

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の立場によれば、仮に乙がコーヒーを飲んで死亡した場合であっても、丙の行為につき殺人既遂罪ではなく、殺人既遂罪の幫助犯が成立するように思われるが、これは妥当といえるか。
2. 「被利用者丙は殺人の故意ないし目的を有し規範の問題に直面している」(検察レジュメ1頁22行目)にもかかわらず、「道具に過ぎない」(検察レジュメ4頁3行目)といえるのはなぜか。
- 10

## II. 学説の検討

### 1. 間接正犯の実行の着手時期について

- 15 弁護側は下記の通り、甲について間接正犯は成立しないと考えるので、間接正犯の実行の着手時期について論ずる必要はない。
- したがって、弁護側はいずれの説も採用しない。

### 2. 間接正犯の正犯性について

α説: 幫助的道具の観念を否定する説

- 20 構成要件の結果について故意を有する者に結果を生じさせた場合には、間接正犯は基本的に成立しないと考えられる<sup>1</sup>。なぜなら、客観的にも主観的にも完全に正犯行為を行っている者がいる以上、命令した者は教唆としての責任しか負わないとするのが妥当であると思われるからである。

したがって、弁護側はα説を採用する。

25

β説: 幫助的道具の観念を肯定する説

- この説は、行為者を単なる事務処理者として捉え、利用者によって一方的に利用されている道具に過ぎないとしている。しかし、行為者には是非弁識能力も故意もあり、主観的に構成要件を実現する意思がある以上、一方的に利用されている、とは言い難いように思われる。
- 30

また、教唆者とは、利用しようとする者を正しく、自由に、自ら決意しうる人格者として取り扱い、その者を任意の別の手段のように利用しない者である<sup>2</sup>。すなわち、行為者の意思が自由であり、その自由意思に基づいて行為したかどうかという点が教唆犯と間接正犯との区別に基準とされるのであるが、この場合、いわゆる故意のある道具の意思は当然

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣, 2018年)72頁。

<sup>2</sup> 佐伯千仞・米田泰邦『期待可能性(総合判例研究叢書 刑法22)』(有斐閣, 1964年)144頁参照。

自由だと考えられる<sup>3</sup>。

したがって、弁護側はβ説を採用しない。

### 3.中止犯の減免根拠について

#### 5 X説:刑事政策説<sup>4</sup>

この説は、奨励説ともいい、刑の減免根拠は、犯罪の完成を未然に防止しようとする政策的な考慮にあるとする説である。我が国の刑法は、中止犯の効果として単に刑の必要的減免を認めるにすぎず、行為者に犯罪の完成を阻止するための動機を与える効果をそれほど期待していないと解すべきである。そのため、犯罪の完成を未然に防止するための政策

10 を唯一の根拠とする本説は妥当ではない。

したがって、弁護側はX説を採用しない。

#### Y説:法律説

この説は、刑の減免根拠を、犯罪成立要件である違法性または責任のどれかが減少する

15 からであるとする説である。以下の3つに大別される。

#### Y-1説:違法性減少説<sup>5</sup>

この説は、故意を主観的違法要素に位置付ける立場から、自発的な中止により故意を放棄し、結果発生の現実的危険及び行為の反社会的相当性を事後的に減少させることにより

20 違法性が減少するとする説である。

未遂犯の処罰根拠は、結果発生の現実的危険の惹起にあり、一度故意を生じさせ実行に着手した以上はこの危険を惹起したことになる。しかし、事後的に故意を放棄し、又は自ら結果の発生を中止した場合は、結果発生の現実的危険および反社会的相当性を事後的に減少させることになるため、違法性を減少させるものと解することができ、妥当である。

25 したがって、弁護側はY-1説を採用する。

#### Y-2説:責任減少説<sup>6</sup>

この説は、故意を責任要素に位置付ける立場から、自発的な中止により故意を放棄したことにより責任が減少するとする説である。

30 本説は、責任は犯罪の実行を決意した意思に対する非難可能性であるから、その決意を撤回すれば非難可能性は減少するとしている。しかし、その立場に従うと未遂であろうと既遂に達しようと、決意の撤回ないし中止行為がなされた以上は避難可能性が減少するこ

---

<sup>3</sup> 佐伯・米田・前掲 144 頁。

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論[第5版]』(成文堂, 2019年)382頁参照。

<sup>5</sup> 大谷・前掲 382 頁。

<sup>6</sup> 山口・前掲 293 頁参照。

とになり妥当ではない。

したがって、弁護側は Y-2 説を採用しない。

#### Y-3 説:違法・責任減少説<sup>7</sup>

- 5 この説は、故意を主観的要素とする立場から、故意の事後的な撤回により違法性が減少するとともに、自己の意思による中止により法敵対性が弱まるので責任も減少する、とする説である。本説には責任減少説への批判が同様に当てはまるため、妥当でない。

したがって、弁護側は Y-3 説を採用しない。

#### 10 Z 説:併合説<sup>8</sup>

この説は、法律説と刑事政策説を併合する説である。

本説は、上記の説を併合し補い合いながら減免根拠を説明しようとするが、責任減少説への批判が同様に当てはまる。また、X 説と Y 両説の相互関係が明らかでなく、中止犯の成立要件を一貫した立場で説明できなくなるため、減免根拠を論ずる実益が失われてしま

- 15 う可能性があり妥当ではない。

したがって、弁護側は Z 説を採用しない。

### 4. 共犯従属性について

#### i 説:極端従属性説

- 20 この説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当して違法であり、かつ有責であることを要する説である。

責任は主として内心の問題であり、内心の事情は行為者ごとに異なるから責任の有無や程度も行為者ごとに異なるため、有責性の判断は利用者と被利用者について個別的に行われるべきであり、利用者に共犯を成立するための正犯の要件として、被利用者が有責であることまで要求するのは妥当でない<sup>9</sup>。

- 25 したがって、弁護側は i 説を採用しない。

#### ii 説:制限従属性説

- 30 この説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当して、かつ違法であることが必要だとする説である。

正犯行為に構成要件該当性及び違法性が備わっていることは、正犯行為を惹起・促進した共犯の二次的責任を追求するために必須である<sup>10</sup>。各共犯者の行為がその結果と因果性を有

<sup>7</sup> 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣, 2015年)145頁。

<sup>8</sup> 大塚仁『刑法概説[第4版]』(有斐閣, 2008年)257頁参照。

<sup>9</sup> 判例タイムズ1077号(2002年)176頁参照。

<sup>10</sup> 山口・前掲(注1)327頁。

している以上、違法性の評価は共犯者全員に共通するはずであり、この点に処罰の根拠がなければならぬため、正犯の行為に違法であることを必要とするこの説が妥当である。

したがって、弁護側はii説を採用する。

### 5 iii説:最小従属性説

この説は、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件に該当すれば足りるとする説である。

構成要件該当性のみが要素となる正犯行為は社会生活上多く存在するのであって、それらにつき共犯が成立するのは不当である<sup>11</sup>。また、正犯の違法性が阻却される場合、すな  
10 わちその行為をあえて処罰する必要性がない場合にも、利用者に共犯の責任を追及することになり妥当でない。

したがって、弁護側はiii説を採用しない。

### iv説:純粹惹起説（要素従属不要説）

15 この説は、共犯が成立するためには正犯の行為に構成要件該当性が認められることも必要でないとする説である。

限縮的正犯概念によれば、共犯は刑罰拡張事由であると同時に構成要件拡張事由であるため、共犯構成要件は正犯構成要件が存在することを前提にして初めて機能する性質を有している。ゆえに、少なくとも正犯には構成要件に該当する行為が要素としてなければなら  
20 ない。

したがって、弁護側はiv説を採用しない。

## III. 本問の検討

### 第1.丙の罪責について

25 1.丙が乙を毒殺しようとした行為につき刑法(以下法令名省略)203条・199条より殺人未遂罪が成立しないか。

(1)43条本文より「犯罪の実行に着手」して「これを遂げなかった」場合に未遂にあたる。そして、未遂犯の処罰根拠が特定の構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起した点にあることから、このような危険性が生じた段階で「実行に着手」と認められる。

30 本件において丙はコーヒーに毒薬を混入させて乙宅に置いている。これは、帰宅した乙が置いてあるコーヒーを飲み、毒によって死亡する危険性を生じさせる行為といえる。

よって、「犯罪の実行に着手」と認められる。

また、乙は死亡せず、結果を欠いているため「これを遂げなかった」といえる。

(2)構成要件の故意とは客観的構成要件該当事実の認識・認容である。

---

<sup>11</sup> 小林充『刑法[第4版]』（立花書店、2015年）148頁。

本件において丙は毒と知りながらコーヒーに混入しており、認識・認容があったといえる。そのため、構成要件の故意についても認められる。

2. しかしながら、丙はコーヒーに毒が入っていることを乙に告げ、結果の発生を自ら阻止しており、43条ただし書の中止犯が成立しないか。

5 (1) 43条本文およびただし書より、結果が不発生であり、「自己の意思」で犯罪を「中止した」場合に中止犯が成立する。

(2) 結果の不発生については上述の通り認められる。

(3) 「中止した」について、中止犯の減免根拠は、事後的に故意を放棄し又は自ら結果の発生を中止することによって結果発生の現実的危険および反社会的相当性を事後的に減少させ、それによって違法性が減少することにある。

10 そのため、故意の放棄や結果発生の防止が認められた場合に「中止した」といえる。

本件において、丙は自身の行動を反省することで故意を放棄し、乙に毒の混入を告げ、毒によって乙が死亡することを防いでいる。

よって、故意の放棄や結果発生の防止が認められ、「中止した」と認められる。

15 (4) 「自己の意思」について、中止犯の減免根拠より、一度自らの手で結果発生の現実的危険性を惹起している以上、外部的事情により強制的に中止を決意させられたのではなく、外部的事情によるかにかかわらず自由な意思決定によって中止した場合に違法性減少は認められ、「自己の意思により」といえる。

20 本件において丙が強制的に実行行為を断念させられた事情はなく、自身の行動を反省するという自己の良心によって中止したものであるため、自由な意思決定によって中止したといえ、「自己の意思により」と認められる。

(5) よって、丙は43条本文およびただし書にある中止犯の要件を満たす。

3. 以上より、丙に殺人未遂罪の中止犯が成立する。

なお、丙は実行行為を行った者であるため、正犯である。

25 第2. 甲の罪責について

1. 本件において、上述の通り丙が客観的にも主観的にも殺人未遂罪の正犯行為を行っているため、丙に乙の毒殺を指示した甲に間接正犯が成立することはない。そこで、甲が丙に乙を毒殺するように唆した行為について、61条1項より、殺人未遂罪の教唆犯が成立しないか。

30 (1) 教唆犯の成立要件は、人を教唆し、教唆に基づいて犯罪が実行され、教唆の故意を有することである。

(2) 教唆とは、犯罪実行の意思のない者に特定の犯罪の実行行為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である。

35 本件において、甲の指示を受ける前は丙に乙を殺害する意思がなかったが、甲の指示を受けたことで殺人の実行に着手しており、甲の指示が丙に犯罪の実行行為を決意させる刺激になったことは明らかである。

よって、甲の指示は教唆行為にあたる。

(3)教唆に基づく犯罪の実行とは教唆行為と正犯者の実行行為との間に因果関係があることである。

本件において、甲の指示によって丙は毒薬と知りながらコーヒーに混入させて乙の殺害を図っており、教唆行為と実行行為の間に因果関係が認められる。

5 よって、教唆に基づく実行行為についても認められる。

(4)教唆の故意とは被教唆者が違法な実行行為を行うことの認識・認容をいう。

本件において、甲は自らの頼みを丙が断れないと知っていることから、丙が実行行為を行うことを認識していたといえる。

よって、教唆の故意も認められる。

10 (5)以上より、甲に殺人未遂罪の教唆犯が成立する。

2.正犯である丙に中止犯が成立して刑が減免されることから、甲の刑も減免されないか。

(1)制限従属説によると、共犯の成立には正犯行為に構成要件該当性および違法性が備わってなければならず、また、違法性の評価は共犯者全員に共通するとしている。

15 前述のように、中止犯の減免根拠は違法性の減少にある。そのため、正犯である丙に中止犯が成立し、正犯行為の違法性が減少することから、共犯である甲の違法性も丙の限度で減少する。

(2)よって甲の刑についても丙の限度で減免される。

#### IV. 結論

20 (1)甲に 203 条・199 条・61 条 1 項より殺人未遂罪の教唆犯が成立し、丙の限度で刑の必要的減免がなされる。

(2)丙に 203 条・199 条・43 条ただし書より殺人未遂罪の中止犯が成立し、刑の必要的減免がなされる。