

令和5年予備試験 刑法

問題文

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可否について、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】の事実につけて、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、死体が見つかってしまっただけで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。）。

解説

第1 問題形式

設問1は令和4年予備試験刑法設問2と同様、従来の予備試験には見られなかった形式となっており、「甲に監禁罪が成立するという主張の当否」を「反対の立場からの主張にも言及」しながら答えることを問うている。これは、平成30年以降の司法試験の設問を意識した問題と考えられる。

本問のような反対の立場からの主張にも言及させる問題については、事実認定レベルで解決できる問題（ex.平成30年司法試験刑法設問2）も存在するが、そのほとんどは判例・通説と対立する学説の理解を問うものであるため、主要な論点については予備試験受験生としても判例・通説のみならず学説も押さえておくことが有用といえよう。何が主要な学説かという点については一概に定義付けることはできないが、判例に対する学説からの批判が多い論点、短答で見解対立問題として出題されている論点をまずは目安に押さえておけばよいと考えられる。

他方、設問2は従来どおりの「甲の罪責」を問う問題であるが、「【事例2】における」という留保がなされている点は意識しなければならない。

第2 設問1

甲が「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」行為に対する監禁罪（220 後段）の成否が問われている。「Xは、同日午後5時頃に熟睡した後、一度も目を覚まらなかった」という事実からすれば、監禁されている旨の認識がない者に対する監禁罪の成否に関する可能的自由説（監禁罪の保護法益を仮に移動したいと思ったときに移動できる自由と捉える立場）と現実的自由説（監禁罪の保護法益を現実に移動しようと思ったときに移動できる自由と捉える立場）の対立を争点として論じることが求められているといえるため、220 条後段の構成要件を全て検討しつつ、言及すればよい。裁判例（京都地判昭 45.10.12【百選Ⅱ10】）は可能的自由説に立っているとされているため、現実的自由説に対する批判（ex.現実的自由と解すると被害者の認識の有無で犯罪の成立が左右されることになり行動の自由を保護する範囲が不当に狭まる、監禁されている者が途中で寝た場合、身体拘束が継続しているにもかかわらず監禁行為が終了したことになり不自然である。）を行った上で、自説としては可能的自由説を採用すればよいであろう。

論じ方については、前掲・京都地判昭 45.10.12【百選Ⅱ10】は「たしかに、監禁罪がその法益とされている行動の自由は、自然人における任意に行動しうる者のみについて存在するものと解すべきであるから、全然任意的な行動をなしえない者、例えば、生後間もない嬰兒の如きは監禁罪の客体となりえないことは多く異論のないところであろう。しかしながら、それが自然的、事実に意味において任意に行動しうる者である以上、その者が、たとえ法的に責任能力や行動能力はもちろん、幼児のような意思能力を欠如しているものである場合も、なお、監禁罪の保護に値すべき客体となりうるものと解することが、立法の趣旨に適し合理的といふべきである。」と述べているため、意思能力に欠ける生後1年7月の幼児に監禁罪の客体である「人」としての適格性を認めたと読めるが、他方、広島高裁昭 51.9.21

は「およそ監禁罪にいわゆる監禁とは人をして一定の区域外に出ることを不可能またはいちじるしく困難ならしめることをいい、被監禁者が行動の自由を拘束されていれば足り、自己が監禁されていることを意識する必要はないと解するのが相当である。」と述べ、監禁されている旨の認識がない者に対する拘束行為も「監禁」に当たると判断したと読めるため、答案ではいずれかの形で論述すればよいであろう。

第3 設問2

- 1 「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」行為

窃盗罪(235)の成否が問題となり、「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」という事実からすると構成要件の中でも不法領得の意思のうち利用処分意思の有無が争点となるといえる。

利用処分意思については財物から生じる何らかの効用を享受する意思であればよいと考えられているが、ここでいう「何らかの効用を享受する意思」についてその内容を無限定に許容すると処罰範囲が不当に広がり妥当でなく、利用処分意思がある場合に重い非難に値するのは財物の取得により効用を得る行為に内包される利欲性に求められることや、犯行の背景や動機についてまで考慮できるとすれば不法領得の意思不要説と実質的に同じになることに考慮して、目的物を利用させないことにより利益を得る場合や、後述の最決平16.11.30【百選Ⅱ31】のように支払督促正本の送達という裁判所の行為から得られる利益があるような場合は利用処分意思を基礎付けないと考えられている。

この立場からすると、利用処分意思の「何らかの効用を享受する意思」については財物自体の利用処分から直接的に利得する意思を意味し、間接的に利得する意思(ex.動機や背景事情、他の者の行為を介在させて取得できる利益)があったとしてもそれは利用処分意思を肯定する事情とはならないと考えることができる。最決平16.11.30【百選Ⅱ31】が「他方、本件において、被告人は、前記のとおり、郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達が適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった。このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。」と述べている点も参考になろう。

したがって、本間の事実関係に照らした場合、GPS機能を利用した犯跡隠滅は間接的に利得できる利益にすぎないと捉えれば利用処分意思は否定されることとな

る。この場合は器物損壊罪（261）の成立にとどまることになり、その後に行われた「携帯電話機を捨てた」行為は不可罰的事後行為となろう。

ただし、犯跡隠滅目的と利用処分意思に関し、裁判例は肯定の立場（東京高判平12.5.15）と否定の立場（東京地判昭62.10.6）に分かれているため、肯定の立場を採ったからといって得点できないわけではない。結局のところ、問題文の事実関係（特に携帯電話機のGPS機能を利用している点）をいかに抽出して自分なりに評価できたかが分かれ目となろう。

なお、上記行為は、犯跡を隠蔽させる意思の下で行われてはいるものの「他人の刑事事件に関する証拠」の隠滅ではないので証拠隠滅罪（104）は成立しない。

2 「Xを殺すため、眠っているXの首を両手で強く絞め付け」た行為

殺人罪（199）の成否が問題となり、論点としては遅すぎた構成要件の実現（大判大12.4.30【百選Ⅰ15】）が問題となっている。同論点については自己の行為（本問でいう「Xを上記崖まで運び、Xを崖下に落とした」行為）を介在事情と見て因果関係の有無を判断し、主観面については因果関係の錯誤として処理をするのが通説であるから、通説に従えば殺人罪が成立することになる。

3 「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」た行為

窃盗罪の成否が問題となり、「Xが死亡したものと思い込んだ」という事実からすれば、甲の故意の有無が争点となり、死者の占有の論点を故意と紐付けて論じることになる。死者の占有の論点に関しては最判昭41.4.8【百選Ⅱ29】が「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであって、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものというべきであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である。」と述べている点が参考になろう。

結論としては甲に故意が認められ、窃盗罪は成立する。

なお、当初の殺人行為が財物奪取に向けられていないため、甲に強盗殺人罪（240後段）は成立しない。

4 「Xを上記崖まで運び、Xを崖下に落とした」行為

客観的には殺人行為であるが主観的には死体遺棄行為なので、38条2項により殺人罪は成立せず、かつ、重なり合いが認められないため死体遺棄罪（190）も成立しない。そのため、「甲は、Xが既に死んでいると軽信し続けていた」という事実からすれば上記行為には過失致死罪（210）あるいは重過失致死罪（211後段）が成立するととどまるが、絞首行為に殺人罪を成立させる以上、死の二重評価を避けるべく殺人罪に吸収されることとなる。

なお、答案では絞首行為の後ろに続けて吸収関係についてまでまとめて記載しているが、これは分量のマネジメントの観点からそのような記載にしているだけであるため、解説の流れのように時系列に沿って論じて問題ない。

- 5 「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」行為

1 で器物損壊罪を成立させた場合は不可罰的事後行為となる。

なお、答案では窃取行為の後ろに続けて不可罰的事後行為についてまでまとめて記載しているが、これは分量のマネジメントの観点からそのような記載にしているだけであるため、解説の流れのように時系列に沿って論じて問題ない。

6 罪数

最終的な罪数については、器物損壊罪、殺人罪、窃盗罪が併合罪（45 前段）となる。

〔出題趣旨〕

〔設問 1〕は、甲が X と山中にある無人の小屋で過ごしていた際、甲が同小屋から出て離れている間に熟睡している X が目を覚まして同小屋から逃げないようにするため、同小屋の出入口扉を外側からロープで縛った行為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述することを求めるものである。【事例 1】では、X は、熟睡しているため上記小屋から外に出る意思がなく、上記出入口扉をロープで縛られたことにも気付かず熟睡し続け、目覚める前にロープが解かれたことから、甲の行為は、X の現実の移動の意思に影響を及ぼしていない。このような場合に監禁罪が成立するという主張の当否について、監禁罪の保護法益である移動の自由の意義に関して、反対する立場からの帰結やその問題点等にも留意しつつ論じなければならない。その際には、本件の具体的事実が保護法益論とどのように関連するのかを意識しながら論じる必要がある。

〔設問 2〕は、甲が、(1)眠っていた X が所持していた携帯電話機を自分のリュックサックに入れ、(2)X を殺害するため、眠っていた X の首を両手で強く絞め付け（以下「第 1 行為」という。）、X が死亡したものと思い込んでいたところ、X が所持していた財布内から現金 3 万円を抜き取って自分のポケットに入れ、さらに、(3)X が死亡したものと思い込んだまま、実際には生きていた X を崖下に落とし（以下「第 2 行為」という。）、死亡させたことを内容とする事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)では、甲は、X の携帯電話機を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としても、X の死体発見を困難にできるなどという目的で、同携帯電話機を自己の占有下に移している。これは犯跡隠蔽の意図である一方で、同携帯電話機の GPS 機能を利用する意図も含まれる点を踏まえ、甲に不法領得の意思を認めるか否かについて利用処分意思の内容を具体的に明らかにしつつ検討する必要がある。その上で窃盗罪あるいは器物損壊罪の成否を論じることになる。

(2)では、甲が現金を抜き取ってポケットに入れた行為は窃盗罪の客観的構成要件を充足するが、X が死亡していると誤信していることから、甲に窃盗罪の故意が認められるかについて、死者の占有を認めるか否かとの関係を明らかにしつつ検討する必要がある。

また、(2)の殺意をもって行われた第1行為から死亡結果が発生せず、(3)の殺意なく行われた第2行為によって死亡結果が発生した場合（いわゆる遅すぎた構成要件の実現）の殺人既遂罪の成否に関し、問責対象となる行為を特定して各行為の擬律判断（第1行為と死亡結果との因果関係及び因果関係の錯誤並びに第2行為の処理等）を検討する必要がある。

いずれについても、刑法の基本的な概念に関する正確な理解を前提に、事実関係を的確に分析し、それを法的に構成する能力や、具体的な事実を法的に分析する能力が問われている。

模範答案

1

第1 設問1

1 甲に監禁罪（刑法（以下法令名略）220条後段）が成立するという主張は妥当か。

2(1) 「人」につき、Xは自然人なので「人」に当たるとも思える。

これに対して、反対の立場からは、Xは午後5時頃に熟睡した後、一度も目を覚ましておらず、午後5時5分頃の甲による監禁行為を認識していない以上、同罪の保護法益である現実的自由が害されていない。ゆえに、監禁されている旨の認識がないXは「人」には当たらないという主張が考えられる。

もっとも、同罪の保護法益を行動の現実的自由と解すると、監禁されている者が途中で寝た場合、身体拘束が継続しているにもかかわらず監禁行為が終了したことになり不自然である。そこで、同罪の保護法益は行動の可能的自由であり、監禁行為を認識していない者も「人」に当たると考える。

したがって、Xは「人」に当たる。

(2) 「監禁」とは、人をして一定の区域外に出ることを不可能又は著しく困難ならしめることを意味する。Xが寝ていた山頂付近にあった無人の小屋は、木造平屋建てで、窓はなく、出入口は1箇所のみであった。そうだとすれば、甲がその出入口扉を外側からロープできつく縛り、内側から扉を開けられないようにした行為は、人をして一定の区域外に出ることを不可能ならしめる行為といえる。したがって、上記行為は「監禁」に当たる。

(3) そして、甲には故意（38条1項本文）が認められる。

3 以上より、甲に監禁罪が成立するという主張は妥当である。

第2 設問2

2

1 Xの携帯電話機を取り出した行為に窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) 「他人の財物」につき、X所有の携帯電話機は他人の所有する財物なので「他人の財物」に当たる。「窃取」につき、Xが甲の犯行計画を知っていれば携帯電話機を渡さなかったといえ、上記行為は占有者の意思に反して財物の占有を移転させる「窃取」に当たる。そして、甲には故意が認められる。

(2) ア 他方、不可罰的使用窃盗及び毀棄隠匿罪との区別の観点から、窃盗罪の成立には不法領得の意思も必要であるが、認められるか。

イ 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（以下「権利者排除意思」という。）、その経済的用法に従い、利用処分する意思（以下「利用処分意思」という。）を意味する。ただし、利用処分意思は財物自体の利用処分から直接的に利得する意思に限り認められると考える。

ウ 甲は携帯電話機を捨てようとしており、廃棄は権利者にしかなし得ないため、甲には権利者排除意思が認められる。

他方、確かに、甲は携帯電話機をXの死体から遠く離れた場所に捨てることで、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際にXの死体の発見を困難にし、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という犯跡隠蔽目的を有している。そして、GPS機能は携帯電話機に内在されている機能であり、それを用いて犯跡を隠蔽できれば甲は司法官憲による捜査を免れることができ、甲の利益となる。しかし、携帯電話機のGPS機能を用いた犯跡隠蔽であったとしても、犯跡隠蔽はあくまで携帯電話機のGPS機能によって発信される位置情報を見た捜査機関による滑落死という判断を介在させることで可能になるため、財物から生じる直接

- 3 的な利益ではない。そうだとすれば、上記目的は財物自体の利用処分から直接的に利得する意思とはいえず、甲には利用処分意思を認めることができない。
- エ したがって、不法領得の意思は認められない。
- (3) 以上より、窃盗罪は成立しない。上記行為は、携帯電話機という「他人の財物」の効用を喪失させる「損壊」に当たり、故意があるため器物損壊罪（261条）が成立し、携帯電話機を捨てた行為は不可罰の事後行為となる。
- 2 Xの首を絞め付けた行為に殺人罪（199条）が成立するか。
- (1) 上記行為は同罪の実行行為といえ、また、Xの死という結果が発生している。
- (2) では、因果関係は認められるか。
- ア 因果関係は行為の危険が結果に現実化したか否かによって判断する。
- イ 確かに、首を絞め付ける行為自体に、頭部外傷によって死亡する危険は内包されていない。また、甲がXを崖から落としたことから頭部外傷による死亡結果が発生しているので、介入事情の結果に対する寄与度は大きい。しかし、甲は犯跡隠蔽目的でXを崖から落としているので、介入事情は甲の行為に誘発されたものといえる。また、殺人犯人が自己の犯行を隠蔽すべく、被害者を殺害行為に及んだ場所とは違う場所に運ぶことは通常よくある事象であるため、介入事情は異常ではない。そうだとすれば、甲の実行行為に介入事情を介して頭部外傷による死亡結果が発生する危険性が内包されていたといえ、行為の結果が介入事情を介して間接的に結果に現実化したと評価することができる。
- ウ よって、因果関係が認められる。
- (3) 他方、甲の認識した因果経過と現実の因果経過に齟齬が生じているため因果関係に錯誤が認められるが、両因果経過は危険の現実化の範囲で法定的に符合

- 4 しているため故意は認められる。
- (4) 以上より、上記行為に殺人罪が成立する。
- 3 甲がXを崖から落とした行為には過失致死罪（210条）が成立する。ただし、殺人罪に吸収される。
- 4 Xの財布内から現金3万円を抜き取った行為に窃盗罪が成立するか。
- (1) X所有の3万円は「他人の財物」に当たり、上記行為は「窃取」に当たる。
- (2) では、故意は認められるか。
- ア 確かに、占有の意思がない死者の占有を認めることはできない。しかし、一連の行為を全体的に考察することで、被害者が有していた生前の占有が死後もなお法的保護に値する場合がある。そこで、①被害者を殺害した殺人犯人との関係において②被害者の生前の占有が窃盗罪との関係で法的保護に値するといえる場合に、かかる占有を意思に反して移転させる行為は「窃取」に当たり、その旨の認識があれば「窃取」の認識が認められると考える。
- イ まず、甲はXを殺害したと思い込んでいるため、自己が被害者を殺害した殺人犯人であるという認識が認められる。また、甲は殺害したと思い込んでから約5分後にその場で窃取に及んでおり、時間的場所的に近接した状況で上記行為に至っていることを認識している。したがって、甲は被害者の生前の占有が窃盗罪との関係で法的保護に値するといえる状況下で被害者の意思に反して占有を移転させている旨の認識があるといえる。
- ウ よって、甲には「窃取」した旨の認識があるため故意が認められる。
- (3) また、不法領得の意思も認められるため、上記行為に窃盗罪が成立する。
- 5 器物損壊罪、殺人罪、窃盗罪が成立し、併合罪（45条前段）となる。以上