

I. 反対尋問

1. 検察側は、承継的共同正犯の肯否につき甲説をとるが、一罪の一部とは構成要件該当事実のことをいうのか。
2. 検察側は、結果的加重犯の共同正犯の肯否につき $\alpha-1$ 説をとるが、基本犯の実行行為は共犯者の一部の者が行うだけでよいのか。
3. 検察側が主張するように、本件において承継的共同正犯の肯否につき乙説や丙説をとったとしても、結果的加重犯の共同正犯の肯否につき $\alpha-1$ 説を採ればX及びZの罪責に変わりはないと言えるか。

II. 学説の検討

1. 承継的共同正犯の肯否

(1) 検察側は、承継的共同正犯の肯否につき甲説をとるが、既に完了した先行者の行為が後行者の行為によって原因づけられることはなく、因果性を及ぼしえないといえる。

(2) したがって、甲説は妥当でない。

思うに、共同正犯が成立するためには、共同実行の意思とともに共同実行の事実が存在しなければならない。

したがって、後行者が先行者相互了解のもとに犯罪を共同したとしても、介入以前の先行者の行為にまで共同正犯を認めることはできない。

(3) そこで、弁護側は、乙説(完全否定説)を採用する。

2. 結果的加重犯の共同正犯の肯否

検察側は、結果的加重犯の共同正犯の肯否につき $\alpha-1$ 説をとるが、結果的加重犯の共同正犯の成立を原則として認めるという点では検察側に同意する。

もっとも、本件のように承継的共同正犯の成立が問題となる場合において、先行者が加重結果を発生させたことを認識して後行者が加担した場合には、後行者の行為と加重結果との間に因果関係が認められない以上、後行者に結果的加重犯の共同正犯を認めることは許されない²と解する($\alpha-1$ 説を修正した $\alpha-1'$ 説)。

III. 本問の検討

第1. Yの罪責について

検察側と同様に考え、Yは、Aに対して傷害致死罪(205条)が成立し、さらにBに対して強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、両罪は併合罪(45条前段)となる。

第2. Xの罪責について

1. まず、Xが電話線を引きちぎる等のいたずらをしたことにつき、器物損壊罪(261条)が成立する。
2. (1) 次に、XはYと暗黙のうちに共謀の上、Aの頭部等を多数回にわたり足蹴にするなどの暴行を加え

¹ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第3版増補版〕』有斐閣[2005]279頁

² 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]445頁

ている。かかる行為につき、傷害致死罪の共同正犯が成立しないか。

本件では、AはXYの共謀前にYの暴行により死亡しているため、Aの死の結果につきXに責任を負わせることができないとも思える。そこで、かかる場合にもXに傷害致死罪の共同正犯が成立するか、承継的共同正犯の肯否が問題となる。

この点、承継的共同正犯の肯否について、弁護側は乙説を採用しその成立を否定する。したがって、Xに傷害致死罪の共同正犯は成立しない。

- (2) そうだとすれば、Xは既に死亡しているAに対して暴行したに過ぎず、Xには死体損壊罪(190条)が成立するだけではないか。未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

この点、未遂犯と不能犯を区別は、行為時において一般人が認識し得た事情及び行為者がとくに認識していた事情を基礎として、一般人を基準に危険性の有無を判断してなされる(具体的危険説)。

本件では、Aの死の原因となったYの暴行から間もないうちにXがAに暴行しており、行為時において一般人がAの死を認識し得たとはいえず、XもAの死を認識していない。そこで、一般人を基準に判断すると、Xの行為はAの身体の危険を惹起する行為であるといえる。

したがって、かかるXの行為につき死体損壊罪ではなく、暴行罪(208条)が成立する。

3. さらに、検察側と同様に、XにはBに対する強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立する。
4. したがって、Xには器物損壊罪(261条)、暴行罪(208条)、強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、これらは併合罪(45条前段)となる。

第3. Zの罪責について

1. (1) Zは、Bの財布を奪い、消費者金融で借入れさせた現金を奪っている。かかる行為につき、強盗罪の共同正犯が成立しないか。Zは、Bに対する暴行には加わっていないが、かかる場合にもZに強盗罪の共同正犯が成立するか、承継的共同正犯の肯否が問題となる。

この点、承継的共同正犯の肯否について、弁護側は乙説を採用しその成立を否定する。したがって、Zに強盗罪の共同正犯は成立しない。

- (2) Zに強盗罪の共同正犯は成立しないとしても、本件Zの行為はBの意思に反してBの財布及び現金の占有を移転させる行為である。

したがって、Zには窃盗罪(235条)が成立する。

IV. 結論

1. Xには、器物損壊罪(261条)、Aに対する暴行罪(208条)、Bに対する強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、これらは併合罪(45条前段)となり、その罪責を負う。
2. Yには、Aに対する傷害致死罪(205条)とBに対する強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、両罪は併合罪(45条前段)となり、その罪責を負う。
3. Zには、窃盗罪(235条)が成立し、その罪責を負う。

以上