

1 [令和5年]

2
3 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。

4
5 【事例1】

6 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
7 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
8 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
9 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。

10 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
11 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。
12 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
13 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
14 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
15 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
16 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
17 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
18 か所のみであった。

19 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
20 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
21 午後5時頃に熟睡した後、一度も目を覚まさなかった。

22
23 〔設問1〕

24 【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
25 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。

26
27 【事例2】（【事例1】の事実が続いて、以下の事実があったものとする。）

28 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
29 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。
30 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
31 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
32 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
33 かのよう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
34 台を取り出し、自分のリュックサックに入れた。

35 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
36 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
37 っただけで、実際には生きていた。

38 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
39 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
40 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
41 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。

42 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
43 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
44 部等を地面に強く打ち付け、頭部外傷により即死した。

45 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
46 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
47 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
48 索が行われたが、Xの発見には至らなかった。

49

50 **〔設問2〕**

51 **【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]

設問 1

〔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。(出題趣旨)

設問 1 では、「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。」(問題文 14～17 行目) が、「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。」(問題文 20～21 行目) ため監禁の事実を認識していなかったという事実関係を前提として、「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ることが求められている。

監禁罪の保護法益は人の場所的移動の自由であるところ、ここでいう「自由」の内容については、可能的自由説と現実的自由説とが対立している。

可能的自由説は、移動の可能性・選択肢を有していること自体に意義があると考え、人の場所的移動の可能的自由(=移動しようと思えば移動できる自由)が本罪の保護法益であるとする。この見解からは、被害者が監禁(監禁されている事実)を認識していない場合や監禁を認識しているが移動意思を有しなかった場合であっても、人の場所的移動の可能的自由の侵害が可能であるため、「監禁」が認められる。

現実的自由説は、人の場所的移動の現実的自由(=現実に移動しようと思ったときに移動できる自由)が本罪の保護法益であるとする。この見解からは、被害者が監禁を認識し、現実に移動を欲したときにはじめて、人の場所的移動の現実的自由の侵害があるとして、「監禁」が認められることになる。

X は、監禁の事実を認識していなかったのだから、可能的自由説からは「監禁」が認められ監禁罪が成立する一方で、現実的自由説からは「監禁」が認められず監禁罪の成立が否定される。

判例・通説は可能的自由説であるから、反対の立場からの主張では現実的自由説から監禁罪の成立を否定し、自身の見解では可能的自由説を採用した上で監禁罪の成立を認めるべきである。

基礎応用 227 頁 [論点 1]、論証集

109 頁 [論点 1]

最決 S33.3.19

設問 2

〔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。

…略…

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。（出題趣旨）

1. 携帯電話機についての窃盗罪

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ろう。（出題趣旨）

甲が眠っている 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行為には、窃盗罪（235 条）が成立するか。

上記行為は「他人の財物を窃取した」に当たり、かつ、甲には窃盗罪の故意もある。問題は、不法領得の意思の有無である。

不可罰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、不法領得の意思が必要であると解する。その内容は、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として（権利者排除意思）、②その経済的用法に従い利用又は処分する意思（利用処分意思）である。

問題文には、甲が X の携帯電話機を窃取した動機について、「甲は、…X を殺そうと思ったが、死体がすぐに見つかってしまっただけで、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、…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。」（28～34 行目）とある。このように、甲は、X の携帯電話機を窃取することにより、X を殺害した際に、X の死体の発見を困難にするととも

基礎応用 265 頁 [論点 10]、論証集

126 頁 [論点 10]

に、犯跡を隠蔽するという利益を取得する意思を有するが、携帯電話機自体を利用する意思はない。そこで、利用処分意思の内容として、何らかの利益追求の意思があれば足りるのかが問題となる。

利用処分意思は、毀棄罪と窃盗罪を適切に区別するために、占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であるところ、財物自体のもつ（何らかの）利益や効用を享受する意思があれば財物の利用可能性の取得という目的が認められる。こうした理由から、利用処分意思の内容については、①財物の経済的用法に従って利用する意思に限らず、②財物の本来的用法に従って利用する意思、さらには、③財物から生じる何らかの効用を享受する意思まで拡張されている（判例）。

窃盗罪の法定刑が法益侵害がより重い毀棄罪のそれよりも重いことを基礎づけるという利用処分意思の機能からすれば、何らかの利益追求の意思があれば、毀棄罪よりも重く処罰すべき強い非難と一般予防の見地からの抑止の必要性が認められるとして、③の意味における利用処分意思を肯定できるとする見解もある。

しかし、利用処分意思は、窃盗罪の法定刑が毀棄罪よりも重いことを基礎づけるために占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であるから、これを肯定するためには、その財物自体を利用する意思が必要であると解すべきである（判例）。¹⁾

後者の立場からは、甲にはXの携帯電話機自体を利用する意思がない以上、利用処分意思は認められない。したがって、窃盗罪は成立しない。

2. 携帯電話機についての器物損壊罪

甲がXから窃取した携帯電話機を捨てた行為には、器物損壊罪（261条）が成立するか。

(1) 「他人の物」

器物損壊罪の客体である「他人の物」とは、他人の所有権に属する物を意味するところ、甲が携帯電話機を捨てた時点では、所有者である甲は死亡している。

もともと、Xの携帯電話機は、Xが死亡したことにより、Xの親族の誰かが相続によりその所有権又は共有持分権を取得する（民法896条本文）から、Xの死亡後も「他人の物」に当たる。

(2) 毀棄の概念

問題文には、「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。

¹⁾ 最決H16.11.30（百II31-1項詐欺の事案）は、被告人Xが、支払督促制度を悪用してAの財産を不正に差し押さえ強制執行するために、A宛の支払督促正本等を廃棄する意図で、Aを装い郵便配達員を欺き支払督促正本等の交付を受けたという事案において、「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、廃棄するだけで他に何らかの用途に利用、処分する意思がなかったという場合には、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1つとして行ったときであっても異ならない」として、詐欺罪の成立を否定した。

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。」(45～48 行目) とある。この問題文からは、甲が携帯電話機を捨てた翌日に携帯電話機が発見されたかは不明であるものの、少なくとも携帯電話機が物理的に損壊されていないことは分かる。そこで、毀棄罪における毀棄が物理的損壊に限定されるかが問題となる。

毀棄の概念については、財物の物理的損壊に限定する物理的損壊説と、財物の効用を害する一切の行為を含むとする効用侵害説とが対立しており、効用侵害説が判例・通説である。効用侵害説からは、①物理的損壊のみならず、②隠匿行為、③単に財物の占有を喪失させる行為、④感情的・心理的に財物の利用を不可能とする行為なども毀棄に当たることになる。

例えば、判例では、競売事件の記録を持ち出してそれを利用できなくする行為 (②)、養魚池の鯉を流出させる行為 (③)、食器に放尿する行為 (④) などについて、器物損壊罪の成立が認められている。

問題文からは、甲が携帯電話機を捨てた翌日に携帯電話機が発見されたかは不明であるものの、翌日まで携帯電話機が発見されていないことは確定している。したがって、②又は③の行為類型により携帯電話機の効用を害したとして、器物損壊罪の成立を認めることができよう。

基礎応用 349 頁・3(1)、論証集 169 頁・1(1)

②：大判 S9.12.22

③：大判 M44.2.27

④：大判 M42.4.16

3. 現金 3 万円についての窃盗罪

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。(出題趣旨)

甲が X の財布内から現金 3 万円を抜き取って自分のポケットに入れた行為には、窃盗罪 (235 条) が成立するか。

- (1) 上記行為は「他人の財物を窃取した」に当たる。
- (2) 窃盗罪の構成要件の故意 (38 条 1 項本文) の認識対象は、①その財物が「他人の財物」であること (242 条が適用されない場合には、他人所有の財物であることを意味する)、②その財物が「他人」の占有に属すること、③その財物を「他人」から「窃取」することの 3 点である。

甲は、X が死亡したものと思い込んでいたのだから、窃取した現金 3 万円が X の占有に属する事実を認識していないとして、②の認識を欠くことになりそうである。もっとも、仮に死者の占有が認められるか、又は死者の生前の占有の要保護性が認められるのであれば、その限りにおいて、甲には窃取した現金 3 万円が「他人」の占有に属する事実の認識が認められることになる。

確かに、死者には占有の意思が認められないため、死者の占有を認めることはできない。

基礎応用 264 頁 [論点 9]、論証集 126 頁 [論点 9]

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、被害者の生前の占有の要保護性が認められると解する。

判例も、「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つて、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。」と判示している。

最判 S41.4.8・百II 29

そうすると、行為者が被害者が死亡したと誤認している場合であっても、致死行為を利用して財物を取得したという事実を認識していれば、要保護性のある被害者の生前の占有を侵害する認識があるといえ、窃盗罪の故意が認められる。

甲は、Xを殺すために、眠っているXの首を両手で強く締め付け、Xがぐったりしているのを見て、Xが死亡したものと思い込んでいたのだから、自己の行為によりXが死亡したと認識している。そうすると、甲には、致死行為を利用してXから現金3万円を取得する認識があるといえるから、Xの生前の占有を侵害する認識が認められる。

したがって、窃盗罪の故意が認められる。

(3) 甲は、財布内の現金が欲しくなって3の行為に及んだのだから、不法領得の意思もある。

(4) したがって、窃盗罪が成立する。

4. 遅すぎた構成要件の実現（ウェーバーの概括的故意）

基礎応用 53 頁 [論点 7]、論証集 30

…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、…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。（出題趣旨）

頁 [論点 7]、

甲は、Xを殺すため、眠っているXの首を両手で強く締め付け（以下、「第一行為」という。）、Xが生きているにもかかわらず、第一行為によりXが死亡したものだと思い込み、Xを崖下から落とした（以下、「第二行為」という。）ところ、Xは、第二行為により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。

(1) 第一行為と第二行為の関係

遅すぎた構成要件の実現とは、第一行為によって結果を実現したと思い、第二行為を行ったところ、第二行為により初めて結果が実現された場合をい

う。

かつては、第一行為と第二行為を包括的に支配する「概括的故意」という特殊な故意を認め、第一行為と第二行為を殺人罪の実現に向けられた一つの行為と捉えることで、当初の意図が結局実現されたのであるから殺人既遂罪が成立すると説明されていた。

しかし、遅すぎた構成要件の実現事例では、第一行為で結果を実現する認識で第一行為を実行したことにより故意が失われる。そうすると、第一行為と第二行為は、意思の連続性を欠くから、一個の行為として把握されるべきではない。²⁾

そこで、両者を別々の行為として捉えた上で犯罪の成否を検討する。

本間においても、甲が第一行為により X を死亡させるつもりで第一行為を実行したことにより、甲の殺人の故意は失われる。したがって、第一行為と第二行為とは、意思の連続性を欠くから、一個の行為として捉えるではなく、別々の行為と捉えた上で犯罪の成否を検討することになる。

(1) 第一行為

第一行為には、殺人罪（199 条）が成立するか。

ア. 実行行為性

第一行為は、頸部圧迫による窒息死の現実的危険性を有し、殺人罪の実行行為に当たる。

イ. 因果関係

X は、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷により即死しているため、第一行為と X 死亡との間には、X 死亡の直接的原因となった第二行為が介在している。このように、遅すぎた構成要件の実現の事案では、第一行為と結果との間の因果関係の有無について、両者間に結果発生の直接的原因となった第二行為が介在していることを踏まえて論じることになる。

法的因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮される（危険の現実化説）。

遅すぎた構成要件の実現の事案は、因果関係の事案類型に関する間接実現型のうち高速道路侵入事件型に位置付けられるから、第一行為と結果との間の因果関係の有無は、第一行為が第二行為をもたらす危険性を有しており、その危険性が結果へと現実化したといえるかにより判断される。³⁾

²⁾ かつての見解（行為の一個性を認める見解）は、「存在しない行為を擬制するもの」であり、妥当ではない。すなわち、遅すぎた構成要件の実現では、第一行為により殺人を実現する認識で第一行為を実行したのだから、第一行為の終了とともに殺人の故意が消滅する。したがって、第二行為の時点では、すでに殺人の故意が消滅している（早すぎた構成要件の実現の事例と異なり、意思の連続性を欠く）。そうすると、第一行為と第二行為とを、殺人罪の実現に向けられた一つの行為と捉えることには無理がある。これに対し、早すぎた構成要件の実現では、第一行為と第二行為を一体的に捉えることにより第二行為に留保されていた殺人既遂の故意を第一行為の時点で認める見解が主流であるが、第一行為の時点で殺人既遂の故意が消滅しているわけではないから、存在しない故意を擬制することにはならないのである（基本刑法 I 117 頁）。

³⁾ 高速道路侵入事件に関する最高裁決定は、被告人らが被害者に激しく断続的な暴行を加え、逃走を図った被害者が被告人らによる追跡を逃れるために、高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続

判例は、甲は、Xを絞殺するつもりでXの頸部を細麻縄で締め（第一行為）、Xが動かなくなったため既に死亡したと思い、犯行発覚を防ぐ目的でXの死体を海岸の砂上に運び放置した（第二行為）ところ、Xは海岸の砂末を吸引して窒息死したという事案において、「被告の殺害の目的を以て為したる行為の後、被告がXを既に死せるものと思惟して犯行発覚を防ぐ目的を以て海岸に運び去り砂上に放置したる行為ありたるものにして、此の行為なきに於ては砂末吸引を惹起すことなきは勿論なれど、本来前示の如き殺人の目的を以て為したる行為なきに於ては犯行発覚を防ぐ目的を以てする砂上の放置行為も亦、発生せざりしことは勿論にして、之を社会生活上の普通観念に照し、被告の殺害の目的を以て為したる行為とXの死との間に原因結果の関係あることを認むるを正当とすべく、被告の誤認に因り死体遺棄の目的に出でたる行為は、毫も前記の因果関係を遮断するものに非ざるを以て、被告の行為は刑法第199条の殺人罪を構成するものと謂うべく、此の場合には殺人未遂罪と過失致死罪の併存を認むべきものに非ず。」と判示し、第一行為とX死亡との間の因果関係を認めた上で、第一行為には殺人既遂罪が成立するとしている。

当時の判例は、条件説を採用していたと理解されているが、現在の判例の立場である危険の現実化説からも、因果関係を認めることができる。なぜならば、「殺害行為に及んだ者が犯行の発覚を恐れてこれを遺棄しようとすることはありうること」であるため、第一行為が第二行為をもたらす危険性を有しており、その危険性が結果へと現実化したといえるからである。

本問において、Xは、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷により即死している。そして、甲は、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、第二行為に及んでいるところ、殺害行為に及んだ者が犯跡隠蔽のために被害者を遺棄しようとすることはありうることである。そうすると、第一行為には第二行為をもたらす危険性があり、その危険性がX死亡へと現実化したといえるから、因果関係が認められる。

ウ. 殺人罪の故意

遅すぎた構成要件の実現の事案では、実際には第二行為を直接の原因として結果が発生しているにもかかわらず、行為者が第一行為を直接の原因として結果が発生したと認識していることから、因果関係の錯誤が問題となる。

因果関係も客観的構成要件要素であるから、故意の認識対象になる。もっとも、故意責任の本質である規範の問題は構成要件の形式で与えられているから、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、

の自動車に轢過されて死亡したという事案において、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。」と判示している（最決H15.7.16・百I13）。

具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（法定的符合説）。そして、因果関係の錯誤は、認識した因果経過と現実の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合するものである。したがって、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

よって、甲には殺人罪の故意も認められる。

エ. 結論

以上より、第一行為には殺人既遂罪が成立する。

(2) 第二行為

ア. 殺人既遂罪

確かに、第二行為は殺人既遂罪の客観的構成要件に該当する。

しかし、遅すぎた構成要件の実現事例では、第一行為で結果を実現する認識で第一行為を実行したことにより故意が失われる。

本問では、甲が第一行為により X を死亡させるつもりで第一行為を実行したことにより、甲の殺人罪の故意は失われる。

したがって、第二行為の時点では、甲は殺人罪の故意を有しないから、死体遺棄罪（190 条）の認識で殺人罪を実現したことになり、「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった」場合として、「重い罪に当たる」殺人罪は成立しない（38 条 2 項）。

イ. 死体遺棄罪

甲は、第二行為により、死体遺棄罪の認識で殺人罪を実現しており、これは、抽象的事実の錯誤のうち、軽い罪の認識で重い罪を実現した場合に当たる。

この場合について、判例・通説は、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合うときは、その限度において両事実は同一の構成要件的評価を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができると解している（これは、故意の問題ではなく、故意を有する軽い罪についての客観的構成要件該当性の問題である）。

死体遺棄罪の保護法益は死者に対する宗教上の信念（広い意味での宗教感情）であるのに対し、殺人罪の保護法益は人の生命であるから、両者間に保護法益の共通性は認められない。そうすると、両者の構成要件が死体遺棄罪の限度で実質的に重なり合うとはいえないから、死体遺棄罪の客観的構成要件該当は認められない。

したがって、第二行為には死体遺棄罪は成立しない。前掲した遅すぎた構成要件の実現の事案に関する判例も、死体遺棄罪の成立を認めていない。

ウ. 過失致傷罪

第二行為により被害者を死亡させたことに過失が認められる場合には、過失致傷罪（209 条）が成立し、重過失が認められる場合には重過失致傷罪（211 条後段）が成立する（業務上過失が認められる場合には、業務上過失致傷罪〔211 条前段〕が成立する。）。

基礎応用 58 頁 [論点 9]、論証集 32 頁 [論点 9]、最決 S61.6.9・百 1 43

高橋各論 613 頁、基本刑法 I 124～125 頁

第二行為が被害者死亡の直接的原因となっている以上、第二行為と死亡の間の因果関係も認められるから、第二行為には過失致死罪等が成立するようにも思えるが、死の二重評価を避ける観点から、第二行為には過失致傷罪等が成立するにとどまると解されている。そして、過失行為により惹起された結果のうち、故意行為に吸収されているのは死亡結果だけであるから、第一行為に成立する殺人既遂罪と第二行為に成立する過失致傷罪等とは、包括一罪ではなく併合罪の関係に立つ。

問題文には「甲は、X が既に死んでいると軽信し続けていた」（問題文 42～43 条）とあるため、甲には重過失があるとして、重過失致傷罪の成立を認める余地がある。

5. 罪数処理

甲は、①器物損壊罪、②窃盗罪、③殺人既遂罪及び④重過失致傷罪の罪責を負い、これらはいずれも併合罪（45 条前段）の関係に立つ。

[模範答案]

1 設問1

2 1. 「監禁」(刑法220条)とは、一定の場所からの脱出を不可能又は著しく困難にして人の場所的移動
3 の自由を奪うことを意味する。

4 甲は、Xがその中にいる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
5 ないようにした。同小屋は、木造平屋建てで、窓はなく、出入口は上記扉1か所のみであるから、X
6 は、同小屋から脱出することは不可能又は著しく困難となり、その場所的移動の自由が奪われること
7 となる。したがって、甲の上記行為は「監禁」に当たる。

8 2. これに対し、監禁罪の保護法益を人の場所的移動の現実的自由であると理解する立場(現実的自由
9 説)からは、Xは、熟睡しており、甲が上記行為に及んでから同小屋に戻り、上記ロープをほどくま
10 での間、一度も目を覚まさないことから、監禁の事実を認識しておらず、場所的移動の現実的自
11 由は侵害されていないとして、「監禁」は認められないとの反論が想定される。

12 確かに、監禁罪の保護法益を人の場所的移動の現実的自由であると理解するならば、被害者が監禁
13 を認識し、現実に移動を欲したときにはじめて、人の場所的移動の現実的自由の侵害があるとして、
14 「監禁」が認められることになる。

15 しかし、監禁罪の成立範囲が不当に狭まることを避けるためにも、監禁罪の保護法益は人の場所的
16 移動の可能的自由であると解すべきである(可能的自由説)。そして、被害者の監禁状態の認識や移動
17 意思の有無にかかわらず、人の場所的移動の可能的自由が侵害され得るから、可能的自由説からは、
18 「監禁」というには、被害者における監禁状態の認識や移動意思を要しない。

19 したがって、甲による「監禁」が認められる。

20 3. 甲には監禁の認識・認容もあるから、監禁罪の故意(38条1項本文)もある。

21 4. 監禁についてXの承諾はないし、殺害の準備行為としての監禁であることからその他の違法性阻却
22 事由も認められないため、甲には、「不法に人を…監禁した者」として、監禁罪が成立する。

1 設問2

2 1. 甲が眠っている 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
3 に入れた行為には、窃盗罪 (235 条) が成立するか。

4 (1) 上記行為は「他人の財物を窃取した」に当たり、かつ、甲には窃盗罪の故意もある。

5 (2) 窃盗罪の成立には、権利者排除意思と利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要である。

6 利用処分意思は、窃盗罪の法定刑が毀棄罪よりも重いことを基礎づけるために占有侵害の目的を財
7 物の利用可能性の取得に限定するための要件であるから、これが認められるためには、何らかの利
8 益追求の意思があるだけでは足りず、その財物自体を利用する意思が必要であると解する。

9 甲は、X を殺害した際に、X の死体の発見を困難にすることと、犯跡隠蔽を企図していたにとど
10 まり、X の携帯電話機自体を利用する意思は有しないから、利用処分意思は認められない。したが
11 って、甲には、不法領得の意思を欠くため窃盗罪が成立しない。

12 2. 甲が X から窃取した携帯電話機を捨てた行為には、器物損壊罪 (261 条) が成立するか。

13 (1) 甲が携帯電話機を捨てた時点では、所有者である甲は死亡している。もっとも、X の携帯電話機
14 は、X が死亡したことにより、X の親族の誰かが相続によりその所有権又は共有持分権を取得する
15 (民法 896 条本文) から、X の死亡後も「他人の物」に当たる。

16 (2) 毀棄罪における財産侵害の内容は、他人の財物の効用侵害にある。そこで、毀棄罪における毀棄
17 とは、財物の効用を害する一切の行為を意味し、物理的損壊に限らず隠匿等も含むと解する。器物
18 損壊罪における「損壊」についても、同様に解される。

19 甲は、X を落とした崖から約 6 キロメートル離れた場所に携帯電話機を捨てた。その後も携帯電
20 話機の GPS 機能によって発信される位置情報を取得できていることから、携帯電話機の物理的
21 損壊はない。しかし、山中に捨てられた携帯電話機を探すのは困難であり、GPS 機能を使っても詳
22 細な位置情報までは分からず発見に相応の時間を要することもあるから、甲が携帯電話機を山中に

1 捨てたことは、隠匿により携帯電話機の効用を侵害するものとして「損壊」に当たる。

2 (3) 甲は、Xに親族がいることを認識していたのだから、携帯電話機がXの死亡後も親族の所有又は
3 共有に属するものとして「他人の物」に当たることを認識していたとして、器物損壊罪の故意も認
4 められる。

5 (4) したがって、器物損壊罪が成立する。

6 3. 甲がXの財布内から現金3万円を抜き取って自分のポケットに入れた行為には、窃盗罪(235条)
7 が成立するか。

8 (1) 上記行為は「他人の財物を窃取した」に当たる。

9 (2) 甲は、Xが死亡したものと思い込んでいたのだから、占有侵害の事実の認識を欠き、窃盗罪の故
10 意(38条1項本文)が認められないのではないか。

11 死者の占有は認められないが、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
12 察して、被害者の生前の占有の要保護性が認められると解する。

13 甲は、Xを殺すために、眠っているXの首を両手で強く締め付け、Xがぐったりしているのを見
14 て、Xが死亡したものと思い込んでいたのだから、自己の行為によりXが死亡したと認識している。

15 そうすると、甲には、致死行為を利用してXから現金3万円を取得する認識があるといえるから、
16 Xの生前の占有を侵害する認識が認められる。

17 したがって、窃盗罪の故意が認められる。

18 (3) 甲は、財布内の現金が欲しくなって3の行為に及んだのだから、不法領得の意思もある。

19 (4) したがって、窃盗罪が成立する。

20 4. 甲は、Xを殺すため、眠っているXの首を両手で強く締め付け(以下、「第一行為」という。)、Xが
21 生きているにもかかわらず、第一行為によりXが死亡したものだと思い込み、Xを崖下から落とした

22 (以下、「第二行為」という。)。甲が第一行為によりXを死亡させるつもりで第一行為を実行したこ

1 とにより、甲の殺人の故意は失われる。したがって、第一行為と第二行為とは、意思の連続性を欠く
2 から、一個の行為として捉えるではなく、別々の行為と捉えた上で犯罪の成否を検討すべきである。

3 (1) 第一行為には、殺人罪（199条）が成立するか。

4 ア. 第一行為は、頸部圧迫による窒息死の現実的危険性を有し、殺人罪の実行行為に当たる。

5 イ. 因果関係は、行為の危険が結果へと現実化した場合に認められる。

6 Xは、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷によ
7 り即死している。そして、甲は、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
8 跡を隠蔽しようと考え、第二行為に及んでいるところ、殺害行為に及んだ者が犯跡隠蔽のために
9 被害者を遺棄しようとするはありうることである。そうすると、第一行為には第二行為をも
10 たらず危険性があり、その危険性がX死亡へと現実化したといえるから、因果関係が認められる。

11 ウ. 甲には因果関係の錯誤があるが、因果関係の錯誤は故意を阻却しないと解されているから、甲
12 には殺人罪の鯉も認められる。

13 エ. したがって、殺人既遂罪が成立する。

14 (2) 第二行為

15 ア. 第二行為は殺人既遂罪の客観的構成要件に該当するが、甲には殺人罪の故意がないから、殺人
16 既遂罪は成立しない（38条2項）。

17 イ. 甲は死体遺棄罪（190条）の認識で殺人罪を実現しているところ、両者間では保護法益が異な
18 るために構成要件の実質的な重なり合いがないから、死体遺棄罪も成立しない。

19 ウ. 甲は、Xが既に死んでいると軽信して第二行為に及び、Xを死亡させているから、重過失致傷
20 罪（211条後段）が成立する。なお、死の二重評価を避けるために、死亡結果は帰責されない。

21 5. 甲は、器物損壊罪、窃盗罪、殺人既遂罪及び重過失致傷罪の罪責を負い、これらはいずれも併合罪（45
22 条前段）の関係に立つ。 以上

(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第5版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」4訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)