

論文式試験問題集
[刑法 I]

[刑法 I]

以下の事例において、甲・乙の罪責を検討しなさい。

【事例】

1. 甲（30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「いずみ荘」に居住していた。同アパートは築60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（40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、歳は離れているがよく飲みに行く仲であった。
2. 2021年3月6日の夜も、甲とAは最寄り駅であるM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7日深夜0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木刀を持ち泥酔したAが立っていた。
Aは木刀を振り上げて甲の顔面を1回殴打し、さらに木刀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（木造）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はかなり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、木刀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、見ていて冷静になってくると同時に、Aに襲われたこと、Aに殴打された顔面が痛むことに対し怒りがわき、木刀もないためAがもう自分を襲ってくることはないだろうと認識していたが、Aに対し、「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。少しは痛い目にあいな。」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蹴り上げた。それにより、Aの両腕は柵から離れ、Aは3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。甲はそれを見て怖くなりそのまま現場から逃げ去った。
6. 乙は、「いずみ荘」の1階の住人である。乙は、甲やAとは同じアパートに住んでいるため顔は知っているが、特段の交流はない。事件当時、乙は自分の部屋にいたが、外が騒がしいので玄関のドアを開けて外に出たところ、Aが倒れており、甲が走って逃げているところを目撃した。
7. 乙は、倒れているAを見て携帯電話で救急車を呼んだ後、Aに大丈夫かと呼びかけたが、頭から血を流してピクリともしないAを見て、Aが死んでしまったと思い、金に困っていた乙は、財布の中身の現金を抜き取って借金の返済に使おうと考え、Aの懐をまさぐり、Aの着ていたジャケットの内ポケットから、Aの財布を抜き取り、そのまま自分の部屋へ戻った。
8. Aはその後、乙が呼んだ救急車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が廊下の床に後頭部を打ち付けた際に生じたものであった。

2021年3月7日

担当：弁護士 新明清久

参考答案
[刑法 I]

第1 甲の罪責

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

(1)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ても暴行の故意を有していれば足りるといえる。

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って、後頭部を廊下の床に強く打ち付け、頭部打撲に基づく頭蓋骨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。

ウ Aは暴行の故意しか有していなかったが、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。よって、Aの上記行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。

(2)正当防衛（36条1項）の成否について

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」である必要がある。

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。

(イ)本件では、Aは木刀で人体の枢要部である甲の顔面を1回殴打し、さらに木刀を振り上げている。これは甲の顔面付近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。よっ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。)

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つ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。

本件では、甲はAの攻撃に対し、とっ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ったといえる。よって防衛の意思はある。

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。

(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が木刀という武器で甲の顔面を一度殴打し、さらにAが甲を殴打しようとしてきたのに対し、甲の反撃行為は素手による突き飛ばしである。また、甲の反撃行為は、Aが甲の頭部という人体の枢要部分を木刀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

い胸部に一度有形力を加えたに過ぎない。さらに、甲がAを突き飛ばした先は木造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。対して、Aは甲の行為によって頭を強く打ち、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といえるが、甲の突き飛ばし行為は上記の通りAの木刀による襲撃に対する反撃手段として、殊更危険性の高い行為とはいえ、襲撃に対しとっさに行った行為であり、代替手段も難しかったことから、甲の行為によりたまたま死亡の結果を生じさせたとしても、結果のみから、甲の行為が不当であったとはいえない。以上から、甲の行為はAから自己を防衛する手段として相当性を充たす。

(3)以上より、甲の上記行為については正当防衛が成立し、違法性が阻却され、罪責を負わない。

2 Aの両腕を右足で思い切り蹴り上げ、Aを2階のいずみ荘外階段の柵から転落させた行為

(1)上記行為につき、傷害罪（208条）が成立する。以下詳述する。

(2)甲の行為は、階段上の柵にしがみついたAの両腕を蹴り上げ、転落させたものであり、これによりAはコンクリートの地面に腰部、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。

(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。

ア 「急迫不正の侵害」につき、甲はAから木刀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評価できるかが問題となる。

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継続している場合には、侵害が継続しているといえる。

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は木刀を落としており侵害の手段がなくなっていたため、泥酔状態で体格で甲に劣り年齢も一回り上回る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。

(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はできないか。

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 上記(3)ウより、Aはすでに従前の急迫不正の侵害が終了したといえる。また、急迫不正の侵害行為が終了したAに対し、甲はAがもう自分を襲ってくることはないだろうと認識していたにもかかわらず、怒りの気持ちから「いい気味だ」「痛い目にあいな」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上、蹴り上げ行為の時点で甲の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。以上から甲の蹴り上げ行為に突き飛ばし行為と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、正当防衛及び過剰防衛は成立せず、傷害罪が成立する。

第2 乙の罪責

1 Aの着ていたジャケットの内ポケットから、Aの財布を抜き取った行為(1)上記行為につき、窃盗罪(235条)は成立せず、占有離脱物横領罪(254条)が成立する。以下詳述する。

(2)乙の行為は、生きていたAの着ているジャケットの内ポケットから財布を抜き取ったものであり、Aの事実上の支配状態にある財布をAの意思に反して乙の占有下に移しているといえ、「他人の」「財物」を「窃取」したといえる。また、よって、乙の行為は窃盗罪(235条)の客観的構成要件に該当する。

また、窃盗罪の成立のためには、主観的構成要件として、故意に加え使用窃盗や毀棄罪との区別のために、不法領得の意思が要求される。不法領得の意思は①権利者排除意思②経済的利用・処分意思からなるところ、乙は①Aの財布の占有の侵害を認識しているし、②財布の中の現金を抜

き取る意思を有していたのであるから、故意と不法領得の意思の主観的構成要件も充たすようにも思える。

(3)もっとも、乙は、Aが死んだと思い、上記行為に及んでいる。そのため、死亡により占有を離れた他人所有の財物を領得したものとして、乙は占有物離脱罪の故意しか有しておらず、窃盗罪の故意は認められないのではないか。

ア この点、故意責任の本質は犯罪事実の認識によって反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は刑法上構成要件として類型化されているから、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で故意責任を問うことができると考える。かかる実質的重なり合いの有無については、①両罪の行為態様及び②非侵害法益の共通性をもって判断すべきである。

イ 本件は、乙は主観的には占有離脱物横領罪の故意で窃盗の構成要件にあたる行為をしているが、両罪は①他人の財産を自己の支配下に置くという行為態様において共通し、②他人の財産権の侵害という非侵害法益も共通するため、軽い占有離脱物横領罪の限度で重なり合いが認められ、その限度で故意責任を問う。以上から乙には占有離脱物横領罪が成立する。

第3 罪数

甲には傷害罪が成立し、乙には占有離脱物横領罪が成立する。

以上

2021年3月7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)	(32)		
突き飛ばし行為について ・傷害致死罪の構成要件に該当すること(暴行の故意で成立することの指摘)		3	
突き飛ばし行為・正当防衛について ・急迫性・防衛の意思の検討(定義・当てはめ) ・相当性の検討(定義・判例・当てはめ) ・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など		11	
蹴り上げ行為について ・傷害罪の構成要件に該当すること ・急迫性の検討(侵害の継続が問題となることの指摘、判例を踏まえた規範の定立ができていないこと・当てはめ)		9	
突き飛ばし・蹴り上げ行為を一体として評価できるかの検討 ・判例を踏まえた規範定立ができていないか ・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		9	
(乙の罪責)	(8)		
客観的構成要件として窃盗罪が成立することの指摘		3	
窃盗の故意を有しないのではないかとする問題提起		1	
占有離脱物横領罪と窃盗罪の抽象的事実の錯誤の検討・規範		2	
占有離脱物横領罪と窃盗罪の抽象的事実の錯誤の検討・当てはめ		2	
裁量点(文章構成・保護責任者遺棄等の言及について優秀なもの等)	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

第 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。加えて、乙の窃盗と占有離脱物横領罪に関する論点を出題した。

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ものではなくはなっているが、採点基準等を参考として、各自、試験時間内に書ききれる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、「自分が書ききれる分量」というものをそれぞれこの機会に意識してほしい。）。

第 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、本問では甲は木刀で攻撃してきた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をわが身から離そうとして両手で着いたところ、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が木刀を所持していること、甲は実際に木刀で顔面を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が木刀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、時間的場所的近接性が認められ、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の再度の侵害可能性がないだろうという甲の認識、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、甲がAの手を蹴り上げ転落させた行為には正当防衛も過剰防衛も成立せず、傷害罪（致死結果は正当防衛行為から成立している。）が成立することになる。

第3. 乙の罪責

乙は占有離脱物横領の故意（Aは死んだと思っている）で窃盗罪の客観的構成要件に該当する（Aは死んでおらず、胸ポケットに入っている財布はAの占有下にある）行為を行っているため、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となる場面である。（甲が窃盗行為を行ったのであればいわゆる死者の占有の問題が生じ得るが、乙はAに対し攻撃をしたわけではない（傷害結果とは無関係の第三者）ので本問ではその問題は生じない。）いわゆる法定的符合説（最決昭54・4・13刑集33巻3号179頁・百選90事件）の考え方に従い事例を処理するのが一般的であると考えるが、構成要件の重なり合いの判断基準である行為態様の共通性、保護法益の共通性を規範において明示し、当てはめをしっかりと行ってほしい。

以上

2021年3月7日

担当：弁護士 新明清久