

共犯現象における因果性と関与区分について

—— 承継的共犯を素材に ——

福 永 俊 輔

- I. はじめに
- II. 承継的共犯をめぐる学説・(裁)判例の状況
- III. 共犯現象における因果性
- IV. 共犯現象における関与区分と因果性
- V. むすびにかえて

I. はじめに

人は、自己の行為とそこから生じた結果に対してしか責任を問われることはない。換言すれば、人は、自己の行為と因果性を有する範囲でのみ責任を問われ得るのである。そして、このことは、共犯にも妥当する。すなわち、共犯も、自己の行為とそこから生じた結果について責任を問われるのであって、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われるのではない。個人責任の原則に照らせばこのこと自体に異論を挟む余地はないといえ、共犯論においては、こうした個人責任の原則が、共犯の個別行為と結果との間の因果関係を要求する因果的共犯論としてあらわれているのである¹。もっとも、因果的共犯論を共犯の処罰根拠論としてとらえた場合、その射程をめぐって、これを狭義の共犯に限定するか否かにつき争いがあるところでもある²。しかし、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われないという点については、共同正犯も狭義の共犯も何ら異なるところはない。し

1 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣 1975年）344頁。

2 この点につき、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（成文堂 2017年）320頁。

たがって、共犯の因果性という意味において因果的共犯論をとらえた場合、この考え方は、広義の共犯に共通するものといえよう。そして、学説上、因果的共犯論は少なくともこの意味において広く支持を得て共犯論における基本的スタンスとして有力化し、その視座に基づく共犯論の理解が浸透した。

ところで、先行者によって犯罪の実行行為の一部が行われた後に、後行者がその事情を知りつつ残りの実行行為に参与した場合に、後行者はどの範囲で共犯としての責任を負うかという、いわゆる承継的共犯の問題がある。因果的共犯論からは、この承継的共犯が試金石のひとつとなる。それというのも、因果的共犯論からは、途中から参与した後行者と先行者の行為・結果との間に因果関係が存することが、生じた結果を後行者に帰責するために必要となるが、承継的共犯においては、後行者は、先行者により開始された犯罪の構成要件に該当する事実の全体について因果性を有しているわけではない。したがって、因果的共犯論に基づけば、生じた犯罪の共犯としての責任を後行者に認めることはできず、承継的共犯を否定する消極説が自然な理解となりそうであるが³、それにもかかわらず、後行者について、生じた犯罪の共犯としての責任を認めることができないかということが、なお問題とされているからである。そして、この点、因果的共犯論に依拠しつつ、承継を一定の要件・範囲で認める見解も、有力に唱えられている。このように、学説上、因果的共犯論が共犯論における基本的スタンスとして有力化し、その視座に基づく共犯論の理解が浸透した中でも、なお、この立場の試金石のひとつである承継的共犯をめぐることは、学説の対立には決着がついていない状況にある。

他方、実務においては、最高裁平成24年11月6日決定(刑集66巻11号1281頁。以下、単に「最高裁平成24年決定」とよぶこともある)が、最高裁として承継的共犯について初めて明示的な判断を示した。すなわち、先行者X、YがA、Bに暴行を加え、その後Xらから連絡を受けて現場に到着したZが、AらがXらから暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識し

3 山口厚「承継的共犯論の新展開」法曹時報68巻2号(2014年)343頁では、因果的共犯論に基づく消極説をして「スジ論」と評されている。

つつ、Xらと共謀のうえさらにAらに暴行を加えた結果、これら一連の暴行によってAらに傷害を負わせたという事案に対して、「Zは、共謀加担前にXらが既に生じさせていた傷害結果については、Z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A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解するのが相当である」としたのである。この判示から理解できるように、本決定は、因果性欠如を理由に共謀加担前に発生していた結果について帰責しなかったものであり、因果的共犯論に親和的であるとの評価がなされている⁴。もっとも、因果的共犯論に基づくとしても、本決定が消極説に立つと断定することはできない。因果的共犯論に依拠しつつ、承継を一定の要件・範囲で認める見解からも、本決定の結論を導くことが可能だからである。この点、本決定に付された千葉勝美裁判官の補足意見において、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、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ので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろう」として因果性を根拠とした承継が一定の要件・範囲で認められ得るとの理解が示されており、ただ本件のような「傷害罪については、このような因果関係は認め難いので……、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである」と述べられている。さらには、特殊詐欺に関する最高裁判平成29年12月11日決定（刑集71巻10号535頁）が、詐欺罪の承継的共同正犯を肯定した原判決（福岡高判平成29年5月31日判タ1442号65頁）を正当としたことにより、判例が承継的共同正犯について全面的に消極説に立つものではないということが明らかとなった。

このように、因果的共犯論に基づきながらも、学説上、あるいは判例の立場とも、その試金石のひとつである承継的共犯をめぐるっては、なおも結論に

4 朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌53巻2号（2014年）311頁。

差異が生じている状況にある。以下では、こうした承継的共犯につき、因果的共犯論を基本的なスタンスとして据えつつも何故結論に差異が生じる事態にあるのか、その理由を考察したうえで、それをもとに共犯の因果性の意義を問うことにしたい。

Ⅱ. 承継的共犯をめぐる学説・(裁)判例の状況

まず、承継的共犯をめぐる学説・(裁)判例の状況を概観しつつ、因果性という観点からこれらを照射することによって、現状の議論に潜んでいる論点を浮き上がらせることから始めたい。

承継的共犯に関して、最高裁平成24年決定が出されるまで、大審院昭和13年11月18日判決(大刑集17巻839頁)がリーディングケースとされてきた。これは、強盗目的で被害者を殺害した夫から事情を聞かされ、財物の奪取の協力を求められた妻が、蠟燭を掲げて夫の財物の取得を手伝ったという事案に対し、「刑法第二百四十條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爲ニ加擔シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所爲ニ對シテハ強盜殺人罪ノ從犯ヲ以テ問擬スルヲ相當トシ之ヲ以テ單ニ強盜罪若ハ窃盜罪ノ從犯ヲ構成スルニ止マルモノト爲スヘキニアラス」として、強盜殺人罪の從犯の成立を認めたものである。この判示から理解できるように、本判決は、強盜殺人罪は單純一罪であり、一罪の不可分性を根拠に承継を認め、後行者に犯罪全体についての共犯の成立を肯定している。

学説においても、本判決と同様に、一罪の不可分性を根拠に後行者への帰責を全面的に肯定する見解がある⁵。もっとも、この見解によれば、一罪の不可分性という因果性とは別の根拠に基づくため、後行者の行為とその関与前の行為・結果との間の因果関係の有無にかかわらず、形式的に一罪性が認

5 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(勁草書房 1974年) 354頁。

められれば常に後行者に対して犯罪全体についての共犯の成立が認められることになってしまう。しかし、個人責任の原則を維持する限り、因果関係のないところに共犯の成立を認めることは妥当ではない。また、全面肯定説に立つ学説の中には、後行者において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のであるから、両者とも行為の全体について共同意思が存在するとして、承継を肯定する見解もある⁶。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しても、そのことが後行者とその関与前の行為・結果との間の因果性を基礎づけることにはならない。そうである以上、結局この見解は後行者に存在するとされた共同意思を根拠に後行者に犯罪全体についての帰責を肯定するものであって、主観的共犯論の論理であり妥当ではない。こうして、一罪の不可分性を根拠に全面的に承継を肯定する見解は、学説において支持を失っているのが現状である。また、前掲大審院昭和13年11月18日判決に関しても、因果的共犯論という考え方が展開される以前のものであり、最高裁平成24年決定によって因果関係の有無に基づき後行者の責任を判断することが示された現在においては、もはやその先例性は失われたといってもよからう⁷。

実務において、一罪の不可分性を根拠に後行者への帰責を全面的に肯定する態度は、必ずしも一般化したというわけではない。確かにそうした判断を行う裁判例も散見されるが⁸、戦後の下級審裁判例において有力化したのは、後行者が先行者の行為を認識・認容しつつ、それを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したといえる場合に承継を肯定する考え方である。例えば、横浜地裁昭和56年7月17日判決（判時1011号142頁）は、Yらが恐喝の意図でAに暴行を加えて傷害を負わせた後に、意思連絡を生じYらに指示されてAの父親から金員を受け取ったXにつき、「承継的共同正犯において、じ

6 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣 1978年）408頁。

7 なお、松宮孝明「承継的共犯について」立命館法学352号（2013年）363頁は、大審院昭和13年11月18日判決のリーディングケースとしての先例的価値そのものについて疑問とする。

8 例えば、札幌高判昭和28年6月30日高刑集6巻7号859頁、大阪高判昭和40年10月26日下刑集6巻3=4号204頁など。

ごと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ると述べ、XはAがYらの先行行為により畏怖状態にあることを認識・認容して金員受領行為に加担しているとして恐喝罪の承継的共犯の成立を肯定しつつ⁹、傷害結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等には寄与していないとして傷害罪の承継的共犯を否定した。また、大阪高裁昭和62年7月10日判決(高刑集40巻3号720頁)は、YらがAに対してタクシー内や事務所で暴行を加え傷害を負わせた後にXがあらわれ、それまでの事情を察知し、Aの傷害を認識・認容しながら、自らもこれに共同して加担する意思でAの顎を手で2、3回突き上げる暴行加えたほか、Yらが恐喝目的でAを脅迫し、畏怖させていることを知りつつ、X自ら金員の受領役を買って出て、Aから金員を受領したという事案に対し、全面肯定説および全面否定説をいずれも明示的に排斥したうえで、「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・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」と述べ、XがY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として、傷害罪の承継的共犯の成立を否定した一方で、

9 ただし、正犯意思がないとして従犯の成立にとどめた。

恐喝については、Aが脅迫により畏怖していることを知りながら、これを積極的に利用して、自らも金員喝取の犯行に共謀加担したものと認められるとして、共同正犯の成立を肯定した。さらに、大阪地裁平成9年8月20日判決（判タ995号286頁）は、YがAに対して暴行を加えていることを認識したXらが、意思連絡のもとさらにAに対して暴行を加え傷害を負わせたという事案に対し、前掲大阪高裁昭和62年7月10日判決に依拠したうえで、XらはYの暴行を認識・認容していたと認められるが、それ以上にXら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有していたとか、現にそのような手段として利用した等の事実は認められないとして、傷害罪の承継的共同正犯を否定した。

学説においても、先行者の行為・結果を自己の犯罪遂行の手段として後行者が積極的に利用した場合に、後行者に関与前の行為・結果を含めて帰責を肯定する見解（以下、この見解を「積極利用型中間説」とよぶことにする）がある¹⁰。これは、例えば、後行者が先行行為を積極的に利用した場合には相互利用補充関係が認められるとして、承継を肯定するのである¹¹。しかし、先行状況を積極的に利用することと、関与前の行為・結果との間に因果性を有することは別問題である。この点、例えば、XがAに暴行を加えて意識消失させた後、それを隠れて見ていたYが、Xが立ち去った後にAの意識消失状態を奇貨としてAの財物を奪取した場合に、Yには窃盗罪が成立するに過ぎないということからも理解できよう。ここでは先行状況を積極的に利用しているが、Xの暴行とそれに基づくAの意識消失についてYが因果性を有することはないからである。そして、このことは、Xの暴行後に意思を通じた場合であっても変わらない。したがって、個人責任の原則に照らして因果性という観点からはおよそ説明のつかないものであり、「積極利用説が因果性の及ばない結果惹起であっても、積極的な利用関係があれば遡って処罰を基礎づけようとするものであれば、同説を正当化することは困難であろう」と

10 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂 1975年）290～291頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（成文堂 2019年）419～420頁など。

11 大谷・前掲註10）419～420頁。

いう指摘¹²は、正鵠を射たものである。また、最高裁平成24年決定の原審(高松高判平成23年11月15日刑集66巻11号1324頁)がこの立場から承継的共同正犯を肯定したが、すでに見たように最高裁平成24年決定は因果関係の有無に基づいて後行者の責任を判断するという立場から因果性欠如を理由にこれを否定しており、また、最高裁平成24年決定が、後行者Zが先行状況を認識しつつ積極的に暴行に及んだ事情があったとしても、「それは、Z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」と述べたことから、先行行為の積極利用を根拠として承継を認める積極利用型中間説は、最高裁平成24年決定によって明確に排斥されたといえる¹³。

このように眺めてくると、人は過去の行為・結果に因果性を及ぼすことはできないのであるから、因果性という観点からは、結局のところ承継的共犯を全面的に否定する消極説に逢着するのが自然な流れということになりそうである。実際、因果的共犯論の立場からは、消極説が有力に唱えられている¹⁴。しかし、同じく因果的共犯論の立場から、基本的に後行者は関与前の行為・結果と因果関係を有することはあり得ない以上遡って責任を負うことはないという理解に立ちつつ、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、後行者がその効果を利用して犯罪の結果に因果性を有するに至った場合には、後行者に、生じた犯罪の共犯の成立を肯定する見解(以下、こ

12 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣 2020年) 389頁。

13 このように理解するものとして、橋爪隆「承継的共犯について」法学教室415号(2015年) 91頁、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⑨』(成文堂 2016年) 134頁。これに対し、最高裁平成24年決定は必ずしも先行行為の積極利用を根拠として承継を認める積極利用型中間説を否定したものではないとするものとして、高橋則夫「承継的共同正犯について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂 2014年) 574頁、水落伸介「判批」法学新報121巻3=4号(2014年) 337頁。

14 相内信「承継的共犯について」金沢法学25巻2号(1982年) 42頁、町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也・芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣 1994年) 133頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣 2016年) 370頁以下、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂 2019年) 435頁以下、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』(日本評論社 2022年) 449~450頁以下など。

の見解を「因果的共犯論型中間説」とよぶことにする)も主張されている¹⁵。これは、例えば、先行者が強盗目的で暴行を加えて被害者を反抗抑圧した後に、後行者が加わり、先行者ととも財物を奪取したという場合であれば、先行者の行為は「強取」であり、後行者はその結果について因果性を有するから強盗の共犯となるし、先行者の欺罔行為により錯誤に陥った後に、後行者が加わり、後行者が被害者から財物の交付を受けたという場合であれば、先行者の行為は「詐取」であり、後行者はその結果について因果性を有するから詐欺の共犯となるというのである。このように、因果的共犯論型中間説は、先行行為の責任を承継するというのではなく、後行者は自らの関与後の行為によって先行者と共同して結果を惹起したということを根拠に、その結果に対して責任を負うとするのである。因果的共犯論に基づき後行者の加担後の行為と因果性が存する範囲で後行者に帰責を認めるという理解は共通しているものの、見られるように、その結論には差異がある。この点、消極説に立てば、とりわけ上で示した詐欺の事例において財物の受領のみに関わった者が不処罰になるなど、後行者について共犯の成立範囲が適切に確保できておらず、その具体的な結論の妥当性に疑問があるという指摘が多くなされており、因果的共犯論に理解を示しつつも、後行者について共犯の成立範囲を消極説よりも広く確保しようとする因果的共犯論型中間説が支持を集めているとされる¹⁶。しかし、当罰性判断と共犯の成否の問題は別問題であり、いかに当罰性が高くても、理論的に後行者に共犯としての責任を問い得るか否かが問題とされなければならない。

それでは、何故に因果的共犯論に基づきつつもその結論に差異があるのか、その拠って立つところは何かであるが、消極説は、共犯の成立を認めるためには構成要件該当事実すべてについて因果性を有している必要があると理解し、後行者は関与以前の行為・結果との間に因果性を有していないから、た

15 平野・前掲註1) 383頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣 2013年) 387頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂 2019年) 395~396頁など。

16 山口・前掲註3) 1頁以下。

とえ構成要件該当事実の一部についての因果性があるとしても、それでは足りないとして承継的共犯の成立を否定する¹⁷。これに対し、因果的共犯論型中間説は、因果的共犯論に基づくことから因果性を要求するものの、後行者に対して構成要件該当事実すべてについて因果性を要求することは必然的に採り得ない。そこで、この立場は、構成要件該当事実の一部とでも因果関係を有していれば共犯の成立を認め得るとするのである。そして、その一部というのが最終的な犯罪の結果であって、最高裁平成24年決定で示された千葉補足意見はこうした理解に立つと解することが可能であるし、学説にもそのように説くものがある¹⁸。また、犯罪の中核的要素は保護法益の侵害であり、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先行者とともに犯罪を実現したといえるとして共犯の成立を肯定する見解¹⁹、当該犯罪の法益侵害の内実在即して構成要件的结果を把握し、それとの間に因果性があれば足りるとする見解²⁰、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接続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が残されている場合に共犯の成立を肯定する見解²¹も、同じく共犯の成立には構成要件該当事実すべ

17 山口・前掲註14) 371～372頁。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年) 189頁以下は、構成要件要素を、行為の状況や身分のように法益侵害の発生に必要な所与の前提である「不法前提」と、実行行為、中間結果や最終結果のようにその実現が法的否認の対象となる当該犯罪の「不法内容」とに区別し、後者に対する因果性は処罰にとつて不可欠であるとして、消極説に立つ。

18 例えば、西田・前掲註15) 396頁は、「乙(後行者。以下同じ)が関与する時点において、なお、甲(先行者。以下同じ)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。甲の行為の結果が、強取、詐取、喝取である場合、乙は、このような違法結果を左右した以上、やはり強盗、詐欺、恐喝の責任を負うべきものと思われる」とする。なお、括弧内引用者。

19 十河太朗「承継的共犯の一考察」同志社法学64巻3号(2012年) 366頁以下。

20 橋爪・前掲註12) 393頁以下。

21 高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」法学新報113巻3=4号(2007年) 153頁。

てについて因果性を必要としない立場に立つものである。

このように、因果的共犯論に基づきつつも、その試金石のひとつである承継的共犯をめぐる結論に差異が生じる理由は、共犯の成立のために必要な因果性は何との間に存すれば足りるかという理解をめぐる相違ということになる。したがって、このことをもとにすれば、次に本稿がなさねばならないことは、こうした共犯の成立に必要な因果性の範囲について検討を加えることである。以下、章を改めて検討を行うことにしよう。

Ⅲ. 共犯現象における因果性

前章で見たように、承継的共犯を全面的に否定する消極説は、共犯の成立を認めるためには構成要件該当事実すべてについて因果性を有している必要があるとの理解に立つ。これは、正犯と共犯の処罰根拠それ自体は因果性という点において同一であるとの理解に基づくもので、したがって、正犯と共犯の差異は法益侵害の惹起態様の差に過ぎず、正犯は法益侵害に対して直接的な因果性を有するのに対し、共犯は正犯行為を介した間接的な因果性を有すると理解するものであって、この理解を承継的共犯の問題に敷衍したものである²²。この点、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われないという個人責任の原則は正犯にも共犯にも妥当するものであるから、その理解の方向性そのものの正当性に異論はない。しかしながら、さらに進んで、消極説がその前提とする、共犯の成立を認めるためには構成要件該当事実すべてについて因果性を有している必要があるという理解に、必然的に帰結するものなのであろうか。

ところで、ここでは正犯と共犯が並べられているが、共犯という言葉が用いられる場合、その意義としては、このように「正犯に対置する概念」として理解されることが広く一般的である²³。本稿でも、これまでそうした用い方をしてきた。しかし、共犯という二文字の言葉を前にして、そもそも「共

22 山口・前掲註14) 310頁。

23 例えば、萩原滋「共同正犯の構造について」岡山大学法学会雑誌59巻1号（2009年）2頁。

犯とは何か」が問われれば、共同正犯、教唆犯や従犯だから共犯なのではなく、「犯罪の遂行に複数人が協働する現象」(共犯現象)という事実があり、この事実の中で、その関与形態に応じて「共犯という概念」—共同正犯、教唆犯、従犯—が当てられているということになろう²⁴。したがって、ある犯罪を自ら実行する者が複数いる場合も、ある犯罪につき準備する者、実行する者、後処理する者がいる場合も、いずれも現象としては共犯である²⁵。そして、わが現行刑法典は、「第一編 総則」中に「第十一章 共犯」を規定するが、この章名が表すところは、概念としての「共犯」ではなく、現象としての共犯であると理解できる(以下、概念という意味において共犯という語を用いる場合「共犯」と記す)。それというのも、現行刑法典における共犯規定は旧刑法典における共犯規定を踏襲しているとされており²⁶、現行刑法典における共犯規定を解釈するにあたって、旧刑法典の共犯規定の意義はその淵源としてひとつの指針になり得ると解されるところ、旧刑法典の共犯規定である「第一篇 総則」中「第八章 数人共犯」という章名が表すところは、その立法過程におけるこれに対応する仏文草案を繙けば「同一の犯罪における多数人の関与について」(DU CONCOURS DE PLUSIEURS PERSONNES DANS UNE MÊME INFRACTION)であり、いわば共犯現象への関与が問題とされているのであって、そのうち正犯(Des co - auteurs)として処罰される場合(「第一節 正犯」と従犯(Des complices)として処罰される場合(「第二節 従犯」)が規定されているからである²⁷。したがって、旧刑法典を踏襲した現行刑法典における「第十一章 共犯」も、こうした共犯現象、

24 この点を強調するものとして、梅崎進哉=宗岡嗣郎『刑法学原論』(成文堂 1998年)335頁。ここでは、「従来の共犯論が錯綜した最大の原因はこの点を十分に意識しておらず、直ちに特殊『法的な』議論に訴えたことに求められる」とも述べられる。

25 この点につき、拙稿「教唆犯規定の意義に関する一考察」森尾亮ほか編『人間回復の刑事法学』(日本評論社 2010年)81頁以下。

26 明治40年刑法改正政府提案理由書によれば、現行刑法典の共犯の章につき、「本章ハ現行法(旧刑法—引用者註)第一編第八章数人共犯ノ規定ヲ補修シタルモノニシテ主トシテ現行法ノ不備ヲ補ヒタルニ止マリ趣旨ニ於テ變更ヲ加ヘタル所少ナシ」と述べられている(倉富勇三郎ほか編(松尾浩也増補解題)『増補刑法沿革綜覧』(信山社 1990年)2154頁)。

27 この点につき、拙稿「旧刑法における共犯規定と—共謀共同—正犯の意義」西南学院大学法学論集46巻1号(2013年)36頁。

とりわけ単独人で遂行しうる犯罪を複数人が共働したといういわゆる任意的共犯現象に関して、それに関与した者のうち「共同して犯罪を実行した者」、「教唆して犯罪を実行させた者」、「幫助した者」を、共犯現象の可罰的関与者として規定していると理解できるのである²⁸。そして、このような見方に基づけば、共犯（共犯現象）と対置されるべきは単独犯（単独（正）犯現象）ということになる。

そうすると、単独犯の場合には、一人で構成要件を実現するわけであるから、行為者の行為が当該構成要件のすべての要素について因果関係を有していることが、構成要件該当性を肯定するために当然に必要となる。これに対し、共犯の場合には、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われないという個人責任の原則から、共犯現象の可罰的関与者というためには少なくとも関与者の行為と法益侵害との間に因果性を有することが必要である。しかし、さらに進んで当該構成要件のすべての要素に因果性が必要か否かについては、問題となるのが犯罪の遂行に複数人が協働するという現象であるという点に照らして検討する必要がある。

この点、複数の人が犯罪の遂行に関与したという事実が共犯現象であり、勿論そこでは、共同して実行するという行為、犯罪を達成するために助力するという行為、実行を決意させ行動を起こさせるために教示を行うという行為など関与の仕方に差異はあるが、各関与者がこうした行為を共同することで犯罪が実現されるのである。だからこそ、協働であろう。そうすると、関与者の行為が共同して惹起された犯罪の完成に因果性を持っていることが、犯罪の遂行に複数人が協働する現象においては、その責任を問うために重要であるといえる。そうであれば、関与者の行為が当該犯罪の構成要件のすべての要素について因果関係を有していない場合でも、一部であっても犯罪の完成に寄与したのであれば、その犯罪の完成に対して関与者の行為は因果的

28 梅崎＝宗岡・前掲註24) 335頁も、我々の普段の行動において、友人と共同してあることを実行すること、友人から教示を受けてあることの実行を決意し行動に出ること、行為を行うに当たり友人の助力を得て目的を達成することがあることに触れ、「現行刑法典の共犯類型も、けっして特殊『法的』なものではなく、吾々が日常的に体験する『事実』を実定法規の上で確認しているにすぎない」と述べる。

に寄与したといえ、関与者はその犯罪の完成に協働したといえるのではなからうか。それゆえその者は共犯現象の関与者となり得るのであり、あとはどのような形で関与したのかにしたがって、共同正犯となるか教唆犯となるか従犯となるか—すなわち、共犯現象の可罰的関与者となり得るか—が問題となるのである。そして、このような理解は本稿に限ったものではなく、共犯論において一般的なものとして認識されているように思われる。例えば、事前の共謀に基づきXが被害者に暴行を加えて犯行抑圧させたのちに、Yが財物奪取を行ったというような強盗罪の分担実行の場合に、Yの行為は被害者の犯行抑圧に因果関係を有するものではなく、強盗罪の構成要件のすべての要素について因果性を有しているわけではないが、Yを強盗罪の共同正犯とするのが通常である。もっとも、Yの行為は被害者の犯行抑圧に因果関係を有するものではないと述べることに對しては、物理的因果性はなくとも共犯現象に特有の心理的因果性が存するという批判が向けられるであろうが、この点については次章で検討するところでもあるが、心理的因果性のみを根拠に、強盗罪の「共犯」、とりわけ共同正犯としての責任を認めることについては疑問である。この場合にYが強盗罪の共同正犯とされる根拠につき、強盗罪の分担実行の場合は共同正犯の一部実行の全部責任の原則が妥当する一場面であるとされ、その理由として、この場合、Yも共同して強盗罪を実行したからと説明されるが、因果的共犯論からは、ここにいう実行の意義につき、Yが強盗罪の実行行為を分担したということの意味するのではなく、強盗罪の成立に不可欠な財物奪取を実行することによって、Yが、強取という強盗罪の法益侵害に因果的に寄与しているということの意味しているということにならう。それゆえ、財物奪取のみを行ったに過ぎないYも、強取を協働して実現したのであるから、強盗罪の「共犯」—後述するように、この場合のYの行為の因果力の大きさから共同正犯—とされるのである。このように、共犯現象においては、関与者の行為が、犯罪の完成、すなわち法益侵害結果またはその危険の惹起に因果関係を有していることが必要なのであり、必ずしも構成要件該事実すべてに因果関係を必要とするものではない。そして、この理解を敷衍すれば、承継的共犯が問題となる場合においても、後

行者の行為が、犯罪の完成、すなわち当該犯罪の法益侵害結果またはその危険と因果関係を有する場合には、先行者と協働して犯罪を実現したといえるから共犯現象の関与者なのであり、「共犯」の成立を肯定してよいと思われる。

ところで、因果的共犯論型中間説に対しては、例えば、先行者が強盗目的で暴行を加えて被害者を反抗抑圧した後に、後行者が加わり、先行者ととも財物を奪取したという場合や先行者の欺罔行為により錯誤に陥った後に、後行者が加わり、後行者が被害者から財物の交付を受けたという場合、後行者の行為は、先行者の視点から見れば確かに強取行為、詐取行為と評価され得るといえるが、後行者の視点から見れば窃取行為、占有離脱物横領行為やいかなる構成要件にも該当しない不可罰の行為とも評価され得るのであり、先行者の視点から結果が決定してしまう理由が明らかではないとの批判が向けられている²⁹。そして、この批判は、上で示した承継的共犯の成否に対する本稿の理解に対しても、そのまま向けられることが予想される。しかし、この批判は、必ずしも当たらないように思われる。それは次の理由に基づく。言うまでもないことであるが、承継的共犯において後行者が共犯現象の可罰的関与者となり得るか否かが問題となるのは、後行者が関与した以後である。人は過去の行為・結果に因果性を及ぼすことはできないのであるから、後行者はその関与以前の行為・結果と因果性を有することはない。また、承継的共犯においては、先行者によって開始された犯罪が、なおも継続中であり、未完成であるという事情も存する。そして、後行者が「共犯」としての責任を負わされるのは、自らの関与後の行為によって、先行者が開始した継続中の未完成犯罪を先行者と協働して実現したという場合に、自らの関与後の行為と犯罪の完成との間に因果関係があることを根拠としてである。ところで、上で示した強盗事例および詐欺事例においては、いずれも、後行者は、関与後、先行者の行為に自らの行為をいわば接ぎ木して、先行者によって開始された継続中の未完成犯罪を完成させているのであって、必ずしもすべてではないにしても部分的に先行者の開始した犯罪の完成に寄与している。すなわ

29 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—」『行為主義と刑法理論』（成文堂 2020年）300頁。

ち、先行者によって開始された犯罪の法益侵害結果に対して、因果的に寄与しているのである。他方で、承継的共犯には、先行者によって開始された継続中の未完成犯罪に、それを知りつつ後行者が関与するという事情もある。すなわち、偶然後行者が先行者の開始した継続中の未完成犯罪の完成に寄与する行為を行ったといういわゆる同時犯のようなものではなく、そこには先行者と後行者との間に意思の連絡があるのである。だからこそ、「承継的共犯」として問題が立てられているのである。そもそも意思の連絡がなく同時犯のような形で先行者の行為と後行者の行為が競合した場合、承継的共犯を問題にすることなく、先行者の行為と後行者の行為を個別にとらえて解決を導こうとするのが通常であろう。また、後行者が一方的に先行者の行為・結果を了解して自らの行為を共同した場合には、いわゆる片面的共犯の成否と絡んだ問題となる³⁰。したがって、純粹な形で承継的共犯が問題となるのは先行者と後行者との間に意思の連絡がある場合なのであって、このことは、「共犯」の成立には意思の連絡が必要かという点とは問題を異にするものである。このような見方に基づけば、承継的共犯において、共犯現象が生じた後の各関与者の協働の対象は、先行者の開始した犯罪である。そうである以上、個別に後行者の行為をとらえるのではなく、協働の対象である犯罪の法益侵害結果の発生との関係で後行者の行為をとらえるべきではなかろうか。それに、協働の対象である犯罪の法益侵害結果との関係で関与者の行為をとらえるということは、共犯論において一般的に行われていることでもある。例えば、上でも示した事前の共謀に基づきXが被害者に暴行を加えて犯行抑圧させたのちに、Yが財物奪取を行ったというような強盗罪の分担実行の場合に、それぞれの行為を個別に考えることはしないであろう。そして、それは問題となっているのが共犯の場合であるからである。承継的共犯も、共犯の場合なのであるから、誰の視点から見るかという問題の立て方自体に問題を含んでいるように思われる。確かに、通常の共犯の場合と承継的共犯の場合で、意思の連絡がどの時点で存するかには違いはある。しかし、事前に強盗の意思の

30 この点につき、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第三版〕第5巻〈第60条～第72条〉』（青林書院 2019年）249頁〔村上光瑠〕。

連絡があり、Xが被害者に暴行を加えて犯行抑圧した後にYが財物を奪った場合も、Xが強盗の意思で被害者に暴行を加えた後にYと強盗の意思を通じてYが財物を奪った場合も、Yが意思を通じて協働の対象である強盗の一部を担ったということに変わりはない。すなわち、いずれの場合もYの行為は強取を構成するものであって強盗罪の法益侵害に対して因果性を有するのであり、したがってXと協働して強盗罪を実現したといえるのであるから、強盗罪の共犯現象の可罰的関与者となり得ると考えられるのである³¹。

また、このような理解に基づけば、後行者は先行者の責任を承継して先行者の開始した犯罪事実全体について「共犯」としての責任を負うわけではなく、自らの関与後の行為と犯罪の完成、すなわち法益侵害結果またはその危険との間に因果関係があることを根拠に当該犯罪の可罰的関与者となるのであるから、承継的共犯と呼ぶことは必ずしも正確ではないと思われる。

Ⅳ. 共犯現象における関与区分と因果性

以上見てきたように、共犯が犯罪の遂行に複数人が協働する現象であるということから、関与者の行為が、犯罪の完成、すなわち法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有していることが、共犯現象の関与者たり得るために必要である。ところで、わが現行刑法典は、共犯現象の可罰的関与者として、60条以下に共同正犯、教唆犯および従犯を規定する。すなわち、

31 なお、本稿のような理解に基づけば、とりわけ強盗罪のような結合犯の場合や詐欺罪、恐喝罪のような多行為犯の場合においては、これら犯罪がその完成に複数行為を予定していることから、途中から関与した後行者が予定された行為を行うことによって、犯罪の完成に対する因果的寄与を根拠に、承継的共犯を認めうる場合が比較的ありうるということになろう。もっとも、強盗罪や詐欺罪、恐喝罪につき、その予定された行為を行ったから承継的共犯として認められるのではなく、あくまでも先行者によって開始された継続中の未完成犯罪に関与し、協働してこれら犯罪を完成させたことを根拠に認められるのであるから、とりわけ承継的共犯が問題となる場合は、先行者によって開始された犯罪が継続中か否かを見極める必要がある。この意味において、特殊詐欺に関する前掲最高裁平成29年12月11日決定は重要な視点を提供するものである。本決定に対しては、筆者は、本稿で示した理解に基づき、詐欺罪が既遂に達することは客観的に不可能である以上詐欺未遂罪自体が終了に達しており、およそ継続中とは言えないのであるから、後行者に共犯は成立しえないと解するものであるが、紙幅の関係からこの点に関する検討は別稿に委ねることにしたい。

共犯現象の可罰的関与者は、法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有する共犯現象の関与者であることを前提に、その関与の仕方に応じて区分がなされているのである。もっとも、因果性の存在は共犯現象の関与者たり得るための共通の要件であるから、その存在のみでもって共同正犯、教唆犯、従犯の区別を行うことはできない。したがって、共犯現象の関与者を、現行刑法60条以下が規定する可罰的関与者と評価するための指標が必要となる。そして、一般に、本稿が検討の出発点とした承継的共犯にも承継的共同正犯の場合と承継的従犯の場合があるとされることから、本稿で示した理解に基づいて後行者に承継的共犯が成立するとしても、さらに進んでそれが承継的共同正犯となり得るのか承継的従犯となり得るのかも問題となる。そこで、以下では、承継的共同正犯と承継的従犯の区別を念頭に置きつつ、共犯現象の関与者を現行刑法60条以下が規定する可罰的関与者と評価するための指標について考察を加えていくこととしたい。

共同正犯をめぐるのは、これが正犯なのか「共犯」なのかという議論が古くから積み重ねられてきているが、この点、本稿の理解に基づけば、共犯現象の関与者のうち、正犯としての責任を負う者に共同正犯という概念が当てられているということになる。すなわち、単独犯現象においても共犯現象においても、正犯そのものにつき基本的に差異はなく、単独犯現象における正犯を単独正犯と呼び、共犯現象における正犯を共同正犯と呼んでいるにすぎない。したがって、共同正犯の本籍地をどこに求めるかという問題はさほど意味を有するものではなく、むしろ本稿で問題とすべきなのは、正犯は何故に正犯としての責任が負わされるのかにある。そして、この点、正犯と認められれば、その者は当該犯罪に対して第一次的責任を負う者であるということになるのであるから、共同正犯を認めるにも、当該共犯現象において第一次的責任を負う者であることが必要となろう。そうすると、問題とされるべきなのは、何故第一次的責任が問われるのかという点である。

思うに、因果性という観点に照らせば、共犯現象において、関与者が法益侵害結果またはその危険の惹起に対して等しく因果性を有している中、ある者に第一次的責任を負わせる理由は、その者の当該法益侵害結果またはその

危険の惹起に対する因果的寄与度の大きさに求めるのが素直であろう。すなわち、共犯現象の関与者のうち、その者が、当該犯罪の完成に対して、他の関与者に比して因果的に重大な役割を果たしたことを根拠に、その責任の分配に差異が生じるのである。このように、共犯現象においては、犯罪の完成に対する因果性の存在を前提に、さらに進んで、当該関与者の行為が、犯罪の完成に対してどのような因果的意味を持っているかが量られなければならない。そして、犯罪の遂行に複数人が協働する共犯現象においては、例えば、協働の対象となる犯罪の実行を決意させ行動を起こさせるために教示を行う者や協働の対象となる犯罪の準備行為をする者、実際に協働の対象となる犯罪を実行する者がおり、それぞれの行為が法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有していることが共犯現象の関与者たり得るために必要であるが、教示行為や準備行為のみでは、法益侵害結果またはその危険を惹起し得ない。この場合の教示行為や準備行為が法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果的に寄与し得るのは、犯罪の実行者の実行を通じてである。わが国の戦後刑法学は、共犯従属性説を採り共犯独立性説を捨て去ったわけであるが、教唆行為や幫助行為の危険性は、実行者の実行によって実現されるのであるから、この意味において、共犯従属性説には正しい面がある。また、このことは、換言すれば、共犯現象においては、法益侵害結果またはその危険を直接惹起した犯罪の実行者が、まずもって当該犯罪の完成に対して因果的に極めて重大な役割を果たしていることを意味する。それゆえ、この場合、犯罪の実行者が正犯となる。すなわち、共犯現象においては、その者が当該法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主要原因といえるほどに重大な役割であるがゆえに、その者が正犯として第一次的責任が問われることになるのである。そして、この点、正犯性を認めるためには、結果に対する因果的寄与度の重大性が必要であるとする見解は、本稿に限らず、これまでも主張されてきたところでもある³²。また、こうした正犯の主要原因性ゆえに共犯現象の関与者の中でもその責任の分配が大きいのであり、必要的減

32 例えば、大塚裕史「共同正犯の処罰根拠と共謀共同正犯」法学セミナー743号（2016年）97頁、橋爪・前掲註12）330～331頁など。

軽を受ける従犯と比して、正犯が、第一次的責任を負う者として重く処罰されるのである。すなわち、従犯は、犯罪の実行を行うのではなく、第一次的責任を負う正犯の実行を専ら促進し、容易にするものであるから、正犯を通じて正犯者が直接惹起した法益侵害結果またはその危険に因果性を有するといえるが、その寄与は補助的なものとどまる。ゆえに、犯罪の実行者である正犯に比して、その因果的役割も、主原因に対する補助的原因にとどまるのであるから、その責任の分配も少ないものとなるのである³³。

このように、共犯現象の関与者を、現行刑法典が60条以下に規定する可罰的関与者と評価するための指標は、それぞれの関与者の因果的な寄与の度合いに求められるわけであるが、とりわけ正犯性の認定にあたり、こうした因果的寄与度の重要性を、何を根拠に求めるかという点が、共犯現象では特に問題となる。それというのも、一人の者が、自ら犯行を決意し、自ら犯行の準備をし、最終的に自ら実行行為を行うという単独犯現象と異なり、共犯現象では複数の人がかかわることから、例えば、共同実行の場合では、他者の存在が自らの心理面に影響を及ぼし、犯罪の遂行を促進・容易にしたり、実行に際し他者からの激励を受けた場合では、それがために、犯罪の遂行が促進・容易化されたりすることがあるからである。すなわち、共犯現象においては、物理的因果性のほかに、共犯現象に特有な心理的因果性も存在するのであり、両者の関係をどのように考えて、何を根拠に因果的寄与度の重要性を量ればよいのかというのが、次なる問題点となる。

この点につき、例えば、XとYが意思を通じてAを殺害しようとし、X、YそれぞれがAに向けてけん銃を発砲したところ、Xが発射した弾丸はそれたが、Yが発射した弾丸が命中し、Aが死亡したという場合を例に、考えてみたい。いわゆる付加的共同正犯とも呼ばれるこの場合、Xの発砲行為は、

33 なお、すでに本文中でも述べた通り、現行刑法典における共犯規定は旧刑法典における共犯規定を踏襲しているとされるところ、旧刑法典の思想的背景ともいべきポアソナード、さらにはその師オルトランも、結果に対する因果的寄与度の大きさによって正犯と従犯を区別していた。この点につき、ポアソナードの共犯論については、拙稿・前掲註27) 8頁以下、オルトランの共犯論については、拙稿「フランス共犯規定とオルトランの共犯論」九大法学99号(2009年) 85頁以下参照。

Aの死亡結果に対して何ら物理的な因果性を有しておらず、個別に見れば殺人未遂となるにすぎない。それにもかかわらず、通説は、この場合のXも、殺人罪の共同正犯として、殺人既遂の罪責を負わせる。そして、この場合にXを殺人罪の共同正犯とする根拠が、心理的因果性である。すなわち、XがYと意思を通じることによってYの心理面に影響を及ぼし、Yの犯意を維持・強化して発砲行為を促進したことによってAの死亡という結果に対して因果性を及ぼしたから、Xも殺人既遂の罪責を負うとするのである³⁴。学説においては、「共犯」の因果関係にとっては心理的因果関係が本質的な内容であり、心理的因果関係が「共犯」の成立にとって必要不可欠であるとする見解も主張されているところでもある³⁵。しかしながら、上述のように、個別に見れば、Xの発砲行為はAの死亡結果に対して何ら物理的な因果性を有しておらず、殺人未遂となるにすぎない行為であるにもかかわらず、仮にXがYの心理面に影響を及ぼしたとして、それを根拠に、Aの死亡結果に対する心理的因果性のみで、正犯性を認めることができるのであろうか。すなわち、すでに述べたように、共犯現象においては、当該法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主原因といえるほどに重大な役割であることが正犯として第一次的責任を負わせるために必要であるところ、心理的因果性のみで、主原因性を認め得るのであろうか。

犯罪の遂行に複数人が協働する共犯現象においては、その関与者間で、犯罪の協働に関する意思の連絡があることが、その多くの場合であろう。そうすると、勿論その具体的な因果的意味が量られなければならないことは言うまでもないが、共犯現象においては、多かれ少なかれ互いの存在が互いの心理面に影響を及ぼすことがあることは否定できず、その意味で、犯意を維持・強化して犯罪の遂行を促進・容易にするという心理的因果性は、共犯現象に共通して存在する要素であるといえる。それゆえ、この意味での心理的因果性は、共犯現象に特有なのである³⁶。そうであれば、このような心理的因果性のみで、関与形態の区別はできないのではなかろうか。すなわち、上記発

34 平野・前掲註1) 381頁、西田・前掲註15) 371～372頁、佐伯・前掲註15) 383頁など。

35 町野・前掲註14) 128頁以下。

砲事例では、XがYと意思を通じることによってYの心理面に影響を及ぼし、Yの犯意を維持・強化して発砲行為を促進したことによってAの死亡という結果に対して心理的因果性があり、通説は、上述の通り、これを根拠にXを共同正犯とするわけであるが、こうした心理的因果性があるために共犯現象の関与者となり得るとしても、何故、こうした心理的因果性の存在が正犯性を基礎づけるのであろうか。この点、心理的因果性があるとしても、「なぜそれが全体として『正犯』として評価されるのか」という問題はのこるように思われる³⁷との疑問も向けられているところである。この場合、Yの発砲行為と結果の実現を促進したことを根拠にするのであれば、判例が、幫助の手段・方法に特段の制限を設けず、犯行に必要な手段を提供する物理的幫助のほかに正犯の犯意を強化する心理的幫助も認めているうえに³⁸、幫助の因果関係につき促進的因果関係で足りるとする見解に立っていることに照らせば³⁹、Xを共同正犯ではなく従犯と見ることも可能なはずである。すなわち、犯意を維持・強化して犯罪の遂行を促進・容易にするという心理的因果性は、共犯現象の関与者となり得るために必要な条件となることはあっても、正犯となり得るために十分な条件とはなりえないのである。したがって、少なくとも、このような法益侵害結果またはその危険の惹起に対する間接的な心理的因果性のみで、Xが、法益侵害結果を直接惹起した主原因といえるほどに

36 他方で、関与者間で犯罪の共同に関する意思の連絡がない、いわゆる片面的共犯の場合もあるのであり、この場合には、必ずしも心理的因果性が存在しない場合もあるということが言われることもあるであろう。この点、本稿は、承継的共犯をめぐる議論を出発点として共犯の因果性の意義を検討するものであり、前章で述べたように、純粋な形で承継的共犯が問題となるのは先行者と後行者との間に意思の連絡がある場合であるから、関与者間で意思の連絡がない場合は本稿が念頭に置いていない射程外の場合であって、この場合に関する検討は別の機会に委ねることにしたい。なお、一言述べれば、片面的共犯を認める見解も、関与者間に意思の連絡がある場合には当然に「共犯」の成立を認めるのであり、それとは別に、相互了解がない場合に「共犯」は成立するのかということの問題とするのであるから、片面的共犯を認める見解に立ったとしても、犯罪の共同に関する意思の連絡がある場合に心理的因果性があることは、否定されるものではない。

37 中山研一『刑法総論』(成文堂 1982年) 455頁。

38 例えば、最判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁。

39 例えば、大判大正2年7月9日刑録19輯771頁、大判昭和7年6月14日大刑集11巻797頁、東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁など。

重大な役割を果たしたとは言えないように思われるのであり、この場合に、Xにもなお共同正犯としての責任を負わせるのであれば、このような心理的因果性の存在からさらに進んで、Xに法益侵害結果を直接惹起した主原因といえるほどの重大な因果的寄与があることが明らかにされなければならないはずである。しかし、心理的因果性を根拠に発砲事例においてXに共同正犯を認める通説は、この点を明らかにできてはいないように見受けられる⁴⁰。また、発砲事例において、Xが実行行為を行っていることを捉え、共同正犯の一部実行全部責任の原則が妥当するということも言われるであろうが、前章で見た強盗罪の分担実行の場合と同じく、因果的共犯論からは、ここにいような実行の意義につき、Xが殺人罪の実行行為を共同して行ったということの意味するのではなく、Xが、自らの実行によって、Aの死亡という殺人罪の法益侵害に因果的に寄与しているということの意味しているということになるはずであり、しかも、正犯責任を問うためには、法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主原因といえるほどに重大な役割を果たしたといえるほどにその寄与度も大きなものである必要があるところ、やはり、共同正犯の一部実行全部責任というだけでは、通説同様この点を明らかにできてはいないように思われる。

このように見れば、正犯性の認定に当たっては、物理的因果性を根拠に判断がなされるべきということになろう。もっとも、法益侵害結果またはその危険の惹起に対して物理的因果性があるだけでは正犯性の認定には不十分であり、繰り返しであるが、共犯現象においては、当該法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主原因といえるほどに重大な役割であることが正犯として第一次的責任を負わせるために必要なのであるから、正犯性を認めるためには、法益侵害結果またはその危険の惹起を左右するほどの、重大な物理

40 松原・前掲註14) 409頁も、発砲事例の場合、「心理的因果性を援用するだけでは、自己の発砲行為による殺人未遂罪の単独正犯とX（この場合のXは、同書407頁で示されている発砲事例において弾丸を命中させた者）の殺人既遂罪に対する教唆犯もしくは従犯との観念的競合または包括一罪になるはずであって、これを超えて殺人既遂の共同正犯とするためには、さらに60条の結合機能および正犯性付与機能の正当化が必要になる」と述べられる。なお、括弧内引用者、傍点ママ。

的因果的寄与が必要である。そして、そのような因果的寄与をしたからこそ、その者を法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主要原因と捉えることができ、正犯として第一次的責任を負わせることができるのである。前章で見た強盗罪の分担実行の場合において、財物奪取のみを行ったに過ぎないYを共同正犯とする理由は、ここにある。すなわち、Yは、財物奪取を実行することによって強取という強盗罪の法益侵害に因果的に寄与しているうえに、その内容としても、協働の対象である強盗罪の成立に不可欠な要素を実際に行っているのであるから、法益侵害結果の惹起を左右し得る重大な物理的因果的寄与をなしたとして、共犯現象における正犯、すなわち共同正犯としての責任を負うのである。そして、これを敷衍すれば、Xが強盗の意思で被害者に暴行を加えた後にYが強盗の意思を通じてYが財物を奪った承継的共犯が問題となる場合も一もっとも、すでに述べたように、自らの関与後の行為と法益侵害結果またはその危険との間に因果関係があることを根拠に当該犯罪の可罰的関与者となるのであるから、承継的共犯と呼ぶことは必ずしも正確ではないが一、同様に、強取の完成に寄与した共犯現象の関与者であるYは、その物理的因果的寄与度の重大性ゆえに、強盗罪の共同正犯としての責任を負うのである。

また、このような理解からは、実行行為を行った者が正犯であるという理解は、正しいということになる。それというのも、実行行為とは、法益侵害結果またはその危険を直接惹起する原因行為であり、法益侵害結果またはその危険の主要原因と言い得るのであるから、それを行った者は、まさに正犯であるということになるからである。そうすると、上述した本稿の正犯に対する理解に照らせば、共犯現象においても、同様に、正犯は実行行為を行った者ということになり、共同正犯は、いわゆる実行共同正犯に限られるということになる。この点、実行によらない共同正犯、すなわち、いわゆる共謀共同正犯を刑法60条の共同正犯と認める通説とは異なる理解ということになるが、すでに別稿で示したように、立法史に照らせば、共同正犯を定める刑法60条の文言にある正犯とは、犯罪を構成する行為を有形的に実行する身体的正犯—すなわち、実行正犯—に限ったもので、61条ないし63条に規定

する正犯は、すべてこの意味で用いられていると解することも可能なのであり⁴¹、このような理解を採ることは、決して無理なものではない。

もっとも、ここにいう実行行為が問題となる。上述のように、法益侵害結果またはその危険を直接惹起する原因行為が実行行為なのであるから、実行行為は、法益侵害結果またはその危険との関係で把握されることになる。すなわち、具体的な結果を前にして、その原因となった行為は何かという形で遡ることによって、具体的な原因行為が特定されるのである。存在論的には、原因行為である実行行為があって結果が発生するが、認識論的には、結果を認識した後にその原因を生み出した行為が捕捉されることになる。したがって、実行行為は具体的な結果との関係でのみ問題とされるものであって、常に事前の定型性を持ったものでも、一義的なものでもない^{42, 43}。もっとも、このことは、単独犯現象においては、なかなか意識され難いことでもある。それというのも、単独犯現象においては、一人の者が、自ら犯行を決意し、自ら犯行の準備をし、自ら実行を行うので、結果を前にしてその原因行為を遡った場合、究極的にはひとつの行為に行き着くことが多いからである。例えば、XがAを殺害しようと、Aを縄で柱に縛り付けて動けなくしたのちに、ナイフで刺し、Aが死亡したという場合、実行の着手時期を特に考慮しなければならぬような特段の事情のない限り、通常は、Aを縄で柱に縛り付けて動けなくした行為ではなく、Aをナイフで刺した行為が原因行為であり、実行行為であるとして理解されることになろう。Aを動けなくしたことが、

41 拙稿・前掲註25) 92頁以下。

42 この点につき、梅崎＝宗岡・前掲註24) 311頁以下。また、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（成文堂 2001年）226頁以下。

43 なお、このように原因行為とそれ以外の行為を区別するという点に対しては、原因とそれ以外を明確に区別できるのかというような、因果関係論における原因説に対する常套的な批判が向けられることが予想される。しかし、これに対しては、上で示した先行研究で示されているように（梅崎＝宗岡・前掲註24) 148頁以下、梅崎・前掲註42) 241頁以下）、具体的な事実関係の下では、結果をもとに原因と条件を区別することができるといえるし、別稿で示したように（拙稿「因果関係の認定」西南学院大学法学論集47巻1号（2014年）61頁以下）、裁判実務においても、結果から遡って原因を追究する原因説的手法による判断枠組みを用いて、結果と行為が合法的に同一の因果経過過程の上にあるかを確認することにより、因果関係の認定を行っているということができるということを述べておきたい。

結果の実現に対して極めて大きな意味を持ったとしても、である。しかし、共犯現象においては、事情が異なる。そこでは、犯罪の遂行に複数人が協働しているのであって、各々の行為が法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有することで共犯現象の関与者とされたうえで、刑法60条以下が規定する共犯現象の可罰的関与者のいずれに当たるのかを評価するために、各々の行為の因果的意味が量られなければならないからである。したがって、例えば、XとYが意思を通じてAを殺害しようとし、事前の意思の連絡に基づきYがAの身体を押さえつけて動けなくしている間に、XがAをナイフで刺し、Aが死亡したという場合、X・Yは殺人罪の共同正犯ということになるが、この事実関係におけるAの死亡という具体的な結果を前にすれば、Xのナイフで刺す行為は勿論であるが、Yの行為の結果に対する物理的因果的寄与度も重大である。それゆえ、Yの行為もA死亡の原因行為のひとつといえるのであるから、実行行為といえるのである。すなわち、この場合の具体的な結果を前にすれば、その原因となった行為は「押さえつけて動けなくしている間にナイフで刺した」ということになるのであり、したがって、Yも実行を分担としたといえ、YもA死亡の主原因として、共犯現象における正犯、すなわち共同正犯としての責任を負うことになるのである。そして、この点に、共同正犯の一部実行全部責任の根拠を求めることができる。すなわち、主原因として法益侵害結果またはその危険の惹起に対する因果的寄与度が大きいゆえ、その一部行為を行ったことを理由に正犯責任が問われるわけであるが、より端的に言えば、共犯現象において正犯とされる者は、各々実行行為そのものを実行しているのであって、自ら法益侵害結果またはその危険を直接惹起したことを理由に正犯責任が問われるのである⁴⁴。また、このように、共犯現象においては、犯罪の遂行に複数人が協働するという特殊性に照らして、犯罪を直接構成する行為ではないものの、その犯罪の遂行に対する重大な寄与行為なども原因行為として実行行為に含まれるということになり、それを行った者も、共同正犯としての罪責を負うということになる。

44 この点につき、梅崎=宗岡・前掲註24) 349～350頁も参照されたい。

なお、これについてもすでに別稿で示したように、立法史に照らせば、刑法60条が規定すると解される身体的正犯（実行正犯）とは、犯罪構成行為を分担実行した者のみならず、各犯罪の完遂に必要な周縁的行為を直接行うことも含まれているのであり⁴⁵、刑法60条が実行共同正犯を定める規定であると解したうえで、ここにいる実行共同正犯の意義をこのように理解することも、決して無理なものではないと思われる。

V. むすびにかえて

本稿は、因果的共犯論が広く支持を得て共犯論における基本的スタンスとして有力化し、その視座に基づく共犯論の理解が浸透したにもかかわらず、その試金石のひとつである承継的共犯をめぐる結論に差異が生じている現状を捉え、何故承継的共犯をめぐる結論に差異が生じる事態にあるのか、その理由を考察したうえで、それをもとに共犯の因果性の意義について考察を加えたものである。最後に、本稿の結論をまとめておこう。

自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われないという個人責任の原則は、正犯にも「共犯」にも妥当するものであって、共犯論においては、こうした個人責任の原則が、因果的共犯論としてあらわれている。もっとも、「共犯」の成立のために必要な因果性は何との間に存すれば足りるかという理解をめぐる相違があり、これが因果的共犯論に依拠しつつ、承継的共犯をめぐる結論に差異が生じた理由である。ところで、共犯というのは特殊法的な概念ではなく、犯罪の遂行に複数人が協働する現象という事実である（共犯現象）。そこでは、協働の対象となる犯罪の実行を決意させ行動を起こさせるために教示を行う者、協働の対象となる犯罪の準備行為をする者、実際に協働の対象となる犯罪を実行する者など関与の仕方に差異はあるが、各関与者がこうした行為を協働することで犯罪が実現されるのである。そうすると、関与者の行為が、協働の対象となる犯罪の完成、すなわち、法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有していることが、犯罪の遂

45 拙稿・前掲註25) 90頁以下。

行に複数人が協働する現象においては、その責任を問うために重要であるといえる。したがって、関与者の行為が当該犯罪の構成要件のすべての要素について因果関係を有していない場合でも、一部であっても犯罪の完成に寄与したのであれば、当該法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果的に寄与したといえ、その者はその犯罪の完成に協働したといえるのであるから、共犯現象の関与者となり得るのである。ゆえに、承継的共犯においても、後行者の行為が当該犯罪の法益侵害結果またはその危険と因果関係を有する場合には、先行者と協働して犯罪を実現したといえるから、その成立を肯定してよい。もっとも、当該法益侵害結果またはその危険の惹起に対する因果性の存在は共犯現象の関与者たり得るための共通の要件であるから、その存在のみでもって共同正犯、教唆犯、従犯の区別を行うことはできない。したがって、共犯現象の関与者を、現行刑法60条以下が規定する共同正犯、教唆犯、従犯と評価するための指標が必要となる。そして、この点、正犯と認められればその者は当該犯罪に対して第一次的責任を負う者であるということになるのであるから、法益侵害結果またはその危険の惹起に対して等しく因果性を有する共犯現象の関与者の中で、ある者に第一次的責任を負わせる理由は、その者の当該法益侵害結果またはその危険の惹起に対する因果的寄与度の大きさに求められることになる。すなわち、共犯現象においては、その者が当該法益侵害結果またはその危険を直接惹起した主原因といえるほどに重大な役割であるがゆえに、その者が正犯として第一次的責任が問われることになるのである。他方で、従犯は、犯罪の実行を行うのではなく、第一次的責任を負う正犯の実行を専ら促進し、容易にするものであるから、正犯を通じて正犯者が直接惹起した法益侵害結果またはその危険に因果性を有するといえるが、その寄与は補助的なものととどまる。それゆえ、犯罪の実行者である正犯に比して、その因果的役割も、主原因に対する補助的原因にとどまるのであるから、その責任の分配も小さく、必要的減軽を受けるのである。このように、現行刑法典が60条以下に規定する可罰的関与者と評価するための指標は、それぞれの関与者の因果的な寄与の度合いに求められる。したがって、承継的共犯の場合でも、一般に承継的共同正犯の場合と承継的従犯の場

合があるとされるところ、この指標にしたがって、後行者の当該法益侵害結果またはその危険の惹起に対する因果的寄与度の大きさにより区別がなされることになる。

以上が、本稿のこれまでの考察によって得られた結論である。ところで、本稿では、承継的共犯をめぐる議論を検討の出発点としたために、主として関与区分の指標に関する言及が正犯と従犯にとどまる結果となってしまう、教唆犯の関与区分の指標に関する言及が、必ずしも十分なものではなかった。そこで、最後に教唆犯の関与区分について触れておくことにする。

この点、協働の対象となる犯罪の実行を決意させ行動を起こさせるために教示を行い、その結果、犯罪の実行を決意した実行者が法益侵害結果またはその危険を惹起した場合、教示を行った教唆犯は、実行正犯を通じて、間接的に法益侵害結果またはその危険の惹起に対して因果性を有していることから共犯現象の関与者となる。そして、この場合の教唆犯は、犯罪をそそのかして正犯の犯罪遂行意思を生じさせるという心理面に影響を及ぼしたにすぎないものの、いまだ犯意を有していない者に働きかけて具体的な犯罪の実行を生じさせるものである以上、「きわめて『重要な事實的寄与』」⁴⁶であるといえる。したがって、因果的寄与度の重大性を根拠に正犯責任を問うとする本稿の考えに基づけば、教示を行った教唆犯は正犯ということになりそうであるが、一般的には、教唆犯は、(共同)正犯とされるわけではない。この点に関しては、重要な因果的寄与を指標にするのであれば、共同正犯と教唆犯の区別を説明することができずに、不十分であるという声も聞こえるところである⁴⁷。しかしながら、筆者は、立法史に照らして、教唆犯は、現行刑法典においても、その因果的寄与度という点から正犯、より精確には知的正犯であると解しており、この点については、すでに別稿で論じたところである⁴⁸。教唆犯は、教唆行為だけではその危険性は実現されず、物理的に寄与

46 山口・前掲註14) 341頁。

47 松原芳博「共謀共同正犯と個人責任の原則」松原・前掲書註29) 236頁以下。その他、橋爪・前掲註12) 332頁。

48 拙稿・前掲註25) 81頁以下。

する実行正犯に伴って結果に対して因果性を持ちうるがゆえに間接的・心理的因果性しか有さない。それゆえ、教唆犯は、正犯を実行正犯と規定する現行刑法典においては正犯ではないが、その実質は、当該事実・現象を惹起した主原因のひとつであり、犯意を維持・強化して犯罪の遂行を促進・容易にするという心理的因果性を超越した重大な因果的寄与があることから、知的正犯として、その責任が問われるものと解される。それゆえ、刑法61条において、教唆犯は実行正犯に「準ス」る者として、実行「正犯の刑を科す」とされているのである⁴⁹。

49 この点につき、拙稿・前掲註25) 92頁以下。