

# 刑法 解説レジュメ

## 1. 出題趣旨

本問は、甲と乙が空き巣に入ることを共謀し、乙が実行犯となりV宅に入ったが、中にVが居たため、強盗行為に及んでしまったという事案である。刑法総論からは、共謀の射程といわれる論点を問う問題とした。全体として、なにが聞かれているか、論点は分かりやすく、落ち着いて処理をしていけばよい問題となっている。

## 2. 設問1

### 甲の罪責について

- ① 甲は、あくまでも乙と空き巣に入ることを共謀しているのみであった。このような事案では、共謀内容に特に行為への制約がなければ、実行犯の強盗行為も共謀に基づくものと認められていることが多いだろう。その場合には、抽象的事実の錯誤の問題となり、窃盗の限度で共同正犯が成立となることが多い。しかし、本問では、共謀内容に制約があり、この場合でも、乙の強盗行為が共謀に基づくものといえるのかを論じる必要がある。

この点に関して、有名な判例としては、正当防衛のあとに一部の者が過剰防衛に当たる行為をした事案がある（最判平成6年12月6日）。この事案では、侵害現時と侵害終了時の行為を一連一体のものとするのではなく、それぞれで分けて考え、侵害終了時に新たな共謀があったか否かを判断しているものである。

また、昏睡強盗を共謀したが、実行者が通常の強盗行為に出た事案では、「当初は昏睡強盗の計画を持ち掛けられてそれに加わっただけであり、被害者が昏睡しない場合に暴行脅迫を加えてでも財物を強取するかどうかについての謀議まではなされておらず、また、その点を予測してもいなかった。」「実行者がいきなりVに暴行を加えているほか、被告人自身は、Vに対して何ら暴行脅迫を加えていない。」「その日に初めて実行者から昏睡強盗の計画を持ち掛けられてそれに加わった経緯」などを考慮して、通常の強盗の共謀が成立したとは認められないとした（東京地裁平成7年10月9日）。

学説では、共謀の射程は、過剰結果を惹起した実行行為が当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて行われたといえるかどうかによって決まるとするものもある。その際の考慮要素として、客観的な事情としては、従前の共犯行為の寄与度・影響力、当初の共謀と実行行為の内容と共通性、当初の共謀による行為と過剰結果を惹起した行為との関連性、過剰結果を惹起した行為への関与の程度などを、主観的な事情としては、犯意の単一性・継続性、動機・目的の共通性、過剰結果の予測可能性の程度などを考慮すべきであろうとしている（十河太郎著 理論刑法学の探求）。

- ② 乙の行為が共謀に基づくものとした場合は、甲には窃盗の意図しかないので、刑法38条2項を指摘した上で、抽象的事実の錯誤を論じる必要がある。また、甲には窃盗罪しか成立しないとされた上で、共犯者の乙との間で、いかなる罪の共同正犯が成立するかも問題となり、共同正犯の共同とは、何を共同するのかを論じる必要がある。この点は、犯罪共同説か行為共同説があり、判例等はいずれの説に立つかは明らかでないと言われている。しかし、重い罪の故意を有する者については、軽い罪の限度で共同正犯が成立するとした判例が存在し

(シャクティパット事件 最決平成17年7月4日), いずれの説によっても結論に差はないと思われる。

- ③ 乙の行為が共謀に基づく行為ではないとした場合には, 甲は, 住居侵入罪の罪責しか負わないこととなる。その場合は, 乙から強盗により奪取した財物を譲り受けているので, 盗品等無償譲受罪が成立する。

### 3. 設問2

#### 乙の罪責について

- ① 乙は, V宅に侵入していることから, 住居侵入罪の罪責を負う。
- ② 乙は, V宅に侵入後, Vに対して強盗を行い, V宅内から財物を奪取している。乙は, Vに対して脅迫を加えており, その間にV宅内から財物を奪取しているため, 強盗罪の罪責を負う。さらに, 乙は, 殺意をもって, 果物ナイフでVの腹部を突き刺して, Vに重傷を負わせている。しかし, この行為は, 財物奪取に向けられた行為ではないので, このような行為から死傷結果が生じた場合であっても240条が適用されるのかが問題となる。

この点について, 判例は, いわゆる強盗の機会説を採っており(最判昭和24年5月28日), 他には強盗に密接に関連する行為まで含むとする考え方もある。答案例では, 密接に関連する行為までは含むとした。なお, 上記最判は, 犯人が逃走する際に, 追いかけてきた被害者を殺害したという事案であった。

また, 240条後段が殺意ある場合も含むかも, 条文上直ちに明らかでない以上, 検討しておくべきである。判例は, 240条後段を適用する(上記最判昭和24年5月28日)。

そして, 死亡結果まで生じなかった場合に, 240条後段の既遂, 未遂の判断の基準も, 財物の奪取を基準とすべきか, 死傷結果を基準とすべきかを論じておくべきである。この点については, 強盗が暴行を加えて傷害の結果を生ぜしめた以上, 財物の奪取が未遂の場合でも, 強盗傷人罪の既遂をもって論ずべきであるとした判例がある(最判昭和23年6月12日)。一般的にも, 死傷結果が生じた場合には, 240条の既遂と判断されている。

#### 【参照裁判例】

1. 共謀の射程 最判平成6年12月6日 東京地判平成7年10月9日
2. 強盗の機会 最判昭和24年5月28日
3. 共犯者の一部の者が死傷結果を与えた場合の, 他の共犯者の罪責  
最判昭和22年11月5日 最判昭和23年4月17日  
名古屋高判昭和24年11月25日
4. 240条の既遂時期 最判昭和23年6月12日

以 上