

刑法モデル案について

全体を通じた意見

ア 全体の体裁について

他科目についても言えることではあるが、各項目について、項目ごとの深浅の違いはあるものの、全体を通じ、教科書の目次の体裁を超えるものとはなっていない、というのが率直な感想である。

各法科大学院が利用すべき共通の到達目標（コア・カリキュラム）を策定する目的に鑑みれば、ある程度、各項目ごとの具体的な内容まで踏み込んだ記述をすることが求められていると思われるが、その点についての記載が全くないことは、共通の到達目標の説明方法として妥当とは言えず違和感を覚えざるを得ない。

一方で、掲げられているテーマごとのバランス、あるいは各テーマ内で掲げられている項目の分量については、後述のとおり、あまり重要でないテーマについてさらに削除すべき余地があると思われるものの、基本的には、重要な分野については掲げる項目の分量を多くし、あまり重要でない分野については少なくしていることにより、論点間のバランスが取れているものと評価できる。

イ あまり重要でないテーマについての記述について

本モデル案の刑法各論分野において、特に重要でないと思われる分野（例えば国交に関する罪）については概括的な記載にとどめ一切項目を設けず、あるいは項目数をしばって記載している点は、各法科大学院に共通のコア・カリキュラムを策定するという本モデル案の目的に鑑み、評価すべきものである。

しかし、本モデル案を個別に検討すると、あまり重要であるものとは思われず、さらに加えて概括的な記載にとどめ、あるいは完全に削除すべきものと思われる分野が、なお散見される。

具体的には、電子計算機損壊等業務妨害罪、富くじに関する罪、内乱罪、外患誘致罪、外患援助罪、封印等破棄罪等については、実際の適用事例にも鑑み、各法科大学院に共通のコア・カリキュラムとして掲げるべき項目として適切とは思われない。

これらの項目についても、概括的な記載にとどめ、あるいは一切項目

を設けないこととしても問題はないと思われる。

仮に記載をすとしても、本共通的到達目標案総論に記載されているところの「～を理解している。」というレベルよりもさらに求めるべき能力を限定したレベルを設定し、例えば「～の構成要件要素を把握している。」などといったレベルを設け、これらのあまり重要でないと思われる分野については、そのような犯罪類型が存在し、条文がどのあたりにあるのかまで把握していればそれでよい、という程度の能力を求めるにとどめるのが適当と思われる。

ウ 各論点の各説の理解に関する記載について

本モデル案の各項目、例えば、第1編第5章「未遂犯」、あるいは同第6章「共犯」などに見られるが、各所において、記述の中で、「様々な見解を理解し、」との表現が散見される。

確かに刑法分野においては、各論点における学説ごとの対立が激しく、まさに「様々な見解」が存在することはもとより承知しているところであり、各学説によって結論がどのように異なるのかについて柔軟な思考能力が求められることは否定できない。しかし、「様々な見解」との表現によれば、法科大学院生に対して、それぞれの論点ごとに、数ある見解を全て認識しなければならないとの誤解を与えかねず、極端な少数説にまで意を払う必要があるかのような印象を与える結果にもなりかねない。

また、法科大学院生に求められる柔軟な思考能力についても、各論点について「主要な見解」さえ理解して入れば、そこから派生した学説については応用して考えることが可能であって、「様々な見解」を細にわたりすべて理解している必要はないと考える。

本モデル案が、あくまでも各法科大学院に共通のコア・カリキュラムとして最低限掲げるべき項目を列挙すべきものとすれば、各所にみられる「様々な見解を理解し、」との表現は、いずれも「主要な見解を理解し、」との表現に改めるべきである。

エ 重要な判例への言及について

本モデル案においては、判例について、判例百選等に掲載されている刑法分野において特に著名とされる判例についてすら、その言及が見られない。

もとより判例は、各論点における見解、考え方の1つに過ぎないもの

と評価でき、各論点において「意義について理解する」とされていることの内容として、判例に関する理解も含まれているとの解釈は可能ではある。

しかし一方で、これまでの新司法試験においては、判例の結論を知識として記憶していなければ正解にたどりつくことが難しい問題も出題されているにもかかわらず、本モデル案において、判例について一切の言及をしないとすれば、読み手に対し、判例の理解は不要であるとの、誤った認識を与えることにもなりかねない。

新司法試験が、基本的には実務家登用試験であることに鑑みれば、判例百選等に掲載されている程度の一定の重要な判例については、個別に言及し、「判例の考え方の理解を含め、主要な見解を理解し、」などといった表現で記載しておくべきである。

オ 具体的な事例の例示について

本モデル案の各項目は、基本的に、各論点を抽象的に提示し、それについての求めるべき理解度を示す記述にとどまっている。各項目の記述から、具体的な事例としてどのような事例についての理解が求められているかがすぐにイメージできる分野も当然多くあると思われるが、一方で、論点を抽象的に提示されるだけでは、扱われる分野が広範にわたるなどの理由で、一読してどのような事例についてまでの説明、理解が求められているのか、明確にならない論点もあると思われる。

そのような論点については、具体的に括弧書きなどを利用して、どのような事例を想定しているのかを記述しておくべきと思われる。

具体的には、特に総論部分において各論的にどのような犯罪において問題になるのかを明示すること、例えば、状態犯、不可罰的事後行為の例として窃盗罪と盗品等罪との関係を挙げること、結果的加重犯や身分犯の例として具体的な犯罪名を挙げること、罪数論として具体的にどこまでの知識が求められるかを明示することなどが考えられる。また各論部分においても、詐欺罪における三角詐欺の例としてクレジットカード詐欺の事例などを具体的に挙げることなどが考えられる。

カ 条文の文言に則した表現への修正

本モデル案では、随所に講学上の概念が使用され、必ずしも条文文言に則した言葉づかいになっていない部分が散見される。

例えば、第1編第4章第3節「違法性の意識」の項における「違法性

の意識における違法性の意義」との表現は、ここで使用している「違法性」という言葉が、一見して何を指すものであるのか、詳らかであるとは言いがたい。ここで、例えば「刑法第38条3項にいう「法律」の意義」との表現を使用すれば、その意味が明確になると思われる。

あるいは、第2編第6章第4節「詐欺罪」の項において、「欺罔」という表現が使用されているが、既に、条文中「欺罔」という表現は使用されなくなったのであり、「欺く行為」などといった表現に改めるべきである。

法科大学院生において実体法分野で求められるべき究極的な能力は、条文を解釈する能力なのであるから、コア・カリキュラム策定において使用する表現についても、できる限り条文の文言に忠実な表現にすべきである。

第1編「総則」部分に関する個別意見

ア 第1章「刑法の基礎理論」について

本章第1節において、刑の種類・内容、刑の執行猶予の要件、仮釈放の要件などについて、説明することが求められている。

これらの項目については、実際に実務についた後においても、必ずしも記憶しているべきことがらではなく、条文を参照しつつ条文に則して説明できれば十分と思われる。

従って、これらの項目についてはいずれも「趣旨を理解し、その要件について条文に則して説明することができる。」との表現に改めるべきである。

イ 第3章「違法性阻却事由」について

本章には、刑法総論における重要な対立軸である「違法性の本質」をめぐる議論についての理解を求める記述が存在しない。

この議論は、刑法総論における理論的な対立を理解する上でも今なお重要な意義を有している。

この点についても、項目として加えるべきである。

またそれに関連し、第3章の標題も「違法性」と改め、それに合わせ、第4章の標題も「責任」と改めるべきである。

ウ 第4章「責任阻却事由」について

本章においては、冒頭で、「責任とは何かについて理解し、説明する

ことができる。」ことが求められている。

しかし、これだけでは、刑法で求められるべき「責任」の内容の理解については捕捉されているものの、刑法において人を処罰する上で、なぜ責任能力が必要とされているのかについての理解に関しては、必ずしも捕捉できていないと思われる。

このいわゆる責任本質論についての理解は、心神喪失、心神耗弱が、なぜ不可罰、あるいは刑の減刑事由とされているのかについての理解にも深く関わるものと考えられ、重要な項目であると考ええる。

従って、刑法において人を処罰する上でなぜ責任能力が必要とされているのかについての理解を求める項目を追加すべきである。

また、本項目の意見とも関連するが、前述のとおり、第4章の標題を「責任」と改めるべきである。

エ 第6章「共犯」について

本章の記述中、第2節及び第3節において、共同正犯と教唆犯・幫助犯についての項目が掲げられているが、項目数に注目すると、数の面では第2節よりも第3節の方が多くなっている。

共犯の処罰において、法理論的には教唆犯、幫助犯よりもむしろ共同正犯の方が原則形態であることにも鑑みれば、第3節の教唆犯・幫助犯についての項目は、さらに限定して差し支えないと考えられる。

具体的には、「未遂の教唆」あるいは「再間接教唆・間接幫助」などについての理解は、必ずしもコア・カリキュラムとして掲げる必要性は乏しい。

また、これに関連し、「共犯の諸問題」の項においても、例えば共犯関係からの解消・離脱について等、共同正犯の問題だけに限ってコア・カリキュラムとすれば足りる項目も散見される。

「共犯」の項については、共同正犯と狭義の共犯のバランスについて、さらに検討すべきである。

第2編「各則」部分に関する個別意見

ア あまり重要でないテーマについての記述について

あまり重要でないと思われる分野について、具体的には、電子計算機損壊等業務妨害罪、富くじに関する罪、内乱罪、外患誘致罪、外患援助罪、封印等破棄罪等についての記述の削除等の検討については、前述の

とおりである。

その他、重要な判例への言及、具体的な事例の例示、条文の文言に則した表現への修正等、「全体を通した意見」の中で触れた各論的な問題についても、あらためて指摘するところである。

イ 第1部第1章第5節「過失致死傷罪」について

本節において、「自動車運転過失致死傷罪」についての記載が具体的には見られない。本罪は、実務において問題となる事例も多く、従前の「業務上過失致死傷罪」との相違点、本罪の必要性等について、具体的に理解、説明ができることは、コア・カリキュラムの内容とすべきである。

ウ 第2部第1章第3節「放火罪・失火罪」について

本節において、「公共の危険の認識の要否」が項目として挙げられている。

しかし、「公共の危険の認識」については、その要否を理解する前提として、判例学説上、認識すべき「公共の危険」の内容も問題とされている。「公共の危険の意義・内容」については、本項目の1つ前にも掲げられているが、本項目の記述においても、「公共の危険の認識の内容及びその要否」と記載した方が適切と思われる。

以上