

共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に 生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の 傷害罪の共同正犯の成立範囲

——最高裁平成二四年一月六日第二小法廷決定、同年(あ)第二三三三号

傷害、強盗、建造物侵入、窃盜被告事件、刑集六六卷一―号二二八―頁——

設 楽 裕 文
淵 脇 千 寿 保

事案の概要

一 本稿で検討する判例は、へA、Bに対し、X、Yが
Y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旨判断したのに対し、被告人は、
暴行を加えた後、被告人が加わってさらに暴行を加え、

一連の暴行の結果、A、Bは打撲等の傷害を負った」と
いう事案について、原判決が被告人は共謀加担前のX、

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、被告人の共謀及びそれに基づく行為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旨判断した、最高裁決定（以下、「本件決定」という）である。

本件決定は、傷害罪についての事例判断であるとはいえ、承継的共同正犯の問題（先行者が犯罪の実行に着手した後、当該犯罪が終了する前に、後行者が先行者と意思を通じて関与した場合、後行者が共同正犯としての罪責を負うのはどの範囲か、という問題¹⁾）について、初めて最高裁の判断を示したものである。

二 本件決定は、判断の前提として、次のような「事実関係」を掲げた。

「1 原判決及びその是認する第一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) X及びY（以下「Xら」という。）は、平成二二年五月二六日午前三時頃、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A及びB（以下「Aら」という。）に対し、暴行を加えた。その態様は、B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、A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) Xらは、Bを車のトランクに押し込み、A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、Yは、被告人がかねてよりAを捜していたのを知っていたことから、同日午前三時五〇分頃、被告人に対し、これからAを連れて本件現場に行く旨を伝えた。

(3) Xらは、本件現場に到着後、Aらに対し、更に暴行を加えた。その態様は、B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し、Aに対し、金属製はしごを投げつけたほか、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。これらの一連の暴行により、A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) 同日午前四時過ぎ頃、被告人は、本件現場に到着し、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つつXらと共謀の上、Aらに対し、暴行を加えた。その態様は、B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、金属製はしごを何度も投げつけるなどしたほか、Xらが足で蹴ったり、Yが金属製はしごで叩いたりし、Aに対し、被告人が、金属製はしごや角材や手拳で頭、肩、背中などを多数回殴打し、Xに押さえさせたAの足を金属製はしごで殴打するなどしたほか、X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五時頃まで続いたが、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X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、Bは、約三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、Aは、約六週間の安静加療を要する見込みの右母指基節骨折、全身打撲、頭

部切挫創、両膝挫創の傷害を負った。」

三 右の「事実関係」からは、第一審判決及び第二審判決Ⅱ原判決の採用する承継的共同正犯の要件を充たす事実や、おそらくそれらの判決の判断の基礎にある本件における共同正犯としての可罰性を基礎づける事実を十分うかがい知ることとはできない。そこで、ここに、第一審判決（松山地判平成二三年三月二四日刑集六六卷一 号一二九頁以下）及び第二審判決（高松高判平成二三年一月一五日刑集六六卷一 号一三二四頁以下）の認定したところから、関連する事実経過を掲げておくことにする。

(1) Xは、被告人より二歳年下であり、被告人とは本件の約七年前（中学生当時）に知り合い、本件の頃は被告人と親しく付き合っていた。Yは、被告人より三歳年下であり、被告人とは平成二〇年一月頃に知り合っており、親しく付き合うようになった。

(2) X、YとAとは以前からの知合いであった。Xは、AがXの知人女性から五万円を借りて返さなかったことに不満をもっており、平成二二年五月二〇日頃、Aに対し利息も含めた支払を要求し、一五万円を支払うとの約

束をさせた。また、Xの遊び仲間であるZも、Aに貸したバッグが返却されないこと等に不満を抱いていた。

(3) 五月二二日深夜ないし二三日未明に被告人、X、ZとA、Bとがゲームセンターで会った際、共通の友人であるCが被告人やその仲間の悪口をいっているという話が出たことから、被告人は、Aに対しCを呼んでくるように指示した。しかし、Aが帰ってこず電話にも出なかったため、被告人らはAが逃げたものと受け止めた(第二審判決は、このときAが帰らなかったため「被告人は、Aに対し、逃げたとして立腹していた」と認定している。―刑集六六卷一―号一三三〇頁参照)。

(4) 五月二二日夕方に被告人らとAが会った際、被告人は、Bのいる場で、Aに対し、傘や素手で殴るなどの暴行を加えて、「二万円を段取れ」などといい、その後、A、Bは、被告人らに会わないようにするため外出を避けるようになった。被告人、X、Yは、それぞれAに対し腹を立て、Aを捜した。

(5) 五月二五日夕方、被告人は、X、Y、Zを呼び出し、集合し移動した後、カラオケに行くこと告げてXらと別れた。X、Y、Zは、Aを捜し出して殴ろうと相談し

ており、被告人と別れた五月二五日の深夜頃、Zの妹やその友人女性を使って、AをDショップ伊予店に誘い出した。Aは、行動を共にしていたBとともに、Dショップ伊予店に向かい、五月二六日午前三時頃に到着した。その後のA、Bに対するX、Y、被告人による暴行の態様は、前掲(二)の「事実関係」のとおりである。

(6) 被告人は、A、Bに対する暴行を終了した後、Aに対し「二万円を今日中に段取れ」などといい、Aは、知人に電話して金を借りようとしたものの、Bが先に金を借りていたので金を借りることができなかった。このことをAから聞いた被告人は、Bに対し「おれがもらう金やったんやが」「お前も一緒に段取れ」などといった。Xは、Bに対し「今持つとる金、どのくらいあるんぞ」と聞きつつBのポケットに触り、Bは、隠しきれないと思つて、現金約四八〇〇〇円の入っている財布を差し出した。A、Bに対し、Xは、財布を取得した後、被告人があと一万五〇〇〇円を用意するようになっていると伝え、被告人も自ら一万五〇〇〇円を要求した。

以上の(1)から(6)までの事実経過に鑑みると、被告人は、X、Yらとグループを形成しており、本件の暴行は、被

告人が五月二二日夕方にAに対し暴行を加えて二万円の金員を要求したことに端を発しているといえなくもない。もっとも、第一審判決、第二審判決ともに本件暴行は「制裁目的」で加えられたものと認定している。いずれにしても、被告人は、共謀加担以前のX、Yによる暴行について無関係というわけではない。

四 被告人は、前掲(二)の「事実関係」の事実に関して傷害罪、前掲三(6)の財物強取の事実に関して強盗罪、さらに、本件とは直接の関係はないものの、X及びWと共謀の上、X、Wが実行した建造物侵入罪、窃盗罪の公訴事実で起訴された。

第一審において、傷害罪の公訴事実につき、検察官は、X及びYがA、Bに対して暴行を加えていたところ、被告人は、それを認識・認容し、それに加担する意思の下、途中から犯行に加担して、A、Bに暴行を加え、両名に傷害を負わせたものであって、傷害罪の承継的共同正犯が成立する旨主張した。これに対し、弁護人は、被告人とX及びYとの間に共謀はなく、被告人の暴行とA、Bの各傷害結果との間に因果関係はないので被告人に傷害罪の承継的共同正犯は成立しない旨主張した。

この点について、第一審判決は、A及びBの傷害の大半は、被告人が本件現場に到着する前のX及びYの加えた暴行によるものか、あるいは被告人が加わった後の暴行によるものかが、証拠上必ずしも明らかではなく、傷害罪の成立を考える上で、いわゆる承継的共同正犯の成否が問題となるとして、「当裁判所は、承継的共同正犯は、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(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、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られると解するのを相当とし(大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇巻三号七二〇頁同旨)、このような観点から、本件事案に即して検討を加える」とした上で、結論として次のように述べた。

「X及びYによる先行行為としての暴行と、被告人加担後の暴行とは、一体性が強いこと、X及びYとしても、本件現場において本格的な暴行を振るうことを予定し、本件現場に向かう途中、Yから被告人にAを捕まえたこ

とを連絡したこと、その時点で、Xらは、被告人が本件現場到着後にAらに暴行を加えることを予測して被告人に協力しようと、被告人も、Xらが、Aに対して暴行を加えていることを予測してこれに加担しようと考えていたこと、被告人が本件現場に到着し、B及びAの様子を見て、両名が負傷していることを認識した上で、X及びYと共謀の上、両名に対し暴行を加えたこと、被告人は、加担後は、終始積極的に激しい暴行を加えており、これにより、両名の傷害は相当程度重篤化したことなどからすれば、被告人は、X及びYが、自らが本件現場に到着するまでの間に、B及びAを捕まえて暴行を加え、その暴行の結果両名が負傷していることを認識、認容の上、B及びAがこれらの暴行等により抵抗できなくなった状態を、制裁目的での暴行という、自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思の下に、X及びYの暴行に途中から共謀加担したものと認められる。「改行」したがって、被告人は、被告人が加担する前のXやYによる傷害も含めた全体について、承継的共同正犯としてその責任を負う。」

宣告刑は、懲役六年（未決勾留日数中一〇〇日算入）

であった。被告人は、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り及び量刑不当を理由に控訴した。

五 第二審において、弁護人は、傷害の事実につき、被告人とX及びYとの間に事前共謀、現場共謀ともなく、被告人の暴行とB及びAの傷害との間に因果関係はないから、被告人には傷害罪の共同正犯（承継的共同正犯を含む）は成立しない旨主張した。

第二審判決は、「この点については、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、認容するにとどまらず、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、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に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り、共謀成立以前の先行者の行為についても責任を負うものと解される」とし、本件の傷害は「Dショップ付近での暴行からアイロット〔本件現場〕での暴行に至るまで、単一の犯意に基づく強い一体性を有するもので、被害者毎に一罪を構成するものであること、被告人は、Yから連絡を受けた時点でAの身柄を拘束していることを知ったが、XらがAらをアイロットに連行するまでの間に、その身柄を確

保し、さらに逃走や抵抗を封じるために、ある程度の暴行を加え、今後も加える可能性があることを認識していたものと考えられること、他方、X、Yらは被告人がAを捜していたことを知っており、YがAらの身柄を確保した旨を被告人に連絡した趣旨は、被告人が制裁目的でA及びAと同行していたBに暴行を加えることを予期し、自己の制裁目的を実現すると共に、まさに被告人の制裁目的に供するため、Aらを被告人に差し出すことにあつたと考えられること、被告人がアイロットに到着した際には、AやBが流血していたことを認識していたものと認められ、既にXやYから相当程度の暴行を受け、逃走や抵抗が困難であることを認識したうえで、さらに、制裁目的で上記のとおりAやBに対して相当激しい暴行を加え、これにより両名の傷害が重篤化したと思われることなどの事実関係に照らせば、被告人において、X、Y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もとに、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から、被

告人は、被告人が加担する以前のXやY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責任を負うものと解される」と判示した。弁護人の他の主張も排斥され、結局、控訴は棄却された。

六 被告人が上告し、上告審において、弁護人は、傷害の事実につき、原判決が、被告人が加担する以前にX及びYが加えた暴行による傷害の全てについてまで被告人が責任を負うと判示したのは責任主義に反し、原判決のいうように承継的共同正犯の成立する場合を限定しても、被告人にはXら先行者の暴行を利用する意思はなく、利用してもいなかったのであつて、原判決には重大な事実誤認がある旨主張した（刑集六六卷一一号一一九六―一二九七頁）。本件決定は、弁護人の上告趣意は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとしつつ、本件の傷害罪の共同正犯の成立範囲について職権による判断を示した。

決定要旨

本件決定は、傷害罪の共同正犯の成立範囲について、

前掲(事案の概要二)の事実関係を「1」に掲記し、
「2 原判決は、以上の事実関係を前提に、被告人は、X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X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責任を負うとの判断を示した」とした上で、次のように述べた(傍線は刑集)。

「所論は、被告人の共謀加担前のX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いう。

そこで検討すると、前記1の事実関係によれば、被告人は、Xらが共謀してAらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Xらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Bの背中や足、Aの頭、肩、背中や足を殴打し、B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A

らの傷害(したがって、第一審判決が認定した傷害のうちBの顔面両耳鼻部打撲擦過とAの右母指基節骨折は除かれる。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Xらが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なく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によつて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、AらがXらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になつ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つたとしても、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ひ得る理由とはいえないものであつて、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X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六〇条、一一〇四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。」

本件決定は、右の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とどまるものであって罪数や処断刑の範囲に影響を及ぼすものではなく、量刑不当ともいえないので、本件については刑事訴訟法四二一条を適用すべきものとは認められないとして、上告を棄却した。なお、千葉勝美裁判官の補足意見がある（これについては後述する）。

研究

一 序

前述（事案の概要一）したように、承継的共同正犯の問題については、これまで最高裁判例がなく、下級裁判例や学説は、肯定説、否定説、中間説などに分かれている。^② 本件決定は、（無限定ないし完全）肯定説とは相容れないと評価されるものの、^③ とりわけ千葉裁判官の補足意見（以下、「補足意見」という）を併せ読むと、（完全）否定説を採ったものとも即断し難い。「異例の判例

とも感じる」との評価さえある。^④ そこで、以下、従来の裁判例及び学説との関係を踏まえて、本件決定を検討してみることとする。

二 本件決定以前の判例

1 概観

承継的共同犯の問題（先行者の行為及び結果について、実行行為が完了する前に中途から加功した者が共犯として刑責を負うか、という問題——これに「承継的共同正犯の問題」は包摂されるともいえる）について、従来、リーディングケースとされてきたのは、大判昭和一三年一月一八日刑集一七卷八三九頁である。この判決は、〈夫から強盗目的でAを殺害した旨を知らされた被告人が蠟燭で照らして夫の金品奪取を容易にした〉という事案について、「該強盗殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加擔シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ對シテハ強盗殺人罪ノ從犯ヲ以テ問擬スルヲ相當ト」すると述べて、強盗殺人罪の幫助が成立するとした（ただし、刑は強盗罪の幫助と同様の懲役二年〔執行猶予三年〕とした）。その根拠は、強盗殺人罪が強盗罪と殺人罪の結合した単純一罪であり、被告人が、Xにおいて強盗殺人罪を犯した事実

を知悉しながら強盗殺人罪の一部である強取行為に加担した、というところにある。それでも、この判決は、強盗殺人罪の共同正犯が成立するとはしていないし、宣告刑が軽いものであることから、必ずしも(完全)肯定説に従ったものではないといえる。

最高裁時代になってからの下級審裁判例は、右の大審院判決と同様に、(ア)一罪の一部に関与していることから、後行者は先行者の行為及び結果を認識して加担すれば全体につき共犯責任を負うとするもの、(イ)後行者は関与以前の先行者の行為及び結果につき共犯責任を負わないとするもの、(ウ)後行者が先行者の行為等を自己の犯罪の内容に取り入れたか、あるいは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か、といった基準により判断しているもの、に大別することができる⁵⁾。さらに、近時は「後行者が関与する以前の先行者の行為等につき後行者に共同正犯の責任を認めなかった高裁判決が相次いでいた」との指摘もある⁶⁾。

2 傷害罪、傷害致死罪の裁判例

ここでは、本件決定に類似する、傷害罪、傷害致死罪の下級審裁判例を紹介する。

(裁判例1) 名古屋高判昭和四七年七月二七日刑月四卷七号二二八四頁

〔暴力団組長Xの指示により、組事務所において、午前二時三〇分頃から、幹部組員Yの指揮の下、組員らが、Aに対し、木刀などを用いて暴行を加え、午前五時頃、被告人(Xの舎弟分)が組事務所に着してAの胸や肩あたりを数回蹴とばし、さらに、午前六時過ぎ頃、Xが組事務所に戻ってきて、Aに対し、木刀や鉄パイプ製の折りたたみ椅子で頭部を殴打する等の暴行を加えた。Aは、午前一一時頃、右硬脳膜下出血により死亡した〕という事案について、判決は、「共同正犯の成立要件としては、〔…〕共同実行の意思と共同実行の事実とが必要であり、しかも、共同実行の意思と共同実行の事実とが同時期に存在すべきことが必要であるといふべきであるから、一般的には、事後の認識、認容があるからといって、先行者の行ったことが当然に後行者に帰責されるものではなく、後行者は、共同実行の意思をもつて介入した時以後の共同実行についてのみ共同正犯としての責任を問われるべきであると解するのが相当である。しかしながら、結果的加重犯の場合においては、その結果発生

前に基本たる行為に途中より介入したものは、その結果発生は先行者の行為および介入後の後行者の行為のいずれもが結果発生に原因を与えていると認められるかぎり、結果的加重犯全体について共同正犯が成立すると解しても、実行行為分担の度合に従つて量刑を考慮すればよいのであるから、何ら不都合は生じないというべきである。本件において、被告人は結果的加重犯である傷害致死の基本たるべき行為である暴行・傷害に途中より介入し、しかも先行行為により死の結果が生じたとすべき証拠はなく、かえつて介入後の共犯者の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高いのであるから、結果犯たる傷害致死全体について共同正犯としての責任を負うものというべきである」と述べた。

(裁判例2) 名古屋高判昭和五〇年七月一日判例時報八〇六号一〇八頁

〈X及びYがAに制裁を加えることを共謀し、路上で、Yら三名が、Aに対し、顔面を手拳で殴打し身体各所を足蹴にする等の暴行を加え、その後、被告人が、X方に連行されてきたAに対し、顔免を手拳で殴打し身体各所を足蹴にする等の暴行を加えた。Aは、右胸部打撲傷後

胎症の傷害を負った〉という事案について、判決は、被告人は、Xらが共謀の上、「Aに対して暴行を加えたことを認識しながら」、Xが重ねてAに暴行を加えようとした際、「この一連の暴行に加担する意思で」Xらと意思を相通じて、Aに対し、暴行を加えたものであると認められ、このような場合、「被告人は、犯行介入前の暴行についても共同正犯としての罪責を負うものと解するのが相当」であるから、傷害が被告人の介入の前後いずれの暴行から生じたのか明らかでないとしても、被告人は傷害罪の罪責を免れない旨述べた。

(裁判例3) 札幌地判昭和五五年十二月二四日刑月一二卷一二号一二七九頁

〈X及びY(いずれも、被告人が副隊長をつとめる暴力団Z連合会青年隊の隊員)が、スナックにおいて、Aに対し、手拳で顔面を殴打する等の暴行を加え、その後、スナックに赴いた被告人が、X、Yと共にAを連合会事務所まで連れて行き、同所で、X、Y、Wが被告人と共謀の上、Aに対し、手拳や棒状の物で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、一連の暴行によつて頭部等打撲傷の傷害を負った〉という事案について、判決は、スナック

における暴行と事務所における暴行とは「一連の暴行として包括一罪を構成するものと認められる」とし、被告人は、スナックにおけるX、Yによる「Aに対する暴行の存在を認識のうえ、更にこれと包括される一連の同人への暴行に介入加担する意思でX、Y、Wと共謀し」、その共謀に基づいてAに対し暴行が加えられたのであるから、「このような場合、被告人は、共謀関係介入への加担の時点より前に他の共犯者らがすでに被害者に対してなした暴行についても、承継的に共謀共同正犯としての罪責を負うのが相当である」と述べた。

（裁判例4）大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇巻三号七二〇頁

この判決は、本件の第一審判決、第二審判決が採用している承継的共同正犯の要件を提示したものである。事案は、〈暴力団X組組長の友人であるYが、X組組員であるZと共謀の上、某日午前二時頃、Aの居室及びAをX組事務所へ連行するタクシー内で、Aに対し、約三回顔を殴打する暴行を加え、Yらは、居合わせた他の暴力団組員Wとも共謀の上、X組事務所内（二階応接間）において、同日午前四時三〇分頃までの間、Aに対し、

こもごも、手拳、木刀及びガラス製灰皿でその顔面、頭部を数回にわたって殴打したり、その下腿部を足蹴りにする暴行を加えた。当夜、飲酒の上X組事務所三階で寝ていた被告人（X組幹部）は、階下の物音で目を覚まして応接間に現われ、Yらに殴打されて既に頭部や顔面から血を流しているAの姿やV（Yと情交関係のあった者）の説明などから、事態の成行きを察知し、YらがAに対し暴行を加えて同人を負傷させた事実を認識・認容しながら、Wの慫慂に従い自らもこれに共同して加担する意思で、Aの顎を手で二、三回突き上げる暴行を加え、その後さらに、Zにおいても、Aの顔を一回手拳で殴打した。Aは、Yらの一連の暴行によって顔面打撲等の傷害を負った」というものである。判決は、「思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従つて、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」とした上で、強盗罪のように一罪であつても一連の行為により一定の結果を発生させる犯罪については、後行者が先行者の行為等を認識・認容して犯行に共謀加担すれば、多くの場合、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認めるのが相当であるといいうるけれど、先行者が遂行中の一連の暴行に後行者が暴行の故意をもって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ものと認めることができず」、このような場合には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となる旨述べて、被告人は、YらのAへの暴行及びこれによるAの受傷の事実を認識・認容しながら共謀加担したといいうるものの、「前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人がAに対し、現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、被告人が先行者たる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つたとか、これを現実にならぬものとして利用したと認めることは困難である」ことから、被告人に対しては先行者の行為等を含む全体について承継的共同正犯の刑責を問うことはできないとした（なお、このような結論でも、先行者に対して傷害罪の刑責を問うことができるので、刑法二〇七条の適用によつて解消しなければならぬような著しい不合理は生じない旨も述べた）。

（裁判例5） 大阪地判昭和六三年七月二八日判例タイムズ七〇二号二六九頁

〈Xが、Y及び被告人とともに、Aの親の下に金員取立に赴く途中、被告人が所用で一時その場を離れている間に、XとYとが、偶然Aを発見し、車に乗せるために、Aに対し、腰部を殴打するなどの暴行を加えたところ、

所用を終えて戻ってきた被告人が、とっさにXらと意思を通じ合い、三名でAに対し、頸部等を手拳で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、右下腿部、頸部、腰部打撲の傷害を負った」という事案について、判決は、被告人は、「自己が現認した被告人X及び被告人Yと右被害者との状況から、それまでの同被告人らの被害者に対する暴行の概況を認識したうえで、あえてこれに加担しようと考え、同被告人らと共謀して」暴行に及んだものであるから、「その加功前に被告人X及び被告人Yがなした暴行によるものも含め、被害者の全ての受傷につき、傷害罪の共同正犯に問擬されるものといわなければならぬ」と述べた。

(裁判例6) 東京高判平成八年八月七日東京高等裁判所(刑事)判決特報四七卷一〇二二号一〇三頁

〈Xが、Aに対し、顔面等を手拳や傘で殴打したり足蹴にするなどの暴行を加えるや、被告人が「俺にやらせろ」などといったXと共謀の上、Aに対し、顔面等を足蹴にしたり木の棒で殴打するなどの暴行を加えた。Aは、①胸部・背部打撲、②左眼瞼打撲傷、結膜下出血、③頭部・顔面打撲、左腕・前腕挫傷の傷害を負った」という

事案について、判決は、①ないし③の傷害について「被告人自身がAに対して傷害を生じさせるに足りるだけの暴行に及んでいることは認められるものの、被告人自身の暴行によって形成された傷害を独自に取り出して、その質、量を判示することは不可能であり、それらは共犯者Xが被告人と共謀する前のものを含む暴行と渾然一体となつてAの傷害を形成しているとしか認定のしようがないのである」として、先行行為者の犯行に途中から後行行為者が共謀加担した場合に後行行為者に対し加担前に先行行為者が行った行為及びその結果を含めて共同正犯としての刑責をどの限度まで問えるかを傷害事犯について考えるに当たっては「まず、途中加担後の行為とされるものがどの範囲の行為とこれによる結果等を指しているかについてみておかなければならない」のであり、「一口に加担後の行為といつても、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。」と述べた。そして、判決は、本件においては、「本件被告人は、犯行現場において、XがAに対して制裁行為に出ていることやAがこれによって相当のダメージを負っていることを認識した上で共謀加担し、自らも敢えて暴行に及んだのであり、その際、被告人が加えた暴行は、先行行為者が負わせた傷害とかなり広い範囲で競合している、どの傷害を被告人が加えたか識別・分離が不可能なこと前述のとおりであり、また、分離評価に適さない状態にあるから、被告人としては自己が加えた傷害を中心としつつ、これと分離不能の原判示傷害につ

いてその刑責を問われてやむを得ない場合であると考えられる」と述べて、結局、被告人が共謀加担する以前のXの暴行によって生じた傷害についても共同正犯としての責任を認めた原判決は正当であるとした。

（裁判例7）大阪地判平成九年八月二〇日判例タイムズ九九五卷二八六頁

〈被告人兩名とその友人Xが歩行しているとき、Xが、Aに対し、顔面に頭突きをし膝蹴りを加える等の暴行を加えてAを転倒させ、これを見た被告人兩名が、Xに加勢しようと考え、暗黙のうちにXと共謀の上、こもこもAの頭部を足蹴にするなどの暴行を加え、Xも引き続きAの頭部を足蹴にする暴行を加えた。Aは、一連の暴行により鼻骨骨折等の傷害を負った。その傷害が共謀成立前のXの暴行によるものか共謀成立後の被告人ら三名の暴行によるものかは知ることができない〉という事案について、判決は、（裁判例4）の大阪高判の立場に賛同し、「そこで、このような見地から本件につき検討すると、確かに、後行者たる被告人兩名は、先行者たるXが頭突き等の暴行を加えるのを認識・認容していたことが認められるが、それ以上に被告人兩名がこれを『自己の

犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思』を有していたとか、現にそのような手段として利用したとかの事実は本件全証拠によっても認めめることはできないから、結局、被告人兩名には傷害の承継的共同正犯は成立しないというべきである」と述べた。その上で、判決は、本件の傷害結果が共謀成立前の暴行に起因するのか共謀成立後の暴行に起因するのか両者が合わさって生じたものかは全証拠によっても確定できないところ、このような場合にも「一連の暴行が同一機会において行われたものである限り、刑法二〇七条が適用され全体が傷害罪の共同正犯として処断されると解するのが相当である」と述べて、被告人兩名は全体につき傷害罪の共同正犯として処断されるとした。

3 傷害罪・傷害致死罪の裁判例についての評価

以上の(裁判例1)から(裁判例7)までを見ると、(裁判例1)は(イ)に属するものであり、(裁判例2)(裁判例3)は(ア)に属するもの、(裁判例4)(裁判例5)(裁判例7)は(ウ)に属するものと評価できよう。そして、(裁判例6)は、結論的には(ア)に属する諸裁判例と同様に先行者の行為及び結果について共同正犯としての罪責

を負うことを肯定するものの、加担後の行為の「明確な識別・分離」が不可能であるときの立証困難性ならぬ認定困難性を理由にするものであり、特異な裁判例といえる。⁸⁾

(裁判例1)は、被告人が加担した後、Xが激しい暴行を加えたという事案につき「介入後の共犯者〔X〕の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高い」として、被告人も傷害致死罪の共同正犯の責任を負うとしたものであり、被告人の行為と因果関係のない結果についても共同正犯となるとしたものとはいえない。これに対して、(裁判例2)及び(裁判例3)は、被告人が加担する前の暴行についても共同正犯としての罪責を負うとしたものであり、まさに承継的共同正犯を認めたものといつてよい。そして、その要件は、「先行者が暴行を加えたことを認識しながら」「一連の暴行に加担する意思で」「共謀加担すること」であるといえる(裁判例3)では、包括一罪を構成するほどの一連性が要求されている。

その後、(裁判例4)が、先行者の行為及びその結果を「自己の犯罪遂行手段として積極的に利用する意思の

もとに「実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し」「先行者の行為等を現にそのような手段として利用した」という要件を提示した。この要件は、(裁判例7)や本件の第一審判決、第二審判決が採用しているものであり、(裁判例4)は裁判実務に大きな影響を及ぼしたものと認められる。もつとも、(裁判例5)は、従来の(裁判例2)や(裁判例3)の基準で承継的共同正犯の成立を肯定しているものと評価できないではないものの、⁹⁾ 事案を見ると、被告人はAの親の下に他の共犯者と共に取立に行く途中、一時その場を離れに過ぎず、判決に「認識したうえで、あえてこれに加担しようと考え」とあることから、(裁判例4)の系列に属するものと評価できよう。

さらに、(裁判例6)は、加担後の行為・結果の明確な識別・分離が不可能な場合には先行者の行為・結果を認識した上で共謀加担し自らも敢えて暴行に及べば先行者の暴行によって生じた傷害についても共同正犯としての責を免れないとしたものである。(裁判例4)では、被告人の暴行がAの顎を二、三回突き上げる程度のものであったことが先行者の行為等を「自己の犯罪遂行の手

段として利用する意思であつたとか、これを現実にもそのようなものとして利用したと認めること」が困難であることを基礎づけるとされているので、(裁判例6)の事案においては(裁判例4)の示した要件によっても承継的共同正犯を認めることができ、(裁判例6)の結論は不当ともいえないのかもしれない。しかし、(裁判例6)の考えの背後に前述したような「認定困難性」があるのなら、「認定困難なら被告人の利益に判断すべきである」との批判を免れないように思う。実際、(裁判例6)と同様の「識別・分離」不可能といえる事案について、(裁判例7)は、(裁判例4)の示した、「自己の犯罪遂行の手段として利用する意思」「現にそのような手段として利用した」といった要件を充たす事実が認められないとして承継的共同正犯の成立を否定しているのである(もつとも、(裁判例7)が(裁判例4)と異なり、刑法二〇七条の適用を肯定したことには問題があるといえよう)。

なお、本件の第一審判決、第二審判決は、(裁判例4)の示した要件を採用しつつ、(裁判例7)と異なり承継的共同正犯の成立を認めている。これは、第一審判決が

(裁判例4)の「事案は、後行者が加えた暴行が、被害者の頸を二、三回突き上げる程度で、被害者の傷害結果の大部分が後行者の加担前に生じており、その暴行に至る経過をみても、先行者の行為を積極的に利用しようとする意思までは見出し得ない事案であって、同列に扱うことはできないというべきである」と述べていることからも(刑集六六卷一―号一三二二頁)、前掲(事案の概要三)のような事実経過や被告人の加えた暴行が激しいものであったことから、先行者の行為を自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思が認められるとされたためであると考えられる。これに対し、(裁判例7)の事案では、XがAに暴行を加えることは、被告人両名にとつていわば予想外の事態だったのである。

三 本件決定の判例法上の位置づけ

本件決定は、前述の(裁判例1)ないし(裁判例7)のような下級審裁判例の考えを踏まえ、第一審判決及び原審判決が(裁判例4)の提示した要件に従つて被告人に傷害罪の承継的共同正犯としての罪責を認めた事案について、共謀加担前に先行者が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

因果関係を有することはないから」被告人は共同正犯としての責任を負うことはないとしつつ、被告人がAらの(先行者の暴行による)傷害を「相当程度重篤化させた」ことを「傷害の発生」と見て、結論として、被告人は傷害罪の共同正犯としての責任を負うとしたものである。その法廷意見の「因果関係を有することはないから」共同正犯の責任を負うことはない旨述べている部分や「Bの顔面両耳鼻部打撲擦過とAの右母指基節骨折」について被告人は傷害罪の罪責を負わないとしている点をとらえれば(完全)否定説ないしこれに近い考えを採っているとみられなくもない。しかし、「相当程度」の「重篤化」を先行者の惹起した傷害結果とは別のものと考え¹¹⁾て、結論として傷害罪の共同正犯となるとしていることを考えると、下級審裁判例の考えや被告人の行為の可罰性を考慮した「折衷的」な考えによつていともいえる。本件決定は「無限定な肯定説とは相容れないものの、それ以上に特定の立場を明らかにしたものではなく、一般的に『因果関係を有することのない結果については共同正犯とならない』とまで判示したものではない」という¹²⁾評価にも肯けるものはある。法廷意見と補足意見を併

せて読むと、本件決定のこのような「折衷性」はより顕著になるといえる。そこで、補足意見（刑集六六卷一一号一二八五〜一二八七頁）を検討してみることにする。

補足意見は、法廷意見を肯定しつつ、①「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」という問題と②傷害罪のほか「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合」に承継的共同正犯の成立を認めうるか、ということに関するものである。

前者（①）について、補足意見は、次のように述べている。

「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のみ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。

〔改行〕この場合、実務的には、次のような処理を検討すべきであろう。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、『安静加療約三週間

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。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いえない場合（例えば、傷害の程度が小さく、安静加療約三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、『安静加療約三週間に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。

〔改行〕 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。」

補足意見のこの部分は、（裁判例6）の判決のような、

後行者の行為及び結果の範囲の確定が容易ではなく「その点明確な識別・分離が不可能なもの」については、後行者は「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」とすべきであり、またそうする以外に適当な処理方法がない」といった考えに対して、「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」特定に欠けることはないとするものである。また、量刑事情としてはあるものの、「加療期間不明の傷害」としての認定・判示をすることも許されるのであって、本件のような場合には、「相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定が許され、本件と異なり「重篤化したものとはではない場合」には、「全体のうちの一部の傷害を負わせた」という認定をすれば足りるとしている。このような補足意見の要請により、捜査においては被害者等からの暴行態様の丹念な聴取や凶器の有無など客観的な証拠の収集が不可欠になる旨の指摘はあるものの、¹³被告人の行為の危険性・可罰性を重視した傷害結果の認定がなされる可能性が高まることになる（もつとも、さすがに共謀加担前の暴行による傷害とは「別個の傷害」の発生

が認定できない場合には共同正犯の成立範囲は暴行罪の限度にとどまることにはなる。

後者(②)について、補足意見は、次のように述べている。

「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ますので、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。」

補足意見のこの部分は、傷害罪と異なり、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪等の場合には先行者の行為の効果を利用することによって「犯罪の結果に因果関係を持ち」、後行者も強盗罪等の承継的共同正犯が成立しうるとするもの

のように読める。これに対しては、〈強盗罪と傷害罪とをそのように異なるものと考えてよいのか〉といった疑問が提出されうる¹⁴。いずれにしても、補足意見は、本件決定の見解が因果的共犯論を徹底させた完全否定説とは異なるものであることを明らかにしているといつてよからう。

とはいえ、(裁判例4)(裁判例7)の事案とは異なる、被告人自身、以前からA、Bに対する加害の意思を持っており、X、Yが、A、Bに暴行を加えて身柄を確保した事実をYからの連絡によって知りながら、現場に赴いてXらとともに激しい暴行を加えたという事案について、法廷意見は、「原判決の上記2の認定は、被告人において、AらがX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う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」と明言しているのであるから、本件決定

を(裁判例4)の延長線上にあるものと位置づけることはできないであろう。¹⁵⁾ 補足意見が、「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」としていることから、(先行者の行為の効果の利用(利用行為)と結果との間に因果関係がある場合に限って強盜罪等の犯罪の成立を認めうる)というのが本件決定の考えである、とみるのが素直である。

もとより、本件決定の射程距離は、「別個の傷害」が認められる傷害事案に限定される。強盜罪、恐喝罪、詐欺罪等でどのような判断がなされるかについては不明である。

四 本件決定と学説

周知のように、承継的共同正犯の問題に関する日本の学説は、¹⁶⁾ 完全肯定説、完全否定説、中間説(限定肯定説、限定否定説)に大別することができる。完全肯定説は、一罪の一部に参与している以上、全体に対し共同正犯としての責任を負うとする見解である。¹⁷⁾ これに対し、

完全否定説は、共同実行の意思や行為支配が事前に存在することを要求したり、因果性を重視したりすることから、参与以後の行為及び結果についてのみ責任を負うとする見解である(具体的には、先行者が強盜目的で暴行を加えた後、財物奪取のみに参与した後行者は、窃盜罪の共同正犯になるに過ぎないとする)なお、別に強盜罪の幫助の成立を認める見解もある。¹⁸⁾ 中間説のうち、限定肯定説は、先行者の行為等を後行者が積極的に利用する意思で参与するなどの一定の要件を充たせば、先行者の行為等を含めて共同正犯の罪責を負うとする見解である。¹⁹⁾ 同じく限定否定説は、基本的に否定説の立場に立ちながら、後行者は参与後の行為について共同正犯の罪責を負うとするものであり、これには、先行者の行為が後行者参与後も効果を持ち続けていることを重視する見解(仮に「効果説」とよぶことにする)²⁰⁾ と先行者が実現しようとする強取・詐取・喝取といった結果について、後行者が参与する時点で因果性を有し後行者が結果を左右しえた以上、後行者は強盜・詐欺・恐喝の罪責を負うとする見解(仮に「因果性説」とよぶことにする)²¹⁾ とがある。

以上を前提に学説との関係で本件決定を位置づける。学説には、本件決定は、(裁判例4)のような限定肯定説を採ったものであると評価するものがある⁽²²⁾。しかし、補足意見との類似性から見て、限定否定説中の因果性説が本件決定の考えに最も近似するものであると評価するのが素直であろう⁽²³⁾。そうであるなら、完全否定説からの「それは先行者の行為まで承継することを前提としていいうるにすぎず、理由付けにおいて結論の先取りがなされておるとの指摘が可能である」といった批判が本件決定に対しても向けられることになる。

五 結語にかえて——本件決定についての私見

最後に本件決定についての筆者らの評価を記して結語にかえたいと思う。もともと、すでに紙幅を超過しているので、承継的共同正犯の問題についての理論の提示などは別の機会に行うしかない。

第一に、裁判例、学説において限定肯定説が有力であった状況下で、本件決定が共謀加担前に生じた結果について「因果関係を有することはない」と明言したことは、因果的共犯論の見地から、妥当なものであったと考える。刑事責任は自己の行為とそれによって発生させた

結果の範囲に限定されるべきであり、いかに規範的評価を加えても関与以前の行為及び結果について共同正犯としての罪責を負わせることはできない。

第二に、本件決定は、法廷意見と補足意見とを併せ読むと、中間説の因果性説に類似した考えに立脚しているといえるところ、このような考えに対してはなお疑問がある。強盗罪・恐喝罪・詐欺罪の事例では、確かに、関与後の行為が財物の占有移転という「結果」と因果関係を持つことはある。しかし、占有移転の原因である暴行・脅迫・欺罔といった「行為」と因果関係を持たない以上、後行者が強盗罪・恐喝罪・詐欺罪の共同正犯となるとすることは無理があると思う。この点、むしろ効果説を精緻化して、暴行・脅迫・欺罔が関与後も存在し後行者がこれに加担したと認められる場合に限定する工夫をするべきであろう⁽²⁵⁾。

第三に、本件決定が「傷害の重篤化」を傷害罪の結果と考えたことが、今後の実務にどのような影響を与えるかが気にかかる。「相当程度の傷害の重篤化」を傷害に当たるとすることが理論上可能であっても、立証は容易ではあるまい⁽²⁶⁾（そもそも「傷害の軽重を知ること」がで

きないという事態がしばしば起こりうるからこそ刑法二〇七条の規定が設けられているのである。裁判官が「重篤化」という傷害結果を安易に認定するようにならないことと、検察官が立証困難を回避して二〇七条に依拠した起訴をする姿勢に転じないことを願うのみである。²⁷⁾

注

- (1) 豊田兼彦「傷害罪の共同正犯の成立範囲」法学セミナール六九七号一三三頁(二〇一三年)参照。なお、今までの最高裁判例が存在しなかったことについて、本件決定についての匿名解説(判例時報二一八七号一四二頁、判例タイムズ一三八九号一〇九頁―いずれも二〇一三年―以下、本匿名解説は判例時報の頁で引用する)、金山薫「承継的共犯」龍岡資晃編『現代裁判法大系30(刑法・刑事訴訟法)』五三頁(新日本法規、一九九九年)、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』二二三頁(弘文堂、二〇〇五年)、西田典之『共犯理論の展開』二二六頁(成文堂、二〇一〇年)参照。
- (2) 学説は、複雑に分岐している。例えば、斉藤誠二「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政八号一〇〇―二〇頁(一九八五年)は、肯定説を「全面肯定説」と「限定肯定

- 説」に分け、「限定肯定説」をさらに二説に分けた上、否定説も「全面否定説」と「限定否定説」に分け、さらに、結合犯についてのみ肯定説を採用する「折衷説」があるとする。これに対し、西田・前掲注(1)二一五頁は、甲が強盗の故意でAに暴行を加えて負傷させた後で乙が金員奪取のみに関与したという事例で、乙を強盗致傷罪の共犯とする「肯定説」、窃盗罪の共犯とする「否定説」、先行者の行為の効果が後行者の関与後にも及んでおり後行者がこれを利用する限りで強盗罪の共犯とする「中間説」に分け、さらに、窃盗罪の共同正犯と強盗致傷罪または強盗罪の幫助との観念的競合とする見解を示している。
- (3) 前掲注(1)の匿名解説(判例時報二一八七号一四四―一四五頁)、高橋則夫『刑法総論』四五二頁(成文堂、第二版、二〇一三年)参照。
- (4) 前田雅英「承継的共同正犯」警察学論集六六卷一号一四三頁(二〇一三年)。
- (5) (ア)に属するものとして、札幌高判昭和二八年六月三〇日高刑集六卷七号八五九頁、東京高判昭和三四年一月二日東京高等裁判所刑事判決時報一〇卷一二号四三五頁、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、大阪高判昭和四〇年一月二六日下刑集七卷一〇号一八五三頁、東京高判昭和五七年七月一三日判例時報一〇八二号一四一頁など。(イ)に属するものとして、名古屋高判昭和二九年一月二八日高刑裁特一卷

一〇号四二七頁、浦和地判昭和三三年三月二八日判例時報一四六号三三頁、広島高判昭和三四年二月二七日高刑集一二卷一号三六頁、福岡地判昭和四〇年二月二四日下刑集七卷二号二二七頁、大阪地判昭和四五年一月一七日判例時報五九七号一七頁など。(ウ)に属するものとして、東京地判昭和四〇年八月一〇日判例タイムズ一八一号一九二頁、岡山地判昭和四五年六月三日判例時報六一号一〇三頁、横浜地判昭和五六年七月一七日判例時報一〇一一号一四二頁、札幌地判昭和五六年一月九日判例時報一〇四九号一六八頁、東京地判平成七年一〇月九日判例時報一五九八号一五五頁など。

(6) 前掲注(1)の匿名解説(判例時報二一八七号一四二頁)参照。そのような「高裁判決」としては、次の三判決があげられている。

①東京高判平成一六年六月二二日東京高等裁判所(刑事)判決特報五五卷一〇二五〇頁(監禁罪につき否定的な判断をしたもの)

②東京高判平成一七年一月一日東京高等裁判所(刑事)判決特報五六卷一〇二七五頁(原判決が、被告人兩名につき、他の者との共謀成立後の暴行が被害者兩名に新たな傷害を負わせ、既に負っていた傷害を「増悪」させたと認定して、強盗致傷罪の共同正犯となるとしたのに対し、新たな傷害を「生じさせることはもちろん、増悪させたとも認定することはできない」と

述べて、被告人兩名については強盗罪の共同正犯が成立するにとどまるとしたもの) — なお、前田・前掲注(4)一五二頁は、この判決を支持している。

③東京高判平成二二年三月一〇日東京高等裁判所(刑事)判決特報一〇二二五頁(Xらが、平成一九年九月下旬に、Aに対し、金員を交付するよう要求し、同年一〇月下旬に被告人に助けを求め、翌一月一三日に被告人がXら共にAに対し金員を要求したという事案について、被告人にはXらの先行行為を積極的に利用する意思があつたとは認められず、仮にそのような意思があつ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を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すべきか否かについては、検討の余地があるように思われる」と述べて、被告人は関与以後の恐喝行為についてのみ恐喝未遂罪の共同正犯の罪責を負うとしたもの)

(7) 照沼・前掲注(1)二三〇頁は、(裁判例1)を「限定的に『承継』を認める判例」のパターンに入るものと評価している。しかし、(裁判例1)の判決は、被告人が組事務所に到着した後の組長Xを含む共犯者らの暴行につき被告人は共同正犯の罪責を負うとしているのであるから、共同正犯の關係にあるXの暴行によって死亡結果を惹起したゆえに傷害致死罪の共同正犯となるとした裁判例として評価できるように思う。もっとも、「介入後の共

犯者の行為により死の結果を惹起したことが証拠上蓋然性が極めて高いのであるから、結果犯たる傷害致死全体について共同正犯としての責任を負うものというべきである」と述べているところから、因果関係の立証困難性を考慮した判断をしているとみる余地があることは否定できない(なお、西田・前掲注(1)二一八頁は、(裁判例1)ないし(裁判例3)は「承継的共同正犯肯定説が因果関係の立証困難性を回避する手段として利用されている点」で共通するとする)。

(8) 照沼・前掲注(1)二三四〜二三五頁は、(裁判例6)を「限定的に『承継』を認める判例」のパターンに入るものと評価している。これに対し、完全肯定説に立つ裁判例と評価するものとして、早渕宏毅「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」研修七七七号三七頁(二〇一三年)がある。

(9) 照沼・前掲注(1)二二二頁は、(裁判例5)を「積極的に『承継』を肯定する判例」のパターンに入るものと評価している。

(10) 本件決定の背後には因果的共犯論の最高裁判例への浸透があるといつてよい。因果的共犯論は、共犯関係からの離脱(解消)の問題の解決に関して最高裁に採用されたものと認められる。例えば、最決平成元年六月二六日刑集四三卷六号五六七頁についての調査官解説は、同決定は「因果共犯論をベースにしているであろう」とし

ており(原田國男「共犯関係が解消していないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇(平成元年度)』一八二頁〔法曹会、一九九一年〕)、その後の最決平成二一年六月三〇日刑集六三卷五号四七五頁の調査官解説も因果的共犯論を基礎に置いた考察を加えている(任介辰哉「共犯者が住居に侵入した後強盗に着手する前に現場から離脱した場合において共謀関係の解消が否定された事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇(平成二一年度)』一八一〜一八四頁〔法曹会、二〇一三年〕)。このようなことから、因果的共犯論が承継的共犯の問題においても用いられることは予測ないし期待されていた(林幹人「共犯の因果性―最高裁判平成二一年六月三〇日決定を契機として」法曹時報六二卷七号一三頁(二〇一〇年)、同『判例刑法』一五二頁〔東京大学出版会、二〇一一年〕参照)。

なお、従来、離脱に比して承継的共同正犯の因果的共犯論との距離が「やや遠かった」と指摘するものとして、嶋矢貴之「共犯の諸問題―共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法律時報八五卷一号三一頁(二〇一三年)がある。

(11) 従来 of 学説において、(既存の傷害の重篤化は(別個)の)傷害に当たるか)は十分論じられてきていない。例えば、大塚仁『刑法各論 上巻』(現代法律学全集26)六一頁(青林書院、改訂版、一九八四年)でも、「病者の病気を悪化させることなども」生理的機能障害説からは

傷害になるといふ程度の記述がされているに過ぎない。裁判例では、前掲注(6)の東京高判平成一七年一月一日を、既に負っていた傷害の「増悪」が傷害に当たるといふ解釈を前提に判断した例としてあげることができる。

なお、前田・前掲注(4)一四五頁は「共謀前に生じていた重篤な傷害に加えて、共謀参加後の者が、さして重大でない暴行により、被害者の死を生ぜしめた場合には、死亡結果について、共同正犯の責を負うであろう。そうだとすると、共謀前に加えられた重大な暴行で動けなくなつた被害者に、後から加わつて傷害を若干重くしたような場合に、傷害罪の刑責を負うことも考えられるように思われる」とする。しかし、既存の傷害とは別の新たな傷害と認められるためには、「若干重くした」程度では足りないであろう。

(12) 前掲注(1)の匿名解説—判例時報二一八七号一四四〜一四五頁。なお、早渕・前掲注(8)三〇頁参照。

(13) 丸山嘉代「共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の共同正犯の成立範囲」警察学論集六六卷二号一五六〜一五七頁(二〇一三年)参照。

(14) 早渕・前掲注(8)三一〜三二頁参照。

(15) 早渕・前掲注(8)三〇頁は、「換言すれば『動機ないし契機』にとどまらない一定の事情が認められる場合には承継的共同正犯の成立の余地を留保しているとみるこ

とができるように思われる」とする。しかし、補足意見が、傷害罪については「承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想像し難いところである」として、ることからしても、本件決定の考えによれば、傷害罪については、共謀加担後の行為と傷害結果との間の因果関係が認められる場合に限って傷害罪の共同正犯の罪責を負うということになるのではないかと思う。

(16) ちなみに、承継的共同正犯(sukcessive Mittäterschaft)についてのドイツの判例は、一九七四年のBGH MDR 1975,365から承継を認める範囲を限定する姿勢をみせ始めており、この傾向は、「各自の行為寄与のない共同正犯は考えられない」とするロクシンによつても支持され、学説に影響を及ぼしている(Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 592. 照沼・前掲注(1)二四九〜二九〇頁参照)。ドイツの判例、学説については、斉藤・前掲注(2)二〇〜三一頁、上野幸彦「承継的共同正犯の批判的検討」法学研究年報(日本大学大学院法学研究科)一四号四〜一八頁(一九八四年)参照。

(17) 小野清一郎「強盗殺人における殺人後奪取のみに対する加功」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第一巻』四一八頁(有斐閣、一九四一年)、植松正「強盗殺人罪における殺人後の奪取行為への加擔」日本法学五巻五号七五頁(一九二五年)など。

(18) 牧野英一『重訂日本刑法 上巻』四四六頁(有斐閣、

第六一版、一九三七年)、相内信「承継的共犯について」
 金沢法学二五卷二号四二～四三頁(一九八三年)、曾根威
 彦『刑法の重要問題(総論)』三三四頁(成文堂、第二版、
 二〇〇五年)、浅田和茂『刑法総論』四二二～四二三頁
 (成文堂、補正版、二〇〇七年)、山口厚『刑法総論』
 三五〇～三五二頁(有斐閣、第二版、二〇〇七年)など。
 幫助の成立を認める見解としては、齊藤・前掲注(2)
 三一頁、照沼・前掲注(1)二四七頁、高橋・前掲注(3)
 四四七頁、上野・前掲注(16)四一頁、井田良『講義刑法
 学・総論』四七三頁(有斐閣、二〇〇八年)、山中敬一
 『刑法総論』八五五頁(成文堂、第二版、二〇〇八年)な
 どがある。

(19) 岡野光雄「承継的共犯」阿部純二ほか編『刑法基本
 講座(第四卷)』未遂、共犯、罪数論一八七頁(法学
 書院、一九九二年)、福田平『刑法総論』二七二頁(有斐
 閣、第五版、二〇一一年)、藤木英雄『刑法講義 総論』
 二九〇頁(弘文堂、一九七五年)、板倉宏『刑法総論』
 二九六頁(勁草書房、補訂版、二〇〇七年)、大谷實『刑
 法講義総論』四二〇頁(成文堂、新版第四版、二〇一二
 年)、佐久間修『刑法総論』三七〇頁(成文堂、二〇〇九
 年)、川端博『刑法総論講義』五七〇頁(成文堂、第三版、
 二〇一三年)など。なお、団藤重光『刑法綱要総論』
 三九三頁(創文社、第三版、一九九〇年)も(裁判例4)
 の判例を「おおむね妥当な方向を示すものといえよう」

と評価しているので、限定肯定説に分類できよう。

(20) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』三八三頁(有斐閣、
 一九七五年)、前田雅英『刑法総論講義』五〇一頁(東京
 大学出版会、第五版、二〇一一年)など。

(21) 西田典之『刑法総論』三六七頁(弘文堂、第二版、
 二〇一〇年)、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』
 三八七頁(有斐閣、二〇一三年)参照。

(22) 高橋・前掲注(3)四五二頁参照。

(23) 因果性説の立場から本件決定は「因果性を重視した
 妥当な判決である」と支持されている(佐伯・前掲注
 (21)三八八頁参照)。

(24) 山口・前掲注(18)三五二頁参照。

(25) 先行者がAに暴行・脅迫を加えて反抗を抑圧した後、
 後行者が現れれば、現場で後行者が先行者と協力して行
 動すること自体、「抵抗すれば今度は二人がかりで暴行を
 加えられる」といったプレッシャーをAに加えるものと
 して強盗罪における脅迫に該当すると認定できる場合が
 ある。このような場合に後行者が強盗罪の共同正犯に
 なることには比較的問題がないと思う(恐喝罪・
 詐欺罪についても同様のことが考えられる。恐喝罪につ
 き、前田雅英『最新重要判例250(刑法)』八二頁(弘文堂、
 第九版、二〇一三年)参照)。

(26) 前田・前掲注(4)一四六頁も「相当程度重篤化させ
 る傷害」の認定、そのための立証は非常に困難だと思わ

れる」としている。

(27) 承継的共同正犯が問題となる事案については二〇七条を適用できないとするのが多数説であり（板倉宏『刑法各論』三五頁〔勁草書房、二〇〇四年〕、大谷實『刑法講義各論』三七頁〔成文堂、新版第四版、二〇一三年〕、西田典之『刑法各論』四七頁〔弘文堂、第六版、二〇一二年〕など参照）、同条が例外的規定であることから、多数説を支持すべきであると考ええる。このことからしても、承継的共同正犯の事案を立証の簡易化のために同時犯の訴因で起訴して、情状として共同正犯に匹敵する可罰性を有することを主張するといったことは、刑事訴訟法一条の目的（事案の真相を明らかにして刑罰法令を適正に適用実現する目的）に反し許されないと思う。