

2020年度秋冬学期末試験「刑法基礎2」

出題の趣旨・評価区分・配点

2021. 2. 3 豊田 兼彦

【出題の趣旨】

〔問題〕は、【事例1】から【事例3】までの一連の事実関係を素材として、各設問に答えさせること、すなわち、(1)設問1で、甲が、自己所有の本件図書を、それを甲から借りたAからAに無断で取り戻した行為について、窃盗罪（刑法235条〔以下「刑法」は省略〕が成立するとの立場と同罪が成立しないとの立場の各理論構成を検討させ、自説の立場を根拠とともに示させた上で、窃盗罪の成否を論じさせ、(2)設問2で、甲が、ナイフをAの眼前で振り回してAを転倒させて死亡させた行為について、傷害致死罪（205条）が成立するとした場合の理論上の説明を、同罪が成立しないとする立場に言及させつつ検討させ、(3)設問3で、甲が、自習室のカーテンに火をつけてカーテンを炎上させた行為について、現住建造物等放火罪（108条）の成否を検討させることにより、刑法各論の基本知識と理解を問うものである。

なお、この出題形式は、近時の司法試験論文式試験刑事系科目〔第1問〕（刑法）の出題形式に合わせたものである。

(1) 設問1

本問では、甲がAの占有する本件図書をAに無断で持ち帰ったことから、窃盗罪の成否が問題となる。論点は、甲が本件図書の所有者であったことから、本件図書が「他人の」財物（他人が所有する財物）に当たるかどうかである。自己の所有物が「他人の」財物に当たるかどうかについては、特例（242条）があるので、この解釈として論ずる必要がある。

その際には、①甲に窃盗罪が成立するとの立場と、②甲に窃盗罪が成立しないとする立場の双方からの説明に言及しつつ、根拠とともに自説を示す必要があるが、上記論点は、窃盗罪の保護法益についての議論と関係するので、これを踏まえておく必要がある。

まず、①の立場からの説明としては、(a)窃盗罪の保護法益を占有と捉える見解（占有説）によれば、本件図書は、Aがかばんの中に入れて占有していたことから、242条の「他人が占有」する財物に当たり、同条により「他人の財物」とみなされ、これを甲が故意に不法領得の意思をもって自己の占有下に移して「窃取した」ので、窃盗罪の構成要件該当性が肯定され、かつ、Aに無断で、プライバシー性の高いかばんの中を探って本件図書を持ち出す行為は、甲がAに対し返却期限後数度にわたり強く返却を求めていたこと、返却期限から3週間が経過しても本件図書が返却されなかったことを考慮しても、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものであり、違法性が阻却されないので、窃盗罪が成立するとの説明や、(b)窃盗罪の保護法益を平穏な占有と捉える見解（修正占有説）によれば、本件図書は、Aが甲から借りて平穏に占有を開始し、この占有状態が継続していたことから、242条の「他人が占有」する財物に当たり、同条により「他人の財物」とみなされ、これを甲が故意に不法領得の意思をもって自己の占有下に移して「窃取した」ので、窃盗罪が成立するとの説明等が考えられる。

他方、②の立場からの説明としては、(c)窃盗罪の保護法益を占有と捉える見解（占有説）によれば、前述のとおり、窃盗罪の構成要件該当性が肯定されるが、Aが、返却期限後数度にわたり甲から強く返却を求められたにもかかわらず、返却期限から3週間もの長い間本件図書を返却しなかったこと、本件図書の入っていたかばんが自習室というオープンスペ

ースの机上に置かれていたことに照らすと、本件図書の所有者である甲がAのかばんの中を探って本件図書を持ち出す行為は、Aに無断でなされたことを考慮しても、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものであるということはできず、窃盗罪が成立しないとの説明、(d)窃盗罪の保護法益を所有権その他の本権と捉える見解（本権説）によれば、242条の「占有」とは、所有権その他の本権に基づく占有を意味するところ、本件図書に対するAの占有は、甲が本件図書を持ち帰った時点では返却期限が過ぎていたことから、物を無償で借りる権利（民法593条）に基づくものとはいえず、本件図書は、242条の「他人が占有」する財物に当たらないため「他人の財物」とみなされず、窃盗罪が成立しないとの説明、さらに、(e)窃盗罪の保護法益を合理的理由のある占有と捉える見解（修正本権説）によれば、242条の「占有」とは、合理的理由のある占有を意味するところ、本件図書に対するAの占有は、返却期限から3週間も過ぎていたこと、甲が数度にわたり強く返却を求めていたことから、合理的理由のある占有とはいえず、本件図書は、242条の「他人が占有」する財物に当たらないため、「他人の財物」とみなされず、窃盗罪が成立しないとの説明等が考えられる。

そして、自説として窃盗罪が成立するとする場合、自説とする(a)(b)等の見解を採る根拠や他説への批判を論じた上で、窃盗罪の構成要件該当性を検討し、必要に応じて違法性阻却を検討する必要がある（①の立場からの説明の中で、窃盗罪の構成要件該当性や違法性阻却を検討した場合には、繰り返す必要はない）。

他方、自説として窃盗罪が成立しないとする場合、自説とする(c)～(e)等の見解を採る根拠や他説への批判を論じた上で、自説によれば本件図書が「他人の」財物に当たらないため、窃盗罪が成立しないことを指摘する必要がある。

(2) 設問2

甲は、Aを脅かす目的で、Aの眼前でナイフを数回振り回したところ、甲の予見に反し、ナイフの刃先がAの顔面に当たり、これに驚いたAが後方に倒れて後頭部を強打し、死亡している。

本問では、傷害致死罪の成立を認めるための説明が求められており、これに答えるためには、甲の行為が傷害致死罪の成立要件（構成要件要素）を全て充たすことを説明する必要がある。また、傷害致死罪が成立しないとする立場に言及することも求められており、これに答える必要もある。

傷害致死罪の成立を認めるための説明としては、判例と同様、暴行を手段とする場合の傷害致死罪の成立要件を、①暴行、②暴行の故意、③死亡結果、④死亡結果との間の因果関係の4つと解した上、甲の行為がこれらを全て充たすことから、傷害致死罪が成立するとの説明が考えられる。すなわち、①について、暴行とは、人の身体に対する不法な有形力の行為であり、傷害の危険がある場合には身体への接触は必要でないと解されるところ（最決昭和39・1・28刑集18巻1号〔日本刀振り回し事件〕／百II4〔8版3〕／50－2参照）、甲のナイフ振り回し行為は、ナイフという身体に危険な道具を用いて、狭い通路にいるAの眼前で数回にわたり行われており、この行為は、Aに傷害を負わせる危険のある、Aの身体に対する不法な有形力の行使であるから暴行に当たり、②については、傷害致死罪は傷害罪（204条）の結果的加重犯であり、傷害罪は暴行罪（208条）の結果的加重犯を含むため、暴行を手段とする傷害致死罪の故意としては、暴行の故意で足りるところ、甲は、暴行に当たるナイフの振り回し行為を認識していたことから暴行の故意があり、③については、問題文から明らかであり、④については、設問の記述から認められるとして、傷害致死罪の成立を説明することが考えられる。

他方、傷害致死罪が成立しないとする立場としては、(a)暴行には身体的接触が必要であるとの理解を前提に、甲のナイフ振り回し行為は、ナイフがAの身体に接触しない限り、暴行とはいえず、また、甲がナイフの刃先をAの顔面に当てた行為は、客観的には暴行に当たるが、ナイフの刃先がAの身体に当たることを甲は予見しておらず、暴行の故意が認められないことから、傷害致死罪を暴行罪の二重の結果的加重犯と解したとしても、傷害致死罪は成立しないとする立場や、(b)傷害致死罪の基本犯である傷害罪には暴行罪の結果的加重犯は含まれておらず、傷害致死罪の成立には傷害結果の認識が必要であるとの理解を前提に、甲がナイフを振り回したのはAを脅かすためであったこと、ナイフの刃先がAの顔面に当たったことは甲の予見に反していたことから、甲には傷害結果の認識がなく、傷害致死罪は成立しないとする立場、さらには、(c)傷害致死罪の成立には死亡結果についての予見可能性（過失）が必要であるとする通説的理解を前提に、甲は、ナイフの刃先がAに当たり、Aが後方に倒れて机の角で後頭部を強打して死亡することを予見できなかったので、傷害致死罪は成立しないとする立場等が考えられる。

本問では、(a)～(c)等の立場のうち、少なくとも1つを紹介し、これを批判しながら、傷害致死罪の成立を認めるための説明を行う必要がある。(a)に対する批判としては、暴行罪は、条文の文言から、傷害未遂を含む趣旨と解されるから、傷害の危険があれば、身体的接触がなくても、暴行に当たると解すべきであるとの批判、(b)に対する批判としては、暴行罪の条文の文言から、傷害罪には暴行罪の結果的加重犯が含まれるとの批判、(c)に対する批判としては、傷害致死罪の条文に書かれていない要件を付け加えるのは不当であるとの批判や、死亡結果についての予見可能性が必要だとしても、甲は、狭い通路上にいたAの眼前で生命身体に危険なナイフを数回振り回したのであるから、Aの死亡についての予見可能性があったとの批判が考えられる。

(3) 設問3

本問は、甲が自習室のカーテンに火をつけ、これを炎上させた行為の罪責を問うものである。行為当時、本件建物の1階に職員1名がいたことから、現住建造物等放火罪（より正確には、現在建造物放火罪）の成否が問題となる。

まず、本件建物が全体として1個の「現に人がいる」建造物（現在建造物）に当たるかどうか（建造物の一体性）を論ずる必要がある。本件建物は、外観上1個の建造物であり、その内部に人が現在していたが、鉄筋コンクリート造の耐火構造の建物であり、甲がカーテンに火をつけた自習室は、人が現在していた1階の事務室から大きく離れた7階の別区画にあることから、甲以外に人のいなかった自習室を独立の非現住建造物等と捉えることもできそうだからである。答案では、建造物の一体性の判断基準を示した上で、具体的事実を的確に当てはめ、結論を導くことが求められる。例えば、構造上の一体性と延焼可能性からなる物理的一体性と機能的一体性（使用上の一体性）を基準にする立場からは、本件建物が構造上の一体性と機能的一体性があることは明らかであり、また、本件建物が、状況によっては火勢が他区画へ及ぶおそれが絶対にはないといえない構造であったことから、延焼可能性も認められるとして、本件建物は全体として1個の現在建造物であると解答することが考えられる。他方、同様の基準を前提としつつ、火勢が他区画へ及ぶおそれが絶対にはないといえない程度では延焼可能性として不十分であるとして、本件建物の一体性を否定し、自習室を独立の非現住建造物等に当たるとすることも考えられる。

次に、甲がカーテンに火をつけた行為が「放火」行為に当たることを、放火行為の意義を示しつつ、簡潔に確認しておく必要がある。

さらに、本件建物が「焼損した」かについても論ずる必要がある。有毒ガスが発生し、壁が広範囲にわたって剥落したものの、炎上したのはカーテンのみで、火は他に燃え移らなかったからである。答案では、焼損の意義を明らかにした上で、炎上したのはカーテンのみであったこと、人体に有毒なガスが発生し、壁が広範囲にわたって剥落したことを踏まえ、本件建物が焼損したかを検討する必要がある。例えば、(a)独立燃焼説の立場から、焼損とは、火が媒介物を離れて目的物（本問の場合、本件建物）が独立に燃焼を継続し得る状態になったことをいうとした上、甲がカーテンに火をつけたことにより有毒ガスが発生し、壁が広範囲にわたって剥落したものの、燃焼したのは、取り外し可能なことから本件建物の一部とはいえないカーテンのみであり、本件建物が独立に燃焼を継続し得る状態に達していないから、本件建物が「焼損した」とはいえないとする解答や、(b)目的物の燃焼と同様の公共の危険を生じさせる可能性があるときは「焼損」と解すべきであるとする見解（新効用喪失説）に立ち、燃焼したのは本件建物の一部ではないカーテンのみであるが、有毒ガスが発生し、壁が広範囲にわたって剥落したことから、本件建物の燃焼と同様の公共の危険を生じさせる可能性があったとして、本件建物が「焼損した」とする解答が考えられる。(a)のように考えれば、現住建造物等（又は非現住建造物等）放火未遂罪が成立し、(b)のように考えれば、現住建造物等（又は非現住建造物等）放火罪が成立する。

なお、設問によれば、甲が火をつけた当時、甲に本件建物内に人がいることの未必的な認識があったことを前提にしてよいことから、この前提に基づき、甲に現在性の認識（現住建造物等放火罪の故意）があったと認定できるが、この認定も、忘れずに示しておく必要がある。

【評価区分・配点】（満点：８０）

- (1) 設問１（３０）
 - ①問題の所在（５）
 - ②設問中の①の立場からの説明（７）
 - ③設問中の②の立場からの説明（７）
 - ④自説（５）
 - ⑤当てはめ／窃盗罪の構成要件要素（６）
- (2) 設問２（２０）
 - ⑥暴行の意義（５）
 - ⑦故意（５）
 - ⑧当てはめ／傷害致死罪の構成要件要素（５）
 - ⑨不成立とする立場への言及（５）
- (3) 設問３（３０）
 - ⑩建造物の一体性の判断基準（７）
 - ⑪建造物の一体性の当てはめ／現在性の認識（故意）（５）
 - ⑫放火行為（５）
 - ⑬焼損の意義（７）
 - ⑭焼損の当てはめ（５）
 - ⑮結論（１）

以 上