

論文式試験問題集
[刑法・刑事訴訟法]

[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。

1	第 1 甲が本件段ボール箱を Y 宅から持ち出した行為
2	
3	1 上記行為について、甲に窃盗罪(235 条)が成立するか。
4	2(1) 本件段ボール箱は、Y が自宅で保管することで占有しているものであるから、
5	他人の占有するに属する「財物」に当たる。
6	(2) 本件段ボール箱は、Y が占有している甲の所有物であるが、甲は、Y に対し、
7	これを返還するよう求めている。そのため、Y は、本件段ボールを占有する権原
8	を失うことになるが、このような場合にも、本件段ボール箱は 242 条により「他
9	人の財物」とみなされるか。
10	自力救済禁止の観点から、窃盗罪の保護法益は占有それ自体であると解すべき
11	であるから、他人が事実上占有する自己所有物も「他人の財物」とみなされる。
12	したがって、本件段ボール箱も、「他人が占有...するもの」として「他人の財
13	物」とみなされる。
14	(3) 「窃取」とは、占有者の意思に反する占有移転を意味する。
15	甲は、Y が返還と引き換えに 100 万円の支払を求めている本件段ボール箱を、
16	Y 宅に忍び込んで持ち出している。
17	したがって、甲による持ち出しは、Y の意思に反して本件段ボール箱の占有
18	を Y から甲へと移転するものとして「窃取」にあたる。
19	(4) また、甲には不法領得の意思及び故意も問題なく認められる。
20	(5) 上記のとおり、本件帳簿の持ち出しは甲による自己物の取返しではあるものの、
21	夜間に Y 宅へ忍び込んで行われていることに鑑みると、社会通念上相当な行為と
22	はいえないことから、違法性は阻却されない。
23	3 以上より、甲には、窃盗罪(235 条)が成立する。
24	第 2 甲が自宅近くの防波堤において本権帳簿に火をつけて燃やした行為

1	
1	上記行為について、甲に、自己所有建造物等以外放火罪（110 条 2 項）が成立するか。
2	
2(1)	甲は、「自己の所有」する本件帳簿に「放火」し、本件帳簿は「焼損」するに
3	至っている。
4	
(2)	本罪における「公共の危険」とは、本罪の保護法益は不特定又は多数人の生命・
5	身体・財産であることに鑑み、108 条・109 条 1 項の建造物等に対する延焼の危険
6	に限らず、不特定又は多数人の生命・身体・財産に対する危険も含まれると解する。
7	
	本件についてみると、放火直後、火のついた多数の紙片が炎と風にあおられてド
8	ラム缶の中から舞い上がり周囲に飛散した結果、山積みにされていた油が付着した
9	無主物の漁網に接触し同漁網が燃え上がり、近くで夜釣りをしていた 5 名の釣り人
10	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
11	するおそれも生じていることから、不特定又は多数人の生命・身体・財産に対する
12	危険が生じている。
13	
	したがって、「公共の危険」の発生も認められる。
14	
(3)	また、甲は、公共の危険の発生を認識していないものの、108 条・109 条 1 項の
15	放火罪の未必の故意との区別の困難性ゆえに 110 条 2 項の「公共の危険」の認識
16	は不要であると解する。
17	
3	以上より、甲には、自己所有建造物等以外放火罪（110 条 2 項）が成立する。
18	
第 3	乙が X の首を絞めて同人を窒息死させた行為
19	
1	乙の罪責
20	
(1)	乙は、X の首を絞めるという死の現実的危険性のある殺人の実行行為により、
21	同人を窒息死させている。
22	
(2)	X は、甲及び乙に対して、しばしば「死にたい。もう殺してくれ。」と言ってい
23	たものの、乙の行為直前に、「あれはうそだ。やめてくれ。」と言っていることか

1	ら、乙は、Xが本心では死を望んでいないことを認識しており、その上で殺意を
2	もってXを窒息死させているため、殺人罪の故意にかけるところもない。
3	(3) 以上より、乙には、Xに対する殺人罪(199条)が成立する。
4	2 甲の罪責
5	(1) 甲が乙の行為を制止せずにその場から立ち去ったことについて、不作為による
6	殺人罪(199条)が成立しないか。
7	(2) 不真正不作為犯の成立には、予測可能性の保障という罪刑法定主義との関係か
8	ら、作為との同価値性が求められる。
9	具体的には、①作為義務、②作為の可能性・容易性が必要である。
10	本件についてみると、甲は、Xの子であるから民法上の扶養義務(民法 877 条 1 項)
11	を負う立場にある。また、甲は、乙と相談の上、入院していたXを退院させ、自宅で
12	介護を行っていたのであるから、Xの生命は、甲及び乙によって排他的に支配された
13	状況にあったと評価できる。
14	したがって、甲には乙の行為を制止して犯罪を阻止することを内容とする作為義務
15	が認められる(①充足)。
16	(4) 次に、甲が乙に対し声をかけ、同人をXから引き離すことは、甲にとって可能
17	かつ容易なことといえ、また、救急車を呼んで病院に搬送してもらうことも容易
18	であるといえることから、作為の可能性・容易性も認められる(②充足)。
19	以上より、甲の不作為に殺人罪の実行行為性が認められる。
20	(5) 不作為犯の条件関係は、仮定的判断を要するから、ある期待された作為がなされ
21	ていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる場合に認められる
22	と解する。
23	本件についてみると、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

1	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
2	直ちに止めることができた可能性は高かったのであるから、確実とまではいえなか
3	ったとしても、高度の蓋然性をもって結果が回避されたものと認められる。
4	したがって、甲の不作为とX死亡との間には、条件関係が認められる。
5	(6) 甲は、Xが乙に自己の殺害を頼み、乙がこれに応じてXを殺害することにした
6	のだと思っていることから、同意殺人罪(202条後段)の故意しか認められないため、
7	殺人罪は成立しない。
8	しかし、故意責任の本質は、反規範的人格態度への道義的非難にあり、規範は構
9	成要件の形で与えられている。とすれば、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内
10	で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきであり、認識事実の構成要件と実
11	現事実の構成要件が重なり合う場合には、その限度において両事実は同一の構成要
12	件的評価を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めるべきである。
13	殺人罪と同意殺人罪とは後者の限度で構成要件が重なり合うから、甲には同意殺
14	人罪の故意が認められる。
15	(7) したがって、甲には同意殺人罪が成立する。
16	第4 罪数
17	甲は、窃盗罪(235条)、自己所有建造物等以外放火罪(110条2項)及び同意殺人罪
18	(202条後段)の罪責を負い、いずれも併合罪(45条前段)となる。
19	乙は殺人罪(199条)の罪責を負う。
20	以上
21	
22	
23	

刑法ゼミ資料

2025 年 3 月 24, 25 日実施

担当：武藤

第 1 自己紹介

2018 年 12 月 予備試験合格

2021 年 1 月 司法試験合格

2022 年 5 月 弁護士登録（74 期）東京弁護士会所属

第 2 予備試験の論文式試験

- ・試験時間：70 分／問（刑事系は 2 問で 2 時間 20 分）
 - ・答案の最大枚数：4 枚
 - ・問題文：約 1.5 ページ
- ⇒時間内に事案を処理して答案に表現することが求められる。
完璧な答案は目指さない。

第 3 問題の解き方(時間の使い方)

- ①問題文を読む
 - ②答案構成
 - ③答案用紙への記入
- ⇒自分が答案 1 枚書くのにどれくらいの時間がかかるかによって変わってくる。
- Ex 1 枚 12 分→答案構成 22 分
1 枚 15 分→答案構成 10 分
- 自分がどれくらいの量を書くことができるのか把握するのが重要
- ※合格点と取るためには最低でも 3 枚(約 2000 字程度)は書けた方がよい。

第 4 刑法の特徴

- ・基本的な理解を問う問題が出題される傾向が強い。
→理論体系を意識して、論点の網羅性、規範定立、当てはめ、結論の流れを意識する。問題文の事情を抜き出し、その事実が法的にどのような意味を持っているのか評価する。
- ・多角的な検討を求める出題が増えている。

司法試験と同様学説の対立を意識した問題が出題されている。

①自説とは異なる結論を導く反対説まで問う学説対立問題

②同じ結論を導くための理論構成を複数検討させる問題

第5 今回取り扱う問題

令和3年刑法

罪責検討の問題→ 論じるべき内容については次頁の出題の趣旨を参照。

いずれも検討すべき点が多く、論述のバランスと時間配分に注意して途中答案にならないように書き切ることが肝要。

要件の充足性が明らかなものなど、特段問題とならないと考えられる点については、端的に論じるなどの工夫をした方が良い。

→どのように判断するか。

問題文の事実を把握して、問題点を把握する。

論点の解釈によって結論が分かれる要件は、ある程度の紙面を割いて論じる。

第6 出題の趣旨（太字、下線は作成者）

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7 答案構成するにあたって

Q. そもそものように論じていくか

行為者ごとか行為ごとか

→行為者ごとなら乙の罪責に言及して甲の罪責を検討

→行為ごとなら出題の趣旨記載の(1)、(2)で甲の罪責を検討し、(3)で、乙の罪責、甲の罪責の順で検討する。

私見としては、行為を時系列順に検討した上で、(3)において乙→甲の順で論じた方が良いと思う。

行為者ごとに論じた場合、乙の罪責を論じた後で、甲の罪責を(1)、(2)、(3)で論じることになると思われるため、(3)の行為について、甲の罪責と乙の罪責の論述が離れてしまう。

他方、行為ごとに論じれば(3)に関する甲と乙の罪責を同じ項目で論じることができる。

第8 甲がY宅から本件段ボールを持ち出した行為

窃盗罪(235条)の成否を検討する問題

各論の問題→構成要件該当性の検討

①「他人の財物」、②「窃取」、③不法領得の意思

どのようなバランスで論じていくべきか?

→論点の検討が必要になる要件

特に問題とならない要件は、端的に結論を導く。

本問の場合、②と③の要件充足性は特に問題なく認められる。

①についても、本件段ボールはYが保管している甲の所有物であるため、242条により「他人の財物」として扱われる。

しかし、甲はYに対して本件ダンボールの返還請求をしている。Yが本件段ボールを預かっている法的根拠は寄託契約(民法662条1項)であると考えられる。寄託契約と考えた場合、寄託者から返還を求められた時点以降、受託者は占有権原を失う。

→窃盗の保護法益の考え方（占有説 or 本権説）によっては、①の要件充足性に違いが生じる。

→①の要件について重点的に論じるべき。

第9 甲が本件帳簿を廃棄するため、自宅近くの防波堤において、本件帳簿に火をつけて燃やした行為

自己所有建造物等以外放火罪(110条2項)の成否を検討する問題

各論の問題→構成要件該当性の検討

①「自己の所有に係る物」、②「放火」、③「焼損」、④「公共の危険の発生」

①、②、③→問題文の事実から問題なく認められる。

他方、④については、現場が防波堤であり周辺に建造物等がなさそうな状況であるため「公共の危険」の解釈(不特定又は多数人の生命・身体・財産に対する危険も含まれるか否か)によっては、要件の充足性に違いが生じそう。

また、甲は「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」ったことから「公共の危険」の認識の要否の解釈によっては、結論に差が出ることになりそう。

→④の要件について重点的に論じるべき。

第10 乙がXの首を絞めて同人を窒息死させた行為

(1) 乙の罪責

殺人罪(199条)の成否

「人を殺した」といえるか。

乙は客観面については、特に問題となる事情はない。

主観面は？

「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」という事情から同意殺人罪(202条後段)の成否も問題になるように思える。

しかし、「Xは、乙に「あれはうそだ。やめてくれ。」と言った」という事情があることから、乙は、Xを同人の意思に反して死亡させることを認識・認容していたといえる。

したがって、主観面も問題ない。

→いずれにせよ後述のように、甲の罪責の方が論じるべき点が多いため、乙については簡潔に済ませた方が良さそう。

(2) 甲の罪責

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」と思って立ち去っている。

→不作為による殺人罪の成否の検討

※出題趣旨では、「甲の不作為による関与の可罰性を検討するにあたり」と記載されているため、正犯と従犯(幫助犯)のいずれで論じても採点に大きな違いは生じないのでないと思われる。

・客観面

不真正不作為犯の実行行為性

→①作為義務、②作為の可能性・容易性

不作為犯の因果関係

→ある期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえるか否か

問題文における「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。」を、どのように評価するか。

・主観面

「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。」との事情から、主観面は同意殺人に留まっている。

→軽い罪の認識で重い罪を実現(抽象的事実の錯誤)

構成要件の重なり合いが認められるかで判断

- ・結論

同意殺人罪が成立

第 11 罪数処理

必ず点数が振られているので忘れずに論じること

甲→窃盗罪(235 条)、自己所有建造物等以外放火罪(110 条 2 項)、同意殺人罪
(202 条後段)が成立し、併合罪(45 条前段)

乙→殺人罪(199 条)が成立

以上

最優秀答案

回答者：W・T さん

第1 乙の罪責

X はしばしば「死にたい。もう殺してくれ。」と言っていたが、死を望んでいない X の真意を認識しつつ、殺意をもって X の首を両手で強く締めて X を死に至らせている。よって、乙に殺人罪（199 条）が成立する。

第2 甲の罪責

1 甲は Y 宅から本件段ボールを持ち出しているが、窃盗罪（235 条）が成立するか。

（1）本件段ボール箱は財産的価値を有する本件帳簿が入っており、「財物」にあたる。もっとも、甲に所有権があり、某月 16 日に Y に返還を求めて以降、寄託契約も終了し、Y は本件段ボール箱の占有を正当化する権限を失っている。このような場合にも、本件段ボールは 242 条により「他人の財物」とみなされるか。

ア 確かに、窃盗罪の保護法益が究極的には本権であることは否定できない。しかし、現在の複雑な権利関係の下では、外形上平穏な占有も保護の対象にしないことには本件の保護も十分にはできない。そこで、窃盗罪の保護法益は本権のみならず平穏な占有も含むと解する。したがって、「他人の財物」とは、他人が平穏に占有する財物をいうものと解する。

イ これを本問についてみるに、本件段ボール箱は、甲の所有物ではあるが、Y は平穏な態様で占有している。

ウ したがって、本件段ボール箱は「他人の財物」にあたる。

（2）ア 「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に対する占有者の他人の占有を排除し、自己又は第三者の占有に移すことをいう。

イ 甲は Y の意思に反して Y 宅から本件段ボール箱を持ち出し、占有を移転させた。

ウ したがって、甲は本権段ボール箱を「窃取」したといえる。

（3）本件段ボール箱を「窃取」し自己の占有に移転する認識もあるので、窃盗罪の故意はある。

（4）では、甲に不法領得の意思は認められるか。不法領得の意思について明文規定はないが、①不可罰な使用窃盗との区別②毀棄罪との区別の観点から必要と解する。そして、具体的には、権利者を排除し他人の物を自己の所有物としてふるまい（①権利者排除意思）、その経済的用法に従いこれを利用又は処分する意思（②利用処分意思）と解する。

本問では、本件帳簿の入った本件段ボール箱を取り返そうとしており①権利者排除意思は認められる。これに対し、甲は本件帳簿に火をつけていることから②利用処分意思はないのではないか。思うに、甲の窃取時点では本件帳簿が取引先との取引に必要であると考えていたのであり②利用処分意思は認められる。

よって、甲に不法領得の意思は認められる。

(5) よって、甲について窃盗罪(235条)が成立する。

2 次に甲は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ている。この行為について自己所有建造物等以外放火罪(110条2項)が成立するか。

(1) まず、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ており「放火」といえる。

(2) 次に「焼損」とは、火が媒介物を離れ目的物に燃え移り独立して燃焼を継続する状態にさせることをいう。本問では、本件帳簿に火をつけ独立燃焼を継続させる状態にさせており「焼損」といえる。

(3) さらに、本件帳簿は甲の所有物であるから「自己の所有に係るもの」といえる。

(4) ア では、上記行為により「公共の危険」(110条1項)を発生させたといえるのか。思うに、放火罪の保護法益は、不特定又は多数人の生命・身体・財産の安全にある。とするならば、「公共の危険」とは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に限らず、不特定又は多数人の生命・身体・建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解する。そして、危険性の判断基準は、当該状況における一般人の判断を基準にすべきと考える。

イ これを本問についてみるに、本件ドラムや漁網があったのは沖合に突き出した立入禁止の防波堤であり、深夜の人気のない時間帯であり、一般人の判断からすれば被害は生じないようにも思われる。しかしながら、当該防波堤は釣り人に人気の場所であり夜釣りをしていた5名の釣り人の生命・身体に対する危険が生じている。また、原動機付自転車にも延焼するおそれも生じており、建造物等以外の財産に対する危険も生じている。

ウ よって、「公共の危険」を生じさせたといえる。

(6) なお、「公共の危険」発生認識については不要と解する。認識が必要と考えると、認識の内容は延焼する可能性の認識と同じになり、108条・109条1項の未必の故意と区別が困難になるからである。よって、甲が漁網、釣り人、原動機付き自転車につき認識していなかった点は罪責の成否に影響しない。

(7) また、甲の上記行為について同罪の故意も認められる。

(8) よって、自己所有建造物等以外放火罪(110条2項)が成立する。

3 次に甲は、乙がXの首を絞めているのを目撃したが、乙を制止せずその場を立ち去った。この場合にも甲にXに対する殺人罪(199条)が成立するか。

(1) ア まず、自らXに手を下さず立ち去る不作為を「殺した」と評価できるのか。

同罪は不作為での態様を明記していないため、当該行為の実行行為性が問題となる。

思うに、実行行為とは構成要件の結果を惹起する現実的危険性のある行為をいう。そして、不作為でもかかる結果を惹起する以上実行行為性は肯定する。もっとも、罪刑法定主義、刑法の秩序維持と自由保障との調和の観点から①作為義務②作為可能性・容易性③作為との同価値性が必要と解する。

イ とすると、本問では、Xは甲の妻乙の実父であり、自宅で2人だけで介護をしており作為義務はある(①)。また50歳の男性であれば、45歳の女性による首絞めを容易に制止できたと思われ、作為可能性・容易性もある(②)。さらに、乙の犯行現場が甲の自宅であり直ちに他の者の救助が望めず、乙の犯行前にもXは自力で移動できないほど体調が落ちており、乙の首絞めにより失神していること等に鑑み、かかる状況の下、立ち去る行為は作為でXを死に至らしめるのと同価値の行為といえる(③)。

ウ よって、甲に不作為による殺人罪(199条)の実行行為性は認められる。

(2) ア 次に、不作為犯の場合の因果関係については、合理的な疑いを超える程度に確実に結果を回避できたといえる場合に因果関係が肯定されると解する。

イ 本問では、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のであり、合理的な疑いを超える程度に確実に結果を回避できたといえる。よって、甲の不作為とXの死という結果との間の因果関係もある。

(3) では、甲に殺人罪(199条)の故意は認められるか。Xが乙に自己の殺害を頼み乙がこれに応じてXを殺害したとして嘱託殺人罪(202条後段)の認識しかないので問題となる。

思うに、故意責任の本質は反対動機を形成しようと思えばできたのにこれをしなかったという反規範的人格態度への道義的非難にある。そして、規範は構成要件の形で与えられている。とするならば、構成要件の重なり合いが実質的に認められる範囲内で、軽い犯罪の故意が認められると解する。

殺人罪と嘱託殺人罪は人を殺すという行為態様や人の生命という被侵害利益が共通し構成要件の重なり合いが認められるから、軽い嘱託殺人罪の範囲での故意を認められる。

(4) よって、甲には嘱託殺人罪(202条後段)が成立する。

第3 以上より、乙の罪責は殺人罪(199条)となる。甲の罪責は窃盗罪(235条)、建造物等以外放火罪(110条2項)、嘱託殺人罪(202条後段)となり、それぞれ別個の行為であるため併合罪(45条前段)となる。

以上

2026 年 03 月 25 日 B ゼミ 刑法

最優秀答案

回答者：I・T さん

第 1 乙の罪責について

乙は、両手で X の首を絞めつけるという人の死を惹起させる危険な行為を行っていることから、殺人罪（刑法（法名略）199 条）の実行行為が認められる。そして、X は乙の行為により、窒息死しており、結果及び因果関係が認められる。また、乙は X の普段の態度から、本心では死を望んでいないことを知りながら、X を窒息死させていることから、殺人罪の故意も認められる。

したがって、乙には殺人罪が成立する。

第 2 甲の罪責について

1 本件段ボールを持ち出した行為について

(1) 上記行為について、甲に窃盗罪（235 条）が成立しないか。本件段ボールは、甲が Y に寄託（民法 657 条）した物であるから、「他人の財物」（242 条）といえるかが問題となる。

この点、財産罪の保護法益は占有自体にあることから、「他人の財物」とは、他人が占有している財物をいう。

確かに、Y は甲から本件段ボールの返却を求められているにもかかわらず、返却を拒んでいるから、Y に占有権原は認められないようにも思える。しかし、財産罪の保護法益が占有それ自体にある以上、占有の有無で判断すべきである。本件段ボールは、Y の占有下にあったことから、「他人の財物」にあたる。

(2) 「窃取」とは、占有者の意思に反する占有移転をいうところ、Y としては 100 万円と引き換えに本件段ボールを返却する意思を有していたと考えられる。とすれば、Y に無断で本件段ボールを持ち出す行為は、Y の意思に反する占有移転といえ、「窃取」にあたる。

(3) そして、甲には、不法領得の意思及び窃盗罪の故意も問題なく認められる。

(4) したがって、甲には窃盗罪が成立する。

2 本件帳簿に火をつけた行為について

(1) 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）が成立しないか。まず、甲は、本家帳簿にライターで火をつけており、「放火」といえる。

(2) 次に、「焼損」とは、火が媒介物を離れ、目的物が独立に燃焼を継続する状態に達したことをいうところ、甲は、本件帳簿に火をつけてドラム缶の中に入れており、本件帳簿が独立に燃焼を継続する状態に達したといえる。よって、「焼損」といえる。

(3) では、「公共の危険」は発生したといえるか。「公共の危険」の意義が問題となる。

この点、放火罪は公共危険罪であるから、「公共の危険」とは、不特定又は多数人の生命、

身体、建造物等以外の財産に対する危険も含む。

まず、漁網に火が移り燃えているが、無主物であるため、不特定又は多数人の財産とはいえず、「公共の危険」は発生していない。次に、近くの釣り人5名が発生した煙に包まれていることから、有毒ガスなどにより直接生命に危険が発生しないまでも、煙の吸引による一時的な呼吸困難などを生ずるおそれがあり、生命、身体に対する危険が認められる。よって、「公共の危険」が発生している。さらに、1名の原付自動車に延焼するおそれも生じており、ガソリンの入った原付自動車に引火した場合、原付自動車という財産だけでなく、釣り人5名の生命、身体に危害が加わる可能性もある。よって、「公共の危険」が発生している。

(4) では、「公共の危険」の発生につき、その認識は必要か。甲は、本件帳簿に火をつけたとき、上記漁網、原付自動車、釣り人5名の存在を認識していなかったことから、故意(38条1項本文)が阻却されないか。

この点、「公共の危険」の発生は、処罰条件に過ぎないから、その認識は不要である。

よって、故意は阻却されない。

(5) したがって、甲には自己所有建造物等以外放火罪が成立する。

3 乙を制止せずに立ち去った行為について

(1) まず、甲乙間にX殺害について共同実行の意思が認められないことから、殺人罪(199条)ないし嘱託殺人罪(202条後段)の共同正犯(60条)は成立しない。

(2) では、甲は、乙がXの首を絞める行為を目撃していながら、乙を制止しなかったことから、不作为による殺人罪ないし嘱託殺人罪が成立しないか。

不作为による場合であっても、構成要件の結果発生の実害の危険性を有する場合には、実行行為性が認められる。具体的には、①作為義務があり、②作為が容易かつ可能であることが必要である。

甲とXは実の親子であり(民法725条1号)、互いに扶助義務(730条)を負っている。また、甲と乙は夫婦であり、こちらも互いに扶助義務(752条)を負っている。とすれば、甲には乙のXを死に至らしめる高度の危険性を有する行為を制止するという義務がある(①充足)。そして、②乙は単にXの首を両手で絞めているに過ぎず、甲が乙を羽交い締めにして制止することは、甲が50歳男性、乙が45歳女性と年齢、性別の差から容易かつ可能である(②充足)。

よって、不作为による殺人罪ないし嘱託殺人罪が成立する。

(3) また、甲が乙の犯行を直ちに止めて救命治療を要請していれば、合理的な期待を超える程度に確実にXを救命できたことから、不作为の因果関係も認められる。

(4) としても、甲は、嘱託殺人罪の認識しなかったことから、重い罪である殺人罪は成立しない(38条2項)。

(5) したがって、甲には、不作为による嘱託殺人罪が成立する。

4 罪数について

甲には、窃盗罪、自己所有建造物等以外放火罪、嘱託殺人罪が成立し、いずれも別個の行

為であるから、併合罪（45 条前段）となる。
以上