

講義レジュメ

文責：弁護士 井口賢人

※以下は、私の解き方、考え方によるものですので、人によって差異がかなりあるかと思えます。また、本レジュメに出てくる講学上の用語以外の用語は、私が考えた名称です。一般的な名称ではありません。

※<経験>は演習等、主にアウトプットの蓄積で伸ばしていく能力

<知識>は基本書の読み込み等、主にインプットの蓄積で伸ばしていく能力

第1 答案構成の際に何をすべきか

1 事例をどう読むべきか <経験>

→本件でどの事実に着目すべきでしょうか。

問題文の事実は、概ね検討の土台になる事実と、枝葉になる事実と、検討には直接関係しない事実でできています。

土台となる事実は、①甲がバイクを勝手に持ち出したこと、②甲がバイクを燃やしたことであり、主に客観面の事情です。

枝葉になる事実は、①について①甲が専らバイクを破壊する意図で持ち出したこと、②について②犯行現場の周辺の状況や消火の経緯であり、客観面の場合も主観面の場合もあります。

2 検討すべき犯罪は何か(その1) <知識, 経験>

(1) ①の事実について

①バイクを持って行ったという土台となる事実からすれば、財産犯(窃盗罪)をまず考えるべきです。

しかし、①の事実を含めて考えると、これは毀棄目的だから毀棄罪が成立するんじゃないかっただけ?と考えることになります。

ここまで考えると、「財産罪と毀棄罪とって、何で分けるんだっけ?」となって不法領得の意思の話が出てきます。

(2) 不法領得の意思って何? <知識>

参考答案参照。

なお、参考答案は、復習や説明のためにフルパワーで書いているので、実際の答案としては蛇足的な部分があります(恐らくは、どの答練の参考答案もそうです。)

本件では、振る舞う意思についての言及を切ってしまうと、少なくとも利用処分意思は故意とは別個の主観的構成要件要素として必要であるが、甲にはそれが無いという書き方でも十分だと思います。

3 検討すべき犯罪は何か(その2) <知識, 経験>

(1) ②の事実について

②の事実からすれば、甲に何らかの放火罪が成立するということは察しが付くと思います。放火罪は、複数の条文がありますが、基本書と共に一読すれば住み分けの理解は容易ですので、学習しておいてください。

本件では、故意の放火であることと、建造物以外への放火であることから、110条1項を検討すべき場面であることは明白だと思います。

110条1項の問題だとすれば、「公共の危険」の意義と判断基準(あと、認識の要否)が論点になると気づくことができなければなりません。ここはある程度の知識が必要になります。

(2) 「公共の危険」について <知識>

参考答案参照。

ちなみに本問で、公共の危険の意義について長々と論ずる必要は無いと思います。というのも、延焼の可能性を検討するとすれば、丙宅・丁宅への延焼であり、限定説でも非限定説でも本件においては結論に違いが生じないはずで。

判断基準については、規範の定立が必要でしょう。本件を純粋に客観的に見ると、甲の放火には、丙宅・丁宅への延焼の危険性が無いとも言えないわけではありません。また、本件で事実摘示・評価を問われているとすればここなので、そこは書くように意識すべきだと思います。

公共の危険の認識の有無について、判例は不要説の立場ですが、学説では必要説もかなり有力であるので、余裕があれば言及すべきでしょう。もっとも、恐らく丙宅・丁宅が現場から20メートルしか離れていないので、認識必要説でも、公共の危険発生の認識はあったと言えるのではないのでしょうか。

4 罪数処理 <知識>

本問では問題になりませんが、最後にきちんと罪数処理をする癖をつけてください。答案の流れに影響を与える場合もあるので、答案構成段階でやった方がいいと思います。

(窃盗のところで、器物損壊を成立させた場合は吸収関係の説明をするために、言及することになるのだと思います。)

第2 答案をどうやって書くか <経験>

⇒具体的な内容は参考答案参照。

1 答案の流れ

<問題提起→規範定立→事実摘示/事実評価→あてはめ→結論>の流れが基本です。恐らくは、どの科目でも変わりません。

2 問題提起について

①の行為に関する以下の4例の問題提起のうち、どれが良いか考えてみてください。

(1) 甲にいかなる犯罪が成立するか問題となる。

(2) 甲が乙のバイクを持ち出した行為についていかなる犯罪が成立するか問題となる。

(3) 甲が乙のバイクを持ち出した行為について、窃盗罪又は器物損壊罪が成立しないか問題となる。

(4) 甲が乙のバイクを持ち出した行為について、客観面では窃盗罪の成立が考えられる。しかしながら、甲は当該バイクを専ら破壊する目的で持ち出していることから、窃盗罪ではなく器物損壊罪が成立するのではないかと、不法領得の意思の有無について問題となる。

3 法解釈って何をするの？

日本は成文法の国なので、議論の出発点は原則として条文です。条文のあいまいな点について趣旨などに鑑みて具体化していくのが法解釈であり、最高裁（下級審）が行った法解釈の例が判例（裁判例）です。

学習が進んだ人でも、この部分を忘れて条文の摘示の無いまま制度趣旨や規範を書き出す人が結構いるので注意してください。

4 解答の分量ってどうするの？

答案構成の段階で、100%（分量と所要時間）のうちの何%をその項目に振るのかを考えておくのが良いと思います。なので、日ごろの答練や勉強で自分の100%を把握しておくことも重要です。この辺りはインプットだけでは得られない経験知的なものですし、人によっても違うので答練を有効活用してください。

ちなみに、ある程度は問題文の量と比例することが多いと思います。本問でいえば、だいたい窃盗が3分の1、放火が3分の2というイメージでしょうか。

5 事実摘示と事実評価って何が違うの？

事実摘示はあくまでも客観的な話、事実評価は特定の要件との関係でどのようにその事実を取り扱うかです。事実摘示が材料だとすると、事実評価は調理・味付けです。両方無いと料理になりません。

第3 刑法各論について

・条文が出発点であるという意識が重要。

⇒総論はやや空中戦のような色彩がありますが、総論と比べると各論は条文解釈の色彩が強いです。

そういう意味では、民法等と同じですので、総論が苦手な人でも気持ちを切り替えて各論を勉強してください。

また、論文試験についていえば、条文は参照できます。ですので、条文を見て論点が思い出せるように勉強をすれば良いということになります。

・各犯罪について保護法益や犯罪の性質をよく把握すること。

⇒各論は各構成要件について論点を勉強する訳ですが、常に保護法益や犯罪の性質の議論に遡って考えてみてください。多くの論点はこれで解決するはずですよ。

そういう意味では、要点のみが綺麗にまとめられている試験対策本よりも、基本書をきちんと読むことが重要です。一見遠回りですが、実はその方が無駄な労力を省けます。

・刑法に限りませんが、“論点”を“論点”として暗記するようなスタンスはやめた方がいいと思います。何故、それが問題になるのかを意識して勉強するようにしてください。“論点だから取りあえず…”みたいな勉強法はあまりお勧めできません。試験対策本よりも基本書を読みましようというのは、そういう意味でもあります。

第4 おまけ

本問題は、プレ講義という目的のために元ネタ問題から、重要な論点を複数削って難易度を大幅に下げたものです。元ネタ問題は非常に良い問題ですので（ちなみに、解説も秀逸です。）、挑戦してみてください。

以 上

〔刑法各論〕

＜検 討 問 題＞

【事例】

甲は、自身がかつて交際していた女性を巡ってトラブルになったことをきっかけとして、乙に対して恨みを抱いていた。

そこで、甲は、乙が大切にしているバイクを燃やして破壊してしまえば、乙がショックを受けるだろうと思い、乙のバイクをトラックに載せて運び出し、誰もいない河原のようなところで騒ぎにならないようにして燃やし、その写真を撮って乙に送り付けることを考えた。

甲は、令和元年9月4日午前2時ころ、乙宅付近の駐車場に止めてあったバイクを、自らのトラックに載せて運び出した。その後、甲は同バイクを事前の計画通り誰もいない河原まで運ぼうと思ってトラックを走らせていたが、次第に面倒になり、途中、人気のない林を見つけたため、「ここなら誰もいないし、まあいいか。」と思い、トラックから同バイクを降ろし、用意していたガソリンをかけて、持っていたマッチで火をつけた。

甲がつけた火は、予めかけておいたガソリンに着火したが、甲が想定していた以上に火勢は強く、バイク内部のガソリンにも火が付き、林の枯れ木等にも火が燃え移っていった。これを見た甲は、怖くなってその場から逃げだした。

犯行現場から最も近い人家は約20メートル離れた丙家、丁家であった。その夜、丙と丁は、丙宅にて遅くまで飲み会をしていたところ、偶然、近所の林に不審なトラックが入っていくのを見たことをきっかけに、両名は甲の犯行の一部始終を丙宅のバルコニーから目撃していた。その後、丙と丁は、甲の付けた火が燃え広がるのを見て、慌てて119番通報をし、速やかに避難した。

犯行現場が辺鄙であることと、交通状況が悪かったことから、消防車の臨場は20分後となったものの、甲の付けた火は無事に消火された。また、犯行当日は、小雨が降っており、風向きも人家のある方向（丙家、丁家の方向）とは反対方向であったため、幸い誰の家にも燃え移らなかった。

〔設問〕

甲の罪責について、具体的な事実を指摘しつつ論じなさい。

参考答案

[令和元年10月9日 プレ講義第6回 刑法各論]

<p>第1 甲が乙のバイクを持ち出した行為について</p> <p>1 甲は、乙宅付近の駐車場に止めてあったバイクを自身のトラックに載せて運び出している。当該行為は、客観的には他人の財物の占有を奪取する行為である。しかし、甲は主観的には同バイクを損壊する目的で当該行為に及んでいるところ、甲に窃盗罪(刑法第235条(以下、「刑法」)については省略する。)が成立するか、不法領得の意思との関係で問題となる。</p> <p>2 この点、財物罪の本質が究極において所有権その他の本権の侵害にあると解される以上、その主観的要件としては単なる占有侵害の意思では足りず、それに伴って本権者として振る舞う意思が必要になると解される。また、窃盗罪と器物損壊罪(第261条)とは財物に対する占有権の侵害という点では同一であるが、現行法が前者を重く罰するのはその利欲犯の性質について一般予防の観点からより重い処罰に値すると考えているためであるから、効用を享受する意思も必要であると考ええる。</p> <p>上記から、窃盗罪の成立には、故意とは別個の主観的構成要件要素として、①権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、②その経済的用法に従い、利用処分する意思が必要である。</p> <p>3 本件で甲は、乙のバイクを燃やして破壊することで乙に精神的ショックを与えようと企図したものであるから、甲は専ら同バイクを毀棄する目的で本件犯行に及んだといえる。</p> <p>かかる目的からすれば、甲には、前記の故意とは別個の主観的構</p>	<p>成要件要素のうち、②その経済的用法に従い、利用処分する意思が無いといえる。</p> <p>4 よって、甲が乙のバイクを持ち出した行為について窃盗罪は成立しない。</p> <p>第2 甲が乙のバイクに火をつけた行為について</p> <p>1 甲は、乙のバイクにガソリンをかけ、持っていたマッチで火をつけて火勢により損壊している。この点、同行為について、建造物等以外放火罪(第110条第1項)が成立するか。</p> <p>2 これについて考えるに、乙のバイクが「前二条に規定するもの以外の物」に当たること、甲がこれに火をつけて損壊したことが「放火して」、「焼損」させたものであることは明らかである。</p> <p>3 では、「公共の危険を生じさせた者」に該当するか。</p> <p>(1)「公共の危険」の意義については、放火罪の公共危険性及び同罪が財産権の主体によって法定刑を異にしていることに鑑み、不特定又は多数人の生命、身体又は財産に対する危険を言うものと解する。</p> <p>(2)「公共の危険」の判断基準についてはどのように考えるべきか。</p> <p>この点、刑法の行為規範性に鑑みると、危険犯については一般人が危機感を抱くような行為を禁止して法益保護を図るべきであるから、その存否についても一般人の感覚を基準として客観的に判断すべきであり、仮に科学的見地からは生命、身体又は財産に対する危険が生じ得ないとしても、一般人の感覚からすればその危</p>
---	---

險を感じずる程度に達していると認められるときは、公共の危険が具体的に発生したと認めることができるものと解する。

(3) これを本件についてみると、本件では甲の付けた火は、着火から20分が経過しても丙宅等に延焼することなく消火されている。しかしながら、かかる結果は、丙及び丁が、偶然犯行の一部始終を目撃しており速やかに119番通報を行ったことや、風向きが人家と反対方向であったこと、小雨が降っていたこと等の条件の下での結果であり、むしろ丙及び丁は、甲の付けた火の火勢を見て、自身や自宅への延焼を回避するため、慌てて119番通報をし、避難しているというのであるから、甲の付けた火は、一般人をして不特定又は多数人の生命、身体又は財産に危険を及ぼすものと感じる程度のものであったと評価できる。

よって、「公共の危険」の発生が認められる。

(4) なお、建造物等以外放火罪の成立に「公共の危険」の認識が必要かについては争いがあるが、第108条、第109条第1項に燃え移らせる故意と公共の認識とは内容が重なり、区別ができないため、公共の危険の認識は不要であると解する。

4 以上より、甲が乙のバイクに火をつけた行為について、建造物等以外放火罪が成立する。

以上