

予備試験合格のための答案作成法（刑法総論）

司法試験合格者 星野拓哉

第1 論文答案作成のポイント

1 論文答案作成の流れ

問題文を読む→問題分析→答案構成→答案作成

2 問題分析の重要性

論文答案の作成は上記ステップで行うが、すべての起点になるのが問題文を読み、問題分析をすることである。ここでミスをしてしまうと、この後でどんなに頑張っても挽回が不可能になる。素早く正確に問題文を読み、的確に問題分析ができるように訓練する必要がある（そして訓練でいくらでも上手くできるようになる）。基本的には、問題文にマーキングをしたり、関係図や時系列を書いたりしながら問題分析をする。マーキングも、例えばプラス方向の事情とマイナス方向の事情で色を変えるなどの工夫があると分析しやすい。科目によっても問題分析のやり方は異なってくる。各々がやりやすい方法を探してもらいたい。論文試験というと、答案を書くことだけに注目してしまいがちであるが、問題文を読み、分析するところから勝負は始まっている。論文の勉強というと、問題文を読んだら、検討もそこそこに答案例を読んで丸暗記ということをする人がいるが、問題分析能力が全く伸びないので絶対にNGである。常日頃から、問題分析能力も鍛えるという意識で問題演習をしてほしい。

3 答案構成

問題分析をし、争点を把握したら、それをどのように答案に書いていくのかを考える必要がある。これが答案構成である。いわば答案の設計図を作る作業である。答案構成をした後はそれを答案に書いていだけなので、勝負はこの段階でほぼ決する。たまに時間がないからといって、答案構成をしないで答案を書き始める人がいるが、設計図を書かずに家を建てれば欠陥住宅になるように、グチャグチャな答案になる可能性が極めて高い。それができるのは一部の天才だけなので、必ず答案構成はする必要がある。

もっとも、答案構成が大事だからといって非常に詳細な答案構成をする人がいるが、これは無意味である。答案構成用紙にもものすごい量の文章が書いてある人は要注意である。答案構成用紙は提出しない以上1点にもならないのだから、自分だけが分かるメモ程度で良い。ナンバリングとその中で書く内容のキーワードだけをメモしておけば十分である。論証を答案構成に書く人がいるが、論証名だけ書いておけばよい（逆から言えば、論証名を見たら、すらすらと論証が書ける状態に試験までに持っていく必要がある）。答案構成のやり方も人それぞれなので、自分がやりやすい方法を模索してほしい。普段の問題演習

のときから答案構成をサボらないようにしましょう。上手く答案構成ができる技術も、論文試験に必要な能力である。

予備試験では、答案構成までにかかる時間は15分～30分である。30分を超えると、途中答案の危険がかなり高まるので気をつけてほしい。答案構成をこの時間で終わらせるためには、問題文を読めるのは多くて3回である。少ない回数で問題を把握して、的確に答案構成ができるように練習していこう。

4 答案作成

答案構成まで出来たら、後はそれに基づいて答案を書いていくだけである。理想を言えば、答案を書く段階では何も考えずにひたすら答案を書きたい。もっとも、現実的には書いている途中で、あれ？と手が止まることが出てきてしまう（私も本番で手が止まっています）。ただ、あまりに手が止まってしまうと時間がなくなってしまうので、なるべく手の止まる回数と時間が少なくなるように訓練をする必要がある。

答案を書くスピードは速ければ速いほど有利である。まずは自分がどれだけのスピードで答案を書けるのかを把握しておこう。大体1ページ10分ちょっとで書ければよい。沢山答案を書いて手の筋トレをしよう。

そしてなにより大切なことは、採点官に分かりやすい文章を書くことである。論文試験は書面審査なので、答案に表れているものがすべてである。せっかく素晴らしい理解をしていますが、それが採点官に伝わらないと点数にならない。簡潔で分かりやすい文章を心がけよう。自分の文章が相手にちゃんと伝わるかは自分では分かりにくいから、答練の添削で見てもらったり、友達同士で読み合ったりして、修正していくことをおすすめする。

第2 刑法総論の答案の書き方

1 刑法総論で問われていること

刑法総論で問われていることは、刑法の体系的理解ができているかということである。刑法学において構成要件論を中心とする犯罪論体系論は、刑法の根幹に関わる非常に重要なものであるから、受験生としても刑法の体系が理解できているということを答案で示さなければならない。答案で体系矛盾を起こしてしまうと即死といわれており、とにかく体系レベルで矛盾を起こさないように注意してほしい。刑法総論を勉強する際には、常に体系を意識する必要がある。

もっとも、これは刑法の学説を深追いしろという趣旨では全く無いので注意してほしい。学説の深追いは試験との関係では完全に時間の浪費である。やるべきことは、まず自分が採用する体系（これは受験業界でオーソドックスなものであるのが好ましい）をしつかりと理解することである。そして各論点の勉強をするときには、刑法体系のどのレベルをやっているのか（構成要件、違法、責任のどの部分のことなのか）を常に意識してほし

い。そうすれば、答案で体系矛盾を起こすことはなくなるはずである。

刑法の勉強を始めたばかりの人は各論点を勉強するとその理解でいっぱいいっぱいになってしまい、体系のどの部分をやっているのかをつい忘れがちである。そこでおすすめしたいのが、基本書などの目次をコピーして常に傍らにおいて勉強するということである。各論点を勉強したら、常に目次に戻って刑法全体のどの部分のことだったのかを確認する。そうすれば刑法体系の中で迷子になることは少なくなる。

2 刑法総論の答案の基本形

通説によれば、犯罪とは「構成要件に該当する、違法で、有責な行為」である。このような理解に立てば、ある行為に犯罪が成立するかどうかを検討する場合、①まず当該行為が構成要件に該当するかチェックする。該当する場合には、②次に例外的に違法性阻却事由がないかをチェックする。違法性阻却事由がない場合には、③最後に例外的に責任阻却事由がないかをチェックする、というステップを踏むことになる。また①の構成要件該当性を検討する際には、実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意の順番で検討する。これをこのままの順序で答案にしていくのが刑法総論の答案の型である。この順番を間違えると、体系への理解不足を露呈することになるし、③の段階で書くべきことを②の段階で書いたりすると体系矛盾となって、大幅減点となってしまふ。検討の順序と、各段階で書くべきことを間違えないようにしてほしい。

3 刑法総論の問題分析方法

(1) まず、誰の罪責が問われているのかをチェックする。

↓

(2) 次に、問題となる行為をチェックする（マーキングする）。

↓

(3) 当該行為が、単独行為なのか、複数人による行為なのかをチェックする。複数人による行為である場合には共犯になる。

↓

(4) 共犯になる場合は、誰が正犯なのかを確定し、検討する順序を決める（狭義の共犯の場合には正犯から、共同正犯の場合には実行行為に近い人から）。

↓

(5) マーキングした行為が何罪に当たるか検討する。

↓

(6) 各罪について構成要件（実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意）→違法性→責任の順番に問題点を抽出する。

↓

(7) 罪責を確定する。

4 最後に

ここまで聞いてきて、こんなの知ってるよ、当たり前じゃん、と思った人も多いと思う。そのとおりである。私は特別なことは何も言っていない。すべて当たり前のことを言っているだけである。そして皆さんに知っておいてほしいことは、予備試験は、ちゃんと勉強してきた受験生なら当然知っているべき当たり前のことを、当たり前のよう書いてくれば合格できるということである。予備試験の出題は、典型的な論点や重要判例からの出題がほとんどである。なかにはこんなの知らないよという問題や、かなりひねった難しい問題もあるが、そのようなところでは差はつかない（みんな出来ない）。基本的な問題をしっかりと得点していくことが合格に必要なことなのである。したがって、普段の勉強でもむやみやたらに手を広げるのではなく、基本的なところをしっかりと理解して、書けるようにすることが重要である。

〔問題〕 旧司法試験 平成6年度第1問（一部改題）

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい。

甲は、対立抗争中の暴力団の組員に襲われた場合に備えて、護身用に登山ナイフを身に付けていたところ、ある日、薄暗い夜道を帰宅途中、乙が、いきなり背後から前に回り込んできて、右手を振り上げて立ちふさがったので、組員が殴りかかってくるものと思い込んで危険を感じるとともに逆上し、殺意を持って登山ナイフで乙の腹部を一回突き刺し、全治三ヶ月の傷害を負わせた。なお、乙は、甲を友人の丙と勘違いし、丙を驚かせるつもりで甲の前に立ちふさがったものである。

参考答案

- 1 甲が乙の腹部を登山ナイフで突き刺した行為に、殺人未遂罪（203条、199条）が成立しないか。
- 2 まず上記行為は、人の死の結果発生の実害的危険性を有する行為であり、殺人罪の実行行為に当たる。もっとも乙は全治3ヶ月の傷害を負ったものの死亡していないから、殺人未遂罪の客観的構成要件に該当する。また甲は、殺意を持って上記行為を行っているから、殺人罪の構成要件の故意（38条1項）も認められる。
したがって、上記行為は殺人未遂罪の構成要件に該当する。
- 3 次に、甲は乙に対する反撃として上記行為を行っているため、正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却されないか。
乙は、甲を友人の丙と勘違いし、丙を驚かせるつもりで甲の前に立ちふさがったのであるから、客観的に法益侵害の危険が切迫しておらず、「急迫不正の侵害」は存在しない。
したがって、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。
- 4 もっとも、甲は組員が殴りかかってくるものと思い込んで上記行為をしているので、責任故意が阻却されないか。
 - (1) この点について、故意責任の本質は、規範に直面して反対動機を形成することが可能であったにもかかわらず、あえて行為に出たことに対する道義的非難にある。そして違法性阻却事由を基礎づける事実を誤信している場合、規範に直面することはできないから、このような場合には事実の錯誤として責任故意が阻却されると考える。
 - (2) では、本件で違法性阻却事由を基礎づける事実について誤信しているといえるか。
 - ア まず、甲は対立抗争中の暴力団組員に襲われた場合に備えて、護身用に登山ナイフを身に付けていたのであるから、侵害を予期していたといえる。このような場合であっても「急迫」不正の侵害を誤信していたといえるか。
この点について、法は予期された侵害を避けるべき義務を課すものではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、それを利用して侵害者に対して積極的に加害する意思がない限り、当然に侵害の急迫性が失われるわけではない。
甲は、暴力団組員が殴りかかってくると思っており、侵害を予期しているが、それ以上にその機会を利用して侵害者に攻撃を加えようとする意図までは認められない。
したがって、甲は「急迫不正の侵害」を誤信していたといえる。
 - イ 次に、甲は危険を感じるとともに逆上して乙に対して反撃している。そこで、甲は「防衛するため」にした行為と誤信していたといえないのではないか。
この点について、まず「ため」という文言から防衛の意思は必要である。そして、防衛行為は性質上、興奮・逆上して反射的になされることが多いから、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合には、防衛の意思を欠くものではないと考える。

甲は、逆上しているが、身の危険を感じて反撃行為に出たのであるから、防衛の意思は認められる。したがって「防衛するため」にした行為と誤信しているといえる。

ウ では甲は「やむを得ずにした行為」であると誤信していたといえるか。

正当防衛の場合、防衛者とその相手方とは正対不正の関係にあるから、かならずしも防衛行為が唯一の侵害を回避する方法であることは要求されないし、厳格な法益権衡も必要ない。したがって、反撃行為自体が防衛の手段としての相当性を満たしていれば「やむを得ずした行為」といえる。

甲は、素手で殴りかかれた行為に対して、殺意を持ってナイフを突き刺す行為をしている。かかる反撃行為は明らかに相当性を欠く過剰なものであるといえる。そして、甲は身に付けていたナイフで乙を突き刺したことからすると、甲には自己の行為が過剰であることについての認識があったといえる。したがって「やむを得ずした行為」であるとの誤信はなかったといえる。

エ そうだとすると、甲の主観を基準に判断しても正当防衛は成立せず、甲は違法性阻却事由を基礎づける事実を誤信していたとはいえない。

(3) よって、甲には責任故意が認められ、責任は阻却されず、上記行為に殺人未遂罪が成立する。

5 そうだとしても、甲について 36 条 2 項による刑の任意的減免が認められないか。

この点について、36 条 2 項による刑の任意的減免の根拠は、緊急状態における恐怖や驚愕等に基づく行為として責任が減少することにあるが、かかる根拠は急迫不正の侵害があると誤信した場合にも妥当する。そこで急迫不正の侵害を誤信した場合にも、同項が準用される。

したがって、急迫不正の侵害を誤信した甲に同項が準用される。

6 以上より、甲の行為には殺人未遂罪が成立するが、36 条 2 項が準用により刑が任意的に減免され、甲はかかる罪責を負う。

以 上