

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1 出題の趣旨

過去3回の刑法答練では、いずれも出題頻度の極めて高い共犯・正当防衛（総論）や財産犯（各論）を中心とした出題がなされている。最終回に当たる今回も、これらとは重複せず、かつ出題可能性の高い分野を選んで作成した。総論については不作為犯、中止犯、実行の着手等に関する分野を、各論については主に放火に関する分野を出題している。

本問は、あくまで各分野の基本的な知識や判例に対する理解が本当に身に付いているのかを再確認してもらうことに主眼をおきつつも、突き詰めて考えれば理論的に難しい問題も含まれている。また、限られた時間の中で書き切るためにどうすればいいかを考える契機となるよう、いわゆる「論証パターン」をそのまま貼付けていたのでは時間的にも分量的にも書ききれないように作っている（本番でも、いかに論証をコンパクトにしてメリハリのある答案を書けるかが重要である）。

そういう意味では、予備試験本番も迫っている中で、知識面・理論面のみならず答案作成上の技術面という観点からも、受講生が自己の弱点を再認識するきっかけとなれば幸いである。

第2 甲の罪責

1 ポイント

現住性及び建物の一体性判断という放火罪における典型論点をおさえられているかがまず問題となる。放火罪は平成28年に一度出題されているが、今後も十分に出題が考えられる重要分野である。

次に、刑法総論からはメイン論点として不作為犯を出題した。この論点は、予備試験・司法試験共に出題可能性が高く、また他の受験生と差をつけやすい分野である。不作為犯といえ、不作為の殺人が出題されることが多いが、不作為の放火であっても基本的な考え方に何ら変わりはなく、①事実を細かく拾って法的作為義務が認められるかを検討し、②作為義務の内容を事案に即して具体的に設定することが高得点のポイントである。

2 現住性の意義と建物の一体性判断

(1) 現住性の意義

「現に人が住居に使用」とは、人の起臥寝食の用に供される場所として日常的に利用されていることをいう。宿直室のように夜間だけ使用される場所であっても、日常的に生活に使用されている場合にはこれに当たり得るとするのが判例であり（大判大正2年12月24日）、本件でも、宿直員が毎晩宿泊の用に供している2階の宿直室は、「現に人が住居に使用」している場所であるといえることができる。

(2) 複合建造物と現住性

しかしながら、108条の「人」とは犯人及び共犯者以外の者を指すから、現に人が生活に使用しておらず、かつ犯行当時に犯人である甲以外の者がいなかった1階事務所部分については現住性も現住性も認められないことになる。

そうすると、本件営業所建物は、1階は現住性・現住性がなく、2階は現住性がある複合的な建造物であるということができ、全体としてひとつの現住建造物といえるのか、一体性判断の基準に関連して問題となる。

(3) 建物の一体性判断

この点、判例は建物の一体性判断を、①物理的一体性及び②機能的一体性の観点から行っている(最決平成元年7月14日)が、当該判例が基準として示す①と②の関係については明確でなく、①の物理的一体性が認められない場合でも②の機能的一体性が認められればよいとする見解や、②は建物の一体性判断にあたって①を補充する関係にあるにすぎず、①が認められない場合に②のみで一体性を肯定することはできないとする見解などがある。

そもそも、現住建造物放火罪が他の放火罪に比して重く処罰される根拠は、現住部分に存在する可能性のある人の生命身体に対する抽象的危険を惹起する点にある。ここでいう抽象的危険とは、「一般人において延焼の不安感を禁じえない」程度の危険である。

そうであるならば、「一部に放火されることにより全体に危険が及ぶ」という物理的な意味での一体性と、「全体が一体として日夜人の起居に利用されている」という機能的な意味での一体性は同列のものであり、後者を補充的なものとして位置づける必要はない。

したがって、①物理的一体性か②機能的一体性のいずれかが認められれば建物の一体性を肯定してよいと考える。ただし、機能的一体性という概念がいささか抽象的であることもまた事実であるから、まずは物理的一体性から検討するのが適切ではなかろうか。

(4) 不燃性建造物と一体性

上記考え方に従う場合、まずは物理的一体性を検討することになるが、同罪のいう抽象的危険が上述した点にある以上、物理的一体性は現住部分への延焼可能性を考慮して判断されるべきである。

そして、本問のように不燃性の構造を有する建造物の場合、延焼可能性との関係で物理的一体性が認められるかが問題となる。この点について、東京高判昭和58年6月20日は、鉄筋コンクリート建ての耐火構造のマンションの空室に火を放った事案について、耐火構造といっても状況によっては火勢が他の部屋に及ぶおそれが絶対にはないことを理由に建造物の一体性を肯定しており、この裁判例の考え方に従えば、本問でも物理的一体性を肯定でき、全体として1個の現住建造物であるといえることになる。

もちろん、耐火工事がなされている点を重視して物理的一体性を否定してもよいが、いずれにしろ、説得力のある論述をもって結論を導けるとよい。

3 不作為の実行行為性

(1) 規範定立

本問は不作為の放火が問題になっているが、その基本的な考え方は不作為の殺人の場合と異ならない。すなわち、作為の形で規定されている(ように読める)構成要件を不作為の形で

実現したといえるのはどのような場合なのかをまず示す必要がある。

参考答案では、①法的作為義務の存在、②作為の可能性・容易性の①②が認められる場合には、当該不作为は作為と構成要件的に同価値であるといえ、不作为の実行行為性を肯定できる、という書き方を採っている。しかしながら、基本書や予備校本の要件の立て方はさまざまであり、基本的にはいずれの書き方であっても構わないであろう。

重要なのは、事実を拾って法的作為義務の有無を丁寧に検討することである。

(2) 法的作為義務の検討

作為義務の有無を分けるメルクマールとしては法令・契約、事務管理、先行行為、危険の引き受け、排他的支配領域の設定等が挙げられる。問題文の中からこれらに対応する事実を丁寧に拾って評価し、法的作為義務が認められるか説得力のある論述をすることが求められている。これが十分にできるかどうかで、点数に大きく差がつくと考えて欲しい。

なお、本問類似の事案として最判昭和33年9月9日があり、同判例では自己の出火という過失による先行行為や、残業職員としての地位を重視して作為義務（消火義務）を肯定している。これと同様に考えるならば、本件でも法的作為義務を肯定することは十分に可能であろう。

また、法的作為義務の内容については、単に「甲には作為義務が認められる」と述べるだけでは不十分である。過失犯の場合の注意義務と同様、作為義務についても事案に即してできるだけ具体的に述べる必要があり、本件では「消火器を用いたり宿直室にいるAに助けを求めたりすることにより、煙草の不始末により生じた火を消火し、または延焼を防止する」という作為義務があることを具体的に説明すべきである。

(3) その他

作為の容易性・可能性、因果関係、故意等についても、簡潔に述べることが求められる。

第3 乙の罪責

1 ポイント

乙の罪責においては、殺人罪・放火罪における実行の着手時期及び中止犯をメインに出題している。殺人の実行の着手については、最決平成16年3月22日（クロロホルム事件）を意識した論述が求められる。放火の実行の着手については、ガソリンや灯油を撒いた行為に関する裁判例をおさえておくことも重要である。

これらはいずれも刑法総論の基本的な事項であり、全く聞いたことがないような論点は出題していない。しかしながら、このような問題こそ、基本的な知識の正確な理解が備わったうえで事案を分析しなければ、限られた時間と分量で答案をまとめあげることはできないといえよう。

2 殺人未遂罪の検討

(1) 殺人罪と実行の着手

まずは殺人罪の実行の着手が認められるか、認められるとしてどの時点かを検討する必要がある。乙は、Aに大量の睡眠薬を飲ませるという第1行為を経て、昏酔させた同人を放火行

為という第2行為により殺害する計画であったのであるから、前掲最決平成16年3月22日（クロロホルム事件）の考え方が参考になる。

同判例は、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠であったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったこと、③第1行為と第2行為の間に時間的場所的近接性が認められることなどから、第1行為と第2行為とが密接な行為であるとして、第1行為時点で実行の着手を認めている。この考え方に従えば、本件でも乙がAに大量の睡眠薬を飲ませた時点において殺人の実行の着手を認めることが可能である。

他方で、この判例の事案では、第1行為であるクロロホルムを吸引させる行為自体、人を死亡させる危険性の高い行為であった。かかる事実を重視する（すなわち、第1行為それ自体が危険性の高い行為とはいえない場合には同判例の射程が及ばないと解する）ならば、本件では睡眠薬が致死量に達していなかった以上、第1行為はそれ単体でみれば危険性の高い行為とはいえないとして、殺人の実行の着手を否定することも十分に考えられる。

仮にこれを否定する場合、次に灯油を撒いた時点で殺人の実行の着手が認められるかを検討すべきである。この点、ガソリンのように引火性の高い物質を散布した場合に放火罪の実行の着手を認めた判例があるが、本件ではガソリンよりも引火性の低い灯油が撒かれており、これを重視するならば、この時点でもいまだ実行の着手を認めないとの考え方もありえよう。いずれにしても、ライターと新聞紙を取り出してライターの着火装置に指をかけた時点では、Aの生命侵害の現実的危険性が生じていたといえ、殺人罪の実行の着手を認めることが可能であろう。

(2) 故意（殺意）

仮に、殺人の実行の着手が第1行為（睡眠薬を飲ませた行為）時点で認められるのだとしても、この時点での故意の存在をも単に「認められる」の一言で済ますことはできないであろう。なぜなら、第1行為と第2行為とを別々に見た場合、乙は第2行為によってAを殺害するつもりだったのであり、第1行為時点でAが死亡するとの認識まで有していたとはいえないからである。

この点、前掲最判平成16年3月22日（クロロホルム事件）は、「第1行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった」と明確に認定した上で、「殺人の故意に欠けるところはない」として第1行為時に殺意を認めている。ここで認められた殺意は、「第1行為を経て第2行為で殺す認識」であり、それが1個の殺意として評価されたのは、第1行為と第2行為が密接に結びついた「1個の実行行為と見うるもの」だからである（前田雅英「最新重要判例250 刑法」第8版11頁）。

(3) 中止犯

ア 本問で、乙は犯行計画を遂行中にAが可哀相になり途中で犯行を中断していることから、中止犯の成否が問題となる。

イ 「自己の意思により」（中止の任意性）

まずは「自己の意思により」中止したといえるか、すなわち中止の任意性が問題となる。

中止犯の減免の根拠が責任減少にある以上、自発的・任意的な中止である限りその人格態度は責任の減少を認めるに足るものであるといえ、行為者を基準として、「たとえ欲してもで

きなかった」場合には任意性が否定されるが、「できるとしても欲しなかった」場合には任意性を肯定できる（フランクの公式）。

本問では、外部的な障害は特になく、乙は単純にAが可哀相になって犯罪を中止している以上、「できるとしても欲しなかった」場合にあたり、任意性は肯定されるであろう。

ウ 「犯罪を中止」（中止行為）

従来の学説は、着手未遂か実行未遂かで中止行為の判断を区別していたが、現在では、端的に、放置すると結果が発生する危険が既に生じているかどうかによって結果防止措置の必要性を判断する見解が有力になっている。

すなわち、結果発生に向けて因果の過程がまだ進行を開始していない場合には、原則として以後の実行行為を中止するという不作為で足りるのに対し、結果発生に向けて既に因果の過程が進行し始めている場合には、原則として結果発生阻止の確度の高い積極的な行為（＝真摯な努力）を要する。

本件では、睡眠薬を飲まされて昏睡状態になったことで、Aの呼吸は次第に弱くなっているものであり、そのまま放置すれば死亡の結果が発生する危険が生じていた（死亡結果発生に向けた因果の進行が開始していた）と考えるのであれば、乙には少なくとも119番通報をする等の積極的な行為が要求されるといえ、何もせずに立ち去っている以上、中止行為があったとはいえないと考えることができる。

3 現住建造物放火未遂罪の検討

(1) 放火罪と実行の着手

放火罪についても、実行の着手時期が問題となる。「放火して」とは、目的物の燃焼を惹起させる行為をいい、具体的には、原則として目的物に点火すること（媒介物への点火も含む）をいうと解されている（西田典之「刑法各論 第5版」293頁）。判例は、点火行為がない場合でも、ガソリンのように引火性の高い物質の散布行為にも実行の着手を認めるが（横浜地判昭和58年7月20日）、一方でより引火性の低い灯油については着手を認めていないものがある（千葉地判平成16年5月25日）。

あくまで放火罪においては点火行為が必要であると考えれば、本問ではいまだ実行の着手すらないことになり、この場合は予備罪を検討していくこととなる。他方、判例の考え方に従えば、灯油を撒いた後にライターの着火罪に指をかけた時点で実行の着手を認めることができよう。

なお、理論的にはここで一つの難しい問題が生じることになる。すなわち、もともと乙の計画によれば、第2行為たる放火行為により殺人罪と放火罪の2つの犯罪を実現することになっていたものであり、少なくとも乙の計画上、両罪の結果発生はほぼ同時的なものであった。にもかかわらず、殺人罪の実行の着手時点（睡眠薬を飲ませた時点）と放火罪の実行の着手時点（ライターに指をかけた時点）とがズレが生じることに問題はないのかという点である。この点を重視するのであれば、本問でも両者の実行の着手時期を合わせるべく、放火罪の着手時期を睡眠薬を飲ませた時点とすることもできるかもしれない。しかしながら、ここで再度注目すべきはクロロホルム事件の考え方である。Aを火事に巻き込まれたように見せかけて殺害するためには、睡眠薬を飲ませて昏睡状態にすることは必要不可欠であるから、殺人罪

との関係では第1行為に実行の着手を認めることは可能であるが、放火罪との関係では、Aを眠らせることは必要不可欠とはいえない（単に自宅に放火するだけならAを昏睡状態にしながらも可能）から、第1行為時点で放火の実行着手は認められないのだと考えれば、両者の実行の着手時期がズレが生じることも矛盾とはいえないのではなかろうか。

(2) 中止犯

放火罪の実行の着手を認める場合、殺人罪と同様に乙について中止犯の成否が問題となる。この点、中止の任意性については上述のとおり肯定できる。

次に、中止行為については、乙は灯油を床に撒いたにすぎず、そのまま放置しても結果が発生する危険が既に生じているとまではいえないと考えるのであれば、「焼損」という結果発生に向けた因果の過程が未だ進行を開始していない場合に当たるといえ、以後の実行行為を中止するという不作為で足りることになる。そうすると、乙はライターを着火することなくその場を立ち去っており、中止行為が認められることになろう。

4 罪数処理

1個の行為が数名の罪数に触れる場合には観念的競合となるが、ここでいう1個の行為とは、構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会通念上1個のものと評価を受ける場合をいうと解されている。

本問における乙の行為は、いずれもA殺害という同一の目的に向けられた一連一体の行為であり、社会通念上1個のものと評価することが可能であるから、観念的競合となる。

5 答案作成上のポイント

解説レジュメがやや長くなりすぎたが、冒頭でも述べたとおり、答案ではあくまで論証をコンパクトにしてメリハリのある論述をすることが求められている。参考答案も参照しつつ、どの部分をどのようにコンパクトに書くかについて再度確認して欲しい。

【参考文献】

- 1 西田典之「刑法各論（第5版）」弘文堂 2010/3/19
- 2 前田雅英「最新重要判例250 刑法（第8版）」弘文堂 2011/3/31
- 3 最決平成元年7月14日刑集43卷7号641頁
- 4 最判昭和33年9月9日刑集12卷13号2882頁（判例百選I第6版12頁）
- 5 最決平成16年3月22日刑集58卷3号187頁（判例百選I第6版130頁）
- 6 横浜地判昭和58年7月20日判時1108号138頁
- 7 千葉地判平成16年5月25日判夕1188号347頁

以上