

2020年度  
関西学院大学ロースクール  
C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〕について答えなさい。

### 〔設問 1〕

次の用語の刑法上の意義について、それぞれ 10 行程度で説明しなさい。

- (1) 責任能力
- (2) 賄賂

### 〔設問 2〕

X（男性、24 歳）は、ギャンブル等で自己の持ち金が底をついた結果、さらに遊興費を稼ぐために、誰でもよいから適当な者を見つけて、その者からひったくりを敢行しようと思決した。

そこで、某日深夜、X は、人通りの少ない住宅街を通行中の V（男性、50 歳）に背後から近づき、一瞬のすきをついて V からバッグをひったくったうえ、その場から走って逃げた。しかし、思いのほか、V は足も速く、その追跡は執拗だったため、X はこのバッグを取り返そうとする V に追いつかれて、取り返されそうになった。

たまたま、現場を通りかかり、その状況の一部始終を見ていた X の不良仲間の Y（男性、27 歳）は、X から「分け前をやるから V を一緒にやっつけてくれ。」と手助けを求められた。Y はすぐに事情を察し、また X から分け前をもらう見返りに、その場で X と意思を通じて、X を手助けすることを了解した。そして、追跡してきた V に、X と Y は二人がかりで殴る蹴るの暴行を加え、その結果、V の追跡の意欲を失わせて逃走した。

この事例における、X と Y の罪責について論じなさい（特別法違反は除く。）。

2020 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【C 日程：刑法】

《出題趣旨》

〔設問 1〕については、刑法上の基本的概念のもつ刑法上の意義を説明させる趣旨で出題した。

〔設問 2〕については、ひたたくりから発展した事後強盗罪の成否及び事後強盗罪の承継的共同正犯をめぐる理論構成等を検討させる趣旨で出題した。

《解説・講評》

【解説】

〔設問 1〕

(1) 責任能力

刑事責任を負担し得る能力を「責任能力」という。その内容として、責任能力とは、自己の行為の是非善悪を区別し、その判断にしたがって行動することができる能力をいう。犯罪構成要件に該当し、客観的に違法な行為をしたとしても、行為者にこの能力がなければ、行為者を非難することはできず、犯罪は成立しないのである。

刑法 39 条は、その第 1 項で「心神喪失者の行為は、罰しない」、第 2 項で「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」とし、責任無能力者（1 項）と限定責任能力者（2 項）を定め、前者については責任の阻却（不可罰）を、後者については責任の（必要的）減輕を規定している。さらに、刑法は 14 歳に満たない者の行為についても責任阻却をみとめた（41 条、刑事未成年と呼ばれる）。

しかし刑法には、その責任能力自体についてはそれ以上の詳しい規定もなく、この点は、責任能力の意義に照らして合目的的に解釈するほかないとされている。

(2) 心神喪失と心神耗弱

①心神喪失と心神耗弱の区別

判例上は、心神喪失とは、精神の障害により事物の是非善悪を弁識（または弁別）する能力〔弁別能力〕がなく、またはこの弁識に従って行動する能力〔制御能力〕のない状態をいい、心神喪失と心神耗弱との差異は、その障害の程度の強弱にあり、前者は、事物の是非善悪を弁識する能力なくまたこの弁識に従い行動する能力のない状態をいい、後者は、右の程度には達しないが、その能力の著しく減退したものをいう（たとえば、大判昭和 6 年 1 2 月 3 日等）とするのが確立した判例の立場である。

また注意すべきは、ここに精神の障害とは、統合失調症などのような精神障害はもちろん、麻薬や覚せい剤等の使用による一時的な錯乱状態や飲酒による酩酊状態などの一時的な精神疾患も含まれることである。

学説もこのような判例の立場を支持し、上記の定義のうち、精神の障害を生物学的要素、弁識・制御能力を心理学的要素と称し、これらをあわせて総合的に判断すべきであるとする（いわゆる混合的方法）。

## ②責任能力の判断

うえの定義からもわかるように、心神喪失・心神耗弱といった概念は、精神医学等の周辺諸科学と密接に関連しており、とくに精神の障害という生物学的要素の認定は、精神医学者の協力によらなければ困難であるので、しばしば精神鑑定が実施されることになる。

ところが一方で、心神喪失・心神耗弱の判断自体は、あくまで法律判断であって、裁判所の権限に属するという点も、判例・学説の一致しているところである。

なぜなら、心神喪失・心神耗弱の概念は、法律上の概念であり、したがってその概念内容は刑法の制度・目的から決定されるものであるし、具体的な認定においても、心神喪失・心神耗弱は、犯罪の不成立または刑の減輕をもたらすものであるから、これはまさに法律家である裁判官（裁判所）が判断すべきことがらであって、行為者の治療を主たる任務とする医学者に委ねてしまうことはできないというべきだからである。

そして、精神鑑定の対象となるものは何か、裁判所が精神鑑定の結果に反する認定や判断ができるのはどのような場合かなどが問題とされている。

結論的には、裁判所が鑑定に反して心神耗弱の認定をすることは可能である。裁判所としては、鑑定書の記載内容全体を十分に検討し理解したうえで、最終的な法律判断をすべきことになる。

ただし、責任能力の判断は、裁判官と精神医学者との相互理解・協力が要請されるべき領域であって、今後いっそうの連携・協力がのぞまれるところである。

最高裁判所も、責任能力判断の前提となる精神障害の有無および程度等について、専門家たる精神医学者の鑑定意見等が証拠となっている場合には、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、裁判所は、その意見を十分に尊重して認定すべきである。統合失調症による幻覚妄想の強い影響下で行われた傷害致死の行為について、被告人が正常な判断能力を備えていたとかがわせる多くの事情があるからといって、そのことのみによって心神喪失ではなく心神耗弱にとどまっていたとみとめるのは困難であると判示している（最判平成20年4月25日）。

## （2）賄賂

「賄賂」とは、各種の賄賂罪の客体（刑法197条、197条の2、197条の3、197条の4、198条）で、公務員が、その職務に関連して受けとる違法な報酬（対価）のことをいう。金品（財物）やご馳走（酒食の饗応）など財産的利益が主であるが、そればかりでない。有形・無形を問わず、人の需要・欲望を満たすものなら何でも賄賂になり得る。例えば、演技をしたり、情交することを承諾したり、よい役職や地位に就かせたり、借金を帳消しにしたり、就職や昇進を斡旋したり、特別に融資を受けさせたりすることも賄賂になる。

職務に関する報酬であるから、教師が別に家庭教師をして受けた報酬（判例）や、また社会的礼儀としてのお中元・お歳暮や手土産、せん別などは社会で一般に認められている程度のもので、特に高額にわたらない限り、賄賂とはいわない。しかし、それが一般社会の社交上の意味を超えて職務行為に対する報酬として授受されることが明白である場合は、賄賂となり得る。

各種収賄罪の行為は、賄賂の「收受、要求又は約束する」ことによって成立する。收受とは、賄賂を受け取ることである。要求とは、賄賂を交付するよう相手方に求めることであり、一方的な行為だけで成立する。約束とは、贈収賄の当事者間で賄賂の授受を合意することで、合意が成立したときに

既遂となる。要求・約束・收受が一連の行為としてなされるときは包括して1個の収賄罪(包括一罪)が成立する。

また、収賄罪は故意犯であるので、提供されたものの賄賂性の認識と、領得又は享受する意思が必要である。

〔設問2〕

## 1 事後強盗罪の成否及び共同正犯の理論構成

以下の解説において、Xのひたたくり行為については、窃盗(既遂)罪(刑法235条)の成立を前提とする。

これを前提にして、刑法238条は、「窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる」として、事後強盗罪について規定している。

事後強盗罪は目的犯であり、①財物を得てこれを取り返されることを防ぐ、②逮捕を免れる、③罪跡を隠滅する、のいずれかの目的で暴行・脅迫を行うことが必要である。本問では、先行する窃盗が既遂であるので、Xには①(又は②)の目的があったことが肯定される。Xについては、事後強盗罪のその他の要件も充足するので、事後強盗罪の成立が認められよう(その他の要件の検討はここでは省略する。)

そして、事後強盗罪の主体は「窃盗」犯人であるが、この「窃盗」を身分とする身分犯であるとする見解(以下、「身分犯説」という。)と、窃盗罪+暴行・脅迫罪との結合犯であるとする見解(以下、「結合犯説」という。)とが対立している。

身分犯説によるとき、本問Yのような共犯者の罪責については、刑法65条の適用が問題となる。以下、本条の理解について通説・判例を前提に解説する。

刑法65条の適用につき、第1項を真正身分犯についての成立及び科刑に関する規定、第2項を不真正身分犯についての成立及び科刑に関する規定と解する通説の立場に立ち、事後強盗罪を真正身分犯と解する場合には、X・Yには事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。

以上の、通説・判例による理論構成のほかに、第2説として、65条第1項を身分犯の成立に関する規定、第2項を不真正身分犯についての科刑に関する規定とする見解、及び、第3説として、第1項を、違法身分の連帯的取り扱いを定めた規定、第2項を責任身分の個別的扱いを定めた規定と解する見解もあるが、その詳細はここでは省略する。

身分犯説に対して、事後強盗罪が「強盗として論ずる」とされるのは、そこに強盗に準じて評価することができる実態があるからで(窃盗は暴行・脅迫に先行する行為であるにすぎず、強度の暴行・脅迫の行われることが強盗罪の重い不法を根拠づける)、「窃盗」を身分と捉える場合には、事後強盗罪につき財産犯としての側面が切り離されてしまうことになろう。このような観点からすれば、事後強盗罪は結合犯であると解する見解が妥当であるということになる。

結合犯説、すなわち事後強盗罪を身分犯ではなく結合犯であると解する場合には、本問のようなYの関与形態は、Xによる犯罪の遂行途上で、Xと意を通じて介入したものであり、いわゆる承継的共同正犯の成否が問題となる。

## 2 結合犯説からの承継的共同正犯の成否

### (1) 意義

承継的共同正犯とは、先行者が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為が完成するに至らない段階で、後行者がその事情を知りながらこれに関与し、先行者と共謀の上、残りの実行行為を行った場合をいう。

### (2) 問題点

共同正犯においては、実行行為の一部を分担したにすぎない者も、他の者と意思を通じている限り、犯罪全体について責任を負う。

しかしながら、途中参加の形態である承継的共同正犯においても、後行者はやはり犯罪全体について共同正犯として責任を負うのか、それとも参加した時点以降の共同実行についてののみ責任を負うのかが問題となる。

### (3) 判例・学説

#### ① 全面否定説（消極説）

承継的共同正犯の概念を否定する見解は、個人責任の原則を重視し、後行者は参加後の行為にかぎって責任を負うとする説である。

#### ② 全面肯定説（積極説）

承継的共同正犯の概念を肯定する見解は、犯罪の一罪の不可分性を重視し、後行者が先行者の行為・結果を認識・認容して一罪の一部に加担した以上、全体につき共同正犯の責任を負うとする説である。

#### ③ 限定肯定説（中間説、折衷説）

先行者の行為・結果を自己の犯罪の遂行手段として利用した場合にかぎって 肯定する見解である。

判例は、「先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従って、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である。」としている（大阪高判昭和62年7月10日、限定肯定説・中間説・折衷説）。

もっとも、近時、最高裁は、傷害罪についてはあるが、「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてののみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。原判決の上記2の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。そう

すると、被告人の共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果を含めて被告人に傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法60条、204条の解釈適用を誤った法令違反があるものといわざるを得ない」と判示し(最決平成24年11月6日)、上記中間説(限定肯定説・折衷説)を排斥し、後行者の行為と違法な結果との間に因果関係が存在する場合に承継的共犯を肯定している。次に述べる因果性重視説に親和的な傾向を示しているといえよう。

すなわち、共同正犯において、各共同者が行為の一部しか行っていないにもかかわらず、他の行為者の行為によって発生した結果をも含め全部責任を負うことの根拠については、大別して、共同者間の相互利用・補充関係を重視する「相互利用・補充関係説」と、意思の連絡を通じた結果に対する心理的・物理的因果性を重視する「因果性重視説」による説明が可能であろう。

相互利用・補充関係説によれば、本説は、共同行為者の責任の根拠を、相互利用・補充関係という客観的な関係として把握するために、先行者の行為による効果が継続し、後行為者がこれを自己の行為に利用できれば、介入前の先行者の行為との間にも相互利用・補充関係が成立しうることになり、積極説(全面肯定説)を導くことも可能となる。

他方、因果性重視説によれば、共同実行の意思成立以前の先行者の行為から生じた結果に後行為者が因果性をもつことはありえないから、消極説(全面否定説)を帰結することになる。

### 3 設問の検討

#### (1) Xの罪責

Xは、窃取したバッグを取り返されることを防ぐために(又は逮捕を免れるために)Vに暴行を加えており、事後強盗罪(刑法238条)の罪責を負う。

#### (2) Yの罪責

<身分犯説から>

Yは、窃盗犯としての身分を有しないが、XとともにVに対して事後強盗罪の実行行為である暴行を加えている。

Yの当該暴行は、同じ不良仲間属するXのひったくりの一部始終を見て、Xと意思を通じて行われているのであるから、窃取行為等を認識・認容するとどまらず、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、途中から共謀加担し、窃取行為等を現にそのような手段として利用したものといえる。

したがって、Yは事後強盗罪の共同正犯(65条1項、60条、238条)の罪責を負う。

<結合犯説から>

[消極説・全面否定説]: 事後強盗罪の共同正犯ではなく、暴行罪の共同正犯にとどまることになろう。

[積極説・全面肯定説]: 事後強盗罪の共同正犯となろう。

[限定積極説・中関説・折衷説]: Yとしては、もっぱらXを助けてやるにすぎず、Xの効果を利用したことはないと見れば消極説に、謝礼欲しさにXの効果を利用したとみれば積極説に導かれよう。

## 【講評】

最初に〔設問1〕に関してとくに注意しておくべきことを指摘しておきたい。それは、解答の指示が10行程度での説明を求めているにもかかわらず、1つの用語の説明につき解答用紙1枚(22行)を費やす答案がいくつかあった。これは、内容がいかに優れていたとしても、設問の指示通りに解答していないので減点の対象とせざるをえない。

### 〔設問1〕

#### (1) 責任能力

ほとんどの答案がうまく書けていなかった。解説では詳しく述べたが、解答に際しては、責任能力は、あくまで法律上の概念であることから出発して、その意義(弁識能力・制御能力等)や判断基準(混合的方法=生物学的要素+心理学的要素)がコンパクトに書けていれば十分合格点のつく問題であった。

誤字・脱字もあいかわらず多かった。以下は、その例である(→の右側が正しい)。  
減刑→減輕、心身→心神、耕弱→耗弱、39条前段、後段→39条1項、2項、免除→不可罰(「罰しない」)と混同している。

#### (2) 賄賂

こちらもほとんどうまく書けていなかった。条文を羅列しただけに終わっている答案や賄賂罪の保護法益について社会的法益とするものなど、ほとんど学習のあとがうかがえない答案が多数であった。

### 〔設問2〕

本間においても、うまく解答できている答案はきわめて少数であった。

こちらについては、解答で問題と思われた点を箇条書きに指摘するとどめる。

- ・事後強盗罪についてまったく言及していないもの
- ・事後強盗罪と通常の強盗罪を区別していないもの
- ・事後強盗罪の要件や法的性格の検討が不十分なもの
- ・とくに事後強盗罪の性格を、身分犯として構成する場合と結合犯として構成する場合との違いがうまく整理できていないもの
- ・さらに、身分犯説と結合犯説をごっちゃにして論じているもの
- ・承継的共同正犯をまったく意識していないもの
- ・強盗罪における「脅迫」を(民法上の)「強迫」と記し、誤字を使っているもの

本間で問うた事例は、事後強盗罪における重要論点であり、いずれの教科書にも詳しい説明がなされている論点である。各自の再検討を望む。