

2023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 行程度で説明しなさい。

- （1）過失犯における注意義務
- （2）財物の概念

〔設問 2〕

X は、日頃よりギャンブルに明け暮れ、賭け金を追い求めて自己の貯金を使い果たし、生活に困るようになったが、その衝動は抑えられないまま、Y から約 300 万円の借金をすることになった。

一方、Y は、無登録で貸金業を違法に営み、各債務者に対して月 1 割の利息を請求していたものであり、X に対しても上記の約 300 万円を貸し付けていた。なお、この貸付けは公序良俗に反するものであった。

X は、Y から強く借金の返済を迫られていたものの、その返済の目途が立たなかったことから、Y を殺害して債務を免れようと考えた。某日深夜、X は、借金を返済すると偽り、Y を人気の無い公園へ呼び出し、付近に誰もいないことを見計らって、Y の前頸部をナイフで数回突き刺すなどして殺害し、債務の返済を免れた。

X を被告人とする刑事裁判において、X の弁護人は、「Y が無登録で貸金業を営み、各債務者に月 1 割の利息を請求したものであり、その債権は公序良俗に反し無効なものであるから、このような債務の支払を免れたとしても、刑法上保護すべき客体がない。」と主張している。

この弁護人の主張の当否を含め、X の罪責について論じなさい（特別法違反は除く。）。

2023 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【A 日程：刑法】

《出題趣旨及び解説》

〔設問 1〕

(1) 過失犯における注意義務

刑法上、過失を処罰するのは法律に特別の規定がある場合に限られる（刑法 38 条 1 項）が、注意義務（違反）は、過失犯の重要な成立要件である。

注意義務とは、ある行為をするにあたって、一定の注意をしなければならない負担を内容とする義務をいう。過失犯における中核的要素は、不注意である。不注意が認められるためには、行為者に注意義務があったことと、行為者がその注意義務を怠ったことが必要であり、さらに、行為者に注意義務を課すことの前提として、行為当時、行為者が注意義務を履行することが可能であったことが必要である。注意義務は、結果を予見すべき義務（結果予見義務）と結果を回避すべき義務（結果回避義務）の 2 つに分けることができ、さらに、それぞれの前提として、結果発生の予見可能性と結果発生の回避可能性とを考えることができる。これらのすべてが充足されなければ、注意義務の存在を認めることはできないことになる。

(2) 財物の概念

財物とは、一般に経済的価値または効用を有する、財産権の目的となるすべてのものをいう。刑法上は、窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪、盗品等に関する罪などの財産犯の客体となる物をいう。窃盗罪等では「財物」が、横領罪等では「物」が客体とされるが、「財物」と「物」とは同義である。民法上、物とは有体物をいい（民法 85 条）、刑法上、無体物は財物に含まれないとする見解が有力であるが（有体物説）、無体物でも管理可能なものは財物に含まれるとする見解もあり（管理可能性説）、同説からはエネルギーの無断使用なども窃盗罪に当たりうる。

なお、無体物のうち電気は財物とみなされる（245 条、251 条）。

動産に限らず、一般的には不動産も含む（ただし、窃盗罪については、動産に限られ、不動産に関しては別に不動産侵奪罪が置かれている）。必ずしも客観的な経済的交換価値を備えている必要はなく、所有者、所持者の主観的な価値があればよいとされる。

〔設問 2〕

《出題趣旨》

本問は、被害者の有する債権が公序良俗に反し無効なものである場合でも、その支払を免れることが2項強盗罪（または強盗利得罪）における「財産上不法の利益を得」たものに該当するとした、さいたま地裁平成27年8月6日判決を素材に、刑法236条2項にいう「財産上不法の利益」を得るとはいかなる意味を有するかについて検討させる趣旨で出題した。

《解説》

刑法236条2項にいう「財産上不法の利益」を得るとは、利益自体が不法であることを意味せず、財産上の利益を不法に移転させることを意味するとされており、判例によれば、利益の移転があるというために、被害者の処分行為は不要であるとされている（最判昭32・9・13）。

その上で、債務者が債権者を殺害した場合に、2項強盗殺人が成立するかに関し、大阪高判昭59・11・28は、「相続人の不存在又は証憑書類不備等のため、債権者側による債権の行使を不可能もしくは著しく困難ならしめたときのほか、履行期の到来又は切迫等のため、債権者側による速やかな債権の行使を相当期間不可能ならしめたときにも、財産上不法の利益を得たと認めうる」としており、必ずしも殺害によって債権の実行が不可能ないし著しく困難になることを要しないと解されている。

また、債権が公序良俗に反して無効であった場合に、2項強盗殺人が成立するかに関し、大津地判平15・1・31は、貸付行為は暴利行為で、公序良俗に反して無効であるか、利息制限法上すでに完済されているから債務は存在せず、強盗利得罪における債務免除の事実はある得ないという弁護人の主張に対し、「被害者に民事的には法的保護に値する利益がない場合であっても、不法な手段によって財産法秩序を乱す行為を容認することは、結局、私人の財産上の正当な権利・利益の実現を不能ならしめることになるから、暴利行為による債務の弁済を免れるという利益も、強盗利得罪の客体となると解すべき」であるとしている。

上記さいたま地裁判決も、「弁護人は、被害者が、無登録で貸金業を営み、各債務者に月1割の利息を請求したものであり、その債権は公序良俗に反し無効なものであるから、このような債務の支払を免れたとしても、刑法上保護すべき客体がなく、財産上不法の利益を取得したということとはできない、したがって、本件には強盗殺人罪が成立する余地はなく、殺人罪が成立し得るにすぎないと主張する。

しかしながら、刑法上の財産犯の趣旨は、財産法秩序が不法手段により乱されることを刑罰により予防し、ひいては、私人の財産上の正当な権利・利益を保護することにある。私法上の手続において実体法が適用され、その結果、被害者に具体的には私法上保

護に値する利益がないと判断される場合であっても、財産権侵害の外形を備え、正当な財産権を侵害する一般的危険性のある行為については、財産犯の処罰対象とするのが相当である。したがって、本件事実関係の下では、被害者に消費貸借に基づく請求権がないと解されるとしても、外形的にその請求権の行使を免れる行為を行った被告人について、2項強盗罪にいう『財産上不法の利益を得』たものに該当し、強盗殺人罪が成立するというべきである。」と判示している。

すでに2項強盗罪（強盗利得罪）の客体は、適法な財産、権利に限られないとするのが判例の立場であり（例えば、最決昭61・11・18）、本問の事案のように、被害者に正当な権利がないとして加害者が強盗等の不法な手段による実力行使に及ぶことを許容すれば、正当な財産権も安全ではなくなるといわざるを得ない。したがって、民事法的には保護されない債権等の財産権も、刑法上は、財産犯の対象として保護することには十分な合理性があるものと考えられる。

《講評》

〔設問1〕

とくに(1)については、あまり良く書けていなかった。また、指定された行数を大幅に上回る答案も散見されたが、解答に当たっての指示は必ず守ること。

(2)については、多くの答案は良く書けていた。

〔設問2〕

解説で述べた通り、本問は、強盗利得罪（および強盗殺人罪）をめぐる問題であったにもかかわらず、それ以外の財産犯罪の成否やまったく別の論点の論述に終始する答案が少なからずあった。その例を示すと下記の通りである。

詐欺罪、横領罪、恐喝罪、緊急避難、自招侵害など。

また、問題文1行目の「ギャンブルに明け暮れ～」を、常習賭博罪とする答案も少なからずあったが、これはまったく問題の趣旨から求められていない解答である。

なお、本問における弁護人の主張を是とする解答も、それなりに書いておれば十分加点されるが、そのような解答もほとんど見当たらなかった。

以上