

## I. 反対尋問

1. 一方的に支配しているとはどのような場合か。
2. 学説の検討3の(2)において、理論的一貫性が欠けているとしているが、具体的にどのようなことか。
3. 本問の検討の2.(2)で、Aは窃盗罪の構成要件に該当しているとしているが、窃盗の着手時期をどのようにとらえているのか。
4. 検察側は事後強盗罪の既遂・未遂の区別をどのように捉えているのか。

## II. 学説の検討

### 1. 共犯の従属性について

甲説と乙説と丁説は検察側と同様の理由で採用しえない。

よって、弁護側は検察側と同様、丙説を採用する。

### 2. 間接正犯の成立について

A説とD説は検察側と同様の理由で採用できない。

では、検察側の採用するB説は妥当か。

この点、行為支配説によると、いかなる場合に支配があるのか不明確であり、恣意的な運用によって、間接正犯の範囲が広く解され、自由保障機能を害する恐れがあるため、妥当ではない。

よって、C説は採用しえない。

そもそも、間接正犯が正犯として認められる根拠は人を道具のように利用した点にある。この点、被利用者に規範的障害が存在すれば、もはや道具として評価しえず正犯性は認められない。したがって、間接正犯に正犯性が認められるかは規範的障害の有無によって決すべきである。また、このように解すことで正犯と共犯の区別も明確になり、間接正犯概念の恣意的な運用を防ぐこともできる。

よって、弁護側はB説を採用する。

### 3. 間接正犯の実行の着手時期について

では、 $\alpha$ 説、ならびに検察側の採用する $\beta$ 説は妥当か。

この点について、間接正犯の態様によって、誘致行為の開始を持って実行の着手とすべき場合もあれば、被利用者の行為の開始を持って実行の着手とすべき場合もあり、一律に利用者または被利用者のいずれか一方の行為を基準とするのは形式的過ぎ、妥当ではない。

そのため、 $\alpha$ 説、ならびに検察側の採用する $\beta$ 説は妥当でない。

思うに、およそ実行の着手は、構成要件の結果発生の実現的危険性を含む行為を開始した時点で認めるべきである。そして、一言に間接正犯といっても、その態様はさまざまであり、利用行為の開始をもってかかる現実的危険性が惹起される場合もあれば、被利用者の行為の開始をもってかかる現実的危険性が惹起される場合もある。

そのため、 $\gamma$ 説が妥当である。

### Ⅲ. 本問の検討

#### Aの罪責について

Aの「建造物」である寺に「正当な理由」なく「侵入」した行為は、建造物侵入罪(130条前段)の構成要件に該当する。

もっとも、Aは刑事未成年(14条)であるため、責任が阻却される。

よって、Aはなんら罪責を負わない。

#### Xの罪責について

1(1). XがAに寺で窃盗を行うため、Aを唆し寺に侵入する決意を生じさせた行為につき、建造物侵入罪の教唆罪(61条1項、130条前段)が成立しないか。

(2). この点、弁護側は共犯の要素従属性につき、丙説(制限従属性説)を採用するところ、共犯が成立し、可罰性を有するためには正犯の行為が構成要件に該当し、かつ、違法であることを要する。

本問において、Aは「建造物」である寺に「正当な理由」なく「侵入」しているため、Aの行為は構成要件に該当する。そして、Aには違法性阻却事由は存在しない。そして、XはAを唆し、犯罪を実行する決意を生じさせ、Aは現に建造物に侵入している。

よって、Xの行為に、建造物侵入罪の教唆犯(61条1項、130条前段)が成立する。

2(1). それでは、XがAに対して窃盗を命じた行為につき、窃盗罪(235条)が成立しないか。

Xは直接窃盗を行おうとしていないため、直接正犯は成立しない。

もっとも、XはAを意のままに従わせていることから、正犯たる間接正犯として処罰することができないか。

間接正犯の成立が問題となる。

(2). この点について、弁護側は、B説(規範的障害説)を採用する。

本問において、確かに、Aは12歳であり刑事未成年であるものの、事理弁識能力が認められるので規範的障害の欠如は認められず、被利用者の利用は認められない。

したがって、Xの行為に間接正犯の正犯性は認められない。

よって、XがAに対して窃盗を命じた行為に正犯性は認められないので、当該行為に窃盗罪(235条)の間接正犯は成立しない。

(3). 仮に、検察側の採用するC説(行為支配説)に立ってXに正犯性が認めるとしても、弁護側は間接正犯の実行の着手時期についてγ説を採用する。

本問において、Aは境内の中に居ただけであり、未だにさい銭箱など窃盗の目的物たる財物を認識していてもいらない以上、構成要件的结果発生に至る現実的危険性が未だ発生していないといえるため、本件においては実行の着手があったとはいえない。

したがって、正犯性は認められるとしても、実行の着手が認められないため、窃盗罪(235条)の間接正犯は成立しえない。

3(1). そうだとしても、Xのかかる行為に窃盗罪の教唆犯(61条1項)が成立しないか。

(2). 本問において、XはAに金員をを窃取するよう唆しており、Aも窃盗をするために、寺の境内に侵入している。しかし、AはYに声を掛けられてあわてて走って逃げだしており、「実行」に移したと

はいえない。そのため、Xに教唆罪(61条1項)は成立しない。

4. XがYの左顔面を手拳で殴打し、転倒させ、気絶させた行為は、Yの生理的機能に障害を与えたものといえ、傷害罪(204条)が成立する。

#### IV.結論

Xは建造物侵入罪(130条前段)の教唆罪(61条1項)および、傷害罪(204条)の罪責を負い、両者は確定判決を経ていない二つ以上の罪であるため、併合罪(45条)となる。

以上