

# 同時傷害の特例（刑法207条）の 解釈論的問題（上）

杉 本 一 敏

- 1 はじめに
- 2 207条の想定する「暴行」と「傷害」
- 3 傷害致死罪における207条の適用
- 4 強盗致傷等の事例における207条の適用（以上、本号）
- 5 「同一の機会」
- 6 共謀成立の前後にわたる一連の暴行に対する207条適用の可否
- 7 結語

---

---

## 1 はじめに

近時、最決平成28・3・24刑集70巻3号1頁（以下、「最高裁平成28年決定」<sup>(1)</sup>）が、最高裁判例として初めて、刑法207条（同時傷害の特例）の趣旨

---

(1) 本決定の評釈・解説として、豊田兼彦「判研」法セ737号123頁（2016）、玄守道「判研」新判例 Watch 19号207頁（2016）、前田雅英「判研」捜研65巻9号50頁（2016）、松尾誠紀「判研」刑ジャ49号185頁（2016）、松下裕子「判研」研修816号13頁、水落伸介「判研」新報123巻3 = 4号213頁（2016）、安田拓人「判研」法教430号150頁（2016）、吉川崇「判研」警論69巻9号174頁（2016）、金子博「判研」近畿大学法学64巻2号69頁（2016）、大谷實「同時傷害の特例（刑法二〇七条）を考える」判時2332号3頁（2017）、小林憲太郎「判研」判評699号169頁（2017）、高橋省吾「同時傷害の特例を巡る問題点」山梨学院ロー・ジャーナル12号27頁（2017）、高橋則夫「判研」平成28年度重判172頁

及び適用条件に関する踏み込んだ判断を示した。その判示によれば、207条の適用が認められるためには、その前提として、検察官が、〔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」（「行為者各人の単独惹起の可能性」要件。後述2）、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」（暴行の「同一の機会」性要件。後述5）の証明をしなければならない。そして、「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」。ここでは、検察官によって〔1〕と〔2〕の要件充足の証明がなされれば、問題の傷害結果の惹起（自分の暴行と問題の傷害結果との間の単独の因果関係）の不存在について、被告人側に挙証責任が転換される、という解釈論が提示されている。これは、従来の学説上の多数説と同じく、207条は因果関係の存否に関する挙証責任の転換規定であるとする見方を、最高裁として確認したものである。

本稿は、最高裁平成28年決定を契機に、207条を適用する上での要件論について、包括的に検討を加えるものである。まず、207条が規定している、「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」とはどのような場合のことか、という点について、過去の判例を手がかりに検討を加える。207条が規定するこの適用条件がどんな場合を指しているものなのか、という点を検討する作業は、207条がその適用対象として想定している「暴行」及び「傷害」の態様・種類がどんなものなのか、という点を精査する作業と表裏一体である（本稿2）。次に、207条の適用によって傷害致死罪の成立が認められるか否

---

(2017), 日高義博「同時傷害の特例の法意および適用範囲」判時2332号7頁  
(2017), 松村香「判研」警公72巻5号87頁 (2017), 細谷泰暢「判解」ジュリ  
1515号96頁 (2018) 等がある。

か、が問われる場合についての諸問題について検討を加える（本稿3）。207条の適用によって傷害致死罪の成立を認める場合には、（207条の適用によって傷害罪を認める場合とは異なる）固有の問題が生じ得るのである。更に207条をめぐるっては、強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪等の故意を持って暴行がなされ、それによって傷害（致死）の結果が発生したという事例においても同条の適用を認める余地があるか、という問題がある。この問題についても簡潔に検討を加える（本稿4）。

本稿の後半では、過去の裁判例を手がかりに、「同一の機会」性が実際にどのような形で肯定又は否定されているかを見る。その上で、「同一の機会」という要件の理論的素性について、そのあり得る説明方法を比較検討する（本稿5）。更に、複数行為者が一連の暴行の途中から共謀を遂げた場合、又は、一連の暴行の途中で共謀関係が失われた場合に、その一連の暴行に対して207条の適用を認めることができるか、という問題について、最後に検討を加える（本稿6）。結語（本稿7）では、本稿において得られた主要な結論を列挙する。

なお、本稿の検討に際して参照する過去の諸判例（207条の適用が問題となった事件に関するもので、同条の適用に関して一定の判断がしめされているもの）を、下の一覧に掲げる（[判例一覧]）。以下、本稿においては、この一覧の中で付した「番号」で、各判例を指称する（判例1、判例2…等）。また、207条の適用が問われる事案においては、2人以上の行為者による2個以上の暴行行為が登場するが、各暴行行為を、それがなされた順にそれぞれ「第1暴行」、「第2暴行」（更に、3つ目の暴行も問題になる場合には、「第3行為」と呼び、第1暴行の行為者を「X」、第2暴行の行為者を「Y」（更に、第3暴行がある場合には、その行為者を「Z」と表記する。また、事案の紹介においては、第1暴行の内容を「①」、第2暴行の内容を「②」（更に第3暴行がある場合には、その内容を「③）」で表す。

[判例一覧]

※注 判例には、判決の年月日順に番号（1～41）を付している。判例の横に付した○・×は、同判例における207条の適用判断の結論（○：適用肯定、×：適用否定）を表す。なお、207条適用による傷害致死罪の成否が問われた判例には下線を付している。

- |    |   |   |
|----|---|---|
| 1  | 大判昭和11・6・25刑集15卷823頁                          | ○   |
| 2  | 大判昭和12・9・10刑集16卷1251頁                         | ○   |
| 3  | 福岡高判昭和25・4・28判特8卷120頁                         | ○   |
| 4  | 最決昭和25・11・30刑集4卷11号2453頁                      | ○   |
| 5  | <u>最判昭和26・9・20刑集5卷10号1937頁</u>                | ○（傷害致死）   |
| 6  | 東京高判昭和30・2・3判特2卷1＝3号38頁                       | ○   |
| 7  | 東京高判昭和32・11・5判特4卷22号589頁                      | ○   |
| 8  | 仙台高判昭和33・3・13高刑集11卷4号137頁                     | ×（強姦致傷罪への適用否定）（原審：盛岡地判昭和32・6・6高刑集巻号149頁 ×〔強姦致傷罪への適用否定〕） |
| 9  | 大阪高判昭和34・11・9下刑集1卷11号2337頁                    | （詳細不明）  |
| 10 | 盛岡地判昭和35・9・21下刑集2卷9＝10号1253頁                  | ×（強姦致傷罪への適用否定）  |
| 11 | 東京地判昭和36・3・30判時264号35頁                        | ×（強盗致傷罪への適用否定）  |
| 12 | 熊本家決昭和37・4・16家月14卷9号135頁                      | ○   |
| 13 | 東京地判昭和37・12・19判タ144号54頁                       | ×   |
| 14 | <u>東京高判昭和38・11・27東時14卷11号186頁</u>             | ○（傷害致死）   |
| 15 | 新潟地判昭和40・6・11刑資177号208頁                       | ○   |
| 16 | 東京地判昭和42・8・31下刑集9卷8号1141頁                     | ○   |
| 17 | <u>旭川地判昭和44・12・15刑月1卷12号1170頁</u>             | （判例18の原審） ×（傷害致死）                                       |
| 18 | <u>札幌高判昭和45・7・14高刑集23卷3号479頁</u>              | （判例17の控訴審） ×（傷害致死）                                      |
| 19 | <u>秋田地大曲支判昭和47・3・30判時670号105頁</u> ／判タ279号310頁 | ○（傷害），×（傷害致死）   |
| 20 | 東京高判昭和47・12・22東時23卷12号244頁                    | ○   |
| 21 | 福岡高判昭和49・5・20刑月6卷5号561頁                       | ○   |
| 22 | 京都地判昭和53・9・22刑月10卷9号1247頁                     | ×（傷害致死）   |
| 23 | <u>神戸地尼崎支判昭和61・9・12判タ648号266頁</u>             | ○（傷害致死）   |
| 24 | <u>東京高判昭和61・10・30判時1259号129頁</u>              | ×（傷害致死）   |
| 25 | <u>大阪地判昭和61・12・10判時1259号134頁</u> ／判タ648号262頁  | ○（傷害致死）   |

- 26 大阪高判昭和62・7・10高刑集40巻3号720頁 ×  
 27 大阪地判平成9・8・20判タ995号286頁 ○  
 28 東京高判平成11・6・22高刑速平成11年度56頁 ○（傷害致死）  
 29 名古屋高判平成14・6・29判時1831号158頁 ○  
 30 東京地判平成15・2・18LEX/DB 28135377 ○  
 31 神戸地判平成15・3・20裁判所ウェブサイト ○  
 32 神戸地判平成15・7・17裁判所ウェブサイト ○  
 33 東京高判平成18・7・5高刑速平成18年度111頁 ○  
 34 広島高岡山支判平成19・4・18裁判所ウェブサイト ×  
 35 東京高判平成20・9・8東時59巻1=12号76頁/判タ1303号309頁 ○  
 36 神戸地判平成21・2・9裁判所ウェブサイト ○（傷害致死）  
 37 東京家決平成23・12・1家月64巻6号150頁 ○  
 38 福井地判平成24・7・19LEX/DB 25482369 ○（傷害致死）  
 39 名古屋地判平成25・7・12LEX/DB 25501584 ○（傷害致死）  
 40 東京高判平成25・8・1高刑速平成25年度100頁 ○（傷害致死）  
 41 最決平成28・3・24刑集70巻3号1頁（傷害致死）差戻し

## 2 207条の想定する「暴行」と「傷害」

### 2. 1 「知ることができない」対象事実は何か

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、〔I〕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〔II〕その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」という前提状況の下でのみ適用される。ここで規定されている前提状況はどのような事実関係を指すものだろうか。

#### 2. 1. 1 「その傷害を生じさせた者」を知ることができないとき

このうち、〔II〕の指している状況は明らかである。それは第1に、「問題の傷害を惹起した暴行の主体が、複数の暴行行為者のうちの誰なのか」という事実関係が判明しない場合（「暴行主体の不明」の場合）である。例えば、XとYがこもごも被害者Aに暴行を加え、そのうち1個の暴行（Aの左側頭部に対する殴打）が問題の傷害（Aの急性硬膜下血腫）を惹起した、

という事実関係は明らかになっているが、その「左側頭部に対する殴打」の主体がXとYのどちらなのかが判明しない、といった場合がこれに当たる。

第2に、各暴行の行為主体が誰なのかは判明しているが、どの暴行が問題の傷害結果に対して「因果関係」を持っているかが判明しない、という場合（「因果関係の不明」の場合）も考えられる。これは例えば、XとYがそれぞれ被害者Aの左側頭部を1回ずつ殴打してAが急性硬膜下血腫の傷害を負った、という事実は判明しているが、同傷害がXとYのどちらの殴打によって生じたのかが判明しない、というような場合である。

いずれの場合にせよ、〔Ⅱ〕の「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」という文言の下では、以上で挙げたように、問題の傷害との関係で複数の暴行行為者（上の例ではX、Y）が、それを惹起した可能性がある者として「択一的な」関係に立つ（どちらか一方の暴行が問題の傷害を惹起している）、という事実関係が想定されていると解するのが自然である。

## 2. 1. 2 「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とき

これに対して、〔Ⅰ〕の文言が指しているのがどのような場合なのかは、必ずしも明白でない。207条の注釈等では、〔Ⅰ〕が指す場合につき、複数の行為者がそれぞれ「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のかの証明ができない」<sup>(2)</sup> 場合、という説明がなされている。しかし、この定義づけでは、問題の傷害との関係で、複数の暴行行為者がその惹起者として「重畳的な」関係に立っており、ただその「寄与度」だけが判明しないという場合（「寄与度の不明」の場合。例えば、XとYがともにAの側頭部を殴打し、いずれの暴行

(2) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第10巻』（2006）485頁〔渡辺咲子〕、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール〔第2版〕』（2017）447頁〔勝亦藤彦〕。

もAの急性硬膜下血腫の発生に寄与したことは間違いないが、XとYの暴行がそれぞれどの程度の割合で血腫形成に寄与したのかが判明しない、という場合がどのように扱われるのか、という点が明らかにならない。207条は、このような「寄与度の不明」事例も適用対象事例に含むことを想定した規定なのだろうか。

かつての注釈書は、〔I〕の場合について、「数個の傷害箇所があってその程度に差異がある場合」（傍点筆者）である<sup>(3)</sup>、と説明している。この説明は、単純な架空事例で敷衍すれば、複数の行為者によって全身に暴行を受けたAが、頭部・顔面・腹部においては皮下出血の軽傷を負い、他方、胸部においては肋骨骨折の重傷を負ったというような場合に、行為者のうちの誰が、Aのどの部位の傷害を惹起した暴行主体なのかが分からない、といった場合を想定したものであろう。ここでは、複数個ある傷害（頭部、顔面、腹部、胸部の傷害）の1個1個については、それを惹起した可能性がある者として誰か「1人」が想定される（個々の傷害との関係では複数の行為者が「択一的な」関係に立っている）、という事実関係が前提とされているように思われる。

### 2. 1. 3 複数行為者の択一的関係（各人の単独惹起の可能性）

最高裁平成28年決定（判例41）は、207条が適用されるための第1の前提条件として、「各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること」を検察官が証明すべきことを確認した（1）。これは、207条を「暴行と傷害結果との間の因果関係の挙証責任を被告人に転換した規定」として理解する以上、検察官の側に当然求められるべき要件である。つまり、207条の適用が可能となるためには、各行為者の暴行は、それぞれが「それ単独で」問題の傷害結果を惹起する危険性・可能性を持っている、

(3) 団藤重光責任編集『注釈刑法（5）各則（3）』（1965）95頁〔高田卓爾〕。玄守道「刑法207条の研究—同時傷害の特例？」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2016）699, 701頁も、207条の立法経緯の研究から、207条の文言〔I〕,〔II〕が想定する事例状況の違いについて同様の理解を示している。

と証明される必要がある。したがって、例えば、Xの暴行が被害者Aにおける問題の傷害結果の形成に何らかの程度の（若干、およそ数割程度、相当程度、等々の）寄与をしたことには疑いが無いが、しかし、それ単独でAの問題の傷害結果そのものを惹起する危険性・可能性があるとまでは言えない、という場合には、Xのこの暴行に対して207条を適用することは許されないことになる。以上のことからすれば、207条がそのモデル的な適用対象事例として想定しているのは、問題の傷害結果との関係で、それを惹起した可能性のある暴行行為者が「択一的に」誰か1人だけ想定される事案である、と解すべきように思われる<sup>(4)</sup>。

もちろん、複数行為者の暴行が「択一的に」（どれか1つだけ）作用した可能性のみならず、複数行為者の暴行が「重疊的に」作用した可能性も考えられる、という場合は当然あり得る。例えば、XとYの暴行がAの身体の同一部位（例えば頭部）に対して加えられているため、Aの傷害結果（例えば急性硬膜下血腫）が「X・Yのどちらか一方の暴行のみによって発生した」という可能性だけでなく、同時に、「X・Y両者の暴行の重疊的な作用によって発生した」という可能性も排除できない、といった場合である。このように、X・Yの暴行が重疊的に作用していたというストーリーの下では、X・Yの暴行につき、傷害（急性硬膜下血腫）の結果に対するそれぞれの「寄与度」というものが観念され得ることになり、その「寄与度が不明である」ということも当然あり得ることになる。しかし、この事例のX・Yの暴行に対して207条を適用するに当たっても、単にX・Y各人の「寄与度が不明である」ということでは足りず<sup>(5)</sup>、X・Y各人の暴行

(4) 松尾・前掲注(1)186頁注(7)は、この点を正当に強調している。なお、杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑ジャ29号(2011)49頁は、文言〔I〕の場合を想定して、傷害結果に対する「各人の寄与度」が判明しない場合、という言い方をしたが、これは、松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治64巻1号(2013)28頁注(41)が指摘する通り不精確な理解であり、本文のように理解を改める。本文中で述べた通り、207条の適用のためには、単に「各人の暴行の傷害結果に対する寄与度が不明である」ということでは足りない。

について「単独で問題の傷害（急性硬膜下血腫）の結果を惹起する危険性・可能性」も認められることが、必要不可欠の前提となるのである。

以上をまとめると、207条適用の前提条件として、複数行為者各人の暴行が、それぞれ単独でも問題の傷害結果を惹起した危険性・可能性がある、という事実関係が認められることが要求されるものと解される。これはすなわち、問題の傷害結果との関係で、それを惹起した可能性のある暴行行為者が「択一的に」想定される、ということに他ならない。このような事実関係を、以下では「複数行為者の択一的関係」又は「各人の単独惹起の可能性」と呼ぶことにする。そして、このような解釈論上の姿勢は、従来の裁判例においても、大筋において維持されていたように見受けられる。この点につき、以下、過去の裁判例を概観する。

## 2. 2 裁判例に見られる207条の「暴行」と「傷害」の認定

過去の裁判例においては、その認定事実において、複数行為者の択一的関係が前提とされているように見受けられる（ここで挙げる裁判例については、後掲〔表1〕を参照されたい）。

### 2. 2. 1 「傷害を生じさせた者」の不明（上記の文言〔Ⅱ〕）

#### （1）傷害罪

第1に、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」（上記の文言〔Ⅱ〕）に当たる場合の「傷害」の認定であるが、207条の適用によって傷害罪の成否が問われた過去の裁判例においては、明示されているわけではないものの、暗黙のうちに複数行為者の択一的関係（各人の単独惹起の可能性）が前提とされているように思われる。幾つか例を挙げれば、判例1では、①Xが下駄でAの頭部を数回殴打し、②YがAを路上に真っ逆さまに投げつけ頭部を路面に強打させた結果、Aが「頭骨左側に治療日数百余日を要する亀裂骨折を伴う蜘蛛膜出血」の傷害を負い、「両者中何

（5）細谷・前掲注（1）97頁参照。

れの暴行に基因するものなるかを知ること能はざるもの」、との事実関係が前提とされており、判例4では、①Xが棍棒でAの頭部を数回殴打し、その後、②Yが棍棒でAの頭部を数回殴打した結果、Aの「左頭頂部に二か月間の安静加療を要する頭蓋不全骨折の傷害」が発生し、同傷害が「兩名何人の暴行に基因するものであるかを知ることができない」、との事実関係が前提とされており、判例15では、①XがAを突いて折りたたみ椅子の上に尻もちをつかせ、更に、②YがAに体当たりして折りたたみ椅子の上に尻もちをつかせた結果、Aが「約四日間を要する右臀部打撲傷」を負ったが、「この傷害は両被告人のどの暴行によるかを知ることができないもの」、との事実関係が前提にされている。いずれの事案においても、複数行為者の暴行が被害者の身体の「同一部位」に向けられており、且つ、各暴行の間に有意な程度差がなく、すなわちどの暴行も単独で問題の傷害結果を惹起する危険性・可能性があった（複数行為者の択一的関係）、という事実関係が当然の前提とされているように見受けられる。この他、判例8、10、11、16、21、26、30、33、34、35もこのような事実関係を前提としているように思われる<sup>(6)</sup>。

また、「傷害を生じさせたものを知ることができないとき」に当たらないとして207条の適用を否定した過去の裁判例も、複数行為者の択一的関係が認められないことをその理由とするものであった<sup>(7)</sup>。

(6) ここに列挙した裁判例の中には、結論として207条の適用を否定したものが多数含まれているが、それらはいずれも、問題の事案が「傷害を生じさせたものを知ることができないとき」に該当する（し得る）点を否定したのではなく、別個の理由から同条の適用を否定したものである。

(7) 例えば判例13は、①Xが手拳でAの顔面を2、3回（又はそれ以上）殴打したのに対し、②Yが、Aが「倒れて失神のような状態に陥る程強く殴打したのみならず顔面といわず所構わず殴る踏む蹴るの暴行を加え遂には馬乗りになって漸く周囲の者に制止された」、という各人の暴行態様の認定を前提にして、「Yの暴行がXのそれに比して著しく強く且つ大であった」から、Yの暴行によって「傷害の結果の全部又は殆んど全部が生じたものと認められる反面」、Xの暴行は「傷害の結果を全く生じないか、仮に生じても極く一部分に止まることを推認し得る」として、Xに対する207条の適用を否定している。

## （2）傷害致死罪

次に、207条の適用によって傷害致死罪の成否が問われた裁判例を見る。これらの裁判例においても、問題の傷害結果に対する「複数行為者の択一的関係」（各人の単独惹起の可能性）の存在が要求されており、しかも、複数行為者の間に択一的関係が成り立っていることが判文中に明示されることが多い（これは、207条の適用によって「傷害致死罪」の成否を問題とする場合の特殊性に起因していると考えられる。この点について、詳細は後述3を参照）。

例えば、判例23は、①Xが、Aをアスファルト舗装の道路上に引き倒し、転倒したAの腹部、胸部及び顔面等を5、6回足蹴にしてその反動でAの後頭部を路面に打ち付けさせる等の暴行を加え、その直後、②Yが、Aの胸部、頭面等を数回足蹴にしてAの後頭部を路面に打ち付けさせる等の暴行を加えた結果、Aが「頭蓋内（左硬膜下）出血等の傷害」を負い、「左硬膜下血腫による脳圧迫」により死亡した、という事案において、「Aの死亡は、被告人兩名〔X、Y〕のいずれかの暴行が原因であると認めるに十分であるが…証拠を検討してもいずれの暴行によって頭部打撲傷ひいては、硬膜下血腫が生じたのかこれを確定することはできない」（引用文中の傍点筆者）、との事実認定を基にして、X・Yの両者に207条を適用している<sup>(8)</sup>。また、判例25は、①Xが、手拳でAの顔面、頸部を殴打する

---

ここでは、X・Yの各暴行について択一的関係が前提とされた上で、Yの方の原因性が認定された結果、Xの方の単独惹起の可能性が否定され、Xに対する207条の適用が否定されている。

- (8) なお、ここで引用した判決文の冒頭の「Aの死亡は、」という部分は、「傷害」結果ではなく「死亡」結果についての惹起者の不明を問題にしているかのように見える点で、「傷害」結果についての惹起者の不明を問題とするべき）207条の適用判断としては不精確な表現である。しかし、同判決において、207条の「傷害」として問題とされている「左硬膜下血腫」は、Aの「死因」（死亡結果との間に因果関係があることが確定されている傷害）であるとされている以上、このような（死因である）「傷害」結果についての惹起者不明と、「死亡」結果の惹起者不明とは実質的に同じことであるから、上記の表現の不精確さは何ら問題を生じない。このように、207条の適用によって「傷害致死罪」

等の暴行を加え、その直後、②Yが、平手や手拳でAの顔面を殴打する等の暴行を加えた結果、Aが「…左後頭部挫裂創、右頭頂部硬膜下血腫などの傷害」を負い、「右傷害に伴う外傷性くも膜下出血により死亡」したという事案において、Yに対する207条の適用判断の中で、「YがAに加えた判示暴行は、かなり強烈なものであって、Aがその後間もなく…いびきをかき出したこと等からみて、右〔Yの〕暴行が、致死原因たるくも膜下出血の成生・増悪に少なくとも何らかの因果力を与えていることは明らかであり、その決定的原因となった可能性すら否定し難い」（引用文中の傍点筆者）、との事実認定を基にして、同条の適用を肯定している。これらの裁判例においては、問題の「傷害」結果が複数行為者の各人によって単独惹起された可能性がある、という事実関係が、207条適用の前提条件として認定されている。その他、判例36, 39, 41も、各行為者の暴行が単独で問題の「傷害」結果を惹起した可能性があること（各人の単独惹起の可能性）を明示した上で<sup>(9)</sup>、207条の適用を認めている<sup>(10)</sup>。更に、複数行為者による暴行が一回性のものではなく、一定期間（数日間）にわたって断続

---

の成否が問われる事件においては、最初に、「死因」となった「傷害」が事実関係の中から選び出され、次に、それが207条の「傷害」に当たるか否かが問題とされる。この点につき、後述3. 1を参照。

- (9) もっとも、判例28は、数日間にわたって子供Aに対する暴行が繰り返され、その結果、Aが「急性硬膜下血腫等の傷害」によって死亡したという事件で、その間、Aの横腹を2回ほど蹴って頭から横倒しにして床上に転倒させ、Aの頭部付近を2回平手打ちしたAの実母Yにつき、「Yの暴行内容を見ると、その暴行はAの死因となった傷害との間に因果関係がないとはいえないことは明らかである」として、Yに対して207条を適用している。同判決に現れている他の暴行行為者（Xら）の暴行が、Yの暴行と比べてかなり激しいものであること、同判決が、Yにも「因果関係がないとはいえないことは明らかである」と述べるに止まっていることからすれば、同判決においては、207条適用の前提として、「Yによる単独惹起の可能性」までは求められていない可能性も否定できない。
- (10) なお、判例17も、問題の「傷害」結果についての行為者各人の単独惹起の可能性を認定しているが、「機会の同一性」要件（後述5）の欠けているという理由で、結論としては207条の適用を否定している。

的に加えられており、「死因」となった傷害（「硬脳膜鎌状部の血管破綻による右硬脳膜下出血」）もその間に「緩慢に」発生・進行した、という事件に関する裁判例を見ても、問題の行為者の暴行のいわば累積（個人の暴行の総計）が被害者の傷害（死因）を単独で形成した可能性を持っていることが、当該行為者に対する207条適用の前提とされているように見受けられる（判例14）。

また、「傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たらないとして、207条適用による傷害致死罪の成立を否定した過去の裁判例も、当該行為者には「死因となった傷害を単独惹起した可能性」が認められない、ということその理由にしている<sup>(11)</sup>。

以上のように、（大多数の）裁判例においては、被害者の「死因」となった傷害について、行為者各人に「単独惹起の可能性」が認められることが、各人につき207条適用を介して傷害致死罪の成立が認められるための前提条件となっている。なお、傷害罪の成否が問われた裁判例とは異なり、傷害致死罪の成否が問われた裁判例において、行為者各人の暴行に問題の傷害を「単独で惹起する可能性」があった、という事実関係が明示される場合が多いのは、傷害致死罪の成否が問われる場合に207条にいう「傷害」として問題とされるのが、被害者の「死因となった傷害」である、という点にその一因があるように思われる。207条の適用によって傷害致死罪の成否が問われる場合には、最初から、当該被害者の「死因」を形成した傷害を事実関係の中から選び出し、その「死因となった傷害」が207条の適用条件を充足しているかを判定する、という思考方法が採られる（この論理について後述 3. 1 参照）。そして、傷害がおよそ人の「死因」となるには、自ずから「ある一定の重篤さ」が必要であり、その傷害が人の

(11) 例えば判例40は、被害者Aの死因となった「急性硬膜下血腫及び脳の腫脹」という傷害につき、被告人の暴行のみによってそれらが発生した可能性は認められない（他の暴行者の暴行によって発生したものと認められる）との事実関係に基づき、被告人に対する207条の適用を否定している。

死亡結果の十分条件をなす程度のもものと認められること、言い換えれば、被害者の生理的機能障害の状態が、「このラインを突破すれば、人の死亡結果へと至る因果経過が不可逆的に始動する」と言えるような転機をなす段階に達したことが要求される。このように、「死因となった傷害」の発生は、傷害の程度が不可逆的にある一線を越えた（「人の死因の下限を越えた」という転機として観念されるので、「そこを超えると不可逆的に死へと向かう」という一線が、最終的に、複数行為者の誰の暴行によって突破されたのか」という形で、複数暴行者のうちの誰か1人をその「突破」（「死因となった傷害」）の原因者として想定する思考方法になじみやすい、と言えるだろう。このような事情から、過去の裁判例においては、傷害罪の成否が問われた事件よりもむしろ傷害致死罪の成否が問われた事件（「死因となった傷害」について207条の適用が問われた事件）において、207条の適用条件として「複数行為者の択一的関係」（各人の単独惹起の可能性）が要求されるべきことが、その判旨に明確に現れているものと考えられる。

## 2. 2. 2 「それぞれの暴行による傷害の軽重」の不明（上記の文言〔I〕）

次に、「それぞれの暴行による傷害の軽重…を知るできないとき」（文言〔I〕）が指す場合について考えよう。過去の裁判例における207条の適用事例には、複数行為者の暴行によって、被害者の身体に程度の様々な複数の傷害が発生しており、その個々の傷害について惹起者を特定できない、という場合が多数見られる。207条にいう「それぞれの暴行による傷害の軽重」が不明である場合としては、専らこのような事例状況が想定されてきたものと見受けられる（上記2. 1. 2）。

### （1）傷害罪

この類型の一例を挙げれば、例えば判例2は、4歳の被害者Aに対し、Aの実父Xとその後妻Yがそれぞれ数週間（12月下旬から翌年1月中旬）にわたって断続的に暴行を加えた結果、Aが「頭部肩胛部その他身体十数箇所」に挫創皮下出血無数の傷害を負ったという事件において、「其の軽

重を知ることを能はず又其の傷害を生ぜしめたる者を知る能はざるものなりと謂ふに在るを以て…刑法二百七条に該当すること…明らかである、と判示している。このように、複数行為者の暴行によって被害者の身体に多数個の傷害が生じている場合、どの傷害がどの行為者の暴行に起因するものかを1つ1つ事後的に特定することは不可能、という状況が考えられる。この場合、被害者に生じた1個1個の傷害について、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」（文言〔Ⅱ〕）かどうかを判断してもかまわない。しかし、多数個の傷害（特に上記判例2の事例のように、比較的軽微な「無数の傷害」）が問題となる場合に、その傷害1つ1つにつき「惹起者の不明」を逐一問題にするのは過度に人為的かつ煩瑣であって、その多数個の傷害が生じた身体状態をまとめて捉えた上で、「それぞれの暴行による傷害の軽重」が不明である場合、としてこれを把握する方が自然である。207条の「それぞれの暴行による傷害の軽重」の不明（文言〔Ⅰ〕）とは、このような場合を想定した概念と解されるのであり、結局それは、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」（文言〔Ⅱ〕）多数個の傷害が同時発生している場合に、それらをまとめて捉える概念に他ならない<sup>(12)</sup>。

このように、「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とき（文言〔Ⅰ〕）というのは、原理的には、「その傷害を生じさせた者」を知ることができない（文言〔Ⅱ〕）場合の「複数形」に過ぎないのだから

(12) このような事例状況において207条を適用した裁判例として、他に、判例7（「顔面部胸部等に全治三週間を要する打撲傷」）、判例12（「左手首関節屈側、右肘関節部、腰部…に挫傷あるいは打撲傷」）、判例27（「入院加療約三二日間を要する鼻骨骨折、全身打撲等の傷害」）、判例29（「通院加療約1週間を要する顔面挫傷、左頭頂部切傷、安静加療約1週間を要した頸部、左大腿挫傷、右大腿挫傷挫創」）、判例30（「加療約210日間を要する頸椎捻挫、顔面頸部打撲の傷害」）、判例31（「加療約6か月間を要する右眼窩底骨折、右結膜下出血、右眼球打撲等の傷害」）、判例32（「加療約1か月間を要する右肋骨骨折、頸椎捻挫、歯牙2本破折等の傷害」）、判例37（「全治約3か月間を要する急性硬膜外血腫、頭蓋骨骨折、顔面骨骨折の傷害」）などを挙げることができる。

ら、被害者に生じた多数個の傷害の中に、その惹起者を特に知ることができた傷害が含まれていた場合には、当然、その傷害は207条の適用対象から除外される。例えば判例30は、XとYの暴行によって、被害者Aが(ア)「加療約210日間を要する頸椎捻挫、顔面頸部打撲の傷害」と(イ)「治療期間不明の右涙小管断裂の傷害」を負ったという事案において、(ア)を構成する多数個の傷害には207条の適用を認めているが、(イ)の「治療期間不明の右涙小管断裂の傷害」だけは、Yが惹起したことが事実関係から明らかであるとして207条の適用対象から除外し、Yにのみ傷害罪の成立を認めている。

## (2) 傷害致死罪

207条の適用によって傷害致死罪の成否が問われる場合、207条にいう「傷害」に当たるかが問題とされる傷害は、被害者の「死因となった傷害」である(後述3. 1)。比較的軽微な傷害が被害者の身体に多数個併存しているような場合とは異なり、「死因」となるような重大な損傷<sup>(13)</sup>が被害者の身体に同時に多数個併存し、「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、という状況は殆ど想定し難い。そのため、結論から言えば、207条にいう「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(文言〔I〕)に当たるとして傷害致死罪の成立が認められる場合は、下の「死因の共同」(下記②)と呼ばれる場合しか考えられず、ま

(13) 「損傷」は、法医学において、特に「外傷」など「組織の生理的連絡が断たれた状態」を指すものとして用いられている語である(高取健彦監修・長尾正崇ほか編『New エッセンシャル法医学』〔第5版、2015〕61頁〔長尾正崇〕など参照)。ここで、刑法上の概念である「傷害」ではなく、「損傷」という語を用いているのは、①暴行によって被害者の身体に一次的に発生した外傷(例えば、切創による動脈切断)と、②その一次的な外傷に起因し、それに対する被害者体内における各種反応等も経たうえて二次的に発症する生理的機能障害の状態(例えば、出血に基づく循環血液量減少性ショック〔いわゆる出血性ショック〕)とを区別するためである。ここでは、「損傷」という語でもって、①の「暴行に起因する一次的な外傷」だけを指している。これに対して、刑法上の「傷害」概念は、およそ被害者の「生理的機能障害の状態」を指す概念として、①と②の両方を含むものである。

たその場合も、結局は、発生した複数個の傷害 1 つ 1 つ（全て）について、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」（文言〔Ⅱ〕）と言えるかどうかを判断することに帰するのである。以下、詳説する。

#### ①「死因」となった損傷が理論上 1 個に絞られる場合

まず、(a) 単独で人の「死因」を形成し得るような重大な損傷が、被害者の身体に複数個同時存在しているという事態は、全く生じ得ないというわけではない（例えば、被害者に「肝臓破裂」と「脳幹部挫滅」が同時存在している場合などで、法医学上は「死因の競存」と呼ばれるようである<sup>(14)</sup>）。しかし、この場合には、各損傷が発生した時間的先後関係によって（最も先に発生した損傷を優先）、同時発生の場合にはその程度によって（より重大な損傷を優先）、いずれかの損傷を「死因」と判定するものとされる<sup>(15)</sup>。このような判定プロセスを介して「死因となった傷害」が 1 個に特定される限り、その傷害についての惹起者の不明が問題となり得るだけである。

次に、(b) このように「単独で死因を形成し得る損傷」が複数個存在している場合に、それらの間の優劣を決定できず、その複数の損傷を並列的に「死因」と捉えざるを得ない、という場合もあり得る<sup>(16)</sup>。しかし、その場合には、程度（「死因」となる資格）において優劣をつけ難い（つまり「軽重」の差がない）傷害が複数個存在しているのだから、その場合を「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（文言〔Ⅰ〕）」に含めるのは、端的に文言解釈として疑問がある。(b) の場合には、被害者の身体に存在している複数個の「単独で死因を形成し得る傷害」の 1 つ 1 つ（全て）について、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」（文言〔Ⅱ〕）と言えるのでなければつまり、競合しているどの「死因」候補の傷害との関係においても、各行為者に「単独惹起の可能性」が認め

(14) 高取監修・長尾ほか編・前掲注 (13) 18頁〔高取健彦〕参照。

(15) 福島弘文編『法医学』（改訂 3 版、2015）93頁〔村井達哉〕参照。

(16) 池田典昭「刑事弁護に役立つ法医学の知識 1 解剖鑑定書はこう読む」刑弁 29号（2002）118頁、福島編・前掲注 (15) 93頁〔村井〕（この場合は「死因の競合」と呼ばれているようである）。

られるのでなければ、207条を適用して複数行為者を傷害致死罪に問うことはできないものと解される。

## ②「死因」となった損傷が理論上1個に絞られない場合（死因の共同）

最後に残るのが、(c) 法医学上「死因の共同（共同的死因形成）」と呼ばれている状況<sup>(17)</sup>である。被害者の身体に存在する複数個の損傷が、それぞれ単独では「死因」を形成し得るものではないが、それらの総和として被害者の「死因」が形成された、という場合がこれに当たる（例えば、被害者が複数の動脈・静脈切断創からの出血によって失血死した、という場合）。

例えば判例38は、このような事例状況に関する裁判例である<sup>(18)</sup>。同判決の認定事実によれば、被害者Aは、X・Yらの共謀に基づく第1暴行、続いて（Xの共謀はない）Yらの第2暴行により「右側頭部、右顔面及び左右下肢皮下出血、右第7肋骨骨折等の傷害」を負い、「上記傷害による多発性外傷に基づく循環障害により死亡」したが、「上記各傷害が…いずれの暴行により生じたかを知ることができ」なかった。この事案では、それ自体が単独で「死因」となるわけではない「右側頭部、右顔面及び左右

(17) 高取監修・長尾ほか編・前掲注(13)17頁〔高取〕、福島編・前掲注(15)93頁〔村井〕、池田・前掲注(16)118頁参照。

(18) なおこの他、判例19もこのような事例状況に関する裁判例である。同判決の認定事実によれば、被害者Aは、X、Yの暴行によって「頭頂後部右側に鶏卵三分の一程度の皮下出血を伴う腫脹、顔面前額部に示指頭面大の表皮剥、上口唇に皮下出血、右下腿膝に皮下出血などの傷害」を負い、その後死亡するに至ったが、Aは、その体質等の事情も相まって「外傷性ショック状態をひき起こして死亡するに至ったものと推定される」。同判決は、「傷害致死罪に本条〔=207条〕の適用を認め得る…ためには、傷害と死亡との間に単に因果関係の存在が認められるだけでなく、さらに各行為者にとって、行為の当時致死の結果を予見することが可能であったことを必要とすると解するのが相当である」（引用文中の傍点筆者）、との一般論を提示し、XとYにはAの致死結果が予見不可能であったとして、XとYの傷害致死罪の成立を否定した（他方、上記のAの全身の傷害について207条を適用し、XとYの傷害罪の成立は肯定した）。

しかし、判例19が提示した、207条適用による傷害致死罪の成立要件に関するこの一般論は、最高裁判平成28年決定（判例41）によって明確に否定されたと見ることが可能である（細谷・前掲注(1)100頁）。

下肢皮下出血，右第 7 肋骨骨折等の傷害」の結果，二次性の「多発性外傷に基づく循環障害」が生じ，それが「死因」となって A が死亡している。

この種の「死因の共同」事例においては，被害者の身体に生じた 1 つ 1 つの損傷は単独で「死因」を形成し得るものでなく，それらの効果の総和が，被害者の体内で二次的に「外傷性ショック」等の全身性の生理的機能障害の状態を惹起し，それが「死因」となって被害者が死亡している。注意しなければならないのは，207 条の「傷害」として問題とされ得るのは，暴行によって一次性的外傷として被害者身体に発生した損傷（判例 38 の事案では「右側頭部，右顔面及び左右下肢皮下出血，右第 7 肋骨骨折等の傷害」）だけであって，それに起因した二次性の「外傷性ショック」（循環血液量減少性ショック）等ではない，ということである（判例 38 もそのような判示方法を採用している）。もちろん，この種の二次性の「外傷性ショック」も，被害者の生理的機能障害の状態に他ならないから，207 条の適用が問題とならない傷害罪・傷害致死罪の事案においては，そこにいう「傷害」結果に当然含まれ得る。しかし，学説上指摘があるように，207 条は，（共犯関係にない）複数者の暴行が混在する場合に，傷害がどの暴行から発生したのかという「対応関係」が特定困難となる事態に対処するための規定である<sup>(19)</sup>。そのような同条の趣旨から考えれば，207 条にいう「傷害」とは，暴行によって一次性的のものとして生じる損傷（外傷）に限られる（被害者の体内における作用等を介して帰結した二次性の生理的機能障害の状態は含まない），と解すべきである<sup>(20)</sup>。その限りで，207 条の「傷害」概念は，204 条・205 条の「傷害」概念とは異なるものと解される。

そうすると，この種の事例においては，複数行為者の各人がそれぞれ被害者の身体に生じた外傷の「最低でも 1 つ」を生じさせているが，被害者

(19) 松尾・前掲注（1）188頁。

(20) 現に，判例集に掲載された過去の裁判例を見る限り，二次性の全身性の「外傷性ショック」を207条の「傷害」と捉えて同条の適用を肯定したものは見当たらない。

の「死因」となった「外傷性ショック」がどの外傷から生じたのかが分からない、というだけでは、各人に207条を適用して傷害致死罪を認めることはできない（このような認定事実に基づいて207条の適用を認めることは、二次性の「外傷性ショック」を207条にいう「傷害」と見る解釈に他ならない）。「死因の共同」事例において207条が適用され得るためには、二次性のショック状態を共同で惹起した複数個の一次性損傷1つ1つ（全て）について、複数行為者の「各人の単独惹起の可能性」が証明されなければならないものと解される（判例38の事案では第1・第2暴行がいずれも被害者の全身に対する相当激しい攻撃であり、このような適用条件を充足しているように見受けられる）。

#### 〔表1〕 判例に見られる「暴行」と「傷害」

※注 下表では、各判例の事案における各暴行（①第1暴行、②第2暴行、③第3暴行）の内容と、当該事件で207条の適用対象として問題とされた「傷害」を記載している。また、当該判例における被告人の行為に下線を付している。判例の「番号」は、本稿1の〔判例一覧〕で付した判例の番号を表している。「適否」欄は、当該判例における207条の適用判断の結論（○は適用、×は不適用）を表す（なお、不適用の理由は判例ごとに様々であるが、この表では示していない）。

下表において網掛け（■）をした判例は、207条の適用によって傷害致死罪の成否が問われた事件に関するもの、それ以外は、207条の適用によって傷害罪の成否が問われた事件に関するものである。

番号	判例	各「暴行」の内容	問題とされた「傷害」	適否
1	大判昭11・6・25	①下駄でAの頭部を数回殴打 ②Aを真っ逆さまに投げつけその頭部を路面に強打	「頭骨左側に治療日数百日を要する亀裂骨折を伴う蜘蛛膜出血」	○
2	大判昭12・9・20	①②12月下旬から翌年1月中旬頃まで、十数回にわたり手拳又は物指玩具で殴打	「頭部肩胛部その他身体十数箇所に挫創皮下出血無数の傷害」	○
4	最決昭25・11・30	①棍棒でAの頭部を数回殴打 ②棍棒でAの頭部を数回殴打	「左頭頂部に二か月間の安静加療を要する頭蓋不全骨折の傷害」	○
5	最判昭26・9・20	①手拳でAの頭部を殴打 ②靴でAの頭部顔面等を蹴る	「蜘蛛骨亀裂骨折による頭部腔内出血」	○

7	東京高判昭 32・11・5	①Aの右頬を殴打し、足を持ち上げ深さ約1mの空堀に落とし、足蹴にする ②Aの顔面を殴打し、更に数名が打つ蹴る殴るの暴行を加える	「顔面部胸部等に全治三週間位を要する打撲傷」（原審）、「左眼の周辺が変色腫脹しており胸部背部に疼痛」（控訴審）	○
8	仙台高判昭 33・3・13 (強姦致傷罪の起訴)	(傷害1に関して) ①②姦淫(未遂)に伴う暴行 (傷害2に関して) ①②姦淫未遂に伴う暴行	「全治約三週間を要する左第六肋骨頸部亀裂」（傷害1） 「全治一週間を要する外陰部裂創」（傷害2）	×
10	盛岡地判昭 35・9・21 (強姦致傷罪の起訴)	①姦淫に伴う暴行 ②姦淫に伴う暴行	「処女膜裂創」	×
11	東京地判昭 35・3・30 (強盗致傷罪の起訴)	①停車したオートバイの後部座席のAを、後部荷台に乗っていたXが引き降ろして投げとばし、次いで顔面を殴打するなどの暴行 ②Y(運転者)も、途中からAに対して暴行	「約一週間の治療を要する顔面右膝部および右拇指各挫傷の傷害」	×
12	熊本家決昭 37・4・16	①②それぞれ、大小さまざまな石20個足らずを投げる(その若干がAとBに当たる)	Aの「左手首関節屈側、右肘関節部、腰部…に挫傷あるいは打撲傷」、Bの「前額部…からかなりの出血」	○
13	東京地判昭 37・12・19	①手拳でAの顔面を2、3回又はそれ以上殴る ②Aが倒れて失神のような状態に陥る程強く殴打し、顔面といわず所構わず殴る踏む蹴るの暴行	「顔面挫傷」	×
14	東京高判昭 38・11・27	①②数日間にわたり、断続的にハンマーの柄などでAの頭部、顔面を殴打するなどの暴行	「硬脳膜鎌状部の血管破綻による右硬脳膜下出血」（「急性」ではなく「緩慢に」起こった）	○
15	新潟地判昭 40・6・11	①Aの胸付近を突き、尻もちをつかせ転倒させる ②Aの胸部付近に体当たりし、尻もちをつかせ転倒させる	「全治約四日間を要する右臀部打撲傷」	○
16	東京地判昭 42・8・31	①Xと、②氏名不詳者数名が、こもこもAの両足脛部付近を数回蹴りつける	「全治約三日間を要する左右前脛骨下部打撲症の傷害」	○

17	旭川地判昭 44・12・15 (18の原審)	①手拳でAの顔面を1回殴打して 転倒させ、Aの襟首を掴んでその 身体をひき起こしながら胸部およ び腹部等を右足で数回蹴り上げる ②倒れているAの右側腹部付近を 1回足蹴にする	「肝臓裂挫傷…および十二指腸裂 傷」	×
18	札幌高判昭 45・7・14 (17の控訴 審)	同上(判例17)		×
19	秋田地大曲 支判昭47・ 3・30	①手拳でAの頭部、顔面を殴打 ②手でAの顔面を1、2回殴打 し、足払いをかけて転倒させ、倒 れたAの脚付近を数回蹴とばす	「頭頂後部右側に鶏卵三分の一大 軽度の皮下出血を伴う腫脹、顔面 前額部に示指頭面大の表皮剥、上 口唇に皮下出血、右下腿膝に皮下 出血などの傷害」	○ ×
21	福岡高判昭 49・5・20	①手拳でAの顔面を3回くらい殴 打 ②草履でAの顔面を2、3回殴打	「顔面は腫脹し、皮下出血の傷害 を受けた」	○
22	京都地判昭 53・9・22	①手拳でAの左顔面を突くように 1回殴打 ②Aの顔面、頭部等を数回殴打 し、Aの頭部に1回頭突きするな どの暴行を加える	「左内頸動脈後交通動脈分岐部付 近」の「動脈瘤が破裂し、脳内に くも膜下出血を生じた」	×
23	神戸地尼崎 支判昭61・ 9・12	①Aを道路上に引き倒し、転倒し たAの腹部、胸部及び顔面等を 5、6回足蹴にし、その反動でA の後頭部を路面に打ちつけさせる ②Aの胸部、頭面等を数回足蹴に し、その反動でAの後頭部を路面 に打ちつけさせる	「頭蓋内(左硬膜下)出血等の傷 害」(罪となるべき事実)(具体的 には「右後頭頭頂部の打撲傷」を 原因とした「左硬膜下血腫による 脳圧迫」が死因)	○
24	静岡地沼津 支判昭61・ 3・24	①施設内で、Aの顔面を手拳で 2、3回殴打、目付近を10回強打 ②同施設内で、Aの腹部・大腿部 を2、3回強く蹴り、棧で肩・大 腿部分を5、6回殴打し、大腿部か ら腰にかけて3回くらい足蹴に し、ゴム製棒で肩・背中・大腿部 を殴打するなどし、猿ぐつわをか ませて放置(②は①の翌々日から 数日間にわたる)	「顔面、両肩部、胸腹部、上下肢 等全身にわたる多数の強度の皮下 出血を伴う打撲傷等の傷害」(A の「死因」は、それらの「傷害」 に起因した「外傷性ショック」)	○

	東京高判昭 61・10・30	同上	Aの「死因」は猿ぐつわによる「遷延性窒息」である (⇒原審は事実誤認であるとして、207条適用を否定)	×
25	大阪地判昭 61・12・10	①手拳でAの顔面を強く殴打し、その後更にAの顔面・頸部を殴打 ②Aの胸倉を掴んで平手及び手拳で顔面を強く殴打、更に手拳で殴打する行為を3、4回繰り返す	「左頬部・右頬骨部・右眼窩部及び鼻部表皮剥脱並びに皮下出血、左側頸部皮下及び筋肉内出血、左後頭部挫裂創、右頭頂部硬膜下血腫などの傷害」を負い、「右傷害に伴う外傷性くも膜下出血により死亡」	○
26	大阪高判昭 62・7・10	①XらがAの顔面、頭部を手拳、木刀、ガラス製灰皿で殴打 ②Yも途中からXらと意を通じ、Aの顎を2、3回突き上げる（その際Xも1回Aの顔面を殴打）	「顔面打撲…の傷害」	×
27	大阪地判平 9・8・20	①Xは、Aの顔面に頭突きをし膝蹴りを加えるなどの暴行 ②Yらも、途中からXと意を通じ、こもごもAの頭部等を多数回足蹴にするなどの暴行を加える	「入院加療約三二日間を要する鼻骨骨折、全身打撲等の傷害」	○
28	東京高判平 11・6・22	①Xらは、約2日間にわたり、Aに対して、顔面を平手で殴打し、蹴り飛ばして頭から横倒しにし、持ち上げて頭から床に落下させ、手拳で頭頂部を殴るなどの暴行を繰り返す。 ②Yも、その間、Aの横腹を2回ほど蹴り頭から横倒しにして床上に転倒させ、Aの頭部付近を2回平手打ちした	（「致死原因」である）「急性硬膜下血腫等の傷害」	○
29	名古屋高判平 14・6・29	①X・Y両名の共謀に基づくAに対する第1暴行の後、②YがXを殴りつけて失神させた上、Aに対して第2暴行に出る〔暴行内容の詳細は不明〕	「通院加療約1週間を要する顔面挫傷、左頭頂部切傷、安静加療約1週間を要した頸部、左大腿挫傷、右大腿挫傷挫創」	○
30	東京地判平 15・2・18	①手拳でAの腹部を1回、左あご付近を2回殴打 ②手拳でAの顔面を1回殴打	「加療約210日間を要する頸椎捻挫、顔面頸部打撲の傷害」	○

31	神戸地判平 15・3・20 (強盗の故意ある行為者との同時傷害)	①Xが、Aの金員を強取しようとして、手拳でAの顔面を殴打するなどの暴行を始め、 ②Yは(XがAに喧嘩をしかけたと思いが勢する意図で)Xと意を通じ、こもごも手拳でAの顔面等を多数回殴打し、腰部等を多数回足蹴にした	「加療約6か月間を要する右眼窩底骨折、右結膜下出血、右眼球打撲等の傷害」	○
32	神戸地判平 15・7・17	①Xが、手拳でAの顔面を数回殴打し、 ②YがXと意を通じて、手拳でAの顔面を殴打し腹部を足蹴にし、(その間Xも暴行) ③ZがX・Yと意を通じて、Aの顔面を平手で数回殴打し腹部を数回踏みつけた(その間Yも暴行)	「加療約1か月間を要する右肋骨骨折、頸椎捻挫、歯牙2本破折等の傷害」	○
33	東京高判平 18・7・5	①手でAの両頬を叩き、バッグでAの顔面を2回殴打 ②Aの頭髪を掴み手拳で後頭部を数回殴打	「頸椎捻挫、頭部打撲あるいは右耳挫創の傷害」	○
34	広島高岡山 支判平19・ 4・18	①手拳でAの左顔面を1回殴打、1回足蹴にする暴行 ②平手等でAの顔面を多数回殴打するなどの暴行	「加療約5日間を要する顔面打撲の傷害」	×
35	東京高判平 20・9・8	①Xらが、手拳でAの顔面を殴打し、腹部・大腿部を足蹴にする暴行を加える ②Yが、手拳でAの顔面、背部及び腹部等を殴打する暴行を加える	「全治約1か月間を要する顔面打撲及び外傷性脾損傷の傷害」	○
36	神戸地判平 21・2・9	①Xらは、手拳でAの左あご付近を1回殴りつけてAの右側頭部を路面に打ちつけさせ、手拳でAの左側頭部、左目付近を1回ずつ殴りつけ、素足の甲でAの口元付近を1回殴りつける ②Yは、靴下を履いただけの右足で、倒れていたAの後頭部をボールを蹴るように1回蹴りつける	「右側頭後頭部打撲」による(「死亡原因」である)「外傷性くも膜下出血の傷害」	○

37	東京家決平 23・12・1	<p>① X は、拳骨で A の顔面を数十回殴打し、腹部等を数回足蹴りするなどの暴行を加え、</p> <p>② Y は、拳骨で A の顔面を 1 回殴り、1 回頭突きをするなどの暴行を加え、</p> <p>③ Z は、拳骨で A の顔面及び腹部を数十回殴り、腹部等を数回けるなどの暴行を加えた</p>	「全治約 3 か月間を要する急性硬膜外血腫、頭蓋骨骨折、顔面骨折の傷害」	○
38	福井地判平 24・7・19	<p>① X・Y らは、共謀の上、A の顔面を 3、4 回殴り、上腕部や脇腹などを（合計）30 回くらい蹴り、木刀で上腕部、脇腹、太ももなどを殴るなどの暴行を加える</p> <p>② Y らは（X の共謀はない）、A の顔面を殴り、腹を蹴るなどし、金属バットで（合計）10 回くらい殴打するなどの暴行を加える。</p>	「右側頭部、右顔面及び左右下肢皮下出血、右第 7 肋骨骨折等の傷害」（を負わせ、「上記傷害による多発性外傷に基づく循環障害により死亡させた」）	○
39	名古屋地判 平 25・7・12	<p>① A の顔面を手拳で 1 回、手の平で 2 回殴るなどの暴行</p> <p>② 手拳で A の顔面を少なくとも 2 回殴るなどし、A を転倒させ路面にその後頭部を打ちつけさせた</p>	「外傷性くも膜下出血等の傷害」	○
40	東京高判平 25・8・1	<p>〔暴行の順序は不明〕① X は、A の顎付近をフックとアッパーの要領で合計 2 回殴打</p> <p>② Y ら 2 名は、A の頭部や顔面等に対して多数回にわたり殴る、蹴るなどの暴行を加える</p>	「致命傷である急性硬膜下血腫及び脳の腫脹」	×
41	最決平 28・3・24	<p>① 蹴って階段を転落させ、A の顔面を壁に打ち付け、スタンド式灰皿を A の頭部に打ち付け、A の顔面をコブシや灰皿の蓋で殴り、顔面・頭部をつかんで床に打ち付けるなどの暴行</p> <p>② A の顔、頭、胸、首などの当たりを靴のかかとで体重をかけるような踏みつけ方で 3～5 回踏みつけ、ジャンプして A の顔などを数回踏みつけ、頭などをサッカーボールを蹴るように数回蹴る</p>	「急性硬膜下血腫の傷害」	○

## 2. 3 最高裁平成24年決定との関係

### 2. 3. 1 最高裁平成24年決定

刑法207条の適用範囲を考える際にもう一点問題となるのは、最決平成24・11・6刑集66巻10号1281頁（以下、「最高裁平成24年決定」）との関係である。

最高裁平成24年決定の事案は、①最初にXらが、本件被告人Yとの共謀なしに被害者A・Bに対して暴行を加えた後、②現場に到着したYが、Xらと共にA・Bに対して暴行を加え、①・②の暴行の結果、A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」を負い、B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、頸椎捻挫、腰痛捻挫の傷害」を負った、というものである。

本件において争点となったのは、周知の通り、先行する暴行(①)によって既にA・Bに生じていた傷害も含めた(最終的に発生していた)傷害全体について、Yが共同正犯としての罪責を負うかという点(傷害罪におけるいわゆる「承継的共同正犯」の成否)であったが、原審(高松高判平成23・11・15刑集66巻10号1324頁)が結論として、Yは「加担する以前のX…[ら]による傷害も含めた全体について、承継的共同正犯としての責任を負う」としたのに対し、最高裁はこの判断を誤りとして以下のように判示した。

#### ①法廷意見

「事実関係によれば、被告人[Y]は、Xらが共謀してA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、Bの背中や足、Aの頭、肩、背中や足を殴打し、B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Aらの傷害(したがって、第1審判決が認定した傷害のうちBの顔面両耳鼻部打撲擦過とA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[Y]

は、共謀加担前に X が既に生じさせていた傷害結果については、被告人〔Y〕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 A 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。」

以上のように、同決定においては、①の暴行によって既に発生していた傷害結果に対して Y は因果関係を持ち得ない、として「承継的共同正犯」の成立が否定され、Y は②の暴行によって「A らの傷害の発生に寄与したこと」についてのみ共同正犯としての罪責を負う<sup>(21)</sup>、との判断が示され

(21) この、Y が「A らの傷害の発生に寄与したこと」についてのみ罪責を負う、という判示の意味をめぐっては、その理解をめぐって次の (ア)、(イ) の見解の対立がある。

(ア) Y の関与（第 2 暴行）から因果的に生じた A らの傷害部分（最終的に A らの身体に生じていた傷害全体のうち、Y の関与によって初めて発生・増悪した部分）だけが Y に帰責され得る「傷害」結果となる、と解する見解（小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修 791 号〔2014〕7-8 頁、同「刑法判例と実務—第二四回 共犯の因果性（下）—」判時 2347 号〔2017〕140 頁等参照。なお石田寿一「判解」最判解平成 24 年度〔2016〕458 頁の記述も、この (ア) のような理解に基づくように見えるが、しかし同 456 頁の記述は次の (イ) の理解を示したものと見える）。

(イ) Y がその最終結果の生成に因果的に寄与した傷害である以上、その最終結果としての傷害全体（Y の因果的寄与が途中から合流して傷害が増悪した場合、その増悪した最終的・全体的結果としての傷害）が Y に帰責され、Y の寄与が途中からの部分的なものであるという点はその量刑判断で考慮されるに止まる、と解する見解（松尾・前掲注（4）17-18 頁、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」理論刑法学の探究⑨〔2016〕155-156 頁、高橋（省）・前掲注（1）79-80 頁等参照）。

更に、橋川隆「承継的共犯について」法教 415 号〔2015〕92 頁は、(ア)・(イ) の理論構成は相互排他的ではなく、問題の事例の事実関係しだいで両者を使い分けることが可能である、とする。

本稿がここで関心対象としている、【a】「最高裁平成 24 年決定のような処理がなされるべき事案」と【b】「207 条の適用対象となる事案」とのすみ分け、という観点から見るならば、最高裁平成 24 年決定を上記 (ア) のように理解する場合には、【a】と【b】の事案には「明確な違い」があるという認識が生じ

ている。

## ②千葉勝美裁判官の補足意見

また、同決定に付された千葉勝美裁判官の補足意見は、行為者各人が最終的に生じていた傷害結果の「発生に寄与した」程度の特定・認定方法に関して、次の(1)(2)にまとめられるような趣旨を述べている。

(1) 複数の暴行によって生じた〔最終的な〕傷害の中から、「後行者〔＝第2暴行の行為者〕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…特定」することは困難である場合もある。その場合には、例えば、第2暴行の行為者は、「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〔＝最終的に被害者に生じていた傷害結果〕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」とか、「安静加療約3週間を要する共謀加担前後の傷害全体のうちの一部(可能な限りその程度を判示する。)の傷害を負わせた」(引用文中の傍点筆者)といった特定・認定を行い、その寄与の程度に応じた量刑を行う(「全体としてみれば被告人に有利な加療期間を想定して量刑を決める」ということが許される。

(2) これに対し、第2暴行の行為者が「傷害の発生に寄与したか不明な場合」、すなわち、第2暴行によって、第1暴行の行為者によって既に生じていた傷害とは「別個の傷害が発生したとは認定できない場合」には、第2暴行の行為者には「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」。

### 2. 3. 2 207条の適用範囲との関係

本件では、被告人Yにつき207条の適用が問題とされなかったことから、最高裁平成24年決定も同条に関しては何も判示していない。しかし、

---

るのに対し、上記(イ)の理解に従って考える場合、【a】の事案も、最終結果としての傷害全体を行為者に帰責した上で、あとは各人の関与程度を量刑判断において考慮する、というやり方で処理されるという点において、その処理方法は、207条を適用する場合と(機能的に見て)殆ど違いがないことになる。

同決定、特に千葉補足意見については、共謀関係にない複数行為者の暴行によって傷害が発生した場合につき、207条が適用される範囲を限定ないし排除する方向を示したものだ、とする見方が学説上示されている。千葉補足意見によれば、（1）最終的に生じていた傷害結果のうち、「相当程度重篤化」することに寄与した部分、又は、その「一部」に寄与した部分、といった程度の具体性をもって、行為者各人が惹起した傷害結果を認定することが許される。他方、（2）最終的に生じていた傷害結果に対し、行為者がその発生におよそ「寄与したか」否かが不明である場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、当然、その行為者は暴行罪の罪責を負うに止まる。以上のような千葉意見の前提に立って考えるならば、「刑法207条に残された場合は…ほとんど考えられなくなる」可能性がある<sup>(22)</sup>、というのである。

この見方は、同決定（千葉補足意見）に従えば、「被害者に最終的に生じていた傷害結果」から行為者各人がそれに寄与したと言える部分を切り出して、その部分だけを「各人が惹起した傷害結果」と観念することが可能であり、そのような切り出しが可能である場合には、「被害者に最終的に生じていた傷害結果」との関係では行為者各人に207条を適用する前提が欠ける、という論理関係を指摘するものである。この論理関係の指摘は正当である。「被害者に最終的に生じていた傷害結果」の中で、「行為者各人が惹起した傷害結果」といえる部分をそれぞれ切り分けることができたならば、「被害者に最終的に生じていた傷害結果」全体との関係では、207条

(22) 松宮孝明『「承継的」共犯について』立命館法学352号（2013）373、375頁。同論文は、このような解釈論を、一部で違憲の疑いも指摘されるような「207条の適用を、合理的に縮小する要請に応えるものとして、肯定的な評価に値する」と評する。この他、最高裁平成24年決定が207条の適用範囲を限定・縮小する方向性を示唆している、という点を指摘するものとして、豊田兼彦「判研（最決平成24・11・6）」法セ697号（2013）133頁、同「共犯の因果性—承継的共犯の問題を中心に—」刑ジャ44号（2015）9頁、芦澤政治「承継的共犯」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（2014）355頁、平盛洋輔「判研（最決平成24・11・6）」同志社法学68巻4号（2016）253頁等。

の適用前提である「各人の単独惹起の可能性」（最高裁平成28年決定が言う、「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」という条件）が欠けることになるからである。

しかし、それによって207条の適用対象事例が理論上無くなる、というわけでは決してない。「被害者に最終的に生じていた傷害結果」に対して行為者各人が寄与した程度・部分を「相当程度重篤化した」とか「一部に寄与した」といった形で（すら）特定することができず、且つ、行為者各人の暴行について、「被害者に最終的に生じていた傷害結果」を単独で惹起する可能性（「各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること」）が認められた場合には、当然、207条の適用が問題となり得る。最高裁平成24年決定の事案は、量刑判断の前提となし得る程度に具体的な形で被告人Yの寄与程度を認定できた（Yが寄与した傷害結果の部分的切り出しが可能であった）、というものであって、そのような部分的切り出しが可能でない場合に、207条の適用前提が充足される限りで同条の適用が予定されるということは、最高裁平成24年決定も当然排除していないものと解される<sup>(23)</sup>。

### 3 傷害致死罪における207条の適用

次に、207条の適用によって傷害致死罪の成立を認める場合の判断のあり方について、検討を加えることにする。207条の適用によって傷害致死罪の成否を問うにあたっては、同条の適用によって傷害罪の成立を認める

---

(23) 久富木大輔「傷害罪の承継的共同正犯が問題となった事例」捜研62巻11号(2013)31-32頁、高橋則夫「判研（最決平成24・11・6）」刑ジャ39号(2014)89頁、同「承継的共同正犯について」『川端博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(2014)566-567頁、小林・前掲注(21)研修791号8頁、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題(3)―承継的共同正犯をめぐる問題について」警論70巻9号(2017)155-156頁、同・前掲注(21)92-93頁注35)、高橋(省)・前掲注(1)81頁参照。

場合とは異なる、固有の判断方法が問題となってくるのである。それは、第1に（当然のことながら）、207条にいう「傷害」として、被害者の「死因を形成した損傷」を選び出す必要がある、ということである（3. 1）。そして第2に、207条の適用条件としては、各行為者の暴行が、単独での「死因としての下限を超えた可能性がある」ということを問題とすべきだ、ということである（3. 2）。これらの点（特に、この第2の点）は、最決平成28・3・24（判例41）の判示内容から読みとれる点である。以下、分説する<sup>(24)</sup>。

3. 1 207条の適用によって傷害致死罪の成立を認める場合の「傷害」学説においては反対説<sup>(25)</sup>もかなり多いが、判例は従来から、207条の適用によって傷害致死罪の成立を肯定するという余地を認めてきた。そのことは、近時、最高裁平成28年決定（判例41）によって再確認された。

207条の適用によって傷害致死罪の成否が問題となった過去の判例の事案を見れば、207条の「傷害」として問題とされたのは、いずれも、脳内又は頭蓋骨内の出血（判例5, 14, 22, 23, 25, 28, 36, 39, 40, 41）か、又は枢要な内臓の損傷（判例17=18）である。そして、事実関係の判示の

(24) 本章（3）の内容は、杉本一敏「判研（最決平成28・3・24）」（論及ジュリスト2019年2月号掲載予定）の内容の簡略化して論述したものである（同稿も併せて参照頂ければ幸いである）。

(25) 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）35頁注（7）、大越義久『刑法各論〔第3版〕』（2007）30頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（2005）33-34頁、大谷實『刑法講義各論 新版第4版』（2013）36頁、岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』（2009）20-21頁、斎藤信治『刑法各論〔第四版〕』（2014）24頁、関哲夫『講義刑法各論』（2017）48-49頁、曾根威彦『刑法各論〔第五版〕』（2012）23頁、川端博『刑法各論講義 第2版』（2010）59頁、高橋則夫『刑法各論 第2版』（2014）58頁、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』（2011）18頁、中山研一『刑法各論』（1984）60頁、西田典之『刑法各論〔第六版〕』（2014）46-47頁、橋本正博『刑法各論』（2017）72頁、平川宗信『刑法各論』（1995）57-58頁、福田平『全訂刑法各論〔第三版増補〕』（2002）154頁、松原芳博『刑法各論』（2016）64頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（2009）55-56頁等参照。

中で、これらの傷害には「致命傷である」とか「被害者の死因となった」などの修飾語が必ず付されていることから、傷害致死の事例において207条適用の可否を判断する際に、裁判所は、最初から「死亡結果との間に因果関係があることが確定された傷害」（すなわち「死因となった傷害」）を、207条の「傷害」として問題にしていることが分かる<sup>(26)</sup>。また、最高裁平成28年決定（判例41）も、「…各行為者は、同条〔207条〕により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負うというべきである」（引用文中の傍点筆者）との論理を示して、各行為者の傷害致死罪の成立を是認している。

ここで示されている論理は、（1）最初から、207条に言う「傷害」として、死亡結果との間に因果関係があることが確認された「死因となった傷害」を持ち出し、それについて207条の適用条件の充足如何を問い、（2）その充足が認められるならば、当該「傷害」について行為者各人に207条の適用が認められ、そして、その「傷害」は（「死因」として）死亡結果との間に因果関係があることが確認されているのだから、行為者各人には論理必然的に、結果的加重犯としての傷害致死罪の成立が認められることになる、というものである<sup>(27)</sup>。したがって判例は、207条の「傷害」には生

(26) 各判例においては、207条の適用対象候補として挙げられている傷害名の記述に、次のような修飾語が付されている。「に因り…死亡するに至らしめた」（原審の理由中）（判例5）、「により死亡するに至らしめた」、「死因」（判例14）、「により死亡するに至った」（判例17）、「…ため死亡したものである」（判例22）、「死因」（判例23）、「致死原因たる」（判例25）、「死因となった傷害」（判例28）、「被害者の死亡原因である」（判例36）、「被害者の死因となった」（判例39）、「致命傷である」（判例40）、「致命傷である」（判例41原審）。

(27) 傷害致死罪に関する207条適用肯定説の多くはこのような論理関係を支持しているものと見られる。吉田淳一「判研（秋田地大曲支判昭和47・3・30）」警論25巻9号（1972）137頁、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（1988）43頁〔町野朔〕、団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（1990）419頁、渡辺恵一「同時傷害の特例」研修591号（1997）83頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010）61頁、伊東研祐『刑法講義各論』（2011）42頁、前田雅英『刑法講義各論〔第

理的機能障害の極限状態としての「致死」も含まれる、という論理<sup>(28)</sup>によって、207条適用による傷害致死罪の成立を肯定しているわけではない。

### 3. 2 「死因の下限を初めて超えたこと」としての「傷害」

傷害致死の事例において207条の適用判断を行うにあたり、もう1点、重要なポイントが、最高裁平成28年決定（判例41）によって示された。本稿の理解によれば、同決定で示されたポイントは、207条の適用対象として問題とすべき「死因となった傷害」とは「死因の下限を初めて超えた」段階の傷害であって、既に死因の下限を超えて被害者の致死結果へと連続的に悪化していく傷害の諸段階の中から、任意の悪化した段階を選び出してはならない、ということである。

#### 3. 2. 1 最高裁平成28年決定の事件における争点

最高裁平成28年決定（判例41）の事案は次の通りである。まず、①Xらが、被害者Aの頭部等に対して第1暴行を加え、その後、②YがAの頭部等に第2暴行を加えた結果、Aが「急性硬膜下血腫」の傷害に基づく急性脳腫脹により死亡したが、その惹起者を知ることができないとして、X・Yらは207条により傷害致死罪で起訴された。第一審（名古屋地判平成26・9・19刑集70巻3号26頁）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から、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、「そうすると、〔I〕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、〔II〕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、そうすると「第2暴行は、いずれにしても、Aの

6版]』（2015）33頁等参照。

(28) このような論理の可能性を指摘するものとして、金子・前掲注（1）90頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（2016）44頁。また、井田良『講義刑法学・各論』（2016）65-66頁の記述もそのような論理を示唆するものか。

死亡との間に因果関係が認められる」との事実関係を認定した<sup>(29)</sup>。控訴審・最高裁の判断の前提にも、これと同じ事実関係が置かれている。

第一審は、以上の事実関係に基づき、第2暴行の方はAの死亡結果との間に因果関係があることが間違いなく判明しているわけだから、「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」として、207条の適用を否定し、第2暴行者Yには傷害致死罪が成立する（懲役9年）一方、第一暴行者であるXらには傷害罪が成立するに止まる（懲役3年執行猶予5年）、との判断を下した。

しかし、これに対して控訴審（名古屋高判平成27・4・16刑集70巻3号34頁）は、第一審の判断は「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」（引用文中の傍点筆者）等の理由を挙げて、これを誤りとして破棄した。

第一審の論理を敷衍すれば、次のようになろう。本件においては、Yの第2暴行によってAの死因となった「急性硬膜下血腫」が発生しAが死亡するに至ったか（仮説〔I〕）、Xらの第一暴行によってAの死因となっ

(29) 第一審（及び控訴審、最高裁）のこのような事実構成の前提には、次の2つの前提了解がある、という点に注意すべきである。

①後行の第2暴行が「死因となった傷害」を有意に悪化させ、致死結果の発生を促進したと評価できる場合、この第2行為には、死亡結果との間に単独の因果関係を認めることが可能である。

②先行の第1暴行は、それが単独で既に「死因の下限を超えた」（例えば「急性硬膜下血腫が発症した」）と言えるような傷害を惹き起したのでない限り、致死結果との間に単独の因果関係を認めることができない。

つまり、後行の第2行為者は、先行する第1暴行によって既に「死因の下限」に達していた傷害に、自分が更に有意に上乘せをしたというだけで、致死結果との間に「単独の因果関係」が認められることになるが、他方、先行の第1行為者は、自分自身の暴行によって既に「死因の下限を初めて突破した」と言える程度の（重大な）傷害が発生していたのでない限り、致死結果との間に「単独の因果関係」が認められることはない。このように、先行する第1行為と、後続する第2行為との間には、ある種の「非対称性」がある。

た「急性硬膜下血腫」が発生したが、Yの第2暴行がそれを有意に増悪させてAが死亡するに至ったか（仮説〔Ⅱ〕）のいずれかである。事実がそのどちら場合だったとしても、Yは、Aの死亡結果の発生に因果的に寄与している。したがって、本件は207条の適用対象である「惹起者がおよそ不明」という事例ではない。

これに対して、控訴審の論理は次のようにまとめられる。第一審は「死亡」結果の「惹起者」がおよそ不明かどうかを問題にしているが、207条は「傷害」結果の「惹起者」がおよそ不明かどうかを問題にする規定であるから、第一審の207条の解釈は誤りである。本件では、「急性硬膜下血腫」という「死因となった傷害」の惹起者が不明であれば（現に本件では、Yの第2暴行が初めて「急性硬膜下血腫」を惹起したという仮説〔Ⅰ〕と、Xらの第一暴行が既に「急性硬膜下血腫」を惹起したという仮説〔Ⅱ〕のいずれが事実なのかが判明しないのであるから）、207条の適用が可能である。

では、第一審と控訴審の判断の対立点は一体どこにあるのだろうか。被害者の「死亡」結果についての「惹起者の不明」を問題にするか（第一審）、「死因となった傷害」結果についての「惹起者の不明」を問題にするか（控訴審）が両者の対立点である、という見方もあり得るだろう（控訴審の判決文も、文言通りに捉えればそのような見方を示すものである）。しかし、そのような見方は皮相である。というのも、第一審の判断は、実質的な内容に全く変更を加えることなく、「傷害」結果についての「惹起者不明」を問題にしたものとして理解することが可能だからである。「致死」結果との間に因果関係が認められる限り、いったん「死因の下限」を超えたあらゆる段階の生理的機能障害の状態が、それぞれ、傷害致死罪という「傷害」として選び出される資格を持っている。例えば、第1暴行によって致死結果へと不可逆的に進行する「急性硬膜下血腫」が初めて発症した段階も、その後の第2暴行によってその「急性硬膜下血腫」が有意に増悪させられ、致死結果へと更に近づいた段階も、どちらの段階の状態も、傷害致死罪に言う「傷害」としてこれを選び出すことが可能なのである<sup>(30)</sup>。

そうすると、第一審の論理は、「急性硬膜下血腫等の傷害を更に悪化させ」という状態（第2暴行によって「死因の下限＝急性硬膜下血腫の発症」を更に超えた悪化段階）を「傷害」と捉え、それに対する207条の適用の可否を考えたものに他ならないと言える（そして、その結果との関係では、少なくとも第2行為者Yの因果性が判明しているので、207条は適用できないとの結論が下された<sup>(31)</sup>）。そうすると、第一審と控訴審との真の対立点は、「死亡」結果の「惹起者の不明」を問題にするか、「傷害」結果の「惹起者の不明」を問題にするかという点ではなく、傷害致死罪の成否を問うにあたって、207条にいう「傷害」に当たる状態として被害者のどのような段階の状態を選び出してよいか、という点にあるものと解される。

### 3. 2. 2 「死因の下限を初めて超えた」段階

Xらの上告を受けた最高裁は、この点に関して次のように判示し、控訴審の判断を支持した。

「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というべきである…。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。」（引用文中の下線筆者）

この判示によれば（下線を付した部分に注目）、行為者各人は、自分以外の行為者の「暴行と死亡との間の因果関係」が証明されたとしても、「自

(30) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994）20-21頁、松原芳博「継続犯と状態犯」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007）29頁参照。

(31) 松尾・前掲注（1）189頁、水落伸介「判研（最決平成28・3・24）」法学新報123巻3＝4号（2016）222頁、橋爪隆「同時傷害の特例について」法教444号（2017）121頁参照。

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」を立証できない限り、207条の適用を免れない。ここに言う「死因となった傷害」が、死亡結果との間に因果関係が認められる「死因の下限を超えて更に悪化した任意の段階の傷害」のことでないことは明らかである。仮にそのような理解を採るならば、第一審の結論を排除できないはずである。したがって、最高裁がここで「死因となった傷害」と言っているものは、人の「死因」を構成するのに必要十分と言える程度の傷害、すなわち「死因の下限を初めて超えた傷害」（死因を構成する傷害の「発症」）のことだ、と理解するよりほかはない<sup>(32)</sup>。このような理解に立つことで、第2暴行者YがAの「急性硬膜下血腫」を少なくとも悪化させており、したがってAの「死亡」結果との間に因果関係を有していることが判明したとしても、Xらの第1暴行だけでも既に「急性硬膜下血腫」すなわち「死因の下限を初めて超えた」傷害が生じていた可能性（仮説〔Ⅱ〕）が検察官によって証明されている以上、第1行為者のXらとしては、「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〔＝自己の暴行によって死因の下限が突破されたわけではない、ということ〕を立証しない限り」207条の適用を免れない、という結論が導かれるのである。

それではなぜ、207条の適用判断に際して「死因の下限を初めて超えた」

(32) 橋爪・前掲注(31)122頁は、「第2暴行が最終的に生じた傷害結果〔＝本稿の言う「死因の下限を超えて更に悪化した任意の段階」に相当。〕に因果関係を有していることが明らかであるとしても、そもそも当該傷害が形成された〔＝本稿の言う「死因の下限を初めて超えた」に相当。〕原因となる暴行が明らかではない場合には、やはり207条の適用可能性は排除されないと解すべきであろう。」と述べているが、これも同趣旨の理解だと解される。

なお、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」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2017）96-97頁も、同様の観点から、「傷害の原初的・当初的発生」の段階（＝本稿の言う「死因の下限を初めて超えた段階」に相当。）と「最終結果」（＝本稿の言う「死因の下限を超えて更に悪化した任意の段階」に相当。）とを分析しているが、しかし本稿のような立場とは異なり、「同時傷害の特例の適用は、最終結果を見据えながら行われるべきなのである」として、第一審の結論の方を支持している。

(死因を構成する傷害の「発症」といえる時点・段階の傷害を選び出さなければならぬのか。その理由は、次の点にあると考えられる。仮に「死因の下限を超えて更に悪化した任意の段階」を「傷害」として選び出し、それについて207条の適用の可否を検討するならば、後行の第2行為者がその「傷害」結果に対して因果関係を有していることは間違いなく証明されるので(第2行為によって「更に悪化した」状態を選び出しているのだから、その状態に対する第2行為の因果関係は当然認められる)、207条の適用が常に否定されることになる。したがって、このようなやり方で「傷害」を選び出してくると、後行の第2行為者は、仮にその暴行が第1行為者の暴行の程度と比べて軽微なものであったとしても、常に単独で傷害致死罪の罪責を負うことになり、他方、先行の第1行為者は、(第1行為者の暴行だけで既に「死因の下限」を突破していたことが証明されない限り)およそ傷害致死罪の罪責を負わない、という結論になる。このように、後行の第2行為者だけが常に容易に傷害致死罪の罪責を負うという不合理な「不均衡」<sup>(33)</sup>が生じてしまう、ということが、傷害致死の事例における207条の適用判断に際して、「死因の下限を超えて更に悪化した任意の段階」を「傷害」として選び出してはならないことの決定的な根拠となるように思われる。

#### 4 強盗致傷等の事例における207条の適用

強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪など、その実行行為の一部として「暴行」が規定されている犯罪がある。これらの犯罪の故意を持って「暴行」がなされた、という場合に207条を適用することは許されるか。この問題についても、ごく簡潔にはあるが検討を加えたい。

---

(33) 松尾・前掲注(1)191頁。また、松下・前掲注(1)21頁、細谷・前掲注(1)101頁。

#### 4. 1 問題の場面

この問題は、次の(A)、(B)という2つの場面で現れる。

(A) 第1に、複数行為者が、共謀なくいずれも強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪の故意で「暴行」に出て、被害者が「傷害」を負い（又は、「死因となった傷害」を負ってそれにより死亡し）、その「(死因となった)傷害」の惹起者を知ることができなかった、という場合である。この場合に、207条を適用することによって、行為者各人に強盗致死傷罪(240条)、強制わいせつ・強制性交等致死傷罪(181条)の共同正犯の成立を認めることが許されるか、という問題が生じる。

このように、基本犯の実行行為の一部として「暴行」が規定されている犯罪(強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪など)の結果的加重犯の成立を認めることができるか、という問題をめぐっては、圧倒的多数の学説が207条適用否定説を支持しており、また過去の裁判例<sup>(34)</sup>も明示的にその適用を否定している。否定説の根拠は、207条それ自体の問題性を指摘するものは別にすれば、主として、①207条が刑法典上「第二十七章 傷害の罪」に置かれており(判例8の原審、判例10)、②「傷害の罪」の章に置かれた207条と、他の結果的加重犯の規定とでは、その保護法益・罪質が異なる(判例8及び同原審、判例11)、という点に求められている。

(B) 第2に、複数行為者が共謀なく「暴行」に出て、被害者が「傷害」を負い（又は、「死因となった傷害」を負ってそれにより死亡し）、その「(死因となった)傷害」の惹起者を知ることができなかったという場合に、その複数行為者のうちの一部の者が強盗罪、強制わいせつ罪、又は強制性交等罪の故意で「暴行」に出ていた、という場合もあり得る。この場合に、強盗罪、強制わいせつ罪、又は強制性交等罪の故意なく暴行に出た行為者につき、207条を適用して傷害罪（又は傷害致死罪）の成立を認めることができるだろうか。

(34) 判例8、10は強姦致傷罪(当時)への207条の適用を否定し、判例11は強盗致傷罪への207条の適用を否定している。

この種の事例に関しては、207条の適用を認めた裁判例がある（判例31）。判例31は、①Xが、強盗の故意で被害者Aに暴行を加えていたところ（第1暴行）、②本件被告人Y（Xの知人）がそれを見てXが喧嘩をしていると思い、これに加勢しようと考えてXとの暗黙の共謀の下にAに暴行を加えた（第2暴行）、という事案において<sup>(35)</sup>、Yに207条を適用し、傷害罪の成立を認めている。

#### 4. 2 考え方

これらの問題を考えるにあたっては、以下の①と②のアプローチの仕方が考えられる。

##### ①240条・181条に対する207条の直接適用の可否

第1に、240条（強盗致死傷罪）、181条（強制わいせつ・強制性交等致死傷罪）の規定の「傷」に207条を適用することが許されるか否か、という形で問題を立てることが考えられる。

207条適用否定説が挙げていた「207条の刑法典上の位置」という論拠（上記の根拠①）は、このような問題設定に立った上で、もし207条を刑法典において別の「章」に置かれている240条や181条の「傷」にまで適用するならば、それは許されない類推解釈に当たる、と主張するものだと言えよう。このように、207条適用否定説は、強盗致死傷罪、強制わいせつ・強制性交等致死傷罪という犯罪類型（適用条文）の単位で、それに該当し得る事例を207条の適用範囲から排除する、という思考方法をその基礎に置いている。このような思考方法によれば、強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪の一部を構成している「暴行」については、207条の適用が類型的に排除されるというわけだから、207条を適用して行為者各人に強盗致死傷罪、強制わいせつ・強制性交等致死傷罪の共同正犯を認める、ということは許されない。また、傷害の惹起者が不明である場合には、207条

---

(35) 本件は、「共謀成立の前後にわたる一連の暴行」（後述6）の事案でもある。

の適用があるか否かによって傷害結果（又はそれを介した致死結果）についてまで罪責を問われるか否かの結論が変わってくるのだから、207条によって「傷害（致死）罪」で起訴された被告人としては、そこで問題とされている「暴行」が強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪の故意でなされていたという事実を主張して207条の適用排除を求めることができ、裁判所もその事実の存否を審理しなければならない、ということになるだろう<sup>(36)</sup>。

これに対して、あくまでこの①の問題設定の上に立って、207条適用肯定説を主張しようとするのであれば、240条や181条の「傷」に対する207条の適用が、刑法典の体系上（あるいはその罪質・保護法益に照らして）許されない類推解釈には当たらない、ということに基づけるべきことになる。

## ②強盗罪等と207条適用による傷害罪・傷害致死罪との観念的競合を認めることの可否

しかし、この問題に対するアプローチが、第1の問題設定（①）のみによって尽くされているとは言えない。第2に、強盗罪等の実行行為である暴行によって傷害（致死）結果が発生した場合に、強盗罪等と207条の適用による傷害（致死）罪とが成立し、両者が観念的競合の関係に立つ、という解釈論の余地が残されている<sup>(37)</sup>。そして、次のように考えれば、このような解釈論にも十分な根拠があるように思われる。

行為者が、強盗罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪の故意を持ち、その実行行為として暴行を行い（更には逮捕監禁罪など、条文上「暴行」の文言がない犯罪類型においても、その手段として暴行がなされた場合をここで除外する理由はない）、被害者に傷害（致死）結果が生じたものとする。この場

(36) これは、訴因外の事実の存否によって訴因記載の犯罪事実の成否が左右される場合として、訴因外の事実の審理が求められるべき場合ということになる。川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（2007）321-322頁参照。

(37) 橋爪・前掲注（31）125頁参照。

合において、その暴行及び傷害が、同時にまた207条の適用条件も充足するものだったという場合には、207条を適用することによって、当該行為者に傷害(致死)罪(204条又は205条)の成立を認めることが、当然可能であろう。つまり、この場合には、「暴行が強盗罪等の故意でなされていた」という事情があっても、その事情は、207条の適用によって行為者に傷害(致死)罪の成立を認める、という可能性を排斥し得ないのである。したがって、そのような事案において、207条適用による傷害(致死)罪(204条又は205条)での起訴がなされた場合、仮に被告人側が「暴行が強盗罪等の故意でなされていた」という事情の存在を主張して207条の適用排除を求めたとしても、そのような主張は意味を持たず、また、そのような事情に関する審理も不要であることになるだろう。

そうすると、残された問題は、そのような場合に、207条の適用による傷害(致死)罪の成立に加えて、強盗罪等の成立も認め、両罪が観念的競合の関係に立つものと解することができるか否か、という点である。仮に、207条の「暴行」と、強盗罪等に規定された「暴行」とが完全に同一の概念であり、その部分においていわゆる法条競合の関係にあるのだとすれば、1個の暴行を手段とした犯行につき傷害(致死)罪と強盗罪等の同時成立を認めることは、「暴行」概念の部分の二重評価として許されないことになるだろう。しかし、これに対して、207条における「暴行」は207条固有の適用条件の下で初めて認定されるべきものであり、それは強盗罪等の手段たる暴行と同一の概念ではない(有形力の行使という、暴行のいわば最大公約数たる部分を共有しているだけである)という点に着目するならば、両罪の観念的競合を肯定するという解釈論も不可能ではないように思われる。

#### 4. 3 結論

以上からすれば、強盗罪等の手段として暴行がなされ、傷害(致死)結果が発生した場合に、それらの暴行・傷害が、同時に207条の適用条件を

充足するものであるならば、少なくとも、207条の適用によって「傷害（致死）罪」の成立を認めることが可能である（上記のアプローチ②）。その限度で、上記4. 1で挙げた問題事例（A）、（B）のいずれにおいても、207条の適用を認めることができるものと解される。そうすると、問題は、各事例において強盗罪等の手段として採られた「暴行」、及びその結果生じた「傷害」が、同時に、207条の適用条件を充足するようなものだったか否か、という一点にかかってくることになる<sup>(38)</sup>。

（未完）

### 【追記】

校正段階で、玄守道「刑法207条（いわゆる同時傷害の特例）の適用要件とその適用方法について」立命館法学375・376号（2018）312頁以下（以下、「玄論文」という。）に接した。

本稿で行った分析によれば、207条の適用を介して「傷害致死罪」の成立を認める際に最高裁が採用した論理は、最初から「死因となった傷害」（但し、本稿の3. 2で述べたように、これは「死因の下限を初めて超えた傷害」を意味するものと解すべきである。）を選び出し、その傷害について207条の適用の可否を検討し、その適用が認められた場合には、当該傷害が被害者の「死因」を形成した（死亡結果との間に因果関係のある）傷害である以上、当然に「傷害致死罪」の成立も認められることになる（玄論文が「適用方法①」と表記している論理）、というものであって、そこでは、207条にいう

(38) 樋口亮介「同時傷害の特例（刑法207条）」研修809号（2015）16-18頁は、強盗罪、強姦・強制わいせつ罪の罪質や、それらの犯罪が行われる類型的状況の分析に基づき、それらの犯罪の手段として行われる「暴行」が、207条が想定する「暴行」に適合し得るものか、という点について詳細な検討を加えている。同論文は、結論として、強盗致死傷罪、強姦・強制わいせつ致死傷罪に対する207条の適用を肯定する。なお同論文は、強盗罪の手段として暴行から傷害（致死）結果が生じた場合については、240条の法定刑が非常に重いことから、強盗罪と、207条適用による傷害（致死）罪との観念的競合を認めるが、強制わいせつ・強姦罪の手段としての暴行から傷害（致死）結果が生じた場合については、207条・181条という法令適用（本稿の見方からすれば、181条の「傷」に対する207条の直接適用）の余地を認めている。

「傷害」には傷害の極限である「死亡」結果も含まれる（したがって、207条は傷害「致死結果」との関係でも端的に適用され得る）、という論理（玄論文が「適用方法②」と表記している論理）が採用されているわけではなかった（本稿3. 1）。

これに対して玄論文は、207条の制定過程などを根拠として、207条はそもそも「傷害」だけでなく「傷害致死」事案（「同時致死」）も適用対象として想定した規定であるとし、「適用方法②」の正当性を主張している（玄論文325-327頁）。その上で、玄論文は、最決平成28・3・24の事案につき、(1) 「死亡」結果との関係では、207条を適用することはできないが（第2暴行者Yが「死亡」結果との間に因果関係を有していることは明らかであるから。その限りで、同事件の第一審・名古屋地判平成26・9・19の判断と一致する）、(2) 他方、「傷害」（急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹という「死因となった傷害」）結果との関係でも、別途、207条の適用の可否が検討されるべきであり、その「傷害」結果との関係では（第1暴行者Xらと、第2暴行者Yのいずれによって当該傷害が形成されたのかが判明しないから）207条の適用が肯定される、との解決方法を示している。

玄論文の示す207条の解釈論は、207条の制定過程の検討を背景に置いて207条に「同時傷害類型」と「同時致死類型」の2つが含まれるべきことを正面から認め、同条を「意思連絡なき共同正犯を認める規定」（玄論文333-334頁）として把握しようとするものであり、207条の解釈論の再構成を試みるアプローチの1つとして注目すべきものである。もっとも、その主張内容は、本稿が確認した最高裁の解釈論理（上記の「適用方法①」）とは正面から対立するものであり、当否については別途詳しい検討を要する。なお筆者は、玄論文の示す論理が最決平成28・3・24の事件の第一審判決の論理を支持する点について、本稿3で述べた同事件の第一審判決の論理に対する批判が、玄論文の主張に対してもそのまま妥当するのではないかと考える。