

間接正犯の実行の着手に関する予備的考察

Zur Diskussion über den Anfang der Ausführung in der mittelbaren Täterschaft

秋山 栄一

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2005 年 9 月 15 日 受理

- 一 はじめに
- 二 各学説の概観及び検討
- 三 判例の状況
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

間接正犯とは、他人を道具のように利用することによって、自己の犯罪を実現する場合である。間接正犯の概念は刑法典上のもではなく、近代刑法理論の所産である。それは、通常、正犯と共犯とを区別する基準である、自ら直接手を下して犯罪を実現した者のみを正犯とする、いわゆる限縮的正犯概念に立ち、且つ正犯者が構成要件に該当する行為を違法・有責に実行した場合にのみ、これに対する教唆犯・従犯の成立を認める、いわゆる極端従属性説を採用する立場から生ずる不可罰の場合の不都合さを回避するために、いわば、補充的なものとして編み出された弥縫策であるとされていた⁽¹⁾。すなわち、責任能力のない他人を道具として利用し犯罪を実現する場合には、自ら手を下したのではないから正犯ではなく、また責任を負わない者に対する行為であるから教唆犯・従犯にもあたらないのであって、これを不可罰とするのは法感情に反することから、間接正犯として処罰しようとしたのであった。しかし現在では、一般的にそのような理解されてはならず、通説の制限従属性説からも間接正犯の概念は認められている⁽²⁾。

以上のような間接正犯という例外的な犯罪形態は、その正犯性、或いはその成立範囲等について数々の論争が交わされてきたことは周知の事実である。その中でも、間接正犯の実行着手時期については、刑法理論における従来の主観説と客観説の対立を越えて、複雑な議論が交わされてきた。未遂犯論における主観説⁽³⁾の代表論者である牧野博士によれば、着手は、犯意を遂行する状態にあるものであって、着手は行為者の行為そのものである⁽⁴⁾。そして、行為が着手に至るのか否かは、他人の行為又は自然界の事実より定まるものではなく、犯罪による危険が切迫しない場合においても行為者がその行為を完了した場合においては、既に実行の終了があったものであるから、実行の着手を論ずるまでもなく、間接正犯についても、背後者の利用行為が基準となる⁽⁵⁾。しかしながら、このような主観説は、現在ではその支持者を失っている。現在では、その対抗馬であった客観説が未遂犯の処罰根拠の主流をなすのであるが、その内部において、形式的客観説⁽⁶⁾と実質的客観説⁽⁷⁾との間で、更に激しい議論が繰り広げられている⁽⁸⁾。間接正犯における実行の着手時期に関する学説としては、従来の通説とされ、他人

Eiichi Akiyama: Department of Law, Faculty of Law, Toin University of Yokohama, 1614 Kurogane, Aoba-ku, Yokohama 225-8502

を利用する者を基準とする利用者標準説⁽⁹⁾、利用される者を基準とする被利用者標準説⁽¹⁰⁾、及びある時は被利用者に、またある時は利用者にというかたちで個別的に着手時期を認める個別化説⁽¹¹⁾の対立がある。従来では、主観説の論者は利用者標準説を、客観説の論者は被利用者標準説を当然に採用するものとされていたが、現在ではそのような理解されていない。むしろ、実行行為を自然主義的に捉えるのか、或いは規範主義的に捉えるのかの思考態度によって間接正犯の実行の着手時期に関する諸説の採用が決定するとされている⁽¹²⁾。

そのような状況の中で、間接正犯に関する実行の着手の理論的基礎は、以下のようなものが挙げられている。第一には、直接正犯と異ならない実行行為性に求める見解⁽¹³⁾である。この立場が本質とする実行行為概念は、構成要件該当性であり、更には、自己自身の手による実行という制約を受けた制限的正犯概念を内容とする構成要件該当性である。第二には、被利用者の規範的障害の欠如に求める見解⁽¹⁴⁾がある。この立場の基本的理解は、法秩序は、責任能力ある者に対し、違法行為を避け、適法行為に出ることを期待している。この期待された者が介在した場合、法秩序の立場からは、それは犯罪実現の規範的障害と考えられ、たとえそれが他の者であっても、それが規範的障害たりえない場合、その行為は自らの手で犯罪を実現するのと同じである。そこに正犯性を認めるのである。第三には、実行の着手における切迫した危険、或いは現実的な危険を求める立場⁽¹⁵⁾である。それによれば、未遂犯を処罰するのは結果発生 of 具体的危険性をもつことであり、その危険が切迫したところに未遂が予備から区別される実質的な理由がある。よって、以上のことを間接正犯の場合にも適用することは当然であるとする。第四には、利用者の被利用者に対する行為支配性に求める見解⁽¹⁶⁾である。この立場によれば、行為支配における支配の対象は、必ずしも自己の行為のみに限られるものではなく、結果に至る因果経過全体に対する支配を意味し、自己の行動を被利用者の動作をもとに、その対象を含めたものといえる。したがって、実行行為概念の本質的要素を行為支配とすることは、実行行為概念は自己の行為のみに限られたものではなく、自己の支配内にあるときは他人の行為でも自己の実行行為となる。

間接正犯に関する上述の三説は、それぞれに以上の四つの理論的根拠に基づいて、間接正犯の実行の着手に関する論証を行っている。本論文は、これら三つの学説を検討し、本来あるべき実体論からの予備的考察を行うものである。

二 各学説の概観及び検討

1. 被利用者標準説

この学説は、間接正犯の実行の着手時期を利用者の行為にではなく、被利用者の行為に求める。後述のわが国の実務もまたこの見解を主に採用している。

まず、前提として、平野博士は実行の着手の概念を以下のように解する⁽¹⁷⁾。すなわち、実行の着手の概念は、結果発生 of 切迫した危険（具体的危険）が発生した段階にきた時に処罰するという「段階を画する概念」であるから、それが正犯行為と一致しなければならない論理的必然性はなく、正犯行為が行われても、未遂としての処罰に値する危険性が発生しない限り、処罰しないという態度をとることは十分可能であると。更に、危険概念について、山口教授は、「危険犯においては、法益侵害に至らない危険自体を処罰の対象とすることによって、侵害以前の段階における刑法の介入を許し、法益を、侵害犯におけるよりも厚く保護することが意図されて」おり、「危険犯の処罰根拠をなす法益侵害の危険は、法益保護のため、その発生が防止されるべき、外界に生ぜしめられた『結果』であると解される」とし、そして、このように「危険を結果として捉えるとするとその判断は、理論的には法益侵害の場合とパラレルに、即ち行為とは区別して行われるべきことになる」とする⁽¹⁸⁾。

両者の理論的基礎を前提に、内藤博士は、正犯行為としての実行行為と未遂行為としての実行行為とを同一視することなく、両者の実質的内容を相対的に理解する。更に、行為を結果を含む広義の行為と把握し、未遂犯の実質的処罰根拠である既遂結果発生 of 具体的危険を結果としての危険として捉えることによって、間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為によって結果発生 of 切迫した危険が生じた時

に認めるのである⁽¹⁹⁾。

更に、大越教授は、実行の着手とは「構成要件該当行為による未遂結果の発生である」とし⁽²⁰⁾、結果としての危険は結果であることから、行為者の行為（因果経過の起点としての正犯行為）との因果関係もまた当然に問題となるとする⁽²¹⁾。そして、山口教授は、「既遂の具体的危険の発生を以って、『実行の着手』を端的に肯定することで足りると思われる」とするのである⁽²²⁾。

2. 個別化説

この立場は、間接正犯の実行の着手時期を一律に決定せず、間接正犯を認め得る個々の類型ごとに判断しようとするものである。この立場を更に詳細に検討すると、その理論的基礎に基づき、更に、以下の3つの立場に大別されると考えられる⁽²³⁾。まず、第一に、間接正犯者の行為を作為と不作為の複合体として捉える立場である⁽²⁴⁾。次に、第二には上述の被利用者標準と同様の基礎に立つ危険概念を結果としての危険と捉える立場⁽²⁵⁾、更に、第三には利用者の行為と被利用者の行為を全体として一つの行為として捉える立場⁽²⁶⁾である。

まず、第一の不作為犯的構成をとる立場であるが、その代表的論者である西原博士は以下のように解する。すなわち、間接正犯の行為は、利用行為にという作為と、先行行為に基づく防止義務違反という不作為からなる複合的構造のものであるから、通常の標準に従い、実行の着手があったとされた時点以降の作為または不作為を間接正犯における実行と考えるべきであるとする。しかし、例外的に被利用者の行為が利用行為と時間的に接着しており、しかもその遂行が極めて確実であると判断される場合には、利用行為の時点にも認め得るとする⁽²⁷⁾。西原説は、間接正犯の実行の着手時期を、作為を不作為の複合体であるとするその行為を基礎として、原則的に被利用者の行為に求め、例外的に利用行為にも求められ得るとするのであり、具体的には、単純挙動犯、故意ある道具そして他人の過失行為を利用する場合を被利用行為に実行の着手を承認する⁽²⁸⁾。単純挙動犯の場合は、三つの理由を挙げている。第一に、この場合を利用行為時に認めるとするならば、利用行為の終了が、実行行為の終了を意味するのであるから、法益侵害のないところへ犯罪の既遂を認めてしまうというものである。第二には、結果犯と単純挙動犯における実行行為とを、性質上同一のものと解し得ないというものである。第三には、実行の着手についての客観説と相容れないという点であるとする⁽²⁹⁾。次に、故意ある道具の場合であるが、目的のない故意ある道具については、容易に利用者の示唆に応じて当該行為を行うであろうからであり、身分のない故意ある道具については、被利用者は、法秩序の立場から反対動機の形成を期待された者であるから、利用者には間接正犯を認めることは出来ない。よって、共謀共同正犯を前提とした共同正犯が成立するとする⁽³⁰⁾。また、他人の過失行為を利用する場合であるが、これは被利用者の行為が、予定の行動に出る蓋然性が高い場合も低い場合もある。このことから、個々の事情に応じた個別判断をするべきであるとするのである⁽³¹⁾。

第二に、上述の被利用者標準説と同様の基礎に立つことによって、危険概念を結果としての危険と捉える立場である。川端教授は、実行の着手の概念は、当該行為が結果発生の具体的危険を生じさせた場合に、処罰するという段階を画す概念であり、実行行為と実行の着手の時期とは、必ずしも同時であることは必要でない。従って、間接正犯の場合には、利用行為を処罰の対象としながら、その着手時期は、被利用者の行為を基準として決定することは可能であるとする⁽³²⁾。更に、前田教授は以下のように述べる⁽³³⁾。すなわち、間接正犯について、「正犯は自ら実行行為を行うものとして積極的に捉えなければならない」とし、「一定程度以上の結果発生の危険性を有する行為を行い、正犯意思を有する場合のみが正犯なのである」とする。これを前提にして、3歳の子供をそそのかして窃盗をさせる場合に、もし、子供が転んで途中でやめた場合には、窃盗をそそのかした利用者に窃盗罪の未遂の責任を問うことは酷である。「正犯性と実行の着手は一応別個に考えなければならない」。つまり、「実行行為を行うのは正犯であるが、実行の着手時期は正犯者の手を離れた後に到来することは十分に考えられる」ことから、「『未遂として処罰し得る危険』という結果発生の有無は、正犯性とは別個の問題なのである」とする。よって、最終的には、実行の着手も未遂として処罰すべきか否かということから逆算して決定さ

れるべきであるとする。

更には、第三の利用者の行為と被利用者の行為を全体として一つの行為として捉える立場である。中野教授は、道具である被利用者は、間接正犯者の手の延長である。道具の行為は間接正犯者の行為そのものである見なし得るとする⁽³⁴⁾。また、大谷教授は、利用行為と被利用行為が刑法的に個別的に評価されるのではなくて、間接正犯の意思によってその両者が統一され、一体となって利用者の実行行為として評価されなければならないとする⁽³⁵⁾。藤木博士は、被利用者は、犯罪事実と直面することからくる規範的障害を欠くものである意味では利用者の道具ではあるが、被利用行為そのものは被利用者の意思に基づくものであるから、機械のごとく一挙手一投足まで、利用者にあやつられるという関係にはないとする。従って、実行の着手は、「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」とする⁽³⁶⁾。

3. 利用者標準説

この立場は、規範的観点からのアプローチをしている。すなわち間接正犯は、規範的観点から、直接正犯と同視されるべき、その本質的性格の認識によって生成された観念であると理解する⁽³⁷⁾。

因藤博士によれば、実行行為は器具や動物を道具に使ってもいいのと同様に、人を道具に使用してもよい。医師が患者を殺害するのに、事情を知らない看護婦を使って毒薬を飲ませても、それは自分の手で行っても少しも変わりがない。利用者の誘致行為が構成要件の定型性を具備している限り、間接正犯は正犯の一形態である⁽³⁸⁾。

更に、大塚博士によれば、まず、実行行為とは、ある犯罪の正犯者自身が行うべきものであって、他人に行わせて、それについて正犯へ帰責し得るものではないことから、他人に実行行為を行わせる場合には、これを行う他人こそが正犯者とされなければならない。しかも、間接正犯の被利用者の中には、高度の精神病患者、或いは幼少の子供なども含まれ得るのであって、それらの者には刑法的意味における人格の表現としての行為すら認め得ない場合も少なくない。そのような身体の動静をも、一律に犯罪の実行行為と理解することの不都合さというまでもない⁽³⁹⁾。このように、間接正犯の実行行為は、利用者の被利用者に対する誘致行為に認めざるを得ないのであり、よって被利用者の身体的動静は、誘致行為に基づく因果の経過として理解されるべきである。また、故意ある道具の場合も、その性格は、いやしくも道具として利用されるものである以上、法的には他の利用者と同様に理解されるべきであるとする⁽⁴⁰⁾。以上のことから、利用者標準説の論点を要約すれば以下の通りである。第一に、規範的観点から利用者の行為に実行行為性を認める以上は、実行の着手時期も利用者が被利用者に働きかける行為に求めるべきであり、第二には、間接正犯者の行為としては、利用行為以外には考えられず、それ以降は結果に向かっての因果関係の進行過程に過ぎない。そして、第三には、実質的には、被利用者の道具的性格からみて、利用者の行為自体に犯罪実現への現実的危険性が含まれるとするのである。

4. 各学説の検討

まず、被利用者標準説を検討する。例えば高度の精神病患者などのように、刑法的意味における、行為をなさない者が含まれるが、そのような被利用者の身体的動静は行為ではない以上、実行行為とは認めることができない。また、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、間接正犯の場合、実行の意思は利用者のみが有するのであるから、この立場よれば、実行の意思と実行行為とが別々の行為主体に分属されており、しかも、利用者の誘致行為が終了した後に、実行の着手を認めるという不都合が来たされることとなる⁽⁴¹⁾。次に、その理論的基礎である「結果としての危険」という危険概念の理解について、刑法43条が「犯罪の実行」を規定しているにもかかわらず、行為者の行為を離れた一定の段階に実行の着手を認めるのは、明らかに法の解釈に反するといえる⁽⁴²⁾。更に、「未遂結果の発生」とは、換言すれば「構成要件の結果の不発生」であるが、これは実行の着手の要件判断にとって、その論理的前提である。未遂結果の発生とパラレルであるとされる構成要件の結果の不発生とは、結果に対する具体的危険があった場合を意味するのであるが、それ以外の場合、すなわち、結果が現実に生

じた場合、或いは結果が発生であってその具体的危険すらなかった場合には、未遂犯の成立する余地はない。つまり、実行の着手が問題となるのは、ある既遂犯の未遂が問題となっていなければならないが、その場合とは、まさに結果発生の実質的危険がある場合である。であれば、論者の理論によれば、未遂犯が成立する時には常に実行の着手があることになり、逆に、実行の着手が認められるならば、結果に対する実質的危険が存在したのであるから未遂が成立するという、一種の同義反復に陥ってしまうことになるのであるという批判がある⁽⁴³⁾。

次に、個別化説は、被利用者の道具的性格に着目し、間接正犯を区分することによって実行の着手時期をその類型ごとに区別して考えるものであるが、理論の一貫性が欠ける上、被利用者の行為を基準とする部分においては、被利用者標準説への批判がそのまま当てはまることとなる⁽⁴⁴⁾。

この批判を受けて、第一の不作為犯的構成をとる西原博士は、前述のように、間接正犯者の行為を利用行為という作為と先行行為に基づく防止義務違反という不作為とからなる複合的な構造をもつものであるとし、通常の基準に従って、実行の着手があったとされた時点以降の作為、または不作為を、間接正犯における実行行為として理解すべきである⁽⁴⁵⁾とした。しかし、一定の犯罪を実現しようとして作為をした者に、その犯罪的結果の発生を防止すべき作為義務を課し、その義務違反の不作為をその者の実行行為と解することは、いかにも技巧的である⁽⁴⁶⁾といえる。更に、この不作為犯的構成に関して、不作為犯であれば、当然に作為可能性があることが前提となるが、利用行為後⁽⁴⁷⁾、病氣、その他のやむをえない理由で作為義務を果たし得ない場合にどのような解決をとるのが問題となる。もし、その場合に、利用行為時、或いは作為可能な時点で遡って作為義務違反があるとすれば、不作為犯的構成をとる意味がなくなるであろう⁽⁴⁸⁾。

第二の危険概念を結果としての危険と捉える立場についてである。この立場に対する批判は、当然のことながら、危険概念を結果として捉える被利用者利用者標準説へのものがそのまま当てはまることとなる。この見解は、離隔犯の実行の着手についても同様の理論的基礎に立脚する⁽⁴⁹⁾。それに関連し、ここでは、実行の着手とは「段階を画する概念」であるということについて一言したい。「段階を画する概念」とは、実行の着手を結果発生 of 具体的危険が生じた場合に認め得るというものであるから、行為の時期と実行の着手時期とが同時でなくとも、別段問題はないとし、間接正犯の場合には、利用者の行為を実行行為と認めながらも実行の着手時期は、被利用者の行為を基準にして定めることが可能であるとする⁽⁵⁰⁾。したがって、間接正犯の場合には、すなわち、もし郵送物が途中で偶然にも、散逸して被害者宅に到達しなかったとすれば、恐らく論者は、予備罪が成立すると考えるのであろうが、既に郵送時において実行の着手を認めながらも、なおもこれを予備とするということは理論上問題があると考えられる⁽⁵¹⁾。

第三の利用者の行為と被利用者の行為を全体として一つの行為として捉える立場であるが、この立場には、上述のように、被利用者が道具としての行為を開始したときに実行の着手を認めてしまうと実行の着手時期を他人の動作に依存させることになり不当であるという批判がある⁽⁵²⁾。この批判に対し、大谷教授は行為支配論を理論的基礎に置き⁽⁵³⁾、「間接正犯の場合は利用者の意思によって被利用者があたかも道具のごとく支配されているところに利用者を正犯とする根拠があるから、利用開始後の作為または不作為によって被利用者の行為が一方的に利用されている以上は、結果発生 of 現実的危険の惹起は利用者の意思に基づくものであって、被利用者の意思に基づいたものではないと解すべきである」とする⁽⁵⁴⁾。しかしながら、この場合には、いわゆる身分のない故意ある道具の説明は困難なのではなからうか。現に大谷説はこの場合には、共謀共同正犯を前提とした共同正犯が成立する場合を認めている⁽⁵⁵⁾。更には、被利用者の行為を全体として一つの行為として捉えるという間接正犯形態の把握についてであるが、これは一つの方法であるとわたくしも考える。しかし、大谷教授は、例えば被利用者の過失行為を利用する場合に、被利用者には過失犯が成立するとされ⁽⁵⁶⁾、利用者には直接述べられてはいないが、恐らく故意犯が成立するのであろう。この結論自体は妥当なものだと考えられが、ここでは利用者の行

為と被利用者の行為を全体として一つの行為として捉えているにも関わらず、なぜ利用者と被利用者の成立する犯罪が異なるのであろうか。十分な説明がなされていない。

最後に、利用者標準説に対しては、確かに、被利用者が責任能力者であれば、誘致行為に対して規範意識の抵抗が生じて直ちに結果発生の現実的危険があるとはいえないが、責任無能力者は、規範意識の抵抗がないから、結果発生の危険性がやや高い。しかし、實際上、相当の困難があることから直ちに結果発生の現実的危険があるとはいえないであろう⁽⁵⁷⁾という批判がある。この批判に対して、この立場は、実行行為概念を規範的に再構成することによって、利用者の誘致行為を直接正犯の行為と同視し得るとする⁽⁵⁸⁾。しかし、この見解は、大塚説が採用する実行の着手における実質的客観説と整合性を担保することは困難であろう⁽⁵⁹⁾。すなわち、利用者の行為について、「犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始すること」という論者の実行の着手の定義⁽⁶⁰⁾との矛盾を指摘し得るのである。これを認めれば、実行の着手時期を非常に早い時点で認めることになってしまう⁽⁶¹⁾という批判は、それ自体正しい核心があると考えられる。

三 判例の状況

わが国の実務の状況はどうであろうか。前提として、間接正犯の実行の着手時期を正面から判断した大審院、或いは最高裁の判決は見当たらない。従って、ここでは、間接正犯の一種と考えられ得る離隔犯の事案を概観する⁽⁶²⁾。

戦前の判決に関して、まず、明治43年6月23日の大審院判決⁽⁶³⁾では、「誣告罪ハ刑事又ハ懲戒処分ヲ受ケシムル為メ不実ノ事項ヲ申告スルニ因リテ成立スルモノナレバ単ニ其事項ヲ記載セル書面ヲ郵便ニ付スルモ未ダ以テ犯罪行為ニ着手セルモノト云フヲ得ズ何トナレハ其書面ノ到達セサル限りハ申告ノ事実ナケレバナリ故ニ・・・被告カ不実ノ事項ヲ記載セル書面ヲ作成シ之ヲ東京市内ニテ郵便ニ付シタル当時誣告罪ノ成立スルモノニ非ズシテ岐阜地方裁判所ニ到達セシメタルニ因リ成立スルモノ・・・」と述べた。つまり、郵便配達夫を利用することによって行う誣告（改正法では虚偽告訴）の実行の着手は、東京から郵送するという利用者である被告人の行為にではなくて、岐阜における被利用者たる郵便配達夫の行為の求められるとした。

次に、大正3年6月20日の判決⁽⁶⁴⁾である。この事案は、銀行から金員を詐取するために内容虚偽の電報依頼紙を郵便局に提出したのであるが、その発信前に発覚したというものである。この事案に対し、大審院は「金円ヲ騙取セントスル予備校ニ過ギス、未タ被欺妄者タルヘキ右銀行ニ対シ何等詐欺行為ノ実行ニ着手シタモノニ非ズ」とした。

更に、大正5年8月28日の判決⁽⁶⁵⁾では、恐喝文章を郵送した事案において、その「文章ヲ郵送ニ付シテ到達セシメタルニ於イテハ受信人ヲシテ其ノ内容ヲ認識シ得ヘキ状態ニ置キ之ニ依リ其文章ハ行使セラレタルモノナルヲ以テ恐喝罪ノ実行ニ着手シタルモノ」であるとした。よって、受信人がこれを了知し得なかったとしても、恐喝罪の実行の着手があったといえるとした。

また、殺害の目的で毒薬を混入した砂糖を小包郵便で送付した大正7年11月16日⁽⁶⁶⁾判決では、「之ヲ受領シタル時ニ於イテ同人又ハ其家族ノ食用に得ヘキ状態ノ下ニ置カレタモノニシテ」、殺人罪の実行の着手があるとした。

戦後のものに関しては、下級審判決に離隔犯の事案が見られるが、まず、宇都宮地裁昭和40年1月9日判決⁽⁶⁷⁾である。すなわち、本事案は、被告人は、父A及び家族兄弟が日常通行する農道脇に毒入りジュースを置き、拾得飲用させて同人らを殺害し、自らも飲用して自殺する一家心中を企てた。そして、自宅付近の農道の道端等3箇所に毒入りジュースを分散して配置したところ、同所を通行した近隣の家族がそれぞれ拾得飲用した結果、同家族の児童等3名をその毒薬による中毒死に至らしめたが、本来の目的である父Aらに対する殺害の目的は、これを遂げなかったというものである。本判決は、実行の着手に関し、「行為が結果発生の恐れのある客観的状況に至った場合、換言すれば保護客体を直接

危険ならしめるような法益侵害に対する現実的危険性を発生せしめた場合である」とする。それを前提に、本件について、毒入りジュースを「単に農道上に配置されただけでは他人のそれが直ちに他人の食用に供されたとはいえない」とし、「本件被害者らによって右ジュースが拾得飲用される直前に」実行の着手があるとした。

以上のように、実務に関しては、大審院以来、一貫して離隔犯の実行の着手時期をいわゆる到達主義に求めている。確かに、当初の実務は、間接正犯概念の存在を意識せず、現在では一般的に間接正犯と考えられている場合を実行正犯そのものと解していたとはいえ⁽⁶⁸⁾、終始一貫した態度が感じられる。しかしながら、より詳細に見れば、離隔犯の事例において、既遂結果不発生に終わった部分について、いわゆる発送主義を採用したと考えられる以下のような事案も存在する。

すなわち、東京高裁昭和42年3月24判決⁽⁶⁹⁾であるが、世田谷郵便局に郵便課に勤務し、郵便物区分の業務に従事していた被告人は、郵便物を領得しようとして、郵便物の宛名を被告人の宛名を被告人の住居である所番地の同姓虚無人に書き換え郵便区分棚に差し置いた。それを、情を知らない配達担当者に配達させて窃取しようとしたものである。本件は、既に配達された部分については窃盗罪の既遂が認められ、その他に、上司に怪しまれ配達され得なかった一部の郵便物についても窃盗罪の未遂が認められた。本件の特殊性は、本来、離隔犯の受領者は被害者であるが、それが加害者であるというところにあるが、いずれにしても、郵便物の宛名を書き換え、郵便区分棚に差し置いた時に窃盗罪の実行の着手を認めている。

四 結びにかえて

以上のように、間接正犯における実行の着手に関する学説を検討したのであるが、いずれの立場によっても間接正犯の実行の着手時期の説明に問題を残していることが分かる。

被利用者標準説は、端的に被利用者の行為を実行行為とするのであるが、構成要件の客観・主観的要素を各行為者に分属させてしまっていることが問題である。それは、人間の行為は客観・主観の総合体であるにもかかわらず、その行為の純客観的側面に捉われ、主観面がなおざりにされているからである。その両者を各行為者に分属させことによってこの問題を解決しようとするのは、いかにも技巧的でありすぎよう⁽⁷⁰⁾。

また個別化説における実行の着手時期は、基本的には利用者の誘致行為に認め、「故意ある道具」等の類型のみを被利用者に求められるのであるが、この個別的判断は、先ほども述べたように、理論的一貫性を欠くといえる。

利用者標準説の場合について、わたくしは、実行の着手時期を利用者の誘致行為時に認めること、それ自体は、正しいと考える。それは、間接正犯の構造としては、背後者の誘致行為が、当該事象及び被利用者を支配しているのであって、そこが因果関係の基点とも考えられるので、犯罪の主体は、あくまでも利用者と考え得るからである。

しかしながら、わたくしは本説の前提とする理論的基礎に疑問を持つのである。すなわち、間接正犯の実行の着手を直接正犯と異ならない実行行為性に求めるという点についてである。本説は、犯罪論体系における構成要件論を基礎としている。この構成要件論は、抽象的、一般的且つ定型な構成要件の判断を前提とし、構成要件該当性の認められる行為について、更に具体的・個別的且つ非定型な違法性及び責任の判断を行おうとする⁽⁷¹⁾。更に、本説は、「Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege」、つまり「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない」という法格言で示される罪刑法定主義に最も合致するとも主張し、これと同時に刑法の人権保障機能を最も貫徹しようと主張する。そして、この体系論的に中核となる概念は実行行為、すなわち「構成要件に該当する行為」である。この概念は、記述された構成要件の「枠」において刑罰的評価の対象となる行為を設定しようとする。しかしながら、間接正犯事例に目を向けてみると、その実行の着手時期を確定するにあたって、この実行行為概念の定義とはかけ離れたものになっているということが見受けられる⁽⁷²⁾。そこで、論者はこの

隙間を埋めるために、この実行行為概念を規範的に再構成するのである。この実行行為概念は、構成要件の定型性ととの合致を大前提に置き、それを規範的に再構成することによって、結果発生の現実的危険の生じた時の行為と正犯の行為とを同視すべきであるとするのである。本来、構成要件論は、構成要件自体の定型性、或いは類型性が犯罪を個別化し、この構成要件の基底としての行為が犯罪的行為とそうでない行為とを峻別する「枠」付けを可能にすることによって、刑法の人権保障的機能を実践し得るとしたはずである。しかし、この規範的再構成をすることは、本来の実行行為概念の「枠」から逸脱してしまう。間接正犯の実行の着手を直接正犯と異ならない実行行為性に求めるといえることは、本来、この「枠」に入ることができないものを、どうにか入れようとして、構成要件論の大義名分である人権保障から後退するという皮肉な結果となってしまっているといえるのである。これは、構成要件を機軸とした犯罪論体系の限界であろう。換言すれば、この間接正犯の事例からは、一方的な政策的見地からの刑法理論の把握では限界があるということの一端が、如実に現れているのではなかろうか。従って、わたくしは、この実行行為概念を機軸した理論には賛成し得ない。

次に、危険概念を「結果としての危険」としてのみ捉える見解にも賛意を評することは出来ない。ここでの問題性は、危険というものを独自の結果として捉えるのか、或いは行為の属性として捉えるのか、更に両者としての側面を認めるのか、ということである。周知のように、この「結果としての危険」という概念は、違法性論における結果無価値一元論から主張されている⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾。この見解の基礎にあるものは、違法性は実質的な価値判断の領域であり、この概念の人権保障機能を高めるために、この領域から主観的要素を排除したり、法益概念を客観的価値、或いは物的なものに限定することである⁽⁷⁵⁾。この理論的基礎を前提に、論者は以下のように述べる⁽⁷⁶⁾。「未遂犯においては、結果発生に至らない危険自体を処罰の対象にすることによって、結果発生以前の段階における刑法の介入を許し、既遂犯のみを処罰する場合よりも法益を厚く保護することが意図されているのである。その意味で未遂犯の実質的処罰根拠である既遂結果発生の危険は、法益保護のために、その危険発生が防止されるべき、外界に生ぜしめられた『結果』であると解するべきである」と。確かに、法規範が法益の保護を目的とするという点については疑問の余地はない。しかしながら、この目的を達成するための手段としての法にとって、法益の保護された状態のみが正しいといえるのであろうか。その解答は、否である⁽⁷⁷⁾。すなわち、法規範の本質を価値判断と考えた場合に、この価値は単に存在するのではなく、存在することが同時に実現されるべき要求を含んでいると把握されるべきであることから、その価値に関する限り、評価と決定について、どちらか一方の先行性を主張することは出来ないのである。このことを前提に、刑法の行為規範と裁判規範の観点から考察すれば、法益を保護する状態を実現するためには、一定の行為の禁止・命令が必然的に要求される。ここで禁止される一定の行為とは、それが法的観点から不正と評価されるからであるが、ここでの不正とは、実行の着手の観点からいえば一定の危険性を含むからであろう。危険性を含まない行為は、原則として禁止されないはずである。よって、危険は行為の属性でもありと考えられる。しかしながら、その状況に危険が存在する場合もあり得とも考えられる。そうであれば、行為としての属性と、結果として、言い換えれば状況としての危険も認められるであろう。いずれにしても、結果としての危険のみでは危険概念を論ずることはできない。この論点の検討は後日に譲りたい。また、他方では、「結果としての危険」というものは、人権保障という刑事政策的観点から主張されたものであると考えられる。結果無価値一元論の志向する刑事政策的見地を踏まえれば、人権保障機能の尊重は首肯しうる一方向であるが、しかし、以上の政策的決定といえども違法性の本質構造を無視することは許されないのである⁽⁷⁸⁾。従って、このような理論的基礎から導かれた結果という危険概念は、上述の内在批判が当然に該当し、根本的な問題を抱えているのである。

更に、近時において、因果関係論の条件関係、及び相当因果関係を限定するというアプローチのうえに、上述の結果としての危険を補強する理論として、いわゆる遡及禁止論を用いて間接正犯論をも基礎付けようとする見解が存在する⁽⁷⁹⁾。

本説によれば、被利用者に当該構成要件の結果についての故意、及び責任が肯定され、自立的意思決定が存在した場合には、遡及禁止効が働き、背後者の間接正犯性が否定されるが、そうではない場合に

は、相当因果関係が満たされる限りにおいて背後者に間接正犯の成立が認められるとする⁽⁸⁰⁾。この観点は、正犯と共犯の区別における間接正犯の正犯性に関する議論であるが、本説の基本的思考は、違法性論における結果無価値一元論を大前提に、結果から遡って媒介者の行為の時点で媒介者の事情を判断し、それを基礎として、更に時間的に前の段階、間接正犯が問題となる場合には、背後者の罪責判断をするべきであると解される⁽⁸¹⁾。しかしながら、ここでは、利用者と被利用者との関係性を棚上げにしてしまっている感がある。ここでもし両者の関係性を確実に考慮するのであれば、結果から遡って判断するという議論の方向性はありえないのではなからうか。つまり、因果の流れを前提にし、利用者の意思や、それに対する被利用者の主観的状态を考慮するのであれば、議論の方向性は、結果から遡るのではなく、利用者の事情から進めなければならないと考えられる。更に、なぜ被利用者に当該構成要件の結果についての故意、及び責任が肯定され、自立的意思決定が存在すれば遡及禁止効が働くのであろうか。これは当然に、被利用者に関する主観的事情を考慮しているということとなると考えられるが、結果無価値一元論からの帰結として問題はないのであろうか。また、この遡及禁止効が働けば、恐らく教唆犯が成立するはずであるが、山口教授は、共犯の従属性に関して、制限従属性説を採用していたはずである⁽⁸²⁾。この観点との整合性も問題であらう⁽⁸³⁾。以上のように、わたくしは、遡及禁止論を前提とした解決にも賛同することは出来ない。

また、被利用者の規範的障害の有無を基本とするという理論的基礎についても疑問がある。法秩序は、責任能力ある者に対し、違法行為を避け、適法行為に出ることを期待している。この期待された者が介在した場合、法秩序の立場からは、それは犯罪実現の規範的障害と考えられ、たとえそれが他の者であっても、それが規範的たりえない場合、その行為は自らの手で犯罪を実現するのと同じである。従って、規範的障害説からは、そこに正犯性を認めるというものである。確かに、被利用者に規範的障害が認められれば、利用者働きかけは及ばないといえるかもしれない。しかしながら、例えば、過失行為を利用する間接正犯の場合には、この規範的障害説を採用する論者の間でも、利用者の規範的障害の有無について見解が分かれている⁽⁸⁴⁾。この見解の相違は、純粹に利用者と被利用者との関係性を考慮するのか否かということにも由来すると考えられる。たとえ、被利用者に規範的障害があったとしても、利用者の関係上、被利用者の行為を左右する別の要素がある場合もあるのではなからうか。すなわち、規範的障害の有無というものは、被利用者の状態を述べることは可能であっても、利用者の状況はそれほど考慮されてはいないといえる。確かに、法秩序を基礎とした社会生活を前提にした場合、規範的障害という要素は、人間は理性的存在であり、当該行為者が、社会規範に見合った行為を行うのか否かという条件にはなり得るであらう。しかし、条件とはなり得ても、その正犯性、つまり間接正犯性を基礎付ける根拠とはなり得ないのではなからうか。従って、被利用者のもつ規範的障害の有無だけでは、その正犯性を基礎付ける根拠は乏しいと考えられる。

わたくしは、間接正犯の実行の着手時期に関する学説の理論的基礎にある理論に関しては、恐らく行為支配論が理論的正当性を担保し得ると考える。ここでの実行の着手時期に関する個別化説の理論的基礎としての行為支配論ではなくて、利用者の行為性を立証するものとしての行為支配である。

最後に、先程も述べたように、被利用者標準説の結論は、それ自体正しいと考える。しかし、上述のように、構成要件論を前提とした実行行為概念では問題があるのである。従って、構成要件論を大前提とした実行行為によってこの間接正犯の問題を解決し得ないのであれば、いわゆる「裸の行為」を前提としてこの問題を解決する可能性も考えられ得るのではなからうか。このいわゆる「裸の行為」と行為支配論を結びつけることによって、利用者の被利用者に対する影響力を考慮することができると考える。小野博士はいわゆる「裸の行為」を以下のように批判した⁽⁸⁵⁾。すなわち、「おもふに、従来の行為論の病は、行為というものを法律的、構成要件的評価以前のものとして考えることにある。私のいわゆる『裸の』行為論がいけないのである。刑法上の行為は、あくまでも構成要件的行為である。それ故に亦違法にして且つ道義的に責任ある行為でなければならない」と。しかしながら、本論文において為した間接正犯の実行の着手に関する若干の検討を見る限りにおいて、構成要件的行為の理論的成功は見取れない。確かに、犯罪成立の第一成立要件に「行為」を置く見解は、他の被利用者標準説、個別化説において存

在する⁽⁸⁶⁾。しかしながら、その場合に、行為の属性であると考えられる危険概念を結果と捉え、或いは実行行為概念を段階的概念であるとし、更には、客観と主観の統一と捉えるべき行為をそれぞれの行為者に分属させるという手法は、ここでの行為というものの意義をなおざりにしてしまっているのである。また、巨視的に見れば、犯罪論体系における構成要件論、及び違法性論における結果無価値一元論は、刑事政策的観点からのアプローチが人権保障に資すると思ってきたのであるが、それが貫徹されていない今、むしろ、犯罪の実体に迫ることが人権保障にも資することになるのではなからうか。よって、行為論の再構築を目指すことが肝要であろう。

確かに、犯罪論体系を踏まえた場合に、その第一成立要件には、行為が、第二の要件に構成要件が置かれるのであるが、その際の両者の関連性も問題となる⁽⁸⁷⁾。更には、どのような行為概念を採用するのかということも課題であろう。わたくしは、行為の外縁と内包を画し、更に両者の関係性を論ずることが重要であると考えている。とするならば、その内包にはおそらく何らかの行為支配というものがあるとはまると考えられる。

以上のような問題点を今後の課題とし、わたくしはこれからも、刑法における行為概念に関わる問題点を更に研究して参りたいと考えている⁽⁸⁸⁾。

注

- (1) 大塚仁「間接正犯の研究」有斐閣（1958年）2頁以下参照、なお、木村博士は「間接正犯の概念は共犯従属性の理論の生んだ父なし子であり、祖国のない永遠のユダヤ人であり、その正犯性の論証は不可能であって、共犯従属性の原則と消長をともにする運命のものである」と述べられる（木村亀二「法律学全集40刑法総論」〔阿部純二・増補〕有斐閣（1978年）388頁）。
- (2) 大塚仁 前掲論文集 前注(1)「間接正犯の研究」3頁以下参照、同「刑法概説」〔第3版〕有斐閣（1997）153頁。
- (3) 主観説に立つ論者として、市川秀雄「実行の着手」『刑事法講座・第二巻』有斐閣（1952年）394頁、江家義男「刑法総論」千倉書房（1952年）157頁以下、牧野英一「重訂日本刑法總論」有斐閣（1943年）258頁、宮本英脩「刑法学粹」弘文堂書房（1931年）369頁以下、同「刑法大綱」弘文堂（1935年）、八木國之「新派刑法学の現代的展開」〔増補版〕酒井書店（1978年）112頁以下等。
- (4) 牧野英一 前掲書 前注(3) 254頁。
- (5) 牧野英一 前掲書 前注(3) 258頁。
- (6) 植松正「再訂刑法総論」勁草書房（1974年）320頁、小野清一郎「新訂刑法講義総論」〔増補版〕有斐閣（1950年）106頁、香川達夫「刑法総論講義」〔第三版〕成文堂（1995年）296頁、吉川経夫「三訂刑法総論」〔補訂版〕法律文化社（1996年）233頁、団藤重光「刑法綱要総論」〔第3版〕創文社（1990年）355頁、356頁等。
- (7) 大越義久「実行の着手」『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』日本評論社（1990年）141頁、大塚仁 前掲論文集 前注(1)「間接正犯の研究」126頁、同 前掲書 前注(2)「刑法概説」165頁、大谷實「刑法講義総論」〔第4版補訂版〕成文堂 377頁以下、内藤謙「間接正犯・離隔犯の実行の着手」『法学教室』106号（1989年）58頁以下、平野龍一「刑法総論Ⅱ」有斐閣（1975年）313頁以下、福田平「全訂刑法総論」〔第三版〕有斐閣（1997年）245頁、前田雅英「刑法総論講義」〔第3版〕東京大学出版（1998年）150頁以下、山口厚「刑法総論」有斐閣（2001年）231頁以下等多数。
- (8) その他、折衷説として、木村亀二 前掲書 前注(1)345頁、西原春夫「刑法総論」〔改定準備版・下巻〕成文堂（1993年）227頁、野村稔「刑法総論」〔補訂版〕成文堂（1998）330頁等。
- (9) 植松正 前掲書 前注(6) 320頁、大塚仁 前掲論文集 前注(1)「間接正犯の研究」126頁、同 前掲書 前注(2)「刑法概説」165頁、小野清一郎 前掲書 前注(6) 106頁、香川達夫 前掲書 前注(6) 296頁、吉川経夫 前掲書 前注(6) 233頁、団藤重光 前掲書 前注(6) 355頁、356頁、福田平 前掲書 前注(7) 223頁等。なお、主観説からは、本文の通り、利用者標準説がとられることになるが、牧野博士は、間接正犯の観念は無用とされる（牧野英一 前掲書 前注(3)461頁、466頁）。
- (10) 朝倉京一「刑法総論」酒井書店（1993年）149頁、大越義久 前掲論文 注(7)151頁、荘子邦雄「刑法総論」〔第3版〕青林書院（1996年）458頁以下、内藤謙 前掲論文 前注(7)58頁以下、山口厚 前掲書 前注(7)234頁、同「問題探求刑法総論」有斐閣（1998年）210頁以下等。
- (11) 青柳文雄「刑法通論Ⅰ総論」泉文堂（1968年）126頁以下、内田文昭「改訂刑法Ⅰ総論」青林書院（1986年）226頁、大谷實 前掲書 前注(7) 377頁、奥村正雄「未遂犯における危険概念」『刑法雑誌』33巻2号（1993年）223頁、川端博「刑法総論講義」成文堂（1995年）456、516頁、黒木忍「実行の着手」

- 信山社(1998年)69頁以下、齊藤金作「実行の着手」『刑事法講座第四巻』有斐閣(1963年)15頁、齋藤信治「刑法総論」〔第3版〕有斐閣(1998年)220頁以下、曾根威彦「刑法総論」〔第3版〕成文堂(2000年)255頁、富田敬一「間接正犯と実行行為」『現代刑法講座第三巻』成文堂(1979年)80頁以下、奈良俊夫「新版概説刑法総論」芦書房(1993年)244頁、西田典之「間接正犯の実行の着手時期」『刑法判例百選Ⅰ総論』〔第二版〕有斐閣(1984年)147頁、西原春夫「間接正犯の理論」成文堂(1962年)198頁以下、205頁以下、同前掲書前注(8)357頁以下、同「犯罪実行行為論」成文堂(1998年)227頁、萩原玉味「実行の着手における主観説と客観説」『刑法の争点』〔新版〕有斐閣(1987年)104頁、平野龍一前掲書前注(7)319頁以下、藤木英雄「刑法総論講義」弘文堂(1975年)279頁以下、前田雅英前掲書前注(7)80頁以下、森下忠「刑法総論」悠々社(1993年)170頁以下。
- (12) 大塚仁前掲書前注(2)「刑法概説」167頁、高窪貞人「間接正犯の諸問題」八木國之先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的展開(上)』法学書院(1992年)251頁。
- (13) 田藤重光前掲書前注(6)138頁、大塚仁前掲書前注(2)「刑法概説」154頁以下、福田平前掲書前注(6)255頁。
- (14) 西原春夫前掲書前注(8)358頁以下、曾根威彦前掲書前注(11)251頁。
- (15) 大越義久前掲論文前注(7)151頁、莊子邦雄「刑法総論」〔第3版〕青林書院(1996年)458頁以下、内藤謙前掲論文前注(7)62頁、中山研一「間接正犯の実行の着手(一)(二)―中教授の批判に関連して―」『警察研究』57巻7号15頁以下、8号15頁以下(1987年)、平野龍一前掲書前注(7)313頁、山口厚前掲書前注(7)234頁、同前掲論文集「問題探求刑法総論」前注(10)210頁以下、山中敬一・浅田ほか共著「刑法総論」〔改訂版〕青林書院(1997年)243頁以下等。
- (16) 井田良「正犯概念」『法学教室』137号(1992年)27頁以下、同「犯罪論の現在と目的的行為論」成文堂(1995年)192頁、橋本正博「『行為支配論』と正犯理論」有斐閣(2000年)1頁以下、林幹人「『間接正犯』について」板倉宏博士古稀祝賀『現代社会型犯罪の諸問題』勁草社(2004年)83頁以下、平場安治「刑法総論講義」有信堂(1952年)150頁、福田平前掲書注(7)245頁等。
- (17) 平野龍一「正犯と実行」『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)130頁。もっとも、平野博士は、例えば離隔犯の場合にも着手がありうることから、その意味では個別化説に数えることができる(平野龍一前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)320頁)。
- (18) 山口厚「危険犯の研究」東京大学出版(1982年)58頁、同前掲書前注(7)「刑法総論」233頁。
- (19) 内藤謙前掲論文前注(7)62頁。
- (20) 大越義久前掲論文前注(7)143、163頁以下。
- (21) 山口厚「因果関係論」『刑法理論の現代的展開総論(特)』日本評論社(1988年)59頁。
- (22) 山口厚前掲書前注(7)「刑法総論」234頁。
- (23) 原口信夫「間接正犯者の実行の着手時期」法学新法第105号第1号(1998年)66頁。なお、原口説は本論文でいう第三の立場を行為帰属論と呼んでいる。原口信夫前掲論文66頁以下参照。
- (24) 西原春夫前掲書前注(8)367頁、同「間接正犯と原因において自由な行為」『法学教室』25号(1982年)38頁以下。
- (25) 川端博前掲書前注(11)456、516頁、平野龍一前掲書「刑法総論Ⅲ」前注(7)320頁、前田雅英前掲書前注(7)174頁等。
- (26) 大谷實前掲書前注(11)377頁以下、竹田直平「間接正犯(一)」『立命館学叢』4巻8号(1993年)74頁、中野次雄「刑法総論概要」〔第3版補訂版〕成文堂(1997年)80頁以下、原口信夫前掲論文72頁以下。藤木英雄前掲書前注(11)279頁等。
- (27) 西原春夫前掲書前注(8)「刑法総論」367頁、同「間接正犯と原因において自由な行為」『法学教室』25号(1982年)38頁以下。
- (28) 西原春夫前掲論文集前注(11)「犯罪実行行為論」259頁。
- (29) 西原春夫前掲論文集前注(11)「犯罪実行行為論」247頁以下。
- (30) 西原春夫前掲論文集前注(11)「犯罪実行行為論」250頁以下。
- (31) 西原春夫前掲論文集前注(11)「犯罪実行行為論」255頁以下。
- (32) 川端博「刑法総論25講」青林書院(1990年)344頁。
- (33) 前田雅英前掲書前注(7)174頁。
- (34) 中野次雄「刑法総論概要」〔第3版補訂版〕成文堂(1997年)78頁以下。
- (35) 大谷實前掲書前注(7)376、420頁以下。
- (36) 藤木英雄前掲書前注(11)279頁。
- (37) 大塚仁前掲書前注(2)「刑法概説」153頁。大塚博士は、周知のように利用者の標準説の代表的論者であるが、一方で「ただ、時間的、場所的離隔が激しいため、誘致行為自体には犯罪実現への現実的が認められない場合には、利用者の不作為として被利用者の犯罪的行為開始時に着手があると解し得る余地がある」とする。つまり、西原博士と同様の見地に立って、例外的に被利用者の行為に実行の

- 着手を認めているために、その意味では個別化説に組み込まれるであろう（大塚仁 前掲書 前掲書 前注(2)「刑法概説」169頁、同 犯罪論の基本問題」有斐閣 [1982] 106、109頁）。
- (38) 団藤重光 前掲書 前注(7)355以下。
- (39) 大塚仁 前掲論文集「犯罪論の基本問題」前注(37)106頁。
- (40) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」168頁。
- (41) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」167頁以下、高窪貞人 前掲論文 前注(12)253頁以下等。
- (42) 齋野彦弥「危険概念の認識論的構造—実行の着手時期の問題を契機として—」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』有斐閣 (1994年) 57頁。
- (43) 齋野彦弥 前掲論文 前注(42)64頁以下参照。
- (44) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」168頁、高窪貞人 前掲論文 前注(12)253頁以下、福田平 前掲書 前注(7)225頁等。
- (45) 西原春夫 前掲書 前注(8)「刑法総論」(1993年) 367頁、同「間接正犯と原因において自由な行為」『法学教室』25号 (1982年) 38頁以下。
- (46) 齋藤信治 前掲書 前注(11)265頁、齋野彦弥 前掲論文 前注(42)63頁、前田雅英 前掲書 前注(7)152頁、山口厚 前掲論文集「問題探求刑法総論」前注(10)210頁、福田平 前掲書 225頁等。
- (47) ここでは例えば、毒入りジュースの配置後等が考えられる。
- (48) 内藤謙 前掲論文 前注(7)62頁。西田典之「間接正犯の周辺」『Law School』48号 (1982年) 39頁、原田保「実行の着手」『法学セミナー』360号 (1984年) 42頁以下、山口厚「問題探求刑法総論」有斐閣 (1998年) 210頁等。
- (49) 平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)320頁、前田雅英 前掲書 前注(7)199頁。
- (50) 大沼邦弘「実行の着手」西原春夫編『判例刑法研究(4)未遂・共犯・罪数』有斐閣 (1980年) 25頁。
- (51) 植田重正「共犯の基本問題」三和書房 (1952年) 75頁、黒木忍 前掲論文集 前注(11)162頁以下。この判決は、大審院の判例である離隔犯における到達主義に対し為されたものであるが、ここでも同様にあてはまると考えられる。
- (52) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」167頁以下、同「刑法論集(1)」有斐閣 (1976年) 87頁、高窪貞人 前掲論文 前注(12)253頁以下、福田平 前掲書 前注(7) 222頁以下等。
- (53) 大谷實 前掲書 前注(7)421頁。
- (54) 大谷實 前掲書 前注(7)377頁。
- (55) 大谷實 前掲書 前注(7)424頁以下。
- (56) 大谷實 前掲書 前注(7)423頁。
- (57) 西原春夫 前掲書 前注(8)367頁、平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)320頁等多数。
- (58) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」153頁。同 前掲書 前注(37)「犯罪論の基本問題」103頁、福田平 前掲書 前注(7)223頁等。
- (59) 内藤謙 前掲論文 前注(7)60頁、西原春夫 前掲書 前注(8)「刑法総論」367頁、同・前掲論文集 前注(11)「犯罪実行為論」特に251頁以下参照、同・間接正犯の理論 (成文堂・1962年) 196頁以下、平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)320頁、前田雅英・前掲書 前注(7) 152頁等多数。
- (60) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」165頁。
- (61) 内藤謙 前掲論文 前注(7)60頁、西原春夫 前掲書 前注(8)「刑法総論」367頁、同・前掲論文集 前注(11)「犯罪実行為論」特に251頁以下参照、同・間接正犯の理論 (成文堂・1962年) 196頁以下、平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)320頁、前田雅英・前掲書 前注(7) 152頁等多数。
- (62) 内藤謙 前掲論文 前注(7)59頁以下参照。
- (63) 大審院刑事判決録 16 輯 1278 頁。
- (64) 大審院刑事判決録 20 輯 1289 頁。
- (65) 大審院刑事判決録 22 輯 1332 頁。
- (66) 大審院刑事判決録 24 輯 1352 頁。
- (67) 下級裁判所刑事判例集 7 卷 12 号 2189 頁。
- (68) 西原春夫 前掲論文集 前注(11)「犯罪実行為論」236頁。
- (69) 高等裁判所刑事判例集 20 卷 3 号 229 頁。
- (70) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」167頁以下、高窪貞人 前掲論文 前注(12)253頁以下、福田平 前掲書 前注(7) 225頁等。
- (71) 大塚仁 前掲書 前注(2)「刑法概説」111頁以下。
- (72) その他、実行の着手について問題となる犯罪現象には、「原因において自由な行為」も考えられる。この論点についても、今後検討したい。
- (73) 内藤謙「刑法総論講義(上)」有斐閣 (1983年) 216頁以下、曾根成彦 前掲書 前注(11)94頁、中山研一「刑法総論」成文堂 (1982年) 239頁、平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)123頁、前田雅英・前掲書

- 前注(7) 65頁、山口厚 前掲書 前注(7)「刑法総論」88頁、山中敬一「刑法総論Ⅱ」成文堂(1999年)176頁等。
- (74) 違法論における結果無価値一元論の不当性、及び行為無価値・結果無価値二元論の正当性について詳細な研究が為されているのは、吉田宣之「違法性の本質と行為無価値」成文堂(1992年)1頁以下参照、同「違法の相対性について」佐藤司古希祝賀『日本刑事法の理論と展望(上巻)』信山社(2002年)187頁以下参照。
- (75) 内藤謙「刑法総論講義(上)」有斐閣(1983年)216頁以下、平野龍一 前掲書「刑法総論Ⅱ」前注(7)123頁、前田雅英・前掲書 前注(7) 65頁、山口厚 前掲書 前注(7)「刑法総論」88頁、山中敬一「刑法総論Ⅱ」成文堂(1999年)176頁等。
- (76) 内藤謙 前掲論文 前注(7)64頁、山口厚 前掲論文集 前注(18)「危険犯の研究」56頁以下。
- (77) 吉田宣之 前掲論文 188頁以下参照。
- (78) 吉田宣之 前掲論文 187頁以下。
- (79) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, S.14. そもそも Reinhard Frank は、因果関係論において条件説を支持していたが、その修正原理としてこの遡及禁止論を主張した。
- (80) 島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」東京大学出版(2002年)102頁以下、山口厚 前掲書 前注(7)「刑法総論」64頁、同「問題探求刑法総論」、同「『実行行為』論の一断面」研修627号3項(2000年)以下。
- (81) 林幹人 前掲論文 88頁。
- (82) 山口厚 前掲書 前注(7)「刑法総論」266頁。
- (83) 山本輝之「正犯と共犯」法学教室 255号(2001年)14頁。
- (84) 規範的障害の有無について、これを認める論者は、西原春夫 前掲書「刑法総論」前注(8)359頁以下等。それに対し、以下の論者はこれを認めず、教唆犯が成立するという。中山研一 前掲書 前注(73)等。
- (85) 小野清一郎「犯罪構成要件の理論」有斐閣(1953年)54頁。
- (86) 上田健二「犯罪論体系における行為概念についての『反時代的考察』」中義勝先生古希祝賀『刑法理論の探求』(1992年)成文堂45頁、内藤謙 前掲書 前注(7)「刑法総論講義(上)」144頁以下、平野龍一「刑法概説」東京大学出版(1977年)27頁以下等多数。
- (87) わたくしは、犯罪論体系としては、行為・構成要件・違法性・責任の4分体系が妥当であると考えます。
- (88) 本論文は、ドイツ語文献を引用することが出来なかった。これも反省点の1つである。