

## I. 反対尋問

1. 検察側が間接正犯の実行着手の時期について挙げた判例の趣旨は何か。
2. 検察側がXの結論部分において①、②と③を併合罪とするのはなぜか。
3. 実行行為および実行の着手の意義をどう捉えるか。
4. 間接正犯の故意の内容に殺意のみならず利用意思を含めるか。
5. 因果関係の判断基準につきいかなる考え方をとるか。具体的基準、及びその考え方を採る理由は何か。
6. 判例を法源と考えるか、裁判例についてはどうか。

## II. 学説の検討

### 1. 間接正犯の実行の着手時期について

まず、実行の着手とは構成要件の結果発生の実害の現実的危険が惹起されたときであると考えられる。

この点につき、A説(利用者基準説)では、利用者の誘致行為があった時点で直ちに結果発生の実害の危険があるとして実行の着手を認めるが、それではあまりに着手時期が早くなりすぎるため妥当でない。

間接正犯においては、被利用者が結果惹起行為を開始した時点で法益侵害の実害の危険が惹起されたというべきであるから、B説(被利用者基準説)が妥当であると考えられる。したがって、弁護側はB説を採用する。

### 2. 被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合の処理について

β説(間接正犯未遂説)は、A説(利用者基準説)に立った上でこれを因果関係の問題として処理する。しかし前述の通り、そもそもその前提たるA説を採り得ない点で当然にこの説は採りえない。

次にγ説(間接正犯既遂説)について、やはりA説を前提としている点で当然に採りえないのはβ説と同じである。さらにこの説については、途中で被利用者が情を知るに至ったということは決して「因果関係の軽微な錯誤」とは言えないことから採りえない。つまり、かかる事実により少なくとも規範的障害の介在し、道具性を失っているのである。

この点、利用者は間接正犯の故意で行為を開始しているが、正犯としての実行行為性を持たず、当該行為は教唆として評価できるので、間接正犯の故意で教唆を実現したものといえる。そしてこの場合、教唆の故意は間接正犯の故意に含まれているので教唆の故意が認められ、教唆犯が成立しえる。よって、α説(教唆犯説)を採用する。

### 3. 具体的事実の錯誤の処理について

まず、乙説(法定的符合説)は、故意の内容をなす実現意思は行為者の意識した特定の客体に対してしか存在し得ないにもかかわらず、その客体を抽象化するため妥当でない。

思うに、構成要件該当事実の認識・予見である故意の判断においては、法益主体たる客体の相違は無視し得ない重要性を備えている。つまり、構成要件的评价の枠内で主観と客観の符合を認めるとしても、法益主体たる客体については抽象化し得ない。そこで、弁護側は甲説(具体的符合説)を採用する。

## III. 本問の検討

### 1. Yの行為に対する犯罪の成否について

(1)Dを客体とする行為について殺人罪(199条)の成否を検討する。

ア. 農業用ホリドール乳剤を混入した日本酒を配達する行為は、配達された者においてそれを飲むことが十分にありえ、かつホリドールは人の神経系を麻痺させる劇薬であるから、摂取されることで、人を死に至らしめる現実的危険性を有する。したがって、かかる行為につき、一般的に実行行為性を肯定できる。

イ. そして、Dは「人」であり、死という結果も発生している。

ウ. もっとも、YはそもそもA宅に当該日本酒を届けたのであり、DはAの妻Cから受け取ったに過ぎない。この点につき、因果関係は条件関係を前提とし、当該行為から当該結果が発生することが社会通念上相当といえる場合に肯定できるものと解される<sup>1</sup>。本件ではYが届けなければDは死ななかったのであり条件関係は認められる。ただ、通常日本酒はその品質、鮮度を保つため出荷後、早期に消費されるものであり、ましてやAは酒を好まず酒については素人であったのであるから酒を寝かせて熟成さ

<sup>1</sup> 立石二六『刑法総論〔第3版〕』成文堂[2008]68頁

せようとしたものではなかったといえる。そうすると、A から D へ 6 ヶ月後に当該日本酒が譲渡されることは考え難く、それゆえ、Y の 10 月 17 日に A 宅に当該日本酒を届けたという当該行為から翌年 4 月 7 日に D が死亡したという当該結果が発生することは社会通念上相当とはいえない。したがって因果関係は認められない。なお、A には酒が苦手であったという事情があるものの、本件において、D に当該日本酒を譲渡したのは C であることから、かかる事情は因果関係に何ら影響を及ぼすものではない。

エ. さらに、仮に因果関係が肯定されたとして、本件において方法の錯誤があるとの検察側との共通の理解に立った上で、弁護側は甲説(具体的符合説)を採用することから、Y の A へ向けられた殺意と D の死亡という現実的結果とにずれがあるので、Y の D に対する殺人罪の故意は認められない。

オ. よって、構成要件を充たさずかかる行為につき殺人罪は成立しない。

カ. なお、過失致死罪(210 条)の成否についても、殺人罪の成否同様に、因果関係が認められないので、これについても構成要件を充たさず成立しない。

(2)A を客体とする行為について殺人未遂罪(203 条 199 条)の成否を検討する

ア. まず農薬用ホリドール乳剤を混入した日本酒を配達する行為に実行行為性を肯定できるのは前述の通りである。

イ. そして Y は A に対する殺意を有している事から故意も認められる。

ウ. よって構成要件を充たし、かかる行為に殺人未遂罪が成立する。

(3)B を客体とする行為について

弁護側の採用する B 説(被利用者基準説)からは、そもそも Y は B に対して何らの行為もしていないことから、犯罪として検討する余地は無い。

2. X の行為に対する犯罪の成否について

弁護側は B 説(被利用者基準説)を採用し、かつ被利用者が利用者の意図を知った場合に、利用者を教唆犯(61 条 1 項)として構成する(α 説)から、以下この考え方を前提として本件につき検討する。

(1)D を客体とする行為について殺人未遂罪の教唆犯の成否につき検討する

この点、殺人罪の教唆犯ではなく殺人未遂罪の教唆犯を検討するのは Y において殺人罪の客観的構成要件を充たさず、これを検討する余地の無いものとするためである。

ア. ただ、殺人未遂罪の教唆犯として検討する場合にあっても、本件では正犯者たる Y において構成要件を充足しないため、共犯の要素従属性から、殺人未遂罪の教唆犯についても当然に成立しない。

なお、以下で仮に本件 Y が構成要件を充足していることを前提として検討してみることにする。

イ. まず X は Y に対して、当該日本酒の配達を依頼しており、かつ Y の行為には前述の通り実行行為性が認められることから、客観的構成要件を充たす。

ウ. ただ X は A、B に対する殺意を持ってかかる行為に出たものであるが、実際には D が死亡しており方法の錯誤が生じている。弁護側は前述したように甲説(具体的符合説)を採用することから、X に殺人未遂罪の教唆犯の故意は認められない。

エ. よって、結局、殺人未遂罪の教唆犯は成立しない。

(2)A を客体とする行為について殺人未遂罪の教唆犯の成否につき検討する

ア. 前述の通り X は教唆を成し、Y は実行行為に出ている。したがって、客観的構成要件を充たす。

イ. そして、殺人の故意は殺人未遂の故意を包含するところ、X は A に対する殺意を持っていたのであるから、当該殺人未遂罪の教唆犯の故意が肯定できる。

ウ. よって、X の教唆行為につき殺人未遂罪の教唆犯が成立する。

(3)B を客体とする行為について

B について X は殺意を持って教唆行為をなしているものの、Y は実行行為にすら出ていないのであるから、X の教唆行為につき、何の犯罪も成立しない。

#### IV. 結論

X は A に対する殺人未遂罪の教唆犯としての罪責を負い、Y は A に対する殺人未遂罪一罪の罪責を負う。

以上