

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジюме「IV. 判例」において2つの判例を引用しているが、その引用の趣旨は何か。
2. 検察レジюме「V. 学説の検討」3頁目29行目において、「構成要件的に重なり合いが認められる場合はその重なり合いの範囲で共同正犯の実行行為を肯定できる」とあるがその根拠は何か。
- 10 3. 検察レジюме「V. 学説の検討」4頁目35行目以下において、「もつとも、…これをいかに処理するかは別個の問題であると言える」とあるが、なぜ別個の問題として言い切れるのか、その理由は何か。
4. 検察レジюме「V. 学説の検討」5頁目3行目において「具体的符合説は方法の錯誤と客体の錯誤の区別が必ずしも明らかではない」とあるが、両者の区別を行う必要性はどのような根拠に基づいてあるのか。
- 15

## II. 学説の検討

### 1. 共犯の抽象的事実の錯誤について

#### a 説(完全犯罪共同説)

- 20 刑法60条は、共同正犯を「共同して犯罪を実行した者」と規定しており、同一の犯罪についてしか共同正犯は成立しえないとするのが条文の素直な解釈である。また、犯罪の成立には故意を要求するのが原則である以上(38条1項本文)、「同一の犯罪」を認定する上で「同一の故意」が要求されるのは当然である。したがって、共同正犯の成立には故意の共同を要し、共同正犯は罪名をともにする場合にしか成立しないとするa説は妥当である。
- 25 よって、弁護側はa説を採用する。

#### b-1 説(かたい部分的犯罪共同説)

本説は罪名としては全員に重い罪の成立を認めながら、処断すべき刑罰は故意の内容に応じて個別化をして考える説であるところ、そもそも罪名と科刑の分離を認める理論的根拠が不明確であり妥当ではない。

- 30 よって、弁護側はb-1説を採用しない。

#### b-2 説(やわらかい部分的犯罪共同説)

本説は罪の重なり合う範囲で共同正犯の成立を認めることで、実質的には行為共同説と変わらないものとなっている。違いは罪名従属性の有無である。しかし、本説においても最終的には軽い罪が重い罪に吸収されてしまうため、罪名従属性を厳格に認めているとはいえない。

- 35 よって、弁護側はb-2説を採用しない。

### c 説(行為共同説)

本説は、2人以上の者が特定の犯罪を共同して実現する場合には共犯とするのに加えて、単なる行為を共同して各自の意図する犯罪を実現する場合にも共犯が成立すると考える。しかしながら、そもそも共犯は、正犯行為を通じて構成要件を実現し法益侵害・危険の結果を惹起させることにその本質があり、共犯というためには、共同して特定の構成要件を実現したという事実が必要であるから、この事実を必要でないとする本説は妥当ではない<sup>1</sup>。よって、弁護側はc説を採用しない。

## 2. 共犯の方法の錯誤について

### 10 B 説(具体的符合説)について

B 説は、α 説と同様に、構成要件該当事実を構成要件要素のレベルで抽象的に捉えることを認めるのであるが、法益主体の個別性・具体性だけは捨象することができないと解する。法益主体間の錯誤の事案においては、構成要件該当性は法益主体ごとに判断されることから明らかなように、構成要件該当事実の認識・予見である故意の判断に際しては、法益主体の相違は無視しえない重要性を備えているからである<sup>2</sup>。刑罰という制裁は行為者の認識(認容)した事実についてのみ犯行動機たり得、38条1項は、まさにその趣旨を明らかにしたものであるといえる<sup>3</sup>。

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Xによって認識された個別具体的な法益主体であるYやZを殺すなという命令を発する<sup>4</sup>。他方、傷害の意思で腕を狙って投石したところ、頭に当たり重傷を負わせたという場合には、同一の被害者における傷害の部位に関する錯誤は傷害の故意を認めるにあたって重要ではない。傷害罪の構成要件は人の健康状態の不良変更であり、それがどの部分かは問わないからである。すなわち、単に事実的な「意思方向」が問題なのではなく<sup>5</sup>、構成要件上の客体の同一性が基準とされなければならない<sup>6</sup>のである。

よって、弁護側はB説(具体的符合説)を採用する。

### α 説(法定的符合説)について

この点、構成要件的重要性と錯誤の重要性の判断基準とを異なって解しているα説は、そもそも両者が論理としている構成要件を基準として故意の有無を判断する「法定的符合」の論理を踏み外したものであるといえる<sup>7</sup>。さらに、α説は、構成要件が抽象的・類型的に符合していれば故意を認めるとするが、それでは偶発的に生じた過失の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。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法総論〔第4版〕』(成文堂,2013年)231頁。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)204頁。

<sup>3</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)224頁。

<sup>4</sup> 西田・前掲 224頁。

<sup>5</sup> 山口・前掲 209頁。

<sup>6</sup> 浅田和茂『刑法総論』(成文堂,2005年)313頁。

<sup>7</sup> 山口・前掲 205頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)257頁。

よって、弁護側はα説(法定的符合説)を採用しない。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1. 小問1について

##### 5 1. 乙の罪責について

- (1) 乙が小刀でAを刺し、死亡させた行為について、殺人罪(199条)が成立するか。  
(2) 乙の行為は、Aの下腹部という大量の出血が予想される部位を小刀という鋭利な凶器で突き刺すものであり、出血死等の危険が十分に認められる。したがって、死亡結果惹起の現実的危険性を有する行為であるといえる。また、実際にAは刺創による大量出血で死亡しているため結果も発生している。

加えて、乙はAが死んでもやむなしという意思で当該行為に及んでおり、殺人の未必の故意(38条1項本文)も認められる。

- (3) 以上より、乙の行為は殺人罪の構成要件に該当し、殺人罪(199条)が成立する。

##### 2. 甲の罪責について

- 15 (1) 甲が組員である乙ら4人に向けてAを痛めつける旨命令し、乙が上記犯罪を実行していたことにつき、甲と乙に殺人罪(199条)の共謀共同正犯(60条)が成立するか。

- (2) ア. 共謀共同正犯が認められるためには、①謀議の存在と②それに基づく実行が必要である。また、①の謀議を肯定するためには、意思連絡と正犯意思を必要とする。

- 20 イ. 本問において、甲は乙らに、Aを殺さず傷害を負わせるよう命令しており、両者の間に意思連絡は存在している。また、甲と乙は暴力団の組長と組員という関係が存在し、命令通りに動く乙らを利用して、自らが経営しているスタンディングバーの取り締まりを妨害する目的を達成しようとしており、甲の正犯意思も肯定できるため、謀議の存在は認められる。(①充足)

- 25 ウ. では、謀議に基づく実行があったといえるか。甲乙間では傷害(204条)についての謀議しか行っていないにもかかわらず、乙は殺人(199条)を行っており、構成要件間にまたがる錯誤が生じているといえる。そこで共犯における抽象的事実の錯誤の処理が問題となる。

- 30 この点について、弁護側はa説(完全犯罪共同説)を採用する。すなわち、共同正犯の成立には故意の共同を要するため、共同正犯は罪名を共にする場合にしか成立しないと考える。

- 35 本問において、先述したとおり、甲は傷害の故意、乙は殺人の故意を有していた。確かに甲は乙が小刀を携帯していたことを認識していたが、今までこの小刀が使用されたことはなく、今後も使用される機会はほとんどないと思っていると考えられるため、殺人の故意を認めることはできない。傷害罪と殺人罪は罪名も規定条文も異なるため、共謀に基づく実行があったとはいえない。(②充足)

- (3) 以上より、甲と乙に殺人罪の共同正犯は成立しない。

甲はそれに基づく実行行為が行われなかった共謀をしたのみであるため、何ら罪責を負わない。

## 第2. 小問2について

1. 丙がYに対しB方に入る計画を立て、犯行を唆した行為につき、住居侵入罪(130条前段)および窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)が成立するか。

2. (1) 教唆犯が成立するためには i 「人を教唆」することと(教唆行為および教唆の故意が存在すること)、 ii 被教唆者が「犯罪を実行」したこと、 iii 教唆と実行行為の因果関係が認められることが必要である。

(2) ア. i について、丙は単に金銭の入手方法について相談に来たYに対し、窃盗の犯行計画を示し、Yにその実行を決意させているので、教唆行為および教唆の故意は認められる(i充足)。

イ. また、YはB方の施錠を破壊し侵入しようと試みたが断念しているためB方に対し住居侵入罪の未遂罪(43条本文)が成立する。また、C商店にその意志に反した立ち入りをし、財物の占有をその持ち主の意思に反して移転させている。Yはこの行為について認識・認容しているため、住居侵入罪および窃盗罪の構成要件に該当する行為をしているといえる(ii充足)。

ウ. しかし、iiiについて、丙がB方への住居侵入および窃盗を教唆したにもかかわらず、YはC商店への住居侵入及び窃盗を行っている。教唆内容と実現結果が食い違っているが、教唆行為と実行行為の間に因果関係が認められるか。

因果関係は心理的因果の有無によって判断すべきところ、従来の犯意が継続している限り、心理的因果が及んでいるといえれば因果関係は肯定される。

本問において、確かにYは丙に教唆されたことにより犯意を生じ、犯行に及ぼうとしていた。しかし、B方に侵入するのを断念した時点で丙によって生じた犯意は消失し、その後Zの説得によりその場で新たにC商店へ侵入し物品を窃盗する犯意を生じたものと考えられる。そのため、B方に対する住居侵入罪の未遂罪については心理的因果が認められるが、C商店に対する住居侵入罪および窃盗罪につき心理的因果は消滅している。

(3) 以上より、丙にはB方への住居侵入罪の未遂罪に対しての教唆犯のみが成立するが、これは条文上規定がないため不可罰である。よって、丙はなんら罪責を負わない。

## IV. 結論

乙には殺人罪(199条)の単独正犯が成立する。

甲と丙はなんら罪責を負わない。

以上