

只木ゼミ前期第 10 問検察レジュメ

文責: 1 班

I. 事案の概要

乙と甲は、共通の友人 A を痛めつけてやろうと考えた。その上で、甲は竹刀や木刀を用意し、暴行するに都合の良い人気のない場所 X を探し出し、そこに A を酒に酔わせ、酩酊状態にして連れ込む等計画をしていた。

平成 24 年 6 月 23 日午前 12 時 30 分頃、甲と乙は A を誘い、東京都八王子市にあるスナック Y に赴き、同店内で一緒に飲酒していた。A はもともと酒に弱かったため、飲酒をし始めて二時間後には、呂律が回らなくなり酩酊状態に陥っていた。

午前 2 時 30 分頃、甲は、A と会話するうちに A に対して誤解していたことが分かり、A を痛めつける気がなくなり、自己が執行猶予中の身であることもあわせて考えて、犯行をやめることを決意した。そのため、乙に犯行を思いとどまる旨を伝えたところ乙は「勝手にしろ、俺はやるぞ。」と言った。甲は乙に犯行をやめるよう説得したが、乙が聞く耳を貸そうとしなかったため、甲は諦めて自己が用意した竹刀と木刀を持ってその場を立ち去った。

午前 3 時頃、乙は自己の普通自動車に A を乗せ、Y から X に移動し、午前 3 時 30 分頃、乙は A を X に連れ込み、自動車の中にあったゴルフクラブで A の背部、顔面等を滅多打ちにし、更に同人の頭部、左頸部、背部等を多数回殴打し、左頸部付近を強く突くなどの暴行を加えた。A は乙の暴行によって甲状軟骨左上角骨折の傷害を負い、午前 4 時頃に、同傷害に基づく頸部圧迫等により窒息死した。

甲及び乙はいかなる罪責を負うか。(ただし特別法違反の点は除く。)

II. 問題の所在

1. 本問では、甲は実際には乙の A に対する暴行行為を共同して実行していない。ここで、現実の実行行為には何ら関与していない甲にも乙の実行行為の結果を帰責できないか。共謀共同正犯の成否が問題となる。

2. 仮に共謀共同正犯が認められるとして、甲は乙と A に対する傷害についての共謀を成立させたのち、A に対する暴行行為の着手前に、犯行をやめることを決意してその場から立ち去っている。そこで、実行行為着手前の共犯からの離脱が認められないか。

3. 共謀からの離脱が否定されとしても、A に対する傷害を共謀したにすぎない甲に傷害致死罪(刑法 205 条、60 条)が成立するか。結果的加重犯の共同正犯の成否が問題となる。

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯について

α 説：肯定説(共同意思主体説¹⁾)

共謀共同正犯の成立を肯定する説。

二人以上の異心別体である個人が一定の犯罪を行うことを共謀することにより、そこに超個人的社会的実在としての共同意思主体が形成され、その構成員の一部の者による実行は即共同意思主体の実行として認識されるため、構成員全員が共同正犯となるとする。

β 説：否定説²⁾

共謀共同正犯の成立を否定する説。

根拠としては、実行行為を行うものが、正犯であるという限縮的正犯概念を基礎とし、60条の規定は共同正犯の成立要件として、少なくとも、実行行為の一部を行ったことを要求していると解するところにあるとする。

2. 共犯からの離脱について

イ 説：意思連絡欠如説³⁾

共同正犯において意思の連絡が欠ければ、以後は単独犯とし、結果発生阻止のための真摯な努力が意思連絡の中断の存否の判断基準とする。

ロ 説：共同正犯離脱説⁴⁾

共犯においても真摯な中止行為があれば共犯関係を離脱したものとして、障害未遂と同様に扱う。また、中止に失敗しても離脱前の行為の影響力を遮断した場合には共同実行を放棄したものとして、未遂と同様に扱う。

ハ 説：因果関係遮断説⁵⁾

自己の加担行為が結果に対して有しうる因果的影響力を消滅させた場合は未遂であり、任意性が認められれば中止犯であるとする。因果的影響力の解消については、共同正犯を教唆型と幫助型にわけ、その効果の実質的解消の有無で判断する。

3. 結果的加重犯の共同正犯について

A 説：肯定説⁶⁾

結果的加重犯の加重結果については過失を要するとして、結果的加重犯の共同正犯を肯定する説。

B 説：否定説⁷⁾

結果的加重犯の共同正犯を否定する説。

¹ 立石二六『刑法総論[第三版]』(2008年,成文堂)298頁参照。

² 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(2007年,成文堂)418頁参照。

³ 浅田・前掲 463 参照。

⁴ 大塚仁『刑法論集(2)』(2001年,有斐閣)31頁。

⁵ 西田典之『共犯の中止について』(1983年,法学協会雑誌)221頁以下。

⁶ 大塚仁『刑法概説(総論)』(2008年,有斐閣)299頁。

⁷ 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(1993年,成文堂)318頁。

IV. 判例

最判平成 21 年 6 月 30 日⁸

<事実の概要>

共犯者の一人に本件犯行を誘われた被告人は、犯行の前夜、共犯者らと共に、被害者宅の下見をするなどした後、共犯者 7 名との間で住居侵入・強盗の共謀を遂げた。犯行当日、共犯者 2 名が被害者宅に侵入し施錠を外して他の共犯者のための侵入口を確保した後、見張り役の共犯者は、屋内にいる共犯者 2 名が強盗に着手する前の段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚をおそれ、屋内にいる共犯者らに電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきた方がいい。」と言ったところ、「もう少し待って。」などと言われたので、「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切り、付近に止めてあった自動車に乗り込んだ。その車内では、被告人と他の共犯者 1 名が強盗の実行行為に及ぶために待機していたが、被告人ら 3 名は話し合っ一緒に逃げることにし、被告人が運転する自動車現場付近から立ち去った。屋内にいた共犯者 2 名は、いったん被害者宅を出て被告人ら 3 名が立ち去ったことを知ったが、現場付近に残っていた共犯者 3 名と共にそのまま強盗を実行し、その際に加えた暴行によって被害者 2 名を負傷させた。

<判旨>

「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がよい、先に帰る」などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということではできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」

<検討>

本判決は、共犯からの離脱が認められるか否かが争われたものである。本件では、当初の共謀に基づき、共犯者らが侵入口を確保しており、財物奪取の危険が差し迫っていたこと、被告人が立ち去った後も、残った共犯者だけで犯行可能な状態であったことから、当初の共謀に基づく住居侵入の実行行為による物理的因果の残存を理由に、離脱者の行為と

⁸ 刑集 63 巻 5 号 475 頁。

残余者の行為及び結果との因果性の切断を否定したものと考えられる。すなわち、本判決は共犯の離脱の要件について、因果性の切断を問題にしている。

V. 学説の検討

1. 共謀共同正犯について

(1) β 説について

この説は、刑法 60 条の法意に照らして二人以上の共同者のいずれもが実行行為の一部または全部を行わなければならない、実行行為を行わなかったものは教唆犯か幫助犯にとどまるにすぎず、共同正犯とみることにはできないとするものである。

しかしながら、刑法 60 条が共同者全員に実行行為を要求していると解釈する必要性はないし、共同者の中の誰かが実行行為を行えば犯罪を実行したといえるを読むことは可能である⁹。

したがって、検察側はβ説を採用しない。

(2) α 説について

そもそも共謀共同正犯とは、2人以上の者が一定の犯罪を実現することを共謀し、一部の者がその犯罪を実行して実現させることをいう。とすれば、一定の犯罪を実現しようとする共同目的のもとに、2人以上の者が共謀することにより同心一体的共同意思主体としての団体を形成すると評価でき、共同者の一部の者による共同目的の下の実行行為はその団体の活動にほかならないため、共同意思主体の活動と評価しうる。したがって、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して共同正犯が成立しうる。このように考えると、実行行為の分担は共同正犯にとって必然的ではないといえる。

したがって、検察側はα説を採用する¹⁰。

2. 共犯からの離脱について

(1) イ説について

イ説は意思の連絡を共同正犯の要件と考え、これが欠ければ共犯からの離脱を認めるものであるが、こうした心理的因果性の存否で共犯の成立を否定するのでは免責を広く認めすぎることになり、妥当でない。また、判断基準であるとした結果発生阻止の努力の真摯性は、中止犯の成否の問題であり、離脱の問題と中止犯の問題が混同されているといえる¹¹。

したがって、検察側はイ説を採用しない。

(2) ロ説について

既遂結果が発生しても因果関係が遮断されれば未遂となり、未遂であれば中止犯の成否

⁹ 立石・前掲 303 頁。

¹⁰ 大谷實『刑法講義総論[新版第四版]』(2012年,成文堂)429頁。

¹¹ 浅田・前掲 463 頁。

が問題になると解すべきである。また、共犯関係からの離脱に真摯な中止行為が必要とは考えられず、真摯な中止行為があっても障害未遂になるとする点も妥当ではない¹²。

したがって、検察側は口説を採用しない。

(3)ハ説について

まず、共犯からの離脱が認められる要件を考える場合には共犯の処罰根拠を明らかにすべきである。なぜなら、離脱の要件とは結局着手前の離脱者が、他の共犯者により継続的遂行された犯罪についての処罰を免れるための要件に他ならないからである。

ここで、共犯の処罰根拠について、検察側は因果共犯論を採用する。因果共犯論とは、「共犯は他人によって引き起こされた法益侵害と因果性を有するがゆえに処罰される」¹³という考え方である。刑法の基本的任務が法益の保護にあり、共犯処罰もその一環であるとするれば、その処罰根拠も正犯によって惹起された法益侵害に求められるべきである。その意味で、正犯による結果ないし犯罪の完成との因果性を共犯処罰とする因果共犯論を妥当と考える。

因果共犯論を前提とすれば、共犯といえども自己の行為と因果関係を有する限りの結果、正犯行為についてのみ罪責を負うべきものであると考えられる。そうだとすれば、共犯からの離脱の問題も自己の加担行為と正犯行為の因果性が切断されたか否かという基準によるべきである。

具体的には、着手前に正犯行為を中止した者は、残余の正犯者に対し、実質的に教唆犯として加担したことになるため、加担の形態を教唆型と幫助型に分けてその効果の実質的解消の有無を判断する¹⁴。

なお、教唆型では他人に犯意を生じせしめ、この犯意に基づいて正犯者が犯罪を実行するという性質上、心理的因果性の切断を検討する。幫助型では正犯者の犯行に加担してこれを容易にするという性質上、具体的事案における加担の形態に応じて、心理的因果性または物理的因果性またはその両方の切断を検討する。

以上より、検察側はハ説を採用する。

3.結果的加重犯の共同正犯について

(1)B説について

この説は、共同正犯の成立要件である共同犯行の意識が加重結果にまで及んでいないにもかかわらず、結果的加重犯について共同正犯の成立を認めていることに対する疑問を根拠に結果的加重犯の共同正犯を否定するものである。

しかしながら、そもそも結果的加重犯の基本的犯罪の実行者は重い結果の発生について十分に予見することが可能である。そして、それを回避するために、慎重な注意を当然払わなければならない。すなわち、基本的犯罪の共同実行者中の一部の者が過失によって重

¹² 浅田・前掲 464 頁。

¹³ 西田典之『刑法総論[第二版]』(2011,弘文堂)336 頁以下。

¹⁴ 西田・前掲(『共犯の中止について』)226 頁以下。

い結果を発生させた場合には他の共同者にも、その結果の発生について共同の客観的な注意義務違反が認められるのが一般的であり、そこに結果的加重犯の共同正犯の構成要件該当性が認められる¹⁵。

したがって、検察側は B 説を採用しない。

(2)A 説について

この説は、結果的加重犯の基本となる犯罪の共同実行者は通常重い結果の発生について具体的に予見可能性があり、それゆえ各自は重い結果の発生を回避すべき共同の注意義務を有するものと解するものである。なぜなら、結果的加重犯は基本となる犯罪が一定の重い結果を発生する危険を含むために独立の犯罪とされたものであるからである。このように考えると、基本犯の共同実行者の中の一部の者が過失によって重い結果を発生させた場合には原則としてその結果の発生について共同の注意義務を認めてよく各自について結果的加重犯の共同正犯を肯定すべきである¹⁶。

したがって、検察側は A 説を採用する。

VI. 本問の検討

1. 乙の罪責について

(1) 本問において、乙は A に傷害を負わせるとの共謀に基づき、ゴルフクラブで A の背部、顔面等を滅多打ちにし、更に同人の頭部、左頸部、背部等の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るから、傷害罪の実行行為性が認められる。また、これにより A は甲状軟骨左上角骨折の「傷害」を負い、同傷害に基づく頸部圧迫等により「死亡」している。そして乙は A を痛めつけてやろうと考えていたので、障害の故意(38 条 1 項本文)が認められる。

(2) よって、当該行為に傷害致死罪の共謀共同正犯(205 条、60 条)が成立する。

2. 甲の罪責について

(1) ア. 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、その上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、そこに A を酒に酔わせ、酩酊状態にして連れ込む等の計画をしており、結果 A は死亡するに至った。

イ. しかし、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及んでいない。かかる者についても共犯として処罰をすることができるか。共謀共同正犯の成否が問題となる。

ウ. これについて、検察側は前述のとおり α 説(肯定説)を採用する。この説によれば、共謀共同正犯が認められるには、共謀の事実と共同実行の意思のもとに共謀者の一部がその犯罪を実行することが必要であると解する。

¹⁵ 大塚・前掲 299 頁。

¹⁶ 大谷・前掲 416 頁。

本問においては、甲と乙が A に傷害を負わせる旨を共謀しており、共謀の事実が認められる。また、乙は共同して犯罪を行う意思のもと A に対する暴行行為に及んでいるため、共同実行の意思のもとに共謀者の一部がその犯罪を実行したといえる。よって、甲に共謀共同正犯(60条)が認められるとも考えられる。

(2)ア. もっとも、甲は計画実行の途中で A を痛めつける気がなくなり、犯行をやめることを決意し、その場を立ち去っている。このことから、甲に乙との共犯関係からの離脱が認められないか。

イ. これについて、検察側は前述のとおりハ説(因果関係遮断説)を採用する。本問では、甲が竹刀や木刀を用意し、暴行するに都合の良い人気のない場所 X を探し出し、A を酩酊状態にし、連れ込む等犯行のすべてを計画していることから、甲は心理的・物理的に乙の傷害行為を容易にしているといえる。よって、幫助型の共同正犯にあたり、甲の加担行為と乙の正犯行為との間に心理的因果性と物理的因果性が切断されていれば、甲に共犯関係からの離脱が認められる。

ウ. 本問においてこれをみるに、心理的因果性について、まず甲は乙に犯行を思いとどまる旨を伝え、乙から「勝手にしろ、俺はやるぞ。」と言われている。ここで、共謀及び計画等により乙の犯意を強化したという甲の心理的な加担行為は、自分は犯行を思いとどまるという乙への意思表示により解消されているといえる。よって、心理的因果性の切断は認められる。

もっとも、物理的因果性についてはどうか。確かに、甲は A に傷害を負わせる武器として利用するため自己が用意した竹刀と木刀を持ってその場を立ち去ったのであるから、切断されるようにも思える。しかし、甲は自身が計画したとおり、A をスナック Y にて酩酊状態に陥らせ、乙の A に対する暴行行為が計画通りにかつより容易に行われるような前提状況を生み出している。そうだとすれば、このような前提状況を生じさせたという甲の物理的な加担行為は、もはや乙を説得して犯行を中止させるか、A を安全な場所に連れ出し乙から保護するといった行為がなければ解消されるものではない。よって、物理的因果性の切断は認められない。

エ. 以上より、甲の加担行為と乙の正犯行為との間において物理的因果性が切断されないため、甲に共犯からの離脱は認められない。

(3) ア. 次に、甲は A の死亡についてもその責任を負うか。結果的加重犯の共同正犯が認められる否かが問題となる。

イ. この点、検察側は A 説(肯定説)を採用する。この説によれば、結果的加重犯の基本となる犯罪の実行者の中の一部の者が過失によって重い結果を発生させた場合には原則としてその結果の発生について共同の注意義務を認める。

ウ. 本問では、乙は A を傷害する意思で暴行を加えたものの、過失によってその程度を超え、結果死に至らしめてしまったことから、乙との共犯関係にある甲にも乙と共同の注意義務が認められる。

(4) したがって、結果的加重犯の共同正犯が成立し、甲はAの死亡についても責任を負う。

VII. 結論

以上より、甲と乙の当該行為に傷害致死罪の共謀共同正犯(205条、60条)が成立する。

以上