

# 承継的共同正犯における因果性

金 尚 均

問題へのアプローチ

判例の問題点

因果性の意味

## 問題へのアプローチ

1 共同正犯が成立するには、他の共犯者の行為と協働して、自己の行為が結果発生に対して物理的因果力をもたなければならない。また、同時に 行為共同説に立ったにせよ 特に故意犯の場合、他の共犯者の行為に対して共同実行の意思として心理的因果力をもたなければならない。このように共同正犯関係においては、結果に対する物理的因果力そして他の共犯者の行為に対する心理的因果力の2つの因果力によって「共同性」が形成されるといわれる<sup>1)</sup>。以上の定義は、因果的影響の存在を根拠に共同正犯を理解する見地から導かれるとあってよい。さしづめ、共同正犯の本質に関する犯罪共同説と行為共同説の争いは、前者が共同意思に重点を置き、これに対して後者は結果惹起と結びついた行為に重点を置いて共同正犯関係を解釈してきた。正犯の客観性に重点を置く見地からは、行為共同説に対して親近感が寄せられる。それは、正犯とは、実際に自己の行為によって結果を惹起した者をさす概念として理解し、共同による結果惹起の場合にも、正犯たりうるには、他の共犯者の行為と相俟って自己の結果発生のための関与によって、最終的に結果を共同して惹起しなければならない。ここでは、単に意思の共同、つまり共謀だけにとどまらず、客観的

な行為の協働をも必要と解する。

このように行為共同説に依拠するならば、各々の共犯者は結果惹起に対する因果力がなければならない。ここで問題は因果力の中身である。この因果力は、とりわけ共同正犯の場合、物理的因果力をさすのか、それとも心理的因果力なのであろうか。はたまた、原則的には物理的因果力が証明されればそれに優るものはないが、場合によっては心理的因果力だけで正犯性を基礎づけることができるであろうか<sup>2)</sup>。

この問題について有名なのが平野のピストル事例である。例えば、AとBとが、Xを殺そうという共同の意思で、各自でXに向かってピストルを発射し、Aの弾丸が当たってXは死んだが、Bの弾丸は当たらなかった。この場合、なぜBは刑事責任を問われるのであろうか。つまり、Bの行為は、全く結果発生に反映されなかった。それにもかかわらず、なぜ、刑事責任を問われるのかということが問題になる。これについて平野の解釈は次のようである。「それは、一見自己の行為と因果関係のない結果について責任を問われるように見える。しかしそうではない。Bが責任を問われるのは、BがAの心理を通じて、その行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたからである。共同正犯は、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に幫助するものなのである」<sup>3)</sup>、と。平野の説示によれば、自己の関与行為と因果性を持たない結果について罪責を問われるべきではないことが明確に示されている。

2 それでは、ここでいう因果性とは、どのような内容をもつのであろうか。一般的に、因果性とは、ある客観的行為の作用によって生じる最終的結果についての概念であり、それは主として、客観的世界における事象を対象としており、「あるかないか」の範疇で論じられる。中によれば、「結果を行為としてこれに客観的に帰属させるといっても、特にこれを共同正犯として帰属させる理由は、各自が相互に実行行為を通じあって、つまり

実行的な因果関係を共同にするという形式によって結果を実現したから<sup>4)</sup>と説示されるが、ここでは、因果性とは物理的なそれを指すと考えて差し支えない。これに対して、西田によれば、共犯者間においては因果関係が拡張され、他の共犯者の行為が生じた結果についても、自分の行為から生じたのと同様の責任を負う点に共犯論の意味があるとする<sup>5)</sup>。一つの例として、AとBの何れの弾が命中したのか分からないときでも、Bはともに殺人既遂の共同正犯となるとするが、西田はその理由として、共犯関係によって因果性の幅が拡張されることによると解釈する<sup>6)</sup>。西田は、先の事例について、Bが殺人の共同正犯としての罪責を問われるのは、Bの行為がAの心理に影響を与え、その行為を強化・促進したという点でAの行為・結果と心理的因果性を有するとして、共犯においては、単独犯と異なり、物理的因果性だけではなく、心理的因果性だけで正犯としての処罰を基礎づけることも可能であると解釈する<sup>7)</sup>。共犯の因果性について、物理的因果性は、これがなければ正犯たりえないという意味において正犯性を限定する機能を有する。これに対して、心理的因果性こそは共同正犯において正犯性の範囲を拡張するのに重要な役割を演じる。本稿の主要課題である承継的共同正犯の本質的な論点について前田が「承継的共犯論の実質は、この共同正犯における『心理を中心とした特殊な因果性』の内実をいかに理解するかの対立であるといつてよい<sup>8)</sup>」と指摘するのも同じ文脈で理解することができる。例えば、結果惹起にとって重要な役割を果たした共犯者を正犯と解釈する場合、重要な役割とは、共犯者間においてきわめて強い影響力を有する場合が典型であり、行き着くところ、その意味は、その者自身で客観的な実行行為をしない限り、心理的な影響力のことである<sup>9)</sup>。これは、物理的因果性がない場合に、これを補てんして共犯者の正犯性を基礎づける。その意味において正犯性を拡張する機能を持っている。

この心理的因果性の補てん機能は、共同して同時に行為をした場合だけではなく、直接的に実行行為に及んでいない分担行為の場合にも効果を及

ばす。承継的共同正犯を肯定する理解はこれによって事後認容と事前認容との実質上または理論上の同一性を主張することになる<sup>10)</sup>。例えば、承継的共同正犯とは、先行者の行為が終了したかまたは継続している際に、これを認識・認容し、結果発生に至るプロセス全体から見て途中から先行者と共同実行の意思をもって実行行為を行う場合である<sup>11)</sup>。物理的因果性のみを問題にするのであれば、先行者のおこなった行為とその結果については、すでに生じたものであるから、これに対して因果的に関与することはあり得ないということになる。因果連関とは、そもそも現在から未来に向かって進行する過程であるから、物理的因果性をいう場合にも、通常の因果連関と同じく解釈し、将来の行為にのみ因果的に関係をもつことができる。しかも正犯性との関係では、物理的因果性とは、関与者が正犯であり得るための大前提である。この大前提を度外視したところに共謀共同正犯の論理が出てくる。ここでも、心理的因果性の補てん機能が作用している。これに対して、「承継的共同正犯の成否が問題となる事件では、当初から共謀があったのか、途中から参加したにすぎないのかということ自体が争点となり、当初からの共謀が認められないため承継的共同正犯とされる場合が少なくない」<sup>12)</sup>との指摘があることから、承継的共犯は、事前の共謀がない場合に心理的因果性を用いて共謀共同正犯を補てんしていることが分かる<sup>13)</sup>。事前の共謀がなく、ましてや先行者の実行行為の前にこれを知らなかった場合にも、後から参加した者が最終的な結果発生に重要な役割を果たし、しかも先行行為と最終的結果の一連性に着目して前の行為または結果がなければ後の実行行為があり得ない場合に、関与前後の行為と結果を総合して、後行者の罪責を問う。しかし、このような場合に承継的共同正犯を肯定して自分が関与する以前の結果に遡って犯罪全体ついて帰責することは、自己の行為に対する個人的責任を問う刑法の原則からして問題はないのであろうか。

以上のように、因果性に重点を置いて共同正犯を理解する見地に依拠した場合にも、因果性の解釈によって共同正犯の成立範囲が限定されたり、

または拡大されたりする。ここでは、共同正犯の因果性を承継的共同正犯の事例を用いて検討したいと思う。

## 判例の問題点

1 承継的共同正犯について判例の立場は一樣ではなく、事案ごとに判断が異なると言って良い。ここでは特に主観的関与意思の存在を根拠に承継的共同正犯の成立を肯定する判例を概観し、後行者の主観的関与意思が承継的共同正犯成立の肯否への影響を見ることにする。

判例は、一般論としてつぎのような理由をもって論じる。「思うに、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。従って、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っ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解するのが相当である」<sup>14)</sup>。判例が承継的共同正犯を肯定する際、後行者が、第1に、先行者の行為及びこれによって生じた結果の認識・認容、これだけにとどまらず、第2に、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思をもって、途中から結果発生に関与することが承継的共同正犯成立の要件としている。例えば、第1の要件しか後行者がもっていない場合には、正犯ではなく、幫助となるにすぎず、第2の要件である自己の犯罪としての積極的利用意思をもって参加した場合にはじめて、後行者は正犯たり得ることになる。

2 まず、第1の要件である先行行為とその結果に対する認識に関して、後行者が先行者の行為とその結果について事前認識していることは、先行者の行為と結果の承継に影響があるのかを検討する。

これについて後行者の側で先行行為に対する認識がない場合、「被告人等が、甲の強姦の実行行為に着手した後に右犯行に共謀加担し強姦致傷罪を完成させたときは、被告人等と甲の強姦致傷の共同正犯が成立するけれども、右傷害の結果が被告人等の加担前に生じたものであり、被告人等は、右傷害の原因となって暴行の加えられた事実を認識することなく加担したものであるときは、被告人等に対しては、刑法第38条2項により強姦罪の刑に従って処断すべきである<sup>15)</sup>」として、犯罪共同説の立場から強姦致傷の共同正犯を肯定しつつ、刑法第38条2項を適用して、強姦罪の範囲で責任を認めた。

その後、強姦目的で暴行を行った先行者の暴行とその結果について認識せず、強姦に関与した後行者の正犯性について、その暴行が「日常生活上看過される程度の発赤、表皮剥脱などのたぐいであって、これに対して格別の治療措置を必要とせず、極短期間内に、具体的には数日以内に自然に快癒する程度の極めて軽微な損傷は、厳密な意味において傷害を与えたものとはいえるけれども、今問題としている傷害にはあたらない<sup>16)</sup>」として強姦罪の範囲で共同正犯を認めている。

判例は、Xは先行行為とその結果について認識を持たず、事件について認識した時点ですでにH、Tの暴行行為は終了しており、また、Kのコカコーラの空きビンによる殴打行為も終了して、Xがその場に臨んでから加えられた暴行は、Kが被害者に対し左脇腹あたりを一回足蹴りしたにすぎない事例で、「本件は先行行為者が恐喝・傷害の実行に着手し、暴行行為のほとんど大部分、かつ、重要部分は終了していたものの、その全部が終了しないうちに、その事情を知りながら、自らは暴行を加えることなく金員受領行為についてのみ関与したというものである<sup>17)</sup>」として、傷害の承継的共同正犯を否定し、恐喝罪の共同正犯を認めた。

相次いで数人によって輪姦が行われている事実を知り、これに関与した事例について判例は、「被告人が上記一連の強姦について事前に原審被告人等及びA・B・C・D等と共謀したとの点はこれを認めることができない。そして、このように先行者によって既に開始された犯罪実行の途中からこれを介入した者の責任は、その介入後の行為についてのみ発生するものと解すべきであるから、本件においても被告人は前述の共謀関係成立後の犯行についてのみ責任を負い、それ以前の他の者の犯行については責任を負わないものといわなければならない<sup>18)</sup>」と判示して強姦致傷について承継的共同正犯を認めず、強姦の範囲で共同正犯を肯定した。Xが先行の行為と結果について認識しないまま、暴力団の上位者からの指示のままに現場に赴き、その関与した事例につき判例は、「被告人は、上記X組事務所に到着した時点で、Cが正座をさせられていてAやBから怒鳴られているという状況を認識して、その後の監禁行為に加功したものはあるが、CがX組事務所に連行される前の、d公園でのAらの暴行や連行の態様等については知らなかったと認められるのであり、しかも、被告人は、暴力団の上位者であるAからの指示によって上記組事務所に赴き、その場の状況から、Cを監禁し、他県へ連行するというAらの意図を了解してその後の監禁行為に加功したに過ぎないのであって、自分が加功する前の監禁状態をことさらしないしは積極的に利用する意思があったものとも認められない。そうすると、被告人が、Cの監禁について共同正犯としての責任を負うのは、上記X組事務所に到着した以後の監禁に限られると解するのが相当である<sup>19)</sup>」と判示して、承継的共同正犯の成立を否定している。

人夫派遣業を営む会社の社員である被告人AないしC3名が、社長と共謀の上、飲酒の上で交通事故を起こした人夫3名のうちFを緊迫して事務所内の物置に閉じ込め、更に被告人B、同D、同Eが、社長らと共謀の上、反抗的態度をとった人夫G、Hを緊縛した上で自動車内に押し込み、山中のキャンプ場において、被告人Bが、社長らと共謀の上、右人夫らを殺害したという事実等からなる事案で、判例は、「検察官は、被告人A、同B、

同Cが当初からMの逮捕監禁に関与していたと主張しているわけではないから、検察官の掲げる訴因は、同被告人らとの関係では、いわゆる承継的共同正犯としての責任を問うているものと解されるところ、同被告人らについては、それぞれが関与する以前の逮捕監禁状態を殊更ないしは積極的に利用する意思をもって、Mの逮捕監禁に関与したとまでは認められないから、継続犯という逮捕監禁罪の性質を考慮しても、同被告人らがMの逮捕監禁について共同正犯としての責任を負うのは、F事務所において犯行に関与した時点以降の逮捕監禁に限られると解するのが相当である<sup>20)</sup>と判示した。

以上の判例からは、後行者が、事前に先行者の行為と結果について認識を持たない場合には、その後の関与において先行者の行為と結果を自己の犯罪として利用する意思がない限り、自己の関与した限りで共同正犯を認めていることを看取できる。

3 後行者が先行者の行為と結果を認識していたものの、自己の犯罪として利用する意思のない場合はどうであろうか。

甲が金品強取の目的をもって被害者に暴行を加えて傷害を負わせ、同人がその反抗を抑圧されたのをみて乙もこれに加わり、甲、乙共謀の上、金品を強取した事例で、判例は、「被告人は、犯行現場に赴く途中犯行につき何も聞かされないまま被害者宅まで同行し、『寒いからあがらせてもらえ。』と甲にさそわれるまま被害者の居室に入って甲の被害者に対する言動からはじめて強盗の意思を察知したものの、当初はこれに加担する意思はないばかりか、むしろ当惑し甲の犯行に対して極めて消極的でたんなる傍観者的な態度をとり、かえって甲の犯行中同人が憤激して立ち上がろうとするのをなだめるなど事態を悪化させないように努めたことさえうかがわれ<sup>21)</sup>」の場合に、強盗致傷の承継的共同正犯を否定し、強盗罪の共同正犯のみを肯定した。本事例は、当初より共謀はなく、甲の強盗の意思とその暴行を認識しているものの、先行行為を自己の犯罪として利用する意思が

ないものと評価できる。

第三者の暴行に中途から加担して傷害を負わせた事例について判例は、「確かに、後行者たる被告人兩名は、先行者たるBが頭突き等の暴行を加えるのを認識・認容していたことが認められるが、それ以上に被告人兩名がこれを『自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思』を有していたとか、現にそのような手段として利用したとかの事実は本件全証拠によっても認めることはできないから、結局、被告人兩名には傷害の承継的共同正犯は成立しないというべきである」<sup>22)</sup>と判示している。また、判例は、先行行為の認識はあったものの、しかし後行者の関与行為が軽微であったとして承継的共同正犯を否定している。それによれば、「事態の成行きを理解し、同室内におけるAらのBへの暴行及びこれによる同人の受傷の事実を認識・認容しながら、これに途中から共謀加担したものと心得る。しかし、前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人がBに対し現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、被告人が先行者たるAら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」<sup>23)</sup>と判示している。

以上のように先行行為を認識しつつも自己犯罪のために積極的に利用する意思がない場合には、判例は承継的共同正犯を否定している。これとは逆に、先行行為を自己の犯罪として積極的に利用している場合には承継的共同正犯を肯定する。

被告人は、Aほか一名と飲酒して通行中、Aが金品強取の目的を以て通りかかった被害者Xの顔を殴打し「金を出せ」と要求しているのを知って、これに後から関与した事案について判例は、「自己もこの機会を利用して金品を強取せんことを企て、直ちにAと協力し茲に同人と意思連絡の上先ずXから同人所持の金七百円を奪い、更にAがXの左腕を抑え、被告人がXのはめていた腕時計を外してこれを強奪し、その際Aの暴行によりXの右眼部に治療一週間を要する打撲傷を負わしめた」<sup>24)</sup>として、強盗傷

人の承継的共同正犯を肯定している。先行者による犯行遂行途中からこれに加担した後行者の責任について、死因が加担前の先行者の行為にあったとしても、これを認識・認容して自己の犯罪行為の内容に取り入れ、これを利用する意図が認められる場合に、判例は、「各行為者の実行行為と実現した結果との間の自然的な因果関係が格別に判定しうるとして有する比重の大小の点は、行為者ごとの犯情を論ずるならば格別、原則として、これをもって各行為者の罪責を左右する根拠とすることはできない<sup>25)</sup>」と判示して、死因に対して直接的な因果的寄与をしていない後行者の承継的共同正犯を肯定する。

4 積極的な利用意思の存在を裏付けるために後行者の犯罪全体における役割を正犯性の是非に着目している判例がある。

典型的事例としては、先行者の2人が被害者に暴行を加え、傷害を負わせた後、後行者の2人がその後の恐喝について意思を通じてさらに被害者に暴行を加えて金員を喝取した事例で判例は、本件で主導的地位にある「被告人C及び被告人Dは、先行者である被告人A及び被告人Bが既に行った暴行によって生じたEの畏怖状態を認識、認容した上、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。このような本件事実関係の下においては、被告人C及び被告人Dは、本件犯行全体について共同正犯としての罪責を負うというべきである<sup>26)</sup>」と判示して、承継的共同正犯を肯定する<sup>27)</sup>。

また、判例によれば、「教団の宗教儀式等に用いることを目的とし、この目的に見合うものとして大量の製品の生産を目指していたこと、製造に直接関与していた者は組織改編前の厚生省ないし改変後の第二厚生省所属の信者に限られ、教団代表者A及び教団幹部の指示に従い、実験を経て確立した製造工程を分担して、チオペンタール及びメスカリンを完成させていること、その期間は、チオペンタール製造については三か月余り、メスカリン製造については二か月余りと比較的短期間であったこと、また、そ

れに実際に関与した信者は少数にとどまり、……途中関与者らに対する指示や引継ぎが十分に行われていたことは証拠上明らかであって、各犯行とも、それぞれ一罪としての一体性と統一性が強く保たれていること、関係各証拠を総合すれば、被告人が、出家信者として第二厚生省に所属し、Bから指示されて、右のような目的、目標を理解し、他の者らによる従前の行為を認識し知した上、主体的、積極的にチオペンタール及びメスカリンの各製造に途中から加担し、前者につき中間の一か月足らずの期間、後者につき最後の一か月余りの期間それぞれその製造に従事した<sup>28)</sup> ことについて、結果発生に向けての役割分担全体の中での被告人の役割行為に着目して正犯性を肯定している。ここでは判例は、被告人の行為が上意下達関係の中で行われたことを認定したものの、被告人の役割分担の主体的な引き受けがあったことを重視しているように思われる。これに対して、同じく上下関係の中での被告人の行為について、上下関係における被告人の立場を重視して、その罪責範囲を自己の加担以後に限定する判例もある。それによれば、「被告人は、上記X組事務所に着した時点で、Cが正座をさせられていてAやBから怒鳴られているという状況を認識して、その後の監禁行為に加功したものであるが、CがX組事務所に行われる前の、d公園でのAらの暴行や連行の態様等については知らなかったと認められるのであり、しかも、被告人は、暴力団の上位者であるAからの指示によって上記組事務所へ赴き、その場の状況から、Cを監禁し、他県へ連行するというAらの意図を了解してその後の監禁行為に加功したに過ぎないのであって、自分が加功する前の監禁状態をことさらしないしは積極的に利用する意思があったものとも認められない。そうすると、被告人が、Cの監禁について共同正犯としての責任を負うのは、上記X組事務所に着した後の監禁に限られると解するのが相当である<sup>29)</sup>。この判例では、被告人の上下関係の中での従たる地位に着目し、それゆえ先行行為を自己の犯罪として利用したとは言えず、その行為が自己が関与する以前の行為と結果までを帰責するまでの主導性をもたないと判断したように思われる。

また、原審相被告人Aが、Bと共謀の上、被害者Xに対し、同人を暴力団事務所へ連行するタクシー内でその顔面を殴打する暴行を加え、右事務所内では、Cとも共謀の上、更にその顔面、頭部を数回にわたって手拳、木刀及びガラス製灰皿で殴打し、その下腿部を足蹴りにする暴行を加えたが、被告人においても、右事務所内での暴行の途中から右Aらと意思相通じ共謀の上、Xの顔面を二、三回殴打する暴行を加えた結果、加療約八日間を要する顔面打撲、頭頂部挫創、右下腿打撲の傷害を負わせた事例について判例は、「被告人が……現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、被告人が先行者たるBら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」「一連の暴行のうち、被告人の共謀加担後に行われたと証拠上認定し得るものは、被告人による顎の突き上げ（二、三回）及びAによる顔面殴打（一回）のみであって、……受傷の少なくとも大部分は、被告人の共謀加担前に生じていたことが明らかであり、右加担後の暴行（特に正勝の顔面殴打）によって生じたと認め得る傷害は存在しない」<sup>30)</sup>と判示した。

これらの上記3つの判例で問題となるのは、「自己の犯罪としての利用」の要件の判断において判例が後から関与した者の関与の積極性の程度を考慮しているところである。具体的には、共犯者関係における後行者の主導的地位の有無、上下関係において上位者による指示の有無、後行者の役割分担それ自体がもつ因果性の重大さ、などによって先行者の行為と結果までも後行者が承継するか否かを判断している。特に、後行者が主導的地位に立たない場合には、自己の関与以後について罪責を問われるのが一般的と言えるが、チオペンタール及びメスカリンの各製造への途中からの加担の事例は組織的一体性を重視するあまり、客観的分担行為の因果性に配慮していない点で問題がある。

## 因果性の意味

1 承継的共同正犯の問題では一般的に、実質的考察を重視して正犯性を肯定するために形式的な枠をどの程度緩め得るかが問われているが<sup>31)</sup>、個別的にいえば、この問題の一つは、後行者が先行者の行為と結果の認識・認容とその積極的利用の意思をもった場合に関与以前の行為と結果に遡って犯罪全体について帰責されるのかということである。

当初から協働して結果を発生させようとして役割分担として後から実行行為をした場合には、すでにその前の時点で共犯関係が成立していることから「一部行為全部責任」の原則が適用されることになる。この場合には、最初に共同の意思をもって結果発生のプロセスを認識して結果発生にとって最適の選択をしているにすぎず、因果プロセスを最初から共同して形成していることにはかわりはない。これに対して、先行行為と結果に関与していない後行者の積極的利用の意思が先行者が形成した因果プロセスを継承可能にさせる理由は何なのであろうか。その理由として、犯罪共同説の立場から、共犯の罪名は正犯の罪名と同一であるべきだとする考えがかつてからあるが<sup>32)</sup>、その実体は、ある者が犯罪の実行に着手し、その実行行為が終了しない時点で、後行者が、先行者によって実現された状況を認識し、その状況を積極的に利用して先行者とともにその犯罪を実現することを意図し、その旨、先行者と意思を連絡し、残りの実行行為を共同して実行した場合には、両者が一体として当該犯罪を実現したと評価されるゆえ、先行者と後行者との当該犯罪についての共同正犯が成立するという論理にある<sup>33)</sup>。

この論理で重要なのは、先行者と後行者が一体として犯罪を実現したか否かである。この一体性とは、第1に、共通の故意に基づく犯罪の共同惹起の意味、第2に、正犯の罪名に共犯が従属するという意味、第3に、自己の犯罪として積極的に利用する場合に先行行為と結果を引き継ぎ、先行

者と共同可能であるという意味をもつ。一体性の意味としては、後行者の正犯性の根拠づけとして特に第3のものが重要と思われる。この第3の理由は犯罪共同説と密接に関連するように思われる。そもそも犯罪共同説は、共通の故意に基づく犯罪の共同惹起を共同正犯の本質と解するわけであるが、積極的利用意思の存在を根拠に一体性を認めて承継的共同正犯を肯定するのであるとすると、ここでは犯罪共同説は後行者の関与する以前の行為と結果にまで後行者の責任を肯定することから、行為責任原則から逸脱する。特に、自己の犯罪としての積極的利用意思は、承継の肯否並びに正犯と幫助の区別の基準となる。このような判断基準は、因果的寄与を離れて行為者の範囲で正犯性の肯否を決めるもので妥当とはしがたい。

2 他方で、このような考えは、例えば事前の共謀が認められない場合に、途中からの関与とその積極的利用意思を根拠にして正犯性を基礎づけることによって共謀共同正犯の理論を補足する働きをもつことになる。例えば、金策に窮していた甲と乙が明後日までに強盗してでも必ず50万円を用意しなければならない旨の相談をしていたところ、甲がたばこを買ってくると言って外出した際に、裕福な隣家X宅が不在であると思って咄嗟の判断で侵入したが、それを見た乙も5分後、甲の後を追ってX宅に侵入したところ、すでに、在宅中のXに対して甲が暴行を加えて気絶させた直後であって、その後、乙は甲と現金100万円を発見してこれをもって逃げた場合、甲と並んで乙に強盗罪（刑第236条）の共同正犯が成立するのかが問題になる。この事例では、確かに漠然とした犯罪の話し合いはあったが、その直後に甲がX宅に侵入したことから当該強盗について共謀があったのか否か判然としない。このような場合に承継的共同正犯の概念は共謀共同正犯の概念を補足する機能をもつことになる。自己の犯罪としての利用意思という要件を用いて未だ確定的でない漠然とした犯罪の話し合いが事前にある場合などに共同正犯を肯定することを容易にするおそれがある。

判例は自己の犯罪として利用する意思について客観的な事実を考慮する

が、その意味は、主観的意思の徴表としてのみ解されるのであれば、客観的事実の側面は事案ごとにその重要性が変わることになる。例えば、各々が横断的地位にある共犯関係においては、行為者の客観的事実としての関与行為が重要性をもつが、縦断的地位にある場合には、後行者が主導的地位にある場合には、客観的事実よりも先行行為の認識の有無の方が重要となる。一般的に共同正犯が成立する範囲は、共謀以後の客観的行為と結果ないし客観的な関与以後の行為と結果である。これに対して承継的共同正犯では、関与以前の先行者の行為と結果にも共同正犯の成立範囲が及ぶ。それでは、なぜ及ぶのであろうか。端的には先行行為を自己のもとの解する主観的共犯論からの帰結と言えるが、それだけにとどまらない。因果的に共同正犯を理解する見地においても心理的因果力を強調する場合には、先行行為を承継することは可能である。この承継的共同正犯の問題は、遡及禁止原則の抵触に関わる。

3 つぎに問題は、承継的共同正犯を積極的利用意思の存在のみを根拠に肯定する理解とは異なり、承継的共同正犯を限定的に認める考えについてである。

このような考えも共通の理解に基づいてはいない。例えば、先行者の行ったことの結果が介入後もなお継続している場合、これを利用して行われた後行者の行為は、先行行為とその結果についても帰責されうるとする説が代表的といえよう。平野は、承継的共犯について、原則的に共犯は関与した時以後の正犯の行為およびその結果についてしか責任を負わず、関与以前の行為に対して、共犯の行為が因果性をもつということはありません<sup>34)</sup>、もっとも、関与前の行為についても責任が問われるように見える場合もあるとして、「それはその行為が、関与後にもなお効果を持ち続けている場合である」<sup>35)</sup>と平野は解する。この理解は、川端によれば、「先行者の行為が後行者にとっても構成要件の実現上、重要な影響力」<sup>36)</sup>を有している場合として表現される。

これに対して同じく限定的に承継的共同正犯を認めつつも異なるアプローチをする理解もある。

大塚は「承継的共同正犯は、実行行為の途中で、先行者の行為を承継して行われるものであるが、共同正犯の成立する範囲は、後行者が介入した後の共同実行行為についてである」<sup>37)</sup>と主張するが、ここでは、実行行為の途中で後行者の行為が介入するか否かが承継的共同正犯の肯否を分けることになる<sup>38)</sup>。

大谷によれば、先行者と後行者とが相互に利用し補充しあって一定の犯罪を実現することは可能であるとし、相互に共同実行の意思があり実行行為共同の事実が認められる限りにおいて承継的共同正犯を肯定する<sup>39)</sup>。それによれば、「後行者が先行者の実行行為を利用し補充しあうといえるのは後行者が先行者の実行行為および結果を事後の犯罪遂行の手段として利用する意思のもとに利用した場合に限られる」<sup>40)</sup>としており、先行者の実行行為を利用し補充し合える場合にのみ限定する。またここでは大塚は、単に共同の意思だけでは承継的共同正犯は成立しないことによっても承継的共同正犯の成立範囲を限定する。大塚においては「実行行為の途中」、大谷においては「利用し補充しあえる場合」という要件が承継的共同正犯の成立の可否を決める判断基準となるが、これらが平野のいう先行行為が後行者の関与後もなお効果を継続している場合と解する説と承継的共同正犯の成立範囲が違うのか判然としない。この点について西田は、先行行為の途中で後行者の関与を基準とする大塚説と先行者の行為の効果・影響力の利用という基準は同旨であるとの誤解を招きやすいと批判する。これに対して西田は、後行者が関する時点において、なお、先行者が実現しようとする結果については因果性を有することが可能である場合には、承継的共同正犯を肯定する<sup>41)</sup>。

4 現行日本刑法では、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定している。この規定の文言からして、共同正犯におい

ては犯罪行為の実行、つまり犯罪実行行為の共同を要件としていると解することができる。ここでの実行とは、刑法第43条の実行の着手と同義である。とするならば、共同に基づく結果の惹起は既遂犯の成立要件であるが、自己による単独の既遂結果惹起までを要件とはしない。それは、共同正犯における「一部行為全部責任」の原則によって捕捉される。共同とは、実行行為の共同であって、個々の行為がそれ自体で直接的な結果を惹起することまで要求しない。ここでは、結果発生と自己の行為の直接的な物理的条件関係・因果関係までは要件とはされていない。他の共犯者の実行行為に対する認識・認容に基づいて自己の実行行為をすることで、自己の関与意思は、単に主観的なもののままではなく、他の共犯者の行為と自己の行為とが協働することで、その限りで客観化される<sup>42)</sup>。共同正犯の場合、生じた結果は、単独ではなく、まさに共同によって惹起された結果であり、その共同とは、結果発生のための行為の分担であり、それ自体として直接的に結果を発生させることまでは要件とされておらず、共同による結果惹起の客観的プロセスを形成するもので足りる。例えば、強盗罪では、暴行をふるって被害者が反抗の抑圧された状態に陥っている中で財物を窃取すること、詐欺罪では、欺罔して被害者が錯誤に陥っている状態下で被害者から財物の交付を受けることが考えられる。ここでは先行行為の影響が未だある状態下で新たに関与した場合には、前の行為と結果を因果的に承継できる根拠はどこにあるのであろうか。事前に共謀があり、結果惹起の方法プロセスとして行為の途中から参加する場合には一部行為全部責任の原則が適用可能であることに異論はないと思われる。なぜなら、この場合には事前の共謀と役割分担の決定によって共同による結果惹起の蓋然性が認められるからである。しかし、事前の共謀がなく途中からの関与の場合には事情が異なる。先行者が途中から関与してくれる者がいれば結果惹起が容易になるとか、心強いなどの希望を持つことは予想することができるが、それによって事前に共犯関係を形成することはできない。途中からの関与が介在するまではあくまで単独犯として因果関係が形成されている。後行

者が関与して以後、新たな共犯関係が先行者と後行者との間に形成されたと考える場合、後行者が共犯として責任を負う範囲は共犯関係が形成された後の行為と共同結果惹起にとどまる<sup>43)</sup>。例えば、強盗罪においてすでに被害者が完全に抗拒不能の状態にある場合に、先行者によって創り出された被害者の抵抗不能という状態を利用している以上、また、先行者にとって後行者の介入により犯罪の実現が容易になる以上、そこに「一部実行全部責任」の原則を基礎づけるにただけの、先行者と後行者による「相互利用関係」を見出しうるとする見解もあるが妥当とはしがたい<sup>44)</sup>。途中から参加したAが財物の窃取にのみ関与したことは、「すでに」先行者の行為によって結果発生に至る因果的影響力が「形成されている」ので、後行者の窃取行為は強盗及び窃盗罪の正犯たり得ない。なぜなら、後行者が自己の参加した以降からの因果的寄与について正犯たり得るとしても、（共同）正犯的寄与とは、何らかの形で直接的に、その寄与<sup>45)</sup>がなければ結果発生があり得ないであろうとされる結果発生へのそれをさすことから、関与以前の行為と結果については具体的に寄与することは不可能だからである。強盗罪では、暴行・脅迫の継続中に関与した場合には、強盗罪の構成要件要素としての暴行という先行行為が未だ継続されているから、先に行行為した共犯者との因果力を共同して、正犯としての自らの独自の因果力を形成することができる。また、未だ暴行が行われている過程で財物だけをとることに関与した場合にも同じである。これに対して、すでに暴行が終了し、被害者が抗拒不能の状態にある場合には、まず、前の暴行行為については自己の因果的寄与を作用させることは不可能であることから、この部分については後行者は正犯たり得ない<sup>46)</sup>。窃取の部分について未だ先行行為の因果力だけでは自動的に窃取できない場合は別として、先行者が当初意図していた先行行為によって既遂結果発生の「すでに因果的影響力が形成」されている場合には、その後行者がいなくても同じ結果が確実に発生していたであろうから、その場合には後行者の因果的寄与は物理的なものとは言い難い<sup>47)</sup>。また多行為犯では、欺罔や脅迫について先行者の個

別人格的な影響力や能力によって被害者の錯誤や意思の瑕疵が生じる。そのことからして、後行者がこれに乗じて財物の交付を受けたり、財物を取得したとしても、後行者はこれについて予めの共謀による実行行為の共働がなければ共同正犯たり得ない。せいぜいのところ従犯の成立の可能性が問題になるにすぎない。しかし、幫助の場合にも、後行者の幫助行為がなくてもほぼ確実に、自動的に既遂結果が発生する場合には幫助の因果性を厳格に理解するならば、従犯の成立も問題になってくる。

共犯関係とは、客観的な共同の事実があることが帰責の前提条件となる。このことは因果的に共同正犯を理解する見地に立った場合にも変わりない。承継的共同正犯の理論を肯定して自己が関与する前の行為と結果についても承継すると解するのは、共同正犯と解する限りは、後行者だけでなく、先行者も共犯関係成立以前に遡って共犯関係が成立することを認めざるを得ない。因果的に共同正犯を理解する見地は、自己の行為の因果的独自性を強調する点で個人責任の原則にも合致することから妥当であるが、しかし、ここでの独自性は他の共犯者との共同における自己の共犯行為の因果的寄与の独自性を意味するのであって、単独犯における因果的独自性のそれとは異なる。共犯の因果性を強調する見地からは結果発生に対する因果的プロセスを共同することはあり得るが<sup>48)</sup>、これを過去に遡って承継することはあり得ない。なぜなら、共同または協働とは、将来に向けて営まれる数人による行為であり、その意味で、過去の出来事については共同することはあり得ないからである<sup>49)</sup>。このような解釈は「共同」に関する遡及的拡張解釈であり妥当とは言い難い。

5 また、以下のことから承継的共同正犯を基礎づけることは困難である。つまり、ある原因が自己によって形成されたのではない場合、当該原因と因果関係をもつ自己の希望通りの結果が発生したところで、自己の行為と結果との間に条件がない。それゆえこの結果は自己に帰属可能・すべき結果ではないので、これを根拠に正犯責任を基礎づけない。なぜなら、

過去にすでに形成された条件は、生じた結果との関係で、自己が（共同して）形成した原因とすることはできないからである。例えば、強盗の目的でAがXに激しい暴行を加えた場合、当該結果の原因は明らかにAの行為による。この場合、後行者が心理的に事前に関与していれば教唆と評価することができるが、教唆とも評価できずまたは自己が関与する段階で事前の原因を知るに至った場合、事前に関与している場合は実行行為者への伝達・コミュニケーションによって心理的に影響を及ぼすことが経験上知られている。心的なものから心的なものへの因果作用として、新しい信念形成がある。私たちの心的状態（ある信念をもつこと）は別の心的状態（別の信念をもつこと）の獲得の原因となる。私の信念があなたの信念を変え、その結果あなたの運命が一変するといったことはしばしば起こる。私自身以前の信念を変え、変節することもある。物理的なものから物理的なものへの因果関係があるように、心的状態が別の心的状態を引き起こすのも不思議ではない。行為は確かに心的因果性を含んでいる。それは自己に対するものであったり、他者からのものであったりする。いずれの場合も物理的因果性は空間的な性質をもつものに対し、心的因果性は空間的性質をもっていない。心的状態は非物理的状態である、あるいは心的性質は非物理的性質である。それゆえそれ自体では、即時に構成要件の評価の対象とはならない。しかし、「行為なければ犯罪なし」の原則に従うならば、心理的影響は、それだけでは結果発生のための原因を形成することはできず、行為者の実行決意するに至る心理的原因を共同で形成する。しかしそれは、結果との条件関係を持つ物理的原因ではない。行為者の行為を誘引する原因である。それは刑法の正犯行為者としての帰属の端緒となる因果関係とは異なる<sup>50)</sup>。

これに対して、結果惹起に因果的に関係する心的状態は同一人物内における場合には物理的な状態として評価可能であるが、これが他者による心的な因果関係の場合には同一人物内における物理的状態の形成の一誘因となるにすぎない。心的状態それ自体を物理的状態に結びつける法則性はな

い<sup>51)</sup>。

以上のことはつぎのことから論証されうる。例えば、強盗罪においてすでに被害者が完全に抗拒不能の状態にある場合に、途中から参加したAが財物の窃取にのみ関与したことは、「すでに」先行者の行為によって結果発生に至る因果的影響力が「形成されている」ので、後行者の窃取行為は強盗及び窃盗罪の正犯たり得ない。なぜなら、後行者が自己の参加した以降からの因果的寄与について正犯たり得るとしても、(共同)正犯的寄与とは、何らかの形で直接的に、その寄与<sup>52)</sup>がなければ結果発生があり得ないであろうとされる結果発生への寄与をさす。強盗罪の場合、暴行・脅迫の継続中に関与した場合には、強盗罪の構成要素としての暴行という先行行為が未だ継続されているから、先に行為した共犯者との因果力を共同して、正犯としての自らの独自の因果力を形成する。また、未だ暴行が行われている過程で財物だけをとることに関与した場合にも同じである。これに対してすでに暴行が終了し、被害者が抗拒不能の状態にある場合には、まず、前の暴行行為については自己の因果的寄与を作用させることは不可能であることから、この部分について正犯たり得ない。しかし、窃取の部分について未だ先行行為の因果力だけでは自動的に窃取できない場合に先行者が当初意図していた先行行為によって「すでに因果的影響力が形成」されている場合には、その後行者がいなくても同じ結果が確実に発生していたであろうから、その場合には後行者の因果的寄与は物理的なものとは言い難い。また、詐欺や強盗罪などの多行為犯または結合犯では、その既遂プロセスに至る構成要件的行為はそれ自体としては、他の構成要件に含まれたり、または不可罰的行為であったりする。そうであるとすると、多行為犯の場合、事前の共同意思による共同行為であるかゆえに、部分行為が役割分担として評価されるのであり、「一部行為全部責任」の原則が適用される。例えば、それ自体として不可罰的行為をいわゆる構成要件該当結果への関与として可罰的とするのは、多行為犯といえども所詮、単統一罪であると解釈する理解による。確かに多行為犯も単統一罪であることは

隠しようのない法的事実であるが、しかし、結合犯とは、経験則上、窃盗の手段としてまたは姦淫の手段として暴行・脅迫がおこなわれるのがしばしばであるから、刑事政策上、これらの一連の行為を一つの構成要件にまとめたのであって、本来的にそれぞれの行為は別罪を構成することに異論はない。それゆえ、同一構成要件の犯罪であり、単統一罪であるから、その一部を担っただけで構成要件全体について正犯性を有すると解するのは便宜的にすぎる<sup>53)</sup>。

また、それ自体として不可罰な行為を構成要件該当行為として構成するために「単統一罪」という概念を持つてくることは、他人の先行行為の「利用」意思と相並んで、共同による「一罪」とするためのあからさまな規範解釈の手段となっている。例えば、欺罔をして被害者が錯誤に陥った後に、子どもにお使いと称して被害者のお金を取りに行かせた場合、過失で不可罰であるとはいえ、詐欺の共同正犯が成立するかといえば、そうは言わない。欺罔・脅迫によって「すでに」財物の被害者による交付が十中八九可能である場合、つまりほぼ確実に交付が可能である場合には、結果を惹起したともいえないし、または結果を促進・容易ならしめたともいえない。自己の加担意思に基づく関与行為が欺罔された被害者のお金を取りに行く行為はそれ自体としては何ら犯罪を構成しない。特に、欺罔者以外の者が被害者のところに向いた場合に、被害者が疑問に思い交付しなかった場合や、嘘がばれて同情の念から交付した場合にはそうといえる。

6 以上、承継的共同正犯について検討したが、それはあくまで承継的共同犯のうちの「共同正犯」の成立の肯否に関してにすぎない。高橋(則)は承継的共同正犯の成立を否定しつつも、狭義の共犯の処罰根拠は構成要件上の保護法益への従属的な侵害にあることから、後行者の行為はそれが「承継できる結果」に対して因果的に寄与し得るものであれば、その限度で承継的幫助を肯定できると主張する<sup>54)</sup>。また松宮は承継的共同正犯後の行為を何罪で評価するかは承継的共同正犯の成立の問題とは別問題と指摘す

る<sup>55)</sup>。しかし、承継的従犯の成立は、福山の指摘するようにその成立可能時期は正犯の実行行為と同時に、それに先立って行われることを要すると解すべきなのであろうか<sup>56)</sup>。そこでつぎの課題としては、承継的従犯の検討が残されることになる。

- 1) 平野龍一『刑法総論』(1975年)380頁以下。
- 2) 率直に言って、共謀共同正犯は正に「重要な役割」などの要件を介在させつつも、実際には、心理的因果力のみによって、実行行為に加わらない者の正犯性を基礎づけている。重要な役割とは、共犯者間における影響力を考慮していることに変わりはない。それは、他の共犯者との心理的な関係を意味するのであって、または、他の共犯者を実行行為へと駆り立てるものであって、その因果力は、あくまで心理的なものであって、物理的ではない。重要な役割という要件は、確かに、物理的因果性を補てんすることは可能であるが、しかし、客観的結果を自己の行為によって発生させることはできない。その意味において、因果性の終点としての結果発生だけでなく、因果性の始点としての実行行為をも、他人の行為を介在させることで偶然にゆだねることになる。意識的、無意識の行為であれ、客観的に自己の動作である場合に、因果性の始点における偶然性を排除することができる。このことがなければ、物理的因果性を生じさせたとはいえない。参照、植田重正『共犯論上の諸問題』(1985年)110頁以下。
- 3) 平野、『刑法総論』381頁。
- 4) 中義勝『講述犯罪総論』(1980年)240頁。
- 5) 西田典之『刑法総論』(2006年)318頁。
- 6) 西田、『刑法総論』319頁。
- 7) 西田、『刑法総論』320頁。
- 8) 前田雅英『事例演習 刑法(第30回)』警察学論集49巻3号(1996年)178頁。
- 9) 重要な役割とは、上下関係を基礎とするいわゆる縦の関係における共犯者間での影響力だけではない。共犯者間における横の関係が問題になる場合には、具体的に分担した役割の重要性が正犯性の是非を左右するが、しかし横の関係の場合に、その共犯者が実行行為に参加していない上、共犯者間の中での心理的な影響力が重要となる。そうでなければ、その分担した役割の物理的因果性は従犯の成否の基準にしかかなりえない。
- 10) これに対する批判として植田、『共犯論上の諸問題』112頁。
- 11) 一般的に、承継的共犯の概念の中には、承継的共同正犯と承継的従犯が含まれる(参照、浅田和茂『刑法総論』(2005年)419頁)が、本稿では、とりわけ承継的共同正犯の成立に焦点を当てるため、承継的共犯という用語を用いることを控えた。
- 12) 鈴木義男『承継的共同正犯の成立範囲』『刑法判例研究』(1981年)253頁。神戸地判昭39・3・10下刑集6巻3・4号204頁。名古屋高判昭50・7・1判例時報806号108頁。
- 13) 参照、大越義久「承継的共犯」判例タイムズ(1984年)50頁。
- 14) 大阪高判昭62・7・10判例時報1261号132頁。
- 15) 東京地判昭40・8・10判例タイムズ181号192頁。

承継的共同正犯における因果性（金）

- 16) 岡山地判昭45・6・9判例時報611号103頁。
- 17) 横浜地判昭56・7・17判例時報1011号142頁。
- 18) 東京高判昭34・2・27下級裁判所刑事裁判例集7巻2号227頁。
- 19) 東京高判平16・6・22東京高等裁判所（刑事）判決時報55巻1～12号50頁。
- 20) 甲府地判平16・9・16 LEX/DB〔文献番号28095653〕。
- 21) 福岡地判昭40・2・24下級裁判所刑事裁判例集7巻2号227頁。
- 22) 大阪地判平9・8・20判例タイムズ995号286頁。なお、この事案は最終的に、傷害の結果が共謀成立の前後いずれの暴行により生じたのか不明な場合、傷害罪の承継的共同正犯は成立せず、刑第207条の同時傷害の特例が適用され、傷害罪の共同正犯が成立すると判示されていることに注意すべきである。
- 23) 大阪高判昭62・7・10判例時報1261号132頁。先行行為に対する認識がなく、関与後の寄与も軽微な事例として、横浜地昭56・7・17判例時報1011号142頁。
- 24) 札幌高判昭28・6・30高等裁判所刑事判例集6巻7号859頁。同旨の判例として、神戸地判昭39・3・10下級裁判所刑事裁判例集6巻3・4号204頁。
- 25) 大阪高判昭45・10・27判例時報621号95頁。これに反対する結論として、大阪地判昭45・1・17判例時報597号117頁。
- 26) 東京地判平8・4・16判例時報1601号157頁。
- 27) 参照、平野、『刑法総論』400頁以下。共謀共同正犯において正犯と共犯の区別のための基準として「重要な役割」説が台頭した。この判例では、承継的共同正犯においても先行に関与していない後行者も一連の行為の中で実質的に重要な役割を果たしたかどうかによって正犯性を判断しているとも解することができる。
- 28) 東京高判平8・11・19東京高等裁判所（刑事）判決時報47巻1～12号125頁。
- 29) 東京高判平16・6・22東京高裁（刑事）判決時報55巻1～12号50頁。
- 30) 大阪高判昭62・7・10判例時報1261号132頁。
- 31) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）368頁。
- 32) 植松正『再訂刑法概論』（1974年）354頁、下村康正『統犯罪論の基本思想』（1965年）124頁。西原春夫『刑法総論』（改訂準備版）（下巻）（1994年）386頁。
- 33) 藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）291頁、福田平『全訂刑法総論』（第3版増補）（2001年）264頁。
- 34) 平野、『刑法総論』381頁。
- 35) 平野、『刑法総論』382頁。
- 36) 川端博『刑法総論講義』（1995年）538頁。
- 37) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第3版）（1997年）279頁。
- 38) 実行行為の途中という要件については、実行の着手に関する形式的危険説と具体的危険説のいずれを採るかによっても異なる。例えば、離隔犯で発送説を採った場合、配達員が毒入りジュースの郵送途中に犯罪を認識して途中から関与して、3本のうち1本割れたのを確認して残りの2本について瓶が割れないようにカバーをした場合はどうであろうか。
- 39) 大谷實『新版刑法講義総論』（追補版）（2005年）444頁以下。
- 40) 大谷、『新版刑法講義総論』（追補版）446頁。

- 41) 西田,『刑法総論』318頁。
- 42) これは片面的共同正犯の場合も同じである。
- 43) 例えば, AがXを重体になるまで暴行を加えたが, その現場にXに積年の恨みをもつBが来て, 反抗の全くできないXに対してAと共にBが暴行を1時間にわたり行って, Bが死亡した場合に, 先行行為だけでもXを2-3時間放置すれば死亡する場合に, 先行行為の影響のある状態でBが関与して暴行したことを理由に, 殺人罪の共同正犯を肯定するのであろうか。
- 44) 阿部力也「承継的共同正犯について」法学研究論集第1号(1994年)53頁。
- 45) ここでの寄与は, 少なくとも先行者による結果惹起を自己の関与によって相俟って促進させる形式的行為と関与意思(=形式的行為とは, 関与意思を表現し, 他の正犯者の行為を促し, 他の正犯者の結果に対する因果的寄与を実現するような自己の行為)によって形成される。
- 46) このような見解に反対するものとして, 参照, 前田雅英「共謀の射程と承継的共同正犯」警察学論集51巻1号(1998年)171頁。
- 47) このような場合に, 窃盗の共同正犯と強盗罪の幫助罪が法条関係に立つとする見解として, 参照, 齊藤誠二「いわゆる承継的共同正犯の成否」法学新報105巻4・5号(1998年)340頁。
- 48) 相内信「承継的共犯について」金沢法学25巻第2号(1983年)38頁以下。
- 49) 参照, 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(2005年)247頁。照沼は機能的行為支配論に依拠して承継的共同正犯について否定的態度を採るが, この理解からは自己の関与以前の行為と結果について承継しないという意味で正犯成立の時間的限定は可能であるが, 必ずしも実行行為を正犯成立の要件としないことから, 実行行為者の外延にいる者の正犯性を制約することに資するとは言い難いように思われる。
- 50) つまり, 正犯行為者としての帰属の端緒となる因果関係は, 惹起説で主張される直接的に結果を惹起することに例えることができる。
- 51) このことを心的なものの非法則性と呼ぶことができる。これは他者間内はもちろんのこと, 同一人物内においても非法則性はない。その意味では, 特定の物理的結果は心的因果性の徴表であるとは言えるが, 心的状態と物理的状態の間に同一性はない。
- 52) 少なくとも先行者による行為と結果と相俟って, 自己の関与によってこれを促進させる行為と関与意思のことをさす。ここで自己の行為とは, 関与意思を表現し, 他の正犯者の行為を促し, 他の正犯者の結果に対する因果的寄与を実現するような自己の行為のことである。
- 53) 参照, 勝丸充啓「刑事判例研究〔296〕」警察学論集50巻3号(1997年)195頁以下。
- 54) 高橋剛夫「承継的共犯(1)」『刑法判例百選』(第4版)(1997年)165頁。
- 55) 松宮孝明『刑法総論講義』(2004年)253頁。
- 56) 福山道義「承継的共犯(2)」『刑法判例百選』(第4版)(1997年)167頁。