

反対尋問 1. 共犯の処罰根拠、2. 事後強盗罪の適用範囲をそれぞれどのように考えているか。

立論

1 学説の検討

1) 教唆犯の錯誤(抽象的事実の錯誤の場合)について、弁護側もB-2説を採用する。

2) 事後強盗において暴行・脅迫以降から犯行に加わったものの罪責について

ア 検察側は、事後強盗罪(238条)は「窃盗」という身分の存在を要件とする身分犯であるとする。これは、先行行為者により窃盗行為が行われた後、事後的な暴行・脅迫にのみ関与した者についての、共犯としての罪責を確定するにあたり、その解決の根拠を与えるものである。しかし、事後強盗罪を身分犯と解する議論は単独犯においては問題とされていないことから、事後強盗罪と共犯の問題を65条の適用により形式理論で解決するための一種の便宜論である¹。

イ 確かに「窃盗」(238条)とは本罪の主体を表すものであるが、身分犯ではなく本罪の実行行為の一部となるべき窃盗の実行行為を表すものに過ぎない。そして、事後強盗罪は強盗罪が暴行・脅迫により財物等の占有を奪取する犯罪であるのに対し、財物の奪取と暴行・脅迫の順序は異なるものの、両者が近接した場所・時点で行われるため、全体として強盗罪に類似した性質が認められることから、強盗罪と同じく扱うこととされたものである。本罪の構成要件は「窃盗に着手した後、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、…暴行または脅迫をしたものは、強盗として論ずる」と解すべきであり、事後強盗罪は一種の結合犯とすべきである。

この点、検察側は実行の着手が早くなりすぎるため妥当でないと批判する。しかし、それは「潜在的な実行行為」の解釈が誤っているためである。潜在的な実行行為とは、実行の着手に関する事後的遡及評価説の帰結である。すなわち行為の危険性を事前判断、結果としての危険性を事後判断とし、事前判断によって「危険」とされた行為は潜在的な実行行為であるが、事後判断によって、「具体的危険」が発生したときに、遡って潜在的な実行行為が真の「実行行為」に転化すると捉えるのである²。とすれば、窃盗の行為を行った時点ではいまだ事後強盗罪の実行の着手があったとはいえず、この批判は当たらない。

以上のように事後強盗罪を結合犯と解する場合には、先行する窃盗行為後、事後的な暴行・脅迫にのみ関与した後行為者の罪責は承継的共犯の問題として解決されるべきことになる。

3) なお、65条の具体的内容については、65条1項は違法身分の連帯性を、2項は責任身分の個別性を規定したものと解する³。

2 本問の検討

(1) Yの罪責について

検察側はYについて詐欺未遂罪(250条、246条1項)、窃盗罪(235条)の成立を認める一方、偽造有価証券行使罪(163条1項)についてはYに適法行為に出ると期待可能性がないとして、責任を阻却する。

YはXに従わなければ暴力団員に頼んでひどい目に遭わせると脅され、偽造チケットを一枚一万円で売却しよう命じられたことにより犯行を決意するにいたった。その決意の裏にはXの脅し文句に対する恐怖心がある。その恐怖心は、チケットの売却の失敗によってひどい目に遭うというよりはむしろ、売却代金としての金員をXに渡すことの出来ない結果としてひどい目に遭うという心理である。よって、Yの行為には全般にわたって期待可能性がなく、詐欺未遂罪、窃盗罪においても責任を阻却される。

(2) Xの罪責について

偽造有価証券交付罪(163条1項)、強要罪(223条1項)の成立については検察側に同意する。

検察側はYに偽造有価証券行使罪(163条1項)の間接正犯と詐欺未遂の教唆犯(61条1項、246条1項)の成立を認める。しかし、偽造有価証券行使罪と詐欺罪とは、偽造したチケットを売却して金員を得ようとする一つの行為から発生した二つの罪である。とすれば、片方において道具性を認め、他方において道具性を認めないのは矛盾する。

上述のように、XはYにチケットの売却を命じ、それによってYが当該偽造有価証券行使の行為と詐欺の行為を行っている。これは「人を教唆して犯罪を実行させた」といえ、Xの行為には間接正犯でなく、教唆犯が成立すると解すべきである。

もっとも詐欺罪については、検察側が主張する詐欺未遂罪の教唆ではなく、詐欺罪の教唆(61条1項、246条1項)が成立すると考える。そもそも共犯の処罰根拠が法益侵害の危険の惹起にある以上、正犯であるYが実行に着手し、すなわち法益侵害の危険を惹起した時点でXの教唆行為は完成している。そしてYが詐欺罪の実行の着手があるのは検察側も認めるところである。とすれば、Xには詐欺未遂罪の教唆でなく、詐欺罪の教唆が成立する。

(3) Zの罪責について

学説の検討イで述べた通り、承継的共犯の成否につき検討する。共犯の処罰根拠は正犯者の行為を介して法益侵害の危険性を惹起する点にある。とすれば、共犯の成立を肯定するためには、構成要件該当事実すべてに対する因果関係が必要であり、構成要件該当事実の一部については足りない。本問において、Zはたまたま通りかっただけであり、自己が介入する以前のYの行為に関して因果関係を有し得ない。したがって承継的共犯は成立しない。よってZには傷害罪(204条)が成立するととどまる。

結論

Xは偽造有価証券交付罪(163条1項)、同行使罪の教唆(61条1項、163条1項)、強要罪(223条1項)、詐欺罪の教唆(61条1項、246条1項)の罪責を負い、後三者は観念的競合(54条1項前段)となりZは傷害罪(204条)が成立する。Yは不可罰である。

以上

¹ 山口厚「事後強盗罪再考」研修660号3,4頁

² 山中敬一『刑法総論』(1999)成文堂681頁

³ 西田典之『刑法総論』(2006)弘文堂379頁