

これだけ！論文攻略講座
刑法編

監修 剛力 大
制作 加藤洋一



目次

刑法答案の書き方	4
皆が書けるように思って 実は差がつくのが刑法 です。	4
1. 「構成要件に該当する違法で有責な行為」の徹底	4
2. 事実の認定と評価	10
3. スピードアップ	10
4. 見解対立問題	11
第1問 甲の罪責パターン（令和3年予備試験改題）	12
I 設問	12
II オートパイロット1「甲の罪責」パターン	13
III 配点表（50点）	14
IV 模範解答	15
第2問 間接正犯パターン（令和4年予備試験改題）	16
I 設問	16
II オートパイロット3「間接正犯」パターン	17
III 配点表（50点）	19
IV 模範解答（ 実線と点線の下線部に注目してください ）	20
第3問 誤想防衛パターン（令和2年予備試験改題）	22
I 設問	22
II オートパイロット3「正当防衛」パターン及びオートパイロット4「誤想防衛」パターン	23
III 配点表（50点）	26
IV 模範解答	27
第4問 共同正犯パターン（平成30年予備試験改題）	28
I 設問	28
II オートパイロット5「共同正犯」パターン	29
III 配点表（50点）	31
IV 模範解答	32
第5問 刑法各論パターン（平成26年年予備試験改題）	34
I 設問	34

Ⅱオートパイロット6「刑法各論」パターン.....	35
Ⅲ配点表（50点）.....	36
Ⅳ模範解答.....	37
【実線は構成要件とその定義、二重線は事実、点線は評価】.....	37
付録 学説問題の解き方（令和元年司法試験改題）.....	38
Ⅱ解説.....	39
まとめ.....	41

（注）

動画では、本講座のタイトルが「これだけ！論文入門講座」と表示されていますが、正しくは「これだけ！論文攻略講座」です。お詫びして訂正いたします。

刑法答案の書き方

皆が書けるように思って実は差がつくのが刑法です。

一見とっつきやすいのですが、基本的知識の正確な理解が求められ、その深い浅いが如実に答案の差になって現れるからです。特に、刑法の体系、すなわち「構成要件に該当する違法で有責な行為」に沿って考えているかが問われます。

また、問題文の事実の評価が特に重要な科目です。「なぜ、その事実が構成要件に該当するか」を答案で示すことが求められています。つまり、事実認定が必要なのです。

このような特徴から、刑法は、他の科目よりも答案で書く量が多くなります。時間内に書き上げるためには、論証をコンパクトにノンストップで書く練習が必要になります。

まとめると、

- ・「構成要件に該当する違法で有責な行為」の徹底
- ・事実の認定と評価
- ・スピードアップ

が刑法の極意です。以下で詳述します。

1. 「構成要件に該当する違法で有責な行為」の徹底

まず、刑法の体系（構成要件、違法性、責任）を死守することです。ここが崩れると最も印象が悪くありません。にもかかわらず、体系を崩してしまい致命傷を負う答案が非常に多いのが実態です。

(1) 犯罪とは、構成要件に該当する違法で有責な行為をいいます。

なぜなら、刑法によって国家が国民を刑罰に処すために、刑法には絶対に守らなければならない3つの大原則があるからです。

それは、①罪刑法定主義、②法益保護主義、③責任主義です。

- ① 罪刑法定主義とは、一言でいうと、犯罪になる行為は予め刑罰法規に定められていなければならないということです。そして、刑罰法規に定められているということは、犯罪になる行為は、刑法の各条の要件（＝構成要件）に該当するということです。
- ② 法益保護主義とは、刑法は法益を保護するためのものであるということです。そして、法益を侵害することが違法と考えるので、犯罪は違法な行

為である必要があります。（なお、違法性については学説で争いがありますが、これは「学説の迷路」という沼なので、深追いは止めておきます。）したがって、違法性がない行為は犯罪になりません。

- ③ 責任主義とは、「人間の意思は自由である」という前提に立って、敢えて自分の意思で犯罪を犯した者を法的に非難することをいいます。したがって、自由意志という前提が崩れる場合は非難できないので、責任を問うことができないこととなります。つまり、犯罪は成立しなくなります。

これら3つの大原則から、「犯罪は構成要件に該当する違法で有責な行為」と定義されます。

したがって、答案でも、

構成要件該当性

↓

違法性阻却事由の検討

↓

責任の有無

の順番に検討することは必須です。

(2) 構成要件について（実行行為、結果、因果関係）

○構成要件とは？（「これだけ！75 刑法」P4、17、20～）

構成要件とは、刑罰法規が犯罪として規定している行為の類型をいいます。各犯罪の成立要件ともいい、殺人罪の「人を殺した者」、窃盗罪の「他人の財物を窃取した者」がこれに当たります。

構成要件の中身は、**客観的要素**と**主観的要素**からなります。

ア. 客観的要素は次の3つからなります。

- ・ **実行行為**：「何をしたか？」

「構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為」という定義は覚えてください。

- ・ **構成要件的结果**：「何が起こったか？」

結果が発生しなければ、未遂犯の検討となります。

- ・ **因果関係**：実行行為と構成要件的结果のつながりです。

危険の現実化を使いこなせるようにしましょう。

イ. 主観的要素とは（構成要件的）故意（38条1項本文）をいい、（構成要件的）故意とは、構成要件に該当する事実の認識・認容をいいます。

コラム（構成要件的）故意と（責任）故意

（構成要件的）故意と（責任）故意は同じ故意なのにどこが違うのでしょうか。

現在の多数説では、刑法の体系上、故意は責任に属するが、構成要件の段階でも構成要件の要素として検討されるとしています。

まず、（構成要件的）故意が認められなければ、故意犯の構成要素該当性が否定されます。

そして、（構成要件的）故意が認められれば、さらに責任の段階で、（責任）故意が検討されるのです。

例えば、

「乙が、友人である甲を驚かせようと背後から叩いてきたのに対し、甲は、敵に襲われたと勘違いして、乙を殴った」

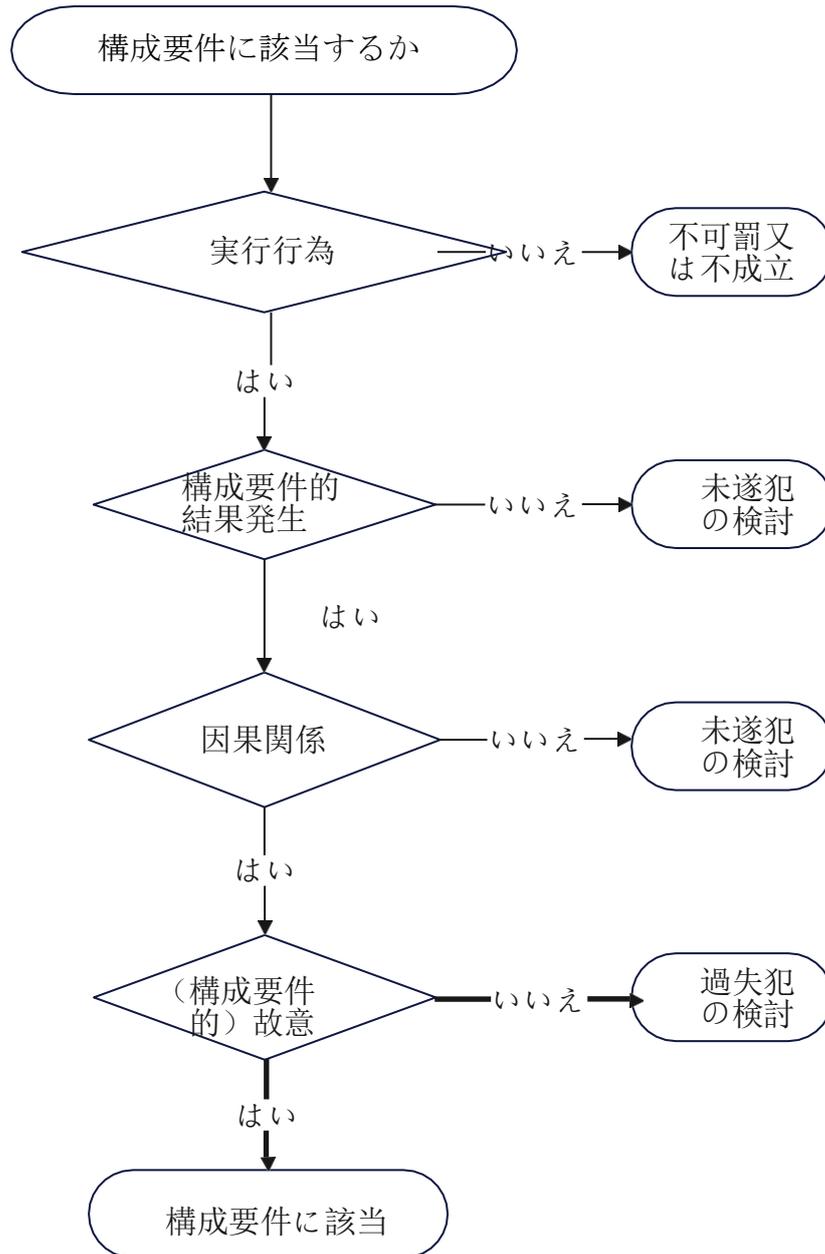
という誤想防衛の事案を考えてみましょう。

甲には、「人を殴る」という暴行罪（刑法208条）の構成要件に該当する事実の認識・認容があるので、暴行罪の（構成要件的）故意が認められます。したがって、構成要件該当性は認められます。

そして、実際には敵による侵害はないので、正当防衛（36条1項）は成立せず、違法性は阻却されません。

もっとも、甲は、敵に襲われたと勘違いしているので、（責任）故意が阻却され、暴行罪は成立しません。

○構成要件該当性は必ず次のフローチャートに従って検討します。



(3) 違法性について

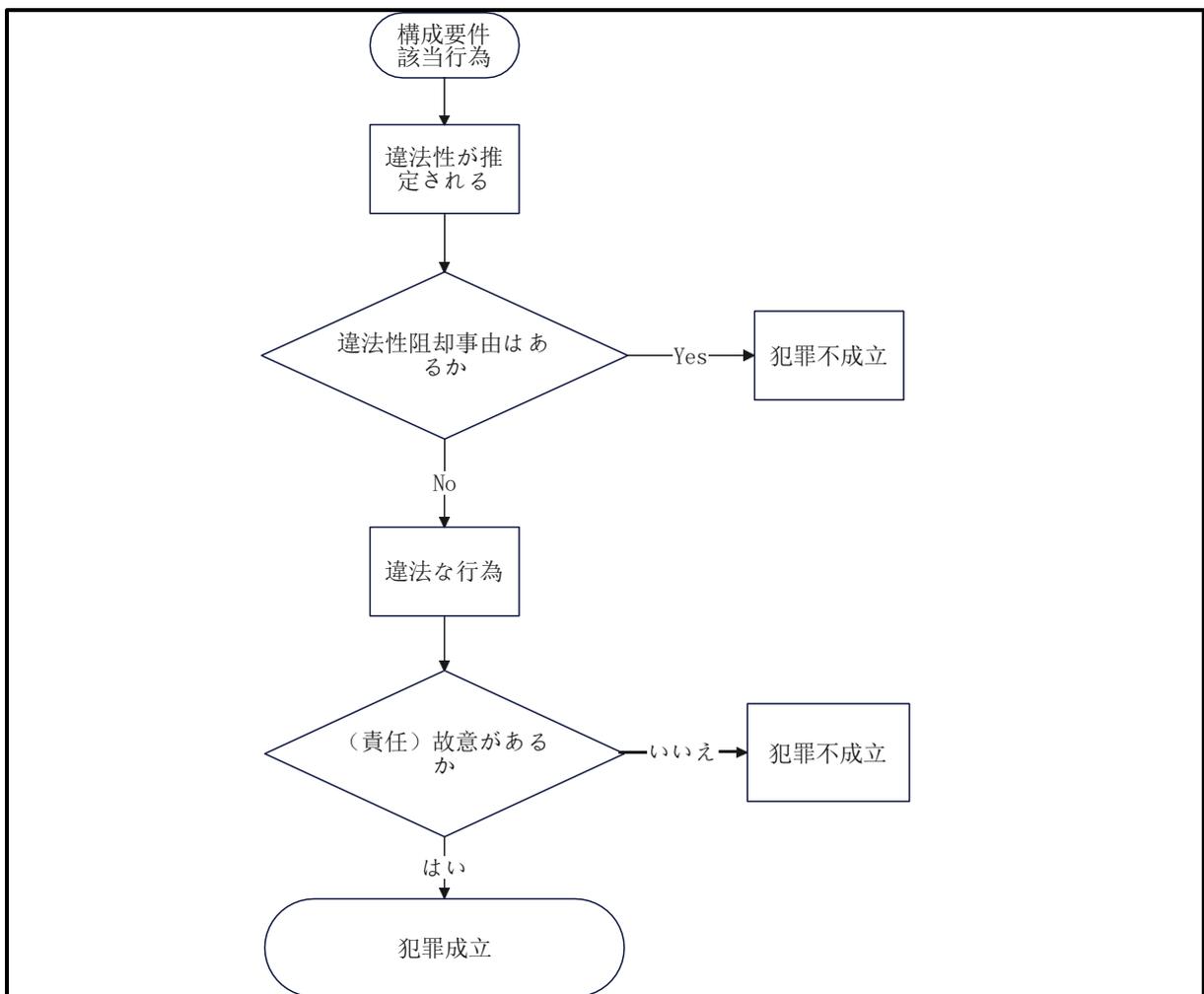
構成要件に該当する行為は違法性が推定されます。したがって、次の段階では、違法性阻却事由があるか否かを検討します。

違法性阻却事由（正当行為（35条）、正当防衛（36条1項）、緊急避難（37条1項））があれば犯罪不成立となります。（これだけ！75刑法P21～）

(4) (責任) 故意について

構成要件に該当する違法な行為と認定することができると、次に(責任)故意を検討します。この場合、(構成要件的)故意が認められていますから、ここでは責任阻却事由の有無を検討することになります。

責任阻却事由（心神喪失（39条1項）、刑事未成年（41条）など）があれば犯罪不成立となります。



(5) それでは、次の事例について犯罪の成否を検討してみましょう。

【事例】

- ①甲は、殺意をもって、Vの胸に包丁を深々と刺し、Vは死亡した。
- ②甲は、Vに日本刀で切り付けられたので、正当防衛で、Vの胸に包丁を深々と刺し、Vは死亡した。
- ③甲は、心神喪失の状態で、Vの胸に包丁を深々と刺し、Vは死亡した。

【検討フロー】

- ① 甲の行為は、包丁という殺傷能力が高い凶器でVの胸という人体の枢要部を深々と刺すという行為で、殺人罪の実行行為に当たります。
そして、Vの死亡という結果が発生しました。
甲の行為とVの死亡との因果関係もあるので、殺人罪の客観的構成要件に該当します。
また、甲には殺意があるので、同罪の構成要件の故意も認められ、殺人罪の構成要件に該当します。
さらに、違法性阻却事由も責任阻却事由もないので、甲の行為には殺人罪が成立します。
- ② 甲の行為は、①同様に殺人罪の構成要件に該当します。
しかし、違法性阻却事由のうちの正当防衛が成立するので違法性が阻却されません。
したがって、犯罪不成立となります。
- ③ 甲の行為は、①同様に殺人罪の構成要件に該当します。
また、違法性阻却事由は存在しませんので、違法性は確定します。
しかし、責任阻却事由のうちの心神喪失により責任故意が阻却されます。
したがって、犯罪不成立となります。

2. 事実の認定と評価

刑法では、民事系以上に**全要件の充足**が重要です。人を罪に問うか否かの問題ですから、一つでも要件が欠けてはいけません。

そして、現実に関起った出来事について刑法に基づき裁判が行われるのですから、それぞれの「事実」が構成要件に該当するか、違法性阻却事由に該当するか、責任阻却事由に該当するか、が刑事事件では最も重要になります。これが「**事実認定**」といわれるものです。

実務家登用試験である司法試験や予備試験でも最も重要なのは「**事実認定**」です。そして、刑法の答案での事実認定とは、**問題文の事実を摘示して、それを評価して、定義に当てはめること**をいいます。

問題文の事実は～と評価されるから□□という構成要件に当てはまる、だから構成要件該当性が認められる等々、一つ一つ認定していくことが答案で最も求められているのです。

3. スピードアップ

刑法の答案では、このように問題文の事実の認定（評価）を繰り返していきます。このため、他の科目よりも書かなければならないことが多くなり、書くだけでも時間がかかります。とはいえ、試験時間は他と変わらないのでスピードアップが求められます。

では、どうすればスピードアップできるのでしょうか。これは「全体構造編」でもお話ししたとおり、事前の準備が大切です。

各論の保護法益、構成要件の意義・定義はインプット段階から意識して覚えるようにしましょう。

(1) **保護法益**は民事系でいえば趣旨に相当する各罪の本質です。

困ったときは保護法益から考える、また、答案で保護法益を示すことはイメージアップにつながります。

(2) **構成要件の意義・定義**は意識して書くようにしましょう。長々と書く場合と当てはめの中で端的に書く2パターンが必要です。

例えば「端的に」とは「甲はVの顔面を拳で殴打するという不法な有形力を行使し、打撲という結果により生理的機能を害したから「傷害した」に当たる」と書けば良いのです。

4. 見解対立問題

見解対立問題は司法試験だけではなく予備試験でも出題が定着しました。これは学説に詳しくなることを求めているのではなく、基本的事項を正確に理解しているかが問われています。

普段の学習から多面的に考える習慣をつけることが一番ですが、なかなかそのような時間は取れないのが現実です。

もともと、見解対立問題で問われる論点は限られています。判例と通説で見解が異なり、かつ、それによって結論が異なってくる論点だけが出題されます。総論と各論それぞれ15、合計30しかないので、そこだけ押さえておけば十分です。

本講座では、最後に付録で令和元年司法試験の問題を例にして考え方のコツをお示しします。

6. 以上を踏まえて、刑法の典型的な書き方を問題に沿って勉強しましょう。

なお、模範解答は、本講座の監修者である剛力先生の「予備試験論文過去問講座」から抜粋したものですから、良いお手本にしてください。

第1問 甲の罪責パターン（令和3年予備試験改題）

I 設問

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（住居等侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

甲(50歳)は、実父X(80歳)と共同して事業を営んでいたが、数年前にXが寝たきり状態になった後は単独で事業を行うようになり、その頃から売上高の過少申告等による脱税を続けていた。

甲は、某月1日、税務署から、同月15日に税務調査を行うとの通知を受け、甲が真実の売上高をひそかに記録していた甲所有の帳簿(以下「本件帳簿」という。)を発見されないようにするため、同月2日、事情を知らない知人のYに対して、「事務所が手狭になったので、今月16日まで書類を預かってほしい。」と言い、本件帳簿を入れた段ボール箱(以下「本件段ボール箱」という。)を預けた。

Yは、本件段ボール箱を自宅に保管していたが、同月14日、甲の事業の従業員から、本件帳簿が甲の脱税の証拠であると聞かされた。甲は、税務調査が終了した後の同月16日、Yに電話をかけ、本件段ボール箱を回収したい旨を告げたが、Yから、「あの帳簿を税務署に持っていったら困るんじゃないのか。返してほしいければ100万円を持ってこい。」と言われた。

甲は、得意先との取引に本件帳簿が必要であったこともあり、これを取り返そうと考え、同日夜、Y宅に忍び込み、Yが保管していた本件段ボール箱をY宅から持ち出し、自宅に帰った。

甲は、帰宅直後、Yから電話で、「帳簿を持っていったな。すぐに警察に通報するからな。」と言われた。

Ⅱオートパイロット1「甲の罪責」パターン

本問では、甲は単独正犯ですから、「甲の罪責」を論ずるパターンを使います。

このパターンは、**法的三段論法の刑法版**というべきもので、最も基本となるパターンです。まずはこのパターンを身につけましょう。

① 問題となる行為の特定

↓

② 成立し得る犯罪を考える

↓

③ 要件充足とその中で問題となる論点の特定

↓

④ 論点における法的三段論法による記述（（問題提起→規範定立→）定義→当てはめ）

↓

⑤ 甲の行為に成立する罪名決定→罪数

【解説】

①、②が書き出し方に当たります。

続く③は構成要件（実行行為、結果、因果関係、構成要件の故意）、違法性の検討、責任故意について、一つ一つ充足させていきます。

その中で、特に論点になるところは④のとおり法的三段論法の手順で論述しますが、刑法の答案では、法的三段論法の刑法版として、

「定義→当てはめ」

が多用されるのが特徴的です。例えば、次の模範解答のうち、

「窃取」とは、窃盗罪の保護法益が財物に対する占有そのものであることから、他人の占有する財物を占有者の意思に反して自己または第三者の占有に移転することをいう。

という③④部分は、理由を一言添えて「窃取」の定義を書いています。

刑法では、このように条文の文言の定義を書いて当てはめるといいう書き方が原則です。

そして、全要件充足によって罪名が決定されます（⑤）。

Ⅲ配点表（50点）

甲の行為の特定①	3	
窃盗罪が成立し得ること②	3	
「他人の財物」の解釈③	3	
242条の指摘と当てはめ④	5	
「窃取」の意義③	3	
Yの2つの発言の摘示④	6	
Yの発言の評価④	6	
故意・不法領得の意思の意義③	5	
故意の当てはめ④	3	
権利者排除意思の当てはめ④	3	
利用処分意思の当てはめ④	5	
「得意先との取引に本件帳簿が必要」		
結論⑤	5	

*ココに注目！

「Yの2つの発言の摘示」、「Yの発言の評価」にそれぞれ6点、合計12点も配点されています。50点満点のうちの約4分の1が「窃取」というたった一つの構成要件の当てはめ（事実の摘示と評価）の良し悪しで左右されるのです。

いかに事実の摘示と評価が論文式試験では重要かが良く分かりますね。

IV模範解答

1、Y 宅から本件段ボール箱を持ち出した行為について、窃盗罪(刑法 235 条)が成立するか。←①、②

(1)「他人の財物」とは他人の所有物であることをいうが、本件段ボール箱は甲の所有物である。しかし、Y は本件段ボール箱を自宅という Y の占有がある場所で保管しているため、242 条により、他人の財物とみなされる。←③

(2)「窃取」とは、窃盗罪の保護法益が財物に対する占有そのものであることから、他人の占有する財物を占有者の意思に反して自己または第三者の占有に移転することをいう。←③

前述のとおり、本件段ボール箱は甲の所有物ではあるものの、Y が占有している。そして、Y は 16 日に甲に対して「返してほしければ 100 万円を持ってこい」などと発言している。かかる発言から、Y は無償で本件段ボール箱を甲に引き渡すつもりはないことが推認でき、それにもかかわらず Y に無断で本件段ボール箱を Y 宅から持ち出すのは、占有者である Y の意思に反した占有移転であるといえる。また、Y が無償で本件段ボール箱を甲に引き渡す意思がなかったのは、甲の持去り直後、Y が、甲に対して、「すぐに警察に通報するからな」と連絡したことからも裏付けられる。←④

(3)窃盗罪が成立するためには、客観的構成要件該当事実に対する認識・認容をいう故意のみならず、不法領得の意思も必要である。なぜなら、これを必要としなければ、不可罰的な使用窃盗及び毀棄罪との区別ができないからである。不法領得の意思とは、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い、利用処分する意思をいう。←③

甲は、Y が本件段ボール箱をそのまま引き渡す意思がないことを知りながら、自ら Y 宅から本件段ボール箱を持ち出した。したがって、甲には、上記行為当時、故意が認められる。そして、甲は事実上の占有者である Y を排除して、本件段ボール箱を利用する意図があった。また、甲が上記行為に及んだのは、「得意先との取引に本件帳簿が必要であったから」でもある。取引としての利用は、まさに本件帳簿の経済的用法通りの利用である。したがって、甲には、上記行為当時、不法領得の意思もあったと認められる。←④

(4)よって、上記行為に窃盗罪が成立する。←⑤

以上