

令和3年

1 [刑 法]

2

3 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。）。

4

5 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
6 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
7 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
8 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
9 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、
10 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。

11 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
12 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
13 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。
14 返してほしいければ100万円を持ってこい。」と言われた。

15 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
16 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。

17 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。

18 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、
19 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
20 かれていたことを思い出し、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
21 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
22 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。

23 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
24 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
25 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
26 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
27 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
28 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
29 いずれも認識していなかった。

30 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
31 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
32 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
33 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
34 段の態度から、Xの真意を認識していた。

35 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
36 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
37 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
38 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。

39 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、
40 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
41 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、
42 甲が帰宅したことに気付いていなかった。

43 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
44 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、
45 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つ
46 したが、確実とまではいえなかった。

[解説]

第1. 本件段ボール箱の持ち出し

甲が本件段ボール箱を Y 宅から持ち出した行為について、Y に対する窃盗罪(刑法 235 条)の成否が問題となります。

犯罪の成否を検討する際には、本問における重要度に応じてメリハリを付けながら、問題なく認められる構成要件要素も含めて全構成要件要素を網羅的に認定するのが望ましいです。

1. 「財物」には財産的価値が必要です。本件段ボール箱は、その中に本件帳簿が入っていることにより、その財産的価値が基礎づけられます。「財物」としての財産的価値についても配点があるかもしれませんが、本問は検討事項が多いので、他の検討事項を優先するために、私の答案では言及していません。

2. 窃盗罪における「財物」は、占有移転を内容とする「窃取」の客体であることから、他人の占有に属するものであることを要します。

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すから、他人の占有するに属する「財物」に当たります。

3. 窃盗罪の成否における最大の争点は、甲の自己所有物である本件段ボール箱が「他人が占有…するもの」(242 条)として「他人の財物」とみなされるかという点です。

本権説からも、他人が本権に基づいて占有する自己所有物については「他人が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされますから、仮に「窃取」当時も Y が本件段ボール箱を本権に基づいて占有していたといえるのであれば、本権説と占有説の対立は顕在化しません。両説の対立について言及することなく、242 条を適用して本件段ボール箱が「他人の財物」とみなされることを簡潔に説明すれば足ります。

もっとも、甲は本件段ボール箱を Y に預けているところ、これは寄託契約(民法 657 条)に基づくものであると考えられるため、甲は Y に対していつでも本件段ボール箱の返還を求められます(民法 662 条 1 項)。そうすると、Y は、甲から返還を求められた時点以降は、本件段ボール箱の占有を正当化する本権を失うに至ります。したがって、本件段ボール箱は、Y が本権に基づかないで事実上占有する自己所有物ですから、本権説の立場からは「他人が占有…するもの」に当たらず、「他人の財物」とみなされません。そこで、本問では本権説と占有説の対立が顕在化することになります。

私の答案では、占有説の立場から、本件段ボール箱も「他人が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされるとしています。

4. 「窃取」とは、簡潔に言うならば、占有者の意思に反する占有移転を意味します。本問では、これくらい簡単な定義でも構わないと思います。

Y が返還の条件として 100 万円の支払を求めていたことから、甲の持ち出しは、Y の意思に反して本件段ボール箱の占有を Y から甲へと移転するものとして「窃取」に当たります。

5. 窃盗罪の成立には、故意(38 条 1 項本文)に加えて、権利者排除意思及び利用処分意思を内容とする不法領得の意思も必要です。こうした主観的要件についても、なるべく問題文の事実を使って認定すべきです。

不法領得の意思については、「取り返そうと考え」（問題文 15 行目）という部分が権利者排除意思を、「得意先との取引に本件帳簿が必要であったこともあり」（問題文 15 行目）という部分が利用処分意思を基礎づけることになると思われます。

なお、私の答案では、他の検討事項を優先するために、問題なく認められる故意及び不法領得の意思については、理由を書かないで認定するにとどめています。

6. 私の答案では、結論として、窃盗罪の成立を認めています。

第2. 甲が本件帳簿にライターで火をつけてドラム缶中に投入し、本件帳簿を焼却したこと

1. この行為について、110 条 2 項の放火罪の成否のほかに、器物損壊罪（261 条）の成否まで言及すべきかは、悩ましいです。

本件帳簿は、甲の自己所有物である上、「賃貸」等を理由とする 262 条の適用もありませんから、「他人の物」とみなされません。したがって、器物損壊罪（261 条）は成立しません。仮に本件段ボール箱が「他人の物」として器物損壊罪の客体に当たるとしても、不可罰的事後行為として器物損壊罪の成立が否定されます。

私の答案では、本件段ボール箱が「他人の物」に当たらないことが明らかであるため、不可罰事後行為に言及するまでもなく器物損壊罪の成立が否定されることから、器物損壊罪の成否が問われていないと判断し、器物損壊罪の成否については言及していません。

2. 110 条 2 項の放火罪の成否では、①「公共の危険」の有無及び②「公共の危険」の認識の要否が論点となります。

①「公共の危険」に㉞108 条・109 条 1 項の建造物等に対する延焼の危険が含まれることには争いはありませんが、㉞不特定又は多数人の生命・身体・財産に対する危険まで含まれるかについては争いがあります。本問では、防波堤の周辺には建造物等はないはずですから、㉞建造物等に対する延焼の危険はありません。そこで、「公共の危険」には㉞だけでなく㉞も含まれるという論点が顕在化します。最高裁判例は㉞も含まれるとする非限定説に立っています。最高裁判例の立場を論証した上で、問題文 23～26 行目の事実を摘示・評価することにより、(1)防波堤の周辺には建造物等はないはずだから建造物等に対する延焼の危険はないこと（㉞×）、(2)夜釣りをしていた 5 名の釣り人が発生した煙に包まれたため不特定多数の生命・身体に対する危険があること（㉞○）、(3)夜釣りをしていた 5 名のうちの 1 人が駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれが生じたこと（㉞○）を指摘することになります。なお、非限定説のうち、公共の危険を「燃え広がり」から生じる危険に限定する見解からは、(2)については「公共の危険」を認めることはできません（大塚裕史ほか「基本刑法Ⅱ」第 2 版 383 頁）。本問では、ここまで問われているかもしれませんが、公共の危険を「燃え広がり」から生じる危険に限定する見解に立ったとしても、(3)を根拠として「公共の危険」を認めることができるので、このような見解の適

否についてまで言及する実益は乏しいと考え、私の答案では言及していません。

②甲は、放火当事、漁網、原動機付自転車及び釣り人5名の存在を認識していなかったため、「公共の危険」の認識を欠きます。そこで、110条2項の放火罪の故意の要件としての「公共の危険」の認識の要否が問題となります。110条2項の放火罪に関する最高裁判例の立場は明らかではありませんが、私は不要説を採用しています（不要説に関する最高裁判例があるのは110条1項の放火罪についてです）。不要説からは、甲には本罪の故意が認められ、110条2項の放火罪が成立することになります。なお、110条2項の放火罪については、焼損行為が本来不可罰である自己物の損壊行為であるため、焼損行為が犯罪行為であることを前提とする結果的加重犯であるとの理由付けは使えません。

第3. Xに対する普通殺人罪又は同意殺人罪

1. 乙の罪責

乙については、普通殺人罪（199条）の成否を検討することになります。

乙は、両手でXの首を強く締め付けるというX死亡の現実的危険性のある殺人罪（199条）の実行行為によって、Xを窒息死させています。

普通殺人罪の故意としては、同意殺人罪（202条後段）の故意と区別する必要から、被害者をその意思に反して死亡させることの認識・認容が必要であると解されます。乙は、実行行為の直前に、「あれはうそだ。やめてくれ。」というXの発言を聞き、「死にたい。もう殺してくれ。」という以前のXの発言が本心によるものでないことを認識したのですから、その後の乙の「殺意」（問題文37行目）は、Xをその意思に反して死亡させること認識・認容を意味することになります。したがって、乙には、普通殺人罪の故意が認められます。

よって、乙には普通殺人罪が成立します。

2. 甲の罪責

甲が乙を制止せずその場から立ち去ったという不作為については、理論上、①不作為による普通殺人罪（199条）、②不作為による同意殺人罪（202条後段）、③不作為による片面的幫助による同意殺人罪の幫助犯（62条1項）の成否が問題となります。

初めに、①不作為による普通殺人罪の成否から検討します。ここでは、不真正不作為犯の実行行為性及び不作為犯の条件関係の肯否が問題となります。不作為犯の条件関係については、「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。」（問題文44～46行目）という問題文の事情の評価の仕方が悩ましいです。不作為犯の条件関係が認められるために必要とされる結果回避可能性の程度については、「合理的な疑いを超える程度に確実」（山口厚「刑法総論」第3版80頁、大塚裕史ほか「基本刑法I」第3版91頁）、「高度の蓋然性をもって結果が回避された」（西田典之「刑法総論」第3版123頁）と理解されていますが、問題文46行目において「確実」がどの程度の確実性を意味しているのかが分からないからです。

不作為犯の条件関係を肯定する場合には、被害者の特殊事情や行為後の介在事情といった法的因果関係を否定する事情がないことから、法的因果関係も認められ、普通殺人罪の客観的構成要件該当性を満たすこととなります。そこで、甲には同意殺人罪の故意しかないから普通殺人罪は成立しない(38条2項)ことを指摘した上で、抽象的事実の錯誤について論じ、同意殺人罪が成立するにとどまることを指摘することとなります。

不作為犯の条件関係を否定する場合、①不作為による普通殺人既遂罪は勿論のこと、②不作為による同意殺人既遂罪も成立しませんから、抽象的事実の錯誤について言及して②同意殺人未遂罪が成立するにとどまることを指摘した上で、③幫助犯の成否を検討することとなります。

③幫助犯の成否では、㉞「幫助」の因果性、㉟不作為による「幫助」、㊱片面的幫助及び㊲抽象的事実の錯誤が問題となり、㉞「幫助」の因果性としては条件関係までは不要であり促進的因果関係があれば足りると解されるため、結果回避可能性が「確実とまではいえなかった」として不作為犯の条件関係を否定しても、結果回避可能性「は高かった」ことから㉞「幫助」の因果性を認めることができます。

解答の筋としては、不作為犯の条件関係を否定→抽象的事実の錯誤を論じて同意殺人未遂罪の成立を肯定→不作為による同意殺人既遂罪の幫助犯を肯定、という構成がベストだと思います。もっとも、これだと構成が複雑になる上、検討事項が多くなり最後まで書き切ることが困難です。そこで、私の答案では、現場での現実的な対処法を示すという意味も兼ねて、不作為犯の条件関係を肯定→抽象的事実の錯誤を論じて同意殺人既遂罪の成立を肯定、という構成を採用しています。

第4. 司法試験過去問との関連性

窃盗罪における本権説と占有説の対立は、行為者の主観面で論じさせるという応用形として(行為者が他人所有物を自己所有物であると誤解して窃取した事案)ではありますが、平成27年司法試験で出題されています。

110条2項の放火罪における「公共の危険」の意味(限定説 VS 非限定説)と「公共の危険」の認識の要否は、平成25年司法試験でも問われています。

不作為による殺人罪の成否は司法試験では頻出です(平成22年、26年、30年)、ある者による殺人罪に意思連絡なく不作為により関与した者の罪責については平成26年司法試験で出題されています。

このように、司法試験過去問との関連性が非常に強いといえます。

[参考答案]

- 1 第1. 甲が本件段ボール箱をY宅から持ち出した行為には、Yに対する
- 2 窃盗罪（刑法235条）が成立するか。
- 3 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
- 4 あるから、他人の占有するに属する「財物」に当たる。
- 5 2. Yは、甲からの返還要求以降、甲から預かっていた本件段ボール箱
- 6 の占有を正当化する本権を失う。そこで、Yが事実上占有する甲所有
- 7 の本件段ボール箱も242条により「他人の財物」とみなされるか。
- 8 自力救済禁止の観点からは窃盗罪の保護法益は占有それ自体であ
- 9 ると解すべきであるから、他人が事実上占有する自己所有物も「他人
- 10 が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされる。
- 11 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
- 12 人の財物」とみなされる。
- 13 3. 「窃取」とは、占有者の意思に反する占有移転を意味する。Yが甲に
- 14 対して返還の条件として100万円の支払を求めていたのだから、甲の
- 15 持ち出しは、Yの意思に反して本件段ボール箱の占有をYから甲へと
- 16 移転するものとして「窃取」に当たる。
- 17 4. 甲には故意も不法領得の意思もあるから、窃盗罪が成立する。
- 18 第2. 甲が本件帳簿にライターで火をつけてドラム缶中に投入し、本件
- 19 帳簿を焼却したことには、110条2項の放火罪は成立するか。
- 20 1. 甲は、上記行為により「自己の所有に係る」「物」である本件帳簿に
- 21 「放火」し、これを焼却することにより「焼損」した。
- 22 2. 本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。そ

1 ここで、「公共の危険」には、108条・109条1項の建造物等に対する延
2 焼の危険に限らず、不特定又は多数人の生命・身体・財産に対する危
3 険も含まれると解する。

4 確かに、防波堤の周辺には建造物等はないはずだから、建造物等に
5 対する延焼の危険はない。しかし、放火直後、火のついた多数の紙片
6 が炎と風にあおられてドラム缶の中から舞い上がり、漁網に接触した
7 ことにより同漁網が燃え上がり、夜釣りをしていた5名の釣り人が発
8 生した煙に包まれるとともに、その1人が駐車していた原動機付自転
9 車に延焼するおそれが生じた。このように、釣り人5名の生命・身体
10 に対する危険及びそのうち1名の財産である原動機付自転車に対する
11 延焼の危険が発生しているから、「公共の危険」の発生が認められる。

12 3. 甲は、放火当事、漁網、原動機付自転車及び釣り人5名の存在を認
13 識していなかったから、「公共の危険」の認識を欠く。

14 しかし、108条・109条1項の放火罪の未必の故意との区別の困難
15 性ゆえに110条2項の「公共の危険」の認識は不要と解する。

16 したがって、甲には本罪の故意があり、本罪が成立する。

17 第3. Xに対する普通殺人罪又は同意殺人罪

18 1. 乙は、両手でXの首を強く締め付けるというX死亡の現実的危険性
19 のある殺人罪（199条）の実行行為によって、Xを窒息死させた。

20 普通殺人罪の故意としては、同意殺人罪（202条後段）の故意と区
21 別する必要から、被害者をその意思に反して死亡させることの認識・
22 認容が必要である。乙は、実行行為の直前に、「あれはうそだ。やめて

1 くれ。」という X の発言を聞き、「死にたい。もう殺してくれ。」という
2 以前の X の発言が本心によるものでないことを認識したから、その後
3 の乙の殺意は、X をその意思に反して死亡させることの認識・認容を
4 意味している。したがって、乙には普通殺人罪の故意がある。

5 よって、乙には普通殺人罪が成立する。

6 2. 甲が乙を制止せずにその場から立ち去った不作為には、不作為によ
7 る普通殺人罪又は同意殺人罪の成否が問題となる。

8 (1) 予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不真正不
9 作為犯の成立には、不作為につき作為との同価値性が要求される。
10 具体的には、①作為義務と②作為の可能性・容易性が必要である。

11 甲は、X の子として民法上の扶助義務（民法 752 条）を負う上、
12 乙と相談の上で自ら入院していた X を退院させて自宅で介護をして
13 きたことにより、X の保護を引き受けるとともに、X の生命が甲・
14 乙に排他的に支配される状況を設定している。そうすると、甲に対
15 して X の生命を保護することが社会的に期待される状況にあったと
16 いえるから、甲には、乙の犯行を止めて X の救命治療を要請するこ
17 とを内容とする作為義務が認められる（①）。

18 甲が乙に声を掛けたり、乙の両手を X の首から引き離したりする
19 などの措置は、甲にとって容易に採り得るものだった。また、119 番
20 通報により救命要請をすることも容易である。したがって、①の作
21 為には可能性・容易性がある（②）。

22 よって、甲の不作為に普通殺人罪の実行行為性が認められる。

1 (2) 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
2 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
3 たといえる場合に認められると解する。

4 甲が乙の犯行を止めるための措置を講じた場合、乙の犯行を直ち
5 に止めることができた可能性は高かったから、それが確実とまでは
6 いえなくても、高度の蓋然性をもって X の死亡を回避できたといえ
7 る。したがって、甲の不作為と X 死亡との間に条件関係がある。

8 X の特殊事情や行為後の介在事情もないから、法的因果関係もあ
9 るといえ、普通殺人罪の客観的構成要件該当性が認められる。

10 (3) 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
11 ることにしたのだと思っているから、「そのままいっそ死なせてやろ
12 う」との考えは同意殺人罪の故意にとどまり、普通殺人罪の故意で
13 はない。したがって、普通殺人罪は成立しない(38条2項)。

14 構成要件の犯罪個別化機能からすれば、認識事実と実現事実が構
15 成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきで
16 ある。もっとも、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重な
17 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件的評価
18 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。

19 普通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
20 から、甲には同意殺人罪が成立する。

21 第4. 甲は、窃盗罪、放火罪及び同意殺人罪の罪責を負い、いずれも併
22 合罪(45条前段)となり、乙は普通殺人罪の罪責を負う。 以上