

第1 乙の罪責

1 (1) 丙・丁はA宅に強盗に押し入り現金を奪っているから、強盗罪(236条1項)が成立する。乙は強盗の実行行為を行っていないものの、丙・丁に対して強盗を持ち掛け、3名で計画を立てているから強盗罪の共謀共同正犯(60条)の成立可能性がある。

なお実行行為を行っていない者であっても、実行行為者と犯罪の共同遂行の合意を形成し、自らの犯罪を実現することは可能であるから、共謀共同正犯も処罰し得ると解する。

(2) 共謀共同正犯として処罰されるには共謀性を基礎づけるための意思連絡と、正犯性を有するといえるための重要な役割を果たしていることの2つの要件が必要である。

(3) 本問においては上記のとおり3名で計画を立てていることから意思連絡があるといえ、強盗を丙・丁に持ち掛けたのは乙であるから、重要な役割を果たしているといえ、共謀共同正犯が成立し得る。

2 (1) しかし乙は犯行当日に「おれはこの件から手を引く」と丙・丁に告げて、両名の了承を得ていることから、共犯関係からの離脱が認められるかが問題となる。

(2) 共犯が処罰される根拠は、共犯者の行為が結果への因果関係を有しているためである。すると一度共犯関係が認められても、結果との因果関係が切断されたと言える場合には共犯関係からの離脱を認めても良いと解される。

なお因果関係には物理的因果関係と心理的因果関係があり、どちらも切断されていないと因果関係が切断されたとは言えない。

(3) 本問において乙は実行行為を行っておらず、凶器となるナイフは丙・丁が各自で用意したものであるから、物理的な因果関係はないといえる。

また、たしかに強盗を持ち掛けたのは乙であるが、丙・丁に対して主導的な立場にあるとはいえず、あくまで対等な立場にとどまっている。さらに犯行当日に乙が丙・丁に離脱の意思を告げたところ両名は了承をしているから、心理的因果関係も切断されているといえる。

よって乙には共犯関係からの離脱が認められ、強盗罪の共同正犯は成立しない。

3 乙には強盗罪の共同正犯は成立しないが、強盗を行う目的でナイフを甲から借り受けているから強盗予備罪(237条)が成立する。

第2 甲の罪責

1 甲は乙から依頼され強盗をするためのナイフを貸しているから強盗予備罪(237条)の成立可能性があるがこれは否定される。237条は強盗の罪を犯す「目的で」と規定して

コメントの追加 [A1]: 細かいですが、住居侵入罪でもですね。最近の本試験では侵入罪系は書かなくていいと指示が入ることが多いですが、指示がなかった場合に否定とさないようにしてください。本問でも結果的に否定するにしても乙の罪責検討のために必要ですね。

コメントの追加 [A2]: この規範だけにすると、「共謀に基づく実行行為」を別途認定しなければならなくなります。共謀共同正犯は、①共謀、②共謀に基づく実行行為、の2要件と整理されてもよいかもしれません。整理の仕方は様々ですが、①共謀の成立要件として、i 意思連絡、ii 正犯意思が必要とお考えください。

コメントの追加 [A3]: 何について意思連絡があったかは丁寧に認定する難を付けておいた方がいいですね。共謀(意思連絡)に基づく実行行為を丁寧に認定するためです。修習生時代には、意思連絡の内容に関する事実認定の起案もありました。

コメントの追加 [A4]: 本問では事情が少ないのでこれくらいでOKです。一般的に正犯性は点の取りどころですので、本試験では広く事実を拾ってください。

コメントの追加 [A5]: (少し細かいですが) 最近では、事実的行為を「離脱」、法的評価が「解消」であると言われています。問題提起は「解消」という言葉を使えば更に良いですね。

コメントの追加 [A6]: 共犯の解消を論じる前提としては、共謀があり、共謀の射程の範囲内といえる場合であるとされています。共謀の射程外であれば、解消を論じるまでもなく乙に帰責されないからです。どちらも問題になる出題実績もありますので、書く順番には今後もお気をつけください。

コメントの追加 [A7]: 解消を認めるにあたり不利な事情にも触れている点、大変良いです。

コメントの追加 [A8]: 共謀共同正犯の当てはめの箇所と矛盾しないよう、大変うまく書けています。答案の中で、例えば「重要だ」→「重要ではない」と矛盾してしまう方が多いので、素晴らしいです。

コメントの追加 [A9]: 因果性の切断の判断において、表明・丁承は特に着手前事案において意味のある考慮要素だと言われています。本問では着手前であることにも触れられると良いですね。

コメントの追加 [A10]: 共犯の解消を認めてからの予備罪はパターンですね。今後も検討を忘れないようにお願いします。

いるところ、文言上の解釈からして自ら強盗を行う意思を有していない者には成立しないと解するのが自然だからである。

2 (1) もっとも乙と共同して強盗の予備をしたとして強盗予備罪の共同正犯は成立しないか。

(2) この点については予備が60条の「犯罪を実行した」に当たることが問題となる。予備は実行の着手(43条)よりも前の行為であるからこれに当たらないとも思える。しかし構成要件は違法行為の類型であり、予備罪も可罰性を有する行為として類型化されている以上、予備も「犯罪を実行した」に該当すると解する。

(3) しかし強盗予備罪が成立するには自ら強盗を犯す目的を有している必要があり、乙は目的を有しているが甲は有していない。そのような目的を有していない者が目的を有している者と共同して強盗予備罪の共同正犯は成立するだろうか。

この点につき、目的は身分としてみることができる。すると強盗予備罪は目的を身分とする真正身分犯であり、65条1項の適用がある。65条1項は身分を有しない者が真正身分犯を身分を有する者と実現した場合には共犯とする規定である。

これを本問にあてはめると、目的を有しない甲は非身分者であるが、目的を有し、身分者である甲と強盗予備罪を実現した場合には共同正犯として処罰可能である。

3 よって甲には強盗予備罪の共同正犯が成立する。

以上

コメントの追加 [A11]: よく書けています。予備の共同正犯は新司法試験でも出題実績があります。採点実感では、予備の共同正犯を検討できていたのは少数であったとされています。予備試験・司法試験で出題された場合も是非落とさないようにしてください。