

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は238条の実行行為をどう捉えているか。
2. 238条の「窃盗」を「窃盗犯人」と解する積極的根拠は何か。
3. 検察側は238条の「窃盗」に窃盗未遂犯人と窃盗既遂犯人をどちらも含むと解しているか。
10 4. 検察側レジュメの5ページ目の9行目「行為者側からの解釈アプローチ」とはいかなる意味か。

II. 学説の検討

1. 窃盗の機会について

(1)b、c、d説について

- 15 b、c、d説については、検察側と同様に採用しない。

(2)e説について

この説は、単一の範囲の下に、近接した日時に、同一場所で、同一人の管理の下にある財物を窃取する行為は一罪となるから、窃盗の犯意を持ち続けていれば、窃盗の犯行は終了したとはいえないなどとして窃盗の機会の継続性を認める見解である。

- 20 この見解に対しては、事後強盗は、暴行・脅迫がすでに行われた窃盗と密接な関連性を有するかが問われているのであるから、被告人がこれから窃盗を行おうとしていたということは、暴行・脅迫が刑法236条の強盗の手段として行われたかという評価に関わるものであって、事後強盗の要件である窃盗の機会継続性を基礎づける要素とみるべきではない。
25 この範囲の継続と言っても、新たな窃盗の犯意であるにすぎないから、その後の暴行・脅迫を過去の窃盗と一体視することはできないという批判が可能である。

よって、弁護側はe説を採用しない。

(3)a説について

- 30 a説は、事後強盗が認められるためには、暴行・脅迫が、窃盗の犯意終了後間もない段階で、安全地帯に離脱せず、被害者側の追跡によりただちに赃物を取り返されるか、あるいは逮捕される可能性が残されている段階でくわえられたことを要すると解するべきである。この場合、時間的、場所的接着性の重要性は勿論として、被害者側の者により現場から追跡体制がとられていたかどうかということも極めて重要な要素をなすものといわなければならない。

- 35 事後強盗は、暴行・脅迫によって財物を奪取するという典型的な強盗とは異なる。にもかかわらず、「強盗として論ずる」ことができるためには、窃盗後の暴行・脅迫が財物奪

取の手段と同視できる必要がある。そのためには、財物奪取行為と暴行・脅迫行為との間に密接な関連性が認められること、すなわち、「窃盗の機会」に暴行・脅迫が行われていることが必要である。

5 「窃盗の機会」における暴行・脅迫といえるためには、原則として、時間的には窃盗の直後に、場所的には窃盗の現場もしくはその継続的延長とみられる場所で、暴行・脅迫が行われることが必要である。その意味で、窃盗の機会性を判断する重要な要素が時間的・場所的近接性である。時間的・場所的近接性があれば「窃盗の機会」であるといえる場合が多いであろう。

10 しかし、時間的・場所近接性がなくても、「窃盗の機会」と言える場合はある。被害者側による継続的追跡を受けている場合、いわば窃盗現場が平行移動しているような助教であるから、「窃盗の機会」であるといえる。通常、窃盗の現場においては被害者による財物取り返しや逮捕のための追跡等がなされることから、窃盗の現場の継続的延長にあると認められるためには、窃盗の現場における場合と同様の被害者側による追跡が「窃盗の機会」の判断において重要な要素となるためである。

15 以上の理由から、弁護側は a 説を採用する。

2. 強盗の機会について

弁護側も検察側と同様の理由により二説を採用する。

3. 事後強盗の構造について

B 説について

20 通常身分には、「社会的役割」が与えられており、身分を有するものは、他者との相互関係においてその身分に基づく特定の役割を担っている。しかし、「窃盗犯人」という立場に、社会的関係を基盤とした特定の役割を探ることはできず、事後強盗罪を身分犯の中に含めることはできないと考える。窃盗というものは、誰でもが随意・随時にその行為に出さずればなし得るものであり、一般人が随時に犯しうる犯罪を身分犯と呼べるかは疑問である。

25 また事後強盗の未遂を罰するものとして刑法 243 条が存在しており、判例・通説は、窃盗が未遂の場合が事後強盗の未遂であるとしている。そのように考えると「窃盗」というのは、「窃盗犯人」という同罪の主体の規定ではなく事後強盗罪の実行行為であると解せる。

30 事後強盗罪は、暴行・脅迫が窃盗行為の後であっても、財物の取還を防ぐ等のものであるときは、暴行・脅迫による財物の強取と違法性、有責性において同価値とみなして「強盗として論ずる」としたものであり、その保護法益は、先行行為である窃盗に関する法益であり、先行行為である窃盗を事後強盗罪の実行行為から排除するのは、妥当ではない¹。

また、例えば、身分としての「窃盗」に窃盗未遂犯人を含むと解すると、先行する窃盗が未遂の場合にも、逮捕免脱・罪跡隠滅目的で暴行・脅迫を行っただけで、事後強盗既遂罪と

¹ 萩原由美恵『事後強盗罪(刑法 238 条)は身分犯か』上智法學論集(1988 年)177 頁以下。

なり、これを同未遂罪と解する一般の解釈と食い違うこととなる。かといって、「窃盗」を窃盗既遂犯人に限定する場合には、先行する窃盗が未遂の場合が、完全に事後強盗罪の処罰範囲外となってしまうことになり、妥当でない²。

以上より、B説は妥当ではないと考えるため、弁護側はB説を採用しない。

5 A説について

A説は、事後強盗罪は窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯とする見解である。

事後強盗罪は財産犯であり、同罪の既遂・未遂も窃盗の未遂・既遂によって決まるとされていることを考えると、事後強盗罪の財産犯性を基礎づけている窃盗は、問責の対象である実行行為の一部と解すべきである。238条の「窃盗が」という文言は、窃盗行為を行ったものという意味で事後強盗罪の主体を表してはいるが、窃盗犯人になるのは窃盗を行った結果であるから、上記のようにそれを「身分」と解するのは妥当でない。

以上より、弁護側はA説を採用する。

15 III. 本問の検討

第1. 甲の罪責

1. 甲がAの意思に反してA方に侵入した行為に住居侵入罪(130条前段)が成立する。
2. 次に甲はAの財布と封筒を盗み出したのであるから、同行為に窃盗罪(235条)が成立しないか問題となる。

20 (1) まず、甲はAという「他人」の財布と封筒という「財物」をAの支配を排除して盗み出したから「窃取」したと言える。

(2) 次に、いわゆる不法領得の意思が必要か問題となるも、使用窃盗と毀棄・隠匿罪との区別上、かかる意思を有していたことが必要となる。意思の内容としては先述の理由から、①権利者を排斥して他人の物を自己の所有物として②その経済的用法に従いこれ
25 を利用処分する意思であると解する。

本問についてみると、甲は財布等をA方から持ち出すことによって完全にAの支配を排除し、財布等を自らの所有物としようとした(①)。また、甲は当初から金員摂取の目的を持って本件行為に及んでいるから、経済的にこれを用いようとしたと言える(②)。したがって、甲に不法領得の意思が認められる。

30 (3) よって、窃盗罪の構成要件を満たすため、甲の本件行為は窃盗罪(235条1項)にあたる。

3. そして、甲は盗んだ金額が少ないと感じ、再びA方に現金を盗みに入ることを決意した。

甲の本件行為は当初の窃盗行為の機会に継続して行われたものということができるの

² 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣,2010年)232頁。

か、窃盗の機会の判断基準が事後強盗の成否と関連して問題となる。

この点、検察側は a 説を採用する。したがって、窃盗の機会が継続しているか否かは時間的場所的密着性が認められるか、また、追跡の有無によって判断すると考える。

5 本問においては、甲は一度窃盗行為に及んだ後に A 方を離れている。確かに、1km という距離と 30 分という場所的、時間的隔離であれば密着性が認められるとも思えるが、追跡があったような事情があるわけでもないから、再び窃盗をしようとした行為は当初の窃盗行為とはまた別の機会に行われたものであると考えるべきである。

4. そして、再び窃盗に入ろうとした行為は窃盗罪にあたるのか。本件において、甲は財物窃取をするに至っていないため、窃盗の実行の着手があったのかが問題となる。

10 この点について、実行の着手とは法益侵害の現実的危険を惹起させる行為の開始を示すから、窃盗罪においては財物が窃取される危険が生じる時点、つまり、物色を開始しようとする時点にある。

15 本問においては、甲は A 方のドアを開けた時点で A に発見されており、未だ物色行為を始めておらず、甲は財物の存在する場所を知っていたという事情もないので財物が窃取される現実的危険が生じていなかった。

よって、窃盗の実行の着手も認められないから、本件行為に窃盗の未遂罪さえも成立しない。

20 5. 次に、甲は A に発見されて乙に助けを求めており、乙が A にナイフを突きつけて暴行を加えているから、暴行罪(208 条)の共謀共同正犯(60 条)が成立しないか。甲は実際に暴行行為を行っていないため、共同正犯として責任を負わせうるか問題となる。

これについて、共同正犯の処罰根拠は、二人以上のものが共同意思を持って相互に利用補充し合い、犯罪を遂行することにある。

とすれば、①共謀、②共謀に基づく一部の者の実行行為があれば、共謀共同正犯は成立すると解する。

25 本問において、甲と乙は現場において共謀をしたと言える(①)。なぜなら、乙は甲の助けに応じてその場の状況を理解して甲を助けているからである。

そして、乙がその共謀に基づいて暴行行為を行っている(②)。

よって、本件行為に暴行罪の共謀共同正犯が成立する。

30 7. 加えて、甲は前方をよく見て行動すべきであったにも関わらず、この義務に反して不注意で B に衝突し、よって B に加療一週間の怪我を負わせているため甲の本行為に過失傷害罪(209 条 1 項)が成立する。

6. したがって、甲の本件行為には住居侵入罪(130 条前段)、窃盗罪(235 条 1 項)、暴行罪(208 条)の共謀共同正犯(60 条)が成立し、住居侵入罪と窃盗罪は牽連犯(54 条 1 項後段)の関係になる。そしてこれと暴行罪と過失傷害罪(209 条 1 項)は併合罪(45 条前段)になる。

35 第 2. 乙の罪責

先述のとおり乙が A にナイフを突きつけた行為に暴行罪(208 条)の共謀共同正犯(60 条)

が成立する。

第3. 予備的主張

1. 仮に再び A 方に入ろうとした行為が当初の窃盗の機会のものであったとして、以下論じる。

5 2. 甲の罪責

(1)先述のように甲は窃盗の後に共犯である乙がナイフを突きつけるという暴行罪の共同正犯にあたる行為をしているから、甲の本件行為は事後強盗罪(238条)にあたり「強盗」として論じられる。

10 (2)そして本問では A は乙の暴行行為の後に転んで怪我をしているが、甲は A の傷害についても責任を負うか。いかなる範囲の行為から傷害が生じたことが必要か問題となる。

この点弁護側はイ説を採用するため、強盗罪における傷害結果は強盗(事後強盗)の手段として行われた行為から生じたものに限ると考える。

15 本問において、A は乙のナイフを突きつける行為によって傷害を負っているのではなく、A 自らの転倒行為によって傷害を負っている。よって、A の傷害は強盗の手段によるものではない。

したがって、甲は A の傷害結果について責任を負わない。

(3)次に B の傷害結果について甲が責任を負うべきか問題となるも、甲は自らが「逮捕を免れ」るために B と衝突し、よって B に加療 1 週間の傷害を負わせている。

20 よって、甲は B の傷害に対する責任を負うため、強盗傷害罪(240条前段)の罪責を負う。

したがって、甲の本件行為は住居侵入罪(130条前段)、事後強盗(238条)として B に対する強盗傷害罪(240条前段)にあたり、以上の罪は牽連犯(54条1項後段)の関係になる。

3. 乙の罪責

(1)乙が A に対してナイフを突きつけた行為に事後強盗罪(238条)が成立しないか。

25 (2)この点について弁護側は A 説を採用するから、暴行の行為しか担当していない乙は事後強盗として論じられない。

(3)もっとも、承継的共同正犯の成否も問題となるが、弁護側は承継的共同正犯を認めないので、やはり、乙の本件行為に事後強盗罪は成立しない。

30 (4)そして、乙は逃走をするための暴行についてのみ甲と共謀し、実行行為に及んだ。これによって B にも傷害を負わせているが、暴行から傷害という結果が生じるのは通常よくあることであり、共謀の射程は B の傷害についても及んでいると考えられるから、傷害罪(204条)の共同正犯(60条)の罪責のみを負う。

IV. 結論

35 甲は住居侵入罪(130条前段)、窃盗罪(235条1項)、暴行罪(208条)の共謀共同正犯(60条)の罪責を負い、住居侵入罪と窃盗罪は牽連犯(54条1項後段)の関係になる。そしてこれと

暴行罪と過失傷害罪(209 条 1 項)は併合罪(45 条前段)になる。

乙は暴行罪(208 条)の共謀共同正犯(60 条)の罪責を負う。

以上