

論文式試験問題集
[刑法 I]

【刑法 I】

次の事例における甲および乙の罪責について論じなさい。

【事例】

大学院生甲（25歳・男性）は、父乙（50歳）および弟A（21歳）と共に、都内の高級住宅地の一軒家で暮らしていた。甲は、父親の期待通り、某一流大学、大学院に進学し、同大学の専任講師の採用が内定していた。一方、Aは、高校の成績は散々であったにもかかわらず、「俺が本気を出せば受験なんか楽勝。医学部に行って医者になって勝ち組になるわ。」などと言って受験に臨み、3年続けて失敗し、その後は、連日パチンコなどのギャンブルや友人たちと飲み歩くなどして過ごしていた。

ある日、甲が2階にある自室で読書をしていたところ、深夜にAが泥酔して帰宅し、甲の部屋に押し入ってきた。甲が「こんな時間にどうした。自分の部屋に戻って早く寝ろ」と言ったところ、Aは、「俺は兄貴みたいにつまらない人間にはならんぞ」と言いながら、両手で甲を座っていた椅子からひき倒し、床の上に仰向けになった甲の身体にまたがり、甲が読書をしていた本（厚さ3センチメートル）を甲の顔や腹に繰り返し叩きつけるなどの暴行を加えてきた。

甲は、「やめるんだ」と言いながら、Aの顔や肩を殴るなどした。しかし、体格で勝るAに歯が立たなかったため、何か武器になる物を探したところ、机の上から落ちたガラス製の置物（高さ約30センチメートル）が床に転がっているのが見えた。そこで、この置物を手にとり、Aの背中あたりに打ちつけて、Aを止めようとした。ところが、甲はAへの抵抗で無我夢中だったため気づかなかったが、置物は机から落ちた時の衝撃で先の部分が割れて尖っていた。しかも、甲は手元が狂い、意図せずに、置物の割れた部分をAの後頸部に突き刺してしまった。Aは、「ぎゃあ」とうめき声をあげ、首筋から大量に出血して倒れ込んだ。甲はその光景を見てショックで気絶した。

そこに、大きな物音に飛び起きた乙が1階から駆け上がってきた。事態を把握した乙は事件が公になれば甲の大学の専任講師の内定に影響があるのではないかと不安になり、Aを一思いに殺すしかない、その後はどこかに死体を隠して、誰かに聞かれたら、Aは海外に留学していると言ってごまかしてしまおうと思った。そうして乙は、Aの首の上に両手を重ねて置き、一気に押し込んだ。それによりAの後頸部からの出血が勢いを増し、Aは頭部の血液循環障害による脳機能障害に陥って死亡した。その間、甲は、気絶したままだった。

なお、甲が口の割れた置物をAの後頸部に突き刺したことによってすでに死因となるに十分な程度の出血が惹起され、それのみによっても、近接した時間内にAは死に至ったことが認められる。乙がAの首に重ねた両手を押し込んだ行為は、すでに生じていた後頸部からの出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった。

2022年2月27日

担当：弁護士 新明清久

参考答案
[刑法 I]

第1 甲の罪責

1 甲は、Aから引き倒されて暴行を受けた際、Aを殴るなどした上、手元にあった置物をAの背中に打ちつけようとして、口の割れた部分を後頸部に突き刺している（以下、「本件行為」という）。Aは死亡しているが、甲に殺意がなかったことは、置物が割れていたことに気づいていなかったこと、置物を背中に打ち付けようとしていたことから明らかである。そこで、本件行為について傷害致死罪（刑法205条。以下、法令名は省略）の成否を検討する。

2 傷害致死罪における「身体を傷害」とは人の生理的機能に障害を加えることをいうところ、甲の本件行為はAの後頸部から出血をもたらしており、人の生理的機能に障害を与えているものであるから「傷害」にあたる。また、Aは本件行為により死亡するに至っているから「人を死亡させた」といえる。

本問の構成要件該当性の判断に際して問題となるのは、本件行為と死亡結果の間に、乙がAの首に両手を重ねて押し込む行為が介在しているにもかかわらず、因果関係が認められるかである。刑法上の因果関係の存否は、実行行為に含まれる危険が結果へと現実化したかにより判断される。実行行為とは無関係の危険による結果の発生を理由により重い違法評価を下すのは、刑法が実行行為を禁止する目的に照らして合理的でないからである。本件行為による後頸部からの出血は、死因となるに十分なものであり、それが頭部の血液循環障害さらには脳機能障害を招いて死に至っている。介在行為（乙がAの首に両手を

重ねて置き、一気に押し込んだ行為）はそれ自体としては異常なものであるが、上記出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えすぎない。とすると、甲の行為に含まれる出血による死の危険が、ほぼそのまま結果へと現実化したといえる。よって、甲の行為とAの死亡との間の因果関係は肯定できる。従って、甲の本件行為は、傷害致死罪の客観的構成要件に該当する。

3 ただ、甲が本件行為をしたのは、Aの暴行を受けたからである。それゆえ、正当防衛（36条1項）として違法性が阻却されないか。

「急迫不正の侵害」とは、法益が侵害されているか、法益侵害が間近に差し迫っている状態をいう。Aが甲を引き倒して本を顔や腹に叩きつける行為は、甲の身体に対する侵害が現に存在している状況であり、「急迫不正の侵害」にあたる。次に「防衛の意思」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態を指すところ、甲は「やめるんだ」などと言いながら、自己の身体をAによる暴行から守るために本件行為に及んでおり「防衛の意思」が認められる。では、「やむを得ずにした」といえるか。この要件は、反撃行為が防衛手段として必要最小限度である、すなわち相当性を有する場合に充足される。その判断は、侵害者と防衛者の体力差、侵害行為と防衛行為の各強度等を踏まえて行われる。防衛者の生命が脅かされているわけではないのに侵害者に致命傷を与える防衛行為の相当性は、特に厳格に判断される。本件で、本を甲の顔や腹に叩きつけるという侵害は、本の3cmという厚さを鑑みても、甲の生命を直ちに脅かすものではな

<p>かったといえる。それにもかかわらず、甲は、置物の割れた部分を後頸部に突き刺すという、致命的行為をしている。とすると、体格差やAにまたがられており不利な体勢となったことから殴打などでは歯が立たなかったとしても、なおその段階では、置物の鋭利でない部分を打ちつける、大声で父を呼び取り押さえてもらうなど、より侵害性の低い手段のみが許されていたというべきである。従って、本件防衛行為の相当性は否定される。</p> <p>以上より、本件行為は、正当防衛にはあたらず、「防衛の程度を超えた行為」(36条2項)として過剰防衛となりうるにすぎない。</p> <p>4 もっとも、客観的には過剰防衛(違法行為)であっても、行為者が過剰性を基礎づける事実を認識していなかった、すなわち、正当防衛にあたる事実しか認識していなかった場合、故意犯は成立しない。犯罪事実の認識としての「罪を犯す意思」(38条1項)が認められないからである。</p> <p>本件行為が過剰と評価されるのは、甲がAの後頸部に置物の口の割れた部分を突き刺しているからである。しかし、甲は意図的にそうしたわけではない。甲が認識していた、割れていない置物の背中への打ちつけであれば、Aによる侵害の強度からして、相当性の範囲内である。とすると、甲は正当防衛の事実認識で本件行為を行った(防衛行為の誤想)といえる。</p> <p>従って、本件行為には、甲に「罪を犯す意思」(38条1項)が認められないため、故意犯を基本犯とする結果的加重犯である傷害致死罪は</p>	<p>成立しない。</p> <p>5 もっとも、過失犯の余地は残る。甲が、ガラスの置物の口が割れていることを認識せず、さらに手元が狂ってその部分を後頸部に突き刺してしまったことにつき、不注意が認められれば、過失致死罪(210条)が成立する。</p> <p>6 なお、後述する通り、本件行為の後に駆け付けた乙には、殺人罪(199条)が成立する。しかし、甲は、乙の行為時には気絶しており、乙の行為に対し責任を負わない。したがって、甲に殺人罪は成立しない。</p> <p>7 以上より、甲は、傷害致死罪は成立せず、前述の不注意が認められれば、過失致死罪(210条)の罪責を負う。その場合、過剰防衛(36条2項)として、刑が任意的に減免される(いわゆる過失の過剰防衛)。</p> <p>第2 乙の罪責</p> <p>1 乙は、首筋から大量に出血して倒れ込んでいたAの首の上に両手を重ねて置いた上で、一気に押し込んでいる。それにより、後頸部からの出血を拡大させ、Aの死期を早めている。この行為について殺人罪(199条)が成立するか。</p> <p>2 「殺した」とは自然の死期に先立って人の生命を断絶する行為であるところ、乙は、Aの首に両手を置き、一気に押し込んでおり、当該行為はAの生命を断絶する危険性のある行為であり、当該行為により、Aは最終的に死亡するに至っているから「殺した」に該当する。</p> <p>もっとも、本間において、乙の行為がなくとも、近接した時間内にAは死に至ったことが認められる。とすると、乙の行為がなくとも死</p>
--	---

亡結果は発生していたとして、因果関係（条件関係）が否定されるのではないか。しかし、人の生命は刻一刻として保護されるべきである以上、「幾分か」であっても早められた死は、予定された死とは別の結果として把握しなければならない。すなわち、乙の行為がなければAの「幾分か早められたその死」は生じなかった以上、乙の行為とAの死亡との間の因果関係は否定されない。

3 乙の殺意については、大量に出血中の首に両手を重ねて一気に押し込むという行為態様及び乙は甲の将来を守るためにAを一思いに殺すしかないと考えて行為に及んでいることから、容易に認定できる。

4 以上より、乙の行為は殺人の構成要件に該当し、違法性阻却事由、責任阻却事由もないことから、乙は殺人罪（199条）の罪責を負う。

第3 罪数

以上より、甲は、Aの首を置物に突き刺した行為につき過失が認められる場合には過失致死罪（210条）が成立し、その場合には過剰防衛（36条2項）が成立する。乙には殺人罪（199条）が成立する。

以 上

2022年2月27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)		
構成要件該当性(10点) ・罪責を問われる主な行為及び検討罪名(傷害致死)が正しく特定されていること(3) ・乙の介在行為のために実行行為と因果関係が問題となることの理解がしめされていること及び判断基準が示されていること(4)、本件への当てはめ(3)		10	
正当防衛(12点) ・Aに対する正当防衛が問題となることが示されていること(1) ・「急迫不正の侵害」「防衛するため」の要件の検討及び各要件が認められることの指摘(4) ・「やむを得ずにした」の要件の判断基準の指摘(3)及び当てはめ(3) ・正当防衛に当たらないとしても過剰防衛に当たり得るのとの指摘(1)		12	
誤想防衛(8点) ・過剰性を基礎づける事実を認識せず、正当防衛にあたる事実認識の場合には故意犯が成立しないこと(誤想防衛)の理解が示されていること(3) ・上記の本件の当てはめ(3) ・過失致死罪の成立の余地があることへの理解(2)		8	
乙との共同正犯が成立しないことの指摘及び罪数(各1点)		2	
(乙の罪責)	(8)		
罪責を問われる行為及び検討罪名の指摘(各1点)		2	
実行行為性・因果関係に関し、乙の行為がなくても近接した時間内に死亡していたことの指摘及び判断基準の指摘		3	
上記の当てはめ		2	
罪数		1	
裁量点	(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・誤想防衛・因果関係をメインの論点として問題を考え、作成した。本問で挙げたテーマはいずれも本試験、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、刑法総論に頻出のテーマをじっくり検討して欲しいと考え、共犯関係は複雑にしない出題とした。

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。）。

第 2. 甲の罪責

1 A の後頸部を尖ったガラス製の置物で突き刺した行為

(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指摘して欲しい。その際、本問では甲は、置物の危険性（割れて先が尖っていた）を認識しておらず、A を殺そうとは思っていなかったのであるから、殺意を有していなかったことは明らかであり、その点は簡潔に指摘すべきであろう。この点、A が暴行の故意で上記行為を行っているとは認定すれば、二重の結果的加重犯（暴行→傷害→傷害致死）が成立することになり、その点は一応論点となり得るが、本問において厚く論じるべき部分ではない。（採点基準にも載せていないが、論じた者については内容により裁量点で加点措置をとっている）

また、本問においては、乙の介在行為により A の死期が早まっており、甲の実行行為と死亡結果との間の因果関係が問題となり得る。この点は、いわゆる大阪南港事件（最決平成 2・11・20 刑集 44 卷 8 号 837 頁（百選 10））を参考にすれば、甲の行為により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者（乙）により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、甲の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定できる、という結論になるであろう。

(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。

本問において問題となるのは相当性の部分であるが、上記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。また、Aの行為は甲の生命を直ちに脅かす暴行とはいえず、甲の行為は割れた置物の先を後頸部に突き刺すという致命的な行為をしており、家族を呼ぶなどのより侵害性の低い行為が期待できる以上は本問の行為は客観的に防衛行為の相当性を肯定できる事案ではないだろう。ここで、防衛の相当性の部分は客観的に判断されるべきであり、甲が置物が割れていることに気づいていなかったのであるから、防衛行為は相当であるとしないうに。(客観的に判断すべき相当性の検討時に行為者の主観的要素を混ぜて検討するのはNG。)

(3) 誤想防衛について

上記行為について、甲は置物の先が尖っていることを知らなかった(行為者が過剰性を基礎づける事実を認識していなかった)のであり、いわゆる防衛行為の誤想(基本刑法I(大塚裕史ほか・日本評論社【第3版】244頁～)の論点である。通説の事実の錯誤説からは、故意の認識対象は構成要件該当事実及び正当化自由不存在の事実であり、誤想防衛の場合には違法性の意識を喚起するような違法性を基礎づける事実の認識がないため、故意を阻却する。すなわち38条1項にいう「罪を犯す意思」で行動したものではないとされる。また、本問の論点である防衛行為の誤想の場合、狭義の誤想防衛(急迫不正の侵害がないのにあると誤想した場合)と異なり、現実に急迫不正の侵害が存在しており、これに対して客観的には不相当な防衛行為を行った(ただし、行為者は相当な防衛行為であると誤想していた)場合であるため、過剰防衛の規定が適用される。つまり、通説である事実の錯誤説からは誤想防衛として故意が否定されることを前提に、過剰事実の誤想が避けられない場合は過失も否定され犯罪不成立となるが、避けられる場合には過失犯が成立し、その場合に過剰防衛の規定が適用されるということになる。この点は、誤想防衛の典型である狭義の誤想防衛と異なり、事案の処理及び回答が若干ややこしくなる部分なので、適切な結論を導けるようにしてほしい。

第3. 乙の罪責について

(1) 因果関係について

乙の行為は、首筋から大量に出血して倒れこんでいたAの首の上に両手を重ねて一気に押し込み、Aの死期を早めているというものである。上記行為について、乙の行為がなくてもAは近接した時間内に死に至ったことが認められるため、因果関係が否定されるようにも思われる。しかし、乙の行為により、幾分かであっても早められた死である以上は、予定された死(甲の行為のみにより予定されていたAの死)とは別の結果として把握されるべきであり、乙の行為がなければ「幾分か早められたその死」は生じなかった以上、条件関係は否定されず、因果関係は否定されるべきではないとするのが通説的な考え方であろう(前記基本刑法I・63頁等参照。もっとも、死の二重評価を避けるという意味で、別論はあり得るところである。)。また、殺意については甲と異なり、乙の意思及び行為態様から認定は容易であると考えられる。

以上

2022年2月27日

担当：弁護士 新明清久

最優秀答案

回答者 KN 36点

第1 甲の罪責について

1. 甲がAの顔や肩を殴った末、床上のガラス製の置物の割れた部分をAの後頭部に突き刺した行為について、甲に傷害致死罪(刑法(以下法律名略)205条)が成立するか。

2. (1)ア. 「身体を傷害」するとは、人の生理的機能を害することをいう。甲はAの後頭部に置物の割れた部分を突き刺して大量出血をおこさせている。首からの大量出血は出血死や脳の機能不全をおこす以上、人の生理的機能は害されたといえ、「身体を傷害」している。

イ. Aは脳機能障害で「死亡」している。

ウ. (ア) ここで、Aの死亡は、乙が甲の行為でAが首から大量出血している中、更にAの首の上に両手を重ねて置き、一気に押し込んだことで、出血が増したことにより生じている。するとAの死亡は乙の行為によって生じたとも見える。そこで、Aの死亡と甲の行為に因果関係(「よって」)があるといえるか問題になる。

(イ) 因果関係は、結果の内、社会通念上偶然おきたものを刑法的評価から除いて処罰の適正を図るものである。すると結果が実行行為の危険を現実化したと評価できるときは因果関係を肯定すべきである。具体的には、①実行行為の危険性、②介在事情の結果への寄与度、③行為の介在事情への影響により判断する。

(ウ) 甲が口の割れた置物をAの後頭部に突き刺した行為は、死因となるに十分な程度の出血を惹起し、近接した時間内に、Aを死に至らしめる程危険な行為であった(①)。乙が、Aの首に重ねた両手を押し込んだ行為は、Aの死亡を招いた、一応の原因ではあった。もっともその程度は既存の出血を拡大させ、幾分死期を早める程度のものであり、結果への寄与度は極めて高いとはいえない(②)。乙の行為による出血は、甲の行為による首への刺傷を利用するものであり、甲の行為が介在事情たる乙の行為に与えた影響は大きい

(③)。

(エ) よって、因果関係があるといえる。

(2)ア. 甲は、Aの肩や顔を殴る延長上の行為として、置物でAの背中を打ちつけるつもりであり、Aの首に割れた置物の口を刺す意図はなかった。このような場合でも甲に故意が認められるのか。

イ. 傷害致死罪は傷害罪（204条）の、傷害罪は暴行罪（208条）の結果的加重犯である。結果的加重犯は、基本犯に内在する危険が現実化したものであり、基本犯の故意があれば、結果的加重犯の故意は足りる。すると、傷害致死罪の故意は暴行の故意で足りることになる。

ウ. 「暴行とは、不法な有形力の行使」をいう。甲はAの肩や顔を素手で殴り置物でAの背中を打ちつけるつもりであり、不法な有形力の行使をする意思はあった。すると、暴行の故意が認められる。

エ. よって、故意が認められる。

3. (1)ところで、甲の行為は、Aが厚さ3センチメートルの本で甲の顔や腹を繰り返し叩きつけるという暴行をうける中、Aを止めるためにされたものである。甲の行為は正当防衛（36条1項）にあたり、違法性が阻却されないか。

(2)ア. 「急迫不正の侵害」とは、違法な行為により法益侵害の危険が現にあるか、差し迫っていることをいう。Aは、厚さ3センチメートルの本で甲の顔や腹を繰り返し叩くという不法な有形力の行使たる暴行をしている。これにより、甲の身体の安全が害される危険は現にある。すると「急迫不正の侵害」はある。

イ. 甲は身体の安全を守ろうとする防御の意思を有しているから「自己一の権利を防御するため」にあたる。

ウ. (ア)「やむを得ずにした行為」とは、正当防衛の根拠が社会的に相当な行為を法の自己保全のため、違法性を阻却する点にあることから、行為が防衛手段として最小限度であることをいう。具体的には、防衛手段にある必要性和、行為の相当性で判断する。

(イ) 甲はAから現に暴行をうけ続けており、防衛手段に出る必要はあった。

一方体格差があるとはいえ、甲、Aは共に20代で4つしか年齢も離れておらず、絶対的な力の差はなかった。そして、Aは厚さ3センチメートルの本で甲をたたき、甲は、割れたガラス製の置物でAを

刺している。前者ではせいぜいこぶやあざを作る程度のものであるが、後者は、刺傷をつくり、場合によっては人を出血死させる危険な行為である。すると、行為が均衡を欠き、相当性は認められない。

(ウ) よって「やむを得ずにした行為」とはいえない。

(3)したがって正当防衛は成立しない。もっとも、相当性を欠いた点で防衛の程度を超えた行為（同条2項）にあたり、過剰防衛が成立する。

4. 以上より、甲に傷害致死罪が成立するが、過剰防衛により、刑が任意的減免される。

第2 乙の功罪

1. (1)乙が、Aの首に重ねた両手を押し込んだ行為について、甲に殺人罪（199条）が成立するか。

(2)ア. 乙は、首から出血中のAの首を重ねた両手を押し込み、出血を増加させることで、出血多量等によるAの生命侵害を惹起しており、殺人罪の実行行為性が認められる。

イ. Aは、脳機能障害で死亡しており、生命侵害の結果が生じている。

ウ. 前述の通り、Aの死亡は甲の行為の危険が現実化したものである。乙の行為はその危険を早めたにすぎない以上、乙の行為とAの死亡の因果関係は成立しない。

(3)乙は、甲の大学専任講師の内定に影響がでるのをおそれ、Aを殺すべく当該行為をしている。首からの出血を拡大すれば、出血多量又は脳の機能不全でAが死ぬことは認識でき、これを乙は認容している。よって故意も認められる。

(4)以上より、乙に殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

2. (1)乙は、甲がAの首に置物を刺した一連の事態を把握して当該行為をしており、片面的共同正犯が成立し、傷害致傷罪（206条）の範囲で共同正犯（60条）が成立しないか。

(2)共同正犯の処罰根拠は、互いに物的精神的因果を及ぼして犯罪を実現する点にある以上、意思の連絡すなわち共謀が不可欠の成立要件になる。

(3)乙の行為時、甲は、Aが大量出血した姿を見て気絶しており、乙と意志連絡していない。すると共謀はない。

(4)よって、傷害致死の範囲で共同正犯は成立しない。

以上



表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

最優秀答案

36

刑法 1 頁

1 第1、甲の罪責について

2 1. 甲がAの顔セ脣を殴った末、床上のガラス製の置物の割れた部分を

3 Aの後頸部に突き刺した行為について、甲に傷害致死罪(刑法(以下法律

4 名略)205条)が成立するか。

5 2(1)「身体を傷害」とは、人の生理的機能を害することをいう。甲はAの後頸部

6 に置物の割れた部分を突き刺して大量出血をおこしている。首からの大量出血は出血

7 死(脳)の機能不全をおこす以上、人の生理的機能を害されたといえ、「身体を傷

8 害」している。

9 (2) Aは~~頸部~~脳機能障害で「死亡」している。

10 (3) ここで、Aの死亡は、乙が甲の殺行為でAが首から大量出血している中、更にAの首の

11 上に両手を重ねて逆き一氣に押し込んだことで、出血が増したことに起因している。

12 (Aの死亡は乙の行為に起因したとされる。そこで)

13 するとAの死亡と甲の行為に因果関係(「よって」)があるといえるか問題となる。

14 (4) 因果関係は、結果の内、社会通念上偶然おきたものを刑法的評価から除いて処罰

15 の適正を図るものである。さて結果が実行行為の危険を現実化したと評価できる

16 ときは因果関係を肯定すべきである。具体的には、①実行行為の危険性、

17 ②介在事情の結果への寄与度、③行為の介在事情への影響に依り判

18 断する。

19 (5) 甲が口の割れた置物をAの後頸部に突き刺した行為は、出血を招いて死

20 因となり十分な程度の出血を惹起し、近接した時間内にAを死に至らしめ

21 る程危険な行為であった(①)。乙が、Aの首に重ねた両手を押し込んだ行為

22 は、既存の出血を拡大せ、幾分死期を早める程度のものであろうが、~~乙はA~~

~~の死亡の直接の原因となり、~~結果への寄与度は極めて高いといえる(②)。





※	A B C
	□ □ □

23 乙の行方による出血は、甲の行方による首への刺傷を利用するものであり、甲の
 24 行方の~~存在~~が介在事情ある乙の行方と与えた影響は大きい(③)。

25 (エ) よって因果関係があるといえる。

26 壬(2)ア甲は、Aの肩や顔に殴る延長上の行方にて、遺物でAの背中を~~打ちつける~~^(打ちつける)
 27 もりであり、Aの首に刺れた遺物の刃を刺す危険は発生、この場合でも
 28 甲に故意が認められるか、

29 イ、傷害致死罪は傷害罪(204条)の、傷害罪は暴行罪(208条)の結果的加重
 30 犯である。結果的加重犯は、基本犯に内在する危険が現実化したものであり、基本犯
 31 の故意があれば、結果的加重犯の故意は足りる。すなわち、傷害致死罪の故意は
 32 暴行の故意で足りることになる。

33 ア、甲はAの肩や顔に素手で、遺物でAの背中を~~打ちつける~~^(打ちつける) ~~おとし~~ 打ち
 34 つけるつもりであり、不法な形力の行使をする意思がある。すなわち、暴行の
 35 故意が認められる。

36 エ よって、故意が認められる。

37 3. (1)乙は、甲の行方、Aが厚さ3センチメートルの本で甲の顔や腹を
 38 繰り返し叩きつけるという暴行をうける中、Aを止めるためにされたものである。
 39 甲の行方は正当防衛^(36条2項1号)あり、違法性が阻却される。

40 (2)ア、「急迫不正の侵害」とは、違法な行方より、~~植村~~ 法益侵害の~~現実的~~危険が~~既に~~
 41 差し迫っていることという。Aは、厚さ3センチメートルの本で甲の顔や腹を繰り返し
 42 叩くという不法な形力の行使による暴行をうけている。これにより、甲の身体^の安全
 43 は~~既に~~侵害されている。すなわち、侵害される危険は既に発生。すなわち、「急迫不正の侵害」はある。

44 イ、甲は身体^の安全を守ろうと~~正当~~する防衛の意思を有しているから「自己への権利



裏

(注意事項)

- 1 答案用紙の種類
本答案用紙は、刑法の答案用紙です。
刑事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。
なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切応じません。)
- 2 答案用紙の取扱い
答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書く。
 - (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、捺印は除く)で書く。
 - (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、訂正部分の表裏を書き直して答案を作成した場合に限り認められる(訂正部分の表裏に「訂正」と記載すること)。訂正部分の裏に訂正した内容を記載することはない。
 - (4) 答案用紙の裏面に記載することは認めません。
 - (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。
- 4 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断された場合は、本試験の成績を取消し、再受験を認めない。

刑 法 3 頁

を防衛するものがある。

ウ、(ア)「やむを得ず」は、正当防衛の根拠が社会的観念に相当する行為の

自己保全のため、違法性を阻却するものがあることから、行為が防衛手段として最小限度

であることという。具体的には、防衛手段^{しにある}が必要で、行為の相当性を判断する。

(イ) 甲はAから現に暴行を受け続けており、防衛手段がある必要はない。

一方、体格差があるといえ、甲、Aは身長20cmで47歳、年齢も離れている。

危険性の差がある。すなわち、Aは厚さ3センチメートルの本で甲を打ち、

甲は、割れたガラス製の逆物でAを刺している。従って前者ではせいぜいこぶやあざを

作る程度のものであるが、後者は、大出血をつくり、場合によっては人を殺すこと

を目的とする行為である。すなわち、行為が均衡を欠き、相当性は認められない。

(ウ) よって「やむを得ず」は、行為として認められない。 (相当性は認めない)

(3) したがって正当防衛は成立せず「防」ではない。むしろ、防衛の程度を超

た行為(同条2項)にあたり、過剰防衛が成立する。

4. 以上より、甲に傷害致死罪が成立するが、過剰防衛により、刑が任意的

減免される。

第2. 乙の罪責

(1) 乙はAの首を重たい両手を押し込んだ行為について、甲に殺人罪(199条)が成立

するが、

(2) 乙は、首から出血中のAの首を重たい両手を押し込み、出血を増加させること

で、出血を増加させる甲の死を生命侵害を惹起しており、殺人罪の実行行為性が

認められる。

1. Aは、脳機能障害で死亡しており、生命侵害の結果が与えている。





き進めてください。なお、解答欄の外側(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点
 合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 は、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください(試験時
 される記載のある答案は無効答案として零点となります。

67 う、前述の通り、Aの死は甲の行為の危険が現実化しただけである。甲乙の行為は
 68 その危険を早めたりする以上、乙の行為はAの死の因果関係は成り立たない。
 69 (3) 乙は、甲の大学寺任講師の決定に照準がでるのをみて、当該行為を以てしている。
 70 首からの出血を拡大することは、出血量より脳の機能不全でAが死ぬことは予測
 71 でき、これを乙は意図している。よって故意が認められる。
 72 (4) 以上より、乙は殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。
 73 2.(1)乙は、甲がAの^手荷物と樹木の幹を同一連の事態を把握して当該行為
 74 を以ておいて、片面的共同正犯が成立し、傷害致死傷罪(206条)の範囲で共同正犯
 75 (60条)が成立しない。
 76 (2) 共同正犯の処罰根拠は、互いに物的精神的因果を及ぼして犯罪を完成するに
 77 ある以上、責任の連絡すなわち共謀が不可欠の成立要件になる。
 78 (3) この行為時、甲は、Aが大量出血に姿を改て気絶しており、乙は責任連
 79 絡していない。よって共謀はない。
 80 (4) よって、~~片面的~~共同正犯の範囲で共同正犯は成立しない。
 81

以上

刑
法
4
頁

～25 行目 特に指摘することがないくらい良い起案です。

～58 行目 正当防衛の検討もほぼ問題ないです。しいて言えば、防衛の意思とは何かを一応適示しておくこと、やむを得ずにした行為の規範定立のところで、考慮要素をもう少し具体的に挙げられるとさらに説得力が増す、ということでしょうか。検討内容はポイントを端的に抑えられていてとても好印象です。誤想防衛の問題が生じうることも指摘できていれば完璧でした。

68 行目～ これはこれで一つの考え方だとは思いますが、生命の侵害（幾分早められた死）について因果関係を認めない、というのであれば、もう少し分量を割いて説得的に論じてもよいかと思います。

総評：総じて良くできていました。この問題が仮に予備試験で出されていれば、おそらく合格答案だと思います。この調子で頑張ってください！

採点講評

(2022年2月27日 刑法I)

今回の問題は難易度としては決して簡単ではないと考えていたが、全体的に皆さん良く検討できており、論点についても正当防衛と因果関係が問題となる、という点に気づけている方が多く、本答案練習会のレベルが向上していることを実感しています。本問の採点を行い、全体的に気になる点を以下記載しましたので、各自参考にしてください。

○答案の作法に関して

いきなり問題文の事情を挙げた上で、「傷害」と認められる、あるいは「急迫性」「防衛の意思」は認められるという解答が非常に多かった。これらの部分は確かに本問で深く論じてほしいという部分ではない（簡単な検討でよい）部分ではあるが、上記のような書き方は最低限の三段論法も守っておらず、論じているようで実は何も論じていない（結論しか書いていない）という評価をされても文句が言えないところである。「傷害」とは生理的機能の障害をあたえることであり、本問では〇〇であるので認められる、「急迫不正の侵害」とは法益侵害が現に起きているあるいは間近に迫っていることであり、本問は〇〇なので急迫不正の侵害は認められる、というように、薄く書くとしても最低限の三段論法は守ってほしい。

○正当防衛の検討について

正当防衛の相当性について、具体的な考慮要素を規範定立の際に書かない答案が多かった。また、武器対等の原則を意識してのことだと思うが、本と置物のという部分のみを抜き出し、その評価のみで相当性のあり／なしを判断している答案が多かった。個人的には、相当性の部分については、具体的な規範を規範定立時に出せるか、具体的な事情をどれだけ拾って充実した評価（当てはめ）ができるかで大きく点差がつく部分と考えている。本問でも、甲とAが家族であること、乙も同居していること、Aの行為の甲に対する危険などを詳細に検討している起案は少なかった。事実をどれだけ拾って評価できるかで、起案の説得力は大きく変わるものであり、その点については参考答案や、相当性の基本書の解説等も参考にして、充実した当てはめを行うよう、心がけてほしい。

なお、出題者としては本問は相当性の認定は難しい結論となるよう、問題の事情を調節している。出題者の意図が唯一の正解ではないが、本問の事情においては、Aが死に至る原因となる攻撃を結果的に甲が行っている以上、相当性の認定は慎重に行うべきであり、認定するとしても、相当性認定に不利な事情をしっかりと評価し、潰したうえで相当性を認定しないと、結論が妥当な答案とは評価されにくいのではないかと思う。

○行為の指摘について

検討の前提となる行為を指摘せず、罪責の検討としていきなり構成要件該当性の検討から始めている起案が散見されたが、これは非常に良くないと考える。刑事事件においては、公訴事実を検察官が述べ、その事実について罪名・罰条を指摘し、刑事裁判を求めるのであるから、構成要件該当性の検討の前提として、行為の指摘は必須である。

○文字について

司法試験では多くの文字を書く必要があり、どうしても速さが重視され、綺麗さは二の次になりやすい。それ自体は仕方ないし、採点官もできるだけ読み取れるように努力もすると思う。しかし、本人以外は読めない字にまでなってくると、採点官は文字の読み取りに注力することになり、その起案の心証が悪くなるリスクもあり、また、どうしても読めない場合はその部分が評価されないとしても文句が言えない。字が乱れるのは良いので、その中でも読みやすい文字を書くよう、意識してほしい。

○顔や肩を殴る行為について

本問でいえば、主として問題となる行為は甲の頸部への刺突、乙の首絞めに加え、甲が刺突の前に抵抗した行為（顔や肩を殴る）も一応検討の材料とはなる。しかし、問題を読み進めると結局刺突行為の帰責結果に左右される行為といえ、正当防衛であることも容易に認められるだろう問題である（刺突行為時間的な断続もない）。そうすると、殴る行為を取り上げて検討するか、取り上げるとしてどこまで紙面を割くかという問題があるが、個人的には2～3行触れる程度（その後の刺突行為が問題となる）で構わないと思うし、本問においては採点基準には載せていない（取り上げた方は内容に応じて裁量点で調整している）。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2022年2月27日分 得点分布表

刑法 I

出席者 21名 平均点 27.1点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	0
11~15	0
16~20	2
21~25	4
26~30	10
31~35	4
36~40	1
41~45	0
46~50	0

