

論文式試験問題集
[刑法 I]

[刑法 I]

事例を読み、甲及び乙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く）。

【事例】

1. 甲（男性、28歳）及び乙（男性、26歳）は、複数の共犯者らとともに、高齢者しかいない住居に侵入し、強盗を行うということを複数回行っていった。甲や乙らの犯行は、事前に高齢者しか居住していない住居を探し、下見をし、実行役と見張り役を決めて行っており、報酬は均等に分けていた。
2. 甲及び乙らは、V宅が高齢者しか居住していないという情報を収集し、V宅に強盗に入る計画を立てた。V宅への犯行については、甲、乙、A、B、Cの5人で実行することとし、下見や役割などの計画を立てた。5人の計画は、深夜にV宅の窓を壊して施錠を外し、V宅に侵入して、Vの両目や口を粘着テープでふさぎ、手足をひもで縛るなどしてから、V宅を物色して財物を奪うというものであり、甲とAが住居に侵入して強盗を行う実行役となり、乙、B及びCが見張り役をしつつ場合によっては実行役を手伝うというものであった。計画を実行するために5人は粘着テープやひもを購入した。また、乙は、念のためにナイフも持参することを4人に告げていた。
犯行当日の夜は、甲、A、Cが車でV宅の近くまで来て、車を停めていた。そして、5人でV宅の電気が消えたら、窓の施錠を外し、まずはAが中に入り侵入口を確保し、その後、実行役の甲が入って、AとともにVへの強盗を実行するという流れを確認し、V宅への住居侵入及びVへの強盗を共謀した。
3. 甲はCとともに車で待機しており、乙はBとともに車で待機をしつつあたりを見張っていた。午後11時になり、V宅の電気が消えたことから、甲らは計画を実行に移すこととした。まず、Aが窓の施錠を外してV宅に入ったが、そのころ、なぜかV宅の付近に人が集まってきた。甲は、人が集まってきたことから、このままでは犯行が発覚すると思い、この場から逃げようと考えた。そこで、Aと乙に電話で「人が集まっている。犯行はやめて早く逃げた方が良い。」と告げたが、乙からは「もう少し待って、まだ続けても大丈夫だから。」などと言われた。そこで、甲は、Aと乙に「犯行はやめたほうが良い。先に帰るから。」と告げ、一方的に電話を切り、Cとともに現場から車で逃走をした。
Aは、V宅の玄関から出てきて、侵入口を確保し、一度、乙及びBと合流した。そして、現場に残った3人は、甲とCが車で逃走したことを認識はした。しかし、残った3人は、計画通り強盗を実行することとし、甲の代わりに乙がV宅に侵入し、Bが見張りをしていった。
4. 乙は、V宅内に侵入した後は、寝室にいたVの両目や口を粘着テープでふさぎ、手足をひもで縛った。そして、乙とAは、V宅を物色していたが、見張りをしていたBから誰か分からないが男性がV宅に入って行ったとの連絡を受けたことから、V宅から逃走することにした。結局、乙とAは、V宅からなにも財物を取らないで逃走することとなった。このとき、V宅に入ってきたのは、Vの子であるWであった。
5. 乙とAがV宅から逃走する際に、乙とAはWと目が合った。乙とAは、早くBと合流して逃走しようとしていたところ、Wが走って追いかけて来たことが分かった。乙は、Aと二手に分かれて逃走することとし、AにはBとともに車で逃走するよう告げた。乙は、WがAの車を見ていたことが分かり、自分を追いかけてくるのが分かった。Wは、乙を追いかけて捕まえようとしたが、深夜であることもあって乙を見失ってしまった。
乙は、Wが追いかけて来ないことが分かったが、Wが電話をしようとしているところを見た。乙は、Wには顔を見られていることもあり、このままでは乙や共犯者が捕まってしまうと考え、Wを口封じのために殺害しようと考えた。そこで、乙は、Wのもとに引き返し、Wの腹部を持っていたナイフで数回突き刺した。その結果、Wは死亡するに至った。乙がWを殺害したのは、V宅から二十メートルほど離れた場所であり、V宅を出てから2、3分後であった。

2020年12月27日
担当：弁護士 森田悟志

参考答案
[刑法 I]

<p>第1 乙の罪責について</p> <p>1 乙は、V宅に強盗目的で立ち入っており、住居権者であるVの意思に反して立ち入っているのです。かかる乙の行為には住居侵入罪（刑法「以下、法名省略」130条前段）が成立する。</p> <p>2 乙は、Vに対して、両目や口を粘着テープでふさぎ、手足をひもで縛っており、かかる行為は人の反抗を抑圧するに足りる暴行であるので、強盗罪の実行行為に該当する。もともと、乙らは、V宅から財物を持ち去っていないので、乙の行為には強盗未遂罪（243条、236条1項）が成立する。</p> <p>3 乙は、V宅から逃走をした後に、追いかけて来たWに対して、Wの腹部を持っていたナイフで数回突き刺し、死亡させている。かかる乙の行為は殺人罪の実行行為に該当し、それによりWは死亡しているので、死亡結果との因果関係も認められる。この乙の行為に強盗殺人罪（240条）は成立するか。</p> <p>ここで、刑法240条の趣旨は、強盗犯が強盗の機会に死傷結果を生じさせることが多いことから、人の生命身体の保護をも目的とし、特に重く処罰することにある。したがって、死傷結果の有無により既遂の判断をするものと解する。また、処罰範囲の不当な拡大を防ぐため、強盗の機会に、強盗に密接に関連する行為から死傷結果が生じた場合に240条の適用があると解する。</p> <p>本件では、乙は、一度はWから逃げた後に、口封じのためにWを殺害している。しかし、強盗行為からは2、3分後であり、V宅から20メートル</p>	<p>ルほどの場所で殺害しており、時間的、場所的に近接していた。また、乙らの犯行の発覚を防ぐために殺害をしているので、強盗の機会において発覚を防ぐという強盗に密接に関連する行為といえる。したがって、乙の行為には、強盗殺人罪が成立する。</p> <p>第2 甲の罪責について</p> <p>1 甲は、乙やAとともにV宅に侵入し、強盗を行うことを共謀し、共謀に基づきAがV宅に侵入している。ここで、刑法60条は、2人以上の者が「共同」してその中の者が「犯罪を実行」したときと読めることや、共同正犯が一部実行全部責任を負う根拠である相互利用補充関係は、実行行為を行っていない者にも認められることから、共謀を行った者にも共同正犯は成立すると解する。</p> <p>本件では、甲は、他の共犯者とV宅への住居侵入と強盗を計画し、粘着テープなどの道具も用意し、報酬も均等であること、甲が実行役であったことなどから、他の共犯者らと共謀が成立している。したがって、甲は、住居侵入罪の罪責を負う。</p> <p>2 甲は、乙らがV宅内で強盗行為を行う前に、V宅付近の現場から車で逃走をしている。そうすると、その後の乙らの行為については共同正犯が成立しないのではないかが問題となる。</p> <p>この点については、共犯関係を解消したといえれば、その後の行為には共犯として責任は負わないこととなる。そして、共犯の処罰根拠は、犯罪の実現に心理的、物理的な因果性を及ぼしている点にある。したがって、物理的、心理的因果性が切断されたといえる場合には、</p>
---	--

<p>共犯関係の解消が認められると解する。因果性の切断に関しては、共犯者の役割や与えた因果性、共犯関係の解消のために行った行動等を考慮する。</p> <p>本件については、甲は、乙ら共犯者4名とともにV宅に侵入して強盗を行う計画を立て、共犯者Aが共謀に基づいてV宅に侵入していた。たしかに、甲は、他の共犯者の上位者というわけではなく、物理的、心理的に強い因果性を与えたといえる事情もない。しかし、すでにAがV宅に侵入し、他の共犯者もいたのだから、甲が抜けてもその後の強盗を実行することは可能であった。そして、甲が乙に連絡をしたときには、乙から「もう少し待って。まだ続いても大丈夫だから。」と言われており、当初の計画通り、Aが侵入口を確保して犯行を継続する危険性があった。そうすると、当初の共謀に基づくV宅への侵入行為による物理的、心理的因果性は残存しており、この状態を利用して強盗行為に至る危険性は十分にあつたといえる。にもかかわらず、甲は、その後の犯行を防止する手段をなんら講じておらず、現場から帰る旨を告げたのみであり、他の共犯者の了承も得ていなかった。したがって、甲が現場から逃走し、残った乙ら共犯者がそのことを認識したとしても、当初の共謀による因果性を切断したとはいえない。よって、共犯関係の解消は認められず、強盗未遂罪の共同正犯の罪責を負う。</p> <p>3 甲は、乙の強盗殺人行為について、どのような責任を負うか。まず、乙は、前述のとおり、当初の共謀に基づき強盗を実行し、強盗殺人行為を行っている。しかし、甲は、強盗罪の故意しかなく、殺人の故意</p>	<p>はなかつた。</p> <p>もつとも、故意責任の本質は、反対動機の形成が可能であるにも関わらず、規範に反したという反規範的人格態度に対する非難にある。そのため、本人の認識と実際の生じた結果が構成要件が実質的に重なり合っている場合には、重なる限度で規範に直面し、反対動機の形成が可能であり、非難に値する。したがって、本人の認識と実際に生じた結果が、構成要件で実質的に重なり合っている場合は、故意を認めることができると解される。また、共同正犯の根拠である相互利用補充関係についても、構成要件が実質的に重なり合う限度で、構成要件的結果発生に向けて相互に利用補充したといえるので、その限度で認められる。なお、結果的加重犯は、基本犯の行為に重い結果が発生する危険性が内包していることから重く処罰する趣旨であり、重い結果についての責任を負わせても責任主義に反するものではない。したがって、重い結果に対して過失は不要であると解する。強盗殺人罪と強盗致死罪は、主観面が異なるのみで実質的に重なり合うといえるので、甲は強盗致死罪の共同正犯の罪責を負う。</p> <p>第3 罪数</p> <p>乙は、住居侵入罪、強盗未遂罪、強盗殺人罪の罪責を負うが、強盗未遂罪と強盗殺人罪は包括一罪となり、これと住居侵入罪は牽連犯(54条)となる。甲は住居侵入罪と強盗未遂罪、強盗致死罪の罪責を負い、強盗未遂罪と強盗致死罪は包括一罪となり、住居侵入罪と牽連犯となる。 以上</p>
---	---

2020年12月27日
担当：弁護士 森田悟志

予備試験答案練習会(刑法Ⅰ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
(乙の罪責について)	(15)		
住居侵入罪の成立の検討		2	
強盗未遂罪の成立の検討		3	
強盗殺人罪の既遂と未遂の判断基準		2	
強盗殺人罪の成立の検討 (強盗の機会についての検討)		6	
罪数		2	
(甲の罪責について)	(25)		
住居侵入罪の成立の検討 ・共謀共同正犯の成否の論証をしているか		5	
共犯関係の解消の検討		12	
抽象的事実の錯誤		2	
共同正犯の成立範囲		2	
結果的加重犯の共犯の成立の検討		2	
罪数		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

第 1. 総論

本問は、共犯関係の解消（離脱）と強盗の機会を主な論点として出題した。共犯関係の解消については、最高裁平成 21 年 6 月 30 日判例の事案を素材とした。共犯は必ずといっていいほど出題されるが、共謀共同正犯の論点で共犯関係の解消は重要な論点であり、試験での出題可能性も高いところであるので、この機会に理解してもらいたい。

共犯関係の解消以外にも、強盗の機会などの論点も含まれているので、一つ一つ何が論点となっているのか、なぜ論点となるのかを理解してもらえればと思う。

第 2. 乙の罪責について

1. V 宅への侵入について

乙は、甲や他の共犯者 3 名とともに、V 宅に親友して強盗を行うという計画を立てていた。そして、共謀に基づき A が V 宅に侵入したほか、乙も V 宅に侵入している。A や乙は V 宅に強盗目的で立ち入っているのであるから、正当な理由なく、住居権者の意思に反して立ち入っていることは明らかである。したがって、乙は住居侵入罪の罪責を負う。

2. V への行為について

刑法では、基本的には、人ごと、行為ごとに検討していく。乙は、V 宅に侵入後は、計画どおりに V の両目や口をふさぎ、手足をひもで縛るといふ暴行を行っている。このような暴行をされれば、抵抗はできないのであるから、乙の暴行が人の反抗を抑圧するに足りる暴行であることも明らかである。したがって、乙の行為は強盗罪の実行行為に該当する。もっとも、乙らは、V 宅からは財物を持ち去る前に逃走をしているので、結果は発生していない。よって、乙は強盗未遂罪の罪責を負う。

3. W への行為について

乙は、V 宅に W が入ってきたことから犯行をやめ、V 宅から逃走している。乙は、一度は W を振り切って逃走しているが、V 宅から逃走する際に顔を見られたことや、W が電話をしようとしていたことから、W を口封じのために殺害しようとして決意し、持っていたナイフで殺害した。乙の行為が殺人の構成要件に該当することは問題がない。ここで問題となるのは、W の殺害行為につき強盗殺人罪が成立するのか、ということである。強盗致傷罪や強盗致死罪の死傷結果が、財物奪取に向けられた暴行から生じた場合に限られないことは判例や学説でも争いはない。また、本問では暴行から死傷結果が生じた事案としているが、必ずしも暴行ではなく、脅迫によって死傷結果が生じた場合にも強盗致死傷罪は成立するとするのが裁判例や学説である。

強盗の機会については、古い判例で、住居から逃走をしようとして住居の入り口付近で追いかけて来た者を殺害した事案では、「強盗行為が終了して別の機会に被害者を殺害したものではなく、本件強盗の機会に殺害したことは明らかである」として、強盗殺人罪の成立を認めたものがある（最高裁昭和 24 年 5 月 28 日判決）。また、父親を殺害して財物を奪取し、強盗行為から約 1 時間後に母親が帰宅してきたので、父親殺害の事実を知られたいくないとの口封じの目的で母親も殺害したという事案において、母親の殺害についても「強盗の機会におけるその発覚を防ぐための犯行となるから」強盗殺人罪が成立するとした裁判例もある（岡山地裁平成 8 年 4 月 15 日判決）。

判例や裁判例では、強盗の機会における行為かで判断しているが、学説では、強盗の機会での行為を全て含むと処罰範囲が不当に広がってしまうため、強盗と密接に関連する行為と表現する

こともある。ただし、学説でいうところの密接に関連する行為と、裁判例における強盗の機会の判断は、ほぼ変わらないものである。

強盗の機会の判断であるが、学説では、強盗行為と時間的、場所的に近接した全ての死傷結果を強盗の機会と解してしまうと、共犯者の仲間割れも強盗の機会に含まれてしまう、処罰範囲が不当に広がるなどの批判がある。なので、時間的、場所的な近接性や死傷結果をもたらした行為の目的、強盗との関連性あたりを考慮して判断すればよい。裁判例を見ていると、これらの事情を考慮して、強盗と一体のものとして評価できるか、強盗に付随する行為か、といった観点で判断している。時間的に近接しており、財物の確保や逮捕を免れる目的であれば、強盗の機会と解するのが妥当な事案が多く、一方で時間的な近接性がない場合は、もはや別の機会に新たな犯意に基づき殺害したものと判断されることが多い。

本問についていえば、顔を見られたので口封じの目的ではあるものの、時間的、場所的に強盗行為から近接していること、Wに追いかけられたすぐ後で殺害を決意し、殺害をしていること、という事情を考慮すれば、乙の殺害行為は本件強盗と連続性ないし一体性があると評価するのが相当である。なので、強盗とは別の機会ということはできず、強盗の機会での殺害と見るのが妥当である。したがって、乙は強盗殺人罪の罪責を負う。

4. 罪数について

乙の行為には、住居侵入罪、強盗未遂罪、強盗殺人罪が成立し、強盗未遂罪と強盗殺人罪は同じ機会に行われているので包括一罪と見るのが相当であり、これと住居侵入罪は牽連犯となる。

第3. 甲の罪責について

1. 住居侵入罪について

甲は、乙ら共犯者とV宅への住居侵入、強盗を共謀し、共謀に基づきAがV宅に侵入している。したがって、甲が住居侵入罪の共謀共同正犯の罪責を負うことに問題はない。

なお、共謀共同正犯についても簡単でよいので論証を行うべきである。

2. その後の乙らの強盗行為について

甲は、もともとの計画では、AがV宅に侵入して侵入口を確保した後に、V宅に侵入して強盗行為を行うというものであった。しかし、AがV宅に侵入したあとにV宅の付近に人が集まってきたことから、Aと乙に電話で話をして、「犯行はやめたほうがいい。先に帰るから。」と告げて、犯行現場からCとともに車で逃走をした。そうすると、甲は、乙ら残りの共犯者との共犯関係から離脱し、共犯関係を解消したとして、その後の乙ら共犯者の行為の責任を負わないのではないかが問題となってくる。この論点は、共犯関係からの離脱と言われたり、共犯関係の解消と言われたりするが、呼び方はいずれでもよい。参考書や裁判例では共犯関係の解消と言うことが多いので、ここでも共犯関係の解消という。

共犯関係の解消は、以前は実行の着手前の離脱と着手後の離脱の2つに大きく分け、着手前の離脱は離脱の意思の表明と、共犯者の了承があればよく、着手後の離脱は結果発生の防止のために積極的な行為をしなければならず、と論じられることもあった。しかし、共犯関係解消の要件は決まっているわけではなく、共犯の処罰根拠から検討すべきである。共犯の処罰根拠の通説は、因果的共犯論であり、因果的共犯論とは、共犯者の行った法益侵害ないしはその危険の惹起に物理的、心理的に因果性を有する点に処罰根拠があるというものである。つまり、一度共謀（あるいは幫助行為、教唆行為）を行い、他の共犯者の行為に物理的、心理的な因果性を与え、法益侵害に因果性を有する限りは共犯としての責任を負うこととなる。逆にいえば、他の共犯者への因果性を除去、切断したといえれば、その後の共犯者の行為には因果性を有しないのであるから、責任も負わないということである。したがって、共犯関係の解消の検討では、他の共犯者に与えた因果性を切断できているのかを検討することとなる。

検討の際には、離脱した者の役割からどのような因果性を有しているか、実行の着手前か後か、離脱後も他の共犯者が犯行を継続する危険性があるか、犯行継続の危険性がある場合には因果性を除去するための行為を行っているか、などを考慮して判断すればよい。

本問では、甲は、他の共犯者と地位は同程度であり、特に強い心理的因果性を与えてはいない。しかし、すでにAがV宅に侵入しており、強盗に至る危険性は生じていた。また、乙も甲が離脱することは了承しておらず、甲とC以外にも乙とA、Bが残っており、他の共犯者が強盗を継続する危険性が残存していた。そうすると、当初の共謀に基づき強盗に至る危険性が残っているのであるから、甲としてはその後の犯行を防止するような行動をしなければ、当初の共謀が消滅したとはいえないと見るのが相当である。当初の共謀に基づいて強盗に至る危険性が残存している以上、甲が与えた因果性を切断したとはいえない。したがって、甲は共犯関係からの解消は認められず、その後の共犯者の行為についても責任を負うこととなる。

3. Wの殺害行為について

甲が現場から離れた後も乙が残った共犯者が強盗行為を行い、さらに乙はWを殺害している。甲には共犯関係の解消が認められないのであるから、乙の殺害行為まで共同正犯として責任を負うこととなる。ここで、当初の共謀の内容には犯跡を隠滅するために人を殺害するということは想定されていなかったもので、いわゆる共謀の射程（共謀の因果性）も問題にはなり得る。しかしながら、共謀の射程といわれる論点も、結局は共謀の因果性が及んでいるか、当初の共謀に基づく犯行といえるか、の問題であり、本問では、乙は当初の共謀に基づき強盗行為及び強盗殺人行為を行っているので、共謀の因果性が及んでいると見るのが相当である。もう少し具体的に検討するとすれば、当初の計画の段階から乙がナイフを用意することを認識していたことや、共謀内容に特に人に怪我はさせないなどの制限もないこと、乙の殺害行為は強盗行為と一体性のあるものと評価できることから、当初の共謀に基づく犯行といえるであろう。

そうすると、甲は、客観的には強盗殺人罪の共同正犯の構成要件に該当することになる。しかし、甲には人を殺害する意思はなく、殺人の故意が認められない。したがって、抽象的事実の錯誤の問題となる。また、異なる構成要件間でも共同正犯は成立するかという、共同正犯の成立範囲も論点として出てくる。さらに、強盗致死罪は、強盗の結果的加重犯であるので、結果的加重犯の共同正犯の成否も論点として検討してもよい。抽象的事実の錯誤は、法定的符合説で論じておけばよい。共同正犯の成立範囲は、立場によって行為共同説と犯罪共同説に分かれるが、結論としては構成要件が実質的に重なり合う範囲で共同正犯を認めることとなるであろう。そして、本問では、実質的に重なり合う範囲で強盗致死罪の罪責を負うこととなる。

4. 以上より、甲は、住居侵入罪、強盗未遂罪、強盗致死罪の罪責を負い、強盗未遂罪と強盗致死罪は同一の機会に行われているので包括一罪となり、これと住居侵入罪とは牽連犯となる。

第4. 共犯関係の解消を認めた場合

1. 仮に、甲に共犯関係の解消を認めた場合には、解消後の共犯者の行為は責任を負わないこととなる。そして、甲が離脱した時点では、まだ強盗の実行行為に着手したとはいえないと見るのが相当であるので、甲は強盗未遂罪の罪責を負わないこととなる。
2. 甲は、乙らとともに強盗を計画し、強盗で使用する道具を用意しているので、強盗予備罪の共同正犯の罪責を負う。

【参考裁判例等】

(共犯からの離脱)

- ・最高裁平成21年6月30日判決
(第一審 東京地裁八王子支部平成19年2月21日判決)
- ・最高裁平成元年6月26日判決
(控訴審 東京高裁昭和63年7月13日判決)

(強盗の機会)

- ・最高裁昭和24年5月28日判決
- ・岡山地裁平成8年4月15日判決
- ・千葉地裁平成6年8月8日判決

以 上

2020年12月27日

担当：弁護士 森田悟志

最優秀答案

回答者 RK 26点

第1 乙の罪責

1. 乙がV宅内に侵入した行為は、Vに対する強盗の目的であるから、「正当な理由」なく「人の住居」に「侵入」したといえ、乙に住居侵入罪（刑法〈以下略〉130条）が成立し、後述の通り甲らとの間で共同正犯（60条）となる。
2. 乙がA・Bと共にV宅を物色した行為につき、Vに対する強盗罪（236条1項）の未遂罪（243条）の共同正犯が成立するか。
 - (1) 「暴行」とは、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使をいう。本件で、乙は寝室にいたVの両目や口を粘着テープでふさぎ、手足をひもで縛っている。また、乙はAと2人組でV宅に侵入していた。Vが高齢者で乙が26歳と年齢差もあったことも踏まえると、社会通念上一般に反抗することは物理的・心理的にも困難で、反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使があり、「暴行」といえる。
 - (2) もっとも、乙らはV宅からなにも財物を取らないで逃走している。そのため、「強取した」とはいえない。
 - (3) そして、乙らに、故意（38条1項）に欠けるところはない。
 - (4) そのため、乙にはVに対する強盗の「実行に着手してこれを遂げなかった」（43条本文）といえる。
 - (5) よって、乙にはVに対する強盗未遂罪が成立し、後述するように、甲との間で共同正犯となる。
3. 乙がWの腹部をナイフで数回刺した行為につき、まず、Wに対する強盗殺人罪（240条）が成立するか。
 - (1) まず、240条に故意ある場合も含むか問題となるも、240条の趣旨が、強盗の機会には人の殺傷を伴うことが多いことから被害者の生命・身体を保護するために特に重い刑罰をもって臨むことにある、ことを踏まえれば、故意ある場合を除外するのは妥当でなく、むしろ、含めるべきと考える。
 - (2) 次に、前述の通り、乙は「強盗」である。
 - (3) そして、乙は、口封じのため殺害する意図で、Wの腹部という身体の枢要

部をナイフという危険な凶器で数回刺し、Wを「死亡させ」ている。もっとも、Wは強盗の現場であるV宅ではなく、V宅から20メートルほど離れた場所であり、V宅を出てから2、3分後に殺害されている。そのため、このような場合も強盗殺人罪としてよいか、死傷結果がいかなる行為から発生したことが必要かが問題となる。

ア. この点、240条の趣旨を踏まえると、死傷結果が財物奪取の手段から直接発生したことは必要ではなく、強盗の機会に行われれば足りると解する。そして強盗の機会か否かは①時間的・場所的近接性と②犯意の継続性などから判断する。

イ. 本件で①時間は強盗から2、3分後で、場所もV宅から20メートルしか離れておらず近接している。しかし②本件でのWの殺害はWが乙・Aの顔を見ているから、逮捕を免れるためのものであり、強盗とは別の新たな決意に基づくものである。そのため、犯意の継続性はない。したがって強盗の機会とはいえない。

(4) よって、乙のWに対する強盗殺人罪は成立しない。

4. もっとも、乙はWを殺害する意図でWの腹部という身体の枢要部をナイフという危険な凶器で複数回刺し、Wは死亡しているから、殺人罪(199条)が成立する。

第2 甲の罪責

1. まずAがV宅に侵入した行為につき、甲に住居侵入罪の共謀共同正犯が成立するか。

(1) 共同正犯の処罰根拠は結果に対して物理的・心理的因果性を有する点にある。そして心理的因果性があれば結果の帰属を認めうるから、実行行為の分担は必須ではなく、実行行為を分担しない共同正犯たる共謀共同正犯も認められる。

(2) そして60条が「共同して犯罪を実行した」とあるから、①一部の者の実行行為②意思連絡③正犯意思④共同正犯の故意があれば、共謀共同正犯は成立すると考える。

(3) 本件で①Aの「正当な理由」のないV宅への「侵入」がある。そして事前の共謀で住居侵入の計画を甲・乙・A・B・Cで立てていたので、②もあり、報酬が均等で役割分担もされていたから、③もある。さらに①の認識が甲にある以上、④も認められる。

(4) よって、甲にV宅への住居侵入罪の共謀共同正犯が成立する。

2. 次に乙・A・BがV宅を物色した行為について強盗未遂罪の共謀共同正犯が成立するか。前述①～④の要件にあてはまるか検討する。

(1) ①乙にはVに対する強盗未遂罪が成立する以上、実行行為はあり、甲はそれを未必的に認識していたといえ、④共同正犯の故意もある。

(2) ②甲は、乙・A・B・CとV宅への強盗を計画し、下見・役割などの分担をしている。また、Vの具体的な反抗抑圧方法も決めている。このことから、5人の間で強盗の意思連絡があった。

(3) ③甲は、乙と複数の共犯者と共に複数回同様の行為を行い、報酬は均等に分けていた。また、甲が住居に侵入して強盗を行う実行役となっていた。これらのことから甲は犯行に積極的に関わっており、甲の果たした役割は重要で正犯意思もある。

(4) したがって①～④の要件にはあてはまる。

(5) ここで、甲はAがV宅に侵入後先に逃走しており、共犯からの離脱がないか。

ア. この点、共同正犯の処罰根拠を踏まえ、物理的・心理的因果性の遮断があれば離脱を認めることができると解する。

イ. 本件で、未だ、強盗の着手には至っていなかったが、住居侵入は強盗と密接に関連する重要な行為だった。さらに、甲は、乙・Aに電話で「人が集まっている。犯行はやめて早く逃げた方がいい。」とか「先に帰るから。」とだけ伝えている。電話時に乙が「もう少し待って、まだ続けても大丈夫だから。」と言っていることから、甲は乙・A・Bの犯行を防止する措置を取るべきなのに取っていない。そのため、因果性遮断が認められるとはいえず、共犯からの離脱は認められない。

(6) よって、甲にVに対する強盗未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

3. 乙がWを殺害した行為につき、甲に殺人罪の共謀共同正犯が成立するか。共謀の射程が及ぶか問題となる。

この点、犯行計画時に住居侵入と強盗の話し合いはあるが殺人の話し合いはなかった。また、甲は乙がナイフを持っていくことは知っていたが、前述の通り乙の行為は強盗殺人ではなく単なる殺人である。また、犯行計画からもテープでの窒息は考えられても、ナイフでの殺人は考えにくいものといえる。

そのため、共謀の射程は及ばず、甲には罪は成立しない。

第3 罪数

乙にはVに対する①住居侵入罪と②強盗未遂罪③Wに対する殺人罪が成立し、

①・②は牽連犯（54条1項後段）となり，これと③とで併合罪（45条）としてその罪責を負う。甲には①住居侵入罪と②強盗未遂罪が成立し，牽連犯となり，その罪責を負う。

以 上

採点講評

(2020年12月27日 刑法I)

第1 全体的な感想

- ・論点が分かりやすかったと思うので、大きく外している答案は少なかった。
- ・「侵入」や「暴行」などの構成要件は、一言、定義や解釈を書いてから認定するとよいが、書いてない答案もそれなりにあった。
- ・条文の記載について、130条とだけ書いて前段がないもの、236条と書いて1項と記載のないもの、240条と書いて後段の記載がないもの、強盗未遂罪の検討で243条の記載のないものなどがあつた。
- ・答案のバランスが悪いものがそれなりにあつた。メインの論点を厚く論じるようにしないと、点が入らない。

第2 乙の罪責について

- ・本件では強盗の構成要件該当行為である「暴行」を行っているので、強盗に着手していることは明らかである。なので、乙の罪責において、強盗の実行に着手したかは論証するまでもない事案である。
- ・乙の殺害行為を強盗の機会ではなく、新たな犯行であり殺人罪の成立を認めている答案があつた。そのような認定もなくはないが、裁判例などの事実認定では、これは強盗殺人を認める事案である。刑法のあてはめの相場を判例などで勉強しておくとうい。
- ・乙について中止未遂を検討している答案もいくつかあつたが、特に中止未遂を検討させるような事情がないので、検討しなくてよい。
- ・240条の「強盗」に強盗未遂も含むか検討している場合は裁量点で評価した。また、240条に故意ある場合を含むかを検討している場合も裁量点で評価した。
- ・強盗殺人罪ではなく、強盗致死罪で検討している答案があつたが、故意ある場合は、強盗殺人、強盗傷人という犯罪になるので覚えておくこと。

第3 甲の罪責について

- ・共謀共同正犯の論証は、頻出であり基本であるので必ず書けるようにしておくべきだが、不十分である答案も多かつた。①共謀、②共謀に基づく実行などと要件を定立しているが、そもそもなぜ、共謀があると共同正犯として責任を問えるのかの論証がない答案もあつた。

- ・甲には殺意がないが，強盗殺人罪の共同正犯を認めている答案があった。
- ・共犯関係の離脱の論点は，大体の答案が触れていたが，しっかり論証できているのは少なかった印象である。離脱の意思の表明と共犯者の承諾の2要件，あるいは犯行継続を防止するための措置の3要件を立てている答案が多かった。しかし，それらの要件を充足すると，なぜ共犯の因果性が除去，切断できるのかを説得的に論じられている答案は少なかった。
- ・共犯関係の解消についてのあてはめも，事実は書いているが，それについての評価がなく，どのような思考を経て，因果性の除去を検討したか分からない答案が多い印象。事実認定（あてはめ）を行う場合には，問題文の事実を指摘したら，しっかりとそれに対する評価も書くようにする。そうしなければ説得的なあてはめにはならない。
- ・強引な事実認定がそれなりにあった印象。甲が帰ったことを他の共犯者が認識していて，犯行を継続しているので離脱の黙示の承諾があった，という認定がそれなりにあったが，そのような評価にはならない。その場で，計画を作り直したりといった，新たな共謀をしたかのような事情があれば，黙示の承諾をしたという評価もできるかもしれないが，一般的な事案では無理であろう。

このあたりの事実の評価の相場は，やはり判例や裁判例で著名なものだけでもよいので，確認しておくこと。

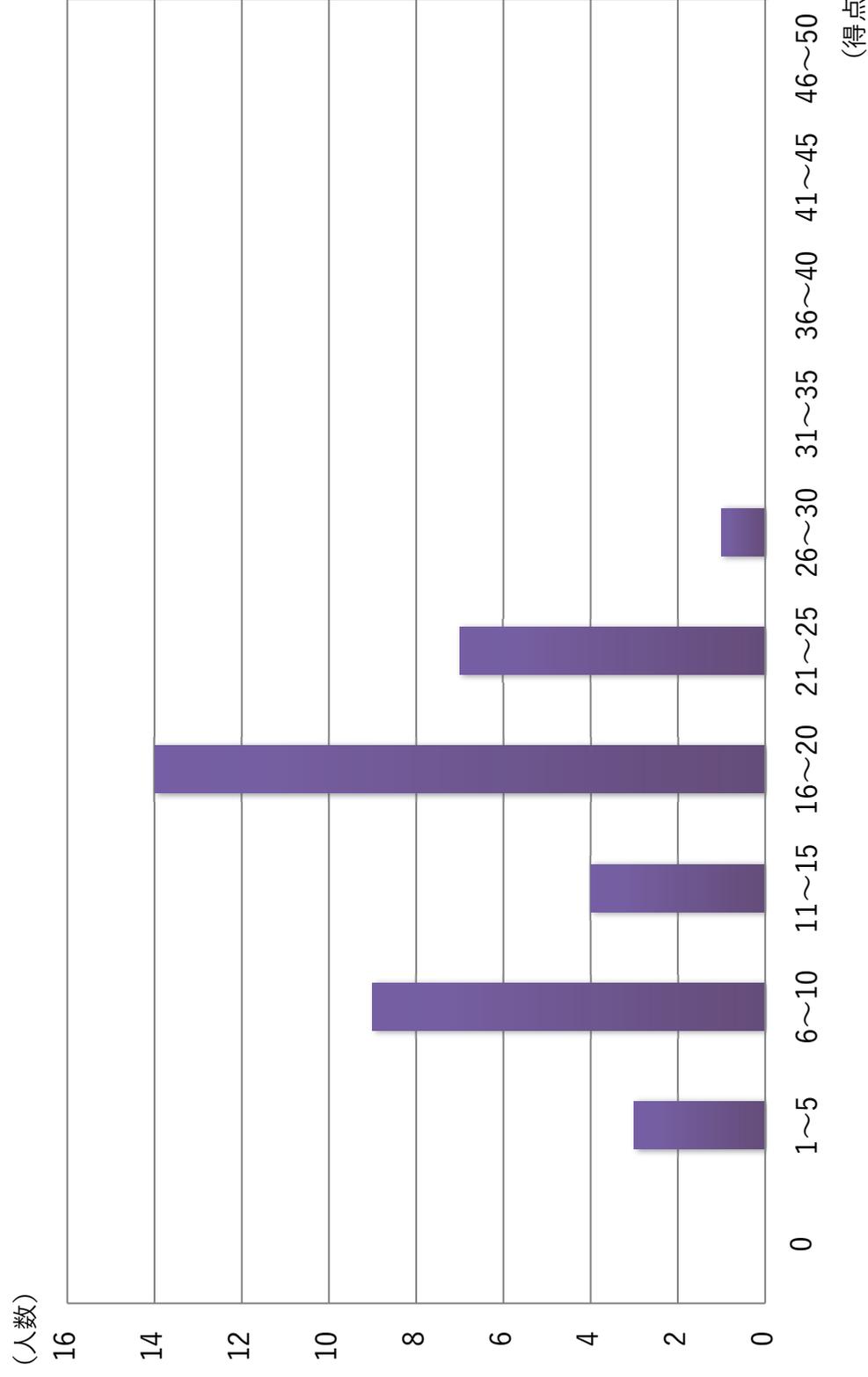
また，甲は，他の共犯者らと対等な立場にしたつもりであったが，甲が実行役をしているので主導的であるという評価もあった。しかし，背後者が首謀者という事案もあるのであり，この評価も無理があるであろう。
- ・甲にも中止未遂を検討している答案があった。しかし，住居侵入罪は既遂であり，強盗に着手する前に現場から逃げているのであるから，何についての未遂なのか分からないと思う。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2020年12月27日分 得点分布表

刑法 I

出席者 38名 平均点 15点



分布	人数
0	0
1~5	3
6~10	9
11~15	4
16~20	14
21~25	7
26~30	1
31~35	0
36~40	0
41~45	0
46~50	0