

I. 事実の概要

- 5 甲及び乙は、A が一人暮らしをしている自宅に侵入して、A 宅内にある宝石を盗み出すことを計画した。その際、甲は乙に対して、「A が寝たすきに気づかれないように、宝石を盗め。気づかれたら危害を加えずにすぐに逃走しろ。」と注意をしていた。
- 10 犯行当日、甲は乙を車で現場まで送り届け、外の見張りについた。A 宅に侵入した乙は、A が布団で寝ているのを目視した。日ごろから A に恨みを持っていた乙は、A の顔を見ているうちに憤怒し A を殺そうと考え、甲からの注意を無視し、護身用ナイフで A を突き刺した。しかし、A は乙の侵入の 1 時間前に、心臓発作により亡くなっていた。
- その後、乙は計画通り宝石を盗み出し、甲と合流して甲の運転する車で逃走した。その際、乙は甲に対して、刺突行為の事実を告げなかった。
- 甲と乙の罪責を検討せよ。

15 参考判例なし

II. 問題の所在

1. 乙が A を突き刺したときには、既に A は死亡していたが、かかる行為は不能犯として不可罰となるか。
- 20 2. 乙が A 宅に侵入したときには、既に A は死亡していたが、乙の窃盗目的での A 宅侵入につき住居侵入罪は成立するか。

III. 学説の状況

1. 未遂犯と不能犯の区別の基準について

- 25 X 説：純粹主観説
- 犯罪的意思が外部に表現された以上は、結果に関わらず常に未遂犯とする説。未遂犯の処罰根拠を行為者の危険性にあるとし、危険の判断基準を行為者が認識した事情に求めた上で、判断基準を行為者本人とする。
- 30 Y 説：具体的危険説¹
- 行為時に一般人に認識可能な事実(および一般人には認識できなくても行為者が現に認識していた客観的事実)を判断資料にして、行為時に一般人が既遂の危険感をもつと判断される場合に未遂を認める説である。

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)416 頁。

Z-1 説：客観的危険説

未遂の処罰根拠を法益侵害の危険に求め、客観的に存在する全事情を基礎とし、裁判時に科学法則を基準に危険性を判断し、未遂犯と不能犯を区別する説。

5 Z-2 説：修正された客観的危険説²

いかなる事実があれば結果が発生していたであろうかを、科学法則を基準に解明(仮定的事実の解明)したのち、結果をもたらしたはずの仮定的事実がありえたかを事後的に判断(仮定的事実の存在可能性)し、仮定的事実が十分ありえて、危険が肯定された場合に未遂犯を認める説。

10

2. 住居侵入罪の保護法益・侵入の定義について

α 説：新住居権説³

住居に誰を立ち入らせ誰の滞留を許すか決める自由を保護法益とし、住居権者の意思に反する住居の立入りを「侵入」とする説。

15

β 説：平穩説⁴

事実上の住居の平穩を保護法益とし、事実上の住居の平穩を害する態様での住居の立入りを「侵入」とする説。

20 IV. 判例(裁判例)

1. 未遂犯と不能犯の区別の基準について

広島高等裁判所昭和 36 年 7 月 10 日判決 昭 34(う)294 号

[事実の概要]

25 Y は、被害者 V から手拳で殴打されたことに激昂し、拳銃を持ち出して同人に向け発砲し、傷害を負わせた。その後も、Y は、逃げる V を執拗に追いかけて、至近距離から拳銃を 2 回発砲し、同人に頭部貫通銃創を負わせ、即死させた。

30 一方、Y と同じ組に属する被告人 X は、銃声を聞いて屋外に出たところ、Y が V を追いかけているのを発見し、直後に 2 発の銃声が聞こえたので、Y に加勢して V にとどめを刺そうと考え、日本刀を持ち出して現場に急行し、倒れていた V がまだ生命を保っているものと信じ、殺意をもって同人を日本刀で突き刺した。

[判旨]

「単に X が加害当時 V の生存を信じていたというだけでなく、一般人も亦当時その死亡を

² 山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣,2016 年)290 頁。

³ 山口厚『刑法各論[第 2 版]』(有斐閣,2010 年)118 頁以下。

⁴ 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣,2016 年)145 頁。

5 知り得なかつたであろうこと、従つて又 X の.....加害行為により V が死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然というべく、かかる場合においては X の加害行為の寸前に V が死亡していたとしても、.....行為の性質上結果発生 of 危険がないとは云えないから、X の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪を以て論ずるのが相当である。」

[引用の趣旨]

いわゆる客体の不能の事案に関する判決では、具体的危険説に親和的な立場に立っていることを示しており、検察側に有益である。

10

2. 住居侵入罪の保護法益・侵入の定義について

最高裁判所昭和 51 年 3 月 4 日判決 昭 49(あ)736 号

[事実の概要]

15 被告人は、全学闘争委員会に所属する百数十名の学生らとともに、正門を閉鎖し通路を金網柵で遮断したうえ部外者の立ち入りを禁止していた東京大学地震研究所の構内へ、同金網柵を引き倒して乱入した。

[判旨]

20 「刑法一三〇条にいう『人の看守する建造物』とは、単に建物を指すばかりでなく、その
25 囲繞地を含むものであつて、その建物の附属地として門塀を設けるなどして外部との交通を制限し、外来者がみだりに出入りすることを禁止している場所に故なく侵入すれば、建造物侵入罪が成立するものであることは、当裁判所の判例の示すところである。……建造物の囲繞地を刑法一三〇条の客体とするゆえんは、まさに右部分への侵入によつて建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穩が害され又は脅かされることからこれを保護しようとする趣旨にほかならないと解される」。

[引用の趣旨]

本判決は、刑法 130 条の客体に囲繞地が含まれる理由として、建造物等侵入罪の保護法益につき平穩説を挙げており、検察側に有用である。

30 なお、この後の判例⁵は新住居権説に親和的であるようにも考えられるが、平穩説を否定するものではないと評価できる⁶ことや、囲繞地が同罪の客体に含まれることを説示する際には本判決を引用している⁷ことなどを踏まえると、平穩説は現在も判例に影響力を有して

⁵ 例えば、最高裁判所昭和 58 年 4 月 8 日判決。

⁶ 井田・前掲(注 4)144 頁参照。

⁷ 例えば、最高裁判所平成 20 年 4 月 11 日判決(立川反戦ピラ事件)。

いるものと考えられる⁸。

V. 学説の検討

1. 未遂犯と不能犯の区別の基準について

5 X 説：純粹主観説

危険の判断資料を行為者の認識した事情のみに求めるが、それは行為者の危険性を判断するためである。しかし、刑法の目的は法益の保護にあり、処罰の対象とすべきは法益侵害を惹起する行為であるから、未遂犯の処罰根拠の具体的危険性に求めるべきである。ゆえに、行為者の主観のみをもとに行為者の危険性を根拠にする本説は妥当でない。

10 したがって、検察側は X 説を採用しない。

Z-1 説：客観的危険説

原因たる事情を含めた全事情を判断基礎におき、事後的・科学的に危険性を判断するとなると、あらゆる未遂において結果不発生は必然的である、ということになりかねない。

15 したがって、検察側は Z-1 説を採用しない。

Z-2 説：修正された客観的危険説

危険性の判断対象となる事実を仮定的事実には置いておき、あくまでも客観的に存在した事実を基礎としており、その事実を基礎として法益侵害の可能性があり得たかを判断しているため、結局のところ判断は事後的であり妥当でない。

20 したがって、検察側は Z-2 説を採用しない。

Y 説：具体的危険説

25 そもそも、不能犯と未遂犯を区別するものは結果発生の現実的危険性があるか否かであり、未遂犯の危険性は未遂犯の違法性を基礎付けるものであるため、危険性は事後ではなく事前判断がなされるべきである。また、違法性を判断する上で、一般人の見地から社会通念に従うべきであり、行為時に一般人に認識可能な事実を基礎とし一般人の立場から判断する本説は妥当である。

30 したがって、検察側は Y 説を採用する。

2. 住居侵入罪の保護法益・侵入の定義について

α 説：新住居権説

本説は、居住権者・看守者の意思に反するかどうかという意思侵害の有無により本罪の成

⁸ 最高裁判所平成 21 年 11 月 30 日判決は、被告人がピラ配布目的で許可なくマンションに侵入した行為につき、「管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穏を侵害するものといわざるを得ない」と指摘した。

否を判断する。しかし、本説によると、住居権者が立入りに同意したことが重要であって、同人の立入りの目的についての錯誤は法的に重要ではないので、居住者を騙して(真の目的を秘して)立ち入る場合であっても、「侵入」には該当しなくなり、不合理な結論となる。

5 また、本説によると、複数の者が同居している場合には、そのうちの一人が立入りを許諾することにより、「侵入」該当性が否定されるもの⁹と考えられるが、そうだとすると許諾者以外の同居人の住居権が制約され、個々人の生活利益を無視することとなり¹⁰、一貫性が無い。

したがって検察側はα説を採用しない。

10 β説：平穩説

本説は、出入りのコントロール（立入許諾権）以外にも、背後の生命・身体・自由・財産の安全等の実質的な利益・平穩を保護法益とする説であり、「侵入」の判断の際、行為者の立入りの目的の内容をも考慮した上で、平穩を害する態様での立入りであったかを判断する。本説では、住居権者の立入りの同意に錯誤があつたとしても、「侵入」該当性を肯定する余地があるので、α説より柔軟かつ合理的である。

15

また、被侵害住居の数が罪数判断の基準となるという考え方は、本説を採用しなければ導くことはできない。

したがって、検察側はβ説を採用する。

20 ※共犯関係について

本件では、乙がAを護身用ナイフで突き刺した行為につき、共謀の射程が問題となりそうであるが、本件の事情を踏まえると、甲と乙の共謀の内容は住居侵入と窃盗にとどまり、乙の上記行為は共謀の射程の範囲外であると評価できる。

25 共謀の射程の範囲外である以上、甲乙間の共同正犯の錯誤の問題は生じないため、検察側はこの点につき検討しない。

VI. 本問の検討

第1. 乙の罪責について

30 1. 乙がA宅に侵入した行為について刑法(以下法令名省略)130条の住居侵入罪が成立しないか。

検察側は平穩説を採用し、住居の平穩をその保護法益とする。そのため、「侵入」にあたるかは、行為者の立入りの目的の内容をも考慮した上で、平穩を害する態様での立入りであったかによって判断する。

本件において、乙は窃盗目的でA宅に侵入しているが、これは住人の財産に害をなす態

⁹ 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣,2015年)254頁。

¹⁰ 井田・前掲(注4)153頁。

様の侵入であり住居の平穩を害しているといえる。

また、A 宅は住居である。

よって、乙の上記行為は 130 条の住居侵入罪にあたる。

5 2. 乙が殺意をもって A を刺突し、宝石を盗み出した行為について 243 条・240 条後段の強盗殺人未遂罪が成立しないか。

(1)ア 「暴行」について、財物奪取のための被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものをいうところ、乙は A を刺突し死亡させようとしており被害者の反抗を抑圧するに足るといえる。

10 また、本件における刺突行為は財物奪取を主たる目的として行ったものではない。しかし、もともと乙は財物を窃取する意図を有している。さらに、反抗抑圧状態が継続しており、もはや抵抗を気にすることなく悠々と財物を奪取することができる状況である。そのため、財物奪取に向けた「暴行」とみなすことができる。

よって、「暴行」について認められる。

15 イ 「強取」について、暴行による反抗抑圧状態を利用して財物を奪取することをいうが、本件において乙は A を刺突した後に宝石を盗み出しており認められる。

ウ 「他人の財物」について、宝石は A の所有するものであり認められる。

(2) 「死亡させた」について、乙は殺意をもって A を刺突したが、実際には A は既に心臓発作によって死亡していた。

ア そこで、不能犯が成立しないかが問題となる。

20 この点につき、検察側は具体的危険説を採用し、不能犯の成否については行為時に一般人に認識可能な事実および行為者により認識されていた事実を考慮し判断する。

25 本件において、乙の強盗殺人行為時には A はすでに心臓発作で死亡していた。しかしながら、布団内に横たわり動くことの少ない就寝時に心臓発作という外見の特徴がない原因によって死亡しているかを一般人が判別することは困難であり、乙も A の死亡について認識していなかった。

よって、不能犯は成立しない。

イ 乙は A を「死亡させ」ていないため未遂犯が成立しないか。

43 条には「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合に未遂犯が成立するとある。

30 本件において、乙は殺意をもって A を刺突しており、実行の着手が認められるが、それによって死亡させたわけではないため「これを遂げなかった」といえる。

よって、未遂犯が成立する。

(3) 以上より、乙の上記行為に 243 条・240 条後段の強盗殺人未遂罪が成立する。

第 2. 甲の罪責について

35 1. 共謀に基づいて行った A 宅への侵入行為について住居侵入罪の共同正犯が認められないか。

(1) 共謀共同正犯の成立には正犯意思と意思連絡、共謀に基づく実行行為が必要である。

本件において、甲と乙は A 宅に侵入し宝石を盗み出すことを計画しており、意思連絡が認められる。また、甲は乙を現場まで車で送り事後には逃走させ、見張り役もしており、窃盗の計画において重要な役割を担っていたといえ、正犯意思も認められる。そして、上記計画に基づいて A 宅に侵入しており、共謀共同正犯が認められる。

5 (2) よって、甲に 130 条・60 条より住居侵入罪の共同正犯が成立する。

2. 乙による強盗殺人未遂について甲に共同正犯が認められないか。

本件において、甲は「気づかれたなら危害を加えずにすぐに逃走しろ」などと窃盗に留めるよう乙に注意しており、事後も乙は甲に刺突行為を告げていないことから、共謀の射程は窃盗にとどまり、また、甲はあくまでも窃盗の認識である。

10 そのため、強盗殺人未遂罪の共同正犯と窃盗罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い窃盗罪の共同正犯が甲に成立する。

よって、甲に 235 条・60 条より窃盗罪の共同正犯が成立する。

VII. 結論

15 甲に住居侵入罪の共同正犯と窃盗罪の共同正犯の罪責を負い、両者は牽連犯となる。

乙は住居侵入罪と強盗殺人未遂罪の罪責を負い、両者は牽連犯となる。

以上