

只木ゼミ 前期第 10 問 検察レジュメ

文責：3 班

I. 事実の概要¹

X は Y から「F 子が A から無理やり髪の毛を剃られて山中に置き去りにされた」という虚実の入り混じった話を聞き、本件被害者である A に制裁を加えると打ち明けられて協力を求められた。X は、それに同意して、Y・Z と共謀の上、A を駐車場までおびき寄せ、X、Y 及び Z が、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 が A をベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけたのに対し、腹を立てて Y が文句を言い X と口論になった後、いきなり X を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 を自動車に乗せて晴海ふ頭岸壁まで連行したが、道中 A の処遇を巡り Y と口論になった Z は、これ以上 Y と行動することに嫌気がさし、「おれ帰るわ」などと Y に伝えたとえ、A に対して特段の救助的処置をとることなく、現場から立ち去った。その後、Y が A の顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加え(第 2 暴行)、傷害を負わせた。

なお、鑑定の結果、傷害は全て第 2 暴行により生じたことが判明している。

II. 問題の所在

1. 本件において第 2 暴行たる傷害罪の実行行為は Y のみによって行われていたことから、共同実行の事実を欠き、X・Z に傷害罪の共同正犯(60 条、204 条)の罪責は認められないようにも思える。もっとも、X・Y・Z には共謀があったことから、共謀共同正犯が認められるのではないか。共謀共同正犯の成否および、その要件が問題となる。
2. 本件において、X は第 1 暴行を加えた後に、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、それに腹を立てた Y に殴りつけられ失神している。他方で、Z も自動車で A を連行している最中に Y と口論になり、嫌気がさし、「おれ帰るわ」といつて現場から立ち去っている。そこで、X・Z に実行の着手後の共犯からの離脱が認められないか、離脱が認められた場合、離脱後に Y が惹起した傷害結果について責任を負わず、離脱までに惹起した傷害未遂いわゆる暴行の限度で責任を負えば足りるため、実行の着手後の離脱の肯否がその要件とともに問題となる。

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯について

A 説：否定説²

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から共謀共同正犯は認められないとする説

¹ 元判：名古屋高裁平成 14 年 8 月 29 日、最高裁平成元年 6 月 26 日

² 山中敬一『刑法総論 II』成文堂[2000] 825 頁以下

B 説：肯定説

B-1 説：共同意思主体説³

共同正犯を共同意思主体の活動と解し、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する説

B-2 説：間接正犯類似説⁴

共同意思のもと一体となって、相互に了解し合って相手を道具として利用し合う点に正犯性を認めうるとする説

B-3 説：行為支配説⁵

共謀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

B-4 説：包括的正犯説⁶

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、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

2. 実行の着手後の共犯からの離脱について

α 説：物理的・心理的因果性切断説⁷

離脱の意思の表明とその了解を得た上で、その実行行為を積極的な結果防止行為によって阻止したにとどまらず、ほかの共謀者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行われないようにすることが必要であるとする説

β 説：心理的因果性切断説⁸

着手前の離脱と同様に離脱の意思を表明して他の共犯者が了承すれば足りるとする説

IV. 判例

最大判昭和 33 年 5 月 28 日

< 事実の概要 >

実行行為を行った被告人ら C から J は、A, B も加わって、P, Q に暴行を加えることを企図し、その実行を B より指導連絡するという共謀を遂げた。被告人らは暴行を実行しようとしたが、P が所在不明だったため、B の指示により、Q の襲撃に加わることになり、Q を路上に誘い出し、Q は現場で死亡した。

< 判旨 >

³ 西原春夫『刑法総論』成文堂[1977] 326 頁

⁴ 藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂[1975] 284 頁

⁵ 平場安治『刑法総論講義』有信堂[1952] 157 頁

⁶ 大谷實『刑法講義総論〔新版第 3 版〕』成文堂[2009] 434 頁

⁷ 大谷・前掲 473 頁

⁸ 町野朔『惹起説の整備・点検』内藤先生古希祝賀『刑事法学の現代的状況』有斐閣[1994]138 頁参照

「右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」として、A,B を含め 10 名全員に傷害致死罪の共同正犯を認めた。

最高裁平成元年 6 月 26 日

<事実の概要>

Y の舎弟である X が Y と共に A を暴行し、Y に「俺帰る」と言ったのみで、A を助けるような動作を一切せずその場から立ち去り、その後の Y の暴行により A が死亡した。

<判旨>

X において格別に Y による暴行を防止するような措置を講ずることなく、共犯関係は X の立ち去りにより解消されているとはいえず、その後の Y の暴行は X との共謀によるものといえるので、X は A の死の結果についても責任を負う。

V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯について

- (1) まず A 説(否定説)は、共謀共同正犯において、実行行為を担当した者を支配する重要な役割を果たす黒幕的人物が存在する場合、あるいは対等の立場で相互に影響し合って、共同者の一部が実行行為を担当する場合に教唆犯・幫助犯で対処する。しかし、共謀者が実行者と同等ないしそれ以上の共同「正犯」としての当罰性を備えているときにも、教唆犯・幫助犯を適用するのは犯罪の実態に適合しない責任を負わせるものであり、不都合である。A 説は共同正犯を形式的に把握するあまり、現実の社会における共犯現象の多様性から遊離するものであり、妥当でない。
- (2) 次に、B-1 説(共同意思主体説)は共同意思主体という団体の責任を個人に転嫁する構成をとる点で、個人責任の原則に反する。また、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、役割の重要性の程度を問わず正犯とするのは実態に即さないし、共同正犯の範囲を広げすぎため妥当でない。
- (3) 次に B-2 説(間接正犯類似説)は、共謀共同正犯において「他人を道具として利用し合う」という関係は例外的なものである点で妥当でない。共謀共同正犯は、各人がそれぞれ自己の犯意を実現する意思のもとに実行行為を共同しているものであり、間接正犯関係とは性質を異にするのであり、B-2 説は妥当ではない。
- (4) また、B-3 説(行為支配説)は、共謀者が実行者を支配しているのであれば、実行担当者は道具にすぎず、共謀者は単独正犯となるはずなので、妥当でない。また、この説はいわゆる支配型の共謀共同正犯は説明できても、対等型の共謀共同正犯を説明することが困難になる点においても、採用することはできない。
- (5) 思うに、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・補充し合って犯罪を実現することにある。したがって、犯罪を共同して遂行するという合意(共謀)に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、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」とすべきである。

よって、B-4説をもって妥当であると解する。

2. 実行の着手後の共犯からの離脱について

- (1) 共犯の一部実行全部責任の原則は、共犯関係が成立しているかぎり適用されるものであり、共同正犯においては共同意思の下に相互利用補充関係のもと犯罪を実行するからこそ、この原則が意味を持つ。
- (2) そして、共謀関係からの離脱とは異なり、すでに共犯者の誰かが犯罪行為に着手している場合は実行者の行為によって因果の流れは確実に進行を始めているから、その因果性を断ち切るためには離脱の要件は厳格に解する必要がある。
- (3) それゆえに、実行の着手後の共犯からの離脱の場合に相互利用補充関係がないというためには、①共犯者の一人が共同関係から離脱の意思を表明し、②残余の共犯者がこれを了承し、さらに③積極的な結果防止行為によって残余者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行われることのないようにした場合にのみ、その時点で相互利用補充関係が解消されたといえる。

よって、α説が妥当である。

VI. 本問の検討

1. 総論

A に制裁を加えることを目的として、X・Y・Z によってなされた第 1 暴行、及び、Y のみによってなされた第 2 暴行から生じた A に対する傷害結果につき、X・Y・Z はいかなる罪責を負うか。

そもそも、X は Y から「F 子が A から無理やり髪の毛を剃られて山中に置き去りにされた」という虚実の入り混じった話を聞いているが、女性にとって髪の毛は男性以上に自己表現の手段として重要であり、これを剃られることにより女性が感ずる精神的苦痛は計り知れない上、A の行為は F 子をこのような悲惨な状態にした上に山中に置き去りにするという非道なものであり、F 子の仲間の X らにとって A の行為は許されざるものであった。また、第 1 暴行は駐車場にて行われていることから、暴行後直ちに自動車で他の場所に移動してより強度な制裁を加えようとしていたことが推認できる。

そうだとすれば、当初から A への制裁の目的は暴行罪(208 条)によってではなく、傷害罪(204 条)によって実現されることが予定されていたといえる。

したがって、検察側は A の腹部を殴打するなどの第 1 暴行はあくまでも傷害罪の実行の着手であり、実際に A に傷害を負わせた第 2 暴行を傷害罪の実行行為と捉える。

2. Yの罪責について

(1) Yは当初の共謀に基づいてAを手拳で殴打(第2暴行)し傷害を負わせているので、共同実行の意思・共同実行の事実が認められる。したがって、YはAに対する傷害罪の共同正犯の罪責を負う。

また、YはXを殴りつけ失神させているので、人の生理的機能を害したといえ、Xに対する傷害罪の罪責を負う。

(2) したがって、YはAに対する傷害罪の共同正犯(60条、204条)、Xに対する傷害罪(204条)の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。

3. X・Zの罪責について

(1) 第2暴行たる傷害罪の実行行為はYのみによって行われていたことから、共同実行の事実を欠き、X・Zに傷害罪の共同正犯(60条、204条)の罪責は認められないのではないか。そこで、X・Zに傷害結果を帰責させるために共謀共同正犯が認められるか否か、認められるとした場合その要件が問題となる。

この点、検察側はB-4説(包括的正犯説)を採用するため、共謀共同正犯は認められ、その要件は①共謀の事実、②共同実行の意思、③共謀者の一部の者の実行行為が必要であると解する。

これを本件についてみるに、X・Y・ZはAに制裁を加えることを共謀しているので、①共謀の事実が認められる。また、X、ZはAをおびき出すところから、実際に暴行を加えるところまで参加していることから、単なる幫助者ではなく、正犯者の1人としてお互いに協力し合って、Aに制裁を加えようという②共同実行の意思が認められる。そして、共謀者の1人であるYはAの顔面を手拳で殴打するという行為を行っているが、これは人の生理的機能を害する現実的危険性を含む行為といえるので、傷害罪の実行行為といえ、③共謀者の一部の者の実行行為が認められる。

したがって、X・Zはたとえ実行行為を分担していなかったとしても、Yが生じさせた傷害結果について帰責され、傷害罪の共謀共同正犯が成立するようにも思える。

(2) しかし、Xは第1暴行を加えた後に、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、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。他方で、Zも自動車でもAを連行している最中にYと口論になり、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。そこで、X・Zに共犯からの離脱が認められないか、離脱が認められた場合、離脱後にYが惹起した傷害結果について責任を負わず、離脱までに惹起した傷害未遂いわゆる暴行の限度で責任を負えば足りるため問題となる。

この点、検察側は実行着手後の共犯からの離脱につきα説(物理的・心理的因果性切断説)を採用するため、①離脱意思の表明、②残余の共謀者の了承、③積極的な結果防止行為によって残余者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行われることのないようにした場合に、共犯からの離脱が認められると解する。

ア. 本件 X についてみるに、XY 間には何ら明示の意思表示、承諾は見られないが、X が A をベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけたことを黙示の①離脱意思の表明、Y が X を殴りつけて失神させ、以後の X の関与を不可能にしたことを黙示の②残余の共謀者の了承と見ることもできないではない。

しかし、A に対する制裁は第 1 暴行後に車で移動した段階で本格化することが予想される本件においては、③積極的な結果防止行為によって残余者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行われることのないようにしたとはいうためには、A をベンチに連れて行くのみならず、Y に制裁の中止を促したり、自動車の鍵を隠し他の場所への移動を不可能にするなど、積極的に制裁防止に向けた努力をする必要があったといえる。それにもかかわらず、X は Y と口論をし、むしろ Y の血の気を上昇させているので、制裁防止に向けた積極的な努力は窺えない。

したがって、X については③の要件を充たさず、共犯からの離脱は認められない。

イ. 次に本件 Z についてみるに、晴海ふ頭岸壁にて Z は「おれ帰るわ」と Y に伝えているので、①離脱意思の表明は認められる。また、それに対して Y は特段に引き止める等の行為をしておらず、黙示的に離脱を了承していたといえるので、②残余の共謀者の了承も認められる。

しかし、Y は仲間である X を失神させるほど殴りつけているので、A 制裁に対する意欲は並ならぬものだったといえる。そうだとすれば、A を同所に残しておくことは非常に危険であり、Z は A を自動車に乗せて同所から逃げる等の積極的な努力をする必要があったといえる。それにもかかわらず、Z は A に対して特段の救助的処置をとることなく、現場から立ち去っているため、制裁防止に向けた積極的な努力は窺えない。

したがって、Z についても③の要件を充たさず、共犯からの離脱は認められない。

(3) 以上より、X・Z は A に対する傷害罪の共謀共同正犯(60 条、204 条)の罪責を負う。

Ⅶ. 結論

X・Z は A に対する傷害罪の共謀共同正犯(60 条、204 条)の罪責を負う。

Y は X に対する傷害罪(204 条)と A に対する傷害罪の共同正犯(60 条、204 条)の罪責を負い、両者は併合罪(45 条前段)となる。

以上