

承継的共犯論の新展開

宮 崎 万壽夫

本稿は、表記のとおり、承継的共犯に関する初の最高裁判断である最高裁平成24年11月6日第2小法廷決定（LLI/DB 登載，裁判所時報1567号1頁）を紹介するとともに，これに対する若干のコメントを述べるものである。

第1 事案の概要

1 本件の事実関係

原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば，本件の事実関係は，次のとおりである。

- (1) A 及び B（以下「A ら」という。）は，平成22年5月26日午前3時頃，愛媛県伊予市内の携帯電話販売店に隣接する駐車場又はその付近において，同店に誘い出した C 及び D（以下「C ら」という。）に対し，暴行を加えた。その態様は，D に対し，複数回手拳で顔面を殴打し，顔面や腹部を膝蹴りし，足をのぼり旗の支柱で殴打し，背中をドライバーで突くなどし，C に対し，右手の親指辺りを石で殴打したほか，複数回手拳で殴り，足で蹴り，背中をドライバーで突くなどするというものであった。
- (2) A らは，D を車のトランクに押し込み，C も車に乗せ，松山市内の別の駐車場（以下「本件現場」という。）に向かった。その際，B は，被告人がかねてより C を探していたのを知っていたことから，同日午前3時50分頃，被告人に対し，これから C を連れて本件現場に行く旨を伝えた。
- (3) A らは，本件現場に到着後，C らに対し，更に暴行を加えた。その態様は，D に対し，ドライバーの柄で頭を殴打し，金属製はしごや角材を上半身に向かって投げつけ

たほか、複数回手拳で殴ったり足で蹴ったりするというものであった。これら一連の暴行により、Cらは、被告人の本件現場到着前から流血し、負傷していた。

- (4) 同日午前4時過ぎ頃、被告人は、本件現場に到着し、CらがA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つつAらと共謀の上、Cらに対し、暴行を加えた。その態様は、Dに対し、被告人が、角材で背中、腹、足などを殴打し、頭や腹を足で蹴り、金属製のしごを何度も投げつけるなどしたほか、Aらが足で蹴ったり、Bが金属製のしごで叩いたり、Cに対し、被告人が金属製のしごや角材や手拳で頭、肩、背中などを多数回殴打し、Aに押さえさせたCの足を金属製のしごで殴打するなどしたほか、Aが角材で肩を叩くなどするというものであった。被告人らの暴行は同日午前5時頃まで続いたが、共謀加担後に加えられた被告人の暴行の方がそれ以前のAらの暴行よりも激しいものであった。
- (5) 被告人の共謀加担前後にわたる一連の前記暴行の結果、Dは、約3週間の安静加療を要する見込みの頭部外傷擦過打撲、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、Cは、約6週間の安静加療を要する見込みの右母指基節骨骨折、全身打撲、頭部切挫創、両膝挫創の傷害を負った。

2 原審

原判決は、以上の事実関係を前提に、被告人は、Aらの行為及びこれによって生じた結果を認識、認容し、さらに、これを制裁目的による暴行という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、一罪関係にある傷害に途中から共謀加担し、上記行為等を現にそのような制裁の手段として利用したものであると認定した。その上で、原判決は、被告人は、被告人の共謀加担前のAらの暴行による傷害を含めた全体について、承継的共同正犯としての責任を負うとの判断を示した。

第2 上告趣意、当審判示

1 上告趣意

弁護人は、被告人の共謀加担前のAらの暴行による傷害を含めて傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には責任主義に反する違法があると主張した。

2 当審判示

(1) 法廷意見

「上告趣旨は、・・・刑訴法405条の上告理由にあたらない」としたが、「所論に鑑み、傷害罪の共同正犯の成立範囲について、職権で判断する」として、まず、原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係を前記のとおり認定した上で、判示事項に関しては、次のとおり判断した。

「そこで検討すると、前記1の事実関係によれば、被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Dの背中や足、Cの頭、肩、背中や足を殴打し、Dの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはCらの傷害（したがって、第1審判決が認定した傷害のうちDの頭部両耳鼻部打撲擦過とCの右母指基節骨骨折は除かれる。以下同じ。）を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせ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C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。原判決の上記2の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人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。そうすると、被告人の共謀加担前にAらが既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るものといわざるを得ない。」とした。

(2) 補足意見

なお、後記のとおり、千葉裁判官の詳細な補足意見が付加されている。

第3 検討

1 本決定の意義

いわゆる承継的共犯については、これまで明示的に判断を示した最高裁判例・決定はなく、また、学説上も、その意義はもとより、後行者に帰責されるべき成立範囲等を巡り、共犯の処罰根拠にも遡って見解が分岐していた。こうした中、本決定はこの点について最高裁として初めての判断を示したものであって、今後の下級審実務に与える影響も大きい重要決定である。以下、これまでの裁判例および学説の状況等を概観したうえで検討を進めることにする。

2 承継的共犯に関する裁判例・学説の状況¹⁾²⁾

(1) 裁判例の状況

ア 上級審判例

これまで、上級審の裁判例としては、リーディングケースとして、大審院昭和13年11月18日判決（刑集17・839）があった。事案は、先行者である夫が、先に被害者を殺害し、その後、妻が夫から、被害者を殺害したこと、及び、この機会に金品を奪うことの協力を求められてこれを了承したことから、妻が夫と共謀加担し、夫が金品を強奪するのを妻が手伝ったという事案である。これにつき、大審院は、先行者である夫は強盗殺人罪とし、後行者である妻は強盗殺人罪の承継的共犯としたものである（但し、共同正犯ではなく幫助犯の限度で成立を肯定している）。

しかし、最高裁になってからは、この点に関する判例・決定はこれまでなかった。承継的共犯のような重要で対立のある論争点について、戦後60年以上も最高裁判例・決定がなかったというのは、ある意味不思議でもあった。承継的共犯は、犯罪現象としては、よくある事象であり、また、下級審裁判例も相当数の蓄積があったにもかかわらずである。

1) これまでの裁判例・学説に関する分析研究としては、大阪高裁昭和62年判決がでる以前のものとして大越義久「展望判例法 承継的共犯」判例タイムズ531・46、上嶋一高「承継的共犯」刑法の争点110頁がある。また、その後の動向等も踏まえた詳細なものとしては大コンメンタール刑法（第2期）第5巻221頁以下がある。

2) 承継的共犯に関して、我が国における状況のほかドイツにおける状況をも踏まえて網羅的に問題点を分析しているものとして照沼亮介「体系的共犯論と刑事不法論」弘文堂213頁以下がある。

イ 下級審裁判例

これまでの下級審裁判例としては、相当数が蓄積されている。しかし、その内容を点検してみると、まず、罪質としては、単純一罪（詐欺、殺人、殺人予備）ケースから、継続犯（監禁）、包括一罪（暴力行為等処罰に関する法律違反、傷害、恐喝、薬事法違反）、結合犯（強盗、強姦、強盗傷人）、結果的加重犯（強盗致死傷、強姦致死傷、傷害致死、強姦致死傷）のケースまで、広範にわたっている。また、その共犯の成否の結論も、肯定説、否定説、中間説など区々としており、その罪質とも関係して、必ずしも安定的に確立されたものまではなかったように思われる。

本稿では、その中で、特に重要で、本件最高裁決定に至るまでの間、実務において指導的役割を果たしたと思われる2、3の裁判例を検討することによって、その傾向を探ってみたい。

①大阪高裁昭和62年7月10日判決（判例タイムズ652・254）³⁾

まず最初に検討されるべき裁判例である。

事案は、先行者が被害者に対して暴行を加え、また、恐喝行為をしていたところ、後行者が共謀加担し、その後、先行者と後行者がともに暴行を加え、また、後行者が金員の受け取り役をしたというものであった。これに対し、本判決は、「いわゆる承継的共犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪行為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。」として、承継的共犯の成立する要件を具体的に指摘して規範解釈を示した上で、傷害については消極の、恐喝については積極の結論としたものである。この大阪高裁昭和62年判決までは、承継的共犯の成否について、肯定説にしろ、否定説にしろ、その成否について実質的根拠を上げて詳細に分析検討したり、成立要件を具体的に明示するなどの判断を示したものは乏しく、その意味で、同判決は中間説を採用することを明示した上で、いわゆる「利用意思」の概念を導入しているのが注目されたのであった。

②浦和地裁平成4年3月9日判決（判例タイムズ796・236）

事案は、先行者が被害者に対して強姦に着手し、その後、後行者が共謀加担し、その後、後行者も強姦に着手したもののこれを遂げなかったが、被害者には既に先行者の暴行により傷害結果が発生していたというものであった。

3) 大阪高裁昭和62年判決についての評釈として内田文昭「いわゆる承継的共同正犯の成否」判例タイムズ702・68、堀内捷三「承継的共犯（1）」刑法判例百選Ⅰ（第6版）168がある。

これに対し、本判決は、「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には、慎重を要する」とし、「本件においては、(先行者)が強姦の犯意を生じて(被害者)を殴打し、姦淫に成功しないまま一旦犯行を中断したのちにおいて、右犯行に共謀加担したと認められ、いわば包括一罪の途中からの加担者というべき」として、「自己が犯行に加わった時点以降の行為についてのみ共同正犯の成立を認め、その限度で刑責を認めれば足りる」として、後行者については承継的共同正犯の成立を否定して、強姦致傷ではなく強姦未遂の限度で成立を認めたものである。本判決は、前記大阪高裁昭和62年判決の判断を更に前進させて、後行者には先行者の行為結果に対する責任を否定するという、否定説の立場に立ち、その個人責任の原則を貫徹させたものであって理論的に高く評価されるべきものである。

③東京高裁平成8年8月7日判決(判例タイムズ1308・45)

事案は、先行者が被害者に暴行を加え、その途中から共謀に加わった被告人が先行者とともに暴行を加えたものであるが、本判決は、「一口に加担後の行為といっても、その範囲の確定は必ずしも容易ではないときがあるのであって、その点明確な識別・分離が不可能なものについては、後行行為者は、先行行為者の行為ないしそれに基づく傷害の結果等について全体として共同正犯としての刑責を負うとすることもやむを得ないというべきであり、またそうする以外に適当な処理方法がないと考えられる。これに対して、加担前の行為ないしこれによる結果等を明確に区別できる場合には、傷害事犯のように、先行行為の結果等が後行行為に影響するという関係が比較的乏しく、いわば個別の傷害行為が寄り集まっているに過ぎない罪においては、途中から加担した後行行為者が、先行行為者の行為ないし結果等を自己の犯罪遂行の手段として利用したと評価すべき特別の事情でもない限り、途中加担者に対して、加担前の行為やこれによって生じた結果等についての刑責を帰属させるべき実質的根拠に乏しいと考えられる。」とした。そして、本件では、どの傷害を被告人が加えたか識別分離が不可能であるとして、本件犯行全体についての共同正犯の成立を肯定したものである。同判決では、承継的共同正犯の成否につき慎重な検討姿勢を見せているが、結論としては、「他に適当な処理方法がない」ようなケースについては「全体として共同正犯としての刑責を負うとすることもやむを得ない」として、本件では、その不利益を、本来、立証責任のある検察官にではなく、逆に被告人に負わせてしまっている点が特徴的であると思われる。

以上はこれまでの指導的と思われる2、3の裁判例の紹介に止まるが、その他公刊されている幾多の下級審裁判例をも検討すると、肯定説・否定説の混在する時期を経て、前記①大阪高裁昭和62年判決によって中間説が明確に提示され、その後、

前記②浦和地裁平成4年判決によって明快な否定説が出現したものの、その後は、再び前記③東京高裁平成8年判決に代表されるような中間説が主流となっていたように思われる。

(2) 学説の状況

承継的共犯の成否については、大別すれば、①肯定説、②否定説のほか、その中にあって③中間説の3つに分類される。しかし、①肯定説といっても、全く無条件で遡及処罰を認めるようなものは現在ではほとんど姿を消しているようであり、また、③中間説といっても、その具体的な内容は論者によって差異は相当にあるが、要するに、一定の条件（たとえば、先行者の実行行為及び結果について、後行者が了解し、かつ、これを利用したことなど）が具備することを要求して肯定したり、あるいは、共犯類型の中で分別し、共同正犯については否定するが幫助犯については肯定するなどであって、その内容は、条件付き肯定説といえるものである。

3 承継的共犯に関する一考察

(1) 承継的共犯における類型論

ア ところで、これまで承継的共犯の成否が論じられるとき、その犯罪類型や加担の態様等については、相当にバリエーションがあるように思われる。

すなわち、筆者が想定するに

- ① まず、罪質としては、単統一罪ケースから、継続犯、包括一罪、結合犯、結果的加重犯の各ケースまで、広範にわたっている。
- ② また、共犯類型としては、承継的共同正犯のほか、承継的幫助犯の場合がある（承継的教唆犯は想定困難である）。
- ③ また、実行行為の類型でいえば、承継的実行共同正犯、承継的共謀共同正犯、承継的実行幫助犯、承継的共謀幫助犯の場合が想定できよう。

すなわち、先行者と後行者の関係でいえば、加担の態様として、

- ①先行者が単独実行し、その後、先行者と後行者が実行行為を共同実行した場合（2人実行型）
 - ②先行者が単独実行し、その後、先行者が更に単独実行したが、後行者は共謀だけで実行しなかった場合（共謀だけの加担型）
 - ③先行者が単独実行し、その後、先行者が共謀だけで実行せず、後行者だけが実行した場合（入れ替わり交替実行型）があり、
- また、先行者と後行者の人的関係でも

- ①現場に当初から後行者が滞留していた場合

②現場に途中、後行者が合流した場合

③先行者が最初の第1現場から移動した結果、偶然に、第2現場にいた後行者と遭遇した場合

などがあると思われる。

イ こうしてみると、本件事案を検討すると

- ・犯罪類型としては、傷害罪という包括一罪型であること
- ・先行者が単独実行し、その後、先行者と後行者が実行行為を共同実行していること
- ・共謀加担前の暴行によって既に傷害結果が発生していること
- ・共謀加担後の暴行によっても傷害結果が発生していること
- ・加担前の傷害結果と加担後の傷害結果を比較すると後者の方が重篤であること
- ・被害者に生じた傷害結果について、共謀加担前の暴行に起因するか、共謀加担後の暴行に起因するか、不明な類型ではなく、その意味で刑法207条の適用となる余地はない類型であること

という、いわば想定できる承継的共犯の犯罪類型の中でも、単純な類型であったことである。

(2) 中間説の問題点

さて、これまでの下級審裁判例の中には、中間説にたつものが多くあったと理解されるが、本件での原判決も同様の判断を示していた。

すなわち、原判決は、

- ①先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識認容していること
- ②これを制裁目的による暴行という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ること

の2要件を肯定し、共謀加担前の先行者による暴行による傷害を含めた全体について、承継的共同正犯としての責任を負う、としたのである。

しかしながら、筆者が思うに、こうした中間説は次のような批判を免れないと思われる。

ア 前記要件①②にみられるように、その成立要件としては、被告人の主観的認識内容に全面的に依存するものであって、まず、判断基準としての明確性に問題があると考ええる。

イ とりわけ、「利用意思」の内容が具体的には何を意味するのか不明確と言わざるをえない。共謀共同正犯における共謀については、既に練馬事件において「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に

一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とする最高裁判決（昭和33年5月28日刑集12・8・1718）が確立しているが、これとの対比でみたとき、その判断枠組みとしては、共通性があるように思われる。すなわち、共謀が先行者・後行者の行為に先立っている場合には共謀共同正犯となり、共謀が、先行者の行為開始後の途中に介在した場合には承継的共犯の問題になる。こうした枠組みは、承継的共犯の中には、実質的には共謀共同正犯くずれのような犯罪形態も数多く見うることから、下級審としても実務的に受け入れやすい素地があったのではないと思われる。しかし、共謀とは、行為を離れた複数者の意思連絡である主観面の問題であるが、承継的共犯とは、行為の遡及処罰が可能かという意味で、主観面から基本的には切り離された客観面の問題であると理解するのが相当であると考え、やはり両者は峻別されなければならない⁴⁾。

ウ また、共同正犯では一部実行、全部責任の思想があるが、これを承継的共犯に導入すると、共謀加担後の後行者の行為について、事実認定として、それ自体が実行行為の一部であると評価認定できる場合は格別、そうでない場合（たとえば、先行者が暴行脅迫をして、後行者が、単なる金品の受領だけしたようなケース）を考えると、被害者から金品の交付を受ける行為についても、これを実行行為の一部である評価する必要がある。しかし、こうした解釈はもはや構成要件要素の文言範囲を逸脱するものであろう。

エ また、より根本的には、共犯処罰の根拠理論にも照らすとき、後行者が、前記①②要件を具備していた場合、なにゆえに先行者の行為についてまで、いわば遡及処罰されてしまうのか、理論的説明が困難であると思われる⁵⁾。

オ 更に、問題は、承継的共犯の事案は、一般に、先行者と後行者の間に親密な人的関係のあることが多く、犯罪の実態としては、先行者との間での事前の共謀の成立する可能性があるものの、証拠収集、そして立証の困難性から、いわば、「共謀落ち」

4) 浦和地裁平成4年判決では、「・・・判例上、前記のような見解（筆者注・・・中間説をいうものと思われる）が大勢を占めるに至っている最大の理由は、これ以上分割不可能な単純一罪の途中から、先行者の行為を利用する意思で（又はこれを認識認容しながら）犯行に共謀加担した者（例えば、恐喝罪・詐欺罪等に関する脅迫行為・欺罔行為の終了後、これを積極的に利用して、自らも利得に与かる意思で財物の入手行為のみに関与した者）について、単に、同人が脅迫行為や欺罔行為に関与していないというだけで、刑責を免れさせるというのは、条理上いかにも不合理と思われることなどに着目した点にあると考えられるのである」としている。

5) たとえば、山口厚教授による一連のものとして、刑法総論（第2版）349頁以下、問題探求刑法総論262頁、法学教室242・97「INTERVIEW 問題探求刑法総論」101頁、法学教室266・21「共犯論の現状と課題」33頁などがある。

とでも言えるような犯罪捜査上の問題がある一方、他方では、途中から加担した後行者に対する処罰の必要性可罰性を肯定する傾向があることで、その妥協として、一種の政策的解釈が許容されることになったと思われることである。端的にいえば、承継的共犯の成否を巡って結論が大きく分かれうるのは、結合犯や結果的加重犯であり、その意味、大審院昭和13年判決の事案では、その理論からすれば、妻に強盗殺人の共同正犯の成立を認めることも十分可能と思われる。しかし、結論として、共同正犯ではなく幫助犯に止めたことは理論的に一貫しないと思われ、その背景には肯定説で押し切ることへの躊躇があったと推測される⁶⁾。

4 本決定の評価及び射程範囲

- (1) こうした中、本決定は、判示事項として、「他の者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、被告人が共謀加担した上、更に暴行を加えて被害者の傷害を相当程度重篤化させた場合、被告人は、被告人の共謀及びそれに基づく行為と因果関係を有しない共謀加担前に既に生じていた傷害結果については、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。」としたものである。

そして、本決定は中間説に立つ原判決について

- ①共謀加担前に先行者が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
- ②被告人において、被害者が先行者の暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状況を利用したとしても、これは、被告人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ない

と簡単に論断して原判決を排斥したのである。

こうした判断は、これまで中間説が主流であったと思われる下級審からすればやや意外な感じがもたれたことではないと思われる。

しかし、前記①については、これまで学説上、共犯の処罰根拠をめぐり、いわゆる因果共犯論の立場から有力に主張されていたところでもあり、その意味で承継的共犯の成否につき理論的根拠の説明ないし裏付けを与えるものと評価できる。とりわけ、「利用

6) 大審院昭和13年判決では、原審は強盗幫助にて懲役2年、執行猶予3年に処したところ、上告審では、強盗殺人幫助として原審を破棄したものの、刑の量定については原審と同じく懲役2年、執行猶予3年に処している。これからも理論的な承継的共犯の成否の場面からすると、相当の躊躇や、結論の妥当性等への配慮がみられるように思われる。

意思」の概念を使用せず「因果関係」は必要としたことで、問題の本質は主観的要件ではなく客観的要件にあるとしたことは、判断基準として明確であり、事案に応じたあてはめ検討の場面でも、今後は安定した判断が期待できることになると思われる。

また、前記②についても、後行者の処罰範囲について、問題のあった「利用意思」につき、先行者との間の意思連絡の問題である共謀の場面から切り離し、後行者の主観的な動機の場面と位置づけたものであって、割り切った判断枠組みといえよう。

(2) では、こうした分析を踏まえて、本決定の射程範囲をどのように考えるべきであろうか。また、残された問題点はどのようなものか。これまで議論されているような各種類型にまで本決定がそのまま妥当するか、射程の範囲内かは容易には即断できないものと思われる。こうした点を意識したのが千葉補足意見であり、その中で具体的な提案をしていることが注目される。

5 千葉補足意見の検討

(1) それでは、更に進んで千葉補足意見を見てみよう。本判決では、法廷意見に続いて、千葉裁判官が詳細な補足意見を示している。今後に残された問題点への解決についての提言も含む内容であり、重要な判断が示されている。

長くなるが、趣旨を違えないためにも、そのまま引用すると、次のとおりである。

「1 法廷意見の述べるとおり、被告人は、共謀加担前に他に共犯者らによって既に被害者ら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、共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したこと（共謀加担後の傷害）についてのみ責任を負うべきであるが、その場合、共謀加担後の傷害の認定・特定をどのようにすべきかが問題となる。

一般的には、共謀加担前後の一連の暴行により生じた傷害の中から、後行者の共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことを取り出して検察官に主張立証させてその内容を特定させることになるが、実際にはそれが具体的に特定できない場合も容易に想定されよう。その場合の処理としては、安易に暴行罪の限度で犯罪の成立を認めるのではなく、また、逆に、この点の立証の困難性への便宜的な対処として、因果関係を超えて共謀加担前の傷害結果まで含めた傷害罪についての承継的共同正犯の成立を認めるようなことをすべきでもない。

この場合、実務的には、次のような処理をすべきであろう。傷害罪の傷害結果については、暴行行為の態様、傷害の発生部位、傷病名、加療期間等によって特定されることが多いが、上記のように、これらの一部が必ずしも証拠上明らかにならない

こともある。例えば、共謀加担後の傷害についての加療期間は、それだけ切り離して認定し特定することは困難なことが多い。この点については、事案にもよるが、証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実に判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはないというべきである。

もちろん、加療期間は、量刑上重要な考慮要素であるが、他の項目の特定がある程度されていれば、「加療期間不明の傷害」として認定・判示した上で、全体としてみて被告人に有利な加療期間を想定して量刑を決めることは許されるはずである。本件を例にとれば、共謀加担後の被告人の暴行について、凶器使用の有無・態様、暴行の加えられた部位、暴行の回数・程度、傷病名等を認定した上で、被告人の共謀加担後の暴行により傷害を重篤化させた点については、「安静加療約3週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定をすることになり、量刑判断に当たっては、凶器使用の有無・態様等の事実によって推認される共謀加担後の暴行により被害者の傷害を重篤化させた程度に応じた刑を量定することになるだろう。

また、本件とは異なり、共謀加担後の傷害が重篤化したものとまではいえない場合（例えば、傷害の程度が小さく、安静加療により約3週間以内に止まると認定される場合等）には、まず、共謀加担後の被告人の暴行により傷害の発生に寄与した点を証拠により認定した上で、「安静加療約3週間を要する共謀加担前後の傷害全体のうちの一部（可能な限りその程度を判示する。）の傷害を負わせた」という認定をするしかなく、これで足りるとすべきである。

仮に、共謀加担後の暴行により傷害の発生に寄与したか不明な場合（共謀加担前の暴行による傷害とは別個の傷害が発生したとは認定できない場合）には、傷害罪ではなく、暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である。

2 なお、このように考えると、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得るので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、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。」

- (2) 千葉補足意見は、以上のとおりであって、承継的共犯について最高裁として初めて

の判断を示した機会をとらえ、本件事案の処理に必要な範囲を超え、今後に残された問題点についてその解決を提言するという、やや異例のものであり、また、その内容の当否についても議論を呼ぶものと思われる。

(3) 個別に検討すると、次のとおりである。

ア 共謀加担後の傷害の認定・特定

問題は実体法上の犯罪の成否ではなく、訴訟法上の問題である。すなわち、刑法256条2項にいう「訴因」ないし「罪となるべき事実」、335条1項にいう「罪となるべき事実」の特定程度の問題であり、256条2項に規定する「できる限り」との文言が解釈の手がかりとなる。そして、この点については、一般論として「有罪の判決における「罪となるべき事実」の判示としては、刑罰法令各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を、該構成要件に該当するかどうかを判定するにたりる程度に具体的に明白にし、その各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするをもってたりる。」とする最高裁昭和24年2月10日判決（刑集3・2・155）のあるところである。

千葉補足意見では、証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはないというべきである、としているが、前記判例の趣旨に合致し賛成である。どの程度までの概括的認定が許容されるかは、個別具体的な構成要件ごとに検討されるほかないが、本件に即していえば、一定の生理的機能が障害された事実が最低限、認定できるのであれば、証拠上その加療期間までを認定できなかったとしても、傷害罪の成立を認めることに問題はないであろう。千葉補足意見では、引き続いて場合分けをして、

①本件のように、共謀加担後の傷害が重篤化したといえる場合には

例示として、「安静加療約3週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定

②本件とは異なり、共謀加担後の傷害が重篤化したものとまではいえない場合には

例示として「安静加療約3週間を要する共謀加担前後の傷害全体のうちの一部分（可能な限りその程度を判示する。）の傷害を負わせた」という認定を示しているが、いずれも相当であって、同種事案を扱う下級審実務にとっては大いに参考なるものと思われる。

イ 他の犯罪類型における承継的共同正犯の成否

次に、千葉補足意見では、「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、強盜、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。」とされている。

しかし、この説示部分の趣旨は必ずしも明確でなく、解釈によっては議論を呼ぶものと思われる。すなわち、先行者が、各構成要件で規定する実行行為を行い、(たとえば、強盜罪において暴行脅迫を行い、恐喝罪においては恐喝行為を行い、詐欺罪において欺罔行為を行い)、その後、共謀加担した後行者が、先行者とともに、あるいは、単独で、それ自体実行行為と評価できるに足る行為を継続したため、結果として、被害者から財物等を取得したような場合を想定しているとすれば、理解可能である。

しかし、「共謀加担前の先行者の行為の効果を利用する」との表現は中間説に通じる内容とも理解可能である。そうすると、先行者が、各構成要件で規定する実行行為を行い、(たとえば、強盜罪において暴行脅迫を行い、恐喝罪においては恐喝行為を行い、詐欺罪において欺罔行為を行い)、その後、共謀加担した後行者が、先行者とともに、あるいは、単独で、それ自体実行行為と評価できるに足る行為もないのに、被害者から財物等を取得した行為だけをしたような場合についてまで想定しているとすれば、筆者は反対と言わざるをえない。本件事案は傷害罪という包括一罪のケースであって、これを超えて、法廷意見が、たとえば、結合犯とか結果的加重犯のようなケースまで言及しているものでは、もとよりない。この点については今後の判例研究の成果を待つことになろうが、なお、法廷意見と千葉補足意見との間には微妙な差異が残るものと思われる。

6 残されたその他の問題点

(1) 刑法207条(同時傷害の特例)との関係⁷⁾

本決定の射程外ではあるが、承継的共犯における延長線上の問題として、刑法207条(同時傷害の特例)の適用は理論的にも困難な問題である。

この点で、正面から判断を示したのが大阪地裁平成9年8月20日判決(判例タイムズ995・286)であった。事案は、被害者の傷害結果が共謀成立の前後いずれの暴行により生じたか不明なケースについて、後行者について承継的共同正犯は不成立とした上で、同時傷害の特例が適用されるとしたものである。

7) 刑法207条の趣旨、適用範囲を検討するものとして杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル29号49頁がある。

刑法207条の立法趣旨をめぐっては従来から対立があり、その寄って立つ立場によっては、これまで蓄積されてきた承継的共犯の成否を巡る議論が、こと傷害罪に限っては、ほとんど骨抜きになるおそれもあり問題は深刻というべきである。もちろん、本決定によっても解決をみたわけではないが、これを契機として議論が活発になるであろう。本稿では、問題の所在を指摘するに止め、その検討については別の機会に留保しておきたいと思う。

(2) 原判決破棄の要否

本決定は、前記のとおり、「……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るものといわざるを得ない。」とした。

しかし、本件上告に対する結論としては、「もっとも、原判決の上記法令違反は、一罪における共同正犯の成立範囲に関するものにとどまり、罪数や処断刑の範囲に影響を及ぼすものではない。……本件については、いまだ刑法411条を適用すべきものとは認められない。」として、裁判官全員一致の意見で、上告を棄却する決定をした。

ここでも、本件事案が傷害罪という包括一罪であり、かつ、傷害結果が共謀加担の前後を通じて因果関係が認められるという事案の内容から、敢えて、原判決を破棄することとはせずに、その法令違反を指摘するに止めている。筆者としても、事案処理としては妥当な判断であると考えている。しかし、承継的共犯に関して最高裁が初めて判断を示したという重要性等をも考慮すると、原判決の違法の程度は決して軽視できないとして破棄差し戻すという選択肢もありえたのではないかと思われる。また、仮に破棄差し戻した場合、差戻審が、傷害の点について、はたしてどのような罪となるべき事実を判示したであろうか、を確認してみたかった点が残念、という気持ちも正直残るのである。

第4 まとめ

いずれにしても、本決定はこれまで下級審裁判例にも動揺がみられ、また、学説上の対立も厳しい承継的共犯について、長らく最高裁判決・決定が待たれていた中、初めて判断を示したものとして、重要な意義を有するものである⁸⁾。

8) 本件の判例評釈として知り得たものに早瀬宏毅「傷害の事案についていわゆる承継的共同正犯の成立を否定した事例」研修777号25頁がある。