

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

最決令和 2 年 9 月 30 日刑集 74 卷 6 号登載予定¹

東北大学大学院法学研究科准教授 坂下 陽輔

- I 事案の概要
- II 決定要旨
- III 研究
 - 一 はじめに
 - 二 先例の状況の確認
 - 1. 平成 24 年決定及び平成 28 年決定との関係
 - 2. 下級審裁判例の状況
 - 3. 令和 2 年決定の意義の再確認
 - 三 途中共謀加担事例における 207 条適用の余地
 - 1. 従来 of 議論状況
 - 2. 本決定の説示の分析
 - 四 207 条の適用範囲（適用の在り方）
 - 1. 従来 of 議論状況
 - 2. 本決定の説示の分析
 - 五 おわりに

I 事案の概要

最高裁が前提とする事実関係は次のとおりである。

(1) A 及び B (以下「A ら」という。) は、被害者に対し暴行を加えることを

¹ 本稿は、東北大学・刑事法判例研究会（2020 年 12 月 19 日・オンライン開催）において行った報告を基礎にしたものである。同研究会においては、御参加された先生方より、多くの貴重な御教示を賜った。また、御参加された中川正浩・昆野明子両先生には、研究会後にもメール連絡の形で、理解の鈍い筆者との議論にお付き合い頂いた。さらに、中川先生の御紹介を通じて、杉本一敏先生からも貴重な御意見を伺うことができた。ここに記して御礼申し上げる。もちろん、本稿の至らない記述に関するすべての責任は筆者にある。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

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（以下、「第一暴行」とする。）。

（2）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り出し、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（以下、「第二暴行」とする。）。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た（以下、「第三暴行」とする。）、A が、千枚通しで被害者の左大腿部を複数回刺した（以下、「第四暴行」とする。）。

（3）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（＝第一暴行）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（＝第二～第四暴行）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。

このような事実関係を前提に、原判決（東京高判令和元年 10 月 3 日高刑速令和元年 286 頁）は以下のように説示し、右第六肋骨骨折の傷害のみでなく、上口唇切創の傷害についても、207 条の適用により被告人は傷害罪の責任を負うと判断した³。すなわち、「先行者の暴行に途中から後行者が共謀の上加担したが、被

² 決定文上明らかにされてはいないが、素直に読めば、上口唇切創の原因行為は、第一暴行又は第三暴行であり、（共謀加担前の第一暴行については当然であるが）第三暴行を被告人は自らは行っていなかった、ということと理解される。

³ 第一審（東京地判平成 31 年 3 月 26 日公判物未登載）の判断については脱稿までに閲覧不可能であった。原判決から読み取られる第一審と原判決との相違は、左大腿部刺創についても第一審は 207 条の適用を行っている点であるが、これは第一審が、同傷害の原因行為が被

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

被害者の負った傷害が加担前の暴行によるものか加担後の共同暴行によるものか不明な場合においては、加担前の先行者による暴行と加担後の共同暴行を観念することができるから、この各暴行の間に同時傷害の特例を適用することは妨げられないというべきである。この場合に先行者が同時傷害の特例の適用の有無にかかわらず被害者の傷害について責任を免れないことは、後行者について同時傷害の特例の適用が認められるかどうかを左右する事情ではない。」とした上で、被告人の共謀加担前の A らによる暴行（＝第一暴行）と被告人の共謀加担後の共同暴行（＝第二～第四暴行）は、いずれも右第六肋骨骨折及び上口唇切創を生じさせ得る具体的危険性を有し、同一の機会に行われたものであるから、被告人は、左大腿部刺創及び右小指切創について傷害罪の共同正犯としての責任を負うだけでなく、刑法 207 条の適用により、右第六肋骨骨折及び上口唇切創についても傷害罪の責任を負うとした。

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

最高裁は、被告人の主張は刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとしつつ、職権で 207 条の適用について以下のように述べ、207 条の適用により被告人に右第六肋骨骨折を帰属させることは認められるものの、上口唇切創についても帰属されるところで原判決には法令違反があるといわざるを得ないが、判決に影響を及ぼすものではないとして上告を棄却した。

II 決定要旨

(i) 「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

告人の共謀加担前のものか否かが証拠上明らかでないことと認定したことに起因するものであり、前提とする法理論面に相違はない（第一審も、本評釈で特に問題となる上口唇切創の傷害について、207 条による被告人への結果帰属を肯定している）。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

卷3号1頁参照)。」

(ii)「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。」

(iii)「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。」

(iv)「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。」

(v)「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。」

Ⅲ 研究⁴

一 はじめに

本決定は、すでにある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前後の暴行いずれにより生じたものか明らかでないという場合（以下、「途中共謀加担事例」とする。）について、刑法 207 条の同時傷害の特例の適用があるか、適用があるとしてその適用範囲（あるいは適用の在り方）はいかなるものか、について最高裁として初めての判断を示したものである。

本事案においては、様々な傷害結果が発生しているが、まず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（＝第二～第四暴行）により生じたものであり、通常の共同正犯として扱うことで当然に被告人に帰属可能である。つぎに、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（＝第一暴行）により生じていることが明らかとされている（共謀加担後の暴行との因果関係が否定されている）ため、207 条の適用は不可能である。これを被告人にも帰属しようとするならば、いわゆる承継的共（同正）犯として取り扱うことが必要となるが、周知の最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁（以下、「平成 24 年決定」とする。）により、傷害罪については承継的共同正犯が認められないと考えられることから⁵、被告人にはやはり帰属され得ない。問題となったのは、共謀加担前・加担後いずれの段階の暴行により生じたか不明であった右第六肋骨骨折及び上口唇切創についてであり、原判決はいずれについても 207 条の適用により被告人への帰属を認めたのに対し、最高裁は前者についてのみ認め、後者については認めなかった。

すなわち、最高裁も共謀加担前・加担後いずれの段階の暴行により生じたのか

⁴ 本稿脱稿時点で公刊されていた評釈としては、前田雅英「判批」捜査研究 69 卷 12 号（2020 年）2 頁、和田俊憲「判批」法学教室 484 号（2021 年）131 頁、北原直樹「判批」研修 871 号（2021 年）17 頁がある。

⁵ もっとも、平成 24 年決定は「事前共謀との同価値性という視点から先行する結果も含めて承継的に責任を負わせる議論を排斥したわけではない」とする（もっとも、事前共謀との同価値性が認められる範囲は限定的とする）ものとして、樋口亮介「承継的共同正犯」法律時報 92 卷 12 号（2020 年）39-40 頁（さらに、和田俊憲「承継的共犯」刑法雑誌 60 卷 1・2・3 号（2021 年）58,61 頁も参照）。この理解によれば、本事案は事前共謀との同価値性も認められなかった一事例という意味も有することになる。

不明であった傷害の一部（＝右第六肋骨骨折）については、207条の適用により途中共謀加担者に結果帰属を認めているため、途中共謀加担事例において同条の適用が可能である（全面的に排斥されることはない）という立場を示したことは明らかであり、この点にまず本決定の重要な意義がある。もっとも、原判決と最高裁は、被告人自身が当該傷害結果を生じさせ得る危険性のある暴行（以下、「問題となる暴行」と呼ぶことがある。）を行っていたか否かに着目するかという点で、207条の適用の在り方に関して異なる判断を行い⁶、その結果、最高裁は原判決に比して、207条の適用範囲を限定している。後者の点は、これまで必ずしも明確に論じられてこなかったと思われ⁷、この点にも本決定の重要な意義がある。

以下、これらの問題に関する先例を確認し、それとの関係で本決定の意義を再確認し（二）、その上で、途中共謀加担事例において207条が適用される余地はあるのかという問題（三）と、適用の余地があるとしてその適用範囲（適用の在り方）はいかなるものかという問題（四）を、順に検討する⁸。

二 先例の状況の確認

1. 平成24年決定及び平成28年決定との関係

（一）平成24年決定との関係

最高裁は、途中共謀加担事例への刑法207条の適用の可否という問題について、明示的な判断を行ったことはこれまでなかったといえる。もっとも、この問題につき、否定的な態度を示唆したと一部で理解された判例は存在した。それは傷害罪につきいわゆる承継的共同正犯の成立を否定した平成24年決定である。同事案は、Xらがまず被害者2人に暴行を加え（すでに被告人到着前に流血・負傷）、その後被告人が到着し、Xらと共謀の上、（共謀加担以前より激しい）暴行を行ったところ、被害者は多くの傷害を負ったというものであるが、原判決がいわゆる承継的共同正犯として被告人に被害者に生じたすべての傷害結果を帰属させたのに対し、最高裁は、承継的共同正犯による帰属を否定し、「共謀加担前に先行者である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

⁶ 原判決と最高裁とで事実認定の相違はない。原判決は、被告人自身が当該傷害を生じさせ得る具体的危険性を有する暴行を行ったとは認定していない。原判決は第二～第四暴行を「被告人の共謀加担後の共同暴行」とまとめて理解しており、被告人自身が行った暴行のみを取り上げるという視点を有していなかったと思われる。後述のように、このことは従来の理解からすれば自然ともいえることであった。

⁷ 例外として、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）47-48頁〔島田聡一郎〕、西田典之ほか編『注釈刑法総論 §§ 1~72』（有斐閣、2010年）858頁〔島田聡一郎〕、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号（2014年）8頁。

⁸ なお、207条の適用のためには「機会の同一性」要件も重要であり、近時盛んな議論があるところではあるが、本決定においては特に問題となっていないため、以下では特に言及しない。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

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。」とした。

同決定は 207 条について特に言及していないが、207 条との関係で問題となったのは、その「言及しなかったこと」であった。同決定は、「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被害者らの傷害……を相当程度重篤化させたものと認められる」としており、その「少なくとも」という説示からは、上記傷害以外の傷害結果をも惹起している可能性も否定できない、との含意が窺われる⁹。もちろん、被告人到着前に被害者が流血・負傷しており、それについては原因行為不明ではなく、先行行為が原因行為であることが明らかであるから、その傷害について 207 条の適用により被告人に帰属させることはできず、それゆえすべての傷害結果を被告人に帰属させることは 207 条を通じても不可能である¹⁰。しかし、すでに生じていたことが確定している傷害以外の傷害のうち、被告人が惹起したか否かが不明なものも存在することが「少なくとも」の含意であるとする、その部分については 207 条を適用することで被告人に帰属させることも可能であったように思われる¹¹。しかし、法廷意見はそのことに言及せず、さらに千葉勝美裁判官の補足意見において、「共謀加担後の暴行により傷害の発生に寄与したか不明な場合……には、傷害罪ではなく、暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である」と述べられていたことから、207 条の適用を排斥する方向に親和的なものではないか、との理解もあった¹²。

しかし、同決定では、207 条の適用まで検討せずとも、傷害結果を相当程度重篤化させたという限りでは被告人に結果帰属可能であり、それにより処断刑の範囲に影響しないことは勿論、すべての傷害結果を帰属させていた原審・原々審の量刑判断を不当なものとするに至らないと判断されたために、あえてそれまでの訴訟経過で争点とされていなかった 207 条の適用に触れなかったものと理解することもでき¹³、その中での千葉補足意見もあくまで 207 条の問題を一旦脇に置いたものと捉えることも一応可能であり¹⁴、同決定では途中共謀加担事例における

⁹ 最高裁がその認定を前提としているところの第一審では、被害者らの「傷害の大半は、被告人が本件現場に到着する前の……暴行によるものか、あるいは被告人が加わったのちの暴行によるものかが、証拠上必ずしも明らかではな」とされている（刑集 66 卷 11 号 1317-1318 頁）。多数の傷害のうち一部については、重篤化に留まらず、発生自体を引き起こしたのものもある可能性がある、ということと思われる。

¹⁰ 松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治 64 卷 1 号（2013 年）26 頁注 34。

¹¹ 金子博「判批」近畿大学法学 64 卷 2 号（2016 年）84 頁注 16 参照。

¹² 池田修＝杉田宗久編『新実例刑法総論』（青林書院、2014 年）355 頁〔芦澤政治〕、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）679 頁。

¹³ 石田寿一「判解」最判解刑事篇平成 24 年度 460 頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020 年）389 頁注 34。

¹⁴ 小林憲太郎「判批」判時 2323 号（2017 年）175 頁。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

207 条の適用の可否に関しては何らの示唆も示していないと捉えておくのが妥当であり、より一般的な理解であったと思われる。

(二) 平成 28 年決定との関係

もう一つ、今度は逆に、途中共謀加担事例への 207 条の適用につき肯定的な方向性を示したものと一部で評価された判例もあり、それは最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁（以下、「平成 28 年決定」とする。）である。同事案は単純化すれば、X・Y がまず被害者に暴行をし、その後 Z が共謀なく暴行を加え、被害者が死亡したが、死亡の原因となった傷害がいずれの暴行により生じたのか不明であり、しかし Z の暴行により死因となった傷害が悪化させられたことは認められる（そしてそれにより死亡時期が早まったことも認められ、それゆえ Z の行為と死亡結果との間の因果関係も認められる）というものであった。

この点につき、第一審判決（名古屋地判平成 26 年 9 月 19 日刑集 70 卷 3 号 26 頁）が、「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」としたのに対し、最高裁は、「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、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。」とした。暴行と死亡結果との因果関係を直接に問題としている点にやや不明瞭な点があるが、その趣旨を敷衍すれば、第一審は 207 条を「傷害の結果につき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」と理解した上で、少なくとも死因となった傷害を重篤化させたという限りで後行者に傷害結果（及び死亡結果）を帰属することはできるのであるから、最終結果につき帰属される者がいなくなる不都合はなく、207 条は適用されないとの理解を示したのに対し、最高裁は、そのような場合であっても 207 条の適用が排除されることはないとした、といえる¹⁵。これにつき、論者の中には、207 条を「傷害の結果につき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」と理解すれば第一審の帰結に至るべきであるのに、そのような帰結に至っていない最高裁はこの 207 条の趣旨を軽視しているとして、平成 28 年決定を批判的に捉える者もいた¹⁶。平成 28 年決定をこのように評価するのであれば、最高裁は、同じくそのような不都合が存在しない途中共謀加担事例についても 207 条の適用を認める方向性を示したものという評価も可能であろう¹⁷。しかし、すでに指摘

¹⁵ 橋爪隆「同時傷害の特例について」法学教室 446 号（2017 年）121 頁、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」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）83 頁参照。

¹⁶ 安田拓人「判批」法学教室 430 号（2016 年）150 頁、同・前掲注 15・98 頁。

¹⁷ 前田雅英『刑法各論講義 [第 7 版]』（東京大学出版会、2020 年）33 頁、同「判批」捜査研究 65 卷 9 号（2016 年）61 頁、同・前掲注 4・6,7,9 頁。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

もあるとおり、同事案では、207条の適用がなければ、後行者に帰属させることができるのは、「被害者に生じた傷害を重篤化させた部分」について（死亡については早めた部分について）のみということとなり、傷害発生それ自体（重篤化以前の部分）については、なお「責任を負うべき者がいなくなる不都合」が存在するのであり、必ずしも最高裁が207条を「傷害の結果につき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」と理解することを排斥したわけではないとみる余地も十分にあった¹⁸。

以上より、途中共謀加担事例について207条の適用が可能であるかについての最高裁の判断は、少なくとも明示的には¹⁹これまで存在しなかったといえる。

2. 下級審裁判例の状況

これに対して、下級審裁判例に目を転じると、途中共謀加担事例について207条の適用を認めるものが多数存在する²⁰。

(一) 大阪高裁昭和62年判決

著名なものとしては、まず、途中共謀加担事例について207条の適用を認めたわけではないものの、その適用可能性につき興味深い指摘をしていた大阪高判昭和62年7月10日高刑集40巻3号720頁（以下、「大阪高裁昭和62年判決」とする。）が挙げられる。同判決は、直接には傷害罪の承継的共犯を否定したものであるが、途中共謀加担事例における207条の適用可能性につき、一方で、適用を否定した場合に生じ得る、途中共謀加担事例でない典型的な207条適用事例との不均衡の発生を指摘し、また途中共謀加担後の共同暴行と加担前の暴行とをあたかも意思連絡のない二名の暴行と同視して、207条の適用を認める見解もあり得るとしつつ、しかし他方で、207条が「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……を解消するために特に設けられた例外規定」であることから、207条の適用を否定することもあり得ると説

¹⁸ 橋爪・前掲注15・121-122,125頁、豊田・前掲注12・680頁。

¹⁹ もっとも、令和2年決定を踏まえて平成28年決定を現在の目から見れば、途中共謀加担事例について207条の適用を可能とする方向性がすでに示唆されていたとみることは可能かもしれない。すなわち、平成28年決定は、207条を「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」た規定とし、「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」との理解を明示することを避けていた。また、同決定は、207条適用の際の要件・主張立証の在り方を一般的な形で比較的詳細に論じる中で、「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。」とし、検察官が上述の要件を証明した場合には、各行為者は自身の暴行と傷害との因果関係の不存在を証明する以外に責任を免れる術はなく、途中共謀加担事例であること（＝先行者には全結果が帰属できること）を主張立証しても責任を免れることはない、ということが示唆されていたともいえるように思われるからである。

²⁰ 石田・前掲注13・460頁は、消極に解した裁判例は見当たらないとする。直後で述べるように、大阪高裁昭和62年判決も消極に解したものと評価すべきではない。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

示し、最終的には訴因変更がなされていないことを理由に 207 条による帰属の検討を打ち切っている²¹。

このように同判決は、一般論としては、途中共謀加担事例につき 207 条の適用を肯定する立場（以下、「適用肯定説」とする。）も否定する立場（以下、「適用否定説」とする。）もあり得ることを指摘していたものの、事案処理としては訴訟法的観点から 207 条の適用を差し控えたものであり、またすでに指摘もあるとおり、仮に 207 条の適用を一般論として肯定する立場に与したとしても、当該事案においては、共謀加担後の暴行は非常に軽微であり、被害者の傷害の大部分（あるいはすべて）は被告人共謀加担前に生じていたことが明らかであり、207 条の適用の余地がないあるいは実益がほぼない事例であった²²。ゆえに、207 条の適用に関する説示は完全な傍論であり、この大阪高裁昭和 62 年判決は、適用否定説に一定の理解を示してはいるものの、適用否定説を明示したものとはまでは言えないと位置づけられるべきであろう。

（二）大阪地裁平成 9 年判決及びそれ以降の裁判例

これに対して、大阪高裁昭和 62 年判決で示唆されていた適用肯定説を明示的に採用したのものとして、大阪地判平成 9 年 8 月 20 日判タ 995 号 286 頁（以下、「大阪地裁平成 9 年判決」とする。）がある。すなわち、途中共謀加担事例で適用を否定した場合に生じ得る、途中共謀加担事例でない典型的な 207 条適用事例との不均衡の発生を示唆した上で、「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」として、207 条の適用を肯定したのである。

その後、近時に至るまで、途中共謀加担事例に 207 条を適用することに肯定的な判断を示す裁判例が積み重ねられている。紙幅の関係上、詳細な紹介は困難であるが、基本的に、上記大阪高裁昭和 62 年判決及び大阪地裁平成 9 年判決で示されていたのと同様、途中共謀加担事例でない典型的な 207 条適用事例との不均衡の回避という実質論（以下、「均衡論」と呼ぶことがある。）を前提に²³、（表現に若干のばらつきはあるが最大公約数的に言えば）共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての暴行によって結果

²¹ 訴因変更の要否については、刑事訴訟法研究者の御協力を得つつ、今後さらに検討していくこととし、本稿ではこれ以上踏み込まない。なお、令和 2 年決定の原判決は、同様の問題につき、訴因変更が常に必要なわけではないとの立場を示している。

²² 西田ほか・前掲注 7・859 頁 [島田]、伊藤ほか・前掲注 7・48 頁 [島田]、高橋則夫「承継的共同正犯について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』（成文堂、2014 年）566 頁。

²³ この点を指摘するものとして、神戸地判平成 15 年 3 月 20 日 LEX/DB 28095281、神戸地判平成 15 年 7 月 17 日 LEX/DB 28095309、仙台地判平成 25 年 1 月 29 日 LLI/DB 06850125、東京高決平成 27 年 11 月 10 日東高刑時報 66 巻 1～12 号 103 頁がある。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの形式（以下、「時系列分断形式」と呼ぶことがある。）をとり²⁴、途中共謀加担事例について 207 条の適用を認めているといえる。

令和 2 年決定の分析との関係で特に興味を引くものとして、東京高決平成 27 年 11 月 10 日東高刑時報 66 巻 1～12 号 103 頁（以下、「東京高裁平成 27 年決定」とする。）のみ、簡単に紹介する。この事案において、207 条の適用による結果帰属が問題となった途中共謀加担した少年は、何ら実行行為をしていないいわゆる共謀共同正犯であった²⁵。それにも拘らず、本決定は、（均衡論と時系列分断形式のいずれも指摘した上で）「本件においては、共謀成立後も、少年は、被害者に対し、自ら直接暴行を加えていないが、少年は、既に成立していた乙、丙および甲の共謀に加担し、甲の行為を利用して被害者に暴行を加えているのであるから、自ら直接暴行していないとしても、同時傷害の特例の適用には影響を与えないといふべきである。」としている。これは令和 2 年決定の原判決と親和的な判断であり、また従前の下級審裁判例で蓄積されてきた均衡論及び時系列分断形式とも不整合なわけでもなく、これを紹介する文献においても本件少年が問題となる実行行為を行っていない点は必ずしも問題視されていない²⁶。

3. 令和 2 年決定の意義の再確認

以上のように、途中共謀加担事例について 207 条の適用が可能であるかについての最高裁の判断は少なくとも明示的には存在せず、それゆえに適用範囲（適用の在り方）についての判断も存在していなかった。

それに対して、下級審レベルでは、途中共謀加担事例について 207 条の適用が可能であるとの立場が大阪高裁昭和 62 年判決で示唆され、大阪地裁平成 9 年判決で明示的に採用され、それが現在まで続いているという状況であり、途中共謀加担事例に 207 条の適用が可能であるということそれ自体については、下級審レベルではすでに定着していたといつてよからう。この限りでは、令和 2 年決定の最高裁の判断はいわば予想されたことともいえたが、その予想が裏切られなかった点において、令和 2 年決定に重要な意義があることは疑いがない。

加えて、それと同等に重要と思われるのは、その際の 207 条の適用範囲（適用の在り方）であり、この点については従前必ずしも十分な議論がなされず、東京

²⁴ この点を指摘するものとして、前掲注 23 で挙げた諸裁判例に加え、横浜地判平成 22 年 4 月 26 日 LLI/DB 06550310 がある。さらに、共犯関係の解消の事例についてであるが、名古屋高判平成 14 年 8 月 29 日判時 1831 号 158 頁も同様である。

²⁵ それに対して、大阪地裁平成 9 年判決や前掲注 23 及び 24 で紹介したその他の裁判例は、必ずしも明瞭ではないものの、途中共謀加担した者も、問題となる暴行を自ら行っているといえるように思われる。

²⁶ たとえば、細谷泰暢「判解」最判解刑事篇平成 28 年度 29-31 頁、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）185-186 頁において紹介されているが、本件少年が問題となる実行行為を行っていない点についての判断には特に言及がない。

高裁平成 27 年決定及び令和 2 年決定の原判決は、令和 2 年決定の最高裁の立場とは異なり、途中共謀加担事例における 207 条の適用のために、当該途中共謀加担者が自ら問題となる暴行を行っている必要はない、という理解を採用していたといえる。その意味で、下級審レベルでは、令和 2 年決定のような理解が一致して受け入れられていたわけではなく、必ずしもすべての者が予想していたわけではない判断を令和 2 年決定は示したといえ、この点も重要であり、検討に値するものと思われる。

以下、順に検討する²⁷。

三 途中共謀加担事例における 207 条適用の余地

1. 従来の議論状況

(一) 適用否定説の存在

本件のような途中共謀加担事例についての刑法 207 条の適用の可否について、学説上、適用否定説も現在まで比較的有力であった²⁸。この立場は、先ほどの大阪高裁昭和 62 年判決でも示されていたように、同条の趣旨として、誰にも当該傷害結果が帰属されなくなることの不当性の回避を挙げるのが通常であり、そのことを根拠として、途中共謀加担事例の場合、少なくとも先行者には全ての傷害結果が帰属するのであり、誰にも当該傷害結果が帰属されないという不都合性は存在しないため、適用を否定すべきであると主張する。

このような見解に対しては、「何ら条文上の根拠をもたない、論者の『そう解きたい』という単なる願望に過ぎない」²⁹との痛烈な批判も存在するものの、207 条は、その文言上、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」についての規定であり、これを「その傷害を（共同正犯的なものも含めて）帰属される者が不存在となる時」と解釈することは可能であり³⁰、またそのような解釈の出

²⁷ なお、以下の議論は、共犯関係の解消の場合（たとえば、前掲注 24・名古屋高判平成 14 年 8 月 29 日）にも援用可能であろう。これに対して、辰井聡子「同時傷害の特例について」立教法務研究 9 号（2016 年）14-15 頁は、207 条を加重暴行罪として理解するとの前提から、途中共謀加担の事例であれば後行者の行為は先行者がすでに行った暴行と相まってより重大な結果が発生する危険性が高いといえるが、共犯関係の解消の事例における離脱者の行為はそうではなく、以降の他者の行為による危険性の負担を求めるのは妥当ではない、として別異取扱いを主張する。傾聴に値する見解ではあるが、すでに 207 条の趣旨に関する前提理解が異なる。後述するような本決定の理解は、共犯関係の解消の場合でもすべて妥当するため、判例の理解としては、共犯関係の解消の場合にも射程が及び得ると理解すべきであろう。

²⁸ 西田典之＝橋爪隆『刑法各論 [第 7 版]』（弘文堂、2018 年）50 頁、中森喜彦『刑法各論 [第 4 版]』（有斐閣、2015 年）19 頁、井田良『講義刑法学・総論 [第 2 版]』（有斐閣、2018 年）520 頁、高橋則夫『刑法各論 [第 3 版]』（成文堂、2018 年）60-61 頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016 年）63-64 頁など。さらに、安田・前掲注 15・92-93 頁、豊田・前掲注 12・678-679 頁。

²⁹ 小林憲太郎「暴行・傷害罪の周辺」判例時報 2405 号（2019 年）117 頁。

³⁰ 橋爪・前掲注 15・125 頁参照。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

発点となる、利益原則に抵触する同条の例外性を重視して適用範囲を限定しようとの価値判断にも一定の説得力があり、やはり傾聴に値するものというべきであろう。

(二) 従来の適用肯定説と適用否定説からの批判

それに対して、学説においては、上述した下級審裁判例と同様、適用肯定説も根強く、その根拠として主として挙げられるのも、上述した下級審裁判例と同様、均衡論（と時系列分断形式の採用）が主であった³¹。

しかし、均衡論に対しては、共謀に基づいた犯行の方が常に単独犯としての犯行よりも違法性（あるいは当罰性）が高いわけではないとの批判³²や、そもそも本条は暴行を加えた複数の者のうち誰にも傷害結果が帰属されない事態を阻止するための例外的規定なのだから均衡論を持ち出すことは当を得ていない³³との批判が向けられていたところであった。特に後者の批判は、たとえ均衡論という適用肯定説の主張が正しいとしても（すなわち適用を否定することにより不均衡が生ずるとしても）、本条が本来は利益原則に抵触する例外的規定である以上は、例外の要請がないのであれば適用すべきでない、という非常に明快な批判といえる³⁴。

2. 本決定の説示の分析

以上の議論状況を前提に、適用否定説を排斥した本決定の理由部分（決定要旨(ii)）を分節して分析する。

(一)「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……同条を適用しないとすれば……共謀関係が認められないときとの均衡も失する」

説示の順序とは異なるが、まず均衡論についての分析から始める。前述のように、この均衡論は従来の適用肯定説の常套句であったが、それに対しては、共謀に基づいた犯行の方が常に単独犯としての犯行よりも違法性（あるいは当罰性）が高いわけではないとの批判が適用否定説からなされてきており、検討を要する。しかし、結論から述べれば、最高裁のこの点の説示は理論上特に問題のないものといえる。

³¹ 山口厚『刑法各論 [第2版]』（有斐閣、2011年）51-52頁、橋爪・前掲注15・125-126頁、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）42頁。ほかにも、林幹人『刑法各論 [第2版]』（東京大学出版会、2007年）57頁や前田・前掲注17・32-33頁も適用肯定説といえるが、均衡論のみに言及し、時系列分断形式には言及していない。逆に、均衡論に疑問を示しつつも、時系列分断形式の採用により適用肯定説を支持するのは、小林・前掲注29・117頁。

³² 長井長信「同時傷害の特例について」寺崎嘉博ほか編『激動期の刑事法学—能勢弘之先生追悼論集』（信山社、2003年）427頁、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）93頁以下、豊田・前掲注12・678-679頁。適用肯定説からであるが、小林・前掲注29・117頁も参照。

³³ 中森・前掲注28・19頁、安田・前掲注15・92-93頁。

³⁴ 時系列分断形式への批判については、四で取り上げることとする。

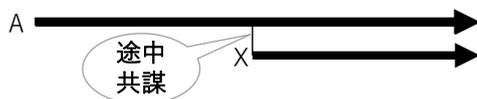
他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたとは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

【表】各事例類型の整理表

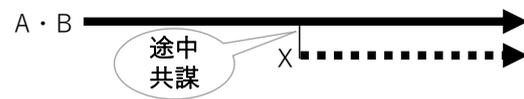
問題となる暴行 途中共謀	あり	なし
あり	〔①-問題となる暴行あり ・途中共謀あり型〕	〔③-問題となる暴行なし ・途中共謀あり型〕 ※特殊事例（③´）もあり
なし	〔②-問題となる暴行あり ・途中共謀なし型〕 (207条の典型的適用事例)	〔④-問題となる暴行なし ・途中共謀なし型〕

【図】各事例類型のイメージ図

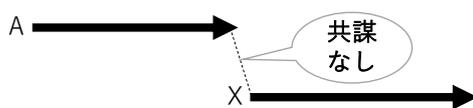
〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕



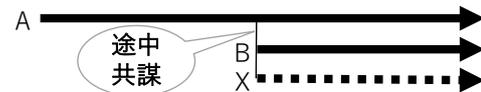
〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕



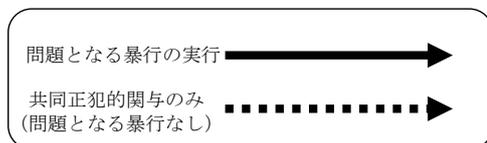
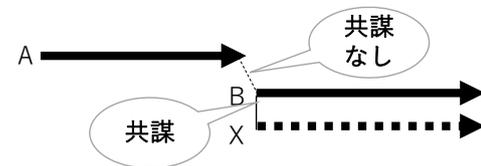
〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕



〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕



〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕



まず、①先行者 A が問題となる暴行を行っていたところ、途中共謀加担した後行者 X も問題となる暴行を自ら行った場合（以下、便宜上、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕とする。なお、以下すべて同様であるが、いずれの暴行が当該傷害結果を発生させたか不明であることを前提とする。）と、②先行者 A と後行者 X が、共謀関係はないものの同一の機会にいずれも問題となる暴行を行った場合（以下、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕とする。これが 207 条適用の最も典型的な事例であることは疑いないだろう。）とを比較した場合、単独で X が行っていることは全く同じであり、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕においては、（先行者 A も第二暴行をしていれど）A による第二暴行への共犯的関与の分が加算され、X の行為の違法性の程度としては「純増」といえ、それゆえ、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕における X に結果

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

を帰属しつつ、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕における X に結果を帰属しないのは不均衡と言い得る。均衡論に否定的な論者からは、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕の場合には、X 自身が行っている行為について、A からの影響がある分、行為責任が低下する可能性があるとの指摘もあるが³⁵、仮にそうであるとしてもそれは期待可能性等の理論的にはせいぜい責任面の問題であり³⁶、因果関係（の推定）という客観的帰属の問題としては行為の違法性・危険性（結果への因果力）の程度のみを比較するのが適切であり³⁷、その観点からは〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕 \cong 〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕という図式は成り立っているといえよう³⁸。

問題となり得るのは、おそらく均衡論に否定的な論者が主として批判の対象として想定する場面と思われる、③既に問題となる暴行を行っていた先行者 A・B に X が途中加担したものの問題となる暴行をしていない場合³⁹（以下、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕とする。）である⁴⁰。この場合には、特に X がいかなる暴行もしていない場合がわかりやすいが、X の単独犯としての行為の違法性はなく、X の行為の違法性は A・B の行ったことへの（正犯と評価されるとはいえ）間接的なものに留まるため、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕という 207 条適用の最も典型的な事例における X より行為の違法性の程度が低い場面が想定し得る。もちろん、たとえば X が A・B の問題となる暴行が当たりやすいように被害者を羽交い絞めにしている場合など、X の関与により A・B の問題となる暴行の危険性がより上がるといえる場合には、問題となる暴行自体の危険性が上がっている以上、それへの間接的関与とはいえず、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕における X の行為の違法性の程度が〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕における X の行為の違法性の程度より低いとは必ずしも言えないが、少なくとも〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕 \cong 〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕とは必ずしも言えず、〔③-問題となる暴行なし

³⁵ 長井・前掲注 32・427 頁。小林・前掲注 29・117 頁もこの趣旨か。

³⁶ いわゆる実行行為の全てを行う従犯（故意ある補助的道具）を認め、そしてそれがその者には正犯としての違法性が認められず、従犯としてのそれに留まるとの理由によつてすれば、本文のような理解と抵触する可能性はある。しかし、そもそもそのような形態を認めるべきであるかには疑問があり、そのような形態を認めたようにも思われる横浜地川崎支判昭和 51 年 11 月 25 日判時 842 号 127 頁などは、構成要件の実質的解釈（譲渡という取引行為が帰属するのは譲渡人である）により背後者を直接正犯と解し、その媒介者は（実行行為をすべて行っているわけではないと評価され）補助に留まる、という形で理解される余地がある（橋爪・前掲注 13・336 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）411-412 頁参照）。暴行・傷害にはそのような余地はないであろうから、暴行・傷害につき実行行為の全てを行う従犯が認められる余地はなからう。

³⁷ 期待可能性等の問題は、結果を帰属させた後に、責任レベルで調整すればよい。

³⁸ 従来均衡論を主張する論者は、おそらくこの比較を念頭に置いていたと思われる。たとえば、橋爪・前掲注 15・125-126 頁参照。

³⁹ 別種の軽微な暴行を行うに留まる場合や全く暴行を行わない共謀共同正犯類型の場合。

⁴⁰ 長井・前掲注 32・427 頁。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

し・途中共謀あり型〕 < 〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場面もあるということはいえよう。この限りでは、均衡論に否定的な論者の主張は正しい面を含む。

しかし、この文脈では②と③を比較することは適切でないように思われる。②と③を比較した場合、そこには途中共謀があるか否かという点のみではなく、Xが問題となる暴行を行っているか否かという点も異なっており、むしろ後者の点こそが〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕 < 〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕となり得る原因といえる。そのことは、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と④先行者 A による問題となる暴行と、A とは共謀関係にはない B と X による共謀の上での共同暴行という事案で、B が問題となる暴行を行い、X は問題となる暴行を行わなかったという場合（以下、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕とする。）を比較すれば明らかである。〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕とでは、途中共謀の有無のみが相違であるが、両事案の X につき行為の違法性（さらには責任も含めて）の程度についての相違は存在しない。ゆえに、途中共謀が存在することそれ自体（誰か一人が傷害結果を帰属されることが確保されることそれ自体）は、行為者 X の行為の違法性の程度を減らすことはない（〔問題となる暴行あり型〕の場合には増加させる可能性がある）。

ゆえに、途中共謀が存在する（誰か一人が傷害結果を帰属されることが確保される）ということのみで別異取扱いを行うことは、常に均衡を失するといえる。〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場合に 207 条の適用を認めるのであれば、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕の場合に認めないとすれば均衡を失するし、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合に 207 条の適用を認めるのであれば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合に認めないとすれば均衡を失するといえる。もちろん、後述するように、そもそも〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が 207 条の適用対象に含まれるか否かということは問題になり得るが、仮に〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が適用対象でないのであれば、（それは〔問題となる暴行なし型〕であることが理由であろうから）当然に〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕も適用対象ではないので、その場合に均衡論を語る意義が残るのは〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕と〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕についてのみであり、それについてはやはり均衡論が妥当する。結局、いずれにせよ均衡論は正しいといえる。

以上より、途中共謀加担という事実のみでは行為の違法性の程度に影響を与えないため、その事実のみを理由に 207 条の適用を否定することは均衡を失すると

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

いう、という本決定の説示は全面的に正しい。

(二)「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」い

もっとも、均衡論の正しさが認められたとしても、直ちに適用否定説が排斥されるわけではない。たとえ不均衡な帰結になるとしても、その不均衡な帰結を甘受すべき理由が存在する場合には、やはり 207 条の適用を否定すべきという余地が十分にあるからである。それこそが、適用否定説の論者の言う、そもそも本条は暴行を加えた複数の者のうち誰にも傷害結果が帰属されない事態を阻止するための例外的規定なのだから均衡論を持ち出すことは当を得ていないとの批判であった。207 条の趣旨を「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」と理解すると、やはり途中共謀加担事例において 207 条を適用しないことには「理由がある」ことになり、適用肯定説は、適用しない場合に生じる不均衡や訴訟手続上の難点⁴¹といった弊害の回避という、適用しない理由を上回る適用すべき理由によって、適用範囲を本来の趣旨を超えて拡張するとのロジックをとるよりほかないことになる。従来適用肯定説の中には、(後述のような理解を明示することが、207 条の例外性という観点からはやや躊躇されたためか) 207 条の趣旨を必ずしも明示せず、このようなロジックを採用しているとも理解できるものも少なくなかったように思われるが⁴²、207 条が利益原則に抵触する例外的規定であることに鑑みると、その例外を認める必要性がすでにない以上、そのようなロジックの説得力には疑念が生じてしまう。適用否定説を排斥するには、この批判を躲す必要があった。

このことを前提に本決定の説示を見ると、本決定は「均衡『も』失する」として、均衡論をある種補足的な理由と位置付け、それとは明らかに別立てとして、「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(筆者注: 207 条)が適用できなくなるとする理由はな」いとしている点が目を引く。仮に 207 条の趣旨が「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」という点にあるとすれば、「理由はな」いなどということはないはずであるが、本決定は、207 条の趣旨として、「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」という点を挙げず、決定要旨(i)において、単に「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」とするに留めている。これは、上述の批判を躲すために、207 条の趣旨は、「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」ではなく、それはせいぜい 207 条が果たす重要な機能の一つであるに留まり、207 条の趣旨は、こ

⁴¹ この点は後述(三)参照。

⁴² たとえば、山口・前掲注 31・51-52 頁、橋爪・前掲注 15・125-126 頁、伊東・前掲注 31・42 頁からはそのような印象を受ける。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

の種の場合に個別的な因果関係の立証が典型的に困難であるという事情に鑑みて、「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」であるとの理解を示したものと解される⁴³。このように理解するからこそ、「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、207条が適用できなくなるとする理由はな」ということになるのである⁴⁴。本決定は、適用否定説のこのような207条の趣旨理解には与しないことを明確にしたものといえるであろう。

たしかに、いずれの趣旨理解に拠ったとしても、生じる法効果は因果関係に関する挙証責任の転換である以上、その正当化の条件も同様（後述四2（二）（1）で述べる①②③）であり、とすれば適用否定説による207条の趣旨理解でその条件を充足するのであれば、上記のような本決定による趣旨理解であってもその条件は同様に充足する⁴⁵。また、207条の文言からは、必然的に適用否定説のこのような趣旨理解が導かれるわけではなく、むしろ「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」を「その傷害を（共同正犯的なものも含めて）帰属される者が不存在となるとき」と解釈する方がやや技巧的であり、本決定のような207条の趣旨理解の方が自然ともいえようから、本決定が適用否定説の理解を排斥したことには理由がないわけではない。しかし、やはり「理由がな」というのは、やや言い過ぎな印象を受ける。207条が利益原則に反する例外的規定であり、その適用範囲は限定的であるべきとの評価自体は適用肯定説も共有してきたはずである⁴⁶。それにも拘らず、「適用否定説にも一定の理由はあるものの、それを採用した場合の不均衡・不合理の発生にも鑑みれば、適用否定説による207条の趣旨理解を採用すべきではない」というのではなく、適用否定説を採用する「理由がな」というのは、相当に踏み込んだ説示に思われ、207条の例外性を重視する必要はないとの理解すら窺わせる。四における議論にも影響を与えることになる本決定から窺えるこの理解を採用するには、同条における挙証責任の転換の正当性・合理性を積極的に論証することが求められようが、その点は必ずしも明らか

⁴³ 細谷・前掲注26・7,31頁、小林・前掲注29・117頁、同・前掲注14・172頁。批判的な文脈においてはあがあるが、安田・前掲注15・84頁も参照。なお、四で後述する理解Ⅱのうち実体法的観点に拠るものによれば、「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を単独正犯的に行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」というようにやや限定された形で207条の趣旨は把握されることとなる。

⁴⁴ 北原・前掲注4・24頁参照。

⁴⁵ 例外規定設定の必要性の程度によって正当化条件が異なる、あるいは条件は同じとしてもその充足のための程度が異なる、などという議論もあり得るかもしれないが、そのような議論の存在を寡聞にして筆者は知らない。

⁴⁶ 山口・前掲注31・50頁は立法論としては廃止が望ましいとする。橋爪・前掲注15・118頁も参照。さらに、適用肯定説を支持しつつも、そのことを、207条にいわば司法に対する罪としての性格も備えさせることで利益原則の例外ではないと再構成すること等を通じて緻密に論証するものとして、樋口亮介「同時傷害の特例（刑法207条）」研修809号（2015年）8-10,18頁。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

にされておらず、適用否定説を中心に学説からの少くない批判が予想される⁴⁷。

(三)「適用しないとすれば、不合理」

さらに本決定は、207「条を適用しないとすれば、不合理」ということも述べている。これもその言葉遣いからすると均衡論とは別の事柄を述べているはずであるが、別段（二）と異なることを述べる趣旨ではなく、文言上もその趣旨からも207条の適用が可能であるにも拘らず理由もなく適用を否定すること自体が「不合理」であるという趣旨に留まるかもしれない。もっとも、従前の議論に鑑みてあえて読み込むとすれば、訴訟手続上の弊害が生じる⁴⁸、という点も含まれているのかもしれない。実際、途中共謀加担の事実のみで207条の適用が否定されるとすれば、被告人側が共謀の一部存在を、検察側が共謀の全面的不存在を主張することとなることは不可避であり、そのような不合理を回避することは207条の適用を肯定する補強的な事情となろう。本決定は、決定要旨（iv）において、訴訟手続の流れにも注意を払っており、本件では検察官が当初共謀を主張し、被告人がその共謀の存在を否定したところ、途中からの共謀が認められるという事案であったが、仮に適用否定説を採用すれば、すでに207条の適用は不可能であり、むしろ被告人の主張する「共謀の存在の否定」が全面的に認められた場合に207条の適用が可能であったという、不合理・不可思議な事態になる。適用否定説を採用すると、検察官としては共謀が完全に存在するかあるいは逆にまったく共謀が存在しないといういずれか両極端を主張することが求められ、その中間である一部共謀の場合では許されないという非常にアンビバレントな地位に追い込まれることがこの箇所からは示唆されていると読むことも不可能ではなく、遡って207「条を適用しないとすれば、不合理」という個所にこの観点も盛り込まれていると読むことも不可能ではないだろう。

(四) 小括

ここまでの本決定の説示をまとめると、207条の趣旨は、「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」というものではなく、「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」であり、207条の趣旨という観点から途中共謀加担の事例をそのことのみを理由として別異取扱いする理由はない。

⁴⁷ それに備えて、最高裁は「理由はな」とするのみでなく、その後不合理性及び均衡論にも言及し、実質的にも適用否定説に与しないことが適切であると付け加えているのかもしれない。しかし、本決定の説示上、不合理性及び均衡論は補足的な位置づけになっているため、本決定が207条の例外性を重視していないことを窺わせることに変わりはない。207条の例外性を重視しているのであれば、やはり不合理性及び均衡論が主たる理由となり、その点に鑑みて適用否定説による207条の趣旨理解を採用すべきではないとの論理、すなわち、適用否定説にも一定の理由はあるもののそれを採用することが適切ではないとの論理になるはずである。

⁴⁸ 橋爪・前掲注15・126頁。安田・前掲注15・92頁も参照。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

また、途中共謀加担という事実が207条の成立を否定するものとする、主張立証構造を歪めて不合理であるし、そのこと自体は後行者の行為の違法性の程度を何ら左右しないので均衡も失する。端的に言えば、特別の理由もないのに、あえて不合理かつ不均衡な事態を招く解釈を採用することなどあり得ない、ということである。それゆえ、「先行者に対し当該傷害についての責任を問うことは、同条の適用を妨げる事情とはならない」のであり、適用否定説は明確に排斥されたのである。

本決定についてやはり気になるのは、「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はな」い、との説示である。不均衡及び主張立証構造の歪みといった点は適用否定説の一部からもその存在自体は認められてきた⁴⁹（本稿の理解からもこれらの点に関する本決定の説示に問題はない）。適用否定説の核心は、207条が利益原則に抵触する例外的規定である以上は、例外を設ける必要性が最も高い場面、すなわち「誰にも傷害結果を帰属できない」場面に適用を限定すべきである（そして、不均衡及び主張立証構造の歪みは同条の例外性に鑑み甘受されるべきである）というものであり、適用否定説を退けるためには、これに対応する必要があった。本決定は「理由がな」いとの上記説示により、これに対応したといえるが⁵⁰、問題はその表現ぶりから本決定が207条の例外性を重視する必要はないとの立場を採用したようにも窺われる点である。この立場を躊躇なく採用するためには、同条における挙証責任の転換の正当性・合理性を積極的に論証することが先決であるはずであり、本決定が、同条が「違憲無効ではない以上、適用可能であれば適用しうる」⁵¹との理解に基づいて真にこのような立場を採用したのであるとすれば、疑問が残ろう。「理由がな」いとの説示は、「(本決定のような207条の趣旨理解を採用すれば)理由がな」いという趣旨に留まるものであると期待したい。

四 207条の適用範囲（適用の在り方）

さて、本決定の説示でさらに注目されるのは、決定要旨（iii）及びその直後の決定要旨（iv）の説示であり、これらが直接的には原判決との結論の相違を導いている。

1. 従来議論状況

前述のとおり、従来の下級審裁判例及び従来適用肯定説は、途中共謀加担事例への刑法207条の適用の在り方として、時系列分断形式、すなわち共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての

⁴⁹ 安田・前掲注15・92頁。

⁵⁰ 同様の趣旨が窺えるものとして、小林・前掲注29・117頁。

⁵¹ 山口厚『新判例から見た刑法 [第3版]』（有斐閣、2015年）125頁参照。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

暴行によって結果が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの定式を用いてきた。

このような理解によれば、上記〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕も〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕も、207条の適用対象となり得る。必ずしも明示的に議論されてきたわけではないが、従来の肯定説の多く及び下級審裁判例の説明を文字通りに受け止めれば、このような理解は十分にあり得るものであり、このような207条の適用の在り方を素直にそのまま採用したのが、東京高裁平成27年決定及び令和2年決定の原判決であったといえる。

また、古い判例であるが、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕といえる事案において、問題となる暴行を担当していない被告人につき、207条の適用を認めたものとして、大判昭和9年12月22日刑集13巻1803頁（以下、「昭和9年判決」とする。）がある。すなわち、簡略に言えば、現実の問題となる暴行を行ったのは、被告人との共謀が認められるX等及び被告人との共謀が認められていないその他の者であり、いずれの暴行から当該傷害結果が生じたか不明であるとの事案において⁵²、以下のように207条を適用することで、問題となる暴行を行っていない被告人につき傷害の共同正犯を認めている。すなわち、「数人共謀して他人に暴行を加えんことを企図し之が実行ありたる場合に於ては自ら暴行行為を為さざる者と雖之を為したる他の共謀者と等しく暴行の罪責を負わざるべからず……被告人と本件犯罪を共謀したるX等の行為に付ては刑法207条を適用し共犯の例により同法204条に問擬すべきが故に被告人は自ら暴行を為さずと雖尚前叙の理由に依りこれら実行者と同様同条を適用処断すべきものとす」としている。

2. 本決定の説示の分析

このように、下級審レベルでは〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕につき207条の適用を認めるものがあり、また〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕についてはあるが、最上級審レベルで、問題となる暴行を行っていない者について207条の適用を認めるものがあつた。これに対して、本決定（の上口唇切創に関する判断）が、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕（の少なくとも一部）につき207条の適用を否定したことは明らかであり、その論理を明らかにする必要がある⁵³。

⁵² やや事案が不明確であり、実行行為者全員に（すなわちX等とその他の者との間には）少なくとも現場共謀が認められるのではないかと、仮にそうであるとすれば、その実行行為者の少なくとも一部（X等）と被告人は事前共謀を行っている以上、その限りでいわゆる順次共謀として全体に共謀が及び、207条を媒介させずとも被告人に共同正犯としての結果帰属が認められた事案ではないかと、との憾みもあるものの、本判決自体は実行行為者全員の間での現場共謀を明示的には認定せず、以下の本文のように207条を適用することで問題となる実行行為を行っていない被告人につき傷害の共同正犯を認めている。

⁵³ なお、少なくとも令和2年決定（の上口唇切創に関する部分）と同様の事案類型（通常の

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

(一) あり得る理解 I

まずは、昭和9年判決と抵触しない形で本決定を理解できないかを検討する。すなわち、本決定が207条の適用による結果帰属を否定したのは〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕(の一部)についてのみであり、〔問題となる暴行なし型〕一般について207条による結果帰属の可能性を全面的に排斥したわけではないという理解である。

(1) 昭和9年判決の分析からの検討

このような理解の手掛かりとなるのは、やはり昭和9年判決の説示である。同判決は、問題となる暴行を行っていない被告人の行為が直接的に207条及び204条に「該当する」とするかのような原判決の説示を「聊か簡略に失する嫌」があると批判した上で⁵⁴、しかし結局、「数人共謀して他人に暴行を加えんことを企図し之が実行ありたる場合に於ては自ら暴行行為を為さざる者と雖之を為したる他の共謀者と等しく暴行の罪責を負わざるべからず……被告人と本件犯罪を共謀したるX等の行為に付ては刑法207条を適用し共犯の例により同法204条に問擬すべきが故に被告人は自ら暴行を為さずと雖尚前叙の理由に依りこれら実行者と同様同条を適用処断すべきものとす」としている。刑集に挙げられた判決要旨⁵⁵からもわかるとおり、ここで207条が直接的に適用されるのは、X等実行担当者の行為についてであり、それによりX等には204条の傷害罪が成立し、被告人はX等と「本件犯罪(=暴行)を共謀した」がゆえに、刑法60条を媒介として「実行者と同様同条を適用」される、としていると理解可能である。

(a) 従来の下級審裁判例及び適用肯定説における適用の在り方

この説示の特徴は、従来の下級審裁判例及び従来適用肯定説と、207条と60条の適用順序が異なる点である。すなわち、従来下級審裁判例・適用肯定説は、途中共謀加担事例への207条の適用の在り方として、共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての暴行によって結果が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの定式を用いてきたが、この理解は、「共謀成立後の共

〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕について、207条の適用により後行者に結果帰属をすることを疑問視する見解も学説上存在した(伊藤ほか・前掲注7・47-48頁[島田]、小林・前掲注7・8頁)。もっとも、簡潔な記述であるため、論者が後述の理解Iであるのか理解IIであるのかは必ずしも明らかでない。とはいえ、論者らは207条の傷害結果帰属の効果を傷害致死罪に援用することを、207条の例外規定性を根拠に否定している(伊藤ほか・前掲・47頁[島田]、小林・前掲注14・174頁、同・前掲注29・118頁)ので、理解IIに親和的かもしれない。

⁵⁴ 上告趣意では、「207条は数人が同時犯をもって暴行を加え人を傷害したる場合たるをもって被告人が手を下して被害者に対して暴行を加えたるに非ざる限り同条を適用することを得ず」と述べられている。

⁵⁵ 「甲乙兩名他人に暴行を加へんことを共謀し乙は丙等と数人にて他人に暴行を加へ之を傷害したるとき乙に対し刑法207条を適用し同204条をもって処断すべき場合に在りては甲に対し同法第60条第204条第207条を適用処断すべきものとす」。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

同正犯としての暴行」というものを 207 条にいう「暴行」として把握していることから明らかなように、207 条を適用する前提として、あらかじめ（208 条と）60 条を適用し、そこで共同正犯として把握された「暴行」を 207 条に適用する、という思考ステップを踏んでいるといえる。その上で、このように 207 条適用の前提として予め 60 条を適用すると理解した上で、仮に、「者」＝主体ごとに適用を考えると、共犯による間接的なものも 207 条の「暴行」に当たると考えることになり、先行者は自らの直接暴行及び他者の暴行への関与という「暴行」をしたと把握され、先行者が「傷害を生じさせた者」に常に当たり得ることになるため、結局、途中共謀加担事例への 207 条の適用につき適用否定説とならざるを得ない。そこで、このような帰結に至らないために、従来の下級審裁判例・適用肯定説は、時系列分断形式を採用していたといえる。すなわち、「先行者」・「共同正犯」というやや観念的な主体を想定していることから明らかなように、207 条が「者」としていることからはやや逸脱して、実際には時系列に沿って切り分けられた「暴行」を問題とし、「傷害を生じさせた者を知ることができないとき」ではなく、「傷害を生じさせた暴行を知ることができないとき」を問題としていたのである。このような適用順序・在り方は、207 条の趣旨を「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」と理解した上で、その趣旨を共犯的関与者にも可及的に及ぼそうとするには、一貫したものといえる。

(b) 従来の下級審裁判例及び適用肯定説における適用の在り方の問題点

しかし、このような時系列分断形式による適用の在り方には問題があるといえる。〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕のうち、既に問題となる暴行を行っていた先行者 A に X が途中共謀加担したものの、共謀加担後に実際に問題となる暴行を担当したのは A であったという場合、従来の下級審裁判例の適用の仕方であれば、X にも 207 条による結果帰属が認められかねないが、ここでは「その傷害を生じさせた者」は明らかに A であり、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」には当たらないといわざるを得ず、この場合に X に結果帰属を行うことは条文に反するといわざるを得ないであろう⁵⁶。このような不適切な帰結を導く原因は、本来的に「者」を基準に規定している 207 条の規定を実質的に「暴行」を基準に適用するという文言から逸脱した適用方法を採用したためであり、やはりこのような適用方法は不適切であろう⁵⁷。ゆえに、207 条の文言通り素直に、207 条は問題となる暴行を行った個人としての「者」につき適用すべ

⁵⁶ 207 条の文言が「二人以上」による暴行を要求している（207 条の趣旨を述べる際の平成 28 年決定および令和 2 年決定の説示も「二人以上」による暴行の存在を前提としている）ことにも反しているといえよう。

⁵⁷ 金子・前掲注 11・80 頁注 12。豊田・前掲注 12・679 頁も参照。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

きである⁵⁸。令和2年決定が、「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」と述べたのは、まずは、暴行ごとに時系列で切るという時系列分断形式を採用せずに主体ごとに時間横断的に切り分けて207条を適用するとの理解を示したものと理解できる⁵⁹。

(c) 別の適用の在り方の可能性

もっとも、以上の議論は、207条の適用の前提として60条を適用し、かつ「者」を実質的に「暴行」と読み替えるような適用順序・方法を否定したに過ぎず、問題となる暴行を行った者につき207条を適用した上で、その後に60条（さらに208・204条）を適用するという適用順序・方法を否定しているわけではない。主体ごとに適用するという文言上の制約に従いつつ、本決定の理解する上記207条の趣旨を可及的に全うさせるためには⁶⁰、この適用順序・方法を採用する必要がある。正にそのようなやり方をしたのが昭和9年判決といえる。すなわち、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合について、AとBは問題となる暴行を加えているので、AとBにつき207条の適用が可能であり、その効果としてBに傷害結果が帰属する、そしてXはそのBと当該問題となる暴行全体につき共謀をしているため、60条・208条により暴行の共同正犯となり、その共同正犯者Bの行為に傷害結果が帰属するという207条の法効果が援用され、さらにXに帰属される、という形で、問題となる暴行を担当していない者についても207条を（やや間接的な形で）適用して結果帰属をすることができる、としたものといえる。それに対して、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕については、この理解からはXに結果帰属ができない場合が生じる。というのも、たとえば上述の〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の具体例に即して言えば、AとBについて207条を適用することは不可能ではなからうが⁶¹、その場合にも時系列

⁵⁸ 207条には「その傷害を生じさせた者」という文言のみではなく、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず」という文言もあるが、それについても「それぞれの」というのが直前の「二人以上」という主体を指していることは明らかであろう。なお、そもそも「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができ」ない場合というのは、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」とされるような複数個の傷害が同時存在している状況を指すものに過ぎず、両者が実質的には同じことを指すことについては、杉本一敏「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）14-16頁参照。

⁵⁹ この点につき、和田・前掲注4・131頁。

⁶⁰ 上述したように、主体ごとに適用するという文言上の制約に従いつつ、207条の適用の前提として予め共犯規定を適用すると、適用否定説に至ることになる。このような適用の在り方は、本来的には処罰拡張規定である共犯規定を処罰縮減的に機能させてしまうものであり、適切でないといえる（もちろん適用否定説の価値判断に依拠すればそうではないが）。本決定の理解する207条の趣旨理解を可及的に全うさせるためには、共犯規定を本来的役割通りに処罰拡張的に機能させる必要があり、先に問題となる暴行を行った者につき207条を適用した上で、その後に共犯規定を適用するという適用の在り方が支持されることになる。

⁶¹ もっとも、AやBには共犯規定により当然に結果が帰属するため、207条の適用は不必要

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

で切るのではなく主体で切るため、Aの一連の行為、Bの一連の行為への結果帰属が認められるだけであり、X共謀加担後のA・Bの行為部分のみに結果を帰属させることはできないからである。注意が必要なのは、この理解によると、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕でも問題となる暴行を行っていない者に207条の法効果を援用することができる場合もあることである。たとえば、③'先行者Aが暴行をし、続いてBとXが共謀加担し、Xは羽交い絞めにしていただけであり、問題となる暴行を担当したのはA・Bのみであったという場合⁶²であれば、AとBにつき207条を適用し、それによりBの問題となる暴行に結果は帰属し、そのBの問題となる暴行全体につきBとXが共謀していることは確かであるため、207条の法効果を援用して、Xは傷害の共同正犯となり得る（以下、〔③'-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕とする。）。

（2）理解Iと本決定説示との平仄

この理解Iの問題点として挙げられるのは、本決定の説示とのかみ合わせがやや悪いようにも思われる点であろう。すなわち、本決定の決定要旨（iii）の説示は、素直に読めば、〔問題となる暴行なし型〕一般について207条の適用を否定する含みと理解すべきではないか、というものである⁶³。

もっとも、このような批判に対しては、以下のような応答があり得るように思われる。すなわち、まず、「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」という説示は、決定要旨（iv）において述べられていること（時系列分断形式の否定）と併せて読むと、207条は、その文言上、「暴行」ごとに適用される規定ではなく、「者」ごとに適用される規定である、ということを書いてあるだけ、という読み方が可能である⁶⁴。その上で、本決定の「上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問う得るのは、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。」との説示も、「上記の場合に」

ではある。

⁶² ほかに、AとBが共謀に基づき第一暴行をし、Xが途中関与をしたが、第一暴行をしたのがAのみ（その際Bは羽交い絞めにしているだけ）、第二暴行をしたのがA・Bのみ（Xは羽交い絞めにしているだけ）、という場合もこれに当たり得る。

⁶³ そうであるとすれば、本決定は実質的に昭和9年判決を変更したと理解されることになる。

⁶⁴ 再び登場する「二人以上」という言葉も、前述のように「暴行」ごとに適用すると暴行を自ら行う者が一人であってもよいことになりかねないことに鑑みると、207条が「者」ごとに適用されるべきということを示すためのものと理解することも可能であろう。北原・前掲注4・24-25頁はこのような趣旨とも受け取れようか。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

という限定がかかっており、それは本決定で直前の段落に書かれている「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」を指すと思われる。つまり、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕についての説示に過ぎず、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が議論の対象から外れていることは明らかである。また、(④についてもであるが)〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕についても、そこでは「後行者」である B が問題となる暴行を行っており、X が（間接的に）207 条を適用されるのはその「後行者」である B との完全な共謀が認められるからであり、この場合も議論の対象から外れているといえる⁶⁵。ゆえに、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕や〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕は本決定の議論の射程外である、と読むことは可能であろう。そして、通常の〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕については、上記の理由で X につき間接的な 207 条の適用が不可能であるため、207「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……。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」ということになるのである。

（二）あり得る理解Ⅱ

もっとも、令和 2 年決定の上記説示は、最も素直に読めば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕・〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕一律に、問題となる暴行を行っていない者について 207 条による結果帰属を否定することを含意するものと読む方が自然かもしれない⁶⁶。このような理解に立った場合、そのように（上記のような間接的な形での）207 条の適用を排除する理論的根拠としては何が考えられるであろうか。

（1）訴訟法的観点に拠るもの

このような理解を支える論拠としてすでに指摘されているのは、訴訟法的な観点である。すなわち、207 条は因果関係の存在につき挙証責任の転換を規定したものとするのが多数の理解であり⁶⁷、平成 28 年決定もその理解を示しているとい

⁶⁵ 問題となり得るのは、前掲注 62 で挙げた事例のような〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕であり、この場合の B は先行者という方が自然かもしれないが、本決定のいう「上記の場合」である「他の者が先行して被害者に暴行を加え」た場合として想定されているのは、本決定の事案と同様、先行者全員がいずれも問題となる暴行を先行暴行段階で自ら実行している場合であると理解することは許されよう（あるいは B は先行者ではなく後行者ということも不可能ではないかもしれない）。そうであるとすれば、これも本決定の議論の射程外と理解することは不可能ではない。

⁶⁶ 前掲注 1 の研究会においては、そのような理解が多数であった印象である。

⁶⁷ 中森・前掲注 28・18 頁、西田＝橋爪・前掲注 28・48 頁、山口・前掲注 31・49-50 頁、井田良『講義刑法学・各論 [第 2 版]』（有斐閣、2020 年）67 頁等。

えるが、そのような挙証責任の転換が許容される条件については刑事訴訟法学における議論の蓄積があり、①検察官が証明する事実から、被告人が挙証責任を負担する事実の反対事実が合理的に推認されること、②その事実を証明する資料が通常被告人側にあり、被告人側に立証の便宜性・容易性が認められること、③被告人が挙証責任を負担する部分を除いても、なお犯罪としての相当の可罰性があること等が挙げられることが多い⁶⁸。そして、この条件②に関連させて、被告人が検察官以上の立証能力を有すると考えられるのは、被告人が把握できる被告人自身による暴行についてのみであるとするのである⁶⁹。これは一つの説得的な説明であると思われるが、理解Ⅰの立場からは以下のような異論も想定される。

(a) 条件②に関する異論

一つは、条件③こそが挙証責任転換の条件の核心部分であり、条件③を満たせば挙証責任の転換は正当化でき、条件②は挙証責任の転換を許容するための条件ではないのではないか⁷⁰（それゆえその点に関連させた限定解釈を行う必要はないのではないか）、仮にそれが条件であるとすれば、傷害の発生機序に関する証拠が被告人に偏在しているわけではないため、たとえ平成 28 年決定の差戻し第一審判決である名古屋地判平成 30 年 11 月 26 日 LEX/DB 25562104 がいうように被告人側による立証の程度を「合理的な疑いを容れない程度の証明ではなく、証拠の優越の程度の立証をもって足りると解する」としても、なお（自ら暴行をしていたとしても）被告人による証明は困難であり、むしろ 207 条は許されざる挙証責任の転換になってしまうのではないか、との異論である⁷¹。あるいはそのままラディカルな主張ではなく、そのようになお証明困難に思われる自ら暴行をした行為者についてであっても条件②を充足するのであれば、条件②は実はそれほど高いハードルではなく、（共謀関係にある問題となる暴行を担当した行為者の

⁶⁸ さしあたり、堀江慎司「挙証責任と推定」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013 年）151 頁を参照。

⁶⁹ 和田・前掲注 4・131 頁。

⁷⁰ 松尾浩也『刑事訴訟法下 [新版補正第 2 版]』（弘文堂、1999 年）24-25 頁は条件②を挙げていない。

⁷¹ 杉本一敏「同時傷害の特例の解釈論的問題（下）」早稲田大学法務研究論叢 5 号（2020 年）8,14-15 頁（杉本教授は、上記名古屋地裁の判断は、挙証責任転換を許容するための条件ではなく（このような証明度の軽減がなくても 207 条は利益原則に反しない）、政策的決定の問題として採用されたものに過ぎないとされる。これに対して、堀江・前掲注 68・150 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 頁も、因果関係の問題は「医学的に証明されるべきことであって、被告人が容易に証明しうることではない」とする。

なお、杉本教授によれば、同時傷害の特例が条件③を満たすというためには、208 条の暴行ではなく 204 条の傷害罪の法定刑をもって望むに値するほどの可罰性が必要であり、そのように言うためには、207 条の「暴行」とは「接触型」でありかつ「何らかの生理的機能障害の惹起を必然的に伴っていると考えられる程度に達している」ものに限定されると解釈されるべきであり、さらに、（重大な傷害を惹起したことが立証されているわけではないので）204・205 条の法定刑の上限に近い量刑（あるいは、傷害罪・傷害致死罪の量刑相場に上限に近い量刑）をすることは許されないと解釈されるべきである、とする（杉本・前掲 11-14 頁）。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

協力を得ること等で) 問題となる暴行を行っていない者も条件②を充足していると言い得る余地があるのではないか、との異論も考えられよう。もちろん、仮にこれらの異論が適切であるとしても、やはり自手実行していない者の方がより証明困難であるとは言えようから、207条が利益原則の例外であることからその適用範囲が限定的であるべきとの価値判断も併せ考え、そのような者についてはいわば政策的にカテゴリー的に207条の適用を(間接的なものも含めて)否定するという方向性もあり得るところであろうが、本決定の内在的理解としては、三で述べたように本決定が207条の例外性を重視しない立場を採用しているとすれば、そのような政策的な限定が行われることは考えにくいことになろう⁷²。

(b) 間接正犯の場合にも適用されなくなることについての異論

もう一つ、この立場は自手実行の存否に注目するものであるため、たとえば以下のような間接正犯事例においても207条の適用が認められないことになろうが、それは妥当か、との異論も考えられる。すなわち、AとBが共謀なく問題となる暴行をしたが、実はBはXから当該行為を強制されており、Xに間接正犯が成立するような状態であった、という場合である。この場合に、Aには207条適用が可能である(Bにも可能だが適法行為を行う期待可能性の不存在により責任が阻却され得る)が、Xには適用されず結果が帰属されないという結論には、Xも単独正犯的に問題となる暴行が帰属されるといえるにも拘わらず別異取扱いとなるという点に鑑みると、やや躊躇が残るかもしれない⁷³。

(2) 実体法的観点に拠るもの

(a) 単独正犯性を具備する場合の行為の違法性の方が重大?

もう一つの論拠として、実体法的観点に拠るものとして次のようなものもあるかもしれない。すなわち、単独正犯性を具備する場合の行為の違法性の程度

⁷² 筆者の能力上、考え方の道筋の紹介に留めざるを得ない。本段落の記述に関しては、刑事訴訟法研究者の御協力を得つつ、今後さらに検討していきたい。

⁷³ なお、このような場合に、207条をAとBにつき適用する(そしてBの行為に結果帰属したというものを援用してXの間接正犯を論じる)のか、AとXにつき適用するのか、ということは議論になり得るが、差し当たり、Bへの帰属とXへの帰属は二者択一になるとの通常理解を前提に、後者の理解を採用しておく(錯誤支配の場合は二者択一となることは明らかであろう。また、強制支配の場合、Bが責任阻却される場合にXが間接正犯になり得、Bが責任阻却されずに責任減少に留まる場合にはXは共犯に留まる、というのが通常理解であろう。もっとも、異なる理解として佐伯仁志「原因において自由な行為 コメント②」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年)164-168頁。それに対する批判として、島田聡一郎『正犯・共犯の基礎理論』(東京大学出版会、2002年)320頁注235も参照)。

もっとも、Bは責任が阻却されるのみであり、暴行の構成要件該当性は認められているため、Bの存在を外して検討することには違和感もあり、かといってAとBとXにつき直接適用するとすれば、BとXの暴行が現象としては同一であるため、これもまた違和感がある。とすると、少なくとも強制支配類型については、(間接正犯は共犯規定を媒介とするものではないのでこれもまた違和感が残るが)前者の理解もあり得るかもしれない(さらに、仮に上述のような二者択一関係とならない余地を認める立場に与するのであれば一層、前者の理解を採用する必要が出てくるかもしれない)。この問題は間接正犯(の成立範囲)についての考え方に影響を受けるものであるので、さらなる検討は今後の課題としたい。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

とそうでない場合の行為の違法性の程度との相違に着目するものである。問題となる暴行を担当していない者は、たとえ共同「正犯」とはいえ間接的な惹起であり、単独正犯性を具備する者に比して行為の違法性の程度が低いといえ、207条が利益原則に反した例外的規定であることにも併せ鑑み、単独正犯性を具備しない者への適用を差し控える、というものである（この理解の場合には、上述した間接正犯事例においては、207条の適用が認められる余地が残ろう⁷⁴⁾。

しかし、このような理解にも異論はあり得る。共同正犯も正犯である以上は同等の取扱いをすべきとの異論に加え、そもそも常に単独正犯性を具備する場合の方が違法性が高いわけでもない、との異論があり得よう。繰り返したが、たとえば〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕において、Xが、Bの暴行が当たりやすいように被害者を羽交い絞めに行っている場合など、Xの関与によりBの暴行の危険性がより上がるといえる場合には、問題となる暴行自体の危険性が上がっている以上、それへの間接的関与とはいえ、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕のXの行為の違法性の程度が、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕のXのそれよりも低いとは必ずしも言えない。また、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合の現実の行為者間の比較で考えてみても、たとえばAが暴行後、Aとの共謀なくB・Xが共謀に基づく暴行をした（Xは羽交い絞めのみ）という場合に、やはりB・Xの暴行の方が危険であるとすれば、Bの行為の違法性の程度が最も高いことはわかるかもしれないが、AとXでいずれの行為の違法性の程度が高いかは必ずしも明らかではない⁷⁵⁾。

(b) 当該結果につき最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者に限る？

あるいは、行為の違法性の程度を比較しているのではなく、当該結果につき最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者のみを207条の適用対象とする、という理解もあり得るかもしれない。〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕においても、結果が発生したのがAの暴行を原因としていると仮定すれば、最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者はA、結果が発生したのがBの暴行を原因としていると仮定すれば、最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者はBであり、Xが最も強度な客観的帰属が認められる可能性はない⁷⁶⁾。207条の例外性を強調すれば、このような形で政策的に適用範囲を限定するということもあり得るかもしれず、このように考えれば、単独正犯性を充足していない者

⁷⁴⁾ その際の適用の仕方に関する議論の余地については、前掲注73参照。

⁷⁵⁾ なお、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合には、③も含めて、当該事案内部では単独正犯性を具備する者（A・B）の行為の違法性の程度の方がそうでない者（X）に比して常に高いとはいえる。しかし、③（③'も含む）の場合におけるXの行為の違法性は、やはり〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕におけるXのそれとは相違がなく、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕におけるXのそれよりも低いとも必ずしも言えない。

⁷⁶⁾ いずれの仮説においても、Xは二番手以下である。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

は最も強度な客観的帰属が認められる可能性はないので、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕・〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕にはいずれも常に 207 条の適用は否定されることになる⁷⁷。もっとも、因果関係の証明がないことが 207 条の議論の前提である以上、仮定的な客観的帰属の強度を比較するのは筋違いであり、やはり行為の違法性の程度を比較すべきではないか、との異論は残ろう⁷⁸。

(c) 均衡論に基づく適用否定？

残る説明としてあり得るのは、理解 I を採用した場合に生じる不均衡・不合理の回避という点であろう。すなわち、上述のように理解 I からは、〔問題となる暴行なし型〕について、207 条の援用を認める場面と認めない場面が生じ、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の X の行為はその違法性の程度において異なるところはないと思われるにも拘らず、別異取扱いをすることが不均衡である、という観点である。これは、従来の均衡論とは異なり、適用しないとすれば不均衡だから適用するという議論ではなく、適用すると不均衡が生じるから、条文文言上適用が不可能でないとして

⁷⁷ この理解でも、やはり間接正犯事例への適用の余地は残り得る。

⁷⁸ さらに気になり得るのは、判例が 207 条の規定を傷害致死罪との関係でも援用可能であるとしている点との整合性である。周知のように、平成 28 年決定は、207 条により傷害結果が帰属されるということ、205 条の傷害致死罪との関係でも援用できるという趣旨を示しているといえる（橋爪・前掲注 15・124 頁参照。なお、別の論理として、死亡は生理的機能障害の極致として「傷害」の一種であるとして、傷害致死との関係でも 207 条を直接的に適用し得るとする理解もあり（松宮孝明『刑法各論講義 [第 5 版]』（成文堂、2018 年）44 頁、金子・前掲注 11・90 頁）、それによれば以下の点は顕在化しない。もっとも、そのような理解に対しては、文言を逸脱しており、またそれにより傷害の結果が誰に由来するかは判明しているものの、死因となった傷害が不明の場合にも 207 条の適用があることになる点で、疑問がある）。207 条が例外的規定であるということ強調するのであれば、傷害結果が帰属するとみなされるとしても（そしてその傷害と死亡結果との因果関係があるとしても）、別の規定である傷害致死罪の文脈ではその効果は援用できない、という方向性もあり得るにも拘らず、最高裁はそのような方向性をとっておらず、それほど 207 条の適用範囲を限定しようとの方向性を強く打ち出していないように思われる。もちろん、法定刑が格段に高く設定されている強盗致傷に援用するというようなそれを妨げる特段の事情がある場合には別であるが、今回の問題状況ではそのような特段の事情もない。とすれば、207 条の法効果の援用を共犯規定との関係でのみ否定することは、従来の価値判断との整合性がやや欠けるように思われる（その意味で、前掲注 53 で挙げた論者が理解 II を採用しているとすれば、それは一貫した態度と思われる。）。

一つの説明としては、傷害致死にまで援用を許すことと、共犯者についてまで援用を許すこととは、その必要性が質的に異なる、という理解もあり得るかもしれない。一方で、傷害の究極形態である死亡を生じさせ得る危険性のある暴行につき第一次的に帰責される者について、（もちろん文言の制約はあるものの）因果関係の不明を理由に免責することは適切ではないが、他方で、共犯者についての援用は、第一次的に帰責される者について 207 条の適用により結果帰属を認めることはできている以上、認める必要がない、と。しかし逆に、207 条は傷害罪については特例を認めている以上、207 条により傷害罪を認められる者と共同正犯関係にある者についても結果帰属を認めることは許容しやすいが、それが傷害罪について限りでの特例である以上、法定刑において小さいとは言えない差のある傷害致死罪との関係では拡張的適用により慎重になるべき、との価値判断も十分に成り立つように思われる。結局、いずれの方が「拡張しすぎ」といえるかは必ずしも明らかでなく、上記説明は、両者につき別異取扱いをする説得的な理由とはなっていないように思われる。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

も適用を差し控えるという議論であり⁷⁹、207条が例外的規定でありその適用範囲を限定しようとの観点も併せ考えれば、一定の説得力はあろう。もっとも、ここで生じる不均衡は、207条の文言による形式的制約に起因するものであり、その意味で理由のある区別ともいえる⁸⁰。また、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合において207条の援用が否定されることがあるのは、共謀の一部存在によるのではなく、行為者自身が207条の直接適用が可能な者でなく、かつ207条の直接適用可能な者との間で結果帰属される暴行全体につき共謀が存在しないがゆえにであり、検察官が主張立証すべきはあくまでも、行為者が問題となる暴行をしたことあるいは「共謀の存在」であり、検察官が共謀の不存在を主張するという歪んだ状況も生じない⁸¹。さらに、繰り返し述べているように、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕や〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場合でも〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕や〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合に比して行為の違法性の程度が低い場面は考え得るのであり、いずれがより違法性の程度が高いかは必ずしも明らかではない。それにも拘らず、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕・〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕において207条が適用されることは（①については令和2年決定により）確定している以上、いずれにせよ一定の不均衡を甘受することになるのであり⁸²、そうであれば〔問題となる暴行なし型〕内部においての不均衡も甘受されるべき、との考え方もあり得ると思われる。

(d) 小括

以上で見てきたように、実体法的観点に拠るものは、理論的に必然的に207条の適用範囲を限定し得るものではなく、せいぜい政策的な限定に留まるものであり、それゆえに、理解Iを必然的に排斥するものではないように思われる。そし

⁷⁹ 当然だが、このような不均衡性のみを根拠に逆に〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕と同様に〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕のすべての場合にも207条の援用を認めるということとはできない。理解Iによれば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合の中には、条文上適用が不可能なものがあるのである。このような不均衡性のみを根拠に条文上不可能な場合にまで適用を拡張することはできないのは当然である。

⁸⁰ 本決定も不均衡であることから直ちに途中共謀加担の場合に207条の適用を認めているわけではなく、「同条が適用できなくなるとする理由」があれば不均衡を甘受するとの立場であり、そしてこの不均衡は207条の文言により生じるものであり、十分に理由があるといえる。

⁸¹ もちろん、理解Iによれば、検察側が〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕あるいは〔③-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕という事実を前提に起訴した場合に、Xより、Bは実は問題となる暴行をすでにしていた先行者であり、自らはBのすべての暴行につき共謀していたとは言えないという主張が出てくることはあり得る。この場合には、検察側がBの先行暴行を否定し、XがBの先行暴行を主張するという構図になり、やや歪な印象もある。しかし、それは結局、207条の直接的適用が可能な者（＝問題となる暴行を実行した者）が行った暴行全体につきXの共謀が及んでいるか、という点に関するものであり、検察側が207条の適用を受ける者の暴行全体についての「共謀の存在」を主張立証すべきなのは当然であるから、やむを得ないといえよう。

⁸² 不均衡を完全になくすには、結局のところ、207条を削除するほかなかなかろう。

て、三で述べたように本決定が 207 条の例外性を重視していないとすれば、判例内在的にはそのような政策的な限定が行われることは考えにくいといえよう。このような政策的な限定を行うのであれば、207 条の例外性をなお重視する立場の採用が前提となろう⁸³。

(三) 小括

以上検討してきたが、理解 I は理論的には必ずしも排斥されない可能性がある。特に理解 II のうちの実体法的観点に拠るものについては、207 条が利益原則に反した例外的規定であるが故に適用範囲を限定的にすべきであるということを前提に、ある種政策的に限定を図ろうとしているに留まる。理解 I を理論的に排斥する可能性があるのは、理解 II のうちの訴訟法的観点に拠る場合であるが、条件②の要否それ自体あるいは充足性判断についての理解によっては、やはり理解 I を理論的に排斥するものではなく、207 条が利益原則に反した例外的規定であることからその適用範囲を限定的にすべきであるという価値判断を前提に、自手実行の場合の方がそうでない場合に比すれば立証の容易性が認められるということから、政策的に適用範囲を限定しようとするものに留まる、ということになる。このように政策的に 207 条の適用範囲を限定しようとする場合には、一方で、三で述べたレベルでは 207 条の例外性を重視しないものの、しかし他方で、四の理解 II のレベルでは 207 条の例外性を考慮するということであり、「中庸」とも言い得るが、「中途半端で一貫性がない」とも言え、三における適用否定説からはそれならば遡って適用否定説を採用すべきである、との批判がなされ得るところであり、翻って、三で述べたように本決定が 207 条の例外性を重視していないとすれば、そのような政策的な限定が行われることは考えにくいであろう。ゆえに、本決定が、207 条の例外性を重視しない立場なのであれば、理解 I の方がむしろ本線であり（昭和 9 年判決とも齟齬を来さない）、理解 II に至るとすれば、それが訴訟法的観点から理論的に必然的に導かれるとの論証に奏功した場合であり、そのためには条件②の要否それ自体あるいは充足性判断についてのより踏み込んだ議論が必要、ということになる。それに対して、本決定が 207 条の例外性をなお考慮する立場であるとすれば、政策的限定という見地から理解 II を採用する余地が出てくることになる。

⁸³ このように一方で、三で述べたレベルでは 207 条の例外性を重視しないものの、しかし他方で、四の理解 II のレベルでは 207 条の例外性を考慮するという、いわば「中庸」の立場を採用する理由としては、三において適用否定説を採用すると「常に」不均衡・不合理な事態が生じ、それは甘受不可能であるため、207 条の例外性に鑑みてもそこまでの限定は受け入れられない（それゆえ適用否定説による 207 条の趣旨理解には与しない）が、四における政策的限定については、〔問題となる暴行あり型〕と〔問題となる暴行なし型〕との間で不均衡が生じることはあり得るものの「常に」生じるわけではないため甘受可能であり、むしろ限定しなければ〔問題となる暴行なし型〕内部で不均衡が生じるため望ましくない、というものが考えられようか。

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

このように見ると、令和2年決定が昭和9年判決を実質的に変更し、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕をも含めた〔問題となる暴行なし型〕一般につき、問題となる暴行を行っていない者へのいかなる意味での207条の適用をも否定したものと評価するのは、判例内在的にはやや時期尚早に思われる。差し当たり、令和2年決定は、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の一部について、問題となる暴行を行っていない者につき（その条文文言上の制約から）207条の適用を否定したものと理解しておくのが穏当であろう。その上で、挙証責任転換の必要条件に関する議論に基づいて理論的に必然的に理解Ⅱに至るかがさらに検討されるべき事柄となろう。もちろん、本決定が207条の例外性をなお考慮する立場であるとすれば、政策的に理解Ⅱに至ることも否定されないため、この点も検討が必要であろう。いずれにせよ、今後〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕（さらに〔③'-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕）の事例につき最高裁がいかなる判断をするかが注目される。さらに、理解Ⅱを採用した場合でも、訴訟法的観点に拠る場合と実体法的観点に拠る場合とで、間接正犯事例など若干の適用範囲の相違が生じ得ることから、その点も含めて、今後の判断が注目される。

五 おわりに

本決定についてやはり根本的な問題として残るのは、207条の例外性を重視しない立場を採用したように窺われる点である。現時点では207条の正当性・合理性に対しては少なくない疑念が示されており、とすればその趣旨・適用範囲を限定するという方向性にはやはり「理由がある」ように思われる（上述のような政策的な限定もこのような理解を前提とする必要がある）。207条の例外性を重視する必要はないとするのであれば、挙証責任の転換の許容性に関する議論に基づいて同条の正当性・合理性をより詳細に論証する必要がある（四における理解Ⅱの訴訟法的観点によるものとの関係でもこの議論の深化が望まれる）、それがなされない限り、遡って三における適用否定説になお説得力が残ることになる⁸⁴。

【追記】

本稿脱稿後、校正段階で、内藤恵美子「判解」ジュリスト 1555号（2021年）109頁と、水落伸介「同時傷害の特例（刑法207条）の限定解釈に関する一試論」

⁸⁴ なお、三における適用否定説を採用した場合、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕について207条の適用がないことは明らかであるが、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕について207条の適用が可能であるかは別途問題となり得る。この点については従来必ずしも明示的な議論がなかったように思われる。207条の例外性を強調する出発点からは適用を否定することが自然なようにも思われるが、途中共謀加担の場合とは別の議論であり、さらなる検討を要する。

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とは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

法政理論 53 号 2 号 (2021 年) 1 頁、松原芳博『刑法各論 [第 2 版]』(日本評論社、2021 年) 60-61,64-65 頁に接した。

・途中共謀加担事例における 207 条適用の余地について (本稿三関連)

内藤評釈 112 頁は、均衡論を主たる理由としつつ、適用否定説を採用した場合の不自然な攻撃防御関係の回避も考慮された可能性があるとする。それに対して、適用否定説のような 207 条の趣旨理解を本決定が排斥しているとの指摘はなされていない。本稿でも述べたように、従来の適用肯定説が必ずしも 207 条の趣旨理解について明言せず、適用否定説と同様の趣旨理解をした上で、均衡論等の実質論を重視して適用を肯定しているようにも思われることに配慮したものであろうか。そうであるとすれば、(207 条の例外性に鑑みれば穏当なものとはいえるが)本決定の内在的理解としてはやや疑問がある。適用否定説と同様の 207 条の趣旨理解をしているのであれば、「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」いなどということはある得ないだろう(その意味で、本決定による 207 条の趣旨理解に対する水落論文 25 頁の評価は正しいと思われる)。残されているのは、207 条の趣旨理解としては適用否定説のそれを排斥しつつ、207 条の例外性をなお考慮する立場であるとの判例理解であろう。

・207 条の適用範囲あるいはその在り方について (本稿四関連)

内藤評釈 112-113 頁は、㊦時系列分断形式を採用すると、実行行為を分担したのは終始先行者である場合や、後行者が問題となる暴行を加えていない場合にまで適用範囲が拡大し得ることになり、「二人以上で暴行を加え」「その傷害を生じさせた者を知ることができない」との文言にそぐわないという問題がある(同時犯との外形的な共通性には重きが置かれなくなる)という点(本稿における理解 I 参照)と、㊧後行者の行為責任としても関与の仕方次第で必ずしも同等またはそれ以上の当罰性があるとはいいいにくいケースも含まれてくる可能性があるという点(本稿における理解 II のうち実体法的観点に拠るものを参照)、さらに㊨207 条が個人責任原則や利益原則の例外規定であることに鑑みて慎重な考慮の必要性があるという点を、最高裁の判断の論拠として指摘する。その上で、本決定の射程は(本稿のいうところの)通常の〔㊩-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕に留まり、〔㊩'-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕にまでは及ばないとし、このような理解は、平成 28 年決定が、先行者 2 名の暴行を一体として「第 1 暴行」と捉え、「自己の関与した暴行」という表現を用いていること(こ

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とは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

れは令和2年決定にも当てはまる)と親和的とする(〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕には一層、本決定の射程は及ばないことになろう。)。もっとも、⑤問題となる暴行を加えたという要件が挙証責任転換規定の合憲性を支えていることを重視する考え方(本稿における理解Ⅱのうち訴訟法的観点に拠るものを参照)もあり得るとし、その場合には③´(さらにおそらく④も)において207条の適用が否定される可能性を示唆する。

①や⑦の観点の位置づけはやや気になるものの(本稿の理解からは、これらの観点は本決定の射程を③´及び④にまで拡張し得るものであり、そこまでの拡張の含みなく本決定を合理的に説明できる観点は⑦のみである。)、本稿で述べた通り、本決定の内在的理解としては、このように射程を慎重に限定しておくことが当面は穏当であると思われる。その上で、今後、③´及び④において207条の適用が認められるかを考える際には、⑤により必然的に適用が限定されるのか、あるいは⑦を出発点にした上で①あるいは⑤を考慮して政策的に適用を限定すべきか(さらに考慮するならば①なのか⑤なのか)、が重要な問題となろう。

松原・前掲 61,65頁は、207条の適用に付加型実行共同正犯の外形を要求する見解から、問題となる暴行を行った者についてのみ207条の適用を行うとの帰結は積極的に評価可能であるとされる。松原教授は、途中共謀加担事例についてはそもそも207条の適用を否定され、その上で残された問題(脚注84参照)に関して、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕についても、問題となる暴行を行っていない者については207条の適用を否定する立場を採用されたということになろうか。もっとも、その見解の出発点とされている、207条を意思連絡の存在を推定するものとの立場を前提とした場合(その立場の当否はここでは措くこととする。)、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕においては(本文で挙げた具体例によれば)AとBについて(207条の直接適用により)意思連絡の存在が推定され、BとXについては現実に意思連絡が存在することになるため、順次共謀類似の状態が認められ、Xについても(207条が間接的に適用されることで)結果帰属が可能にも思われる。いずれの立場であるのかは必ずしも明らかでないように思われる。

本稿は JSPS 科研費 JP20K13342 の助成を受けたものです。