

2022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）
開放型入試（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、それぞれ概ね 5 行～10 行で説明しなさい。

- （1）安楽死
- （2）不法領得の意思

〔設問 2〕

Xは、かねてよりAと不仲であったが、自身の恋人BがAに侮辱されたことを聞いて憤激し、Aに電話をし、今からA方に出向く旨を伝えた。Xは、これを機にAを痛めつけてやろうと考え、木製のバットを用意するとともに、友人のYを呼びだした。XはYに対して、「これからAに会って話し合いをするが、喧嘩になったら加勢してほしい。」と依頼した。Yは、渋ったものの、話し合いの助けぐらいはしようと考えて、一緒にA方に行くことにした。

A方に到着したが、Xは、Yに対して「自分はAに顔を知られており、顔を合わせるとすぐに喧嘩になるから、お前が先に行ってAと話をつけてくれ。もし襲われたら、このバットで身を守れ。」と述べ、バットを持たせてYのみをA方玄関先に向かわせた。しかし、出てきたAは、YをXと取り違えて、いきなりYのえり首をつかまえて引きずり回し、手拳で顔面を殴打したうえ、コンクリートの路上にYを転倒させて足で蹴るなどをしてきた。Yは、バットを面前に持ってきて防御の態勢をとりながら「やめてくれ」と言ったが、Aは聞く耳を持たず、AはYからバットを奪おうとした。Yは、Xが助けにも来てくれないことから、このままでは自分の身が危ないと思い、Aの攻撃を防ごうと、バットでAの腹部を殴打した。Aが怯んだため、Yはその場から逃げ出した。Yが逃げ出したのを見て、Xも逃げ出した。Aは、Yの殴打により加療約2週間の打撲傷を負った。

この事例におけるXの行為に関し、以下の（1）および（2）について、答えなさい。なお、いずれもYの罪責は検討しなくて良い（特別法違反は除く。）。

- （1）Yが過剰防衛となった場合におけるXの罪責を論じなさい。
- （2）Yが正当防衛となった場合におけるXの罪責を論じなさい。

2022 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【A 日程：刑法】

《出題趣旨・解説》

〔設問 1〕

(1) 安楽死

安楽死 (euthanasia) は、(刑) 法学上、①病者の苦痛を緩和する措置が生命の短縮を伴わない純粹安楽死、②苦痛の緩和措置がその不随効果として病者の生命の短縮を伴う間接的安楽死 (治療的安楽死)、③延命措置を差し控えることで病者の苦痛を長引かせないようにする消極的安楽死、④殺害によって病者を苦痛から解放する積極的安楽死の四つに区別されている。

①は全くもって適法な治療行為であり、②も一般に適法と解されている (社会的相当性から説明する見解や患者の自己決定権から生命に対する保護の必要性を否定する見解などがある)。③や④は、刑法 199 条や 202 条前段・後段の罪の成否をめぐって議論されている。

③は、患者の自己決定権の行使により医師の延命治療を行う義務がなくなるとすれば、適法とされる余地も出てくる (横浜地判平成 7 年 3 月 28 日判時 1530 号 28 頁を参照)。治療中断による臨死介助の問題は、一般には尊厳死で議論されているが、尊厳死は通常患者が苦痛を感じていない場合も多い。

特に議論があるのが④である。名古屋高判昭和 37 年 12 月 22 日高刑集 15 卷 9 号 674 頁や、前掲横浜地判平成 7 年 3 月 28 日では、裁判所による積極的安楽死を許容する要件が、それぞれ異なる形で示されている (近年は、最決平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 卷 11 号 1899 頁のように、裁判所がその正当化の要件を示さなくなっている)。

解答に際しては、前述の安楽死の類型には触れてほしい。まずは正確に理解しているかが評価のポイントである。さらに、それぞれ許容され得るのか (違法性が阻却されて適法になり得るのか)、正当化されるとすればその要件はどのように考えられるのか等の検討が行われ、説得的に示されていけば良い評価となる。

(2) 不法領得の意思

不法領得の意思は、一般に領得罪において違法性を基礎づける要素の一つとして要求されている、あるいは構成要件的行為の構成要素となるものであるが、窃盗罪においては、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思とされている (大判大正 4 年 5 月 21 日刑録 21 輯 663 頁、最判昭和 26 年 7 月 13 日刑集 5 卷 8 号 1437 頁など)。前半 (いわゆる

権利者排除意思)は無断一時使用(使用窃盗)を不可罰とする点で、後半(いわゆる利用処分意思)は対象物を毀棄・隠匿する意思しかない場合に毀棄罪に留める点で意義がある。(1項)詐欺罪においても不法領得の意思は要求されており、毀棄のつもりしかない場合には不法領得の意思が否定され、本罪の成立が否定され得る(最決平成16年11月30日刑集58巻8号1005頁を参照)。もっとも、窃盗罪のそれと内容上まったく同様に解して良いのかには議論もある。

他方で、横領罪の場合、不法領得の意思は判例上「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意志」とされている(最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁。委託関係のない刑法254条の横領罪における不法領得の意思を(も含めて)どのように解すべきかは議論がある。東京地判昭和60年2月13日刑月17巻1・2号22頁も参照)。使用横領や委託者本人のためにする意思の場合には不法領得の意思が否定されるものの、毀棄・隠匿の場合の評価については議論が分かれている。

解答においては、窃盗罪における不法領得の意思の定義だけでなく、横領罪における不法領得の意思についても触れて欲しい。

[設問2]

本問は、Yの行為が正当防衛とすれば、それによるAの負傷は、Xにとって適法行為を利用した間接正犯となり得るか(1)、そして、Yの行為が過剰防衛であるならば、XとYの共犯関係はどうなるのか、Yにつき過剰防衛の刑の減免の余地とそのXの罪責への影響が問題となる(2)。

なお、Xの罪責の前に、Yに正当防衛が認められるかに少しだけ触れておく。Yに対するAからの攻撃に侵害の急迫性が認められるかにつき、侵害の予期と積極的加害意思を認めて、それを否定するという方向性はあまり考えられないであろう。Aの攻撃を招いたのはXであり、Yはあくまで「話し合いの助けぐらいはしようと考えて、一緒にA方に行くことにした」のであり、正当防衛を制限するような事情は認められないだろうからである。その意味では、自招侵害として正当防衛を否定する必要性もないであろう。また、防衛行為の相当性では、「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること」(最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁)が認められるかを検討することになる。本設問からは、これを認めて差し支えないようには思われる。

(1) に関して

さて、Yに正当防衛を認めた場合、Xの罪責がどうなるかは問題である。少なくとも、制限従属性説からは、Xには傷害罪の共犯は成立し得ない(最小従属性説の立場からXに共犯を認めることも考えられるが、その是非自体が問われ得る)。そのため、

正当防衛の教唆や幫助、共同正犯は、否定されることになる（共同正犯にも、要素従属性が妥当することは、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁で、12歳の子供との間で母親たる被告人が強盗罪の（共謀）共同正犯が認められている点からも明らかであろう。もちろん、狭義の共犯の場合とは異なり、正犯者は直接行為者に従属するわけではないので、直接行為者に犯罪が成立しない場合でも背後者に正犯の要件が揃っていれば、正犯として処罰され得る。それ故に、以下のように、間接正犯の余地が残されている）。

本問では、XがYにAのもとに向かわせることで、Yを緊急状況に追い込んでいる側面がある。そこで、Xには、その緊急状況への対処をしようとしたYの正当防衛を利用してAを負傷させたとして、適法行為を利用した間接正犯になり得るかが問題となる。この場合、Yは、正当防衛という適法行為を行っただけであり、規範的障害もないとして、被利用者として間接正犯の道具だと認めることができよう。他方で、XはYの適法行為のきっかけを作ったにすぎず、負傷したのは、自己の意思で急迫不正の侵害を行ったAの責任だと考えるならば、Xを無罪にすることも考えられる。

（2）に関して

Yの行為が過剰防衛である場合には、YにはXとの共犯関係が認められ得る。最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁は、過剰防衛となった行為者との間に（共謀）共同正犯を認めている。過剰防衛は刑が減免され得るにせよ、構成要件に該当し違法で有責な行為であるため、そこでは犯罪の共謀も認められ得る（これに対して、正当防衛にあたる行為についての合意はやはり犯罪の共謀とはいえないであろう。最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁も参照）。

なお、Yの行為が過剰防衛として刑の減免があり得るとしても、Xにその効果が及ぶかは別問題である。前掲最決平成4年6月5日は、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。」としている。そうすると、Xも過剰防衛となり得るかは別途検討することになる。XはAの攻撃を予期しており、また、これを機にAを痛めつけてやろうと考えていたことから積極的加害意思も認められるとして、Xにつき急迫性を否定して、過剰防衛の余地がないとすることも考えられる。なお、XがYにAのもとに向かわせることで、Yを緊急状況に追い込んでいるという側面を強調するならば、刑法36条2項により刑の減免をし得る情状は認めがたいであろう。

《講評》

設問1(1)については、安楽死の類型がほとんど示されていない答案、その定義が間違っている答案などが見受けられた。また、設問1(2)については、不法領得の意思の定義は書けているものは多かった。もっとも、横領罪での不法領得の意思についても触れることができている答案は多くはなかった。さらに、いわゆる権利者排除意思と利用処分意思とだけ書かれているがその内容は示されていない答案、それらの意思につき反対に理解している答案、それらが機能する場面に誤解があるものがあった(使用窃盗を処罰するために必要であると説明している答案など)。定義は正確に、また何故それが議論されているのかも含めて理解されたい。

設問2については、(1)・(2)ともに適切に検討している答案も見られたものの、(1)は十分に解答されているが(2)は問題の趣旨を取り違えているもの、反対に、(2)については適切に解答できているものの(1)については理由や論拠がほとんど示されていないものが見受けられた。基本の積み重ねがあれば応用が利くので、違法性・共犯ともに適切に基本を積み重ねて欲しい。

以上