

2013年度 早稲田大学大学院法務研究科
法学既修者試験 論述試験
刑 法
(出題の趣旨)

【出題の趣旨】

問題 1

(1) 甲については、丙に対する暴行の事実について、共犯としての罪責が問われる。検討を要するのは、甲がAに対し、敵グループの「乙」を襲撃することを指示したにもかかわらず、Aが実際に暴行を加えた相手が、同じく敵グループに所属する別人「丙」だったという点である。①まず、甲の共犯としての客観的要件の充足が認められるためには、甲による事前の共謀の心理的因果性（又は、「共謀の射程」）が、Aによって実際に行われた丙に対する暴行に及んでいた、と評価される必要がある。②これが認められても、更に主観的要件として、甲に故意が認められることが必要である。「Aが、乙に限らず、場合によって敵グループの他の誰かを襲う事態になるかもしれない」という（未必の）故意が甲に認められない限り、ここでは、甲についていわゆる「方法の錯誤」が生じていることになり、その処理が求められる。③また、共犯としてどの関与形態に当たるのか（共同正犯か教唆犯か、など）も明確にする必要がある。

(2) 乙については、①まず、丙によるAの殺害（又は傷害）につき、事前の共謀に基づいて共犯としての罪責が問われるかが問題となる（この点について検討するには、まず、丙の罪責を確定させておく必要がある）。また、共犯としてどの関与形態に当たるのかも明確にする必要がある。②乙については更に、救命がほぼ確実な状態にあったAを放置し、その後Aが死亡するに至った、という経緯に関する罪責も別途問題となる。ここでは、不真正不作为犯としての殺人罪（考え方によっては、保護責任者遺棄致死罪）の成否が問われ、乙に保障人的地位（又は保護責任者としての立場）が認められるか、実行行為に当たる放置とAの死亡結果との間に因果関係が認められるか、などの点について、それぞれ検討が求められる。

(3) 丙については、Aをナイフで刺し、その死亡結果を招いた点についての罪責が問われる。①まず、そもそも丙の行為が、何罪の構成要件に該当しているのかを明確にする必要がある。本問では、丙がナイフで刺した後に乙の放置行為が介在しているため、丙の行為とAの死亡結果との間に刑法上の因果関係が認められるかが問題となろう。危険の現実化、又は相当因果関係の判断方法に照らして、因果関係の存否を判定しなければならない。更に、丙の（構成要件の）故意も確定を要する（なお、本問の事実関係からは、丙に殺人の故意まで認めるのは困難であろう）。②以上において、丙の行為の構成要件該当性が確定したならば、次に、正当防衛が認められる余地があるかを検討することになる。ここでは、Aが足を滑らせた時点で侵害が「終了」したのか、それとも「継続」しているのかという点が問題となり得るとともに、丙がAらの襲撃を事前に予期し、ナイフを準備して襲撃に備えていたという事情が、本問での正当防衛の成否（急迫性の判断）にどのような影響を及ぼすかについて、十分な論証が求められることになる。

問題 2

名誉毀損において、行為者にいわゆる「真実性の誤信」があった場合の処理方法を問うものである。周知のとおり、最高裁は、真実性の誤信につき「確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がな」い、としているが（最大判昭和 44・6・25 刑集 23 巻 7 号 975 頁）、この論理を理論的に説明し根拠づけることは必ずしも容易ではない。最高裁の論理を知っておくことはもちろん大事なことであるが、この論理が理論的に（どのように）説明可能なものなのかを考えておくことも、それに劣らず重要である。（なお、その後の最決平成 22・3・15 刑集 64 巻 2 号 1 頁などが、誤信につき「確実な資料、根拠に照らして相当の理由がある」限り「名誉毀損罪は成立しない」とだけ述べ、「故意阻却」という理論構成を明言していない点も、注意しておいてよいだろう。）

この問題を理論的に論ずるにあたっては、まず刑法 230 条の 2 の「法的性質」（表現内容が真実であることが処罰阻却事由なのか、違法阻却事由・構成要件不該当事由なのか）を明確にしたうえで、それに基づいて、同条に関わる「錯誤」の性格・処理方法を論ずる、というのが一つの筋道となろう。また、それとは別に、行為者の表現行為が（事前の調査による）十分な証拠・資料に基づいてなされていた、ということ自体を一つの違法阻却事由と捉え（例えば刑法 35 条の正当行為の一種と見る）、これに基づいて真実性の誤信事例の一部を処理する考え方もある。これら各種の考え方と、最高裁の論理とが、それぞれどの点において一致し、どの点において異なっているかを十分に理解しておくことが求められる。

以上