

刑法 採点基準

問題1

(1) 本設問においては、最低限判例および現在の多数の見解が採るとされるいわゆる限定積極説の根拠および内容が記述されていることが必要である(その他の説についても言及されていることを求めたいが、細かい学説まで網羅的に挙げることを求めるものではない)。また、それぞれの学説の根拠およびそれに対する批判が適切に意識されていることが望ましい。

(2) 本設問においては、最低限親族特例の趣旨および体系的位置付けが記述されていることが必要である(これ自身についての争いが記述されていれば高評価である)。そのうえで、共犯関係がある場合での親族特例の適用如何など関連する代表的な論点について、上記の内容を踏まえて述べら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、いわゆる違法性の意識に関する基本的な理解を問うものである。

事実の錯誤が故意を阻却するのに対し、法律の錯誤はそのままでは故意を阻却しない。しかし、「情状により、その刑を減輕することができる」(刑法38条3項但書)。現在の通説はその趣旨を推し進め、結論としては「相当の理由があった場合」、言い換えると違法性の意識の可能性がなかった場合には処罰を否定することではほぼ一致している。しかし、故意概念の理解の差に基づき、違法性の意識の問題を故意の一内容とするか責任の一内容とするか、すなわち体系的位置付けに関する争いは未だ解決されていない。

一方、判例は違法性の意識はその可能性も含めて不要であるとする見解を採っているとされるが(最大判昭和23年7月14日刑集2巻8号889頁)、いわゆる百円札模造事件(最一決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁)においては将来の判例変更を予期させる判示をしたとも評価されている。

答案では、以上のような体系的位置付けに関する見解の対立も踏まえ、違法性の意識に関する基本的な理解が示されていることが必要である。

そして本問では、警察官という法執行機関の一員が書面で回答した内容が誤っていることから、違法性の意識の可能性がなかったのではないかが問題となる。専門家の回答を信頼し法律の錯誤に陥った場合について、解答者が示した規範が矛盾なく事案に当てはめられ、解決が導かれているのであれば、その結論が有罪であるか無罪であるかは問うところではない。

なお、言うまでもないことだが、通貨及証券模造取締法の罪が成立するためには、本件商品券が「銀行紙幣……ニ紛ハシキ外觀ヲ有スル」ものでなければならず、その点についての当てはめも必要である。

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

