

## 刑法 採点基準

### 問題1

(1) 本設問においては、最低限財産犯における「財物」概念として、有体物に限るとする見解と管理可能性あるものも含むという見解が対立しているということについての言及があり、その対立状況に見合った内容の事例が設定されていることが必要である。そのうえで、上記見解の対立が242条の性質理解についての差異を生んでいることに関する適切な記述が示されていることが望ましい。

(2) 本設問においては、偽証罪における「虚偽の陳述」の意義として、自らの記憶に反する内容の陳述を言うとする見解(主観説)と客観的な真実に反する内容の陳述であるとする見解(客観説)が対立していることについての言及があり、その対立状況がわかりやすく理解できるような内容の事例が設定されていることが必要である。そのうえで、両説の背景にある基本的な考え方の差異が適切に説明され、また設定された事例が正しく解決されていることが望ましい。

(1)(2)ともに5点満点であり、以上の基本的概念説明に3点、適切な事例の設定に2点を配点する。

### 問題2

本問は、緊急避難において補充性が満たされなかった場合に過剰避難が成立するか否かを問う事例問題である。

刑法37条が定める緊急避難では、自らに降りかかった危難を「正」たる他者に転嫁しようとするものであるから、36条の正当防衛とは異なり当該避難行為を行わなければ危難を回避できなかったという状況(避難行為の補充性)が必要であるとされる。問題は、その補充性が満たされなかった場合に「その程度を超えた」ものとして過剰避難が成立するかである。

もっともその前に、37条に関するあてはめを正しく行うことが必要である。本問では法益の権衡も問題となるが、AはXの命を奪うことを示唆していたのであり、放火行為により確かにAの生命にも危険が及ぶと同時に公共の安全が侵害されているが、それ以外の者の生命が脅かされたということは問題文からは読み取れないので、法益の権衡を満たしていると評価することはできると解される。

さて、本問の中心論点に戻るが、本問の事実関係において補充性が客観的に満たされていなかったかどうかは、それはそれで1つの問題ではある。すなわち、上記のように生命を脅かされたXの立場からすると、Aが確実に寝ているかを確かめるのはリスクがあり、またBがいつ帰ってくるかわからない状況においては他に取るべき手段がなかったという評価もありうるかもしれない。そうだとすると、37条の他の要件が満たされるのであれば緊急避難が成立してXに現住建造物放火罪(正確には「現在建造物」であるが)は成立しない。補充性の存在について説得的に説明できているのであれば、そのような答案も同様に評価する。もっとも、縄を抜けたXが立ち上がる(放火行為をして逃走するには当然立ち上がる必要がある)などしてもAは目覚めていないのであるから、Xとしては単純に逃走することで足りると考えれば、補充性は客観的には満たされていないことになる。

その場合過剰避難が成立するか。判例は、肯定するもの(例えば、東京高判昭和57年11月29日刑月14巻11=12号804頁)と否定するもの(例えば、大阪高判平成10年6月24日高刑集51巻2号116頁)に分かれている。そのため、過剰避難の制度趣旨から適切に論理が導かれている限り、どちらの結論をとるかによって採点上優劣は設けない。

なお、補充性が客観的に満たされなかったとしても、補充性が満たされていると誤信していたと捉えるなら

ば、違法性阻却事由の錯誤（ただし、緊急避難の法的性質について違法性阻却事由であると考えることが前提となる）として責任故意（見解によっては責任）が欠けるとする結論も不可能ではないであろう（いわゆる誤想避難）。これも論理展開が適切であれば同様に評価する。

本問は 15 点満点であり、以下のポイントに基づき評価する。

- ① 本問における問題点が指摘されていること …………… 3 点
- ② 論点に関する正しい学問的理解が示されていること …………… 5 点
- ③ 自らの立場が（反対説の批判などを通して）論理的に説明されていること…………… 4 点
- ④ 導かれた結論が③と矛盾なく説明されていること …………… 3 点