

## ・事実の概要

タダキッズという名の窃盗団のメンバーである A、B、C および D は、パチンコ店「パーラーTADAKI」に侵入し店のパチンコ台に取り付けられている基盤の中にあるロムを奪い、自らがプログラムしたロムと取り替える計画を立てた。A はパチンコ店が郊外型の店舗であることから、自動車の利用が不可欠と考え、かねてからタダキッズのメンバーになりたいと考えていた X に報酬を提示して、前記 4 名を運ぶことを頼んだ。X は今回の仕事を上手くやれば、タダキッズのメンバーにしてもらえろと思ひ、張り切っていた。

平成 21 年 6 月 10 日午前 4 時頃、X は上記共謀の下、前記 4 名を自動車に乗せてパチンコ店まで走行し、B、C および D が店に侵入しロムを取り替えて出てくるまでの間、自動車の中で待機した。

さらに午前 5 時頃、X は、パチンコ店の出入り業者である従業員 E に捕まった B を奪還するため、A が E に暴行を加える意図であることを知りながら A を自動車に乗せ、B が E に取り押さえられた地点まで走行し、A が E に暴行を加えている間自動車内で待機し、A が B を奪還すると AB 両名を自動車に乗せて走行した。

その後、X は報酬として 2 万円をもらったが、奪ったロム(計 4 個：時価 12 万円相当)の処分については聞いていなかった。

## ・問題の所在<sup>1</sup>

1. X は A らの求めに応じ、パーラーTADAKI に侵入しロムを取り替える計画の下、A らを店まで送っている。このように実行行為を行っていない場合でも「共同して犯罪を実行した」(60 条)といえるのか。建造物侵入及び窃盗の共同正犯(60 条、130 条前段、235 条)として成立するのか。いわゆる共謀共同正犯の成否とともに、共同正犯と狭義の共犯の区別が問題となる。つまり、X が「共同して犯罪を実行した者」といえるかが問題となる。
2. 次に、B を奪還する目的で A が E に暴行を加える意図を知りながら、車を待機させ、AB 両者を車に乗せ逃走した行為において、事後強盗の共同正犯(60 条、238 条)が成立するのか上記と同様に問題となる。
3. 仮に狭義の共犯が成立するとして、その成立する犯罪の個数いわば共犯の狭義の罪数と複数狭義の共犯が成立する場合の罪数関係いわば共犯の広義の罪数が問題となる。

## ・学説の状況

### 1. 共同正犯と狭義の共犯の区別について

A 説：自己の犯罪を行うか、他人の犯罪を行うかによって決すべきであり、かつ、自己の犯罪か他人の犯罪かは主観面および客観面を総合して判断すべきであるとする説<sup>2</sup> (主観説)。

B 説：共同正犯と狭義の共犯との区別は、実際に実行行為を行っているか否かで決せられるとする説<sup>3</sup> (形式的客観説)。

C 説：実行行為に準ずるような事実的・客観的寄与をなした者を正犯とし、そうでない場合は狭義の共犯とする説<sup>4</sup> (実質的客観説)。

D 説：構成要件を実現する意思をもって、その実現のために因果関係を目的的に支配・統制すること

<sup>1</sup> 只木誠 判例時報 1731 号[2001]判例時報社 203 頁

<sup>2</sup> 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報 51 巻 8 号[1999]法曹会 8 頁

<sup>3</sup> 林幹人『刑法総論』[2000]東京大学出版会 401 頁

<sup>4</sup> 林・前掲 405 頁

を行為支配とし、行為支配の有無をもって共同正犯と狭義の共犯を区別する説<sup>5</sup>(行為支配説)、  
E 説：二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を行うという共同目的のもと、同心一体の共同意思主体を形成すれば、その構成員の一部による実行は、共同意思主体の行為として認識され、構成員全体が共同正犯となるとする説<sup>6</sup>(共同意思主体説)。

## 2. 共犯の罪数について<sup>7</sup>

説：正犯者を基準とする説(正犯標準説)。

説：共犯者を基準とする説(共犯標準説)。

### . 判例

#### 1. 東京高裁昭和 24 年 12 月 22 日

< 事実の概要 >

被告人甲は、工場に盗みに入る際、被告人乙に対し見張り役を頼んだ。乙は甲の指示のもと見張りを行い、甲は銅版を盗み出したが、乙と逃げる際、警察官に捕まった。

< 判旨 >

「共同正犯は数人が各自己の犯罪を実現する意思を相通じ共同して犯罪を実現するものをいう...これに反して従犯は他人の行為を利用して自己の犯意実現させる意思なく他人の犯罪を幫助する意思を以て実行行為以外の行為を以てこれを幫助するものである」

#### 2. 大津地判昭和 53 年 12 月 26 日

< 事実の概要 >

A が覚せい剤の水溶液を自己の身体に注射しようとしたが上手くいかず、A の依頼で被告人 B が A に注射した。

< 判旨 >

「覚せい剤取締法 19 条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし...A の身体に注射をしたのは被告人自身であるけれども、しかし...被告は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認めがたいのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、A の覚せい剤使用行為を幫助する意思を有したに過ぎないと認めざるをえないから...これを正犯に間擬することはできないと解さなければならない」

### . 学説の検討

#### 1. 共同正犯と狭義の共犯との区別について

この点、B 説(形式的客観説)は正犯と共犯の区別を明確にする点においては支持しうるが、その形式性のゆえに共犯現象の多様性から遊離し、共同正犯として当罰性を有する犯罪関与者を十分に補足し得ない点で妥当ではない。例えば、犯罪が組織的に行われる場合、背後にいて犯罪を計画し指揮した者は、たとえ実行行為を分担していなくても実行者と同様の当罰性を有しているにもかかわらず、B 説では狭義の共犯の成立に止まってしまい妥当ではない。

次に C 説(実質的客観説)であるが、犯行を決意している者のためにナイフやピストルを貸し与えた者は、まさに実行行為に事実的寄与をなした者といいうるが、それだけでは幫助犯となるに過ぎないといえ、結果の妥当性に欠ける。そして、実行行為に事実的寄与をなした者に正犯性を認めるならば、実際に実行行為をなした者に対しては当然に正犯性を肯定するのが論理的必然とい

<sup>5</sup> 林・前掲 404 頁

<sup>6</sup> 小林・前掲 3 頁

<sup>7</sup> 只木誠『罪数論の研究』[2004]成文堂 144 頁

える。しかし、実行行為を行っているが、従犯の成立にとどまると考えるべき場合も存在するといえる。例えば、公務員であるものが、上司に指示され賄賂を受け取った場合などである。この場合、正犯としてではなく、幫助犯として処理すべきであるといえるにもかかわらず C 説では正犯性を認めざるをえないといえ、妥当ではない。

そして D 説(行為支配説)については、各関係者が対等な立場で犯行を計画し実行行為を分担して行われるという場合において、この説では、「支配」といえず、共同正犯を成立させることができず、妥当ではない。

次に、E 説(共同意思主体説)においては、共同意思主体という超個人的団体を犯罪の実行主体としつつ、その構成員に刑事責任を帰属させることは団体責任を認めるものであり、個人責任の原則に反し、妥当ではない。

思うに、そもそも 60 条が「すべて正犯とする」と規定して、「一部実行全部責任」を認めているのは、共同実行の意思のもとに、相互にほかの共同者の行為を利用補充しあって犯罪を実現するところにある。したがって、共同実行の意思に代表される行為者の主観面は共同正犯の成否に関し、大きな要素となる。そして、前述のとおり実行行為を行わずとも共同正犯を認めるべき場合があり、その逆に実行行為を行っているが狭義の共犯の成立にとどめるべき場合もあるといえるところ、共同正犯と狭義の共犯との区別は、客観的な行為態様のみにおいては区別しえず、行為者の主観面を重視せざるを得ないといえる。そこで、検察側は A 説(主観説)に立つ。そして、自己の犯罪又は他人の犯罪というとき、それは規範的ないし総合的概念であるといえ、客観的諸事情も行為者の認識している範囲内においては判断の基礎となると考えられる。

## 2. 共犯に罪数について

共犯の狭義の罪数については、正犯を基準にする( 説 : 正犯標準説)というのが、通説的見解であるといえ、問題となるのは、共犯の広義の罪数についてである。

思うに、共犯は正犯に従属するものであり、その従属性ゆえに共犯の広義の罪数について、検察側は正犯者を基準とするべきであると解する( 説)。

### ・本問の検討

1 . (1)まず、B、C および D は営業時間外である午前 4 時ごろにおいて、店内パチンコ台に取り付けられているロムを奪う計画のもと、パチンコ店「パーラーTADAKI」に侵入しているので、建造物の所有者の意思に反する立ち入りといえ、共同実行の意思および事実が認められ、建造物侵入の共同正犯(60 条、130 条前段)が成立する。

次に、B、C および D は上記共同実行の意思のもと、パチンコ店のロムを窃取している。ここで、不法領得の意思は問題文からは明らかではないが、窃取したロムは 12 万円相当という決して安くはないものであることから、窃取したロムを自己の所有物として転売ないし使用すると考えられる。したがって、不法領得の意思も認められる。よって、B、C および D に窃盗の共同正犯(60 条、235 条)が成立する。

(2)もっとも、これに対し X は実際に建造物侵入および窃盗の実行行為は行っておらず、上記計画を知りながら、A らを自動車に乗せ店まで走行し、店外において待機していたに過ぎない。そこで、実行行為を行っていない場合においても「共同して犯罪を実行した」(60 条)といえるのか、いわゆる共謀共同正犯の成否とともに、共同正犯と狭義の共犯の区別が問題となる。

この点、検察側は A 説(主観説)に立つので、「共同して犯罪を実行した」(60 条)か否かは、自己の犯罪を行ったか否かによって決する。

本問において、X は上記計画を A から説明されているので、かかる計画の謀議が認められる。そして、かかる計画を認識して相互に利用補充しあって行為に及んでいるので、共同

実行の意思が認められる。次に共同実行の事実であるが、運転の報酬年 2 万円をもらっており、今回の窃盗の現実的利益が 12 万円であることから考えると、2 万円という報酬は決して安くはないといえる。さらに、本犯行がパチンコ店に侵入し、ロムを取り替えるという特殊な犯行であり、犯行用具の輸送が必要であること、そして店が郊外型の店舗であることから、本計画において車の使用は必要不可欠であり、そのことを X は認識していたと思われる。そして、X はかねてよりタダキッズのメンバーに入りたいと考えており、今回の仕事を上手くやれば、メンバーに入ると認識しており、今回の計画の成否に大きな関心を持っており、その成功を強く望んでいるといえ、本犯罪を自己のため、自己の犯罪として行っており、B、C および D の実行行為も認められ、共同実行の事実も認められる。

したがって、X には建造物侵入および窃盗の共謀共同正犯(60 条、130 条前段、235 条)が成立する。

- 2 . (1)次に、A は X と同様に建造物侵入および窃盗の実行行為をおこなっていないので、「共同して犯罪を実行した」(60 条)か否かが問題となるも、A は本犯罪の計画の首謀者と考えられ、かかる計画の謀議が認められる。そして、かかる計画のもと相互に利用補充しあって行為に及んでいるので、共同実行の意思は認められる。そして、実際に B、C、D および X は A の指示のもと動いていることから、A の行為は自己の犯罪のもと行われているといえる。そして B、C および D の実行行為も認められるので、共同実行の事実も認められる。したがって、A にも建造物侵入および窃盗の共謀共同正犯(60 条、130 条前段、235 条)が成立する。

そして、窃盗の犯人である A は B が従業員 E に捕らえられてしまったので、ロムを取り返されることを防ぐ目的ないし共犯者 B の逮捕を免れるため、E に対して暴行を加えている。さらに、A の暴行によって B は逃れていることや、A は人数的有利の立場において暴行していることから、かかる A の暴行は E の反抗を抑圧するに足りる暴行であったといえる。したがって、A には事後強盗の共同正犯(60 条、238 条)が成立する。

- (2)もっとも、これに対し X は A の暴行には参加しておらず、単に A を B の取り押さえられた地点まで走行し、B の奪還が成功するや否や AB 両名を自動車に乗せ逃走しているに過ぎない。そこで、かかる行為においても「犯罪を共同して実行」(60 条)したといえるのか、いわゆる共謀共同正犯の成否とともに、共同正犯と狭義の共犯の区別が問題となる。

本問において、X は A の暴行の意図を認識しているので、現場共謀が認められる。そしてかかる意図を認識して行為に及んでいるので、相互に利用補充しあって行動しているといえ、共同実行の意思が認められる。次に共同実行の事実であるが、店が郊外型の店舗であることから、車なしによる逃走が行われた場合、E による通報があったならば、逃げきれず捕まった可能性ないし、ロムを手放す可能性は高かったといえることができる。したがって、X の車による逃走はかかる犯行において、大きな重要性を有していたといえる。そして、上述のように X は本犯行に対し大きな関心を持ち、その成功を強く望んでいて、X は自己のためかかる行為を行っている。したがって、かかる X の行為は、自己の犯罪として行われたといえる。そして、A の実行行為も認められるので共同実行の事実も認められる。

よって、X には事後強盗の共謀共同正犯(60 条、238 条)が成立する。

## ・結論

上記検討より、X の行為は建造物侵入及び窃盗の共謀共同正犯(60 条、130 条前段、235 条)、事後強盗の共謀共同正犯(60 条、238 条)に該当するが、接続犯として窃盗罪は事後強盗罪に吸収され、X には建造物侵入及び事後強盗の共謀共同正犯(60 条、130 条前段、238 条)が成立する。

以上