

2020年度同志社大学大学院司法研究科

後期日程入学試験問題解説

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。傷害罪の故意、暴行・脅迫後の奪取意思、窃盗罪の実行の着手、共同正犯、事後強盗罪の共犯などが主な論点である。

1 Xの罪責

(1) 傷害罪（刑法 204 条）

XがAの胸を突いて脳しんとうを引き起こし、気絶させた行為については、傷害罪の成否が問題になる。

脳しんとうおよび気絶という生理的機能の障害を生じさせ、「人の身体を傷害した」といえるが、怪我をさせるつもりはなかったことから、故意の有無について検討する必要がある。傷害罪は暴行罪（刑法 208 条）の結果的加重犯を含んでおり、傷害罪の故意としては暴行の認識で足りるとというのが、一般的な理解である。これによると、Xには、Aの胸を突くという暴行の認識はあったと考えられ、傷害罪の故意が認められ、同罪が成立する。

(2) 強盗未遂罪（刑法 236 条 1 項・243 条）

XがAの財布を持ち去ろうとした行為について、強盗未遂罪は成立するだろうか。自らの行為により被害者の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じた場合にも強盗罪の成立する余地はあるかが問題となる。

Xは、自らの暴行によりAが気絶していることを利用してAの財布を奪おうとしている以上、強盗未遂罪が成立するという見解もありうる。しかし、通説は、強盗罪が成立するためには財物奪取に向けられた暴行・脅迫が必要であり、財物奪取の意思を生じた後に財物奪取に向けられた新たな暴行・脅迫がない限り強盗罪は成立しないと解している。これによると、本問では、Xは財物奪取に向けて新たな暴行・脅迫を行っていないから、強盗未遂罪の成立は否定され、窃盗未遂罪の成否が問題となる。

(3) 窃盗罪（刑法 235 条・234 条）

Xは、Aの財布という「他人の財物」を持ち去ろうとしているが、Xに発見されて目的を遂げなかったため、未遂の成否が問題になる。実行の着手（刑法 43 条本文）は、結果発生の現実的危険性を惹起したとき、あるいは、構成要件的行為またはその直前の行為を開始したときに認められるが、Xは現金を探して物色しており、実行の着手が認められる。故意と不法領得の意思も認められ、Xには窃盗未遂罪が成立する。

(4) 事後強盗未遂罪の共同正犯（刑法 60 条・238 条・243 条）

Xに窃盗未遂罪の成立を認めたときには、その後、XがYにAを脅迫させた点については、事後強盗未遂罪の共同正犯となる。

「窃盗」犯人であるXがYと意思を通じ、Aからの「逮捕を免れ……るために」、

Aに対し「ぶっ殺すぞ。」と言いながら刃体の長さ12センチメートルのナイフをAの首元に突き付けているから、窃盗の機会の継続中に反抗を抑圧するに足りる程度の「脅迫」を加えており、故意も欠けるところはない。なお、通説によると、事後強盗罪の既遂・未遂は、窃盗の既遂・未遂によって決まる。

また、Xは脅迫を直接担当したわけではないが、XとYの間には意思の連絡があること、Xは自己の逮捕免脱のためにYに事後強盗の実行を指示したこと、XとYは夫婦だったこと、XはYの近くにいたこと、XはYに具体的な指示を出していることなどから、共同正犯の成立が認められるであろう。

第2 Yの罪責

YがAを脅迫した行為については、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するか、脅迫罪の共同正犯にとどまるかが問題となる。窃盗犯人でないYが窃盗犯人であるXの逮捕免脱の目的でAに脅迫を加えていることから、窃盗犯人でない者が事後強盗に関与した場合について検討することが求められる。

この点については、(i)事後強盗罪は窃盗犯人のみを主体とする身分犯であるから、刑法65条が適用されるとする見解（その中でも、㊸同罪を真正身分犯と解し、刑法65条1項を適用する見解と、㊹同罪を暴行罪・脅迫罪の加重類型としての不真正身分犯と解し、刑法65条2項を適用する見解がある）、(ii)事後強盗罪は結合犯であるから、承継的共同正犯が問題になるとする見解が対立している。(i)㊸説や承継的共同正犯肯定説からは、Yは事後強盗未遂罪の共同正犯となり、(i)㊹説や承継的共同正犯否定説からは、Yは脅迫罪の共同正犯となる。

第2 評価のポイント

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、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。

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。