

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側のB-1説をとると、事後強盗罪の暴行・脅迫にのみ関与した者は、65条1項により、事後強盗罪の共犯が成立することになる。しかし、窃盗の行為もその身分も有していない者が、暴行・脅迫をただけで65条1項の適用によって「窃盗」者に擬制させられてしまうことは、処罰範囲を不当に拡大させるものであり、責任主義に反しないか。
- 10 2. 窃盗という事実を身分という形で捉えることは、その法益侵害結果が事後強盗罪の処罰を基礎づけることを否定することを意味するため、そのようなものとして事後強盗罪を理解・解釈することはできないのではないか<sup>1</sup>。

## II. 学説の検討

- 15 1. 窃盗の機会の継続性について  
イ説  
犯意が継続しているかどうかは、実行行為者の内面からしても明確に言い表せないものであり、ましてや外部の捜査機関が判断できるものではない。そのため、事後強盗の範囲が不当に拡大される恐れ及び縮小されて法規の効力が失われる恐れがあり、妥当でない。  
よって、弁護側はイ説を採用しない。
- 20 ア説  
事後強盗罪は窃盗犯人が窃盗の機会に暴行・脅迫を加えることが多いという刑事学上の観点から規定されているから、窃盗行為を行った際の暴行・脅迫である必要がある。そうだとすると、窃盗の機会が継続しているか否かは、窃取行為との時間的場所的接着性を考慮して、緊迫した状況が継続しているかを判断基準とすべきである<sup>2</sup>。  
よって、弁護側はア説を採用する。

2. 事後強盗罪の性質について  
B-1説  
30 窃盗犯人が窃盗未遂のときに、65条1項により窃盗犯人でない者に罪責を負わせることは妥当ではない。なぜなら窃盗犯人が未遂のときには事後的な暴行は実質的には強盗の手段としての評価を受けないのであるから、窃盗犯人でない者は事後強盗の部分を承継せず、暴行・傷害の限度でしか共犯たりえないからである<sup>3</sup>。  
よってB-1説を採用しない。

35

<sup>1</sup> 山口厚『共犯の因果性』の一断面『神山敏雄先生古希祝賀論文集第一巻 過失犯論・不作為犯理論・共犯論』（成文堂、2006年）349頁。

<sup>2</sup> 1班私見。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法各論[第2版]』（有斐閣、2010年）232頁。

## B-2 説

検察側と同様の理由により、B-2 説を採用しない。

### α 説

- 5 窃盗が既遂である以上、その財物の返還を妨げる目的で暴行・脅迫をすることは、返還をしなくていいという利益を目的とした 236 条 2 項の利益強盗ととらえることができるから、その点で現在行われている犯罪と言えるため、結合犯と解すべきである<sup>4</sup>。
- よって弁護側は α 説を採用する。

## 10 III. 本問の検討

### 第 1 X の罪責

1. X が、金品窃取の目的で A 方住宅 1 階居間の無施錠の窓から侵入した行為は、住居権者たる C の意思に反して A 宅に立ち入った行為であるため、C の「住居」に「侵入」したといえ、かかる行為に住居侵入罪(130 条前段)が成立する。
- 15 2. X が、A 方から現金等の入った財布及び封筒を窃取した行為につき窃盗罪(235 条)が成立しないか。
- (1) 現金等の入った財布及び封筒という A の占有する「財物」を A の意思に反して自らの占有に移転しているから、「窃取」しているといえる。
- (2) そして、本問の A は自らの家賃の支払いに充てるために本件現金の入った封筒及び財布を窃
- 20 取していることから、権利者を排除して所有者として振る舞い、物の経済的用法に従って利用処分する意思があるといえ、不法領得の意思も認められる。
- (3) X は当初から、現金を奪う目的で A 方に侵入しているから、故意(38 条 1 項本文)も認められる。
- (4) したがって、X の当行為に窃盗罪が成立する。
- 25 3. X が再び A 方に赴き、門外の扉を開けた行為につき、敷地内も「住居」にあたるから、上記同様住居侵入罪が成立する。
4. X が逮捕を免れる目的で家人 C にナイフの刃先を示し、左右に振って近づき C を怯ませたうえ、C の顔面を多数回殴打した行為につき、事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)が成立しないか。X が「窃盗」にあたるか否か問題となる。
- 30 (1) 先行する窃盗の機会の継続性が本件暴行・脅迫時にも認められないか。
- ア. この点について、弁護側はア説を採用する。
- イ. 本件で X は A 方に侵入し、居間で現金等の入った財布及び封筒を窃取した後、誰からも発見、追跡されることなく、約 1 キロメートルという被害者等から発見される危険のない程度に場所的に離れた B 公園に到着している。そのため、この時点で対立した緊迫状況の存在は認められないから、平穏な状態を一度確保しているといえる。したがって、本件先行する窃盗行為と後行
- 35 行為は一連一体の行為とは言えず、本件暴行脅迫時に先行する窃盗の機会の継続性は認められない。

<sup>4</sup> 西田典之『刑法各論[第 6 版]』(弘文堂、2012 年)196 頁。

(2) 上述の通り窃盗の機会の継続性は認められないとしても、後行行為において窃盗罪の「実行に着手」(43条本文)しているといえないか。

ア. 実行行為とは、構成要件の結果を発生する危険性を有する行為をいう。したがって、「実行に着手」したといえるためには、結果発生の実質的危険性を有する行為を開始することが必要である。そして窃盗罪においては、「他人の財物」に対する事実上の支配を犯すにおいて密接な行為をした時に認められる。

イ. 本件のXは、A方の門扉を開けた際に、室内に誰かがいることに気づき、扉を閉めて門扉外の駐車場に出ているため、現金のある場所周辺を物色した等の他人の財物に対する事実上の支配を侵す密接な行為をした事情は認められず、窃盗の実行に着手したとは言えない。

10 (3) したがって、窃盗未遂も成立せず、「窃盗」には当たらないから、Xに事後強盗致傷罪(238条、240条前段)は成立しない。

5. そうだとしても、Xの当行為に傷害罪(204条)が成立しないか。

(1) 本件でXは、Cの顔面を多数回殴打し、加療3週間の傷害を負わせているから、人の生理的機能を害しているといえ、「傷害」にあたる。

15 (2) そして、故意(38条1項本文)も認められる。

(3) したがって、Xの当行為に、傷害罪(204条)が成立し、後述の通りYとの間で共同正犯(60条)となる。

## 6. 罪数

以上より、Xの行為に①住居侵入罪、②窃盗罪、③住居侵入罪、④傷害罪の共同正犯が成立し、

20 ①と②は目的と手段の関係にあることから牽連犯(54条1項後段)となる。そして、これらと③、④は併合罪(45条前段)となる。

## 第2 Yの罪責

1. YのXと意思を通じてCの腹部を多数回殴打した行為につきXとの間で傷害罪の共同正犯(60条、204条)が成立しないか。

(1)ア. 共同正犯の処罰根拠は、自己又は他人の行為を介して結果へと因果性を及ぼし、法益侵害を共同惹起した点にあることからすれば、「共同して犯罪を実行した」とは、①共謀と②共謀に基づく実行行為が存在する場合をいう。そして共謀とはi正犯意思とii意思連絡をいう。

30 イ. 本件において、YはXの逮捕を免れさせる目的で傷害行為を行っているから、正犯意思は認められる。そして、YはXの友人であり、A方の前を通りかかったYは瞬時にXの意図を理解して、Xと意思を通じているから、意思連絡も認められる。したがって、共謀は認められる。そして、Yは傷害行為を行っているから、共謀に基づく実行行為も認められる。

(2) そして、Cを傷害することについての認識認容も認められるから故意(38条1項本文)も存在する。

35 (3) 以上より、Yは「共同して犯罪を実行した」といえ、傷害罪の共同正犯(60条、204条)が成立する。

## 第3 予備的主張

本間で弁護側は、XのCに対する暴行・脅迫については、ア説に立ち、窃盗の機会の継続性を否定し別個のものとして論じたが、検察側と同じイ説に立った場合について検討する。

1. Xの罪責

5 XのCの顔面を多数回殴打した行為について、検察側と同様の理由で、Xに事後強盗致傷罪(238条、240条前段)が成立する。

2. Yの罪責

YのCの腹部を多数回殴打した行為について、Xとの間で事後強盗罪の共同正犯(60条、238条)が成立するか。

(1) ここで、事後強盗罪の性質について問題となるも、弁護側は、α説を採用する。

10 (2) そうだとすると、Yは窃盗行為後に共謀加担した者であるがこのようなYにも共同正犯を成立させることができるか。承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. この点、上述の共同正犯の処罰根拠からすれば、構成要件該当事実すべてについて因果性を有することが必要であるも、後行者が加功する以前に生じた過去の事実に対する因果関係を認めることはできない。したがって、承継的共同正犯を肯定することはできない。

15 イ. そうだとすると、窃盗行為については因果性を及ぼしたとは言えず、責任を問えない。したがって、Yは共謀加担前の窃盗については共謀がない以上、構成要件該当事実すべてについて結果へと因果性を及ぼしたとは言えないため、事後強盗罪の共同正犯は成立しない。

(3) 以上より、傷害罪の範囲でのみ、Xとの共同正犯(204条、60条)が成立する。

20 IV. 結論

Xは、窃盗罪、住居侵入罪、傷害罪の罪責を負う。

Yは、傷害罪の罪責を負う。

以上