

2025年度同志社大学大学院司法研究科  
前期日程入試解説 刑法

第1 解説

刑法総論および刑法各論に関する複数の論点を含む事例問題を出題した。①窃盗罪における占有、②抽象的事実の錯誤、③刑事未成年の利用と間接正犯の成否、④教唆犯と共謀共同正犯の区別が主な論点である。入試問題は、重要判例の事案をベースにしつつそれをアレンジした事例問題が出題される傾向にあり、本問は、上記①については最決平成16年8月25日刑集58巻6号515頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』28番）、上記②については最決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』43番）、上記③④については最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』74番）、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁の事案を素材としている。

Ⅰ 窃盗罪(刑法235条)の成否

(1)窃盗罪における占有

Xが、娘M(13歳6か月)に指示して、Aが座っていた公園のベンチに置いてあったハンドバッグを取ってこさせた行為について、窃盗罪が成立するか否かを検討する必要がある。

窃盗罪は、他人の占有し他人の所有する財物の占有を排除して、自己の占有に移転させる犯罪であるから、他人の占有する財物であることが必要である。他人の占有のない他人の所有する財物であれば、占有離脱物横領罪(刑法254条)が成立するにとどまる。

ハンドバッグは、Bが置き忘れたものであり、Aはハンドバッグに全く気が付いていないのであるから、客観的には占有離脱物である。しかし、XはAが所有し占有するものであると認識しており、窃盗罪の故意が認められるとすれば、窃盗の故意で占有離脱物横領罪を実現したといえる。

(2)窃盗の故意

窃盗罪の故意が認められるためには、他人の占有する財物の認識が必要であるから、その前提として、ハンドバッグについてAの占有が認められることが必要となる。忘れ物の場合は、財物の特性、財物の置かれた状況、領得行為時点での財物と被害者の時間的場所的近接性、置き忘れた場所の見通し、被害者の認識・行動等から、他人の支配の継続ないし容易な支配回復可能性が認められるか否かで判断すべきである。

第1に、客体はハンドバッグであり、その大きさ、軽さから、移動は容易である。第2に、ハンドバッグが置かれていた場所は公園のベンチであり、公衆が自由に立ち入ることのできる場所である。第3に、Mがハンドバッグを持ち去った時点で、Aはベンチから30メートル離れ、その後姿が見えていたのであるから、財物と被害者との間には時間的場所的近接性が認められる。第4に、Aから公園のベンチを見ることができたといえる。

これらの事情から、Xの認識を前提とすれば、Aのハンドバッグに対する事実的支配の継続ないし容易な回復可能性な状態であったといえるので、Aの占有が肯定される。したがって、Xには窃盗罪の故意が認められる。

なお、ハンドバッグが占有離脱物であるとしても、行為時の一般人の見地からは、Aの占有物にみえる場合、不能犯と未遂犯の区別に関する具体的危険説の立場から、結果発生の実質的危険性が認められるとして、窃盗未遂罪が成立するとの考え方もありうる。

## (2) 占有離脱物横領罪の成否－抽象的事実の錯誤

Xは、窃盗罪の故意で占有離脱物横領罪を実現したものであるから、抽象的事実の錯誤が問題となる。法定的符合説の立場からは、規範に直面しながら犯罪行為に出たという積極的な反規範的態度に対する重い責任非難という故意責任の本質、および規範は構成要件の形で与えられていることから、構成要件が実質的に重なり合う軽い罪の限度で故意の成立が認められる。構成要件の実質的重なり合いは、構成要件が法益侵害行為の類型であることから、法益および行為態様の共通性を基準として判断すべきである。

窃盗罪と占有離脱物横領罪は、領得罪という点で共通し、本権という法益、本権を侵害する領得行為という行為態様が共通し、構成要件の実質的重なり合いが認められることから、軽い占有離脱物横領罪の故意が認められる。したがって、占有離脱物横領罪が成立する。

## 2 刑事未成年の利用と間接正犯の成否

13歳6か月であるMは刑事未成年であるから、犯罪は成立しない(刑法41条)。この刑事未成年に指示して占有離脱物横領罪を実現したXの行為について、間接正犯の成否を検討する必要がある。

間接正犯の正犯性の根拠は、直接正犯と同様に自ら実行行為を行ったと評価できる点にあることから、間接正犯が成立するためには、主観的には、被利用者を一方的に利用・支配して当該犯罪を自ら実現する意思があり、客観的には、被利用者の行為を道具のように一方的に利用・支配し、当該犯罪を実現することが必要である。

刑事未成年を利用する場合、幼児のように是非弁別能力を欠く者を利用する行為については、間接正犯が認められる。これに対して、刑事未成年ではあるが、14歳に近い年齢のように実質的には是非弁別能力が認められる場合は、一方的利用支配というためには、刑事未成年というだけでは足りず、利用者によって、他行為可能性がないといえる程度に自由な意思決定を阻害されていたというように、被利用者の意思を抑圧していたことが必要になる。

Mは13歳6か月であり、当初は他人のハンドバッグを取ってくるのは嫌だと言っており、実質的な是非弁別能力はあるといえる。また、Xから『お姉ちゃんのハンドバッグはここにあったんだ』と言って取ってくれば、怪しまれることはないから大丈夫。後で、ご褒美に好きな物を買ってあげるよ』といわれ、『わかった』と返事をしていることから、意思を抑圧するような事情はなく、自己の意思決定によって行為を決意しているといえる。

したがって、一方的利用支配とはいえ、Xに占有離脱物横領罪の間接正犯は成立しない。

### 3 教唆犯と共謀共同正犯の区別

間接正犯の成立が否定された場合、Xには教唆犯が成立するのか、共謀共同正犯が成立するのかを検討する必要がある。この場合、共謀共同正犯の成否の検討から始めるべきである。

実行行為を担当していない者も、実行に準ずる重要な役割を果たし、実行行為者とともに構成要件該当事実を共同惹起したといえる場合には、共同正犯の成立が認められると考え、共同正犯が成立するためには、共謀（意思の連絡および正犯意思）、実行行為に準ずる重要な寄与、共謀に基づく実行行為が必要である。

第1に、Xは、Mにハンドバッグを取ってくるように指示し、Mは「わかった」と返事をしており、意思の連絡が認められる。第2に、Xはハンドバッグを自分のものにしてしまおうと思いついたから、正犯意思が認められる。したがって、共謀が認められる。第3に、Xは、ハンドバッグの持ち去りを思いつき、親子関係にあるMに「ベンチに座っている女の人が立ち去ったら、ベンチの下に置いてあるハンドバッグを取っておいで」、「『お姉ちゃんのハンドバッグはここにあったんだ』といって取ってくれば怪しまれることはないから大丈夫」、「今だ。ハンドバッグを取っておいで。」と具体的な指示を与えており、父親という影響力の強い地位に基づいて、積極的に働きかけて自己の犯行計画を実現していることから、実行行為に準ずる重大な寄与が認められる。第4に、Xの指示に基づいて、Mはハンドバッグを持ち帰っていることから、共謀に基づく実行行為が認められる。以上のことから、占有離脱物横領罪の共謀共同正犯が成立する。

## 第2 評価のポイントと学習上の注意点

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、基本書等をもとに刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。また、事例問題においては、事実が持っている法的意味について正確に理解することが重要である。

また、上述したとおり、入試問題は、重要判例の事案を素材とした事例問題が出題される傾向にある。そこで、重要判例の内容（事案、論点、解決）を確認しておくことが有益であろう。その際、多くの判例を網羅的に学習することは難しいので、重要度の高い判例から優先的に学習する必要があるが、各判例の重要度については、入試説明会等で説明する予定である。

事例問題に関しては、①構成要件該当性→違法性阻却→責任阻却という犯罪論の体系を踏まえ（ただし、違法性阻却事由や責任阻却事由の存在しないことが明らかな場合には、そのことに触れる必要はないであろう）、構成要件該当性（実行行為、因果関係、故意・過失、未遂、共犯など）、違法性阻却（正当行為、正当防衛など）、責任阻却（責任能力、違法性の意識など）について、それぞれ基本的な内容を理解していること、②刑法の各則に規定されている主な犯罪の成立要件やその内容を理解していること、③事案

における行為者の罪責を確定する上で、見解によって結論が分かれるような点や解決方法が複雑な点については、自説を示し、それを事案に当てはめて結論を出すこと、などが求められる。