

I. 反対尋問

1. 検察側は刑法 61 条をどのように捉えているか。
2. 学説の検討 α 説について、「意思共同意思主体の活動としての実行行為が認められることにより、共同者全員が刑事責任を負担すべき」とあるが、責任が、自ら実行行為に出た場合と同様に各個人に負わされ、共同意思主体そのものに帰属しないのは何故か。
3. 学説の検討 β 説について、心理的因果性及び物理的因果性が切断されているか否かを判断するために、どのような基準を用いるのか。
4. 学説の検討 A 説について、結果的加重犯の基本となる犯罪とは何か。

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯について

α 説：肯定説(共同意思主体説)

共同意思主体説によれば、異心別体である二人以上の者が特定の犯罪を実現しようとする共同目的の下に合一したときに、そこに同心一体の共同意思主体が形成され、その共同意思主体中の一人以上の者が共同目的の下に犯罪を実行したとき、そこに共同意思主体が形成され、これによって共同意思主体を構成する全員に共同正犯が成立する、と解せられる。しかし、共同意思主体説が共同正犯を共犯と解して、単に共謀に参加したにとどまるものに対しても、他人の行った実行行為についての罪責を負担せしめようとしたことに対して、それは団体責任を認めるものであって、個人責任の原則に反する¹といえる。

また、共謀共同正犯が本来企図するところは、いわゆる共謀者の中には、現に実行行為を担当した者よりもその背後にひそむ大物的存在があることに着目し、これに対して、正犯者としての可罰性を与えようとするところにあると思われる。確かに、正犯者に類する処罰の必要性は認められるが、そのような者も単なる共謀者にとどまっている限り、「共同して犯罪を実行した者」と解することはできない。刑法 61 条が教唆者には「正犯の刑を科する」と規定している以上、教唆犯である共謀者は、正犯と同様に処罰しうるのであるから、その扱いに格別の不都合は来されない²。以上より、α 説は妥当ではない。

β 説：否定説

否定論は、まず、正犯とは実行行為を行う者をいうから、共同正犯も正犯の一種である以上実行の分担が必要であるが、共謀共同正犯においては、正犯の構成要件的特徴を示す実行の分担が認められないので共同正犯とはなり得ないと解する。そして、正犯には実行行為が必要であると解する根拠として、60 条が「犯罪を実行したる」者を「正犯」としているほか、61 条が「犯罪を実行せしめたる者」、すなわち自らは犯罪を実行しなかった者を教唆犯とする反面で、自ら犯罪を実行した者を正犯として扱っていることが挙げられるが、このように解しなければ、現行法が峻別している共同正犯と教唆犯・従犯との概念的限界を画し得なくなるのである。

次に、共同正犯に実行行為の分担が必要である根拠としては、近代刑法の基本原理であ

¹ 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(1993 年,成文堂)328 頁。

² 大塚仁『刑法概説(総論)』(2008 年,有斐閣)306 頁以下。

る個人責任の原則が挙げられる³。すなわち、共同者の各人が実行行為の少なくとも一部を遂行することによって初めて共同正犯の可罰性が基礎づけられるのである。以上より、否定説は妥当であり弁護側はβ説を採用する。

2.次に、仮にα説を採用するとして、共犯からの離脱について検討する。

イ説：意思連絡欠如説

意思連絡欠如説は、共犯関係から離脱した者を「単独犯」と同様に扱うことによって、中止犯規定を適用するものであり、ここにおいて「一部実行全部責任の原則」が修正されている。よって、イ説は妥当ではない。

ハ説：因果関係遮断説

まず、検察側は共犯の処罰根拠を正犯による結果ないし犯罪の完成と因果性だとして、人による違法の相対性を原則的に否定し、違法の連帯性を貫徹させようとしている。しかし、この立場に立つと正犯行為が違法であれば共犯行為も必ずすべて違法だという主張になり、違法の連帯性の過度に強調されることになってしまう。

また、共犯の処罰根拠として検察側が採用した因果共犯論は、「因果性の切断」を基準とする見解であるが、例えば、侵入先の見取り図を渡すといった情報提供等の場合には、離脱しようとする者がそれを撤回してもなお、他の残余の共犯者の記憶に残って犯罪実行に影響を与えてしまうため、ほとんど離脱を認めることが出来ない⁴。よって、ハ説は妥当ではない。

ロ説：共同正犯離脱説

この説は、中止犯は未遂に関する規定である以上、共同正犯が既遂となった場合には中止犯の成立する余地がないことを不動の前提とする。

まず、自己の行為と因果関係のない結果について責任を負わないのは当然のことである。しかし、それでは、因果性が完全に切断できない限り、いかに真摯な中止の努力を払おうとも、結果が発生した場合既遂の責任を免れないことになり中止者に酷である。そのため、真剣な中止の努力をはかったにも関わらず他の共犯者によって結果が発生させられた場合には、その「真剣な努力」を評価して「共犯からの離脱」を認め、障害未遂に準じた取扱いをすべきである⁵ことが妥当である。したがって、弁護側はロ説を採用する。

3. 結果的加重犯の共同正犯について

A説：肯定説

原則、共同者が責任を問われるのは自己の認識した範囲に限られる。原則には例外が伴うのがふつうであるが、肯定説では、なぜこの原則を例外視できるのか、その理由づけが明らかではない。まず、共同正犯の成立要件である共同犯行の意識が結果加重にまで及んでいないにもかかわらず、結果的加重犯の成立を認めている点で根本的な疑問がある。単独犯の場合に、発生した加重結果について予見可能性ないし過失があれば足りるのは、その加重結果を自ら惹起しているからであって、他人の惹起した加重結果についての責任が問われる共犯の場合とは実質を異にしている⁶。

また、過失が要件とされることは、例えば、結果的加重犯をもって構成要件の異なるものの観念的競合の特別加重構成要件といったみかたによるとき、重い結果との間で別個に

³ 曾根・前掲 324 頁。

⁴ 土屋武編『現代刑事法の論点 刑法編』（1995年、東京法令出版株式会社）144頁参照。

⁵ 土屋武編・前掲 145頁参照。

⁶ 曾根・前掲 318頁。

その共同正犯の成立を考えるとされるが、この場合、結果的加重犯の持つ一罪性の否定を前提とするため適切であるとはいえない⁷。よって、A説は妥当ではない。

B説：否定説

行為に関与していない者が、他の共犯者の過失により生じた結果についてまで責任を負わせるのは、責任主義に抵触することである。そのため、結果的加重犯については、基本犯の限度で共同正犯を認めれば足りると解すべきである。よって、弁護側はB説を採用する。

III. 本問の検討

1. 乙の罪責について

(1) 次に、乙は凶器準備集合及び結集罪(208条3項1号)を負わないか。

乙は甲とともにAという「他者の身体」に対して「共同して傷害負わせる目的で集合」しており、また乙は甲が犯行に用いるための竹刀と木刀という凶器を準備していることから、「知って集合している」ことから、凶器準備集合及び結集罪の構成要件を充足する。

よって、甲は凶器準備及び結集罪を負う

(2) 乙はAに対して、ゴルフクラブという凶器となりうるもので、Aの背部、顔面、頭部など人体の枢要部を多数回殴打している。当該行為は、Aの生理的機能を害する恐れのある行為であり、構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為といえ、傷害の実行行為性を有する。(205条)

そして、Aは窒息死した。乙の傷害行為によって、Aは死亡するにいたっており、行為と結果に因果関係も当然認められる。

また、乙はAを痛めつけてやろうとおもっており、傷害の故意(38条1項本文)もみとめられる。

(3)以上より、乙は205条の構成要件を充足するため、傷害致死罪(205条)の罪責を負う。

よって、凶器準備集合及び結集罪は傷害致死罪に吸収され、乙は傷害致死罪の包括一罪を負う。

2. 甲の罪責について

(1)甲は凶器準備集合及び結集罪(208条3項1号)を負わないか。

甲は乙とともにAという「他者の身体」に対して「共同して傷害負わせる目的で集合」しており、また甲は犯行に用いるための竹刀と木刀という「凶器を準備している」ことから、凶器準備集合及び結集罪の構成要件を充足する。

よって、甲は凶器準備及び結集罪を負う。

(2)ア、甲は乙とAに傷害を負わせる旨を共謀していたが、Aに対する暴行行為には及んでいない。かかるものを共犯として処罰できるか。共謀共同正犯の犯否が問題になる。

イ、弁護側はβ説(否定説)を採用する。

β説(否定説)から共謀していたとしても、実行行為をしていない限り傷害罪の共同正犯(190条、60条)は成立しない。

ウ、本問では、甲は日頃から態度が悪く、反抗的な態度をとる共通の友人Aを痛めつけてやろうと考え、そのうえで甲は竹刀や木刀を用意し、暴行するに都合のよい人気のない場所Xを探し出し、Aを酒に酔わせ、酩酊状態にして連れ込むなどの計画をしている。ゆえに甲は乙と、Aに対して傷害を負わせる「共謀」しているといえる。

しかし、甲自身はAに対して暴行行為をしていないことから、甲は傷害罪の共同正

⁷ 香川達夫『刑法講義〔総論〕〔第2版〕〕(1982,成文堂)320頁以下。

犯は負わない。

従って、甲は凶器準備集合及び結集罪のみ負う。

(3) 仮に、 α 説に立ったとしても、甲は乙との共犯関係からの離脱が認められ、罪責を負わないのではないか。以下、本問において共犯関係からの離脱が認められるか検討していく。

ア、弁護側は口説(共同正犯離脱説)を採用する。口説によれば、共同関係にある場合に、その一部の者が共同関係から離脱する意思を表明し、残余の共犯者がこれを了承し、なお犯罪の実行に及んだ場合には、離脱者を除いた新たな共犯関係ないし犯意が成立し、離脱者の共犯関係における影響力は消滅したと解すべきであり、共犯関係からの離脱は認められると考える。

イ、本問についてみると、まず甲と乙の関係は対等なものであり、甲が当該犯罪計画の首謀者ではないこと。乙の暴行行為より以前に、甲は犯行をやめることを決意し、乙に犯行をやめるように説得したことから、甲は乙に共同関係から離脱することを明示的に表明している。

そして、乙は「勝手にしろ、俺はやるぞ。」と述べており甲の共同関係からの離脱を了承したと評価できる。また甲は自己が容易した竹刀と木刀を持ってその場を立ち去っており、甲が立ち去ってから乙がAに暴行を加えるまでには約1時間もの時間的断絶があり、また乙の犯行現場は、甲と乙の当初の計画にはでていなかったxであり、甲とはなんらかかわりのない場所で犯罪が行われた。

ウ、以上のことから、乙単独の新たな犯意が成立し、甲の共犯関係における犯罪実現への影響力は完全に消滅していて、乙の犯行当時に共犯関係が現存しているとは言えない。

従って、共犯関係からの離脱が認められ、甲は傷害罪の共同正犯の罪責を負わない。

よって、甲は前述したとおり、凶器準備集合及び結集罪のみ負う。

(4) 仮に甲の共犯関係からの離脱が認められず傷害罪の共同正犯(204条 60条)の罪責を負うとしても、傷害致死罪の共同正犯の罪責は負わないのではないか、結果的加重犯の共同正犯の成否と関連し検討していく。

ア、弁護側はB説を採用する。

B説は行為に関与していない者が、他の共犯者の過失により生じた結果についてまで責任を負わせるには、責任主義に抵触することであり、加重結果については、基本犯の限度で共同正犯を認めれば足りるとする見解である。

イ、本問では、乙の過失によってAを死に至らしめており、甲はAに対してなんら傷害を加えていない。にもかかわらず、Aの死亡結果まで帰責させることは責任主義に反する。そこで、甲は傷害致死罪の罪責ではなく、基本犯たる傷害罪の共同正犯の罪責を負う。

また、前述どおり凶器準備集合及び結集罪を負う。

従って、凶器準備集合及び結集罪は傷害罪に吸収され、甲は傷害罪の共同正犯の包括一罪の罪責を負う。

IV. 結論

甲には凶器準備集合及び結集罪(208条3項1号)が成立し、乙には傷害致死罪(205条)が成立する。

以上