

## 刑法 採点基準

### 問題1

(1) 本設問においては、最低限「類推解釈の禁止」が罪刑法定主義の一内容であることおよび刑法において類推解釈が禁止されている理由について記述されていることが必要である。そのうえで、許容される拡張解釈との限界を判例を参照しつつ適切にまとめられていることを求めたい。

(2) 本設問においては、最低限①不可罰の不能犯と可罰的である未遂犯は現在の通説的立場によると法益侵害結果発生危険性の有無により区別されることが記述されていなければならない。そのうえで危険性の有無の判断基準に関する代表的な見解の内容およびそのような見解が対立する理由が適切に記述され、また、設定した事例が適切に解決されていることが望ましい。

(1) (2) とともに5点満点であり、以上の基本的概念説明に3点、適切な事例の設定に2点を配点する。

### 問題2

本問は、強盗罪における新たな暴行・脅迫の要否に関する基本的な理解を問うものである。

強盗罪以外の犯罪を行う目的で相手方に暴行・脅迫を加えて相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取意思を生じ財物の占有を移転させた場合、強盗罪が成立するためには財物奪取意思が発生した後に追加の暴行・脅迫を加えることを要するが、その程度は低いもので足り、実質的に暴行・脅迫が継続している場合には新たな暴行・脅迫は不要とするのが判例・多数説である（東京高判平成20年3月19日高刑集61巻1号1頁他）。それは、暴行・脅迫が財物奪取の手段でなければならないとする強盗罪の構造によるものである。しかし、先行する犯罪が性犯罪の場合には、犯人が存在し続けていることが被害者に与える意味を踏まえ、事実上新たな暴行・脅迫を不要とする見解も有力に主張されている。

答案では、上記のような強盗罪の構造等を踏まえ、先行する犯罪が強制性交罪である場合に新たな暴行・脅迫の要否を矛盾なく導いていることが必要である。

そして、本件では被害者が気絶していることに注意が必要である。被害者が気絶している場合には、追加の暴行・脅迫をしても相手方には届かない。この点から被害者が失神している場合には新たな暴行・脅迫を論じる余地はないとする裁判例もあるところであり（札幌高判平成7年6月29日判時1551号142頁）、その点についても論理的に一貫した答案であることが必要である。

なお、時計の占有侵害について強盗罪の成立を認める場合には、最終的に成立する罪名は強盗・強制性交罪（刑法241条1項）となることにも注意が必要である。平成29年改正前の「強盗強姦罪」は、強盗が強姦よりも先行していなければならなかったが、法改正によりその先後関係はなくなったからである。

また、AはXにより気絶させられているため、傷害罪についての認定が必要である。そのうえで、時計の占有侵害について強盗罪を認める場合は、「強盗・強制性交致傷罪」という罪はないため判例・多数説は強盗・強制性交罪一罪として処理するが、時計の占有侵害について強盗罪を認めない場合には、強制性交致傷罪（刑法181条2項）と窃盗罪の併合罪となろう。もっとも、「強盗・強制性交致傷行為」の罪数判断については、評価に重きを置かない。

本問は15点満点であり、以下のポイントに基づき評価する。

① 本問における問題点が指摘されていること ..... 3点

- ② 論点に関する正しい学問的理解が示されていること ..... 5点
- ③ 自らの立場が（反対説の批判などを通して）論理的に説明されていること..... 4点
- ④ 導かれた結論が③と矛盾なく説明されていること ..... 3点