

# 松山・徳島大学刑法研究会

—— 学部学生による判例研究会の試み ——

明 照 博 章  
山 本 雅 昭

- 一 はじめに—交流会の趣旨—
- 二 徳島大学における実践（山本）
- 三 松山大学における実践（明照）
- 四 交流会当日の概要
- 五 おわりに—成果と課題—

## 一 はじめに—交流会の趣旨—

わが国は、「法化社会」すなわち「最大限規制緩和をなし、必要最小限の規制以外は自由として、トラブルが起これば憲法と法律により解決する社会」に移行しつつあるが、ここでは、「法律の範囲内であれば、自由に競争してかまわない」ため、その社会において問題が生じた場合、最終的には裁判によって解決を図ることになるので、そこで生活する者にとっては、従来よりも「法的知識およびその運用能力」、より具体的には「判例を正確に読み、それを前提として事案を解決する能力」を有していることが極めて重要となる。ところが、判例を自由に運用できる能力の涵養は、判例に用いられている用語が難しいだけに、学習意欲を維持し、学習効率を向上させることは、学部における通常の演習だけでは限界があった。学習意欲の減退および学習効率の低下を防止するためには、一定の緊張感をもって判例を読み込む必要があるが、この目的を達成する一つの方策として、判例研究を行った成果を、日頃接していない学部学生の前で報告すること、すなわち、他大学と合同で判例研究の報告会を行うこ

とが考えられる。しかし、大学院生等と比べて学部学生が他大学の学生等の部外者と研究成果について相互に評価を行う機会は多くないので、判例研究を行う上で適切な交流相手を探していたところ、問題意識を共有する徳島大学の山本雅昭助教授の刑法ゼミと交流することが可能となり、昨年度から判例を素材にした報告会を実施するに至っている<sup>1)</sup>。そこで、今年度は、昨年度の成果と課題を踏まえつつ<sup>2)</sup>、共同研究を実施することとした<sup>3)</sup>。

### 注

1) 今年度検討する判例は、川端博編著『刑法判例演習』（北樹出版、2004年）に掲載されているものを中心に行ったが、2005年度検討した以外の判例では、報告を担当できない学生が生じてしまうため、最決平16・1・20刑集58巻1号1頁を追加して検討することとした。報告された具体的な判例とそれを担当した大学は下記のとおりである。

松山大学側は、**最決昭61・6・9刑集40巻4号269頁**（「構成要件的事実の錯誤」；①事件）、**最決昭40・3・9刑集19巻2号69頁**（「実行の着手」；②事件）、**最決平元・3・14刑集43巻3号262頁**（「過失と予見可能性」；③事件）、**最判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁**（「共謀共同正犯」；④事件）を担当し、徳島大学側は、**最判平元・7・7刑集43巻7号607頁**（「窃盗罪の保護法益」；⑤事件）、**最判昭30・10・14刑集9巻11号2173頁**（「権利の実行と恐喝罪」；⑥事件）、**最判昭42・5・24刑集21巻4号505頁**（「公務執行妨害罪」；⑦事件）、**最決平16・1・20刑集58巻1号1頁**（「被害者の行為を利用した法益侵害」；⑧事件）を担当した。

2) 2005年度の共同研究では、報告時間30分、質疑応答15分という形で実施したが、学部生にとって過度な負担となってしまったため、今回は、報告時間20分、質疑応答10分という形に修正して実施した。

3) 本稿では、徳島大学の活動内容については山本が、松山大学の活動内容については明照が担当することとし、「一 はじめに—交流会の趣旨—」と「五 おわりに—成果と課題—」に関しては、両者協議の上で執筆することにした。

## 二 徳島大学における実践（山本）

### 1 松山・徳島大学刑法研究会と徳島大学総合科学部

徳島大学からは、総合科学部人間社会学科法律経済コースで本職が担当する法律学演習（刑事法演習）を履修する学生が参加した。徳島大学総合科学部は

人間社会学科（文系）と自然システム学科（理系）の2学科制をとっているが、学生は2年次への進級に際してはじめて学科ごとに所属するコースを選択することになるため、本コースに所属する学生も入学時点から法律学を志望する強い動機に支えられた者ばかりというわけではなく、また、本コースに所属した後も、カリキュラムの関係上、法律学、政治学、経済学及び経営学の4領域からの授業科目を履修してはじめて卒業要件を充たすことができる仕組みになっているので、法律学にのみ専念することのできる環境に置かれているわけではない。社会科学の各領域に広く接することができるというアドバンテージが高く評価されるべきであるとしても、リーガルマインドの養成上必ずしも有利な環境にない本学の学生にとって、松山大学法学部生と共同で判例研究会を構成することは、専門学部における法律学教育の成果に接する貴重な機会になるものと期待された。

## 2 実施までの準備

法律経済コースでは、3年次から前記社会科学4領域のいずれかひとつの領域に関する演習を履修させることとしており、1週当たり4講時分の演習を通年で実施している。本来、演習を履修し始めたばかりの3年次生と卒業研究に本格的に取り組むべき4年次生とでは演習内容も異なるべきところ、本職の担当する法律学演習では、3年次生、4年次生ともに本研究会に参加することとしているため、前期当初から3年次生・4年次生合同で、本研究会において報告を担当する判例を素材に演習を実施した。とはいえ、本研究会の実施を夏期休業期間中に予定していた関係上、本研究会に向けた準備に充てることができたのは、前期の数ヶ月に過ぎなかった。しかも、これには、本コースにおいて刑事実体法に関する授業科目が3年次以上の学生を対象としており、本職の担当する刑事法演習を履修する3年次生も、刑事法演習が開講されるのと並行して刑事実体法に関する講義を受けることになるという事情も付け加わって、3年次の演習履修者は極めて短期間で刑事実体法関連の判例とその研究手法に慣

れることを余儀なくされた。

本研究会で本学の学生が報告を担当した判例は、報告順に、最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁(⑤事件)、最判昭和30年10月14日刑集9巻11号2173頁(⑥事件)、最大判昭和42年5月24日刑集21巻4号505頁(⑦事件)及び最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁(⑧事件)の計4件である。各判例研究報告の詳細は後述することとして、これらはすべて刑法各論に関する判例である。昨年度の本研究会で本学の学生が刑法総論に関する判例について研究報告を行ったので、今年度は松山大学側と担当する判例の領域を交替したためである。なお、本研究会で取り扱った判例は、刑法総論・刑法各論の各領域を代表する判例といえるが、昨年度の本研究会に向けて作成した取扱い候補判例のリストから昨年度の本研究会で取り扱った判例を除いたものを今年度の本研究会で取り扱うこととしていたところ、昨年度の本研究会においてリスト中の判例から取り組みやすいものを選択した関係上、今年度の本研究会には比較的取り組みにくい判例が残されることになった。取扱い判例を選択する際に一層の配慮を要することを痛感させられた一事である。

さて、本学部本学科では、2年次から専門教育科目を本格的に履修させることとしており、3年次への進級時にはすでに法律学関連科目の履修経験のある学生が少なくないものの、講義形式の授業においては判例を取り上げることがあるとしてもその紹介にとどまらざるを得ないため、とくに3年次の演習履修者は判例研究という手法にほとんどはじめて接することになる。そこで、初回の演習では、本研究会において松山大学側が報告を担当する判例の中からひとつを取り上げ、本職が判例研究の手順を例示することとした(ここで取り上げたのは、①事件である)。まず、事案を簡潔に紹介した上で、この事案について下級審裁判所はどのような判断を行ったのか、その判断に対して当事者のいずれがどのような内容の不服申立てを行ったのか、上訴に対して上級審裁判所はどのような判断を行ったのか、とくに最高裁は上告に対してどのような判断を行ったのか、職権判断を行った場合にはそれはどのようなものであったのか

といった諸点を判例集等に基づいて確認する必要があることについて共通認識を得た。次いで、このような確認作業を踏まえて、当該事案について裁判所の示した態度が妥当なのか否かを検討しなければならないが、判例集のみによっては当該判例に含まれる問題に刑法理論上どのような位置付けが与えられているのかを直ちに把握するのが困難であれば、当該判例について公刊されている判例評釈を参照することが必要になってくるところ、このような判例評釈を掲載する文献として手近なものには、ジュリスト別冊の刑法判例百選Ⅰ及びⅡ、ジュリスト別冊の各年度の重要判例解説、最高裁調査官による各年度の最高裁判所判例解説刑事篇があり、加えて、これらの判例評釈で紹介されているその他の判例評釈を参照するほか、本学で契約して利用可能になっている法律学関連の商用データベースを活用して広く文献を渉猟するべきであると注意を促すとともに、このような作業を経て、当該判例の問題点について基本的理解に達したならば、さらに、刑法の教科書等に依拠し刑法理論に照らして判例の妥当性を考察し、その所見を表明するという手順を履むべきであることを確認した。その際、研究対象としている判例の意義を関連する判例との連関においても明らかにする必要があることを付言した。

その後直ちに、本学側に割り当てられている判例研究の報告担当者を確定する作業に移った。すでに昨年度の本研究会を経験している4年次生が判例研究にはじめて取り組む3年次生に対して指導することを期待して、3年次生と4年次生との混成班を4個編成し、次のとおり各班に1件ずつ判例研究を割り当てた。すなわち、

第1班 (⑤事件担当)：賀川、浜及び宮本

第2班 (⑥事件担当)：榎丸、田中(理)及び田中(智)

第3班 (⑦事件担当)：島本、安藤及び山城

第4班 (⑧事件担当)：新川、平林、片山及び米田

そして、各班には、例示した手順に従い割り当てられた判例について研究を行い、その成果を演習時に隔週で報告することを求めた。前期の演習では、4

年次生に卒業研究の進捗状況について隔週で報告させることとしたためである。本学側に割り当てられている判例は4件であるから、これに関する研究報告を終えた後、本研究会がいつそう有意義なものとなるよう松山大学側に割り当てられている判例についても各班にその研究を演習課題として割り当て、同様の手順でその成果を演習時に報告することを求めた。このようにして、前期の演習が終わる頃には、本研究会に向けた各班の判例研究の成果が出揃った。

### 三 松山大学における実践（明照）

#### 1 前期開始までの活動

2006年2月2日、交流会の実施の準備として、2006年度の基礎演習Ⅱ（刑法）、専門演習Ⅰ（刑法）を履修する学生は、松山大学の研修施設である「温山記念会館」において、勉強会を行った。ここでは、交流会において誰が松山大学側の担当する判例を検討し、当日報告をするか、および、誰が徳島大学側の担当する判例を検討し、当日質問をするかについて決定した。その上で、2006年度の前期のゼミにおいてどのように準備を進めてゆけばよいかを学生が主体的に議論し確定した。その結果、各学年、最後の2回を報告のリハーサルをすることとし、それまでの演習の時間を松山大学担当の判例に関する報告用レジュメと徳島大学担当の判例に関する質問リストを作成する時間にあてることとなった。具体的な役割分担は次のとおりである。

班編成

1班：東，大内，高須賀，林，古野，渡部

「構成要件的事実の錯誤」（①事件；最決昭61・6・9刑集40巻4号269頁）について、報告準備を行い、「被害者の行為を利用した法益侵害」（⑧事件；最決平16・1・20刑集58巻1号1頁）について、質問リストを作成する。

2班：井上，上野，小笠原，城戸，栗上，安野

「実行の着手」（②事件；最決昭40・3・9刑集19巻2号69頁）について、

報告準備を行い、「窃盗罪の保護法益」(⑤事件；最判平元・7・7 刑集 43 卷 7 号 607 頁)について、質問リストを作成する。

3 班：大野，大橋，櫻井，篠木，田村，徳田

「過失と予見可能性」(③事件；最決平元・3・14 刑集 43 卷 3 号 262 頁)について、報告準備を行い、「権利の実行と恐喝罪」(⑥事件；最判昭 30・10・14 刑集 9 卷 11 号 2173 頁)について、質問リストを作成する。

4 班：関谷，副，永井，二宮，三宅

松山大学担当判例：「共謀共同正犯」(④事件；最判昭 33・5・28 刑集 12 卷 8 号 1718 頁)について、報告準備を行い、「公務執行妨害罪」(⑦事件；最判昭 42・5・24 刑集 21 卷 4 号 505 頁)について、質問リストを作成する。

## 2 前期の活動

各班は、前期のゼミを利用して、報告用レジュメ作成の準備および質問リスト作成の準備をすることとなったが、ゼミでの発表準備のために、週に2～3 時間程度、教員を交えてサブゼミを実施した。また、ゼミでの発表の際には、報告者以外のゼミ生が事案関係を理解しやすくするため、模造紙等に「事実の概要」を図示したものを作成した上で、それを黒板に張り出して報告を行った。各班の具体的活動

1 班は、①事件の報告準備<sup>4)</sup>と⑧事件の質問リスト作成<sup>5)</sup>を行った。

①事件では、最高裁判所の法廷意見は、職権により、次のように判示している。すなわち、「本件において、被告人は、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持したというのであるから、麻薬取締法六六条一項、二八条一項の麻薬所持罪を犯す意思で、覚せい剤取締法四一条の二第一項一号、一四条一項の覚せい剤所持罪に当たる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかん

がみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当である。被告人には、所持にかかる薬物が覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである（最高裁昭和五二年（あ）第八三六号同五四年三月二十七日第一小法廷決定・刑集三三巻二号一四〇頁参照）」とする。ここでは、被告人が「覚せい剤」であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を「麻薬」であるコカインと誤認して所持し、結果的に麻薬取締法違反行為を行った点について、抽象的事実の錯誤が問題となっているが、報告者は、「本決定は…昭和五四年決定によって明確に打ち出された実質的構成要件の符合説の立場を堅持することを明示したものとして、判例上、きわめて重要な地位を占めることになる」とする<sup>⑧</sup>。ただ、彼らは、なぜ「両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立」するのかについて疑問をもっていた。すなわち、違法性の本質として「行為の法益侵害ないしその可能性」が不可欠の要素であるとする見解を前提とすると、構成要件の実質的重なり合いを考える場合、「法益の共通性および行為の共通性」を基準とする見解が合理性をもつ。なぜならば、「構成要件は違法行為を類型化したもの」だからである。ところが、①事件では、両罪とも構成要件の行為は「所持」であり、所持の対象が「覚せい剤」であるか「麻薬」であるかに差異があるにとどまる。上記のとおり、最高裁は、「両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立」すると判示するが、如何なる意味において重なり合うのか理解できないというのである。

⑧事件は、事案自体がかなり衝撃的なものであったが、理論的にも、重要な論点を含んでおり、意欲的に質問リストの作成に取り組んでいた。本件では、被害者の行為を利用した間接正犯が問題となるが、被害者が生き残ろうとする意思があった場合、それでも、道具として評価することができるのか等の質問



を行うこととなった。

2班は、②事件の報告準備<sup>7)</sup>と⑤事件の質問リスト作成<sup>8)</sup>を行った。

②事件の第1審<sup>9)</sup>は、実行の着手に関して、「金員窃取に極めて密接な行為」という基準をあげ、控訴審でも、「窃盗行為に密接な行為」という基準をあげているが、これは、密接行為説であり、侵入盗の着手時期に関する従来判例の態度を踏襲したものといえる<sup>10)</sup>ところが、最高裁は、窃盗行為に「密接な行為」という文言を用いず、被告人が「なるべく金を盗りたい」と考えて煙草売場に「行きかけた際」に実行の着手を肯定しているが<sup>11)</sup>この点に関して、報告者は、「本決定は、侵入盗の実行の着手時期につき、従来判例の立場を変更し、実質的客観説の立場から、行為者の主観、行為態様、時間的・空間的近接性等を考慮して結果発生の現実的危険を判断した点に意義があり、事例判例ながら、実行の着手時期に関して実質的客観説をとるその後の判例の立場の先駆けとなった重要判例である」と評価した<sup>12)</sup>なお、本件では、強盗致死傷罪の成否が問題となっているが、報告者は、当初、なぜ、窃盗罪の実行の着手を問題とするのが理解しにくいようであった。

⑤事件は、自動車金融により所有権を取得した貸主による自動車の引揚行為には窃盗罪が成立するかが問題となるが、報告者は、民法上の議論と刑法上の議論とがまだ十分リンクして理解できていない部分があった。

3班は、③事件の報告準備<sup>13)</sup>と⑥事件の質問リストの作成<sup>14)</sup>を行った。

③事件では、最高裁は、「所論にかんがみ職権で判断するに、一、二審判決の認定するところによると、被告人は、業務として普通貨物自動車（軽四輪）を運転中、制限速度を守り、ハンドル、ブレーキなどを的確に操作して進行すべき業務上の注意義務を怠り、最高速度が時速三〇キロメートルに指定されている道路を時速約六五キロメートルの高速度で進行し、対向してきた車両を認めて狼狽し、ハンドルを左に急転把した過失により、道路左側のガードレールに衝突しそうになり、あわてて右に急転把し、自車の走行の自由を失わせて暴走させ、道路左側に設置してある信号柱に自車左側後部荷台を激突させ、その

衝撃により、後部荷台に同乗していたH及びOの兩名を死亡するに至らせ、更に助手席に同乗していたSに対し全治約二週間の傷害を負わせたものであるが、被告人が自車の後部荷台に右兩名が乗車している事実を認識していたとは認定できないというのである。しかし、被告人において、右のような無謀ともいべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものといふべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかつたとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべきであり、これと同旨の原判断は正当である」とするが、報告者としては、上告趣意が引用する福岡高裁宮崎支部の判決は<sup>15)</sup>、本件平成元年3月14日最高裁決定とは事案を異にするので、本決定が下されたからといって、必ずしも先例としての価値を失うことはないと評価している<sup>16)</sup>。

⑥事件では、被告人には3万円分の金銭債権があるので、この債権に基づいて適法に3万円の返還請求をすることが可能であるはずであるにもかかわらず、最高裁は、最高裁判所昭和27年5月20日判決を参照して、「残額三万円を含む金六万円」全体について恐喝罪を認めている。この点に関して、上告趣意では、最高裁の引用した判例とは異なる判例<sup>17)</sup>を根拠に「残額三万円を含む金六万円」全体について恐喝罪を認める控訴審には判例違反があると主張するが、報告者は、最高裁がなぜ上記の昭和27年最高裁判決を引用したのかについて疑問を呈していた。

4班は、④事件の報告準備<sup>18)</sup>と⑦事件の質問リスト作成<sup>19)</sup>を行った。

④事件では、次の事例において現場で襲撃しなかった被告人AおよびBは、傷害致死罪の共同正犯として罪責を負うかが問題となっている。すなわち、昭和26年11月30日頃から12月26日頃まで、東京都練馬区所在の製紙会社で発生した争議に際し、組合相互の反目対立が激化し、第2組合の委員長Xおよび紛争処理にあたった練馬警察署Y巡査に対する反感が第1組合で高まった際、某政党軍事組織の地区委員長Aおよび地域細胞の責任者であるBは、

上記の状況を利用し、Xに暴行を加えて第2組合の動きを抑圧するとともに、権力闘争の一環としてYにも暴行を加えようと計画し、B方等において、C、Dと相謀り、具体的な実行の指導・連絡についてはBがその任にあたることを決めた。12月26日夜、Cほか数名がC方、Dほか数名がD方に集合し、それぞれXおよびYの襲撃について協議したが、たまたまXの所在が不明であったため、Bの連絡示唆によって、D方のグループもYの襲撃計画に合流し、さらにBやDを介して別の数名も加わるようになった。襲撃の現場に赴いたのはCほか数名である。夜11時頃、CらはYを偽って路上に誘い、鉄管や丸棒でYの後頭部等を乱打し、まもなくYを脳挫傷により現場で死亡させたというものである。この点に関して、最高裁は、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする」と判示し、「互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」に基づいて「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つた」点を重視して、間接正犯の類推を基礎にして共謀者の正犯性を根拠づけようとしているが、報告者は、「共同意思主体説は団体責任を認めるものであって妥当でないので、本判決が間接正犯との類似性を基礎とすることによって個人主義的共犯論を援用したことの意義は、きわめて大きい」とした<sup>20)</sup> 本判決に争われた論点は、共謀共同正犯だけではなく、多岐にわたっていたが、報告者は、準備段階において、判例の読解、分析、評価に関し、誠実に取り組んでいた。

⑦事件では、議長の議事運営について、佐賀県議会規則とは異なる方式で行

われ、これに対して、革新政派議員が机を叩く等の行為を行い、議長が上程議案の採決を議場に諮ることを妨げた場合、その行為は公務執行妨害罪にあたるかが問題となった。この点に関して、最高裁（議長の行為の要保護性を問題とする）と下級審（議長の措置の適否を問題とする）では、法律構成が異なっているため、報告者は興味をもって研究していた。

#### 注

- 4) 本件の評釈としては、川端博「法定的符合説(2)－符合の限界－」『刑法判例百選Ⅰ総論』第2版（1984年）112頁、木村光江「法定的符合説(2)－符合の限界」『刑法判例百選Ⅰ総論』第3版（1991年）92頁、同「法定的符合説(2)－符合の限界」『刑法判例百選Ⅰ総論』第4版（1997年）90頁、葛原力三「法定的符合説(2)－符合の限界」『刑法判例百選Ⅰ総論』第5版（2003年）82頁等がある。
- 5) 本件の評釈としては、豊田彦彦「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、橋田久「被害者に命令して岸壁上から自動車ごと海中に転落させた行為が殺人未遂罪に当たるとされた事例」『法学教室』289号（2004年）152頁、藤井敏明「自殺させて保険金を取得する目的で被害者に命令して岸壁上から自動車ごと海中に転落させた行為が殺人未遂罪に当たるとされた事例」『ジュリスト』1275号（2004年）161頁、山口厚「被害者の行為を利用した法益侵害」『法学教室』290号（2004年）100頁、伊東研祐「被害者を利用した殺人」『平成16年度重要判例解説』（2005年）155頁、小林憲太郎「殺人罪の実行行為性が認められた事例」『判例セレクト2004』（2005年）29頁等がある。
- 6) 川端博「覚せい剤を麻薬と誤認して所持した場合の罪責と没収の適量」『昭和61年度重要判例解説』（1987年）149頁。さらに、伊東研祐「覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認して所持した場合には麻薬所持罪が成立するとされた事例－覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認して所持した場合における覚せい剤の没収は覚せい剤取締法四一条の六によるとされた事例」『警察研究』58巻9号（1987年）77頁も参照。
- 7) 本件の評釈としては、八木国之「窃盗罪における実行の着手」『刑法判例百選Ⅰ総論』初版（1978年）154頁、同「窃盗罪における実行の着手」『刑法判例百選Ⅰ総論』第2版（1984年）142頁、奥村正雄「窃盗罪における実行の着手」『刑法判例百選Ⅰ総論』第3版（1991年）132頁、同「窃盗罪における実行の着手」『刑法判例百選Ⅰ総論』第4版（1997年）123頁、松村格「窃盗罪における実行の着手」『刑法判例百選Ⅰ総論』第5版（2003年）127頁等がある。
- 8) 本件の評釈としては、中森喜彦「窃盗罪の保護法益」『刑法判例百選Ⅱ各論』第3版（1992年）52頁、同「窃盗罪の保護法益」『刑法判例百選Ⅱ各論』第4版（1997年）50頁、町野

- 朔「窃盗罪の保護法益」『刑法判例百選Ⅱ各論』第5版（2003年）48頁等がある。
- 9) 第1審である大阪地判昭39・3・7刑集19巻2号75頁によれば、窃盗罪の実行の着手が問題となった事実関係は次のとおりである。すなわち、「第六、同月二七日午前零時四〇分頃茨木市…地電気器具商S（当時三八年）方表店舗内において、窃盗の目的で、小型懐中電燈…を使用して現金が置いてあると思われる同店舗内東側隅の煙草売場に近づき、金具を物色しようとしていた際、隔々銭湯に行っていた右S一が帰宅して来たため、一旦右煙草売場後側の陳列棚のかけに身を隠したが、同人が出入口のガラス戸の一部が破られているのに気付き、不審に思い、奥の間より妻A（当時三九年）を伴って引き返し、ひそんでいた被告人を発見し「泥棒や。」と騒ぎ出したので、被告人は逮捕を免れるため、所持の果物ナイフ…を取り出すや被告人を取り押えようとしていた同人の左前胸部四個所を突き刺し、更に右Aの顔面を手拳で強打する等の暴行を加え、格闘の末同家奥の裏庭からへいを越えて逃走したが、右暴行によりSを間もなく同所において出血失血死するに至らしめ、Aに対しては治療約二週間を要する歯牙同様の傷害を負わせたものである。」とする。
- 10) 大判昭9・10・19刑集13巻1473頁参照。
- 11) 最決昭40・3・9刑集19巻2号69頁は、「なお、原判決の引用する第一審判決判示第六の事実につき、その挙示、援用する各証拠によれば、被告人は昭和三八年一月二七日午前零時四〇分頃電気器具商たる本件被害者方店舗内において、所持の懐中電燈により真暗な店内を照らしたところ、電気器具類が積んであることが判つたが、なるべく金を盗りたいので自己の左側に認めた煙草売場の方に行きかけた際、本件被害者らが帰宅した事実が認められるというのであるから、原判決が被告人に窃盗の着手行為があつたものと認め、刑法二三八条の「窃盗」犯人にあたるものと判断したのは相当である。」とする。
- 12) 奥村・前掲注(7)第4版129頁。
- 13) 本件の評釈としては、伊東研祐「予見可能性の対象」『刑法判例百選Ⅰ総論』第3版（1991年）110頁、同「予見可能性の対象」『刑法判例百選Ⅰ総論』第4版（1997年）110頁、大塚裕史「予見可能性の意義(2)」『刑法判例百選Ⅰ総論』第5版（2003年）102頁等がある。
- 14) 本件の評釈として、芝原邦爾「権利の実行と恐喝罪」『刑法判例百選Ⅱ各論』初版（1978年）188頁、芝原邦爾「権利の実行と恐喝罪」『刑法判例百選Ⅱ各論』第2版（1984年）106頁、町野朔「権利の実行と恐喝罪」『刑法判例百選Ⅱ各論』第3版（1992年）100頁、同「権利の実行と恐喝罪」『刑法判例百選Ⅱ各論』第4版（1997年）102頁、野村稔「権利の実行と恐喝罪」『刑法判例百選Ⅱ各論』第5版（2003年）110頁等がある。
- 15) 福岡高宮崎支判昭33・9・9高刑裁特5巻9号393頁。
- 16) 阿部純二「運転者が認識していない後部荷台の同乗者を被害者とする過失犯の成否」『平成元年度重要判例解説』（1990年）150頁参照。
- 17) 大判大11・11・7刑集1巻642頁、大判大13・3・5刑集3巻178頁、大判昭5・5・26刑集9巻342頁等。

- 18) 本件の評釈として、藤木英雄「共謀共同正犯」『刑法判例百選Ⅰ総論』初版(1978年)172頁,同「共謀共同正犯」『刑法判例百選Ⅰ総論』第2版(1984年)158頁,小暮得雄「共謀共同正犯の意義」『刑法判例百選Ⅰ総論』第3版(1991年)154頁,同「共謀共同正犯の意義」『刑法判例百選Ⅰ総論』第4版(1997年)150頁,川端博「共謀共同正犯の意義」『刑法判例百選Ⅰ総論』第5版(2003年)148頁等がある。
- 19) 本件の評釈として、中川祐夫「職務行為の適法性」『刑法判例百選Ⅱ各論』初版(1978年)20頁,同「職務行為の適法性」『刑法判例百選Ⅱ各論』第2版(1984年)212頁,小松進「職務行為の適法性」『刑法判例百選Ⅱ各論』第3版(1992年)204頁,同「職務行為の適法性」『刑法判例百選Ⅱ各論』第4版(1997年)210頁,城下裕二「職務行為の適法性」『刑法判例百選Ⅱ各論』第5版(2003年)222頁等がある。
- 20) 川端・前掲注<sup>18)</sup>149頁。

#### 四 交流会当日の概要

当日は、各班の持ち時間を30分間とし、報告時間を20分間、質疑応答時間を10分間とした。報告は、徳島大学→松山大学の順で交互に実施し、2班が報告を終了した後で、10分間の休憩とした<sup>21)</sup>。

##### 注

- 21) 具体的には、⑤事件、①事件、⑥事件、②事件、⑦事件、③事件、⑧事件、④事件の順で実施した。

#### 1 徳島大学の報告(山本)

研究会の実施当日、松山大学一行が正午前に到着するのを徳島駅頭で出迎え、炎天下でもあるため、路線バスに乗りして本学常三島キャンパスに向かった。手荷物を教室に降ろし生協食堂にて昼食を摂った後、スーツに衣装換えをし、研究会を実施する教室では双方とも各班に分かれて直前の準備に余念がなかった。各大学の班が交互に報告するというやり方に昨年度と変わりはないが、昨年度の本研究会で松山大学側の報告から始めたことを受け、今年度は本学側の報告を先行させることとした。

本学側最初の報告を担当した第1班が取り扱った⑤事件は、自動車金融によ

り所有権を取得した貸主による自動車の引揚行為と窃盗罪の成否をテーマとするものである。まず、報告担当者は、本件事案及び裁判の経過を概ね次のとおり紹介した。すなわち、被告人は、貸金業を営んでいた者であるが、借主との間に買戻約款付自動車売買契約を結び、借主が買戻権を喪失した直後、借主の事実上の支配内にあった自動車を無断で引き揚げた事実について窃盗罪で起訴され、第一審大阪地判昭和58年7月14日、第二審大阪高判昭和59年7月3日はともに被告人を有罪とした。これに対して、被告人は上告したが、最高裁は上告を不適法として棄却し、次のような職権判断を示した。すなわち、「所論は、被告人は、相手方との間に買戻約款付自動車売買契約を締結し、相手方が買戻権を喪失した後、権利の行使として自動車を引き揚げたものであるから、窃盗罪の責めを負わないと主張するので、この点について判断する」として、原判決認定の事実を詳細に述べた後、「以上の事実を照らすと、被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があったとしても、被告人の引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したものと見て窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求め限度を超えた違法なものというほかはない」と。続いて、報告担当者は、本件では窃盗罪の保護法益が問題となっており、所有権のない占有(事実上の支配)が窃盗罪の保護客体になるのかという問題について学説上争いのあることを指摘し、対立している本権説、所持説及び中間説について説明した後、判例がこの問題に対してとってきた態度について、大判大正7年9月25日刑録24輯1219頁をはじめ戦前の判例が本権説に与していたのに対して、戦後になると、最判昭和34年8月28日刑集13巻10号2906頁が所持説の立場に転じたことを明らかにし<sup>2)</sup>、本判例もこの延長線上に位置付けられるとした。そして、最後に、本判例を妥当なものとして評価した。

本報告には、当該判例に至る裁判の経過、当該判例で問題とされる事項の指摘とその解明、これらを踏まえた当該判例の評価といった判例研究の体裁が一

応整っていた。しかし、報告担当者は、所持説に根拠を求めつつも、窃盗罪の保護法益をめぐる学説の対立状況を踏まえその必然的な帰結として所見に達したという過程を再現するのに成功したとは言い難く、そのためフロアから、本件で被告人の所有権が保護されない理由について問われることになる。この質問を受けて、報告担当者は、原判決の認定に従い、被告人が貸金の担保である自動車を返済が遅れれば直ちに転売する意図をもってのそれを秘密にしていたこと、自動車は従前通り借主が保管使用していたこと、借主はすでに返済する準備を整えていたにもかかわらず自動車を引き揚げられたこと、自動車の引揚げは返済期限の直後や直前にも行われていたこと、引揚げは借主に無断でしかも借主に無断で作成した合鍵を用いて行われたことなど被告人の行為態様の悪質さを指摘し、被告人の所為は借主に受忍義務のない権利行使であって法的保護に値しないと応答した。行為態様が悪質であるため正当な権利行使とは認められないので窃盗罪の違法性が阻却されない場合であるとの趣旨と思われるが、その後、引き続きフロアから、権利行使が正当と認められる場合を例示されたいとの質問を受けるに及んで、分析的視点が不足していることに気付かされることになる。権利行使が正当なものなのか否かを判断するには、行使されようとしている権利それ自体とその実現手段との関係についてあり得るいくつかのパターンごとに判断を定式化する作業が前提となり、これによってはじめて本判例の射程を明らかにすることも可能になってくるところ、このような分析を経なければ、本判例に対する評価も事案に対する直感的判断にすぎないとの批判を免れないであろう。

このほか、本報告の問題点を指摘するならば、本件で直接問題となっているのが刑法242条にいう「他人の占有」の意義であることを明確に意識する必要があるということである。窃盗罪の保護法益如何を問題としなければならない理由がここにあるからである。また、通説といえる中間説に言及したのであれば、本判例が中間説の立場からどのように評価されるのかという問題も検討されてしかるべきであった（しかも、レジユメによると本判例を中間説の立場に



基づくものと評価していることがかわれるにもかかわらず、報告でその根拠が示されなかったのは残念である。)

次に、松山大学側の①事件に関する報告を挟んで、本学の第2班が⑥事件について報告を行った。本件では、権利行使と恐喝罪の成否がテーマとなっている。本件に係る事案は、第一審東京地判昭和26年6月18日が認定したところによると、被告人は被害者等と会社を設立した際の出資金18万円を事業経営から撤退するに当たり被害者に支払わせようとしたところ、被害者は15万円を支払ったものの、残金の支払いをしなかったため、被告人がその取立てを他の被告人に依頼するなどして、結局、4名の被告人が被害者から残金を取り立て、金員を喝取することを共謀し、被害者に対し要求に応じない場合は被害者の身体に危害を加えるような態度を示すなどし、被害者に要求に応じなければ自己の身体に危害を加えられるかもしれないと畏怖させて、出資金の残金3万円を含む6万円を交付させたというものである。こうした事案について、第一審判決、第二審東京高判昭和27年5月29日ともに、債権額(出資金の残金)3万円を含め被害者に交付させた6万円全額について恐喝罪の成立を認めた。そこで、被告人側から上告がなされ、原判決は債権額が3万円であることを認めながら、6万円について恐喝罪の成立を認めたのは判例違反であるなどの主張がなされた。これに対して、最高裁は、「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがある」ところ、被告人等の所為はこの程度範囲を逸脱しているから、被告人の被害者に対する債権額の如何にかかわらず、被告人等が喝取した6万円全額について原判決が恐喝罪の成立を認めたのは正当であるとして、上告を棄却した。報告担当者は、大要このように本件事案と裁判の経過について説明した後、本件では、債権者が債務者を恐喝して権利を実行した場合、どのような犯罪が成立するのかが問題になっていると指摘し、大連判大正2年12

月23日刑録19輯1502頁が掲げる恐喝罪の成否に関する3原則を紹介した。その3原則とは、①権利実行のため恐喝手段を用いて財物・財産上の利益を取得しても、その権利の範囲内の場合には恐喝罪は成立しない、②権利の範囲を超えて財物・財産上の利益を取得した場合、その財物・財産上の利益が法律上可分であれば権利の範囲を超過する分についてのみ、不可分であればその財物・財産上の利益の全部について恐喝罪が成立する、③正当な権利を有する場合でも、これを実行する意思ではなく、単にその権利の実行に藉口するに過ぎない場合には取得した財物・財産上の利益の全部について恐喝罪が成立する、というものである。次いで、本件のテーマに関する学説を紹介した。まず、脅迫罪説と恐喝罪説とに分けられ、恐喝罪説はさらに全面肯定説と二分説に細分化されるとし、根拠となる判示箇所を摘示しつつ本判例が恐喝罪説の全面肯定説に従うものと分析した。その上で、脅迫罪説及び恐喝罪説の二分説を批判して、全面肯定説が妥当であると評価した。本判例を妥当なものと評価するということであろう。

まず、フロアから寄せられた質問は、脅迫罪説と恐喝罪説との違いについて確認する趣旨のものであった。この質問に対する応答からは、報告担当者自身、脅迫罪と恐喝罪の違いについて十分な理解に達していないのではないかとの懸念を抱かざるを得なかったが、本報告に含まれる根本的な問題点を浮き彫りにしたのは、次なるフロアからの質問をめぐるやり取りであった。その質問とは、権利行使に仮託して恐喝したのかも明らかではないのに、直ちに恐喝罪の成立を認めたため理由不備の違法があるとした判例があるが、これについて報告担当者の見解を質すというものであった。すなわち、上告趣意（債権者である被告人から他の被告人を介して間接的に債権の取立てを依頼された被告人の弁護人の上告趣意）は、こうした趣旨の判例を引用して、残額3万円を含む6万円全額について恐喝罪の成立を認める原判決は判例違反であると主張するものであったが、それでは、何故、最高裁は本判例で上告趣意引用の判例と異なる最三小判昭和27年5月20日（昭和26年（れ）2482号、最高裁裁判集刑事64

号 575 頁) を参照したのかという問題について報告担当者の所見を求めたのである<sup>23)</sup> この質問の根底には、上告趣意の判例違反の主張について最高裁が判断を示していないことに対する疑問がある。すなわち、原判決が「不法の利益を含む『残額 3 万円を含む金 6 万円』』について恐喝罪が成立するとしたことから、6 万円全額が被告人の権利行使の範囲外にあるかのようにみえるが、被告人が被害者に対して有していた債権額が 3 万円であることを思えば、この 3 万円は被告人の権利行使の範囲内にあり、前記 3 原則に従う限りこの 3 万円について恐喝罪は成立しないはずである。また、前記 3 原則によれば、債権額が 3 万円であるにもかかわらず 6 万円全額について恐喝罪の成立を認めるには、被告人の出資金残金の返還請求が権利の実行にみえながら、権利を実行する意思はなく、単にその権利の実行に藉口するに過ぎない場合でなければならぬはずである。原判決は、このような諸点について明らかにしないまま 6 万円全額について恐喝罪の成立を認めているが、それでは、恐喝罪の成立範囲を確定するにはこのような諸点について明らかにすることを前提として要求する判例に違反する。上告趣意はこの点を指摘しているにもかかわらず、本判例は、前記 3 原則とは別の原則（「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、その範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがある」）に依拠して原判決の判断を是認しているのはどうしたことかということになるであろう<sup>24)</sup>

ともあれ、報告担当者は、本テーマをめぐる裁判所の態度が本判例に至って突然、変化をみせたという誤った評価に陥っていたが、それは、本件の上告趣意（ひいては本件裁判の経過）について精査を欠いたということとどまらず、関連する判例について十分調査を遂げなかったため、判例相互の関係を認識する契機を逸してしまったことに起因することは銘記されるべきである。

この後、松山大学側の②事件に関する報告を挟んで、本学の第 3 班が⑦事件

について報告を行った。⑦事件で公務執行妨害罪の成否が問題となった事実は、次のとおりである。すなわち、被告人等は佐賀県議会議員であったが、佐賀県議会会議規則によれば懲罰動議を先議しなければならないにもかかわらず、議長が全上程議案の一括採決を求める緊急動議を賛成多数で可決したものとして、これに基づき全上程議案の一括採決を議場に諮ろうとしたため、被告人等は議長のこの措置を阻止しようとして、議長の机を叩いて議長にその発言の中止を迫ったり、議長の机を前方より傾かせてその使用を困難としたり、議長使用のマイクのコードを引っ張ったり、議長着席の椅子の肘掛部分をつかんで揺り動かす等して議長に対し暴行を加え、ために議長が全上程議案の一括採決を議場に諮ることを妨げてその公務の執行を妨害した。第一審佐賀地判昭和36年12月12日、第二審福岡高判昭和38年3月23日ともに公務執行妨害罪の成立を認めたが、その間、議長の職務執行の適法性に関する判断には異なるものがあった。すなわち、議長が会議規則違反の措置をとったことについて、第一審判決は、抽象的職務権限の範囲内に属し一応形式的に議長の職務行為と認められるが討論省略の点は違法であるとした。これに対して、第二審判決は、議長の職務行為の適法性を肯定した。本判例はこの点に関する弁護人の上告趣意には直接応えることなく、「議長のとった本件措置が、本来、議長の抽象的職務権限の範囲内に属することは明らかであり、かりに当該措置が会議規則に違反するものである等法令上の適法要件を完全には満たしていなかったとしても、原審の認定した具体的な事実関係のもとにおいてとられた当該措置は、刑法上には少なくとも、本件暴行等による妨害から保護されるに値する職務行為にほかならず、刑法95条1項という公務員の職務の執行に当たるとみるのが相当である」として、上告を棄却した。報告担当者は、ほぼこのように本件の事実関係と裁判の経過を紹介した後、公務執行妨害罪において職務行為の適法性が要件とされる理由を説明し、どのような場合に適法性が認められるのか、適法性の判断はどのような観点から行われるのかという問題について考察を行った。すなわち、職務行為の適法性が認められるための要件として、当該行

為がこれを行った公務員の抽象的職務権限に属すること、当該行為が法律上の要件を具備すること（公務員の具体的職務権限に属すること）、当該行為を有効にする法律上の重要な条件又は方式を履踐することが挙げられるところ、本判例は、本件議長のとった措置が抽象的職務権限に属するものであることを認めるとともに、会議規則違反の措置であっても方式違反の程度が軽微であれば直ちに不適法なものになるわけではないとしたものと分析した。また、適法性判断の基準について、主観説、客観説、折衷説の主張されていることを紹介し、本判例が「刑法上には少なくとも」と述べていることに注目して、客観説に依拠するものとした。そして、県議会内における保守派と革新派との深刻な対立から議案の通過が危うくなったため議長が本件措置をとらざるを得なくなったという意味で、本件措置には要保護性があるとされていることについて、このような判断方法は、当該行為自体が違法でも具体的事実関係の下において要保護性があれば当該行為の職務行為としての適法性が認められるというかたちで他の判例にもみられるものであるが、要保護性の視点を交えて職務行為の適法性如何を判断すると公務執行妨害罪の成立範囲が広くなりかねないという批判的評価で結んでいる。

比較的論点の明快な判例ということも手伝って、報告時間の制約の中でほぼ判例研究の要件を充たした報告に仕上がったと評価することができよう。その後のフロアとの質疑応答に際しては、被告人等の行為が公務執行妨害罪の公務に当たるのか、公務執行妨害罪における暴行とは何か、会議規則違反の措置を阻止する他の適法な方法にはどのようなものが考えられるのかといった問題が取り上げられたほか、適法性の判断基準について報告担当者が折衷説を批判した理由の当否についても活発な議論が交わされた。付言するならば、本判例といえども本件議長の措置に要保護性があることを理由に刑法上本来保護に値しない違法なものが適法なものに転じたとまで考えているわけではないであろうから、会議規則違反という違法が当該措置の適法性判断にとってどのような意味を持っているのかという問題も課題として残されている。また、職務行為に

適法性を認めるための要件に関して判例がどのような態度をとってきたのかという点に言及してはいたものの、レジュメにさえ関連する判例が具体的に紹介されていないことは惜まれる。

さらにこの後、松山大学側の③事件に関する報告を挟んで、本学の第4班が本学側最後の報告として⑧事件を取り上げた。昨年度の本研究会に際して作成した取扱い予定判例のリストに掲げる判例のうち刑法各論の領域に属するものは、本学側の前件の報告ですべて取扱いを終えた。また、年月を経ようとも重要判例といわれるものを素材とすることの重要性を認識しつつも、比較的最近の判例で興味深い判示を行っているものがあれば、刑事判例ないし刑法学の最前線を知る意味でもこれを素材として取り上げる意義は少なくない。本件は、このような観点から今年度に至って本研究会の取扱い判例として加えられたものである。

さて、⑧事件について原判決が是認した事実関係は次のとおりである。すなわち、被告人は、自己と偽装結婚させた被害者を被保険者として保険金を入手するため、かねて被告人を極度に畏怖していた被害者に対し、事故死に見せ掛けた方法で自殺することを暴行・脅迫を交えて執ように迫っていた。厳冬期の深夜、漁港において、被害者に対し乗車した車ごと海に飛び込んで自殺することを命じたところ、自殺を決意するには至らせなかったものの、被告人の命令に従って車ごと海に飛び込んだ後に車から脱出して被告人の前から姿を隠す以外に助かる方法はないとの心境に至らせて、被害者に車ごと海に飛び込む決意をさせ、普通乗用自動車を運転して岸壁上から下方の海中に車ごと転落させたが、被害者は水没する車から脱出して死亡を免れた。第一審名古屋地判平成13年5月30日、第二審名古屋高判平成14年4月16日はともに殺人未遂罪の成立を認めた。これに対して、被告人側からは、仮に被害者が車ごと海に飛び込んだとしても、それは被害者の自由な意思に基づいたものであるから、これを指示した被告人の行為は殺人罪の実行行為とはいえない、また、被告人は被害者に対して自由意思に基づいて自殺させようとしていたので殺人罪の故意が

ないと主張して上告がなされたが、最高裁は次のように判示して上告を棄却した。すなわち、「被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて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ていたものということができる。被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるというべきである。また…被害者には被告人の命令に応じて自殺する気持ちはなかったものであって、この点は被告人の予期したところに反していたが、被害者に対し死亡の現実的危険性の高い行為を強いたこと自体については、被告人において何ら認識に欠けるところはなかったのであるから、上記の点は、被告人につき殺人罪の故意を否定すべき事情にはならないというべきである」と。

報告担当者は、このように本件裁判の経過を紹介したのに続いて、本件では、殺人罪の間接正犯と自殺教唆罪の区別及び自殺を強制し被害者の行為を利用した殺人罪の間接正犯の成否が問題となると指摘した。まず、前者の問題に関連して、行為者が相手方にはたらしかけてその者自身の行為により死亡させた事案で殺人罪の成立を認めた判例として、最決昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁及び最決昭和59年3月27日刑集38巻5号2064頁を紹介するとともに間接正犯について説明を行った。また、自殺の意味を理解し自由な意思決定の能力を有しない者の自殺を教唆したり幫助したりした場合に自殺関与罪ではなく殺人罪の間接正犯の成立を認めた判例として、大判昭和9年8月27日刑集13巻1086頁及び最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁のあるこ

とを指摘した。その上で、本判例が殺人罪の間接正犯の成立を認める根拠として挙げている①被告人には被害者の行為を利用して被害者を死亡させる意思があったこと及び②被告人が被害者に命じた行為には被害者を死亡させる現実的危険性があったことについて、①が肯定されても②が否定されれば海に飛び込むという義務のない行為を行わせた強要罪にしかならないこと、また、②が肯定されても①が否定されれば自殺教唆未遂罪にしかならないところ、本件は①、②ともに肯定される事案であるから、自殺教唆罪の成立は問題とならず、殺人罪の間接正犯が成立するとした。

フロアからは本判例の意義について報告担当者の見解を質す声が上がった。これに対して、報告担当者は、本判例には、被害者を精神的に追い詰めていった末に被害者の行為を利用して被害者を殺害しようとした場合に殺人未遂罪の成立を認めた点に先例としての価値があると応答した。報告担当者が関連する判例をいくつか紹介しながらも、それと本判例との関係について説明を尽くさなかったことに起因する質問であると思われる<sup>25)</sup>。次なるフロアからの質問は、本件で被害者に意思決定の自由があったのか否かという問題に関するものである。なるほど、被害者の行為を利用した間接正犯の成否を被害者の意思決定の自由の有無と関連付けようとする思考には首肯するに足りる理由がある。典型的な間接正犯では利用者が被利用者を道具のように利用しているという関係があるので、被利用者が利用されている事実を認識していない場合であればともかく、こうした事実を認識しているにもかかわらず一方的に支配され道具として利用されるという関係を認めるには、被利用者に意思決定の自由がなかったとするほかない。そうであるとする、本件で殺人未遂罪の間接正犯を認める立場に対しては、同時に被害者が生存を図るための行動をとっていることから被告人は被害者を一方的に支配して道具のように利用したとはいえないのではないかという疑問が提起されても不思議ではない。この点に関する報告担当者の応答には不明瞭さが拭えないけれども、おそらく被害者が被告人から精神的に追い詰められていたため、車ごと海に飛び込む前後に生存を図る動きをみせ



てはいるものの、車ごと海に飛び込むという生命に対する現実的危険性のある行為をとっていることでもあり、その限りでは被害者は被告人によって一方的に支配され道具として利用されたといえるのではないかという趣旨の応答であったと思われる。

この後、松山大学側最後の④事件に関する報告が行われ、これをもって今年度の本研究会の判例研究報告のセッションを終了した<sup>26)</sup>

## 注

- 22) 財産犯一般の保護法益について最高裁が所持説の立場に与することをうかがわせたのは同判例がはじめてではなく、その傾向はすでに最判昭和24年2月8日刑集3巻2号83頁に看取される。
- 23) 質問にいうところの判例とは、おそらく、前記3原則を適用して判断したことのうかがわれる大判大正11年11月7日刑集1巻642頁をはじめとする一連の判例を指すものと思われる。最高裁判例の中にも、当初、前記3原則に従うものがみられ、このうち、最判昭和26年6月1日刑集5巻7号1222頁に係る事案では、被告人は、被害者から多量の洋服生地斡旋の申出を受けたので、これを他に転売して利益を得ようと期待していたが、被害者がその約束を果たさなかったため、その弁償として1万円を要求していた。そして、被害者を呼びつけ弁償金の内金を指定の期日までに支払い、その支払いまで着衣等を被告人に預けるよう要求したのを被害者が拒絶したところ、被害者を殴りつけ支払いに応じなければさらなる害悪を加えることを告知して、被害者を要求に応じなければさらなる危害を加えられるかもしれないと畏怖させ、その場で現金600円ほか所持品数点を喝取した。このような事実に対して、最高裁は「原判決の事実摘示及びその証拠によっては被告人が本件行為当時果して判示被害者に対し判示のような弁償金を要求する権利を有していたのか否か、仮にかかる権利を有していたとしても本件行為が該義務を行使する意思にでたものであるか否かを知ることができない。もし被告人に判示弁償金を要求する権利があってその権利行使の為、本件行為にでたものでありしかもそれが権利行使の範囲内に属することであるとすれば被告人の本件所為は時に他の犯罪を構成することがあっても直ちに恐喝罪に間擬することはできない。しかしまた、被告人が単に権利行使に藉口しあるいはこれに仮託して本件行為にでたものであるとすれば該権利の有無にかかわらず、被告人の本件所為は恐喝罪を構成するものといわなければならない。さすれば叙上の諸点を明瞭ならしめた上でなければ直ちに被告人の本件所為を恐喝罪に間擬することはできない筋合であるにかかわらずこれを明らかにしないで被告人を恐喝罪によって有罪と認めた原判決には畢竟審理不尽くに基づく理由不備の違法があるものといわなければならない」として、原判決を

破棄した。

- 24) 問題は、最判昭和26年6月1日や本件上告趣意が前提とする前記3原則と本判例の持ち出した原則とはどのような関係にあるのかという点に帰着するであろう。本判例が採用した原則は、本判例に至ってはじめて採用されたものではなく、大判昭和9年8月2日刑集13巻1011頁においてすでに認めることのできるものである。その結果、大審院時代から、大判昭和9年8月2日の示す原則と前記3原則とが並存していたことになるが、それでは、両者をどのような関係にあるものと理解すればよいのであろうか。前記3原則のうち①及び②に対して③は、権利実行の態様次第では権利実行の実質が失われることを承認するにほかならず、恐喝手段を用いて財物・財産上の利益を取得した場合にそれが権利実行の結果として過大でないときには恐喝罪が成立しないとする①及び②に対する制約原理として、取得した財物・財産上の利益が権利実行の結果として過大でないときであっても恐喝罪の成立を認めることに寄与してきた。ところが、大判昭和9年8月2日や本判例の立脚する原則によれば、端的に、権利実行の実質を顧慮するという難問を回避して権利実行の態様如何のみを問題とすればよいことになる。この原則が採用されるに及んで、最早、①及び②とその制約原理たる③の存在意義は失われ、①及び②は、せいぜい権利行使のための恐喝手段が社会観念上許容される程度のものであれば恐喝罪は成立しないことを意味するにとどまることになるであろう（最高裁判所判例解説刑事事篇昭和三十年274頁以下〔戸田弘〕参照）。本判例は、前記3原則と大判昭和9年8月2日の立脚する原則とのこうした関係を踏まえ、後者の採用されるに至った段階では前者に固有の意義を認めることができなくなったことを洞察したものと評価されるべきであり、したがって、判示のような上告趣意への対応もその当然の帰結といえるのではなからうか。
- 25) 被告人が被害者を精神的に追い詰めたことで被害者には被告人の命じるままに自殺する以外に選択肢がなくなっていたという事案自体に対する評価が誤りであるとはいえない。しかし、本判例と原判決とを対比すると、原判決が意思決定の自由を問題としていたのに対して、本判例は被告人の命じるままに自殺する以外に選択肢がなくなっていたこと自体を問題としていることに気付かされる（橋田久「時の判例 被害者を命令して岸壁上から自動車ごと海中に転落させた行為が殺人未遂罪に当たるとされた事例」法学教室289号153頁参照）。このように、殺人罪の間接正犯の成立基準を示したという点に本判例の意義が認められるべきであろう。
- 26) 判例研究会終了後直ちに、松山大学一行は投宿先へと手荷物を運び込み、その後、徳島市中心部の繁華街に定めた懇親会場で本学の学生と合流した。途中休憩を挟んだとはいえ4時間以上にわたる判例研究会でかなりの疲労が蓄積されたことは察するに余りある。これを解消するのに懇親会は有益であったであろう。判例研究会は、松山大学の学生と本学の学生との交流会の側面にすぎない。実質的には2日に満たない時間内で活発な交流が図られるのを期待するのは難しくもあるが、その期待を込めて、判例研究会の翌日はエクスカージョンに充てた。晩夏の炎天下に戸外に出るのは、長時間の判例研究会に劣らない

苦痛を伴うが、松山大学一行の徳島来訪の記念になればとの思いで、しかし、その思いが強迫観念となって過密なスケジュールを組んでしまったことも否めない。公共交通機関の未発達なことから、松山大学の学生と本学の学生とをそれぞれ二分して、鉄道を併用する班と路線バスのみを利用する班とし、鳴門公園の「渦の道」等を観光した後、第一次世界大戦当時の坂東捕虜収容所を再現した邦画「バルトの楽園」のロケ村を見学して、徳島駅に戻り、松山大学一行が帰途に着くの見送った。急ぎ足での名所見物となってしまったことを反省すること頻りであるが、当地の名所に開眼させられた一人は他ならぬ本職であった。

## 2 松山大学の報告（明照）

徳島大学の⑤事件の報告後、松山大学の①事件に関する報告が実施された。具体的には、三－２で指摘したとおりであるが、その報告後、質疑が行われた。ここで、錯誤論においては、認識面か意思面のいずれの側面において問題となっているかという質問がなされた。構成要件的事実の錯誤とは、行為者の認識と現実に発生した結果との間に不一致がある場合をいい、構成要件的事実の錯誤がある場合には、錯誤者の行為に基づいて生じた構成要件の結果は果たして「故意」に実現されたものといえるのかが問題となる。つまり、行為者の認識した結果と食い違いが生じている場合はどう扱うかということである。それゆえ、錯誤論では、認識面にズレが生じている場合を前提に議論していることになるという回答がなされた。

休憩をはさんで、徳島大学の⑥事件の報告があったが、その後、松山大学の②事件に関する報告が実施された。具体的には上記のとおりであるが、質疑に際して、本決定が実質的客観説を採用したと評価した場合、着手時期は「法益侵害の現実的危険性」を基準に判断することとなるが、この場合、危険性の概念が柔軟性を有することに対して批判的な意見が出された。また、本件では、強盗致死罪の成否が問題となっているのに、なぜ、窃盗罪の実行の着手を議論する必要があるのかについても質問がなされた。これに対して、本件では、事後強盗罪（刑法 238 条）を前提とした強盗致死罪であるが、事後強盗罪となるためには、「窃盗」が、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免

れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫を(する)」ことが必要であり、窃盗か否かが強盗致死罪の成否にとっても重要な意義を有すると回答された。

また、休憩をはさんで、徳島大学の⑦事件の報告があったが、その後、松山大学の③事件に関する報告が実施された。具体的には上記のとおりであるが、質疑に際して、福岡高宮崎支判昭33・9・9高刑裁特5巻9号393頁の位置づけについて疑義が出された。これに対して、報告者は、③事件に関する最高裁決定の事例の運転行為が無謀なものであった事例であり、これは福岡高裁宮崎支部判決とは事例を異にするから、両者が並存しても、必ずしも矛盾しないとした。さらに、被害者らは自ら荷台に乗っており、彼らに全く帰責性がないわけではないが、行為者の犯罪成立に関して影響を及ぼすことがあり得るかということにも言及があった。

最後の休憩が終わり、徳島大学の⑧事件の報告があったが、その後、松山大学の④事件に関する報告が実施された。具体的には上記のとおりであるが、質疑に際して、間接正犯類似説は、共謀共同正犯が間接正犯と類似の関係にあると主張することによって、何を根拠づけようとしているのかという質問があった。これに対して、共同正犯は正犯であるとする、共謀共同正犯も正犯であるが、間接正犯類似説は、共謀共同正犯と間接正犯とが類似の関係にあることを強調することによって共謀共同正犯(共謀者)の正犯性を根拠づけようとしているという回答があった。また、間接正犯類似説は共謀共同正犯の正犯性を根拠づけようとする、間接正犯と共謀共同正犯とは、道具性の観点で大きな差異があるのではないかとする疑問が提出されたが、この点については、今後の課題とされた。

予定の終了時刻を若干過ぎていたが、準備された報告はすべて終了した。

## 五 おわりに—成果と課題—

交流を行って、有益だった点としては、まず、本交流会において使用した川端博編著『刑法判例演習』に収録されたすべての判例について学生が主体的に

読み込むことができた点をあげることができる。ここに掲載されている判例は、大学の授業等においてほぼ確実に触れられる判例ではあるが、第1審から最高裁までを通して主体的に読み込むことを学部学生に期待することは、現状においては、非常に困難であると考えられる。その意味で、交流会に参加した学生は、そうではない者と比較して、かけがえのない経験をしたと評価することができる。次に、「交流会での報告」という目標があったため、集中的に判例研究を行うことが可能となり、その結果、知的活動として活発な演習の実施に繋がったといえる。最後に、日常的に交流のない学生同士が共通のテーマを前提として議論をすることによって、通常のゼミでは得られない緊張感が生まれ、馴れ合いではない他者と比較することを通じて、日頃気づかなかった自分達の優れている点、および、水準に達していない点を発見する機会を得られたことも有益であったと思料する。

逆に、改善すべき点としては、まず、研究報告会全体の所要時間が4時間以上に及んだため、知的活動に関する持久力を鍛錬していない学生にとっては、体力的、精神的に厳しいものがあり、報告会後半では集中力がなくなっている参加者も散見されたので、日頃の学生指導を厳格にするとともに報告形式を修正する必要があるといえる。また、報告会終了後、2日目にかけて、徳島観光を実施したとはいえ<sup>27)</sup> 交流会の主要部分は「判例研究の報告を行う」という観点からの交流となってしまう、学生が個人として交流する機会があまりとれなかった。四国の対角線上に位置する松山と徳島において学生生活を送る学生が個人的に接点をもつことは非常に難しいことを考えると、個としての学生同士の交流が活発にできなかった点は改善を要するものと思われる。この点を踏まえて、次年度以降は、報告件数を減少させ、余裕を持たせる形で交流会を実施することが必要であると思料する。

今後の展望としては、上記の改善点を念頭におき、四国地域に限定せず、中国地方の大学との交流を視野に入れて、活動の範囲を増やして行きたいと考えている。

**注**

27) 研究報告会終了後の活動の詳細については、注26)を参照。

(本稿は、平成18年度松山大学教育研究助成の成果の一部である。)