

只木ゼミ夏合宿第3問検察レジュメ

文責:1班

I. 事案の概要

[設問 1]

- 5 甲・乙・丙は事業所や営業所を中心に窃盗を繰り返していた者たちである。その手口は、金庫破りを得意とするリーダー格の甲を中心に、乙・丙はそのサポートするというものがあった。3人の盗品の取り分は、まず全体の半分を甲が取り、残りを乙・丙で半分ずつに分けていた。
- 10 3人は次の窃盗場所として TDK 運送八王子営業所に狙いを定めていた。というのも、同社は 2015 年 7 月に運送トラックが事故を起こした関係で一時営業を停止しており、営業所への人の出入りがほとんどなかったためである。3人は、丙が車の運転と営業所の外の見張り役、乙が営業所内の物色、甲が営業所の金庫をこじ開けるという分担をし、綿密な犯行計画を立てた。しかし、「金持ちの金品しか盗まない」というポリシーを持つ丙は、倒産の危機に瀕している営業所を対象とした本計画の実行に乗り気ではなかった。
- 15 2014 年 9 月 13 日午後 10 時ころ、3人は計画を実行するため自動車で営業所へ向かったところ、営業所に明かりが灯っていたため、一旦引き返し、計画の実行を深夜に変更することにした。3人は車内で入念に計画を確認しあっていたものの、丙は、引き返す際に明かりがついている営業所と従業員らしき人を実際に目の当たりにしたことも相まって、「金に苦しんでいる人から盗みをしてよいのだろうか」と、良心の呵責を感じていた。
- 20 翌 14 日の午前 2 時ころ、3人は計画を実行に移した。丙は車を営業所脇の路地に停車させ、甲・乙は営業所の敷地へ向かった。計画通り見張りをしていた丙は、現場の営業所付近に人影を認めた。そこで丙は、「やはりこんな盗みはだめだ。今ならこれを名目にして計画を止めることが出来るかもしれない。」と決意した。そして、丙は乙に電話をかけ「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。」と告げたところ、乙は「中は大丈夫そうだから、もう少し待ってくれ。」などと言い応じなかった。そこで、丙は「こんな盗みはだめだ。俺は先に帰る。」と告げて一方的に電話を切り、自動車現場から立ち去った。甲・乙はこの地点では営業所の敷地外から侵入のタイミングをうかがっていただけで、何ら犯行に着手していなかった。丙からの予定外の電話に一瞬動揺した乙であったが、甲に「丙は降りるみたいだ。」と伝えたところ、甲は「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。」と返答し、営業所の敷地へ侵入した。甲・乙は、丙が当然に逃走用の自動車を残して立ち去ったと勘違いしていた。甲・乙は営業所の中に侵入し、当初の役割通り甲が営業所 1 階の金庫破りに着手し、乙は営業所内を物色し金目の物を探した。乙が営業所の 2 階を物色中、ふと外を見ると逃走用の自動車が停車していないことに気が付いた。気が動転した乙はすぐに甲のもとへ行き、「車が無い。丙にしてやられた。撤収だ。」と叫んだ。計画は頓挫し、甲・乙は何も窃取することなく営業所から逃走した。
- 35

丙の行為の罪責を検討せよ。

[設問 2]

窃盗計画が中止になっただけでなく逃走手段を奪われ、危うく逮捕されるところであつた甲・乙は、丙に対し激しい怒りを覚えた。甲は「丙にはヤキを入れなければならない。」
5 と乙にいい、乙もそれに同調した。計画失敗の翌日である同年 9 月 15 日午後 8 時 30 分ごろ、甲・乙はとある公園駐車場に丙を呼び出した。自動車で丙がやってくると、甲はすぐに運転席の丙に対し顔面を手拳で数回殴打し、同人を車外に引きずり出した。その後、甲・乙は丙の頭部及び顔面等を足蹴にし、その頭部を手拳で殴打するなどの傷害を負わせた。(第 1 暴行)

10 甲・乙は暴行を続けても丙は一向に反撃をしなかった。そして、丙は甲・乙に対して時折「済まなかった」と息も絶え絶えに謝罪を繰り返していた。乙は次第に、自分たちの暴行がやりすぎではないかという心境を抱き、甲が車から水を取りに言っている間に、丙に対して「大丈夫か」と問いかけた。この様子を見ていた甲は、乙が勝手なことをしていると腹を立て、口論になり、いきなり乙の左顔面を一発殴打した。乙は脳震盪によりその場
15 で失神した。

甲の丙に対する怒りは収まるどころか増大し、乙を置いてさらに公園の奥に移動し、同日 9 時ごろ再び、丙の顔面を手拳で殴打する等の傷害を加えた。(第 2 暴行)

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の傷害については第 1 暴行により生じたものであるが、②③の傷害
20 については第 1・第 2 いずれの暴行によるものか、両者相まって生じたものであるか、その特定は困難である。

甲・乙の行為の罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁平成 21 年 6 月 30 日第三小法廷決定

福岡高裁昭和 28 年 1 月 12 日判決

25 名古屋地裁平成 14 年 4 月 16 日判決

名古屋高裁平成 14 年 8 月 29 日判決

II. 問題の所在

1. 丙は、本件窃盗行為について計画実行日に明かりがついている営業所と従業員らしき人
30 を実際に目の当たりにしたことから、良心の呵責に苛まれ、乙に電話で本計画からの離脱を告げ、自動車で現場から立ち去っている。「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」「こんな盗みはだめだ。俺は先に帰る。」という内容の電話から一連の行為に対する離脱が認められるか、共犯関係からの離脱の判断について問題となる。
- 35 2. 本件において乙は、第 1 暴行を終えた後に、自分たちの暴行がやりすぎではないかという心境を抱き、丙に対して「大丈夫か」と問いかけた。これに腹を立てた甲は乙の左顔

面を一発殴打したため、乙は脳震盪によりその場で失神した。その後も甲は継続して丙に傷害を加えた(第2暴行)。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の傷害については第1暴行により生じたものであるが、②③の傷害については第1・第2いずれの暴行によるものか、両者相まって生じたものであるか、その特定は困難である。そこで、乙に対しどこまで帰責できるか、同時傷害の特例(207条)の適用の可否が問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

1. 共犯関係からの離脱の判断について

10 A 説:実行の着手の前後で判断する説

離脱において重要なことは、離脱前の共犯関係が離脱によって解消し、新たな共犯関係ないし犯意が成立したと言えるかどうかであり、その意味で物理的・心理的因果性を重視する立場は妥当でない¹とする説。

B 説:因果的共犯論の観点から判断する説

15 行為者による行為および結果との因果関係が遮断されたかという基準によって解決されるべき²とした見解。

B-1 説:心理的因果性のみで足りるとする説

因果的共犯論を前提としつつも、共犯の成立根拠は心理的因果性に尽き、物理的因果性は共犯行為の内容にすぎない³とする見解。

20 B-2 説:心理的因果性と物理的因果性の双方を必要とする説

因果性の遮断は、事案に応じた具体的な事情を考慮して、共犯関係の解消を判断すべきであるので、実行の着手の前後で成立の要件を変えるべきではない⁴とする見解。

2. 同時傷害の特例(207条)の適用の可否について

25 α 説:207条不適用説⁵

同時傷害の特例(207条)の適用が認められないとする説。

β 説:207条適用説⁶

同時傷害の特例(207条)が規定されている以上、一定の要件を満たした場合その適用は認められるとする説。

30

Ⅳ. 判例

名古屋高判平成14年8月29日判決。判例時報1831号158頁。

¹ 大谷實『刑法講義総論[第4版]』(弘文堂,2010年)470頁。

² 西田典之『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013年)368頁。

³ 町野朔『惹起説の整備・点検』(内藤謙先生古稀祝賀「刑事法学の現代的状況」,1994年)115頁。

⁴ 平成21年最高裁判所調査官解説(最高裁平成21年6月30日第三小法廷決定)180頁。

⁵ 西田典之『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013年)373頁。

⁶ 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2012年)50頁。

《事案の概要》

被告人 X は、V に制裁を加えることなどを意図して、Y、Z、W、U、T と共謀のうえ、電話で V を公園駐車場へ呼び出し、車外に引きずりおろして同人の顔面、頭部等を足蹴りにし、その頭部を手拳で殴打するなどの暴行を加えた(第 1 暴行)。これを見ていた Z の制止により、同所における暴行は終了した。X が V をベンチへ連れていき「大丈夫か」などと問いかけたところ、勝手なことをしていると腹を立てた Y は、X と口論になり、いきなり X を殴りつけて失神させた。Y は、さらに V を問い質す必要があると考え、X、W を同所に放置したまま V を車に乗せ別所へ連行し、同所にて V の顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加えた(第 2 暴行)。

《判旨(一部抜粋)および解説》

「Y を中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という Y 自身の行動によって一方的に解消され、その後の第 2 の暴行は被告人の意思・関与を排除して Y、Z らのみによってなされたものと解するのが相当である。」「…、第 2 現場で発生した可能性のある傷害は同時傷害の規定によって刑責を負うべきものであるから、原判決の誤認は結論に影響がな」い。

被告人の失神という事態が生じた後も、被告人と Y らとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、当初の共犯関係が解消され、共犯関係からの離脱があったと解することはできないとした原判決を破棄し、本判決は第 2 暴行について被告人の共犯関係離脱を否定した点、事実を誤認したものであるとした。すなわち、被告人は失神させられたことにより、物理的因果性を絶たれ、さらに、被告人が共犯者 Y、Z の考え相反すると推察される行動をとったことから、心理的因果性も絶たれているといえるのである。

もつとも、本判決において被告人は、同時傷害の特則により、傷害罪が成立していることから、共犯の離脱があってもなお刑法 207 条が適用されることを示している。

V. 学説の検討

1. 共犯関係からの離脱の判断について

A 説:実行の着手の前後で判断する説

共同正犯において、少なくとも 1 人が犯罪の実行に着手すれば、全体として実行の着手があったとみなされるため、それ以後の共犯の中止行為は 43 条ただし書の問題となる。中止犯も未遂犯の一種であるため、犯罪の未完成というのが前提であり、したがって、共犯における中止犯が成立するためには、他の共犯者の実行を阻止するか、結果の発生を防止することが必要と考えられる。これに対して、実行の着手に至る前に共犯関係から離脱した場合は、未遂犯の一種である中止犯は問題とならない。そこで、実行行為前に他の共犯者の了解を経ることで、共謀関係からも離脱した者は、その後の結果について責任を負わないこととなる。

しかし、実行の着手前だからといって、計画段階から深く関与し、その直前に離脱した者について、共犯関係からの離脱があったとし、何ら責任を負わないとするのは、結果の妥当性に欠けるように思える⁷。さらに、共犯者による実行の着手後すぐに離脱した者に対して、犯罪の結果発生の防止までを要求するのは酷なのではないか。このように

5 考えていくと、そもそも実行の着手前後で判断する意味がないように思える。また、共犯関係からの離脱の問題は、結果的加重犯のケースで、発生した重い結果との問題の関係で論じられることもあるし、包括一罪とされる一連の所為の第1行為と第2行為との間で論じられることもある。このように、離脱が問題となるのは未遂犯の局面に限られない。

10 したがって、検察側はA説を採用しない。

B説:因果的共犯論の観点から判断する説

そもそも、共犯関係からの離脱という現象は犯罪完成前の全段階において生じうるものであり、着手前の離脱の問題と着手後の離脱の問題は共犯処罰の限界の問題として統一的に把握される必要がある。本説は、刑法の任務は法益の保護にあり、共犯処罰もこの法益保護目的達成の一環であるから、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とする因果的共犯論の観点から、共犯関係からの離脱を判断する際には当該離脱行為によってそれ以前の離脱者の加功とそれ以後の残余の共犯者による行為および結果との因果関係が切断されたか否かという基準によって判断されるべきとする点、共犯関係の離脱の問題を統一的に判断しうるものであり、妥当であると考え⁸。

15

20

B-1説:心理的因果性のみで足りるとする説

本説は、共犯者が他の共犯者の行為・結果についてまで帰責される根拠は心理的因果性にあるとし、心理的因果性が欠如すれば直ちに共犯関係からの離脱を肯定すべきとする。しかしそうであるとする、共同正犯の成立につき意思の相互連絡を必須の要件とする立場に立つ場合、あるいは、教唆・幫助について正犯行為を介した因果性を要求するという見地からは、こうした見解は理解しうるものの、心理的因果関係を必須の要件とする点、問題がある。例えば、本説に拠ると、道具の貸与等による物理的因果性は明白であるものの、犯罪遂行意思の維持・強化作用を内容とする心理的因果性が不明瞭となっただけで共犯処罰を否定する結論を導く。意思の疎通というあやふやともいいうる関係がはつきりしなくなっただけで共犯関係の解消を認めるのは、

25

30

したがって、検察側はB-1説を採用しない。

B-2説:心理的因果性・物理的因果性の除去を必要とする説

一旦意思の疎通により共犯関係が成立し、犯罪実現へ向けた過程が開始されれば、

⁷ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)499頁以下参照。

⁸ 西田・前掲・368頁参照。

共犯相互の行為により、結果発生に至る客観的な危険が創出されるのであり、離脱しようとする者の行為が、この危険に物理的に寄与している場合は多々考えられる。この危険が結果惹起へと至った場合に、従前の行為による物理的因果性が遮断されていないのに、離脱の意思表示をし、共犯者の了承があったことのみでその帰責性を問えないとするのは、妥当ではない⁹。本説は、凶器の貸与などの物理的因果性と、犯罪遂行意思の維持強化などの心理的因果性とのいずれかが存在すれば共犯の成立があり、したがって両方を切断しないと離脱は認められないと考える点、上記問題に適切に対応できているといえる。

したがって、検察側は B-2 説を採用する。

2. 同時傷害の特例(207条)の適用の可否について

α説は 207 条が規定された趣旨は、現実には発生した傷害結果を誰にも帰責できないという不都合性を緩和することにあると考えれば、共犯者のいずれかが傷害結果に対して責任を負うのであれば、他の者に適用する必要性はないという論理で、207 条の適用を否定する¹⁰。しかし、共犯関係にない複数人が同時に傷害行為を行い、それによって生じた傷害結果が誰によるものか明らかでない場合には、問題なく 207 条の適用が認められるのに対して、実行共同正犯の関係にあった複数人が傷害行為を行った場合に、その一部が一方的な離脱という事情があったという理由から、207 条の適用を受けずに、ごくわずかな傷害結果のみを負うという事は、均衡上問題であるといえる。そもそも、本事例は共同して行った第一暴行と甲が単独で行った第二暴行のどちらから傷害結果が生じたかわからない事例であり、まさに同時傷害の特例の典型場面といえ¹¹る。

よって検察側は、β説を採用する。

VI. 本問の検討

第一 小問 1 について

1. 丙に窃盗未遂罪の共同正犯(60条、243条、235条)が成立しないか。
2. (1) まず、丙は甲と乙を TDK 運送事業所に運んだ後、見張りを行っているから窃盗罪未遂罪の共同正犯が成立しないか。

共同正犯(60条)が一部実行全部責任を負う趣旨は相互利用補充関係が行為者間に認められることにある。とすれば、共同正犯が認められる要件は①共同実行行為と②共同実行の意思が認められることである。

(2) 本問では、①について、実際に甲と乙を現場まで車で運んでおり、その後見張りについている。よって共同実行行為が認められる(①充足)。②についても、丙は甲乙と共に事業所や営業所を繰り返し窃盗していた。また、盗品の取り分を4分の1もらう取り

⁹ 前掲・調査官解説・180頁参照。

¹⁰ 西田・前掲・373頁。

¹¹ 山口・前掲・50頁。

決めがあった。とすれば、今回も同じ要領で TDK 運送に対して窃盗を共同する意思があったといえる(②充足)。したがって、窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

3. (1) もっとも、丙はその後乙に対し「俺は先に帰る。」と告げ、車で逃走している。したがっていわゆる共犯関係からの離脱が認められないか問題となる。

5 (2) では、離脱をいかなる要件で肯定すべきか。検察側は B-2 説を採用するところ、①物理的因果性及び②心理的因果性が切断された場合に離脱が肯定されると考える。

10 (3) ア. ①について、本問では、丙は自動車で逃走を図っている。この点、窃盗罪はその性質上盗んだ大量の金品を迅速かつ安全に運び出す必要があり、自動車が無くなることによって、その成功を阻むことができるから物理的因果性が切断されたことは肯定できる(①充足)。

15 イ. ②についてどうか。確かに、乙が「丙は降りるみたい。」と告げられた甲は「丙は最初から乗る気じゃなかったからな。」と言っている、とすれば両者は丙抜きで犯行を完遂するつもりであり、丙に対し黙示の承認を与えたとも思える。しかし、あくまで甲乙が犯行に及んだのは丙が自動車を置いていったと勘違いしたためであった。上述のように今回の窃盗計画に不可欠な自動車が無いことに気が付いていれば、両者は犯罪に着手しなかったといえる。またそのことは後に自動車の不存在に気づき、犯行を中止したことから明らかである。よって、丙は犯罪結果に対し心理的に因果性を切断したとはいえない(②充足せず)。

4. 丙は窃盗未遂罪の共同正犯(60条、243条、235条)の罪責を負う。

20 第二. 設問 2

1. 甲の罪責

25 甲は丙に対し①上顎左右中切歯脱臼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与えており、人の生理的機能を害している。よって傷害罪が成立する。後述するように、①部分につき、共同正犯(60条)、②③部分について同時傷害の特例(207条)により、乙と共同正犯として罪責を負う。

2. 乙の罪責

(1) 乙は丙に対し甲とともに殴打しているから傷害罪の共同正犯(60条、204条)が成立しないか。まず、乙は甲と共に丙を懲らしめる意図で暴行を行っている。したがって、共同実行の意思と共同実行行為が認められ、共同正犯が肯定される。

30 (2) ア. そして①部分については、傷害罪の共同正犯が成立する。では、②③部分についても罪責を負うか。第1暴行の後、乙は甲から殴られており、失神し第二暴行に加わっていない。したがって、いわゆる共同正犯からの離脱が認められないか問題となる。上述検察側規範に従い検討する。

35 イ. 検察側は B-2 説を採用するところ、①について、乙は失神した後は丙を殴りえず、物理的因果性が切断させる(①充足)。②についても、甲は乙を殴っておりこれはもはや以後の暴行につき乙を排除したものといえ、乙に対する離脱の黙示の承諾であるといえ

る。よって心理的因果性も切断される(②充足)。したがって、離脱が認められる。

(3) もっとも、傷害結果②③について同時傷害の特例を適用できないか。この点につき、検察側はβ説を採用するから、適用が肯定される。

5 (4)乙は傷害結果①につき、60条で、②③につき207条により、甲と傷害罪(204条)の共同正犯として罪責を負う。

VII. 結論

10 甲は、①部分につき、共同正犯(60条)、②③部分について同時傷害の特例(207条)により、乙と共同正犯として罪責を負う。乙は、傷害結果①につき、60条で、②③につき207条により、甲と傷害罪(204条)の共同正犯として罪責を負う。丙は、窃盗未遂罪の共同正犯(60条、243条、235条)の罪責を負う。

以上