

【問 題】(配点：50)

次の【事例】を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】について、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい。

【事例】

- 1 甲と乙は、A方に盗みに入る計画を立てた。その内容は、Aの留守中を狙って、乙が自動車を運転して甲をA方付近まで運び、甲がA方に入って現金を盗み、その間乙がA方付近に停めた自動車の中から見張りをし、甲が盗みを終えたら乙が運転する自動車と一緒に逃げ、盗んだ現金は折半する、というものであった。
- 2 平成30年12月12日、甲と乙は、上記計画に基づき、乙が運転する自動車でA方付近に赴き、下車した甲は、A方の窓から中に入って居間のタンスを物色しはじめ、乙は、見張りを開始した。
- 3 数分後、甲は、意外にも在宅していたAに発見された。甲は、Aを脅して現金を奪おうと決意し、乙に内緒で所持していたカッターナイフを取り出し、その刃先を約5センチメートル出してAに歩み寄り、Aの顔面に突き付けながら、「金を出せ。出さないと殺すぞ。」と脅した。殺されると感じたAは、現金を甲に渡した。
甲は、これを持って直ちにA方の裏口から戸外に出たが、Aも出てきて「どろぼう。」と叫んだため、近くにいたBが甲を捕まえようとした。動揺した甲は、乙の自動車と反対の方向に逃げ、A方から約100メートル離れた地点で、追いかけてきたBに捕まりそうになったので、逮捕を免れるため、Bの顔面を手拳で数回殴打してBを転倒させ、逃走した。Bは、転倒した際、加療約1週間の傷害を負った。

【設問1】 乙が【事例】の3の事実を認識・予見していなかったとして、【事例】における甲及び乙の罪責について論じなさい（ただし、住居侵入罪は除く。）。

【設問2】 【事例】の3の事実が以下の4の事実であったとする。

- 4 甲は、直ちにA方の裏口から戸外に出たが、Aも出てきて甲を捕まえようとした。動揺した甲は、乙の自動車と反対の方向に逃げ、A方から約100メートル離れた地点で、追いかけてきたAに捕まりそうになったので、逮捕を免れるため、Aの顔面を手拳で数回殴打した。それを近くで見ていたBは、逃げようとする甲を追いかけ、約50メートル追いかけたところで、甲がCの自動車に乗り込んで発車させようとしたので、逃走を防ぐため、同車のドアの窓を右手で叩き割り、右手に加療約1週間の傷害を負った。

この場合における甲及び乙の罪責について、乙が4の事実を認識・予見していなかったことを前提に、論じなさい（ただし、住居侵入罪は除く。）。

〔出題趣旨〕

1 はじめに

本問のテーマは、強盗罪(刑236条)と共犯の錯誤である。学生の手答を見てると、強盗罪と事後強盗罪(刑238条)の使い分けや強盗致死傷罪(刑240条)についての理解が不十分なもの少くない。共犯の錯誤についても同様である。後者については、最近流行の「共謀の射程」に惑わされ、間違ってしまう答があるのが気になるところである。そこで、今回、基本知識の確認を兼ねて、このようなテーマを設定した。

2 〔設問1〕の甲について

〔設問1〕の甲には、強盗致傷罪(刑240条前段)が成立する。本罪は、「強盗が、人を負傷させた」ときに成立するところ、甲は、いわゆる「居直り強盗」の犯人、つまり「強盗」であり(後記(1))、その甲がBという「人を負傷させた」といえるからである(後記(2))。なお、負傷した「人」は、強盗の被害者でなくてもよい)。そして、部分的犯罪共同説によれば、乙(後記3)とは窃盗罪の限度で共同正犯(刑60条・235条)となる。

(1) 甲が「強盗」にあたる点について

「居直り強盗」とは、財物の物色中に発見されたため、あらためて財物奪取の目的で反抗抑圧に足りる程度の暴行・脅迫を加え、財物を奪取する場合をいう。この場合、暴行・脅迫が財物奪取の手段となっているので、強盗罪(刑236条1項)が成立する。これに先行する物色行為は、窃盗罪(刑235条)の実行の着手(刑43条本文)にあたり、窃盗未遂罪(刑243条・235条)となるが、強盗罪に包括される。

これを甲についてみると、甲は、現金を奪う目的で、カッターナイフの刃先を約5センチメートル出し、それをAの身体の枢要部である顔面に突き付けながら「金を出せ。出さないと殺すぞ。」と脅しており、これは反抗抑圧に足りる程度の「脅迫」にあたる。そして、甲は、これにより殺されると感じて反抗を抑圧されたAから現金を奪って「強取した」といえるので、甲に強盗罪が成立する。これに先行する物色行為は、窃盗未遂罪にあたるが、強盗罪に包括される。よって、甲は、強盗致傷罪における「強盗」にあたる。

なお、事後強盗罪の「強盗」ではない点については、後で述べる(後記(3))。

(2) 甲が「人を負傷させた」点について

強盗致死傷罪は、大別すると、2つの場合に成立する(基本犯が事後強盗罪である場合を別とすれば)。1つは、財物奪取の手段である暴行・脅迫から死傷結果が生じた場合、つまり死傷の原因行為が財物奪取の手段行為である場合であり、もう1つは、死傷の原因行為は財物奪取の手段行為とはいえないが、「強盗の機会」に行われたといえる場合である。本問の場合、甲は、現金を奪取した後、逃げる途中でBを殴打して負傷させており、負傷の原因行為は財物奪取の手段とはいえないので、後者の場合に当たる(甲が奪った現金の占有は未だ確保されていなかったとみれば、前者の場合と考えることもできるが、そのようにみるのは不自然であろう)。よって、甲の殴打行為が「強盗の機会」に行われたものであるかを論ずる必要がある。

「強盗の機会」に行われたかどうかは、強盗行為と原因行為の時間的・場所的接近性や

犯意の継続性などを考慮して判断される。例えば、強盗の現場から逃走しようとした強盗犯人が、そこから百数十メートル離れた地点で、追いかけてきた警察官を包丁で切り付けて死亡させた事案について、判例は、この行為は「強盗の機会」になされたものであるとして、強盗致死罪の成立を肯定している(最判昭和26・3・27刑集5巻4号686頁)。

これを甲についてみると、甲の殴打行為は、強盗の現場から逃走する際に、強盗犯人としての逮捕を免れるために、A方から約100メートルしか離れていない地点で、強盗の現場付近から追いかけてきたBに対してなされており、「強盗の機会」に行われたものといえる。よって、甲は「人を負傷させた」といえ、甲に強盗致傷罪が成立する。

なお、本問の場合、「強盗の機会」の範囲を限定的に理解する見解(密接関連性説、拡張手段説)に立ったとしても、結論は異ならない(それらの見解が「強盗の機会」にあたらないとするのは、強盗の共犯者同士が現場で仲間割れをして仲間を死傷させた場合や、強盗犯人が逃走中に以前から殺したいと思っていた者に偶然出会い、これを殺害したような場合)。したがって、限定的な見解を主張する実益はない。

(3) 事後強盗+致傷の強盗致傷罪(事後強盗致傷罪)との関係

以上のように、甲には強盗+致傷の強盗致傷罪が成立するので、事後強盗+致傷の強盗致傷罪(事後強盗致傷罪)は成立しない。もちろん、この点を答案に書く必要はない。

たしかに、先行する物色行為に着目すれば、甲は、刑法238条の「窃盗」である(「窃盗」には窃盗未遂犯も含まれる)。そこで、「窃盗」である甲が、窃盗の機会の継続中に、「逮捕を免れ……るために」、Bの顔面を手拳で数回殴打するという反抗抑圧に足りる程度の「暴行」を加え、これによりBが負傷したとみて、事後強盗+致傷の強盗致傷罪が成立すると考えた者もいるかもしれない。しかし、「居直り強盗」による強盗罪が成立し、それとの関係で強盗致傷罪が成立する以上、事後強盗+致傷の強盗致傷罪が出る幕はない。

もっとも、負傷の原因行為について手段説に立った場合には、事後強盗+致傷の強盗致傷罪の成立を検討する余地がある。手段説とは、死傷結果が財物奪取の手段としての暴行・脅迫から生じた場合に限り、強盗致死傷罪の成立を認める立場である。これによれば、甲には、強盗+致傷の強盗致傷罪は成立しない。甲の殴打行為は、財物奪取の手段としての暴行ではないからである。そこで、甲が「窃盗」である点に着目し、前述のように考えるのである。あるいは、刑法238条の「窃盗」には強盗犯人も含まれるとする見解(山口厚『刑法各論〔第2版〕』227頁等)を採用すれば、「居直り強盗」の犯人甲を主体とする事後強盗+致傷の強盗致傷罪の成立を肯定することができる。しかし、手段説に立たないのであれば、本問の場合、このように構成する実益はない。

3 【設問1】の乙について

乙は、窃盗等の実行行為を行っていないが、【事例】の1と2の事実からすると、甲乙間には窃盗罪の共謀が成立しており、この共謀に基づいて甲が物色行為を行ったといえるので、乙には、少なくとも窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立する(共謀共同正犯の要件とあてはめについては、ここでは省略する)。

問題は、その後の甲の行為について、乙がどのような罪責を負うかである。結論からい

うと、【設問1】の乙には窃盗罪の共同正犯が成立する。そして、先行する窃盗未遂罪の共同正犯は、これに吸収される。

まず、窃盗の共謀しかしておらず、【事例】の3の事実の認識・予見がなかった乙には強盗罪の故意が認められない。よって、乙に強盗罪や強盗致傷罪の共同正犯は成立しえない(刑38条2項参照)。甲の「居直り強盗」と因果関係があり、その点で共謀の射程内にあると考えたとしても、強盗罪の故意がない以上、そうなる。この点に注意する必要がある。

他方、「居直り強盗」は共謀の射程外であると考え、それだけで窃盗罪の共同正犯の成立を認めないのも誤りである。甲と乙の共謀は、「強盗」には及んでいないと考えたとしても、それと重なり合う「財物の奪取」(窃盗罪の構成要件)には及んでおり、甲がそれを実現した以上、窃盗罪の共同正犯の成立は否定されないからである。この点にも注意する必要がある。

要は、「共謀の射程」に惑わされないことである。素直に、乙には強盗罪の故意がないので強盗罪や強盗致傷罪の共同正犯は成立しないが、強盗罪と重なり合う窃盗罪の限度で共同正犯が成立する、という流れで書いておけば十分である。

4 【設問2】の甲について

【設問2】の甲には、事後強盗(後記(1)) + 致傷(後記(2))の強盗致傷罪が成立し、部分的犯罪共同説によれば、乙(後記5)とは窃盗未遂罪の限度で共同正犯(刑60条・243条・235条)となる。

(1) 事後強盗罪の成立について

まず、タンスを物色した段階で窃盗罪の実行の着手があり、窃盗未遂罪が成立することを(ここか【設問1】のところで)確認し、甲が「窃盗」にあたることを示しておく必要がある。

その上で、「窃盗」である甲が、窃盗の機会の継続中に、「逮捕を免れ……るために」、Aの顔面を手拳で数回殴打するという反抗抑圧に足りる程度の「暴行」を加えたことから、事後強盗罪が成立する、と論ずればよい。なお、この「暴行」が窃盗の機会の継続中になされたことは明らかであるから、窃盗の機会の継続性について大々的に論ずる必要はない。窃盗の現場から継続してAに追跡されていたこと、窃盗の現場から約100メートルしか離れていない地点での「暴行」である点を指摘して、簡潔に論じておけばよい。

(2) 甲が「人を負傷させた」点について

問題は、その後のBの負傷について、事後強盗 + 致傷の強盗致傷罪が成立するかである。というのも、負傷の原因となった行為は、事後強盗罪の「暴行」ではなく、B自身が自動車のドアの窓を叩き割った行為だからである。

これについては、【設問1】の解決方法を応用すればよい。甲は、事後強盗罪の成立により「強盗」となっている。よって、負傷の原因となった窓の叩き割りが「強盗の機会」に行われたものといえれば、事後強盗 + 致傷の強盗致傷罪が成立する(甲府地判平成27・6・30 LEX/DB25540908参照)。この点、Bによる窓の叩き割りは、甲の「暴行」を目撃したBが、そこから約50メートルしか離れていない地点で、甲の逃走

を防ぐためになされたものであるから、「強盗の機会」に行われたものといえる。よって、甲には事後強盗＋致傷の強盗致傷罪が成立する。

5 【設問2】の乙について

【設問2】の乙は、【事例】の1と2の事実から、窃盗未遂罪の共同正犯となるが、【設問2】の4の事実については、罪責を負わない。

まず、【設問2】の4の事実を認識・予見していなかった乙には、事後強盗罪の故意が認められないので、事後強盗罪や事後強盗＋致傷の強盗致傷罪の共同正犯は成立しえない。この点は、【設問1】で強盗罪や強盗致傷罪が成立しないのと同じである。

これに対し、【設問2】の場合、【設問1】と異なり、窃盗罪の限度でも共同正犯は成立しない。なぜなら、【設問2】では、「財物の奪取」が行われていないからである。この点に注意する必要がある。

〔採点基準〕(50点満点)

カッコ内の数字は各項目の配点(上限)であり、一応の目安です。

〔設問1〕(30)

1 甲の罪責(15)

(1) 物色行為について(乙の罪責の検討のところで触れていてもよい)(3)

☐ 窃盗罪の実行の着手があり、窃盗未遂罪が成立すること(2)

☐ (2)の強盗致傷罪に包括されること(1)

(2) Aから現金を奪い、Bを負傷させた点について、強盗致傷罪が成立すること(10)

☐ Aから現金を奪った行為が強盗罪にあたること(4)

内訳 ☐ 反抗抑圧に足りる程度の「脅迫」がなされたこと(3)

☐ Aが反抗を抑圧され、そのAから現金を取得した行為が「強取」にあたること(1)

☐ Bを負傷させた行為が強盗の機会になされたものであること(4)

内訳 ☐ Bが強盗の手段行為により負傷したのではないため、強盗の機会について論ずる必要がある点を理解していること(1)

☐ 強盗の機会の要件の理解とあてはめ(3)

☐ Aに対する強盗罪とBに対する強盗致傷罪が別個に成立するのではなく、現金の奪取とBを負傷させた行為が1個の強盗致傷罪となる点(強盗の被害者と死傷の被害者は異なってもよいこと)を理解していること(2)

(3) 乙との共同正犯関係(2)

☐ 乙とは窃盗罪の限度で共同正犯となること(2)

※ 部分的犯罪共同説に立った場合(行為共同説からは、甲に強盗致傷罪の共同正犯が成立する)

※ 乙の罪責を窃盗未遂罪とし、その限度で共同正犯になるとした答案については、部分点を与える

2 乙の罪責(15)

(1) 甲が行った物色行為について、窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立すること(5)

☐ 乙は物色行為を行っていないため、窃盗未遂罪の共謀共同正犯の成否が問題となる点を理解していること(1)

☐ 共謀共同正犯の要件の理解とあてはめ(3)

☐ (2)の窃盗罪の共同正犯に吸収されること(1)

(2) 甲が行った強盗致傷行為について、窃盗罪の限度で(共謀)共同正犯の罪責を負うこと(10)

☐ 乙に強盗罪の故意がなく、強盗罪等の共同正犯が成立しないこと(5)

☐ 甲が現金を奪ったことから、強盗罪と窃盗罪とが重なり合う窃盗罪の限度で共同正犯が成立すること(5)

〔設問2〕(20)

1 甲の罪責(11)

- (1) 物色行為の後、Aを殴打し、さらにBを負傷させた行為について、強盗致傷罪(事後強盗致傷罪)が成立すること(10)

□ Aを殴打した行為について、事後強盗罪が成立すること(7)

- 内訳
- 物色行為が窃盗未遂罪にあたり、甲が「窃盗」にあたること(2)
※ 先に窃盗未遂罪の成立を確認した答案については、ここでは、甲が「窃盗」にあたることの指摘があればよい
 - 殴打行為が反抗抑圧に足りる程度の「暴行」にあたること(2)
 - この暴行が窃盗の機会の継続中に行われたこと(2)
 - この暴行が「逮捕を免れ……るために」行われたこと(1)

□ Bを負傷させた行為が強盗の機会になされたものであること(3)

- 内訳
- Bが甲の「暴行」により負傷したのではないため、強盗の機会について論ずる必要がある点を理解していること(1)
 - 強盗の機会の要件の理解とあてはめ(2)
※ 先に強盗の機会の要件について論じた答案については、あてはめができていればよい

- (2) 乙との共同正犯関係(1)

□ 乙とは窃盗未遂罪の共同正犯となること(1)

2 乙の罪責(9)

- (1) 甲が行った(事後)強盗致傷行為については、罪責を負わないこと(7)

- 乙に事後強盗罪の故意がなく、事後強盗罪等の共同正犯が成立しないこと(2)
- 甲が現金を奪っていないことから、乙には窃盗罪の限度でも共同正犯が成立しないこと(5)

- (2) 窃盗未遂罪の(共謀)共同正犯が成立すること(2)

□ 物色行為について窃盗未遂罪の(共謀)共同正犯が成立するにとどまるという結論を示していること(2)

※ 窃盗未遂罪の(共謀)共同正犯が成立する理由については、〔設問1〕で論じられているという前提