

論文式試験問題集  
[刑法 I]

## [刑法 I]

次の事例における甲の罪責について具体的な事実を摘示しつつ論じなさい。

甲は、令和元年ころから飲食店に勤務していたが、店の常連客であるVと知り合い、やがて好意を寄せるようになった。Vは、甲に対して、格別の好悪の感情を有しておらず、甲も、Vが自分に興味を持っていないことを察していたが、Vを諦めることができなかった。

令和5年4月29日、甲は、Vをほかの男に渡すことなく、自分がVと一緒に居続けるためには、Vを刃物で刺し殺した上で、自分も死ぬしかない、などと考え、Vの殺害を決意した。甲は、Vがソフトボールの経験の有すると聞いていたことなどから、身のこなしが速いVの動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させ、包丁で刺して殺害する、との計画を立てた。その上で、同日午後2時ごろ、金具屋において包丁を購入し、同日午後3時ごろ、レンタカー会社から普通乗用自動車一台を借り受け、包丁を自動車の運転席ポケットに入れて、Vをうまく転倒させるべく、適当な速度で走行しようと路上で練習するなどの準備を整えた上、同日午後6時頃からVが子を預けている保育園付近の路上に上記普通乗用自動車を止め、同車内でVが現れるのを待ち受けた。

同日午後6時20分ころ、Vが自分の子を引き取りに行くために、S保育園に向かって路上を歩いていたところ、同所に自動車を停めてVを待ち伏せしていた甲は、Vを認めて自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でVの右斜め後方から車両前部を衝突させた。しかし、甲の思惑と異なって、Vは転倒することはなく、ボンネットに跳ね上げられて、後頭部をフロントガラスに打ち付けた上、甲車両が停止した後、路上に落下した。Vは、その衝撃により、加療約10日間を要する頭部挫傷、右肩挫傷、右下腿挫傷の傷害を負った（なお、この衝突行為による生命侵害の具体的危険は発生しなかったものとする）。

甲は、意外にもVがボンネットに跳ね上げられて、路上に落下し、立ち上がろうとするその顔を見て、急にVを殺すことはできない、との考えを生じ、自動車を停止させた後、包丁を手取ることなく降車した。そして、逃げるVを追い掛け、Vに追いつくと「ごめんなさい。」などと述べ、さらに「Vさんを殺して自分も死ぬつもりだった。」などと言った。

甲はその後乗っていた車を返しに行こうと思ったが、Vの足元に財布が落ちており、Vの持ち物と考えた甲は、金銭的にも困っていたことから、財布の中の現金をもらおうと思い、「すみません、これもらいます。」と言って財布を拾って持ち去り、逃走した。なお、甲が拾った財布はVの所有物ではなく、前日にたまたまその道を通っていたYが落とした物であり、甲が拾うまでVが当該財布の存在に気づくことはなく、Vが事前に財布を拾っていたということもなかった。

以 上

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久

参考答案  
[刑法 I]

## 第1 甲の罪責

1 甲が包丁を購入し、普通乗用自動車を借り受け、Vを転倒させるため路上で練習するなどの準備をした行為

甲の上記行為については、殺人の実行を目的としてなされる準備的行為であり、いまだ実行の着手に至らない行為であり、殺人の「罪を犯す目的で、その予備をした」といえるため、殺人予備罪（刑法201条。以下、法令名は省略）が成立する。

2 甲が自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でVの右斜め後方から車両前部を衝突させた行為

甲の上記行為について、殺人未遂罪（199条・203条）が成立する。以下詳述する。

(1) 殺人未遂罪が成立するためには「人」を「殺した」といえることが必要であり、「殺した」とは自然の死期に先立って人の生命を断絶することである。

(2) 本間において、甲は上記行為によってVに加療約10日間を要する頭部挫傷、右肩挫傷、右下腿挫傷の傷害を負わせているが、上記行為そのものは死の結果を通常予測させるほど危険性の高いものであるとはいえない。

(3) もっとも、甲は自動車の衝突によりVを転倒させ、その後にVを用意していた包丁によって刺殺するという犯行計画を立てていた。ここから、計画していた第1行為の実行に当たる上記行為により、殺人罪の実行に着手した（43条）と認められないか。

(4) ア 実行の着手は「犯罪の実行に着手」という43条の文言上の制約から、ある程度構成要件該当行為に密接した行為であることを要求せざるを得ない。また、一方で、未遂犯の処罰根拠は既遂に至る客観的危険性を発生させる点にあるから、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的

危険性が認められるときに実行の着手を認めるべきである。したがって、実行の着手は構成要件該当行為に密接し、法益侵害ないし構成要件の実現に足る現実的危険性が認められる行為が行われた時点で認められると考える。また、かかる密接性と危険性の判断においては、行為者の計画も考慮に入れた上で、①第1行為の必要性、②第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在、③第1行為と第2行為との間の時間的・場所的接着性等の諸事情を考慮して決すべきである。

イ 本間において、甲は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女を刃物で刺し殺すという計画を立てていたところ、その計画によれば、自動車をVに衝突させ転倒させる行為は、身のこなしが速いVに逃げられることなく刃物で刺すために必要（第1行為の必要性）であり、そして、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて同女を転倒させた場合、即座に刺突行為に移ることが可能であると考えられることから、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく（第1行為と第2行為との間の特段の障害の不存在）、自動車を衝突させる行為と刃物による刺突行為は引き続き行われることになっていたのであって、そこには同時、同場所といってもいいほどの時間的・場所的・近接性が認められる（第1行為と第2行為との間の時間的・場所的・近接性）ことなどにも照らすと、自動車をVに衝突させる行為と予定されていた刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為というべきであり、被告人が自動車をVに衝突させた時点で殺人に至る客観的現実的危険性も認められるから、甲は上記行為の時点で殺人罪の実行の着手があったものといえる。

(5) ア それでは故意（38条1項）は認められるか。故意とは構成要件事実の認識・認容を指すところ、甲には衝突行為時に死の結果は出ないと考え

ている以上、甲に殺人罪の故意が認められないのではないか、問題となる。

イ もっとも、前述の通り甲は、衝突行為と刺突行為を合わせて一連の殺人行為として予定しており、これら一連の行為は全体として1個の意思に貫かれた殺人の構成要件事実として評価されるべきであり、甲は、現実に行われた衝突行為の際に、「自動車を衝突させて被害者を転倒させたうえ包丁で刺すという一連の殺人行為」を行う認識と認容があることから、殺人の故意に欠けることはない。

(6) 以上から、甲の上記行為について、殺人罪の実行の着手が認められ、故意も認められることから、殺人未遂罪が成立する。

(7) もっとも、甲は上記行為の後、Vの立ち上がろうとする顔を見て、急にVを殺そうとするのをやめたことから、中止犯(43条但書)が成立しないか。

ア 「自己の意思により」とは犯行継続の難易、行為者の予測・計画、犯意の強弱、中止行為の態様等の諸事情を総合的に考慮して、やろうと思えばできたがあえてやらなかったと評価できることを要し、かつそれをもって足りると解する。なぜなら、中止犯の法的根拠は責任減少と政策的理由になり、自己の自由な意思によって中止したといえるならば、責任減少は認められ、褒賞も与えられるべきだからである。

イ 本問において、Vは衝突行為によって甲の予定通り転倒はしなかったもののボンネットに跳ね上げられた後に路上に落下しており計画は大幅に狂うことはなかった。また、甲は衝突行為の後、立ち上がり逃げるVを追いかけ、準備していた包丁で刺突することは容易であった。これらからすれば、甲はVの殺害をやろうと思えばできたがあえてやらなかったと評価できるため「自己の意思により」といえる。

(8) ア それでは「犯罪を中止した」といえるか。この点、中止未遂は犯

罪の完成を防止したことを成立要件とするのだから、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきであり、結果発生に向けて因果の流れがまだ進行を開始していない場合は単なる不作為で足りると考える。

イ 本問においては、甲は、殺人の実行行為(衝突行為)に着手したものの、刺突行為を行う前のVの軽傷段階であり、結果発生に向けた因果の流れがまだ進行を開始していない場合といえる。また、甲の計画は自動車の衝突により転倒させたVを刃物で刺し殺すというものであったことからすれば、中止した刺突行為は続行可能であり、既に行われた実行行為に継続する行為であるといえ、刺突行為を断念した甲の不作為は「犯罪を中止した」にあたる。

以上から、甲の刺突行為の断念には中止犯が成立する。

3 甲が財布を持ち去った行為について

上記行為について窃盗罪(235条)は成立せず、占有離脱物横領罪(254条)が成立する。以下詳述する。

(1) 窃盗罪(「他人の財物」を「窃取した」)が成立するためには、①他人の占有する財物が客体となっていることと、②窃取行為がなされたといえなければならぬ。また、他人の占有する財物であるといえるか否かは、占有の事実と所有者の占有意思等を総合考慮して社会通念に従って判断される。

(2) 本問においては、甲が持ち去った財布は前日にその路上を通りがかった人が落とした物であり、既に場所的・時間的離隔は著しいと考えられ、本件財布に対するVの占有はもはや及んでいないといえる。また、足元に落ちていただけのVの占有が及ぶ余地もない。以上から、本問の財布にV及びVの占有は及んでおらず、財布の領得行為に窃盗罪は成立しない。

(3) もっとも、占有離脱物横領罪が成立しないか。「占有を離れた他人の物」を「横領した」といえるためには、①占有者の意思によらずにその占有を離れ未だに何人の占有にも属していない物に対し、②不法領得の意思を発現する一切の行為が行われたといえる必要がある。

(4) 本件財布は前日にYが落としした物であり、場所的・時間的離隔が著しく、すでにYの占有は失われており、他の誰かの占有が及んでいるという事情もないため、本件財布は「占有を離れた他人の物」ということができる。また、甲は、本件財布を中の現金を抜き取るため、自己の占有下に移転しているため、甲は不法領得の意思を発現する行為を行ったといえることができ、「横領した」に該当する。

したがって甲は刑法254条の占有離脱物横領罪に該当する行為を行ったといえることができる。

(5) これに対して、甲は、本件財布について、Vの占有物として認識しており、窃盗罪の故意を有していたため、占有離脱物横領の故意(38条1項)がないとして故意阻却されないか。

ア この点、故意責任の本質は犯罪事実の認識によって反対動機が形成可能であるにもかかわらず、あえて犯罪に及んだ道義的非難である。そして犯罪事実は刑法上構成要件として類型化されているから、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合にはその限度で反対動機を形成可能である。したがって、そのような場合には、その限度で故意責任を問うことができる。かかる実質的重なり合いについては、①保護法益の共通性及び②両罪の行為態様の共通性をもって判断する。

イ 本問において、甲は本件財布についてVの占有物であると認識していたことから、窃盗罪についての事実を認識しているが、窃盗罪と占有離脱物

横領罪の両罪とも、財物の所有権の限度において保護法益を共通とするものであり、どちらも他人の財物を不法に領得する行為である点で行為態様も共通することから、構成要件的重なり合いが認められる。

したがって、甲は占有離脱物横領罪の限度においても故意が認められ、甲には占有離脱物横領罪が成立する。

## 第2 罪数

以上より、甲には殺人予備罪、殺人未遂罪、占有離脱物横領罪が成立し、殺人予備罪と殺人未遂罪は包括一罪となり、占有離脱物横領罪とは併合罪となる。

以上

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久



16

19 2

V

V





I (p.266)

1

2

19.2.16

1

1

1

2

1

2

1

2

16 3 22

58 3 187

2

1

1

2

1

V

1

2

1

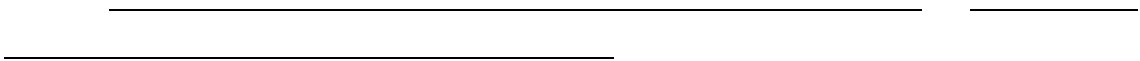
2

1

199

203

43



296

V

V

V

43

Y

V

235

V

127

2023年4月30日

担当：弁護士 新明清久