

刑法 【設問2】のみ

第1 甲の罪責

- 1 甲がハンカチにライターで点火し、火のついた同ハンカチを灯油の撒かれたA車運転席に向けて放り投げて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。
- 2 同罪の成立要件は、「放火」して、「前2条に規定する物以外の物を」「焼損し」「よって」「公共の危険」を生じさせることである。
- 3 「放火」とは、目的物の焼損を惹起する行為であるところ、上記行為は目的物たるA車が後述のように焼損することを惹起する行為である。

また、A車は「建造物」でもないし、自己所有でもないから「前2条に規定する物以外の物」にあたる。「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に至った状態を指す。本件では、媒介物であるハンカチから目的物であるA車運転席シートに燃え移り、更に助手席シートや後部座席シートにも燃え移り、A車の運転席や助手席、後部座席、Aの死体を焼損するとともに、火炎は車外にも及び、A車の屋根上から高さ約2メートル、幅約50センチメートルという広範囲に達していることから独立して燃焼を継続する状態に達したといえる。

「公共の危険」は認められるか。同罪の保護法益が108,109条に規定するものだけでなく、放火によって生命身体財産への危険が及ぶことを防止することにある事から、これらの物への延焼の危険がある場合にも「公共の危険」が認められる。

本件では、A車から最寄りの建造物までは、約25メートルというかなりの距離があり、また、A車及びC車以外には、港の駐車場に車両は駐車されていなかった。また、本件火災により周囲の建造物に延焼する危険は生じなかったため「公共の危険」がないように思われる。

しかし、燃えているA車の近くにはA車から西側へ約3メートルという近い位置にC所有の無人の自動車が駐車されており、ひとたび引火すれば甚大な被害が生じうる。また、A車から東側へ約2メートルの位置にはゴミ集積場が設けられていて、当時同ゴミ集積場には可燃性のゴミ約300キログラムが高さ約1メートル、幅約4メートル、奥行約2メートルという広範囲にわたって置かれていたため、これらに引火すれば上記物件への放火による危険が認められる。さらに、同駐車場には同港の漁業関係者が深夜帯でも出入りする可能性はあったことから、生命身体への放火による危険性は残存していた。以上から、「公共の危険」は認められる。上記行為で上記危険が生じているから「よって」も認められる。もっとも、甲は港の駐車場に漁業関係者が出入りする可能性を認識していないから「公共の危険」の認識に欠けるが、これは必要か。

詳細は後述するが、同認識は不要であるためこれも問題ない。甲は上記構成要件の認識認容に欠けることはない。よって、同罪が成立し、乙と共犯になる。

第2 乙の罪責

- 1 乙のポリタンク内の灯油約2リットルをA車の運転席及び助手席に撒いたことに甲と

同様に 110 条 1 項が成立しないか。

2 上記と同様の理由で「前 2 条に規定する物以外の物を」「焼損し」「よって」「公共の危険」を生じさせることは認められる。

もっとも、上記行為はそれのみでは放火に直結しないことから実行の着手(43 条本文)が認められるか。

これは、実行行為と密接である危険な行為に認められるところ、上記行為は引火性の高い灯油をまくことで、そこに火が引火すれば大火災が発生する危険性があることから実行の着手は認められる。

3 では、乙は火がC車やごみ集積場にあるごみに燃え移ることを認識していないし、港の駐車場に漁業関係者が出入りする可能性がある事の認識に欠けるが公共の危険の認識は必要か。

この点につき、108 条 109 条の故意との区別の困難性や同罪に「よって」の文言があることから結果的加重犯として故意は不要であると解する。

本件では、上記のように公共の危険の認識に欠けるが、問題はない。

また、乙は故意に欠けることもない。よって、乙に同罪の共犯が成立する。

以上

第一 設問1

1 ①及び②行為の関係性

甲は①行為の時点では完全責任能力を有しており、②行為の時点で心神耗弱状態にあった。①及び②行為を一体の行為として捉えた場合には、行為途中での責任能力の減退の問題となり、他方で、分断して検討した場合には、責任能力を欠く場合の行為の犯罪の成否の問題となる。そこで、①及び②行為の一体性について論じる。

(1) 行為の一体性は、客観的同一性と意思の同一性の観点から判断する。

(2) ①行為及び②行為は同一の場所での近接した時間帯における同一の加害者及び被害者による職場の忘年会という同一の機会で行われものである。しかし、①行為は、手拳や殴打であり、致命傷になり得ない傷害を生じさせる程度のものであったのに対して、②行為は、フライパンという鈍器を用いて、人の中枢部である頭部を十数回に渡り激しく殴打するという死亡の危険のあるものである。また、①行為は、Aも反論を続けていたものの、②行為の時点では、Aは反論できるような状況にはなく、体を押さえつけられ、一方的に攻撃を受けるといったものであった。①及び②行為は、いずれもAに腹を立てて行ったものであって動機は共通しているものの、未必的な殺意から確定的な殺意へと変化している。

(3) したがって、①及び②行為は、同一の行為とはいえ、別個の行為として検討すべきである。

2 ①行為は、甲及び乙が黙示の意思連絡のもと互いに実行を担当しているものであるから、「共同して」(60条)行われたものである。また、「傷害」(204条)結果を生じさせている。したがって、傷害罪の共同正犯が成立する。

3 ②行為について、殺人罪の共同正犯が成立するか。

「共同して」とは、①共謀及び、②共謀に基づく実行行為があることを言う。甲は、午後10時ごろ、乙に対して、Aがトイレから出てきたらAを取り押さえるよう依頼し、自己がボコボコに殴りつける、死んでしまっても構わないと伝え、乙は、任せておけ死んでしまっても構わないと返事をしている。甲及び乙は、殺人罪の意思連絡があると言える。また、実際に両者は実行を担当しているため、正犯意思を有していたと推認できる。したがって、殺人罪の共謀(①)がある。

②行為は前述1のとおり、死亡の危険性の高い行為であって、「殺」す行為に該当する。そして、Aは死亡している。なお、被害者が同一であること、動機が共通していること、共謀の内容と実行内容が概ね一致していることなどから、共謀に基づく実行行為といえる(②)。

(1) 共同に基づく実行行為と結果との間には因果関係が必要であるところ、A死亡の直接の原因は③行為を原因とする窒息である。そこで、②行為と死亡との間に因果関係があるといえるか。

ア 行為の有する結果が現実化したといえる場合に因果関係が認められる。具体的には、直接の死因が介在事情にある場合には、当該行為の有する危険が介在事情を介して間接的に

結果に実現したといえる時に因果関係が肯定される。

イ Aの直接の死因は③行為によって窒息したことである。しかし、殺人犯人が被害者を死体遺棄のためにスーツケース等に入れて運ぼうとすることはありうることであって、著しく不相当であるとはいえない。また、甲宅にスーツケースがあったこと、Aの車は犯行時点で存在していたことなどから、スーツケースに入れて港まで運ぼうとすることも著しく不自然とはいえない。これらの事情から、死体遺棄のためにスーツケースに入れた結果窒息する危険が間接的に現実化したといえる。

ウ したがって、因果関係がある。

(2) 甲及び乙は、上記事情のうち、A死亡の事実について錯誤に陥っている。しかし、同一の構成要件内の因果関係の錯誤は、同一の規範的障害を乗り越えている点で道義的避難が可能であるから故意を阻却しない。甲及び乙の錯誤は同一の殺人罪の構成要件内での因果関係の錯誤に過ぎないため、故意を阻却しない。

(3) よって、行為②について、殺人罪の共同正犯が成立する。

(4) そうだとしても、②行為の時点で、甲は「心神耗弱」(39条2項)であったところ、その刑を減輕されないか。

ア 行為と責任の同時存在の原則とは、行為の時点で責任能力が減少している場合には非難可能性が減少しているため、完全な責任を問うことができないという原則であり、責任主義を根拠とする。もっとも、非難可能性は、構成要件に該当する違法な行為を実行することについての意思決定に向けられるものである。そこで、完全責任能力のある時点での意思決定の実現であるといえる場合には、行為時に完全責任能力がなくとも、同項は適用されないと解する。なお、これは上記原則の例外を認めるものである。

イ 前述のとおり、午後10時頃の時点で、甲は乙がAを取り押さえ、自身がボコボコにする意思を有していた。そして、この意思決定の時点で完全責任能力があった。

他方で、②行為は、上記意思決定の時点と異なり、未必的な殺意から確定的な殺意へと変化しているほか、凶器の使用があることや、一度眠っていることから、上記意思決定の実現とはいえないように思える。しかし、動機はAに腹を立てたことであり同一であるし、乙がAを取り押さえ甲がボコボコにするという点では一致しており、さらに、凶器も自宅の台所にあったフライパンを用いていることから意思決定の時点で存在を認識可能であったものを利用している。これらの事情から、上記意思決定の実現であるといえる。

ウ したがって、同項は適用されず、刑の減輕はされない。

第二 設問2

1 甲及び乙がA車に火を放ち本件火災を発生させた行為について建造物等以外放火罪(110条1項)が成立するか。

2 A車は建造物等以外の「物」であり、これに火を放ち「放火し」、独立に燃焼するに至っているから「焼損」している。「公共の危険」が生じているか。

(1) この点、延焼罪が建造物等への延焼を対象としていることから統一的な法解釈の観

点から公共の危険は、建造物等への延焼の危険を言うとの見解がある。しかし、建造物等以外への延焼によっても生命身体財産等への危険が生じる可能性はある。したがって、不特定または多数人の生命身体財産への抽象的な危険が生じていれば足りると解すべきである。

(2) 本件火災は高さ2メートル、幅50センチメートルと大きなものである。ゴミ集積所やCの自動車等への延焼の可能性がある、多数人の財産への危険がある。人の出入りの可能性もあり生命身体への危険もある。

(3) したがって、「公共の危険」が生じている。

3 甲は上記事実を認識しているが、乙は延焼の危険を認識していない。そこで、認識の要否が問題となる。

(1) よってと言う文言から公共の危険は結果としての危険であり、結果的加重犯の結果への故意・過失は要求されないことから、認識不要であると解する。

(2) したがって、甲及び乙は、同罪の故意がある。

4 よって、同罪について

令和8年度司法試験本試験 刑法再現答案

設問1

第1 乙の罪責について

1 乙は、Aに殺意を覚え、Aが死んでしまっても構わないと考え、甲と暗黙のうちに意思を通じ、共謀の上、手拳でAの頭部を殴打し、背部を足蹴りにするという①行為を行った。そして、乙はなおAに対して激しい怒りを感じていたため、Aが死んでしまっても構わないという殺意が継続したまま、①行為から約1時間後に、Aの両足を両手で押さえつけ、甲がAの頭部や背部を足で踏みつけ、鉄製フライパンでAの頭部を殴打するという②行為を行うことができるように、その間Aが逃げられないようにしていた。このように①行為と②行為は、Aが死んでも構わないという殺意が継続しており、時間も約1時間しかたっておらず、場所もともに甲方内であるため、一連一帯の行為として評価することができる。そこで、乙の①行為及び②行為に殺人未遂罪(199条、203条)が成立しないか。

- (1) 乙は、甲とAが死んでしまっても構わないという意思を通じたうえで、その共謀に基づいて①行為では、手拳でAの頭部を殴打し、背部を足蹴りにするという暴行を加え、②行為では、Aの両足を両手で押さえつけ、甲が②行為を行うことができるようにAが逃げられないようにするという行為を行った。そして、Aは、①行為により、頭部及び背部打撲による皮下出血の傷害を負ったが、これらの傷害は致命傷になり得ないものであったから、死亡という結果は発生しなかった。また、Aは、②行為により、頭部及び背部打撲による皮下出血並びに肋骨骨折による胸腔内出血の傷害を負ったほか、脳挫傷の傷害を負い、意識を失ったものの、この時点ではまだ生きていたのであるから、②行為からも死亡の結果は発生しなかった。
- (2) 乙は、Aが死んでしまっても構わないと考えていたことから、殺人罪についての故意(38条1項)も有していたといえることができる。
- (3) したがって、乙の①行為及び②行為に殺人未遂罪が成立し、後述の通り、甲と共同正犯(60条)となる。

2 乙が、Aをスーツケース内に押し込み、それをA車に積み込んだうえ、A車を運転して走行した③行為に、過失致死罪(210条)が成立しないか。

- (1) まず、乙は、Aをスーツケース内に押し込んだうえ、A車後部座席に積み込んでA車を運転して港まで向かった。そして、スーツケースの密閉性が高かったため、Aは港に向かう途中にスーツケース内で窒息死し、Aの死亡という結果が発生し、行為と結果との間の因果関係も認められる。そのため、乙の③行為は殺人罪の客観的構成要件に該当する。
- (2) もっとも、乙は、Aが意識を失って動かなくなった様子を見て、Aが死んだものと思い、③行為に及んでいることから、殺人罪についての故意を有していなかった。そのため、抽象的事実の錯誤が問題となる。

この点について、故意責任の本質は反規範的人格態度に対する道義的非難にある。

そして、かかる規範は構成要件の形で国民に与えられているため、認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが異なる構成要件にわたり食い違っている場合には、故意は認められないのが原則である。もっとも、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、行為態様において共通性、類似性があり、実質的な重なり合いが認められる場合には、その重なり合いの限度で故意が認められると解する。

本件では、乙は、A が死んだものと思い、A 車ごと A の死体を燃やして証拠を隠滅しようと考えていたことから、乙は死体遺棄罪の故意を有していた。そして、死体遺棄罪の保護法益は、死体の埋葬についての国民の宗教的感情であり、殺人罪の保護法益は個人の生命であるから、保護法益において実質的な重なり合いは認められない。そのため、故意が認められず、故意犯は成立しない。

(3) したがって、乙の③行為には過失致死罪が成立する。

3 よって、乙には殺人未遂罪と過失致死罪が成立し、後者は前者に吸収され、かかる限度で甲と共同正犯になる。

第2 甲の罪責について

1 上記の通り、甲も、A に殺意を覚え、A が死んでしまっても構わないと考え、乙と暗黙のうちに意思を通じ、共謀の上、手拳で A の頭部を殴打し、背部を足蹴りにするという①行為を行った。そして、甲は、A が死んでしまっても構わないという殺意が継続したまま、①行為から約 1 時間後に、A の頭部や背部を足で踏みつけ、鉄製フライパンで A の頭部を殴打するという②行為を行った。そのため、乙と同様に、①行為と②行為を一連一帯の行為と評価することができ、乙と共謀の上、手拳で A の頭部を殴打し、背部を足蹴りにするという暴行を加え、その後に A の頭部や背部を足で踏みつけ、鉄製フライパンで A の頭部を殴打するという暴行も加え、これらの暴行によって A の死亡という結果は発生していないから、甲にも①行為及び②行為に殺人未遂罪が成立するとも思える。

2 しかし、甲は、①行為に及んでいる時期には完全責任能力を有していたが、②行為を開始した時点では、心神耗弱状態に至っていた。「行為と責任の同時存在の原則」の意義は、構成要件の結果発生の実質的危険性を有する行為である実行行為を開始した段階で、完全責任能力を有していなければならないとするものであり、その根拠は、犯罪の開始時点で、完全責任能力を有しているため、犯罪をやめようとする規範に直面しえたにもかかわらず、あえて犯罪を実行した点に責任を認め処罰することにある。そうだとすれば、甲は②行為を開始した時点では、心神耗弱状態であったため、②行為は必要的減刑(39 条 2 項)になるのが原則である。しかし、自ら心神耗弱状態を招いた者について、必要的減刑となるのは国民の法感情に反する。そこで、心神耗弱状態が行為者の責任能力ある状態での行為により、自ら招いたものであるときは完全な責任能力を問うことができるとする原因において自由な行為の理論を適用することができないか。

そもそも、責任非難は違法な行為をする最終的な意思決定、すなわち、原因行為時におけ

る意思決定に向けられる。そこで、実行行為たる結果行為がかかる意思決定の実現過程といえる場合には、原因において自由な行為の理論を適用することができると解する。そして、かかる場合に当たるというためには、原因行為と結果行為及び結果との間に因果関係があり、原因行為から結果行為にかけて故意が連続していることが必要であると解する。

本件では、甲は、①行為に及んでいる時期には完全責任能力を有していたため、①行為を原因行為とみて、心神耗弱状態に至っていた②行為を結果行為と解する。そして、甲は、Aが死んでしまっても構わないと考え、①行為を行っており、なお、Aに対する殺意が継続したまま②行為に及んでいることから、原因行為から結果行為にかけて故意が連続しているといえることができる。また、①行為を行った後、さらに焼酎を飲みながら、Aを痛めつける機会をうかがっていたことから、①行為と②行為の間の因果関係も認められる。そのため、原因において自由な行為の理論を適用することができ、甲には①行為及び②行為のいずれも完全な責任を問うことができ、②行為は減刑されない。

したがって、甲には、①行為及び②行為に殺人未遂罪が成立する。

3 また、③行為は乙と同様に、乙と共謀の上、殺人罪の客観的構成要件に該当する行為を死体遺棄罪の故意で行っていることから、故意犯は成立せず、過失致死罪が成立する。もっとも、③行為の時点で、甲は心神耗弱状態であったことから、刑が必要的減刑される。

4 よって、甲に殺人未遂罪と過失致死罪が成立し、後者が前者に吸収され、かかる限度で乙と共同正犯となる。

設問2

第1 甲の罪責について

1 甲がハンカチにライターで点火し、火のついたハンカチを灯油がまかれたA車運転席に向けて放り投げて放火し、A車を全焼させた行為に他人所有建造物等以外放火罪（110条1項）が成立しないか。

- (1) まず、甲が火のついたハンカチをA車に放り投げた行為は、「放火」したといえることができる。そして、A車はAの所有物であったのであるから他人の所有にかかるとに当たり、「前2条に規定する物以外の物」といえることができる。また、甲はA車を全焼させているから、「焼損」したといえることができる。さらに、A車の近くには西側へ約3メートルの位置にC車が駐車されており、A車から東側へ約2メートルの位置にはごみ集積場が設けられており、ごみ集積場には可燃性のごみ約300キログラムが高さ約1メートル、幅約4メートル、奥行約2メートルにわたっておかれていた。A車から最寄りの建造物までは約25メートルの距離があり、本件火災により、C車とごみ集積場に延焼の危険が及び、周囲の建造物に延焼する危険は生じなかったものの、駐車場は同港の漁業関係者が深夜帯でも出入りする可能性があったのであるから、C車やごみ集積場に本件火災が延焼することで、さらに漁業関係者にも火災の影響が及ぶ可能性があり、不特定多数者の生命・身体・財産に対する危険があったといえることができる。そのため、「公共の危険を生じさせた」という

ことができる。

- (2) また、甲は放火の故意を有しており、他人の所有物を焼損する行為が器物損壊罪よりも重く処罰されるのは公共の危険を発生させたからであり、公共の危険の発生は構成要件要素として110条1項の故意が認められるためには、公共の危険の発生が必要であると解するところ、甲は本件火災による火がC車やごみに燃え移るかもしれないと思っており、不特定多数者の生命・身体・財産に対する危険を認識していたといえるから、公共の危険の発生を認識していたといえることができる。

- (3) したがって、甲に他人所有建造物等以外放火罪が成立する。

第2 乙の罪責について

1 甲と同様に、甲と共謀の上、乙は灯油約2リットルをA車に撒き、甲がA車に放火したことで乙にも他人所有建造物等以外放火罪の客観的構成要件該当性が認められる。

2 もっとも、乙は本件火災の火がC車やごみに燃え移るとは思っていなかったことから、これらに燃え移ることでさらに延焼して不特定多数者の生命・身体・財産に対する危険が生じるとは思っておらず、公共の危険の発生を認識していたといえることはできない。そのため、乙は他人所有建造物等以外放火罪の故意を有していなかったことから、乙に他人所有建造物等以外放火罪は成立しない。

3 したがって、乙は何らの罪責も負わない。

以上