

I. 事実の概要

5 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、同意の上で数日間同居していた。ある日、X は、以前から恨みを抱いていた A を殺害するために、A が食用すれば中毒死することを予見しながら、致死量の毒物を混入した焼酎を贈品のごとく装って A 宅に届けるように、事情を知らない Y に命じ、A を殺害しようと考えた。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、この焼酎を A の家に届けてこい」と命じた。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話していたことから、Y は X を畏怖していたため、X の命令通りに同焼酎を A 宅に届けようとした。ところが、Y は、届けるために X 宅を出発する直前に、X の残した A 殺害の計画を記したメモ書きを発見し、情を知るに至った。Y は、命令に逆らうと X に何をされるかわからないという不安を感じたものの、以前 A から嫌がらせを受けており、A に対して恨みを抱いていたことから、そのまま同焼酎を A 宅に運ぶことを決意した。Y が X から受けていた指示は、「A 宅の玄関前に置いておけ」というものであったが、Y は、この指示通りに届けると A に不審物ではないかと怪しまれる可能性があるかと判断し、「御裾分けです。B(A の隣人)より。」との文章を添えて、玄関前に同焼酎を放置した。その後、A はこれを受領したが、飲用する際に同焼酎の異臭から毒物の混入に気づき、飲用するには至らなかった。

X の A に対する罪責を論ぜよ。

参考判例:大審院大正 7 年 11 月 16 日第三刑事部判決
最高裁昭和 58 年 9 月 21 日第一小法廷決定
最高裁平成 13 年 10 月 25 日第一小法廷決定

II. 問題の所在

1. 間接正犯において、実行の着手をどの時点で認めるのかが問題となる。
- 30 2. 本件において、被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合、利用者には間接正犯が成立するのか、それとも教唆犯が成立するのか問題となる。

III. 学説の状況

1. 間接正犯の実行の着手時期について

35 A 説:(利用者説¹)

利用者の行為を着手時期の基準とする説。

B 説:(被利用者説²)

¹ 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社, 1990)355 頁以下参照。

² 西田典之『刑法総論』(弘文堂, 2006)311 頁以下参照。

被利用者の行為を着手時期の基準とする説。

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

α 説：(教唆犯説³)

- 5 間接正犯の実行の着手について被利用者基準説を採用したうえで、教唆犯が成立すると解する説。

β 説：(間接正犯未遂説⁴)

間接正犯の実行の着手について利用者基準説を採用したうえで、間接正犯の未遂が成立すると解する説。

- 10 γ 説：(間接正犯既遂説⁵)

間接正犯の実行の着手について利用者基準説を採用したうえで、間接正犯の既遂が成立すると解する説。

IV. 判例

- 15 平成7年11月9日大阪高裁判決。平7(う)614号。

〈事実の概要〉

自己の言動に畏怖し意思を抑圧されている一〇歳の少年を利用して四、五メートル先にあるバッグを盗ませた。

〈判旨〉

- 20 「たとえ乙男がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である。原判決が判示第一において、被告人に窃盗の間接正犯の事実を認めたのは正当である。」

25 V. 学説の検討

1. 間接正犯の実行の着手時期について

B 説：(被利用者説)について

- 30 「実行」とは、基本的構成要件に該当する行為である。このような行為の開始こそが実行行為の着手であるところ、実行行為の開始があつたといえるには、第一に基本的構成要件についての構成要件の故意が必要であり、第二に基本的構成要件に該当する行為の少なくとも一部分が行われたことが必要であると解する。第二の基準について、実質的客観説をとると、その行為自体が構成要件的特徴を示していなくても、全体として見て定型的に構成要件の内容をなすと解される行為であれば、実行の行為の一部をなしたと解することができる。そう考えると、間接正犯において利用者が計画を立てる行為や
- 35 犯行に利用する物を用意した行為が第二の基準に当てはまらないと考えるのは妥当ではない。したがって、利用者の行為を実行行為の基準とすることが妥当である。また、間接正犯の未遂について検討する際、被利用者の行為を実行の着手の基準とすると、いく

³ 川端博『刑法講義総論』(成文堂, 2006) 600頁以下参照。

⁴ 香川達夫『刑法講義(総論)第三版』(成文堂, 1995) 432頁以下参照。

⁵ 団藤前掲 428-429頁参照。

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、成立時期として遅くなり妥当ではない。したがって検察側はB説を採用しない。

5 A説:(利用者説)について

B説の検討で述べた理由から、間接正犯において利用者の行為に実行行為の着手を認めるべきである。したがって、検察側はこの説を採用する。

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

10 α説:(教唆犯説)について

この説は、間接正犯の実行の着手について被利用者の行為を基準とすることから、被利用者が利用者の意図を知ったことは実行の着手前のことだと考える。したがって、最初から意図を知っていた場合と同様に解する。すなわち、利用者は間接正犯だと認識しているが、被利用者は教唆犯だと認識している場合と同様に考える。これによれば、間接正犯の故意は教唆犯の故意を含むとみて、教唆犯の成立を認めることとなる⁶。しかし、根本として間接正犯の実行の着手の基準を被利用者の行為としていることが妥当ではない。

したがって、検察側はα説を採用しない。

β説:(間接正犯未遂説)について

20 本説は、間接正犯を利用者の利用行為が実行行為と捉えており、被利用者である道具が途中で情を知ったという事情は実行行為後(利用行為後)の事情であるから、かかる事情は行為後の特殊事情として因果関係の存否として扱うものである。そして、途中で情を知った被利用者において、犯行の故意を抱いて実行行為に及ぶことは、社会通念上相当性を欠き、因果関係が否定され、間接正犯の未遂が成立するとされる。

25 しかし、本説は刑法上の因果関係について相当因果関係説を前提としており、そのような不明確な概念によって因果関係に制限をかけるのは妥当でない。

したがって、検察側はβ説を採用しない。

γ説:(間接正犯既遂説)について

30 利用者において実行の着手があり、また利用者が意図した結果が発生したにも関わらず、被利用者が実は犯行の前に情を知るに至っていたという偶然的事情によって、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。

よって、検察側はγ説を採用する。

35 VI. 本問の検討

1. XがYをして、A宅に同人殺害の目的で毒入り焼酎を届けさせた行為につき、殺人未遂罪(203条、199条)が成立しないか。

⁶ 福田平『全訂刑法総論(第五版)』(有斐閣, 2011)301-302頁参照。

そもそも本件では、結局 A が毒入り焼酎を飲用することはなく、死亡結果が発生していないため、殺人既遂罪(199条)は成立し得ない。

2. ここで、X はみずから当該行為をしたのではなく、Y にかかる行為をさせたので、かような場合にも殺人未遂罪の正犯が成立するか。正犯性が問題となる。

5 (1)そもそも正犯とは、自己の犯罪として、犯罪を実現する者を言う。

そうだとすれば、他人の行為を介して犯罪を実現する場合にも、①正犯意思と②被利用者に対する支配性が認められる場合には利用者自身による犯罪の実現とみられるため、正犯性が認められるものと解する。

10 ア.本件では、A 宅に毒入り焼酎を贈品のごとく届けて同人にそれを飲ませ、もって A を死亡させるという犯行の詳細な計画を立て、実際に毒入り焼酎を準備している点において役割の重要性がある。また、犯罪の実現によって以前よりの恨みを晴らそうとしていたため、犯行動機もある。これらの点で正犯意思が認められる(①充足)。

15 イ.また、被利用者たる Y は 13 歳であり是非弁別能力に欠ける特段の事情もないが、X が元暴力団員で入所歴があり、日頃から X に逆らうそぶりを見せると怒鳴りつけるなどして、Y に「命令に逆らうと何をされるか分からない」と畏怖させるほど事実上 Y を脅迫していたと言って差し支えない状況がある。たしかにその後 Y は自らの意思で A 殺害を決意したようにも思えるが、その決意は X による事実上の脅迫状況が無ければ、反対動機の形成により思い止まれたものであるから、かかる点において、被利用者 Y に対する X の支配性が認められる(②充足)。

20 (2)以上より、X には殺人未遂罪の正犯性が認められる。

3. そうだとしても、実行の着手が認められるか。本件では結果が発生していないところ、実行の着手が無ければ未遂罪も成立しない。そのため、間接正犯の実行の着手時期が問題となる。

25 (1)この点、検察側は利用者基準説、および間接正犯既遂説に立脚するところ、利用者において①基本的構成要件についての構成要件の故意を有し、②基本的構成要件に該当する行為の少なくとも一部が行われた場合に、それが当初情を知らない被利用者がその後情を知るに至っても、間接正犯の実行行為性を妨げない。

ア.本件では、X は自ら A を殺害する目的で当該行為に及んでいる点、構成要件該当事実についての認識・認容は当然にあったと解すべきである(①充足)。

30 イ.そして、毒入り焼酎を贈品のごとく A 宅に届けるため、実際に毒入り焼酎を用意して被利用者たる Y にそれを渡した時点で、構成要件の結果発生の実現的危険性を惹起したと言えるから、行為の一部が利用者 X において行われたと解する(②充足)。

(2)よって、X において実行の着手があったと認められる。

- 35 4. 以上に加え、違法性、責任ともに阻却する特段の事情はない。したがって、X の当該行為に殺人未遂罪の間接正犯が成立する。

以上