

**2023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。①不動産の二重売買と横領罪、②正当防衛と積極的加害意思、③共同正犯者間における違法の相対性が主な論点である。入試説明会等で説明しているように、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題される傾向にあるが、本問は、上記①については福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』65番）、③については最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』90番）の事案を素材としている。

**1 Xの罪責**

**(1) 横領罪の共同正犯（刑法60条・252条1項）**

一般に、不動産の二重売買の売主には横領罪が成立すると解されている。本問では、Xが土地をAに売却する売買契約を締結し、代金も全額受け取ったが、登記上は土地の所有名義がXのままになっていたため、その土地は、「自己の占有する他人の物」である。また、Xがその土地をAに無断でYに売却し、登記を完了したことから、Xの行為は不法領得の意思の発現として横領行為に当たるとともに、既遂に達したといえ、「横領した」の要件も満たす。後述するように、Yとは共同正犯となる。

**(2) 傷害罪の共同正犯（刑法60条・204条）**

Xが木刀でAの腕を殴打し、Aに全治1週間を要する打撲傷を負わせた行為は、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当する（共同正犯の点は後述）。

もっとも、Xは、いきなりAから暴行を受け、自分の身を守るために上記行為に及んでいることから、正当防衛（刑法36条1項）の成否について検討する必要がある。XはA宅に赴いた際にAから暴行を受けることはないと考えていたこと、XはAからいきなり暴行を受けるとともにAの暴行が継続していたこと、Aの暴行はXの襟首をつかんで引きずり回した上に殴る蹴る等の態様であったこと、XとAの間に体格差があったこと、Xは素手ではAの攻撃を防ぎきれず、Yの加勢も得られなかったこと、Xには自分の身を守る意思があったこと、Xの行為は木刀でAの腕を殴打し、全治1週間の打撲傷を負わせる程度のものであったことなどの事実をもとに判断すれば、正当防衛の成立を認めることは可能であり、Xにおける傷害罪の共同正犯の成立は否定されることになろう。

**2 Yの罪責**

**(1) 横領罪の共同正犯（刑法60条・252条1項）**

XがYに土地を売却した行為について横領罪が成立するとの前提に立った場合、Yはその事実を認識しながら土地の売却をXに求めていることから、Yに横領罪の

共犯が成立しないかを検討する必要がある。

不動産の二重売買の第2譲受人における横領罪の共犯の成否については、第2譲受人が単純悪意者の場合は横領罪の共犯は成立しないが、第2譲受人が背信的悪意者の場合は横領罪の共犯が成立するというのが、一般的な理解である。本問では、Yが土地を高値で転売して利益を得ようと考えていたこと、土地を売却してくれるよう執拗かつ積極的にXに働きかけていることなどから、Yには横領罪の共犯の成立が認められるであろう。共同犯行の意識（正犯意思）や重大な寄与も認められ、関与形式としては共同正犯に当たる。

なお、横領罪は、他人の物の占有者のみを主体とする身分犯であり、Yは身分を欠くため、刑法65条1項が適用される。

### (2) 傷害罪の共同正犯（刑法60条・204条）

Xが木刀でAの腕を殴打して傷害を負わせた行為は、Yの指示に基づいて行われていることから、Yに傷害罪の共同正犯が成立するかを検討することが求められる。Yは、Xに木刀を渡してAへの暴行を指示していることなどから、共同犯行の意識（正犯意思）や重大な寄与があり、傷害罪の共同正犯の構成要件該当性が認められる。

上述のように、Xには正当防衛の成立が認められたが、Yはどうか。Yは、Aの侵害を予期しながら、Xの反撃を期待してXに木刀を渡し、反撃するよう指示していることから、Yには積極的加害意思が認められる。判例によれば、積極的加害意思のあるときには、急迫性の要件が否定され、正当防衛は成立しない（防衛の意思が否定されるという見解も有力である）。

そこで、XとYは共同正犯の関係にありながら、Xは正当防衛が成立し、Yは正当防衛が成立しないという結論を認めてよいか問題となる。この点については、積極的加害意思などの主観的要素が違法性の評価に関係する場合は、その主観的要素の有無に応じて共同正犯者間で違法性の評価が異なることはありうるという見解が有力であり、こうした見解からは、Yには傷害罪の共同正犯が成立する。

### (3) 罪数

上記の各罪は、併合罪（刑法45条）である。

## 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、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。