

## I. 反対尋問

1. 検察側は、目的的行為論に立っているのか。
2. 「実行行為説(A説)が主張するように、構成要件に該当する行為を行う者のみが正犯であると考えなければならない。」とあるが、それは限縮的正犯論ではないのか。
3. β説にいう、「構成要件該当性」に構成要件の故意は含まれるのか。
4. 一部実行全部責任の根拠として、検察側は惹起説に立っているのか。

## II. 学説の検討

### 1. 間接正犯の正犯性(正犯と教唆犯との区別)

- (1) 行為支配説(C説)は、いかなる場合に支配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おそれがあるため妥当ではない。
- (2) 遡及禁止論(D説)に関しては、検察側と同様に、D説は責任類型として正犯と共犯を区別することになるが、殺人行為を行ったが責任無能力者であるため正犯ではないと考えることは奇異であるとの理由から採用しない。
- (3) 実行行為説(A説)は、被利用者の道具性を判断基準とするが、「道具」の意義が定かではないため、弁護側はその点において、規範的障害という明確な基準を考慮する規範的障害説(B説)をとる。<sup>1</sup>

### 2. 共同正犯の正犯性(共謀共同正犯と教唆犯との区別)

- (1) 間接正犯類似説(甲説)及び、機能的行為支配説(丁説)は、謀議関与者が真に実行者を支配しているのであれば実行者は道具であって正犯ではなく、また、謀議関与者は共同正犯ではなく単独正犯となるはずであるため、妥当ではない。<sup>2</sup>
- (2) 主観説(戊説)は、検察側と同様に、故意による構成要件該当行為を行っているにもかかわらず、正犯意思を有していないという理由で正犯として処罰できないことになることは不当であるとの理由で採用しない。
- (3) 重要な役割説(丙説)については、検察側は、共同正犯性を事後に判断することとなり不当な結論を導いてしまおうとしているが、その結論は丙説からすれば不当ではなく、むしろ画一的に決まってしまう点で丁説のほうが妥当ではない。よって、弁護側は、共謀者が重要な役割を果たした場合に正犯性を認めるとする重要な役割説(丙説)を採用する。

### 3. 共犯の要素従属性

従属性については、検察側と同様に制限従属性説(β説)を採用する。

## III. 本問の検討

### 第1 Yの罪責について

#### 1. Yの、金員を盗んだ行為につき、窃盗罪が成立しないか。(235条)

- (1) 「他人の財物」たる金員をその占有者である寺の意思に反して自己の占有に移転し、「窃取」しているから実行行為があると言え、構成要件該当性が認められる。
- (2) しかし、Yは13歳の刑事未成年者(41条)であるから、責任が阻却される。

### 第2 Xの罪責について

#### 1. XがYを通じて窃盗を実行させた行為につき、窃盗罪(235条)の間接正犯が成立しないか。教唆との区別と関連して問題となる。

- (1) この点について、弁護側はB説(規範的障害説)に立つところ、Xが①正犯意思を有し②Yを道具として一方

<sup>1</sup> 大塚裕史『刑法総論の思考方法〔第4版〕』461頁。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂, 2010年)349頁。

的に支配・利用できた場合に間接正犯を肯定するが、その支配・利用といえるために規範的障害が必要であり、規範的障害の無い場合、間接正犯の成立を認める。

- (2) ア. 本問において、XはYに対して日ごろから怒鳴ったり、睨んだりしてYを従わせていたことや、Xが元暴力団で刑務所に入っていたこともあり、さらに現在もシンナーを吸っている等の発言をしていたことから、YがXに逆らうと自分の身に危険が及ぶことを恐れXに従っていた事は容易に想像でき、XがYを一方的に支配・利用していたようにも思える。しかし、Yは万引きや火遊びで補導歴のある13歳であり、寺から金員を窃取することが犯罪であるという認識はあったと考えるのが自然である。また、故意とは構成要件該当事実の認識・認容であるところ、以前に補導歴のあるYは今回の金員を窃取する行為が法律に違反する行為だということを人並み以上に認識しているはずである。そして実際にYはXに対して畏怖しながらも、金員を窃取する際に躊躇することを覚えており、この瞬間に規範に直面している。

イ. 従って、Yには規範的障害が認められ、XはYを一方的に支配・利用できたとは言えず間接正犯は成立しない。

2. では、Xの行為につきYの窃盗罪の共謀共同正犯(235条、60条)が成立しないか。Xが実行行為を行っていないことから、教唆犯との区別と関連して、共謀共同正犯の正犯性が問題となる。

- (1) この点、弁護側は丙説(重要な役割説)を採用するところ、共犯者に重要な役割があったか否か、具体的には①正犯者と共犯者の関係性②共犯者の正犯者に対する寄与度③共犯者に対する正犯意思の有無などを総合的に判断して重要な役割があったといえる場合に共謀共同正犯が成立すると解する。

- (2) 本問では、確かにXは日頃からYを従わせており、そこに上下関係があるようにも思える。しかし、その関係は暴力団の幹部や部下、会社の上司部下などといった社会的地位の上下関係ではなく、直ちにXが重要な役割を持っていたとはいえない。また、Xは犯罪の計画を立案しただけでその実行に際してなんら手を加えていないことから、謀議段階では重要な役割は認められるかもしれないが、犯罪全体の過程から見ると犯罪の一部を実行しているとは言えない。また、Xは窃取した金員を宿泊費として利用するという事しか考えておらず、これだけでは犯罪実現への意欲や積極性が甚だ高いと伺い得ない。従って、Xは自己の犯罪を実現したとはいえない。

- (3) 以上より、Xは重要な役割を有しているとは言えず、共謀共同正犯は成立しないと解する。

3. では、Xの行為にYの窃盗罪の教唆犯(235条、61条1項)が認められるか。Yが刑事未成年者(41条)であることからYの責任能力は否定される。そこで、共犯が成立するために正犯行為はいかなる要素を具備していなければならないか。共犯の要素従属性が問題となる。

- (1) この点、弁護側はβ説(制限従属性説)を採用するところ、共犯が成立するためには正犯行為について構成要件該当性・違法性が認められることで足りると解する。

- (2) 本問において、Xの金員を盗んだ行為に窃盗罪の構成要件該当性・違法性が認められるから、共犯成立のための要素を充足している。XはYに対し巡礼先の寺などから金員を窃取するよう教唆し、Yはそれに基づいて窃盗を実行し窃盗の結果を発生させた。Xには教唆犯の故意が認められるから、Xの当該行為につき窃盗罪の教唆犯が成立する。

#### IV. 結論

Xの行為に窃盗罪の教唆犯(235条、61条1項)が成立する。Yの行為には窃盗罪が成立するが、Yは刑事未成年であるために責任が阻却される。

以上