

採点講評

(2018年3月11日・刑法)

1 採点について

全体的に出題趣旨からすると、あまり出来がよくなかったので、採点基準の項目に関して、なんらかの記載があれば点数を入れるようにした。

裁量点に関しては、窃盗の財物性、行為の連続性、教唆と共同正犯の区別、共謀からの離脱や共謀の射程などを検討している場合には、裁量点で考慮している。

また、それ以外でも、文章の流れがきれいであったり、各構成要件の検討から違法性の検討などをしっかりとできている答案には裁量点を入れている。

2 全体的な感想について

前半部分については、出題者としては、問題が難しくならないように論点をあえて入れなかったのだが、それが逆に良くなかったのか、問題を深読みしている受講生が多かった。たしかに、予備試験や司法試験では、成立する犯罪の一つ一つになにかしらの論点が入っているかもしれないが、問題文を素直に読んでいくほうが良い。問題文の事実を見て、適用する法律の条文を探し、その条文の要件に事実をあてはめていき、結論（法律効果）を導けるのであれば、それでよいのであり、条文の要件へのあてはめにおいて要件の解釈が必要となったりする場合に、論点が出てくるのである。なので、あまり問題文を深読みせず、事実関係を整理し、法律要件を検討していくようにして欲しいと思った。

甲の誤想防衛に関しては、問題文の誘導が悪かったせいなのか、誰も検討してくれていなかった。誤想防衛については、また後述する。

また、これも問題文の書き方が悪かったのか、後半部分の甲と乙の行為を2つや3つに分けて検討している答案が多かった。たしかに、刑法の論文では、行為ごとに検討していくのが基本であるが、連続した行為は細かく分ける必要はないと思います。

罪数については、多くの人がしっかり書けていたが、一部書いていない答案もあったので注意してほしい。

3 乙の罪責について

窃盗について、顧客名簿の財物性は、参考答案では記載していなかったが、記載した答案は、裁量点で考慮した。ただし、他人が管理している書類等が財物にあたらないという解釈は見かけないので、財物性の論点を長々と書く必要はない。

後半部分では、乙の行為を2つに分けて検討し、最後に2つの行為は一連一体の行為であると認定している答案が多かったが、この行為の連続性を検討している場合も、裁量点で考慮した。しかし、何人か（本問は甲と乙の二人だが）で殴打行為などの暴行を行ったときに、あまり細かく分けて検討する必要はないと思う。問題文では、甲や乙の暴行の一つ一つを、文を変えて書いていたので、分けて検討しなければならないと思った人が多くなってしまったと思うが、問題文の事情からは、

一連一体の行為であることに特に問題がないと思うので、行為の連続性についても長々と論じるべきではない。

正当防衛の要件の一つである、「やむを得ずにした行為」については、ちゃんと検討できている答案は少なかった。この要件の事実認定は、予備試験、司法試験通して重要なので、再度、要件からあてはめまでを基本書や判例などで復習しておいてほしい。

4 甲の罪責について

前半部分では、出題者としては、単純に教唆犯の要件を検討してほしかったが、教唆犯と共同正犯の区別を論じている答案もそれなりにあった。本問では、甲は自ら利益を得る意図があったわけではなく、単に乙にV宅への窃盗を進めた程度であるので、共同正犯とするのは厳しいと思う。また、甲を幫助犯としている答案も何通かあった。本問のように教唆犯が成立するとき、刑責の軽い幫助犯とするのは適切ではないし、甲の発言により乙は犯行を決意したとあるので、教唆犯の構成要件を検討すべきである。幫助犯は、共犯者にもともと犯行の意思がある場合に問題となるものである。

後半部分では、甲と乙が現場でVへの暴行を合意していることから、共同正犯が成立するところまでは、特に問題なく論じられていた。しかし、その後の乙の暴行につき甲が認識していなかった点は、多くの答案が混乱しているような印象を受けた。まず、一度、共同実行の意思と共同実行の事実があり、共同正犯が成立する以上は、他の共犯者の行為についても全ての責任を負うこととなる。このことは、甲が乙の暴行を認識していなくても同じである。つまり、甲の知らないところで乙がVに怪我をさせたり、暴行の結果死亡させてしまった場合は、甲も傷害や傷害致死の共同正犯の構成要件に該当することになる。共犯者間で被害者への暴行の回数の認識に齟齬があっても、わざわざ事実の錯誤の問題とはしないであろう。

共同正犯ないしは共謀が成立した後に、他の共犯者が、当初の共謀内容とは異なる行為に及んだときは、強いていうのであれば共謀の射程・共謀の因果性などと呼ばれている論点が問題となる。しかし、本問では、Vへの暴行について合意をし、乙はVへの暴行をしていたのであるから、共謀の射程に含まれないとの事実認定は厳しい。また、共犯関係からの離脱が問題となるような事情もないので、離脱も論じる必要はない。

5 その他

だんだんと受講生が減少してしまっているが、インプットした知識を確実のものとするためにも、必ずアウトプットを欠かさずに行っていかなければならないし、論文として書いてみて初めて、理解しきれていない点に気づくことはよくある。どれぐらい書けたかや、答練の点数などはほとんど気にする必要はなく、答練なのだから、自分の勉強になればそれでよいという気持ちで、これからも頑張っておいてほしい。