

1 [令和6年]

2
3 以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

4
5 1 甲（20歳、男性）は、自宅から道のり約1キロメートルにあるX駅構内の居酒屋において、
6 某年7月1日午後7時から友人乙（20歳、男性）と飲食する約束をしていたため、同日午後6
7 時40分頃、自宅を出発した。

8 2 甲は、X駅に向かって人通りの少ない路上を歩いていたところ、同日午後6時45分頃、甲の
9 約10メートル前を歩いていたA（30歳、男性）がズボンの後ろポケットから携帯電話機を取り
10 出した際、同ポケットに入れていたコインケース（縦横の長さがそれぞれ約10センチメー
11 トルのもの。以下「本件ケース」という。）を路上（以下「第1現場」という。）に落としたことに
12 気付いた。

13 Aは、同日午後6時40分頃、仕事を終え、自己の携帯電話機及び本件ケースをズボンの後ろ
14 ポケットに入れて勤務先を出発し、X駅に向かっていたが、急いでいたため本件ケースを落とし
15 たことに気付かなかった。

16 甲は、本件ケースが自己の好みのものであったため、このままAが気付かなければ、本件ケー
17 スを自己のものにしようと考え、第1現場にとどまってAの様子を注視していたところ、Aが第
18 1現場の先にある交差点を右折し、同交差点付近の建物によりAの姿が隠れて見えなくなった
19 ことを確認した。

20 そのため、甲は、本件ケースを拾い上げて自己のズボンのポケットに入れ、再びX駅に向かっ
21 た。

22 甲が本件ケースを拾い上げたのは、Aが本件ケースを落としてから約1分後であった。

23 Aは、甲が本件ケースを拾い上げた時点で、第1現場から道のり約100メートルの地点にお
24 り、同地点と第1現場との間には建物があるため相互に見通すことができなかったが、同地点か
25 ら上記交差点方向に約20メートル戻れば第1現場を見通すことができた。

26 Aは、同日午後6時55分頃、第1現場から道のり約700メートルのX駅に到着し、間もな
27 く本件ケースを落としたことに気づき、勤務先からX駅までの道中で落としたのではないかと
28 考えて、本件ケースを探しながらX駅から第1現場を経由して勤務先まで戻ったが、本件ケー
29 スが見当たらなかったため、本件ケースを紛失した旨を警察官に届け出た。

30 3 甲は、上記居酒屋に徒歩で向かったところ、X駅まで道のり約500メートルのコンビニエン
31 スストア（以下「本件店舗」という。）前の歩道（以下「第2現場」という。）において、ガード
32 レールに沿って駐輪された3台の自転車のうちの1台（以下「本件自転車」という。）が新品に
33 近い状態である上に無施錠であることに気付いた。

34 本件店舗には専用の自転車置場がなかったが、第2現場は、自転車が駐輪できる相当程度のス
35 ペースがあり、事実上、本件店舗を含む付近店舗利用客の自転車置場として使用されていた。

36 本件自転車の所有者B（25歳、男性）は、本件店舗を利用してからX駅構内にある書店に立
37 ち寄って参考書を購入したいと考えていたものの、X駅付近にある有料自転車置場の料金を支
38 払うことが惜しくなった。

39 そのため、Bは、第2現場に本件自転車を駐輪したまま徒歩で上記書店に行き、同日午後8時
40 頃には本件自転車を取りに戻ろうと考え、同日午後6時15分頃、本件自転車を第2現場に駐輪
41 した。その際、Bは、本件自転車の施錠を失念した。Bは、本件店舗に立ち寄った後、同日午後
42 6時20分頃、第2現場に本件自転車を駐輪したまま上記書店に向かった。

43 甲は、本件自転車が本件店舗を含む付近店舗の利用客が駐輪したものであると考えたが、上記
44 居酒屋まで歩くことが面倒になり、本件自転車を足代わりにして乗り捨てようと考え、同日午後

45 6時50分頃、本件自転車を持ち去った。

46 Bは、甲が本件自転車を持ち去った時点で上記書店におり、同日午後8時頃、第2現場に戻っ
47 たが、本件自転車が見当たらなかったため、本件自転車が盗まれたと考え、その旨を警察官に届
48 け出た。

49 4 甲は、上記居酒屋に向かっていた際、自己の携帯電話機を操作しながら本件自転車を運転して
50 いたため、甲の前方を歩いていたC（30歳、男性）の存在に気付かず、Cに接触しそうになっ
51 た。甲は、Cから「気を付けろよ。」と注意されたことで逆上し、本件自転車から降り、同日午
52 後6時55分頃、Cの顔面を拳で数回殴った上、Cの腹部を足で数回蹴った。

53 甲は、ちょうどその場に乙が通り掛かったことから、乙に対し、「こいつが俺に説教してきた
54 から痛め付けてやった。お前も一緒に痛め付けてくれ。」と言った。

55 乙は、Cの顔面が腫れていた上、Cがうなだれて意気消沈している様子であったことから、甲
56 の言うとおりに、甲がCに暴行を加えたと認識した。

57 乙は、勤務先から解雇されたばかりでストレスがたまっていた上、Cが逃げたり抵抗したりす
58 る様子がなかったことから、この状況を積極的に利用してCに暴行を加え、ストレスを解消した
59 いと考え、甲に対し、「分かった。やってやる。」と言って、同日午後7時頃、Cの頭部を拳で数
60 回殴った上、Cの腹部を足で数回蹴った。

61 甲は、乙がCに暴行を加えている間、その様子を間近で見っていたが、乙と共にCに暴行を加え
62 ることはなかった。

63 甲及び乙は、気が済んだため、その場にCを残し、本件自転車を乗り捨てて上記居酒屋に徒歩
64 で向かった。

65 Cは、甲から顔面を殴られたことにより全治約1週間を要する顔面打撲の傷害を負った。

66 Cは、乙から頭部を殴られたことにより全治約2週間を要する頭部打撲の傷害を負った。

67 Cは、全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害を負ったが、同傷害は、甲がCの腹部を蹴った
68 暴行から生じたのか、乙がCの腹部を蹴った暴行から生じたのかは不明であったものの、甲の同
69 暴行及び乙の同暴行は、いずれも同傷害を生じさせ得る危険性があった。

[解説]

本事例前段

本事例前段は、甲が路上を歩いていた際、前方を歩いていたAが落としたコインケースを拾い上げて領得した上、コンビニエンスストア前の歩道にBが駐輪した自転車を乗り去って領得した事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。各領得行為の時点でA及びBそれぞれに各財物に対する占有が認められれば、甲に窃盗罪が成立し得るため、占有の有無に関する判断基準を示した上で、事実関係を的確に分析してA及びBそれぞれの占有の有無を検討する必要がある。その上で窃盗罪又は占有離脱物横領罪の成否を論じることになろう。(出題趣旨)

1. ①甲が、Aが路上に落とした本件ケースを拾い上げて自己のズボンのポケットに入れた行為(問題文20～21行目)と、②甲が、Bが施錠を失念したまま第2現場に駐輪した本件自転車を持ち去った行為(問題文44～45行目)について、窃盗罪(刑法235条)の成否が問題となる。
- いずれにおいても、占有の有無が争点となる。

2. 窃盗罪における他人の占有

「窃取」の対象である「財物」は他人が占有するものである。

窃盗罪における占有は、財物に対する事実的支配を意味し、これは、領得行為の時点を基準として、財物に対する客観的支配と支配意思を総合して社会通念に従って判断される。¹⁾

財物に対する客観的支配と支配意思に関する考慮要素は、次のとおりである。

① 財物自体の特性

財物の大小、形状、重さ、移動の容易性などに着目する。例えば、財物が小さくて軽く、移動が容易なのであれば、その分だけ、占有を否定する方向で評価される。

② 財物の置かれた場所的状况

容易に人が出入りできない場所や発見しにくい場所であれば、その分だけ、占有を肯定する方向で評価される。

③ 時間的・場所的接性

③は、被害者が財物をその場所に置いた時点から行為者が財物を領得した時点までの時間的間隔、行為者が財物を領得した時点における被害者と財物との間の場所的間隔を意味する。これらが近接していれば、その分だけ、占有を肯定する方向で評価される。

時間的・場所的な関係から、財物の置き忘れに気づき(置き忘れ事例における表現)、それによって現実的支配を回復する可能性が高いこと(他

基礎応用 258 頁 [論点 5]、論証集

123 頁 [論点 5]

¹⁾ 財物に対する事実的支配たる占有は、直接的な事実的支配がある場合(被害者が財物を握持している場合、財物が閉鎖された被害者の支配領域内に存在する場合)から、支配の事実的可能性がある場合まで拡張されてきた。前者の場合には、支配意思が当然に存在するか、あるいは支配意思を問題とすることなく客観的支配だけを根拠として占有を認めることができるのに対し、後者の場合には、客観的支配を補完するものとして支配意思(他人による取得を排除し、財物に対する支配を確保する意思)が必要である。この意味において、支配意思には、後者の場合において客観的支配を補完するという意義がある(山口各論 178 頁)。

者による妨害を排除して財物を確保する可能性)が占有を基礎づける。

場所的間隔についていえば、行為者が財物を領得した時点において、その財物が被害者において短時間で現実的支配を及ぼし得る場所的範囲にあったかが重要である。

④ 財物の置かれた場所の見通し状況

被害者からの見通しが悪い状況にある場合、被害者が置き忘れに気づくなどしても直ちに財物に対する現実的支配を回復することが困難であるため、占有を否定する方向で評価される。

⑤ 被害者の認識・行動

被害者が意図的にその場所に財物を置いた場合には、財物に対する現実的支配を回復することが容易であるから、占有を肯定する方向で評価される。

これに対し、被害者が財物を置き忘れた場合（及び意図的にその場所に置いた後にどこに置いたのかを失念した場合）には、被害者が財物の現実的支配を回復しようとしても速やかにそれを行うことが極めて困難であるため、占有を否定する方向で評価される。

判例は、犯人が被害者が公園のベンチに置き忘れたポシェットを持ち去った事案において、「以上のとおり、被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者がこれを置き忘れてベンチから約 27mしか離れていない場所まで歩いて行った時点であったことなど本件の事実関係の下では、その時点において、被害者が本件ポシェットのことを一時的に失念したまま現場から立ち去りつつあったことを考慮しても、被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、被告人の本件領得行為は窃盗罪に当たるといふべきである…」として、被害者の占有を認めている。

最決 H16.8.25・百II28

3. その他の要件

他人の占有以外の要件としては、窃盗罪の故意（38条1項本文）と不法領得の意思が問題となり得る。

他人の占有が認められても、行為者が他人の占有を基礎付ける事実を認識していなければ、他人の占有に属する財物の認識を欠くことになり、窃盗罪の故意は認められず、占有離脱物横領罪（254条）の認識で窃盗罪を実現したことになり、抽象的事実の錯誤に関する判例の立場・通説からは、占有離脱物横領罪が成立することとなる。

不法領得の意思では、②の行為について、「本件自転車を手代わりにして乗り捨てようと考え」（問題文44行目）とあるため、一時使用における権利者排除意思の肯否が問題となる。もっとも、本問では、問題の性質と紙面の都合から、権利者排除意思に関する論点には言及していない。

基礎応用 265頁 [論点10]、論証集

126頁 [論点10]

本事例後段

本事例後段は、甲がCに暴行を加えたことによりCに顔面打撲の傷害を負わせ、甲と暴行の共謀を遂げた乙がCに暴行を加えたことによりCに頭部打撲の傷害を負わせ、さらに、同共謀前に甲が加えた暴行又は同共謀を遂げた乙が加えた暴行によりCに肋骨骨折の傷害を負わせた事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。その際、共謀の前後における甲及び乙それぞれの行為と各傷害結果との関係についての的確に分析した上で、甲については各傷害結果が帰属されることについて検討する必要がある。乙については承継的共同正犯の成否を検討する必要がある、承継的共同正犯を否定した場合には中途共謀事案における刑法第207条（同時傷害の特例）の適用の可否について検討する必要がある。（出題趣旨）

1. 「Cは、甲から顔面を殴られたことにより全治約1週間を要する顔面打撲の傷害を負った。」（問題文65行目）

「人の身体を傷害した」（204条）とは、暴行その他の行為により人の生理機能を障害したことをいう。

甲は、「Cの顔面を拳で数回殴った」（問題文52行目）という暴行により、Cに「全治約1週間を要する顔面打撲の傷害」（問題文65行目）を負わせているから、「人の身体を傷害した者」に当たる。

甲には、その暴行の態様からして少なくとも暴行の故意（38条1項本文）は認められるから、暴行罪（208条）の結果的加重犯としての傷害罪が成立する。

2. 「Cは、乙から頭部を殴られたことにより全治約2週間を要する頭部打撲の傷害を負った。」（問題文66行目）

「共同して犯罪を実行した」（60条）とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

甲は、乙に対し、「こいつが俺に説教してきたから痛め付けてやった。お前も一緒に痛め付けてくれ。」と言い（問題文53～54行目）、乙は、甲に対し、「分かった。やってやる。」と言っており（問題文59行目）、これにより、甲と乙の間でCに対して暴行を加えることを内容とする共謀が成立したといえる。

乙は、上記の共謀に基づき、「Cの頭部を拳で数回殴った」（問題文59～60行目）という暴行を行い、これによりCは「全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負った」（問題文66行目）のだから、甲と乙には、傷害罪の共同正犯が成立する。

なお、甲乙間に成立する共謀を「暴行」に関するものとして認めるにとどまる場合には、理論上、結果的加重犯の共同正犯の肯否も問題となるが、問題の性質上、簡潔な論述にとどめるべきである（模範答案では、紙面の都合上、言及していない。）。

3. 「Cは、全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害を負ったが、同傷害は、甲がCの腹部を蹴った暴行から生じたのか、乙がCの腹部を蹴った暴行から生じたのかは不明であったものの、甲の同暴行及び乙の同暴行は、いずれも同傷害を

生じさせ得る危険性があった。」(問題文 67～69 行目)

…暴行の共謀…前に甲が加えた暴行又は同共謀を遂げた乙が加えた暴行によりCに肋骨骨折の傷害を負わせた事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。その際、…甲及び乙それぞれの行為と…傷害結果との関係についての的確に分析した上で、甲については…傷害結果が帰属されることについて検討する必要がある。乙については承継的共同正犯の成否を検討する必要があり、承継的共同正犯を否定した場合には中途共謀事案における刑法第207条(同時傷害の特例)の適用の可否について検討する必要がある。(出題趣旨)

(1) 甲の罪責

甲については、「疑わしきは被告人の利益」の原則(以下「利益原則」という。)である同時傷害の特例(207条)を適用することなく、傷害罪(204条)の成立を認めることができる。

「全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害」(以下、「本件傷害」という。)が「甲がCの腹部を蹴った暴行」から生じていた場合には、問題なく、傷害罪として甲に本件傷害を帰責することができる。

本件傷害が「乙がCの腹部を蹴った暴行」から生じていた場合には、甲乙間における暴行の共謀に基づいて行われた乙の暴行により本件傷害が生じているのだから、甲と乙には傷害罪の共同正犯が成立し、これにより本件傷害が甲に帰責されることとなる。

このように、本件傷害が上記暴行のどちらによって生じた場合でも本件傷害を甲に帰責することができる以上、甲がCに本件傷害を負わせたことには疑いはないから、利益原則に反することなく、甲について傷害罪の成立を認めることができる。

(2) 乙の罪責

ア. 同時傷害の特例を適用する必要性

乙についても、本件傷害が上記のどちらによって生じた場合でも本件傷害を乙に帰責できるのであれば、利益原則に反することなく、傷害罪の成立を認めることができる。

本件傷害が「乙がCの腹部を蹴った暴行」から生じていた場合には、乙には傷害罪の共同正犯が成立し、これにより本件傷害が乙に帰責される。

問題は、本件傷害が乙が共謀加担する前における「甲がCの腹部を蹴った暴行」から生じていた場合である。この場合において、本件傷害について乙が共同正犯として責任を負うというためには、承継的共同正犯を認める必要がある。

承継的共同正犯については、①完全犯罪共同説の立場から全面的に肯定する見解(全面肯定説)、②因果共犯論の立場から全面的に否定する見解(全面否定説)、③一定の範囲で肯定するにとどまる中間説がある。③中間説には、⑦後行者が先行者の行為及びこれにより生じた結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合に実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない)の範囲で承継的共同正犯の成立を認める見解と、④後行者の関

基礎応用 58 頁 [論点 9]、論証集 32 頁 [論点 9]、最決 S61.6.9・百 1 43

基礎応用 139 頁 [論点 6]、論証集 65 頁 [論点 6]

与行為（共謀及びそれに基づく行為）が構成要件的结果に対して因果性を有する限りにおいて承継的共同正犯の成立を認める見解がある。平成 24 年最決は、④の立場である。

最決 H24.11.6・百 1 81

本件傷害が乙が共謀加担する前における「甲が C の腹部を蹴った暴行」から生じていた場合、因果性の遡及が認められない以上、乙は本件傷害に対して因果性を及ぼしたとはいえない。したがって、④の立場からは、承継的共同正犯の成立は認められない。

そうすると、乙が本件傷害を生じさせたのが疑わしいままだから、乙に傷害罪の成立を認めることは利益原則に反する。

イ. 同時傷害の特例の適用の可否

本問のように承継的共同正犯が問題となる事案では、少なくとも先行者には傷害罪が成立するから、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないとき」又は「共同して実行したものではなくても」という要件との関係で、207 条の適用の可否が問題となる。

基礎応用 217 頁 [論点 5]、論証集

102 頁 [論点 5]

確かに、207 条について傷害結果の責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例と理解するならば、少なくとも先行者が傷害結果について責任を負うことになる承継的共同正犯の事案にまで同条を適用すべきではない。

しかし、207 条については、共犯類似の事案における傷害原因たる暴行の特定困難に対処するための特例と理解するべきである。

また、承継的共同正犯の事案について同条の適用を否定すると、共謀がない事案には同条が適用されることとの均衡を欠く。

そこで、承継的共同正犯の事案にも 207 条を適用できると解する。

判例は、⑦同時傷害の特例の趣旨について「同時傷害の特例を定めた刑法 207 条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。」と解した上で、④「刑法 207 条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときとの均衡も失するというべきである。」との理由から、承継的共同正犯が問題となる事案についても 207 条が適用されると解している。

最決 R2.9.30・R2 重判 4

以上より、207 条の「暴行」と「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、…その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」という要件も満たせば、同時傷害の特例により乙の暴行と C の傷害との間の因果関係が推定され、乙にも傷害罪が成立する。

[模範答案]

1 第1. 本事例前段

2 1. 甲が、Aが路上に落とした「他人の」本件ケースを拾い上げて自己のズボンのポケットに入れた行
3 為には、窃盗罪（刑法235条）が成立するか。

4 (1)「窃取」の対象である「財物」は他人が占有するものであることを要するところ、甲が本件ケース
5 を拾い上げた時点で本件ケースにAの占有が認められるかが問題となる。

6 窃盗罪における占有とは、財物に対する事実的支配であり、これは、領得行為の時点に基づきとし
7 て、財物に対する客観的支配と支配意思を総合して社会通念に従って判断される。

8 確かに、Aは、本件ポシェットを敢えて第1現場に置いてその場を離れたのではなく、本件ケー
9 スを第1現場に落としており、そのことに気が付かないまま第1現場を離れているのだから、本件
10 ケースに対してAの支配意思が強く及んでいたといえない。Aは、午後6時55分頃、本件ケー
11 スを落としたことに気が付いているが、これは甲が本件ケースを領得した後のことであるから、この
12 事情をもって領得行為時において本件ケースに対してAの支配意思が強く及んでいたとはいえな
13 い。そうすると、本件ケースに対するVの占有は認められないとも思える。

14 しかし、甲が本件ケースを拾い上げた時点では、Aが本件ケースを落としてから約1分しか経過
15 しておらず、かつ、Aは第1現場から約100メートルしか離れていない地点にいた。また、Aの地
16 点から第1現場との間には建物があるため相互に見通すことができなかったが、その地点から交差
17 点方向に約20メートル戻れば第1現場を見通すことができる状況にあった。そうすると、甲が本
18 件ケースを拾い上げた時点では、Aが本件ケースを落としたことに気が付き、直ちにその場に戻る
19 ことで他者による妨害を排除して短時間のうちに本件ケースに対する現実的支配を回復する可能性
20 が高い状況であったといえるから、本件ケースにはAの客観的支配が強く及んでいたといえる。

21 したがって、甲が本件ケースを拾い上げた時点では、本件ケースにはAの占有があったといえ、
22 本件ケースは他人の占有に属する「財物」として窃盗罪の客体になる。

- 1 (2) 甲は、本件ケースを拾い上げて自己のズボンのポケットに入れることにより、「窃取」した。
- 2 (3) 甲は、Aが本件ケースを第1現場に落としたことを認識しているため、本件ケースがAの所有に
3 属することを認識している。また、甲は、上記認識に加えて、Aが本件ケースを落としてから「窃
4 取」行為までの時間的・場所的間隔の狭さなども認識しているため、「窃取」行為時に本件ケースに
5 対してVの占有が及んでいたことも認識している。そうすると、甲には、他人の占有・所有に属す
6 る財物を窃取することの認識があるから、窃盗罪の故意（38条1項本文）が認められる。
- 7 (4) 甲は、本件ケースが自己の好みであったため、本件ケースを自己のものにしようと考えていたの
8 だから、権利者排除意思・利用処分意思を内容とする不法領得の意思も認められる。
- 9 (5) 以上より、甲にはAに対する窃盗罪が成立する。
- 10 2. 甲が、Bが施錠を失念したまま第2現場に駐輪した「他人の」本件自転車を持ち去った行為には、
11 窃盗罪（235条）が成立するか。
- 12 (1) 甲が本件自転車に乗った時点で、本件自転車にはBの占有が認められるかが問題となる。
- 13 第2現場は本件店舗前の歩道であり、本件店舗には専用の自転車置場がなかったが、第2現場は、
14 自転車が駐輪できる相当程度のスペースがあり、事実上、本件店舗を含む付近店舗利用客の自転車
15 置場として使用されていた。そうすると、第2現場は、事実上の自転車置場としての利用実態に鑑
16 み、そこに駐輪されている自転車を他人が乗り去ることが容易である場所であったとはいえない。
- 17 そのため、Bが本件自転車を駐輪した午後6時15分頃から甲が本件自転車を持ち去った午後6時
18 50分までの間に、35分ほどの時間的間隔があることや、無施錠の自転車は他人が乗り去ることで
19 その場から短時間で離れ、被害者による現実的支配の回復を困難にすることが容易な財物であるこ
20 となどを踏まえても、本件自転車には相当程度の客観的支配が及んでいたといえる。
- 21 また、Bは、本件自転車を第2現場に駐輪する際に、施錠を失念しているものの、午後6時15
22 分頃に駐輪してから徒歩で書店に行き、午後8時頃には本件自転車を取りに戻ろうと考えていたの

1 であるから、本件自動車に対して及んでいる B の支配意思は弱くはない。

2 したがって、甲が本件自転車に乗った時点では、本件自転車には B の占有があったといえ、本件
3 自転車は他人の占有に属する「財物」として窃盗罪の客体になる。

4 (2) 甲は、本件自転車を持ち去ることで「窃取」した。

5 (3) 甲は、本件自転車が本件店舗を含む付近店舗の利用客が駐輪したものであると考えていたため、
6 本件自転車が B の所有及び占有に属することを認識しているといえ、窃盗罪の故意が認められる。

7 (4) 甲は、本件自転車を足代わりにして乗り捨てようと考えていたのだから、不法領得の意思もある。

8 (5) 以上より、甲には B に対する窃盗罪が成立する。

9 第2. 本事例後段

10 1. 甲は、C の顔面を拳で数回殴るという暴行により、C に全治約1週間を要する顔面打撲の傷害を負
11 わせているから、「人の身体を傷害した者」(204条)に当たる。

12 甲には、その暴行の態様からして少なくとも暴行の故意(38条1項本文)は認められるから、暴行
13 罪(208条)の結果的加重犯としての傷害罪が成立する。

14 2. 「共同して犯罪を実行した」(60条)とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

15 甲が、乙に対し「お前も一緒に痛め付けてくれ。」と言ひ、乙が、甲に対し「分かった。やってやる。」
16 と言ったことにより、両者間で C に対して暴行を加えることを内容とする共謀が成立したといえる。

17 乙は、上記の共謀に基づき、C の頭部を拳で数回殴り、これにより C は全治約2週間を要する顔面
18 打撲の傷害を負ったのだから、甲と乙には、傷害罪の共同正犯(60条、204条)が成立する。

19 3. 全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害(以下「本件傷害」という。)については、甲と乙の罪責を
20 分けて論じる。

21 (1) 甲の罪責

22 本件傷害が甲が C の腹部を蹴った暴行から生じていた場合には、甲に傷害罪が成立する。また、

1 本件傷害が乙が C の腹部を蹴った暴行から生じていた場合には、甲乙間における暴行の共謀に基づ
2 いて行われた乙の暴行により本件傷害が生じているのだから、甲と乙には傷害罪の共同正犯が成立
3 する。このように、本件傷害が上記暴行のどちらによって生じた場合でも本件傷害を甲に帰責する
4 ことができる以上、甲が C に本件傷害を負わせたことには疑いはないから、利益原則に反すること
5 なく、甲について傷害罪の成立を認めることができる。

6 (2) 乙の罪責

7 ア. 本件傷害が乙が C の腹部を蹴った暴行から生じていた場合には、乙には傷害罪の共同正犯が成
8 立する。他方で、本件傷害が乙が共謀加担する前における甲が C の腹部を蹴った暴行から生じて
9 いた場合には、本件傷害を乙に帰責するためには、承継的共同正犯を認める必要がある。

10 共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起であるところ、関与前の事実に対して因果
11 性が遡及することはあり得ないから、承継的共同正犯は全面的に認められないと解する。

12 そうすると、乙には承継的共同正犯は成立せず、乙が本件傷害を生じさせたのが疑わしいま
13 まだから、乙に傷害罪の成立を認めることは利益原則に反する。

14 イ. では、利益原則の例外規定である 207 条により傷害罪の成立を認めることができるか。

15 (ア) 207 条は共犯類似の事案における傷害原因たる暴行の特定困難に対処するための特例と理解
16 するべきであるし、共謀がない事案には同条が適用されることとの均衡を保つ必要もあるから、
17 承継的共同正犯の事案にも同条を適用できると解する。

18 したがって、本事例も「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、…その傷害を
19 生じさせた者を知ることができないとき」にも当たり、乙にも 207 条が適用される。

20 (イ) 甲の暴行及び乙の暴行は、いずれも本件傷害を生じさせ得る危険性のあるものであり、かつ、
21 機会の同一性もあるから、同条の「暴行」に当たる。

22 (ウ) 以上より、乙には傷害罪が成立する。 以上

参考文献

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第5版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」4訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)