

刑事判例研究(4)

中央大学刑事判例研究会

窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と意を通じて、逮捕を免れる目的で追跡者に暴行を加え、傷害を負わせた場合に、六五条一項を適用して事後強盗致傷罪の共同正犯を認めた事例

原 口 伸 夫

〔名古屋地岡崎支判平成三〇年二月二六日 LEX/DB 文献番号 25560117〕

【事実の概要】

被告人Yは、平成二八年七月一〇日午前三時三二分頃、愛知県安城市所在のA店において、同店経営者B所有のフィギュア二個（いずれも箱入りの物。時価合計約一、三〇〇円相当）を窃取し、同店駐車場に駐車中の普通乗用自動車（車名・トヨタサクシード）の運転席側後部座席に乗って逃走しようとしたところ、これを目撃し、Yらを逮捕するため追跡してきた同店店員C（当時二七歳）が、同駐車場から発進する被告人Xの運転する同車運転席側後部座席ドアの窓から上半身を同車内に入れ込んできたことから、Xおよ

びYは、暗に意思を相通じ、逮捕を免れるため、同所先道路から交差点までの間、Xが、同車内に上半身を入れ込むなどしてCが同車にしがみついた状態で同車を走行させ、Yが、Cの両肩を両手で押し、ドアの窓枠をつかんだCの両手を手で引き離そうとするなどしたうえ、ドアにしがみついたCを引きずり、交差点内において、Cを路上に転倒させる暴行を加え、よって、Cに加療約七日間を要する見込みの左下顎挫傷、左肩関節挫傷および右殿部擦過創の傷害を負わせた。⁽¹⁾

名古屋地裁岡崎支部はこのような事実を認定したうえで、前記暴行のみ関与したXの罪責について次のように判示した。

【判旨】

「本件では、A店における窃盗について、被告人Xは関与していないことから、他人が窃盗を行った際に被害者からの逮捕を免れる目的で暴行を加えた者につき成立する罪名の擬律が問題となるが、窃盗犯人が財物を窃取した事実を知った上で、同人と共謀の上、逮捕を免れる等の目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない者についても、刑法六五条一項、六〇条により事後強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから、既に判断したところによれば、本件では、被告人Xについても事後強盗致傷罪の共同正犯が成立することになる（同旨判例として昭和六二年七月一七日大阪高等裁判所判決⁽²⁾）。

【判例研究】

一 本件Yに事後強盗致傷罪が成立することは問題ない。問題となるのは、窃盗に関与しておらず、Cに対する暴行にのみ関与したXの罪責である。このような場合の罪責を考えるにあたり、事後強盗罪が身分犯なのか、結合犯なのか、前者であれば真正身分犯なのか、不真正身分犯なのか、後者であれば承継的共犯についてどのよう考えるの

か、ということが議論されてきた。本判決は二三八条を真正身分犯と解し、六五条一項を適用し、Xに事後強盗致傷罪の共同正犯の成立を認め⁽³⁾た。

二 窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と意を通じて、二三八条所定の目的で被害者等に対して暴行・脅迫（傷害）を加えた（以下、「暴行にのみ関与した」と略記する）場合の罪責に關して最高裁の判断はない。下級審判決は、二三八条を身分犯と解する点で一致しているものの、真正身分犯と解するか、不真正身分犯と解するかの点ではわかれてきたが、次第に、真正身分犯であると解する流れができてきつつあるように思われ、本判決はそのような流れのなかに位置づけられる。まず、かかる判例の動向を簡単にみることにする。

この問題についてはじめて判示したのは、新潟地判昭和四二年二月五日下午刑集九卷一二号一五四八頁である。駐車中の車からタイヤを窃取したDらが、逮捕しようとした者に暴行し、傷害を負わせた事案において、新潟地裁は、暴行にのみ関与したEの所為は「刑法第六五条第一項、第二四〇条前段、第六〇条に該当するが」、Eには「窃盗犯人の身分がないので、同法第六五条第二項により傷害罪の限度において科刑することとし」、二〇四条に該当すると判示した。これに続いて、東京地判昭和六〇年三月一九日判時一一七二号一五五頁も、被告人Fは、被告人Gの窃盗終了後「Gの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭……の取還を防ぐべく、Gと意思相通じて被害者に暴行を加え、その結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考え方もあり得ようが、事後強盗罪は、窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であって、Fはその身分がないのであるから」、「共犯と身分の問題として把握すべきである。」「それ故、身分のないFには、刑法六五条一項により強盗致

傷害の共同正犯となるものと解するが、その刑は、同法六五条二項によって傷害の限度にとどまる」と判示した。⁽⁴⁾

このように、まず二三八条を不真正身分犯と解する裁判例が現れたが、その後、真正身分犯と解する判断が示された。本判決が引用する大阪高判昭和六二年七月一七日判時一二五三号一四一頁である。この事案は、サイドリングマスコットを窃取したHが、その直後、逮捕しようとした警備員Iに対して、Jらと意思を通じ暴行を加え、傷害を負わせたというものであった。原審（神戸地判昭和六二年三月一七日）は、Jらの所為につき、「刑法二四〇条前段（二三八条）に該当（但し、傷害罪の限度で同法六〇条も適用）する」と判示したが、控訴審である大阪高裁は次のように判示した。すなわち、「共犯者二名が被告人の犯行に関与するようになったのが、窃盗が既遂に達したのちであったとしても、同人らにおいて、被告人が原判示マスコットを窃取した事実を知った上で、被告人と共謀の上、逮捕を免れる目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない同人らについても、刑法六五条一項、六〇条の適用により（事後）強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから（なお、この場合に、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、身分のない共犯者に対し更に同条二項を適用すべきであるとの見解もあるが、事後強盗罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わって刑が加重される罪ではなく、窃盗犯人たる身分を有する者が、刑法二三八条所定の目的をもって、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによってはじめて成立するものであるから、真正身分犯であって、不真正身分犯と解すべきではない。従って、身分なき者に対しても、同条二項を適用すべきではない。）、傷害罪の限度でのみしか刑法六〇条を適用しなかった原判決は、法令の解釈適用を誤ったものといわなければならない」と判示した。なお、この判決の被告人は窃盗犯人Hのみであり、暴行にのみ関与したJらは併合審理されておらず、引用した判示は傍論であるといえ、「本判決の判例としての意義には疑問もある」⁽⁵⁾との見方がしばしば示されてきた。

その後、パチンコ店に侵入し、正規のロムを窃取し、不正なロムを取り付けた窃盗グループが、逃走する際、追跡してきたパチンコ店関係者Kに暴行を加え、傷害を負わせたという事案において、運転手役として犯行を幫助したLの罪責が問題になった。大阪地堺支判平成一年四月二二日判時一六八七号一五七頁は、「本件は、窃盗の幫助犯が、正犯者の事後強盜致傷罪（奪還行為）を幫助した場合である」が、事後強盜罪は「真正身分犯であるところ」、「同条の『窃盗』には幫助犯は含まれないと解するのが相当であるから」、「刑法六五条一項、六二条一項により、事後強盜致傷罪の幫助犯が成立する」と判示した。もつとも、Lは、窃盗段階から幫助犯として関与しており、暴行にのみ関与した場合とは異なる点には留意を要する。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

以上みたとおり、下級審判例は、二三八条を身分犯と解してきたが、真正身分犯か不真正身分犯かという点で一致していなかった。しかし、近時では、真正身分犯と解する判断が続き、たとえば、佐伯仁志教授は、「真正身分犯説をとる裁判例として、大阪高判昭和六二・七・一七……が唯一の高裁判例であり、その後、不真正身分犯説をとる裁判例がないことから、実務は真正身分犯説をとっているものと推測される」との評価を示している。ただし、前述のように、真正身分犯説のリーディングケースとされる大阪高裁の判断は傍論といえ、それに続く大阪地裁境支部平成一年判決も、窃盗から暴行に至る間幫助犯として関与した者の罪責の判断であった。したがって、本判決は、暴行にのみ関与した者の罪責が問われた純粋なケースにおける適条で六五条一項を適用して処理した判決として、注目でよいものと考ええる。

三 学説においては、事後強盜罪を身分犯と解する見解と、結合犯と解する見解が対立してきた。⁽¹¹⁾ 事後強盜罪を結合犯と解する場合には承継的共犯の問題になる。

判例における身分の定義、すなわち、「刑法六五条にいわゆる身分は、男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称する」⁽¹²⁾ という定義に照らせば、二三八条の「窃盜」が六五条の意味での身分にあたりうるとはいえる。しかし、そのように解しようということ、そう解すべきかどうかは別の問題である。「窃盜」を六五条の意味での身分と解する見解は、以下述べる理由から妥当でないと考ええる。

まず、事後強盜罪の未遂・既遂を、窃盜の点の未遂・既遂に求める判例・通説を前提とすれば、二三八条は、窃取および暴行・脅迫の完全な充足をもって、その構成要件を充足する（既遂になる）と考えられていることになる。かかる理解からは、窃取行為も二三八条の実行行為であり、窃取行為による財物の占有移転が事後強盜罪の違法性の重要な部分を形づくっていると考えざるをえない。「窃盜」を身分と解するのであれば、理論的には、暴行・脅迫にその未遂・既遂の基準を求めるべきことになる。⁽¹³⁾ 二三八条の身分たる「窃盜」を窃盜既遂犯人に限るならば、窃盜未遂の場合には事後強盜罪は成立せず、「窃盜」に窃盜未遂犯人も含むならば、窃盜未遂犯人であれ、「窃盜」が所定の目的での暴行・脅迫を加えることによりただちに事後強盜罪の既遂となる。「窃盜」を身分と解する立場から、事後強盜の未遂・既遂を窃盜の点の未遂・既遂に求めることはできない。

身分犯説は、未遂・既遂の基準以外の点でも、二三八条について判例・通説が採ってきた解釈と整合しない。暴行・脅迫は「窃盜の機会」に行われなければならないと解されているところ、身分犯説からは、窃盜犯人という身分を有

する者が、暴行・脅迫を加えればよく、窃取行為との時間的および場所的な接着性は必要ないということになる。⁽¹⁴⁾もつとも、窃盗犯人が犯行終了後、または現場を離れる際に暴行・脅迫を加えることが多いという実態に着目し、人身保護の観点を重視して窃盗の機会という要件を説明することも考えられる。しかし、人身保護の観点を重視するならば、今度は、暴行・脅迫の程度に関して、強盗罪と同程度の、相手方の反抗を抑圧するに足る程度の暴行・脅迫とする理論的必然性はないことになろう。たとえば、窃盗犯人によるその機会における暴行・脅迫であればよい、または、逮捕免脱目的など二三八条所定の目的を達するに足りる程度の暴行・脅迫であればよいということの理由も出ている。人身保護という観点からは、そもそも、「刑の加重の程度がなぜ強盗罪と同等なのか」ということの理由も出ない。⁽¹⁵⁾さらに、罪数の関係でも、先行する窃盗行為は主体の限定にとどまり、事後強盗罪の処罰の対象行為ではないから、窃盗行為とその後の暴行・脅迫行為とは、別罪を構成することになる。人身保護を重視した解釈は立法論としては首肯できるところもあるが、現行法の解釈としては難が多いといわざるをえない。⁽¹⁶⁾

さらに、真正身分犯と解する点、不真正身分犯と解する点においても、それぞれ、解釈上の難点がある。真正身分犯に対しては、前掲の大阪高裁昭和六二年判決の論理では、これまで不真正身分犯と解されていたものも真正身分犯にしてしまいかねないという疑問⁽¹⁷⁾のほか、実質的には、窃盗未遂の場合に暴行にのみ関与した者も事後強盗罪の共同正犯とする点で、その関与者の行為の評価として厳しすぎるように思われる。事後強盗罪において、正犯者でさえ犯情においては強盗罪よりも軽いと考えられるべき場合が少なくなく、まして先行する窃盗が未遂の場合には本来の強盗との距離が一層遠くなるからである。この場合の強盗との距離の遠さを埋め合わせるために、逮捕免脱・罪跡隠滅目的の場合、司法作用に対する罪としての性格をも有するとの指摘もなされる。⁽¹⁸⁾しかし、犯人自身による自己隠避・

証抛隠滅は期待可能性の欠如を理由に処罰されておらず、窃盜犯人に限りこれを処罰し、しかも一〇三条・一〇四条よりも格段に重い処罰を正当化するの難しいといえよう。第三者が暴行にのみ関与した場合も、後者の疑問は同様に妥当する。他方で、不真正身分犯と解する場合には、加重暴行罪・脅迫罪としての理解のほか、甲が乙に対して最初から事後強盜罪を教唆した場合でも、六五条二項により、暴行罪・脅迫罪の教唆犯になるという結論に対して疑問が示されている。⁽¹⁹⁾

以上みてきたとおり、事後強盜罪は身分犯ではなく、窃取行為と二三八条所定の目的での暴行・脅迫行為とを結合した犯罪類型と解するのが妥当である。したがって、暴行にのみ関与した場合に、二三八条を真正身分犯と解し、六五条一項を適用して解決した本判決には賛成できない。

四 二三八条を結合犯と解した場合には承継的共犯の処理が問題になる。⁽²⁰⁾ 自ら因果的な影響を及ぼしていないことについて責任を問われるべきではないから、関与前の他人の行為の「承継」ということは認められず、関与以降の行為が評価の対象となるべきである。⁽²¹⁾ 判例も、傷害罪に関する最決平成二四年一月六日刑集六六卷一〇号一二八二頁が、「共謀加担前に〔共犯者〕が既に生じさせていた傷害結果については、被告人の……行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の……暴行によって……傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」と判示している。もつとも、詐欺罪に関する最決平成二九年一月一日刑集七一巻一〇号五三五頁は、一定の範囲で、関与前の他人の行為の「承継」を認めている。この決定の是非は措くとして、事後強盜罪における暴行・脅迫は、先行する窃盜を「完遂する上でそれと

一体のものとして予定されていた」行為とはいえないから、かりに最高裁判成二九年決定の立場に照らし考えたとしても、暴行にのみ関与した者に、先行する窃取行為の「承継」を認めることはできないということになる。暴行にのみ関与した場合、原則として、事後強盗罪の共同正犯は認められず、せいぜい事後強盗罪の従犯にとどまるということになる。

もつとも、関与後の行為のみを評価の対象とした場合にも、その共犯者の問題の寄与が事後強盗全体のなかで一定程度以上の重要性をもつと評価される場合には事後強盗罪の共同正犯が認められることもありえよう。窃盗既遂犯人が財物の取還防止目的で暴行を加える類型において、その暴行により財物の占有が確保された場合がそのような場合といえよう。窃取行為により財物の事実に支配を（一応）獲得したものの、被害者に追跡されるなどその支配がいまだ不安定な状態にある場合に、追跡者に暴行を加えることにより財物の支配を確実なものにすることは、一項強盗⁽²²⁾または二項強盗⁽²³⁾と重なり合い、あるいは、少なくともそれに近似した「強盗としての実体」を有しているといえ、このような場合の財物を確保するための暴行にかかわった共犯者について、かかる関与後の行為のみを評価した場合も、事後強盗全体の事象のなかでその寄与を共同正犯と評価できるだけの重要性をもっていると認めることは、可能であろう。したがって、先行する窃盗が既遂に至った後、店員に追跡され、逮捕免脱のための暴行によってなお不安定な状態にあった財物の支配を確保しようとした本件事案の場合、事後強盗罪の共同正犯を認めた本判決は、その結論において、支持することができる。

五 本判決の結論が妥当であるとする、その結論を導くために承継的共犯に関する態度決定が必要となる結合犯

説よりも、二三八条を真正身分犯と解し、六五条一項を適用する処理の方が簡便な処理といえることができるかもしれない。しかし、真正身分犯説は、前で指摘したように、現行法の解釈として整合性のある説明が難しいことに加え、結論に関しても、窃盗未遂にとどまる場合にも事後強盗未遂罪の共同正犯を認めることになる点において、疑問といわざるをえない。

もつとも、本稿で検討してきた論点にかかわる判決の事案はすべて先行する窃盗が既遂の場合であり、本判決も、「窃盗犯人が財物を窃取した事実を知った上で、同人と共謀の上、……被害者に暴行を加え……たときは」としたうえで、六五条一項による処理しており、そこで、本判決の射程は、窃盗未遂の場合には及ばないと読むべきかもしれない。窃盗が未遂の場合にも判例が真正身分犯説の構成で事案を処理するといえるのかどうかは、断定できないように思われる。⁽²⁵⁾今後の判例の動向をなお注視する必要がある。

六 以上、検討してきたように、本判決は、その理論構成において支持できないとはいえず、学説が分かれている論点において、真正身分犯説に立った判断を示し、しかも、昭和六一年判決の判示は傍論ではないかとの指摘もなされてきただけに、判例の動向を分析するうえで、本判決の判断は注目してよいものと考えられる。

- (1) Xは、本文記載の事実のほか、約三時間半前の別の店舗でのフィギュア一個の窃取につき、窃盗罪で起訴されている。
- (2) Xを懲役三年執行猶予五年、累犯前科のあるYを懲役四年に処した。なお、X運転の自動車助手席に同乗していたZについては、一定の発言の事実を認定できず、共同正犯と認定できないとして無罪を言い渡した。

- (3) 本件の判例評釈として、成瀬幸典「判例批評」法学教室四五六号一六一頁(二〇一八年)。
- (4) これらの判決は、罪名と科刑の分離を認める点で、最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三号一七九頁、最決平成一七年七月四日刑集五九卷六号四〇三頁との関係でも問題となろう。
- (5) 中森喜彦「判例批評」判例評論三五三三七二頁(一九八八年)。また、本田稔「共犯と身分(3)」『刑法判例百選Ⅰ総論(第七版)』一八八頁(有斐閣、二〇一四年)など。
- (6) 参照、豊田兼彦「判例批評」愛知大学法学部法経論集一五七号一二八頁(二〇〇一年)。本判決について、只木誠「判例批評」判例評論五〇四号四一頁以下も参照。
- (7) なお、窃盗の時点では責任能力があったが、暴行の時点では心神耗弱の状態にあったという事案において、札幌地判平成二年四月二三日判タ七三七号二四二頁は、「事後強盗罪は窃盗犯人を身分とする犯罪類型で、実行行為は暴行、脅迫と解されるから」、「本件犯行全体について限定責任能力者として処断されるべきである」と判示している。
- (8) 佐伯仁志「事後強盗罪に関する覚書」『川端博先生古稀記念論文集(下巻)』一九一頁注二(成文堂、二〇一四年)。
- (9) 真正身分犯と解するのは、井田良「講義刑法学・総論(第二版)』五七三頁以下(有斐閣、二〇一八年)、佐久間修「刑法各論(第二版)』二〇三頁(成文堂、二〇一二年)、橋本正博「刑法各論』二二三頁以下(新世社、二〇一七年)、前田雅英「刑法各論講義(第六版)』二〇〇頁(東京大学出版会、二〇一五年)など。不真正身分犯と解するのは、大谷實「刑法講義各論(新版第四版補訂版)』二四二頁以下(成文堂、二〇一五年)、日高義博「刑法総論』五一八頁以下(成文堂、二〇一五年)、松宮孝明「刑法各論講義(第五版)』一三三頁以下(成文堂、二〇一八年)など。財物取還防止目的での暴行・脅迫の場合は違法身分であり、逮捕免脱・罪跡隠滅目的の場合には責任身分であるとするのは、佐伯仁志「事後強盗罪の共犯」研修六三二号一〇頁(二〇〇一年)、同「強盗罪(2)」法学教室三七〇号八七頁以下(二〇一一年)、曾根威彦「刑法各論(第五版)』一三四頁(弘文堂、二〇一二年)。
- (10) 伊東研祐「刑法講義各論』一七九頁(日本評論社、二〇一一年)、斎藤信治「刑法総論(第六版)』二八九頁(有斐閣、二〇〇八年)、島田聡一郎「事後強盗罪の共犯」現代刑事法四四号二〇頁以下(二〇〇二年)、高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」『理論刑法学の探究⑨』一八七頁(成文堂、二〇一六年)、高橋則夫「刑法各論(第三版)』二九二頁(成文堂、二〇一八年)、中森喜彦「刑法各論(第四版)』一二八頁(有斐閣、二〇一五年)、西田典之(橋爪隆補訂)「刑法各論(第七版)』一九七頁

以下(弘文堂、二〇一八年)、橋爪隆「事後強盗罪について」法学教室四三二号八二頁以下(二〇一六年)、松原芳博「刑法各論」二五四頁以下(日本評論社、二〇一六年)、山口厚「刑法各論(第二版)」二二三頁(有斐閣、二〇一〇年)、山中敬一「刑法各論(第三版)」三二五頁(成文堂、二〇一五年)など。なお、二三八条における「窃盗」は、身分であるとともに実行行為でもあると理解したうえで、六五条の適用は非身分者の行為と構成要件の結果との間の因果関係の存在を前提とすると解し、後行行為のみに関与した非身分者に六五条を適用することは許されず、承継的共犯の問題として解決すべきとするのは、十河太朗「身分犯の共犯」三五五頁以下(成文堂、二〇〇九年)。

(11) ほかに、小田直樹「事後強盗罪の共犯関係」刑法雜誌三八卷一〇三頁(一九九八年)は、「窃盗」は「窃盗の際」という行為状況規定に等しく、利欲目的が擬制される主体という限りでの「正犯限定」であると主張する。

(12) 最判昭和二七年九月二九日刑集六卷八号一〇八三頁。

(13) 身分犯説は、「何故、実行行為でない行為が主体に関する要件(窃盗犯人)によって犯罪の既遂・未遂が決まるのかという根本的疑問に逢着する」(曾根威彦「共犯と身分(3)」『刑法判例百選I総論(第四版)』一八九頁「有斐閣、一九九七年」)。実際に、身分犯説から、「身分犯と解すれば、理論的には、暴行・脅迫を実行行為と解さなければならない。二三八条の未遂・既遂を財物奪取の未遂・既遂に求める場合、「理論上の不整合の生ずることは避け難い」(岡野光雄「事後強盗罪」『刑法基本講座(第五卷)』一二二頁「法学書院、一九九三年」)と認める論者もいる。

(14) 身分犯説を採る佐久間・前掲注(9)二〇四頁注一七は、「窃盗の機会」における暴行・脅迫を問題にするのは「その意味で、純然たる身分犯でなく、結合犯という側面も否定できない」とする。

(15) 事後強盗罪における暴行・脅迫に関する近時の判例について、参照、瀬川行太「事後強盗罪における暴行の判断基準について」北大法学論集六六卷五号一九七頁以下(二〇一六年)、安井哲章「事後強盗罪の基本概念」法学新報一一三卷一・二号三六五頁以下(二〇〇六年)。

(16) 立法論的には二三八条後段は事後強盗罪から削除すべきだとしたうえで、佐伯・前掲注(9)法学教室三七〇号八八頁は、逮捕脱脱・罪跡隠滅目的での暴行・脅迫は「窃盗犯人だけでなく、他の犯罪者にも見られることであって、加重処罰の必要があれば、司法に対する罪として独立に規定すべきである」とし、松宮・前掲注(9)二三三頁は、「必要があれば、住居侵入を手段とする犯罪一般を対象とする、新たな加重類型を作った方がよいかもれない」とする。

- (17) 参照、内田文昭「判例批評」研修四九〇号七頁（一九八九年）、岡本勝「事後強盜罪に関する一考察」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法學の課題と展望』四〇二頁注一（成文堂、一九九六年）など。
- (18) 堀内捷三『刑法各論』一三四頁（有斐閣、二〇〇三年）。また、井田良『講義刑法学・各論』一三九頁注三〇（有斐閣、二〇一六年）。これに対して、窃盗未遂の場合に二三八条は成立しないと解するのは、金澤真理「財物奪取後の暴行・脅迫——事後強盜罪の構造——」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法學の現代的課題』三〇七頁以下（第一法規、二〇〇四年）。
- (19) 参照、井田・前掲注(9)総論五七四頁。
- (20) これに対して、身分犯説に立てば、暴行にのみ関与した者も、主体の点を除けば、事後強盜罪のすべての構成要件実現に同時に関与しており、「承継」は問題にならえない。
- (21) 承継の共犯に関して、参照、高橋直哉・前掲注(10)一五九頁以下、一七九頁以下。
- (22) 参照、最判昭和二四年二月一五日刑集三卷二号一六四頁。多数説はこの判例を支持するが、窃盜既遂後の一項強盜罪の成立可能性を疑問とするのは、西田・前掲注(10)一八四頁、山口・前掲注(10)二二二頁。
- (23) 町野朔『犯罪各論の現在』一四一頁以下（有斐閣、一九九六年）は、窃盜・詐欺など財物の所有権侵害を財産犯として処罰する以上、財物の所有権の一効果にすぎないその返還請求権の侵害を別個独立の財産犯として処罰すべきではないとする。同様に、辰井聡子「強盜罪の要件たる暴行脅迫(2)」『刑法判例百選II各論(第七版)』八一頁（有斐閣、二〇一四年）。もっとも、この見解も、返還請求権の侵害を「共罰的事後行為」と解するだけなので、後の行為が共罰的事後行為となる場合も、「財産犯は成立して」おり、「これに対する共犯は可能である」とする（町野・前掲一四三頁）。安廣文夫『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和六一年度)』三〇五頁以下（法曹会、一九八九年）も参照。
- (24) 本件では逃走の途中でフィギュアを車外に投げ落とし、最終的に財物を確保できなかったようである。
- (25) 前掲二で引用の新潟地判昭和四二年二月五日の事案も、窃盜既遂の事案であるが、窃取しようとしたタイヤの取付け中に発見され、逃走の際「同車が前記タイヤのパンクのため、走行中自然の蛇行を生じ」とあり、窃取したタイヤを保持したまま逃走していたのかははっきりしない。もっとも、この判決は、前述のように傷害罪の限度での科刑をしている。

（駒澤大学法学部教授）