

以下の事例における甲及び乙の罪責について、論じなさい。(殺人罪、詐欺罪並びに特別法違反の点は除く。)。なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自らの見解(①及び②で記載した立場に限られない。)を根拠とともに示すこと。

① 甲に、現住建造物等放火既遂の間接正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

② 甲に、現住建造物等放火既遂の教唆犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

1. 理系の大学院生甲は、同じ研究科の同級生で恋人である乙が浮気していることを知り、乙に復讐することを考えた。甲は、乙が宝くじに当たったお金で府内の住宅街にマンション(難燃性建造物ではない3階建て建造物。以下、「本件マンション」と言う。)を購入してその一室(以下、「乙宅」と言う。)に居住しており、そのことを常々自慢していたことから、本件マンションを燃やしてやろうと考え、乙へのプレゼントを装って自動発火装置を乙自身に設置させ、それによって本件マンションを全焼させることを計画した。

甲は、自動発火装置を何通りか試作した上で、最終的に、観葉植物の植木鉢の中に発火装置を隠してタイマーで起動させて点火し、植物に引火させるという方法にたどり着いた。もっとも、実験の結果、マンションを全焼させる規模の火災を引き起こすためには、布などの可燃性の高い物へ引火させるなどの方法が必要であることが判明した。

2. 甲は、2018年10月10日18時、作成した自動発火装置のタイマーを起動させ、植木鉢の中に自動発火装置を隠し、その上から土を盛り観葉植物を植えた。自動発火装置は24時間後に点火して観葉植物に引火し炎を上げて燃えることになっていた。

甲は、同日19時、乙とレストランで待ち合わせると、プレゼント包装された上記観葉植物を手渡し、「窓辺の日当たりのよい場所に置いて。」と伝えた。甲の計画によれば、何も知らない乙が窓辺に置くことで、発火した観葉植物の炎がカーテンに引火し、そこから乙宅やマンションに燃え広がる予定であった。

3. 乙は、同日23時に乙宅に帰宅すると、包装から観葉植物を取り出し、甲の指示通りに乙宅のリビングの窓際に置いて就寝した。翌朝になって、乙は、友人Aから、甲が乙の浮気に気づいている旨の連絡を受けた。乙は、自分の浮気に気づいているにもかかわらず甲がプレゼントを送ってくるなどおかしいと感じ、観葉植物を調べたところ、鉢の内部に何らかの機械が設置されていることを発見し、それが発火装置であると確信した。しかし、乙は、本件マンションのことを周りには自慢していたものの、その入居者が期待していたほど多くない(乙の住む3階だけが満室であった。)ことから、甲の計画をそのまま利用して本件マンションを全焼させ、それに付された火災保険の高額の保険金を受け取ることを企てた。

4. 2018年10月11日7時、乙は、土を戻した観葉植物をリビングの窓辺に設置したが、今回は、発火装置の火が引火しやすいように、昨夜置いた場所とは異なり、カーテンに触れる場所に設置した。乙は、その後直ちに乙宅を出た。

同日18時頃、乙宅において、観葉植物の鉢に隠されていた自動発火装置が点火して観葉植物に引火した。観葉植物の火はすぐそばのカーテンに燃え移り、A宅の床や天井、壁を炎上させたが、そこで火災は鎮まり、本件マンションの他の部屋は無傷であった。なお、火災発生時、本件マンションの他の居住者は全員外出しており無人であった。

【出題趣旨】

本問は、現住建造物等放火罪の成否に加えて、間接正犯の被利用者が利用行為後に情を知った場合の擬律が問題となる事例である。後者については、過去の試験において問われたことがある一方、確立した最高裁判例は必ずしも存在しないので、本問のような出題形式に親和的であると思われる。

問題文は、直接の行為者である乙から検討することが簡便と思われる。

1. 乙の罪責については、甲の意図に気づいた後の発火装置の設置行為（二回目の設置行為）の罪責が問題になる。

乙は、自己の居室に発火装置を設置しているが、乙宅はそれを独立して見れば非現住建造物になる（なお、保険が付されているので 109 条 2 項ではなく 1 項の建造物である）。そのため、居住者のいる他の部屋を含めて本件マンションが一個の現住建造物と言えるかが問題となる（前提として、現住性の意義について確認し、火災当時居住者が外出していても各居室が現住建造物であることを示す必要がある）。

この点については、建造物の一体性に関する規範を示したうえで、それをあてはめる作業が必要になる。結論的に、一体性を否定することは考えられないであろう。

次に、焼損について、その定義を示し、一個の現住建造物である本件マンションの一部が焼損していることを示すことになる。

2. 甲の罪責については、上述の通り、甲の利用行為の後被利用者である乙が情を知り、にもかかわらずなお指示通りの行動を行った点が問題となる。その際には、設問にある通り、①と②の立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要がある。

①と②の立場の分かれ目となるのは、乙が気付いた時点で甲の間接正犯が実行の着手に至っているかどうか（下記（2））、至っているとして既遂まで認められるか（下記（3））の二点である。

（1）間接正犯の正犯性

まず、前提として、間接正犯の正犯性について規範を示したうえで、甲の（予定していた）行為が間接正犯に該当することを論じることは、もちろん必要不可欠である。

（2）間接正犯の実行の着手

続いて、乙が発火装置に気づいた時点で甲の現住建造物放火罪の実行の着手があるかが問題になる。間接正犯の着手について利用者行為説を採用するのであれば、すでに着手は認められることになり、①の立場に至るために（3）の検討に進むことになる。他方、被利用者行為説や個別化説を採用する場合であっても、乙は何も知らない状態で既に一度観葉植物を設置しており（一回目の設置行為）、その時点で着手を認めることは可能である。それに対して、例えば時間的離隔などを理由に乙が気付いた段階までなお着手に至っていないという結論を採る場合、②の立場に至るために（4）の検討に進むことになる。

（3）間接正犯の着手後、被利用者が情を知った場合の既遂の成否

甲に 108 条の実行の着手が認められたとしても、その後、乙が真実を知ってなお指示通りの（あるいは指示以上の）行動に出たという事情について検討する必要がある。これについては、実行行為が行われて結果が発生している以上、乙の知情は甲の 108 条既遂の正

犯を認めることとの関係で重要ではないとする見解も伝統的に有力である。その場合には、甲の因果関係の錯誤を検討した上で、①の立場に至ることになる。

他方、被利用者が、知情後も故意の犯行に該当する行為を続けることは通常想定できない異常な行動である点を重視すれば、知情後には利用者の正犯性を否定するという見解も有力に主張されている（おそらく現在はこちらの方が有力）。本件もそのような事情に該当するとすれば、乙が犯行に及んだ部分については甲の正犯性を否定するということが十分に考えられる（この点はいくまで正犯性の問題であるが、因果関係の判断手法と共通する点がある。正犯としての危険の現実化の問題と言ってもよいかもしれない）。なお、いわゆるコントロールドデリバリーの判例（最決平成 9・10・30 刑集 51・9・816）は、被利用者が事情を知っている場合にも間接正犯の既遂を認めているが、同判例の射程が本件に及ぶかについては留保が必要であろう。このような考え方を採用すれば、①の立場に至ることではなく、②の立場との関係で（4）を検討する必要がある。

#### （4）関与類型間の錯誤

甲の実行の着手を否定した場合、または、着手を肯定するが既遂を否定した場合には、甲は間接正犯の故意を有していたが、客観的に実現したのは乙への教唆ということになり、いわゆる関与類型間の錯誤の問題になる。この点については、錯誤の規範を示してあてはめればよい。結論的に、②の立場に至ることになる（間接正犯の実行の着手を肯定していた場合にも、教唆が優先）。

#### （5）自説の提示

以上の論点を検討したうえで、あるいは、検討するなかで、自説を示す必要がある。

・参考：①と②の構成のモデル

①実行の着手肯定→正犯性肯定→因果関係の錯誤で故意肯定

②A 実行の着手肯定→正犯性否定→関与者類型間の錯誤（→未遂と教唆の優先関係）

B 実行の着手否定→関与者類型間の錯誤

#### 【採点基準】

50 点満点で加点方式（各項目の採点の結果 50 点を超えたとしても、50 点としてください）。

各項目後ろの点数は、最大値。その範囲内で、論述の内容に応じて点がつく。

別途、優れた論述や、刑法の基本的知識の理解が不十分である論述については、+5～-10 までの裁量点を付ける。論述の順番について、明らかに読みにくい場合や論理矛盾を来している場合は、裁量点の箇所を考慮する。

問題に答えていない答案、すなわち、問題の①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案については、出題の趣旨に沿っておらず、別途大幅に減点される。

#### I. 乙の罪責：10 点

・現住建造物放火罪の構成要件

（1）「現住」性要件について：2 点

現住性の意義とあてはめ各 1 点

(2) 建造物の一体性について：6 点

問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 2 点、あてはめ 2 点程度（論述内容次第で、内訳は変動し得る）。あてはめについては、単に問題文の事実を列挙したにすぎないものや、自己の呈示した規範と対応していない場合には減点。

(3) 「焼損」要件について：2 点

焼損の意義とあてはめ各 1 点

Ⅱ. 甲の罪責：40 点

1. 間接正犯の正犯性：6 点

問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 2 点、あてはめ 2 点程度

2. 間接正犯の実行の着手：12 点

問題の所在の指摘 3 点、規範の導出とあてはめ 9 点（着手肯定と否定それぞれ各 3 点、自説の論拠 3 点）程度

3. 実行の着手を肯定した場合の既遂の成否

(1) 正犯性（因果関係）の問題：12 点

問題の所在の指摘 3 点、規範の導出とあてはめ 9 点（肯定と否定それぞれ各 3 点、自説の論拠 3 点）程度

(2) 正犯性を肯定した場合の、因果関係の錯誤：4 点

問題の所在の指摘 2 点、適用すべき規範の導出 1 点、あてはめ 1 点程度

4. 既遂を否定した場合の、共犯の関与形式の錯誤：6 点

問題の所在の指摘 3 点、規範の導出 2 点、あてはめ 2 点