

## I. 反対尋問

1. 検察レジュメ 4 頁 26 行目「一般人の見地から社会通念に従うべき」とあるが、一般人の認識を基準に行為時の危険性を判断する根拠は何か。
2. 検察側の採用する具体的危険説は一般人には認識できなくても行為者が現に認識していた客観的事実も判断資料としている(検察レジュメ 1 頁 31 行目)が、行為者のみが知り得た事実を危険判断の基礎に算入するのであれば、一般人に認識し得なかった事情を排除する必要はないのではないか。
3. 検察レジュメ 5 頁 11 行目「本説は、出入りのコントロール(立入許諾権)以外にも、背後の生命・身体・自由・財産の安全等の実質的な利益・平穏を保護法益とする説」とあるが、多種多様な利益の集合体を一つの法益とみると法益概念の明確性・具体性を損なうのではないか。

## II. 学説の検討

### 1. 未遂犯と不能犯の区別の基準について<sup>1</sup>

X 説：純粹主観説

検察側と同じ理由により採用しない。

Y 説：具体的危険説

「一般人」の認識しえた事実の範囲や「一般人」による危険判断の内実は明らかではなく、実際の適用が不安定である。また、例えば硫黄によって人を殺すことが科学的に不可能な場合であっても、一般人が硫黄を有毒だと信じている限り、殺人未遂罪が成立することになる。このような判断は刑事司法に対する信頼をかえって損なうものである。

さらに、「危険」というものは、行為者の認識に関わらず存在しており、「危険」については故意の認識対象となるに過ぎないため、「危険」の存否を行為者の認識にかからしめることは「危険」の概念に反するものである。

したがって、弁護側は X 説を採用しない。

Z-1 説：客観的危険説

検察側と同じ理由により採用しない。

Z-2 説：修正された客観的危険説

この説では、基礎事情について一定の置換を認めたくえて、科学的一般人の視点から「可能性としての危険」を判断しているのであり、客観的危険説に打倒する批判を克服で

---

<sup>1</sup> 松原芳博『刑法各論』(日本評論社,2016年)109頁以下。

きる。また、具体的危険説と比較して、より客観的で事実即した危険判断が可能になる。

したがって、弁護側は Z-2 説を採用する。

## 2. 住居侵入罪の保護法益・侵入の定義について<sup>2</sup>

B 説：平穏説

平穏説は、保護法益を事実上の住居の平穏としており、「平穏」とは侵入後に害される生命・身体・財産の安全等をいう。しかし、多種多様な利益の集合体を 1 つの法益とみるのは法概念の明確性及び具体性を損なう。また、犯罪個別化機能を損ない、法益の価値と法定刑との結びつきを失わせることにもなる。

したがって弁護側は B 説を採用しない。

α 説：新住居権説

本説における保護法益は住居権であり、これは一定の要保護空間に対する居住者・管理者の支配権であると解する。立入りに関する許諾の自由についてはこの実効的な支配が確立している限りで同時に要保護領域に対する支配を意味する。そして、住居侵入罪は個人法益に対する罪であることからして、法益と主体の結びつきは曖昧に解すべきではなく、本説のように個人に対して具体的に解されるべきである。

また、不退去罪が住居権を保護法益としていることから、住居侵入罪と不退去罪の統一的理解という観点からも、住居権説が支持される。

したがって、弁護側は α 説を採用する。

## III. 本問の検討

第 1 乙の罪責について

1. 乙が A 宅に侵入した行為について、住居侵入罪(刑法(以下法令名略)130 条)が成立しないか。

(1) 弁護側は、住居権者が住居に誰を立ち入らせるかを定める自由を保護法益とする新住居権説を採用するため、「侵入」にあたるかは、住居権者の意思に反する立ち入りかどうかで判断する。

(2) 本件についてみるに、住居権者たる A は乙の侵入の 1 時間前に、心臓発作で亡くなっていたのであるから、侵入時点で住居権者 A の意思を観念することはできず、「侵入」にはあたらない。

(3) 以上より、乙の当該行為に住居侵入罪(130 条)は成立しない。

2. 乙が護身用ナイフで A を突き刺し、宝石を盗み出した行為について、強盗殺人未遂罪(243 条、240 条後段)が成立しないか。

(1) まず、乙は「強盗」(236 条)犯人にあたるか。

乙は護身用ナイフで A を突き刺しているところ、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の有形力の行使として「暴行」にあたるようにも思えるところ、A は既に死亡している。乙の当該行為は実際に結果が発生する可能性はないため、結果発生危険性が認められないようにも思えるが、いかなる事情を基礎として、その危険性の有無を判断すべきか、所

<sup>2</sup> 松原芳博『刑法総論[第 2 版]』(日本評論社,2013 年)334 頁以下。

謂未遂と不能の区別が問題となる。

ア この点、弁護側は修正された客観的危険説を採用するため、結果不発生の原因を解明し、事実がいかなるものであったなら結果の発生がありえたかを科学的に明らかにしたうえで、かかる結果発生に必要な事実が十分存在しえたか(仮定的事実の存在可能性)を一般人の立場から事後的に判断する。かかる仮定的置換は犯罪としての同一性の範囲内であることが必要である。

イ 本件についてみるに、乙の当該行為による死亡結果の不発生、すなわち A が既に死亡していた原因は心臓発作によるものである。乙が A 宅に侵入するのが少なくとも 1 時間早ければ、結果の発生がありえたであろうし、一般人の立場から見てかかる事実が存在しえたといえそうにも思える。しかし、乙は A が寝たすきに侵入しようとしていたのであるから、確実に A が寝ていると見えた時に侵入を実行するのが犯行を遂行する上で重要であることにかんがみれば、生きており息もあつたであろう 1 時間以上前に侵入するという事実が十分ありえたとはいえない。また、A が生きていたと仮定することは犯罪の同一性を超える仮定である。

ウ したがって、一般人の立場から見て結果発生に必要な事実が十分存在しえたとはいえず、結果発生の危険性は認められない。したがって、当該行為は「暴行」にはあたらず、乙は「強盗」犯人にもあたらない。

(2) 以上より、乙の当該行為について、強盗殺人未遂罪(243 条、240 条後段)は成立しない。

3. 乙が A を護身用ナイフで突き刺した行為について、死体損壊罪(190 条)が、宝石を盗み出した行為について、占有離脱物横領罪(254 条)が成立するにとどまる。

## 第 2 甲の罪責について

1. 乙の、A 宅への侵入行為につき、乙との間で住居侵入罪の共同正犯(60 条、130 条前段)が成立しないか問題となる。

この点につき、前述の通り、乙に住居侵入罪が成立しない以上、同罪の共同正犯は成立しない。

2. 乙の、護身用ナイフで A を突き刺し、宝石を盗み出した行為につき、乙との間で強盗殺人未遂罪の共同正犯(60 条、243 条、240 条後段)が成立しないか問題となる。

この点につき、前述の通り、乙に強盗殺人未遂罪が成立しない以上、同罪の共同正犯は成立しない。

3. もっとも、乙の、護身用ナイフで A を突き刺した行為につき、乙との間で死体損壊罪の共同正犯(60 条、190 条)が成立しないか。

(1) 共謀共同正犯の処罰根拠は自己及び他人の行為を利用して共同して構成要件的结果発生に因果を及ぼす点にある。そうだとすれば、「共同して」(60 条)といえるためには、共謀(意思連絡、正犯意思)、共謀に基づく実行行為が認められる必要がある。

(2) 本件では、甲は乙に対し、A に危害を加えないよう注意していた。また、乙から刺突行為について告げられていない。よって、甲は乙が A を突き刺すことについて何ら認識していないため、同罪の共謀は認められない。

(3) よって、死体損壊罪の共同正犯は成立しない。

4. では、乙の、宝石を盗み出した行為につき、乙との間で占有離脱物横領罪の共同正犯(60 条、254 条)が成立しないか。この点につき、前述の通り判断する。

(1) 本件では、甲と乙の間で A 宅内にある宝石を盗み出すことを計画しており、乙は宝石を盗み出しているため、同罪の共同正犯の構成要件該当性は認められる。

(2) もっとも、甲は窃盗の故意を有しているため、本罪の故意が認められるか。抽象的事実の錯誤が問題となる。

ア 故意とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいうところ、認識した事実と発生した事実との間に構成要件の実質的な重なり合いが認められれば、その限度で軽い罪の故意が認められる。そして、重なり合いについては、保護法益や行為態様の共通性から判断する。

イ まず、窃盗罪と占有離脱物横領罪の保護法益はともに物に対する所有権であり、一致している。そして、両罪の行為態様はともに領得行為であり、一致している。

ウ よって、両罪は占有離脱物横領罪の限度で重なり合いが認められるため、占有離脱物横領罪の故意が認められる。

(3) したがって、占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)が成立する。

#### IV. 結論

乙には、死体損壊罪(190条)、占有離脱物横領罪(254条)のみが成立し、両者は併合罪(45条)となる。甲には、乙との間で占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)が成立し、その罪責を負う。

以上