

刑法 採点基準

問題1

(1) 本設問においては、最低限我が国の文書偽造罪は有形偽造の処罰を原則としていることおよび有形偽造と無形偽造の概念に関する適切な記述が必要である。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。

(2) 本設問においては、最低限①不法領得の意思の内容(権利者排除意思および利用処分意思)、②不法領得の意思を要求するかどうかについて激しい対立があること、が記述されていることが必要である。その際、窃盗罪をはじめとした財産犯の保護法益ないし基本的構造に立ち戻った説明が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、不作為と共犯に関する基本的な理解を問うものであり、副次的に正犯性の正しい認定について求めるものである。

本問は、①YがAに暴行を加え、Xがそれを傍観した、②XとYが共にAに食事を与えず死亡させた、という2つの内容に分かれるところ、特にXについて正犯性が正しく認定されているかが必要である。共犯の処罰根拠としてどのような点を強調するかにもよるが、①作為と不作為が競合する場合には、一般に作為の方が結果に対する因果的寄与が大きいため、作為犯が正犯、不作為犯が幫助犯となるという結論が考えられる。もっとも、児童虐待が絡む事件においては、例えば虐待をするような者に子供を近づけていることを理由に母親の正犯性を肯定する裁判例も近時見られ(福岡地小倉支判平成29年10月4日公刊物未登載〔LEX/DB:25547825〕等)、解答者の示した規範から矛盾なく導けるのであれば、結論は問わない。②については、双方に(不作為の)共同正犯を認めることになる。

そうすると、YがXの交際相手に過ぎず、不作為犯でいうところの「保障人的地位」を有せず、よって作為義務がないのではないかが問題となる。この点、現在の多数説は作為義務の発生根拠について単純な形式的三分説からは距離を置き、「排他的支配」等の実質的な根拠の充足を要求している。その観点からは、実母であるXについて実母であるという以上に説得的な根拠を持ち出し保障人的地位の存否を論証しなければならない一方、そのような実質的な根拠を示すことができればYも自ら保障人的地位に立つという結論もありうる。また、仮にY自身に保障人的地位が認められないとしても、判例は犯罪成立に関し人的に制限を加える要素はすべて身分であると解している(最判昭和27年9月19日刑集6巻8号1083頁)から、保障人的地位も(構成的)身分ということになり、(共同正犯にも刑法65条1項の適用があるという理解を前提に)実母であるXが身分を有することから同項によりYにも身分犯としての不真正不作為犯が成立するという結論を導くことも可能である。いずれにせよ、自らが立てた規範に基づき首尾一貫した論述がなされているかが大切である。

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