

論 説

いわゆる承継的共犯の規範論的考察

小 島 秀 夫

【目次】

はじめに

一 いわゆる承継的共犯の犯罪構造

1 正犯行為の内側で行われる幫助行為

2 幫助犯成立の時間的限界

二 行動規範論に基づく承継的共同正犯の否定

1 いわゆる承継的共犯の故意概念と行動規範

2 後続行為者に関する罪数問題

おわりに

はじめに

共同正犯が成立するためには、60条の趣旨、ひいては罪刑法定主義に基づく限り、関与者自身が正犯性を有する実行行為（正犯行為）の一部を行わなければならない。この要件が共謀者に対しても貫徹されなければならないことは、すでに別稿でも明らかにしたところである^り。では、正犯行為の一部を故意で行った者は、いかなる場合でも共同正犯としての罪責を負うのだろうか。次のような毒殺事例を想定したい。Yは、Aを毒殺するため、二回に分けて服毒させることを計画し、まず、入手した致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入し、Aに飲ませた（第一行為・先行行為）。その後、Xが、Yの状況を把握した上でYと意思を通じて計画に参加した。XとYは、致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入してAに飲ませ、Aを死亡さ

せた（第二行為・後続行為）。

これは、いわゆる「承継的共犯」というテーマの下で議論されている問題である。いわゆる共謀共同正犯の犯罪構造が承継的共同正犯（*sukzessive Mittäterschaft*）の裏返しであるとの私見に基づく²⁾、限定的ながら共謀行為が実行行為そのものと評価されうる場合には共謀者にも（実行）共同正犯としての責任が認められうる以上、表裏一体の関係である承継的共同正犯についても肯定的な態度を示すことになりそうである。しかし、そのような帰結が妥当かどうかは、いわゆる共謀共同正犯をめぐる議論とは別に、改めて検討しなければならない。

正犯行為の途中から初めて参加した後続行為者の罪責については、依然として因果的な観点からの検討が目立つ。例えば、因果的共犯論に基づいて惹起説を支持する立場から、いわゆる承継的共犯を全面的に否定するのが筋である、との主張が見受けられる。共犯の成立要件として構成要件該当事実全てについての因果性が必要であると解するならば、その一部についての因果性だけでは不十分だからである³⁾。確かに、因果的共犯論を支持する論者が声高に主張しているように、因果関係が認められなければ帰責されないのは当然である。しかし、因果的共犯論は、途中から初めて参加した後続行為者について、加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯の成立をも否定する妥当な論拠となりうるだろうか。

そこで、私も本稿を通じて、いわゆる承継的共犯の成否をめぐる議論に加わりたい。従来の考察手順を概観すると、共同正犯に軸足を置き、加担前の行為も含めた全体事象に対する共同正犯の成否を検討した後に幫助犯の成否を検討する論稿が圧倒的に多い。しかし、以下では規範論に基づいて、幫助犯の成否から検討してみたい。正犯と共犯の行動規範を念頭に承継的共犯の犯罪構造を捉えれば、プロトタイプではない幫助犯の存在が浮かび上がると同時に、従来議論されている正犯行為（の一部）を行う幫助犯（いわゆる実行行為を行う従犯⁴⁾）の問題解決にもつながるだろう。もっとも、その犯罪構

造に関連して、いつまでに正犯行為に加われば幫助犯が成立しうるのか、時間的な限界が問われることになる。とりわけ「既遂」と「終了」概念を区別するならば、正犯行為が既遂に達しているものの、なお行為が終了していない段階で初めて加わった関与者は、いかなる罪責を負うだろうか。問題意識が高いドイツでの議論を参照しながら、検討を進めたい。

近年わが国では、承継的共同正犯に関する初めての最高裁決定が下された。⁵⁾ 一方で学説は、途中から初めて関与した後続行為者に対して、承継的共同正犯を限定的に肯定する見解が有力な状況である。当該決定の内容や有力説の妥当性については、規範論、とりわけ行動規範論の観点から、批判的に考察しなければならないだろう。後続行為者に加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯が成立しうるならば、後続行為者の罪数についても、若干の検討を要するようと思われる。

一 いわゆる承継的共犯の犯罪構造

1 正犯行為の内側で行われる幫助行為

いわゆる承継的共犯をめぐるのは、先行行為者が実行に着手したもののいまだ犯罪が終了していない段階で初めて参加した後続行為者がいかなる罪責を負うか、検討されている。まずは、先行行為者に基本犯が成立する場合を前提に、後続行為者は基本犯の承継的共同正犯となりうるのか、それとも基本犯に対する幫助犯となるのか、あるいはそれすら成立しないのかが問題となるだろう。⁶⁾ この問題に取り組むためには、差し当たって、幫助犯の行為類型を規範論的に理解しておく必要がある。

幫助行為の類型は、第一に物理的幫助と心理的幫助に区別されるのが一般的である。共同正犯として評価されない限り、前者のプロトタイプとしては、殺人犯に包丁や拳銃等を提供する行為や犯罪を実行するための資金供与、住居侵入窃盗を容易にするための見張り行為等が挙げられよう。クライ/エッサーによれば、物理的幫助は外形的な協力 (äußere Mitwirkung) によって

行われるものであり、さらに次のように細分化される。すなわち、構成要件に該当する正犯結果に対して共に因果的である幫助行為と、そのような正犯結果と因果的ではないが構成要件に該当する正犯行為を容易にしたり促進したりする幫助行為の二つに分類され⁷⁾うる⁸⁾。

しかし、このような細分化は適切ではないと思われる。確かに、幫助行為は正犯行為を容易にしたり促進したりする効果をもたらすが、そうした事情が認められれば幫助行為と正犯結果との因果性が認められなくても構わないとすると、幫助犯の処罰根拠を惹起説から説明することは難しくなる。惹起説の根幹は、正犯結果の惹起または正犯結果の惹起を志向する行為を処罰根拠とする点にあるため、何らかの形で惹起説に修正を図るとしても、正犯結果との因果性を不要とすることはできないはずである。惹起説を基盤に幫助犯の処罰根拠を理解するならば、いかなる幫助行為も正犯結果との因果性が要求されるべきであり、正犯行為との（促進的）因果性で足りると解すべきではない⁹⁾。

もっとも、幫助行為は、物理的幫助と心理的幫助といった区別の他に、規範論の観点からも二分されうるように思われる。幫助犯の規範構造は正犯者概念の捉え方によって左右されるが、別稿でも示したように、統一的正犯者概念や拡張的正犯者概念には依拠¹⁰⁾しえない。統一的正犯者概念や拡張的正犯者概念によれば、本来「正犯」とは結果に対して因果関係を有する全ての行為を指すため、幫助犯は正犯と等価値であり、幫助者は正犯行動規範に違反する者として理解される。こうした理解に基づくならば、幫助行為自体の未遂にとどまる者も、刑法各則に未遂規定が存在し、未遂犯の成立時期について従来の前提に従う限り、未遂犯が成立するだろう。従来の前提によれば、未遂犯は実行に着手した段階で直ちに成立するからである。しかし、正犯が未遂犯としてすら問われない段階で共犯者に未遂犯が成立すれば、可罰性の肥大化を認めることになり、明らかに刑法の謙抑性に逆行する。それを避けるため、客観的危険事態が認められない限り未遂犯は成立しないと解すると

しても、客観的危険事態が認められる時期は、早くても正犯が実行に着手した段階であろう。これはまさに、正犯との量的従属性に他ならない。しかし、統一的正犯者概念は、従属性の放棄を理念として掲げているため、そのような未遂犯の解釈と相容れないはずである。結局のところ統一的正犯者概念は、可罰性の肥大化現象を抑えることはできないだろう。

拡張的正犯者概念に基づきつつ、未遂犯の成立時期を客観的危険事態が認められる時点とするならば、可罰性の肥大化現象は抑えられるかもしれない。しかし、拡張的正犯者概念は、そもそも幫助行為と正犯行為を等価値であると解するため、両者の相違は責任の相違に求められよう。責任の相違を明らかにする際、正犯性の判断基準が重要な鍵を握るが、拡張的正犯者概念を基盤とするならば、その基準は従来の主観説へと傾斜を深めるだろう。正犯も共犯も客観的に見て等価値であれば、両者を区別するためには、純主観的な基準を採用しなければならないからである。しかし、従来の主観説は、正犯意思 (Täterwille) あるいは自己の行為をなす意思 (animus auctoris) をもって行為する者を正犯とするため、自殺関与罪の正犯性、第三者の利益を図る目的で背任を行った者の正犯性、または強盗や詐欺、恐喝によって財産上不法の利益を他人に得させた者の正犯性を説明することができない¹¹⁾。そのため、別の主観的な基準として故意に着目することが考えられうるが、故意は行動規範論のレベルで検討されるべき問題であるため¹²⁾、正犯と共犯の行動規範に相違を見いださない拡張的正犯者概念は、故意を正犯性の判断基準とすることができない。こうして、拡張的正犯者概念は、正犯性の判断基準として主張される主観説の欠陥を抱えてしまうことになるだろう。

したがって、正犯者概念については制限的正犯者概念に基づいて、幫助犯には正犯行動規範とは異なる固有の行動規範が向けられると解すべきである。行動規範の相違に従って実行行為を捉えると、例えば、幫助者に提供された包丁を用いて正犯が被害者を殺害した場合、正犯行動規範の射程に入る実行行為 (正犯行為) は殺害行為であり、幫助行動規範の射程に入る実行行

為（幫助行為）は包丁を提供する行為となるだろう。このように、規範論の観点から幫助行為を理解すると、そのプロトタイプは、かつてツインマールも指摘していたように、¹³⁾ 正犯行為の外側で行われるものであると言えよう。

一方で、幫助行為を実質的に捉えると、正犯行為の外側で行われるサポートの他に、正犯行為の内側で行われるサポートも、幫助行為として評価されるのではないだろうか。次のような詐欺事例を想定してみたい。Yは、Aから現金を詐取するため、Aの息子であるかのように装って、Yの銀行口座に200万円を振り込んでほしい旨、電話をかけた（第一行為・先行行為）。その後Xは、友人のYから事情を聞かされ、Yからの依頼通り、Aが200万円を振り込んだ後、銀行に出向いて振り込まれた現金を引き出し、Yに渡した（第二行為・後続行為）。

詐欺事例において、Xの行為は、形式的に見る限り、正犯行動規範の射程に入る実行行為（正犯行為）の一部である。しかし、形式的客観説を採る場合を除いて、正犯行為の一部を行えば直ちに正犯性が認められるとは限らない。¹⁴⁾ 正犯性が認められなければ、Xは、詐欺罪の幫助犯としての罪責を負うことになるだろう。このとき、Xの行為こそ正犯行為の内側で行われるサポートであり、プロトタイプではない幫助行為の片鱗がうかがえるのではないだろうか。

正犯行為の一部を行った関与者に幫助犯が成立する可能性を認める見解に対しては、正犯性の判断基準が過度に主観化しているとの批判が向けられてきた。¹⁵⁾ 確かに、従来の主観説によれば、正犯意思の有無に着目するため、主観化への懸念にも一理あるだろう。しかし、当該関与者に幫助犯の成立可能性を容認する見解が、従来の主観説と必然的に結びつくわけではない。¹⁶⁾ そもそも、正犯性を判断する際、実行行為の意味、とりわけ構成要件の故意の内容に着目する私見に対して、¹⁷⁾ 従来の主観説に向けられる懸念は当てはまらない。

むしろ、正犯行為を行う幫助犯の余地を認めない見解は、正犯性の判断基

準を過度に客観化する結果、容易に正犯を成立させてしまうことになるのではないだろうか。このように考えると、かつての判例で、覚せい剤の売買に際して、被告人が売り手から預かった覚せい剤を買い手に手渡し、後日、代金を売り手に渡したものの、自らは売り手から一円も貰わず、買い手から車賃等の名目で現金五万円を受け取った事案について、「いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある補助的道具」であると認めて被告人を幫助犯とした結論自体は、妥当ではないかと思われる¹⁹⁾。もっとも、被告人が「覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、……譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎない」ことを論拠として挙げている点は、従来の主観説を想起させるものであり、適切ではない。ともあれ、正犯行為を行う幫助犯の成否をめぐる問題では、まさに正犯性の判断基準が問われることになるだろう。

さらに、詐欺事例を少し変えて、第一行為の後、Yから聞かされる前にXが自ら事情を把握し、Yと意思を通じて第二行為から参加した場合、それはまさに本稿の検討対象である、いわゆる承継的共犯の犯罪構造に他ならない。正犯行為の内側で行われる幫助行為が観念されうるのであれば、正犯行為の途中から初めて加わった後続行為者に、加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯としての罪責を認めることは可能ではないだろうか¹⁹⁾。

一般的に幫助者は、正犯が実行に着手する前に事情を知っている場合もあれば、途中から加わる時点で初めて事情を知る場合もある。いずれにせよ、幫助者の行為無価値は必ずしも正犯の行為無価値と同時に成立するわけではなく、幫助者の実行行為が正犯にとって予備段階でも実行行為の段階でも遂行されうること²⁰⁾に鑑みれば、後続行為者に全体事象に対する幫助犯が認められる余地はあるだろう。

因果的共犯論に従って全体事象に対する幫助犯の余地さえも否定する見解によれば、詐欺事例におけるXの罪責について、詐欺罪の共犯は不成立となる。その論拠に目を向けると、正犯性の問題以前に、幫助犯であっても自己の行為と因果性のない関与前の事実の帰責を認めるのは個人責任の原則

に反するとして、先行行為から生じた結果との因果性の欠如が挙げられている²¹⁾。しかし、Xに詐欺罪の幫助犯を認める場合でも、Xは、自己の行為（後続行為・第二行為）を根拠に処罰されるのであって、決して他者の自己答責的行為（先行行為・第一行為）を根拠に処罰されるわけではない²²⁾。それゆえ、Xに詐欺罪の幫助犯を認める見解が個人責任の原則に反しているとの批判は、適切ではないだろう。

逆に因果的共犯論の弊害が、この点に現れているのではないだろうか。というのも、因果的共犯論に拘泥するあまり、幫助行為の特性に目が届いていないからである。正犯行為の一部を行う後続行為者は、正犯行為の外側で幫助行為を行うプロトタイプの幫助犯よりも当罰性は明らかに高い。それにもかかわらず、前者に加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯の成立すら認めない帰結は、刑法の目的である法益保護の観点から、極めて疑問があると言わざるをえない。

さらに、いわゆる承継的共犯を全面的に否定する見解が、正犯行為を行う幫助犯（いわゆる実行行為を行う従犯）の事例において後続行為者に正犯性や幫助犯を認めるのであれば、両者は同じ犯罪構造を有しているにもかかわらず、なぜ結論に相違が生じるのであろうか。²³⁾ ミヒャエル・ケーラーは、関与行為が犯罪全体の行為を促進しているか、もしくは助言によって形成された正犯意思の部分的な要素となっている場合、すなわち事前の申し合わせによって提供されている場合に限り、全体事象に対する幫助犯が成立する、と述べている²⁴⁾。しかし、後続行為者が予備段階で関与することは、幫助犯の成立要件ではない。したがって、後続行為者が正犯行為の途中で初めて事情を知ったとしても、それが加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯の成立を否定する論拠とはならないだろう。

2 幫助犯成立の時間的限界

正犯行為の途中から初めて参加した後続行為者が、加担前の事象を含めた

全体事象に対する幫助犯となりうるならば、幫助犯が成立しうる時間的な限界について問題となる。とりわけ、後続行為者は、既遂後に参加しても正犯行為が終了していない間であれば、幫助犯となりうるのだろうか。

ここでは、次のような盗品運搬事例を想定したい。Yは、電車から降りる際、Aの財布をこっそり抜き取った（第一行為・先行行為）。しかし、Aは自分の財布が取られたことに気づき、Yを追いかけた。Yは、追跡を免れるため逃走していたところ、Yの友人であるXが通りかかった。Xは状況を把握した上で、YからAの財布を受け取り、共に逃走した（第二行為・後続行為）。

従来の理解によれば、状態犯である窃盗罪は、既遂と同時に犯罪が終了することになる。しかし、既遂後もなお先行行為者の占有が確実にない限り犯罪は終了しないと解するならば、二人が完全にAからの追跡を免れるまでは犯罪が終了せず、正犯行為も終了していないことになるだろう。このような理解に基づくと、既遂時期と終了時期が異なるため、その間に初めて参加したXに窃盗罪の幫助犯が成立しうるか、という問題が提起されよう。もっとも、Xの罪責を検討するに当たっては、そもそも「終了」概念を持ち出すべきではない、との異論が見られる。そこで、まずは上記の事例における「終了」概念の当否について、若干の考察を加えなければならないだろう。

ザムゾン¹は、幫助犯が成立する時間的な限界として既遂や終了を基準とすることに反対している。というのも、幫助とは法益侵害の（共同）惹起であり、刑法上重要なのは、もっぱら構成要件に記述された法益侵害だからである。それゆえ、途中から参加した幫助者の関与が構成要件で考慮される法益侵害に影響をもたらす場合、たとえ正犯行為が終了していても、関与者は可罰的な幫助を行っていると言える。例えば、すでに放火された家にガソリンを撒く者は、正犯行為が終了していても、法益侵害に関与している。つまり、放火罪の幫助犯が成立する。これに対して、正犯による欺罔行為から財産の損害が発生した後、利益を確保するために正犯に手助けをした者は、詐欺罪

の幫助犯ではない。唯一重要な財産の損害に何ら関与していないからである。そのような者は、横領罪の幫助犯もしくは犯人庇護罪の幫助犯が問われることになるだろう、と解している²⁵⁾。

しかし、ザムゾンのように、幫助犯が法益侵害に影響をもたらしたかどうかを基準にするならば、後者の事例においても、詐欺罪の幫助犯が成立するのではないだろうか。盗品を確保することによって被害者の占有を排除することがより確実になる場合には、法益侵害に影響をもたらした、と言えるからである²⁶⁾。また、ザムゾンの基準に従うと、放火事例では正犯行為が終了して既遂に達した後でも幫助犯が成立しうることになる。実質的には事後従犯への道を開くことになり、このような帰結は、規範論の観点から到底受け入れられない。

ザムゾンよりもラディカルな見解を示し、そもそも犯罪行為の「終了」は失敗した法形象であると評するピッツィレキスは、構成要件の機能に着目して、幫助犯成立の可能な時期を探っている。犯罪の既遂から終了に至る一連の行為が「構成要件に該当する」とみなすことは、刑法体系における構成要件の機能を無視するものである。終了論の主張者が、どこで終了段階が途切れるのか、そして既遂後に遂行した終了行為者がどのようにして不法領域に帰属されるのかを明らかにしない限り、法的安定性に反するような危険な方法で構成要件が急激に拡大されることになる²⁷⁾。幫助犯が成立する時間的な限界基準を構成要件に求めるのであれば、正犯行為が構成要件に該当する限りにおいて、関与者には幫助犯が成立することになる²⁸⁾。

近年、シュエも、刑法においては終了概念と決別すべきであると主張している。シュエは、公訴時効や刑の適用法令といった観点からも終了概念の意義を批判的に検討している²⁹⁾、いわゆる承継的共犯については、次のように解している。すなわち、構成要件と切り離された終了段階で関与した者は、もはや関与者としての資格を有しない。例えば、占有の確保に協力した者は、窃盗罪の幫助犯として処罰されるべきではない。構成要件に該当する奪取行

為は、占有の移転という事象に限定され、占有の確保に資する行為を通じて拡大されないからである。³⁰⁾これに対して、先行行為者の欺罔行為によって錯誤に陥った被害者が小切手を振り出した後、小切手の現金化にのみ関与した者は、詐欺罪の幫助犯が成立する。後続行為者が関与した後も、終局的な損害の発生を防ぐことが義務づけられている先行行為者は、詐欺罪の構成要件を不作為で実現していると評価されうるからである。³¹⁾結局のところ、構成要件に該当しない終了概念を基準とすることは、後続行為者の関与行為をめぐる問題の解決として許容されるべきではなく、構成要件に該当する終了概念は、形式的な意味における構成要件の実現を基準とすることで、その意義を失うことになる、と解している。³²⁾

終了概念を不要と解する論者の背後には、幫助犯の成立が犯罪の終了まで可能であるとすると、後続行為者の構成要件該当性に関心が向けられなくなってしまうことに強い抵抗があるのだろう。しかし、その点は後に検討するとしても、終了概念は、刑法上なお意義を有するようと思われる。先の盗品運搬事例では、財布を抜き取られることによって窃盗は既遂に達する。しかし、Yが盗品の占有をいまだ確保していない状況であれば犯罪は終了しないと解することで、正当防衛の要件としての侵害の急迫性が、窃盗終了前まで認められることになろう。³³⁾シュエは、「侵害の急迫性」という正当防衛固有の基準を考慮することによって終了概念が不要になると解しているが、³⁴⁾終了概念を採用しなければ急迫性の限界は既遂時期となるため、自救行為の成立がほとんど認められていない現実を鑑みれば、終了概念を採用した上で犯罪の終了時期まで正当防衛権の行使を容認すべきであろう。³⁵⁾

また、窃盗罪が状態犯であるとしても、電気窃盗のような場合、窃盗行為が継続している最中は同時に電気エネルギーが消費されるため、既遂が成立すれば直ちに犯罪も終了するわけではなく、既遂時期と終了時期を区別して捉えることも可能である。即成犯、継続犯、状態犯の区別によって犯罪の終了時期が一義的に決まるわけではなく、現実の行為形態によって既遂時期と

終了時期が異なりうるのであれば、形式的な「既遂」³⁶⁾時期と実質的な「終了」³⁷⁾時期を区別することは、刑法上意義を有するだろう。

それでは、先行行為者の行為が既遂となった後、いまだ犯罪が終了していない段階で初めて加わった後続行為者は、加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯が成立するだろうか。この点、ドイツでは、既遂後に初めて関与した後続行為者にも全体事象に対する幫助犯が成立するとの見解が主張されている。³⁸⁾

フリスターによれば、形式的な既遂から実質的な終了に至るまでの間も、構成要件の実現に向けて一貫した行為の一部であり、その間に関与した者は、自らの行為を通じて実現した不法全体が帰属されうる。それゆえ、強盗事例において、暴行後に初めて参加し、盗品の奪取を幫助した者が、窃盗罪の幫助犯ではなく強盗罪の幫助犯となるにもかかわらず、奪取によって既遂に達した後に初めて参加し、盗品の運搬を幫助した者が、強盗罪の幫助犯でも窃盗罪の幫助犯でもなく犯人庇護罪に過ぎないとの結論は、承服しがたい。奪取直後に盗品の運搬を幫助した者は、強盗罪の幫助犯もしくは窃盗罪の幫助犯が成立することになる。そのような事例において犯人庇護罪の構成要件が適用されるのは、奪取行為と盗品の運搬がもはや一貫した行為とはみなされず、両者に切れ目 (Zäsur)³⁹⁾が存在する場合に限られる。

クライ／エッサーは、幫助犯において、共同の行為決意や共同の実行が要求されないため、奪取によって既遂に達した後、盗品の確保を通じて窃盗を終了させる行為が構成要件に該当していないとの批判は当てはまらない、と解している。⁴⁰⁾シュトレー／ヘッカーも、盗品の確保を目指している後続行為者の援助行為が行為の終了まで影響を及ぼしており、その影響について後続行為者自身も認識しているか、少なくとも甘受しているのであれば、場合によって幫助犯としてのより厳しい責任は免れられないだろう、と解している。⁴¹⁾こうした見解は、同調するハイネ／ヴァイサーが示唆するように⁴²⁾、正犯によって設定された因果経過の進展や法益侵害の発生が決定的となった時期

を重視していることがうかがえよう。

しかし、幫助犯成立の時間的限界基準を一律犯罪の終了時期に求める見解は、妥当ではないと思われる。先の盗品運搬事例を振り返ると、盗取罪・奪取罪である窃盗罪の既遂時期については、その罪質の特徴が占有者の意思に反して占有を奪う点にあることを念頭に置くならば、財物の占有を取得した時とする取得説の立場が妥当であろう。取得説によれば、YがAから財布を抜き取った時点が窃盗罪の既遂時期となるため、既遂後、盗品を確保するまでの行為は、決して窃盗罪の構成要件に該当しない。保護法益を本権説から理解するにせよ占有説から理解するにせよ、法益侵害の強化それ自体は、行動規範違反ではないはずである⁴³⁾。それにもかかわらず、既遂後に初めて参加したXに窃盗罪の幫助犯を認めるならば、正犯行動規範の射程内において二次的・補充的な役割を果たす幫助行動規範の性質に反することになり、終了概念の採用に否定的な論者が指摘していた通り、幫助犯の構成要件が肥大化してしまうだろう⁴⁵⁾。

もっとも、監禁罪が問題となるような継続犯の事例においては、犯罪の終了まで継続する正犯行為が構成要件に該当するため、後続行為者には、犯罪が終了するまでに加われば、先行行為者の犯罪に対する幫助犯が成立しうる。また、窃盗罪の事例においても、電気窃盗罪が問題となるような事例においては、やはり犯罪の終了まで、先行行為者の犯罪に対する幫助犯が成立すると思われる。こうして見ると、犯罪の終了時期は、構成要件と関係づけられた終了と構成要件から切り離された終了の二種類に区別することができるのではないだろうか⁴⁶⁾。そして前者の場合には、犯罪の終了まで幫助犯が成立しうるのに対して、後者の場合には、既遂に達するまで幫助犯が成立しうるが、既遂に達した後から犯罪の終了までの間に初めて加わった後続行為者は幫助犯となりえず、犯人蔵匿罪や盗品等に関する罪が問われることになる。つまり、正犯行為が実行行為として評価される間は、後続行為者に幫助犯が成立しうると言えよう。

わが国でいまだ有力に主張されている因果的共犯論を前提にする立場からも、盗品運搬事例において、Xが窃盗罪の幫助犯として問われることはないはずである。因果的共犯論によれば、先行行為者の犯罪に対して、後続行為者は構成要件に該当する事象経過の形成に何ら影響を及ぼしていないため、共同正犯のみならず、幫助犯も成立しないと解していたからである⁴⁷⁾。

ともあれ、先の盗品運搬事例は、共犯の処罰根拠の妥当性を検討する格好のケースにもなるだろう。従属性指向惹起説（いわゆる修正惹起説）や混合惹起説（従属的法益侵害説）は、共犯の不法を一部であれ正犯の不法から導き、正犯行為の従属性を共犯の不法要素と捉えている。こうした理解に基づくと、既遂後なお終了前までの正犯行為は、正犯にとって一つの犯罪事象の一部であるため、不法が継続する正犯行為の終了時期までに加われば、共犯者には正犯の不法が導かれることになりかねない⁴⁸⁾。それにもかかわらず、盗品運搬事例においてXに窃盗罪の幫助犯が認められないと解するならば、とりわけ混合惹起説の論者は、なぜそのような場合に共犯の不法を正犯の不法から一切導かないのか、説明する必要があると思われる⁴⁹⁾。

一方、共犯の処罰根拠について、純惹起説の理念を保ちつつ、制限的正犯者概念と相容れない正犯なき共犯を否定するため、制限的正犯者概念と整合性を有する形で純惹起説を修正する惹起志向説によれば、共犯の処罰根拠（共犯の不法）は結果惹起を志向する共犯行為のみであり、従属性は共犯の処罰条件として理解される⁵⁰⁾。このような理解を前提にすると、Xの行為は、もはや窃盗罪に関する正犯行動規範の射程外であるため、X自身の行為は決して幫助構成要件に該当しない。したがって、Xには窃盗罪の幫助犯が認められないことになるだろう。

二 行動規範論に基づく承継的共同正犯の否定

1 いわゆる承継的共犯の故意概念と行動規範

それでは、正犯行為の途中から初めて参加した後続行為者に、承継的共同

正犯が成立する余地はあるだろうか。後続行為者に向けられる行動規範の内容を指定するためには、この点を論究しなければならない。

近時わが国の最高裁は、傷害罪に関する事例判断ではあるが、承継的共同正犯の成否について初めて明言した⁵¹⁾。当該事案は次のようなものである。被告人が共謀に加担する前、すでに先行行為者らが、被害者である A や B に対して暴行を加え、傷害を負わせていた。先行行為者らから連絡を受けた被告人は、犯行現場に到着し、被害者らがすでに暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識しつつ、先行行為者らと共謀の上、さらに激しい暴行を被害者らに加えた。被告人の共謀加担前後にわたる一連の暴行の結果、B は、頭部外傷擦過打撲、顔面両耳鼻部打撲擦過、両上肢・背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過、両膝両下腿右足打撲擦過、頸椎捻挫、腰椎捻挫の傷害を負い、A は、右母指基節骨骨折、全身打撲、頭部切挫創、両膝挫創の傷害を負った。なお、B が負った顔面両耳鼻部打撲擦過と A が負った右母指基節骨骨折については、被告人の共謀加担後の暴行を通じて相当程度重篤化された傷害ではないことが認められた。

第一審の松山地裁⁵²⁾や第二審の高松高裁⁵³⁾は、従来下級審で示された観点、すなわち、後続行為者が、先行行為者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するにとどまらず、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下に、実体法上の一罪を構成する先行行為者の犯罪を途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような手段として利用した場合に限って承継的共同正犯を認める、との観点から⁵⁴⁾、本件被告人について、被告人が加担する以前の傷害を含めた全体について承継的共同正犯として責任を負う、とした。

しかし、最高裁は、上告を棄却したものの職権で以下のように判断し、共謀加担前に先行行為者らがすでに生じさせていた傷害結果を含めて、被告人に傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法60条、204条の解釈適用を誤った法令違反があったとした。す

なわち、共謀加担前に「既に生じさせていた傷害結果については、被告人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」と結論づけた。

当該決定によって、少なくとも最高裁の立場は、承継的共同正犯を全面的に肯定する立場ではないことが明らかになった。もっとも、当該決定が事例判断であるがゆえに、最高裁が、傷害罪以外の犯罪においても、正犯行為の途中から加担した後続行為者について承継的共同正犯の成立を否定するかどうかは疑わしい。実際、当該決定の補足意見では、「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」と述べられている。また、従来の下級審判例でも、承継的共同正犯を限定的に肯定する態度が示されてきた。

近時の事案を挙げれば、東京高判平成11年8月27日東高刑時報50巻1～12号75頁では、被告人に不動産侵奪罪の承継的共同正犯が認められている。事実の概要によれば、被害者が借金から逃れるために一時姿を隠している際、先行行為者らが被害者の邸宅やマンションの一室にそれぞれ立入禁止の貼紙をし、出入口ドアの施錠を交換した。その後、被告人が先行行為者らと共に共謀の上、不動産侵奪の実行行為に参加した。東京高裁は、先行行為が不動産侵奪罪の実行の着手に当たるものの、いまだ既遂とは評価できないとした上で、既遂時期は、被告人らが入居して生活を始めた時点であると認定した。そして、実行の着手後、既遂に至る前に被告人と先行行為者らとの間に共謀が成立したことを理由に、被告人は不動産侵奪罪の承継的共同正犯として刑事責

任を負うとした。

また、東京高判平成21年3月10日東高刑時報60巻1～12号35頁では、恐喝罪の承継的共同正犯が認められる余地を示唆している。事実の概要によれば、先行行為者が被害者から金員を喝取しようと企てて恐喝行為に及んだが、被害者は要求に応じなかった。こうした儲け話が頓挫したため、先行行為者らは被告人に助けを求め、被告人はこれに応じた。被告人は、先行行為者らに提案をした上で、被害者に対して共に恐喝行為に及んだ。東京高裁は、被告人が先行行為について容易に認識しえたとは認められず、自ら加担する前に行われた先行行為を積極的に利用する意思があったとも認められないとして、被告人が恐喝未遂の刑事責任を負うのは、共犯者らに提案をして共に行動をするようになった後の恐喝行為に限られる、と述べて承継的共同正犯の成立を否定した。このような論拠によれば、後続行為者が先行行為を積極的に利用する意思があれば、承継的共同正犯を成立させる余地が残されていると言えよう。⁵⁵⁾ もっとも、東京高裁は、なお書きの中で、仮に、被告人が共犯者らの先行行為を認識し、これを積極的に利用する意思があったと認められるとしても、被告人がこのように時間的・場所的に離隔した先行行為それ自体についても共同正犯としての刑事責任を負うと解すべきか否かは、検討の余地があるように思われる、と慎重な態度を見せている。

有力な学説も、承継的共同正犯を限定的に肯定している。⁵⁶⁾ 近時では、高橋直哉も、限定的ではあるが後続行為者に共同正犯が成立する余地を認めている。高橋は、自らの行為と何らの因果性もない事象について罪責を問われることはない、と主張する一方、次のような場合には、因果性要件を緩和して、いわゆる承継的共犯が成立するとしている。それはすなわち、後続行為者の関与時において先行行為者の犯罪が進行中であり、後続行為者が先行行為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、後続行為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場合である。この場合、

後続行為者には、果たした役割の重要性によって共同正犯か幫助犯かが成立することになる、と論じている。⁵⁷⁾

また、十河太朗は、後続行為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、先行行為者と共同して当該構成要件を実現したと評価できるため、後続行為者に共犯の成立を認めてよい、と主張している。十河によれば、共同正犯と幫助犯には同じ内容の因果関係が要求され、その因果関係が存在することを前提として、後続行為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決定されうる。⁵⁸⁾

確かに、共同正犯の成立要件に立ち返ると、共同正犯の成立に必要不可欠な「共同実行の意思」は、それがコミュニケーション事象であることに鑑みれば、構成要件を実現する行為が引き続き遂行される限り、先行行為者が実行行為を開始した後においても形成されうる。⁵⁹⁾それゆえ、加担後の行為については、後続行為者も共同正犯になりうる。例えば、接続犯が問題となるような事例において、先行行為者が一人で実行に着手して財物を窃取した行為は、事情を把握して途中から初めて参加した後続行為者が財物をさらに窃取することによって、なお継続されうる。⁶⁰⁾この場合、後続行為者は、加担後の窃盗行為について正犯性が認められれば、加担後の行為について共同正犯としての罪責を負うだろう。

しかし、加担前の行為については、後続行為者に共同正犯としての刑罰必要性が認められないように思われる。⁶¹⁾接続犯や結合犯のような複数行為が想定される事案において、後続行為者は正犯行為の一部を行っているものの、後続行為の危険性が先行行為の中に実現されていないからである。

このことは、いわゆる共謀共同正犯の事例と比較することで、より明確になるであろう。次のような事例を考えたい。Xは、Aを毒殺することについてYと共謀し、XとYは、入手した毒薬のうち致死量をコーヒーに混入した。(第一行為・共謀行為・先行行為)。その後、Yは一人で、共謀に基づき、毒

葉入りコーヒーを持ってAの家に行き、そのコーヒーをAに飲ませて死亡させた（第二行為・直接行為・後続行為）。この場合、Xは先行行為しか行っていない。しかし、Xは、先行行為を引き金に、第二行為に対する指針をYに与えている。それゆえ、第一行為の危険性は、第二行為の中にも最終的な法益侵害結果の中にも実現されている。

一方、本稿の冒頭で挙げた毒殺事例を振り返ると、確かに第二行為から最終的な法益侵害結果が発生している。しかし、Xは先行行為に対する指針を全く与えていない。本来有する第二行為の危険性は、せいぜい傷害結果にとどまるだろう。そうであれば、Xの刑罰必要性は、Yに認められる殺人罪の正犯としての刑罰必要性よりも低く、Xに対する刑罰は、Yに対する刑罰よりも減軽されなければならないように思われる。

そもそも承継的共同正犯は、行動規範論の観点から否定されるべきではないだろうか。後続行為者に正犯行動規範が発動されるためには、当然ながら後続行為者に（従来の主観説とは異なる）正犯としての構成要件の故意が認められなければならない。そこで、別稿において正犯性の判断基準として提唱した故意行為、とりわけ後続行為者の故意に着目すると、決して先行行為に関する故意は認められない。事後強盗罪が問題となる事例を引き合いに出せば、先行行為者の窃盗行為後に事情を把握して初めて加わった後続行為者が暴行のみ関与した場合、後続行為者には、先行行為である窃盗行為との関係で事後強盗罪の実行行為内在的な故意、すなわち正犯としての故意は認められない。加担前の窃盗行為について正犯としての故意を認めるならば、シュトラーターテンヴェルト／クーレンも指摘しているように、先行行為に関する正犯としての事後の故意を容認することになるだろう。刑法における意思としての故意については、事前の故意(dolus antecedens)と共に事後の故意(dolus subsequens)も真正の故意ではないことが一般的に承認されている⁶³⁾。先行行為に内在する真正の故意が認められない後続行為者に、事後強盗罪の承継的共同正犯を成立させてはならない⁶⁴⁾。

それにもかかわらず、正犯性の判断基準における形式的客観説は、正犯行為の一部を行った者を直ちに正犯とするため、事後の故意を容認して承継的共同正犯を肯定することになる。また、実質的客観説によれば、最終的な法益侵害結果の発生に重要な役割を果たした者が正犯となるため、最終的な法益侵害結果の発生を直接惹起した後続行為者は、重要な役割を果たしていたと認められやすく、たとえ限定的であるとしても承継的共同正犯を肯定してしまうことになるだろう。正犯性の判断基準を故意行為に求めれば、そうした帰結は排斥されうる。

事後強盗罪の事例に戻ると、後続行為者には、暴行罪の実行行為内在的な故意が認められる。それゆえ、少なくとも暴行罪は成立し、また暴行罪の限度で共同正犯が成立する。今一つ残されているのは、後続行為者に事後強盗罪の幫助犯としての故意が存在するか、存在するならば事後強盗罪の幫助犯を成立させることができるが、その場合に幫助の故意をどのように規定するか、という問題である。

思うに、正犯行為の一部を行う関与者に全体事象についての正犯性が認められるためには、正犯行為（実行行為）に内在する故意が「全体的に」存在しなければならない。もっとも、いわゆる共謀共同正犯の事例では、共謀者が第一行為しか行っていないため、共謀者にとって、実行行為に内在する故意は第一行為のみであり、第二行為に関する認識は事前の故意であるかのように思われるかもしれない。しかし、共謀者が実行に着手した第一行為の段階において、直接行為者に第二行為に関する指針を与えているのであれば、それは事前の故意ではなく、後続行為者を介する実行行為内在的な故意であると言えよう。

一方、同様の事例において、正犯行為の一部を行う関与者に全体事象についての幫助犯が成立する場合とは、正犯行為（実行行為）に内在する故意が「部分的に」存在する場合であると考えられる。確かに、後続行為が既遂に至る前の段階であれば、後続行為者の先行行為に関する認識は、事後の故意とは

言えず、全体事象についての正犯としての構成要件の故意が存在するように思われるかもしれない。しかし、後続行為者が先行行為について事後的に指針を与えることは、およそ不可能である。それゆえ、先行行為に関する後続行為者の認識は、やはり真正の故意とは言えないだろう。先に挙げた事後強盗罪の事例に当てはめれば、正犯行為（実行行為）に内在する故意が部分的に存在する後続行為者には、事後強盗罪の幫助犯が成立すると思われる⁶⁵⁾。

こうして見ると、正犯性の判断基準として重要な要素である、全体事象についての正犯としての構成要件の故意が認められるかどうかは、コミュニケーション事象あるいはコミュニケーション関係がいつ生じたか、という点が決定的な意味を持っているのではないだろうか。例えば、いわゆる共謀共同正犯の事例では、先行行為の時点でコミュニケーション事象（関係）が成立するため、後続行為についても、そうした関係が解消されない限り、（共同）正犯としての故意が維持される。これに対して、いわゆる承継的共犯の事例では、後続行為の時点で初めてコミュニケーション事象（関係）が成立するため、途中から加担した後続行為者が事情を了解するだけでは、全体事象についての正犯としての構成要件の故意は認められず、せいぜい後続行為についての正犯としての構成要件の故意が認められるに過ぎない。

一方、全体事象についての幫助犯としての構成要件の故意は、例えば正犯行為の予備段階でプロトタイプの幫助行為をする場合にも認められ、また、正犯行為（実行行為）の途中で行われる場合にも認められる。幫助もコミュニケーション事象であることに鑑みれば、結合犯のような場合に先行行為を了解して後続行為のみ加担した者に、全体事象に対する幫助犯としての故意を認めても差し支えないだろう。

したがって、承継的共同正犯はいかなる場合も否定され、いわゆる承継的幫助のみが、すなわち加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯のみが肯定されることになる。先にも検討したように、その犯罪構造は、幫助犯のプロトタイプではない。プロトタイプ事例における幫助行動規範の内容は、

正犯行為の外側にある行為、例えば、凶器提供や情報提供等である。しかし、幫助行動規範の内容はそれにとどまらず、複数行為が想定される事案においては、正犯行為の一部を規範内容とする幫助行動規範が指定され、そのような規範に違反する場合が、いわゆる承継的幫助であると考えられる。後続行為者が途中から初めて加担し、正犯行為（実行行為）の一部（後続行為）を遂行する場合であっても、全事象を見る限り、正犯を通じて法益侵害結果を志向する幫助行為であると言えよう。

以上の検討を踏まえると、先の最高裁決定で、共謀加担前に先行行為者がすでに生じさせていた傷害結果について、被告人が共同正犯としての罪責を負わないと結論づけたのは、妥当な判断ではないだろうか。もっとも、そのような結論を導出した因果的なアプローチは、一部の学説で見られるようにプロトタイプではない幫助犯の成立可能性までも閉ざしてしまうおそれがあるため、正犯行為の途中から初めて加担した後続行為者の罪責を検討する一般的な基準として使用すべきではないだろう⁶⁶⁾。強盗罪や詐欺罪等の事例において承継的共同正犯の成立可能性を示唆する補足意見には、賛同できない。

2 後続行為者に関する罪数問題

後続行為者には承継的共同正犯が成立しえないものの、加担後の行為については共同正犯が成立しうる。その際、後続行為者が、加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯にもなりうるならば、両者の罪数関係について問題となる。実際に学説を見ると、全体事象に対する幫助犯の成立を肯定する論者の間で結論の相違が見られる。

まず、山本雅子は、共同意思主体説の立場から、共同意思主体の形成は心理的・事実的なものであるため、後続行為者は、先行行為について事後的に認容・承継する意思があっても、あくまで片面的意思しかなく、先行行為に対する共同正犯となりえないと解する。もっとも、共同意思主体は60条以下の共犯現象を包括する概念であり、共同正犯、教唆犯、幫助犯のいずれが生

じたのかは、誰がいかなる役割を担っているかによって明らかになる。こうした理解に基づいて結合犯における後続行為者の罪責を検討すると、途中の介入時点で共同意思主体が形成されるため、典型的な支援行為の発現ではないにせよ、正犯に従う行為があれば幫助行為として評価されうる。結合犯については、それを法益の観点から見れば、二者に分解しきれない書かれざる爾余の法益侵害が措定されていると見るべきであるから、結合犯の実行行為は不可分である。それゆえ、後続行為者には全体事象に対する幫助犯が成立することになる、と主張している⁶⁷⁾。

共同意思主体はあくまで現象形態であり、共同意思主体内部での各行為主体が個別に見られるものであれば、正犯性の基準を別に求める限り、個別責任の原理に反することはないかもしれない。しかし、そのように解するのであれば、共同意思主体の有無は、共謀共同正犯を肯定する根拠や基準を提供するものではなく、正犯性を基礎づける論拠としての意義を失うことになる⁶⁸⁾。そこで正犯性の基準を先のように役割の重要性に求めると、直接結果を惹起する後続行為者は、むしろ「重要な役割を担った者」として容易に全体事象に対する正犯性が認められてしまうように思われる⁶⁹⁾。また、確かに結合犯の実行行為が不可分であるとしても、後続行為者には後続行為に関して正犯性を有する余地が残されているため、その点を検討すべきではないだろうか。

行為支配説の立場から機能的行為支配の有無によって正犯性を判断する照沼亮介は、強盗罪の事例において、後続行為者は窃盗罪の共同正犯と強盗罪の幫助犯との観念的競合になると主張している。その論拠として、先行行為者の強盗の実現を促進したという観点からは、構成要件該当性のみならず罰条適用の段階においても具体的に強盗幫助という罪名を摘示して、後続行為者の行為に対する評価を加える（実質数罪とする）ことが必要であるが、他方、同一人物に対する財産侵害という観点からすれば、窃盗の共同正犯と強盗の幫助とは、その中核部分すなわち財産侵害において重なり合うため、両

者の量刑において科刑対象となる事実の重複を回避する(科刑上一罪とする)必要が生ずることを挙げている⁷⁰⁾。一方で強盗殺人罪の事例では、自然的な意味の行為にとどまらず、刑法上の実行行為も明らかに独立した複数の部分があり、それぞれが別個の規範・不法内容を構成している。したがって、前半部分の実行行為が終了し不法が実現された場合には、もはや促進すべき正犯の不法内容が存在しない以上、その部分に対する幫助は認められず、後続行為者は、窃盗罪の共同正犯と強盗罪の幫助犯の観念的競合となり、窃盗の刑で処断されると解している⁷¹⁾。

しかし、そのような強盗罪や強盗殺人罪の事例において、後続行為者は、窃盗罪の共同正犯と強盗罪の幫助犯の観念的競合となるのであろうか。ここでは、とりわけ強盗殺人罪の事例を念頭において、後続行為者は強盗殺人罪の幫助犯となりうるか、換言すれば加担前に生じた加重結果についても幫助犯としての罪責を負いうるか、検討したい。

そもそも、強盗罪の事例であれば、暴行後に加担した後続行為者が強盗罪の幫助犯として処罰されうることは、これまでの検討から明らかであろう。一般的に、強盗罪は結合犯(zusammengesetzte Delikte)であり、結合犯とは、個々の意思活動それ自体が犯罪構成要件を充足する数個の行為を結合させてできた犯罪である。一部の論者によれば、結合犯は複数の法益保護に資するものであると説明されているが⁷²⁾、いずれにせよ、強盗罪の構成要件的行為が法律学的意味における一つの行為(eine Handlung im juristischen Sinn)であると言えるだろう⁷³⁾。他方、強盗殺人罪については、判例や通説の理解に従って刑法240条の規定から当該構成要件を導出できると理解するならば、強盗罪と殺人罪の結合犯として捉えられ、法律学的意味における一つの行為として評価することが可能であろう。そうであれば、強盗殺人罪の事例において加担前に死亡結果が生じている場合でも、強盗罪の事例において加担前に生じている暴行も含めて後続行為者が強盗罪の幫助犯となりうる場合と同じように考えて、後続行為者には、強盗殺人罪の幫助犯が成立しうるのではな

いだろうか。⁷⁴⁾強盗致傷罪のような結果的加重犯の事例において、加担前に加重結果が生じている場合も、結果的加重犯が通常結合犯であることに鑑みれば、⁷⁵⁾後続行為者には、加重結果について少なくとも予見している限りにおいて、強盗致傷罪の幫助犯が成立しうるように思われる。⁷⁶⁾

では、強盗殺人罪の幫助犯と窃盗罪の共同正犯の罪数関係について、どのように処理されるべきであろうか。両者を観念的競合として理解すれば、確かに実質数罪が成立するものの、科刑上は一罪として処断されることによって科刑対象となる事実の重複が回避されるため、二重処罰の禁止には反しない。しかし、後続行為者が、一つの客体しか認識していない場合でも数罪成立するならば、たとえ制裁規範論のレベルで量刑責任がクリアされてとしても、そもそも行動規範論のレベルにおいて決して許されない故意なき故意犯を容認することになり、責任主義とは相容れない事態を招いてしまうだろう。後続行為者が強盗と窃盗という二つの属性を択一的に認識しているとしても、客体を一つしか認識していない以上、二つの既遂結果が同時に発生する重疊の故意事例はありえないため、強盗殺人罪の幫助犯と窃盗罪の共同正犯の観念的競合とする理解は、適切ではない。

後続行為者に成立する犯罪の数が一罪であるならば、強盗殺人罪の幫助犯と窃盗罪の共同正犯のどちらが成立するかが問題となるが、強盗殺人罪と窃盗罪は法条競合の関係にあるため、後続行為者は、強盗殺人罪の幫助犯のみが成立することになる⁷⁷⁾。同様に考えれば、強盗罪の事例において、奪取行為から加担した後続行為者には、強盗罪の幫助犯のみが成立する。また、強盗致傷罪の事例において、致傷結果が成立した後に加担して奪取行為のみ行った後続行為者には、結果的加重犯も法条競合の特別関係にあるため、⁷⁸⁾強盗致傷罪の幫助犯のみが成立すると考えられよう。

こうした理解によれば、強姦罪の事例において、先行行為者による暴行または脅迫が終了した後、後続行為者が事情を把握した上で初めて参加し、姦淫行為のみ行った場合、後続行為者には強姦罪の幫助犯のみが成立すると思

われるかもしれない。しかし、そのような場合は、後続行為自体に準強姦罪の正犯性も認められよう。加担前の事象を認識して後続行為に及んでいるのであれば、後続行為者は、抗拒不能に乗じて姦淫した者に該当するからである。それゆえ、強姦罪の幫助犯と準強姦罪の共同正犯を包括一罪の関係として扱うのが妥当であろう。178条2項において、抗拒不能に乗じて姦淫した者は強姦罪(177条)の例によることが規定されているため、後続行為者には、準強姦罪の共同正犯のみが成立すると解されよう。

おわりに

正犯行為の途中から初めて参加し、正犯行為の一部を行う後続行為者には、行動規範論の観点から、いかなる場合であれ承継的共同正犯を成立させるべきではない。これに対して、いわゆる承継的幫助、すなわち加担前の事象を含めた全体事象に対する幫助犯は、後続行為者が正犯行動規範の射程内である実行行為の途中から初めて参加した場合であれば成立する。その際、決定的な基準となるのが、コミュニケーション事象(関係)がいつ生じたか、という点である。先行行為の時点でコミュニケーション関係が構築されていれば、そうした関係が解消されない限り、(共同)正犯としての真正の故意が認められうる。しかし、後続行為者が後続行為の時点で初めてコミュニケーション関係を構築した場合には、正犯としての構成要件の故意は、後続行為に関する部分しか認められない。もっとも、そのような場合でも全体事象に対する幫助犯としての構成要件の故意は認められうる。正犯行為の予備段階でプロトタイプの幫助行為を行う場合でも実行行為の途中で行う場合でも幫助犯としての構成要件の故意が認められうることに鑑みれば、後続行為者に、全体事象に対する幫助犯としての構成要件の故意を認めることができよう。

ところで、いわゆる共謀共同正犯は、限定的ではあるが共謀行為が実行行為そのものとして認められない限り否定されるべきであり、それはもはや実行共同正犯のカテゴリーに属するだろう。それゆえ、実行行為を行わない共

謀共同正犯は成立しえない。一方で、本稿の検討から、承継的共同正犯は成立しえないことが明らかとなった。表裏一体の関係にある両者は、いずれも行動規範論の観点から、共同正犯となりえないことが言えよう。

いわゆる承継的共犯をめぐる問題は、近年の犯罪においてもたびたび重要な論点となりうる。例えば、先に挙げたような振り込め詐欺の事案においては、実行行為の途中（現金の受け渡しなど）から初めて参加した後続行為者に対して、詐欺罪の共同正犯を認めるべきではない。コミュニケーション関係がいつ構築されたのかを厳格に認定し、それが後続行為の段階で構築されたのであれば、詐欺罪の幫助犯が成立するに過ぎない⁷⁹⁾。また、ストーカー事例においても、後続行為者の罪責について問題となりうるだろう⁸⁰⁾。ストーカー行為等の規制等に関する法律（いわゆるストーカー規制法）2条2項によれば、「ストーカー行為」とは、同一の者に対し、つきまとい等を反復することであるが、従来の集合犯とは次の点で異なる。すなわち、集合犯が個々の行為それ自体も独立して構成要件に該当するのに対して、ストーカー行為罪は、つきまとい等を一回行っただけでは構成要件に該当せず、「反復すること」が成立要件とされている点である⁸¹⁾。このようなストーカー行為罪が問題となる事例において、先行行為者が失恋に対する怨恨の感情を充足する目的で、つきまとい等を数回行った後、事情を把握した上で途中から初めて参加した後続行為者が、同様の方法でつきまとい等を一回行った場合、因果的共犯論に基づくならば、後続行為者は、ストーカー行為罪の共犯となりえず、無罪となるだろう。しかし、そうした帰結は、刑法の目的に鑑みれば妥当ではない。行動規範論に基づいた考察を行うことで、後続行為者はストーカー行為罪の幫助犯となり、法益保護の観点とも調和する妥当な帰結を導くことができよう。

1) 拙稿「共謀共同正犯における実行行為概念の再検討」大東法学22巻1＝2号（2013年）33頁以下。

2) 拙稿・前掲註1）42頁以下参照。

- 3) 山口厚『刑法総論 第2版』(有斐閣、2007年) 350頁。同様に主張する論者として、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕第2版』(成文堂、2005年) 353頁以下、浅田和茂『刑法総論 補正版』(成文堂、2007年) 422頁以下、林幹人『刑法総論 第2版』(東京大学出版会、2008年) 380頁以下、金尚均「承継的共同正犯における因果性」立命館法学 310号 (2006年) 138頁以下 (なお、いわゆる承継的幫助の検討は課題として残されている) 等。
- 4) 従来わが国では、正犯行為を行う幫助犯は、しばしば「実行行為を行う従犯」と称されている。しかし、こうした呼称は、誤解を招きかねない問題を抱えていると言えよう。制限的正犯者概念によれば、正犯行動規範とは区別される固有の幫助行動規範が存在するため、幫助行動規範の射程に入る固有の実行行為 (幫助行為) が観念されることになる。それゆえ、制限的正犯者概念に基づくならば、より適切な「正犯行為の一部を行う幫助犯」という表現を用いるべきであろう。また、「故意ある幫助的道具」と称されることもあるが、そもそも故意も責任も有する後続行為者を「道具」と捉えるのは適切でないように思われる。この点について、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年) 411頁参照。
- 5) 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁。
- 6) 宮崎万壽夫は、いわゆる承継的教唆 (sukzessive Anstiftung) について想定困難であると述べている。宮崎万壽夫「承継的共犯論の新展開」青山法務研究論集7号 (2013年) 27頁。しかし、近年ドイツでは、その可能性についても関心が寄せられている。René Börner, Die sukzessive Anstiftung, Jura 2006, S.415ff.; Stefan Grabow, Die sukzessive Anstiftung, Jura 2009, S.408ff.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61.Aufl., 2014, S.265; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2012, S.826f. 等を参照。具体的には、次のような事例が考えられよう。Yは、Aを毒殺するため二回に分けて服毒させる計画を立て、まず、入手した致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入し、Aに飲ませた (第一行為・先行行為)。しかしYは、予想以上に苦しむAを見て翻意し、その後の行為を中止することを決断した。ちょうどその時、Yに電話をかけたXは、状況を初めて把握した上で、計画を続行すべきである、と唆した。Yは、Xに教唆されたことで再び決心し、致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入してAに飲ませ、Aを死亡させた (第二行為・後続行為)。いわゆる承継的教唆の成立可能性については本稿における検討の射程外とし、今後の課題としたい。
- 7) シュトラテンヴェルト/クレーンも同様に捉えている。Vgl. Günter Stratzenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2011, S.257.
- 8) Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 2012, S.435f.
- 9) 拙稿「幫助犯における因果経過の齟齬—規範論的アプローチ—」法学研究論集34号 (2011年) 94頁以下。
- 10) 拙稿「正犯者概念と幫助構成要件」法学研究論集29号 (2008年) 129頁以下。
- 11) 正犯と共犯の区別基準に関する主観説の検討については、拙稿「共同正犯と幫助犯の区別基準—故意の再評価—」法学研究論集33号 (2010年) 53頁以下参照。
- 12) 拙稿・前掲註9) 83頁以下参照。
- 13) Leopold Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49, 1929, S.45.
- 14) 田川靖紘は、このような場合、関与者間の関係に着目すべきであり、期待可能性論に基づいて正犯性の有無を判断することも可能であると主張している。田川靖紘「期待可能性論と従犯について」愛媛法学会雑誌39巻3・4号 (2013年) 90頁以下。しかし、期待可能性論に基づく判断は、正犯行為の不法と幫助行為の不法の相違を軽視するものであり、賛同し難い。
- 15) 中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ560号 (1985年) 71頁、斉藤誠二「い

- わゆる『故意のある補助的な道具』 受験新報516号 (1994年) 33頁、山口・前掲註3) 324頁、齋野彦弥『基本講義刑法総論』(新世社、2007年) 267頁等。
- 16) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』(弘文堂、2005年) 117頁以下。また、相内信も、正犯行為を行う補助犯の論拠が主観のみを重視する理論であるとして否定し去るのは、形式だけを捉えたものであり、早計であると指摘している。相内信「故意ある補助的道具の問題」金沢法学23巻1・2号 (1981年) 220頁。
 - 17) 拙稿・前掲註11) 61頁以下参照。
 - 18) 横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁。また、正犯行為を行う補助犯の成立を示唆する判例として、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1187頁も参照。
 - 19) 従来こうした立場は、いわゆる承継的補助 (sukzessive Beihilfe) を認める立場と称されてきた。もっとも、「承継的補助」という呼称は、他者である先行行為者の不法を「承継」する立場であるとの誤解を招いている現状に鑑みれば、適切とは言えないだろう。高橋直哉も、承継的共犯と呼ぶとすれば、それは、すでに先行行為者が行ったことに関する罪責を後続行為者がそのまま受け継ぐという意味で理解されるべきではない、と指摘している。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。また、佐伯・前掲註4) 387頁も参照。それゆえ、本稿では限定的に「承継的補助」という呼称を用いることにする。
 - 20) 拙稿「補助犯における因果関係の意味—必要条件公式の適用可能性を契機として—」三原憲三／増田豊／山田道郎編『刑事法学におけるトポス論の実践 津田重憲先生追悼論文集』(成文堂、2014年) 106頁参照。
 - 21) 例えば、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年) 386頁。また、山中敬一「クルト・シュモラー『承継的共犯?』」ノモス13号 (2002年) 286頁、Diethelm Kleszczewski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 2012, S.258も参照。
 - 22) したがって、後続行為者に補助犯を認めることは先行行為に対する責任の推定を認めることになる、とする植田重正の批判は正しくない。植田重正「承継的従犯について」関西大学法学会編『岩崎教授在職三十五年記念論文集』(関西大学人文科学研究所、1958年) 263頁。いわゆる承継的補助を認める照沼亮介も、先行する不法・責任の承継は構造的にありえない、と力を込めて述べている。照沼亮介「共同正犯と補助犯—承継的共犯を素材として—」刑法雑誌48巻3号 (2009年) 21頁以下。
 - 23) 例えば、山口・前掲註3) 324頁。なお、浅田・前掲註3) 440頁は、先に挙げた覚せい剤譲渡事件について、形式的に見る限り正犯行為の一部であるにもかかわらず、補助犯が成立する余地を認める。
 - 24) Vgl. *Michael Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S.536.
 - 25) *Erich Samson*, in: Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/Erich Samson(Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3.Aufl., 1981, § 27 Rn.18.
 - 26) わが国の判例で示されたように、スーパーマーケット・レジ外持ち出し事件において、「犯人が最終的に商品を取得する蓋然性が飛躍的に増大する」かどうかを基準にするならば、利益を確保することは、最終的に財物を取得する蓋然性を飛躍的に増大させることになるだろう。東京高判平成4年10月28日判タ823号252頁参照。
 - 27) *Nikolaos Bitzilekis*, *Vollendung und Beendigung der Straftat*, ZStW 99, 1987, S.749. それゆえ、ピッツィレキスとは異なり終了概念を採用する佐伯仁志も、犯罪の終了時期を法益侵害の点だけから定めることはできず、構成要件を法益侵害の発生時点まで拡張することは罪刑法定主義上の疑問がある、と指摘している。佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号 (1994年) 22頁。
 - 28) Vgl. *Bitzilekis*, a.a.O.(Anm.27), S.726f.

- 29) *Chih-Jen Hsueh*, Abschied vom Begriff der Tatbeendigung im Strafrecht, 2013, S.100ff.
- 30) *Hsueh*, a.a.O.(Anm.29), S.217f.
- 31) *Hsueh*, a.a.O.(Anm.29), S.225f.
- 32) *Hsueh*, a.a.O.(Anm.29), S.228.
- 33) 伊東研祐/高橋則夫/只木誠/増田豊/杉田宗久『法科大学院テキスト 刑法各論』(日本評論社、2008年) 151頁。すでに内藤謙も、窃盗が既遂に達した後でも、その直後で追跡中であり、盗んだものの占有をまだ十分に確保したといえない状況にあれば、侵害は現に存在しており継続中であるから、正当防衛としてこれを取り戻すことができる、と述べている。内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、1986年) 331頁以下。また、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2・3号(1988年) 20頁も同様に主張している。
- 34) *Hsueh*, a.a.O.(Anm.29), S.92.
- 35) 高橋則夫『刑法総論 第2版』(成文堂、2013年) 265頁参照。
- 36) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号(1985年) 91頁。
- 37) Vgl. *Hans-Joachim Rudolphi*, in: Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/Erich Samson(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2002, Vor § 22 Rn.6f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.a.O.(Anm.7), S.251; *Georg Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 2009, S.276; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43.Aufl., 2013, S.236.
- 38) Vgl. Jürgen Baumann/*Ulrich Weber*/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11.Aufl., 2003, S.745; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.692. また、わが国でも同調する論者が見られる。林幹人「犯罪の終了時期—最高裁平成18年12月13日決定を契機として—」刑事法ジャーナル9号(2007年) 68頁、山本雅昭「犯罪の終了について」法政研究13巻3・4号(2009年) 136頁、松原・前掲註21) 381頁以下等を参照。
- 39) *Helmut Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2013, S.448.
- 40) *Krey/Esser*, a.a.O.(Anm.8), S.444.
- 41) *Walter Stree/Bernd Hecker*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29.Aufl., 2014, S.2422f.
- 42) *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29.Aufl., 2014, S.550f.
- 43) もっとも、工場構内運搬事件のように、財物の性質や行為状況等の相違によって既遂時期は若干異なりうると思われる。大阪高判昭和29年5月4日高刑集7巻4号591頁参照。
- 44) Vgl. *Kühl*, a.a.O.(Anm.6), S.858.
- 45) ルドルフィーも、これは許されない方法で構成要件に該当する窃盗不法を認めるものであり、基本法103条2項に規定された「法律なければ犯罪なし」との原理に明らかに違反する、と論じている。*Hans-Joachim Rudolphi*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S.568.
- 46) Vgl. *Kristian Kühl*, Die Beendigung des vollendeten Delikts, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S.673ff.
- 47) Vgl. *Heiko Hartmut Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S.65.
- 48) Vgl. *Stefan Grabow/Stefan Pohl*, Die sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe, Jura 2009, S.660.
- 49) 照沼亮介は、共犯の処罰根拠論における混合惹起説の立場から、基本的な論理構造と

- してルドルフィーの見解を支持しているが、正犯の不法を考慮する際、既遂後の共犯行為だけに着目して、それが構成要件に該当しない行為であるため、およそ一般に正犯行為の終了に至るまで関与が可能なわけではない、と解している。照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）290頁以下。
- 50) 惹起志向説については、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）354頁以下、拙稿「共犯の処罰根拠—共犯従属性の観点から—」明治大学社会科学研究所紀要48巻2号（2010年）222頁以下参照。
 - 51) 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁。
 - 52) 松山地判平成23年3月24日刑集66巻11号1299頁。
 - 53) 高松高判平成24年11月15日刑集66巻11号1324頁。
 - 54) 大阪高判昭和62年7月10日高刑集40巻3号720頁。
 - 55) 実際、神戸地尼崎支判平成24年9月3日LEX/DB25482684では、被告人が先行行為を認識・了知し、これに主体的・積極的に途中から加担したことを根拠に、承継的共同正犯の成立を認めている。
 - 56) 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』（成文堂、2012年）417頁以下、川端博『刑法総論講義 第3版』（成文堂、2013年）570頁、西田典之『刑法総論 第2版』（弘文堂、2010年）366頁以下、阿部力也「共同正犯の因果性～承継的共同正犯に関する議論を参考にして～」明治大学社会科学研究所紀要50巻2号（2012年）219頁以下等。
 - 57) 高橋・前掲註19) 153頁以下。
 - 58) 十河太朗「承継的共犯の一考察」同志社法学64巻3号（2012年）368頁以下。
 - 59) Vgl. Kühl, a.a.O.(Anm.6), S.783.
 - 60) Vgl. Kühl, a.a.O.(Anm.6), S.800. したがって、他の関与者の了解を得て、未遂成立後に初めて行為事象に合流した者も、加担後の行為について共同正犯になりうることは、ほとんど争いなく認められるだろう。Vgl. Bernd Schünemann, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12.Aufl., 2006, § 25 Rn.197; Wolfgang Joecks, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2.Aufl., 2011, § 25 Rn.202.
 - 61) レッシュは、制裁規範論の観点から後続行為者の罪責を検討している。レッシュによれば、刑法における形式的な不法を構成要件の実現と解する一方、実質的な不法とは制裁規範によって保障される規範的な期待と結びつけられたコミュニケーションの喪失であり、結果無価値はそうした規範の妥当性を侵害する中に存在すると解している。Lesch, a.a.O.(Anm.47), S.253ff., S.278ff. もっとも、規範論的に見れば、行動規範に違反した後に制裁規範が問題となるため、後続行為者が正犯制裁規範に対応する正犯行動規範に違反したかどうかを第一に検討しなければならない。正犯としての刑罰必要性の観点から後続行為者の正犯性を検討することになれば、正犯と共犯の行動規範が同じであるとする拡張的正犯者概念に依拠しなくなるだろう。
 - 62) Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O.(Anm.7), S.241.
 - 63) Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2013, S.125.
 - 64) クライ／ヘルマン／ハインリヒは、わが国の刑法によれば事後強盗罪に相当する強盗的窃盗罪について、窃盗行為後に初めて加担した後続行為者に承継的共同正犯を認めることは類推禁止の原則に反する、と指摘している。Volker Krey/Uwe Hellmann/Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 16.Aufl., 2012, S.140.
 - 65) キントホイザーも、先行行為に関与しなかった者は、強盗的窃盗罪の正犯となりえないと述べている。Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Band 3, 4.Aufl., 2013, § 252

- Rn.24. エーザー／ポッシュが言及しているように、強盜的窃盜罪が強盜罪のように窃盜と強要の結合形態であるならば、強盜的窃盜罪の正犯性が認められるためには両者の諸要素を正犯的に満たさなければならないからである。Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29.Aufl., 2014, S.2409. わが国における事後強盜罪も、窃盜行為と暴行・脅迫が併存することによって、行為無価値の観点から強盜罪と同価値性を有するのであれば、やはり両者の行為について正犯性が認められなければならないだろう。正犯性の判断基準を故意行為に求める私見によれば、実行行為内在的な真正の故意が暴行・脅迫行為しか存在しない後続行為者には、事後強盜罪の正犯性は認められず、事後強盜罪の幫助犯のみが成立することになる。もっとも、事後強盜罪を身分犯と解する立場からは、後続行為者の罪責を、いわゆる承継的共犯のテーマの下で解決すべきではないとの批判が提出されている。例えば、曾根威彦『刑法各論 第5版』（弘文堂、2012年）131頁以下、前田雅英『刑法総論講義 第5版』（東京大学出版会、2011年）496頁以下、523頁以下参照。しかし、そのような立場によれば、事後強盜罪においては窃盜行為が「身分」という犯罪主体の要件として理解されるため、本来窃盜行為が行動規範に違反する行為であることに鑑みれば、他の犯罪においても行動規範に違反した行為者は、すべて身分犯になってしまうように思われる。それゆえ、そうした批判の前提自体に重大な欠陥を抱えていると言えよう。
- 66) 早濑宏毅も、当該決定の理論構成が因果性を重視した考え方である可能性を指摘した上で、そのような理論構成を批判的に考察している。早濑宏毅「判批」研修777号（2013年）31頁以下。
- 67) 山本雅子「承継的共同正犯論」川端博／椎橋隆幸／甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）469頁以下。
- 68) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）48頁、松原・前掲註21）358頁参照。
- 69) 本来、共同意思主体説は、共謀行為の正犯としての当罰性を直観として重視する一方で、実行行為についての形式的客観説を自明のものとした結果から生まれた理論である。草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店、1950年）315頁以下、下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（学陽書房、1975年）33頁以下参照。そうであれば、共同意思主体説は形式的客観説に対する批判も当てはまることになる。さらに、共犯者を共同意思主体として一人格化し、いわば一主体一罪として捉えているのであれば、共同意思主体説は個別行為責任に挑戦する学説であるとも言えよう。
- 70) 照沼・前掲註49）294頁。同様の立場として、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）473頁、高橋・前掲註35）447頁。
- 71) 照沼・前掲註49）294頁。また、同「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹／中森喜彦／西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開 町野朔先生古稀記念 上巻』（信山社、2014年）276頁も参照。
- 72) Vgl. Uve Murrmann, Grundkurs Strafrecht, 2.Aufl., 2013, S.480. こうした理解がわが国でも通用するかどうかは、傷害罪が暴行罪の結果的加重犯かどうかを検討する必要があるだろう。傷害罪を暴行罪の結果的加重犯と解するわが国の通説的な理解に対する批判として、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）248頁以下参照。
- 73) Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O.(Anm.37), S.319f.
- 74) 松宮孝明は、罪名従属性（一罪性）の観点から強盜殺人罪の幫助犯を肯定する。松宮孝明『刑法総論講義 第4版』（成文堂、2009年）272頁。確かに、こうした観点に着目すれば、関与前の他人の行為に関する責任まで認めるものではなく、一罪性を根拠とする承継は罪名に限られるため、承継は見かけ上のものに過ぎないと言えよう。もっ

とも、罪名従属性にとらわれると、正犯性の判断基準次第で承継的共同正犯を肯定しうることになる（実際、松宮は役割の重要性に着目し、後続行為者の寄与が重要であれば承継的共同正犯もありうることになる、と述べている）。同「承継的共犯について—最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁を素材に—」立命館法学352号（2013年）369頁。しかし、たとえ承継が見かけ上に過ぎないとしても、後続行為者に共同正犯が成立する余地を認める立場は、先に述べた行動規範論と相容れず、妥当ではない。

- 75) Vgl. *Jescheck/Weigend*, a.a.O.(Anm.38) S.265.
- 76) 榎本桃也も、正犯者が基本犯たる犯罪を実行することと、その実行の一応の状況を認識して教唆者や補助者が加担したのであれば、そのことのみで、実現事実に対して教唆や補助としての現実的な影響力は及ぼしていると考えられるのであり、基本的には、結果的加重犯の共犯は成立しうる、と主張している。榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』（成文堂、2011年）255頁。
- 77) 大審院も、被害者を金品強取の目的で殺害したことについて先行行為者から聞かされた上で協力を求められ奪取行為を容易にした被告人に対して、強盗殺人罪の補助犯を成立させている。大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁。
- 78) Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, a.a.O.(Anm.37), S.320.
- 79) 小林憲太郎も、現金の受け渡しから初めて参加した後続行為者（いわゆる受け子）に詐欺罪の補助犯を理論的に認める余地があるとしつつ、「詐欺の共犯とするためには詐欺の承継を肯定しなければならない」と述べている。小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐる」研修791号（2014年）12頁。もっとも、そのような言明が「先行行為の不法や責任を承継することになる」という意味であれば、いわゆる承継的共犯の犯罪構造を捉え損ねている、と言えよう。これに対して、「詐欺には途中からしか関わっていないが、詐欺罪の補助犯となりうる」という程度の意味であれば、この点を問題視する気はない。
- 80) ドイツでは、2007年から、刑法238条に「つきまとい行為」を処罰する規定が置かれているが、ホッホマイヤーは、個別のつきまとい行為に途中から参加した者の罪責について、いわゆる承継的共犯をどのように理解するかによって結論が異なりうることを指摘している。Vgl. *Gudrun Hochmayr*, *Das sukzessive Delikt — ein neuer Deliktstypus*, ZStW 122, 2010, S.776ff.
- 81) 四條北斗「『漸次犯』という概念について—ストーキングに対する構成要件と実行行為—」東北学院法学73号（2012年）229頁参照。

〔付記〕校正段階で、阿部力也「承継的共同正犯について—部分的肯定説の再検討—」井田良／高橋則夫／只木誠／中空壽雅／山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 上巻』（成文堂、2014年）531頁以下、高橋則夫「承継的共同正犯について」井田／高橋／只木／中空／山口編・前掲書557頁以下、橋本正博「『承継的共同正犯』について」井田／高橋／只木／中空／山口編・前掲書579頁以下に接した。これらの論文に対する立ち入った考察は、今後の課題としたい。