

I. 反対尋問

- 5 1. 4頁19行目において「一部実行全部責任の原則が妥当する。」とあるが、検察側はこの法理の適用の根拠をどう捉えているか。
2. 4頁23行目において「共同実行が～妥当する」とあるが、その根拠はなにか。
3. 4頁24行目において「相互に共同実行の意思があり～考えるべきである」としているが、後行者に合意もなく、実行行為もない先行者の行為について、後行者に責任が問えるのはなぜか。
- 10 4. 5頁15行目において「わざわざ意思連絡～なってしまう」とあるが、意思連絡があった場合となかった場合で、当罰性に差が出る根拠は何か。
5. 6頁3行目において「暴行罪と暴行による～にはならない」とあるが、一般的近接性とは何か。そして、そこからなぜ不当に重く処罰していないという結論が導かれるのか。
6. 6頁15行目において「207条の基礎にある政策面」とあるが、検察側はこれをどのようなものだと考えているか。
- 15

II. 学説の検討

1. 承継的共同正犯の肯否について

A説:全面肯定説

- 20 共同正犯では、各共同者と実現事実との間に因果関係が必要である。したがって、自己の行為と因果関係のない先行者の行為について、後行者が刑事責任を問われるべきではない。
- したがって、弁護側はこの説を採用しない。

C説:部分的肯定説¹

- 25 この説は、一定の限定的要件のもとに、承継的共同正犯を認める学説の1つで、後行者が先行者の行為や結果を事故の犯罪遂行の手段として利用した場合には、関与前の行為及び結果について責任を問うことができるというものである。しかし、先行者の行為及び結果を自己の犯罪の遂行に利用するということが、過去に先行者が行った行為についても刑事責任を負う根拠になるとは言えない²。
- 30 したがって、弁護側はこの説を採用しない。

B説:全面否定説^{3,4}

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（成文堂,2007年）421頁以下参照。

² 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2008年）471頁以下参照。

³ 井田・前掲 473頁以下参照。

⁴ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣 2007年）349頁以下参照。

共同正犯の正犯性を肯定するには、すべての構成要件要素の実現（実現された違法事実の全体）について因果関係を持つ必要がある⁵。承継的共同正犯において、先行者の行為について、因果性を持つ行為をしていない後行者に正犯性を肯定すべきではなく、責任を問うべきではない。

5 したがって、弁護側はこの説を採用する。

2. 207 条の意義及びその適用の是非について

イ説：肯定説

10 207 条は、検察官の因果関係証明の困難を救済するための規定であり、刑事裁判の大原則の例外規定である。したがって、制限的に適用すべきである。また、207 条は発生結果について、誰も罪責を負わないことになりかねないケースで使用されることが予定されている。途中から合意が形成されるようなケースにおいては、先行者は発生結果について刑事責任を問われるのだから、予定されているケースと異なり、207 条の適用を肯定すべきでない⁶。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

15

ア説：否定説⁷

上記の理由から、弁護側はこの説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

20 第 1. X の罪責について

1. X の、A に対して暴行を加えた一連の行為につき、傷害罪(204 条)が成立しないか。

(1) 「傷害」とは人に生理機能障害を生じせしめる行為を言うところ、X は、Y 加担前の暴行のみで既に A に肋骨骨折の生理機能障害を負わせているから、「傷害した」と言え、構成要件的结果、それを発生させる現実的危険性を有した実行行為性、さらに両者間の因果関係も問題なく認められる。また、日頃の A に対する恨みを動機に本行為に及んでいるから、構成要件該当事実の認識・認容も当然あったと解すべきであり、構成要件の故意(38 条 1 項本文)も認められる。

25 (2) 違法性・責任を阻却する特段の事由はない。

2. よって X の当該行為に傷害罪が成立する。

第 2. Y の罪責について

30 1. Y が X とともに A を暴行した行為につき、傷害罪(204 条)の共同正犯が成立しないか。

2. この点に関して、A には X の単独暴行(以下「第一行為」)により肋骨骨折、XY 両者の共同暴行(以下「第二行為」)により全身打撲、擦過、鼻骨骨折の生理機能障害が生じているから、傷害罪の構成要件的结果が発生している。

⁵ 山口・前掲 350 頁参照。

⁶ 井田・前掲 59 頁,472 頁参照。

⁷ 井田・前掲 472 頁参照。

しかし、Yは第一行為に一切加担しておらず、かかる場合に第一行為による肋骨骨折の結果についても責任を負うか、すなわちYに承継的共同正犯が成立するかが問題となる。

(1) この点、弁護側は全面否定説を採用するところ、すべての構成要件の実現について因果関係を持つ行為でなければ、正犯性を肯定できず、承継的共同正犯は成立しないと解する。

5 (2) 本件では、Yが暴行現場に居合わせたのはXによる第一行為の終了した後と考えられ、第一行為に直接暴行の加担したことがないのはもちろん、傍観黙認すらしていないのであるから、Yは第一行為の因果につき一切の影響を及ぼしていないと評価するのが自然である。そして、一切の影響を及ぼしていない、つまり構成要件の実現について因果関係を持つ行為をしていないのであるから、Yは第一行為についての正犯としての責任を負わない。

10 (3) もっとも、幫助犯(62条1項)としての責任は問われないか。幫助犯は、正犯が犯罪を実行するにあたり、それを物理的または心理的に容易にする行為を行うことを必要とする。また、正犯の実行行為と幫助行為との間に因果関係を有することも必要とされる。本件において、YはXの第一行為終了後に初めて介入し、物理的幫助をしていることから、Xの第一行為とYの幫助行為との間には、因果関係がないように見える。しかし、Yの介入時点において、Xの暴行行為は存在するのであり、その完遂を助けている以上、介入前の正犯行為とYの幫助との間の因果関係についても認めることができる。したがって、Yに幫助犯としての責任を問うことができる。

3. では、承継的共同正犯が成立しないとしても同時傷害の特例(207条)により、Yの当該行為を傷害罪の共同正犯とすることはできないか。

20 この点につき、弁護側は否定説を採用するところ、本件につき本条の適用はないと解する。よって当該行為に傷害罪の共同正犯は成立しない。

4. したがってYの当該行為については、Yの「俺にもやらせてくれ」との発言やXと共同でAに不法な有形力を行使した事実から、YはXとの共謀に基づき、正犯意思のもとAに「暴行」(208条)したと言えるため、暴行罪の限度で共同正犯が成立する。また、YはXの第一行為後に、Xと共にAに暴行を加えることで、Xの実行行為を物理的に容易にしたと言えるから、傷害罪の幫助犯が成立する。以上より、Yに暴行罪の共同正犯と傷害罪の幫助犯が成立し、両罪は観念的競合(54条1項前段)となる。

IV. 結論

30 Xには傷害罪(204条)が成立。Yには暴行罪の限度で共同正犯および傷害罪の幫助犯が成立し、両罪は観念的競合(54条1項前段)となる。

以上