

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3ページ「Ⅲ. 学説の状況」の28行目において「一定の要件を満たした場合その適用は認められる」としているが、ここにいう「一定の要件」とは具体的に何か。
2. 検察レジュメ5ページ「Ⅴ. 学説の検討」の4行目において、「共犯者による実行の着手後すぐに離脱した者に対して、犯罪の結果発生防止までを要求するのは酷」としているが、検察側が採用しているB-2説も因果性の完全な欠如を求めているため、B-2説も
- 10 同じだけ厳しい基準であるといえないか。
3. 検察側は小問2において乙の離脱を認めたが、心理的因果性が完全に除去したか微妙な本問において、検察側が採用しているB-2説では離脱は認められないのではないか。
4. 「Ⅵ. 本問の検討」(小問1)について
- (1)丙はそもそも実行行為を行っていないため、実行共同正犯を成立させるのは誤りではないか。
- 15 (2)実行共同正犯が成立するとしても、見張り行為は窃盗の実行行為にはなりえないのではないか。

II. 学説の検討

- 20 1. 共犯関係からの離脱の判断について
- (1) A説、B-1説に関しては、検察側と同様の理由で採用しない。
- (2) B-2説に関して
- この説は心理的・物理的因果双方が完全に欠如した場合にのみ共犯関係からの離脱を認める説であるが、いったん生じた因果的影響を後から完全に除去することは不可能ないし
- 25 不可能に近いことである¹。例えば、侵入先の見取り図を渡すといった情報提供等をした場合に、離脱しようとするものがその見取り図自体を取り返して物理的因果性を排除したとしても、他の残余の共犯者の記憶に残って犯罪に影響を与えてしまうため、離脱は認められなくなってしまふ。このように、厳格に因果性の除去を要求すると、共犯関係の離脱がほとんど認められなくなってしまふため、妥当でない。
- 30 したがって弁護側はB-2説を採用しない。
- (3) そこで弁護側はC説(客観的帰属の可否で判断する説)を提唱する。
- この説は因果性を完全に除去した場合はもちろん、離脱によって因果性が弱まるなどして、残余者の犯行を離脱者に帰属させるべきでない²と規範的に評価できる場合に共犯関係からの離脱を認める説²である。そして、「残余者の犯行を離脱者に帰属させるべきでない」

¹ 豊田兼彦『刑事法ジャーナル27号』(成文堂,2011年)85頁。

² 同上。

という評価の基準は、①離脱者側の態度と②残余者側の態度に着目して判断する³。

まず①については、自己の与えた因果的寄与を「帳消しにした」と評価できる場合には、共犯関係からの離脱が認められるべきであり、その考慮要素としては、離脱時までの関与の態様、離脱の時期、離脱時または離脱後の状況などが挙げられる⁴。そして②については、

5 残余者側が離脱者を「排除した」と評価する態度をとったかが重要であり、具体的には、離脱者の寄与を利用しないとする積極的な意思表示や離脱者の寄与の否定・破棄と評価する態度が認められる場合には、①が不十分であっても共犯関係からの離脱が認められるべきである⁵。

また、本説ではたとえ離脱を認めるべきではないと判断したとしても、行為寄与を弱めたと判断できる場合には共同正犯から幫助犯への格下げ⁶も視野に入れている。この様に、

10 本説では心理的・物理的因果に囚われず、様々な事情を考慮したうえで共犯関係からの離脱を認めることができ、離脱者への客観的帰属を認めるべきか否かの妥当な判断が可能でありまたその範囲を妥当なものに限定することができる。

したがって本説が妥当であり、弁護側はC説を採用する。

15 2. 同時傷害の特例(207条)の適用の可否について

まず実行行為と結果との間の因果関係が不明な場合は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に基づいて、発生した法益侵害結果の責任は負わせないのが原則である。しかし、暴行の同時犯に同一の被害者を傷害したがその具体的な因果関係が不明、といった事例が現実にはしばしば起こっている。そこで現実に傷害結果が発生しているにもかかわらず、誰

20 にも責任を問うことができないという不都合を回避するために、立証の困難さを救う政策的規定として本条が設けられたのである⁷。

このように本条は刑法の基本原則に対する重大な例外規定であるから、その適用は厳格でなければならない。すなわち、承継的共同正犯や共犯関係からの離脱の場合には、少なくとも先行行為者や残余の共犯に対して傷害の罪責を負わせることが可能なのであるから、

25 同時傷害の特例を適用する余地がないと解すべきである。それにもかかわらず本問において本条の適用を認めるとするβ説は、その例外規定性を考慮しておらず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を軽視しているものといえ妥当ではない。

したがって弁護側はα説を採用する。

30 III. 本問の検討

第1. 小問1について

1. 甲・乙が営業所の敷地内に侵入し、営業所内を物色した行為について、甲・乙・丙に建

³ 豊田・前掲85頁。

⁴ 豊田・前掲85頁。

⁵ 豊田・前掲85頁。

⁶ 山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂,2008年)961頁。

⁷ 高橋則夫『刑法総論[初版]』(成文堂,2011年)55頁。

造物侵入罪(130 条前段)及び窃盗未遂罪(235 条、243 条)の共謀共同正犯(60 条)が成立しないか。

2. (1) 3 人は、営業所内の金品を窃取する目的で、甲は金庫破り、乙は営業所内の物色、丙は車の運転及び営業所の外の見張りという役割分担を行い、それぞれの役割を相互に利用・補充して営業所内の金品窃取という犯罪を自己の犯罪として共同実行しようとする犯行計画を立てるといふ謀議を行い、甲・乙がその計画通りに営業所の敷地内に侵入し、甲は金庫破り、乙は営業所内を物色し金品を探したが、逃走用の自動車がないことに気づき、何も窃取することなく営業所を立ち去っている。

以上より、上記行為について謀議の存在と一部の共謀者の実行が認められる。

(2) もっとも、丙は、甲・乙が営業所の敷地に入る前に、「こんな盗みはだめだ。俺は先に帰る。」と 2 人に告げて現場を立ち去っている。この行為により、丙は共謀関係から離脱したといえないか。

3. (1) 共謀関係からの離脱について、弁護側は C 説に立ち判断する。

(2) まず、離脱者の丙については、離脱時までは、丙は見張り役及び逃走用の自動車の運転役を務めており、これは建造物侵入という結果に対しては何ら寄与しないし、窃盗という結果に対しても、それを直接発生させるといったものではなく、あくまで結果発生を容易にするという間接的な寄与にとどまり、離脱時に丙が 2 人の窃盗に及ぼしていた因果的寄与は間接的で弱いものである。

また、離脱の時期は甲・乙が営業所の敷地内に侵入する前であり、窃盗はもちろんのこと、建造物侵入の実行の着手も行われていない段階であり、丙は乙に「人がいるぞ。今日の計画はやめにして早く車に戻ってきた方がいい。」と告げ、2 人に犯行を中止するように呼びかけた上で、2 人がそれに応じなかったため、「こんな盗みはだめだ。俺は先に帰る。」と告げて離脱の意思を表明している。さらには、丙は逃走用の自動車に乗ってその場を去って、2 人の窃盗に対する物理的寄与を消失させている。もっとも、甲・乙はこのことを認識していないため、2 人の窃盗に対する心理的寄与まで完全に消失させたということとはできない。

よって、丙は自身の与えた因果的寄与を「帳消し」にしたとまでは言えない。

(3) 一方、残余者の甲・乙については、甲が「今回、丙は最初から乗り気じゃなかったからな。車は俺でも乙でも運転できる。じゃあ、始めるか。」と言ひ、乙もこれに従い営業所の敷地内に侵入している。このことから、甲・乙は、丙を抜きにして犯罪を実行しようという明確な意思があると言え、丙の有していた見張り役及び自動車の運転役という因果的寄与を排除したと言える。

このような事情から、甲・乙は離脱者たる丙を「排除した」と言える。

(4) よって、丙には甲・乙の犯罪の結果を帰属させるべきではないと言え、丙は共謀関係から離脱したと言え、離脱時期は甲・乙が営業所の敷地内に侵入する前なので、丙は上記行為について罪責を負わない。

4. 以上より、上記行為について、甲・乙には建造物侵入罪(130条前段)及び窃盗未遂罪(235条、243条)の共同正犯(60条)が成立し、丙は何ら罪責を負わない。

第2. 小問2について

1. 甲・乙が第1暴行・第2暴行によって丙に傷害を負わせた行為について、傷害罪(204条)の共同正犯(60条)が成立するか。

(1) (a) 第1暴行については、甲・乙は、甲が「丙にはヤキを入れなければならない。」と乙にいい、乙もそれに同調し、丙に共同して傷害を与える意思連絡をし、丙を公園駐車場に呼び出して共同して丙に対して暴行を加え傷害を負わせたため、共同実行の意思と共同実行の事実が認められる。

10 (b) もっとも、乙は丙に対して「大丈夫か」と問いかけ、これに腹を立てた甲から殴打され失神しており、第2暴行に参加していない。このことから、乙について第1暴行終了後の共犯関係からの離脱が認められないか。

(2) (a) 共犯関係の離脱について、弁護側はC説に立ち判断する。

15 (b) まず、離脱者の乙については、離脱時には、第2暴行はまだ開始されておらず、これについて何ら物理的に寄与していないが、甲と最初に丙に対する傷害の共同実行の意思連絡をしていることから、心理的な寄与は認められる。乙はその後甲に殴打され失神しているため、甲の丙に対する傷害について以降の因果的寄与は行っていない。しかし、乙はただ丙に対して「大丈夫か」と問いかけたのみであり、甲に対して犯行をやめるように説得したり、離脱の意思を表明したわけではなく、乙が自身の因果的寄与を帳消しにしようと積極的に行動したとは言えない。

20 よって、乙は自身の与えた因果的寄与を「帳消し」にしたとまでは言えない。

25 (c) 一方、残余者の甲については、乙が丙に対して「大丈夫か」と問いかけたことに腹を立て、乙を殴打して失神させている。以降の第2暴行について乙とこれを共同して行うつもりならば、乙を起こして一緒に丙を暴行するはずだが、甲はそのような行動をとることなく単独で丙を暴行している。これは、甲は乙の心理的寄与を排除し、以降は乙の物理的寄与を受けることなく単独で丙に対する暴行を行う態度を取ったものだと言える。

よって、甲は離脱者たる乙を「排除した」と言える。

(d) 以上より、乙には甲の犯罪の結果を帰属させるべきではないと言え、乙は共犯関係から離脱したと言え、第2暴行については、甲の単独実行であると言える。

30 (3) (a) 第1暴行・第2暴行の結果、丙は、①上顎左右中切歯亜脱臼、②顔面挫傷・左頭頂部切傷、③頸部挫傷・左右大腿挫傷の傷害を負った。①については第1暴行により生じたことがわかっているため、これについて甲・乙両方が罪責を負うが、②③についてはどちらから生じたか、両暴行が相まって生じたものなのか特定は困難である。そこで、甲・乙はいずれの傷害結果について罪責を負うのか。

35 (b) この判断について、弁護側はα説に立ち、因果関係として論じる。

甲については、第1暴行・第2暴行すべてに関与しているので、いずれかの暴行か

ら結果が発生したことは明らかなので、②③両方の傷害結果について罪責を負う。

乙については、第1暴行にのみ関与しているため、いずれかの暴行から結果が発生したか明らかでない場合、因果関係は否定され、②③の傷害結果については罪責を負わない。

5 (4) 以上より、上記行為について、第1暴行について、甲・乙に①の傷害結果について傷害罪の共同正犯が成立し、第1暴行・第2暴行一連の行為について甲に②③の傷害結果について傷害罪が成立する。

2. 甲は乙を殴打して脳震盪により失神させたため、この行為について傷害罪(204条)が成立する。

10 第3. 罪数について

甲・乙の建造物侵入罪の共同正犯と窃盗未遂罪の共同正犯は手段と目的の関係にあるため、牽連犯(54条1項後段)となり、これによって処断対象となる窃盗未遂罪の共同正犯と甲の丙に対する①の傷害罪の共同正犯、②③の傷害罪及び乙に対する傷害罪は併合罪(45条)となり、同様に窃盗未遂罪の共同正犯と乙の丙に対する①の傷害罪の共同正犯も併合罪となる。

15

IV. 結論

甲は建造物侵入罪(130条前段)の共同正犯、窃盗未遂罪(235条、243条)の共同正犯、乙に対する傷害罪(204条)、丙に対する①傷害結果についての傷害罪の共同正犯、②③の傷害結果についての傷害罪の罪責を負い、乙は建造物侵入罪の共同正犯、窃盗未遂罪の共同正犯、丙に対する①の傷害結果についての傷害罪の共同正犯の罪責を負い、丙は何ら罪責を負わない。

20

以上