

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究13

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

(松山地判平成24年2月9日判タ1378号251頁(有罪・確定))

刑事判例研究会  
市川 啓\*

【事実の概要】

被告人は何らの処分権限がないにもかかわらず、平成23年8月4日ころに愛媛県某所の造成地及びその周辺にて、中古車販売業を営むAに対し、同造成地において駐車中の造園業者D所有のパワーショベル(時価約50万円。以下、本件ユンボという。当時Dはエンジンキーを付けたままにしていた。)を売却・販売するよう申し向けた。Aは、専門業者である甲にユンボの搬出・買取りを依頼した。その結果、同月12日ころ、造成地において情を知らない甲社従業員Bらは本件ユンボを同所から搬出し、BはAにユンボの代金として32万円を支払った。もっとも、この代金支払いに至るまでBは、本件ユンボの所有者がAであるのか、それともそれ以外の第三者であるのかについて確認をしておらず、代金支払い後に、Aにより仲介がなされた取引であることを聞かされた。そしてAは被告人に対して、上記32万円から運賃相当額の7万円を控除した25万円のうちの10万円を支払い、残額を自らの取り分とした。

以上の事実に基づき、検察官は、被告人を窃盗罪の間接正犯であると主

---

\* いちかわ・はじめ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

張したが、被告人側は、①被告人がAに本件ユンボの売却方を依頼したとする事実、および②Aは被告人が権利者から処分権限を与えられていなかったことを知らなかったとする事実を争った。

## 【裁判所の判断】

### 1. 処分依頼の存否について

Aは、被告人から昔一緒に仕事をした「社長」のユンボを売却処分してくれと言われ、別日に被告人とともに本件造成地に向かい、本件ユンボの価値を査定するため、製造番号等を記録したことを供述した。これについて裁判所は、処分依頼もなくAが売却代金32万円のうち10万円を被告人に支払うとは考え難く、しかも被告人が10万円を受け取って領収証まで作っていること、さらに製造番号の記録行為は明らかにその後の取引の準備行為であることは、Aの供述の信用性を高めるものであると判断した。そこから、裁判所はAの供述につき、処分依頼の存否という客観的事実に関しては信用できるものと評価し、被告人による処分依頼の事実を認めた。

### 2. Aの非知情性について

Aは被告人に対し、32万円から運賃相当額とAが考えた7万円を控除した25万円のうち、取り分として10万円を支払っている事実について裁判所は、Aが被告人に処分権限なきことを知らなかったとすれば、元暴力団組長が仲介する取引において売却代金の6割もの高額な仲介手数料を抜いたことになり、そのような行動は明らかに不合理であると指摘した。さらに、Aが「社長」の人定確認をしていないことや、被告人と10年ほど前から知合いであったAは以前からの被告人とDとのトラブルを相当程度知っていたであろうということも指摘した。そこから裁判所は、Aが上記処分依頼当時、被告人が本件ユン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旨供述する点は信用できないと判断した。

### 3. 罪責の検討

#### (1) Aの道具性について

Aが間接正犯者(被告人)の道具と評価しうるのかという点につき、裁判所は以下のように判断した。「Aは自ら規範の障害に直面しているといふべきであるから、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わかれるが、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は本件ユンボの売却代金の過半を手にかけ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問うこともできない。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ふ検察官の主張は、採用できない。」

#### (2) 窃盗の不真正不作為犯の成否について

検察官は、弁論再開後の補充論告において、Aが被告人の面前で甲社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、窃盗(間接正犯)の実行行為に当たると主張した。これについて裁判所は、以下のように述べて検察官の主張を退けた。「これは、いわゆる不真正不作為犯の成立を主張するものと解される。しかし、不真正不作為犯の場合は、作為義務の発生原因たる事実や結果防止可能性の存在が問題となり、被告人に防御を尽くさせるべく、これらを訴因に明示する必要があるといふべきところ、検察官は、公判廷における当裁判所の指摘にもかかわらず訴因変更をしなかったから、検察官の上記主張の当否を論ずるまでもなく、不真正不作為犯の成立を認めることはできない。」

### (3) 共謀共同正犯の成否、および間接正犯と教唆犯との間の錯誤

裁判所は、被告人には処分権限がないことを知りながら、甲社に本件ユニボを売却し、情を知らない同社従業員らにその搬出を依頼したAは窃盗(間接正犯)であるとした上で、被告人については、以下の通り、Aの正犯意思を認識していたかどうかで場合分けをして規範定立を行った。「この点、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38条2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。」

そして、このような規範定立をもとに、裁判所は以下のようにあてはめを行った。「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。そして、判示窃盗教唆の事実は、間接正犯形態の訴因に明示された事実の一部が認定できない場合であるから、その実質において、間接正犯の訴因の縮小認定形態と解され、これを認定するためには訴因変更を要しないといふべきである。」

## 【研究】

本件は、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ことを理由に、窃盗教唆が認定された事案である。判決からしばらく時間がたっており、すでに幾つかの先行する評釈<sup>1)</sup>も存在する。しかし、

---

1) 前田雅英「間接正犯と共同正犯と教唆犯」警察学論集65巻7号(2012年)165頁以下、門田成人「被利用者の知情と間接正犯の成否」法学セミナー690号(2012年)145頁、

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(市川)

本判決をここで改めて検討することで、間接正犯の成否に関する従来の裁判例やその判断枠組みを振り返る契機になりうるばかりか、いわゆる間接正犯と教唆犯との間の錯誤という問題<sup>2)</sup>を改めて考え直す契機にもなりうるであろうと期待される。つまり、これまで間接正犯と教唆犯との間の錯誤とされてきた事例は、間接正犯と(共謀)共同正犯との間の錯誤と捉える余地があるのではないだろうか。

以下では、本判決における罪責の検討に沿って、まず間接正犯の場合の直接行為者の道具性について検討をする。そして次に、共謀共同正犯の成否や、間接正犯と教唆犯との間の錯誤の事例に関する学説上の処理について論じていく。最後に、以上を踏まえて本判決に対する評価を含めた総括をすることとする。

## 1. 直接行為者の道具性について

### (1) 情を知らない者を利用した間接正犯の成否

本件の公訴事実では、被告人は、本件ユンボの処分権限が自身にはないことを知らないAを利用した(窃盗の)間接正犯であるとされていた。これは、いわゆる情を知らない者を利用した間接正犯と呼ばれる類型である。講壇事例として、甲が屏風の後ろにいる乙を殺す目的で、それを知らない丙に屏風を打つことを命じた場合が挙げられよう<sup>3)</sup>。過去の裁判例としては、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁(被告人が、被害者に対する債権を回収するため、その被害者所有のドラグラインを他人に売却し、同人をしてドラグラインを解体撤去させた事案)や、東京高判昭和28

---

▼ 甘利航司「間接正犯の訴因に対して教唆犯の成立が認められた事例」新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊) 12号(2013年) 147頁以下参照。

2) この間接正犯と教唆犯との間の錯誤という問題が、ドイツ刑法学における共犯論、とりわけ共犯の従属性の問題が展開していく中で一つの重要なファクターであったことは意識されるべきである。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年) 223頁以下、佐川友佳子・金子博『犯罪体系と共犯体系』立命館法学355号(2011年) 412頁以下参照。

3) 団藤博士による説例である。団藤重光『刑法綱要総論【第三版】』(創文社・1990年) 159頁参照。

年 8 月 3 日判特39号71頁（起案権限のない公務員（被告人）が、作成権限を有するも、情を知らない上司に職印を押捺させてその作成権限にかかる公文書を作成させた事案）が挙げられよう。

これらの事案では、直接行為者には反対動機となるべき事実の認識がないが故に、間接正犯の道具と評価されているのである。これに対し、本件において裁判所は、被告人から依頼を受けた際、Aは被告人にはユンボの処分権限がないという事実を知っていたと認定したため、上記裁判例と比較しても、情を知らない者を利用した間接正犯の成立が否定されてしかるべき事案であったと言えよう。

## (2) 強要による間接正犯の成否

他方、裁判所は、強要による間接正犯が認定できるかどうかということも検討している。もっとも、これについても、「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」として、その成立を否定した。では、一体どのような場合に強要による間接正犯が成立するのであろうか。

注目に値する裁判例として、最決昭和58年9月21日刑集37卷7号1070頁（被告人が、当時12歳の養女を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃から暴行を加え、自己の意のままに従わせていた同女に窃盗を命じて行わせたという事案）と、最決平成16年1月20日刑集58卷1号1頁（偽装結婚させた被害者を自動車の転落事故を装って自殺させ、保険金を取得する目的で、極度に畏怖して服従していた被害者に対し、暴行、脅迫を交えつつ、岸壁上から車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求・命令して実行させたが、被害者は水没前に車内から脱出して死亡を免れた事案）が挙げられよう<sup>4)</sup>。

---

4) 以下の裁判例のほか、強要による間接正犯が認められた事案として大判明治32年3月14日刑録5卷3号64頁（是非弁別能力のない者を強制し、放火させた事案）や福岡高宮崎

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(市川)

このうち最決昭和58年の事案では、養女が被告人の言動に畏怖し、意思を抑圧されていたこと、また最決平成16年の事案では被害者を車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせたことが指摘されている点に鑑みれば、背後者が直接行為者に相当程度執拗に威迫する等によって、直接行為者がその行為選択について自律的な決定を為し得ないような窮極的な状況が作出されたことが、強要による間接正犯の成立にとって必要とされていると言い得る<sup>5)</sup>。逆に、そのような状況が作出されていないのであれば、背後者に間接正犯の成立は認められず、せいぜいのところ自殺教唆の成立にとどまることになる<sup>6)</sup>。つまり、強要による間接正犯における道具性とは、当該事象に対する自律的決定の欠如と定式化することができるであろう。

このような従来裁判例の枠組みによれば、本件においてAは暴力団組員である被告人のことをある程度恐れていたとされるが、それはAに対して行為選択についての自律的な決定を奪うほどのものであったとは言えず、強要による間接正犯は成立しないであろう。その限りで本判決の判断は、従来裁判例における判断枠組みに沿ったものと言えるであろう。

### (3) 故意ある幫助的道具の利用？

また、本件裁判所は「本件ウンボの売却代金の過半を手にかけているので

---

ㄨ 支判平成元年3月24日高刑集42巻2号103頁(66歳の独り暮らしの女性から欺罔的手段で短期間に多額の金員を借受けたが、その返済のめどが立たなかったことから、同女に対して欺罔・威迫をし、更に諸所を連れ回す等の行為により追い詰めることで自殺する以外途はないと誤信させて自殺させた事案)、大阪高判平成7年11月9日判時1569号145頁(自己の言動に畏怖し意思を抑圧されている10歳の少年を利用して窃盗をさせた事案)、否定された事案として、広島高判昭和29年6月30日高刑集7巻6号944頁(被告人が妻の不倫を邪推して、常軌を逸した虐待・暴行などを——自殺を予見しながらも——執拗に繰り返して自殺させたという事案)を参照されたい。

5) 松宮孝明『刑法各論講義〔第三版〕』(成文堂・2012年)28頁、豊田兼彦「自殺行為の強制と殺人罪の成否」法学セミナー593号(2004年)115頁参照。

6) 大塚仁『総合判例研究叢書／(5)刑法 総論／刑法(21)』(有斐閣・1963年)10頁、17頁参照。

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問うこともできない」と述べ、故意ある幫助的道具を利用した間接正犯の成否についても論じている。その中で売却代金の過半を手にしたという事実は、Aの幫助性ではなく、むしろ正犯性を推認させるものであることが指摘されている<sup>7)</sup>。この点、甘利准教授の評釈<sup>8)</sup>によれば、これまで故意ある幫助的道具が問題となった事案では直接行為者は消極的な関与にすぎないが、本件はAの関わり方が積極的であった点でそれらの事案と異なると分析されている。しかし、それらの裁判例はそもそも故意ある幫助的道具と評価されるべきものなのであろうか。

故意ある幫助的道具の事案としてしばしば持ち出されるのは、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁（会社の代表取締役が会社の使用人に命じ自己の手足として米を運搬輸送させた事案）や横浜地判昭和51年11月25日判時842号127頁（法定の除外事由がないのに、AがBに対し覚せい剤を譲渡するに際し、被告人が、取引の数量、金額、日時、場所をAに連絡し、Aから覚せい剤を受け取り、これをBに手渡した事案）である<sup>9)10)</sup>。しかし、前者の事案において最高裁は、代表取締役である被告人（背後者）は、運搬した者を自己の手足として利用した「実行正犯」とであると述べているにすぎず、間接正犯であると述べていないのであるから、この事案を故意ある幫助的道具の事案であると評価することには疑問を感じざるを得ない。また、事情を知らない者が間接正犯の道具であるとするならば、事情を知らない道具であるのか、それとも事情を知って加担している

7) 門田・前掲注(1)145頁参照。

8) 甘利・前掲注(1)149頁参照。

9) これらの裁判例については、西原春夫『間接正犯の理論』（成文堂・1962年）198頁、大塚・前掲注(6)44頁、教科書では曾根威彦『刑法総論 [第四版]』（弘文堂・2008年）238頁、大谷實『刑法講義総論 [新版第四版]』（成文堂・2012年）148頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂・2009年）83頁注(8)などを参照されたい。

10) その他、故意ある幫助的道具に関連する裁判例として、大津地判昭和53年12月26日判時924号145頁、大阪高判平成15年12月22日判タ1160号94頁を挙げるができる。

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(市川)

幫助であるのかということは二者択一の関係のはずであり、故意ある幫助的道具という表現は形容矛盾にほかならない<sup>11)</sup>。

それゆえ、これらの点に鑑みれば、むしろ最判昭和25年の事案では取引の主体たる被告人こそが直接正犯であると判断されたものと端的に解するべきである<sup>12)</sup>。また、先例である最判昭和25年を故意ある幫助的道具の事案であるとした横浜地判昭和51年の事案に対しても同じことが言える。つまり、この種の取引行為が問題となる事案では、当該取引契約の当事者は誰かという視点が重要なのであり、その取引の主体こそが——たとえ背後者であったとしても——「直接正犯」と評価されるべきなのである<sup>13)</sup>。

#### (4) 不作為による間接正犯？

本件において検察は弁論再開後の補充論告にて、売却依頼の電話をするAを止めなかった不作為による窃盗(間接正犯)を主張した。これに対して、裁判所は訴因明示の必要性から検察官に対して訴因変更を促したものの、それに応じなかった。その経緯もあり、結局のところ、裁判所は不作為による間接正犯の主張を退けたのであった。

不作為による間接正犯につき、例えば大塚博士は、その成否につき学説上争いがあると言いつつ、「背後の利用者の不作為が、間接正犯の誘致行為と目しうるかぎり、間接正犯をみとめてよいであろう」と主張する<sup>14)</sup>。

---

11) Vgl. Ernst Beling, Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlung, ZStW 28, 1909, S. 593. 筆者は、この「故意ある道具」、とりわけ目的なき故意ある道具 (absichtsloses doloses Werkzeug) および身分なき故意ある道具 (qualifikationloses doloses Werkzeug) を素材に論文を執筆する予定である。

12) 松宮・前掲注(2)264頁、前田雅英『刑法総論講義 [第五版]』(東京大学出版会・2011年)125頁、同・前掲注(1)173頁参照。さらに、団藤・前掲注(3)159頁も同趣旨か。

13) もっとも、これに対しては、法律行為たる取引契約における効果帰属の考え方を事実行為である犯罪における正犯性の判断にそのまま持ち込むことが妥当なのかという批判も考えられる。しかし、ここでは「取引の主体」という視点・発想が当該構成要件の解釈にとって重要であると述べているにすぎず、当を得ないであろう。

14) 大塚・前掲注(6)12頁。

この見解に従えば、本件においても——上記訴因変更の問題は別として——甲社に電話をかけているAを阻止すべき作為義務の違反を間接正犯の誘致行為と評価しうる限りで、被告人には不作為の間接正犯の成立が認められることになるであろう。しかし、その場合、本来非難されるべきは、架電を阻止する以前に、被告人がAに対して甲社への売却を依頼した行為であるにもかかわらず、それが先行行為と評価されてしまうという問題が残ってしまう。それゆえ、あまり説得力ある解決策とは言えないであろう。

## 2. 共謀共同正犯の不成立について

裁判所は、結論に至る過程で、被告人が、窃盗の(間接)正犯であるAの正犯意思を認識していたかどうかで場合分けして論じ、被告人がAの正犯意思を認識していれば、黙示の共謀による窃盗の共謀共同正犯となるが、逆にAの正犯意思を認識していなければ、間接正犯と教唆犯との間の錯誤となり、38条2項の趣旨によって軽い窃盗教唆が成立するという規範を立てている。

しかしながら、ここにはいくつかの疑問が存在する。まず、ここにいう「正犯意思」およびそれを「認識している」とは何を意味するのであろうか。その点につき、判文では何ら定義が示されていない。もっとも、これについては前後の文脈から察するに、おそらく、Aが事情を知って行為する者であることを認識していることを意味するものと考えられる。

しかし、より問題なのは、そのような正犯意思の認識によって、黙示の共謀による共謀共同正犯を認めることができるという論理である。事実認定の見地からは、「もとより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・認容では足りない」とされている<sup>15)</sup>点に鑑みれば、そもそも黙示の共謀として知られる最決平成15年(最決平成15年5月

---

15) 小林=香城編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——(上)』(判例タイムズ社・1992年)343頁。

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(市川)

1日刑集57巻5号507頁)等も、一方が他方の正犯意思を認識しているかどうかだけが共謀の有無のメルクマールとされたわけではないであろう。しかも、典型的な教唆犯の事例(61条)であろうとも——判文のことはを借りれば——背後者は直接行為者の正犯意思を認識しているのであるから、正犯意思の認識の有無を共謀共同正犯と——間接正犯と教唆犯の間の錯誤を媒介しているにせよ——教唆犯の区別の基準とするのは、理論的な説得力を欠くものであろう。

さらに、その後の段落での裁判所の説明にも問題がある。おそらく裁判所は、被告人がAの正犯意思を認識していたのかもしれないし、認識していなかったかもしれない以上、「疑わしきは被告人の利益に」という観点の下、犯情の軽い窃盗教唆が成立すると判断したのであろう。しかしながら、そもそも故意なき者を利用する間接正犯の故意と、直接行為者の故意を惹き起こす教唆犯の故意が重なり合う関係にあるという前提は証明すべき命題ではなからうか。つまり、事情を明かさないで直接行為者に犯罪をさせる間接正犯の故意と、事情を明かして直接行為者に犯罪をさせる教唆犯の故意が何故に重なるのかという理由が何ら述べられていないのである。ゆえに、証明すべき命題(間接正犯の故意と教唆犯のそれが重なり合う関係にある)を既に前提にしてしまっている、いわゆる論点先取(Petitio Principii)なのである。詳しくは後述するが、これは裁判所の責任というよりも、むしろ裁判所が参考にしたであろう学説により大きな責任がある。

### 3. いわゆる間接正犯と教唆犯との間の錯誤について

いわゆる「間接正犯と教唆犯との間の錯誤」の事例としては、例えば、医者が事情を知らないと思われる看護師に対し、毒薬入りの注射であることを秘してそれを患者に刺すよう命じたところ、実は毒薬入りの注射であることを知っていた(若しくは途中で気づいた)場合が持ち出される。また、責任無能力者を犯罪に誘致しようと思ったが、実は責任能力者であっ

た場合もしばしば取り上げられるところである<sup>16)</sup>。

後者の事例については、既に裁判例<sup>17)</sup>も存在している。しかし、前者のような事例は司法試験(旧司法試験平成10年度, 新司法試験平成21年度, 平成25年度)において出題されることはあっても、裁判例としては本件が初めてであろうし、その限りで本件は先例的な価値を有する。

しかしながら、教唆犯の成立を認めたという結論は別として、その理由づけは不十分であり、それは本件の裁判所が参考にしたところの学説に大きな責任があることは先に指摘した通りである。そのため以下では、従来の学説がこの問題に対してどのような解決策を提示してきたのかということ概観し、検討していく。

#### (1) 間接正犯の成立を認める見解

まず、ここで取り上げるのは、この種の事例において間接正犯の成立を認める団藤博士の見解である。団藤博士は、背後者が直接行為者に働きかけた段階で間接正犯としての実行の着手を認める利用者標準説<sup>18)</sup>に立った上で、この場合には直接行為者の看破にもかかわらず、背後者の行為は——直接行為者と競合的に——殺人の実行行為にあたり、その際に背後者の誘致行為によって直接行為者が殺意を生じさせた時点で教唆犯も成立しているが、これは正犯に吸収されると主張される<sup>19)</sup>。

これに対して、大塚博士は、この団藤教授の見解においては直接行為者が見破ったとしても、それは因果経過の進行に関する軽微な錯誤にすぎ

---

16) もちろん、これらと逆の場合、つまり教唆犯の意思であるのに、客観的には間接正犯の事実になった場合もあるが、本稿では取り扱うことはできない。

17) 仙台高判昭和27年2月29日判特22号106頁。刑事責任年齢に達していない者を刑事責任能力者と信じて窃盗を唆した事案につき、裁判所は「窃盗の間接正犯の概念をもって律すべきであるが刑法第38条第2項により被告人は結局犯情の軽いと認める窃盗教唆罪の刑をもって処断されるべきが相当」であるとした。

18) 団藤・前掲注(3)355頁。

19) 団藤・前掲注(3)429頁, 160頁注(18)も参照。

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(市川)

ず、とくに考慮する余地はないと解されているのであろうが、「間接正犯における因果的経過の本質は、利用者の誘致行為のままに、被利用者があくまで道具として結果の実現に尽力するところにある」のだから、被利用者が背後者の意図を看破したような場合は「もはや間接正犯における因果的経過としては、ふさわしくないものといわなければなるまい」と批判される<sup>20)</sup>。また、「たしかに、実行の着手はあり、かつその実行行為と結果との間に条件関係はある。しかし、被利用者は、道具として行動しているのではないから、正犯行為が既遂に達したとすることはできない」と平野博士が批判されている通り<sup>21)</sup>、直接行為者には規範的障害が現に存在していたがゆえに「道具」とは評価しえないのである。

## (2) 教唆犯の成立を認める見解(通説的見解)

このような間接正犯の成立を認める見解とは反対に、教唆犯の成立を認める見解が通説的見解である。もっとも、この見解は間接正犯の実行の着手の捉え方の違いにより、以下の二通りに分かれる。

### 2-1) 間接正犯の未遂+教唆犯

本説として例えば、平野博士や堀内教授は、教唆犯の既遂のほか、場合によっては間接正犯の未遂も認められるが、法条競合によって前者だけが成立するとされる<sup>22)</sup>。また、井田教授<sup>23)</sup>は、間接正犯の未遂も同時に成立しうるが、既遂の教唆犯の方が重いため、前者が後者に吸収されると述べられている。

しかし、この見解に対して、後述の教唆犯の成立のみを認める見解から

---

20) 大塚・前掲注(6)113頁以下。同『刑法概説[第四版]』(有斐閣・2008年)344頁も参照。

21) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1975年)390頁、川端博「間接正犯の錯誤と刑法38条」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院・2002年)254頁以下も参照されたい。

22) 平野・前掲注(21)390頁、堀内捷三『刑法総論[第二版]』(有斐閣・2004年)298頁参照。

23) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・2008年)502頁参照。

批判がなされている。すなわち、大塚博士は「この場合の仲介者は、みずからの正犯意思で正犯行為を行っているのだから、これに対する背後者の誘致行為は、はじめから間接正犯の実行行為としての定型性を欠く」ため、間接正犯の未遂を認めることはできないと批判される<sup>24)</sup>。さらに、西田博士も「間接正犯の実行の着手時期について被利用者説を原則とすれば、設例の場合も、間接正犯の未遂成立前に被利用者は情を知るに至った(すなわち、被教唆者に変化した)のであるから、間接正犯の未遂を認める余地は」ないと批判され<sup>25)</sup>、以下の通り、教唆犯のみの成立を認められる。

## 2-2) 教唆犯の成立のみを認める見解

上述の見解に対し、単に教唆犯のみ成立するという主張の方が現在のところ多数を占めている。代表的なものとして大塚博士の見解を挙げよう。すなわち、博士は「この場合の背後者の意思は仲介者を自己の道具として一定の犯行に誘致しようとするものであって、仲介者をそそのかして仲介者じしんの犯罪を実行させようとする教唆犯的意思と基本的に共通した面を有する」が、実質的な非難可能性の程度に即して考えれば、間接正犯の場合、背後者は他人を利用して実行行為を行おうとしているため、他人に実行行為をさせようとする教唆犯的意思よりも重く非難に値すると説かれる。その上で、ここで問題となっている事例は「刑法三八条二項の規定するところの逆のばあいであるが、ここでも三八条二項の趣旨を考慮して、行為者をその軽い犯罪の限度で処断することが適当である」と主張されるのである<sup>26)</sup>。その他の見解もこの大塚博士の見解とおおかた同旨である

---

24) 大塚仁「間接正犯と教唆犯との錯誤」『斎藤金作博士還暦祝賀論文集』(有斐閣・1964年) 113頁。

25) 西田典之『刑法総論 [第二版]』(弘文堂・2010年) 333頁。

26) 大塚仁・前掲注(24)114頁以下。同・前掲注(6)110頁, 114頁, 同・前掲注(20)342頁以下も併せて参照されたい。

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(市川)と思われる<sup>27)28)</sup>。

しかし、大塚博士の見解については、一方で団藤説の批判において本問は間接正犯の因果関係として相当ではないとされながら、他方で——相当因果関係の存在を前提に——間接正犯と教唆犯との間の錯誤を認められるというのは矛盾ではないかとの疑問を提起しうる<sup>29)</sup>。

以上、問題とする事例において教唆犯の成立を認める二つの見解を取り上げた。その相違は、間接正犯の実行の着手について利用者標準説に立つのか、それとも非利用者標準説に立つのかという点にあるとされる<sup>30)</sup>が、結論的にはいずれの見解も間接正犯の故意と教唆犯のそれとの重なり合いを認めた上で、教唆犯の成立を認めている。本判決もこの通説の見解に従ったものと思われる<sup>31)</sup>。

しかしながら、この見解には問題がある。というのも、ここで取り上げているケースとは逆に、背後者が教唆犯の意思で客観的には間接正犯の事実を実現した場合にも教唆犯の成立を認める通説の見解に対して松宮教授が指摘されている通り、間接正犯の故意と教唆犯のそれとが重なり合う関

---

27) 西原春夫『刑法総論』(成文堂・1977年)318頁、同『刑法総論 下巻 [改定準備版]』(成文堂・1993年)416頁以下、西田・前掲注(25)333頁、曾根・前掲注(9)242頁、内藤謙『刑法講義総論(下)II』(有斐閣・2002年)1454頁以下、林幹人『刑法総論 [第二版]』(東京大学出版会・2008年)445頁、山中敬一『刑法総論 [第二版]』(成文堂・2008年)818頁以下、前田・前掲注(12)540頁、大谷・前掲注(9)466頁などを参照されたい。なお、川端教授は、「38条2項の趣旨」ではなく、38条2項の類推により、軽い教唆犯の限度で犯罪の成立を認めておられる(川端・前掲注(21)260頁)。

28) もっとも、本説の中には、場合によっては間接正犯の未遂が成立する余地を認める見解も存在する。山口厚『刑法総論 [第二版]』(有斐閣・2007年)345頁以下、佐久間・前掲注(9)401頁参照。

29) 山中・前掲注(27)818頁以下参照。

30) 松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察——いわゆる「間接正犯と教唆犯の錯誤」を切り口として」Law & Practice 第4号(2010年)108頁参照。

31) 判例タイムズ1378号(2012年)252頁(本判決の匿名コメント)、甘利・前掲注(1)150頁。

係にあるという、この見解の前提にそもそも問題があるからである<sup>32)</sup>。すなわち、唆すことで正犯者に故意を生じさせるのが教唆犯であると解するのであれば、共犯は故意正犯に対してのみ成立することになり、正犯の故意は共犯の従属対象となる。それゆえ、唆すことで正犯者に故意を生じさせる教唆犯の故意と、正犯者に事情を明かさない（故意を生じさせない）間接正犯の故意は、排他的・択一的な関係に立つことになる。それにもかかわらず、間接正犯の故意と教唆犯のそれとは重なり合う関係に立つとするのであれば、それは両者が重なり合うという結論を既に前提としてしまっていると言わざるを得ず、その意味で論点先取 (Petitio Principii) の誤りを犯すものなのである。そして、依然として正犯の故意を共犯の従属対象としつつ、間接正犯と教唆犯とが重なり合う関係にあることを前提とする限り、この指摘は本稿が問題とするケースにおいて教唆犯の成立を認める見解に対しても妥当するであろう<sup>33)</sup>。

### (3) 共謀共同正犯説

このような教唆犯説とは異なる見解も提示されている。近時、松澤教授は、日本の判例上、教唆犯が特定の犯罪以外では認められず、多くの事例が共謀共同正犯で処理されている現状や、前掲最決昭和58年と最決平成13年<sup>34)</sup>との比較により、完全に支配されている者を利用した場合には間接正犯、そうでない者を利用した場合には共謀共同正犯の成立が認められているという分析に基づき、本稿が問題とする事例においては教唆犯と間接正犯との間の錯誤ではなく、むしろ共謀共同正犯と間接正犯との間の錯誤を問題とすべきであると主張されている。その際、共謀共同正犯の故意と間接正犯のそれは「媒介者を使って犯罪結果をもたらす」という本質的な部分において重なり合いが認められ、しかも直接に結果に向かっている点

---

32) 松宮・前掲注(2)224頁以下。

33) 門田・前掲注(1)145頁参照。

34) 最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁。

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(市川)

で間接正犯の故意の方が共謀共同正犯のそれよりも非難が重いため、本件のようなケースでは軽い共謀共同正犯が成立するとされる<sup>35)</sup>。

もっとも、松澤教授は、仮に両者が他人を通じて犯罪を実現するという部分で重なるとしても、共謀共同正犯においては間接正犯にはない「共謀」が要件となっているため、この点をクリアにしなければ両者の故意の符合は認められないであろうとの問題提起をされる<sup>36)</sup>。

その上で松澤教授は、共謀とは意思連絡+正犯意思であるとした上で、前者のとして① 誘致者が意思を発信し、② それを被誘致者側が受信、③ さらに被誘致者がそれに応答するという意思連絡のプロセスのうち、最決平成15年<sup>37)</sup>や最決平成19年<sup>38)</sup>に鑑みて③の段階は不要であると解されることで、この問題に答えようとされる<sup>39)</sup>。

確かに松澤説は、共謀共同正犯を広く認める判例の立場に則って、従来から「間接正犯と教唆犯との間の錯誤」とされてきた事例が「間接正犯と共謀共同正犯との間の錯誤」と理解されうるということを理論的に説明しようと試みられたものであり、傾聴に値する試論である。しかしながら、本当に最決平成15年や19年の事案において松澤教授の主張されるような「意思連絡」を認めることができるのであろうか。もはやこれらの事案では、現実の意思連絡は共同正犯性にとって重要な要素とされていないのではないだろうか。むしろ、監督過失における委託関係や、過失の共同正犯における「共同の注意義務の共同の違反」という正犯性の根拠づけを参照し、これらの事案では共同正犯の根拠づけにとって管轄の共同性が決定的であったと捉える余地もありうるであろう<sup>40)</sup>。そのように捉える限りで、間接正犯の故意と共謀共同正犯のそれとの重なり合いを認めることがで

---

35) 松澤・前掲注(30)96頁、110頁以下。

36) 松澤・前掲注(30)111頁。

37) 前掲最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁。

38) 最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁。

39) 松澤・前掲注(30)113頁。

40) 松宮孝明「共謀共同正犯」法学教室387号(2012年)23頁以下参照。

き、軽い共同正犯が成立するであろう。

さらに、より問題とすべきは、松澤教授が本説を主張するにあたり、教唆犯とは「造意犯」であり、我が国では古くから正犯の一つとして考えられ、また、旧刑法典においても正犯の一つとして規定されていたのであるから、運用の中で共謀共同正犯へと解消されていったのは自然な流れだったと主張されている点である<sup>41)</sup>。もし仮にそのように本来教唆犯は正犯として扱われるべきであるという考えが古くから脈々と伝わってきたというのであれば、現行刑法典では61条に教唆犯が規定されたことはどのように説明されるのであろうか。この点を明らかにするためには、現行刑法典が最も影響を受けたドイツ刑法学において発起者という概念が正犯と教唆犯に分化していった歴史<sup>42)</sup>を改めて探求する必要があるだろう。これは今後の研究課題としたい。

#### (4) 因果経過の異常と捉える見解

さて、上記のように関与類型間の錯誤と捉える見解が多数を占めているが、それらと異なる視点を提供する見解も存在する。例えば、松宮教授は、背後者の魂胆が直接行為者に見抜かれた事例を念頭に、「見抜いたのにやめなかったという因果経過は異常であって因果関係の相当性が否定されるとみる余地があろう。通常は、見抜かれれば失敗するからこそ、事情を秘して他人を利用するのである。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」<sup>43)</sup>と主張される。

この見解の射程は上記事例に限られるものの、その内容は当を得たもの

---

41) 松澤・前掲注(30)102頁以下。

42) この発起者に関する先行研究として、大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣・1958年)1頁以下を挙げることができるが、フォイエルバッハ以前の見解が十分に紹介されていないこと等に照らし、十分に検討されているとは言えないであろう。

43) 松宮孝明『刑法総論講義【第四版】』(成文堂・2009年)313頁以下。

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(市川)

であろう。この点、大塚博士が述べておられる通り<sup>44)</sup>、間接正犯の因果的な本質は、背後者の誘致行為のまま直接行為者が道具として行為する点にあるのであるから、背後者の意図が看破された事例は間接正犯の因果経過として不相当と言わなければならない。

では、本件においてはどうかであろうか。もちろん、弁護人側としては防御の一環として本説に基づき、間接正犯の未遂を主張することもできたであろう。もっとも、本件の事実関係とは異なるが、もし仮に被告人の売却依頼につきAがその魂胆を看破するであろうという被告人とAとの関係性が客観的に認定されるのであれば、その因果経過は異常なものとは言えないであろう。ゆえに、そのような場合には共同正犯もしくは単に教唆犯の成立にとどまることになると思われる。

#### 4. おわりに

以上、本判決に関する各論点の検討を簡単に行った。本判決は、いわゆる間接正犯と教唆犯との間の錯誤に関する裁判例として価値が認められるであろう。しかしながら、本件のように背後者が、情を知らないであろうと思って直接行為者を実行へと誘致したところ、実は情を知る者であった場合には「間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題だ」という固定観念に囚われるあまり、本稿で指摘したような規範定立における論理の飛躍や説明不足に至ってしまったのであろう。何より問題にすべきは、この種の事例を間接正犯と教唆犯との間の錯誤としか捉えることが出来なくなってしまうという思考停止に陥っているという点である。つまり、情を知らない者を介した場合に何故教唆犯が成立するのかということが、論理的に証明されていないのである。また、本件において裁判所は、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う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と思われる。

---

44) 大塚仁・前掲注(20)344頁参照。

付言すれば、この問題はその解決にのみ収斂されてしまってはならない。この問題は、間接正犯の実行の着手の問題や、正犯故意を共犯の従属対象とすることの問題、さらには共同正犯や教唆犯の概念の捉え方などにも波及していくものである。しかし、残念ながら本稿ではその主目的が本判決の評釈であることや紙幅の都合もあり、十分に検討しきれなかった。比較法的な視野も交えた上で、この問題を再度検討することにしたい。