

## I. 事実の概要

Y男とZ女は、スナック経営者を睡眠薬で昏睡させ金品を奪う行為を繰り返していたが、遊び友達のX女にも昏睡強盗の計画を持ちかけ、三人でスナックSに行き、他の客が帰ったところで経営者Aに酒を勧め、さらにAのグラスに睡眠薬を入れて飲ませた。しかし、Aは意識が朦朧とし始めたものの、眠り込むまでには至らなかったため、Yは待ち切れず、Aの顔面を手拳で数回殴打し、さらに一回足蹴にしたため、同人は頭部顔面外傷の傷害を負い、気絶した。そして、Y及びZは、Aのバッグの中から現金等を奪い、Xも、Zに促されて、CD数十枚と、現金数千円を奪った。

なお、YがAに対して暴行を加え始めた際、Xはトイレに行っており、YがAに暴行を加えるとは思っていなかった。

## II. 問題の所在

本問において、先行行為者Yらが専ら暴行を加え、被害者Aの反抗を抑圧し、右暴行により傷害を与えた後に、後行行為者が財物奪取を共同して行っている。このような場合、後行行為者について、加功前の事実をも含めた強盗致傷罪の共犯の罪責を問うのか。承継的共同正犯が問題となる。そして、認められたとしても、どの範囲で承継的共同正犯が認められるか、共同正犯は何を共同するのかと関連して問題になる。

また、本問において、ZはYが暴行を加えるのを見ており、その後財物奪取を行っている。このような場合、Zに強盗罪が成立するか、そして成立した場合に、結果的加重犯の共同正犯が認められるか問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 共同正犯は何を共同するのか。

甲説：行為共同説<sup>1</sup>

構成要件を離れた「行為」を2人以上の者が共同を行い、各自が自己の犯罪を実現すると考える説。

甲1説：前構成要件的行為共同説<sup>2</sup>

前構成要件的行為を共同に行えば、共同正犯になるとする説。

甲2説：やわらかい行為共同説<sup>3</sup>

成立する犯罪の構成要件の重要部分を共同すれば、共同正犯になるとする説。

乙説：犯罪共同説<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』（東京大学出版会,2004年）393頁。

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社,1997年）390頁。

<sup>3</sup> 前田・前掲 394頁。

<sup>4</sup> 井田良『講義刑法学 総論』（有斐閣,2010年）465頁

複数者の行為が同一の犯罪に関わり、同一の犯罪をともに行おうとする合意があつてはじめて共同正犯が成立すると考える説。

乙1説：完全犯罪共同説<sup>5</sup>

全く同一の構成要件に関わる場合にのみ共同正犯の成立を認めるとする説。

乙2説：部分的犯罪共同説<sup>6</sup>

複数の者が異なった構成要件に該当する行為を行う場合でも、それらの構成要件が同質的で重なり合うときは、その重なるの範囲内において共同正犯の成立を認める説。

## 2. 承継的共同正犯を肯定すべきか否か。

A説：全面肯定説<sup>7</sup>

後行行為者は関与前の行為についても責任を負うとする説。

B説：全面否定説<sup>8</sup>

後行行為者は関与前の行為については責任を負わないとする説。

C説：限定肯定説

原則として後行行為者は関与前の行為については責任を負わないが、例外的に後行行為者は関与前の行為についても責任を負うとする説。

C1説：利用補充関係説<sup>9</sup>

先行行為者と後行行為者の間に相互利用補充関係が肯定できる場合に限って、後行行為者は関与前の行為についても責任を負うとする説。

C2説：因果性説<sup>10</sup>

先行行為者の行為が後行行為者の関与後にもなお効果を持ち続けている場合に限って、後行行為者は関与前の行為についても責任を負うとする説。

## 3. 結果的加重犯の共同正犯が認められるか。

a説：肯定説

a-1説：基本犯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を肯定できるとする説<sup>11</sup>。

a-2説：加重結果につき過失を要求する説<sup>12</sup>。

<sup>5</sup> 井田・前掲 465 頁。

<sup>6</sup> 井田・前掲 466 頁。

<sup>7</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（成文堂,2009年）422頁参照。

刑法判例百選I 総論〔第6判〕別冊ジュリスト 84 承継的共犯 只木誠著

「これまで裁判例に現れてきた承継的共犯の事例は、殺人罪、傷害・傷害致死罪、監禁罪、略取罪、強姦罪・強姦致傷罪、詐欺罪、恐喝罪、強盗致死罪などに関するものであるが、そこでは、否定説の論理を貫徹した上で承継的共犯の成立を否定しているものはほとんど見受けられず、おおむね肯定説、ないし近時は中間説の立場が採られている」とあるように、承継的共犯を広く認める立場が採られている。

<sup>8</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣,2007年）350頁。

<sup>9</sup> 大谷・前掲 422 頁。

<sup>10</sup> 川端博『刑法総論講義〔初版〕』（成文堂,1996年）538頁。

<sup>11</sup> 藤木英雄『刑法講義総論〔初版〕』（弘文堂,1975）292頁。

<sup>12</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（成文堂,2009）419頁。

b 説：否定説

結果的加重犯の共同正犯を否定する説<sup>13</sup>

#### IV.判例<sup>14</sup>

大阪高裁昭和 62 年 7 月 10 日判決

〈事実の概要〉

Z と Y は共謀の上、被害者 A を A の居室及び組事務所へ連行するタクシー内で暴行を加え、組事務所内においても V と共謀の上、木刀等で顔面や頭部に暴行を加え、障害を負わせた。被告人 X は A の流血等を見て事態の成り行きを察知し、A の顎を手で 2, 3 回突き上げる等の暴行を加え、Y も A の顔面を手拳で 1 回殴打した事案。

〈判旨〉

「承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、その行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である」とした上で、「行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思であったとか、これを現実にそのようなものとして利用したと認めることは困難である」。

#### V. 学説の検討

##### 1. 共同正犯は何を共同するのか。

(1) 甲説は構成要件を離れた行為を行えば、共同正犯が成立すると考えるが、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や、片面的共同正犯のような一方的な行為の利用関係しかない場合にも、共同正犯を肯定してしまう。すなわち、甲説によれば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、甲説は妥当でない。

(2) では、乙 1 説はどうか。乙説は、同一の構成要件に該当する場合のみ成立を認め、共犯の成立の範囲を限定しているが、その成立範囲があまりに狭すぎる。

この点、乙 2 説は構成要件が同質的で重なり合う場合は、その重なり範囲内において共同正犯の成立を認めており、妥当である。

(3) よって、検察は乙 2 説を採用する。

##### 2. 承継的共同正犯を肯定すべきか否か。

まず、B 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因果性が必要であり、

<sup>13</sup> 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)〔第 2 版〕』(成文堂,2005)331 項。

<sup>14</sup> 高等裁判所刑事判例集 40 卷 3 号 720 頁。

構成要件該当事実の一部についての因果性では足りないとして、承継的共同正犯の成立を否定する<sup>15</sup>。

しかし、先行行為者は後行者の行為を利用し、後行行為者も先行行為者の行為を利用するというように、後行行為者が先行行為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のだから、常に承継的共同正犯の成立を否定するのは妥当ではない。したがって、B説は採用できない。

もともと、常に承継的共同正犯が成立するとすれば、後行行為者の行った行為と無関係な先行行為者の行為及び結果についても後行行為者に責任を負わせることになり、妥当でない<sup>16</sup>。したがって、A説も採用できない。

とすれば、承継的共同正犯の成立を限定的に肯定しようとする立場であるC説が妥当であるといえる。では、いかなる場合に承継的共同正犯を肯定することが出来るか。

この点、C2説は承継的共同正犯の成立を先行行為者の行為が後行行為者の関与後にもなお効果を持ち続けている場合には、後行行為者の行う行為は違法結果を左右しえ、因果的影響力があるから承継的共同正犯の成立を肯定するとする。

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て、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ような場合であっても共同正犯は成立するため、C2説の論拠は妥当でない。したがって、C2説も採用できない。

思うに、一部実行全部責任の根拠は、行為者が互いの行為を利用・補充し合って特定の犯罪結果発生危険を惹起する点にあるから、後行行為者が先行行為者の行為等を自己の犯罪の手段として積極的に利用する意思の下に犯罪の途中から関与し、先行行為者の行為等を利用した場合には相互利用補充関係を認めるべきである。よって、C1説が妥当である。

### 3. 結果的加重犯の共同正犯が認められるか。

思うに、結果的加重犯は基本行為それ自体が重い結果をもたらしかねない程の危険性を有しており、その基本犯を共同して実行しているとする以上、そこから発生した結果についても責任を負うべきである。したがって、a説が妥当である。

そして、基本犯について共同していればその基本犯の射程の範囲内、つまり相当因果関係を有する結果について行為者の責任に帰せしめうることは当然であり、過失の有無を論じる必要はない。また、故意犯である結果的加重犯と過失犯とを平行に考えることはできずa-2説は妥当でない。

したがって、検察側はa-1説を採用する。

## VI. 本問の検討

### Yの罪責について

Yの、住居用以外の建物であるスナックSに昏睡強盗の目的を秘して正当な理由なく侵入した行為につき、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

Yの、XとZと共同してAに睡眠薬を飲ませ、金品を奪おうとした行為について、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239条、243条、60条)が成立する。

<sup>15</sup> 山口・前掲350頁。

<sup>16</sup> 大谷・前掲423頁。

そして、YはAの財物を強取する意思の下、Aの顔面を手拳で数回殴打し、一回足蹴にして、気絶させており、暴行脅迫を行ったといえ、強盗罪の着手がある。その後Z・Xとともに財物の奪取を行っている。

その上、Yはその際に強盗の手段たる暴行によって、Aに頭部顔面外傷の障害を負わせており、かかるYの行為には強盗致傷罪(240条前段)が成立する。

### Zの罪責について

(1) Zが住居用以外の建物であるスナックSに昏睡強盗の目的を秘して正当な理由なく侵入した行為につき、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

(2) Zの、XとYと共同してAに睡眠薬を飲ませ、金品を奪おうとした行為について、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239条、243条、60条)が成立する。

(3) それでは、YがAを気絶させた後に、YとともにAの財物を強取した行為につき、強盗罪の共同正犯が成立するか。「共同して犯罪を実行した」というためには、共同実行の意思と共同実行の事実が必要とされるところ、Zに共同実行の意思と共同実行の事実が認められるのか問題となる。

本問において、ZはYが当初の共謀内容に反してAに対して暴行を加え始めた際に、それを止めることなくその現場に立ち会っている。そして、そもそもZらはAの反抗を抑圧して財物を奪取することを計画していたのであるから、Zは、Yが暴行を行ったことをただ認識しているだけではなく、その暴行がAから財物を奪取するために行われているのだということについてまでも認識しているといえる。そうだとすれば、Aに暴行を加えて財物を奪取しようとしたYと、当該暴行とその目的を認識しながら、あえてそれを止めることなく現場にいたZとの間には、強盗を行おうとする新たな共同実行の意思が生じたことが認められる。

そして、Zは強盗を共同する意思のもとでYとともにAのバッグから現金等を奪っており、共同実行の事実も認められる。

したがって、Zの、YがAを気絶させた後に、YとともにAの財物を強取した行為につき強盗罪の共同正犯が成立する。

(4) では、Zは暴行による致傷の結果についても責任を負うか。結果的加重犯の共同正犯が認められるか問題となるも、この点につき検察側はa-1説を採用する。

本問においては、そもそも基本犯たる強盗がなければ、その手段たる暴行によって頭部顔面外傷の傷害は負わなかったのであるから、両者の間には条件関係があるといえる。そして、その強盗の手段たる暴行は、頭部という防御が困難な部位を複数回殴打し一回足蹴にするという強度なものであり、そのような暴行から当該結果が生じることは、社会通念上一般に認められることである。

したがって、基本犯たる強盗罪と頭部顔面外傷という加重結果の間には相当因果関係が認められるから、Zは暴行による致傷の結果についても責任を負う。

(5) よって、Zの、YがAを気絶させた後に、YとともにAの財物を強取した行為には、強盗致傷罪が成立する。

### Xの罪責について

(1) Xの、住居用以外の建物であるスナックSに昏睡強盗の目的を秘して正当な理由なく侵入した行為

につき、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

(2) Xの、YとZと共同してAに睡眠薬を飲ませ、金品を奪おうとした行為について、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239、243条、60条)が成立する。

(3) それでは、Aの財物を強取した行為につき、強盗罪が成立するか。

XはY及びZの行為に途中から介入しているが、Xが介入する前のYとZの行為について、Xも責任を負うか、承継的共同正犯の成立の可否が問題となる所、検察側はC1説を採用する。

この点につき、Aは外傷を負い気絶していたのであるから、XはY・Zの暴行行為によってAの反抗が抑圧されている事について認識しうる。その上、Xはかねてから財物奪取をYらと計画していたのみならず、今回の犯行を自ら提案した者であるから、財物を奪取する際には、積極的にAの反抗抑圧状態を利用する意思があったといえる。

かかる状況においてXは、Yが行ったAに対する暴行、その結果たる反抗抑圧状態という事実を利用して、自らCD数十枚と現金数千円を奪い、財物奪取行為に関与した時点で、それまでのYの暴行およびその結果たる反抗抑圧状態を自己の犯罪遂行の手段として利用したといえる。そのため、自己の強盗の手段としてAの反抗抑圧状態を積極的に利用する意思のもとに犯罪の途中から関与したといえ、先行行為者たるYの行為を利用しているため、相互利用補充関係は認められる。

よって、強盗罪の承継的共同正犯の成立が認められる。

もっとも、XはAに対して暴行を加えておらず、Aの負傷の結果をXは左右できる立場にないため、致傷の結果まで積極的に利用していたとはいえない。よって、Xは致傷の結果については責任を負わない。そうだとすると、検察側は乙2説にたつので、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同正犯の成立が認められる。

よって、Xには強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)が成立する。

## Ⅶ. 結論

Yの行為には建造物侵入罪(130条前段)、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239条、243条、60条)および、強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、昏睡強盗未遂罪の共同正犯と強盗致傷罪の共同正犯は確定判決を経ていない二つ以上の罪であるので、併合罪(45条)となり、それぞれ住居侵入罪と目的と手段の関係にあるので、牽連犯(54条1項後段)となる。

Xの行為に建造物侵入罪(130条前段)、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239、243条、60条)および、強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)が成立し、昏睡強盗未遂罪の共同正犯と強盗罪の共同正犯は確定判決を経ていない二つ以上の罪であるので、併合罪(45条)となり、それぞれ住居侵入罪と目的と手段の関係にあるので、牽連犯(54条1項後段)となる。

Zの行為には建造物侵入罪(130条後前段)、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239条、243条、60条)および、強盗致傷罪の共同正犯(240条前段、60条)が成立し、昏睡強盗未遂罪の共同正犯と強盗致傷罪の共同正犯は確定判決を経ていない二つ以上の罪であるので、併合罪(45条)となり、それぞれ住居侵入罪と目的と手段の関係にあるので、牽連犯(54条1項後段)となる。

以上