

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、因果的共犯論を肯定しているか。
2. 検察側の提示するB説(一部肯定説)は、修正肯定説¹か修正否定説²か。
3. 例えば、甲が強盗の意思で乙に暴行・脅迫を加え、乙が反抗を抑圧された状態で丙が財物奪取行為に介入し、甲・丙両名が共同して乙から金品を奪取する場合、甲・乙両名にはどのような犯罪が成立すると考えているか。
- 10 4. 検察側の本問の検討において、Vの意思の抑圧の有無が共同正犯の成否に影響しているが、これはB説において、どのような評価がなされた上での結論か。

II. 学説の検討

1. C説について

- 15 共同正犯において、「一部行為の全部責任」が認められるのは、複数人の共同実行の意思と共同実行の事実により、物理的共同に加え総合に心理的に影響を及ぼしあい、結果発生
の蓋然性を高めるという点で、各行為者の行為と発生した結果との間に因果性が認められ
るからである。そうであるならば、先行行為者が既に実行行為の一部を終了した後、後行
行為者が関与した場合に、関与前の行為を含めた全体につき後行行為者に共同正犯が成立
20 するという承継的共同正犯は否定すべきである。なぜなら、関与前の行為については後行
行為者が心理的にも、物理的にも影響を及ぼすことができないからである。言い換えれば、
刑法の基本原則である個人責任の原則の例外として、集団犯罪という特殊現象に着目し自
らは実行行為の一部を行ったに過ぎない場合でも他人の行為を含めて犯罪行為の全体につ
いて責任を負うべきとする共同正犯が規定されているが、共謀がないところには共同正犯
25 がなく、共同正犯はただ共謀があった後における行為についてのみ成立するのであるから、
承継的共同正犯を否定するのが妥当である。

したがって、弁護側はC説を採用する。

2. A説について

- 30 この説では、後行者も先行者の意思を了解しその成立させた事情を利用するものである
から、先行者、後行者双方に行為の全体につき共同の意思があり両者に共同正犯が成立す
ると説くが、そこでは、先行者、後行者双方の間に意思連絡は存在していない。先行者の
意思を了解することと両者の間に意思連絡が存在することとは厳然と異なる。そのため、

¹ 修正肯定説とは、原則的には肯定説をとりながら、強盗致死傷罪のような場合には後行行為者の責任を制限しようとする立場である。(立石 二六『刑法総論[第3版]』312頁参照。)

² 修正否定説とは、基本的には否定説をとりながら、一定の状況が存在する場合には、その限度で後行行為者に責任を問おうとする見解である。(立石・前掲 313頁参照。)

意思連絡以前の段階で共同実行を認めることも適当ではない。この場合に意思連絡と共同実行の存在を認めるのは「擬制」以外の何ものでもないのである。

よって、弁護側はA説を採用しない。

5 3. B説について

この説は、先行者の行為が後行行為者の関与後もなお効果を持ち続けている場合に、後行行為者も全体の責任を負うとする説であるが、なぜ単純一罪や結合犯では他と異なった処理が可能なのか判然としないし、なぜ「事後の積極的な認識と利用」で、他人が既に実現した不法内容を自己の不法内容とすることができるのか、共同正犯の共同意思に遡及効果を持たせることが許されるのか、という点が不明確である。このように「承継」を認めるときには、傷害罪においては207条、強盗罪においては239条、強姦罪においては178条といった規定が事実上空文化することになり、結果が後行行為者の関与前・後のいずれの行為から生じたのか明らかでない場合にも罪責が認められる、という意味で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反する帰結を招く³ことになるため、妥当ではない。

15

III. 本問の検討

第1. Vが意思の抑圧に至っている場合

1. B、Cの罪責について

20 (1) B、CがVの頭部、顔面、腹部を殴打し金員を受け取った行為につき強盗罪(236条1項)の共同正犯(60条)は成立するか。

(2) BCは手拳木刀等でVの頭部顔面腹部といった人体の枢要部を殴打し足蹴りにしており、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行であるから、「暴行」を共同実行したといえる。そして、Vに暴行を加えたことによってVの伯父から5万円を受け取ったと考えられるから、「強取」の共同実行もあるといえ、「暴行」と「強取」との間に因果関係も認められる。

25 (3) もっとも、BCは恐喝の故意しかなく、「行為の時に重い罪たる」強盗罪「に当たることとなる事実を知らなかった者」といえるから、38条2項により、「重い罪」たる強盗罪の共同正犯は成立しない。では、同行為につき軽い罪たる恐喝罪(249条1項)は成立しないか。いわゆる抽象的事実の錯誤がある場合に、構成要件的故意が認められるかが明文になく問題となる。

35 そもそも、故意とは構成要件的結果発生認識・認容である。とすれば、抽象的事実の錯誤がある場合、異なる構成要件にまたがる以上故意が認められないのが原則である。もっとも、構成要件は①行為態様②保護法益に着目して類型化されたものである。そこで、抽象的事実の錯誤がある場合であっても、①行為態様②保護法益が実質的に重なりあう場

³ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂,2005年)246頁。

合には、重なり合う限度で故意が認められると考える。

本問では、①強盗罪と恐喝罪は共に暴行・脅迫を手段とするが、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度か否かで異なる。②また、両罪は他人の財物に対する占有を保護法益とする点でも重なり合っている。したがって、両罪の重なり合う限度、すなわち恐喝罪の限度

5

で故意が認められる。
(4) 以上より、強盗罪の共同正犯は成立しないが、①恐喝罪の共同正犯は成立する。また、後述の通り、A と②窃盗罪の共同正犯が成立する。②窃盗罪は①恐喝罪に吸収され、BC はかかる罪責を負う。

2. A の罪責について

10 (1) A が V の伯父から 5 万円を受け取った行為につき窃盗罪(235 条)の共同正犯は成立しないか。

本問で、金員 5 万円は V の伯父が占有する物であるから、「他人の財物」である。そして、「窃取」とは占有者の意思に反して、財物の占有を自己または第三者の占有に移すことである。本問では、BC の指示を受けて V の伯父の意思に反して金員 5 万円を ABC の

15

占有に移したといえ、「窃取」の共同実行がある。また、A は BC の指示によって事情を察し共同実行していることから、共同実行の意思も認められる。

したがって、A のかかる行為につき窃盗罪の共同正犯が成立する。

(2) では、BC が V に暴行を加えている時に犯行に加わった A の、上記行為につき恐喝罪の共同正犯は成立しないか。いわゆる承継的共同正犯の成否について問題となる。

20 この点、弁護側は C 説(全面否定説)を採用し、後行者は関与後の自己の行為にしか責任を負わないと解する。

したがって、本件では A の行為につき承継的共同正犯は成立せず、A は恐喝罪の共同正犯の罪責を負わない。

(3) 以上より、A の行為に窃盗罪の共同正犯が成立し、A はかかる罪責を負う。

25 第 2 V が意思の制圧に至っていない場合

1. B、C の罪責について

(1) B、C が V の頭部、顔面、腹部を殴打し金員を受け取った行為につき恐喝罪の共同正犯は成立するか。

「恐喝」とは、暴行または脅迫を手段とし、相手方の反抗を抑圧するに至らない程度に

30 畏怖させ財物の交付等を要求する行為である。本問では、BC は手拳・木刀等で V の頭部顔面腹部を殴打し足蹴りにしているが、未だ V の反抗を抑圧する程度には至っていないが、BC はさらにななる危害を加えるか分からない氣勢を示して V を畏怖させ、「お前に貸した 5 万円今すぐ返してもらおうぞ」と言って金員の交付を要求している。したがって、「恐喝」の共同実行にあたり、共同実行の意思も認められる。そして、V は畏怖し、これにより V の伯父が「財物」である 5 万円を「交付」している。また、V の伯父に財産上の損害も生じている。

35

したがって、本件行為につき①恐喝罪の共同正犯は成立する。また、後述の通り、Aと②窃盗罪の共同正犯が成立する。②窃盗罪は①恐喝罪に吸収され、BCはかかる罪責を負う。

2. Aの罪責について

- 5 (1) AがVの伯父から5万円を受け取った行為につき窃盗罪の共同正犯は成立するか、については第一の場合と同様に、窃盗罪の共同正犯は成立する。
- (2) Aのかかる行為につき恐喝罪の共同正犯が成立するかについても、第一の場合と同様に恐喝罪の共同正犯は成立しない。
- (3) 以上より、Aの行為に窃盗罪の共同正犯が成立し、Aはかかる罪責を負う。

10

IV. 結論

1. Vが意思の抑圧に至っていた場合

B、Cは恐喝罪(249条1項)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

Aは窃盗罪(235条)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

15 2. Vが意思の抑圧に至ってなかった場合

B、Cは恐喝罪(249条1項)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

Aは窃盗罪(235条)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

以上