

I. 事実の概要

- (1) スナックのホステスであった X は、生活費に窮したため、同スナックの経営者 C 子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男 B(12 歳 10 カ月、中学一年生)に対し、『ママのところに行ってお金を取ってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。』などと申し向け、覆面をし、エアージェンを突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるように指示した。B は嫌がっていたが、X は B を説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアージェンなどを交付した。
- (2) これを承諾した B は、上記エアージェンなどを携えて 1 人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、X から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により同スナックのシャッターをおろしたり、『殺しはしないからさっさとトイレに入れ。』など申し向けて脅迫し、トイレに閉じ込めたりするなどした。その際、同女は B に背中を強く押されてトイレ入り口の段差に躓いて転倒し、トイレ内の棚の角に頭を強くぶつけたことによる脳挫傷で死亡した。B はその後、同女所有にかかる現金約 40 万 1000 円およびショルダーバック一個などを強取した。
- (3) X は自宅に戻ってきた B からそれらを受け取り、現金を生活費などに費消した。

II. 問題の所在

1. 本問において X は B に対して、覆面をし、エアージェンを突き付けて脅迫するなどの方法により C から金品を強取してくるよう指示しているものの、強盗罪(236 条 1 項)の実行行為(のを少なくとも一部)を直接に分担してはいない。そこで、X のような実行行為を分担しなかった事前の共謀者も共同正犯(60 条)となり、一部実行全部責任の法理の適用を受けるか。共謀共同正犯の肯否が問題となる。
2. また、本問において C 死亡という結果が発生している。そこで、X はかかる結果についてまで責任を負い、X に強盗致死罪(240 条後段)が成立するか。結果的加重犯の共同正犯が問題となる。

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯の肯否

A 説：否定説ⁱ

正犯とは実行行為を行う者である以上、共謀の事実があっても実行行為を分担しない者は共同正犯とは言えないことから、共謀共同正犯を否定する説。

B 説：肯定説

B-1 説：共同意思主体説ⁱⁱ

共謀により共同意思主体を形成し、そのうちの 1 人以上の実行は共同意思主体の活動と認められ、責任は民法上の法理によって各個人に帰し、共謀共同正犯を肯定する説。

B-2 説：間接正犯類似説ⁱⁱⁱ

ⁱ 曾根威彦『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂, 2000）283 頁。

ⁱⁱ 西原春夫『刑法総論』（成文堂, 1977）326 頁。

ⁱⁱⁱ 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂, 1975）284 頁。

共同意思のもとに一体となって相互に了解し合っ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説。

B-3 説：行為支配説^{iv}

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ことから、共謀共同正犯を肯定する説。

B-4 説：包括的正犯説^v

刑法 60 条の「共同して犯罪を実行した」とは、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説。

2. 結果的加重犯の共同正犯は認められるか。

甲説：否定説^{vi}

結果的加重犯の共同正犯は認められないとする説。

乙説：肯定説

乙 1 説：過失必要説^{vii}

結果的加重犯の成立には、加重結果の発生につき過失が必要であるとする説。

乙 2 説：過失不要説^{viii}

結果的加重犯の成立には、基本犯の実行行為と重い結果との間に相当因果関係があれば足り、加重結果の発生につき過失は不要であるとする説。

IV. 判例

最高裁第三小法定平成 19 年 11 月 14 日決定

〈事実の概要〉

本件は、神奈川県横須賀市に本店を置き、港湾運送事業、倉庫業等を営む被告人A株式会社(以下「被告会社」という。)の代表取締役等であったその余の被告人ら(以下「被告人 5 名」という。)において、被告会社が千葉市内の借地に保管中の、いわゆる硫酸ピッチ入りのドラム缶の処理を、その下請会社の代表者であったBに委託したところ、同ドラム缶が北海道内の土地で捨てられたことにつき、被告会社の業務に関し、Bらと共謀の上、みだりに廃棄物を捨てたものとして、廃棄物の処理及び清掃に関する法律所定の不法投棄罪に問われた事案。

〈判旨〉

原判決が是認する第 1 審判決の認定によれば、Bにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申し入れたところ、被告人 5 名は、Bや実際に処理に当たる者らが同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながらそれでもやむを得ないと考えてBに処理を委託したというのである。そうすると、被告人 5 名は、その後Bを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。

^{iv} 平場安治『刑法総論講義』(有信堂,1952)157 頁。

^v 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会,2011)490 頁。

^{vi} 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)〔第 2 版〕』(成文堂,2005)331 頁。

^{vii} 大谷寛『刑法講義総論〔新版第 3 版〕』(成文堂,2009)472 頁。

^{viii} 藤木・前掲 93,293 頁。

V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯の肯否

- (1) まず、A説については、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こととなり、犯罪の実態に適合しない責任を負わせるものであり不合理である。よってA説は採用すべきではない。
- (2) 次に、B-1説は個人を超えた共同意思主体を認め、その責任を個人に帰すことで団体責任を認めることになり、個人責任の原則に反する。また、共謀に参加したに過ぎないものが、役割の重要性に関係なくすべて共同正犯として実行担当者と同じ罪責を負うのは妥当ではないため採用し得ない。
- (3) また、B-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例外的で一般的に認めがたいため採用すべきではない。
- (4) そして、B-3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ので妥当でない。また、この説は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、共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して、自らの惹起しない結果をも帰責させるものである以上、実行行為の一部をも行わなかった者にも強い因果性を根拠に客観的行為を帰責させることは十分可能である。よって、実行行為を担当しない者についても共謀により強い因果性が認められる場合は正犯性を認めるべきである。以上よりB-4説が妥当であると解する。

また、その成立要件として、①共謀の存在②一定程度の地位・役割③共同正犯性の認識④共謀参加者による実行の着手が認められるかを検討すべきと解する。

2. 結果的加重犯の共同正犯は認められるか。

- (1) そもそも結果的加重犯は、基本犯たる故意犯のなかに重い結果を生じさせる高度の危険性を含んでおり、その基本行為を共同している以上、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、甲説は妥当ではない。
- (2) また、基本となる犯罪について意思の連絡があれば、それと刑法的因果関係のある範囲内の結果が共同正犯者に因果的に帰責されるのは当然であり、過失は必要ではない。よって、乙1説は妥当ではなく、検察側は乙2説を採用する。

VI. 本問の検討

1. (1) 本問においてXがBに対して、『ママのところに行ってお金を取ってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。』などと申し向け、覆面をし、エアガン突き付けて脅迫するなどの方法によりCから金品を奪い取ってくるように指示した行為について、Cに対する強盗罪(236条1項)の間接正犯が成立するか。間接正犯の正犯性(構成要件該当性)が問題となる。
- (2) そもそも正犯とは正犯意思を持って実行行為を行うものをいうところ、実行行為とは構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為をさす。とすれば、①正犯意思を有し②被利用者を道具のごとく一方的に支配・利用している場合には構成要件の結果発生の現実的危険性を肯定することができ、間接正犯の正犯性を認めることができると解する。
- (3) これを本問についてみると、Xは自己の生活費の足しにする目的でBに対して上記指示を行っている上に、実際にもBがCから強取した現金を生活費などに費消しているため、自己の犯罪として実現する意思

を有しており、①を充たす。では②を充たすか。確かに、Bはビニール袋で覆面をするなど、一定程度はXから指示された方法を実行している。しかしながら、Bは自己の判断によりスナックのシャッターをおろして通行人から犯行を目撃されるのを防ぎ、またCの抵抗を防ぐために同女をトイレに閉じ込めるなど、臨機応変に対応している。また、XはBに対して犯行の方法を指示したに留まり、Bの意思を抑圧するものともいえない。よって、XはBを道具のごとく利用していたとはいえ②を充たさない。

(4) 以上より、Cに対する強盗罪の間接正犯は成立しない。

2. (1) では、Xの上記指示行為についてCに対する強盗罪の共謀共同正犯が成立しないか。共謀共同正犯の肯否が問題となる。この問題に関して、検察側は前述のようにB-4説(包括的正犯説)を採用する。そこで以下では、①共謀の存在②一定程度の地位・役割③共同正犯性の認識④共謀参加者による実行の着手が認められるかについて検討する。

(2) 本問においてXはBに対して、『ママのところに行ってお金を取ってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。』などと申し向け金品を強取するように指示し、これに対してBが承諾を与えていることから強盗罪の共謀が存在するといえる(①)。またXは、Bが犯人であることが発覚するのを防止するための覆面用のビニール袋およびCを脅迫し反抗を抑圧する際に必要不可欠なエアガンなどを交付していることから重要な役割を果たしているといえる(②)。そしてBが強取してきた現金を生活費として費消していることから、Xには共同正犯性の認識もある(③)。最後に、Bは前述の共謀に基づいて金品を強取している(④)。

(3) 以上より、Xの上記指示行為についてCに対する強盗罪の共謀共同正犯が成立する。

3. (1) 次に、本問においてC死亡という結果が発生していることから、Xはかかる結果についてまで責任を負い、XにCに対する強盗致死罪(240条後段)が成立するか。結果的加重犯の共同正犯が問題となる。この問題に関して、検察側は前述のように乙2説(過失不要説)を採用する。そこで以下では、基本犯の実行行為と加重結果との間に相当因果関係が認められるか否かについて検討する。

(2) 本問において、Bが反抗を完全に防ぐためCをトイレに押し込む際に同女の背中を強く押した行為により、Cは転倒し柵に頭を強打して死亡するに至っている。このように強盗犯人が反抗を抑圧し相手方を一定の場所に閉じ込めるために有形力を行使したところ、相手方が死亡することはおよそ稀有であるとはいえず、相当因果関係は認められる。

(3) よってBの行為とC死亡という加重結果の間には相当因果関係が認められ、Xはかかる結果についてまで責任を負い、XにCに対する強盗致死罪(240条後段)が成立する。

4. なお、前述のXの指示およびBの承諾にはCのスナックという「建造物」に侵入するという内容を含んでいると考えられ、この点に関して共謀が成立し、かかる共謀に基づいてBはスナックに侵入している。よってXには建造物侵入罪(130条前段)の共同正犯も成立する。

5. 以上よりXには①Cに対する強盗致死罪および②建造物侵入罪が成立し、①・②は罪質上類型的に目的・手段の関係にあるので牽連犯となる(54条1項後段)。

VII. 結論

XはCに対する強盗致死罪(240条後段)および建造物侵入罪(130条前段)の罪責を負い、これらは牽連犯となる。

以上