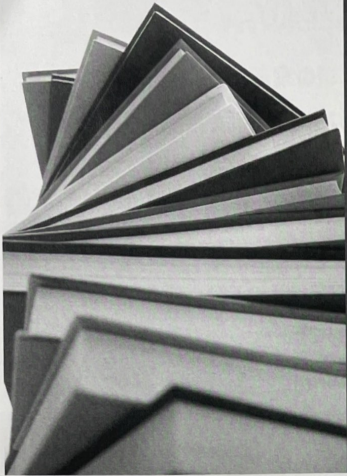




再チャレンジ勉強会

第1回 刑法

2018年度未修コース入学 たかごう せんしゅう 鷹合 宣宗

自己紹介

- ・ 名前：鷹合 宣宗（たかごう せんしゅう）
- ・ 出身：大阪大学法学部→高等司法研究科（未修コース）
- ・ 現在：弁護士（75期、大阪弁護士会）
- ・ 今までの刑法の成績

□-1年次：刑法基礎1…A 刑法基礎2…A+

□-2年次：刑法応用2…B+ 刑法応用2…A+

令和3年度司法試験：刑事系第1問…A（おそらく50点前後）

57.100%

「真実、価値観的」

57.100% BC...

論文答案の基本-1

・聞かれたことに答える。

刑法の場合、司法試験での問われ方は限られている。

例（令和元年度司法試験刑事系第1問設問1・2）

「…甲のAに対する罪責について、論じなさい。」「…乙の罪責について、論じなさい。」

期末試験でも同様。

例（令和元年度刑法基礎1期末試験設問1・2）

「甲の罪責について論じなさい。」「甲、乙及び丙の罪責について論じなさい。」

→答え方は、「甲（乙・丙）には、〇〇罪が成立する／罪責を負わない。」など。

論文答案の基本-2

・法的三段論法を意識する。

法的三段論法とは…

大前提： 法令 = 要件 → 効果

小前提： 要件 = 具体的事実

結論： 具体的事実 → 効果

→論点（争点）については、なるべくこの形で論じるようにする。

簡単にいえば、ルールを示し、事実を拾ってあてはめ、結論を出す。

論文答案の基本-3

・ 具体的な論文答案の形

- 1 問題点がどこかを示す。= 問題提起、論点の適示。
認めない前提可能性
- 2 規範を定立する。= ここが大前提。
どのような要件を充足すれば、どのような効果が発生するかを示す。
※要件の定義・解釈はここで書く！
- 3 事実をあてはめる。= ここが小前提。
問題文から事実を拾って、要件を充足するか、検討していく。
- 4 結論を明記する。= ここが結論。しっかり聞かれたことに答える。

刑法答案の基本-1

・ 刑法とは何か

刑法とは、犯罪と刑罰に関する法の全体をいう。

・ 犯罪とは何か

犯罪とは、①構成要件に該当し、②違法で、③有責な④行為である。

・ 刑罰とは何か

刑罰とは、国家が、犯罪を法律要件として、行為者に負わせる法律効果であり、その法益を剥奪するものである。

※主戦場は、犯罪論！①～④（+罪数論）を検討する！

刑法答案の基本-2

- **行為の特定**

犯罪の成否を検討する「行為」を特定し、抜き出す。

- **構成要件該当性**

各条文の構成要件に該当するか、検討する。

- **違法性阻却事由・責任阻却事由**

構成要件に該当すれば、原則犯罪成立。

→例外としての違法性阻却事由・責任阻却事由がある場合に、検討する。

- **処罰の減軽・阻却事由**

犯罪が成立しても、刑罰が軽くなったり、免除されたりする。

刑法答案の基本-3

- **構成要件該当性**

客観的構成要件要素

実行行為

結果

因果関係

主観的構成要件要素

故意・過失

不法領得の意思

など…

- **違法性阻却事由**

正当行為 (35)

正当防衛 (36①)

緊急避難 (37①本文)

など…

- **責任阻却事由**

責任故意 (38①)

心神喪失 (39①)

刑事未成年 (41)

など…

- **処罰減軽・阻却事由**

過剰防衛 (36②)

過剰避難 (37①ただし書)

重い罪の故意の欠缺 (38②)

心神耗弱 (39②)

自首 (42)

中止犯 (43)

など…

刑法答案の基本-4

- 複数の犯罪を検討する場合

→ 刑罰の重い罪から検討する。

- 複数の犯罪が成立した場合

→ 最後に罪数を検討する。

- 共犯の場合

→ 結果発生に一番近い行為者から検討する。

刑法答案の基本-5

- 具体的な刑法答案の形

第1 甲の罪責

1 構成要件該当性

(1) 実行行為

(2) 結果

(3) 因果関係

(4) 故意

2 違法性阻却事由

3 結論

第2 乙の罪責 …

(3) 因果関係 (平成30年度問2 Aに対する罪 (一部) 19/20点)

(問題提起) 甲のけん銃発射行為と、Aの交通事故による死亡結果との間に、因果関係が認められるか。

(規範定立) 因果関係は、条件関係を前提に、実行行為の危険が結果へと現実化したといえる場合に認められる。

(あてはめ) 本件においては、甲の実行行為がなければ、Aが病院に向かう途中で交通事故で死亡することもなかったため、条件関係は認められる。

しかし、甲の実行行為とAの死亡結果の間には、交通事故という介入事情があり、これは通常予想できるものではなく、また、直接Aの死因を形成したものである。

したがって、甲のけん銃発射行為が、Aの交通事故による死亡結果を生じさせる危険を有しているとはいえない。

(結論) 以上より、因果関係は認められない。

優秀者の勉強法 (Aさん)

- 日頃の勉強

予習として、基本刑法の該当部分を読む。

復習として、基本刑法の設例をいくつかピックアップして、実際に答案を書いてみる。

- 使用教材

基本刑法（これだけに集中）、判例百選、判例ブラクティス。

- 試験対策

過去問をひたすら解く。

答案を書くことによって、抽象的にしかわかっていなかったことが具体的にわかるようになっていった。

- 論文答案を書けるようになるために意識したこと

基本書や判例を読んで、内容を自分の言葉で説明できるようにする。+ 実際に答案を書く。

優秀者の勉強法 (Bさん)

- 日頃の勉強

予習・復習は特にしなかった。短答テストの前だけ勉強。

- 使用教材

先生が配布するレジュメがほとんど。たまに基本刑法を読んだ。

- 試験対策

過去問を解いた。

- 論文答案を書けるようになるために意識したこと

ローブラクティスを使って問題演習していた。書けないところは、まず論証パターンを覚えた。

優秀者の勉強法（Cさん）

- ・ **日頃の勉強**

基本刑法を何度も読んだ。

- ・ **使用教材**

基本刑法、期末試験の過去問。難しい問題集は避けた。

- ・ **試験対策**

基本刑法に載っている定義を暗記し、答案の型を覚えた。過去問で演習。

- ・ **論文答案を書けるようになるために意識したこと**

司法試験の優秀答案を見て、上手な書き方を知る。問題を解く必要はない。

私の勉強法

- ・ **日頃の勉強**

予習として、基本刑法を読み、復習として、ローライにある問題集から授業範囲と関連する問題がないか、参考答案はどう書いているかを確認した。

- ・ **使用教材**

基本刑法、ローライの問題集、アガルートの実況論文講義。

- ・ **試験対策**

過去問の論点を確認し、レジュメと基本刑法の該当部分を読み込んだ。

- ・ **論文答案を書けるようになるために意識したこと**

最低限の暗記と、答案の型の習得。アガルートの参考書に載っていた答案を書き写した。

未修入学者に心掛けてほしいこと

★ 司法試験の対策に早めに取り掛かる。

未修コースの学生には、論文に苦手意識をもつ人が多い傾向がある。

法学部出身者も多いと思うが、例外ではない。むしろ逆。

しかし、ロースクールに入った以上、当面の目標は、司法試験の合格。

そうであれば、試験に向き合わなければならない。

→ 短答と論文、両方しっかりやる。取り掛かるのは、早ければ早いほど良い。

※論文を書き慣れていない人は、書き写すところからでいいので、早めの対策を！

ロースクールでの勉強をより良いものにするために

・ 1番のアドバンテージは、教授が近くにいること。

先生方も、学生が授業を理解しているか、ものすごく気にしています。

疑問があれば、遠慮なく質問してみましょう。

気難しい先生もありますが、お互いに慣れてくれば、いろいろな情報を聞くことができます。

・ その次に、同じ目標の仲間が集まっていること。

せっかく同じ目標に向かって勉強をしている仲間がいるのに、協力しないのはもったいないです。

今は難しいかもしれませんが、積極的にコミュニケーションをとるようにしてみてください。

・ 最後に、物的な環境が整っていること。

これも今は難しいですが、自習室や図書館・ローライブラリーは、使えるだけ使いましょう。

1 行為の特定について

不作為だからといって、行為の特定がいらないわけではない。

おそれ、
どの時点が危険か。

本問では、あえて考えるとすれば、以下のような候補がある。

- ① 7 月 1 日朝の授乳を最後に、A に授乳等を一切しなくなった。
- ② 7 月 2 日昼前以降も、引き続き、A に授乳等をしなかった。
- ③ 7 月 3 日昼、(A の世話をせず)に 甲が買い物に出かけた。
- ④ 7 月 3 日夕方、A を病院に連れて行かなかった。
- ⑤ 7 月 4 日昼、(A の世話をせず)に 近所の食堂に行った。

この中からどれを選ぶかは、行為の危険性、故意の存否、因果関係などから検討する。

⇒ おそらく、もっとも適切なのは、②の時点。

生命の危険が生じているし、殺意も継続している。

その時点であれば、結果回避も可能であったから、因果関係も問題なし。

⇔ ほかの時点なら？

日時に注意しないと、その時点での故意が認められなかったり、因果関係が認められなかったりするので注意。

※ 行為の特定は、答案上は最初を書くが、思考過程としては最後に来る。

最初から、
その時点が危険か。

2 不真正不作为犯の成立要件の考え方

- (1) 特定の不作为が明記されていないため、同じ条文中で処罰できるのかが問題。

しかし、不作为でも作為と同様の結果を発生させることは可能。

⇒ 不真正不作为犯の処罰を認める方向。

もっとも、刑法には自由保障機能がある。

⇒ 処罰範囲を限定する方向。

よって、作為と同視できる不作为にのみ、不真正不作为犯の成立を認める。

- (2) それでは、作為と同視できる不作为とは？

⇒ ①作為義務＋②作為の可能性・容易性が認められる場合。

- (3) もっとも、こんなことを長々と書く必要はない。(特に争いはないので。)

「不真正不作为犯が成立するのは、(刑法の自由保障機能の観点から、) 作為と同視できる不作为の場合のみであり、具体的には、①作為義務と②作為の可能性・容易性が認められることが必要である。」(阪南法事件判決 参照)。

⇒ 害与度が低い(死因が同じ)であれば、因果関係を肯定する。

害与度が高い(死因が異なる)場合、原則として因果関係を否定。

例外的に、因果関係を肯定する場合もある。

(1) 先行行為に介在事情を誘発する危険性がある場合

(2) 先行行為に介在事情の危険を拡大させる危険性がある場合

但し、介在事情に異常性がないことが前提。

3 因果関係の考え方

- (1) 因果関係とは？…事実的因果関係＋法的因果関係

＝条件関係＋危険の現実化／相当性

条件関係＋危険の現実化とすると、答案上も分けて書くのが無難。

- (2) 不作為犯の場合、条件関係が修正される。

「あれなければこれなし」⇒期待された作為があれば結果を回避できた。

- (3) 危険の現実化における介入事情の寄与度の考え方

ア 介入事情がある場合、①寄与度と②関連性（誘発・異常性など）から判断。

イ 寄与度が高い？低い？…1つの基準は、結果の同一性（死因の同一性）。
(24937) 意図的・過失的にか

「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁（大阪南港事件判決）参照）。

⇒ 寄与度が低い（死因が同じ）であれば、因果関係を肯定する。

寄与度が高い（死因が異なる）場合、原則として因果関係を否定。

例外的に、因果関係を肯定する場合もある。

(i) 実行行為に介入事情を誘発する危険性がある場合

(ii) 実行行為に介入事情の危険を拡大させる危険性がある場合

※ ただし、介入事情に異常性がないことが前提。