



| | |
|------------------|---|
| Title | 刑事判例研究 |
| Author(s) | 松尾, 誠紀; MATSUO, Motonori |
| Citation | 北大法学論集, 56(3), 343-377 |
| Issue Date | 2005-09-26 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/15396 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 56(3)_p343-377.pdf |



刑事判例研究

松尾 誠 紀

共犯者において営利目的で略取した被害者をそのまま支配下に置いて監禁し続けている段階で、被告人がその事情を熟知しながらこれに加担したときは、監禁罪のみならず営利目的略取罪についても共同正犯としての責めを負う。

東京高裁平成一四(二〇〇二)年三月二三日判決(平成一三年(う)第二四四七号、営利目的略取、監禁、恐喝未遂)
東京高等裁判所判決時報(刑事)五三卷一〜一二号三一頁
(参照条文) 刑法六〇条、一二二〇条、一二二五条

【事実】

(1) 本件では、概ね次の事実が認められている。

①被告人Xは、暴力団関係では先輩にあたる主犯格のYaから、外国人のトラブルのために藤(埼玉県)まで行ってほしいとの依頼を受け、舎弟分であるYbが代わりに行くことを了承し、Ybに交通費を渡した、②その後、Ybらは、Yaの指示で、被害者Zを略取して車内に監禁しながら渋谷のカラオケ店Bに連れ込み、同所で、YaやYbが、Zに対し、イラン人の通称Ycから盗んだ覚えい剂等を返すか、代わりに金を払えと要求し、手拳や特殊警棒で殴打したり、スタンガンを首筋に突きつけるなどし、さらに監禁場所をホテルCの客室に移した、③他方、Ybと犯行の節目ごとに電話で連絡を取り、犯行の状況の報告を受けていたXは(ただし、略取自体について、それ以前にYbと電話連絡をとっていたとまでは認められていない)、略取から約一四時間後の午後二時頃、ホテルCの同室に起き、それまでの事情を聞きながらも、その犯行に加担することとした、④以後、Xも含め、代わる代わるZを監視したり、Xが、Zの内妻に電話で現金の受け渡し場所を指示するなどした上、ZをホテルDの客室やマンションEに監禁した。

(2) これについて、特に、監禁の途中から加担した被告人

に、営利目的略取に対する共犯が成立するか否かが問題となる(1)ところ、第一審・さいたま地裁平成二三年九月一四日判決(以下、「原判決」とする)は、「罪となるべき事実」において、次の通り、被告人が、Yaらと共に謀の上、第一に被害者Zを略取すると共に監禁し、第二に暴行による恐喝未遂をしたとする事実を認め、結論において、営利目的略取に対する共犯の成立も認めている(本稿では、原判決が公刊物未登載であることを考慮し、原審の判決内容を詳しく掲げることにする)。

(罪となるべき事実)

被告人は、Ya、Yb、Yc、Yd外数名と共に謀の上、

第一 営利の目的をもって、平成二二年一月一〇日午前零時ころ、埼玉県川口市……駐車場Aにおいて、前記Ybにおいて、Z(当時二七歳)の左腕をつかみ、「逃げたら、殺すぞ。」などと申し向けて脅迫し、同所に駐車していた普通乗用自動車の後部座席に同人を乗車させ、同人の左右にYb及びYdがそれぞれ乗車して、前記Ycの運転で直ちに同車を発進進行させて、右Zを被告人らの支配下に置き、同日午前一時過ぎころ、右Zを東京都渋谷区……カラオケ店B(の) n号室に連れ込み、同日午前二時四五分ころ、同人を同所から連れ出して普

通乗用自動車後部座席に乗車させ、そのころ、同区……ホテルC(の) n号室に連れ込み、さらに、同月一二日午後三時五十分ころ、同人を同所から連れ出して、そのころ、同都新宿区……ホテルD(の) n号室に連れ込み、同日午後九時三〇分ころ、同人を同所から連れ出して、同日午後一〇時前ころ、同都渋谷区……マンションE(の) n号室に連れ込み、同月一四日午後五時ころまでの間、被告人らが右Zの監視を続け、同人が右各車両及び右各室から脱出するのを困難にし、もって、右Zを略取するとともに、不法に監禁し、

第二 前記Zに盗まれたと称する覚えい剤を同人から返還させ、あるいはその代金名下に金員を喝取することを企て、同月一〇日午前一時四〇分過ぎころ、前記カラオケ店B(の) n号室において、同人に対して、前記Yaにおいて、右Zの頭部及び顔面等を手拳等で殴打するなどの暴行を加え、「お前が盗ったんだろう。早く出せ。どこにやったんだ。」「そうでなかったら、金を払え。」などと申し向け、さらに、同日午後三時ころ、前記ホテルC(の) n号室において、同人の首筋に模造刀様のものを突きつけるなどの暴行を加えて金員の交付を要求し、右Zをして、もし右要求に応じなければその生命、身体等にいかなる危害を加えるかもしれない氣勢を示

して同人を畏怖させたが、同人から金策を依頼された同人の内妻が警察に届け出たため、その目的を遂げなかったものである。

(3) 原判決は、「事実認定の補足説明」の第三項において、本件営利目的略取、監禁、恐喝未遂の各事実について、被告人に共同正犯が成立する理由を、次のように判示する。

三 ……被告人は、YbがYaと共謀の上、Zから覚えい剤又はその代金に相当する六〇〇万円を取り上げるために同人を廠から車両で無理やり連行してその支配下に置き、カラオケ店Bに連れ込み、引き続き、ホテルCにまで連行し、監禁していることを十分に認識しながら、その犯行に加担し、被告人自らZを監視するYbら共犯者らと行動をともし、YaがZに暴行、脅迫を加えて二〇〇万円の支払いを約束させた場面を眼前にしなが、その後もZの監視を続ける共犯者らと行動をともし、二〇〇万円の交付をさせるためにZの内妻に対し、携帯電話をかけて自ら脅迫文言を申し向けて、現金を指定した場所へ持参するよう指示したばかりでなく、それまでに加えられた暴行、脅迫により畏怖しているZをホテルC

からホテルDへYaとともに移動させ、その後、さらに、被告人一人でマンションE（の）n号室へ移動させて監禁を継続しているのだから、遅くとも、平成二十二年一月一日午後二時ころ、被告人がホテルC（の）n号室へ赴き、Zの監視されている状況を現認するとともに、Ybからそれまでの状況の報告を受けた時点においては、Ya及びYbらが意思を通じてZから、覚せい剤又は金員を喝取する目的で、同人を略取し、監禁していることを認識した上で、被告人自身もこれらの者と一体となり、互いの行為を利用して、同様の目的で、犯行に加担するに至つたものと認められる（傍線は引用者）。そして、被告人は、その後、自ら、その場でZの監視をするYbらと行動をとることににより、略取されたZを引き続き被告人及びYbら共犯者の支配下へ置く行為及び監禁行為に関与し、Yaが暴行、脅迫を加えてZから金員を喝取しようとした際には、その場に同席していた上、Zの内妻を脅迫し、指定した場所へ現金を持参するように指示するなどして金員喝取行為の一部を行い、その上、Zを、ホテルCからホテルD及び同ホテルからマンションE（の）n号室へ移動させる行為を行っているから、被告人は、本件営利目的略取、監禁、恐喝未遂の各事実について、いずれも、従犯にとどまるもの

ではなく、共同正犯が成立することは明らかである。

（4） さらに原判決は、「事実認定の補足説明」の第四項において、特に、営利目的略取に対する共犯を肯定した理由について、次のように判示する。

四 弁護人は、略取とは、暴行、脅迫により被害者を実力支配下に移す行為をいうのであり、これが終了した後に、実力支配から逃れないように見張るなどの行為をした者について、従犯が成立し得るとしても、共同正犯が成立する余地はないと主張するが、本件においては、廠の駐車場Aにおける暴行、脅迫によりZを車両に乗車させて発進させた行為により略取は既遂に達しているものといえるが、その後もカラオケ店Bから連れ出してホテルCに連れ込んだ行為、同ホテルから連れ出してホテルDに連れ込んだ行為、同ホテルから連れ出してマンションE（の）n号室に連れ込んだ行為についても、略取行為は継続しているものといえ、ホテルCからZを連れ出した以降の行為については、被告人と共犯者との間で共謀が成立しており、これらの行為は、全体として包括一罪を構成するものといえるから、結局全体について共同正犯

が成立すると考えられる〔傍線は引用者〕。

(5) なお、原判決は、「法令の適用」において、次の通り、判示第一の略取と監禁の所為を観念的競合とし、判示第一と判示第二の所為を併合罪としている。

(法令の適用)

被告人の判示第一の所為のうち、営利目的略取の点は刑法六〇条、二二五条に、監禁の点は同法六〇条、二二〇条後段に、判示第二の所為は、同法六〇条、二五〇条、二四九条一項にそれぞれ該当するところ、判示第一の営利目的略取と監禁とは、一個の行為が二個の罪名に触れる場合であるから、同法五四条一項前段、一〇条により一罪として重い営利目的略取罪の刑で処断することとし、被告人には前記前科があるので同法五六条一項、五七条により判示第一及び第二の各罪の刑についてそれぞれ再犯の加重をし、以上は同法四五条前段の併合罪であるから、同法四七条本文、一〇条により重い判示第一の罪の刑に同法一四条の制限内で法定の加重をした刑期の範囲内で被告人を懲役三年六月に処し、……。

(6) これに対して、被告人側が事実誤認と量刑不当を理由に控訴したものが、本件である。なお、控訴趣意は、原判決が「事実認定の補足説明」の第四項において判示した、略取に対する共犯を成立させた理由に対して、次の主張をする。

略取について共同正犯が成立する余地がないという主張は、まず、略取を状態犯ととらえ、被略取者を支配下においた時点で既遂となり、その後も被略取者を支配下に置く行為は不可罰的事後行為であり、監禁に該当することはあつても、略取にはならない〔傍線は引用者〕。それゆえ、Ybが藤でZを車両に乗車させて発進させた行為により、Zをその支配下に置いた時点で略取は既遂となり、その後もZを支配下に置く行為は監禁罪に該当することはあつても、略取にはならず、被告人は一月一〇日午後二時ころにホテルCに赴いた時から犯行に加担したのであるから、監禁には加担し得るが、略取には加担できないという趣旨である〔傍線は引用者〕。

【判旨】 控訴棄却（確定）。

本判決は、控訴を棄却し、結論において、事情を熟知しながら加担した被告人Xは、犯行の途中からの加担であつても、営

利目的略取、監禁及び恐喝未遂の各犯行全体について共同正犯としての責めを負うとした。なお、本判決は、特に営利目的略取への共犯も肯定できる理由について、次のように判示する。

所論は、略取の罪は状態犯であり、被略取者を支配下に置いた時点で既遂となり、その後も被略取者を支配下に置く行為は不可罰の事後行為であつて、略取には当たらないから、既遂となつた略取の犯行に加担することはできないはずであり、被告人について略取の共同正犯を認める原判決は誤つている旨主張する。

営利目的略取罪は、被略取者を事実上の支配下に置いた時点で既遂になるから、被略取者の監禁場所を、本件のごとくその後三回変えたからといって、原判決のいうように、その都度、新たに営利目的略取罪が成立し、合わせて同罪の包括一罪が成立すると解することはできない。

しかしながら、略取行為自体は終了していても、その後に引き続き、これと一体となる監禁行為が継続している場合に、その途中から、これらの事情を熟知しながら、犯行に加担した者については、加担以前の監禁のみならず、略取に対しても共同正犯としての責任を負うべきである。

なるほど、窃盗罪については、典型的な状態犯と解され、例えば、共犯者が窃取したカードを同人からその旨の説明を受けて手渡された者が、共犯者と共謀の上、これを利用してキャッシュデイスベンサーから現金を窃取したような場合について、その者の加担前のカード窃盗自体について共同正犯としての責任を問うことはできないと解すべきである。これに対して、営利目的略取罪も、状態犯と解されるところ（最決昭和五八年九月二七日刑集三七卷七号一〇七八頁参照）、被略取者を事実上の支配下に置いた時点で同罪は犯罪としては既遂になるが、被略取者の自由に対する法益侵害は、被略取の違法状態が続く限り継続しているといふべきである。平たくいえば、窃盗の場合には、盗まれてしまえば、その物の所有者（占有者）の権利はその時点で侵害されたままで、その状況に特段の変化は生じないが、営利目的略取罪の場合は、被略取者の法益に対する侵害はなお継続しており、いわば、時間的経過に従つて更新されているといふべきものであり、略取に引き続き被略取者を支配下に置いている行為も可罰性のある法益侵害行為であるが、略取罪に評価されるものとして、監禁罪等に問われることは別として、略取罪を構成しないとされているにすぎない。そうすると、加担前の監禁行

為についても共同正犯としての責任を問うことができるのである(東京高判昭和三四年一月七日高刑集一二卷一〇号九八〇頁)、同様の意味で、既遂となった略取罪についても共同正犯としての責任を問うことができると解すべきである。

このように、同じ状態犯であっても、窃盗罪と営利目的略取罪とではいわゆる承継的共犯の成否に差が生じるのは、既遂後の侵害される法益の状態の違いによるものであり、さらにいえば、物に対する侵害と人の自由に対する侵害とは、保護法益の重要性におのずから差があることの反映といふべきなのである。

【検討】

一 問題の所在

これまでの学説において、拐取罪⁽²⁾と監禁罪⁽³⁾の罪数関係が、主に単独犯を念頭において問題とされてきた。本判決が引用する、最高裁昭和五八年九月二七日決定⁽⁴⁾(以下、「58年決定」とする)も、単独犯において拐取と監禁の罪数関係が問題とされた事案である。すなわち、被告人が身の代金を交付させる目的で小学一年生の男児を誘拐した後、自動車内や知人宅に同男児を監禁し、その間、十数回にわたり同男児の母親に身の代金を要求し

た事案につき、最高裁が、なお書きにより、「みのしろ金取得の目的で人を拐取した者が、更に被拐取者を監禁し、その間にみのしろ金を要求した場合には、みのしろ金目的拐取罪とみのしろ金要求罪は牽連犯の關係に、以上の各罪と監禁罪とは併合罪の關係にあると解するのが相当」と判示したものである。もつとも、58年決定は拐取と監禁を併合罪としたものの、以下で見ると、他に、他にも、牽連犯ないし觀念的競合とする見解も有力に主張されている。

拐取と監禁の罪数関係をめぐる議論においては、監禁罪が継続犯であることが一般的な前提とされていることから、結局のところ、その罪数関係の帰結は、拐取の罪質の理解によって左右されることになる。そのことは、裏を返せば、罪数關係論を通して拐取の罪質を浮き彫りにすることができるということの意味し、それゆえにこそ、単独犯において拐取と監禁の罪數關係論が盛んに議論されてきたのである。もつとも、罪數關係論を通して拐取の罪質を見る際には、「拐取後の監禁」⁽⁶⁾をめぐる事案を前提とする必要がある。なぜなら、「拐取後の監禁」の事案に対して、「監禁による略取」⁽⁷⁾の事案があるが、後者の場合、一つの行為が複数の罪に該当しているので、拐取の罪質を状態犯と解そうと継続犯と解そうと、いずれにせよその罪數關

係が観念的競合と理解されることから（いいかえれば、観念的競合としていたとしても、必ずしも拐取を継続犯と解しているとは限らないことから）、拐取の罪質を析出するに適さないからである。ちなみに、58年決定が「拐取後の監禁」の事案であるのに対して、本件は「監禁による略取」の事案である。それゆえ、本件の原判決が、営利目的略取と監禁を観念的競合としたのは、略取の罪質に関する特定の理解に従ったというよりは、事案が「監禁による略取」であったからと思われる⁽⁹⁾。

そこで、これまでに見られた拐取と監禁の罪数関係に関する見解を概観すると、次の五つに分けられる（別表も参照されたい）。

第一に、拐取の罪質を「状態犯」と解した上で、罪数関係を「牽連犯」と解する見解（見解①）が挙げられる。判例においても、大審院昭和一

| | 拐取の罪質 | 監禁との罪数 | 共犯の成否 |
|-----|-------|--------|-------|
| 見解① | 状態犯 | 牽連犯 | 不成立 |
| 見解② | 状態犯 | 併合罪 | 不成立 |
| 見解③ | 継続犯A | 併合罪 | 成立 |
| 見解④ | 継続犯B | 観念的競合 | 成立 |
| 見解⑤ | 継続犯 | 吸収一罪 | 成立 |
| 本判決 | 状態犯 | (併合罪) | 成立 |

*「監禁による略取」の場合は、観念的競合たりうる（見解⑤以外）

*本判決は、本件被告人につき併合罪としたわけではない

【別表】拐取の罪質、監禁との罪数、共犯の成否、をめぐる諸見解

三年一月一〇日判決が、結婚目的略取教唆と監禁（と強姦致傷）を牽連犯と解した原判決を支持しており、学説においても、58年決定以前には、牽連犯と解する見解も見られる⁽¹³⁾。第二に、第一と同じく拐取の罪質を「状態犯」と解しながらも、罪数関係を「併合罪」と解する見解（見解②）が挙げられる。学説では、58年決定が継続犯を主張する上告趣意を否定した上で併合罪としたことから、58年決定を（併合罪かつ）状態犯と解したものと理解する見解も見られる⁽¹⁴⁾。また、58年決定の調査官解説は、「拐取後の監禁」の事案では、拐取を継続犯と解するならば観念的競合、状態犯と解するならば併合罪か牽連犯、と整理した上で、拐取と監禁が、文書偽造・同行使・詐欺というほどの手段・結果の必然的關係にはなく、さらに牽連犯を認めるについて制限的な傾向を示す判例から見ても、58年決定がその罪数関係を併合罪と解したのは妥当と評価している⁽¹⁵⁾。これらの見解によれば、58年決定が見解②を採るものと理解されることになる。第三と第四の見解は、拐取の罪質を同じく「継続犯」と解しながらも、その罪数関係を、「併合罪」と解する見解（見解③）と、「観念的競合」と解する見解（見解④）、に区別される。両者は継続犯に対する理解が異なる。すなわち、見解③が、継続犯だからといって、必ずしも行為が継続しているとは限ら

ないと考えるのに対し（継続犯AⅡ行為が非従属的理解の継続犯⁽¹⁶⁾）、見解④は、実行行為が継続し犯罪も継続するのが継続犯と解している（継続犯BⅡ行為が継続的理解の継続犯⁽¹⁷⁾）。そして、罪数関係については、それぞれの罪質理解に従い、見解③は、拐取罪では拐取行為後、違法な支配が継続しているだけと解して「併合罪」とし、見解④は、拐取後も継続するとされる拐取行為と監禁行為の重なりに着目して「観念的競合」と解している⁽¹⁸⁾。第五に、拐取を「継続犯」と解した上で、拐取も監禁も自由を侵害する犯罪である以上、拐取後、継続して被害者を拘束しても、監禁罪が別途成立するはずがないとする見解（見解⑤）が挙げられる⁽¹⁹⁾。58年決定の上告趣意も、見解⑤の理解に従って、監禁罪は成立しないと主張している⁽²⁰⁾。

他方、これまでの一般的な学説では、状態犯・継続犯といった罪質理解は、時効や共犯の成立に共通した基礎理論であるとして理解されている⁽²¹⁾。つまり、特に事後的に関与した者の共犯の成否について、継続犯であればその共犯の成立は可能であるものの、状態犯では成立しえないと理解されている。このようにして、単独犯における罪数関係論を通して理解された拐取の罪質が、拐取後の監禁から関与した者の、拐取に対する共犯の成否を論じるにあたって応用されることになる⁽²²⁾。そこで、先に見た

各見解の拐取に関する罪質理解から、その共犯の成否を敷衍すると、状態犯と解する見解①②では、共犯成立の可能性が否定されるのに対し、継続犯と解する見解③④⑤では、その可能性が肯定されるものと思われる（再度、別表を参照されたい）。

現に、これまでの判例において、拐取後の関与につき、拐取に対する共犯が認められた事案が二件存在するが、そのいずれもが拐取を「継続犯」と理解した上で、共犯の成立を認めている。第一に、大阪高裁昭和五三年七月二八日判決は、Yが被害者を営利目的で略取すると共に監禁し、その後、被害者の妻に身の代金を要求した事案について、略取後の監禁から関与した被告人Xが、身の代金要求罪における「拐取者」に該当する否かを判断するに際し、営利目的略取の罪質を、「同罪は、暴行又は脅迫によつて人を自己の支配下に移した段階で既遂に達するけれども、その後も右の支配が続く間はその犯罪行為が継続している継続犯である（傍点は引用者）」と解した上で、それに従い、被告人は「人を略取した者に該当する」としている。第二に、東京高裁昭和三年八月二〇日判決も、Yが接客婦として売り渡す目的で被害女性を誘拐し、目的地に向かう途中で、被告人Xが情を知りながら同行加担した事案について、営利目的誘拐罪の罪質を、「いわゆる継続犯の性格を持つものと解する

のが相当〔傍点は引用者〕とした上で、誘拐への共犯の成立を肯定している。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

しかし、これに対して本判決は、営利目的略取罪を「状態犯」であると解した上で、なおかつ共犯の成立も「肯定」したものである（三度、別表を参照されたい）。すなわち、本判決は、拐取の罪質について異なる見解が主張されているところ、それを状態犯と解し、さらに、これまでの学説では、状態犯ならばその事後的な関与者に共犯は成立しえないと考えられていたところ、共犯の成立を認めたものである。そこで、本判決はいかなる意味で営利目的略取罪を状態犯と解したのか、またそれにもかかわらず、どのようにしてその事後的な関与者に共犯の成立を認めたのか、この二点を明らかにすることが、本判決に關する中心的な検討課題として位置づけられる。以下では、まず、「状態犯」と解した判示について検討し（二）、次いで、承継的共犯を肯定した判示について検討することにする（三）。

二 「状態犯」との判示について

学説において、拐取の罪質を状態犯であると理解する見解は、一般的に、公訴時効の起算点と、被拐取者收受（等）罪（刑法二二七条）の存在、をその根拠としている。しかし、結論から

いえば、少なくとも本判決が、両者いずれかの観点に基づいて略取を状態犯と理解したわけではないと思われる。

まず、時効の観点について考えてみると、状態犯と継続犯の區別を時効の起算点がいつかという問題の前提として理解する見解がある⁽²⁷⁾。それに従えば、仮に拐取を継続犯とすれば、被害者が解放されるまで公訴時効は進行せず、反対に、状態犯とすれば、事実上、拐取行為の終了と同時に進行することになる。しかし、そもそも時効が問題とされていない本件において、わざわざ時効の起算点を早めるために略取を状態犯と解する理由はないと思われる。しかも、たとえそれを状態犯と解したとしても、科刑上一罪となる場合には、各罪の全部を一体として觀察し、最後の結果が生じたときから起算すると理解するのが判例とされているので、それに従えば、営利目的略取と監禁の観念的競合とされている本件では、時効は監禁終了後から進行することになる⁽²⁸⁾。そうだとすると、略取を状態犯と解したとしても、本件では時効の起算点を早めることにはならないのであるから、少なくとも本判決が、時効の観点から略取を状態犯と解したものとは考えられない。

次に、被拐取者收受罪の観点について考えてみる。学説上、被拐取者收受罪の存在に基づいて拐取を状態犯と解する見解が、

有力に主張されている⁽³⁰⁾。その見解は、仮に拐取が継続犯であれば、拐取（本犯）への共犯の成立可能性が認められるので、わざわざ事後従犯としての被拐取者收受罪を規定する必要がない、それゆえ、被拐取者收受罪が規定されているのは、共犯の成立可能性が否定されているからであつて、だとすると拐取は状態犯である、という理解に基づくものである。しかし、理論的には、被拐取者收受罪が規定されているからといって、必ずしも状態犯であるとは限らない⁽³¹⁾。現に、略取後の関与につき略取の共犯性を認めた大阪高裁昭和五三年判決は、営利目的略取を継続犯と認めるに際し、「刑法二二七条の拐取幫助罪等の規定のあることは、必ずしもこのような解釈の障害となるものではない」と判示している。まして、本判決は、状態犯と解しても、結果的に共犯の成立を認めていることからすると、少なくとも本判決が、被拐取者收受罪の存在に基づいて状態犯と解したものではないと考えられる。

それでは、なぜ本判決は、営利目的略取を状態犯と解するに至ったのであろうか。

本判決が略取を状態犯と判示する際に引用する58年決定は、継続犯かつ観念的競合を主張する上告趣意を否定し、併合罪と解していることからすると、少なくとも拐取行為自体が終了し

ていることは認められたものと思われる。もちろん、拐取行為の終了を認め、かつ併合罪としていたとしても、理論的には、それをもって直ちに拐取が状態犯と解されるには至らない⁽³²⁾。現に、継続犯かつ併合罪とする立場から、58年決定を支持する見解もある⁽³⁴⁾。しかし、58年決定の調査官解説が、「拐取後の監禁」の⁽³⁴⁾ 事案では、拐取が継続犯であれば観念的競合、状態犯であれば牽連犯か併合罪、と整理することにより、結論において併合罪とした58年決定を、状態犯と解したものと理解していること、⁽³⁵⁾ また、判例においては継続犯を実行行為も継続しているものと理解するのが一般的であること、⁽³⁶⁾ からすると、少なくとも判例としては、58年決定を、拐取の罪質を状態犯と解したものと理解するのが、素直な見方と思われる。

他方、仮に拐取が状態犯だとしても、状態犯と継続犯の区別はそれ単独ではなく、何らかの法的効果と結びついてこそ意味があるところ、結局、本判決がそれを状態犯と解したことの意図は、罪数関係論での帰結にあると思われる。もちろん、本件は、「監禁による略取」の事案であるため、その罪数を観念的競合と解して異論のない事案である。しかし、第一に、本件控訴趣意が略取を状態犯と解した上で、略取に対する共犯は否定されるべきと主張していること、第二に、これまで拐取後の関

与について拐取の共犯を認めた判例が、いずれも「継続犯」と判示していること、からすると、仮に本判決が、拐取の罪質に触れることなく、端的に共犯の成立を認める判示だけをしたならば、拐取を「継続犯」と解したと理解され、結果的に判例違反と解される可能性を否定できない。そしてその理解に従えば、本判決は、判例違反と解される可能性を回避するために、少なくとも58年決定のような「拐取後の監禁」の事案では併合罪になるよう略取を状態犯と解釈した上で、しかしそう解したとしてもなお、その事後的な関与者に共犯の成立が肯定できるとしたものと理解できる。本判決は、このように考えることによつて、これまでの学説のように、状態犯と継続犯の区別に従つて事後的な関与者の共犯の成否を判断するのではなく、継続犯ではもちろん共犯が認められるかもしれないが、しかし状態犯の中でもさらに、共犯が認められる場合はある、ということを明確にしたものといえる。

本判決は、このようにして、拐取の罪質を状態犯と解しながらも、共犯の成立可能性を認めたものである。もつとも、「監禁による略取」の事案であることから、その罪数関係が観念的競合で異論がないと思われる本件においては、必ずしも略取を状態犯と判示する必要はなかつたものともいえる。その意味で、

この「状態犯」との判示それ自体は、傍論として理解すべきものかもしれない。しかし、それを状態犯と解しながらも共犯成立の可能性を肯定した点には、なお意義が認められる。なぜなら、これまでの学説は、状態犯と継続犯の区別を共犯成立の理論的前提と解してきたため、継続犯でなければその事後的な関与者に共犯は成立しえないとされてきたのに対し、本判決は、状態犯でも、すなわち必ずしも継続犯でなくとも、共犯の成立が可能としたからである。学説においても、状態犯と継続犯の区別は必ずしも共犯成立の前提ではない、あるいは、継続犯でなくとも共犯の成立は可能である、とする見解が有力に主張されているところ、⁽⁴⁰⁾本判決が、状態犯でも共犯が成立する可能性を明確に認めた点は、実務においても、学説においても、重要な意義を有するものと思われる。

三 承継的共犯の成立を肯定した判示について

本判決が、たとえ状態犯と継続犯の区別が必ずしも共犯成立の前提ではないとしたとしても、窃盗後の窃盗共犯は成立しえないとするのに、なぜ略取後の略取共犯は成立するとするのか、すなわち、共犯成立の前提として問題とされていた継続犯と状態犯をめぐる争いと質的には変わらない問題が、未だ残された

ままである。そこで、本判決が、どのような理解に基づいて、略取後の関与にも、略取に対する共犯を成立させたのかについて検討することにした。

1 事後的関与をめぐる問題の類型化

本判決は、承継的共犯の成否を問題とし、結論においてその成立を認めたものである。しかし、一般の承継的共犯をめぐる判例においては、当該犯罪における法益侵害が未だ継続しているかどうかについて問題とされることはない。そこで、本判決が、承継的共犯が問題とされているにもかかわらず、なぜその点を詳しく検討したのか、まずこれについて考えることによつて、本判決が有する視点を整理することにした。

これまでの学説において、すべて承継的共犯論に収められていた、事後的関与をめぐる共犯の成否という問題は、具体的には次の三つの類型に区別することができる（以下では、すでに実行された犯罪に事後的に関与する者を「後行関与者」とする）。

類型① 共犯成立の時間的限界A

—— 共犯／事後従犯の区別問題

類型② 共犯成立の時間的限界B

—— 単独正犯／共犯（広義）の区別問題

類型③（狭義の）承継的共犯論

第一に、「共犯成立の時間的限界A」（類型①）とは、特に犯罪行為の終了と共に犯罪も終了するとされる状態犯に關して、後行関与者が、本犯への共犯なのか、それとも（単独正犯としての）事後従犯なのか問題とされる類型である。ここでは、例えば、Yが留守中のZ宅から金庫を盗み出して玄関を出たところ、ちょうど通りかかった友人Xが、その金庫をYの自宅まで運んだ事例について、Xは窃盜共犯なのか、盜品運搬正犯なのか問題とされる。第二に、「共犯成立の時間的限界B」（類型②）とは、正犯行為が終了した後、なお継続する法益侵害に對して関与した者に、共犯（広義）が成立しうるのか、それとも単独正犯にすぎないのか問題とされる類型である。ここでは、例えば、YがZ宅に放火した後、Xが油を注いだ事例について、Xが放火の共犯となりうるのか、それとも放火の単独正犯が成立するかが問題とされる。第三に、「（狭義の）承継的共犯論」（類型③）とは、先行行為者による惹起部分をも含めて後行関与者が責任を負うか否かが問題とされる類型である。ここでは、例えば、Yが強盜の故意でZに暴行し、Zの反抗を抑圧した後、Xが財物の奪取に加担した事例について、Xには強盜共犯が成立するのか、それとも窃盜共犯にすぎないかが

問題とされる。

もつとも、学説では、類型①②をも承継的共犯論に取り込み、結論において事象全体に対する共犯を認める見解も主張されて⁽⁴²⁾いる。例えば、強盗後の奪取物の搬出にのみ関与した者について、盗品運搬正犯とする（類型①における事後従犯説）のではなく、強盗共犯の成立を認める見解、あるいは、正犯者による強盗後、すでに抵抗する気力を失っている被害者を姦淫した者について、準強姦正犯とする（類型②における単独正犯説）のではなく、強姦共犯の成立を認める見解が、それである（そこでは、いわば、類型①と③、ないし類型②と③をまたいで見解が相対化される）。しかし、関与時における共犯の成否を扱う問題（類型①②）と、関与以前をも含めた部分への共犯の成否を扱う問題（類型③）は、あくまで理論的には別個の問題と理解すべきである。なぜなら、類型③において関与以前の部分にまで共犯の成立を認める場合には、類型①②において関与時における共犯の成立を認める場合とは、⁽⁴⁴⁾共犯の因果性に基ついた別個の理由づけを必要とするからである。その意味で、先の見解は、類型①②の問題に、類型③の問題を前倒ししているにすぎない。

なお、類型②には、後行関与者の行為それだけでも、先行行

為者によるものと同じ罪の構成要件該当性を満たしうる事例だけがあてはまる（だからこそ、単独正犯説が主張される）。

その意味で、例えば、仮に強盗罪における財物奪取に関与した者に強盗共犯が認められたとすれば、ここでは、（強盗罪の成否に取り込まれたかたちでの）暴行行為終了後の暴行共犯の成立が認められたことになるかもしれないが、それは類型②の問題ではない。なぜなら、後行行為としての財物奪取行為は、暴行行為ではないから、いいかえれば、財物奪取行為だけでは、強盗（暴行）の単独正犯性を満たしえないからである（このときありうる、強盗の共犯か、窃盗の単独正犯（の要件も満たした共犯）⁽⁴⁵⁾かという問題は、類型③に属するものにすぎない）。

そこで、以上のことを前提とすると、事後的関与の共犯の成否に関する、問題類型①②③は、さらに、類型①②が属する、関与時の（関与前部分を含まない）共犯の成否を扱う問題⑦と、類型③が属する、関与前部分を含む共犯の成否を扱う問題④、に整理される。すなわち、問題⑦では、関与時にそもそも共犯が成立しうるのかという、共犯成立の時間的限界が、犯罪の終了時期をめぐって問題とされる（理論的には、共犯の従属性をめぐる問題領域に属する）。これに対して、問題④では、むしろ問題⑦における関与時の共犯の成立は前提とされた上で、後

行関与者の関与前部分をも含めた承継的共犯の成否が問題とされる（理論的には、共犯の因果性をめぐる問題領域に属する）。

問題⑦ 共犯の成否と犯罪の終了時期

—— 関与時の共犯の成否（類型①②）

問題⑧ 承継的共犯の成否

—— 関与前を含む共犯の成否（類型③）

一般の承継的共犯論においては、例えば強盗罪としての犯罪は継続していることから、後行関与者の共犯の成否を判断するにあたって、犯罪の終了をめぐる問題⑦が特に問題とされることはない。これに対して、本判決においては、本件が強盗罪のような単純一罪ではなく、略取罪と監禁罪が別個に成立する事案であり、しかも控訴趣意が、略取を状態犯と解し、その理解に従って略取行為終了後の略取共犯成立の可能性を否定する主張をしたことから、関与時の共犯の成否をめぐる問題⑦が検討されるに至った。本判決は、被告人について、営利目的略取の共犯の成否を検討する際、直ちに当初の略取への承継的共犯の成否を問題とするのではなく、まずその前提として、本件のような略取行為終了後の関与でも略取共犯の成立可能性が認められることを示すために、問題⑦を検討している。そこで、以下ではまず、関与時の共犯の成否に関する問題⑦をめぐる本判

決を検討し、その後、問題⑧をめぐる、当初の略取への承継的共犯も成立させた点について検討することにする。

2 関与時における略取共犯成立の実質的可能性

—— 問題⑦をめぐる

(1) ここでは、関与時における共犯の成否だけを念頭において、本判決が、（当初の略取への承継的共犯が成立する前提として）関与時においても未だ略取共犯が成立しようとした点について検討することにする。

本判決は、（控訴趣意と同様に）略取行為自体の終了を認めながらも、（控訴趣意とは反対に）共犯成立の可能性を認めている。そこでまず、正犯行為の終了／未終了と、犯罪の終了／未終了、によって事実状況を分類し、その状況ごとに、後行関与者の共犯の成否に関する見解を整理することにした。事実状況の分類は、次の通りである。⁽⁴⁶⁾

状況④ 正犯行為も終了していないし、

犯罪も終了していない場合

状況⑤ 正犯行為は終了したが、

犯罪は終了していない場合（類型②に対応）

状況⑥ 正犯行為も終了し、

犯罪も終了している場合（類型①に対応）

第一に、正犯行為も終了していないし、犯罪も終了していない場合（状況④）、が挙げられる。これには、例えば、Yが米蔵から米俵一〇俵を盗むにあたって、すでに七俵を搬出した段階で、Xが八俵目からの盗み出しに関与した事例（接続犯事例）があてはまる。第二に、正犯行為は終了したが、犯罪は終了していない場合（状況⑤）、が挙げられる。状況⑤は、先の類型②に相当するので、これにあてはまる事例としては、それと同じく、YがZ宅に放火した後、Xが油を注いだ、という放火の事例が考えられる。第三に、正犯行為も終了し、犯罪も終了している場合（状況⑥）、が挙げられる。これは、先の類型①に相当する。より明確な事例を挙げれば、YがZ宅から盗んだ壺を一旦山林に隠し、後日Xが取りに行った事例があてはまる。

このように分類したとき、まず状況④において、学説・判例が共に、共犯が成立しうるとすることに問題はない。先の接続犯の事例でいえば、少なくとも八俵目からの三俵分について、窃盜共犯が成立することに異論はない。これに対し、状況⑤では、類型②で見られたように、正犯行為の終了後は単独正犯しか成立しえず、共犯の成立可能性はないとする見解が有力に主張されている⁴⁷⁾。しかし、少なくとも類型②で共犯を認める見解

は、全体に対するものとして共犯を認める傾向があり、逆にいえば、承継的共犯を肯定する見解は、状況⑥でも共犯成立の可能性を肯定する。なぜなら、承継的共犯を肯定する見解は、関与時に共犯成立の可能性が肯定されているのが前提だからである（もつとも、このような見解の中には、私見の整理では正犯行為が終了しているとされる場合でも、犯罪事実が終了するまでは、実質的に見て「正犯行為」が終了していないとして、共犯の成立を肯定する見解もある⁴⁸⁾）。それゆえ、判例の立場では、状況⑥においては共犯の成立可能性が認められることになる。

他方、状況⑥では、学説・判例が共に、共犯が成立しえないとすることに異論はない。先の類型①において、本犯への共犯の成立を認める見解は、窃盜が実質的に終了していないと判断しているだけで、犯罪の終了後に共犯を認める趣旨ではない⁴⁹⁾。

以上の分類において、判例の立場では、状況④と⑤では共犯成立、状況⑥では不成立、となるので、逆にいえば、状況⑥でさえなければ後行関与者にも共犯が成立しうることになる。

そこで、本判決を見てみると、本判決は、まず本件が状況④ではないことを明確にする。この点、原判決は、監禁場所がカラオケ店BからホテルC・ホテルD・マンションEへと三回移転されている点についても、それぞれの移転行為を略取と捉え、

結論において全体を包括一罪と解している。⁽⁵⁰⁾これに対して、本判決は、当初、被害者を支配下においた時点で既遂が成立するので、その時点以降の移転について、その都度、略取が成立するわけではないとし、それゆえ包括一罪となる可能性を否定している。つまり本判決は、CからD、DからEへと監禁場所を移転するという実際のな略取行為への関与というかたちで共犯を認めているわけではない。このことからすれば、本判決が状況④として共犯を認めているわけではないことは明らかである。そうすると次に、本件略取が状況⑤なのかどうか、すなわち、略取行為は終了しているとしても、略取罪が終了しているかどうかが問題となる。このとき、拐取罪においても、窃盗罪と同様に、事後従犯としての被拐取者收受罪が規定されているので、本件において略取行為の終了と既遂の成立が認められている以上、状況⑤であることに基づいて、共犯の成立可能性が否定されるようにも思われる。本件控訴趣意は、まさにこのような理解に基づくものである。しかし本判決は、略取が窃盗と同じ状態犯であるとしても、窃盗罪とは異なり、共犯が成立しうるとする。その理由として、第一に、窃盗の場合、盗まれた後の権利侵害状況に特段の変化はないものの、営利目的略取の場合、被略取者の法益侵害は時間の経過に従って更新されるから、第

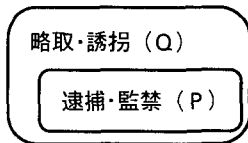
二に、物に対する侵害と人の自由に対する侵害とでは保護法益の重要性に差があるから、という点が示されている。仮にそこで示された理由が、窃盗罪の場合には、本権侵害として、その権利上の侵害だけを捉えることができるのに対して、人の自由に対する侵害のように、実際に身体が奪われている場合には、身体と共に権利がある以上、窃盗罪のように単に権利侵害だけを捉えることができないからである、とする意味であれば、略取と窃盗が同じく状態犯であっても、そのような観点から罪質の点でさらに区別できるとする限りで理解できる。

このようにして、本判決は、結論的に本件略取を「状況⑥」として理解する。すなわち、本判決は、状態犯とされた略取罪においても、略取行為終了後も略取罪がなお終了していないことを認めることによつて、略取後、違法状態だけが継続するところへの関与にも略取共犯が成立する可能性を認めたものと解される。

(2) それでは、略取後の監禁から関与した被告人は、どのような意味で略取罪の保護法益をも侵害したといえるのか、この点を、拐取罪と監禁罪の保護法益を比較することで検討することにしたい。

監禁罪と同じく行動の自由に対する罪として理解される拐取

罪でも、例えば営利目的拐取罪が成立するとき、必ずしも同時に監禁罪も成立するとは限らない。つまり、拐取罪の自由侵害の程度は、監禁罪のそれよりも緩やかでよいとされるのが一般的である⁽⁵¹⁾。逆に、監禁罪の自由侵害の程度が、拐取罪のそれよりも限定的に解されているともいいうる⁽⁵²⁾。学説の中には、自由侵害の程度が緩やかでよいからこそ、拐取罪の成立する範囲が、客体が未成年者である場合、あるいは一定の目的がある場合に限定されている、と理解する見解も見られる⁽⁵³⁾。そして、そのような見解では、拐取罪の保護法益には、行動の自由のほかにも、被拐取者の利益（安全・自由）も保護されていると解されることになる⁽⁵⁴⁾。もともと、拐取罪の保護法益に、被拐取者の利益も含まれると考えたとしても、行動の自由に対する侵害が、拐取罪の成立にあたって必要条件とされていることは否定されていない。そして、そうだとすれば、監禁罪の程度に自由を侵害した場合には、拐取罪でいう自由の侵害をも満たしていることになる。すなわち、「監禁罪の自由侵害」ならば「拐取罪の自由侵害」という論理関係（「PならばQ」⁽⁵⁵⁾）が成り立っており、その理解に従えば、営利目的を有



【別図】行動の自由の保護範囲

しながら監禁に關与した本件被告人には、監禁罪と同時に略取罪の保護法益も侵害していると認められることになる。

なお、先に、強盗罪における（強盗罪の成否に取り込まれた）暴行共犯の成否は類型②の問題ではないとしたが（本稿・三の1）、本判決の理解に従えば、本件のような監禁への關与の場合には、同時に略取の法益侵害をも満たしうるので、なお類型②の問題として略取共犯が成立するものと思えてよいと思われる。

本判決は、以上のような理解に従って、關与時における略取共犯の成立可能性を認めたものと思われる。そうだとすると、いわばここでは、「一体となる監禁行為」があるので、なおさ、略取共犯が認められる、という關係になつていゝものと理解できる。

3 当初の略取をも含めた承継的共犯成立の可能性

—— 問題①をめぐって

(1) 次に、問題④に関して、本判決が当初の略取をも含めた承継的共犯を認めた点について検討すると、ここでは、先の問題⑦での理解に対して、「一体となる監禁行為」があるからこそ、略取共犯が認められる、という關係を見て取ることがで

きる。

確かに、監禁罪については、第一に、結合犯や包括一罪のよ
うに、一行為ごとに個別的な結果が発生するものではなく、当
初から一定量の法益侵害が絶えず繰り返されるというその罪質
ゆえに、行為を個別的に分割して共犯の成立を判断する余地が
ないこと、第二に、監禁の途中から関与した者には、いずれに
しても監禁罪が成立し処断刑も同じであること、を理由に、監
禁への途中関与の場合には特に、承継的共犯を認めてもよいと
する考えもありうる。⁽⁵⁵⁾ 本判決が引用した東京高裁昭和三四年一
二月七日判決も、その意味で監禁の承継的共犯を認めたものと
解することもできる。そして、その理解に従えば、拐取罪につ
いても、先に見たように、監禁罪と同様の意味での法益侵害の
継続が認められていることからすると、監禁罪で承継的共犯が
認められるのであれば、拐取罪についても承継的共犯が成立す
るはず、と考えられなくもない。仮にそのように解すると、本
判決のいう、「加担前の監禁行為についても共同正犯としての
責任を問うことができるのであれば、同様の意味で、既遂となつ
た略取罪についても共同正犯としての責任を問うことができ
る」とする判示を、拐取後の監禁に関与した被告人には、すで
に監禁罪それ自体について承継的共犯が一本成立しており、な

おかつ、略取罪の侵害態様が監禁罪の場合と同様に考えられる
ので、監禁罪に承継的共犯が成立している以上、略取罪につ
いてもそれとは別個に承継的共犯が成立しうる、としたものと理
解されることになると思われる。それは、いわば拐取と監禁を
並列的に捉える見方である。

しかし、そのような理解では、本判決が、略取行為終了後、
引き続きこれと一体となる監禁行為が継続している場合には、
当初の略取に対しても共犯が成立する、と判示し、あくまで略
取の承継的共犯の成立を限定的に解している趣旨がまったく生
かされないことになる。仮にその限定的な視点を考慮しないと
すれば、本判決が、監禁行為が後に存在しない、単に被害者が
拐取されたままの状態への関与にも、当初の拐取への共犯を認
めるものと理解されることにもなりかねない（例えば、Yが被
害女兒を「お母さんがおじさんのところに迎えに来てくれるか
ら」と騙して誘拐した後、未だ真実を知らない女兒と公園で遊
んだにすぎないXにも、当初の未成年者誘拐に対する承継的共
犯を成立させるものと解することになってしまう）。しかし本
判決を、すでになし終えた拐取への関与にすぎない、という印
象を拭いきれないような場合にまで、拐取の共犯を認めるもの、
と理解するのは適切でない。むしろ本判決は、そのような並列

的理解に従って当初の拐取に対する共犯が広範に認められる余地を残すものではなく、略取とその後の監禁を併せて考えることによって、略取共犯の成立を限定的に解しているものと理解すべきである。つまり、一般の見解において、例えば強盗罪について、後行関与者にも強盗罪全体に対する承継的共犯が成立するとされるのは、暴行を前提として可能となった奪取行為に関与したからこそ、というのがその実質と思われる。判例が、「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る⁽³⁷⁾」とし、そこで「自己の犯罪遂行に利用した」とするのも、後行関与者の関与時に、先行行為者によって可能とされた犯罪が、現に存在していることを前提にしているものと思われる。だとすると、本判決が、当初の略取をも含めて承継的共犯が成立すると認めたのも、被告人が略取を前提として可能となった監禁に関与したからこそと見るべきである。本判決のそのような理解に従えば、略取後の監禁が存在していないような場合にまで、当初の略取に対する承継的共犯を認めるものではないと限定的に理解されることになる。

もつとも、特に先の並列的理解に従って、本判決が、(先の

問題⑦をめぐって)略取後の関与でも、関与時の略取共犯が成立する実質的な可能性を認めていることからすると(本稿・三の2、参照)、仮に略取後に継続する監禁がなく、その意味で、当初の略取への承継的共犯が成立しないとされる場合でも、少なくとも関与時以降について略取共犯が成立する理論的可能性は未だ残されているはずとする見方もありうる。しかし、本判決が関与時に略取共犯が成立する可能性を認めたのも、承継的共犯が成立する前提として、関与時の共犯成立の可能性自体が満たされていないという理解に従ったからにはかならない。だとすると、関与時の略取共犯成立の可能性を認めた本判決も、承継的共犯の成否から切り離して、略取行為終了後の事後的な関与一般について、その関与時の略取共犯が成立する可能性を認めたものではないと理解されるべきである(本判決の理解においても、事後従犯としての被拐取者收受罪の成立一般が否定されているわけではない⁽³⁸⁾)。

このようにして、本判決は、略取と監禁を並列的に理解して承継的共犯を認めたのではなく、略取後の監禁も併せて考えることによって、すなわち、被告人が略取後にある監禁に関与したからこそ、当初の略取をも含めた承継的共犯を認めたものと思われる。

(2) もつとも、本判決が、後行の監禁に關与したからこそ当初の略取に対する承継的共犯を認めたものだとしても、略取後にある監禁から關与したすべての後行關与者に承継的共犯を認めるわけではないと思われることから、本判決の理解に従えば、いかなる範囲で承継的共犯が認められることになるのか、この点について検討することにしたい。

學説上、承継的共犯が認められる実質的理由として不可分性が挙げられることがある。すなわち、結合犯や結果的加重犯の場合、構成要件として二つの行為が不可分的に結びついているので、これを分解して二個の行為について共同正犯の成否を考えるのは、罪質上問題があるとする見解である。⁽⁵⁹⁾そしてそのような、行為の不可分性という実質的な観点から承継的共犯の成否を判断する見解では、先行犯罪と後行犯罪が包括一罪の関係にあるときには、一罪を構成する個々の行為の独立性いかんによつてその成否を論ずべきものとされてお⁽⁶⁰⁾り、行為の分割可能性を基準に、その成否が個別的に判断されることになる。これに対して、先行犯罪と後行犯罪が科刑上一罪の関係にあるときには、そのような見解は、先行犯罪に対する承継的共犯を否定している。⁽⁶¹⁾この点、判例においては、先行犯罪と後行犯罪が包括一罪の関係にある場合について、「実体法上の一罪とはいっ

ても、更に分割可能な包括一罪などについて、刑法理論上の問題の多い承継的共同正犯の理論を適用するのには、慎重を要する⁽⁶²⁾」とされ、一部には現にその成立が否定された事案⁽⁶³⁾もある一方、同じく包括一罪の関係にある場合でも、それらの犯行が「一罪としての一体性と統一性とが強く保たれている⁽⁶⁴⁾」と認められることにより、承継的共犯の成立が肯定された事案もある。

これに対して、本件は、先行犯罪としての略取と後行犯罪としての監禁が、科刑上一罪としての観念的競合と認められている事案である。もつとも、先に見たように、本判決は、略取行為と監禁行為を、共に行動の自由という同種の法益を継続的に侵害するものと理解している。そのことからすると、本判決は、略取行為後、引き続きそれと一体となる監禁行為が継続している本件では、両行為によつて、行動の自由に対する同種の法益侵害がなお継続し、そこに不可分性が認められたことから、当初の略取に対する承継的共犯をも肯定したものとと思われる(本件は、同じ侵害が繰り返されたという点で、むしろ包括一罪で承継的共犯が認められる事案に近いものとされたのではないか)。つまり、本判決は、略取と監禁が観念的競合の関係にあるとはいえず、共に行動の自由を侵害する行為が継続して存在し、分割が不可能な一体性がなお認められるという特別な場合であ

るからこそ、承継的共犯を認めたものと理解しうる。その意味で、本件は、同じく観念的競合の場合であっても、例えば、Yが他人の所持する覚せい剤を窃取して所持した後、Xが、そのYの所持に事後的に関与（共同所持）した、といった場合とは、事案を異にするものである。

他方、本判決をそのように理解するならば、58年決定のような「拐取後の監禁」の事案でも、例えば、Yが被害男児を誘拐後、時間的に近接する間に行った監禁に、Xが事後的に関与した場合⁽⁶⁶⁾には、たとえその未成年者誘拐と監禁が併合罪として解されたとしても、両行為により同種の法益侵害が継続し、それが一体として存在していると認められる場合には、Xに当初の未成年者誘拐に対する承継的共犯が肯定されるものと思われる（その意味で、Yが、乳児の頃に略取した被害男児が数年後に真実を知って逃げ出そうとしたので、それを防ぐために行った監禁に、Xが事後的に関与したような場合とは、同じく併合罪の関係にあっても事案が異なる）。また、本件では、略取と監禁が、恐喝に向けられた営利目的で貫かれていることも、その一体性を認める一要素として考慮されているものと思われる⁽⁶⁶⁾。その意味で、例えば、Yが、当初はわいせつ目的で被害女児を誘拐してきたものの、その後、同女児の母親に身の代金を

要求するために行った監禁に、Xが事後的に関与した事例では、承継的共犯は否定されることになると思われる⁽⁶⁷⁾。逆に、例えば、Yが被害男児を身の代金目的で誘拐した事実を知りながら、別の場所にいるXが、身の代金要求行為にのみ加担した場合では、同じ身の代金要求目的に貫かれているとはいえず、後行関与者による身の代金要求行為が、略取と同種の法益を侵害するものではない以上、それらの行為は分割可能と解され、承継的共犯は否定されることになると思われる（そのため、Xに身の代金要求罪を成立させるためには、刑法六五条一項の適用を要する）。このことは、たとえ被害男児が略取されると共に監禁され、Xがその監禁の事実を知りながら身の代金要求行為にのみ加担し、Xに監禁罪と身の代金要求罪に対する共犯が成立するとしても同様に解されることになると思われる。

このようにして、本判決が示した限定的な視点を考慮すると、本判決は、略取後に継続する監禁に関与したからこそ、当初の略取に対して承継的共犯を認めたものであり、他方、そのような略取と監禁に認められる同種の法益侵害が一体として存在している場合には、科刑上一罪や併合罪の関係にあっても承継的共犯が認められる場合があるとしたものと理解することができ

四 おわりに

以上のように検討した結果、本判決は、略取を状態犯であると認めながらも、しかも、その略取と監禁が科刑上一罪の関係にある場合でも、略取後の監禁から関与した被告人に、略取に對する承継的共犯が成立しようとした点において意義が認められる。

加えて、仮に本判決の射程が、58年決定のような「拐取後の監禁」の事案にも及ぶとしたとき、その意義がもう一つ見出される。

事後的に関与する者に共犯が成立するには、継続犯でなければならぬと考えられていた従来の見解においては、**④**拐取を状態犯と解せば、併合罪として正犯者の処断刑を「重く」できる反面、事後的な関与者の拐取共犯が「否定」されてしまう、**反対に**、**⑤**拐取を継続犯と解せば、事後的な関与者に拐取共犯を「肯定」できる反面、正犯者の罪数が観念的競合となり、その処断刑が「軽く」なってしまう、というジレンマがあった。

これに対して、本判決の理解に従えば、拐取を状態犯と解して併合罪とし、正犯者の処断刑を「重く」できると同時に、事後的な関与者に拐取共犯も「肯定」できる。このようにして、本判決の射程範囲によっては、本判決が、58年決定から波及する

共犯の不成立という（その成立を肯定してきた判例としては）不都合な帰結を解消したものと理解することも可能である。

最後に、拐取の罪質についての判例の立場は、58年決定では決着がついたように思われる。そうだとすると、その罪質理解を前提としたとき、拐取行為後、事後的に関与した者の拐取共犯の成否がどうなるのかという問題が残されていたところ、本判決は、58年決定を前提としながらも、なお拐取共犯が成立しようとした点で、注目すべき判例と評価することができる。⁽⁶⁸⁾

(1) さいたま地判平成一三(二〇〇一)年九月一日(平成二二年(わ)第五一〇号) 公刊物未登載。

(2) 本稿では、刑法二二四条以下の「略取及び誘拐の罪」における略取罪と監禁罪を、併せて「拐取」罪とする。

(3) 本稿では、刑法二二〇条の「逮捕及び監禁の罪」について、「監禁罪」というときには、特にことわらない限り「逮捕罪」も含む趣旨とする。

(4) 最決昭和五八(一九八三)年九月二七日刑集三七卷七号一〇七八頁。

(5) もつとも、後の検討でも明らかなように、厳密にいえば、必ずしも罪数関係論の帰結が、拐取の罪質と一対一に対応しているわけではない。すなわち、理論的には、

併合罪だからといって状態犯とも限らないし、また、継続犯であっても観念的競合とは限らず、併合罪とされるべき事例はあると思われる。

- (6) 香川達夫「判批」判時一一〇八号(一九八四年)二〇八頁(以下、本評釈は、「香川・判批」と引用する)、参照。なお、理論的には逮捕・監禁を伴わない「略取」もありえ、「誘拐後の監禁」だけでなく「略取後の監禁」も含まれることから、「拐取」後の監禁、と整理することには問題はない。

- (7) 香川・判批(前掲註(6))二〇九頁、参照。

- (8) 例えば、佐野昭一「判批—法学新報(中央大学)九二卷一・二号(一九八五年)一四九頁は、拐取が状態犯であつても、暴行・脅迫の手段に訴えて略取した事実であつたならば、観念的競合の成立を認めることが可能とする。他方、大阪高裁昭和五三年七月二十八日判決(後掲註(23))は、営利目的略取罪を継続犯と解し、「監禁を手段として営利略取が行われた場合においても、……監禁罪と営利略取罪が成立し、両罪は観念的競合の關係にある」としている。なお、「監禁による略取」の事案でも観念的競合ではないとする見解として、香川・判批(前掲註(6))二〇九頁。

- (9) Ya及びYbに關しても、営利目的略取と監禁をした事実が認められており、それらの所為は観念的競合とされて

いる(Yaに關して、さいたま地判平成一三(二〇〇一)年一〇月三日(平成一二年(わ)第二五六号、第二〇一五号)公刊物未登載、Ybに關して、浦和地判平成一二(二〇〇〇)年六月二十八日(平成一二年(わ)第一六九号、第二五六号)公刊物未登載)。なお、東京高判平成一四(二〇〇二)年二月一四日東高時報(刑)五三卷一―一二号一〇頁は、第一の犯罪事実として営利目的略取を、第二の犯罪事実として強盜致傷と逮捕監禁を認め、第一と第二の所為を併合罪とした原判決を破棄し、同事案を「監禁による略取」の事案と認めた上で、営利目的略取と逮捕監禁を観念的競合としている。

- (10) このように、拐取の罪質を検討することを目的に拐取と監禁の罪数關係論を見る際には、「拐取後の監禁」の事案を考察対象とすることから、監禁行為が、事実に、ないし理論的に継続しているか否かに關する理解の相違は、罪數關係に影響を与えない。それゆえ、罪數關係論を検討する際に、監禁罪の罪質についてまで留意する必要はない。

- (11) 大判昭和一三(一九三八)年一二月一〇日刑集一七卷七九九頁。

- (12) もっとも、大審院昭和一三年判決は基本的に、弁護人が略取とは別個に監禁罪が成立するはずがないと主張したことに對し、略取罪とは別に監禁罪が成立するとした

原判決は正当、としたものであり、直接的に牽連犯とする判断を支持したものではない。佐野・前掲註(8)一四七頁も、同判決は「結婚目的略取教唆罪と監禁罪との事案につき両罪が別々に成立し得る旨判示しているだけで両者の関係には言及していない」としている。濱野渥「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五十八年度)』(一九八七年)二八三頁以下も、参照。小野清一郎「判批」刑事判例評釈集(二)(一九四一年)三九四頁以下も、同判決が略取罪とは別個に監禁罪が成立するとした結論に關し支持するものである。

(13) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説(その一)」法曹時報一六卷七号(一九六四年)五五頁(以下、同論文は、「長島・逐条解説(二)」と引用する)は、「逮捕・監禁を手段として略取した場合は、逮捕・監禁と本罪(身の代金目的略取罪―引用者註)とは観念的競合と解されるが、略取・誘拐が既遂に達した後、被拐取者を支配下に置くために逮捕・監禁する場合は、牽連犯と解すべき」としている。また、島田仁郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五十七年度)』(一九八六年)三四一頁も、拐取が状態犯との理解を示すに際し、「逮捕・監禁罪と拐取罪とは観念的競合ではなく牽連犯とするのが一般である」としている。

(14) 佐野・前掲註(8)一五一頁。ただし、佐野は、「観念的競合につき主要部分合致説をとっているとと思われる判例の立場からは、本決定(58年決定―引用者註)は、本件の事案が……拐取にあたり当初から監禁したものではない点を考慮し、本件かぎりの適条の適否として検討したものと考えるならば、必ずしも拐取罪継続犯説を否定しているものではないと解する余地もある」としている。濱野・前掲註(12)二八七頁以下。

(15) なお、近時、最判平成一七(二〇〇五)年四月一日四日裁時一三八五号七頁は、恐喝の手段として監禁が行われた場合について、「両罪は、犯罪の通常の形態として手段又は結果の関係にあるものとは認められ(ない)」として、それらを牽連犯とした大判大正一五(一九二六)年一月一日刑集五卷四五六頁を判例変更する旨判示した上、当該事案について両罪を併合罪とした原判決を維持すべきとしている。

(16) 香川・判批(前掲註(6))二〇八頁以下。継続犯では必ずしも実行行為が継続しているわけではないとする見解として、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)一一五頁以下、同「即成犯・状態犯・継続犯」刑法の争点(第三版)(二〇〇〇年)三〇頁(同「刑法各論」(一九九九年)八六頁(以下、同著は、「林幹人・各論」と引用する)は、拐取罪を継続犯と解している)、松原芳博「所持罪におけ

る『所持』概念と行為性」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）三八頁、山口厚『刑法総論』（補訂版、二〇〇五年）四三頁（以下、同著は、『山口・総論』と引用する）。

(17) 継続犯をこのように整理する見解として、濱野・前掲註(12)二八五頁。また、吉田淳一「判批」警察学論集三二巻九号（一九七九年）一六〇頁は、継続犯かつ觀念的競合とする理解を採る。近時、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修五五六号（一九九四年）一七頁以下は、「継続犯の特徴は、実行行為が継続することによって、法益侵害と構成要件の充足が継続するとともに、実行行為が終了すれば、法益侵害が終了し犯罪も終了することにある」とし、継続犯にとって実行行為の継続が必要条件であるとしている。なお、すでに宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了—共犯の成立に関して—」故林頼三郎博士追悼『刑事法学論集』（一九六〇年）二四四頁は、「思うに、継続犯の場合には、単に法益が侵害されたという状態が継続しているのではなく、実は、そこに行為者の行為（作為又は不作為）があつて、それによつて同一法益が継続して侵害されている、云い換えると法益を侵害するような行為そのものが継続しているからであろう」としていた。筑間正泰「状態犯か継続犯か」広島法学二巻一号（一九七八年）三〇頁以下も、参

照。

(18) なお、大判昭和四（一九二九）年一月二四日刑集八巻六八八頁は、「営利誘拐罪ハ営利ノ目的ヲ以テ欺罔誘惑ノ手段ヲ施シ不法二人ヲ自己ノ実力支配内ニ置クコトニ因テ直ニ成立スト雖尚被誘拐者ニ対スル支配力ノ継続スル間ハ法律ノ保護セントスル被誘拐者ノ身体又ハ監護権者ノ監護権ノ侵害ハ依然トシテ持續サレツアルモノナルヲ以テ其ノ犯罪ハ被誘拐者ノ実力支配内ヨリ脱スル迄ハ尚引続キ存立スルモノト謂ワサルヘカラス」とし、拐取罪の継続犯性を認める判示をしている。

(19) 吉田常次郎「判批」法学新報（中央大学）四九巻三号（一九三九年）一〇五頁以下、参照。また、吉田・同一〇六頁以下は、結婚目的略取罪が親告罪である一方、監禁罪は親告罪ではないことから、別途監禁罪が成立しないと考えることによつて、告訴がない場合、監禁罪のみの訴追もできないと解することになり、この理解の方が妥当であるとしている。

(20) 58年決定の上告趣意は、拐取を継続犯と解するのが判例であると理解した上で、「翻つて考えてみれば、拐取者が引き続いて監禁した場合、略取誘拐罪とは別に監禁罪は成立しないというのが正しい。略取誘拐罪が継続犯であるならば、最初から構成要件として被拐取者の行動の自由が侵害されることは当然予定されているのである。

継続犯説からの当然の帰結である。だからこそいずれの略取誘拐罪も法定刑が監禁罪と比較して重く定められているのである。略取誘拐罪のほかに監禁罪が成立するとすれば略取誘拐罪が親告罪のとき実益があると論ぜられるが、被拐取者が告訴をしないということは不法な監禁に当たらないと解して何ら不都合はない」としている。

(21) 例えば、福田平『刑法総論』（全訂第四版、二〇〇四年）七九頁以下。なお、筑間・前掲註（17）二七頁は、継続犯と状態犯の区別は、①国内犯・国外犯の区別、②刑法六条（刑の変更）の適用の有無、③刑法四五条（併合罪）の禁錮刑以上の刑に処する確定裁判による遮断の有無、④正当防衛の許否、⑤承継的共犯の成否、⑥不可罰的事後行為の成否、といった刑法上の問題のほか、⑦土地管轄の標準としての犯罪地、⑧公訴時効の起算点、⑨現行犯逮捕の許否、といった刑事法上の問題にも関連する、としている。

(22) 吉田淳一・前掲註（17）一五九頁は、「継続犯か状態犯かが実務上最も問題となるのは、公訴時効の点よりも共犯の点であって、特に略取又は誘拐の行為に着手した後、被拐取者の自由の拘束に事後的に参加し、又はその参加後金品の要求をした場合に、継続犯説に立つか状態犯説に立つかによって結論を異にする結果を招来する」と指摘している。

(23) 大阪高判昭和五三（一九七八）年七月二八日高刑集三一巻二号一一八頁。

(24) 東京高判昭和三一（一九五六）年八月二〇日東高時報（刑）七巻八号三四四頁。

(25) 継続犯との判示に際して、東京高裁昭和三二年判決は、同じく営利目的誘拐罪を継続犯と解した大審院昭和四年二月二四日判決（前掲註（18））を引用している。

(26) 大判大正一三（一九二四）年二月二日刑集三巻八七一頁は、被告人Yが当初、被害者Z女に対して、わいせつ目的誘拐を遂げたところ、被告人X女と遭遇し、両者共謀の上、酌婦たらしめ前借金を得ようとさらに営利目的誘拐をした、という事案に対して、原判決が、わいせつ目的誘拐罪のみの成立を認め、営利目的誘拐罪の成立は、犯罪成立後の事情を理由に否定したところ（それに従い、被告人X女については無罪とした）、結論において原判決を破棄し、誘拐罪が継続犯であるとの理解を示した上で、わいせつ目的誘拐罪と営利目的誘拐罪が共に成立するも両者は包括一罪であるとし、それに従い、被告人X女について営利目的誘拐に対する共同正犯が成立する可能性を認めている。なお、同判決は、先に述べたように、「被誘拐者二対スル支配力ノ継続スル間其ノ犯罪ハ引続き存立スルモノト謂ワサルヘカラス蓋シ被誘拐者力犯人ノ実力支配内ヨリ脱セサル以上ハ法律ノ保護

セントスル被誘拐者ノ身体ノ自由及監護権者アルトキハ其ノ監護権ハ間断ナク侵害サレツアルヲ以テナリ」として、誘拐罪が継続犯との理解を示している。しかし、判例としてのそれに対する理解としては、例えば、「継続犯説を採用しているようにもみえるが、略取誘拐罪が状態犯であることを明確に否定するものと断定することも適当ではない」(濱野・前掲註(12)二八六頁)、あるいは、その事案では状態犯説でも誘拐罪の成立を認めることができたから、これをもって判例が継続犯説を採っている断定しうる決定的証左とはなしえない(臼井滋夫「みのしろ金目的誘拐とみのしろ金要求との関係」(その二・完)「研修二二三号(一九六六年)三六頁以下)とする慎重な見方もある。

(27) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(四)』(吉田博視)(一九九七年)一一七頁。

(28) 最決昭和六三(一九八八)年二月二十九日刑集四二巻二号三四頁、参照。

(29) 長島・逐条解説(一)(前掲註(13)五五頁は、「誘拐罪を即時犯(長島・同五五頁は、『状態犯(即時犯・即成犯)』として引用者註)と解しても、犯人が被拐取者の拘束を継続するかぎり、継続犯としての監禁罪が成立することが多く、しかも、誘拐罪と監禁罪とは牽連犯と解されるから、結局誘拐罪についても、通常、公訴時

効が進行することはないであろう」と指摘している(長島が、「拐取後の監禁」の事案に関して、拐取と監禁が牽連犯と解する点については、註(13)、参照)。

(30) 長島・逐条解説(一)(前掲註(13)五五頁は、「誘拐犯人を幫助する目的を以てする被拐取者の收受、蔵匿、隠避といった事後従犯の行為が独立して処罰されていることから見ると、刑法の解釈として、継続犯説をとることには難点があるように思われる。なぜなら、継続犯説によれば、誘拐が既遂に達した後も、被拐取者に対する事実上の支配が継続するかぎり、刻々に誘拐罪が成立するのであって、誘拐が既遂に達した後に、誘拐犯人を幫助する目的で收受、蔵匿、隠避の行為に出た者も、当然に最初の誘拐犯人の共犯として処罰しうることとなるので事後従犯に関する特別規定の必要はないこととなるはずであるからである」と指摘している。同旨の見解として、臼井・前掲註(26)三七頁、平野龍一『刑法総論I』(一九七二年)一三二頁、島田仁郎・前掲註(13)三四頁、佐野・前掲註(8)一四八頁。

(31) 林幹人・各論(前掲註(16)九〇頁は、「各種拐取罪は継続犯であるから、犯罪が継続する間はこれとの共犯が成立しうるが、本罪は、その中でも、被害者を引き取り新たな支配を設定する場合を独立に処罰しようとするものである」としている。また、香川達夫「略取誘拐罪

の本質」同『刑事立法とその批判』(一九七〇年)一六頁、斎藤信治『刑法各論』(第二版、二〇〇三年)五〇頁以下も、参照。

(32) 大阪高裁昭和五三年七月二八日判決(前掲註(23))。

(33) 林幹人・各論(前掲註(16))八六頁は、「拐取罪成立後にも監禁罪が、あるいは、身の代金要求罪が、別個併合罪として成立しうることは、継続犯と解することを妨げるものではない」としている。また、山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五年)八九頁以下(以下、同著は、「山口・各論」と引用する)も、「継続犯といっても、行為自体が継続しているわけではないから、略取・誘拐罪が既遂となった後、別の罪を犯した場合に、それら両罪を観念的競合として処理しなかつたことが、略取・誘拐罪を状態犯として扱っていることを必ずしも意味しない」と指摘している(ただし、山口自身が拐取罪を継続犯と理解しているわけではない)。

(34) 香川・判批(前掲註(6))二〇七頁以下。

(35) 濱野・前掲註(12)二八七頁以下。

(36) 例えば、大阪高裁昭和五三年七月二八日判決(前掲註(23))。

(37) 例えば、吉田淳一・前掲註(17)一五九頁。

(38) 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四卷二・三号(一九八八年)一六頁以下。

(39) 宮崎・前掲註(17)二四七頁は、「犯罪が既遂の段階に達した後にもなお同一犯罪の実行行為が継続して行われ得ること、それは独り継続犯に限らず、いやしくも既遂後同一の法益に対し、引続き侵害行為又は侵害の危険ある行為が行われることが可能なかぎりこれを認め得ること、そしてこの場合において、その行為に共同加功するものは、実行行為を分担し又は実行行為を容易ならしめたものとして、共同正犯又は従犯の成立を肯定することができるものと考ええる」として、継続犯でなくても共犯が成立する場合はあると指摘している。

(40) 特に、山口・総論(前掲註(16))四二頁のように、「共犯の成立可能性の問題は、犯罪の終了時期とは関係がない」とする意味を、「共犯は正犯の行為を介して構成要件の実現に関与する必要があるから、正犯の行為終了後においては既に共犯の成立可能性は否定される」と理解する場合には、継続犯とされる監禁罪であっても、例えば、YがZを監禁しそのまま逃走した後、Xが、Zが脱出できないようさらに細工をした事例では、Xに監禁共犯は認められない(Xは監禁の単独正犯とされる。これに対して、深町晋也「判批」ジュリスト一二五二号(二〇〇三年)一八七頁は、そのような理解に疑問を呈する)。

すなわち、宮崎・前掲註(17)二四七頁のような、継続犯でなくても共犯が成立する、とする見解は、継続犯で

は共犯が認められることが前提であるところ、これに対して、山口のような理解では、継続犯であっても共犯の成立が否定される場合があることになる（もちろん継続犯に対する理解の相違は前提にある）。その意味で、「状態犯と継続犯の区別が共犯成立の前提ではない」とする見解と、「継続犯でなくとも共犯の成立は可能」とする見解は、理論的に異なるものである。なお、正犯行為終了後、共犯の成立可能性が認められないとする見解は、後述する「類型②」の単独正犯説に相当する。

(41) ZB. OLG Hamm, Urt. v. 23. 5. 1960 = IZ 1961, 94.

(42) 宮崎・前掲註(17) 二二七頁以下、長島敦『刑法判例研究Ⅰ』（再版、一九七五年）一七六頁以下（以下、同著は、「長島・判例研究」と引用する）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（五）』（村上光鶴）（第二版、一九九九年）二二二頁（以下、同著は、「大コンメ刑法」と引用する）。ただし、これまで事後的関与をめぐる共犯の問題といえば、類型③をめぐる、例えば後行関与者が強盜共犯か窃盜共犯かという問題ばかりが議論されがちであるところ、宮崎・長島らが、承継的共犯が成立しうる最終の時点がいつかということこそが問題である、として、承継的共犯の問題を含ませながらも、特に類型①②の問題に焦点を当てる指摘をしている点は重要である。

(43) 広島高判昭和三四（一九五九）年二月二七日高刑集一 二卷一号三六頁（同判決では、後行関与者の致傷結果に対する帰責が中心的問題として扱われたが、法令の適用として準強姦罪の成立が認められている）。他方、強姦か準強姦かが問題となった事案として、被害女性Zを暴行・脅迫して抗拒不能にした後に、たまたま友人Xが訪れたので、「お前やりたかったら、先にやれ」と姦淫を勧め、Xが姦淫し終えたところ、Zが逃げ出したため、結局その目的を遂げなかった被告人Yについて、原判決が準強姦教唆と強姦未遂の併合罪としたのに対し、名古屋高判昭和三八（一九六三）年二月五日下午刑集五卷一 一・一二号一〇八〇頁が、原判決を破棄し、Xに強姦の承継的共犯性を認めた上で、被告人Yに強姦既遂の共同正犯を認めた、というものもある。しかし、この事案は、正犯者が姦淫をしていない以上、正犯者による強姦罪が終了したのではないので、類型②ではなく、類型③における、暴行後の奪取行為にのみ関与した事例と同様のものと思われる（同事案については、長島・判例研究前掲注(42) 一八一頁以下も、参照）。

(44) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（二〇〇二年）一一二頁・註(213)（以下、同著は、「島田聡一郎・基礎理論」と引用する）は、適切にも、正犯行為終了後の共犯成立の可能性という問題（本稿での類型②）と、承継

的共犯の成否という問題（本稿での類型③）とは、同時に双方が問題となる場合もあるが、別次元の問題である、と指摘している。それに際して、高田は、承継的共犯という問題の実質を、「例えば、YがZに財物奪取目的で暴行を加えた後、事情を知ったXが、Yを助けてともに財物奪取を行った場合には、Xの行為はYの行為を介して最終的結果と因果性を有する。ここで問題なのは、共犯が因果性を及ぼすべき対象が、正犯の構成要件該当行為の一部でも足りるのか、その全部でなければいけないのか、ということである〔原文の甲・乙・丙を、本稿と合わせて、Y・X・Zに改めた〕引用者註」と解している。

(45) 島田聡一郎・基礎理論（前掲註（44））一一〇頁・註（202）は、例えば、XとYが共謀の上、Yが見張りをし、XがZを殺害した場合、Xの行為にはYを介した因果性はないけれども、Xが共同正犯とされる点について、このXに認められる共同正犯は、Xが自ら行った行為によって単独正犯の成立要件を満たしていることから、「刑法六〇条によってはじめて処罰が基礎付けられる本来の共同正犯ではない」（つまり、処罰拡張事由としての共同正犯ではない）とし、「このような場合に共同正犯とされているのは、訴訟法上や量刑上の考慮から、実行者と背後者との共犯関係が存在することを明示する趣旨にすぎない」としている。

(46) ちなみに、既遂の成立が共犯の成立一般を妨げることはないとされている（宮崎・前掲註（17）二三八頁以下、長島・判例研究（前掲註（42））一七六頁以下、大コンメ刑法・前掲註（42）二二三頁、参照）。本稿でも、状況の分類にあたっては、その一般的理解に従うものとする。なお、これに対して、承継的共犯は既遂成立前までの関与に成立するものと理解する見解として、下村康正編『条解刑法I（総則）』（一九八〇年）四三五頁。

(47) 相内信「承継的共犯について」金沢法学二五卷二号（一九八三年）四三頁、照沼亮介「いわゆる承継的共犯をめぐる議論―ドイツの判例・学説の状況―」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）四六号（二〇〇〇年）五五九頁以下、島田聡一郎・基礎理論（前掲註（44））一〇〇頁以下、山口・総論（前掲註（16））四二頁、二六〇頁。

なお、東京高判昭和五〇（一九七五）年一月二二日東高時報（刑）二六卷一号七頁は、賭博終了後の賭客を賭場から自動車で送る行為につき、「従犯は少なくとも、正犯の実行行為の終了前に行われることを要するものと解するのを相当とするから、右賭場から賭客を送る行為につき、賭場開帳の従犯の成立する余地はない」としている。もつとも、賭客を送る行為は、賭博開帳図利罪終了後の関与とも理解しうることからすると、同判決が、類型②での単独正犯説と同じ意味で、正犯行為終了後の共

犯を否定したものと理解するには慎重を要する。

(48) 例えば、宮崎・前掲註(17)二四〇頁以下。この点については、ドイツの判例・学説が参考となる(照沼・前掲註(47)五三四頁以下が詳しい)。

(49) 判例において、横領の共犯ではなく盗品関与罪の成立が認められたものとして、大判大正二(一九一三)年六月一二日刑録一九輯七一四頁、東京高判昭和二九(一九五四)年一〇月一九日高刑特報一卷九号三九六頁。

なお、承継的共犯肯定説を採るはずの判例の一部(例えば、東京地判平成七(一九九五)年一〇月九日判タ九二二号二九二頁)が、結果的加重犯に関する事案において、加重結果に対する承継的共犯を否定するのは、実質的に、加重結果に対しては犯罪終了後の関与なので共犯は成立しない、ということを考慮しているのではないかと思われる(もちろん、加重結果の発生が関与前か後かが不明確なので、加重結果に対する承継的共犯を否定する判例もある)。

(50) 中森喜彦『刑法各論』(第二版、一九九九年)五五頁・註(7)も、被害者を一旦拐取した後、さらに所在を移転させれば、包括一罪が成立するとしている。なお、大審院大正一三年二月二日判決(前掲註(26))は、被害女性を、わいせつ目的で誘拐した後、さらに酌婦たらしめ前借金を得るために連れ出した事案について、わい

せつ目的誘拐と営利目的誘拐の包括一罪を認めており、また、大審院昭和四年二月二四日判決(前掲註(18))も、被害女性を、A方で女中として住み込ませ前借金を得るために連れ出し、その約二週間後、B方で酌婦として住み込ませ前借金を得るために再度連れ出した事案について、第一の営利目的誘拐と第二の営利目的誘拐を包括一罪としている。

(51) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)一七六頁(以下、同著は、「平野・概説」と引用する)、中森・前掲註(50)五三頁、西田典之『刑法各論』(第三版、二〇〇五年)七二頁、山口・各論(前掲註(33))八八頁。

(52) 島田聡一郎「監禁罪の保護法益」刑法の争点「第三版」(二〇〇〇年)一四三頁は、例えば、「XはZ女を強姦する目的を秘して、『家まで送ってやろう』といい、車に乗せた。Z女は家の前でXの意図に気づいて、降ろしてくれと叫んだ(原文の丙・丁を、X・Zに改めた)引用者註」(同一四二頁)という事例について、法益関係の錯誤説からは、降ろしてくれと訴えたにもかかわらず疾走した部分についてのみ監禁罪が成立しうるが、それまでの部分についても、わいせつ目的誘拐罪は成立するとしている。このことは、自由侵害の認識の点においても、監禁罪のほうが拐取罪よりも厳格に解されていることを示しているものと思われる。

(53) 平野・概説(前掲註(51)) 一七六頁以下、山口・各論(前掲註(33)) 八八頁以下。

(54) 平野・概説(前掲註(51)) 一七六頁以下、西田・前掲註(51) 七二頁、山口・各論(前掲註(33)) 八九頁。

現在、刑法を一部改正し、人身買受・売渡罪の新設等をする法案が論議されているところ、この改正が実現すれば、拐取罪において、行動の自由侵害の側面よりも、被拐取者の利益侵害の側面がますます強調されることになると思われる(同改正案に関しては、久木元伸「人身の自由を侵害する行為の処罰に関する罰則の整備についての要綱(骨子)」ジュリスト一二八六号(二〇〇五年)二頁、佐久間修「逮捕監禁罪と略取誘拐罪の諸相(二)」警察学論集五八巻一号(二〇〇五年)一七四頁以下、同「人身の自由に対する罪の法整備について」ジュリスト一二八六号(二〇〇五年)九頁、参照)。

(55) 鈴木義男「承継的共同正犯の成立範囲」臼井滋夫ほか「刑法判例研究Ⅲ」(一九七五年)二四四頁以下は、監禁罪のような継続犯の場合、「たとい積極説をとるとしても、途中から介入したにすぎない点は情状として考慮されるであらうし、消極説をとっても、罪名および処断刑に差が生ずるわけではないので、いずれによるべきかを問題とする実益は小さい」としている。

(56) 東京高判昭和三四(一九五九)年二月七日高刑集一

二卷一〇号九八〇頁(同判決の評釈として、真野英二「判批」判例タイムズ一四二二号(一九六三年)四四頁)。その他、承継的共犯との明示はないが、途中からの関与に監禁全体に対する共犯を認めた判例として、東京地判平成一〇(一九九八)年五月二六日判時一六四八号三八頁がある。他方、関与前の監禁に対する承継的共犯が否定された事案として、札幌地判昭和五六(一九八一)年一月九日判時一〇四九号一六八頁があるが、これは、先行行為を認識していなかったことに基づくもので、監禁の承継的共犯を理論的に否定したものではない。

(57) 大阪高判昭和六二(一九八七)年七月一〇日高刑集四〇卷三号七二〇頁。

(58) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説(その二・完)」法曹時報一六巻八号(一九六四年)四頁は、「みのしろ金目的の誘拐罪の〔承継的―引用者註〕共犯になるか、本項〔刑法二二七条二項―引用者註〕の事後従犯になるかは、刑の重さの相違とも関連して、結局、誘拐罪の社会的実態にかんがみ、個々の事案ごとに、当該犯人の関与の時点、方法、程度、経緯等を勘案して決するのほかはない」と指摘している。

(59) 川端博「刑法総論講義」(一九九五年)五三六頁。

(60) 川端・前掲註(59) 五四二頁、大谷實「刑法講義総論」

(新版追補版、二〇〇四年) 四四八頁。

(61) 先行犯罪と後行犯罪が牽連犯の場合に、先行犯罪に対する承継的共犯が否定されるとする見解として、植松正『刑法概論Ⅰ総論』(再訂版第八版、一九七四年) 三五四頁以下、川端・前掲註(59) 五四二頁、大谷・前掲註(60) 四四八頁。

(62) 浦和地判平成四(一九九二)年三月九日判タ七九六号 二二六頁。

(63) 大阪高裁昭和六二年七月一日判決(前掲註(57))は、「例えば、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っ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と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と認めることができず、このような場合、当裁判所の見解によれば、共謀加担後の行為についてのみ共同正犯の成立を認めるべきことな(る)」とした上で、当該事案における承継的共犯の成立を否定している。

(64) 東京高判平成八(一九九六)年一月一日東高時報(刑) 四七七卷一〜二号一二五頁(原審は、東京地判平

成八年三月六日判時一五七六号一四九頁)。同事案では、宗教法人Aの教団施設内で、平成六年一月上旬ころから平成七年二月中旬ころまで業として行われた医薬品である注射用チオペンタールナトリウム約一七〇〇グラムの製造と、平成六年一二月下旬ころから平成七年三月上旬ころまで行われた麻薬であるメスカリン硫酸塩粉末約三〇〇〇グラムの製造につき、薬事法違反並びに麻薬及び向精神薬取締法違反に問われた犯罪事実について、被告人が各犯行に関与した期間は、チオペンタールの製造については、平成六年一二月下旬ころから平成七年一月下旬ころまでの間、メスカリンの製造については、平成七年一月下旬ころから同年三月上旬ころまでの間と認められるところ、被告人が関与する以前の製造に対する承継的共犯の成否が問題とされた(加えて、共犯の離脱の成否も問題とされている)。これについて、東京高裁は、各不法製造行為が別個の包括一罪を構成するとした上で、①各犯行は、教団の宗教儀式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、②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Y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、③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、④それに実際に関与した信者は少数にとどまり、各信者の関与の時期や期間は一律でないものの、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つて、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〔丸数字は引用者〕等に基づいて、加担前の各製造行為についても承継的共犯の成立を認めた。

(65) 東京高裁平成八年一月一九日判決(前掲註(64))を評釈した太田茂「判批」警察学論集五〇巻五号(一九九七年)一八七頁は、承継的共犯の成否を判断する際の一要素として、時間的・場所的な近接性を挙げている。

(66) 東京高裁平成八年一月一九日判決(前掲註(64))も、承継的共犯を認めるにあたって、その一貫した目的を考慮している。

(67) ちなみに、判例では、身の代金目的拐取罪と身の代金要求罪は牽連犯の関係にあるとされているものの(58年決定(前掲註(4))、営利目的略取と身の代金要求罪は併合罪とされている(最決昭和五七(一九八二年)一月二九日刑集三六卷一(一九八八頁))。

(68) なお、承継的共犯は一般に単純一罪の場合が問題とされるので、後行関与者の罪数が問題とされないのに対し、

本件では略取罪と監禁罪が別個に成立しているもので、厳密にいえば、その罪数が承継的共犯論の枠内でも問題とされうる事案である。この点、最決昭和五七(一九八二年)二月一七日刑集三六卷二〇六頁は、幫助の罪数に關して、幫助罪の個数は正犯の罪の数によつて決定されるとする一方、幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法五四条一項にいう一個の行為であるか否かは、幫助行為それ自体に基づいて判断される、としている。

これについて、「監禁による略取」の事案である本件では、正犯の罪数自体が観念的競合なので、本判決が、果たしてその最高裁決定と同様に考へて、被告人の罪数を観念的競合としたのかは表面上明らかでない。これに対して、58年決定のように、正犯者が併合罪と判断される「拐取後の監禁」の事案で、監禁から関与した後行関与者がいた場合には、承継的共犯の罪数が正面から問題とされることになる。共犯の罪数については、只木誠「罪数論の研究」(二〇〇四年)一三四頁以下が、詳細な検討を加えている。

* 脱稿後の平成一七(二〇〇五)年六月一六日、第一六二回国会において、人身買受・売渡罪の新設等を内容とする刑法等の一部を改正する法律が成立した。