

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なんか欲しくなり、同写真集1冊を手を取ったまま、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が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 (以下略す))」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。

最優秀答案

+

表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

回答者: M.F. 44点

刑法
1
頁

第1. 質問1

1. Yに於て、C店から「A」を窃取してYが「B」に行為

(1) Yの行為は「窃盗罪(293条、295条)が成立したか。

了当該「A」はC店の商品で、1個3000円の市場価値を有するが、「他人」の
所有物
A店をBの「財物」に当たらぬ。

Yの行為が「窃取」といふが、可成り窃盗罪の「実行行為性」が認めら
れず、甲はYの行為を利用してYを「間接正犯」の実行行為性として
問題にする。

(2) 実行行為とは構成要件の結果発生現実の現実の危険性といふ。二か自身
の行為を正犯といふ。他人の行為を利用してYの場合に於て、①正犯意思を
有し、②他人の行為を道具として一方的に支配・利用し、③構成要件の
結果発生に場合、直接正犯と同視するに於ては、④二かの場合、
実行行為性が認められずと解する。

(1) 窃盗の牛肉と同様、仮にYが「B」に成功した場合、甲はYと共に「A」
を食す意思を有してるといふ事。甲はYに「買物袋」を渡すという重要な
被害を担い、自らの犯罪として促しているといふ。正犯意思が有る(①)。

また、Yは16歳と幼く、その上、母親であり甲に強い口柄で言わね
るに依りYはYの意思を抑制している。このためYは規範的被害者
たる。甲はYを道具として一方的に支配・利用しているといふ(②)。

(2) Yに於て、上記行為に「実行行為性」が認められず。

Yは「B」に於て、Yは「B」に於て「A」を窃取してYが「B」に行為
結果は「窃盗」である。上記行為は「実行」の「着手」(43条)が認められず。

また、Yは「B」に於て「A」を窃取してYが「B」に行為



21 (1) の点、実行行為の発覚は上記の通りであるため、構成要件の充足
 24 発生の現実的危険性が発起点である点で、実行の着手が認められると
 25 解する。

26 (1) 確かに、Yは6歳と十分に小さく、TはC店は大規模スーパーでありYが10分おける
 27 解するに依り店内は広く、Yはとてつどつと手探りで探すに困難な状況に思
 28 える。しかし、上記行為は、^{店内で}甲がYの行動を見せ、眼前で車列棚に
 29 戻り直後であり、Yは再び店に侵入して盗取物コーナーに到着し、つどつと
 30 下りて行くことが十分可能であり、Tのため、窃盗罪の構成要件の充足発生の
 31 現実的危険性が発起点であると見なされる。

32 (1) TはC店において、上記行為に実行の着手が認められる。
 33 本 2 項 (38 条 1 項 本 款) とは構成要件の充足発生の発覚・発露をいうことは、
 34 甲にはそれがあり、取巻がある。

35 (2) Tは、上記行為に窃盗未遂罪が成立する。
 36 2. XはTと、C店から牛肉を盗むことについて、Tは行為
 37 (1) の行為と同様に、Pは盗む行為に間接正犯の成否が問題となるが、
 38 窃盗罪 (235 条) の

39 XはYとは異なり13歳であるが非行能力を有している。Tは、甲の放浪に流
 40 してからも心算して、牛肉を3パック多く取り、写真集ととるに依り臨機応変に
 41 行動しているためXはもはや甲の道具として一方的に支配・利用されているとい
 42 えない (2) 不充足。TはC店において、^{上記行為に実行行為性は認められる}間接正犯は成立している。

43 3. 共同正犯の成立。XがC店から商品をとる行為に
 44 窃盗罪の共同正犯に成立する (60 条、235 条)。
 (1) 甲は実行行為を行っていたため、共謀共同正犯の成否が問題となる。
 45 47 条 共同正犯の一部実行全部責任の原則は、他の共犯者の発起点



裏

<p>(注意事項)</p> <p>1 答案用紙の種類 本答案用紙は、刑法の答案用紙です。 刑事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、棄点となりますので、注意してください。 なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切応じません。)</p> <p>2 答案用紙の取扱い 答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。</p>	<p>3 答案作成上の注意</p> <p>① 答案は横書きとし、解答欄の枠内に直線に従って書きます。 ② 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、鋼筆)で書きます。 ③ 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、訂正部分の前後の行も訂正してください。 ④ 答案用紙の裏面を書き違えて答案を作成した場合は、訂正後に記載することは認めません。 ⑤ 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。 4 その他 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断された場合は、本試験から除きます。</p>
---	---

刑法 3 頁

45 法益侵害に「因果性を有する点」あり。よって、かかろ法益侵害と因果性を有する場合

46 具体的には、① 正犯意思に基づき共謀、② 共謀に基づき実行行為がある場合、共同

47 正犯が成立するを解する。

48 実行行為と同様、甲は商品工賃のためのエコバックをXに渡すほか、警備が手薄に

49 なる期間をXに考案する重要な役割を担っている。さらに、甲はYが「Zは牛肉を

50 共に食べよう、自己の犯罪と見せたい」といって、正犯意思がある。よって、甲の談笑に、

51 Xは応じていることから、これに基づき共謀がある(①)。

52 2100円

53 かかろ共謀に基づき、Xは、「他人」の「財物」たる牛肉を、Dの意思に反し

54 勝手に見つけ物「エコバック」の中に隠し、その占有を自己の下に移転させたことにより窃取

55 したといえ、実行行為を行為している(②)。

56 Xが「余分に手薄にした牛肉3パック」について、1パック3000円のステーキ用牛肉が

57 あった。同一の精肉コートから同一の犯意に基づいて持ち取ったものであり、これは

58 合計でエコバック全て用と共に食べようため、共謀に基づき実行行為といえる(②)。

59 一方、写真集1冊をYの行為について、牛肉をとり替えたXが、精肉コートと

60 異なる、(倉出入口付近の雑草コート)において、中をYが盗んだものであるため、個人的

61 に窃取により、Xは正犯意思を生じて持ち取り自分の部屋に置いて甲にはその事実を

62 告げずお蔵入りしている。共謀に基づき実行行為とはいえない(②不足)。

63 (丙) 丙は、Xが牛肉5パックを盗った行為のみに、甲に、窃盗罪の共同正犯が

64 成立する。2パック→5パックのズレ... 具体的事実の錯誤

65 4. 以上の、上記行為に窃盗罪、窃盗罪の共同正犯が成立し、両者は「確定判決

66 已經している二個以上の罪」(修正前規)であり合併罪となり、甲はかかろ罪責を負う。

第2. 質問2





ご確認ください。なお、解答欄の枠外（藍色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として審点は行われず、1行の場合には横線を通して、その次に書き直してください。書かされたときは「裏に記載」、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ、試験時間中に裏の解答欄に記載してください（試験時

67 1. 暴行強盗 既遂罪が成立するためには (238条) ① 窃盗が、② 窃盗の機会に、
 68 ③ 暴行又は脅迫を以てして必要とする。同罪の成立を否定するためには、①~③に2つ
 69 以上の~~要素~~足りていないことがあつてはならない。
 70 (1) 同罪の要件は「窃盗」であり、窃盗とは他人の財物を「窃取」
 71 (235条)、すなわち相手方の意思に反し、財物の占有を自己又は第三者に転移させることである。
 72 占有の有無は事後的に自己の意思及び事実に基づき判断する。本件で液晶テレビの占有
 73 はEの占有下にあり、テレビはEの商品であり、Dの占有補助者に当たらず警備員Fが、
 74 甲が「窃取」しようとして一部始終を目撃しており、Dに事後的に反意の意思がある。即ち、テレビの
 75 箱は甲のトートバッグから上部10センチ、すなわち全体の9分の1程が「窃取」され、見出しが
 76 ないためテレビの事後的に反意は甲にのみあり、Dにはない。甲はテレビの
 77 占有を自己の下に転移させたこと「窃取」が認められ、甲は「窃盗」に当らざる。
 78 (2) 同罪の暴行又は脅迫は窃盗の機会、すなわち被害者等から容易に脱身し、財物を
 79 奪取し得る状態にないで行為中を必要とする。本件で、甲は窃盗が
 80 手近にあり、3分、400メートル離れた公園へ逃げ出し、追跡されることには逃げて
 81 更に10分滞在し、Dの反意は球から完全に脱したといえる。したがって、甲はDから容易
 82 に脱身し得る。窃盗の機会にあり甲の胸部を叩くという行為を以てしてはならない。
 83 (3) 同罪の「暴行又は脅迫」とは、相手方の反抗を抑圧に足りる程度のものがあることと
 84 必要とする。本件で甲は両方Fの胸部を(2)叩くこととし、Fは甲と同じ
 85 年齢、性別があり体格差は無いと認められ、Fは警備員という、警備を
 86 業とする者である。甲の上述の行為はFの反抗を抑圧するに足りる暴行といえる。
 87 したがって、甲の行為は同罪の暴行に当らざる。
 88 2. 以上より、①~③を以てして否定し、同罪の成立を否定する要件があつてはならない。以上

刑
法
4
頁

を一時的に握持しては
足りずこれをもってテレビの

起案おつかれさまでした。
 理解が正確で判例のキーワードもあり、ほぼ完全な出来です。
 左をつめてもいいと思います(書くのが多いので)。

最優秀答案

回答者 M.F. 44点

第1 設問1

1. Yに対し、C店からブドウを持って来るよう言った行為

(1) かかる行為に窃盗未遂罪(243条、235条)が成立するか。

ア. 当該ブドウはC店の商品で、1房3000円の財産的価値を有するため、「他人」である店長Bの「財物」に当たる。

イ. 上記行為が「窃取」といえるか、すなわち窃盗罪の実行行為性が認められるか。甲はYの行為を利用しているところ、間接正犯の実行行為性が問題となる。

(ア) 実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険性をいい、これを自ら行う者を正犯という。他人の行為を利用する場合であっても、①正犯意思を有し、②他人の行為を道具として一方的に支配・利用した場合、直接正犯と同視することができる。そこでかかる場合、実行行為性が認められると解する。

(イ) 後述の牛肉と同様、仮にYが万引きに成功した場合、甲はYらと共にブドウを食べる意思を有していたといえる。また、甲はYに買物袋を渡すという重要な役割を担い、自らの犯罪として捉えていたといえ、正犯意思がある(①)。そして、Yはわずか6歳と幼く、その上、母親である甲に強い口調で言われたことにより怖くなりその意思を抑圧されている。そのためYは規範的障害がなく、甲はYを道具として一方的に支配・利用していたといえる(②)。

(ウ) したがって、上記行為に実行行為性が認められ得る。

ウ. そうだとしても、Yは結局果物コーナーの場所が分からず何もとらずに店を出ており、結果は未遂であるところ、上記行為に実行の「着手」(43条本文)が認められるか。

(ア) この点、実行行為の意義は上記の通りであるため、構成要件的结果発生の現実的危険性が惹起された時点で、実行の着手が認められると解する。

(イ) 確かに、Yは6歳とまだ幼く、また、C店は大型スーパーでありYが10分かけて探したように店内は広く、Yにとってブドウを持って来ることは困

難だったようにも思える。しかし、上記行為は、甲が店内でYにブドウを見せ、眼前で陳列棚に戻した直後であって、Yは再び店に入れば果物コーナーに到着し、ブドウを万引きすることが十分可能であったため、窃盗罪の構成要件的结果発生の現実的危険性が惹起されていたといえる。

(ウ) したがって、上記行為に実行の着手が認められる。

エ. 故意(38条1項本文)とは構成要件的结果発生の認識・認容をいうところ、甲にはこれがあり、故意である。

(2) よって、上記行為に窃盗未遂罪が成立する。

2. Xに対し、C店から牛肉を2パックとってくるよう言った行為

(1) 1の行為同様に、かかる行為に窃盗罪(235条)の間接正犯の成否が問題となるが、XはYとは異なり13歳であり、是非弁別能力を有している。また、甲の説得に渋々ながらも応じているうえ、牛肉を3パック多くとり、写真集もとってくるなど臨機応変に行動しているためXはもはや甲の道具として一方的に支配・利用されていたとはいえない(②不充足)。したがって、上記行為に実行行為性は認められず、間接性違反は成立しない。

3. そうだとしても、XがC店から商品をとってきた行為に窃盗罪の共同正犯が成立しないか(60条、235条)。

(1) 甲は実行行為を行っていないため共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、他の共犯者の惹起した法益侵害に因果性を有する点にある。そこで、かかる法益侵害と因果性を有する場合、具体的には、①正犯意思に基づく共謀、②共謀に基づく実行行為がある場合、共同正犯が成立すると解する。

イ. 行為1と同様、甲は商品を隠すためのエコバックをXに渡すほか、警備が手薄になる時間をXに教えるという重要な役割を担っている。さらに、甲はYがとってきた牛肉を共に食べており、自己の犯罪としてとらえていたため正犯意思がある。そして、甲の説得に、Xは応じていることから、これに基づく共謀がある(①)。

かかる共謀に基づき、Xは、「他人」の「財物」たる牛肉2パックを、Bの意思に反して誰にも見られずにエコバックの中に隠し、その占有を自己の下へ移転させており、「窃取」したといえ、実行行為を行なっている(②)。

Xが余分に牛肉3パックをとった行為についても、同一の1パック3000円のステーキ用牛肉であって、同一の精肉コーナーから同一の犯意に基づいて持ち去ったものであり、これらは合わせて5パック全て甲に受け渡され、甲と

共に食べているため、共謀に基づく実行行為といえる（②）。

一方、写真集1冊をとった行為について、牛肉をとり終えたXが、精肉コーナーとは異なる、C店出入口付近の雑誌コーナーにおいて、好きなアイドルのものであったため個人的に欲しくなり、新たな犯意を生じて持ち去り自分の部屋に置いて甲にはその事実すら告げなかったのであり、共謀に基づく実行行為とはいえない（②不充足）。

（2）よって、Xが牛肉5パックをとってきた行為にのみ、甲に、窃盗罪の共同正犯が成立する。

4. 以上より、上記行為に窃盗未遂罪（の間接正犯）、窃盗罪の共同正犯が成立し、両者は「確定判決を経ていない二個以上の罪」（45条前段）であるため併合罪となり、甲はかかる罪責を負う。

第2. 設問2

1. 事後強盗既遂罪が成立するためには①「窃盗」（238条）が、②窃盗の機会に③「暴行又は脅迫」をしたことを要するところ、同罪の成立を否定するためには①～③について、以下のような主張をすることがあり得る。

（1）同罪の主体は「窃盗」であるところ、窃盗といえるためには、他人の財物を「窃取」（235条）、すなわち相手方の意思に反し、財物の占有を自己又は第三者の下に移転したことを要する。

占有の有無は事実的支配の意思及び事実により判断する。本件で液晶テレビの占有は元々Eの店長Dにあるところ、テレビはEの商品である上、Dの占有補助者に当たる警備員Fが、甲が万引きしようとする一部始終を目撃しており、Dに事実的支配の意思がある。また、テレビの箱は甲のトートバックから上部10センチ、すなわち全体の4分1程がはみ出し、見える状態であったためテレビの事実的支配は甲ではなく、なおDにある。したがって、甲はテレビの占有を自己の下に移転したといえず「窃取」がないため、甲は「窃盗」に当たらない（①不充足）。

（2）同罪の暴行又は脅迫は窃盗の機会、すなわち被害者等から容易に発見され、財物を取り返され得る状況において行われることを要すると解する。本件で、甲は窃取が未遂となってから、3分、400m離れた公園へ誰からも追跡されることなく逃げ、更に10分滞在し、Dの支配領域から完全に脱したといえる。従って、甲はDから容易に発見等され得る、「窃盗の機会」において甲の胸部を押すという行為をしたとはいえない（②不充足）。

(3) 同罪の「暴行又は脅迫」とは、相手方の反抗抑圧に足りる程度のものであることを要すると解する。本件で甲は「両手でFの胸部を1回押し」しているところ、Fは甲と同じ年齢、性別であり大きな体格差はないと考えられるところ、Fは警備員という身に危険が生じ得る仕事を業とする者であって、甲の上記行為は、Fの反抗を抑圧するに足りる暴行といえない(③不充足)。

したがって、甲の行為は同罪の「暴行」に当たらない。

2. 以上より、①～③をそれぞれ否定し、同罪の成立を否定する主張があり得る。

以 上

採点講評

(2024年4月28日 刑法I)

講師：水野直

この度は、起案おつかれさまでした。

本問（R4予備試験刑法）の採点の結果、高評価だった答案に共通する特徴がありました。その内容は、以下の7点です。いずれも受講生が自分の答案を見直す際の視点となると思われるので、お伝えします。

- ① 条文が正確に引用されていること
- ② 表現が端的でわかりやすいこと
- ③ 基本事項の記述が正確であること
- ④ 記載の順序が論理的であること
- ⑤ 規範と当てはめが整合していること
- ⑥ 正解筋に沿っていること
- ⑦ 論点に至るまでの説明が端的であること

①は今から即実行可能で、コスパが大変良く、実践しない理由がありません。②は日本語表現の問題であり、わかりやすいと感じた他人の表現の分析や一文一意の徹底などで改善可能です。③～⑦の完成度を高めるには、基本書や判例で学んだ知識を体系的に整理して表現する訓練（本答練を含む）が必要です。

本講評の解説は、講義中に頂戴したご指摘等を元に、論証例を適宜示しながら、理解の正確性を追求したものです。一方、参考答案は、現実的な「B」答案を示すことで、予備試験の合格水準が意外に低いことをお知らせするものです。あまり気負わず、基本事項で点数を着実に積み上げて、あっさりと合格ラインを超えていきましょう。

受講生の皆さんが、早く手堅く合格を勝ち取ることを心から祈ります。

設問1

一 間接正犯

1 間接正犯の正犯性

甲に「間接正犯が成立しないか」という表現が見られましたが、不正確と思われます。刑法に間接正犯は明文で規定されていません。したが

って、いわゆる間接正犯の成立を認めたところで、それが犯罪なのかどうか明らかではありません（罪刑法定主義）。ここでは、自ら実行行為を行う直接正犯だけが正犯なのかが問題となっています。たとえば「他人を自己の犯罪の道具として利用するいわゆる間接正犯も正犯たり得るか」など、表現を工夫する必要があります。ここであえて「正犯」の明文を挙げるとすれば、「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」（61条1項）の「正犯」です。

それと、窃盗罪の「他人の財物を窃取した」（235条）の摘示（テキシ）・当てはめのない答案がありました。各論も忘れずに端的に指摘した人は点を積み上げていました。

2 刑事未成年（刑法41条）を利用した間接正犯の成否

「是非弁別能力」「意思の抑圧」の2つのキーワードからXY両者の違いを浮き彫りにしている人は数人でした。ただ、この点は、巷の再現答案集のA答案もほとんどできておらず（参考答案含む）、相対的にそれほど差は付かなかったと推測されます。これは、基本事項に隠された盲点でした。

(1) Yについて

・6歳のYには是非弁別能力がありません。判例の整理によれば、その意思が抑圧されていてもいなくても、一般的には間接正犯の成否に影響がありません。しかし、これはあくまで一般的な整理であって、被利用者の意思が現に抑圧されていたことを考慮することは差し支えありません。以下、論証例を示します。

【Yは6歳であり、一般的に是非弁別能力を欠いている。これに加え、Yは、甲から強い口調で指示されて怖くなって犯行を強いられており、現実にその意思も抑圧されていたといえる。したがって、甲のYに対する行為支配性が認められる】

・被利用者Yにつき窃盗未遂罪の構成要件該当性を検討し、それが利用者甲の窃盗未遂罪とみなされるかのように論述する答案がありました。

・故意・不法領得の意思

甲は、高かったのを棚に戻したブドウをYに万引きさせてタダで手に入れようとしています。この点に一言触れて、故意・不法領得の意思が

あると指摘できます。

(2) Xについて

- ・甲の関与類型（正犯か共犯か）の選択

単独正犯が原則的な犯罪主体といえること、本問がXをYと比較させるための問題と思われることから、間接正犯の成否から検討します。

Xは甲に説得され、自らの意思で犯行を決意したといえること、「どうせなら多い方がいいだろう」と自ら判断して牛肉3パックを追加するなど、臨機応変に犯行を遂げていることなど、判例の評価（特に下線部）を引用して間接正犯の成立を端的に否定し、共同正犯の成否の検討へと移った答案は高評価になりました。

二 共同正犯

1 共謀共同正犯の共同正犯性

「共謀共同正犯が成立しないか」との問題提起は不正確と思われます。その理由は、上で述べた間接正犯と同様で、共謀共同正犯が刑法に明文で規定されているわけではないからです。ここでは、実行行為を分担しない共謀加担者（共謀共同正犯）の共同正犯性が問題となっています。たとえば「いわゆる共謀共同正犯は「共同して犯罪を実行した者」（60条）に当たるか」とするなど、表現を工夫する必要があります。

2 刑事未成年者との間での共同正犯の成否

共犯の従属性から肯定される旨を端的に指摘しておくといえます。

3 共謀の射程

牛肉5パックと写真集1冊という2つの物の違いやXの犯意に着目し、反対事情を考慮しつつ共謀の射程を検討した答案は高評価となりました。

設問2

本問では「事後強盗既遂罪の成立を否定するため」（出題趣旨）の主張3つとその論拠が問われています。つまり、事後強盗既遂罪の成立要件のうち、いずれか3つを理由付き否認すれば解答として必要十分でした。

1 「窃盗」が既遂でないこと

【「窃盗」とは窃盗犯人をいい、「強盗として論ずる」ものとされる事

後強盗罪において、その既遂未遂は「窃盗」の既遂未遂によって決まる。テレビを箱ごとトートバッグに入れた甲は窃盗既遂犯でないから「窃盗」に当たらない。したがって、事後強盗既遂罪は成立しない】というのが正確筋です。

(1) 窃盗既遂の成立が否定される論拠

・摘示すべき甲の行為

窃盗に当たり得る甲の行為は、テレビを箱ごとトートバッグに入れた行為（本件行為）しかありません。本件行為に絞って摘示・検討した答案にはセンスが感じられ、高評価となりました。

・摘示すべきでない甲の行為

「甲はテレビを棚に戻したから窃盗が既遂に至っていない」と述べる答案がありました（参考答案を含む）。テレビを棚に戻す甲の行為は単にテレビに対する甲の握持を解く行為であって「窃取」に当たり得ません。また、テレビを棚に戻したからといって本件行為の「窃取」該当性を事後的に否定することはできません。

・窃盗未遂罪の成立は論拠にならないこと

「窃盗未遂罪が成立するから事後強盗既遂罪が成立しない」と述べる答案がありました。既遂構成要件は未遂構成要件を含むと解されています（実行の着手〔未遂構成要件〕＋結果＋因果関係＝既遂構成要件）。未遂犯の成立は、既遂犯の成立を否定する理由ではなく、既遂犯の成立を否定した帰結に過ぎません。

(2) 本件行為の「窃取」該当性

・「窃取」とその既遂時期

窃盗罪の奪取罪としての本質に照らし、「窃盗」における「窃取」とは、財物に対する他人の占有をその意思に反して自己又は第三者の下に移転する行為をいいます。ここにいう「占有」（242条）とは、人が財物を実力的に支配する関係をいい、必ずしも現実の握持又は監視を要せず、その実力的支配の及ぶ場所に存在すれば足りると解されています（最判昭和32・11・8刑集11-12-3061）。

そして、窃盗罪の既遂時期（占有の移転時期）は、占有の対象である財物の大きさや行為態様によって様々であることから、一律に判断する

ことはできず、財物の大きさや形状、行為態様、隠匿の容易性等に照らして個別的に判断せざるを得ません。

・ 論証例

【窃盗罪における「他人の財物」とは他人が所有する財物をいうところ、テレビは店長Dが所有する財物であるからこれに当たる。そして、店長Dの実力的支配が及ぶ場所であるE店内にあるテレビには、Dの占有が認められる。テレビを箱ごとトートバッグに入れた甲は、テレビを握持したとはいえる。しかし、テレビは、その箱の大きさのため（50cm×40cm×15cm）、トートバッグからその上部が10cmほどはみ出し、他人の目に直接触れる状態にあった。甲の本件行為をもってテレビを隠匿するのは困難であり、現に、その一部始終はDの占有補助者Fに目撃されていた。そうすると、甲は、一時的に、Fからの声かけで直ちに解かれる程度の脆弱な握持をしたに過ぎず、これをもってテレビに対するDの事実上の支配を自己の下に移転させたとはいえない。したがって、「窃盗」は既遂となっていない。】

2 「暴行」が窃盗の機会の継続中に行われていないこと

・ 条文の解釈は、次のようになると思われます。

【明文はないものの、「強盗として論ずる」ものとされる事後強盗罪の「窃盗」と「暴行」との間には、単純強盗罪における「暴行」と「強取」との間にあるのと同程度の密接性が要求される。同程度の密接性とは、被害者等の追及可能性すなわち窃盗の機会の継続性をいい、窃盗犯人が被害者等から容易に発見され、財物を取り返され、逮捕され得るような状況が継続していたかどうか（判例）によって判断される】※

※長いので、適宜端折るべきです。キーワードである「窃盗の機会の継続性」が示されていれば足り、「窃盗犯人が～」以降を当てはめに持ってきてても趣旨は同じです。

・ 論証例

【甲は、400メートル離れた公園まで走って逃げてから10分間経っても誰も追って来なかったことを確認している。F以外に追手はおらず、甲はFの追跡を振り切って安全圏に入ったといえる。そうすると、

窃盗犯人甲が被害者等から容易に発見され、逮捕され得るような状況は失われ、窃盗の機会の継続性は失われたといえる。その後、駐輪場に戻ってから甲がFの胸を両手で押した行為は、窃盗の機会の継続中に行われたものとはいえず、「窃盗が」「暴行をした」を満たさない。】

3 「暴行」の程度が相手方の反抗を抑圧する程度に至らないこと

・条文の解釈

【「強盗として論ずる」ものとされる事後強盗罪の「暴行」は、単純強盗罪（236条1項）における「暴行」と同程度であること、すなわち、有形力の行使のうち、社会通念上、相手方の反抗を抑圧する程度のものに限られると解される。】

・暴行の程度は、その行為態様を中心として、性別、体格差、周囲の状況等に照らして判断されます。その際、暴行の結果（Fの尻餅）も、暴行の程度を基礎付ける間接事実として使えます。

・論証例

【甲がFの胸を両手で1回押した場所は、店舗営業中で外部に開かれた場所にある駐輪場であり、Fが他人に助けを求めることが可能な場所であった。Fと甲は女性同士で、35歳の同年齢であり、体力差はほぼないといえる。Fは尻餅を付いたものの、甲から胸を押されたはずみに過ぎず、特にケガもしていないことから、直ちに体勢を立て直すことが可能だったといえる。そうすると、Fの胸を両手で1回押した甲の行為は、有形力の行使としてそれほど強いものとはいえず、社会通念上、相手方の反抗を抑圧する程度のものであったとはいえない。したがって、甲の本件行為は「暴行」に当たらない。】

以上

司法試験予備試験答案練習会 2024年4月28日分 得点分布表

刑法 I

出席者 19名 平均点 27.5点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	1
11~15	0
16~20	4
21~25	2
26~30	4
31~35	4
36~40	3
41~45	1
46~50	0

