

2018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
刑法

第1 解説

刑法総論・刑法各論に関する複数の論点を含む事例問題を出題した。刑法総論では刑事未成年者を利用した侵入盗の共犯の成否、共謀の射程、共犯の錯誤等が、刑法各論では1項強盗罪と2項強盗罪の成否、及び強盗致傷罪の成否等が問題となる。

1 甲の罪責

(1) 犯罪の成否

甲は、被害者Bが所有する貴金属類や現金及び預金通帳等を盗み出す目的で、留守中のB宅への侵入盗を計画し、長男の乙(13歳)を利用して実行に及んだ。まず、乙は、犯行当時13歳であるので、刑事未成年者として処罰されないが(刑41条)、構成要件該当行為は実行可能であり、共犯も構成しうるが、この点は後述する。

乙は、甲から具体的に指示されたこととは異なり、Bを脅して現金等を強取したうえ、階段から突き落とす犯行に及び、目的物の盗み出しを行っている。そこで、問われるべき犯罪の成否は、B宅への住居侵入罪(刑130条)、現金等につき1項強盗罪(刑236条1項)、暗証番号聞き出しにつき2項強盗罪(同2項)Bの突き落としにつき強盗致傷罪(刑240条)が問題となる。しかし、甲は、乙がB宅侵入後実行した行為内容が当初の計画と異なることから、共謀の射程がどこまで及ぶかが問われる。

(2) 共謀共同正犯

刑法41条は、「14歳に満たない者の行為は、罰しない。」と規定し、14歳未満の者を一律に刑事責任無能力者として不可罰としている。13歳の乙は、刑事未成年者であるため処罰されないが、14歳に満たない者でも是非善悪の弁別しこれに従い行動する能力が欠けるわけではないが、人格の可塑性に鑑み、政策的に不処罰としている。判例は、共犯の従属性の議論につき、かつて極端従属性説を採用していたことから、刑事未成年者を利用した犯罪は、是非善悪の弁別能力を欠いた10歳未満の年少者を利用した窃盗事案(大判明治37・12・20刑録10輯2415頁)、12歳の養女を意思を抑圧し賽銭泥棒させた事案につき、窃盗罪の間接正犯を認めた(最決昭和58・9・21刑集37巻7号1070頁)。しかし、この決定で最高裁は、「是非善悪の判断能力を有するものであったとしても」とすることにより、刑事未成年者でも是非善悪の弁別能力がありうることから、教唆犯の成立可能性も示唆していた。

ところで、本問事案は、甲の乙に対する侵入盗の指示命令が乙の意思を抑圧するタイプでないから間接正犯ではなく、甲の領得意思が強く出ていることから教唆犯でもない。甲は、乙に侵入盗の具体的指示をしているが、乙は侵入後、被害者在宅という予定とは異なる事態について対処して、臨機応変に対処して本件強盗を遂行した。そして、強取した金品等は甲

が領得し処分している。これは、支配型の共謀共同正犯の形態にあてはまる。最決平成13・10・12刑集55巻6号519頁は、本問と類似の事案について12歳児との窃盗罪の共謀共同正犯の成立を肯定している。甲と乙は、事前に甲が乙に犯行計画を具体的に指示する形で謀議し、共同実行の意思と正犯意思とが認められるであろう。

(3) 住居侵入罪の成否

乙が甲の指示により窃盗目的で実行したB宅への侵入は、管理権者Bの意思に反する立ち入りであるので住居侵入罪が成立することは明らかである。ここでは、乙が実際に侵入し、甲が見張りをしていた事実から、甲が本罪の共同正犯か幫助犯かが一応問題となるようにみえるが、B宅への侵入は共謀した犯行の一環であり、甲には住居侵入罪(刑130条)の共同正犯が成立する。

(4) 共謀の射程と共犯の錯誤

乙は、Bは不在と思って侵入したところ在宅していたため、不法領得の意思でBを脅し反抗を抑圧して金員等を強取した行為につき1項強盗罪(刑236条1項)が成立する。また、乙が脅して強取したキャッシュカードの暗証番号も聞き出した行為は、預貯金それ自体を取得するわけではないが、同カードと暗証番号によりATM機から預貯金の払戻しを受けうる地位という財産上の利益を得たものといえるから2項強盗罪が成立する(東京高判平成21・11・16判タ1337号280頁)。1項と2項の強盗罪が同一機会に犯されているため、包括して強盗1罪となる。その後、乙は、Bに騒がれたり警察に通報されたりしないよう、2階の階段上から階下へBを突き落とし、傷害を負わせた。この行為は、強盗致傷罪(刑240条)を構成するか。本罪が成立するためには、傷害結果が「強盗の機会」に行われた原因行為から生じたことが必要である。判例は、「強盗の機会」か否かを、原因行為と強盗行為との時間的・場所的接性、被害者の同一性、犯行意図の継続性等を総合的に判断し、「新たな決意に基づく別の機会」といえる場合は「強盗の機会」は否定されている(最判昭和23・3・9刑集2巻3号140頁)。Bの金員等に対する1個の強盗罪に係るBの身体に対する致傷結果であるから、強盗致傷罪が成立し、強盗罪とは法条競合となる。ただし、乙は、有責性を欠くから、本罪は成立しない。

問題は、甲の罪責について、乙が実行した強盗致傷結果は共謀の射程内にあるかである。甲は、乙とB宅への侵入窃盗を事前共謀したのであり、Bの在宅は想定外であり、乙がBから金員等を強取した後傷害を負わせた事実も認識していなかった。これは、共同実行の意思を超えた実行であるので共同正犯の過剰の一類型であるが、乙の強盗及び強盗致傷が「当初の共同実行と一連一体の行為」と解しうるかどうか(最判平成6・12・6刑集48巻8号280頁)により判断すると、乙は、甲の当初の指示内容と相違しそれを超えた行為に及んでいるといえる。したがって、共同正犯の錯誤の問題として、甲は、重なり合う窃盗罪の範囲内で共同正犯の故意責任が認められることになる。

(5) 不可罰的事後行為

甲が、乙が盗んできた預金通帳、銀行印、キャッシュカード及び貴金属類を自宅の縁の下

にケースに入れ隠匿した。これら盗品について本犯者が隠匿したり毀棄したりする行為の処罰規定はない。その理由は、本犯が既に実行した窃盗罪により、その後の毀棄、売却等の当罰的な行為が織り込み済みであるため、本犯で評価されているからである。

(6) 結論

甲には、①住居侵入罪と②窃盗罪の共謀共同正犯が成立し、両罪は牽連犯の関係になる。乙には、刑事未成年を理由に犯罪は成立しない。

第2 評価のポイント

問題のレベルは、法学部の期末試験程度であり、刑法の基本的理解力と基本的知識があれば、最新判例や学説を知らなくても、容易に解答しうるであろう。

解答に際しては、具体的な事実関係の中から、犯罪を構成しそうな行為を取り上げ、犯罪の成立要件を掲げ、構成要件該当性を明らかにする必要がある。その上で、違法性阻却事由や責任阻却事由があればその検討を行う。さらに共犯が絡む場合には、共謀共同正犯、承継的共同正犯等の構成要件的评价と、違法・責任評価の相違などにも留意する必要がある。本問においても、乙は刑法41条の適用により刑事未成年であり犯罪は成立しないが、各則規定の犯罪構成要件該当性と違法性は満たしうるから、刑事未成年を利用した場合に共同正犯が成立しうることは、上掲最決平成13年を知らなくても解答しうるはずである。