

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 30 行目において、「責任主義の～妥当でない。」と述べているが、同様の批判が検察側の採用する D 説にも当たらないか。また、当たらないならばなぜそう言えるのか。
2. 検察側は教唆犯(61 条)と幫助犯(62 条)についての刑法典における存在意義をどのように捉えているのか。
- 10 3. 検察レジュメ 5 頁 5 行目以下において、共謀の射程を故意の問題として捉え、「実行行為者～問題はない。」と述べているが、それはなぜか。

II. 学説の検討

1. 共謀共同正犯は共同正犯にあたるか。

A 説：形式的実行共同正犯論

- 15 「正犯」とは実行行為を行なう者をいうから、共同正犯も正犯の一種である以上、実行の分担が必要である¹。また、刑法 60 条が「犯罪を実行したる者」を「正犯」とし、61 条が犯罪を「実行させた者」を「教唆犯」としていることからわかるように、刑法は「実行すること」と「実行させること」を峻別しており、共謀者のように自らは実行しなかった者を「実行した者」として処罰することは、共同正犯と教唆犯の概念的限界が画し得なくなる。したがって、共同正犯の成立には、実行行為の一部の分担
- 20 が必要であると言うべきである。

- さらに、近代刑法の基本理念である責任主義の内容には、人が自ら行った行為およびそれによって惹起された結果についてのみ刑事責任を負うという個人責任の原則があり、共同者の各人が実行行為の少なくとも一部を遂行することによって初めて共同正犯の可罰性が基礎づけられると言える。これに加え、立法論においても共同正犯を犯罪の実行を分担した者に限る趣旨であったことは明らかであり、条文の
- 25 文言を厳格に捉えるこの説は罪刑法定主義の見地にも合致する²。

よって、弁護側は A 説を採用する。

B 説：共同意思主体説

- この説は「共謀」という強い心理的因果性を要求することにより、形式的な「共同実行」を不要とする共同正犯を認める説である。しかし、この説によると全く物理的な行為を行っていない共謀者にも正犯性を認めてしまい、このような場合には共同正犯の基本的原則である「一部実行の全部責任」が示す「一部行為」が存在しないことになる。
- 30

犯罪が主観・客観の両要素で構成される以上、その一方だけに依拠した判断基準は採用できない。共犯を正犯から区別するためには、主観的な範囲と客観的な実行の側面で判断すべきである³。また、共同

¹ 曾根威彦『刑法の重要問題[総論][第1版]』（成文堂，1993年）324頁以下参考。

² 松原孝明『刑法総論講義[第4版]』（成文堂，2009年）276頁以下参考。

³ 佐久間修『刑法総論』（成文堂，2009年）346頁。

意思主体である団体を犯罪の実行主体としつつ、その構成員に刑事責任を帰属させることは団体責任を認めるものであり、個人責任の原則に反する⁴。

よって弁護側は B 説を採用しない。

5 C 説：実質的実行共同正犯説

この説は直接実行しない間接正犯の「正犯性」を手がかりに、共謀者に実行行為性を認める説である。しかし、行為支配は本来単独の正犯性を認めるための概念であり、それが認められるならば、共同正犯ではなく正犯となる⁵。

10 共謀正犯の中には、間接正犯に類似し、行為支配が認められる場合だけではなく支配者と実行行為者が全く対等の関係にあるような場合、相互に意思を交換しながら謀議を完成させる場合もある。そのような場合をこの説の理論では説明できない⁶。

よって弁護側は C 説を採用しない。

D 説：準実行共同正犯論

15 この説は、共同正犯は他の行為者の行為による因果関係を補充ないし拡張することで、各共同者の行為と最終的な結果との間に因果関係の存在を認めるものである。ここから、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、またはこれに準じるような重大な役割を果たしたと認められる時に、因果関係の補充ないし拡張が認められるべきであるとする。

20 しかし、この説では共謀共同正犯で問題とされている事案について、処罰化の方向で理論を構成している。たとえば、心理的拘束があった場合(仲間を裏切ることができない、という場合)、まずは実行者への責任非難の減少を模索すべきであり、実行行為者でない「首謀者」へ処罰を広げていくことには慎重でなければならないものと思われる。また、共同正犯の処罰については、「自らの犯行か否か」という抽象的な基準ではなく、社会を侵害する実行行為の有無という行為原理に従った基準から判断すべきはずである。処罰の必要性は、共謀共同正犯肯定の論拠となってはならない。

25 そして、実務に定着していることもまた、肯定の論拠たりえないと思われる。原理・原則を基礎として実務・判例を検討することこそが刑法学における判例解釈であり、原理を無視しているおそれのある判例を追認する理論を構成することは妥当ではない⁷。

よって弁護側は D 説を採用しない。

30 2. 共謀の射程はいかなるものか。

イ：鈴木説

この説は、実行行為者と共謀関与者の間でなされた謀議から逸脱した行為を実行行為者が行うことを共謀関与者において、認識・予見があったのであれば、逸脱した行為についても共謀を認めることに問題はないとし、共謀の射程を故意の問題として捉えている。

⁴ 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年)47頁。

⁵ 前田雅英『刑法総論講義[第4版]』(東京大学出版会, 2006年)438頁。

⁶ 林幹人『東京大学出版会』(東京大学出版会, 2008年)408頁。

⁷ 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(成文堂, 1999年)824頁。

しかし、故意は各人の責任を基礎づける要件として、各関与者の心理上に独立に存在する静的な認識を内容とするのに対して、共謀の内容としての意思連絡及び心理的拘束は、他の共同者に影響を及ぼすという動的な働きかけを内容とするため、両者を同様に解することはできないといえ、共謀の射程を故意の問題と捉えることは不当である⁸。

5 したがって、弁護側はイ説を採用しない。

ウ：亀井説

この説は、「共謀の射程」について、故意の問題も含むとするが、前述の鈴木説と同様の批判が当てはまる。

10 したがって、弁護側はウ説を採用しない。

ア：橋爪説

この説は、共謀の射程を共謀の心理的因果性、すなわち共謀によって実行担当者の主観面に働き掛け、その犯行を促進・強化する関係がいかなる範囲で認められるかを具体的事実関係に即して判断する説である⁹。

15

共同正犯者が全体の結果について責任を負う根拠は、共謀によって実行分担者の行為を心理的に促進し、全体の行為について因果性を有するからであるといえる。したがって、共謀からそのような事態に発展することが十分にあり得る場合、すなわち共謀との因果性が認められる場合か否かによって、共謀の射程を決すべきであるといえる¹⁰。

20 したがって、弁護側はア説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第一 Y の罪責について

1. Y は A 方への侵入を開始するため、A 家の裏口のカギを破壊しようとしたところ、その侵入を断念している。Y の当該行為に住居侵入未遂罪(132 条、130 条)が成立するか。当該行為について、「実行に着手」した(43 条)といえるかが問題となる。

25

(1) 未遂犯の処罰根拠は法益侵害の現実的危険性を発生させたことにある。そうであるならば、ある行為が①当該犯罪の構成要件該当行為に密接な行為であり②結果発生 of 客観的危険があるといえる場合に、「実行の着手」(43 条)があったといえるべきである。

30 ア. 本件について、住居侵入罪(130 条)における「侵入」することとは、管理権者の意思に反する立入りをいうところ、居住者でない者が家の裏口のカギを壊して入るといふ行為は、居住者の予定していない強制力を用いた立入りであり、管理権者である A の意思に反するものであるといえ、本罪の実行行為に当たる。そして、当該行為が①本罪の構成要件該当行為に密接な行為といえるか及び②結果発生 of 客観的危険があるといえるかについて、カギを破壊すれば A 家に立入ることは著しく

⁸ 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」『法曹時報第 9 号 63 巻』(法曹会,2011 年)1506 頁。

⁹ 成瀬幸典「共犯関係からの離脱について」『刑法ジャーナル 44 巻』(成文堂, 2015 年)117 頁以下。

¹⁰ 橋爪隆「共謀の限界について」『刑法雑誌 53 巻』(日本刑法学会, 2014 年)295 頁以下。

容易であることから、侵入という構成要件該当行為に密接な行為といえ、また、構成要件の実現に至る現実的危険性を有する行為であるといえる。よって、本罪の実行の着手があるといえる。

イ. また、Yには侵入の認識があり、本罪の故意(38条1項本文)も認められる。

ウ. したがって、Yの当該行為に住居侵入未遂罪(132条、130条)が成立する。

5 (2) では、Yは、前述の行為を、金品を盗取する目的でなしていることから、窃盗未遂罪(235条、243条、43条)が成立しないか。「実行に着手」した(43条)といえるか問題となる。

10 ア. 窃盗罪の実行行為である「窃取」することとは、他人の占有する財物を占有者の意思に反して、その占有を侵害し自己または第三者の占有に移転させることをいうところ、①仮にA宅内に立入ることができたとしても、Aの所有する財物である金品の物色を行う手間は相当程度要するのであり、また②A宅の裏口のカギを破壊しようとしていた時点では、金品の物色を行うどころか、その行為に移すことさえできない状況にいることから、Aの所有する財物である金品に具体的な危険性が発生したとまではいえない。

イ. よって、窃盗罪の実行の着手があったとはいえず、窃盗未遂罪は成立しない。

15 2. Yの、B雑貨店に侵入して現金50万円を強取した行為について、強盗罪(236条)及び建造物侵入罪(130条)が成立するか。

(1) 建造物侵入罪について

20 ア. 本罪の実行行為は前述の通りであるところ、金品盗取目的という「正当な理由」とはいえない目的で、B雑貨店という「人の看守する建造物」に、深夜午後11時半の閉店後、通常客の出入りが予定されていない裏口から立入った行為は、管理権者であるBの意思に反する立入りといえ、本罪の実行行為性は認められる。また、Yには侵入の認識があり、本罪の構成要件の故意(38条1項本文)も認められる。

イ. そして、当該行為により、建造物の事実上の平穩が侵害されていることから、本罪における結果及び行為と結果の間の因果関係も認められる。

ウ. したがって、Yの当該行為に建造物侵入罪が成立する。

25 (2) 強盗罪について

30 ア. 本罪における「脅迫」とは、相手方の反抗を抑圧する程度の害悪の告知を、「強取」とは暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧し、その意思に寄らずに財物を自己又は第三者の占有に移すことをいうところ、Yの当該行為は、B雑貨店の店主に対して、相手を畏怖させるに足る折り畳みナイフで反抗を抑圧し、相手方の意思によらずに、50万円の占有を自己の下へ移転させた行為であるといえるため、本罪の実行行為性は認められる。

35 イ. また、本罪の主観的要件として、不法領得の意思、すなわち、権利者を排除して他人の物を自己所有物として扱う意思が必要であるといえるところ、本件について、Yは50万円の所有権者であるBを排除し、パチンコに利用する金銭として、その経済的用法に従い利用処分する意思があるといえることから、Yの不法領得の意思は認められる。また、Yは、Bを脅迫し財物を強取することを認識していることから、本罪の故意(38条1項本文)も認められる。そして、当該行為により、他人の財物及び人の生命・身体の安全が害されていることから、本罪における結果及び行為と結果の間の因果関係も認められる。

ウ. よって、Yの当該行為に強盗罪が成立する。

(3) 以上より Y の行為には建造物侵入罪および強盗罪が成立するが、建造物侵入行為は強盗行為の手段であるということが出来るから、両罪は牽連犯となる。

第2 X の罪責について

5 1. A 宅の裏口のカギを破壊しようとした行為について

(1) X の、A 宅への窃盗の計画を綿密に立てた行為は、住居侵入罪の実行行為にはあたらない。しかし、Y は X との計画等に基づいて本件行為を行っていることから、間接正犯が成立しないか。

ア. 正犯とは、自ら犯罪を実行した者をいうところ、間接正犯が正犯として扱われる根拠は、自ら直接実行行為をしていない場合であっても、他人を道具として利用し、犯罪を実現することで、自ら犯罪を実行したといえる点にある。そうであるならば、①正犯意思があり、②被利用者を道具のように一方的に支配・利用したといえ、③当該特定の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を惹起したといえる場合には、正犯性が認められるものと考えられる。

イ. 本件では、X は、Y と共に、A 宅への窃盗で得た利益の山分けを計画しており、Y はその条件に納得していることや、その後も 2 人で A 宅への窃盗の計画を綿密に立てていることなどから、Y の意思を抑圧していたというような事情は見当たらない。したがって、X が Y の行為を一方的に利用・支配していたとはいえないことから、X の間接正犯は成立しないといえる。

(2) では、Y と共に犯罪行為を行ったとして、共同正犯(60 条)が成立するか。

ア. 弁護側は A 説を採用するところ、60 条にいう「二人以上共同して犯罪を実行した」は、二人以上の者が、実行行為を共同することと解するのが素直な解釈であると考えられる。したがって、共同正犯は正犯であって、正犯は実行行為を担当する者であるといえることから、単なる共謀者は教唆犯か幫助犯かいずれかの責任を負うとする。

イ. 本件について、X は、あくまで Y と共に、A 宅への窃盗の計画を立てたにとどまり、当初から何ら実行行為を担当する予定もなかった。そして、60 条にいう「犯罪を実行した者」とは、実際に実行行為を担当した者をいうところ、当該犯罪の実行行為を何ら担当していない X は「犯罪を実行した者」とはいえない。

ウ. したがって、X に共同正犯は認められない。

(3) では、X に教唆犯(61 条 1 項)は成立するか。

「教唆」とは、特定の犯罪の実行を決意させるような刺激を言語・動作によって与えることをいうところ、X は、ギャンブルで負った負債の返済に窮している Y に、A 宅への侵入及び金品の盗取の話を持ちかけ、その実行を決意させているため、「教唆」しているといえる。また、Y は、窃盗には至らなかったものの、実際に A 宅には侵入し、住居侵入罪の「犯罪を実行」している。そして、X は Y に教唆することについて認識しており、故意(38 条 1 項本文)が認められ、当該教唆行為と正犯者の実行行為との間に因果関係も認められることから、X には住居侵入未遂罪の教唆犯が成立する。

35 2. B 雑貨店への侵入および 50 万円の強取について

(1) 前述同様、X に間接正犯、共同正犯は成立しない。もっとも、Y は当初の X との計画の変更を思案し、B 雑貨店への建造物侵入罪及び強盗罪の実行行為を行なっている。Y の当該行為は X の教唆に基づくものであるとはいえないといえ、X に教唆犯が成立しないのではないかが問題となる。

(2) この点、弁護側はア説を採用するところ、教唆犯における教唆の射程は、心理的因果性の射程を

画する概念であり、この限界は、教唆の危険の現実化として実行担当の者の行為が行われ、結果が発生した関係があるか否か、より端的に言えば、実行担当者が教唆に基づき形成した犯行動機と実行担当者の行為との間に同一性・連続性があるか否かで決するとする。

5 本間において、Yは、午後11時にA方への侵入を開始するため、A家の裏口のカギを破壊しよう
としていたところ、裏口の方に誰かがやってくる気配を感じ、犯行の発覚を恐れて侵入を断念して
いる。この時点で、Xとの当初の計画が、既に失敗に終わっているのは明らかである。そして、Yは
その後、なんの成果もあげられずに計画を断念することに納得がいかず、当該行為を行うことの決
意をしているが、この決意は、もはやY自身のあきらめの悪い性格による、Y独自の意思で形成さ
れたものであり、Xの教唆に基づいていたとは言い難い。したがって、Yが教唆に基づき形成した犯
10 行動機とYの当該行為の連続性があるとはいえない。また、XとYの当該犯行の計画は、利益の分
配について、Xが3分の1、Yが3分の2という、Yの方が利益の多いものとなっている上、XY間
に主従関係のような事情もないことから、XはYに対して何ら心理的な強制を与えていないといえ
る。その上、X自身はYのこの性格を知っていた上で、計画がうまくいかなかったらあきらめると
伝えており、Yは、このようなXの教唆に反して、当該行為に及んだことも明らかである。そして
15 更に、強盗罪の実行行為については、そもそもXはYが折り畳みナイフを所持することについて、
そのような指示は一切しておらず、また、当初計画されていた窃盗による財物奪取とは異なり、よ
り重大な保護法益である人の生命・身体の安全の危険を生じさせるということも、Xの了解の域を
著しく超えていたものと考えられることから、A宅への盗みという教唆の内容において、B雑貨店
への強盗までも含まれていたということとはできないといえる。したがって、Yが教唆に基づき形成
20 した犯行動機とYの当該行為に同一性があるとはいえない。
(3) 以上より、Xの教唆とYの当該実行行為との心理的因果性は切断されており、教唆の射程は及ん
でいないといえることから、Xに建造物侵入罪及び強盗罪の教唆犯は成立しない。

25 VII. 結論

Yは住居侵入未遂罪(132条、130条)、建造物侵入罪(130条)及び強盗罪(236条)の罪責を、Xは住
居侵入未遂罪(132条、130条)の罪責を負う。

以上

30