

### I. 反対尋問

- 5 1. B説について、検察側は、詐欺罪や恐喝罪において金員の受領のみに関与した後行者が不可罰となるのは妥当でないとするが、これは構成要件を満たしていないにも関わらず処罰することが可能という理解で間違いないか。
2. C説について、検察側は、後行者が先行者の行為・結果を積極的に利用する意思の判断方法を相互に共同実行の意思があり、実行行為の事実が認められる限りという限定を付す
- 10 形を採っているという理解で間違いないか。
3. C説について、検察側は、共犯における一部実行全部責任の本質が相互利用補充関係に基づく共同犯行の一体性に求められることを前提としているように読み取れるが、間違いないか。

### 15 II. 学説の検討

#### A説(肯定説)について

共同正犯の成立が認められるためには、各共同者の行為と実現事実との間に因果関係が必要であり、自己の行為と因果関係のない事実を帰せられてはならないから、後行者が、先行者の行為及びそれが生じさせた結果につき刑事責任を問われることはないはずである。

- 20 このように考えると、承継的共同正犯は否定されるべきである<sup>1</sup>。

よって、弁護側はA説を採用しない。

#### C説(中間説)について

- 25 C説における「意思連絡を伴った利用」は、自己の行為と因果性のない他人の行為の利用であって、これによって先行行為の責任を基礎づけるのは、A説と同様に心情刑法であるとの批判を免れない<sup>2</sup>。

よって、弁護側はC説を採用しない。

#### B説(否定説)について

- 30 正犯性を肯定するためには、すべての構成要件要素の実現(実現された違法事実の全体)について因果関係をもつ行為を行わなければならない。すべての構成要件要素の実現との関係で因果性をもつ行為とすることが、正犯性を肯定するための最低限の要件なのである<sup>3</sup>。

よって、弁護側はB説を採用する。

### 35 III. 本問の検討

#### 第1 乙の罪責について

- 1 乙がナイフでXの腹部をひと突きした行為につき、傷害罪(刑法(以下法名略)204条)が

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)471頁。

<sup>2</sup> 松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)408頁。

<sup>3</sup> 前掲・井田 473頁。

成立するか。

(1) 実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいう。ナイフという鋭利な武器を用いて人体の枢要部であるXの腹部を突き、Xが重傷を負っていることから、実行行為、結果及び因果関係につき認められる。

5 (2) 構成要件の故意とは構成要件該当事実の認識、認容をいい、傷害罪は暴行罪(208条)の結果的加重犯であることから傷害罪の故意は暴行罪の故意があれば足りる。本問において乙はナイフで突くことによりXの暴力が止まると認識、認容の上で実行行為に移っていることから暴行罪の故意は認められる。

10 (3) 以上より構成要件該当性が認められるため、乙がナイフでXの腹部をひと突きした行為につき傷害罪が成立するようにも思われる。

2 もっとも、かかる行為はXの暴力から逃れるためのものであることから、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) 正当防衛の成立にはかかる行為が①「急迫」②「不正の侵害に対して」③「自己…の権利を防衛するため」④「やむを得ずにした行為」であることを要する。

15 (2) 「急迫」とは法益侵害の危険が現に存在、もしくは差し迫っていることをいい、「不正」とは違法であることをいう。本問においてXは乙に対し殴る蹴る等の激しい暴力を加えていることから、①、②について認められる。

(3) 「…防衛するため」という文言より防衛の意思が必要とされるところ、本問において乙の行為は自らの生命身体を防衛する意思でなされており、③について認められる。

20 (4) 「やむを得ずにした」という文言より防衛行為が相当であり必要最小限度であることを要する。本問においてXの暴力は乙が死の恐怖を感じるほどに激しいものであったとはいえ、武器を持たないXに対しナイフで防衛した乙の行為について、防衛行為の相当性は認められない。

25 (5) 以上より、防衛行為の相当性についてのみ要件を満たさないことから、乙の行為につき正当防衛は成立せず、過剰防衛(36条2項)が成立する。

3 乙がナイフでXの腹部をひと突きした行為につき傷害罪が成立し、過剰防衛としてその刑を減免できる。

## 第2 甲、丙の罪責について

30 1 甲が乙に対し「やられたらナイフを使え」と指示してナイフを渡した行為につき、傷害罪の教唆犯(61条1項)が成立するか。

35 教唆犯の成立には①教唆者が人を教唆すること②それに基づいて被教唆者が犯罪を実行すること③故意を有することを要する。甲の教唆、および甲のXに対する傷害ないし殺人の未必の故意は認められるものの(①、③充足)、本問における乙の刺突行為は自らの生命身体を防衛することを行為の目的としており、甲からの指示に忠実に従うことは目的ではない。教唆行為と被教唆者の決意、実行行為との間の因果関係が認められないため、被教唆者である乙は甲の教唆に基づいて傷害罪を実行したとは認められない(②不充足)。

したがって、甲が乙に対し指示の上でナイフを渡した行為につき、教唆犯は成立しない。

2 甲及び丙がX宅へ立ち入った行為について、「何か家から頂戴して来よう」という正当

でない理由に基づくXの意思に反する立ち入りであり、住居侵入罪(130条前段)が成立する。

3 甲及び丙がX宅から金庫を運び出した行為につき窃盗罪(235条)が成立するか。

(1) かかる行為は乙の刺突行為により生じたXの昏倒という状況を利用したものであるが、弁護側はB説を採用するため承継的共同正犯としての強盗殺人未遂は成立しないと考える。

5 (2) 窃盗罪の成立には①「他人の財物」を②「窃取したこと」を要する。

窃取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。

本問において、甲及び丙は占有者であるXの同意を得ることなく、Xの占有する財物である金庫をX宅から運び出していることから、窃盗罪の成立は認められる。

10 4 共同正犯(60条)の成立には①2人以上の者による共謀②その共謀に基づく実行を要する。

本問において、丙は甲と合流した後に電話の言葉や状況から事情を推察しており、暗黙の意思連絡が認められる(①充足)。そしてかかる意思連絡に基づきX宅に立ち入り、金庫を運び出している(②充足)。

15 以上より、甲及び丙の住居侵入罪、窃盗罪につき共同正犯が成立する。両者は牽連犯となる。

#### IV. 結論

乙がナイフでXの腹部をひと突きした行為につき傷害罪が成立する。

20 甲及び丙がX宅に立ち入った行為につき住居侵入罪、X宅から金庫を運び出した行為につき窃盗罪の共同正犯が成立する。両者は牽連犯となる。

甲、乙、丙はそれぞれかかる罪責を負う。

以上