

【出題趣旨】

本問は、原因において自由な行為、不作為による共犯の成否などが問題となる事例である。後者については一度変則的な形で出題されたことがあるが、典型例についての出題はなく、前者については一度も出たことはない。

設問 1 は、特定の結論を導くための説明を答えさせる問題で、小問形式になっており、自分の見解（自身の採る結論）を問うものではない。設問 2 は、基本的には罪責を問う問題だが、その過程で設問に示された主張への自分なりの回答が求められる。いずれも、ここ最近の司法試験の出題形式に類似する問題形式である。

なお、時間配分の目安のため各設問に配点を示しているが、本番では、通常配点の記載がないことには注意して欲しい。

1. 設問 1 について（配点 25 点）

設問の問いから明らかなように、甲の現住物建造物放火既遂罪の成否について論述すればよく、それ以外の犯罪（建造物侵入罪や覚醒剤取締法違反など）について検討する必要は一切ない。また、現住建造物放火既遂罪の構成要件該当性は問題文から明らかであり（問題文に、客体の属性や結果発生が明示してある）、これについても長々と書くことは見当はずれである。書くべきなのは、小問（1）（2）で問われている、原因において自由な行為の理論の適否にほぼ限られる。

・小問（1）について

原因において自由な行為について、いわゆる責任モデル（同時存在原則修正説）を採用すれば、完全責任能力状態での自由な意思決定の実現があれば、同理論が適用可能になるので、原則として、責任無能力になる以前の意思決定が継続していると言えればよい。これは、通常、原因行為時に結果行為の予見（故意の連続）があれば認められる。本問の場合、甲は、完全責任能力状態下で A 社社屋への放火を決意しており、覚醒剤注射後に責任無能力状態になった後の結果行為をその決意に基づいて実行していると評価できるので、故意の連続は認められる。

なお、責任モデルの適用の際に、原因行為と結果行為の因果関係や責任能力低下の自招性を要求する見解もあるが、責任無能力に陥ったの重要な原因の一つである覚醒剤注射は甲自身が行っているので、いずれも認めることが可能である（因果関係については、小問（2）の記述も参照）。

・小問（2）について

原因において自由な行為について、いわゆる構成要件モデル（間接正犯類似説が典型）を採用する場合、原因行為の時点で結果行為の予見があることだけでは足りず、原因行為の時点で、結果行為時に責任無能力状態になっていること（を基礎づける事実）の認識が必要になる（いわゆる二重の故意）。本問の場合、甲は、これまで覚醒剤で意識障害になったことはなく、統合失調症を患っている自覚もなかったので、自身が責任無能力状態に陥ることの認識を認めることができず、二重の故意は否定され、原因において自由な行為の理論を適用することはできなくなる。なお、責任モデルと構成要件モデルは相互排他的で

はないので、理論的に厳密に言えば、構成要件モデルを採って二重の故意を否定すると同時に、責任モデルが理論的に採用できない旨（例えば、同時存在原則の修正は許されないなどの理由で）も論述する必要がある。

責任モデルを前提に、統合失調症の事実を甲が知らなかったことを理由として、原因行為と結果行為の因果関係を否定することも一応考えられる。

・解答に関係しないその他の点

仮に、原因において自由な行為の理論の適用が否定されたとしても、甲には建造物侵入罪、放火予備罪が成立する。覚醒剤注射による責任能力喪失以前の段階で放火未遂が成立し得るかも一応問題にはすることができるが、クロロホルム事件判例の考慮事情などを用いても、その段階で実行の着手を認めるのは難しいと思われる。

2. 設問2について（配点 25 点）

基本的には、罪責を問う問題と同様に論を進めていけばよいが、途中の適切な箇所では、問題文の「主張」に応答する必要がある。

乙について問題となるのは、甲の放火行為を止めなかったという不作為の部分である。なお、問題文の前提と異なり甲の責任が阻却されて現住建造物放火既遂罪が否定されるとしても、乙の罪責にはあまり影響はないと思われる。

（1）共謀共同正犯の可能性

甲と乙の意思連絡をおよそ認めることはできないので、それを要件とする場合、共同正犯の成立余地はない（なお、片面的共同正犯を理論上認めるとしても、本問の場合、心理的因果性を理由に共同正犯を認めるのはやはり難しいのではないと思われる）。

（2）不作為正犯の可能性

乙には警備員として A 社本社において発生した事故等の拡大を防ぐ義務があった以上、火災を発生させない義務も当然認めてよいと言える。そして、甲の作為による放火を防止する義務と、「自然災害による火災についても警備員として火災発生を防止する義務」の内容に違いがないと考えるのであれば、乙には不作為の正犯が認められる可能性がある。この場合、乙の正犯としての不作為に結果回避可能性を認めることはできないが、それが因果関係（条件関係）の問題であると考えるのであれば、既遂犯が否定されても、未遂犯が認められる余地は残っている。

一方、作為犯から法益を保護する場合は、自然災害から法益を保護する場合と異なり、結果発生に至る因果経過を第一次的に支配している作為正犯が別途存在する以上、その犯行を阻止しない者は二次的な関与主体にとどまるので、正犯たり得ないとして、「主張」を否定することも考えられる（こちらの方が、より一般的な説明であろうか）。

（3）不作為による幫助

最後に、不作為による幫助の可能性を検討していくことになる。不作為による幫助の場合も幫助行為者に作為義務は必要であるが、その判断基準について具体的に示したうえで、

問題文の事実を丁寧にあてはめる必要がある（既に上記（2）の段階で記述されている可能性も十分あるであろう）。判断基準については、多元的な要素を示して総合考慮することが有力であり、考慮事情としては、乙が警備員として契約上の義務を負っていること、その場には甲以外には乙しかいなかったことなどが考慮事情に挙げられるであろう。

もっとも、乙が実力行使によって甲の犯行を止めることや、警察を呼んで警察が結果発生を阻止することは確実とは言えなかったし、乙が甲を阻止する作為に出ることが心理的に可能で容易であったかについても疑問を差し挟む余地がある（少なくとも、乙は作為に出れば結果回避が確実であるという認識を欠いている）。これについて、幫助の場合は、促進的因果関係で足りるとされていることから、正犯のときのような結果回避可能性は不要であり、作為が行われていれば正犯の犯行が困難になるという関係があれば足りるとされている。そのように考えれば、問題文に記載されている実力での阻止や警察の通報によって、甲の犯行が困難になることは間違いないであろうし、最低でも、警察を呼ぶことは可能で容易であったと言える。