

I. 事実の概要

5 [小問1]

暴力団組長甲、同組員乙ら7人は、組の資金源の一つとしてスタンド・バーにて許可のない風俗営業や暴力的な客引きを行っており、前記組員たちは右のような行為を取り締まる警察官を警戒していた。

多摩警察署X派出所では、上記のような暴力バーに対する苦情が続出していたため、同署に勤務するA巡査は甲らが経営するバーの近辺を見回り、警戒に当たっていた。

10 平成27年6月17日、自らが経営するバーの近辺を見回っていたAを発見した甲は、Aに対して「何してんだよ。営業の邪魔だ。さっさとどっかいけ。」などと罵り始め、そこへ駆けつけた乙ら4名が甲から事情を聞かされると、Aに対して憤慨し、「ふざけんな。店つぶすきだろ。つぶせるもんならつぶしてみろ。」などと毒づいていたが、間もなくAが立ち去ったため、乙らも「次会うときは覚悟しておけよ。」などと言って解散した。しかし甲はAが立ち去ってもなお腹の虫がおさまらず、組員の乙ら4
15 名を呼び出して、「Aを痛めつけてもう二度と今日みたいなことができなくなるようにしろ。ただし、後々面倒になるから絶対に殺すなよ。」などと命令した。

命令を受けた乙らは、巡回をしていたAを発見し、Aを取り囲んで傷害の故意でもって殴る蹴るなどの暴行を加えた。そして「もうこんな思いしたくないだろ。二度とあんなことすんなよ。」などの言葉を吐いたが、A巡査は「やめるわけないだろ。逮捕してやるからな。」などと言いつつ。その言葉を
20 聞いた乙はAに対して激昂し、隠し持っていた小刀を取り出して腰に構え、場合によっては死んでもやむなしと決意し、Aの正面に体当たりして下腹部を一回突き刺した。Aは下腹部刺創により出血死した。甲は乙が小刀を携帯していたことは認識していたが、今までこの小刀が使用されたことはなかった。

甲、乙の罪責を論ぜよ。

[小問2]

25 丙は、多額の負債があり生活にも窮していた兄のYから金銭の入手方法について相談を持ち掛けられ、家の様子を知っているBは30万円くらい持っているから見受けられるので、B方に入ればよいと申し向け、かつ家の構造や付近の地形を図解して示し、B方に侵入して金品を窃取する計画を立てた。この計画で犯行の実行をYが担い、その他の道具の用意を丙が担っていた。またこの計画自体も丙が単独で考え出したものであった。しかしながら、Yの執念深い性格からしてYが当日余計なことをして逮捕され
30 てしまうのではないかと恐れた丙は、「もしB方に侵入できなかった場合はすぐに逃げてきて。」などとYに言い、強く念押しした。

平成27年7月18日、丙の計画通りB方に侵入することにしたYとZは丙の用意したボールと短刀を携えて、B方の施錠を破壊して中に侵入しようとしたが、二人はB方内に人の気配がしたため止む無く犯行を断念し、丙の言う通りそのまま撤退しようとした。しかし、B方の隣家であるC商店が施錠されてい
35 ないことに気が付いたZは撤退しようとするYを説得し、C商店へと侵入することにした。この際、Yは出入り口にて見張りをしていたのに対し、ZはC商店内へと侵入し時計や宝石、現金など計50万円にわたる財物を窃取した。

なお丙はZとの面識がなく、またYが計画を実行する際にZが共犯者としてともに犯行を遂行することは知らなかった。

丙の罪責を論ぜよ。

II. 問題の所在

1. [小問 1]において、甲は乙らと A を傷害することを共謀しているが、実際に乙は殺人の結果が発生
5 している。この場合、甲は A 殺害の罪責を負うか。共犯の抽象的事実の錯誤が問題となる。
2. [小問 2]において、丙は Y に対し B 方に侵入するよう教唆しているが、実際に Y は C 商店に侵入
している。この場合、窃盗の教唆が成立するか。狭義の共犯における具体的事実の錯誤が問題となる。

III. 学説の状況

10 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)

共同正犯の成立には故意の共同を要するとし、それゆえ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説。

b 説(部分的犯罪共同説)

- 15 犯罪共同説に立ちながら、異なる犯罪であっても構成要件的に重なり合う範囲で共犯の成立を肯定する説。

b-1 説(かたい部分的犯罪共同説)

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する説。

- 20 b-2 説(やわらかい部分的犯罪共同説)

構成要件の重なり合いの範囲で軽い罪の共同正犯の成立を認めつつ、重い罪の故意をもつ者にはそれとは別個に重い罪の単独正犯の成立を認める説。

c 説(行為共同説)

共同正犯の本質を、数人が共同の行為によってそれぞれ各自の犯意を実現することにあると解する説。

25

2. 共犯の方法の錯誤について

α 説(法定的符合説)

表象事実と発生事実とが構成要件の範囲内で一致していれば故意の成立を認める説。

β 説(具体的符合説)

- 30 表象事実と発生事実とが具体的に符合していれば故意の成立を認める説。

IV. 判例

1. 共犯の抽象的事実の錯誤について

最判昭和 25 年 10 月 10 日。刑集 4 卷 10 号 1965 頁。

- 35 [事実の概要]

被告人が正犯たる A において判示被害者兩名に傷害を加えるに至るかも知れないと認識しながら判示匕首を貸与したところ、右 A が殺人の意思を以つて該匕首により被害者兩名を刺殺した。

[判旨]

被告人の認識したところ即ち犯意と現に発生した事実とが一致しない場合であるから、刑法第三八条

第二項の適用上、軽き犯意についてその既遂を論ずべきであつて、重き事実の既遂を以つて論ずることはできない。

2. 共犯の方法の錯誤について

5 最判昭和 23 年 10 月 23 日。刑集 2 卷 11 号 1386 頁。

[事実の概要]

被告人は A と共謀して岡山刑務所医務課長 C を買収して D のため同人が勾留に堪えられない旨の虚偽の内容の診断書を作成さしてこれを入手しようとして決め、A がその任に当ることになつたところ、A は医務課長の買収が困難なのを知つて寧ろ医務課長名義の診断書を偽造しようとして決意し B を教唆して本件診断書を作成偽造せしめた。

[判旨]

15 本件故意の内容は刑法第一百五十六条の罪の教であり結果は同法第一百五十五条の罪の教唆である。いづれも D の保釈の為に必要な虚偽の診断書を取得する為めであつて即ち被告人等は最初その目的を達する手段として刑法第一百五十六条の公文書無形偽造の罪を教唆することを共謀したが、結局共謀者の一人たる A が公文書有形偽造教唆の手段を選びこれによつて遂に目的を達したものである。

A の B に対する本件公文書偽造の教唆行為は被告人と A との公文書無形偽造教唆の共謀と全然無関係に行われたものと云うことはできないのであつて両者の間には相当因果関係があるものと認められる。即ち被告人は法律上本件公文書偽造教唆につき故意を阻却しないのである。

20

V. 学説の検討

1. 共犯の抽象的事実の錯誤について

a 説について

25 共同正犯の成立には実行行為の共同を要するが、複数人の行為者が全く同一の犯罪を実現した場合にのみ共同正犯を認めるとすると、その成立範囲は過度に狭くなってしまい、妥当でない。また、複数の行為者が実現した犯罪のうち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以上、本説を採用する余地はない。

c 説について

30 本説は、構成要件該当行為の間に全く重なり合いが認められない場合にも共同正犯の成立を肯定する説であるが、これは行為としての類型性(処罰の枠)を無視することによって共犯の成立範囲を無限定なものとし、因果関係が肯定される限りで共同正犯の成立を認めることとなり¹、妥当でない。

b 説について

35 上述の通り、複数の行為者が行った犯罪に構成要件的な重なり合いが認められる場合、共同正犯の実行行為はその重なり合いの範囲で客観的に認めることができる。また、故意の側面においても重なり合いの範囲で共同しているといえる²。よつて、同一の構成要件に属する犯罪だけでなく、構成要件が異なつていてもその重なり合いの範囲で共同正犯を認める本説が妥当である。

b-1 説について

¹ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2005年)353頁。

² 福田平『刑法総論〔第五版〕』(有斐閣,2011年)270頁。

本説は形式的には重い罪の共同正犯を認め、罪が重なり合う限度で刑罰を科す説であるが、罪が重なり合う限度でしか共同正犯の実行行為を観念し得ない以上はたとえ形式的とはいえ重い罪の共同正犯は成立し得ない。また、成立した罪と処罰の際の罪を分離させてもよいとする理論的根拠が不明確であり、妥当でない。

5 b-2 説について

共同正犯の本質について、部分的犯罪共同説を採用すべきである理由は上述の通りであるが、本説は罪の重なり合いの範囲で共同正犯を認め、処罰も同一の罪でおこなう点部分的犯罪共同説の理念を最も忠実に堅持している説であり、妥当である。

したがって、検察側は b-2 説を採用する。

10

2. 共犯の方法の錯誤について

β 説について

本説は、故意阻却を容易にし未遂犯と過失犯として処罰することにより刑法の謙抑主義の要請を満たすという点で評価されている。しかし本説は著しく具体的妥当性に欠けると言わざるを得ない。例えば、
15 A が B の財物を損壊しようとして投石した結果、石が C の財物に当たりこれを損壊させたという事例において、本説を採用すると C の財物に関しては故意が阻却されることとなる。したがって、理論上は B に対する器物損壊未遂と C に対する過失器物損壊罪が成立することとなるが、両者ともに処罰規定がない以上行為者は何ら罪責を負わないことになってしまう。

この点において、客体が物の場合は個性が弱く代替性もあるので故意阻却を否定するという修正説も
20 主張されている。しかし、行為の客体によって差別を設けるのは故意の判断の際に行為者の動機に着目せざるを得なくなり³、構成要件的故意の性質とはかけ離れた判断を強いられることとなるので妥当でない。

また、例えば殺意を持って A に向かって銃弾を発射しこれが命中したところ、実は A ではなく B で
25 あったという客体の錯誤の場合、「A という人」を殺すつもりで「B という人」を殺していることから、認識事実と発生事実に不一致があり、故意は阻却されることになる。しかし、当該侵害行為はまさに行為者の認識した客体に的中したのであるから、行為者の認識した事実と発生した事実は具体的に一致し、故意は阻却されないとすべきである。そうしないと、犯罪の成立範囲が不当に狭くなり妥当ではないと言える。

そのほか、本説の根拠としては、故意とは一定の客体に対して自己を実現していく意思であること、
30 規範は「その人を殺すな」というように具体的に理解されるべきであること、実行行為には方向性があり故意の実行は具体的客体に向けられていること等が挙げられている。

もっとも、確かに故意は実現意思ではあるが、それは行為者の主観レベルにおける性格付けであり、
客観レベルにおいて異なった客体に結果が実現した場合は、その主観と客観の齟齬があり、これをいかに処理するかは別個の問題であると言える。また、そもそも行為規範は、例えば殺人罪の場合は「お
35 よそ人を殺すな」という内容を有し、「その人」という限定はないのであり、客体の錯誤において故意を阻却しないことは、動機までは具体化せずそこでは法定的なレベルを維持するわけであるから、その意味で具体的な法定的符合説にほかならないと言える。さらに、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。具体的符合説は実行行為の方向性を強調しているが、例えば離隔

³ 川端博『刑法総論講義〔第二版〕』（成文堂、2006年）233頁。

犯や間接正犯などの場合に、着手時期をどこに求めるか、その方向性をどの程度強く解するかによって方法の錯誤か客体の錯誤かは変わってくるだろうし、行為者が意図する客体を現認していない場合に、どちらの錯誤かを決定することは困難である⁴。

したがって、検察側はβ説を採用しない。

5 α説について

この説は、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ことができる見解である。具体的符合説の立場からは、全く認識していなかった客体に対しても故意責任を認めるのは責任主義に反するとの批判がある。

10 えしかし、そもそも、責任故意の本質とは、規範に直面したにもかかわらず、あえてその規範を乗り越えて行為をしたことに対する道義的非難である。そして、規範は構成要件で客観的に与えられおり、これに該当する事実に対する抽象的認識・認容があれば、故意責任は認められ、責任を負うべきである。よって犯罪を行う意思さえあれば、発生した事実について責任故意を認めることができ、妥当であると考える。

したがって、検察側はα説を採用する。

15

VI. 本問の検討

[小問 1]

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き殺人罪(199条)が成立するか。

20 (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は刺創による出血多量で死亡しているため、結果も発生している。

25 そして、乙は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(199条)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

(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に乙との殺人罪(199条)の共同正犯(60条)が成立するか。

30 (2) 甲は実行行為を行っていないため、共謀共同正犯の成否を検討する。

共謀共同正犯が認められるには謀議の存在とそれに基づく実行が必要である。

まず、謀議の存在について検討する。謀議を肯定するには意思連絡と正犯意思が必要である。

35 甲は乙らに「Aを痛めつけて…殺すなよ」と命令しており、意思連絡は存在する。また、甲と乙は暴力団の組長と組員という関係にあり、命令通りに動く乙らを利用して、Aによ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。したがって甲乙間に謀議が存在していたといえる。

では、謀議に基づく実行があったといえるか。本問においてまず乙は甲の命令通りに暴行を行っており、暴行への心理的因果はおよんでいる。では、乙の殺人行為まで、甲の命令の心理的因果は及ん

⁴ 高橋則夫『刑法総論』(成文堂,2010年)405頁。

でいるか。乙はAの「やめるわけ…からな」という言葉に激昂し、殺害行為に及んでいるが、単に言葉に対する怒りではなく、意地でも取り締まるといふAの態度に対する怒りも併存していたと考えられ、謀議の心理的因果は当該殺害行為にまで及んでいたといえる。

5 とはいえ、甲の故意が傷害にとどまっているにもかかわらず、乙は殺人の実行行為にまで及んでいる。そこで共犯者の故意が異なる構成要件間にまたがる場合に、共同正犯を認めてよいかが問題となる。この点、検察側はb-2説を採用し、異なる構成要件間で実質的に重なり合う限度で共同正犯の成立を肯定する。

10 本問において、傷害罪と殺人罪は傷害罪の限度で実質的に重なり合う。そして傷害罪と傷害致死罪は結果的加重犯の関係にあるので、傷害の故意にとどまったとしても、加重結果についても帰責すべきである。よって、甲には傷害致死罪(205条)の限度で乙との共謀共同正犯が成立する。

3. 以上より、甲に傷害致死罪(205条)の共同正犯(60条)が成立し、乙に殺人罪(199条)の単独犯と傷害致死罪(205条)の共同正犯(60条)が成立し、傷害致死罪は殺人罪に吸収される。

[小問2]

1. 丙の罪責について

15 (1) 丙がYに対し、B方に窃盗に入る計画を立て、犯行を唆した行為につき、窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)が成立するか。

(2) 丙は単に金銭の入手方法につき相談にきた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。

20 しかし、丙がB方への窃盗を教唆したにもかかわらず、YはC商店への窃盗を行っている。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るから因果関係は肯定される。

本問においてYはB方に人の気配がしたため、代わりにC商店に入ったにすぎず、窃盗の犯意は未だ継続しており、因果関係は認められる。

25 (3) とはいえ、丙はB方へ窃盗させる故意であったのにYはC商店に入っており、方法の錯誤があったといえ、故意(38条1項本文)が阻却されないか。

この点検察側はβ説を採用し、構成要件同士が法的に符合している限りにおいて犯罪の成立を肯定する。

30 本問においてB方もC商店も構成要件上は同じ「他人」にあたり、同一構成要件内の錯誤に過ぎず丙の故意は阻却されない。

2. よって丙には窃盗罪(235条)の教唆(61条1項)が成立する。

VII. 結論

甲に傷害致死罪(205条)の共同正犯(60条)が成立する。

35 乙に殺人罪(199条)が成立する。

丙には窃盗罪(235条)の教唆(61条1項)が成立する。

以上