

[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、んた、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店の前において、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店に入ってしまった。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これが欲しくなり、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。



表

試験科目	受験番号				フリガナ	
刑法					氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
講師：弁護士 武藤喬
質問：takashi_muto@me.com
2025.3.25実施 Aゼミ 刑法

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違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違えの申出には一切応じません。）。

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。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外（着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。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、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、無効答案として零点となります。

(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斜線で1行の場合には横線で消して、その次を書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進えて答案を作成した場合には、表が白紙の時には「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。（試験時間終了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る記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
講師：弁護士 武藤喬
質問：takashi_muto@me.com
2025.3.25実施 Aゼミ 刑法

刑法
3 頁

45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

刑法
4 頁

67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

第1 設問1

1 甲が、Y（6歳）に対し、C店の高級ブドウを「窃取」するよう指示した行為について、甲にBに対する窃盗未遂罪（刑法（以下省略）243条、235条）の間接正犯が成立しないか。

（1）甲はYにブドウをとってくるよう指示したにすぎないが、他人の行為を利用した場合にも正犯性が認められるか。

ア 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・利用している場合には、規範的にみて自ら実行行為を行なった者と評価できることから、間接正犯として正犯性が認められると解する。

イ 本件において、甲は、YにC店のブドウを万引きさせようと考え上記のとおり指示していることから、正犯意思が認められる（①）。また、Yはブドウをとってくることをちゅうちょしているものの、甲から強い口調で「いいから早く行きなさい」と言われ怖くなったため甲の指示に従うことを決めている。Yは6歳の子どもに過ぎず善悪の判断能力は不十分であり、甲は1人でYを育てていることからすればYの甲に対する依存とも高く、甲の指示に従わざるを得ない。

以上から、甲は、Yを道具として一方的に支配・利用しているといえる（②）。

ウ したがって、甲には、間接正犯として正犯性が認められる。

（2）もっとも、Yは結果として何もとっていないため「実行に着手」（43条本文）したとは認められないのではないか。

ア 未遂処罰の根拠は、結果発生危険にあるから、構成要件的结果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」と認められると解する。

イ Yは、約10分間か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。このような状態ではYがブドウの占有侵害に至る現

1	実的危険性を含む行為を開始したとはいえない。
2	ウ したがって、Y が窃盗罪の「実行に着手」したとは認められない。
3	(3) そして、被利用者の行為は、利用者の利用行為の因果的経過に過ぎず、利用行
4	為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の実現的危険性が認められるから、利
5	用者の利用行為時点で実行の着手が認められる。
6	したがって、甲は Y に対してブドウの窃盗を指示した時点で窃盗罪の間接正犯の
7	「実行に着手」したといえる。
8	(4) また、甲は、Y を道具として利用して C 店のブドウを万引きさせてこれを自分
9	達で食べるつもりだったのだから、窃盗罪の間接正犯の故意も不法領得の意思も認
10	められる。
11	(5) 以上より、甲には、B に対する窃盗未遂罪の間接正犯が成立する。
12	2 甲が、X に対しステーキ用の牛肉を取ってくるよう指示したところ、X がステーキ
13	用の牛肉 5 パックとアイドルの写真集 1 冊をとってきたことについて、甲に窃盗罪の
14	間接正犯又は共同正犯（60条）が成立しないか。
15	(1) X は、どうせなら多い方がいいだろうと考えてステーキ用牛肉 5 パックを窃取
16	しており自らの意思で臨機応変に行動している。また、自分が好きなアイドルの写真
17	集が欲しくなりこれを窃取することで自己の利益のために犯行に及ぶということもし
18	ている。これらの事情から、X の指示により意思を抑圧された状態で犯行に及んだと
19	はいえない。
20	したがって、X は、甲によって一方的に利用支配されていたとは言えないため間接
21	正犯は成立しない。
22	(2) 次に、共謀共同正犯の成否について検討する。
23	ア 共謀共同正犯は、一時的責任を負う正犯であるから、①共謀と②共謀に基づく実

1	行行為に加えて、③正犯性が必要であると解する。
2	イ 甲は、X に対して C 店で一番高い3000円くらいのステーキ用牛肉2パック
3	をとってくるよう指示したところ、これに対しXは「分かった。」といいこれを了承
4	している。したがって、甲X間には、C店で一番高いステーキ用牛肉2パックを窃取
5	することについての共謀が成立したといえる(①)。
6	そして、Xは、ステーキ用牛肉5パックとアイドル写真集1冊について会計を済ま
7	せないまま店外に持ち出し「窃盗」した。ステーキ用牛肉2パックの窃盗に関する共
8	謀の因果性は、同じステーキ用牛肉という被害品の共通であり、ステーキ用牛肉5パ
9	ック全部の窃盗にも及ぶが、アイドル写真集1冊の窃盗については、当初の共謀とは
10	無関係であり、窃盗被害品との共通性が全く認められないため、共謀の因果性が及ば
11	ない(②)。
12	甲は、Xに対し、警備員が午後3時頃に休憩に入る時を狙い目であるという窃盗遂
13	行のために重要な情報を提供しており、ステーキ牛肉の窃盗について重要な役割を果
14	たしたといえる。また、甲は、ステーキ牛肉を自分らで食べるつもりであったのだけ
15	ら、利害関係も認められる。したがって、正犯性も認められる(③)。
16	ウ 以上より、ステーキ牛肉5パック分について、甲に共謀共同正犯が成立しうる。
17	(3) 甲は、ステーキ牛肉2パック分の窃盗の故意しか有していないが、主観と客観
18	が同一構成要件内で一致しているため、具体的事実の錯誤にあたり故意(38条1項)
19	は阻却されない。
20	(4) Xは刑事未成年者であり責任が阻却される(41条)が、共同正犯者間におけ
21	る責任は連帯しないと解することから、甲についてXとの間でも共同正犯は成立する。
22	(5) 以上より、甲には、ステーキ牛肉5パック分についての窃盗罪の共同正犯が成
23	立する。

1	
2	第2 設問2
3	1 「暴行」にあたらないこと
4	事後強盗罪(238条)における「暴行又は脅迫」は、社会通念上一般に財物の取戻し
5	や逮捕の行為を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。
6	本件Fは、甲と同じ35歳の女性であり、甲が両手でFの胸部を1回押した程度の
7	行為は、社会通念上一般にFによる逮捕行為を抑圧するに足りる程度のものとはいえ
8	ず、「暴行」に当たらない。
9	したがって、事後強盗罪は成立しない。
10	2 窃盗の機会に行われた「暴行」ではないこと
11	強盗罪との罪質の近似性を担保するために、事後強盗罪の「暴行又は脅迫」は、窃
12	盗の機会の継続中に行われる必要があると解する。
13	本件では、甲は、誰にも追跡されずにE店から約400メートルも離れた公園まで辿
14	り着いていることから、もはやFにより逮捕される状況が継続していたとはいえず、窃
15	盗の機会は解消されたといえる。
16	したがって、甲の暴行は、窃盗の機会に行われた「暴行」にあたらないことから、
17	事後強盗罪は成立しない。
18	3 窃盗が未遂にとどまること
19	事後強盗罪の未遂・既遂は、先行する窃盗罪の未遂・既遂を基準として判断される。
20	本件液晶テレビは、甲のトートバッグから上部が10センチメートルもはみ出しほ
21	どの大きな箱に入っていたのだから、甲が店外に出るまでは本件液晶テレビの占有がD
22	から甲に移転したとはいえない。そして、甲は本件液晶テレビを陳列棚に戻している
23	から「窃取」したとは認められず、窃盗罪は未遂にとどまる。
	したがって、甲には事後強盗既遂罪成立しない。 以上

刑事訴訟法ゼミ資料

2025 年 3 月 25 日実施

担当：武藤

第 1 自己紹介

2018 年 12 月 予備試験合格

2021 年 1 月 司法試験合格

2022 年 5 月 弁護士登録（74 期）東京弁護士会所属

第 2 試験の成績

・予備試験

短答

憲法：24 行政：19 民法：18 商法：20 民訴：22 刑法：28 刑訴：25

一般：27 合計：183

論文

憲法：B 行政：B 民法：A 商法：B 民訴：F 刑法：A 刑訴：A 一般：D

法律実務科目：F

・司法試験

短答

憲法：44 民法：52 刑法：30 合計：126

論文

憲法：A 行政：B 民法：B 商法：B 民訴：A 刑法：C 刑訴：A

第 3 予備試験の論文式試験

・試験時間：70 分／問（刑事系は 2 問で 2 時間 20 分）

・答案の最大枚数：4 枚

・問題文：約 1.5 ページ

⇒時間内に事案を処理して答案に表現することが求められる。

完璧な答案は目指さない。

第 4 問題の解き方(時間の使い方)

①問題文を読む

②答案構成

③答案用紙への記入

⇒自分が答案 1 枚書くのにどれくらいの時間がかかるかによって変わってくる。

Ex 1 枚 1 2 分→答案構成 2 2 分

1 枚 1 5 分→答案構成 1 0 分

自分がどれくらいの量を書くことができるのか把握するのが重要

※合格点と取るためには最低でも 3 枚(約 2 0 0 0 字程度)は書けた方がよい。

第 5 刑法の特徴

- ・ 基本的な理解を問う問題が出題される傾向が強い。
→理論体系を意識して、論点の網羅性、規範定立、当てはめ、結論の流れを意識する。問題文の事情を抜き出し、その事実が法的にどのような意味を持っているのか評価する。
- ・ 多角的な検討を求める出題が増えている。
司法試験と同様学説の対立を意識した問題が出題されている。
 - ①自説とは異なる結論を導く反対説まで問う学説対立問題
 - ②同じ結論を導くための理論構成を複数検討させる問題（本問）

第 6 今回取り扱う問題

令和 4 年刑法

設問 1 刑法総論（間接正犯、共同正犯）

設問 2 刑法各論（事後強盗罪）

令和 4 年から多角的な検討を求める問題が出題された（設問 2）。設問 1 について、頻出分野の共犯が出題されている。

いずれの設問も検討すべき点が多く、時間配分に注意して途中答案にならないように書き切ることが肝要。

第7 出題の趣旨（太字、下線は作成者）

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が求められるものである。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。

第8 設問1

1 Yを利用した窃盗未遂罪の成否

(1) 間接正犯

ア 規範

①正犯意思、②他人の行為を道具として一方的に支配・利用している

イ あてはめ

- ・Yはブドウをとってくることをちゅうちょしているものの、甲から強い口調で「いいから早く行きなさい」と言われ怖くなったため甲の指示に従うことを決めていること
- ・甲は1人でYを育てていることからすればYの甲に対する依存とも高く、甲の指示に従わざるを得ないこと

(2) 「実行に着手」(被利用者)

ア 規範

構成要件的結果発声に至る現実的危険性を含む行為の開始時

イ あてはめ

- 約10分間か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。
- 少なくとも果物コーナーへ行って商品を手に取る必要はあるのではないか？

(3) 「実行に着手」(利用者)

ア 利用者行為説と被利用者行為説どちらもとれる。

→論理的に矛盾しないように注意

2 Xを利用した窃盗既遂罪の成否

(1) 間接正犯

ア あてはめ

- ・どうせなら多い方がいいだろうと考えてステーキ用牛肉5パックを窃取したこと
→自己の意思に基づいて臨機応変に行動
- ・自分が好きなアイドルの写真集が欲しくなりこれを窃取したこと
→自己の利益のために行動

イ 結論

道具性否定→間接正犯不成立

(2) 共謀共同正犯

ア 規範

①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、③正犯性

イ あてはめ

(ア) ①

- ・共謀→申出（指示）と了承から成り立つ。
- ・甲はXに対してC店で一番高い3000円くらいのステーキ用牛肉2パックをとってくるよう指示し、Xは「分かった。」といいこれを了承している。
→C店で一番高いステーキ用牛肉2パックを窃取することについての共謀が成立

(イ) ②

- ・Xはステーキ用牛肉5パックとアイドル写真集1冊を窃取しており、甲の指示以上の行動に出ている。→共謀の射程
- ・成立している共謀の因果性が及んでいるかで判断する。
- ・ステーキ肉5パック
→ステーキ肉という点で共通性が認められる。数量については具体的事実の錯誤に過ぎない。→共謀の因果性○
- ・アイドルの写真集
→ステーキ肉とは異なり被害品としての共通性なし→共謀の因果性×

(ウ) ③

- ・警備員が午後3時頃に休憩に入る時が狙い目であるという窃盗遂行のために重要な情報を提供
→重要な役割を果たしている。
- ・盗んだステーキ肉を自分も食べるつもりでいた。
→利害関係あり
- ・正犯性○

ウ 具体的事実の錯誤

甲が有しているのは、ステーキ肉2パックだがXが盗んだのは5パック
→具体的事実の錯誤に過ぎないため故意が認められる。

エ 共同正犯における責任の従属性

Xは刑事未成年であり責任が阻却される（41条）
→責任の個別性から責任は連帯しない。

オ 結論

甲にステーキ肉5パック分について窃盗罪の共同正犯が成立

第9 設問2

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とを求める問題

一定の結論を導くための理論構成の検討という縛りが設けられている。

→自身がとる見解と異なる見解について論じなければならないことがあり得るため、判例通説以外も押さえておく。

1 考え方

成立を否定する主張

→構成要件の充足するのかが検討する。

充足性に疑義を生じる事情があればその事情に関する要件、論点を指摘する。

2 否定する論拠

(1) 「暴行」にあたらないこと

- ・事後強盗罪における「暴行又は脅迫」

→社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕の行為を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

(2) 窃盗の機会に行われた「暴行」ではないこと

- ・事後強盗罪の「暴行又は脅迫」

→窃盗の機会の継続中に行われる必要がある。

(3) 窃盗が未遂にとどまること

- ・事後強盗罪の未遂・既遂は、先行する窃盗罪の未遂・既遂を基準として判断され、暴行・脅迫の目的達成の有無は無関係である。

以上

最優秀答案

回答者：M・A さん

第 1 設問 1

1 Y にブドウの万引きを指示した行為に窃盗未遂罪(刑法、以下法令名省略、243 条、235 条)の間接正犯が成立するか。

(1)間接正犯は明文規定がないものの、他人をあたかも道具のように利用して犯罪を実現することは不可能ではなく、規範的には自ら実行行為をしたものと評価できるため、解釈上間接正犯を認めても罪刑法定主義に反するものではない。「自ら実行行為をしたものと評価できる」とは、被利用者の行為をあたかも道具のごとく一方的に利用・支配し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現する場合であり、またこれに応じ他人の犯罪を自己の犯罪として一定の構成要件を実現する場合であり、またこれに対応し他人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きに評価できるものである。行為支配性と正犯意思は一体的に判断される。行為支配性を認定するにあたっては、被利用者の年齢、心身の発育状況等(a)、犯罪の性質・重大性が被利用者には是非弁別の困難なものであったか否か(b)、利用者、被利用者の関係(c)、利用者の指示命令が被利用者の意思を制圧するものであったか(d)、被利用者の自主的判断が求められるものだったか(e)等を考慮する必要がある。

本件で Y は 6 歳と未熟な年齢であり、心身も発達していない子どもである(a)。つまり指示された行為が窃盗にあたることを認識できたとはいえず(b)、親の甲に指示された内容であれば物を取ってくるという単純な行為をすることに何ら疑問を抱かず行った可能性があり(c)(e)、ちゅうちょする Y に対し強い口調で指示した結果恐怖心を生ませ、これを利用し意思を制圧して窃盗をはたらかせようとした甲は(d)、他人を一方的に支配利用し、結果の実現過程、つまり窃盗罪の構成要件を実現させようとしていたといえ、間接正犯が成立し得る。

(2)未遂罪(243 条、44 条)として成立するか。

窃盗の「実行に着手」(43 条)していたか問題となる。ここで、刑罰の対象は、法益侵害、結果を生じさせた行為であるとする客観主義の立場から、未遂犯の処罰根拠は結果発生 of 危険性に求められる。また、未遂犯の処罰に値する必要があるため、実行の着手は、結果発生 of 現実的危険性が生じた時点とすべきである。そして、危険性の判断基準の曖昧さから、これに加えて実行行為に密接する行為がなされる必要があると解するべきである。

本件でYはC店に入店しているが、約10分掛けて店内を探しても果物コーナーの場所が分からず、目的の高級ブドウの元にたどり着けなかったのだから、当然ブドウに触ってもおらず、実行行為である窃取(235条)に密接する行為がされたとはいえない。よって、結果発生の実現的危険性が生じておらず、実行に着手(43条)していない。

(3)上記から、甲に窃盗未遂罪(243条、235条)の間接正犯は成立しない。

2 Xが牛肉5パックと写真集を万引きした行為に窃盗罪(235条)の間接正犯が成立するか。

(1) 第1.1(1)の間接正犯の成立要件である「行為を支配して被利用者を通じて構成要件を実現し、自己の犯罪として実現する意思を有している」に該当するか検討していく。

本件では、Xは13歳であり、中学生だと想定できる。中学生はある程度集団生活の経験を重ねており、物事の善悪の判断が可能な年齢である(a)。このような心身の発育した者は窃盗が悪であると識別できるはずである(b)。たとえ親子関係があり(c)、甲がXの「万引きなんて嫌だよ」という断りにもかかわらず説得した事実があったとしても、指示の態様は「見付かっても」「大丈夫」などと背中を押す程度に犯行を促しているものであり、甲がXの意思を抑圧する程度まで強くはない(d)。また、指示である牛肉の窃取を甲の要望以上に多く行っており、写真集まで万引きしていることから、被利用者Xの自主的判断が過分に含まれており(e)、甲の一方的な支配による窃盗罪の実現や、Xの犯罪を自分の犯罪として実現する意思が窃取物全てに及んでいたとはいえず、間接正犯は成立しない。

(2) Xの意思も含まれていたことから、本件窃盗罪に共同正犯が成立するのではないか。

(60条、235条)共同正犯は、2人以上の者が犯罪を共同して遂行しようという共謀をし

①、その共謀に基づいて実行行為が行われる必要がある②。

ア①共謀とは、犯罪の共同遂行に関する合意をいう。各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を遂行しようという意識すなわち共同犯行の意識と、犯行について何らかの意思の疎通が存在する必要がある。

本件では、Xは甲からの説得に「分かった。」と応じており、更に、第1.2(1)で述べたように、Xは自己の犯罪として実現する意思を有しており、甲が指示、Xが自らの意思で実行する形で自分たちの犯罪として遂行しようという共同犯行の意識が認められる。また、前述のようにXが甲に「分かった。」と了承したことから、意思の疎通が認められる。

イ②共謀に基づく実行について、甲が指示した牛肉3パックの他、Xが自らの意思で2パック余分に盗み、他にもアイドルの写真集を盗んでいるが、これらにも甲とXの共謀の射程が及ぶのか。共同正犯の処罰根拠は、各関与者の合意に基づく実行行為と、これに対する結果との因果性があり、各関与者が「自分の犯罪」として正犯意思を有し行っていることにあるため、犯罪の性質、態様等から、当初の共謀の因果性が当該行為にまで及んでいると認められる時は共謀の射程が及び、共謀に基づく実行があるといえると解する。

本件で共謀の内容は、某月5日、C店で一番高い3000円くらいの肉を2パック窃取するものである。Xの実行行為は、牛肉5パックについて、同質のものを甲の指定より2パック多く盗んでいるにすぎず、甲の指示とXの了承に基づく行為の結果に含まれるといえるため、本件行為に因果性は認められる。アイドル写真集について、牛肉パックとちがひ、甲から指示された客体ではないものの、某月5日C店内の商品を窃取したこと、被害者がBであり占有の保護法益が害されている点は上牛肉と同じであり、甲がXを説得し、Xが一度断っていた経緯も踏まえると、Xに万引きの意思がなかったものの、甲により牛肉を窃取する犯意を形成させられ、これの延長でアイドルの窃取が行われたのだから、牛肉3パック窃取の犯意に包摂されているといえる。以上から、Xのアイドル写真集窃取は甲X間の合意に基づく実行行為と因果性が認められる。

(3)牛肉2パックとアイドル写真集についても甲X共謀に基づく実行行為として窃盗罪の共同正犯が成立する。(60条・235条)

第2 設問2

1(1)「暴行」(238条)にあたらないと主張すると考えられる。事後強盗罪は、所定の目的での「暴行」を財物奪取の手段としての「暴行」と同視できることから「強盗として論ずる」(238条)ため、強盗罪(236条)と同じ基準「相手方の反抗を抑制するに足りる程度が必要」である。

(2)本件では、甲はFの胸を一度押したにすぎず、何ら武器も使用しておらず素手で行っている。そして場所はE店隣接の駐車場であり、他者の助けを求めやすい状況であり、被害者も非力な人間ではなく、警備員という職務上このようなトラブルに対処する術を身につけていると考えられる。よって、事後強盗罪は成立しない。

2(1)窃盗の機会に行われたといえないという主張が考えられる。「強盗として論ずる」以上、暴行行為は窃盗の機会に行われている必要がある。これは、時間的場所的近接性と追跡可能性を考慮する。

(2)本件暴行はEに隣接する駐車場で行われており、窃取行為後18分ほどしか経っておらず、時間的場所的近接性がある。一方、甲は甲は暴行行為前にE店から400m離れた公園にたどりつき、誰もおってこなかったのだから、Fの支配領域から脱し追及可能性は低い。窃盗の機会とはいえない。

3(1)「未遂」(243条)にとどまるという主張が考えられる。「強盗として論ずる」ため、未遂との区別は財物の占有を取得した時と考える。判断基準は第1.1(2)と同じである。

(2)本件で甲は液晶テレビT箱をトートバックに入れており、これは窃取の密接に関連する行為であり、結果発生の実現的危険性が認められる。よって「実行の着手」(43条)をしているといえる。一方、箱がはみ出してFにバレたと思い陳列棚に返しているため、占有取得しておらず、事後強盗罪は未遂である。

以上

第1 設問1

1 Yに7才のAを指示した行為に窃盗未遂罪(刑法、以下法令省略、43条、235条)の間接正犯が成立するか。

(1) 間接正犯は明文規定がないものの、他人をあたかも道具のように利用して犯罪を実現することは不可能ではなく、規範的には自ら実行行為をしたものと評価できるため、解釈上間接正犯を認めても罪刑法定主義に反するものではない。自ら実行行為をしたものと評価できることは、被利用者の行為をあたかも道具として一方的に利用・支配し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現する場合であり、またこれに対し他人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きに評価できるものである。

行為支配性と正犯意思は一体的に判断される。行為支配性を認定するにあたっては、被利用者の年齢、心身発育状況等(a)、犯罪の性質、重大性が被利用者に是非判別困難なものであるか否か(b)、利用者・被利用者の関係(c)、利用者の指示命令が被利用者の意思を制圧するものであるか(d)、被利用者、自主的判断が求められるものか(e)等を考慮する必要がある。

指示した行為が

本件でYは6歳と未熟な年齢であり、心身も発達していない子である(a)。つまり窃盗にあたることを認識していたとはいえず(b)、親の甲に指示された内容であれば物を取ってくるという単純な行為をすることに何ら疑問を抱かず行なう可能性があり(c)(e)、つまりYに対し強い口調で指示した結果恐怖心を生じ、これを利用し意思を制圧して窃盗をやらせようとした甲は(d)、他人を一方的に支配・利用し、結果の実現過程、つまり窃盗罪の構成要件を実現させようとしていたといえ、間接正犯が成立せし得る。

(2) 未遂罪(243条、44条)として成立するか。

窃盗の「実行に着手」(43条)していたか問題となる。ここで、刑罰の対象は法益侵害

害、結果を生じさせた行為であるとする客観主義の立場から、未遂犯の処罰根拠は結果発生の危険性にある。また、未遂犯の処罰に値する必要があるため、実行着手は、結果発生の現実的危険性が生じた時点とすべきである。そして、危険性の判断基準の曖昧さからこれに加えて実行行為に密接する行為とされる必要があると解するべきである。

本件でYはC店に入店しているが、約10分掛けて店内を探しても果物コーナーの場所が分からず、目的の高級ブドウ1元にはじき着けなかったのだから、当然ブドウに触れてもあらず、実行行為である盗取(235条)に密接する行為が乏しいといえる。よって、結果発生現実的危険性が生じておらず、単行に着手(244条)にすぎない。

(3) 上記より、甲に窃盗未遂罪(238条、235条)が成立した。9 間接正犯は成立する

110

2 Xが牛肉5パックと写真集を盗み出した行為は窃盗罪(235条)の間接正犯が成立するか。

(1) 第1.1(1)の間接正犯の成立要件である行為を支配して被利用者を通じて構成要件を實現し、~~また~~自己犯罪として實現する意思を有しているに該当するかを検討していく。

本件では、Xは13歳であり、中学生だと想定できる。中学はある程度集団生活の経験を重ねており、物事善悪の判断が可能な年齢である(a)。この点から身が發育した者は窃盗が悪いと認識できると言えるはずである(b)。たとえば親子関係があり(c)、甲がXの「盗み出さなくて嫌だよ」という断りにもかかわらず説得した事がある、たとしても、指示、態様は「見付かっても大丈夫な」と背中を押す程度に犯行を促しているものであり、甲がXの意思を抑圧する程度まで強くはない(d)。また、指示である牛肉の盗取を甲の要望以上に多く行っており、写真集まで盗み出していることから、被利用者Xの自主的判断が過分に含まれており(e) ^甲 ~~単一~~ 目的な支配による窃盗罪の實現や、Xの犯罪を自分の犯罪として實現する意思が盗取物金でに反してい
たといえ、間接正犯は成立しない。

(2) Xの意思も含まれていたことから、本件窃盗罪に共同正犯が成立するではないか。(60条、235条) 共同正犯は、2人以上の者が犯罪を共同して遂行しようという共謀をし①、その共謀に基づいて実行行為が行われる必要がある②。

① 共謀とは、犯罪の共同遂行に関する合意をいふ。各関与者はいずれの関与者と共同して自分たちの犯罪を遂行しようという意識を有する共同犯行の意識と、犯行について何らかの意思の疎通が存在する必要がある。更に、

本件では、Xは甲からの説得に「了解した。」と応じており、共同遂行の合意がある(第1、21)で述べたように、Xは自己の犯罪として実現する意思を有しており、甲が指示、Xが自らの意思で実行する形で自分たちの犯罪として遂行しようという共同犯行の意識が認められる。また、前述のようにXが甲に「了解した。」と応じたことから、意思の疎通も認められる。

② 共謀に基づき実行について、甲が指示した牛肉10kgの他、Xが自らの意思で21kg、17kg余分に盗み、他にもA店に多量集を盗んでいるが、これらにも甲とXの共謀の射程が及ぶのか。共同正犯の成立根拠は、各関与者の合意に基づき実行行為と、これに対する結果の因果性があり、各関与者が自己の犯罪として正犯意思を有し存在することにあるため、犯罪の性質、態様等から、当初の共謀の因果性がい当該行為にまで及んでいると認められる時は共謀の射程が及び共謀に基づき実行があるとすると解する。

本件で共謀の内容は、某月5日、C店で一番高い3000円以下の肉を21kg盗取するものでありXの実行行為は、牛肉5kgについて、同質のものに甲の指示より21kg多く盗んでいるにすぎず甲の指示とXの了承に基づき行為の結果に含まれるため、本件行為に因果性は認められる。A店に多量集について、牛肉1kgとちがひ、甲から指示された客体ではないものの、某月5日C店内の商品を盗取したこと、被害者がBであり占有保護の法益が害されている点は上牛肉と同じであり、甲がXを説得し、Xが一度断っていた経緯も踏まえると、Xは自ら盗む意思がなかったものの、甲により牛肉を盗取する犯意を形成せら

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

これの延長で、Xの盗取行為は、牛肉の盗取行為に包摂されている。以上から、Xの盗取行為は、甲X間の合意に基づき、実行行為と因果性が認められる。

(3) 牛肉の盗取行為とXの盗取行為についても、~~甲X~~ ^{甲X} 合意に基づき、実行行為として、強盗罪の共同正犯が成立する。(60条-235条)

第2 設問2

(1) 「暴行」(238条)にあたると主張が考えられる。事後強盗罪は、所定の目的での強盗を、財物奪取の手段としての「暴行」と同視することから「強盗として論ずる」(238条)ため、強盗罪(238条)と同一基準で、相手方の反抗を抑圧するのに足る程度が必要である。

(2) 本件では、甲はFの胸を一度押したにすぎず、何ら武器も使用しておらず素手でいる。として、場所は店隣接の駐車場であり、他者の助けを求めやすい状況であり、被害者も非難人間ではなく、警備員という職務上、そのようなトラブルに耐えられると身についていると考えられる。よって、事後強盗罪は成立しない。

2) 強盗の機会に行われたといえないという主張が考えられる。「強盗として論ずる」以上、暴行行為は強盗の機会に行われた必要がある。これは、時間的場所的近接性と追跡可能性を要する。

(2) 本件暴行は店に隣接の駐車場で行われており、強盗行為後18分ほどしか経ておらず、時間的場所的近接性がある。一方、甲は暴行行為前に店から400m離れた公園にたどりつき、誰も追ってこなかったため、Fの支配領域から脱し追及可能性は低い。強盗の機会とはいえない。

3) 「未遂」(243条)に該当するという主張が考えられる。「強盗として論ずる」ため、趣旨の区別は財物の占有を取得した時と考える。基準判断基準は第1.1(2)と同じである。

(2) 本件で甲は液晶テレビ1台をトランクに入れ、これは強盗の密接に関連する行為であり、結果発生の現実的危険性を認められる。よって実行着手(43条)をいっている。一方、箱がはみ出してFにバレたと思い陳列棚に戻っているため、占有取得におらず、事後強盗罪は未遂である。以上

令和4年予備試験刑法講評

答案の作成お疲れ様でした。

設問1について、Yを利用した窃盗未遂の成否ですが、間接正犯の正犯性については比較よく検討できていたと思います。

「実行に着手」については、間接正犯なので利用者を基準とするのか被利用者を基準とするのかで結論が変わり得る問題なのでこの検討は必要だと思います。

Xを利用した窃盗既遂の成否ですが、Xが自らの意思で臨機応変に行動していることを問題文の事情を拾って検討することが必要だと思います。

法的な評価を論じようという姿勢はとても重要ですし意識は良いことだと思います。

共謀共同正犯の検討ですが、共謀は具体的に認定しましょう。

写真集については、共謀の内容に全く含まれていないため共謀の因果性を認めることは難しいと思います。

Xが刑事未成年なので責任が連帯するかという点も検討できるとより良かったと思います。

設問2については、論じるべき点を把握して的確に論じることができていたと思います。

引き続き頑張ってください。

武藤