

先行者の暴行に途中から関与した事例と刑法 207 条適用の可否**【文 献 種 別】** 決定／最高裁判所第二小法廷**【裁判年月日】** 令和 2 年 9 月 30 日**【事 件 番 号】** 令和 1 年（あ）第 1751 号**【事 件 名】** 傷害、強盗、窃盗被告事件**【裁 判 結 果】** 上告棄却**【参 照 法 令】** 刑法 207 条・60 条・204 条**【掲 載 誌】** 刑集 74 卷 6 号 669 頁、判時 2478 号 144 頁、判タ 1481 号 30 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571089

近畿大学准教授 金子 博

事実の概要

1 本決定によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) A 及び B（以下、「A ら」と表記）は、被害者に対し暴行を加えることを共謀した上、平成 29 年 12 月 12 日午後 9 時 23 分頃、被害者のいるマンションの部屋に突入し、被害者に対し、カッターナイフで右側頭部及び左頬部を切り付け、多数回にわたり、顔面、腹部等を拳で殴り、足で蹴るなどの暴行を加えた。

(2) A ら突入の約 5 分後、同部屋に踏み込んだ被告人は、被害者が A らの暴行を受けて血まみれになっている状況を認めるや、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。また、A らは、被害者に対し、顔面を拳で殴り、たばこの火を複数回耳に突っ込み、革靴の底やガラス製灰皿等で頭部を殴り付け、はさみで右手小指を切り付けるなどの暴行を加え、A が千枚通しで被害者の左大腿部を複数回刺した。

(3) これらの一連の暴行により、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 検察官は、A 及び B が本件部屋に突入する時点までに、被告人と A らとの間で C を襲撃することにつき事前共謀があった旨主張したところ、第一審判決（東京地判平 31・3・26 刑集 74 卷 6 号 693 頁）は、被告人は自ら本件部屋に突入して C に包丁を突きつけた時点で、A らとの間で C に暴行を加えることにつき共謀を遂げたと認定した上、右第六肋骨骨折、左大腿部刺創及び上口唇切創については、「A 及び B の暴行によって生じたものか、被告人を含む 3 名の共同正犯の暴行によって生じたものか不明であるところ、このような場合も、結局は『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 条を適用し、これらの傷害について刑責を負うとした。被告人側が控訴したところ、控訴審（東京高判令 1・10・3 刑集 74 卷 6 号 705 頁）は、左大腿部刺創につき被告人の加担後の暴行により生じたものと認定した上で、右第六肋骨骨折及び上口唇切創については、刑法 207 条を適用した原判決の判断を是認した。被告人側が上告した。

決定の要旨

上告棄却。

「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……28年3月24日第三小法廷決定・刑集70巻3号1頁参照）。

刑法207条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときとの均衡も失するというべきである。したがって、他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとまでは認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れないと解するのが相当である。先行者に対し当該傷害についての責任を問うことは、同条の適用を妨げる事情とはならないというべきである。

また、刑法207条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害した事案において、その傷害を生じさせ得る危険性を有する暴行を加えた者に対して適用される規定であること等に鑑みれば、上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問う得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られると解するのが相当である。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできないというべきである。

これを本件訴訟手続の流れに即していえば、本件は、検察官が先行者と後行者である被告人との間に当初から共謀が存在した旨主張し、被告人がその共謀の存在を否定したが、証拠上、途中から

の共謀が認められるという事案であるところ、このような被告人について刑法207条を適用するに当たっては、先行者との関係で、その傷害を生じさせた者を知ることができないか否かが問題となり、検察官において、先行者及び被告人の各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること並びに各暴行が同一の機会に行われたものであることを証明した場合、被告人は、自己の加えた暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で、『その傷害を生じさせた者を知ることができないとき』に当たり、当該傷害についての責任を免れないのである。

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

判例の解説

一 本決定の意義

本件は、先行者の暴行に後行者が共謀の上、途中から関与したが、被害者の負った傷害が共謀成立前の暴行によるものか共謀成立後の暴行によるものが明らかではない事案である¹⁾。本件のような事案では、刑法207条の適用の可否を巡って判断が分かれるところ、本決定は最高裁として初めて同条の適用を認める判断を示すとともに、同条の適用条件である「各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性」の意味内容を明らかにした。本決定の判断は、原判決の判断を解釈適用の誤りとして一部説示したことに鑑みれば、今後の下級審裁判例に影響を与えるものと位置づけられる。

二 刑法 207 条適用の対象とその根拠

本決定は、最決平 28・3・24²⁾ を引用した上で、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」、及び、②「各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであること」が証明された場合、先行者の暴行に後行者が途中から関与したとしても、刑法 207 条を適用することができることを明らかにした。従前、先行者の暴行に途中から後行者が関与したが、そこから生じた傷害が先行者の暴行によるものか、後行者が関与した後の共同暴行によるものかが明らかでない事案につき、同条の適用の可否が議論されていたところ、下級審裁判例では、承継的共同正犯が認められない場合、同条の適用を積極的に認める傾向が看取される³⁾。その根拠は、主として、意思連絡のない各人による同一の機会での暴行による傷害では刑法 207 条の適用の余地がある一方、先行者と後行者の共謀の前後にわたる一連の暴行による傷害では同条の適用の余地はないとするのは均衡を欠く結論に至るという点に求められており⁴⁾、本決定もまた「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の均衡も失する」と述べている。もっとも、本決定のように、途中から先行者と後行者の間に共謀が成立した事案につき、「同条が適用できなくなるとする理由はな」とすることには検討の余地がある。

三 刑法 207 条の趣旨とその判断枠組み

この点に関しては、傷害罪の承継的共同正犯との関係が注目される。すなわち、最決平 24・11・6⁵⁾ (以下、「平成 24 年決定」と表記) によれば、従前の下級審裁判例と異なり、「共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって……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」とされるのである。もとより、平成 24 年決定は、刑法 207 条の可否に関する判断を示したものではない以上、その射程には及ばない⁶⁾。しかし、同条の適用条件に鑑みれば、平成 24 年決定は同条の枠組みに示唆を与えるものと解されうる。というのも、従前の下級審裁判例では、一定の条件の下で傷害罪の承継的共同正犯を認めるがゆえに、「先行者の暴行」と「先行者と後行者の共同暴行」において同条の適

用条件である同一の機会、すなわち「外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況」がかりうじて認められうるのに対し、平成 24 年決定は下級審裁判例と異なる判断を示しているからである。そうすると、本件事案との関係において「外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況」の内実が問われるように思われる⁷⁾。

この点、刑法 207 条は刑法・刑事手続法上の原則を弛緩する特例であるところ、本決定はその適用条件を明示するものの、その趣旨を必ずしも明らかにしていない。そこで手がかりとなるのは、同条の制定過程であろう。同条は共犯の特例を定めた旧刑法 305 条を引き継ぎ修正したものとされる⁸⁾。旧刑法 305 条が各暴行者による傷害の軽重が明らかである共犯事例と不明である共犯事例に関する特例であったところ、現行法は、原則として前者を総則の共犯規定を適用することとし、後者を共犯関係の認められない事例、すなわち傷害に関する意思連絡のない場合⁹⁾ に修正し、共犯責任を負わせることにした¹⁰⁾ ことに鑑みれば、刑法 207 条は、外形上共犯と評価しうる同時暴行において、誰も現に生じた傷害結果について責任を負わないことを回避するために設けられた規定であると位置づけられうる¹¹⁾。ゆえに、立法の経緯を斟酌すれば、法文上にない「同一の機会」は、外形上（実行）共同正犯と評価しうる同時暴行に限定するための要件であると解しうる。

上記の点を踏まえると、裁判実務上、少なくとも傷害罪の承継的共同正犯を事実上認めない前提の下では、後行者は先行者の単独暴行につき責任を負わない以上、先行者単独の暴行から傷害結果の発生に至るまでの過程を「同一の機会」と解し難い。本件は、「先行者の暴行」と「先行者と後行者の共同暴行」をそれぞれ認定することができる事案であり、後行者は先行者の暴行と関係を有し得ない以上、「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」を認めることは困難であるように思われる¹²⁾。このように考えると、本決定は、「同条が適用できなくなるとする理由はな」とする以上、平成 24 年決定の意義を事実上後退させるものと解される¹³⁾。

四 当該傷害を生じさせ得る危険性を有する「各暴行」の意味とその限界

もっとも、本決定は、本件につき刑法 207 条

の適用を認めつつも、その適用に当たり、「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」と説示する。この点、下級審裁判例では、「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」¹⁴⁾として、同条の適用範囲を政策上広げるに当たり、本件の第一審判決や原判決のように、「先行者の暴行」と「先行者・後行者の共同暴行」を観念する構成が採られているように思われる。そうすると、本決定は、それらとは異なり、本件事案を同条適用の拡張類型ではなく一類型と位置づけ、同時暴行を前提とした適用条件を明らかにしたと解しうる。その限りでは、立法趣旨に近い解釈であり¹⁵⁾、刑法・刑事手続法上の原則を弛緩する例外的な規定であることに鑑みれば、従前の裁判例が示した適用範囲を抑制したものといえる¹⁶⁾。しかし、かような論理構成においては、途中から共謀して暴行を加えた場合、法文上の「その傷害を生じさせた者を知ることができない」との整合性が問われよう。というのも、結果の帰属において先行者が既に責任を負うにもかかわらず、「各行為者の暴行」と結果との間の物理的因果関係を改めて問題とするからである¹⁷⁾。

●——注

- 1) 本決定の解説・評釈として知り得たものとして、内藤恵美子「判解」ジュリ1555号109頁、同「判解」曹時74巻3号183頁、前田雅英「判批」捜研842号2頁、和田俊憲「判批」法教484号131頁、北原直樹「判批」研修871号17頁、坂下陽輔「判批」東北ローレビュー9号80頁、阿部英雄「判批」創価ロー14号151頁、小林憲太郎「判批」令和2年重判解（ジュリ臨増1557号）120頁、朝山芳史「判批」判例秘書ジャーナルHJ200029、光木春太「判批」警察公論76巻10号87頁、森住信人「判批」専修ロー17号243頁、杉本一敏「判批」判時2505号（判評756号）148頁、唐澤英城「判批」警論75巻3号163頁がある。
- 2) 刑集70巻3号1頁。同決定については、拙稿「判批」近法64巻2号69頁以下参照。
- 3) 大阪地判平9・8・20判タ995号286頁、神戸地判平15・3・20LEX/DB28095281、神戸地判平15・7・17LEX/DB28095309、横浜地判平22・4・26LLI/DB06550310。なお、公訴事実が共同正犯でなく、同時傷害の特例の適用であった裁判例として、仙台地判平25・1・29LLI/DB06850125（傷害致死罪の事案）参照。
- 4) 東京高決平27・11・10東高判時報66巻1＝12号

103頁も参照。

- 5) 刑集66巻11号1281頁〔1284頁〕。
- 6) 石田寿一「判解」最判解刑事編（平成24年度）460頁、内藤・前掲注1）曹時74巻3号195頁。
- 7) これに対し、「同一機会」を共犯現象との外形的類似性を担保する要件ではないとする学説として、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）51頁など。
- 8) 倉富勇三郎ほか監修／松尾浩也解題『増補刑法沿革綜覧〔増補復刻版〕』（信山社、1990年）2200～2201頁、田中正身『改正刑法釋義 下巻〔復刻版〕』（信山社、1994年）1016頁。現行刑法207条の沿革につき、樋口亮介「同時傷害の特例（刑法207条）」研修809号3頁以下、玄守道「刑法207条の研究」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）685頁以下、奥村正雄「同時傷害の特例と違法性阻却事由」高橋剛夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2018年）35頁以下参照。
- 9) 玄・前掲注8）702頁（現行法制定の過程において、「同謀者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」（明治28年刑法草案262条及び明治30年刑法草案266条・内田文昭ほか編『刑法（2）（明治40年）』（信山社、1993年）173頁）から「共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」（明治34年改正案244条及び明治35年刑法改正案244条・倉富ほか監修／松尾解題・前掲注8）196頁及び470頁）に修正されたことや、共同正犯には犯罪の意思連絡を必要とする学説が主であったことを指摘する）、奥村・前掲注8）36頁。
- 10) 田中・前掲注8）1016～1017頁参照。
- 11) 玄・前掲注8）702頁参照。異説として、小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』（新世社、2020年）314～315頁。異説に対する批判として、水落伸介「同時傷害の特例（刑法207条）の限定的解釈に関する一試論」法政理論53巻2号36頁注61。
- 12) 松宮孝明『先端刑法 各論』（日本評論社、2021年）40～41頁。この点で、東京高判平20・9・8判タ1303号309頁については疑問がある。
- 13) 刑法207条と平成24年決定との関係を指摘するものとして、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）19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」山口厚ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂、2017年）89頁及び98頁。
- 14) 前掲神戸地判平15・3・20。類似的判示として、前掲神戸地判平15・7・17。
- 15) 松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）65頁。
- 16) 内藤・前掲注1）曹時74巻3号207頁。前掲東京高決平27・11・10と異なり、途中から共謀関係を形成したが暴行を加えていない者には、刑法207条を適用することはできないことになる。
- 17) 同旨、小林・前掲注1）121頁。