

令和5年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨
第二期入試 憲法

【出題趣旨】

本問は、最高裁の違憲判決の判決理由の構成が、引用箇所ごとに、①どのような観点から違憲と述べたのか、②③それに追加して、いかなる理由付けによって、司法審査権の行使として判決の主題である「国籍」の確認という結論に至ることができたかを、小問①②③で受験生に理解し回答してもらい、という傾向の出題である。判例の知識ではなく、理解力を問うている。

【採点基準】

判例の①②③それぞれの理解度を、①30点、②30点、③20点として問う。単に判決文の言い換えで回答するのではなく、何が論点で、それに判例としてどのように述べているのか、という内容の理解を、分かりやすい自分自身の表現によって述べることが求められている。

令和5年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨

第二期入試 刑法

【出題趣旨】

いわゆる早すぎた構成要件の実現の事案を基に、刑法総論の基本的問題について論じさせる問題である。クロロホルム最高裁決定の事案が素材になっていることは明らかである。同事案で示された理論は、複数行為が予定されている犯罪の実行行為（実行の着手）を判断する上で、判例理論の基礎になっている。判例理論とは別の理論を採用することを否定するものではないが、その場合であっても、判例理論の正確な理解は必要であることから、出題した次第である。

【採点基準】

以下の点について論じられているかどうか。

第1 乙、丙の罪責 【計62点】

1 実行共同正犯 (10点)

乙と丙は、Aの殺害について具体的な計画を立て、二人で行為を分担して実行しており、殺人罪の実行共同正犯（刑法〔以下略〕60条、199条）の成否が問題になる。共同正犯は単独犯の構成要件を修正して「殺人を共同して実行」ものであることを意識して、効率的に論じる必要がある。

2 問題の所在、事案整理—早すぎた構成要件の実現 (8点)

本事案では、乙と丙は、クロロホルムを嗅がせてAを失神させた上（第1行為）、X港の岸壁から車ごと転落させ（第2行為）、溺死させることを予定していた。第2行為から死が発生していれば殺人既遂になることに問題ない事案であるが、死因が特定できていない。仮に第1行為に死因があるとした場合、乙と丙の生の認識を基準にすると、「早すぎた構成要件の実現」と言えるが、第1行為の時点では、殺意がなく、殺人予備行為から死亡結果が生じたともいえる。

もともと、犯罪計画を踏まえ、第1行為の時点で既に第2行為による殺害に至る機序が開始しているとして殺人実行の着手を見出すことができれば、着手後に殺人結果が生じたとして殺人既遂にし得ることを的確に指摘する必要がある。この場合、第1行為と第2行為を一連のものとして把握する判断基準が問題になる（クロロホルム最高裁決定の理論構成）。

これに対して、上記と異なる理論を採用する場合には、その理論を示す必要がある。

3 判断基準とあてはめ (計24点)

(1) クロロホルム事件最高裁決定は、行為者らの計画面を踏まえ、第1行為が第2行為に「密接」し、一連一体のものとしてみることができるときには、第1行為段階において「客観的危険性」もあるという論理を示している。前者の基準としては、①第1行

為が第2行為を容易かつ確実に行う上で必要不可欠であり、②第1行為を遂行した場合、第2行為を遂行する上で障害となる特段の事情がなく、③第1行為と第2行為が時間的場所的に近接していることを挙げている。なお、これらを基準として示すことは重要ではあるが、実行の着手の一般論に落とし込んで、その基準をとる「理由」を示すことができることがより重要である（14点）。

これに対して、上記と別の理論をとる場合には、それを的確に示す必要がある。例えば、事後的客観的に見て、クロロホルムを吸引させる行為には人の死を発生する危険性があったとして実行の着手が見出されるとした場合には、現にその危険性が現実化しているとして因果関係も認められるが、第1行為の時点で殺意を見出すことができるかを検討することになる。判例の場合、複数行為を一連の行為として把握する視点は、実行の着手を見出す局面で考慮されたが、有力説に依拠する場合には、因果関係の錯誤の理論的な説明の際にこの点を考慮することになる。

(2) いずれの見解をとるにせよ、提示した基準に照らして、実行の着手を判断することになる。クロロホルム事件決定の論理に従えば、第1行為の時点で、第2行為との関係で殺人に至る機序が開始していると考えることになり、着手において想定される危険は、第2行為を見据えたものとなる（10点）。提示した基準にあてはめる場合は、事実を抽出して適宜評価を織り込む必要がある。

4 因果関係・故意（計20点）

上記3の理論構成に応じて、因果関係、故意について検討することになる。

クロロホルム事件決定の論理に従えば、因果関係については、第1行為であるクロロホルム吸引行為から結果が発生したことを前提に判断することになる（10点）。そうすると、行為者らが想定していた因果経過と実際の因果関係のずれが生じて、因果関係の錯誤を論じる必要性が生じる（10点）。なお、通説は、仮定的な因果経過と現実の因果経過の双方が法的因果関係の範囲内にある場合には、故意を阻却しないとしている。

第2 甲の罪責 【計28点】

1 共謀共同正犯か教唆犯か（14点）

甲については、乙丙とは異なり、殺人の実行行為に相当する行為を行っていないことから、共謀共同正犯として処罰できるかが問題になる。

共謀共同正犯の基礎付けにおいては、60条の条文解釈であることを意識して、どの文言を重視するかを示すべきであろう。あくまで「実行」に重点を置く場合には、実行行為の分担が要求され、共謀共同正犯否定説に繋がるが、現在の判例・通説は、「共同して」に重点を置いて、共謀共同正犯を肯定している。

共謀共同正犯を肯定する場合には、その成立要件の示す必要があるが、必ずしも定まった状況にないことから、理由を付しながら、要件提示をする必要がある。その際、狭義の共犯である教唆犯との区別を意識した要件提示が望まれる。

2 あてはめ (14点)

いずれの見解に依拠するにせよ、提示した基準に相応する事実を適切に抽出・評価する必要がある。

第3 裁量点【10点】

上記以外でも、構成力、文章力が優れたもの等には加点する。

上記合計点に0.8を乗する。