

論文式試験問題集
〔刑法 I 〕

〔刑法 I〕

〔設問 1〕

以下の事例において、甲の罪責を検討しなさい。

- 1 甲（37歳男性。身長172センチ体重72キログラム）はX区にあるアパート「めいだい荘」に居住していた。同アパートは築50年の木造2階建てで、1階及び2階に部屋が各4部屋あり、2階へは外階段及び外廊下を通じて移動する構造となっていた。事件当時、2階には甲とA（49歳男性。身長165センチ体重58キログラム）のみが居住していた。甲とAは十数年同アパートに居住し、しばしば飲みに行く仲であった。
- 2 2019年3月10日の夜も、甲とAは最寄り駅であるJ町付近の居酒屋に飲みに行ったが些細なことで口論となり、甲とAは互いに立腹してその場で別れた。
- 3 口論から数時間後の3月11日深夜2時、アパートの自室に帰っていた甲は突然玄関のドアを叩く音が聞こえ、ドアを開けると玄関先に鉄パイプを持ち泥酔したAが立っていた。
Aは鉄パイプを振り上げて甲の頭を1回殴打し、さらに鉄パイプを振り上げてきたので甲はとっさにAの胸を両手で思い切り突き飛ばした。Aは受け身をとることが出来ず後頭部を廊下の床に強く打ち付けた。Aは「何しやがるんだこの野郎。」と怒鳴って立ち上がろうとした。
- 4 甲はこのままでは殺されてしまうかもしれない、と思い、また、Aは酒に酔っているようだから走って逃げれば逃げ切れるだろう、と考え外階段の方へ走り、階段を下っていった。
- 5 Aは「待ちやがれ」と言って甲を追いかけたが、勢い余って、外廊下に設置されていた転落防止用の柵を突き破って外側に飛び出し、かろうじて、折れた柵の下の部分に両上腕をひっかけてぶら下がった。Aはこの時、鉄パイプを地面に落としていた。Aは、「俺が悪かった。このままじゃ落ちちまう。助けてくれえ。」などと言いながらもがいていた。甲はその様子を階段下から見ていたが、見ていると冷静になってくると同時に、Aに襲われたことに対し怒りがわき、「いい気味だ。この高さから落ちたらただじゃあすまねえだろう。死んでしまえ。」などと言いながら階段の上へ戻り、Aの両腕を右足で思い切り1回蹴り上げた。それにより、Aは4メートル下のコンクリートの地面に腰から転落し、さらに頭部を地面に打ち付け、意識を失った。
- 6 Aはその後、付近住民の通報により、病院に搬送されたものの、3か月後に、頭部打撲に基づく頭蓋骨骨折に伴うくも膜下出血により死亡した。この死因となった傷害は、甲がAの胸を突き飛ばしたことによって、Aが地面に後頭部を打ち付けた際に生じたものであった。

2019年3月10日

担当：弁護士 新明清久

参考答案
〔刑法 I〕

<p>設問 1</p> <p>甲の罪責</p> <p>1 Aの胸を両手で突き飛ばした行為につき、傷害致死及び正当防衛の成否</p> <p>(1)</p> <p>ア 傷害致死罪(刑法205条)とは人の身体に対する有形力の行使である暴行の結果、人を死亡させたことである。そして、同罪は結果的加重犯であるため傷害ないし死亡結果についての故意がなくとも暴行の故意を有していれば足りるといえる。</p> <p>イ 上記行為はAの身体に対する有形力の行使であり「暴行」にあたる。そして、Aは甲に突き飛ばされたことによつて、後頭部を廊下の床に強く打ち付け、頭部打撲に基づき頭蓋骨折に伴うくも膜下出血を発生させ、死亡するに至っており、甲の上記行為から死の結果と因果関係も認められるため、傷害致死罪の構成要件に該当する。</p> <p>ウ Aは暴行の故意しか有していないが、傷害致死罪は結果的加重犯であるので、暴行の故意があれば傷害致死罪の故意(38条1項)が認められる。よつて、Aの上記行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。</p> <p>(2) 正当防衛(36条1項)の成否について</p> <p>正当防衛が成立するためには「急迫不正の侵害」、「自己又は他人の権利を防衛するため」、「やむを得ずにした行為」である必要</p>	<p>がある。</p> <p>ア (ア)「急迫不正の侵害」のうち急迫性とは、現に法益侵害が存在している、または、侵害の危険が間近に押し迫っていることをいう。</p> <p>(イ) 本件では、Aは鉄パイプで人体の枢要部である甲の頭を1回殴打し、さらに鉄パイプを振り上げている。これは甲の頭部を再度殴打しようとしているとみられ、甲の身体・生命に重大な危険を生じさせるおそれのある行為であり、現に甲への法益侵害が存在しているといえる。よつて急迫性は認められる。(またAの行為は「不正」であり、「急迫不正の侵害」は認められる。)</p> <p>イ 「自己又は他人の権利を防衛するため」とは急迫不正の侵害を認識しつづこれを避けようとする単純な心理状況、すなわち防衛の意思のことをいう。侵害のおそれを認識しているものは、反射的、本能的に行動することもやむを得ないため、攻撃意思が併存する場合でも防衛の意思がある限りは、防衛の意思を否定されない。</p> <p>本件では、甲はAの攻撃に対し、とつさに胸を突き飛ばしたものであり、Aの攻撃を回避するための反射的行動であつたといえる。よつて防衛の意思はある。</p> <p>ウ (ア)「やむを得ずにした行為」とは、正当防衛の手段として必要最小限度であることをいい、発生した結果が過剰であるかどうかは問わない。その判断については、武器対等の原則を考慮</p>
---	--

<p>しつつも、攻撃者と防衛行為者の性別、年齢、力量等を踏まえ、防衛行為の相当性、結果の相当性などを総合考慮して、社会的に許容されると認められれば相当な行為といえる。</p> <p>(イ) 本件では、甲はAに比べて年齢も一回り若く、体格も優れているが、Aが鉄パイプという武器で甲の頭部を殴り打ちしようとしてきたのに対し、甲の突き飛ばし行為は素手である。甲の反撃行為は、Aが甲の頭部という人体の枢要部分を鉄パイプという殺傷能力のある武器で狙ったものであるのに対し、素手で頭部に比べ危険性の低い胸部に有形力を加えたに過ぎない。また、甲の突き飛ばした先はアパートの廊下であり、殊更危険性が高い場所ともいえない。Aは甲の行為によって最終的に死亡するに至っており、発生した結果は重大であるが、甲の突き飛ばし行為は上記の通り危険性の高い行為とはいえず、たまたま死亡の結果を生じさせたとしても、Aから自己を防御する手段として相当であったといえる。以上から甲の上記行為は相当性を充たす。</p> <p>(3) 以上より、甲の行為について正当防衛が成立し、違法性が阻却され、罪責を負わない。</p> <p>2 Aの両腕を右足で思い切り蹴り上げ、Aを2階のめいだい荘外階段の柵から転落させた行為</p> <p>(1) 上記行為につき、傷害罪(208条)が成立する。以下詳述する。</p> <p>(2) 甲の行為は、階段上の柵にしがみつくAの両腕を蹴り上げ、転</p>	<p>落させたものであり、これによりAは腰部、頭部を打ち付け意識を消失させていることから、人体の生理的機能に障害を与えており「傷害した」といえる。よって傷害罪の構成要件に該当する。</p> <p>(3) もっとも、上記行為について正当防衛が成立し違法性が阻却されないか。以下検討する。</p> <p>ア 「急迫不正の侵害」につき、甲はAから鉄パイプによる襲撃を受けていたところ、その侵害が継続しているとは評価できるかが問題となる。</p> <p>イ この点、侵害の終了時期は、侵害が既に開始しているため、侵害の始期を判断する場合に比して緩やかに考えるべきである。具体的には、侵害の意欲が旺盛かつ強固であり、態勢を整えた際には再度の攻撃可能性が認められる場合など、侵害を加えられるおそれが続いている場合には、侵害が継続しているといえる。</p> <p>ウ 本件では、Aが、「助けてくれ」と柵にしがみついて甲に助けを求めていることからすると、侵害の意欲が旺盛かつ強固とはいえない。またその時点で、Aは鉄パイプを落としており侵害の手段がなくなっていたため、体格で甲に劣り年齢も上回るAが態勢を整えたとしても、再度の攻撃可能性はないといえる。よって、侵害が継続しているとはいえず、急迫性はない。以上から正当防衛は成立しない。</p> <p>(4) もっとも、時間的場所的に接着した上記行為と1の行為を全体として一つの防衛行為とみることではできないか。</p>
---	---

ア この点、行為の一体性の判断は、複数の行為が事実的かつ規範的に同一であると評価できるか否かの問題であるから、各行為が時間的場所的接着性を有し、侵害の継続性、防衛の意思の一体性、行為態様等の事情を総合考慮し、行為の一体性が認められる場合には全体的に考察して一個の防衛行為と認められる。

イ Aはすでに急迫不正の侵害が終了したといえる。急迫不正の侵害行為が終了したAに対し甲は怒りの気持ちから「いい気味だ」「死んでしまえ」などと言ってその腕を蹴り飛ばした。これは、防衛の必要がないのにあえて加害行為に及んだものであり、積極的加害行為であるので、専ら加害の意思を有していたといえる。そうすると、急迫性は認められず継続していないし、2の行為の時点で防衛の意思は認められず防衛の意思の一体性はない。そして、無防備なAをあえて蹴り上げているため、それまでの防衛行為とは別個の行為である。以上から行為の一体性は認められない。

(5) よって、甲がAを蹴り上げた行為につき、傷害罪が成立する。

3 罪数

(1) 甲には傷害罪が成立する。

以 上

2019年3月10日

担当：弁護士 新明清久

予備試験答案練習会(刑法 I・正当防衛)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔甲の罪責〕	(40)		
<p>突き飛ばし行為について</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 傷害致死罪の構成要件に該当(3) 暴行の故意で成立することの指摘(1) 		4	
<p>突き飛ばし行為・正当防衛について</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 急迫性(4) 防衛の意思の検討(定義・当てはめ)(2) ・ 相当性の検討(定義・判例・当てはめ)(5) ・ 死の結果が発生していることについて十分検討出来ているか(3) 		14	
<p>蹴り上げ行為について</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 傷害罪の構成要件に該当すること(3) ・ 急迫性の検討(侵害の継続が問題となることの指摘(2)、判例を踏まえた規範の定立ができていないこと(2)、当てはめ(4)) 		11	
<p>突き飛ばし・蹴り上げ行為を一体として評価できるかについての検討</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 問題提起(3) 判例を踏まえた規範定立ができていないか(4) ・ 急迫不正の侵害・意思の連続性などの考慮要素について検討しているか(4) 		11	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

1. 出題の趣旨

今回は、正当防衛をメインの論点として問題を考え、作成した。正当防衛は本試験、予備試験問わず出題可能性が高い分野である。今回は、基本に立ち返り、正当防衛をじっくり検討して欲しいと考え、あえて共犯を登場させず、単独犯での出題とした。

もっとも、問題文の分量と検討事項の多さを考えると、時間内に完璧な回答を作成するのはなかなか困難ではなかろうかと思う。予備試験は時間が極めてタイトであり（刑法に関して言えば本試験も同様である）厚く論じるべき部分、触れる程度でいい部分を見極め、答案にメリハリを付けることが肝要である。参考答案は、その性質上、触れる程度でいい部分についてもそれなりに丁寧に論じているため、分量は試験時間内に書ききれぬものではなく、採点基準等を参考として、各自、試験時間内に書ききれぬ解答を考えてみてほしい（解答を書くスピードは各々違うため、「自分が書ききれぬ分量」というものをそれぞれこの機会に意識してほしい。）。

2. 甲の罪責

1 Aの胸を突き飛ばした行為

(1) 構成要件該当性について

本問では、甲の上記行為によって、Aは死亡するに至っている。致死に至った行為であるから傷害致死罪の構成要件に該当することを簡潔に指摘して欲しい。その際、本問では甲は鉄パイプで攻撃してきたAをとっさに突き飛ばしただけであるから、Aを死なせてやろうなどとは考えておらず、故意としては暴行の故意のみを有していると考えるのが自然であろう。そうすると暴行の故意で傷害罪の構成要件該当性が認められる（最判22・12・15刑集1巻80頁）ことについて触れてあると望ましい（ただし本問において大きな論点ではない）。

(2) 正当防衛について

正当防衛は出題されると厄介な分野である。なぜなら、一見して正当防衛と分かる事案においても、最低限急迫性、防衛の意思、相当性を検討しなければならないため、答案に書かなければならない分量が多いからである。もっとも、本問のような事例では、急迫性、防衛の意思においては定義を書いて簡潔に当てはめをすれば十分であろう。ここで、検討自体しないということはお勧めしない。条文に書いてある要件を抜かした場合、採点者は解答者が条文を理解したうえで飛ばしたのかそもそも理解していないのかの判断ができないからである。明らかに充足していると思われる要件でも答案において一言は触れておくこと。

本問において一番検討をするべきなのは相当性の部分である。なぜなら、当該行為によって最終的にAは死亡するに至っており、相当性判断を慎重に行うべき事案であるとの推定が働くからである。ここで参考にしてほしいのは「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって、侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」との判例である。（最判昭44・12・4刑集23巻1573頁・「判例プラクティス刑法」210・大塚裕史ほか「基本刑法I」日本評論社190頁）正当防衛は「正対不

正」の関係であり防衛行為が唯一の方法である必要はないし、厳格な法益の均衡も要求されていない。事例判断であるが、酔っ払いから執拗に絡まれた末、胸から首筋のあたりを手で掴まれたため、Aをわが身から話そうとして両手で突いたところ、駅のホームから転落し、電車に轢かれ死亡した事件において「やむを得ずにした行為」として違法性が阻却された事例（千葉地判昭62・9・17判時1256号3頁・「判例プラクティス刑法」213）なども参考にしてほしい。

本件においては、死亡結果が発生しているとはいえ、襲ってきた時間、Aが鉄パイプを所持していること、甲は実際に鉄パイプで殴打されていることなどを考慮すると、相当性が認められる事案といえるだろう。

2 甲がAの手を蹴り上げ転落させた行為

(1) 構成要件該当性について

上記行為についても、意識を消失させていることから傷害罪の構成要件に該当することを簡潔に指摘して欲しい。

(2) 正当防衛について

上記行為についても正当防衛が成立するかをまず検討することとなるが、本件の問題は、Aの侵害が終了しており、急迫性が認められないか、という点である。この点は、結局、これから加えられる侵害が切迫しているかどうかで考えるのが一般的である（「基本刑法1」173頁参照）。この点につき、判例は加害の意欲は旺盛かつ強固であり・間もなく態勢を立て直し・再度の攻撃に及ぶことが可能であった」時は侵害の継続性が認められると判示している（最判平9・6・16〔アパート鉄パイプ事件〕刑集51巻5号435頁・「プラクティス刑法I」185）。

本件においては、Aが泥酔していること、Aと甲の体格差、Aが鉄パイプを落としていること、「助けてくれ」と言って甲に助けを求めていることを考慮すると、再度の攻撃可能性があり、主観的に加害意思が存続しているとみるのは困難であろう。そうすると上記行為に正当防衛は成立しないと考えるのが自然といえる。急迫性が否定される以上、上記行為を単独で検討する限り正当防衛はもちろん過剰防衛の成立も否定される。

(3) 過剰防衛（量的過剰）について

(2)の後に考えるべきは、1の行為のあとに2の行為が行われていることから、全体として一個の反撃行為として量的過剰と見ることができるか否かである。この点において参考とすべきは灰皿投擲事件判決（最決平成20・6・25刑集62巻6号1859頁・判例百選27事件・「判例プラクティスI」221）と折り畳み机投擲事件判決（最決平21・2・24刑集63巻2号1ページ）である。前者は「両暴行は、時間的、場所的には連続しているもののAによる侵害の継続性及びXの防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、・・・その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない」と判示し、第1暴行は正当防衛として無罪、第2暴行は傷害罪の成立を認めた。対して後者は、「XがAに加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく一個の行為を認めることができるから、全体的に考察して一個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当」として全体として一個の過剰防衛の成立を認めた。

これらの判例は、いずれも第1暴行と第2暴行を一体のものとして評価できるかが問題となった事案であるが、行為態様が共通かどうか、時間的場所的接性が認められ、意思の連続性が認められれば行為の一体性を認めてよいと考えられる。

本件では、時間的場所的接着性が認められるとしても、急迫不正の侵害が終了し、Aを害する

目的がうかがわれる甲の言動を考慮すると、行為の一体性を認めるべきではないだろう。結局、甲には傷害罪が成立することになる。

※最新判例について

近時、急迫性に関する重要な最高裁判決が出されたため、紹介する（予備試験・本試験に出る可能性も十分にあると考えられる。）。解説は講義にて行う。

○事案の内容

甲は、Aから、平成31年3月9日午後4時30分頃、不在中の自宅の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月10日午前3時ごろまでの間、十数回にわたり電話で「今から行っただら待って。けじめとったから。」と怒鳴られたり、仲間とともに攻撃を加えられたりするなど、身に覚えのない因縁をつけられ、立腹していた。

被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りてくるようにと電話で呼び出されて、自宅にあった三徳包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろにさしはさんで、自宅マンション前の路上に赴いた。

被告人を見つけたAがハンマーをもって被告人の方に駆け寄ってきたが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動をとることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかってきたAの攻撃を、腕を出し腰で引くなどして防ぎながら包丁を取り出すと、Vの左側胸部を包丁で突き刺した。刺創は深さ約16.5cmであり肋骨を切断し左肺を貫通した。Vはその後病院へ搬送されたが、刺創を原因とする出血性ショックのため死亡した。

判旨

「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、ただちにこれが失われると解すべきではなく、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討するべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況およびその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を満たさない」

以 上

2019年3月10日

担当：弁護士 新明清久

最優秀答案

回答者 Y Y 39点

第1 甲が、Aの胸を両手で思い切り突き飛ばした行為について

1 甲は、「人」Aの「身体」に対し、上記行為によって後頭部を打撲するという生理的機能に障害を与え、「傷害」を加えている（刑法（以下、略）204条）。

甲には、上記構成要件該当事実につき、認識・認容があるため、故意（38条1項本文）がある。

したがって、基本犯たる傷害罪の構成要件に該当する。

2 また、かかる「傷害」行為によってAは、頭部打撲に基づく頭蓋骨骨折に伴うくも膜下出血により「死亡」するという加重結果が生じている。

加重結果は、基本犯と因果関係があればよく、加重結果に対する故意は必要ない。

したがって、甲の行為は、傷害致死罪（205条）の構成要件に該当する。

3(1)もっとも、甲が、かかる行為に及んだのは、Aが鉄パイプで甲を殴打してきたことに起因する。

このため、甲の行為について、正当防衛（36条1項）の成立により、違法性が阻却されないか問題となる。

(2)ア 「急迫不正の侵害」とは、不正な侵害が現に存在し、又は目前に迫っていることをいう。

Aは、甲に対し、1回鉄パイプで殴打し、さらに鉄パイプをふり上げており、さらなる殴打行為に及ぶ様子を見せており、不正の侵害が目前に迫っている。

このため、「急迫不正の侵害」がある。

イ 「自己」の「権利」を「防衛するため」とは、正当防衛の趣旨が社会的相当性のある行為を保護する点にあることから、防衛の意思があることをいう。本件では、甲はとっさにAを突き飛ばしており、殴打行為を続けようとするAからの不正の侵害から反射的に自己の生命、身体の安全という権利を守ろうという防衛の意思がうかがえる。したがって「自己」の「権利」を「防衛するため」にあたる。

ウ 「やむを得ずにした行為」とは、防衛行為に及ぶ必要性と防衛行為としての必要最小限度性をいう。

Aが甲を鉄パイプで殴打しようとする時点で侵害が切迫しており、甲が防衛行為に及ぶ必要がある。

また、深夜2時という人気のない時刻であるため、人の助けを呼ぶことはできない。さらに、Aが泥酔しており、制御のきく状態でなく、鉄パイプという堅固な凶器を持っており、攻撃力が増していると考えられる。そうだとすると、甲がAより若く、身体・体重の点からしても体力的に優位であることを踏まえても、甲が両手という素手を使用したことは、武器対等である。

また、1回胸を突き飛ばしたにとどまり、Aの攻撃を防ぐ範囲で防衛行為に及んだにすぎない。

以上より、甲の防衛は、必要最小限度であり、「やむを得ずにした行為」である。

(3)したがって、正当防衛(36条1項)が成立し、必要的免除をうける。

第2 甲が、Aの両腕を右足で1回蹴り上げた行為について

1 殺人未遂罪(199条, 203条)の構成要件該当性

(1)かかる行為は、アパートの2階という高さのある場所で、階下はコンクリートという堅い地面という状況で行われており、落下の際の打ちどころ次第で頭部や臓器の損傷による死の危険がある。

このため、人の死という、殺人罪(199条)構成要件的结果を発生させる現実的危険のある行為であり、殺人罪の実行行為(43条本文)にあたる。

(2)甲は、「Aが両上腕をひっかけてぶら下がっている状態を見て蹴り上げる行為をしており、「死んでしまえ」と言っていることから、殺人罪の構成要件該当事実を認識・認容しており、故意がある。

(3)もっとも、Aの死亡は、先行する甲の突き飛ばし行為によるもので、因果関係がない。

したがって、殺人未遂罪の構成要件に該当する。

2 正当防衛(36条1項・2項)の成否

(1)Aは、「待ちやがれ」と言って甲をおいかけていたものの、柵に両上腕をひっかける時点で鉄パイプを地面に落としており、Aによる甲に対する侵害の危険は除去されている。したがって、急迫不正の侵害がなく、甲の本件行為に対する正当防衛は、まず成立しない。

(2)ア 甲の行為が、先行するAに対する突き飛ばし行為と一体として防衛行為といえないか。

イ 先行する防衛行為と時間場所の接着性及び防衛の意思、行為が連続するといえる場合、一体として正当防衛又は過剰防衛が成立しうる。

しかし、甲は、蹴り上げた時点で、Aに襲われたことに対する怒りという当初の防衛意思とは異なる動機を有している。このため、防衛意思、行為の連続性がなく、先行する防衛行為として一連するとはいえない。

したがって、甲の蹴り上げ行為につき、違法性は阻却されてよい。よって、Aに対する殺人未遂罪が成立する。

かかる罪は、Aの生命・身体に対する先行の傷害致死罪と包括一罪となる。

以 上

採点講評

(2019年3月10日 刑法I)

本文は難易度を高く設定していたつもりでした。そのため、予想通り皆さん苦勞したのかな、という印象を、採点をしていて受けました。

今回採点して気になった点を以下に指摘しているので、今後の参考にして下さい。

1 第一行為について

複数の方が、第一行為から死亡の結果が発生しているため殺人罪に該当する、という結論を出していましたが、本問の第一行為は甲が頭を殴られた後にとっさに胸を突き飛ばしたというものであります。殺人罪の構成要件該当性を認定するためには、甲の第一行為に殺意が認められなければなりません。本問の事情から甲の突き飛ばしに殺意が認められるかは大いに疑問があるところですが、殺人罪に該当するというためには、殺意の検討は不可欠です。今後殺人罪を検討する機会があるときは、その点を意識して、安易に殺人罪だ、という結論を出さないように気をつけて下さい。

また、第一行為の構成要件該当性の結論を出さないまま、正当防衛の検討を始めている方がいました。正当防衛（違法性）を論ずるためには、当該行為が何らかの構成要件該当性を有することが前提となります。構成要件該当性の結論を出さないまま正当防衛を論ずることは、いわゆる論点飛びつき型の答案を評価されてしまいます。気をつけて下さい。

2 第二行為について

第二行為について殺人（未遂）罪で検討することは問題ありません。ただしその場合にも上記と同様、殺意の検討は不可欠ですので、規範→あてはめをしっかりと行うようにして下さい。複数の方が、第一行為を介在事情として第二行為から殺人既遂の因果関係を検討していましたが、第二行為よりも前の行為を因果関係の介在事情とすることは出来ません。あくまでも第二行為自体から死亡の結果が発生していない以上は殺人既遂の罪責を問うことはできません。気をつけて下さい。

また、本問はもうこれは正当防衛ではないだろう・・・という事情を意図的に盛り込んでおり、正当防衛は成立しない、という結論はそのとおりなのですが、その際にも、正当防衛のどの要件を満たさないのか、という書き方をしなければならないのは、法律学である以上要求されることです。結論だけでなく、結論に至る過程が見られるのが司法試験です。気をつけて下さい。

3 答案の書き方（作法）について

講義でも少し解説しましたが、特に刑法は答案のスタイル、というのが割と厳格に見られがちな分野です。構成要件該当性→違法性→責任の順番で論じること、書き方は条文の文言を抜き出して定義を書く→趣旨を元に規範を定立→事実を抜き出して「評価」した上で定立した規範に当てはまるかどうか検討→条文の適用がある/ないという順番を原則的には守らなければなりません。今回気になったのは、問題との関係で重要論点ではない、さらっと書きたい、という要件を検討する際に、事実の摘示→条文の要件にあてはまる、とする答案が非常に多かったことです。書いている方は規範等を前提として理解していて、それらを意図的に省いて答案を書いているのかもしれませんが、答案を読む側からすると、定義、規範を答案に書いてくれないと、どうして指摘した事実で条文の文言の要件を充たすのかわかりません（判断基準が書いていないため）。さらっと論じているようで実はまったく論じたことになっていない、点が入っていない、ということになります。参考答案はその点を考慮し、回答のスタイルを基本的に守った答案にしてあります。それから本試験過去問の優秀答案（特に全国トップレベルの答案）などを見てもらえればわかりますが、優秀答案はどんなにさらっと書くべき要件についても、最低限の三段論法は守っている答案が多いです。司法試験は三段論法を守っていないと答案のスタイルとしてきちりしている、とはみなされません。最低限の三段論法を守らない答案は茶道の場でずっとあぐらをかいているようなものです。採点官の心象は非常に良くないと思います（そもそも読みづらい）。この点は刑法に限らず、どの科目でも変わりません。参考答案や本試験過去問の優秀答案などを参考にして、答案の正しい作法というものを、今回の答練を機に意識してみてください。回答のスタイルが固まれば、勉強の効率も飛躍的にあがります。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2019年3月10日分 得点分布表

刑法 I

出席者 20名 平均点 18.9点

