

予備試験

令和4年予備試験
論文式試験分析会
刑 法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 228686

LU22868

刑法 問題

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、「あんだ、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店においしいそ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、あなただ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、戻ってきた甲に気づき、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。

刑法 解答のポイント

- 1 設問1の前半部分では、Yにブドウを盗むよう指示した行為につき窃盗罪（刑法（以下、法令名を略す。）235条）の成否が問題となり、ここでは間接正犯に当たるかが問題となる。

Yは6歳と幼く、是非弁別能力を欠く点や親である甲から強い口調で万引きを指示されていること等を摘示しつつ、一方的な利用関係を認めることで間接正犯であることを認定する必要がある。類似の事件として最決昭58.9.21/百選I〔第8版〕〔74〕がある。

次に、Yは窃盗の実行を決意したものの、目的物であるブドウが置かれた果物コーナーを見つけることができず、何もとらずに退店していることから、窃盗の実行の着手（43条）の問題が生じる。ここでは、利用者基準説、被利用者基準説、個別化説といった各々の自説を展開し、事案に即した検討が必要となる。判例が採用しているとされる被利用者基準説（大判大7.11.16/百選I〔第8版〕〔65〕）にたてば、被利用者たるYはブドウが置かれた果物コーナーに近づくことすらできておらず、窃盗の危険が生じたとはいえないから、甲はYへの指示について罪責を負わないことになるだろう。

- 2 設問1の後半部分では、Xにステーキを盗むよう指示した行為について、窃盗罪の間接正犯、教唆犯（61条1項）、あるいは共同正犯（60条）となるのかが問題となる。

Xは13歳と是非弁別能力があり、甲の指示はXの意思を抑圧する程度のものではないことやXが自らの意思で臨機応変に犯行を完遂していることから一方的な利用関係は認められず、間接正犯とはならない。また、甲が自ら犯行を計画し、Xに犯行が容易になる時刻を教示し、犯行を行うためのエコバックを与え、盗品をともに消費するつもりであるといった事情を簡潔に摘示し、教唆にとどまらず、共同正犯が成立することを認定するべきであろう。類似の事件として最決平13.10.25/平13重判〔4〕がある。

その上で、Xは当初の共謀にはなかったステーキ用牛肉3パック、アイドルの写真集も窃取しており、これについても甲は罪責を負うか、いわゆる共謀の射程が問題となる。共謀と因果性のあるステーキ用牛肉3パックについては罪責を負い、Xが出入り口付近で見つけてにわかにな欲したアイドルの写真集については罪責を負わないと判断することになるだろう。

- 3 設問2では、これまでの単に罪責を問うといった従来の予備試験の形式とは異なり、ある考え方に沿う主張を考える司法試験型の問題が出題された。事後強盗既遂罪（238条）の成立を否定する構成を考えるに当たっては、犯罪の成立要件（構成要件、違法、有責）のひとつひとつを丁寧に検討し、どの要件との関係で犯罪の成立を否定することができるかを考える必要がある。

具体的には、まず、「暴行」の要件を否定することが考えられる。「暴行」とは反抗抑圧に足りる暴行をいうところ、甲は胸部を1回押しただけであるから、この要件を否定することが考えられる。また、事後強盗罪の財産犯的性格を重視して、「暴行」の相手方は窃盗の被害者に限定されると考えることもできるだろう。甲が胸部を押ししたのは警備員Fであり、液晶テレビ窃取の被害者ではないことを指摘すればよい。さらに、「暴行」は窃盗の機会に行われてなければならないことから論じることでもできる。甲は一度E店から逃げ出し、そこから400メートル離れ、戻ってくるまでに18分が経過していることを指摘すれば、この点を否定することができるだろう。

次に、既遂を否定することが考えられる。事後強盗罪の未遂・既遂の判断は、強盗罪が財物奪取の有無で判断していることと整合的に考え、窃盗の未遂・既遂で判断することができる。つまり、甲の液晶テレビの窃盗が未遂にとどまることを指摘すればよい。トートバックに入りきらないほど大型であることや、退店する以前に陳列棚にもどしており、占有が移転していないことを指摘すればよいであろう。

刑法 解答例

第1 設問1について

1 甲が、Yに対して、ブドウをとってくるように指示した行為に、窃盗罪（刑法（以下、法令名を略す。）235条）の間接正犯が成立するか。

間接正犯は、利用者が、被利用者の行為を利用する意思で、被利用者の行為を道具のごとく支配利用した場合に成立する。

本件では、甲は、Yを利用して高級ブドウを入手すべくC店からとってこさせるように考えており、Yの行為を利用して犯罪を行う意思がある。そして、Yの6歳という年齢を考えると、Yは、その意思決定において、親である甲の言動に大きな影響を受けるといえる。そうすると、甲は、Yに対して、ブドウを取って来るように強い口調で指示していることから、Yは自由な意思決定ができない状態になり、その行動を甲によって支配利用されている関係にあるというべきである。

よって、間接正犯が成立する。

2 次に、Yは実際にはブドウをC店から持ち去っていない。そこで、甲に窃盗罪の未遂犯（235条、243条）が成立するか。間接正犯における実行の着手時期が問題になる。

未遂犯（43条本文）は法益侵害の危険を生じさせていることを処罰根拠にするところ、間接正犯における実行の着手時期は、被利用者が法益侵害の危険をもたらす以上、被利用者の行為を基準にして考えるべきである。本件では、Yはブドウを見

つけられることもできなかったから、Yにおいて窃盗罪の実行の着手が認められない。よって、甲においても、窃盗罪の実行の着手は認められない。

以上より、同行為につき、甲は罪責を負わない。

3 甲は、Xに対してステーキ2パックをとってくるように指示しているが、Xはそれに加えてステーキ3パックと写真集をとってきていて、これらの財物について窃盗罪が成立するか。

(1) まず、甲は直接行為を行っているわけでないから、甲は、間接正犯となるか、それとも共同正犯（60条）となるか。

Xは13歳と是非弁別能力があり、甲の指示はXの意思を抑圧する程度のものではないことやXが自らの意思で臨機応変に犯行を完遂していることから一方的な利用関係は認められず、間接正犯とはならない。また、甲が自ら犯行を計画し、Xに犯行が容易になる時刻を教示し、犯行を行うためのエコバックを与え、盗品をともに消費するつもりであったことから甲が犯行の主要な段取りを整えているから、共同正犯が成立する。

(2) 共同正犯の処罰根拠は、複数の者が、結果を惹起させたところにあるから、共同正犯は、共謀とそれに基づく実行行為がある場合に成立する。

本件では、ステーキ2パックについては、甲とXの間で共謀が認められて、それに基づいて、Xはこれをとってきてい

るから、共謀に基づく窃盗罪の実行行為が認められる。また、当初の共謀を超える3パックの持ち去りについては、具体的な甲からの指示には含まれていないが、Xは、甲からステーキを取ってくるように指示されたことを奇貨として、3パックについてもとってきているから、共謀に基づく行為と考えるべきである。一方で、写真集の持ち去りについては、甲からの指示に含まれていないだけでなく、ステーキとは全く別の財物であり、それを持ち去った行為はX固有の自由な意思決定に基づいて行われているものであるため、共謀に基づく実行行為ということとはできない。

そして、3パックについては甲の指示には含まれていないが、甲には構成要件の認識があるから故意を阻却しない。

よって、ステーキ計5パックについては窃盗罪の共同正犯となるが、写真集については窃盗罪の共同正犯とならない。

第2 設問2について

- 1 事後強盗罪(238条)は、①「窃盗」が②窃盗の機会に③逮捕を免れる意思等で④「暴行又は脅迫」をした場合に認められる。本件で、事後強盗既遂罪の成立を否定する立場としては、上記②および④の観点からの説明と、事後強盗罪の既遂時期からの説明が考えられる。
- 2 ②について、事後強盗罪は、典型的に窃盗の際に暴行、脅迫が行われることに鑑みこれを重く処罰する犯罪類型であるか

ら、事後強盗といえるためには同要件が必要である。甲は、E店から出て、追跡をされることなく400メートル離れた公園まで行っているから、安全圏に達しているといえ、容易に逮捕される状況ではなくなっている。また、E店に再度戻るまでに18分もの時間的間隔があいている。よって、窃盗の機会であるということとはできない。

- 3 ④について、事後強盗罪は強盗罪と同視できる犯罪類型であることから、「暴行又は脅迫」といえるためには、それが反抗を抑圧する程度のものであることが必要がある。本件では、甲のFに対する暴行は、Fの胸部を一回押したものであり、結果的にFに尻餅をつかせた程度のものであるから、Fの犯行を抑圧する程度に至っていないというべきである。よって、暴行又は脅迫が認められない。
- 4 事後強盗罪の未遂・既遂の判断は、強盗罪が財物奪取の有無で判断していることと整合的に考え、窃盗の未遂・既遂で判断される。本件では、甲は、液晶テレビの入った箱を自己の物とすべく、トートバックに入れており、財物奪取の危険性が生じているため、窃盗の実行の着手が認められる。しかし、液晶テレビは大きく完全にトートバックには納まらない上、退店する以前に、陳列棚に戻しており、甲の完全な支配下に移転したとは認められず、窃盗は未遂にとどまる。よって、事後強盗未遂罪が成立するにすぎない。

以上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22868