

2021年度同志社大学大学院司法研究科

前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。不法領得の意思、刑法240条の意義、因果関係、共同正犯の成否、共同正犯と錯誤などが主な論点である。

1 Xの罪責

(1) 窃盗罪（刑法235条）

XがAの現金10万円を自分の鞆に入れた行為については、窃盗罪が成立する。いずれの見解からも同罪が成立することは明らかであるから、その成立要件を充足することを簡潔に示すことで足りる。

(2) 事後強盗罪（刑法238条）

Xが果物ナイフでAの腹部を刺した行為については、事後強盗罪が成立する。やはり同罪の成立要件を充足することを簡潔に示せば足りる。

(3) 強盗殺人（未遂）罪（刑法240条・243条）

ア 同じ行為について刑法240条の罪が成立するかを検討する必要がある。

刑法240条は殺意のある場合を含むかが問題となるが、判例・通説は、この点を肯定的に解している。これによると、本問では強盗殺人罪が成立するかどうかを検討することとなる。

イ 上述のとおり、Xは事後強盗罪の犯人であるから、「強盗」に当たるが、「人を……死亡させた」の要件については、因果関係が問題になる。Xの行為とAの死亡との間に医師の治療ミスが介在しているからである。この点については、因果関係について自説を示した上で、Xが果物ナイフでAの腹部を刺したこと、医師の治療ミスが初歩的なものであり、Aは適切な治療を受ければ確実に救命される状態だったこと、Aが医師の治療ミスから生じた出血死により死亡していることなどの事実を指摘して結論を出すことが求められる。

ウ 因果関係を否定したときには、強盗殺人罪の既遂・未遂が何によって決まるのかという点についても言及する必要がある。判例・通説によると、同罪の既遂・未遂は、殺人の点の既遂・未遂によって決まるから、Xの行為とAの死亡との因果関係を否定したときには、強盗殺人未遂罪が成立することになる。

(4) 罪数

上記の各罪は法条競合の関係にあり、強盗殺人（未遂）罪のみが成立する。共犯関係については後述する。

2 Yの罪責

(1) 器物損壊罪の共同正犯（刑法60条・261条）

ア Yは、実行行為を担当していないことから、共同正犯が成立するかが問題となる。

共同正犯の成立要件について自説を示した上で、YがXとともにAの金品の持出しの具体的な方法について協議していること、A宅が留守になる時間帯を調べてXに伝えたこと、玄関ドアの鍵を開けるための道具を用意してXに渡したことなどの事実を指摘して、結論を出すことが求められる。

イ ただ、XとYは、当初、A宅からAの金品を持ち出して廃棄することを企てており、不法領得の意思必要説に立つと、XとYの合意の内容は器物損壊の遂行だったことになる。実際には、Xは不法領得の意思をもって窃盗罪を実行していることから、共同正犯と錯誤が問題となる。この点については、共謀がXの窃盗の実行行為に対して因果性を有していることに言及した上で、抽象的事実の錯誤、異なる構成要件間の共同正犯について検討する必要がある。

結論としては、(i) 窃盗罪と器物損壊罪が構成要件的に重なり合うと解し、Xには窃盗罪の単独犯が成立し、Yとは器物損壊罪の限度で共同正犯となるとする見解、(ii) Xに窃盗罪の共同正犯、Yには器物損壊罪の共同正犯が成立するとする見解、(iii) 窃盗罪と器物損壊罪は構成要件的に重なり合わないとして、共同正犯の成立を否定する見解などが考えられる。

不法領得の意思不要説からは、XとYに窃盗罪の共同正犯の成立が認められる。

ウ いずれにしても、Yは、事後強盗罪や強盗殺人罪の故意がなく、事後強盗罪や強盗殺人（未遂）については責任を負わない。

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。