

[17]

旧司法試験 刑法 平成 21 年度第 1 問

問題文

甲及び乙は、路上を歩いていた際、日ごろから仲の悪い A と出会い、口論となったところ、立腹した A は甲及び乙に対し殴りかかった。甲は、この機会を利用して A に怪我を負わせてやろうと考えたが、その旨を秘し、乙に対し、「一緒に反撃しよう。」と言ったところ、乙は甲の真意を知らずに甲と共に反撃することを了承した。そして、甲は、A の頭部を右拳で殴り付け、乙は、そばに落ちていた木の棒を拾い上げ、A の頭部を殴り付けた結果、A は路上に倒れ込んだ。この時、現場をたまたま通りかかった丙は、既に A が路上に倒れていることを認識しながら、仲間の乙に加勢するため、自ら別の木の棒を拾い上げ、乙と共に A の頭部を多数回殴打したところ、A は脳損傷により死亡した。なお、A の死亡の結果がだれの行為によって生じたかは、明らかではない。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

解説

第1 乙の罪責

乙は甲及び丙とそれぞれ共同正犯関係(60)にあり、かつ、一連の暴行全体に関与しているから、Aの死の結果についても帰責される(205)。

また、甲と行った暴行(第1暴行)は、甲と二人がかりのもので、乙が凶器を用いていることから過剰防衛である(36Ⅱ)。なお、丙と共同して加えた暴行(第2暴行)については、質的過剰とみる(侵害が止んでいないとみた場合)ことも量的過剰とみる(侵害が止んでいたとみる場合)こともできるが、後者とみた場合でも、第1暴行と一連一体のものとして評価されるだろうから、結局全体として過剰防衛となる。

※ 甲及び乙とAとの間で口論になっていることから、いわゆる自招侵害の問題も生じ得る。この点について、判例は、故意による暴行が先行した事案であるが、正当防衛の特定の要件に位置付けることなく、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」として、正当防衛の成立を否定している(最決平20.5.20【百選I26】)。

本問事実関係の下では、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」とまでは言えないだろう。

第2 甲の罪責

甲が暴行罪(208)又は傷害罪(204)の罪責を負うことは間違いない。

さらに進んで、傷害致死罪の罪責まで負うのかという点が問題となる。

甲は、直接的には第1暴行のみに関与しているところ、第2暴行についても第1暴行について成立した甲乙間の共謀が及ぶのであれば、甲は(乙及び)丙が行った行為及び惹起した結果についても責任を負うことになる(甲丙間には直接の共謀は成立していないが、一種の順次共謀とみることができるだろう。共同正犯における共謀は順次共謀であっても足りる点について最大判昭33.5.28【百選I75】)。

この点については、最判平6.12.6【百選I98】(以下「平成6年判決」という。)が参考になる。

平成6年判決は、正当防衛行為について共謀したところ、共犯者のうちの一部が追撃行為を加えた事案において(なお、追撃行為を行った共犯者については、量的過剰として過剰防衛が成立すると認定されている)、傍観者は「新たな共謀」が成立しないかぎり、追撃行為について責任を負わないと判断されている。

本問は、第1行為(第1暴行)が過剰防衛である点、追撃行為について質的過剰となる余地がある点において平成6年判決と異なる。

この点に関連して、平成6年判決をどのように理解するのかが問われる。

第1に、平成6年判決は、第1行為について正当防衛を共謀したこと(その規範的側面)を重視しているとみる場合、第1暴行に過剰防衛が成立する本問に平成6年判決の考え方を推し及ぼすことは難しくなる。この場合、共犯関係を解消したと認められない限り、甲は第2暴行及びそこから生じた結果についても責任を負うことになるだろう。

第2に、平成6年判決は、共犯の因果性又は共謀の射程の観点から、傍観者が追撃行為に因果性を与えていない(又は当初共謀の射程に含まれていない)と理解し、「新たな共謀」を要求したとみる場合、本問では、第1暴行の直後に第2暴行が行われており、甲はその現場にいると考えられること、第1暴行に甲は主体的・積極的に関与していることからすれば、「新たな共謀」の枠組みで処理することは適当でなく、共犯関係を解消しない限り、甲は第2暴行及びそこから生じた結果についても責任を負うことになるだろう。

いずれにしても、甲は第2暴行及びそこから生じた結果についても責任を負うから、甲には傷害致死罪が成立する。

なお、甲には積極的加害意思があるから、防衛の意思が否定され、正当防衛はおろか過剰防衛すら成立しない。また、乙に成立した過剰防衛の効果が甲に及ぶこともない（最決平 4.6.5【百選 I 90】参照）。

第3 丙の罪責

丙についても、甲と同様、暴行罪又は傷害罪が成立することは明らかであり、それを超えて傷害致死罪の罪責まで負うのが問題となる。

まず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）から、甲及び乙の共同暴行から A の死の結果が生じた場合であっても、丙に死の結果を帰責することができなければならない。

1つの解決の仕方としては、承継的共犯の理論を適用するというものであるが、一般に傷害罪については、同理論は適用できないと解されている。最高裁判例も同様の立場であると理解されている（最決平 24.11.6【百選 I 81】）。

もう1つの解決の仕方としては、同時傷害の特例の規定（207）を適用するというものである。

ここでは、2つのことが問題となる。

第1に、同時傷害の特例（207）を傷害致死罪にまで拡張することができるかである。判例は、この点について肯定している（最判昭 26.9.20）。

第2に、共同正犯関係が成立する場合に、207条の規定を適用できるかである。

この点について、判例（最決令 2.9.30）は、「刑法 207 条適用の前提となる上記の事実関係〔担当者注：「各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであること」をいう。〕が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときの均衡も失するというべきである。したがって、他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとは認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れないと解するのが相当である。」として、積極説を採る。もっとも、「刑法 207 条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害した事案において、その傷害を生じさせ得る危険性を有する暴行を加えた者に対して適用される規定であること等に鑑みれば、上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られると解するのが相当である。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできないというべきである。」として、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものである必要があるという限定を付している。

〔出題趣旨〕

本問は、相手方による急迫不正の侵害に対して、共同で反撃行為としての暴行を加え、更に他の者がこれに加担して暴行を加え続けたところ、相手方が死亡したが、死因がいずれの暴行によるかは不明であったという事例を素材として、これを的確に把握し、分析する能力を問うとともに、正当防衛、共同正犯と過剰防衛、承継的共同正犯等に関する理解及びその事例への当てはめの適切さを問うものである。

模範答案

第1 乙の罪責

- 1(1) 乙は甲及び丙と共にAに対して暴行を加えており、結果Aは死亡しているから、「身体を傷害し、よって人を死亡させた」ものとして、傷害致死罪(205条)の罪責を負う可能性がある(以下、甲と共に行った暴行を「第1暴行」、丙と共に行った暴行を「第2暴行」という。)
- もっとも、Aの死亡の結果が誰の行為によって生じたかが明らかではない。そうすると、利益原則(刑事訴訟法336条参照)の観点から、Aの死亡の結果を乙に対して帰責することはできないとも思える。
- しかし、乙は、Aからの攻撃に対して、甲から「一緒に反撃しよう。」と言われて甲と共に反撃することを了承しており、第1暴行について現場共謀が成立する。したがって、甲が行った行為からAの死の結果が生じていた場合にも、乙は、死の結果まで帰責される。
- (2) 一方で、丙は、既にAが路上に倒れていることを認識しながら、乙に加勢し、乙と共にAに対して暴行を加えているから、明示的な意思連絡(共同犯行の認識)は認められないものの、乙丙間には第2暴行に及ぶ点について、黙示の現場共謀が成立したと見て良い。
- したがって、丙が行った行為からAの死の結果が生じていた場合にも、乙は、死の結果まで帰責される。
- (3) 以上から、乙は自己の行為からA死亡の結果が生じた場合はもちろんのこと、甲又は丙の行為からA死亡の結果が生じた場合でも、Aの死の結果まで帰責されるから、乙の行為は、傷害致死罪の共同正犯(60条、以下「共同正犯」の記述を省略する。)の構成要件に該当する。

- 2 もっとも、乙は、Aの暴行に対して反撃する意思をもって上記暴行に及んでいるから、正当防衛(36条1項)が成立する可能性がある。
- (1) まず、Aは現に甲及び乙に対して殴りかかっているから、侵害は現存しており、「急迫不正の侵害」は認められる。
- (2) また、甲は、この機会を利用してAに怪我を負わせてやろうと考えているものの、乙は甲の真意を知らずに甲と共にAに反撃することを了承しているから、積極的加害意思はなく、Aの暴行を認識しつつ、これを回避しようとする心理状態であったと考えられる。
- したがって、防衛の意思が認められ、「自己又は」甲の「権利を防衛するため」に行った行為であるといえる。
- (3) しかし、乙は、Aが素手で殴りかかっているのに対し、甲と二人がかりで、かつ乙自身は凶器をもって第1暴行に及んでおり、防衛行為としての相当性を欠くから、「やむを得ずにした行為」とはいえない。
- したがって、乙には過剰防衛(同条2項)が成立するに止まる。
- なお、乙は、丙と共に第2行為に及んでいるが、時間的場所的に近接した行為であること、乙の行為は、当初から防衛の意思に貫かれていることからすれば、一連一体の行為として評価すべきであり、別罪を構成するとみるべきではない。

第2 甲の罪責

- 1 甲は乙と共にAに対して「暴行」を加え、結果Aは死亡していることから、少なくとも暴行罪(208条)又は傷害罪(204条)が成立する。
- 2(1) もっとも、Aの死の結果についてまで帰責されるかは別論である。

この点について、甲が A の死の結果についても帰責されるのは、第 2 暴行から A の死の結果が生じた場合であっても、甲に死の結果を帰責することができる場合である。それは、すなわち、第 1 暴行について成立した甲乙間の共謀が第 2 暴行についても及び、甲及び丙に乙を介して共謀が成立する場合である。

- (2) そこで、この点について検討するに、第 1 暴行の直後に第 2 暴行が行われており、甲は近接した場所にいると考えられること、第 1 暴行に甲は主体的・積極的に関与しており強い因果性を与えていることからすれば、積極に解すべきである。そのため、甲は、共犯関係を解消しない限り、第 2 暴行から生じた結果についても責任を負う。本問では、そのような事情は認められないから、甲は傷害致死罪の罪責を負う。
- 3(1) そして、甲は、A の暴行に対して、この機会を利用して A に怪我を負わせてやろうと考えており、攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出ているから、防衛の意思を欠く。

したがって、甲自身には、正当防衛はおろか過剰防衛も成立しない。

- (2) また、乙に成立した過剰防衛の効果が甲に及ぶこともない。

過剰防衛の刑の減免の根拠はたとえ過剰なものであっても行為者を非難し得ないとの責任減少に求めることができるところ、責任要素は共犯者間で個別的に判断すべきだからである。

第 3 丙の罪責

- 1 丙についても、甲と同様、暴行罪又は傷害罪が成立することは明らかであり、それを超えて傷害致死罪の罪責まで負うのかが問題となる。

- 2 第 2 の 2 と同様、第 1 暴行から A の死の結果が生じた場合であっても、丙に死の結果を帰責することができなければ、同罪は成立しない。

まず、丙が全体の暴行に関与している乙と共同正犯関係に立つことを理由として、A の死の結果を帰責することが考えられる。しかし、共犯の処罰根拠は、法益侵害又はその危険性の惹起に求められるところ、すでに生じた結果について遡って帰責することはできないから、このような構成によることはできない。

次に、207 条によって、A の死の結果を帰責できないか。

この点について、本件では共犯関係があるだけでなく、A に傷害ではなく死の結果が発生しているから、同条を適用できるかが問題となる。

まず、傷害とその結果である傷害致死は一連の経過として生じる同質の犯罪であり、また同条により死因となった重い傷害との因果関係は認められる以上、傷害致死罪への適用を否定する理由がないから、死亡結果が発生した場合にも同条を適用すべきである。

また、仮に、乙との間で共同正犯関係が認められない場合には、丙は同条によって死の結果についても責任を負わなければならないのだから、それとの均衡から、共同正犯関係が認められる場合には、尚更同条による帰責を肯定すべきである。ただし、丙の暴行が死因となった傷害を生じさせ得る危険性を有するものでなければならない。

本問において、丙の暴行は、倒れ込んでいる A に対して木の棒をもってその頭部を多数回殴打するというものであり、そのような危険性を有するから、丙は、207 条によって、傷害致死罪の罪責を負う。以上

予備試験合格者の答案

第1 丙の罪責について

- 1 丙は乙と共に、Aの頭部を多数回殴打し、Aは脳挫傷により死亡している。そこで、丙は、傷害致死罪（205条）の罪責を負わないか。丙の行為は、人に対する有形力の行使であり、暴行罪（208条）の実行行為に該当する。もっとも、Aは、甲、乙、丙のうち、誰の行為によって死亡したのか明らかでない。そうすると、丙の行為とAの死の結果との間に因果関係が認められないとも思える。そこで、丙にAの死の結果を帰責できるかが問題となる。
- 2 まず、丙と甲、乙との間に共同正犯（60条）が成立しないかが問題となり得る。丙は、甲や乙の暴行の途中から加わっているので、先行する甲や乙との行為についても責任を負うか、いわゆる承継的共同正犯の成否が問題となる。
 - (1) この点、共同正犯が全部責任を負う根拠は、共同意思の下、一体となり、相互に利用補充し合って、犯罪を実現している点（相互利用補充関係）に、各自が全てを行っていると評価できる点にある。そして、相互利用補充関係が認められるためには、共犯者が他の共犯者の行為に対しても心理的ないしは物理的因果性を与えている必要がある。そうすると、既に行われた行為に対して因果性が遡って及ぶことはないので、原則として承継的共同正犯は否定される。しかし、先行行為を認識し、かつ、積極的に自己の犯罪のために利用した場合は、その利用した行為の限度で、相互利用補充関係が認められる。したがって、そのような場合のみ、例外的に承継的共同正犯が成立すると解する。

- (2) 丙は、確かに乙らの行為を認識した上で、乙に加勢している。しかし、丙は、乙らの行為を自己の犯罪を実現するために積極的に利用したわけではない。したがって、承継的共同正犯は成立しない。
- 3 では、同時傷害の特例（207条）の規定は適用されるか。丙は、乙に加勢した後については、Aへの暴行について共同実行の意思及び共同実行の事実があり、共同正犯が成立する。このような場合でも、同時傷害の特例の規定の適用はあるか。
 - (1) 同条の趣旨は、数人の者が暴行を加えた場合に、傷害結果との間の因果関係の立証が困難であり、その中の誰かが傷害結果について帰責されるにもかかわらず、誰にも帰責できない事態を避けるために例外的に因果関係の立証責任を転換する点にある。そうすると、少なくとも、共同で暴行を加えた者の中の誰かが傷害結果について帰責される場合は、同条の趣旨が妥当しない。したがって、いずれかの暴行に共同正犯関係が成立するような場合は、同条の適用はない。
 - (2) 本問では、丙と乙との間に共同正犯が成立し、当初の暴行から関与していた乙は傷害結果について帰責される。したがって、同条の適用はなく、丙は傷害結果について帰責されない。
- 4 以上より、丙には暴行罪が成立する。

第2 乙の罪責について

- 1 乙は、甲と共にAに対して暴行を加えている。前述のとおり、丙とは共同正犯が成立することから、全部責任により、丙が加わった後の行為についても乙は責任を負う。さらに、Aの死亡の結果についても責任を

負うことになる。傷害致死罪のような結果的加重犯は、基本犯たる犯罪に重い結果発生の高度の危険性を有していることから、特に重く処罰するために類型化された犯罪であり、基本犯たる行為と重い結果との間に因果関係があれば、過失がなくとも責任を負うからである。したがって、乙は、傷害致死罪の構成要件を充足する。

2 もっとも、乙は A から殴りかかられたことから反撃しているものであり、正当防衛（36条1項）の成否が問題となる。

(1) 甲と乙は、A と口論をしていたものの、A が急に殴りかかったのであり「急迫不正の侵害」は認められる。

(2) 「防衛のため」との文言から、防衛の意思も必要と解されるところ、乙は A の侵害を避けるために行っているのだから、かかる意思も認められる。

(3) 「やむを得ずにした行為」とは、正当防衛が正対不正の関係にあることから、厳格な補充性等まで要求されず、防衛行為の必要性、相当性が認められればよいと解する。

乙は、A に対して木の棒で反撃を加え、A が倒れ込んだ後も反撃をやめず、A の頭部を殴打している。とすれば、防衛行為としての必要性や相当性が認められず、「やむを得ずにした行為」とはいえない。

(4) したがって、乙には過剰防衛（36条2項）が成立する。

3 以上より、乙には傷害致死罪が成立し、過剰防衛の規定が適用される。

第3 甲の罪責について

1 甲は、乙と共に A に対して反撃することを共謀して、A に対して暴行を加えている。かかる行為について、乙と暴行罪の共同正犯が成立する。

さらに、その後の乙と丙との暴行についても共同正犯が成立するとして傷害致死罪の罪責まで負わないか。甲は、乙と一緒に反撃することは共謀しているが、A が倒れこんだ後の暴行については共謀に含まれていなかったとも思えるので、乙らの行為にまで共謀の射程が及んでいるか問題となる。

(1) 共犯の処罰根拠は、法益侵害に対して因果性を与えた点にあるから、共謀の射程が及ぶかについても、共謀されていなかった行為に対して共謀の因果性が及んでいるといえるかで判断する。その際には、共謀内容と実際の行為との差異や行為者の主観面の連続性を考慮して判断する。

(2) 甲は、乙と A に反撃すること、つまり暴行することを共謀しており、乙が丙と行った行為も同様の態様での暴行であり、客観面の差異はないといえる。また乙の主観面をみても、A に対する加害の意思で連続している。したがって、乙らの行為は甲と乙の共謀の因果性が及んでいると認められ、共謀の射程内である。したがって、甲は傷害致死罪の共同正犯の構成要件を充足する。

2 甲については、正当防衛が成立しない。なぜなら、甲は、A から殴られた際に、この機会を利用して A に怪我を負わせてやるうと思っており、単に、侵害を避ける意思と攻撃の意思が並存している場合ではなく、積極的な加害の意欲があるので、もはや、防衛の意思が認められないからである。防衛の意思が認められない以上、過剰防衛の成立の余地もない。

3 以上より、甲は傷害致死罪の罪責を負う。 以上