

# 間接正犯と不作為犯の実行着手

——中山説に關連して——

中 義 勝

- 一 はしがき
- 二 他人の過失行為を利用する場合
- 三 離隔犯の場合
- 四 情を知らない者の行為を利用する場合
- 五 被害者の行為を利用する場合
- 六 むすび

## 一 は し が き

最近、中山研一教授は「間接正犯の実行の着手」と題して、他人の過失行為を利用する背後者、いわゆる離隔犯、まったく情を知らず、その不知について過失も認められないような者の行為を利用する背後者、および情を知らない被害者が確実にするものと期待される行為を利用する背後者の行為のそれぞれにつき、何時実行の着手があるものとすべきかの問題を論ぜられた（警察研究五七巻七号一五頁以下、八号一五頁以下）。これは、さきに私がものした論

間接正犯と不作為犯の実行着手

九九（一一三二）

文(「実行行為をめぐる若干の問題」関法三五号二号二頁以下)のなかで、離隔犯や情を知らない者の行為を利用する背後者の実行行為につき、中山教授がいわゆる到達主義をとられているのに対して發送主義の立場から私見を展開し、また、被害者が日常的にすることになっている行為を利用する者の実行行為について論じたことに対する教授の再批判ないし所見を表明されたものであり、さらにこの機会にこれらをめぐる学説状況を対置してそれぞれの問題点を指摘されたものである。そこで、私も、教授のこの論文によって啓発されるところが多かったが、なお理解をまっとうしない部分もあるので、以下順を追ってこれらの問題につきまう一度論じることにした。

## 二 他人の過失行為を利用する場合

他人の過失行為を利用する背後者、たとえば、看護婦の過失を利用して患者に毒薬を注射して死亡させた背後の医師の指示行為を教唆にすぎないものとし、したがってその実行を看護婦の過失による注射行為時に求めるべきであるとする点では中山教授の見解と私見との間には相違はみられない。そして、医師の指示行為を間接正犯とする内部において、それが同時に医師による殺人の実行着手であるとする見解(団藤・大塚説)とその実行時点は患者の生命に具体的危険をもたらす看護婦の注射行為時であるとする見解(平野・西原説)に対しても、前者ではなぜ患者の生命に具体的危険を及ぼすに足りない単なる指示行為がただちに実行行為とされるのかという点で、後者では看護婦に可能な通常の注意を用いるなら医師による指示行為がそのままにはただちに結果発生へとつながらないのに、どうして間接正犯とされるのかとする点で、中山教授の見解と私見との間にも基本的な相違はみられない。つまり、この場合を、刑法上、どのように処理すべきであるかという帰結においても(教唆犯か間接正犯か)、またその理論的根拠に

においても両者の見解は基本的には同一に帰し、したがって以下の考察においてもこの事例をめぐる検討は割愛することができるとがである。

### 三 離隔犯の場合

つぎに、いわゆる離隔犯の場合、たとえば他人を毒殺するつもりで毒入り食糧品を郵便機関に託送したというような場合、その託送行為を間接正犯とし、同時にこれを毒殺の実行行為とすべきか否かという問題については、通説（団藤・大塚説）がこの両者をもとに肯定し、私もこれに倣うものがあるが、その理由は、今日のわが国の郵便事情は戦中・戦後に一時的にみられたような混乱状態は認められず、託送すれば通常確実に宛名先に到達することは、あたかもベルトコンベアの一端に物を乗せれば自動的かつ機械的に他端に達するのと同様の確実性が期待され、したがって託送時に結果発生の具体的危険性を肯定してもよいとするところにある。

しかし、学説のなかにはこれを間接正犯としながら、なおその実行の着手を到達主義によって理解すべきだとするものがあり、たとえば平野博士も原則的にこうした考察方法に依拠されている。中山教授によれば、これは、平野説では正犯行為と実行行為とが分裂しうることが認められているので、たとえこの場合を間接正犯としたところで、だからといって直ちに託送行為を実行行為としなければならぬ論理的必然性が生ぜず、到達主義をとっても自説内部での論理的矛盾がないからだとされている。それはまさしく中山教授の指摘されるとおりであるが、私としては、なぜ平野博士が正犯行為と実行行為とが同一の実体を具える行為に対する異なる呼称であるとする伝統的な考察に反して、その分裂可能性を説かれるのかという点を問題にしなければならない。正犯者とは実行行為者であり、逆もまた

然りだとする命題は、限縮的正犯概念を堅持し、直接・単独正犯を説くかぎりでは何人によっても承認されなければならないものだと思われるが、間接正犯も正犯であるかぎり、この場合にかぎってにわかにはその理を異にすべき理由はないとしなければならぬ。すくなくとも、両者の分裂可能性を主張するのであれば、ただそのように断定するだけでは足りず、もっと積極的な根拠を提示することが必要であろう。そうでなければ、勝手な前提を立てたうえで、これにのっとって帰結を示したまでのことで、不当前提に立脚するものだといわれてもいたしかたがないであろう。私見では、こうした前提を立てることは、むしろ間接正犯を幅広く認めるための布石であり、いわゆる「間接正犯の従属性」を説くための為にする理論的操作であると思われる（なお、中山教授が被害者の行為を利用する直接正犯に関するかぎり、このような考察方法を是認されていることについては後述する）。

しかし、問題はそこにあるわけではない。離隔犯の場合には、結果発生 of 具体的危険は到達時にはじめて生じるものであるという発想が平野説においても原則的に承認されているという指摘にあるようである。もっとも、平野説では「毒物を郵送したような場合には、発送した場合はほとんど確実に着くのであるから、到達した場合と発送しただけの場合とで危険性にそれほど差がない場合もありうる。離隔犯のなかには、むしろ発送のとき実行の着手があるという場合もあるであろう」（「刑法」総論Ⅱ三三〇頁）という留保が付せられ、これに対して中山教授が結果発生 of 具体的危険が「確実性に依存するといふのであれば」、発送時と到達時とでその危険性は「原則として差がなく、発送主義が原則になってしまっておそれが出てくるように思われる」（前掲論文(一)二六頁）とされるかぎりではその批判は妥当であり（同旨の指摘は西原説に対してもなされている、前掲論文(一)二六頁以下）、したがって問題はやはり具体的危険の生じるのは発送時か到達時かの一点に絞られることになる。

ところが、この最後の決定的な論点について、教授は「たとえ託送物が宛名先に到達する確実性が高いとしても、それは託送行為の中に結果発生危険が含まれていることを意味するにすぎず、隔離犯の故にその危険は当の結果との関係においていまだ具体化される段階（結果発生危険の切迫した段階）に達していないといわざるをえない。そしてそこにこそ、隔離犯の構造上の特質があるというべきであろう」（前掲論文（一）二九～三〇頁）とされているにすぎない。これでは、発送時と到達時とでは結果発生危険に格差があることを断定的に述べただけで、なぜこのような格差が認められねばならないかという論証がなされているものとは思われない。したがって、私としては、この点に関する教授の一層説得的な論証を期待しなければならない。

しかし、さし当ってこの点に問する疑問を開陳するとすれば、危険が当の結果との関係において具体化される段階（結果発生危険の切迫した段階）とは一体何を指すものであろうか。たとえば、射手が人を狙って猟銃を構えている段階と、すでに引鉄を引き終った段階とで結果発生との関係でその危険に格差があり、後者こそ結果発生危険を具体化したものとされる趣旨であらうか。それなら、未遂とはもっぱら終了未遂だけを意味し、着手未遂という概念範疇を一切否定することにもなりかねないが、まさかそのようなことを述べられているものとも思われない。

なお、教授は、私が「郵便機構の利用をベルトコンベアにのせる行為、さらには的に向って矢をはなつ行為に類するものとされている点にも問題がある。前者は情を知らない他人の行為の利用という側面を含むのに対して、後二者は『死せる道具』の利用の場合である。……『道具』が実行為に含まれるのに対して、『人』の行為の利用をこれと同一視することはできない」とされている（前掲論文（一）三〇頁）。右のうち、的に向って矢をはなつ行為との比論は、実は佐伯千仞博士が通説の論理構造を解説された場合に比喩的に用いられ、かつ博士によって論理的にはこの

比喩のいうとおりであるとされているのを借用したまでのことであるが（佐伯・改訂「刑法講義」総論三〇六頁、旧「刑法総論」二八六頁以下）、この点の詮索はここではどうでもよいであろう。そこで、本題に還ると、「人」の行為を利用する場合と、「死せる道具」を利用する場合とは相違があるとされるのは、通常、前者にあっては、その「人」による規範的障害が期待されるのに対して、後者においてはむしろその可能性がないとするとところにあるであろう。したがって、たとえ「人」の行為を利用する場合であっても、被利用者がその行為に具わる規範的意義について寸分の疑問をもはさまず、かつこれについて過失も認められないような場合には、同じく「人」の行為の利用といっても——規範的障害を期待する余地がないという点で——「死せる道具」を利用する場合と実質的にみてなんらの差異もないといわなければならない。たとえば、AがXに傷害を加える意思で、両者の中間にいたBの身体を強く押したので、はずみをくらったBの身体がさらにXを押し倒して負傷させたというような場合、Bの行為（中山教授もこれを行為と認められるであろう、同「刑法総論」四八頁参照）は単にAによって「死せる道具」と同じような意味において利用されているにすぎず、教授といえどもまさかこれを教唆とされることもないであろう。したがって、この場合にもBの行為はAの実行行為のなかに含まれ、AがBの身体を強く押したときに傷害の実行があるとすれば、Aが郵便機構を利用して毒入り食糧品をX家に託送する行為も、規範的障害が期待されない人の行為を利用するものとして、すでに託送時に実行の着手があり、時間の経過とともに結果の発生へと向う軌道上に託送物を乗せたものとして、そのときに具体的危険を認めても決して強弁ではないと思われる。

もっとも、Aが自らX家に向向いて毒入り食糧品を届けようとする場合には、その実行の着手はX家に来意を告げ、持参物をXまたはその家人に手交する時点（到達時）に求められるが、それは規範的障害というものは中間に立つ他

人に關していうるだけではなく、自分自身に対しても存しうるからである。自家を出てX家に向うAの胸中にはなお翻意して手交を断念する可能性を自分でも排除することができず、したがってその行為はまだ実行着手前の単なる予備段階にある。つまり、自らさらに越えるべき決定的な垣根を隔てた行為であるといえる。これに反して、郵便機関に小包を委託する場合には——情を知らず、かつこれについて過失も認められない場合なのであるから——この垣根はAが小包を委託するかどうかという点に存しても、委託した以上は郵便機関は何らの疑念をもさしはさまず、ベルトコンベアにもたとえられるその機構に乗っかって、いわば自動的・機械的に宛名先に届けられるのであるから、委託後にはもはや存しないものと思われる。そして、これは、実行概念を単に形式客観的に理解せず、実質客観的に理解することからでてくるとすることは私の従来から説いているところでもあったのである（拙著「講述犯罪総論」一九四頁）。

なお、委託後も、Aには託送物がX家に到達するまでに翻意する可能性があり、かつその内容物がXまたはその家人の口に入らないように努力する余地のあることは否定されないが、それはすでに実行終了後の中止犯であるということについては上記拙稿に縷説のとおりであるから、ここにはくり返さない（前掲拙稿二三頁以下）。

#### 四 情を知らない者の行為を利用する場合

第三には、情を知らずかつそのことについて過失も認められない者を利用して犯罪を行なわせる場合、たとえば、主婦Aがかねて怨みを含んでいるXがたまたま来訪したのでこれを客間に招じ入れ、台所で毒入りコーヒを作り、これをまったく情を知らない女中Bをして客間にいるXの卓上まで運ばせたという事例がとりあげられている。

(1) この事例に対する私見は、Aの指示行為がありさえすればBによって拒まれることは通常ありえず、Aの指示がそのままBの提供行為を相当ないし必然的結果として包含するものであるから、偶然的障害のないかぎり、Xの死亡という結果に直結するAの指示行為は結果を惹起する因果力と結果発生 of 具体的危険を含む行為（正犯行為）といふことができるので、その段階で実行の着手が認められるとするものである。そして、この場合を、Aが翻意してBの提供行為を妨止する可能性があるから直接提供する場合と異なるというのであれば、それはAにBの行為を妨止すべき義務を認め、いわば不作為による正犯になることを根拠として教唆犯たることを論証しようとするようなもので、自己矛盾の論法であるとしたことであつた。

これに対して、中山教授はつぎのように反論されている。「しかし、この批判には承服しがたい。ここでも、結果にいたるべき確実性を含む行為であることが強調されているが、結果の側から見れば危険はいまだ切迫しておらず、Bの行為によつて具体化するものというべきであろう。直接正犯との比較においても、自ら提供行為に出ない限り実行とはいえないのであつて、いかに確実に提供するつもりでも、その段階で実行があることはできない。また、翻意してBの行為を防止する可能性があるということは、危険がなお切迫していないことの一つのあらわれにすぎず、不作為の正犯を根拠づけるものではない。むしろ、Bの提供行為を客観的に違法な行為と見てこれへの教唆犯をみとめることがなぜ不当とされなければならないのかが問われるべきものと思われる」（前掲論文(二)一六頁）。

この事例も、時間的・空間的により結果発生に接した行為ではあるが、上記の雜隔犯の場合と構造的に同一である。したがつて、離隔犯の場合における論理がそのままに妥当し、中山教授と私見との相違も実行行為をどのようなものとして把握するか、これと表裏をなして具体的危険の発生をどのように観念するかに帰せられる。だから、上記



したところのくり返しとなる弊をまぬがれないが、結果発生にいたるべき確実性を含む行為とは結果発生 of 具体的危険を含む行為とすることになぜ違和感を懐かれるのがまず問われるべき第一点である。もしかりに、客間の卓上にコーヒを提供するロボットその他の機械の受け皿に毒入りコーヒを乗せることが「死せる道具」の利用として実行行為に含まれるものとすれば、運搬者が「死せる道具」でなく、まったく情を知らない女中Bである場合には確かにそれが教唆行為となり、具体的危険の発生もBの提供を俟たねばならないとすることは、運搬者が「死せる道具」か「人」かというあまりにも形式的観点に囚われた考察だといわねばならないのではなからうか。上記したように、この場合のBは規範的にはAの手足の延長であり、「死せる道具」を利用する場合と実質的に差異は認められない。つぎに、直接正犯との比論についても離隔犯のところでも述べたことがそのまま当てはまるであろう。最後に、翻意してBの行為を妨止する可能性があるということ自体、危険がなお切迫していないことの一つの現われにすぎないといわれているが、実行終了後もなお中止犯の成立余地を認める以上（中山教授もこれを否定されたいと思われる）、翻意の可能性の有無によって先行の行為が実行であるか否か、したがって結果発生に対する具体的危険があるか否かを区分する基準とすることができないであろう。たとえ翻意の可能性があったとしても、すでに結果発生につらなる行為をまったく情を知らない他人の手にゆだねた以上、それは実行行為後の中止を基礎づける理由になっても、もはや実行行為性の存在を左右する根拠とはならないものと思われる。これに反して、結果発生につらなる行為がまだ自分の掌中に把握されているときには着手前の予備段階であるとすべきである（これについては、被害者の行為を利用する最後の事例が参照されるべきであろう）。

くり返していえば、中山教授は「死せる道具」を利用する場合には実行行為だが、いやしくも「人」の行為を利用

する以上——この「人」がまったく情を知らず、かつそのことについて過失も認められず、したがって実質上「死せる道具」を利用する場合と同義の「生ける道具」の利用と考えられる場合であっても——その利用行為はもはや実行行為でなく教唆行為であるとされているが、これはあまりにも形式的観点に囚われた考察であり、これではむしろ実質的客観説を主張する余地を奪うことになりはしないかと惧れられる（中山教授も、形式との関連を慎重に配慮しつつも、なお実質的客観説にしたがわれているのである、同「刑法総論」四一一頁）。前掲拙稿にも記しておいたように、実質的客観説を説く場合にも、往々にして陥りがちな実質的考察方法によりその内容を稀薄化することのないように留意しつつ、つねに原型である直接・単独正犯との比較において具体的危険の有無を検討すべきではあるが、さればといて逆に形式的客観説の外形にこだわる硬直した考察をすべきではない（前掲拙稿四一頁以下参照）。

(2) ところで、西原教授は、上記の事例におけるAを間接正犯としながら、その実行着手時点をBの提供行為時に求められ、その理由として、利用行為自体ははまだ予備行為にすぎないが、被利用者が提供行為をしようとするさいの利用者の依然たる不作為は、自己の先行行為によって生じた結果防止義務に反する不作為正犯になるといふ、作為と不作為との複合的な犯行構造を示すものだとしておられる。これに対しては、私が、この論法にしたがえば、教唆犯の場合にも正犯の行為を防止しないという不作為が正犯として構成されることになり、これでは教唆犯の規定は空文に帰せられることになるとしたほか、被利用者の行為時にすでに利用者による作為の可能性が失なわれているような場合にも不作為の実行行為がありうるのかという疑問も提出され、中山教授もこのような不作為犯としての構成によつては問題が単純に解決されえず、かえって新たな問題を生ぜしめることを示すものであるとされている。そして、この点に関するかぎり、中山教授と私見との間にも対立は存しない。

ただ、平野博士が——西原教授のように不作為犯の構成を採用するものではないが——やはり利用行為を間接正犯としながらその実行の着手を被利用者の行為に求められる点に関連して、中山教授は——本説が正犯性と実行行為性とを分断するものであるとの批判を別にすれば——未遂を一つの段階的概念とする考え方には積極的な意味があり、これを間接正犯について説くことは適当でないが（むしろ教唆犯として構成しうる）、直接正犯の場合にはこの考え方が妥当であるとされている。そして、これこそ、つぎの被害者の行為を利用する場合だとされるのである。

## 五 被害者の行為を利用する場合

被害者の行為を利用する場合は、かならずしも他人の行為を介するわけではないが、結果発生までにかかりの時間的・場所的間隔がある場合であり、たとえば、妻Aが、夫Xが帰宅すれば何を措いてもまずコーヒーを飲むという習慣のあることを熟知していたので、Xの帰宅前にインスタントコーヒー粉末瓶のなかに毒薬を混入し、後はXが帰宅してコーヒーを飲むのを待つばかりだといった事例である。

私が、この事例をフォークラーに做って、AはXを毒殺するためになすべきことは全部なし終えたいいわゆる「終了未遂」と解することは誤りだとするのは、「もしAが、Xが帰宅したらインスタントコーヒー粉末によって毒入りコーヒーを作り、みずからこれをXのテーブルに供するつもりでいたときにはなおなすべきことを全部終了しているわけではなく、したがって終了未遂でもないし、また、情を知らないXが自分でコーヒーを作って飲むとするのを知りながら依然として不作為にとどまる場合も、そのさいの不作為がXの生命を救助すべき最後のチャンスを従過することを意味し、ここでも最後のチャンスの従過という不作為が予定されているのであって、Aがなすべきことを全部してし

まったとはいえず、したがって終了未遂でもないから」である(前掲拙稿四頁)。

これに対して、中山教授は、「ここでは、作為としての予備行為と不作為としての実行行為の競合という上述の西原説の構成が承認されて」おり(前掲論文(二)二二頁)、「そこで、出てくる疑問は、同じく情を知らない者の利用でありながら、なぜ第三者の行為の利用は間接正犯とされて發送主義に、被害者の行為の利用は間接正犯ではないとされて到達主義に分配されるのかという点である」とされる(前掲論文(二)二五〜二六頁)。そして、さらに「全く情を知らない被害者の行為を予測して危険源を設置するというものである限り、規範的障害はないはずであって、被害者の対応に一定の確実性が見込まれば、すでに利用行為の段階に実行の着手があるとする構成も不可能ではないように思われる」とされ(前掲論文(二)二六頁)、暗に離隔犯や情を知らない他人を利用する場合には利用行為時に実行行為を認めるならば、これと構造上同視しうべき本事例においても、私の立場からは危険源の設置行為時に実行行為を認めるのが論理一貫した処理であるとされているようである。

しかし、これはおそらくは誤解にもとづく不当な推論ではないかと思われる。本例の場合には、インスタントコーヒー粉末瓶に毒薬を混入し、後はXが帰宅して情を知らないままに毒入りコーヒーを作って飲むのを待つばかりだとしても、この段階ではまだA自身に規範的障害があり、したがって情を知らない無過失の他人の行為を利用する場合は構造的に異なるものであるということを見過してはならない。ただし、その時点ではAの設置した危険源はなおAの支配圏内にあり、さればこそXが帰宅したときに、Aが毒入りコーヒーを作ってこれをXに提供しようとするさいや、X自身が毒入りとは知らないでコーヒーを作って飲むとするさい、Xの生命を救助すべき最後のチャンスを徒過するといういわば一種の「臨界状況」を克服せねばならないのであり、これに反して、後例の場合には、結果発生の原因

的効力のある行為を、その情を知らず、かつその不知について過失もない第三者の手にゆだねるものであり、結果の発生を相当ないし必然化する因果的行為を結果に向けて起動させ、この点で結果に対する具体的危険を発生させたものと解せられるからである。前例においては、毒薬を混入したインスタントコーヒ粉末瓶はなおAの支配圏内にあるとする指摘は前掲拙稿においてしばしば述べられているところであり（たとえば、五、一〇、一四、一五、三七、三九頁）、これを客観的に手ばなす後例との構造上の差異は容易に理解されるはずだと思われる。したがって、私見では、結果発生危険が切迫する以前に行者が自ら作為の可能性を遮断したような場合には、その段階で結果発生危険の具体的危険を招致したものととして実行の着手が認められることになるのはむしろ当然である。たとえば、寒夜に乳児を森のなかに放置し、そのままの経過にまかせるなら早朝には凍死することになるといふ事情を知らながら車を駆って帰宅したが、刻々に時間が経過して乳児の死期が近づいてくる圧迫に耐えず、ともすれば再び車を駆って乳児を救助しようという誘惑を克服するために睡眠薬を飲んで即座に昏睡し、救助の可能性を自ら遮断した母親にはそのときに殺人の実行行為があったものとするに果して違和感があるであろうか。その後ももし偶然に乳児が他人によって救助されたとすれば、私見によれば、母親は殺人未遂の罪責を免れないことになるが、中山説では——保護責任者遺棄罪の成立は別として——殺人についてはまだ予備罪の成立しか認められないということになるであろう。

## 六　む　す　び

以上によって、過失行為を利用する場合、離隔犯の場合、情を知らない者の行為を利用する場合および被害者の行為を利用する場合のそれぞれについての中山説の概要と、これをめぐる団藤・大塚説、平野・西原説および私見との

対向関係を考察したが、中山説に対しては、未遂を段階的概念として把え、正犯行為と実行行為とを分断して、特に最後の事例においてこのような考察を全面的に採用されていることが特徴的であるということが出来る。しかし、これに対しては、正犯とは実行行為者であり、逆に実行行為をする者だけが正犯者であるとする命題が単に抜きがたいドグマとして葬り去られるだけでよいかということが最大の問題である。「危険の切迫性」という概念も一種の規範的概念であるが、たとえば、社長が出社したのでいつものように秘書が社長の卓上に（実は毒入りの）コーヒーを供したが、それと入れちがいに社長がトイレに行ったとすれば、中山説では秘書の実行行為は社長が帰宅してコーヒーを飲むもうとするときに求められ、それ以前の提供行為は単なる予備行為とされるのであろうか。もし提供行為時にすでに社長の生命に対する具体的危険が発生しているものだとすれば、離隔犯の場合や情を知らない他人の行為を利用する場合の利用行為そのものに具体的危険を認めることもそれほど唐突なことを説くわけではなく、現に未遂を段階的概念とし、正犯行為と実行行為の分断を認められる平野博士においても離隔犯においては発送時に具体的危険、すなわち実行行為を認めてよいとされるのも、このような発想によってもなお具体的危険が何処に存するかをうかがわせるものであり、特に異端視されるべきことではないように思われる。なお御垂教に接しうれば幸いである。