

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は実行の着手の定義をどのように考えているか。
2. 検察レジュメの判例引用の意図は何か。
3. 検察側レジュメ 2 頁 37 行目において「被利用者の行為を実行の着手の基準とすると、
10 いくら利用者の行為に現実的危険性があっても未遂成立に被利用者の行為の着手を待
たねばならなくなり」とあるが、利用者の行為に現実的危険性があれば、その時点で利
用者に実行の着手が認められ、被利用者に実行の着手がなくても、未遂が成立するの
ではないか。
4. 検察レジュメ 3 頁 32 行目で「利用者を正犯として処罰できないのは結果として妥当で
はない」とあるが、刑法 61 条 1 項では教唆犯には「正犯の刑を科する」とされている
ため、教唆犯を成立させても結論の妥当性は図られるといえないか。

15

II. 学説の検討

1. 間接正犯の実行の着手時期について

A 説(利用者説)について

10 間接正犯とは、他人を道具として利用して犯罪を実現する正犯の一種であり、道具理論に
よってその正犯性は根拠づけることができる¹。ゆえに、利用者による利用行為は被利用者
を道具として利用し、犯罪を実現しようとするものであるため、これを間接正犯の実行の着
手とみる利用者説は妥当であると思われる。

25 しかし、窃盗をさせる対価として餌をあげるといった行為等の場合、結果回避の現実的危
険性に欠けてしまう上、間接正犯の未遂を考える際に未遂罪があまりにも早く成立してし
まうため妥当ではない。

したがって、弁護側は A 説を採用しない。

B 説(被利用者説)について

30 「実行の着手」は予備と未遂とを区別する基準である。結果発生の実質的危険とその程度
を区別の基準にする実質的客観説を実行の着手時点について採用すると、その具体的危険
が切迫したものであることが、未遂が予備と区別される根拠となる²。

「実行の着手」は法益侵害の具体的危険性が切迫したことによって定まるとすると、間接
正犯においては被利用者の行為こそが具体的危険を持つものであるから、被利用者の行為

¹ 岡野光雄『刑法要説総論』(成文堂, 2009)247 頁以下参照。

² 中山研一『刑法総論』(成文堂, 1986)409 頁以下参照。

を実行の着手とする B 説は妥当である。

したがって、弁護側は B 説を採用する。

2. 被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合について

5 B 説(間接正犯未遂)について

この説は、途中で情を知ったにもかかわらず、自己の意思で犯行を継続することは通常予測し得ることなく、相当因果関係を欠くから、間接正犯の未遂であるとする見解である。

しかしながら、因果経過の逸脱の問題であるとする、少なくとも利用者の行為には規範的障害が生じたのであるから、実行の着手の存在が認められるか疑問である³。

10 したがって、弁護側は B 説を採用しない。

Y 説(間接正犯既遂説)について

この説は、利用者の誘致行為は教唆犯ではなく、実行行為に当たるから間接正犯の既遂が成立するという説である。

15 しかし、間接正犯における因果関係は利用者の誘致行為のままに、被利用者が利用者の道具として犯罪実現に尽力したことを要するため、間接正犯の因果経過としてはふさわしくなく、その間の錯誤は相当因果関係の範囲を逸脱している⁴。

したがって、弁護側は Y 説を採用しない。

20 α 説(教唆犯説)について

この説は、被利用者が途中で情を知った場合、間接正犯の因果経過としては相当因果関係の範囲を逸脱しているため、間接正犯は成立せず、教唆犯の成立を認める見解である。

この説では、被利用者が情を知るに至った場合でも、利用者の間接正犯の意思は、実質上、教唆犯の故意を包含すると考えられるから、利用者の行為と被利用者の行為を全体的に捉えて利用者には当該犯罪の教唆犯が成立すると解するのが妥当である⁵。

25 したがって、弁護側は α 説を採用する。

III. 本問の検討

1. X が Y に致死量の毒物が入った焼酎を A 宅まで届けさせた行為について、殺人未遂罪
30 (203 条,199 条)が成立しないか、検討する。

2. 本件では、X が日頃から自己に従わせていた Y に命令し、毒入りの焼酎を A 宅に届けさせた。そこで、毒が入っていることを知らなかった Y を道具のように利用し、自己の

³ 山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕』(成文堂, 2015 年)875 頁。

⁴ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第 3 版増補版〕』(有斐閣, 2005 年)327 頁。

⁵ 川端博『刑法総論講義〔第 2 版〕』(成文堂, 2006 年)600 頁以下。

犯罪を実現しようとしたとして、Xに間接正犯が認められないか。

3. そもそも間接正犯は、他人を道具として利用し犯罪を実現するものである。つまり、一方的に他人を支配・利用し自己の犯罪を実現するものということができる。そうである
5 とすれば、間接正犯が成立するためには、①主観的には、行為者が構成要件の故意の他に他人を道具として利用しつつ、特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していることが必要であり、②客観的には、行為者が被利用者の行為を一方的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて実行行為の全部又は一部を行ったことが必要である⁶。
4. 本件において、まず、Xは以前から恨みを抱いていたAを殺害しようと考えた。そして、Aが口にすれば中毒死することを認識しつつ、致死量の毒物を混入した焼酎をYに
10 A宅まで届けさせようとした。つまり、Xは自己の恨みを晴らすために、事情を知らないYを利用しつつ、Aを殺害することを決意しており、①の要件を満たす。次に、XはYが日頃から自分の言動に逆らう素振りを見せるたびに怒鳴ったり睨んだりして、Yを自分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、今でもシンナーを吸っているなどYに話しており、実際にYはXを畏怖していた。こ
15 のようにXはYを支配していた。さらに、XはYに焼酎に毒が入っていることを知らせず、Aを殺害するために一方的にYを利用していた。しかし、YはA宅に出発する前に、Xの計画を知った。そこで、XはYの行為を一方的に利用していたといえなくなるのではないか。
5. この問題について、弁護側はα説を採用するところ、被利用者が途中で情を知った場合、
20 間接正犯の因果経過としては相当因果関係の範囲を逸脱しているため、間接正犯は成立せず、教唆犯(61条)が成立すると考える。
6. したがって、本件においてXは教唆犯に該当する。
7. また、Aは焼酎を受領したものの、毒物の混入に気づき、飲まなかった。そこで、Yの行為を通じて実行行為の全部又は一部があったか問題となる。
- 25 8. この問題について、弁護側はB説を採用するところ、実行行為とは法益侵害の現実的危険性を有する行為である。
- 本件では、YがA宅に毒入りの焼酎を届け、Aが受領した時点で、殺人の現実的危険性が認められる。
- したがって、実行の着手が認められる。
- 30 よって、Xの行為に殺人未遂罪の教唆犯が成立する。

IV. 結論

Xの行為に殺人未遂罪(203条,199条)の教唆犯(61条)が成立する。

以上

⁶ 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, 2007年）76頁。