

予備試験

---

令和3年予備試験  
論文式試験分析会  
刑 法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215877

LU21587



## 刑法 問題

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。）。

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、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。

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。返してほしいけれど100万円を持ってこい。」と言われた。

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。

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。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、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かれていることを思い出し、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。

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名の存在をいずれも認識していなかった。

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の普段の態度から、Xの真意を認識していた。

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。

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、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、甲が帰宅したことに気付いていなかった。

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、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、确实とまではいえなかった。

## 刑法 解答のポイント

本問においては、まず甲が本件ダンボールを持ち去った行為に窃盗罪（235条）が成立するかどうか問題となる。本件ダンボールは、甲がYに預けた甲の所有物であることをふまえ、これが窃盗罪という「他人の財物」であるか否か検討する必要がある。また、当然のことながら「窃取」や、故意（38条1項）、不法領得の意思を検討することが求められる。

次に、甲が本件帳簿に火をつけ、それをドラム缶に投げ入れ、漁網を燃やし、釣り人5名がそれにより生じた煙で包まれ、原動機付自転車への延焼の危険を生じさせた行為に自己所有の建造物等以外放火罪（110条2項）が成立するかどうか問題となる。検討に当たっては、本罪の客体が本件帳簿であることを指摘しつつ、これが110条2項の客体に当たること、「放火」、「焼損」の要件を満たすこと、「公共の危険」が生じたことを認定する必要がある。そして、「公共の危険」については、建造物が延焼する危険に限定されるのか、それとも不特定又は多数の生命、身体、財産への危険と広く解釈するのか、自己の立場を示すことが求められる。また、甲は「公共の危険」にあたる事実を認識していないことから、故意が認められるのか、すなわちこれにあたる事実が故意の認識対象なのか否かを論じる必要がある。

次に甲が乙の行為を制止しないで立ち去った行為について嘱託殺人罪の幫助犯が成立するか検討することが求められる。まず片面的幫助が成立することを指摘した上で甲の行為が不作为であることから不作为による幫助が認められるかを考慮する必要がある。この際に不真正不作为犯に関する判例（最判平17.7.4等）を踏まえた上で、各自が定立した規範に基づき問題文に記載されている事情から幫助の実行行為性を認定する必要がある。

さらに甲の幫助行為と正犯である乙の殺人罪の実行行為との間の因果関係を認定する必要がある。

最後に、客観的には殺人罪の幫助行為に該当するものの甲の主観としては嘱託殺人罪の故意しかないことから主観的構成要件と客観的構成要件の不一致について説得的な結論を導き出すことが求められる。

乙の罪責については殺人罪が成立することを簡単に認定する必要がある。

## 刑法 解答例

### 第1 甲の罪責

1 甲が本件帳簿をY宅から持ち出した行為につき、窃盗罪（235条）が成立しないか。

(1) まず、甲所有の本件ダンボールが、甲との関係で「他人の財物」にあたるか。この点、権利関係が複雑化した現代において、窃盗罪の保護法益は、占有それ自体であると解されるから、「他人の財物」とは他人が占有する財物であり、242条はこのことを注意的に規定したに過ぎないものと解する。

本問で、Yは本件ダンボールをY宅で保管しているため、本件ダンボールは甲との関係で「他人の財物」にあたる。

(2) 次に、甲の上記行為は「窃取」にあたるか。この点、本罪の前述の保護法益に鑑みれば、「窃取」とは占有者の意思に反して他人の財物の占有を移転させることをいうと解する。

本問で、甲は、本件ダンボールの占有者Yの意思に反し、本件帳簿を持ち出すことでその移転を占有させているので、「窃取」したといえる。以上より、本罪の客観的構成要件を満たす。そして、上記各事実の認識・認容につき、欠けるところがないので、故意（38条1項）が認められる。

(3) そして、窃盗罪については不法領得の意思が要求される場所、甲は本件ダンボールに入っている本件帳簿を自己の占有下に移す意思を有しているから権利者排除意思があり、甲は得意先との取引に本件帳簿を用いようとしているので利用処分意思も認められる。

(4) 以上より、窃盗罪が成立する。

2 甲が本件帳簿に火をつけドラム缶の中に投入し、燃え上がらせた行為につき、自己所有の建造物等以外放火罪（110条2項）が成立しないか。

(1) まず、本件帳簿は、建造物（108条、109条）以外の物で甲の所有に属するから「前項の物が自己の所有に係るとき」にあたる。

(2) 次に、甲が本件帳簿に火をつけ、ドラム缶に投げ入れた行為は、「放火」して、本件帳簿を「焼損」させたといえる。

(3) では、甲の上記行為は「公共の危険」を生じさせたといえるか。

この点、本罪の保護法益は広く人の生命、身体、財産を保護する点に求められるので、「公共の危険」とは、不特定又は多数の生命、身体、財産に対する危険をいうと解する。

本問で、甲の放火行為は漁網を燃え上がらせ、これにより生じた煙で釣り人5名を包み、また原動機付自転車を延焼させる危険を生じさせているので、「公共の危険」を生じさせたといえるので、110条2項の放火罪の客観的構成要件を満たす。

(4) もっとも、甲は上記事実のうち、「公共の危険」にあたる事実を認識・認容していないが故意が認められるか。

この点、「よって」の文言を踏まえれば本罪は器物損壊罪（261条）の結果的加重犯であるから、「公共の危険」にあたる事実故意の対象とはならず、110条2項の放火罪が成立する。

(5) ここで、漁網が燃え上がっており、延焼罪（111条2項）の成

立が問題となりうるが、当該漁網は無主物で、無主物は、「自己の所有に」準ずるものと解すべきであるから、延焼罪は成立しない。

3(1) 後述の通り乙に殺人罪が成立するところ、甲が、Xの首を絞めていた乙を制止せずにその場から立ち去った行為について、殺人罪の幫助犯（62条1項、199条）が成立しないか。

(2) 「幫助」とは正犯を容易にするあらゆる行為をいうところ、片面的な幫助行為によっても幫助犯は成立する。そして不作為による幫助であっても、作為と不作為との間に同価値性が認められれば不作為による幫助行為が肯定される。同価値性は①法的作為義務を負う者が②作為の容易性可能性が認められるにもかかわらず不作為であったときに肯定されると考える。そして法的作為義務を負うかは危険の作出や引受、排他的支配性、法的義務の存否などを総合的に考慮して決する。

Xは甲の実父であり扶養義務が生じているところ、Xの死の危険が生じている場合にはこれを除去し救済措置を取るべき法的義務を負っているといえ、また、甲は寝たきりで入院していたXを退院させて、介護を行っていたところ、Xの生命の危険を引き受けていたといえる。さらに甲の自宅には甲、乙、Xしかおらず甲以外に乙の行為を止めて救命治療を要請できるものがおらず排他的支配性も認められる。以上より甲は法的作為義務を負っている（①充足）。

そして、甲が乙に声をかけ、乙の両手をXの首から引き離すなど、甲にとって容易な手段を採れば、乙の犯行を直ちに止めることがで

きたから作為の容易性可能性は認められる（②充足）。よって、甲が立ち去った行為は「幫助」にあたる。

(3) そして、幫助行為と実行行為との間には因果関係が必要なところ、従犯という性質上正犯を容易にしたといえるに足りる程度の関係があればよいと考える。甲の幫助行為によって乙の犯行が容易になっていることから甲の幫助行為と乙の行為との間に因果関係が認められる。

(4) 甲は、乙がXの頼みに応じて首を絞めていると考えて幫助行為に及んでいることから嘱託殺人罪（202条後段）の幫助の故意しか認められない（38条2項）。

(5) 殺人罪と嘱託殺人は人の生命という保護法益や人の死の結果を発生させるおそれのあるという実行行為等が共通しており嘱託殺人罪の限度で構成要件的重なり合いがある。そして犯罪は主観的構成要件及び客観的構成要件の一致する限度で成立するところ、本間でも甲の行為は客観的構成要件及び主観的構成要件が嘱託殺人罪の限度で一致しているから甲には嘱託殺人罪の幫助犯が成立する

4 甲には窃盗罪、自己所有の建造物等以外放火罪、嘱託殺人の幫助が成立し別個の犯罪として併合罪（45条前段）となる。

## 第2 乙の罪責

乙は、殺意を持って、Xの首を絞め、これによりXを窒息死させているので、殺人罪が成立する。

以上

— MEMO —







**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21587