

令和4年予備試験解答速報 - 刑法

1 設問1

2 1. 甲がYに対して「他人の財物」であるC店のブドウを「窃取」するように指示をした

3 ことについて、Bに対する窃盗未遂罪（243条、235条）の間接正犯が成立しないか。

4 (1) 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者に

5 ついては、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正

6 犯が成立すると解する。

7 甲は、Yを利用してC店のブドウを万引きさせようと考えており、Yに窃取させた

8 ブドウを自分でも食べるつもりだったのだから、自己の犯罪を実現するためにYを利

9 用するという正犯意思が認められる(①)。Yは6歳であり事理弁識能力を欠くため、

10 指示されたブドウの万引きについて規範的障害が生じないから、甲によって一方的に

11 利用支配されていたといえ、道具性も認められる(②)。

12 したがって、甲には間接正犯としての正犯性が認められる。

13 (2) Y自身が窃盗罪の「実行に着手」したといえるか。

14 ア. 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の現実的危険性にあるから、構成要件的结果発

15 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」が認められると解する。

16 イ. Yは、ブドウをとる目的でC店に入った後、約10分間かけて店内を探したが、

17 果物コーナーの場所が分からなかったのだから、ブドウが置かれている果物コーナ

18 ーを見つけにそこに近づいていったという事実は認められない。そうすると、Yが

19 ブドウの占有侵害に至る現実的危険性を含む行為を開始したとはいえないから、Y

20 が窃盗罪の「実行に着手」したとはいえない。

21 (3) そうすると、間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為の開始時と理解する見解

22 からは、Yが窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したとはいえず、窃盗未遂罪の間接

1 正犯すら成立しない。

2 しかし、被利用者の行為は利用行為から結果発生に至るまでの因果関係の経過にす
3 ぎず、利用行為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の現実的危険性が認められ
4 るから、利用行為の開始時に間接正犯の「実行に着手」したと認められると解する。

5 したがって、甲はYに対してブドウの窃盗を指示したことにより窃盗罪の間接正犯
6 の「実行に着手」したといえる。

7 (4) 窃盗罪の成立には故意(38条1項本文)に加えて不法領得の意思も必要であるところ、

8 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達で食べ
9 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められる。

10 (5) したがって、Bに対する窃盗未遂罪の間接正犯が成立する。

11 2. 甲がXに対して「他人の財物」であるC店のステーキ用牛肉2パックを「窃取」する

12 ように指示をしたところ、Xがステーキ用牛肉5パックとアイドル写真集1冊を窃取し
13 たことについて、窃盗罪の間接正犯又は共同正犯(60条)が成立しないか。

14 (1) Xは、13歳であり事理弁識能力を有するため、指示された万引きについて規範的障

15 害が生じる。そして、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

16 5パックを窃取することで自らの意思で臨機応変に行動したり、自分が好きなアイドル

17 の写真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

18 うこともしているため、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は到

19 底いえない。したがって、Xが甲によって一方的に利用支配されていたとはいえず、

20 道具性を欠く(②)。よって、間接正犯は成立しない。

21 (2) そこで、共謀共同正犯の成否を検討する。

22 ア. ①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのも

1 のとして③正犯性があれば、共謀共同正犯の成立が認められると解する。

2 イ. 甲が X に対して C 店にある一番高いステーキ用牛肉 2 パックをとってきてと指
3 示し、X が「分かった。」といいこれを了承したことにより、甲 X 間に C 店にある
4 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した(①)。

5 X は、「他人の財物」であるステーキ用牛肉 5 パックとアイドル写真集 1 冊を持
6 って店外に出ることでこれらを「窃盗」した。ステーキ用牛肉 2 パックの窃盗に関
7 する共謀の因果性は、同じステーキ用牛肉という被害品の共通性ゆえに、ステーキ
8 用牛肉 5 パック全部の窃盗にも及ぶ(②)。これに対し、アイドル写真集 1 冊の窃
9 盗については、共謀に係る窃盗被害品との共通性が全くないため、共謀の因果性が
10 及ばない(②)。

11 甲は、「万引きなんて嫌だよ」と言った X を説得することで、X の窃盗の意思を
12 誘発した。また、甲は、X に対して「午後 3 時頃に警備員が休憩に入るらしいから
13 その頃を狙い目だよ。」などと言い窃盗遂行にとって重要な情報を提供することで、
14 重要な役割を果たした。さらに、甲は、X が盗んだステーキ用牛肉を自分達で食べ
15 るつもりだったのだから、本件窃盗について利害関係もある。したがって、甲には
16 正犯性もあり(③)、甲はステーキ用牛肉 5 パックの窃盗の共謀共同正犯となる。

17 (3) 甲はステーキ用牛肉 2 パックの窃盗の故意しか有していなかったが、具体的事実の
18 錯誤における方法の錯誤の場合でも故意が阻却されないと解すべきであるから、ステ
19 ーキ用牛肉 5 パック全部の窃盗罪について故意が認められる。

20 (4) 共同正犯における責任の従属性は不要であるから、甲について、刑事未成年者(41
21 条)である X との間でも共同正犯が成立する。

22 (5) 以上より、ステーキ用牛肉 5 パック全部の窃盗罪の共同正犯が成立する。

1 設問 2

2 1. 事後強盗罪（238 条）の「暴行又は脅迫」は、社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕
3 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。

4 確かに、相手方である F は女性である。しかし、F は 35 歳であり高齢者ではない。

5 しかも、甲は 35 歳の女性であり、男性に比べて体力が劣る。そうすると、甲が両手で F
6 の胸部を 1 回押した行為は、社会通念上一般に F の逮捕行為を抑圧するに足りる程度
7 のものとはいえず、「暴行」に当たらない。したがって、事後強盗罪は成立しない。

8 2. 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、窃盗
9 の機会の継続中に行われる必要があると解する。

10 甲は、E 店を出て、それから約 3 分後、E 店から 400 メートル離れた公園にたどり着
11 いたところ、F はそこまで甲を追跡していなかったのだから、甲が公園にたどり着いた
12 時点で、F により逮捕される状況たる窃盗の機会は解消されたといえる。そうすると、
13 甲が公園から E 店に隣接する駐車場まで戻った際に F から逮捕されそうになったとい
14 う状況は、新たに生じたものにすぎず、窃盗の機会性を基礎づけない。したがって、甲
15 の暴行は窃盗の機会に行われた「暴行」に当たらないから、事後強盗罪は成立しない。

16 3. 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
17 行・脅迫の目的の達成の有無は無関係である。

18 「窃取」とは占有者の意思に反する占有移転であるところ、本件液晶テレビは 50 cm×
19 40cm×15 cm であり、甲のトートバッグから上部が 10 cm ほどはみ出していたのだから、
20 甲が店外に出るまでは本件液晶テレビの占有が D から甲に移転したとはいえない。甲は
21 本件液晶テレビを陳列棚に戻しているから「窃取」は認められず、窃盗罪は未遂にとど
22 まる。したがって、事後強盗既遂罪は成立しない。 以上