

## 2018年度同志社大学大学院司法研究科

### 前期日程入学試験問題解説

#### 刑法

#### 第1 解説

刑法総論および刑法各論に関する複数の論点を含む事例問題を出題した。中止犯、間接正犯および共同正犯の成否などが主な論点である。

##### 1 Yの罪責

###### (1) 犯罪の成否

YがC方敷地内のゴミ等にライターで火をつけた行為については、現住建造物放火未遂罪（刑法108条、112条）の成否を検討する必要がある。

C方が現住建造物であることは明らかであるが、C方敷地内のゴミ等が燃えたにとどまったことから、実行の着手が認められるかが問題となる。実行の着手の判断基準について自説を示した上で、①ゴミ置き場とC方との距離が約2メートルだったこと、②Yが火をつけたのはゴミや新聞紙の束等だったこと、③ゴミ等から高さ1メートルほどの炎が上がったことなどの事実を指摘し、結論を導き出すことが求められる。

実行の着手が肯定されると、現住建造物放火未遂罪が成立する。C方自体は全く燃えていないので、いずれの見解からも、「焼損した」とはいえない。また、故意があることは明白である。

###### (2) 中止犯の成否

現住建造物放火未遂罪が成立するとして、Yは、放火行為後に翻意し、Cに火を消すよう求めていることから、中止犯（刑法43条ただし書）が成立するかが問題となる。

Yは大変なことをしたと思って後悔しているので、いずれの見解からも、「自己の意思により」の要件は満たすことになる。問題は、「中止した」といえるかである。「中止した」というためには、他人の力を借りてもよいが、その場合には、自ら防止したのと同視しう程度の努力ないし真摯な努力が必要であるとされる。結論を出すにあたっては、①Yは自分の犯行の発覚を恐れて119番通報しなかったこと、②YはCにゴミ置き場の火を消すようCに求めていること、③YはCが消火器で完全に火を消すまで付近にとどまり、様子を見ていたことなどの事実に触れる必要がある。

##### 2 Xの罪責

###### (1) 間接正犯

Xは、自らC方への放火行為を行わず、Yに命じてこれを実行させていることから、現住建造物放火未遂罪の間接正犯が成立しないかが問題となる。

間接正犯の成立要件について自説を示した上で、①Xは21歳であるのに対し、Yは14歳であること、③Yは、以前から、Xが暴力団員であることを知っており、Xを怖いとは思っていたものの、反面いろいろ教えてくれる面白い人とも思っていたこと、③Yは、是非弁別能力を有し、放火が悪いことを分かっていたこと、④XはYの弱みに付け込んでC方への放火を実行するようYに命じ、Yはそのために放火の実行を了承したこと、⑤Xは、Yをにらみつけて、きつい声で命令していること、⑥Y

はXに殴られることはないだろうと思っていたこと、⑦Xは、放火行為時にはC方から立ち去っており、Yの行為を監視してはいなかったこと、⑧Yは、自己の判断でゴミ等を燃やし、Xの指示と異なる方法で放火しようとしたことなどの事実を指摘して、結論を導き出す必要がある。

## (2) 共同正犯

間接正犯の成立を否定したときには、共同正犯(刑法60条)の成否が問題となる。共同正犯の成立要件を示し、上記の①から⑧の事実のほか、⑨自己の手柄を立てることがXの犯行動機だったこと、⑩放火に用いられたライターを用意したのはXだったことなどの事実にも配慮して、結論を出すことが求められる。

## 第2 評価のポイント

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。

事例問題に関しては、①構成要件該当性→違法性阻却→責任阻却という犯罪論の体系を踏まえ(ただし、違法性阻却事由や責任阻却事由の存在しないことが明らかな場合には、そのことに触れる必要はないであろう)、構成要件該当性(実行行為、因果関係、故意・過失、未遂、共犯など)、違法性阻却(正当行為、正当防衛など)、責任阻却(責任能力、違法性の意識など)について、それぞれ基本的な内容を理解していること、②刑法の各則に規定されている主な犯罪の成立要件やその内容を理解していること、③事案における行為者の罪責を確定する上で、見解によって結論が分かれるような点や解決方法が複雑な点については、自説を示し、それを事案に当てはめて結論を出すこと、などが求められる。