

刑法

設問 1

恐喝罪

1. 甲は B から 600 万円の交付を受けている。これが 246 条 1 項詐欺罪もしくは 249 条 1 項恐喝罪にあたるか。
2. 詐欺罪は、人を欺いて財物を交付させた場合に成立する。人を欺くとは交付の判断の基礎となる重要な事実を偽ることをいい、これが交付行為に向けられていることが必要である。
3. 本件では、甲は B に対して自身が暴力団組員ではないにもかかわらず、そうであるかのように装い、600 万円の交付を要求している。したがって人を欺いた行為があるようにも見える。しかし、B は本件債権の額は 500 万円だと認識しており、ここに誤信はなかった。または B は甲が暴力団組員であると誤信し、甲の要求に応じなければ、危害を加えられると畏怖した。その結果 600 万円を交付している。このことからすると甲は、暴力団員か否かということを偽ったのみであり、交付の判断の基礎となる重要な事実を偽ったものではなく、交付行為に向けられたものでもない。
4. よって人を欺く行為が存在せず、詐欺罪は成立しない。
5. 恐喝罪は人を恐喝して財物を交付させた場合に成立する。恐喝とは、反抗を抑圧するに足りない程度の暴行、脅迫を加えることを言う。
6. 本件では、甲は B に対して、金を返さないのであれば、うちの組の若い者を B の家に行かせると述べている。そして B は、甲の要求に応じなければ自身やその家族に危害が加えられるのではないかと畏怖した。このことから、甲は B に対して反抗を抑圧するに足りない程度の脅迫を行ったと言える。そして B は甲に対して 600 万円を交付している。
7. よって甲には恐喝罪が成立する。
8. 恐喝罪が成立する場合、その被害額は 600 万円であるか、100 万円であるか、問題となる。
9. 被害額が 600 万円であるとする立場からは、甲は B から実際に 600 万円の交付を受けている以上、600 万円が被害額であると考え。
10. 一方被害額が 100 万円であるとする立場からは、甲は A からの依頼を受けて本件債権の回収を行っており、600 万円のうち 500 万円は本件債権であるから、この部分は正当なものであると考える。そのため残り 100 万円部分についてのみ犯罪が成立すると考える。
11. しかしこの立場に対しては、債権回収という目的であったとしても、その態様は社会通念上相当な範囲内であればならない。本件では、甲の債権回収の態様は恐喝罪に当たるような行為であり、社会通念上相当な範囲内にあるとは言えない。したがって 600 万円全額について犯罪が成立する。

直前に考えていた問題であったが、結論がわからずに悩んでいただけに、どうしようか悩んだ。

問題文に畏怖してとあったので、欺もう行為がないとして、詐欺未遂の成立を認めなかった。

判例をちょうど見ていたところで、相当な範囲に含まれないとして、600 万円全額に犯罪の成立を認めた。

12. 甲には 249 条 1 項恐喝罪が成立し、その被害額は 600 万円である。

設問 2

1. 甲に殺人既遂罪が成立しないか。
2. 甲の計画では、A に睡眠薬を飲ませた後、X 剤及び Y 剤を混ぜ、有毒ガスを発生させ、A を殺害するものであった。しかし A に睡眠薬を飲ませた時点で、甲は A 方を立ち去っている。従って殺人の実行行為に着手していないとして、殺人既遂罪に当たらないと考える。
3. また仮に甲に殺人の実行行為の着手があったとしても、甲が A に睡眠薬を飲ませた時点では、A を殺害する故意はなかったのである。殺人既遂罪が成立することはないと考える。
4. さらに、A は睡眠薬を摂取したことにより死亡しているが、これは、A には自身も認識していなかった特殊な心臓疾患があり、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。したがって甲が A に睡眠薬を摂取させた行為と A の死亡との間に因果関係はないと考えられる。そのため甲には殺人未遂罪しか成立しない。

問題の聞き方が特徴的で、簡潔にがどこまで簡潔でよいのか悩んだ。

設問 3 で論点になりそうなど

ころを考えて、その部分を示すだけで終わった。理由付けもざっくりとしたものにした。

設問 3

1. 甲が 500 万円の返還を免れる目的で A を殺害した行為は、240 条強盗致死にあたるか。
2. 240 条は強盗が人を死亡させた時に成立する。そして甲は 500 万円の返還を免れる目的であったため 236 条 2 項強盗罪が成立した場合に、240 条の強盗に当たるといえる。そこで、甲に 236 条 2 項強盗が成立するか検討する。236 条 2 項における暴行又は脅迫とは人の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を言う。
3. 本件では、甲は A に睡眠薬を飲ませた。しかし行動計画上 X 剤、Y 剤を用いて有毒ガスを発生させることはしなかった。そこで甲が A に睡眠薬を飲ませた時点で実行の着手があったと言えるか検討する。
4. 計画上、第一行為、第二行為を行って、結果を発生させる場合、第一行為が第二行為を確実かつ容易に行うために必要なものであり、第一行為に成功した場合、計画上障害となる事情が無く、第一行為と第二行為の間に時間的場所的近接性がある場合に、第一行為の時点で実行の着手が認められる。
5. 本件では、この計画では A に睡眠薬を飲ませその後 X 剤、Y 剤を用いて有毒ガスを発生させようとしているのである。そのため、A に睡眠薬を飲ませることは、有毒ガスを発生させ、A を死亡させるためには必要な行為であるといえる。また甲の計画上、障害が生じる可能性はなかった。さらに A に睡眠薬をする行為と有毒ガスを発生させる行為は両者とも、時間的に接着しており、A 宅で行われており、場所的接着性もある。従って第一行為である A に睡眠薬を飲ませた時点で実行の着手があったと言える。
6. また、甲は計画に従って、第一行為、第二行為を行って A を殺害しようとしているの

計画が出てきた時点で、早すぎたの論証は書く決めていた。

- であるから、第一行為を行った時点で A に対する殺害の故意は認められる。
7. さらに因果関係とは行為の有する危険性が結果と現実化したか否かによって判断する。具体的には、行為の危険性と介在事情の寄与度と異常性によって判断する。
 8. A には特殊な心臓疾患があり、そのようなものに睡眠薬を摂取することは死の危険があったといえる。従って甲が A に睡眠薬を飲ませた行為は死亡の危険性が高い行為であったと言える。確かに A の特殊な心臓疾患は A、甲及び一般人も知らないものであった。しかし、そのような事情も全て含めて判断する。したがって A に睡眠薬を飲ませた行為と A の死亡との間には因果関係があると言える。
 9. 以上より甲は、A に睡眠薬を飲ませ、これにより A を死亡させ、500 万円の返還を免れている。したがって 236 条 2 項強盗が成立し、240 条強盗致死に当たる。
 10. よって甲には 240 条強盗致死罪が成立する。
 11. 甲が、A 所有の腕時計を自らのポケットに入れ、立ち去っている。これが 235 条窃盗罪にあたるか。
 12. 窃盗罪は人の財物を窃取した場合に成立する。
 13. 甲は A 所有の腕時計を A の意思に反して、自らの占有下においているため、窃取したと言える。
 14. したがって、窃盗罪が成立する。
 15. なお、239 条昏睡強盗は、被害者を昏睡させる段階で、財物奪取の意思が必要である。本件では、甲は、A を睡眠薬で眠らせてから、初めて財物奪取の意思が生じているため、昏睡強盗は成立しない。

故意の認定も、実行行為性があるなら認められるとの判例から、簡単にしか書かなかった。

因果関係を否定するような事情が多かったが、脳細胞が脆弱な人を殴って死亡させたときに傷害致死になっていたことを思い出して、因果関係を認めた。

死者占有を考えるか悩んだが、この時点で A が死んでいない以上問題にならないとして、書かなかった。

総合コメント

答案を書くまでに時間がかかった。書きたいことを書ききれないことが多かったので、答案の完成度としては低く、出来は怪しい。

時間配分

構成 50 分 答案 70 分

参考書

判例百選 基本刑法

令和2年司法試験 刑法

第1 設問1

1 甲が、B に対し、電話にて、暴力団を装い、債権の取り立てを行った行為について、強盗罪（236条1項）が成立するか。

（1）「脅迫」とは、反抗を抑圧するに足りる程度の害悪の告知を指す。

本件で、甲は、B に対し、自身が反社会的勢力であることを示し、相手を従わそうとしている。しかし、「うちの組の若い者をあんたの家に行かせることになる」との発言にとどまり、直接、B へ生命、身体への危害を加えるような発言を行っていない。また、執拗にそのような発言を行ったわけではない。したがって、反抗を抑圧するに足りる程度の害悪の告知とはいえず、「脅迫」には該当しない。

（2）以上より、同行為について、強盗罪は成立しない。

2 同行為について、恐喝罪（249条1項）が成立するか。

（1）構成要件該当性

ア。「人」を「恐喝」したとは、反抗を抑圧するに足りる程度に至らない害悪の告知を指す。

前述の通り、同行為は反抗を抑圧するに足りる程度に至らない害悪の告知といえる。したがって、「人」を「恐喝」したといえる。

イ。「財物を交付させた」とは、行為者が被害者の財物を支配することができる状態に至ったことを指す。

B は、口座に送金しており、実際に B から甲の手元に現金600万円がわたったわけではない。しかし、甲の口座に送金されている以上、その引き出し権限がある甲は、600万円をいつでも引き出すことができる。よって、600万円が B から甲の口座へ送金された時点で、行為者が被害者の財物を支配することができる状態に至ったといえ、「財物を交付させた」といえる。

ウ。甲は、反抗を抑圧するに足りる程度に至らない害悪の告知を行うことによって、600万円を自身の口座へ送金させることについて認識していたといえるため、故意が認められる。

エ。借金返済のために行うを行っており、利用処分意思も肯定される。よって、不法領得の意思も認められる。

オ。以上より、同行為は恐喝罪の構成要件に該当する。

（2）違法性阻却

もっとも、同行為のうち、500万円については、正当行為（35条）として、違法性が阻却されないか。

ア。違法性の実質は社会的相当性を逸脱した点にある。この実質に鑑みると、正当な目的で行われ、社会的相当性を逸脱していない場合には、違法性が阻却される。

イ. たしかに、甲は、B に対して 500 万円の債権を有する A から債権の取り立てを依頼されている。よって、少なくとも 500 万円部分の権利行使に関しては、正当な目的で行われたといえる。また、B に対して直接的に危害を加える旨や、執拗な連絡をしていないことから、その態様は社会的相当性を逸脱していないとも思える。このように考えれば、500 万円については、違法性が阻却され、100 万円についてのみ、恐喝罪が成立するにとどまることになる（①の立場）。

しかし、甲は、自身が社会的に許容されない反社会的勢力であることを示し、支払いを強制させようとしている。そのため、社会的相当性を逸脱しているといえる。よって、500 万円についても、違法性は阻却されず、600 万円について恐喝罪が成立する（②の立場）。

（3）他にも、詐欺罪（246 条 1 項）が成立しうる。しかし、欺罔行為は、恐喝の手段として行われたにすぎず、恐喝罪一罪のみが成立する。よって、同行為には、恐喝罪が成立する。

第2 設問2

1 「特殊な心臓疾患」があったこと

（1）殺人既遂罪が成立するためには、睡眠薬を飲ました行為と、A 死亡との間に因果関係が認められることが必要である。因果関係の有無は、条件関係の存在を前提に、行為から結果が生ずることが社会通念上相当であるかで判断する。この判断にあたっては、一般人が認識しえた事実、行為者が特に認識していた事実を基に行う。

（2）A に同疾患があることについて一般人は認識できなかった。また、甲も認識していなかった。よって、同疾患があったことは判断基底から外される。そして、通常、睡眠薬を飲まただけで、人が死ぬとは考えられず、行為から結果が生ずることが社会通念上相当であるとはいえない。よって、因果関係は認められず、殺人既遂罪は成立しない。

2 「有毒ガスを発生させることを止めた」

（1）中止犯（43 条但書き）が成立する場合、甲には殺人既遂罪が成立しない。

ア. 「自己の意思により」とは、自己の自発的な動機に基づいて止めた場合を指す。

たしかに、甲は急に A を殺害することが怖くなり殺害を止めている。しかし、自らの判断により、積極的に殺害計画を断念している、そのため、自己の自発的な動機に基づいて止めたといえ、「自己の意思により」といえる。

イ. 甲は、その場から立ち去ったにすぎない。そこで、「中止した」といえるか。

因果が進行していない場合は、不作為で足りる。本件で、睡眠薬を飲ました時点で A は死亡していない。そのため、因果が進行していない場合といえ、不作為で足りる。よって、その場から立ち去った行為は、不作為に含まれ、「中止した」といえる。

（2）以上より、中止犯が成立し、甲には殺人既遂罪が成立しない。

3 「睡眠薬を摂取しても、A が死亡することはないと思っていた」

（1）殺人既遂罪が成立するためには、実行行為時に故意が認められることが必要である。

- (2) 甲は、睡眠薬を A に飲ませることで、A が死亡することについて認識・認容していない。よって、故意は認められず、殺人既遂罪は成立しない。

第3 設問3

- 1 睡眠薬を A のグラス内のワインに混入した行為について、殺人罪（199条）が成立するか。

- (1) 甲は、睡眠薬を A に飲ませて A を眠らせること（以下、「第1行為」とする。）で、有毒ガスを A に吸引させること（以下、「第2行為」とする。）で A を殺害しようと計画していた。もっとも、第1行為の時点で結果が生じている。そこで、第1行為の時点で、殺人罪の故意犯を認めることはできるか。「実行」に「着手」（43条本文）したといえるか問題となる。

ア. 実行行為の意義から、第1行為と第2行為が密接に関連し、両行為が危険性を有している場合に、「実行」に「着手」したといえる。この判断にあたっては、①第1行為が第2行為を行う上で必要不可欠であったか、②第1行為に成功した場合、第2行為を行うにあたり特段の障害がなかったか、③時間的場所的接着性を考慮する。

イ. 甲が第2行為を確実に行うためには、A が抵抗できない状態を作り出すことが必要であった。そのため、抵抗できない状況を作るべく睡眠薬を飲ました第1行為は第2行為を行う上で必要不可欠であったといえる（①）。そして、睡眠薬を飲ませることにより、A が眠れば、甲としては、X 剤等を車から A 方に持ち出すことで容易に A を殺害することができる。よって、第1行為に成功した場合、第2行為を行うにあたり特段の障害がなかったといえる（②）。加えて、両行為は、A 室内で行われる者であり、時間的にも連続しているため、時間的接着性も肯定される（③）。以上より、第1行為と第2行為が密接に関連し、両行為が危険性を有しているといえる。したがって、殺人罪の「実行」に「着手」したといえる。

- (2) A は死亡している。

- (3) 行為に含まれている危険が結果の中へと現実化したといえる場合に因果関係は認められる。

A は特殊な心臓疾患があった。そして、睡眠薬を飲まされることにより、同疾患が急激に悪化し、死亡した。そのため、睡眠薬を飲ませるという行為には、同疾患を有する A を死亡させる危険性が含まれており、行為に含まれている危険が結果の中へと現実化したといえる。よって、因果関係は認められる。

- (4) 甲は、第2行為によって A を死亡させようと計画していたが、実際には第1行為によって死亡結果が発生した。認識に齟齬がある場合、故意は認められるか。

ア. 故意責任とは、規範に直面したにもかかわらず行為に出たことに対する非難を指す。そして、その非難は構成要件という形で一般人に与えられている。よって、具体的な因果関係について認識に齟齬があっても、法定の範囲内で一致すれば、非難は可能であり、故意は認められる。

イ. 甲の認識した事実と実際に発生した事実とは、「人」である A を「殺」すことについて一致する。そのため、法定の範囲内で一致しており、故意は認められる。

(5) 以上より、同行為には、殺人罪が成立する。

2 同行為について、強盗殺人罪（240条後段）が成立するか。

(1) 「財産上不法の利益を得」（236条2項）

ア. 被害者の処分行為は不要である。もっとも、利益という概念は抽象的で、処罰範囲が広がる危険がある。そこで、同条1項と同視できる程度に具体的な利益を獲得した場合に、「財産上不法の利益を得」といえる。

イ. 甲は、A に対して、500万円の債務を負っていた。そして、A には相続人がいない。そのため、債務を証明する書面がない本件で、甲は A を殺害すれば、500万円を返還する債務を免れる地位に立つこととなる。よって、同条1項と同視できる程度に具体的な利益を獲得したといえ、「財産上不法の利益を得」といえる。

(2) 「暴行」（236条1項）とは、反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使を指す。

本件で、甲は、睡眠薬を飲ますことで眠らせており、抵抗できない状態を作っている。

よって、反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使といえ、「暴行」に該当する。

(3) そのため、「前項の方法により」（236条2項）といえ、甲は「強盗」といえる（240条）。

(4) A は、「死亡」した。

(5) 前述の通り、甲の行為と A 死亡の結果との間には因果関係が認められる。

(6) 故意、不法領得の意思も認められる。

(7) したがって、同行為には、強盗殺人罪が成立する。

3 腕時計を上着ポケットに入れた行為について、強盗罪（236条1項）が成立するか。

(1) 強盗罪は、暴行・脅迫が財物の手段として行われた場合に成立する犯罪である。そこで、強盗罪が成立するには、暴行が財物奪取に向けられていることが必要である。

(2) 甲は、睡眠薬を飲ました後に、財物奪取の意思を生じている。よって、暴行が財物奪取に向けられているとはいえず、強盗罪は成立しない。

4 同行為について、窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) 窃盗罪の保護法益は事実上の占有である。そのため、「他人の財物」とは、他人の占有する財物を指す。占有の有無については、占有の事実を中心に検討し、占有の意思も補助的に考慮する。

本件で、同行為時点で A は死亡していない。そのため、A が気絶していても、A 宅にある腕時計は A の支配下にあるといえる。また、A も家の中にある物は、自身が占有していると考えられる。よって、A の占有は肯定され、腕時計は他人の占有する財物に該当し、「他人の財物」といえる。

(2) 「窃取した」とは、他人の占有する財物を自己の占有下に移転させたことを指す。

本件で、腕時計は小さいため、ポケットに入れた時点で、外部からは A が占有するものと評価できる。よって、同行為時点で、他人の占有する財物を自己の占有下に移転させたといえ、「窃取した」といえる。

(3) A が占有する腕時計を自己の占有下に移転させることについて認識しているため、故意は認められる。

(4) 有興費を得るために換金しようと考えているため、利用処分意思も肯定され、不法領得の意思も認められる。

(5) 以上より、同行為には窃盗罪が成立する。

第4 罪数処理

以上より、甲には、①殺人罪、②強盗殺人罪、③窃盗罪が成立する。①は②に吸収され、これと、③が併合罪（45条）として処理される。

以上

令和2年司法試験 刑事系第1問 再現答案

第1、設問1

1、結論

甲がBに対し「金を返さないのであれば、うちの組の若い者をあんたの家に行かせることになる。」などと電話をし、600万円を送金させた行為について、100万円を被害額とする恐喝罪（刑法（以下略）249条1項）が成立し、甲はその罪責を負う。

2、構成要件に該当することについて

（1）甲がBに電話をかけ、入金を迫ったことは「恐喝」したといえるか。

「恐喝」とは、相手の反抗を抑圧するに足りない程度の暴行・脅迫をすることをいう。反抗を抑圧するに足りるかどうかは、暴行・脅迫の程度、態様、当事者の関係、周囲の状況などの事情を考慮して判断する。

甲は債権者であるAから委託を受けて債務者のBから金銭を取り立てる立場にある。一般に、債務者は債権者よりも立場が弱く、強硬に取り立てられると従わざるを得なくなる場合が多い。しかし、甲はBに対して、電話によって一回だけ入金を迫ったのみである。その程度ではBが甲に反抗する気をなくしたとは言えない。

よって、甲がBに電話をかけ、入金を迫ったことは反抗を抑圧するに足りない程度の脅迫であるといえ、「恐喝」にあたる。

（2）Bは甲名義の預金口座に600万円を入金している。これは上記の「恐喝」により生じたBの損害であると言えるか。

まず、債務は返済すべきものであるから、債務の返済をしてもそれは財産犯における損害にはならないとの説明があり得る。この説明を前提にすると、本件でBはAに対して500万円の債務を負っているのだから、600万円のうち100万円しか損害が生じていないことになる。

しかし、恐喝罪は個別財産に対する罪である。そのため、債務を負担しているとしても、恐喝によって交付した財産それ自体が損害にあたると考えるべきである。この説明を前提にすると、本件ではBは500万円の債務を負っていることにかかわらず、甲の恐喝により600万円を送金したことそれ自体が損害である。そのため、600万円全体が損害となる。

（3）甲の上記「恐喝」と600万円の損害には因果関係がある。

（4）甲は犯罪事実について認識認容があり、故意（38条1項本文）がある。また、甲はBから送金された金を使って自らの債務を返済しようと考えている。そのため、権利者を排除し、経済的用法に従って利用処分する意思があるため、不法領得の意思も認められる。

（5）したがって、甲のBに対する上記行為は恐喝罪の構成要件に該当する。

3、違法性が阻却されるかについて

（1）甲は上記の恐喝を、Bの債権者であるAから取り立ての委託を受けてしている。そのため、甲の行為は権利行使であるといえ、正当行為（35条）として違法性が阻却されない

か。

(2) 正当な権利行使として違法性が阻却されるためには、①当該行為が権利行使の範囲内であり、かつ②社会通念上相当と認められる方法であることを要する。

まず、甲がAから委託を受けたのは500万円の取り立てであるから、600万円の取り立てをすることは権利行使の範囲内とは言えない。また、暴力団組員であることを装って債務の履行を求めることは、債権者であっても採るべき権利行使の方法ではなく、社会通念上相当と認められる方法ではない。よって、違法性阻却は認められず、600万円について恐喝罪が成立する。

しかし、600万円のうち500万円に限ってはAの権利の範囲内であるというべきである。また、暴力団組員であることを装って債務の履行を求めることは債権者の採るべき方法ではないと言える。しかし、BはAからの返済の督促に応じておらず、自らの意思で返済する意思が乏しい。そのため、多少強力な手段を用いる必要がある。そして、暴力団組員を装って債務の履行を求めたといっても、電話を用いて1回だけのことである。そのため、債務の履行をしようとししない債務者に対して履行を迫る方法として社会通念上相当でないとはいえない。

よって、500万円の範囲では、甲の行為の違法性が阻却されるものとする。

4、したがって、甲の行為には100万円を被害額とする恐喝罪が成立する。

第2、設問2

1、Aの特殊な心臓疾患はA自身認識しておらず、一般人も認識できなかったこと

(1) 睡眠薬には生命に対する危険性がまったくないため、不能犯として甲に殺人既遂罪(199条)は成立しない。

(2) 未遂犯か不能犯かの区別は、行為時に一般人が認識し得た事情および行為時に行為者が特に認識できた事情を基礎に、構成要件的結果が発生する現実的危険性があるかどうかで判断する。

本件でAは特殊な心臓疾患が原因で、睡眠薬により死亡している。しかし、Aに特殊な心臓疾患があったという事情は、行為時に一般人は認識できなかったことである。また、甲自身も知らなかった。そのため、Aの特殊な心臓疾患は危険性の有無を判断する際の基礎事情とはならない。とすれば、睡眠薬それ自体では生命に対する危険はまったくなかったのであるから、構成要件的結果の発生する現実的危険性はない。

よって、不能犯として殺人既遂罪は成立しない。

2、甲は有毒ガスによってAを殺害するつもりであったが、睡眠薬によりAが死亡したこと

(1) 甲が有毒ガスによってAを殺害するつもりであったことは、因果関係の錯誤として故意が阻却され、殺人既遂罪は成立しない。

(2) 因果関係の錯誤として故意が阻却されるためには、因果関係の重要な部分について行為者の認識と違っていることを要する。

本件で甲は睡眠薬でAの行動を奪った後、有毒ガスによって殺害すると認識していた。し

かし、特殊な心臓疾患が原因で死亡しているため、甲の認識とは重要な部分で違っている。

(3) よって、因果関係の錯誤として故意が阻却されるため殺人既遂罪は成立しない。

3、Aの特殊な心臓疾患で死亡したこと

(1) 甲の睡眠薬の投与と死亡結果の間に因果関係がなく、殺人既遂罪は成立せず、殺人未遂罪が成立するにとどまる。

(2) 甲の睡眠薬投与がなければAは死亡しなかったので条件関係はある。しかし、睡眠薬には生命に対する危険はまったくなかったのであるから、睡眠薬投与の危険性がAの死亡という結果に現実化したとは言えない。

(3) よって、因果関係がなく甲の行為に殺人既遂罪は成立しない。

第3、設問3

1、甲がホームセンターでX剤、Y剤およびバケツを購入したこと

(1) 甲の上記行為には殺人予備罪(201条)が成立する。

(2) 甲はAを有毒ガスで殺害する目的でX剤、Y剤およびバケツを購入している。そのため、199条の罪を犯す「目的」で「予備」をしたといえる。

(3) 甲には殺人予備罪の故意がある。

(4) よって、殺人予備罪が成立する。

2、甲がAに睡眠薬を飲ませた行為について

(1) 甲の上記行為には殺人既遂罪が成立する。

(2) 甲は睡眠薬を投与しただけであり、有毒ガスの使用はしていない。しかし、Aは睡眠薬の投与により死亡している。そこで、睡眠薬の投与(以下、第一行為)と有毒ガスの使用(以下、第二行為)をひとつの行為として、第一行為の時点で殺人罪の「実行に着手」(43条)したといえるか。

実行行為とは、構成要件的結果を発生させる現実的危険性を有する行為のことである。そのため、第一行為の時点で構成要件的結果を発生させる危険性があり、第一行為と第二行為の間に密接な関連性があればひとつの実行行為と評価することができると考える。この危険性と密接関連性の判断にあたっては、(i) 第一行為が第二行為をするうえで不可欠の行為であり、(ii) 第一行為に成功すれば第二行為をするうえで障害がなく、(iii) 第一行為と第二行為に時間的場所的な密接性があるかどうかなどの事情を考慮して判断する。

本件では、Aの抵抗を防止するためにAの行動を奪う必要があるため、Aに睡眠薬を投与することは有毒ガスを使用するうえで不可欠な行為であるといえる。そして、Aの自由を奪えば、有毒ガスを発生させることは容易であり、第二行為をするうえで障害はなかったといえる。また、第一行為と第二行為はA方内で行われており、時間的場所的に近接して行なわれるものであった。

よって、第一行為をした時点で甲は殺人罪の「実行に着手」したといえる。

(2) Aは睡眠薬の投与により死亡している。因果関係がある。

(3) 甲に殺人罪の認識認容はあり、故意が認められる。因果関係の重要部分は認識してお

り、因果関係の錯誤として故意は阻却されない。

(4) したがって、甲の上記行為には殺人罪が成立する。

3、腕時計を持ち去ったこと

(1) 甲の上記行為には窃盗罪(235条)が成立する。

(2) 腕時計を持ち去ることはAの意思に反して甲に占有を移すことであるから「窃取」にあたる。

(3) 甲には窃盗罪の故意が認められる。そして、不法領得の意思もある。

(4) したがって、甲の上記行為には窃盗罪が成立する。

4、罪数

甲の殺人予備罪、殺人罪および窃盗罪は併合罪(45条前段)となる。甲のその罪責を負う。

以上

● 設問 1

1. 甲の B に対する恐喝罪（刑法（以下、省略）249 条 1 項）について、甲は、某月 1 日、B に対し、電話で、自らが暴力団員であることを装いつつ、600 万円の取立ての旨、支払をしなければ危害を加えるおそれがある旨の発言をした。この発言は、600 万円の交付に向けた、一般に人が畏怖するに足る害悪の告知（脅迫）と評価できる。B は、甲を暴力団員と認識しているものの、甲とは電話で話したにすぎず、警察へ通報することにより対処することも可能な状況であったのだから、その反抗を抑圧するに足りない程度の脅迫と評価できる。「恐喝」にあたる。

2. これに対しては、上記 600 万円のうち 500 万円については本件債権の取立である以上、客体は 100 万円の部分に限られる、との反論（②の立場）が考えられる。しかし、恐喝罪は、251 条が 242 条を準用していることから明らかであるが、財物に対する占有をも保護法益とする犯罪である以上、500 万円についても客体となると考えるべきであり（①の立場）、これが正当である。

甲は、500 万円については依頼通り A へ渡し、100 万円については自己の債務の弁済に供しようとしていたのであるから、返還意思はないため、権利者排除意思が認められる。甲には 600 万円から生じる効用を享受する意思が認められるため、利用処分意思が認められる。不法領得の意思が認められる。甲は、上記一連の恐喝行為につき認識認容していたのであるから、故意（38 条 1 項本文）が認められる。

3. よって、恐喝罪の構成要件を充足する。これに対し、②の立場から、500 万円の部分に関しては、本件債権の行使によるものであるとして違法性阻却されるため、100 万円の限度でのみ犯罪が成立する、との反論がなされる。①の立場からは、権利行使による違法性阻却の余地自体は否定できないものの、本件では違法性阻却は認められない、との主張がなされる。

権利行使による違法性阻却の可能性自体は否定できず、⑦債権行使の目的、⑧権利の範囲内、⑨社会通念上の相当性、を充足する場合には違法性阻却がなされる。たしかに、②の立場のように客体を分割して犯罪の成否を考えると、上記恐喝行為は本件債権行使の目的のもと、本件債権の範囲内で為されたものとも考えることも可能である。しかし、恐喝行為自体は単一である以上、客体を分割して犯罪の成否を考えることはできない。よって、⑦⑧を充足しない。仮に分割を肯定したとしても、本件では、上記恐喝行為は自らを暴力団組員と装って支払を迫るものである以上、⑨を充足しない。

よって、違法性阻却は認められない。

4. 以上より、600 万円について恐喝罪が成立する。

● 設問 2

1. 甲に殺人既遂罪（199 条）が成立しないという結論の根拠となり得る具体的事実としては、①甲が A に対して行った行為は睡眠薬の投与のみであり、その混入量からは、

一般に生命に対する危険性は全くないものであった事実、②甲は、睡眠薬の投与により A が死亡するとは認識していなかった事実、③A の急性心不全の一因となった A の特殊な心臓疾患については、一般人は認識できず、甲も認識していなかったという事実、が挙げられる。

2.

- (1) ①について、殺人既遂罪の成立のためには、実行の着手（43 条本文）が認められることが必要となる。しかし、①の事実から、実行の着手は認められない。
- (2) ②について、殺人既遂罪の成立のためには故意が必要である。仮に実行の着手を認めたとしても、②より、それに対応する故意は認められない。
- (3) ③について、殺人既遂罪の成立のためには、実行行為と結果との間の因果関係が認められる必要がある。因果関係の判断基準について、判断基底を行為時に一般人が認識することのできる事実及び行為者が特に認識していた事実とし、実行行為から結果が発生することが相当であると認められる場合には因果関係が認められるとの立場を前提とすると、以下のように、本件では因果関係は認められない。

すなわち、③より、A の特殊な心臓疾患の存在は判断基底に含まれない。睡眠薬の投与それ自体に生命に対する危険性は全くない以上、睡眠薬の投与により A が死亡することが相当であるとは言えない。因果関係が認められない。

● 設問 3

1. D 銀行に対する詐欺罪（246 条 1 項）

欺罔行為（「人を欺く行為」とは、財物の交付に向けて、被害者の経済的取引目的に照らして、交付の判断の基礎となる重要な事項について錯誤に陥らせる行為、をいう。甲は、F に対し、甲名義の口座から 600 万円（「財物」）の払戻しを請求した。この 600 万円は上記の通り、恐喝罪により得たものである。この事実は、銀行員である F にとって、交付の判断の基礎となる重要な事項に当たる。甲はこれを秘匿しつつ払戻しを請求したのだから、上記払戻しの請求は欺罔行為にあたる。F はこれにより当該事実につき錯誤に陥り、その錯誤に基づいて、甲に対して 600 万円を交付した。

甲は 600 万円を事故の債務の弁済に供するつもりであったから、権利者排除意思が認められる。利用処分意思も認められる。不法領得の意思が認められる。上記一連の事実について甲は認識認容していたから、故意が認められる。

よって、詐欺罪が成立する。

2. A に対する横領罪（252 条 1 項）

ここでの客体（「物」）は、金銭それ自体ではなく、それに内在する価値と捉える。金銭の高度の流通性・代替性に鑑み、このような者概念の拡張が認められるべきである。そうすると、甲名義の口座内の 600 万円に内在する価値のうち、500 万円については本件債権にかかる価値であるから、A（「他人」）の物である。これを甲は、自己が正当な払戻し権原を有

する自己名義の口座内に保有していたのであるから、500 万円の価値に対する法律上の支配が及んでいると評価できる。「自己の占有する」といえる。よって、甲名義の口座内の 500 万円の預金に内在する 500 万円の価値は、「自己の占有する他人の物」である。

「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為、をいう。不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないにもかかわらず、その経済的用法に従って所有者でしかできないような処分をする意思、をいう。甲の払戻しの請求行為は、不法領得の意思を発現する行為といえる。「横領」に当たる。

不法領得の意思は当然認められる。故意も認められる。

よって、横領罪が成立する。

3. A に対する強盗殺人既遂罪（236 条 2 項・240 条）

(1) 「強盗」

「強盗」といえるためには、強盗罪の実行の着手が必要である。

前提として、客体である「財産上」「の利益」の移転性の有無を検討する。本件では、甲の A に対する不当利得返還債務の免脱が財産上の利益といえるかが問題となる。本件債権については、その存在を知る者は A、B、甲のみであり、B については甲に畏怖している以上、思い通りにすることができる、本件債権の存在を証明する資料もない以上、A を殺害することにより上記債務の支払を事実上免れることができる。よって、移転性が認められ、財産上の利益に当たる。

実行の着手について、本件では、甲は、計画のうち睡眠薬の投与しか実行していないという特徴がある。

判例は、殺人罪の事案において、計画内の第一行為がなされた時点で実行の着手を認めたことがある。この判例の射程を強盗のような手段限定犯罪にも及ぼすと考える見解がある。これに従うと以下ようになる。すなわち、甲は、A を毒ガスで殺害する（：第二行為）ために A に対して睡眠薬を投与する（：第一行為）を計画した。第一行為は第二行為を実行する上で必要不可欠な行為である。また、第一行為と第二行為との間に特段の障害はなく、時間的場所的接性も認められる。よって、上記判例の射程が及び、実行の着手が認められる。

甲には、不法領得の意思、故意が認められる。

(2) A の死亡について

因果関係の判断基準については、全事情を判断基底として、行為の危険が結果の中に現実化したか、という基準で判断する。このようにしないと異常な介在事情の寄与度を考慮することができない場合があり、適切な帰責範囲を画することができないからである。

一般に、睡眠薬の投与は、被投与者の疾患によっては死亡を引き起こす危険性を有する。本件において、A には特殊な心臓疾患があり、この A に睡眠薬を投与したのであるから、睡眠薬投与の危険が A の死亡という結果の中に現実化したと言える。

よって、因果関係が認められる。

(3) 以上より、強盗殺人既遂罪が成立する。

4. A に対する窃盗罪 (235 条)

甲は、A 所有の腕時計 (「他人の財物」) を上着のポケットに入れた。このとき A はまだ生存しており、占有意思が認められ、場所が A 方である以上、A の占有が認められる。甲は、A の意思に反して上記行為をしたのであり、「窃取」といえる。不法領得の意思及び故意も認められる。

よって、窃盗罪が成立する。

5. 罪数

1 と 2 の行為は観念的競合 (54 条前段) となり、これらと 3、4 は併合罪 (45 条) となる。

以上