慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	間接正犯の実行の着手に関する一考察
Sub Title	Versuchsbeginn bei mittelbarer täterschaft
Author	佐藤, 拓磨(Sato, Takuma)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.1 (2010. 1) ,p.135- 181
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100128-0135

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

間接正犯の実行の着手に関する一考察

佐藤拓磨

一　我が国の議論状況
二　ドイツの議論状況
　1　学説
　2　判例
　3　ドイツの議論状況のまとめ
三　検討
四　結語

一　我が国の議論状況

間接正犯の実行の着手時期について、我が国では、学説は以下の三つに分かれるとされている。すなわち、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始した時点に着手を認める利用者標準説、被利用者が実行行為を開始した時点に着手を認める被利用者標準説、結果発生の現実的危険性の観点から、利用者の行為の時点に着手が認

められる場合もあれば、被利用者の行為の開始時に着手が認められる場合もあるとする個別化説である。[1]

このうち、利用者標準説は、間接正犯の実行行為はあくまで利用者の行為にあり、被利用者の行為は単なる因果経過に過ぎないから、間接正犯の実行の着手が利用者の行為の終了後に認められるはずはないということを根拠にする。[2] これに対し、被利用者標準説は、未遂犯の処罰根拠を結果発生の具体的危険と解した上で、実行の着手は、結果発生が切迫した時点で認めるべきだということを根拠にする。[3] 個別化説は、被利用者標準説が「切迫性」を重視するのに対し、結果発生が確実ないし蓋然的といえれば、それが切迫していることまでは必要でないとする考え方に基づくものといえる。[4]

最近では、純粋な利用者標準説はあまり支持を得ておらず、被利用者標準説ないし個別化説が多数説化しつつある。[5] しかし、その理論構成をめぐって見解が分かれている。

まず、結果無価値論の立場から、未遂犯を一種の結果犯と理解し、結果発生の具体的危険という未遂犯固有の「結果」が発生した場合にはじめて未遂犯の成立が認められるとする見解が主張されている。[6] この見解は、「未遂結果」の内容を「結果発生が確実な状態」と解するか、それとも「結果発生が切迫した状態」と解するかによって、個別化説か被利用者標準説に分かれる。

一方、行為無価値論の立場からは、未遂「結果」というものを観念するのではなく、あくまで利用者の行為に着目した理論構成が試みられてきた。その一つが、いわゆる不作為犯的構成である。[7] すなわち、間接正犯者の行為は、「利用行為という作為と、先行行為にもと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のものであり、したがって、通常の標準にしたが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行為と考えるべきである」[8] とするものである。これに対し、間接正犯においては、利用者の行為と被利用者の行為とを合せた全体行為を着手判断の対象とすべきであり、したがって利用行為の段階で常に実

行の着手が認められるわけではないとして、被利用者標準説ないし個別化説を根拠づける見解も主張されている。[9]これに加え、最近では、行為無価値論の立場からも未遂犯の結果犯的構成を採用するものも現われている。[10][11]

以上のように、現在の学説では、違法論における態度決定の如何にかかわらず、被利用者標準説ないし個別化説が多数説化している。それに伴って、議論の焦点も、被利用者標準説か個別化説か、換言すれば、未遂犯の成立には結果発生の切迫性は必要か、確実性で足りるのかという点に移りつつあるといってもよいだろう。[12]この点に関し、最近、未遂犯を結果犯と理解する立場から、未遂結果の内容について切迫性を要求すべき理由はないということを積極的に論証しようとする試みが現れた。[13]

この論者は、不能犯論における危険判断の基準に関し、いわゆる「修正された客観的危険説」を採用することを前提としつつ、[14]この問題について次のような議論を展開する。すなわち、たとえば、XがYを殺害するために毒入り菓子を郵送したが、郵送途中で何らかの理由により毒が無害化したという例を考えた場合、菓子が現実にY宅に到達したか否かという意味での切迫性を問うことは未遂犯の成否にとって意味がない。なぜなら、毒が無害化している以上、菓子がYの下に到達しようがしまいが、危険の大小に影響はないからである。切迫性を問題とするとすれば、「仮に毒が無害化していなければ、その菓子がいつY宅に到達したか」という仮定的な因果経過上の切迫性であるが、そのような意味での切迫性を要求する根拠も認められないとするのである。[15]このような考察に基づき、論者は、未遂結果の発生時点を切迫性によって判断するという考え方を放棄し、「あり得た仮定的因果経過において既遂結果が発生したと言えるとき、その時点において既遂の可能性があったのに現実には未遂にとどまった、という点に未遂結果を求め、その時点を未遂の成立時点とする」見解を提唱する。[16]この見解は、切迫性を要求する見解に対し、その理論的根拠を鋭く問うものとして注目に値する。

この見解に対しては、未遂結果の内容として切迫性を要求する立場から、「現実に毒が入っている場合には、

危険の切迫性を問題にすることが可能であり、毒が入ったチョコレートが相手方に到達するまで未遂を認めるべきでないと考えるのであれば、それとの均衡上、仮定的危険の場合にも、毒が入っていると仮定されたチョコレートが相手方に到達するまで、未遂を認めるべきでないと解することは、可能だと思われる[17]」という反論が加えられている。

しかし、この反論も、先の見解によって提起された問題に十分に答えてはいないように思われる。なぜなら、この反論は、チョコレートに毒が入っているか否かを問わず、それが被害者方に届いたという意味での切迫性は実行の着手の必須の要件だとするが、毒の有無については事実の抽象化を認めて仮定的事実の存在可能性の判断対象とするのに、チョコレートが被害者方に到達したか否かについては現実の事実が基礎にされなければならない理由が明らかではないからである。たとえば、チョコレートの中に致死量の毒物が含まれていたが、それが被害者方に到達しなかったケースを考えてみよう。この反論にしたがえば、このケースでは実行の着手は認められないことになる。しかし、結果発生の危険性という観点からすれば、「チョコレートが被害者方に届き、被害者がこれを食した可能性」も仮定的事実の存在可能性の判断対象とされてしかるべきだとはいえないだろうか。しかも、チョコレートの中に毒が入っていなかった場合における「チョコレートに毒が入っていた（または、無害化されなかった）可能性」と、チョコレートが被害者方に届かなかった場合における「チョコレートが被害者方に届き、被害者がこれを食した可能性」とを比較した場合、常に後者の可能性の方が低いとはいえないはずである（他人から郵送された食べ物を食べるかどうかは不確実だという指摘も予想されるが、手紙を装って中に有毒な菌を入れた封筒を郵送したケースに事例を変形すれば問題はより鮮明になろう）。それにもかかわらず、現実に危険が増大しない場合も含めて切迫性を必須の要件とし、他方で被利用者によって結果実現行為が実行されていた可能性については危険判断の対象としないことは、切迫性の要件に危険性の要件とは異なった独立の地位を与えることにほ

かならない。果たして、それには根拠があるのかということが問題になるように思われるのである。

なお、毒の入っていないチョコレートが被害者方に到達した場合と、毒入りチョコレートが被害者方に到達しなかった場合との比較については、前者の場合も客観的に毒が入っていない以上、不能犯であり、どちらにせよ未遂犯は成立しないとする考え方も学説上は多いと思われる。しかし、この問題は、前者の例を「毒は入っていたが、致死量に満たなかった」と設定変更したとしても同様にあてはまる。不能犯論において修正された客観的危険説以外の説を採用しても、「致死量以下であった」または「体調不良ではなかったため、その量では死ななかった」という部分については抽象化を認める一方で、「毒が被害者方に届かなかった」という事実についてはそのまま考慮し、一律に実行の着手を否定するのであれば、同様の問題に直面し得るはずだからである。

もっとも、上記の問題は、行為者が結果実現に必要なことをいまだなし終えていない場合については、比較的容易に解答することが可能であるように思われる。というのは、危険性という曖昧な基準だけで実行の着手の有無を判断すると、未遂の成立範囲が際限なく前倒しされるおそれがあり、それにより国民の行動の自由が不当に制約される可能性があるため、切迫性という形式的な基準により絞りをかける必要が生じ得るからである。しかし、行為者が結果実現のために必要なことをすべてなし終え、結果発生を因果の流れに委ねている場合についても同じことがあてはまるであろうか。

さらに考えを進めると、次のような疑問にも漂着する。その疑問とは、確実性を基準とする見解（個別化説）も類似の問題に直面するのではないかということである。個別化説は、利用者の行為の時点で既に結果発生が確実といえる場合には利用行為時に未遂犯の成立を認めるが、そういえない場合には結果発生が確実といえる段階まで待って未遂犯の成立を認める。たとえば、「Aが甲を毒殺しようとして甲がいつも通る農道に農薬入りジュースを置いた場合、それによってAのなすべき行為は完全に終了していてもその時期に実行の着手を認めること

は困難であり、翌朝他家の子供がこれを飲み死亡した場合に『右ジュースが拾得飲用される直前に普通殺人についての実行の着手』（筆者注：ここで、宇都宮地判昭和四〇年一二月九日下刑集七巻一二号二一八九頁が引用されている）が認められることとなる」[18]とするのである。[19] しかし、ここで引用されている事案では、農道にジュースを置く行為は殺人の手段として不能なものではないことが前提とされている。なぜなら、仮にその行為が不能な手段だとしたら、「『右ジュースが拾得飲用される直前に普通殺人についての実行の着手』が認められる」はずがないからである。にもかかわらず、殺人未遂の成立を認めるのに、結果発生が「確実」といえる段階まで待たなくてはならない理由はあるのであろうか。

本稿では、以上のような問題意識から、現在多数説化している被利用者標準説および個別化説を批判的に検討したい。しかし、最近の我が国では、利用者標準説の立場から被利用者標準説・個別化説を批判的に検討するものはあまりみられず、[20] したがって我が国の議論のみを対象とするのでは、検討のための十分な素材が得られないおそれがある。そこで、間接正犯の未遂の開始時期に関し、利用者の行為のみに着目すべきか、被利用者の行為を含む全体事象に着目すべきかについて激しい議論が展開されているドイツの学説・判例を参照し、そこから得られた示唆を踏まえて、改めて我が国における間接正犯の実行の着手時期の問題を検討したいと思う。[21]

二　ドイツの議論状況

1　学説

(1)　概観

ドイツでは、かつては、非故意行為の利用の場合と故意行為の利用の場合とを分け、前者については利用行為

の時点に、後者については被利用者の行為の開始時に未遂犯の成立を認める二分説が通説であった。[22] しかし、最近では、このような二分論には根拠がないと批判されており、[23] 本見解はほとんど支持されていない。現在、学説は、利用者の行為のみに着目して未遂の開始時期を判断すべきだとする「個別解決説」（Einzellösung）と、被利用者の行為を含む全体行為を判断対象とすべきだとする「全体解決説」（Gesamtlösung）に大きく分かれるとされる。[24] しかし、この分類は必ずしも学説の対立状況を正確に反映したものとはいえない。というのも、最近ではこの両説の中間説ともいうべき見解も有力化しているほか、両説の中でも理論構成の異なった見解が混在しているからである。とりわけ、利用者の行為だけではなく全体行為を判断対象とすべきだとする見解の内部では、間接正犯の正犯性を「被利用者の行為があたかも自分の行為かのように利用者に帰属される」と説明することの帰結としてこのような結論を導くもの（後述するキューパーの見解に代表される。以下では、このような見解を「行為帰属論」[25]と呼ぶことにする。）と、未遂犯固有の議論からこのような帰結を導くものに分かれている。そしてこのような理論構成の相違は、具体的な結論の違いにもつながっている。そのため、ドイツにおいてもこの分類方法の妥当性には疑問も向けられている。[26] そこで、本稿では、学説を①個別解決説、②全体解決説その一――行為帰属論、③全体解決説その二――未遂犯固有の議論から基準を導く見解、④中間説の四つに分類することにしたい。

(2) 個別解決説

個別解決説とは、前述のように、未遂の開始時期を利用者の行為に求める見解のことを指すが、我が国で「利用者標準説」といったときに一般にイメージされる見解、すなわち「利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を始めた時」[27]に未遂犯の成立を認める見解は、現在、ドイツでは有力とはいえない。[28] 個別解決説という場合、一般的には、利用者が事象をその支配領域から手放した時点で未遂犯の成立を認める、いわゆる「手放し説」[29]のこと

を指す（文献によっては、本説を「修正された個別解決説」と呼ぶものもある）[30]。この見解にしたがえば、間接正犯の場合、未遂犯が成立するためには、利用者が被利用者に働きかけるだけでは足りず、被利用者を自分の支配領域から解き放ち、犯罪結果の実現を後の事象経過に委ねることが必要である。しかし、支配領域からの手放しさえ認められれば、被利用者が犯罪行為を開始したか否かは未遂犯の成否に影響を与えない。

この見解はロクシンによって一九七二年にはじめて主張されたものであるが、当時の通説は、行為者が犯罪実現のために必要なことをなし終えており、さらなる行為がなくとも結果実現に至る場合、未遂犯は当然に認められるとしていた[31]。一方、第三者を利用する間接正犯については、被利用者に故意があるか否かで未遂の成立時期を分けるという前述の二分説が通説であった[32]。これに対し、ロクシンは、まず前者について、行為者が犯罪実現のために必要なことをなし終えていたとしても、それだけでは未遂犯が認められない場合があるのではないかという問題を提起した。たとえば、Xが旅行中の同居人Aを殺害するため、Aが愛飲しているコーヒーの粉末に毒を入れておき、Aが帰宅後に自分でそれを飲んで死ぬように仕掛けておいたケースで、仮にXが自宅でAの帰宅を待っていた場合、Xが毒を入れた段階で既に殺人に必要な行為をなし終えていたからといって、殺人未遂を認めるべきではないのではないかとしたのである[33]。その根拠は次のようにまとめることができる[34]。

①右の例の場合、Xは事象経過を掌握しており、特段の労力を払うことなく、結果発生を阻止することができる状況にある。また、Aが帰宅してコーヒーを飲もうとするまでの間は、法益の危殆化も認められない。

②事象経過を掌握しているという点では、右の例は、行為者が結果実現のために必要なことをなし終えていない場合（たとえば、XがAを殺害するため、Aが愛飲しているコーヒーの粉末に毒を入れたが、Aは自分でコーヒーを作る習慣がないため、Xは後で自らコーヒーを作ってAに提供するつもりであった場合）と同じ構造を有するが、このような場合、未遂犯が認められるためには、結果発生の近接性（法益の危殆化）[35]が必要とされてい

る。したがって、行為者が事象をいまだ掌中に収めている場合については、たとえ結果実現のために必要なことをなし終えていたとしても、法益の危殆化が認められるまで未遂犯の成立を認めるべきではない。したがって、行為者が事象をいまだ手放していない場合については、法益の危殆化があってはじめて未遂犯が認められるとしたのである。

これに対し、事象の手放しがある場合については、ロクシンは、たとえ法益の危殆化がなくても、未遂犯は認められるべきだとした。[36] たとえば、Xが、Aの愛飲するコーヒーの粉末に毒を入れておき、Aが帰宅後に自分でそれを飲んで死ぬことを期待して、そのまま旅行にでかけてしまう場合には、未遂犯の成立を認めるべきだとしたのである。その根拠として、①事象の手放しがある場合には、既に「行為をすべきか否かについての最終的な決断が行われる瞬間」、すなわち「臨界状況の試練（die Feuerprobe der kritischen Situation）」を耐え抜いていること、②手放し後は、犯罪の中止は単なる犯行の中断だけではもはや不可能になっているという事情によって、危殆化の不存在という欠損部分は埋め合せることが可能だということが挙げられている。[37]

以上のようにして、ロクシンは、行為者が結果実現のために必要なことをなし終えていた場合、「事象の手放し」か「法益の危殆化」のどちらかがあれば未遂犯が認められるべきだという結論を導く。そして、間接正犯の場合も、利用者は利用行為を終えた時点で結果実現のために自らなすべきことを終えているという構造を有するから、同じ基準によって未遂の開始が判断されるべきだとしたのである。ただし、間接正犯では、法益の危殆化が生じる前に利用者が被利用者を支配領域から解放するケースがほとんどであるから、事実上、支配領域からの手放しの有無が未遂犯の成否を分ける基準となる。もっとも、たとえば他人の背中に拳銃を突きつけたまま何らかの犯罪を行わせるような例外的な場面では、法益の危殆化が基準となることになろう。[38]

本見解は、文献によっては「通説」と評価される場合もある。[39] しかし、本見解に対しては、未遂の開始時期が

早すぎるという批判[40]も多く、未遂の開始時期を「手放し」よりも後の時点で認めるべきだとする見解も有力である。以下で挙げる全体解決説は、原則として被利用者の行為の開始の時点で未遂犯の成立を認める点で、本見解の対極に位置するものである。

(3) 全体解決説その一——行為帰属論

全体解決説とは、利用者の行為と被利用者の行為とを合わせた全体行為を未遂の開始の判断対象とすべきだとする見解を指し、原則として、被利用者の行為の時点で未遂の開始を認めるものである。ここでは、このような帰結を間接正犯の正犯性の理解から導く見解を取り上げる。

この見解の代表的論者であるキューパー[41]は、間接正犯の場合、単なる道具の使用の場合とは異なり、人の行為が介在していることを重視する。そして、間接正犯において利用者が正犯の責任を負うのは、行為支配に基づき、被利用者の行為が、利用者にあたかも自分が行ったかのように帰属されるからだとする。キューパーによれば、このように理解しないと、一定の行為態様が前提とされている犯罪については、間接正犯は成立し得ないことになる。なぜなら、利用者自身は当該行為態様を満たす行為を実行していないからである。

以上のような間接正犯の理解から、キューパーは、間接正犯の未遂の開始時期を判断するにあたっては、利用者の行為と被利用者の行為とを統一した全体行為を対象にしなければならないとする。その結果、間接正犯の未遂は、原則として、被利用者が実行を開始した場合に認められ、ただし例外的に、被利用者の行為が利用行為の後にすぐに続く場合[42]には、利用行為の時点で未遂犯の成立が認められるとする。こうして、「間接正犯者の未遂は、道具の行為が構成要件の実現に（直接に）至る場合か、または、背後者の行為が既に構成要件の実現に（直接に）至る場合[43]」に認められるという判断公式を提示するのである。

また、カーデルも、間接正犯においては「行為者が犯罪の実行のために他人を利用する」ことから、「行為者と行為媒介者は一体のものとしてみることができる」[44]とする。それ故、間接正犯の未遂は「行為媒介者が構成要件の充足を開始したときにはじめて始まる」[45]とするのである。この見解の背後にも、間接正犯においては、被利用者の行為が利用者に――あたかも自分の行為かのように――帰属されるという考え方がある[46]。

以上のように、間接正犯においては、被利用者の行為が利用者に帰属されることによって、両者の行為が統一体をなすという考え方を前提に、原則として被利用者の行為の時点で未遂を認めるべきだとする見解を主張するものとしては、このほかにキュール[47]、クリューガー[48]、シュトラーテンベルト＝クーレン[49]などがいる。

さらに、この「行為の帰属」という観点を道具（以下で、単に「道具」という場合には人以外のことを指すこととする）の使用の場合にも適用することを試みるのが、クラックである。クラックは、全体解決説に対してしばしば加えられる批判、すなわち同説は道具の使用の場合と人の行為の利用の場合とを不当に区別しているという批判に対し、道具の使用と人の行為の利用とを同様に扱うことは「全体解決説の基本思想に完全に合致する」[50]と答える。たとえば、五時間後に爆発するように爆弾の時限着火装置を作動させる場合と、五時間後に遠隔操作で爆弾に着火するよう他人を誘致する場合とは、同様に処理されるべきだとする。しかし、どちらの事例でも、個別解決説のように利用行為（時限着火装置を作動させる行為／誘致行為）の時点で未遂を認めるのではなく、爆発が差し迫った時点で未遂犯の成立を認めるべきだとするのである[51]。その理由は、どちらの事例でも「道具の働き」（Tätigkeit des Werkzeug）が行為者に帰属されることには変わりなく、爆弾の着火が差し迫った時点に達する前には、「全体行為は爆弾を用いた殺人の未遂の開始を形成する段階には至らない」からだとする[52]。クラックによれば、死せる道具を使用する場合も、人を道具として利用する場合も、何の道具も用いない場合とまったくパラレルに未遂の開始時期が判断されなければならない[53]。

なお、後に述べるように、ドイツにおいては、未遂の開始時期を行為者の「表象」（Vorstellung）[54]を基礎に判断すべきことが条文上定められているところ（ドイツ刑法典二二条）、全体解決説の内部では、利用者の表象を基礎とすべきか、被利用者の表象を基礎とすべきかで見解が分かれている。クラックは前者の見解を採用し、しかも被利用者の行為の時点で利用者がそのことを意識していたか否かは故意の成否には影響がないとしている。また、利用者の表象を基礎とする見解を採用した場合、ドイツでは、未遂犯が成立するのは被利用者の行為が実際になされた時点か、利用者の表象にしたがえば被利用者の行為がなされたであろう時点かが争われているところ、クラックは、被利用者が実際に犯罪行為を開始したことが必要だとしている。[55]以上の主張内容をみると、クラックの見解は、行為帰属論の他の論者と同様に「全体行為」という概念を用いてはいるものの、未遂犯の成立には未遂結果の発生が必要だとする我が国の有力説に近いものがあるといえよう（もっとも、不能犯の問題についてどのように考えているかは不明である）。

(4) 行為帰属論の問題点

以上のように行為帰属論は少なからぬ論者によって主張されているが、通説的な地位を占めるには至っていない。次に述べる未遂犯固有の議論に基づく全体解決説との相違を際立たせるために、ここで行為帰属論に対して加えられている批判をまとめておくことにしよう。

(一) 道具の使用と人の行為の利用とを区別することに対する批判

前述したように、行為帰属論は、間接正犯は人の行為を利用するものだということを重視し、そこから原則として被利用者の行為を標準とするという結論を導いている。これに対し、反対説からは、道具や動物を使用した場合と人の行為を利用した場合とを区別し、人の行為の利用だという理由だけで未遂の成立時期を遅らすのは不

当だという批判がなされている。[56] これに対して正面から反論するのが前述のクラックの見解であるが、「道具の働き」を「人の行為」と同視することは行為帰属論の前提に反するものといえるので、行為帰属論の枠組みからは逸脱するものだといえよう。

また、これに関連する批判として、被利用者が未遂の開始にあたる行為をしたことの効果が全体に及ぶという考え方は、共同正犯の未遂に関する全体解決説と共通性を有するが、共同正犯とは異なって共同の行為決意も共同の行為も欠ける間接正犯にはこのような考え方は馴染まないという批判がある。[57]

これらの批判は、間接正犯においては、構成要件該当性が問題となるのはあくまで利用者の行為であり、被利用者の行為は利用者にとって単なる因果経過に過ぎないという前提に基づいている。これに対し、全体解決説はこれとは異なった理解を前提としているから、あまり決定的な批判とはいえない。ただし、我が国の議論との関係では、行為帰属論に基づく間接正犯の正犯性の理解をそのまま持ち込むことは困難だということには注意しなければならない。[58]

(二) ドイツ刑法典二二条の「表象」の問題

ドイツ刑法典二二条は、未遂の「概念規定」として、「行為についての自らの表象により、直接、構成要件の実現に着手した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである」[59]と定めている。この規定があるため、ドイツでは、未遂の開始の判断は行為者の表象を基礎にして行うべきだとされている。しかし、行為帰属論を採用した場合、利用者の表象を基礎とするのか、被利用者の表象を基礎とするのかという問題が生じる。この点について、行為帰属論の内部でも見解が分かれている。

キューパーは、利用者の表象上、利用者の行為が既に構成要件実現に接着する場合には、その時点で未遂犯の成立が認められるため特に問題は生じないが、利用者の表象上、構成要件の実現に至るまでに被利用者によるさ

らなる準備行為が必要な場合には、被利用者の表象を基礎とすべきだという見解を採る。[60] しかし、この見解については、被利用者が故意を有している場合にはその表象を基礎とすることに問題は生じないが、被利用者に故意がない場合、被利用者には構成要件実現を内容とする表象が存在しないため、判断に困難が生じる場合があり得るという問題が生じる。[61] キューパーもこのことを自認し、そのような場合には、利用者の表象を基礎にすべきだと主張しているが、これは一貫性に欠けるであろう。

そこで、利用者の表象を基礎とすべきだという見解もある。[62] しかし、行為帰属論は、被利用者が未遂の開始にあたる行為をしたことの効果が利用者に帰属されるという考え方であり、したがって被利用者が実際にそのような行為をしたことを要求するのが筋であるが、このことは利用者の表象を基礎とすることと整合しないという問題がある。[63] また、利用者は、ほとんどの場合、被利用者がいつそのような行為をするかを知り得ないので、判断の基礎とはなり得ないという批判も加えられている。[64] このように、行為帰属論は、未遂の開始の基礎となるべき表象との関係で、解決しがたい問題を抱えているといえる。この問題は、我が国の議論においても、実行の着手を判断する際に犯行計画を考慮すべきだという見解を採った場合には、まったく同様にあてはまるであろう。

㈢ 故意の問題

さらに、行為帰属論に対しては、被利用者が未遂の開始にあたる行為をした時点で、利用者が睡眠していたなどの事情により、故意が認められない場合が多く生じてしまうという批判がある。[65] これに対し、行為帰属論からは、利用行為時に故意があれば足りるという応答がなされているが、[66] このように考えると故意を有する主体と未遂に該当する行為を行う主体とが分裂してしまうという問題が生じる。[67] この問題も、行為帰属論が間接正犯の正犯性を共同正犯類似のものとして理解することに起因するものといえる。

(5) 全体解決説その二——未遂犯固有の議論から基準を導く見解

そこで、最近では、被利用者の行為を含む全体行為を判断対象とすべきだとする主張を未遂犯固有の議論から導く見解が有力化している。

オットーは、未遂の開始は、行為者の表象にしたがえば法益が直接に危殆化された時点で認められるという基準を提示した上で、間接正犯においてもこの基準がそのまま妥当するとする。[68] したがって、行為者が郵便を利用して被害者に脅迫状を送付するケースでは、行為者の表象にしたがえば、脅迫状が被害者の支配領域に到達した時点で未遂が認められるとする。[69] また、暗殺者が講演者を殺害するため、爆発を数時間後に設定した時限爆弾を演台の下に仕掛けたが、講演者が入場する直前に爆弾が発見・撤去されたというケースでは、殺人未遂を肯定する必要はなく、爆発物に関する別の刑罰法規で対応すればよいとする。[70]

また、ヒレンカンプは、未遂の開始が認められるためには、当該行為と構成要件該当行為との間に重要な中間行為が存在せず（行為の直接性）、かつ、その行為によって引き起こされた状態が構成要件実現の直接の危険を示すこと（危殆化）が必要だとし、これらの有無の判断は行為者の表象を基礎として行うべきだと主張する。[71] その上で、間接正犯についてもまったく同様の基準で処理すべきだとするのである。[72] このような考え方にしたがい、ヒレンカンプは、数時間後に爆発するよう時限爆弾を仕掛けたケースでは、行為の直接性の要件は満たすが、数時間の間にはいまだ爆弾が撤去される可能性があるため、爆弾を仕掛けた時点では未遂の開始は認められず、危険を除去するための客観的な最後のチャンスが過ぎた時点でこれが認められるとする。[73][74] また、被害者や第三者の行為の利用の場合については、利用行為の時点では行為の直接性が欠ける場合が多いとし、被利用者の次の行為が構成要件該当行為をなす段階にまで進まないと未遂犯の成立は認められないとする。[75]

これらの見解は、人の行為を利用するという間接正犯の構造の特殊性に着目するのではなく、未遂犯固有の議

論からこのような帰結を導くため、人の行為を利用する場合と、道具や動物の使用の場合とで取り扱いを区別しないことが行為帰属論とは決定的に異なる。しかし、オットーの見解もヒレンカンプの見解も、他人の行為の時点で未遂の開始を認める場面で、二二条の文言が未遂の開始を行為者（利用者）の行為に結びつけているように読めることとの整合性を図るため、行為帰属論の考え方を導入している。[76] しかし、行為帰属論の考え方を持ち込むことは、先に挙げた問題点を部分的にではあれ引き継ぐ点で不徹底の印象を免れない。

これに対し、行為帰属論に言及せず、未遂犯固有の議論のみから全体解決説的[77]な結論を導くものとしてラスと[78]ヘルツベルクが挙げられる。ここでは特に我が国の学説との比較でも興味深いヘルツベルクの見解を取り上げる。

ヘルツベルクは、一九七三年の論文では、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為の時点で未遂の開始を認める見解を支持し、[79] 一九八五年の論文では手放し説に改説したが、[80] その後さらに説を改め、現在では未遂犯を結果犯的に構成する見解を採用している。[81] しかし、その問題意識は当初から一貫しており、とりわけ客観的に未遂に該当する事態が生じた時点で利用者がそのことを意識していなければ未遂犯は成立しないかという問題が繰り返し検討されている。一九七三年の論文では、客観的に未遂に該当する事態が生じた時点で利用者がそのことを意識していなければ未遂犯は成立しないという立場から、利用行為の時点で未遂の開始を認める見解を支持し、手放し説に対して、利用者が知らない間に客観的に事象の手放しが生じた場合に未遂犯が成立しないことになってしまい不当であると批判していた。[82] しかし、その後、利用行為時に未遂を認めるのでは早すぎるとして見解を改め、手放し説を採用した。その際、手放しが無意識の間に生じた場合については、手放し以前の利用行為時の意識内容を根拠に故意を認める理論構成を提唱した。[83] しかし、現在ではこの理論構成を撤回するとともに手放し説から離れ、[84] 未遂犯の成立時期を利用者の行為から切り離す全体解決説的な見解を主張している。未遂の開始時期と故意の問題については、以下のような理論構成で解決することを試みている。

ヘルツベルクは、従来の見解に対し、未遂犯は行為犯であるということを自明の前提としてきたと批判し、未遂犯においても未遂行為と未遂結果は分けられるべきであるとする。そして、未遂結果の内容を「構成要件の実現の直前性」[85]、または「構成要件実現の直接の危険」[86]と規定し、両者はほとんどの場合は一致するが、未遂結果が未遂行為よりも後の時点で発生する場合もあるとするのである。[87]このように未遂犯を既遂犯とパラレルな構造を有するものと理解することによって、「結果」の発生時に行為者がそのことを意識していないからといって故意が否定されるわけではないということを導くのである。

このような理論構成は我が国では既に以前から主張されているが、重要な点で異なっている。すなわち、我が国で未遂犯を結果犯的に構成する見解は、現実に結果発生が切迫したこと、または、確実といえる段階にまで至ったことを要求するが、[88]ヘルツベルクは、未遂結果の発生の有無も利用者の表象にしたがって定めるべきだとしている点である。[89]したがって、たとえばXがAを毒殺しようとして某月一日にA宛に毒入り菓子を郵送し、Xの予定ではそれが同月三日の午前中に届くはずであった場合、たとえ何らかの事故によって毒入り菓子がAの下に届かなくても、Xの表象にしたがえばそれが到達していたであろう三日の午前中には殺人未遂罪が成立することになるというのがヘルツベルク説の帰結である。このような考え方は、ドイツ刑法典二二条が「行為についての自らの表象により…」と定めていることに基づく。[90]しかし、さらにいえば、このような帰結を妥当とする価値判断の背後には、不能犯論との整合性への配慮もあるように思われる。というのは、ドイツにおいては未遂犯の処罰根拠を（印象説を含め）主観的に理解する見解が支配的であるが、未遂の開始の場面においてのみ、（表象上だけではなく）現実に結果発生が差し迫った段階に至っていることを要求するのはバランスを失しているように思われるからである。

他方で、ヘルツベルクの考え方にしたがうと、利用行為時の表象にしたがえば未遂結果が生じるはずの時点が

到来する前に、利用者が犯行の失敗に気づいた場合をどのように処理すべきかという問題が生じる。ヘルツベルクはこのような場合、未遂結果の発生は認められないとするが[91]、結果の発生が未遂行為後の表象の変遷に左右されるというのは理解し難い。ヘルツベルク説のこの部分については、「全体行為」を想定する全体解決説の残滓が払拭されきれていないように思われる。

(6) 中間説

以上のように、ドイツでは個別解決説と全体解決説という両極の見解が激しく対立してきたが、最近、両者を折衷する見解も有力に主張されている。

たとえば、ヴェッセルスは、間接正犯の未遂の判断においては、利用者自身の行為に優先的に着目すべきだとしながらも、手放し後に被利用者による更なる準備行為が想定され、法益の危殆化がいつの時点で生じるのかがはっきりしない場合には、被利用者が犯罪実行を直接に開始した時点で未遂犯の成立を認めるべきだとする。この見解は、原則として事象の手放しの時点で未遂の開始を認めるが、例外的に被利用者の行為に着目する点で、「修正された手放し説」とも呼ぶべき見解といえる[92]。

また、未遂の開始の基準を法益侵害の危殆化から導く立場から類似の帰結に至るのはエーザーである。エーザーは、未遂の開始の判断は、「行為者の計画にしたがえば、既に当該法益が直接に危殆化される段階に至っているか[93]」という基準によってなされるべきだとした上で、間接正犯についてもまったく同様のことがあてはまるとする。その上で、利用者が、その表象にしたがえば被利用者が必然的に犯罪実行に至るように前もって周到に制御している場合には、利用行為の時点で未遂の開始が認められるが、被利用者による更なる準備行為が想定される場合には、利用者の表象にしたがえば被利用者による法益の危殆化をもはや制御できない時点で認められると

する。[94]

また、間接正犯の未遂の開始の判断対象は利用者の行為と被利用者の行為とを合わせた全体行為だという前提に立ちながらも、原則として利用者による手放しの時点で未遂の開始は認められ、ただその時点で結果発生の切迫した危険がない場合には、被利用者がそのような危険を生じさせた時点で未遂の開始を認めるべきだとする見解もある。[95] これは、全体解決説からの折衷説と評価することも可能な見解といえる。

2 判例

判例については多少の変遷がみられるが、基本的には一貫した立場が採られているといえる。[96] まず、ライヒ裁判所時代においては、判例は、間接正犯に関して特殊な基準を用いず、未遂の開始に関する一般的基準に基づいて予備と未遂の区別を行っていた。しかし、結論としては利用行為の時点で未遂の開始を認めたものが目につく。[97]

たとえば、ライヒ裁判所一九二四年一二月一一日判決[98]は、被告人が病気の義妹の健康を害する目的で、同女の母親が同女のために用意していたペパーミント茶の中に密かに毒物を入れ、情を知らない母親を通じて、ただちに同女にこれを飲ませようとしたが目的を遂げなかったという事案につき、「被告人は、自然的観察にしたがえば、有毒であろう飲み物を準備することによって毒物の投与を開始し、事象が妨害されなければ被告人によって展開させられた活動は毒物の投与の構成要件要素の実現に直接に至ったであろうが、その既遂はただ犯行が発覚したために回避された」とし、本件では毒物の入った飲み物を用意した行為を「実行行為の構成要素」とみることができるとした。[99]

また、他人の住居に放火装置を設置した被告人が、自己の不在中に何ものかによって電流が流され、それによって火災が起こる可能性を知りながら病院に収容されたという事案に関するライヒ裁判所一九三二年二月二二日

判決[100]も、被告人が仮に何らかの物理的原因によって火災に至ることを未必的に認識していた場合、自然的観察からすれば、放火装置の設置は、事象が通常に経過すれば建造物の放火の構成要件の実現に直接に至るはずの行為であり、かつ、放火の実行行為との必然的な共属性ゆえにその構成要素とみることができると述べた上で、仮に被告人が情を知らない第三者によって電流が流されることを未必的に認識していた場合も同様のことがあてはまるとした。

これらの判例に代表されるライヒ裁判所の考え方は、連邦裁判所時代に入っても当初そのまま引き継がれた。この時期の判例としてしばしば取り上げられるのが、連邦通常裁判所一九五二年七月八日判決[101]と連邦通常裁判所一九五三年七月三日判決であるが、前者は極めて特異な例[102]なので、ここでは後者のみ取り上げることとする。

連邦通常裁判所一九五三年七月三日判決[103]

［事　案］

本件は、被告人が和議手続（Vergleichsverfahren）の開始後に、自己の財産を過大に見積もった虚偽の財産目録を作成して和議管財人（Vergleichsverwalter）に提出し、それによって間近に迫った和議交渉の際に債権者との間で和議を締結できるようにし、自己の財産に対するさらなる追及を妨げようとした事案である。しかし、和議管財人にすぐに虚偽を見破られたため、目的を遂げなかった。

［判　旨］

原審は詐欺未遂罪の成立を認めたが、本判決は、被告人が情を知らない和議管財人を利用して債権者を欺罔しようとした詐欺という構成を示した上で、被告人が和議管財人に虚偽の財産目録を提出した時点で同罪の未遂が認められるかを検討し、原審の認定した事実からはその成否は明らかではないとして、破棄差戻しをした。

本判決は、前記の二つの判決を含むライヒ裁判所の諸判例を引用した上で、間接正犯の未遂の問題も予備と未遂の区別に関する一般的なルールにしたがって解決されるべきだとした。本判決によれば、未遂の開始にあたる行為とは、「構成要件実現への必然的な共属性ゆえに、行為者の犯行計画にしたがえば、既に構成要件の構成要素をなす行為」であり、したがって予備か未遂かを区別するにあたっては、「個々の行為が、全体の中で、既に保護法益を危殆化し、かつ、侵害に直結し得るような保護法益に対する攻撃を含んでいるかどうか」が検討されなければならない。本判決はこのように述べた上で、情を知らない第三者の利用の場合については、「さらなる事情が付け加わるか、または、かなり長い時間を経た後に、はじめて実行されることが期待されていた場合には、情を知らない行為媒介者への働きかけは、単なる予備行為となり得る。つまり、情を知らない行為媒介者への働きかけは、法益が既に直接に危殆化されている場合に、実行の開始となり得る」とした。

本件の事案に関しては、「被告人が、たとえば間近に迫った報告のために和議管財人が準備してあった資料の中に虚偽の財産目録を挟みこんだ場合、被告人による詐欺行為の開始が認められる」とする一方、「ただ虚偽の資料を和議管財人が入手できるようにしただけで、それがいつ使用されるか予測し得なかった場合」には予備に過ぎないとした。その理由として、前者の場合には法益の危殆化が認められるのに対し、後者の場合には、和議管財人が資料を精査することによって虚偽の申告が発覚するなどの可能性があるため、法益の危殆化がいまだ認められないということが挙げられている。

本判決は、ライヒ裁判所と同様、予備と未遂の区別に関する基準を間接正犯の未遂の開始時期の問題にそのまま適用し、被告人の表象内容に応じて、利用行為の時点で未遂の開始が認められる場合も認められない場合もあることを明示した点が特徴的である。

ところがその後、手放し説に強く傾斜したとみられる判例が現れた。

連邦通常裁判所一九八二年一月二六日判決[104]

［事　案］

本件は、第三者を利用して被害者を殺害し（後記事案①）、または、被害者に重度の傷害を負わせようとした（後記事案②）事案である。

被告人は、嫉妬心から、恋敵のJを殺害したいと考えたが、Jとは顔見知りであり、失敗した場合には発覚するおそれがあったことから、第三者を利用することにした。

まず、被告人は、Gに対して高価な物が得られるといって強盗をするように誘い、睡眠薬にみせかけて実際は致死量の塩酸が入ったプラスチック容器をGに渡した。Gは、CとÜとともに、すぐにJを襲い、被告人から渡された睡眠薬とされる薬物をJに投与し、財物を強取するはずであった。しかし、途中、Gらが好奇心から容器の蓋を開けたところ、きつい刺激臭がし、内容物が明らかに睡眠薬ではなく、危険な酸だということが分かったため、犯行を断念した（事案①）。

その後、被告人は、酢酸アルミニウム（essigsaure Tonerde）[105]が入っているようにみせかけて、実際は毒性の極めて高い液体が入ったプラスチック容器をAに渡した。Aは、ただちにJにその液体をかけ、Jを一時的に病院に行くように仕向け、それにより、被告人がJ宅を略奪することができるようにすることになっていた。しかし、Aは被告人の計画に同意するふりをして、容器を警察に渡した（事案②）。

本件では、事案①につき謀殺罪、事案②につき重傷害罪の未遂の開始が認められるかが争点となった。

［判　旨］

本判決は、まず予備と未遂の区別について次のように述べた。

「予備行為と未遂の境界は、行為者が構成要件要素を実現してはじめて踏み越えられるわけではない。行為者の犯行計画にしたがえば、構成要件要素の充足の前に位置し、構成要件的行為に直接に至り、かつ、保護法益に――行為者の表象にしたがえば――具体的な危険をもたらす行為がなされた場合にもこの境界は踏み越えられる。それゆえ、未遂は、行為者が次のような行為をなす場合に認められる。すなわち、妨害なく事象が経過する場合には構成要件の充足に直接に至るか、または、構成要件の充足と直接の場所的時間的関係に立つ行為である」[106]。

その上で、間接正犯の場合について以下のように述べ、本判決は事案①についても事案②についても未遂犯の成立が認められるとした。すなわち、間接正犯の未遂の開始が認められるのは、行為者の表象にしたがえば、「行為媒介者に対する必要な働きかけが終わっており、その結果、行為者の犯行計画にしたがえば行為媒介者がすぐに犯罪を実行し、かつ、それによって既にその時点で保護法益が危殆化されている」場合である。「というのは、他人を通じて犯罪を行おうとする者は、その者が行為媒介者を犯罪実行に誘致し、かつ、行為媒介者がすぐに構成要件該当行為を行うであろうという表象の下で行為媒介者をその者の作用領域から手放す場合に、計画された犯罪行為の構成要件の実現を直接に開始するからである」。本件では、事案①、②のどちらにおいても、被告人の表象にしたがえば手放し後「すぐに」(alsbald) 犯行が行われるはずであったから、未遂犯の成立が認められるとされた。

本判決は「行為媒介者をその者の作用領域から手放す」という基準に言及し、また、前記連邦通常裁判所一九五三年判決とは異なり、手放し後の事象経過に関する被告人の表象を詳細に認定せずに「手放し」の時点で未遂が認められるとしたことから、手放し説を採用したものと評価されることもある[107]。しかし、判示内容を注意深く読めば分かるように、本判決は手放し説の基準には言及しているものの、同時に、法益の危殆化という基準や、犯行が手放し後「すぐに」行われるはずであったという事情にも言及している。したがって、本判決がそれまで

の判例から大きく逸脱するものだとは必ずしもいえない。[108] 現に、本判決の後、はっきりと手放し説からは距離を置いた判例が現れた。

連邦通常裁判所一九九七年八月一二日判決[109]

［事　案］

本件は被害者を利用した殺人の未遂の成否が争点となった事案である。被告人が、侵入盗の被害に遭ったことに憤激し、犯人らが再び戻ってきた場合にはこれを毒殺しようと考え、酒瓶に密かに毒を入れ、犯人らが飲むように仕掛けたというものである。詳細は以下のとおりである。

被告人は、何者かによって住宅に侵入されるという被害を受けた。犯人らは、被告人宅の台所で調理をし、そこに置いてあった様々な飲み物のビンを飲み干していた。さらに、ステレオセットを屋根裏部屋に移動させていた。そのため、被告人から通報を受けた警察は、犯人らは、搬出の準備しておいた盗品を運び出すために、数日中に再び戻ってくるだろうと推測した。そこで、四名の警察官が、被告人から通報を受けた日の翌々日から次の日にかけての晩に、被告人宅で待ち伏せをすることになった。

一方、被告人は、犯人に対する怒りから、警察官らによる待ち伏せが行われる日の午後、酒瓶に致死量の毒と水を混ぜて入れ、一階の床に置いた。その際、被告人は、犯人らがその瓶の中身を飲んで中毒死するかもしれないことを考慮に入れていた。しかし、その後、被告人は、待機している警察官らにも危険が及ぶことに気づき、警察官らに瓶の内容物が有毒であることを告げた。翌朝、被告人は、説得に応じて、その毒入り瓶を撤去した。

［判　旨］

本判決は、予備と未遂の区別に関する一般的基準として前記連邦通常裁判所一九八二年判決と同趣旨のことを

述べた上で次のように判示した（原文中の文献引用は省略した）。

「判例は、未遂と予備の区別のためのこの原則を、さしあたり以下のような事例をもとにして展開してきた。すなわち、行為者が――未終了未遂の場合のように――その表象にしたがえばいまだ構成要件実現のために必要なことのすべてをなし遂げていない事例である。しかし、この原則は、行為者が――終了未遂の場合のように――その犯罪計画にしたがえば構成要件実現のために必要な自己の行為を既に完遂した場合にも妥当する。連邦通常裁判所は、行為者がたとえ行為を完結させた場合であっても、常に必ず犯罪構成要件の充足への直接性が認められなければならないわけではなく、それゆえ、それだけでは未遂の開始の有無の問題に答えるのには十分ではないという考え方を採っている」。

「このことは、次のような事例では決定的である。すなわち、行為者が、行為媒介者による不可欠の寄与を計画に織り込んでいる事例である。ここでは、確かに行為者の犯罪行為の開始は、行為媒介者への働きかけを完了した場合には既に認められる。それゆえ、行為媒介者が犯罪行為を開始することは必要ではない。直接の開始は、少なくとも、行為媒介者が構成要件該当行為をいまや利用行為の完了と密接して行うであろうという表象の下に手放しがなされた場合には認められる。これに対し、行為媒介者への働きかけが、かなり長い時間が経過した後にはじめて効果を発揮するか、または、働きかけがはたして効果を発揮するか、また、いつ効果を発揮するかがはっきりしない場合には、直接の開始は認められない。このような事例においては、行為媒介者が…（中略）…犯罪行為を直接に開始した場合にはじめて未遂の開始が認められる」（傍点は筆者が挿入した）。

本判決は以上のように述べた上で、このような事例においては、事象全体を観察して、利用者の行為が既に法益に対する直接の危殆化を含んでいるか、それともいまだ行われるかどうか不明確な行為媒介者による後の行為にそれが委ねられているかが決定的だとし、このことは本件のような被害者利用のケースにもあてはまるとした。

そして、本件事情の下では、被告人の表象にしたがえば、犯人らが再び被告人宅に戻ってきた上、さらに酒瓶の中身を飲むことは極めて不確実であったといえるので、酒瓶を床に置いただけでは足りず、犯人らが実際に現れてそれを飲もうとしない限り殺人の未遂は認められないとした。

本判決は、事案が極めて興味深い上、上記に引用した判示部分以外の箇所で手放し説を批判し、これを採用しないことを明確に述べた[110]ため、大きな議論を呼んだ。しかし、手放し説の論者からは、本件では被告人は毒入り飲料を簡単に撤去できる状態を保持しており、事象を手放していたとはいえないから、自説からも未遂の開始は認められないとして、本判決による批判は不当だという反論がなされている[111]。

本判決は、判例が前記連邦通常裁判所一九八二年判決によって手放し説に傾斜したという見方を覆した。本判決の位置づけに関しては、従来主張されてこなかった独自の見解を示したものとみるものもあるが[112]、ライヒ裁判所時代以来の判例を通観すれば、本判決がまったく新しい考え方を採用したとまではいえず、一連の判例の流れの上に位置づけるのが自然な見方であろう[113]。

本判決の示した考え方は、それ以降に公刊された判例においても基本的に受け継がれている。たとえば、被害者利用の例として、暗殺のため被害者の自動車に手りゅう弾を取り付け、車輪を動かした際に爆発するよう仕掛けたが、被害者に発見されたため目的を遂げなかった事案に関する連邦通常裁判所一九九七年一〇月七日判決[114]、借家から立ち退かされた腹いせに、退去の際に同家の電気配線に細工をし、後の居住者がコンセントを使用した場合には感電するように仕掛けたが、発覚して目的を遂げなかった事案に関する連邦通常裁判所二〇〇一年五月八日決定[115]がある。どちらの裁判でも前記連邦通常裁判所一九九七年八月一二日判決と同様の基準が示された上で、同判決の事案とは異なり、これらの事案では被告人の表象によれば被害者による結果惹起行為がなされることは不確実ではなかったことを理由として、未遂が肯定されている。また、第三者利用のケースとしてはミュンヘン

上級地方裁判所二〇〇六年八月八日判決[116]が挙げられる。この事案は、被告人が、購入した乗用車に欠陥があったとして民事訴訟を起こし、同車の欠陥について鑑定が行われることになったが、自己の主張に有利な鑑定が出るように、自ら同車に工作を施して新たな欠陥を作り出した上、同車を鑑定人に引き渡したというものである。本判決は、被告人が情を知らない鑑定人を利用して裁判所を欺罔しようとした間接正犯の事案と構成した。その上で、被告人が乗用車を鑑定人に引き渡した後、すぐに鑑定が行われ、その結果が裁判所に報告されるはずであったことを理由に引渡しの時点で詐欺の未遂の開始を認めた。

以上のようにみてくると、判例は、利用者の行為だけではなく被利用者の行為を含む全体事象を未遂の開始の判断対象としている点で個別解決説とは異なっている。その一方で、具体的な帰結においては、利用行為時または手放し時に未遂の開始を認めるのが原則化しており、全体解決説とは原則と例外が逆転している。判例の立場を本稿の学説の分類にあえてあてはめるとすれば、中間説に位置づけることができるであろう。

3　ドイツの議論状況のまとめ

現在のドイツの判例・学説の状況を簡単にまとめると次のようになろう。

学説は、利用者の行為のみに着目する見解（個別解決説）と被利用者の行為を含めた全体行為に着目する見解（全体解決説）に大きく分かれる。個別解決説の内部では利用行為の開始の時点で未遂を認める見解は少数であり、手放し説が支持を集めている。全体解決説については、従来は行為帰属論から被利用者の行為時に未遂を認める見解が主流であったが、未遂犯固有の議論から同様の結論を導く見解も有力化している。また、最近では個別解決説と全体解決説の中間説ともいうべき見解も現れている。いずれの学説も拮抗しており、どの説が通説かは必ずしもはっきりしない状況にある。

一方、判例は、多少の変遷はみられるものの、利用者の行為にのみ着目するのではなく、事象全体に着目する点では、ライヒ裁判所時代から基本的に一貫しているといえる。しかし、具体的な結論としては利用行為時または手放し時に未遂を認めたものが多く、原則として被利用者の行為時に未遂を認める全体解決説からも一線を画している。

なお、ドイツでは、我が国と異なり、重罪について、その教唆の未遂を処罰する規定が存在する（ドイツ刑法典三〇条一項）。この規定の存在が、従来個別解決説の重要な論拠の一つとなってきた。全体解決説からは、立法的解決を求めたり、[117] 間接正犯で被利用者の行為がなされなかった場合にも同規定の適用を認めるという解決策を提案するなどの対応がなされているが、[118] この規定の存在が同説の一つの障害になっていることは否定し難い。しかし、これまでみてきたことから明らかなように、ドイツにおいても、被利用者への働きかけの開始の時点よりも後に間接正犯の未遂を認めようとする見解は（手放し説も含めて）多数に上る。したがって、この規定の存在が、間接正犯の未遂の開始時期に関する議論を決定的に制約するものとは思われない。

三　検　討

以上のドイツの議論も参考にしながら、改めて我が国における間接正犯の実行の着手時期の問題を検討してみよう。

まず、結論の妥当性以前に、理論構成の点でその根拠が問題となるのが、利用者の行為と被利用者の行為とを合せた全体行為を着手判断の対象とすべきだとする見解である。被利用者の行為を利用者の行為と一体としてみる根拠を、行為帰属に求めるのであれば、前記二1(4)で挙げた行為帰属論の問題点がそのまま妥当することにな

ろう。また、不作為犯的構成を主張する見解も、従来から批判されているように、同見解が実行の着手を認めるべきだとする時点で利用者がそのことを意識していない場合に、故意が欠けることになってしまう等の問題がある。[119]

したがって、利用者が利用行為を終えて事象を手放した後にまで利用者の「行為」を延長させようという試みは、そこから導かれる結論の妥当性以前に、その理論構成に無理があるように思われる。

ドイツの議論をみてもわかるように、利用者自身の行為より後に未遂の成立時期を認める理論構成を採用する際に必ず直面するのが故意の問題である。未遂犯を結果犯としてとらえる構成は、この問題を明快に解決できる点で優れている。[120] しかし、冒頭で取り上げた切迫性を不要とする最近の見解の問題提起や、ドイツにおけるヘルツベルクの見解に示唆されるように、この見解にも検討すべき問題が残されているように思われる。つまり、我が国ではこのような構成を採用する論者は、当然に、結果発生が現実に切迫しまたは確実な段階に至ることを要求しているが、それに根拠があるか否かである。

まず、切迫性について検討してみよう。

不能犯論における危険判断について事実の抽象化を一切認めない客観的危険説を採った場合、現実に生じた事実はすべて危険判断の対象とされるから、切迫性を要求することに理由はあるかもしれない。しかし、本稿では詳しく論じることはできないものの、そのような見解は未遂犯の成立範囲を極端に制約し過ぎるため妥当ではない。[121] また、不能犯論において一般論としては事実の抽象化を認めながらも、客体については事実の抽象化を認めない見解からも、[122] 切迫性を要求することは導けそうである。このような見解は、行為の作用と客体との間の「近さ」を未遂犯処罰の根拠づけにおいて重視しているようにみえるからである。しかし、客観的危険説に立つならばともかく、一般論として事実の抽象化を認めながら、客体の不能だけ特別扱いすることには理由がないように

思われる。[123]

これに対し、客体に関しても事実の抽象化を認める修正された客観的危険説や具体的危険説を採った場合、そのことと切迫性を求めることとの整合性が問題となる。

この問題に関し、その不整合を正面から認めるのが、切迫性の要件は不要として「あり得た仮定的因果経過において既遂結果が発生したと言えるとき」に未遂の成立を認める見解であった。この見解は、切迫性を不要とする一方、結果発生の可能性だけを基準としたのでは未遂の成立時期が早くなり過ぎ、また、客観的に未遂が未遂として確定する時点（つまり、結果発生の可能性が消滅する時点）を基準としたのでは未遂の成立時期が遅くなり過ぎる場合があるとして、前記のような時点で未遂の成立を認めるべきだとする。[124] しかし、この基準にしたがえば、たとえばXがAを殺害するため、深夜、Aが毎朝通勤に使用している自家用車に爆弾を仕掛けたが、たまたまその様子を目撃していた通行人が警察に通報したため爆弾はすぐに発見・撤去されたという場合、爆弾が発見・撤去された時点では殺人の着手は認められないが、翌朝のAの出勤時に着手が認められることになる。しかし、このような結論はあまりに不自然であろう。この見解の示す結論は、理論上は成り立ち得るとしても、その価値判断の妥当性に疑問があり、切迫性を求める見解と比べてより優れているといえるか疑問である。むしろ、一見不整合にみえるにもかかわらず切迫性を要求する見解の背後にある価値判断の根拠を探り、その妥当性および妥当性の射程範囲を見極めることが重要ではないかと思われる。

不能犯論において事実の抽象化を認めながら、切迫性を要求する不整合を合理的に説明するためには、この要件を未遂犯の処罰根拠としての危険性とは切り離された外在的制約[125]と解するよりほかはないものと思われる。すなわち、未遂犯の処罰根拠から導かれる危険性という実質的基準では未遂犯の成立範囲が拡張し過ぎ、行動の自由の制約の観点から問題を孕むため、切迫性といった形式的基準によってその成立範囲を制限するという発想で

ある。[126] 確かに、行為者が結果実現に必要な行為をなし終えていない場合、結果発生の危険性だけを基準に実行の着手を判断することは大きな問題を孕む。なぜなら、最終的な結果実現行為に至る可能性、そしてそれによって犯行が成功する可能性は、個々の事案における具体的事情に大きく依存するから、危険性のみを基準としたのでは、事案ごとに着手時期の判断に大きなブレが生じることになり、法的安定性の観点から問題があるからである。[127] 罪刑法定主義的な見地からも、「どこまでやれば未遂になるのか、どこまでなら予備に留まるのか」が（完全にということは不可能であるにしろ）ある程度明確に示されなければならないだろう。したがって、このような場面では切迫性という形式的基準による制約には十分根拠がある。[128]

しかし、このような根拠は、間接正犯の実行の着手時期の場面では妥当しない。なぜなら、間接正犯の場合、利用者が被利用者に結果実現を委ねた時点で、行為者としてなすべきことは終わっているから、いまだ切迫性が認められない時点で実行の着手を認めても、未遂犯の成立範囲が際限なく前倒しされるおそれはなく、行動の自由の制約の点でも何ら問題は生じないからである。

逆に、このような場合にまで切迫性を要求することは、未遂犯においても処罰を偶然性に委ねるという問題がある。確かに、既遂犯における結果については、その発生・不発生が多かれ少なかれ偶然に依存するとしても、それが発生した場合には応報的処罰の要求が生じるから、それを犯罪の構成要素とすることには合理性が認められる。[129] しかし、未遂犯については、その処罰根拠は結果発生の危険性にあるのであり、「結果への近さ」それ自体は前述したような外在的な根拠しか有しない。だとすれば、行為者が既になすべきことをなし終え、犯行の成否を後の因果経過に委ねた状態に至っていれば、当該行為が結果発生の危険性を内包する限りで、切迫性の有無といった偶然的な事情にかかわらず未遂犯処罰を認めた方が、一般予防の見地からは合理的であると思われる。したがって、間接正犯の実行の着手は利用者による事象の手放しがあったときに認められるとする手放し説が妥

当だと考える。[130]

なお、手放し説は、事象の手放しがなければ実行の着手を認めないという見解ではない。たとえ事象が行為者のコントロール下にあったとしても、前述の外在的制約から導かれる要件を充足する場合には、実行の着手を認めてよい。たとえば、自動車の助手席に乗り込み、運転者の頭にピストルを突きつけたまま、自動車を発進させて前方の人を引き殺すように命じた場合[131]には、その時点で結果への近接性が認められるので、仮に手放しがないと考えたとしても、命じた時点で殺人の実行の着手を認めてよいだろう。

以上のような考え方に対しては、手放しの時点で結果発生が不確実な場合には、それが確実な状態に至るまで着手は認めるべきではないという批判が予想される。我が国の個別化説やドイツの中間説および判例は、まさにこのような考え方に基づくものであった。しかし、その行為が不能犯と評価されるならともかく、そうでない場合は、当該行為には結果発生の危険性が認められるわけであるから、結果の発生が確実になる段階まで未遂犯処罰を待たなくてはならない理由はない。結果が発生する危険性があることを承知で、運を天に任せて事象を後の因果経過に委ねる行為に対し、未遂犯の違法性を認めることには十分な理由があるように思われる。したがって、確実性も、切迫性と同様に、前述したような意味での外在的制約の一つとして機能し得るに過ぎないというべきであろう。

なお、本稿のような見解に立つ場合、手放しの意義が問題となる。第三者利用の間接正犯の場合、通常、被利用者に犯行を委ねた時点で手放しが認められるであろうが、殺人のためにコーヒー粉末に毒物を混ぜるケースのような被害者利用の場合については、行為者が外出したとしても、厳密にみれば、一定の時点に至るまでは自ら引き返してそれを撤去することが可能である。このような場合に、行為者が手放し意思によって外出した時点で既に着手を認めるべきか、客観的にもはや他人の助力を得ないでは撤去不可能な時点に至ってはじめて着手を認

めるべきかが問題となる。このうち後者を支持する見解もある。[132] 確かに、純粋に行為者の意思によって手放しの有無を判断するのは、着手時期を専ら行為者の主観に委ねることになり、不当である。しかし、手放し説の発想の要点は、行為者が事象を自己の支配下に保持し、いつでも容易に犯行を撤回できる場合には、行為者が結果実現に必要な行為をなし終えていない場合と構造上の同質性が認められるというところに存するのであるから、客観的にもはや独力では毒物を撤去不可能な時点まで手放しを認めないのは過当な要求というべきであろう。[133] 行為者が毒物を自己の監視の外に置き、仮に被害者が毒物に近づこうとしてもそのことに気づかないような状況を作出すればそれで足りると考えるべきである。そのような状況が作出されたか否かは、行為者の主観的判断によるのではなく、行為者の認識事情を基礎にして、一般人の視点から判断すべきであろう。前記の例では、外出時に着手を認めてよいように思われる。その後、行為者が翻意しても、中止犯が問題となるに過ぎない。

四　結　語

間接正犯の実行の着手時期の問題は、従来、違法論における行為無価値論と結果無価値論の対立が鮮明に反映される場とされてきた。しかし、最近ではその対立図式も相対化されつつある。本稿も可能な限り違法論からの演繹という手法を用いずに議論を組み立てるように努めた。しかし、結論としては、利用者による事象の手放しの時点で着手を認めるという、極めて「行為無価値論的」な見解に至ることになった。本稿の示す結論や、その前提となる未遂犯理解が妥当なものか否かについては、ご批判を仰ぐほかない。

なお、本問題は、本来、どの範囲で間接正犯を認めるべきかという問題と、行為がどの段階にまで至れば未遂犯として処罰すべきかという問題の双方からアプローチすべきものである。本稿では、間接正犯の成立範囲に関

する議論は一応留保したまま、未遂犯論からのアプローチに終始した。これは筆者が正犯論に関していまだ明確な態度決定ができていないことに起因するものであり、今後の研究課題としたい。また本稿の示した結論からは、正犯としての側面と共犯としての側面を併せ持つ共同正犯の着手時期をいかに解すべきかが重大な関心事となる。これも正犯論と深くかかわる問題であり、併せて今後の課題としたい。

（1） このような分類をするものとして、大谷實『刑法講義総論［新版第三版］』（二〇〇九）三七二頁、川端博『刑法総論講義 第二版』（二〇〇六）四六五頁、内藤謙『刑法講義 総論（下）Ⅱ』（二〇〇二）一二三〇頁、堀内捷三『刑法総論（第二版）』（二〇〇四）二三一頁。

（2） 大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（二〇〇八）一七四頁（ただし、同一七五頁は、「誘致行為と被利用者の行う犯罪的行為との間に時間的・場所的離隔が著しいため、誘致行為自体には、犯罪実現への現実的危険性が認められない場合には、利用者の不作為犯として、被利用者の犯罪的行為開始時に着手があると解しうる余地があろう」とする）、団藤重光『刑法綱要総論 第三版』（一九九〇）三五五―三五六頁、野村稔『刑法総論 補訂版』（一九九八）三三八頁、福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』（二〇〇四）二二七頁。さらに、間接正犯の成立範囲を極めて制限した上ではあるが、利用者による「客観的手放し」の時点で着手を認めるものとして、中義勝「実行行為をめぐる若干の問題」関西大学法学論集三五巻二号（一九八五）一頁以下（＝同『刑法上の諸問題』（一九九一）一七八頁以下）。

（3） 大越義久「実行の着手」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（一九九〇）一五一頁（＝同『刑法解釈論の展開』（一九九二）一三一頁）、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室三〇四号（二〇〇六）一二三頁、内藤・前掲注（1）一二三三頁以下。理論構成は異なるものの、未遂犯成立のためには切迫性が必要だとして被利用者標準説に至るものとして、内山良雄「未遂犯総説」曽根威彦＝松原芳博編『重要課題 刑法総論』（二〇〇八）一九二頁以下、曽根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（一九九一）一三五頁以下、松原芳博「間接正犯における実行の着手時期」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第六版〕』（二〇〇八）一三三頁。また、徹底した間接正犯否認論の立場からではあるが、中山研一『刑法総論』（一九八二）四一五頁以下、同「間接正犯の実行の着手（一）（二・完）―中教授

の批判に関連して―」警察研究五七巻七号一五頁以下、八号一五頁以下（いずれも一九八六）（＝同『刑法の論争問題』（一九九一）八一頁以下）。同様に、浅田和茂『刑法総論［補正版］』（二〇〇七）三六八頁以下、四二九頁以下。

利用者の行為だけでは各刑罰法規に含まれる動詞に該当しないということも理由に挙げるものとして、竹田直平「間接正犯（三）」立命館学叢五巻二号（一九三四）一〇八頁。

（4）ここでいう個別化説にあたるものとしては、大谷・前掲注（1）三七二頁、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三巻二号（一九九三）二二三頁、川端・前掲注（1）四六五―四六六頁、西原春夫『刑法総論』（一九七七）三一七頁、平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（一九七五）三二〇頁、前田雅英『刑法総論講義 第四版』（二〇〇六）一四四頁以下。

（5）原則として利用者標準説が妥当だとする井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五）二五七頁以下、同『講義刑法学・総論』（二〇〇八）四〇二頁以下も、他人の故意行為を利用する場合については、利用行為の時点では「結果発生の自動性」が認められないとして、被利用者の行為の時点で着手を認めるべきだとする。これも一種の個別化説といえよう。

（6）山口厚『危険犯の研究』（一九八二）五八頁以下、同『刑法総論 第二版』（二〇〇七）二七〇頁。同様に未遂犯を結果犯と理解するものとして、内山・前掲注（3）一九二頁、大越・前掲注（3）一四二頁、佐伯・前掲注（3）一二二頁、曽根威彦『刑法総論［第四版］』（二〇〇八）二一七頁、内藤・前掲注（1）一二四二頁、名和鐵郎「未遂犯の論理構造―実害犯の未遂を中心として―」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討（下）』（一九九三）四〇七頁以下、西田典之『刑法総論』（二〇〇六）二七九頁、林幹人『刑法総論 第二版』（二〇〇八）三五四頁、前田・前掲注（4）一四〇頁。

着手時期を正犯行為から切り離す理論構成の先駆として、平野龍一「正犯と実行」団藤重光ほか編『犯罪と刑罰（上）』（一九六八）四五三頁以下（＝同『犯罪論の諸問題（上）』（一九八一）一二七頁以下）。さらに、西田典之「間接正犯論の周辺」Law School四八号（一九八二）三二頁以下。

（7）西原・前掲注（4）三一七頁、同「犯罪実行行為論」法学セミナー三六〇号（一九八四）三五頁（＝同『犯罪実行行為論』（一九九八）一九頁）。さらに、大塚・前掲注（2）一七五頁、佐久間修『刑法総論』（二〇〇九）八四頁、野

村稔『未遂犯の研究』（一九八四）三一八頁。ただし、野村は後に利用者標準説に改説した。

(8) 西原・前掲注(4)三一七頁。

(9) 藤木英雄『刑法講義 総論』（一九七五）二七九―二八〇頁。同様に、中野次雄『刑法総論概要 第三版補正版』（一九九七）八〇―八一頁、西原春夫「間接正犯における実行行為」刑法雑誌一二巻一号（一九六一）一二七頁（＝同『犯罪実行行為論』（前掲注(7)）二六〇頁）、原田保「実行の着手」法学セミナー三六〇号（一九八四）四三頁。ただし、西原は、後に不作為犯的構成に改説した。

ドイツの議論を参照しつつ、このような理論構成を詳細に展開したものとして、原口伸夫「間接正犯者の実行の着手時期」法学新報一〇五巻一号（一九九八）六一頁以下。

(10) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（二〇〇五）六三頁以下。さらに、高橋則夫「犯罪論における同時存在の原則とその例外」西原春夫ほか編『刑事法の理論と実践』（二〇〇二）四七頁以下（＝同『規範論と刑法解釈論』（二〇〇七）三〇頁以下）。

(11) 以上に挙げた理論構成のほか、客観的帰属論の立場から、未遂犯が成立するためには、行為者の行為によって結果発生につながる危険が創出されることと、その危険が具体的危険に現実化することが必要だとし、後者があってはじめて前者が実行行為としての実体を獲得するという構成を提唱するものとして、山中敬一『刑法総論〔第二版〕』（二〇〇八）七一三頁以下。さらに、富田敬一「間接正犯と実行行為」中山研一ほか編『現代刑法講座 第三巻 過失から罪数まで』（一九七九）一九二頁以下。

また、認識論的に犯罪論を構想する立場を前提に、「四三条の未遂犯は、『之を遂げざる』場合、即ち法益侵害に対する具体的危険の発生があった場合について、その危険発生に因果連関をもつ行為を『実行の着手』と評価する」ものだとし、具体的危険の発生が認められない場合は行為が実行の着手と評価されないと構成すればよいだけであり、行為者の行為とは切り離された「着手時期」を観念するべきではないとするものとして、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―」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況』（一九九四）八二頁―八三頁。

(12) 鈴木左斗志「実行の着手」西田典之ほか編『新・法律学の争点シリーズ2 刑法の争点』（二〇〇七）八八頁―八

九頁参照。

(13) 和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三) 一八八頁以下、特に二一六頁以下。

(14) 和田・前掲注(13)一八九頁以下。

(15) 和田・前掲注(13)二一六頁以下参照。

(16) 和田・前掲注(13)二一九頁。

(17) 佐伯・前掲注(3)一二三頁。

(18) 大谷・前掲注(1)三七三頁。

(19) 被害者利用の類型を間接正犯に分類すべきか直接正犯に分類すべきかについては争いがあるが、行為と結果との間に時間的・場所的離隔が生じやすいという点では共通しているので、本稿ではさしあたり間接正犯と同列に扱うこととしたい。

(20) ただし、井田『講義刑法学・総論』(前掲注(5)) 四〇二頁以下、中・前掲注(2)一頁以下。

(21) 本問題に関するドイツの議論を紹介・検討した先行業績として、中・前掲注(2)一頁以下、原口・前掲注(9)七四頁以下がある。さらに、後述するロクシン説が現れる前の状況についてではあるが、西原・前掲(9)九三頁以下。

(22) Richard Busch, in: Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1974, § 22 Rdn. 33; Adolf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 17. Aufl. 1974, § 43 Rdn. 16; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 191. さらにそれ以前は、我が国でいうところの被利用者標準説が主流であった (Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 87)。この間の学説については、西原・前掲注(9)九八頁以下参照。

(23) たとえば、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band Ⅱ, 2003, S. 418 は、非故意行為の利用の方が故意行為の利用よりも結果に至る確実性が高いというのは誤った前提だとする。被利用者が事情を知っている場合、被利用者は結果に至るまでの間に介在する障害を除去し得るのであり、その点で、被利用者が事情を知らない場合や、強制によって利用されている場合と比べて、結果に至る確実性が低いとはいえないとする。さらに、Thomas Hillenkamp, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 22 Rdn. 155.

(24) この分類は、Georg Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975 が、共同正犯および間接正犯の未遂の開始時期に関する学説をこの二つに整理して論じたことに始まる。比較的最近の研究書である Michael Prüßner, Die von mehreren versuchte Tat, 2004, S. 101 ff. も、このような分類にしたがって学説を分析・検討している。

(25) この名称については、原口・前掲注(9)七一頁にならった。

(26) Albin Eser, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 22 Rdn. 54; Jürgen Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, Jus 1999, S. 143 参照。

(27) 大塚・前掲注(2)一七三頁。

(28) このような見解の主張者として、Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, S. 709; Paul Bockelmann, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1954, S. 468 ff. (=ders, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 135 ff.), Ingeborg Puppe, Der Versuch des mittelbaren Täters, in: Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 173 ff.; Schilling, a. a. O. (Fn. 24) , S. 104 ff. 後に改説したが、Rolf Dietrich Herzberg, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, S. 89 ff.

(29) Claus Roxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 213 ff. ; ders, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, Jus 1979, S. 9 ff.; ders, a. a. O. (Fn. 23), S. 406 ff. 本見解を支持するものとして、Rolf Dietrich Herzberg, Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, Jus 1985, S. 6 ff. (後に改説) ; Uwe Murmann, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 16 ff.; Stylianos Papageorgiou-Gonatas, Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?, 1988, S. 326; Hans-Joachim Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1993, § 22 Rdn. 20a. 類似する見解として、Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. 650, 734 f.

(30) Eser, a. a. O. (Fn. 26), § 22 Rdn. 54.

(31) Busch, a. a. O. (Fn. 22), § 43 Rdn. 33a 参照。

(32) 前掲注(22)参照。

(33) Roxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, a. a. O. (Fn. 29), S. 214 ff.（原文ではAが行為者、Xが被害者として表記されているが、本稿の中では、判例や文献からの直接引用部分を除き、行為者側をX、被害者側をAと表記しているため、表記が逆になっている）。なお、ロクシンは被害者利用の類型を直接正犯としている。

(34) Roxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, a. a. O. (Fn. 29), S. 214 ff. を参照。さらに、ders, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, a. a. O. (Fn. 29), S. 9 f.; ders, a. a. O. (Fn. 23), S. 397 ff.

(35) 一九七二年当時、ロクシンは、行為者が結果実現のために必要なことをなし終えていない場合の未遂の開始時期について、独自の見解を示していなかった。そのため、同年の論文では「法益の危殆化」という表現が用いられている。しかし、これは行為者が結果実現のために必要なことをなし終えていない場合の未遂の開始時期と同じ基準で判断すべきだということを述べているに過ぎない。現在、ロクシンは、このような場合の未遂の開始の判断基準として、「被害者領域への侵入」と「時間的密接性」の二つを挙げ、未遂犯が成立するためには、その両方が満たされることが必要だとしている。Roxin, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, a. a. O. (Fn. 29), S. 4 ff.; ders, a. a. O. (Fn. 23), S. 374 ff. を参照。

(36) Roxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, a. a. O. (Fn. 29), S. 223 ff.; ders, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, a. a. O. (Fn. 29), S. 9 f.; ders, a. a. O. (Fn. 23), S. 397 ff.

(37) 前注で指示した箇所を参照。なお、本文中で根拠の①として挙げた、「行為をすべきか否かについての最終的な決断が行われる瞬間」や「臨界状況の試練」という表現は、Bockelmann, a. a. O. (Fn. 28), S. 146 が提示する未遂の開始の基準の借用である。Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 400 では、これに代えて「行為の完遂」(Handlungsdurchführung) という表現が用いられている。

(38) ロクシンは被害者利用の類型を直接正犯としているが、これを間接正犯と構成すれば、前述の毒入りコーヒー事例で行為者が被害者の帰宅を待っているケースはまさにこのパターンにあたるといえよう。

(39) Eser, a. a. O. (Fn. 26), § 22 Rdn. 54 参照。

(40) たとえば、Wilfried Küper, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, S. 367 は、手放し説は未遂犯に特有の危殆化の側面を無視しているとする。

(41) 以下の記述につき、Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 369.

(42) その例として、猟師Xが、客体が人であることを知りながら、それに気づいていない猟師Yに対し、「獲物（Wild）を撃て」と促す場合が挙げられている（Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 369 (Anm. 72)）。

(43) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370. さらに、Karl Heinz Gössel, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch (Anm. zu BGH, Urt. v. 16. 9. 1975), S. 250.

(44) Kadel, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft-versuchte mittelbare Täterschaft, GA 1983, S. 308.

(45) Kadel, a. a. O. (Fn. 44), S. 307.

(46) Kadel, a. a. O. (Fn. 44), S. 308.

(47) Kristian Kühl, Versuchsstrafbarkeit und Versuchsbeginn, in: Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 303 f.; ders, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, S. 679 ff.

(48) Sven Krüger, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, 1994, S, 40 ff., 103, 184 ff.

(49) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, S. 294.

(50) Ralf Krack, Der Versuchsbeginn bei Mittätterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 1998, S. 632.

(51) Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 632.

(52) Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 632.

(53) Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 633. ただし、キューパーと同様、前掲注(42)の例では、「獲物を撃て」と促した時点で未遂が認められるとする。その時点で、既に殺人の構成要件の実現が時間的に切迫しているからだとする（S. 634 f.）。

(54) これは「犯行計画」とほぼ同じ意味である。Tatplan ではなく Vorstellung という単語が用いられた理由については、BT-Drucksache V/4095 S. 11 参照。

(55) 以上につき、Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 636 ff.

(56) Rolf Dietrich Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, S. 751 f.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 22 Rdn. 139; Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 414.

(57) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 22 Rdn. 25; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, S. 222.

(58) ドイツ刑法典二五条一項は、「自らまたは他の者を通じて犯罪行為を行ったものは、正犯として処罰される」と規定している。この規定に関し、これが単独正犯の正犯性の範囲を拡張したものなのかどうかについて見解が分かれている。そのような効果を認めない場合、間接正犯を説明するには、間接正犯者の行為が各則の構成要件に該当する行為だといえなければならない。これに対し、同規定によって正犯性が拡張されていると解する見解からは、間接正犯者の行為それ自体は各則の構成要件に該当しなくとも、他人の行為が帰属されることを通じて正犯性が獲得されると説明されることになる。

「被利用者の行為が利用者に帰属される」という全体解決説の背後には後者の考え方があるものと思われる(Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370 参照。また、Krüger, a. a. O. (Fn. 48), S. 46 は、「常に自らの手による行為が構成要件該当性を有しなくてはならないような統一的な正犯理論を法規は求めていない」とはっきりと述べている)。しかし、ドイツ刑法典二五条一項のような規定の存在しない我が国にこのような見解をそのまま導入することは困難である。これについては、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二) 一二八頁、照沼・前掲注(10)九一頁。

(59) 法務大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』(法務資料四六一号、二〇〇七) 二五頁の訳にしたがった。原文は次の通り。

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

(60) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370.

(61) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370.

(62) Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 637; Krüger, a. a. O. (Fn. 48), S. 96 f.

(63) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370.
(64) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370; Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 415.
(65) Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 414, 398.
(66) Krack, a. a. O. (Fn. 50), S. 636; Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 370.
(67) Puppe, a. a. O. (Fn. 28), S. 178 f. 参照。
(68) Harro Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. Teil), JA 1980, S. 642 ff.; ders, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, S. 315.
(69) Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, a. a. O. (Fn. 68), S. 646. ただし、「遅くとも（spätestens）」とも述べていることから、これ以前に未遂犯が成立することを排除する趣旨ではないように思われる。
(70) Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, a. a. O. (Fn. 68), S. 646 参照。
(71) Hillenkamp, a. a. O. (Fn. 23), § 22 Rdn. 85.
(72) Hillenkamp, a. a. O. (Fn. 23), § 22 Rdn. 155 ff.
(73) 前述したオットーの見解とは異なり、ヒレンカンプは、行為者の表象上ではなく、実際に結果発生が切迫することを要求している。
(74) Hillenkamp, a. a. O. (Fn. 23), § 22 Rdn. 136 ff.
(75) Hillenkamp, a. a. O. (Fn. 23), § 22 Rdn. 139 ff., 155 ff.
(76) Hillenkamp, a. a. O. (Fn. 23), § 22 Rdn. 140; Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, a. a. O. (Fn. 68), S. 646.
(77) ここで全体解決説「的」としたのは、以下で取り上げる見解（特にヘルツベルクの見解）は、厳密にみれば、もはや全体解決説の範疇には収まらないもののように思われるからである。
(78) ラスは、行為者が実現しようとした構成要件に関し、被害者に当該構成要件に対応した防御行為の必要性が生じた時点で未遂の開始が認められるという基準を提示する（Jürgen Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, Jus 1998, S. 1109）。そして、この基準は間接正犯の場合にも同様にあてはまるとし、間接正犯の未遂は、原則とし

て、被利用者が前記の基準に該当するような行為をした時点で認められるということを導いている (Rath, a. a. O. (Fn. 26), S. 143)。

(79) Herzberg, a. a. O. (Fn. 28), S. 92 f.

(80) Herzberg, a. a. O. (Fn. 29), S. 1 ff.

(81) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 749 ff.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 128 ff. この立場は、ders, Begehung und Erfolg beim Versuch (§§ 8, 22 StGB), in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 75 ff. でも維持されている。

(82) Herzberg, a. a. O. (Fn. 28), S. 93 f.

(83) Herzberg, a. a. O. (Fn. 29), S. 8 f.

(84) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 758 f. 参照（特に、Anm. 27)。

(85) Herzberg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 145.

(86) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 762.

(87) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 761 ff.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 143.

(88) ただし、和田・前掲注(13)一一一六頁以下。

(89) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 763 f.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 146.

(90) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 763 f.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 146.

(91) Herzberg, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, a. a. O. (Fn. 56), S. 766 ff.; ders, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, a. a. O. (Fn. 56) , § 22 Rdn. 146.

(92) 同様の見解として、Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 521. また、原則としては手放し時に未遂の開始を認めながらも、「正犯の背後の正犯」のケースでは行為帰属論的な見地から被利用者の行為時に、被害者利用のケースでは不作為犯的構成により法益の直接の危殆化が生じた時点にこれを認めるものとして、Franz Streng, Wie „objektiv" ist der objektive Versuchstatbestand, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 325 ff.

(93) Eser, a. a. O. (Fn. 26), § 22 Rdn. 42.

(94) Eser, a. a. O. (Fn. 26), § 22 Rdn. 54a. 同様の結論を採用するものとして、Fischer, a. a. O. (Fn. 57), § 22 Rdn. 26 ff. さらに、Jürgen Meyer, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 1975, S. 602 ff.

(95) Prüßner, a. a. O. (Fn. 24), S. 119 ff.

(96) 判例を概観するものとしては、Krüger, a. a. O. (Fn. 48),S. 29 ff.; Prüßner, a. a.O. (Fn. 24), S. 108 ff.; Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 402 ff., 409 ff.; Schilling, a. a. O. (Fn. 24), S. 11 ff.

(97) Schilling, a. a. O. (Fn. 24), S. 11 ff. ただし、RGSt 45, 282.

(98) RGSt 59, 1.

(99) 「自然的観察」や「構成要件実現への必然的な共属性」という観点から、問題の行為が「実行行為の構成要素」といえるか否かを未遂の開始の基準とするのが、当時の確立した判例であった。ここで挙げたもののほか、RGSt 51, 341; 54, 35; 71, 4; 73, 142; 77, 172 など。なお、未遂の概念を定めた当時の規定（旧四三条）は以下の通り（二項は省略）。

Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

(100) RGSt 66, 141.

(101) BGHSt 3, 110.

(102) 第二次世界大戦末期、兵役に就いている夫からヒトラーやナチ党を嘲罵する内容の手紙を受け取った被告人が、

この機会に夫を亡き者にしようと考え、当局にこの件を通報し、軍事裁判による死刑を利用して夫を殺害しようとしたが、死刑判決は下されたものの、それが執行される前に部隊が解散されたため目的を遂げなかったという事案である。本判決は、殺人の未遂の成否についても言及し、被告人によって惹き起こされた死刑判決の時点で未遂が認められるとした（背景には、当時の混乱した状況下では、死刑判決の宣告後、すぐに死刑が執行されることが予想されたという事情がある）。被告人の行為から離れた時点で未遂を認めたという点で、興味深い判例ではある。

(103) BGHSt 4, 271.

(104) BGHSt 30, 363. 本判決は、原口・前掲注(9)九一頁以下でも紹介されている。

(105) この物質の性質について詳しいことは不明であるが、実際に入っていた液体とは異なり、被害者に重い傷害を負わせるものではないようである。被告人は、実際は重傷害罪を実現させる意図であったにもかかわらず、それをAに隠していたことから、重傷害罪の間接正犯が問題となった。

(106) この予備と未遂の区別基準に関する判示部分の内容が、前記連邦通常裁判所一九五三年判決以前のものと異なるのは、この間に刑法典の総則に関する全面改正が行われ、未遂に関する規定の文言も大幅に変更されたからである。現在の規定については前掲注(59)を、旧規定については前掲注(99)を参照。現規定の下では、未遂の開始が認められるためには、行為が構成要件の一部実現の段階まで至っている必要はなく、その直前に位置すれば足りるというのが判例を含めて一致した見解である。現規定下における未遂の開始に関する判例については、拙稿「実行の着手と実行行為」法学研究八二巻一号（二〇〇九）三三九頁以下を参照。

(107) Claus Roxin, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 25 Rdn. 152.

(108) もっとも、同判決から四年後の連邦通常裁判所一九八六年八月五日判決（NStZ 1986, 547）は、より手放し説的な判示をしており、この時期に判例が手放し説に傾斜したことは確かであろう。

(109) BGHSt 43, 177. 本件の紹介として、関根徹「被害者の関与が必要な場合の未遂の開始―毒のわな」比較法雑誌三四巻一号（二〇〇〇）二〇九頁以下、山中・前掲注(11)七二四頁。

(110) BGHSt 43, 181 f.

(111) Claus Roxin, Anm. zu BGH, Urt. v. 12.8.1997, Jus 1998, S. 211. さらに、本件の原審であるOLG München

NStZ-RR 1996, 71 も参照。

(112) Roxin, a. a. O. (Fn. 111), S. 211 f.

(113) Karl Heinz Gössel, Anm. zu BGH, Urt. v. 12.8.1997, JR 1998, S. 293 ff. 参照。

(114) NStZ 1998, S. 294.

(115) NStZ 2001, S. 475.

(116) NJW 2006, S. 3364 (mit Anmerkung von Karl-Rudolf Winkler). このほか、第三者利用のケースとしては、BayObLG NStZ 2004, S. 401 などがある。

(117) Krüger, a. a. O. (Fn. 48), S. 94 f.

(118) Küper, a. a. O. (Fn. 40), S. 372.

(119) 山口厚『問題探究 刑法総論』（一九九八）二一〇頁は、その時点で作為可能性が失われている場合には、不作為犯の罪責を問うことができないと批判する。また、齋野・前掲注(11)六三―六四頁は、「離隔犯・間接正犯の実行の着手に限って不作為犯を持ち出すことは余りに技巧的に過ぎる」とする。

(120) 前掲注(11)で挙げた諸見解についても同様である。

(121) 客観的危険説に関する筆者の考えについては、拙稿「不能犯に関する一考察―客観的危険説の検討―」法学政治学論究五八号（二〇〇三）三三五頁以下を参照。

(122) このような見解として、山口『危険犯の研究』（前掲注(6)）一六七頁以下。さらに、和田俊憲「不能犯（二）」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論［第六版］』（二〇〇八）一三七頁。

(123) 佐伯・前掲注(3)一二七頁。

(124) 和田・前掲注(13)二一八―二一九頁。

(125) 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える』（二〇〇九）二九三頁〔小林憲太郎執筆〕参照。

(126) 平野・前掲注(4)三一四頁、山口『刑法総論 第二版』（前掲注(6)）二六九頁。

(127) 塩見淳「実行の着手について（一）～（三）・完」法学論叢一二一巻二号一頁以下、四号一頁以下、六号一頁以下（いずれも、一九八七）は、まさにこのような問題意識に貫かれた研究である。ただし、時間的な切迫性か結果発

生の自動性のどちらかが認められればよいとする。同様に、井田『講義刑法学・総論』（前掲注(5)）三九七頁以下。

(128) ドイツにおける議論ではあるが、ロクシンが、このような場面での未遂の開始の基準は未遂犯の処罰根拠からは導くことができないとし、法治国家的見地から構成要件への近接性を要求していることが注目される（Roxin, a. a. O. (Fn. 23), S. 361 f.）。

(129) 井田『講義刑法学・総論』（前掲注(5)）八二頁。

(130) 本稿以前に手放し説を詳細に展開したものとして、中・前掲注(2)一頁以下、同「間接正犯と不作為犯の実行着手―中山説に関連して―」関西大学法学論集三六巻六号（一九八七）九九頁以下（＝同『刑法上の諸問題』（一九九一）二二二頁以下）。

(131) ドイツ連邦通常裁判所一九八六年八月五日判決（前掲注(108)）の事案から示唆を得た。ただし、同判決はピストルを突きつけて発進を命じた時点で手放しがあるとしているようである。

(132) 中・前掲注(2)一六―一七頁以下。

(133) なお、「客観的に事象支配が行為者から手放された状態」を未遂結果と構成し、そのような事態が生じた時点で着手を認める見解も理論的には成り立ち得るように思われるが、本文中で述べたように、その時点まで着手を認めない理由はないと思われるので、本稿はそのような見解は採用しない。