

2023年度同志社大学大学院司法研究科

前期日程入学試験問題解説

刑法

第1 解説

刑法総論および各論に関する複数の論点を含む事例問題を出題した。窃盗罪の実行の着手時期、窃盗が未遂の場合における事後強盗未遂罪、さらには強盗致傷罪の成否、異なる構成要件間の共同正犯の成否、共犯者間の抽象的事実の錯誤などが主な論点である。

1 Xの罪責

(1)窃盗(刑法235条、243条、60条)の共同正犯

Xは、窃盗の故意でA宅に侵入しようとしたが、住居への侵入をあきらめて引き返しているため、窃盗の実行行為である「窃取」に密接関連する行為はなく、財物奪取の現実的危険も認められない。したがって、窃盗罪の実行の着手は認められず、窃盗未遂罪は成立しない。

これに対して、B商店に侵入し、手提げ金庫のあるところに向かって歩き出した時点で、行為計画に基づき手提げ金庫のあるところに向かえば、金銭の物色に取り掛かることができ、時間的・場所的に密接した次の行為によって、財物奪取の危険を生じさせることができるから、窃盗罪の実行の着手を認めることができ、窃盗未遂罪が成立する。

(2)事後強盗未遂罪(刑法238条、243条)

B商店の店主Cに追いつかれそうになったXが、逮捕を免れるために、バールでCの頭部めがけて力任せに殴り掛かった行為について、事後強盗未遂罪が成立するか。事後強盗罪の主体は「窃盗」であるが、窃盗犯人がその機会に暴行・脅迫を加えることが多いため、強盗と同様に処罰するという事後強盗罪の趣旨は、逮捕免脱・罪跡隠滅目的の場合は、窃盗未遂犯の場合も同様に妥当するのであるから、事後強盗罪における「窃盗」には、窃盗未遂犯人も含まれる。したがって、Xは本罪の主体たりうる。

事後強盗罪が成立するためには、財物奪取の手段としての暴行・脅迫と同様に評価できる程度に、財物奪取と暴行・脅迫が密接な関係にあることが必要であるから、窃盗の機会継続中に暴行・脅迫が行われなければならない。窃盗の機会継続中は、窃盗現場またはその延長線上で、逮捕、被害財物の取り返しのような、被害者側からの追及状況が継続している場合に認められ、追及されることなく、いわば安全圏に脱した場合には認められない。また、暴行・脅迫は、財物が取り返されるのを防ぐ目的、逮捕を免れる目的、罪跡を隠滅する目的で、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度でなければならない。

Xは、窃盗の実行に着手したところ、Cに発見され追いつかれそうになった状況で、逮

捕を免れる目的で、バールで C の頭部めがけて力任せに何度も殴り掛かったことから、現場からの延長線上で、被害者側からの追及が継続している状況、すなわち窃盗の機会継続中、逮捕を免れる目的で、殺傷の危険のある凶器で、身体の枢要部を殴るという反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えたといえる。

強盗罪は財産犯であり、これを基礎づけているのは窃盗であること、強盗罪は財物取得により既遂となることから、事後強盗罪の既遂・未遂は、先行する窃盗罪の既遂・未遂により決まる。したがって、窃盗が未遂の場合は事後強盗未遂罪が成立する。

(3)強盗致傷罪（刑法 240 条、243 条）

強盗致傷罪は、強盗が、強盗の機会に、人を負傷させた場合に成立する。「強盗」には強盗未遂犯も含まれる。強盗致死傷罪は、強盗犯人がその機会に人を死傷させることが多いために、生命身体を特に保護する必要性が大きいことから重く処罰されるものであり、この趣旨は強盗未遂犯人の場合にも同様に妥当するからである。したがって、事後強盗未遂犯である X も本罪の主体に含まれる。

強盗の機会とは、学説の対立はあるが、本罪の趣旨から、強盗の現場またはその延長線上で、強盗行為と密接な関連性を有する行為から死傷結果が発生したことが必要である。したがって、必ずしも財物奪取の手段である暴行から直接生じたものでなくとも、このような密接な機会に行われた行為から生じる場合も含まれる。C は、X の暴行をよけようとして転倒した際に擦過傷を負ったのであるが、この傷害は、事後強盗状況で行われた暴行から生じたものであるから、強盗行為と密接な関連性を有する行為から生じたものといえる。

強盗致傷罪における「傷害」は、その法定刑の重さから、傷害罪（204 条）における傷害よりも重い程度であることを要求する見解もあるが、判例は傷害罪と同程度で足りるとする。また、現在では強盗死傷罪（下限 6 年）についても刑の減軽により執行猶予がつけられるようになったことから、傷害と同様でよいともいわれている。この見解によれば、全治 10 日の擦過傷も本罪における傷害といえる。

前述の本罪の法的性質から、強盗致死傷罪の未遂は、強盗殺人罪の場合で殺人が未遂の場合をいう。したがって、強盗が未遂であっても、死傷結果が生じれば強盗致死傷罪は既遂であり、強盗致傷罪の未遂は強盗罪であり、本罪の未遂は観念できない。

こうして、事後強盗未遂犯である X が、強盗の機会に C に傷害を負わせているので、強盗致傷罪が成立する。なお、窃盗未遂罪、事後強盗未遂罪は本罪に吸収されて、本罪 1 罪のみが成立する。

2 Z の罪責

(1) 窃盗未遂罪の共同正犯（235 条、243 条、60 条）

Z は、X から、A 宅への窃盗について、見張りの役割を 3 割の分け前の条件で依頼され、金に困っていたこともあり、これを了承した。これは、X、Y との間の意思の連絡、自己の犯罪を行うという正犯意思、窃盗遂行における見張りという重要な役割を果たすといえる

ことから、共謀があったということが出来る。しかし、A 宅での窃盗は着手に至らなかったため、共謀に基づく実行行為はなく、A 宅での窃盗罪の共謀共同正犯は成立しない。

(2) 強盗致傷罪の共同正犯 (240 条、60 条)

そこで、Z は、B 商店への侵入窃盗を提案し、X もこれを了承して実行に至ったことから、窃盗未遂罪については共同正犯が成立する。では、事後強盗未遂罪、強盗致傷罪についてはどうか。X,Z 間の共謀は B 商店への窃盗であり、暴行、傷害は含まれておらず、犯意、行為態様、侵害法益の相違から、暴行・脅迫には共謀の射程は及ばないとすれば、Z には窃盗未遂罪の範囲で共同正犯が成立するとどまり、事後強盗未遂罪あるいは強盗致傷罪について共同正犯は成立しない。

金に困っているという動機の同一性、被害者の同一性、機会の同一性、場所的・時間的近接性から、暴行、傷害にまで共謀の射程が及ぶとすれば、異なる構成要件間の共同正犯、抽象的事実の錯誤の問題となる。部分的犯罪共同説、法定的符合説によれば、保護法益および行為態様の共通性から、社会通念上構成要件が実質的に重なり合う範囲で共同実行が可能であり、故意の成立を認めることができる。窃盗罪と強盗致傷罪とは財物の占有という点で法益は共通し、意思に反した占有侵害という点で行為態様も共通する。したがって、窃盗未遂罪の限度で共同正犯が成立し、故意が認められる。Z には窃盗未遂罪の共同正犯が成立する。

3 Y の罪責

Y は、A 宅の構造や付近の地形を図解して示し、A 宅に侵入して金品を盗めばよいと、A 宅への窃盗を教唆したが、X は B 商店での強盗致傷罪を実現した。この場合、どの範囲で教唆犯が成立するのであろうか。

第 1 に、X、Z は、A 宅への侵入窃盗を断念して B 商店への窃盗を実行している。B 商店への窃盗は Y の教唆に基づいて行われたといえるか。教唆の因果性が問題となる。教唆と無関係に新たに犯意を形成した場合には因果性は欠ける。X から計画の断念を聞かされた Z が、「ここまできて手ぶらでは帰れない」として B 商店への侵入窃盗を提案し、あきらめきれずにいた X もこれを了承して B 商店への窃盗を実行していることから、Y の教唆と無関係に B 商店への窃盗の犯意を形成したとはいえず、教唆の心理的影響のもとで B 商店への窃盗を決意し実行したというべきであろう。したがって、教唆の因果性は認められよう。

第 2 に、Y は A 宅への窃盗を教唆したが、X,Z は B 商店への窃盗を実行している。これは具体的事実の錯誤のうち、方法の錯誤といえる。この場合、具体的符合説によれば B 宅への窃盗教唆は成立しないことになるが、法定的符合説によれば、同一構成要件の範囲内での錯誤は故意を阻却しないから、B 宅への窃盗未遂罪の共犯が成立する。

第 3 に、X は強盗致傷罪を実現している。この場合、異なる構成要件間の教唆犯の成否が問題となる。部分的犯罪共同説によれば、前述のように、窃盗罪の範囲で構成要件は実質的に重なり合うので、窃盗未遂罪の限度で共犯の成立が認められる。

第 4 に、抽象的事実の錯誤が問題となる。この場合も、前述のように、法定的符合説に

よれば、窃盗罪の範囲で構成要件は実質的に重なり合うので、窃盗罪の故意が認められるから、窃盗未遂罪の教唆犯が成立する。

第2 評価のポイント

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。

事例問題に関しては、基本的には、構成要件該当性、違法性、責任という順番で犯罪の成立要件を検討することになるが、問題文から検討すべき論点を正確に抽出して、罪責を検討する上で、各論点の重要度に応じて適切に論述することが求められる。本問において、Xの罪責については、B商店における窃盗未遂、事後強盗未遂、強盗致傷罪の成否を検討することが求められるが、その前段階におけるA宅における窃盗未遂、器物損壊については簡潔に論じれば足りる。

また、刑法の各則に規定されている主要な犯罪の成立要件やその内容を正しく理解していることが求められる。本問においては、実行の着手時期、事後強盗罪の成立要件(主体に窃盗未遂犯が含まれること、窃盗の機会継続中の意義、暴行・脅迫の程度、事後強盗罪の既遂・未遂)、強盗致死傷罪の成立要件(主体に強盗未遂犯が含まれること、強盗の機会の意義、傷害の程度、強盗致死傷罪の既遂・未遂)、共同正犯の成立要件(共謀、共謀に基づく実行行為)、共犯と錯誤等について、正しく理解していることが求められる。

さらに、見解によって結論が分かれるような論点については、自説の正当性を積極的に示し、他説の問題点を的確に指摘して、そこで得られた解釈論的帰結を事実には当てはめて、理論的に一貫し、具体的に妥当な結論を導き出すことができているかが、評価の上で重要なポイントになる。