

論文式試験問題集
[刑法]

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（住居等侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

1 甲（50歳）は、実父X（80歳）と共同して事業を営んでいたが、数年前にXが寝たきり状態になった後は単独で事業を行うようになり、その頃から売上高の過少申告等による脱税を続けていた。甲は、某月1日、税務署から、同月15日に税務調査を行うとの通知を受け、甲が真実の売上高をひそかに記録していた甲所有の帳簿（以下「本件帳簿」という。）を発見されないようにするため、同月2日、事情を知らない知人のYに対して、「事務所が手狭になったので、今月16日まで書類を預かってほしい。」と言い、本件帳簿を入れた段ボール箱（以下「本件段ボール箱」という。）を預けた。

Yは、本件段ボール箱を自宅に保管していたが、同月14日、甲の事業の従業員から、本件帳簿が甲の脱税の証拠であると聞かされた。甲は、税務調査が終了した後の同月16日、Yに電話をかけ、本件段ボール箱を回収したい旨を告げたが、Yから、「あの帳簿を税務署に持っていったら困るんじゃないのか。返してほしいければ100万円を持ってこい。」と言われた。

甲は、得意先との取引に本件帳簿が必要であったこともあり、これを取り返そうと考え、同日夜、Y宅に忍び込み、Yが保管していた本件段ボール箱をY宅から持ち出し、自宅に帰った。

2 甲は、帰宅直後、Yから電話で、「帳簿を持っていったな。すぐに警察に通報するからな。」と言われた。甲は、すぐに警察が来るのではないかと不安になり、やむなく、本件帳簿を廃棄しようと考えた。甲は、自宅近くの漁港に、沖合に突き出した立入禁止の防波堤が設けられており、そこに空の小型ドラム缶が置かれていることを思い出し、そのドラム缶に火をつけた本件帳簿を投入すれば、確実に本件帳簿を焼却できると考えた。そこで、甲は、同日深夜、本件段ボール箱を持って上記防波堤に行き、本件帳簿にライターで火をつけて上記ドラム缶の中に投入し、その場を立ち去った。

その直後、火のついた多数の紙片が炎と風にあおられて上記ドラム缶の中から舞い上がり、周囲に飛散した。上記防波堤には、油が付着した無主物の漁網が山積みになっていたところ、上記紙片が接触したことにより同漁網が燃え上がり、たまたま近くで夜釣りをしていた5名の釣り人が発生した煙に包まれ、その1人が同防波堤に駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれも生じた。なお、上記防波堤は、釣り人に人気の場所であり、普段から釣り人が立ち入ることがあったが、甲は、そのことを知らず、本件帳簿に火をつけたときも、周囲が暗かったため、上記漁網、上記原動機付自転車及び上記釣り人5名の存在をいずれも認識していなかった。

3 甲は、妻乙（45歳）と2人で生活していたところ、乙と相談の上、入院していたXを退院させ、自宅で数か月間、その介護を行っていたが、自力で移動できず回復の見込みもないXは、同月25日から、甲及び乙に対して、しばしば「死にたい。もう殺してくれ。」と言うようになった。甲は、Xが本心から死を望んでいると思い、その都度Xをなだめていた。しかし、Xは本心では死を望んでおらず、乙もXの普段の態度から、Xの真意を認識していた。

乙は、同月30日、甲の外出中、Xの介護に疲れ果てたことから、Xを殺害しようと決意し、Xの居室に行き、「もう限界です。」と言ってXの首に両手を掛けた。これに対し、Xは、乙に「あれはうそだ。やめてくれ。」と言ったが、乙は、それに構わず、殺意をもって、両手でXの首を強く絞め付け、Xは失神した。乙は、その後も、Xの首を絞め続け、その結果、Xは窒息死した。

甲は、Xが失神した直後に帰宅し、乙がXの首を絞めているのを目撃したが、それまでのXの言動から、Xが乙に自己の殺害を頼み、乙がこれに応じてXを殺害することにしたのだと思った。甲は、Xが望んでいるのであれば、そのまま死なせてやろうと考え、乙を制止せずにその場から立ち去った。乙は、その間、甲が帰宅したことに気付いていなかった。

仮に、甲が目撃した時点で、直ちに乙の犯行を止めてXの救命治療を要請していれば、Xを救命できたことは確実であった。また、甲が乙に声を掛けたり、乙の両手をXの首から引き離そうとしたりする

など、甲にとって容易に採り得る措置を講じた場合には、乙の犯行を直ちに止めることができた可能性は高かったが、確実とまではいえなかった。

令和3年度予備試験刑法 参考答案

第1 乙の罪責について

1 両手でXの首を強く締め付けた行為について普通殺人罪（刑法（以下略）199条）が成立しないか。

まず、乙の上記行為は、X死亡の現実的危険性を有する行為であるため実行行為に当たり、かかる行為によって、Xを窒息死させている。

そして、確かに、Xは乙に対し、しばしば「死にたい。もう殺してくれ」と言っていたため、乙は同意殺人罪（202条後段）の故意しか有していないとも思える。しかし、乙はXの普段の態度から、Xが本心では死を望んでいないというXの真意を認識しており、乙の上記行為の際も、Xは、乙に、「あれはうそだ。やめてくれ。」と言ったにもかかわらず、Xの首を絞め続けている。そのため、乙は、Xの死亡結果を認識・認容しており、普通殺人罪の故意（38条1項本文）が認められる。

2 よって、乙の上記行為に普通殺人罪が成立し、乙はかかる罪責を負う。

第2 甲の罪責について

1 Yが保管していた本件段ボールをY宅から持ち出した行為に窃盗罪（235条）が成立しないか。

(1) まず、本件段ボールは、甲の所有する「財物」であり、「他人の財物」（同条）に当たらないとも思える。しかし、「自己の財物であっても、他人が占有…するもの」は「他人の財物とみな」される（242条）ところ、本件段ボールは、Yが自宅に保管し占有しているため、「他人の財物」とみなされる。

また、甲は、Yが占有している本件段ボールを、Yの意思に反して自己の占有に移転させているため、「窃取」したといえる。

さらに、甲には、窃盗の故意及び不法領得の意思も認められる。

(2) そして、甲の上記行為は、自救行為として違法性が阻却されないか問題となるものの、本件では被害回復の緊急性は認められず、Y宅への侵入は相当性も認められないため、上記行為の違法性は阻却されない。

(3) よって、甲の上記行為に窃盗罪が成立する。

2 防波堤に行き、本件帳簿にライターで火をつけた行為に自己所有建造物等以外放火罪（110条2項）が成立しないか。

(1) まず、甲は、「自己の所有に係る」本件帳簿をライターで火をつける行為により「放火」したところ、本件帳簿が独立に燃焼を継続する状態に達しているため、「焼損」したといえる。

(2) では、「公共の危険」の発生が認められるか。

ア 放火罪の公共危険罪たる性格に鑑みると、「公共の危険」とは、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。

イ 本件では、確かに、防波堤の周辺には建造物等はなく、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は認められない。しかし、本件では、上記放火行為の直後、火のついた多数の紙片が炎と風にあおられてドラム缶の中から舞い上がり、周囲に飛散し、かかる紙片が油が付着した漁網に接触することで、同漁網が燃え上がっていた。そして、近くで夜釣りをしていた5名の釣り人が発生した煙に包まれるとともに、その一人が同防波堤に駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれも生じていた。そのため、5名の釣り人の生命、身体に対する危険及び原動機付自転車に対する延焼の危険が生じているといえ、「公共の危険」の発生が認められる。

(3) もっとも、甲は、本件帳簿に火をつけたとき、周囲が暗かったため、上記漁網、上記原動機付自転車及び上記釣り人5人の存在を認識しておらず、「公共の危険」の発生の認識を欠く。では、「公共の危険」の発生の認識は必要か。

この点について、本罪は、「よって」(110条)の文言から、「公共の危険」を加重結果とする結果的加重犯であると解されるため、「公共の危険」の認識は不要である。

(4) よって、甲の上記行為に自己所有建造物等以外放火罪が成立する。

3 乙を制止せずにその場から立ち去った行為に普通殺人罪の幫助犯(62条1項)が成立しないか。

(1) 「幫助」とは、実行行為以外の方法によって正犯の実行行為を容易にすることをいう。まず、片面的幫助の成否が問題となるが、被幫助者に幫助行為の認識がなくとも、正犯の実行行為を容易にし得るため、片面的幫助は成立すると解する。

(2) そして、不作為によっても正犯の実行行為を容易にし得るため、不作為も「幫助」に当たり得る。もっとも、処罰範囲を限定するため、①法的な作為義務の存在、及び②作為の可能性・容易性が必要と解する。

本件では、甲はXの実子であり、民法上の扶養義務(民法877条1項)を負っていた。また、甲は乙と共にXを自宅で介護しており、乙の上記行為時、甲以外には、甲宅に乙の犯行を阻止できる者はおらず、Xの生命は、甲に排他的に依存していたといえる。そのため、甲には、乙の犯行を阻止する法的な作為義務が認められる(①)。また、甲が乙に声を掛けたり、乙の両手をXの首から引き離さそうとしたりすることは、可能かつ容易であったといえる(②)。

したがって、上記行為は、「幫助」に当たる。

(3) また、甲が上記作為に出ていた場合は、确实とまではいえないものの、乙の犯行を直ちに止めることができた可能性が高く、X死亡という結果を回避できたと考えられ、因果関係も認められる。

(4) もっとも、甲は、Xが本心から死を望んでいると認識しているため、同意殺人罪の幫助犯の故意がなく、普通殺人罪の幫助犯の故意は認められない。したがって、普通殺人罪の幫助犯は成立しない(38条2項)。では、同意殺人罪の幫助犯が成立しないか。

ア 客観的構成要件該当性の判断は実質的に行うべきである。そして、客観的構成要件は法益侵害行為を類型化したものであるから、保護法益や行為態様の共通性等を基礎として、軽い故意に対応した客観的構成要件該当性の有無を判断すべきである。

イ 本件では、殺人罪と同意殺人罪の保護法益は、ともに人の生命であり、行為態様も共通しているため、両犯罪には実質的な重なり合いが認められ、後者の客観的構成要件該当性が認められる。また、上記のとおり、同意殺人罪の幫助犯の故意も認められる。

(5) よって、甲の上記行為に同意殺人罪の幫助犯が成立する。

4 以上より、甲の行為に、①窃盗罪、②自己所有建造物等以外放火罪、③同意殺人罪の幫助犯が成立する。そして、これらは、併合罪（45条前段）となり、甲はかかる罪責を負う。

以上

司法試験合格者 早川大智

令和3年予備試験刑法解説レジュメ

第1 出題趣旨

本問は、(1)甲が、脱税の証拠である甲所有の帳簿（以下「本件帳簿」という。）をYに預けていたところ、情を知ったYからその返還と引き替えに100万円の支払を求められたため、Y宅に忍び込み、Yが保管していた本件帳簿が入った段ボール箱をY宅から持ち出したこと、(2)その後、(1)の犯行を知ったYから警察に通報する旨を告げられた甲が、本件帳簿を廃棄するため、自宅近くの防波堤で、これに火をつけて燃やしたところ、火のついた紙片が同防波堤にあった漁網に接触してこれを燃焼させ、その煙が釣り人を包み、釣り人の原動機付自転車にも延焼するおそれを生じさせたこと、(3)甲の妻乙が、自宅において、甲の実父Xの首を絞めて窒息死させたところ、甲は、その状況を目撃しながら、Xが死を望んでいるものと考えてこれを放置してXを死亡させたことを内容とする事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)については、本件帳簿が甲の所有物であることを踏まえて、これが刑法第242条にいう「他人が占有」する財物に当たるかを検討しつつ、自救行為としての違法性阻却の可能性も含めて、甲に窃盗罪が成立するか否かに関して、本事例における事実関係を基に検討する必要がある。

(2)については、本件帳簿が自己所有建造物等以外放火罪の客体に当たることを前提に、本事例において、同罪における「公共の危険」が発生したといえるか否かを検討するとともに、これを肯定したときには、同罪の成立に「公共の危険の認識」が必要かどうかを踏まえた成立罪名を検討する必要がある。

(3)については、乙に殺人罪が成立するところ、甲の不作为による関与の可罰性を検討するに当たり、作為義務の有無、結果回避可能性の要否、関与類型、抽象的事実の錯誤の処理等に関する基本的理解を踏まえつつ、本事例における事実関係を適切に当てはめて、甲の罪責について具体的に検討する必要がある。

いずれについても、各構成要件等の正確な知識、基本的理解や、本事例にある事実を丁寧に拾って的確に分析した上で当てはめを具体的に行う能力が求められる。

第2 乙の罪責について

1 両手でXの首を強く締め付けた行為

⇒乙の上記行為について普通殺人罪（刑法（以下略199条）の成否を検討する。乙の上記行為は、X死亡の現実的危険性を有する行為であるため実行行為に当たり、かかる行為によって、Xを窒息死させている。ここで、Xに普通殺人罪の故意が認められるか問題となるものの、乙はXの普段の態度から、Xが本心では死を望んでいないというXの真意を認識しており、乙の上記行為の際も、Xは、乙に、「あれはうそだ。やめてくれ。」と言ったにもかかわらず、Xの首を絞め続けている。そのため、乙は、Xの死亡結果を認識・認容しており、

普通殺人罪の故意（38条1項本文）が認められる。

第3 甲の罪責について

1 Yが保管していた本件段ボールをY宅から持ち出した行為

⇒甲の上記行為についてYに対する窃盗罪（235条）の成否が問題となる。まずは、本件帳簿が甲の所有物であるため、「他人が占有」する財物に当たるか検討することとなる。この点については、242条を用いて、「自己の財物であっても、他人が占有…するもの」は他人の財物とみなされることを端的に論じていくこととなる。また、本問では、甲の行為は自救行為にあたりうるため、違法性阻却事由の検討もする必要がある。一般に、自救行為の要件は、被害回復の緊急性と手段の相当性であると考えられるところ、本件の事案でかかる要件の充足が認められるか検討する必要がある。

2 防波堤に行き、本件帳簿にライターで火をつけた行為

⇒甲の上記行為について自己所有建造物等以外放火罪（110条2項）の成否が問題となる。まずは、客観的構成要件該当性を丁寧に検討することが求められる。「公共の危険」については、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（最決平15・4・14）ことを述べ、事案に即してあてはめることとなる。さらに、甲は、本件帳簿に火をつけたとき、周囲が暗かったため、上記漁網、上記原動機付自転車及び上記釣り人5人の存在を認識しておらず、「公共の危険」の認識を欠いている。そこで、「公共の危険」の認識の要否が問題となる。この点については、必要説と不要説の立場があるが、自説に従って適切に論じることが必要となる。

3 乙を制止せずにその場から立ち去った行為

⇒甲の上記行為について普通殺人罪の幫助犯（62条1項、199条9）（又は同意殺人罪の幫助犯（62条1項、202条後段））の成否が問題となる。この点について、厳密には、不作為の正犯（不作為の殺人罪）と幫助犯のいずれに問擬すべきか問題となる。次に、本件において乙は甲の幫助行為を認識していないため、片面的幫助の成否を論じる必要がある。さらに、不作為も「幫助」に当たり得るか問題となり、事案に即して論じていく必要がある。この点については、処罰範囲の限定から、不作為が「幫助」に当たるには、①法的な作為義務の存在、及び②作為の可能性・容易性が必要と解される。なお、作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・先行行為・危険の引受け・排他的支配の設定・保護の引受け等から総合して判断される。加えて、本件では、甲は、Xが本心から死を望んでいると認識しており、同意殺人罪の幫助犯の故意しかないため、抽象的事実の錯誤が問題となり、保護法益や行為態様の共通性等を基礎として、軽い故意に対応した客観的構成要件該当性が認められるか検討する必要がある。

4 罪数

⇒以上より、甲の行為に、①窃盗罪、②自己所有建造物等以外放火罪、③同意殺人罪の幫助犯が成立し、これらは、併合罪（45条前段）となる。

第4 総括

・皆さん答案作成お疲れ様でした。構成要件を全て検討できていない答案や、刑法の体系に沿って論じられていない答案等が目立ちました。刑法は、細かいミスの積み重ねで差がつく科目だと思います。刑法の体系（客観的構成要件⇒主観的構成要件⇒違法性阻却事由の有無⇒責任）を守り、構成要素を漏らさず検討する意識を持ちましょう。

以上

表

予備

試験科目

刑法

2024.3.26 早稲田大

試験地

明治大学

最優秀答案

回答者：J.O.

※

A B C

少し論述の意図が伝わりづらいように思います。

内容的には問題ありませんが、窃盗罪の部分で少し書きすぎているような印象を受けます。もう少し簡潔に論述してもよいかもしれません。

1 頁

要件を漏らす性質しており、丁寧だと思えますが特に問題とならないのであればあえてこれを書く必要はありません。もっとも、本件では自教行為として違法性が阻却される可能性があるので、認められないとしても一言触れてもよかったです。

+

第1 甲が本件段ボール箱をY宅から持ち出した行為につき、窃盗罪(刑法(以下、法令各省略)235条)が成立し得る。

1 本件段ボール箱は、Yが自宅で保管していたものであるから「他人の占有する財物」にあたる。また、Yは、本件段ボール箱の所有権が甲から回収された旨を電話で告げられたことより、Yが占有を正当化する事柄を失うこととなり(民法66条1項参照)。よって、Yが事実上占有する本件段ボール箱も235条により「他人の財物」とみなされる。

2 (1) 自力救済が認められる場合には、全盗み占有は自力による合法的保護として保護される。そこで、本件に基けばYは占有主として他人の占有する財物とみなされ得る。

(2) 本件では、本件段ボールは甲の所有物である。Yが自宅で事実上占有しているものから、Yは本件段ボールの占有を事実上行使して「他人の財物」とみなされる。

3 (1) 「窃取」とは、占有者の意思に反し、財物に對する他人の占有を排し、財物と自ら又は第三者の占有に移すことをいうと解する。

(2) 本件では、Yは甲に對し本件段ボール箱の返還金として100万円を求めたにもかかわらず、甲はY宅に忍び込み、Y宅から本件段ボールを強奪して持ち出してしまふから、占有者たるYの意思に反し、本件段ボール箱に對するYの占有を排し、自らYの占有に移したといえる。したがって、強奪したといえる。

4 甲に窃盗罪の故意(235条)も不法領得の意思も認めらるる。

5 甲に違法性阻却事由及び責任阻却事由は認めらるる。

+

刑法 2 頁

6 よって、甲に窃盗罪が成立する。

第2 甲が本件帳簿にライターで火をつけてどういふ火の中に投入し、焼却させた行為につき、建造物等以外放火罪(110条2項)が成立し得る。

1 甲は上記行為により「自己の所有する物である本件帳簿に投入してこれをライターで火をつけることにより焼却させた。

2 (1) 「公共の危険」(110条1項)は、109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定され得る問題となる。

(2) 放火罪の保護法益は、不特定又は多数人の生命、身体、財産である。よって、公共の危険には、焼却した財物の危険に限定され得るのではなく、不特定又は多数人の生命、身体、財産又は建造物等に対する危険も含まれると解する。

(3) 本件では、本件に於いて延焼の危険は、建造物等ではなく、建造物等に対する延焼の危険にはない。また、放火直後、火のついた多数の紙片がどういふ火の中から舞い上がり、周囲に飛散し、建物の大窓に移り、近隣の夜釣り客(20人)5名のA79人が燃えた煙のまじりかたに危険が生じるとも、そのうちの1人の原車所持自転車に延焼するおそれを生じさせる。よって、釣り客5名の生命、身体に対する危険及び5名のうちの1名の原車所持自転車に對する延焼の危険が生じているといえる。

「公共の危険」の発生が認めらるる。よって、235条。

3 (1) 甲には「公共の危険」の発生が認めらるる。よって、その要件が問題となる。

(2) 110条1項に「よこ」と規定されているから、同条の罪は結果的加害犯であるから、「公共の危険」の発生が認めらるる。よって、その要件が問題となる。

(注意事項)
 1 答案用紙の種類
 本答案用紙は、刑法の答案用紙です。
 刑事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。
 なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切応じません。)
 2 答案用紙の取扱い
 答案用紙の取換え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意
 (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点となります。
 (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 (4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください(試験時間終了後に記載することは認めません。)
 (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。
 4 その他
 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

答案作成お疲れ様でして。内容的にはよく書けていると思いますが、少し不要な論述も多いように感じました。刑法は、論述する内容が多く、時間がギリギリとなるため、必要最低限の論述を簡潔にすることを意識しましょう。今後も頑張ってください。

45 (3) 本件では、甲は強姦夜討り5条及び同条特例規定の存在を
 46 認識していないが、認識は不要であるから問題にならない。
 47 3 甲に違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。不要
 48 4 よう、甲に建造物等以外放火罪が成立する。
 49 第3 妻の乙がXの首を両手で絞殺しかけた行為は殺人罪
 50 (199条)が成立しないが、
 51 1 乙は上記行為によりXを窒息死させた。
 52 2 (1) 殺人罪の成立は、同意殺人罪(202条後段)との区別
 53 が必要であるから、被害者の意思に反して死に至らぬことの認識
 54 ・認容が必要であると解する。
 55 (2) 本件では、乙はXから「死にたい。もう殺してくれ」と言われたものの、
 56 乙はXの同意を認めずXの真意を認めたと認識していた。窒息死の
 57 通路上にXは乙に反して「死にはうぜい。やめてくれ」と言われたものの、
 58 乙はXの真意を認めず乙の認識・認容に基づき、被害者乙の
 59 真意に反してXを死に至らせたものと見做す。したがって、乙には殺人罪
 60 の成立が認められる。
 61 (3 乙は違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。)
 62 4 よう、乙に殺人罪が成立する。
 63 第4 甲が乙を制止せよと叫ぶ場から立ち上がった行為は不作為の
 64 殺人罪(199条)又は同意殺人罪(202条後段)が成立しないが、
 65 (1) 実行行為は、構成要件結果発生の現実的危険性をもつ行為をい
 66 とす。不作為による場合の危険性は惹起性をもつ。もつも惹起性認められ

67 と刑法の謙抑主義に反するおそれがあるため、
 68 侵害を許さず認めない。そこで、
 69 場合に不作為の実行行為性が認められ、(1) 行為の
 70 容認性も認められる。具体的には、Xと同居して高齢者介護を担っていた事実から排
 71 (2) 甲は、Xの子として親族間の扶助義務(民法730条)があり、Xと同居して
 72 高齢者介護を担っていたことから甲はXを排他的に扶助していた。この
 73 点での前項の行為も目的外に於いての犯行と認められ、
 74 といえる(1)。また、甲が乙の両手をXの首から3/5離すなどの行為は
 75 は可能であり、容認性も認められる。甲は119番通報によりXの救命救済に
 76 いたし、可能であり、容認性も認められる(2)。したがって、殺人罪の実行行為性が認められる。
 77 (3) 甲は、Xが乙に殺害を頼み、乙が乙に反してXを殺害したと主張し、
 78 主観的なため、同意殺人罪の成立にとどまり、殺人罪の成立はないと
 79 から、殺人罪は成立しない(3条一項後段)。よって、甲に同意殺人罪の容認性
 80 構成要件該当性が認められないから、問題となる。
 81 (2) 構成要件は社会通念を基礎とした違法有責行為類型であるから、
 82 容認性も認められ、構成要件の重なり合いは「重なり合いの判断基準を示す必要がありま
 83 といえ、本件ではXは軽い同意殺人罪の範囲で実質的に構成要件の重なり
 84 合いが認められる。重なり合いの判断基準を示す必要があります。また、本件でのあてはめをしまし
 85 3 よう、甲に同意殺人罪が成立する
 86 第5 罪数処理
 87 以上により、甲は放火罪、建造物等以外放火罪及び同意殺人罪の罪責を負
 88 いは併合罪(197条)となる。甲は殺人罪の罪責を負う。不要 以上

最優秀答案

回答者 J.O.

第1 甲が本件段ボール箱を Y 宅から持ち出した行為につき窃盗罪（刑法（以下、法令名省略）235 条）が成立しないか。

- 1 本件段ボール箱は、Y が自宅で保管していたものであるから、「他人」の占有する「財物」にあたる。もっとも、Y は、本件段ボール箱の所有者である甲から、回収したい旨を電話で告げられていることから、Y の占有を正当化する本権を失うこととなる（民法 662 条 1 項参照）。そこで、Y が事実上支配する本件段ボール箱も 242 条によって「他人の財物」とみなされるか。
- 2 (1) 自力救済が原則禁止されていることに鑑み、占有それ自体を法的利益として保護すべきである。そこで、権原に基づかない占有も「他人が占有…するもの」として「他人の財物」にあたると解する。
(2) 本件では、本件段ボール箱は甲の所有物であるものの、Y が自宅で事実上支配しているものであり、Y に本権はないものの、占有している事実があることから、「他人の財物」とみなされる。
- 3 (1) 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する他人の占有を排し財物を自己又は第三者の占有に移すことをいうと解する。
(2) 本件では、Y は甲に対して本件段ボール箱の返還条件として 100 万円を求めていたにもかかわらず、甲は Y 宅に忍び込んだ上で Y 宅から本件段ボール箱を持ち出しているから、占有者たる Y の意思に反して、本件段ボール箱に対する Y の占有を排し、自己たる甲の占有に移したといえる。したがって、「窃取」したといえる。
- 4 甲に窃盗罪の故意（38 条 1 項）も不法領得の意思も認められる。
- 5 甲に違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。
- 6 よって、甲に窃盗罪が成立する。

第2 甲が本件帳簿にライターで火をつけてドラム缶の中に投入し焼却させた行為につき、建造物等以外放火罪（110 条 2 項）が成立しないか。

- 1 甲は上記行為によって、「自己の所有に係る」「物」である本件帳簿に「放火」

してこれをライターで火をつけることによって「焼損」させた。

2 (1) 「公共の危険」(110条1項)は、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定されるかが問題となる。

(2) 放火罪の保護法益は、不特定又は多数人の生命、身体、財産である。よって、「公共の危険」には、必ずしも前述の危険に限定されるわけではなく、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。

(3) 本件では、確かに防波堤の付近には建造物等はないから、建造物等への延焼の危険性はない。もっとも、放火直後、火のついた多数の紙片がドラム缶の中から舞い上がり、周囲に飛散し、漁網に燃え移って、近くで夜釣りをしていた5名の釣り人が発生した煙に包まれる危険が生じるとともに、そのうちの1人の原動機付自転車に延焼するおそれを生じさせている。

このように、釣り人5名の生命、身体に対する危険及び5名のうちの1名の原動機付自転車たる財産に対する延焼の危険が生じていることから、「公共の危険」の発生が認められる。

3 (1) 甲には「公共の危険」発生の認識はないが、その要否が問題となる。

(2) 110条1項に「よって」と規定されているとおり、同条の罪は結果的加連犯であることから、「公共の危険」の主についての認識は不要と解する。

(3) 本件では、甲は漁網、夜釣り5名及び原動機付自転車の存在を認識していないが、認識は不要であるため問題とならない。

3 甲に違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。

4 よって、甲に建造物等以外放火罪が成立する。

第3 妻の乙がXの首を両手で絞め続けた行為につき、殺人罪(199条)が成立しないか。

1 乙は上記行為によって、Xを窒息死させた。

2 (1) 殺人罪の故意は、同意殺人罪(202条後段)の故意と明確に区別する必要があることから、被害者の意思に反して死にいたらしめることの認識・認容が必要であると解する。

(2) 本件では、乙はXから「死にたい。もう殺してくれ」と言われたものの乙は、Xの当該発言は、Xの真意でないものと認識していた。窒息死する直前にXは乙に対して「あれはうそだ。やめてくれ」と言われたものの、上述のとおり乙はXの真意でないものとすでに認識・認容した上で、被害者

たる X の意思に反して X を死に至らしめたものといえる。したがって、乙には殺人罪の故意が認められる。

- 3 乙に、違法性阻却事由及び責任阻却事由は認められない。
- 4 よって、乙に殺人罪が成立する。

第4 甲が乙を制止せずにその場から立ち去った行為につき、不作為による殺人罪（199条）又は同意殺人罪（202条後段）が成立しないか。

（1）実行行為とは、構成要件結果発生の実現的危険性を有する行為をいうところ、不作為によってもかかる危険性を惹起できる。もっとも無限定に認めてしまうと刑法の謙抑主義に反するおそれがあるとともに、処罰を拡大し、被告人の人権侵害を招きかねない。そこで、作為と構成要件的同価値性が認められる場合に不作為の実行行為性が認められ、具体的には①作為義務と②作為の可能性・容易性を要すると解する。

（2）甲は、Xの子として親族間の扶助義務（民法730条）があり、Xと同居して高齢者介護を担っていたのであるから甲はXを排他的に支配していた。そうすると、甲は乙の前述の行為を目の当たりにしたら、乙の犯行を止める作為義務があったといえる（①）。また、甲が乙の両手をXの首から引き離すなどの措置をとることは可能であり、容易であった。加えて、甲は119番通報によりXの救命要請をすることも可能であり、容易であった（②）。したがって、殺人罪の実行行為性が認められる。

- 2（1）もっとも、甲は、Xが乙に自己の殺害を頼み、乙がこれに応じてXを殺害しているものだという主観しかないため、同意殺人罪の故意にとどまり、殺人罪の故意はないといえるから、殺人罪は成立しない（38条2項参照）。そこで、甲に同意殺人罪の客観的構成要件該当性が認められないかが問題となる。

（2）構成要件は、社会通念を基礎とした違法有責行為類型であるから、主観と客観に実質的に構成要件的重なり合いがあれば重なり合う範囲で認められるところ、本件ではXには軽い同意殺人罪の範囲で実質的な構成要件的重なり合いが認められる。

- 3 よって、甲に同意殺人罪が成立する。

第5 罪数処理

以上により、甲は窃盗罪、建造物等以外放火罪及び同意殺人罪の罪責を負い、

いずれも併合罪（45条前段）となる。乙は殺人罪の罪責を負う。

以 上