

・事実の概要¹

X(満18歳)は、サッカー試合の偽造チケットを入手したので、それを売って現金を得ようと計画した。

平成21年9月1日、Xは、中学校の後輩であるY(満14歳)を脅し、従わなければ暴力団組員に頼んでひどい目に遭わせると申し向け、チケットを1枚1万円で売却するよう命じた。Yは、身の危険を感じて仕方なくこれに従い、Aに対し真正のチケットであるかのように装ってこれを見せたところ、Aが買おうとしないので業を煮やし、Aの所持していたカバンをひったくり中に入っていた財布(現金5万円在中)を窃取した。財布を盗られたAはあわててYを追いかけ、これを逮捕した。

たまたま通りかかったYのいとこであるZ(満16歳)は、Yに助けを求められ、これを助けるために、Aに跳び蹴りを加え、Aを転倒させ右上腕骨折等加療2か月の傷害を負わせた。

・問題の所在

1. XがYに偽造チケットの売却を命じ、これに従ってYはAに対してチケットを売却しようとしたが失敗し、その後Aの財布を窃取している。XがYに教唆し実現を意図した犯罪と異なる犯罪がYによって実現されているので、異なる構成要件間における錯誤(抽象的事実の錯誤)があるといえる。かかる場合にXの教唆の故意は阻却されるか、また、阻却されないとしても、いかなる限度で教唆犯の罪責を負うか。教唆犯の錯誤、つまり教唆者が教唆行為の際に認識していた事実と、被教唆者が現に実行した事実との間に、不一致がある場合の処理が問題となる。
2. たまたま通りかかったZは窃盗犯人であるYを助けるために、Yを逮捕したAに跳び蹴りを加え傷害を負わせた。窃盗犯人でない者が暴行・脅迫にのみ加わった場合にも事後強盗罪(238条)が成立するか、事後強盗罪の構造と関連して問題となる。

・学説の状況

1. 教唆犯の錯誤(抽象的事実の錯誤の場合)の解決基準について

- A説：教唆者に犯罪の意思がある以上、教唆者の故意と被教唆者の実現した犯罪事実が一致していなくても、少なくとも軽い罪の限度では教唆者の故意を阻却しないとする説(抽象的符合説²)。
- B-1説：教唆者が認識した犯罪事実と被教唆者が実現した犯罪事実とが、構成要件上形式的に符合している限り教唆者の故意を阻却しないとする説(法定的符合説、形式説³)。
- B-2説：教唆者が認識した実行行為の内容と被教唆者が実現した犯罪事実とが、実質上構成要件が重なり合う限度において教唆者の故意を阻却しないとする説(法定的符合説、実質説⁴)。
- C説：構成要件的に重要な事実(法益主体)において、教唆者が認識した内容と被教唆者が実現した犯罪事実とが具体的に一致している場合に教唆者の故意を阻却しないとする説(具体的符合説⁵)。

¹ 本件類似の事案として、大阪高判昭和62年7月17日がある。
² 牧野英一『刑法総論下巻』(1948年)有斐閣574頁
³ 福田平『全訂刑法総論〔第三版増補〕』(1965年)有斐閣115頁
⁴ 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂465頁
⁵ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(2001年)有斐閣204頁

2. 事後強盗罪において暴行・脅迫以降から犯行に加わった者の罪責について

説：事後強盗罪を窃盗罪と暴行罪・脅迫罪との結合犯と考える説(結合犯説⁶)。

説：事後強盗罪を真正身分犯と解する説(真正身分犯説⁷)。

説：事後強盗罪を不真正身分犯と解する説(不真正身分犯説⁸)。

. 判例

1. 教唆犯の錯誤(抽象的事実錯誤の場合)の解決基準について 最判昭和 25 年 7 月 11 日

< 事実の概要 >

X は Y に対して A 方に侵入して金品を窃取することを教唆したにもかかわらず、Y が侵入強盗の犯意を生じ、X に教唆されたのとは異なる B 電気商会で強盗を行った。

< 判旨 >

「...犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが具体的に一致することを要するものではなく、右両者が犯罪の類型として規定する範囲において一致することを以て足るものと解すべきである...」

2. 事後強盗罪において暴行・脅迫以降から犯行に加わった者の罪責について

大阪地裁堺支部判決平成 11 年 4 月 22 日

< 事実の概要 >

被告人は A から 4 名がパチンコ店に侵入しロムを窃取することを知りながら、右 4 名を乗せてパチンコ店まで自動車を運転したうえ、付近に待機し、右窃取後、A が仲間の B の逮捕を免れるために従業員 F に暴行を加えるであろうことを知りながら、A を乗せて B が取り押さえられている路上まで走行し、A が B の奪還に成功するや両名を乗せて逃走した。

< 判旨 >

「...本件は、窃盗の幫助犯が、正犯者の事後強盗致傷罪(奪還行為)を幫助した場合であるが、事後強盗罪は、窃盗犯人たる身分を有するものが刑法 238 条所定の目的をもって、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによって成立するいわゆる真正身分犯であるところ...被告人については、刑法 65 条 1 項、62 条 1 項により、事後強盗致傷罪の幫助犯が成立する。」

⁶ 中森喜彦『刑法各論〔第 2 版〕』(1996 年)有斐閣 132 頁

⁷ 前田雅英『刑法各論講義〔第 4 版〕』(2007 年)東京大学出版会 242 頁

⁸ 大谷實『刑法講義各論〔新版第 3 版〕』(2009 年)成文堂 233 頁

・学説の検討

1．教唆犯の錯誤(抽象的事実錯誤の場合)の解決基準について

(1) まず、A 説(抽象的符合説)は教唆者に犯罪の意思がある以上、教唆者の故意と被教唆者の実現した犯罪事実とが一致していなくても教唆者の故意を認めるとする。しかし、故意犯が成立するには、罪刑法定主義から、当該犯罪構成要件の主要部分の認識が必要である。これを不要とする A 説では、故意による犯罪類型の個別化も不能となってしまう。

さらに、事実上故意犯がその故意内容とは関係なく生じた結果に対応して認められることになり、不当に故意犯の成立範囲を広げることになってしまい、結果責任主義の危険もあるので妥当でない。

次に、C 説(具体的符合説)は教唆者が認識した内容と実行者が実現した事実が具体的に一致していなければ教唆者の故意は認められないとし、客体の錯誤の場合には教唆者の故意を阻却せず、方法の錯誤の場合には故意を阻却するが、客体の錯誤と方法の錯誤はその定義自体も明確でなく、両者の限界があいまいであるので、例えば電話をかけ間違えて脅迫する行為はいずれの錯誤となるのかというように、その区別が難しい場合がある。

さらに、C 説では未遂処罰や過失処罰の規定を欠く犯罪類型の場合には刑の不均衡が生じる。例えば、A の飼い犬を殺そうとして隣にいた A の飼い猫を殺した場合、C 説によると、犬につき器物損壊罪の未遂、猫につき過失器物損壊罪が成立することになるが、両者とも現行刑法では不可罰であり、A のペットを殺そうとして現に A のペットを殺しているにもかかわらず無罪となって不合理である。

思うに、故意責任(38 条 1 項)の本質は、規範の問題に直面し、反対動機形成が可能であるにもかかわらず、あえて実行行為に出たことに対する道義的非難を加える点にある。

そして、刑法では、規範は構成要件という形で与えられている。

そこで、抽象的事実の錯誤がある場合には、異なる構成要件間での錯誤である以上、規範の問題に直面しえず、構成要件の故意が認められないのが原則である。

したがって、教唆者が認識した実行行為の内容と正犯者が実現した犯罪事実とが構成要件的评价上重なり合う限度においてはその範囲で規範の問題に直面しているといえるから、軽い罪の故意を阻却しないとすべきである。

よって、B 説(法定的符合説)が妥当である。

(2) 次に、B 説における「重なり合い」の意味が問題となる。

この点、構成要件上の形式的な重なり合いと解する B-1 説(形式説)と、構成要件の意味を実質的に観察して保護法益および実行行為の実質的な重なり合いと解する B-2 説(実質説)が対立している。

思うに、構成要件は社会通念に基づいて刑罰法規に規定された違法・有責類型であり、また、実行行為は、特定の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為を内容とするから、教唆者が認識した内容と被教唆者が実現した事実とが形式的に構成要件上重なり合っている場合ばかりでなく、保護法益の共通性及び実行行為の行為態様の共通性などを基礎として、社会通念上構成要件の重なり合いが認められる場合にも、その重なり合う限度で規範の問題に直面したといえるので、その限度で構成要件の故意は阻却されないと解すべきである。

したがって、B-2 説(法定的符合説、実質説)が妥当である。

2. 事後強盗罪において暴行・脅迫以降から犯行に加わった者の罪責について

説(結合犯説)は事後強盗罪をすべての窃盗行為が事後強盗罪に発展していく可能性を持つものであるから、窃取行為は事後強盗罪の潜在的な実行行為であることを理由として、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪との結合犯と考える。

しかしながら、この考え方によると、事後に暴行・脅迫を予想したすべての窃取行為が事後強盗罪の実行行為ということになってしまい、同罪の実行の着手が早くなりすぎるため妥当でない。

思うに、いかに事後強盗の計画をもっているとしても窃盗段階で逮捕されれば事後強盗罪は成立せず、本罪は暴行・脅迫行為により開始されるものであるから、窃盗行為は本罪の実行行為には含まれないので、事後強盗罪は窃盗という身分を取得した者により遂行される身分犯であると解すべきである。

そして、「身分」とは一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位または状態をいうところ、窃盗犯であることも「身分」といえる。

そこで、事後強盗罪は真正身分犯か不真正身分犯かが問題となる。

この点、説(不真正身分犯説)では、事後強盗罪が暴行・脅迫罪を基本犯とする加重類型ということになり、事後強盗罪の基本的罪質が財産犯であることと整合しない。

思うに、事後強盗罪は刑法で「窃盗及び強盗の罪」の章の中に規定されていて、その基本的罪質は財産犯であると解されるので、本罪を窃盗犯という身分をもった者でなければ犯せない犯罪類型と解する説(真正身分犯説)が妥当である。

. 本問の検討

1. Yの罪責について

(1)Aに対する詐欺罪(246条1項)について

YはXの命令を受け、偽造チケットをAに対して真正のチケットであるかのように装って売却しようとしたが、Yの行為は単純詐欺罪(246条1項)にあたるか。本罪の構成要件は 処分行為に向けられた欺罔行為、相手方の錯誤の惹起、交付・処分行為、財物の移転、財産的損害の発生で、これら相互の因果関係が必要である。

本問についてみるに、Yが偽造チケットを真正のチケットと装ってAに見せ売買をもちかけた行為は、財物交付に向けて人を錯誤に陥らせようとする行為であるので、処分行為に向けられた欺罔行為にあたる。

しかし、Aはその偽造チケットを買おうとはしなかったので錯誤には陥っておらず、の要件を欠く。

よって、YにはAに対する詐欺未遂罪(250条、246条1項)が成立するにとどまる。

(2)Aに対する窃盗罪(235条)について

Yが、Aの所持していたカバンをひったくり、その中にあった現金5万円の入った財布を窃取した行為につき、YにAに対する窃盗罪(235条)が成立するか。

窃盗罪の構成要件は「他人の財物」を「窃取」すること、不法領得の意思である。

「他人の財物」とは他人の占有する他人の財物をいい、本問についてみると、Yがひったくったカバンとその中にあった財布はAが所持、すなわち所有権に基づいて占有していたものだから「他人の財物」にあたる。

また、「窃取」とは占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、目的物

を自己または第三者の占有に移すことをいうが、YはAの意思に反してAのもとからカバンと財布を奪い、自己の占有に移しているので「窃取」したといえる。

そして、不法領得の意思とは「権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い、利用処分する意思」を指すが、本問では、Yは窃取した財物を自己の所有物として利用処分すると考えられるから、不法領得の意思も認められる。

したがって、YにAに対する窃盗罪(235条)が成立する。

2. Xの罪責について

(1) Yに対する偽造有価証券交付罪(163条1項)について

Xがサッカー試合の偽造チケットを入手し、それをYに対して売却を命ずるために手渡した行為について、偽造有価証券交付罪(163条1項)が成立するか。

本問におけるサッカー試合の偽造チケットはスタジアムに入場してサッカー観戦をするという財産上の権利が証券に表示されており、その表示された権利の行使又は処分につき証券の占有を必要とするものといえ、「偽造」された「有価証券」にあたる。

また、Xはこのような情を知っているYに当該チケットを与えたといえるから、「交付」したといえ、XにはYに対する偽造有価証券交付罪(163条1項)が成立する。

(2) Yに対する偽造有価証券行使罪(163条1項)の間接正犯について

Xは、中学校の後輩であるY(満14歳)を脅し、従わなければ暴力団組員に頼んでひどい目に遭わせると申し向け、チケットを1枚1万円で売却するよう命じた行為について、偽造有価証券行使罪の間接正犯が成立するか。

まず、Yは本問チケットを内容の真実な有価証券としてAの認識しうる状態に置いており「行使」したといえるから、Yの行為は偽造有価証券行使罪(163条)の構成要件に該当する。

そして、Xは、正犯意思を持って、従わなければ暴力団組員に頼んでひどい目に遭わせるといふ脅し文句で、被利用者であるYを道具の如く一方的に支配・利用し、偽造有価証券行使罪の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為を行わせたといえるから、XにはYに対する偽造有価証券行使罪(163条1項)の間接正犯が成立する。

もっとも、Yは偽造有価証券行使罪の構成要件該当性が認められるものの、従わなければ暴力団員に頼んでひどい目に遭わせると脅され、適法行為にでるといふ期待可能性を欠き、従って責任が阻却され偽造有価証券行使罪の罪責を負わない。

(3) Yに対する強要罪(223条1項)について

XはYに対して、もし従わなければ危害を加えると脅して偽造チケットを売却させた行為につき、XにYに対する強要罪(223条1項)が成立するか。

強要罪の構成要件は 脅迫または暴行を用いて 人に義務のないことを行わせ、または権利の行使を妨害することである。

「脅迫」とは狭義の脅迫を指し、生命・身体・自由・名誉または財産に対する、相手方を畏怖させることができる程度の害悪の告知をいい、本問でXがYに対して、従わなければ暴力団組員に頼んでひどい目に遭わせるといって脅した行為は、14歳であるYにとって生命・身体等に十分危険や恐怖を感じるものであったと考えられるので「脅迫」にあたる。

また、の「義務のないことを行わせ」とは行為者において相手方に当該行為を行わせる法律上の権利ないし権限がなく、被害者にそれに従う法律上の義務がないのにこれを強制することをいうが、本問でXには偽造チケットの売却をYにさせる法律上の権利・権限がなく、YもXの命令に従う法律上の義務はないから、XはYに「義務のないこ

とを行わせ」たといえる。

よって、XにYに対する強要罪(223条1項)が成立する。

(4)Aに対する詐欺罪の教唆(61条1項、246条1項)について

上記Yの罪責で検討したように、YにはAに対する詐欺未遂罪(250条、246条1項)が成立する。

そこで、Xがいかなる罪責を負うかが問題となるも、共犯の従属性として、狭義の共犯の成立には正犯行為に従属することを必要とし、その従属性の有無の判断基準は、正犯の実行行為があつて初めて法益侵害の現実的危険性が生じることを根拠として、正犯が実行行為を行ったことによるものと解する(共犯従属性説)。

とすれば、教唆の故意に結果発生認識までは不要であり、実行行為に出ることの認識で足りるので、本問のように正犯を教唆し実行に着手したが結果が発生しなかった場合(未遂犯の教唆)であっても、XにAに対する詐欺未遂罪の教唆犯(61条1項、250条、246条1項)が成立する。

(5)Yに対する窃盗罪の教唆(61条1項、235項)について

そして、詐欺に失敗したYはAのカバンをひったくり、中に入っていた財布を窃取しているが、XはYの窃盗行為まで教唆の罪責を負うか。

教唆者Xが認識した犯罪内容(詐欺)と被教唆者Yが行った犯罪事実(窃盗)とが一致していないので、教唆犯における抽象的事実の錯誤の処理が問題となる。

この点、検察側の立脚するB-2説(法定的符合説、実質説)に基づいて考えると、詐欺罪と窃盗罪とは保護法益において「他人の財物」である点で共通しているが、実行行為の行為態様においては窃盗罪が窃取することであるのに対し、詐欺罪は人を欺いて財物を交付させることであり、両者は大きく異なっているから、構成要件上の実質的な重なり合いは認められない。

よって、XはYのAに対する窃盗行為までの教唆の罪責を負わない。

3.Zの罪責について

ZはYに助けを求められ、Aに対して跳び蹴りを加え傷害を負わせた。窃盗犯人であるYの逮捕を免れさせるために、窃盗の相手方であるAに対して窃盗犯人でないZが暴行・傷害を加えた場合、ZにAに対する事後強盗罪が成立するか。

この点、事後強盗罪において暴行・脅迫以降から犯行に加わった者の罪責について、検察側は説(真正身分犯説)に立ち、事後強盗罪は窃盗犯という身分を取得して初めて構成しうる犯罪であると解する。

そこで、本問についてみるに、Zはたまたま通りかっただけであり、Yが行った窃盗とは無関係であるから、Zには窃盗犯の身分はなく、事後強盗罪は成立しない。

もっとも、ZはAに対して跳び蹴りをして加療2か月の右上腕骨折等の傷害を負わせており、人の生理的機能を害したといえるので、ZにAに対する傷害罪(204条)が成立する。

・結論

Xは偽造有価証券交付及び行使罪(163条1項)、強要罪(223条1項)、詐欺未遂罪の教唆(61条1項、250条、246条1項)の罪責を負い、後三者は観念的競合(54条1項前段)となる。

Yは詐欺未遂罪(250条、246条1項)と窃盗罪(235条)の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。

Zは傷害罪(204条)の罪責を負う。

以上