

「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——

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 最高裁平成24年11月6日決定の意味
- 3 傷害結果の「承継」
- 4 同時傷害の特例
- 5 手段・目的型結合犯の扱い
- 6 むすびにかえて

1 問題の所在

「承継的共同正犯」を含む「承継的共犯」が認められるか否かについては、従来、先行者の行為ないしそれによる結果を認識しつつ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現にこれを積極的に利用し、一罪関係にある犯罪に途中から関与して、以後の犯行を共同して遂行した場合¹⁾など、一定の要件の下にこれを認めるのが判例の傾向であるといわれてきた。しかし、最近まで、これに関する最高裁判例はなかったといつてよい²⁾。ところが、最近になって、最高裁は、この問題につき、注目し

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) これは、承継的共同正犯を認めるための要件である。承継的従犯の場合には、「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現にこれを積極的に利用」することまでは要しない。

2) 最決昭和 32.10.18 刑集11巻10号2675頁が承継的共同正犯を認めたケースとされることがあるが、これは後から関与した者にも強盗傷害行為が認められる事案であり、いずれにせよ強盗傷害罪の共同正犯で処断されるべきものであった。ゆえに、これは、「承継的」

値する判断を示した。平成24年11月6日の第二小法廷決定³⁾ (以下、「平成24年決定」と呼ぶ。)がそれである。そこで、本稿では、この平成24年決定を素材として、「承継的共同正犯」、さらには「承継的共犯」一般について、「判例」をどのように考えるべきかを中心に論じてみたい⁴⁾。

2 最高裁平成24年11月6日決定の意味

(1) 平成24年決定の内容

この平成24年決定は、以下のような内容のものである。

まず、その事案の概要は、すでに被害者Cらに対して暴行を加え、傷害結果も引き起こしていた先行者らから連絡を受けた被告人が、さらに被害者らに対して、より激しい暴行を加え、それによって生じた傷害は、被告人関与以前に生じていた傷害を「相当程度重篤化」させるというものであった。原判決は、被告人は先行者らの行為およ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、共謀加担前の先行者らの暴行による傷害を含めた全体について、被告人は傷害罪の承継的共同正犯として責任を負うとした。

ところが、上告審の平成24年決定は、原判決のこのような判断は法令解釈を誤ったものであると断じたのである。すなわち、「被告人は、共謀加担前にA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はなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに

↘共犯」の先例となるべき裁判例ではない。

3) 最決平成24・11・6刑集66巻11号1281頁。

4) 本稿では、「判例」の分析を中心に扱うので、私見の展開は必要最小限にとどめる。ゆえに、ここで導き出される結論は、「私見」ではなく「判例」の読み方である。

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。」と述べたうえで、被告人が先行者らの行為およびこれによって生じた結果を認識、認容し、暴行の手段として積極的に利用する意思で暴行に及んだとする原判決の認定は、「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」としたのである。ただし、原判決の量刑は妥当であるとして、それを破棄せず、上告を棄却した。

また、本決定には、後行者の暴行によって傷害結果が生じたことをどの程度特定すればよいか、それが不明な場合にはどうすればよいかという問題に関する、千葉勝美裁判官の注目すべき補足意見（以下、「千葉補足意見」と呼ぶ。）が付されている。それは、以下のようなものである。

まず、「法廷意見の述べるとおり、被告人は、共謀加担前に他の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」として、傷害結果は「承継」されないという結論が確認される。そして、「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。」ことが示される。

次に、後行者関与後の暴行に起因する傷害結果が具体的に特定できない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。」とされる。

そこで、後行者関与後の暴行に起因する傷害については、「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」とされる⁵⁾。たとえば、「『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」というのである。そして、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」ことになるというのである。また、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には、「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」という。

さらに注目すべきことに、千葉裁判官は、共謀加担後の暴行が傷害の発生に寄与したか不明な場合には、「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」だとするのである。

もっとも、千葉補足意見は、本決定の射程が傷害罪にとどまり、強盗罪などの（手段・目的型）結合犯には及ばないことも確認する。すなわち、「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、

5) これは、刑訴法335条1項にいう「罪となるべき事実」の特定性の問題である。

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」とするのである。

(2) 本決定をめぐる論点

本決定については、すでにいくつかの判例紹介ないし評釈が出されている⁶⁾。それは、本決定の結論におおむね賛意を表するものである。しかし、その評価については、微妙な食い違いがみられる。とりわけ、① 本決定の「先例」（＝刑訴法405条にいう「判例」）としての射程、② 強盗罪などの（手段・目的型）結合犯への影響、③ 刑法207条の同時傷害の特例の適用範囲への影響に関して、意見が分かれているようである。

まず①本決定の「先例」としての射程については、次のようにいうことができよう。本決定は、結論としては被告人側の上告を棄却して、原判決の結論は是認しているのであるから、本決定が理由中で述べていることは、厳密には、刑訴法405条にいう「判例」ではない、と⁷⁾。しかし、以下で述べるように、高裁レベルの下級審判例の動きをみれば、本決定がその理由中で述べたことは、すでにかかなりの程度「判例」として定着してい

6) 筆者の知る限りでは、豊田兼彦・法学セミナー697号（2013年）133頁、坂田正史・警察公論68巻5号（2013年）83頁、早瀬宏毅・研修777号（2013年）25頁、宮崎万壽夫・青山法務研究論集7号（2013年）21頁、前田雅英・警察学論集66巻1号（2013年）139頁、丸山嘉代・警察学論集66巻2号（2013年）151頁、法律時報85巻12号（2013年）151頁の匿名解説、高橋則夫・刑事法ジャーナル39号（2014年）掲載予定がある。

7) 刑訴法405条で事実上の先例拘束性が認められている「判例」は、個々の判決や決定の理由となる一般理論、いわゆる「中間命題」の部分ではなく、「認定された具体的事案とそれに対する法的結論」を対応させる必要最小限の命題をいう。これについては、中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）29頁以下参照。さらに、松宮孝明「『判例』について」浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学』（現代人文社、1999年）673頁も参照されたい。

るといってよい、また、その法廷意見、および、これに加えられた千葉補足意見は、今後の「判例」の動向を占う上で極めて大きなインパクトのあるものと考えられる。

次に、②強盗罪（手段・目的型）などの結合犯への影響については、本決定が傷害罪に関するものであるため、その射程は及ばない。ゆえに、これらの結合犯については、本決定が直接にその先例拘束性を持つものではない。この点は、本決定に付された千葉補足意見が明言しているところである。したがって、この問題に関しては、これまでの下級審判例の動向が、「判例」の方向を占うカギとなる。

最後に、③刑法207条の同時傷害の特例の適用範囲への影響に関しては、一方では、本決定はこの種の事案についてその適用を否定する趣旨を含んでいるとする見解があり⁸⁾、他方では、本決定の事案は後行者関与後の暴行に起因する傷害の程度が「不明な事案」ではないから、本件に刑法207条の適用余地はないとする見解がある⁹⁾。しかし、本決定の事案は、後行者関与後の傷害結果につき、「相当程度重篤化させた」という幅のある表現を用いており、従来の裁判実務では「不明な事案」として刑法207条の適用も考えられた事案ではなかったかとも思われる。

以上の諸点につき、以下では、さらに詳しい検討を加えてみよう。

3 傷害結果の「承継」

まず、「判例」上、先行者の引き起こした——あるいは、引き起こしたと考える合理的な理由がある——傷害結果が後行者に「承継」されるか否かという問題を検討しよう。これを、傷害罪に関するものと、強盗致傷罪や強姦致傷罪ないし恐喝等の手段たる暴行によって傷害が生じた場合とに分けて考察する。

8) 豊田・前掲133頁。

9) 宮崎・前掲28頁。

(1) 傷害罪における死傷結果の「承継」

傷害罪に関しては、後行者関与前の傷害結果につき、その「承継」を認めていたのは、比較的古い下級審判例である。たとえば、名古屋高判昭和47・7・27刑月4巻7号1284頁、名古屋高判昭和50・7・1判時806号108頁¹⁰⁾、札幌地判昭和55・12・24刑月12巻12号1279頁¹¹⁾、大阪地判昭和63・7・28判タ702号269頁¹²⁾、東京高判平成8・8・7判タ1308号45頁¹³⁾が、これに当たると言われてきた。

しかし、これらの裁判例のうち、名古屋高判昭和47・7・27は、よく読むと、「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なく、後行者は、共同実行の意思をもっ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。」と述べたうえで、結果的加重犯である傷害致死罪については、被害者の死に対して関与前の暴行と関与後のそれとの「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って量刑を考慮すればよい」と述べて、被告人に同罪の共同正犯を認めたにすぎない。つまり、この裁判例は傷害結果全体を帰責したものではなく、関与後の暴行が被害者死亡という結果に寄与したと認められる限りで同罪を認定しかつ量刑をしたのであって、その基本的考え方は、平成24年決定と同じなのである。

このような中で、最近、傷害罪について傷害結果の「承継」を認めたの

-
- 10) この判決は、被告人は先行者が暴行を加えたことを認識し、一連の犯行に加担する意思で、先行者らと意思相通じたうえ、暴行を加えたものであるから、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としたものである。
 - 11) これは、傷害罪の承継的な共謀共同正犯を認めたものである。
 - 12) この判決は、複数人による暴行に途中から関与した者についても、被害者の受傷全体について罪責を負わせている。
 - 13) この判決は、傷害結果「承継」の理由として、被害者が負傷したが関与前の行為と後の行為のどちらがその原因であるか証明できない場合の、刑法207条の同時傷害の特例適用事例とのバランスを挙げている。

は、東京高判平成 8・8・7 判タ1308号45頁ぐらいである。この判決は、傷害罪に関し前後の暴行による傷害の明確な識別・分離が不可能だという理由で、傷害全体につき共同正犯を認めていた。

むしろ、下級審では、一般に、傷害結果の「承継」を否定したものが目立つ。たとえば、横浜地判昭和 56・7・17 判時1011号142頁は、先行者による傷害と恐喝後の金員受領行為のみを行った関与者について、先行者の行った傷害については関与者に傷害行為や結果・状態の拡大に寄与する行為がなかったとして承継を否定し、恐喝後の金員受領を恐喝幫助として処断した。また、大阪高判昭和 62・7・10 高刑集40巻 3号720頁は、関与後の暴行によって傷害が生じたという証明のない場合に暴行罪の共同正犯のみを認めている。とくに、大阪高判昭和 62・7・10 は、「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ものと認めることができ」と判示している。「特段の事情」という留保はあるが、これは、単純な暴行・傷害の場合、先行者の暴行を、後行者が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はできないとする点で、被害者が「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……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」とする平成24年決定の考え方に通じるものである。さらに、大阪地判平成 9・8・20 判タ995号286頁は、傷害結果につき前述の大阪高判昭和 62・7・10 にならって承継的共同正犯を否定し、代わりに、刑法207条の同時傷害の特例を、先行者単独の暴行と、先行者と後行者共同の暴行との間に認めている。

(2) 強盗致傷罪その他の罪における死傷結果の「承継」

この問題については、近年では、圧倒的に、「承継」を否定する裁判例が目立つ。

まず、すでに、被害者死亡後の強盗致死罪の従犯を認めた点で従来リーディングケースと考えられてきた大判昭和13・11・18刑集17巻839頁の先例的価値自体が、怪しいものであった。というのも、この判決は、夫による被害者殺害と財物の一部奪取の後に、さらなる財物奪取を手伝った妻につき、強盗罪の従犯として懲役2年執行猶予3年を言い渡した原判決に対して被告人側のみが上告してきた事案に関するものであって、原判決を破棄しても、宣告刑を被告人に不利益に変更することはできないものであった。ゆえに、本判決は、原判決を破棄して罪名を強盗致死罪の従犯としつつも¹⁴⁾、宣告刑は原判決と同じ懲役2年執行猶予3年としたのである。つまり、強盗致死罪の従犯とするという本判決の理由全体が、結論からすれば「傍論」だったのである。

しかし、その後、この昭和13年大審院判決にならって、強盗致死傷罪に承継的共犯を認めたと見られる一群の裁判例がある。札幌高判昭和28・6・30高刑集6巻7号859頁¹⁵⁾、東京高判昭和34・12・2東高時報10巻12号435頁、神戸地判昭和39・3・10下刑集6巻3=4号204頁¹⁶⁾、大阪高判昭

14) その主たる理由は、強盗致死罪が単純一罪であって従属共犯につき分割評価を許さないものであるというところにあった。

15) この判決は、「刑法第240条前段の罪は強盗の結果的加重犯であって単純一罪を構成するものであるから、他人が強盗の目的を以て暴行を加えた事実を認識してこの機会を利用しともに金品を強取せんことを決意し、茲に互いに意思連絡の上金品を強取したものは、仮令共犯者がさきになしたる暴行の結果生じたる傷害につきならん認識なかりし場合と雖も、その所為に対しては強盗傷人罪の共同正犯を以て問擬するのが正当である。」と述べて、先行者が強盗目的で殴打し負傷させた被害者から、被害者負傷後にこれに加担して金品を奪った被告人を、強盗致傷罪の共同正犯としたものである。

16) この判決は、先行者が強盗目的で被害者を殴打したことに気づいた後行者が、これに加担して強取行為に及んだが、傷害結果がどの段階で生じたかを明示せずに、後行者にも強盗致傷罪の共同正犯を認めたものである。しかし、量刑では、先行者が懲役5年、後行者が懲役3年6月（当時の強盗致傷罪の酌量減輕の下限）とされている。

和 40・10・26 下刑集 7 卷10号1853頁¹⁷⁾、東京高判昭和 57・7・13 判時 1082号141頁¹⁸⁾が、これに当たる¹⁹⁾。

もっとも、このうち、東京高判昭和 34・12・2 は、すでに開始されていた強姦行為に途中から関与した共犯者がいた場合に、傷害が前後いずれの暴行によって生じたか不明でも、後行者が「先行者の行為を認識して介入した場合には」犯行結果全体について罪責を負うとしつつ、当初から共謀していた被告人のみが控訴し、後行者については強姦罪の共同正犯にとどめた原判決が確定していることを理由に、被告人側の控訴を棄却したものである。つまり、承継的共同正犯を認める部分は、強姦罪の共同正犯という判決が第 1 審で確定していた後行者に関するもので、傍論にすぎないのである。

17) この判決は、甲が当初から強盗の意思で、乙は当初は単なる暴行の意思で、共同して被害者に傷害を加えた後、甲の意図を察知した乙も失神している被害者からの金品奪取に加功したが、その後、乙が金品奪取の意思を生じる前に加えられた前記傷害により被害者が死亡した事例において、乙にも強盗致死罪の共同正犯を認めたものである。その理由中では、「刑法第240条の罪は、強盗の結果的加重犯として一罪を構成するものであって、強盗の意思が当初からあると、暴行の中途において生ずると、あるいは被害者の抗拒不能の状態になったのちにおいて生ずるとにかかわらず、同一機会における一連の行為を包括して本犯罪の成否を論ずるのを相当とする。」と判示されている。

18) この判決は、先行者が単独で被害者に暴行を加えて金品を奪取した直後に、その場に居た被告人が、先行者の指示によりさらに被害者に暴行を加えた事案について、被告人の暴行をも一個の強盗行為の一部を組成するものと認め、被告人に強盗致傷罪の承継的な共同正犯が成立するとしたものである。しかし、その判決理由では、「被害者が両手首に負った擦過傷は、被告人の緊縛行為によるものであることが証拠上明らかである。」と述べられており、被告人の暴行からも被害者が負傷した事実が認められている。

19) 1987年以前の判例については、西田典之「承継的共犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』68頁以下(有斐閣、1988年)が詳しい。また、その後1996年までの裁判例については、松宮孝明「共犯の因果性」法学教室202号(1997年)39頁を参照されたい。なお、傷害結果の「承継」ではなく継続犯的なものであるが、東京高判平成9・3・18 東高時報48巻1～12号16頁は、オウム真理教信者による殺人目的でのサリンの製造に途中から関与した被告人について、サリン製造全体につき、殺人予備罪の承継的共同正犯を認めている。さらに、東京地判平成8・3・6判時1576号149頁は、オウム真理教による薬事法・麻薬及び向精神薬取締法に違反する薬物製造に途中から関与した者に対して、関与前の薬物製造についても罪責を認めた。

それどころか、ここでも、近年は消極判例が目立っている。すなわち、強盗致死傷罪に関する名古屋高判昭和29・10・28裁特1巻10号427頁および福岡地判昭和40・2・24下刑集7巻2号227頁、強姦・強姦致傷罪に関する浦和地判昭和33・3・28判時146号33頁、広島高判昭和34・2・27高刑集12巻1号36頁²⁰⁾、東京地判昭和40・8・10判タ181号192頁および岡山地判昭和45・6・9判時611号103頁が、これに当たる。また、最近では、東京高判平成17・11・1東高時報56巻1～12号75頁が、「被害者両名の傷害はすべて被告人両名について共謀が成立する前に生じていたものと認めざるを得ず、被告人両名が他の共犯者らによるこれらの傷害の原因となった暴行による被害者両名の反抗抑圧状態を利用して強盗の犯行に加功したとしても、加功前に生じた傷害の結果についてまで帰責されるものではないと解するのが相当である。」と述べて強盗致傷罪の承継的共同正犯を否定し、強盗罪の共同正犯にとどめている。

同様に、前述の横浜地判昭和56・7・17判時1011号142頁は、先行者による傷害と恐喝後の金員受領行為のみを行った関与者について、先行者の行った傷害については関与者に傷害行為や結果・状態の拡大に寄与する行為がなかったとして承継を否定し、恐喝後の金員受領を恐喝幫助として処断した。さらに、名古屋高判昭和58・1・13判時1084号144頁は、先行者がすでに恐喝によって金員を得た後に金を喝取しようとして関与した者に、承継を否定して恐喝未遂のみを認め、浦和地判平成4・3・9判タ796号236頁は、先行者の傷害後に強姦（未遂）に関与した者に、強姦致傷罪の共同正犯を否定して、強姦未遂罪の共同正犯にとどめた。

さらに最近では、東京高判平成21・3・10東高時報60巻1～12号35頁

20) この判決は、強姦致傷罪について、「先行者によって既に開始された犯罪実行の中途からこれを介入した者の責任は、その介入後の行為についてのみ発生するものと解すべきであるから、本件においても被告人は前述の共謀関係成立後の犯行についてのみ責任を負い、それ以前の他の者の犯行については責任を負わないものといわなければならない。」と述べて、関与後の暴行によって生じたかどうか不明の傷害結果を後行者に帰責させず、強姦致傷罪を否定して強姦罪のみで共同正犯としたものである。

が、恐喝未遂罪について「自ら加功する前に行われた共犯者らの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」といった理由を付して「承継」を否定しつつ、「傍論」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については、検討の余地があるように思われる。」と述べて「承継」に否定的な態度を示している²¹⁾。

(3) 傷害結果の「承継」に関する「判例」

以上の検討から明らかになるのは、以下の事柄である。すなわち、傷害結果の「承継」に関しては、たしかに、古い下級審判例には、それを認めるものもあったが、近年は、傷害罪についても、それ以外の結果的加重犯についても、これを否定するのが「判例」の傾向だということである。その証拠に、傷害罪について「承継」を認めたものは、以上の検討対象の中では、名古屋高判昭和 50・7・1、札幌地判昭和 55・12・24、大阪地判昭和 63・7・28 および東京高判平成 8・8・7 ぐらいである。これに対して、傷害罪につき、傷害結果の「承継」を否定するのは、横浜地判昭和 56・7・17、大阪高判昭和 62・7・10、大阪地判平成 9・8・20 である。これに、「傍論」ではあるが、最高裁の平成 24 年決定が加わり、さらに千葉補足意見は「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」とまで述べているのであるから、現在では、「特段の事情」という例

21) そのほか、傷害結果の「承継」ではなく継続犯に関するものであるが、東京高判平成 16・6・22 東高時報 55 巻 1～12 号 50 頁は、後行者が関与する前の監禁状態をことさらしないし積極的に利用する意思があったものとも認められないとの理由を付して、関与前の監禁の「承継」を否定している。これは、殺人予備罪の承継的共同正犯を認めた前述の東京高判平成 9・3・18 とは、対照的な判断である。なお、札幌高判昭和 56・11・9 判時 1049 号 168 頁は、監禁罪につき、関与前の逮捕監禁行為についての認識が欠けるという理由で承継を否定している。

外を留保しつつも²²⁾、先行者の暴行あるいはそれによって被害者がダメージを受けたことが後行者の暴行の動機となりあるいはこれを誘発しただけでは、傷害結果が「承継」されることは「判例」上なくなったと考えてよい²³⁾。

この傾向は、傷害罪以外の事例では、一層顕著である。そこでは、明らかに「承継」を認めているのは札幌高判昭和28・6・30、神戸地判昭和39・3・10、大阪高判昭和40・10・26くらいである。反対に、否定例は、名古屋高判昭和29・10・28、福岡地判昭和40・2・24、浦和地判昭和33・3・28、広島高判昭和34・2・27、横浜地判昭和56・7・17、名古屋高判昭和58・1・13、浦和地判平成4・3・9、東京高判平成17・11・1、東京高判平成21・3・10と、肯定例を凌駕している。

(4) 「判例」を支える論理

このように、近年の「判例」が傷害結果の「承継」を否定する傾向にあるのは、平成24年決定が述べるように、「傷害」という結果は、ほとんどの場合、「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」からであろうと思われる。これは、強盗罪や強姦罪のような手段・目的型結合犯の場合、後行者が財物奪取等のために利用するのは被害者の「反抗抑圧状態」ないし「抗拒不能状態」であって、被害者が負傷してい

22) この「特段の事情」は、過大評価してはならない。先行者の暴行で被害者がダメージを受け、殴っても反撃されないというだけでは、後行者の暴行の「動機」とはなっても、それだけでは「承継」を認めないのが、平成24年決定なのである。これは、事実上、傷害罪において「承継」を典型的に否定したに等しい。坂田・前掲93頁も、「犯罪の類型、性質いかんによってその法的な評価のされ方が異なる」ことを強調しており、また、法律時報85巻12号151頁の匿名解説も犯罪類型ごとの分析を行い、傷害罪については、「加担後の暴行が傷害を引き起こすに足りるものであって、拡大された傷害結果が生じたと推認される限り」で、傷害罪の共同正犯を認めている（152頁）。

23) これに対し、前田・前掲146頁は、被害者が負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用してさらに暴行に及んだ場合は承継的共同正犯を認める趣旨のようである。しかし、これは、平成24年決定の趣旨に反するであろう。

る状態²⁴⁾ではないことから理解できる。ゆえに、「判例」において傷害結果が「承継」されることは、もはやほとんどなくなったと評することができよう。

もっとも、以下の5で検討する手段・目的型結合犯の場合には、千葉補足意見にもあるように、「判例」は、一定の要件のもとに「承継」を認める傾向にある。それは、冒頭で述べた、① 先行者の行為ないしそれによる結果を認識しつつ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現にこれを積極的に利用し、② 一罪関係にある犯罪に途中から関与して、③ 以後の犯行を共同して遂行した場合である。この要件は、① 先行者の行為ないしその結果の積極的利用、② 一罪関係にある犯罪の途中関与、③ 関与後の共同遂行の3つの要素からなる。

①は、「承継的共同正犯」を認めるために不可欠の要件であろう²⁵⁾。もちろん、単純な暴行・傷害の罪について、「更に暴行を行った動機ないし契機」を超える「積極的利用」というものが考えられるかどうか、平成24年決定とその原判決の間の相違点であったことは、忘れてはならないが。また、③についても、「共同正犯」を認めるためには不可欠の要件であろう²⁶⁾。というも、そうでなければ、先行者の立ち去った後に、後行者が先行者との意思連絡なく抵抗不能な被害者から物を盗んだ場合をも、強盗罪の「共同正犯」とすることになってしまうからである。

しかし、①と③だけでは、「承継的」共(同正)犯の「承継」は根拠づけられない。先行者の——強姦目的での——暴行によって抗拒不能状態になっている女性を、暴行・脅迫を用いずに、その意に反して姦淫した後行

24) 負傷の結果として、被害者が「反抗抑圧状態」ないし「抗拒不能状態」にある場合でも、利用されるのは「傷害結果」ではない。

25) 冒頭の脚注でも述べたように、承継的従犯の場合には、「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現にこれを積極的に利用」した事実までは不要であろう。

26) 承継的従犯の場合には、共同遂行の代わりに、正犯の以後の犯行を幫助し既遂に寄与したこと、あるいは、すでに既遂となっているが終了していない正犯の犯行につき、加担後の既遂状態の継続に寄与したこと(いずれも、幫助の因果関係)に置き換えられる。

者は、それだけでは、刑法178条の準強姦罪にしかならない。これを強姦罪の承継的共同正犯とするのは、関与した犯罪が「強姦罪」という一罪であること、つまり②の「一罪性」なのである。

一見すると、タイムマシンのないこの社会において後行者が関与前の他人の犯行について罪責を問われるかのような奇妙なイメージを生み出す「承継的共（同正）犯」という観念は、共犯の成立は特定された一罪についてしか考えられないのだとする「一罪性」をその論拠としているのである²⁷⁾。というのも、たとえば、すでに先行者が欺罔して錯誤に陥っている被害者から財物を受け取る段階で初めて関与した人物が、実際に財物を被害者から受け取り、これを先行者と山分けした場合、この受取行為は詐欺罪の既遂に因果的に寄与しているのではないか、と問われたら、これを否定することはできないであろう。そして、他人の犯罪の既遂に寄与した以上、少なくともその犯罪の幫助の罪責は免れないと考えるなら、それは、詐欺罪の「承継的」従犯を認めることになるのである。これは、共犯における——一定の制限を伴ってはいるが——「罪名従属性」の問題といってもよい²⁸⁾。また、この場合に後行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²⁹⁾。

注意すべきは、この論理は、関与前の過去の事象に対して罪責を認めるものではない、ということである。そうではなくて、関与後の事象が「詐

27) 現に、傍論ではあるが、前述の大判昭和13・11・18は、「刑法第240條後段ノ罪ハ強盜罪ト殺人罪若ハ傷害致死罪ヨリ組成セラレ右各罪種カ結合セラレテ單純一罪ヲ構成スルモノナルヲ以テ他人カ強盜ノ目的ヲ以テ人ヲ殺害シタル事實ヲ知悉シ其ノ企圖スル犯行ヲ容易ナラシムル意思ノ下ニ該強盜殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加擔シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所爲ニ對シテハ強盜殺人罪ノ從犯ヲ以テ問擬スルヲ相當トシ之ヲ以テ單一強盜罪若ハ窃盜罪ノ從犯ヲ構成スルニ止マルモノト爲スヘキニアラス」（下線筆者）と述べて、このような「一罪性」を、その論拠としていた。

28) 因果関係論の放棄でもしない限りそれは認められないとするのは、山口 厚『刑法総論 [第2版]』（有斐閣、2007年）351頁。しかし、問題は、因果関係論の放棄ではなく、関与した犯罪が何かという「罪名従属性」にある。

29) 同旨、西田典之『刑法総論 [第2版]』（弘文堂、2010年）366頁以下。

欺罪]、「恐喝罪]、「強盜罪]という一罪をなすもので、後行者はこれの実現ないし重篤化に関与したのだとして、罪責を問うのである³⁰⁾。このような「一罪性」を根拠とする「承継」は罪名に限ってのことであるから、その「承継」は見かけ上のものにすぎない。したがって、問題は、この「一罪性」はどこまで認められるのか、言い換えれば、「一罪」はどこまで不可分とすべきなのかにある。

その際、注意すべきは、「一罪で評価可能な範囲」と「一罪の最低限の要件」とは異なるということである³¹⁾。たとえば、被害者を1分間に10発殴っても、暴行罪は——包括して——「一罪」である。しかし、暴行罪が成立するためには、1発の殴打は——学説によっては、相手の身体に当たらなくても——必要であり、かつ、これで足りる。「承継的」共犯で論じられるべき「一罪性」は、主として、「一罪の最低限の要件」である。ゆえに、被害者が10発殴られている途中の5発目から共同して殴った後行者に、「一罪」であることを理由に10発全部を帰責させるというのは、論理の飛躍である³²⁾。

そして、現在の「判例」は、この「一罪性」につき、暴行罪や傷害罪については、1発の殴打、1個の傷でも「一罪性」は充足されるので、そこ

30) 西田・前掲366頁以下は、「強取]、「詐取]、「喝取]という「結果」の不可分性を強調する。しかし、「結果」であるなら、「財物を奪われた]、「財物を交付した]という形で表現することもできるので、窃取と強取の区別や詐取と喝取の区別はできない。後行者は、強取「行為」に関与したから強盜の共犯なのである。したがって、この見解もまた、「強盜罪]、「詐欺罪]、「恐喝罪]の限りで一罪の不可分性を論拠としているものと思われる。また、そうでないと、甲が被害者を気絶させて財物を強取し立ち去った後、これを見ていた乙が、なお気絶している被害者から財物を奪った場合も強取「結果」であって強盜罪になりかねないことになる。付言すれば、西田は事後強盜罪についても、その不可分性を強調するが、事後強盜罪の客観的な構成要件該当行為は、「暴行」または「脅迫」にすぎない。

31) この、「一罪で評価可能な範囲」と「一罪の最低限の要件」とは、団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社、1990年)435頁にいう、構成要件的评价の「外部的な包括性」と「内部的な該当性」に相当する。

32) 傷害罪について、このことを明確に指摘している裁判例に、前述の大阪高判昭和62・7・10等がある。

まで分割可能と考えているようである。ゆえに、結果的加重犯における死傷結果も分割して評価可能である。他方で、後に検討する手段・目的型結合犯については、「強盜」、「強姦」、「詐欺」、「恐喝」の範囲で「一罪性」を認め、それ以上は分割評価不可能と考えているようである。もちろん、誤解を避けるためにいえば、たとえば、先行者が被害者に暴行を加えて財物を強取した後、後行者が関与して先行者と共同でさらに財物を強取した場合には、関与後の行為だけでも強盜罪の「一罪の最低限の要件」は満たされるので、あえて「承継的」共同正犯を認める必要はない³³⁾。

4 同時傷害の特例

(1) 従来 of 裁判例

今度は、目を刑法207条の同時傷害の特例に転じてみよう。まず、刑法207条については、「傷が一つであるにもかかわらず、共犯と『みなす』ことによって、二人ともこの傷害について処罰するのは、二人のうちどちらか一人は『むじつの罪』を負わされることになるのであって、このような規定はおそらく憲法に反するというべきであろう。³⁴⁾」という根源的な批判がある。ゆえに、学説は、一般的に、本条が仮に合憲だとしても、その適用範囲を厳格に制限する傾向にある³⁵⁾。また、「判例」も、その適用を傷害罪および傷害致死罪に限定し、他の結果的加重犯には適用しない傾向にある³⁶⁾。

しかし、近年、先行者の暴行の途中に後行者が関与し、被害者に傷害を

33) このような処理をした近年の裁判例として、前述の東京高判平成17・11・1が挙げられる。

34) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）170頁。

35) その後改説したが、かつては、山口 厚『刑法各論 [補訂版]』（有斐閣、2005年）51頁や松宮孝明『刑法各論講義 [補訂版]』（成文堂、2006年）43頁等は、傷害致死罪への適用を否定していた。

36) 強盜致傷罪への適用を否定したものに、東京地判昭和36・3・30判時264号35頁、強姦致傷罪への適用を否定したものに、仙台高判昭和33・3・13高刑集11巻4号137頁がある。

負わせた事案について、先行者単独の暴行と先行者・後行者共同の暴行との間に、刑法207条の意味での「同時傷害」の関係があるとみて、同条を適用し、後行者にも傷害結果全体を帰責させたかにも見える裁判例が目立つようになった。前述の大阪地判平成9・8・20や名古屋高判平成14・8・29高刑速(平14)134頁³⁷⁾が、これに当たる。もっとも、「傍論」の部分ではあるが、前述の大阪高判昭和62・7・10は、このような事案について、刑法207条の適用を否定する見解を述べていた。すなわち、

「後行者たる乙が先行者甲との共謀に基づき暴行を加えた場合は、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できなくても、少なくとも甲に対しては傷害罪の刑責を問うことができるのであって、刑法の右特則の適用によって解消しなければならないような著しい不合理は生じない。従って、この場合には、右特則の適用がなく、加担後の行為と傷害との因果関係を認定し得ない後行者たる乙については、暴行罪の限度でその刑責が問われるべきこととなるのであって、右結論が不当であるとは考えられない。」(下線筆者)と。

これに対して、傷害罪の承継的共同正犯については、この大阪高判昭和62・7・10にならってこれを否定していた大阪地判平成9・8・20は、「一般に、傷害の結果が、全く意思の連絡がない二名以上の者の同一機会における各暴行によって生じたことは明らかであるが、いずれの暴行によって生じたものであるのかは確定することができないという場合には、同時犯の特例として刑法207条により傷害罪の共同正犯として処断されるが、このような事例との対比の上で考えると、本件のように共謀成立の前後にわたる一連の暴行により傷害の結果が発生したことは明らかであるが、共謀成立の前後いずれの暴行により生じたものであるか確定することができな

37) この判決は、恐喝目的での被害者への暴行の途中に、暴行を止めて被害者に話をしようとした被告人が他の共犯者に殴打されて気絶し、その後、さらに被害者に暴行が加えられた事案につき、気絶した後の暴行については共犯関係の解消を認めつつ、被害者に生じた傷害がどの時点で生じたか不明である等として、同時傷害の特例を適用し、被告人にも傷害全体について罪責を認めたものである。

いという場合にも、右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207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、刑法207条の適用を認めた。その理由としては、「右のような場合においても、単独犯の暴行によって傷害が生じたのか、共同正犯の暴行によって傷害が生じたのか不明であるという点で、やはり『その傷害を生じさせた者を知ることができないとき』に当たることにかわりはない」と述べられている。

このように、平成24年決定に至るまでの下級審判例の態度は、分かれていた。

(2) 平成24年決定と千葉補足意見の含意

平成24年決定は、この問題について直接には言及していない。そこで、学説の中には、本決定の事案を、「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³⁸⁾」と評するものがある。

しかし、事はそう単純でないことは、本決定が、被告人関与後の傷害結果につき、「相当程度重篤化させた」という言葉を用いていることから明らかになる。なぜなら、千葉補足意見にあるように、「相当程度重篤化」という言葉は、後行者関与後の暴行によって生じた傷害が「具体的に特定できない場合」に、それでも被告人に有利な形で立証できる傷害の程度を表したものだからである。簡単に言えば、本決定は、従来であれば、傷害結果が「共謀加担後の暴行に起因するか、不明な」場合として刑法207条の適用対象とされていた事例につき、刑法207条を適用しないで、関与後に生じたと立証できる程度の傷害のみを後行者に帰責させようとしていると解する余地があるのである。

38) 宮崎・前掲28頁。法律時報85巻2号153頁の匿名解説も、刑法207条の適用を「否定的に解しているものではないと思われる。」と述べている。

さらに、「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」には、千葉補足意見によれば、「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」というのであるから、こうなると、刑法207条を適用して後行者に傷害結果全体を帰責させる余地はなくなる。ゆえに、本決定の評釈の中には、本決定がこれを否定する趣旨を含んでいると評するものもある³⁹⁾。

実際、千葉補足意見は、後行者関与後の暴行に起因する傷害結果が具体的に特定できない場合の処理として、「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。」とし、たとえば、『「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」という。そこで、本件のような場合には、関与後の暴行によって「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、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という。また、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には、「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」とする。

これに加えて、千葉補足意見は、共謀加担後の暴行が傷害の発生に寄与したか不明な場合には、「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」だとするのである。

39) 豊田・前掲133頁。もちろん、「趣旨」であって、事案を異にする場合には、「判例」としての拘束力を有する判断ではない。しかし、問題は、事案を異にする場合がどれぐらい残っているか、にある。

このように、関与後の暴行が、① 傷害を重篤化させたとして推認できる場合、② 全体の傷害のうちの一部の傷害を負わせたとして推認できる場合、③ 傷害の発生に寄与したか不明な場合に分け、それぞれにつき、① 重篤化させた限度で、② 一部の傷害の限度で、③ 暴行罪の限度で、共同正犯を認めるのであれば、刑法207条に残された場合はあるのであろうか⁴⁰⁾。このように考えると、刑法207条適用の余地は、先行者の暴行の途中に後行者が関与するタイプの事件では、ほとんど考えられなくなるのである。

もちろん、この意見は、①の重篤化タイプの事案以外に関する部分では「傍論」——それどころか全体として「傍論」——であるから、後の判例を事実上拘束するような刑訴法405条にいう「判例」ではない。しかし、本決定およびそれを詳論する千葉補足意見は、そこまでの発展可能性を含意したものとみることが可能なのである。そして、それは、「おそらく憲法に反する⁴¹⁾」とまで言われた刑法207条の適用を、合理的に縮小する要請に応えるものとして、肯定的な評価に値するのである。

また、刑法207条の解釈論としても、先行者の暴行の途中から後行者が関与した場合には、先行者が生じた傷害につき、単独犯または共同正犯の形で結果を生じさせたことは明らかであるから、厳密に言えば、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、またはその傷害を生じさせた者を知ることができないとき」には当たらないと解すべきであろう⁴²⁾。

40) せいぜい、関与前の暴行でも、関与後の暴行でも、一部の傷害すら生じたとして推認できない場合が残るのみであろうが、そのような場合は、実際上、ありうるのであろうか。

41) 平野・前掲書170頁。

42) 同旨、大谷 實『刑法講義各論 [新版第4版]』（成文堂、2013年）37頁、西田・前掲書47頁、山中敬一『刑法各論 [第2版]』（成文堂、2009年）55頁、高橋則夫『刑法各論』（成文堂、2011年）57頁。

5 手段・目的型結合犯の扱い

(1) 手段・目的型結合犯において「承継」を認める根拠

最後に、強盗罪、強姦罪、詐欺罪、恐喝罪などの、暴行脅迫が、その目的とする行為の手段となっているタイプの結合犯、すなわち手段・目的型結合犯において、判例が承継的共（同正）犯を認める傾向にある理由を探ってみよう。このタイプの罪において「承継」を認める理由には、ふたつのものが挙げられる。第1は、後行者が、まさに先行者の手段的行為によって作られた状態を認識しつつこれを積極的に利用して、当該結合犯の目的とする行為を共同することである。これは、傷害結果については「承継」を否定してきた下級審判例でも、承継的「共同正犯」に限ってはこれを認める根拠として、必ず挙げられる事情である。第2は、前述のように、後行者が関与する犯罪の「一罪性」である。これは、承継的「従犯」を認める論拠となるもので、必ずしも先行者の作り出した状態の積極的利用まで必要とするものではない。問題は、これと、「因果は遡求しない」という命題とがいかにして調和するかにある。

いわゆる「因果的共犯論」を強調して一般的には「承継」を否定する平野龍一も、「関与前の行為についても責任を問われるようにみえる場合もある。それはその行為が、関与後にもなお効果を持ち続けている場合である。」と述べて、「AがCを抗拒不能におとし入れた後Bが加わって共同して物をとったとき」には、「Aの行為にはその暴行傷害が及んでおり、それ自体強盗行為であるということが出来る。それをBも共同にしたのであるから、Bには強盗の責任を問うことが可能だと思われる。」とし、「Aが騙取の目的でCを欺罔した後、Bが加わってAとともに、錯誤におちいったCから財物の交付を受けたときは、……詐欺行為を共同にしたということが出来る。」とする⁴³⁾。しかも、「このことと、すでに発生し終わった

43) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）383頁参照。同『刑法概説』119頁でも、

結果についても責任を負うかどうかとは、別の問題である。⁴⁴⁾」とまで述べるのである。

また、平成24年決定に付された千葉補足意見も「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」と述べている。

(2) 先行者の作り出した状態に対する後行者の因果性

しかし、この場合でも、先行者の作り出した状態に対する後行者の因果性は認められない⁴⁵⁾。また、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つだけで、当該結合犯の正犯が認められるのであれば、たとえば先行者の暴行によって抗拒不能状態に陥った女性を、先行者の行為が原因でそうなったという事情を認識しつつ、この状態を利用する意思で単独で姦淫した場合、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ったことになるが、強姦罪（177条）ではなく準強姦罪（178条）の正犯にしかなりえない。この相違は、どのように説明されるのであろうか。言い換えれば、この場合でも「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つ」ようにみえるのに、先行者との間に共犯関係のないことが、強姦罪の共犯の成否ばかりでなく強姦罪の成否そのものをも左右するのはなぜだろうか。

これは、いわゆる「因果性⁴⁶⁾」のみでは説明しえないものであると思

▼「Aが脅迫あるいは欺罔行為を行い、その後Bと相談して、Bが金を受けとりに行ったような場合……には、Bも恐らく恐喝または詐欺の共同正犯となる。」とされている。

44) 平野・前掲383頁。

45) 早瀬・前掲32頁も、「先行者の行為に対する因果性を要求するのであれば、暴行・脅迫及びその結果としての反抗抑圧状態に対しても因果性を及ぼしたことが必要とされるべきように思われるところ、なぜその点についても因果性を及ぼしたことになるのか説明することは容易でない。」と評する。

46) ここにいう「因果性」とは、作為による現実的な因果関係ばかりでなく、犯行阻止行

われる。したがって、この結論は、先行者との間の共謀（＋一部実行）によって成立する共犯の罪名が、先行者の罪名に従属する、つまり、制限されているが、「罪名従属性」が一定の範囲で認められていると考えざるを得ないのではなかろうか。

(3) 残された課題

なお、仮に以上のような論拠で「承継」を認めるとしても、いくつか検討すべき課題が残されている。第1は、「一罪性」ないし、制限された「罪名従属性」を理由とする見かけ上の「承継」を、共同正犯については否定できるのか、という問題である。学説の中には、ドイツのロクシン説にならって、共同正犯にはこのような「承継」も認めないが、従犯には認める見解がある⁴⁷⁾。しかし、身分犯以外の通常の犯罪において共同正犯と従犯との区別を当該犯行に対する寄与度の相違にしか求めないのであれば、両共犯形式には量的な連続性があることになるので、その効果に、このような質的な相違を認めることはできないであろう⁴⁸⁾。

第2は、判例および通説では、従犯にいわゆる「片面的」なものも認められてきたので⁴⁹⁾、たとえば、先行者に騙されて被害者が自分に財物を交付することをたまたま知ったが受け取った者は、それだけで詐欺罪の従犯となる可能性がある。たとえば⁵⁰⁾、A（マーレイの亡霊に扮したクラチット）に騙されて錯誤に陥ったC（スクルージー）が、Aの指示で、Aと事前に何の意思連絡もなかったB（Aにとっては、かつて窮状を救ってもらったことのある教会の牧師）に寄附をした場合、たとえBが、CはA

↘為を介した結果防止のような仮定的な因果関係を含む。

47) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）は、このような見解を主張する。

48) なお、大判明治43・2・3刑録16輯113頁も、旧刑法下の詐欺罪について、承継的共同正犯を認める趣旨のようである。

49) 裁判例として、大判大正14・1・22刑集3巻921頁。

50) デイッケンズの小説『クリスマス・キャロル』を連想されたい。

に騙されて自分に交付をするのだと直前に気づきつつ財物を受け取ったとしても、それだけで詐欺罪の従犯とすべきであろうか。

筆者は、この事例では詐欺罪の従犯を認めるべきでないと思う人々が少なからず存在すると考える。仮に、この法感覚を前提にして従犯を否定すべきだとすれば、それは、騙された被害者の錯誤について、そこから救い出して財産損害を受けないように措置すべきだという意味での管轄が受交付者にはないからではないかと考えている。

第3は、承継的共同正犯と承継的従犯を通じて、後行者関与後の事象だけを帰責対象とするばかりでなく、罪名についても、関与後の事象だけで構成することはできないか、という問題である。これは、上記の第2の問題から派生するものでもある。すなわち、単に先行者が作り出した状態を認識し、かつ、その後に先行者の犯罪を既遂とするような行為をしたとしても、現在の判例や多数説の採用する公式では、「自己の犯罪のためにそれを積極的に利用する意思で、現に利用した」という事実がなければ、承継的共同正犯は成立しない。しかし、これは、一方で、「自己の犯罪」という公式を用いない従犯、それも正犯と意思連絡を要しない片面的従犯では「承継」の歯止めにならない。また、他方で、先行者がその状態を作り出したことを認識し、かつ、彼とともに残りの行為を共同で行う後行者に、それでも、先行者の作り出した状態を「積極的に利用した」とはいえない場合があるのか、という疑問が生じる。

また、目を現実の事件に転じれば、たとえば強盗の手段たる暴行・脅迫によってすでに抵抗の意思を喪失している被害者に面と向かってその財物を奪う場合、被害者に意識があるなら、実際には、その奪取行為自体が、被害者の反抗抑圧状態を維持するという意味で、脅迫の要件を充たすことが多いのではないかと考えられる。同じことは、欺罔行為によって錯誤に陥っている被害者から財物の交付を受ける場合にも当てはまる。この場合、財物の交付を受ける側が、被害者が騙されていることに気づき、注意を促したにも関わらず被害者が財物交付意思を変えないのであれば、受交

付者は、詐欺罪の片面的従犯とすべきでないことが多いように思われる。反対に、何食わぬ顔で受け取るなら、それは、被害者の錯誤を維持するという意味で、挙動による欺罔行為の一種と考えてよい場合が多いであろう⁵¹⁾。さらに、被害者に対して保障人的地位に立ち、その錯誤を是正すべき者であれば、不作為による欺罔を考えることもできよう。実務では、「承継的」共犯の理論に頼ることなく、このような構成で妥当な結論を得ることができる事件が多いと思われる。

ただし、このような構成を採っても、殺害を手段とする強盗殺人で先行者によって被害者がすでに殺害されていた場合には、もはや、維持すべき被害者の反抗抑圧状態は存在しない。また、先行者が被害者を気絶させていた場合にも、後行者に被害者の意識を回復させる作為義務ないし保障人的地位が認められない限り、奪取行為が反抗抑圧状態の維持に貢献したとはいえないであろう。

その場合に、あくまで「罪名従属性」に頼らないと考えるべきか、それとも、限界事例では、制限された「罪名従属性」に頼るべきかは、なお、判断に迷うところである。しかし、いずれにせよ、詳しい検討は、後日の課題とせざるを得ない。

6 むすびにかえて

以上、平成24年決定を素材としつつ、「承継的」共（同正）犯に関するこれまでの「判例」の傾向を分析した結果、以下のような結論が得られた。

① 平成24年決定自体は、原判決を破棄しなかったもので、その理由は、刑法405条の意味での「判例」ではない。

51) ただし、教会や慈善団体のように、多くの市民が寄付をすることが常態化している受寄付者の場合には、注意を促すことも不要であろう。

② しかし、従来の下級審の裁判例と併せて分析すれば、「判例」は、傷害結果については、傷害罪でもその他の結果的加重犯でも、その「承継」を典型的に否定する傾向にある。

③ また、先行者の暴行の途中で後行者が関与した事例では、後行者関与後の傷害結果を「相当程度重篤化させた」といった程度に特定できるのであれば、その限度で共同正犯を認めるべきであり、かつ、そうであれば、刑法207条の同時傷害の特例を用いる必要はなくなる。

④ さらに、千葉補足意見によれば、後行者関与後の暴行によって一部の傷害ですら生じたという証明ができない場合は、後行者は暴行の限度でしか共同正犯となりえず、ゆえに、先行者の暴行の途中で後行者が関与する事例では、刑法207条を適用する余地はほとんどなくなる。

⑤ これと異なり、手段・目的型結合犯においては、「判例」上、なお「承継」を認める余地があるが、その根拠は、もはや「因果性」ではなく、関与する犯罪の「一罪性」ないし、制限された「罪名従属性」にある。