

## 2021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。正当防衛における防衛の意思・防衛行為の相当性、共同正犯者間における正当防衛・過剰防衛の成否、死者の占有などが主な論点である。

##### 1 Yの罪責

###### (1) 傷害致死罪の共同正犯（刑法 60 条，205 条）

Yが鉄パイプでAの頭部を殴打して死亡させた行為については、傷害致死罪の共同正犯の成否が問題になる。

Yは、傷害の意思をもって鉄パイプでAの頭部を殴打し、脳挫滅という生理的機能の障害を生じさせているから、「身体を傷害し」ており、これによりAを死亡させているため、「よって人を死亡させた」といえる。後述するように、Xとは共同正犯の関係にあるといえ、Yの行為は傷害致死罪の共同正犯の構成要件に該当する。

もっとも、Yの行為の結果、BはAのわいせつ行為から逃れることかできたため、正当防衛（刑法 36 条 1 項）または過剰防衛（刑法 36 条 2 項）が問題となる。Yの行為は、Aのわいせつ行為という「急迫不正の侵害に対して」、Bの性的自由という「他人の権利を防衛」するものであり、客観的には正当防衛または過剰防衛に当たる。したがって、防衛の意思不要説からは、正当防衛または過剰防衛が成立する。なお、Yの行為は、「やむを得ずにした」といえるとする見解もありうるが、体格に勝るYが鉄パイプでAの頭部を力任せに殴打する行為は極めて危険な行為であり、別の部位を殴打したり威嚇したりするなど、より危険性の低い防衛手段をとることが可能だったとして、Yの行為は防衛行為の相当性の範囲を超えるとする見解が多いであろう。

他方、YはAによる急迫不正の侵害を認識していなかったため、Yには防衛の意思がなく、防衛の意思必要説からは、正当防衛および過剰防衛の成立は否定される。

###### (2) 窃盗罪（刑法 235 条）、占有離脱物横領罪（刑法 254 条）

YがAの財布を持ち去った行為については、YがAの死亡後に領得意思を生じていることから、窃盗罪か占有離脱物横領罪かが問題となる。被害者を死に致した犯人との関係では時間的・場所的に近接した範囲内において生前の占有が存在すると解する立場からは、Yには窃盗罪が成立する。これに対し、被害者の死亡により占有の主体が存在しない以上、占有は消失していると解する立場からは、YがAの死亡後に領得意思を抱いてAの財布を持ち去っても窃盗罪の成立する余地はなく、占有離脱物横領罪が問題となるにすぎない。

###### (3) 罪数

Yに傷害致死罪の共同正犯と窃盗罪または占有離脱物横領罪が成立する場合、両罪は併合罪（刑法 45 条）である。

## 2 Xの罪責

XがYに対しAを鉄パイプで殴打するよう指示した行為については、傷害致死罪の共同正犯が成立する可能性がある。

共同正犯の成立要件については様々な見解が主張されているが、Xは、自ら実行行為を行っていないものの、Aへの殴打を指示していること、Yに鉄パイプを渡していること、Bを助けたいという自らの意思を実現するためにこれらの行為を行っていること、Yのすぐ近くにいたことなどから、共同正犯の成立要件を満たすと解するのが、一般的であろう。なお、判例・通説は、結果的加重犯の共同正犯を肯定している。

もっとも、Xは、Aによる侵害からBを守るために上記の行為を行っており、Yと異なり防衛の意思を有していることから、Xに正当防衛または過剰防衛が成立しないかが問題となる。この点に関しては、立場の違いによって、㊦XYともに正当防衛・過剰防衛が成立する、㊧Xにのみ正当防衛・過剰防衛が成立する、㊨Xには違法性を基礎づける事実の認識がなく、責任故意が欠けるため、過失致死罪（刑法210条）が問題となるなど様々な解決が考えられ、やや複雑である。防衛の意思は必要か不要か、共同正犯者間において違法性の評価が異なることがありうるのか、違法性を基礎づける事実の認識を欠くときは故意を阻却するかなどに関する自らの見解をもとに、解決の方向性を示せば足りる。

### 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。