

## I. 反対尋問

1. 物の利用、処分意思の内容をどう解するか。
2. B説を採用する積極的理由は何か。
3. 「公共の危険」の内容をどう解するか
4. 検察側は学説の検討 4「公共の危険」の認識の要否において、110条を結果的加重犯と解しているが、本問の検討においてそれをうかがわせる記述がない。本件における基本犯は何だと考えているのか。

## II. 学説の検討

1. 不法両得の意思の要否・内容について

### (1) 権利者排除意思の要否について

検察側と同様の理由から、弁護側もA説・C説は採用せず、権利者排除意思が必要であると解する。

### (2) 利用処分意思の要否について

この点につき、利用処分意思を不要とする見解によると、器物損壊罪は財物の占有を奪わずに損壊した場合にしか認められないし、占有を奪って隠匿する行為もみな窃盗罪とせざるを得ないという不合理な解釈を認めざるを得ないことになってしまう。さらに、この見解は窃盗罪と器物損壊罪の法定刑の差異を説明できない。

思うに、窃盗罪が損壊罪よりも重く処罰されるのは、財物を利用とする動機、目的の方がより強い非難に値し、また、一般予防の見地からも抑止の必要性が高いからである。そうだとすれば、同じ占有侵害行為であっても、それが利用可能性の取得と利用妨害のいずれを目的とするかという主観によって、窃盗罪と損壊罪を区別せざるをえないのである。

よって、利用処分意思は必要であると解する。

以上より、弁護側は、権利者排除意思・利用処分意思の両方が必要であるとする、D説を採用する。

2. 「実行に着手」の意義について

この点につき、弁護側も検察側と同様の理由からa説を採用する。

3. 「公共の危険」の判断基準について

この点につき、弁護側も検察側と同様の理由からa説を採用する。

4. 「公共の危険」の認識の要否について

この点につき、甲説は公共の危険が生じたことは客観的処罰条件であるとし、その認識は故意内容に含まれないとする。しかしながら、本罪の行為を毀棄罪ではなく公共危険犯としての放火罪たらしめる契機は、まさに当該行為によって具体的に公共の危険を生ぜしめたことに存するから、公共の危険の発生は構成要件要素と解すべきである。

よって、甲説は妥当ではない。

思うに、本罪の行為を毀棄罪ではなく公共危険犯としての放火罪たらしめる契機は、まさに当該行為によって具体的に公共の危険を生ぜしめたことに存するから、公共の危険の発生は構成要件要素と解すべきであり、それについての認識が必要であることは責任主義からは当然であるといえる。また、従来危険罪等では危険発生認識の必要性は当然視されている。

この点につき、検察側は認識の内容は延焼する可能性の認識と同じことになる主張しているが、具体的な危険発生に関しての認識は低い炎症可能性の認識も含むのであり、延焼そのものの認識、すなわち延焼の蓋然性の認識ないし延焼の認容とは区別しうることから、かかる批判はあたらない。

よって、公共の危険が生じることの認識は必要であると解すべきである。

以上より、弁護側は、乙説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1. Yの罪責について

##### 1. Aのバイクをトラックに載せて運び出した行為について

(1) 本問において、Yのかかる行為につきAに対する窃盗罪(235条)が成立するかを検討する。

(2) YはA所有のバイクという「他人の財物」をAの意思に反して運び出すことで、占有者Aの占有を排除しているため、窃盗罪の実行行為が認められる。

ここで、YはAのバイクを燃やすつもりでかかる行為に及んだことから、奪取罪の成立に要求される故意とは別の主観的超過要素たる不法領得の意思の存否が問題となるも、この点につき、弁護側はD説を採用する。

本問において、確かにYは所有者であるAを排除して本件バイクを運び出しているため権利者排除意思は認められる。しかし、この運び出し行為はAのバイクを燃やす目的で行ったものであり、バイク本来の経済的用法である、バイクに乗って移動をする、またはそのバイクそのものの価値に着目し売却するなど、本件バイクを利用、処分するといった意図はない。

したがって、本問Yにはバイクについての利用処分意思が認められないため、不法領得の意思が認められない。

(3) よって、本問Yのかかる行為につき窃盗罪は成立しない。

2. A のバイクにガソリンをかけ、結果的に焼損させた行為について

- (1) 本問 Y のかかる行為につき、建造物以外放火罪(110 条 1 項)が成立するか。
- (2) まず、検察と同様、Y が A のバイクにガソリンをかける行為につき、放火罪の実行行為性が認められる。

ここで、「公共の危険」が発生したと認められるか、その判断基準が問題となるも、弁護側は a 説を採用する。

確かに、火は枯れ木に燃え移っており、B からその煙を認識できる程度にその勢いが強かったと認められる。しかし、犯行当時は小雨が降っており、枯れ木も水分を含むため、客観的に見てさほど延焼の可能性が高いとは認められない。また、バイクを燃やした位置から最も近い人家であっても、20 メートルほどの距離があり、現に B は煙しか目撃していない。確かに、煙を目撃すれば狼狽などにより、とっさに危惧感を抱くことは大いに考えられ、自己に危険が及ぶか否かを問わず、通報をしたうえで避難するといった行動も考えられる。しかし、かかる目撃者の行為から、直ちに建造物等への延焼の危険が発生していたとは認められない。客観的事情も考慮に入れば、通常人であっても、本問のように小雨が降り、風向きも自らのいる方向と逆方向である状況においては、自らの住む建物に延焼する具体的危険を認識するとは認められないため、未だ建造物等への延焼の危険が発生していたとは認められない。したがって本問においては「公共の危険」は発生していないと認められる。

- (3) 仮に本問において、「公共の危険」が発生しているとすると、「公共の危険」の認識の要否が問題となるも、この点について弁護側は乙説にたつ。

本問 Y は、火をつける行為を人気のない林で行っている。このことから、Y としてはその場に Y 以外の人がいなくて考えており、深夜午前 2 時という時間帯から考えても、Y 以外の者になんらかの侵害の危険が生じるという可能性につき、Y は認識がないと考えられる。また、Y が、B らの人家が 20 メートル程度のところに存在することにつき認識しているか定かではなく、建造物等に延焼する可能性を認識していたとは認められない。したがって、本問 Y に「公共の危険」についての認識は認められない。

- (4) よって、Y のかかる行為につき、建造物以外放火罪は成立しない。
- (5) もっとも、Y は A のバイクに火をつけることで焼損させており、かかるバイクはもはや走ることが出来ないと考えられる。したがって、バイクの走行するという本来の効用を失わせているため、Y は A のバイクを「損壊」させた(261 条)と認められる。

よって、Y のかかる行為につき、器物損壊罪が成立する。

3. 燃えさしを足元に落とし、結果的に枯れ木に引火させる行為について

かかる Y のガソリンという非常に揮発性及び発火性の高い液体を撒いた付近で、煙草の燃えさしを足元に落とす行為は、周囲にあるものに引火する危険性が極めて高い行為である。そして、火をつけることにつき Y はその時点では故意がなく、重大な不注意が認められるにすぎない。

したがって、Yのかかる行為につき、重失火罪(117条の2後段)が成立する。

#### 4. 罪数について

以上のことから、Yのそれぞれの行為につき器物損壊罪(261条)および重失火罪(117条の2後段)が成立し、両者は、一つの行為により発生した二つ以上の犯罪結果に当たるため、観念的競合(54条1項前段)となり、後述の通り、器物損壊罪の範囲でXと共同正犯(60条)となる。

### 第2. Xの罪責について

1. Yに対してAのバイクを運び出し、燃やすよう指示した行為につき、器物損壊罪の共同正犯(261条、60条)が成立しないか。

本問において、Xは、暴走族のリーダーであり、本問YのA所有バイク損壊という犯罪の実現において、主導的な役割を果たしていると認められる。そして、現にYは先述の通り、器物損壊罪を実行しており、犯罪が実現されている。

したがって、かかるXの指示行為につき器物損壊罪の共謀共同正犯が成立する。

2. Yに対してAのバイクを燃やすよう指示し、結果的に枯れ木に引火させた行為につき、重失火罪の共同正犯(117条の2後段、60条)が成立しないか。

過失犯の共同正犯の成否が問題となるも、共同正犯の本質は、共同実行の意思と共同実行の事実であり、過失犯の場合には、共同実行の意思を欠く。そして、過失犯の共同正犯が認められるとしても、それは実行共同正犯に限定されるものであって、実行すら共同していない共謀共同正犯の場合には適用されないと解する。

したがって、本問Xについて、過失犯である重失火罪は成立しない。

### IV. 結論

Xは、器物損壊罪の共同正犯(261条、60条)の罪責を負う。

Yは、器物損壊罪の共同正犯(261条、60条)、及び重失火罪(117条の2後段)の罪責を負い両者は観念的競合(54条1項前段)となる。

以上