

反対質問

(1) 検察側は共謀共同正犯の根拠および成立要件は、かならずしも以下のとおりと解しているか。

学説の検討

(1) 共謀共同正犯の根拠について

直接口は実行行為を行わない者が共同正犯たりうるのか、その差別的根拠が問題となる。

この点につき、たしかに単なる共謀者にとどまる限り、「共同して犯罪を実行した者」(60 条)と解することはできない。しかし、実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行行為者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に対し心理的拘束を与えて実行を促している場合には、規範的観点から共同実行があるといえるのであり、共同正犯を認めることが出来る(優越的共謀共同正犯)。

すなわち、優越的共謀共同正犯は、共謀共同正犯たる概念を承認しないことを前提とするが、実行行為を行っていない者であってもある一定の要件を満たすことによって、その正犯性が認められる場合には、共同正犯の成立を認める説である。この説に立てば、実行行為を担当した者を支配しながらも背後にひそんでいる大物的存在に対して正犯者としての可罰性を与えることができるため犯罪の実態に合致し、実行行為を行った者だけを共同正犯とする姿勢を基本的には崩していないため、要件に適合する。

よって、弁護側は、優越的共謀共同正犯説を採用する。

(2) 共同正犯と狭義の共犯の区別について

検察側が B、C、E 説を採用しないことについては弁護側も同意する。しかしながら検察側は A 説(主観説)を採用しているが、主観的に正犯だからといって、常に正犯になるとは限らない。例えば、自分は窃盗犯としてやろうとしたにも関わらず、道具として使われる者が気づいてしまえば現実には教唆の実体しかない。このように、A 説では現実には起きていることをどけだす支配しているかという点と無関係になり妥当でない。

思うに、正犯とは、自己の手によって実行行為を行うことは必ずしも必要ではなく、構成要件該事実に関する行為支配を有していれば足りる。ここで言う行為支配とは、構成要件実現の成否を決定し、進行中にはそれを中止し、あるいは経過させ、または経過の態様を左右することができる場合を言う。したがって、共同正犯と狭義の共犯の区別は行為支配があるかないかで決まる。よって、弁護側は D 説(行為支配説)を採用する。

もっとも、以上共同正犯と狭義の共犯との区別について論じたが、実際は共同正犯と評価できる場合には共同正犯が、単に正犯を容易にした又は教唆といえるにとどまる場合には狭義の共犯が成立すると考えるべきである。

(3) 共犯の罪数について

この点については、検察側と同様に、説を採用する。

本問の検討

1 まず、検察側の主張する A について建物の侵入及び事後強盗罪の共同正犯(130 条前段、238 条、60 条)が成立することにつき、弁護側も同意する(ただし、共同共謀正犯の解釈について弁護側は検察側と異なる立場に立つため、以下 X の罪責について述べる中にあるように A の強盗犯の認定については違ふ)。また、共同共謀正犯の解釈について弁護側は検察側と異なる立場に立つため、以下 X の罪責について述べる中にあるように A の強盗犯の認定については違ふ。

2 次に、X の罪責について検討する。

(1) X の A、B、C および D がパチンコ店「パーラー TADAKI」に侵入し、ロムを取り換えてくる間、自動車の中で待機していた行為につき共同正犯が認められるか。この点につき、X は車内に待機していたため、本件犯行の強盗の実行行為は認められない。そうだとすると、X のこの行為に正犯性は認められない。

X はかねてからタダギツの仲間になることを望んでいたことから、内心では意図的に犯行に参加していると考えられたとしても、本件犯行の計画は X を除く前記 4 名のみで立てられたものである。さらに、今回の犯行で X が担った運転手という役割が本件犯行においては必要不可欠であると認められるとしても、X はタダギツに入り込むためにこの役割を単に承諾したにすぎないといえ、そして、実際に X は 4 名の犯行中には車中で待機していたに過ぎず、それは A の指示のもと行った行為であったこと、本件犯行後自己が取り付けたロムによって得られるであろう収入から、また交換したロムによって得られる 12 万円相当の収入から考えて X の報酬 2 万円は安いと考えられることから、X はそれを従属的に遂行したに過ぎないといえる。

以上より、弁護側の採用する説によれば、前記通り X は A に従属する立場にあったことから、見限り行為しかしてはいないが、犯行について計画を立て、X に当該行為を依頼できるような権限を有していた A とは異なり、実行行為者に対して圧倒的な優越的地位に立ち又は心理的拘束を与えて実行に至らせているとは評価することはできない。したがって、X に正犯性は認められない。そうだとすると、X のかかる行為は正犯たる A ないし D の強盗行為を容易にしていることは明らかであるため、幫助行為といえる。

したがって、X の当該行為につき建物の侵入および強盗罪の幫助犯が成立する。

(2) さらに、その後 A は E に取り押さえられた B を奪還するために、E に対し暴行を加え、よって B を奪還した。この間 X は A が B を奪還するために E に暴行を加える意図を知りながら、B が E に取り押さえられた地点まで車を走行させ、A の E 暴行中には車中で待機し、A および B が車に乗り込むやいなや車を発進させ、逃走した。この X の行為につき共同正犯が成立するか。

この点につき、X は A の E に対する暴行中、最終車内に待機していたことに、やはり実行行為は認められない。そうだとすると、X のこの行為に正犯性は認められない。仮にこの時 X が B をそのまま置き去りにすることによって、自己が本件犯行に関与したことについて警察等に届出することを恐れ、すなわち逮捕を免がれる意思の下に当該行為を行ったとしても、結局のところ、X のかかる一連の行為は一貫して A の求めに応じて行っているものであり、X はここにおいても単に A に従属しているにすぎないといえる。

したがって、ここでも X は A に従属する立場であり、実行行為者に対して優先的地位に立つ又は強い心理的拘束を与えていたとは到底評価しえず、X に正犯性は認められない。しかしながら、前記した事実認定によれば、X のかかる行為は正犯たる A の E に対する暴行および B の奪還行為を容易にしたことは明らかであるため、幫助行為といえる。

そこで、X に事後強盗罪の幫助犯が成立するかについては、その前提として事後強盗罪が身分犯か否かおよびそれに関連して身分犯の共犯を規定した 65 条 1 項 2 項の解釈につき問題になるが、この点につき弁護側は、事後強盗罪は真正身分犯であると解し、その上で 238 条にいう「強盗」はその法定刑の重さなどから考えて強盗既遂犯人を意味するのであって強盗未遂犯人は含まないとして解し、かつ 65 条 1 項は真正身分犯を、2 項は不真正身分犯を定めた規定であると解する。

そうだとすれば、本件では、X には強盗たる身分がないものの 65 条 1 項により、X の当該行為につき事後強盗罪の幫助犯が成立する。

3 以上より、X の行為は建物の侵入及び強盗罪の幫助犯(130 条前段、235 条、62 条)と事後強盗罪の幫助犯(238 条、65 条 1 項、62 条)に該当するが、本件では正犯たる A の強盗行為は後の事後強盗行為に吸収されるのであるから、前記 2 つの行為をそれぞれ幫助した X の行為は、正犯と同様の関係を肯定してよいと考えられ、したがって、強盗幫助罪は事後強盗幫助罪に吸収される。

よって、X は建物の侵入および事後強盗の幫助罪の罪責を負う(130 条前段、238 条、65 条 1 項、62 条)。

以上

<sup>1</sup>大塚仁『刑法概説総論(第 4 版)』(2008 年)有斐閣、290 頁以下  
<sup>2</sup>前田雅英「共犯と身分(下)」(1989 年)法学セミナー 417 号 81 頁  
<sup>3</sup>西田典之『刑法各論(第 4 版)』(2007 年)弘文堂 166 頁  
<sup>4</sup>前田雅英『刑法総論講義(第 4 版)』(2006 年)東京大学出版会 470 頁