

一．反対尋問

- 1．共犯の処罰根拠と共犯（共同正犯）の本質について、どのように考えているか。
- 2．「相互利用補充関係」とは、どのような関係をいうのか。
- 3．B説のみならずA説をとった場合にも、相互利用補充関係が必要と考えているのか。
- 4．なぜこの判例を引用したのか。

二．立論

1．学説の検討

1) 承継的共同正犯の肯否について

思うに、共犯が処罰される根拠とは、共犯が正犯と共に結果を惹起した点にある（因果的共犯論）それは、全体を単独で実行した場合と同様に処罰すべき政策的必要性があることは勿論、それ以上に違法性と有责性を増大させたと認められるからである。とするならば、共同正犯も広義の共犯である以上、結果との間に因果性を有さなければならない。

また、刑法の目的は結果の発生防止であり、共同正犯は正犯の行為を利用して結果を引き起こした行為を罰している。つまり、共犯の本質とは、各自が結果を引き起こす犯罪行為の実行を共同し、かつそれが構成要件の重要部分であることが必要である（行為共同説）

これらを踏まえると、後行者は先行者の引き起こした結果に対して何ら因果を及ぼすことはできず、関与前の行為について後行者には帰責できない。よって、後行者は自己の行為の範囲で、先行者より狭い範囲で帰責されるのは当然の事であるといえ、全面否定説（C説）が妥当であると思われる。

この点、本問において、検察側は全面肯定説（A説）を採用している。確かに、共同正犯の概念は、結果発生を直接導く行為をしていない者を罰する点で、因果関係を緩和した規定とも思われる。しかし、共犯の処罰根拠は、上記のように共犯の結果に対する因果性であり、なお因果関係は必要とされている。共同実行の意思・事実を要件に求めて正犯・共犯相互に利用補充関係を求めているのも、共犯になお一定の因果関係を求め、共同正犯の概念の膨張を防ぐためである。

にもかかわらず、A説は共同実行の意思と実行行為共同の事実の概念を拡大し、両者の行為が抽象的に同じであることのみをもって承継的共同正犯を認めている。これは、結果になら影響を及ぼさなかった共犯に対して因果関係を擬制しており、因果関係を無視することに他ならず、妥当でない。

よって、私達は全面否定説（C説）を採用する。

2) 結果的加重犯の場合における承継的共同正犯の肯否について

後行者の行為と加重結果との間の因果関係が定型的に欠けるため、これを否定すべきと解する否定説（Q説）を採る。

2．本問の検討

- 1) まず、甲に昏睡強盗未遂罪（239条、243条）の共同正犯（60条）が成立する点および、Aの行為が強盗致傷罪（240条前段）を構成する点については、争いが無い。
- 2) しかし、因果的共犯論及び行為共同説の立場から、承継的共同正犯についてはC説を採るため、暴行・脅迫の実行行為に加功していない甲には先行者であるAの行為についての責任を負わせられず、強盗罪の共同正犯は成立しない。
- 3) また、仮に共同実行の意思と、実行行為共同の事実が必要とするA説に立ったとしても、本件においてAと甲の共同実行の意思とは昏睡強盗を共同する意思であり、甲は暴行・脅迫等を加えて強盗を成し遂げようという共同意思までも有していたとはいえない。なぜなら、昏睡強盗と暴行・脅迫による強盗とは、反抗抑圧のために用いる手段のみならず行為者が乗り越える規範の大きさも明らかに違うといえ、この点を無視することはできないからである。ゆえに、共同実行の意思がない以上、実行行為共同の事実を論じる余地はない。また、本問において甲の一連の行為はAの犯罪の既遂に何ら影響を及ぼすことはなく、相互に利用補充関係があるとは考えがたい。

さらに、積極的利用意思が必要とされるB説に立ったとしても、甲はB子に促されやむなく金員等を窃取しており、甲にAの作出した犯行抑圧状態を積極的に利用しようとする積極的利用意思があったとも解しがたい。

以上より、仮に承継的共同正犯の概念を認めたとしても、甲に強盗致傷の承継的共同正犯の成立を認めることはできない。

三．結論

以上より、甲には昏睡強盗未遂罪（239条、243条）の共同正犯及び窃盗罪（235条）が成立し、両者は包括一罪となって、甲は昏睡強盗未遂罪の罪責を負う。

以上