

論文式試験問題集
〔刑法Ⅱ〕

〔刑法Ⅱ〕

甲の罪責について答えよ。

- 1 甲は、Vに対して500万円の貸金債務を負担しており、日頃よりVから厳しく返済を求められていた。
そこで、甲は、Vを事故死に見せかけて殺害した上で、Vの生命保険金を詐取しようと考え、債務の返済を装って都内の駐車場にVを誘い出し、甲所有の車内に連れ込み、甲がVに麻酔作用のある劇薬（以下、「劇薬」という。）を吸引させて気絶させ、駐車場から1時間、直線距離で1キロメートルほどの距離にある港まで車で移動した後、車ごとVを海中に沈めることでVを殺害する計画を立てた。
そして、甲の計画では生命保険金を詐取するためにはVが溺死する必要がある、劇薬を吸引させて気絶させることは殺害するために必要不可欠な行為であった。
- 2 某月某日午後6時頃、甲はVに対して「500万円を用意したので、借金を返したい。今から会えないか。」と債務返済を装い、Vと都内の駐車場で5時間後に会う約束をした。
同日午後11時頃、Vは甲の誘いにのり、甲が指定した駐車場にやってきた。
甲はVに「500万円は自分の車の中にあるので、車の中で渡したい。」と言い、Vを自分の車の助手席に乗せた。
Vが助手席に座ると、甲は当初の計画に従って、Vを押さえつけて麻酔作用のある劇薬を浸したタオルを同人の鼻口部に押し当て、同人に麻酔作用のある劇薬を吸引させて同人を昏倒させた。
ところが、Vは麻酔作用のある劇薬の摂取に基づく多臓器不全により昏倒した時点で死亡していた。甲はVが劇薬で死亡したことを知らなかった。
- 3 甲は、Vがぐったりとして動かなくなったことを確認して、駐車場から1時間ほどの時間をかけて、駐車場から1キロメートル離れた港に車で移動した。
甲がVを昏倒させてから港まで移動するまでの間に、甲の計画を遂行する上で障害となるような事態は発生しなかった。
- 4 車が港に到着した後、甲は、計画のとおり、既に死亡していたVを運転席に乗車させた状態にした後、車を発進させてふ頭から海中に突入させてこれを沈めた。
- 5 ところが、甲は身元が判明することをおそれて財布などを自宅に置いたままにしたことを思い出し、タクシーなどを利用して帰宅することができないことに気づいた。
そこで、甲は、港の近くに知人のAが住んでいることを思い出し、Aから帰宅するためのお金を借りようと考え、A宅に向かった。
甲がA宅に着くと、A宅の庭にA所有の高級車（時価500万円相当、以下、「A車」という。）が、車内にエンジンキーが置いてある状態で停車していることを発見した。
そこで、甲はAに無断でA車を乗り出し、同車で帰宅した。
甲がA車を乗り出してから6時間後に、甲はA車でA宅に戻り、A車を元々停車している場所に戻した。

2019年1月13日

担当：弁護士 横山賢司

参考答案
〔刑法Ⅱ〕

<p>第1 本件で、甲の行為によりVは死亡しているが、甲に殺人罪が成立しないか。</p> <p>1 本件では、甲はVに劇薬を吸引させて気絶させた後、溺死させようと計画していた。</p> <p>そこで、甲がVに劇薬を吸引させようとしたときに殺人罪の実行の着手は認められるか、問題となる。</p> <p>(1) この点、未遂犯の処罰根拠は法益侵害の危険性を発生させる点にあることから、実行の着手は犯罪実現の現実的危険性を含んだ行為が開始された時点で認められる。</p> <p>そして、実行の着手は、行為の客観面のみならず、計画も含めた犯人の主観面も資料に加えて判断する。</p> <p>(2) 本件では、甲は、Vに劇薬を吸引させて、気絶させた上、その気絶状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させる計画を立てていた。</p> <p>そして、甲がVに劇薬を吸引させて気絶させる行為（以下、「第1行為」という。）は港で自動車ごとVを海中に沈める行為（以下、「第2行為」という。）を行うために必要不可欠なものであった。</p> <p>また、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような事情が存しなかった。</p> <p>さらに、第1行為を行った場所と第2行為を行った場所は車で1時間、1キロメートル離れた距離にあるので、時間的場所</p>	<p>的近接性が認められる。</p> <p>以上の事情からすれば、第1行為は第2行為と密接な関係にあり、第1行為の時点で既にVの生命に対する危険が生じている。</p> <p>そうすると、甲が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る現実的な危険性が認められる。</p> <p>(3) したがって、甲がVに劇薬を吸引させようとしたときに殺人罪の実行の着手は認められる。</p> <p>2 そして、甲の行為によりVは死亡している。</p> <p>上記1で述べたとおり、甲がVに劇薬を吸引させて気絶させる行為（第1行為）はVを死亡させる危険性が認められるので、甲の行為とVの死亡との間に因果関係も認められる。</p> <p>3 もっとも、甲はVに劇薬を吸引させて気絶させた後、溺死させようと計画しており、甲が認識していた因果の経過と異なる経過をたどって結果が発生している。そこで、甲に殺人罪の故意は認められるか。</p> <p>(1) この点、故意が認められるには、犯人が認識した罪と実際に発生した事実とが同じ構成要件の範囲内において一致することをもって足りる。</p> <p>(2) 本件において、甲はVを殺害する認識で、甲がVに劇薬を吸引させて気絶させる行為を行い、もってVを死亡させている。そうすると、甲の認識した事実と現実の発生した事実とが同</p>
---	--

じ殺人罪の構成要件の範囲において一致している。

(3) したがって、甲に殺人罪の故意は認められる。

4 本件で、甲には違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。

よって、甲に殺人罪が成立する。

第2 本件で、甲はAに無断でA車を乗り出していることから、甲に窃盗罪が成立しないか。

1 甲はAに無断でA車という「財物」を乗り出したことにより、A車の占有を自己に移転させているので、甲はAの財物を窃取している。

2 そして、甲はA車の占有を自己に移転することについての認識、認容が認められ、窃盗罪の故意が認められる。

3(1) しかし、甲はA車を返還する意思を有している。そこで、甲に不法領得の意思が認められるか。

(2) この点、不法領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思である。

そして、自動車のように物の価値が高く、短時間でも移動距離が大きく、物に生じる危険も大きい物の場合、その物の所有者と使用者との間に使用貸借契約が存在する等の特殊な関係が存在しない限り、無断で使用すること自体に権利者を排除する意思が認められる。

(3) 本件において、甲はAに無断でA車を乗り出すなど使用しており、かつ、甲にAから事後承諾を得た等のA車を使用することについての特殊な関係も存在しない。

(4) したがって、甲に不法領得の意思が認められる。

4 そして、甲には窃盗罪についての違法性阻却事由及び責任阻却事由が存在しない。

よって、甲に窃盗罪が成立する。

以上

2019年1月13日

担当：弁護士 横山賢司

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
殺人罪の成否	(30)		
第1行為で実行の着手が認められるかの言及があること		2	
実行の着手が認められるための規範の指摘		6	
実行の着手のあてはめ(次の①から③の言及があれば満点とする。) ①第1行為が第2行為を行うために必要不可欠であること ②第1行為に成功した場合に、それ以降の計画を遂行する障害となる事情が存在しないこと ③時間的場所的近接性が認められること		8	
V死亡の結果の発生及び因果関係の成立について言及があること		2	
因果関係の錯誤と故意の成否に関する検討がされていること		10	
その余の犯罪成立要件の成否に関する言及があること		2	
窃盗罪の成否	(10)		
窃盗罪の客観的構成要件についての検討がされていること		2	
Aに不法領得の意思が認められることの検討がされていること		6	
その余の犯罪成立要件の成否に関する言及があること		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 刑法の「基本的理解」とは

刑法の「基本的理解」とは、「構成要件→違法性→責任」という犯罪成立要件の検討方法の順序を意識して事案処理が行うことを理解していることである。

特に、構成要件の該当性について

「実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意→主観的超過要素」

という順序で事案処理を行うことを理解し表現できていることが重要である。

実行行為は実行の着手により始まる場所、いつの時点で実行の着手が始まっているのか、事案処理を行うときには常に意識する必要がある。

今回は、刑法総論及び各論の問題をそれぞれ出題することで、事案処理における刑法の基本的理解が身についているかを問う問題である。

第2. 出題の趣旨

本問は、甲がVに劇薬を吸引させて気絶させた後、港に移動して自動車ごと海に転落させ溺死させよう計画してとして甲を死に至らせたこと、A車を無断で乗り出したことについて甲の罪責に関する論述を求めるものである。

Vを死亡させたことについては、甲は①Vに劇薬を吸引させる行為と②Vを自動車ごと海に転落させた行為の二つの行為が存在するところ、どの行為の時点で殺人罪の実行の着手があったのか、①の行為の時点で殺人罪の実行の着手があったとした場合に、甲の計画と異なる形で結果が実現しているため故意が認められるか検討し、また、甲がA車を無断で乗り出したことについては窃盗罪の不法領得の意思が認められるかを検討する必要がある。

それぞれの罪責について事実を的確に分析するとともに、構成要件成否等に関する刑法の事案処理の理解と具体的事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

第3. 甲の殺人罪（199条）の成否

1 事案の概要

本問では、甲はVに劇薬を吸引させて気絶させ、駐車場から1時間、直線距離で1キロメートルほどの距離にある港まで車で移動した後、Vを海中に沈めることでVを殺害する計画を立てている。

そして、甲は①Vに劇薬を吸引させ昏倒させた行為をし、②Vを港で車ごと海中に沈める行為をしている。

ところが、Vは劇薬を吸引したことにより死亡し、甲はそれを知らなかった。

2 争点1～殺人罪の実行の着手はいつから始まるのか～

(1) 問題の所在

もし、殺人罪の実行の着手が②の行為が始まると考えれば、既にVは死亡しているのであるから、甲はVの死体を海中に沈めたに過ぎないので死体遺棄罪が成立するにとどまる。

そして、①の行為により生じた死亡の結果について、甲にはVを気絶させる意思しかないので、殺人罪が成立せず、傷害致死罪が成立するに過ぎない。

しかし、殺人罪の実行の着手が①の行為から始まると考えれば、甲に殺人罪が成立する。

そこで、本問では①の行為から殺人罪の実行の着手が認められるか、検討する必要がある。

(2) 実行の着手の成立要件

実行の着手があったといえるためには

① 構成要件の故意がなければならない

② 基本的構成要件に該当する行為の一部が開始されたと客観的に認められる行為がなされたことが必要である。

= 犯罪実現の現実的危険性を含んだ行為の開始が実行の着手に該当する。

そして、実行の着手の判断要素には行為の客観面のみならず行為の主観面（故意だけでなく、計画も含む）も加味して判断する。

(3) 本問の検討

本問で実行の着手に関係のある事情は以下のとおり。

ア 甲がVに劇薬を吸引させて気絶させる行為（①行為）は港で自動車ごとVを海中に沈める行為（②行為）を行うために必要不可欠なものであった。

イ ①行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような事情が存しなかった。

ウ ①行為を行った場所と②行為を行った場所は車で1時間、1キロメートル離れた距離にあるので、時間的場所的近接性が認められる。

エ 甲は、Vに劇薬を吸引させて、気絶させた上、その気絶状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて溺死させる計画を立てていた。

これら行為の客観面、主観面を考慮すれば、甲がVに劇薬を吸引させた行為の時点でVを殺害する現実的危険性が認められることができる。

※ 参考裁判（最判平成16年3月22日（刑集58巻3号187頁））

「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」

3 争点2～甲に構成要件の故意が認められるのか～

①行為に殺人罪の実行の着手が認められる場合、甲はVを港で車ごと海中に沈める行為で死亡させようとして認識しているので、Vに劇薬を吸引させ昏倒させた行為で死亡させたことについて、甲の認識と異なる因果の経過によりVの死亡という結果が発生している。

そこで、甲にV死亡の結果について構成要件の故意が認められるか、いわゆる因果関係の錯誤について故意が認められるか、検討する必要がある。

もっとも、法定的符合説にたてば、甲は殺人罪の認識をもって、Vの死亡という結果が生じたのであるから、殺人罪という同一構成要件の評価を受けることになり、甲に殺人罪の故意にかけるところはない。

したがって、甲に殺人罪の故意が認められる。

※ 参考判例（最判平成16年3月22日（刑集58巻3号187頁））

「実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させる

という一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

第4. 甲の窃盗罪(235条)の成否

1 問題の所在

甲はAに無断でA車を乗り出し、6時間後に、A車を元々停車している場所に戻している。そして、甲の行為は窃盗罪の客観的構成要件に該当し、かつ、窃盗罪の故意も認められる。しかし、甲は、A車を6時間後にA宅の元々停車している場所に戻している。

そこで、自動車の一時使用に不法領得の意思が認められるか、検討する必要がある。

2 不法領得の意思と自動車の一時使用

不法領得の意思とは、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若しくは処分する意思である。

物の一時使用(いわゆる使用窃盗)の場合、権利者排除意思が否定され、不法領得の意思が欠けるとされてきた。

しかし、物の利用自体に高い経済的価値が認められるようになるに伴い、不法領得の意思の内容を見直されてきた。

自動車の場合、物の価値が高く、短時間でも移動距離が大きく、物に生じる危険も大きいので、無断使用自体が権利者排除意思の存在を前提としていられると考えられている。このような見地から不法領得の意思が否定されるのは、使用者と所有者との間に特殊な関係がある例外的な場合に限られる(条解刑法677頁)。

3 本問の検討

本問では、甲はAに無断でA車を乗り回しているもので、Aとの間に使用貸借契約が成立している等の特殊な関係があるとは考えられない。

したがって、甲には、権利者排除意思が認められ、不法領得の意思が認められる。

以上

2019年1月13日

担当：弁護士 横山賢司

最優秀答案

回答者 KO 42点

第1 Vに麻酔作用のある劇薬を吸引させて同人を昏倒させた行為に殺人罪（199条）が成立しないか。

1 麻酔作用のある劇薬を吸引させる行為は殺人の実行行為といえるのか。

(1) 実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険を有する行為をいう。そして、危険性の有無は行為者の主観により影響を受けるので、行為者の主観、具体的には犯行計画も考慮して判断される。

(2) 甲は、Vを事故死に見せかけて殺害した上で、Vの生命保険金を搾取しようと考えており、劇薬を吸引させる行為は、殺害するために必要不可欠な行為であったといえる。

そして、甲がVを昏倒させてから港まで移動するまでの間に甲の計画を遂行する上で障害となるような事態はなかった。そして、当初殺害を予定していた港までは、車で1時間しかかからない1キロメートルしか離れていない場所なので時間的場所的近接性も認められる。

(3) 以上のような、甲の犯行計画を考慮すると、甲の上記行為は殺人罪の結果発生の現実的危険を有する行為といえるので、実行行為性が認められる。

2 Vは麻酔作用のある劇薬の摂取に基づく多臓器不全により死亡しているので、実行行為と発生した結果の間に因果関係も認められる。

3 そうだとしても、甲は車ごとVを海中に沈めることでVを溺死させるつもりで、因果関係に錯誤があるので、上記行為には殺人罪の故意（38条1項本文）が認められないのではないか。

(1) 因果関係は客観的構成要件要素であり故意の認識対象となる。

そして、故意責任の本質は、規範に直面して反対動機を形成することが可能であったにもかかわらず、あえて行為に出た反規範的人格態度に対する道義的非難にあり、規範は構成要件の形で一般人に与えられている。

そうだとすると、同一構成要件の範囲で、実際におきたことと、甲の主観が一致しているといえれば、故意責任を問うことができると解する。

(2) 前述のとおり、客観的には殺人罪の因果関係は認められる。そして、甲の主観としても、Vを昏倒させてから、Vの乗った車を海中に沈めることは一連の動作といえるので、殺人罪の因果関係の認識は認められる。

(3) したがって、故意も認められる。

4 以上より、甲の上記行為に殺人罪が成立する。

第2 A車をAに無断で乗り出した行為に窃盗罪(235条)が成立しないか。

1 A車は、時価500万円相当であり財産的価値が認められるので、Aという「他人」の「財物」にあたる。

2 甲が乗り出した行為は「窃取」にあたるか。

(1)「窃取」とは、他人の所有する財物を占有者の意思に反して、自己又は第三者の占有に移転させることをいう。

(2) 甲はAに無断でA車を乗り出している所以で占有者の意思に反しているといえ、「窃取」にあたる。

3 甲はその行為を認識しているといえるので窃盗罪の故意が認められる。

4 そうだとしても、6時後に返却していることから故意とは別の主観的要素である不法領得の意思が認められないのではないか。その要否及び内容が問題となる。

(1) 窃盗罪と不可罰的な使用窃盗や毀棄罪との区別のため、不法領得の意思は必要と解する。そして、その区別は①権利者排除意思の有無し、②経済的用法に従って利用し処分する意思の有無で判断する。

(2) 車を乗り出して6時間使用している所以、その間はAはA車を使えないので権利者排除意思は認められる①。

そして、確かに元の場所に戻している所以で一時的な使用意思しかないように思えるものの、車は財産的価値が高く一時的な使用であっても経済的価値は認められるので経済的用法に従って利用処分する意思もある②。

(3) 以上より、不法領得の意思もある。

5 したがって、上記行為に窃盗罪が成立する。

第3 甲は保険金搾取を目的としているが、保険会社に問い合わせるなどの実行行為をしていないので詐欺罪(246条1項)は成立しない。

第4 以上より、甲には殺人罪と窃盗罪が成立し、併合罪(45条前段)となり、甲はかかる罪責を負う。

以上

採点講評

(2019年1月13日 刑法Ⅱ)

今回は本試験でも問われている刑法の基本的理解にそって事案処理が行えているか、事案処理の表現ができていないか、を問うことを目的に判例百選に掲載されている事案をもとにして本問を出題した。

高得点者は刑法の基本的理解に従って事案処理できている印象であった。

他方で、点が伸び悩んだ者については、客観的構成要件の検討の前に、主観的構成要件の検討を行うなど、刑法の基本的理解から外れた論述をしている者が多かった。

知らない論点が出てきたとしても、解説レジュメで示した刑法の基本的理解に沿った事案処理を厳守すれば、混乱することは少ないと思われるので、今回を機に刑法の基本的理解を意識する勉強、答案作成を行うことを期待したい。

続いて個別の事案について検討すると、甲の殺人罪の成否について、実行行為の問題（実行の着手の成否）及び故意の問題（因果関係の錯誤）の両方が生じていることに気づいて、適切な論述を行っていた論文は少なく、どちらか一方の問題のみを検討している論文が多かった。

他方で、甲の窃盗罪の成否については有名な判例であるために、全体的に良く書けていた。

ただし、不法領得の意思の問題に飛びつき、窃盗罪の他の構成要件の検討を怠っている答案も散見された。また、一部の答案には一時使用の問題が構成要件のどこの部分の問題なのか基本的に理解していない答案が見られた。

甲の殺人罪及び窃盗罪の成否について、いずれも刑法の基本的理解に沿った事案処理を行うのであれば、主観的構成要件の検討の前に、客観的構成要件の検討を行った上で、違法性阻却事由及び責任阻却事由の存否という手順で事案処理を行うように心がけてもらいたい。

最後に、監禁罪及び詐欺罪、強盗致死罪を成立させた答案が見られたので、これらの罪責について検討する。

いずれの犯罪も本問では成立しない。その理由について簡単に説明する。

一つ目の監禁罪について、本問は停車中かつ施錠されたかどうかわからない（おそらく無施錠）の自動車にVが乗車したに過ぎないので、Vの行動の自由を制限したとまでは断言できないと思われる。ゆえに、甲はVを監禁したといえず、監禁罪は成立しない。

二つ目の詐欺罪について、保険金詐欺の客体は保険会社である。ゆえに、甲が保険会社に対して何の欺罔行為を行っていない以上、詐欺罪は成立しようがない。

三つ目の強盗致死罪について、甲に強盗が成立するためには、甲の暴行行為（殺害行為）に財物を強取する目的が必要であるところ、甲にはVの財物を奪取する目的でVの殺害を行っているわけではない。ゆえに、甲には強盗致死罪が成立しない。

なお、これらの犯罪を成立させた答案にはそれらの犯罪を成立させるために本間に無い事情を作出した答案があったので、事実を作出することは厳に慎んでもらいたい。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年1月13日分 得点分布表

刑法Ⅱ

出席者 23名 平均点 23点

