

【刑法】

刑法は基本的には構成要件を並べ、その定義を示し、あてはめするだけの作業であって、全科目中要件効果の関係が最もクリアな科目である。だがしかし、過失犯、不作為犯、間接正犯、共同正犯など、刑法総論部分では条文からは直ちに導けない複雑な論点が多い。当然、これらは論証集で論証が扱われているわけだが、苦手意識が強い受験生も多いだろう。条文から論証をひねり出しにくいせに、論点が複雑かつ多いからである。

しかし、その大半の原因は要件効果の関係から離れて論証を論証として暗記しようとしているからではないだろうか。各論点とも具体的に要件を提示する論証として覚えれば、通常の答案と何ら変わることはない。

刑法の処理手順

1 総論

原則として、刑法の答案の書き方は基本的に二通り、さらに細かく分けて三通りである。

A 総論型・・・罪数は少な目で、総論の検討要素を多くした出題。

例：正当防衛関連だけについて只管検討をさせる

B-1 各論型(事務処理型)①・・・罪数が多く、とにかく早く答案構成して書き始めないと途中答案になってしまうような出題。

例：甲乙丙丁四人もの罪責を論じさせる

B-2 各論型(事務処理型)②・・・上記(2)のような出題のうち、共犯関係が複雑な出題。

例：甲が実行行為者、乙が共謀共同正犯の犯罪とその逆の犯罪が両方存在し、共犯関係を検討させる

(1)Aについて

Aは法的理論を正確に理解しなければそもそも答案が重大事故を起こしかねない類型である。あてはめより、法律論の記述や検討に割く時間が比較的多くなる。この類型については、問題意識をきちんと明示することと、どのレベルの議論をしているのか(構成要件なのか、違法性なのか…)を意識して誤らないことが大事である。

(2)Bについて

Bは事務処理型とよく呼ばれるもので、H28の司法試験はこの類型だった。登場人物がとにかく多く、行為も多く、事案も長いのが特徴。とにかく時間に追われることになるから、前もって答案の処理手順を決めておくことが必須。現場で答案の書き方に迷っているようでは時間切れになってしまう。

⇒AとBの答案のベースは同じ。いずれも行為から構成要件、違法性、責任と淡々と検討すればよい。**しかし、両者では力を入れて書くべき場所が違う。**前者では法律論は問題提起、規範、理由づけ丁寧に。後者では法律論は最低限で理由すらほぼ書かなくて良いくらい。その代わりに、事案に書いてある事実をとにかくあてはめで拾って、きちんと評価すること。**前者は受験生の刑法的思考力や法的知識を問っているのに対して、後者は実務家的な処理能力を問っている。**

例外として、刑法は、予備試験・司法試験ともに、ここ数年（平成30年以降）で出題傾向に大きな変化があり、1つの犯罪又は論点について多角的に論じることを求めるパターンの出題も出されるようになった。ただし、これらの出題形式のみが出題されることはなく、上記A及びBの小問としてCの出題も含まれる、といった具合である。

C-1 学説型①・・・1つの犯罪又は論点について、通常的答案パターンの中で多角的に論じる出題。

あくまで通常的答案と同じ枠組みの中で、「反対の立場からの主張にも言及して論じなさい。」とするもの

C-2 学説型②・・・1つの犯罪又は論点について特定の見解に対して反論させる出題。

「～と反論するには、どのような構成が考えられるかについて、論じなさい。」といったもの

「～との立場からは、どのような説明が考えられるか。」といった形で複数の立場の説明を求めた上で、自説に基づき罪責を問うもの

(1) C-1 について

C-1の答案構成自体は上記A及びBと変わらない。あくまで通常的答案では、論証にあたり自説のみに触れば足りるところを、他説にも触れる必要があるというだけである。

(2) C-2 について

C-2は一見独特の出題形式であるが、上記A及びBの検討に入る大前提として、抽象的に法解釈について論述が必要となるパターンにすぎない。

結論として、パターンCはABとは別に特殊な対策が必要なものではない。

2 答案の型

A, B, C-1

第1 犯罪の成否

1 ○○～の行為につき、○○罪が成立するか。

(1)○○罪の構成要件該当性・客観面

ア 実行行為性

→ その要件の意義を説明 例) 殺人の実行行為とは、生命に対する現実的危険性のある行為。

他説へ反論する必要がある場合

●という理由から、■と解する見解がある。もつとも、(他説の問題点の指摘)

(自説を採用すべき積極的理由を説明)

したがって、■ではなく、□(自説)と解すべきである。

→ 具体的事実を抜き出して評価してあてはめ

イ 実行の着手

ウ 結果の発生・既遂時期

エ 因果関係

(2)○○罪の構成要件該当性・主観面

故意(実行の着手時点における犯罪事実の認識・認容)

不法領得の意思など

2 共犯性

(1) 共同実行の事実(すでに客観面で論じているので省略もしくは簡単に)

(2) 共同実行の意思(共謀)

ア 各Aが各犯意を相互に認識したこと

イ 各Aが相互に相手の行為を利用・補充し合う意思

(3) 正犯性(共謀共同正犯の場合)

ア 正犯意思

イ 関与・役割の重要性

(4) 共同実行の意思に基づく犯罪行為・結果等

(5) 小括—共同正犯なのか、幫助なのか、教唆なのか。

共犯関係の処理の
詳細については、
刑法の難点整理参照

3 違法性阻却事由の検討(特にない場合書かない)

4 責任阻却事由の検討(特にない場合書かない)

第2 罪数

以上より、○○との関係で①○○罪と②××罪が成立し、①と②は(併合罪・観念的競合・牽連犯・包摂関係など)となり、○○はかかる罪責を負う。

C-2

1 ①の立場からの説明

～という考え方である。

2 ②の立場からの説明

～という考え方である。

3 私見

～であるから、●の立場が適切であると考えてる。

(1) 論証

(2) あてはめ

※(1)以下は、通常的答案とほぼ同じように論じればよい。

(3) 結論

以上より、〇〇との関係で①〇〇罪と②××罪が成立し、①と②は(併合罪・観念的競合・牽連犯・包摂関係など)となり、〇〇はかかる罪責を負う。