

### I. 事実の概要

暴走族のリーダーXは、自分のグループをやめて別のグループを作ったAに恨みを抱いていたので、配下のYに対して、Aのバイクを燃やしてしまえと命じた。Yはいったん拒んだものの、Xはさらに、「誰もいない河原・・・で騒ぎにならないように燃やしてしまえ。」と命じた。Yは、深夜午前2時頃にA宅付近の駐車場に停めてあったバイクをトラックに載せて運び出し、河原まで運ぼうとしたが、次第に面倒になり、途中、人気のない林を見つけたため、バイクを降ろして用意していたガソリンをかけた。Yは一息いれようとたばこを吸い、燃えさしを消そうと足元に落としたところ、ガソリンに引火し、さらに内部のガソリンにも火が付き、林の枯れ木などにも燃え移ったため、怖くなって逃げ出した。犯行現場に最も近い人家は、約20メートル離れたB家、C家、D家であった。その夜たまたま起きていたBは煙を見て、慌てて119番通報し、3軒の住人は皆非難した。場所が辺鄙であり、途中事故のために通行止めの場所があるなど、交通状況が悪かったため、消防車は約20分後によりやく到着したが、消火に成功した。当日は、小雨が降っており、風向きも人家と反対方向であったため、幸い誰の家にも燃え移らなかった。

### II. 問題の所在

- (1) 本問において、X及びYはAのバイクを運び出して焼損させるという意思を有している。そこで、このような場合に窃盗罪(235条)の不法領得の意思が認められるか。不法領得の意思の要否・内容が問題となる。
- (2) 本問において、YがAのバイクにガソリンをかけた段階すなわち「放火」行為に及んでいない段階においても現住建造物等以外放火罪(110条1項)の「実行に着手」(43条本文)したといえるか。「実行に着手」の意義が問題となる。
- (3) 本問において、「公共の危険」が発生したといえるか。その判断基準が問題となる。
- (4) 本問において、後述するようにYは「公共の危険」の発生を認識していたといえるが、Xは「公共の危険」の発生を認識していたとはいえない。そこで、このようなXに現住建造物以外放火罪の「罪を犯す意思」(38条本文)が認められるか。「公共の危険」の認識の要否が問題となる。

### III. 学説の状況

#### 1. 不法領得の意思の要否・内容について

A説<sup>1</sup>：不法領得の意思は不要であるとする説。

B説<sup>2</sup>：権利者排除意思は必要であるが、利用処分意思は不要であるとする説。

<sup>1</sup> 曾根威彦『刑法の重要問題各論〔第2版〕』（成文堂,2006）265頁。

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社,1990）

C 説<sup>3</sup>：権利者排除意思は不要であるが、利用処分意思は必要であるとする説。

D 説<sup>4</sup>：権利者排除意思・利用処分意思の双方を必要とする説。

※権利者排除意思=権利者を排除して、他人の物を自己の所有物とする意思。

利用処分意思=経済的用法に従い、利用し処分する意思。

## 2. 「実行に着手」の意義について

α 説(主 観 説)<sup>5</sup>：犯意の成立がその遂行的行動によって確定的に認められる場合に実行の着手を認める説。

β 説(形式的客観説)<sup>6</sup>：実行行為そのものに先行しこれと密接不可分な行為(直前行為)の開始時点において実行の着手を認める説。

γ 説(実質的客観説)<sup>7</sup>：法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性が認められるときに実行の着手を認める説。

## 3. 「公共の危険」の判断基準について

a 説<sup>8</sup>：物理的・客観的危険の有無により判断する考え方。

b 説<sup>9</sup>：放火現場に置かれた一般通常人の判断力を基準とする考え方。

## 4. 「公共の危険」の認識の要否について

甲説(認識不要説)：公共の危険の認識を不要とする説。

乙説(認識必要説)：公共に危険の認識を必要とする説。

## IV. 判例

横浜地裁昭和 58 年 7 月 20 日判決

### 【事実の概要】

被告人は、妻の家出を悲観し、家を燃やして焼身自殺しようと決意し、和室、廊下などにガソリン焼く 6.4 リットルを撒いた。そして悟を決めて、翌 11 日午前 0 時 5 分頃、死ぬ前に最後のタバコを吸おうと廊下でライターに火をつけたところ、撒いたガソリンの蒸気に引火して爆発、家は全焼した。

### 【判旨】

「ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発すればガソリンに引火し、火災が起こることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを撒布すること

<sup>3</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第 4 版〕』（東京大学出版会,2007）198 頁。

<sup>4</sup> 大谷寛『刑法講義各論〔新版第 3 版〕』（成文堂,2009）190 頁。

<sup>5</sup> 牧野英一『刑法総論・上巻〔初版〕』（有斐閣,1958）254 頁。

<sup>6</sup> 団藤・前掲 354 頁。

<sup>7</sup> 大谷寛『刑法講義総論〔第 3 版〕』（成文堂,2009）370 頁。

<sup>8</sup> 井田良『刑法各論』（弘文堂,2010 年）167 頁。

<sup>9</sup> 西田典之『刑法各論〔第 5 版〕』（弘文堂,2010 年）299 頁。

によって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められるから、右行為により放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当」として実行の着手を認めた。

## V. 学説の検討

### 1. 不法領得の意思の要否・内容について

#### (1) 権利者排除意思の要否について

権利者排除意思を不要とする説(A説・C説)によれば、使用窃盗すなわち可罰的違法性を欠く財物の無断一時使用を不可罰とすることができなくなってしまう。よってA説・C説は妥当でない。

#### (2) 利用処分意思の要否について

利用処分意思を必要とする説(C説・D説)によれば、通常窃盗として罰すべき犯罪も毀棄罪または無罪としなければならなくなる。例えば、一般に下着泥棒とよばれる行為について、その目的が性的趣向であったならば、目的が経済的用法に従ったものでないので窃盗とすることができなくなってしまうので毀棄罪ないし無罪としなければならない。よってC説・D説は妥当でない。

以上より、検察側は権利者排除意思は必要であるが、利用処分意思は不要であるとする説(B説)を採用する。

### 2. 「実行に着手」の意義について

(ア) まず $\alpha$ 説は犯罪意思を重視することにより処罰の時期が早くなりすぎるとともに客観的要素の範囲が明確になりがたく恣意的判断を招きやすいことから妥当でない。

(イ) 次に $\beta$ 説は、どの段階で殺人の一部の行為を行ったかということを確認することは形式的に困難であるからこのような形式的判断基準で予備と未遂を区別することは実際上不可能であり妥当でない。

(ウ) そもそも未遂犯の処罰根拠は構成要件の実現ないし結果発生の実質的危険の惹起に求められるので、実行の着手もその実質的危険を惹起せしめることをいうと解すべきであり、 $\gamma$ 説(実質的客観説)が妥当である。

### 3. 「公共の危険」の判断基準について

そもそも放火罪処罰の目的は、社会の一般構成員の安全感・平穩感を確保する点にある。このような目的からすれば一般通常人が脅威を感じるような状況が生じたかどうか基準とされるべきである。以上より、検察側はb説が妥当であると考えられる。

### 4. 「公共の危険」の認識の要否について

公共の危険の認識の要否について、検察側は以下の理由から乙説(認識必要説)は採用しない。認識必要説は、110条の行為を公共危険罪たらしめる契機は、当該行為によって公共の危険を生じせしめた点にあるから、故意の内容としてその認識が必要なのは責任主義の原則として当然であるという。しかしながら、公共の危険発生の認識が必要であるとする、認識の内容は延焼する可能性の認識と同じことになるから、延焼の客体についての放火の未必の故意と同じになることになる。よって、認識必要説からは公共の危険発生の認識と放火の未必の故意の区別が明確にならないため採用できない。

したがって、検察側は、甲説(認識不要説)は、110条1項にいう「よって公共の認識を生じさせた」という文言を結果的加重犯の規定であると解し、その帰結として、重い結果たる公共の危険発生の認識は不要であるとするという理由から公共の危険発生の認識不要説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1 Yの罪責

#### 1. Aのバイクをトラックに乗せて運びだした行為について

- (1) 本問において、Yの上記行為について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していることから「窃取」したといえ、同罪の客観的構成要件を充足する。
- (3) 次に、YはAのバイクを燃やしてしまうつもりであったため、不法領得の意思が認められるかが問題となるも、検察側はB説を採用する。したがって、Yは所有者Aを排除してAのバイクを自己の所有物として運び出す意思を有しているため不法領得の意思に欠けることはない。
- (4) 以上よりYの上記行為にAに対する窃盗罪が成立する。

#### 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) 本問において、Yの上記行為に対して建造物等以外放火罪(110条1項)が成立するかを検討する。
- (2) ア. まず、YがAのバイクという「前二条に規定する物以外の物」にガソリンをかけた段階すなわち「放火」行為に及んでいない段階においても現住建造物等以外放火罪(110条1項)の「実行に着手」(43条本文)したといえるか。前述のように検察側はγ説(実質的客観説)を採用する。そこで、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性が認められるか否かを検討する。
  - イ. 本問において、Yはガソリンという揮発性が高く引火しやすい燃料をバイクに対してかけているため、この段階で不特定または多数人の生命・身体・財産に対する危険性が認められる。
  - ウ. よって、同罪の「実行に着手」したといえる。

- (3) 次に、「公共の危険」の判断基準について検察側は b 説を採用する。これを本問についてみると、確かに小雨や風向きの影響により誰の家にも燃え移っていない。しかしながら、近隣の人家までは約 20 メートルという短い距離しかなく、延焼しやすい林の枯れ木に燃え移り、ガソリントankにも引火している。さらに、B は煙を見て慌てて 119 番通報している。以上からすると、一般通常人の判断力を基準とすれば、「公共の危険」は生じているといえる。
- (4) なお、本問において前述のように近隣の人家まで 20 メートルしかなく、ガソリントankに引火したことを Y が認識している以上、Y には「公共の危険」の認識があるといえる。もっとも、検察側は「公共の危険」の認識の要否に関して甲説を採用するため、仮に Y に「公共の危険」の認識がなかったとしても、結論に影響はない。
- (5) 以上より Y の上記行為に建造物等以外放火罪が成立する。

### 3. Y の罪数

以上より、Y には①A に対する窃盗罪②建造物等以外放火罪が成立する。後述するように①・②は X と共同正犯(60 条)となり、併合罪(45 条)として処断される。

## 第 2 X の罪責

### 1. Y に対して A のバイクを運び出し、燃やしてしまえと命じた行為について

- (1) 本問において、暴走族のリーダーである X は、自身の配下として事実上の支配力を有している A に対して、自身の怨恨を晴らすべく、A のバイクを運び出し、燃やしてしまえと命じており、犯罪事実実現のために重要な役割を果たしているといえる。そして、前述のように、A はこのような命令に基づいて窃盗罪と建造物以外放火罪を実現している。そこで、X の上記行為について、窃盗罪と建造物等以外放火罪の共謀共同正犯(60 条)が成立するかを検討する。

### (2) 窃盗罪について

本問において、X は A のバイクを燃やしてしまうつもりであったため、不法領得の意思が認められるかが問題となるも、検察側は B 説を採用する。したがって、X は所有者 A を排除して A のバイクを自己の所有物として Y に運びださせる意思を有しているため不法領得の意思に欠けるところはない。

以上より、上記行為に A に対する窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。

### (3) 建造物等以外放火罪について

本問において、X は Y に対して「誰もいない河原・・・で騒ぎにならないように燃やしてしまえ。」と命じており、X には「公共の危険」の認識はないといえる。しかしながら、検察側は「公共の危険」の認識の要否に関して甲説を採用するため、X にかかる認識がなくても結論に影響はない。

以上より、上記行為に建造物等以外放火罪の共謀共同正犯が成立する。

### 2. X の罪数

以上より、Xには①Aに対する窃盗罪②建造物等以外放火罪が成立する。①・②はYと共同正犯となり、併合罪として処断される。

## **VII. 結論**

Yには①Aに対する窃盗罪②建造物等以外放火罪が成立する。

Xには①Aに対する窃盗罪②建造物等以外放火罪が成立する。

以上