

### 第1問

1 本問は、刑法総論分野における基本判例に関する知識およびそれを前提とした事案の把握力・分析力、論理的な思考力・記述力を多角的に評価しようとしたものである。主たる論点は、正当防衛における侵害の予期・防衛行為の相当性、共同正犯における錯誤・正当防衛ないし過剰防衛の成否などである。基本的な論点であり、ここで個別に指摘することはしないが、それぞれに関係する著名な最高裁判例が存在しているので、判例にも注意した上で、的確な事実評価を行い、理論的に議論することが期待される。

2 事例のX・Yは、必要に応じVに対して使用するつもりで殺傷能力のある刃物を準備していたのであるから、少なくともVに対する傷害について意を通じていたと認められる。また、XのVの左胸部刺突行為は、状況からしてVの死亡を少なくとも認容する意思のもとに行われたと評価することが自然であろう。以上を前提にすると、X・Yの意思連絡（共謀）のもとに傷害行為が行われたが、Yについては殺意が認定しがたい一方、Xが殺意をもって刺突行為に及んだ、傷害の共同正犯における錯誤の事例であるということになる。

さらに、Xの2度にわたるV刺突は、当初はVによる侵害からYの身体を防衛するためであり、その後同一の機会にXに対し攻撃が向けられる状況に至ってX自身の身体を防衛するために行われたものである。そこで、Yによる足蹴を含めたX・Y共同の傷害行為は、ひとまずは正当防衛にあたるか否かを検討すべきであろう。その際には、X・YがVからの侵害を予期して対抗手段の準備までしていたことから、正当防衛の要件である侵害の急迫性、防衛の意思などが問題となる。行為自体についても、Xが殺意をもって左胸部を刺突したことが防衛行為としての相当性を有するかについて検討が必要である。

3 なお、Vは最初の刺突行為によっていったんはYに対する暴行を中断した形になっているので、Yに対する侵害は止んだものとも評価しうる。ここまでの行為は、X・Y間の意思連絡（共謀）に基づくといえるが、VがむしろXに向かって攻撃する姿勢を示して以後、V左胸の刺突行為は、もはや共同意思に基づくものではなくX単独の行為とされるであろう。このように把握すれば、X・Yの共同行為は防衛として相当であるが、その後Xが独自に相当性を欠く行為を行ったことになる。

これに対し、Vは、Xの最初の刺突行為にもひるまずにX・Yに対する攻撃意思を維持していることから、Vからの侵害が止んだとは認められず、XのV左胸の刺突行為を含めて継続的な侵害対応意思に基づく一連一体の行為とみることもできる。このように捉えれば、X・Yの一体的共同行為が全体として相当性の程度を超えることになる。

事例記述の範囲では、いずれの捉え方も可能だと思われる。事実評価の根拠、その後の取扱いが適切になされていることが重要である。

4 いずれにせよ、YにはVの死亡結果について認識・認容はなく、殺人罪の成立を認めることはできない。判例と同様の考え方に従うならば、Xとの間では傷害致死罪の限度で共同正犯となり、Xについてはそれを包含する殺人罪が成立することとなるであろう。

## 第2問

本問は、詐欺罪と恐喝罪に関して基本的な知識と応用力を見るものである。

基本的な事柄として、各罪の成立要件を定立した後に着実な当てはめを行う必要がある。詐欺罪については、まず欺罔行為については定義を行ったうえで当てはめるべきである。欺罔行為の定義は、いわゆる財産的損害を要件とするかどうかとも関連して学説上争いになっているが、本問では、財産的損害の有無は争点にならないため、簡潔な論述を心掛ける必要がある。なお、後述の保護法益を何と見るかの対立と財産的損害の要否の問題との関係については、混乱しやすいので、よく整理しておく必要がある。また交付行為の途中で財物が損壊してしまった場合の法的評価も基本的な事柄であり、手堅く結論を導くことが望まれる。恐喝罪についても、恐喝罪における脅迫の意義について簡潔に述べた上で当てはめる必要がある。

やや応用的な事柄として、詐欺罪については、財物の所有権が行為者にあることをどう評価するかが問題となっていた。いわゆる財産犯の保護法益論が詐欺罪においても問題になることを的確に理解している必要がある。この問題については複数の学説が対立しているが、構成要件該当性を認める場合は、さらに違法性阻却の有無を論じる必要があり、その点まで目配りしてほしいところである。恐喝罪については、いわゆる権利行使と恐喝が問題となっていた。この問題は、そもそも財産犯の保護法益論と共通の枠組みで論じるべきものかどうか争われている。いずれの見解もあり得るが、両者の論点の性質が同じではないことは意識しておくべきである。また恐喝罪の成立を否定する場合の脅迫罪の成否、恐喝罪の構成要件該当性を肯定する場合の違法性阻却の有無といった派生問題についても、自らの立場から一貫して論じる必要がある。

さらに応用的な問題として、債務履行を約束させた点に2項恐喝罪が成立するかも問題となっている。この問題も両様の結論があり得るが、いずれにしても、財産上の利益といえるためにいかなる性質が必要かについて述べる必要がある。