

I. 反対尋問

1. 学説の検討 2(2)において「実現事実を第 1 次的に着せられるべきものとされる程度に」とあるがその基準は何か。
2. 学説の検討 2(2)において「直接行為者に完全な不法の基準を求めることのできない」とあるがその基準は何か。
3. 判例はどのような意図で引用したものか。
4. 検察側は共犯行為にも行為支配があると考えているか。

II. 学説の検討

α 説、 $\beta - 1$ 説については検察側と同様の理由で採用しない。

$\beta - 2$ 説について

本説は、「行為支配」という概念を基準にしているが、そもそもこの概念が非常に漠然としており、正犯性の基準として不明確であるといえる。また、「行為支配」は、単に正犯においてのみ認められるのではなく、教唆犯や従犯にも認められることがありうる。つまり、「行為支配」は、正犯を教唆犯、従犯から区別する標識となしがたく、不明確であり、妥当でない¹。

$\beta - 3$ 説について

本説は、構成要件実現ないし結果発生の「危険性」を正犯性の基準とする説であるが、いかなる場合に現実的危险性が認められるかについては、下位基準が必要となる。例えば、「主観的には、故意のほか他人を道具として利用し、特定の犯罪をみずから実現する意思があり、客観的には、利用行為によって被利用者の行為をあたかも道具のごとく一方的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現することを要する」といった基準である²。ここで、我々弁護側としては、より客観面を重視することが妥当であると考え、一方的な支配・利用関係の認定のうえで重要となる「規範的障害」に注目し、新たに「規範的障害説(γ 説)」を提唱する。

γ 説：規範的障害説

被利用者が規範に直面した場合に、悪しき行為動機に対して良き行為動機を形成し、これを駆逐する可能性があるかどうかで間接正犯と共犯を区別する説。行為時の被利用者にその可能性がある場合、責任能力のある者に対しては違法行為を避けて適法行為に出ることを期待している法秩序の立場から、規範的障害があったと考え、共犯とみる。逆にその可能性がない場合は規範的障害がなかったといえ、間接正犯が認められることになる。

間接正犯が被利用者の行為を介在させる犯罪類型であることを前提とすると、「行為支配」、「道具性」、「現実的危险性」の存在は、基準として内容が不明確である（山中刑法総論 p 766）のに対し、規範的障害は明確で分析可能性を持っているため妥当といえる。

III. 本問の検討

第 1. A の罪責について

¹ 大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣,1958年）109頁以下。

² 大塚裕史『刑法総論の思考方法（第4版）』（早稲田経営出版,2012年）68頁以下。

1. Aは事故を起こし倒れているVのバックを拾った。
2. よって、AはVのバックという「他人の物」をVの意思に反して拾ったため「窃取」したといえ、窃盗罪(235条)の罪責を負う。しかし、Aは10歳であり、「十四歳に満たない者」(41条)であるから、刑が免除される。

第2. Xの罪責について

1. XのAにバックをとって来させた。Xはいかなる罪責を負うか。
2. (1)まず、XはAに「誰もおらんからそのバックをとってこい」と命令しているから、Xは窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)が成立するとも考えられる。

しかし、Xは自らがそのバックを得ようと考えAに上記命令を行っているのであって、端的にXを正犯とすることは出来ないのであろうか。正犯とは直接自らが実行行為を行う者をいうから、Xを正犯とすることは出来ないとも考えられる。しかし、AはXがヤクザであり、シンナーを吸う怖い人であると認識しており、AがXに反抗することもできなかつたとも捉えられるため、XがAの行為を利用したとしてXに間接正犯が成立しないか。教唆犯と間接正犯の区別に関連して間接正犯の正犯性の根拠、成立要件が問題となる。

- (2)この点弁護側はγ説を採用するところ、被利用者に反対動機の形成可能性が認められなかった場合には、犯罪実現の障害(規範的障害)はなかつたとみとめられ、間接正犯としての正犯性が存在し、間接正犯が成立すると考える。

- (3)本問について、被利用者であるAに反対動機の形成可能性があつたのか以下検討する。

たしかに、AはXがヤクザであり、シンナーを吸う怖い人であると認識していた。10歳の子どもが大人であるXに「とってこい」と命令されればこれに逆らうことは難しいとも思える。

しかし、XとAは3,4回顔を合わせたことがある程度の関係であり、特別な依存関係等が存在していたとはいえないから、上記事由により容易にAがXに逆らうほかなかつたと考えるのは安易である。例えば、親子等継続的關係があり、被利用者が畏怖・抑圧状態にあつたなどの事情があつたのであれば、重要な要素になりうるとも考えられるが、本問においてそのような強度の關係性というものは存在しない。

そして、Aは10歳であるから、ある程度の是非善悪の判断能力を有していた。10歳は小学4年生にあたる年齢であり、成人と比べて事理弁識能力はないとしても、何が行ってよいことで、何をしてはいけないのか程度のことは判別がついて当然の年齢である。

さらに、Aは窃盗に及ぶにあたってバックを取ってくることは悪いことだと認識していたのであって、窃盗を行わないという反対動機の形成は期待されていたものと言うことができる。

よって、Aに反対動機の形成可能性が認められ、Xの犯罪実現の規範的障害があつたと考えられるからXに間接正犯は成立しない。

3. したがって、XはAの窃盗(235条)を「教唆」したのであるから、Xは窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)の罪責を負う。

IV. 結論

Aはなんら罪責を負わない。

Xは窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)の罪責を負う。

以上