

I. 事実の概要

- 5 1. 甲は、本件犯行以前にも、乙とともに数回に渡り、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪することを実行したことがあった。
2. 今回も以前と同様の手口による本件犯行に誘われると、本件犯行の前夜遅く乙と合流し、V方及びその付近の下見をした後、乙との間で、V方の明かりが消えたら乙が屋内に侵入し、内部から入口の鍵を開けて侵入口を確保したうえで、甲も屋内に侵入して強盗に及ぶという住居侵入・強盗の共謀を遂げた。
- 10 3. 本件当日深夜、乙はV方の窓から地下1階の資材置場に侵入したが、住居等につながるドアが施錠されていたため、いったん戸外に出て、住居等に通じた窓の施錠を外し、その窓から侵入し、内側から上記ドアの施錠を外して侵入口を確保した。
4. 見張り役も兼ねていた甲は、屋内の乙が強盗に着手する前段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚を恐れ、屋内にいる乙に電話をかけ、「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。」と一方的に伝えて電話を切り、付近に止めてあった自動車に乗り込み、現場付近から立ち去った。
- 15 5. 屋内にいた乙は、いったんV方を出て、甲が立ち去ったことを知ったが、再びV方に戻り、事前に準備しておいた刃渡り30cmの包丁でVの右上腕部等を切りつけ、加療5か月の怪我を負わせた上、V宅の机の引き出しに保管されていた現金15万円と貴金属を奪って逃走した。
- 20 甲及び乙の罪責を論ぜよ。

参考判例：最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁

25 II. 問題の所在

1. 甲は、結果として強盗の実行行為は行っておらず、共謀のみを行っているが、かかる場合にも、「共同」して犯罪を実行したといえるか。いわゆる共謀共同正犯の成否が問題となる。
2. 甲は、「先に帰る。」と乙に申し向けて現場付近から立ち去っているが、かかる場合に共犯関係を解消したといえるか。

30

III. 学説の状況

1. 共謀共同正犯の成否について

α 説(肯定説)

5 「共同して犯罪を実行した」という文言を、共同した者のいずれかが犯罪を実行した場合又は実行行為が共同のものと評価できる場合をいうと解する説¹。

β 説(否定説)

10 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、刑法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、と解する説²。

2. 共犯関係の解消の判断基準について

ア 説(意思連絡欠如説)

15 共同正犯における行為性は、共同加功の意思すなわち「意思の連絡」によつてのみ性格づけられるものであり、そうだとすれば犯罪遂行の途中においてであれ、「意思の連絡」が欠ければ、それ以後は各人の行為はもはや全体の行為としては評価できなくなるとする説³。

イ 説(因果的影響力解消説)

20 因果的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り、この因果関係が切れる場合には責任を負わないことになる。すなわち、共犯からの離脱の問題も基本的には、当該中止行為によって、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及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解決されるべきであるとする説⁴。

ウ 説(共同正犯離脱説)

25 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い、中止(結果発生の防止)に失敗したとしても、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、未遂と同様に扱う説⁵。

¹ 西田典之『刑法総論[第二版]』(弘文堂、2010年)345頁。

² 浅田和茂『刑法総論[第二版]』(有斐閣、2019年)431頁。

³ 井上正治『共犯と中止犯[増補版]』平野龍一・福田平・大塚仁編・判例演習〔刑法総論〕(有斐閣、1969年)212頁。

⁴ 西田典之『共犯の中止について』(法学協会雑誌、1983年)226頁。

⁵ 浅田・前掲(注2)479頁参照。

IV. 判例(裁判例)

1. 共謀共同正犯の成否について

最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁

[事実の概要]

- 5 労働争議事件において、被告人A・B・C・D・E・F・G・H・I・JらがW巡査への暴行を順次共謀し、被告人C・D・E・F・G・I・Jほか数名がWを誘い出し、古鉄管等でWを乱打して後頭部等に頭蓋骨骨折等の創傷を負わせ、よってWをして脳損傷によりその現場で死亡するに至らしめたという事案。

[判旨]

- 10 「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって、右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないこというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されてい
- 15 る以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

[引用の趣旨]

- 25 直接実行行為に関与していない者について、共謀共同正犯の成立を認める判例であるため、検察側にとって有用である。

2. 共犯関係の解消の判断基準について

松江地判昭和51年11月2日

[事実の概要]

- 30 暴力団の若頭である被告人が殺害計画の指導者的立場に立ち、組員らに対し、統一的行動をとるよう指示していたところ、当初の実行担当者が殺害を躊躇したため、現場付近に多数の組員がいることはまずいと考え、新たに現場に赴こうとした組員に対して、皆をつれて連れて帰るよう指示したが、組員らは現場で協議し、新たに実行犯を決めて殺害を実行したという事案。

[判旨]

「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承し残余のものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱と云うためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であって、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえないというべきである。」本件では、「既に右共謀に基づいて行動を開始していた他の被告人らに対し、計画の取止めを周知徹底させ、共謀以前の状態に回復させることが必要であったというべきところ、…一応皆をつれて帰るよう指示したのみで、自ら現場に赴いて同所にいる被告人らを説得して連れ戻すなどの積極的行動をとらず、むしろ内心実行行為をひそかに期待していたとみられるふしもある」。よって、共謀関係の離脱があったとは認めることはできないから、被告人を除いた他の組員との間で「本件犯行の実行担当者や実行方法につき新たな共謀がなされ、これに基づいて右犯行が実行されたものであるにしても」、被告人は殺人罪について罪責を負う。

[引用の趣旨]

因果的影響力解消説に立つ裁判例といえるため、検察側にとって有用である。

V. 学説の検討

20 1. 共謀共同正犯の成否について

β説について

本説は、複数の者が犯罪に関与する共同現象について、実行共同正犯、教唆犯及び幫助犯のいずれかによって対処するほかなく、実行行為を担当した者を支配する重要な役割を演ずる大物(黒幕)が存在する場合の取り扱いが困難となり、犯罪の実態に合わない不都合な結果となる⁶。

よって、検察側はβ説を採用しない。

α説について

60条が「すべて正犯とする」と定めたのは、共同正犯が、二人以上の者が相互に他人の行為を利用し合って、それぞれが一体となって自己の犯罪を実現しているからである。そうだとすれば、実行行為を共同して犯罪を実現する場合ばかりでなく、共同者全員が犯罪を共同して遂行する合意すなわち「共謀」のもとに協力し合い、その一部の者が犯罪を実行した場合も相互

⁶ 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂、2019)429頁。

に他人の行為を利用し補充し合って犯罪を実現したと言えるため、共同者全員を正犯として扱うべきである⁷。

よって、検察側はα説を採用する。

5 2. 共犯関係の解消の判断基準について

ア説(意思連絡欠如説)について

中止未遂の法的性格をもって違法性の消滅事由とし、しかもその一身専属的效果をも認め、なおかつ共同正犯の中止につき現実的な防止をも要件とするがごときは論理性にかけられる立場であり便宜論に墮する危険さえある⁸。

10 よって、検察側はア説を採用しない。

ウ説(共同正犯離脱説)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中止行為が必要であるとは考えられず、真摯な中止行為があっても障害未遂になると解することはできない⁹。

15

よって、検察側はウ説を採用しない。

イ説(因果的影響力解消説)について

上記のように、因果的共犯論を前提とすれば、因果関係が遮断されれば責任を負わないとすべきであることから、中止行為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及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する本説を採用すべきである。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。教唆犯に関しては心理的因果性の切断が必要であり、幫助犯に関しては、資金提供等の物理的幫助であれば、資金の回収等の物理的因果性の切断、加功や見張りの約束等の心理的幫助であれば、自己の加工が有した正犯の犯意の強化という作用の消滅をさせる必要がある¹⁰。

25

以上より、検察側はイ説を採用する。

30

⁷ 大谷・前掲(注6)410頁。

⁸ 香川達夫「中止未遂の法的性格」(有斐閣、1963年)182頁。

⁹ 浅田・前掲(注2)480頁。

¹⁰ 西田・前掲(注1)234頁以下。

VI. 本問の検討

第1 乙の罪責について

1. 乙の、V方の窓から地下1階の資材置場及び住居等に侵入した行為につき、住居侵入罪(刑法(以下、法名略)130条前段)が成立しないか。

- 5 (1) 乙は、V方という「人の住居」に管理権者たるVの意に反して「侵入」している。
(2) 構成要件の故意(38条1項本文)(以下「故意」とする)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、乙には上記住居侵入罪の故意に欠ける点はない。
(3) 以上より、乙の上記行為につき住居侵入罪が成立し、後述の通り、甲と共同正犯(60条)となる。

10 2. 包丁でVを切りつけて怪我を負わせた上、V宅から現金15万円と貴金属を奪って逃走した行為につき、強盗致傷罪(240条前段)が成立しないか。

(1) 「強盗」(240条)とは、強盗犯人(236条1項)をいう。乙は、財物奪取の目的で、刃渡り30cmの包丁でVの右上腕部等を切り付けるという相手方Vの反抗を抑圧するに足りる程度の「暴行」を用いて、V宅の机の引き出しに保管されていた現金15万円と貴金属という「他人の財物」を、相手方Vの意思に反して自己の占有に移すという「強取」行為を行っている。よって、乙は強盗犯人にあたり、「強盗」である。なお、上記強取行為の時点において、強盗は既遂に達している。

20 (2) 乙は、上記切り付け行為によりVに加療5か月の怪我という生理的機能障害を生じさせているから、「人を負傷させた」といえる。なお、Vに怪我をさせた時点において、強盗致傷罪は既遂に達している。

(3) 乙には上記強盗致傷罪の故意に欠ける点はない。

(4)ア. 強盗致傷罪の成立には、故意のほか不法領得の意思が必要であり、その内容は権利者排除意思と利用処分意思をいう。

25 イ. 本件についてみると、乙は、V宅の机の引き出しに保管されていた現金15万円と貴金属を奪って逃走しており、権利者Vを排除して現金15万円と貴金属を自己の所有物として扱う意思があるといえ、権利者排除意思が認められる。また、乙には、現金15万円と貴金属をその経済的用法に従い利用処分するという利用処分意思も当然に認められる。よって、本件で乙には不法領得の意思があるといえる。

30 (5) 以上より、乙の上記行為につき強盗致傷罪が成立し、後述の通り、甲と共同正犯(60条)となる。

3. 罪数について

乙は住居侵入罪の共同正犯及び強盗致傷罪の共同正犯の罪責を負い、両者は手段と目的の関係にあるから、牽連犯(54条1項後段)となる。

第2 甲の罪責について

1. 乙がV方の窓から地下1階の資材置場及び住居等に侵入した行為につき、甲に住居侵入罪の共同正犯(60条、130条前段)が成立しないか。

ア. 共同正犯の処罰根拠は、自己又は共犯者の行為を介して法益侵害を共同惹起し、結果との因果性を有する点にある。そして、共同正犯は正犯として処罰される以上、処罰に値する実質を備えていなければならない。そこで、共同正犯が認められるためには、①共謀と②共謀に基づく実行行為が行われたことが必要である。そして、①の共謀とは、犯罪の共同遂行に関する合意をいい、意思連絡及び正犯意思がある場合に認められる。

5

イ. 本件で甲と乙は、共同してV宅に住居侵入して強盗に及ぶ旨の意思連絡をしている。また、甲は乙と共に、本件犯行の前夜遅くにV方及びその付近の下見をしており、甲自身もV宅内に侵入して強盗を行う計画であったことから、自己の犯罪として実現する意思を有していたと推認でき、正犯意思も認められることから、共謀が認められる(①充足)。そして、乙の住居侵入時、甲は見張り役をしているが、これは乙が住居侵入を遂行する上で重要な因果的寄与を果たすものと評価できるから、共謀に基づく実行行為が認められる(②充足)。

10

(2) 以上より、甲に住居侵入罪の共同正犯が成立する。

15

2. 乙が包丁でVを切りつけて怪我を負わせた上、V宅から現金15万円と貴金属を奪って逃走した行為につき、甲に強盗致傷罪の共同正犯(60条、240条前段)が成立しないか。

(1)ア. 共同正犯の処罰根拠とその成立要件は上述の通りである。

イ. 共謀については、前述の住居侵入罪と同様の理由から認められる(①充足)。

20

ウ. もっとも、甲乙間の共謀はあくまでも強盗罪についてのものであったが、本件で乙は強盗致傷罪の実行行為に及んでいる。そこで、かかる行為は②共謀に基づく実行行為といえるかが問題となる。

(ア) この点につき、検察側はβ説を採用する。具体的には、上記共同正犯の処罰根拠から、i 共謀者の一部の者が実行行為を行い、ii 当初の共謀が実際に行われた実行行為につき因果性を及ぼした場合に、②を充足すると解する。

25

(イ) 本件についてみるに、前述の通り、乙は強盗致傷の実行行為を行っている(i充足)。また、乙は甲との間の強盗の共謀をもとに上記強盗致傷の実行行為に及んでいるから、当初の強盗の共謀が強盗致傷の実行行為についても因果性を及ぼしたと評価できる(ii充足)。したがって、共謀に基づく実行行為が認められる(②充足)。

エ. よって、甲に強盗致傷罪の共同正犯が成立するよう思える。

30

(2) もっとも、甲は、強盗についての故意はあるものの、強盗致傷罪についての故意はない。そこで、かかる場合にも強盗致傷罪についてまで甲に帰責できるかが問題となる。

ア. 各共犯者の意思に不一致があったとしても、両者が構成要件的に重なり合えばその限度で共同正犯の成立が認められる。そして、構成要件は保護法益と行為態様に着目した類型であるから、その重なり合いは保護法益と行為態様が符合するかで判断する。

イ. 本件についてみるに、保護法益については、強盗罪は人の生命・身体・自由と占有であるのに対し、強盗致傷罪は人の生命・身体であり、両者は符合するといえる。また、行為態様についても、強盗罪と強盗致傷罪はともに強取であり、両者は符合するといえる。

ウ. よって、甲は乙と強盗致傷罪の共同正犯となり得る。

- 5 (3) もっとも、甲は、乙がV方へ住居侵入した後、強盗に着手する前段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚を恐れ、屋内にいる乙に電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきた方がいい。」「危ないから待てない。先に帰る。」などと一方的に申し向けた後、付近に止めてあった自動車に乗り込み、現場付近から立ち去っている。そのため、かかる時点で、甲は乙との共犯関係から離脱し、住居侵入罪以後の強盗致傷罪については
- 10 責任を負わないのではないか。

ア. この点につき、検察側はイ説を採用する。具体的には、物理的因果性と心理的因果性の両方が遮断された場合に共犯関係の解消が認められると解する。

イ. 本件で甲は、乙に対し「危ないから待てない。先に帰る。」と伝えており、乙はいったんV方を出て甲が立ち去ったことを知っていることから、心理的因果性が遮断されたとも思える。

- 15 しかし、甲は、本件犯行以前にも、乙とともに数回に渡り、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪することを実行したことがあり、乙としても、本件犯行にかかる甲と実行することから犯意は強化されていると考えられる。そして、乙は、かかる犯意に基づいて本件犯行に及んでいるため、上述の通り、甲が一方的に離脱する旨を申し向けただけでは、かかる心理的因果性が遮断されたとは言えない。

- 20 また、甲と乙はV宅への住居侵入及び強盗の共謀をしていたが、本件で乙は住居侵入を達成しており、共謀内容の一部が実現しているため、これを前提に犯行が継続されやすい状況になっている。そのため、甲は乙による犯行が継続されるのを防止する措置をとる必要があったといえるが、甲はこれをしていないから、物理的因果性が遮断されたとはいえない。よって、甲には共犯関係の解消が認められない。

- 25 (4) 以上より、甲に強盗致傷罪の共同正犯が成立する。

3. 罪数について

甲は住居侵入罪の共同正犯及び強盗致傷罪の共同正犯の罪責を負い、両者は手段と目的の関係にあるから、牽連犯(54条1項後段)となる。

30 VII. 結論

甲、乙それぞれに住居侵入罪及び強盗致傷罪の共同正犯が成立する。

以上