

・反対質問

- (1) 検察側は共同正犯の処罰根拠をいかなるものと解しているか。
- (2) B-1説とB-4説の違いは、具体的にどういった場合に生じるのか。

・学説の検討

(1) 共謀共同正犯について

B-1, B-2, B-3説は検察側と同様の理由により採用できない。

検察側の採用するB-4説については、B-1説の批判がそのままあてはまる。すなわち、「共同して実行した」とは2人以上の共同意思に基づいて犯罪を実行することをいう」ということは結局のところ共同意思主体によって犯罪が実行されることを認めており、個人責任の原則に矛盾する。

したがって、弁護側はA説（共謀共同正犯否定説）を採用する。そもそも、共同正犯における「一部行為の全部責任の原則」は、単独正犯における個々の実行行為に分解することができない行為の全体の機能的連関を考慮に入れて行為の共同現象を捉える原則である。¹とすれば、一部実行すなわち犯罪を実行したといえるためには、「全実行行為に対する司命的・機能的行為支配」がある必要がある。よって、それが認められない実行行為を行っていない者を共同正犯とすることはできない。

(2) 共犯からの離脱について

検察側の主張する説は、離脱によって当初の共犯関係が完全に解消されることは難念しづらい。すなわち「一部実行全部責任」の観点から因果性を否定できないことから、予備罪及び未遂犯とする余地はないという考え方を前提としている。しかし、一部実行全部責任の原則は、あくまで共犯関係が成立している限りで適用されるものである。では、共犯関係はどのように成立するだろうか。この点、共同正犯とは犯罪を共同して実行するものであるところ、共犯関係が成立するには共同実行の事実が存在する必要がある。そして、共同実行とは客観的に実行行為の分担を行い、(イ)共同正犯者間に意思の連絡が存在する場合である。ここで特に、同時犯罪を行った者を同時犯ではなく共同正犯とするのは、(イ)共同正犯者間に意思の連絡が存在するからである。すなわち、単独正犯の場合と比較した、共同正犯の最大の特徴は、心理的因果性による犯行への寄与という点にある。したがって、共犯関係は、行為に出ることについての意思の疎通(心理的因果性)があるときに、その行為に関して認められる「行為についての関係」であり、行為者間の永続的関係ではない。

そこで、弁護側は説を採用する。そして、説の中でも心理的因果性が欠如すれば共犯者として結果に対する責任を問うことはできないとする見解を主張する。具体的には、当初行為者甲乙間に行方をともに遂行することについて意思の合致があったが、後に乙が行方を供する意思を放棄し、甲がそれを了解したのちにさらに行為に出た場合には、甲は、乙がその行為に出ることを支持していないことを認識していたのであるから、乙は当該行為によって発生した結果に対して心理的因果関係を有せず、責任を負わないこととなる。

・本問の検討

- 1 XYZに傷害罪の共謀共同正犯が成立しないか。本問で、傷害結果はY単独で行った第二暴行から生じているため同時傷害の特例(207条)の適用がなく、X・Zに傷害罪の罪責を負わせるためには共同正犯が成立することが必要である。
- 2 この点、前述の通り、共謀共同正犯は認められない。では、実行共同正犯は、認められるか。共同実行の事実と共同実行の意思が必要とされるどころ以下検討する。
- 3 本問では、X・Y・Zは三人で制裁を加えることを目的としてAに対してもとも暴行している(第一暴行)。そのため、各行為者が(ア)客観的に実行行為の分担を行い、(イ)共犯者間に意思の連絡も存在するため、共同実行の事実が認められる。そして、XはAに制裁を加えることに同意しておりYもまた同様であると考えられることから、共同実行の意思もある。さらに、Yは第二暴行においてAの顔面を手拳で殴打するという行為を行い、かかる暴行の結果Aは加療2週間等のいくつかの傷害を負っているため、Yには傷害罪(204条)が成立する。そうだとすれば、暴行罪の共同実行を行い、傷害という加重結果が生じたのであるからX・Zもかかる結果を帰責させられ、傷害既遂の共同正犯が成立するようにも思われる。しかし、Xは第一暴行を加えた後にYの暴行が予想以上に激しかったためAをベンチに連れて行き、その後それに腹を立てたYと口論になり、Yに殴りつけられ、失神している。そして、Zも自動車で移動している途中に嫌気がさし「おれ帰るわ」といって現場から立ち去っている。
- 4 (1)そこで、X・Zには共犯からの離脱が認められないか、離脱が認められれば、離脱したものはそれ以後の共犯者の行為の責任を負わないため、X・Zは腹部を殴打するという暴行をおこなったことに関して暴行罪(208条)の罪責を追うにとどまると考えられるため問題となる。この点、共犯からの離脱は、先述のように、共犯者の一人が共同実行の意思を放棄し、他の共犯者がこれを了解し、認識していれば認められる。(2)まず、Xについて本問につきみるに、Yが第二暴行を行った時点で、XはYにより失神させられているため、その後における暴行につき認識しておらず、共同実行の意思を持ちようがない。そして、YはXが失神し、暴行に加わらないことを了解し、認識しているため、Yの暴行にはXの心理的因果性は及ばない。したがって、Xの共犯からの離脱は認められ、Aの傷害結果につきXは心理的因果関係を有せず責任を負わない。(3)次に、Zについて共犯からの離脱は認められるか。この点、ZはAを自動車に乗せてYと移動中に「おれ帰るわ」といって、立ち去っているため、犯罪行為の途中で共同実行の意思を放棄しているといえる。そして、XがZに対して犯行を続けるよう説得するなどの引き留めるような事情はないため、Zが立ち去ることにつき了解している。そのため、Xは以後の暴行を自己のみで行うことを認識している。したがって、Yの暴行にはZの心理的因果性は及ばない。よって、Zの共犯からの離脱は認められ、Aの傷害結果につきZは心理的因果関係を有せず責任を負わない。
- 5 よってXもZも共犯からの離脱が認められ暴行罪の共同正犯が成立するにとどまる。そして、検察側の論ずる通りYは、Xを失神させ生理的機能に障害を与えているため、単独でXに対する傷害罪(204条)が成立し、前述の傷害罪と併合罪(45条)となる。

・結論

以上より、YにはAに対する傷害罪の共同正犯(204条、60条)とXに対する傷害罪が成立し、それらは併合罪(45条)となる。そして、XZには暴行罪の共同正犯(208条、60条)が成立する。

以上

¹ 山中敬一『刑法総論(第二版)』(2008年)成文堂 877頁

² 町野朔「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古希祝賀『刑事法学の現代的状況』(1994年)有斐閣 136頁以下