

【刑法】

窃盗・赃物について、親族相盗例や親族特例との関連を織りまぜた論述問題で、受験生の論述力と刑法知識を見ようという趣旨の問題です。論述力としては、構成要件要素のひとつひとつにきちんと理由を付して事実を当てはめる刑法論述の基本ができているか、特に立場によって結論の分かれうる論点について、説得的な根拠を示しつつ結論を示し得ているかという点を見ます。知識の点では、今回の問題では、①判例通説では、親族相盗規定や親族特例規定は、犯罪成立要件ではなく処罰条件であるので、故意の対象として必要とされない点、②相盗例や特例における「親族関係」として、誰と誰との関係が問題となるかは、それぞれの保護法益のとらえ方によって異なるという点、の理解を中心にみます。「自己の見解の提示にとどまらず、対立する学説や判例の状況に言及すること」という要求は、そのためです。もっとも、「知識」の点は、膨大な必要知識量のほんの一部を尋ねているだけですので、これだけで合否を左右させるつもりはなく、論述の仕方の基本がきちんとできていれば、知識の点では少々しくじっていても、充分挽回できる採点方法を採用のつもりです。以下、次郎の罪責、太郎の罪責の順に概説します。

1 次郎の罪責

①勘当され実家から追い出されている、②窃盗目的であるという点から、住居権説、平穩説のいずれにたっても、住居侵入が成立可能でしょう（近似事案として最判S23.11.25）。

窃盗罪では、親族相盗例（244条1項）の適用の可否につき、「親族との間で……犯した」という文言をどう解するかが問題となります。本権説は「本権者と犯人」間の親族関係と捉えるので、次郎については適用なし、占有説では「占有者と犯人」間の関係とするので、次郎については適用あり。現在では、本権・占有の双方を重視する中間説ないし折衷説が主流となっており、相盗例の解釈についても、「占有者・本権者の双方と犯人」間で親族関係が必要だとする説が通説判例となっています。この立場では、次郎については相盗例の適用なしとなります。故意の点では、次郎が「親子の間では物をとっても犯罪にはならない」という太郎の言葉を信じていたとしても、落ち度がないとは到底言えないので、違法性の錯誤による故意阻却は認められないでしょう。また、次郎が茶碗の本権者・占有者が自分の父親だと思っていた点については、判例通説では、親族相盗例の体系的な位置は犯罪成立要件（構成要件・違法・責任要素）ではなく、刑の免

除規定（処罰阻却事由）にすぎないので、「犯罪成立要件の客観的部分全般」について必要となる故意の対象ではなく、また処罰阻却事由の錯誤は違法性の錯誤でもないので、当然、故意は阻却されません（大阪高判 S28. 11. 18）。

罪数としては、住居侵入と窃盗の牽連犯となります。

2 太郎の罪責

「(自宅に)忍び込んで……」と言っているのが当然住居侵入の教唆成立。言っていなかったとしても、教唆した窃盗の内容が当然自宅への侵入を前提としているので教唆が成立するでしょう。

窃盗については、実行行為には全く加担してないので、次郎を支配しているとも言いがたく、盗品も買い受けており、犯罪から直接的利益を得ているわけでもないのが、教唆止まりと見るのが自然でしょう。ここでも、親族相盗例とその錯誤が問題となります。基本的には上記次郎についての内容が逆転するだけです。但し、本権説に立った場合、本権者は太郎にとっては父親なので原則的に適用ありとなりますが、実行行為をした次郎にとっては親族でないのが、「親族でない者からの窃盗」を教唆したとして、教唆犯としては処罰できるとする考え方もあるようです。

太郎を窃盗教唆にとどめる場合には、盗品の購入につき、盗品等有償譲受が問題となります。窃盗の共同正犯とすれば、赃物の收受は共罰的事後行為ですが、教唆にとどまる場合は、別途、赃物收受が成立するというのが判例です（最判 S25. 11. 10）。ここでも親族特例（§ 257）の適用が問題となります。赃物犯の保護法益につき、本犯助長説をも重視する立場（通説判例）に立てば、「本犯犯人・赃物犯人」間となりますが、友人関係にすぎない本事例では不適用。純粋な追求権説では「（財産追求権のある）本犯被害者・赃物犯人」間の規定と見るので、「本犯被害者」を誰と見るかによって異なり、上記親族相盗例で示したように、本権説と占有説の問題が絡んできます。その他、次郎に 200 万円相当の物を低価値の物と誤信させ、20 万円で交付させている点は、①項詐欺となるでしょう。

罪数はちょっと複雑です。住居侵入教唆と窃盗教唆は同一の教唆行為によって行われているので観念的競合。窃盗教唆と盗品有償譲受は併合罪。赃物有償譲受と①項詐欺は、交渉・交付がいずれも重なりあっているのが観念的競合と見るのが自然でしょう。

以上