

# 同時傷害の特例（刑法207条）の 限定的解釈に関する一試論

水 落 伸 介

- I. はじめに
- II. 一部の行為者が重い結果に対して責任を負う場合における207条適用の可否
  - 1. 最決平成28年3月24日刑集70巻3号1頁の概要
  - 2. 第1審判決に対する批判
  - 3. 平成28年決定の分析
  - 4. 小括
- III. 一部に共同正犯関係が認められる場合における207条適用の可否
  - 1. 最決令和2年9月30日裁判所ウェブサイトの概要
  - 2. 従来の裁判例
  - 3. 検討
  - 4. 小括
- IV. 傷害致死事案における207条適用の在り方
  - 1. 「傷害」と死亡との関係をめぐる諸見解
  - 2. 私見
- V. 結論

## I. はじめに

刑法207条は「2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。」と規定する。

本条の法的性質に関して、各々の被告人の暴行と被害者に生じた傷害結果との間の因果関係を推定し、その不存在の举证責任を被告人に転換したものであるとする見解が通説であるとされる<sup>1</sup>。共同正犯としての関係を擬制することまで認めるかをめぐっては見解の相違が見られる<sup>2</sup>ほか、最近では因果関係の推定とは異なる立場から、「207条の固有の違法性」を認めようとする見解<sup>3</sup>、「加重暴行」を処罰する規定であるとする見解<sup>4</sup>、「意思連絡なき共同正犯」を処罰しようとするものであるとする見解<sup>5</sup>なども主張されているが、後述する最決平成28年3月24日刑集70巻3号1頁<sup>6</sup>（以

1 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻』（青林書院、2006年）482頁〔渡辺咲子〕参照。

2 共同正犯との類似性を要求することを疑問視するものとして、橋爪隆「同時傷害の特例について」法学教室446号（2017年）123頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）50頁以下など。これに対して、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2018年）57頁脚注23は、207条は「制裁（媒介）規範」であるとする。団藤重光編『注釈刑法（5）各則（3）』（有斐閣、1968年）98頁〔高田卓爾〕も「60条の適用を示すのが正しい」としていた。

3 樋口亮介「同時傷害の特例（刑法207条）」研修809号（2015年）15頁以下は「207条・204条という法令が適用される場合、同時傷害という固有の罪が成立していると理解すべきである」とする。

4 辰井聡子「同時傷害の特例について ―限定的解釈の可能性―」立教法務研究9号（2016年）13頁。

5 玄守道「刑法207条の研究 ―同時傷害の特例?」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）703頁以下。

6 水落伸介「判批」法学新報123巻3・4号（2016年）213頁を併せてご参照いただければ幸いである。

下、「平成28年決定」という）が前述の通説の立場を採用したことから、少なくとも実務上はこの争いには決着がつけられたといってよいし、この先もこの見解が学説上大きな影響力を持ち続けるであろう。

また、本条がいわゆる利益原則に抵触するおそれのあることから、その適用範囲を限定するために、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<sup>7</sup>や、各々の暴行につき共同正犯関係を擬制されてもやむを得ないほどの密接な関係性（場所的・時間的・近接性）<sup>8</sup>がそれぞれ要求されてきたところ、平成28年決定はこの点についても通説の考え方を大筋で是認した。その具体的適用の在り方に関しては異論の余地もあり得るが、本条の適用範囲を限定しようとする着眼点それ自体は正当であると評価できよう。

本稿は、これらの点に対して何か異論を唱えようとするものではない。しかしながら、こうした通説の理解をひとまず前提とするとしても、そこから導き出される具体的な帰結にはいくつかの疑問が残る。

第1に、平成28年決定がそうであったように、後行者の暴行が先行者の暴行による被害者の傷害を悪化・拡大させたことが認定される場合、その限りで最終的な傷害結果との間に因果関係が認められると解される<sup>9</sup>。そう

---

7 木村栄作「傷害致死罪の同時犯をめぐる諸問題」白井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅲ』（大学書房、1975年）463頁。裁判例として、東京高判平成20年9月8日判タ1303号309頁、東京高判平成25年8月1日高刑速報（平成25年）号100頁など。

8 大塚ほか編・前掲注（1）484頁〔渡辺〕参照。

9 石田寿一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度（2015年）455頁、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）154頁以下、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）388頁、松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治64巻1号（2013年）16頁以下、水落伸介「判批」法学新報121巻3・4号（2014年）335頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）369頁など。谷岡拓樹「承継的共犯の判例について（3・完）」早稲田大学大学院法研論集172号（2019年）130頁以下も参照。これに反対するものとして、小林憲

すると、後行者には最終的な傷害結果につき傷害（致死）罪の成立が認められるから、本条の存在根拠としてよくいわれる「誰も重い結果に対して責任を負わない不都合」は生じないのではないか。文言上も、重い傷害を生じさせたのは後行者だと認定できるから、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」という要件を満たさないのではないか。

第2に、この疑問は一部の暴行に共同正犯関係が認められる場合にも妥当する。つまり、最初から暴行に関与していた先行者は最終的な傷害結果全体について責任を負わなければならないから、先行者の単独暴行によって傷害結果が発生した場合はもちろん、後行者との共同暴行によってこれが発生した場合であっても、少なくとも先行者には傷害結果全体に対する傷害罪の成立が認められる。そうすると、「その傷害を生じさせた者」は先行者であると確定できるから、この場合にも後行者につき207条の適用を認めなければならないほどの不都合は生じていないのではないか。

第3に、207条における「傷害」に死亡を含むかという条文解釈をめぐる問題がその具体的適用例を離れて抽象的に議論されるにとどまってきたがために、同条を傷害致死罪にも適用できるとする見解<sup>10</sup>に対してややもすると不当な批判が向けられてきたように思われる。つまり、同条は罪刑

太郎「承継的共犯・再論」研修820号（2016年）4頁以下、同「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号（2014年）6頁以下、豊田兼彦「判批」新・判例解説 Watch vol.16（2015年）169頁など。平盛洋輔「判批」同志社法学385号（2016年）250頁以下も参照。

- 10 板倉宏『刑法各論』（勁草書房、2004年）35頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）65頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）42頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）419頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）202頁、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003年）43頁、前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』（東京大学出版会、2020年）33頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019年）419頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2018年）44頁、山口・前掲注（2）51頁など。なお、齊藤信宰『新版刑法講義〔各論〕』（成文堂、2007年）48頁は、207条の「重」とは「致死」を意味すると解している。

法定主義に反するおそれのある例外的規定であり、その運用は厳格でなければならないから、傷害致死の事案に同条を適用してはならない、あるいは「傷害」に死亡を含めるべきではない、とする批判がそれである<sup>11</sup>。しかしながら、後述するようにこうした限定的解釈が事案によってはかえって被告人を重く処罰することに繋がり得るとすれば、先の常套的批判は再検討されなければならないように思われる。

本稿は、以上の問題関心から、同時傷害の特例の適用範囲をめぐる最近の2つの最高裁判例を素材としつつ、207条は具体的な因果関係を立証しない限り誰も重い結果について責任を負う者がいなくなるという不合理な結果が生じるのを避けるための例外的規定であるから、その適用範囲は出来る限り制限すべきであるとされてきたこと（以下、このような意味で「例外性」ということがある）を改めて重視し、これに理論的基礎付けを与えることで、本条の限定的解釈の可能性<sup>12</sup>を模索するものである。

## Ⅱ．一部の行為者が重い結果に対して責任を負う場合における207条適用の可否

### 1．最決平成28年3月24日刑集70巻3号1頁の概要

まずは、以降の議論の前提として平成28年決定を確認しておきたい。

---

11 さらに、関哲夫『講義刑法各論』（成文堂、2017年）49頁脚注18は、傷害致死の事案に207条を適用することは憲法31条に違反するとする。

12 207条はあくまでも違憲であると主張する近時のものとして、浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）47頁。なお、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）190頁は「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であろう。」としていた。しかし、共同正犯関係にない者同士が同一の被害者に対して時間的に前後して暴行を加えるということはどの被告人にとっても偶然に左右される事情であるから、同時暴行を重く処罰しようとすることは個人責任の原則に抵触するように思われる。

### （1）事実の概要

被告人A及び同Bは、犯行現場となった本件ビルの4階にあるバーの従業員であるが、被害者が飲食代金の支払いを終えないうちに店外に出たため、被告人両名は被害者の後を追って店外に出て、本件ビルの4階エレベーターホールで被害者に追いつき、午前6時50分頃から午前7時10分頃までの間、相互に意思を通じた上で、こもごも、次のような暴行（第1暴行）を加えた。すなわち、被告人Aが、4階エレベーターホールで被害者の背部を蹴って、3階へ至る途中にある階段踊り場付近に転落させ、さらに、被害者をエレベーターに乗せた際、その顔面をエレベーターの壁に打ちつけ、4階エレベーターホールに引きずり出すなどし、被告人Bが、同ホールにあったスタンド式灰皿に、被害者の頭部を打ちつけるなどした。その上、被告人Aは、床に仰向けに倒れている被害者の顔面を拳や灰皿の蓋で殴り、顔面あるいは頭部をつかんで床に打ちつけるなどし、被告人Bも、被害者を蹴り、馬乗りになって殴るなどした。

被害者は店の中に連れ戻されたが、午前7時49分頃、突然、走って店外へ出て行った。被告人Cは、午前7時50分頃、電話をするために本件ビルの4階エレベーターホールに行った際、Dが被害者の逃走を阻止しようとしているのを知り、Dが被害者を取り押さえている現場に行った。被告人Cは、その後の午前7時54分頃までにかけて、次のような暴行（第2暴行）を加えた。すなわち、被告人Cは、階段の両側にある手すりを持って、自身の身体を持ち上げ、寝ている体勢の被害者の顔面、頭部、胸部付近を踏みつけた上、被害者の両脚を持ち、3階まで被害者を引きずり下ろし、サッカーボールを蹴るように被害者の頭部や腹部等を数回蹴り、いびきをかき始めた被害者の顔面を蹴り上げるなどした。

午前7時54分頃、通報を受けた警察官が臨場した時には、被害者は、大きないびきをかき、まぶたや瞳孔に動きがなく、呼びかけても返答がない状態で倒れていた。被害者は、午前8時44分頃、病院に緊急搬送され、開頭手術を施行されたが、翌日午前3時54分頃、急性硬膜下血腫に基づく急

性脳腫脹のため死亡した。

第1暴行と第2暴行は、そのいずれもが被害者の急性硬膜下血腫の傷害を発生させることが可能なものであるが、被害者の急性硬膜下血腫の傷害が第1暴行と第2暴行のいずれによって生じたのかは不明である。

## （2）訴訟経過

第1審判決（名古屋地判平成26年9月19日刑集70巻3号26頁）は、概ね次のように判示して207条の適用を否定し、被告人A及び同Bに対しては共同正犯としての傷害罪の成立を、被告人Cに対しては傷害致死罪の成立を、それぞれ認めた。すなわち、「第1暴行が終了した段階では、急性硬膜下血腫の傷害が発生しておらず、もっぱら第2暴行によって同傷害が発生させた可能性はもとより存するが、仮に、第1暴行で既に同傷害が発生していたとしても、第2暴行は、同傷害を更に悪化させたと推認できるから、第2暴行は、いずれにしても、被害者の死亡との間に因果関係が認められることとなり、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」。

これに対して、検察官及び被告人Cから各控訴の申立てがなされたところ、控訴審判決（名古屋高判平成27年4月16日刑集70巻3号34頁）は、概ね次のように述べて第1審判決を破棄し、本件を名古屋地方裁判所に差し戻した。すなわち、「もし、両暴行に機会の同一性が認められるのであれば、取りあえず、死亡の結果の発生をひとまずおいて考えれば、同時傷害の特例に関する刑法207条が適用され、被告人3名全員が、両暴行のいずれか（あるいはその双方）と因果関係がある急性硬膜下血腫の発生について、共犯として処断されることになることに疑いはない」。このような前提で考える以上、「被告人3名が共犯としての刑責を負うべき急性硬膜下血腫を原因として生じた被害者の死亡についてもまた、被告人3名は共犯としての刑責を負うことになる」と解すべきであって、結局、被告人3名

は、上記死亡を内容とする傷害致死罪の共犯として処断されることになる  
と解すべきである（最高裁判所昭和26年9月20日第一小法廷判決・刑集5  
巻10号1937頁参照。）。これに反する第1審判決は、「本件で、急性硬膜  
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いわざるを得ない」。

### (3) 決定要旨

被告人A、B及びCから上告がなされたところ、最高裁は次のように述  
べて本件上告を棄却した。

「同時傷害の特例を定めた刑法207条は、2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、傷害についてそ  
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2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。」<sup>13</sup>

## 2. 第1審判決に対する批判

平成28年決定をめぐっては、既に多くの論稿が発表され議論されているところ、その多くは（残念ながら）同決定あるいは控訴審判決に賛成する立場からのものである。まずは同事案における第1審判決を批判する立場からの主張とそれに対する反論を確認しながら、これまでの議論状況を整理しておきたい。

第1の批判は、第1審判決が「同時傷害致死罪の規定（刑法207条）」と述べている点に向けられる。つまり、207条はあくまでも同時傷害の特例であるから、まずは死因である急性硬膜下血腫の傷害と各暴行との間の因果関係の存否を問題とすべきであり、暴行と「死亡」との間の因果関係を直接に問題とするのは誤りであるとされる<sup>14</sup>。もし第1審判決が刑法207条にいう「傷害」に「傷害による死亡結果」を含ませるという解釈を採るならば、それは類推解釈との誹りを免れないという<sup>15</sup>。

しかし、「訴訟経過」の箇所でも言及したように、第1審判決は「もっぱら第2暴行によって同傷害を発生させた可能性はもとより存するが、仮に、第1暴行で既に同傷害が発生していたとしても、第2暴行は、同傷害

---

13 差戻後の被告人Cについては名古屋地判平成28年11月25日LEX/DB 25544750を、被告人AおよびBについては名古屋地判平成30年11月26日LEX/DB 25562104および名古屋高判令和元年11月29日LEX/DB 25564720を参照。いずれにおいても207条の適用が肯定されている。

14 松村香「判批」警察公論72巻5号（2017年）94頁、吉川崇「判批」警察学論集69巻9号（2016年）183頁など。

15 城下裕二「同時傷害の特例と限定解釈」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2018年）63頁。もっとも、城下自身はこの点に関する控訴審判決の指摘は必ずしも適切ではないとしている。

を更に悪化させたと推認できる」と述べているのであるから、実質的には各暴行と「死因となった傷害」との間の因果関係を問題としてしていると解する余地がある<sup>16</sup>。つまり、もっぱら第2暴行によって死因となった傷害が発生した場合はもちろん、第1暴行によって既に生じていた傷害を第2暴行が更に悪化させた場合にも、少なくともその「最終的な傷害」を発生させたのは後行者であり、それが原因で被害者が死亡したという因果関係を認めることができるから、後行者にはいずれにせよ傷害致死罪が成立するという理解である<sup>17</sup>。この理解によれば、「最終的な傷害」を発生させた者を確定することができるかどうかが重要であり、これが肯定される場合には207条にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」には当たらないと結論付けることとなる<sup>18</sup>。なお、このように考えてみると、同条の「傷害」に死亡を含めるかどうかの判断を第1審判決は留保していたとみることができるかもしれない。

第1審判決に対する第2の批判は、控訴審判決も指摘するように、「急性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

---

16 照沼亮介「同時傷害罪に関する近時の裁判例」上智法学論集59巻3号（2016年）77頁脚注10。松尾誠紀「判批」刑事法ジャーナル49号（2016年）199頁は、より端的に「第1審は、傷害との因果関係を検討せずに死亡との間の因果関係を直接問題にするものではない。」とする。

17 これに対して、豊田兼彦「判批」平成27年度重要判例解説（2016年）152頁は、第1審判決が「同時傷害致死罪の規定（刑法207条）」と述べていることを重視し、死亡を207条の「傷害」に当てはめることにより、同条からストレートに（傷害罪の共同正犯を経由することなく）各人に傷害致死罪の成立を認める立場が採られていると解することができるとする。

18 大谷實「同時傷害の特例（刑法207条）を考える——最高裁第三小法廷平成28年3月24日決定を契機として」判例時報2332号（2017年）5頁以下は、207条を傷害致死罪に適用すべきでないとする立場に立ちつつも、第1審判決が妥当であったとする。もっとも、大谷は急性硬膜下血腫の症状につき誤った認識を前提としているように思われる。第1審判決が採用する脳外科医Dの証言（刑集70巻3号379頁）参照。

る結果となることを看過したものである」という点に向けられる<sup>19</sup>。第1審判決は2つの可能性を択一的に認定しているに過ぎないところ、真実が「もっぱら第2暴行によって死因となった傷害が発生した」のだとすれば先行者は同傷害についてももちろん責任を負わないし、真実が「第1暴行によって既に生じていた傷害を第2暴行が更に悪化させた」のだとすれば後行者は同傷害の発生については責任を負わないことになるが、それは不当だということである。

この批判の意図するところは理解可能である。第1審判決のような理解によれば、後行者ばかりが重く処罰され、先行者には207条が適用されない結果、著しい不均衡が生ずることになると批判されるように<sup>20</sup>、事実、第1審判決は、先行者2名には懲役3年を宣告したのに対して、後行者には懲役9年を言い渡していた。本事案における各被告人の行為態様等を勘案するならば、これほどの量刑格差が認められるべきではないとの考慮が働いた可能性は否定できない<sup>21</sup>。

しかしながら、「はじめに」でも触れたように、後行者は急性硬膜下血腫の傷害の発生を含めた最終的な傷害結果全体に対して責任を問われるべきであると考えられる。この理解によれば、急性硬膜下血腫の傷害の発生について誰も責任を問われないとする批判は当たらないことになる。仮にこのような理解が支持されないとしても、傷害致死の事案では致死結果につき誰も責任を負わないことこそが問題であるとすれば<sup>22</sup>、後行者に傷害致死罪の成立がいずれにせよ認められる場合に、重ねて急性硬膜下血腫の傷害の発生につき全員に責任を問うことにどれほどの意味があるのか疑問

---

19 内田浩「判批」判例セレクト2015〔I〕（法学教室425号別冊付録）（2016年）31頁、鶴鶴昌二「判批」研修807号（2015年）10頁。

20 橋爪隆「同時傷害の特例の適用について」警察学論集72巻12号（2019年）180頁。

21 水落・前掲注（6）220頁以下。

22 安田拓人「判批」法学教室430号（2016年）150頁。

が残る<sup>23</sup>。

被告人間の量刑格差の問題に関しては、次のことを指摘することができよう。つまり、いずれかの暴行が被害者の死因となった傷害を生じさせたことも、両者が相俟って当該傷害が生じたことも証明されていない以上、207条適用の有無をいったん措いて考えるならば、第1暴行を加えた被告人両名の暴行は当該傷害とは無関係であったと評価せざるを得ないのだから、いずれにせよ被害者の死亡と因果関係を有する後行者に対する量刑と同等の量刑を先行者2名に科すことが正当化されるかは疑わしい。第1暴行と死因となった傷害結果発生との間の因果関係が証明されていないのに、先行者2名の暴行も相応に重大なものとして評価されるべき事案であると考えすることは評価矛盾であり、207条の適用を是認すべきとする結論の先取りに他ならないであろう。重く処罰したい事案であるから207条の適用が認められるのではなく、207条の適用が認められる事案であるからこそ重く処罰することが許容されるのである<sup>24</sup>。量刑格差を問題視する見解は、この点を看過しているように思われる。

### 3. 平成28年決定の分析

#### (1) 「傷害」の意味内容

しかしながら、平成28年決定の立場を支持する見解は少なくない。その論拠の1つとして、同条の「傷害」を前述のように「最終的な傷害」として理解することの問題点が指摘されている。その要旨は次のようにまとめることができる。

---

23 松尾・前掲注（16）200頁。

24 ただし、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頁や樋口・前掲注（3）16頁は、207条を適用したことを量刑上考慮すべきだとする。

第1に、傷害概念は様々な程度を観念できるから、傷害がいったん「死因の下限」を超えた後も、悪化の各段階を独立の「傷害」として捉えることができる。しかし、後行者の暴行が因果関係を有していると認められる「悪化した」段階を「傷害」結果として選び出し、その「悪化した傷害」との関係で207条の適用の可否を検討するならば、後行者の暴行が先行者の暴行の程度と比べて軽微なものであったとしても、後行者の方の因果関係は間違いなく証明されるから、必然的に207条の適用が否定される。その結果、後行者は傷害致死罪の罪責を負うが、先行者の方は自身の暴行だけで既に「死因の下限」を突破していたことが証明されない限り傷害致死罪の罪責を負わない、という結論になる。これでは後行者の方だけが常に容易に傷害致死罪の罪責を負うという「不均衡」が生じる。そうすると、最高裁のいう「死因となった傷害」とは、「死因の下限を初めて超えた傷害」（死因を構成する傷害の「発症」）として理解すべきものだと考えられる<sup>25</sup>。

第2に、検察官によって「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」が証明されていることが207条適用のための前提であるから、最終的に認められる当該傷害（あるいは死亡結果）に対し、後行者の暴行が全く寄与していないことを想定する方が難しい。そうすると、第1審判決の見解によれば同条が適用される場面というのは極端に少なくなる<sup>26</sup>。

第3に、第1審判決のように解釈するならば、先行者は「自己の関与した暴行がその最終的な傷害結果を惹起していないこと」を立証すれば、傷害の責任を免れるのであるから、後行者の暴行によって、少なくとも当初

---

25 杉本一敏「判批」論究ジュリスト28号（2019年）186頁、同「同時傷害の特例（刑法207条）の解釈論的問題（上）」早稲田大学法務研究論叢3号（2018年）38頁。

26 細谷泰暢「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成28年度）（2019年）26頁、松尾・前掲注（16）190頁。

の傷害がさらに悪化・拡大したことを立証すれば十分ということになるが、これでは207条の適用範囲が著しく限定されてしまう。そして、このような解釈によって同条の適用を排除した場合、後行者は、被告人に有利な認定として、既に生じていた急性硬膜下血腫を悪化・拡大させたという評価の限度で、傷害（致死）罪の罪責を負うことになるため、結局、「既に生じていた（とされる）急性硬膜下血腫」の発生それ自体については誰も責任を負わない、という問題点は解決されていない。したがって、第2暴行が最終的に生じた傷害結果に因果関係を有していることが明らかであるとしても、そもそも当該傷害が形成された原因となる暴行が明らかではない場合には、やはり207条の適用可能性は排除されないと解すべきである<sup>27</sup>。

以上が最高裁の判断が妥当であるとされる論拠の要旨である。傾聴に値するが、以下のように反論することが可能であるように思われる。

まず、第1の点についてであるが、第2暴行が第1暴行と比べて明らかに軽微であるならば、その裏返しとして、先行者による暴行だけで既に「死因の下限」を突破していたことを証明することはそれほど困難ではないと考えられる。この場合には、いわゆる大阪南港事件（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁）の法理に従い、先行者には傷害致死罪の成立を認めるべきであろうし、後行者についても、その暴行が被害者の死期を早めた等の事実を認定できる限りで、同様に傷害致死罪の成立を認めることができよう<sup>28</sup>。この場合には207条を適用する必要がある。他方、先行者による暴行だけで既に「死因の下限」を突破していたことを証明できないがしかし被害者は現実に死亡しているという場合には、第2暴行が軽微であったという事実認定を行うことが不当であろう。なお、第2暴行が第1

---

27 橋爪・前掲注（2）121頁以下、同・前掲注（20）180頁以下。

28 後行者に傷害致死罪の成立を認めることを疑問とする見解として、小林憲太郎「判批」判例時報2323号（判例評論699号）（2017年）173頁。

暴行と比べれば軽微である、という意味に理解するとしても、第2暴行が単独で当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものである以上、後行者に傷害致死罪の罪責を負わせることが不合理であるとは思われない。

そもそも死因を構成する傷害の「発症」がどの時点で生じたのかを明らかにすることはときに困難であると考えられる<sup>29</sup>。例えば名古屋地判平成25年7月12日LEX/DB25501584<sup>30</sup>は、被告人2名の暴行により被害者が外傷性くも膜下出血の傷害を負い、これが原因で死亡した事案であるが、ここでは「どの暴行の段階で被害者に外傷性くも膜下出血が発症したのか不明」であると認定されている。もし死因を構成する傷害の「発症」を問題とするならば、この事案において207条を適用することができないという不当な結論に至りかねない。この結論を回避するためには、「死因を構成する傷害が遅くとも発症していた時点」まで基準となるべき傷害を後ろ倒しにせざるを得ないであろうが、最終結果を離れて本特例の適用を問題とするならば、理論的には中間・部分結果に関する無限の適用可能性が生じてしまうように思われる<sup>31</sup>。

次に、第2の点について検討を加える。たしかに、因果関係不明とされる被害者の傷が1つしかない場合には、後行者の暴行が当該傷害を少なくとも更に悪化させたと認定できる場合が多いであろうから、後行者の暴行が最終的な傷害結果との間に因果関係を有することになり、したがって207条の適用が排除される事案が多くなるとはいえるかもしれない。もっとも、後行者の暴行が被害者の死因となった傷害を「更に悪化させた」とすら認定できない場合にはもちろん207条の適用可能性が残るから、同条

---

29 安田拓人「同時傷害の特例の存在根拠とその適用範囲について ―最高裁平成28年3月24日決定・刑集70巻3号1頁の批判的検討―」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂、2017年）96頁以下参照。

30 評釈として、豊田兼彦「判批」法学セミナー713号（2014年）117頁。

31 安田・前掲注（22）150頁。

の適用対象事例が理論上なくなるわけではない<sup>32</sup>、利益原則に抵触するおそれすらある例外的規定の適用場面が少なくなること自体は何ら不当ではない<sup>33</sup>。

しかし、これに対して因果関係不明とされる被害者の傷が複数存在する場合、例えば両腕の骨折と両足の骨折が生じている場合において、複数の行為者のいずれの暴行も全体としてみれば当該傷害を発生させ得るほどの激しいものであったことまでは証明されたが、しかし各々が具体的にどの部位に暴行を加えたかが判然としないときには事情が異なるように思われる。つまり、先行者の暴行のみが最終的な傷害につき因果関係を有する可能性はもとより、少なくとも両腕の骨折あるいは少なくとも両足の骨折のいずれか一方に関しては先行者の暴行のみが因果関係を有する可能性が否定されないので、先行者の暴行により既に生じていた傷害を後行者が悪化させたと常に認定できるわけではない。このように、複数の部位に傷害が発生している事案においては、なお207条の適用範囲が確保されているのである。

もちろん、上述した「各々が具体的にどの部位に暴行を加えたかが判然としないとき」には、平成28年決定の要求する「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」を証明したことにはならない、と考えることは可能であろう。このような立場からは、先に述べた私見は平成28年決定の要求する前提を見誤ったものであり、207条の解釈として失当であるとされるかもしれない。しかしながら、最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁（以下、「平成24年決定」という）における

---

32 杉本・前掲注（25）論文30頁、水落・前掲注（6）222頁以下。

33 城下・前掲注（15）71頁は、第2暴行と原初的傷害または最終的な傷害のいずれかの間に因果関係が認められているにもかかわらず207条を適用するとすれば、「2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は困難なこと」を主たる根拠として本条を創設した趣旨と矛盾するという。



千葉勝美裁判官の補足意見は、暴行行為の態様や傷害の発生部位が証拠上明らかにならないこともあるが、「この点については、事案にもよるが、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は判示されれば、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いうべきである」と述べていた。207条の存在根拠も、まさに傷害結果をめぐる事実認定のこうした困難性の緩和・解消にあるはずである。この点に鑑みると、「各々が具体的にどの部位に暴行を加えたかが判然としないとき」には「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」を証明したことにはならないと考えることは、207条を適用するための前提要件を厳しく要求し過ぎており、その適用範囲を狭め過ぎているように思われる。

最後に、第3の点について検討する。少なくとも当初の傷害がさらに悪化・拡大したことを立証すれば十分だと考えるのは不当だとするが、検察官が主張立証を尽くしてもなお真偽不明というのが207条の前提であるから、これを被告人の側で反証することはそれほど容易ではないのではなかろうか<sup>34</sup>。「既に生じていた（とされる）急性硬膜下血腫」の発生それ自体については誰も責任を負わないという点についても、207条の「傷害」を「原初的傷害」と解することの問題性や、死亡事案においては傷害致死罪の成立を認めることにこそ意義があることなどは前述の通りであるから、この批判は失当である<sup>35</sup>。

## （2）先行者を免れさせる不均衡

先ほども少し言及した事柄ではあるが、先行者に重い結果を問えないことは後行者と比べて不均衡であると指摘されることが多いので、もう少し

---

34 辰井・前掲注（4）2頁、平野龍一「刑法各論の諸問題3」法学セミナー199号（1972年）78頁。

35 城下・前掲注（15）72頁以下も参照。

敷衍しておきたい。

平成28年決定の調査官解説によれば、第1暴行により一部の架橋静脈の破裂又は脳挫傷が生じ、第2暴行で残る傷害が発生したとみるのが自然である旨を法医学の医師が証言していたところ、そこまで激しい暴行を加えておきながら第1暴行については常に傷害罪にとどまることになるのは不当であるとされる<sup>36</sup>。

しかしながら、この証言が信用できるものであるならば、「第1暴行により一部の架橋静脈の破裂又は脳挫傷が生じ」たという事実を裁判所は積極的に認定すべきであろう。この場合であれば、第2暴行を介在事情として捉えることにより、いわゆる危険の現実化の観点から第1暴行と死亡結果との間の因果関係を肯定することはさほど困難ではないように思われる。このように構成できるのであればそもそも207条の適用場面ではないことになる。しかし、先の事実を認定できないのであれば、第1暴行がどれだけ客観的に危険性を有するものであったとしても、「第1暴行により一部の架橋静脈の破裂又は脳挫傷が生じ」た場合と同様の法的評価を行うことは許されないのであるから、第1暴行が傷害罪にとどまることはむしろ必然であるといわなければならない。

次に、第1行為が一定程度の危険性を有する行為であれば、結果と因果性のある第2行為が存在しても因果関係を認める判例が多いことに着目して、「責任を負うべき者がいても、同時に暴行を行った者にも傷害結果は帰責されるべきだ」とする主張はごく自然なものだとする見解がある<sup>37</sup>。後行者による第2暴行が介在することは先行者にとっては偶然に左右される出来事であるところ、たまたま第2暴行が介在したために第1暴行の実

---

36 細谷・前掲注(26) 27頁、28頁注40。

37 前田雅英「因果関係についての一考察 ―同時傷害の特例の視覚から―」  
井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2017年）  
125頁、同「判批」捜査研究789号（2016年）57頁。

行者らが当該傷害（ひいては同致死）について免責されるという結果は207条の趣旨に照らすと不合理であるとする見解<sup>38</sup>も、その発想の基本的な出発点はこれと共通するであろう。

しかし、これらの見解も妥当とは言い難い。被告人による第1暴行が致命傷を負わせている場合にはそのようにいえるが、207条適用の可否が問題となるのは、先行者による第1暴行が被害者の傷害（死亡事案においては死因となった傷害）を発生させたことの証明がなされていない場合である。平成28年決定の事案では、第1行為が相応に危険性の高い行為であったことまでは証明されているものの、それが致命傷となった具体的な傷害（急性硬膜下血腫）を生じさせたことは証明されておらず、この点が証明されている大阪南港事件などとは事案を異にする。そうであるとすれば、平成28年決定の事案で第1暴行者に傷害致死の罪責を負わせるべきであるとする価値判断の妥当性がそもそも疑われなければならないように思われる。そして現に、いわゆる米兵ひき逃げ事件（最決昭和42年10月24日刑集21巻8号1116頁）においては、致命傷の発生との間の因果関係が不明とされた被告人による第1行為につき、業務上過失致死罪の成立が否定されている。この事件は過失犯が問題とされたものであり故意犯である傷害罪の事案と全く同列には論じられないとしても、207条の問題をひとまず措いて考えるならば、因果関係の判断は基本的に同じはずであるから、第1行為と結果との間の因果関係が不明である場合に「責任を負うべき者がいても、同時に暴行を行った者にも傷害結果は帰責されるべきだ」とする確立した判例理論が存在するという前提が甚だ疑問である。したがって、判例が因果関係を一般に広く認めているからといって、207条の適用範囲も広がって不自然ではないと結論づけることは誤りである。

---

38 高橋則夫「『同時傷害の特例（刑法207条）』の規範論的構造」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）12頁、松下裕子「判批」研修816号（2016年）21頁。

量刑の観点からも、後行者ばかりが傷害致死罪に問われることの不均衡はそれほど大きくないといえる。というのも、同罪の法定刑の下限は懲役3年であるから、暴行罪の上限である懲役2年よりは重いにせよ<sup>39</sup>、先行者とのバランス調整を量刑段階で行うことはある程度可能だからである。先行者が傷害致死罪の罪責を負わないのは不均衡だといわれるけれども、「誰も責任を問われないのは不当である」という感覚は決して「全員に責任を問うてよい」という規範にはつながらないと正当に指摘されるように<sup>40</sup>、全員に傷害致死罪の罪責を負わせてよいということにはならないであろう。しかも、先行者に傷害罪が成立する限り、その法定刑の上限は懲役15年であって傷害致死罪の下限よりも遥かに重く、かつ、両罪における懲役刑の幅は大部分（3年以上15年以下の範囲）で重なるから、具体的な量刑における不均衡が生じることは回避可能である。

もっとも、第1審判決自体も認めているように、207条の適用を否定する限り少なくとも先行者には急性硬膜下血腫の傷害を除く傷害についてしか帰責することができないことになる<sup>41</sup>。それゆえ、同時傷害の特例を適用せずとも傷害罪の成立を肯定することができるとはいっても、現実には（前述の如く先行者2名には懲役3年が宣告されたのに対して、後行者には懲役9年が言い渡されたという具合に）被告人間の量刑格差が生じることがあり得るかもしれない<sup>42</sup>。しかし、それは本来軽く処罰されるべき者が

---

39 この点を重大視するものとして、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）64頁。

40 辰井・前掲注（4）15頁。

41 刑集70巻3号379頁参照。

42 日高義博「同時傷害の特例の法意および適用範囲——最高裁平成28年3月24日決定を契機として」判例時報2332号（2017年）11頁は、平成28年決定の事案につきいずれの暴行も「傷害の段階」には至っていることを強調して同時傷害の特例を適用する必要はないとするが、傷害はその程度に相当の幅を持つ概念であり、その程度如何は当然に量刑に反映されるといふ点を看過しているといわざるを得ない。

重く処罰されることによって生じる不当な格差ではなく、重く処罰される可能性のあった者が軽く処罰されるにとどまることによって生じる格差であるから、207条の例外的性格に照らし甘受されてもよいであろう<sup>43</sup>。

#### 4. 小括

ここまで検討してきたように、平成28年決定の立場を支持する見解はいずれも納得のいくものではなかった。

ところで、第1審判決が、暴行と死亡結果との間の因果関係を直接に問題としたのではなく、死因となった最終的な傷害を後行者に帰責できるから207条の適用要件を満たさないと考えたのだとすれば、死亡結果を後行者に帰責できるかどうかは必ずしも重要ではなく、仮に被害者が死亡しなかったとしても本条の適用要件を満たさない事案であったということになる<sup>44</sup>。そうすると、後行者はいずれにせよ傷害致死罪の罪責を負うということが207条を適用しなかった論拠ではないことになるから、本条の「例外性」は、平成28年決定の事案では正面から問題となるわけではなかったと考えることが可能である。あくまでも207条の文言解釈上、法所定の要件を満たさない帰結であったとも考えられる。

これに対して、「例外性」の当否が正面から問題となり得るのは、中途共謀（承継的共同正犯）及び共同正犯関係の解消の事案である。例えば、Xが単独でAに対して暴行を加えた後に（第1暴行）、たまたま現場を通りかかったYが事情を認識した上でXと共謀し、両名が引き続きAに対して暴行を加えたところ（第2暴行）、Aは傷害を負ったが、この傷害がX単独による第1暴行から生じたのか、それともXY両名による第2暴行から生じたのが判明しなかった、という場合に207条を適用できるかが

---

43 安田・前掲注（29）96頁。

44 松尾・前掲注（16）189頁、安田・前掲注（29）95頁。

問題となる。同条の「者」には「第1暴行についての単独正犯者又は第2暴行についての共同正犯者」という意味が含まれると解釈することが可能であるならば、法所定の要件を満たすともいえそうである。それにもかかわらず、少なくともXはいずれにせよ傷害罪の罪責を負うのだから、誰も重い結果を負わないことによる不都合は生じていないとして、上述の解釈を斥け、207条の適用を排除することは妥当であろうか。

傷害致死事案における207条適用の在り方を検討する前提として、以下では一部に共同正犯関係が認められる事案における207条適用の可否に検討を加えることとする。

### Ⅲ. 一部に共同正犯関係が認められる場合における207条適用の可否

#### 1. 最決令和2年9月30日裁判所ウェブサイトの概要<sup>45</sup>

極めて最近、一部に共同正犯関係が認められる事案において207条を適用することの可否が問題となった最高裁判例が現れた（以下、「令和2年決定」という）。一部に共同正犯関係が認められるという事実が207条適用の可否にどのような影響を与えるかを検討する前提として、まずはこの判例の概要を確認しておくこととする。

##### (1) 事実の概要

A及びBは、被害者に対し暴行を加えることを共謀した上、平成29年12月12日午後9時23分頃、被害者のいるマンションの部屋に突入し、被害者に対し、カッターナイフで右側頭部及び左頬部を切り付け、多数回に

---

45 本稿執筆時点では最高裁決定にしか触れることができていないので、ここで言及する内容は裁判所ウェブサイト上で知り得た範囲にとどまる。

わたり、顔面、腹部等を拳で殴り、足で蹴るなどの暴行を加えた。

被告人は、Aら突入の約5分後、自らも同部屋に踏み込んだ。被告人は、被害者がAらから激しい暴行を受けて血まみれになっている状況を目にして、Aらに加勢しようと考え、台所にあった包丁を取出し、その刃先を被害者の顔面に向けた。この時点で、被告人は被害者に暴行を加えることについてAらと暗黙のうちに共謀を遂げた。

その後、同月13日午前0時47分頃までの間に、同部屋において、被告人及びAは、脱出を試みて玄関に向かった被害者を2人がかりで取り押さえて引きずり、リビングルームに連れ戻し、こもごも、背部、腹部等を複数回蹴ったり踏み付けたりするなどの暴行を加えた。また、Aらは、被害者に対し、顔面を拳で殴り、たばこの火を複数回耳に突っ込み、革靴の底やガラス製灰皿等で頭部を殴り付け、はさみで右手小指を切り付けるなどの暴行を加え、Aが、千枚通しで被害者の左大腿部を複数回刺した。

被告人が共謀加担した前後にわたる一連の前記暴行の結果、被害者は、全治まで約1か月間を要する右第六肋骨骨折、全治まで約2週間を要する右側頭部切創、左頬部切創、左大腿部刺創、右小指切創、上口唇切創の傷害を負った。これらの傷害のうち、右側頭部切創及び左頬部切創については、被告人の共謀加担前のAらの暴行により、左大腿部刺創及び右小指切創については、共謀成立後の暴行により生じたものであるが、右第六肋骨骨折及び上口唇切創については、いずれの段階の暴行により生じたのか不明である。なお、被告人が加えた暴行は、右第六肋骨骨折の傷害を生じさせ得る危険性があったと認められるが、上口唇切創の傷害を生じさせ得る危険性があったとは認められない。

## （2）決定要旨

「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い得ることは、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。

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のである。

本件において、被告人が共謀加担した前後にわたる一連の前記暴行は、同一の機会に行われたものであるところ、被告人は、右第六肋骨骨折の傷害を生じさせ得る危険性のある暴行を加えており、刑法207条の適用により同傷害についての責任を免れない。これに対し、被告人は、上口唇切創の傷害を生じさせ得る危険性のある暴行を加えていないから、同条適用の前提を欠いている。そうすると、原判決には、被告人が同傷害についても責任を負うと判断した点で、同条の解釈適用を誤った法令違反があるといわざるを得ないが、この違法は判決に影響を及ぼすものとはいえない。」

## 2. 従来の裁判例

以上のように、令和2年決定は一部に共同正犯関係が認められるという事実があったとしても207条適用の可否を左右するものではないという立場を採用した。同条は誰も重い結果について責任を問われない不都合を回避するための規定であるとする見解を、令和2年決定は排斥したと評価することができる<sup>46</sup>。

---

46 前田・前掲注（37）「判批」54頁は、既に平成28年決定がこのような見解

これに対して、大阪高判昭和62年7月10日高刑集40巻3号720頁は、傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定して後行者を暴行罪とした裁判例であるが、中途共謀の事案に207条を適用することを否定する可能性に言及していた。あまりにも有名であるので冗長の感は否めないが、本稿との関係で重要であると思われるので、やや長くなるものの判決文の一部を引用する。

「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って受傷したが、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207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207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ったり、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）によっ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

---

を正面から否定していたとする。

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。

もっとも、本件のように、甲の暴行終了前に乙がこれに共謀加担し、丙の傷害が、乙の共謀加担の前後にわたる甲の暴行によって生じたと認められる場合には、乙の共謀加担後の甲、乙の暴行とその加担前の甲の暴行とを、あたかも意思連絡のない二名（甲及び甲）の暴行と同視して、刑法207条の適用を認める見解もあり得るかと思われ、もし右の見解を肯認し得るものとすれば、本件においても、同条の規定を媒介とすることにより、被告人に対し傷害罪の刑責を問う余地は残されていることになる。」

「もっとも」以下で触れられているように、この裁判例も中途共謀の事案において207条を適用する可能性を完全に否定したわけではない。しかし、207条の「例外性」を重視するならば、先行者がいずれにせよ傷害罪の罪責を負うことを理由に、「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」と明言していたことは重要な示唆であるように思われる。

しかしながら、このような立場を示した裁判例はむしろ少数であり、その多くは令和2年決定と同様に、中途共謀の事案において207条の適用を肯定することを是認するものであった。

例えば大阪地判平成9年8月20日判タ995号286頁は同じく傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定しつつ、次のように述べて207条の適用を肯定し、後行者にも傷害罪の成立を認めた。

「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。ただし、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』に当たることには変わりはないと解されるからである。」

この裁判例は207条の「例外性」に言及することなく、半ば当然のこととして中途共謀の事案に同条を適用している。文言上は共同正犯の事案を殊更に排除することが予定されていないことがその根拠ということになる。

中途共謀の事案に207条を適用すべき必要性に言及した裁判例として、神戸地判平成15年7月17日 LEX/DB28095309を指摘することができる。

「一般に傷害の結果が全く意思の連絡のない2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かを知ることができない場合には、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、このような事例と対比して考えると、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生じ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を知ることができない場合にも、やはり『その傷害を生じさせた者を知ることができない』ときに当たるとみななければ権衡を失うことが明らかであるから、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、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。」

仙台地判平成25年1月29日 LLI/DB L06850125<sup>47</sup>も、神戸地判平成15年7月17日と同様の均衡論を展開する。

中途共謀の事案において「刑法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）の結果が生じたが、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、著しく不均衡である。」

さらに、これは少年事件における第一種少年院送致決定に対する抗告申立事件であるが、東京高決平成27年11月10日東高刑時報66巻1～12号103頁も次のように述べる。

「後行者が、先行者と何ら共謀することなく暴行を加えて傷害の結果が生じたが、先行者後行者いずれの暴行により傷害の結果が生じたかが確定できない場合には、同時傷害の特例が適用されて傷害罪の共同正犯として処断されるのに、後行者が犯行の途中から先行者と共謀して犯行に加担し、それぞれ暴行を加えた場合に同時傷害の特例の適用がないとすると、後者の方が明らかに当罰性が高いにもかかわらず、発生した傷害結果に見合った責任を負わないことになり、明らかに不均衡となるからである。」

ここで指摘された、典型的な同時犯と比較した場合の均衡論は、後述のように学説からもたびたび指摘されるところであるが、前述の「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

---

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

い」という見解を真っ向から否定するものである。令和2年決定は、こうした多くの裁判例の動向<sup>48</sup>を是認したものと評価することができる。

### 3. 検討

#### (1) 均衡論

学説上、以上のような（裁）判例の立場を支持する見解<sup>49</sup>も少なくないが、最近ではこれを否定する見解<sup>50</sup>が有力となりつつあるように思われる。いずれの立場が妥当であるかを解明するためには、そもそも上記のような均衡論に理由があるか否かを検討しなければならない。

いくつかの裁判例は、単独犯として関与する場合よりも共同正犯として関与する場合の方が当罰性が明らかに高い、ということを前提としている。たしかに、一般論として共同正犯として罪を犯す場合は単独犯で犯す

---

48 このほか、神戸地判平成15年3月20日LEX/DB28095281、横浜地判平成22年4月26日LLI/DB L06550310、福井地判平成24年7月19日LEX/DB25482369などがある。

49 以下で言及するもののほか、伊東・前掲注（10）42頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）47頁〔島田聡一郎〕、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）57頁、前田・前掲注（10）32頁、町野・前掲注（10）419頁、山口・前掲注（2）51頁以下など。

50 浅田・前掲注（12）47頁、板倉・前掲注（10）35頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）520頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）37頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂、2010年）61頁、齋野彦弥『刑法総論』（新世社、2007年）304頁、須之内克彦『刑法概説各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）26頁、高橋・前掲注（2）61頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1424頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）19頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）50頁、堀内・前掲注（10）42頁、松原・前掲注（39）63頁以下、松宮・前掲注（10）45頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）62頁など。高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）189頁も参照。

場合よりも危険性が高まりやすいということは否定されてはならないであろう<sup>51</sup>。因果関係の存在が判明している事案であれば、単独犯よりも共同正犯の方が犯情が重くなりやすいとはいえるのかもしれない<sup>52</sup>。しかしながら、中途共謀の事案で207条を適用できるかどうかが問題となるまさにその状況において、共同正犯として行われる第2暴行と当該傷害結果との間の因果関係が不明である事実は変わらないのだから、この場合の中途関与者を常に傷害（致死）罪として処罰すべきであるかは疑問である<sup>53</sup>。

さらに、とりわけ従来の裁判例に対しては次の点を指摘しておかなければならない。207条が当然に適用される同時犯の場合には、被告人らの各々の暴行が当該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ぬから、被告人らが単独犯として行う暴行はいずれも相応に激しいものであることが前提となっている。これに対して、中途共謀の事案では、共同正犯として行われる第2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までは証明されているはずであるものの、中途関与者である後行者自身の暴行が同程度に激しいものであるとは限らない。後行者自身の関与の程度に着目するならば、中途共謀の場合の方が単独犯の場合よりも常に悪質であり当罰性が高いなどとは断定できない。したがって、第2暴行が共同正犯であることから直ちに後行者自身の暴行の程度如何を問うことなく当該事案が単独犯に比して悪質であると考えられてきたのだとすれば、そのような理解は不当であるといわなければならない。そして、

---

51 齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（有斐閣、1955年）226頁以下参照。

52 ただし、照沼・前掲注（16）93頁は、「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。」とする。原田國男「量刑事実の証明責任」慶應法学31号（2015年）9頁も、（共謀）共同正犯の存否が被告人に有利か否かは一概には言い切れない場合があると指摘する。

53 豊田兼彦「暴行への途中関与と刑法207条」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）678頁以下。

令和2年決定の事案における原判決は、後行者自身による暴行と明らかに因果関係がないとされた上口唇切創の傷害についてまで207条を適用することで後行者である被告人に帰責しているのであるから、従来の裁判例の立場がどのようなものであったのかはともかく、少なくとも当該原判決がそうした不当な立場に立っていたことは明らかである。

## （2）令和2年決定の検討

このような観点から令和2年決定に若干の検討を加えてみると、「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。」としている点は、原判決（及びおそらく従来の裁判例）の不当な理解を是正するものであるから、その限りでは妥当であるように思われる。

しかしながら、「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いうべきである。」としている点には賛同できない。なるほど、被告人自身の暴行が当該傷害（右第六肋骨骨折の傷害）を生じさせ得る危険性を有するものであることが証明されているならば、第2暴行が共同正犯ではなく被告人による単独犯であったとしても当該傷害を生じさせ得る危険性があったことを意味するから、状況としては平成28年決定の事案と何ら異なるところはないとも考えられる。しかし、以下の理由から、207条の「者」に共同正犯を含むとする解釈を支持することはできない。

第1に、これまで何度も指摘されているように207条の例外的性格は無視すべきでない。先行者はいずれにせよ右第六肋骨骨折の傷害につき傷害罪の罪責を負うのだから、誰も重い結果について責任を負う者がいなくなる不都合は中途共謀の事案では生じない。それどころか、令和2年決定の



事案においては、「少なくとも先行者は当該傷害の最終結果についてのみならず、当該傷害の原初的・当初的発生についても完全な責任を負う」<sup>54</sup>のだから、平成28年決定の事案と比べて一層207条を適用すべき必要性は低いといわなければならない。それにもかかわらず、例外的規定である207条を当然のように適用してよいものか疑問が残る。

もっとも、207条を適用することができないことによる不均衡の内実は、「誰も重い結果について責任を負う者がいなくなる」という意味に限られるものではなく、「終始共謀が認められなければ207条によって重い結果について責任を負うはずなのに、一部でも共謀が認められれば重い結果の帰属は排除されることになる、後行者の罪責」に関する不均衡をも含んでいると考えられる。この不合理さは、特に令和2年決定のように「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」ことが証明されている場合に顕在化する。この場合に中途関与者を傷害罪で処罰できないとする帰結に対しては、被害者の傷害結果が後行行為にのみ加担した者の暴行により惹起された可能性が拭いきれない以上、疑問であるという批判があり得よう<sup>55</sup>。

しかし、これに対しては前述のⅡ. 3. (2) で述べたことと概ね同じことが妥当するであろう。207条を適用できないとすれば不均衡が生じてしまうという感覚は理解できるものの、だからといって全員に重い罪責を負わせてよいということにはならないはずである。

第2に、大審院判例<sup>56</sup>によれば、共同正犯が認められる場合には直接に60条の適用を受けるのであるから、207条を適用すべきではないとされてきた。この立場を変更するのではない限り、60条が当然に適用される第2暴

---

54 安田・前掲注（29）94頁。

55 奥村正雄「同時傷害の特例と違法性阻却事由」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2018年）25頁。

56 大判明治44年3月2日刑録17輯249頁、大判大正3年7月14日刑録20輯1510頁など。

行を207条適用の対象に含めることは大審院判例に違反するように思われる。

第3に、中途共謀の事案にも207条を適用できるとする考え方を採用するならば、同条は「その傷害を生じさせたのが単独正犯であるか共同正犯であるかを知ることができないときは、一部が共同正犯でなくても、全体が共同正犯であった場合の例による」という趣旨の読み方となる。しかしながら、これによれば、当初からの共謀を認定できなくとも、いずれか任意の時点で共謀を認定することさえできれば、もちろん法所定のその他の要件を充足する限りではあるものの、当初からの共謀があった場合と結局は同等の取り扱いを受けることになりかねない。のみならず、傷害罪の承継的共同正犯の成立が否定される事案において207条の適用が肯定されてしまえば、平成24年決定の持つ意義が大きく減殺されてしまうであろう<sup>57</sup>。

### （3）攻撃防御の「逆転現象」について

こうした疑問点があるにもかかわらず、中途共謀の事案に207条を適用すべきとする見解が実務上非常に有力である理由の1つとして、刑事訴訟における攻撃防御の「逆転現象」が生じてしまうことへの懸念を指摘することができよう。つまり、207条の適用を否定する見解によれば、中途共謀が肯定されれば207条の適用が排除されるため後行者は傷害罪の罪責を負わなくなる一方、中途共謀が否定されれば当然に207条が適用されるため後行者は傷害罪の罪責を負うことになるが、これでは検察側が共謀の存在を立証し、弁護側がこれを争うという攻防関係が崩れてしまうというのである<sup>58</sup>。

---

57 照沼亮介「判批」平成25年度重要判例解説（2014年）165頁。安田・前掲注（29）89頁も参照。

58 安田・前掲注（29）92頁脚注24参照。橋爪・前掲注（2）125頁以下もこ

その趣旨は十分に理解可能である。しかしながら、検察官が証明に失敗した場合の方がかえって被告人の罪責が重くなり得るという事態は、207条適用肯定説の立場からも同様に起こり得る。つまり、平成24年決定を前提とする限り、中途共謀の事案における後行者の寄与を特定すればするほど、その暴行が寄与しなかったと判明した部分の傷害結果は後行者には帰属されなくなる。他方、検察官が各々の行為者による暴行の寄与分を証明することができず、各々の暴行と傷害結果との間の因果関係が不明である状況となった場合に、ここで207条の適用を許してしまうならば、かえって全ての関与者に傷害結果全体に対する傷害罪の罪責を負わせることが正当化されてしまう。これでは、検察官にとっては各々の寄与分を真面目に証明しない方が得ということになってしまう。しかし、平成24年決定における千葉勝美裁判官の補足意見が「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」と述べていたことの趣旨は207条の文脈にも等しく妥当するであろう<sup>59</sup>。そうだとすると、検察官が意図的に証明責任を放棄するような態度は許されず、もしもこのような態度がとられた場合には、検察官への制裁として、被告人に有利となる事実が認定されなければならない。

他方で、被告人が自己に有利になるような主張を展開することは必ずしも禁じられないのではないだろうか。積極的に虚偽を述べる権利があるわけではないとはいえ、中途関与の事案で第2暴行が「単独犯ではないこと」を被告人の側から主張することがそれほど不合理であるとは思われない<sup>60</sup>。

---

の点を指摘する。

59 中森・前掲注（50）19頁は、本条の適用によって平成24年決定の判断を潜脱することは許されないであろうとする。

60 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第1巻 量刑総論』（判例タイムズ社、2011年）377頁以下、原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、

以上述べてきたところによれば、攻撃防御の「逆転現象」を回避すべきだとする点は、中途共謀の事案における207条適用肯定説の論拠として不十分である。

#### 4. 小括

207条の「例外性」を繰り返すだけでは自説の論拠として弱いと思われるので<sup>61</sup>、可能な限りこれのみに依拠することなく、判例の立場を批判的に検討してきた。その検討から得られた結論は、中途共謀の事案に207条を適用することは妥当でない、というものである。先行者は終始一貫して関与していることから、被害者の傷害はまさに先行者が惹起したと認定できるのであって、法所定の要件を満たさないと考えるべきである<sup>62</sup>。

仮に207条の「者」には「第1暴行についての単独正犯者又は第2暴行についての共同正犯者」という意味が含まれると解釈することが可能であるとしても、「例外性」の観点から、その立場を採るべきではない。私見に対して『『特殊な動機』による』<sup>63</sup>ものであるとする批判があるが、利益原則の貫徹を意図することは正当な動機であるように思われる。

---

2008年）111頁以下など参照。

61 小林憲太郎「刑法判例と実務 第43回 暴行・傷害罪の周辺」判例時報2405号（2019年）117頁は、「同時傷害の特例が『誰も傷害罪の責めを負わない』という不都合を除去するためにのみ適用されるべきである」という「命題はなんら条文上の根拠をもたない」とする。しかし、同時傷害の特例が「刑法の一般理論を超えたところ」にあることを認めておきながら（同・前掲注（28）174頁）、その「例外性」に理解を示されないことは不可解なことである。

62 長井長信「同時傷害の特例について 一大阪地裁平成9年8月20日判決（判例タイムズ995号286頁）を契機として」寺崎嘉博ほか編『激動期の刑事法学 一能勢弘之先生追悼論集一』（信山社、2003年）428頁。

63 山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）126頁。

なお、中途共謀の事案に207条を適用することを排斥する限り、共同正犯関係の解消が問題となる事案においても、同条の適用は同じく排斥されるべきである。とりわけ現在支配的である因果性遮断説<sup>64</sup>によれば、共同正犯関係が解消されたということは、物理的にも心理的にも従前の因果性が法的に遮断されたことを意味する。それにもかかわらず、ひとたび第2暴行とは無関係であるとされた先行者（中途離脱者）に対して207条の適用を肯定するならば、それは背理であるように思われる。

## Ⅳ．傷害致死事案における207条適用の在り方

ここまでは、あえて傷害致死事案に深入りすることなく検討を加えてきた。そのため、207条の「傷害」に死亡を含むのか否かという条文解釈をめぐる問題にはほとんど言及してこなかった。以上述べてきたことを前提に、再び平成28年決定の事案を素材として、傷害致死事案における207条適用の在り方を考察する。

### 1. 「傷害」と死亡との関係をめぐる諸見解

207条の「傷害」に死亡を含めるかどうかという問題と傷害致死罪の成否という問題をめぐっては、さしあたり以下のように整理することができるであろう。

第1説は、「傷害」に死亡は含まれないとする立場から、各暴行と死因となった傷害との間の因果関係が不明であるならば207条が適用され全員が傷害罪の罪責を負い、かつ、60条が適用ないし準用されるため、結果的加重犯の理論により、全員に傷害致死罪の成立が認められるというもの

---

64 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）240頁以下参照。

である。平成28年決定はこの立場であると評価されることが多い。

しかし、既に述べてきたようにこの立場は支持し難い。結論において傷害致死罪の成立を認めるならば、207条の「傷害」に死亡は含まれないと限定的に解釈した本来の趣旨を没却してしまうであろう<sup>65</sup>。なお、調査官解説は、平成28年決定が傷害致死罪の事案にも207条を適用した根拠として、「本条の立法趣旨である傷害結果について何人も責任を負わないのは不当であるとの政策判断は、（傷害）致死結果についても妥当すること」<sup>66</sup>を挙げる。しかしながら、第1審判決は207条を適用することなく後行者については傷害致死罪の成立を認めていたのだから、「致死結果について何人も責任を負わないのは不当である」という点は少なくとも本事案において同条を適用して全員に傷害致死罪の刑責を問うべきとする根拠とはなり得ない。

第2説は、同じく「傷害」に死亡は含まれないとする立場から、各暴行と死因となった傷害との間の因果関係が不明であるならば207条が適用されるが、同条の効果は傷害致死罪には及ばないと考える。これによれば、死亡との間の因果関係がいずれにせよ認められる関与者には傷害致死罪が成立し得るが、それ以外の者には傷害罪が成立するにとどまる。学説上、非常に有力な見解である<sup>67</sup>。

---

65 城下・前掲注(15) 65頁、玄守道「刑法207条（いわゆる同時傷害の特例）の適用要件とその適用方法について」立命館法学375・376号（2017年）323頁、水落・前掲注(6) 226頁〔付記1〕。豊田兼彦「判批」法学セミナー737号（2016年）123頁は、共犯関係の擬制という「砂上」に「楼閣」を重ねるようなものと批判する。

66 細谷・前掲注(26) 23頁。

67 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）33頁以下、伊藤ほか・前掲注(49) 47頁〔島田〕、江家義男『刑法各論〔増補版〕』（青林書院新社、1963年）206頁、岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』（成文堂、2009年）21頁、城下・前掲注(15) 67頁以下、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）23頁、山中・前掲注(50) 63頁など。玄守道「判批」新・

なお、平成28年決定の第1審判決は、この立場からも一応説明することが可能であろう。というのも、II. 2. で触れたように、同条の「傷害」に死亡を含めるかどうかの判断を第1審判決は留保していたとみるのが不可能ではないと解されるところ、死因となった「最終的な傷害」に対する刑責をいずれにせよ後行者が負う点を捉え、死因となった傷害との関係で因果関係不明である場合に当たらない、と結論付けられた可能性もあり得るからである。

この見解が傷害致死罪の成立範囲を限定しようとしている点は正当である。もっとも、死亡結果を誰かに帰責できる場合になお同条の適用を認めてその余の関与者に傷害罪の成立を認めるべきであるのかには疑問が残る。この点は後述する。

第3説は、「傷害」に死亡が含まれるとする立場から、たとえ死因となった傷害との間の因果関係が判明していたとしても、死亡結果との間の因果関係が不明である限り、207条が適用される。他方、たとえ死因となった傷害との間の因果関係が不明であったとしても、死亡結果との間の因果関係が判明したならば、同条の適用は排除される。第1審判決は「同時傷害致死罪の規定」としていたことから、これを素直に読めばこの立場に最も近いのかもしれない。

周知のように、207条の「傷害」に死亡結果を含めることを前提とした解釈には批判が強い。例えば、「裁判所がその権限もないのに……同時傷害致死の特例などという新たな概念を勝手に創設することは、ほとんど許しがたい暴挙というべきであろう」<sup>68</sup>とするものや、「207条の文言を逸脱

---

判例解説 Watch vol.19（2016）210頁、松宮孝明「判批」法学セミナー731号（2015年）115頁、同「現代刑法の理論と実務各論 第3回 傷害・遺棄の罪」法学セミナー779号（2019年）95頁も、傷害罪の成立を認めるにとどめるべきことを指摘する。金子博「判批」近畿大学法学64巻2号（2016年）86頁以下も参照。

68 小林・前掲注（28）173頁。

する解釈といわざるを得ない」<sup>69</sup>とするものなどがそれである。207条の「傷害」に死亡結果を含める解釈によって処罰範囲が拡大するとすれば、こうした批判は全く正当である。しかし、実はその前提こそが疑われるべきであるように思われる。この点も後述する。

なお、特殊な見解として、第4説は207条を離れて択一的競合の事案として処理しようとする。つまり、第1暴行と第2暴行を共に取り除けば被害者の死亡は発生しないと言え、死亡の結果について因果関係を肯定することができるのだという<sup>70</sup>。

しかしながら、択一的競合が問題となる通常の同時犯の場合にこのような一括消去公式を採用できる根拠が不明である点を措くとしても、第1暴行と第2暴行を共に取り除けば死亡結果以前に傷害結果も発生しなかったといえるから、論者の考え方を徹底するならば、同時傷害の特例が問題となる事案においては常に全ての暴行と傷害結果発生との間の因果関係が当然に認められることになるはずである。そうだとすれば、207条はこの点に関する確認規定に過ぎないことになる。しかしながら、207条をそのように位置付けることは、同条が「刑法の基本原理の例外規定である」ことを正面から認める論者の出発点と矛盾するであろうし、殺人罪に同条を適用できないと解しておきながら、殺人罪の択一的競合の事案にも一括消去公式を適用すべきとしていること<sup>71</sup>は理解し難いことである。

---

69 高橋・前掲注（38）12頁。

70 日高義博『刑法各論』（成文堂、2020年）41頁以下、同・前掲注（42）12頁。

71 日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）180頁。



## 2. 私見

### （1）「傷害」に死亡が含まれることの妥当性

筆者は、傷害致死事案につき結論として207条の適用を否定した平成28年決定の第1審判決が妥当であると考えている。まずは同条の「傷害」に死亡が含まれるとする解釈が必ずしも不当な帰結を招くわけではないことを確認しなければならない。

第1審判決は、「傷害」に死亡が含まれるとする解釈を採用したと断定できるかは措くとしても、そのように理解し得る説示を行うことによって、先行者2名につき傷害致死罪の成立を認めなかった。これに対して、平成28年決定（及び控訴審判決）は、前述のようにおそらく「傷害」に死亡が含まれないとする207条の文言に忠実な解釈を採り、その限りでは被告人にとって有利と思える前提に立ちながら、結論において被告人である先行者2名にも傷害致死罪の成立を認めた。当該被告人らにとって有利な結論が前者であることはいうまでもないことである。

このような「ねじれ現象」が生じるのは、207条の「傷害」に死亡が含まれるか否かという条文解釈が、いくつかの異なる領域で問題となることに起因している。

第1に、死因となった「傷害を生じさせた者を知ることができない」ものの、後行者にはいずれにせよ傷害致死罪が成立する場合に、なお207条を適用することが許されるか、という問題である。「傷害」に死亡が含まれるか否かという議論はこの点に関するものである。

第2に、仮にこれが許されるとして、同条を経由して先行者に傷害致死罪の成立まで認める趣旨の規定であると解釈できるか否か、という問題も生じる。平成28年決定のような事案がこれに当たる。

第3に、死因となった傷害を生じさせた者を知ることができるが、「死亡結果を生じさせた者を知ることができないとき」もまた同条適用のための前提条件を満たすのか、という問題である。例えば、先行者が被害者の

腹部を殴打し内臓破裂を生じさせ、後行者が被害者の頭部を殴打して脳挫傷を生じさせたことは明らかになっているが、いずれの傷害が死因であるかは判明しなかった場合<sup>72</sup>がこれに当たる。

これらの問題は、これまで別々に論じられることが多かったように思われる。しかしながら、平成28年決定の事案がまさにそうであるように、とりわけ第1と第2の問題は密接に関連するものであって、次元を異にする問題ではない。それゆえ、これらを切り離して検討している限り、207条の妥当な適用方法を導き出すことはできないと考える。では、それぞれどのように考えるべきであろうか。

第1の点から検討を加えよう。平成28年決定の事案では死因となった最終的な傷害（急性硬膜下血腫の傷害又は更に悪化した急性硬膜下血腫の傷害）を発生させたのは後行者であると認定できる事案であったことから、そもそも207条適用の前提を欠くと解されるべきことは既に述べた通りである。これに対して、仮にこのような事実を認定できない場合であっても、つまり後行者の暴行が既に生じていた急性硬膜下血腫の傷害を少なくとも更に悪化させたという可能性を認定できないために「傷害を生じさせた者を知ることができない」に文言上は該当するようにみえる場合であっても、死亡結果につき後行者が刑責を負うならば、207条の「例外性」の観点から同条の適用を認めるべきではない。この限りで「傷害」には死亡が含まれると解するべきである。

このような理解に対して強い批判が向けられていることは前述した通りである。しかしながら、条文の文言にできる限り忠実でなければならぬとする要請は、自由保障のためにこそある。それにもかかわらず、条文の文言に忠実であろうとするあまり被告人にかえって不利益が生じるとすれば、それは本末転倒な解釈であるといわなければならない。第1審判決による「同時傷害致死罪の規定」という表現は処罰範囲の拡大を意図した措

---

72 松原・前掲注（39）64頁参照。

辞ではなく、むしろ当該事案における先行者2名の処罰範囲を縮小することを意図した措辞であると理解することが可能である。第1審判決がそうした意図を有していたか否かはともかく、207条における「傷害」概念を狭く解する立場よりも被告人である先行者2名にとって有利な結論に至っていることは事実である<sup>73</sup>。これに対して、後行者はいずれにせよ傷害致死罪の罪責を負わなければならないのであるから、この解釈が後行者にとって不利になっているわけでもない。この限りで、207条の「傷害」に死亡を含める解釈が罪刑法定主義に反するとはいえなくなる。それどころか、これは被告人にとって有利な類推解釈である以上、むしろ罪刑法定主義違反を論じるべきではないであろう。

したがって、後行者にはいずれにせよ傷害致死罪が成立する場合には、207条の文言解釈上、「死亡結果を生じさせた者を知ることができる」のであるから、同条を適用するための前提を欠くと解するべきである。

そうすると、私見によれば第2の問題はそもそも生じないことになるが、念のため検討を加えておく。

「傷害」に死亡は含まれないとする理解によれば、死亡結果に対して責任を負うべき者がいたとしても、「死因となった傷害」を発生させた者が不明である限り、207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」に当たるから、死因となった「傷害」の限度で同条を適用することができる。このような解釈によれば、死亡結果に対して責任を負うべき者にはもちろん傷害致死罪が成立するものの、これとは別に死因となった傷害の限度で関与者全員に207条が適用されることになる。これはつまり、傷害致死罪の刑責を負う者が確定しているとしても、それだけでは207条の違法性が評価し尽くされているとはいえないという理解であろう。

これに対して、「傷害」には死亡が含まれるとする私見によれば、一部

---

73 玄・前掲注（65）327頁もこの点を指摘する。

の者が傷害致死罪の刑責を負うのであれば、それにより直ちに207条の違法性が評価し尽くされていると理解すべきことになる。この立場からは、その余の関与者には暴行罪が成立するにとどまるか、死因となった傷害とは別に傷害結果を生じさせている限り、その範囲で傷害罪が成立するに過ぎないことになる。同条の「例外性」を重視するならば、この結論は甘受されてもよいのではないだろうか。「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」ことが証明されているとはいえ、あくまでも因果関係不明の事案であり無実の者が処罰されかねないことを想起するべきである。

## （2）「傷害」に死亡が含まれることの問題点

もっとも、207条の「傷害」に死亡を含むとする解釈を採用することが被告人に不利に作用する場合があることは否定できない。つまり、前述した第3の問題がそれである。先行者が被害者の腹部を殴打し内臓破裂を生じさせ、後行者が被害者の頭部を殴打して脳挫傷を生じさせたことは明らかになっているが、いずれの傷害が死因であるかは判明しなかったという場合、「傷害」に死亡を含むとする解釈によれば、「死亡結果を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるから、両名は207条を媒介としていずれも傷害致死罪の刑責を負うことになってしまう<sup>74</sup>。しかし、平成28年決定の立場によればこの事案に207条の適用はないと解されるのに<sup>75</sup>、これを適用範囲に含める解釈を採用するならば、その部分では処罰範囲が拡張されてしまっており、私見からもこの結論は不当であるように思われる<sup>76</sup>。で

74 玄・前掲注（65）328頁参照。

75 玄・前掲注（65）322頁参照。

76 この事案に207条を適用すべきでないとする見解として、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（有斐閣、1988年）43頁〔町野朔〕、平野・前掲注（34）78頁、林・前掲注（49）56頁、松尾・前掲注（16）188頁、松原・前掲注（39）64頁など。

は、この問題をどのように考えるべきであろうか。

筆者は、罪刑法定主義（とりわけ類推解釈の禁止）がそもそも誰のためにあるのか、という刑法の基本原則から出発しなければならないと考える。207条の「例外性」を考慮するならば、「傷害」に死亡が含まれるか否かをめぐり、常に含まれるとする解釈も逆に常に含まれないとする解釈も妥当ではなく、そのつどの被告人にとって有利な解釈を採用する余地が考慮されるべきであるように思われる。

もっとも、私見は207条には同時傷害の事案と同時傷害致死の事案の双方が含まれているという理解<sup>77</sup>に立つわけではない。論者は、「傷害不明→死亡不明」の場合には同時傷害と同時致死がそれぞれ適用され、「傷害判明→死亡不明」の場合には同時致死のみが適用されるとしている。

しかし、前者につき同時傷害の特例が適用されることは当然であるが、被告人に有利であるのは「傷害」に死亡を含まないとする解釈であるから、この場合に死亡結果まで帰責するべきではないと考える<sup>78</sup>。

また、後者につき207条が適用されるとすれば、前述のように平成28年決定の立場を前提とした場合よりもその部分では処罰範囲が拡大してしまっている結論には疑問が残る<sup>79</sup>。さらに、この点を措くとしても、「傷害不明→死亡判明」の場合において同時傷害の特例の適用を認め、しかも207条の法意は（意思連絡なき）共同正犯を擬制するものであるとしながら<sup>80</sup>、傷害罪の結果的加重犯としての傷害致死罪の帰属を否定する論拠が

---

77 玄・前掲注（65）332頁以下。

78 なお、207条の法的性質につき、もっぱら因果関係の推定であるとする有力説の立場に立つ場合には60条が適用ないし準用されなくなり、結果的加重犯の共同正犯というロジックは使えなくなるから、この意味でも傷害致死罪の成立が否定されることになろう。

79 もっとも、玄・前掲注（65）333頁は、処罰範囲が拡大していると感じられるのは通説を前提とするからであり、その通説の前提こそが疑問視されるべきだとする。

80 前掲注（5）参照。

明らかにされていないように思われる。他方、もしこの「傷害不明→死亡判明」の場合においても結論において結果的加重犯としての傷害致死罪の成立を肯定するのだとすれば、この場合に同時致死の適用を排除しようとした趣旨と矛盾するであろう。

したがって、私見によれば、「傷害不明→死亡不明」の場合には傷害の限度で207条が適用され、全員が傷害罪の罪責を負う。「傷害判明→死亡不明」の場合には、「傷害」に死亡を含めて解釈することは許されず、それゆえ「その傷害を生じさせた者を知ることができない」という要件を満たさないから、同条は適用されない。個別の因果関係が判明している傷害の範囲内で、それぞれが傷害罪の罪責を負うに過ぎない。「傷害不明→死亡判明」の場合には、先行者に有利になるよう「傷害」に死亡を含めて解釈すると、「その死亡結果を生じさせた者を知ることができない」という要件を満たさないから、同条は適用されない。後行者には傷害致死罪が成立する一方、先行者は暴行罪（死因以外の傷害を生じさせていることが判明している限りで、その範囲内の傷害罪）の罪責を負うにとどまる。

### （3）予想される批判

以上のように、筆者は207条の「傷害」には死亡が含まれるが、ただしそれは具体的な事案における被告人にとって有利となる場合に限られる、と考える。

こうした私見に対しては、「傷害」に死亡を含めることが被告人にとって有利である限り許されるとする条文上の根拠が存しないことが批判されるかもしれない。そして、この点は認めざるを得ないように思われる。しかし、いわゆる「機会の同一性」要件も条文に規定されたものではなく、因果関係の挙証責任転換という通説の論理から必然的に導かれるものでもなく<sup>81</sup>、「この要件が要求されるのは、本来疑問のある規定の無限定な適用

---

81 杉本・前掲注（24）56頁。

が明らかに妥当でない結果を生じさせることに鑑み、その適用をせめて制限しようとする努力の表れと解するほかはない」<sup>82</sup>とされる。そうであるならば、被告人に有利となる限りにおいて「傷害」に死亡を含めることを許容することも許されるのではなかろうか<sup>83</sup>。

また、仮に被告人に有利であることから類推解釈を認めるとしても、「傷害」という文言を多義的に取り扱うことの是非も問われ得るが、同一の文言を文脈に応じて異なる内容のものとして理解することは、例えば刑法37条1項（緊急避難）の解釈において有力な見解によって現に行われていることである。つまり、同条同項の「罰しない」の意味について、違法性阻却事由である場合と責任阻却事由である場合との双方があり得るとする二元説の立場がそれである<sup>84</sup>。このことを前提とする限り、207条の「傷害」という文言を文脈に応じて異なる内容のものとして理解することも許容され得るであろう。

## V. 結論

本稿は、207条の法的性質についてはさしあたり通説の理解、すなわち各々の被告人の暴行と被害者に生じた傷害結果との間の因果関係を推定し、その不存在の举证責任を被告人に転換したものであるとする理解を前提としつつ、平成28年決定及び令和2年決定を素材として、「誰も重い結

---

82 山口・前掲注（2）51頁。

83 辰井・前掲注（4）15頁は、207条に関しては、「過去になされていた説明と異なるとか、厳密な字句解釈からは必ずしも導けないとかいったことは、解釈の妨げではないと思われる。」とする。

84 大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第3版〕第2巻』（青林書院、2016年）684頁以下〔安田拓人〕、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）473頁以下〔深町晋也〕など参照。

果に対して責任を負わない不都合」を回避するための規定とされる同条の限定的解釈の可能性を模索したものである。それにより得られた結論を要約すると以下の通りである。

第1に、平成28年決定の事案のように、後行者が死亡結果について責任を負う場合には、前述の不都合が生じないから、207条の適用を認めるべきではない。この意味で、第1審判決が妥当である。

第2に、第2暴行が共同正犯であることから直ちに中途関与者自身の暴行の程度如何を問うことなく207条の適用を認めてきたと解される従来の裁判例の立場を令和2年決定が否定したことには意義がある。その限りでは妥当であるが、しかし、中途共謀の事案において207条を適用することは認められない。この結論は、同条の例外的性格の観点のみならず、60条が適用される場合には207条が適用されないとしていた大審院判例や、承継的共同正犯に関する平成24年決定との整合性の観点から導かれる。

第3に、傷害致死事案における207条適用の在り方としては、当該事案の被告人に有利となる限りにおいて、同条の「傷害」に死亡が含まれると解するべきである。具体的な結論を捨象して「傷害」に死亡を含めるのは罪刑法定主義に違反するとしてきた通説は見直されなければならない。

[付記]

校正段階で、玄守道「判批」刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕（2020年）14頁に接した。