令３－９肢ア

第１　肢の結論

誤っている。

第２　甲に現住建造物等放火罪が成立するか。（不作為の放火の成否）

１．問題の所在

甲は，勤務先の事務室で１人で残業をしていたところ，使用中の電気ストーブから周囲の可燃物に誤って引火させた。甲は，その時点での消化作業は容易であったにも関わらず，同室が立ち去り，同建物は全焼した。行為当時，甲の同僚が仮眠中であったので，本件建物は「現に人がいる建造物」にあたり，「焼損した」にあたる。もっとも，甲は立ち去っただけである。したがって，本件行為が，１０８条の「放火して」にあたるか。

本件の不作為の行為が放火したにあたるか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

甲の行為は，１０８条の「放火した」にあたる。そして故意もあるので，１０８条の構成要件に該当し，現住建造物等放火罪が成立する。よって，しないとする肢は誤り。

（２）理由

まず，不作為行為が，「放火して」にあたるには，作為と同価値性が必要である。

なぜなら，類型的に，不作為は，作為と異なり危険性が低い，簡単に処罰すると，処罰範囲が広がってしまうからである。

そこで，①身分上の地位，②作為可能性，③適法な行為をしたら，十中八九防げたのに，行わなかった場合に限り，作為と同価値性を認めるべきと考える。

本件の場合，消火作業は容易であったので，②作為可能性は問題ない。また，それを行っていれば火元がなくなるので結果が発生しなかったことも十中八九防げたので，③も問題ない。問題は甲に①身分上の地位があったかである。確かに，甲は勤務先の事務所にいただけである。そこで，客観的に難しいのであれば，問いのように，主観的に既発の火力を利用する意思を持って初めて，道義や条理違反が重大であるとして，①の要件が認められるべきとも思える。

しかし，不当である。本件の場合，甲の自ら使っている電気ストーブから，誤って失火させて引火されているのである。事務所には甲しかおらず，原因の一端を作っている以上，客観的に危険なことを甲は行っている。したがって，客観が危険である以上，主観については，通常の認識があれば，条理に対する重大な違反があると言える。

よって，①の要件は認めることができると考える。したがって，甲の行為は不作為の放火行為にあたる。そして，他の１０８条構成要件は認められる以上，甲に現住建造物放火既遂罪が成立する。なお，同種の事案で，判例は，既発の意思を認めているが，発見しただけで，客観な違法性が低い事案だった。本件では，行為者自身が，原因を作っている以上，認識をもって認定をしても問題ないと考える。

以上