

2019年度  
関西学院大学ロースクール  
D日程

一般入試（法学既修者）

刑 法 問 題

《 1 5 : 3 0 ~ 1 6 : 5 0 》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

## 【刑 法 問 題】

次の〔設問 1〕および〔設問 2〕に答えなさい。

〔設問 1〕

次の語句を 7 行程度で説明しなさい。

- (1) 罪刑法定主義
- (2) 牽連犯

〔設問 2〕

以下の事例に基づき、X および Y の罪責について論じなさい（建造物侵入および特別法違反は除く。）。

X は Y と共謀し、貴金属店に侵入してダイヤなどの宝石を盗む計画を立てた。犯行当日、両名は、貴金属店に侵入して、X が、拳銃を経営者 V に突き付けて脅迫している間に、Y が宝石等を奪い、その後二手に分かれて逃走した。

ところが、V に追跡された X は、逮捕を免れようとして殺意をもって V の腹部に向けて拳銃を発射したところ、弾丸が V に命中し、V は死亡した。一方、Y は、X が V を射殺したことを知らなかった。

## D 日程 刑法：出題趣旨・解説・講評

### ■〔設問 1〕

#### 【出題趣旨】

刑法上の基本的概念（基本原則および罪数上の重要概念）の理解を問う趣旨で出題した。

#### 【解説】

(1)

「法律がなければ犯罪もなく、刑罰もあり得ない」という思想のこと。これは、刑法の根本原則として、ドイツ刑法学の父フォイエルバッハの有名な言葉によって表現されたものである。古くはイギリスのマグナカルタ大憲章（1215年）に根源を有する。

この名称の示すとおり、どういうことをすれば犯罪となり、また、どの程度の罰を科せられるのかということを法令であらかじめ定めておかななくては、人を罰することは許されないというのがこの主義の実体なのである。「あらかじめ」ということは、罪刑法定主義という名称自体には必ずしも明示されていないけれども、これを法定することが行為に先立ってなされていることが要件である。

日本国憲法は、これに関して法定手続の保障（憲法31条）および遡及処罰の禁止（同39条前段）という規定を置いている。刑法では、あまりに当然のこととして、これに関する特別の規定は置いていないが、明治時代からずっと維持されてきている。

(2)

ある犯罪の手段または結果である行為が、他の罪名に触れる場合。例えば、他人の住居に侵入するという手段で財物を盗むことは、住居侵入罪（130条）と窃盗罪（235条）の牽連犯であり、私文書を偽造し、これを行使して詐欺をすることは、私文書偽造罪（159条）、同行使罪（161条）および詐欺罪（246条）の牽連犯である。牽連犯も、観念的競合と同じく、そのうち最も重い刑で処断される（54条1項後段）。

### ■〔設問 2〕

#### 【出題趣旨】

本問は、強盗殺人及び強盗致死罪の成否をめぐる問題を通して、共同正犯者間の錯誤（いわゆる共犯過剰）の問題について検討させる趣旨で出題した。

## 【解説】

### 1 Xの罪責

Xの罪責について問題となるのは、強盗罪（236条）及び殺人罪（199条）との併合罪となるか、

あるいは、強盗殺人罪一罪（240条）のいずれの罪責を負うかである。

すなわち、強盗の犯行現場から離れた場所におけるXの拳銃発射行為を強盗の機会継続中の行為とみれば、強盗殺人罪が成立し、強盗の機会継続中でないとするれば、強盗罪と殺人罪との併合罪が成立することになる。

(2)判例は、強盗犯人が被害者宅家人その他これに呼応して逮捕に赴いた者から追跡を受け、これを免れる目的でした致死傷行為は、明らかに犯行の機会における致死傷といえるとしている（最判昭24・5・28）。

(3)本問の場合も、強盗犯人Xは、被害者Vの追跡を受け逮捕を免れるために拳銃を発射したものであるから、強盗の機会継続中における殺人ということができる。

### 2 Yの罪責

(1)Yは、宝石奪取後Xと別方向に逃走しており、Xが逃走後にVを殺害したことなどまったく感知していないので、強盗罪の罪責しか負わないのではないかとということが問題となる。

(2)共同正犯者相互の間に認識の不一致が異なる構成要件にまたがる抽象的事実の錯誤の場合であっても、共同正犯は成立するか。

(3)共同正犯の錯誤（共犯過剰）とは、共同正犯における行為者相互間の認に齟齬が生じ、ある共同行為者が認識した犯罪事実と、他の共同行為者によって実現された犯罪事実との間に不一致が生じることをいう。

この場合も、単独犯における錯誤論を適用して事案を処理することになる。すなわち、まず具体的事実の錯誤の場合、行為者が認識した事実と実際に実現した結果について故意犯の成立を認めるところ（法定的符合説）、共同正犯の場合であっても、同一構成要件内における錯誤の場合は、共犯者全員について共同正犯が成立する。

次に、抽象的事実の錯誤の場合、単独犯の場合と同様、原則として故意犯の成立を認めない。ただし、認識した事実と実現した結果の構成要件が同質的で重なり合う場合は、重なり合う軽い範囲の事実で故意犯の成立が認められる（38条2項）。

それでは、結果的加重犯における共同正犯の錯誤についてはどうか。例えば、傷害等の基本的構成要件の共謀をした者のうちの一部の者が、これを実行して死傷の結果を生ぜしめれば、傷害に加わらなかった他の共謀者も、傷害罪について犯意を認める以上、傷害罪の結果的加重犯としての傷害致死罪の責任を負うべきことから、傷害致死罪の共同正犯の責任を負うこととなる。

判例も、強盗を共謀した共犯者のうちの一人が強盗の機会において、被害者に傷害

を与えた場合は、その共犯者全員につき強盗致傷罪が成立し、被害者が死亡した場合は、その共犯者全員につき強盗致死罪が成立するとしている（最判昭 22・11・5、最判昭 26・3・27）。

(4) 共犯者 X の行為は、強盗殺人罪（240 条後段）であり、強盗殺人罪は、強盗罪と殺人罪の結合犯であり、殺意を必要とする故意犯であって、結果的加重犯ではないから、他の共犯者 Y は、殺意にもとづく共同犯行の認識がないので、38 条 2 項が働き、強盗殺人罪の罪責を負わず、強盗の結果的加重犯としての強盗致死罪（240 条後段）の責任を負うこととなる。

### 【講評】

採点の結果、全体として、答案の枚数自体が少なかったせい、各答案間にそれほど大きな差はつかなかったが、きわめて少数ながらも必要十分な記述による良くできた答案も見受けられた。以下、簡潔な講評にとどめる。

#### 〔設問 1〕

- (1) 刑法の大原則の一つといえる「罪刑法定主義」の説明を問うた問題であるにもかかわらず、うまく説明できている答案はきわめて少なかった。刑法を勉強し始めた最初に出てくる基本事項であるので、各自もういちどしっかり確認していただきたい。刑法各論のいくつかの論点では、この罪刑法定主義との関連を問われることもあるので、そのような論点が思いつくまで調べて欲しい。
- (2) こちらも、いわゆる「観念的競合」とともに、罪数論における科刑上一罪（54 条）の代表的な類型なので、説明できて当然であるという姿勢で臨んでいただきたいと思う。答案ではうまく説明できていたものは少数にとどまっていた。事例形式の問題の最後の締めくくりとして罪数論もきわめて重要なので、今一度確認されたい。

#### 〔設問 2〕

【解説】に記した通り、共犯過剰の点についてうまく書けている答案はきわめて少なかった。こちらは、刑法総論における錯誤論の意義（とくに法定的符合説）、しかるのちその応用である共同正犯者間の錯誤等について、しっかり確認していただきたいと思う。

さらに、刑法各論に関して、今一度、各自の基本書に立ち返って、まずは強盗罪（236 条）の成立要件、強盗罪と事後強盗罪（238 条）との違い、強盗罪と強盗致死傷罪（240 条）との関係、とくに強盗機会の意義、等についても復習が必要だと思う。

強盗罪等のいわゆる財産犯は、司法試験においてもよく出題される犯罪類型なので、それを踏まえても法科大学院への入試段階において基本的な知識の整理及

びそれが修得されていることは受験生各自にとっての必要不可欠な準備作業だといえるだろう。