

刑法 採点基準

問題 1

(1) 本設問においては、最低限①刑法 230 条の 2 が定められている理由、②学説上同条を処罰阻却事由と解するだけでは足りないと言われる理由、③判例がどのような見解に立っているか、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。なお、この論点については多くの見解が乱立しているが、その全てを詳細に網羅することは要求しない。

(2) 本設問においては、最低限①賄賂罪の保護法益に関し信頼保護説と純粹性説の対立があること、②判例が信頼保護説に立っていること、③純粹性説に立った場合には単純収賄罪（刑法 197 条 1 項前段）を危険犯と解することになること、が記述されていることを求めたい。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。

(1) (2) とともに 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、不能犯に関する基本的な理解を問うものである。

不能犯には「客体の不能」、「方法の不能」、「主体の不能」があるとされるところ、問題文前半は「客体の不能」、後半は「方法の不能」に関するものである。不能犯と未遂犯の区別基準に関して学説は乱立しているところ、判例がどのような見解に立っているかについても理解の一致がみられない。広島高判昭和 36 年 7 月 10 日高刑集 14 卷 5 号 310 頁はいわゆる具体的危険説に立っているとみられるが、判例が「科学的判断」を志向することから絶対的不能・相対的不能区別説や（修正された）客観的危険説に立っているという評価も根強くなされている。解答時間 45 分の入学試験においては、多くの見解を網羅的に細かく記述することは求めないが、判例の見解の合理的な説明（前述した通り、説明の仕方は 1 通りではない）および自らがどのような趣旨理解に基づいてどのような規範を定立するかが論理的に記述されていることは必要である。

例えば具体的危険説に立った場合、①深夜の住居のベッドには通常人がいると想定される（特に、本問では抱き枕によるものであるが布団が盛り上がっていた）こと、②一般人ならば拳銃には実弾が入っていると想定することから、どちらの場合も X には殺人未遂罪が成立することになる（非警察官が持つ拳銃については必ずしも実弾が入っているとは限らないと一般人が想定すると考えるなら、後者については不能犯とする結論も不可能ではない）。なお、一部の学説は「客体の不能」と「方法の不能」で基準を異にすべきであると主張している。その理由を論理的に説明できているのであれば、そのような見解も同様に評価する。いずれにせよ、解答者自身が立てた規範に基づき矛盾なく事案が解決されていることが必要である。

なお厳密に言えば、①問題文前半については器物損壊罪が成立する可能性があり、②問題文後半について殺人未遂罪が成立すると考えた場合には（その後の殺害行動を中止して逃走しているので）中止犯の成否の検討もありうる。ただ、本問において中心的に問うていることとは異なるので、いずれにせよ評価上重視しない（②については、弾がなくなっている以上は「欲しても継続できない」状況であり、障害未遂とする結論は揺らがないだろう）。

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