

只木ゼミ夏合宿第4問弁護レジュメ(反対尋問)

文責：3班

I. 反対尋問

- 5 1. 判例の趣旨は何か。
2. 検察レジュメ p2 の 23 行目「間接正犯や共犯の場合には、故意を阻却しない客体の錯誤と故意を阻却する方法の錯誤とを区別することは困難である」とあるが、それはなぜか。
3. 検察レジュメ p2 の 30 行目「観念的競合により科刑上一罪として処理するため、
- 10 責任主義に反しない」とあるが、それはなぜか。
4. 構成要件の故意とは何か。

II. 学説の検討

b 説について

- 15 検察側と同様の理由により採用しない。

c 説について

- c 説は、構成要件的に同種の結果については相当因果関係の範囲内で発生したというだけで故意があるとするが、それでは偶発的に生じた過失的結果をも故意によって引き起こされたものと判断することになり、妥当でない。さらに、それは
- 20 実際には過失の要件さえ必要とせず、因果関係の相当性という極めて緩やかな要件を充足することによって、故意による結果惹起という重い評価をすることになり、問題がある。そもそも、行為者の認識の対象となっていないものについても規範の問題が与えられていたとする法定的符合説の前提自体が疑問のように思われる。なぜなら、故意犯の場合、刑罰という制裁は行為者の認識・認容した事実
 - 25 についてのみ反対動機たりうるからである。たとえば、199 条(殺人罪)は、「およそ人」を殺すなという命令を発するのではなく、行為者によって認識された個別具体的な法益主体を殺すなという命令を発するのである。このような刑法規範からは、構成要件客体を、「およそ人」というレベルまでにまで抽象化することは許されない。また、C-1 説については、たとえ観念的競合になるとしても、一個の
 - 30 故意に対して二個以上の故意犯の成立を認めることは、責任主義、より具体的には刑法 38 条 2 項に反するというべきである¹。

a 説について

以上の理由から、c 説を採用することはできない。もっとも、具体的符合説で

¹ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010)229 頁。

あっても、一定の範囲で法定的符合を認めるものであり、その意味で具体的法定符合説であるといえる。すなわち、同一法益主体に対する同種の構成要件的结果については法定的符合を認めるというものである。というのも、刑罰という制裁による反対動機の設定は、個別具体的な法益主体を単位とするものであり、従って、例えば殺人罪の場合、ある人物 B を殺すなという命令=B についての刑法的保護が、行為者によって認識されていない他の人物 C にまで及ぶと解すべきでないが、傷害罪の場合、204 条は B の身体の生理機能ないしは身体の完全性を害するなという命令を発しているのであり、その意味で、B の身体を害する意思があれば、その具体的対象が B の右腕であるか、右足であるかを問題とすべきではないからである²。

以上より、弁護側は、a 説を採用する。

III. 本問の検討

1. 甲の乙に対して A 方に侵入して金品を盗取することをそそのかした行為について、いかなる犯罪が成立するか。
2. 乙は甲が A 方に侵入して金品を盗取することをそそのかし(教唆行為)、乙は甲の教唆により強盗をなすことを決意し、強盗の目的で A 方屋内に侵入した。よって、甲に住居侵入罪の教唆犯(130 条、61 条)が成立する。
3. その後、乙らは母屋に侵入する方法を発見できなかったので強盗を断念した。しかし、乙らは犯意を継続して A 方の隣家の B 商会に押し入ることを謀議し、B 商会に侵入し、C から腕時計や現金在中の金庫を強取している。そこで、甲に対して B 商会への住居侵入罪と強盗罪の教唆犯が成立しないか。
4. まず、甲の教唆行為と乙の B 商会への侵入行為及び C への強盗行為の間に因果関係が認められるか。
 - (1)この点、共犯の処罰根拠は、共犯者を通じて、間接的に法益侵害の結果またはその危険性を発生させる点にある。そうであれば、何らかの形で共犯行為と結果との因果性が要求されると解される。そして、教唆犯における因果性とは、もっぱら心理的因果性にあることから、教唆犯における因果関係の有無は、心理的因果性の有無によって判断すべきである。
 - (2)これを本件についてみると、乙は甲の A 方に侵入し、金品を盗取すればよいという教唆に従って、A 方に侵入している。当該行為については甲の教唆の内容であることから容易に心理的因果性が肯定される。一方で、乙の B 商会への

² 西田典之「共犯の錯誤について」『弾道重光博士古稀記念祝賀論文集第 3 巻』(有斐閣,1984)97 頁以下。

侵入行為および C への強盗行為は、A 方母屋への侵入を断念し、協力者である丙、丁との謀議した後に行っている。このように、教唆犯の教唆した行為を断念して、被教唆者の間で新たな謀議が行われている場合には、その後の行為は教唆犯の教唆によるものではなく、被教唆者らの新たな謀議によって行われたものであるといえる。よって、その後の行為、すなわち乙らの B 商会への侵入行為と C への強盗行為は、教唆者甲による心理的因果性を有していないものであるといえる。

(3)よって、甲の教唆行為と乙らの B 商会への侵入行為と C への強盗行為には因果関係が認められない。

10 5. 以上より、甲の行為について B 商会に対する住居侵入罪と強盗罪の教唆犯(130条、61条)は成立しない。

6. では、仮に因果関係が認められた場合に教唆犯が成立するのか、以下で検討する。

15 まず、乙の B 商会への侵入行為について、甲に構成要件の故意が認められるか。教唆犯の認識していた事実と実際に被教唆者が行った行為について錯誤がある場合に、構成要件の故意が認められるかが問題となる。

7. この点、弁護側は a 説を採用するところ、行為者の認識した事実と実際に行われた行為の法益主体と法益侵害が同一である場合には構成要件の符合が認められる。

20 これを本件についてみると、行為者の認識した法益主体は A 方の住居権であり、実際に乙が行った行為の法益主体は B 商会の住居権であることから、これらは同一ではなく、構成要件の符合は認められない。したがって、甲に当該行為の構成要件の故意は認められない。

よって、甲に住居侵入罪の教唆犯(139条、61条)は成立しない。

25 8. 次に、甲の行為に強盗罪の教唆犯が成立しないか検討する。

上記と同様に甲の構成要件の故意の有無について問題となり、弁護側は a 説を採用し、法益主体と法益侵害が同一である場合に構成要件の符号が認められるとする。

30 これを本件についてみると、甲が認識した法益主体は A の財産および生命、身体であり、実際の行為の法益主体は C の財産及び生命、身体であることから、これらの法益主体は同一でなく、構成要件の符合は認められない。したがって、甲に構成要件の故意は認められない。

よって、甲の行為について強盗罪の教唆犯(236条1項)は成立しない。

9. 以上より、甲に B 商会への住居侵入罪と強盗罪の教唆犯(139条、236条、61条)

は成立しない。

IV. 結論

甲はA方に対する住居侵入罪の教唆犯(139条、61条)が成立し、その罪責を負う。