

I. 反対尋問

1. 検察は第1暴行を実行の着手、第2暴行を傷害の実行行為であるとしているが、実行行為および実行の着手の定義をそれぞれいかにとらえるか。また、両者に違いはあるか。
2. 傷害罪の性質をいかにとらえるか(暴行罪の結果的加重犯か)。
3. 共犯の処罰根拠をいかにとらえるか。
4. 共謀の射程はどこまでか。

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯について

思うに、検察側は、B-4説を採るが、60条は、少なくとも構成要件の一部を実現する行為をもって共同したもの(実行共同正犯)のみを共同正犯とする趣旨である。共謀共同正犯を認めると、かかる法の趣旨を没却し、共同正犯を広く認めることとなる。その結果、従犯との区別が難しくなり、本来従犯として軽く処罰すべき者まで共同正犯として重く処罰する危険があるので、B説はすべて妥当ではなく、検察側の採るB-4説もこの批判を免れるものではない。

そこで、弁護側は、A説(否定説)が妥当であると解する。

2. 実行行為着手後の離脱について

- (1) そもそも、60条が一部実行全部責任の原則を認め、2人以上で共同して犯罪を実行した者をすべて正犯として処罰する根拠は、共犯者が互いに因果に影響を及ぼし合い法益侵害またはその危険を惹起する点にある。とすれば、かかる共犯者間の因果性が解消された場合には、共犯からの離脱を認め、離脱者は、離脱後の結果につき、結果を負わないと解する。
- (2) そして、いかなる場合に因果性の解消が認められるかについて、検察側はα説を採用し、心理的のみならず、物理的因果性の解消も要求している。しかし、心理的因果性が解消され、物理的因果性のみが存続しているという場合、犯行を容易にした、促進したというような物理的因果性は、共犯行為の内容とはなるが、条件関係とはいえ、共犯行為と結果との間に要求される因果性に代わりうるものではない。かかる物理的因果性の中に両者を混同することによって不当に共犯関係の解消・離脱の範囲を狭めることになるため、α説は妥当でない。
- (3) 思うに、共犯における心理的因果性とは、当該行為に出ることが支持されていることを実行者が認識することによって、支持する関与者の行為に因果関係を認めることである。とすれば、共犯者が離脱以後の実行者の行為に支持していないことを実行者が認識した以上、心理的因果性も認めることはできず、かかる場合にはもはや共犯関係は無いといえる。
- (4) そこで、弁護側はβ説を採用し、心理的因果性が解消されれば共犯関係からの離脱は認められると解する。

III. 本問の検討

1. Yの罪責について

- (1) Yは、Xを殴りつけ失神させた行為につき、人の生理的機能を害したといえ、傷害罪の罪責を負う。
- (2) また、Yは、Aの顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加え、傷害罪を負わせたことから(第二暴行)、傷害罪の罪責を負う。後述のようにX・Zとは暴行罪の範囲で共同正犯が成立する。
- (3) したがって、YはXに対する暴行罪の共同正犯(208条、60条)と(X・Z離脱後の)傷害罪(204条)の単独犯が観念的競合(54条1項)となり、Xへの傷害罪(204条)と併合罪(45条前段)となる。なお、本問においては後述のとおり、YとX、Zの間で罪名が異なるが、部分的犯罪共同説に立つので、異なる犯罪間でも、構成要件的に重なる範囲内で共同正犯は成立しうる。

2. X罪責について

- (1) XはAに対し傷害罪の共同正犯(204条、60条)の罪責を負うか。まず、弁護側はA説を採用し、共謀共同

正犯を否定する。

- (2) では、実行共同正犯は認められるか。①共同実行の事実および②共同実行の意思が認められれば実行共同正犯となるところ、以下検討する。
- (3) 本問ではXはY・Zと共同してAの腹部を殴打するなどして傷害に至らない程度の暴行を加えたことから(第一行為)二人以上の者が実行行為を共同して犯罪を実現したといえ、①共同実行の事実が認められる。また、XはYの呼びかけに応じてAの暴行に出たことから、②共同実行の意思が認められる。これらより、Xも傷害罪の共同正犯の罪責を負うとも思える。
- (4) しかし、XはYの暴行が予想以上に激しかったのでAをベンチに連れて行き「大丈夫か」などと問いかけたところ、Yと口論となった末、殴りつけられ失神させられている。かかる行為によりXは共犯から離脱したといえないか。離脱が認められた場合、それ以降の行為につき罪責を負わないから問題となる。
- (5) この点、弁護側はβ説に立ち、他の共犯者との心理的因果性が切断された場合、具体的にはi離脱の意思表示をし、ii相手方がこれを承認した場合には離脱が認められると解する。
- (6) 第一暴行の後にその予想外の激しさに「大丈夫か」などとAを心配していることから、Xにはそこまで激しい暴行を加える意思は当初からなかったと考えられ、したがって勿論Xにはこれ以上Aに暴行を加えること意思はないと考えられる。そしてYが、Aを気に掛けるXに文句を言い、YとXが口論になっていることから、二人はAの扱いに関して意見が対立しており、口論の末XがYに殴られていることからXはそれ以上Aに暴行を加える意思のないことをYに対して少なくとも黙示的に表明していると考えられ、Xのi離脱の意思表示が認められる。そしてYが失神させるほどにXを殴りつけたことから、Aに更なる暴行を加えることをXに説得することができず、もうXに協力してもらわなくていいというYの意思があると思われ、iiXに離脱意思表示の相手方たるYの承認があるといえる。したがって、XとYとの心理的因果性は切断されたといえ、共犯からの離脱が認められる。  
よってそれ以降の第2暴行に関してXは責任を負わない。
- (7) したがって、Xは第一行為の罪責すなわち暴行罪の共同正犯が成立する。

### 3. Zの罪責について

- (1) ZはAに対し傷害罪の共同正犯(204条、60条)の罪責を負うか。前述のとおり①共同実行の事実および②共同実行の意思が認められれば実行共同正犯が認められるところ、以下検討する。
- (2) ZはX・Yと共同してAの腹部を殴打するなどして傷害に至らない程度の暴行を加えたことから(第一行為)二人以上の者が実行行為を共同して犯罪を実現したといえ、①共同実行の事実が認められる。また、ZはYの呼びかけに応じてAの暴行に出たことから、②共同実行の意思が認められる。これらより、Zも傷害罪の共同正犯の罪責を負うとも思える。
- (3) しかし、ZはAを車で連行中に、Yと行動することに嫌気が差し、「おれ帰るわ」などとYに伝えて現場から立ち去っている。かかる行為によりZは共犯から離脱したといえないか。前述のとおりi離脱の意思表示をし、ii相手方がこれを承認した場合には他の共犯者との心理的因果性が切断され離脱が認められるところ、以下検討する。
- (4) Zは、Yに対して「おれ帰るわ」などと伝えたことから、i離脱の意思表示をしたといえ、Yもこれを阻止することなく、Zを帰していることから、Zの離脱につきii相手方たるYがこれを承認したといえる。したがって、ZはYとの心理的因果性を切断したといえ、共犯からの離脱が認められる。
- (5) したがって、Zは第一行為の罪責すなわち暴行罪の共同正犯が成立する。

## IV. 結論

Aに対する暴行罪の共同正犯(208条、60条)と(X・Z離脱後の)傷害罪(204条)の単独犯が観念的競合(54条1項)となり、Xへの傷害罪(204条)と併合罪(45条前段)となる。

X、ZはAに対する暴行罪の共同正犯(208条、60条)の罪責を負う。

以上