

論文式試験問題集
[刑法]

[刑 法]

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例1】

- 1 甲（35歳、女性）は、A市内のアパートにおいて、長男X（13歳）及び長女Y（6歳）と3人で暮らしていた。
- 2 某月1日、甲は、Yと共に、Bが店長を務める大型スーパーマーケットC店に入り、果物コーナーを歩いていた際、陳列棚に置かれていた1房3000円の高級ブドウを手にとってYに見せながら、「あ、これ好きでしょ。」などと話したが、高額であったことから、Yの眼前でそのまま陳列棚に戻した。その後、甲は、何も買わずに店を出たが、Yに上記ブドウを万引きさせようと考え、C店の前にいて、Yに対し、「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言った。それを聞いたYは、ちゅうちょしたが、甲から「いいから早く行きなさい。」と強い口調で言われたために怖くなり、甲の指示に従うことを決め、「分かった。」と言って、甲から渡された買物袋を持って1人でC店に入っていった。Yは、約10分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出た。甲は、上記ブドウの入手を諦め、Yと共に帰宅した。
- 3 同月5日、甲は、自宅において、Xに対し、「今晚、ステーキ食べたいね。C店においしいようなステーキ用の牛肉があったから、とってきてよ。」と言った。甲は、Xが「万引きなんて嫌だよ。」などと言ってこれを断ったため、「あのスーパーは監視が甘いから見付からないよ。見付かっても、あんたは足が速いから大丈夫。」などと言って説得したところ、Xは、渋々これに応じることとし、「分かった。」と言った。甲は、「一番高い3000円くらいのやつを2パックとってきて。午後3時頃に警備員が休憩に入るらしいから、その頃が狙い目だよ。」などと言い、商品を隠し入れるためのエコバッグをXに手渡した。Xは、同日午後3時頃、上記エコバッグを持ってC店に入り、精肉コーナーにおいて、1パック3000円のステーキ用牛肉を見付け、どうせなら多い方がいいだろうと考えて5パックを手に取り、誰にも見られていないことを確認した上で同エコバッグに入れた。Xは、そのまま店を出ようと考えて出入口付近に差し掛かったところ、同所にあった雑誌コーナーにXの好きなアイドルの写真集（販売価格3000円）を見付けてにわかにかがくようになり、同写真集1冊を手にとったまま、いずれも精算することなく店外に持ち出した。Xは、帰宅し、上記写真集を自分の部屋に置いた後、牛肉5パックが入った上記エコバッグを甲に渡した。甲は、「こんなにとってきてどうすんのよ。」などと言いつつこれを受け取り、同日以降、X及びYと共にこれらの牛肉を全て食べた。

【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】（【事例1】の事実に続けて、以下の事実があったものとする。）

- 4 同月10日、甲は、自転車に乗って1人で、Dが店長を務めるホームセンターE店に行った際、陳列されていた液晶テレビ（50センチメートル×40センチメートル×15センチメートルの箱に入ったもの）を、自宅で使う目的で万引きしようと考え、E店内で、同液晶テレビ1箱を手にとって自己のトートバッグに入れた。甲は、上記箱を上記トートバッグ内に収めて店外へ持ち出すつもりでいたが、箱が大きすぎてその上部が10センチメートルほど同トートバッグからはみ出した状態になった。甲は、その状態のまま出入口方向へ歩き出そうとしたが、その一部始終を警備員F（35歳、女性）に目撃されていた。Fは、甲が液晶テレビを精算せずに店外へ持ち出そうとしていると考え、約20メートル離れた場所から甲の方へ歩いて向かったところ、周囲を見回していた甲も、Fがこちらを見なが

ら向かってきていることに気付いて万引きがばれたと思い、上記箱を陳列棚に戻した。そして、甲は、その場から走って逃げ出し、E店を出てから約3分後、E店から約400メートル離れた公園にたどり着き、同所でE店から追ってくる人がいないかどうかをうかがっていた。甲は、約10分間、上記公園にとどまっていたが、誰も追ってこなかったことから、E店に隣接する駐輪場にとめたままにしていた自己の自転車を取りに戻ろうと考え、それから約5分後、同駐輪場に戻ってきて、周囲の様子をうかがいつつ同自転車に近づこうとした。Fは、戻ってきた甲に気付き、上記駐輪場に飛び出し、甲を捕まえようと思って、「この万引き犯。逃げるんじゃない。」などと言いながら、両手を左右に広げて甲の前に立ち塞がった。そのため、甲は、逮捕を免れようと考え、両手でFの胸部を1回押したところ、Fが体勢を崩して尻餅を付いた。そこで、甲は、その隙に上記自転車に乗ってその場から逃走した。

〔設問2〕

【事例2】における甲の罪責に関し、事後強盗既遂罪(刑法第238条)の成立を否定するためにはどのような主張があり得るか。考えられるものを3つ挙げ、その3つの主張の論拠を、それぞれ具体的な事実を明示して、説明しなさい。

参考答案
[刑法 I]

第1 設問1

一 Yにブドウを取って来させようとしてできなかった甲の行為につき、窃盗未遂罪が成立する（刑法（以下略す）235条・243条・43条本文・44条）。

1 ブドウをYに取って来させようとしている甲が窃盗罪の正犯といえるかが問題となる。右の点に関する明文はないが、他人を道具として自己の犯罪を実現することは可能であるから、いわゆる間接正犯も正犯と同視できる。その成立要件は①正犯意思に基づく②他人の支配であると考ええる。

①甲は、Yにブドウを万引きさせて自らこれを得ようと考えているところ、正犯意思があるといえる。②6歳のYは、甲の監護下に置かれ、甲の意向に逆らえない立場にあり、甲からの窃盗の指示に背く可能性がないことから、甲のYへの支配が認められる。したがって、甲の本件行為は窃盗罪の間接正犯となり得る。

2 「他人の財物」とは他人が占有する他人所有の財物をいい、ブドウはBが占有するB所有の財物であるからこれを満たす。

3 Yが入店した時点で、甲が窃盗罪の「実行に着手した（43条本文）」といえるか。間接正犯における実行の着手は、被利用者が法益侵害の現実的危険性を有する行為を開始した時に認められると考える。

入店時に甲からブドウを見せられたYがその所在を知っていたことに照らせば、Yがブドウの場所がわからず何も取らずに店を出た

のは偶然の事態に過ぎない。そうすると、Yが入店した時点で、ブドウを手にとって店を出るおそれはあったと認められる。したがって、Yは、法益侵害の現実的危険性を有する行為を開始しており、甲は窃盗罪の「実行に着手」したといえる。

4 「窃取した」とは、財物に対する他人の占有を、その意思に反し、自己又は第三者の下に移転したことをいう。甲は窃盗罪の「実行に着手してこれを遂げなかった」者として窃盗未遂犯となる。

Yにブドウを万引きさせてこれを得ようと考えていた甲には、本罪の故意及び不法領得の意思も認められる。

二 Xに牛肉5パックを取って来させた甲の行為につき、窃盗罪の共同正犯が成立する（235条・60条）。

1 牛肉5パックと写真集1冊はBという「他人の財物」に当たり、Xはこれを店外に持ち出して「窃取」している。

2 Xに牛肉を取りに行かせ、自ら取りに行かない甲も「共同して犯罪を実行した者（60条）」に当たる。

Xは13歳であるが、刑事未成年者（41条）との間にも共同正犯は成立し得る。そして、相互利用補充関係に基づく自己の犯罪の実現という共同正犯の処罰根拠に照らせば「共同して犯罪を実行した者」とは①共謀と②これに基づく実行につき③正犯性を有する者をいい、自ら実行行為を分担しないいわゆる共謀共同正犯も共同正犯となり得ると考える。

（1）甲から「牛肉2パックを取ってきて」と言われたXが「分か

った」と応じたことで、窃盗罪の共謀が成立している (①)。

(2) 写真集 1 冊及び甲から指示された牛肉 2 パックを超える 5 パックを取ってきた X の行為が②を満たすためには、上記処罰根拠から、当該行為が共謀の射程内にあることを要すると考える。

牛肉 5 パックは、牛肉 2 パックという同一の客体を 3 パック増やすものに過ぎず、客体の同一性が認められる。さらに、これは「どうせなら多い方がいいだろう」と X が気を利かせ臨機応変に対応した結果であることから、犯意の同一性も認められる。したがって、X の本件行為は共謀の射程内にあり、②を満たす。

他方写真集 1 冊は、甲の指示に含まれない異質な客体であり、客体の同一性を欠く。また、これをにわかに欲しくなった X の行為は専ら個人的な欲求に基づいており、犯意の同一性がない。したがって、X の行為は共謀の射程外であり、②を満たさない。

(3) ③は、重要な役割の分担及び正犯意思から判断される。甲は、X を説得し、警備員が休みの時間帯を教え、牛肉パックを入れるエコバッグを X に手渡すなど、X の牛肉パック窃取の実行にとって重要な役割を分担している。そして、甲は X から牛肉 5 パックを受け取り、X Y と全部食べていることから、正犯意思があるといえる。したがって、甲には正犯性が認められる。

また、3 人で食べるつもりであることから、甲には本罪の故意及び不法領得の意思も認められる。牛肉 5 パックの窃盗は過剰な結果であるものの、X は窃盗罪の構成要件で示された抽象的な規範の間

題を与えられていたといえるから、故意を阻却しない。

三 罪数

甲は窃盗罪の間接正犯の未遂犯及び窃盗罪の共同正犯となり、両者は併合罪 (45 条前段) となる。

第 2 設問 2

1 事後強盗罪の既遂罪は「窃盗 (238 条 (以下略))」が既遂の場合に成立する。甲は E 店内で液晶テレビをトートバッグに入れて棚に戻したに過ぎず、「窃盗」が既遂でないから、事後強盗既遂罪は成立しない。

2 「強盗として論ずる」ことから、「暴行」は「窃盗」の機会になされることが要件となる。これは、容易に発見され、逮捕され得る状況が継続していたかどうかで判断される。甲は、E 店を出てから 3 分後、約 400 メートル離れた公園に 10 分間とどまった後、誰も追ってこなかったことを確認している。追跡者 F からの追跡が一旦途絶えたことにより、容易に発見され、逮捕され得る状況が継続していなかったといえる。したがって、その後に E 店内で F の胸部を 1 回押した甲の行為は窃盗の機会を満たさない。

3 「暴行」の程度は、相手方の反抗を抑圧するに足りるものであることを要する。両手で F の胸部を 1 回押した甲の行為の程度は、それほど強いものとはいえず、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度に至っていないから「暴行」に当たらない。

以上

予備試験答案練習会（刑法Ⅰ）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問1（甲の罪責）	(25)		
1 ブドウに対する窃盗未遂罪（235条・243条・43条本文・44条）			
(1) 「間接正犯・共謀共同正犯又は狭義の共犯（出題趣旨）」の成否		3	
(2) 「実行の着手の判断基準（出題趣旨）」		5	
(3) 窃盗未遂罪の構成要件を満たすこと		1	
(4) 故意・不法領得の意思		1	
2 牛肉5パックと写真集1冊に対する窃盗罪の共同正犯（235条・60条）			
(1) 「間接正犯・共謀共同正犯又は狭義の共犯（出題趣旨）」の成否		3	
(2) 「14歳に満たない者（41条）」との共同正犯の成否		1	
(3) いわゆる共謀の射程の検討と当てはめ ア判断枠組み イ牛肉5パックと写真集1冊の異同（客体の同一性・犯意の同一性等）		9	
(4) 故意・不法領得の意思		1	
3 罪数		1	
〔設問2〕	(15)		
事後強盗既遂罪の成立を否定する主張とその論拠			
1 甲が「窃盗」既遂に当たらないこと		5	
2 甲が「窃盗」の機会における「暴行」をしていないこと		5	
3 甲の「暴行」の程度が相手方の反抗を抑圧するに足りないこと		5	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

設問1

1 Yに取って来させようとしたブドウに対する甲の窃盗未遂罪の成否（235条・243条・43条本文・44条）

(1)甲は、ブドウを自ら取りに行かずに、Yに取って来させようとしている。右行為をもって甲が窃盗罪の正犯といえるか？

問題の所在：間接正犯の成否と成立要件

間接正犯を認める明文がない中で、他人を利用する行為が単独正犯と同視できるか。
→正犯性（又は実行行為性）の本質から論じる（行為支配説・規範的障害説・遡及禁止説等）。

(2)甲がYにブドウを取りに行くよう指示した時点と、指示に従いYがブドウを取りに店に入った時点には時間的間隔（タイムラグ）がある。いずれの時点を基準として「犯罪の実行に着手（43条本文）」したかどうかを判断すべきか？

問題の所在：間接正犯の実行の着手時期…
間接正犯では、どの時点で危険性の惹起が認められるか（利用行為時説・被利用者行為時説・個別化説）

未遂犯の処罰根拠：法益侵害の現実的危険性を惹起したこと
→法益侵害の現実的危険性を惹起した時点で実行の着手を認める。

(3)故意・不法領得の意思：一言触れる。

2 Xが取ってきた牛肉5パックと写真集1冊につき、窃盗罪の共同正犯の成否（235条・60条）。

牛肉5パックと写真集1冊が「他人の財物」に当たり、Bがこれを取ってきたことが「窃取」に当たることを端的に示す。

(1)甲は自ら牛肉パックを盗みに行かず、Xにこれを盗みに行かせているにすぎない。これをもって、甲が窃盗罪をXと「共同して実行した」といえるか？

問題の所在：共謀共同正犯の成否と成立要件

肯定説：
形式的論拠：「二人以上共同して犯罪を実行した」との文言は、実行行為を分担しない共謀加担者を排除する趣旨を含まない。
実質的論拠：相互利用補充関係に基づく自己の犯罪の実現という共同正犯の処罰根拠は、実行行為を分担しない共謀加担者にも妥当し得る。

成立要件：
A説：①共謀②重大な寄与と③実行行為
B説：①共謀②これに基づく実行行為
C説：①共謀②これに基づく実行行為についての③正犯性
D説：①共同性②重要な因果的寄与
E説：①共同実行の意思②共同実行の事実

(2)甲と X との事前共謀では、牛肉 2 パックのみを盗んでくる予定だったのに、X はこれを超える牛肉 5 パックと写真集 1 冊を盗んできた。これは、共謀に基づく実行行為といえるか？

問題の所在：共謀の射程

ア 共同正犯の本質論

A：相互利用補充関係論：相互利用補充関係に基づき自己の犯罪を実現したことに共同正犯の本質がある。

→相互利用補充関係が認められる限り共謀の射程内とみる。

B：因果的共犯論：結果に対し正犯としての物理的・精神的因果性を及ぼしたことに共同正犯の本質がある。

→因果性が及ぶ限り共謀の射程内とみる。

イ（本問で使える）考慮要素

- ①客体の同一性（同じ牛肉パックか本か）
- ②犯意の継続性（X が「どうせなら多い方がいいだろう」と思ったこと、X が「にわかにな欲しくなった」ことの法的評価）
- ③時間的場所（距離）的近接性（予定されていた牛肉 2 パックの窃取との関係で、5 パックの窃取及び写真集 1 冊の窃取との時間的場所（距離）的間隔を検討する）

(3)故意・不法領得の意思：一言触れる。

(4)X による牛肉 2 パックの窃取の共謀の下、X は牛肉 5 パックを窃取している。このズレは甲の故意を阻却しないか？

抽象的法定符合説：具体的事実の錯誤では、構成要件により与えられた抽象的な規範の問題に直面した行為者がこれを乗り越えた点で錯誤のない場合と異ならないから、故意を阻却しない。

3 罪数

甲には窃盗罪の間接正犯の未遂罪及び窃盗罪の共同正犯が成立し、両者は併合罪（45 条前段）となる。

設問 2

甲の事後強盗既遂罪の成立を否定する理由 3 つを論述させる問題。

本問は、三段論法に基づき論述するのが特に重要であったと思われる。

(1)甲の行為が「窃盗」既遂でないこと

(2)甲は「窃盗」の機会における「暴行」をしていないこと

(3)警備員 F の胸を両手で 1 回押した甲の行為が「暴行」に当たらないこと

【参考文献】

前田雅英編『条解刑法』（第 2 版・弘文堂・2011）

大塚裕史ほか『基本刑法 I 総論』（第 3 版第 3 刷・日本評論社・2020）

大塚裕史ほか『基本刑法 II 各論』（第 3 版第 3 刷・日本評論社・2023）

法務省 HP 「令和 4 年司法試験予備試験論文式試験問題と出題趣旨」 14 頁,
URL:<https://www.moj.go.jp/content/001386520.pdf>)

(出題の趣旨) [※文中の下線は担当者による]

設問 1 は、甲が、(1)長女 Y (6 歳) にスーパーマーケット C 店でブドウを万引きさせようとしたところ、Y が果物コーナーの場所が分からず、何もとらずに同店を出たこと、(2)長男 X (13 歳) に同店でステーキ用牛肉 2 パックを万引きさせようとしたところ、X が同牛肉 5 パックと写真集 1 冊を精算せずに同店から持ち出したことを内容とする事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。いずれも、刑事未成年者を利用した甲の罪責を検討する前提として、間接正犯、共謀共同正犯又は狭義の共犯のいずれが成立するかを検討する必要がある。そして、(1)については、甲に認めた関与類型を踏まえつつ、実行の着手の判断基準に関する基本的理解を示して窃盗未遂罪の成否を検討する必要がある。また、(2)については、X が甲の指示した牛肉 2 パックに加え、牛肉 3 パック及び写真集 1 冊を窃取していることから、甲の指示に含まれておらず、甲が予見もしていなかった客体の窃取に関して甲がどの範囲で罪責を負うかについて、本件の具体的事実関係を踏まえて検討する必要がある。本設問では、刑法の基本的な概念に関する正確な理解を前提に、事実関係を的確に分析し、それを法的に構成する能力が問われている。

設問 2 は、甲が、ホームセンター E 店で液晶テレビを万引きしようとしたところ、これを警備員 F に目撃され、同テレビを陳列棚に戻して同店から約 400 メートル離れた公園まで逃げたが、その後同店駐輪場に自転車を取りに戻った際に F から捕まりそうになったため、F の胸部を押して転倒させたことを内容とする事例について、事後強盗既遂罪の成立を否定するための 3 つの主張とその論拠を論じることを求めるものである。事後強盗罪の既遂・未遂は先行する窃盗の既遂・未遂によって決定されること、同罪の暴行・脅迫は「窃盗の機会」の継続中に行われる必要があること、同罪における暴行・脅迫の程度は相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものでなければならないことを踏まえ、具体的事実を示して論じる必要がある。本設問では、一定の結論を導くためには、どのような主張があり得るかを事実関係に即して検討させることによって、具体的な事実を法的に分析する能力が問われている。