

# 法科大学院教育を司法試験論文試験から考える

～刑法分野における出題趣旨と採点実感を題材として～

岡本 洋一

## 〈目次〉

- 第1 はじめに～この文章の趣旨・目的そしてその対象について～
- 第2 総説～出題趣旨ないし採点実感で一般的に求められていること～
- 第3 具体例～刑法上の基本的理解, それに基づく事案分析そして当てはめ～
- 最後に～抽象(原理原則・理念・概念)と具体的事実との相互理解～

## 第1 はじめに～この文章の趣旨・目的そしてその対象について～

1, 以下の文章は, 毎年の新司法試験論文式試験(以下, 司法試験論文試験)の実施後に法務省ホームページで発表される刑法の出題趣旨, 採点実感を題材として, コアカリキュラム(共通的な到達目標モデル・第二次修正案の刑法部分)も参考としつつ, 法科大学院教育での刑法学において求められているものを考えようとするものである。具体的な期間としては, 現在のように, 出題趣旨と採点実感が併記されるようになった平成20(2008)年から平成28(2016)年までのものを分析の対象とする<sup>1)</sup>。

2, ここで, あらかじめ, 結論を述べる。すなわち, 刑法分野の司法試験論文試験は, 詳細な事実を交えた具体的な事例問題において各人の罪責(犯罪の成否)を答案に表現することが求められている。そしてそこでは, 刑法上の原理・原則, 条文の趣旨ないし解釈論といった抽象的な基本的知識を, 具体的な事例問題に対して, その事案の特殊性に応じて柔軟に, しかも論理一貫して答案に表現することが求められている。とはいえ, 前者の刑法上の抽象的な基本知識は, とくに高度なものが求められているものではない。それらはいずれも, 法科大学院での習得が求められているコアカリキュラムの範囲内になる。それは, 以下の各箇所において個々具体的に指摘したように, 各年の採点実感に問題のある答案として具体的に指摘されているほぼすべてが, いずれもコアカリキュラムに学修すべきものとして記されていることから明らかである。

そして, このような司法試験論文試験における「傾向」を分析した後に必要なのは, それに対する「対策」である。すなわち, 法科大学院以降の法曹養成に必要なものとは, 要するに「抽象的なもの」と「具体的なもの」との相互関連性の意識と徹底にある。すなわち, ほんとうに基礎的な刑法上の原理・原則,

1) 法務省>トップページ>資格・採用情報>司法試験>司法試験のメニューから ([http://www.moj.go.jp/shikaku\\_saiyo\\_index1.html](http://www.moj.go.jp/shikaku_saiyo_index1.html)) 2016年12月1日確認。「平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成21年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成22年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成23年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成25年司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨」, 「平成28年論文式試験出題の趣旨」。以下, 平成20年ないし平成28年の各年の「出題趣旨」と略。「平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見(刑法)」, 「平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見(刑法)」, 「平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見(刑法)」, 「平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」, 「平成24年司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」, 「平成25年司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」, 「平成26年司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」, 「平成27年司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」そして「平成28年司法試験の採点実感等に関する意見(刑事系科目第1問)」。以下, 平成20年ないし平成28年の各年の「採点実感」と略。

条文趣旨そして基本概念という「抽象的なるもの」の理解と、それを裁判所の判断のうち、同種先例となるべきもの一つまり、判例一などの「具体的」事例において（口頭ないし）文書で説明できる能力の涵養である。

それは平凡な結論かもしれない。とはいえ、その学修を日々営々と継続し、ひたすら習得のために時間と労力を費やすことが、司法試験に求められている。以上が、以下に続く、この文章の結論となる。

以下は、そこに至るまでの具体的な論証と覚え書きということになる。まず、筆者について、論文試験の出題趣旨そして採点実感について、そしてこの種の主題に関わる先行論文について順次触れる。なお、上記のように、この文章は、その性質上、司法試験論文試験の出題趣旨と採点実感の、いわば内部的な構造を分析しようとするものである。その刑法学的な視点からの（批判的）考察は、この文章の役割とするところではない。このことをあらかじめ、お断りする。

3、筆者・岡本洋一は、2014年に熊本大学大学院法曹養成研究科に着任後、法科大学院協会が主催する最高裁司法研修所の司法修習における集合研修を見学し、その概要と法科大学院における教育への示唆について、この熊本ロー・ジャーナルで発表したことがある<sup>2)</sup>。

これは、いわば司法試験合格の後における司法修習の内容から考える法科大学院での教育であった。今回は、その段階に至るため、司法試験合格に必要なものから法科大学院における教育を考えようとするものである。とはいえ、抽象と具体の反復思考・習熟を高めるというのが、その結論であるのだが。

4、現在のように、論文試験で出題趣旨とその後の採点実感が共に公表されるようになったのは、確認できるかぎり、平成20（2009）年からのことである。そしてその字数は、下記の表に示したとおり、近年増加の一途にある。

表1：出題趣旨と採点実感の字数の推移  
（平成20～平成28）

	平20	平21	平22	平23	平24
趣旨	1350	2107	2605	3818	3800
実感	2600	3317	3350	4641	4638
	平25	平26	平27	平28	
趣旨	4315	2643	5498	6181	
実感	4592	4158	7554	9272	

（字数は、筆者・岡本洋一調べ、以下同じ）

一瞥すれば理解できるように、平成20（2008）年から平成26（2014）年まで、出題趣旨は2000から3000字程度、採点実感もおおむね3000～4000字程度であった。しかし、この2年は、出題趣旨が5000から6000字、採点実感が7000から9000字と急増している。それは何故なのかは、判然とはしない。なぜなら、この現象が、論文試験の字数の増減との相関関係があるとは言えないからである。論文試験の字数は、むしろ微減傾向にある。

表2：論文試験の字数の推移  
（平成20～平成28）

	平20	平21	平22	平23	平24
字数	3545	3845	4958	3396	3359
	平25	平26	平27	平28	
字数	2881	2845	2753	3170	

それでは試験問題そのものではなく、やはり試験を受けた人たちの増減と関係しているのだろうか。とはいえ、実際に試験を受けた受験者の数は、巷間に伝わる噂とは異なり、それほど数は減らしてはいない。とはいえ、平成28年とその前年を比較すると、前年比でいずれも、受験生数が14%減、択一合格者数が13%減そして全体の合格者数も15%減とそれぞれ数を減らしている。

2) 岡本洋一「法科大学院協会による教員研修に参加して～新司法修習の集合修習の見学および司法研修所での意見交換会を契機として法科大学院における法曹養成ないし研究を考える～」熊本ロー・ジャーナル10号（2015年）27頁以下。

表3：合格者数択一試験合格に必要な得点を  
得た者の数そして受験者数の推移  
(平成20～平成28)

	平20	平21	平22	平23	平24
合格者	2065	2043	2074	2063	2102
択一合格	4654	5055	5773	5654	5339
受験者	6261	7393	8163	8765	8387
	平25	平26	平27	平28	
合格者	2049	1810	1850	1583	
択一合格	5259	5080	5308	4621	
受験者	7653	8015	8016	6899	

表4：司法試験の各段階における合格者比率  
の推移(平成20～平成28)

年数	平20	平21	平22	平23	平24
①→③	33%	28%	25%	24%	25%
②→③	44%	40%	36%	36%	39%
①→②	74%	68%	71%	65%	64%
年数	平25	平26	平27	平28	
①→③	27%	26%	23%	23%	
②→③	39%	36%	35%	34%	
①→②	69%	63%	66%	67%	

たしかに、平成28年におけるすべての数字の減少が、関係者に危機感をもたらしたのかもしれない。とはいえ、さらに深刻であると思われるのが、司法試験の実際の合格率までの各段階の合格比率である(表4)。すなわち、表4の下段から、まず、①受験者数のうち、②択一試験合格に必要な得点を得た者の比率(①→②)、つぎに②のうちから、③最

終合格率(②→③)そして①受験者のうちから、③最終合格率(①→③)と各年の変化が分かるようにした。とくに司法試験論文試験を題材とする本稿で注目すべきなのが、②から③、つまり、択一合格をしながら(しかも、足切りされない得点率である41%以上)、論文試験合格率が毎年40%を越えないということである。

とくに、平成28年は、各年と比較しても、いずれも最低の合格率であった。

その要因には、表3のように、合格者を減らしたことにもあったろう。とはいえ、受験者数も前年より14%減っており、あまり大きなものとは言えない。

結論として、択一試験には「足切り」されない程度の得点は取れるが、論文試験で合格に値する答案がほとんどないというのが実情ということになる。

とはいえ、出題趣旨と採点実感の字数が急激な伸びを示したのは、近年のことである。あるいはもしかしたらと思えるのが、法科大学院協会から各法科大学院の担当科目の教員宛に毎年、司法試験についてのアンケートがある<sup>3)</sup>。

これが、採点実感にも反映されているものなのかもしれない。

5、とはいえ、以上のような詳細に記されつつある、司法試験論文試験の出題趣旨ないし採点実感であるが、それをういて何らかの分析ないし法科大学院における教育を考えてみようとする文章は、驚くほど少ない<sup>4)</sup>。

筆者は、現在のように熊本大学の法科大学

3) たとえば、法科大学院協会司法試験等検討委員会「平成27年度司法試験に関するアンケート調査結果報告書」(平成27(2015)年9月7日) [http://lskyokai.jp/report/report20150907\\_1.html](http://lskyokai.jp/report/report20150907_1.html) 具体的には、「平成27年度司法試験アンケート回答付記意見」, <http://lskyokai.jp/report/20150907.pdf> (いずれも2016年12月24日確認)。岡本(註2)「法科大学院協会による教員研修に参加して」30頁註5にも採点実感などについての意見を述べた。違法論を例にすることが妥当か否かはともかく、書くべき解釈論上の問題点を体系的に列挙してほしい、論理の流れを示してほしいという意見は今も変わらない。平成28年の採点実感、その意味において検討すべき問題点を網羅しており、ある程度の評価はできる。ただし、でき得るならば、もう少し体系的に、あるいは時系列順に、整理して表記して欲しいところではある。

4) たとえば、NNI(国立情報学研究所)学術情報ナビゲータ[サイニィ](<http://ci.nii.ac.jp/>) (いずれも2016年12月24日確認)によれば、「採点実感」で検索すると文章は6件あるが、いずれも、法学セミナー701号(2013年)2頁以下と同年702号の「特集 司法試験採点実感にみる法律学修法」の各文章である。「司法試験出題趣旨」でも、上記2頁以下の山本龍彦ほかの座談会の題名だけしかない。「司法試験 論文 教育」でも注目すべきものはない。「司法試験 刑法」だと71件あるが、2008(平成20)年のものは上記特集号のみである。たとえば、上記8～10頁の杉本一敏と亀井源太郎発言における的確な指摘も、座談会という形式面と分量的な限界がある。他の司法試験論文試験科目においては、詳細なものとして、村上正博「司法試験経済法の過去問の分析とその評

院に着任する前は、約12年間、学習塾に時間講師（アルバイト）として勤務し、中学から大学受験のための学習指導を行っていた<sup>5)</sup>。そこでは、「各学校の入試問題とは、各学校からのメッセージ（message）である」とされ、その「傾向」の徹底的な分析と「対策」とが当然の前提とされていた。過去問から逆算して、学ぶべきことを考えるのである。

このように書くと、法科大学院は、受験予備校ではないという反論が即座（ないし脊髄反射的）にありそうである。しかし、後にも述べるように、司法試験委員会が毎年公にする司法試験論文試験の出題趣旨と採点実感を一瞥しただけでも、そこには同委員会が未来の法曹に求める明確な意図、主旨を読みとることができる。

そしてそこには、刑法学への一応の配慮（リスペクト？）を見て取ることもできよう。たしかに、司法試験といえども一定の得点を獲得することで得られる資格試験であり、そのための受験技術も必要であることは否定できない。とはいえ、出題趣旨や採点実感を読んでみれば分かるように、そこには、法科大学院で習得すべき大きな型としての理論がある。

この文章の趣旨は、とくに法科大学院教員の皆さんはもちろん、司法試験を受験しようとする人たちは、いままで以上に出題趣旨、採点実感を読んで、教育ないし学修に活かすべきではないでしょうか、ということである。

以上の問題意識から、以下の文章を始めた。

## 第2 総説～出題趣旨ないし採点実感で一般的に求められていること～

以下、総論的なこととして、各年の出題趣旨、採点の基本方針、答案に求められるもの、そして答案の水準をそれぞれ分析することによって、司法試験論文試験で求められている能力とは何かを明らかにしたい。

1、まず、そもそも何のために論文試験を課すのかという出題の趣旨については、平成28年出題趣旨は、以下のように説明するが、それは以下の4つの能力を試すものと言える。すなわち、具体的事案における各人の罪責を検討させることで、①刑事実体法およびその解釈論の知識と理解、②具体的な事実関係を分析し、③それに法規範を適用する能力そして④論理的な思考力や論述力であるようこのような4つの能力の指摘は、調べたかぎりでは、平成20年出題趣旨から始まっており、とくに下線部についてのみ変化しているが、その骨子に変化はない。

上記4つの司法試験論文試験で求められている能力は、司法試験合格後の司法修習で求められる能力と対応している。すなわち、最高裁が定める新司法修習の司法修習生指導要綱によれば、司法修習において法曹として活動を開始するに当たり、習得が求められる能力として以下の4つがある。すなわち、i 事実調査能力、ii 法的分析能力、iii 事実認定能力そしてiv 書面や口頭による説得的な表現能力等である<sup>6)</sup>。具体的には、iiが上記①と②、そしてivが上記③④と関連している。なお、iとiiiについては、当然のことながら、司法試験論文試験の刑法の問題文においては、確定した事実を前提としており、司法試験受験

価(1)～(4)・完 公正取引764号51頁、765号51頁、766号47頁そして767号（いずれも2014年）49頁があり、過去8年分の論文過去問題を分野別に分析し、その意義について詳しく分析し、しかも批判的な考察も行なっている。ほか、簡単な分析として、高木光「法科大学院の行政法教育」自由と正義2011年8月号43頁以下、岩出誠「新司法試験における「労働法」出題に関する実感」労働判例1075号（2013年）2頁、宍戸常寿「法科大学院教育と新司法試験」法学セミナー676号（2011年）72頁がある。

5)「オーバードクター12年一学位取得から大学入職まで、キャリア形成と教育の実践」News Letter（雇用構築学研究所）48号（2016年）14頁以下。

6)「新司法修習の司法修習生指導要綱について」2（2）最高裁判所ホームページ [http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms\\_lf/80314003.pdf](http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/80314003.pdf)（2016年12月24日確認）。岡本（註2）「法科大学院協会による教員研修に参加して」28頁註2、29頁註4。

の段階では、それらの能力の習得までは求められてはいないと言える<sup>7)</sup>。

上記出題趣旨に対応して、平成28年採点実感で示された「採点の基本方針」は、以下の4つから構成されている。すなわち、比較的長文での具体的事例における各人の罪責を問うことで、①刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の有無・程度、②事実関係を的確に分析・評価し、③具体的事実法規範を適用する能力、④結論の妥当性とその結論に至るまでの法的思考過程の論理性等を総合的に評価する、と。これは、③が「結論の具体的妥当性」となっていること以外は、平成25年からの各年の採点実感とほぼ同旨である。

2、そして具体的に答案に表現されることが求められているものは、以下の4点と言える。すなわち、①問題における事実関係の法的な分析が適切であること、②事案解決に必要な範囲において法解釈論が展開できていること、③問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ、法規範に当てはめて妥当な結論を導くこと、そして④罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保っていることである。上記4つの要素は、表現の多少のちがいがこそあれ、平成23年から平成28年の各採点実感で示されている。

そして、具体的には、法的3段論法に従った以下の3点に留意すべきとされている。各人それぞれの罪責の検討に当たっては、i それぞれの行為や侵害された法益等に着目して、どのような犯罪の成否が問題となるかを判断し、ii 各犯罪の構成要件要素を検討し、iii 問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することとされる。

3、そして上記の出題趣旨、答案において表現されるべきことなどに対応するかたちで、「答案の水準」として、平成23年採点実感から現在まで、4段階、つまり、「優秀」「良好」「一応の水準」そして「不良」という答案の

水準が示されている（平成28年採点実感3（7））。これらの基準は、年ごとに表現の変化はあるものの、おおむね同旨のものと言える<sup>8)</sup>。

まず、そこで「優秀」と評価される答案とは、法的3段論法に従って、以下の4点についての確と評価される答案である。すなわち、i 本問の事案を的確に分析し、本問の出題趣旨や前記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、ii 成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に理解し、必要に応じて法解釈論を展開し、iii 問題文に現れた事実を具体的に摘示して当てはめを行い、iv 各人の刑事責任について、論理的に矛盾せずに妥当な結論を導いている答案とされる。とくに、問題文に現れた具体的事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答案は高い評価を受けている。この点については、第3の3で具体的に分析する。

次に、「良好」と評価される答案は、上記i についての検討はなされているが、上記ii の成否が問題となる犯罪の構成要件要素の理解が、一部不正確または、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったりするもので、iii 当てはめにおいても、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると評価されたもので、iv 各人それぞれの刑事責任について論理的に矛盾せずに妥当な結論を導くことはできているものの、一部の問題点についての論述を欠くものとされる。

さらに、「一応の水準」と評価される答案とは、上記i の事案の分析が不十分であったり、複数の主要な問題点についての論述を欠くなどの問題はあがるが、上記ii 刑法の基本的な理解について一応ではあるが、これを答案に示し、上記iv の論述内容が論理的に矛盾しない答案とされる。

そして「不良」と評価される答案は、上記4つの要素がほとんどできていないと評価される答案である。すなわち、上記i の事案の

7) 実際に、平成21年採点実感3（2）ア②と④においては、問題文の主要事実は、確定しているものであり、間接事実の積み重ねのような事実認定を行うことは、誤りとされている。

8) 平成27年採点実感3（6）、平成26年採点実感3（6）、平成25年採点実感3（5）、平成24年採点実感3（2）エ、平成23年採点実感3（6）。なお、平成22年、平成21年そして平成20年の各採点実感には、その旨の記載はない。これは他の科目とは異なる。たとえば、平成22年採点実感の商法科目（10頁）には、その旨の記載がある。

(法的)分析がほとんどできていない。上記 ii の刑法の基本概念的な理解が不十分ゆえに、本問の出題趣旨と採点の基本方針に示された主要な問題点を理解できておらず、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開したりする答案とされる。iii 結論が著しく妥当でない、iv 論述内容が首尾一貫しておらず、論理的に矛盾している答案とされる。

### 第3 具体例～刑法上の基本的理解、それに基づく事案分析そして当てはめ～

以下では、上記で概観した出題趣旨ないし採点の基準までの4点について、各年の論文試験において問題とされた答案を具体的に分析しつつ、それが何故そのように評価されたかを、コアカリキュラムを参考にしながら考えてみたい。

繰り返しになるが、司法試験論文試験に求められる能力、答案に示されるべき要素とは、上記4点と言える。すなわち、①各事案における法的分析の適切性、つまり、事案解決に必要な条文、先例となるべき裁判例そして理論の必要最小限の選択、②事案の解決に必要なかぎりでの法解釈論の展開とそれを支える刑法の基本概念的な理解、そして③問題文に示された具体的事実を、上記②との関連性のなかで理解し、かつ答案に表現し、そして④その結論が、当該事案において具体的に妥当であり、論理が一貫していることである。

本来ならば、この順番に従うべきであろう。とはいえ、しかし、よく考えると、①も③も、②の刑法上の基本原理・原則、理念ないし基本概念的な理解を踏まえることが前提であると思われる。これら②が文章として表現できるほど習得できていなければ、①も③も表現できることはない。したがって、②の部分から始めることとする。以下、文献引用は最低限とし、各年の出題趣旨、採点実感、コアカリキュラムそして関連する裁判例を原則とする。

## 1. 刑法上の基本的な原理原則・理念ないし基本概念的な理解について

ここでは、要するに、各年の採点実感において、驚くほど基本的なことが、文章として答案に表現できていないことが分かる。そこでの学修のポイントは、やはり、「抽象と具体との絶えざる連関性の理解」であり、これが多くの受験生に決定的に欠けていることと思われる。すなわち、刑法上の抽象的な原理・原則・理念ないし基本概念的な理解の際には、漏れなく、「具体的事例に即して説明することができる」状態になければならない<sup>9)</sup>。

### 1-1 総論(コアカリキュラム第1編)について

#### (1) 実行行為(コアカリキュラム第1編第2章第1節ないし3節)について

たとえば、平成23年論文試験の問題文3における甲の行為に対する罪責の選択である。すなわち、甲は、車を加速・蛇行運転して車にしがみついていた乙を振り落とし、重傷を負わせたのであるが、採点実感によると、ここで甲の殺人未遂罪の成否を検討せず、傷害罪の成否のみを論じた答案が「予想以上に多かった」とされ(3(2)ア)、この甲の行為を、危険運転致傷罪(旧208条の3)あるいは自動車運転過失致傷罪(旧211条)の成否を検討した答案(3(2)イ)もあったという。

おそらく、このような思考の問題点は、上記コアカリキュラム第1編第2章第1節から第3節の順序(実行行為→結果→両者の因果関係)についての論理構造への理解不足にある。すなわち、上記答案は、結果(重傷)だけを見て判断しており、実行行為時の乙への法益侵害の危険性への意識が低いと言わざるを得ない。その思考のおかしさは、具体例に即して考えれば直ちに分かることである。たとえば、混雑する繁華街でゴルフクラブを振り回し、歩行者を追いかけたXが、結果的には誰も傷つけずに取り押さえられたとしよう。

9) ちなみに、筆者が数えたところ、刑法分野におけるコアカリキュラムのすべての項目の計294のうち、具体的事例に則した説明を求めるものは、約半分(48%)142個ある。

上記思考方法によれば、被害結果はなく、Xに何の犯罪も成立しないという結論となろう。とはいえ、この結論が妥当とは言えないのは明らかである。ゴルフクラブを人体に対して振りまわす時点での身体に対する危険性そしてそれに対するXの認識は、いずれも殺人罪(199条)の実行行為、同罪の未遂罪(203条、43条本文)に当たるであろう。コアカリキュラム第1編第2章第2節①でも、各罪の実行行為の意義の理解、具体的事例に即した説明が求められている。

上記平成23年について言えば、甲所有の四輪駆動の車高の高い車にしがみついた乙を、甲が50km/hという速度で、公道を200km/h蛇行運転しながら、アスファルト舗装の路面に乙を叩きつける行為は、その時点で乙の生命に対する現実的危険のある行為と言え、殺人未遂罪の客観的要件が認められるであろう。

## (2) 間接正犯(コアカリキュラム第1編第2章第2節②)について

何も知らない乙という第三者を利用した殺人罪の間接正犯の成否が問題となったのが、平成25年論文試験における甲の罪責であった。本問甲は、A殺害のため、睡眠薬入りの飲料をAに飲ませて昏睡させ、自己所有の車トランクに手足を縛って閉じ込め、何も知らない乙に、ガソリントankと共に引き渡し、人気のない採石場で同車を燃やすことを指示している。同年採点実感では、この甲の間接正犯の実行の着手の時期について、そもそも触れていない答案(3(3)ウ)、触れていても、トランク閉じ込め時点とした答案(3(3)イ)が問題のある答案とされていた。また、甲の間接正犯による殺人罪の実行の着手時期を明示していないために、甲の罪責が、殺人未遂罪なのか、それとも殺人予備罪(201、199条)なのか明らかにした答案は僅か(3(3)ウ)とされていた。いずれにしても、上記甲の乙への引き渡しの時点において、甲の乙への指示と具体的な準備を、Aの状態と併せて、Aの生命に対する現実的危険の有無を考えるべきであろう。コアカリキュラム第1編5章第2節③においても、間接正犯の実行の着手時期については、具体的事例に即した説明が求められている。また、同年の乙の

罪責について、そもそも殺人罪の成否をまったく検討していない答案(同年採点実感3(2)ア)もあったとのことである。

しかし、少なくとも、乙については、甲に車を引き渡されて運転中に、縛られた状態のAを見つけたのに、これを解放するどころか、Aを車ごと燃やし殺害しようと、助けを呼ばれないよう、口をガムテープでふさぎ、トランクに再び閉じ込め、ガソリントankを乗せた車を走らせた時点で、Aの生命に対する現実的危険があると言えよう。これも殺人罪の実行行為についての理解であろう。

## (3) 不真正不作為犯(コアカリキュラム第1編第2章第5節)について

また、夫Vの生命に関わるアレルギーショックを放置した甲の不真正不作為犯による殺人罪が主要な問題となった平成22年論文試験の採点実感では、その規範定立が不十分とされた答案(3(2)ア②)があり、同じく、乙と丙の不真正不作為犯による殺人罪が問題となった平成26年論文試験でも、作為義務に触れない答案(採点実感3(2)イ)があったとのことである。コアカリキュラムでも、不真正不作為犯の成立要件の概要(第1編第2章第5節②)、作為義務の根拠と有無についての判断(同③)は、その説明が求められている箇所である。

上記22年の採点実感では、不真正不作為犯の因果関係の特殊性(3(2)ア④)や、その時間的関係を意識せず、作為義務や故意の有無を安易に認める答案(同⑥)も問題のある答案とされていた。この点も、コアカリキュラムで理解と説明が求められている箇所である(第1編第2章第5節②)。具体的には、同年の採点実感にもあるように、薬の誤飲によりアレルギーショックになった夫Vを、その事情をよく知る妻Vが、救命可能性があった午後2時20分の時点でVの状態を認識しつつ、何もしなかったことが、不真正不作為犯の各要件の具備と併せて、殺人の実行の着手時期となろう。この点は、本問とは直接の関連はないが、不真正不作為犯による殺人罪が問題となったシャクティパッド事件、保護責任者遺棄致死罪が問題となった覚せい剤少女放置事件における裁判所の認定事実とその判

断が参考となろう<sup>10)</sup>。

このように、不真正不作為犯による殺人罪の検討において、「どの行為を「どの行為を実行行為としているのか判然としない答案」(3(2)ウ)は、平成26年論文試験の採点実感でも問題のある答案とされていた。具体的には、同年問題文3①にあるように授乳等を中断後24時間で生命の危険が発生し始めるとのことなので、授乳等をやめた7月1日から24時間が経過した同2日昼(問題文4)の時点で、Aの状況を認識しながら、Aの生命を保護すべき保証人的立場にありながら、その状態を放置している甲と丙に不作為の殺人罪の実行の着手が認められよう。

#### (4) 因果関係(コアカリキュラム第1編第2章)・中止未遂(同5章)と犯罪体系論について

また、上記平成26年論文試験では、甲の殺人罪における実行の着手を認定する前に、因果関係の有無や中止未遂罪の成否を検討した答案(採点実感3(2)エ)や、反対に、因果関係の有無を検討する前に、中止未遂罪の成否を検討答案(同オ)もあったそうである。これは、上記コアカリキュラムにあるように、実行行為⇒(死亡)結果⇒行為と結果との因果関係という時系列順での犯罪論の構造についての理解が足りないこと、さらには「実行行為と結果との間に必要となる因果関係の意義について」の理解と概要の説明(同第1編第2章第4節①)未遂の成立要件(第1章第5章第1節②)そして中止未遂の要件(同第4節②)の理解と説明が不足していることを意味する。とくに、基礎的な条文理解の問題とも言える。というのも、中止未遂を定める43条但書は、同本文が定める未遂がその前提であり、本文によれば、犯罪の実行に着手して結果が不発生のときに初めて、中止「未遂」犯の成否が問題となるからである。

#### (5) 故意の内容(コアカリキュラム第1編第2章第6節)について

また、条文の理解不足と思われるものは、

犯罪を特定しないまま故意を検討する答案である。これは平成23年採点実感(3(2)ウ)、平成25年採点実感(3(2)イ前段)でも指摘されている。これについては、上記のようにコアカリキュラム第1編第2章第6節①に、故意があるというために、どのような事実について、どのように認識・予見する必要があるのかについての理解と、具体的事例での説明が求められている。これも、故意を定める38条1項本文の文言を理解すれば足りることである。すなわち、同項によれば、故意とは「罪を犯す意思」であり、この「罪」は特定犯罪の客観的構成要件要素についての「意思」、つまり認識・予見と解釈するのが論理的である。すなわち、まず客観的な犯罪の特定が当然の前提ということになる。このようなことを意識しないと、平成22年の事案で、Vの薬によるアレルギー反応の異状についての認識のない看護婦乙に、故意犯である保護責任者遺棄罪の成立を認める(3(2)②)こととなろう。

また、因果関係の錯誤についても、平成21年採点実感(3(2)ア④)で問題ありとされている。さらに、平成25年論文試験の乙の罪責でも、因果関係とその錯誤の整理が問題とされた(3(2)ア)。すなわち、ここでは、手足を縛られたAの口をガムテープでふさいで、改めて車のトランクに閉じ込め、採石場で車ごと燃やしてAを殺害する意図で、そこまでの悪路を車を走らせている間にAが自らの吐しゃ物で窒息死した事案であり、いわゆる早すぎた(死亡)結果発生であった。コアカリキュラムでも、因果関係における錯誤の事例における故意犯の成否についての理解と具体的事例における説明が求められていた(第1編第2章第6節④)。要するに、因果関係の錯誤であっても、上記のように、38条1項本文の「罪を犯す意思」として客観的な構成要件の認識・予見であるのであるから、まずは、客観的な構成要件の内容としての実行行為から結果そして因果関係の有無を先に検討することが論理的ということになる<sup>11)</sup>。

10) 最決平成17・7・4刑集59巻6号403頁、山口厚編著『刑法判例百選Ⅰ総論(第7版)』(有斐閣、2014年、以下、『百選Ⅰ総論』)6事件、最決平成1・12・15刑集43巻13号879頁、『百選Ⅰ総論』4事件。

11) ここでは採点実感にもあったように、いわゆるクロロホルム事件の最判平成16・3・22刑集58巻3号187頁(『百選Ⅰ総論』64事件)に従った判断が求められていた。



#### (6) 過失犯（コアカリキュラム第1編第2章第7節）について

過失犯（38条1項但書）については、看護師乙、薬剤師丙それぞれにV死亡に対する業務上過失致死罪（211条）を検討すべき平成22年論文試験で、過失犯の基本的な理論（予見可能性・予見義務、結果回避可能性・結果回避義務を内容とする注意義務違反など）について、まったく言及のない答案（採点実感3（2）イ①）が問題ありとされた。これも、コアカリキュラム第1編第2章第7節②、同③と同④で、過失犯の成立要件、注意義務の意義・内容そして予見可能性の内容それぞれの理解と具体的事例での説明が求められている。

また同年採点実感には、同罪の「業務」の定義について、判例に従い、「人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為」とだけ述べ「他人の生命身体等に危害を加えるおそれがあるもの」という言及がない答案（3（2）イ②）があったとされる。これは著名な裁判例を知っていれば避けられたミスではある<sup>12)</sup>。とはいえ、たとえ知らなかったとしても、刑法における法益保護の原則に立ち戻り、同罪の法益が生命・身体の安全であることを意識すべきということになろう。また同年には、条文に存在しない業務上「重過失」致死傷なる罪の成立を認めた答案（3（2）イ⑧）もあったとのことであるが、これも条文を引く習慣さえあれば、防げたミスと言える。

#### (7) 正当防衛（コアカリキュラム第1編第3章第4節）について

平成23年論文試験の問題文3の自分の車にしがみついた乙を車ごと高速度で蛇行させて振り落とした行為の甲の罪責について、どの行為を対象として正当防衛を検討するのかを特定しない答案（採点実感3（2）エ）があったとのことである。これも、条文を一瞥すれば足りることであって、正当防衛を定める36

条1項によれば、「罰しない」とされる対象は「行為」とされており、その対象の特定が条文上必要となる。甲の上記問題文3の行為は、そもそも問題文1の甲の乙と丙に対する暴行に由来して甲自らが招いたものであった。しかし、問題文1と問題文3とを分断して分析したためか、「自招侵害についてまったく検討していない答案が数多く見られた」（3（2）カ）とのことであった。この点、コアカリキュラムでは、自招防衛、つまり、「行為者自らが不正の侵害を招致した場合における正当防衛の成否」の理解、具体的事例に即した説明（第1編第3章第4節⑦）が求められていた。同年出題趣旨（1）には、参考すべき裁判例が挙げられており<sup>13)</sup>、この裁判例を参照し、問題文1と問題文3との距離と時間的接性との一連一体性の有無の判断が必要となる。この点は、同年採点実感では、甲の行為のうち、問題文1の場面と問題文3の場面とを一連の行為として、全体として正当防衛の適否を考える実益を明らかにしない答案（採点実感3（2）ク）が問題とされていたが、要は、甲の第1場面を考えずに、第3場面だけを考えると、乙の攻撃だけを考えればよくなり（もちろん、それは事案の性質から考えれば不適切な分析と言えるが）、甲の正当防衛による不可罰ないし過剰防衛（36条2項）による刑罰の任意的減免が、より認められやすくなるであろう。

#### (8) 共犯（コアカリキュラム第1編第6章）について

ア、平成20年から平成28年まで罪責を問うべき者が、1名であったことはなく、平成28年論文試験においては、甲乙丙そして丁という4名の罪責まで問われていた。したがって、各年の実感にしばしば見られるように、間接正犯以下、共犯の成否について検討もしていない答案<sup>14)</sup>は、やはり問題のある答案として低い評価しか与えられない。コアカリキュラムでも共犯の類型、共犯として処罰できる時

12) 最決昭和60・10・21刑集39巻6号362頁、『百選Ⅰ総論』60事件、なお本件は、業務上過失致死罪と「業務」上失火罪（117条の2）が共に問題となった事案であった。

13) 最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁、『百選Ⅰ総論』26事件。

14) たとえば、平成21採点実感3（2）ア①、平成23年採点実感3（3）ア、平成25年採点実感3（3）エそして平成26年採点実感3（3）ウでも、共犯の検討のない答案が指摘されている。

期についての理解と説明（第1編第6章第1節①と②）が求められる。

イ、いわゆる共謀共同正犯論、つまり、「直接には実行行為を分担していない者の共同正犯の成否」（コアカリキュラム第1編第6章第2節②）は、刑法60条の立法時からの解釈としては大いに問題がありながら、裁判所を始め実務においては肯定され、各年の論文試験においても、検討を要するとしている。

たとえば、平成20年の採点実感2では、同年の甲乙との窃盗罪についての共謀共同正犯の成否において、共謀共同正犯肯定論を前提としながらも、その要件論を示すことなく、これを認めたりする答案があったとされる。これは、コアカリキュラム第1編第6章第2節②③が求める共謀共同正犯論の成立要件、共謀の内容についての説明が足りないと評価されるであろう。また、甲乙の共犯関係について、乙の分け前が少ない点のみから、乙を幫助犯とする答案も問題ありとされている。この点は、コアカリキュラム第1編第6章第2節⑤で、共同正犯と他の関与類型との区別の理解、具体的事例に即した説明が求められているところである。本年論文試験では、犯行に対する乙が果たした役割・寄与度などを、事前共謀について著名な判例である練馬事件大法廷判決<sup>15)</sup>の裁判所認定事実と裁判所の判断を参考にしながら、具体的に検討することが必要であろう。同じことは、平成28年の論文試験の甲について、現場には行っていないが、実行犯乙に、事前に具体的指示と準備のための資金を提供したことについての強盗罪以上の共謀共同正犯の検討が必要とされていた（同年採点実感3（2）と同（4）①）。また平成25年では、事情を途中まで知らなかった乙との関係で、間接正犯の成否、その後の共謀共同正犯以下の問題を何ら触れていない答案（同年採点実感（3）エ）が問題あるものとされていた。さらに同年では、甲と乙とのあいだに事前共謀が存在したという事情は認められないにもかかわらず、「安易に乙と

の間で黙示の共謀があった」とした答案（（3）ア）も問題のある答案とされていた。

このように各人に犯罪を共同実行する意思連絡、つまり、共謀が存在しない事実を前提とし、かつ、相互意思連絡を不要とする片面的共同正犯の立場に立たないにもかかわらず、安易に共同正犯を認める答案（平成21年採点実感3（2）ア②）はやはり問題ありとされている<sup>16)</sup>。

ウ、また、平成28年の甲の罪責については、乙との強盗罪についての共謀共同正犯を肯定した上で、乙からの電話により、甲が乙に犯行の中止を指示した点について、いわゆる共犯からの離脱を検討すべき場面があった（採点実感3（3）③）。このような共犯関係からの離脱・解消の理解と具体的事例における説明も、コアカリキュラムで求められているものである（第1編第6章第4節⑤）。また、共犯からの離脱を論じることなく、共犯の中止犯の成否を論じた答案は、刑法上の基本的概念についての理解を誤っている（3（3）④）と評価されている。これも、コアカリキュラムの理解を求めるものと言える（第1編第6章第4節⑥）。そして、共犯からの離脱が認められなければ、V死亡についての乙との結果的加重犯（強盗致死罪）の共同正犯が問題となり、認めるならば、乙との関係で強盗予備罪との共同正犯の成否が問題となるはずであるが、採点実感によると、そのような答案は少数（3（3）③）とのことであった。

エ、コアカリキュラムによれば、結果的加重犯に対する共犯規定の可否について（第1編第6章第4節⑧）も、予備罪に対する共犯規定の可否について（第1編第6章第4節⑨）も、いずれもその理解と具体的事例に即した説明が求められている。これもまた、刑法上の体系論的な基本理解ということになる。

オ、平成22年論文試験では、看護師乙と薬剤師丙との過失の共同正犯が認められるか、認める実益は何か（同年出題趣旨）が問われていた。その実益を示さない答案（採点実感

15) 最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁、『百選Ⅰ総論』75事件。

16) 平成26年採点実感2 採点の基準等も同旨であろうか。片面的共犯についての理解と具体的事例における説明を求めるのは、コアカリキュラム第1編第6章第4節⑤である。

3 (2) イ⑦)は、問題ある答案とされていた。要するに、その実益は、共同正犯における一部実行全部責任の原則の問題であり、乙丙をそれぞれ単独犯としたときよりも、乙と丙がVの生命保護についての共通の注意義務を負い、Vの死亡結果への因果関係を同じように認めることができることにある。コアカリキュラムでも過失犯に対する共犯規定の可否についての理解と具体的事例に即した説明が求められる(第1編第6章第4節⑦)。

カ、平成23年においては、とくに丙の乙との甲への問題文1の場面での暴行と、問題文2での乙の甲に対するナイフ切りつけ行為が、丙にも共犯として罪責として問われるのかも、著名判例を参考として検討することが求められていた(同年採点実感3(3)ア)<sup>17)</sup>。コアカリキュラムでも、共同正犯における正当防衛・過剰防衛の成否への理解と具体的事例に即した説明(第1編第6章第4節⑩)が求められていた。

キ、平成27年論文試験の乙の罪責については、コアカリキュラム第1編第6章第2節④、同章⑫そして第1編第2章第6節⑤にあるように、共謀をした甲とのあいだで、故意を異にする共犯、しかも、構成要件を異にする錯誤の問題を検討すべきことになっていた。すなわち、本問では、乙と甲との事前共謀の時点では、甲が開発新薬書類を管理する開発部長としての甲の立場を利用した同書類持ち出しであったのが、共謀後、犯行前に、甲の人事異動によって甲は「後任部長が管理する新薬の書類を持ち出す」行為をした。これについては、乙は問題文5の電話で初めて知ったとあり、甲の犯行当時は知らなかったことは明らかである。したがって、乙の認識としては、事前共謀における甲との業務上横領と、犯行当時の甲の上記地位の異動を反映させるならば、窃盗罪と、異なる構成要件上の齟齬が生じていることは明らかである。ここで、業務上横領罪と窃盗罪とをその法定刑、刑期

を比較すると、業務上横領が38条2項における「重い罪」となり、したがって、窃盗罪が同項の「軽い罪」となる。したがって、乙を甲との事前共謀の内容であり、同項により、乙の認識である業務上横領罪で処罰することは許されない。反対に軽い罪の故意を乙に認めることは、批判が大いにある著名な判例を参考にしつつ、法益や罪質上の共通性から両罪の実質的重なり合いの有無を判断することとなる<sup>18)</sup>。ただし、「業務上横領罪と窃盗罪の重なり合いについて判断した判例はない」(出題趣旨)、「これを明確に論じた判例がなく難しかったのではないか」(採点実感3(3))とのことである。その際、同年採点実感によると、基準を立てなかったり、基準を立てたとしても、両罪の共通性を、「占有侵害」としたりする答案は、低い評価とされた(3(3))。たしかに、(業務上)横領罪は「自己の占有する他人の物」(253条)で、窃盗罪は「他人の財物」(235条)と、他人の占有が前提であり、両罪の共通性が、占有侵害というのは、その理解が不足していると言われても仕方ないであろう。両罪ともに不法領得の意思は、その体系的位置は別にしても共通しており、その意味で領得罪という共通性はある<sup>19)</sup>。

## 1-2 総則；補論「論証パターン」は、「受験合理性」に役立っているのか？

なお、ここで触れるべきなのは、法学部生から法科大学院修了後まで、司法試験を受験する者にとって切実な問題である時間と労力の節約を意味する、「受験経済」あるいは「受験合理性」から考える論証パターンの是非についてである。

簡単に言えば、旧司法試験時代から流布ないし蔓延している論証パターンは、今でもなお、ほんとうに、上記受験経済または受験合理性に役立つものと言えるのかである。

まず第1に、このような一つの表現の型と

17) 最判平成6・12・6刑集48巻8号509頁、『百選Ⅰ総論』96事件。

18) 麻薬を覚せい剤と誤信して密輸入した場合の、最決昭和61・6・9刑集40巻4号269頁、『百選Ⅰ総論』43事件。

19) コアカリキュラム第2編第6章第1節①の領得罪と毀棄罪との区別、同第2節②⑥⑦の窃盗罪における占有(所持)と不法領得の意思の意義、さらに同6節②⑦⑧の横領罪における占有の意義、横領行為の意義と同罪における不法領得の意義について、である。

しての論証パターンについては、採点実感において否定的な例で指摘されており、決して高い評価は受けないということである。たとえば、平成22年の甲に対する不真正不作為犯による殺人罪の成立要件について、「まるで型にはめたような論述例」が相当数見られたこと（3（2）エ）は、「受験生が典型的論点に関する論述例の暗記に偏重するなどした勉強方法をとった結果、事案の特殊性を考慮して個別具体的な解決を模索するという法律実務家に求められる姿勢を十分に習得していないのではと懸念」されるというように実に手厳しい評価を下されている。また、平成28年の採点実感でも、規範定立部分に、いわゆる論証パターンをそのまま書き写すことに終始していると思われるものが多く、論点の正確な理解ができていないのかに不安を覚える答案が目についた（3（1））とのことである。具体的には、同年の丙の罪責における強盗罪ないし強盗致死罪についての承継的共同正犯（60条）の成否と（3（3）②）、甲の乙との共犯からの離脱についての規範定立の部分であった（3（4）②）<sup>20）</sup>。

以上、採点実感から見ても、いわゆる一行問題が存在していた旧司法試験時代ならばともかく、現在のような長文の具体的事例問題を検討する新司法試験において、型ではめたような論証パターンは決して高い評価を受けることはない。要は、時代遅れと言えよう。

つぎに第2として、なぜ論証パターンは採点において決して高い評価を受けないのか。論証パターンの問題性は、それがあたかも正解であるかのような思考に陥っていることもある（平成28年採点実感4）<sup>21）</sup>。

とはいえ、第3に、最大の問題は、このような論証パターンによる規範定立が、条文の趣旨や刑法の原理・原則に触れていないものが多すぎるということ、そしてそのことによって、各年の問題文に特有な事情についての柔

軟な対応ができなくなるということである。すなわち、論証パターンは、刑法上の原理・原則、条文の趣旨という意味でも不正確であり、具体的事例における結論への導きという意味でも柔軟性に欠ける点で、不足しているということになる。

たとえば、これらの論証パターンの一番の問題性は、そもそも何故、その論点をどの条文のどの文言の解釈として、この事案で論じる必要があるのかという「法曹として必要な現場で考える力」を奪うことを助長していることと思われる。すなわち、問題の所在としての、当該問題文の各人のどの行為が、どの刑法上の条文のどの言葉のどのような解釈と関連するのか、体系的ないし論理的ではないということである。それゆえに、刑法のみならず、他の分野でも採点実感で論証パターンが「目（親？）の敵」とされるのには理由があると言わなければならない。それは、学問（wissenschaft）ではない。というのも、「知識の幹」がないからである。幹がない、体系的ではないということは、その意図とは乖離して、そもそもの目的である受験経済に反する帰結となる。すなわち、論証パターンはその性質上、「幹」となる原理・原則がないために、「枝葉」、つまり、どうしても場当たりのとなる→ゆえに、無限に覚えることが増殖する→理解・問題演習のための時間が不足する→論証パターンが妥当する射程・前提への理解が進まない（応用が利かない）→各年の問題文における具体的事例の特殊性に柔軟に対応した説明が答案に表現できない→評価が低くなるという悪循環となることは、論理必然なことである。また、上記各箇所指摘してきたように、刑法上の体系性を無視して、その場その場での論証パターンを用いると、文字どおりのタコつぼ型となり、各条文のあいだの関連性への意識が薄れ、刑法の体系上触れるべき箇所に触れることができなくなり、

20) 受験生は、採点実感で指摘されたような論証パターンの暗記には熱心だが、平成28年採点実感で「重要判例」と位置づけられた裁判例には無関心のようなものである。たとえば、承継的共同正犯についての最決平成24・11・6 刑集66巻11号1281頁（とくに同1287頁の千葉勝美裁判官の補足意見）、『百選Ⅰ総論』82事件について、「意識して論述していた答案は少数」（3（3）②）であった。

21)（註1）7頁以下の山本龍彦ほか「[座談会第2部]法律学修法と法科大学院教育」11～12頁における「〔3〕悪しき論点主義に陥らない学修」における杉本一敏と大杉謙一の発言。

その結果、得点を落とす。

では、どうすればいいのか。要は、基本に返ればいいのである。すなわち、刑法の原理・原則を踏まえて、試験中も参照可能な条文から規範が導けるようになればいいのである。たとえば、不真正不作為犯による殺人罪の成否についての要件論の立論の際には、平成22年ならば被害者Vが死亡しており、甲だけがそれを助けられる立場にあったという意味での刑法の任務としての「法益保護の原則」と、しかし、殺人罪を定める199条の「殺した」という文言から、罪刑法定主義の原則に基づく自由保障機能を守るために、法益保護を求める主体を限定するために、保証人的地位が求められ、以下、作為義務と作為可能性などの要件が導かれる。また、平成28年の採点実感にも、承継的共犯の論証パターンを用いる多くの答案には、「共犯の処罰根拠を含め、承継的共犯の問題の所在について意識した上での確に論述されていると認められた答案」は、ほとんどなかったとのことである。評価されないのであれば、何のための準備か分からなくなる。とくに、60条の一部実行全部責任が、2人以上の相互の意思連絡と共同実行による法益侵害の危険性が高まることと、その裏返しとしての共犯からの離脱の要件としての心理的因果と物理的因果との論理的な連関性から、要件を導くようにできればよい。

このように条文から導かれる原理・原則を踏まえた論証の型を導ければ、そもそもの論証パターンは、それほど長く、多くを用意したり、暗記する必要もなくなる。受験経済上の利益も得られるものである。そもそも具体的事案の解決のために、既存の条文の解釈から、どのように論理的に具体的な解決策を提示できるのか。まさに、そこにこそ、法律実務家の力量が試されるものと言えよう。

### 1-3 各則（コアカリキュラム第2編以下）について

以下では、各年の採点実感において問題とされた答案のうち、各則に関わる部分についてコアカリキュラムと照らし合わせつつ、指摘する。とくに平成24年採点実感においては、刑法各則における各犯罪成立要件についての

規範定立部分における基本的知識の理解不足がうかがえる答案が、散見されていたことから、各考査委員から「総論に比較して各論の学習が不足しているのではないか。」との感想が複数寄せられた。「各犯罪類型に該当する典型的事案をイメージできていないのではないか。」との感想もあったとのことである（同年採点実感4）。以降には特別そのような記述はないが、とくに平成23年から平成26年の採点実感最後の「今後の法科大学院教育に求めるもの」には、刑法総論の理論体系を習得させるとともに各論の基本的知識を正確に理解し、的確に論述する能力を習得させる努力が望まれるとされていた。

いずれも、コアカリキュラムの該当箇所において、基本的知識の理解と具体的事例に即しての説明が求められる刑法各論上の基礎と言えるものである。

#### (1) 同時傷害（207条、コアカリキュラム第2編第1章第2節⑤）

平成23年採点実感には、乙と丙の傷害罪の共謀の成立を認めつつ、さらに同時傷害の特例を適用する答案（3（3）イ）もあったという。207条の理解は、上記コアカリキュラムの範囲内である。207条の文言を一瞥すれば分かるように、「共同して実行した者でなくても」、同条要件が備われば、共同正犯が成立する。207条の適否の前提は、60条適用が否定された場合である。

#### (2) 住居等侵入罪（130条、コアカリキュラム第2編第3章①ないし③）

平成27年論文試験の採点実感においても、甲のA社ビル内の営業部立ち入りについて建造物侵入の検討がなかったり、ビルを「住居」とする答案があったとされ、「法的概念についての理解が不十分」とされたり、答案の中には、「侵入」の意義を示さず、単に事実を挙げるにとどまるものも「散見された」（3（2））とのことである。これら、同罪の保護法益・罪質、侵入の意義、客体については、上記コアカリキュラムでは、理解と具体的事例に即した説明が求められている。

#### (3) 未成年者略取誘拐罪（224条、コアカリキュラム第2部第2章第3節①ないし③）

平成26年論文試験では、Aの父丙が、生後

3か月の幼児Aを抱きかかえ、別居した甲宅から連れ去った行為が、有形力の行使を用いた未成年者「略取」罪（224条前段）の検討が必要であった。とはいえ、同年採点実感によると、同条後段の未成年者「誘拐」を認めた答案（3（3）イ）があったとされる。これは、上記コアカリキュラムの該当部分にある略取誘拐という基本的概念への理解不足とされるであろう。とはいえ、乙は、Aと別居しているが、Aの父親であり、Aに対する親権も有している（問題文7）ために、未成年者略取罪の主体である「略取した…者」言えるかは問題となる<sup>22)</sup>。

#### (4) 不法領得の意思（コアカリキュラム第2編第6章第2節⑦）について

平成27年論文試験の丙の罪責については、いわゆる留置場志願目的の窃盗罪あるいは有離脱物横領罪（254条）の検討において、不法領得の意思の検討が必要であり、その際に、この意思が認められない場合には、犯罪不成立ではなく、器物損壊罪（261条）の成否を論ずることが求められていたが、同罪まで検討しなかった答案もあったとのことである。そのような答案に対しては、「不法領得の意思の要否がなぜ議論となり得るのか、議論の出発点が理解できていない」（同年採点実感3（3））という評価がなされている。上記コアカリキュラムの該当部分では、窃盗罪における不法領得の意思における利用処分意思の要否・意義そして内容についての理解と具体的事例に即しての説明が求められていたし、占有離脱物横領罪の場合でも、第2編第6章第6節⑧で横領罪における不法領得の意思の意義と内容についての理解と具体的事例に即した説明が求められていた。また、同第2編第6章第1節①の領得罪と毀棄罪との区別についての理解とも関連がある。

#### (5) 業務上横領罪（253条、コアカリキュラム第2編第6章第6節）

平成24年論文試験は、合同会社であるA社の代表社員である甲が、自己の借金返済のために自ら管理するA社土地に抵当権を設定す

る行為に、業務上横領罪または背任罪（247条）の検討が必要とされるものであった。

ここでは、そもそも存在しない横領未遂罪なる犯罪を認めるものもあったとのことである（同年採点実感（2）ア①）。条文を確認すれば避けられたミスである（44条も参照）。また、業務上横領罪の「業務」の意義についてまったく触れない答案（同（2）ア③）や触れても定義が不正確な答案（同②）もあったとのことである。さらに甲の管理するA社の不動産との関係で、業務上横領罪における「占有」の意義と内容について不正確（同（2）ア④⑤）、抵当権設定行為について「横領行為」の可否の理解が不正確（同⑥）、さらに大多数の答案が横領の既遂時期に触れていない（同⑦）、甲による抵当権設定後の売却行為についての罪数論を誤った答案（同⑩⑪）などが問題のあるものとされた。いずれも、コアカリキュラム第2編第6章第6節②④⑦⑧⑩が直接に関連し、そして抵当権設定については⑨が関連するものと思われる。なお、そもそも甲の抵当権設定行為について、横領罪と背任罪の区別をまったく論じないで、とくに法定刑のより軽い背任罪の検討をした答案は問題のあるものと評価されている（同（2）ア①）。これは両罪の区別をする主要な見解の概要の理解と説明を求める、コアカリキュラム第2編第1部第7節⑥が該当する。

#### (6) 私文書偽造罪（159条、コアカリキュラム第2編第2部第2節）

平成22年と平成24年の各論文試験においては、文書偽造罪の検討が求められていたが、いずれの採点実感でも、「偽造」、「作成者」そして「作成名義人」、「有印」と「無印」、さらには署名、文書の種類といった基本概念の理解が不十分とされる答案があった（平成22年採点実感3（2）ウ①、平成24年採点実感（2）ア⑧⑨）。いずれも、コアカリキュラムにおいて、文書の意義、偽造の意義、作成者と作成名義人という概念そして有印あるいは無印の文書の区別についての説明が求められている（第2編第2部第2章第2節第1款②

22) これについては、採点実感に示されたように最決平成17・12・6刑集59巻10号1901頁、山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論（第7版）』（有斐閣、2014年、以下、『百選Ⅱ各論』）12事件参照。

④⑥)。

(7) 非現住建造物等放火罪(110条, コアカリキュラム第2部第1章第3節)

平成25年論文試験では, 甲所有のB車に, 甲の指示によりガソリンをまいて火を放ち, B車を全焼させた乙に, 建造物等以外放火罪(110条2項)の成否が問題となった。その際に問題ありとされた答案として同年採点実感には, 同罪を抽象的公共危険犯とするものや, 同罪の「焼損」や「公共の危険」の意義等の記載を欠いたり, 不正確な答案があったとのことである(同年採点実感3(2)エ, オ)。

コアカリキュラム第2部第1章第3節①⑤⑥⑦には, 放火罪の諸規定の概要, 本罪の結果である「焼損」の意義, 公共の危険の意義と内容そしてその認識の要否についての理解と具体的事例における説明が求められていた。本問では2つの最高裁判例での認定事実とその判断を参考にすることが求められていた<sup>23)</sup>。

## 2. 事案の法的分析において問題とされた例から考える

(1) 一般論その1～問題文の事案分析は, 刑法の基本理解と密接に関連～

次に, 各問題に書かれた事案に対する法的分析, つまり, どの罪名, どの条文を選んで, どの程度検討し, 答案に書き始めるのかという問題は, 最初にして最大の問題と言える。とはいえ, ここでの法的分析的確さは, 上記「1」における刑法上の基本概念の理解と関連する。要するに, 条文の趣旨, 刑法の原理・原則そして刑法上の基本概念といった「抽象的なもの」と対で覚えるべき「具体的なもの」, 判例百選に掲載されているような事件の認定事実との関連をどの程度習得しているかの問題である。それがないと, 各年における採点実感でしばしば指摘される検討すべきところをしていない答案となるであろう。

(2) 一般論その2～各年の雑感に言うメリハリあるいはバランス～

問題なのは, ここから先であり, むしろ, 具体的事例において, 特定の罪名の成否についての検討をしているにもかかわらず, その表現が低く評価されてしまう場合である。この点は, 上記採点の基準においても, 解釈論は, 必要に応じてなすべきことが求められている。少なくとも, 各年の問題文において, 各人の行為について記述が簡単な場合は「簡潔に」その罪責を検討し, 答案に書くべきものと言えよう。たとえば, 平成28年採点実感では, 論じるべき点は多岐にわたるために, 事実認定上または法律解釈上の重要な事項については, 手厚く論じる一方で, 必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど, 答案全体のバランスを考えた構成についての工夫も必要とされる。これは, 各年採点実感でも繰り返し指摘されている。

平成21年採点実感でも, 事実関係から, かけ離れた一般論や結論を左右しない解釈論上の問題について長々と書くことを戒めている。具体的には, 甲の罪責について論じる際に, 横領罪と背任罪の関係について両罪の区別に関する一般論を長々と論じたとしても, 結局は, 個別の犯罪構成要件の充足を論証しなにかぎり, 各人に成立する犯罪を確定することはできず, そこにあまり意味はないとされる(3(2)イ④)。

(3) 具体例その1について

まず, よくある答案は, 罪責を簡潔に論じればよいものをしないことである。

ア, 平成23年論文試験では, 問題文1の丙が, 友人乙を殴りつける甲の胸付近を強く押した行為に対して, 正当防衛が成立するか, 冗長に論ずる答案など(採点実感3(4)丙の罪責)問題とされていた。

平成27年論文試験の甲に対する建造物侵入罪の成否について, 甲は有給休暇を取り, 金庫内の新薬書類を持ち出す目的で, 各部が独立した構造の一室である新薬開発部の部屋に入ったことを踏まえて, 「簡潔に論じる必要

23) 最決平成15・4・14刑集57巻4号445頁, 『百選Ⅱ各論』84事件, 最判昭和60・3・28刑集39巻2号75頁, 『百選Ⅱ各論』85事件。

がある」とされていた。これについて同年採点実感では、「その成否を延々と論ずる答案が見られた」という(3(2))。また、平成28年採点実感でも、乙丙そして丁に住居侵入罪が成立するのは、特に争いのないところなのに、長々と論じる答案も若干あったとのことである(3(2)①)。また、同年の乙について、財物奪取のために、Vの顔面にナイフを突き付けたり、顔面を蹴ったりする行為が、強盗罪の「暴行」「脅迫」に該当することは、ほぼ争いはないはずなのに、「長々と論じる答案も散見された」とのことである。いずれも、問題文の長短との相関関係である。

とはいえ、これは住居侵入罪であるからと言って、自動的に簡潔に論じるべきことにはならない。たとえば、平成26年司法試験の乙による別居中の妻甲宅への立ち入りについての住居等侵入罪は、同年採点実感にもあるように主要な問題とされるからである(3(2)同(4)ア)。それは同年問題文1と同7についての詳細な事実が記されていることから判断すべきということなのであろう。

イ、最後に、事案の法的分析で取り上げる例としては、非常に興味深いのが、受験経済から言えば、どこまで探究するか疑問なものもある。たとえば、平成27年論文試験の問題文8の甲の罪責についてであり、ここで甲は、Cが持っていた、客観的にはCのカバンを、「自分(甲)のカバン」と勘違いし、「盗まれた」とも勘違いして、Cからひったくり、Cを怪我させている。これは窃盗罪(「3」で後述。)と傷害罪の客観的構成要件に該当する。とはいえ、とくに窃盗罪について甲の主観面としては、採点実感にあるように、客観的にはCのカバンを、自分(甲)の物と勘違いしており、窃盗罪の「他人の財物」という「構成要件該当事実の認識」の錯誤となっており、しかも客観的には自分(C)のカバンをもって改札口を通過しようとしているCが、甲にとっては自分のカバンを盗んでCの占有移転を完了しつつ(窃盗既遂)あるという36条1項の「急迫不正の侵害」についての「違法性阻却事由に関する事実の錯誤」を意味していた。いずれにしても誤想(過剰)防衛の事例であり、刑法研究者としては実に興味深

い問題であるが、残念ながら、じっくり考える時間的余裕もなく、答案を作成せざるをえない状況では、双方を検討していた答案は、あまり多くはなく、「この点は、刑法を体系的に理解していないのではないかと危惧」する(3(2)③)とされていた。

### 3. 当てはめについて～「具体的事実を摘示しつつ」の意味するところ～

#### (1) 一般論～事実の羅列は、「具体的事実の摘示」ではない～

以下、法的三段論法に即して、①事案の法的分析→②規範定立、つまり、各人の罪責の検討に必要な最低限な解釈論の展開→そしてこの③事案への解釈論への当てはめという最後にして、最大の部分に至る。

この当てはめにおいては、毎年の各人の罪責(犯罪の成否)の検討に付記されている「具体的な事実を摘示しつつ」という文言の意味を考えなければならない。すなわち、平成28年採点実感3(1)においては、法的三段論法における当てはめについて、問題文に記された事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案を低く評価している。このような表現は、多少のちがいはあれ、毎年のように指摘されている。たとえば、かつて平成20年採点実感においては、「法律論をほとんど示さず、単に問題文記載の事実を羅列しただけで、事実の持つ意味やその評価に触れず、結論を示す答案」は低く評価され、それとは反対に、問題文に示された具体的事実の持つ意味を論じつつ、当てはめを行っている答案は高い評価を受けたとのことである。さらに平成21年採点実感は、「具体的事実を摘示しつつ」の意味するものとして、問題文に表れた事実を漫然と羅列するのではなく、いかなる事実が、いかなる構成要件要素の該当性判断に関係あると考えたのか分かるように論述するべきとしている。

要するに、問題文に現われた事実が、検討すべき具体的な罪名における犯罪成否にどう関わるのか、成立方向なのか、不成立方向なのか。最低限でも、そのことを文面に的確に



表現すべきということになろう<sup>24)</sup>。

(2) いくつかの具体例における当てはめについて

ア、平成27年論文試験では、甲の罪責として問題文8において、甲が、Cのカバンの持ち手部分引っ張り、Cのカバンを奪い取ったところは、いわゆる「ひったくり事案」であり、強盗罪(236条)の「暴行」に当たるのか、それとも、窃盗罪の「窃取」(235条)に当たるのが問題となる。ここでは、採点実感3(2)③が参考にすべきという裁判例の認定事実とは、いわゆる事案が異なることにも注目して、当てはめるべきである。すなわち、上記最高裁決定の事案では、被害者は女性で、男性である被告人が自動車からひったくり、女性を転倒させている。平成27年論文試験では甲(53歳、男性、身長170cm、体重75kg、問題文1)と被害者C(35歳、男性、身長175cm、体重65kg、問題文8)とを比較すれば、それほど体格差はなく、甲がCが持つカバンの取っ手をひっぱる程度では、強盗罪の「暴行」としての人の反抗を抑圧するに足りる程度の有形力の行使とは言えないであろう<sup>25)</sup>。

イ、平成22年論文試験では、被害者Vが薬の取違えによって生命に関わるアレルギーを発症しているにもかかわらず、長年介護をし、その時もA病院病室で一人看病していたVの妻甲がVの状態を認識しながら放置した行為に不真正不作為犯による殺人罪が問題とされた事案において、甲はVの妻であり、法令上の扶助義務がある(民法752条)という形式面のみで、甲の作為義務を肯定した答案(3(2)ア③)は問題があるとされている。出題趣旨によれば、作為義務の発生根拠は、多角的に理解するのが一般であり、法令、契約そして条理、ほかに先行行為、事実上の引受

け、排他的支配領域性に求める考え方があるとしていた。このような考えに従って、平成22年問題文1と5の各事実を列挙するならば、甲には、上記i Vへの法令上の扶助義務のみならず、ii 甲がこれまでVを長期間介護してきたこと、iii Vには他に身寄りもないこと、iv Vは入院中の要介護者であり、v たしかにVに対する看護義務は1次的には担当看護師乙ら病院側にあったとしても、Vの病室は個室であり、異常が発生したときにVの容体を知り、かつ乙などに知らせ、救急救命を呼べる者は他にいなかったこと、vi また甲が14時に乙の定時の容体確認を妨害したこと、などが考えられる。これらについて指摘し、評価した数少ない答案は、優れた答案として評価を受けている(2(1))。

上記i ないしviは、甲のVへの作為義務を基礎づける事実と言えよう。

また、同年におけるV死亡への乙と丙に共に業務上過失致死罪の成否を検討しなければならぬとしても、乙は看護師、丙は薬剤師であり、それぞれの職務に応じた注意義務における予見可能性、結果回避可能性の当てはめが求められていた。たとえば、看護師乙には投与する薬の確認、投薬後のVの容体を確認することが担当医師Bから求められており、薬剤師丙には薬の確認などが求められており、Vの死への注意義務の内容となる予見可能性、結果回避可能性それぞれの特定と判断が求められており、それをしていない答案(同年採点実感3(2)イ③④)は低い評価とされていた。反対に、このような事案の特殊性を意識して、答案に表現していたものの評価は高かった(3(2)ウその他(3))。

一般的な解釈論ないし定立した規範を、問題文に示された事案の特殊性を考慮しつつ、答案に表現できるかどうかの評価の高低に関

24) なお、平成23年採点実感3(4)によると、「法律用語の使い方の問題として、各人が最終的に不可罰であることについて、「無罪」という表現をする答案が少なからず見受けられたことを問題としていた。これによれば、「無罪」は、公訴提起された事件について判決で言い渡されるものであり(刑事訴訟法336条)、刑事訴訟法の正確な理解が求められるとしていた。なお、以降の採点実感でこのような指摘はない。同条によれば、被告事件が罪とならないときのみが、論文試験ではありうることなので、不成立ないし不可罰という表現が適切ということとなるか。なお、コアカリキュラム刑事訴訟法第7編第1章第1節1-2②には「無罪判決」に対する検察官上訴の合憲性について触れられている。

25) 最決昭和45・12・22刑集24巻13号1882頁。なお、ひったくりと強盗罪の成否については、コアカリキュラム第2編第6章第2節第3節④

わるものであると言える。

### 最後に～抽象（原理原則・理念・概念）と具体的事実との相互理解～

1, この文章の結論は、「はじめに」の「2」であらかじめ、指摘したとおりである。すなわち、司法試験論文試験における出題趣旨・採点実感の分析から学ぶ法科大学院以降の法曹養成教育において必要な視点とは、刑法上の原理・原則そして基本的概念、さらに条文の文言や並びといった「抽象的なもの」と、それぞれが現実に問題となる具体的事例、先例となるべき裁判例で認定された事実と判断の内容の習得・応用演習という、「抽象的なもの」と「具体的なもの」との絶えざる往復運動・その相互理解ということになる。

2, 現に、平成28年採点実感、毎年最後に記される「法科大学院教育に求められるもの」としては、おおむね、以下の3つである。すなわち、①刑法の基本的知識と体系的理解の修得に力を置き、②判例学修等を通じ具体的事案の検討を行い、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、最後に③論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論を導き出す能力を涵養するよう、より一層務めていただきたい（同年採点実感「4」）とする。そして、過去平成25年から27年の採点実感4では、①について、刑法の学修において総論の理論体系、例えば、実行行為、結果、因果関係、故意等の体系上の位置付けや相互の関係を十分に理解することが求められるとしていた。②については、平成24年採点実感4や平成26年出題

趣旨（4）によれば、このような判例の学修によって、i 事案の分析能力、ii 抽出した事案に即した法解釈能力そしてiii 当てはめ能力を学生に習得させ、iv これを的確に論述する能力を涵養するものと位置づけられていた。

そして②については、平成28年採点実感4において、判例学修の際には、i 結論のみならず、ii 当該判例の前提となっている具体的な認定事実を意識し、iii 結論に至るまでの理論構成を理解し、iv その判例が定立した規範部分の刑法理論における体系上の位置付け、そしてv 規範が妥当する範囲（つまり、判例の射程）について検討し、理解することが必要とされていた。

このことも、また、各年の採点実感でも繰り返し指摘されてきたことである。また、そもそも刑法のコアカリキュラム目次の直後に記された「コアカリキュラムの注記」には、「各項目ではとくに判例について言及していないが、これはその学修を不要とする趣旨ではなく、むしろ、条文の学修と同様に、それを当然の前提とする趣旨である。」と明記されている。これは、まさに上記のように条文という抽象的な一般規範と、裁判例という具体的事例における具体的判断とを相互に参照し、理解することによって、刑法における抽象的な知識と個々の具体的な事案への応用力をそれぞれ涵養すべきであるという趣旨と読み解くべきであると考えられる。まさに、「一に条文、二に判例、三四がなく、五に理論」というのが、司法試験における位置づけと言えよう。そしてその根本には、常に「権威」を疑い、考え続ける、という、あるべき法曹像があり、そこにいわゆる研究者教員の役割もあると思われる<sup>26)</sup>。

26) 高木光（註4）47～48頁。「どんな「権威」でも疑い、考え続ける」という「権威」には、判例や理論はもちろん、採点実感もふくまれるだろう。筆者のエピソードを一つ。筆者は、2016年11月18日に、平成28年採点実感が法務省ホームページにアップされたのを知って、PDFをダウンロードした。同月22日に、法科大学院の授業で同年の司法試験を題材に授業を行い、採点実感の3頁の判例に間違いを発見した。それは、「(3) 丙の罪責について」で参考にすべき裁判例である最決平成24・11・6刑集66巻11号1281頁の年号の間違いである。そこで、同日午後、司法試験委員会に電話し、しかるべき処理をお願いしたい旨の伝言をした。そして後日、同29日にその訂正を確認した。同3頁目の「(3) 丙の罪責について」の第3段落目に、「（※上記最高裁判例については、当初掲載した採点実感等に関する意見では平成26年と記載していましたが、平成24年の誤りでしたので訂正しました）」とある。同委員会の迅速な訂正に感謝する。受験生の心理として、誤りを見つけたとしても、電話して訂正を求めることは難しいと思われる。ここにこそ法科大学院教員の果たすべき役割があるものと思われる。この文章が、その一助になれば幸いである。

そして、③については、平成23年採点実感から平成28年採点実感までいずれも、大きく丁寧な文字で答案を書かせる指導が求められている（平成28年論文採点実感3（6）その他）。すなわち、答案には、字が乱雑で判読しづらい答案、漢字の間違いがあり、達筆であることまでは求めないが、採点者に読まれるものであることを意識し、大きめで読みやすく丁寧な字で書かれることが望まれる、と。これもまた、上記のような自身の思考過程を文書で他人に伝達するために最低限度、必要な表現上の訓練と言えよう。

なお、この文章を書く際には、本学大学院法曹養成研究科・中嶋直木先生（同講師）と本学法学部・川嶋隆憲先生（同准教授）から貴重なご教示を頂いた。

ここに、謝意を示したい。