

**2015年度同志社大学大学院司法研究科**  
**転入学試験問題（Cコース）解説**  
**刑法**

**I 解説**

刑法総論および刑法各論に関する複数の論点を含む事例問題を出題した。反抗抑圧後に奪取意思を生じた場合の取扱い、事後強盗罪の共犯、抽象的事実の錯誤などが主な論点である。

**1 Xの罪責**

**(1) 住居侵入罪の共同正犯**

XがYと共謀の上、強制わいせつ目的でA宅に押し入った行為については、住居侵入罪の共同正犯（刑法 60 条、130 条前段）が成立する。

**(2) 強制わいせつ罪の共同正犯**

XがYと共謀の上、Aをロープで縛るなどして強いてわいせつ行為を行った点については、強制わいせつ罪の共同正犯（刑法 60 条、176 条前段）が成立する。

**(3) 強盗罪、窃盗罪**

**ア 反抗抑圧後の奪取意思**

XがA宅の寝室においてAの財布をポケットに入れた行為については、Aをロープで縛るなどしてその反抗を抑圧した後に奪取意思を生じたことから、強盗罪（刑法 236 条 1 項）か窃盗罪（刑法 235 条）かが問題となる。この点については、強盗罪説（新たな暴行・脅迫不要説）も存在するが、奪取意思が発生した後に財物奪取のための新たな暴行・脅迫が行われた限りで強盗罪が成立し、新たな暴行・脅迫がなければ窃盗罪が成立するにすぎないとする窃盗罪説（新たな暴行・脅迫必要説）が通説であるといつてよい。

本間では、①逮捕監禁罪が継続犯であることを前提とすれば、財布の奪取の時点で緊縛という行為自体が継続していたといえ、これはAの反抗抑圧状態を継続する新たな暴行と評価しうること ②財布の奪取の時点でYによるわいせつ行為が継続しており、これもAの反抗抑圧状態を継続する新たな暴行と評価しうること、③これらの行為はYがXとの共同意思に基づいて行ったものであるから、Xの行為でもあり、新たな暴行を手段としてAの財布を奪取したとして、Xの行為は強盗罪の客観的要件を満たすとは可能であろう（東京高判平成 20・3・19 判タ 1274 号 342 頁）。これに対し、①緊縛は行為ではなく状態を意味するにすぎないこと、②緊縛行為や、奪取の時点におけるわいせつ行為は、X自身が行ったものではなく、Yが行ったものにすぎないことを理由に、新たな暴行・脅迫があったとはできず、窃盗罪が成立するにすぎないとする見解もありうる。

**イ 抽象的事実の錯誤**

もっとも、Xの行為が強盗罪の客観的要件を満たすとしても、新たな暴行・脅迫必

要説に立つ限り、強盗罪の故意を認めることはできない。新たな暴行・脅迫必要説は、相手方が気絶しているときには、新たな暴行・脅迫を認めることはできず、窃盗罪が成立するにすぎないとしており、これを前提とすると、XはAが気絶していたと誤信していたことから、窃盗罪の故意しか認められないからである。

そこで、Xは窃盗の故意で強盗を実現したことになり、抽象的事実の錯誤が問題となる。軽い罪の故意で重い罪を実現した場合には、刑法 38 条 2 項により、重い強盗罪は成立せず、ただ、窃盗罪と強盗罪との間には構成要件の実質的な重なり合いが認められるから、軽い窃盗罪の限度で客観的構成要件を充足するとして、窃盗罪が成立することになる。

#### (4) 事後強盗罪

Xが逃走のためYと意思を通じてBに暴行を加えた行為については、事後強盗罪(刑法 238 条)が成立する。前述したように、Xは「窃盗」である。また、YはBの近くでナイフを振り回しており、窃盗の機会に継続中に相手方の反抗を抑圧するに足る程度の暴行が行われたといえる。故意と逮捕免脱目的も認められる。

#### (5) 罪数

(1)と(2)は牽連犯(刑法 54 条 1 項後段)であり、これと(4)とは併合罪(刑法 45 条)となる。

### 2 Yの罪責

#### (1) 住居侵入罪の共同正犯

YがXと共謀の上、強制わいせつ目的でA宅に押し入った行為については、住居侵入罪の共同正犯が成立する。

#### (2) 強制わいせつ罪の共同正犯

YがXと共謀の上、Aをロープで縛るなどして強いてわいせつ行為を行った点については、強制わいせつ罪の共同正犯が成立する。

#### (3) 事後強盗罪

Yがナイフを振り回した行為は、事後強盗罪の共同正犯となるか。XとYの間に財布の奪取についての共謀はなく、Yは窃盗犯人でないことから、窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共同して暴行・脅迫を加えた場合の取扱いが問題となる。この点については、①事後強盗罪は身分犯か結合犯か、②④身分犯であるとする、刑法 65 条 1 項が適用される真正身分犯か(大阪高判昭和 62・7・17 判時 1253 号 141 頁)、同条 2 項が適用される不真正身分犯か(新潟地判昭和 42・12・5 下刑集 9 卷 12 号 1548 頁、東京地判昭和 60・3・19 判時 1172 号 155 頁)、②⑤結合犯であるとする、承継的共同正犯が認められるかが問題となる。刑法 65 条 1 項を適用する見解や承継的共同正犯を認める見解からは、Yに事後強盗罪の共同正犯が成立し、刑法 65 条 2 項を適用する見解や承継的共同正犯を否定する見解からは、Yには事後強盗罪の共同正犯は成立せず、暴行罪の共同正犯が成立するにすぎないこととなる。

#### (4) 罪数

(1)と(2)は牽連犯であり、これと(3)とは併合罪となる。

## Ⅱ 評価のポイント

採点にあたっては、①事例の事実関係を正確に把握しているか、②各犯罪の成立要件や重要な概念を正確に理解しているか、③罪責を確定する上で重要となる論点を発見しているか、④その論点に関する刑法理論の基本的理解に基づき的確な規範（法解釈）を示しているか、⑤規範（法解釈）を事実に当てはめる際、重要な事実を抽出し、その事実に対して評価を加えながら結論を導き出しているか、などを重視した。