

## ■2022 年度 A 日程

法曹コース特別選抜入学試験〔開放型選抜〕・一般入学試験

法律科目試験「刑法」問題の出題趣旨・解説

### 【出題趣旨・解説】

主として刑法総論の重要テーマの理解度をはかるものである。

甲の第1暴行はAによる侵害行為に対する防衛行為として評価されるが、その後の第2暴行については、侵害終了後の追撃行為として第1暴行と一体的に評価し、全体として過剰防衛とする立場と、各暴行を個別に評価する立場とで議論があるため、最決平成20.6.25(刑集62巻6号1859頁)、最決平成21.2.24(刑集63巻2号24頁)等を念頭に、本問の事実関係に即して論じる必要がある。第1暴行を正当防衛とし、第2暴行はそれとは別個に暴行罪が成立すると結論付けつつも、その根拠については明らかにしていない答案が多数であった。また、殺人罪が成立するとした答案がいくつかあったが、殺人の故意をどういった事実関係から認めたのかが不明であった。問題文が短く、そこから読み取れる情報が少ないため戸惑ったものと思われるが、殺人の故意を認める場合にはその事情(行為の態様等)を問題文の事実関係に沿って指摘すべきであろう。

また、乙の行為時点でAは既に死亡しているが、乙はAがまだ生存していると思って行為している。問題文上、「とどめをさすつもり」という点から殺人の故意があったことが読み取れるため、広島高判昭和36.7.10高刑集14巻5号310頁等を参考にしつつ、不能犯につき検討して欲しかったところである(もっとも、広島高判の事案は生死の限界が微妙な事案であり、本問とは事情が異なるとの判断も十分ありうる)が、一切触れられていない答案が多かった。また、死体損壊罪が成立するとした場合、前提として乙に同罪の故意が認められる必要があり、そのためには殺人罪と死体損壊罪との間で構成要件の符合が認められるのか否か、両罪の保護法益も含めて検討しなければならないにもかかわらず、不十分なものがほとんどであった。さらに、時計の持ち去りについては既にAが死亡していることから、その占有を認めるか否かが、窃盗罪か占有離脱物横領罪かの区分に際して問題になるが、不十分な答案が散見された。

以 上