

問題 1・問題 2 (刑法) 共通

法学既修者対象としての入学試験刑事法問題のうち、問題 1・問題 2 は、刑法(実体法)に関する出題である。

本法科大学院の未修者については、1 年次で、刑法総論・各論について、その条文の文理解釈から始まり、刑法理論の基礎的な概念・体系ならびに重要な判例・学説について、その基本的な理解を習得することとしており(その内容、特に使用教材等については、シラバスを参照して下さい)。既修者を対象とする本試験でも、上記の習得者と同等の理解があることを問うこととしている。とりわけ、重要な判例の習熟は必須と考えているので、その点について十分な準備をもって試験に臨むことを期待している。

問題 1

【出題意図】

いわゆる百円チラシ事件(最決昭 6 2 年 7 月 1 6 日刑集 4 1 巻 5 号 2 3 7 頁)の判例の理解とその射程について問うものである。

【講評】

百円チラシ事件への言及がないのが極めて多い。

本件で最高裁は、違法性の意識とその錯誤について、責任説を念頭におきつつ、違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合に当たらないから、同説「の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、…原判決の結論に誤りはない」としたものである。

この判例は、慎重な言い回しを用いながらも、責任説を意識して、将来的にはその採用をも示唆していた点で、意味がある。もっとも、判例の結論は、違法性の意識は犯罪の成立に不要だとする伝統的な不要説でも、説明が可能であるが、違法性の意識が欠けていても故意責任を認めている点では、完全に学説から等距離にあるのではなく、少なくとも厳格故意説は、排除されているという点にも意義がある。

もっとも、こういった、責任説への一定の好意的な態度は、その後修正されたと見ることも可能である。すなわち、特殊浴場事件(最判平元年 7 月 1 8 日刑集 4 3 巻 7 号 7 5 2 頁)で、意味の認識論、すなわち故意論それ自体での解決の方向性が示されているからである。

これに対して、答案の中には、大審院時代の古い判例をもって説明するものが少なかつた。もちろん、古い判例の意義を軽視するものではないが、上記 2 最高裁判例は、もっとも基本中の基本とするべきものであり、学部レベルでの学習には必ず言及されるべきものであって、信頼に足るテキスト・教材には必ず言及されているものである。

刑法(それだけでなく、およそ実定法)の学習においては、重要な判例の習得が不可欠である。それを常に念頭に置かれることを切望する。

## 問題 2

### 【出題意図】

詐欺罪と財産上の損害についての基礎的知識を問うものである。

### 【講評】

詐欺罪において、財産上の損害が必要であるか、また必要ないし不要だとしてその意味・内容はいかなるものかを問うている。

この点については、最近の判例において、繰り返し取り扱われているところであり、学説の議論も活発である。

特に最近だされた、暴力団のゴルフ場利用に関する2つの最高裁判例は、狭い意味での財産上の損害が被害者側には見受けられないと思われるのにもかかわらず、2項詐欺罪を適用するに際して、被欺罔者側の事情を判断の資料としている点が注目される。

つまり、本件でも、上記判例の理論からは、被欺罔者側たるコンビニ店主において、どこまで未成年者に対する酒類の販売禁止に関心をもっていたかどうか、で、詐欺罪の成否を分けるという考え方がありえる。

にもかかわらず、答案に接すると、上記判例を始めおよそ最高裁の最近の判例への言及が欠けるものが数多く見られた。

そもそも、本問題が、極めて簡略化された、事例問題であるのにもかかわらず、なお246条第1項の詐欺罪が問題となるという基本的な点に考えが至らず、特別法犯罪等について（題意で明示的に排除しているのにもかかわらず）言及するものが見られたのは、極めて残念であった。

刑法の学習にあたっては、概念・理論・体系等と言った抽象度の高いものから、具体的な事例・設例を想起する作業と、その正反対に、具体的な事実関係・事実の集積から、そこで問題となる概念・理論・体系を抽出する作業、その両方の作業を意識的に行うことが重要である。設例問題はそのような作業の習熟についての確認に他ならない。それらの点を意識して、今後の学習に当たられたい。

## 問題 3（刑事訴訟法）

### 【出題意図】

公訴に関する基本的な知識を問おうとしたものである。

### 【採点講評】

(1)は、基本原則に関するものであり、解答は容易であろう。(2)に関しても、基本的な問題であり、どの教科書においても必ず触れられているものである。

このようなこともあり、全体的に見て、答案の出来は良かった。いずれにせよ、今後も、受験生の皆さんには、学部段階で獲得した知識を、余すところなく、答案において披瀝していただきたい。