

### ・事実の概要

平成21年8月30日午後2時ごろ、XはAから金員を喝取しようと、X方において、Aに対して繰り返し暴行・脅迫を加えて金員を要求し同人を畏怖させていたところ（第一暴行）同日午後3時ごろ、Xの友人Yが上記現場に居合わせた。Yは、XがAに対し暴行を加えて負傷させた事実を認識・認容しながら、自らもこれに共同して加担する意思で、Aの顎を2回突き上げる暴行を加えた（第二暴行）。

そして、行為の重要部分は終了していたものの、その全部が終了しないうちに、ZがXにより事情を知らされないまま呼び出され現場に現れた。Zは現場においてX・Yに事情を説明され、Aを連れて金員を取りに行くように指示され、これを承諾し、Aを同行の上、同日午後4時ごろ、横浜銀行町田支店の駐車場でAから10万円の交付を受けた。

AはX方における暴行の結果、顔面擦過傷等の加療2週間を要する傷害を負った。なお、後の鑑定の結果、この傷害は第一暴行から生じたことが判明している。

X、Y、Zの罪責を述べよ。（なお、特別法は検討しなくてよい。）

### ・問題の所在

- 1 Xは、Aから金員を奪おうと暴行・脅迫を加えて同人を畏怖させ（第一暴行）さらにYはAの顎を2回突き上げる暴行を加えている（第二暴行）かかる暴行・脅迫は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであるといえるか。

相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであれば強盗罪における暴行・脅迫、その程度に至らない場合恐喝罪における暴行・脅迫となるため、その判断基準が問題となる。

- 2 また、YとZは、Xの行為に途中から加功し、犯罪を遂行している。このような場合に、いわゆる承継的共犯の成立を認め、X、Y、Zを共同正犯として処罰することができるか。自ら犯罪を実行していないのに共犯が処罰される実質的根拠（共犯の処罰根拠）共犯とは何を共同することをいうのか（共犯の本質）そして承継的共犯の肯否が問題となる。

### ・学説の状況

- 1 暴行・脅迫の程度の判断基準

A説：主観説<sup>1</sup> 被害者の主観を標準とする。

B説：客観説<sup>2</sup> 暴行・脅迫が相手方の反抗を抑圧するのに足りる程度のものか判断するについては、暴行・脅迫自体の客観的性質によるとする説。

- 2 承継的共犯の肯否

- (1) 共犯の処罰根拠

説：責任共犯論<sup>3</sup>

共犯は正犯を誘惑して墮落させ、罪責と刑罰に陥れた、あるいは墮落した心情に同調したが故に処罰される。共犯は正犯の責任に従属する。共犯の従属形式の中では、極端従属性説につながっている<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 宮本英脩『刑法大綱』（1935）弘文堂書房 357頁

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005）有斐閣 213頁

<sup>3</sup> 瀧川幸辰『改訂犯罪論序説』（1954）有斐閣 246頁

<sup>4</sup> 西田典之『刑法総論』（2006）弘文堂 314頁参照

説：違法共犯論<sup>5</sup>

共犯は他人（正犯）の社会的完全性、社会の平和を侵害し（反社会的状態惹起）正犯の行為無価値を惹起したが故に処罰される、あるいは、共犯は正犯に構成要件該当の違法な行為を行わしめたが故に処罰されるとする説。共犯は正犯の違法に従属する。共犯の従属形式の中では制限従属性説と結びついている<sup>6</sup>。この説は行為無価値型の違法共犯論と分類されることもあり、後述の修正惹起説を結果無価値型の違法共犯論と分類されることもある。<sup>7</sup>

説：因果的共犯論<sup>8</sup>

共犯者は、正犯者の行為を介して法益侵害・危険を惹起したから処罰されるとする説。この説はさらに3つに分かれる。

- |                         |  |
|-------------------------|--|
| 1 説：純粹惹起説 <sup>9</sup>  | 共犯者は、自ら法益を侵害しているとする説。  |
| 2 説：修正惹起説 <sup>10</sup> | 共犯者は、正犯者が法益を侵害するのに加担していると解する説。   |
| 3 説：混合惹起説 <sup>11</sup> | 正犯行為に構成要件該当性・違法性が認められる場合、共犯の構成要件該当性を肯定することができ、そのとき、共犯に違法性阻却事由・責任阻却事由が認められない限り、共犯が成立する。 |

## （2）共犯の本質

P 説：行為共同説<sup>12</sup>

共犯とは、犯罪遂行の一つの方法的類型にすぎないとする説。行為共同説によれば、共犯とは、自己の犯罪実現のため他人を利用することにより、自己の行為の因果的影響力の範囲を拡張するものである。共犯は、行為・因果関係を共同にすればよいのであって犯罪を共同にする必要はない。

すなわち、共犯は違法構成要件を共同にするが責任は個別であるから、各関与者の責任（故意・過失）に応じて異なる犯罪が成立することは当然だということになるのである。それゆえ、異なる罪名・構成要件についても共犯が成立し得る（数人数罪、罪名独立性）。

Q 説：犯罪共同説

2人以上のものが特定の犯罪を共同して実現する場合を共犯とする説（数人一罪、罪名従属性）。

Q 1 説：完全犯罪共同説<sup>13</sup>

全く同一の構成要件に関わる場合にしか共同正犯の成立を認めないとする説。

Q 2 説：部分的犯罪共同説<sup>14</sup>

異なった構成要件にわたる行為を共同ないし加担して行う場合においても、それらの構成要件が同質的で重なり合うものであるときは共犯を認めるべきであるとする説。

## （3）承継的共犯の肯否

甲説：全面肯定説<sup>15</sup>

完全犯罪共同説的思考から、共犯者も同一の罪名の共犯とすべきであり、後行者が先行者の行った行為およびそれから生じた結果を認識・認容した上で介入した場合には、全体について責任を

<sup>5</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）〔第3版〕』（1997）275頁

<sup>6</sup> 前掲・西田314頁参照

<sup>7</sup> 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007）成文堂406、407頁

<sup>8</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（2009）成文堂403頁

<sup>9</sup> 中山研一『刑法総論』（1982）成文堂444頁

<sup>10</sup> 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008）有斐閣244、245頁

<sup>11</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007）有斐閣300頁

<sup>12</sup> 前掲・西田373頁

<sup>13</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008）有斐閣465頁参照

<sup>14</sup> 前掲・大谷405頁

<sup>15</sup> 西原春夫『刑法総論』（1977）成文堂336頁

負うとする説。

乙説：限定肯定説

一定の要件の下に認めるもの。

乙 1 説<sup>16</sup>：後行者が先行者の行為や結果を認識・認容し、自己の犯罪遂行の手段として利用した場合には、後行者にも関与前の行為および結果につき責任を問うとする説。部分的犯罪共同説からの帰結。

乙 2 説<sup>17</sup>：共犯は、行為・因果関係を共同にすればよいのであって犯罪を共同にする必要はなく、先行者の行為の効果が後行者の関与後にも及んでおり、後行者がこれを利用する限りにおいては承継的共犯を認め得るとする説。行為共同説からの帰結。

丙説：全面否定説<sup>18</sup>

共犯の成立を肯定するためには、構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であり、承継的共犯の成立を肯定することはできないとする説。この見解によれば犯罪共同説・罪名従属性は放棄され、行為共同説が取られることになる。<sup>19</sup>

## ・判例

1 B 説を採用していると思われる判例 最高裁昭和 23 年 11 月 18 日

< 事実の概要 >

被告人らは共謀の上、被害者 X 方裏手口から屋内に侵入し、被告人 A と被告人 B はそれぞれ草刈鎌を、被告人 C はナイフを被害者 X らに突きつけ、こもごも「静かにしろ」「金を出せ」等と言って脅迫し同人を畏怖させ同人から現金等を強奪した。

< 判旨 >

「強盗罪の成立には被告人が社会通念上被害者の反抗を抑圧するに足る暴行又は脅迫を加え、それに因って被害者から財物を強取した事実が存すれば足りるのであって、所論のごとく被害者が被告人の暴行脅迫に因ってその精神及び身体を完全に制圧されることを必要としない」

2 承継的共犯を認めた判例 名古屋高判昭和 50 年 7 月 1 日

< 事実の概要 >

X は Y の A に対する融資した資金の取り立てを依頼されていたところ、A に誠意がなかったことから、X は A に制裁を加えることを企て、Y と共謀し、A を酒場に呼び出したうえ、路上に連れ出し、手拳で顔面を殴打し、身体各所を足蹴りにするなどの暴行を加えた。被告人 Z はこれを了知のうえ、X らに加担する意思を持って、A に対し暴行を加えた。A は右胸部打撲傷後胎症などの傷害を負った。

< 判旨 >

被告人は、X と Y が A に対して暴行を加えることを共謀のうえ A に対して暴行を加えたことを認識しながら、X らが重ねて暴行を加えようとした際、一連の犯行に加担する意思で、X らと意思を通じたうえ、A に対し暴行を加えた。「このような場合は、被告人は、犯行介入前の暴行についても共同正犯として罪責を負うものと解するのが相当であるから、現判示の傷害が被告人の介入の前後いずれの暴行によって生じたか明らかでないとしても、被告人は傷害罪の罪責を免れ」ない、とした。

## ・学説の検討

<sup>16</sup> 前掲・大谷 422 頁、福田平『刑法総論〔全訂第 4 版〕』有斐閣（2004）269 頁

<sup>17</sup> 前掲・西田 373 頁

<sup>18</sup> 前掲・山口 350 頁

<sup>19</sup> 前掲・西田 343,344 頁

## 1 強盗罪における暴行・脅迫の程度の判断基準について<sup>20</sup>

暴行・脅迫が相手方の犯行を抑圧するのに足りる程度のものかどうかを判断するについては、行為者が相手方の犯行を抑圧しようとするかどうかが、被害者がどの程度の恐怖を覚えたかなどの主観的基準によるべきではないため、A説は妥当でない。B説に立ち、暴行・脅迫自体の態様に加え、行為者および被害者の人数・性別・年齢・性格、さらには犯行の時刻・場所など、各種の事情を総合的に考慮した上、客観的に判断する。判例もこの基準を採用している<sup>21</sup>。

## 2 承継的共犯の肯否

### (1) 共犯の処罰根拠<sup>22</sup>

ア まず、説は、共犯現象における責任の側面を強調する考え方であるが、「誘惑・墮落」といった心情的要素を強調することは疑問がある。

また、正犯者に違法かつ有責な行為を行わせたことを要求するから、制限従属性の立場と相容れないし、共犯者の処罰根拠を正犯者の責任にかからしめている点で、責任の個別性の見地から見ても妥当でない。

イ 次に、説(違法共犯論)は、行為の違法性を強調するが、正犯行為を「行わしめた」だけでは共犯の違法性としても十分ではなく、結果無価値の側面が脱落してしまっている点で妥当でない。かりに「社会の平和」(社会的完全性)の侵害に法益侵害の側面をみるとしても、これは内容空疎な法益概念であって、実体を伴った固有の意味での法益(被害者の生命・身体・自由・財産など)とは全く性格の異なるものである。したがって、説も妥当でない。

ウ 1説(純粹惹起説)によれば、正犯行為は、なんらかの違法行為であればよく、正犯行為に構成要件該当性がなくとも共犯は成立し得るとされる。この考え方を徹底すれば、正犯はいない場合も共犯の成立を認めることになるが、構成要件という枠によって設定された処罰範囲の限定を共犯処罰という迂回路によって潜脱するものであるため、妥当でない。

また、2説(修正惹起説)によれば共犯の違法性は、正犯行為の違法性に基づくことになるが、共犯者自身にとって違法な事態を惹起することこそ共犯処罰において本質的であるし、正犯者にとって違法な事態(正犯不法)の惹起があっても共犯者にとって違法な事態(共犯不法)が実現されるとは限らない。

エ したがって、3説(混合惹起説)に立ち、正犯不法が生じていることに加えて、共犯不法を生じさせているかをも確認し、両方が肯定されていることを要件とすべきである。

すなわち、共犯の処罰根拠はあくまで、構成要件的な違法性の惹起、あるいは、構成要件という枠によって枠付けられた違法性の惹起であり、単に、法益侵害という意味での違法性を惹起すればよいというわけではないのである。構成要件該当性のないところに共犯処罰もない。正確には、関与者の誰かの行為が構成要件を充足することが、共犯の処罰根拠になると解すべきである。

### (2) 共犯の本質<sup>23</sup>

ア P説(行為共同説)は、各自の行う構成要件該当行為の間に全く重なり合いが認められない場合であっても、そればかりか、片面的共同正犯のケースのように、一方的な行為の利用関係しかない場合にも、共同正犯を肯定する。すなわち、犯罪行為としての類型性(処罰の枠)を無視することによって共犯の成立範囲を無限定なものとし、因果関係さえ肯定されれば共同正犯を認めるという結論に至るのである。したがって、特定の構成要件を共同して実現する必要はないとするP説は妥当でない。

イ また、Q 1説(完全犯罪共同説)によると、共犯の成立が狭くなりすぎてしまい、共犯制度を認めた

<sup>20</sup> 前掲・大塚 212、213 頁

<sup>21</sup> 最判昭和 24 年 2 月 8 日

<sup>22</sup> 前掲・曾根 243、244 頁

前掲・福田 258 頁

前掲・井田 481、482 頁

前掲・西田 316、317 頁

<sup>23</sup> 前掲・井田 467 頁

趣旨を没却してしまう。共犯制度を認めた趣旨である、国民の行為を規制して犯罪を予防し、法益保護によって社会秩序を維持するといった刑法の機能を全うすることができない点で妥当でない。

ウ 上述のように、共犯は、正犯の実行行為を通じて構成要件を実現し、法益侵害・危険を惹起させることにその処罰根拠があると解すべきであるから（混合惹起説）共犯というためには、共同して特定の構成要件を実現したという事実を要する。

そして、刑法の社会的機能に鑑みて共犯の成立を認める必要があるため、上述のように構成要件該当性のないところに共犯処罰もないことから考えて、各関与者の犯罪が構成要件的に重なり合う限度で共同正犯の成立を認める Q-2 説が妥当である。

### （3） 承継的共同正犯の肯否<sup>24</sup>

ア まず、丙説（全面否定説）は、共犯の成立を肯定するためには、構成要件該当事実すべてについての因果性が必要であるとする。しかし、先行者は後行者の行為を利用し、後行者も先行者の行為を利用するというように、後行者が先行者の行為を介して一定の犯罪を実現することは可能である。

イ 乙 2 説は、自己の関与行為と因果性を持たない結果について罪責を問われるべきではないと主張する。しかし、甲と乙が丙の殺害を共謀して丙に向かって発砲したところ、乙の弾が命中して甲の弾は外れた場合、甲の行為とAの死亡との間に自然的因果関係は存在しない。つまり、こうした因果関係の不存在は、共同正犯を否定する理由にはならないのである。

さらに、この見解はP説（行為共同説）からの主張だが、P説は先にも述べたとおり、共犯の成立範囲を無限定なものとする点で妥当性を欠くため、この説に立脚する乙 2 説を採用することは妥当でない。

ウ また、後行者の行為と無関係な先行者の行為および結果については、後行者が先行者の行為を介して一定の犯罪を実現したことにはならないから、甲説（全面肯定説）も妥当でない。

エ したがって、上述のように、後行者が先行者の行為を介して一定の犯罪を実現することは可能であることから考えて、乙 1 説が妥当である。すなわち、相互に共同実行の意思があり実行行為の共同の事実が認められる限り、先行者の行為および結果を後行者は承継して、両者の共同正犯が成立すると解すべきである。

## ・本問の検討

### 1 Xの罪責について

（1） XはAから金員を喝取しようと、Aに暴行・脅迫（第一暴行）を加えている。しかし、Xは、Yの行った暴行（第二暴行）には関与しておらず、また金員の交付を受けたのはZである。そこで、共同正犯（60条）が成立し、Yの行為、Zの行為の結果ともにAに帰責できないか問題となる。

この点、YもZも、Aが暴行を受け犯行抑圧状態に陥っているという、自らが介入する前の事実を認識・認容した上で自らも強取行為に加担したことから、共同実行の意思 共同実行の事実が認められる。よって強盗罪の共同正犯が成立しえ、Y・Zの行為の結果はともにXに帰責しうる。

（2） では、第一暴行および第二暴行を用いてAから10万円の交付を受けた行為は、「強取」（236条1項）にあたるか。B説（客観説）に立ち、暴行・脅迫自体の客観的性質により判断する。

XはYが介入するまで1時間にわたってAに対して繰り返し暴行・脅迫を加えて負傷させ、同人を畏怖させていた。そして、YはAが負傷していることを認識しながら、さらに暴行を加えている。

1時間にわたって暴行・脅迫を加えられて負傷し、畏怖させられていたところ、さらに別の人物が現れて2回も顎を突き上げられた場合、相手は2人であるし、Aは反抗すれば何をされるか分からず恐怖に震えるのが一般的であり、実際にAは反抗できなかった。また、たしかに外形上はA自身が10万円を交付しているものの、それはAが反抗抑圧された結果であり、Aの意思に反して奪ったものといえる。したがって、XとYの暴行・脅迫は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであり、X・Yの暴行によってAは犯行抑圧の状態となり、XらはAの意思に反して10万円という

<sup>24</sup> 前掲・大谷422、423頁、前掲・福田271頁

財物を取得したのだから「強取」といえる。

(3) そして、Zが10万円の交付を受けていることから、強盗罪の結果が発生している。また、10万円は一連の暴行・脅迫によって手渡されたものであるから、暴行・脅迫と財物奪取の間に因果関係が認められる。

(4) しかし、本問において、Xは喝取の目的でAに対する暴行・脅迫に着手している。Xに強盗罪における故意が認められるか問題となる。

この点、Xは恐喝の故意で実行に着手しているのだから強盗罪における故意は認められないとも思える。しかし、Xは1時間もAに対して繰り返し暴行・脅迫を繰り返して負傷させていることから、その暴行の程度は執拗で抵抗の隙を与えさせないものであり、さらにはYの協力を了承しAに対する抑圧を強めている状況を認識している。よって、Xは、たとえ当初は恐喝の意思であったとしても、一連の暴行・脅迫によって10万円の交付を受け、その過程において、強盗の犯意を生じたものと認めることができる。

したがって、Xに強盗罪における故意が認められる。

(5) また、XはYとともに暴行・脅迫を行った結果、Aに傷害を負わせているため、XとYには強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立する。

## 2 Yの罪責について

(1) Yも金員の交付は受けていないが、Xと同様に共同実行の意思、共同実行の事実が認められる。したがって共同正犯が成立し、Zの行為の結果はYにも帰責できる。

(2) では、YはXの行為に途中から介入しているが、Yが介入する前のXの行為についてYも責任を負うか。いわゆる承継的共犯が成立するか問題となる。

この点、乙1説は、後行者が先行者の行為や結果を認識・認容し、自己の犯罪遂行の手段として利用した場合には、後行者にも関与前の行為および結果につき責任を問うとする。

(3) 本問において、Yは、XによりAが1時間にもわたり暴行を加えられ負傷し、恐怖におののいている事実を認識・認容しながら、自らもこれに共同して加担する意思で、すでに擦過傷等の加療2週間を要する傷害を負った顔面であるAの顎を、2回突き上げる暴行を加えている。さらに第一暴行と第二暴行が相まってAの反抗を抑圧していることに鑑みて、YはXの行為を自己の犯罪遂行の手段として利用したといえることができる。よって、承継的共同正犯の成立が認められる。

したがって、Yも第一暴行における致傷の結果まで責任を負う。

(4) よって、Yには強盗致傷罪の共同正犯(240条、60条)が成立する。

## 3 Zの罪責について

(1) ZはXとYの行為に途中から介入しているが、Zが介入する前のXとYの行為についてZも責任を負うか、承継的共同正犯の成立が問題となる。同様に乙1説に立って検討する。

(2) Zは、XとYから事情を聞かされているため、事実を認識・認容していたといえる。そして、Aの反抗が抑圧されていることを利用して10万円の交付を受けている。よって、承継的共同正犯の成立が認められる。

ただし、ZはAに対して暴行を加えておらず、Aの負傷の結果をZは左右できる地位になく、致傷の結果まで積極的に利用していたとはいえないため、Q2説(部分的犯罪共同説)より、構成要件的に重なり合う強盗罪の範囲において承継的共犯の成立が認められる。

(3) よって、Zには強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)が成立する。

## ・結論

XとYには強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)、XとYとZには強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)が成立し、XとYについては強盗罪の共同正犯は強盗致傷罪の共同正犯に吸収される。

以上