

第1問

本問は、XYZ間で住居侵入・窃盗の共謀が行われたが、実行者YZが共謀したのとは別の家屋に侵入して窃盗行為に及んだうえ、帰宅した家人に発見されてこれに暴行を加えて事後強盗に発展し、さらにYが意図的に傷害を生じさせたという事例について、各共犯者の罪責を問うものである。主要な論点としては次のようなものが想定される。

第1に、共謀内容が、侵入対象家屋をA宅とし犯行は留守である場合に限る旨の特定性の強いものであるところから、実行犯の行った行為がいわゆる共謀の射程に含まれるかが問題となる。事例では、侵入対象をA宅とする理由や首謀者Xの支配的地位などから、明示の内容に限定された共謀と考えられるので、実行犯のB宅への侵入窃盗の意思決定は新たな共謀の形成というべきであり、Xは、以後のYZの犯行についての罪責を負うとは結論しにくい。事実在即して、この間の判断過程を記述することが求められる。

第2に、YZ間の新たな共謀に基づく侵入窃盗および事後強盗について、そのような意思連絡の有無を適切に評価する必要がある。共同正犯の成立要件に基づいて認定・評価することが期待される基本的な知識とその適用の問題である。

第3は、傷害行為に対する認識の齟齬に関する処理である。典型的な共犯の錯誤の問題であるが、次の離脱の論点と接しているので、両者を考慮して整理した記述にすることが求められる。なお、Zが後からYの事後強盗行為に加わっており承継的共同正犯の形であるが、ほぼ同時に暴行を共同実行しているので、承継的共同正犯固有の論点となるべき事情は乏しい。

第4に、傷害行為を阻止しようとして遂げずに逃走した者の罪責、いわゆる共同正犯からの離脱の問題が論点となるであろう。事例では、Zは、不首尾だったものの一応実力をもってYの行為阻止を試みたこと、Zの離脱意思の表明に対しYは明示的には了承していないがZの離脱意思を認識しており、それにもかかわらず（自己の意思により）犯行を継続したと想定される。共同正犯の成立根拠等をふまえて、離脱の成否を検討することになるが、結論は、肯定・否定の両方がありうると考えられる。

以上の諸点は、共謀の射程・共同正犯の成立要件・共同正犯相互の錯誤・共同正犯関係からの離脱等、相互に関連する論点を種々の角度から問う形になっているので、それらが整合する議論になっていることも重要な評価点である。

もちろん、住居侵入罪・窃盗罪・事後強盗罪等の成立要件を示して的確に評価することが必要であり、それらの罪数関係について述べることが期待される。

第2問

小問1

被害者VはATMの操作によって自分の口座から送金する結果になることを意識しないまま、Xに言われるままに操作している。そのため、処分意思を欠くので、詐欺罪（刑法246条）には当たらないのではないかという問題が重要である。仮に詐欺罪の成立を認める場合には、1項の財物受交付か、2項の不法の利益取得かの区別も必要となる。

詐欺罪の成立を認めないなら、電子計算機使用詐欺罪（246条の2）の成否を検討する必要がある。同罪の成立を認めるためには、同条が定める構成要件要素を分析して、設例の事実によって、それらがいずれも充足されることを説明する必要がある。その際、仮にX自身がこのATM操作をした場合に各構成要件要素が満たされるとすれば、設例では、Xは事情を知らないVを道具として、この構成要件を実現したという評価が説明しやすいであろう。

電子計算機使用詐欺は、詐欺罪が成立しない場合の補充規定であるから、両罪が同時に成立することはない。

Vに処分意思があれば1項詐欺が成立すると考える場合には、Vに処分意思がない場合に、窃盗罪（235条）が成立するという理解もあり得る。

小問2

設例から、検察官がYに期待するのは、Xとの共犯に当たる事実であると想像できる。それは、Yにとって、自分が刑事訴追または有罪判決を受けるおそれのある事実であるから、自己負罪拒否特権（刑訴法146条）を援用して、証言を拒むことができる。

小問3

捜査協力型の司法取引の適否とそれに基づく共犯者証言の扱いが問題となる。現行法には、これについて明文規定がないので、いろいろな角度から論じることができる。

1つの視点は、この証言がY自身にとっては、約束による自白として証拠能力を欠くことになるのではないかという視点である。ただし、設例のこの場面では、裁判所はYの証言をXに対する証拠として調べているのであるから、刑訴法319条1項にいう自白ではない。それでも、自白法則の考え方を準用すべき理由があるかどうかを検討しなければならない。

司法取引が違法であるからYの証言を排除すべきである、という理解もありうる。しかし、その場合には、取引的な共犯者証言がなぜ違法であるのか、その理由を説明する必要がある。その際には、共犯者に対する有罪立証に貢献したことを起訴猶予の理由とすることの適否も考える必要がある。

刑事免責による証言の証拠能力を否定した最高裁判例を手掛かりとする視点も考えられる。しかし、設例のYは免責によって自己負罪拒否特権を否定されたわけではな

い。それでも刑事免責による証言と同様に扱うべきだと主張するのであれば、その理由を説明する必要がある。