

I. 事案の概要

5 Xは、公園でAが酩酊状態にあるのを見つけ、日頃の恨みを込めて腹部を数回殴る蹴るなどの暴行を加えた。Aが「もうやめてくれ」と口にしたのでXは満足し立ち去ろうとしたところ、通りすがりのYが、喧嘩の強いAが倒れているのを見て、「俺にもやらせてくれ」と言ってこれに加わったため、それ以降はXとYが共同して暴行を続けた。Yが加わった後の暴行は激しさを増し、落ちていた角材や金属バットでAを殴る等の暴行が行われ

10 た。

Xによる初めの暴行によって、Aはあばらを骨折した。また、全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折も認められたが、これらがいつの暴行によって生じたものなのかは判明しなかった。

X及びYの罪責を論ぜよ。

15 参考判例：最高裁平成24年11月6日第二小法廷判決

II. 問題の所在

1. 本件において、Aの全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折の傷害結果は、X単独の先行行為を含めた、X・YによるAに対して行われた一連の暴行行為によって発生している。かかる結果
- 20 をYに帰責することはできないか。承継的共同正犯の肯否が問題となる。
2. 仮に、承継的共同正犯が否定されて、Yが暴行罪にとどまるとしても、同時傷害の特例(207条)の適用により、傷害罪の罪責を負わせることはできないか。207条の意義及びその適用の是非について問題となる。

III. 学説の状況

1. 承継的共同正犯の肯否について

A説：全面肯定説

承継的共同正犯の場合には共同正犯の成立要件としての共同実行の意思と共同実行の事実が共に存在するから後行者は先行者と当該犯罪事実全体について共同正犯になるとする説¹。

30

B説：全面否定説

関与以前の先行者の行為については後行者の行為が因果性をもつことはありえないとし、後行者に関与後の行為についてのみ責任を問うとする説²。

35

¹ 福田平『刑法総論[第5版]』(有斐閣, 2011年)271頁参照。

² 中山研一『刑法総論[第6版]』(成文堂, 1986年)460頁参照。

C 説：部分的肯定説

後行者が先行者の行為や結果を自己の犯罪遂行の手段として利用した場合には、後行者にも関与前の行為及び結果につき責任を問うとする説³。

5 2. 207 条の意義及びその適用の是非について

ア 説：否定説

207 条の存在自体を否定し、仮に 207 条が存在意義を有したとしても、承継的共同正犯における本条の適用を否定する説。

10 イ 説：肯定説

207 条の存在意義を認め、承継的共同正犯における本条の適用を肯定する説。

IV. 判例

東京高等裁判所平成 8 年 8 月 7 日判決「判例タイムズ 1308 号 45 頁」

15

(事実の概要)

先行者が被害者に顔面、頭部等を多数回殴打する等の暴行を加え、その途中から共謀に加わった被告人が先行者とともに顔面等を足蹴りし、木の棒などで数回殴打する等の暴行を加え、それにより被害者は胸部・背部打撲・頭部等顔面打撲などの傷害を負ったが、どの傷害が共謀前の先行者によるもので、どの傷害が被告人によるものか識別分離が不可能であった。

20

(判旨)

「例えば、後行行為者によって加えられた暴行行為それ時自体は特定・識別できたとしても、それが結果として単純暴行にとどまったのか、あるいは何らかの傷害を生じさせたのかの特定・識別は、具体的事案においては案外容易ではない場合がある。(中略) こうしてみると、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。」

25

30

(引用の趣旨)

本件では、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ものの、先行者と後行者によって加えられた暴行によって生じた傷害が先行者によるものか後行者によるも

35

³ 大谷實『刑法総論講義[新版第 3 版]』(成文堂, 2009 年) 422 頁。

のか特定、識別ができないような場合には、結論の妥当性を図るため、本件犯行全体についての共同正犯の成立を肯定するとした判例として参考になると考え引用する。

V. 学説の検討

5 1.承継的共同正犯の肯否について

A 説：全面肯定説について

この説は一罪の一体不可分性を根拠とするが、承継的共犯が問題となる継続犯、結合犯、包括一罪は複数の行為から構成されており、これらが事実上分割可能であるからこそ承継的共犯の肯否が争われる。それゆえ、この説が論拠とする一体不可分性は、実質的には、事実としての一体不可分性でなく規範的要請としての一体不可分性であるといえる。例えば、結合犯の一つである強盗罪は条文上、つまり規範の上では一体不可分である一罪として扱われるが、本罪は暴行又は脅迫行為と盗取行為といったそれぞれ独立した別個の行為で構成されており、これらの行為は実質的には分割することが可能である。

10 それにもかかわらず、規範的要請としての一体不可分性の保持に拘泥し、行為の分割を禁止してしまうと何ら関連性を有しない先行行為についても後行行為者に共同正犯としての責任を負わせるという結果となり、個人責任の原則に反する⁴。

15 したがって、一体不可分性の規範的根拠を明らかにしない限りこの一体不可分の要請を刑法の基本原理である個人責任の原則よりも優越させ、自己の関与していない事実について負責することは許されない⁵。

20 よって、検察側は A 説を採用しない。

B 説：全面否定説について

本説は、後行者関与後の行為についてのみ共同正犯として責任を負い、たとえば強盗罪のような結合犯の場合は、行為共同説の見地から、たとえ先行者の行為を認識していても、後行者がその行為に加功していない以上、遡ってその点についてまで共犯関係を認めるべきでないという点を根拠に、奪取行為のみを共同した後行者は窃盗の罪責を負うにすぎないとする⁶。

30 しかし、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先行者の行為を利用するというように、先行者と後行者とが相互に実行行為を分担しあって一定の犯罪を実現することは可能である⁷。また、後行者が先行者の先行行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意志のもと、現にこれを利用したという場合は、実質的にみて後行者が先行行為等に関与したと同視してよいと考えられる。この場合には、共同実行の意思と実行行為の共同の

⁴ 板倉宏『刑法総論[補訂版]』（頤草書房，2007年）382頁参照。

⁵ 松原芳博『刑法総論[第1版]』（日本評論社，2013年）参照。

⁶ 川端博『刑法総論講義[第2版]』（成文堂，2006年）574頁。

⁷ 大谷實『刑法総論[第3版]』（成文堂，2008年）235頁。

事実が認められるので、共同正犯が成立すると解すべきである⁸。

- また、否定説の立場を徹底させれば、詐欺罪や恐喝罪において、先行者による欺罔行為、強迫行為の後、被害者からの金員の受領行為にのみに関与した後行者を詐欺罪や恐喝罪の共犯として処罰することできない。しかし、そのような結論は処罰範囲をあまりに狭め、また、犯罪において実質的に重要な役割を果たしており、共犯として処罰すべきもの
- 5

なのに、不可罰となり妥当ではない⁹。

よって、検察側はB説を採用しない。

C説：部分的肯定説について

- 10 承継的共同正犯が成立するためには、まず主観的要件としての共同実行の意思と、次に客観的要件としての実行行為の共同という二つの要件を必要とする。

確かに、因果的共犯論や個人責任の原則によれば、後行者が先行行為によって実現された過去の行為や結果について罪責を負うことは、自己の関与した後行行為と因果性を持たないがゆえに、許されないと考える¹⁰。

- 15 しかし、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先行者の行為を利用するというように、先行者と後行者が相互に利用・補充し合って、一定の犯罪を実現することが可能である。そうであるならば、後行者が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する意思の下に犯罪の途中から関与し、先行者の行為等を利用した場合には、相互利用・補充関係が認められるべきである。また、共同正犯においては、一部行為全部責任の
- 20 原則が妥当する。したがって、他人である共同正犯者が行った行為に対して、共同責任が問われるのであり、自己の行為から生じた結果でないからといって、刑事責任が免れえない。これは、共同実行が同時に行われた場合に限らず、時系列的に前後して行われても妥当する¹¹。

- 25 このようにして、相互に共同実行の意思があり、かつ実行行為の共同の事実が認められる限りにおいて、先行者の行為及び結果を後行者が承継することで、両者の共同正犯が成立すると考えるべきである¹²。

したがって、検察側はC説を採用する。

2.207条の意義及びその適用の是非について

- 30 ア説：否定説

本説は、207条の意義について、刑事法上の基本原則である「疑わしきは被告人の利益に」の法原理について、207条は重大な例外をなすものであるとし、その存在を否定する

⁸ 川端 前掲 548 頁。

⁹ 西田典之『刑法総論[第2版]』（弘文堂、2010年）365頁。

¹⁰ 西田・前掲 366-367頁。

¹¹ 板倉宏『刑法総論[補訂版]』（頤草書房、2007年）296頁。

¹² 大谷實『刑法講義総論[第4版]』（成文堂、2012年）423頁。

ものである¹³。

しかし、暴行の故意による傷害の同時犯は、實際上、頻繁に生ずるが、その傷害を生じさせた者、または、各行為者が惹起した傷の軽重を立証するのは、極めて困難な場合が多く、「疑わしきは被告人の利益に」の法原理を貫徹すると、現に、同時犯によって傷害結果を生じさせているのに、行為者に暴行罪の罪責しか問いただけないことになって、具体的妥当性にかける¹⁴。

次に、承継的共同正犯の事例の場合に 207 条を適用することについて、本説は、承継的共同正犯の場合、先行行為者は傷害全体について、直接または間接にそれを生じさせた者として傷害罪の罪責を負う¹⁵のであるから、誰も傷害結果について責任を負わなくなる場合についての例外規定である 207 条は適用対象外であると考え、207 条の適用を否定する立場をとる。

このような考え方に基づくと、仮に、後行行為者が先行行為者との意思連絡なしに暴行していた場合には、意思連絡がない以上、先行行為者は、傷害全体について、直接または間接にそれを生じさせた者とはいえなくなるため、207 条は適用されることとなる。しかし、わざわざ意思連絡を行なった上で暴行行為に及んだ後行行為者には傷害罪は成立しないにもかかわらず、逆に意思連絡なしに暴行行為に途中参加したものには傷害罪が成立することになり、当罰性が高いとも思える前者が軽く処罰される結論を導くことになってしまうことから妥当性を欠くものとなってしまふ¹⁶。さらに、207 条の趣旨が、共犯類似の現象への対処にあることに鑑みると、共犯関係が介在するということは、207 条を排除する理由にはならない。したがって、承継的共同正犯の事例の場合について、「当該傷害結果について、先行行為者が責任を問われるのだから、後行行為者は無罪でよい」という論拠は失当であり、207 条の適用を否定する本説は妥当ではない。

したがって、検察側はア説を採用しない。

25 イ説：肯定説

本説は、207 条の意義について、刑事法上の基本原則である「疑わしきは被告人の利益に」の法原理について、207 条は重大な例外であることを認めつつも、以下の合理的根拠から、その例外たる存在意義を肯定するものである¹⁷。

第一に、207 条は立証の困難を救済する制度として、結論の妥当性を導く重要な意義を持つことから、例外たる存在意義を有する¹⁸。暴行の故意による傷害の同時犯について、その立証困難性はア説の検討で述べた通りである。現に、ヨーロッパ諸国では、「集団暴行」という特別の構成要件を用意している国が多く存在するほどであり、その立証困難性

¹³ 川端博『刑法各論講義[第 2 版]』(成文堂, 2010 年)54 頁。

¹⁴ 川端博『刑法各論概要[第 3 版]』(成文堂, 2003 年)24 頁。

¹⁵ 松宮考明『刑法各論講義[第 4 版]』(成文堂, 2016 年)45 頁。

¹⁶ 前田雅英『刑法各論講義[第 5 版]』(東京大学出版会, 2011 年)52 頁。

¹⁷ 川端博『刑法各論講義[第 2 版]』(成文堂, 2010 年)54 頁。

¹⁸ 川端博『刑法各論概要[第 3 版]』(成文堂, 2003 年)24 頁。

を回避する例外措置は、むしろ必要不可欠なものであると考えられる。

第二に、207条の適用は、行為者にとって必ずしも過酷ではないことも、例外たる存在意義を許容する根拠になる。暴行罪と暴行による傷害罪は、結果的加重犯として一般的近接性があり、傷害の結果について、暴行者全員に責任を負わせても不当に重く処罰したことにはならない。したがって、現に、傷害の同時犯によって実際に行為が行われ、傷害結果が生じているにもかかわらず、誰にもその傷害結果を帰責できないことが頻発してしまう社会秩序維持上の不利益と比較すれば、207条適用により行為者が被る不利益は、許容されるべき程度のものであるといえる¹⁹。

10 以上より、207条は、刑事法上の基本原則である「疑わしきは被告人の利益に」の法原理について、その例外を許容する合理的根拠を有すものであり、その存在意義は肯定されるべきである。

また、承継的共同正犯の事例の場合に207条を適用することについて、本説は、その適用を認める。確かに、実質的に挙証責任を転換させる207条は、厳格に解すべきであるが、条文の文言上、共犯関係の状況が存在する場合に適用を否定する根拠は存在しない²⁰。そして、暴行と傷害結果の因果性の立証の困難性を回避するという207条の基礎にある政策面を鑑みると、客観的に共同実行がなされたと同視し得る事情の存在を要件として、その実質的・具体的判断に基づいた認定により、共犯が介在する場合に不当に帰責範囲が拡大することも防ぎうるので、その適用を認めるべきである。同時暴行の場合に、因果関係が立証し得なくても傷害罪の適用を認める207条の政策的判断を否定しない以上²¹は、共同正犯が存在する場合にも207条を適用すべきである²¹。

したがって、検察側はイ説を採用する。

VI. 本問の検討

第1 Xの罪責について

25 1. XのAに対して行った一連の暴力行為に傷害罪(204条)が成立しないか。

(1) 204条の「傷害」したとは、人の生理的機能に障害を加えることをいうところ、Xが腹部を数回殴る蹴るなどしたことで、Aは、人体の中枢部である肋骨を骨折しているため、本罪の実行行為及び結果が認められる。そして、因果関係とは、実行行為による結果発生の現実的危険性が結果へと現実化したことをいうところ、Xによる腹部を数回殴る蹴る行為により、Aの肋骨の骨折が現実化したとして、行為と結果の因果関係も認められる。また、日頃の恨みを込めて当該行為に及んでおり、構成要件の故意(38条1項本文)も認められ、本罪の構成要件は充足される。

(2) また、違法性及び責任を阻却する事由も見当たらない。

30 2. したがって、Xの当該行為につき、傷害罪(204条)が成立する。なお、後述の通り、Xに

¹⁹ 川端博『刑法各論概要[第3版]』(成文堂, 2003年)24頁。

²⁰ 前田・前掲51頁。

²¹ 前田・前掲52頁。

は、傷害罪の共同正犯(204条、60条)が成立する。

第二 X・Yの共同正犯の成否について

1. X・Yによる、Aに対して行われた一連の暴行行為について、傷害罪の共同正犯(204条、60条)が成立しないか。

5 (1) 前述の通り、204条の「傷害」したとは、人の生理的機能に障害を加えることをいうところ、落ちていた角材や金属バットでAを殴る等の行為(後行行為)を行なっているものの、全身打撲・擦り傷・鼻骨骨折が、X単独の腹部を数回殴る蹴る行為(先行行為)によって発生したか、後行行為によって発生したかは明らかでないため、行為と結果の間の因果関係が認められず、傷害罪は成立しないとも思える。

10 (2) もっとも、本件において、Aの全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折の傷害結果は、X単独の先行行為を含めた、X・YによるAに対して行われた一連の暴行行為によって発生しているのは明らかである。かかる結果をYに帰責することができないか。承継的共同正犯の肯否が問題となる。

15 ア. 検察側は、C説を採用するところ、後行者が、相互利用補充関係をもって、先行者の行為・結果等を自己の犯罪の実現のために積極的に利用し、その進行中の犯罪に因果性を持つに至った場合には、後行者にも関与前の行為及びその結果について刑事責任を問うると考え、共同正犯を認めるとする。

20 イ. 本件では、確かに、Xのみで行われたAに対する傷害行為は、その先行行為自体で完結しているとも思える。しかし、通りすがりで現場を目撃したYは、普段は喧嘩の強いAが、Xに肋骨を折られて弱っている状態であったことを認識し、これ見よがしに、暴行に加わることをXに打診している。そして、Yは、「普段喧嘩の強いAに対して暴行を行えるのは今しかない」と言わんばかりに、Aの肋骨が折れているほどに弱っている状態を自己の犯罪の実現手段として積極的に利用し、喧嘩の揉み合い状態では決して行えないような、角材や金属バットで殴打するという動作の大きい行為で危害を加えている。また、Aが弱っているにも関わらず、角材や金属バットで殴打するという生死にも関わりかねない危険極まりない手段を選んだことから、Yは、ただ単にAに危害を加えるということが目的であったとは思慮し難く、むしろ、「抵抗のできないような状態の者」に「一方的」に「重い」危害を加えるということが重要な目的だったと考えられ、Aが弱っていたという事実及びその認識は、自己の犯罪の実現のために非常に重要な要素であったと言える。よって、Yは、まさに、Xの先行行為によって現に進行中であった犯罪を積極的に利用したといえる。したがって、Xのみで行われた先行行為及びその結果は、先行行為のみで完結していたとはいえないものであり、X・Y共同の後行行為が行われるまでも進行していたといえる。そして、Yがその進行中であった犯罪を認識し、目的・手段として積極的に利用して犯罪を実現した一方で、XもYの加担を利用し、Xと共同して、Aにさらなる暴行を加えた以上、XはYの行為を利用し、YもXの行為を利用するというように、XとYが相互に利用・補充し合ったといえることから、Aの全身打撲・擦り傷・鼻骨骨折の傷害結果が先行行為によるものか、後行行為によって生じたものなのかが不明であったとしても、その結果につき共同して傷

害罪という犯罪を実現したといえる。

ウ よって、Xの先行行為による犯罪が、現に進行中であって、それをYが目的・手段として積極的に利用し、犯罪の一部を実行した以上、Xが進行させていた犯罪の結果に因果的寄与を持つに至ったと認められるため、Aの全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折の傷害結果はYに帰責することも可能であるといえる。

(3) したがって、X・Yに傷害罪の共同正犯が成立する。

2. また、仮に、承継的共同正犯が認められないとしても、207条文の適用によって、傷害罪の成立を認めることは可能であるとも思える。行為と傷害結果の因果関係が不明な場合に、207条によって傷害罪の共同正犯の成立を認めて良いか。207条の存在意義も含めて問題となる。

(1) 検察側は、イ説を採用するところ、207条は、立証の困難を救済する制度として、結論の妥当性を導く重要な意義を持つことから、その存在意義を肯定する。そして、意思連絡なく傷害結果を生じさせた場合と、意思連絡を通じて傷害結果を生じせしめた場合では、むしろ後者の方が当罰性に高く、少なくとも前者の場合にのみに適用を肯定すべきとする実質的根拠は存在しないこと、そして、同条は、共犯類似の現象に対処するための規定であり、文言上も意思連絡の存否により区別していないことから、傷害罪の場合に承継的共同正犯を否定した場合にも同条の適用を認めるべきであると考えられる。

(2) 本件では、Aに生じた全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折は、Xによる暴行によって生じたものなのか、Yの暴行によって生じたものなのかは明らかではなく、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」状況にあり、「二人以上」で、X・Yによる同一の機会によって行われたAに対する一連の「暴行」行為により、全身打撲、擦り傷、鼻骨骨折の「傷害」を生じさせている。したがって、同条の構成要件は充足される。そして、構成要件の故意(38条1項本文)も認められる。

(3) したがって、仮に、承継的共同正犯が認められなかった場合であっても、207条の適用により、X・Yに共同正犯が成立する。

3. 以上より、X・Yによる、Aに対して行われた一連の暴行行為に傷害罪の共同正犯(204条、60条)が成立する。

Ⅶ. 結論

X・YのAに対して行われた一連の暴行行為に傷害罪の共同正犯(204条、60条)が成立し、両者はその罪責を負う。

以上