

刑法 採点基準

問題1

(1) 本設問においては、最低限「人の始期」に関する通説である一部露出説の内容が記述されていることが必要である（その他の説についても言及されていることを求めたい）。また、それぞれの学説の根拠およびそれに対する批判が適切に意識されていることが望ましい。

(2) 本設問においては、最低限①犯人隠避罪は犯人自身による隠避行為を不可罰とし、その趣旨は期待可能性の類型的不存在にあること、②一方他者に隠避を依頼する行為につき、判例は教唆犯としての可罰性を肯定していること、が記述されていることが必要である。また、設定した事例が適切に解決されていることが望ましい。

(1)(2)ともに5点満点であり、以上の基本的概念説明に3点、適切な事例の設定に2点を配点する。

問題2

本問は、いわゆる身分犯と共犯に関する基本的な理解を問うものである。

判例・多数説によると、刑法65条は1項で構成的身分を、2項で加減的身分を定めている。それによると、賭博罪には常習者であることを身分とした加減的身分犯として常習賭博罪があるため、常習者であるXには常習賭博罪が、非常習者であるYには単純賭博罪が成立する。各賭博罪および65条の趣旨から適切に論理構成することが必要である。正犯性に関しては、確かにXがYを誘った形ではあるが、Y自身も長時間賭博に興じていることから、両者が共同正犯になることで差し支えないと思われる。その場合、刑法65条は共同正犯にも適用されるかという問題があり、それに言及していれば高評価となる。

一方、Bが死亡したことに関しては、XもYもその故意がないため、保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となる。Yについては実母であること等から保護責任者性が問題なく肯定され罪の成立が認められるが、Xは保護責任者ではないためいかなる罪がいかなる関与形式において成立するかが問題となる。関与形式に関しては、賭博に誘うことによりYがBを独り放置することになることについては認識があったといえるものの、そのことに対しXに大きな利害があったとはいえないことなどからすると、Xは教唆にとどまるということが十分考えられる。その際、本問がいわゆる「置き去り」という行為態様によるものであり、遺棄罪の成立範囲の適切な限定という観点から「置き去り」という態様が単純遺棄罪によりカバーされていないと考えるならば、同態様に関しては保護責任者遺棄罪が構成的身分犯であることになり、Xには同罪の教唆犯が成立することになる。

以上は判例・多数説による理解であるが、身分犯を違法身分犯と責任身分犯に区別して理解する見解も有力であることから、そのような立場に基づく論述であっても、論理が一貫していれば同じように採点する。

本問は15点満点であり、以下のポイントに基づき評価する。

- ① 本問における問題点が指摘されていること 3点
- ② 論点に関する正しい学問的理解が示されていること 5点
- ③ 自らの立場が（反対説の批判などを通して）論理的に説明されていること… 4点
- ④ 導かれた結論が③と矛盾なく説明されていること 3点