

## 2013年度同志社大学大学院司法研究科入学試験問題解説 刑事法（刑法）

### 1 解説

第1問は、刑法総論中心の事例問題、第2問は、刑法各論中心の事例問題である。第1問は、正当防衛、量的過剰防衛など、第2問は、傷害罪の故意、窃盗罪の既遂時期、反抗抑圧後に奪取意思を生じた場合の取扱いなどが主な論点である。

#### 第1問

##### （1）Vにカメラを奪取されないようにVの腕をねじ上げ、押し倒した行為

XはVの右手をねじ上げ、YはVの肩を強く押してVのバランスを崩させ地面に転倒させたことになるが、この行為が他人（V）の身体に対する物理力の行使である暴行罪の構成要件に該当することは明らかであろう。また、Vが押し倒される結果になったのは、XがVの右腕をねじ上げ行為と、Xが加勢を求めたYがVの肩を強く押す行為によることであり、これらの行為はXとYがお互い利用し補充し合い共同して行う意思のもとに共同して実行したといえるから、暴行罪の実行共同正犯にあたるといえる。

しかし、これらの行為は、Vからカメラを奪われないようにするために実行されたのであるから、正当防衛として暴行罪の違法性が阻却されないかが問題となる。正当防衛は、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」（刑36条1項）である。ただ、一般に正当防衛の成否が問われるケースは、人の生命・身体が侵害された場合であり、本問のような財産的権利に対する侵害のケースは従来あまり見られなかったところ、最決平成21・7・16刑集63巻6号711頁は、財産的権利等を防衛するためにした暴行が刑法36条1項にいう「やむを得ずにした行為」にあたりし正当防衛に成立を認めている。なお、本問の類似事案である高松高判平成12・10・19判時1745号159頁も財産的権利の侵害に対する正当防衛の成立を肯定している。

本問においても、VによるXのカメラの奪取という「急迫不正の侵害」に対して、XとYは、カメラを奪われないように自己の財産的権利を防衛するためにVを押し倒すという身体の安全を侵害したものであるが、Vによる侵害に対する相当性の範囲を超えたものとはいえないとして、正当防衛の成立を認めることが出来るであろう。

##### （2）YがVを追い掛け負傷させた行為

問題なのは、Vがカメラ奪取を諦め街宣車に戻ろうとしたところを、Yがこれを追い掛けてVを再び引き倒した上で殴打して傷害を負わせた行為の評価で

ある。

**ア 傷害罪の構成要件該当性** 上記のねじ上げ等の暴行（第1暴行）後、Yによる追撃行為（第2暴行）が行われた。第1暴行はXとYの共同実行によるものであるが、第2暴行は、XとYが第1暴行後その場を立ち去ろうとした時点で共謀解消後の行為であるから、Yの単独行為によるものである。そのため、Xの行為は第2暴行とは因果性がなく、傷害罪の構成要件にあたるのはYの第2暴行である。

**イ 違法性判断** このYの第2暴行は、第1暴行と時間的・場所的近接性があることから、両者を一連一体の行為として、正当防衛行為と評価される第1暴行との連続性から、量的過剰防衛として処理されるか。これは、近時、幾つかの最高裁判例が出たことを契機に学説上も大きな議論となっている問題である。すなわち、第1行為が正当防衛行為であり、第2行為が犯罪行為である場合に、第1行為と第2行為とを分断して評価すべきか、それとも全体として一連の行為として過剰防衛の規定（刑36条2項）を適用すべきか。

この点について、最決平成20・6・25刑集62巻6号1859頁は、同様の類型の行為に関して、第2暴行の時点で急迫不正の侵害が存在せず、かつ防衛の意思も存在せず、意思の連続性が認められなかった事案につき2個の行為の一体性を否定した。本問においても、第2暴行の時点で、Vによる急迫不正の侵害は既に終了していること、かつ、第2暴行は、Vが街宣車に戻ろうとしているところを追い掛け「二度と街宣やるなよ。」等と怒鳴りつつ殴打している点で、もはや防衛の意思ではなく攻撃の意思に基づくものであって、意思の連続性はなく、第1暴行との一体性が否定されよう。

### **（3）結論**

以上の次第で、Xは、第1暴行についてYとの暴行罪の共同正犯の帰責が問題となるものの正当防衛が成立し、第2暴行については共謀がなく帰責されない。これに対し、Yは、第1暴行についてはXと同様に正当防衛が成立するが、第2暴行については傷害罪が成立することになる。

## **第2問**

### **（1）XがVの胸を押して転倒させ、出血させたうえ気絶させた行為**

XはVの生理的機能に障害を加えているので、Xの行為は傷害罪（刑法204条）の客観的構成要件を充足する。ただ、XはVにけがをさせるつもりはなかったことから、傷害罪の故意が認められるかが問題となる。傷害罪の故意については、有形的方法を用いた場合には暴行の意思で足りるというのが、判例・通説である。これによると、本問では、Xには傷害罪の故意が認められ、傷害罪が成立する。

### **（2）XがVの財布を取り、自分の鞆に入れた行為**

XはVの反抗を抑圧した後に財布を奪取する意思を生じ、Vが気絶している間に財布を奪っていることから、強盗罪（刑法 236 条 1 項）か窃盗罪（刑法 235 条）かを検討する必要がある。この点については、反抗抑圧後に財物奪取の意思を生じた場合は新たな暴行・脅迫がない限り窃盗罪が成立するにすぎないというのが、一般的な理解である。これによると、本問では、強盗罪は成立せず、窃盗罪の成否が問題となるにすぎない。

また、窃盗罪の既遂時期も問題となる。判例・通説によると、窃盗罪は、財物の占有を取得したときに既遂に達する。本問においてXの鞆に財布を入れた時点で既遂が認められるかについては、どちらの結論もありうるであろうが、その際には、①財布が比較的小さく搬出が容易であること、②財布はもともとVの上着に入っていたこと、③Vの家にはXとV以外には誰もいないと考えられること、④Vが気絶していること、⑤財布を鞆に入れたこと、⑥まだVの家の外には持ち出していないこと、などの事情に着目して結論を出すことが求められる。

### （3）財布の取返しを防ぐためにVを蹴り、立ち去った行為

この行為にどのような罪が成立するかを検討するに当たっては、前述した窃盗罪の既遂時期との関係に注目する必要がある。仮に財布を鞆に入れた時点で窃盗罪の既遂を否定したとすると、XはVを蹴って新たな暴行を加えることにより財布の占有を取得したといえるから、1項強盗罪が成立する。これに対し、財布を鞆に入れた時点で窃盗罪の既遂を肯定したとすると、XがVを蹴った行為は、財物の取得ではなく、財物の取返しの防止に向けられたことになるから、事後強盗罪（238 条）か2項強盗罪（236 条 2 項）の成否が問題となる。

## 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。

具体的には、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。

なお、毎年、解答の途中で終わっている答案（いわゆる途中答案）が一定数

見られる。最初からあまり詳しく書きすぎると、時間も解答用紙も足りなくなってしまうので、要点を簡潔に答えることを心がけてほしい。

## 2013年度同志社大学大学院司法研究科入学試験問題解説 刑事法（刑事訴訟法）

### 1 解説

本問は、常習的な傷害事件を素材とした捜査・公判に関する具体的事例における刑事訴訟法上の問題点について、その解決に必要な法解釈及び法の適用について論述させることにより、刑事訴訟法に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

(1) 問（1）は、常習傷害罪により逮捕され、勾留された上、起訴後に保釈された者が、保釈後に犯した傷害事件について、更に重複して逮捕・勾留することが許されるかどうかを問うものである。

この点については、まずもって、一罪一逮捕一勾留の原則の適用の可否を検討すべきである。周知のとおり、一罪一逮捕一勾留の原則にいう「一罪」とは、実体法上の一罪をいうものと解するのが通説であるところ、同時処理の可能性がないときは、この原則の例外となるものと解されている。もとより、実体法上の一罪ではなく単位事実ごとの逮捕・勾留が許されるとする少数説によることも許されよう。

A事実とB事実とは実体法上一罪を構成するので、実体法上一罪説によるときは、B事実により重ねて逮捕・勾留することは原則として許されないのであるが、B事件は保釈後に犯した犯罪であるため、A事件の逮捕・勾留中に同時処理の可能性は皆無であって、そうだとすれば、一罪一逮捕一勾留の原則の例外に当たり、同原則は適用されないこととなる。

そうすると、A事実とB事実とは、実体法上一罪を構成するものであっても、別個の被疑事実として取り扱われることとなり、B事実により改めて逮捕・勾留することが許されることとなる。

(2) 問（2）は、Aの検察官面前調書が要証事実との関係で伝聞証拠を当たることを前提に、伝聞例外としての321条1項2号前段の要件を充たすかどうかを問う問題である。

そこで、同号にいう「国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」の法解釈を行った上、本件の事実をこれに当てはめることとなる。

「国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」との要件は、証人尋問が不可能又は困難なため、例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎づける要件であるから、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならないとの法解釈を行った上、本件の事実関係において、帰国が2か月後であることがこれに当たるかどうかを、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影

響，帰国の確実性などを総合考慮して判断することとなろう。

## 2 評価

- (1) 今回の入学試験問題の難度は，問（１）は，捜査における重要論点であり，問（２）は，証拠法の最重要論点たる伝聞法則の基礎的な問題であって，受験生諸君にとっては，難度としては比較的容易に解答可能な問題であったように思われる。
- (2) 試験の評価に当たっては，問（１）については，一罪一逮捕一勾留の原則とその例外則を正しく理解しているか，問（２）については，伝聞例外規定としての321条1項2号前段の法解釈を説得的に行っているかの各点に着目し，これらについて基本的な理解が正しければ，最低限度の合格点を付与した。

## 3 参考事項

問（１）については，例外則を正しく指摘していてもその理由付けがなされていない答案，問（２）については，321条1項2号前段の法解釈を行うことなく，「Aは国外にいるから，前段に当たる」とする誠に安易な答案が散見された。法律の試験である以上，当該条文についての法解釈は必須であり，その法解釈には理由付けが必要であることを改めて確認しておくであろう。