

只木ゼミ夏合宿第3問検察レジュメ

文責：2班

I. 事実の概要

- 5 1. B、Cは、Bの斡旋した新聞販売店の仕事を反故にしたVに対し、これをタネに金員を恐喝しようと思決意し、午前0時半から午前5時までの間、東京都町田市のC方で「お前が仕事を断ったことで信用を無くした。お前には50万の費用が掛かっている。その分弁償してもらおうか。お前に貸した5万円今すぐ返してもらおうぞ。」と申し受け、手拳、木刀、電話受話器、革バンド、コカコーラの空き瓶などで頭部、顔面、腹部を殴打し、足蹴にして、
- 10 金員を払わなければさらにいかなる危害を加えるか分からない氣勢を示して畏怖させた。
2. Aは午前5時ごろ偶然その前を通りかかり、B、Cに金員を取りに行くよう指示され、事情を察し、Vを連れてVの伯父から金員5万円を受け取る役割を果たした。(Vが意思の抑圧に至っている場合と至っていない場合に分けてそれぞれ、)
- 15 A、B、Cの罪責を論ぜよ。

II. 問題の所在

- 20 B、Cは恐喝行為をVに対して行っているが、Aは行っておらずVの叔父から金員5万円を受け取る役割を果たしたのみである。かかる場合にAはB、Cともに恐喝罪(249条)ないし強盗罪(236条)の罪責を負うか。承継的共同正犯の成否と関連し問題となる。

III. 学説の状況

- A説:全面肯定説¹
後行者が関与前の先行者の行為について全面的に責任を負うとする説
- 25 B説:一部肯定説²
先行者の行為の効果が後行者の関与後にも及んでおり、後行者がこれを利用する限りにおいて承継的共同正犯を認める説
- C説:全面否定説³
後行者が関与後の自己の行為にしか責任を負わないとする説

IV. 判例

大阪高判昭和62年7月10日⁴

【事実の概要】

- 35 被告人Aは、Cが、被告人Bと情交関係のあつたEにアパート代を支払わせたり、金30万円を更生資金名下に出捐させた旨をBから聞き及んだ。そこでBと共謀の上、昭和60年2月23日午前2時ころ、大阪市内にあるCのアパート内で、Bにおいて、Cの顔面を一回殴打し、続いて暴力団F組G組事務所に連行するタクシーの中で2回ほど同人の顔面を殴打する暴行を加えた。

その後引き続いて、同日午前4時30分ころまでの間、大阪市のG組事務所において、H組組員であるDとも共謀の上、Cに対し、こもごもその顔面、頭部を数回に渡って手拳、

¹ 福田平『全訂刑法総論(第5版)』(有斐閣,2011年)271頁以下。

² 大谷實『刑法講義総論(新版第3版)』(成文堂,2009年)417頁以下。

³ 山中敬一『刑法総論II』(成文堂,1999年)804頁以下。

⁴ 高裁判例集第40巻3号720頁。

木刀、及びガラス製灰皿で殴打し、あるいは、その下腿部を足蹴りにする暴行を加え、更に、その途中から被告人Iも被告人A、Bらと意思を相通じ共謀の上、その顔面を2、3回殴打する暴行を加え、よって、Cに対し、加療約8日間を要する顔面打撲、頭頂部挫創、右下腿打撲の傷害を負わせた事案。

5 【判旨】

「…先行者の犯罪にその途中から共謀加担した後行者に対し加担前の先行者の行為及びこれによつて生じた結果（以下、「先行者の行為等」という。）をも含めた当該犯罪全体につき共同正犯の刑責を問ひ得るのかどうかについては、これをすべて否定する見解（所論及び弁護人の当審弁論は、この見解を採る。以下「全面否定説」という。）や、後行者において、先行者の行為等を認識・認容して一罪の一部に途中から共謀加担した以上常に全体につき共同正犯の刑責を免れないとする見解（検察官の当審弁論の見解であり、原判決もこれによるとと思われる。以下「全面肯定説」という。）もあるが、当裁判所としては、右いずれの見解にも賛同し難い。…いわゆる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つ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（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右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。」

10

15

V. 学説の検討

1.A 説について

20

まず、全面肯定説の第一の論拠は、共同正犯者の罪名は皆同じでなければならないとする罪名従属性説の考え方にあるが、これを根拠とすることは共犯も自己の行為と因果性を有する結果について責任を負うという因果的共犯論に抵触するものである⁵ ため妥当ではない。

25

次に、第二の論拠は犯罪の一貫性、すなわち分割不可能性にあるが、承継的共同正犯が問題になる犯罪類型は、単純一罪のみならず包括一罪、結合犯、結果的加重犯があるのでそのすべてを不可分と考えなければならない必然性はない⁶。

30

最後に、第三の論拠として、承継的共同正犯が成立するためには、実行行為共同の事実が存在しなければならないが、共同行為実行の事実が認められるためには、先行者と後行者とが相互に実行行為を利用し補充し合うという関係があることを要するから、そのような関係が認められない先行者の実行行為にまで承継的共同正犯を認めるのは妥当ではない。以上より、検察側はA説を採用しない。

2.C 説について

35

全面否定説は、後行者は介入後の犯罪事実についてのみ責任を負い、介入後因果的に後に生じるべき事象の成立に積極的に関与した場合でも、その状況を惹起したのではないから因果的に先行する事象の発生に対しては責任を負わないとする説である。共同正犯において一部行為全部責任の法理が認められるのは、共同して犯罪を実行した場合には、物理的共同とともに意思の連絡により共同者が相互に教唆ないし心理的幫助を行い、心理的影響を及ぼし合うことによつて結果発生の蓋然性を高めたからだといえる⁷ としている。ゆえに、既に終了している関与前の先行者の行為及び結果について後行者はいかなる意味でも影響力を及ぼし得ない以上、関与以前の事象について後行者に帰責される根拠に欠けるとする。

40

⁵ 大塚裕史『刑法総論の思考方法〔第4版〕』（早稲田経営出版,2012年）568頁。

⁶ 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会,2011年）496頁。

⁷ 大塚・前掲 571頁参照。

しかし、後行者が先行者によってもたらされた既成事実を積極的に利用して共同実行をする場合に、後行者に介入後の行為についてのみ責任を負わせるのはあまりにも形式的すぎる。また、一部行為全部責任の法理に遡り、因果性を要求するものであるため、例えば詐欺罪、恐喝罪などの単純一罪の場合、先行者の欺罔行為、脅迫行為の後、被害者からの受領行為のみに関与した者も詐欺、恐喝の共同正犯からは不可罰となり、結論の具体的妥当性に欠けるので妥当ではない⁸。よって検察側はC説を採用しない。

3.B 説について

一部肯定説は、後行者は関与した時以後の行為及びその結果にしか責任を負わないが、先行者の行為が「関与後にもなお効果を持ち続けている」場合には、全体についての共同正犯が成立することを認める説である。その根拠として、相互利用・補充関係で一部行為の全部責任の法理を説明している。つまり、後行者の行為と無関係な先行者の行為及び結果については相互利用・補充関係を認めることはできないが、後行者が先行者の行為等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犯罪の途中から関与し、先行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⁹とする。

これに対し、承継する「状態」と承継しない「結果」とを明確に区別することは困難で処罰の限界が不明確であるという批判があるが、先行者の行為が後行者の行為に影響を与えている限りで承継するのであるから、後行者からいえば先行者の行為・結果を利用したか否かが基準となるので、不明確なものではない¹⁰。

また、先行者と後行者との共同実行が、先行者が単独に行ったところを継承し利用してなされている以上、それも含めての刑法的評価を受けなければならないことは当然である。例えば、強盗罪において手段としての暴行・脅迫と財物の取得が一体になっている犯罪の場合には、後行者が、盗取行為のみに加わったにすぎない場合にも、先行者の行った暴行・脅迫行為を認識し利用する意思のもとに被害者の財物を盗取している以上、相互の利用・補充関係が認められそれは強盗罪の実行行為としての盗取にほかならないと解するべきである。

よってB説は妥当である。したがって、検察側はB説を採用する。

VI. 本問の検討

第1 本問において、A、B、Cはいかなる罪責を負うか。

この点、Vが意思の抑圧に至っているか否かで、強盗罪と恐喝罪の成否が分かれるため、以下場合分けして論じる。

1 意思の抑圧に至っていた場合

(1) Bの罪責について論じる。

BはCと共謀して、金員を恐喝する意思のもと、4時間半の間様々な手段によって頭部や腹部など人体の枢要部を暴行しており、もってVの反抗意思を抑圧し、結果Vはさらなる暴行を恐れて金員をA、Vの伯父を介してBに交付している。ゆえに、Bの暴行と金員取得の間に因果関係が認められる。

よって、Bの行為に強盗罪の共同正犯が成立する(236条1項、60条)。

(2) Cの罪責について論じる。

CもBと共謀のうえ、Bと同様にVを暴行し、もって金員を得ている。

⁸ 大塚・前掲 572 頁参照。

⁹ 大谷・前掲 418 頁。

¹⁰ 大塚・前掲 575 頁参照。

よって、Cの行為にも強盗罪の共同正犯が成立する(236条1項、60条)。

(3) Aの罪責について論じる。

AがB、Cに指示されVを連れてVの伯父から財産を受け取った行為によって、B、Cの犯罪が完遂されたため、この行為につき強盗罪の幫助犯が成立する(236条1項、62条1項)。では、Aの加功前のB、Cの暴行行為についても責任を負い、強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)の罪責を負うか。先行者の犯罪遂行の途中からこれに加担した後行者に、犯罪全体について共同正犯の成立が認められるかが問題となる。

この点、検察側はB説を採用する。ゆえに、Vの意思が抑圧されていることがAの犯罪実行を有利に働かせており、またVはB、Cの指示から強盗の事情を察してそれを知らながら加担しようとする意思があったといえる。したがって、AにはB、Cの行為を積極的に利用する意思が見受けられ、犯罪全体について共同正犯が成立するといえる。

よって、Aの行為に強盗罪の共同正犯が成立する(236条1項、60条)。

2 意思の抑圧に至っていなかった場合

(1) Bの罪責について論じる。

BはCと共謀して、金員を恐喝する意思のもと、4時間半の間様々な手段によって頭部や腹部など人体の枢要部を暴行している。しかし、Vの反抗意思を抑圧するには至っておらず、Vはさらなる暴行を恐れて金員をA、Vの伯父を介して自らの意思でBに交付している。そして、Bの暴行と金員取得の間に因果関係が認められる。

よって、Bの行為につき恐喝罪の共同正犯が成立する(249条1項、60条)。

(2) Cの罪責について論じる。

CもBと共謀のうえ、Bと同様にVを暴行し、もって金員を得ている。

よって、Cの行為にも恐喝罪の共同正犯が成立する(249条1項、60条)。

(3) Aの罪責について論じる。

AがB、Cに指示されVを連れてVの伯父から財産を受け取った行為によって、B、Cの犯罪が完遂されたため、この行為につき恐喝罪の幫助犯が成立する(249条1項、62条1項)。では、Aの加功前のB、Cの暴行行為についても責任を負い、恐喝罪の共同正犯(249条1項、60条)の罪責を負うか。先行者の犯罪遂行の途中からこれに加担した後行者に、犯罪全体について共同正犯の成立が認められるかが問題となる。

この点、検察側はB説を採用する。ゆえに、Vの意思は抑圧されていないことから、B、Cの行為はAの受け取り行為の容易性などに過大に影響しておらず、B、Cの暴行行為とAの受け取り行為は個別のものといえ連続性があるとはいえず、恐喝の正犯性は認められない。したがって、AにはB、Cの行為について積極的利用意思が見受けられず、犯罪全体について共同正犯が成立するとはいえない。

よって、Aの行為に恐喝罪の幫助犯が成立する(249条1項、62条1項)。

VII. 結論

Vが意思の抑圧に至っていた場合、A、B、Cは強盗罪の共同正犯(236条1項、60条)を負う。

Vが意思の抑圧に至ってなかった場合、B、Cは恐喝罪の共同正犯(249条1項、60条)、Aは恐喝罪の幫助犯(249条1項、62条1項)を負う。

以上