論　説

同時傷害の特例を巡る問題点

高　橋　省　吾

最近、同時傷害の特例を定めた刑法207条の法意及び同条の適用の可否に関する最高裁判例が出されたので、その紹介をするとともに、同特例の適用要件、適用範囲、承継的共同正犯との関係など、同条を巡る問題点について若干考察することとしたい。

第１　最高裁第三小法廷平成28年３月24日決定・刑集70巻３号１頁、判例時報2312号131頁、判例タイムズ1428号40頁、

本決定の評釈として、豊田兼彦・法学セミナー737号123頁、安田拓人・法学教室430号150頁、松下裕子・研修816号13頁、前田雅英・捜査研究789号50頁、吉川崇・警察学論集69巻９号174頁、松尾誠紀・刑事法ジャーナル49号185頁、小林憲太郎・判例評論699号23頁、高橋則夫・平成28年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1505号）172頁などがある。

〔決定要旨〕

１　同時傷害の特例を定めた刑法207条は、共犯関係にない二人以上が暴行を加えた事案において、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の証明をした場合、各行為者において、自己の関与した暴行が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したものである。

2　共犯関係にない二人以上の暴行による傷害致死の事案において、刑法207条適用の前提となる事実関係が証明された場合には、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、各行為者について同条の適用は妨げられない。

〔本件に至る訴訟経過〕

1　本件は、共犯関係にない二人以上の暴行による傷害致死において、同時傷害の特例を定めた刑法207条の適用の可否が問題となった事案である。

被告人３名に対する公訴事実の概要は、「被告人Ａ及び同Ｂは、共謀の上、本件当日（平成25年11月23日）午前６時50分頃から同日午前７時10分頃までの間、名古屋市内の本件ビルにおいて、Ｄ（当時39歳）に対し、同人の背後からその背部付近を蹴って階段の上から落下させて転倒させ、多数回にわたってその頭部顔面や胸腹部等を殴り、蹴り付けるなどの暴行を加え、被告人Ｃは、同日午前７時５分頃から午前７時15分頃までの間、同所において、Ｄに対し、床に倒れている同人の腹部を踏み付けるなどの暴行を加えた上、同日午前７時50分頃、同所において、同人に対し、その頭部顔面を多数回にわたって蹴り付けるなどの暴行を加え、よって、前記一連の暴行により、Ｄに急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、翌24日午前３時54分頃、同市内の病院において、同人を前記急性硬膜下血腫による急性脳腫脹により死亡させたが、被告人Ａ及び同Ｂ並びに同Ｃのいずれの暴行に基づく傷害によりＤを死亡させたか知ることができないものである。」というものである。

なお、起訴状には、罪名及び罰条として、「傷害致死　刑法第205条、第207条、被告人Ａ及び同Ｂにつき、更に第60条」と記載されており、検察官において、刑法207条の同時傷害の特例が本件に適用されると主張していることは明らかである。

2　本件の事実関係（第１審判決の事実認定をほぼ肯認した控訴審判決の認

定事実。本件最高裁決定も、この事実関係を前提にしている。）

⑴　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り、本件当時も、同店内で接客等の仕事をしていた。被告人Ｃは、かねて同店に客として来店していたことがあり、本件当日、被告人Ｂの誘いを受け、同店で客として飲食していた。

被害者Ｄは、午前４時30分頃、女性２名とともに同店を訪れ、客として飲食していたが、代金支払の際、クレジットカードでの決済が思うようにできず、午前６時50分頃までに、一部の支払手続をしたが残額の決済ができなかった。被害者Ｄは、いらだった様子になり、残額の支払について話がつかないまま、同店の外に出た。

⑵　被告人Ａ及び同Ｂは、被害者Ｄ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Ｄに追い付き、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（以下「第１暴行」という。）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Ｄ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Ｄ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付け、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Ｄの頭部を打ち付けるなどした。その上、被告人Ａは、床に仰向けに倒れている被害者Ｄ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付けるなどし、被告人Ｂも、被害者Ｄを蹴り、馬乗りになって殴るなどした。

⑶　被告人Ｃは、午前７時４分頃、４階エレベーターホールに現れ、同店の従業員のＥが被告人Ａ及び同Ｂを制止しようとしている様子を見ていたが、Ｅと被告人Ａが被害者Ｄのそばを離れた直後、床に倒れている被害者Ｄの背部付近を１回踏み付け、被告人Ｂに制止されて一旦同店内に戻った。その後、被告人Ｃは、再度４階エレベーターホールに現れ、被告人Ａ及び同Ｂが被害者Ｄを蹴る様子を眺め、午前７時15分頃、倒れている状態の被害者Ｄの背中を１回蹴

る暴行を加えた。

⑷　被告人Ａは、被害者Ｄから運転免許証を取り上げて、同店内に被害者Ｄを連れ戻し、飲食代金を支払う旨の示談書に氏名を自書させ、運転免許証のコピーを取るなどした。その後被告人Ａ及び同Ｂは、同店内で仕事を続け、被告人Ｃも同店内でそのまま飲食等を続けた。

⑸　被害者Ｄは、しばらく同店内の出入口付近の床に座り込んでいたが、午前７時49分頃、突然、走って店外へ出て行った。Ｅは、直ちに被害者Ｄを追いかけ、本件ビルの４階から３階に至る階段の途中で、被害者Ｄに追い付き、取り押さえた。

一方、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、Ｅが被害者Ｄの逃走を阻止しようとしているのを知り、Ｅが被害者Ｄ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（以下「第２暴行」という。）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Ｄの顔面、頭部、胸部付近を踏み付けた上、被害者Ｄの両脚を持ち、３階まで被害者Ｄを引きずり下ろし、サッカーボールを蹴るように被害者Ｄの頭部や腹部等を数回蹴り、いびきをかき始めた被害者Ｄの顔面を蹴り上げるなどした。

⑹　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Ｄ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Ｄは、午前８時44分頃、病院に救急搬送され、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の傷害を発生させることが可能なものであるが、被害者Ｄ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。

3　第１審判決（名古屋地裁平成26年９月19日判決）は、被害者Ｄの遺体の解剖医や脳外科医の証言から、「第１暴行と第２暴行は、それぞれ単独で、又は両暴行が相まって、本件の死因である急性硬膜下血腫を発生させた可能性がある」と認定しつつも、防犯カメラの映像やＥの証言から、「第２暴行は、第１暴行よりも質的に激しいものと認められるから、第２暴行が、Ｄの死亡に全く影響を与えなかったとは考え難い」とし、「そうすると、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、Ｄ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）を適用する前提に欠けることになる」として、「罪となるべき事実」において、「被告人Ａ及び同Ｂには、Ｄに第１暴行を加え、「頭部顔面に加療期間不明の出血を伴う傷害」を負わせたという傷害罪の共同正犯を認め、被告人Ｃには、第１暴行を受けているＤに中間の暴行を加えた上、第２暴行を加え、Ｄに、「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させ」、上記急性硬膜下血腫による急性脳腫脹により死亡させたという傷害致死罪が成立するとした。

その上で、第１審判決は、被告人Ａ及び同Ｂを、各懲役３年、保護観察付き執行猶予５年に、被告人Ｃを懲役９年にそれぞれ処した。

なお、上記2⑶記載のように、被告人Ｃが、本件ビル４階のエレベーターホールにおいて、床に倒れているＤの背部付近を１回踏み付け、背中を１回蹴る暴行を加えているが、第１審判決を、これを「中間の暴行」と呼称し、控訴審判決もこれに倣っている。控訴審判決は、被告人Ｃの上記中間の暴行につき、「それ自体は、Ｄの急性硬膜下血腫の発生等の原因となり得るものではなかったようにうかがえる」としており、第１審判決も、もっぱら急性硬膜下血

腫と第１暴行又は第２暴行との間の因果関係を問題としており、同様の理解に立つものと思われる。

４　控訴審判決（名古屋高裁平成27年４月16日判決・高刑集68巻１号１頁）は、次のとおり判示している。

「第１審判決の認定を前提とする以上、被告人Ａ及び同Ｂが共謀の上で行った第１暴行と、被告人Ｃが行った第２暴行とは（もとより第１審判決は、被告人Ａ、同Ｂと被告人Ｃとの間には、Ｄに対する暴行についての共謀が認められないという判断を前提としており、その認定に誤りはない。）、そのいずれもがＤ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り、かつ、実際に発生した急性硬膜下血腫の傷害が上記両暴行のいずれによるか不明であるということになるから、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。そして、第１審判決も、この点は、当然の前提としているものと理解される。

本件では、Ｄが上記急性硬膜下血腫による急性脳腫脹のため死亡したことは、第１審判決が説示するとおりである。すなわち、本件は、第１暴行と第２暴行のいずれかによって（あるいはその双方によって）Ｄの急性硬膜下血腫が発生したことが認められるが、そのいずれによって同傷害が発生したかは不明であり、他方、同傷害とＤの死亡との間の因果関係があることは明らかであるという事案である。上記のように、被告人３名が急性硬膜下血腫の傷害の発生について共犯としての刑責を負うという前提で考える以上、この場合、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Ｄ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）。

ところが、第１審判決は、仮に被告人Ａと同Ｂの第１暴行によって既に急性硬膜下血腫の傷害が発生していたとしても、被告人Ｃの第２暴行は、この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、Ｄ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」という理由を挙げて、本件では、この規定を適用することはできないと説示している。

しかし、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といわざるを得ない。後者の点について補足すると、第１審判決は、被告人Ａ及び同Ｂについては、第１暴行により、Ｄに「頭部顔面に加療期間不明の出血を伴う傷害を負わせた」という事実を認定し、他方、被告人Ｃについては、（中間の暴行と）第２暴行により、Ｄに「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」という択一的な事実の認定をしているにとどまっているから、（例えば、被告人Ｃについて、上記択一的な認定の下で、この点に関しどのような事実関係を前提として量刑判断をしたのか、第１審判決は特段説明していないなどの事情もあるが、いずれにしても、第１審判決の下では）、致命傷である急性硬膜下血腫の傷害の発生自体については、結局のところ、被告人３名のいずれもがその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。念のため補足すると、第１審判決がいうように、第１暴行によって既に急性硬膜下血腫の傷害が発生していた場合を想定しても、第２暴行によってこれが更に悪化したと認

められるから、第２暴行と死亡との間の因果関係が認められると考えるとしても、そのことは、この場合には、第１暴行と急性硬膜下血腫によるＤの死亡との間に因果関係があることを否定する理由にならないことは、いうまでもないところであるし（最高裁平成２年11月20日第三小法廷決定・刑集44巻８号837頁参照）、第１審判決もこの点は否定していないと考えられる。」

その上で、第１審判決が、傍論に当たる説示ではあるものの、本件では機会の同一性も認められないという判断を示していることについて言及し、「第１審判決は、証拠の内容についての理解を誤り、あるいは、認定に係る事実関係の重要性の評価、すなわち、これらの事実関係が上記機会の同一性の判断に関してどのような位置付けを占めるのかという点に関する評価を誤った結果、論理則、経験則等に照らして不合理で、是認し難い判断に至ったものといわざるを得ず」、「上記機会の同一性等に関しては、その意義等に関する適切な理解の下で更に審理評議を尽くすのが相当である」などとして、第１審判決を破棄し、本件を名古屋地裁に差し戻した。この控訴審判決に対し、被告人Ａ、Ｂ、Ｃの各弁護人がいずれも上告した。

〔最高裁決定〕

「（上記の事実関係を前提にした上）第１審判決は、仮に第１暴行で既に被害者Ｄの急性硬膜下血腫の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、いずれにしても、被害者Ｄの死亡との間に因果関係が認められることになり、「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」と説示して、本件で、同条を適用することはできないとした。

しかし、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べきである（最高裁昭和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。

以上と同旨の判断を示した上、第１暴行と第２暴行の機会の同一性に関して、その意義等についての適切な理解の下で更なる審理評議を尽くすことを求めて第１審判決を破棄し、事件を第１審に差し戻した原判決は相当である。」

〔説　明〕

１　同時傷害の特例を定めた刑法207条は、「二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。」と規定している。

同時傷害の特例については、学説上は、法的性質論や傷害致死罪への適用の

可否といった論点で大きな対立が見られるところである。具体的には、法的性質論については、①法律上因果関係を推定する規定と解する見解（小野清一郎・新訂刑法講義・各論［第３版］174頁、香川達夫・刑法講義（各論）［第３版］329頁、植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論258頁等）、②暴行と傷害の間に必要となる因果関係について、その挙証責任を転換する規定と解する見解（山口厚・刑法各論［第２版］49頁、西田典之・刑法各論［第６版］45頁、前田雅英・刑法各論［第６版］30頁等）、③挙証責任の転換とともに一種の法律上の擬制を用いたものとする見解（団藤重光・刑法綱要各論［第３版］418頁、大塚仁・刑法概説・各論［第３版増補版］32頁、大谷實・刑法講義各論［新版第４版補訂版］33頁、曽根威彦・刑法各論［第５版］22頁、山中敬一・刑法各論［第３版］57頁、井田　良・講義刑法学・各論65頁、中森喜彦・刑法各論［第４版］18頁、高橋則夫・刑法各論［第２版］56頁等）があり、このうち、③が通説とされ、②が近時の有力説である。このほか、③を出発点としつつも、被告人側の立証は挙証責任の転換ではなく、証拠提出の責任であり、この場合被告人側の立証は、証拠の優越程度で足りるとする見解もある（藤木英雄・刑法講義各論202頁、大塚仁ほか「大コンメンタール刑法第10巻［第２版］482頁〔渡辺咲子〕）。

大谷・前掲33頁以下は、特例の趣旨につき、「刑法207条は、同時犯としての暴行による傷害について処罰の特例を定めたものである。２人以上の者が同一機会に他人に暴行を加え傷害の結果を生じさせた場合において、それが共同正犯の結果といえない以上は、各人が自己の行為によって生じた結果についてのみ責任を負担させられるにすぎない。数人の暴行のいずれかによって傷害の結果が発生したことは明らかであっても、検察官によって具体的にそのうちの誰の暴行によって結果が発生したかに関して因果関係の証明がなされない限り、各人それぞれにつき暴行ないし軽い傷害の限度で処罰されることになる。しかし、同時犯としての暴行においては、発生し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。この立証の困難というだけの理由で、同時犯と

しての暴行による傷害ないし重い傷害の結果について何人にも責任を負担させることができないとするのは不合理であり、また、実際に傷害を加えた者の罪責を免れさすことになる。207条は、この立証の困難を救うための政策的規定であり、個々の暴行と傷害の因果関係を推定することにより、挙証責任を被告人に転換するとともに、一種の法律上の擬制を用いて、共同実行者でなくても「共犯の例による」としたものである。すなわち、本条は、因果関係に関する挙証責任の転換を前提として、共同正犯でなくても共同正犯とするとして、共同正犯についての法律上の擬制を定めたものである。」と説明している。

一方、山口・前掲49頁は、「これは、暴行と傷害の間に必要となる因果関係について、その挙証責任の転換を規定したものであり、因果関係不存在の立証に成功しない限り、傷害結果についての責任を問われることになる。このようなことを認めるための法技術として、「共犯の例による」こととされていることにすぎない。複数の者が暴行により傷害の結果を発生させた場合、誰の暴行によるものか不明なことがあるが、本人には自分がやっていないことの反証は可能だということを想定して規定されたものである。以上のように、本条は、共犯関係の存在を推定した規定ではない。共犯関係についての立証責任を転換する根拠の存在それ自体に、そもそも疑問がある。また、本条は、「共同して実行した者でなくても」、すなわち共犯関係がないことが明らかであっても、適用があるとされているのであり、これを共犯関係を推定したものと解することは無理がある。更に、本条を共犯関係に関する推定規定だと解すると、自己の暴行と傷害の間の直接的因果関係の不存在についてその立証に成功しても、共犯関係の不存在について立証しない限り依然として結果についての罪責を問われることになってしまい、妥当でないと思われる。本条の規定は、誰かが「無実の罪」を負うことになることを正面から肯定するものであり、憲法違反（平野龍一・刑法概説170頁）かどうかは別にしても、その合理性は疑問である。立法論としては廃止されるべきであり、解釈論としてはその適用範囲を制限する方向での解釈が採られるべきであろう。本条の適用の前提は、傷害がい

ずれかの行為者の暴行により生じた可能性が認められることである（これが、立証責任転換の根拠である）。」と指摘している。

刑法207条の法的性格等については、杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル29号49頁以下に詳しい。

2　第１審判決と控訴審判決で判断が分かれていた、いずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定される場合と刑法207条適用の可否という問題については、判例、裁判例も見当たらず、学説も、本件以前に議論されていたようにはうかがわれない。

⑴　第１審判決は、責任主義を意識し、傷害致死の場面における刑法207条の適用を限定しようとしたもののように解されるが、控訴審判決や第１審判決の評釈によって批判されているように、次のような問題点があると考えられる。①暴行と死亡との間の因果関係を直ちに問題にしている点で、暴行と傷害との間の因果関係が不明である場合の規定である刑法207条の規定内容と相容れない、②第１審判決の立場を貫けば、本件で死亡の結果が発生しなかった場合であっても、第２暴行が傷害を悪化させている以上、同条の適用を否定しなければ整合しない、③第１暴行の程度がいかに激しくても、第２暴行と死亡との間に因果関係が認められれば、第１暴行については傷害罪にとどまることになる、④第１審判決は、第１暴行につき「頭部顔面に加療期間不明の出血を伴う傷害を負わせた」と認定し、第２暴行につき「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」と認定しているが、結局、死因となった急性硬膜下血腫の傷害の発生自体については誰も責任を負っていないことになっている、などである（判例タイムズ1428号41頁参照）。

控訴審判決の指摘は、前記のとおりであるが、この点に関する学説の状況を具体的に見てみよう。

⑵　鷦鷯昌二・研修807号３頁（名古屋高裁平成27年４月16日判決の解説）

「第１暴行と第２暴行のいずれかによって（あるいは、その双方によって）Ｄの急性硬膜下血腫の傷害が発生したことは認められるが、そのいずれによって同傷害が発生したかは不明であり、他方で、同傷害とＤの死亡との間に因果関係があることは明らかであるという本件においては、①まずは、各被告人の暴行とＤの死亡の原因となった急性硬膜下血腫の傷害との間の因果関係を検討する必要があるのであって、同時傷害の特例を適用する要件を満たすと判断されるときは、同規定により被告人全員が傷害罪の共犯として取り扱われ、②その結果、同傷害を原因として生じた死亡の結果についても、被告人全員がその刑責を負うとするのである。このことは、控訴審判決が指摘するように、「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」からすれば明らかといえる。

この点、第１審判決は、傷害致死罪における暴行と傷害の結果との間の因果関係のみならず、傷害と死亡との因果関係をも考慮に入れることにより、傷害致死罪への同特例の適用を限定しようとするものとも考えられる。

しかしながら、第１審判決のように、仮に先行する暴行により既に傷害が発生していたとしても、後行する暴行と実際に生じた終局的な結果（すなわちＤの死亡）との間に、既に生じていた傷害を「更に悪化させた」という意味での因果関係が認められる以上、後行する暴行を加えた者がその結果について責任を負うことになるから、同時傷害の特例を適用する前提を欠くとの立場をとるならば、第１暴行により既に急性硬膜下血腫の傷害が生じていたとしても、第２暴行がこれを更に悪化させる傷害を発生させたと認め得る以上、本件において仮にＤが死亡しなかった場合にも、急性硬膜下血腫の傷害の発生について同時傷害の特例は適用されず、被告人Ａ及び同Ｂは急性硬膜下血腫の傷害について共犯として取り扱われない（被告人Ｃには「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させる傷害を負わせた」という択一的な認定の下で傷害罪が成立する）としなけれ

ば整合しないように思われる。

それでは、結局は、急性硬膜下血腫の傷害を発生させた点について誰も責任を問われない結果になりかねず、そのような不合理を回避するために、実際に発生した傷害の原因となり得る暴行を加えた者を全て共犯として扱うこととした同時傷害の特例の趣旨に反することは明らかなように思われる。その意味でも、控訴審判決の判示は正当であろう。」

この点につき、豊田兼彦・ジュリスト平成27年度重要判例解説154頁（名古屋高裁平成27年４月16日判決の解説）も、「第１審判決の因果関係の認定方法を一貫させるならば、第１暴行により既に急性硬膜下血腫の傷害が生じていたとしても、第２暴行がこれを更に悪化させる傷害を発生させたと認め得る以上、同時傷害罪（刑法207条）の適用は困難であるように思われる。」としている。

⑶　前田雅英・捜査研究778号55頁。59頁以下において、名古屋高裁平成27年４月16日判決について触れている。

「実質的に重要なのは、原審が「死亡させた結果について、Ｃが責任を負うのであるからＡ、Ｂにつき同時傷害致死罪の規定（刑法207条）を適用する前提に欠ける」とする点への批判である。（控訴審判決は）このように考えてしまうと、「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といわざるを得ない。」と判示し、「原判決がいうように、第１暴行によって既に急性硬膜下血腫の傷害が発生していた場合を想定しても、第２暴行によってこれが更に悪化したと認められるから、第２暴行と死亡との間の因果関係が認められると考えるとしても、そのことは、この場合には、第１暴行と急性硬膜下血腫によるＤの死亡との間に因果関係があることを否定する理由にならないことは、いうまでもない。」としたのである。

「刑法207条は憲法上問題のある規定なので、できる限り適用を限定すべきで

ある」というだけでは、因果関係の存在を否定すべきではない。少なくとも、判例の流れには反するものといえよう。第１暴行と第２暴行のいずれかによって死因となる傷害が発生したことは認められるが、そのいずれによって同傷害が発生したかは不明であり、他方で、同傷害と死との間に因果関係があることは明らかである事案では、両暴行と「死」との関係を吟味する前に、死因となった傷害との間の因果関係を検討しなければならない。そして傷害について、同時傷害の特例を適用する要件を満たすと解されるときは、全員が傷害罪の共犯となり、その結果、同傷害を原因として生じた死亡の結果についても、被告人全員がその刑責を負うことになる。控訴審判決により、このような刑法207条の妥当な解釈が確認されたといえよう。」

なお、前田・前掲58頁は、「本件では、直接の死因となった急性硬膜下血腫及び脳の腫脹が特定している以上、それを生じさせた者を特定できるかを吟味すべきである。刑法207条は、「死の結果を生じさせた者を知ることができない」とはしていないのである。」と指摘している。

⑷　第１審判決には、因果関係論からも問題がある。

ア　控訴審判決は、「念のため補足すると、原判決がいうように、第１暴行によって既に急性硬膜下血腫の傷害が発生していた場合を想定しても、第２暴行によってこれがさらに悪化したと認められるから、第２暴行と死亡との間の因果関係が認められると考えるとしても、そのことは、この場合には、第１暴行と急性硬膜下血腫によるＤの死亡との間に因果関係があることを否定する理由にならないことは、言うまでもないところである（最決平2. 11. 20刑集44巻８号837頁）」と指摘している。

控訴審判決が引用する上記最高裁決定（大阪南港事件）は、第三者の行為の介入と因果関係について、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するこ

とでき、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」と判示している。因果関係論について、通説といわれる「危険の現実化説」を採って、実行行為の危険性、介在事情の異常性、介在事情の結果への寄与度を考慮要素として因果関係の有無を検討すると、本件事案では、第１暴行と第２暴行は、上記のとおり相当激しいものであり、そのいずれもが被害者の死因となった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と認定されているところ、仮に第１暴行によって死因となった急性硬膜下血腫が発生しているとした場合、第２暴行が介在しても、第１暴行と被害者の死因となった急性硬膜下血腫及び被害者の死亡との因果関係が中断されるわけではない。

前田雅英・刑法総論講義［第６版］141頁は、「介在事情の結果への寄与の度合いも、結果の帰責判断にとって重要である。既に実行行為により生じていた瀕死の状態に、後に暴行行為が加わることにより死期が僅かに早まったに過ぎない場合であれば、結果は当初の実行行為に帰責される（最決平2. 11. 20刑集44巻８号837頁）。行為の危険性が現実化したと評価し得るのである。行為の危険性が決定的でない場合であっても、軽微とまではいえない場合には、先行の行為を凌駕（圧倒）する事情が介在しなければ因果性は切断されない。ただ、故意行為の介在があれば、通常、過失行為の場合より寄与度は高く、作為の方が不作為より因果性を切断しやすい。」と指摘している。

イ　第１審判決は、上記事実を前提としながら、被告人Ａ及び同Ｂについては、第１暴行により、Ｄに「頭部顔面に加療期間不明の出血を伴う傷害を負わせた」という事実を認定し、他方、被告人Ｃについては、（中間の暴行と）第２暴行により、Ｄに「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」という択一的な事実を認定し、控訴審判決が指摘するように、結局のところ、致命傷である急性硬膜下血腫の傷害の発生自体については、被告人３名のいずれもがその責任を問われない結果になっており、被告人Ａ及び同Ｂについては、第１暴行と被害者の死因となった急性硬膜下血腫との因果関係も否定されているのであって、不

当と言わざるを得ない。

第１審判決は、「第２暴行は、第１暴行よりも質的に激しいものと認められる」という判断を示しており（控訴審判決は、「検察官の所論の検討に当たって、特段その結論に影響を与えるような性質のものではない」として、その判断の当否について検討する必要を認めていない）、これが第１暴行と急性硬膜下血腫の傷害及びＤの死亡との因果関係を否定する前提となっているとも考えられるが、上記のとおりそれは因果関係を否定する理由とはならない。

仮に、第１審判決が、第１暴行と急性硬膜下血腫との間の因果関係を否定する趣旨ではないとすれば、その結論は、暴行と死亡との因果関係を直接問題とし、質的に激しいと思われる第２暴行は、いずれにしても、Ｄの死亡との間に因果関係が認められることになるから、「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」という同条の誤った解釈に由来するものといえよう。

３　本決定についての評釈

⑴　前田雅英・捜査研究789号50頁

「これまでは、同時傷害の特例につき、「因果性の立証責任」を修正し、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に抵触するおそれのある規定であり、できるだけ限定的に解釈すべきであるという考え方も有力であり、「生じた傷害（その結果）に責任を負う者がいなくなる不都合を回避するための特例である」とする見解が、下級審や一部の学説において主張されてきた（その間の判例・学説に関しては、山中敬一・刑法各論［第３版］59頁以下参照）。本件は、正面からそれを否定したものである。具体的な事例に関する判断を超える、更に単に刑法207条の解釈のみならず、日本の共同正犯の理解について、重要な判断といえよう。

第１暴行と第２暴行のいずれかによって死因となる傷害が発生したことは認

められるが、そのいずれによって同傷害が発生したか不明であり、他方で、同傷害と死との間に因果関係があることは明らかである事案では、両暴行と「死」との関係を吟味する前に、死因となった傷害との間の因果関係を検討しなければならない。そして傷害について、同時傷害の特例を適用する要件を満たす場合には、全員が傷害罪の共犯となり、その結果、同傷害を原因として生じた死亡の結果についても、全員がその刑責を負うことになる。この点が、本件最高裁決定により確認されたといえよう。

第１審判決の判示に従えば、「Ａ・Ｂの第１暴行による急性硬膜下血腫が生じ、Ｃの第２暴行により同傷害が悪化した場合には、急性硬膜下血腫から生じた死が争いなくＣに帰責し得る以上、Ａ・Ｂの行為には死の結果との因果性は認められない」ということになる。こうしてみると、同時傷害の特例が問題となる場合について、第三者（Ｃ）の「行為の介在する場合の因果関係の問題」がその一つとして考えられることに注意しなければならない。

そもそも、「Ａ・ＢがＶを殴打し（第１暴行）重傷を負わせたところ、その直後に、意思の連絡なしに何者かがＶを更に殴打し（第２暴行）、死期を早めた場合のＡ・Ｂの罪責は、Ａ・Ｂに傷害致死罪が成立するか否か、すなわち、Ａ・Ｂの実行行為と死の結果の因果性を認め得るかという形で検討される。その際には、第１暴行の死の結果惹起の危険性の程度と、介在する第三者の第２暴行の異常性の程度、そして、第２暴行の死の結果への寄与度の大小を中心に、判例では第１暴行と第２暴行が相まって死の結果が発生したか否かが吟味される。そして、第２暴行により傷害が悪化した場合でも、第１暴行に最終結果を帰責し得る場合は十分に考えられる。そもそも判例は、実行行為（第１暴行）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介在事情（第２暴行）が存在しても因果関係を認める場合が多い。傷害を負わせて入院させたところ、病院の異型輸血で死亡したような、第１暴行によって生じていた傷害を「悪化させた」とは言いにくい場合でも因果性は認められる（前田雅英・刑法総論講義［第６版］142頁）。そして、第２暴行にも死を帰責し得る場

合でも、第１暴行に結果を帰責することを認めることがある。

大阪高裁昭和62年７月10日判決・高刑集40巻３号720頁は、承継的共犯に関する重要判例として著名なものであるが、同判決は、傷害罪につき承継的共同正犯の成立を否定するとともに、「刑法207条は、二人以上で暴行を加え人を傷害した場合において、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が生じることを回避するための例外規定である」と解し、…「（同事案においては）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ので、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を問うことは不当でない」と説明していたのである。

そして、まさにこの考え方が、本件最高裁決定により正面から否定されたのであり、上記大阪高裁判決を実質的に否定する判示を行っていた大阪地裁平成９年８月20日判決・判例タイムズ995号286頁の結論の妥当性を判示したものといえる。」

⑵　松下裕子・研修816号13頁

「本決定は、刑法207条の適用に当たっては、死亡の結果そのものではなく、死亡の原因となった傷害が誰の暴行によって生じたかを検討して207条適用の是非を判断し、傷害結果について207条が適用される場合には、これと因果関係のある死亡の結果についても傷害の共犯として扱われた者全員について傷害致死の責任を負わせるとするものであり、同条の条文の文言及び立法趣旨に照らしても正当な判示といえよう。

なお、本件は、第１暴行が終わった後やや間をおいて第２暴行が行われ、かつ、第２暴行が開始された時点では、Ｄが走って店内から出て行こうとするな

ど身体運動が可能な状態にあり、第２暴行が終わる頃には既に意識不明の状態に陥っていたことが明らかな事案であった。第１審判決は、この事実関係を重視し、第２暴行と死亡との因果関係が認められる以上207条の適用はないとしたものであり、被告人Ａの弁護人もその旨主張したが、本決定は、「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」として、この主張を明確に排斥した。原判決認定の事実関係からすれば、第２暴行が介在しなかった場合にＤに急性硬膜下血腫に基づく急性脳腫脹による死亡の結果が発生しなかったかどうかは不明だというのであるから、たまたま第２暴行が介在したために第１暴行の実行者らが当該傷害（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思われ、この判示も正当といえよう。」

⑶　豊田兼彦・法学セミナー737号123頁

「本決定は、原判決の見解を追認し、いずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定された場合であっても同条は適用されるとした。これは、新しい論点についての判断であり、最も注目すべき部分である。刑法207条の「傷害」は死亡を含まないとすれば、傷害致死の事案への同条の適用は、原判決の論理に従うことになろう。これに対し、同条の「傷害」は死亡を含むと解し、死亡との間に因果関係がある場合には同条の適用はなく（第１審判決と同じ）、死因となった傷害の限度で同条が適用されるとの見解が示されている（松宮孝明・法学セミナー731号115頁）。前者については、共犯関係の擬制という「砂上」に「楼閣」を重ねるようなものではないか、後者については、「砂上」を死亡にまで広げてよいかという疑問が生じ得る。ここでは、同条適用の結果として傷害致死罪の成立が認められる論理を最も合理的に説明する方法は何かが問われているといえよう。」

⑷　安田拓人・法学教室430号150頁

「控訴審は、１審判決の論理を推し及ぼせば、第２暴行には傷害結果との間に因果関係が認められ、本血腫の「発生」については同時傷害の特例が適用されず誰も責任を問われなくなると批判している。しかし、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だとも解し得るほか、その中間結果たる本血腫についても少なくとも最終結果についてはＣに帰責されるのだから、この批判は必ずしも重要でない。この批判に本血腫の「発生」への本特例の適用により応えようとする見解（松宮孝明・法学セミナー731号115頁等）は、最終結果を離れて本特例の適用を問題とするもので、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疑問である。１審判決は、本特例の趣旨を「傷害の結果につき誰も責任を問われない不合理の回避」（Ａ）に求める一般的な理解から出発して「誰かが死亡結果に責任を負うなら本特例適用の必要はない」（Ｂ）との結論を導いた。裁判員裁判である本件１審は、本決定の論理の方が従来の判例の立場と整合的であることを十分に踏まえつつ、「Ａ→Ｂ」の論理の方が裁判員の納得を得やすいと考えた可能性が否定できず、これを簡単に退けた原判決・本決定には、裁判員裁判が従来の刑法解釈を変えうること・変えてよいことへの配慮が欠けているようにも思われる。」

⑸　松尾誠紀・刑事裁判例批評（323）刑事法ジャーナル49号185頁

「第１審は、必ずしも傷害致死罪の場合における本条の適否が死亡との間の因果関係の存否にかかるものとは理解しておらず、本件でも、死亡との間の因果関係判断の前提として、暴行と傷害との間の因果関係についても検討をしている。第１審は、確かに、解剖医等の証言に基づいて、「第１暴行と第２暴行は、それぞれ単独で、又は両暴行が相まって、本件の死因である急性硬膜下血腫を発生させる可能性がある」とする。しかしその直後を「しかしながら」で繋ぐ。「しかしながら、…第２暴行が、Ａの死亡に全く影響を与えなかったとは考え難い」とし、「第２暴行は、同傷害（本血腫の傷害）を更に悪化させた

と推認できる」とする。第１審は、本血腫の悪化を捉えて傷害との因果関係を認めており、それに基づいて死亡との間の因果関係を認めているのである。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。第１審では、少なくとも第２暴行によって本血腫が悪化したことが認められており、その意味で第１暴行単独で本血腫が生じた可能性が否定されている以上、本血腫は、第２暴行単独か、それとも両暴行が相まって生じたのかのいずれかとされることになる。そのため、第１審の理解では、本血腫は、「両暴行のいずれによるか不明」とはならない。このようにして、本血腫はいずれにせよ第２暴行の行為者に帰責されることになるから、仮に本件で死亡の結果が発生していなかった場合でも第１審は本条の適用を否定していたと思われる。」

「通常の傷害に関しては、すでにあった傷害を後行者が悪化させた場合でも、後行者には最終的に生じた傷害結果が帰責されうるし、傷害を悪化させて被害者が死亡した場合でもその死亡の帰責が認められる。傷害に関する一般的な帰責理解に基づけば、本血腫を生じさせ得る程度の暴行が行われた場合に、その暴行による寄与に基づいて傷害・死亡の帰責を後行者に認める第１審の理解が直ちに不当というわけではない。加えて、控訴審は、第１審に対し、本血腫の傷害発生について誰も責任を問われない結果になると批判する。しかし、第１審が後行者に傷害致死罪を認めて死亡結果の責任を問うている場合に、傷害について誰も責任を問われないという批判にどれほどの意味があるのか疑問である。」

「本条の特例には、当初先行者の暴行から生じた傷害に対し後行者の暴行が寄与する場合が、既に織り込まれていると理解すべきである。このようにして本決定は、本条の適用の上では、当初発生した傷害に対し後行者の暴行が寄与したことをもって、「傷害を生じさせた」（本条）とはいわないと解したものと思われる。控訴審が、本条は「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」という表現を用いるのに対し、本決定は、本条に関する説示におい

てその表現を用いていない。すなわちこれは、暴行と傷害の因果関係は当初発生した傷害に後行者の暴行が寄与した場合でも認められるが、その意味での因果関係があっても本条は適用できるため（従って、因果関係が不明であることは要件ではない）、そこでは、（当初）当該傷害がいずれの暴行によって生じたのか不明という言い方が適切と理解しているからだと思われる。本条の適用にあたって、そうした寄与をもって「傷害を生じさせた」（本条）といわないのであれば、結局いずれかの暴行から（当初）当該傷害が生じたのかが不明ということとなって、上記で示した207条の判断枠組みに乗ることとなる。従って、第１審のいう意味でいずれかの暴行と死亡との間に因果関係があったとされても、その判断枠組みに影響しないという結論となる。」

しかし、上記⑸の判例評釈が指摘する点については、以下の批判が可能である。

ア　第１審判決は、仮に被告人Ａと同Ｂの第１暴行によって既に急性硬膜下血腫の傷害が発生していたとしても、被告人Ｃの第２暴行は、この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、Ｄ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）を適用する前提に欠けることになる」と判示しているから、①刑法207条を同時傷害致死罪の規定と理解し、第２暴行と死亡との間の因果関係を直接問題にし、②同条の趣旨が、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（同時傷害致死罪）であるとの誤った前提に立っていることは明らかである。第１審判決は、被告人Ａと同Ｂについては、第１暴行により、Ｄに「頭部顔面に加療期間不明の出血を伴う傷害を負わせ」、被告人Ｃについては、（中間の暴行と）第２暴行により、Ｄに「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させ」たという択一的な認定をしているため、本

件では、死因となった急性硬膜下血腫の傷害の発生について、結局誰も責任を問われない結果となっているのである。択一的認定ということは、被告人Cの第２暴行により、Dに「急性硬膜下血腫等の傷害を負わせた」か、又は、「第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」か、いずれについても合理的な疑いを超える確信が形成できず、いずれとも認定できないことを意味するのである。

傷害致死罪の「罪となるべき事実」（刑訴法335条１項）を記載する場合、一般に、「被害者に対し、その頭部を手拳で殴打するなどの暴行を加え、同人に頭腔内出血等の傷害を負わせ、…よって、…前記出血による脳圧迫により同人を死亡するに至らしめた」として、死因となった傷害を具体的に判示するのが通常であるが、第１審判決は、死因となった「急性硬膜下血腫の傷害」、「第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」ことを、いずれも被告人Cによる傷害として確定的に認定していないのであるから、上記判示は第２暴行と死亡との因果関係を直接問題としていると解さざるを得ないのである。

また、第１審判決は、「第１暴行と第２暴行は、それぞれ単独で、又は両暴行が相まって、本件の死因である急性硬膜下血腫を発生させる可能性がある」としているから、第１暴行単独により本件急性硬膜下血腫を発生させる可能性を否定しているわけではない。

イ　上記のとおり、第１審判決は、第１暴行と第２暴行のいずれが急性硬膜下血腫の発生と因果関係を有するかを認定しているものではないが、同判決のいうように「第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」と指摘することによって、独立の「傷害」の判示と見得るかどうかである。それは、「後行者である被告人Cの暴行が傷害の発生に寄与した」程度が具体的に認定判示されているかどうかによると思われる。承継継的共同正犯に関する後記の判例（最高裁平成24年11月６日決定・刑集66巻11号1281頁）の事案のように、後行者が共謀加担後に更に被害者に暴行を加えた場合、その暴行

を加えた部位に生じた傷害を具体的に特定し、被害者のこの傷害を「相当程度重篤化させた」ことが認定できるときには、これを傷害の認定判示と見て、後行者は被害者の傷害の発生に寄与したことについて傷害罪の責任を負うとすることができるのであって（後行者が寄与した部分が傷害の内容・程度で結果を切り分けることが可能であれば、その部分につき、また、先行者の加えた傷害と後行者の寄与した部分が不可分であれば、一体として）、第２暴行により傷害の結果が発生したと評価し得るであろう（橋爪隆「承継的共犯について」法学教室415号92頁参照）。しかし、本件の場合、第１審判決は、「仮に被告人Ａと同Ｂの第１暴行よって既に被害者の急性硬膜下血腫の傷害が発生していたとしても、被告人Ｃの第２暴行は、この傷害を更に悪化させたと推認できる」と択一的認定をするのみで、第２暴行が第１暴行により生じた傷害を「どの程度悪化させた」のか、「相当程度重篤化させた」のかについては何も認定していないのであって、被告人Ｃについて独立の傷害を認定判示しているとはいえないというべきである。

４　本決定の意義

⑴　本決定が、刑法207条の法的性質論についていかなる立場に立っているのかは必ずしも明確ではないが、その判文からすれば、上記多数説によるものといえよう。

その上で、本決定は、刑法207条の適用には、前記多数説が挙げる要件が必要であるとの理解を示した上で、その要件の該当事実が証明された場合には、行為者が自己の関与した暴行が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したものであるとその法意を判示するとともに、傷害致死にも同条が適用されるとの前記昭和26年判例を踏まえつつ、上記の諸点から第１審判決の解釈を否定し、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、各行為者について同条の適用は妨げられない、としたものと解される。

従前、刑法207条の解釈における「傷害結果に責任を負うべき者がいなくなる不都合の回避」という視点は、学説及び裁判例（後記の大阪高裁昭和62年７月10日判決）において指摘されていたのであるが、本決定は、刑法207条の同時傷害の特例は、共犯関係が立証されない場合であっても、「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が限り、傷害についての責任を免れない」と判示し、第１審判決が、刑法207条を「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」としたことを、明示的に否定し、「共犯の因果性」について極めて重要な判示を行ったものといえる（前田・捜査研究789号54頁）。

⑵　同時傷害の特例を定めた刑法207条については、判例に乏しく、また学説上の様々な理解がされていた中、本決定は、その要件等の法意を明らかにするとともに、第１審判決と原判決との間で判断が分かれた、傷害致死事案においていずれかの暴行と死亡との間に因果関係が認められる場合と同条の適用の可否という問題について、これを明確に判示して決着させたものである。このように、本決定は、刑法207条に関し、基本的な理解を示したものということができ、実務上重要な意義を有するものというべきである。

なお、検察官は、…「証明」を要する、とし、各行為者は…「立証」しない限り、と判示し、「証明」と「立証」の２つ用語を用いているところからすると、被告人側が負う立証の程度について、検察官と同程度のものまでは求めないとの解釈の余地を残し（もとより、検察官と同程度のものを求めるとの解釈を否定するものとはいえないであろう。）、今後の検討に委ねたものとみることもできるように思われるとの指摘がある（判例タイムズ1428号42頁のコメント参照）。

第２　同時傷害の特例の適用要件―「機会の同一性」

１　学説の状況

学説では、かっては違憲（平野龍一・刑法概説170頁）との見解もあったが、現在はそのような見解まではないものの、上記のとおり、挙証責任を被告人に転換し因果関係を推定するとともに共同実行者でなくとも共同正犯であると法律上擬制するといった例外的な規定であるから、厳格に適用すべきであるとして、おおむね、①行為者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、②外形的に共同正犯類似の現象があること（暴行の機会の同一性）といった要件を求める見解が有力であり、多数説と思われる（大谷・前掲35頁、西田・前掲46頁、井田・前掲66頁、中森・前掲19頁、藤木・前掲201頁、高橋・前掲56頁、渡辺・前掲大コンメンタール484頁）。

大谷・前掲35頁は、その適用の要件として、①同一人に対する暴行であること、②共同実行行為とみなし得ること、③検察官が証明できないこと、④被告人の証明不能であること、を挙げている。

具体的には、「①同一人に対する暴行であること。２人以上の者が、意思の連絡なくして同一人に故意に基づいて暴行を加えた事実が存在しなければならない。…②共同実行行為とみなしうること。共同正犯でなくても共同正犯として擬制するものであるから、数人の暴行が、外形上、意思の連絡に基づく１個の共同実行行為として評価されるものでなければならない。すなわち外形上共同正犯現象となしうるものであることを要する。207条は、意思の連絡を擬制するものだからである。１個の共同実行行為といえるためには、時間的・場所的に近接しているか、少なくとも同一機会に数人による暴行が行われたことを原則とするが、共同実行行為と認められるような特別の状況があるときは、同一機会という要件を欠いても本条は適用される。これらの事実は、「１個の共同実行行為」というための判断基準にすぎないからである。したがって、例えば、同一原因で２人以上の者が暴行を加えたときは、時間・場所において多少異なっても一連の行為といえる。③検察官が証明できないこと。数人の暴行に

よって傷害を生じた場合において、検察官が当該傷害を生じさせた者を特定できないか、または、２人以上の者がともに暴行によって傷害を加えたことは明らかであるが、各人の暴行がそれぞれどの程度の傷害を加えたかについて、検察官が証明できないことを要する。しかし、本条は因果関係の存否が明らかでない場合について、共同実行の意思の擬制によって共同正犯とするものであるから、その擬制を合理的に根拠づけるためには、２人以上の者が、少なくとも当該の傷害を生ぜしめるに足りる程度の暴行を行ったという事実があり、共同して傷害の結果を惹起したと認められても止むを得ない状況があることを要すると解すべきである。したがって、検察官は、同時犯としての暴行だけでなく当該傷害を惹起するに足りる暴行が存在したことについて立証することを要する。この立証がなされれば、共謀または意思連絡の不存在が立証されても本条は適用される。④被告人の証明不能。被告人において、自己の暴行と傷害の結果との間の因果関係の不存在が証明できないことを要する。因果関係の不存在について証明できれば、本特例は適用されない。」と指摘する。

一方、山口・前掲50頁は、②の暴行の機会の同一性を要件とするものの、共犯現象との外形的類似性を担保するために要求されるものではなく、外形的な共犯現象という要件は、207条の適用の限定それ自体から帰結されると主張する。すなわち、「本条の規定は、誰かが「無実の罪」を負うことになることを正面から肯定するものであり、憲法違反（平野・170頁）かどうかは別にしても、その合理性は疑問である。立法論としては廃止されるべきであり、解釈論としてはその適用範囲を制限する方向での解釈が採られるべきであろう。

本条の適用の前提は、傷害がいずれかの行為者の暴行により生じた可能性が認められることである（これが、立証責任転換の根拠である）。ここから、行為者が傷害を惹起し得る暴行を行ったことが前提となり、この点については検察官に立証責任がある。暴行は同一の機会に、行われたことが必要である。本条は、すでに述べたように、共犯関係の存在についての推定規定ではないから、この要件は、共犯現象との外形的類似性を担保するために要求される（札

幌高裁昭和45年７月14日判決・高刑集23巻３号479頁）ものではない。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。この要件は、本条の適用範囲をできるだけ限定しようとする立場からは妥当なものであるが、同一機会とはいかなる範囲を指すのかについては、要件の根拠が本来便宜的なものである以上、論理的に厳密に決まりえない問題である。」とする。

２　本決定は、「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。」と判示し、通説によることを明らかにしたものである。

もちろん、山口・前掲49頁が指摘するように、傷害致死の事案において、傷害の結果が誰に由来するかは判明しているが、死因となった傷害が不明の場合には、刑法207条は適用されない。例えば、Ａによる暴行が脳出血を生じさせ、Ｂによる暴行が内臓破裂を生じさせたことは明らかであるが、どちらの傷害が死亡の原因となったのかが不明な場合には、207条の適用はない。検察官において、いずれの傷害が死亡の原因となったのかを証明する責任がある。

３　刑法207条の適用を認めるためには、同条が共同正犯を擬制するものである以上、各行為者の各暴行が共同実行の意思でなされたものでないとして

も、外形的には共同実行行為と変わりがないものと評価できる必要がある。特例適用の要件としての「機会の同一性」については、場所的・場所的近接性又は同一の機会であることを要件とするのが通説といえるが、要は、複数の者の暴行が、外形的に共同実行に等しいと評価できる態様であればよいのであって、場所的・時間的近接性はその重要な一つのメルクマールにすぎない。したがって、場所的・時間的近接性が希薄であっても、共同実行行為と認められるような特別の状況があるときは、この要件がなくとも本条は適用される（木村栄作・刑事判例研究Ⅲ454頁、渡辺・前掲大コンメンタール484頁、森田邦郎・研修728号91頁）。後記のとおり、最近の裁判例は、各暴行の動機、原因、態様、暴行者相互間の関係等から少なくとも一連の行為と認められる場合でなければならないとするものが多い（札幌高裁昭和45年７月14日判決、東京高裁平成20年９月８日判決等）。

学説においても、①豊田兼彦・平成27年度ジュリスト重要判例解説154頁は、「問題は、暴行の機会の同一性がどのような場合に認められるかである。この点についての判例の立場は必ずしも明らかではないが、下級審では、各暴行の時間的場所的近接性だけでなく、暴行の経過、暴行に及んだ経緯・動機、暴行を加えた者の認識等をも考慮して判断される傾向にある（東京高裁平成20年９月８日判決・判例タイムズ1303号309頁等）。」、②杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル29号56頁は、「207条の適用限界として、諸判例で問題とされている「暴行の場所的・時間的同一性」の実体は、行為者相互間の意思連絡を徴表する客観的状況が一連の暴行過程を通じて存在している、ということに他ならず、このような客観的状況が失われた時点で、207条の適用対象たる「一連の暴行」も終了したものと解されることになるのである。そうだとすれば、場所的・時間的離隔の量的程度も、それ自体が問題なのではなく、あくまで行為者らの意思連絡の外形事実が認められるかを判定する際に相対的な意味を持つ一因子にすぎない、ということになろう。」と指摘している。

4　裁判例の状況

ア　東京高裁昭和38年11月27日判決・東高時報14巻11号186頁

被告人外１名の者が、２月下旬から３月18日までの間、連日のように被害者の頭部、顔面等を殴打する等の暴行を加え、被告人が同月17日の真夜中頃及び翌朝午前７時30分頃、もう１名が同日午前９時頃にそれぞれ足蹴りにしたり、突き飛ばす等の暴行を加え、被害者を硬脳膜下出血により死亡させた事案につき、同時傷害の特例を適用した事案である。

イ　東京高裁昭和47年12月22日判決・判例タイムズ298号442頁

被告人が、午前零時過ぎ頃から同30分頃まで、会社の事務所玄関付近とその前の広場で暴行を加え、もう１人が同日午前零時30分過ぎ頃から午前１時頃まで上記広場で暴行を加えたという事案につき、被告人及び外１名の右暴行は時間的及び場所的に近接して同一人に加えられたものであるということができる、とした。

ウ　福岡高裁昭和49年５月20日判決・刑裁月報６巻５号561頁

第１暴行と第２暴行とが時間的に20分、場所的に2.3キロメートル離れたものであり、２名のうち１名運転の自動車に被害者を乗せて走行中に、これら２名がそれぞれ下車して暴行に及んだという事案であって、時間的、場所的に接続ないし近接した暴行というべく、しかも各犯行場所に被告人ら両名以外の者はいなかったのであるから、被害者の受傷が第三者の介在しない被害者本人の自傷によって生ずることはありえなかったことをも考慮に入れるとき、前記程度の時間的、場所的の隔たりがあったとしても、各暴行が相競合して敢行されたものと解して差し支えなく、従って刑法207条の適用があるといわねばならない、とした。

エ　名古屋高裁平成14年８月29日判決・判例時報1831号158頁

被告人が共犯者Ｂと共に上記駐車場で被害者に暴行（第１暴行）を加えたところ、これを見ていたＣがやり過ぎではないかと思って制止したことをきっかけとして同所における暴行が中止され、被告人が被害者をベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけたのに対し、勝手なことをしていると考えて腹を立てたＢが、被告人に文句を言って口論となり、いきなり被告人を殴りつけて失神させた上、被告人（及びＤ子）をその場所に放置したまま他の共犯者と共に被害者を自動車で上記岸壁に連行し、同所で第２暴行に及び、更に逮捕監禁を実行したものであり、被害者の負傷は①通院加療約２週間を要する上顎左右中切歯亜脱臼、②通院加療約１週間を要する顔面挫傷、③安静加療約１週間を要した頸部、左大腿挫傷等、④安静加療約１週間を要した両手、両足関節挫傷等であるが、①は第１暴行によって生じ、④は第２暴行後の逮捕監禁行為によって生じたものと認められるが、②及び③は第１、第２のいずれの暴行によって生じたか両者相まって生じたかが明らかでないものである。このような事実関係を前提にすると、Ｂを中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置というＢ自身の行動によって一方的に解消され、その後の第２暴行は被告人の意思・関与を排除してＢ・Ｃらのみによってなされたものと解するのが相当である。…叙上の事実関係によれば、被告人は第１暴行の結果である①の傷害について共同正犯者として刑責を負うだけでなく、②及び③の各傷害についても同時傷害の規定によって刑責を負うべきものである、と判示した。

オ　東京高裁平成20年９月８日判決・判例タイムズ1303号309頁

傷害の共同正犯の公訴事実について、第１審がこれを認定したものの、控訴審は、その認定には合理的な疑いが残るとして、第１審判決を破棄するとともに、本判決は、第１現場における暴行と第２現場における暴行の間には、時間的に約１時間20分の差、場所的に約20キロメートル前後の自動車による移動があるものの、これらの暴行が、暴行を加えた者のいずれかが被害者を支配下に

置いていたという一連の経過の下でのものであり、その経緯、動機も基本的には同一であること、後に暴行を加えた者は、先に暴行が加えられたことを認識していたこと、先に暴行を加えた者も、後に暴行を加えた者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、などの事情からすれば、各暴行は、社会通念上同一機会に行われた一連の行為と認めることができるとして刑法207条の同時傷害罪の成立を肯定した。

以上の各裁判例は、刑法207条の適用を肯定したものである。

カ　札幌高裁昭和45年７月14日判決・高刑集23巻７号14頁

「刑法207条の適用を認め得るのは、原則として、①数人による暴行が、同一場所で同時に行われたか、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、仮に、②右各暴行間の時間的、場所的間隔がさらに広く、行為の外形面だけでは、いわゆる共犯現象とさして強度の類似性を有しない場合につき同条の適用を認め得るとしても、それは、右時間的、場所的間隔の程度、各犯行の態様、さらに暴行者相互間の関係等諸般の事情を総合し、右各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られ、共犯者でない各行為者に対し生じた結果についての責任を負わせても著しい不合理を生じない特段の事情の認められる場合であることを要すると解するのが相当である。」とし、本件では、第１暴行と第２暴行はいずれも本件食堂の内部又は同食堂前の路上という極めて近接した地点で行われているが、両暴行は別個の原因に端を発して行われたこと、第１暴行と第２暴行には約40分の時間的経過があり、被告人両名は食堂の客と主人のいう以外、何ら特別の関係がなく、互いに他方の暴行を現認してもいないことなどを考慮し、本件につき刑法207条の適用を否定した原判決はまことに正当である、と判示した。

キ　広島高裁岡山支部平成19年４月18日判決・公刊物未登載、ＬＥＸ／ＤＢ

Cは、被告人及びEの各暴行によって顔面打撲の傷害を負ったものであり、しかも、被告人及びEのいずれの暴行により上記傷害の結果が生じたかを知ることができないのであるが、被告人は、B車がA車に衝突したのにBが謝らないで逃げたことからBだけでなくB車に同乗していたCに対しても暴行に及んだこと、Cは、被告人から上記暴行を受けた後、A車で約27.8キロメートル走行してE方に連れて行かれ、時間的にも被告人による上記暴行から約1時間50分を経過してEの暴行を受けたこと、Eは、Aの意向を受けてCにA車の修理代を要求したところ、Cの態度が煮え切らなかったため暴行に及んだことなどが指摘でき、これらの諸点を勘案すると、被告人及びEの各暴行は、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上、被告人及びEは、全く別個の動機や原因でCに対し暴行を加えており、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、被告人及びEの各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。そうすると、本件は刑法207条を適用すべき場合に当たらないというべきである、と判示した。

なお、裁判例の状況については、照沼亮介「同時傷害に関する近時の裁判例」上智法学論集59巻3号73頁以下を参照。

5　これらの肯定例・否定例からもうかがわれるように、刑法207条の成否は、複数の暴行がされた場所の距離や時間の間隔のみによって決せられるものではないため、その適用範囲について実務上問題が生じることが多い。

機会の同一性については、本件控訴審判決も適切な判示をしている。

控訴審判決は、「本件で刑法207条の適用が認められるためには、被告人Aと同Bが共謀の上で加えた第1暴行と、被告人Cの第2暴行とが、外形的に共同実行に等しいと評価できるほどの態様で行われたという意味で、両暴行の機会の同一性が認められることが必要であると解される。

第1審判決は、結論に影響しない傍論に当たる説示ではあるが、本件では上

記機会の同一性も認められないという判断をしている。その判断の理由として挙げているのは、確かに、第１暴行と第２暴行とが時間的場所的に近接して行われたことは認められるとはいえ、「被告人Ｃは、当時、第１暴行の発端となった被告人ＡとＤとの間の料金トラブルを知らず、その内容についても利害関係を有していなかったこと、第１暴行の後、店で、同トラブル等に関する示談書がＤにより作成され、被告人Ａらとしても、Ｄ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、被告人Ａ及び被告人Ｂにおいて、店から逃走したＤに対し、被告人Ｃが、第２暴行のような激しい暴行に及ぶことを予想できたとは認められず、少なくとも、被告人Ａ及び被告人Ｂの立場からは、第１暴行と第２暴行を「同一の機会」に行われた暴行と見ることは疑問が残る。」ということである。

しかし、そもそも原判決のこの説示は、上記のとおりの傍論にすぎないし、その判断内容自体を見ても、ここで原判決が挙げているような理由で、原判決のような結論を導くことには、無理があると考えざるを得ない。

まず、第１暴行と第２暴行との間に、時間的場所的近接性があることは、原判決も前提にしているところであり、両暴行が近接した場所で行われたことは、既に説示した本件の事実関係に照らしても明らかと考えられる。また、また第１暴行と第２暴行の開始との間には、若干の間隔があるが、それは、前記のとおり、約40分程度であり、第１暴行の後、Ｄは店に戻されて、出血を拭いてもらったり、第１暴行の発端となったトラブルについて、「示談書」に署名させられたり、Ｅから聞かれたりするうちに、店から逃げ出し、その後直ちに第２暴行が発生したという経緯などに照らしても、両暴行は時間的にも近接した関係にあると考えられる。そもそも、被告人Ｃの第２暴行は、同被告人がＤに中間の暴行（それ自体は、Ｄの急性硬膜下血腫の発生等の原因となり得るものではなかったようにうかがえる。）を加えた後に、また、Ｄに暴行を加えたという経緯で行われたものであるところ、中間の暴行と第１暴行とが、まさに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は、すでに述べたとお

りである。このように、第１暴行と第２暴行との間に時間的場所的な近接性があることは、両暴行が同一の機会に行わせたことをうかがわせるに足りる重要な事情であると考えられる。」

その上で、証拠を検討し、第１審判決の指摘につき適切な証拠上の根拠があるとは認め難いなどとした上、「前記のような理由を挙げるのみで、第１暴行と第２暴行に関する機会の同一性を否定した原判決は、証拠の内容についての理解を誤り、あるいは、認定に係る事実関係の重要性の評価、すなわち、これらの事実関係が上記機会の同一性の判断に関してどのような位置付けを占めるのかという点に関する評価を誤った結果、論理則、経験則等に照らして不合理で、是認し難い判断に至ったものといわざるを得ず、原判決にはこの点で事実の誤認があるという趣旨と解される所論には、理由があると考えられる。」と指摘している。

本件最高裁決定の事案は、上記裁判例の傾向からしても、機会の同一性を認めることができるように思われる。ちなみに、差戻後第１審（名古屋地裁平成28年11月25日判決・ＬＥＸ／ＤＢ）は、機会の同一性を認め、刑法207条を適用している。

第３　特例適用の範囲

１　刑法207条と傷害致死罪との関係が問題となるが、前提として、同罪への同条の適用の可否について、学説上は、肯定説（団藤・前掲419頁、藤木・前掲202頁、山口・前掲51頁、井田・前掲65頁、前田・前掲33頁、渡辺・前掲486頁等）と否定説（大塚・前掲33頁、福田平・全訂刑法各論［第３版増補］154頁、大谷36頁、西田・前掲44頁、曽根・前掲23頁、中森・前掲19頁、高橋・前掲58頁、山中・前掲62頁等）が拮抗している状況にある。最決昭26. 9. 20　刑集５巻10号1937頁は、具体的な理由を示していないが、適用を肯定しており、本決定は、傷害致死についても207条が適用されるとの前記最高裁決定を前提としている。

井田・前掲65頁は、「判例は、傷害罪と並んで傷害致死罪の場合にも本条の適用を肯定している。規定の文理解釈からすると疑問がないではないが、本条が傷害致死罪の規定の後ろに置かれていることから同罪を排除する趣旨ではないと考えられ、広義における「傷害」は傷害致死を含むとする解釈も不可能ではない。もちろん、判例によっても、強盗致死傷罪（240条）や強姦致死傷罪（181条２項）等への適用は否定されている。本条の立法趣旨の中には、傷害罪（や傷害致死罪）程度の重さの犯罪であれば、挙証責任の転換を認めた上で重い結果を帰責することの合理性もなお肯定できるという判断が含まれている。強盗致死傷罪、強姦致死傷罪（さらには殺人罪）などの、より法定刑の重い犯罪についてこれを認めることは、立法趣旨を踏み越えることとなる。」とする。

山中・前掲62頁は、「本条は、個人責任の原則、疑わしきは被告人の利益にという原則の例外規定であり、その適用は、厳格な要件のもとに置かれるべきであり、解釈も厳格になされる必要がある。「人を傷害した場合」とは、「傷害し、よって人を死亡させた」場合を含まない。したがって、二人以上の者が、それぞれ暴行を加え、被害者が死亡した場合には、傷害の軽重ないし傷害を生じさせた者を知ることができないときは、207条により傷害の限度で共犯を認めることができる。さらに、本条は、個人の身体に対する犯罪である傷害罪以外の性質をもつ犯罪に適用されるべきではない。強姦致傷（181条２項）、特別公務員職権濫用等致傷（196条）、逮捕等致傷（221条）、強盗致傷（240条前段）などにまで適用すべきではない。」と指摘している。

２　強盗致傷罪（240条）、強姦致傷罪については、傷害致死罪につき肯定する見解も、そこまでは207条の適用がないとするのが多数説である。前田・前掲33頁は、強盗致傷罪については肯定する。下級審裁判例は、強盗致傷罪や強姦致傷罪については本条の適用を否定している。（強盗致傷につき、東京地判昭36. 3. 30判例時報264号35頁、強姦致傷につき、仙台高判昭33. 3. 13高刑集11巻４号137頁参照）。

なお、樋口亮介「同時傷害の特例（刑法207条）」研修809号16頁以下は、207

条の適用可能な罪名を相当広範囲に認めている。

第４　承継的共同正犯との関係

刑法207条が、承継的共同正犯の場合に適用可能かが問題となる。事例を単純化すれば、ＡがＣに暴行を加えているとき、途中からＢが共謀加担して共同して暴行し、その結果傷害を負わせたが、Ｃの傷害がＢの共謀加担後の暴行によるものか否か不明のとき、刑法207条の同時傷害の特例が適用されるかということである。後記のとおり、最高裁平成24年11月６日決定は、傷害罪につき、承継的共同正犯が認められる余地はほとんどないとの見解を示しているから、同時傷害の特例の規定が適用されるか否かは、後行為者Ｂの罪責確定に大きく関係する。

１　学説の状況

西田・前掲47頁は、「たとえば、ＡがＣに暴行を加えているとき、途中からＢが加担して共同して暴行し、その結果傷害を負わせたが、Ｃの傷害がＢの加担後の暴行によるものか否か不明のとき、ＢがＡの行為及び結果を承継することを認めれば問題はないが、これを否定すれば、Ｂの罪責は暴行罪にとどまることになる。…確かに、207条は共犯類似の現象に対処するための規定であるから、まして共犯関係があるときは当然にその適用を認めてよいとの考え方もあり得る。さらに、207条の適用範囲を強盗致傷、強姦致傷にも及ぶとすれば、承継的共犯の問題はほとんど解決されることになろう。しかし、このような解釈はやはり疑問だと思われる。なぜなら、207条は誰も傷害結果について責任を負わなくなる場合についての例外規定であるのに対し、承継的共犯の場合、少なくとも先行行為者は傷害の罪責を負うからである。同条の例外規定性を考慮すれば、その適用範囲の拡大には慎重であるべきである。」とし、山中・前掲62頁は、「本条の適用の前提は、傷害の軽重ないし傷害を生じさせた者を「知ることができないとき」であるが、先行者には、全体に対する責任を問うことができるのであるから、「知ることができる」のであり、本条の要件

を満たさず、否定説のいうとおり、その適用はできないと解すべきである。」とする。

大谷・前掲37頁、中森・前掲19頁、高橋・前掲58頁は、いずれも特例の適用否定説である。

消極説は、要するに、刑法207条は、誰にも傷害の責任を問えないことの不合理を回避するための政策的な例外規定であるところ、共謀のある場合、先行者は後行者の行為・結果についても責任を負い、したがって、先行行為と後行行為のすべてに責任を問われるのであるから（傷害罪成立）、207条の適用は否定されるべきである、というのである。

これに対し、山口・前掲52頁は、「例えば、ＡがＣに暴行を加えていたところ、Ｂが現れ、共同して暴行を加えた結果、Ｃに傷害が生じたが、その原因となった暴行がＢの関与前か関与後かが判明しない場合、Ｂ関与前のＡによる暴行ａとＢ関与後のＡ及びＢの共同による暴行ｂとを想定することにより、本条を適用することが可能である。こうして、本条を適用する解釈は、本条の存在を肯定する以上、十分成り立つものである。これに対し、本条の合理性を否定し、その適用範囲を制限する立場からは、少なくともＡについて傷害罪を肯定し得る場合には、誰も傷害罪の罪責を問われないという状況は存在しないとして、本条の適用を否定する解釈も考えうるが、均衡上疑問がある。注（23）Ｂについて、意思の連絡がなく本条が適用される場合よりも、意思の連絡があるために重い罪責が問われてしかるべき事案である以上、このような結論が取扱いの均衡上正当化される。」とする。

前田・前掲32頁は、「ＡとＢが意思の連絡なく、路上で倒れていた僅かの時間をおいてＣに石を投げ付けＣが傷害を負った場合は、暴行が同一の機会になされたと認められる限り、Ａ、Ｂともに傷害罪の罪責を負うが、①Ａが石を投げつけた直後、②Ｂと意思を通じて現場に戻り二人で石を投げつけ傷害を負わせた場合も、①②のいずれの行為により傷害結果が発生したか不明であれば、

本条が適用になり、Bにも傷害罪（共同正犯）が成立する（両暴行に関与したAに傷害罪が認められることは争いがない）。条文の文言上、共犯関係の存在する場合に適用を否定する根拠はないし、同一の機会の認定により、共犯が介在する場合に不当に帰責範囲が拡大することも防ぎ得る。実質的にも、A、Bの共同正犯が存在する場合にも207条を適用しなければ、処罰の均衡を失する。」（前田・捜査研究778号63頁以下も参照）とし、今井猛嘉ほか・リーガルクエスト刑法各論37頁も、「意思の連絡がある分、より当罰性が高い類型について、刑法207条を準用しないのはやや均衡を欠くきらいがあろう。すなわち、仮に意思の連絡が証明されなければ本条が適用されることとなる結果、ともに傷害罪の罪責を負うにもかかわらず、それが証明されたがために後行者ないし離脱者の罪責が暴行罪に格下げされるのは、不均衡だと解されるのである。」と指摘する。

井田・前掲67頁は、肯定説を採る。

2　裁判例の状況

承継的共同正犯と同時傷害の特例に関しては、消極説を採る上記大阪高裁判決と、積極説を採る大阪地裁判決に、判断は分かれる。・

⑴　大阪高裁昭和62年７月10日判決・高刑集40巻３号720頁（判例時報1261号132頁、判例タイムズ652号254頁）

大阪高裁昭和62年７月10日判決は、承継的共同正犯に関し限定肯定説（中間説）に立ち、傷害事件につき承継的共同正犯の成立を否定した事案であるが、「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と解するのが相当である。」とした上、次のとおり判示した。

「右のような当裁判所の結論に対しては、刑法207条のいわゆる同時傷害罪の規定との関係で、異議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り受傷したが、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、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が生じることに着目し、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。」

⑵　一方、大阪地裁平成９年８月20日判決・判例タイムズ995号286頁は、上記大阪高裁判決を実質的に否定する判断を示している。すなわち、「一般に、

傷害の結果が、全く意思の連絡がない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。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。」と判示している。

神戸地裁平成15年３月20日判決・ＬＥＸ／ＤＢは、上記大阪地裁判決と同様、「被告人Ａは、Ｂが被害者に暴行を加えるのを見て、強盗の故意ではなく、Ｂとともに暴行を加える故意で本件犯行に及んだものであるところ、被害者の負った判示の傷害が本件犯行によって生じたことは間違いないものの、被告人ＡがＢと意思を相通じる前後いずれの暴行により生じたかは証拠上必ずしも明らかではない。

しかしながら、刑法207条は、共犯関係にない２人以上のものが暴行を加えて傷害を負わせた場合において、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」は共犯の例による旨定めているところ、本件においては、共犯関係の成立の前後いずれの暴行によって傷害が生じたのかが不明であるのであって、刑法207条の場合よりも一層傷害の結果につき責任を負うべき場合に当たることは明らかであるから、このような場合もやはり刑法207条を適用して、生じさせた者を知ることができないその傷害の全部について傷害罪の成立を認めるのが相当である。」とした。神戸地裁平成15年７月17日判決・ＬＥＸ／Ｄ

Ｂも、同旨。

⑶　前田・捜査研究778号63頁で指摘しているように、ＡとＢが意思の連絡なく、それぞれＣを殴打しＣがいずれかの殴打で傷害を負った場合は、暴行が同一の機会になされたと認められる限り、因果性の立証がなくても、Ａ、Ｂともに傷害罪の罪責を負うが、①Ａが殴打した後、②Ｂと意思を通じて現場に戻り２人で殴打して傷害を負わせた場合に、①②のいずれの行為により傷害結果が発生したか不明であれば、Ｂには傷害罪を帰責し得ず、暴行罪に止まるという結論は、不合理であり、説得性を欠くといえよう。意思の連絡がある分、より傷害発生の危険性が増大し、当罰性が高いと思われるからである。その理論構成については、山口・前掲52頁の指摘が援用できるであろう。

本決定は、「検察官によって、各暴行が同一の機会に行われたものであること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。」と判示しており、刑法207条が「責任を負うべき者がいなくなる不合理を回避するための特例」との趣旨を否定したものと理解できるから、上記大阪高裁判決の論理が、本決定により否定されたものというべきであろう（前田・捜査研究789号61頁参照）。

第５　最高裁平成24年決定との整合性

本件と同種の事案に関し、最高裁第二小法廷平成24年11月６日決定・刑集66巻11号1281頁（以下「平成24年決定」ともいう。）は、承継的共同正犯の成否につき判示しているが、刑法207条に言及しなかったことから、この適用を否定する趣旨と解するもの、刑法207条を適用する事案ではないと解するものなど、見解は分かれる（この点については、高橋則夫・刑事裁判例批評（247）刑事法ジャーナル39号90頁、注⑸参照）。下記のとおり、刑法207条の適用を否定する趣旨と解する判例評釈があることから、平成24年決定と本決定との整合

性につき検討することとしたい。

最高裁第二小法廷平成24年11月６日決定・刑集66巻11号1281頁（判例タイムズ1389　号109頁、判例時報2187号142頁）

〔事案の概要〕

本件は、傷害、強盗、建造物侵入、窃盗の各共同正犯で起訴された被告人に関し、いわゆる承継的共同正犯と呼ばれる場合の傷害罪の成立範囲が問題となった事案である。その職権判示に係る事案の概要は、先行者２名が、被害者２名に対し、こもごも暴行を加え、場所を移して同様に暴行を加え、それぞれ傷害を負わせた後、被告人がその場に到着して先行者らに共謀加担した上、更に被告人及び先行者が暴行を加えて被害者らの傷害を相当程度重篤化させたというものである。

〔本決定〕

１　原判決及びその是認する第１審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

⑴　Ｘ及びＺ（以下「Ｘら」という。）は、平成22年５月26日午前３時頃、愛媛県伊予市内の第１現場において、携帯電話販売店に誘い出したＡ及びＢ（以下「Ｂら」という。）に対し、暴行を加えた。その態様は、Ａに対し、複数回手拳で顔面を殴打し、顔面や腹部を膝蹴りし、足をのぼり旗の支柱で殴打し、背中をドライバーで突くなどし、Ｂに対し、右手の親指辺りを石で殴打したほか、複数回手拳で殴り、足で蹴り、背中をドライバーで突くなどするというものであった。

⑵　Ｘらは、Ａを車のトランクに押し込み、Ｂも車に乗せ、松山市内の第２現場に向かった。その際、Ｚは、被告人がかねてよりＢを捜していたのを知っていたことから、同日午前３時50分頃、被告人に対し、これからＢを連れて第２現場に行く旨を伝えた。

⑶　Ｘらは、第２現場に到着後、Ｂらに対し、更に暴行を加えた。その態様は、Ａに対し、ドライバーの柄で頭を殴打し、金属製はしごや角材を上半身に

向かった投げつけたほか、複数回手拳で殴ったり足で蹴ったりし、Bに対し、金属性はしごを投げつけたほか、複数回手拳で殴ったり足で蹴ったりするというものであった。これら一連の暴行により、Bらは、被告人の第2現場到着前から流血し、負傷していた。

⑷ 同日午前4時過ぎ頃、被告人は、第2現場に到着し、BらがXらから暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識しつつXらと共謀の上、Bらに対し、暴行を加えた。その態様は、Aに対し、被告人が、角材で背中、腹、足などを殴打し、頭や腹を足で蹴り、金属製はしごを何度も投げつけるなどしたほか、Xらが足で蹴ったり、Zが金属性はしごで叩いたりし、Bに対し、被告人が、金属性はしごや角材や手拳で頭、肩、背中などを多数回殴打し、Xに押さえさせたBの足を金属製はしごで殴打するなどしたほか、Xが角材で肩を叩くなどするというものであった。被告人らの暴行は同日午前5時頃まで続いたが、共謀加担後に加えられた被告人の暴行の方がそれ以前のXらの暴行よりも激しいものであった。

⑸ 被告人の共謀加担前後にわたる一連の前記暴行の結果、Aは、約3週間の安静加療を要する見込みの頭部外傷擦過打撲、顔面両耳鼻部打撲擦過、両上肢・背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過、両膝両下腿右足打撲擦過、頚椎捻挫、腰椎捻挫の傷害を負い、Bは、約6週間の安静加療を要する見込みの右母指基節骨骨折、全身打撲、頭部切挫創、両膝挫創の傷害を負った。

2 「前記1の事実関係によれば、被告人は、Xらが共謀してBらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Xらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Aの背中や足、Bの頭、肩、背中や足を殴打し、A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Bらの傷害（したがって、第1審判決が認定した傷害のうちAの顔面両耳鼻部打撲擦過とBの右母指基節骨骨折は除かれる。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X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Ｂ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。原判決の認定は、被告人において、ＢらがＸ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Ｘらが既に発生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条の解釈適用を誤った法令違反があるものといわざるを得ない。

もっとも、原判決の上記法令違反は、一罪における共同正犯の成立範囲に関するものにとどまり、罪数や処断刑の範囲に影響を及ぼすものではない。さらに、上記のとおり、共謀加担後の被告人の暴行は、Ｂらの傷害を相当程度重篤化させたものであったことや原判決の判示するその余の量刑事情にも照らすと、本件量刑はなお不当とはいえず、本件については、いまだ刑訴法411条を適用すべきものとは認められない。」

そして、上記決定の千葉勝美裁判官の補足意見は、「被告人は、…共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したこと（共謀加担後の傷害）についてのみ責任を負うべきであるが、その場合、共謀加担後の傷害の認定・特定をどのようにすべきかが問題となる。一般的には、共謀加担前後の一連の暴行により生じた傷害の中から、後行者の共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことのみを取り出して検察官に主張立証させてその内容を特定させることになるが、実際にそれが具体的に特定できない場合も容易に想定されよう。その場合の処理としては、安易に暴行罪の限度で犯罪の成立を認めるのではなくま

た、逆に、この点の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。…本件を例にとれば、共謀加担後の被告人の暴行について、凶器使用の有無・態様、暴行の加えられた部位、暴行の回数・程度、傷病名等を認定した上で、被告人の共謀加担後の暴行により傷害を重篤化させた点については、「安静加療約３週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」という認定をすることになり、量刑判断に当たっては、凶器使用の有無・態様等の事実によって推認される共謀加担後の暴行により被害者の傷害を重篤化させた程度に応じた刑を量定することになろう。…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得るので、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。」と指摘している。

この判例の趣旨からすれば、今後は、傷害罪について承継的共同正犯が認められるような事例はほとんど考えられないから、共謀加担前後の一連の暴行により生じた傷害の中から、後行者の共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与した部分のみを取り出して特定することができない場合でも、同時傷害の特例を適用する余地がないとすれば、処罰の間隙を生ずるのではないか（すなわち、後行者には暴行罪の罪責しか問い得ない）が問題となる。

３　平成24年決定の趣旨

⑴　この決定の趣旨につき、担当調査官の解説（最高裁判例解説刑事篇平成

24年度433頁以下〔石田寿一〕）では、次のとおり説明されている。

「問題は、先行者が被害者に暴行を加えて既に生じさせた傷害結果がある場合であっても、例えば、後行者の共謀加担後に、既に傷害が生じている部位に更に暴行が加えられたときである（最終的に生じた傷害結果が後行者の関与前後の暴行のいずれかによって生じたか不明の場合の一例となる）。この場合、後行者の関与後の暴行が傷害を生じさせるに足りるものと認定され、拡大された傷害結果が生じたと推認される限り、後行者が最終的に生じた傷害結果の発生に寄与したものというべきであるから、最終的に生じた傷害結果に寄与したことについて傷害罪の共同正犯としての責任を負うことになろう。

このような観点から本決定の決定要旨に係る部分を見ると、本決定は、本件の事実関係を前提に暴行の向けられた部位に着目し、第１審判決が認定した傷害のうち被告人の共謀加担後の暴行により相当程度重篤化された傷害とそうでない傷害（Ａの顔面両耳鼻部打撲擦過とＢの右母指基節骨骨折）とを区別している。前者は既に傷害が生じている部位に更に傷害を引き起こすに足りる暴行が加えられて拡大された傷害結果を指し、後者はそうではないものを指す趣旨と解される。」（同解説455頁）

「本決定によれば、後行者は、共謀加担後の暴行によってその発生に寄与したと認められる傷害結果の限度で傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解されることになる。本決定で「共謀加担後…暴行」との表現がとられているのは、それが後行者によるものに限られず、先行者によるものであっても共謀に基づく暴行といえることから、後行者に傷害罪の共同正犯が成立し得ることを認める趣旨と解される。したがって、本決定は、後行者自身の行為と傷害結果との結びつきが一つ一つ立証されなければ後行者に傷害罪の共同正犯の成立が認められないということまでは想定したものではない。…共謀加担後の暴行がその発生に寄与したと認められる傷害結果については、特定できる範囲で罪となるべき事実として認定すれば足りる。共謀加担後の暴行が傷害結果の発生に寄与したという事実の立証の在り方の問題であるが、前記のとおり、共謀加担

後の暴行は、先行者、後行者いずれによるものであっても、それらの全体を見て傷害を引き起こすに足りる暴行といえれば足りる。」〈同457頁ないし458頁〉

さらに、本決定が同時傷害の特例に触れていないことにつき、「本決定は、刑法207条の同時傷害の特例による処理の可能性について何ら触れていない。共謀成立の前後にわたる一連の暴行により傷害結果が発生したことが明らかであるが、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傷害がある場合に刑法207条が適用されるか否かについては、これを積極に解した前記大阪地裁平成９年８月20日判決がある一方で、これを消極に解した裁判例は見当たらない。また、このような場合、意思の連絡のない複数の者らが同時に被害者に暴行を加え、生じた傷害結果がいずれの暴行によって生じたものであるのか確定できないという刑法207条が直接適用される場面よりも、意思の連絡があるために後行者について重い罪責が問われることが何ら不均衡ではないとの観点から同条の適用を積極的に解する見解が有力であるが、同条の例外規定性を考慮してその適用を消極に解する見解もある。また、このような場合に刑法207条を適用する余地を積極に解するとしても、本件のように、暴行を加えられた犯行場所が２か所にわたり、被告人はこのうちの一部でしか暴行を加えていないときにも、同一機会の暴行とみて同条を適用できるのか否かについては、別途検討を要することとなる。本件の訴訟経過の中では、これらの点について、第１審も、原審ともに争点とされず、上告趣意においても何ら主張されていないことからすれば、本決定が、刑法207条の適用について何ら触れていないのは、第１審、原審の上記のような訴訟の経過を踏まえたことに起因するものであり、本決定がこれらの点に何らかの示唆をしたものとまではいえないと思われる。したがって、前記（１）で指摘した問題点（同時傷害の特例による処理の可能性）は、いずれも今後に残された問題ということになる。」とし（同459頁ないし460頁）、「傷害罪の共同正犯の訴因につき同時傷害罪を認定するために訴因の変更が必要であるか否かについては、学説上、訴因変更を必要と解する立場が有力であるが、…本件では、訴

因変更手続すら経ておらず、刑法207条を適用するのは、訴訟手続上も問題があり得る事案であったといい得るように思われる。」（同461頁〈注29〉）と指摘している。

⑵　判例評釈関係

ア　橋爪隆「承継的共犯について」法学教室415号92頁

「本決定は、被告人は「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」傷害罪の共同正犯の罪責を負う旨を判示しているから、もっぱらＡらによる先行行為によって形成され、しかも、被告人がその拡大に寄与していない傷害が帰責範囲から除外されることは明らかであろう。本決定が「Ｄの顔面両耳鼻部打撲擦過とＣの右母指基節骨骨折」を除外しているのはその趣旨であろう。もっとも、先行する暴行によって既に傷害が形成され、それが被告人の関与した暴行によって拡大し、傷害が重篤化した場合については、（ａ）被告人の暴行が全体として傷害の形成に寄与しているとして、現実化した傷害全体について責任を負うのか、それとも、（ｂ）あくまで被告人の暴行によって重篤化した範囲に限って罪責を負うのかは、必ずしも明らかではない。千葉補足意見は、まさに（ｂ）の解決を示したものと解されるが、法廷意見については、現実の傷害結果の中に被告人の行為の寄与が含まれていれば足りるとして、（ａ）のような趣旨で理解することも不可能ではないだろう。判例タイムズ1389号110頁コメントは、本決定は（ａ）の立場から、被告人の寄与によって生じた傷害結果全体について責任を負う旨を判示したものと理解する。

例えば、先行行為者の暴行によって致命傷を負ったが、後行行為者の暴行によって死期が早められた場合、後行行為者の暴行が現実の死亡結果の惹起に因果関係を有していることは否定できない。このように発生した結果が不可分一体の事実であり、その寄与に応じて分断することが困難な場合、後行行為者は（たとえその寄与の程度が軽微であっても）結果全体について因果性を有し、

それゆえ罪責を負うと考えざるを得ない。これに対して、傷害の内容・程度によって結果を切り分けることが容易な事案であれば、後行行為者の関与と因果性のある範囲の傷害に限定した処罰がむしろ自然であろう。結局のところ、これは後行行為者が寄与した傷害結果をどのように表現すべきかという問題であり、具体的な傷害の内容・部位に応じて、（ａ）、（ｂ）の理解を使い分けることも許されるように思われる。（ａ）の理解については、結局のところ、承継を認める理解にほかならないとする批判があるが、そのように理解する必然性はないように思われる。したがって、そもそも後行行為者の暴行が、先行する暴行によって生じた傷害の重篤化に寄与したか否かが明らかではない事例については、（ａ）（ｂ）いずれの理解からも、後行行為者について傷害罪の共同正犯の成立が否定されることになる。

傷害結果が問題になる場合も、たとえば先行する暴行によって骨折が不可避な状況になっていたところ、後行行為者の暴行が直接の契機となって現実に骨折が生じた場合などについては、同様に考えることになるだろう。もちろん、これらの場合は、後行行為者の寄与が比較的軽微であったことは、量刑事情としては当然に考慮されるべきであろう。

もっとも、この場合、同時傷害の特例（207条）の適用の余地が残ることになる。平成24年決定は207条の適否について言及していないが、これは被告人の暴行による傷害の重篤化が認定できた事件であったため、そもそも同条の適用を検討する必要がなかったからであり、同条の適用をことさら否定したものではないと思われる。」

イ　高橋則夫・刑事裁判例批評（247）刑事法ジャーナル39号89頁

「本件の事案は、先行者の暴行と後行者の暴行が相まって傷害結果を発生したといえるが、関与前の傷害結果と関与後の傷害結果とを分離評価できない場合なのか、あるいは、後行者の暴行は傷害を重篤化させたことから、その限度で、関与前の傷害結果と関与後の傷害結果とを分離評価できる場合なのかが問

題となろう。本件最高裁決定が、刑法207条について言及しなかったことの評価について、前者であれば、刑法207条の適用を否定したものと解することができ、後者であれば、刑法207条を適用する事案ではないと判断したものと解することができる。本件最高裁決定は、後者の事案であるように思われる。

もっともこの点は、第１審及び原審が刑法207条による処理を行わなかったことに起因するとも考えられるが、いずれにせよ、刑法207条の適用を否定する趣旨ではないと解される。ちなみに、私見によれば、刑法207条は、誰にも傷害の責任を問い得ないことの不合理を回避するための政策的な例外規定であること、共謀のある場合には先行者は後行者の行為・結果についても責任を負い、したがって、先行行為と後行行為の全てに責任を問われるのであるから（傷害罪成立）、207条の適用は否定されるべきである。」

なお、高橋・刑法各論［第２版］58頁は、「最決平24. 11. 6刑集66巻11号1281頁は、承継的共同正犯の問題につき207条に言及しなかったが、そもそも207条が適用される事案ではなかったことから（であり）、207条の適用が一般に否定されたわけではない。」と指摘している。

ウ　今井康介・早稲田法学89巻２号110頁

「（207条の適用につき）最高裁は、どのように考えたのであろうか。この点は、原審まで問題とされていないために判示されていない可能性がある。しかしそうでなくとも、207条を適用すべき事案ではないと考えるべきであろう。上の下級審の事例が、傷害結果が先行者から生じたか、後行者から発生したか不明な事案であったのに対し、本件では、先行者と後行者の傷害が区別して認定できる事案である。この違いが207条を登場させない理由となったと解すべきであろう。」

エ　豊田兼彦・法学セミナー897号133頁

「下級審には、承継を否定しつつ、刑法207条により、加担前の傷害も含めて

傷害罪の共同正犯が成立するとしたものがある（大阪地判平９・８・20判タ995号286頁）。本決定は、207条の適用に言及していないが、これを否定する趣旨を含んでいると思われる。立証の困難性の回避のために承継を認める立場は、207条による処罰との均衡を実質的な根拠としているといわれるが、このような承継を本決定が否定したのだとすれば、それは同時に207条による処罰も否定する趣旨であると理解し得るからである。」

オ　判例タイムズ1428号42頁のコメントは、「平成24年判例は、いわゆる承継的共同正犯の問題として、因果関係がないことが明らかな傷害結果について帰責性を否定したものであるのに対し、本件で問題となった同時傷害の特例は、因果関係の有無が不明な傷害結果について立証の責任を被告人に負わせることにより帰責性を肯定するものであって、問題状況が異なるように思われる。」と指摘している。

⑶　以下、若干検討する。

ア　平成24年決定は、「被告人は、Ｘらが共謀してＢらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Ｘらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Ａの背中や足、Ｂの頭、肩、背中や足を殴打し、Ａ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Ｂらの傷害（したがって、第１審判決が認定した傷害のうちＡの顔面両耳鼻部打撲擦過とＢの右母指基節骨骨折は除かれる。）を相当程度重篤化させたものと認められる。…被告人は、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってＢ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」と判示しており、被告人は、共謀加担後に暴行を加えた部位につき被害者の傷害を相当程度重篤化させたとして、後行者の被告人に傷害の事実を認定しているのである（このように発生した結果が不可分一体の事実であり、その寄与に応じて分断することが困難な場合、後行

者の被告人は、結果全体について因果性を有し、それゆえ罪責を負うと考えざるを得ない)。一方、平成28年の本決定の事案では、「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、これがいずれの暴行によって生じたか不明である」上、第１審判決によっても、「被告人Ｃにつき、〈中間の暴行と〉第２暴行により、Ｄに急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、又は、被告人Ａと同Ｂによる第１暴行により生じていた急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させた」との択一的認定がされているにとどまっており、後行者の被告人Ｃの第２暴行により、上記のような「被害者の傷害を相当程度重篤化させた」という傷害の事実を認定することができないのである。

平成24年決定と本決定とは、事案を異にしているというべきである。

イ　次に、平成24年決定の事実関係によると、刑法207条の適用要件である第１暴行と第２暴行の「機会の同一性」は、肯定できるように思われる。

本件の第１現場は伊予市内、第２現場は松山市内であり、時間的には第１暴行が午前３時頃、第２暴行は午前４時過ぎから午前５時頃まで続いたものであるが、第１現場から第２現場までは自動車で移動したものであり、その途中の午前３時50分頃Ｘらが被告人に対し、被害者Ｂを捕えて第２現場連れて行く旨を伝えていること、その時点で、Ｘらは、被告人が第２現場到着後にＢらに暴行を加えることを予測して被告人に協力しようとし、被告人も、Ｘらが、Ｂに対して暴行を加えていることを予測してこれに加担しようと考えていたこと、被告人が第２現場に到着し、Ａ及びＢの様子を見て、両名が負傷していることを認識した上で、Ｘ及びＺと共謀の上、両名に対し暴行を加えたこと、被告人は、加担後は、終始積極的に激しい暴行を加えており、これにより、両名の傷害は相当程度重篤化しことなどに鑑みると、前記のとおり、同時傷害の特例の適用要件である「機会の同一性」は肯定できる事案であったといえよう。

したがって、平成24年決定の事案で刑法207条の適用について何ら触れてい

ないのは、調査官の解説のとおり、本件の訴訟経過の中では、これらの点について、第１審、原審ともに争点とされず、上告趣意においても何ら主張されていなかったことに起因するものであろうが、他方、同事件では、後行者の傷害（先行者による傷害を相当程度重篤化させたこと）を認定できたことから刑法207条を適用すべき事案ではなかったという指摘も当たっていると思われる。平成24年決定が、刑法207条の適用に触れなかったことには、十分の理由があるのであり、もとよりこの種事案において同条の適用を否定したものではないから、本決定が、平成24年決定と矛盾するものではないというべきである。

（後注）　脱稿後、大谷實「同時傷害の特例（刑法207条）を考えるー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３頁、日髙義博「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７頁に接したので、簡潔に紹介することにしたい。

大谷・上掲は、刑法207条の同時傷害の特例をできる限り限定的に解し、傷害致死罪に適用することを認めるべきでないとするとともに、「共犯関係にあった被告人Ａと同Ｂの第１暴行は、かなり激しいものであったが、被害者はいったん起き上がり、しばらくすると走り出すといった行動に出ていたのであり、その暴行から致死の結果が発生したとは言い難い状態であった。これに対し、被告人Ｃの第２暴行は、第１暴行より質的に激しいものであり、それによっていびきをかくなど、被害者の死亡に直結していることは疑いない。このような事実関係の下では、被告人Ｃによる第２の暴行行為と死亡の結果とに因果関係があることは明かであり、被告人Ｃに傷害致死罪の単独正犯が成立することになり、同時傷害の特例を問題とすべき事案ではなかったというのが私見である。そして、同時傷害の特例は、「誰にも責任を負わすことができない」不合理を解消するためのものであるから、「いずれかの暴行と死亡との間に因果関係が肯定される」以上、本特例の適用はないと解すべきであり、本最高裁決定に賛成することはできない」旨指摘する。

日髙・上掲は、同時傷害の特例は、傷害致死罪の事案に適用することは許容されないとするとともに、「本事案の場合は、第１暴行と第２暴行が同一の機会に行われたとは言い難く、被告人Ｃの第２暴行は、被告人Ａ、同Ｂの暴行により負傷した被害者の姿を見て開始された新たな犯行と捉えるべきであろう。本事案の場合、傷害から死亡に至る因果プロセスを択一的競合の観点から解決することで、死亡との因果関係を是認し、傷害致死罪の成立を肯定することができる。すなわち、第１暴行も第２暴行も被害者が負傷している点からだけでも「傷害の段階」に至っている。さらに各暴行のいずれもが急性硬膜下血腫の傷害を引き起こす可能性のある過激な暴行であり、かつ急性脳腫脹が死因を形成している。したがって、被害者の急性硬膜下血腫に基づく死亡は、第１暴行あるいは第２暴行だけでも、あるいは第１暴行と第２暴行とが同等に作用しても、いずれの場合であっても被害者死亡の結果が発生したものといえる。この場合は、「結果発生力を十分に有している数個の実行行為が、意思の連絡なくして同一客体に向けられ、所定の結果を同時に引き起こした場合」、つまり択一的競合の事案として処理されるべきだと考える。択一的競合における因果関係の処理の仕方については、条件関係を否定する考えもあるが、コンディティオ公式を修正することで条件関係を肯定することとなる。すなわち、現に行われた行為全体を「一括して」取り除いて判断するという修正を行い、引き算の判断方式によって条件関係の存否を判断するのである。そうすると、第１暴行と第２暴行を一括して取り除いて考えると、被害者死亡の結果は発生しないということになるので、当該傷害と死亡との因果関係を肯定することになる。結論としては、被告人Ａ、同Ｂ及び同Ｃに対し、それぞれ傷害致死罪が成立すると考える」旨述べている。