

只木ゼミ前期第2問検察レジュメ

文責：2班

I. 事実の概要

被告人 X は、万引きや火遊びで補導歴のある 13 歳の知人男子 Y を連れて、遍路姿で四国 88 ヲ所札所及び霊場巡りの旅を続けていた。しかし、X は宿泊費用等に窮した結果、Y を利用して巡礼先の寺などから金員を窃取しようと考えた。そこで、日頃から X の言動に逆らう素振りを見せるたびに大声で怒鳴ったり、睨んだり等をして従わせていた Y に対して、睨みつけながら「おい、金をとってこい」と窃盗を実行するように命じた。X は Y に以前から、自分は元暴力団で刑務所に入ったこともあり、現在もシンナーを吸っている等のことを言っていた。そのため、Y は X を畏怖し、躊躇しながらも X の計画通りに窃盗を実行した。

II. 問題の所在

1. 間接正犯の正犯性（正犯と教唆犯との区別）

X は、Y に窃盗を実行するよう命じ、間接的に法益侵害を惹起している。そこで、他人の行為を利用して法益侵害を惹起した場合であっても正犯となりうるか。教唆犯との区別と関連して、**間接正犯（単独正犯）の正犯性**が問題となる。

2. 共同正犯の正犯性（共謀共同正犯と教唆犯との区別）

仮に、本件で間接正犯の正犯性が否定された場合に、X の行為に、Y の窃盗罪の共謀共同正犯（刑法 60 条）が認められるか。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（共同正犯）の正犯性**が問題となる。

3. 共犯の要素従属性

仮に、本件で共同正犯の正犯性も否定された場合に、X の行為に、Y の窃盗罪の教唆犯（刑法 61 条 1 項）が認められるか。Y が刑事未成年者（刑法 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。

III. 学説の状況

1. 間接正犯の正犯性¹

A 説：実行行為説（道具理論）²

他人を自己の意のままに使って、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用する場合に、正犯性を認める。具体的には、①正犯意思、および、②利用者が被利用者を一方的に支配・利用し構成要件実現の現実的危険性を生じさせることが必要である。

¹ 以下では、共犯規定を処罰拡張事由とする減縮的正犯論を前提にする。

² 大谷實『刑法講義総論 [新版第 3 版]』（成文堂，2009 年）156 頁以下，裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案（三訂補訂版）』（司法協会，2011 年）75 頁以下。

B 説：規範的障害説³

構成要件実現の危険性の高い行為を行った場合、すなわち、被利用者が犯罪をやめる規範的な可能性がなく、背後者の行為の危険性が相対的に高い場合（規範的障害あるいは自律的決定が不存在である場合）に正犯性を認める。

C 説：行為支配説

C-1 説：優越的行為支配説⁴

事実的な行為支配がある場合に正犯性を認める。「正犯の背後の正犯」も肯定される。

C-2 説：規範的行為支配説⁵

当該違法事実の実現について主導的な役割を演じた場合に正犯性が認められる。直接行為者の正犯性は、原則として背後者の正犯性を排除する。

D 説：遡及禁止論（自己答責原理・結果惹起原因支配）⁶

構成要件の結果惹起の原因を支配した場合に正犯性を認める。因果過程に介在する他人の結果惹起に対する答責性（自律性）は、その結果惹起行為に対する行為者の支配を否定する（故意行為が介入した場合には正犯性が認められない）。また、その場合でも、行為者の行為の結果惹起に対する物理的寄与が直接的で、重大であり、介在する他人の行為の物理的寄与が小さい場合には、介在する他人の答責性によって行為者の結果惹起支配は排除されない。

2. 共同正犯の正犯性⁷

甲説：共同意思主体説⁸

共犯現象は共犯者が一心同体化した共同意思主体の活動であり、その構成員の誰かが犯罪の実行行為を行えば、それは共同意思主体としての行為であるから、その構成員全員に共同正犯性が認められる。

乙説：間接正犯類似説（優越的支配共同正犯説）⁹

実行を担当しない共謀者が、実行行為者に対し圧倒的に優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせている場合に共同正犯性が認められる。

丙説：重要な役割説（準実行共同正犯論）¹⁰

共謀者が実行者に強い心理的支配力を及ぼすことにより実行に準ずるような重要な役割を果たした場合に共同正犯性が認められる。

³ 島田聡一郎「共犯」『刑法総論第2版』（有斐閣、2012年）345頁以下、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2010年）21頁以下参照。

⁴ 高橋・前掲22頁。

⁵ 井田良『講義刑法学・総論（補訂）』（有斐閣、2011年）438頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2008年）293頁以下、西田典之『刑法総論〔第2班〕』（弘文堂、2010年）327頁以下。

⁶ 山口厚『刑法総論第2版』（有斐閣、2011年）67頁以下。

⁷ 以下では、共謀共同正犯における実質的客観説を前提にする。

⁸ 遠藤邦彦「〔問題6〕断りにくい誘い話」『事例研究刑事法I刑法』（日本評論社、2010年）113頁以下参照。

⁹ 島田・前掲382頁以下参照。

¹⁰ 西田・前掲348頁以下。

丁説：機能的行為支配説¹¹

各行為者が作業分担を通じて、犯罪実現に対する本質的な機能を果たした場合に共同正犯性が認められる。不法実現への寄与の有無と程度は、行為者および共同者の認識を基礎として事前判断により決すべきである。

戊説：主観説

「自己の犯罪」を行う意思、すなわち、正犯意思がある場合に共同正犯性を認める¹²。

3. 共犯の要素従属性（要素従属形式）¹³

α説：最小従属性説

共犯の成立要件として、正犯行為に、構成要件該当性があれば足りる。

β説：制限従属性説

共犯の成立要件として、正犯行為に、構成要件該当性、違法性が満たされていなければならない。

γ説：極端従属性説

共犯の成立要件として、正犯行為に、構成要件該当性、違法性、有責性が満たされている必要がある。

δ説：誇張従属性説

共犯の成立要件として、正犯行為に、構成要件該当性、違法性、有責性、さらに、処罰条件が満たされている必要がある。

ε説：要素従属性不要説（純粹惹起説）

共犯の成立要件として、正犯行為に、構成要件該当性すら不要である。

IV. 判例

【名古屋高等裁判所昭和 49 年 11 月 20 日判決】¹⁴

被告人が、息子 Y（犯行当時 8 歳から 10 歳）に指示命令して、11 回にわたり、駐車中の自動車内にある金品を盗んでこさせたという事案について、名古屋高裁は、Y が一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達していたとしたうえで、Y が「いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、Y が金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ、Y が自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局本件は、父親たる被告人が刑事責任能力のない Y を利用して自己の犯罪を実行したもの」と認め、被告人の間接正犯を肯定した。

¹¹ 井田・理論構造 348 頁以下。

¹² 正犯意思は共謀に解消されるという見解もある。判例実務は、主観説に近い立場をとっていると思われるが、正犯意思を共謀の主観的部分として把握している場合もある。これについて、菊池則明「共謀（2）——対等型共謀」『刑事事実認定重要判決 50 選（上）』（立花書房、2011 年）215 頁、大塚裕史＝十河太朗＝塩谷毅＝豊田兼彦『基本刑法 I ——総論』（日本評論社、2012 年）367 頁参照。

¹³ 以下では、基本的に、惹起説（因果共犯論）を前提とする。

¹⁴ 『最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会）

V. 学説の検討

1. 間接正犯の正犯性¹⁵

(1) 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。しかし、構成要件的结果発生の実現的危険性という「危険性」の基準を正犯性の基準とすることはできない。なぜならば、「危険性」の基準で正犯と共犯を区別できないからである。教唆行為や幫助行為も、正犯行為と同様に結果発生の危険性を有する行為であり、正犯行為が既遂に至れば結果との間に因果関係が認められる行為である。ゆえに、A 説を採用することはできない。

(2) 間接正犯における正犯性は、不法帰属の分配の問題である。「危険性」という基準の中には、誰の行為に不法の完全な帰属が可能であるかの判断が入り込んでいる。その判断の実体をそのまま率直に判断基準とするのが行為支配説 (C 説) である。つまり、正犯性の基準は、当該不法実現について第一次的に帰せられるべき程度に主導的役割を演じた「支配者」であることと考えるべきである。

(3) 以上のように考えると、結果を実現するために他人のさらなる意思決定が必要となる行為は、実行行為 (正犯行為) にあたらない。この意味で、被利用者の自律的行為が介在した場合に正犯性を否定する規範的障害説 (B 説) や遡及禁止論 (D 説) は、いずれも妥当である。

しかし、規範的障害説 (B 説) は、規範的障害のみに着目する限り、過失犯の故意の教唆を認めることになり、結論として妥当とは言えない。

また、遡及禁止論 (D 説) によれば、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。

(4) したがって、検察側は行為支配説 (C 説) を採用する。

2. 共同正犯の正犯性¹⁶

(1) 共同意思主体説 (甲説) は、民法上の組合の概念を類推する考え方であるが、個人責任の原則 (憲法 13 条前段) に違反することになるほか、消極的に共謀に参加したに過ぎない者が、役割の重要性に関係なく一律に正犯として罪責を負うことは結論として妥当ではない。ゆえに、共同意思主体説 (甲説) 採用できない。

(2) また、間接正犯類似説 (乙説) は、通常の実行共同正犯の場合や、見張り役などの対等型共謀共同正犯の場合に、正犯となる余地が一律に排除されてしまうため、これも採用できない。

(3) さらに、主観説 (戊説) によれば、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が、これは不当である。ゆえに、主観説 (戊説) も採用できない。

(4) 共同正犯の本質は、一部行為の全部責任の法理を適用することにある。そして、その根拠は、①因果性の相互的補充・拡張 (共同性)、および、②正犯としての帰責 (正犯性) にある。

正犯とは、実現事実を第一次的に帰せられるべき中心的存在であり、これを共同正犯性についてみれば、犯罪実現につき本質的な機能を果たし、犯罪事象全体を支配したと言える場合に (共同) 正犯性が認められると考えるべきである。

したがって、検察側は機能的行為支配説 (丁説) を採用する。

¹⁵ 以下の検討は、井田・理論構造 293 頁以下を参考にした。

¹⁶ 以下の検討は、井田・理論構造 346 頁以下を参考にした。

(5) これに対し、重要な役割説（丙説）は、機能的支配説と類似の発想に立つが、事後判断によって共同正犯性を判断することには疑問がある。たとえば、A と B が通謀してそれぞれが拳銃で C に発砲した場合で、A の拳銃に弾が入っていなかったとき、A は実行行為に準じる重要な役割を果たしていないので正犯でないことになるが、この結論は不当である。

3. 共犯の要素従属性

(1) まず、限縮的正犯論（制限的正犯論）の下においては、純粹惹起説を根拠に共犯を処罰することはできないため、要素従属性不要説（ε説）は採用できない。

(2) 次に、極端従属性説（γ説）と誇張従属性説（δ説）は、「犯罪」（61条）という文言から形式的な妥当性はあるものの、個人に対する非難可能性であるはずの責任を正犯に從属させ、連帯させる点において、「違法は連带的に作用するが、責任は個別的に作用する」という個別的責任の原則に違反する。特に、誇張従属性説（δ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）の立場と矛盾する。したがって、極端従属性説（γ説）も誇張従属性説（δ説）も採用できない。

(3) もっとも、違法の連帯性とは、あくまでも惹起された実体としての法益侵害についての連帯性であるから¹⁷、行為無価値要素によって、各人について違法評価が異なることもありうる。そして、違法性阻却事由は、①法益が消滅する場合と②法益の要保護性が否定される場合があり、法益侵害の存在を左右しうるから、違法性も要素従属性形式の内容に含められなければならない。

このように考えると、最小従属性説（α説）を採用できないため、検察側は制限従属性説（β説）を採用する。

VI. 本問の検討

第1.Yの罪責

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」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ており、「窃取」しているから実行行為が認められる。

(2) しかし、Yは13歳の刑事未成年者であるから、責任が阻却される。よって、Yの当該行為につき窃盗罪は成立しない。

第2.Xの罪責

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

(1) 正犯者とは、犯罪実現に加わったもののうちで最も重く評価されるべき者をいうところ、実現事実を第1次的に帰せられるべきものとされる程度に主導的役割を演じれば、正犯性が認められると解する。

(2) ア.本問において、Xは日頃自らに対し逆らう素振りを見せる度に、大声で怒鳴ったり睨んだりしてYを自己の意のままに従わせていた。また、自分は元暴力団で刑務所に入ったこともあり、現在もシンナーを吸っている等の発言を以前からしており、逆らえば自分の身に危険が及ぶと考えYはXを畏怖していたとみられる。さらに、犯行当時XとYは旅に出ており、未成年者であるYは旅先でXの他に頼る者がいなかったのだから、Xの命令に従う他なく、やむをえず実行に及んだものといえる。

¹⁷ 西田典之「共犯の処罰根拠と従属性」『刑法の争点』（有斐閣、2007）95頁。

イ.したがって、Yが自主的・主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局はXが犯行のすべてを計画し、それを実行するにあたり、刑事責任能力がないうえに、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているYを利用したにすぎないのだから、Xは実現事実を第一次的に帰せられるべきものとされる程度に主導的役割を演じているといえ、正犯性が認められる。

よって、Xの当該行為には窃盗罪の間接正犯が成立する。

2.では、仮に本問において間接正犯の正犯性が否定された場合に、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) 共同正犯者とは、犯罪を共同に実現した者として、犯罪実現について第1次的責任を負うべき中心的存在をいう。そこで、各行為者が作業分担を通じて、犯罪実現に重要な寄与を果たした場合に共謀共同正犯の正犯性が認められると解する。

(2) 本問における犯行はすべてXが計画したもので、YはXの計画通りに窃盗を実行しただけであるから、Xの計画がなければ犯行そのものが頓挫していたものといえる。したがって、Xは犯罪実現に重要な寄与を果たしたといえ、共謀共同正犯の正犯性が認められる。

よって、Xの当該行為には窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。

3.仮に、本問で共同正犯の正犯性も否定された場合に、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) ア.この点、責任判断・評価の個別性という理解に基づき、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。

イ.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。

Ⅶ. 結論

Xの行為に窃盗罪が成立する。Yの行為に犯罪は成立しない。

以上