

2026年度 早稲田大学法科大学院
法学既修者試験 論述試験
刑 法
(評価のポイント)

【評価のポイント】

本問は、具体的な事案における甲の罪責の検討を通じて、刑法総論・各論に関する基本的な理解を問うものである。

まず、A の左肩付近を殴打して同人を転倒させ擦過傷を負わせた点については、傷害罪（刑法 204 条）の成否が問題となるが、上記の殴打行為は、「傘で殴りかかってきた」 A に対し「身を守るため」になされたものであり、基本的理義に従えば、正当防衛（刑法 36 条 1 項）が成立し、違法性が阻却される。正当防衛の要件解釈を詳細に論じる答案が散見されたが、本問では簡潔な検討で足りる。具体的な事案との関係で、いずれの見解を採るかにより結論が分かれ得る論点に注力すべきである。

次に B が傷害を負い、その後死亡した点については、傷害致死罪（刑法 205 条）の成否が問題となる。このうち構成要件該当性については、①傷害の故意及び②死亡結果との因果関係の存否が問題となるが、判例に従えば、いずれも肯定される。①具体的事実の錯認について、検討を欠く答案や正確な論証ができていない答案、②因果関係について、被害者の素因を介在事情と位置付ける答案などが相当数見られたが、いずれ基本的な事項に関わるものであり、大きく減点される。その上で、違法性阻却又は責任阻却の余地につき、いわゆる「防衛行為と第三者」をめぐる議論の対立を踏まえつつ、丁寧な論証が必要である。犯罪の成立を否定する理論構成はいくつかあり得るところ、正当防衛構成との関係では B の致死（傷）結果が防衛行為に伴い不可避的に生じた結果といえるか、緊急避難構成との関係では害の均衡要件を充足するか、「一種の誤想防衛」構成（大阪高判平成 14 年 9 月 4 日判タ 1114 号 293 頁）との関係では（重）過失致死傷罪（刑法 209 条、同 210 条、同 211 条）の成立する余地がないか等の検討が特に重要である。なお、B の死亡結果の発生が【事実】の「3」に記載されていることもあるってか、違法性阻却・責任阻却の余地を検討した後に、死亡結果との因果関係の存否を検討する答案が相当数みられたが、刑法体系を全く理解していない致命的な誤りである。事案の検討にあたっては、事例を細かく切り分ける分析的な視点と事案の全体像を把握して統合する総合的な視点の両者が必要であることを肝に銘じてもらいたい。

最後に、A の携帯電話とカギを持ち去った点については、窃盗罪（刑法 235 条）の成否が問題となる。このうち、通話記録消去目的での携帯電話の持ち去りについては、いわゆる不法領得の意思のうち特に利用処分意思の存否が問題となる。肯定・否定いずれの結論もあり

うるが、なぜそのような結論に至るのかの丁寧な説明が必要である。なお不法領得の意思の意義を正確に論証できていない答案が散見されたが、基本的な事項に関わるものであり、大きく減点される。

他方、カギの持ち去りについては、甲の所有物の取戻しが「他人の財物」の窃取といえるかが問題となる。「自己の財物であっても、他人が占有……するものであるときは……他人の財物とみなす」とする刑法 242 条に言及したうえで、同条の「占有」の意義に関する自らの理解を明らかにする必要がある。判例に従えば、本問のカギは甲との関係でも「他人の物」とみなされ、甲の持ち去り行為は窃盗罪の構成要件に該当することとなるが、別途自救行為等を理由とする違法性阻却の余地がありうる点には注意を要する。刑法 242 条に言及のない答案が多数みられたが、窃盗罪の基本構造に関わるものであり、定評ある教科書の解説を踏まえた着実な学習を心がけたい。

以上