

2021年度
関西学院大学ロースクール
A日程

一般入試（法学既修者）

刑 法 問 題

《 1 5 : 3 0 ~ 1 6 : 5 0 》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

【刑 法 問 題】

次の〔設問 1〕および〔設問 2〕に答えなさい。

〔設問 1〕

次の（1）および（2）につき、それぞれ 10 行程度で説明しなさい。

- （1）誤想防衛
- （2）親族相盗例

〔設問 2〕

介護士をしていた X（女性、62 歳）は、犯行当時、長女 A と長女の子である 2 人の孫、および次女と一緒に一戸建て（3 階建て）の自宅で 5 人で暮らしていた。日頃から長女 A は、次女に暴言や暴力を繰り返したりしていたことに加え、生活費や住宅ローンを X と折半するとの約束も果たさず、転職や休業を繰り返していた。それに不満や憎しみを募らせた X は、いつしか長女 A の殺害を決意し、さらに次女や孫らを道連れに無理心中をしようと企てた。

そこで、X は、まずタオルやストッキング等で就寝中の長女 A の首を絞めて殺した（第 1 の犯行）。

その直後、X は次女や孫らが眠っているうちに自宅に放火して殺害しようとした。その方法は、調理用油を貯めてあったティッシュペーパー入りの小皿にマッチで点火して火種とし、火種をまず 2 階寝室、次いで 3 階リビングに置いて可燃物に燃え移らせようとするものであった。

ところが、火が回る前に孫らが起き出してきたりしたため、孫の 1 人に軽いやけどを負わせただけで、次女や孫らへの殺人・放火は未遂に終わった（第 2 の犯行）。なお、そのとき X は、孫のうち 1 人が、「熱い。」などというのを聞いて「かわいそうなことをしてしまった。」と思い、2 階寝室の消火にあたりるとともに、110 番通報して長女 A の殺害と放火の事実を警察に告げるという行動に出ている。この間、X は、2 階寝室の消火活動を行っていたため、次女や孫らに対して避難誘導や近所の人たちに助けを求めるなどの行動も一切行っていなかった。臨場した消防隊によると、2 階の消火行為時には、3 階の火がかなり燃え上がり煙も相当の量に及んでいたということであった。

この事例における、X の罪責について論じなさい（特別法違反は除く。）。

2021 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【A 日程：刑法】

《解説・講評》

〔設問 1〕

(1) 誤想防衛

誤想防衛とは、正当防衛の成立に必要な客観的要件を現実には具備していないのに、これがあるものと誤信して、防衛の意思で反撃行為を行うことをいう。誤想防衛の類型としては、①客観的には急迫不正の侵害がないのに、これがあるものと誤信して防衛の意思で反撃行為を行った場合、②急迫不正の侵害が現実に存在したが、これに対して相当な防衛行為をするつもりで、意図せず、客観的に不相当な行為をした場合、③急迫不正の侵害の存在を認識したうえで、さらに、それとの関係で必要・相当な防衛行為をするつもりで、客観的にはその限度を超える行為をした場合があるとされる。

誤想防衛の効果としては、違法性が阻却されるとする説や、故意が阻却されるとする説等があるが、行為者は客観的に適法と評価される事実しか認識していない以上、当該犯罪の（責任）故意が阻却されるとするのが通説である。

(2) 親族相盗例

窃盗罪（235条）、不動産侵奪罪（235条の2）、またはこれらの未遂罪（243条）を犯した者と、その被害者との間に親族関係があるときは、その刑を免除するか、または被害者から告訴があるのでなければ訴追されないものとされる（244条）。これを親族相盗例という。二つのケースがある。その一は、直系血族、配偶者および同居の親族間において前記各罪が行われた場合であり、この場合には、犯罪は成立するが、親族という特殊の関係にある点にかんがみて、その刑罰を免除すべきものとしている（244条1項前段）。その二は、右に記した親族以外の間において、前記各罪が行われた場合であり、このような場合は、いわゆる親告罪とし、被害者たる親族からの告訴がなければ起訴することができないものとしている（同条同項後段）。親族の観念は民法の規定による（同法725条・729条）。「同居の親族」とは、事実上その居を同じくしている親族をいう。生計を共にしているかどうかは問わない。

親族相盗例の根拠については、学説上、(1) 家庭内の紛争には国家が干渉を差し控える方が良いという政策的考慮にもとづくもので、犯罪の成否とは無関係の一身の刑罰阻却事由を定めたものとする政策説（または人的処罰阻却事由説）、(2) 家族間の財産の所有・占有は合同的で、厳格に区別されたものではないから、(可罰的) 違法性を阻却するか、違法性が減少するとする違法阻却・減少説、(3) 親族関係という誘惑的要素から反対動機の形成を強く期待できないため責任を阻却するか、責任が減少するとする責任阻却・減少説に分かれている。

親族相盗例は「親族」という特殊の身分関係を考慮して、法は家庭に立ち入らないという精神から、刑を免除するか、または被害者側の告訴があるのでなければ処罰すべきでないとする政策説が通説・判例である。

この点について、最高裁判所は、未成年後見人（祖母と孫の関係の場合）と業務上横領罪の成否について、「刑法255条が準用する同法244条1項は、親族間の一定の財産犯罪については、国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律にゆだねる方が望ましいという政策的な考慮に基づき、その犯人の処罰につき特例を設けたにすぎず、その犯罪の成立を否定したものではない」と判示し、政策説の立場にたつことを明らかにしている（最決平20・2・18）。

〔設問2〕

本問は、大阪地裁平成23年3月22日判決（判タ1361号244頁）を題材として、主として殺人罪・放火罪と中止未遂の成否についての理解を求める趣旨で出題した。

本問においても、第1の犯行が殺人既遂罪（199条）が成立するのは明らかである。

そして、とくに実際の本件事案について、弁護人は、第2の犯行に関し、殺人未遂および現住建造物等放火のいずれについても中止未遂（43条但書）が成立すると主張した。一方、検察官は、2階消火等の行為は事実だが、これは「自己の意思により」したものではなく、その後の行為も中止行為として不十分であり、中止未遂は成立しないと主張した。

本件では、以上の争点をふまえ、公判前整理手続の段階で、裁判所が提示した中止未遂の説明や、検察官および弁護人の意見をもとに、裁判員に対する中止未遂の説明資料が作成され、公判段階においても、この説明資料に基づいて、立証活動や弁論等が行われ、判決もこれに沿う形で判断が示された、注目すべき事案である。

以下では、その判旨を紹介したのち、本問の中止未遂の成否についての解説を加える。

<判旨>

「中止未遂が成立するためには、①犯人が「自己の意思により」その犯罪をやめたこと（自発性）と、②犯人がその犯罪を『中止した』こと（中止行為）が必要であるが、各要件の解釈については各種の考え方があり得るものの、本件において、裁判所が、公判前整理手続において当事者と合意の上で設定し、かつ、公判と評議の際に使用した各要件の判断基準は、以下のとおりである。

まず、①（自発性の要件）については、当時被告人の周囲に起こった出来事を前提にしながら、被告人が殺人・放火の犯行をそのまま続けることにつき、『やろうと思えばやれたが、やらなかった』場合、被告人は自発的に殺人・放火を中止したものと認められるが、殺人・放火の犯行を引き続き『やろうと思っても、やらなかった』場合には自発性が認められないと判断する。

次に、②（中止行為の要件）については、当時の客観的状況や被告人の置かれた状態を前提として、被告人が既に行った犯罪行為によってどの程度結果が発生する危険性が生じているのかを検討の上、被告人がその後殺人・放火の『犯罪結果が生じないように真剣に努力した』と評価できるかどうかを判断する。」

「被告人が本当にS男君らのことをかわいそうだと考えたのであれば、2階消火等の行為をした後にでも、子や孫らをいち早く外に避難させるなどして、その安全に配慮する行為をしていて当然であるのに、被告人はそのような行動に一切出ていなこと、以上の事情に照らすと、被告人がS男君の言葉を聞いて自発的に2階消火等の行為を行ったとは認めることができない。」

被告人が2階消火等の行為をしたのは、～（孫ら）が被告人に先んじて起き出し、かつ、2人から火事の事実を知らされてしまったことから、もはや放火心中を続けることはできないという状況認識を

持つに至ったためであったと考えられ、これはまさしく殺人・放火をそのまま『やろうと思っても、やれなかった』場合に当たると解されるから、その行為に自発性を認めることはできない。」

「2階消火等の行為時においては、被告人が既に行った放火によって3階の火がかなり燃え上がり煙も相当の量に及んでいたことが認められるから、殺人・放火、ことに放火の犯罪結果が発生してしまう危険性は客観的に見て既にかかなり高まっていたといえる。

それにもかかわらず、被告人は、前記認定のとおり、2階消火等の行為を行っただけで、子や孫を安全な場所に避難させるような指示を全く行っていないばかりか、消火に寄与する最低限度の行動、すなわち消防隊が到着するまで、自ら3階の様子を確認したり、近所の人たちに助けを求めるなどの行動も一切行っていないのであるから、当時、被告人自身の精神状態がうつ状態にあり、S子さんを殺害しさらに残された家族と無理心中を図ろうとするなど平常の心理状態になかったことを考慮に入れてもお、被告人が殺人・放火の『犯罪結果が生じないように真剣に努力した』とは到底評価することができない」。

「以上より、裁判所は、本件殺人未遂・現住建造物等放火未遂については、『自発性』と『中止行為』のいずれの要件も充足しないと認められることから、中止未遂は成立しないと判断した」。

【解説】

中止未遂の刑の必要的減免の根拠については、政策説、違法減少説、責任減少説等が主張されているが、裁判所の説明（書）では、「中止未遂の場合は、犯人が自分の意思で犯罪をやめるわけですから、これ以外の未遂の場合以上に刑事上の責任を軽くしてよいと思われまますし、また、それは社会にとって望ましいことですので、犯人に対しある種の恩典を与えてよいと考えられます。」とされており、裁判員の理解のしやすさという点も考慮して、政策説・責任減少説の双方を根拠とする見解を採用したものと思われる。

中止未遂の具体的な基準についても、裁判所は、自発性（任意性）の要件については、いわゆるフランクの公式、すなわち「やろうと思えばやれたが、やらなかった」場合に自発性が認められるが、「やろうと思っても、やれなかった」場合には自発性が認められないとする説に沿った説明を行い、中止行為の要件については、犯罪的結果発生危険性の発生程度に応じて、どの程度の結果発生防止努力が要求されるかという判断を採用したものといえる。

罪数をまとめると、以下の通りである。

①第1の犯行：殺人既遂罪（199条）

②第2の犯行：①現住建造物等放火未遂罪（112条、108条）

②次女および孫ら3名に対する各殺人未遂罪（203条、199条）

第2の犯行（①と②）は、1個の行為が4個の罪名に触れる場合であるから観念的競合（54条1項前段）

①と②は、刑法45条前段の併合罪となる。

【講評】

〔設問1〕

(1)(2)を通して、あいかわらず誤字・脱字が多かった。以下はその例である（左下線部が誤字、→の右が正当例である）。

護送防衛→誤想防衛、道義的批難→道義的非難、必要的減刑→必要的減輕、

親族相当例→親族相盜例

以下、問題のあった答案について簡潔に指摘しておく。

(1) について

- ・事実の錯誤と法律の錯誤を混同している答案
- ・いきなり違法性の錯誤として論じ、(厳格)責任説(らしき説)を展開している答案など。
- ・正当防衛における「やむを得ずにした」を「補充性」の原則とするものがあったが、これは緊急避難の場合に使う用語であって、正当防衛の場合は、「(必要性)相当性」の用語を使うべきである。

なお、正当防衛を論じるとき、単に36条とせず36条1項と引用して欲しい(2項は過剰防衛の規定である)。

(2) について

- ・条文のみを引き写している答案。
- ・親族相盜例の根拠を、いきなり期待可能性だけで説明している答案。
- ・244条と105条とを混同している答案。
- ・刑の免除(有罪判決の一種)と不可罰とを混同している答案。

〔設問2〕

こちらにも意味不明な誤字や用語例が散見された。

以下はその例である(下線部が誤字、→の右が正当例)。

酌量減刑、罪刑裁量、36条2項を問題にし、必要的減輕(→任意的減免)とするもの、真檢(→真劍、中止犯における「真摯性」の用語例)等。

次に、問題のある解答例について簡潔に指摘しておく。

- ・長々と第1犯行について殺人罪を論ずる過程で正当防衛や緊急避難を論じている答案→正当防衛や緊急避難を論ずる必要はなく、殺人罪の成立についてもごく簡潔で良い。
- ・問題文中に「未遂に終わった」との記述があるにもかかわらず、それを無視して放火罪につき既遂として論じている答案
- ・次女や孫の殺人未遂罪を、Aに対する殺人既遂罪に吸収されるとする答案→個人的法益それも人の生命に対する侵害は、他者への侵害には決して吸収されない。
- ・罪数処理をまったくしていない答案。

以上