

2022年度 早稲田大学大学院法務研究科  
法学既修者試験 論述試験  
刑 法  
( 出題の趣旨 )

---

【出題の趣旨】

本問は、具体的事例の検討を通じて、刑法総論及び各論に関する基本的な理解を問うものである。

このうち、(1)甲が素手でAの顔面を殴った行為については、傷害致死罪の成否が問題となり、①被害者の素因の位置づけを踏まえた因果関係の検討と②正当防衛の各要件に関する正確な理解を踏まえたあてはめが求められる。①因果関係の判断基準については「行為の危険が結果へと現実化したか」を問う立場が一般化しているが、被害者の素因を行為の危険性の基礎事情として考慮してよいかという問題は、危険の現実化の評価における行為後の介入事情の位置づけの問題とは区別して検討される必要がある。判例（最判昭和25年3月31日刑集4巻3号469頁等）を前提にすれば上記行為とAの死亡の間の因果関係は肯定されよう。②正当防衛の成否に関しては、特に「やむを得ずにした行為」か否かが問題となりうる。ところ、「権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」という判例の一般的な定義（最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁）とその具体的な評価における結果等の考慮要素の位置づけを明らかにした丁寧な検討が重要であり、「必要性」や「相当性」、「武器対等の原則」等の言葉を挙げるだけでは不十分である点に注意を要する。

次に(2)甲が倒れているAの腹部を踏みつけるなどした行為については、傷害罪の成否が問題となりうる。(2)の行為の時点で、Aは意識を失っており、「急迫不正の侵害」が終了していることは明らかであるが、先行する(1)の行為とあわせて「1個の行為」と評価できる場合には、なお過剰防衛として刑の減免の余地が生じうる。そこで、この点に関する判例（最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁、最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁）の立場を十分に踏まえつつ、(1)の行為との一体的把握の可否につき、各行為の時間的場所的接着性、態様の相違、主観的連続性等に関わる具体的事情を事案から抽出しつつ評価・検討することが求められる。

最後に(3)乙が、甲の依頼を受け、死亡したAの内ポケットから犯行隠蔽目的で財布を取り出し、自宅に持ち帰った行為については、窃盗罪、占有離脱物横領罪、器物損壊罪等の成否が問題となりうる。①犯行隠蔽目的での物の持ち去りについて、不法領得の意思が認められるか否かは理解が分かれていることから、自身の検討する犯罪との関係で要求される不法領得の意思の具体的な内容を明らかにした丁寧な検討が求められる。これが否定される場合、「損壊」に関するいわゆる効用侵害説（大判昭和9年12月22日刑集13巻1789頁等参照）を前提にすれば、持ち去りの時点で器物損壊罪が成立しうる。②一方、不法領得の意思が肯定される場合には、いわゆる死者の占有に対する理解に応じて、窃盗罪か占有離脱物横領罪のいずれかが成立しうる。判例は死亡を引き起こした行為との連続性が認められる財物奪取行為につき被害者の「生前」の占有の侵害を認めているが（最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁参照）、Aを死亡させる行為に直接は関与していない乙の行為にも同様の占有侵害を肯定してよいかは理解が分かれうるであろう。このほか、やや応用的であるが、(3)の行為については証拠隠滅罪等の成否も問題となりうる。

なお、(1)(2)の行為について傷害罪の構成要件該当性と正当防衛の成否を検討した後に、行為と死亡結果の間の因果関係の有無を論じる答案が相当数みられた。事例の検討にあたっては、時間の経過に応じて行為を段階的に切り分けて考察する分析的な視点と、事案の全体を見渡して体系的な見地から理論的に意味のある行為を総括・統合する俯瞰的な視点の両方が必要であるが、前者の視点のみが過度に重視されてはいないかが危惧された。

以上