

## 第 28 問

(事案)

1. 甲（男、40歳）は、V（男、45歳）から現金を奪うためにナイフを準備した上で、路上でVを待ち伏せし、Vに対し、その右足のふくらはぎ（以下「右ふくらはぎ」という。）をナイフで1回刺した上で、「金を出せ。」と申し向け、Vは、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き、「分かりました。今渡します。」と答えた。
2. 乙（男、38歳）は、甲の後輩であり、たまたま甲とVの様子を路上で見かけたところ、甲が強盗するのを手伝おうという気持ちが生じるとともに、分け前がもらえるだろうと考え、甲に対し、「俺も手伝いますよ。」と言った。甲は、乙に対し、「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前がVから金をもらってくれ。お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙も、これを了解して「分かりました。」と言った。  
乙は、Vがかばんから出した現金100万円入りの封筒を受け取り、これを甲に手渡した。甲は、封筒から現金20万円を取り出し、これを乙に手渡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。



(解説)

1. 出題の概要

第28問は、承継的共同正犯に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 甲の罪責

ア. 甲がVに対し、その右ふくらはぎをナイフで1回刺した上で「金を出せ。」と申し向け、Vから現金100万円を受け取った行為について、強盗傷人罪(240条前段)の成否が問題となる。

イ. 「暴行又は脅迫」及び「他人の財物を強取した」は問題なく認められ、甲には普通強盗罪(236条1項)が成立する。

なお、強盗罪には未遂処罰規定がある(243条)ため「強取」は「強盗」の要件ではないが、「強取」の有無・内容は強盗傷人罪等の犯情として重要な事実であるから言及するのが無難である。

ウ. 甲には傷害の故意があるところ、通説は、傷害の故意がある者も「強盗」(240条)に含まれ、強盗傷人罪一罪が成立するとの立場である。

したがって、甲は「強盗」に当たる。

エ. 甲は、問題なく「強盗が、人を負傷させたとき」を満たす。なお、甲は強盗の手段である暴行によってVを負傷させているから、原因行為に関する機会説(判例)に言及する必要はない。

以上より、甲には強盗傷人罪が成立する。

オ. なお、乙について承継的共同正犯が成立する場合には、その限度において甲は乙と共同正犯(60条)となる。

(2) 乙の罪責

乙が甲との現場共謀に基づいて、甲と一緒にVから現金100万円を受け取ることで強盗傷人罪の実行行為の途中から共謀加担したことについては、強盗傷人罪の承継的共同正犯の成否が問題となる。

承継的共同正犯については、①完全犯罪共同説の立場から全面的に肯定する見解(全面肯定説)、②因果共犯論の立場から全面的に否定する見解(全面否定説)、③一定の範囲で肯定するにとどまる中間説がある。③中間説には、㊦後行者が先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない)の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解と、㊧後行者の関与行為(共謀及びそれに基づく行為)が構成要件的结果に対して因果性を有する限りにおいて承継的共同正犯の成立を認める見解がある。

学説の多くは、因果共犯論の立場から、共同正犯の処罰根拠である因果性の内容を構成要件該当事実の共同惹起であると理解した上で、加功前の事実に対して因果性が認められることはあり得

平成28年司法試験参考

基礎応用 282 頁 [論点 1]、  
論証集 135 頁 [論点 1]、最  
判 S32.8.1 [強盗殺人罪]

基礎応用 283 頁 [論点 3]、  
論証集 136 頁 [論点 3]、最  
判 S24.5.28

基礎応用 139 頁 [論点 6]、  
論証集 65 頁 [論点 6]

ない以上、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する全面否定説を支持している。

しかし、処罰の隙間を埋める必要性もあるから、構成要件該当事実全体にわたる因果性までは要求するべきではなく、構成要件該当事実において最も重要である構成要件的结果に対する因果性が認められるのであれば、その限りで承継的共同正犯を肯定するべきである。

そこで、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件的结果に対して因果性を有する限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められると解すべきである（中間説のうち因果性を基準にする見解）。

少なくとも平成 24 年決定は、中間説のうち、後行者の関与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件的结果に対して因果性を有する限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められるとする、中間説のうち因果性を基準とする見解に立っている。試験では、平成 24 年決定の見解を用いるべきである。

最決 H24.11.6・百 I 81

乙は、甲との共謀に基づき共謀加担前の甲の暴行・脅迫により惹起された V の反抗抑圧状態を利用して、V から現金 100 万円を受け取ることで、現金 100 万円の占有侵害について因果性を及ぼしている。したがって、少なくとも強盗既遂罪には因果性を及ぼしているから、強盗既遂罪の限度では承継的共同正犯が成立する。

他方で、V が右ふくらはぎを負傷したという結果は、乙が共謀加担する前の甲の暴行により生じたものであり、因果性の遡及が認められない以上、乙は V の負傷には因果性を及ぼしていない。したがって、強盗傷人罪の承継的共同正犯までは認められない。

なお、平成 24 年決定は、乙は、甲の暴行により傷害を負った V が抵抗困難な状態に陥っていたことから、甲と現場共謀の上、かかる状況を積極的に利用することで V に対して制裁目的で暴行を加えたという事案において、「…乙は、共謀加担前に甲が既に生じさせていた傷害結果については、乙の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯として責任を負うことはな…い…。…乙において、V が甲の暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ…事実があったとしても、それは、乙が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。」と述べ、共謀加担前に生じた傷害結果に関する傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定している。

以上より、乙には強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立するにとどまる。

(参考答案)

## 1. 甲の罪責

(1) 甲が V に対し、その右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した上で、「金を出せ。」と申し向けた行為について、強盗傷人罪（刑法 240 条前段）が成立しないか。

(2) 「暴行又は脅迫」（236 条 1 項）は、客観的にみて相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

殺傷能力の高いナイフで右ふくらはぎを刺された場合、歩くことができずその場から動けなくなるのが通常であるから、甲が V の右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した行為は、客観的にて V の反抗を抑圧するに足りる有形力の行使として「暴行」たり得る。甲が右ふくらはぎを刺された状態の V に対して「金を出せ。」と申し向けた行為も、客観的に見て V の反抗を抑圧するに足りる害悪の告知として「脅迫」たり得る。

(3) 甲は V から現金を奪うために上記（2）の暴行・脅迫を行っているから、これは財物奪取意思に担われた反抗抑圧手段として行われたものとして、強盗罪の「暴行」「脅迫」に当たる。

(4) V は、甲の暴行・脅迫により、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き反抗を抑圧され、「分かりました。今渡します。」と答え、かばんから現金 100 万円入りの封筒を出して乙に手渡している。その後、甲は乙から同封筒を受け取っているところ、後記 2 の通り乙は甲と強盗罪の限度で共同正犯となるから、甲は乙と共に V から現金 100 万円を「強取」したといえる。

(5) 240 条は「よって」という文言を用いていないし、強盗が故意に人を傷害することも刑事学上顕著であるから、同条の「強盗」には傷害の故意を有する者も含まれると解する。

したがって、傷害の故意（38 条 1 項本文）を持ちながら上記行為に及んだ甲も「強盗」に当たる。

(6) V が強盗の手段である上記暴行により右ふくらはぎを負傷しているから、「強盗が、人を負傷させた」（240 条前段）といえる。

(7) したがって、甲には強盗傷人罪が成立する。

なお、後述する通り、甲は強盗罪（236 条 1 項）の限度で乙と共同正犯になる。

## 2. 乙の罪責

乙には、強盗致傷罪の共同正犯（60 条、240 条前段）が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

乙は、甲が強盗をしていることを認識しながら、甲に対し、「俺も手伝いますよ。」と言い、これに対し甲が「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前が V から金をもらってくれ。

お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙が「分かりました。」と言った。これにより、甲乙間で、V に対する強盗罪の共謀が成立したといえる。

(2) 乙は、上記の共謀に基づき、甲により反抗を抑圧された V がかばんから出した現金 100 万円入りの封筒を受け取ることしかしておらず、強盗罪の手段である暴行・脅迫までは行っていないから、強盗罪さらには強盗傷人罪の実行行為の途中から共謀加担しているにすぎない。そこで、承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にあるから、後行者の共謀及びこれに基づく行為が構成要件的结果に対して因果性を及ぼしたといえる場合には、その限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められると解する。

イ. 乙は、前記共謀に基づき共謀加担前の甲の暴行・脅迫により惹起された V の反抗抑圧状態を利用して、V から現金 100 万円入りの封筒を受け取ることで、現金 100 万円の占有侵害について因果性を及ぼしている。そのため、少なくとも強盗既遂罪には因果性を及ぼしている。

他方で、V が右ふくらはぎを負傷したという結果は、乙が共謀加担する前の甲の暴行により生じたものであり、因果性の遡及が認められない以上、乙は V の負傷には因果性を及ぼしていない。

したがって、乙には強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立するにとどまる。

(3) よって、乙には強盗既遂罪の共同正犯が成立する。 以上