

2013(平成25)年度法学既修者入学試験(8月試験)問題出題趣旨

【刑法】

- 1 本問を検討するに当たっては、現実に実行行為を担当したのは乙ですから、まず、乙の刑事責任について考えるのが適当です。

一般的に、狭義の共犯の成否が問題となる事案では、共犯従属性という理論的な観点との関係で、正犯者の刑事責任から検討するのが望ましいといえますし、間接正犯又は共謀共同正犯の成否が問題となる事案では、現実に実行した者の犯罪が発覚すること、あるいは実行者の罪責が確定することを端緒として、その後に共犯者ないし背後に存在する者に検討が及ぶのが通常ですから、いずれにしても、本問では乙の刑事責任から考えるのが適当なのです。

その上で、乙を利用して犯罪を実現した甲の刑事責任について考えるという順序で、設問を分析して法律上の問題点を検討することが必要となります。

- 2 乙の罪責について

乙は、強盗目的でA宅の窓から無断で家屋内に入っていますが、このような立ち入りは、事実上の住居の平穏を害する態様による、管理者であるAの意思に反した立ち入りです。したがって、住居侵入罪の保護法益についてどのような立場に立ったとしても、乙の行為は住居侵入罪の構成要件に該当します。そして、違法性を阻却する事由はありません。

次に、乙は、刃渡り約17センチメートルという殺傷能力の高い包丁の刃先をAの胸元に突き付けています。そうしたところ、乙は13歳とはいえ体格がよいとのことですから、Aが体力的に乙の侵害行為を排除することは困難であったと認められます。しかも、乙は、覆面をして正体が分からないようにしていることから、場当たりの犯行ではなく、確定的な犯意に基づく計画的な犯行であることが窺われます。加えて、近所に救援を求めにくい深夜であったことや、本来なら安全であるはずの住居内でいきなり包丁を突きつけられていることからすると、Aの驚愕や恐怖は極めて大きなものであったと推察されます。このような状況下で金員を要求されたなら、誰であっても、もしも乙の要求に逆らって現金の引き渡しを拒絶したならば、包丁で胸部を刺されて命を失ったり大けがをするに違いないと恐れさせるのに十分だといえます。そのため、乙の行為は、Aの反抗を抑圧する程度の脅迫と評価できます。そして、Aは自ら机の引き出しにあった10万円を乙に交付していますが、それは反抗抑圧状況下の行為であり、意思の自由はなかったと認められますから、Aによる処分行為ではなく、乙が一方的に奪取したものと評価できます。このように、乙は、反抗抑圧程度の脅迫を手段として、Aから現金10万円を奪っていますから、乙の行為は強盗罪(刑法236条1項)の構成要件に該当します。そして、違法性を阻却する事由は認められません。

以上のとおり、乙の行為は住居侵入罪と強盗罪の構成要件を充足し、違法性も認められるのですが、乙は犯行時14歳未満ですので刑事未成年者に当たり（刑法41条）、責任が阻却され、犯罪が成立しません。

3 甲の罪責について

甲は、自ら直接手を下さず、刑事未成年者乙を利用して犯罪を行っています。自ら直接実行行為を行わず、他人の行為を通じて、間接的に犯罪を実現する形態としては、間接正犯、共謀共同正犯、教唆犯が考えられます。刑法は、原則として、一人の者が単独で犯罪を実行する場合を予定して構成要件を規定しており、共謀共同正犯を含めた広義の共犯は、この基本的構成要件を複数の者が主体である形態に修正して処罰範囲を広げるものですから、まず、単独正犯の一形態であるところの間接正犯の成否について検討するのが相当です。

- (1) 間接正犯とは、自ら直接手を下して実行行為をする（いわゆる直接正犯）のではなく、自ら直接手を下さなくても、自己の犯罪意思に基づき、他人を一種の「道具」として利用することにより所期の犯罪実現の目的を遂げた者のことをいいます（これを道具理論と呼びます。）。間接正犯は、他人を道具として自己の犯罪に利用することにより、規範的には、自ら直接手を下して実行行為をしたのと同じと評価することができます。

そうしたところ、設問では、犯行時乙は13歳で中学1年生であり、当初は犯罪行為に当たることが分かって嫌がっていたというのですから、意思能力、すなわち是非弁別能力はあるといえます。また、乙は、甲の説得を受けてその気になり、自ら積極的に犯行を行っていますし、甲の説得における強制の程度は希薄ですから、甲の指示は乙の意思を抑圧するに足りる程度のものとは認められません。道具理論の観点から見ても、このような乙は甲の完全な道具にはなっていないといえることができるでしょう。したがって、甲に間接正犯は成立しないと解されます。

- (2) このように、甲には間接正犯は成立しませんから、次に、共謀共同正犯又は教唆犯の成否が問題となります。共謀共同正犯と教唆犯は、いずれも広義の共犯ですが、共謀共同正犯は正犯でもあるわけですから、まず、共謀共同正犯について検討するのが適当です。

前述したとおり、正犯とは、自ら構成要件の結果を実現したと規範的に評価できる者ですが、共同正犯が正犯とされるのは、共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用、補充し合って犯罪を実現しようとする合意（共謀）を行い、その合意（共謀）に基づいて一部の者が実行行為を行うという点にあるといえます。つまり、実行共同正犯であれ、共謀共同正犯であれ、共同正犯者間にこうした合意（共謀）が成立した以上は、それに基づく実行担当者の行為は共同正犯者全員にとって自己の行為とみなされる（共同正犯者全員が実行行為の全部を行っているともみなされる）ことから、

現実に実行行為を分担したか否かを問わず、自ら構成要件的結果を実現した（あるいは自ら実行行為を行った）と規範的に評価することができるのです。そこに、共同正犯の正犯性が認められるのです。そうすると、共謀は、単に謀議に参加するだけでは足りず、それによって、犯罪遂行上、実行担当者の行為と同程度の重要な役割を果たすという関係、又は実行担当者に自らの代わりに実行行為を引き受けさせ、犯罪を実現するという関係（これが相互に他人の行為を利用、補充し合うという相互利用・補充関係の実体です。）が形成される必要があるといえます。

- (3) 以上を要約すると、他人を利用して犯罪を行った者については、実行担当者を道具として利用することにより自ら構成要件的結果を実現したと規範的に評価できる場合は間接正犯、道具として利用するのではないが、上記のような相互利用・補充関係が認められ、自ら構成要件的結果を実現したと規範的に評価できる場合は共謀共同正犯、その程度に至らない場合が狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）とされることとなります。そして、上記のとおり、共謀共同正犯と狭義の共犯との分水嶺は、共謀によって、実行担当者の行為と同程度の重要な役割を果たすという関係、又は実行担当者に自らの代わりに実行行為を引き受けさせ、犯罪を実現するという関係が形成されたと評価できるかという点に求められますから、利用者について、①犯罪の実現を希望する理由を持っていたか、特に、犯罪実現に関し利害関係を有していたか、②取得した利益の分配の有無、程度、③謀議の際に、利用者の意見が合意の成立にどの程度の影響力を有していたか、④謀議に際し、利用者が自ら実行担当者になり得る可能性はあったか、⑤実行行為に必要かつ密接な行為をしたか、⑥組織犯罪の場合は組織の拘束性の強弱、利用者の組織内の地位等の諸事情（観点）が考慮されることとなります。そして、これらの諸事情の総合判断で、共謀共同正犯になるか狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）になるかが決まります。

- (4) 設問では、甲は、生活費欲しさから自ら犯行を計画し、乙に対しては具体的な犯行方法を教示するとともに、犯行に使用する道具を与えるなどして犯行の実行を指示し、当初は嫌がっていた乙に強盗行為を決意させた上、乙が奪ってきた現金の大半を自ら取得したことが認められ、甲が実行担当者乙に自己の代わりに強盗行為を引き受けさせるとともに、自ら本件犯行の遂行上重要な役割を果たし、所期の強盗の目的を実現したといえることから、甲には強盗の教唆犯ではなく共謀共同正犯が成立します。

なお、実行行為者が刑事未成年者で犯罪不成立となる場合にも、背後にいる成人に共謀共同正犯の成立を認めることができるかという問題もありますが、責任判断の個別性という理由から、刑事未成年者と共同した場合であっても共同正犯の成否に影響は及ぼさないと考えられます。

- (5) 罪数

以上のように、甲には乙を実行正犯者とする住居侵入罪及び強盗罪の共謀共同正犯が成立し、住居侵入罪と強盗罪は、手段・目的の関係があるので、牽連犯になるもの

と考えられます。

4 参照判例

最高裁平成 13 年 10 月 25 日決定（判例時報 1768 号 157 頁）

最高裁昭和 58 年 9 月 21 日決定（刑集 37 卷 7 号 1070 頁）

以上