

I. 事実の概要

平成22年11月12日、甲家の様子を知っていたAは、多額の負債に困窮し金銭の入手方法のにつき相談を持ちかけてきたBに対し、甲家への侵入及び金品盗取を申し向けた。

Bは、Aの教唆により強盗を決意し、遊び仲間C、D、Pと住居侵入・強盗の共謀を遂げた。

同年同月21日深夜、Bら4名は、B運転の自動車で甲方へ赴き、甲方屋内に侵入したものの、母屋への侵入方法を発見できず、甲方での強盗は断念し、隣家の乙方に侵入し強盗を続行することとした。Bは強盗の実行行為に及ぶべく自動車で待機、Cは乙方付近で見張り、DとPは窓から侵入し他の共犯者らの為の侵入口確保をした。Cは、DとPが強盗に着手する前段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行発覚を恐れ、Dに電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきた方がいい」と言う、「もう少し待って」などと言われたため、「危ないから待てない。先に帰るぞ」と伝えたところ、Dは、少しためらいながらも「わかった」と言い電話を切った。

Cは、逃走するため、Bの待機する自動車に乗り込み、車内でBと話し合い一緒に逃げることにし、両名は自動車現場付近から立ち去った。Dは、BとCが立ち去ったことを知ったものの、その後Pと共にそのまま強盗を実行し、その際加えた暴行によって乙を負傷させた。

II. 問題の所在

- B及びCは、それぞれ自動車で待機・現場付近で見張りをしていたにすぎず、なんら乙宅への住居侵入・強盗の実行行為を行っていない。そこで、実行行為を行っていない共犯者にも共同正犯(60条)が成立するか、いわゆる共謀共同正犯の肯否が問題となる。
- Cは、Dに電話で「先に帰るぞ」と伝え、「わかった」と了承を得た上、Bと共に現場から立ち去っている。そこで、B及びCに共犯関係からの離脱が認められ、それ以降の残余者D及びPの行為・結果につき責任を負わなくなるのではないかと。共犯関係からの離脱の基準が問題となる。
- B及びCに乙に対する強盗罪の共謀共同正犯が成立するとして、D及びPの暴行から生じた加重結果たる傷害についても責任を負うか。結果的加重犯の共同正犯の肯否が問題となる。(なお、これは狭義の共犯においても同様に問題となる。)
- Aは、Bに対して甲家への住居侵入・窃盗を教唆したが、実際にBは甲家への住居侵入及び乙家への住居侵入・強盗(致死)を行っており、主観的事実と客観的事実の間にずれが生じている。そこで、Aはいかなる罪責を負うか、教唆犯の錯誤の処理が問題となる。

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯の肯否

A説 肯定説

A-1説 共同意思主体説¹

共同正犯を超個人的社会的としての「共同意思主体」の活動と解し、民法上の法理によって共謀共同正犯を肯定する見解。

A-2説 間接正犯類似説²

共同意思の下に一体となり、相互に了解しあう互いに相手を道具として利用しあう点に共謀者の正犯性を認め共謀共同正犯を肯定する見解。

A-3説 包括的正犯説³

刑法60条の「共同して実行した」というのは、2人以上の者が共同の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わなくとも、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して共謀共同正犯を肯定する見解。

B説 否定説⁴

¹ 草野豹一郎『刑法要論』有斐閣[1956]118頁

² 藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂[1975]284頁

³ 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]439頁

⁴ 曾根威彦『刑法総論〔第3版〕』弘文堂[2000]283頁

共同正犯も正犯であり、正犯とは実行行為を行う者である以上、実行行為を分担しない者は共同正犯にはなりえないことから、共謀共同正犯を否定する見解。

2. 共犯関係からの離脱

A 説 共犯関係解消説⁵

共犯関係から離脱が認められるには、すでに成立している共犯関係の解消、すなわち、共犯関係にある者が離脱した後、離脱者の影響力が消滅し、新たな共犯関係ないし犯意が成立することを要するとする見解。

B 説 因果性遮断説⁶

共犯関係からの離脱が認められるには、離脱によって、離脱者の行為と残余者の行為および結果との因果関係(物理的因果性および心理的因果性)が遮断されることを要するとする見解。

3. 結果的加重犯の共同正犯の肯否

α 説 肯定説

α-1 説⁷

基本犯の共同実行と加重結果との間に相当因果関係があれば、結果的加重犯の共同正犯を肯定できるとする見解。

α-2 説⁸

結果的加重犯の加重結果につき過失を要するとする立場から、過失犯の共同正犯の問題と平行に考えて結果的加重犯の共同正犯を肯定する立場。

β 説 否定説⁹

共同正犯の成立要件たる共同実行の意思が加重結果にまで及んでいないことを理由に、共同正犯として他人の惹起した加重結果についての責任を問うことはできないとして、結果的加重犯の共同正犯を否定する見解。

4. 教唆犯の錯誤

【前提として、単独犯の錯誤と同様の処理をするものと理解されている。】

甲 説 具体的符合説¹⁰

教唆者の認識した事実と、発生した事実(被教唆者が行った犯罪)とが具体的に符合しない限り故意は阻却されるとする見解。

乙 説 法定的符合説¹¹

認識した事実と発生した事実とが法定の構成要件の範囲内で符合している限り故意は阻却されないとする見解。

丙 説 抽象的符合説¹²

およそ犯罪の意思で何らかの犯罪を行った以上、認識した事実と発生した事実とを比較して、少なくとも軽い罪について故意犯の成立を認めるとする見解。

IV. 判例

1. 共謀共同正犯の成否(最高裁昭和 33 年 5 月 28 日)

< 事実の概要 >

ABDEFI が Q に暴行を加えることを謀議し、HJK は P に暴行を加えることを謀議した。P が所在不明だったため、B の指示により HJK も Q の襲撃に加わることにした。そして、AB 以外の人により Q に暴行をした。AB に共謀共同正犯が成立するか問題となった。

< 決定要旨 >

⁵ 大谷寛『刑法講義総論〔新版第3版〕』成文堂[2009]472頁

⁶ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』有斐閣[2007]352頁

西田典之『刑法総論〔第2版〕』[2010]368頁

⁷ 藤木・前掲 93,293頁

⁸ 大谷・前掲 420,421頁

⁹ 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)〔第2版〕』成文堂[2005]331頁

¹⁰ 山口・前掲 204,205,342~345頁

¹¹ 大谷・前掲 182~185,466~468頁

¹² 内藤謙『刑法講義総論(下)I』有斐閣[1991]967頁以下参照

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって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、直接実行行為に關与しない者でも、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。」

2. 共犯からの離脱(最高裁平成元年 6 月 26 日)

<事実の概要>

XはAに対して暴行する意思をYと通じ、暴行を加えた。そして、Xは「おれ帰る」と言って帰ったが、Yはその後もAに対して暴行を加えた。その後Aは死亡したが、死の結果がXの暴行により生じたものかYの暴行から生じたものかは明らかにはならなかった。Xに共犯の離脱が認められるか問題となる。

<決定要旨>

「Yとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできずその後のYの暴行も右の共謀に基づくものと認めることが相当である」として、共犯関係の解消を認めずXに共犯の離脱を否定した。

3. 結果的加重犯の共同正犯の肯否(最高裁昭和 26 年 3 月 27 日)

<事実の概要>

被告人ABCDは強盗を共謀し、実行に移したが、AとBは警察に追われる経緯に至った。そして、Aは逮捕されたが、Bはなおも逃走し、同所から40メートル離れた道路で追跡してきた警察官に追いつかれ、逮捕されそうになった。そこでBは逮捕を免れるために、所持していた鰻包丁で同巡査を切りつけ、死亡させるに至った。B以外のCらはBの行為の責任を負うか。

<決定要旨>

相被告人B被告人Cと共謀のうえ、強盗に着手した後、家人に騒がれて逃走し、泥棒、泥棒と連呼、追跡され逃走中、警察官に発見され、追いつかれて、まさに逮捕されようとした際、逮捕を免れるため、同警察官に数回切りつけ、ついに死に至らしめたものである。されば、右Bの傷害致死行為は強盗の機会においてなされたものと言わなければならないのであって、強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において、為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものである」として結果的加重犯の共同正犯を認めた。

4. 構成要件的故意の事実の錯誤(最高裁昭和 25 年 10 月 10 日)

<事実の概要>

正犯が人に傷害を加えるべきことを認識して幫助したところ正犯が殺意をもって人を殺害した場合におえる幫助者の罪責

<決定要旨>

正犯が、被害者に傷害を加えるかもしれないと認識しながら、匕首を貸与してこれを幫助したところ、正犯において殺人の意思をもって該匕首により右被害者を刺し殺した場合には右幫助者は、傷害致死幫助として、205条、62条1項をもって、これを処断すべき。

V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の肯否

まず、共謀共同正犯を否定するB説は、いわゆる支配型における大物や、対等型における実行行為を担当しなかった者を、せいぜい教唆犯ないし幫助犯でしか処断できない事となり、犯罪の実態に即した適切な処罰が不可能となることから不都合である。

したがって、共謀共同正犯を肯定するA説を採用すべきである。

もっともA-1説は、共同意思主体という団体が負う刑事責任を、その構成員たる個々人に転嫁するという論理構成を採るが、これは個人責任の原則に矛盾する。また、共謀により共同意思主体に加入したにすぎないものが、共同正犯として実行担当者と同じ罪責を問われるかにつき根拠が明らかでない。以上の点から、A-1説は採用しえない。

また、A-2説は、「他人を道具として利用し合う」という関係を基礎におくが、かかる双方向的な関係は一般的に認めがたい。とすると、間接正犯における理論を応用するだけでは、上述の支配型は説明できても、対等型は説明しえないこととなり、共謀共同正犯を理由づける理論としては不十分である。以上の点から、A-2説は採用しえない。

思うに、共同正犯が「正犯」とされ一部実行責任を負うのは、共同実行の意思の下に、相互に他人の行為を利用・補充しあって(相互利用補充関係)犯罪を実現することにある。とすれば、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といえるのであれば、実行行為を分担しない者がいる共謀共同正犯の場合にも、すべて正犯とすべきである。

よって、A・3説が妥当であると考える。

2. 共犯関係からの離脱

B説は、因果関係の遮断を基準に共犯関係からの離脱を判断するが、共同正犯の本質は因果関係の擬制にあるところ、共犯者各人の行為と結果との因果関係の存在がないもしくは不明な場合であっても共犯者全員に結果が帰責され共同正犯として処断されるにもかかわらず、離脱によって因果関係の遮断された行為及び結果について離脱者に帰責できないとすることは不自然である。また、B説は共同正犯における一部実行全部責任の根拠を共犯者は正犯者の実現した結果を共に惹起したがゆえに処罰されるという因果的共犯論(惹起説)に求めるが、これは“正犯ではない”狭義の共犯を前提とするものであり、“正犯である”共同正犯においても同様に妥当するかは疑問である。

思うに、共同正犯における一部実行全部責任の根拠は相互利用補充関係にあり、狭義の共犯の処罰根拠は正犯者の実現した結果を共に惹起した関係にあるところ、離脱によってこれらの関係を解消してはじめて、離脱者はそれ以降の残余者の行為及び結果につき責任を負わないとするのが自然である。すなわち、相互利用補充関係や正犯者の実現した結果を共に惹起した関係という「共犯関係」の解消の有無を、離脱の成否の基準とすべきである。

したがって、A説が妥当であると考える。

3. 結果的加重犯の共同正犯の肯否

まず、β説は、加重結果に共同犯行(共同実行)の意思が及んでいないことを理由に結果的加重犯の共同正犯を否定するが、基本行為につき共同実行の意思が及んでいるのであれば、共同実行した基本行為はすなわち自己の犯罪行為と同義であるのだから、それから生じた加重結果を帰責出来ないとするのは不自然である。また、同時傷害の特例を定める207条は、「2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、…、共同して実行した者でなくとも、共犯の例による。」と定めているが、結果的加重犯の共同正犯を否定するのであれば、共犯の例によるとしても暴行罪の加重結果たる傷害を各人に帰責出来ないこととなり、β説からはこの規定の存在意義が説明できない。

また、α-1説は、前提として責任主義の観点から結果的加重犯を故意犯と過失犯の結合形態として捉えるが、そもそも結果的加重犯はその基本行為自体が性質上重い結果を発生させる高度の危険性を内包しており、その行為の持つ危険性の射程範囲内で生じた結果につき行為者に責任を問うことは、過失を要するという限定を殊更に加えずとも責任主義に反するとは言えない。また、過失犯の共同正犯の肯否に関しても争いのあるところである。したがって、α-2説は採用することができない。

思うに、結果的加重犯については基本行為と加重結果との間に相当因果関係があれば足りるのであるから、基本行為を共同実行している以上、かかる基本行為から相当因果関係の範囲内で生じた加重結果については共犯者各人に帰責し得るものと解する。

したがって、α-1説が妥当である。

4. 教唆犯の錯誤

まず、丙説(抽象的符合説)は、そもそも構成要件という枠を放棄する見解であるが、かかる見解は、構成要件の持つ故意の規制機能を無視するものであり、もはや特定の犯罪についての故意は観念しえず、故意の成立範囲を適切に画することができなくなることから妥当ではない。

次に、甲説(具体的符合説)は、法益主体の相違等を重視する見解であるが、故意の成立範囲を不当に狭く捉えすぎるきらいがある。また、客体の錯誤と方法の錯誤とで取り扱いを分けるが、両者を明確に区別するのは時として困難である点、区別する根拠が不明確である点、から解決基準としては不十分である。

思うに、故意責任の本質は、規範に直面したにも関わらずあえて犯罪行為に出るという反規範的人格態度に対する道義的非難である。そして、規範は構成要件の形で与えられている。とすると、認識した事実と発生した事実とが法定の構成要件の範囲内で符合していれば、その限りにおいて規範に直面しえたのだから、かかる範囲で故意責任を問いうる。

したがって、乙説(法定的符合説)が妥当である。

VI. 本問の検討

第1. Dの罪責について

1. Dは共同実行の意思に基づき、甲宅に侵入している。これは正当な理由なく人の住居に侵入しているといえ、住居侵入罪の共同正犯(130条、60条)が成立する。(①)
2. 次にDは乙宅に侵入している。そして甲宅から乙宅へ目的地を変更したに過ぎないので共謀は未だなお断絶していない。よって、Dには、後述のとおり乙宅の住居侵入罪の共謀共同正犯(130条、60条)が成立する。(②)
3. さらに、Dは強盗を実行し、その際乙に傷害を与えているので、Dのかかる行為は強盗致傷罪に該当し、後述のとおり、強盗致傷罪の共謀共同正犯(240条、60条)が成立する。(③)
4. そして、②と③は手段と目的の関係にあるので、牽連犯(54条1項後段)となり、①とは併合罪(45条)となる。

第2. Cの罪責について

1. CはDらと共に、共同実行の意思の下、甲宅に侵入しているので、住居侵入罪の共同正犯(130条、60条)が成立する。(①)
2. 次にDらは、乙宅へ侵入しているが、乙宅への住居侵入罪の共謀共同正犯成立するか。まず共謀共同正犯の肯否が

問題となるも、検察はA説を採用するので、共謀共同正犯は肯定される。

そして、本問で共謀共同正犯は成立するか。

この点、検察はA-3説を採用し、具体的には、ア.正犯意思、イ.共謀、ウ.共謀に基づく実行行為の要件を満たした場合には共謀共同正犯が認められるとする。

本問においてCは乙宅付近で見張りをしているが、Dらの乙宅侵入に賛同し、自ら見張りとなっているので正犯意思は認められる(ア)。次に、共謀は甲宅であるが、その後乙宅に侵入しようとしているので共謀に断絶はなく、共謀は認められる(イ)。そして、DとPは共謀に基づいて乙宅へ侵入しているので共謀に基づく実行行為は認められる(ウ)。

したがって、Cに乙宅の住居侵入の共謀共同正犯が成立する(130条、60条)。(②)

3. (1)さらにCに乙への強盗罪の共謀共同正犯が成立しないか。上記三つの要件を検討する。

Cは強盗の実行行為はしていないが、強盗に賛同し、自ら見張りをしているので正犯意思が認められる(ア)。次に、甲への強盗であったが、乙に切り替わっただけで、共謀ははまだ継続しているといえる(イ)。そして、Dらは共謀に基づいて強盗の実行行為を行っている(ウ)。

したがって、上記要件を満たすのでCには、強盗罪の共謀共同正犯が成立するようにも思える。

(2)もっとも、Cは犯行の発覚をおそれ、Dに先に帰ると告げている。このことからCに共犯からの離脱が認められないか。

この点、検察は共犯からの離脱を共犯関係が解消されたとき、つまり相互利用補充関係の解消が認められた時とする、A説を採用するので、本問においてかかる関係の解消があるかどうか検討する。

CはDに電話をして、「先に帰る」と告げていて、Dも「わかった」と了承しているが、相互利用補充関係は共犯者全員に及ぶものであって、Dとの相互量補充関係が切れたとしても、Pには了承を得てないのでいまだ相互利用補充関係は存在している。

したがって、相互利用補充関係の解消は認められず、Cは共犯からの離脱は認められない。

よって、Cには、強盗罪の共謀共同正犯(237条、60条)が成立する。

- (3)もっとも離脱が認められないにしてもCは乙の致傷の結果まで負うか。結果的加重犯の共同正犯が認められるか。

検察はα-1説を採用する。

本問において、基本犯であるDの強盗という行為がなければ、乙は傷害を負うことはなかったので、条件関係が認められる。そして、強盗の機会に過度に暴行を行い、傷害を負わせることは起こり得ることといえ、社会通念上相当といえる。

したがって、結果的加重犯の共同正犯が認められ、Cは強盗致傷罪の共謀共同正犯(240条、60条)が成立する(③)

4. 以上より②と③は目的手段の関係にあるので、牽連犯(54条1項後段)となり、①と併合罪(45条)となる。

第3. Bの罪責について

1. Bは共同実行の意思に基づいて、甲宅へ住居侵入しているので、住居侵入罪の共同正(130条、60条)が成立する。(①)

2. 次に共謀に基づいて乙宅の住居へ侵入しているが、Bに乙宅の住居侵入罪の共謀共同正犯が成立するか。三つの要件を検討する。

Bは本問実行行為の首謀者であり、Bは強盗を行うべく車の中で待機していて、乙宅への住居侵入に対して賛同している。したがって、正犯意思が認められる(ア)。次に共謀があるかであるが、甲宅への住居侵入の共謀から乙宅への住居侵入に切り替わっただけであり、共謀は断絶していないので、共謀はある(イ)。そして、Dらは共謀に基づき住居侵入という、実行行為を行っている(ウ)。

したがって、三つの要件を満たし、共謀共同正犯が成立する。

よって、Bに乙宅への住居侵入罪の共謀共同正犯(130条、60条)が成立する。(②)

3. (1)さらにBに強盗罪の共謀共同正犯が成立しないか。上記三つの要件を満たすか検討する。

まず、Bは多額の負債に困窮していたことから、金品奪取の意思を生じ、CDPに強盗の実行を働きかけた、本問実行行為の首謀者であり、また強盗の実行行為にしようとして、車の中で待機しているので、正犯意思が認められる(ア)。次に、甲への強盗から乙への強盗に切り替わったのみで、共謀はある(イ)。そして、かかる共謀に基づいて、Dらは強盗の実行行為を行っている(ウ)。

したがって、三つの要件を満たし、共謀共同正犯は認められるようにも思える。

(2)もっとも、Bは途中でCとともに帰っていることから共犯からの離脱が認められないか。上記のように相互利用補充関係の解消があるかどうかを検討する。

本問ではBはCと一緒に逃げていただけで、相互利用補充関係はDともPとも解消されていない。仮に

Dが、Bが立ち去ったことを知ったことを相互利用補充関係が切れたとみても、Pとの関係が解消されていないの

で、相互利用補充関係はなお認められる。

したがって、共犯からの離脱は認められない。

(3)そして結果的加重犯の共同正犯が問題となるが、Cと同様に認められる。

(4)したがって、結果的加重犯の共同正犯は認められ、Bは強盗致傷罪の共謀共同正犯(240条、60条)が成立する。

(3)

4. 以上より、③と④は目的と手段の関係なので、牽連犯(54条1項後段)となり、①と併合罪(45条)となる。

第4.Aの罪責について

1. AはBをそそのかして、甲宅へ侵入することを実行するように働きかけているので、「人を教唆」するにあたる。そして、実際にBは甲宅へ侵入している。

また、AがBをそそのかさなければBは実行しなかったといえるので、Aの教唆行為とBの実行行為に因果関係はある。

したがって、Aに甲宅への住居侵入罪の教唆犯(130条、61条)が成立する(①)。

2. 次にBは乙宅に侵入しているが、Aに住居侵入罪の教唆犯が成立するか。

(1)Bの実行行為はAの教唆行為に基づくもので因果関係は認められる。

(2)もっともAが教唆したのは甲宅であることから、具体的事実の錯誤があり構成要件の故意が認められるか問題となる。

この点検察は乙説を採用するので法定の構成要件の符合する範囲で認められる。

本問においては甲宅の住居侵入をしようとして、甲宅に侵入したので、同一構成要件内の錯誤であり、人の住居に侵入という規範には直面している。

そして法定的符合説では故意が構成要件の中で抽象化される以上、故意の個数は考慮しないと解する。

したがって、構成要件の故意は認められる。

よって、Aに乙宅への住居侵入罪の教唆犯が成立する。(②)

3. 次にAはBに窃盗の教唆をしたがBは強盗を実行している。このように主観と客観に異なりがある場合に、何罪

が成立するか問題となる。

この点、Aは「行為の時に重い罪」たる強盗罪の教唆犯「にあたることとなる事実を知らなかった者」といえるから、38条2項により、「重い」罪たる強盗罪の教唆犯は成立しない。

では軽い罪、窃盗罪の限度で客観的構成要件該当性が認められないか。

①行為と②保護法益に重なり合いがあるか。

本問では両者の行為は他人の意思に反して財物を奪取する点で重なり合いがある。(①)次に保護法益であるが、両方とも他人の財物であり重なり合いが認められる。

以上より窃盗罪の教唆犯(235条、61条)が成立する。(③)

4. したがって、①と②と③は一つの行為で二つ以上の罪にあたるので、観念的競合(54条1項前段)となる。

VII. 結論

1. Dは、甲宅への住居侵入罪の共同正犯と乙宅への住居侵入罪の共謀共同正犯とが牽連犯となり、甲への強盗致傷罪の共謀共同正犯とは併合罪となり、その罪責を負う。

2. Cは、甲宅への住居侵入罪の共同正犯と乙宅への住居侵入罪の共謀共同正犯とが牽連犯となり、甲への強盗致傷罪の共謀共同正犯とは併合罪となり、その罪責を負う。

3. Bは、甲宅への住居侵入罪の共同正犯と乙宅への住居侵入罪の共謀共同正犯とが牽連犯となり、甲への強盗致傷罪の共謀共同正犯とは併合罪となり、その罪責を負う。

4. Aは、甲宅への住居侵入罪の教唆、乙宅への住居侵入の教唆、窃盗罪の教唆とが、観念的競合となり、その罪責を負う。

以上