

2015年度同志社大学大学院司法研究科
後期日程入学試験問題解説
刑事法（刑法）

【出題の意図】 本問は、受験生が本学法科大学院の既修者コースに入学後、学修指導に対応できるように、刑法の総論・各論に関する解釈論を学習して刑法の基礎力を身に付けたかを問うものである。求められる能力は、事実関係のなかから、罪となるべき行為を取り出し、論点を挙げて法解釈を示し、関係事実を条文に的確にあてはめ、合理的妥当な解決を導くことである。特に、重要論点について、最高裁の態度を注視する必要がある。

本問は、最決平成16年12月10日58巻9号1047頁（百選Ⅱ7版86頁）を参考判例として、作問している。事後強盗罪における「窃盗の機会」は、いわゆる「書かれざる構成要件要素」と呼ばれ、判例・通説は、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫が「窃盗の機会」に加えられることを要するとしている。この機会継続性がなければ、別途窃盗罪や脅迫罪が成立することになる。この要件について、最判平成14年2月14日刑集56巻2号86頁と上掲決定は、機会継続性の判断基準について、事例判例ながら、重要な判断枠組みを示した。その内容については、後述する。また、傷害の結果が共謀成立の前後か不明な場合における承継的共同正犯の成否の問題も入っており、最決平成24年11月6日刑集66巻1号1281頁が出ている。

【罪 責】

甲の罪責

1 **住居侵入罪の成否** V宅へ窃盗目的で侵入した行為について、甲はVに気付かれずに侵入したが、管理権者Vの意思に反する立ち入りであることは明らかであり、住居侵入罪（刑130条前段）が成立する。

2 **窃盗罪の成否** V宅内でVの財布を自己のポケットに忍び込ませ、立ち去った行為について。甲は、財物の所有者であるVを排除してVの財物を自己の占有下に不法に移して領得する意思で占有侵害し、遅くともV宅を出た段階で、窃盗罪（刑235条）の既遂となる。

3 **事後強盗罪の成否・住居侵入罪の成否** 甲は、誰にも見られることなく、追跡されることもなくV宅を出た後、約20分程度離れた公園まで行き、財布の中身をチェックし入っていた1万円では少ないと思い、再びV宅への侵入盗を試みることにし、V宅の敷地内に入り侵入の隙を窺っていた。そのとき、Vに発見されたので、逃走しようとしたところ、Vに逮捕されようとしたので、Vの頭部・顔部等を殴打し、Vがひるんだ隙逃走した。

(1) **住居侵入罪の成否** 甲は、再びV宅に窃盗の故意で戻ったが、敷地内に潜んで宅内に入る隙を伺っていたというのである。一般家屋であるV宅の敷地は塀で囲まれているため、

住居の「囲繞地」も住居に当たる（福岡高判昭 57 年 12 月 16 日判タ 494 号 140 頁）。したがって、甲がV宅の囲繞地に不法目的で侵入した行為は、住居侵入罪に当たる。

(2) 事後強盗罪の成否 甲の行為は、先行の窃盗行為後に再び現場に戻って犯行に至る現場回帰型の事例である。この場合、後行の侵入盗に向けた行為が先行の窃盗の機会継続中であると判断されると、甲は「窃盗」が逮捕を免れるために暴行したことになり、事後強盗罪が成立する。これに対し、窃盗の機会継続中といえなければ、甲の現場回帰の第2の窃盗行為は、先行の窃盗罪とは因果性のない新たな窃盗の故意に基づくものとなる。なお、判例・通説は事後強盗罪の主体となる「窃盗」は未遂犯も含むと解している（大判昭和 7 年 12 月 12 日刑集 11 卷 1839 頁）、少なくとも窃盗罪の実行の着手が認められないかぎり、主体となれないが、本件の場合、V宅の敷地に入った段階では新たな窃盗の実行の着手には至っていない。通常の住居等への侵入盗は財物の物色行為のあった時点か、財物のある方に行きかけた時点に実行の着手が認められている（最決昭和 40 年 3 月 9 日刑集 19 卷 2 号 69 頁〔百選 I 7 版 126 頁〕）からである。

ところで、窃盗の機会継続性の判断基準について、平成 14 年判決は、被害者方で財物窃取後、天井裏に潜み、約 3 時間後に駆け付けた警察官による逮捕を免れるためにナイフで切り付け傷害を負わせた事案について、「窃盗の犯行後も、犯行現場の直近の場所にとどまり、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が継続していたのであるから、上記暴行は、窃盗の機会の継続中に行われた」として、事後強盗致傷罪の成立を認めた。そして、平成 16 年決定は、本問と類似事案について、被告人は窃盗後「誰からも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものといわなければならない。そうすると、被告人が、その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。」として、14 年判決に従いつつ、具体的事情を考慮して機会継続性を否定した。両者は事例判例ではあるものの、窃盗の機会継続性判断について、時間的・場所的接性の有無も必要であるが、特に、いったん安全圏へ脱したかという遮断の有無といったファクターの考慮が重要であろう。

以上の判例の判断基準に従えば、甲はいったん安全圏に脱したといえ、再びV宅へ侵入盗を行おうとするのは、新たな意思に基づく行為である。住居侵入による逮捕を免れるための暴行行為は事後強盗罪（刑 238 条）を構成せず、暴行罪（刑 208 条）を構成する。

4 傷害罪の成否 しかし、その後、加勢を求めた乙とともにVに暴行を加え、加療1ヶ月の傷害を負わせているが、この傷害が甲の先行の暴行により生じたものか、乙の加担後に生じたものかが明らかではなかった。この場合、甲は、先行の暴行行為も後行の乙との共同実行による暴行行為も実行しており、いずれかの行為からVの傷害結果が発生しているから、両者に関与した甲の行為とVの傷害結果との因果性は肯定される。それゆえ、甲には傷害罪（刑 204 条）が成立し、乙の間では暴行罪の限度で共同正犯となる。なお、後述のよ

うに、乙にも傷害罪の成立可能性がある。

5 罪数 甲には、①住居侵入罪、②窃盗罪、③住居侵入罪、④暴行罪、⑤傷害罪が成立し、①と②は牽連犯、③は場所的・時間的に近接した同一法益に対する侵害で①に吸収される。また、④は⑤に吸収される。結局、①と②に対して⑤が併合罪の関係になる。

乙の罪責

1 傷害罪または暴行罪の成否

乙は、甲がVに第1暴行を加えた後逃走したが、再びVに追い掛けられ、V宅から約500メートル離れた場所で甲とVが取っ組み合いになっているところを偶然通りかかり、甲から加勢を求められ、これに応じて、こもごもVを殴打した。そして、Vに加療約1ヵ月の傷害を負わせた。しかし、その傷害は、甲の先行行為から生じた結果か、乙との共同実行の暴行から生じた結果かが判明しなかった。この場合、乙は、傷害罪の責めを負うのか、それとも暴行罪の限度で責めを負うのか。

これには、従来3通りの解決方法が見られた。①共謀成立後の暴行と傷害の結果との間の因果関係について証明ができない以上、中途加担者は暴行罪に問擬する見解（大阪高判昭和62年7月10日判タ652号254頁）、②中途加担者には傷害罪の承継的共同正犯が成立するという見解（東京高判平成8年8月7日東高刑時報47巻3号103頁）、③中途加担者には同時傷害の特例が適用されるとする見解（大阪地判平成9年8月20日判タ995号286頁）がある。しかし、最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁（百選I7版166頁）は、共謀加担した被告人が、他の者の暴行により傷害を負わせた後に、「更に暴行を加え相当程度重篤化させた場合、被告人は、被告人の共謀及びそれに基づく行為と因果関係を有しない共謀加担前に既に生じていた傷害結果については、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはな」と判示して、傷害罪に関して、後行行為者は因果性のない共謀加担前の傷害結果について承継的共同正犯は成立しない旨明らかにした。ただし、本決定は、千葉意見にみられるように結合犯など後行行為者が先行行為やその結果を自己の犯罪手段として積極的に利用している場合は承継的共同正犯を肯定する限定肯定説を否定するものではない。

本問では、乙は、甲の先行行為やその結果を積極利用して自己の行為に積極利用しようという意図は見出せないから、限定肯定説によれば、承継的共同正犯の成立余地はない。そこで、甲の罪責の5で述べたように、見解①に従い、甲は乙の加担前後の行為をいずれも実行しているから傷害罪が成立するが、共謀成立後の暴行と傷害の結果との間の因果関係が不明であるため、乙には暴行罪が成立する。乙は、甲と意思を相通じてVに暴行を加えており、暴行罪の限度で甲と共同正犯となる。

なお、本件は傷害結果が単独犯の暴行行為から発生したのか、それとも共同正犯の暴行行

為から生じたのかが不明という点で、刑法 207 条の同時傷害の特例を適用して、乙に傷害罪の共同正犯の成立を肯定することも可能であろう。