

2021年度
関西学院大学ロースクール
B日程

一般入試（法学既修者）

刑 法 問 題

《 1 5 : 3 0 ~ 1 6 : 5 0 》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

【刑 法 問 題】

次の文章を読んで、〔設問〕に答えなさい。

XとYは、Aの自宅に侵入して、強盗に及ぼうと計画し、A方の明かりが消えたらYが屋内に侵入し、内部から入口の鍵を開けて侵入口を確保したうえで、Xも屋内に侵入して強盗に及ぶことを取り決めた。

Xは、Yと二人だけでは不安に思い、Zにも声をかけた。Zにも計画を話したところ、Zは「危なくないか、大丈夫か。」と不安を述べたが、Xの強い調子に根負けをして、渋々協力することにした。

当日の午前2時ころ、YはA方の窓の施錠を外そうとした。Yは窓の施錠を外すのにもたついたため時間がかかったが、施錠を外してその窓から侵入した。そして、勝手口の施錠を外してXとZのための侵入口を確保した。その間、XとZは交代で見張りをしていたが、Yが窓の施錠を外すのに時間がかかっている際に、A方付近に人が集まってきた。Zはそれを見て犯行の発覚をおそれ、Yに携帯電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて戻ってきたほうがいい。」と伝えた。これに対して、Yは「もう少し待て。」と返したので、Zは「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に伝えて電話を切った。

Zは、Xに直接「人に見つかれば危ない。やめよう。このままでは警察の世話になる。俺が捕まるのも、お前が捕まるのも嫌だ。」と強く翻意を迫ったが、Xは首を縦には振らなかった。そこでZは「それなら俺はやめる。もう帰る。」と言って、午前2時30分ころにその場を後にした。

Yは侵入口を確保してXのところに戻ってきたが、Zがいなくなっていることを確認した。XとYは話し合ったが、そのまま強盗を行うこととした。午前2時45分ころ、両名はA方に侵入し、Aを起こし、Xが持ってきた包丁を示して、「静かにしろ。金を出せ。」等と脅したところ、Aは現金と宝石を差し出した。

Aは隙を見て非常ベルを鳴らしたので、XとYは現金等を持って逃げ出した。XとYはそれぞれ別の方向に逃げたが、AはYを泥棒と連呼しながら追跡した。たまたま通りがかったBは、疲れて走れなくなったAを見て、代わりに追いかけることにした。YはBに追い付かれたので、捕まってなるものかと、Bを思い切り突き飛ばした。Bはそれによって転倒し、右腕を骨折した。

〔設問〕

この事例における、X、Y、Zの罪責について論じなさい（特別法違反は除く。）

2021 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【B 日程：刑法】

《出題趣旨》

本問は、複数の者が強盗の共謀を遂げたが、強盗行為に着手する前に翻意して犯行現場を立ち去ったことで共犯関係の解消が認められるかという点と、強盗の実行後に、強盗現場から逃走中に、複数の者のうちの一人が行った傷害行為につき、強盗の機会に行われたと評価できるのか、また傷害結果につき他の共犯者も刑事責任を負うかという点を、主に問うものである。

《解説・講評》

【若干の解説】

1. 共犯関係の解消

共犯関係の解消については、共犯の処罰根拠を結果惹起に対する心理的・物理的因果性と捉えたうえで、自己が与えたその因果性を解消していれば、その後に実行分担者（残余者）によって犯行が継続されたとしても、共犯の責任を負わないという理解が多い。共同正犯の場合、正犯性を基礎づける事情が失われれば共同正犯として処罰されることはないが、幫助犯の余地は残る。共犯関係が解消されれば、幫助犯としての処罰も否定される。

共犯関係の解消が認められる基準としては、かつては実行の着手の前後で区別されるという理解が多かった。すなわち、実行の着手前であれば、離脱者が共犯者に対して離脱の意思を表明し、それを他の共犯者が了承すれば足りるものの、実行の着手後の場合には、それに加えて、犯行継続の防止に向けた具体的な措置を講じることが必要とされている。例えば、最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁は、被告人が共犯者と共謀して被害者に暴行を加えた後、「おれ帰る。」と告げたのみで現場から立ち去ったが、その後共犯者がさらに被害者に暴行を加え、被害者が死亡したという事案において、「被告人が帰った時点では、A（共犯者）においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去つたに過ぎないのであるから、Aとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということとはできず、その後のAの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」として、共犯関係の解消を否定している（原判決では、離脱者が自らの暴行を止めること、離脱者が共犯者に対し、離脱の意思を知らせるとともに、それ以上暴行を加えないことを求め、現に加えている暴行を止めさせること、離脱以降、自己を含め共犯者の誰もが当初の共謀に基づく暴行を継続することのないような状態を作り出すことの三点を要件としている。）。

もっとも、実行の着手前であっても、それ以後の犯行の防止措置が問題となることはあり得る。最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁では、「被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず」としている。本決定の事案では、「犯行をやめた方がよい、先に帰る」等と伝え、自動車を運転して犯行現場を立ち去っており、離脱の意思を黙示的にせよ表示している。また、実行分担者は被告人らが現場を立ち去ったことを知ったうえで、呼び戻すことなく犯行を継続していることから、被告人の離脱を了承しているものと解することも

できる（なお、第一審判決では、共犯者の了承は否定されている。）。そのように解した場合、本決定では犯行防止措置を講じていない点がやはり意義をもってくる。つまり、実行の着手前後で要件を変えるべきというよりは、行為者がどの程度犯行に関与していたかによって、そこから離脱し共犯関係の解消が認められるために必要な措置の程度もまた変わってくると解した方が良いだろう。学説でも、因果性の解消を根拠とする立場から、実行の着手の前後によって判断基準を異なって解する論理的必然性がないことが指摘されている。

他方で、因果的影響力が残っていれば因果性の解消が認められないとすると、行為者が相応の努力を払っていたとしても、共犯関係の解消が認められないことにもなりかねない。上記平成21年決定が、「その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」としていることから、当初の共謀が結果に実現していると評価できるかを（も）問題にすべきであり、当初の共謀がそのまま実行されたのか、残余の実行分担者らによる新たな共謀に基づき犯行が行われたのかを検討する必要があると考えることもできる。例えば、因果性の解消というよりは、規範的な観点から、共謀の危険の実現ではないと評価したり、離脱を認めるに適切な行為や態度を重視することで、共犯関係の解消を導くことも可能である。

本問では、Zにつき、共犯関係の解消が問題となる。ZはYには離脱意思を（一方的に）伝えるのみであったが、Xに対しては、強く翻意を促している。また、XはZが帰るのを止めず、Yも呼び戻すことはしていない。さらに、話し合っただけで強盗を実行しており、これが当初の共謀をそのまま実行したのか、あるいは新たに（Z抜きで）共謀を遂げているのかの検討もできる。このような諸点から、共犯関係の解消を論じてほしい。さらに、共犯関係の解消が認められなかったとしても、Zの関与の仕方からして、共同正犯の罪責を負うのか、あるいは幫助犯に過ぎないのかの検討もできる。

2. 傷害結果と強盗の機会

強盗致傷の罪は、判例上、強盗をする機会に他人に傷害を加えることによって成立し、必ずしも傷害行為が財物奪取の手段であることは必要ではない。また、被害者の死亡も強盗の機会に生ずれば足りるとされている（いわゆる機会説）。例えば、大判昭和6年10月29日刑集10巻511頁は強盗の手段として脅迫を行った際に被害者の抵抗にあつて格闘中に生じた負傷につき本罪の成立を認めているし、最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁は逃走しようとした犯人が被害者宅付近で追跡者を殺害した場合に強盗殺人罪を認めている。ただ、顔を見られたことを理由とする罪責隠滅の目的でも、強盗殺人の行為終了後、新たな決意に基づいて別の機会に人を殺したときは、別個独立の殺人罪を構成する（最判昭和23年3月9日刑集2巻3号140頁）。

本問は、逃走中に逮捕を免れるために他者に対する傷害行為が行われており、新たな決意に基づいて別の機会に行われたわけではないので、強盗の機会に行われたと評価してよいだろう。なお、刑法240条前段の「負傷させたとき」につき傷害の程度も問題となるが、右腕の骨折であれば本罪における負傷に当たり得るだろう。

3. 傷害結果と共同正犯

当初の共謀が暴行・脅迫を用いて財物を奪取するという内容であった場合、強盗の機会に行われた暴行が原因となって生じた傷害結果が、当初の合意内容に含まれているものといえるかも問題となり得る。強

盗遂行の際に被害者等に死傷を生じさせる行為が行われることは少なくないが、例えば、いざというときには逮捕を免れるために暴行・脅迫を行うことについて意思連絡があったような場合には、暴行・脅迫を実際に行ったのではない共犯者もまた共同正犯になる余地を認めることはあり得る。他方、本問とは異なるが、Yが被害者Aにかねてより恨みを抱き、またAからの報復を恐れて、追ってきたAを犯行に用いることなく隠し持っていたナイフで殺害したような場合に、当初の共謀が実現されたとは評価できないこともあり得る。その意味で、当初の共謀の実現なのか（別の動機・目的によるのか、質的量的にどの程度異なるのか等も含めて）もまた触れてほしい。

なお、傷害結果について故意を認めず、結果的加重犯として考える場合、判例上、死亡結果が発生したような場合でも、共同正犯が認められている（最判昭和26年3月27日刑集5巻4号686頁は、「強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものであること当裁判所の判例とする処である（昭和二四年（れ）第一一二号同年七月二日第二小法廷判決）」としている。）。

4. その他

その他、刑法240条の罪の成立要件を適切に検討してほしい。また、刑法130条の住居侵入罪の検討も必要である（理解度の把握のため、住居等侵入罪については除くとはしなかった。）。最後に、罪数処理も忘れないでほしい。

【講評】

共犯関係の解消ないし共犯からの離脱を論じていない解答、強盗の機会につき論じていない解答もいくつも見受けられた。また、Zにつきその後の犯行防止措置を全くしていないとして共犯関係の解消を否定しつつ、結果防止に向けた真摯な努力をしたとして中止未遂を認めたものもあったが、これは苦しい。なお、Yの住居等侵入罪の共犯につき、特に理由を述べることなくXとZを従犯としているものもあったが、見張りが即座に従犯となるわけではない点には注意してほしい。

適用条文につき、130条とするのみで前段とまで書かれていないもの、236条とするのみで項にまで触れていないものもあった。また、住居等侵入罪と強盗・強盗傷人（致傷）罪の罪数を観念的競合とするものや、牽連犯としつつ適用条文が刑法45条前段となっていたものもあった（牽連犯の誤字もあった）。注意されたい。

以上