

只木ゼミ夏合宿第4問検察レジュメ

文責:3班

I. 事実の概要

5 町のチンピラ仲間のあいだでリーダーを自認する甲は、最近態度が大きく目障りに感じていたXと激しい口論となり、どうしても腹が収まらなかったことから、日頃手下に使っている乙にことの次第を伝え、「あいつを少々痛めつけてやりたい。ついでに、何か家から頂戴して来よう」と申し向けて、乙を伴ってX宅に出向いた。途中の車内で甲は殺意を生じ、

10 乙に「やられたらナイフを使え」と指示した。X宅に着くと、甲は車で待つことにし、大柄でいかついXに逆襲されたときのために乙にナイフを持たせたが、内心では、場合によってはXが死んでくれたりするならいっそそれも良いとの心持ちであった。

一方、甲の指示を受けた乙は、ことが簡単に済むであろうと考えていたところ、玄関先で対峙したXに、予想外にも殴る蹴る等の激しい暴力を受けて死の恐怖を感じたため、自己の生命身体を防衛する意思で持っていたナイフでXの腹部をひと突きし、恐ろしさから

15 表に飛び出し、そのまま逃げ帰って行ってしまった。

これを知った甲は、今度は同じチンピラ仲間の丙をX宅に呼び出すことを思いついた。そして、「来ればラッキーなことがあるから今すぐXの家に来い」と丙に電話で告げた。

X宅に着いた丙はXが倒れている状況を見て驚きはしたものの、電話の時に甲に言われた言葉からも事情を推察し、玄関先で重傷を負い昏倒しているXを尻目に、甲と一緒にX

20 の家から金庫を運び出した。(なおXはその後死亡していない。)

甲、乙、丙の罪責を論ぜよ。

参考判例:最高裁平成4年6月5日第二小法廷決定

II. 問題の所在

25 先行者が傷害を与えた後で、後行者が財物奪取をしているが、承継的共同正犯は成立するか、成立するとすれば、どの範囲で承継的共同正犯が成立するか。

III. 学説の状況

A 説(肯定説)

30 1個の犯罪を2つに分解して論ずることは許されないという理解に立って、先行者と後行者の行為を全体として考察し、後行者に犯罪全体の共同正犯を認める見解。

B 説(否定説)

35 関与以前に先行者の行為については後行者の行為が因果性をもつことはありえないから、承継的共犯を共同正犯として認めるべきではないとする見解。

C 説(中間説)

後行者が、先行者の行為及び結果を、自己の犯罪遂行手段として、積極的に利用する意思のもと、先行者の犯罪に加担し、現にそのような手段として利用した場合には、承継的共同正犯の成立を肯定する。

5

IV. 判例(裁判例)

東京地判平成8年10月9日。判タ922号292頁。

[事実の概要]

10 被告人(女性)が共犯者A男、B子から誘われ、飲食店経営者に睡眠薬を飲ませて金品を取るといふこん睡強盗の計画に加わり、3名でスナックに入って被害者Xにビールを勧め、B子が睡眠薬をXのグラスに入れて飲ませたものの、Xが眠り込むに至らなかったため、A男が待ちきれずにXに暴行を加えて傷害を負わせた後、A男、B子がX所持の金品を奪い被告人もB子に促されて金品を奪った。

[判旨]

15 先行行為者の犯罪に途中から共謀加担した者(後行行為者)の負うべき責任の範囲については、種々の議論があるが、強盗致傷の事案において、本件のように、先行行為者もつばら暴行を加え、被害者の反抗を抑圧し、右暴行により傷害を加えたのちに、財物奪取を共同して行った後行行為者については強盗罪の責任を負うものの、強盗致死傷罪の共同正犯としての責任を負わないものと解するのが相当である。何故なら、後行行為者は、財物奪取行為に関与した時点で、先行行為者によるこれまでの行為と意図を認識していたのみでなく、その結果である反抗抑圧状態を自己の犯罪遂行の手段としても積極的に利用して財物奪取行為に加担しているのであるから、個人責任の原則を考慮に入れても、先行行為者の行為を含めた強盗罪の共同正犯としての罪責を負わせるべきものとも考えられるが、反抗抑圧状態の利用を超えて、被害者の傷害の結果についてまで積極的に利用したとはいえないのにその責任を負わせることは、個人責任原則に反するものと考えられるからである。本件においても、財物奪取行為のみに関与した被告人については、強盗罪の共同正犯の責任を負うものの、強盗致傷罪の共同正犯の責任までは負わないものと解される。

20

25

V. 学説の検討

30 A 説(肯定説)について

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ところ、実行行為共同の事実が認められるには、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関係を要するから、少なくとも、そのような関係にない先行者の行為について承継的共同正犯を成立すべきでない。

35

よって、検察側はA説を採用しない。

B 説(否定説)について

詐欺罪や恐喝罪において金員の受領のみに関与した後行者が不可罰となるのは妥当でない¹。

よって、検察側は B 説を採用しない。

5

C 説(中間説)について

先行者が後行者の行為を利用し、後行者も先行者の行いを利用するというように、相互に利用・補充しあって一定の犯罪を実現することは可能である。したがって、相互に共同実行の意思があり、実行行為共同の事実が認められ限り、先行者の行為、及び結果を後行者が承継して、両者の共同正犯が成立するというように、限定的に肯定すべきである²。

10

よって、検察側は、C 説を採用する。

VI. 本問の検討

第1 X 宅に侵入した行為について

15 甲、乙及び丙は X の意思に反して X 宅に侵入しており住居侵入罪(130 条前段)の共同正犯(60 条)が成立する。

第2 X の腹部を刺して金庫を奪った行為について

1 乙の罪責

乙に強盗殺人罪の未遂(240 条後段、243 条)が成立しないか。

20 (1) 前提

ア 本件では乙は X の身体の枢要部である腹部を鋭利な刃物であるナイフで刺しているので殺意が認められる。また甲には未必の殺意が認められる。

(ア) ここで強盗犯人が故意に被害者を殺害する場合に 240 条後段が適用されるかが問題となるが、これは肯定されるべきである。

25 (イ) なぜなら、そもそも 240 条は強盗が強盗の機会に人を死傷させることが刑事学上顕著であるため、被害者の生命、身体を特に保護するという見地から規定されたものであるから、強盗犯人が故意に被害者を殺害するという強盗の典型的態様を立法者があえて 240 条後段から除外したとは考えられないからである。

30 イ また 240 条の死傷結果は反抗抑圧手段としての暴行、脅迫から生じたものに限られるか。本件では X の暴行に対して乙がナイフで X を刺したところから X の傷害結果が発生しており問題となる。

(ア) 前述の 240 条の趣旨より死傷の結果が強盗の機会に行われた原因行為から生じたものであれば 240 条が適用されるべきである。もっとも、処罰範囲の適正化の観点から、その原因行為は強盗行為と密接な関連性を有するものに限られると考える。

¹ 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(成文堂,2016年)461頁。

² 大谷實『刑法総論[第5版]』(成文堂,2018年)410頁。

(イ) 本件での乙のXの腹部を刺す行為は財物奪取のためにX宅に侵入した際にそのXからの暴行に対してなされたものであり強盗の機会に行われたもので、かつ強盗行為と密接な関連性を有するものといえる。

以下、乙が強盗殺人未遂罪の罪責を負うか検討する。

- 5 (2)ア 共同正犯(60条)の要件は①共謀②実行行為に準ずる重大な寄与③共謀に基づく実行行為である。甲は日頃手下に使っている乙にことの次第を伝え、「あいつを少々痛めつけてやりたい。ついでに、何か家から頂戴して来よう」と申し向けている。そして甲は乙にナイフを渡している。よって甲乙間に強盗罪の共謀が認められる(①)。また強盗殺人に不可欠な要素である殺人についての実行行為を行っているので重大な寄与が認められる(②)。

10

イ(ア) では③共謀に基づく実行行為があるといえるか。本件では乙はナイフでXの身体の枢要部である腹部を刺しており殺意が認められるので強盗殺人罪を実行している。そのため共謀の射程が及ぶかが問題となる。

15

(イ) 共謀の射程に含まれるか否かは、共謀がその実行行為が行われる危険を内包していたかどうか、すなわち、その実行行為はその共謀の有する危険が現実化したものであるかを基準に判断する。

20

(ウ) 本件についてみると、甲が乙にナイフを手渡した際には少なくとも強盗による傷害を共謀していると言える。ナイフによる強盗傷害を共謀した以上実行行為者に殺意が生じることは決してありえないことではない。またナイフを渡した甲は、内心では、場合によってはXが死んでくれたりするならいっそそれも良いとの心持ちであったのであるから未必の殺意があるといえる。

よって本件のXの傷害結果は、少なくとも甲が乙にナイフを手渡した際の時点での共謀の有する危険が現実化したといえる。よって共謀の射程が及び③を満たす。

25

ウ したがって乙の上記行為は強盗殺人未遂罪の共同正犯の構成要件に該当する。また甲の上記行為には強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立するがこれは後述する。

エ

なお、乙は甲の腹部を刺してからその恐ろしさから表に飛び出し、そのまま逃げ帰っている。

ここで乙に共犯関係からの離脱が認められ、財物奪取の結果について帰責できないのではないかとも思われるため問題となる。

30

(ア) そもそも共同正犯の処罰根拠は、自己の行為及び共犯者の行為を介して構成要件結果を共同惹起した点にある。

そこで、自己の物理的因果性及び心理的因果性の双方が除去された場合には、離脱が認められると考える。

35

(イ) 本件についてみると、乙が現場を立ち去った時点ではXは少なくとも抵抗することが不可能な状態になっていたのであり、既遂結果を実現するためには無抵抗のXから同宅にある財物を奪取することを残すのみである。したがって強盗殺人の既遂

結果発生危険が相当に高まっているといえる。そのため、現場から立ち去るだけでは乙がそれまでもたらした物理的、心理的影響力は除去されておらず、因果性が遮断されたとはいえない。

(ウ) よって乙に共犯関係からの離脱は認められず、乙は財物奪取についても帰責される。

5 (3)ア もっとも乙は予想外の X からの暴力に対して死の恐怖を感じたため防衛の意思をもって X の腹部を刺している。そのため、乙の上記行為に正当防衛(36条1項)が成立しないか。

10 (ア) Xは未だ乙が財物奪取の手段として不法な侵害を行う前に乙に対して暴行を行なっていると考えられる。したがって X の本件暴行に正当防衛が成立する余地はなく不法であると言える。よって X の本件暴行は「急迫不正の侵害」に当たる。

(イ) さらに前述より乙は「防衛するために」すなわち防衛の意思をもって上記行為を行なっている。

15 (ウ) もっとも、たしかに X の行為は乙にとって予想外のものであってその態様も殴る蹴る等の激しいものであったが、乙と X には体格差が著しい等の事情もなく、乙はナイフを有していたのであるからそれを用いて X を制止する等の措置も十分可能であったし、またすぐそばには仲間の甲もいたのであるから助けを呼ぶ等も可能であったといえる。それにもかかわらず、ナイフを用いて腹部を刺すという乙の上記行為は防衛行為としての相当性を欠き「やむを得ずにした行為」とは言えない。

20 (エ) よって形式的には、正当防衛の要件のうち相当性のみを欠き過剰防衛(36条2項)が成立するとも思える。

イ ここで甲は X に対して殺意を有しており、場合によっては乙がナイフを使用することで X が死ねばいいそれも良いという心持ちであったため積極的加害意思が認められる。よって X については侵害の急迫性が否定されて過剰防衛すら成立しないと考えられる。

ここで「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則の例外として違法の相対性が認められ、上記の通り乙にのみ違法性阻却が認められないかが問題となる。

30 (ア) 人的違法要素とりわけ防衛の意思のような主観的違法要素は各行為者の固有の要素であるから、主観的違法要素が違法性阻却の判断に影響を及ぼす場面においては、これを有する者と欠く者とは自ら違法性の評価に違いが生じると考えるべきである。

(イ) 本件でも前述より乙にのみ過剰防衛が成立する。

(4) よって上記行為について乙は強盗殺人未遂罪の罪責を負う。

2 甲の罪責

35 (1) 前述より甲乙間の共謀は認められ(①)、乙逃走後も金庫を奪取するという強盗殺人未遂罪の実行行為の一部を行なっている(②及び③)。

(2) 前述より甲には積極的加害意思が認められ、過剰防衛は成立しない。

(3) よって上記行為について甲は強盗殺人未遂罪の罪責を負う。

3 丙の罪責

丙は上記行為につき強盗殺人未遂罪の罪責を負うか。

5 (1) 本件で丙は甲乙の強盗行為が実行に着手され、まだ実行行為をまだ全部終了していない間に甲に呼び出され X 宅の金庫を甲と共同して奪取している。

ここで後行為者たる丙は関与前の先行者甲、乙の行為及び結果についても責任を負うか。承継的共同正犯の可否が問題となる。

10 (2) 検察側は C 説を採用するため後行為者が先行行為者の行為及び結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合には、共同して犯罪を実現したといえるから、後行為者にも関与前の行為及び結果を含めて共同正犯の成立を認めると考える。

(3) 本件についてみると、たしかに丙は X が抵抗不能の状態を積極的に利用し自己の犯罪として本件金庫を奪取していると言える。もっともこれは反抗抑圧状態を利用したに過ぎず、X の負傷結果を利用しているとは言えない。

15 したがって、上記行為につき丙は強盗罪の限度で罪責を負う。

第3 罪数

甲、乙及び丙の住居侵入罪は甲、乙の強盗殺人未遂罪及び丙の強盗罪の牽連犯(54 条 1 項後段)となり科刑上一罪となる。また乙には過剰防衛が成立し刑の任意的減免がなされる。

20 VII. 結論

甲には、乙及び丙とは住居侵入罪の共同正犯(130 条前段、60 条)と、乙とは強盗殺人未遂罪の共同正犯(240 条後段、243 条、60 条)が成立し、また丙とは強盗罪の限度で共同正犯(236 条 1 項、60 条)となり、これらは牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

25 乙には、甲及び丙とは住居侵入罪の共同正犯(130 条前段、60 条)と、甲とは強盗殺人未遂罪の共同正犯(240 条後段、243 条、60 条)が成立し、また丙とは強盗罪の限度で共同正犯(236 条 1 項、60 条)となり、これらは牽連犯(54 条 1 項後段)となるが、刑の任意的減免がなされる。

丙には、甲及び乙とは住居侵入罪の共同正犯(130 条前段、60 条)と、強盗罪の共同正犯(236 条 1 項、60 条)が成立し、牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

30 甲、乙及び丙は、それぞれその罪責を負う。

以上