

2026年度同志社大学大学院司法研究科

前期日程入試問題解説

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詐欺利得罪における欺罔行為および処分行為、②原因において自由な行為、③侵害の予期と正当防衛における急迫性などが主な論点である。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出題される傾向にあるが、本問の解答に当たっては、上記①については最決昭和30年7月7日刑集9巻9号1856頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』53番）、最判昭和30年4月8日刑集9巻4号827頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』57番）、上記②については大阪地判昭和51年3月4日判時822号109頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』38番）、最決昭和43年2月27日刑集22巻2号67頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』39番）、上記③については最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』23番）が参考になる。

〔設問1〕

Ⅰ 詐欺利得罪

XがAに嘘を述べて店から逃走し、飲食代の支払いを免れた行為については、詐欺利得罪（刑法247条2項）が成立するかを検討する必要がある。

欺く行為は、処分行為に向けて人の錯誤を惹起する行為であることを要する。ただ、Aは、Xに対し、店からの一時退出を許可したにすぎず、支払いそのものを免除したわけではないため、処分行為に必要な処分意思の内容を厳格に捉える見解からは、Aに処分意思は認められず、Xの行為は処分行為に向けた欺く行為とはいえないということになる。

しかし、多数説は、処分意思というには利益移転の外形的事実の認識があれば足りると解している。このような理解に基づき、AはXに店からの退出を許可した以上、利益移転の外形的事実の認識があり、Xの行為は処分行為に向けた欺く行為に当たると解することも可能である。この立場からは、Xの行為によりBは錯誤に陥って処分行為を行い、Xは飲食代の支払いを免れ、「財産上の利益を得た」といえ、Xに詐欺利得罪が成立することになる。他方、Xに居酒屋から約10メートルしか離れていないバス停に行って5分ほどで戻ることを許可しただけでは、利益移転の外形的事実の認識があったとはいえないとして、処分意思を否定する見解もありうる。これによると、Xの上記行為は処分行為に向けた欺く行為に当たらず、Xに詐欺利得罪は成立しない。

2 暴行罪

(Ⅰ) 犯罪の成否

XがYめがけて鉄パイプを振り下ろした行為について、暴行罪（刑法208条）が成立するかが問題となる。

「暴行」というためには物理力が被害者の身体に接触する必要があるとの見解に立

てば、Xの上記行為は、Yの身体に接触しておらず、「暴行」に当たらない。これに対し、判例は、物理力が被害者の身体に接触しなくても「暴行」に当たりうるとしている。Xの上記行為は、傷害の危険を有する物理力であり、Xは「暴行を加えた」といえ、Xには暴行罪が成立する。

(2) 刑の減輕

Xは、上記行為（結果行為）の時点で心神耗弱状態となっていたが、自らの飲酒行為（原因行為）により心神耗弱状態を招いていることから、刑法39条2項による刑の減輕が認められるか、いわゆる原因において自由な行為の法理が問題となる。

結果行為説（責任モデル）からは、Xは、暴力を振るってもかまわないという意味で飲酒し、その意思をもち続けたまま結果行為（実行行為）に及んでいることから、結果行為は完全責任能力のある原因行為時の意思決定の実現といえ、刑法39条2項は適用されないとの結論に至る。これに対し、原因行為説（構成要件モデル）からは、心神耗弱の場合は原因において自由な行為の法理の適用を否定し、刑法39条2項による刑の減輕を認める見解、間接正犯性や原因行為と結果行為の密接性等を理由に原因行為を実行行為と評価して暴行罪の成立を認める見解などが考えられる。

〔設問2〕

YはXの攻撃を予期していたことから、その点が正当防衛における急迫性の有無にどのような影響を及ぼすかを検討することが求められる。

Xは、Yめがけて鉄パイプを振り下ろしており、客観的に法益の侵害が現に存在する以上、急迫性の要件を充足するという見解もありうる。しかし、前掲・最高裁平成29年4月26日決定は、侵害を予期して対抗行為に及んだ場合、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況をもとに判断し、積極的加害意思があるなど、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には侵害の急迫性の要件を充たさないとしている。このような理解に立った場合は、YがXの攻撃を確実なものとして予期していたこと、Yが武器を用いたXの攻撃を予期し、実際にもXが鉄パイプでYに攻撃してきたこと、Yが警察に通報せず、自らB公園に赴いたこと、Yがナイフを持ってB公園に赴いたこと、Yがナイフで威嚇的行動をとることなくXの方に近づいて行ったことなどの事実を踏まえて、刑法36条の趣旨に照らし許容されるかどうかを検討し、結論を導き出す必要がある。

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。