２０２７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

１　出題の意図・趣旨

本問の出題意図は、与えられた事実関係に基づき、Ｘ及びＹの罪責に関する各設問への解答を通じて、刑法総論及び刑法各論に関する正確な知識と理解、具体的事実への法適用能力及び論理的思考力を試すことにある。

①被害者の同意（承諾）、②暴行後の奪取意思、③不法領得の意思、④死者の占有、⑤抽象的事実の錯誤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、重要判例を踏まえ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 55 年 11 月 13 日刑集 34 巻 6 号 396 頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第８版〕』22 番）、上記②については東京高判平成 20 年３月 19 日高刑集 61 巻１号１頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第８版〕』42 番）、上記③については最決平成 16 年 11 月 30 日刑集 58 巻８号 1005 頁（『刑法判例百選Ⅱ各論〔第８版〕』31 番）、上記⑤については最決昭和 61 年６月９日刑集 40 巻４号 269 頁（『刑法判例百選Ⅰ総論〔第８版〕』43 番）が参考になる。

２　設問の検討

〔設問１〕

Ｘが自己の運転する自動車をＡの運転する自動車に衝突させ、Ａに頸椎捻挫等の傷害を負わせた行為は、傷害罪（刑法 204 条）の構成要件に該当する。ただ、Ａは自己に傷害の結果が生じることを承諾していたことから、違法性が阻却されないかが問題となる。

被害者の承諾があるときに犯罪の成立が否定される根拠を法益の不存在に求め、生命侵害の危険がない限り、被害者が傷害を承諾している場合には違法性阻却を認めてよいとする見解からは、Ａは上記の傷害結果を承諾していた以上、違法性が阻却され、傷害罪の成立は否定されよう。これに対し、被害者の承諾において犯罪の成立が否定される根拠を社会的相当性に求め、被害者が傷害を承諾しているときには、単に承諾が存在するという事実だけでなく、承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を考慮して違法性阻却の有無を判断する見解（前掲・最高裁昭和 55 年 11 月 13 日決定）に立てば、Ａは保険金詐取という重大な違法目的で傷害を承諾したことから、違法性は阻却されず、傷害罪の成立が認められる。

〔設問２〕

Ｘがスマホを持ち去った行為について強盗罪の成立を否定するためには、以下のような主張が考えられる。

第１は、強盗罪における暴行・脅迫は財物奪取の手段として行われる必要があり、反抗抑圧後に奪取意思を生じた場合には、新たな暴行・脅迫がない限り強盗罪の成立は認められないとの見解に立ち、Ｘは、Ａを殴打して失神させた後に奪取意思を生じ、新たな暴行・

脅迫は行われていないため、強盗罪の成立が否定されるという主張である。

第２は、強盗罪の成立には不法領得の意思のうち利用処分意思（効用享受意思）　が必要であるとの理解に立ち、Ｘはスマホをすぐに廃棄する意思であったことから、利用処分意思がなかったため、強盗罪の成立が否定されるという主張である。

〔設問３〕

ＹがＡの財布を持ち去った行為は、客観的には、Ａの財布という「他人の財物」をＡの意思に反してその占有を侵害して「窃取した」といえ、窃盗罪に当たる。しかし、Ｙは、Ａの財布を持ち去った際にＡが既に死亡していると思い込んでおり、Ｙが認識していたのは、通説によれば、占有離脱物横領罪に該当する事実である。これは、抽象的事実の錯誤のうち、軽い罪の意思で重い罪に当たる事実を実現した場合である。

重い窃盗罪の故意がない以上、刑法 38 条２項により、窃盗罪は成立しない。法定的符合説によると、軽い罪の意思で重い罪を実現した場合、両罪の構成要件が実質的に重なり合うときには、規範的な観点から軽い罪の限度で客観的要件を充足するものと評価され、軽い罪の成立が認められる。窃盗罪と占有離脱物横領罪は、それぞれ占有と所有権を保護法益とするから保護法益の共通性はなく、占有侵害の有無という点で行為態様も異なるとして、両罪の構成要件は実質的に重なり合わないとの理解に立つと、Ｙに占有離脱物横領罪は成立しない。これに対し、両罪は、究極的には所有権を保護法益とするとともに、領得罪という点で行為態様も共通すると考え、両罪の構成要件の実質的な重なり合いを認めると、Ｙには占有離脱物横領罪が成立する。

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、重要判例を踏まえ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している。

事例問題に解答する際には、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が基礎となる。

解答時間は限られている。そのため、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、自説を示してそれを事案に当てはめて結論を出し、他方、重要でない点については、簡潔な記述にとどめるなど、メリハリを付ける必要がある。また、〔設問１〕や〔設問２〕のように、設問において解答すべき内容

が具体的に指定されている場合には、問いに対応した解答を端的に示すことが求められる。