

I. 事実の概要

5 Xは、平成23年12月2日午前9時ごろ、ギャンブルによる多額の負債を抱えたYに自宅にて、「パチンコをうちにいく金がほしいのだが、手っ取り早く金が手に入る方法はないか。」と持ち掛けられた。Xもそのころ借金を抱えていたことから、金が必要だった。そこで、最近宝くじを当てたと噂を聞いたAの家に盗みに入ろうと思いついた。しかし、自身の運動神経が鈍いこともありXは、「盗みにはお前(Y)が行ってくれ。その代わり利益の山分けに関してはお前が3分の2、俺が3分の1でいい。」と言いつつYもこの条件に賛成した。その後X、YはA宅への窃盗の計画を綿密に立てた。その際、XはYがあきらめの悪い性格だと知っていたことから、「金はほしいが、うまくいかなかったら戻って来いよ。」と伝えた。

同日午後11時、YはA方への侵入を開始するため、A家の裏口のカギを破壊しようとした。だがそのとき裏口の方に誰かがやってくる気配がし、見つかると思いついたYはやむなく侵入を断念した。しかしこのまま帰るのは、なんの成果も上がっていないことから納得ができず、Aの隣家であるB雑貨店に空き巣に入ることを決意した。同日午後11時半、B雑貨店の裏口が開いていることを確認しそこから侵入したところ、B雑貨店の店主に見つかり、持っていた折り畳みナイフで脅し50万円を強取するに至った。

このときX及びYの罪責を答えよ。

20

II. 問題の所在

1. XとYはAの家に盗みに入ることに共謀しているが、Xは共謀のみで実行していない。このようなXは、60条にいう「実行した者」にあたるか。共謀共同正犯は共同正犯にあたるかが問題となる。
- 25 2. 共謀共同正犯が共同正犯にあたるとしても、Yは、Xと共謀した行為内容を逸脱してB雑貨店に侵入し、強盗行為に及んでいる。この行為は共謀に基づく実行行為といえ、共同正犯が認められるか。共謀の射程が問題となる。

III. 学説の状況

- 30 1. 共謀共同正犯は共同正犯にあたるか。

A説: 形式的実行共同正犯論

60条にいう「二人以上共同して犯罪を実行した」は、二人以上のものが実行行為を共同することと解するのが素直な解釈であるから、集团的犯罪における各行為者の適切な処理を、60条の解釈によってまかなうことはできない。したがって、単なる共謀者は教唆犯か幫助犯かいずれかの

責任を負うとする説¹。

B 説:共同意思主体説

5 共犯においては団体犯の共犯理論が妥当するという立場から、犯罪の実行は共謀者全員によって構成される共同意思主体によって肯定されるとする説²。

C 説:実質的実行共同正犯論

共同正犯における実行概念を実質的に理解する考え方であり、共謀共同正犯は一定の範囲で肯定される説。

10 C-1 説:間接正犯類似説

共犯関係が間接正犯における利用関係に類似することに着目し、共同意思のもとに一体となり、相互に了解しあって互いに相手を道具として利用しあう点に正犯性を認め、相互利用関係があれば共同正犯を認めるという説³。

C-2 説:行為支配説

15 実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優位的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合には、規範的観点から共同実行があると認めるのであり、共同正犯を認めることができるという説⁴。

D 説:準実行共同正犯論

20 犯罪の共謀や準備・実行段階の分担において、実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、または、これに準じるような重要な役割を果たしたと認められる場合に、共同正犯を認めるという説⁵。

2.共謀の射程はいかなるものか。

25 ア:橋爪説

「共謀の射程」は、心理的因果性の射程を隠す概念であり、この限界は、共謀の危険の現実化として実行担当の者の行為が行われ、結果が発生した関係があるか否か、より端的に言えば、実行担当者の動機の同一性・連続性があるか否かで決するとする説⁶。

¹ 福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣,2011年)278頁参考。

² 鈴木彰雄『共謀共同正犯における「共謀の射程」について』(阿部耕一『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂,2010年)517頁参考より)

³ 川端博『刑法総論講義[第2版]』(成文堂,2006年)557頁参考。

⁴ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008年)307頁。

⁵ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)349頁以下参考。

⁶ 法学会雑誌(首都大学東京都市教養学部法学系 56巻1号)429頁以下参考。

イ:鈴木説

共謀の射程を共謀の具体的な内容により限定する説。

その評価においては、共謀にかかる犯罪と実行された犯罪の罪質の差に留意しつつ、両罪の時間的・場所的同一性、侵害客体の同一性、侵害態様の類似性等を総合的に考慮すべきであるとする⁷。

5

ウ:亀井説

「共謀の射程」は、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題を含む問題として捉えるべきであるが、これらは「総合的に」考えるべきではない。この考えから、「共謀の射程」は、共犯性のレベルでは(心理的)因果性の観点から、正犯性のレベルでは多様な要素による重要な役割を果たしたか否かの観点から、故意のレベルでは各関与者の有していた認識に当該結果を主観的に帰責しうるか観点からそれぞれ判断するとする説⁸。

10

IV.判例の状況

15

該当判例なし。

V.学説の検討

1.共謀共同正犯は共同正犯にあたるか。

A 説:形式的実行共同正犯論

20

この説は、構成要件該当行為と言う意味での実行行為の一部分担を必要とする説である。しかし、関与者が形式的な実行は分担していないが、犯罪の準備段階その他で犯罪の実現にとって重要な役割を分担している場合、この関与者を、必要敵減軽が認められる幫助犯とすることは、共犯処罰における具体的妥当性に欠け、不合理である。

よって、検察側はA説を採用しない。

25

B 説:共同意思主体説

この説は、共謀により形成された共同意思主体の存在を前提とし、共同意思主体の構成員の一部の者による実行は共同意思主体の実行である、と認識する説である。

30

しかし、犯罪主体を共同意思主体としている限り団体責任の考え方に基づくものであって、団体の行った犯罪の罪責を個人に負わせるものであるから、犯罪主体と責任主体の分離を招き、責任主義の内容である個人責任の原則に反するものであるから妥当でない。また、共謀への関与のみをもって直ちに共同正犯の基準とし、共同意思主体を構成する者をすべて共同正犯とすると、およそ教唆犯や従犯の成立する余地はなく、早計である。

⁷ 法学会雑誌・前掲 426 頁以下。

⁸ 法学会雑誌・前掲 443 頁以下。

よって、検察側は B 説を採用しない。

C 説: 実質的実行共同正犯論

5 支配型の共謀共同正犯は肯定できるが、単独正犯性と共同正犯性は異なるのであり同視すべきではない。また各関係者が対等の立場で犯罪実現に関与し役割を分担する分担型の共謀共同正犯を基礎づけることは困難である。

よって、検察側は C 説を採用しない。

D 説: 準実行共同正犯論

10 共同正犯は、他の行為者の行為による因果関係を補充ないし拡張することで、各共同者の行為と最終的な結果との間に因果関係の存在を認めるものである⁹。ここから、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、またはこれに準じるような重大な役割を果たしたと認められる時に、因果関係の補充ないし拡張が認められるべきである。

よって、検察側は D 説を採用する。

15

2. 共謀の射程はいかなるものか。

ア説: 橋爪説

この説は、共謀の射程が認められるか否かは、共謀と結果惹起との間に心理的因果性が認められうるかの判断に帰着するとしている。

20 しかし、共犯の因果性としてはそれほど厳格な内容が要求されていないことから、共謀が発端となって犯罪が行われた場合には、ほとんどの場合因果性が認められることになり、合理的な限定になりえない。

また、共謀に基づく心理的因果性が犯罪結果に及んでいるといえるかを判断する基準として、実行分担者がいかなる目的で行為に出たかが重要な基準になるとしている。すなわち、共犯者は
25 何らかの目的を持って共謀を遂げるのが通常であろうから、その目的達成に関連する行為と評価できれば、共謀の射程が及ぶと解する。

しかし共同正犯における相互利用補充関係は、物理的及び心理的なものをいうから、共犯の射程を専ら心理的な因果性の問題とするのではなく、客観的な事情・主観的な事情の両面から総合的に判断すべきである。また、「目的達成に関連する行為」の判断基準も明らかでない。

30 よって検察側はア説を採用しない。

イ説: 鈴木説

共謀にかかる犯罪と実行された犯罪の罪質の差が僅かであり、両者の時間的接着性も認められる場合には両者を一体として把握し、実行された犯罪について当初から共謀があったと評価する

⁹ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）頁。

ことを考えている。一方で、罪質の差が僅かであっても構成要件が別立てされているのであれば、原則として共謀の射程は実行された犯罪に及ばないが、実行された犯罪について共謀関与者の認識・予見があれば共謀は認められるとしている説である。

5 なぜ、罪質が異なっている犯罪においても共謀として認められるのかについて、両罪が保護している法益が実質的に同一と考えられるからである。

次に、なぜ共謀関与者の認識・予見があれば実行された犯罪についても共謀が認められるのかについて、本説では、共謀の射程を故意の問題として捉えている。すなわち、実行行為者と共謀関与者との間でなされた謀議から逸脱した行為を実行行為者が行うことを共謀関与者において、認識・予見があったのであれば、逸脱した行為についても共謀を認めることに問題はない。

10 また、認識・予見の程度は、共謀にかかる犯罪と実行された犯罪の罪質の違いに左右される。これは、罪質の差が僅かな犯罪について共謀があったとするためには、実行された犯罪について共謀関与者に未必的な認識があれば足りると考えられ、この場合には、共謀関与者は比較的容易にその不法行為を認識しうるので、共同実行の意思を撤回し、あるいは共謀関係から離脱することが法規範によって強く要請されるからである。これに対して、両罪の罪質の違いが大きい場合には、実行された犯罪について共謀関与者のより確定的な認識がなければならないとしている。

15 なぜなら、両罪の罪質の違いが大きい場合にはそれぞれの犯罪、法律についてそれぞれが独立した独自の保護法益を持った犯罪や、法律であると解するのが妥当だからである。

以上をもって、共謀の射程において検察側は鈴木説を採用する。

20 ウ説: 亀井説

この説は、「共謀の射程」を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題を含む問題とし、それぞれ別個に判断するとしている。

しかしながら、共犯性の問題については橋爪説と同様の批判が当てはまる。

25 また、正犯性の問題については、「多様な要素による重要な役割を果たしたか否かの観点」から判断するとしているが、「多様な要素」をどのように判断するのか明らかでなく、基準として具体性に欠ける。

よって検察側はウ説を採用しない。

VI. 本問の検討

30 第1 Yの罪責について

1 YはA家の裏口のカギを破壊しようとしたが、結局これを断念している。ここで、住居侵入未遂罪(132条、130条)及び窃盗未遂罪(243条、235条)が成立するか。「実行に着手」した(43条)といえるかが問題となる。

35 (1) 未遂犯の処罰根拠は、規範違反行為が行われたことにあり、罪刑法定主義から「実行の着手」という文言が言葉としてもつ制約を無視することはできないことから、「実行に着手」したといえるためには、構成要件該当行為への着手が必要であり、その最低限の要件として、

故意をもって構成要件該当行為にまさに接着する直前行為ないし密接行為を行うことが必要である。そして、直前行為ないし密接行為とは、未遂犯として処罰する理由のある場合のみ実行の着手を認めればよいことから、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性を有する行為をいうとすべきである。

5 ここにいう危険性とは、①結果発生ないし構成要件実現の時間的切迫性、または②結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不存在、すなわち、結果発生の自動性があることをいう。

10 (2) 本問において、住居侵入罪(130条)の実行行為は、「侵入」すること、すなわち、住居権者の意思に反する住居への立ち入りをいうところ、バールで家の裏口のカギを壊して入るとい
15 うのは、通常の住居への立ち入り行為がカギを開けて入るものであることに照らすと、住居権者Aの意思に反するものであるといえ、本罪の実行行為に当たる。そして、カギを破壊しようとする行為が実行行為の直前行為ないし密接行為といえるかが問題となるが、バールでカギ部分を強くたたくことによってそのカギ部分を破壊することは容易であるし、カギを破壊すればA家に立ち入ることは確実に可能であることから、侵入という構成要件実現の時間
20 的切迫性があるといえ、構成要件の実現に至る現実的危険性を有するこ
25 ういであるといえる。よって、本罪の実行の着手があるといえるから、住居侵入未遂罪(132条、130条)が成立する。

30 (3) 次に、窃盗罪(235条)の実行行為は、「窃取」すること、すなわち、占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、自己または第三者の占有に移すことをいうところ、バールでA家の裏口のカギを破壊しようとした段階では上記①または②は認められない。よって、窃盗罪実行の着手があったとは言えないため、窃盗未遂罪は成立しない。

2 Yの、B雑貨店に侵入して現金50万円を強取した行為について、強盗罪(236条)及び建造物侵入罪(130条)が成立するか。

(1) 建造物侵入罪について

25 (ア) 本罪の実行行為は上述の通りであるところ、犯行当時、B雑貨店はすでに閉店しており、何人の立ち入りをも想定していないこと、裏口以外の出入り口は封鎖されており、裏口が開いていたのは管理権者が単に閉め忘れたものであって、そこからの立ち入りを許容したものではないと認められること、現金窃取目的であること、から本件立ち入りを管理権者は同意していないと合理的に判断され、管理権者の意思に反する立ち入りであるといえる。

30 (イ) また、B雑貨店は屋根及び支柱を有する土地の定着物であり、人の出入りに適するものであるから、「建造物」にあたり、本罪の客体となりうる。

(ウ) さらに、Yには本罪の故意(38条1項本文)があるといえる。

よって、Yの当該行為には建造物侵入罪が成立する。

(2) 強盗罪について

35 (ア) 本罪の実行行為は「強取」すること、すなわち、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫により被害者等の反抗を抑圧して財物を奪取することをいうところ、YはB雑貨店の店主

に対して折り畳みナイフで脅して 50 万円を奪取しているから、店主の反抗を抑圧したものといえ、「強取」したといえる。

5 (イ) さらに、本罪の保護法益が財物に対する所有権である以上、不法領得の意思が必要であり、その内容は、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用または処分する意思である。本問において、Y はパチンコに行く金欲しさに当該行為を行っており、本件 50 万円について、権利者排除意思及び利用処分意思があるといえるから、Y に不法領得の意思があるといえる。

(ウ) また、Y は B 雑貨店に空き巣に入ることを決意していることから、本罪の故意(38 条 1 項本文)があるといえる。

10 よって、Y の当該行為に強盗罪が成立する。

以上より Y の行為には建造物侵入罪および強盗罪が成立するが、建造物侵入行為は強盗行為の手段であるということが出来るから、両罪は牽連犯となる。

第 2 X の罪責について

1 A 宅の裏口のカギを破壊しようとした行為について

15 (1) X の、A 宅への窃盗の計画を綿密に立てた行為はそれだけでは窃盗及び住居侵入罪の実行行為にはあたらない。では、X との計画等に基づいて Y が本件行為を行っていることから、間接正犯が成立しないか。

20 この点、間接正犯が正犯とされることの根拠は、間接正犯行為については背後者に、実現した違法事実を一次的に帰せられるべきといえ、他方で直接行為者に帰することができないことにあるから、間接正犯であるといえるためには、被利用者を一方的に利用支配して特定の犯罪を自ら実現する意思(正犯意思)があり、被利用者の行為をあたかも道具のごとく一方的に利用・支配し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現することが必要である。本問において、Y は X とともに計画を作成しており、また、利益の 3 分の 2 を Y がもらうことになっていたことなどからすれば、X が Y の行為を一方的に利用・支配していたとはいえない。よって、X に間接正犯は成立しない。

25 (2) では、Y と共に犯罪行為を行ったとして、共同正犯(60 条)が成立するか。

この点、検察側は D 説を採用し、「実行した」について、共謀に基づいて共同者のうちの一人が実行行為を行っていれば共謀に参加しただけの者についても共同正犯が成立すると解する。

30 そして、共謀共同正犯が成立するための要件は、それが一次的責任を負う正犯であること及びその処罰根拠が他の共同者の行為による因果関係の補充ないし拡張が認められることにあることから、①共謀、②実行行為に準ずる重大な寄与、③共謀に基づく実行行為、が必要である。「共謀」とは、犯罪の共同遂行に関する合意をいい、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を遂行しようとする意識(共同犯行の意識)及び関与者間に犯行の本質的部分についての意思連絡、意思の疎通があること(意思の連絡)がその内容である。

35 本問において、X と Y は共に A 宅への窃盗の計画を綿密に立てており、A 宅への住居侵入

及び窃盗についての共同犯行の意識及び意思の連絡があったといえ、①を満たす。また、利益については両者で山分けとなっており、A方への侵入及び窃盗は上記計画およびAが最近宝くじをあてたという、Xが有していた情報によるところが大きいから、Xには実行行為に準ずる重大な寄与があったといえ、②を満たす。さらに、Yの当該行為はXとの計画に基づくものであり、共謀に基づくものであるといえるから、③を満たす。

よって、Xには住居侵入未遂罪の共同正犯が成立する。

2 B 雑貨店への侵入および 50 万円の強取について

(1) 上記と同様に、Xに間接正犯は成立しないため、共謀共同正犯が成立するかが問題となる。

(2) 共謀共同正犯の成立要件は上述の通りであり、①共謀はあるといえる。しかし、その内容はA宅への空き巣であって、B雑貨店への強盗は含まれていないとも思われ、そうであるならば、B雑貨店への強盗についてXによる重大な寄与がない、または、Yの行為がXとの共謀に基づくものであるとはいえないといえ、②または③を欠き、共謀共同正犯が成立しないこととなるため、問題となる。

(3) この点、検察側はイ説を採用するところ、実行された行為が共謀の射程内か否かは共謀の具体的内容、具体的には、共謀にかかる犯罪と実現された犯罪との罪質の差に留意しつつ、両者の時間的・場所的同一性、侵害客体の同一性、侵害態様の類似性等を総合的に考慮すべきである。

本問において、X・Y間でなされた共謀にかかる犯罪は窃盗罪である一方で、実現された犯罪は強盗罪であるところ、両者は暴行・脅迫を手段とするか否かという点において相違があるとはいっても、両者ともに財産罪であって、罪質が類似すること、共謀にかかる犯罪であるA宅への盗みに入ろうとしたのが午後11時、B雑貨店への強盗を行ったのが同日午後11時30分と時間的には30分の間隔しかなく、B雑貨店はA宅の隣にあることから、時間的・場所的同一性は高いといえること、窃盗も強取も相手方の交付によって財産を取得するのではなく、奪取によって取得するという点において侵害態様が類似するといえることから、Yに対して「うまくいかなかったら戻って来いよ」と伝えていたとしても、未必的認識はあったといえるべきである。よって、共謀の内容においてA宅への盗みだけでなく、B雑貨店への強盗までも含まれていたといえるべきである。

以上より、前者の場合同様、後者の行為についても、Xは実行行為者に準ずる重大な寄与があったといえるべきであり、また、Yの行為はXとの共謀に基づくものであるといえるべきであるから、②及び③を満たすため、Xには建造物侵入罪及び強盗罪の共同正犯が成立する。

Ⅶ. 結論

Xは住居侵入未遂罪(132条、130条)、建造物侵入罪(130条)及び強盗罪(236条)の罪責を負い、Yも同様の罪責を負う。

35

以上