

刑法 採点基準

問題1

(1) 本設問においては、最低限①強制わいせつ罪の保護法益の内容に関する正しい理解、②これまでの判例が「性的意図」を要するとしていたのに対し、保護法益の理解からそれは現れないという批判があったこと、が記述されていることが必要である。そのうえで、設定した事例が適切に解決されていることが望ましいほか、近時の最高裁による判例変更に言及していれば高評価となる。

(2) 本設問においては、最低限①同時傷害の特例の趣旨および②どのような場合にそれが使われるかに関する正しい理解が示されていることが必要である。そのうえで、傷害致死罪への適用可能性など発展的な知識が披露されていれば高評価となる。

(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、中止犯における中止行為の任意性および主観的態様に関する共犯者間の連帯の有無に関する基本的な理解を問うものである。

中止行為の任意性に関しては、「たとえ欲したとしてもできなかった場合」を障碍未遂、「たとえできたとしても欲しなかった場合」を中止未遂とするフランクの公式を用いる見解が学説上は多数とみられるところ、これを当てはめるとYは金庫の中の2万円を盗ることもできたのだからYには中止未遂が成立することになる。一方、学説上少数ながら中止の動機が「広義の後悔」に基づくものであることを要する限定主観説も主張されており、それによるとYは障碍未遂ということになる。判例は、広義の後悔に言及するものが多いがその不存在を理由に中止未遂の成立を否定したものは無いことから、その評価に関しては学説上も分かれている。解答者としては、学説・判例の議論状況に関する以上の理解を踏まえて、自らの立場を適切に示しそれに基づき論理的に事案を解決することが求められる。

また、XはYが「見つかりそうになって何とか逃げてきた」と思っているため、Xの認識を基準とすると中止未遂ではないことになる。そうすると、仮にYが中止未遂となる場合、そのことがXとの関係で連帯的に働くかが問題となる。違法性および責任の基本的な概念の差から、「違法は連帯し、責任は個別化する」と言われるところ、中止犯の必要的減免根拠との関係や、任意性という要素が行為者の心的要素に属するものであることから、仮にYが中止未遂となってもXは障碍未遂となるという帰結となるのが標準的な解決であろう。

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