

## I. 反対尋問

- 5 1. 「早すぎた構成要件の実現」の問題を、結果の客観的帰属によって解決する見解は、実行行為、すなわち因果の起点としての行為を軽視するものであって、妥当ではないのではないか。
2. 実行の着手の判断資料について学説を比較しているが、どの学説を採るかで結論は変わるのか。
- 10 3. 実行の着手時期では客観説を採っているのに、実行の着手の判断資料については主観的な事情も含めているのは主観と客観のねじれを生じさせていないか。

## II. 学説の検討

### 実行の着手時期の判断基準について

#### ア説(主観説)について

- 15 検察側と同様の理由により、弁護側はア説を採用しない。

#### イ説(客観説)について

##### イ-2説(実質的客観説)について

- 20 法益への現実的危険性が認められた時点、あるいは、構成要件的结果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に実行の着手を求める見解であるところ、「現実的」危険性の内実は必ずしも明らかではない。

よって、弁護側はイ-2説を採用しない。

##### イ-1説(形式的客観説)について

- 25 「実行」とは、まさに、基本的構成要件に該当する行為であり、かような行為の開始が実行の着手に他ならない。実行行為の開始があったといえるためには、第一に、基本的構成要件についての構成要件の故意があったことを要し、第二に、基本的構成要件要素に該当する行為の少なくとも一部が行われたことが必要であり、かつそれで充分である<sup>2</sup>。

よって、弁護側はイ-1説を採用する。

30

### 実行の着手の判断資料について

#### b説(故意限定説)及びc説(計画説) (主観的要素考慮肯定説)について

実行行為は客観的構成要件要素であるから、主観的要素はできるだけ排除すべきである。

よって、弁護側はb説及びc説を採用しない。

35

<sup>1</sup> 高橋則夫『刑法総論[第4版]』(成文堂,2018年)396頁。

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,2018年)433頁。

a 説(客観説) (主観的要素考慮否定説)について

主観的事情の認定は困難でなるべく客観的な証拠に基づいて認定していくことが望ましい<sup>3</sup>。また、実行行為の着手時期においてイ-1 説を採用しているところ、形式的客観説と本説は親和的である。

よって、弁護側は a 説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1 乙の罪責について

- 10 1. 第1 行為について、乙に殺人罪の共同正犯(刑法(以下略)199 条、60 条)が成立しないか。
- (1) 乙は第1 行為の実行犯ではないが、共謀共同正犯が認められるか。
- ア. 共同正犯の処罰根拠が、2 人以上の者が犯罪を共同実行する合意を形成し、その合意に基づき法益侵害を共同惹起した点にあるところ、実行行為を分担しない者であっても、結果に強い因果性を与え、犯罪の実現について実行に準ずる重要な役割を果たした者についても共同正犯が成立すると解すべきである。よって共謀共同正犯の成立要件は①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく共同実行である。
- 15 イ. 本件において、乙はA・B・CにVを殺害する約束をとりつけていることから、共謀が認められる(①充足)。また、約束の際、乙はA・B・Cに多額の報酬を支払うことを条件として自ら依頼しており、自ら犯罪を実行したといえる程度の重要な役割を担っていたと評価できる(②充足)。
- 20 ウ. よって、共同正犯の要件を充たす。
- (2) 殺人罪の実行行為とは「人を殺」す行為であるところ、本件においてVが第1 行為で死亡したか定かではなく、第1 行為において「実行に着手」(43 条本文)が認められるかが問題となる。
- ア. 前述の通り、弁護側はイ-1 説を採用する。
- 25 イ. A らには第1 行為によりVを死亡させるという認識・認容がないため、構成要件の故意(38 条1 項本文)が認められない。よって、第1 行為に実行の着手は認められない。
- ウ. したがって、第1 行為につき乙に殺人罪は成立しない。
2. 殺人罪が成立しないとしても、傷害致死罪(205 条)が成立しないか。
- (1) Vの死亡結果が第1 行為、第2 行為いずれにより生じたか明らかではないが、仮に第2 行為で死亡したとすると、第2 行為につき殺人罪が成立する可能性がある。Vが第1 行為で死亡した可能性が排除できない以上、「疑わしきは被告人の利益に」の原則より、Vの死亡結果は第1 行為により生じたものと解すべきである。
- 30 (2) 傷害罪の実行行為は、人を傷害する、つまり人の生理的機能に障害を生じさせることである。
- ア. 本件において、A らは、Vに睡眠薬を吸入させることで、生理的機能障害たる意識の消失を生じさせており、行為と結果に因果関係も認められる。よって、傷害罪の客観的構成要件を充た
- 35

<sup>3</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第7版]』(東京大学出版,2019年)112頁。

す。

イ. 上記構成要件要素につき、認識・認容に欠ける点はないので故意が認められる。

(3) 傷害致死罪は、傷害罪の結果的加重犯であるため、死亡結果につき故意がなくとも、傷害罪の故意があれば成立する。

5 上述の通り、A らには傷害罪の故意が認められるので、第 1 行為に傷害致死罪が成立する。

3. 第 2 行為について、乙に殺人罪の共同正犯が成立しないか。

(1) 第 2 行為も、第 1 行為と同様の理由から、共同正犯の要件を充たす。

(2) 殺人罪の実行行為とは、「人を殺」す行為であるところ、第 2 行為において、A らは意識消失状態にある V を車ごと海中に転落させており、この行為は人を殺害する現実的危険性を有する行為であり、実行行為性が認められる。A らに、構成要件該当事実の認識認容も認められる。しかし、第 2 行為には V の死という実行行為に対応する結果が存在しない。よって、第 2 行為につき殺人罪は成立しない。

4. 第 2 行為について、乙に死体遺棄罪の共同正犯が成立しないか。

(1) 死体遺棄罪の実行行為は遺棄であるが、A らは V の死体を岸壁から海中に転落させて沈めているため、実行行為性が認められる。

(2) もっとも、A らは当該行為を殺人の故意で行っているため、実行行為に対応する故意が存在しない。そこで、両罪に構成要件の重なり合いが認められるかを検討する。

(3) 殺人罪の保護法益は人の生命であり、死体遺棄罪のそれは社会的法益であるから、保護法益も異なる。また、行為態様も全く異なる。よって、両罪の構成要件は重ならない。

20 (4) よって、第 2 行為に死体遺棄罪は成立せず、不可罰となる。

5. よって、乙には傷害致死罪の共同正犯が成立する。

## 第 2 甲の罪責について

1. 乙らの第 1 行為につき、甲に殺人罪の共同正犯が成立しないか。

25 (1) 甲は実行犯ではないが、共謀共同正犯が成立しないか。要件は前述の通りである。

ア. 甲は乙に V の殺害を懇願し、乙も同意しているため共謀が認められる(①充足)。また、甲は乙に V の殺害を懇願していることから、甲の行為は犯罪の実現に不可欠なものであると評価できる上、自ら犯罪を実行したといえる程度の重要な役割を担っていたと評価できる(②充足)。

イ. 甲は V に対する殺人罪の実行を共謀していたところ、A らの実行行為は V に対する傷害致死罪に該当するため、かかる実行行為に共謀の射程が及ぶかが問題となる。

この点共謀した犯罪は殺人罪であり、実行された犯罪は傷害致死罪であることから、共謀した犯罪が実行された犯罪を包含するような関係にあり、共謀した犯罪は実行された犯罪を発生させる危険性を有するものといえる。また意図した客体にも差異は生じていない。したがって本件 A らの実行行為に共謀の射程は及び、共謀に基づく実行であるといえる(③充足)。

35 ウ. よって傷害致死罪の範囲で共同正犯の成立が認められる。

2. 甲が保険会社から、保険金目的で V を死亡させたにも関わらず自動車事故と見せかけて生命保険金を騙し取った行為につき、検察側と同様にして詐欺罪(246 条 1 項)が成立する。

3. 以上より、甲にはVに対する傷害致死罪と、保険会社に対する詐欺罪が成立し、両者は併合罪(45条)となる。

#### IV. 結論

5 乙には、Vに対する傷害致死罪の共同正犯が成立する。

甲には、Vに対する傷害致死罪の共同正犯と、保険会社に対する詐欺罪が成立し、両罪は併合罪となる。

以上