



予備試験論文合格開眼塾ガイダンス【答案実戦編】

予備試験にジャストフィットした
実戦的合格答案に開眼

【ガイダンスレジュメ】

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

【MEMO】

講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 講師

第1 本ガイダンスの目的

⇒予備試験で求められる実戦的な答案の書き方を学ぶ

第2 予備試験で求められている能力とは？

1 予備試験とは法曹実務家登用試験

(1) 予備試験とは、司法試験の受験資格を得るための試験

(2) 司法試験とは、司法研修所の入所試験

(3) 司法研修所とは、1年間で法曹実務家としての基礎力を養成する機関

2 法曹実務家の職務は事件処理

⇒事件処理とは、未知の問題について、具体的事実を証拠により認定し、法を解釈・適用することで、解決することであり、①基本的知識、②法的思考能力、③起案力で構成される

3 したがって、予備試験・司法試験では、修習に耐えられるだけの事件処理能力が求められている

第3 予備試験論文式試験の特徴と対策

1 予備試験論文式では、事件の処理が求められている

2 そのため、予備試験では未知の問題が出題される

3 したがって、受験生は、未知の問題を、①基本的知識、②法的思考能力、③起案力、の3つの能力を活用して解決する力を身につける必要がある

(1) 基本的知識

ア 法解釈能力と事実認定能力（実務基礎）

* TL編

イ 過去問（予備試験、司法試験）

(2) 法的思考能力

⇒基本的知識を法的に思考する応用力

(3) 起案力

ア 形式的起案力

⇒大きな字ではっきりと読みやすい答案を書く能力

イ 実質的起案力

⇒出題趣旨に沿った答案を書く能力

* 法的思考能力と表裏の関係

第4 具体的検討

* H24 予備刑法

1 [予備試験平成24年刑法]

2
3 以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

4
5 1 甲は、中古車販売業を営んでいたが、事業の運転資金にするために借金を重ね、その返済に窮
6 したことから、交通事故を装って自動車保険の保険会社から保険金をだまし取ろうと企てた。甲
7 は、友人の乙及び丙であれば協力してくれるだろうと思い、二人を甲の事務所に呼び出した。

8 甲が、乙及び丙に対し、前記企てを打ち明けたところ、二人はこれに参加することを承諾した。
9 三人は、更に詳細について相談し、①甲の所有する普通乗用自動車（以下「X車」という。）と、
10 乙の所有する普通乗用自動車（以下「Y車」という。）を用意した上、乙がY車を運転して信号待
11 ちのために停車中、丙の運転するX車を後方から低速でY車に衝突させること、②その衝突によ
12 り、乙に軽度の頸部捻挫の怪我を負わせること、③乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、必
13 要以上に長い期間通院すること、④甲がX車に付している自動車保険に基づき、保険会社に対し、
14 乙に支払う慰謝料のほか、実際には乙が甲の従業員ではないのに従業員であるかのように装い、
15 同事故により甲の従業員として稼働することができなくなったことによる乙の休業損害の支払を
16 請求すること、⑤支払を受けた保険金は三人の間で分配することを計画し、これを実行すること
17 を合意した。

18 2 丙は、前記計画の実行予定日である×月×日になって犯罪に関与することが怖くなり、集合場
19 所である甲の事務所に行くのをやめた。

20 甲及び乙は、同日夜、甲の事務所で丙を待っていたが、丙が約束した時刻になっても現れない
21 ので、丙の携帯電話に電話したところ、丙は、「俺は抜ける。」とだけ言って電話を切り、その後、
22 甲や乙が電話をかけてもこれに回答しなかった。

23 甲及び乙は、丙が前記計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったものと認識したが、甲が丙
24 の代わりにX車を運転し、その他は予定したとおりに前記計画を実行することにした。

25 そこで、甲はX車を、乙はY車をそれぞれ運転して、甲の事務所を出発した。

26 3 甲及び乙は、事故を偽装することになっていた交差点付近に差し掛かった。乙は、進路前方の信
27 号機の赤色表示に従い、同交差点の停止線の手前にY車を停止させた。甲は、X車を運転してY
28 車の後方から接近し、減速した上、Y車後部にX車前部を衝突させ、当初の計画どおり、乙に加
29 療約2週間を要する頸部捻挫の怪我を負わせた。

30 甲及び乙は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していなかったが、当時、路面が凍結し
31 ていたため、衝突の衝撃により、甲及び乙が予想していたよりも前方にY車が押し出された結果、
32 前記交差点入口に設置された横断歩道上を歩いていたAにY車前部バンパーを接触させ、Aを転
33 倒させた。Aは、転倒の際、右手を路面に強打したために、加療約1か月間を要する右手首骨折
34 の怪我を負った。

35 その後、乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、約2か月間、通院治療を受けた。

36 4 甲及び乙は、X車に付している自動車保険の保険会社の担当者Bに対し、前記計画どおり、乙
37 に対する慰謝料及び乙の休業損害についての保険金の支払を請求した。しかし、同保険会社によ
38 る調査の結果、事故状況について不審な点が発覚し、保険金は支払われなかった。

1 **【法務省発表の出題趣旨】**

2 本問は、甲、乙及び丙が、故意に人身事故を発生させ、保険金をだまし取ろうと企てたが、
3 丙は、犯罪に関与することを恐れて実行行為に参加せず、甲、乙が故意に人身事故を惹起し
4 て、乙及び通行人Aに傷害結果を生じさせ、乙の慰謝料及び休業損害について保険金請求を
5 行ったものの保険金は支払われなかったという事案を素材として、事案を的確に分析する能
6 力を問うとともに、被害者の承諾、方法の錯誤、共謀の意義、共犯関係からの離脱、傷害罪
7 における「人」の意義等に関する基本的理解とその事例への当てはめが論理的一貫性を保つ
8 て行われているかを問うものである。

平成24年論文式試験・刑法 合格者再現答案

刑法・評価A (1位~300位/受験者1635人)

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1 乙への傷害

3 (1) 甲は、X車を運転して、Y車の後方から接近し、減速した上、Y車後部
4 にX車前部を衝突させ、当初の計画通り、乙に加療約2週間の頸部捻挫の
5 怪我を負わせ、人の生理的機能に障害を発生させている。よって傷害罪(2
6 04条)の構成要件に該当する。

7 (2) もっとも、本件傷害は、保険金詐欺目的の目的のもと、乙の同意が得ら
8 れていると思える。そこで同意により、違法性が阻却されないか、問題と
9 なる。

10 ア この点、放棄可能な個人的法益の場合、被害者の同意があれば、社会
11 通念上相当であるとして、違法性が阻却される。そして、傷害罪におけ
12 る人の身体の安全は、放棄可能な法益である。

13 しかし、同意が有効といえるためには、①行為時において同意が存在
14 し②同意の存在が客観的・外形的に明らかで③犯罪の性質、目的、方法
15 等により、同意が具体的事情のもとで社会的に相当なものでなければなら
16 ない。

17 イ 本件において、甲と乙は、共謀のもと、行為に出ているため、行為時
18 において、同意が存在し、かつそれは外形的・客観的に明らかになって
19 いるといえる(①②充足)。しかしながら、本件は保険金詐欺目的で、
20 傷害行為が行われており、このような公序良俗に反する目的で同意を行
21 うことは社会通念上相当であるとはいえない。よって本件において同意
22 は有効ではなく、傷害罪が成立する。

P.2 2 Aへの傷害

2 (1) 甲は、上記乙への傷害行為の結果、横断歩道を歩いていたAにY車前部
3 バンパーを接触させAを転倒させ、加療約1ヶ月間を要する右手首骨折の
4 怪我を負わせている。また、かかる行為と結果の間には因果関係が認めら
5 れ、傷害罪の構成要件に該当する。

6 (2) もっとも、甲は乙への傷害の故意で、Aへの傷害を発生させており、故
7 意の有無が問題となる。

8 ア この点、故意責任の本質は、構成要件の形式で与えられる規範の問題
9 に直面し反対動機形成可能であったにもかかわらずあえて行為に及ん
10 だことに対する道義的非難である。よって、故意を構成要件で抽象化し、
11 その範囲で符合していれば反対動機形成可能であり、故意が認められる。
12 また、故意をこのように抽象化する以上、故意の個数は観念し得ない。

13 イ 本件において、甲は、乙という「人」に対する故意を持って、Aとい
14 う「人」に傷害を及ぼしている。よって本件において、構成要件的に重
15 なりあいがあるといえ、故意が認められ、傷害罪が成立する。

16 3 保険会社への詐欺について

17 (1) 甲は、計画通り、保険会社に対して乙に対する慰謝料および乙の休業損
18 害についての保険金の支払いを請求している。これは、詐欺罪における欺
19 罔行為に当たる(246条1項)。

20 (2) しかしながら、詐欺罪には、欺罔行為により、錯誤に陥ることが必要で
21 あるところ、本件において、保険会社は調査の結果、不審な点を発見して
22 おり、保険金は支払われず、錯誤に陥っていない。よって、詐欺罪は未遂
になる(250条)。

P.3 2 4 以上により、甲には、①乙への傷害罪②Aへの傷害罪③保険会社への詐欺

3 未遂罪が成立し、①と②は観念的競合（54条1項前段）になり、それと③
4 は併合罪になる（45条）。

5 第2 乙の罪責

6 1 乙について、甲が行った一連の行為について、共謀共同正犯が成立しない
7 か（60条）。実行行為を行ったのが、甲であるため問題となる。

8 (1) この点、共同正犯は、相互利用補充しあって犯罪を実行するため、実行
9 行為を行っていない者についても、そのような関係の認められる者につ
10 いては、共同正犯として処罰しうる。そのためには①正犯意思②共謀③共
11 同実行の行為が必要である。

12 (2) 本件において、共犯者の甲が実行行為を行なっているため③は満たす。
13 そして、甲は、乙丙を甲の事務所に呼び出し、犯行計画を打ち明け、二人
14 はこれを承諾している。また、その後詳細について相談し、丙が離脱の意
15 思を表明した後も、甲乙は、予定通り犯行計画を実行することにしており、
16 共謀があることが認められる（②充足）。

17 ア もっとも、本件においては、犯行計画は甲が持ちだしており、乙に正
18 犯意思が認められるか、問題となる。なお、正犯意思は、犯行の動機、
19 犯行において果たした役割、犯行による利益帰属等により、もっぱら自
20 己の犯罪として、行う意思があったかを判断する。

21 イ 本件において、確かに、犯行計画は甲が持ち出し、かつ実際の行為お
22 よび、保険金の請求は甲が行なっている。しかしながら、乙は詳細な相
P.4 談に参加しており、かつ、医師に大げさな自覚症状を訴えるなど重要な
2 役割を果たしている。そして、保険金は3人で分配することになっており
3 もっぱら、乙は、自己が保険金による利益を得るために犯行を行っ
4 たといえる。よって正犯意思が認められる。（①充足）

5 2 以上により、乙には、甲が行った犯罪について共謀共同正犯が成立するが、
6 自己に対する傷害罪は成立しないため、Aへの傷害と保険会社の詐欺未遂に
7 ついてのみ、責任を負い、両者は併合罪になる。

8 第3 丙の罪責

9 1 丙は、共謀に参加しているが、「俺は抜ける」と言って、共犯からの離脱
10 の意思を表明している。そこで、共犯からの離脱が認められるか問題となる。

11 この点、共同正犯は、相互利用補充しあって犯罪を実行するゆえに全部責
12 任を負うが、着手前の離脱については、①離脱の意思の表明と②相手方の承
13 諾があった場合に離脱が認められる。もっとも、物理的・心理的に補充して
14 いる場合は、そのような関係を解消することにより、離脱が認められる。

15 2 本件において、犯罪に着手する前の離脱であるが、丙の意思表示に対し、
16 甲と乙はそれを認識したにもかかわらず、計画通りに犯罪を実行することを
17 決めており、黙示の承諾が認められる。また、丙は、車を使用させるなども
18 しておらず、物理的にも何ら補充関係は認められない。よって丙には共犯か
19 らの離脱が認められ、不可罰である。

20 以上