

平成20年

1 〔第1問〕（配点：100）

2 以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を示して論じなさい（特別法違反
3 の点を除く。）。

4

5 1 甲（男性・30歳）は、勤務先会社が倒産して失職し、新たな就職先も見付からず、生活費に
6 窮していた。甲は、同じく失職中の友人の乙（男性・28歳）の家に遊びに行った時、乙に対し、
7 「このままでは家賃も払えないし、食べていけない。何か金を作る方法はないだろうか。泥棒で
8 もするしかないかな。」などと話した。

9 乙は、3か月前までAが経営する会社に勤務していたが、Aがしばしば自宅で仕事をするため、
10 売上金を届けるなどの用件でAの自宅に何度も行ったことがあり、Aが自宅の書斎にある机の引
11 き出しの中に現金300万円くらいを入れているのを知っていたことから、「前に勤務していた
12 会社の社長Aは、現金300万円くらいをいつも家に置いていた。Aは資産家だから、家にはほ
13 かにも金目の物がたくさんあると思う。」と言った。

14 甲は、それを聞いて、うまくA方に忍び込んで現金を盗むことができれば、当分金に困ること
15 はないと思い、A方に盗みに入ろうと考え、乙に対し、「一緒にその金を盗みに入らないか。」
16 と言ったが、乙は、「俺はそんな危ないことはしたくない。」と言った。そこで、甲は、乙に対
17 し、「それじゃあ、俺が入るから、Aの家の場所と現金の在りかを教えてくれ。300万円手
18 入れることができれば、お前に100万円やる。」と言った。

19 乙は、Aの会社に勤務していた時の待遇に不満を持っていた上、乙自身も生活費に窮していた
20 ことから、甲が首尾よく現金を盗むことができれば自分もまとまった金を手に入れることができ
21 ると思い、「分かった。明日Aの家を見に行こう。家の間取り図も作っておくよ。」と答え、さ
22 らに、「Aは一人暮らしだ。毎週月曜日には必ず会社に出勤するので、月曜日の日中Aは家にい
23 ない。Aは月曜日の午前8時半ころ家を出るが、午前10時ころには通いの家政婦が来るので、
24 やるんだったら月曜日の午前8時半から午前10時前までだ。トイレの窓にはいつも鍵が掛かっ
25 ていないから、そこから家の中に入れると思う。書斎の机の引き出しには300万円くらいは入
26 っているはずだし、ほかの場所にも金目の物があるはずだ。」と説明した。

27 2 同日夜、乙は、A方の間取り図面を作成し、トイレの場所、書斎の場所やAがいつも現金を入
28 れていた机の場所等を同図面に書き込んだ。

29 そして、翌日の昼間、乙は、自分の自動車に甲を乗せてA方付近まで運転し、Aの自宅を指さ
30 して、甲に対し、「あれがAの家だ。」と教えるとともに、前記図面を甲に手渡した。

31 甲は、A方付近が閑静な住宅街で、日中も人通りがほとんどなかったことから、トイレの窓か
32 らA方に侵入してもだれにも見られないだろうと安心し、乙に対し、「今度の月曜日にやる。A
33 が家を出た後すぐに入るから、午前8時過ぎにAの家の近くに着けるように今度の月曜日の朝迎
34 えに来てくれ。」と言った。乙は、これに対して、「分かった。」と答えた。

35 甲は、帰宅後、乙から受け取った前記図面を再確認するとともに、万一家に人がいた場合に備
36 え、カッターナイフ（刃体の長さ8センチメートル）を準備した。

37 3 翌週の月曜日、乙は、前記自動車を運転して甲方に行き、甲を同車に乗せて、A方付近に向か
38 い、午前8時過ぎころA方付近に到着した。乙は、甲がA方から出て来るまで付近道路に同車を
39 停車させたまま待っていようと思い、甲に対し、「ここで待っているよ。」と言ったところ、甲
40 は、乙が何度も同車でA方を訪れた旨聞いていたことから、だれかに乙の自動車を見られるのは
41 絶対に避けたいと考え、「お前は先に帰っていてくれ。車を見られたらまずい。」と言った。そ
42 こで、乙は、甲を同車から降ろした後、すぐに同車を運転してその場を去った。

43 4 甲は、A方付近でA方玄関の様子をうかがっていたが、午前8時半ころ、Aが家を出たのを確
44 認した後、A方に向かい、前記図面に示されていたトイレの窓を探し、無施錠の同窓を開けて屋

内に入った。そして、甲は、書斎に行き、机の引き出しを開けて現金300万円を見付け、これを着ていたジャンパーのポケットに入れた。

甲は、簡単に机の引き出し内の現金を手に入れることができ、まだ時間に余裕があったことから、引き続き別の金品を探そうと考え、居間に入った。

ところで、A方には、乙が出入りしなくなった後、Aの父であるB（70歳）が同居していたが、乙はそのことを知らなかった。甲が居間に入った時、Bは同所にいたが、甲が入って来たのを見て、その場に立ちすくんだ。

甲は、Bの姿を見るや、ジャンパーのポケットに入れていた前記カッターナイフを取り出してその刃を約5センチメートル出し、Bに歩み寄り、「金を出せ。」と言いながら、カッターナイフの刃をBの目の前に突き出した。Bが「助けてくれ。」と大声を上げたので、甲は、Bの大声が近所の人に聞こえてしまうと思い、Bを黙らせるため、Bの胸倉を左手でつかみ、右手に持ったカッターナイフの刃先をBの左頬に突き付けながら、「静かにしろ。騒ぐと殺すぞ。」と申し向けた。Bは恐怖の余り大声を出すのをやめ、その場にしゃがみ込んだが、甲は、Bの胸倉をつかみながらカッターナイフの刃先をBの左頬に突き付けたままの体勢で自らもしゃがみ込み、さらに、Bに対し、「金を出せ。」と申し向けた。

同居間のテーブル上には、Aが日常の支払用の現金を入れていた封筒があったので、Bは、やむを得ず、同封筒を甲に渡した。甲は同封筒に入っていた現金2万円を取り出してジャンパーのポケットの中に入れ、さらにBに対し、カッターナイフの刃を突き付けながら、「まだあるだろう。どこにあるんだ。」と申し向けたところ、Bは甲の背後のリビングボードを指さして、「多分あそこにあると思う。」と言った。

そこで、甲は、同リビングボードの方に行き、物色を始めたが、そのすきにBは慌てて居間から逃げ出した。甲は、Bが逃げ出したのに気付く、すぐに「待て。」と怒鳴りながら同人を追った。甲が追って来たのを知ったBは、甲に捕まったら本当に殺されるかもしれないと思い、「どろぼう。」と叫びながら、必死で玄関から外に逃げようとした。

甲は、Bが「どろぼう。」と叫びながら玄関のドアを開けたのを見て、このままではだれかにBの声を聞きつけられ、捕まってしまうと思い、Bを追うのをあきらめて裏口から逃げることにし、裏口を探した。

Bは、玄関の外に出た直後、足がもつれて転倒し、その際加療約1か月を要する右手首骨折の傷害を負った。

5 一方、乙は、甲と別れた後A方付近から離れ、自宅に戻ろうとしていたが、途中、甲のことが気掛かりになり、再びA方付近に向かい、A方付近路上に自動車を止めて、車内からA方の様子を見ていた。

すると、Bが前記のように玄関から走り出て来て、足がもつれて転倒した後すぐに起き上がり、「どろぼう。」と叫びながら、A方前路上に走り出て来たので、乙は、甲が盗みを実行中に居合わせたBに見付かってしまったのだと思い、このままでは、近所の人がBの声を聞きつけて警察に通報すると考え、Bを黙らせるために、すぐに同車から降りてBに駆け寄り、背後から左腕をBの首に回して右手でBの口を塞いだ。

Bは乙の右手に噛みついて抵抗したので、乙は、Bからとっさに手を離れた上、その顔面を拳で力一杯殴打したところ、Bはその衝撃で倒れ、その際、ブロック塀の角に後頭部を強打した。Bはよろめきながら立ち上がって、「だれか助けてくれ。」と声を出しながら逃げ出そうとしたので、乙は更にBの背部、腹部を数回蹴ったところ、Bはその場にうつ伏せに倒れ、動かなくなった。

甲は、Bが玄関の外で足がもつれて転倒し右手首骨折の傷害を負ったことを知らず、また、乙が戻って来てBに暴行を加えたことも知らずに裏口から外に出たが、A方付近路上に乙の自動車

89 らしい車両を見付けたため、同車の方に駆け寄った。すると、同車付近に乙がおり、乙の近くに
90 Bがうつ伏せに倒れていたのを、驚いて、乙に対し、「何をやっているんだ。車を見られたらま
91 ずいって言っただろう。」と言うと、乙はすぐに同車に戻り、甲も同車に乗り込んで、両名は直
92 ちに同所から逃走した。

93 その後、甲は、乙に対し、A方で取得した現金のうち100万円を分け前として渡した。

94 6 Bは、甲及び乙がA方前路上から逃走した直後、たまたま通り掛かった者に発見されて、救急
95 車で病院に搬送されたが、前記のとおりブロック塀の角に後頭部を強打した際に頭蓋骨を骨折し
96 ており、これによる脳内出血によって、同日午後5時ころ死亡した。

[解説]

第1. 事例4において甲がA宅内に無施錠のトイレの窓から入り、現金300万円をジャンパーのポケットに入れた行為

1. 甲乙の共犯関係

まず、甲乙の共犯関係については、甲が乙と一緒にA方に盗みに入ろうと誘ったのに対し、乙が「俺はそんな危ないことはしたくない。」と言った上、実際に乙は自らはA方に盗みに入らなかったことに着目し、共謀共同正犯の成立要件ないし共同正犯と幫助犯の区別の判断基準等を念頭に置いて、本問の具体的事実関係の中から評価に値する事実を抽出し、要件に当てはめることが求められる。その際、事実を事例中からただ書き写して羅列するのではなく、犯行に至る経緯、乙が甲に提供した情報の具体的内容、犯行当日の甲乙の行動及び甲乙間の金銭の分配状況等について、これらの事実が持つ意味を的確に評価し、上記要件ないし判断基準に当てはめて結論に至る思考過程を論述する必要がある。また、その際には、(共謀)共同正犯の成否のみの論述にとどまらず、甲乙間の共謀ないし共同実行の意思の内容にも留意し、甲乙が想定していた金品奪取の態様や奪取対象となる金品の範囲を明確に意識しておく必要がある(出題の趣旨)。

甲と乙は、A方における住居侵入及び窃盗について共謀し、甲だけがこれらの実行行為に及び、乙は実行行為に及んでいない。そこで、乙には、住居侵入罪(刑法130条前段)及び窃盗罪(235条)についての共謀共同正犯の成否が問題となる。

共同正犯の因果性は法益侵害の共同惹起であるところ(因果共犯論)、自手実行がなくても、共謀や役割分担を通じて法益侵害を共同惹起し得るから、共謀共同正犯も認められると解する。

そして、共謀共同正犯の成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要であると解する

③正犯性は、⑦犯意誘発、④役割の重要性、⑤利害関係を考慮して判断される。

基礎応用 131 頁 [論点 1]、論証集

63 頁 [論点 1]

練馬事件・最大判 S33.5.28・百 175

2. 甲の罪責

甲の罪責については、甲乙の共犯関係を前提として、まずはA方に入った行為及び書斎の机の引き出しから300万円を取り出してジャンパーのポケットに入れた行為について構成要件への当てはめを行うことが求められる(出題の趣旨)。

甲には、住居侵入罪と窃盗罪についての共同正犯が成立する。

3. 乙の罪責

乙の罪責については、甲乙間の共犯関係を前提として、甲によるA方への侵入と300万円の窃取に関する罪責を示す…(出題の趣旨)。

第2. 甲がBにカッターナイフの刃を突き出しながら「金を出せ」などと言い、現金2万円の入った封筒を受け取った行為

1. 甲の罪責

(1) 暴行・脅迫

甲が、Bにカッターナイフを示すなどした上、現金2万円を奪った行為については、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫の有無等を中心に、必要かつ十分な具体的事実を抽出して法的評価を示す必要がある（出題の趣旨）。

強盗罪における「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

この判断では、暴行・脅迫の態様、行為者及び相手方の状況（性別、年齢、体格、容貌・服装、人数、人間関係）、日時・場所・周囲の状況、被害者の対応を総合考慮する。

最判 S24.2.8

(2) 原因行為・因果関係

Bが居間から逃げ出し、玄関を出た直後に転倒して怪我をしたことについては、強盗の機会性の有無や因果関係の有無等に留意しつつ、具体的事実を示しながら強盗致傷罪の成否を検討する必要がある（出題の趣旨）。

ア. 原因行為

本罪は、強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着目した犯罪である。

そこで、「死亡」「負傷」の原因行為は、強盗の機会に行われたものであることを要する。

強盗の機会とは、強盗行為と当該行為の時間的・場所的接着性、被害者の同一性、反抗意図の継続性等から判断される。判例・裁判例では、特に、原因行為が「新たな決意に基づく別の機会」に行われたものであると評価される場合には、強盗の機会が否定されている。

なお、本問は、原因行為と強盗行為との間における密接関連性の欠如を理由として強盗致傷罪の成立を否定すべき事案（例えば、強盗犯人どうしでの暴行により致傷事案）でないから、限定機会説（密接関連性説）を論じる実益は乏しい。

基礎応用 283 頁 [論点 3]、論証集

133 頁 [論点 2]

最判 S24.5.28

イ. 因果関係

甲の行為とBの負傷との間には、Bが足をもつれさせて転倒したというBの行為が介在しているため、因果関係が問題となる。

危険の現実化説の立場からは、甲の行為自体がBの負傷（転倒による右手首骨折）の原因を形成したとはいえないから、原因行為と負傷との間の因果関係が認められるためには、甲の行為がBの転倒をもたらす危険性を有していたといえることが必要となる。

基礎応用 33 頁・論証集 35 頁(イ)(i)

高速道路進入事件型の事案（最決

H15.7.16・百13）に属する。

(3) 原因行為の主観的要件

原因行為について手段説（又は拡張された手段説）に立つのであれば、暴

基礎応用 283 頁・カ、論証集 136 頁

[論点 4]

行・脅迫の故意が必要とされる。これに対し、機会説（又は限定機会説）の立場からは、暴行・脅迫の故意の要否が問題となる。

原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はないから、原因行為について過失しかない場合でも強盗致死傷罪の成立が認められると解する。

2. 乙の罪責

- ・乙の罪責については、…甲がBにカッターナイフを示すなどして2万円を奪った行為等については、甲乙間の共犯関係の内容を踏まえ、乙が予見していた事情と実際に甲が行ったことの間のずれの有無とその内容を的確に示した上、予見と異なる事態が生じた場合における乙の罪責を本件に即して具体的に論ずることが必要である（出題の趣旨）。
- ・乙の罪責については、まず、甲との共犯関係の内容を前提に、A方内での甲の強盗行為に関する乙の罪責を論ずることになるが、大半の答案は、「乙に強盗（傷）罪は成立しない。」あるいは「乙には窃盗罪の限度で共同正犯が成立する。」と論ずるのみであった。前者のように、錯誤論を前提とした場合における乙の具体的な罪責を示さない答案が不十分であることはもとより、後者のように、「窃盗罪の限度」と抽象的に示したのみではこの事例における乙の罪責を的確にしたこととはならず、そこでいう「窃盗罪」とは300万円の窃盗であり、2万円に関しては責任を負わないという趣旨なのか、それとも、302万円の窃盗の限度では責任を負うという趣旨なのかを明らかにしなければ乙の罪責を正確に認定したとはいえない。この点については、多くの受験生が罪名を決めただけで安心してしまったものと思われた（採点実感）。

（1）共謀の成否

甲と乙は、共同してA宅内に侵入し、A宅内に存在するであろう現金300万円をはじめとする財物を窃取するという、A宅における住居侵入罪及び窃盗罪という特定の犯罪を共同遂行する旨の合意をしているため、A宅における住居侵入罪及び窃盗罪についての共謀の成立が認められる。

謀議の時点では、甲と乙の認識が罪名レベルで一致しているため、共謀の成否の段階では共同正犯の本質論（行為共同説 VS 犯罪共同説）は問題とならない。

もっとも、その後、甲がA宅内で強盗致傷罪を実現したことにより、謀議後に甲乙間の認識が罪名レベルで異なるに至っているため、共同正犯における抽象的事実の錯誤の事例であるといえる。

共同正犯における抽象的事実の錯誤の事例は、謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合と、謀議時点では共同者間の認識に不一致がない場合（謀議後、共同者の一部が謀議の内容と異なる犯罪を実行した場合）に分類できるところ、本問は後者の事案類型に属する。

（2）共謀に基づく実行行為（共謀の射程）

甲が共謀の内容と異なる強盗致傷罪を実現しているため、甲による強盗致

基礎応用 150 頁・イ、論証集 72 頁・

イ

傷罪の実行が甲乙間の当初の共謀（住居侵入・窃盗の共謀）に基づくといえるかが問題となる。

共謀に基づく実行行為とは、共謀の因果性が実行行為に及んでいる場合に認められ、因果性が及んでいるか否かは共謀の危険実現の範囲内の実行行為であるか否かにより判断すべきである。この判断では、⑦当初の共謀と実行行為の内容との共通性、④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（機会の同一性、時間的・場所的近接性など）、⑦犯意の単一性・継続性、⑤動機・目的の共通性などを総合考慮する。

確かに、「A は一人暮らしだ。毎週月曜日には必ず会社に出勤するので、月曜日の日中 A は家にいない。…」（問題文 22～23 行目）という甲乙間のやり取りからしても、甲と乙は、A 方に誰もいない時にその内部に侵入して窃盗を行うことを予定して共謀をしているといえるから、共謀当初は、A 方内で強盗に及ぶことは予定されていなかった。しかし、甲乙間では「書斎の机の引き出しには 300 万円くらい入っているはずだし、ほかの場所にも金目の物があるはずだ」とのやり取りがあったため、共謀当初から、書斎の机の中にある現金 300 万円以外の財物も盗むことまで予定されていたといえる。そうすると、当初の共謀と現金 2 万円についての強盗との共通性は強いといえる（⑦）。また、甲による強盗行為は、事前共謀に基づく住居侵入及び窃盗と同じ場所で、時間的に連続・近接して行われている（④）。さらに、これらの行為は、金が欲しいという動機・目的の点で共通している（⑤）。加えて、共謀に基づく住居侵入・窃盗の実行により犯意が強化されている甲が、A 方内で B と出会ったことをきっかけとしてさらに金品を得ようと考え、そのための手段として暴行・脅迫に及ぶということは自然なことであるから、甲による強盗行為は新たな犯意に基づくものではない（⑦）。したがって、甲による強盗行為は、住居侵入・窃盗についての共謀の危険実現の範囲内にあるといえるから、共謀に基づくものといえる。¹⁾

（3）事実の錯誤

ア. 甲が強盗まで行ったことについて（抽象的事実の錯誤）

乙は、強盗罪の故意を有しないから、38 条 2 項の適用により、強盗罪・強盗致傷罪の共同正犯の成立が否定される。では、現金 2 万円についての窃盗罪の限度で共同正犯が成立するか。

構成要件の符合説からは、乙には、構成要件が強盗致傷罪と（形式的に）

¹⁾ “ 共同正犯も広義の共犯の一類型として、因果性を有する結果惹起に限って罪責を負うことから、①実行分担者による結果惹起について因果関係が必要であり、かつ、②因果関係の存否と故意の存否は理論的には別の問題として位置づけられることになる。…共謀の射程を独自に検討する実際上の必要が生じるのは、故意・錯誤論としては結果惹起に関する故意を否定しがたい場合など、一定の状況に限定される。…私だけの印象なのかもしれないが、最近の刑法の学修においては、「共謀の射程」という概念が過剰に強調されている印象を受ける。しかしながら、犯行計画を実行に移す場合、さまざまな外在的要因などによって、その計画が変更されることは当然に想定されるのであるから、共謀段階の計画と実際の犯行が多少異なっているとしても、それだけで共謀の射程が否定されるわけではない。共謀の射程を否定すべき場合とは、共謀の心理的因果性が実質的に断絶しており、実行分担者の独自の意思決定によって犯行が行われたような例外的な場面にとどまるというべきである。たとえば、窃盗の共謀を遂げた後、実行分担者が強盗に転じた場合であっても、（特段の事情がない限り）強盗行為について共謀の射程が及ぶのは当然であり、共謀者が窃盗罪の共同正犯にとどまるのは故意が欠けるからである。学生のみなさんの中には、この場合にも「共謀の射程が欠ける」と考えている人がいるかもしれないが、そのような理解は適切なものとはいえない。少なくとも具体的な事案の解決においては、「共謀の射程」という概念に与えられた役割は、ささやかなものにすぎないことを改めて強調しておきたい。（2015/07 法教 97 頁：橋爪隆）

符合する窃盗罪の限度で共同正犯の客観的構成要件該当性が認められる。

イ. 甲による奪取罪が、書斎の机に入っている現金 300 万円のほかに、現金 2 万円にまで及んだことについて（具体的事実の錯誤？）

共謀当時における乙の窃盗の認識が、書斎の机に入っている現金 300 万円のほかに、概括的に A 方内の他の財物の窃盗にも及んでいたのであれば、概括的故意が認められるから、具体的事実の錯誤は問題とならない。

これに対し、概括的故意が認められない場合には、具体的事実の錯誤（そのうち、方法の錯誤）が問題となり、抽象的法定符合説からは、現金 2 万円の窃盗についても窃盗の故意が認められ、2 個の窃盗罪の共同正犯が成立し、両者は観念的競合（54 条 1 項前段）となる。²⁾

（4）共同正犯の本質論

甲が強盗罪の故意に基づき強盗致傷罪を実現しているのに対し、乙には住居侵入罪・窃盗罪の故意しかない。このように、両者間で故意の内容が異なる。そこで、異なる構成要件間における共同正犯の成否が問題となる。

完全犯罪共同説からは、現金 2 万円に関する強盗致傷罪については、甲には強盗致傷罪の単独正犯が成立する一方で、乙には窃盗罪の共同正犯すら成立しない。

やわらかな部分的犯罪共同説からは、現金 2 万円に関する強盗致傷罪については、甲には強盗致傷罪の共同正犯が成立し、乙には窃盗罪の限度で共同正犯が成立する。

²⁾ 現金 300 万円と 2 万円の占有者・所有者はいずれも A であるため、法定的符合の判断において法益主体（被害者）の個別性・具体性を重視する具体的法定符合説からも、現金 2 万円の窃盗についての故意が認められると思われる。

第3. A方前路上でBが乙から殴る・蹴るなどされて死亡したこと

1. 乙の罪責

- ・乙がA方前路上でBを殴る・蹴るなどして死亡させたことについても、その段階において乙に成立する犯罪を念頭に置きながら、適切な犯罪を選択した上、その犯罪の構成要件要素を示しつつ、設問から抽出した具体的事実をこれに当てはめることが必要である（出題の趣旨）。
- ・乙に事後強盗（致死）罪が成立し得ることについては多数の答案が指摘していたものの、反抗抑圧に足りる程度の暴行といえるか、財物奪取と暴行との関連性は認められるかという点にまで目を行き渡らせて具体的に論じている答案は多くはなかった。その他、乙のBに対する殺意を無理に認定していると思われる答案が散見されたほか、乙の罪責を認定するに当たって、理解不十分なまま、承継的共犯や片面的共犯等の概念を用いている答案もあったが、これらは的確な事実認定・法律適用を誤ったものとして低い評価とならざるを得なかった。

2. 甲の罪責

- ・A方前路上でBが乙から殴る・蹴るなどされて死亡したことに関し、甲が罪責を負うか否かについては、①乙との共犯関係に基づく帰責の可否及び②甲に成立する強盗罪固有の枠組み（強盗の機会性ないし因果関係等）による帰責の可否を本問の事実関係に即して論ずることが必要である（出題の趣旨）。
- ・屋外に逃げたBを乙が死亡させたことに関する甲の罪責については大半の答案が触れていたものの、甲乙間の共謀内容及び甲に成立する強盗罪の枠組み（強盗の機会性ないし因果関係等）の両方の観点で問題となり得ることを論じたものは少数であった。この点については、甲乙の事前共謀の内容は窃盗であるとしても、結論的には、甲にも乙にも強盗罪ないし事後強盗罪が成立するのであるから、Bの死の責任を甲に負わせられないのは不当ではないかという問題意識を示しながら、甲乙間には強盗の共謀がない以上、強盗罪の共犯として責任を負わせることはできず、また、甲に成立する強盗罪との関係でも因果関係等を認定できない旨事実を示しつつ検討した秀逸な答案があった（採点実感）。

（1）乙との共犯関係に基づく帰責の可否

甲が事後強盗罪について乙との共同正犯になるのであれば、一部実行全部责任の原則（60条）により、乙の事後強盗の実行行為である暴行によって生じた死亡についても、事後強盗致死罪の共同正犯として甲に帰責される。

（2）甲に成立する強盗罪固有の枠組み（強盗の機会性ないし因果関係等）による帰責の可否

事後強盗罪の共同正犯の成立が認められないのであれば、甲に成立する強盗罪固有の判断枠組み（強盗の機会性ないし因果関係等）による帰責を検討することになる。

甲が逃げ出した B を追いかけた行為については、強盗の機会性が認められるが、甲乙間の共謀で予定されていない乙の B に対する暴行によって B の死因が形成されていることから、甲が B を追いかけた行為の危険性が B 死亡へと現実化したといえず、因果関係は認められない。

第4. 採点方針等

1. 罪数評価・共犯の成立範囲

甲乙に成立する個々の犯罪を前提に、これらに関する罪数評価及び共犯の成立範囲を的確に示すことが必要であることは言うまでもない（出題の趣旨）。

2. 理論的な根拠や検討すべき要素を具体的に示しつつ、必要かつ十分な事実を抽出して当てはめるという論述をバランス良くかつ的確に行っている答案は必ずしも多くはなかった（採点実感）

- ・法律論をほとんど示すことなく、単に問題文に記載された事実を羅列しただけで、事実の持つ意味やその評価に触れることなく、「以上の事実からすれば、共謀共同正犯が成立する。」等の結論を示す答案
- ・法律論の論述のみに終始して、問題文に示された乙の関与に関する具体的事実の検討が不十分な答案
- ・甲が現実的にA方において強盗に及んでいる点をとらえて甲乙間には強盗の事前共謀があったと認定するなど、事実関係のとらえ方が強引な答案
- ・（共謀）共同正犯を認定する積極的な事情を多く取り上げて論述しながら、乙の分け前が少ない点のみを論拠として乙は幫助犯にとどまるとの結論を導き出すなど、説得力を欠く論述の答案

3. 刑法的評価の前提となる行為を的確に把握する

甲の罪責については、成立する犯罪の構成要件要素への当てはめ以前の問題として、甲の行為を余りに分断的で細切れにとらえ、刑法的評価の前提となる甲の行為を的確に把握できていない答案が散見された。例えば、甲のA方内での行動について、甲がカッターナイフの刃をBの目の前に突き出した行為は脅迫罪、甲がBに「静かにしろ。」等と言った行為は強要罪、甲がリビングボードに近づいた行為は、新たな別個の強盗（未遂）罪のように、事実のとらえ方が不適切な答案が目についた（採点実感）。

[模範答案]

1 第 1. 甲の罪責

2 1. 甲は、窃盗目的で「人の住居」たる A 宅に無施錠のトイレの窓から
3 「侵入」し、A という「他人の財物」である現金 300 万円をジャンパ
4 ーのポケットに入れることで「窃取」したのだから、住居侵入罪（刑
5 法 130 条前段）・窃盗罪（235 条）が成立する。

6 2. 甲は、カッターナイフの刃先を B に突き付けて「…騒ぐと殺すぞ。」
7 「金を出せ。」と申し向け、B から現金 2 万円の入った封筒を受け取っ
8 た後、逃げ出した B を追いかけたところ、B が転倒して加療約 1 か月
9 を要する右手首骨折の傷害を負った。この行為に、強盗致傷罪（240 条
10 前段）が成立するか。

11 （1）「暴行又は脅迫」（236 条 1 項）の相手方は、条文上限定されてい
12 ないから、財物奪取を遂行するうえで障害となる者であればよく、
13 財物の占有者に限られない。

14 B が A 方で A と同居する A の父親であるからも、現金 2 万円の
15 占有者でない B も現金 2 万円を奪取する上で障害となる者といえ、
16 「暴行又は脅迫」の相手方となる。

17 （2）「暴行又は脅迫」（236 条 1 項）は、相手方の反抗を抑圧するに足
18 りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

19 甲は 30 歳の男であり、70 歳の男性 B に比べて年齢差による大き
20 な体力差がある。しかも、甲は、甲・B 以外の者が現在しない A 宅
21 内で、素手の B に対し、カッターナイフの刃を 5 cm も出した上で、
22 身体の重要部分である B の目や右頬に刃先を突き出している。この
23 状態で、甲は B に対し「…殺すぞ。」と申し向けているから、B が言

1 われたとおりにしなければカッターナイフで殺害されるか、目や左
2 頬を切られることにより重大な傷害を負わされると畏怖するのが通
3 常である。そうすると、甲の上記行為は、Bの反抗を抑圧するに足
4 る程度のものとして「脅迫」に当たる。

5 したがって、甲は「強盗」(240条)に当たることになる。

6 (3)甲の脅迫によりBは恐怖の余りその場にしゃがみ込んでいるため、

7 Bが甲の脅迫により反抗を抑圧されて現金2万円の入った封筒を甲
8 に手渡したといえるから、甲がA「の財物を強取した」といえる。

9 (4)転倒によるBの前記傷害は「負傷」に当たる。では、甲が逃げ出

10 したBを追いかけた行為は、「負傷」の原因行為といえるか。

11 ア. 本罪は強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着

12 目した犯罪であるから、「負傷」の原因行為は、強盗の機会に行わ

13 れたものであることを要する。

14 イ. 甲がBを追いかけた行為は、強盗が行われたA宅内で、強盗後

15 間もなく行われたものであるから、強盗の機会性が認められ、「負

16 傷」の原因行為に当たる。

17 (5)では、因果関係はあるか。甲の行為とB負傷の間にBの転倒が介

18 在していることから問題となる。

19 ア. 因果関係は、行為の危険性が結果へと現実化した場合に認めら

20 れる。

21 イ. Bは、脅迫を受けた甲から「待て。」と言いながら追いかけられ

22 ることで、「甲に捕まったから本当に殺されるかもしれない」と思

23 っていたため、逃走時にかなり心理的に動揺していたといえる。

しかも、B は、70 歳という高齢により身体機能が低下している。
そうすると、甲が脅迫直後に B を追いかけた行為は、身体機能の
低下と心理的動揺が相まって逃走過程で B を転倒させるという危
険性を有していたといえる。したがって、甲の行為の危険性が B
負傷へと現実化したといえ、因果関係が認められるから、甲は B
を「負傷させた」といえる。

(6) 原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、
原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はない
から、原因行為について過失しかない場合にも強盗致死傷罪の成立
が認められると解する。

甲は、自己の脅迫により B がその反抗を抑圧されていること及び
B が高齢であることを認識しているから、B を追いかける行為によ
り B が心理的動揺と高齢による身体機能低下とが相まって転倒し負
傷するという事態について予見可能であったといえるから、負傷に
つき過失が認められる。

(7) よって、強盗致傷罪が成立する。

3. 乙が B の顔面を拳で力一杯殴打して B を死亡させた行為について
は、後述の通り事後強盗致死罪（240 条後段）が成立する。では、こ
れに関して甲に強盗致死罪は成立するか。

(1) まず、後述の通り乙の暴行は事後強盗罪（238 条）の「暴行」に
当たるところ、事後強盗罪の共同正犯の成立が認められるのであれ
ば、一部実行全部責任の原則（60 条）により、事後強盗致死罪の共
同正犯として乙の暴行によって生じた B の死亡も甲に帰責される。

しかし、後述する住居侵入窃盗についての事前共謀の当時は、甲が乙に対し「お前は先に帰ってくれ」と言っており、乙が A 宅付近にいることは想定されていない。そうすると、上記の事前共謀の因果性は乙による事後強盗には及ばない。また、甲は乙が戻ってきて B に暴行を加えたことを知らなかったのだから、現場共謀もない。

したがって、乙による事後強盗は甲乙間の共謀に基づくものではないから、共同正犯を根拠として B 死亡を甲に帰責することはできない。

(2) 次に、甲に成立する前記 2 の強盗罪について B 死亡を帰責することができるか、甲が B を追いかけた行為と B 死亡との因果関係の有無が問題となる。

B の死因は、ブロック塀の角に頭部を強打した際に頭蓋骨を骨折したことによる脳内出血であり、これは乙の暴行により形成されたものである。そして、甲乙間の共謀では乙は A 宅付近にいないことを前提としていたということからも、甲が B を追いかけた行為が乙の暴行を誘発する危険性を有していたとはいえない。

したがって、甲の行為が B 死亡へと現実化したとはいえず、因果関係が認められないから、甲には強盗致死罪は成立しない。

4. 以上より、甲は、①住居侵入罪、②窃盗罪、③強盗致傷罪の罪責を負い、②と③は同一機会に同一の財物奪取意思に基づいて行われたものであるから包括して一個の強盗致傷罪となり、これと①は牽連犯(54条1項後段)となる。そして、乙とは、住居侵入罪・現金 302 万円の窃盗罪の限度で共同正犯となる。

1 第2. 乙の罪責

2 1. 住居侵入罪・現金300万円の窃盗罪

3 乙はこれらの実行行為を行っていないから、共謀共同正犯の成否が
4 問題となる。

5 (1) 共謀共同正犯の成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加
6 えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要
7 であると解する。

8 (2) 甲は乙に対し、A方の書斎にある机の引き出しの中にある現金約
9 300万円を盗む意図を伝えた上で、「俺が入るから、A家の場所と
10 現金の在りかを教えてくれ。」と申し入れ、乙が「分かった。」と言
11 い甲の申し入れを了承した。これにより、甲乙間で、A方に侵入し
12 て現金約300万円を盗むことについての共謀が成立した(①)。

13 甲は、上記共謀に基づき住居侵入及び窃盗を実行した(②)。

14 乙は、「何か金を作る方法はないだろうか。泥棒でもするしかない
15 かな。」という甲の発言に対し、「…Aは、現金300万円くらいをい
16 つも家に置いていた。」と言い、甲の犯意を誘発している。また、乙
17 は甲に対し、月曜日の午前8時半から午前10時前までならVが出
18 社している上に通いの家政婦もいないこと、V宅トイレの窓にはい
19 つも鍵がかかっていないことと、月曜日の午前8時半から午前10
20 時前まではA方トイレの窓にはいつも鍵がかかっていないこと、及
21 び書斎の机の引き出しには300万円くらいが入っていることを説明
22 した上で、A方の間取り図面を作成してトイレ・書斎・机の場所を
23 同図面に書き込んでこれを甲に手渡した。犯行の日時・侵入経路・

財物の在りかが住居侵入窃盗を成功させる上で極めて重要な情報であることから、乙は上記情報提供により重要な役割を果たしたといえる。さらに、甲は「300 万円手に入れることができたなら、お前に 100 万円やる。」と言い、乙と報酬約束をしているところ、実行行為を分担しない乙にとっては、300 万円のうち 100 万円を得るということは相当大きな利益であるから、乙は本件住居侵入窃盗について強い利害関係を有する。したがって、乙の正犯性(③)も認められ、住居侵入罪及び現金 300 万円の窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。

2. 現金 2 万円に関する強盗致傷罪

(1) まず、②共謀に基づく実行行為とは、共謀の因果性が実行行為に及んでいる場合に認められる。

甲乙間では、「ほかの場所にも金目の物があるはずだ」とのやり取りから、共謀当初から書斎の机の中にある現金 300 万円以外の財物も盗むことまで予定されていたといえるため、当初の共謀と現金 2 万円についての強盗行為との共通性は強い。また、甲による強盗行為は、事前共謀に基づく住居侵入及び窃盗と同じ場所で、時間的に連続・近接して行われている。しかも、これらの行為は、金が欲しいという動機・目的の点で共通している。したがって、甲の強盗行為には、共謀に基づく心理的因果性が及んでいるといえるから、強盗行為についても、②共謀に基づく実行行為と評価される。

(2) 次に、共謀の際に、乙が甲に対し「ほかの場所にも金目のものがあるはずだ。」と説明しているから、乙の窃盗の故意は概括的に現金 2 万円にも及んでいるといえる。しかし他方で、乙は強盗について

1 まで共謀していないから強盗の故意を有しない。そのため、強盗致
2 傷罪の共同正犯は成立しない（38条2項）。

3 本問のように軽い罪の認識で重い罪を実現した場合、保護法益と
4 行為態様の共通性から構成要件が実質的に重なり合う限度で、客観
5 的構成要件該当性が認められると解する。

6 乙は窃盗の故意で強盗致傷罪を実現しているところ、窃盗罪と強
7 盗致傷罪とが窃盗罪の限度で構成要件が実質的に符合することから、
8 窃盗罪の共同正犯の客観的構成要件該当性が認められる。

9 （3）甲は強盗、乙は窃盗というように甲乙間で故意の内容が異なる。

10 共同正犯の本質は特定の犯罪を共同して実現することにあるが、
11 各共同者の故意が構成要件的に重なり合う限度では、共同して構成
12 要件を実現したといえるから、共同正犯が成立すると解する。

13 したがって、乙には、構成要件の重なり合いが認められる窃盗罪
14 の限度で共同正犯が成立する。

15 3. 事後強盗致死罪

16 （1）まず、「窃盗」の共同正犯である乙は、警察への通報を阻止するこ
17 とで「逮捕を免れ…るために」Bの顔面を拳で力一杯殴打しており、
18 Bが70歳の高齢者であることも踏まえれば、かかる暴行はBの反
19 抗を抑圧するに足る程度のものといえ「暴行」（238条）に当たり
20 得る。

21 （2）次に、強盗罪との罪質の近似性を担保するために、事後強盗罪の
22 「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると
23 解される。

乙の暴行は、窃盗現場である A 方と場所的に接着した A 方前路上
において、窃盗後間もなく行われているから、窃盗の機会に行われ
たものとして「暴行」に当たる。

4 （３）したがって、乙には事後強盗罪が成立するところ、事後強盗の手
5 段である前記暴行によって B を死亡させたのだから、事後強盗致死
6 罪が成立する。

7 4．以上より、乙は①住居侵入罪の共同正犯、②現金 302 万円の窃盗罪
8 の共同正犯、③事後強盜致死罪の罪責を負い、②と③は包括して一個
9 の強盜致死罪となり、これと①は牽連犯となる。 以上

参考文献

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第5版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」4訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)