

1 [令和4年]

2
3 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。

4
5 【事例1】

6 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
7 で暮らしていた。

8 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
9 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、
10 「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
11 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
12 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
13 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
14 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
15 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
16 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
17 ドウの入手を諦め、Yと共に帰宅した。

18 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店においしいそうなステ
19 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
20 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
21 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。」
22 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
23 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
24 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
25 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
26 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
27 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
28 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冊を手にとったまま、
29 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、
30 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
31 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。

32
33 【設問1】

34 【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。）。

35
36 【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。）

37 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
38 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
39 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
40 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
41 したが、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
42 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
43 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
44 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

45 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、
46 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
47 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
48 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
49 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、
50 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
51 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
52 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
53 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
54 の場から逃走した。

55

56 **〔設問2〕**

57 **【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
58 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
59 体的な事実を明示して、説明しなさい。

[解説]

設問 1

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。(出題趣旨)

1. 甲が、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

甲について、窃盗未遂罪 (243 条、235 条) の間接正犯の成否が問題となる。

(1) 本問のように、被害者以外の者の行為を利用する事案では、間接正犯は、「自ら実行行為を行った者として正犯と評価されるのは、利用者と被利用者のどちらであるか」という問題意識の下で、正犯性の問題として論じられる。

間接正犯の成立要件は、正犯意思と一方的支配利用を内容とする道具性の 2 つである。本問では、甲には正犯意思があり、また、6 歳である Y は事理弁識能力を欠くために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道具性も認められる。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。

(2) 「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。」(問題文 15~16) のだから、Y が窃盗罪の「実行に着手」(43 条本文) とはいえない。そうすると、間接正犯の実行の着手時期について被利用者標準説に立つならば、甲が窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したとはいえないから、窃盗未遂罪の間接正犯は成立しない。これに対し、利用者標準説からは、甲が窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したといえるから、窃盗未遂罪の間接正犯が成立する。

2. 甲が、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

基礎応用 12 頁 [論点 1]、論証集 3 頁 [論点 1]

基礎応用 119 頁 [論点 4]、論証集 57 頁 [論点 5]

(1) 間接正犯

Xは、6歳のYと異なり事理弁識能力を有するから、指示された万引きについて規範的障害が生じる。このように事理弁識能力を有する刑事未成年人者を利用する行為について道具性要件が認められるためには、被利用者が利用者により意思を抑圧されていたことが必要とされる。

基礎応用 13 頁・3(1)イ、論証集 4

頁・3(1)イ

昭和58年決定は、利用者が被利用者（養女・当時12歳）を日頃から暴行を加えるなどして自己の意のままに従わせていた事案において、「被告人は、当時12歳の養女Xを連れて四国88ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていたXに対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているXを利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のようにXが是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。」と判示している。

最決 S58.9.21・百174

他方で、平成13年決定は、当時12歳の息子に強盗を行わせた事案について、「本件当時Xには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はXの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Xは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、…被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。」として間接正犯の成立を否定した。その上で、共謀共同正犯と教唆犯の区別については、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Xに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Xが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。」として、共謀共同正犯の成立を認めた。

最決 H13.10.25

本問では、㊦甲の指示が「一番高い3000円くらいのやつを2パックとってきて」（問題文22）という内容であったにもかかわらず、Xが「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。」（問題文24～26）ことにより自己の意思で臨機応変に対応していることと、㊧「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3000円）を見付けてにわかにかがやくようになり、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。」（問題文26～29）ことにより自己の利益のための犯行にも及んでいることから、甲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、道具性を欠く。よって、間接正犯は成立しない。

(2) 共謀共同正犯

甲については窃盗罪の間接正犯の成立が否定されるため、窃盗罪の共謀共同正犯(60条)の成否が問題となる。

ア. 共謀共同正犯について、判例・通説は肯定説に立っている。

共謀共同正犯の成立要件については、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のとして③正犯性が必要であると解する。共謀共同正犯と教唆犯(幫助犯)との区別は、主として③正犯性によってなされることとなる。③正犯性は、犯意誘発、役割の重要性、利害関係などを考慮して判断される。

イ. 本問では、㊦牛肉2パックの窃盗(甲の指示の範囲内)、㊧牛肉3パックの窃盗(甲の指示の範囲外)、㊨写真集1冊の窃盗(甲の指示の範囲外)を区別した上で論じることになる。

㊦については、甲の指示の範囲内であることから、比較的容易に共謀共同正犯の成立を認めることができる。これに対し、㊨については、甲が窃盗を指示した客体と全く異なる財物を窃取するものである(つまり、被害品としての共通性がない)ことから、X・甲間の牛肉2パックの窃盗に関する共謀の因果性は及ばない。したがって、㊨については、共謀に基づく(②)とはいえず、共謀共同正犯は成立しない。

㊧については、客体の被害品としての共通性が強いことなどから、X・甲間の牛肉2パックの窃盗に関する共謀の因果性が及ぶといえ、②も満たす。

そうすると、甲は、主観的には牛肉2パックの窃盗罪の認識で、牛肉5パックの窃盗罪の共謀共同正犯を実現したことになるから、牛肉3パックの窃盗については具体的事実の錯誤が問題になる。法定的符合説からは、C店の精肉コーナーにおける牛肉2パックの窃盗と牛肉5パックの窃盗とはいずれも窃盗罪の構成要件の範囲内で符合することから、甲には、㊦牛肉2パックの窃盗(38条1項本文)の故意のみならず、㊧牛肉3パックの窃盗の故意も認められる。したがって、牛肉5パック全部について窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。¹⁾

基礎応用 131 頁 [論点 1]、論証集

63 頁 [論点 1]、練馬事件・最大判

S33.5.28・百 1 75

基礎応用 46 頁 [論点 3]、論証集 24

頁 [論点 3]、最判 S53.7.28・百 1

42

設問 2

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

¹⁾ 抽象的法定符合説と具体的法定符合説とは、例えば甲が V を殺害する認識で Z を殺害してしまったというように、認識した法益主体とは異なる法益主体の法益侵害を惹起した事案を念頭に置いて、認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合しているか否かを判断する際に法益主体(被害者)の個性・具体性を重視すべきか否かという点について対立している。そうすると、本問のように、同じ法益主体(被害者はいずれも占有者である店長 B である)に窃盗の結果が生じている事案では、甲には㊦牛肉2パックの窃盗のほかに㊧牛肉3パックの窃盗にも故意が認められるかという問題点について、抽象的法定符合説と具体的法定符合説の対立という形で論じるのは誤りであると思われる(端的に、抽象的法定符合説と具体的法定符合説のベースとなっている法定的符合説から故意が認められることを説明すれば足りると思われる。)

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。

平成30年以降の司法試験の刑事系では、学説対立をはじめとする多角的検討が重視されており、多角的検討の一環として、本問のように、ある結論に向けられた理論構成を複数検討させる出題もなされている。予備試験においても多角的検討が問われたことから、今後は、予備試験対策としても、刑法・刑事訴訟法について学説対立をはじめとする多角的検討を求める出題に備える必要がある。

1. 事後強盗罪の「暴行又は脅迫」の程度を満たさない

事後強盗罪も強盗罪として扱われる以上（238条）、本罪の「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。

甲の暴行は、女性である甲が「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。」（問題文52～53）という程度にとどまるから、相手であるFが女性であることを踏まえても、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のものとはいえず、「暴行」に当たらない。

基礎応用 278頁・4(3)イ(ア)、論証集 133頁・4(2)イ

2. 窃盗の機会の継続中における暴行に当たらない

事後強盗罪も「強盗として論じ」られるから（238条）、強盗罪との罪質の近似性を担保するために、本罪の「暴行又は脅迫」には財物奪取行為との密接な関連性が要求される。そこで、「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると解される。

平成16年判決は、被告人がA方において住居侵入窃盗を行い、誰からも発見、追跡されることなく、自転車で約1km離れた公園まで逃げた後で、再度A方に盗みに入ることにして自転車で引き返し、A方玄関の扉を開けたところ、帰宅していた家人のBに発見され、逮捕を免れるためにBに暴行を加えたという事案において、「上記事実によれば、被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。そうすると、被告人が、その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということはできない。」と判示し、事後強盗罪の成立を否定した。

基礎応用 279頁 [論点1]、論証集 133頁 [論点1]

最判 H16.12.10・百II43

本問の事実関係は、「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。」(問題文46～52)というものである。甲が誰からも追跡されることなく、E店から400メートル離れた公園に辿り着いた時点で窃盗の機会は終了したといえるから、その後における甲の暴行は窃盗の機会の継続中に行われた「暴行」に当たらない。

3. 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

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と解される。

問題文には、「甲は…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)…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、…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。」(問題文37～45)とある。㉞本件液晶テレビが50センチメートル×40センチメートル×15センチメートルという大きなサイズのものであること、㉟箱が大きすぎてその上部が10センチメートルほどトートバッグからはみ出した状態になっていたこと、㊱甲が店外に出る前に本件液晶テレビを陳列棚に戻していることから、甲による本件液晶テレビの窃盗は既遂に達していない。したがって、仮に前記1・2により「暴行」要件が否定されなくても、甲には事後強盗罪の未遂が成立するにとどまる。

基礎応用 280 頁・4(4)、論証集 133
頁・3(3)

[模範答案]

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。したがって、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、甲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 る、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、甲には、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(以下「牛肉」という。)

12 2パックを「窃取」するように指示をしたところ、Xが牛肉5パックとアイドル写真集
13 1冊を窃取したことについて、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牛肉5パックを
16 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の写真集
17 が欲しくなりこれを窃取することで自己の利益のための犯行にも及んでいるから、甲
18 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底いえない。したがって、
19 Xが甲によって一方的に利用支配されていたとはいえ、道具性を欠く(②)。よって、
20 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 店にある一番高い牛肉 2 パックをとってきてと指示し、X が

3 「分かった。」といいこれを了承したことにより、甲 X 間に C 店にある一番高い牛

4 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」である牛肉 5 パックとアイドル写真集 1 冊を持って店外に

6 出ることでこれらを「窃盗」した。牛肉 2 パックの窃盗に関する共謀の因果性は、

7 同じ牛肉という被害品の共通性ゆえに、牛肉 5 パック全部の窃盗にも及ぶ (②)。こ

8 れに対し、アイドル写真集 1 冊の窃盗については、共謀に係る窃盗被害品との共通

9 性が全くないため、共謀の因果性が及ばない (②)。

10 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

11 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

12 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、

13 重要な役割を果たした。さらに、甲は、X が盗んだ牛肉を自分達で食べるつもりだ

14 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、甲には正犯性もあ

15 り (③)、甲は牛肉 5 パックの窃盗の共謀共同正犯となる。

16 (3) 認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り具体的事実の錯誤は故

17 意を阻却しないと解される。甲は牛肉 2 パックの窃盗の認識しか有していなかったが、

18 C 店の精肉コーナーにおける牛肉 2 パックの窃盗と牛肉 5 パックの窃盗とは窃盗罪の

19 構成要件内で符合するから、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、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. 事後強盗罪も強盗罪である（238 条）から、本罪の「暴行又は脅迫」は、社会通念上
3 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。

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