

## I. 事実の概要<sup>1</sup>

Xは、妻の連れ子であるAを養子として入籍していたが、その後Xがしばしば妻に暴力を振るうため、同女はAを残して家をでてしまった。その後、養女A(当時12歳)を連れて四国八十八ヶ所礼所及び霊場巡りの旅にでた。そのうち宿泊費などに窮するようになり、Xは、Aを利用して巡礼先の寺などから金員を窃取しようと企てた。

Xは、Xに逆らう素振りを見せると顔にたばこの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりして意のままに従わせていたAに窃盗を行うことを命じた。Xに見張られながらAは寺の境内に入ったが、おどおどしているAの様子を不審に思ったY(当該寺の住職)に声をかけられ、慌てて走って逃げ出した。これを追いかけてきたYに対しXは、ここで捕まってはまずいと思い、木陰から飛び出してYの左顔面を手拳で殴打し、転倒したYが地面で右側頭部を打って気絶している間にAを連れて逃走した。

## II. 問題の所在

刑事未成年であるAを利用して窃盗を行なったXを正犯として処罰することができるか。また、境内に入ったAは金品を窃取することなく逃走しており、追跡してきたYをXは手拳で殴打している。そのため、Xはいかなる罪責を負うか。窃盗の着手時期の解釈から問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 共犯の要素従属性について

甲説：誇張従属性説

共犯が成立するためには、正犯について、構成要件該当性・違法性・責任・処罰条件が存することを必要とする説。

乙説：極端従属性説<sup>2</sup>

共犯が成立するためには、正犯について、構成要件該当性・違法性・責任が存することを必要とする説。

丙説：制限従属性説<sup>3</sup>

共犯が成立するためには、正犯について、構成要件該当性・違法性が存することを必要とする説。

丁説：最小従属性説<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 最高裁昭和58年9月21日第一小法廷決定

<sup>2</sup> 齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』(有斐閣,1955)244頁。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(有斐閣,2007)312頁。

<sup>4</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会,2011)468頁。

共犯が成立するためには、正犯について、構成要件該当性が存することを必要とする説。

## 2. 間接正犯の成立について

### A 説：実行行為説<sup>5</sup>

利用者が自ら実行行為を行ったと評価できるとき正犯性がある。

### B 説：規範的障害説<sup>6</sup>

規範的障害の無い者の行為を、利用した場合に正犯性がある。

### C 説：行為支配説<sup>7</sup>

結果の発生に対して、行為支配を有する場合に正犯性がある。

### D 説：利益説<sup>8</sup>

行為者が誰の利益のため、行為をするかによって正犯性を判断する。

## 3. 間接正犯の実行の着手時期について

### α 説：利用者基準説<sup>9</sup>

利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始する時期とする。

### β 説：被利用者基準説<sup>10</sup>

被利用者が実行行為を開始した時期とする。

### γ 説：個別化説<sup>11</sup>

構成要件的结果発生に至る現実的危険性を惹起した時期とする。

## IV. 判例

### 最高裁昭和 13 年 10 月 25 日判決<sup>12</sup>

〈事実の概要〉

被告人である母親がめ生活費に窮したため、長男 B(当時 12 歳 10 か月、中学 1 年生)に命じて強盗をさせた事案。

〈判旨〉

「上記認定事実によれば、本件当時 B には是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、B は自らの意思によ

<sup>5</sup> 大塚仁 『刑法概論(総論) [第 4 版]』(有斐閣,2008) 160 頁。

<sup>6</sup> 曾根威彦『刑法総論の重要問題 [補訂版]』(成文堂,2008)228 頁。

<sup>7</sup> 大谷實『刑法講義総論新版 [第 3 版]』(成文堂,2009)

<sup>8</sup> 山中敬『刑法総論 [第 2 版]』(成文堂,2008)

<sup>9</sup> 大塚仁 前掲 174 頁。

<sup>10</sup> 西田典之『刑法総論 [第 2 版]』(弘文堂, 2010)332 頁。

<sup>11</sup> 大谷實 前掲 372 頁。

<sup>12</sup> 刑集 第 55 卷 6 号 519 頁

り本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。」

## V. 学説の検討

### 1. 共犯の要素従属性について

- (1) 甲説は、正犯の処罰条件が共犯に影響を及ぼさないとする現行刑法(244条2項、257条2項等)の態度と矛盾するため、妥当でない。また、丁説は正犯の違法性が阻却される場合にまで共犯が成立しうる可能性があり、たとえば、親が医師に息子の治療を依頼するような場合にも、理論的に親に教唆犯が成立しうる可能性があり、妥当でない。そして、乙説は個人に対する非難可能性であるはずの責任を正犯に従属させ、連带的に扱う点において、妥当でない。
- (2) そもそも、構成要件該当性が存する場合であっても、違法性が阻却される場合には、刑法に関する限り、禁圧の対象とならないのであるから、正犯の行為について因果性を有する共犯の二次的責任を追求するためには正犯の構成要件該当性のみならず違法性が必要であると解するのが妥当である。また、責任は個人に対する非難可能性であるから、正犯と共犯において連带的に扱うべきではない。したがって、上述の理由から、検察側は構成要件該当性及び違法性が存することを共犯成立のために必要とする丙説を採用する。

### 2. 間接正犯の成立について

- (1) まずA説は形式的基準であり、いかなる場合に実行行為を認めることが出来るかが明らかでなく妥当でない。
- (2) 次にB説は、利用する他人が規範的に見て犯罪実現の障害となるかを、正犯性を認定する基準としているが、この基準は被利用者の事情に左右されるため、基準として明確でなく、利用行為の非共犯性に重点を置きすぎているように思える。間接正犯も正犯の一類型である以上、積極的に正犯性を認定すべきであり、妥当でない<sup>13</sup>。
- (3) また、D説は他人の利用のために実行行為を行うものも、正犯とする犯罪類型があるため、どのように区別をつけるか明確でなく妥当でない。
- (4) 思うに、間接正犯が直接正犯と同視される根拠は、利用者が被利用者の動作ないし行為を自己の意思に基づいて支配し、目的を実現する点にある。

<sup>13</sup> 川端博『刑法講義総論〔第2版〕(成文堂,2006)

よって C 説が妥当であり、検察側も本説を採用する。

### 3. 間接正犯の実行の着手時期について

- (1) まず  $\beta$  説は、被利用者が行為を開始して初めて結果発生 of 具体的危険性を生じると解し、実行の着手を被利用者の行為開始時期に求めるものである。しかし、行為者の手を離れた後に実行行為が開始されるというのは不合理であるし、行為者の利用行為自体に法益侵害の危険性がある場合でも、被利用者の実行行為が開始されなければ着手が認められず、結果として未遂の成立時期が不当に遅くなってしまふ。したがって  $\beta$  説は妥当でない。
- (2) 次に  $\gamma$  説についてであるが、かかる説は間接正犯の態様によって実行の着手時期を定めるとするものである。しかしどのような態様の場合に、着手の時期を誘致行為時にするか被利用者の実行行為時にするかが明らかではないし、理論的一貫性が欠けている。したがって  $\gamma$  説も採用しえない。
- (3) 思うに、実行の着手は構成要件を実現する現実的危険性が生じた場合に認められるものである。そして間接正犯の場合、被利用者は利用者の意図する犯罪についての規範意識が欠けているため利用者の誘致のままに犯罪の実現に向かうといえる。だとすれば被利用者の行為は利用者の誘致行為の延長であり、必然の発展であるにすぎないと観念しうるので、利用者が誘致行為を行った時点で、構成要件を実現する現実的危険性が認められる。よって、利用者の誘致行為時に実行の着手を求めるべきであるといえ  $\alpha$  説が妥当である。

## VI. 本問の検討

### X の罪責について

1. 住職 Y が「建造物」である寺に「正当な理由」なく「侵入」した X の行為について建造物侵入罪(130 条前)が成立する。
2. (1) それでは、まず X が A に巡礼先の寺から金員を窃盗させようとした行為について窃盗未遂罪(235 条、243 条)の間接正犯が成立しないか。  
まず、共犯が成立するために、正犯の行為が必要であるとして、正犯者の行為はいかなる要素を具備する必要があるか問題となる。
- (2) この点、検察側は丙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、正犯である A は窃盗罪(235 条)の構成要件に該当し、かつ違法であるので X に教唆犯(61 条)が成立するようにも思える。しかし、X は A が自分に逆らうそぶりをみせると顔にたばこの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりして意のままに従わせていることから、このような X を正犯として処罰することが出来ないか。間接正犯の成立が問題となる。

- (3) そもそも間接正犯とは共犯の従属性の要件により共犯が成立しない場合に生じうる処罰の隙間を埋めるための概念ではない。間接正犯はそれ自体、間接実行による単独正犯として本来の正犯であり、それ自体の成立が基礎づけられる必要があるのである。そうだとすれば、一定の場合において間接正犯を認める必要がある。
3. (1) ではいかなる場合に間接正犯が認めるべきか。この点検察側は C 説を採用するところ、利用者が被利用者を一方的に支配している場合に間接正犯が認められる。
- (2) 本問において、利用者である X は被利用者である A に対し自己に逆らうそぶりを見せると顔にたばこの火を押し付ける等の行為を行っていた。これ、A の意思を制圧し、一方的に支配しているといえる。よって、X には窃盗未遂(235 条、243 条)の間接正犯が成立する。
4. (1) では、窃盗未遂の間接正犯たる X が「ここで捕まってはまずい」と思い、Y の右顔面を手拳で殴打した行為について、事後強盗罪(238 条)が成立しないか。「窃盗」に窃盗未遂が含まれるか問題となる。
- (2) この点、「財物を得て」という文言は、「取り返されることを防ぎ」にのみかかる規定の仕方から見て、「逮捕を免れ」・「罪証を隠滅する」目的の場合は、未遂犯人も含むと解するべきである。
- (3) 本問において、X は「ここで捕まってはまずい」と思い、Y の左顔面を手拳で殴打したため「逮捕を免れ」るために暴行を加えたといえる。この場合、「窃盗」に未遂罪も含まれる、X は「窃盗」にあたる。そして前述のとおり「逮捕を免れ」るために、Y に対して左顔面を手拳で殴打するという「暴行」を加えている。よって、X は事後強盗(238 条)の構成要件に該当する。
5. (1) 次に X が事後強盗罪(238 条)の構成要件に該当するとして、X が Y に暴行を加えた結果 Y は気絶している。これについて、強盗致傷罪(240 条)が成立しないか。
- (2) 「強盗」に事後強盗が含まれるかが問題となるも、事後強盗も「強盗」の 1 つの類型であるため含まれると解する。本問において、事後強盗罪の構成要件に該当する「強盗」である X が Y を気絶させている。気絶させるという行為は、人の生理的機能を傷害しているといえるため「負傷させた」といえる。
- 以上より、X には強盗致傷罪(240 条前段)が成立する。

## Ⅶ. 結論

建造物侵入罪(130 条前段)と強盗致傷罪(240 条前段)は、手段と結果の関係にあるので、牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

以上