

I. 反対尋問

- 1 検察側は共犯の処罰根拠をいかに解しているか。
- 2 学説の検討1(1)における構成要件を離れた行為とはなにか。
- 3 学説の検討1(1)において「各自の行う構成要件該当行為の間にまったく重なり合いが認められない場合」とあるが具体的にはどのような場合か。
- 4 乙2説の積極的理由付けはなにか。
- 5 学説の検討2のC1説の積極的に利用する意思とはどのようなときに認められるか。
- 6 本問の検討、Zの罪責について(2)において「Zに強盗を行おうとする新たな共同実行の意思が生じたことが認められる」とあるとした根拠は何か。
- 7 本問の検討において、Xは致傷の結果については責任を負わないとしているが、その理由はなにか。

II. 学説の検討

1. 共同正犯は何を共同するのか

まず、乙1説は妥当であるか。この点、乙1説は特定の犯罪の共同を要求するので故意の共同を要求するが本来客観的帰責関係である共同正犯の成否とはなじまないものである。

また、乙2説においては「共犯の罪名もあくまで正犯に従属するが科刑は重なり合う範囲の軽い罪の範囲で行う」としているが犯罪の成立と科刑を分離する点で妥当でない。

思うに、個人主義の原則から、共犯現象はこれを団体的に把握するべきでなく、他人との協力によって自らの犯罪を遂行するという類型といえる。ゆえに甲説が妥当である。

しかし、共同正犯も犯罪である以上、構成要件の制約を離れた行為共同を考えることは出来ない。よって、成立する犯罪の構成要件の重要部分を共同すれば共同正犯となると解する甲2説が妥当であり、弁護側もこの説を採用する¹。

2. 承継的共同正犯を肯定すべきか

まずA説についてであるが、承継的共同正犯を全面的に肯定することは、承継的共同正犯を本来の共同正犯と規範的に同視することとなり、後行行為者に酷な刑事責任を科すことになる。よってA説は妥当でない。

では、C説についてはどうか。

まず検察側の採るC1説についてであるが、かかる説は先行行為者と後行行為者の間に相互利用補充関係が肯定できる場合に、後行行為者は関与前の行為についても責任を負うというものである。しかし先行行為者側からすれば、後行行為者と共同しているのは後行行為者関与後である以上、犯罪全体を相互に利用補充しているとはいえない。また、先行行

¹ 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（東京大学出版会、2006年）419頁。

為者が実現した状態を利用することは出来ても行為自体を利用することはできないため、先行行為まで後行行為者に帰責することはできない。よって C1 説は採用できない。

そして、C2 説についてであるが、本説の「先行行為者の行為が後行為者の関与後にもなお効果を持ち続けている場合」と、C1 説の「相互利用補充関係が肯定できる場合」との承継的共同正犯が成立する範囲の違いが判然としない。したがって C1 説も妥当でない。

思うに、共犯の処罰根拠は正犯の行為を介して構成要件該当事実を自ら惹起した点にあると解する。かかる根拠からすれば共犯が肯定されるためには、構成要件該当事実全てについての因果性が必要となる。そして承継的共同正犯の場合、関与前の行為について後行行為者の行為が因果性を持つことはありえない以上、後行行為者は関与した時点以降の行為及びその結果についてしか責任を負わないと解すべきである。²

以上より、弁護側は B 説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

Y の罪責について

Y の、X と Z と共同して A に睡眠薬を飲ませ、金品を奪おうとした行為について、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)が成立する。

そして、Y は A の財物を強取する意思の下、A が顔面を手拳で数回殴打し、一回足蹴にして、気絶させており暴行・脅迫を行ったといえ、強盗罪の着手がある。

その後、A のバックの中から現金等を奪っており、財物の奪取を行っている。その上、Y はその際に強盗の手段たる暴行によって A に頭部顔面外傷の傷害を負わせており、かかる Y の行為には強盗致傷罪(240 条前段)が成立する。

Z の罪責について

Z の、X と Y と共同して A に睡眠薬を飲ませ金品を奪おうとした行為について、昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)が成立する。

それでは、Y が A を気絶させた後に、Y とともに A の財物を奪取した行為につき強盗罪の共同正犯が成立するか。

Z に強盗罪の共同実行の意思と共同実行の事実が認められるのか問題となる。

本問において、Z はそもそも Y と昏睡強盗を行う意思しか有していなかった。加えて Y と Z が繰り返していた行為が昏睡強盗であったことに鑑みれば、Y が行っていた行為が財物奪取に向けられていたものと Z が認識していたとはいえない。したがって、Z に強盗を行おうとする新たな共同実行の意思が生じたとはいえず、共同実行の意思は認められない。また、Z は Y が A にたいして暴行を加えている際にも何らの行為も行っておらず、共同実行の事実も認められない。

そうだとすると Z は Y の暴行により気絶した A のバックから金品等を奪っており、強盗

² 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年)350頁。なお、事実関係の問題であるとするのは、只木誠『判例百選刑法I総論〔6版〕』170頁参照。

罪の承継的共同正犯が成立するか問題となるも、この点につき弁護側は B 説(全面否定説)に立つため、強盗罪の共同正犯は成立しない。

もっとも弁護側は共同正犯につき甲 2 説に立つため、Z は Y と共同して A のバックの中から現金等を奪っており、窃盗罪の構成要件の重要部分たる窃取行為を共同しているといえ、窃盗罪の共同正犯(235 条、60 条)が成立する。

X の罪責について

(1). X の Y と Z と共同して A に睡眠薬を飲ませ、金品を奪おうとした行為について昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)が成立する。

(2). それでは、A の財物を奪取した行為につき強盗罪が成立するか。

X は Y が A に対して暴行を加えている際にその場におらず、Y が X と財物を奪う時点から介入している。X が介入する前の Y の行為について X は責任を負うか。承継的共同正犯の成立が問題となるが弁護側は B 説に立つため、介入後の行為にのみ責任を負う。

(3). したがって、強盗罪の共同正犯は成立しないとしても弁護側は甲 2 説に立つため、A の CD 数十枚と現金数千円を奪った行為は窃盗罪の構成要件の重要部分たる窃取行為を共同しているといえ、X のかかる行為に窃盗罪の共同正犯(235 条、60 条)が成立する。

IV. 結論

Y の行為には昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)および、強盗致傷罪の共同正犯(240 条前段、60 条)が成立し、両者は併合罪(45 条)となる。

Z の行為には昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)および、窃盗罪の共同正犯(235 条、60 条)が成立し、両者は併合罪(45 条)となる。

X の行為には昏睡強盗未遂罪の共同正犯(239 条、243 条、60 条)および、窃盗罪の共同正犯(235 条、60 条)が成立し、両者は併合罪(45 条)となる。

以上