

．事実の概要

XはYからAに制裁を加えるので協力するよう求められ、Y・Zと共謀の上、Aをおびき寄せ、平成21年8月1日午後8時30分頃、X・Y・ZがこもごもAの腹部を殴打するなどの暴行を加えた(第一暴行)。Yの暴行が予想以上に激しかったので、XはAをベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけていたところ、Xのその行動に腹を立てたYと口論になり、その後YがXをいきなり殴りつけて失神させた。

そしてY及びZはXをその場に放置したままAを車にのせ約20km離れた場所まで連行したが、道中Aの処遇をめぐるYと口論になったZは「俺帰る」などとYに伝えることだけして、現場から立ち去った。

その後同日午後11時頃、同所において、YはAの顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加えて(第二暴行)傷害を負わせた。

なお、鑑定の結果、傷害は全て第二暴行により生じたことが判明している。

．問題の所在

- 1 まず、本問でX・Y・ZはAに制裁を加えようと共謀しているが、実際にはX・Zは傷害罪(204条)の実行行為は行っておらず、Yのみが傷害罪の実行行為に及んでいる。

このような二人以上のものが一定の犯罪行為を実行することを共謀し、その中の一部の者がその犯罪の実行行為に出た場合に、共謀に参加していたものにも共同正犯としての罪責が認められないか、共同実行の事実がないため共同正犯は認められないのではないか、いわゆる共謀共同正犯の成否が明文なきため問題となる。

- 2 (1) また、本問で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「俺帰るわ」といって現場から立ち去っている。

そこで、X・Zはそれ以後の共犯者の行為の責任を負わないのではないか、もしそれ以後の責任を負わないとすれば、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、いわゆる共犯からの離脱が問題となる。

- (2) そして、共犯からの離脱が認められたとした場合に、障害未遂となるのか、中止未遂となるのか、中止未遂となるとすれば刑の必要的減免を受けられる(43条但書)ため問題となる。

・学説の状況

1. 共謀共同正犯について

- A 説：共同正犯は実行行為を担当する正犯に限られ共謀それ自体は実行行為ではないとして共謀共同正犯を否定する説¹。
- B-1 説：共犯は一定の犯罪を実現しようとする共同目的のもとに、2人以上の者が共謀することによって共同意思主体を形成し、その共同意思主体の活動として、共同者中の1人以上の者が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、共同意思主体の活動が認められて共同者全員が共同正犯になるとして共謀共同正犯を肯定する説(共同意思主体説)²。
- B-2 説：共同意思のもとに一体となり、相互に了解し合っ て相手を道具として利用しあう点に正犯性を認める説(間接正犯類似説)³。
- B-3 説：共同者は実行担当者の行為を支配するから正犯者としての行為支配が認められるとする説(行為支配説)⁴。
- B-4 説：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から実行行為を分担しあった実行共同正犯の場合ばかりでなく、共同実行の意思と共同実行の事実とが認められる限り共同正犯が成立するとする説(包括的正犯説)⁵。

2. 共犯からの離脱について

- 説：犯罪発生の阻止に精一杯の努力を払った点を評価し、離脱後に他の共犯者が犯罪を遂行して発生した犯罪結果については既遂犯として罪責を問わず、予備罪、または障害未遂の限度での処罰を認めるとする説⁶。
- 説：発生した結果についての因果関係の存在を否定して、予備罪、未遂罪としての犯罪の成立を認め、中止犯を適用して刑の減免を認めるとする説⁷。

・判例

昭和51年11月2日 松江地方裁判所

殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、恐喝各被告事件

< 事件の概要 >

被告人らは対立するグループの配下の者を共謀のうえ殺害しよう と決意したが、当初殺害を実行する予定だったものが実行できないという事態をうけて、当時そのグループの若頭であったSは組

¹ 福田平『全訂刑法総論〔第三版〕』(1996) 有斐閣 254 頁

² 西原春夫『刑法総論』(1977) 成文堂 326 頁

³ 藤木英雄『刑法講義総論』(1975) 弘文堂 284 頁

⁴ 平場安治『刑法総論講義』(1952) 有信堂 157 頁

⁵ 前田雅英『刑法総論講義〔第三版〕』(1998) 東京大学出版会 412 頁

⁶ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第四版〕』(2008) 有斐閣 348 頁

⁷ 前掲・前田 462 頁

員 M に他の者達を皆連れて帰ってくることを指示したが、現場に向かった M は結局他の者達と協議の上被害者を刺殺するに至った。

< 判旨 >

「ここで留意すべきことは、共謀関係からの離脱と申すためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であって、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえないというべきである。」

・学説の検討

1. 共謀共同正犯について

(1) A 説(否定説)によると、実行行為を担当した者を支配する重要な役割を果たす物が存在する場合、あるいは対等の立場で相互に影響しあって共同実行の意思を形成しその共同意思に従って共同者の一部が実行行為を担当する場合にもこれの犯罪の実態に合わない教唆犯または幫助犯を適用する不都合な結果となる。

B-1 説(共同意思主体説)は、共同意思主体という団体が負担すべき刑事責任を団体に加入している個人に転嫁している点個人責任の原則に矛盾すること、共謀にとどまる者がなぜ共同正犯として実行担当者と同じ罪責を問われるかの根拠が明らかでないこと、共謀に参加した者はすべて共同意思主体という団体に加入しているという理由で役割如何を問わず正犯とするのは実態に即さない、という3つの点で妥当ではない。

B-2 説(間接正犯類似説)は、共謀共同においては各人がそれぞれ自己の犯罪を実現する意思のもと実行行為を共同している点で、間接正犯において他人を道具として利用することとは明らかに異なるため妥当ではない。

B-3 説(行為支配説)については、行為支配が認められるのであれば単独正犯を認めれば足りるとも考えられるのであえて共同正犯とする必要はなくなると考えられる。

(2) そもそも、共同正犯が正犯とされるのは、共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充しあって犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して遂行するという合意に基づき相互に他人の行為を利用・補充し、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて正犯とすべきであり、B-4 説(包括的正犯説)をもって妥当と解する。

2. 共犯からの離脱について

(1) この点、説では離脱は共犯関係の解消を意味するとして、離脱の時点で共同実行の事実が終了し、離脱前までの行為によって犯罪的結果が生じたのでなければ未遂となり、未遂が認められる以上は43条但書によって中止犯の適用が認められるべきだと主張する。

(2) しかし、実行に着手した以上は、離脱によって当初の共犯関係が完全に解消されてその後離脱者を除いた新たな共犯関係が成立することは観念し難く、当該共同正犯を中止させるに至

らなかった場合は中止犯とならないことは当然と解される。よって 説が妥当であると考え、離脱が認められるのは、犯罪行為の途中で共同実行の意思を放棄し自己の犯罪行為を中止するとともに、他の共同者の実行行為をも中止させようと真剣な精一杯の努力を払った中止犯の不奏功の場合と、離脱者が当該共同正犯関係に占めていた地位が受動的・消極的な時に限り、自己の犯罪行為を途中で放棄し、かつ他の共同者からの了承を得て共同者の犯行への影響が消失したとみられる場合であると解する。

・本問の検討

- 1 X・Y・Z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謀共同正犯が成立することが必要であるため、共謀共同正犯は認められるか、認められるとすればいかなる要件のもと認められるかと関連して問題となる。
- 2 この点、前述の通り、共同正犯が正犯とされるのは、共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充しあって犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して遂行するという合意に基づき相互に他人の行為を利用・補充し、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて正犯とすべきであり、その要件は 共同実行の意思、 共謀、 共犯者の一部が実行行為に及ぶことが必要であると解する(包括的正犯説)。
- 3 本問につきみるに、X・Y・Zは三人でAに制裁を加えることを共謀している。ここで傷害罪の共同実行の意思・共謀まで認められるかが問題になるも、制裁の目的は「F子がAから無理やり髪の毛をそられて山中に置き去りにされた」からであり、かかるAの行為は傷害罪(204条)にあたりうる行為及び場合によっては遺棄罪(217条)にあたりうる行為であり、それに対する制裁をしようということで共謀しているため、暴行にとどまる意思ではなく傷害の結果まで含めた共同実行の意思、3人でそれを遂げようという共謀が存在すると解されるため、要件 ・ を満たす。

そして、YはAの顔面を手拳で殴打するという行為を行い、これは顔面は脳など生命をつかさどる機能を有する器官の存する場所であり、そのような場所を拳で殴る行為は生理的機能を害する現実的危険性を有する行為であるといえる。また、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、傷害の結果も存する。そして、拳で顔面を殴れば傷害の結果が生じることは、前述のとおり顔面が生命をつかさどる器官が存することに鑑みても、社会通念上相当であるといえるため因果関係も存する。よってYには傷害罪(204条)が成立する。

そうだとすれば、共謀した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、傷害既遂の共謀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「俺帰るわ」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。

まず、本問でX・Y・Zは特に地位的身分の差はなく、無理やりYが他の二人を連れてきたのではなく積極的に三人で共同して制裁を行おうとしており、特にXはAをおびき寄せるための電話をするなど主導的に働いているため、その地位が受動的・消極的な場合とはいえない。

そうだとすれば、X・Zに共犯からの離脱が認められるのは、(ア)犯罪行為の途中で共同実行の意思を放棄し自己の犯罪行為を中止し、(イ)他の共同者の実行行為をも中止させようと真剣な精一杯の努力を払う必要があり、中止犯が不奏功に終わった場合に限られるとすべきである。

(2)まず、Xについて本問につきみるに、確かにXはAをベンチに連れて行き声をかけるなどしているため要件(ア)は満たす。

しかしXは、積極的にY・Zにこの後の暴行を止めるように説得する・説得ができないような場合であれば警察に助けを求める・警察に連絡しないまでも、少なくともAをこの場から逃がす等を行っておらず、口論がどのようなものでその後どのくらい間もなくYがXを殴りつけて失神させたかは本問事情から明らかではないが、有無を言わず一方的にすぐさま失神させたのならとにかく、ある程度の時間的余裕はAを駐車場内からベンチに移動させることができたことからわかるように、あったと考えることができる。

そうだとすれば、Xは前述のようなY・Zの実行行為をも中止させようと真剣な精一杯の努力を怠っていたといえ、(イ)は認められない。

従って、Xの共犯からの離脱は認められない。

(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「俺帰るわ」といって、Aに対する特段の救助処置をとることなく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自己の犯罪行為を中止しているといえるため(ア)は満たす。

しかし、ZはYに「俺帰るわ」といってAに特段の救助処置を行わずに立ち去っているのであり、これはYがAをベンチに連れていくなどしたXに対して逆上し、失神するほど殴りつけるまで腹を立てており、またAを自動車に乗せ場所を変えてまでさらに制裁を続けようとしており、そのYのAに制裁を加えることへの執着が並々ならぬことに鑑みても、そのままの状態のYとその制裁の対象であるAの2人を残して立ち去れば、Yがそのまま暴行をつづけAの身に危険が及ぶことは容易に想像できる。

そうだとすれば、Zはそのまま立ち去るのではなく、制裁へ執着しているYに以後のAへの暴行を止めるよう説得するか病院に連れていくように勧めるなど真剣な精一杯の努力をすべきであったといえる。また、Xが失神させられていることからそのような行為を控えるにしても、少なくとも今後もYの暴行が予想されるのであるから、自動車を降りた後Yの勢力外に出るから携帯電話等で警察に場所等を連絡しその後の救助を求めることは容易にできたと考え

られる。そのような努力さえも行わず、漫然と「俺帰る」といってその場を立ち去っている Z は到底真剣な精一杯の努力をしたとは認められず、要件（イ）は認められない。

従って、Z は共犯からの離脱は認められない。

- 5 よって X も Z も共犯からの離脱は、認められず傷害既遂罪の共謀共同正犯が成立する。

そして、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 条前段）となる。

・結論

以上より、X・Y・Z には A に対する傷害罪の共謀共同正犯（204 条、60 条）が成立する。そして、Y は単独で X に対する傷害罪（204 条）が成立し、前述の A に対する傷害罪と併合罪（45 条前段）となる。

以上