

予備試験

令和5年予備試験
論文式試験分析会
刑 法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 235615

LU23561

刑法 問題

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例1】

- 1 甲は、かねてより会社の上司であるXから執ように叱責されるなどしていたことに恨みを募らせ、登山が趣味のXを登山に誘って山中に連れ出し、Xを殺害した上でXが滑落によって事故死したように装い、犯跡を隠蔽しようと考えた。甲は、某月1日、Xを登山に誘い、Xが喜んで応じたことから、同月10日、Xと2人で1泊2日の登山に出掛けた。
- 2 甲とXは、同日午前10時頃から登山を始めたが、同日午後4時頃、天候が急変して降雨となったため、当初の登山計画を変更し、山頂付近にあった無人の小屋で一晩を過ごすことにした。甲は、同日午後5時頃、疲れていたXが上記小屋内で熟睡したことから、この機会にXを殺してしまおうと決めた。ちょうどその頃、雨が止んだため、甲は、Xを殺した後にXの滑落死を装うための場所をあらかじめ探そうと思い立ち、上記小屋周辺を下見しておくことにした。甲は、しばらくの間、上記小屋を離れ、外に出ることにしたが、外にいる間にXに逃げられないようにするため、同日午後5時5分頃、同小屋の出入口扉を外側からロープできつく縛り、内側から同扉を開けられないようにした。なお、上記小屋は、木造平屋建てで、窓はなく、出入口は上記扉1か所のみであった。
- 3 その後、甲は、上記小屋から歩いて約100メートル離れた場所に、高さ約70メートルの岩場の崖があるのを確認し、同日午後6時頃、同小屋に戻り、上記ロープをほどいた。Xは、同日午後5時頃に熟睡した後、一度も目を覚まさなかった。

〔設問1〕

【事例1】において、甲に監禁罪が成立するという主張の当否について、具体的な事実関係を踏まえつつ、反対の立場からの主張にも言及して論じなさい。

【事例2】（【事例1】の事実に続けて、以下の事実があったものとする。）

- 4 甲は、上記小屋内に戻った後、Xを殺そうと思ったが、死体がすぐに見つかってしまっは何らかの殺害の痕跡が発見され、滑落による事故死ではないことが判明してしまうと不安に思った。そこで、甲は、同日午後6時10分頃、Xの携帯電話機をXの死体から遠く離れた場所に捨てておけば、同携帯電話機のGPS機能によって発信される位置情報をXの親族等が取得した場合であっても、Xの死体の発見を困難にできる上、Xが甲とはぐれた後、山中をさまよって滑落したかのように装う犯跡隠蔽に使えると考え、眠っているXの上着のポケットからXの携帯電話機1台を取り出し、自分のリュックサックに入れた。
- 5 甲は、同日午後6時20分頃、Xを殺すため、眠っているXの首を両手で強く絞め付け、Xがぐったりしたのを見て、Xが死亡したものと思い込んだ。しかし、この時点で、Xは、意識を失っただけで、実際には生きていた。
- 6 甲は、同日午後6時25分頃、Xの死体を上記崖まで運んで崖下に落とすため、Xの背後から両脇に両手を回してXの身体を抱え上げた。その際、XのズボンのポケットからXの財布が床に落ち、これを見た甲は、にわかに同財布内の現金が欲しくなり、同財布内から現金3万円を抜き取って自分のズボンのポケットに入れ、同財布をXのポケットに戻した。
- 7 甲は、同日午後7時頃、Xを上記崖まで運び、Xを崖下に落とした。甲は、Xが既に死んでいると軽信し続けていたが、この時点でもXはまだ生きており、上記崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部外傷により即死した。

- 8 甲は、すぐに上記崖から離れ、同日午後10時頃、同崖から約6キロメートル離れた場所まで来ると、その場に上記携帯電話機を捨てた。同月11日、Xが帰宅しなかったことから、Xの親族が上記携帯電話機のGPS機能によって発信される位置情報を取得し、その情報を基にXの捜索が行われたが、Xの発見には至らなかった。

〔設問2〕

【事例2】における甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

刑法 解答のポイント

- 1 設問1では、甲がXを山小屋に閉じ込めたが、閉じ込められている間Xが熟睡していたという場合に、監禁罪が成立するかが問われた。

現実的自由と可能的自由のどちらが監禁罪の保護法益であって、監禁罪の客体には閉じ込められていることの認識や、行動をしようとする意思が必要といえるのかによって、監禁罪が成立するかが変わってくる。参考答案是、通説に従い、可能的自由が保護法益であって、客体に閉じ込められていることの認識や実際に動こうとする意思がなくとも監禁罪が成立するとの立場に立ったが、うまく説明ができれば逆の結論を採っても差し支えないと思われる。

- 2 設問2では、携帯電話機の窃盗罪若しくは器物損壊罪、殺人罪、3万円についての窃盗罪が問題となった。

携帯電話機については、甲がXに無断でXの携帯電話機を持ち出しているわけで、窃盗罪が問題となる。しかし、甲にはXの携帯電話機を経済的に利用・処分する意思はなく、自身が行う予定であるXの殺害について捜査をかく乱させる目的で行っており、不法領得の意思の内容に経済的利用処分意思を含むとする説に立つと、窃盗罪における不法領得の意思を肯定することが難しい。そのため、窃盗罪は成立せず、器物損壊罪に留まることになるだろう。

殺人罪については、いわゆる遅すぎた構成要件の実現が問題となっている。甲はXの首を絞めたあと、Xを崖から落としているが、客観的には前者が殺人未遂罪、後者が殺人罪を構成すると思えるが、主観的には前者が殺人罪、後者は死体遺棄罪を構成する。そのため、故意との関係でどの行為に何罪が成立するのかが問題となる。事実を拾いつつ、丁寧に遅すぎた構成要件の処理ができるとうよかったと思われる。

また、3万円の窃取については、既にXが死んでいると勘違いした状態で、殺人罪の犯人（この時点では殺人未遂罪に留まっているが）である甲が行ったものである。殺人犯が犯行直後に行った死者からの窃取については、窃盗罪が成立するところ、客観的には生者からの窃取、主観的には殺した直後の被害者からの窃取であり、どちらにしても窃盗罪が成立することとなるので、故意は阻却されず、窃盗罪が成立することとなるだろう。

刑法 解答例

第1 設問1

1 甲が、Xが寝ている山小屋の出入口扉が開かないように外側からロープで縛った行為について、監禁罪が成立するか。

2 監禁罪（刑法220条、以下法令名を略す。）の成立要件は、①人を、②不法に監禁したことである。

本件で甲は、①Xを②不法に山小屋から出られないようにしており、監禁罪が成立するように思える。

しかし、本件においてXは、甲が山小屋の出入口扉をロープで縛り内側から当該扉が開かないようにしていた午後5時5分頃から午後6時頃までの間、熟睡しており一度も目を覚まさなかったため、自らが閉じ込められていたことについて全く認識していなかった。また、行動しようとする意思も持っていない。このような状況でも、監禁罪が成立するか。

3 この点、現実移動しようと思ったときに移動できる自由が監禁罪の保護法益であり、被害者には意思能力と、場所的移動の自由が剥奪されることの認識が必要であるとの説がある。しかし、場所的移動をなしうる限り、客観的には行動の自由を有しているものであり、本罪の客体から除外すべき理由はない。そして、現実には行動の自由を失っている者についても、それが一時的なものにすぎない場合には、行動しうる可能性が存する以上、本罪の客体からは必ず合理的理由はない。したがって、監禁罪の保護法益は移動しようと思えば移動できる自由であり、被害者は自然的意味において行動するものであれば足り、意思能力や場所的移動の自由が剥奪されていることの現実の認識は不要であると解する。

本件で、Xは一時的に眠っているだけで自然的意味において行動するものであり、監禁罪の客体となり得る。よって、監禁罪の構成要件を充たす。

4 また、故意も問題なく認められる。

5 以上より、監禁罪が成立する。

第2 設問2

1 携帯電話機の取得行為について、窃盗罪（235条）が成立しないか。

(1) Xの携帯電話機は、「他人の財物」にあたる。また、Xは眠ってはいるものの、上着のポケットに入っていたことから携帯電話機に対する占有が認められ、Xの意思に反して占有を甲の支配下に移していることから、「窃取」したといえる。

よって、客観的構成要件該当性は認められる。

(2) また、甲は、Xの財産権侵害に対する認識及び認容に欠けることなく、故意が認められる。

では、不法領得の意思が認められるか。不可罰的な使用窃盗及び毀棄罪との限界を画するために、窃盗罪の成立には故意と異なる主観的要件として不法領得の意思が必要であり、その内容は①権利者排除意思と②利用処分意思からなる。そして、利用処分意思は、財物自体の持つ何らかの効用を享受する意思があれば足りる。

本件では、携帯電話機を遠く離れた場所で捨てる目的で窃取しており、権利者排除意思は認められる。もっとも、携帯電話機を捨てる目的はGPS機能による死体の発見を困難にすることにあり、携帯電話機自体の効用を享受する意思は認められず、利用処分意思は認められない。

(3) よって、窃盗罪は成立しない。もっとも、携帯電話機を崖から捨てる行為は効用を害する行為といえ、器物損壊罪(261条)が成立する。

2 Xの首を絞めた行為について、殺人罪(199条)が成立しないか。

(1) 身体の枢要部である首を両手で強く絞める行為は、窒息死を生じさせる危険性を有する行為であり、殺人罪の実行行為性が認められる。また、Xは死亡している。

(2) もっとも、Xの死亡結果は直接的には甲が崖から落としたことによる、頭部外傷により生じたものであり、甲の首を絞めた行為との因果関係が認められないのではないか。

(3) 因果関係は、偶然発生した結果を行為に帰責させないために要求されるものである。そこで、行為の危険が結果へと現実化したといえる場合には、因果関係が認められると解する。具体的には、条件関係の存在を前提に、行為後の介在事情が存在する場合は、介在事情の結果への寄与度、異常性を考慮して判断する。

本件では、Xの首を絞め、Xの死亡を誤信しなければ崖から遺棄することはなかったのであるから、条件関係が認められる。そして、Xの死亡結果は直接的には遺棄行為により生じており、介在事情の寄与度は大きいものの、甲はXが死んだと誤信したことから遺棄行為を行っており、首を絞める行為が介在事情を誘発したといえる。また、殺人者が死体を遺棄することは一般的なことである。よって、首を絞める行為の危険性がXの死亡結果へと現実化したといえ、因果関係が認められる。

(4) また、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

(5) 以上より、甲には殺人罪が成立する。

3 Xを崖から落下させた行為について、客観的には殺人罪の構成要件に該当するものの、甲はXが死亡していると認識していることから殺人罪の故意は認められない。また、殺人罪と死体遺棄では保護法益が大きく異なり重なり合いが認められないため、故意犯は成立しない。

もっとも、甲はXが死んだと誤信したことには過失があるといえ、甲の過失行為によりXは死亡したといえ、過失致死罪(210条)が成立する。

4 Xの財布から現金を抜き取った行為について、窃盗罪が成立しないか。

(1) 甲はXの現金という「他人の財物」をXの意思に反して取得しており、客観的構成要件該当性が認められ、不法領得の意思も認められる。

(2) もっとも、甲はXが死亡していると誤信していることから、窃盗罪の故意が認められないとも思える。

たしかに、死者の占有は認められない。しかし、致死行為を利用して財物を取得した者との関係では、全体的に考察して、被害者の生前の侵入の要保護性が認められると解する。

本件で、甲はXを殺害した者であり、全体的に考察してXの生前の占有は甲との関係でなお保護に値し、窃盗罪の故意が認められる。

(3) 以上より、Xの現金を取得した行為に窃盗罪が成立する。

5 罪数

甲には、①器物損壊罪、②殺人罪、③過失致死罪、④窃盗罪が成立し、②と③は同一の保護法益に対するものであるから③は②に吸収され、①、②、④が併合罪(45条)となる。

以上

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU23561