

スタンダード本試験過去問答練 過去問答練開講前の「合格答案の書き方」講義

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士 本多 諭 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

— Contents —

■ 憲 法	1
■ 行政法	5
■ 民 法	9
■ 商 法	12
■ 民事訴訟法	15
■ 刑 法	17
■ 刑事訴訟法	20

一 憲法の一般的な書き方 一

第1 原告の主張について

1 訴訟選択

誰が誰に対してどのような訴訟を提起するのかを明確にする。
その際に、何が違憲であるのか対象を明確にする。
憲法以外の条文を用いることがあるので、必ず条文を挙げる。

2 主張する人権について

(1) 侵害行為と侵害されている人権

- ① 人権パターン（誰のどのような人権が、誰のどのような行為によって侵害されているか）を活用して、問題となっている侵害行為と侵害されている人権を考える。
- ② 問題となっている侵害行為から「法令違憲」と「適用違憲」とに分けて考える。
- ③ 問題となっている人権は複数考えられるが、全てを書く必要はない。原告にとって、重要な主張（勝訴の見込みが高い主張）を中心に考える。

(2) 実際の書き方

① 法令違憲の場合

- ・当該法令を出してその「〇〇法の〇条の〇〇という文言」が「原告の〇〇の自由に反し違憲であると主張する」といった感じで書く。何条のどの文言が違憲なのかまで意識する。
- ・なるべく違憲となる条文及びその文言の全てを挙げるといいが、問題となっている条文が多すぎる場合や文言が長すぎる場合は、「〇〇法〇条等が表現の自由に反し」等としてもよい。

② 適用違憲の場合

- ・行政庁の処分等を示してそれが違憲であると書く。例えば、「C市の不許可処分が〇〇の自由に反し違憲である。」等と書く。
- ・その際に、条文の解釈が問題となることがあれば、その解釈を軽く書く。例えば、「原告は、〇〇条5条にいう『正当な理由』に当たらないため、これに当たるとしてC市がなした不許可処分は、〇〇の自由に反すると主張する」等。

③ 憲法上の人権に該当することの説明

- ・法令違憲及び適用違憲の説明をした後、侵害されている人権が憲法上の人権に該当することを必ず説明する。ここは、本問の特殊性を考えて具体的に書くことになる。抽象論だけで終わらせないこと。

3 審査基準論

(1) 法令違憲と適用違憲

法令違憲は審査基準論を立てて、適用違憲は、審査基準論を立てずに法令の解釈について軽い規範を立てて、具体的な事実から違憲の主張をする。

(2) 審査基準論

審査基準論は、理由一言で結論に持ってくる。その際、審査基準論に固執しない。何を用いてもそれほど問題はなく、そこに至った経緯すなわち理由が重要。

(3) 比較考量

重要な人権同士が衝突しているときは、比較考量の方が書きやすい場合もある。どちらを使っても特に問題はない。

(4) 当該審査基準論を使う理由について

審査基準論の理由については、一般的な論証を用いるよりも、本問の問題に即して書くと評価が高い。例えば、原告が自己実現や自己統治と関係のない主張をしているにもかかわらず、「表現の自由は、自己実現、自己統治にかかわる重要な人権であるので、その合憲性判定基準は厳格に解する」等と書かないように気を付けること。

また、審査基準（規範）が判例で明確になっている場合は、判例を意識した審査基準（規範）を定立するように心がける。

4 具体的なあてはめの主張

- ・原告にとって都合のいいところだけを出す。
- ・原告に不利なことは、被告の反論で書くのであるから、基本的には書かない。
- ・具体的な事実を出して評価するが、あまり書きすぎると私見で書くことがなくなってしまうので、とにかく原告に都合のいい事実を端的に出して評価する。

第2 被告の反論

1 被告の反論の種類

- i 原告の主張はそもそも憲法上の人権に当たらない（部分社会の法理なども含む）。
- ii 審査基準論についての反論
- iii あてはめについての反論

2 i について

問題文の事情から書いて欲しいと思われるときは反論する。ただ、たとえ論点であったり、問題となるとしても、ほとんどの場合は書かない。

3 iiについて

基本的には書かない。問題となり得るような場合にのみ軽く書く。
たとえば、表現の自由での内容中立規制、営利的言論の自由等
また、学問の自由等が問題となっている場合の大学の自治

4 iiiについて

- ・ここが一番重要なところ。
- ・基本的には、原告と同様、被告にとって有利な事実を出して評価する。
- ・原告の主張に対する批判は、基本的に私見で書くので、原則として書かない。もっとも、被告の主張が原告の主張に対する反論になる場合もあり、その場合は原告の主張に対する反論ではなく、被告の主張として書く。その後、私見で、原告の主張に対する批判として使う。

第3 私見について

1 原告の主張で、被告から反論のないところは原則として書かない。

ただし、時間や字数の関係で、被告の反論で取って代わらなかった場合は、私見で書くこともある（特に、審査基準についての反論など）。

2 審査基準については、問題がなければ、原告の主張に乗ってしまう。

被告が審査基準論について反論している場合は、理由を一言書いて、そのような審査基準論を用いるべきか必ず説明する。

審査基準論について、字数や時間関係で被告の反論で書いていなくても、対立利益などを考慮して審査基準論を検討すると評価が高い。

3 あてはめについて

原告、被告のうち、敗訴する方の主張をまず挙げて、これを批判する。この事実の評価が重要であり、一つの事実について対立利益も考慮に入れて、多面的に判断できると評価が高い。

勝訴する方の主張を敗訴する方の主張の批判に使えるのであれば、積極的に使うこと。

そのあと、勝訴する方の主張は重要であることを書くと、原告、被告の主張とリンクした分かりやすい答案となり、また書き忘れがなくなりやすい。

第4 その他

- 1 資料で、依頼者との相談、弁護士や裁判官と修習生の対話、Q&A等は誘導が多数含まれており、非常に重要。
- 2 問題文に条文の説明が書いてあったら、そこはかなり重要。あてはめで使うことが多い。
- 3 数字に注意。数字は評価しやすいのでなるべくあてはめで使う。
- 4 批判のテクニック
「仮にXの主張が正しいと～～となるはずであるが、実際は～～である」。
- 5 私見のテクニック
「原告は法〇条の目的が〇〇と主張する。確かに〇〇という側面もあるが、主目的は被告の主張するとおり〇〇である」
- 6 注意点
あくまでも一般的な書き方であり、問題文の事情から、この書き方ではうまく書けない場合や、誘導がある場合はそれに乗って書く。
また、この書き方で答案構成をしてみても、時間の関係上書けないと判断したら、実際に答案に書く際に、一番省略できるところを削除してみる。消す勇気も大事である。

一 行政法の一般的な書き方 一

第1 訴訟選択

1 選択の仕方

- ・ 訴訟選択は、基本的に判例の具体例で押さえる。
- ・ 処分がやはり中心になるので、行政庁の行為のうちどれが処分に当たるかを考える。
- ・ 原告は何をして欲しいのか（目的）、その訴訟を起こすとどうなるのか（効果）を常に考える。

2 実際の書き方

- ・ まず、選んだ訴訟を、条文を出しつつ端的に指摘する。その際に、必ず当該訴訟の対象を明確にする（例えば、何を取消すのか、何を確認するのか、何を義務付けるのか等）。
- ・ 問題に応じて、選んだ訴訟の有用性（どうしてその訴訟を使うのか）を書くことがある。その際には、効果から考えると書きやすい。
- ・ 執行停止を書く場合は、執行不停止の原則から有用性を書くといよい。

例えば・・・

「取消訴訟を提起しても執行は停止しないため（行訴法25条1項）、取消訴訟係属中に○○がされてしまうおそれがある。そこで、○○を阻止するため、○○の処分の効力の停止を求めて執行停止（行訴法25条2項）の申立てを行う。」

第2 訴訟要件

1 実際の書き方

- (1) まず、訴訟要件をあげる。

「処分性」「原告適格」等とタイトルを付けると採点がしやすい。

- (2) 次に、その訴訟要件について一言説明し、規範を定立する。

処分性等は、その訴訟要件についての定義を書くだけでいい。訴訟要件の説明は、覚えなければならないので、論証例で確認する。

- (3) 規範（定義）に沿ってあてはめる。

この訴訟要件の当てはめの際に、問題文に誘導が入っていることがあり、誘導が入っていたら、誘導のとおり解答する。

- (4) その他の訴訟要件

規範や定義を書く必要のない訴訟要件であっても、必ず訴訟要件として紹介し、規範や定義を書かずに、そのまま当てはめる。

ほとんど問題にならない訴訟要件は「その他の訴訟要件」とタイトルを付けてまとめてしまってもいい。

2 処分性の書き方

- (1) 定義からの流れ

処分性の定義を書き、次いで条文（法令）の流れを説明する（条文を出せるかがポイントとなる）。

その条文の流れから当該処分の効果を考える。その効果から、当該処分が国民の権利義務を侵害しているか否か説明する。どのような効果が発生するのかをとにかく意識する。

- (2) 補充的に

定義からの流れに加えて、この時点で争わないと原告に不利な場合は、その後にそれを説明する（補充性）。

※条文（法令）の目的だけで処分性を肯定しないこと。

3 原告適格の書き方

- (1) 論証

まず、法律上保護された利益説を紹介する（論証）。

- (2) 関係法令等

その後、問題文に出ている法令等が根拠法令あるいは関係法令といえるかについて言及する。

- (3) あてはめ

最後に、それぞれの原告について、原告適格を有しているか説明する。

その際に、それぞれの原告が何を主張するのか（自己の財産権が侵害されている等）を明確にして、それが法令上保護されているか、各々の法令を出して評価することになる。

第3 本案上の主張

1 裁量の濫用逸脱について

(1) 総論

本案上の主張を書く際に、裁量論を書く場合がある。

裁量論を書くか否かの判断は、基本的に誘導にのるが、法令に記載されていないにもかかわらず、行政庁が判断基準を出したり、条件を出したりする場合は、裁量の範囲であれば許されるので、法令を確認すること。

平成23年以降、裁量論を書く問題が多いので、同じような聞かれ方をした場合は、必ず裁量論を書くようにする。

(2) 実際の書き方

① 裁量があるか

裁量があるか否かは、法令から判断する。

必ず、法令の文言、趣旨、目的等を出してそこから、行政庁に本問で問題となっている点について法令が裁量を認めることが合理的か否かを判断する

② 裁量の範囲

以下の考慮要素から裁量の範囲が広いか狭いかを考える。

裁量が狭いか否かの考慮要素

- ・条文の文言（許可しなければならない。許可することができる。）
- ・専門的・技術的裁量の必要性や程度
- ・権利侵害の内容や程度
- ・法的救済の必要性の程度

この考慮要素のうち、2つくらいを挙げてあてはめる。

③ 裁量の濫用・逸脱

その後、裁量の逸脱濫用になるか、以下の裁量の濫用逸脱事項から考える。あてはめの際には、上述した裁量の範囲も考慮に入れること。

裁量の濫用逸脱事項

- ・事実誤認
- ・法の目的に反する又は不正な動機に基づくこと
- ・比例原則・平等原則に反すること
- ・判断過程が合理性を欠く場合
- ・他事考慮及び要考慮事項の考慮不盡

2 実体法上の主張の書き方

- ・まず、違法の対象が複数考えられる場合は、何が違法であるのか対象を明確にする。
- ・法令のあてはめが問題となっているときは、どの法律のどの要件（正当な理由等）が問題となっているのか、具体的に法令及びその文言を出して問題提起を明記する。ここは、たいてい誘導が入っているので、必ず誘導に乗って書く。
- ・その後、
法令の趣旨を考慮する→その法令を評価し自分なりの規範を定立する→最後にあてはめる。
あてはめは事実を出して評価する。この評価が最大のポイント。
- ・問題に相手側の見解が入っていたら、それを紹介し批判するか肯定する。たいてい誘導で入っていることが多い。

※基本的に問題文に出ている条例や法令を探して評価させ、あてはめることが多い。

※とにかく誘導に乗る。ただ、誘導が書く順番通りになっていないときもあるので、必ず答案構成で書く順番などを考える。

3 手続上の違法事由の主張

- ・行政手続法や問題文に載っている法令等の手続違反があればそれを端的に示す。
- ・特に、条例の場合は、行政手続法が適用されるか否か行政手続法の条文を出して検討する。
- ・そして、手続上の違法事由があることを端的に示す。
- ・最後に、当該手続上の違法が取消事由となるか判例の規範に沿って検討する。

4 本案上の主張論点

本案上の主張が論点になっている場合がある。

例えば、行政事件訴訟法10条1項の主張制限、違法性の承継等

行政手続法、行政代執行法で問題となっていることを聞いてくることもあるが、基本的に論証例で押さえてあるものを書く。

－ 民法の一般的な書き方 －

第1 要件事実の問題

1 ポイント

- i 要件事実のうち主張すべき事実（証明責任はどちらにあるか）
- ii 当該事実が要件事実においてどのような意味を持つのか（あてはめ）
- iii i と ii の融合問題

2 要件のうち主張すべき事実について（証明責任はどちらにあるか）

(1) 法律要件分類説

原則として、法律要件分類説で考える。法律要件分類説による説明が難しいときは、当事者間の公平の観点、制度趣旨等から判断する。

なぜこの要件は原告（被告）が立証責任を負うかの理由が一番配点が高い。ここを丁寧に論じること。

(2) 見解によって証明責任が変わる場合

見解問題は、その場でその見解に沿うように考える（知識ではなく、その見解の法律的な構成から考える）。

これも、証明責任を負うことになる理由が重要。

(3) 典型論点は必ず押さえておく

暫定真実、法律上の推定、権利抗弁などの重要な論点は必ず押さえて、説明すること。

3 当該事実が要件においてどのような意味を持つのか

(1) 書き方

まず、要件を出す。

その後、事実を挙げて、その事実が当該要件になぜ該当するかを説明（評価）する。

この説明をする際に、下記(2)の注意点を考える。

(2) 注意点

- ・過失の評価根拠事実などがこれにあたる。なぜこれが過失にあたるかなどの理由が一番重要。
- ・1つの事実の評価の仕方によって、異なった意味になることがあるので、原告側、被告側での評価の仕方を考える。
- ・時期や、客体、対象等によりそもそも要件事実として何らの意味を持たない場合もあるので、注意する。

第2 民法の書き方

1 民法の論文のスタイル

- ・まず、どの法的構成をとるか（債務不履行、不法行為、瑕疵担保、不当利得、契約上の債務の履行を請求する等）を考える。
- ・次に当該法的構成の要件から論点がないか考える。
- ・問題によって相手方の反論を踏まえて、攻撃防御方法の説明を検討する。

2 法的構成、要件問題の実際の書き方

(1) どの法的構成を選ぶか

要件、効果（金額等）から考える。一番有利なものを選択すべきである。

基本的に契約関係があれば、債務不履行。

その中でも隠れた瑕疵があれば瑕疵担保責任。

何ものなければ不法行為。

その中でも故意・過失がなければ不当利得。

※具体的な生の事実を法律上の主張に置き換えると何になるか考える。

(2) 法的構成の書き方

まず、軽く問題となるべき点の概略を具体的に書く（前置き）。ここで悩みを見せる場合もある。この前置きを書く際には、長くなり過ぎないように気を付ける。

その後選んだ法的構成を書く。

(3) 要件問題の書き方

重要な要件を出す（要件事実の問題でなければ、立証責任にはとられない）。

重要でない要件や問題とならない要件は、その他の要件としてまとめてあっさり書く。

要件の説明を抽象論で書く（定義、その要件の解釈等）。

あてはめる（事実を出して評価する）。

3 攻撃防御方法の説明について

(1) 考え方

問題の問われ方として、反論や再反論といった形で聞いてくる。民法はここが難しいが、誘導がある場合もあるので、誘導にのれるようにする。

反論、再反論の形で聞かれていなくても、攻撃防御方法の形で考えると論点が自然に導き出されるので、常に攻撃防御方法を意識する。ここでも、具体的な生の事実をどう法律的な攻撃防御方法にするか考えることになる。

(2) 反論の種類について

反論や再反論は、そもそもその主張が成り立ちうるか、要件に問題がないか、抗弁事項があるか、損害額等に問題がないかの4つを中心に考える（自分が弁護士になったつもりで）。

(3) 書き方

- ・反論、再反論等の形で聞かれている場合は、何についての反論なのか(議論となっているところは、法律構成でいうとどの部分か)を意識して書く。要件についての反論であれば、その要件のところで反論する。
- ・反論、再反論の形で聞かれていなければ、それぞれの論点のところで、反論の形ではなく、単なる論点問題として書く。問題提起のところで悩みを見せる形で書くこともある。

第3 その他

1 判例論評

(1) 判例論評の一般的な書き方

・判例を否定する場合

本問の問題点について、判例は～～と解している。

その理由は～～である（判例の見解の理由）。

しかし、～～から判例の見解は妥当でない（判例批判）。

よって、この問題については、～～から～～と解する（自説とその理由）。

・判例を肯定する場合

本問の問題点について、判例は～～と解している。

その理由は～～である（判例の見解の理由）。

この判例について、～～という批判がある（判例批判ないし判例の欠点）。

しかし、～～からその批判は理由がない（再反論）。

よって、判例の見解は妥当である。

(2) 判例の射程を聞いている時も、同様に判例の理由が本件に使えるか否かを検討する。

・例えば判例の射程外の場合

本問の問題点について判例は～～と判断している。

その理由は～～である。

本件は、～～という事例であるため、判例の理由は本件では用いられない。

よって、本件は判例の射程外であり、～～と考える。

2 親族相続法

親族相続法は、難しいためその場で考えて解ける問題がほとんどである。

とにかく条文を見つけること。

自説だけでなく、反対説の根拠となる条文を見つけてそれを批判できるとよい。

－ 商法（会社法）の一般的な書き方 －

第1 会社法の問題の出題形式

- 会社法上の手続
- 会社法上の問題点
- 損害賠償を求める（取締役等の責任）

第2 会社法上の手続について

- 1 問題文の事情から、条文を使って会社法上の手続を探す
差止めの訴え，株主総会決議取消しの訴え，新株発行無効の訴え，事業譲渡など
主体，客体，時期等を考えると手続が見つかりやすい。

- 2 会社法上の手続の見つけ方
とにかく条文から探すことになる。そのため，条文を普段から読み込むことが必要。
一つ条文を見つけたら，その周りにも使える条文がないか必ずチェックする。

- 3 絶対に押さえておきたい会社法上の手続について
 - ・株主が請求をする場合
 - ① 資料（取締役会議事録，会計帳簿等）の請求
↓
 - ② 株主総会で反対
 - ③ 株主総会での問題点
(招集通知の瑕疵，議長の議事進行の瑕疵，説明義務違反，議決権の行使の瑕疵等)
↓
 - ④ 差止請求権（210条，360条，422条）
 - ⑤ 株主総会決議取消しの訴え（831条）
 - ⑥ 株主総会決議不存在又は無効確認の訴え（830条）
 - ⑦ 会社の組織に関する行為の無効の訴え（828条）
 - ⑧ 株式買取請求権（797条1項，806条1項，469条1項，182条の4）
↓
 - ⑨ 役員等の責任追及（423条）
 - ⑩ 取締役の解任請求（854条）

第3 会社法上の問題点について

1 問題文から条文を使って会社法上の問題点（違法な部分）を探す

例えば、取締役会の承認を得ていない、株主総会の招集通知漏れがあるなど。

ここは、条文を拾えるかがポイントとなる。

典型論点を押さえること、条文を読むことが重要である。

2 問題点を条文を出して説明する（問題提起）

例えば、募集株式を発行するには、公開会社である○社では、取締役会の決議が必要である（199条2項，201条1項）。本件では、取締役会の決議を経ているといえるかが問題となる。

募集株式の発行において、払込金額が引き受ける者にとって特に有利な金額である場合には、株主総会の特別決議が必要である（199条2項・3項，201条1項，309条2項5号）。そこで、本件募集株式発行が「特に有利な金額」によるものか検討する。

3 論証してあてはめる（典型論点は論証例を参照）

問題点について、論証してあてはめる。

4 違法があった場合はその違法の効果を考える

例えば、その取締役会の決議を欠いた場合当該契約が無効となるか等。

必ず、違法（瑕疵）→効果を考える。

第4 損害賠償責任

1 423条の責任

(1) 取締役の任務懈怠責任，監督義務違反

任務懈怠については，どのような任務懈怠があるのか，条文を出して説明する。

特に，法令の違反がない場合は，忠実義務（会社法355条）ないし善管注意義務（会社法330条，民法644条）違反を書く。

任務懈怠を問う場合は，対立利益として経営判断の原則を考えることが多いが，取締役の行動によっては，常に経営判断の原則を書くわけではないことに注意する。

(2) その他の要件

故意・過失，損害，因果関係はまとめてあっさり

2 429条の責任

1項と2項の責任の関係，取締役の意義（名目的取締役）

3 分配可能額（461条）を超える部分の返還（462条）について

4 分配可能額を遵守していても損害が生じた場合の責任（465条1項）

5 不公正な払込金額で株式を引受けた者等の責任（212条）

出資された財産等の価格が不足する場合の取締役の責任（213条）

6 発起人の不足額填補責任（52条），設立時取締役の任務懈怠責任（53条）

現物出資者は無過失責任（52条2項かつこ書）

53条の任務懈怠については423条と同様

※ 取締役によって，無過失責任になったり，推定規定が存在する場合は必ず説明すること

7 利益供与の返還請求権

利益供与を受けた者（120条3項）

利益供与に関与した取締役（120条4項）

－ 民事訴訟法の一般的な書き方 －

第1 民訴の問題

- ・ 定義問題
- ・ 民訴の原則とその修正問題
- ・ 第三者が加わる訴訟形態の問題
- ・ 学説の問題

※定義問題は、他の3つに組み込まれている事も多い。

第2 書き方

1 定義問題

民訴の用語の定義を書いてあてはめる。民訴の用語を正確に使う。定義が条文などに書いてある場合もあるので条文を探す。

例えば、処分権主義、本証、反証、権利自白、一部請求、主要事実等。
それを軽く説明し、問題点を導き出すとよい。

※民訴の定義だけで問題が解ける場合もある。民訴の用語が問われたら、必ず定義を書くように心がける。

2 原則とその修正問題

(1) 民訴の大原則

- ・ 問題文が民訴のどの原則を問題としているのか考える。
- ・ 例えば、弁論主義、既判力、自由心証主義、共同訴訟人独立の原則、自白の効力等を探す。条文が民訴の原則になっている場合もある。
- ・ 民訴の原則を探せたら、そこから問題提起をするが、その際に定義を明確に示すようにする。

(2) 修正

民訴の原則を適用することの不都合性を考える。

民訴の原則についての趣旨（根拠等）を書いて、その趣旨から修正の規範を書く。

そして、あてはめる。

3 第三者が加わる訴訟形態の問題

(1) どの訴訟形態を用いるか

訴訟形態については、論証例に記載してある具体例で押さえる。

(2) 要件を出して説明する。

その訴訟形態を用いる場合の要件を出して、説明する。

もっとも、原則通りにすると不都合が出てくる場合があるので、その場合は問題の特殊性に応じて、原則を修正して規範を出す。

そして、あてはめる。

4 学説の問題

(1) 結論が変わらない学説の対立を考えすぎない。

例えば、争点効と信義則は、主要な争点となっていればどちらを用いても結論は変わらないので、そこを厚く書かない。

結論が変わってくるところは重要（論証例で押さえる）。

(2) 問題となっている学説の長所と短所を考える。

短所（反論）に対して長所（再反論）でカバーできるか考える。

マニアックな学説が出る時もあるが、とにかくそれぞれの学説の長所と短所を考えてみる。

第3 民訴の論文の注意点

1 民訴は抽象的なので、常に訴訟のどの手続の問題なのか具体的に把握する。

2 民訴的な考え方

民訴の条文は、原告被告両当事者だけでなく、裁判所の関係も考慮に入れて規定されている。

従って、趣旨等を考える時は、当事者だけでなく、裁判所の都合も考慮すると分かりやすい。

3 民訴の問題提起

民訴は抽象的な問題が多いので、具体的にどの場面で何が問題になるか想像を働かせて考えることになる。

相手はどのような反論をしてくるのか。仮にこの主張をするとどういう効果（判決）を得られるのか等といったこと色々と想像してみる。これができるようになると、民訴の問題点に気づくことができる。

一 刑法の一般的な書き方 一

第1 刑法の問題点

罪責
構成要件該当性（各論の論点）
実行行為、違法性、責任（総論の論点）
共犯について（共犯の種類、共犯特有の論点）
罪数

第2 それぞれの書き方

1 罪責

問題となりやすいもの

① 殺人と傷害致死、保護責任者遺棄致死などの殺意の有無

この場合は、結果だけでなく行為態様をも踏まえて考える。例えば、人が死亡していても、行為態様が悪質でなければ、殺人だけでなく傷害致死も成立しないかを考慮し、逆に、人が死亡していなくても、行為態様が悪質であれば、殺人未遂も考慮する。

ただ、実際に答案に書くのは、殺意についての規範を出した上でのあてはめだけである。

② 詐欺罪系の迷い

詐欺罪か横領罪（あるいは窃盗罪、恐喝罪等）かで迷った時は、基本的に欺く行為は、横領の手段に過ぎないとして、横領罪（あるいは窃盗罪、恐喝罪）で検討する。

③ 業務上横領と背任（業務上横領罪だけを書く場合）

業務上横領罪の保護法益は、「物に対する所有権及び委託信任関係」であり、背任罪の保護法益は「全体財産及び委託信任関係」であり、両者は一部重なりあいが認められる。法益侵害が一つであることから両罪が成立する場合は、重い業務上横領罪が成立する。

そこで、業務上横領罪の構成要件について検討する。

2 構成要件該当性

(1) 通常の罪責

その罪責の構成要件に該当しているか、端的に示す。

事実を示して、軽く評価する。

例えば、「甲が乙を殴り加療1週間の打撲を負わせ、これにより乙の生理的機能が害されたので、傷害罪の構成要件に該当する」等。

(2) 特に構成要件該当性が問題となる罪責

詐欺、横領罪、背任罪等は、構成要件該当性が問題となるので、この場合は、それぞれ要件を出して、その要件の説明をして、あてはめる。

※ 正当防衛も要件を出して説明してあてはめることになる。

3 実行行為性、違法性、有責性

- ・ 構成要件該当性を端的に示したら、実行行為性（不作為等）、因果関係、未遂犯・中止犯、違法性（正当防衛等）、責任（故意、過失）、などから問題となるところを検討する。
- ・ 必ず何の議論をしているかを明示する（構成要件、違法性、責任、因果関係）。
- ・ この論点が見つけれられるかがポイントであるが、まず上記の問題点を検討し、次に判例が問題としている点から考えることになる。

4 共犯について

- (1) どのタイプの共犯関係か（例えば教唆犯か間接正犯か、教唆犯か共謀共同正犯か）必ず端的に示す。

これが論点になっている事もある。その場合は、最初に共犯関係について論証する。

(2) 論点

その後、共犯特有の論点を書く。

この場合も、実行行為性（不作為等）、因果関係、未遂犯・中止犯、違法性（正当防衛等）、責任（故意、過失）、等から考えると論点の落としがなくなりやすい。

(3) 注意点

共犯者相互の論理関係を整合させること。

整合させやすいように（書きやすいように）答案構成で吟味すること。

5 罪数論について

罪数論は判例の具体例で押さえる。

具体的な書き方

- ① 観念的競合や牽連犯は一言説明する。

乙は20万円の交付を受けた点について、詐欺未遂罪と恐喝罪の共同正犯の罪責を負う（250条、246条1項、249条1項、60条）。そして、両者は、1個の行為が2個以上の罪名にあたるといえることから、観念的競合となる（54条1項前段）。

② 併合罪は結論だけ書く。

甲は業務上横領罪の教唆犯と監禁罪、偽計業務妨害罪の共同正犯の罪責を負い、これらは全て併合罪（45条前段）となる。

③ かすがい現象は、それぞれの罪責の関係を明確に説明する。

甲には、A方への住居侵入罪と300万円についての窃盗罪、2万円について強盗致傷罪が成立する。また、窃盗罪及び強盗致傷罪は、住居侵入罪と目的と手段の関係にあることから、牽連犯（54条1項後段）となり、住居侵入罪をかすがいとして全体として科刑上一罪となる。

第3 注意点

1 場合分けの仕方

正犯者から書き、人によって場合分けをする。
事実ごとに書いていくこともある。

2 犯罪の分け方

例えば被告人が10分ごとに一発ずつ人を殴った場合など、どこで場合分けしていいか悩んだときは、自分が検察官になったつもりで考える。検察官は、無罪となるような場合にまで立件をすることは、絶対にやりたくないはずである。

3 客観と主観が異なっているとき

客観的な事実と行為者の主観とが異なっているときは、客観から主観へと書く。
その際、「客観的には構成要件に該当する」等と「客観的には」などと入れると書きやすい。

4 規範について

規範を立てるときは、基本的に判例の規範を立てる。

5 あてはめについて

事実を評価して当てはめると高評価。
問題文に出ている事実をどの論点で拾うべきであるかが重要。
問題文に出ている事実を重複してあてはめに使うこともある。

6 殺意の判断基準

犯行の態様（凶器の種類・形状・用法、創傷の部位・程度）。

－ 刑事訴訟法の一般的な書き方 －

第 1 刑事訴訟法の出題形式

刑事訴訟法の出題形式は、捜査の適法性に関する問題と公判に関する問題。

捜査の適法性は、判例（百選）の論点を中心。

公判の問題は、平成 19 年、平成 24 年、平成 26 年以外は伝聞法則が聞かれている。

特に、伝聞法則の問題は難易度が高い。

第 2 捜査の適法性に関する問題

1 問題点を条文を出しつつ端的に示す

捜査機関の行為を示して、この〇〇が適法かと問題提起する。

令状の問題の場合は、令状が必要な捜査であることを端的に示し、無令状でも当該捜査ができないかを検討する。

例えば、〇〇という検察官の行為は検証であるため、検証令状が必要であるが、本問ではこれを得ずに行っているため、これが許されるかが問題となる。

2 規範

上記問題点について、説明をして規範を出す。

規範は判例を意識して書く（論証例を参照）。

規範は基本的に必要性、緊急性、相当性であるが、ただこれを単純に並べて書くことは絶対にしてはならない。

3 あてはめ

上記規範に即して事実を出して評価してあてはめる。

捜査の時期・場所・態様、犯罪の重大性、証拠の特殊性、被疑者の行動等に注意する。

犯罪の重大性、嫌疑が濃厚、共犯者がいる等は必要性が問題となりやすい。

罪証隠滅のおそれ、逃亡のおそれ、他に被害者が出る可能性がある等は緊急性が問題となりやすい。

第3 公判の問題

1 伝聞法則以外

ここは、通常の論点と同様に書く。

2 伝聞法則の書き方

まず当該証拠が伝聞となるか検討し（伝聞該当性）、仮に伝聞に当たるとしたら、伝聞例外要件を満たしているか検討することになる（伝聞例外）。

※ 注意点

例えば、文書を証拠として出してきたときは、その文書全体が伝聞となるか、当該文書中にある被告人等の供述が伝聞になるかという点も考える。

3 伝聞該当性の書き方について

(1) 要証事実との関係について

伝聞証拠に当たるか否かは要証事実との関係で変わってくる。要証事実を何にするかで伝聞証拠であるかどうかが定まる。そこから、重要なのは要証事実を何にするかである。

要証事実とは、その証拠により証明しようとする事項をいう。

(2) 要証事実を何と考えるか

まず、検察官の立証趣旨から要証事実を考える。もともと、検察官の立証趣旨はあくまでも検察官の見解であるので、検察官の立証趣旨が必ずしも要証事実となるわけではないので、注意すること。

次に、要証事実を何ととらえるか検討するが、その際には、以下の点を考慮するとよい。

- ・要証事実とは、構成要件に該当する事実であることが多いので、構成要件を考える。
- ・構成要件を考える際に、修正された構成要件（共謀、教唆等）にも注意する。
- ・構成要件以外（犯人性、犯行可能性等）を証明しようとする場合もある。
- ・証拠をよく熟読して、当該証拠は、構成要件該当性を立証するために用いるのか、それ以外（犯人性、犯行可能性等）を立証するために用いるのかを検討する。

(3) 要証事実を検討する際の注意点

要証事実を検討する際には、供述や証拠ごとに場合を分けて考える。供述や証拠ごとに証明しようとする事実は異なる可能性があるからである。

具体的な場合分けとしては・・・

- ①供述者ごとに分ける
- ②証拠（供述や写真等）ごとに分ける
- ③犯罪ごとに分ける

(4) 具体的な書き方

実際の書き方

伝聞法則についての一般的な論証

「伝聞証拠に当たるか否かは、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるか否かによって決せられることになるので、以下要証事実との関係を踏まえて検討する。」

↓

検察官の立証趣旨を端的に指摘

「検察官の立証趣旨は、『○○』である。」

↓

本件証拠の内容を検討し、本件証拠を構成要件該当性に使うのか、それ以外に使うのか、本件証拠によって何を立証したいのか等を考慮して要証事実を決める。

「別紙1の○の供述には、共犯者の一人が、○○をしたとあり、これは共謀の事実を立証するものである。そこから、検察官の立証趣旨と併せて考えると、別紙1の要証事実、○○であるといえる。」

↓

要証事実が決まったら、そこから内容の真実性が問題となるか一言説明する。

「○の供述部分については、甲が○の供述どおりの共謀を行ったか否かということが記載されており、これはまさに○が知覚・記憶したことを表現したものであるので、その内容の真実性が問題となり、伝聞証拠に当たると考える。」

※間接事実から要証事実（共謀など）を推認することほとんどである。

4 伝聞例外の書き方について

ここは伝聞例外に当たるかの要件を検討する。

まず、伝聞法則に該当する可能性があることを端的に示す。

次に、伝聞法則の定義と絡めた一般的な論証をする。

当該証拠が伝聞に該当することを端的に示す。

どの伝聞例外に該当するか、条文を出しつつ端的に示す。

伝聞例外の各要件を出して、説明してあてはめる。