

論文式試験問題集
[刑法 I]

[刑法 I]

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

甲が、友人 A に彼女を寝取られたことで恨みを抱き、友人乙に事情を話し、A の殺害に協力するよう、お願いしたところ、友人乙も、A の行いに憤慨し、A の殺害に協力してくることになった。その上で、甲と乙とで A の殺害計画を話し合った結果、まず、A にクロロホルムを嗅がせて昏睡させた上で、A を自動車に乗せて、自動車ごと燃やして殺害する計画となった。

ある晩、A の殺害計画を実行することになり、甲と乙の 2 人で仕事から帰る途中の A を尾行していたところ、乙は、突然、「やっぱり俺は抜けるわ。1 人で頼む。」と言って、自身が用意したクロロホルムの入った薬瓶を甲に手渡し、甲の了解を得て、そのまま立ち去ってしまった。他方、甲は、引き続き、1 人で A の殺害計画を実行することとし、午後 10 時頃、A がその自宅前に到着したところで、背後から近付き、多量のクロロホルムを染み込ませたハンカチを A の鼻口に押し当てた。A は、クロロホルムを吸引し、その場で転倒した。そして、甲は、A の上着のポケットからキーケースを取り出し、そこに入っていた鍵を用いて、A 所有の自動車を開錠し、A を車内に運び入れた。

その後、甲は、A 所有の自動車を運転し、1 キロメートル程離れた、ある港の埠頭に A を連れて行った。そして、甲は、A の様子を確認したが、目を覚ますような様子ではなかったことから、午後 10 時 30 分頃、A 所有の自動車から降り、A 所有の自動車にガソリンを散布して火を付けた。すると、ものの数分で、A 所有の自動車は炎上して爆発した。甲が想定していたよりも、その火勢が強く、埠頭内に駐車してあった自動車 5 台やバイク 3 台に燃え移りそうになったが、タイミング良く、強い海風が吹き、結局、自動車やバイクに燃え移らずに済んだ。この際、甲は、自動車やバイクの存在自体は認識していたが、ある程度、距離があったため、自動車やバイクに燃え移ることはないだろうと考えていた。

A の殺害計画を終え、自身の自宅に帰宅している道中、甲は、A を装って遺言書を作成して、その財産の全部を自分のものにしようと思いついた。そのため、甲は、午後 11 時 30 分頃、A の自宅に立ち寄り、キーケースに入っていた鍵を用いて、玄関ドアを開錠し、その室内に立ち入った。室内を物色していたところ、A の実印が引出しに入っていたことから、甲は、メモ用紙に A の字を真似て「私は、自身の全ての財産を甲に相続させる。令和●年▲月■日 A」と記載した上、そこに A の実印を押印した。そして、甲は、そのメモ用紙をテーブルの上に置いて、そのまま A の自宅を立ち去った。

後日、A は焼死したわけではなく、その死因はクロロホルム摂取による心肺停止によるものであることが判明したが、甲は、A 所有の自動車に火を付けた当時、A が既に死亡していることに気付いていなかった。

〔設問〕

甲及び乙の罪責について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい（ただし、特別法違反の点は除く。）。

刑法 I 参考答案

第 1 甲の罪責

1 Aにクロロホルムを嗅がせた行為について

- (1) 甲に殺人罪（刑法（以下略。）199条）が成立しないか。
- (2) まず、Aにクロロホルムを嗅がせた行為は、Aを自動車に乗せて、自動車ごと燃やして殺害する前提としてなされたものであるが、かかる行為に殺人罪の実行の着手（43条本文）が認められるかが問題となる。

この点、未遂犯の処罰根拠が構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起した点にあることに鑑みれば、行為者が第1行為で結果の発生を容易にし、第2行為で結果を発生させようとしていたところ、実際には、第1行為で結果が発生してしまった場合、第1行為と第2行為とが密接な行為だといえるのであれば、第1行為の時点で、構成要件的结果発生の現実的危険性が惹起されたといえ、実行の着手があると認められると解される。そして、第1行為と第2行為とが密接な行為といえるか否かについては、①第1行為が第2行為にとって必要不可欠であったか、②第1行為が成功した場合、第2行為を遂行する上で障害となるような特殊の事情が存在しなかったか、③第1行為と第2行為とが時間的・場所的に近接していたか等の事情を考慮して決せられることになる。

本件では、自動車に火を付けた際、もしAに意識があれば、抵抗される可能性があるため、クロロホルムを嗅がせてAを昏睡させるという第1行為は、Aを自動車ごと燃やすという第2行為にとって必要不可欠といえる（①）。また、クロロホルムを嗅がせてAを昏睡させてしまえば、Aを自動車ごと燃やすまでに、特段、障害となるような事情もなかった（②）。さらに、Aにクロロホルムを嗅がせた場所からAを自動車ごと燃やした場所までは、1キロメートル程しか離れておらず、その間の時間も30分程しかないため、時間的・場所的な近接性も認められる（③）。

よって、甲は、Aにクロロホルムを嗅がせた行為の時点で、殺人罪の実行に着手したものといえる。

そして、Aは、クロロホルムを摂取したことにより、心肺停止状態に陥り、死亡しているため、殺人罪の客観的構成要件に欠けることなく、甲に殺人罪が成立するように思える。

- (3) もっとも、甲は、Aを自動車ごと燃やして殺害しようと計画していたのであって、因果関係に錯誤があるとして、殺人罪の故意が阻却されないか。そもそも、因果関係が構成要件の故意の対象に含まれるかが問題とな

るが、因果関係も客観的構成要件要素である以上、構成要件の故意の対象に含まれると解される。

その上で、故意の本質は、規範に直面して反対動機の形成が可能であったにもかかわらずあえてこれを乗り越えて行為に及んだことに対する強い道義的非難にある。そして、かかる規範は、一般国民に対し、構成要件という形で与えられていることからすれば、認識・認容していた犯罪事実と実際に生じた犯罪事実とが構成要件的评价として一致している場合には、上記の道義的非難に値するといえるため、故意は阻却されないと解される。これを因果関係に焦点を当てていえば、認識・認容していた因果経過と実際に生じた因果経過とが構成要件の範囲内で符合する限り、故意は阻却されないとということになる。

本件では、人の乗車する自動車にガソリンを散布して火を付ければ、その自動車が炎上し、乗車している人が重度の熱傷を負うなどして焼死する可能性は極めて高いと考えられることから、Aの乗車する自動車にガソリンを散布して火を付けるという行為の危険性が現実化し、Aが死亡することも十分にあり得たといえる。他方、クロロホルムは毒性を有する薬品であって、多量のクロロホルムを吸引すれば、心肺停止等を引き起こし、そのまま死に至る場合もあるのであって、多量のクロロホルムを染み込ませたハンカチをAの鼻口に押し当てるといふ行為の危険性が現実化し、実際にAは死亡したものと見える。このように、甲が認識・認容していた因果経過と実際に生じた因果経過とは、いずれも、因果関係を肯定することができ、構成要件の範囲内で符合するものと見える。

したがって、殺人罪の故意は阻却されない。

- (4) よって、甲には、殺人罪が成立し、後述のとおり、乙と共同正犯（60条）となる。
- 2 A所有の自動車にガソリンを散布して火を付けた行為について
 - (1) 甲に建造物等以外放火罪（110条1項）が成立しないか。
 - (2) まず、A所有の自動車は、住居や建造物等ではなく、「前二条に規定する物以外の物」に当たる。

そして、甲は、ガソリンを散布して火を付けることで「放火」した上で、これを炎上させて、独立して燃焼を継続し得る状態にしているため、「焼損」したものと見える。
 - (3) 次に、「公共の危険」とは、108条、109条1項所定の建造物等の物件に延焼する危険に限らず、不特定又は多数の人の生命・身体・財産に対する危険をいうと解する。なぜなら、不特定又は多数の人の生命・身体・財産に対する危険は、108条、109条1項所定の建造物等の物件への

延焼を介さずに、直接、発生する場合があります、放火罪が公共危険罪であることからすれば、このような場合の危険を放火罪の対象から除外することは妥当でないためである。

本件では、A 所有の自動車に付いた火が埠頭内に駐車してあった自動車 5 台やバイク 3 台に燃え移りそうになっており、不特定又は多数の人の財産に対する危険が生じている。

したがって、「公共の危険」が生じたといえる。

- (4) ここで、甲は、自動車 5 台やバイク 3 台の存在自体は認識していたが、これらの自動車やバイクに燃え移ることはないだろうと考えていたのであって、「公共の危険」に対する認識を欠くとして、建造物等以外放火罪の故意が阻却されないか。「公共の危険」の認識の要否が問題となる。

この点、刑法が、本来不可罰であるはずの自己所有物の損壊を、「公共の危険」の発生を要件として、非現住建造物等放火罪（109 条 2 項）や建造物等以外放火罪（110 条 2 項）を成立させ、処罰していることを理由に、「公共の危険」に対する認識が必要だと解する見解がある。しかし、110 条 1 項が「よって」という文言を用いており、建造物等以外放火罪が結果的加重犯と解される以上、「公共の危険」に対する認識は不要だと解すべきである。

したがって、建造物等以外放火罪の故意が阻却されない。

- (5) よって、甲には、建造物等以外放火罪が成立する。

3 A の自宅に立ち入った行為について

- (1) 甲に住居侵入罪（130 条）が成立しないか。

- (2) A の自宅は「人の住居」に当たる。

また、住居侵入罪の保護法益が自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由にあることから、「侵入」とは、住居権者の意思に反する立入りをいうと解されるところ、甲は、A を装って遺言書を作成しようとして、A の自宅に立ち入っているのであって、これは、住居権者である A の意思に反するものといえるから、「侵入」に当たる。

さらに、違法性阻却事由もないため、「正当な理由」もない。

したがって、住居侵入罪の客観的構成要件に欠けることなく、甲に住居侵入罪が成立するように思える。

- (3) もっとも、甲が A の自宅に立ち入った時点で、A が既に死亡していたことから、そもそも、死者の住居への立入りが住居侵入罪を構成するかが問題となる。

この点、被害者の死亡と住居侵入行為が時間的・場所的に近接しているならば、被害者を殺害した犯人との関係では、規範的に見て、死者の生前

における、自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由は、なお刑法的保護に値するものといえるため、この場合、犯人が被害者を死亡させたことを利用して、その住居に進入した、という一連の行為を全体的に評価して、住居侵入行為は、死者の生前における、自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由を侵害し、住居侵入罪を構成すると解される。

本件では、午後 10 時頃、A は、クロロホルムを摂取したことにより、心肺停止状態に陥り、死亡しているが、甲は、その 1 時間 30 分後である午後 11 時 30 分頃に A の自宅に立ち入っており、時間的な近接性が認められる。また、A はその自宅前で死亡しているため、場所的な近接性も認められる。

したがって、死者である A の自宅への立入りは、A を殺害した甲との関係では、住居侵入罪を構成する。

(4) よって、甲には、住居侵入罪が成立する。

4 A を装って遺言書を作成した行為について

(1) 甲に有印私文書偽造罪（159 条 1 項）が成立しないか。

(2) 遺言書は、被相続人の相続財産の処分に関する最終的な意思表示を内容とする文書であるため、「権利、義務・・・に関する文書」に当たる。

また、文書に対する公共の信用、すなわち、文書に表示された意思観念が名義人に帰属するという一般人の信用が文書偽造罪の保護法益であることに鑑みれば、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解されるところ、甲がメモ用紙に「私は、自身の全ての財産を甲に相続させる。令和●年▲月■日 A」と記載しているため、遺言書の作成者は甲だと考えられる一方、末尾に「A」と記載されており、ここでの「私」は「A」を意味すると読めるため、遺言書の名義人は A だと考えられることから、甲は遺言書を「偽造」したものといえる。

さらに、甲は、A の遺言書を作成して、その財産の全部を自分のものにしようと考えていたのであって、「行使の目的」があるといえるほか、その際、A の実印を用いているのであって、A という「他人の印章若しくは署名を使用し」たといえる。

(3) ここで、甲が A を装って遺言書を作成した時点で、A が既に死亡していたことから、死者の名義の冒用が有印私文書偽造罪を構成するかが問題となる。

この点、偽造文書の作成名義人が死者といった実在しない人物であっても、文書を受け取る一般人において当該名義人が実在すると誤認するおそれがあるものであれば、文書に対する公共の信用が害されることになるた

め、有印私文書偽造罪を構成することになると解すべきである。

そのため、本件のように、死者であるAの名義が冒用された場合であっても、有印私文書偽造罪を構成する。

- (4) よって、甲には、有印私文書偽造罪が成立する。

第2 乙の罪責

- (1) 乙に殺人罪の共同正犯が成立しないか。

- (2) まず、共同正犯の処罰根拠は、法益侵害結果に対して重要な因果的寄与を及ぼしたことにある。そのため、共同正犯が成立するためには、①特定の犯罪に係る共謀、②①に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為、③正犯性（正犯意思）が認められる必要があると解される。

本件では、甲がAの殺害計画への協力を依頼したところ、乙はこれを了承しているため、Aに対する殺人罪という特定の犯罪に係る共謀があるといえる（①）。また、甲は実際にAを殺害しているため、上記の共謀に基づく共謀者の中の一部の者に基づく実行行為があるといえる。さらに、乙は、Aの殺害計画を遂行する上で不可欠なクロロホルムを用意しているし、自身も実行行為に加わるつもりだったのであって、正犯性（正犯意思）もあったといえる（③）。

したがって、乙に殺人罪の共同正犯が成立するように思える。

- (3) もっとも、乙は、Aにクロロホルムを嗅がせる前に、「やっぱり俺は抜けるわ。1人で頼む。」と言って、そのまま立ち去っているため、いわゆる共犯関係からの離脱が認められないか。

この点、上記の共同正犯の処罰根拠に鑑みれば、共犯者の一部が、自らのそれまでの因果的寄与を撤回し、法益侵害結果との因果性を遮断したといえれば、その時点で、共犯の処罰根拠を欠き、共犯関係が解消され、それ以後に生じた犯罪事実については、責任を負わないことになると解される。

本件では、乙は、「やっぱり俺は抜けるわ。1人で頼む。」と言って、離脱の意思を明示的に表示し、甲もこれを了解している。そのため、Aの死亡という法益侵害結果との心理的因果性は遮断されていたといえる。しかし、乙は、立ち去る際、自身が用意したクロロホルムの入った薬瓶を甲に手渡している。上記のとおり、クロロホルムは、Aの殺害計画を遂行する上で不可欠なものであり、これを持ち帰っていないため、物理的因果性は遮断されていなかったといえる。

したがって、共犯関係からの離脱は認められず、乙には、殺人罪の共同正犯が成立する

第3 罪数処理

以上のとおり、甲には、①殺人罪の共同正犯、②建造物等以外放火罪、③住

居侵入罪、④有印私文書偽造罪が成立し、③の罪と④の罪は、手段と目的の関係になるため、牽連犯（54条1項後段）となり、これと①の罪と②の罪とが併合罪（45条前段）となる。

また、乙には、甲との殺人罪の共同正犯が成立する。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

予備試験答案練習会（刑法Ⅰ）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
1 甲の罪責(35点)	(35)		
①殺人罪(刑法199条)(10点)	<10>		
早すぎた構成要件の実現の問題であることの指摘・・・1点		1	
実行の着手に関する規範定立・・・3点		3	
実行の着手に関する当てはめ・・・2点		2	
因果関係の錯誤に関する規範定立・・・3点		3	
因果関係の錯誤に関する当てはめ・・・1点		1	
②建造物等以外放火罪(刑法110条1項)(8点)	<8>		
「前二条に規定する物以外の物」、「放火」の該当性・・・1点		1	
「焼損」の該当性・・・1点		1	
「公共の危険」の意義・・・3点		3	
「公共の危険」の認識の要否・・・3点		3	
③住居侵入罪(刑法130条)(10点)	<10>		
「人の住居」の該当性、「正当な理由」の有無・・・1点		1	
「侵入」の該当性・・・2点		2	
死者の住居への立入りに関する規範定立・・・5点		5	
死者の住居への立入りに関する当てはめ・・・2点		2	
④有印私文書偽造罪(159条1項)(7点)	<7>		
「権利、義務・・・に関する文書」の該当性・・・1点		1	
「偽造」の該当性・・・2点		2	
「行使の目的」の有無、「他人の印章若しくは署名を使用し」たか・・・1点		1	
死者の名義の冒用・・・3点		3	
2 乙の罪責(8点)	(8)		
共同正犯の成否に関する規範定立・・・2点		2	
共同正犯の成否に関する当てはめ・・・2点		2	
共犯関係からの離脱に関する規範定立・・・2点		2	
共犯関係からの離脱に関する当てはめ・・・2点		2	
3 罪数処理(2点)	(2)	2	
4 裁量点(5点)	(5)	5	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

【論点】

- ①殺人罪（刑法 199 条）の成否
（早すぎた構成要件の実現）
- ②建造物等以外放火罪（刑法 110 条）の成否
（「公共の危険」の認識の要否）
- ③住居侵入罪（刑法 130 条）の成否
（死者の住居への立入り）
- ④有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）の成否
（死者の名義の冒用）
- ⑤共犯関係からの離脱の根拠及び要件

【解説】

1 ①殺人罪（刑法 199 条）の成否 （早すぎた構成要件の実現）

(1) 概要

行為者が第 1 行為で結果発生を容易にし、第 2 行為で結果を発生させようとしていたところ、実際には、第 1 行為で結果が発生してしまった場合を、講学上、早すぎた構成要件の実現といいます。

この早すぎた構成要件の実現においては、(a) 第 1 行為の時点で犯罪の実行の着手があったといえるか、(b) 第 1 行為の時点で構成要件の故意があったといえるか（因果関係の錯誤）が問題となります。

(2) 犯罪の実行の着手

ア まず前提として、いかなる場合に犯罪の実行の着手があったといえるのかについては、学説上、主観説と客観説とが対立しています。

この点、主観主義刑法理論（刑事責任の根拠を犯人の意思又は性格に求める立場）に立脚する見解からは、犯意が外部的に明らかになった時点で実行の着手を認めることとなります。これを主観説といいます。

他方、客観主義刑法理論（刑事責任の根拠を犯人による外部的な行為又はその結果に求める立場）に立脚する見解からは、構成要件に属する行為を行った時点で実行の着手を認める形式的客観説、構成要件の結果発生の実質的危険性を惹起する行為を行った時点で実行の着手を認める実質的客観説等が主張されています。

このうち、未遂犯の処罰根拠を構成要件の結果発生の実質的危険性の

惹起に求めるのであれば、実質的客観説を採用すべきこととなります。

イ その上で、行為者が第 1 行為で結果発生を容易にし、第 2 行為で結果を発生させようとしていたところ、実際には、第 1 行為で結果が発生してしまった場合、第 1 行為と第 2 行為とが密接な行為だといえるのであれば、第 1 行為の時点で、構成要件的结果発生の実質的危険性が惹起されたといえ、実行の着手があると認められることとなります。

そして、第 1 行為と第 2 行為とが密接な行為といえるか否かについては、(a) 第 1 行為が第 2 行為にとって必要不可欠であったか、(b) 第 1 行為が成功した場合、第 2 行為を遂行する上で障害となるような特殊の事情が存在しなかったか、(c) 第 1 行為と第 2 行為とが時間的・場所的に近接していたか等の事情を考慮して決せられることとなります。

(3) 構成要件の故意（因果関係の錯誤）

行為者が第 1 行為で結果発生を容易にし、第 2 行為で結果を発生させようとしていたところ、実際には、第 1 行為で結果が発生してしまった場合であっても、第 1 行為の後に第 2 行為で結果を発生させようとしていた以上、第 1 行為の時点で結果発生に対する認識・認容があったといえるといえるでしょう。

もっとも、認識・認容していた因果経過と実際に生じた因果経過とが異なることから、更に因果関係の錯誤の問題が生じます。

そもそも、因果関係が構成要件の故意の対象に含まれるかが問題となりますが、因果関係も客観的構成要件要素である以上、構成要件の故意の対象に含まれると解されます。

その上で、故意の本質は、規範に直面して反対動機の形成が可能であったにもかかわらずあえてこれを乗り越えて行為に及んだことに対する強い道義的非難にあるとされています。そして、かかる規範は、一般国民に対し、構成要件という形で与えられていることからすれば、認識・認容していた犯罪事実と実際に生じた犯罪事実とが構成要件の評価として一致している場合には、上記の道義的非難に値するといえるため、構成要件の故意が認められると解されます（法定的符合説）。これを因果関係に焦点を当てていえば、認識・認容していた因果経過と実際に生じた因果経過とが構成要件の範囲内で符合する限り、構成要件の故意が認められるということとなります。

(4) 参考判例（最高裁平成 16 年 3 月 22 日判決）

実行犯 3 名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて C を失神させた上、その失神状態を利用して、C を港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるといえるものであって、第 1 行為は第 2 行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、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しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてCを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でCが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。

2 ②建造物等以外放火罪（刑法110条）の成否 （「公共の危険」の認識の要否）

(1) 概要

建造物等以外放火罪（刑法110条）は、「放火」して、「前2条に規定する物以外の物」、すなわち、建造物等以外の物を「焼損」し、よって「公共の危険」を生じさせた場合に成立します。

建造物等以外放火罪を含む、放火罪は、いわゆる公共危険罪であり、その第一次的な保護法益は、不特定又は多数の人の生命・身体・財産にあり、個人の財産権は、第二次的な保護法益と位置付けられています。このように解される根拠としては、刑法が、本来不可罰であるはずの自己所有物の損壊を、「公共の危険」の発生を要件として、非現住建造物等放火罪（刑法109条2項）や建造物等以外放火罪（刑法110条2項）を成立させ、処罰していること等が挙げられます。

また、上記のとおり、自己所有物についても、建造物等以外放火罪は成立し得ますが、その場合の法定刑は、「1年以下の懲役又は10万円以下の罰金」と規定されており、他人所有物が客体となる場合と比べ、かなり軽いものとされています。この違いは、第二次的な保護法益である個人の財産権への侵害の程度によるものと考えられます。

(2) 各構成要件の意義

「放火」とは、目的物の焼損を惹起させる行為をいいます。目的物への直接的な点火行為に限らず、媒介物への点火行為であっても、その燃焼作用が継続して目的物に延焼し得るものである場合は、「放火」に当たります。

また、「焼損」とは、火が媒介物を離れて、目的物が独立して燃焼を継続し得る状態になったことをいいます。目的物の全部が燃焼する必要ではなく、その比較的狭い範囲が燃焼したとしても、「焼損」と認められる場合

があります（最高裁昭和23年11月2日判決参照）。

「公共の危険」の意義については、学説上、刑法108条、刑法109条1項所定の建造物等の物件に延焼する危険と解する限定説と、刑法108条、刑法109条1項所定の建造物等の物件に延焼する危険に限らず、不特定又は多数の人の生命・身体・財産に対する危険をいうと解する非限定説とが対立しています。このうち、非限定説が多数説となっています。判例も、刑法「110条1項にいう『公共の危険』は、必ずしも同法108条109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である」として（最高裁平成15年4月14日決定参照）、非限定説の立場に立つことを明らかにしています。

(3) 「公共の危険」の認識の要否

本問では、A所有の自動車に付いた火が近くに駐車してあった自動車5台やバイク3台に燃え移りそうになっていますが、その際、甲は、これらの自動車やバイクの存在自体は認識していたものの、これらの自動車やバイクに燃え移ることはないだろうと考えていました。

そこで、建造物等以外放火罪（刑法110条）の成否を検討するに当たり、「公共の危険」の認識が必要であるか否かが問題となります。

この点、判例は、少なくとも建造物等以外放火罪（刑法110条1項）については、刑法110条1項が「よって」という文言を用いており、建造物等以外放火罪（刑法110条1項）が結果的加重犯と解される、との理由により、認識不要説の立場に立っていると考えられます。

他方、学説上は、認識必要性が多数説になっています。その理由としては、刑法が、本来不可罰であるはずの自己所有物の損壊を、「公共の危険」の発生を要件として、非現住建造物等放火罪（刑法109条2項）や建造物等以外放火罪（刑法110条2項）を成立させ、処罰している以上、「公共の危険」の発生は、違法性を基礎付ける本質的な要素といえ、その故意を認める上で、「公共の危険」の発生の認識が必要となること等が挙げられています。

3 ③住居侵入罪（刑法130条）の成否

（死者の住居への立入り）

(1) 概要

住居侵入罪（刑法130条）は、「人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船」に「正当な理由」なく「進入」した場合に成立します。

住居侵入罪は、個人的法益に対する罪と理解されていますが、その保護法益の内容については、争いがあります。かつては、その保護法益は、家父長の住居権という法的権利であるとされていました。しかし、封建的な家父長

制と結び付いた住居権概念は、現行憲法（憲法 24 条）の理念と合致しないとして、このような考え方は強い批判に晒されました。戦後しばらくの間は、事実上の住居の平穏が保護法益であるとする平穏説が支持されていました。この説は、背後の実質的利益（生命、身体、自由、財産等の安全）にも配慮する点に特色があります。ただ、この説に対しても、平穏という保護法益の内容が漠然としていて不明確である、といった批判が向けられました。そこで、今日では、自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由が保護法益であるとする新住居権説が通説となっています。判例も、新住居権説の考え方を採用するようになっていきます（最高裁昭和 58 年 4 月 8 日判決）。

(2) 各構成要件の意義

「人の住居」とは、人の起臥寝食に使用される場所をいいます。「住居」は、現に日常生活の用に使用されている限り、居住者が常に現在していることを必要としません。所有関係は問われず、例えば、借家人が日常生活の用に使用している借家は、借家人の「住居」となります。他方、「人の看守する邸宅」とは、管理人や監視員がいる、あるいは、鍵をかけているなど、他人が事実上支配している、住居用に作られたものの、現在は、人の起臥寝食に使用されていない場所をいいます。「邸宅」の具体例としては、空き家やオフシーズンの別荘等が挙げられます。建物に付随する囲繞地も、「住居」、「邸宅」、「建造物」に含まれます。

「侵入」の意義については、現在の通説・判例（新住居権説）によれば、住居権者の意思に反する立入りをいうこととなります（意思侵害説）。なお、平穏説の立場からは、住居等の事実上の平穏を侵害する態様での立入りと定義されることとなります。

また、「正当な理由」がないとは、違法性阻却事由が存在しないことをいいます。すなわち、現在の通説・判例（新住居権説）によれば、住居権者の承諾がある場合は、そもそも、「侵入」に当たらず、構成要件該当性が否定されることになるため、「正当な理由」がないという要件は、法令行為や正当な業務による行為（刑法 35 条）のような違法性阻却事由もないという意味といえます。

(3) 死者の住居への立入り

本問では、甲が A の自宅に立ち立った時点で、A が既に死亡していたことから、死者の住居への立入りが住居侵入罪（刑法 130 条）を構成するかが問題となります。

この論点は、多くの受験生にとって未知の論点だと思われそうですが、例えば、窃盗罪（刑法 235 条）における死者の占有の論点を応用して論述すること

ができます。

ここで、窃盗罪（刑法 235 条）における死者の占有の論点については、被害者の死亡と財物奪取行為が時間的・場所的に接着しているならば、被害者を殺害した犯人との関係では、規範的に見て、死者が生前有していた占有は、なお刑法的保護に値するものといえるため、この場合、犯人が被害者を死亡させたことを利用して、その財物を奪取した、という一連の行為を全体的に評価して、財物奪取行為は、被害者の生前の占有を侵害し、窃盗罪を構成すると解されます（最高裁昭和 41 年 4 月 8 日判決参照）。

これを死者の住居への立入りの論点に応用すると、被害者の死亡と住居侵入行為が時間的・場所的に接着しているならば、被害者を殺害した犯人との関係では、規範的に見て、死者の生前における、自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由は、なお刑法的保護に値するものといえるため、この場合、犯人が被害者を死亡させたことを利用して、その住居に進入した、という一連の行為を全体的に評価して、住居侵入行為は、死者の生前における、自己の住居への他人の立入りを認めるか否かを定める自由を侵害し、住居侵入罪を構成すると解されるなどと論述することができます。

なお、死者の住居への立入りの事案に関し、東京高裁昭和 57 年 1 月 21 日判決は、「被告人らは、内村を殺害する前から、同女を殺害した後同女方に侵入することを企図していたものであり、その実行に及んだものであること、殺害現場と内村方住居との距離や時間的経過の点は、前述のように航空路線の発達からしてそれほど大きいものではないと考えられること、内村の死亡の事実は被告人らだけが知っていたものであること、内村方住居は施錠され、同女の生前と同じ状況下にあつたことなどの諸点からすれば、内村方の住居の平穏は、被告人らの侵入の時点においても、同女の生前と同様に保護されるべきものであり、被告人らはその法益を侵害したものと解される」として、住居侵入罪の成立を肯定しています。

4 ④有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）の成否 （死者の名義の冒用）

(1) 概要

有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）は、「権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画」を「他人の印章若しくは署名を使用して」又は「偽造した他人の印章若しくは署名を使用して」、「行使の目的」で「偽造」した場合に成立します。

文書偽造罪の保護法益は、文書に対する公共の信用です。この保護法益を保護する方策としては、作成名義の真正に対する公共の信用を保護する形

式主義と文書内容の真正に対する公共の信用を保護する実質主義の 2 つの立法主義があり得ますが、刑法は、有形偽造（作成権限のない者が他人名義の文書を作成すること）と無形偽造（作成権限のある者が虚偽の内容の文書を作成すること）とを区別し、公文書については、両者を処罰するものの、私文書については、無形偽造は処罰しないのが原則となっているため、形式主義を第一次的に採用し、実質主義は補充的に採用しているにすぎないといえます。

(2) 各構成要件の意義

「権利、義務・・・に関する文書」とは、私法上・公法上の権利・義務の発生・存続・変更・消滅の効果を生じさせることを目的とした意思表示を内容とする文書をいいます。他方、「事実証明に関する文書」とは、実社会生活に交渉を有する事項を証明する文書をいいます（最高裁昭和 33 年 9 月 16 日決定参照）。ただし、学説上は、この定義は範囲が広すぎるとして、社会生活上の重要な利害に関係のある事実を証明し得る文書と解する見解が有力です。

また、「行使の目的」とは、偽造文書を真正な文書として、又は、内容虚偽の文書を内容真実の文書として使用する目的をいいます。その上で、ここでいう「使用」とは、文書の内容を相手方に認識させ、又は、認識可能な状態に置くことをいいます。

さらに、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいいます（最高裁昭和 59 年 2 月 17 日判決参照）。ここでいう「作成者」とは、意思觀念の表示主体をいい、「名義人」とは、意思觀念の表示主体として文書上認識される者をいいます。

そして、有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）が成立するためには、「他人の印章若しくは署名を使用し」たことが必要となりますが、「署名」には、記名（印刷やゴム印等による名称の表示）も含まれます。「印章若しくは署名」がない場合は、無印私文書偽造罪（刑法 159 条 3 項）が成立することになりますが、その法定刑は、「1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」と規定されており、有印私文書偽造罪の法定刑（「3 月以上 5 年以下の懲役」）よりもかなり軽くなります。これは、「印章若しくは署名」の有無により、文書に対する公共の信用が害される程度が異なるためです。

(3) 死者の名義の冒用

本問では、甲が A を装って遺言書を作成した時点で、A が既に死亡していたことから、死者の名義の冒用が有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）を構成するかが問題となります。

この論点もまた、多くの受験生にとって未知の論点だと思われそうですが、架

空人名義が使用された場合と同様に考えることができます。

すなわち、偽造文書の作成名義人が架空の人物であるような実在しない人物であっても、文書を受け取る一般人において当該名義人が実在すると誤認するおそれがあるものであれば、文書に対する公共の信用が害されることになるため、私文書偽造罪を構成することになります（最高裁昭和24年4月14日判決参照）、文書に対する公共の信用を害することになるのは、死者の名義が冒用された場合であっても同様といえ、この場合も、私文書偽造罪を構成することになると考えられます。

なお、既に死亡していたか否かが判然としない者の名義が冒用された事案に関し、最高裁昭和26年5月11日判決は、「それは渡辺三郎の生存中の作成にかかるものの如く作為したものとみるのが相当であり又一般人をして左様に誤信させるおそれの十分にあるものである」、「たとえその作成当時渡辺三郎が既に死亡していたとしても被告人の行為は文書偽造罪を構成する」として、私文書偽造罪の成立を肯定しています。

5 ⑤共犯関係からの離脱の根拠及び要件

(1) 共犯関係からの離脱の根拠

共犯関係からの離脱とは、いったん成立した共犯関係から一部の者がその犯意を放棄して離れ去ることをいいます。共犯者の一部が犯行の途中で関与を中止するなどして、共犯関係から離脱したと認められる場合には、残りの他の共犯者がそれ以後に実現した法益侵害の結果については、離脱者は責任を負わないこととなります。

共同正犯の処罰根拠について因果性を問題とする立場（因果的共犯論）からは、自らが加功した犯罪実現への影響を除去し、自己のそれまでの因果性を切断した場合には、それ以後は、共犯関係そのものが解消され、結局、単独犯に還元されることになるなどと説明されたりします。

(2) 共犯関係からの離脱の要件

共犯関係からの離脱には、他の共犯者が実行に着手する前の離脱である着手前の離脱、他の共犯者が実行に着手する前の離脱である着手後の離脱があり、かつては、このうちのいずれに当たるかにより、共犯関係からの離脱の要件を分けて考えられていました。具体的には、着手前の離脱の場合は、(a)離脱者による離脱の明示又は黙示の意思表示、(b)それに対する他の共犯者による了承があれば、共犯関係からの離脱が認められるのに対し、着手後の離脱の場合は、(a)と(b)の要件に加え、(c)積極的な法益侵害結果の発生を防止する措置を講じて、当初の共謀に基づく犯罪の実行が行われないうようにして初めて、共犯関係からの離脱が認められるとされていました。

もともと、現在では、共同正犯の処罰根拠について因果性を問題とする立

場（因果的共犯論）から、着手前の離脱であるか、着手後の離脱であるかを問わず、実質的に、心理的因果性や物理的因果性が遮断されたと認められるか否かにより、共犯関係からの離脱の有無を判断する、という考え方が有力になっています。判例も、「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」としており（最高裁平成21年6月30日決定）、この考え方に立っているものと考えられます。

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

表

最優秀答案

試験科目 試験地
刑 法 明治大学

回答者：Y.K. 26点

第1甲の罪責について

1 甲がAに700ボルトの電撃を以て死せしめしむるに殺人罪(刑法(以下略)(94条))を成立せしむる。

(1) 甲はAに700ボルトの電撃を以て(以下第1行為とす)、Aを自車に乗せ、車と火を以て(以下第2行為とす)。本件においては甲が上述の2行為を早に段階でAに死せしめしむる。

下如。Aに死せしめしむる行為は殺人罪の実行の着手に認めらるるが、問題となる「実行の着手」(43条)とは、通常侵害の現実の危険性を生じ行為を開始せしむることとす。

第1行為と第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始せしむる時点で結果発生のおそれの危険性を認めらるる場合には、この時点において実行の着手に認めらるることとなる。具体的には①第1行為が第2行為を確実に容易に行うための必要不可欠なものであるか、②第1行為に成功した場合、それ以降の行為を遂行するに何等と異なるような時段の事情が存在するか、③第1行為と第2行為の時段的場所的連続性等に照らして判断する。

1 甲と乙の犯行計画は、Aを700ボルトの電撃を以て(第1行為)、Aを車に乗せ、車と火を以て(第2行為)、Aを焼死せしめしむることであるが、~~Aに抵抗するに及ぶ~~ ~~手は眠らせておけば第2行為を眠らせておけばAに抵抗するに及ぶことにはならない~~

存在し、~~実行の着手~~を容易に完成せしむる上で、第1行為は必要不可欠のものである(①)。また、Aを眠らせた後前述のようにAに抵抗するに及ぶことには、それ自体に即ち及ぶこととは異なることである。第1行為に成功すれば、それ以降の犯行計画を遂行するに何等と異なるような時段の事情は存在しない(③)。したがって、第1行為の場所と乗車に火を以て第2行為の場所は ~~約1キロメートル程の~~ 距離を隔て、時間的にも ~~約10分程の~~ 時間的連続性に乏しいことより、時間的場所的連続

是等のに指し示すことあり!

性たにあらはれ(①)。

ウニヤリと云ふは、第1行為は第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的危険性が認められるから、第1行為に於いて殺人罪の実行の着手があったとみる。

(2) 甲の第1行為は、^{Aは}Vの胸元に手を突かし、心肺停止して死に至らせたのである。Aの死に至るは、第1行為の危険が現実化したものとみ、因果関係が認められる。

(3) 一連の実行行為に着手して、Aを殺害する目的を遂げようとしており、第2行為の前の時点でAは第1行為により死していたとしても、殺人の意志に欠けるところはない。甲は第1行為によりAが死したとは認識していたから、~~殺人罪の意志が認められるのは、行為者が認識した事実と現実の発展した事実とが法定の範囲内において一致することを要するとは解すべきである。~~本件では、甲は第2行為によりAを死に至らしめる殺人罪に於いて因果経過を認識していることより、因果関係の途切れがあっても~~意志は阻却されない。~~

(4) 以上より、甲は殺人罪に成立し後述のように乙と共同正犯(60条)となる。

2 甲はAの自走車を放火して行為は建造物等以外放火罪(110条(火))に成立

(1) A所有の自走車であるから他人の所有に属するものでない。また、自走車は108条A(109条)の規定は建造物等以外の物にあたる。

(2) 甲はA^{所有}の自走車にガソリンを散布して火をつけていると云ふは、「放火して」いる。

(3) 「既燃」とは火が燃焼物を離れて自燃物に波及し、独立して燃焼する状態に達したことをいうと23。A所有の自走車は炎上しており、独立して燃焼する状態に達しているから、既燃とみる。

(4) 放火罪は不特定又は多数人の生命、身体及び財産を保護法益とするものである。公衆の危険とは、刑法108条Aに109条Aの規定は建造物等に対する延焼の危険のみを指すものである。不特定又は多数人の生命、身体~~及び~~又は建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解する。本件では埠頭内に~~自卸車5台~~自卸車5台とバイン3台が~~駐車~~駐車しており、このうち自卸車2台については偶然(2台事情であるため)、このは~~不特定又は多数~~不特定又は多数の財産であるといえる。これ、外に2台は強い海風のため自卸車等に火は燃え移るおそれから、A所有の自卸車から燃えた火は他の自卸車等に火燃え移り得るにほな、ていつとを以て「公衆の危険」たるにせよといえる。 理由は?

(5) 甲は自卸車やバインに火燃え移り得るにほな、ていつとを以て「公衆の危険」を発生せしめんとするに~~必要~~必要はないと解する。A車を燃焼するにほな、ていつとを以て「公衆の危険」たるにせよといえる。 理由は?

(6) 以上より、甲は建造物等以外放火罪が成立せず、強盗罪が乙との共同犯罪である。

3 甲がAの居室に入らんとする行為は住居侵入罪(130条前段)が成立する。

(1) 侵入とは住居権者の意思に反して侵入するといふこと、本件ではAは既に死しており、Aの意思に反するといふことは推定して存するものも思える。しかし、~~死者の住居への侵入が犯罪と存するものは稀で稀稀等から妥当でない。この死者の合理的意思に留意するべしと判断する。~~ ^{甲が} 遺言を偽造するにAの住居に入らんとするに、~~甲は拒否的と推定することから、Aの意思に反して侵入するといえる。これより、~~ 侵入といえる。

(2) 甲はAの住居に侵入するにほな、ていつとを以て「公衆の危険」たるにせよといえる。

(3) 以上より、甲は住居侵入罪が成立する。

4 甲が遺言を偽造する行為は有印私文書偽造罪(109条A)Aの同犯罪

(16条改)が成立する!

(1) 送与果は積り共・殺害に關する果といふ。

理由了

(2) 「偽造」とは名義人と作成者の同一性を偽るといふ。送与果の名義人は果て
おらず、作成者は甲である。同一性を偽って送与あり、偽造といふ。

(3) 甲はAの宛印を押印しており、有印である。

(4) 送与果をAの相続人等に認識可能に存在するとしており、行使の月日がある。

(5) 以上より、Aの相続人等に認識可能に存在するとしており、行使の月日がある。
状態に置かれておらず「行使」といふ。

死者名義の送与に解決できない

(6) 以上より、甲は有印私文書偽造罪及び同行使罪が成立する。(130条前段)

5. 甲には①殺害罪(199条)②建造物等以外放火罪(110条改)③住居侵入罪④有印私文書偽
造罪(159条改)及び同行使罪(161条改)が成立し、①は乙との共同正犯、④は牽手
犯(59条改)、③と④は牽連犯、この系は併合罪(45条)となる。ok!

第2 乙の罪文について

1 果乙は甲と殺害罪(199条改)と建造物等以外放火罪(110条改)が成立し、甲との
共同正犯となる。

心理的因果性の解決は!

乙は甲が第1行為を行う前に「甲は引退した」と言及し、首を甲に依っており、発火関係が解消
したと主張する問題がある。乙は共同正犯の処罰根拠は結果論としての物理的・心理的

因果性を及ぼした点にあり、因果的因果性を深法した点には発火関係の所持
が認められる。本件では乙が用いた700円の入った葉巻を甲に手渡して引退を

告げており、他の共同正犯者である甲が犯行の遂行に及び、乙が用いた700円の入った葉巻を甲に手渡して引退を
告げ、因果的因果性を深法した点には発火関係の所持が認められる。乙は共同正犯の処罰根拠は結果論としての物理的・心理的

2 以上より、乙は殺害罪と建造物等以外放火罪が成立し、甲との共同正犯となる。以上

最優秀答案

回答者 Y.K. 26点

第1 甲の罪責について

1. 甲がAにクロロホルムを嗅がせて死亡させた行為に殺人罪（刑法（以下略）199条）が成立するか。

(1) 甲はAにクロロホルムを嗅がせ（以下第1行為とする）、Aを自動車ごと燃やしている（以下第2行為とする）。本件においては甲と乙が計画したよりも早い段階でAが死亡しているため、Aが死亡した第1行為に殺人罪の実行の着手が認められるかが問題となる。

ア。「実行に着手」（43条）とは、法益侵害の現実的危険性を含む行為を開始することをいうことから、第1行為が第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始した時点で結果発生 of 客観的危険性が認められる場合には、その時点において実行の着手があったものと解する。具体的には、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なものであったか、②第1行為に成功した場合、それ以降の計画を遂行するうえで障害となるような特段の事情があったか、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性等に照らして判断する。

イ. 甲と乙の犯行計画は、Aにクロロホルムを嗅がせて（第1行為）、Aを車に乗せ、車ごと燃やして（第2行為）、Aを焼死させるというものであるが、Aを眠らせておけばAが抵抗などをすることができなくなるため、犯行計画を確実かつ容易に完遂する上で、第1行為は必要不可欠のものであった（①）。また、Aを眠らせれば前述したようにAが抵抗することはできなく、また他者に助けを求めることもできなくなるため、第1行為に成功すれば、それ以降の犯行計画を遂行するうえで障害となるような特段の事情はなかった（②）。さらに第1行為の場所と車に火を放った第2行為の場所は1キロメートル程しか離れていなく、時間も30分経過しただけであることから、時間的場所的近接性が認められる（③）。

ウ. これらのことから、第1行為は第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的危険性が認められるから、第1行為

において殺人罪の実行の着手があったといえる。

- (2) 甲の第1行為によりAはクロロホルムを嗅がされ、心肺停止して死亡したものであるから、Aの死亡結果は、第1行為の危険が現実化したものといえ、因果関係が認められる。
- (3) 一連の実行行為に着手して、Aを殺害する目的を遂げたのであるから、第2行為の前の時点でAが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはない。なお、甲は第1行為によってAが死亡するとは認識していなかったものであるが、犯罪の故意があるとするには、行為者が認識した事実と現実に発生した事実とが法定の範囲内において一致することをもって足りると解すべきである。本件では、甲は第2行為によりAを焼き殺すという殺人罪にあたる因果経過を認識していることから、因果関係の錯誤があっても故意は阻却されない。
- (4) 以上より、甲に殺人罪が成立し後述するように乙と共同正犯（60条）となる。

2. 甲がAの自動車を放火した行為に建造物等以外放火罪（110条1項）が成立するか。

- (1) A所有の自動車であることから、他人の所有に属するものであり、また、自動車は108条及び109条に規定する建造物等以外のものにあたる。
- (2) 甲はA所有の自動車にガソリンを散布して火を付けていることから、「放火して」いる。
- (3) 「焼損」とは火が媒介物を離れて目的物に移り、独立して燃焼する状態に達したことをいうところ、A所有の自動車は炎上しており、独立して燃焼する状態に達したことから、「焼損」といえる。
- (4) 放火罪は不特定又は多数人の生命、身体及び財産を保護法益とするものであるから、「公共の危険」は必ずしも108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数人の生命、身体又は建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解する。本件では埠頭内に自動車5台とバイク3台が駐車されており、これらが駐車されていたのは偶然による事情であるため、これらは不特定又は多数の財産であるといえる。そして、タイミング良く強い海風が吹き自動車等に火は燃え移らなかったが、A所有の自動車が燃えた火は他の自動車に燃え移りそうにはなっていたことから「公共の危険」が生じたといえる。
- (5) 甲は自動車やバイクに燃え移ることはないだろうと考えていたが、「公共

の危険」を発生させることまでを認識する必要はないと解することから、A車を焼損する認識に欠けることはないため、故意が認められる。

(6) 以上より、甲に建造物等以外放火罪が成立し、後述するように乙との共同正犯となる。

3. 甲がAの自宅に立ち入った行為に住居侵入罪（130条前段）が成立するか。

(1) 「侵入」とは、住居権者の意思に反する立入りをいうところ、本件ではAは既に死亡しておりAの意思に反するということが観念できないようにも思える。しかし、死亡した者の住居への侵入が犯罪とならないのは秩序維持等から妥当でない。そこで死者の合理的意思に合致するかで判断する。甲が遺言書を偽造するためにAの住居に立ち入ることをAは拒否すると考えることから、Aの意思に反する立入りといえる。したがって「侵入」といえる。

(2) 甲はAの住居に侵入することを認識・認容しており故意が認められる。

(3) 以上より、甲に住居侵入罪が成立する。

4. 甲が遺言書を偽造した行為に有印私文書偽造罪（159条1項）及び同行使罪（161条1項）が成立するか。

(1) 遺言書は権利・義務に関する文書といえる。

(2) 「偽造」とは名義人と作成者の同一性を偽ることをいうが、遺言書の名義人はAであるが、作成者は甲であるため、名義人と作成者の同一性を偽っており、「偽造」といえる。

(3) 甲はAの実印を押印しており、有印である。

(4) 遺言書をAの相続人等に示そうとしており、「行使の目的」がある。

(5) そして、遺言書としてのメモ用紙はAの相続人等が認識可能な状態に置かれていることから「行使」といえる。

(6) 以上から、甲に有印私文書偽造罪及び同行使罪が成立する。

5. 甲には、①殺人罪（199条）、②建造物等以外放火罪（110条1項）、③住居侵入罪（130条前段）、④有印私文書偽造罪（159条1項）及び同行使罪（161条1項）が成立し、①②は乙との共同正犯、④は牽連犯（54条1項）、③と④は牽連犯、その余は併合罪（45条）となる。

第2 乙の罪責について

1. 乙に殺人罪（199条1項）と建造物等以外放火罪（110条1項）が成立し、甲との共同正犯となるか。

乙は甲が第1行為を行う前に「やっぱり俺は抜ける」旨を甲に伝えており、共犯関係が解消されているかが問題となる。この点共同正犯の処罰根拠は、結果に対して、物理的・心理的因果性を及ぼした点にあることから、因果的影響を除去した場合には共犯関係の解消が認められる。本件では、乙が用意したクロロホルムの入った薬瓶を甲に手渡して立ち去っており、他の共犯者である甲が犯行計画に及ぶおそれが消滅していなく、また、それを阻止する措置も講じていない。したがって、共犯関係の解消は認められない。

2. 以上より、乙には殺人罪と建造物等以外放火罪が成立し、甲との共同正犯となる。

以 上

採点講評

(2024年2月25日 刑法)

担当：弁護士 柳原佑多

第1 殺人罪（刑法199条）の成否 （早すぎた構成要件の実現）

実行の着手については、最高裁平成16年3月22日判決を踏まえ、規範を定立することができる答案がほとんどでした。ただ、①第1行為が第2行為にとって必要不可欠であったか、②第1行為が成功した場合、第2行為を遂行する上で障害となるような特殊の事情が存在しなかったか、③第1行為と第2行為とが時間的・場所的に近接していたか等の事情を考慮して決することだけを記載する答案が多数存在しました。これらの考慮要素は、あくまで、第1行為と第2行為とが密接な行為だといえるのであれば、第1行為の時点で、構成要件的结果発生の実現的危険性が惹起されたといえることを前提に、第1行為と第2行為とが密接な行為といえるか否かを検討するためのものであり、この点に関する言及が必要でした。

また、因果関係の錯誤については、説得的に論じられている答案は僅かでした。講義でも話題となりましたが、勿論、そもそも因果関係の錯誤が問題となり得ないという立場を採用することに問題はありません。ただ、このような立場から論じる答案のほとんどが、この点を端的に指摘するだけで、十分な理由付けがなされていませんでした。そもそも因果関係の錯誤が問題となり得ないということは、錯誤について法定的符合説や具体的符合説の立場を採用することの帰結と位置付けられるため、大前提として、この点をしっかりと理由を付して論じる必要があります。因果関係の錯誤を論じなくても良いというわけでは決してないので、受講生の皆様におかれては注意してください。

第2 建造物等以外放火罪（刑法110条）の成否 （「公共の危険」の認識の要否）

「公共の危険」の認識の要否の論点について触れられている答案がほとんどでした。多数の答案が判例の立場である認識不要説を採用していましたが、学説上は、認識必要説が多数説となっていることに鑑みれば、これを踏まえた論述が要求されていたといえます。この点は加点要素として考慮していません。

他方、「公共の危険」が発生していることについて触れられていない答案が思いのほか存在しました。「公共の危険」が発生しているからこそ、その認識の要否が問題となる（「公共の危険」が発生していないのであれば、その認識の要否を論じる実益はない）のであって、この点もしっかりと論じる必要がありました。

第3 住居侵入罪（刑法130条）の成否 （死者の住居への立入り）

Aが既に死亡していることに気付いている答案は一定数存在しましたが、窃盗罪（刑法235条）における死者の占有の論点を応用した論述がなされている答案は僅かでした。

こうした未知の論点については、保護法益に遡ったり、既存の論点を応用したりするなどして、論じることが肝要です。決して、自身の考えを漠として論じてはいけません。そうした答案は、畢竟独自の見解を述べるものとして、低い評価となってしまいます。

本試験であれば、窃盗罪における死者の占有の論点を応用した論述がなされているか否かは、正に合否の分かれ目であり、こうした論述がなされている答案は、自ずと高得点になっていました。死者の住居への立入りの論点は、予備試験、司法試験で聞かれてもおかしくない論点だと思いますので、十分な論述ができなかった受講生の方は、しっかりと復習しておいてください。

第4 有印私文書偽造罪（刑法159条1項）の成否 （死者の名義の冒用）

死者の名義の冒用の論点について触れられている答案は極僅かでした。出題者としては、単純な有印私文書偽造罪の問題を出すはずがないという観点からも、この論点に気付いて欲しかったところでした。これも、③の論点と同様、自身の考えを漠として論じずに、既存の論点を応用して論じる必要があります。

第5 共犯関係からの離脱の根拠及び要件

共犯関係からの離脱とは、いったん成立した共犯関係から一部の者がその犯意を放棄して離れ去ることをいいます。つまり、この論点を論じるに当たっては、まず始めに、共犯関係が成立していることを論じる必要があります。

ただ、共犯関係が成立していることについて触れられていない答案が思いのほか存在しました。優しい論点ではありますが、しっかりと点数が振られています。点数が伸び悩んだ答案のほとんどが、共犯関係が成立していることについて触れられていませんでした。今一度、予備試験、司法試験が点取りゲームであることを再認識しましょう。

私からの採点講評は以上となります。本答案練習会が受講生の皆様の予備試験、司法試験の合格の一助になれば幸いです。一日でも早く予備試験、司法試験に合格することを心よりお祈りしています。

以上