

I. 事実の概要

- 5 甲女は、以前から乙女を殺害したいと考えていた。
甲女は、乙女の夫であり甲女の友人でもある丙が自分に対して長年の恩があり、自分が言えば何事も断れないということを知りつつ、それを利用して乙女を殺そうと考えた。
甲は、丙に対して、「乙を殺せ。お前は、自宅で乙がよく飲むインスタントコーヒーにこれを混ぜて乙に出すだけでいい。」といいながら、少量服用しただけで人が死亡する毒物の
- 10 入った袋を手渡した。
次の日、丙は乙宅へ行き甲から渡されたものが毒物だと気づいていながら、甲から言われた通りにインスタントコーヒーの中に毒薬を混入させてコーヒーを出し乙宅を出た。
しかし、丙はその帰り道、自分の行動に反省し乙宅へ戻りコーヒーに毒物が混入されていることを告げた。乙はまだコーヒーを飲んでいなかったため事なきを得た。
- 15 甲及び丙の罪責を検討せよ。

参考判例:大審院大正7年11月16日第三刑事部判決

II. 問題の所在

- 20 1. 間接正犯において、実行の着手をどの時点で認められるのかが問題となる。
2. ある犯罪について故意ないし目的を有し、自ら実行行為を行う者ではあるが、専ら他人の幫助としてのみ行う者を「故意ある幫助的道具」という。この場合、被利用者丙は殺人の故意ないし目的を有し規範の問題に直面しているため、道具とはいえないのではない
- 25 か。本問において、被利用者丙には殺人未遂罪(刑法203条、199条)の中止犯(刑法43条但書)が成立するのか、それとも殺人未遂罪の幫助犯(62条1項)が成立するのか、甲には上記犯罪の間接正犯が成立するのか、それとも上記犯罪の教唆犯(刑法61条1項)が成立するのかが問題となる。

III. 学説の状況

- 30 1. 間接正犯の実行の着手時期について
A説:利用者標準説¹
利用者が実行行為者である以上、実行行為は利用行為であり、利用行為の開始が実行の着手時期であるとする説。
- 35 B説:被利用者標準説²
結果発生の現実的危険性は被利用者の行為時に認められるとして、被利用者の行為の開始を実行の着手とする説。

¹ 大塚仁『刑法概説[第4版]』(有斐閣,2008年)174頁。

² 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)332頁。

C 説:個別化説³

利用行為か被利用行為かの二者択一ではなく、個別的にみて、結果発生の実現的危険性が生じた時点を実行の着手とする説。

5 2. 間接正犯の正犯性について

α 説:幫助的道具の觀念を否定する説⁴

自ら実行行為を行った被利用者を幫助犯とすることはできないとし、主観的には構成要件を実現する意思で、客観的にも構成要件を実現している以上、被利用者は正犯であるとする説。

10

β 説:幫助的道具の觀念を肯定する説⁵⁶

自ら実行行為を行っても単なる機械的事務処理者として利用者に一方的に利用・支配されている場合には、被利用者は幫助犯で利用者は間接正犯であるとする説。

15 IV. 判例

最高裁昭和 25 年 7 月 6 日第一小法廷判決。刑集 4 卷 7 号 1178 頁。

[事実の概要]

会社の代表取締役である被告人が使用人 A に命じて食糧管理法に違反して米を運搬輸送させた事例。

20

[判旨]

「会社の代表取締役である被告人が……会社の使用人 A に命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であつて、A を教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。そして、かく認めることは、挙示の証拠に照し社会通念上適正妥当である。従つて、A 等がその情を知ると否とにかゝらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはない」

25

[引用の趣旨]

本判決は、被告人たる背後者を教唆犯ではなく、正犯であるとしている。そして、闇米の移転を防止するという不法輸送罪の保護法益を直接侵害したのは A の行為であるため、被告人は間接正犯と評価できる。したがって、検察側が β 説を採用するにあたり有用な裁判例である。

30

35

³ 大谷實『刑法講義総論[第 6 版]』(成文堂,2019 年)366 頁以下。

⁴ 前掲・大塚・十河・塩谷・豊田 314 頁参照。

⁵ 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂,2003 年)278 頁。

⁶ 大谷實『刑法講義総論[第 6 版]』(成文堂,2019 年)145 頁以下。

V. 学説の検討

1. 間接正犯の実行の着手時期について

A 説:利用者標準説

5 本説の考え方によれば、既遂の危険が未だ現実化する以前の段階で未遂犯の成立を肯定することになり妥当ではない⁷。

したがって、検察側は本説を採用しない。

B 説:被利用者標準説

10 本説は「被利用者の行為の開始を実行の着手とする」見解である。しかし、実行行為は実行の意思に基づくものでなければならないが、間接正犯における実行の意思は利用者のみが有するのであるから、本説によると実行の意思と実行行為とを別々の行為主体に分属させることになる⁸。

また、間接正犯において利用者の誘致行為が終了した時点で、行為者が結果発生のためにすべき行為はすべて行われているので、結果発生 of 自動性が肯定できる限りで実行の着手を認めるのが妥当である⁹。

15 したがって、検察側は本説を採用しない。

C 説:個別化説

20 間接正犯は純然たる単独犯行ではなく、他人利用の犯罪行動の一種でもあり、実行の着手も被利用者の行為と合わせて、全体として犯罪事実発生に接着する段階に至ったかどうかで定めるのが妥当である¹⁰。

また、必ずしも利用行為の開始が構成要件的结果発生 of 現実的危険を惹起するわけではないから、利用者の誘致行為が構成要件的结果発生に至る現実的危険性を惹起した時に実行の着手があると解すべきである¹¹。

したがって、検察側は本説を採用する。

25

2. 間接正犯の正犯性について

α 説:幫助的道具の観念を否定する説

30 本説は自ら実行行為を行った被利用者を幫助犯とすることはできないとするが、たとえ故意を有していたとしても被利用者は実行行為をもつばら他人の従犯としてのみ行おうとするものであるから、正犯に問擬するのは妥当ではない。

したがって、検察側は本説を採用しない。

β 説:幫助的道具の観念を肯定する説

故意ある幫助的道具は自ら実行行為を行っているが、単なる機械的事務処理者として利

⁷ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)284頁。

⁸ 大塚仁『刑法概説[第4版]』(有斐閣,2008年)174頁。

⁹ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018年)442頁。

¹⁰ 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂,2003年)279頁。

¹¹ 前掲・大谷 367頁。

用者によって一方的に利用されている道具に過ぎない¹²から、幫助的道具の観念を肯定し、利用者に間接正犯を認めるのが妥当である。

したがって、検察側は本説を採用する。

5 VI. 本問の検討

第1 丙の罪責

1 丙に、乙に毒薬を盛ろうとした行為について殺人未遂罪(刑法(以下略)203 条、199 条)の中止犯(43 条ただし書)が成立するか。まず、殺人未遂罪の成立について検討する。

10 (1)実行の着手が認められるかについて、実行行為とは客観的構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為であるところ、丙のインスタントコーヒーの中に少量で人が死亡する毒薬を混入させた行為は、乙宅に現住する乙が気づかずに服用する危険性が認められる。したがって、コーヒーに毒薬を混入させた時点で、43 条における実行の着手があったといえる。

(2)乙は死亡していないため結果は発生していない。

15 (3)構成要件の故意とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、丙は上記構成要件について認識しているため構成要件の故意が認められる。

(4)よって丙は殺人未遂罪の要件をすべて充足する。

2 では、丙は実行に着手していながら、乙にコーヒーの中に毒薬が入っていることを告げ、結果発生を防止しているため、中止犯が成立しないか。

20 (1)ア 「中止した」とはどのような行為を指すのか。中止犯の必要的減免の根拠は、責任減少と政策的理由にある。そして、中止未遂は犯罪の完成を防止したことをその成立要件とする以上、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきである。すなわち、実行の着手により、結果発生に向けて因果の流れがすでに進行している場合には、結果発生防止に向けての積極的な措置が必要である。なお、上記必要的減免の根拠から、中止犯行為は、結果不発生に向けた真摯な努力が必要であると考ええる。

25 イ 丙は上記のように既に実行に着手しており、乙死亡という結果発生に向けた因果の流れが進行しているといえる。そして、結果発生を防止するために乙に対しコーヒーに毒薬が入っていることを告げており、これは結果発生を防止するうえで適切かつ積極的な行為であるため、真摯な努力といえる。よって丙は犯行を「中止した」といえる。

30 (2)ア 次に、「自己の意思によ」ったといえるか。中止犯の必要的減免の根拠に照らして、やろうと思えばできたがあえてやらなかったと評価できることを要し、かつ、それで足りるものと考ええる。

35 イ 丙が実行行為を完遂する上で障害となりうる事由はなく、自分の行為を反省し犯行を中止している。よって、丙は殺人を行おうと思えばすることができたといえ、「自己の意思」による中止があったといえる。

(3)以上より丙は中止行為を行ったといえ、丙に殺人未遂罪の中止犯が成立するように思える。しかし、丙は甲に利用され実行行為を行っているため、正犯意思が認められない場合には、B 説より殺人未遂罪の幫助犯(62 条 1 項)が成立する可能性がある。これについて後述す

¹² 前掲・大谷 146 頁。

る甲の罪責にて検討する。

第2 甲の罪責

1. 甲は、本件において、コーヒーに毒薬を入れるという実行行為を直接行ってはいないため、直接正犯は成立しない。そこで、丙に指示し、上記殺人未遂罪の実行行為を行わせていることから、甲に殺人未遂罪の間接正犯が成立しないか。

(1)ア B 説における幫助的道具とは、完全な故意があるが事故のために構成要件を実現する行為を行うという意思(正犯者意思)がなく、他人のために行うという意思(共犯者意思)しかない被利用者をいう。機械的事務処理者として利用者に一方的に利用・支配されている場合に道具性が肯定され、被利用者に幫助犯、利用者の間接正犯が成立することとなる。

イ 被利用者たる丙は、甲には長年の恩があり甲に頼まれれば何事も断れない立場にあった。本件実行行為も甲の一方的な命令によるものであり、実行行為後に自分の行動を反省し中止行為を行ったことから、丙が自己のために構成要件を実行する意思があったということではできず、以前から乙の殺害を望んでいた甲のために行ったものといえる。したがって、丙に正犯意思はなく、共犯者意思しかないといえる。

そして、甲は、丙が自分に対して長年の恩があり、自分が言えば何事も断れないという事情を利用し、乙を殺すように命令している。また、丙に対して、自宅で乙がよく飲むインスタントコーヒーに毒薬を混ぜて出すように具体的に指示しており、甲の計画のもと丙が淡々と実行行為を遂行しているだけといえ、丙は機械的事務処理者として一方的に利用・支配されているといえる。

よって丙に幫助的道具性が認められ、甲に間接正犯が成立するよう思える。しかし、乙の死亡結果が発生せず、未遂にとどまっているため、甲に間接正犯の実行の着手が認められるか、間接正犯における実行の着手時期が問題となる。

(2)検察側は C 説(個別化説)を採用し、個別的に見て、結果発生の実現的危険性が生じた時点を実行の着手と考える。

本件において、甲は丙に犯罪実行の指示をし、毒物の入った袋を手渡ししているが、これは乙の死亡結果に密接した行為とはいえ、具体的危険性が認められない予備段階の行為と評価できる。次に、丙は手渡された少量服用しただけで死に至る危険性のある毒物を、自宅で乙がよく飲むインスタントコーヒーの中に入れており、丙がその旨を告げなかった場合に乙がコーヒーを飲み死亡していた危険性は高い。したがって、丙の行為に結果発生十分な危険性・密接性が認められ、間接正犯の実行の着手が認められる。

(3)なお、従犯においては違法性は連帯し、責任については個別に判断することから、丙の行為責任を減免する中止犯の成立については甲と丙の間では従属しないと考える。

2. 以上より、甲には殺人未遂罪の間接正犯が成立し、丙には殺人未遂罪の幫助犯が成立する。

VII. 結論

甲に殺人未遂罪(203 条、199 条)の間接正犯が成立する。

丙に殺人未遂罪(203 条、199 条)の幫助犯(62 条 1 項)が成立する。

以上