

論文式試験問題集  
[刑法Ⅱ]

## 【刑法Ⅱ】

以下の【事例1】と【事例2】を読んで、後記【設問1】と【設問2】について、答えなさい。

### 【事例1】

甲は、ギャンブルで多額の借金を負ったため、以前、漁港の倉庫から、いかりを盗み出し、金属買取業者に売ったことを思い出し、今回も同じ手口で金を作ることを考えた。

甲は、漁が休みで、人がいない日を見計らって、軽トラでG漁港まで行き、駐車場に車を止めた。甲は車から降りると、いかりが保管されている倉庫の近くまで歩いて行った。そして、倉庫の入口のドアの鍵を、用意してきたバールの鍵で壊そうとした。しかし、鍵を壊すのに手間取っているうちに、倉庫に設置されていた警報装置が作動し、警備員Aが駆けつけてきたので、甲はその場から逃げ出した。

### 【設問1】

【事例1】における甲の罪責について、論じなさい（建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

### 【事例2】

甲は、駐車場に止めてある軽トラに乗って逃げようとしたが、すぐにAに追いつかれ、腕を掴まれた。甲は、このままでは警察に突き出されてしまうと思い、Aによる逮捕を免れるため、Aに対し、「その手を離せ。」と言ったが、Aは、手を離すことはなかった。

その頃、たまたまG漁港に釣りに来ていた乙は、以前、一緒にいかりを盗んだことがある甲が、Aともめている様子を見て、いかりを盗むことに失敗したことを察し、甲に対し、「またやったのか。」と尋ねた。甲は、乙に対し、うなずき返して、「助けてくれ。」と言った。それを聞いた乙は、甲の逃走を助けようと思い、Aに向かって、釣りで使うために持って来ていたフィッシングナイフ（刃体の長さ約14センチメートル）を示しながら、「離せ。海に沈めてやろうか。」と言い、それによってAが甲から手を離れた際に、甲と乙は、その場から立ち去った。

### 【設問2】

【事例1】における甲の行為に窃盗未遂罪が成立することを前提として、【事例2】における乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自説を根拠と共に示すこと。

①乙に事後強盗罪の共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

以上

2023年5月7日

担当：弁護士 星野拓哉

参考答案  
[刑法 II]

## 第1 設問1

1 甲が、倉庫内に侵入するため、入口のドアの鍵をバールで壊そうとした行為に窃盗未遂罪（243条・235条）が成立しないか。

(1) いかりは「他人の財物」である。

(2) 甲は、G漁港の倉庫に侵入しようとしているところ、実行の着手があったといえるか。

実行行為とは、構成要件的結果発生の現実的危険性を有する行為をいうため、結果発生の現実的危険性が生じた時点で、実行の着手が認められる。

本件で甲が侵入しようとしているのは、いかりが保管されている倉庫であるところ、その内部にいかりがあることは明らかであり、人が住んでいるわけでもないから、入口の鍵の破壊を開始した時点で、いかりが窃取される現実的危険性が生じているといえる。

したがって、甲は窃盗罪の「実行に着手」（43条本文）したといえる。

(3) 故意及び不当領得の意思が認められることは明らかである。

2 以上より、甲の行為には、窃盗未遂罪が成立する。

## 第2 設問2

1 ①の立場からの説明

①の立場は、事後強盗罪を「窃盗」を真正身分犯と考える立

場である。この立場によれば、乙には、甲との間で、事後強盗未遂罪の共同正犯（60条・242条・238条）が成立する。

2 ②の立場からの説明

②の立場は、事後強盗罪を、窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯と考える立場である。この立場によれば、乙には、甲との間で、少なくとも脅迫罪の限度で共同正犯が成立する（60条・222条1項）。

そして、さらに事後強盗未遂罪の共同正犯まで成立するか否かについては、承継的共同正犯が問題となるところ、後行者が、先行者の行為や結果について因果関係を持つことはあり得ず、承継的共同正犯は全面的に否定されるから、乙に、事後強盗未遂罪の共同正犯は成立しない。

3 自説からの説明

(1)ア 事後強盗罪は、先行する窃盗行為を行った者のみが実行行為たる暴行・脅迫行為を行い得る犯罪であるから、実行行為の主体は限定されており、「窃盗」は身分であると解すべきである。なお、「窃盗」は、窃盗罪の犯人を意味し、未遂犯も含まれる。

これに対し、事後強盗罪を、窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯と考える立場がある。しかし、このように考えると、窃盗行為も実行行為の一部ということになるが、そのように解すると、窃盗行為を行っただけで「実行に着手」した

ことになり、事後強盗未遂罪が成立してしまうことになり  
妥当ではない。

したがって、事後強盗罪は身分犯であるとする。

イ 事後強盗罪は、身分犯の中でも、真正身分犯か不真正身分犯か。事後強盗罪は財産犯であり、非財産犯である暴行・脅迫罪の加重類型であるとするのはできないから、「窃盗」という一定の身分がなければ成立しない真正身分犯である。

ウ 「窃盗」の身分がなくても、事後強盗罪の共同正犯は成立するか。

65条1項は、文言上、真正身分犯に関する規定、同条2項は、不真正身分犯に関する規定であり、非身分者も身分者を通じて身分犯の法益を侵害することが可能であるから、同条1項の「共犯」には共同正犯も含まれる。

したがって、「窃盗」の身分がなくても、事後強盗罪の共同正犯となり得る。

(2) では、本件で、乙に事後強盗罪の共同正犯が成立するか。

ア 共同正犯が成立するためには、共謀及びこれに基づく実行行為が必要である。

イ 本件では、乙が、甲の事情を認識し、甲に対し「またやったのか。」と尋ね、甲は、乙に対して、うなずき返して、「助けてくれ。」と言っており、窃盗犯人が逃走をするため

に、脅迫を行うことについて、意志連絡が認められる。

また、乙は、脅迫行為という事後強盗罪の実行行為そのものを担当しており、正犯意思も認められる。

したがって、共謀が認められる。

ウ そして、乙は、かかる共謀に基づいて、「逮捕を免れ」るために、A に対し、脅迫行為を行っている。本件脅迫行為は、人を殺害するのに十分な刃体の長さのナイフを示し、「海に沈めてやろうか。」と殺害を示唆する発言をするという態様であり、A の反抗を抑圧するに足りる「脅迫」といえる。

かかる「脅迫」は、A が、倉庫に侵入しようとしていた甲を追いかけていた中でなされたものであり、窃盗の現場から時間的・場所的に接着した範囲内で行われており、「窃盗の機会」になされたものである。

したがって、上記共謀に基づく実行行為も認められる。

エ よって、乙は、甲との間で、事後強盗罪の共同正犯となる。

(3) ただし、事後強盗罪の既遂時期は、財産取得の有無が基準となるから、事後強盗未遂罪の共同正犯にとどまる。

以上

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
<b>設問1</b>	(10)		
「窃取」の実行の着手についての検討			
・規範		2	
・あてはめ		5	
その他の要件の検討		3	
<b>設問2</b>	(30)		
①への言及		3	
②への言及		3	
自説の提示			
・自説が提示できているか		3	
・自説の根拠を示しているか		3	
・反対説に対する批判ができているか		3	
自説からの本件の処理(あてはめ)		15	
裁量点	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

## 刑法Ⅱ 解説レジュメ

### 第1 総論

本問のメインテーマは、事後強盗罪と共犯である。論点自体は A ランクであり、刑法を一通り学習していれば、必ず触れているはずのものである。なお、令和4年予備試験刑法も、問われている部分は異なるが、問題となった犯罪は事後強盗罪であったため、すでに過去問対策をしているのに、何を書いたらいいかさっぱり分からなかったという人は、過去問研究の仕方が甘いので、猛省してほしい。

本問は、異なった結論を導く「他説」にも触れなければならないところが特徴的である。このような問題は、司法試験では平成30年から毎年出題されており定番になっているが、予備試験でも直近の令和4年に出题された。

異なった結論を導く「他説」を論述させる問題と言っても、実は2パターンに分かれる。1つは、事実認定レベルで異なった結論を導くもの、もう1つは、いわゆる「説」レベルで異なった結論を導くものである。令和4年予備試験では、前者のパターンからの出題であった。本問は、後者のパターンからの出題である。今後、予備試験でも後者のパターンからの出題が十分考えられるため、対策が必要となるだろう（司法試験では後者のパターンも出題されるので、いずれにせよ対策は必要である。）。Aランク論点で、結論が大きく変わる反対説があるものについては、ざっと押さえておくべきである。

本問は、私が受験した、令和元年司法試験の問題を、シンプルに改題したものである。採点実感によれば、「本設問で問題となる事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説の対立があるが、そうした対立点を示している答案は少数であった。」とのことであり、中々反対説まで学習できている受験生は、ロースクール卒業生を含めても、少数であるのが現実である。したがって、「他説」を論述させる問題を必要以上に恐れる必要はない。今回、しっかりと論述できた人は、自信をもってほしい。

## 第2 設問1

設問1はサービス問題である。設問2の難易度が高い関係で、設問1についてはしっかりと得点をしてほしいところである。

テーマとしては窃盗罪と実行の着手である。実行の着手の規範を定立して、あてはめをすればよい。「窃取」以外の要件についても、一言触れておくことが望ましい（詳しく論述する必要はない。）。

最決昭和40年3月9日（煙草売場に行きかけた事案）、名古屋高判昭和25年11月14日（土蔵の壁の一部を破壊した事案）、最決昭和29年5月6日（スリがポケットに触れた事案）等は、短答試験との関係でも押さえておいてほしい。

## 第3 設問2

### 1 総論

窃盗行為に関与していない乙は、事後強盗罪の共同正犯となるか、それとも脅迫罪の共同正犯にとどまるのか、自説はどちらであったとしても、双方の立場を説明しなければならない問題である。最も王道な筋としては、①について、事後強盗罪を身分犯と捉えて、共同正犯を成立させるもの、②について、事後強盗罪を結合犯と捉え、承継的共同正犯の理論自体を否定（もしくは部分的肯定説をとり、成立を否定）するものであろう。解答例も、王道の筋で作成した。

ただし、今回考えられるパターンとしてはこれだけではない。いくつ思いつくことができただろうか。頭の体操として考えてみてほしい。

### 2 事後強盗罪の構造

事後強盗罪の構造については、以下の2つの考え方がある。

#### A 事後強盗罪を身分犯と捉える説

概要：事後強盗罪を、窃盗犯であることを身分とする身分犯であると

考える。

理由：事後強盗罪の実行の着手の基準は、暴行行為や脅迫行為の着手があったかどうかで判断されるため、同罪の実行行為は暴行行為・脅迫行為であると考えられ、そうすると「窃盗」とは行為主体を示していると考えるのが自然。

反論：窃盗犯人になるのは、窃盗行為を行った結果であって、身分ではない。

### B 事後強盗罪を結合犯と捉える説

概要：事後強盗罪を、窃盗罪と暴行・脅迫罪の結合犯であると考え

理由：事後強盗罪の既遂・未遂の判断の基準は、窃盗行為の既遂・未遂に左右されることからすれば、窃盗行為も事後強盗罪の実行行為の一部であると考えられる。

反論：窃盗行為も実行行為の一部だと考えると、窃盗に着手するだけで、事後強盗罪についても実行の着手があったことになり、事後強盗未遂罪が成立してしまう。

本問を解くうえでは、どちらの説を自説としても構わないが、有力なのはA説である。後述のとおり、B説を採り、承継的共同正犯を全面的に否定すれば、論述が短く済む。しかし、共同正犯の論述に使えるような事実が散りばめられているので、試験戦略としては、A説の流れに乗った方がよさそうである（おそらくほとんどの受験生はA説を用意していると思うので、何も考えなくてもA説を自説にすることになるのではないか）。なお、「窃盗」には窃盗未遂も含まれることは一言触れておきたい。

## 3 A説を採った上での流れ

(1) 真正不作為犯か不真正不作為犯か

事後強盗罪の構成として①説を採ったとしても、話はそれだけでは終わらない。次に考えなくてはならないことが、「窃盗」の身分が、真正不作為犯なのか不真正不作為犯なのかを考えなければならない。

#### A1 真正不作為犯と考える説

概要：事後強盗罪は、窃盗犯人しか行い得ない真正身分犯と考える。

理由：事後強盗罪は財産犯であるが、暴行・脅迫罪は非財産犯であり、保護法益が全く異なるから、事後強盗罪が、暴行・脅迫罪の加重類型と考えることはできない。

反論：事後強盗罪から窃盗行為を除けば、暴行・脅迫罪が残るのだから、加重類型であることは否定できない。

#### A2 不真正不作為犯と考える説

概要：事後強盗罪は、暴行・脅迫罪の加重類型と考える。

理由：窃盗犯人でないものが暴行・脅迫を行っても、暴行・脅迫罪にしからないが、窃盗犯人が行えば、事後強盗罪になる。

反論：事後強盗罪は財産犯であるが、暴行・脅迫罪は非財産犯であり、保護法益が全く異なるから、事後強盗罪が、暴行・脅迫罪の加重類型と考えることはできない。

真正不作為犯と考えるか、不真正不作為犯と考えるかで、その後の論述の流れや結論が大きく異なる（したがって、出題者の真の狙いからは外れるが、ここを回答の分岐点とすることも考えられる。）。

#### (2) A1 説を採った後の流れ

A1 説を採るところまで論述出来たら、後は、事後強盗罪特有の問題はなく、いつもの身分と共犯の流れで論述すればよい。この点に

については、2020年度答練第19回刑法Ⅱのレジュメで解説しているので、参照してほしい。

結論としては、乙に、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立することになる。

### (3) A2説を採った後の流れ

A2説を採ると、65条2項の適用になり、乙には脅迫罪の限度で共同正犯が成立することになる。

## 4 B説を採った後の流れ

B説を採ったとしても、そこで論述が終わりになるわけではない。乙は、甲と合流してからの脅迫行為については、特に問題なく共同正犯となる。

では、甲と合流する前の、甲の窃盗未遂行為についても、乙に帰責されないだろうか。これは承継的共同正犯の問題である。

承継的共同正犯の理論自体を否定するのであれば、乙は、事後強盗未遂罪の共同正犯とはならない。

他方で、承継的共同正犯について一部肯定説を採った場合はどうであろうか。この点については、令和元年司法試験の採点実感で、「甲による窃盗（万引き）が未遂であったことに言及することなく、安易に乙による承継を認めた答案が少なからずあったが、かかる答案は、その内容からすると、総じて、論証パターンを無自覚に記述していて、具体的な事実関係に即した当てはめが十分にできていないとの印象を受けた。」とされており、しっかりと考えて当てはめをしなくてはならない。

そもそも、B説は、事後強盗未遂罪の共同正犯の成立を否定するために用いることが一般的であるから、試験戦略的にも、承継的共同正犯を成立させることはあり得ないだろう。

### 参考文献一覧

- 1 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅱ各論 第2版』  
2018年 日本評論社
- 2 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅰ総論 第3版』  
2019年 日本評論社
- 3 井田良『講義刑法学・各論』2016年 有斐閣
- 4 令和元年司法試験の採点実感

2023年5月7日 担当：弁護士 星野拓哉