

論文式試験問題集
[刑法Ⅱ]

[刑法Ⅱ]

甲の罪責について答えよ。

1. 甲は、中学生の養女乙（13歳）と同居して生活しており、日ごろから乙の態度が気に入らず、同女の顔にタバコの火を押しついたり、ドライバーで同女の顔をこする等の暴行を加えるなどして自分に従わせていた。また、乙も甲に窃盗や強盗の前科・前歴があり、現在懲役刑の執行猶予中の状況にあったために甲のことを嫌っていたが、誰も養育する者がいないことから乙も甲に付き従っていた。
2. 甲は、Vが居住するV電気店に窃盗の目的で侵入することを計画し、Vが外出している深夜にV電気店に侵入した。V電気店の中は真っ暗であったため、懐中電灯を使用して、同店内を照らして周囲を確認した。すると、甲は、V電気店内に時価10万円以上の高級家電製品が無防備な状態で陳列されていることを確認した。しかし、甲は家電製品よりも現金が欲しいと思い、なおも周囲を確認したところ、現金の置いてある同店舗内のカウンターを発見した。そこで、甲は金員を物色しようとカウンターに近づこうとした。
3. ところが、甲がカウンターに近づこうとしたときに、Vが帰宅したことに気づきカウンターから離れた。そして、一時的に陳列棚のかげに身を隠してVをやり過ごそうとした。ところが、Vは、出入口のガラス戸の一部が破られているのに気付き、不審に思い、奥の間から引き返して店舗を見回ったところ、陳列棚のかげにひそんでいた甲を発見し「泥棒〜!!!」と騒ぎ出し、甲を捕まえようとした。
4. 甲は、この場から逃げるためにVに暴行を加えるしかないと考え、所携の果物ナイフを取り出すや甲を取り押えようとしていたVの左腕や左大腿部等を四個所を突き刺し、更にVの顔面を手拳で強打する等の暴行を加えて反抗を抑圧し、Vからの逮捕を免れて逃走した。なお、甲がVに暴行を加えた時点で、甲はVを殺害しようとする意思はなかった。
5. 甲が逃走した後、Vは出血が多量であったために出血性ショックにより死亡した。
6. 甲は、V電気店の事件により指名手配されたために、自分が窃盗を行うことはできないと考えて、他人に窃盗を実行させてその利益を享受しようとして企図した。
7. そこで、甲は同居している自分の養女乙（13歳）を利用して金員を摂取しようと考えた。なお、乙は中学に在学しており、盗みが悪いことであるという認識を有していた。
8. 甲は、乙を連れ、お遍路の旅に出かけ、乙を利用してW寺に侵入してW寺から金員を窃取しようとして企てた。しかし、乙が盗みをするのを嫌がったため、乙の顔にタバコの火を押しついたり、ドライバーで同女の顔をこするなどの暴行を加え、乙に自分のいう通りに行動するように命じた。そして、甲は乙にW寺に侵入して金員を盗むよう命じ、乙はW寺の管理する寺務所（W寺の住職が居住していた）に侵入して、W寺の寺務所から500万円を窃取した。
そして、甲は乙からW寺の寺務所から奪ってきた500万円を受け取った。

2022年1月9日

担当：弁護士 横山賢司

参考答案
[刑法Ⅱ]

第1 甲のVに対する罪責

1 本件で、甲には、正当な理由なくVが居住するV電気店窃盗目的というVの意思に反して立ち入っているため住居等侵入罪が成立する(刑法130条前段)。

2 それでは、甲が逮捕を免れる目的でVに暴行を加えてVを死亡させたことについて、事後強盗致死罪(刑法238条、同240条後段)が成立するか。

(1) 本件では、甲は、Vに対して、この場から逃げるためという逮捕を免れる目的で暴行を加えている。

(2) それでは、甲は「窃盗」犯人と認められるか。甲は物色行為をしていないために問題となる。

ア 窃盗犯人とは、窃盗の実行に着手した犯人をいう。

そして、窃盗罪における実行の着手は、行為者の主観も考慮して、他人の財物を侵害する具体的危険が発生する行為を行った時点で認められる。

イ 本件において、甲は、V電気店侵入後に現金が欲しいと思っていることから、甲は現金を窃取することを計画している。

そして、上記計画の下でV電気店内を確認したところ、現金の置いてある同店舗内のカウンターを発見し物色しようと近づこうとしている。

そうすると、甲がカウンターに近づこうとした時点で、何の障害もなければ甲が物色行為をすることは明らかであり、Vの現金

という財産を侵害する具体的危険が発生していたといえる。

ウ したがって、甲に窃盗罪の実行の着手が認められ、甲は窃盗犯人に該当する。

(3) そして、甲は、窃盗犯人として、逮捕を免れる目的でVに対して反抗を抑圧する暴行を加えている。

甲の暴行の結果、Vは出血多量により死亡している。

よって、甲には事後強盗致死罪の構成要件が認められる。

そして、甲には、違法性阻却事由も責任阻却事由も認められない。

(4) よって、甲には事後強盗致死罪が成立する。

第2 Wに対する罪責

1 甲は乙に命じて、乙に正当な理由なくWの管理する寺務所に侵入させ、同寺務所から500万円を窃取させている。

2 そこで、甲に住居等侵入罪(刑法130条前段)及び窃盗罪(刑法235条)が成立するか。

甲には、乙の行為を利用して住居等侵入罪及び窃盗罪について実行行為を行ったと認められるか問題となる。

(1) この点、他人を自己の意のままに使って、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用する場合には、規範的な評価として、自ら手を下してその実行行為をしたのと同じに考えることができる。

そして、行為者が、①他人を道具として利用しながら特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有し、②被利用者の行為を一方

的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて構成要件的行為の全部または一部を行えば、実行行為性が認められる。

(2) 本件において、甲は乙にW寺務所への侵入及び同寺務所からの金銭の窃取を達成する目的で乙を利用していることから、①他人を道具として利用しながら特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していると認められる。

また、甲は日ごろから乙の態度が気に入らず、同女の顔にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで同女の顔をこする等の暴行を加えるなどして自分に従わせていた。それだけでなく、甲は、乙が盗みをするのを嫌がったため、乙の顔にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで同女の顔をこするなどの暴行を加えて、乙に自分の命令に従わせていた。

そうすると、乙は、甲からの暴行によって意思が抑圧されていたといえる。

だとすれば、甲は、乙に対して暴行をもって乙を支配し、命令に従った乙を利用していたと認められ、乙の行為を利用してW寺務所への住居等侵入罪及び窃盗罪の実行行為を行っていたと認められる。

(3) したがって、甲には、住居等侵入罪及び窃盗罪の実行行為性が認められる。

(4) そして、甲は乙を利用して、正当な理由なくW寺務所に立入り、かつ、W寺務所から500万円を窃取しているので甲には住居等侵入罪及び窃盗罪の構成要件該当性が認められる。

3 また、甲には違法性阻却事由及び責任阻却事由も認められない。

4 よって、甲には住居等侵入罪及び窃盗罪が成立する。

第3 罪数

以上のとおり、甲にはVに対する①住居等侵入罪及び②事後強盗致死罪、Wに対する③住居等侵入罪及び④窃盗罪が成立する。①住居等侵入罪及び②事後強盗致死罪並びに③住居等侵入罪及び④窃盗罪はそれぞれ牽連犯（刑法54条1項後段）となり、②事後強盗致死罪と④窃盗罪は併合罪（刑法45条前段）となる。

以上

2022年1月9日

担当：弁護士 横山賢司

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号	
-------	--

	小計	配点	得点
Vに対する住居侵入罪及び事後強盗致死罪の成否	(16)		
住居侵入罪の成立		2	
甲に事後強盗致死罪が成立するかの指摘		2	
甲が「窃盗」犯人に該当するかの指摘と「窃盗」の定義		2	
甲の「窃盗」犯人の検討について次の事実の指摘 ①甲は現金が欲しいと考えていたことが計画にあたること(2点) ②①の計画に基づいて物色しようと現金があるカウンターに近づこうとしていたこと(2点)		4	
甲が逮捕を逮捕を免れる目的を有して反抗抑圧するに足る暴行を加えていること		2	
甲の暴行によってVが死亡していること		2	
違法性阻却事由と責任阻却事由の検討		2	
Wに対する住居侵入罪及び窃盗罪の成否	(24)		
甲が乙を利用してWに対する住居侵入罪及び窃盗罪の実行行為が認められるか(間接正犯の成立)についての指摘		4	
間接正犯の成立に関する規範		6	
自己の犯罪として実現する意思を有していることの検討		4	
甲の乙に対する支配利用関係が認められるかについての検討 ①甲が乙に日頃から暴行を加えて、乙に自分の命令に従わせていた(3点) ②乙が窃盗をすることに嫌がる素振りを見せたところ、さらに暴行を加えて命令に従わせていた(2点) ③乙は、甲からの暴行によって意思が抑圧されていたこと(3点)		8	
違法性阻却事由と責任阻却事由の検討		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 刑法の「基本的理解」とは

刑法の「基本的理解」とは、「構成要件→違法性→責任」という犯罪成立要件の検討方法の順序を意識して事案処理が行うことを理解していることである。

特に、構成要件の該当性について「**実行行為（実行の着手→実行の終了）→結果→因果関係→構成要件の故意→主観的超過要素**」という順序で事案処理を行うことを理解し表現できていることが重要である。

実行行為は実行の着手により始まる場所、いつの時点で実行の着手が始まっているのか、事案処理を行うときには常に意識する必要がある。

今回は、刑法総論の問題を中心に出题することで、事案処理における刑法の基本的理解が身につけているかを問う問題である。

第2. 出題の趣旨

本件では、甲が窃盗目的で侵入したVが居住する電気店に侵入した後、Vに暴行を加え、結果としてVを死亡させていること、および、甲が刑事未成年である乙を利用してW寺務所に侵入して500万円を窃取したことに對する甲の罪責を問うものである。

Vを死亡させていることについては、甲がV電気店に侵入した後、実際に財物を物色する前にVから逮捕されそうになり、Vに暴行を加えていることから、甲が窃盗罪の実行の着手を行っているか、つまり、事後強盗罪の「窃盗」犯人に該当するかが問題となる。

また、刑事未成年である乙を利用してW寺務所に侵入し、500万円を窃取したことは、甲に間接正犯が成立して乙を利用してのW寺務所に対する住居等侵入罪及び窃盗罪の実行行為が認められるかが問題となる。

このように、甲の罪責について多岐にわたる論点が存在するので、どの事実がどの問題に関する事実なのか、を的確に分析するとともに、刑法の事案処理の理解と具体的事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

第3. 事案の概要

本件では、甲は、V電気店に窃盗目的で侵入し、侵入した後、財産を物色をする前にVに見つかり、Vから逮捕されそうになったため、Vに対して暴行を加えて逮捕を免れ、その結果、Vは出血性ショックにより死亡した。

また、甲は、日ごろから暴行を加える等していうことに従わせていた刑事未成年である乙を利用して、乙にW寺務所に侵入して金銭を窃取してくるよう命令し、その命令を嫌がる乙に対してさらに暴行を加えて、命令に従わせ、乙がW寺務所に侵入し、同所から500万円を窃取した。

第4. 事後強盗罪（致死）の成否と甲の「窃盗」犯人性について

1 問題の所在

本件で、甲は、財物を物色する前にVから逮捕されそうになっているので、甲が窃盗の実行の着手をおこなったのかが問題となる。

2 事後強盗（致死）罪の構成要件

(1) 事後強盗（致死）罪の構成要件

ア 窃盗

事後強盗罪における「窃盗」とは窃盗犯人を言い、窃盗犯人とは、基本的に、窃盗の実行に着手した者をいう。

もっとも、次の要件である「目的」に応じて窃盗犯人の内容が変わる場合もある。たとえば、財物を取り返されることを防ぐ目的の場合は窃盗が既遂となっていることが前提となるので、窃盗犯人も既遂であることが前提となる。

イ 目的

事後強盗罪が成立するためには、①財物を得てこれを取り返されることを防ぐ目的、②逮捕を免れる目的、③罪跡を隠滅する目的が必要となる。

ウ 暴行又は脅迫

事後強盗罪も強盗として論じられることになるので、暴行又は脅迫も相手の犯行を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

また、暴行又は脅迫が財物取得の場面（実行の着手後も含む）との間で場所的・時間的關係や状況としてのつながり等を総合考慮して、密接な関連性を有すると認められる状況下に行われることが必要である。ただし、本件では、窃盗の実行の着手が行われた直後に暴行をおこなっているため、当然に密接な関連性を有すると考えられる。

エ 強盗が人を死亡させた（刑法240条）

事後強盗罪も「強盗」に含まれる。ゆえに、事後強盗罪の窃盗犯人が人を死亡させた場合には強盗致死罪が成立する。

(2) 実行の着手の成立要件（総論）

実行の着手があったといえるためには

- ① 構成要件の故意がなければならない
- ② 基本的構成要件に該当する行為の一部が開始されたと客観的に認められる行為がなされたことが必要である。

＝犯罪実現の現実的危険性を含んだ行為の開始が実行の着手に該当する。

そして、実行の着手の判断要素には行為の客観面のみならず行為の主観面（故意だけでなく、計画も含む）も加味して判断する。

(3) 窃盗罪における実行の着手に関する類型（各論）

窃盗罪の実行の着手は、他人の財物の占有を侵害する具体的危険が発生する行為を行った時点で認められる。具体的事案において判断するには、対象となる財物の形状、窃取行為の態様、犯行の日時・場所等の諸般の事情が考慮されることになる。

本件のような侵入窃盗の場合、住居などへの侵入をただけでは窃盗の着手とは認められず、遅くとも財物の物色行為のあった時点で着手が認められるのが判例（最判昭和23年4月17日刑集2巻4号241頁）とされている。

しかし、実行の着手が認められるために、物色行為が必要とまではいえず、本件のように侵入後、金銭のありかを確認し、その方向へ行きかけた事案でも実行の着手を認めている（最決昭和40年3月9日刑集19巻2号69頁）。

また、土蔵や金庫室等のように財物を保管するためにだけ用いられている建物や場所については、これらの場所に侵入した時点で実行の着手を認めている（名古屋高判昭和25年11月14日高裁刑集3巻4号748頁ほか）。

3 本件の検討

本件においては、甲は物色行為という占有を侵害する具体的危険が確実に発生する行為を行っていない。

しかし、甲は、V電気店に侵入した後、現金が欲しいと思っていることから現金を取得するという計画を企画し、その計画に基づきV電気店内を確認して、現金の置いてある同店舗内のカウンターを発見した。

そして、甲は物色しようと思ひカウンターに近づこうとしていた。

そうすると、甲は、Vによる障害がなければ確実にカウンターにたどり着き物色行為を開始していたのであるから、物色行為と密接に関連する行為を行っていたと評価できる。

したがって、甲がカウンターに近づこうとしたときに、すでに実行の着手があったと認められるのである。

なお、あてはめの説明において理解の参考になるのが刑法判例百選I No. 62の松澤伸早稲田大学教授の解説である。同教授の解説を次に引用する。

「行為者はなるべく金を盗りたいという計画に基づき、タバコ売場に向かおうとした。こうした計画に基づきタバコ売場に向かえばタバコ売場に着くと同時に、金銭の物色に取り掛かることができる。すなわち、時間的・場所的に密着した次の行為によって一気に行為者の意図した法益侵害の危険を生じさせることができるのであって、ここに窃盗罪の実行の着手を肯定することが可能となる。」（別冊ジュリストNo. 220（刑法判例百選I）127頁。以上引用おわり。）

第5. 他人の行為を利用した場合の実行行為性（いわゆる間接正犯の問題）

1 問題の所在

本件では、甲は、13歳の乙に命令して、W寺務所に侵入して金銭を窃取するように命じて、乙に命令通りのことを行わせて、金銭を取得している。

甲は、刑事未成年の行為を利用して、Wの住居の平穩及びWの金銭に対する占有を侵害しているので、本件では、乙の行為を甲の実行行為とすることができるかという間接正犯の成否が問題となるのである。

特に、本件では、刑事未成年である乙であるが、窃盗が悪いことであるという認識は存在している。そこで、乙が甲の道具として評価できるのかについて問題文中のどのような事実に基づき、評価することができるのかについて丁寧な論述をする必要がある。

2 間接正犯による実行行為性の成立要件

実行行為は、行為者自らの手で行われるのが通常である（直接正犯）。しかし、他人を自己の意のままに使って、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用する場合には、規範的な評価の問題としては、自ら手を下してその実行行為をしたのと同じに考えることができる（道具理論）。

このように他人を道具として利用し、実行行為を行う場合を間接正犯という。

そして、間接正犯が成立するための要件としては次の要件が成立することが必要である。

- ① 行為者は、故意のほかにも他人を道具として利用しながらも特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していること
 - ② 行為者が、被利用者の行為をあたかも道具のように一方的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて構成要件的行為の全部または一部を行ったこと
- ※上記①と②を「①行為者の利用行為と被利用行為とが間接正犯意思によって統一され、②全体として行為者の実行行為と認められる事実がなければならない」と言い換えることもある。

3 間接正犯の種類

(1) 被利用者の行為が、刑法上の行為とはいえない場合

行為者の身体の動静が刑法上行為と認められるためには、それが行為者の意思によって支配されまたは支配可能なものでなければならない。

下記の二つの場合には、いずれも被利用者の身体の動静は、被利用者によって意思支配可能であると認めることができない。このような形態は最も典型的な道具であるということができよう。

ア 被利用者が意思能力を欠いている場合

被利用者が意思能力を欠いている場合、すなわち是非弁識能力を全く欠いている場合には道具性が認められる。たとえば、高度の精神病患者や幼児を利用した場合がこれに該当する。

イ 被利用者が意思を抑圧されている場合

意思能力があっても、被利用者が利用者によって意思を抑圧されて犯罪を行った場合には、やはり当該犯行（行為）は被利用者の意思支配可能であったとはいえないから、厳密な意味での刑法上の行為とはいえない。

他方で、利用者が被利用者に対して強制を加えても、被利用者が現に意思を抑圧されなければ間接正犯は成立せず、教唆犯が成立するにとどまる。

(2) 被利用者が一定の主観的構成要件要素を欠いている場合

下記の二つの類型のように被利用者が一定の主観的構成要件要素を欠いている場合には、被利用者には自己の行為が特定の犯罪を構成するという認識がないのであるから、これもまた利用者の道具になっていることは明らかとなる。

ア 被利用者が構成要件の故意を欠く場合

例えば、犯人が被害者を殺害させるために毒入りの菓子の入った小包を郵便で被害者宅に送り付けた場合には殺人の故意を欠く郵便配達人を利用した殺人の間接正犯が成立する。

イ 目的犯において、被利用者が目的を欠く場合

目的犯に必要とされる目的のない被利用者には、上記アの場合と同様に自己の行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから道具というべきである。例えば、教材用と称して行使の目的を欠く印刷業者に偽札を作らせる場合などが該当する。

(3) 被利用者の行為は構成要件に該当するが、正当行為等の理由により、違法性を欠く場合

被利用者の行為が構成要件に該当し、実行行為といえる場合にも、被利用者の行為が正当行為又は緊急行為等の理由により違法性を阻却させる場合には、被利用者は事故の行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから、道具と認められる。例えば、医師に治療行為としての麻酔注射を必要であると誤信させて、自己に麻酔注射をさせた事例が該当する。

4 本件の検討

(1) 本件における問題点

本件は、上記「3 間接正犯の類型」に分類するとすれば「被利用者が意思を抑圧されている場合」に該当する。むしろ、本件はその典型的な事例である。

ただし、本件のモデルとなった事件では、弁護側より刑事未成年であるとはいえ盗みが悪いことであるという分別はついていたのであるから、被利用者が利用者に支配されていたとは言えないという問題提起がなされていた。

(2) 最高裁の判例での判示

この点につき、本件のモデルとなった最高裁決定（最決昭和58年9月21日）では次のように判示している。

「被告人は、当時一二歳の養女A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。」（以上、引用おわり）

つまり、最高裁は、被利用者に「是非善悪の判断能力があつたとしても」、被利用者が利用者の「日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている」とときには、利用者を被利用者の行為の道具と認めて、間接正犯が成立すると認めている。

(3) 本件の検討

そこで、本件を検討する。

まず、甲は、乙を利用してW寺務所に侵入して金銭を窃取することをたくらんでいるので、他人を道具として利用しながらも特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していることは認められる。

日ごろから乙の態度が気に入らず、同女の顔にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで同女の顔をこする等の暴行を加えるなどして自分に従わせていた。それだけでなく、乙が盗みをするのを嫌がったため、乙の顔にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで同女の顔をこするなどの暴行を加え、乙に自分のいう通りに行動するように命じて命令に従わせていた。そうすると、乙は甲から意思を抑圧されていたと評価することができるため、乙が犯罪を行ったとしてもそれは甲の道具としての行為であり、一方的な支配利用関係があつたと認められるのである。

したがって、甲に住居等侵入罪及び窃盗罪の実行行為が認められるのである。

第6. 罪数関係

甲にはVに対する①住居等侵入罪及び②事後強盗致死罪、Wに対する③住居等侵入罪及び④窃盗罪が成立することになる。

そして、①住居等侵入罪及び②事後強盗致死罪は手段と目的の関係となり牽連犯（刑法54条1項後段）として一罪として処理がされる。

また、③住居等侵入罪及び④窃盗罪も手段と目的の関係になるので同様に牽連犯となり一罪として処理がされる。

最後に、②事後強盗致死罪と④窃盗罪が併合罪（刑法45条前段）となる。

以 上

2022年1月9日

担当：弁護士 横山賢司

最優秀答案

回答者 FI 45点

第1 Vが居住するV電気店に侵入した行為

甲の上記行為は、窃盗の目的で侵入していることから、Vの意思に反してVの住居へ入っており、「正当な理由がないのに」「人の住居」に「侵入」したといえ、住居侵入罪（刑法（以下、略）130条前段）が成立する。

第2 甲がVに暴行を加えた行為

1. 甲の上記行為につき、甲に強盗致死罪（240条、238条）が成立しないか。
2. （1）まず、甲は、「強盗」といえるか。本件においては、甲に事後強盗（238条）の未遂罪（243条）が成立しないか。

（2）事後強盗の成立要件は、「強盗が」「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために」「暴行又は脅迫をした」ことである。

ア. まず、甲は「強盗」（235条）といえるか。本件においては、甲は、V電気店より財物を窃取していないが、事後強盗罪にいう「強盗」とは、実行に着手すればよいから、甲は強盗の実行に着手したかが問題となる。

実行の着手は、結果発生の実現的危険性のある行為を開始することをいう。したがって、強盗罪においては、目的物に手を触れる必要はなく、目的物に近寄ったか、少なくとも物色したときに着手が認められるといえる。

本件では、甲は現金が欲しいと思い、金員という目的物の置いてあるカウンターに近づこうとしていることから、この時点で強盗罪の実行の着手が認められる。よって、甲は「強盗」といえる。

イ. 次に、甲は、果物ナイフでVの左腕や左大腿部等を四個所突き刺し、更にVの顔面を手拳で強打する等の暴行を加えており、これは、十分にVの反抗を抑圧する程度の暴行といえる。

ウ. また、上記暴行は、甲を捕まえようとしたVからの逮捕を免れるために行ったものであり、「逮捕を免れ」るための暴行といえる。

(3) 以上より、「窃盗が」「逮捕を免れ」るために「暴行」をしたといえ、事後強盗罪の成立要件を満たす。なお、事後強盗罪の未遂と既遂の区別も、通常の強盗罪(236条)と同様に、財物の取得を基準に判断すべきであるから、本件では、財物の取得はしていないため、未遂(243条)にとどまる。

そして、強盗致死罪における「強盗」は、強盗罪の実行に着手した者をいうため、強盗罪が未遂でも、「強盗」といえる。

よって、甲に事後強盗未遂罪(238条, 243条)が成立することをもって、強盗致死罪(240条)における「強盗」といえる。

3. そして、Vは、甲による暴行によって生じた出血性ショックにより死亡しており、甲は、Vを「死亡させた」といえる。

4. 以上より、「強盗」が人を「死亡させた」といえ、甲には殺意はないことから、甲に強盗致死罪(240条, 238条)が成立する。

第3 甲が乙に、W寺に侵入して金員を盗むよう命じた行為

1. 上記行為につき、甲に、住居侵入罪(130条前段)及び窃盗罪(235条)の間接正犯が成立しないか。甲自身は、住居侵入及び窃盗の実行行為を何ら行っていないことから、甲に実行行為性が認められるか、問題となる。

2. 実行行為とは、特定の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。そして、①特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思のもと、②他人を道具として一方的に支配・利用していた場合には、被利用者は、利用者の単なる道具にすぎないと規範的に評価でき、利用行為自体が法益侵害の現実的危険性を有する行為といえる。

したがって、かかる場合には、実行行為にあたりと解する。

3. (1) 本件において、まず甲は、乙を利用して、W寺に侵入してW寺から金員を窃取しようと企てており、さらに、乙が奪ってきた500万円もすべて甲が受け取っている。このことから、甲には住居侵入罪と窃盗罪を自己の犯罪として実現させる意思が認められ、正犯性があるといえる。

よって、①を満たす。

(2) 次に、乙の道具性についてであるが、乙は、13歳で中学生であり、是非弁別能力は備わっているといえ、さらに、盗みが悪いことであるという認識を有しており、規範的意識も有していた。このことから、乙は乙自身のした行為について犯罪の意識があるといえ、道具性が認められないのではないとも考えられる。

しかし、乙は、日ごろから甲よりタバコの火を顔に押しつけられたり、ドライバーで顔をこするなどの悪質な暴行を受けており、嫌がっていたが誰も養育する者がいないことから甲に付き従っていた。このことから、乙は日ごろから、甲の一方的支配下に置かれていたといえる。そして実行する際に盗みを嫌がったら上記と同様の悪質な暴行を加えられており、日ごろから一方的に支配されており、甲に付き従うしかなかった状況においては、甲の命令に従うしかなかったといえる。

したがって、たとえ乙が13歳で規範的意識を有していたとしても、親の養育を必要とする年齢であり、そして本件では、養育者より一方的に支配・利用されているといえるため、道具性が認められる。

よって、②を満たす。

(3) 以上より、甲に、住居侵入罪と窃盗罪の実行行為性が認められる。

4. そして、甲の命令通り、乙は、W寺の住職が居住していた「人の住居」であるW寺の寺務所に「正当な理由がないのに」「侵入」している。さらに甲の命令通りW寺の寺務所から500万円という「財物」を窃取している。

よって、結果の発生及び甲の実行行為と結果の因果関係も認められる。

5. 以上より、甲に住居侵入罪（130条前段）及び窃盗罪（235条）が成立する。

第4 罪数

まず、Vに対する住居侵入罪と強盗致死罪は、手段と結果の関係に立ち牽連犯（54条1項後段）となる。また、W寺に対する住居侵入罪と窃盗罪も手段と結果の関係に立ち、牽連犯（54条1項後段）。そして、2つの牽連犯は、別個の行為によるものであるから、両者は併合罪（45条前段）となる。

以 上

採点講評（文責：横山）

1. Vに対する罪責

正式な罪名は事後強盗致死罪になります。しかし、事後強盗罪の構成要件の「窃盗」犯人性の有無の中で窃盗の実行の着手を検討できているのは素晴らしいと思います。

また、窃盗の実行の着手について規範から検討できているのは好印象です。

2. Wに対する罪責

間接正犯についてはよく論述できていると思います。

特に、間接正犯が実行行為性の問題となる旨を指摘できていることは好印象です。

また、あてはめの事実についても過不足なく、問題文の事実を丁寧に拾えています。

3. 全体

全体的な印象を言えば、事後強盗致死罪に気づけなかったことは本当に惜しいです。

ただし、それ以外の点についてはよく書けていると思います。

特に、刑法の事案処理の手順に従って検討できているので、好印象です。

以 上

採点講評

(2022年1月9日 刑法Ⅱ)

今回は本試験でも問われている刑法の基本的理解にそって事案処理が行えているか、事案処理の表現ができていないか、について判例百選に掲載されている事案をもとにして本問を出題した。

判例百選で掲載されている事件を基にした事例であったため苦戦している答案が多いという印象であった。

Vに対する罪責において、罪名を正確に記述できている答案はほぼ皆無であった。

事後強盗致死罪という罪名は実務においてもよく出てくる罪名であるので、これを機会に知っておいてほしい。

もっとも、正確な罪名を記述できなかったとしても強盗致死罪の一罪が成立し、その構成要件の中で事後強盗の構成要件、そして「窃盗」犯人性のところで窃盗の実行の着手についての検討を行っている答案はいくつか存在し、それらの答案については高評価をした。

また、窃盗の実行の着手に関する問題は、判例百選でも取り上げられている問題点であったものの、実行の着手の規範を論述せずにあてはめをしている論文も多かった。

本件では、客観面だけでなく、行為者である甲の計画（企み）という主観面も占有侵害の現実的危険性の有無に大きく影響を及ぼす要素であり、その問題点に気づいた処理が求められた。

なお、事後強盗致死罪または強盗致死罪一罪のみを検討せずに、窃盗未遂罪・事後強盗罪・強盗致死罪を論述していった答案の特徴として罪数処理においてミスしている答案が多々あったことも指摘する。

また、Wに対する罪責では間接正犯の典型的な事例であったために、間接正犯の問題と気づいていたようであるが、間接正犯が実行行為性の問題であるという指摘ではなく、共同正犯と同じく正犯性に関する問題であると論述している答案が極めて多かった。

そして、甲に間接正犯が認められるかについての事案処理においても、規範があいまいであったり、乙が甲の暴行等により意思を抑圧されているという問題文中の事実を上手に引用できていない者も多かった。これを機に、判例百選において、判例ではどのような理論に基づいて間接正犯（特に支配利用関係）が認められているのか、復習をしてほしいと思う。

司法試験では、判例百選掲載判例について正確な理解が求められるところ、本件は百選掲載判例の事案をそのまま問題にしている。

本件で題材となった百選掲載判例について、どの構成要件で論じられているのか、どの犯罪成立要件で問題があるのか、を意識しながら良く復習して欲しい。

最後に、論点を探す視点で問題の検討を行うと、本試験で何を書いてよいかわからなくなってしまうことも多々あるため、今回の出題を機に論点を探すのではなく刑法

の基本的理解，事案処理の手順にそって事案処理を行うような姿勢に転換してほしいと思う。

他方で，今回の高得点者は刑法の基本的理解に従って事案処理できている印象であった。

また，本件で触れてほしいメインの問題点について必要な論述がなされているだけでなく，構成要件についても丁寧な検討がなされており刑法の基本的理解にそって事案処理ができていることがきちんと表現できていた。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2022年1月9日分 得点分布表

刑法II

出席者 29名 平均点 27.7点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	2
11~15	0
16~20	4
21~25	7
26~30	4
31~35	5
36~40	5
41~45	2
46~50	0

