

# 傷害罪の承継的共同正犯と刑法 207 条

福 永 俊 輔

- I. はじめに
- II. 傷害罪の承継的共同正犯と刑法207条の関係性に関する前提事項と検討順序
- III. 傷害結果に対する因果関係不明と共犯関係の存在の意義
- IV. 刑法207条の意義と「誰かが傷害結果について責任を負う」場合
- V. むすびにかえて

## I. はじめに

Xが被害者に対して暴行を加えている最中に、そこを通りかかったYが事情を察してXと共謀の上被害者に対して共同して暴行を加え、その結果被害者に傷害結果が発生したという場合（以下、「事例①」とよぶ）、Yはどの範囲で責任を負うか。かねてより承継的共同正犯の一例として検討の対象とされてきたこの問題は、最高裁平成24年11月6日決定（刑集66巻11号1281頁。以下、単に「最高裁平成24年決定」とよぶこともある）により、一応の解決が示されたとの評価が下されている。すなわち、最高裁平成24年決定は、「[後行者]は、共謀加担前に[先行者]らが既に生じさせていた傷害結果については、[後行者]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る暴行によって[被害者]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」と述べ、因果性欠如を理由に共謀加担前に発生していた結果について後行者に帰責しなかった。最高裁

平成24年決定は自己の行為と因果関係を有さない結果については責任を負わないということを明確に示したものであって、因果的共犯論に親和的であるとの評価がなされており<sup>1</sup>、学説の側からも概ね肯定的な評価がなされている。こうした最高裁平成24年決定の判断枠組みに基づけば、事例①において、Yは、自らが関与した共謀成立後の暴行と因果関係のある範囲で傷害罪の共同正犯の責任を負うことになる。もっとも、このような判断枠組みによっても事実関係によっては傷害罪について承継的共同正犯の成立が認められる場合もあり得るとの指摘もあるところではあるが<sup>2</sup>、あくまでもそれは理論上のものであり、傷害罪という犯罪の性質に鑑みれば、実際上の観点からは、最高裁平成24年決定の判断枠組みにしたがえば傷害罪の承継的共同正犯はほとんど考え難いように思われるとされ<sup>3</sup>、学説上も同様に解する見解が多くみられるところである<sup>4</sup>。また、最高裁平成24年決定に付された千葉勝美裁判官の補足意見においても、「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……、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」と述べられた。このように、傷害罪の承継的共同正犯の成否について

- 
- 1 朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌53巻2号(2014年)311頁。
  - 2 早瀬宏毅「判批」研修777号(2013年)34頁。
  - 3 稗田雅洋「承継的共同正犯」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』(成文堂2020年)41頁。
  - 4 例えば、照沼亮介「判批」重要判例解説平成25年度(2014年)165頁では、少なくとも傷害罪については事実上「承継」の余地を封じたのに近いと述べられるほか、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)667頁では、傷害罪の承継的共同正犯の成否については、平成24年決定により、成立しない方向で決着がついたといえると述べられ、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)87頁では、最高裁も傷害罪については実質的に承継を否定する結論をとるに至ったと述べられる。

は、これを消極に解する方向にあることが示されたとされているのである。もっとも、傷害罪の承継的共同正犯が全面的に消極に解されるか否かについてはなお検討を要するところであり、「傷害結果」の捉え方如何によっては<sup>5</sup>なお成立する余地も残されていると解することもできるように思われるところではあるが<sup>6</sup>、最高裁平成24年決定により、その範囲が著しく小さくなったといえることは紛れもない事実であろう。

ところで、上記事例①のような場合に傷害罪の承継的共同正犯が否定されるとしても、さらに別の問題が浮上する。すなわち、事例①においてYは自らが関与した共謀成立後の暴行と因果関係のある範囲で傷害罪の共同正犯の責任を負うことになるわけであるが、因果関係の証明がない場合に、刑法207条を適用して、Yに、被害者に発生した傷害についての責任を問うことができないかという問題である。傷害罪の承継的共同正犯と刑法207条をめぐるのは、下級審裁判例においてこの問題を扱ったものが散見されるが<sup>7</sup>、最高裁の判断が示されたことはなく、判例の態度が判然としないという状況が続いてきた。このような状況の中、最高裁令和2年9月30日決定（刑集74巻6号669頁。以下、単に「最高裁令和2年決定」とよぶこともある）が、最高裁として初めてこの問題に対して判断を下し、これを積極に解することを明らかにしたのである<sup>8</sup>。

本稿は、最高裁令和2年決定を契機に、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるかという問題について検討を加えようとするものである。

- 
- 5 この点につき、例えば十河太朗「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）151頁以下。
  - 6 もっとも、例えば後行者が「最終的な傷害結果」を惹起したことを理由に帰責されるのであれば、それを承継的共同正犯と呼ぶことは必ずしも正確ではないであろう。
  - 7 例えば、大阪地判平成9年8月20日判タ995号286頁、神戸地判平成15年7月17日裁判所ウェブサイト。
  - 8 最高裁令和2年決定に関する評釈として、前田雅英「判批」捜査研究842号（2020年）2頁以下、北原直樹「判批」研修871号（2021年）17頁以下、和田俊憲「判批」法学教室484号（2021年）131頁、内藤恵美子「判批」ジュリスト1555号（2021年）109頁、坂下陽輔「判批」東北ローレビュー9号（2021年）80頁以下、小林憲太郎「判批」重要判例解説令和2年度（2021年）120頁、阿部英雄「判批」創価ロー・ジャーナル14号（2021年）151頁以下など。

## Ⅱ. 傷害罪の承継的共同正犯と刑法207条の関係性に関する前提事項と検討順序

傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるかという問題について検討を加えるにあたり、その前提事項と検討順序を確認することにより、いかなる場合に傷害罪の承継的共同正犯と刑法207条の関係性が問題になるのかということをも明確化させることから始めたい。その際、可能な限り問題を単純化させ、今後本稿において検討すべき内容を顕在化させる意図から、まずは事例①のように、先行者も後行者も単独犯の場合を念頭に置くこととする。

傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるかということから、いうまでもなく刑法207条の成立要件を充足していることが必要となる。刑法207条の成立要件に関しては、最高裁判平成28年3月24日決定(刑集70巻3号1頁)が「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ふべきであり、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ふべきである」と述べており、実務上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、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が必要であるとされている。そして、これら要件を満たさない場合には、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合であっても当然に刑法207条の適用はないのであるから、その意味で刑法207条のこれら要件を充足していることは、本稿が検討しようとしている問題状況の大前提ということになる。

その上で、順序としてまず問われなければならないのは、先行者と後行者の共謀の有無である。それというのも、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合のことが問題となっているからである。ところで、承継的共同

正犯には、先行者によって開始された犯罪に、それを知りつつ後行者が関与するという事情がある。すなわち、偶然後行者が先行者の開始した犯罪の完成に寄与する行為を行ったといういわゆる同時犯のようなものではなく、そこには先行者と後行者との間に共謀がある。だからこそ、承継的共同正犯として問題が立てられるのである。そもそも共謀がなく同時犯のような形で先行者の行為と後行者の行為が競合した場合、承継的共同正犯を問題にすることなく、先行者の行為と後行者の行為を個別にとらえて解決を導こうとするのが通常であろう。また、後行者が一方的に先行者の行為・結果を了解して自らの行為を共同した場合には、いわゆる片面的共同正犯の成否と絡んだ問題となる<sup>9</sup>。したがって、純粋な形で承継的共同正犯が問題となるのは先行者と後行者との間に共謀がある場合なのであって、このことは、共同正犯の成立には意思の連絡が必要かという点とは問題を異にするものである。そうすると、共謀のない場合、先行者の行為と後行者の行為を個別にとらえることになるから、先行者または後行者の暴行と傷害結果の因果関係が明らかであるという場合には、因果関係を有する暴行を行った者に傷害結果を帰責するということになる。他方、先行者または後行者の暴行と傷害結果の因果関係が不明であるという場合には、直接刑法207条の検討に進むということになる。したがって、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるかということは、この場合は問題とはならない。共謀がある場合に、引き続き傷害罪の承継的共同正犯の成否の検討が行われるということになるのである。

共謀があるとされ傷害罪の承継的共同正犯の成否の検討に移った帰結としてその成立が肯定された場合にも、発生した結果すべてに対して傷害罪の共同正犯として帰責される以上、刑法207条の適用はない。これに対し、傷害罪の承継的共同正犯の成立が否定された場合であるが、本稿の扱う問題はまさにこの場合に刑法207条の適用はあるのかであるが、しかし、この場合においてもなお、刑法207条の適用を考える前に踏まえておかなければ

9 この点につき、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第三版〕第5巻〈第60条～第72条〉』（青林書院 2019年）249頁〔村上光鷗〕。

ればならない点がある。それは、何故承継的共同正犯が不成立となったのか、その理由である。

承継的共同正犯が否定される場合として、まず因果関係がない場合が挙げられる。上で述べた通り、最高裁平成24年決定は、自己の行為と因果関係を有さない結果については責任を負わないということを明確に示した。そうすると、例えば、事例①において、共謀成立後Yも被害者に対して暴行を加えたが、被害者に生じた傷害は専らYの関与以前のXの暴行によって生じたものであるという場合には、Yの暴行と被害者の傷害との間に因果関係がない以上Yに責任を問うことはできないということになる。そして、この場合、因果関係を有する者(すなわちX)が、発生した結果に対して責任を負うということになる。

次に、承継的共同正犯が否定される場合として、因果関係が不明な場合が挙げられる。すなわち、例えば、事例①において、被害者に生じた傷害が、共謀成立以前のXの暴行によるものなのか、共謀成立後のX・Yの共同暴行によるものなのか不明であるという場合である。

勿論、被害者に複数の傷害が発生している場合などにおいては、両者が競合することもあり得る。最高裁令和2年決定が、こうした場合である。後述するように、最高裁令和2年決定は先行者が共同正犯である事案であるが、専ら後行者の関与以前の先行者の行為によって生じたものであり後行者が因果関係を有しない結果(先行者のみに帰責)、共謀成立後の共同暴行により生じた結果(先行者および後行者に帰責)、先行者の行為によって生じたものか後行者の行為によって生じたものか不明な結果に区別して判断を行っている。

このように、一口に因果関係の証明がなく承継的共同正犯が否定されるといっても、因果関係の証明がない場合には、「因果関係がない」ために証明がない場合と「因果関係が不明」なために証明がない場合があるのである。そして、いうまでもないことであるが、「因果関係がない」場合と「因果関係が不明」な場合は、明確に異なる。

この点、人は自己の行為とそこから生じた結果に対してしか責任を問わ

れることはないのであって、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を問われ得る。そして、このことは、共犯にも妥当する。すなわち、共犯も、自己の行為とそこから生じた結果について責任を問われるのであって、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われるのではない。個人責任の原則に照らせばこのこと自体に異論を挟む余地はないといえ、共犯論においては、こうした個人責任の原則が、共犯の個別行為と結果との間の因果関係を要求する因果的共犯論としてあらわれているのである<sup>10</sup>。それ故、因果関係がない場合には、後行者が責任を負うことはない。もっとも、因果的共犯論を共犯の処罰根拠論としてとらえた場合、その射程をめぐって、これを狭義の共犯に限定するか否かにつき争いがあるところでもある<sup>11</sup>。しかし、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われないという点については、共同正犯も狭義の共犯も何ら異なるところはない。したがって、共犯の因果性という意味において因果的共犯論をとらえた場合、この考え方は、広義の共犯に共通するものといえよう。そうすると、「因果関係がない」場合と「因果関係が不明」な場合を混同して傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条を適用することは、およそ刑法207条を因果関係の立証緩和の道具として用いるに等しいというものであって認められるべきではない。このように、「因果関係がない」場合と「因果関係が不明」な場合は明確に区別されなければならないのであって、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるかという問題は、因果関係が不明な場合に限られるということになるのである。

### Ⅲ. 傷害結果に対する因果関係不明と共犯関係の存在の意義

このように、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるのかということが問題となるわけであるが、繰り返しであるが、事例①のような場合において因果関係が不明というのは、発生した傷害結果が、共謀成立前のXの暴行によるも

10 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣 1975年）344頁。

11 この点につき、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（成文堂 2017年）320頁。

のなのか、共謀成立後のXとYの共同暴行によるものなのか不明であるということの意味する。すなわち、結果を発生させ得る可能性のある原因行為として、共謀成立前の先行者の暴行と共謀成立後の先行者と後行者の共同暴行という形で把握されているのであって、この場合、単なるXの(共謀成立前後一連の)暴行と単なるYの暴行として把握されるべきではない。それというのも、本稿が問題としているのは先行者が開始した暴行に事情を知りつつ意思を通じて後行者が途中関与した場合なのであるから、後行者が関与した時点において先行者と後行者の間には共犯関係が存在するということになるからである。したがって、発生した傷害結果を前にして、それが一連の暴行の流れのどの段階で発生したものであるか、すなわち、それを形成させたのが共謀成立後の共同正犯の段階(XとYの共同暴行)なのか、それとも共謀成立以前の単独正犯の段階(先行するXの暴行)なのかという形で図るということになる。そして、そのいずれとも判然としなかったがために因果関係の証明がなくYに帰責できなかったのである。もっとも、いずれとも判然としなかったわけであるから、共謀成立前のXの暴行によるものなのか、共謀成立後のXとYの共同暴行によるものなのか不明なのであり、それゆえ、単独正犯(共謀成立前のX)の暴行によって傷害が生じたのか、共同正犯(共謀成立後のXとY)の暴行によって傷害が生じたのか不明であるとして、刑法207条後段にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとして刑法207条の適用が引き続き問題となるのである。しかし、刑法典がとりわけ各則において規定する「者」とは単独犯を指すのであり、だからこそ単独犯を予定した各則規定を複数人で実現した場合に任意的共犯として問題となるのであるから、そうすると、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用があるのかという問題は、まずもって刑法207条後段にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」の解釈論、とりわけ刑法207条後段が規定する「者」に共同正犯が含まれるかという問題ということになる。

この点、裁判例は、これを肯定する。すなわち、大阪地裁平成9年8



月20日判決（判タ995号286頁）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、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。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』に当たることにはかわりはないと解されるからである」と述べた。また、これに先立つ大阪高裁昭和62年7月10日判決（高刑集40巻3号720頁）でも、傍論ではあるが、「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つ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、刑法二〇七条の適用を認める見解もあり得るかと思われ」る旨がすでに述べられていた。学説上も同様に、第一暴行の主体（単独犯）と第二暴行の主体（共犯）のうち、いずれの主体が傷害を生じさせたのかを知ることができないとして、これを肯定する見解が主張されている<sup>12</sup>。確かに、刑法207条後段は「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」と規定しており、この文言に照らせば、傷害を生じさせた暴行ではなく傷害を生じさせた者を問題とした規定であると解することも可能であり、加えて、とりわけ共同正犯を共同意思主体の活動と理解する共同意思主体説<sup>13</sup>や共同正犯における個々の関与者の全体的行為に着目しこれに因果関係の起点を求める見解<sup>14</sup>に

12 例えば、山口厚『刑法各論 [第2版]』（有斐閣 2010年）51～52頁、橋爪隆「同時傷害の特例について」法学教室446号（2017年）125頁。

13 草野豹一郎「刑法改正草案と共犯の従属性」『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店 1950年）313頁以下。

14 こうした見解につき、Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 248 ff.、松生光正「共同正犯の構造について」法政研究76巻4号（2010年）727頁以下、井田良「承継的共同正犯についての覚書」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）637～638頁など。

立てば、形式論としてもこれを肯定する解釈を採ることは決して無理ではないとも思われる<sup>15</sup>。そして、これを敷衍すれば、甲と乙が共謀の上被害者に対して暴行を加えている最中に、そこを通りかかった丙が事情を察して甲・乙と共謀の上被害者に対して暴行を加え、その結果被害者に傷害結果が発生したが、発生した傷害結果が、甲・乙の共同暴行によるものなのか、甲・乙・丙の共同暴行によるものなのか不明であるというような先行者が共同正犯の場合(以下、「事例②」とよぶ)も、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に含まれるということになろう。先行者が共同正犯の場合である最高裁令和2年決定の原審(東京高判令和元年10月3日刑集74巻6号705頁)および原々審(東京地判平成31年3月26日刑集74巻6号693頁)が、これを肯定している。

もっとも、最高裁令和2年決定は、こうした理解とは異なる理解を示した。最高裁令和2年決定の事案は、概ね次のとおりである。AおよびBが、共謀の上Vの部屋に突入し、Vに対してカッターナイフで右側頭部および左頬部を切り付け、多数回にわたり、顔面、腹部等を拳で殴り、足で蹴るなどの暴行を加えた。Cは、Aらの突入から5分後、自らもVの部屋に踏み込み、V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、CはV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、3時間あまりの間、同部屋において、CおよびAは、脱出を試みて玄関に向かったV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およびB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。Cが共謀加担した前後にわたる一連の前記暴行の結果、Vは、全治まで約

15 豊田・前掲註4)679頁も、「これに当たるとする拡張解釈は可能かもしれない」と述べられる。

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、右側頭部切創および左頬部切創についてはCの共謀加担前のAらの暴行により、左大腿部刺創およ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、右第六肋骨骨折およ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った。これに対し、最高裁令和2年決定は、「本件は、検察官が先行者と後行者であるCとの間に当初から共謀が存在した旨主張し、C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C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C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、C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C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」と述べ、右第六肋骨骨折について刑法207条を適用して帰責したが、上口唇切創についてはC自身が当該傷害結果を生じさせ得る危険性のある暴行を加えていないとして刑法207条の適用を認めなかった。見られるように、最高裁令和2年決定は、共謀成立前後の先行者（AおよびB）による暴行と共謀成立後の後行者（C）による暴行との間で刑法207条を適用したものであり、共謀成立前の先行者（AおよびB）の共同暴行と共謀成立後の先行者および後行者（A、BおよびC）の共同暴行との間で刑法207条を適用した原審・原々審の判断とは異なるものである。

この点、上で述べた通り、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用を肯定するという解釈を採ることは、形式的に必ずしも無理ではないということは可能である。

しかし、そこでは共謀成立前の主体（先行者）と共謀成立後の主体（先行者および後行者）との間で刑法207条の適用が問題とされていたのであって、最高裁令和2年決定のような形で刑法207条を適用し得るのかということとは問題を異にする。因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法207条の適用を肯定し得るとしても、最高裁令和2年決定のような適用は可能なのであろうか。これについては、少なくともこの場合において、後行者の関与以後には共犯関係が存在するという事実の意味をいかに解するのが問題となるように思われる。

共犯関係が存在するという事実の意味を顕在化させるために、まず、刑法207条の適用が問題となる典型事例を考えてみたい。例えば、SとTが、意思の連絡なくそれぞれ同一機会に被害者に対して暴行を加え、被害者に傷害を生ぜしめたが、それがSの暴行によるものかTの暴行によるものか不明であり、かついずれの暴行とも当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであったという場合、刑法207条が適用されることに疑いはないであろう。ところで、この場合になぜ刑法207条の適用が問題となるのかであるが、いうまでもないことであるが、SとTとの間に共犯関係が存在しないからである。この場合にSとTとの間に共犯関係があれば、発生した傷害がいずれの暴行によるか不明である場合でも、SとTを共同正犯に問うるとされるのが一般的である。これは、この場合において共同正犯全体と結果との間の因果関係を証明できれば、いわゆる共同正犯の一部実行の全部責任の効果として、こうした帰結が導かれるとされるのである<sup>16</sup>。もっとも、仮にいずれかの暴行と傷害結果との間の因果関係が全くない場合であるとすれば、因果的共犯論の立場からは因果論的に当該暴行を行った者に発生した傷害結果を帰責することができないことは論を俟たない。そこで、各行為者は他人の行為を通じて結果に対して心理的に因果性を及ぼしたと認められるということを根拠に、共同正犯の一部実行の全部責任が

16 例えば、大塚裕史「共同正犯の処罰根拠と共謀共同正犯」法学セミナー743号（2016年）93頁、松宮孝明編『ハイブリッド刑法総論〔第3版〕』（法律文化社 2020年）253～254頁〔豊田兼彦〕。

認められるとするのである<sup>17</sup>。このようにして、共犯関係が存在すれば、SとTの行為を一体として共同正犯の行為として把握されることになるのである。しかも、これもあらためていうまでもないことであろうが、共犯関係は必要的認定であるから、共同正犯の要件を満たせば関与者の行為の一体的把握は必要的ということになる。そして、これこそ共犯関係が存在するという事実が有する意味である。そうすると、逆に共謀がなく共犯関係が存在しない場合には、それがために同時犯としてSとTの行為を個別に把握することができるのであるし、個別に把握しなければならないということになる。だからこそ、特に同時傷害の場合においては、その是非は一先ず措くとしても、政策的な理由から、法的効果として共同正犯であるとの擬制を認める刑法207条が設けられているのである。

そして、このような共犯関係が存在するという事実が有する意味に照らせば、事例①において、Yの共謀加担後には共犯関係が存在するという事実がある以上、XとYの共同正犯を観念しなければならないということになる。そうすると、仮に共謀成立後のYの暴行と傷害結果との因果関係が不明であるとしても、XとYの間には共犯関係が存在し両者の共同正犯が観念できることから、共謀成立後のXの暴行と傷害結果との因果関係が明らかであるという場合には、XとYの共同正犯により結果が引き起こされたということになり、共同正犯の一部実行の全部責任の効果としてYも発生した傷害結果について帰責され得ることになる。また、共謀成立後のXの暴行と傷害結果、およびYの暴行と傷害結果との個別の因果関係が不明であるとしても、XとYの共同正犯全体と結果との間の因果関係を証明できれば、共同正犯の一部実行の全部責任の効果としてYも発生した傷害結果について帰責され得ることになる。そして、これらの場合、刑法207条の適用は問題とならない。したがって、刑法207条の適用を問題とするには、この場合に発生した傷害結果との因果関係が、共謀成立前の単独正犯(X)

---

17 松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社 2021年）58頁。なお、筆者は共同正犯の一部実行の全部責任を当該共同正犯者の行った行為の持つ結果に対する因果的寄与度の問題であると考えており、これについては別稿を予定しているが、さしあたり宗岡嗣郎＝梅崎進哉『刑法学原論』（成文堂 1998年）348頁以下。

の暴行によるものか共謀成立後の共同正犯(XとY)の暴行によるものか不明であるというのでなければならぬということになる。他方、Xに着目しても、共犯関係が存在しない共謀成立前の暴行と共犯関係が存在する共謀成立後の暴行は意味合いが異なるのであって、共犯関係が存在する状況であれば、個別の因果関係が不明であっても、共同正犯全体と結果との間の因果関係を証明できれば共同正犯の一部実行の全部責任の効果としてXも発生した傷害結果について帰責され得ることになる。したがって、前章において、因果関係がないために承継的共同正犯が否定される場合として、事例①をもとに、発生した傷害が専らYの関与以前のXの暴行によって生じたものであるという場合を例に挙げ、この場合因果関係を有する者(すなわちX)が発生した結果に対して責任を負うということになると述べたが、正確には、Xは共謀成立前の単独正犯における暴行を根拠に帰責されるのである。だからこそ、上で述べたように単なるXの(共謀成立前後一連の)暴行と単なるYの暴行として把握されるべきではないということになるのであるし、逆に共謀がない場合であれば、それがためにXの暴行・Yの暴行として個別に把握することができるのである。このように考えれば、共謀成立前後の先行者による一連の暴行と共謀成立後の後行者による暴行との間で刑法207条を適用することは、共犯関係が存在するという事実の意味に照らして、およそなしえないと解するべきであろう。

また、このことは、事例②のように先行者・後行者ともに共同正犯の場合にも異なるところはないであろう。先行する甲の暴行・乙の暴行と後で行われた丙が共謀加担した後の甲の暴行・乙の暴行は意味合いが異なるのであって、甲・乙による(共謀成立前後一連の)暴行と丙の暴行として把握されるべきではない。そして、この点、決定文に現れた限りでの理解ではあるが、最高裁令和2年決定も、Cが共謀加担した後の暴行につき、専らAが引き起こしたと解される左大腿部刺創について、共謀成立後の暴行によって生じたとしてCにも帰責しているが、これはまさに共犯関係が存在するという事実の意味に照らした判断を行っていることの現れであろう。このように考えれば、最高裁令和2年決定のような形で共謀成立前後の先

行者による一連の暴行と共謀成立後の後行者による暴行との間で刑法 207 条を適用することは、学説の中にはこれを支持する立場もあるが<sup>18</sup>、共犯関係が存在するという事実の意味に照らせば、にわかに首肯しがたいように思われる。

このように、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法 207 条の適用があるのかという問題は、共犯関係が存在するという事実が有する意味に照らして、後行者の共謀加担前の先行者（共同正犯を含む）と後行者の共謀加担後の共同正犯との間で考えなければならない問題なのである。

#### IV. 刑法 207 条の意義と「誰かが傷害結果について責任を負う」場合

もっとも、刑法 207 条後段にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」の文言解釈として、「者」に共同正犯を含むとする解釈を採り得るとしても、より広く刑法 207 条の意義に照らして、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法 207 条の適用が可能なのかという問題が残される。次に、この点について検討を加えることにしたい。

刑法 207 条の意義をめぐっては、傷害の同時犯の場合には、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く、因果関係の立証が困難というだけの理由で、発生した傷害結果について誰にも責任を負わせることができずに暴行罪にとどまるという帰結は不合理であるとして、本条が設けられているということが説かれる。条文上も「共同して実行した者でなくても、共犯の例による」と規定しており、共犯関係の不存在が本条の適用の前提とされているわけであるが、この点、前章で見たように、関与した複数人の間に共犯関係があれば、発生した傷害の原因となった暴行を特定できずとも共同正犯として一部実行全部責任の効果により関与者はすべて傷害結果について帰責され得ることになる。すなわち、このような立場からは、刑法 207 条は「誰にも傷害結果を帰責できなくなることの

18 例えば、松原・前掲註17) 65頁。

不当性の回避」のための規定として理解されることになる。そして、このような理解が、従来の多数説であったといえよう<sup>19</sup>。このような理解に基づけば、例えば事例①において、発生した傷害結果との因果関係が共謀成立前の単独正犯(X)の暴行によるものか共謀成立後の共同正犯(XとY)の暴行によるものか不明であるために承継的共同正犯が否定されたものの、同時に単独正犯(X)と共同正犯(XとY)の同時傷害の場合ということになり、これについては前章で見たように刑法207条後段にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」の文言解釈として「者」に共同正犯を含むとする解釈を採り得るものの、この場合においてはXにはいずれにしても傷害の責任を問うるのであるから、発生した傷害結果について誰にも責任を負わせることができない場合には該当せず、そもそも論として刑法207条を持ち出す必要がなくなることになり、刑法207条の適用は否定されることとなろう。他方で、刑法207条の意義に関し、傷害結果発生危険性を有する暴行を行ったにもかかわらず、因果関係が不明であるということのみで結果の帰属が否定されてしまう不合理を回避するために、本条が設けられているということが説かれることもある<sup>20</sup>。すなわち、このような立場からは、刑法207条は「適用要件を満たしたにもかかわらず、一部でも責任を負わなくなる不当性の回避」のための規定として理解されることになる。このような理解に基づけば、例えば事例①において、上述したようにXにはいずれにしても傷害の責任を問うるものの、Yも当該傷害結果を生じさせ得る危険性を有する暴行を同一の機会に行っているのであれば、単独正犯(X)と共同正犯(XとY)の同時傷害の場合として、刑法207条後段にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」の文言解釈として「者」に共同正犯を含むとする解釈を採り得る以上、刑法207条の適用が肯定されることとなろう。このように、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に

19 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〔第七版〕』50頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂 2020年）47頁、松原・前掲註17）65頁など。

20 細谷泰暢「判批」ジュリスト1515号（2018年）101頁、坂下・前掲註8）97頁。



刑法 207 条の適用が可能なのかという問題は、刑法 207 条後段が規定する「者」に共同正犯が含まれるかという問題に加えて、刑法 207 条の意義をいかに捉え、それに照らして「誰かが傷害結果について責任を負う」場合をどのように解するかという問題でもあるのである<sup>21</sup>。

ところで、刑法 207 条に関しては、本来各個人が行った暴行と傷害結果との間の因果関係が証明されなければ結果についての責任を負わせることができないにもかかわらず、証明がないのに責任を負わせるという点で一種の嫌疑罰を認めるものであって責任主義に反する規定であること、拳証責任の転換を図るものであって「疑わしきは被告人の利益に」という利益原則に反する疑いのある規定であることが指摘されており<sup>22</sup>、憲法に反する規定であるとの評価もなされているところである<sup>23</sup>。また、刑法 207 条が直ちに違憲無効であるとまではいわないものの、上述した刑法 207 条の性格に照らして憲法上疑義のある規定であるという評価も、多くの論者によってなされているところでもある<sup>24</sup>。それゆえ、刑法 207 条の適用については、可能な限り厳格な解釈に基づいた制限的なものである必要があるとされており、こうした刑法 207 条の限定解釈の必要性は、刑法 207 条の存在に理解を示す論者からも唱えられている<sup>25</sup>。したがって、刑法 207 条の意義に関しても、このような刑法 207 条の性格に照らして限定的に解する必要があるということになる。

この点、刑事裁判では検察官が拳証責任を負い、自らが主張する訴因事実につき合理的疑いを超えた立証がなされた場合に、有罪判決が出されることとなる。すなわち、拳証責任を負う検察官が、被告人の犯行につき合理的疑いを超えて立証しない限り結果が帰責されないのは当然のことであり、およそ傷害結果を惹起し得る暴行を行ったがゆえではなく、傷害結果

---

21 この点につき、安田・前掲註4) 84頁。

22 例えば、松宮孝明『刑法各論〔第5版〕』（成文堂 2018年）44頁、浅田・前掲註19) 47頁、松原・前掲註17) 59頁など。

23 平野龍一『刑法概説』（有斐閣 1977年）170頁。

24 例えば、浅田・前掲註19) 47頁、松原・前掲註17) 59頁など。

25 例えば、西田・前掲註19) 49頁。

の原因が被告人の暴行にあることが合理的疑いを超えて立証をされたがゆえに被告人に当該傷害結果が帰責され得るのであり、それゆえ被告人が処罰されるのである。しかしながら、刑法207条は、上述したように傷害結果の原因が被告人の暴行にあるという立証がない場合に当該傷害結果を帰責することを許す規定であり、しかも、拳証責任の転換をも図るという、極めて強い例外性を含んだものといえる。そうであれば、このように強い例外性を認めるだけの根拠が必要となろう。そして、その根拠こそ、これも上述したような、傷害の同時犯の場合には、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く、因果関係の立証が困難というだけの理由で、発生した傷害結果について誰にも責任を負わせることができずに暴行罪にとどまるという帰結は不合理であるという点に求められると解される。すなわち、「関与者の誰かが当該傷害結果を引き起こしたことは明らかであるが、誰も当該傷害結果について責任を負わないのはおかしい」という、ある意味で素朴な法感情が刑法207条の背景にあると解されるのである。確かに、「傷害結果発生の危険性を有する暴行を行ったにもかかわらず、因果関係が不明であるということのみで傷害結果について責任を負わないのはおかしい」という法感情も理解できないわけではない。しかし、およそ傷害結果を惹起し得る暴行を行ったがゆえではなく、傷害結果の原因が被告人の暴行にあることが合理的疑いを超えて立証をされたがゆえに当該傷害結果が帰責され得るのが原則なのであり、傷害結果発生の危険性を有する暴行を行ったにもかかわらずその立証がないがために帰責できないということは、刑事裁判の原則からして特段問題となることではない。そうである以上、このことが刑法207条という強い例外性を認める根拠とはなりえない。このように、誰にも傷害結果を帰責できなくなるという不当性を回避するための例外として、刑法207条が規定されていると理解できるのである。そうであれば、「誰かが傷害結果について責任を負う」という場合には、刑法207条という強い例外性を含んだ規定を用いる根拠を欠くということになる。したがって、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合には、すべてに関与した先行者

に傷害結果について帰責できる以上、刑法 207 条の適用はないと解される。これが、本稿が達した一応の結論である。

## V. むすびにかえて

以上、本稿では、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法 207 条の適用があるかという問題につき検討を加えてきた。

本稿は、刑法 207 条に関して採り得るとされる解釈論を展開しつつも、最終的には刑法 207 条の意義に照らして傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法 207 条の適用を否定する結論に至ったものであり、これ自体特段目新しいものではなく、従前から見られる根拠、結論である。しかし、どのように解釈論を展開しようとも、刑法 207 条に関しては、結局のところ規定の意義に立ち戻って考えざるを得ないという点についても、再度確認し得たように思われる。それが、違憲、あるいはその疑いが向けられた規定であるという刑法 207 条の解釈の宿命といえるのかもしれない。

なお、因果関係が不明であることにより傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に刑法 207 条の適用を肯定する見解の中には、均衡論を根拠にするものが見られる。すなわち、途中関与者について、意思連絡のない同時犯の場合では発生した傷害結果について責任が問われるのに、意思連絡がひとたび生じれば発生した傷害結果について責任が問われなくなることは不均衡であるというのである<sup>26</sup>。最高裁令和 2 年決定も、「刑法 207 条適用の前提となる……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」と述べている。最後に、この点について触れておきたい。

確かに、均衡論が述べるように、一見すると意思連絡の有無によって不

---

26 伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社 2011年）42頁、前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』（東京大学出版会 2020年）32～33頁、橋爪・前掲註12）125頁。なお、山口・前掲註12）52頁註23）は、「意思連絡があるために思い罪責が問われてしかるべき」として、均衡論を説いている。

均衡が生じているように見える。しかし、上述したように、刑法207条は誰にも傷害結果を帰責できなくなるという不当性を回避するための例外としての規定なのであって、先行者の暴行に後行者が途中関与した場合は、すべてに関与した先行者に傷害結果について帰責できる以上、刑法207条の意義に照らして適用の前提を欠く場合といえる。すなわち、ここでも刑法207条の意義に照らして、途中関与者について意思連絡のない同時犯の場合では発生した傷害結果について責任が問われるのに意思連絡がひとたび生じれば発生した傷害結果について責任が問われなくなることは当然の帰結であって、そもそもこうした事態を「不均衡」と評することは的を射たものはいえない。均衡論は前提の異なる問題を俎上に載せるものであって、およそこの問題を考える契機となりえないものであるといえよう<sup>27</sup>。

---

27 なお、均衡論を批判するものとして、中森・前掲註19) 19頁、豊田・前掲註4) 678頁。