

# 予備試験 スタンダード短答オープン

---

【第1クール】 (刑法2)

【解説】

辰巳法律研究所

|     |        |
|-----|--------|
| 刑 法 | 罪刑法定主義 |
| 第1問 |        |

〔第1問〕（配点：3）

罪刑法定主義に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。  
（解答欄は，[No.1]，[No.2] 順不同）

1. 罪刑法定主義の要請から成文法に全く根拠のない慣習法による処罰は許されないが，成文法に根拠がある場合には，構成要件の意味内容を慣習により決定することは許されることがある。
2. 刑罰法規を類推解釈することは，それが被告人にとって有利になる場合であっても許されない。
3. 行為時の法律によれば犯罪とならない行為について，行為後に制定された法律を行為時まで遡及して適用し，当該行為を犯罪として処罰することが禁止されることは，罪刑法定主義の現れであるといえることができる。
4. それぞれの犯罪に関する法定刑をその上限と下限の枠で示すという，いわゆる相対的不確定刑は，罪刑法定主義に反するものではなく許される。
5. 無罪の確定判決を受けた行為について，その後有罪を裏付ける新たな証拠が発見されたことを理由として処罰をすることは，罪刑法定主義に反し許されない。

|          |        |                                |        |         |        |         |     |
|----------|--------|--------------------------------|--------|---------|--------|---------|-----|
| 刑法       | 罪刑法定主義 | 日付                             | /      | /       | /      | 問題整理番号  | 正答率 |
| 第1問      |        | チェック欄                          |        |         |        | 1-2     | %   |
| 〈出題ポイント〉 |        | 条文知識：2                         | 判例知識：0 | 学説理解：5  | 事務処理：1 | 論理その他：1 |     |
| 〈関連過去問〉  |        | 予備なし                           |        | 新司27-19 |        |         |     |
| 正解       |        | 〔No.1〕〔No.2〕 <u>2, 5</u> （順不同） |        |         |        |         |     |

- 1 正しい。罪刑法定主義の派生原則の1つとして、慣習刑法の排除（法律主義）が挙げられる。刑法の法源は成文の法律であることを要し、その法律は、国会で制定される狭義の法律であることが要請されるので、本来的に成文法に根拠を持たず、内容が不明確である慣習や条理は、直接の法源となり得ない。
- よって、罪刑法定主義の要請として、**成文法に全く根拠のない慣習法による処罰は許されない。**
- もっとも、慣習刑法が排除されるといっても、**慣習が刑法上全く意味を持ち得ないわけではない。**例えば、保護責任者遺棄罪（刑法218条）の保護責任の根拠や、不真正不作為犯の作為義務の根拠など、**成文法に根拠がある場合には、慣習や条理により構成要件の意味内容を決定することも許されることがある。**
- したがって、本記述は正しい。
- 2 誤り。本記述は、被告人にとって有利になる場合であっても刑罰法規を類推解釈することは許されないとしている点で、誤っている。
- 刑罰法規の類推解釈には、処罰を拡大する（被告人にとって不利な）方向の場合と、処罰を抑制する（被告人にとって有利な）方向の場合とがある。
- 前者の場合、罪刑法定主義の要請である法律主義に反し、個人の権利自由を保護する刑法の自由保障機能を害するため、許されない。
- これに対し、後者の場合、形式的には法律主義を逸脱するが、実質的には刑法の自由保障機能を害するとはいえず、罪刑法定主義に反しない。
- よって、**刑罰法規の類推解釈は、被告人にとって有利になる場合は許される**といえる。
- 3 正しい。罪刑法定主義は、犯罪と刑罰をあらかじめ法律で規定することにより、処罰対象と制裁内容を国民に示し、行動予測可能性を担保することを趣旨とする。適法とされた行為が、後に犯罪として処罰されるとすると、罪刑法定主義の趣旨が害される。そこで、同原則の派生原理として、遡及処罰の禁止が要請されている（憲法39条前段前半）。
- よって、**行為時の法律によれば犯罪とならない行為につき、行為後に制定された法律を遡及して適用し、当該行為を犯罪として処罰することが禁止されるのは、罪刑法定主義の現れ**といえる。
- したがって、本記述は正しい。
- 4 正しい。それぞれの犯罪に関する法定刑を、上限と下限を決めた「枠」の形で示しているものを相対的不確定刑という。
- これに対して、刑の種類や分量を全く定めず、又は、刑の種類のみを定めて刑の分量を全く定めないものを絶対的不確定刑という。
- 絶対的不確定刑は、刑罰を抽象的に規定するにすぎないことから、罪刑法定主義に

反するとされている。

他方、**相対的不確定刑は、罪刑法定主義の趣旨に反せず許される**とされている。相対的不確定刑の例として、詐欺罪についてみると、下限は懲役1月（刑法12条1項）、上限は懲役10年（刑法246条）と規定されている。

したがって、本記述は正しい。

- 5誤り。本記述は、無罪の確定判決を受けた行為について、処罰することは、罪刑法定主義に反し許されないとしている点で、誤っている。

憲法39条前段後半は、「何人も…既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」と規定している。これについては、二重の危険の禁止を定めたとする説、一事不再理を定めたとする説などがあるが、遡及処罰の禁止（憲法39条前段前半）とは異なり、罪刑法定主義及びその派生原理には含まれていない。

よって、**無罪の確定判決を受けた行為について、その後**に有罪を裏付ける新たな証拠が発見されたことを理由として、処罰をすることが禁じられることは、二重の危険の禁止ないし一事不再理等の現れであって、罪刑法定主義とは関係がない。

以上により、誤っている記述は2と5であり、したがって、正解は肢2と肢5（順不同）となる。