

刑法

第1 設問1

1 Y に対し、C 店からお金を払わずにブドウを持ち出すよう言った行為について、窃盗罪（235条）の間接正犯が成立しないか。

(1) Y を利用した上記行為に同罪の実行行為性が認められるか。間接正犯の実行行為性が問題となる。

ア この点について、実行行為とは構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為をいうところ、他人を利用する間接正犯であっても、正犯意思があり、相手を一方的に支配、利用したといえれば、直接正犯と同視でき、実行行為性が認められると解する。

イ これを本件についてみるに、上記発言を行ったのは甲であり、甲に正犯意思はあるといえる。また、Y はまだ6歳と幼く、親である Y の指示にちゅうちょするも甲の「強い口調」に「怖くな」って実行を決めているため、一方的支配、利用関係が認められる。

ウ したがって、上記行為に同罪の実行行為性があるといえる。

(2) しかし、Y は何も取らずに C 店を出ている。これでも実行の着手（43条本文）があったといえるか。間接正犯の実行の着手時期が問題となる。

ア この点について、被利用者の行為は利用者の行為の因果経過にすぎない。そこで、利用行為の時点で実行の着手が認められると解する。

イ したがって、甲の上記行為の時点で実行の着手が認められる。

(3) もっとも、Y は何もとっていないため、甲の上記行為に窃盗未遂罪（243条）が成立するにとどまる。

2 X に対し、C 店から、ステーキ用牛肉2パックをとってくるように言った行為について、窃盗罪の共同正犯（60条）が成立しないか。

(1) X は Y と異なり13歳であり、万引きをいやがり、甲に渋々従っていたのであるから、一方的支配、利用関係はなく、間接正犯は成立しない。

(2) では、共同正犯はどうか。甲は、実行行為を行っていないため、共謀共同正犯の可否及び成立要件が問題となる。

ア この点について、共同正犯の一部実行全部責任の原則の根拠は、他人の行為を相互に利用補充しあって犯罪を実現した点にある。

そこで、共謀と共謀に基づく一部の者の実行行為があり、正犯意思が認められれば、相互利用補充関係があるといえ、共謀共同正犯が成立すると解する。

イ これを本件についてみるに、甲は X と共謀している。また、犯行を主導したのは甲であり、正犯意思も認められる。

では、共謀に基づく一部の者の実行行為があったといえるか。X は甲の指示より多く財物を窃取しているため、当初の共謀との間に共謀の射程が認められる

かが問題となる。

- ア) この点について、上述した一部実行全部責任の原則の根拠より、当初の共謀と当該行為の間に物理的、心理的因果性が認められれば、共謀の射程が及ぶものと解する。
- イ) これを本件についてみるに、甲が命じたのは3000万円くらいのステーキ用牛肉2パックであるところ、Xは、「どうせなら多い方がよい」と考えて5パックを窃取している。これは、同じ3000円くらいのステーキ用牛肉であるから、物理的、心理的因果性があるといえる。

他方、アイドル写真集については、Xが突然思いついたものであり、物理的、心理的因果性はない。

ウ) したがって、ステーキ用牛肉について、共謀の射程があるといえる。

ウ) よって、共謀共同正犯が成立する。

- 3 甲から肉を受け取って食べた行為は窃盗罪で評価しつくされており、不可罰的事後行為として、犯罪は成立しない。
- 4 以上より、甲の各行為に①窃盗未遂罪、②窃盗罪が成立し、①②は併合罪（45条）となり、よって、甲はかかる罪責を負う。

第2 設問2

1 甲は238条の「窃盗」に当たらず、事後強盗罪は成立しない。

(1) ア 「窃盗」とは、他人の占有する財物をその意思に反して、自己または第三者の占有下に移す行為をいう。そして、占有とは財物に対する事実上の支配をいい、占有の意思を事実により判断する。

イ たしかに、いったん甲は液晶テレビを自らのトートバッグに入れている。しかし、Fにばれたと思って棚に戻しているから、甲の下に占有を移したとはいえない。

ウ よって、甲は「窃取」したとはいえず、「窃盗」に当たらない。

(2) 甲が窃盗未遂に当たり、窃盗未遂も「窃盗」に含まれるとしても、事後強盗既遂罪は財物奪取時点で既遂となると考えられる。

したがって、甲は財物奪取をしていない以上、同罪の既遂とはならない。

2 甲のFへの暴行は「窃盗」が「暴行」をしたとはいえず、事後強盗既遂罪は成立しない。

甲が店を出てから駐車場に戻るまでに約18分の時間があいている。よって、甲が窃盗行為をしてから時間的連続性がない。

よって、事後強盗既遂罪は成立しない。

3 甲のFへの暴行が238条の「暴行」に当たらない。

事後強盗罪も強盗罪であり、「暴行」は反抗抑圧程度のものである必要がある。甲は両手でFの胸を1回押しているが、反抗抑圧程度のもとはいえない。

よって、事後強盗既遂罪は成立せず、窃盗罪と暴行罪が成立するととどまる。

以上