

予備試験

令和6年予備試験
論文式試験分析会
刑法・刑事訴訟法 講師レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 248297

LL24829

[刑 法]

【参考答案例】

甲の罪責

第1 Aに対する窃盗罪(235条)の成否

1 窃盗罪の成否

- (1) 「窃取」とは、財物の占有者の意思に反して、その占有を侵害して自己又は第三者の占有に移転させることをいうところ、財物に対する被害者の占有の有無については、領得した時点における時間的場所的近接性(財物と被害者の位置関係等)、財物の置かれた場所の状況、財物に対する見通し状況、被害者の認識・行動等の事情を総合的に考慮して、その物がなお被害者の支配内にあるといえるか否かを社会通念により判断するべきである(※1)。
- (2) 甲が本件ケースを拾い上げたのは、Aが本件ケースを落としてから約1分後であり、第1現場は人通りの少ない路上であるから、本件ケースの回復可能性という観点からみると上記時間は短時間といえ、時間的近接性が認められる。また、甲が本件ケースを拾い上げた時点で、Aは第1現場から道のり約100メートルの地点にいたのであり、この場所からは遅くとも約1分以内には第1現場に戻ることができ、本件ケースの所持の回復が困難というほどではなく、場所的近接性がないとはいえない。また、Aは本件ケースを落としたことに気付かないまま駅に向かっていくところ、落とし場所を明確に認識してはいないものの、約10分後には本件ケースを落としたことに気づき、第1現場付近に戻って探しているのであるから、本件ケースを落とした場所についてある程度の見当は付いていたといえ、Aには遺留場所の概括的認識が認められる。

しかしながら、本件ケースは縦横の長さがそれぞれ約10センチメートルのコインケースであるところ、大きなスーツケースのように所持者が一時的にそこに置いてその場を離れている可能性が高い物とは異なり、意識的にそこに置いたとは考え難い物であり、また、そのようなコインケースの所持者は通常は落としたことに気付けばすぐに拾うはずであるから、本件ケースは道路を通行していた所持者が第1現場に落とした物で、所持者はそのことに気付かないまま他の場所に移動していった可能性が極めて高いと客観的に認められる状況にあったといえる。このような財物の種類・性状、場所の状況等に照らせば、本件ケースを落としたことによって直ちにAが占有を失うとはいえないものの、Aの本件ケースに対する支配が認められる範囲は自ずと限られるというべきである。本件の場合、Aが落としてから甲が拾得するまでの時間は1分余りと短い、その間にAは本件ケースを落としたことに気付かず、駅に向かって歩き、甲が拾得した時点では、第1現場の先にある交差点を右折し、第1現場から道のり100メートル程進行していたのであり、第1現場とAのいる場所は間に建物があるため相互に見通すことができない状態であった。そうすると、甲が本件ケースを拾得した時点では、第1現場の周囲には落とし主らしき者が見当たらない状況に至っていたと認められるのであって、そのような状況下では本件ケースの落とし主であるAの占有が継続していたとは認め難い。

- (3) 以上より、甲が本件ケースを拾い上げて自己のズボンのポケットに入れた行為(以下、「第1領得行為」という。)は「窃取」に当たらない。したがって、Aに対する窃盗罪は成立しない。

- 2 上述した事情からすれば、本件ケースはAの意思によらないでその占有を離れ、未だ誰の占有にも属しない物であるから「遺失物」に当たるところ、甲は、本件ケースが自己の好みのものであったため、本件ケースを自己のものにしようと考え第1領得行為に及んでいることから、かかる行為は不法領得の意思をもって本件ケースを自己の事実上の支配に置いたものと認められ、「横領」に当たる。また、甲は上記各事実の認識、認容に欠けることなく、本罪の故意も認められる。

- 3 以上より、Aに対する遺失物横領罪(254条)が成立する。

第2 Bに対する窃盗罪(235条)の成否

- 1 本件自転車はBの所有に属し後述のとおりBが事実上支配する物であって「他人の物」に当たる。
- 2 甲が本件自転車を持ち去ったのは、Bが第2現場に本件自転車を止めてから35分ほどが経過した時点であり、その頃Bは、第2現場から約500メートル離れたX駅構内の書店にいたことから、ある程度の時間的場所的な離隔があったものと認められる。また、Bは、本件自転車の施錠を失念して

おり、無施錠の状態であったことからしても、Bの本件自転車に対する支配は弱まっていたと言わざるを得ない。

しかしながら、自転車の乗り物としての性格からすると、所有者はしばしばこれを路上に駐輪して自転車から離れ、再び自転車を取りに戻るまでは現実の握持や監視は行われていないのが通常の利用形態であり、所有者が自転車から離れている間においても所有者による支配が一般人により尊重されていることから、所有者が自転車から離れていても直ちにその占有は失われないと解すべきところ、当該自転車が一時的に置かれたもので所有者等がその付近で活動するなどしており、必要に応じて容易に自ら当該自転車を現実管理することが可能な状況にあると認められる客観的事情が存する場合は、無施錠のまま路上等に置かれた自転車についてもその所有者等の占有は失われまいというべきである。しかるところ、Bは、第2現場に本件自転車を駐輪したまま徒歩でX駅構内の書店に行き、その後本件自転車を取りに戻ろうと考えていたに過ぎず、現に、約1時間45分後には第2現場に戻っているのであるから、長時間にわたり、自ら本件自転車を管理することが不可能な遠方まで出掛けていたわけではない。また、第2現場は、事実上、本件店舗を含む付近店舗利用客の自転車置場として使用されており、現に、甲が本件自転車を持ち去ったとき、同所には本件自転車のほかに2台の自転車が置かれていたことからしても、本件自転車に対する所有者等の支配意思をうかがわせる状況があったものと認められる。加えて、本件自転車は新品に近い状態であり、歩道のガードレールに沿って駐輪されていたことからすれば、その使用者によって意識的に駐輪され、占有の意思が留保されていることが外形上明らかであったというべきであるから、本件自転車に対するBの占有は失われていなかったと認めるべきである。

以上より、甲が本件自転車を持ち去った行為（以下、「第2領得行為」という。）は、占有者Bの意思に反して財物の占有を移転させる行為であるから、「窃取」に当たる。

- 3 甲は、本件自転車が本件店舗を含む付近店舗の利用客が駐輪したものであると考えたが、居酒屋まで歩くことが面倒になり、本件自転車を足代わりにして乗り捨てようと考え、上記各事実を認識、認容して第2領得行為に及んでいることから、本罪の故意が認められる。

また、本罪の成立に必要な不法領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいうのであって、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としないのであるから、甲が本件自転車を乗り捨てる意思で本件自転車に対するBの所持を奪った以上、一時的にも本件自転車の権利者を排除し終局的に自ら本件自転車に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思があったものというべきであり、不法領得の意思が認められる（※2）。

- 4 以上より、本罪が成立する。

第3 Cに対する傷害罪の乙との共同正犯（60条、204条）の成否

1 顔面打撲について

甲は、Cの顔面を拳で数回殴った上、Cの腹部を足で数回蹴る暴行を加え（以下、「甲の暴行」という。）、よって同人に全治約1週間を要する顔面打撲の傷害（以下、「傷害①」という。）を負わせたことから、傷害罪（204条）が成立する。

なお、後述するとおり、傷害①について乙との共同正犯は成立しない。

2 頭部打撲について

(1) 二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思（自己の犯罪を実現する意思）を実行に移すことを内容とする謀議をなし（共謀）、よって犯罪を実行した事実（共謀に基づく実行）が認められる場合、「共同して犯罪を実行した」（60条）に当たり、共同正犯が成立する。なぜならば、この場合、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行することにより、各自が犯罪の実現に因果性を有したものと認められるからである（※3）。

(2) 甲は、現場に乙が通り掛かったことから、乙に対し、「こいつが俺に説教してきたから痛め付けてやった。お前も一緒に痛め付けてくれ。」と言ったところ、乙は、甲がCに暴行を加えたと認識した上で、甲に対し、「分かった。やってやる。」と言って上記の甲の依頼を承諾したことから、この時点で、甲及び乙は、引き続きCに対して暴行を加えることについて意思の連絡（以下、「本件共謀」という。）を遂げたものと認められる。また、甲はCから注意されたことで逆上し、上記甲

の暴行に及んだ上、引き続き、乙との間で本件共謀を遂げたものであり、自己の犯罪を実現する意思（正犯意思）が認められる。

本件共謀に基づいて、乙は、Cの頭部を拳で数回殴った上、Cの腹部を足で数回蹴る暴行（以下、「乙の暴行」という。）を加え、よって同人に全治約2週間を要する頭部打撲の傷害（以下、「傷害②」という。）を負わせた。

(3) 以上より、傷害②について傷害罪の乙との共同正犯が成立する。

3 肋骨骨折について

(1) Cは、全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害（以下、「傷害③」という。）を負ったが、同傷害は、甲の暴行から生じたのか、乙の暴行から生じたのかは不明であったところ、後述するとおり、甲の暴行に基づく傷害結果について乙との間で承継的共同正犯は成立しない。

(2) もっとも、傷害③は、甲単独による甲の暴行か又は甲乙の共謀に基づく乙の暴行のいずれかにより生じたものであることは明らかであることから、甲については、207条を適用するまでもなく、傷害③が帰責される（※5）。

(3) 以上より、傷害③について傷害罪が成立する。

4 以上より、傷害①、②及び③について包括して一個の傷害罪（204条）が成立し、少なくとも傷害②について乙との共同正犯（60条、204条）となる。

第4 罪数

以上より、甲には、①Aに対する遺失物横領罪（254条）、②Bに対する窃盗罪（235条）及び③Cに対する傷害罪（204条）が成立し、以上の各罪は併合罪（45条前段）となる。

乙の罪責

Cに対する傷害罪の甲との共同正犯（60条、204条）の成否

1 傷害②について

上述のとおり、本件共謀に基づく乙の暴行によりCに傷害②を負わせたことについて、傷害罪の甲との共同正犯が成立する。

2 傷害①について

(1) 傷害①は上述した甲の暴行により生じたものであるところ、共謀成立前の甲の暴行に基づく傷害結果についても甲との共同正犯が成立するものとして、乙に甲との傷害罪の共同正犯の成立を認めることができるか否かについて検討する（承継的共同正犯）（※4）。

共同正犯の処罰根拠は、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行することにより、各自が犯罪の実現に因果性を有したものと認められる点にある。そうだとすれば、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、後行者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、後行者は共謀加担前の傷害結果について共同正犯として責任を負わないものと解する。

(2) 乙は、甲の暴行によりCが逃げたり抵抗したりする様子がなかったことから、この状況を積極的に利用してCに暴行を加え、ストレスを解消したいと考え、本件共謀を遂げた上で乙の暴行に及んだものであるが、そのような事実があったとしても、それは乙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①について乙に刑事責任を問い得る理由とはいえない。

(3) 以上より、傷害①について傷害罪の甲との共同正犯は成立しない。

3 傷害③について

(1) 上述したとおり、共謀加担前の甲の暴行に基づく傷害結果について甲との間で承継的共同正犯は成立しない。もっとも、傷害③は、甲の暴行から生じたのか、乙の暴行から生じたのかは不明であったことから、かかる場合にも同時傷害の特例（207条）を適用して乙に傷害③を帰責することができるか否かについて検討する（※5）。

同時傷害の特例（207条）の趣旨は、二人以上の者が意思連絡なく各々独立に、かつ、同一機会に暴行し、いずれかの暴行によって傷害が生じたが、いずれの暴行によって傷害が生じたかが不明である場合に、因果関係の存否についての挙証責任を転換することにより立証の困難を救済して法益保護の徹底を図る点にある。そうだとすれば、共謀の成立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、いずれの暴行により生じたものであるかを確定することができない場合にも、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り、一連の暴行が同

一の機会において行われたものである限り、同条が適用され、全体が傷害罪の共同正犯として処断されると解すべきである。なぜなら、こ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において、なお上記の趣旨が妥当し、同条の「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たると解されるからである。

(2) 甲の暴行及び乙の暴行は、いずれも傷害③を生じさせ得る危険性があったものであり、また、乙の暴行は甲の暴行のわずか約5分後に同一現場において引き続き行われたものであるから、両暴行が同一の機会に行われたことは明らかである。したがって、207条の適用により乙は自己の暴行が傷害③を生じさせていないことを立証しない限り、その傷害についての責任を免れないというべきである。

(3) 以上より、傷害③について、乙は傷害罪の共同正犯として処断される。

4 以上より、傷害②及び③について包括して一個の傷害罪の甲との共同正犯（傷害②について60条、204条、傷害③について207条、60条、204条）が成立する。

以上

[論点解説]

1 占有の有無（存否）

占有の意義の判断について、参考判例1は「刑法上の占有は人が物を実力的に支配する関係であって、その支配の態様は物の形状その他の具体的事情によって様ではないが、必ずしも物の現実の所持又は監視を必要とするものではなく、物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するを以て足りる」と判示しているところ、このような「事実上の支配」は「現実の所持」（握持）や「監視」とは異なることから、結局のところ、「占有」は完全な事実概念というわけではなく、規範的な評価概念ということになり、同判例も「その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは…社会通念によって決するの外はない」と述べている。一般に、学説においては客観面における「占有の事実」と主観面における「占有の意思」が重視されているところ、あくまでも財物に対する事実的支配、すなわち、「物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在する」（参考判例1）という状態を判断する基準である以上、その判断においては客観的の事情が重要であり、主観的の事情は補充的に機能するものであると解される。より具体的な判断要素としては、①時間的場所的の近接性、②置き忘れた場所の状況、③置き忘れた物に対する見通し状況、④被害者の認識・行動等の事情が挙げられるところ、とりわけ置き忘れた物については、被害者による直接的な支配を直ちに回復し得る客観的状況（現実的支配の回復可能性）が占有の継続を基礎付けると考えられることから、①時間的場所的の近接性が中心的な判断要素となる（なお、被害者による“現実的支配の回復可能性”という観点からすれば場所的の近接性の方がより重要であるといえる。）。もっとも、この近接性をどの時点の事情について判断するのかについて注意が必要であるところ、参考判例2は「社会通念上、被告人が本件札入れを不法に領得した時点において、客観的にみて、被害者の本件札入れに対する支配力が及んでいたとはたやすく断じ得ない」と述べて被害者の占有を否定した。また、参考判例3は「被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者がこれを置き忘れてベンチから約2.7mしか離れていない場所まで歩いて行った時点であった…、その時点において、…被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず」と述べて被害者の占有を肯定している。このように、判例は、行為者が現に領得行為に及んだ時点における事情、具体的には、置き忘れてから領得行為までの時間及び領得時点における被害者と財物との距離を考慮して、“占有の有無（存否）”を判断していると解される。さらに、参考判例2は被害者の占有を否定した理由として、被害者が「開店中であって公衆が客などとして自由に立ち入ることのできるスーパーマーケットの六階のベンチの上に本件札入れを置き忘れた」こと（事情①）及び「同一の建物内であったとはいえ、エスカレーターを利用しても片道で約二分二〇秒を要する地下一階まで移動して」いたこと（事情②）を指摘しているところ、まず、事情①について、②置き忘れた場所の状況として、その場所の閉鎖性・排他性の程度が占有の有無（存否）の判断に影響すると解される。すなわち、不特定多数の者の出入りが想定される場所及び時間帯に置き忘れた場合、当然、置き忘れた者自身による支配が弱まることに加え、その場所の管理者に占有が移転したとの評価も困難となる。次に、事情②について、上述した被害者による“現実的支配の回復可能性”という観点からすれば、財物が被害者の視認可能な範囲内に存在し、置き忘れに気付いた時点で直ちに第三者に領得されないように監視措置等を講ずることができる状況であったか否かが占有継続の判断に影響すると解されることから、③置き忘れた物に対する見通し状況として、被害者による財物の視認可能性も重要な考慮要素となる。参考判例2が、札入れを置き忘れた被害者が地下まで移動していた点を指摘したのは、単に場所的の離隔という観点のみからでなく、およそ札入れを視認できない状況に至っていることが占有継続を否定すべき事情として考慮されたためであると解される。なお、④被害者の認識・行動として、被害者が財物を“置き忘れた”のではなく、敢えて特定の場所に置いていたような場合であれば、被害者としては財物の管理の一環として意識的にその場所に置いているのであり、占有の意思は失われていないといえる。占有の有無について「占有の事実」と「占有の意思」の強弱を相関的に判断するという理解によれば、この場合、ある程度被害者と財物との距離が離隔していたとしても、なお社会通念上財物に対する被害者の占有が及んでいるものと評価する余地がある。

2 不法領得の意思（乗り捨て意思）

窃盗罪等の奪取罪において、判例は一貫して「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその

経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思」(不法領得の意思)を成立要件としているところ、一時使用(使用窃盗)の場合に権利者排除意思の欠如を根拠として可罰性を限定すべきか否かは、返還意思の有無、使用期間の長短、使用に伴う価値の費消等を考慮して判断される。参考判例8は、権利者排除意思の内容として「永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としない」と述べた上で、逃走用に他人の船を無断使用した事案について、「被告人等が対岸に該船を乗り捨てる意思で前記肥料船に対するVの所持を奪った以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思」が認められると判示し、不法領得の意思を肯定した。同判例の事案のように、たとえ一時使用であっても“乗り捨て意思”である場合は、一時的にでも財物を利用した上で完全に権利者を排除している以上、不法領得の意思を否定することは困難といふべきであろう。したがって、権利者排除意思が否定され得るのは少なくとも行為者が返還意思を有しているような場合に限定されると解される。令和4年司法試験採点実感においても、「乙がDの原付を乗り去った行為については、窃盗罪の成否が問題となるところ、宅配業務に従事している最中のDの原付を勝手に乗り去り、適当な場所に放置する意図があった以上、本件で不法領得の意思が認められることは明らかであるから、その旨を端的に記せば十分である」と指摘されている。

3 共謀共同正犯の成否

判例は、古くから一貫して共謀共同正犯の成立を肯定しているところ、参考判例9(練馬事件)は、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」と判示した。同判例の判示する「謀議をなし」の意味について、かつて共謀共同正犯の成立には単なる意思連絡ないし共同実行の認識を超えた「謀議」、すなわち、客観的な謀議行為が必要であると解する見解が主張されたが、その後、共謀共同正犯における「共謀」についても実行共同正犯において要求される「共同実行の意思」と統一的に理解した上で、これを主観的な犯罪遂行の合意として把握する見解が有力に主張されるようになり、これが現在の判例実務における一般的な理解となっている。もっとも、この“犯罪遂行の合意”とは、単なる意思連絡を意味するものではなく、共同正犯の「正犯」としての側面からすれば、各自が他の共犯者と協力して自らの犯罪を遂行する意思、すなわち、正犯意思をそれぞれもって意思連絡を遂げることがを要すると解されるところ、参考判例9の判示した「各自の意思」は、参考判例10において「自己の犯罪敢行の意思」と表現されている。これは、共同正犯の成立要件として、狭義の共犯ではなく「正犯とする」に相応しい実質を有していること(共同正犯の正犯性)が要求されることを意味している。他方で、参考判例9の「謀議をなし、よって犯罪を実行した事実」との判示は、「謀議」(共謀)と実行行為との間の因果性を要求する趣旨を示すものである(「よって」という文言は当然に“因果”を意味する)。これは、共同正犯の「共犯」としての側面からすれば、因果的共犯論の立場からおよそ「共犯」の処罰根拠として当然に要求される因果性の要件(共犯の因果性)であり、一般に、この要件を「共謀に基づく実行」と表現する。

4 承継的共同正犯の肯否

傷害罪の承継的共同正犯の肯否に関し、かつての下級審裁判例には「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っ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」(参考判例12)と判示したものがあった。(なお、その後の下級審裁判例である参考判例13も、上記判示を引用している。)もっとも、その後、最高裁は「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」(参考判例11)と判示し、傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定した。上記参考判例12が承継的共同正犯を限定的に肯定し得る根拠として、先行行為及び結果を「積極的に利用する意思」を挙げていたのに対し、参考判例11は先行行為によって生じた結果と「共謀及びそれに基づく行為」との「因果関係」を挙げており、これは、処罰根拠として共犯の因果性を重視する因果的共犯論の立場をより明確に判示したものといえる。他方で、

参考判例 11 は、被告人において、被害者が先行者の「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」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」と指摘しているところ、因果性の観点から検討した場合、いかに先行者の暴行による被害者の負傷状態を利用して後行者が暴行を継続したとしても、それによって後行者の行為が先行者の暴行によって既に発生していた傷害結果との間で因果関係を有することにはならないことから、後行者が共謀加担する前の先行者の行為は、いかなる意味においても「共謀に基づく実行」とは評価できない。ここでは、「因果は過去に遡らない」の命題が徹底された判断が示されたものといえる。

5 同時傷害の特例（207条）適用の可否

同時傷害の特例（207条）の趣旨について、参考判例 14 は「二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によること」とした規定、すなわち、因果関係の立証困難性を救済するための推定規定であると述べた上で、その適用要件について、①「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」（各暴行の危険性）及び②「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」（両暴行の同一機会性）の証明を要すると判示した。その上で、[甲による単独暴行の後、乙が共謀加担し、引き続き甲及び乙による共同暴行を行った事案]において、被害者の傷害結果を引き起こした暴行が共謀成立前後のいずれの暴行か特定できない場合（因果関係不明の場合）、207条の適用により乙に傷害結果の責任を負わせることは可能か否かが問題となる。この問題については従来から下級審において鋭い対立があり、参考判例 12 は適用否定説を採用した。その理由として同判例は「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とも、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」と判示している。たしかに、先行者甲について見れば、自己の単独暴行（先行行為）又は乙との共同暴行（後行行為）のいずれかによって被害者に傷害を負わせている以上、いずれにしても傷害罪の罪責を負うことは免れないところ、参考判例 12 は、207条はあくまで「行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理を生ずる」場合に「かかる不合理を解消するために特に設けられた例外規定」であって、いずれかの行為者に傷害結果を帰責できる場合には適用の前提を欠くものと解している。これに対して、参考判例 13 は適用肯定説を採用した。その理由として同判例は「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いという場合にも、…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」に当たることにはかわりはない」と判示しており、同判例は、このような場合にも207条の趣旨が妥当し、同条の適用要件に該当するものと解している。その後、この問題について最高裁としての重要な判断が示された。すなわち、参考判例 15 は「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との均衡も失する」と指摘し、上述した適用否定説の理由付けに対しては、「先行者に対し当該傷害についての責任を問い得ることは、同条の適用を妨げる事情とはならない」と述べた上で、この場合も「先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たり、当該傷害についての責任を免れない」と判示しており、最高裁として適用肯定説に立つことを明らかにしている。もっとも、ここで207条の適用が問題となっているのは、あくまで後行者乙の罪責に関してであるという点に注意を要する。先行者甲については、上記のとおり、いずれにしても傷害の罪責を負うことを明確に指摘しておく必要があるところ、平成18年司法試験出題趣旨では、傷害の結果被害者が死亡した傷害致死の事案について、「甲については、自己の行為か乙との共謀による乙の行為のいずれかによって丙を死亡させたと言えるのであるから、刑法第207条の適用について検討するまでもなく丙の死亡について責任を負うことを、明確に論じる必要がある。」と指摘されている。

<参考判例>

1【最判昭32.11.8（「占有」の意義）】

「刑法上の占有は人が物を実力的に支配する関係であつて、その支配の態様は物の形状その他の具体的事情によつて一様ではないが、必ずしも物の現実の所持又は監視を必要とするものではなく、物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するを以て足りると解すべきである。しかして、その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは通常人ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によつて決するの外はない。」

2【東京高判平3.4.1（置き忘れた物に対する占有①）否定例】

「関係証拠によると、

〔1〕本件当日の午後、原判示「イトーヨーカドー」（鉄骨鉄筋地上七階・地下一階建）に家族とともに買い物に来た被害者は、六階エスカレーター脇の通路に置かれたベンチでアイスクリームを食べたが、午後三時五〇分ころ、その場を立ち去る際に、他の手荷物などは持ったものの、本件札入れ（縦約一〇センチメートル、横約二三センチメートル、革製のからし色のもの）を右ベンチの上に置き忘れて立ち去ってしまったこと

〔2〕被害者は、六階からエスカレーターで地下一階の食料品売場に行き（六階から地下一階までのエスカレーターによる所要時間は約二分二〇秒である。）、売場の様子などを見渡してから買物をするため、札入れを取り出そうとして、これがないことに気づき、すぐに本件札入れを右六階のベンチに置き忘れてきたことを思い出し、直ちに六階の右ベンチまで引き返したが、その時には既に被告人が本件札入れを持ち去ってしまっており、本件札入れは見当たらなかったこと

〔3〕被告人は、同日午後四時前ころ、「イトーヨーカドー」六階のゲームセンターへ行こうとした際に誰もいないベンチの上に、手荷物らしき物もなく、本件札入れだけがあるのを目にとめ、付近に人が居なかったことから、誰かが置き忘れたか置放しにしているものと思い、持ち主が戻って来ないうちにこれを領得しようと考えて右ベンチに近づいたところ、斜め前方に数メートル離れた先の別のベンチに居たA子が本件札入れを注視しているのに気付いたこと

〔4〕そこで、被告人は、本件札入れのあった右ベンチに座って暫く様子を窺っていたが、なおもA子が被告人を監視するようにして見ていたことから、A子に本件札入れが右ベンチにある事情を尋ね、誰かが置き忘れていったものであることを確かめたうえで、これを落とし物として警備員に届けるふりを装うこととし、同日午後四時ころ、A子に「財布を警備員室に届けてやる。」旨伝えて本件札入れを持ってその場を離れたこと

〔5〕その後、被告人は三階のトイレで本件札入れの中身を確認したうえで、これを持って店外へ出たこと以上の事実が認められる。

右認定の事実に基づくと、被害者は、開店中であつて公衆が客などとして自由に立ち入ることのできるスーパーマーケットの六階のベンチの上に本件札入れを置き忘れたままその場を立ち去って、同一の建物内であつたとはいえ、エスカレーターを利用して片道で約二分二〇秒を要する地下一階まで移動してしまい、約一〇分余り経過した後本件札入れを置き忘れたことに気づき引き返して来たが、その間に被告人が右ベンチの上にあった本件札入れを不法に領得したというのである。

このような本件における具体的な状況、とくに、被害者が公衆の自由に入出りできる開店中のスーパーマーケットの六階のベンチの上に本件札入れを置き忘れたままその場を立ち去って地下一階に移動してしまい、付近には手荷物らしき物もなく、本件札入れだけが約一〇分間も右ベンチ上に放置された状態にあったことなどにかんがみると、被害者が本件札入れを置き忘れた場所を明確に記憶していたことや、右ベンチの近くに居あわせたA子が本件札入れの存在に気付いており、持ち主が取りに戻るのを予期してこれを注視していたことなどを考慮しても、社会通念上、被告人が本件札入れを不法に領得した時点において、客観的にみて、被害者の本件札入れに対する支配力が及んでいたとはたやすく断じ得ないものといわざるを得ない。

そうすると、被告人が本件札入れを不法に領得した時点では、本件札入れは被害者の占有下にあつたものとは認め難く、結局のところ、本件札入れは刑法二五四条にいう遺失物であつて、「占有ヲ離レタル他人ノ物」に当たるものと認めるのが相当である。」

3【最判平 16. 8. 25（置き忘れた物に対する占有②）肯定例】

「1 原判決の認定及び記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被害者は、本件当日午後3時30分ころから、大阪府内の私鉄駅近くの公園において、ベンチに座り、傍らに自身のポシェット（以下「本件ポシェット」という。）を置いて、友人と話をするなどしていた。

(2) 被告人は、前刑出所後いわゆるホームレス生活をし、置き引きで金を得るなどしていたものであるが、午後5時40分ころ、上記公園のベンチに座った際に、隣のベンチで被害者らが本件ポシェットをベンチ上に置いたまま話し込んでいるのを見掛け、もし置き忘れたら持ち去ろうと考えて、本を読むふりをしながら様子をうかがっていた。

(3) 被害者は、午後6時20分ころ、本件ポシェットをベンチ上に置き忘れたまま、友人を駅の改札口まで送るため、友人と共にその場を離れた。被告人は、被害者らがもう少し離れたら本件ポシェットを取ろうと思って注視していたところ、被害者らは、置き忘れに全く気付かないまま、駅の方向に向かって歩いて行った。

(4) 被告人は、被害者らが、公園出口にある横断歩道橋を上り、上記ベンチから約27mの距離にあるその階段踊り場まで行ったのを見たとき、自身の周りに人もいなかったことから、今だと思って本件ポシェットを取上げ、それを持ってその場を離れ、公園内の公衆トイレ内に入り、本件ポシェットを開けて中から現金を抜き取った。

(5) 他方、被害者は、上記歩道橋を渡り、約200m離れた私鉄駅の改札口付近まで2分ほど歩いたところで、本件ポシェットを置き忘れたことに気が付き、上記ベンチの所まで走って戻ったものの、既に本件ポシェットは無くなっていた。

(6) 午後6時24分ころ、被害者の跡を追って公園に戻ってきた友人が、機転を利かせて自身の携帯電話で本件ポシェットの中にあるはずの被害者の携帯電話に架電したため、トイレ内で携帯電話が鳴り始め、被告人は、慌ててトイレから出たが、被害者に問い詰められて犯行を認め、通報により駆けつけた警察官に引き渡された。

2 以上のとおり、被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者がこれを置き忘れてベンチから約27mしか離れていない場所まで歩いて行った時点であったことなど本件の事実関係の下では、その時点において、被害者が本件ポシェットのものを一時的に失念したまま現場から立ち去りつつあったことを考慮しても、被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、被告人の本件領得行為は窃盗罪に当たるといふべきであるから、原判決は結論において正当である。」

4【東京高判昭 54. 4. 12（置き忘れた物に対する占有③）肯定例】

「前記関係証拠によれば、被害者が国鉄α駅構内B出札所の四番カウンター（指定券、特急券窓口）において、ズボンの尻ポケットから本件財布を取り出し、そこから一万円札を抜き出し特急券を買い、すぐその足で一三番カウンター（乗車券窓口）に行き乗車券を買いつり銭を手にとっていると思つた財布に入れようとして、四番カウンターに財布を置き忘れたことに気が付き、慌てて同カウンターに戻つたところ、既に財布は持ち去られていたもので、被害者が四番カウンターで特急券を購入してから一三番カウンターで財布を置き忘れたのに気付いたのは約一、二分後で、四番カウンターから一三番カウンターまでの距離は約一五、六メートルに過ぎなかつたことが認められるのであつて、これらによれば、被害者は四番カウンターから離れた直後に本件財布を置いて来たことに気付いており、しかも一三番カウンターに至つた時点においても四番カウンター上の本件財布に対し、被害者の目が届き、その支配力を押し及ぼすについて相当な場所的区域内にあつたものと認められるから、かかる時間的、場所的状況下にあつた本財布は、依然として被害者の実力的支配のうちにあつたと認めるのが相当であり、未だもつて被害者の占有を離脱した状況にあつたものとは認められない。

所論は、被害者は四番カウンター上に本件財布を置いたときから、右財布を支配する意思がなかつたというが、司法警察員作成の現行犯人逮捕手続書等によれば、被害者は財布をしまう際ではなく、特急券を購入する際、財布を四番カウンター上に置いたものと認められるのであり、もとよりその際財布を支配する意思も有していたものと推認できるから、その時点から財布が被害者の意思に基づかないで占有を離れていたとは到底認めすることはできない。」

5【東京高判平 29.10.18（落とし物の占有）否定例】

「原判決は、まず争点〔1〕（占有の有無）について次のような判断を示している。

被害者が本件財布を落としてから被告人が拾得するまで約1分2秒であり、本件現場は公道で交通量も相応にあるが常に人や車が往来しているわけではないから、本件財布の回復可能性という観点からみると上記時間は短時間といえ、時間的接近性が認められる。そして、被告人が財布を拾得した時点で被害者がどの場所にいたのかは証拠上明らかではないが、乗車予定の列車時刻等から被害者は急いでいた可能性があるので、被告人に有利に解釈すると、本件現場から約93メートル離れた場所にいたことを前提とすべきである。そうすると、図書館前の路上付近と推測され、この場所からは、本件現場を見通すことはできないものの、障害物等がないことも考慮すると遅くとも1分以内には本件現場に戻ることができ、本件財布の所持の回復が困難というほどではなく、場所的接近性がないとはいえない。また、被害者は本件財布を落としたことに気付かないまま駅に向かっていているところ、落とし場所を明確に認識してはいないものの、約5分後には本件現場付近に戻って探しているのであるから、本件財布を落とした場所についてある程度の見当は付いていたといえる。以上のような場所的接近性、時間的接近性、遺留場所の概括的認識が認められるから、なお、被害者の本件財布の占有は継続していたと認められる。

しかしながら、以上の原判決の認定・判断は、経験則に照らし不合理な点があり、占有の継続に関する事実を誤認したか、その解釈を誤ったものといわざるを得ない。

すなわち、本件財布は現金等が入ったまま公道上にあったもので、大きなスーツケースのように所持者が一時的にそこに置いてその場を離れている可能性が高い物とは異なり、意識的にそこに置いたとは考え難い物であり、また、財布の所持者は通常は落としたことに気付けばすぐに拾うはずであるから、本件財布は道路を通行していた所持者が本件現場に落とした物で、所持者はそのことに気付かないまま他の場所に移動していった可能性が極めて高いと客観的に認められる状況にあったといえる。このような財物の種類・性状、場所の状況等に照らせば、財布を落としたことによって直ちに所持者が占有を失うとはいえないものの、所持者の財布に対する支配が認められる範囲は自ずと限られるというべきで、原判決の説示するように広く占有が継続しているとみるのは相当でない…。本件の場合、被害者が落としてから被告人が拾得するまでの時間は1分余りと短い、その間に被害者は本件財布を落としたことに気付かず、駅に向かって歩き、被告人が拾得した時点では、本件場所から1ブロック先の角を左に曲がって横断歩道を渡り、反対側の歩道を駅方向に合計80ないし90メートル程度進行していたのであり、本件現場と被害者のいる場所は建物等で相互に見通すことができない状態であったと推認される。そうすると、被告人が本件財布を拾得した時点では、本件現場の周囲には落とし主らしき者が見当たらない状況に至っていたと認められるのであって、そのような状況下では本件財布の落とし主である本件被害者の占有が継続していたとは認め難い。」

6【福岡高判昭 58.2.28（駐輪した自転車の占有①）肯定例】

「原判決は、刑法二三五条の「窃取」の概念に含まれる「占有」とは人が物を現実所持又は監視している場合だけでなく、占有者が支配していると社会通念上認められる場合も含むとしながらも、本件においては、前記「てんじんじまばし」の人道専用橋という特性にかんがみ、前記木原が本件自転車を無施錠のまま夜半まで同橋上に放置したという事実を考慮すると、もはや木原に右自転車につき同法条の保護に値する「占有」を認めることはできないとして、被告人の右自転車を持ち去った時点における木原の本件自転車に対する占有を否定しているのであるが、前記認定のとおり、「てんじんじまばし」は人道専用橋であるものの、事実上且過市場にくる客の自転車置場ともなっており、終夜自転車を置いたままにしておくことも度々見受けられ、現に被告人が本件自転車を持ち去ったとき、同所には右自転車のほかに一台の自転車が置かれており、しかも、本件自転車は購入後いまだ一年くらいしか経っていない新しい品物で、後輪泥よけ部分には青色のペンキで「福島」と鮮明に記入されており、その前輪上のかごのなかには折りたたみ傘一本とタオルが入れられて、通行の邪魔にならないように同橋の東端近く欄干寄りに欄干に沿って置かれていたのであり、木原は、同橋上がそのような場所であることを認識し、後で取りにくる積りで本件自転車をそのまま同所に置いて一旦帰宅したものであるから、かかる事実関係の下では、右自転車が以後約一四時間を経過して夜半を過ぎて午前三時半ころに及び、しかも無施錠でそのまま置かれていたこと等を考慮しても、社会通念上、被告人が本件自転車を持ち去った時点においても、本件自転車は木原の占有下にあったものと認定するのが相当である。」

7【東京高判平 24. 10. 17（駐輪した自転車の占有②）否定例】

「関係証拠によれば、被害者は、平成23年9月16日午前7時30分頃、千葉縣市原市内のJR五井駅近くの本件空き地に無施錠のまま本件自転車を止めて、小湊鉄道線五井駅から同線で上総川間駅まで行って高校に登校し、同日は、本件空き地には戻ることなく千葉市内Aの祖母の家に行き、翌日以降も、土曜日、日曜日及び祝日が続いたことから本件自転車を取りに行かず、結局、4日後の同月20日夕方頃、本件空き地に行き、本件自転車が盗まれていることに気付いたこと、被告人が本件空き地から本件自転車を持ち去ったのは、被害者が本件空き地に本件自転車を止めてから半日ほどが経過した時点であり、その頃被害者は、鉄道を利用して移動した上、本件自転車から相当に離れた場所にいたことが認められる。

なお、本件空き地は、JR五井駅付近の有料の自転車駐輪場である建物の敷地の一部であるが、本件空き地自体は駐輪施設ではなく、本件空き地が事実上の駐輪場として利用されていたという状況もうかがわれない…。

以上のとおり、被告人が本件自転車を持ち去った時点において、被害者は、本件空き地から遠く離れて、相当長時間にわたって、本件自転車を管理することが可能な範囲内にいなかった上、本件自転車に施錠がされていたとか、置いた場所が一般に駐輪場として利用されている場所であるなどといった、本件自転車に対する所有者等の支配意思をうかがわせる状況もなかったと認められるから、被告人が本件自転車を持ち去った時点においては、被害者はもはや本件自転車を占有していたとは認められない…。

検察官は、答弁書において、自転車の乗り物としての性格からすると、所有者はしばしばこれを路上に駐輪して自転車から離れ、再び自転車を取りに戻るまでは現実の握持や監視は行われていないのが通常の利用形態であり、所有者が自転車から離れている間においても所有者による支配が一般人により尊重されていることから、所有者が自転車から離れていてもその占有は失われないと解すべきであり、本件においても、本件自転車は、前輪側を建物に向け、後輪側を通路に向けて駐輪されており、自転車の使用者によって意識的に駐輪され、占有の意思が留保されていることが外形上明らかであったから、本件自転車に対する被害者の占有は失われていなかったと認めるべきであると主張する。

しかしながら、無施錠のまま路上等に置かれた自転車についてその所有者等の占有が一般に認められるのは、無施錠であることと相まって、当該自転車が一時的に置かれたもので所有者等がその付近で活動するなどしており、必要に応じて容易に自ら当該自転車を現実に管理することが可能な状況にあることが想定されるからであって、本件のように、所有者等が、無施錠のまま、長時間にわたり、自ら当該自転車を管理することが不可能な遠方まで出掛けている場合には、占有を認める前提となるべき上記のような客観的事実が存在しない上、その場合の駐輪状況は、第三者に窃取された自転車が遺棄されている状況と何ら異なることはないのであるから、無施錠の自転車は他人においてこれを容易に持ち去ることができることをも併せ考えると、そのような場合にまで無施錠のまま路上等に置かれた自転車に対する所有者等の占有を認めることはできない。

検察官の上記主張は採用できない。」

8【最判昭 26. 7. 13（権利者排除意思の内容・乗り捨て意思）】

「原判決が本件窃盗の事実として確定したところは、本件強盗傷人の犯行後被告人等は追跡せられ一旦陸に上つて逃走したが、更に陸地から船で逃走しようと企て、判示場所に繫留してあつた判示Vの肥料船一艘に乗り込み岸から約半丁位の海上まで漕ぎ出したというのであるから、右事実自体によつて、たとえ短時間であつても、被告人等が右肥料船に対するVの所持を侵し該船を自己の所持に移したものであることは明白であるばかりでなく、更に挙示の証拠によれば被告人等は右肥料船が対岸に着けば当然その場にこれを乗り捨てる意思であつたことが認められるのである。そもそも、刑法上窃盗罪の成立に必要な不正領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいうのであつて、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としないのであるから、被告人等が対岸に該船を乗り捨てる意思で前記肥料船に対するVの所持を奪つた以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思即ち右にいわゆる不正領得の意思がなかつたという訳にはゆかない。」

9【最判昭 33. 5. 28（共謀共同正犯）（練馬事件）】

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて

互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」

10【最判昭 23. 7. 22（正犯意思）】

「犯罪の敢行を謀議した共犯者は、たとひ犯罪の現場においては唯見張をなしただけでその実行行為に直接加担しなかつたとしても、他の共犯者の実行行為を介して自己の犯罪敢行の意思を実現したものと認められる場合には、なお共同正犯たるの責を免れ得ないものであることは既に当裁判所の判例とするところである。」

11【最判平 24. 11. 6（承継的共同正犯①）】

「被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Dの背中や足、Cの頭、肩、背中や足を殴打し、D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Cらの傷害（したがって、第1審判決が認定した傷害のうちDの顔面両耳鼻部打撲擦過とC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。原判決の上記2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つ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。そうすると、被告人の共謀加担前にA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60条、204条の解釈適用を誤つた法令違反があるものといわざるを得ない。」

【裁判官千葉勝美の補足意見】

「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。」

12【大阪高判昭 62. 7. 10（承継的共同正犯②・同時傷害の特例適用の可否①）否定例】

「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。

もつとも、例えば、「暴行又ハ脅迫」により被害者の反抗を抑圧した状態に置き、その所持する財物を「強取スル」ことによつて成立する強盗罪のように、一罪であつても一連の行為により一定の結果を生じさせる犯罪（強姦、殺人等についても同様である。）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（例えば、先行者が強盗目的で暴行中、自らも同様の目的で右暴行に加わり、あるいは、反抗抑圧の結果を生じた段階でこれに加つて、自ら金品を強取するなど）、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ひ得る…しか

し、例えば、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するのが認められず、このような場合、当裁判所の見解によれば、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り、全面肯定説とは結論を異にすることになる。…（中略）…

ところで、前示の認定によれば、被告人は、西田組事務所一階応接室へ現われた段階で、同室内におけるYらの行動や被害者Vの受傷状況、更にはAの説明などにより、事態の成行きを理解し、同室内におけるYらのVへの暴行及びこれによる同人の受傷の事実を認識・認容しながら、これに途中から共謀加担したものといい得る。しかし、前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人がV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、これを現実にそのようなものとして利用したと認めることは困難である。従つて、本件において、被告人に対しては、Yらとの共謀成立後の行為に対して共同正犯の成立を認め得るに止まり、右共謀成立前の先行者の行為等を含む犯罪全体につき、承継的共同正犯の刑責を問うことはできないといわざるを得ない。

しかして、本件においては、被害者Vの原判示各傷害は、同人方居室内、タクシー内及び西田組事務所内におけるY、X、Zらによる一連の暴行によつて生じたものではあるが、一連の暴行のうち、被告人の共謀加担後に行われたと証拠上認定し得るものは、被告人による顎の突き上げ（二、三回）及びXによる顔面殴打（一回）のみであつて、Vの受傷の少なくとも大部分は、被告人の共謀加担前に生じていたことが明らかであり、右加担後の暴行（特にXの顔面殴打）によつて生じたと認め得る傷害は存在しない。そうすると、被告人に対しては、暴行罪の共同正犯が成立するに止まり、傷害罪の共同正犯の刑責を問うことはできない。

右のような当裁判所の結論に対しては、刑法二〇七条のいわゆる同時傷害罪の規定との関係で、異論があり得るかと思われるので、以下、若干の説明を補足する。

例えば、甲の丙に対する暴行の直後乙が甲と意思の連絡なくして丙に暴行を加え、丙が甲、乙いずれかの暴行によつて受傷したが、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できない場合には、刑法二〇七条の規定により、甲、乙いずれも傷害罪の刑責を免れない。これに対し、甲の暴行終了後乙が甲と共謀の上暴行を加えた場合で、いずれの暴行による傷害か判明しないときには、前示のような当裁判所の見解によれば、乙の刑責が暴行罪の限度に止まることになり、甲との意思連絡なくして丙に暴行を加え同様の結果を生じた場合と比べ、一見均衡を失する感のあることは、これを否定し難い。しかし、刑法二〇七条の規定は、二人以上で暴行を加え人を傷害した場合において、傷害を生じさせた行為者を特定できなかつたり、行為者を特定できても傷害の軽重を知ることができないときには、その傷害が右いずれかの暴行（又は双方）によつて生じたことが明らかであるのに、共謀の立証ができない限り、行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理を生ずることに着目し、かかる不合理を解消するために特に設けられた例外規定である。これに対し、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つて、刑法の右特則の適用によつ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。従つて、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つて、右結論が不当であるとは考えられない。」

13【大阪地判平9.8.20（承継的共同正犯③・同時傷害の特例適用の可否②）肯定例】

「(当初の共謀の存否)

検察官は、本件訴因中で、Bの頭突き等の暴行に先立つ当初から被告人三名の間に傷害の共謀が存していた旨主張している。しかし、この点については、本件全証拠を精査しても、これを窺わせるような証拠は見いだすことができない（ただ、わずかに、被告人Tの検察官調書〔乙一三〕の九項中に、甲野の追跡を知ったBが同被告人に対し「Tさん、ヤバイですよ。」などと言ったのを聞き、同被告人は「先ほど電話機をひきちぎった直後であり、それを誰かが見ている、私を追いかけてきた、これはけんかになると

思って、私は、Bに加勢して相手になってやろうと一瞬思った」旨の供述があるが、同被告人の警察官調書や公判供述等に照らすと、右供述はいささか突飛なものであって不自然さを禁じえない上、仮にその点はさて置くとしても、Bが、被告人Tの右胸中を察した上で最初の頭突き等の暴行に及んだことを認めるに足る証拠はないから、結局、右供述をもってしてもBと同被告人との間で当初から傷害の共謀が成立していた事実を認定することはできない。)

むしろ前掲関係各証拠によれば、前記のとおり、Bが甲野に頭突き等の暴行を加えて同人が転倒したのを見て、被告人兩名はBに加勢しようと考え、現場において暗黙裡に三名間に傷害の共謀が成立したものと認めるのが相当である。

(承継的共同正犯の成否)

右認定を前提とすると、次の問題となるのは、被告人兩名につき、傷害の承継的共同正犯が成立しないかである。これが成立するならば、被告人兩名とも、共謀成立に先立つBの頭突き等の暴行についても共同正犯としての罪責を免れないことになる。

ところで、承継的共同正犯の成立範囲については諸説存するところではあるが、当裁判所は、「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っ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、実体法上一罪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」立場(大阪高裁昭和六二年七月一〇日判決・高刑集四〇巻三号七二〇頁)に賛同するものである。

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B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られないから、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。

(同時傷害罪の成否)

しかし、以上から直ちに、被告人兩名は共謀成立後の傷害の結果についてのみ傷害罪の共同正犯に問われると結論することはできない。

けだし、前記のとおり、本件傷害の結果は共謀成立の前後にわたるB及び被告人兩名の一連の暴行によって生じたことは明らかであるが、それ以上に、これがBの頭突き等の暴行にのみ起因するものであるのか、それともその後の被告人兩名及びBの暴行にのみ起因するものであるのか、はたまた両者合わさって初めて生じたものであるのかは、本件全証拠によってもこれを確定することはできないからである(なお、前掲関係証拠によれば、甲野の鼻骨骨折はBの最初の頭突きによって生じた可能性が濃厚であるが、被告人兩名もその後甲野の頭部等に多数回足蹴にしており、これらの暴行が右鼻骨骨折の形成に寄与した可能性も否定できないから、右傷害がBの頭突きのみから生じたとは断定することはできない。)

そして、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二〇七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。けだし、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解されるからである。

(結論)

よって以上により、当裁判所は、被告人兩名には、本件傷害の結果につき同時傷害罪が成立し、全体につき傷害罪の共同正犯として処断すべきものと判断した次第である。」

14【最決平 28. 3. 24 (同時傷害の特例の趣旨・適用要件)】

「同時傷害の特例を定めた刑法207条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であって

も、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官は、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の証明を要するというべきであり、その証明がされた場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れないというべきである。

そして、共犯関係にない二人以上による暴行によって傷害が生じ更に同傷害から死亡の結果が発生したという傷害致死の事案において、刑法207条適用の前提となる前記の事実関係が証明された場合には、各行為者は、同条により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負うというべきである（最高裁昭和26年（れ）第797号同年9月20日第一小法廷判決・刑集5巻10号1937頁参照）。このような事実関係が証明された場合においては、本件のようにいずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定されるときであっても、別異に解すべき理由はなく、同条の適用は妨げられないというべきである。」

15【最決令2.9.30（共謀成立前後の暴行と同時傷害の特例）】

「所論は、先行者の暴行に途中から後行者が共謀の上加担したが、被害者の負った傷害が共謀加担前の先行者の暴行によるものか共謀加担後の共同暴行によるものか不明な場合には、先行者が当該傷害についての責任を負うから、後行者について刑法207条を適用することはできないという。

同時傷害の特例を定めた刑法207条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官が、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証明した場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れない（最高裁平成27年（あ）第703号同28年3月24日第三小法廷決定・刑集70巻3号1頁参照）。

刑法207条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、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と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まで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。先行者に対し当該傷害についての責任を問うことは、同条の適用を妨げる事情とはならないというべきである。

また、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うのは、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。

これを本件訴訟手続の流れに即していえば、本件は、検察官が先行者と後行者である被告人との間に当初から共謀が存在した旨主張し、被告人がその共謀の存在を否定したが、証拠上、途中からの共謀が認められるという事案であるところ、このような被告人について刑法207条を適用するに当たっては、先行者との関係で、その傷害を生じさせた者を知ることができないか否かが問題となり、検察官において、先行者及び被告人の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並びに各暴行が同一の機会に行われたものであることを証明した場合、被告人は、自己の加えた暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかわることができないという意味で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たり、当該傷害についての責任を免れないのである。」

【刑事訴訟法】

【参考答案例】

〔設問1〕

1 甲が事件①の犯人であることを、事件②の犯人が甲であることを推認させる間接事実として用いること（以下、「第1立証」という。）が許されるか否かについて検討する。

(1) 証拠能力のある「証拠」による厳格な証明を要する「事実」（317条）とは、刑罰権の存否及び範囲を画する事実をいうところ、事件②における甲の犯人性は犯罪の主体的要素として当然に厳格な証明の対象となる「事実」に当たる。他方、間接事実も要証事実との関係では「証拠」の役割を果たすものであるから、甲の犯人性を推認させる間接事実についても、関連性を欠くものとして証拠能力が認められない場合には事実認定の資料として用いることは許されない。

(2) 一般的に、類似事実は犯罪事実について、証拠としての必要最小限度の証明力（自然的関連性）を有する。しかしながら、類似事実は、被告人に対して当該事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証の根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにつながりやすく、事実認定を誤らせるおそれがある（いわゆる「悪性格の立証」）。したがって、類似事実は、原則として、法律的関連性がないものとして、犯罪事実の認定に用いる資料としての適格性（証拠能力）を否定すべきである。ただし、類似事実によって証明しようとする事実について、実証の根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときは、例外的に、類似事実を犯罪事実の立証に用いることが許されると解される。類似事実を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、類似事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが本件犯罪事実と相当程度類似する場合、当該事実は、それ自体で両事実の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであると認められるから、これを証拠として許容しても実証的根拠の乏しい人格評価によって事実認定を誤らせるおそれはない。したがって、上記の場合には類似事実を被告人と犯人の同一性の認定に用いることが許される。

なお、併合審理される類似事実については、前科についてみられる、その存在自体で人格の評価を低下させる危険性や、争点拡散のおそれは考え難いことから、短期間に多数の類似事実が連続的に犯されたという事情がある場合には、「顕著な特徴」という要件が満たされていると解する余地もある。

ア 事件②は、令和6年2月2日午後11時頃、H県I市K町内を歩行中の被害者（50歳代、男性）が背後から黒色の軽自動車に衝突され、路上に転倒すると、すぐに同車から男性が降りてきて、「怪我はありませんか。」と声を掛けながら被害者に歩み寄り、倒れたままの同人が手に持っていたセカンドバッグに手を掛けたが、同バッグから手を離し、直ちに同車に乗り込んでその場から逃走したというものであるのに対し、事件①は、同日午後10時頃、同市J町内を歩行中の被害者（30歳代、女性）が背後から黒色の軽自動車に衝突され、路上に転倒すると、すぐに同車から男性が降りてきて、「大丈夫ですか。」と声を掛けながら被害者に歩み寄り、被害者の顔面を拳で1回殴り、同人が手に持っていたハンドバッグを奪い取った上で、直ちに同車に乗り込んでその場から逃走したというものであるところ、両事実は、いずれも、一戸建ての民家が建ち並ぶ住宅街で、交通量及び人通りが少ない夜間に敢行されていることから、犯行時刻や犯行現場の状況が共通しており、黒色の軽自動車を用いた犯行手口、態様においても相当程度類似している。加えて、事件②と事件①の現場は、約3キロメートルしか離れておらず、事件②は事件①のわずか約1時間後に発生しているところ、両事実が時間的・場所的に近接していることからすれば、両事実は、同一の犯人により連続的に敢行されたものであることを一定程度推認することができる。

イ しかしながら、いわゆるひったくりによる強盗犯が、夜間に人通りの少ない住宅街において犯行に及ぶということが、この種の犯行として際立った特徴を有するものとはいえないし、犯行の用に供された黒色の軽自動車も一般に流通している自動車に過ぎず、特殊な犯行用具であるとはいえない。また、背後から自動車を衝突させて被害者を転倒させた上で、救護する者を装って被害者に近寄り、所携のバッグ等をひったくるといった犯行の態様もさほど特殊なものとはいえない。そうすると、本件においては、手口が非常に特殊で、そのような手口の犯行であること自体から、他の者に

よる犯行とは考え難く同一人の犯行であると推認できるほどの特異性は認められず、上述した両事実の類似点を持つ、事件②の犯行が甲によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。

他方で、裁判所が、甲が犯人であるとの心証を得た類似事実は事件①のみであるところ、本件は多数の類似事実が連続的に敢行された場合であるとまではいえず、上述した両事実の近接性を持つ推認力にも自ずと限界があるというべきであり、他に事実①を甲の犯人性の立証に用いることを許容する程の事情があるとも認められない。そうすると、事件②については、他の者がたまたま犯したとみるのは偶然の一致が過ぎて無理があるというような事態とまではいえず、他の者がたまたま似通った態様で犯した可能性を一般に排除し得るだけの根拠があるとまではいえない。

ウ 以上より、両事実が類似した状況における犯行であり、また、犯行の態様にも類似性が認められるとしても、第1立証は、帰するところ、類似事実である事件①から甲に対してこれと同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに事件②の犯人が甲であるという合理性に乏しい推論をすることに等しいというべきである。

- 2 以上より、「甲が事件①の犯人であること」は「事件②の犯人が甲であること」（甲の犯人性）との関係で法律的関連性を欠く間接事実である。したがって、第1立証は許されない。

[設問2]

- 1 事件①で甲が金品奪取の目的を有していたことを、事件②で甲が同目的を有していたことを推認させる間接事実として用いること（以下、「第2立証」という。）が許されるか否かについて検討する。

(1) 事件②における甲の金品奪取の目的は犯罪の主観的要素として当然に厳格な証明の対象となる「事実」（317条）に当たるところ、上述のとおり、これを推認させる間接事実が関連性を欠く場合には事実認定の資料として用いることは許されない。

(2) 被告人が近接した日時場所において類似した態様で引き続いて2つの事件を起こしたことを前提とする場合、両事実における被告人の主観面が同一である可能性が高いと推認することには一定の合理性が認められる。そうであれば、犯罪の客観的要素が他の証拠によって証明された場合に、類似事実の存在から被告人が当該事実の際と同一の主観面を有していた事実を推認することは合理的である。したがって、上記の場合、当該事実を証拠として許容しても実証的根拠の乏しい人格評価によって事実認定を誤らせるおそれはないから、これを犯罪の主観的要素の認定に用いることが許される。

ア 事件②において甲が軽自動車を被害者に衝突させたことは争点となっていないところ、甲の犯人性及び犯罪の客観的要素（実行行為の存在）については、甲の自白により証明される。また、事件②の犯人が衝突行為の直後、「怪我はありませんか。」と声を掛けながら被害者に歩み寄り、被害者が手に持っていたセカンドバッグに手を掛けたことについては、被害者B及び目撃者Xの供述により証明される。そうすると、甲が事件①を敢行したわずか1時間後に、上述のとおり事件①と共通する状況の現場において、類似の態様による衝突行為及びそれに引き続く上記一連の行為を行ったことからすれば、事件②における衝突行為も事件①の際と同一の目的、すなわち金品奪取の目的でなされたものであると考えることは、論理則、経験則に適う合理的なものといえる。すなわち、上述した犯人性の問題とは異なり、近接した日時場所において、甲が夜間に路上の歩行者を狙って類似した態様で引き続いて事件①及び事件②を起こしたことを前提とすれば、事件①の犯行動機、目的等から、事件②のそれを推認することは許容されるというべきである。更に言えば、夜間に交通量も人通りも少ない住宅街で歩行者の背後から車両を衝突させるという行為態様それ自体から、事件②における衝突行為は過失による事故ではなく甲の故意によるものであったことが一定程度推認されるところ、故意による衝突であることを前提とする限り、見ず知らずの被害者に、単に怖がらせたり、傷害を与えたりするためだけに車両を衝突させるというのは甚だ考え難いことから、上記推認は合理的であるといえる。

イ 以上より、第2立証を許容しても実証的根拠の乏しい人格評価によって事実認定を誤らせるおそれはないから、類似事実である事件①を事件②における犯罪の主観的要素である金品奪取の目的の認定に用いることが許容されるというべきである。

- 2 以上より、「事件①で甲が金品奪取の目的を有していたこと」は「事件②で甲が同目的を有していたこと」との関係で法律的関連性が認められる。したがって、第2立証は許される。

以上

[論点解説]

1 同種前科・類似事実による犯人性の立証

一般に、被告人の同種前科又は被告人の行った類似の犯罪事実（以下、「同種前科等」という。）の存在は、被告人の犯人性にとって必要最小限度の証明力を有すると考えられ、**自然的関連性**は肯定できる。しかしながら、その立証による弊害の大きさを考慮すると、政策的観点から**法律的関連性**を否定すべきと考えられている。参考判例 1も「前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。」と述べて自然的関連性を認めた上で、「反面、前科、特に同種前科については、**被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく**、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、…その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある」と述べて弊害の大きさを指摘している。もっとも、上記の弊害が生じるのは、同種前科等から「被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価」をする場合である。すなわち、同種前科等から“その種の犯罪を行う傾向”を推認し（**推認①**）、そのような犯罪性向（悪性格）から被告人の犯人性を推認する（**推認②**）、という立証構造（「悪性格」を介在させた**二重の推認過程**）となる場合に生じる弊害が問題視されるのであり、参考判例 2は「被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという**実証的根拠に乏しい人格評価を加え**」（**推認①**）、「これをもとに犯人が被告人であるという**合理性に乏しい推論をする**」（**推認②**）ことは許されない、と説明している。

これに対して、同種前科等が「被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価」につながる危険がない場合であれば、上記の弊害は生じないことから、政策的観点からもその法律的関連性を否定する必要はないと解される。参考判例 1も「前科証拠によって証明しようとする事実について、**実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許される**」と述べて同種前科等の立証が許容される余地を認めているところ、「前科証拠を**被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合**についていうならば、前科に係る犯罪事実が**顕著な特徴**を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と**相当程度類似**することから、**それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させる**ようなものであって、初めて証拠として採用できる」と判示した。すなわち、前科証拠から「**顕著な特徴**」を有し、かつ、本件と「**相当程度類似**」する犯罪事実の存在が「証明」

（「推認」ではない）された場合、2つの事実（前科事実と本件事実）の犯人が別人であるということは経験則上想定し難く、前科事実自体から2つの事実の犯人が同一であると「推認」することは合理的な事実認定であると考えられることから、このような推認であれば、上述した**推認①**の過程が存在しない（「悪性格」を介在させない）ため、法律的関連性を肯定することができる。そして、参考判例 2は、参考判例 1を引用した上で「このことは、**前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも同様に当てはまる**」と述べている。以上のとおり、同種前科等を犯人性の立証に用いる場合、「悪性格」（実証的根拠の乏しい人格評価）を介在させた**二重の推認過程**となるか否かという視点から立証構造を分析して、その許容性を判断する必要がある。

2 「顕著な特徴」の認定

類似事実の特徴それ自体が持つ犯人性の推認力が強いとはいえない場合であっても、被告人が犯人であることを推認させる他の事情（例えば、**犯行日時・場所の近接性**等）が付加されれば推認力が高まることから、そのような場合は他の証拠の証明力の程度と相關的に「**顕著な特徴**」の要件を緩和することも許される、と解する見解がある。たしかに、「**顕著な特徴**」の要件を厳格に判断しなければならないのは、他の犯罪事実の「**類似性**」それ自体を根拠として犯人性を推認する場合であり、そうだとすれば、「**類似性**」以外の点でも犯人性を推認し得る事情があるのであれば、類似事実の特徴それ自体に高度の推認力を要求する必然性はないとも考えられる。このような考え方から、参考判例 2の**金築裁判官補足意見**は、「**顕著な特徴**」という例外の要件について、**事案により、ある程度の幅をもって考えることは、必ずしも否定されない**」とした上で、本件が「**約4か月という短期間に多数の類似犯罪事実が連続的に犯された**」事件であることを前提として、「**被告人が上記多数の住居侵入・窃盗の犯人であることは、他の証拠によって立証されており、その犯人と放火犯人との同一性という、限局された範囲における推認である**」こと、「**併合審理される類似事実**」は、前科とは異なり、「**その存在自体で人格的評価を低下**

させる危険性や、…争点拡散のおそれは、考え難い」こと等を理由として、「本件において「顕著な特徴」という要件が満たされていると解する余地もある」と述べている。

3 犯罪の主観的要素の立証

犯罪事実を証明するための間接事実として同種前科等を用いる場合として、上記犯人性の立証の場面以外にも、**犯罪の主観的要素**を推認する場合が問題となる。**参考判例3**は「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる」場合において、「詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定」することは許容されると判示している。もっとも、同判例の理解には注意が必要である。上記判旨を、“被告人は以前同種の行為を意図的に行った者であるから今回も意図的な犯行である”との推認を許す趣旨であると理解するのは不適切である。なぜなら、そのような推認は、結局、同種前科等から被告人に“この種の犯罪を意図的に行う犯罪性向”があることを推認し（**推認①**），そこから本件犯罪についての故意を推認する（**推認②**），という立証構造（**悪性格**）を介在させた**二重の推認過程**）に他ならず、上記犯人性の立証の場合と全く同様の評価が妥当するからである。**参考判例3**の判示する趣旨は、“過去に「A」という事実があった時に、それに対する被告人の認識が「a」であったというのであれば、今回もまた「A」という事実があったのであるから、それに対する被告人の認識も同じく「a」であったはずだ”という推認を許容するものに過ぎないと理解すべきである。同判例の事案では、過去に被告人が「社会福祉事業のための寄附金名目で募金を集めて金銭の交付を受けたという事実」（A）があり、その時の被告人の認識は「相手方は募金の趣旨について誤信して金銭を交付しているという認識」（a）であった。このことから、今回も被告人が「社会福祉事業のための寄附金名目で募金を集めて金銭の交付を受けたという事実」（A）という前回と同じ客観的事実が証拠によって証明された以上、その事実に対する被告人の認識も前回と同じく「相手方は募金の趣旨について誤信して金銭を交付しているという認識」（a）であろう、と推認することができる。これはいわば「**同一事実に対する認識の同一性**」を推認するものであり、被告人の詐欺の前科から、“今回も被告人は相手方を騙そうとしていたのであろう”という「**犯行の動機・意図**」を推認しているわけではない。そして、このような「**同一事実に対する認識の同一性**」の推認にとどまるのであれば、「**実証的根拠の乏しい人格評価**」を介さない合理的な推認であるといえる。

<参考判例>

1【最判平 24.9.7（同種前科による犯人性立証）】

「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかどうか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるものではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるものというべきである。

前刑放火は、原判決の指摘するとおり、11件全てが窃盗を試みて欲するような金品が得られなかったことに対する鬱憤を解消するためになされたものであること、うち10件は侵入した室内において、残り1件は侵入しようとした居室に向けてなされたものであるが、いずれも灯油を撒布して行われたものであることなどが認められる。本件放火の態様は、室内で石油ストーブの灯油をカーペットに撒布して火を放ったという犯行である。…しかしながら、窃盗の目的で住居に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した居室内に石油ストーブの灯油を撒いて火を放つという態様もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点を持つ、本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。…

上記のとおり、被告人は、本件放火に近接した時点で、その現場で窃盗に及び、十分な金品を得るに至らなかったという点において、前刑放火の際と類似した状況にあり、また、放火の態様にも類似性はあるが、本件前科証拠を本件放火の犯人が被告人であることの立証に用いることは、帰するところ、前刑放火の事実から被告人に対して放火を行う犯罪性向があるという人格的評価を加え、これをもとに被告人が本件放火に及んだという合理性に乏しい推論をすることに等しく、このような立証は許されないものというほかはない。」

2【最決平 25.2.20（類似事実による犯人性立証）】

「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるところ（最高裁平成23年（あ）第670号同24年9月7日第二小法廷判決・裁判所時報第1563号6頁参照）、このことは、前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも同様に当てはまると解すべきである。そうすると、前科に係る犯罪事実や被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似していない限りは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、許されないというべきである。

これを本件についてみるに、原判決指摘アの色情盗という性癖はさほど特殊なものとはいえないし、同イの、あらかじめ下見をするなどして侵入先の情報を得る、女性用の物の入手を主な目的とする、留守宅に窓ガラスを割るなどして侵入するという手口及び態様も、同様にさほど特殊なものではなく、これらは、単独ではもちろん、総合しても顕著な特徴とはいえないから、犯人が被告人であることの間接事実とすることは許されないというべきである。また、原判決指摘ウの「特異な犯罪傾向」については、原判決のいう「女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明できないような、女性に対する複雑な感情を抱いて、室内に火を放ったり石油を撒いたりする」という行動傾向は、前科に係る犯罪事実等に照らして

も曖昧なものであり、「特異な犯罪傾向」ということは困難である上、そもそも、このような犯罪性向を犯人が被告人であることの間接事実とすることは、被告人に対して実証的根拠の乏しい人格的評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにほかならず（前掲最高裁平成24年9月7日判決参照）、許されないというべきである。

【裁判官金築誠志の補足意見】

「私は、原判決が、被告人の前科に係る犯罪事実並びに第1審判決判示第1ないし第9及び第19の各事実をもって、同第10ないし第15、第18及び第20の各事実の犯人が被告人であることの間接事実の一つとしたことを違法であるとする本決定に賛成するものであるが、本決定が、前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも、法廷意見が引用する平成24年9月7日第二小法廷判決の法理が同様に当てはまるとしていることなどについて、本件事案に即してみると、留意すべき点があるように思うので、私見を付加しておくこととしたい。

…住居侵入・窃盗の際に侵入先の室内において放火を行ったという同種前科の存在自体を、本件放火の犯人が被告人であることの間接事実とすることも、上記第二小法廷判決の法理に照らし、許されないと解すべきである。前科は、被告人の人格評価を低下させ、ひいては犯人性の認定に影響を及ぼすおそれの否定できない証拠であり、同種前科であれば特にそのおそれは強い。

…それでは、本件において併合審理された類似事実についても、同様に考えるべきであろうか。…被告人の認めている2件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火を、他の8件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火の犯人が被告人であることの間接事実とすることができるのかという観点もある。この観点については、他の類似犯罪事実をもって被告人の犯罪傾向を認定し、これを犯人性の間接証拠とするという点で、上記第二小法廷判決が戒める人格的評価に基づく推論という要素を含んでいることは否定できない。したがって、基本的には、同判決が示した法理に従うべきであろうが、この法理が、自然的関連性のある証拠の使用を、不当な予断・偏見のおそれや合理的な根拠に乏しい認定に陥る危険を防止する見地から、政策的考慮に基づいて制限するものであることに鑑みれば、「顕著な特徴」という例外の要件について、事案により、ある程度の幅をもって考えることは、必ずしも否定されないのではないだろうか。

上記第二小法廷の事案が、窃盗の件数は31件の多数に上るのに、放火は1件にとどまるのに対し、本件は、20件のうちの半数において放火が起訴され、しかも約4か月という短期間に多数の類似犯罪事実が連続的に犯されたというものであって、事案に重要な差異がある。また、前述のように、本件においては、被告人が上記多数の住居侵入・窃盗の犯人であることは、他の証拠によって立証されており、その犯人と放火犯人との同一性という、限局された範囲における推認であることも、考慮すべき点といえよう。さらに、併合審理される類似事実については、前科についてみられる、その存在自体で人格的評価を低下させる危険性や、同判決が指摘する争点拡散のおそれは、考え難い。これらの点を総合的に考慮すれば、本件において「顕著な特徴」という要件が満たされていると解する余地もあるのではないかと思う。

3 【最決昭 41.11.22（同種前科による主観的要素の立証）】

「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない。

4 【東京高判平成 25.7.16（時間的・場所的に近接した類似事実）】

「1 同様の態様の事件が場所的、時間的に近接して起こった場合であっても、一方の犯人であることから他方の犯人であると推認するためには、他の者がたまたま似通った態様で犯した可能性を一般に排除し得るだけの根拠が必要であり、両者の場所的、時間的近接性が極めて高く、他の者がたまたま犯したとみるのは偶然の一致が過ぎて無理があるというような事態（本件の両事件間には、それほどの近接性は認められない。）を除けば、同一犯によるものとみることが合理的といえるほどの特異性が、双方に共通してみられることが求められる。すなわち、被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人との同一性の間接事実とすることは、他の犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認できるようなものでない限りは、一般に許されないというべきである（最高裁平成25年2月20日第一小法廷決定・刑事判例集67巻2号1頁参照）。原審は、まさに被告人の他の犯罪事実であるB事件を、A事件における被告人と犯人との同一性の間接事実とするものとみられるから、B事件の犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明

対象であるA事件と相当程度類似している場合でなければ許されない。

確かに、B事件は、女性が一人で歩いているところに、車両を運転して背後から近づき衝突させ、同女を車両に押し込んで、同車内で強姦するというものであり、A事件も、女性が一人で歩いているところに、車両を運転して、背後から近づき衝突させるというものであるから、その犯行の手口等の特徴は相当程度類似しているといえ、その手口はかなり特異なもので、取り調べ済の証拠により、平成20年から平成24年までの5年間において、全国で公訴提起された強姦罪・同致傷罪、強制わいせつ罪・同致傷罪のうち、本件と同様の手口のもは、被告人に係る事件を除外すると5名にすぎないことが認められる。しかし、それでもこの種事犯に関しては、検挙にまで至らない暗数の存在も見込まれ、少なからぬ類似事例が存在するとうかがわれる上、手口が非常に特殊で、そのような手口の犯行であること自体から、他の者による犯行とは考え難く同一人の犯行であると推認できるほどの特異性は認められず、この程度の手口の類似性を根拠として両事件の犯人が直ちに同一であると推認することまではできない。

したがって、B事件の犯罪事実は、上記判例のこのような顕著な特徴を有しているとはいえないから、原判決が、B事件と同じ手口であることをも根拠として、両事件に使用された車両がいずれも被告人車両であり、その結果、A事件の犯人が被告人であると認定した点は、そのまま是認することはできない。

2 原判決は、A事件について、具体的に、被害者Aは、被告人車両に背後から衝突されたことでフェンスにたたきつけられ、膝を打つなどし、左肩打撲、腰部、臀部、両膝打撲、左膝擦過傷、頸椎捻挫等の傷害を負っており、被告人の衝突行為は、接触程度の軽いものとはいえ、強い衝撃を与えるものであり、その衝突態様や時間帯、衝突場所の状況に加えて、被告人が本件A事件の約1時間35分後に、B事件（強姦致傷等）の犯行に及んでいることからすれば、本件衝突行為も強姦の目的でなされたものということが出来る旨説示する。

原判決の上記認定及び判断は、論理則、経験則等に適う合理的なものといえる。犯人性の問題とは異なり、近接した日時場所において、被告人が深夜に一人歩きの若い女性を狙って類似した態様で引き続いてA、B事件を起こしたことを前提とすれば、B事件の犯行動機、目的等から、A事件のそれを推認することは許容される（最高裁昭和41年11月22日決定・刑集20巻9号1035頁等参照。）。所論がいうように、見ず知らずの女性に、単に怖がらせたり、傷害を与えたりするためだけに車両を衝突させるというのは甚だ考え難いことから、上記推認は合理的であるといえる。」

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2024 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL24829