
種 別： 論説

タイトル： 同時傷害罪に関する近時の裁判例

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第 59 卷 3 号（平成 28 年 2 月）73-104 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

同時傷害罪に関する近時の裁判例

照沼 亮介

- I はじめに
- II 機会の同一性
- III 傷害致死罪の事案における適用
- IV 共犯事案との関連
- V 最近の一事案

I はじめに

同時傷害罪（207条）は、複数人による暴行が行われた際にいずれが傷害の原因かについて立証が困難であるとき、それだけで全員がその責任を免れるのは不合理だという理由から、本来検察官が負う挙証責任を政策的に被告人側に転換したものと一般に解されている⁽¹⁾。他方、これが近代における刑事司法の原則に対する一大例外を規定するものであり、一部の被告人には傷害結果につきいわば「無実の罪」を負わせることを認めるものであることから、立法論的には廃止されるべきであり、

(1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻』（2006年）481頁以下（渡辺咲子執筆）。比較法を含め立法の経緯については、齊藤誠二『刑法講義各論I』（1976年）277頁以下、中村雄一「同時犯と刑法207条」秋田論叢8号（1992年）139頁、村木保久「刑法207条の沿革について—同時犯についての一考察（2）」目白大学短期大学部研究紀要37号（2001年）123頁以下、松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（2012年）42頁以下などを参照。

現行規定の解釈論としてもその適用範囲を限定する方向が好ましい、と考えられている規定でもある⁽²⁾。実務上も本条の適用に際してはこの点が考慮されてきたといえるが、本稿では近年の裁判例を取り上げ、本罪をめぐる議論の一部につき若干の検討を加えることにしたい。

II 機会の同一性

本罪における複数の暴行は社会通念上「同一の機会」に行われる必要があるとされている。近時の裁判例では、(判例 1) X・Y が共謀に基づき第 1 暴行を加え、Z が単独で第 2 暴行を加えたところ、3 名のいずれかの暴行により傷害結果が生じたが、いずれの暴行によるかは明らかにならず、かつ、両暴行の間には時間的に約 1 時間 20 分の差が、距離的には約 20 キロメートル前後の移動が存在していたという事案において、X らは第 1 暴行ののち被害者を車両に乗せ移動しながら詰問したり Z にも連絡を取り、現場到着後、やってきた Z が車内にいた被害者に第 2 暴行を加えたというものであって、被害者が 3 名の内いずれかの支配下

(2) 山口厚『刑法各論[第 2 版]』(2010 年) 50 頁。より進んで本条を端的に違憲と評価するものとして、平場安治ほか編『刑法改正の研究 2 各則』(1973 年) 293 頁以下(平野龍一執筆)、平野龍一『刑法概説』(1977 年) 170 頁。同『刑事訴訟法』(1958 年) 190 頁では、立法論としては「同時暴行」自体を加重的構成要件とすべきと説かれている。

なお刑事訴訟法学では、本条における挙証責任転換につき、一般には「被告人が挙証責任を負担する部分を除去して考えても、なお犯罪として相当の可罰性が認められる」という点を重視して「辛うじて」合憲性が肯定されると解されているようである(松尾浩也『刑事訴訟法(下)[新版補正第 2 版]』(1999 年) 24 頁以下。田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(1996 年) 306 頁以下、井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点[第 3 版]』(2002 年) 158 頁以下[川出敏裕執筆]、井上ほか編『刑事訴訟法の争点』(2013 年) 150 頁[堀江慎司執筆]なども参照)。他方、渥美東洋『刑事訴訟法[新版]』(1990 年) 316 頁以下、同 320 頁以下では、本条について、各人の行為に「合理的な密接関連」が認められ、被告人が「他の暴行者との間に共謀、または意思の連絡が無かった旨を疑わせる程度の証拠に接近できる地位にあるとしてよい場合」に限って共犯関係の存在を推定させる規定と解すべきであり、そうでないと憲法 38 条 1 項に違反するとされている。

に置かれていた一連の経過の下での暴行であること、両暴行の経緯、動機が基本的に共通であること、Zが第1暴行を認識した上で行為に出ており、X・Yも第2暴行の共謀までには至っていなかったものの、Zが被害者を詰問すること自体は十分に予期、認識していたことが指摘され、両暴行は「相競合して敢行されたもの」であり、「社会通念上同一の機会に行われた一連の行為」として207条の適用が認められている⁽³⁾。ここではさらに、第1暴行の態様につき、XやYが被害者の顔を殴打したことや、第2暴行の態様につき、Zが被害者の腹部や大腿部付近を足蹴にしたことを挙げ、いずれも被害者に生じた傷害を生じさせる可能性があることに言及している点⁽⁴⁾が目を引くところである。また、(判例2) X・Yが共謀に基づき第1暴行を加え、Zが単独で第2暴行を加え、最終的に被害者を死亡させたが、いずれの暴行が死因を形成したか明らかでないという事案において、死因であるくも膜下出血は被害者の後頭部に対して加えられた外力により生じたと考えられるところ、第1暴行以前にそれぞれ単独で加えられたXの暴行やYの暴行はいずれもそのような強度の打撃ではないと認められるのに対し、共謀成立後の第1暴行、第2暴行はいずれも相応の強度を有しており、くも膜下出血の原因となり得る暴行であることを確認した上で207条を適用した裁判例⁽⁵⁾においても、同様の判断がなされているといえよう。

他方、(判例2)と一見類似した状況にありながら適用を否定したものとして注目されるのは、(判例3) X・Yが共謀に基づき第1暴行を加え、Zが単独で第2暴行を加え、最終的に被害者を死亡させたが、いずれの暴行が死因となった傷害(急性硬膜下血腫)を形成したか明らかでないという事案において、第2暴行の方が質的に激しいことを認定した

(3) 東京高判平成20年9月8日判タ1303号309頁。評釈として、中川美雪「判批」警察学論集63巻8号(2010年)168頁以下、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』(2012年)23頁(宮川基執筆)。

(4) 判タ1303号315頁。

(5) 神戸地判平成21年2月9日裁判所HP、LEX/DB25440853。

上で、第2暴行が単独で傷害を発生させたか、あるいは第1暴行によって生じた傷害をさらに悪化させたかのいずれかであるとし、結局どちらの場合であっても第2暴行と死亡結果との間に因果関係を認めることができるから、「死亡させた結果について、責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例である同時傷害致死罪の規定(刑法207条)を適用する前提が欠けることになる」と述べ、加えて、機会の同一性についても後述するような理由からその存在を否定した上で、本条を適用せず、第1暴行は傷害罪の共同正犯にとどめ、第2暴行について傷害致死罪の成立を認めたケースである⁽⁶⁾。これは一見すると外形的な事実関係からは本条の適用が肯定し得るように見えたとしても、立法趣旨等に由来する従前の議論状況を踏まえた上で、因果関係及び機会の同一性の判断についてより慎重な姿勢が必要であることを示そうとする意図に出たものであったのかもしれない⁽⁷⁾。

しかし、同事案の控訴審である(判例4)⁽⁸⁾は、上記判示部分に関して、①「この判断は、そもそも、実際に発生した傷害との因果関係について検討しないで、直ちに死亡との因果関係を問題にしている点で、暴行と傷害との因果関係が不明であることを要件とする刑法207条の規定内容に反すると考えられる」し、このように解した場合、本件で、急性

(6) 名古屋地判平成26年9月19日LEX/DB25504831。もっとも、第2暴行が単に「傷害を悪化させた」というときに、これによって新たな「傷害」結果を生じさせたという評価は可能であるとしても、「促進関係」のみで足りるとされる共犯関係の存在すら認められない場合に、「死亡」結果との間においても直ちに法的因果関係を肯定する根拠となり得るのか、特に大阪南港事件最高裁決定の理解との関係において検討の余地があるように思われる(この点は控訴審である(判例4)においても関連する言及がなされている。本文参照)。さらに、逆に第2暴行のみが共同正犯の事案であった(判例14)及び注41も参照。

(7) なお、死因に関する原判決の認定が誤りであり、被告人の暴行は死亡結果とは無関係であることを認定して本条の適用を否定した裁判例として東京高判昭和61年10月30日判時1259号129頁(①事件)がある。

(8) 名古屋高判平成27年4月16日LEX/DB25506303。評釈として、鶴鶴昌二「判批」研修807号(2015年)3頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー731号(2015年)115頁。

硬膜下血腫の傷害の発生について、結局は誰も責任を問われないことになる結果となることを看過したものである、と批判しており、さらに補足して、②（判例3）では第2暴行について、急性硬膜下血腫を形成したか、あるいは第1暴行によって既に形成されていた同傷害をさらに悪化させたという択一的認定がなされているにとどまっており、この前提の下では、被告人3名のいずれもが同傷害の発生について責任を問われない結果になっていると理解せざるを得ないこと（加えて、Zの量刑に際してどのような事実関係を前提としているのか特段の説明がみられないこと）、また、③仮に第2暴行が既に形成された傷害を悪化させ、かつ（判例3）のいうようにこれによって死亡結果との間に因果関係が認められると解したとしても、最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁（大阪南港事件）に鑑みれば、この場合に「第1暴行」と死亡結果との因果関係が存在することを否定する理由にはならないこと⁽⁹⁾などを指摘し、結局（判例3）のいうような理由に基づいて207条の適用を否定することは誤りであるとしている⁽¹⁰⁾。以上に加えて、（判例3）が仮定的に機会の同一性について検討し、これを否定した部分、すなわち、両暴行が時間的・場所的には近接していることは認めつつ、（A）Zが第1暴行の発端となったXと被害者との間の金銭トラブルを知らず、内容に関する利害関係を有していなかったこと、（B）その後「示談書」が作成されXらとしても被害者との間の問題は解決したと考えていたことなどを踏まえると、（C）X、Yにおいて、Zが第2暴行のような激しい暴行に及ぶことを予期できたとは認められず、少なくともX、Yの立

-
- (9) この点はおそらく、（判例3）の前提からは本条を適用しないままでも被告人全員に傷害致死罪が成立することになるのではないかと、という疑問をも提起しているものと思われる。
- (10) ただ、①については、（判例4）自身も検察官の主張内容等に関して触れている通り、各暴行と死亡結果との間の因果関係を直接問題としているようにみえる措辞であったとしても、結局は各暴行と「死因となった傷害」との間の因果関係を問題としているように善解する余地はあったと思われる。

場からは、両暴行を「同一の機会」に行われた暴行と見ることには疑問が残る、とした部分についても、以下のように詳細な反論を加えている。すなわち、そもそもこの判示部分が傍論であることに加えて、両暴行が時間的にも場所的にも重なり合った機会に行われたこと、(A)については、ZがXらと被害者とのやり取りを現認している上、金銭トラブルなどがまだ解決していないと思ったとするZの供述内容にも照らすと、関係証拠の内容を適切に理解しているか疑問を容れる余地がある上、もともとZが「利害関係」を有していなかった点が果たして重要であるのかも検討の余地があること、(B)については、Xらが上記「示談書」によって問題が解決したと考えるほど重視していたか疑問であること、(C)については、そもそも機会の同一性の判断に際して「『予期』を問題にすることが相当か否かが、そもそも疑問であると考えられる」ため、上記(A)(B)がX、Yの「予期」を否定する根拠として相当とは必ずしも考え難いこと、X、Yの供述中には、Zによる「第2暴行をある程度認識しつつそれを放置したことをうかがわせる内容のものもあるよううかがえる」こと、Z自身が公判において第2暴行の動機として挙げた点の供述が信用し難く、むしろZが第2暴行に及んだ事情には、X、Yが第1暴行に及んだ事情と「相応に共通するところがあったとうかがうことも、可能であるように考えられる」こと、などを指摘している。

以上から(判例4)は、(判例3)には①207条の解釈に関する法令適用の誤りと②機会の同一性判断に関する事実誤認があり、機会の同一性の意義などに関する適切な理解の下でさらに審理評議を尽くすのが相当であって、仮に207条が適用されるという結論に至った場合には、それを前提として量刑についても適切な評議を経るのが相当であるとして、これを破棄し原審に差し戻している。①のうち死因形成に関する事実認定上の問題点についてはⅢで触れることとして、(判例3)の主張をより巨視的な視点から見れば、被告人のうちの一部の者がいずれの行為から

結果が生じた場合であっても帰責される場合になお本条の適用が認められるかという問題にも波及し得るものであることが指摘できよう（この点はⅣで検討する）。他方、ここでの検討対象である②については、主として事実認定上の問題から結論が分かれることとなったといえるが、注目したいのは、やはり両判決のいずれも時間的・場所的接性のみで機会の同一性が肯定しうるとは考えていないという点である。

学説においても、以上のような「機会の同一性」を肯定する上では、単に時間的・場所的な接性があれば足りるというのではなく、本条が共同正犯としての関係を擬制するものである以上、共同正犯に近い外形的状況が必要であり、数人の暴行が一連の流れの中で「ひとかたまり」のものとして評価し得る程度の関連性が必要である⁽¹¹⁾とか、「意思連絡が存在した場合に典型的にみられるような外形的事実の存在」がある場合に限定され、これにより本来の共同正犯との類似性が担保される⁽¹²⁾などと説明されるようになっている。判例の中には個々の暴行が

(11) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻』（注1）484頁（渡辺執筆）。さらに、本条が単に挙証責任を転換する訴訟法的規定というだけではなく、「実体的にも共同正犯を擬制する以上、共同正犯者による共同実行行為に近い外形的状況は必要であり、場所的・時間的接性は、その最も重要な要素といえ、これを軽視して同時性の適用範囲を広げることは妥当ではない」とし、こうした要素が希薄である時には、上記の要請を満たすだけの「特別の状況」が必要であるとす（同484頁）。この点については今日、一般的な理解となっているといつてよい（三井誠『刑事手続法Ⅲ』（2004年）81頁、佐久間修『刑法各論〔第2版〕』（2012年）42頁、43頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）35頁など参照）。

(12) 杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル29号（2011年）56頁以下。さらに、「本条の実体は結局、複数者の暴行行為が競合した場合に限って、それ自体単独で傷害をもたらす高度の蓋然性を持った暴行を『重い暴行罪』として選り分け、傷害罪の法定刑で処罰することもその上限に近いような部分での量刑は認めるべきでない」（同56頁）と述べられている点が注目される。仮にそのように解し得るのであれば、後述のⅢで傷害致死罪に関して本条の適用を認める立場に立ったとしても、やはりその量刑は無制限に重くする訳にはいかず、相応の限定が必要であるということになろう。なお、中野次雄「強盗致死傷罪・強盗強姦罪」『総合判例研究叢書 刑法(10)』（1958年）231頁は、「207条のような例外的規定が存在理由をもつのは、それが一つの類型を形づくる程度にしばしば生ずる現象であることのほか、法定刑が比較的軽くないということにもよる

「時間的及場所的に相競合する場合にのみ」本条が適用されるとする解釈を前提としていると思われるものも見受けられるが⁽¹³⁾、むしろ、本条が適用されるのは原則として「数人による暴行が、同一場所で同時に行なわれたか、または、これと同一視し得るほど時間的、場所的に接着して行なわれた場合のように、行為の外形それ自体が、いわゆる共犯現象に強く類似する場合」に限られ、そうでない場合には、「社会通念上同一の機会に行なわれた一連の行為」と認められ、各行為者に結果についての責任を負わせても著しい不合理の生じない「特段の事情」が認められる必要があるとしたもの⁽¹⁴⁾が著名である。近年でも、(判例5) X・Yが共謀に基づき第1暴行を行った後、Zが単独で第2暴行を加えた事案につき、各暴行は「時間的に約1時間50分の隔たり、場所的に約27.8キロメートルの車による移動があり、時間的、場所的に近接しているとはいえない」し、XとZは「全く別個の動機や原因」で暴行を加えており、「互いに面識がなく、他方の暴行を現認してもいない」のであるから、両暴行が「社会通念上同一の機会に行われた一連の行為」と認めることはできない」として、207条の適用を否定し、各人につき暴行罪の成立のみを認めたケース⁽¹⁵⁾があるが、基本的に上記のような考え方と同様であるように思われる。

なお、この問題と関連して、本条が犯罪論上いかなる部分の「不存在」に関して被告人に挙証責任を転換するものであるかについては議論

のであろう」とする。

- (13) 大判昭和12年9月10日刑集16巻1251頁。ただし、約半月の間に10数回にわたり暴行を加えた事案であったこと、及び連続犯規定(旧55条)削除以前の事案であったことに注意を要する。これに対して大判昭和11年6月25日刑集15巻823頁は、個々の暴行が「時、所を異にすると又時、所を同じくするとは敢て問ふ所に非ず」と判示しているものの、事案自体は各暴行がほぼ同一時点・同一場所においてなされた点につき疑う余地のないものであった。
- (14) 札幌高判昭和45年7月14日判時625号114頁。評釈として、西原春夫「判批」判タ254号(1971年)86頁以下、成瀬ほか編『判例ブラクティクス刑法Ⅱ各論』(注3)22頁(宮川執筆)。
- (15) 広島高岡山支判平成19年4月18日裁判所HP、LEX/DB28135370。

があったところ、大別すれば、これを（Ａ）自己の暴行と傷害結果との間の因果関係であるとする理解が一般的であるものの⁽¹⁶⁾、これに対して（Ｂ）自己と他の行為者との間の意思連絡であるとする反対説⁽¹⁷⁾も主張されてきた。しかし、この両者の議論にはやや噛み合っていないところもあったように思われる。もともと、自己の暴行と結果との因果関係が不明であったとしても、意思連絡の存在が立証されるのであれば、被告人にも60条の適用が認められ、心理的因果性を介することで「傷害罪の共同正犯」として処罰される、ということは（Ａ）にとっても当然の前提であるし⁽¹⁸⁾、逆に、意思連絡の存在が不明であったとしても、自己の暴行から結果が発生したことが立証されるのであれば、「傷害罪の単独正犯」として処罰される、ということは（Ｂ）にとっても当然の前提であった。つまり、いずれの立場からも、實際上本条の適用が問題となるケースは、①自己の暴行と結果との間の（物理的な）因果関係と②意思連絡に基づく心理的因果性の「双方」の存在が認められない場合である、ということが想定されていたのであるから、突き詰めれば両説

(16) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）418頁以下、山口『刑法各論〔第2版〕』（注2）49頁以下、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）45頁以下など。以下この点に関する議論の詳細については、杉本「同時傷害と共同正犯」（注12）49頁以下、53頁以下を参照。

(17) 西原春夫ほか編『刑法学4《各論の重要問題I》』（1977年）36頁以下（西原執筆。本条を「擬制」と解する）、齊藤『刑法講義各論I』（注1）286頁、290頁以下（本条を「反証を許す法律上の推定」と解する）など。さらに進んで、松原芳博「身体に対する罪・その2」法学セミナー686号（2012年）109頁は、①単独正犯としての因果関係、②行為者間の共犯関係のうちいずれか一方の不存在の立証に成功した場合には本条の適用を免れるとする（同旨、斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（2014年）25頁）。

(18) 最判昭和24年1月27日裁集刑7号109頁、大阪高判昭和34年11月9日下刑集1巻11号2337頁は、意思連絡が認められず共同正犯が成立しない場合において本条の適用が問題となるという理解を前提としている。他方、中義勝『刑法各論』（1975年）42頁では、片面的共同正犯の成立を肯定する見解からは本条の適用範囲は「いちじるしく僅少なものとなる」ことが指摘されている。そもそも意思連絡それ自体を共同正犯の成立要件と解しないのであれば、（Ｂ）はそれ自体主張困難ということになるし、本条をいかなる性質の規定と解するかについてもさらに掘り下げた説明が必要となるように思われる。

の対立は、(A) 文理解釈や実務との整合性を優先するか、それとも (B) 容易とされる②の立証に成功するだけで被告人に本条の適用を免れさせるといった実践的意義を優先するか、という点に帰着するように思われる。この意味で、近時、一般的な理解である (A) に立脚したとしても、本条で共同正犯を擬制する効果が規定されている以上は、やはり「意思連絡の外形」が認められるような事情が必要であって、時間的・場所的接近性はこうした事情の一つとして位置付けられるといえ⁽¹⁹⁾、従って (B) との対立はこの限度で相対化されることを説く見解⁽²⁰⁾があるが、「機会の同一性」という要件の意義について理論的な意義付けを与えることを試みるものであり、正当な指摘であるように思われる。

以上、近時の裁判例の内容からも明らかなように、本条の適用に際しては、實際上、まず意思連絡に基づく共同正犯の成否(実務上しばしば「共謀」と称される状態の有無)が検討され、それが否定されたのちに、前提となる事実関係から機会の同一性の存否が問題となり、その際、上述したような諸事情、特に各暴行の性質や動機の共通性が吟味されるというプロセスを経ることが一般的である。こうした共同正犯の成否との関連については、近時特にいわゆる承継的共同正犯の問題との関係においてしばしば取り上げられているが、この点はⅣでより詳しく検討することにした。

Ⅲ 傷害致死罪の事案における適用

判例上は上記(判例2)(判例3)(判例4)にもみられるように、傷害の原因が不明である場合に限らず、傷害致死の事案で死因が不明である場合にも207条の適用があることが認められており⁽²¹⁾、これを支持す

(19) この点につき注11参照。

(20) 杉本「同時傷害と共同正犯」(注12)54頁以下。

(21) この点につき先例として必ず掲げられるのは最判昭和26年9月20日刑集5巻10号

この議論に関して確認しておきたいのは、判例の立場においても、「死因」となった傷害が何なのかという点、またⅡでみてきたように、いずれの被告人もそれを生じさせるに足りるだけの暴行を加えているという点についてはそれぞれ判明していることが本条適用の前提となっており、これらが不明である場合には適用ができないと解されていることである。従って、(判例4)の指摘にもあったように、本条の適用に際してはまず実際に発生した「傷害」結果との間の因果関係の存否が問題となるのであって、この点の確認を経ないまま直ちに「死亡」結果との間の因果関係の存否のみを問題とすることはできないということになる。こうした実質論が踏まえられている限り、この立場にも相応の理由があることは確かである。しかし、そうだとしても反対説が掲げる文言解釈の問題、また法定刑の重さの問題(量刑による対応を考えるにしても自ずから限界がある)はいずれも厳然と存在しており、結局これらは否定し切れるものではない。少なくとも立法論としては、死亡結果が生じた場合を傷害にとどまった場合と切り離して、異なった評価に服させる方向が望ましいと考えられる。

『全訂刑法各論[第3版増補版]』(2002年)154頁、大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(2005年)33頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』(2007年)47頁(鳥田聡一郎執筆)、山中敬一『刑法各論[第2版]』(2009年)56頁、岡野光雄『刑法要説各論[第5版]』(2009年)20頁以下、三井『刑事手続法Ⅲ』(注11)82頁、西田『刑法各論[第6版]』(注16)47頁、曾根威彦『刑法各論[第5版]』(2012年)23頁、高橋則夫『刑法各論[第2版]』(2014年)58頁、大谷『刑法講義各論[新版第4版補訂版]』(注11)36頁など。井田良『刑法各論[第2版]』(2013年)40頁は、否定説に立ったとしても量刑上の考慮によって結論的には肯定説との間にそれほど大きな違いは生じないとする。他方、松原「身体に対する罪・その2」(注17)110頁以下は、傷害致死罪の法定刑の下限が暴行罪の法定刑の上限を上回ることを指摘し、肯定説によるときにはより嫌疑刑の疑念が際立つこととなるとする。

IV 共犯事案との関連

1 「動機の共通性」が有する意義

従前、Xが単独で第1暴行を加えたのちに、Yと意思を通じて第2暴行を加え、被害者に傷害を生じさせたが、いずれの暴行が傷害を生じさせたか不明であるという事案において、後から第2暴行にのみ加担したYの罪責につき、下級審では、いわゆる承継的共同正犯の成立が否定されたとしても、そののちに207条を適用し、いずれの者についても傷害結果について責任を負わせるものが散見されてきた。近年では、例えば(判例7)他の共犯者による暴行が加えられたのちに関与した被告人らにつき、承継的共同正犯の成立を否定したのち、意思連絡が形成された前後いずれの暴行により傷害が生じたか不明である場合も、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」ときに当たると見なければ「権衡を失うことが明らかである」とし、これら一連の暴行が同一機会において加えられたものである限り本条が適用されると述べて全員に傷害罪の成立を認めた事案⁽²⁵⁾や、(判例8)Xが被害者の挑発的な言動に立腹して被害者の胸を蹴って階段下に転落させたのち、引き続きXとYが氏名不詳者1名と意思を通じて階段下に倒れている被害者の頭部等を蹴るなどし、頭蓋骨陥没骨折等の重傷を負わせたものの、いずれの暴行が原因であるか不明である事案について、やはり承継的共同正犯の成立を否定したのち、いずれの暴行も頭蓋骨骨折を形成した可能性を否定できないものであったことを認定し、これらの暴行が「同一機会に行われたもの」だとして、Yにつき本条を適用した事案⁽²⁶⁾がこれにあたる⁽²⁷⁾。

(25) 神戸地判平成15年7月17日裁判所 HP、LEX/DB28095309。

(26) 横浜地判平成22年4月26日 LLI/DB06550310。他方Xについては全体に関与しており「当然に傷害罪の罪責を負うことから」207条の適用はないとされている。

(27) 以上のほか、特段承継的共同正犯の問題に関する言及はないものの、Xによる第1暴行の後に意思を通じて第2暴行を共同して実行したYにつき、(判例7)など同様の

これらの事案では、両暴行の時間的・場所的な近接性の点では疑いの余地はないものの、Ⅱで触れた点、特に動機・原因の共通性という点に照らすとき、(判例7)の事案では問題はさほどないように思われるのに対し、(判例8)の事案では(結論の当否は別として)以下の問題があるように思われる⁽²⁸⁾。すなわち、第1暴行の原因となった被害者の「挑発的な言葉」の詳細や、これを受けたXの暴行の動機の詳細などについては不明であり、この時点での他の被告人らとの内心面における共通性も判然としないとされている。他方、第2暴行についてはそもそも動機・原因が何であるのか自体が不明である。このような事実関係しか認められていない状況下において「社会通念上同一の機会」といい得るかどうか、なお検討の余地があったのではないかとも思われるところである⁽²⁹⁾。

もっとも、被害者に対して立腹した直接的な原因が異なるからといって、それだけで動機の共通性が否定されるわけではないし、そもそもそれだけで意思連絡の存在が否定されるものでもない。近時の裁判例では、この点を指摘した上で、各暴行における「双方向」的な黙示の意思連絡の成否及びその内容を丹念に検討し、第1暴行、第2暴行双方について意思連絡の成立を肯定し、他方、第2暴行のみに加担していたもう

趣旨を述べて207条の適用を肯定したものがある(神戸地判平成15年3月20日裁判所HP、LEX/DB28095281)。

- (28) これらと比較してみると、各暴行の間に時間的・場所的に一定の間隔が空いており、かつ、第1暴行の共犯者Xを排除した形であらためて第2暴行が行われた事案において、Xにつきいったん共犯関係の解消を認めておきながら、その後詳細な検討を行わないまま207条の適用を認めた名古屋高判平成14年8月29日判時1831号158頁には、理論上も事実認定上も問題が多かったように思われる(照沼亮介「判批」法学教室判例セレクト2004・32頁、成瀬ほか編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』〔2010年〕399頁〔照沼執筆〕)。
- (29) 札幌高判昭和45年7月14日(注14)は、両暴行の場所的・時間的・場所的な近接性、及びそのいずれもが死因となった内臓損傷を生ぜしめる蓋然性が高かったことを認めつつも、それらが「まったく別個の原因に端を発して」いること、両暴行の間の時間的・場所的な間隔、被告人両名が面識がなく相互の暴行を現認していないことを指摘して本条の適用を否定しており、参考になろう。

1名の被告人については正犯性を否定したものがある⁽³⁰⁾。また、こうした「動機の共通性」の部分のみを必要以上に強調すると、当初共犯事案として起訴された事案では多少なりとも「動機の共通性」が見出し得る事案が多いと思われ、意思連絡の立証に失敗しても即座に機会の同一性が肯定されることにもなりかねないことから、Ⅱで触れた他のファクターも勘案した上での慎重な判断が望まれよう。

この点に関し、近年の裁判例では、(判例9) XとYの両名がもともと会社の同僚で相応の人間関係を有しており、かつ、Yによる第2暴行がXによる第1暴行の直後に行われたものであること、さらにいずれも被害者に対して立腹した上でなされていることなどを認めつつ、他方で両者が暴行に及んだ事情が「全く別個」であり、第2暴行は第1暴行が終わってから事後的に生じた事情に基づいて行われていることを指摘した上で、「黙示の共謀」の成立を否定したのち、207条の適用を認めたもの⁽³¹⁾や、(判例10) 第1暴行、第2暴行共に、被害者がX、Yの方に向けて唾を吐いたことに立腹したことにより立て続けに行われており、暴行の加えられた部位がいずれも被害者の頭部付近であることなどを認めつつ、他方で第1暴行がXの「突発的な単独行為である」こと、その後Yにおいて「加勢する気持であった」ことは推認できるものの、第2暴行開始後は逆にXは全く手を出しておらず、XがYの加勢を得て「これに呼応した形跡」は全くないとして、「黙示の共謀」の成立を否定したのち、207条の適用を認めたもの⁽³²⁾などがある。また、(判例11) 第1暴行についてXに共同正犯の成立が肯定されたが、他方で第2

(30) 福井地判平成24年10月9日LEX/DB25500038。もっとも本判決が、第2暴行の突発性や両暴行の間における時間・距離の開きを指摘してこれらを「一連の暴行」と捉えることはできないとしながら、他方において、死因となった多発性外傷に基づく循環障害を「第1暴行及び第2暴行によって生じた」とし、「上記一連の暴行による傷害を原因とする循環障害」によって死亡させたとしている点には、疑問が残る。

(31) 東京地判平成15年2月18日LEX/DB28135377。

(32) 東京高判平成18年7月5日高刑速(平18)号111頁。

暴行については意思連絡が否定され、かついずれの暴行が原因で被害者が死亡したか不明であるという事案において、両暴行の間に約3時間、約30キロメートルの距離が存在していたものの、Xがこの間ほぼ終始他の共犯者と一緒に行動しており、他の共犯者による第2暴行も現認し、弱いながらも一定の「関与」をしていたことにも触れた上で、機会の同一性を肯定し、Xに傷害致死罪の成立を認めたものもある⁽³³⁾。

このようにみえてくると、特に黙示の意思連絡の成否が問題となる事案においては、偶然的に「同じ気持ちになった」というだけでは足りないし⁽³⁴⁾、一方的に相手の内心を認識している状態が認められても、それだけではやはり「共同して」結果を実現したとは評価し得ないということ⁽³⁵⁾が、いわゆるスワット事件（最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁）以降の判例実務においては強く意識されるようになってきていると考えられよう⁽³⁶⁾。その上で、意思連絡が否定されて207条の適用

(33) 福井地判平成24年7月19日LEX/DB25482369。

(34) 既に、大阪高判昭和61年12月10日判時1259号129頁(②事件)は、第2暴行を行ったYが、第1暴行(及び第3暴行)を行ったXの動機等を「知悉しながら」直後に被害者に暴行を加えていることを認めつつ、詳細な事実認定の下に、Yによる第2暴行はXとは「別個の動機に基づき短絡的に加えられたもの」として黙示の共謀を否定していたことが注目される(そののちに207条を適用した)。

(35) これに対し、橋爪隆「共謀の意義について(2)」法学教室413号(2015年)101頁以下は、双方向的な意思連絡を要件とすることは「厳格にすぎない要求」だとして、一方的な指示でも「立ち入った関与」があれば正犯性が基礎付けられるとするが、犯行全体についての正犯性を各人に基礎付けるための前提が欠けた場合にも「一方的」に影響力を及ぼせばこれを補うことができるとする趣旨であれば、理論的な根拠が不明である。もっとも、理論的に不明瞭であってもあまり突き詰めないままにしておき、むしろ実務における成立範囲を現状よりも拡張させてよいというのが論者の意図であるのかもしれない(同98頁以下参照)。

(36) この点に関しては、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開(上)町野朔先生古稀記念』(2014年)264頁、高橋則夫ほか『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方』(2014年)221頁以下(杉本一敏執筆)、池田修=杉田宗久編『新実例刑法[総論]』(2014年)310頁(川田宏一執筆)などを参照。亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号(2015年)165頁以下は、不明瞭な「共謀」概念を解体した上、共同正犯の各成立要件へと再構築することが必要であることを説く。

が問題となる場面においても上述したような多面的な検討がなされていることを踏まえれば、60条と207条のいずれの適用が問題となる局面においても、単に「動機の共通性」があれば足りるなどという粗雑な考え方は前提とされていないとみることができよう。

なお、(判例12)暴力団組織において「ナンバー2の立場」にあったXが、組長Yらと共に、同組織を破門となったのち他の暴力団組織へ移籍しようとしており、かつYからの借金を返済しないまま連絡が取れなくなり、その借金の理由についても偽っていたAに対して立腹し、まずYが第1現場に呼び出したAの姿を認めるやいきなり顔面を手拳で2回殴り(第1暴行)、遅れて到着したXらが、第1現場、及び「車で約5分ほどの」第2現場において、Aの胸部、腹部、腰部、背部、脚部などを何度も蹴りつけ、顔面や頭部などを殴りつけるなどの暴行を加えた(第2暴行)。さらに、YらはAを第3現場であるスナックに連行し、そこでもYがガラス製灰皿でAの頭部を1回強打する暴行を加え(第3暴行)、その後組事務所にAを連れてきたものの、これら一連の暴行に基づく傷害により死亡させたが、いずれの暴行が死因を形成したかは明らかにならなかった—という事案におけるXの罪責につき、第1暴行については意思連絡が認められないとしつつ207条を適用し、第2暴行のうち自己が実行していない部分、及び第3暴行についてはいずれも共謀共同正犯が成立するとして、結局傷害致死罪が成立するとした裁判例がある⁽³⁷⁾。このうち、第3暴行につきXに共同正犯の成立を認めた点の理由付けに関しては、以下の事実が問題となる。すなわち、①XはYらが第2現場に移動する際、Aが同人に移籍を持ちかけていた他の組織の組員のことも騙そうとしていたと考えて、両組織間での抗争に発展した場合に備えて日本刀を取りに自宅に戻ったが、Yは「日本刀を持ったXが来ると話がややこしくなる」と考え、Xに対して自分らの

(37) 東京高判平成21年7月9日判タ1347号78頁(なお、門野博「刑事裁判ノート 差裁判員裁判への架け橋として(11)」同63頁における解説も参照)。

居場所を教えなかったため、Xは第2現場におけるYらに合流できなかったこと、②Yは第2現場においてAに対する処分を「処払い」とすることを考え、その旨電話でXに伝えたところ、Xは、それならばAがまた別の暴力団組織の組員Bから借金をしていた問題についても話を付けた方がよいと進言し、Yはこれを受けてBの了解を得るため、第3現場に移動する際にBも同所に呼び寄せたこと、③第3暴行はAのBに対する態度にYが激高したことが原因でなされたこと、④第3暴行により意識を失ったAはさらに第3現場から連れ出されたが、Xは依然としてYの居場所を教えられておらず、「八方手を尽くして」Yらが第3現場にいることを突き止め、同所から立ち去ろうとしていたYらと合流し、組事務所に向かったこと、などである。

この点、裁判所は、②におけるAの借金問題の解決のためには、YがBの面前でAに対し暴行等の制裁を加えることなどによってBの了解を得る以外にほとんど方法はなく、これらのことはX、Y両名とも十分認識していたのであり、この件が決着しなければ組としての制裁は完了しなかったといえることを強調し、「第1現場において形成された共謀」が、Yらが第3現場に移行したことによって解消したということとはできないと評している。しかし①は、第2現場への移行の時点でX・Y間における「意思連絡」の内容が消滅したとまではいえないまでも、ひとまずは想定される第2暴行の状況までの範囲にその射程が画されたということを窺わせる事情であるし、潜在的にはAのBに対する借金問題が存在していたとはいえるものの、②におけるX・Y間の通話によってその点が初めて明確になり、少なくともYはこの会話によって初めてBを同席させた形でAに対する制裁を意識したと考えられるのであるから、むしろ「第3暴行に関する(双方向的な)意思連絡」はこの時点で新たに形成されたものと評価するのが事実関係に即しているように思われる。さらに裁判所は、⑤XがYの暴行を「予測しえた」こと、⑥Xが「自己の犯罪としてYの行為を利用する意思を有していた」こ

とを指摘して弁護人の主張を斥けているが、⑤⑥のいずれについても X が第 1 現場を離れた時点で肯定できるものとは言いづらく、やはり②の段階で初めて具体的なものとして意思連絡が形成されたと解される。従って、第 2 暴行における共同正犯関係と、第 3 暴行における共同正犯関係とはひとまず別個のものとして考えるべきであろう⁽³⁸⁾。

他方、第 1 暴行における 207 条の適用に関しては原審の判断を是認するのみで直接検討は加えられてはいないものの、第 1 暴行と第 2 暴行の間における時間的・場所的近接性、動機・目的の連続性を踏まえれば、(判例 7) (判例 8) において示されたような考え方を前提とするならば、X にも同条の適用が肯定されることになる。もっとも、すべての暴行に関与し、いずれにせよ傷害「致死」の罪責を問われる Y のような者が他に存在しているにもかかわらず、本当に X に同条の適用を肯定し得るのであるか。以下ではこの問題について検討を加える。

(38) この点に関し、成瀬幸典「共謀の射程について」刑事法ジャーナル 44 号 (2015 年) 13 頁以下は、(A) 共同正犯の本質は「相互利用補充関係」にあるとする前提から、(B) 当初の意思連絡の時点において逸脱行為・過剰行為に関する「予見可能性」が存在すること、(C) 当初の意思連絡と逸脱行為・過剰行為との間に動機・目的の同一性・連続性が存在することが認められれば、当該行為についても当初の意思連絡に「共同正犯として帰属」されることになると説明した上で、(判例 12) についても (B) (C) を踏まえた判断がなされており、妥当であったと評する (同 17 頁)。このうち (A) についてはその実体及び理論的根拠が不明であることは既に多くの見解によって指摘されている通りである (一例として、照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」〔注 36〕266 頁)。また (B) (C) に関しても、これらが共犯としての因果性 (=客観的帰属が認められること) の有無を判断する際の間接事実として用いられているのであれば十分理解可能であるが (この部分に関して掘り下げた分析を加える最新の論考として、水落伸介「共謀の射程について」中央大学大学院研究年報 44 号〔2015 年〕166 頁以下、齊藤彰子「共犯からの離脱と解消」刑事法ジャーナル 44 号〔2015 年〕20 頁以下などを参照)、これらの点の確認のみで正犯性 (=行為者が実際に重要な役割を果たしたということ) も常に肯定されるとするのであれば、正犯性を独立した要件として位置付ける意味は大幅に失われるし、当初の意思連絡に関与した共犯者らについては結局当初の主観的事情のみで正犯性が肯定されているのと変わらないように思われる。また、(判例 12) に対する評価については、本文に示したような疑問がそのまま妥当する。

2 平成 24 年決定との関係について

周知の通り、傷害罪について承継的共同正犯の成立を否定した最高裁判決⁽³⁹⁾が出現し、特にその補足意見との関係上⁽⁴⁰⁾、この種の事案で今後も(判例7)(判例8)のように207条の適用が認められるのかどうかについて注目が集まっている。そうした中で、最近になって死亡結果が生じた事案に関して以下のような裁判例が出現した。すなわち、(判例13) Xが単独で第1暴行を加えたのち、X・Yが共謀の上で第2暴行を加え、被害者が死亡したが、いずれによって死因が形成されたか明らかにならなかった事案につき、Ⅲで触れた趣旨を説いて傷害致死罪に207条が適用できることを述べたのち、共謀前後のいずれの暴行が傷害の原因を形成したか定かでない場合に207条が適用されないとすると、「共謀に基づき、共同して暴行した場合に、傷害(致死)の結果発生の危険性が一層高まりながら、後行行為者は、発生した結果に見合った責任を負わないことになってしまう。これは、後行行為者が、先行行為者とは共謀せずに同一機会に暴行し、傷害(致死)の結果が生じたか、いずれの暴行により生じたかが確定できない場合に、刑法207条が適用され、いずれも傷害(致死)罪の責任を負うことになることに比して、著しく

(39) 最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁。もっとも、本件では207条の適用は争点となっていない(石田寿一・最判解刑事篇平成24年度459頁以下)。なお、石田・同457頁注22は、本決定が承継的共同正犯に関する限定肯定説に親和的であるとする趣旨を述べているが、そこで根拠とされている判示は、被告人が、自己の関与以前の暴行により被害者が負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を「利用」して暴行に及んだとしても、それは「動機ないし契機」にすぎず、関与以前に生じた傷害結果について責任を問われる理由とはいえないとしている部分であって、むしろ否定説に親和的である。同459頁注23においても、本件のような事案で先行者の行為等を「積極的に利用」したなどの供述を得ても関与以前の事態について責任を認める根拠となるものとは思われないとされていることからすれば、なおのこと上記のように解すべきではないかと思われる。

(40) 池田ほか編『新実例刑法〔総論〕』(注36)355頁(芦澤政治執筆)は、本決定の補足意見について、207条の趣旨を取り入れる考え方とは親和しないと指摘する。

不均衡である」と説いた上で、X、Y 両名について 207 条を適用し傷害致死罪の成立を認めたもの⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾がそれである。

近年の学説では、この種の、第 2 暴行について承継的共同正犯の成立が否定された事案において 207 条の適用を肯定する見解も有力であり、そこでは本判決が説くように、単に同時正犯として行為した場合に比して、中途から意思を通じて加担した場合の方がより「当罰性」が高いのに本条の適用を免れるのは合理的でないという趣旨の「均衡」論が前面に打ち出されている⁽⁴³⁾。しかし、そもそもここで問題となっている後行行為者自身につき、同時正犯として加わった場合よりも共同正犯として関与した場合の方が常に危険であるとか、当罰性が高いなどとは断定できないように思われる。単独正犯として起訴された事案につき他に共同正犯者が存在していたとしても訴因どおりに単独正犯としての事実認定をなしうるとした最決平成 21 年 7 月 21 日刑集 63 卷 6 号 762 頁をめぐる議論を経て既に一般に承認されているように、単独正犯として評価される場合と共同正犯として評価される場合とで一律にどちらの犯情が悪いのかという一般論を示すことはできないのであり⁽⁴⁴⁾、上記のよう

(41) 仙台地判平成 25 年 1 月 29 日 LLI/DB L06850125。II で触れた点との関係では、両暴行が共に死因を形成し得ることを認めている点が注目される。特に、第 2 暴行の際における Y の暴行は複数回被害者の顔面を殴打したという態様のものではあったが、①これが単独で死因となった急性硬膜下血腫を生じさせた可能性に言及していることに加えて、②第 1 暴行における X の膝蹴りによって発生した急性硬膜下血腫が、第 2 暴行により「悪化して、被害者の死期を早めた」可能性が指摘されている。ただ、この②が単独で、第 2 暴行にしか関与していない Y につき、「死亡」結果の帰属までも認めるだけの根拠となり得るのかについては検討の余地がある（第 2 暴行が単独犯の事案である（判例 3）及び注 6 も参照）。この点に関し、前掲大阪高判昭和 61 年 12 月 10 日（注 34）は、Y による単独犯としての第 2 暴行の態様が強烈なものであり、「致死原因たるくも膜下出血の成生・増悪に少なくとも何らかの因果力を与えていることは明らかであり、その決定的原因となった可能性すら否定し難い」ことを認定した上で傷害致死罪の成立を認めており、より慎重な措辞が用いられている。

(42) 本判決の評釈として、豊田兼彦「判批」法学セミナー 725 号（2015 年）121 頁。

(43) 林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』（2007 年）57 頁、伊藤ほか『アクチュアル刑法各論』（注 24）47 頁（島田聡一郎執筆）、山口『刑法各論〔第 2 版〕』（注 2）52 頁、伊東『刑法講義各論』（注 22）42 頁、前田『刑法各論講義〔第 6 版〕』（注 22）32 頁以下など。

な「均衡」論には既にそれ自体において十分な根拠が存在しているとは言い難い⁽⁴⁵⁾。

さらにここでは、これまで述べてきたような本条の立法の趣旨・経緯に照らした限定⁽⁴⁶⁾に加えて、問題となる状況における共犯論の趣旨を踏まえた立論が求められるように思われる。例えば、「共謀」の内容を精緻化して限定し、「離脱」が認められる範囲を限定し、「承継」も限定するが、しかし「その代わりに」207条の解釈論は別であるから適用を肯定すべきであるというような立論や、その逆に、本条を形式的に広く適用できるから「承継」を認める理由が乏しい⁽⁴⁷⁾というような立論は、個人責任原理に基づいた結果帰属の限定という意味で両者の間に共通した問題状況が存在しているということを見失わせてしまうおそれがあるように思われる。そもそも理論的には、共犯理論と207条の解釈論のどちらを経由しようが、本来因果関係の不明瞭な部分にまで共犯としての処罰範囲を広範に拡張すべきではないのであって、いわば「裏口」として扱われている本条の例外性を口実に、その適用範囲を理論的に精

(44) 照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」(注36)286頁、原田國男「量刑事実の証明責任」慶應法学31号(2015年)9頁など参照。

(45) むしろ実行行為を自らが単独で担っている同時犯の場合の方が、共同正犯の場合に比してより危険性の高い行為を行ったと評価されるケースも十分に想定し得る。長井長信「同時傷害の特例について」『激動期の刑事法学—能勢弘之先生追悼論集』(2003年)427頁以下も参照。

(46) 西原「判批」(注14)88頁は、本条は個別行為責任原則に対し政策的考慮から一定の例外を認めたものであるが、「その例外の根拠たる政策的考慮の程度を越えて同条を適用することは許されない」と指摘する。こうした見地から、本文に記したような「均衡」論に対してはその主張の前提が欠けているということが既に繰り返し説かれてきた(齋野彦弥『刑法総論』[2007年]304頁、井田良『講義刑法学・総論』[2008年]472頁、山中『刑法各論[第2版]』[注24]55頁、西田『刑法各論[第6版]』[注16]47頁、中森喜彦『刑法各論[第3版]』[2011年]18頁、須之内克彦『刑法概説各論』[2011年]26頁、松宮『刑法各論講義[第3版]』[注1]43頁以下、照沼亮介「判批」ジュリスト平成25年度重要判例解説165頁、高橋『刑法各論[第2版]』[注24]58頁、豊田兼彦「共犯の因果性—承継的共犯の問題を中心に—」刑事法ジャーナル44号[2015年]9頁、大谷『刑法講義各論[新版第4版補訂版]』[注11]37頁など)。

(47) 例えば、山口厚『新判例から見た刑法[第3版]』(2015年)126頁。

査しないまま済ませようとする態度は、「表口」である因果的共犯論の説得力をも減殺するものであるといえよう。本条が例外的規定だとしても、それが共犯規定との関連において立法されたものである以上は、共犯理論の趣旨と無関係に、いわば融通無碍に適用してよい性質のもではあり得ない⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾。

3 補論—「順次共謀」概念と「共謀の射程」論の関係—

なお、これまで述べてきた通り、本条は実務上、意思連絡の存在が認められなかった場合に適用が検討されるものとして扱われている。その関係で、共同正犯成立の限界に関する従前の議論の一部につき、本稿で述べてきた内容を踏まえた上でこの機会に整理しておきたい⁽⁵⁰⁾。

(48) 杉本「同時傷害と共同正犯」(注12)59頁は、「207条の例外規定性に対する一種の『後ろめたさ』のために、本条から目を反らすというのではなく、正面からその規定内容の正当化の可否や、正当化された場合にはその解釈論的帰結について、理論的に検討すべき」であることを説く。このことは本条の廃止やこれに代わる規定についての立法論を考えるに際しても、当然に踏まえられていなければならない態度であるように思われる。

(49) こうした問題を見ていると、実務の一部において因果関係の軽視ともいべき傾向が時折みられる一因には、本条の存在が過大に見積もられていることの影響も存在しているのではないかという推測が生じる。こうした問題を解消するためにも、立法論として、既に説かれているように(注1の学説参照)、むしろ結果の発生を客観的処罰条件とした上で、「喧嘩闘争」への関与それ自体を生命・身体に対する危険犯として扱い、法定刑を通常の傷害よりも引き下げるといった形式(ドイツ刑法231条)を参照することには意義があるかもしれない。ただし、同条においては結果が死亡または重大な傷害(同226条)に限定されているほか、複数名による「相互的」な闘争状態が必要か、「関与」とされている関係上心理的な支援も含まれるか、関与の対象となった暴行が正当防衛であったような場合にもなお可罰的か、関与に時間的な限界は存在するのか、といった問題が別途生じていることに留意する必要がある(以上につき、Ulrich Weber, in: Arzt=Weber=Heinrich=Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2009, S. 180 ff.; Johannes Wessels = Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 36. Aufl. 2012, S. 107 ff.; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Aufl. 2015, S. 148 ff.; Hans-Ullrich Paefigen, in: Nomoskommentar Strafgesetzbuch Band 2, 4. Aufl. 2013, S. 2131 ff.; Walter Stree=Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke=Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 231)。

(50) 以下では問題の所在を指摘するという見地から、対象を暴行、傷害の事案に限定していないことを付言しておく。

いわゆる共謀共同正犯においては順次共謀と呼ばれる形態があり、判例上は古くからこれが認められてきたとされる。大審院時代には、例えばAとBが犯罪実行について意思を通じ、次いでBがCと意思を通じたような場合、AとCとの間には直接に「謀議」の事実が存在していなくとも、共犯者の一部であるBを介して全員相互の間に「通謀の意思」が認められるとされたり⁽⁵¹⁾、同一犯罪事実につき数人が「順次共謀」して遂行した場合には、たとえその中の一員が他の者との間に「通謀関係」を有していなくとも、結局全員が「共同一体」となって実行したといえ、各人は犯行全体について責任を負うとされていたが⁽⁵²⁾、最高裁も練馬事件判決において「同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次いで乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解する」⁽⁵³⁾として、これを踏襲したことは周知の通りである。

まず最初に確認しておきたいのは、この考え方においても「同一の犯罪事実」について各人間に意思連絡が形成されていくことが前提とされている、という点である。「すべての者の間に共同正犯関係が成立する」という効果の部分だけに着目するとき、ややもするとこの間に実現されたすべての犯罪事実について全員に同じ共同正犯関係が成立するかのよう誤ったイメージを与えかねないが、それでは本稿でこれまで扱ってきたような事例についても特段の理由付けを要せずすべての被告人に自動的に共同正犯関係が成立することになってしまうであろう。要するに、自らが意思連絡を形成していない事実が実現されたときに、それらについての帰責を認めるためには承継的共犯の成立や207条の適用といった特別な理由付けに依ることが求められた、ということである。

その上で一般論としてこうした「順次」の意思連絡という形態が認め

(51) 大判大正12年6月5日刑集2巻490頁。

(52) 大判昭和13年10月28日刑集17巻788頁。

(53) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1726頁参照。

られるかについては、そもそも意思連絡は故意と同義ではない以上⁽⁵⁴⁾、形成される段階において実際に実現された犯罪事実の細部について逐一具体的な認識を要するわけではないことから、積極的に解してよいように思われる。むしろ特に規模が大きく組織的な犯行であったり、時間をかけて周到な計画がなされた犯行が問題となる場合においては⁽⁵⁵⁾、「同一の犯罪」を構成する客観的な事実関係、及びそこに関与する者の範囲が一定の限度で相互に表象されている限り、その範囲内で全員に「意思連絡」の形成を認めてよいと解され、それ以上、全員が一か所に集まった

-
- (54) 松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011年）285頁以下（照沼亮介執筆）、照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」（注36）254頁以下参照。
- (55) 近年の判例では、上述のスワット事件決定（1審判決中、刑集57巻5号583頁参照）や、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁（クロロホルム事件。1審判決中、同204頁以下参照）、最決平成17年10月7日刑集59巻8号779頁（イトマン社長特別背任事件。1審判決中、同872頁参照）、廃棄物の不法投棄につき未必の故意による共同正犯の成立が認められた最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁（1審判決中、同784頁参照）などが代表的であるが、その他、目についた事案の一部を挙げるだけでも、東京高判平成8年6月25日判時1581号134頁、東京地判平成8年9月30日判時1587号26頁（伊丹監督襲撃事件）、東京地判平成10年5月26日判時1648号38頁（オウム真理教による地下鉄サリン事件、逮捕監禁致死事件等）、福島地判平成13年10月5日判タ1126号291頁、東京高判平成14年4月24日東高判時報53巻1～12号57頁・LEX/DB28075592、大阪地判平成15年4月17日判タ1127号264頁、東京地判平成15年11月11日判時1850号151頁（志村化工株価操作事件）、神戸地判平成16年7月28日裁判所HP・LEX/DB25410595、東京高判平成17年12月20日LEX/DB28135346、東京高判平成19年12月7日判時1991号30頁（旧日本道路公団鋼鉄製橋梁談合・背任事件）、さいたま地判平成21年3月3日裁判所HP・LEX/DB25440744、福岡高判平成22年10月15日高刑速（平22）号249頁、さいたま地判平成25年7月18日裁判所HP・LEX/DB25501612、最判平成26年9月2日裁集刑314号267頁（長野一家3人強盗殺人事件）、東京地判平成27年4月30日LEX/DB25506320（オウム真理教によるVX事件、逮捕監禁致死事件、地下鉄サリン事件、都庁爆発物事件等）等々、非常に多い。他方、順次の意思連絡形成が認められつつ被告人の正犯性が否定されて幫助にとどまった事案として、神戸地判平成18年11月30日裁判所HP・LEX/DB28135060、仙台地判平成23年12月20日LEX/DB25501013、東京地判平成26年4月18日LEX/DB2553797（徳洲会グループによる公職選挙法違反事件）などが存在する。これらを見るだけでも、犯行以前に既に強固な組織関係が存在したり、犯行計画が長期にわたって周到に形成されている事案がほとんどであることが分かる。

り、関与者全員についての属性を詳細に認識したりすることまでは必要ないと考えられる。

もっとも、そうした抽象的、間接的なものではあっても、上述してきた通り、全員に「双方向的」な意思連絡が形成されていることが必要である以上、その範疇に含まれていない事実が実現された場合には、やはり共同正犯の成立が否定される。近時、これが「共謀の射程」という形で議論されていることは周知の通りであるが、判例上、順次共謀の事案においても、こうした考慮がなされた結果、一部の共犯者らによって当初の意思連絡に含まれていない事実が実現されたとして被告人への帰責が否定されたケースがみられることは注目すべきである。そもそも上述の練馬事件も既に、その第1審判決、控訴審判決において、被告人のうち一人が被害者となった巡査からとっさに拳銃を奪ったという事実については、共犯者全員の「謀議」がなされたとは認められない⁽⁵⁶⁾、「共同の犯意」のもとに行われたとは認められない⁽⁵⁷⁾として、被告人の「単独窃取に該るものである」⁽⁵⁸⁾とされた事案であったが、それ以降でも、例えば形成された共謀の内容は監禁行為及び「監禁行為を遂行継続するために通常予想される有形力の行使をも含む」が、「監禁行為に随伴するものとして通常認識予見し得ないような暴行及びこれに起因する傷害」についてまでは共謀は認められないとして共謀の範囲を逸脱した部分の暴行、傷害についての責任が否定されたケース⁽⁵⁹⁾や、暴力団組長である被告人が配下の者らと被害者を拉致する謀議(①)をなしたが、その後拉致に失敗した配下の者らが被害者の殺害を謀議して実行した(②)事案において、「拉致の過程に随伴し、あるいは監禁中に加えられた暴行に起因するものである限り、最大限傷害致死の結果までは、拉致

(56) 刑集12巻8号1803頁以下、1805頁、1806頁、1852頁以下。

(57) 刑集12巻8号1802頁。

(58) 刑集12巻8号1807頁。

(59) 名古屋高判昭和59年9月11日判時1152号178頁(戸塚ヨットスクール事件)。

の共謀の内容に包含されているものといえることができる。しかし、その限界を越え、未必的であるにせよ相手の殺害を容認することは、本件のような目的による『拉致』の観念と正面から矛盾することになるものといわざるを得ない⁽⁶⁰⁾とした上で、②は①に関する順次共謀には含まれない新たな共謀であり、①とは同一性・連続性を有していないことを認め⁽⁶¹⁾、実際に生じた殺害結果は客観的にも主観的にも①に含まれていない以上、被告人には傷害致死の罪責も問えない⁽⁶²⁾として無罪を言い渡したケースなどが存在しているところである。

さらに、このような前提からは、順次共謀も無制限に成立するわけではない以上、当初想定されていなかった者が加担して結果を実現した場合、その部分については意思連絡が及ばないとして罪責が否定される⁽⁶³⁾余地も存在している。確かに既に一定の組織が形成されている計画的な犯行の場合には、組織構成員の不特定性・匿名性が高く意思連絡の内容の抽象度が高い場合が多く、誰が共犯者・実行者であるかという点についての具体的な認識は重要でないことがしばしばあり得る⁽⁶⁴⁾。しかし、逆に参与者の人的範囲がそれほど広範でなく、その点も含めた各人の相互認識の内容がかなり具体的である場合には、途中でそこから外れる者が加担した場合に、どの範囲まで意思連絡の範囲内と見るかについては慎重な検討が求められるように思われる。

以上のことから、時間的・距離的に一定の幅を持って複数の者により数度にわたり暴行がなされ、被害者に傷害結果が発生した場合にも、無制限に順次共謀の概念によって傷害罪の共同正犯が成立するわけでは

(60) 東京高判昭和 60 年 9 月 30 日判タ 620 号 214 頁（引用部分は 234 頁）。

(61) 判タ 620 号 235 頁、236 頁。

(62) 判タ 620 号 236 頁、237 頁。

(63) その者の単独正犯か、あるいは意思連絡が認められる範囲の者についてのみ新たな共犯関係が認められるということになろう。この点に関し、水落「共謀の射程について」（注 38）168 頁以下参照。

(64) 今井猛嘉ほか『刑法総論[第 2 版]』（2012 年）388 頁（島田聡一郎執筆）参照。

ない。そして、意思連絡の存在が否定され、各暴行と傷害結果との因果関係が明らかでない場合には、上述してきたような形で207条の適用の可否が検討されるべきことになる。ただ、本条の適用対象となる(純然たる)暴行、傷害の事案では、衝動的、突発的に犯行が行われるケースも多いことから、従前順次共謀の成立が認められた事案にみられるような組織性や計画性が稀薄な場合が相応に存在しており、その関係で、両者が同時に問題とされることはあまり見られないようにも思われる。

V 最近の一事案

最後に、最近報道された207条の適用の可否が問題とされている事案を通じて、本条の解釈・適用に関する実務の一端を見てみることにしたい。

1 事案の経緯⁽⁶⁵⁾

- ① 2014年7月29日午後8時55分頃、交差点を左折中の軽乗用車の助手席に乗車していたAが、路面に頭などを強く打ち、翌日午後死亡した。当時、軽乗用車は依頼を受けた代行業者の男性が運転していた。
- ② 警察は翌月1日、殺人の容疑で上記車両の後部座席に同乗していたXを逮捕した。被疑事実は、上記現場の歩道上においてAの頭部を殴るなどの暴行を加え、搬送先の病院で死亡させたというものである。Xは事件当日、町内で知人らと飲酒後、上記代行業者に依頼し、Aと2人で軽乗用車に乗車したが、助手席のAを後部座席から殴り、現場で車を降りてさらに殴ったとされる。代行業者は当初Aが助手席から転落したと説明していたが、「本当のことを言えなかった」と話している。
- ③ 8月21日、検察はXを処分保留で釈放し、今後は任意で捜査すると

(65) 西日本新聞熊本県版2014年8月2日朝刊、同2015年1月21日朝刊、同2015年1月31日朝刊、西日本新聞2015年2月7日朝刊、同2015年2月27日朝刊などを参照。

した。

④ 2015年1月20日、検察はXにつき罪名を暴行罪に切り替えて略式起訴した。さらに同日付で、Xによる暴行以前にAに対して暴行を加えたとして、Yも暴行罪で略式起訴した。検察は、Aの死因がいずれの暴行に起因するか特定できず、「殺人罪や傷害致死罪は問えないと判断した」と説明している。起訴状などによると、XとYは事件当日、Y宅でAと飲酒後、代行運転を依頼した。駐車場において、Yは車外から右手拳で助手席に着席していたAの左顔面を数回殴打した（以下、第1暴行とする）。その後Xが後部座席に乗り発車したが、Xは数分後、進行中の車内において、Aの後方からその頭部を手でつかんで左側頭部を車内壁面に打ちつけた。さらに車両を路上に停止させ、車外からAの腕をつかんで車外に引き出し、歩道上に仰向けに転倒させた上、その場でAの顔面を両手拳で数回殴打し、頭部を左手でつかんで上半身を起こすと共に、右手拳でAの左顔面を数回殴打し、胸ぐらを両手でつかんで上下に揺さぶり、Aの頭部を数回地面に叩きつけるなどの暴行を加えた（以下、第2暴行とする）、などとされる。

⑤本件につき、熊本簡易裁判所は2015年1月23日付で検察に対し公判手続を行うことを通知した。

⑥本件につき、2015年2月6日、Aの遺族側が「刑罰が軽すぎる」として傷害致死罪への訴因変更を求める意見書と1万2114人分の署名を検察に提出した。

⑦遺族側代理人の弁護士は、XとYの犯行時間の間隔はわずか2分程度（午後8時58分と午後9時）であり、さらにもともとAはX・Yと一緒に飲んだ帰路であったことを考えれば、両者の行為は無関係とはいえず、同時傷害の規定が適用され、両名に傷害致死罪が成立する、と主張している。これに対し検察側は、同時傷害の適用についてももちろん検討したが機会の同一性が認められないと判断した、X・Y両名の暴行の動機については公判で明らかにする、と説明している。

2 検討

①意思連絡の有無について

1④によれば、もともとAはX・Y両名と共にB宅で飲酒し、その後代行車両を呼んで乗車させたとのことであるが、Aを乗車させたのちに両名が短時間の内に相次いで暴行を加えていることからすると、暴行罪(208条)や傷害罪(204条)につき、両名に意思連絡の存在が肯定される余地はなかったのかについて立ち入った検討が必要と思われる。特にXとYの間にそもそもどのような関係があったのか、各人の暴行はいかなる事情を契機として行われたのか、第1暴行に際して両名に具体的にいかなる認識が存在していたのか、などの点が問題となろう。

②死因及び傷害の原因の特定について

1④の事実関係を一見すると、Yによる第1暴行よりもXによる第2暴行の方がかなり激しく、部位も多数にわたると考えられるが、死因が特定できないと判断された理由が気になる点である。もっとも、仮にYの暴行の程度も激しく、単独で死因を形成し得る程度に達していたのだとすれば、確かにどちらが死因を形成したのか明らかでないことも十分考えられる(そうだとすると、今度は下記④の通り207条の適用が見送られた理由が問題になる)。ただそうだとすると、仮に死因までは特定できなくとも、両暴行の程度差に照らせば、少なくとも傷害結果の大部分はXが加えたものであることまでは認定できる余地があるようにも思われ、なぜXも「暴行」罪での起訴にとどめられているのか、やや疑問が残るところではある(仮に傷害罪の成立が認められれば、本件の犯情からするとそれなりに重い量刑がなされることが考えられる)。

③Xにおける殺人未遂の成否について

1④からすると、Xによる暴行は頭部や顔面に集中しており、中でも

最後の暴行については、既に Y 及び X 自身によって激しい暴行が加えられていた A の頭部を数回地面に叩き付けたとされている。こうした態様を見れば、(路上が舗装されていたとすれば特に) 生命に危険が及ぶ行為であることは明らかであり、その点を認識した上での行為であれば X には殺人未遂 (199 条、203 条) の罪責を問う余地があることから⁽⁶⁶⁾、主に殺意の有無について立ち入った検討が必要であるように思われる。

④同時傷害について

上記①②③のいずれも消極に解された場合には、同時傷害の成否、特に機会の同一性の有無が問題となる。本件では、両暴行の間にもどの程度の時間的・場所的間隔が存在しているかについても一応検討の余地はあるが、時間にして 2 分、かつ車両での移動ということを踏まえれば、この点についてはほぼ問題ないように思われる。むしろこれまで論じてきたように、(A) 両者の暴行を開始した動機や原因に一定の共通性があるか否か (例えば両名のうち一方が被害者の態度に激高するなどして突発的に暴行を加えたに過ぎないような場合には、他方の加えた暴行と同一の機会に行われたとは評価されなくなる可能性がある)、(B) 両者の暴行が、単独でも問題となる傷害の原因や死因を形成してもおかしくない程度・性質・態様のものであったか否か (例えば Y の暴行が比較的軽微で死因を形成し得るものとは考えにくい場合には機会の同一性を認めることに支障が生じ得るし、仮に認められたとしても少なくとも傷害「致死」罪の成立を認める上で支障が生じるように思われる)、などの点が重要になると考えられよう。以上の点が解明され、仮に機会の同一性が肯定された場合には、判例の立場からは両名に傷害罪、もしくは傷害致死罪の成立が認められる余地があることになる。

(66) 仮に②で因果関係が肯定されれば、殺人既遂となる可能性も (理論的には) 存在する。

3 その後の経過

報道⁽⁶⁷⁾によれば、熊本地検は両暴行と死亡結果との間の因果関係についてあらためて検討を加えたのち、4月21日付でXにつき傷害致死罪への訴因変更を熊本地裁に請求し、認められた⁽⁶⁸⁾。他方、Yについては暴行罪の成否につき熊本地裁で公判が行われたが、Yは、事件当日Aが帰宅する際の言動に「かっとなって軽くたたいた」「自分がしたことと死亡したとは思っていない」などと述べたという⁽⁶⁹⁾。その後、Yには同罪の成立が認められ、罰金10万円の有罪判決が下された⁽⁷⁰⁾。

以上は主に上記2②の点を精査した結果ということであろうが、当初の捜査に問題があったことは否定できないように思われる⁽⁷¹⁾。

(本学法学部教授)

(67) 西日本新聞2015年4月22日朝刊、同2015年6月4日朝刊、毎日新聞2015年4月22日西部朝刊などを参照。

(68) その結果、Xは裁判員裁判で審理されることとなる。

(69) 西日本新聞2015年4月23日朝刊。

(70) 西日本新聞2015年6月4日朝刊。

(71) 訴因変更請求書ではAの死因は外傷性くも膜下血腫であるとされているようである。