

# 刑事判例研究 (3)

中央大学刑事判例研究会

窃盗の間接正犯の訴因に対して、被利用者の道具性が認められないとして、窃盗教唆と認定された事例

水 落 伸 介

〔松山地判平成二四年二月九日判タ一三七八号二五一頁(有罪、確定)〕

## 【事実の概要】

被告人は、何らの処分権限もないにもかかわらず、Aに対し、C所有全油圧式パワーショベル一台(以下「本件ユニボ」という)を売却、搬出するよう申し向け、Aに本件ユニボを売却、搬出して窃取することを決意させ、Aをして、情を知らない中古車販売業者従業員Bらに本件ユニボを搬出させるという方法により、本件ユニボを窃取させ、もって窃盗を教唆した。

なお、検察官は、Aが、被告人による上記処分依頼当時、「被告人が本件ユニボの処分権限を有していないという事情」を知らな

かったとして、被告人には窃盗罪の間接正犯が成立する旨を主張しているものの、裁判所は、Aが当初から当該事実を知っていたものと認定している。

## 【判旨】

「以上を前提にすると、Aは自ら規範の障害に直面しているというべきであるから、もはや被告人が『情を知らない』Aを道具として使用したと評価することはできない。また、Aは被告人のことをある程度恐れていたことがうかがわれるが、これを超えて、被告人がAの行為を支配していたと認めるべき根拠はなく、かえって、Aは本件ユニボの売却代金の過半を手に行っているのであるから、Aが幫助犯にとどまるということではなく、被告人をもって故意ある幫助的道具を使った間接正犯に間うこともできない。他に被告人のAに対する処分依頼行為が窃盗の間接正犯（単独犯）としての実行行為に該当するというべき事情も見当たらないから、被告人の行為が窃盗の間接正犯に当たるといって検察官の主張は、採用できない。」

Aが被告人に処分権限なきことを知りながら、情を知らないBらにその搬出を依頼した行為は、窃盗（間接正犯）の実行行為に該当するから、Aは、窃盗の正犯に当たるといふべきであるところ、「被告人がAに正犯意思があったことを認識していれば、黙示の共謀（共同実行の意思）を認定することができ、窃盗の共謀共同正犯に当たるといふべきであるが、被告人がAの正犯意思を認識していない場合は（すなわち、間接正犯の故意であった場合は）、被告人は、Aに本件ユニボの売却方を依頼し、その結果、Aが本件ユニボを売却するという窃盗の実行行為に及んでいるのであるし、間接正犯の故意はその実質において教唆犯の故意を包含すると評価すべきであるから、刑法三八条二項の趣旨により、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪が成立すると認められる。」

「しかしながら、被告人がAの正犯意思を認識していたか否かを確定することは取調べ済みの全証拠をもってしても不可能であるから、結局、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪の成立を認めるべきである。」

## 【研究】

### 1 はじめに

本件は、共謀共同正犯が圧倒的多数を占めている現在の実務において、下級審裁判例ではあるものの、結論において教唆犯の成立を認めたという点において貴重な裁判例であるといえよう。そこで、以下では、本件において間接正犯の成立を肯定する余地がなかったのかどうかという観点を踏まえつつ、主として「間接正犯と教唆犯の錯誤」と呼ばれる問題について考察したい。

なお、検察官は、Aが被告人の面前で中古車販売業者に処分依頼の電話をかけているのを阻止しなかった点を捉えて、不真正不作為犯の成立を主張しているようであるが、本判決はこれを排斥している。ただ、その理由としては「裁判所の指摘にもかかわらず訴因変更をしなかった」ことが指摘されているに過ぎず、本判決において立ち入った検討がなされているわけではないため、本稿ではこの問題には立ち入らない。

### 2 間接正犯の成立が否定された点について

本判決は、「Aは自ら規範の障害に直面しているというべきであるから、もはや被告人が「情を知らない」Aを道具として使用したと評価することはできない」とする。ただ、間接正犯が成立し得るのは、このように「情を知らない道具」を利用する場合に限られず、例えば背後者が行為媒介者の「意思を抑圧」していたような場合にも間接正犯の成立が認められる<sup>(1)</sup>。本判決が、「被告人がAの行為を支配していたと認めるべき根拠はな<sup>(1)</sup>」いと指摘していることは、この点を意識したものといえよう。もっとも、一口に「支配」といっても、行為媒介者が「絶対的強制下」に置

かれていることまでは必ずしも要求されないと考えられるのであって、「被利用者が利用者に抵抗しにくい心理状況に陥っていたというような事案」においても、場合によっては間接正犯が成立し得ることに注意しなければならぬ<sup>(3)</sup>。そうすると、Aが元暴力団組長である被告人のことを「ある程度恐れていた」という本件においても、そのことを被告人が利用しつつAの意思を抑圧するに足る何らかの強制を用いたなどの特段の事情が存するか、あるいは、Aの行った行為が極めて単純な機械的動作であったなどの事情が認められれば、被告人において間接正犯の成立を肯定することが可能であったように思われる。もともと、本件における被告人の処分依頼行為はAの意思を抑圧するに足る程度のものでなく、Aは自らの意思でBに電話で指示するなどして本件窃盗を実行していることから、被告人に窃盗の間接正犯は成立しないと結論づけられたのであろう<sup>(5)</sup>。

このような思考方法は理解可能ではある。ただ、間接正犯の既遂は成立しないとしても、被告人のAに対する処分依頼行為が窃盗の間接正犯としての「実行行為」にすら当たらないとしている点には、なお検討の余地があるように思われる。本事案を若干修正して、「本件ユニボの売却代金は、全て被告人が受け取った」という設例を考えてみたい。本判決の理解によれば、被告人は故意ある幫助的道具を利用した間接正犯ということになる。このような結論を導くためには、この設例における被告人の本件ユニボの処分依頼行為は間接正犯としての実行行為に当たる、ということが当然とされなければならない。このことから明らかなように、背後者に間接正犯としての実行行為性が認められるかどうかは、行為媒介者が情を知っていたか否かという「道具の性質」とは無関係に決定され得るのである。そして、本件の事案と前述の修正した設例とを比較すると、少なくとも被告人の本件ユニボの処分依頼行為そのものは全く同一である。このように考えてみると、被告人の処分依頼行為は少なくとも間接正犯の実行行為に当たると位

置づけておいたほうが、理論構成として問題の少ない考え方であったように思われる。<sup>(6)</sup> もちろん、このように間接正犯の「実行行為性」を認めたとしても、間接正犯の「未遂」が成立するかどうかは別論であるが、この点については、4で後述する。

次に、本判決は、「被告人をもつて故意ある幫助的道具を使った間接正犯に問うこともできない」としている。この結論自体には賛成であるが、その理由づけには疑問がある。というのも、本判決は「本件ユニボの売却代金の過半を手に行っている」ことを理由にAは幫助犯ではないとしているが、このような事実は、被告人の処分依頼行為後（より正確には、行為媒介者であるAの正犯行為と評価されるべき行為をも含めた犯行終了後）にはじめて明らかとなる事情であつて、行為媒介者（本件のA）の行為が正犯性要件を充足するかどうかという問題と必ずしも直接の關係性を有するとはいえないからである。もちろん、Aが「本件ユニボの売却代金の過半を手に行っている」という事実について、これを純然たる事後的な事情として位置づけるのではなく、利益配分に関する被告人との事前の申し合わせの存在を推認させる間接事実として位置づけることも十分に可能であり、むしろこれが本判決の立場であるとも解され得る。ただ、このように解する場合、被告人とAとの間には当初から利益配分に関する（ひいては、これを含めた共同実行に関する）一定の合意が形成されていたと考えることになるが、このことは、結論において共謀共同正犯の成立が否定されることと整合しないのではなからうか。たしかに、何らかの「申し合わせ」ないし「合意」が存するだけで共謀共同正犯の成立が肯定されるわけではないが、<sup>(7)</sup>結果的にはAのみならず被告人も相当の対価（本件ユニボの売却代金二五万円のうちの一〇万円）を得ているところ、これを当初からの「合意」に基づく利益分配であると捉えつつ、そのような利益の取得を正犯性を肯定するための一つの判断要素として位置づけるならば、本件では共謀共同正犯の成立が肯定

されるべきであったように思われる。それにもかかわらず、結論において共謀共同正犯の成立が否定されていることに鑑みると、「本件ユニボの売却代金の過半を手にかけている」という事実が果たして前述のような意味での間接事実として位置づけられているといえるのかは判然としないところであり、ひいてはAの正犯性が肯定されている理論的な根拠がそれほど明確であるとはいえない。なお、付言するならば、たしかに「故意ある幫助的道具」(実行行為を行う従犯)を認めたとされる裁判例はいくつか存在するものの、<sup>(8)</sup>これらは、各則の構成要件該当性判断において「実行行為」を行ったとはいいい難い事案であったために、<sup>(9)</sup>行為媒介者の正犯性が否定されたと解すべきではなからうか。これに対して、本件におけるAは、自らの意思でBに電話で指示するなどして本件窃盗を実行しており、まさしく窃盗の間接正犯としての「実行行為」を行っていると考えられることから、Aを正犯と評価せざるを得ないであろう。「被告人をもって故意ある幫助的道具を使った間接正犯に問うこともできない」とする理由づけとしては、明確にこの点を指摘すべきであり、かつ、それで足りたように思われる。<sup>(10)</sup>

### 3 間接正犯と教唆犯との重なり合いの存否について

本判決は、被告人の行為は窃盗の間接正犯には当たらないとしつつ、「刑法三八条二項の趣旨により、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪が成立する」とした。これは、おそらくは最も一般的な解決方法であろう。<sup>(11)</sup>

たしかに、三八条二項は「軽い罪の認識で、重い罪に当たるべき行為をした場合」に関する規定、すなわち「教唆犯の認識で、間接正犯を実現した場合」に関する規定であって、そこで明示されていることは「この場合の行為者に重い罪の成立を肯定することはできない」ということに過ぎないものの、この規定は、軽い罪の成立を認めることは

できるといふ「趣旨」を含むと解される。そうであるならば、これとは逆の場合、すなわち「重い罪（間接正犯）の認識で、軽い罪（教唆犯）を実現した」といふ本件のような場合においても、六四条の規定に徴して間接正犯よりも軽い罪であると考えられる教唆犯の成立が認められるということも、同規定の「趣旨」に含まれると解されるのであり、本判決も、おそらく同様の考え方に基づいていると思われる。

しかしながら、「刑法三八条二項の趣旨」を考慮するとしても、間接正犯と教唆犯とが重なり合っていると認められなければ結局のところ教唆犯の成立を肯定することはできないところ、両者が重なり合っていると解することは果たして妥当なのだろうか。というのも、現在有力と考えられる限縮的正犯概念<sup>(12)</sup>によれば、（間接正犯を含む）正犯は刑法各則に存在する各構成要件を実現する者である一方、共犯（ここでは教唆犯）は共犯独自の構成要件（ここでは六一条）を実現する者であるため、両者の性質は本来全く別個のものであると解され得るからである。あるいは、間接正犯の故意で教唆犯を実現したという本件のような場合には、そのかし行為があったとはいえないのではないか、犯意を生ぜしめる働きかけをしていないのではないか、という批判も想起され得る<sup>(13)</sup>。さらには、少なくとも要素従属性に関する極端従属性説を採る限り、教唆犯は責任能力者を利用するものであるのに対して、間接正犯は通常は責任無能力者を利用するものであるから、両者に重なり合いを認めることはできないはずであるところ<sup>(14)</sup>、この点に関する現在の判例の立場が極端従属性説でないとは断定できない以上<sup>(15)</sup>、両者の重なり合いを直ちに肯定することにはそもそも理論的な問題が残ることになろう。

次に、以上のような理論的な問題をクリアしたとしても、間接正犯と教唆犯との錯誤は抽象的事実の錯誤であるから、ここでも当然に両者の重なり合いを肯定できるわけではない<sup>(16)</sup>。この点について、おそらく一般的な見解は、「い

ずれも第三者を介して間接的に構成要件的結果を発生させる点では異ならない」ことを考慮して、両者の重なり合いを肯定するのである。本判決が「間接正犯の故意はその実質において教唆犯の故意を包含する」と述べていることも、おそらく同様の理解に基づくものであるように思われる。ただ、本判決は、被告人のAに対する処分依頼行為は間接正犯の実行行為に当たらないとしており、それゆえ間接正犯は未遂にもならないという前提に立っているのであるから、仮に間接正犯と教唆犯との重なり合いが否定された場合には、被告人は無罪となるであろう。<sup>(17)</sup> そうすると、このような本判決の立場からは、両者の重なり合いを認めることができるかどうかは一層、重要な意味を持つはずである。したがって、両者がいかなる点において実質的に重なり合うのかについて、麻薬を覚せい剤と誤認して本国に輸入した事案に関するかつての最高裁判例<sup>(18)</sup>が重なり合いの存否について比較的詳細な検討を加えていたように、本判決においてもより詳細に検討を加えることが望ましかったように思われる。

#### 4 間接正犯の（未遂の）成否について

ところで、前述のように本判決はそもそも間接正犯の実行行為性を否定しているので、これが認められた場合の処理は一切問題とされていないが、仮に間接正犯の実行行為性が肯定された場合には、どのように処理するべきであろうか。判例研究の域を超えてしまうものの、若干の検討を加えておきたい。

さて、この問題は、間接正犯の実行の着手時期に関する問題と密接に関連する。一般的には、判例の理解は被利用者基準説の立場に親和的であるといわれており、<sup>(19)</sup> この立場からすると、結論においては本判決の理解と同様に、間接正犯は未遂も含めて成立しないことになろう。もつとも、厳密に考察するならば、「判例」の立場が被利用者基準説

であるということは必ずしも自明の事柄ではないとされる<sup>(20)</sup>。そうであるとするれば、現在の「判例」の立場を前提としても、本件において、被告人の処分依頼行為の時点で間接正犯の実行行為性が認められるならば、同時に実行の着手をも認めることも可能であろう。ただ、このように解した場合において、「錯誤の問題を生じる余地がない」として間接正犯の既遂を認める見解も主張されているが、「見抜かれたのに見抜いた人物が平然と犯罪を実行したことを、因果経過の軽微な異常とみたのでは、『人は通常は殺人などの重大犯罪を犯さない』という規範信頼が崩れてしまう」との指摘<sup>(22)</sup>を顧慮するならば、やはり間接正犯は未遂にとどまると解するべきであろう<sup>(23)</sup>。

そのうえで、仮にこのように解したとしても、本判決のように間接正犯と教唆犯の重なり合いを認める場合には、間接正犯の未遂のほかに教唆犯の既遂も認められるところ、両者の罪数関係については、法条競合<sup>(24)</sup>あるいは間接正犯の未遂が教唆犯に吸収されると解する余地もあろう。ただ、前者は(単独)正犯性を具備しているかという問題であるのに対して、後者は共犯処罰根拠を満たしているかという問題であり、両者は別次元の問題であることに鑑みると、両者を当然に一罪とするのは妥当でなく、むしろ観念的競合として処理されるべきではなからうか。これに対して、本判決や一般的な見解と異なり両者の重なり合いを否定するとすれば、間接正犯の未遂のみが成立することになる<sup>(26)</sup>。

## 5 共謀共同正犯の成立可能性について

なお、本判決は、「被告人がAに正犯意思があったことを認識していれば、黙示の共謀(共同実行の意思)を認定することができる」としつつ、「被告人がAの正犯意思を認識していたか否かを確定することは取調べ済みの全証拠をもってしても不可能である」ことを理由に、共謀共同正犯の成立を否定している。この点について、「これまでの裁

判例に則って共謀共同正犯を広く認めるといふ立場を採るのであれば、端的に共謀共同正犯と間接正犯との間の錯誤と捉えた上で、軽い共謀共同正犯を認めるべきであった<sup>(27)</sup>とする見解がある。だが、この考え方には問題がある。たしかに、錯誤論が問題となる文脈では、直接的には認められないはずの故意であっても、主観と客観とが重なり合う限度で軽い犯罪に対応する故意が認められ得るので、本判決の事案における被告人に共謀共同正犯の「故意」を認めることは可能かもしれない。しかしながら、錯誤論を介して認めることができるのは「故意」に限られるのであって、共謀共同正犯のその余の成立要件は別途、充足されなければならないと解すべきところ、(共謀)共同正犯における「故意」と「意思の連絡」とは明確に区別されるべき別個の要件であり、本判決はこの「意思の連絡」を否定したものと解される<sup>(29)</sup>。したがって、結局のところ、本件において共謀共同正犯の成立を認めることはできない<sup>(30)</sup>。

## 6 本判決の意義・問題点

本判決は、講学上、「間接正犯と教唆犯との錯誤」と呼ばれている事例について、軽い教唆犯が成立することを認めた裁判例であり、今後の議論の参考になるであろう。そして、このような判断は、一般的な学説によって受け入れられている考え方と軌を一にするものであるから、少なくともその結論自体は多くの論者によって受け入れられるであろう。しかしながら、本判決は、「間接正犯と教唆犯とは、軽い教唆犯の限度で重なり合う」という、一瞥する限りでは確立した命題であるようにも思われる従来の判断枠組みにそのまま従うに終始しており、具体的にどのような理由で両者が重なり合うのかについての説示が不十分であった点は問題である。たしかに、本件は下級審裁判例であり、今後の実務に及ぼす影響はそれほど大きいものとは思われないが、たとえそうであっても、より詳細な説示が求

められるべきであろう。

- (1) 最決昭和五八年九月二一日刑集三七卷七号一〇七〇頁(巡礼事件)。
- (2) 山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、二〇〇一年)一六六頁(佐伯仁志)参照。
- (3) 平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一三年度)』(法曹会、二〇〇四年)一五四頁以下参照。
- (4) 例えば、大阪高判平成七年一月九日高刑集四八卷三号一七七頁(一〇歳の少年にバッグを盗ませた行為につき窃盗の間接正犯が成立するとされた事例)。
- (5) 前田雅英『刑事法最新判例分析』(弘文堂、二〇一四年)一二三頁は、間接正犯を認定し得ないかは微妙であるとしつつも、本判決の判断は「合理性がある」とする。
- (6) もっとも、このように解する場合、間接正犯の実行行為としての「実体」(すなわち、実行行為性が認められる根拠)は何か、ということが解明されなければならない。この問題は、行為媒介者が「当初から情を知っていた場合」と「途中で知情した場合」とを異なっており扱うべきか、ということも関係するであろう。
- (7) 石井一正「片岡博」共謀共同正犯」小林充ほか編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—(上)』(判例タイムズ社、一九九二年)三四三頁は、共謀共同正犯における「共謀とは単なる意思の連絡ではないし、他人(実行者)の犯行の認識・認容では足りず、「これに加え更に積極的な意思を必要とする」と指摘する。
- (8) 例えば、横濱地川崎支判昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七頁(覚せい剤を引き渡し代金を受け取った事例)、大津地判昭和五三年二月二六日判時九二四号一四五頁(他人に頼まれて覚せい剤を注射した事例)、福岡地判昭和五九年八月三〇日判時一一五二号一八二頁(強盗殺人に加担して覚せい剤を持って現場から逃走した事例)、東京地判昭和六三年七月二七日判時一三〇〇号一五三頁(未必的認識を抱きながらもけん銃を発送した事例)など。
- (9) 最判昭和二五年七月六日刑集四卷七号一一七八頁(闇米輸送事件)を引き合いにして、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、一九九〇年)一五九頁脚注13は、「被利用者が情を知っていても、利用者の行為に実行行為としての定型性をみとめることのできるばあいがあるが、ありえないわけではない」とする。
- (10) なお、「故意ある幫助的道具」の概念を認めること自体については、水落伸介『「背後者の正犯性について」中央大学大学院

研究年報四〇号（二〇一一年）二〇六頁以下で、ごく簡単にではあるが疑問を呈しておいた。私見によれば、仮に本件のAの手にした利益が僅かであったとしても（あるいは、仮に売却代金の全てを被告人が手にしていたとしても）、窃盗の実行行為の全てを自ら行っているAに幫助犯が成立することはあり得ないと解される。

- (11) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第五卷（第2版）』（青林書院、一九九九年）七九頁以下〔高窪貞人〕や、西田典之ほか編『注釈刑法第一卷』（有斐閣、二〇一〇年）八〇五頁〔島田聡一郎〕など参照。
- (12) 限縮的正犯概念（制限的正犯者概念）の妥当性を論証する近時の論稿として、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、二〇一五年）八頁以下がある。
- (13) 大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法（総論）』（有斐閣、一九九九年）三三三頁〔前田発言〕参照。
- (14) 川端博『現代刑法理論の現状と課題』（成文堂、二〇〇五年）三〇〇頁〔松宮孝明発言〕。
- (15) 只木誠『刑法総論を学ぶ 第五回』白門六二巻八号（二〇一〇年）三二六頁参照。
- (16) 甘利航司「本件判批」新・判例解説 Watch 一一号（二〇一三年）一五〇頁、市川啓「本件判批」立命館法学三五六号（二〇一四年）三九七頁など参照。
- (17) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、二〇〇五年）九五頁は、本件のような事案で既遂の共犯を成立させるべきではないとしつつ、間接正犯による未遂も予備も認められない場合には無罪となる、という結論を是認する。
- (18) 最決昭和五四年三月二七日刑集三三巻二号一四〇頁。
- (19) 大塚ほか編・前掲注(11)八六頁〔高窪〕参照。
- (20) 只木・前掲注(15)三七頁参照。
- (21) 団藤・前掲注(9)四二九頁。
- (22) 松宮孝明『刑法総論講義（第4版）』（成文堂、二〇〇九年）三一四頁。
- (23) 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、二〇〇七年）三四六頁は、「被利用者が気付かずに実行する可能性を理由として（間接正犯の）未遂の成立を肯定することができる」とする。
- (24) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、一九七五年）三九〇頁。
- (25) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、二〇〇八年）五〇二頁、西田ほか編・前掲注(11)八〇五頁〔島田〕。

- (26) なお、利用者の行為後に被利用者が情を知ったものの、そのまま犯行を継続した事案において、利用行為時に間接正犯の実行の着手を認め、かつ、教唆犯ではなく間接正犯の既遂とした裁判例として、東京地判昭和三十三年六月一日第一審刑集一卷六号八九六頁がある。ただし、これは、行為媒介者の知情後に同人の協力を得たのは、既に被告人の欺罔により錯誤に陥っていた被害者から金銭を受領した一点にとどまるという事案であるから、本件と同列に扱うことは控えるべきであろう。
- (27) 市川・前掲注(16)四〇五頁。
- (28) 例えば、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(信山社、二〇一四年)二五〇頁参照。
- (29) 「正犯意思の認識」という用語を用いているが、前後の文脈上、「意思の連絡」ないし「共同実行の意思」が否定されたものと解してよいであろう。
- (30) なお、門田成人「本件判批」法学セミナー六九〇号(二〇一二年)一四五頁は、傍論であるとしつつも、「黙示の共謀の成立が安易に言及されるべきではない」と批判する。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)