

## 2020年度同志社大学大学院司法研究科

### 前期日程入学試験問題解説

#### 刑法

#### I 出題の趣旨

本問では、設例を読んで具体的事実の中から罪となりうる事実を発見し、何罪の構成要件に該当するかを考えたうえで、問われている論点は、構成要件該当性、違法性、有責性、未遂犯、共犯のうちどの点に関わるのか、もしくはどの点とどの点の問題に関わるのかを明らかにし、法解釈を示す。そのうえで、その法解釈を具体的事実にあてはめ、結論を導く。この際に、本問のように、反社会的勢力に属する債権者には暴利行為による貸金債務の回収が法律上認められない場合において、強引に取り立てようとする行為に対して不適法な方法で防衛行為をとることは可能かを、社会常識に基づいた法的判断の展開が期待される。

大きな論点としては、恐喝罪の成否、複数行為と2項強盗殺人未遂罪の成否、正当防衛の成否である。

#### II 罪責

##### 乙の罪責：

甲は金融機関から借り入れた金の返済義務が当然あるが、政府指針による金融取引における暴力団排除条項や、暴力団対策法等を通じて、暴力団等の反社会的勢力に対する締め付けが厳しくなっている。そして、貸金業は、法人でも個人でも営めるが、国または都道府県に届出て、登録する必要がある。この登録のないのが闇金である。さらに、登録していても出資法違反の法外な利息を取るところも闇金である。本問では、甲は、「闇金にも手を出し、借入れ総額が500万円を超えていた。そこで、甲は暴力団員の乙から（略）借金をした」という事実がある。乙と甲の関係性が明らかではないが、事案の流れからみて、闇金への債務を弁済するため、ギャンブル仲間といった個人的な関係を利用して借りたものといえよう。それゆえ、乙は、暴力団員である以上、現行法上金融業を営むことは出来ないことから、闇金の範疇に入るであろう。甲は乙から借りた元金は無論、出資法違反の法外な金利を支払う義務はなく、乙には民事的保護に値する利益がないといえる。それゆえ、乙が甲に対して法外な金利を付け返済を迫りこれに応じなければ甲の愛車の売却及び甲に生命保険を掛け受取人を乙とする生命保険の申込書にサインを求めて暗に甲殺害を仄めかし甲に畏怖しているので恐喝行為に当たるが、怖くなった甲が愛車の売却や生命保険の申込書にサインする段階で甲が反撃に出たため、恐喝は未遂に終わっている。

したがって、乙には、恐喝未遂罪（刑250条、249条1項）が成立する。

##### 甲の罪責：

1. 甲は、乙から借金返済を免れるために殺害計画を立て、体力差からまず、乙に自車を時速20キロメートルの速度で衝突させて路上に転倒させて（第1行為）、抵抗力を無くさせ、

その直後その場で所携のサバイバルナイフで刺し殺すこと（第2行為）を予定していたが、第1行為を実行後、第2行為を実行しようとして降車したところ、通行人が「交通事故だ。救急車を呼べ。」等と騒いだため、その場から立ち去った。第1行為は傷害の故意で実行し、第2行為は殺意で実行予定であったが、甲は第1行為だけで第2行為を実行していない。この行為につき、**2項強盗殺人未遂罪**の成否が問われる。しかし、乙の罪責で述べたように、乙は反社会的勢力に属する人間で闇金の範疇に入ることから、乙の甲に対する金銭消費貸借契約は無効であり、乙は甲に返還請求できる立場にない。したがって、甲が乙の殺害計画を立てるのは、債務弁済を免れる必要はなく、専ら執拗な脅しから免れるためである。そうすると、殺人未遂罪の成否を問題にすることになろう。

債務者が、債権者から債務の返済を強く迫られたため、債務を免れようとして、暴行・脅迫を加え債権者を殺害する行為は、それにより債務者は相当期間にせよ債務の支払いを免れ、財産上不法の利益を受ける結果となるので、2項強盗罪（刑236条2項）を構成する。そして、その目的で債権者を殺害する行為は、殺人罪（刑199条）ではなく、強盗殺人罪（刑240条）が成立する。ただ、本問は、第1行為の段階では殺意は第2行為に留保しており、傷害の故意しかない。しかし、甲は、殺意をもって第1行為と第2行為という一連の行為によって実行行為に着手している点で、「早すぎた結果実現」の問題となる。最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁は、被害者にクロロホルムを吸引させ失神させた（第1行為）うえ自動車ごと海中に転落させ溺死させようとした（第2行為）場合につき、第1行為の時点で殺人罪の実行の着手があるとした。最高裁は、①第1行為は第2行為を確実・容易に行うため必要不可欠であること、②第1行為に成功後の殺害計画遂行上障害となる特段の事情が存しないこと、③第1行為と第2行為との間に時間的・場所的な密接性の3要件を挙げ、既に第1行為で死亡していたとしても殺意に欠けることはなく殺人既遂罪が成立するとした。

本問では、本来ならば3要件を満たし、殺人の故意で一連の行為の一環として第1行為を実行したところ、たまたま現場を通り掛った通行人が騒いだことから、②の要件の点で犯行の継続が困難となり未遂に終わったものである。なお、刑法240条の特有の論点として以下の2点がある。第1点は、強盗犯人が殺意をもって人を殺害すれば強盗殺人罪として本条後段に含まれるかである。判例・通説は、本罪に強盗殺人罪も含まれ、本条後段のみ適用すれば足りるとする（最判昭和23年6月12日刑集2巻7号676頁等）。第2点は、死傷結果は「強盗の機会」に発生したもので足りると解するのが判例・通説（機会説）である（最判昭和24・5月28日刑集3巻6号873頁）。

ただ、本問の答案作成時にはこれら2点は、本問の直接の論点ではないから、そのままあてはめを行えばよい。したがって、甲の行為は、強盗殺人未遂罪（刑243条、240条）の構成要件に当たる。

なお、甲が乙殺害を計画したのは、乙が甲を脅迫し法定利息の限度額を超える法外な利息を含む債務の弁済を求めていることに起因することから、貸金債務が無効または不存在で

あることが明らかな場合まで2項強盗の成立を否定する見解が出ている（西田、井田、高橋等）。その場合は、殺人未遂罪（刑 203 条、199 条）が成立することになる。

しかし、本問と類似の事案について、大津地判平成 15 年 1 月 31 日判タ 1134 号 311 頁は、不法な手段により財産法秩序を乱す行為を容認することは私人の財産上の正当な権利・利益の実現を不能ならしめるから、暴利行為による債務弁済を免れるという利益も強盗利得罪の対象になると判示している。最高裁は、法律上被害者に返還請求権が認められない場合、民事的に保護されない不法原因給付により得た財物等も法的権利の保護というよりもむしろ、被害者の財産権の現状保護に重点を置いて、刑法上保護の対象とするのは判例上確立している（最判昭和 35 年 8 月 30 日刑集 14 卷 10 号 1418 頁、最決昭和 61 年 11 月 18 日刑集 40 卷 7 号 523 頁等）。それゆえ、判例の立場からは、2項強盗殺人未遂罪が成立する。

**2.** 甲が乙殺害を企図した理由は、債権者の乙が甲に対して法外な利息を付けた貸金債務の返済を求め、甲がこれを断ると、乙から甲の愛車の売却及び甲を被保険者、乙を受取人とする生命保険申込書にサインを求められたことにより、甲の生命に対する脅しは単なる脅しを超えて乙に殺害されると思ひ込んだ結果、甲は自己の生命を防衛するために第 1 行為に及んだようにみえる。

では、本件行為に正当防衛が成立するか。問題は、刑法 36 条 1 項が掲げる要件の中で本問で問われるのは「侵害の急迫性」の存否である。「急迫」とは、不正な侵害が「現に存在するか、または、差し迫っていること」をいう（最判昭和 46 年 11 月 16 日刑集 25 卷 5 号 996 頁）。正当防衛を認める趣旨は、官憲による救助を待つ暇がないか、もしくは官憲の救助を求めえないことに合理的理由があるときに例外的に私人に法益保全のため反撃行為を認めるのであり、切迫した侵害があっても、公的機関に侵害の除去や救済を求める余裕がある場合は急迫性が否定される。本問では、なるほど乙は暴力団員であり、甲に生命保険を掛けた事実は甲が債務弁済を履行しないと甲殺害も辞さない意図があったとしても、保険契約書に甲のサインを求めた段階では甲殺害の切迫性が認められるとは言い難いであろう。それゆえ、本問では、正当防衛の成立余地はない。なお、甲が乙殺害目的であらかじめサババルナイフを購入した行為は殺人予備罪（刑 201 条）を構成するが、強盗殺人未遂罪に吸収される。