

2019年度刑事系・解答例

第1 設問1 (以下、刑法につき法名省略)

1 Yの罪責

(1) Aのバイクにつけられていたチェーンロックという「他人の物」を破壊した行為は、その効用を喪失させる「損壊」行為に当たるから、同行為について器物損壊罪（261条）が成立する。

(2) 次に、「他人の財物」であるAのバイクをX宅まで乗っていった行為に、窃盗罪（235条）が成立しないか。

ア 「窃取した」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に反して自己又は第三者の占有下に移すことをいう。本件では、バイクの停められていた空き地はA宅の隣という場所的に近接した場所にあるため、深夜とはいってもAの支配がバイクに一定程度及んでいたといえる。また、バイクには他者に持ち去られないようにチェーンロックがかけられており、バイクに対するAの支配の意思が強く認められる。そのため、バイクに対するAの占有が認められる。そして、占有者Aの意思に反してYがこれを持ち去って確定的に占有を取得したから、「窃取した」といえる。

イ そして、Yは上記事実を認識・認容しており、故意もある。

ウ さらに、窃盗罪の成立には、不可罰な使用窃盗との区別の見地から権利者排除意思が、毀棄罪との区別との観点から利用処分意思が、不法領得の意思として要求されると解する。本件では、Yは、Xがバイクを売却するであろうと考えて占有を取得しており、権利者Aが望まない態様による利用をする意思を有していた。そのため、権利者Aを排除してYないしXの所有物とする意思を有していたといえ、権利者排除意思が認められる。また、Yは、Xがバイクを売却すると考えていたのであり、他者が享受するとはいえるバイクから生じる効用を直接享受する意思があるから、利用処分意思もある。よって、Yには不法領得の意思が認められる。

エ よって、上記行為には窃盗罪が成立する。なお、後述のようにXと器物損壊の共同正犯となるが、これは窃盗罪に吸収される。

(3) 以上より、Yは、器物損壊罪及び窃盗罪の罪責を負い、両者は併合罪（45条前段）として処断される。

2 Xの罪責

YにAのバイクを盗んでくるよう命じたリーダーXの行為に、器物損壊罪及び窃盗罪の共同正犯（60条）が成立しないか。

(1) まず、Xは何らの実行行為もしていないため、「共同して犯罪を実行した」（60条）とはいえないのではないか。

ア そもそも、共同正犯の処罰根拠は、正犯性を有する者が、法益侵害に対する直接的な因果性を形成した点にある。そして、かかる因果性は実行行為を行わずとも形成し得るから、正犯性を前提とする共謀と、これに基づく実行行為があれば、「共同して犯罪を実

行した」といえると解する。

イ 本件では、XがYにAのバイクを盗むことを命じ、Yがこれを了承したため、両者間に意思連絡がある。また、Xは、甲のリーダーとしての影響力の下、Yにバイクを盗むのを命じた首謀者であるから、犯行において重要な役割を果たしている。しかも、Xは、Aへの恨みを晴らすためにAのバイクを盗もうと考えたのだから、犯行の動機もある。そのため、Xには正犯性も認められ、正犯意思を前提とする共謀がある。そして、この共謀に基づき、YはAのバイクを窃取しているため、共謀に基づく実行行為もある。なお、バイクには盗難防止のためのチェーンがかけられているのが通常であり、チェーンロックの破壊についても共謀の範囲内といえる。

ウ よって、Xも、「共同して犯罪を実行した」といえる。

(2) そして、チェーンロックの破壊についても少なくとも未必の故意は認められ、器物損壊及び窃盗の双方につき故意も認められる。

(3) もっとも、Xはバイクを燃やす目的であり、バイクから生じる効用を直接享受する意思を有していなかったため、利用処分意思が認められず、不法領得の意思が認められない。そのため、Xには窃盗罪は成立せず、バイクの効用を喪失させる「損壊」行為に当たるものとして器物損壊罪が成立するにとどまる。そして、窃盗罪と器物損壊罪とは、物を持ち去る点で行為態様が共通し、他人の財産権を保護法益とする点でも共通性が認められるから、重なり合いの認められる軽い器物損壊罪の限度で共同正犯が成立すると解する。

第2 設問2（以下、刑事訴訟法につき法名省略）

Wの供述録取書を証拠とすることは、「公判期日における供述に代えて書面を証拠」（320条1項）とするものであり、原則として証拠能力が否定される。もっとも、同供述録取書は、「検察官の面前における供述を録取した書面」に当たるから、321条1項2号により証拠能力を肯定できないか。

(1) Wは、検察官にはXがYにAのバイクを盗むよう命じ、Yも承諾した旨の供述をしたのに対し、公判廷では覚えていない旨証言をしている。よって、前の供述によればX Y間の共謀を認定し得るが、証言によれば共謀を認定できないことになり、異なる事実認定を導くから、「前の供述と……実質的に異なつた供述」に当たる。

(2) また、公判廷にはリーダーXが在廷しており、Xに不利益な供述をすると報復のおそれもあるため、甲のメンバーWとしては、Xの前ではXの利益になる供述をする可能性がある。他方、検察官に対する供述は、Xのいない場でなされた供述なので虚偽供述のおそれは小さい。そのため、「前の供述を信用すべき特別の情況」がある。

(3) よって、Wの署名又は押印があれば、321条1項2号により、上記供述録取書を証拠として取り調べることができる。以上