

I. 反対尋問

1. 検察側はいかなる場合に自己が左右しえない結果についてまで罪責を負わせるのか。
2. 共同正犯と狭義の共犯のそれぞれの処罰根拠は何か。
3. 判例を引用した趣旨は何か。

II. 学説の検討

1. A説は、検察側と同様の理由により採用できない。
2. そもそも、共同正犯の成立が認められるためには、各共同者の行為と実現事実との間に因果関係が認められることが必要である。この点につき C説は、自己の犯罪遂行の手段として先行者の行為を積極的に利用する意思があれば、共同正犯を肯定するが、積極的に利用する意思があったとしても、これが因果性を肯定する根拠とはなり得ず、妥当ではない。
また、C説は、承継的共同正犯を認めることで207条との均衡を図ることができるとしているが、そもそも207条は、刑事裁判の大原則の例外を認めた規定であり、制限的に適用するのが当然である¹。もともと207条が想定しているのは、発生結果について誰も罪責を負わないことになりかねないケースであり、承継的共同正犯の場合は、207条の範疇を逸脱するものといわざるを得ない。ゆえに、承継的共同正犯の場合においても207条と同じ法的効果を認めようとする必要はない²。
3. 当初から意思連絡がある場合と異なり、関与前の行為について後行行為者の行為は因果

¹ 207条の立証責任の転換は、違憲の疑いが極めて強い。ドイツ刑法(Strafrecht)を中心とする大陸法(civil law)の影響が強い我が国の刑法学ではあまり問題視されていないようであるが、米国の占領時に改正された現行憲法および現行刑事訴訟法は、英米法(common law)の強い影響の下にある。憲法38条1項では、自己負罪拒否特権(privilege against self-incrimination)が保障されている。すなわち、被告人は公判で法律上の義務を一切負わず、他方当事者である検察官が立証の全責任を負うことになる(弾劾主義。Accusatorial System)。ここから検察官が犯罪事実をゼロから立証しなければならない無罪推定の原則(presumption or assumption of innocence)が導かれる。したがって、刑法207条の法律効果が共同正犯を擬制するものであるとすれば、因果関係の立証を被告人に転換することになり、違憲・無効である(大陸法系の職権主義(Offizialprinzip)の立場からは、供述の自由を害しない限り挙証責任を転換することは、立法政策の問題にとどまるため可能であるが、現行憲法の下では、このような見解は一切採用することはできない)。また、207条を暴行と傷害との間の因果関係の推定を定めたものと解したとしても、被告人は因果関係の不存在を示す証拠に近接していないため合理性に欠き、やはり違憲・無効である(以上について、渥美東洋『全訂刑事訴訟法 第2版』(有斐閣, 2009年)412-423頁, 成田秀樹「挙証責任と無罪推定」椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法 第4版』(不磨書房, 2012年)229-230頁, 渥美東洋『レッスン刑事訴訟法〔上〕』(中央大学出版部, 1985年)179-196頁, 同『レッスン刑事訴訟法〔中〕』(中央大学出版部, 1986年)1-19頁参照)。

なお、有力説は法定手続の保障(憲法31条)から無罪推定原則を導くようであるが、適正手続条項(substantive due process clause)は一般条項であり(樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011年)270頁以下参照)。我が国の適正手続条項の由来は、アメリカ合衆国憲法第5修正および第14修正である)、解釈論として優位性を誇り得るものではない。しかも、このような解釈によれば、無罪推定原則は必ずしも公判原理として扱われないことになり、たとえば捜査段階にまで影響を与えかねないが、「相当理由」があれば逮捕可能であることなどを考えると、これは不可解である(憲法33条, 刑事訴訟法199条等を参照)。

² 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年)472頁。

的影響を与え得ないのであるから、共犯の処罰根拠を構成要件該当事実の惹起に求める因果的共犯論に立つかぎり、承継的共同正犯の成立を肯定することはできない。ゆえに、弁護側は、B説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. Xの行為に、強盗傷害罪(240条)の共同正犯(60条)が成立しないか。

Yらは、共謀の上、Aに対し暴行・脅迫を繰り返し加え、Aに金員を要求し、Aを畏怖せしめていた(第一暴行)。この時点では、Xは暴行に参加していない。そして、Xは、Yらと共謀して、約一時間にわたりAに暴行を加え、Aを畏怖せしめ、Aから5万円を奪い取った(第二暴行)。

しかし、Aが受けた傷害が第一暴行から生じたのか、第二暴行から生じたのか明らかではないため、第二暴行の時点でYらとの共謀があったとしても、第二暴行におけるXの強盗行為とA傷害の結果との間に因果関係を肯定することはできないはずである。第二暴行によってAに何らかの傷害を負わせたことが確実である以上は、このような結論は、不当とも思える。

そこで、いわゆる承継的共犯が認められないかが問題となる。

2. この点について、弁護側はB説(承継的共同正犯全面否定説)を採用する。つまり、後行者にはそれが加わってから後の行為についてだけの共犯が成立すると考える。

そして、共同正犯の要件は、①共謀、②共謀に基づく実行行為、③犯罪実現についての重大な寄与の3点である。

3.(1) 第一暴行について

これを本問について検討すると、Xが第一暴行に加わっていない以上、第一暴行について、XがYの共犯となる余地はない。

したがって、第一暴行について強盗傷害罪(240条)(もしくは強盗罪(236条))の共同正犯は成立しない。

(2) 第二暴行について

Xは犯行現場において、第一暴行以降の状況を理解し、Aの金員を取りに行くよう指示を受け、それを承諾している。したがって、犯行現場においてX・Yの間に意思連絡が認められる。また、Xは積極的にAを暴行する意思をもってAの金員を取りに行っている。言い換えれば、XはAを暴行し、Aを畏怖せしめ、Aから金員を奪取する意図を有して第二暴行に及んでいるといえるから、Aの正犯意思を肯定できる。したがって、①共謀が認められる。

そして、Xは上記共謀に基づいて、実際に強盗行為を行っているのだから、②共謀に基づく実行行為が認められる。

また、Xは、Yらと共に、暴行・金銭奪取等の強盗行為を行っているし、Aから金員を奪取したのはほかでもないXであるから、Xは本件の共犯関係において重要な役割を担ったのだといえる。したがって、③犯罪実現について重大な寄与が認められる。

4. 以上より、第二暴行につきXに強盗罪(236条)の共同正犯(60条)が成立する。

Ⅳ. 結論

Xの行為に強盗罪(刑法236条)の共同正犯(60条)が成立し、Xはその罪責を負う。

以上