例六では、後行者である乙の行為とAの死亡結果や傷害結果との間に因果関係が認められない以上、殺人既遂罪や傷害罪の承継的共同正犯は否定され、それぞれ殺人未遂罪の共同正犯、暴行罪の共同正犯

が成立するにすぎない。⁽¹⁷⁾ また、事例七において、後行者の乙は、関与後の監禁についてのみ責任を問われるとされている。⁽¹⁸⁾

(3) 第三に、承継的共犯の成否を特定の基準に基づいて一律に判断するのではなく、個々の事案ごとに諸事情を総合判断して結論を導き出そうとする見解も、主張されている。たとえば、「承継的共同正犯の解決は、『理論』ないしは『説』によるのではなしに、『事案による』というべきことになる」として、後行者がどのような意識をもって先行者の行為に関与したのか、結果の発生時点が不分明かどうか、後行者が一連の包括的な暴行に加担したといえるかどうかといった事情を考慮して、承継的共犯の成否を決定する見解や、⁽¹⁹⁾ 実体に即して不可分一体の行為と評価されるのか、その共同実行行為が利用したと合理的に解される範囲内にある先行行為とは何かという観点から、後行者による先行者の行為・結果の積極的利用意思を基本的・不可欠の要素としつつ、①先行者と後行者の人的関係の緊密度、力関係の優越度等、②犯行の目的や後行者が犯行に関するに至った経緯等、③時間的・場所的な近接性、④具体的な行為態様・結果の一体性・連続性、⑤後行者の行為が全体の行為の中で占める比重ないし程度、⑥後行者が先行者の行為・結果を認識した経緯、認識の方法、認識内容の詳細度等の事情を総合的に考慮するという見解⁽²⁰⁾である。

これによると、同じ第一類型においても、後述する大判昭和十三年一月一日(刑集一七卷二二号八三九頁)の事案のように、後行者が先行者である夫から事情を聞かされ、後行者にも「人を殺して財物を取った」という意識があったと考えられる場合では、承継的共同正犯を認めることも可能であるが、他方、名古屋高判昭和二十九年一月二八日(裁判一〇号四二七頁)の事案のように、後行者は他人である先行者が被害者を死に致したのを傍観していたにすぎず、「先行者の行為は自分とは関係がない」という意識を強くしていた場合には、承継的共犯は否定される。⁽²¹⁾

また、事例六のように、たとえば後行者に先行者の行為を利用しようという意思がなくても、後行者が一連の包括的な

暴行に加担し、傷害発生の時点が不分明なときは、後行者に傷害罪の承継的共同正犯を肯定することは不当でないといえる。²³ 事例七では、先行者の甲と後行者の乙との人的関係が密接なものかどうか、乙の関与前後の行為が一連の行為といえるかどうか、乙の関与の程度が強いかどうかなどの事情から判断することにより、乙が全体について責任を負うこともあれば、関与後の行為に限って共犯の成立が認められることもある。²³

論者は、自説について、中間説といった「説」をとるわけではないと述べている。²⁴ しかし、この見解は、肯定説のように、後行者に対して常に先行者と同じ犯罪の成立を認めるというわけではなく、逆に、否定説のように、関与前の行為について一切責任を否定するというわけでもないから、中間説に位置づけることも許されるであろう。

(四) 否定説

これに対し、関与以前の行為や結果について遡って因果関係を認めることはできない以上、後行者がその点について責任を負うこともないとして、承継的共犯を全面的に否定するのが、否定説である。²⁵ これによると、事例一の乙には窃盗罪または占有離脱物横領罪の共同正犯、事例二の乙には窃盗罪の共同正犯が成立するにすぎない。²⁶ また、事例四では乙に殺人未遂罪の共同正犯、事例五および事例六では乙に暴行罪の共同正犯がそれぞれ成立することになる。²⁷ 事例七においては、関与後の監禁についてのみ乙に監禁罪の共同正犯の成立が認められることになろう。

共犯の処罰根拠を間接的な法益侵害に求める惹起説（因果的共犯論）が通説化したことに伴い、「行為と因果関係のない関与前の結果について共犯の成立を一切認めない否定説は近時、有力に主張されている。すなわち、「因果共犯論とは、共犯行為と最終的な法益侵害結果との間に因果性があれば、他の構成要件要素の間に因果性を欠いても、共犯の成立を肯定しうるとする見解ではなく、構成要件該当事実全体について因果性を要求する見解」²⁸であるとされる。

否定説に対しては、その主張を徹底すると、事例三の乙は単に財物の交付に関与したにすぎないから、いかなる構成要件にも該当せず、不可罰となつてしまい、妥当でないとの批判が寄せられている。⁽²⁹⁾これに対し、否定説からは、後行者に保障人的地位を肯定することができれば、後行者を詐欺罪で処罰することはできるし、他方、後行者に保障人的地位がない場合、後行者は不可罰となるが、後行者は部分的な構成要件該当事実の実現に関与したにすぎない以上、そのような結論はやむをえないと反論される。⁽³⁰⁾

(五) 承継的共同正犯と承継的幫助犯を区別する見解

ところで、以上の見解は、いずれも承継的共同正犯と承継的幫助犯について同じ取扱いをすることを前提としてきたが、これに対し、両者を区別し、共同正犯については否定説、幫助犯については肯定説または中間説を採る見解も、近時、有力に主張されている。この見解は、共同正犯の処罰根拠と幫助犯の処罰根拠とは異なるとの前提に立ち、共同正犯の場合、事前の合意に基づいてすべての構成要件事実に関与しなければ正犯性が認められないので、関与後の事象についてのみ共同正犯の成立が肯定されるが、幫助犯の場合は、正犯行為による結果発生を促進すれば足りるので、犯行の途中から関与しても、結果発生を促進したといえればその犯罪の幫助犯の成立を認めてよいと説く。

これによると、事例二の乙については、強盗罪の共同正犯の成立は否定されるが、窃盗罪の共同正犯と強盗罪の幫助犯となり、両罪は観念的競合か法条競合の関係に立つことになる。⁽³¹⁾また、事例三では、乙に詐欺罪の幫助犯が成立することになるであろう。

2 判例

(一) 肯定説に立つ古い裁判例

(1) 承継的共犯の問題を正面から取り扱った最高裁判例は、見当たらない。また、大審院や戦後の下級審には、様々な理解に立つ裁判例が存在しており、その態度は一定してない。したがって、承継的共犯について判例がどのような見解に立つのかは必ずしも明らかではない。⁽³³⁾

(2) かつては、第一類型において承継的共犯を認め、肯定説に立つ裁判例が多数を占めていた。その代表例が、前掲大判昭和十三年一月一八日である。事案は、夫が夜中に家から出て行くのを妻である被告人が不審に思い、夫の跡をつけたところ、夫が被害者宅に入って行ったが、しばらくしても出てこないのを、被告人が家の中に入ると、夫から強盗目的で被害者を殺害したことを告げられ、協力を求められたため、明かりを照らして金品物色行為を幫助したというものである。大審院は、「刑法二四〇条後段の罪は強盗罪と殺人罪若は傷害致死罪より組成せられ、右各罪種が結合せられて単純一罪を構成する」ことを理由に、被告人に強盗殺人罪の幫助犯の成立を認めた。

その後も、強盗致死傷罪や強姦致死傷罪などの結果的加重犯において、先行者が死傷の結果を生じさせた後に後行者が先行者と共同して基本犯を実行した場合や、いずれの行為から死傷の結果が発生したかが不明である場合に、結果的加重犯の承継的共同正犯を認める裁判例が見られる。たとえば、強盗致死傷罪につき、札幌高判昭和二十八年六月三〇日（高刑集六卷七号八五九頁）、神戸地判昭和三十九年三月一〇日（下刑集六卷三〥四号二〇四頁）、東京高判昭和五十七年七月一三日（判時一〇八二号一四一頁）など、また、強姦致死傷罪につき、東京高判昭和三十四年二月二日（東高刑時報一〇卷一二号四三五頁）などがある。後行者に犯罪全体について共犯の成立が認められる根拠については、大審院昭和十三年判決と同じく、当該犯罪が不可分の関係にある一個の犯罪である点に求めるものが多い。⁽³⁴⁾

(二) 中間説に立つ近時の裁判例

(1) しかし、次第に、第一類型における後行者について結果的加重犯の共犯の成立を否定する裁判例が現れるようになった。たとえば、福岡地判昭和四〇年二月二十四日（下刑集七卷二二七頁）は、先行者が強盗の意思で被害者に暴行を加えて負傷させた後に、後行者が先行者と共謀して被害者から財物を奪取した事案において、「後行者の責任についてはそれ自体独立に判断すべきであつて後行者は先行者の責任を承継しないと解するのが相当である」と判示し、後行者に対して強盗致傷罪ではなく単に強盗罪の共同正犯の成立を認めている。また、浦和地判昭和三三年三月二十八日（判時一四六号三三頁）は、先行者が被害者に暴行を加え、反抗を抑圧して姦淫した後、後行者が先行者と意思を通じて姦淫し、一連の暴行によって被害者が傷害を負ったが、いずれの暴行から傷害の結果が発生したかが不明であるという事案について、後行者について強姦致傷罪の成立を否定し、強姦罪の範囲で責任を負うにすぎないとした。⁽³⁵⁾ 最近では、第一類型においては、後行者について結果的加重犯の共犯の成立を否定する裁判例が多数を占めているといつてよいであろう。⁽³⁶⁾

他方、第二類型のように、結合犯たる強盗罪や強姦罪において途中から関与した後行者については、承継的共同正犯を肯定する裁判例が多数存在する。たとえば、前掲福岡地判昭和四〇年二月二十四日は、先行者が被害者の反抗を抑圧した後、財物の奪取に関与した後行者に強盗罪の共同正犯の成立を認めており、名古屋高判昭和三八年一月五日（下刑集五卷一一〇二二号一〇八〇頁）は、先行者が被害者に暴行、脅迫を加えて抗拒不能にした後に、後行者が事情を察知した上で、姦淫した事案において、先行者と後行者には強姦罪の共同正犯が成立するとしている。

さらに、第三類型、すなわち複数の構成要件の行為が予定されている単純一罪において犯行の途中から後行者が関与した場合にも、承継的共犯は肯定されている。先行者が恐喝の意思で暴行、脅迫を加え、被害者を畏怖させた後、後行

者が財物の交付を受けた事案において、横浜地判昭和五六年七月一七日（判時一〇一一号一四二頁）は、後行者に恐喝罪の幫助犯の成立を認めた。

(2) このように見てくると、かつては肯定説に立つ裁判例が多数存在していたが、近時は中間説が判例の主流になっているといつてよいであろう。³⁸⁾ それでは、中間説に立つ裁判例は、どのような理論的根拠に基づいているのであろうか。

それらの裁判例の多くが依拠しているのは、中間説における第一の見解である。³⁹⁾ その先駆となったのが、前掲横浜地判昭和五六年七月一七日である。同判決は、「承継的共同正犯において、じこに犯行に加担した者に、それ以前の先行行為者の行為についてまで責任を負担させることができる理由は、先行行為者の行為及び生じさせた結果・状態を単に認識・容認したというにとどまらず、これを自己の犯行の手段として積極的に利用すべく自己の犯罪行為の内容に取入れて、残りの実行行為を他の共犯者と分担して行うことにあり、この場合の後行為者の共同実行の意思の内容及び共同実行の事実は、介入後の後行為者の行為を通じて明確となるわけである」と判示し、中間説における第一の見解に立つことを明らかにしている。

その後、中間説の第一の見解に立つ裁判例が多く見られるようになった。たとえば、東京地判平成七年一〇月九日（判タ九二二号二九二頁）は、第一の類型について、後行者は先行者の暴行によって生じた反抗抑圧状態を積極的に利用して財物奪取行為に加担したことを理由に、後行者に強盗罪の共同正犯の成立を認める一方で、すでに生じている傷害の結果を積極的に利用したとはいえないから、後行者は介入前に生じた致傷の結果については責任を負わないとしている。また、東京高判平成二二年三月一〇日（東高刑時報六〇巻一〜二二号三五頁）は、先行者が被害者を脅して金員を要求した後、後行者がこれに加担し、脅迫の上、金員を要求した事案につき、後行者は、先行者の行為については責任を負わず、加担後の恐喝未遂についてのみ責任を負うとしたが、その根拠は、後行者に先行行為を積極的に利用する意思が

あったと認められない点に求められている。さらに、東京高判平成六年一〇月二八日（東高刑時報四五卷一―一二号五九頁）は、封印破棄罪について、後行者の加功前後の行為が一罪である場合、「先行行為者により一部の実行行為がなされた後に、後行為者がこれを認識し、かつ自己の犯罪遂行のため積極的に利用する意思のもとに先行行為者と意思の連絡のうえ一体となつて事後の行為を共同して行うときは、いわゆる承継的共同正犯として加功前の先行行為者の行為についても罪責を免れない」とし、後行者である被告人が先行者の実行行為を認識し、自己の犯罪遂行のため積極的に利用する意図のもとに先行者と意思の連絡の上、一体となつて事後の行為を実行したことを理由に、封印破棄罪について承継的共同正犯を認めた。

(3) 逮捕監禁罪に関する裁判例にも、中間説の第一の見解と同じく、先行者の行為や結果を利用したかどうかという点に着目するものが見られる。先行者が被害者を監禁している際に後行者が途中から先行者と意思を通じて監禁を継続した事案において、東京高判昭和三四年二月七日（高刑集一二卷一〇号九八〇頁）は、先行者の犯行を十分認識し、監禁状態を利用したことを根拠として、後行者は関与前の監禁を含めて全体について責任があるとした。⁽⁴⁰⁾一方、札幌地判昭和五六年一月九日（判時一〇四九号一六八頁）は、「後行為者において、先行行為者による結果又は状態を自己の爾後の犯行のためにことさらに利用する意思をもって、先行行為者とともに残りの実行行為に関与介入（共謀又は実行行為の分担）することが必要である」とした上で、被告人は先行行為の状況の概要さえ認識しておらず、その状況をことさらに利用する意図のもとに監禁行為に関与したわけではないと指摘し、関与前の監禁についてまで承継的共同正犯として刑責を負わせることはできないとした。⁽⁴¹⁾

(4) 傷害罪の承継的共犯に関する裁判例にも、中間説における第一の見解を採るものが見られる。大

阪高判昭和六二年七月一〇日（高刑集四〇巻三号七二〇頁）は、肯定説および否定説を排斥した上で、「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。従つて、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つて生じた結果を認識し、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。」と判示して、中間説に立つことを明らかにした。⁽⁴²⁾そして、後行者が関与する以前の先行者の行為から傷害の結果が発生した事案において、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として、傷害罪の共同正犯を否定し、暴行罪の共同正犯としたのである。また、後行者が関与する前後のいずれの暴行から傷害の結果が発生したかが不明である事案について、大阪地判平成九年八月二〇日（判タ九九五号二八六頁）は、前掲大阪高判昭和六二年七月一〇日と同様の理由づけにより、傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定している。⁽⁴³⁾

(5) それでは、どのような場合に後行者が先行行為およびその結果を積極的に利用したといえるのであろうか。多くの裁判例は、結論を示すだけで、具体的な理由を挙げておらず、判例が何をもち「先行行為およびその結果の積極的な利用」と解しているのかは、必ずしも判然としない。

その中で、前掲大阪高判昭和六二年七月一〇日は、各犯罪の罪質の違いに着目している。すなわち、「強盗罪のように、一罪であつても一連の行為により一定の結果を発生させる犯罪（強姦、殺人等についても同様である。）については、

後行者が、先行者の行為等を認識・認容して犯行に共謀加担すれば……、多くの場合、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認めるのが相当であるといえる⁴⁴」が、他方、傷害罪においては、「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、一個の暴行行為がもとも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ず⁴⁵」、承継的共犯は否定されるとする。強盗罪においては、暴行・脅迫と財物奪取が手段と目的の関係にあるため、後行者は先行者の暴行・脅迫から生じた被害者の反抗抑圧状態を自己の犯罪実現のための手段として利用し財物奪取という目的を実現したと評価しやすいが、傷害罪においては、個々の暴行はそれぞれが独立した行為であって、通常、一個の暴行が次の暴行の手段となっているというわけではないから、後行者が先行者の行為や結果を利用したとはいえないとする趣旨であろう。

そのほか、判例上、「先行行為およびその結果の積極的な利用」が認められたのは、財産犯において利益の取得を目的として加担した事例⁴⁶や、後行者が共犯者の中で重要な役割を果たした事例⁴⁵などである。他方、後行者が関与前の事情の詳細を知らず、組織内の上位者の指示に従って行動したにすぎない事例⁴⁶や、後行者の加担後の寄与度が低い事例⁴⁷では、「先行行為およびその結果の積極的な利用」が否定されている。

（三） その他の近時の裁判例

- （1） もっとも、すべての裁判例が中間説に立っているとは言いきれない。傷害罪に関する裁判例には、承継的共犯を

肯定するものも多い。たとえば、後行者の関与前に行われた先行者の行為から傷害の結果が発生した事案において、大阪地判昭和六三年七月二十八日（判タ七〇二号二六九頁）は、傷害罪の共同正犯の成立を認めた。また、先行者と後行者のいずれの暴行から傷害の結果が発生したかが不明である事案についても、名古屋高判昭和五〇年七月一日（判時八〇六号一〇八頁）、札幌地判昭和五五年二月二十四日（刑月二二卷二二号二二七九頁）、東京高判平成八年八月七日（東高刑時報四七卷一―一二号一〇三頁）は、傷害罪の共同正犯の成立を認めている。⁽⁴⁸⁾これらの裁判例においては、後行者の関与前後の行為が一連の行為として一罪であることや、後行者が先行者の行為を単に認識して関与したことを根拠に、承継的共犯を認めるものが多く、中間説より肯定説に近いともいえる。⁽⁴⁹⁾

殺人罪においても、承継的共犯を肯定するかどうかについて結論が分かれている。先行者が殺意をもって被害者に包丁で切りつけたところ、後行者が殺人について先行者と意思を通じて加担したが、後行者の加担前の行為によって被害者が失血死した事案において、大阪地判昭和四五年一月一七日（判時五九七号一一七頁）は、後行者について殺人未遂罪の共同正犯の責任を負うにすぎないとしたのに対し、その控訴審である大阪高判昭和四五年一〇月二七日（刑月二卷一〇号一〇二五頁）は、「殺人罪のごとき単純一罪たる犯罪については、……原則として、共謀成立の前に行われた先行行為者による実行をも含めて、結果の実現に向けられた各行行為者のすべての実行行為につき、行為者の全員が共同正犯の責任を負うべきものと解するのが相当とおもわれる」と判示して、殺人既遂罪の共同正犯の成立を認めた。同判決は、承継的共犯を肯定する根拠を一罪性に求めており、肯定説に立っているとも考えられる。

さらに、一連の行為の途中から関与した事案において承継的共犯を認める裁判例も散見される。包括一罪の關係にある医薬品の無許可製造および麻薬の製造に後行者が途中から関与した事案について、東京地判平成八年三月六日（判時一五七六号一四九頁）、東京高判平成八年一月一九日（東高刑時報四七卷一―一二号一二三五頁）は、全体が包括一罪

であることを指摘して、後行者の加担以前を含めて製造全体について共同正犯の成立を認めている。また、東京地判平成八年三月二二日（判時一五六八号三五頁）は、殺人に使用するためのサリン生成の作業に途中から関与した事案において、一連の殺人予備行為が全体的に不可分一体として見るべき性質をもった一罪であることを理由に、関与前を含めて全体の行為について後行者に殺人予備罪の共同正犯が成立するとした。⁽⁵⁰⁾

(2) このように、判例がどのような見解に立っているのかは、必ずしも明確でない面がある。この点を捉えて、中間説の第三の見解は、判例は特定の見解に依拠するのではなく、当該事案ごとに諸事情を勘案しながら結論を導き出しているとする。ただ、前述したように、少なくとも近時の判例の主流が中間説の第一の見解に立ち、後行者が先行者の行為や結果を積極的に利用したか否かを承継的共犯の成否の判断基準としていることは、否定できないであろう。

三 解決の方法

1 各説の検討

以上のような議論状況を踏まえて、いずれの見解が妥当かを検討することにした。

(1) 個人責任の原則を前提とする限り、自己の行為と因果関係のない結果について責任を負わせることは許されない。このことは、共犯の場合でも変わらないはずである。承継的共犯の問題を解決するに当たっても、各人の行為との因果関係が認められる範囲でのみ責任を問うという原則は維持されなければならない。

したがって、行為と因果関係のない結果について後行者に共犯の成立を認める肯定説を支持することはできない。⁽⁵¹⁾特に、第一類型のような結果的加重犯において、後行者は加重結果である死傷の結果を自ら惹起していないにもかかわらず

ず、その点について後行者に責任を問う肯定説の帰結は、問題が大きい。

肯定説は、行為全体が分割不可能な一罪であることを根拠としている。しかし、結果的加重犯は基本犯の部分と加重結果の部分によって構成されているし、包括一罪や継続犯も複数の行為を内容とするのであるから、それぞれの部分を区別して共犯の成否を論ずることは可能であるといふべきである⁽⁵²⁾。

また、肯定説からは、後行者が先行者の意思を了解し、かつ、その成立させた事情を利用するから、後行者にも先行者にも行為の全体について共同意思が存在するという根拠も示されている。しかし、後行者が先行者の意思を了解し、先行行為を利用したという事実があっても、それによって後行者の行為とその関与前の結果との間の因果関係が基礎づけられるわけではない⁽⁵³⁾。このことは、他人が被害者に暴行・脅迫を加えて立ち去った後、被害者が反抗抑圧状態になっていることを利用してその財物を奪取したとしても、強盗罪が成立するわけではないことから、明らかであろう。それゆえ、先行者の意思の了解や先行行為の利用は、承継的共犯を肯定する根拠にはなりえないといわざるをえない。

(2) それでは、中間説は妥当であろうか。中間説のうち、第一の見解は、後行者が先行者の行為や結果を積極的に利用したときに承継的共犯を認めるものであり、多くの学説および判例に支持されている。しかし、先に肯定説について述べたように、他人の行為を積極的に利用したからといって、関与前の結果との因果関係が認められるわけではない。したがって、先行行為やその結果を積極的に利用したことを承継的共犯の根拠とすることには疑問がある。

また、この見解が何をもって「先行行為およびその結果の積極的な利用」と解しているのかも、必ずしも明確ではない。この見解においては、単に先行行為の事実を認識して加担することと、先行行為を積極的に利用することとは、異なる⁽⁵⁴⁾とされている。しかし、両者の区別は自明のものではない。前述したように、判例上は、財産犯において後行者が利益の取得を目的として加担したかどうか、あるいは、後行者が重要な役割を果たしたかどうかといった事情が考慮さ

れているが、それらの事情は、後行者の正犯性にかかわる事情ではあっても、関与前の行為や結果との因果関係を基礎づけるものとはいえない。

それに加えて、この見解のように、承継的共犯の根拠を先行行為およびその結果の積極的な利用に求めるとすると、第一類型において加重結果についても承継的共犯の成立を認めることになりかねない⁽⁵⁵⁾。この見解は、第一類型において後行者に強盗罪の共犯を認めつつ、強盗致死傷罪の共犯の成立を否定する理由について、後行者は先行行為によって生じた被害者の抵抗不能の状態を利用したにすぎず、死傷の結果を利用したわけではないからである⁽⁵⁶⁾と説明する。しかし、被害者が単に反抗抑圧状態になっているからではなく、傷害を負ったり死亡したりして動かないからこそ、後行者が財物奪取に加担したという場合も想定しうる。その場合には、後行者は、単なる反抗抑圧状態ではなく死傷の結果を積極的に利用したといわざるをえないが、そのような事情があつたとしても、被害者の致死傷に全く関与していない後行者に強盗致死傷罪の共犯の成立を認めるのは妥当でないであろう。

同じ結合犯でも、強盗罪は、暴行・脅迫と財物奪取とが一体となつているから承継的共犯が認められ、強盗殺人罪は、強盗と殺人の結合の仕方が弱く実質的な一罪性を有するものではないため承継的共犯が否定されると説明されることもある。しかし、なぜ前者は結合の仕方が強く、後者は結合の仕方が弱いのかという理由は、必ずしも明らかではない⁽⁵⁷⁾。

(3) 中間説における第二の見解は、先行者の行為が後行者の関与後も効果を持ち続けており、後行者が先行者と共同して実行行為を行ったといえるときには、後行者も行為全体について責任を負うとする。この見解は、共犯行為と因果関係を有する範囲でのみ共犯の成立を認めようとするものであり、その方向性は基本的に支持しうる。しかし、後行者の関与後に先行行為の効果が継続していたとしても、そのことによつて後行者の行為とその関与前の結果との間の因果関係が基礎づけられるわけではない⁽⁵⁸⁾。この点に関しては、先述した中間説の第一の見解に対する批判が、第二の見解に

も妥当するように思われる。

また、第二の見解は、先行者の立場から見ても金員の奪取が強取であり、あるいは金員の受領が騙取であるときには、後行者はその行為に関与している以上、暴行・脅迫には関与していなくても、強盗罪や恐喝罪の責任を負うとする。しかし、そのような説明では、第一類型においても結果的加重犯の承継的共犯が成立するということになりかねない⁽³⁹⁾。先行者が財物奪取の意思で被害者を殺害した後に財物を奪取する場合、被害者の殺害と財物奪取が結合して強盗殺人罪が構成されているのであるから、先行者から見れば、財物の奪取も強盗殺人罪の一部にはかならず、後行者もこれに関与した以上は強盗殺人罪の共犯の責任を負うことになるからである。

(4) 中間説の第三の見解は、特定の基準に基づいて一律に判断するのではなく、個別の事案ごとに諸事情を総合判断して結論を導き出すとする。しかし、諸事情を総合判断するとしても、その判断の基礎となる何らかの基準が必要であるはずである。そうでなければ、判断や結論は恣意的なものとならざるをえない。それにもかかわらず、第三の見解は、その基準を示していないのである。

また、第一の見解および第二の見解に対して向けられた批判が第三の見解にも妥当する。すなわち、第三の見解は、承継的共犯の成否を判断するに当たり、後行者の意思、先行者と後行者との人的関係、関与前後の行為の一体性・連続性、後行者の行為の重要性、結果発生の原因の特定性などの要素を考慮するが、これらの要素は、後行者の行為と関与前の結果との因果関係を基礎づけるものではないから、承継的共犯を肯定する根拠としては十分ではない。むしろ、これらの要素は、後行者の正犯性に影響する事情であるというべきであらう。

(5) このようにして、承継的共犯を部分的に肯定する中間説は、いずれも説得力のある根拠を示していない。それでは、承継的共犯を一切認めない否定説を支持すべきであろうか。否定説は、因果的共犯論を基礎とし、関与前の行為や

結果との間に因果関係が存在しない以上、その点について後行者に責任を問うことはできないとするものであり、理論的に明快な見解であるといえる。

しかし、すでに批判されているように、否定説を徹底すると、第三類型において後行者が不可罰となってしまう、不都合が生じる。たとえば、先行者が被害者を欺罔し、錯誤に陥れた後、後行者が先行者と意思を通じて被害者から財物の交付を受けた場合、後行者は、単に財物の交付を受けたにすぎないから、いかなる構成要件にも該当せず、不可罰となってしまう。詐欺罪の完成に関与しながら全く処罰されないという結論は、一般の処罰感情に反するといわざるをえない。もっとも、実際には、後行者が財物の交付を受ける際に自ら欺罔行為を行い、後行者にも詐欺罪の成立が認められる場合が多いと考えられるが、後行者が欺罔行為を全く行わない場合もありうるから、やはり処罰の間隙は残るといわざるをえない。

2 中間説の根拠

(1) それでは、承継的共犯の問題はどのように解決されるべきであろうか。

前述したように、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を負うという原則は、共犯の場合も維持されなければならない。その点では、否定説の主張は正当である。しかし、否定説のいうように構成要件のすべての要素との間に因果関係が必要かは、検討の余地があるように思われる。

第三類型の詐欺罪の事例において、後行者は、詐欺罪の構成要件の一部である欺罔行為には加担しておらず、後行者の行為と被害者の錯誤との間に因果関係は存在しない。しかし、犯罪の中核的要素は、保護法益の侵害・危険であるから、後行者の行為と保護法益の侵害・危険との間に因果関係が認められることこそが重要であるといえるべきである。詐

欺罪において後行者が財物の受交付に関与した場合には、後行者の行為と詐欺罪の保護法益である占有の侵害との間の因果関係は認められるのであり、共犯成立において必要とされる因果関係の内容は、それで足りるといえよう。

もっとも、この場合、後行者は、単に被害者の錯誤の状態を利用したことをもって詐欺罪に問われるというわけではない。錯誤に陥っている者から財物の交付を受けただけでは詐欺罪の構成要件には該当しないからである。上記の詐欺の事例では、詐欺罪の構成要件に該当する先行者の行為が現に存在しており、後行者は、これに途中から関与することにより先行者とともに詐欺罪を完成させたといえる。⁽⁶⁰⁾このように、詐欺罪の構成要件に該当する先行者の行為に後行者が関与することにより詐欺罪の保護法益を侵害し、詐欺罪を完成させた以上、後行者は先行者とともに詐欺罪の構成要件を実現したと評価するのが、実体に即しているように思われる。⁽⁶¹⁾

(2) 同じことは、第二類型にも当てはまる。たとえば、先行者が財物奪取の意思で被害者に暴行を加えて反抗を抑圧した後、後行者が先行者と意思を通じて被害者の財物を奪取した場合、強盗罪の保護法益である占有の侵害と後行者の行為との間には因果関係があり、後行者は、強盗罪の構成要件に該当する先行者の行為に関与することにより強盗罪を完成させたといえるから、後行者には強盗罪の共犯の成立を認めてよい。

もっとも、強盗罪は、暴行・脅迫を構成要件要素とすることから、身体の安全や意思決定・身体活動の自由ないし私生活の平穏といった法益の侵害をも内容としており、後行者の行為は、それらの法益の侵害と因果関係を有していない。その意味では、後行者は、強盗罪の保護法益の一部のみを侵害したにすぎない。それにもかかわらず、後行者に強盗罪の成立が認められるのであろうか。

思うに、複数の保護法益を含む犯罪において、その不法の程度を基礎づける要素として最も重要なのは、第一次的な保護法益であろう。また、当該犯罪の法定刑を決定する際にも、第一次的な保護法益の種類や重要性が最も重要な要素

であるといつてよい。これに対し、複数の利益を保護法益とする犯罪において、副次的な保護法益は、当該犯罪の不法・責任の程度や法定刑を基礎づける決定的な要素とまではいえない。そうだとすると、承継的共犯においても、後行者の行為と当該犯罪の副次的な法益の侵害・危険との間に因果関係がなくても、第一次的な保護法益の侵害・危険と因果関係があれば、後行者は、先行者と共同して当該構成要件を実現したと評価できるから、共犯の成立を認めてよいと思われる。

強盗罪の場合、占有が第一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。したがって、先行者が暴行・脅迫により被害者の反抗を抑圧した後、後行者が財物奪取に関与したときには、後行者は、強盗罪の第一次的な保護法益である財物の占有を侵害した以上、強盗罪の共犯の成立を認めてよい。

(3) これに対し、第一類型において、後行者に結果的加重犯の共犯の成立は認められない。たとえば、先行者が財物奪取の意思で被害者を殺害した後、後行者が先行者と意思を通じて被害者から財物を奪取した場合には、後行者に強盗殺人罪の共犯は成立しない。強盗殺人罪の第一次的な保護法益は生命であるところ、生命侵害の結果は後行者の関与前に発生しており、後行者の行為と生命侵害との間に因果関係は存在しないからである。ただ、先に第二類型について述べたように、後行者に強盗罪の共犯の成立を認めることは可能である。

(4) 以上のように、結論としては中間説が支持されるが、承継的共犯が認められるため根拠は、後行者が先行者の行為に関与することにより当該犯罪の第一次的な保護法益を侵害・危殆化し、先行者とともに犯罪を実現したといえる点に求められる。

こうした立場からは、第四類型においても承継的共犯を認めることはできない。たとえば、先行者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後、後行者が先行者と意思を通じて暴行を加えた場合、あるいは、先行者が被害者に暴行を加え

た後、先行者が後行者と意思を通じて被害者に暴行を加え、その結果、被害者は傷害を負ったが、いずれの暴行から結果が発生したかは不明であるという場合、後行者の行為と、傷害罪の保護法益である身体の安全の侵害との間の因果関係が存在しない、あるいは不明である以上、後行者に傷害罪の成立を認めることはできず、暴行罪が成立するにすぎない。この場合、後行者が先行者の暴行によって生じた結果を積極的に利用して暴行を加えたかどうかは、重要ではない。

学説上、第四類型について、行為全体が単純一罪であることを根拠に承継的共犯を認める見解も存在する。しかし、行為全体を行った先行者に何個の犯罪が成立するかという罪数の問題と、後行者が自己の行為と因果関係のない結果について責任を負うかという承継的共犯の問題とは、次元が異なるというべきであろう。また、すでに指摘されているように、刑法二〇七条との均衡の点も、承継的共犯を認める根拠にはならない。傷害事件における立証の困難性を理由とする政策的規定である刑法二〇七条によって、実体的な共犯の成立範囲が左右されるのは妥当でないからである。

第五類型においても、関与前の行為や結果について後行者の共犯の成立は否定される。たとえば、先行者が監禁を開始した後、後行者が途中から監禁に関与した場合、後行者の行為と、身体活動の自由という監禁罪の保護法益の侵害との因果関係は、関与後の監禁についてしか認められないから、後行者は、関与前の監禁については責任を問われず、関与後の監禁についてのみ監禁罪が成立する。ここでも、後行者が先行者の監禁行為による結果を利用して監禁を行ったかどうかは、重要ではない。なお、後行者の関与前の監禁から死傷の結果が発生した場合は、第一類型について述べたことが当てはまり、後行者に監禁致死傷罪は成立しない。

(5) 近時、中間説の立場から、自己の行為と何ら因果性を持たない事象について罪責を問うことはできないが、承継的共犯においては、進行中の犯罪への途中からの関与という事案の特性のために因果性の要件が緩和されるとする見解が唱えられている。この見解は、承継的共犯を認めるためには、「後行者の関与時において先行者の犯罪が進行中であり、

後行者が先行者との意思連絡の下にその進行中の犯罪に自らの行為を連接させたという関係が認められ、かつ、後行者が自己の行為によってその進行中の犯罪に対する最終的な評価に影響を及ぼす可能性を残している必要がある」とする。⁽⁶⁵⁾ 「進行中の犯罪に対する最終的な評価に影響を及ぼす可能性を残している」とは、先行者の犯罪が既遂に達していない場合を指す。それゆえ、先行者の犯罪が未だ既遂に達していない段階で後行者が関与した場合に承継的共犯が認められることになる。⁽⁶⁴⁾ これによると、第二類型や第三類型においては、強盗罪や詐欺罪など先行者の犯罪が既遂に達する前に後行者が関与するから、承継的共犯の成立が認められる。これに対し、第一類型では、たとえば、後行者は先行者の殺害により強盗殺人罪が既遂に達した後に関与するため、承継的共犯は成立しないとされる。⁽⁶⁶⁾

この見解は、本稿と同じく、後行者が先行者とともに犯罪を完成させたといえるときに承継的共犯を認めるものであり、基本的に妥当である。ただ、たとえば、先行者が財物奪取の目的で殺害行為を行い、被害者に重傷を負わせて反抗抑圧状態に陥れ、後行者が先行者と意思を通じて財物奪取を行い、その後、先行者の殺害行為を原因として被害者が死亡した場合、後行者が関与した時点では先行者の強盗殺人罪は未遂にすぎないが、この場合も、後行者に強盗殺人罪の成立を認めるのは妥当でないであろう。後行者が関与した時点で先行者の犯罪が既遂に達していたかどうかではなく、むしろ、後行者が当該犯罪の第一次的な保護法益を侵害・危殆化したかどうかを基準とし、上記の事例では、後行者の行為と被害者の生命侵害との間に因果関係が存在しないことを根拠として、後行者における強盗殺人罪の成立を否定すべきであると思われる。

(6) 学説上は、承継的共同正犯と承継的幫助犯を区別し、共同正犯については否定説、幫助犯については肯定説または中間説を採る見解も有力である。この見解によると、後行者は、事前の合意に基づいてすべての構成要件事実に関与していないため正犯性が認められず、共同正犯の成立を認めることはできないが、後行者も結果発生を促進したといえ

る以上、幫助犯の成立は認められる。

しかし、これまで述べてきたところからもうかがわれるように、承継的共犯は、自己の行為と因果関係のない関与前の結果について責任を問えるか、あるいは、どのような結果との間に因果関係があればよいかという問題である。そして、共同正犯だけでなく、幫助犯の場合も、本来、結果について責任を問うためには、行為者の行為とその結果との間に因果関係が必要であるということに変わりはないはずである。そうだとすれば、承継的共犯は、共同正犯と幫助犯に共通の問題であるというべきであろう。⁶⁷ すなわち、共同正犯と幫助犯には、同じ内容の因果関係が要求されるのであり、その因果関係が存在することを前提として、後行者がどのような役割を果たしたかによって共同正犯か幫助犯かを決定することになる。

四 結 語

本稿は、承継的共犯をめぐる従来の議論を整理、分析した上で、妥当な解決について考察を加えたものである。本稿の考察によつて得られた結論は、以下のとおりである。

個人責任の原則を前提とする限り、共犯の場合も、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を負うという命題は維持されなければならない。もつとも、構成要件のすべての要素との間に因果関係が必要であるわけではない。犯罪の中核的要素は、保護法益の侵害であり、また、複数の保護法益を含む犯罪において、その不法の程度を基礎づける要素として最も重要なのは第一次的な保護法益であるから、後行者の行為と当該犯罪の第一次的な保護法益の侵害との間に因果関係が認められれば足りる。すなわち、構成要件に該当する先行者の行為に後行者が関与することにより、その

犯罪の第一次的な保護法益を侵害したときには、後行者は先行者とともにその構成要件を実現したと評価され、承継的共犯が認められる。このことは、共同正犯の場合と幫助犯の場合とで異なることはない。

強盗罪などの結合犯の場合（第二類型）や、詐欺罪のように複数の行為が予定されている犯罪の場合（第三類型）には、後行者の行為と犯罪の第一次的な保護法益の侵害との間に因果関係が存在し、承継的共犯が認められる。これに対し、強盗殺人罪のような結果的加重犯において後行者の関与前に加重結果が発生した場合（第一類型）、後行者の行為と生命や身体の安全という第一次的な保護法益の侵害との間に因果関係は存在しないから、結果的加重犯の共犯は認められない。また、生命、身体に対する罪の場合（第四類型）および継続犯や包括一罪の場合（第五類型）も、行為者の関与前の法益侵害結果と行為者の行為との間に因果関係が存在しない以上、その結果について責任を問うことはできず、承継的共犯は否定される。

- (1) 木村亀二『阿部純二増補『刑法総論』（有斐閣、一九七八年）四〇八頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（勁草書房、一九七四年）三五四頁以下、下村康正『続犯罪論の基本的思想』（成文堂、一九六五年）二二九頁、小野清一郎『判批』刑事判例研究会編『刑事判例評釈集』巻』（有斐閣、一九四一年）四一七頁以下。
- (2) 植松・前掲注（一）三五四頁以下、下村・前掲注（一）二二九頁。
- (3) 木村『阿部増補・前掲注（一）』四〇八頁。
- (4) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、二〇〇五年）二四五頁。
- (5) 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新訂第四版、二〇〇二年）四一八頁、四四五頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、一九七五年）二九〇―二九二頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、二〇〇九年）三六九―三七〇頁、木村光江『刑法』（東京大学出版会、第三版、二〇一〇年）一七三頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第四版、二〇〇八年）二九四―二九五頁、三三三頁、前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第五版、二〇一一年）四九七頁以下、阿部力也『承継的共同正犯について』明治大学大学院法学研究科法学研究論集一号（一九九四年）五三頁。橋本正博『承

「継的共同正犯」論の現在」現刑二八号（二〇〇一年）七三頁は、後行者が構成要件の不可欠の要素を行ったかどうか、社会的事象として一体かどうかに着目することによって、同様の結論に至っている。さらに、吉川真理「承継的共同正犯について——ドイツの判例・学説を中心として——」東北学院大学大学院法学研究科法学研究年誌六号（一九九二年）九二—九三頁参照。

(6) 大谷・前掲注(5) 四二〇頁。

(7) 藤本・前掲注(5) 二九二頁、前田・前掲注(5) 五〇二頁、岡野光雄「承継的共同犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷 未遂／共犯／罪数論』（法学書院、一九九二年）一八七頁は、共犯成立上の一体性の観点から、肯定説と同様に後行者に行為全体について共犯の成立を認めながらも、共犯処罰の個別性の観点から、後行者の責任の範囲については中間説と同じ結論に至っている。

(8) 大谷・前掲注(5) 四二〇—四二二頁。同様に、一罪性の強さを基準とするのは、中村雄一「承継的共同正犯について」中央大学大学院研究年報一五号1—2（一九八五年）九八頁。

(9) 佐久間・前掲注(5) 三七〇頁注五、前田・前掲注(5) 四九八—四九九頁。

(10) 前田・前掲注(5) 四九八頁。

(11) 前田・前掲注(5) 四九九頁。

(12) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、一九七五年）三八二—三八三頁、堀内捷三『刑法総論』（有斐閣、第二版、二〇〇四年）二九二頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、二〇〇五年）三〇八頁（伊藤、川端博『刑法講義総論』（成文堂、第二版、二〇〇六年）五四八頁、佐伯仁志「共犯論(1)」法教三〇五号（二〇〇六年）五三頁。

(13) 高橋直哉「承継的共同犯に関する一考察」法学新報一二三卷三—四号（二〇〇七年）一四七頁以下は、中間説の第一の見解を「肯定説をベースとする限定説」、中間説の第二の見解を「否定説をベースとする限定説」と整理している。

(14) 佐伯・前掲注(12) 五三頁注三三は、「この場合も、共犯者は、自己が関与した後の行為について責任を負うだけであるから、これを承継的共同犯と呼ぶのは正確でない」とする。

(15) 平野・前掲注(12) 三八二—三八三頁、堀内・前掲注(12) 二九二頁、川端・前掲注(12) 五五一—五五二頁。

(16) 佐伯・前掲注(12) 五三頁、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、二〇一〇年）二三四頁以下、川端・前掲注(12) 五五一—五五二頁。

(17) 堀内・前掲注(12) 二九二頁、西田・前掲注(16) 二二三頁以下。

(18) 佐伯・前掲注(12) 五三頁。

- (19) 内田文昭「いわゆる承継的共同正犯の成否」判タ七〇二号(一九八九年)六八頁以下。
- (20) 太田茂「判批」警訟論五〇巻五号(一九九七年)一八九頁。同旨、平塚浩司「承継的共同正犯」大塚仁・佐藤文哉編『新実例刑法(総論)』(青林書院、二〇〇一年)三二六頁以下。
- (21) 内田・前掲注(19)六九頁。
- (22) 内田・前掲注(19)七三頁。
- (23) 太田・前掲注(20)一九〇―一九一頁。
- (24) 内田・前掲注(19)七四頁注二七。
- (25) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇七年)三五〇頁、浅田和茂『刑法総論』(成文堂、補正版、二〇〇七年)四二二頁以下、大越義久『刑法総論』(有斐閣、第四版、二〇〇七年)一九九頁、曾根威彦『刑法総論』(弘文堂、第四版、二〇〇八年)二五八頁、林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、一九九五年)二〇〇―二〇二頁、相内信「承継的共犯について」金沢法学二五巻二号(一九八三年)四三頁、町野朔「惹起説の整備・占検」内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況(有斐閣、一九九四年)一三二―一三三頁、松原芳博「共犯の処罰根拠・その2」法セミ六七号(二〇〇一年)一一〇頁。さらに、金尚均「承継的共同正犯における因果性」立命館法学三二〇号(二〇〇六年)一五〇頁以下参照。
- (26) 山口厚編『クローズアップ刑法総論』(成文堂、二〇〇三年)二四四頁(山口)。
- (27) 山口編・前掲注(26)二四四頁(山口)。
- (28) 山口編・前掲注(26)二四四頁(山口)。
- (29) 堀内・前掲注(12)二九二頁、西田典之『刑法総論』(弘文堂、第二版、二〇〇六年)三四五頁。
- (30) 山口編・前掲注(26)二四五頁(山口)。これに対し、浅田・前掲注(25)四二四頁、松原・前掲注(25)一一〇頁は、後行者に占有離脱物横領罪の共同正犯が成立するとする。
- (31) 共同正犯については否定説、幫助犯については肯定説を採る見解として、中野次雄『刑法総論概要』(成文堂、第三版補訂版、一九九七年)一四九頁、一六五頁、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』(成文堂、二〇一〇年)四六八頁以下などがあり、共同正犯については否定説、幫助犯については中間説を採る見解として、井田良『講義刑法学、総論』(有斐閣、二〇〇八年)四七三頁、四九〇―四九一頁、齋藤信治『刑法総論』(有斐閣、第六版、二〇〇八年)二七四―二七五頁、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、二〇一〇年)四三〇頁、昭沼・前掲注(4)二四六頁以下、上野幸彦「承継的共同正犯論の批判的検討」日本大学大学院法学研究年報一四号(一九八四年)四四―四五頁、齊藤誠二「承継的共

同正犯をめぐる一筑波法政八号（一九八五年）三二頁以下などがある。山中敬一『刑法総論』（成文堂、第二版、二〇〇八年）八五八頁、九〇三—九〇四頁は、否定説に立ちつつも、詐欺罪や恐喝罪などの多行為犯については後行者に幫助犯の成立を認めている。

(32) 観念的競合とするのは、井田・前掲注(31)四七三頁注四三、高橋・前掲注(31)四三〇頁、照沼・前掲注(4)二四四頁注五四、西村克彦「承継的共犯論の反省(二)」判時九二二号（一九七九年）一三頁、上野・前掲注(31)四三頁注一八、法条競合とするのは、斎藤誠二「判批」法学新報一〇五卷四—五号（一九九九年）三四〇頁、斎藤・前掲注(31)二七四—二七五頁。

(33) 判例の詳細な分析として、大越義久『共犯論再考』（成文堂、一九八九年）九〇頁以下、照沼・前掲注(4)二二四頁以下、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法第五卷』（青林書院、第二版、二〇〇五年）二二四頁以下（村上光穂）、西田・前掲注(16)二二六頁以下、高橋・前掲注(13)一—二〇頁以下などを参照。

(34) そのほか、当時の商法上の預合罪について承継的共犯を認めたものとして、福岡高判昭和三十六年二月一六日判時二六二二号三三頁がある。

(35) 岡山地津山支判昭和四五年六月九日刑月二卷六号六七九頁は、先行行為によって傷害の結果が生じたことを後行者が認識していなかったことを理由に、後行者における強姦致傷罪の共犯の成立を否定している。

(36) 強姦致死傷罪について、東京地判平成七年一〇月九日判時一五九八号一五五頁、東京高判平成一七年一月一日東高刑時報五六卷一—二号七五頁など、強姦致死傷罪について、東京地判昭和四〇年八月一〇日判タ一八二号一九二頁、浦和地判平成四年三月九日判タ七九六号三三六頁などがある。

(37) 前掲東京地判平成七年一〇月九日や前掲東京高判平成一七年一月一日も、同様の解決をしている。

(38) もっとも、広島高判昭和三四年二月二七日高刑集二卷一—号三六頁は、先行者の暴行脅迫後に姦淫行為にのみ加担した後行者の罪責を強姦罪ではなく準強姦罪にとどめており、否定説に立ったものとみられる。

(39) 裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案』（司法協会、三訂補訂版、二〇〇七年）三三二—三三三頁以下参照。

(40) このほか、加担前の監禁行為について共同正犯としての責任を認めた裁判例として、東京高判平成一四年三月一三日東高刑時報五三卷一—二号三二一頁がある。

(41) 同様の見解に立つものとして、東京高判平成一六年六月二二日東高刑時報五五卷一—二号五〇頁、甲府地判平成一六年九月一六日LEX DB28095653、大津地判平成二二年一月二七日LEXDB06550067などがある。

(42) 前掲横浜地判昭和五六年七月一七日も、中間説の立場から、傷害罪の承継的共犯を否定している。

(43) もっとも、同判決は、刑法二〇七条を適用し、後行者を含めて全員を傷害罪とした。同様の見解に立つものとして、大阪地判平成九年八月二〇日

判タ九九五号二八六頁、横浜地判平成二年四月二六日 L11D180656310などがある。このほか、傷害罪について承継的共犯を否定した裁判例として、東京高判昭和四五年三月二〇日（東高刑時報二卷三号一〇四頁）がある。

(44) 前掲横浜地判昭和五六年七月一七日、前掲大阪高判昭和六二年七月一〇日、前掲東京地判平成七年一〇月九日など。

(45) 前掲東京高判平成六年一〇月二八日など。

(46) 前掲東京高判平成六年六月二三日など。

(47) 前掲大阪高判昭和六二年七月一〇日など。

(48) 東京地判平成八年四月一六日判時一六〇一号一五七頁は、先行者の暴行により被害者が畏怖状態になったところ、後行者が被害者から金員を喝取しようとして、先行者と意思を通じて被害者に暴行を加え、畏怖させて金員を喝取するとともに、一連の暴行により被害者に傷害を負わせた事実につき、恐喝と傷害を混合包括一罪とした上で、後行者は先行者の暴行によって生じた被害者の畏怖状態を認識、認容し、これを恐喝遂行の手段として積極的に利用する意思の下に犯行に加担したものと認められるとし、後行者は本件犯行全体について恐喝罪と傷害罪の共同正犯としての罪責を負うとした。

(49) 判例が傷害罪の承継的共犯を肯定する背景には、刑法二〇七条の規定する同時傷害の特例との均衡があるとも考えられる。大越・前掲注(33)九七一九八頁、西田・前掲注(16)二二八頁、高橋・前掲注(13)二二八頁。

(50) 西田典之ほか編『注釈刑法第一卷』(有斐閣、二〇一〇年)八五五頁(島田総一郎)は、これらの裁判例の傾向について、一連の行為の一部に参加する意思でそうした以上、全体について責任を負うとし、関与対象が密接な関係にあったことを重視するものと分析している。

(51) 照沼・前掲注(4)一三三九頁。

(52) 裁判所職員総合研修所監修・前掲注(39)三三二頁、木村・前掲注(5)一七三頁、松原・前掲注(25)一〇八一〇九頁。

(53) 山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣、一九九八年)二六三頁、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、二〇〇三年)二〇三二〇四頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)三六五頁、大越・前掲注(25)一九八一一九九頁、松原・前掲注(25)一〇九頁。

(54) 前掲横浜地判昭和五六年一月一七日、前掲大阪高判昭和六二年七月一〇日など。

(55) 山中敬一「共同正犯の諸問題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』(日本評論社、一九九〇年)二二三頁。さらに、香川達夫「承継的共同正犯についての再考」研修三四六号(一九七七年)五頁以下参照。

(56) 大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法総論』(有斐閣、一九九九年)二七九頁以下参照。

- (57) 香川達夫「承継的共犯」研修四七四号（一九八七年）五頁以下。
- (58) 大越・前掲注（25）一九九頁、山口編・前掲注（26）二四六頁（山口）、松原・前掲注（25）一一〇頁。
- (59) 山口編・前掲注（26）二四六―二四七頁（山口）。
- (60) 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第四版、二〇〇九年）二七二―二七三頁参照。
- (61) 西田ほか編・前掲注（50）八六〇頁（島田）。
- (62) 山口・前掲注（53）二六四頁、高橋・前掲注（13）一七一頁注七八。
- (63) 高橋・前掲注（13）一五三頁。
- (64) 高橋・前掲注（13）一五四頁。
- (65) 高橋・前掲注（13）一五五―一五六頁。
- (66) さらに、この事例で被害者が死亡するに至らなかった場合も、後行者に強盗殺人未遂罪の成立を認めるべきではないであろう。
- (67) 相内・前掲注（25）四二―四三頁、山口編・前掲注（26）二四五頁（山口）、伊藤ほか・前掲注（12）三〇九頁（伊藤）、西田・前掲注（16）二二―二三頁、松原・前掲注（25）一一〇頁。

