

刑 法 (配点 60 点)

【出題趣旨】

本問は、パチスロ店において使用が禁止されている体感器を用いてパチスロ機を遊戯し、メダルを取得した行為につき窃盗罪の成否が問題となった最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁、および、パチスロ店において通常の遊戯方法を用いたゴト行為の共犯者によるメダル取得行為につき窃盗罪の成否が問題となった最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁の両事例を基に作成されたものである。

甲の罪責の検討においては、甲がA店舗内において使用禁止の体感器を用いてパチスロ機を遊戯し、メダルを取得した点につき、刑法235条の窃盗罪が成立するかが問われている。ここでは、特に窃盗罪の実行行為である「窃取」の意義を正確に定立した上で、問題文の事実関係に即して適切に当てはめ、評価することが求められる。また、その他の構成要件要素についても、規範を示した上で事実を的確に当てはめているかが問われている。

さらに、甲が体感器を使用した不正遊戯を行っている途中から、乙はこれを発見・認識した上で甲に声を掛け、甲の不正行為が店員に発覚しないよう、甲の隣で体感器を使用せず通常の遊戯を行い、店員から甲の姿を見えにくくする役割を果たしている。このような乙の関与につき、甲との間に窃盗罪の共同正犯（刑法60条）が成立するかが問題となる。

本問における乙は、甲と謀議した後、甲の隣のパチスロ機で遊戯しているものの、自らは体感器を使用した不正遊戯を行っておらず、通常の遊戯にとどまっている。そのため、乙の遊戯行為自体は窃盗罪における「窃取」行為には該当せず、乙が排出した600枚のメダルも窃盗罪によって得られたものとはいえないことになる（最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁参照）。

もっとも、乙自身が直接窃盗の実行行為を行っていないとしても、甲による窃盗を自己の犯罪として実現するため、犯罪結果発生に向けて重要な寄与をしている場合には、正犯性が認められ、共謀共同正犯の成立が肯定され得るかにつき検討する必要がある。

本問では、乙は甲の隣で遊戯することにより、A店舗の店員から甲の体感器使用を発見しにくくする効果を生じさせており、実際に両名の遊戯終了まで体感器の使用は看破されていない。また、乙は甲から排出されたメダルの分配を持ちかけるなど、犯罪結果の実現に積極的に関与している。これらの事情を踏まえると、乙は甲の不正遊戯によるメダル取得につき、自らの犯罪として実現するため、犯罪結果実現に向けた

十分な寄与をしたと評価でき、甲乙間に窃盗罪の共同正犯の成立を肯定することが可能であると解される。

さらに、甲乙間に共同正犯が成立するとして、「一部実行全部責任の原則」が乙の関与以前に甲に成立していた窃盗罪にも及ぶか、すなわち承継的共同正犯の成否が問題となる。ここでは、乙が関与する以前に成立していた「500枚のメダルに対する窃盗罪」についても乙に共同正犯責任が及ぶかを検討する必要がある。承継的共同正犯については、「全面肯定説」、「部分的肯定説」、「否定説」の対立があるため、いずれの立場に立ったとしても、先行する甲の窃盗罪を乙が承継するかについて論じることが求められている。最終的には、「被害客体に留意しつつ、甲及び乙の罪責を論ぜよ」との設問趣旨に従い、「何枚のメダル」につき共同正犯が成立するかという点まで明確にする必要がある。

なお、主要論点ではないものの、甲による不正目的でのA店舗立入りに関する建造物侵入罪（刑法130条）の成否や、承継的共同正犯を否定した場合における、先行した窃盗罪によって取得されたメダルを甲から受領した点につき、乙の盗品等無償譲受罪（刑法256条1項）の成否について検討した答案については、裁量点の対象となっている。

以上