

予備試験

令和4年予備試験
論文式試験分析会
刑法 講師レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 229034

LU22903

<分析例>

〔設問1〕

第1 C店（店長B）に対する窃盗未遂罪（243条，235条）の間接正犯の成否

1 大型スーパーマーケットC店の陳列棚に置かれていた高級ブドウ（1房3000円，以下、「本件ブドウ」という。）は同店（店長B）の管理に係る商品であるから「他人の財物」に当たる。

2 「窃取」

(1) 実行行為性 参考判例1・2

甲は、Y（6歳）に対し、「ブドウを持ってきて。」等と言って本件ブドウの持ち出しを指示したことから、本罪の実行行為者として処断すべきか否かについて検討する。

ア 他人の行為について、自己の犯罪を実現する意思（正犯意思）をもって、自らの犯罪の道具として一方的に利用・支配した場合は、実質的に自ら実行行為を行った場合（直接正犯）と同視できることから、他人の行為を利用した者は実行行為者として処断されるべきである（間接正犯）。上記の行為支配性（被利用者の道具性）を判断するにあたっては、利用者による暴行・脅迫等の程度に加え、指示命令した犯罪の内容及び性質、被利用者の判断及び行動の自主性・独立性等の事情を考慮し、被利用者の意思の抑圧の程度を実質的に判断すべきである。

イ 甲は、本件ブドウが高額であったことから買わずに店を出た上で、Yにこれを万引きさせようと考えたものであるから、自己の犯罪を実現する意思が認められる。

他方、Yは事理弁識能力が十分とはいえない6歳の刑事未成年者であるところ、直ちに甲から危害を加えられるような状態ではなかったとしても、同人の年齢からいけば、母親である甲から「いいから早く行きなさい。」と強い口調で言われれば恐怖心を抱いてその命令に逆らえないのも無理かならぬものがあるというべきである。その上で、Yは店の陳列棚から本件ブドウを持ち出して店の前に待機している甲のところまで持ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだ

けにかえてこれに抵抗して甲の支配から逃れることが困難であったといえる。実際、Yの行動も、甲から渡された買物袋を持って1人でC店に入った上で約10分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出たに過ぎず、甲の指示に従ってとっさに機械的に動いただけで、かつY自身に自己が利得しようとする意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったと認められる。

そうすると、甲は、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか6歳の子供を利用して自己の犯罪行為を行ったものというべきであり、本罪の実行行為者として処断すべきである。

(2) 実行の着手 **参考判例3**

もっとも、上述のとおり、結局、Yは何もとらずに店を出たことから、甲が本罪の「実行に着手」（43条本文）したものと認められるか否かについて検討する。

ア 未遂罪の処罰根拠は、法益侵害を惹起する客観的危険性にあることからすれば、「犯罪の実行に着手」とは、法益侵害の実現に至る客観的危険性を含む行為が開始されることをいうと解すべきところ、本件のような間接正犯においては、利用者の行為が法益侵害の客観的危険を惹起した時に実行の着手を肯定すべきである。

イ 本件において、YはC店内において果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出たものであり、本件ブドウへの接近、物色等の行為は何ら行われなかったのであるから、およそ窃盗に至る客観的な危険性が惹起されたものとは評価できない。したがって、甲が本罪の「実行に着手」したものと認められない。

3 以上より、本罪は成立しない。

第2 C店に対する窃盗罪（235条）の成否

1 C店（店長B）の管理に係る商品であるステーキ用牛肉（1パック3000円、以下、「本件牛肉」という。）5パック及び写真集（販売価格3000円、以下、「本件写真集」という。）は「他人の財物」に当たる。

2 Xを利用した間接正犯の成否 参考判例4

甲が、X（13歳）に対し、「C店においしそうなステーキ用の牛肉があったから、とってきてよ。」等と言って本件牛肉の窃取（以下、「本件犯行」という。）を指示したところ、Xは「万引きなんて嫌だよ。」等と言って一旦はこれを断ったものの、甲が「あのスーパーは監視が甘いから見付からないよ。見付かっても、あんたは足が速いから大丈夫。」等と言って説得すると、Xは、渋々これに応じることとした。かかる経緯からすれば、Xは刑事未成年者であるとはいえ、同人には相応の是非弁別の能力があり、甲の指示はXの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Xは自らの意思により本件犯行の実行を決意したものと認められる。

また、Xは、甲から本件牛肉2パックのみの窃取を指示されていたものであるが、実際には犯行現場であるC店の精肉コーナーにおいて、どうせなら多い方がいいだろうと考えて5パックを手に取り、誰にも見られていないことを確認した上で持参したエコバッグに入れた後、さらに同店の雑誌コーナーに自己の好きなアイドルの写真集を見付けてにわかにこれが欲しくなり、本件写真集1冊を手を取ったまま、いずれも精算することなく店外に持ち出している。

そうすると、Xには本件犯行における判断及び行為の独立性ないし自主性が認められ、犯行現場で臨機応変に対処して本件犯行を完遂したことは明らかである。

以上の事情に照らすと、甲がXの行為を一方的に支配・利用して自己の犯罪行為を行ったものとは認められず、甲につき本罪の間接正犯は成立しない。

3 Xとの共同正犯（60条）の成否

(1) 共同正犯の成立要件 参考判例5

上述のとおり、甲はXに指示して本件犯行を遂行させたものであるが、甲自身は実行行為を行っていないことから、甲に本罪のXとの共同正犯が成立するか、それとも本罪のXへの教唆犯（61条1項）が成立するにとどまるというべきか否かについて検討する。

二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思（自己の犯罪を実現する意思）を実行に移すことを内容とする謀議（共謀）をなし、よって（共謀に基づいて）、犯罪を実行した場合には、「共同して犯罪を実行した」（60条）場合に当たり、共同正犯が成立する。なぜならば、この場合には、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行したものと認められるからである。

(2) 共謀（意思連絡＋正犯性） 参考判例6

上記共謀の認定にあたっては、各共犯者間における犯罪遂行についての意思連絡に加え、犯罪遂行過程において果たした役割、関与の態様、犯罪遂行の動機、犯罪遂行による利益の帰属等の事情から、各共犯者が共謀を介して正犯として自己の犯罪を実現したといえるか否かを実質的に判断すべきである。

ア 上述した甲による本件犯行の指示に対し、Xは「分かった。」と言って承諾していることから、甲及びXはC店から本件牛肉を窃取することについて意思連絡を遂げたものと認められる。

イ 甲は、「一番高い3000円くらいのやつを2パックとってきて。午後3時頃に警備員が休憩に入るらしいから、その頃が狙い目だよ。」等と言ってXに具体的な犯行内容及び方法を教示するとともに、商品を隠し入れるためのエコバッグをXに手渡しており、犯行道具を供与している。このような甲の関与は、主導的、積極的なものいえ、甲は、本件犯行において必要不可欠な役割を果たしたものと認められる。また、甲は、Xが窃取した本件牛肉5パックを全て受け取り、X及びYと共にこれらの牛肉を全て食べているのであるから、甲は本件犯行による利益を十分に享受しており、そのような利益を得ることが、甲が本件犯行を指示した動機であったことからすれば、甲には自己の犯罪を実現する意思があったものと認められる。

ウ 以上から、甲が本罪の教唆犯にとどまるものとはいえず、甲及びXは、本件犯行について共謀（以下、「本件共謀」という。）を遂げたものと認められる。

(3) 共謀に基づく実行（因果性／共謀の射程） 参考判例 7

XがC店（店長B）の意思に反して本件牛肉5パック及び本件写真集をC店から持ち出した行為は「窃取」に当たる。

もっとも、上述のとおり、当初甲の指示は本件牛肉2パックの窃取の点のみであったことから、本件各持ち出し行為が本件共謀に基づくものといえるか否かについて検討する。

特定の犯罪の共謀がなされた場合において、共謀の因果性が実行行為に及んでいるか否かについては、共謀内容と実行内容との不一致の有無・程度、具体的には行為態様及び動機の連続性等の事情を総合的に考慮して具体的に判断するべきである。

ア 本件牛肉5パックの窃取について

上述のとおり、Xは「どうせなら多い方がいいだろう」と考えて本件牛肉5パックの窃取を敢行しているところ、かかる行為は、本件共謀と同一の動機に基づいて同一客体に対して行われたものであり、かつ、客観的にも本件共謀に基づく本件牛肉2パックの窃取と同一の場所における一連一体の行為であったといえる。したがって、本件牛肉5パックの窃取は本件共謀に基づくものであるといえる。

イ 本件写真集の窃取について

Xは、C店の雑誌コーナーにXの好きなアイドルの写真集を見付けてにわかになんか欲しくなり、本件写真集の窃取に及んだものであることからすれば、かかる行為は本件牛肉5パックの窃取とは主観的な動機の面において断絶があり、Xにはもはや本件共謀に基づく窃盗の実行という意識はなかったものと認められる。したがって、本件写真集の窃取は本件共謀に基づくものではない。

(4) 故意（具体的事実の錯誤） 参考判例 8

以上から、Xによる本件牛肉5パックの窃取は本件共謀に基づくものであるといえ、甲にとって、客観的には、C店に対する本件牛肉5パックの窃盗罪のXとの共同正犯に当たる事実が実現されたことになる。

もつとも、甲は、共謀の当時、本件牛肉2パックの窃盗の認識しかなかったことから、その余の3パックについて窃盗の故意が認められるか否かについて検討する。

ア 犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、行為者が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきである。

イ 甲は、C店の管理に係る商品を精算することなく店外に持ち出すという「窃取」に当たる事実の認識に欠けるところはない以上、その具体的な客体の個数について認識していなくとも窃盗罪の故意が認められる。

(5) 上述した甲の動機からすれば、不法領得の意思も認められる。

4 以上より、甲には、本件牛肉5パックについて本罪のXとの共同正犯が成立する。

なお、共犯の成立において、実行行為は犯罪構成要件に該当し、かつ違法な行為であれば足り、実行行為者の責任を要しないと解すべきであるから、実行行為者であるXが刑事未成年者（41条）であっても本罪の成立は否定されない。

〔設問2〕事後強盗既遂罪の成立を否定するための主張について

主張1：反抗を抑圧するに足りる程度の「暴行」であるとは認められない。

〔論拠〕反抗抑圧 **参考判例9**

ア 事後強盗罪（238条）の趣旨は、窃盗犯人が窃盗の後に現場を離脱する際に所定の目的をもって暴行・脅迫に及ぶ行為が、実質的に強盗と同視すべき違法性を有することから、そのような行為を強盗として扱うとしたものである。そうすると、本罪にいう「暴行又は脅迫」とは、強盗罪（236条）における場合と同様に、それ自体相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

イ 甲は、両手を左右に広げて面前に立ち塞がったFの胸部を1回押した（以下、「本件暴行」という。）のみであり、一切凶器を用いておらず、Fの生命、身体に危害を加え得る危険な態様の暴行は行われていない。また、甲及びFは共に35歳の女性であり、両者に

優位な体力面における差があったともいえない。現に、Fは体勢を崩して尻餅を付いたという程度にとどまっており、上記の行為態様からしても、Fの生命、身体に特段の危険は生じなかったというべきである。そうすると、本件暴行はおよそ客観的に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の強度の「暴行」であるとは認められない。

ウ したがって、事後強盗既遂罪は成立しない。

主張2：窃盗の機会における「暴行」であるとは認められない。

【論拠】 窃盗の機会性 参考判例10

ア 本罪は「強盗として論ずる」と規定されているところ、暴行、脅迫を財物奪取の手段とする本来の強盗罪と本罪とを同視し得るために、本罪の「暴行又は脅迫」は、窃盗の現場又はその機会継続中において行われることを要する。上記窃盗の機会継続性については、暴行・脅迫との時間的場所的接着性を考慮して、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が継続していたか否かを判断すべきである。

イ 甲は、後述のとおりホームセンターE店において液晶テレビ（以下、「本件テレビ」という。）の窃盗に着手した後（以下、「本件窃盗」という。）、その場から走って逃げ出し、E店を出てから約3分後、E店から約400メートル離れた公園にたどり着き、約10分間とどまっていたが、誰も追ってこなかったことから、E店に隣接する駐輪場にとめたままにしていた自己の自転車を取りに戻ろうと考え、それから約5分後に同駐輪場に戻ってきた上で、本件暴行に及んでいる。

以上の経緯からすれば、本件暴行は本件窃盗の現場は隣接しているものの、実際には甲は本件窃盗に着手した後、誰からも発見、追跡されることなく、一旦犯行現場を離れ、本件窃盗から本件暴行に至るまでに相当の時間が経過しており、この間に、甲が被害者等から容易に発見されて逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。その後、甲は自転車を取りに行く目的で犯行現場に戻ったのであり、窃盗の犯意も継続していない。そうすると、本件暴行は本件窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。

ウ したがって、事後強盗既遂罪は成立しない。

主張3：事後強盗未遂罪が成立するにとどまる。

〔論拠〕 事後強盗罪の既遂時期 参考判例11

ア 本罪は「強盗として論ずる」と規定されている以上、その既遂時期についても本来の強盗罪と同様に財物取得時と解すべきである。したがって、本罪の既遂・未遂は「窃盗」の既遂・未遂によって決せられると解する。

イ 甲は、E店（店長D）の管理に係る商品である本件テレビ1箱を手にとって自己のトートバッグに入れたことから、本件窃盗の実行に着手した者として「窃盗」に当たる。

もともと、甲は、上記箱を上記トートバッグ内に収めて店外へ持ち出すつもりでいたが、箱が大きすぎてその上部が10センチメートルほど同トートバッグからはみ出した状態になっていたところ、その一部始終を警備員Fに目撃されていたため、最終的には上記箱をE店の陳列棚に戻して現場を立ち去っている。

そうすると、甲が本件テレビの在中する上記箱を自己のトートバッグに入れた時点では、未だ本件テレビにつきE店の支配を排除して自己の占有下に移転したものとは認められず、本件窃盗は未遂にとどまるというべきである。

ウ したがって、事後強盗既遂罪は成立しない。

以 上

<参考判例>

1【最決昭 58.9.21（間接正犯①）】（肯定例）

「原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人は、当時一二歳の養女紀美を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。」

2【大阪高判平 7.11.9（間接正犯②）】（肯定例）

「以上認定の各事実によれば、一平は、事理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であったのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人から加えられるような状態ではなかったとしても、右の一平の年齢からいえば、且ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からならみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、一平は、被告人の目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを捨てるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であつたと思われ、また、一平の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自分が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったということができる。そして、そのような状況の下で、被告人は、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から、自己が直接窃盗行為をする代わりに、一平に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ一平がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である。」

3【最決昭 40.3.9（窃盗罪の実行の着手）】

「なお、原判決の引用する第一審判決判示第六の事実につき、その挙示、援用する各証拠によれば、被告人は昭和三八年一月二七日午前零時四〇分頃電気器具商たる本件被害者方店舗内において、所携の懐中電燈により真暗な店内を照らしたところ、電気器具類が積んであることが判つたが、なるべく金を盗りたいので自己の左側に認めた煙草売場の方に行きかけた際、本件被害者らが帰宅した事実が認められるというのであるから、原判決が被告人に窃盗の着手行為があつたものと認め、刑法二三八条の「窃盗」犯人にあたるものと判断したのは相当である。

4【最決平 13.10.25（間接正犯③）】（否定例）判例③

「原判決及びその是認する第一審判決の認定によると、本件的事实関係は、次のとおりである。
スナックのホステスであつた被告人は、生活費に窮したため、同スナックの経営者C子から金品を強取しようとして企て、自宅にいた長男B（当時12歳10か月、中学1年生）に対し、「ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言つて、モデルガンを見せなさい。」などと申し向け、覆面をしエアガンを突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人は、「大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。」などと言つて説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さないから入れ。」などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約4万1000円及びショルダーバッグ1個等を強取した。被告人は、自宅に戻つて来たBからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。

上記認定事実によれば、本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。したがって、これと同旨の第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

5【最判昭 33.5.28（共謀共同正犯の成立要件）】（練馬事件）

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」

6【最決昭 57.7.16（正犯性／正犯意思）】（大麻密輸事件）

「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画したXからその実行担当者になつて欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断つたものの、知人のYに対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとしてXに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金二〇万円）をXに提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右X及びYらと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判断は、正当である。

よつて、刑法四一四条、三八六条一項三号により、主文のとおり決定する。

この決定は、裁判官団藤重光の意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官団藤重光の意見は、次のとおりである。

…（中略）…

これを本件についてみると、まず、被告人はかなりの大麻吸引歴をもつていたところから（記録によれば、一年ばかり前から八〇回くらい大麻を吸引していたというから、すでに大麻に対する依存性が生じていたのではないかと想像される。）、大麻の密輸入を計画したXからその実行担当者になつてほしい旨頼まれると、みずから大麻を入手したい欲求にかられて、本件犯行に及んだこと、また、大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその代金に見合う資金を提供していることがみとめられる。これは被告人にとつて本件犯罪が自分のための犯罪でもあつたことを示すものというべく、それだけでただちに正犯性を基礎づけるには足りないとはいへ、本人がその犯罪実現の主体となつたものとみとめるための重要な指標のひとつになるものというべきである。そこで、さらに進んで、被告人が本件において果たした役割について考察するに、被告人はXから本件大麻密輸入の計画について実行の担当を頼まれたが、自分は刑の執行猶予中の身であつたので、これはことわり、自分の身代わりとしてYを出したというのである。

ところで、Yは被告人よりも五、六歳年少の青年で、被告人がかねてからサーフィンに連れて行くなどして面倒をみてやつていた者であるが、たまたま被告人とYは一緒にグアム島に旅行する計画を立てていたところ台風のために中止になり、Yはせつかく旅券も入手していたことでもあり外国旅行を切望していた。被告人はそこに目をつけて、「旅費なしでバンコックへ行ける話がある」といつてタイ国行きを二つ返事で応諾させたのであり、その際、大麻の密輸入のこともいつて、自分の代わりに行くことを承知させたものと認められる。

このような経過でYは本件犯行計画に参加し大麻の密輸入を実行するにいたつたのであつて、被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというのにとどまらず、Xとともに、本件犯行計画においてYを自分の思うように行動させてこれに実行をさせたものと認めることができる。以上のような本件の事実関係を総合して考えると、被告人は大麻密輸入罪の実現についてみずからもその主体になつたものとみるべきであり、私見においても、被告人は共同正犯の責任を免れないというべきである。」

7【東京高判昭 60.9.30（共謀に基づく実行／共謀の射程）】

「前述のように（前記四の4参照）、Zの拉致に失敗した後も、Z拉致を内容とする〈プリンスホテル謀議〉はなお存続していたものと認めるのが相当であり、右謀議には、拉致に随伴し、あるいは監禁の機会における暴行、その結果としての傷害あるいは致死までも包含されているのである。そうだとすれば、〈成増エレベーター謀議〉以降におけるZ殺害等の合意が、当初の〈プリンスホテル謀議〉の範囲を越えるものであつたとしても、少なくとも両者が重なり合う範囲、すなわちZらに対する傷害致死の限度で、A以下の実行グループが決行した行為及び結果につき、被告人の刑責を肯認すべきではないかとの疑義を生ずるので、この点についての判断を示すこととする。

仮りに、〈プリンスホテル謀議〉に基づき西葛西駅前でZの拉致を実行した際、実行正犯者がZに暴行を加えた結果同人を死亡させるに至つた場合には、被告人を含む謀議参加者全員に傷害致死の刑責を認め得ることは当然である。この場合において、実行正犯者の中にZに対して確定的あるいは未必的殺意を有する者が含まれていて、その者の加えた暴行により同人を死亡させるに至つたときは、殺意を以て暴行を加えた者については殺人の、その余の謀議関与者については傷害致死の刑責を認むべきこととならう。

これと同じことが、A以下の実行グループがZ方を襲撃してZほか一名を殺害した本件の場合にもいえるであろうか。

この間には、いわゆる「総長命令」による中止の問題が介在している。拉致失敗後も存続して来たと認められる〈プリンスホテル謀議〉は、「総長命令」によつて解消することとなつたのであろうか。証拠によれば、「総長命令」は、絶対的、永続的禁止ではなく、期限付、条件付きの一時的凍結であつたものと認むべきである。そして凍結期間中も、〈プリンスホテル謀議〉は潜在的に存続していたものというべきであるから、この期間内であつても、右謀議に基づく犯罪が実行されれば、謀議関与者の刑責は肯認されるべきである。従つて、「総長命令」の存在自体は、刑責認定の障害となるものではない。

問題は、その点よりも、A以下の者による実行行為が〈プリンスホテル謀議〉に基づくものといえるかどうかという点にある。さきの設例では、右謀議に基づくZ拉致の実行に伴う殺害行為であつた。この場合であれば、殺意を有する者が一人だけでなく、実行行為担当者全員が殺意を有し、しかも相互に共謀を遂げていたとしても、結論は変らない。殺害の共謀に関与していた者には殺人の、その余の謀議関与者には傷害致死の刑責が認められる。然るに、A以下の者の実行した行為態様は、Zの自宅に侵入し、有無を云わずZ及び抵抗した同居人を殺害するというものであつて、最早、拉致の謀議に基づく実行行為中における殺害という類型にはあてはまらないものである。客観的な行為態様のみならず、実行担当者の主観的な意識の面をも併せ見れば、そのことは一層明瞭に看取することができる。すなわち、Z方に対する襲撃は、もともとH組代貸としての面子に拘泥しており、前夜来のEの執拗な煽動によつて一層これを痛感させられていたAにおいて、二〇日早朝、Zの所在が判明したことを契機として決意し、被告人に面倒を見てもらえる訳じやないというSの反対を、これは被告人のためではなく、代貸としての男の意地のために行くんだと抑えたうえ、その趣旨に賛同したE、F、上板橋駅前から合流して同様に賛同したC、Dの四名を指揮して決行したものであつて、実行グループに属する者たちには、最早〈プリンスホテル謀議〉に基づく拉致の実行という意識はなかつたのである（前記第三の二の9の〔1〕ないし〔3〕参照）。

そうだとすれば、さきの設例の場合とは事実を異にすることが明らかであつて、本件においては、被告人に対し、傷害致死罪の限度においても、その刑責を問い得ないものというべきである。

8【最判昭 53.7.28（具体的事実の錯誤）】

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである（大審院昭和六年（れ）第六〇七号同年七月八日判決・刑集一〇巻七号三一二頁、最高裁昭和二四年（れ）第三〇三〇号同二五年七月一日第三小法廷判決・刑集四巻七号一二六一頁参照）から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかつた人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。」

9【最判昭 24.2.8（反抗抑圧）】

「他人に暴行又は脅迫を加えて財物を奪取した場合に、それが恐喝罪となるか強盗罪となるかは、その暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によつて決せられるのであつて、具体的事案の被害者の主観を基準としてその被害者の反抗を抑圧する程度であつたかどうかと云うことによつて決せられるものではない。」

10【最判平 16.12.10（窃盗の機会継続性）】

「原判決の認定及び記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである。

（１）被告人は、金品窃取の目的で、平成15年1月27日午後0時50分ころ、A方住宅に、1階居間の無施錠の掃き出し窓から侵入し、同居間で現金等の入った財布及び封筒を窃取し、侵入の数分後に玄関扉の施錠を外して戸外に出て、だれからも発見、追跡されることなく、自転車で約1km離れた公園に向かった。

（２）被告人は、同公園で盗んだ現金を数えたが、3万円余りしかなかったため少ないと考え、再度A方に盗みに入ることにして自転車で引き返し、午後1時20分ころ、同方玄関の扉を開けたところ、室内に家人がいると気づき、扉を閉めて門扉外の駐車場に出たが、帰宅していた家人のBに発見され、逮捕を免れるため、ポケットからボウイナイフを取出し、Bに刃先を示し、左右に振って近づき、Bがひるんで後退したすきを見て逃走した。

２ 原判決は、以上の事実関係の下で、被告人が、盗品をポケットに入れたまま、当初の窃盗の目的を達成するため約30分後に同じ家に引き返したこと、家人は、被告人が玄関を開け閉めした時点で泥棒に入られたことに気づき、これを追ったものであることを理由に、被告人の上記脅迫は、窃盗の機会継続中のものというべきであると判断し、被告人に事後強盗罪の成立を認めた。

３ しかしながら、上記事実によれば、被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。そうすると、被告人が、その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということはできない。」

11【最判昭 24.7.9（事後強盗罪の既遂時期）】

「原判示二の事実につき、原判決の確定したところは、窃盗は未遂（障碍未遂）に終わったものであること明らかである。しからば、窃盗未遂犯人による準強盗行為の場合は、準強盗の未遂を以つて問擬すべきものであることは当然であるにかゝらず、原審はその擬律において刑法第二三八条同第二三六条を適用し、以つて準強盗の既遂をもつて問擬したのは違法である。けだし、窃盗未遂犯人による準強盗は、財物を得なかつた点において、恰かも強盗の未遂と同一の犯罪態様を有するに過ぎないものである。しからば、強盗未遂の場合には刑法第二四三条の適用があるにかゝらず、これと同一態様の窃盗未遂の準強盗を、強盗の既遂をもつて論ずるときは、右刑法第二四三条の適用は排除せられることとなり彼此極めて不合理の結果を生ずるに至るからである。」

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22903