

2020年度 早稲田大学大学院法務研究科
法学既修者試験 論述試験
刑 法
(出題の趣旨)

【出題の趣旨】

問題1

〔設問1〕は、事実1・2における甲の行為について殺人未遂罪（刑法202条・同199条）の成否を検討させることを通じて、「実行の着手」（刑法43条）の判断基準に関する基本的な理解を問うものである。殺人未遂罪の成立を肯定する立場からは、いわゆるクロロホルム事件の最高裁決定（最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁）で示された判断基準・要素を前提に、Aを昏睡させた段階で実行の着手を認める立論が考えられる一方、同罪の成立を否定する立場からは、上記最高裁決定の重視する「特段の障害」の不存在や「時間的場所的近接性」の意義を限定的に捉えたうえで本問におけるこれらの要素の欠落を指摘する立論のほか、未遂犯の処罰根拠等を踏まえ上記最高裁決定そのものの妥当性を批判しつつ、実行の着手に関してより限定的な基準を定立する等の立論が考えられる。なお、クロロホルム事件と異なり本問の被害者Aは死亡していないから、Aの死亡を前提とした因果関係の錯誤等の問題を論じる余地はない。教科書等で必ず言及される代表的な判例については、抽象的な判示文言の意味するところについて、背後の事実関係や理論的根拠を意識した学習が重要である。

〔設問2〕は、事実3におけるB事務所への放火行為に関する乙と丙の罪責を検討させることを通じて、間接正犯と共同正犯、故意と錯誤に関する基本的な理解を問うものである。殺人未遂罪及び現在建造物放火罪（刑法108条）の客観的構成要件を実現した点に関し、乙は、B事務所内に人が居ることを知らない丙を「道具として利用」した間接正犯としての罪責を負うのか、それとも認識を異にする丙との間で共同正犯（刑法60条）としての罪責を負うのか、また、殺人未遂罪及び現在建造物放火罪とは異なる構成要件である非現住建造物等放火罪（刑法109条1項）の故意にとどまる丙に同罪の成立を認めることができるのか（刑法38条2項参照）等について丁寧な検討が求められる。

問題2

問題2は、飲食後に代金の支払を免れるいわゆる無銭飲食事例を素材に、詐欺罪（刑法246条）に関する基本的な理解を問うものである。当初から代金を支払う意思がないのにこれを秘して料理等を注文のうえ飲食する場合（犯意先行型）と、当初は支払意思があったが飲食後に代金の支払を免れる意思を生じた場合（犯意後行型）を分けたうえで、それぞれの場合について、詐欺罪の各要件の意義を踏まえつつ、1項ないし2項詐欺罪の成否を丁寧に検討することが求められる。

以 上