

間接正犯の構造、不能犯、および、
共犯成立の時間的限界に関する一考察
——禁制品輸入未遂罪の共同正犯を認めた事例を題材に——

原 口 伸 夫

目 次

はじめに

第1節 東京高判令和4年5月17日研修894号71頁の事実の概要、判旨および検討を要する問題点

- (1) 事実の概要
- (2) 判旨
- (3) 本件において検討を要する問題点

第2節 間接正犯形態での犯罪遂行における実行行為

- (1) 禁制品輸入罪の未遂時期・既遂時期と利用者標準説
- (2) 行為帰属論
- (3) 実行行為の観念的な把握

第3節 犯行が客観的に失敗した後の関与と不能犯（類似）の問題

- (1) 承継的共犯の問題と不能犯（類似）の状況の評価
- (2) 当該犯罪の継続（失敗）の有無についての判断

第4節 共犯の成立する時間的限界

まとめ

はじめに

東京高判令和4年5月17日研修894号71頁(高検速報[令和4年]141頁)は、Xらが覚醒剤の密輸入を企てたが、空港の税関において覚醒剤が発見され、コントロールド・デリバリー(以下、「コントロールド・デリバリー」を「CD」と表記する)¹が実施され、その後でその密輸入に関与した者の罪責が問題になった事案において、関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯を認めた。この事案および判決は、規制薬物密輸事案の検討というだけでなく、間接正犯の構造、不能犯の問題、および、共犯の成立する時間的限界の問題を考えるうえできわめて興味深い題材を提供しているように思われることから、本稿においてこの判決を取り上げ、検討してみたい。

第1節 東京高判令和4年5月17日研修894号71頁の 事実の概要、判旨および検討を要する問題点

(1) 事実の概要

この事案は次のようなものであった。

令和2年(2020年)6月24日、マレーシアから千葉県内の「A」方を配達先として航空小口急送貨物(以下、「本件貨物」という)が発送され、6

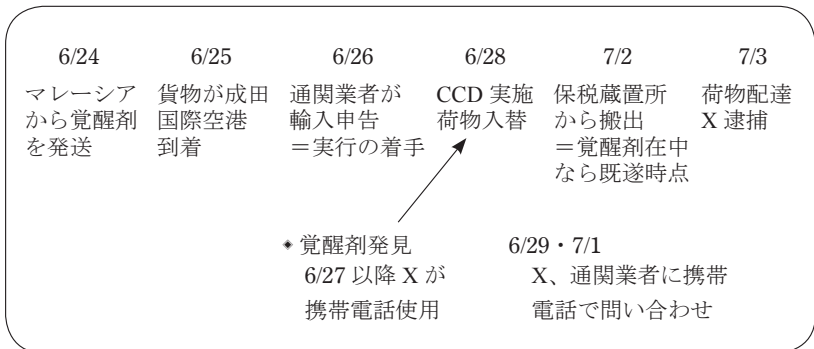
1 コントロールド・デリバリー(監視付き移転)とは、禁制品(薬物・銃器など)の不正取引が行われる場合に、取締当局がその事情を知りながら、ただちに検挙せず、その監視のもとに薬物の運搬を許容し、追跡して、その不正取引への関与者を特定し、検挙するための捜査手法をいう。中身の薬物をそのままにして輸入・運搬させるライブ・コントロールド・デリバリー(以下、「LCD」と表記する)、薬物を抜き取り、または無害な代替物に取り替えて輸入・運搬させるクリーン・コントロールド・デリバリー(以下、「CCD」と表記する)とがある。CDについて、参照、古田佑紀「麻薬等特例法」古田佑紀・齊藤勲編『大コンメンタールI 薬物五法』14頁、22頁以下(青林書院、1994年)、三井誠ほか編『刑事法辞典』293頁以下〔佐藤隆之〕(信山社、2003年)など。CDの実施状況等について、1993年時点のものであるが、参照、田所健一「麻薬特例法等の適用状況と今後の課題」警察学論集46巻11号123頁以下(1993年)。

月 25 日、成田国際空港に到着した。翌 26 日、通関業者が本件貨物の輸入申告をしたところ、東京税関職員による税関検査において本件貨物の中から覚醒剤が発見された。28 日、CCD を実施するため、覚醒剤に代えて代替物が本件貨物に収納された。7 月 2 日、本件貨物の輸入が許可され、通関業者により保税蔵置場から搬出された。

一方、同年 6 月 24 日、本件貨物の送付状に配送先のものとして記載された番号の携帯電話機（以下、「本件携帯電話」という）に対し、通関業者から、本件貨物の配達予定日が 6 月 29 日であるが、通関事情等により遅延する可能性がある旨の SMS が発信された。

本件携帯電話は、遅くとも 6 月 27 日以降、被告人 X が使用していた。X は、6 月 29 日および 7 月 1 日に、本件携帯電話から通関業者に電話をかけ、A を名乗り、本件貨物の配達予定日等を問い合わせた。

X は、7 月 3 日午前 9 時 18 分頃、通関業者に電話をかけ、通関業者から、通関が許可されたこと、同日中に本件貨物が配達される予定であることなどの説明を受けたことから、知人 Y と合流して自動車では A 方へ向かった。X は、同日午前 11 時 10 分頃、A 方へ赴き、玄関先において、配送員に扮した警察官から本件貨物を受け取り、デリバリーシートの署名欄に「A」と署名した後、逮捕された。



弁護人は、Xは本件貨物の中身が現金であると認識しており、覚醒剤との認識はなかった旨主張した。第1審判決は、Xが6月27日に本件携帯電話を受け取った可能性もあることを指摘し、「遅くとも、本件貨物につき通関業者において輸入申告がされた6月26日には、関税法の禁制品輸入罪の実行の着手が認められるところ、Xが本件貨物の輸入を認識したのが、6月24日ではなく、6月27日であるとすると、Xの関与は実行の着手後ということになるし、Xが通関業者に問合せの電話をかけた6月29日であるとすると、6月28日に、CCDのため、本件貨物の中身が覚醒剤から代替物に入れ替えられているから、純客観的には、Xの関与は、関税法の禁制品輸入罪の実行行為とみられる行為が終了した後であるともみ得ることから、これらの場合に、Xにつき、本件貨物について、関税法の禁制品輸入罪の故意及び密輸組織関係者との間の共謀を認め、関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯の成立が認められるかが問題となる」と指摘したうえで、結論的には、Xに関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯の成立を認めた。

Xは事実誤認および量刑不当を理由に控訴したが、東京高裁は、以下のように判示して、控訴を棄却した。

(2) 判旨

原判決が、「Xが本件貨物の中身が覚醒剤を含む違法薬物が隠匿されていることを認識した時点が、通関業者による輸入申告やCCD開始以前であるとは認定できないにもかかわらず、関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯が成立するとした点も、次のとおり、維持できるものと考えている」。

「確かに、本件においては、Xが6月29日よりも前に本件貨物の中身が覚醒剤を含む違法薬物である可能性を認識していたとまでは認定はできず、既に6月28日にはCCDのため本件貨物の中身が代替物に入れ替えられていた。しかし、Xは、本件貨物の配達を受け取る行為を担うべきものとされていただけでなく、輸入が許可される前である6月29日以降、本件貨物が輸入されるものであり、その中身が覚醒剤を含む違法薬物であ

る可能性があることをも認識しつつ、通関業者に対して、本件貨物の所在や通関手続の状況、配達予定日を問い合わせるなどして本件貨物の受取を適時的確に行うために必要な行動をし、途中からとはいえ輸入行為の段階から本件に関与をしていたといえる」。

「原判決が指摘するとおり、禁制品輸入罪は社会公共の秩序、衛生その他の公益の侵害からの防衛を目的として置かれたものであり、本件のような国際宅配貨物を利用した関税法上の禁制品輸入に当たっては、通関等の手続自体は業者が担当するから、上記の法益侵害の危険が顕現するのは、通関後、貨物が受取人に渡って以降ということになる²。したがって、Xの本件における役割は、輸入行為段階における本件貨物の所在等を単に確認したにとどまらず、法益侵害の事態を現実化させるために不可欠となる前提として、確実に本件貨物を受け取ってその占有を確保しようとするという重要なものであったといえ、上記のとおり、6月29日以降、本件貨物の受取のため繰り返されたXの行動は、まさに共犯者が先行した行為を受

2 原判決は次のように判示している。すなわち、「関税法上の『輸入』とは、外国から本邦に到着した貨物を本邦に（本件のように、保税地域を経由するものについては、保税地域を経て本邦に）引き取ることをいい、国際宅配貨物について、外国において送り主が代金を添えて申し込めば、通常システムに従って日本にある名宛人の住所にまで配達され、その場合、輸入申告、保税地域からの引取りは、通常、通関業者や配送業者により行われるから、その貨物に禁制品を隠匿した場合の関税法の禁制品輸入罪は、事情を知らない業者を利用した間接正犯の形態により犯罪が完成されて既遂に達する。このように、関税法の禁制品輸入罪において、輸入行為は、貨物が外国から積み出されて本邦内に入り、輸入申告、貨物の輸入検査、関税の賦課徴収、輸入許可等の手続を経て、本邦内に引き取られるまでの一連の行為からなるところ、本件のように、国際宅配貨物運送という一つの確立されたシステムの中に組み込まれた通関業者や配送業者を自己の犯罪実現のための道具として利用する間接正犯として行われる場合、業者が行う輸入申告等は、それ自体は、同罪の主たる保護法益である社会秩序の維持、公衆衛生等の公共の福祉の保持を直接侵害するものではなく、禁制品を業者から受け取る行為により禁制品が物理的にも国内における自由な流通に置かれる状態になることによって、上記の法益侵害性が認められるといえ、Xが本件貨物を受け取った行為は、業者による本件貨物の引取りに引き続き、本件覚醒剤の輸入を完遂する上で、輸入行為と一体のものとして予定されている不可欠な行為といえる」と判示している。

け禁制品輸入罪の目的を全うさせるための加担であったと評価できる」。

「上記のとおり税関検査によって本件貨物から覚醒剤が発見され、原判決が示唆するように、Xの関与前に禁制品輸入罪が既遂となることについての現実性はなくなったものの、その事情は捜査機関や一部関係者だけが承知しているに過ぎず、Xをはじめ密輸組織関係者の与り知らぬことであるから、Xの共犯性はこの事情によって影響を受けることはないというべきである」。

「これまでみたような本件貨物の輸入の一連の経過からすると、Xが本件の共犯者と少なくとも順次の意思連絡を遂げていなければ、Xが本件のような行為を行うことはありえず、また、本件におけるXの関与の性質・度合いが前記のとおり重要であることを考えると、Xは、本件貨物につき、関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯としての責任を負うべきものと評価できる」。

(3) 本件において検討を要する問題点

ある者(甲)が国外から日本に向けて規制薬物を発送し、情を知らない運送業者・通関業者等の行為を介して通関線を突破し、許可を得ずに当該荷物を日本国内に持ち込んだ場合、甲は間接正犯形態により関税法の禁制品輸入罪(関税法 109 条)を遂行している³。本件犯行はこのような間接正

3 規制薬物の種類により、同時に、覚醒剤(麻薬、大麻、あへん)輸入罪(覚醒剤取締法 13 条、41 条、麻薬及び向精神薬取締法 12 条、13 条、64 条、65 条、大麻取締法 4 条、24 条、あへん法 6 条、51 条)も成立し、関税法の禁制品輸入罪と観念的競合となる。覚醒剤(麻薬、大麻、あへん)輸入罪は、船舶からの陸揚げ、または、航空機からの取りおろしによって既遂に達する。本件の場合、Xの覚醒剤の知情時点との関係を考慮してのことであるのか否か等詳細はわからないが、Xにつき、航空機からの取りおろしの時点で既遂となる覚醒剤輸入罪は起訴されておらず、警察官に逮捕された際に本件貨物を覚醒剤として所持した事実について、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律(=麻薬特例法)違反(規制薬物としての物品所持罪)に問われている。参照、森田菜穂「判例批評」研修 894 号 73 頁(2022 年)。

麻薬特例法 8 条 2 項は、「薬物犯罪(規制薬物の譲渡し、譲受け又は所持に係

犯形態による犯罪遂行である。

本件の第1審・控訴審において認定された事実によれば、Xが本件貨物の中身が覚醒剤であると認識したのは6月29日以降である。そうすると、Xは本件間接正犯形態による犯行の途中から関与していることになり、承継的共犯が問題になりうる。そこで、まず、Xがこの本件禁制品輸入のどの段階で関与したといえるのかを確定する必要がある。規制薬物を国外から発送した共犯者（間接正犯者）の実行行為（実行の着手、未遂の開始）をどの時点に求めるかにより、承継的共犯の問題を考える前提が変わりうるからである。

次に、Xが6月29日より前に本件貨物の中身が覚醒剤を含む違法薬物であると認識していなかった（または認識していたと証明できない）とすると、6月28日にCCD捜査により本件貨物の中身が覚醒剤から代替物に入れ替えられていることから、Xは、その関与時点において、客観的には既遂に至りえない行為に関与しているということになり、不能犯ないし不能犯に類似する状況の問題（以下、単に「不能犯の問題」という）が生じないかどうか、問題になるとすれば、これをどのように解決すべきかが問われることになる。特殊詐欺においてだまされたふり作戦が実施された後、そのことを知らずに受け子として関与した者の場合に問題になった状況と同様の状況である⁴。

るものに限る。)を犯す意思をもって、薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡し、若しくは譲り受け、又は規制薬物として交付を受け、若しくは取得した薬物その他の物品を所持した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する」と規定し、ここでの「その他の物品」とは「クリーン・コントロール・デリバリーを実施する際に、捜査機関が規制薬物を抜き取った後の当該規制薬物等を入れていた容器、バッグ等のほか、捜査機関が抜き取った規制薬物の代わりに入れておいた物等をいう」（古田・前掲注(1)48頁）と解されている。

4 森田・前掲注(3)77頁は、「本判決は、違法薬物の隠匿に関するXの……認識が認められるのが、CCDが実施された後であるとの事情が、Xの共犯性に影響を与えない旨判示したものであるが、本件においてCCDが行われたため、客観的には既遂が成立する現実性がなくなった点において、特殊詐欺事案で『だまされた振り作戦』が実施された場合に類似している」と指摘している。

さらに、本件での X 自身の実質的に重要な寄与は配送された本件荷物を受領する行為であり、その行為は、本件荷物の通関線突破後、つまり、CCD により薬物が抜き取られなかったとするならば既遂に至ったであろう後の行為である。そうだとすると、本件において、X の行為が、共犯の認められる時間的な限界との関係で本件の密輸の共犯となりうるのか否かも検討を要するように思われる。

以下では、これらの問題について検討する。

第 2 節 間接正犯形態での犯罪遂行における実行行為

(1) 禁制品輸入罪の未遂時期・既遂時期と利用者標準説

関税法の禁制品輸入罪の既遂時点は、保税地域を経て荷物を国内に搬入する場合、輸入許可を受けて荷物を本邦に引き取った（通関線を突破した）時点であり、実行の着手時点はそれに密接する行為、輸入申告を行った時点であるというのが判例である⁵。本判決もこの立場に立ち禁制品輸入未遂罪を認めており、この点に関して、本判決は判例に従ったものである。

間接正犯の実行の着手に関して、これまで利用者標準説、被利用者標準説、個別化説が対立してきたが、判例は、一般に、被利用者標準説（到達時説）を採るものとされてきた⁶。間接正犯に関して詳細に研究され⁷、利用者標準説の代表的論者の 1 人である大塚仁博士は、「間接正犯の実行行為は、利用者の被利用者に対する犯罪への誘致行為に求めざるをえないのであり、被利用者の身体的動静は、利用者の実行行為にもとづく因果的経過として理解されるべきである」とし、被利用者標準説に対して「実行の意思と実

5 禁制品輸入罪の未遂時期・既遂時期について、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』158 頁以下（成文堂、2018 年）参照。後述、第 4 節（v）も参照。

6 参照、原口・前掲注（5）63 頁以下、78 頁以下。なお、判例が個別化説を採っているという理解も可能であることについて、原口・前掲注（5）79 頁以下参照。

7 参照、大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958 年）、同「間接正犯」『総合判例研究叢書刑法（21）』1 頁以下（有斐閣、1963 年）

行為とを別々の行為主体に分類させ、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されることとなる」⁸と批判してきた。この理解によれば、本件の場合、国外からのXの荷物発送行為がXの「実行行為」となり、あとは因果経過および結果となると考えることになるろう。

しかし、大塚博士は、禁制品の輸入の途中でLCDが実施された事案である最高裁平成9年10月30日決定（刑集51巻9号816頁）⁹に関して、

8 大塚仁『刑法概説総論（第4版）』174頁（有斐閣、2008年）。また、同・前掲注（7）『間接正犯の研究』126頁。同じく利用者標準説を採る団藤重光博士も、間接正犯の場合、「もっぱら、利用者の行為について考えるべきである」。甲が乙の殺害を意図して毒物を郵送する場合、「甲がこれを発送した時に実行の着手があった——そうして、実は、それによって実行が終了した——ものといわなければならない。発送行為以後は、結果にむかっただの因果関係の進行の過程である」と論じている（団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』355頁以下注5〔創文社、1990年〕）。「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」（修正利用者標準説）を主張する佐藤拓磨教授（『未遂犯と実行の着手』270頁（慶應義塾大学出版会、2016年））も、「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……理論構成に無理がある」とし（佐藤・前掲267頁）、「手放しの時点で結果発生が不確実な場合」でも、「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」（佐藤・前掲270頁）としている。

9 この事案は、Xが国際宅配貨物を利用して大麻の密輸入を企て、フィリピンから大麻を隠した荷物を日本に向けて発送し、成田空港において情を知らない通関業者をして輸入申告をさせたが、税関検査で大麻が発見され、捜査機関によりLCDが実施され、その監視下で配達業者が当該荷物を保税地域から本邦に引き取り、依頼の住所に配達したというものである。この事案に関して、最高裁は禁制品輸入罪の既遂を認めた。本決定の解説・評釈として、北村篤「判例批評」研修594号33頁以下（1997年）、齋野彦弥「判例批評」『平成9年度重要判例解説』155頁以下（有斐閣、1998年）、島田聡一郎「判例批評」ジュリスト1163号155頁以下（1999年）、高部道彦「判例批評」研修611号13頁以下（1999年）、新倉修「判例批評」国学院法学36巻3号327頁以下（1998年）、三好幹夫「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成9年度）』232頁以下（法曹会、2000年）、橋本正博「判例批評」判例セレクト'98・28頁（有斐閣、1999年）、林陽一「判例批評」現代刑事法3号64頁以下（1999年）、福田平＝大塚仁「対談 最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(2)」現代刑事法28号4頁以下（2001年）、若原克幸「判例批評」法学新報105巻8・9号279頁以下（1999年）。類似する事案として、大阪地判平成7年9月22日判例タイムズ901号277頁。

福田平博士との対談において次のように述べている。すなわち、この場合の禁制品輸入罪の実行の着手時点・既遂時点について、「本件の場合、通関業者が輸入申告をしたときには、実行の着手があったものとみていいと思います。そして、申告貨物について、輸入許可を経て配送業者が該貨物を引き取ったときには既遂に達するものといえると思います」¹⁰ という福田博士の発言を受けて、「その実行の着手時期、既遂時期については、おっしゃったように理解すべきだと思います」¹¹ と述べている。

禁制品輸入罪の既遂時期・未遂時期に関して述べられている上記の結論は妥当なものである。ここで問題とされるべきなのは、大塚博士のかかる発言が、利用者自身の誘致行為を実行行為とし、被利用者（通関業者）の身体的動静は「利用者の実行行為にもとづく因果経過」と理解し、実行意思と実行行為の別主体への分属を強く批判してきた博士の考え方¹² とおよそ整合しえないということである。この場合に、通関業者の申告行為を禁制品輸入罪の「実行行為」ととらえ、その申告行為の開始を「実行の着手」と解するならば、もはやその主張する利用者標準説は維持されていないといわざるをえない。禁制品輸入罪に関する判例に照らして考えた場合、利用者標準説はそれと整合的に主張しえないといえよう¹³。

10 福田＝大塚・前掲注(9)現代刑事法28号5頁〔福田発言〕。

11 福田＝大塚・前掲注(9)現代刑事法28号6頁〔大塚発言〕。

12 大塚教授は、この対談において、この最高裁決定の法廷意見では「『情を知らない通関業者が輸入申告をし』と述べられていますが、この時点までの輸入業者の行為は、法律理論上、被告人の輸入行為の道具として利用されていたものとみることができるでしょう」（福田＝大塚・前掲注(9)現代刑事法28号6頁〔大塚発言〕）として輸入業者を道具ととらえ、「間接正犯は、他人を道具として利用することによって犯罪を実現する場合であり、利用者が他人を道具として犯罪の実現に誘致した行為をその犯罪の実行行為と目しうることが要件だと思います」（福田＝大塚・前掲注(9)現代刑事法28号6頁〔大塚発言〕）。「私は、間接正犯の実行行為はあくまで間接正犯者自身の行為において認めるべきである」と述べる（福田＝大塚・前掲注(9)現代刑事法28号8頁〔大塚発言〕）。しかし、その一方で、本文引用のように、本件での実行の着手時期を輸入業者による輸入申告時に認めており、相互の発言の関係は理解できない。

13 東京高判平成13年10月16日東高刑時報52巻1~12号77頁は、営利目的での大麻輸入を企てたAが、情を知らないBをして、タイのホテルにおいて、

(2) 行為帰属論

(i) 本件の場合に、道具たる通関業者による申告行為の時点に実行の着手を認める場合、この結論を基礎づけるならば、間接正犯者の行為支配に基づき道具の行動が間接正犯者に（いわば自己の手足の延長として）自らの行為として帰属するという行為帰属論（的構成）を採らざるをえないと思われる¹⁴。そうでなければ、間接正犯者は、構成要件に該当する行為（実行行為）を行っていないにもかかわらず、言葉を換えれば、その犯罪の成立要件（構成要件）を充たしていないにもかかわらず、当該犯罪の成立を認める、という与することのできない構成とならざるをえないであろうからである¹⁵。

(ii) 故意のない道具(gutgläubiges Werkzeug)と故意ある道具(bösgläubiges

C 運輸従業員に対して、大麻を隠してある潜水用ポンペを横浜市内の B の住居に発送することを依頼させ、当該潜水用ポンペを引き渡させたという事案に関して、「大麻を詰め込んだ本件潜水ポンペの輸出入の方法は、ひとたび……運送を依頼し C 運輸に引き渡してしまえば、A らの関与を要せず同会社等の運送機関の事務の流れにしたがっていわば自動的に本邦に運送されるものであるから」、大麻の濫用による保健衛生上の「危害発生の危険性は、……ホテルで……本件潜水ポンペを同会社従業員に発送を依頼して引き渡した時点において生じている」。「本件大麻輸入及び輸出のいずれについても未遂ではなく予備に止まるとした原判決の判断は、各実行行為の着手時期に関する判断を誤……ったもの」であるとして、大麻輸入未遂罪の成立を認めている。この判断が利用者標準説に親和性のある（ないしはその結論に近い）とはいえよう。しかし、厳密に考えれば、間接正犯者である A 自身の（自然の）行為は、情を知らない道具 B に対する誘致行為で終わっているから、A のかかる誘致行為の「後の」道具 B による C 運輸従業員への発送依頼・引渡し時に実行の着手を認めることは、大塚博士の説く利用者標準説の理論枠組みからは困難であるという点にも留意すべきである。

14 原口・前掲注(5) 43 頁以下、83 頁以下参照。阿部力也『共同正犯の構造』（成文堂、2023 年）は、共同正犯の場合の相互的な行為帰属の原理の基礎づけを詳細に論ずるものであるが、間接正犯の場合も行為帰属（全体的解決説）を採るべきであると論じている（同 132 頁）。なお、実行行為につき利用者標準説と同様に理解したうえで、「危険結果」発生時を「実行の着手」時または未遂犯の成立時と考える見解が有力であるが、その見解に疑問が残ることについて、参照、原口・前掲注(5) 17 頁以下。

15 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 3 巻』（成文堂、1979 年）は、「もし間接正犯の正犯性を実行行為にもとめるときは、結局、間接正犯の成立の余地を殆んどの場合に否定するほかない」（富田・前掲 186 頁）が、正犯なき共犯を認める構成や、拡張的正犯概念は採りえないとし、「間接

Werkzeug)を区別し、前者の場合には道具に対する働きかけによってすでに未遂が始まり、後者の場合には道具が行為の実行を開始する場合に未遂が始まるとする Welzel 等の立場に関して大塚博士は次のように分析する。すなわち、目的的行為論の間接正犯の理解によれば、「被利用者の行為がいわゆる『行為』に含まれることはうたがない。『第三者の行為を自己の目的に拘束する』(ヴェルツェル)、『自己のために他人を行為させる』(マウラッハ)、『他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配』する(平場)等という表現の中には、かような意図は明瞭であるとおもわれるし、また、ヴェルツェルが、『故意のある道具』を利用する間接正犯の未遂の開始時期を、道具が犯罪に着手する時期にもとめようとしている態度等にもさような意味が含まれているであろう。「だが、いわゆる『行為』の内容は、むしろこれにとどまるものではない。『決意および遂行に対する支配』(ヴェルツェル)とか『自己の行為の一部として』(平場)等の説明にあきらかなように、背後者が被利用者を一定の犯罪に誘致する行為(誘致行為)も、また『支配』の対象となる。「かようにして、『支配』の対象たるいわゆる『行為』は、背後者の誘致行為と、これにもとづく被利用者の現実の犯罪活動とを、一体視してその内容とするものと解せられているのである。すなわち、構成要件論の立場において、『行為支配』が『実行行為の支配』であるとすれば、この場合の『実行行為』とは、かような内容のものでなければならない」(傍点原口)と¹⁶。また、西原春夫博士は次のように分

正犯を実行行為のない正犯」と構成する(富田・前掲 191 頁)。そうすると、実行行為、つまり、構成要件に該当する行為を行っていないにもかかわらず、したがって、その構成要件を充足していないにもかかわらず、なぜその犯罪の成立を認めることができるのか、という問題に突き当たるところ、富田・前掲 191 頁は「各本条の類推適用ということも認めてもよいと考える。『類推』ということは、この場合、間接正犯者は、たとえば、199 条の構成要件を充足していないにもかかわらず、199 条の場合に類似しているとの理由から、199 条で処罰してよいということであろう。かかる理解にとても与することはできない。

16 大塚・前掲注(7)『間接正犯の研究』112 頁以下。もちろん、大塚博士は、このような立場に対して、前述のように、「被利用者の行為……を背後者の誘致行為と一体化して、単一の行為と考えることについては、なにゆえに、特別の

析する。なぜ被利用者という「他人の行為が自己の実行行為とみられるのか」。「目的的行為論において実行行為概念の本質的要素とされたのは、行為支配の概念であつた。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い。行為支配における支配の対象たる行為(Tat)は、直接結果を惹起する動作を意味するものであるから、行為支配とは、結果に至る因果の経過全体に対する支配を意味し、自己の行動も被利用者の動作をもともにその対象に含めたものといふことができる。したがつて、実行行為概念の本質的要素を行為支配とみる立場に立つときは、実行行為は自己の行為のみに限られるのではなく、他人の行為でも、自己の支配内にあるときは、自己の実行行為とみられるのである。このような趣旨をきわめてよく表現しているものに、ヴェーバーの所説がある。すなわち、いう『間接正犯者は、道具を活動させることによつて、行為を開始する。間接正犯者は、道具が実行している間、または結果が発生するに至るまで、行為し続けるのである』と。目的的行為論における行為概念の実体を単的に表現したものとして興味深い」と¹⁷。

わが国において目的的行為論に立つて犯罪論を構築された平場安治博士は次のように論じている。すなわち、限縮正犯概念の前提を維持しつつ、かつ、不当な結論を避けるために、「私は『自己の手による実行』に換えるに『構成要件該当の行為支配』をもつてしたいと思う。自分自身の挙動

説明もなしに、かような異質的な二個の行為を、一個の実行行為として評価しうるかが疑問とされるとおもう」(大塚・前掲注(7)『間接正犯の研究』113頁。また、125頁)と批判してきた。なお、目的的行為論に立った場合の、行為、行為無価値(行為不法)と結果の関係、行為無価値と結果無価値の関係について、Hans Joachim Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, ZStB 94, 1982, S. 247ff. も参照。Hirschは、行為無価値についての彼の理解から、とくに故意ある道具の場合に(わが国でいう)利用者標準説を疑問視している。

17 西原春夫『間接正犯の理論』186頁以下(成文堂、1962年)。西原博士自身、当初このような考え方を採っていた(西原・前掲2頁、206頁以下)が、その後、間接正犯者の行為を作為と不作為の複合体としてとらえるという構成に考え方を変えた。これに関して、原口・前掲注(5)40頁以下注6参照。

によつたかどうかは事実的な態様であつて未だ法的に重要でない。法的に意味があるのは一定の所為が彼の『はたらき』といえるかどうかである。……人の挙動を利用する態様も利用者ののはたらきと見ることは一がいに否定されてはならない。しかし他人の挙動が何故に自己のはたらきと見得るのであろうか。それは他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配しているからである」(傍点原口)¹⁸と。

近時、目的行為論を基礎に置き犯罪論を展開する井田良教授は、「原則的には利用者基準説を採りつつ、例外的に故意行為を利用する事例に限っては被利用者の行為の時点で実行の着手ありとすべきである(いわゆる個別的解決説)」とし、「その際の理論構成として、間接正犯は単なる単独犯行でなく、他人を利用するものであるから、実行の着手も、被利用者の行為とあわせて全体として結果発生に接着する段階に至つたかどうかで定めるべきだとすることは不可能とはいえないであろう」¹⁹と論じている。

(iii) ドイツにおいて、間接正犯の実行の着手時期に関して、現在、(修正された)個別的解決説(手放し説)と全体的解決説(行為帰属論)が対立し、前者が通説的見解であるとされる²⁰が、それでも代表的な教科書やコンメンタールを執筆している論者などにより後者の見解も有力に主張・支持されている。たとえば、Wolfgang Mitsch は次のように論ずる。間接正犯

18 平場安治『刑法総論講義』150頁以下(有信堂、1961年)。中武靖夫「主観的正犯概念(二)」法学論叢57巻4号(1951年)も、「正犯とは、自己の目的を實現する爲に、犯罪行為を支配した者をい」(同71頁)、「正犯、共犯の區別は、行為の歸屬の問題であると考え」(同74頁)、共同正犯の場合、「自らは行為の一部分を實行するにすぎない共同正犯者の各自が、犯罪行為の全體を歸屬されるのは、共同者夫々お互に他を自己の目的的支配に組入れているからに他ならない」(同75頁)、「共同正犯者が犯罪行為の一部を實行するにすぎないのに不拘、全部について責を問はれる根據を、自己の手によつて實行しなかつた部分
—
—
—
は間接正犯としてお互ひに他の共同者を自己の目的的支配の中に組入れた點に求める」(同73頁)と論じており、以上のような共同正犯の理解の前提として、間接正犯の場合に道具の行為の帰屬を考えていると思われる。

19 井田良『刑法総論の理論構造』260頁(成文堂、2005年)。そして、拙稿の行為帰属論の参照を指示している(井田・前掲260頁注25)。

20 間接正犯の実行の着手時期に関するドイツの学説・判例について、参照、原口・前掲注(5)46頁以下。

者の犯罪行為は、客観的構成要件が「道具」の行動によって実現されるということによって特徴づけられる。なぜなら、間接正犯者は「他人を介して」所為を遂行するからである。「道具」の行動は「背後者」に帰属する。そのことによってはじめて、間接正犯者自身の行動が構成要件に該当する質を獲得する。このように論じて、彼は全体的解決説を支持する²¹。また、Joachim Renzikowski も次のようにいう。間接正犯者は問題の構成要件を自らの手により充足するのではなく、彼の寄与は道具の行動が帰属する根拠である。未遂の成否にとって、間接正犯者に帰属するところの道具の行動が、(間接正犯形態で遂行される)未遂とみなされうるところまで進捗したのか否かが問題であり、全体的解決説に従うべきである²²、と。Martin Heger も、全体的解決説の意味において、所為媒介者の直接の開始によってはじめて未遂を始まらせる見解が優先に値するとしている²³。

Thomas Hillenkamp が、純粋な個別的解決説も純粋な全体的解決説も妥当でないとし批判し、道具の行為が間接正犯者に帰属するという構成を採り、わが国でいう個別化説を主張しているのも注目される。すなわち、個別的解決説は、それがもつぱら誘致行為に焦点をあて、したがって、それ以降の経過を考慮せずに未遂の可罰性を早める場合、——たいていは道具の寄与によってようやく構成要件が充足されるところの——その道具の寄与の帰属可能性に鑑みて、評価されるべき行為を許容できないかたちで狭めて

21 Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, §22 Rn. 78[Mitsch].

22 Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, §48 Rn. 137[Renzikowski].

23 Karl Lackner/Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, §22 Rn. 9a[Heger]. また、Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 541f.; Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1239; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, §12 Rn. 105. 近時のモノグラフィーにおいて詳細にこの問題を論じ、全体的解決説を支持しているのは、Isabel Wendeburg, Die Bedeutung des Irrtums über Täterschaftsbegründende Umstände, 2018, S. 126ff., 138f., 170.

しまっており、一方で、行為者の表象によれば、道具の行為が直ちに行われ、構成要件が実現されることになっているような場合には、間接正犯者の道具による働きかけの完了により、道具の行為を待たずに、未遂（構成要件実現の直接の開始）が認められるべきであり、全体的解決説が、間接正犯者が（常に）道具より早く実行するのではないとするのであれば、それは妥当でないとする²⁴。そして、全体的解決説とともに、背後者に帰属する道具の行為（das dem Hintermann zurechenbare Werkzeughandeln）は、評価の中にとともに含められなければならないが、それは行為者によって構成要件実現のために必要なものと考えられた行為の一段階であり²⁵、未遂が認められるのか否かは、遂行された（全体的）行為によって、行為の直接性の要件が充たされたのか否か、構成要件実現の危険が切迫したか否かが問われるべきである²⁶と論じている。

（iv）ドイツにおける判例は、確かに利用者の行為に着目する個別的解決説を基本とするが、わが国の利用者標準説に対応するところの純粋な個別的解決説ではなく、事象の手放しに加えて、道具に対する働きかけを完了した際に、間接正犯者の表象によれば当該法益がすでに直接具体的に危険にさらされているということを必要とする修正された個別解決説に立っているとされ²⁷、その限りで、利用者自身が道具に対する働きかけを終えた後の、（行為者の表象に基づく）事象の展開状況ないし道具の行動も考慮に入れて未遂の開始時期を判断しているということ、つまり、純粋な利用者標準説を採っているのではないということに留意すべきである。

BGHSt 40,257²⁸ は、治療行為の中止の是非（殺人未遂罪の成否）が問題

一〇九 24 Thomas Hillenkamp, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, §22 Rn.155f.

25 Hillenkamp, a.a.O. (Fn.24), §22 Rn.156.

26 Hillenkamp, a.a.O. (Fn.24), §22 Rn.158.

27 Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, §22 Rn.24. ドイツにおける間接正犯の実行の着手時期の判例について、参照、佐藤・前掲注(8) 257頁以下。

28 Ur. vom 13.9.1994. これ以前の、ドイツにおける間接正犯の実行の着手時期の

になった事案において、未遂の開始に関して次のように判示している。すなわち、間接正犯の場合、間接正犯者が彼の表象によれば道具に対する必要な働きかけを完了したならば、原則的に、未遂の開始が認められる。しかし、間接正犯者の意思によれば、道具がただちに行為するのではなく、かえって、一定の期間後によりやく、または後の一定の時点で行動を起こすことになっている場合は、この原則の例外の場合である。このような場合、保護法益に対する危険は、行為者の見方からも、道具に対する彼の働きかけが終了したことによってまだ具体化されていない。かえって、道具が実行行為を開始することによってはじめて、未遂の当罰性を基礎づける程度に具体化される。すなわち、その場合にはじめて、行為者は、道具を使って、ドイツ刑法 22 条の意味において行為の実行を「直接」開始するのである、と。

とりわけ BGHSt 43,177²⁹ は注目に値する。これは、X が、自宅への不法侵入者に立腹し、それらの者が再び侵入する可能性があると考え、それを飲んで死に至る可能性を認識しながら有毒な物質を入れたビンをも 1 階の床に置いておいたが、その後、再び侵入される前にそのビンを取り除いたという事例である。連邦通常裁判所は次のように判示した。すなわち、働きかけの完了に密接に関連して道具が構成要件該当行為を行うだろうと表象して道具を送り出す場合、いずれにせよ直接の開始が認められる。それに対して、道具への働きかけが比較的時間がたってからようやく効果を現すことになっている場合、または、その働きかけが効果を発揮するのか否か、いつ効果を発揮するのかが不確かである場合には直接の開始は認められない。このような諸事例において、道具の行動はドイツ刑法 25 条 1 項により行為者に帰属するのであるが、道具自身が所為を直接開始する場合

判例、とりわけ BGHSt 30,363 (Urt.vom 26.1.1982) について、原口・前掲注 (5) 59 頁以下参照。

29 Urt.vom 12.8.1997. この判決につき、関根徹「ドイツ刑事判例研究 (46)」比較法雑誌 34 巻 1 号 209 頁以下 (2000 年) 参照。

にはじめて未遂が始まる (In diesen Fällen beginnt der Versuch erst dann, wenn der Tatmittler, dessen Verhalten dem Täter über §25 Abs.1 StGB zugerechnet wird, seinerseits unmittelbar zur Tat ansetzt.) (傍点原口)。したがって、限界づけにとって決定的なのは、行為計画によれば、行為者の個々の行為が、それらの全体において、保護法益がすでに危殆化され、損害がそれに直接続きうる程にすでに保護法益に対する攻撃を含んでいるのか否か、または、そのような危険の創出が道具によるなお不確かな後の行為に委ねられているのか否か、ということである。間接正犯の事例に関して展開された諸原則は、——本件のように——被害者が自分の行動 (Zutun) によってはじめて陥ることになるところの罠に被害者を陥れる場合にも妥当する。確かに、行為者が罠を仕掛ける場合、彼はすでに行為を開始している。しかし、保護法益に対するこのような攻撃は、準備された行為の手段の作用領域内に被害者が赴く場合にはじめて直接作用するのである、と判示し、殺人未遂の成立を否定した原審の判断を是認した³⁰。

また、近時のものとして、BGH NJW 2020,559³¹ は、集団で自動車の窃

30 佐藤・前掲注(8)264頁以下は、以下のようにこのBGHSt 43,177を位置づけ、ドイツの判例を分析している。すなわち、BGHSt 43,177は、「判例が……1982年1月26日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、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。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引き継がれている」。たとえば、BGH NStZ 1998,294(殺害目的で、車輪を動かすと爆発するように車に手榴弾を仕掛けたが、発見され失敗した事案)もBGH NStZ 2001,475(電気配線を細工し、コンセントを使用した際に感電するにしたが、ことが発覚し失敗した事案)も、BGHSt 43,177と「同様の基準を示した上で、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、未遂を肯定している」。「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」。判例の立場は「中間説に位置づけることができるであろう」と分析している。

31 Ur. vom 23.10.2019.

盗を繰り返し、関係書類を偽造するなどして車を売却しようとした一連の行為のうち、車両の売却に関する間接正犯のかたちでの詐欺について、次のように判示して詐欺未遂を認めた原審を破棄した。すなわち、行為者が道具の寄与を必要不可欠なものとして彼の計画の中に取り入れている場合、確かに、行為者が道具に対する彼の働きかけを完了したならば、一般的に、すでに行為者による行為の遂行の開始が認められる。道具自身が自分の行為によって所為を開始するということは、原則的には必要ではない。むしろ、行為者の働きかけの完了に密接に関連して道具が構成要件に該当する行為を行うだろうと表象して、行為者が道具を解放するならば (wenn der Tatmittler vom Täter in der Vorstellung entlassen wird, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung in engem Zusammenhang mit dem Abschluss seiner Einwirkung vornehmen.) (傍点原口)、通常の場合、すでに直接の開始が認められる。しかし、比較的時間がたったあとでようやく道具が行為を遂行することになっている場合、または、望まれた効果が生ずるのか否か、いつ生ずるのかが不確かである場合、したがって、攻撃された法益の具体的な危険化がいつ生じるのかが不確かである場合には、道具に対する行為者の働きかけが完了したとしても、行為者による行為の遂行の直接の開始は認められない。道具の行為の実行がのちの時点で行われ、または不確かであるこのような事例においては、道具自身が構成要件の充足を直接開始する場合 (wenn der Tatmittler seinerseits unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestands ansetzt.) にはじめて、未遂が始まる、と。

この判決が、間接正犯者の道具への働きかけを終えた後の、事象の展開状況ないし道具の行為も考慮に入れて未遂の開始時点を判断している点だけでなく、道具を手放した(解放した)時点で未遂が認められる場合に関する、その場合に構成要件に該当する行為を行うのは道具であるとの理解に立っていることも注目される。

(v) 学説において、通説(修正された個別的解決説)に立ちつつ、判例のように一定の例外を認める立場も有力である。

Wessels/Beulke/Satzger は、は、支配的な判例・学説の立場を法益危殆化説 (Rechtsgutsgefährdungstheorie) と呼び、それによれば、間接正犯者は、行為についての彼の表象によれば、事象を手放した結果として生じる被害者に対する攻撃が、それ以上の本質的な中間的ステップなしに、そして、比較的長い中断なしに、それに続く事象経過において構成要件実現に直接流れ込むことになるようにして、彼の始動させた事象を手放した場合、22 条の意味において行為を直接開始する。それに対して、道具による行為の遂行が相当に遅い時点でようやく行われることになっている場合や、道具によるその遂行がまだ不確かである場合、間接正犯者による道具に対する働きかけが完了していたとしても、間接正犯者に 22 条の意味における行為を直接の開始は認められず、このような場合には道具の直接の開始が狙われるべきであるとする。そして、この限りではあるが、背後者の見方からすでに保護法益に対して具体的に危険が生じたのか否か、そして、その結果として、22 条の直接性の要件が充たされたのか否かという問題に関して、「全体的行為」の展開状況およびなおなされるべき道具の寄与の意味が付与されるとする (Dem Entwicklungsstand der „Gesamtat“ und dem noch zu leistenden Tatbeitrag des Tatmittlers kommt…Bedeutung…zu.)³²。

このような、原則的には事象を手放した時点で未遂の開始を認めるが、道具の行為遂行まで一定の時間的間隔が見込まれる場合、またはその時点が不確かである場合に、例外的に道具の行為に焦点をあてて未遂の開始を判断する判例・学説に対して、Uwe Murmann は、かかる「例外」を認めることは全体的解決説から借用された基準をもち出すことになり、個別解決説を部分的に放棄する結果となってしまうと批判している³³。「か

一〇五
32 Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 974f. また、Klaus Hoffmann-Holland, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, §22 Rn. 137. Jescheck/Weigend の同様の見解について、原口・前掲注 (5) 62 頁参照。なお、Albin Eser/Nikolaus Bosch, Schönke/Schröder, StGB 30. Aufl. 2019, §22 Rn. 54a; Rainer Zaczyk, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, §22 Rn. 30.

33 Uwe Murmann, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 13. Aufl. 2021, §22 Rn. 202.

かる例外を認める限りで全体的解決説に立つものだ」との指摘は正鵠を射たものである。たとえば、Michael Prüßner は、原則的に間接正犯者による事象の手放しにより未遂の開始を認めるものの、間接正犯者が危険の切迫化がまだ先のことでありと考えている場合には、道具の行動によるその切迫化を待って未遂の開始を認める³⁴が、このような結論を採る前提として、まさに間接正犯の場合、事象全体を全体的解決説の意味における全体的行為として、したがって、統一的に考察されなければならない (Insoweit muß gerade bei der mittelbaren Täterschaft das ganze Geschehen als eine Gesamthandlung im Sinne der Gesamtlösung und damit einheitlich betrachtet werden.)、間接正犯者の行為は、道具の行為とともに作用する全体的行為である (Das Verhalten des mittelbaren Täters ist im Zusammenspiel mit der Handlung des Werkzeugs eine (Gesamt-) Handlung.)³⁵と考えている。

(vi) 以上のような少なからぬ学説・判例にみられるように、行為帰属論(的構成)に基づく(わが国の学説の分類でいう)個別化説は十分に主張可能であり、「他人を介して」行為を遂行する「間接」正犯形態での犯罪遂行における「実行行為」の問題を解決する理論構成として支持されるべきである。

本件の場合、税関における通関業者による輸入申告・通関行為は、間接正犯者に帰属するところの禁制品輸入罪の「実行行為」と考えられるべきであり、それへの着手により禁制品輸入罪の実行の着手を認める本判決、および、本判決の従うこれまでの判例の立場は、このような理解に立って支持されるべきである。

Murmann は、間接正犯者は事象の手放しによってつねに実行行為を行い、その時点で未遂の開始が認められるとの立場に立つ (Murmann, a.a.O., Rn.199ff.202)。

34 Michael Prüßner, Die von mehreren versuchte Tat : Gefährdung und Risiko bei versuchter mittelbarer Täterschaft und versuchter Mittäterschaft, 2004, S.120f.

35 Prüßner, a.a.O. (Fn.34), S.121.

(3) 実行行為の観念的な把握

(i) 一定の犯罪類型において「実行行為の観念的な把握」が有力に主張されており、本件の事案においてこのような理解に基づいて解決することが考えられる。

実行行為の観念的な把握は、故意ある幫助的道具の是非の議論において引き合いに出される最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁の理解をめぐって主張されてきた。この最高裁昭和25年7月6日判決は、ヤミ米を運搬した食糧管理法違反事件において、「原判決の認定事實は、判示会社の代表取締役であるXがYと共謀の上Xの娘Zを介して会社の使用人Sに命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であつて、Sを教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白であり、「S等がその情を知ると否にかゝらずXの行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはない」と判示した³⁶。

36 また、(ア) 甲社に運転手として雇われていたXが、甲社社長Yから命じられ、闇売買の麦の買受代金を託されて買受先へ行き、生産者に代金を支払い麦類を受け取り、これをYの指定した場所に運搬したという事案に関して、名古屋高判昭和27年12月10日高刑判特30号21頁は、「Xが此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ないから此等のXの行動はすべて雇主的な立場にある……Yの指示命令の儘に為されたものと見るの外な」として、Xを食糧管理法違反の共同正犯とした原判決を破棄し、その従犯としている。(イ) けん銃等の密輸入事案に関して、Xが、Yから木製テーブルをマニラから日本に向けて発送するように依頼され、これを航空貨物として発送した。Xはそのテーブル内にけん銃および実包の隠匿してあることを知らされていなかったが、発送手続の際にその隠匿につき未必的に認識していたという事案に関して、東京地判昭和63年7月27日判例時報1300号153頁は、Xにけん銃等の密輸入の従犯を認めている。この判決につき、土本武司「判例批評」判例評論367号69頁以下(1989年)。(ウ) 産業廃棄物の不法投棄事案に関して、産業廃棄物の中間処理業を営んでいたXが、受け入れた産業廃棄物である汚泥に若干の固化剤・土砂を混合させ、共犯者の指示を受けた者らをして、これらを淡路島や四国の山林まで運ばせ、投棄させたという事案につき、大阪高判平成15年12月22日判例タイムズ1160号94頁は、Xは「幫助的意思しか有していない者及び情を知らない者らを利用し、これらを道具として産業廃棄物を不法投棄したものであって、間接正犯として刑事責任を負うことが明らかである」と判示している。なお、盗品運搬罪に関して、最判昭和30年7月12日刑集9巻9号1866頁。本判決につき、橋爪隆「盗品等関与罪について」警察学論集74巻4号132頁(2021年)参照。

この判決の評価として、①「Xを輸送者とし、Sをその手足として利用される道具とみるのが適当」であり、「故意のある幫助的道具の観念を用いることによつてのみ、Xの行為を合理的に間接正犯と解しうる」として、Xを実行正犯とした本判決を支持する見解があり^{37, 38}、その一方で、②S

37 大塚・前掲注(7)『総合判例研究叢書』47頁以下。団藤重光編『注釈刑法(2)のII総則(3)』693頁〔大塚仁〕(有斐閣、1969年)。その後の下級審判決において、明確に「故意ある幫助的道具」という表現を用いるものがある。Aから覚醒剤の買受けを依頼されたXが、AとBの取引を仲介し、Bから渡された覚醒剤50グラムをAに渡し、Aから受け取った代金50万円をBに渡したが、X自身は1円の分配も受けなかったという事案に関して、横浜地川崎支判昭和51年11月25日判例時報842号127頁は、「Xが覚せい剤50グラムをAに手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為におけるXは、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、BのAに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべ」きであると判示した。本判決について、香川達夫「判例批評」『昭和52年度重要判例解説』155頁以下(有斐閣、1978年)。XがYに頼まれて覚醒剤の水溶液をYの腕に注射したという事案に関して、大津地判昭和53年12月26日判例時報924号145頁は、「覚せい剤取締法19条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし、覚せい剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自身が覚せい剤の使用と目される場合もありえようが」、XはYに頼まれるまま「その手でYに注射をしてやったというもので、結局、Yの身体に注射したのはX自身であるけれども、しかし右所為におけるXは、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、Yの覚せい剤使用行為を幫助する意思を有したに過ぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく、これを正犯に間擬することはできない」と判示している。本判決について、小西秀宣「故意のある幫助的道具」研修371号67頁以下(1979年)、齊藤誠二「故意のある幫助的道具」Law School 19号(1980年4月号)別冊付録45頁以下。

38 「故意ある幫助的道具」を認めることに対して、それは自己の犯罪を行う意思で行為したか他人の犯罪を行う意思で行為したか(正犯者意思 *animus auctoris* の有無)により正犯と共犯を区別する主観的共犯論からの帰結であり、その正犯者意思の内容・判断基準が不明確である、身分犯(自手犯)では身分のない者(自ら実行しない者)がその行為を自らのものと意欲したとしても正犯たりえない、囑託殺人(202条)、囑託による堕胎(213条・214条)、他人に利益を得させようとして行う強盗・詐欺・恐喝など他人のために行われる行為でも正犯とされる場合があるから自己の利益になるかどうかによる区別は現行法の解釈として採りえない、主観的共犯論は学説史的にすでに過去のものである、正犯と共犯の区別の問題が量刑の問題になってしまう(あらゆる当罰性の考慮がそこに持ち込まれ、その区別が裁判官の恣意に委ねられる)等の批判が向けら

は、故意をもって構成要件に該当する行為を行っており、S が当該犯罪の正犯であり、X は間接正犯ではなく、教唆犯とみるべきであるとして、本判決を批判する見解がある³⁹。さらに、③この場合、「輸送」の概念を問うべきであるとして、本判決を支持する見解もある。すなわち、「『輸送』という概念は、運搬という概念とは違って、単なる事実行為のみを意味するのではなく、法的な評価をも含んだ概念であって、直接の運搬者でない者も輸送の主体たり得ると解され」、最高裁昭和 25 年判決の事案の場合、「ヤミ米の輸送により実質的利益の帰属する会社の代表取締役たる X が、自己のため、使用人に命じてヤミ米を運搬輸送させたのであるから、これを目して『輸送シ』という構成要件的行為を行った正犯と評価することが可能である。「一方、会社の使用人 S は、X の命により、X の利益のため、情を知りつつ事実行為としての運搬を行ったにとどまるので、幫助犯とみ

れてきた。参照、「故意ある幫助的道具」に関して、相内信「故意ある幫助的道具の問題」金沢法学 23 卷 1・2 号 201 頁以下（1981 年）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第 3 版）第 5 卷』69 頁以下〔高窪貞人〕（青林書院、2019 年）、大野平吉「故意ある幫助的道具」『刑法の争点（新版）』128 頁（有斐閣、1987 年）、大沼邦弘「間接正犯」西原春夫ほか編『判例刑法研究（第 4 卷）』134 頁以下（有斐閣、1981 年）、西田典之ほか編『注釈刑法第 1 卷』794 頁以下〔島田聡一郎〕（有斐閣、2010 年）、「実行行為を行う従犯」という観点から、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』114 頁以下（弘文堂、2005 年）、中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ 560 号 67 頁以下（1985 年）。また、山口厚「覚せい剤事犯と共犯論」刑法雑誌 27 卷 2 号 166 頁以下（1986 年）。

- 39 福田平『全訂刑法総論（第 5 版）』267 頁注 2（有斐閣、2011 年）、福田＝大塚・前掲注（9）現代刑事法 28 号 11 頁〔福田発言〕など。その場合、正犯性とは別に、期待可能性（責任）の減弱の有無は問題になりうるとする。また、竹内正「判例批評」判例評論 322 号 45 頁以下（1985 年）。前掲注 37 の横浜地裁川崎支部昭和 51 年判決・大津地裁昭和 53 年判決について同様に批判的に、香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法 5 - II 卷（第 2 版）』37 頁（青林書院、1992 年）。なお、最高裁昭和 25 年判決について、香城敏磨『行政罰則と経営者の責任』107 頁以下（帝国地方行政学会、1971 年）。平野龍一『刑法総論 II』361 頁以下（有斐閣、1975 年）は、最高裁昭和 25 年判決の事案の場合、「犯罪の結果についてより大きな利害ないし関心を持っているからといって、被利用者が客観的に構成要件に該当する行為をしているにもかかわらず、これを幫助とし、利用者を正犯とするのは妥当でない」とするが、運搬を指示した X について「客観的に見ても……X が運搬したといえなくもないかもしれない」とも述べている。

るのが自然である。そうとすれば、Xの罪責は、故意のある幫助的道具を用いた間接正犯というまでもなく、直接正犯そのものと解することもできよう」と論じられる⁴⁰。

(ii) 藤木英雄博士は、この事案だけでなく、より広く経済行為的性格の強い犯罪においてもこのように解釈する。すなわち、「たとえば利益供与罪のような場合に、供与というのは現物を持って行って届けるという物理的動作ではなくて、ある人から他の人へ金銭の所属が移動したことである。重要なことは、誰が出資し、誰が受領したかであって、途中でどういう方法で運搬され、渡されたかということは重要ではない。供与という概念においては、決して相手の面前に提供する物理的状態が問題なのではなくて、利益の実質的帰属の変動という社会生活観念上の概念によって定めるべきである。したがって、資金のスポンサーになった方が供与であり、メッセンジャーボーイは幫助にすぎないというのが最も常識にかなった区別である。自動車によるヤミ米運搬の事例も、運搬により実質的利益の帰属する社長が正犯であり、自動車の運転手はただ事情を知っているけれども、運ぶのを手伝ったにすぎないということになる。この場合には、間接正犯というまでもなく、実行正犯そのものだ」と解釈することもできる。「殺人、放火、強窃盗などの罪については、犯人みずから被害惹起の原因行為に手を染めることが実行行為だとすることは妥当であるが、しかし、経済行為的性格が強く、犯罪の成立について、その行為に基づく経済的利害の帰属が重視される罪については、実行の概念は、直接手を下したのとは別の観点から考慮されねばならない。「この場合の正犯は、幫助行為がなければ正犯とはなりえないという意味においては、単独正犯とは異なり、概念的に間接正犯に加えてもよい」。「実質論としては、それは、間

40 白井滋夫「特別刑法犯と共犯」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法(第1巻)』474頁(立花書房、1985年)。また、団藤・前掲注(8)159頁注13。このような理解を早く示したのは、高田義文「判例批評」警察研究23巻12号64頁以下(1952年)。

接正犯という必要のないほど本来の正犯の一種だと認めて然るべき場合であるとも言える。「要するに、犯罪のうち、社会の日常生活現象、経済的行動に関する犯罪類型については、常識に従って解釈すれば、正犯とは直接手を下した者ではなく、背後にあって、他の事情を知った者を利用して所期の目的を遂げた者については、直接手を下した者が幫助、背後にある者が、実行正犯だとみるのが妥当な場合がすくなくあるということである。この場合、背後の正犯者は、みずから犯罪構成要件にあたる行為をしていない、という意味から、直接実行正犯というよりは、間接正犯の一種だと言ってよいであろう」と論ずる⁴¹。

松宮孝明教授も次のように論ずる。すなわち、身分なき故意ある道具の場合、「たとえば、公務員が私設秘書に命じて賄賂を受け取りに行かせる」場合、「賄賂を『收受』するのは公務員であって秘書ではない。「つまり、『收受』という行為は、取引の主体が行う観念的な行為なのである。このようなケースで、仮に、『收受』の主体が秘書だったとしたら、公務員でない秘書は金銭をもらっても収賄罪にはならないから、それを命じた公務員にも、なんら犯罪は成立しない。「そこで、公務員にその利益が帰属する場合には、公務員が秘書を介して賄賂を收受したとみるべきである」⁴²

41 藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修343号15頁以下(1977年)。中森・前掲注(38)71頁は、前掲注36の名古屋高裁昭和27年12月10日判決のような「経済的利益の移転が中心にある犯罪については、その利益の主体でない者に正犯性を否定するのは、構成要件の実質的解釈の枠内にあるものとみることができる」とし、「このような捉え方は」、本文引用の藤木博士の見解に「ほぼ対応するものといえよう」とする。

42 松宮孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』258頁以下(成文堂、2018年)。また、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』1339頁(有斐閣、2002年)も。贈収賄罪に関する裁判例として以下のものがある。(ア)Xが、食糧管理法違反事件につき取調べを受けていたYから、寛大な処分を受けたいとの趣旨のもと寄付金名義で警察署長甲に対して贈賄するための現金2万円を預かり、甲にその旨を伝達し、前記現金の交付の申し込みをしたという事案に関して、最判昭和24年12月6日刑集3巻12号1884頁は、Xを贈賄罪の幫助とした原審の判断を是認した。(イ)国鉄職員X(課長補佐)が、上司Y(課長)から指示を受けて、業者甲から便宜供与依頼の趣旨の現金を部下Z(係長)をして受領させたが、その際、Xは甲から求められた領収書作成を承認し、その領収書交付と引き替えにZをして現

とし、故意ある幫助的道具の場合についても、「商社の輸入担当者が、部下に命じて禁制品を国内に持ち込ませる行為」⁴³の場合、「禁制品を輸入したのは取引の責任者である輸入担当者であって、部下はそれを幫助したにすぎない。輸入担当者は輸入罪の直接正犯なのである。最高裁もまた、食糧管理法違反の米の『運搬』について、会社の代表取締役を会社の使用人を自己の手足として米をみずから運搬した『実行正犯』であると認定している（最判昭和25・7・6……）。このように、取引行為が構成要件となっている犯罪には、観念的な取引主体が正犯となることが多い」⁴⁴と論じる宮崎礼壹検事は、ある者が本来構成要件に該当する実行行為を分担した以

金を受領せしめたという事案に関して、東京高判昭和50年2月4日東高刑時報26巻2号19頁は、領収書作成についてのXの「承認によってYの収賄を容易ならしめたということはできるが、収賄の実行行為そのものを担当したとみることはできない」と判示し、Xに収賄罪の従犯の成立を認めている。なお、この判決はXに関するものであるが、判示の中で、上司Yに関して、Yは「Zらに受領を指示しておいたことにより、……Zを自己の手足として甲から25万円の供与をうけたものとみることができる」と判示している。(ウ)東京地判昭和58年10月12日判例時報1103号3頁(ロッキード事件丸紅ルート第1審判決)は、内閣総理大臣Xは「現金合計5億円を(趣旨につき情を知らない)[大臣の官制上の秘書官に任命されていた]Yを使者として受領し」、「自己の職務に関して賄賂を収受し」との事実を認定し、Xに受託収賄罪の成立を認めたが、Yはこの現金受領行為に関して起訴されていない。藤木・前掲注(41)14頁も参照。

43 松宮・前掲注(42)257頁。

44 松宮・前掲注(42)259頁。なお、松宮孝明『刑法各論講義(第5版)』91頁(成文堂、2018年)は、監禁罪に関しても、監禁罪が継続犯であることの説明において、保護法益である「移動の自由」は「逮捕・監禁中は攻撃され続けるのである。したがって、逮捕・監禁の『行為』は観念的なものであり、被害者を一室に閉じ込めて鍵をかけた後に監禁者が眠っている間も監禁『行為』は継続する」と論じ、また、競売決定に基づき現況調査のため土地・建物の登記内容・占有状況等につき説明を求めた執行官に対して、Xらが虚偽の事実を申告するなどし、裁判所において虚偽の事実が記載された現況調査報告書等を備え付けさせたという事案に関して、平成23年(2011年)刑法改正前の96条の3(競売妨害罪)の成立を認めた最決平成18年12月13日刑集60巻10号857頁の評釈において、松宮孝明「判例批評」法学セミナー631号119頁(2007年)は、『公正を害すべき行為をした』という[改正前の]96条の3の文言解釈が重要であるとし、「情を知らない裁判関係者をして競売手続を進行させたことをもって、その間も被告人らの妨害行為が継続していると解し」た「第一審のように間接正犯的な構成により、遅くとも本件土地・建物の現況調査報告書等の写しが裁判所に備え置かれた時点で本罪は終了すると解するべきであろう」と論じている。

上正犯とされるべきであり⁴⁵、前掲注 37 の横浜地裁川崎支部昭和 51 年判決および大津地裁昭和 53 年判決の事案の場合、従犯ではなく正犯とすべきであったとする⁴⁶が、「覚せい剤の密輸出入罪に関する限り、当該提供にかかる船舶等を自ら操縦する場合であっても、密輸にかかる覚せい剤その他の貨物の内容、状況に対する関与度、報酬の額及び利益分配的要素の有無などによっては、当該操船者は、物理的な運搬手段の付属物にひとしい存在であって密輸の実行行為を行う者とはいえない、と評価すべき場合が例外的にあり得るものと考えられ⁴⁷、金地金を漁船により密輸出した事案において漁船を操船した X につき無許可輸出罪の従犯を認めた福岡高判昭和 61 年 9 月 11 日判例タイムズ 625 号 238 頁について、「X らは、本犯者の提示する海上まで言われるままに運航し定額の報酬を与えられていたにとどまること、密輸品は本犯者らが始終所持しこれを船の運航者たる X らに託するようなことは全くなかったこと、X らは、密輸出品の内容、数量について、本犯者から特に特に告げられておらず、かえって、本犯者らは船内でも X らにこれを具体的に知られることにならないように警戒していたこと」が摘示されており。「前記の例外的な場合に該当し、密輸出の幫助の限界で認定されたのも、その限りで理解し得るものといえよう⁴⁸と論じている。

(iii) 大麻譲受け未遂罪に関する次の判例も、このように実行行為を観

45 宮崎礼壹「覚せい剤取締法」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法(第 8 卷)』224 頁(立花書房、1990 年)。

46 宮崎礼壹・前掲注(45) 256 頁、282 頁以下。

47 宮崎礼壹・前掲注(45) 225 頁。

48 宮崎礼壹・前掲注(45) 225 頁以下。なお、亀井・前掲注(38) 114 頁以下は、共謀共同正犯を肯定すること、「実行行為を行ったにもかかわらず、犯罪実行に果たした役割が軽微であることを理由に正犯性を否定する」こととは「表裏一体の関係」にあり、前者を正犯とするならば、後者を従犯とすることによって「論理が一貫する」とする。高橋則夫『刑法総論(第 5 版)』467 頁(成文堂、2022 年)は「背後者に優越的な事実的支配が認められるならば」、間接正犯、場合により共同正犯が認められるとする(また、同 527 頁)。一方支配型の共同正犯の延長線上に、1 人の共同正犯と、脇役的な寄与にとどまる 1 人の従犯という構成も認められるべきではないかとするのは、斎藤信治『刑法総論(第 6 版)』397 頁以下(有斐閣、2008 年)。このように理解する場合の共同正犯形態で遂行される具体的な「実行行為」は、従犯により行われる行動ということになる。

念的に把握することから理解できるように思われる。その事案は、大麻を譲り受けようとする X が、譲渡人 Y と大麻譲渡しの合意成立後、譲渡人 Y が大麻を郵送する準備を整え、投函するだけにした大麻在中の封筒を玄関に置いておいたが、その段階において警察の捜索を受け、大麻を発見されたという事案であった。この場合に、東京高判平成 17 年 5 月 11 日高検速報〔平成 17 年〕112 頁は、「大麻譲受け罪の実行の着手があるというためには、譲渡人と譲受人との間に大麻の譲渡し・譲受けの合意が成立した後に、譲渡人において譲受人の分として特定した大麻の所持を譲受人に移転する行為自体を開始した場合に限らず、所持の移転のために密接かつ不可欠な直前行為を完了した場合も含むと解すべきである」。「本件大麻は、後は郵便ポストに投函されるのを待つだけの状況にあり、投函を妨げるような特別な事情は何らうかがわれない。そして、本件大麻の所持を移転するための投函行為が実行行為に当たること、本件大麻が投函されて譲受人である被告人方の郵便受けに配達されれば、その時点で既遂になることは、いずれも異論なく認められるところである。そして、譲受人においては、大麻が注文どおりに確実に届けられればよく、譲渡人がそのためにどのような準備をしていつ投函するかなどについてはほとんど関心がないといつてよいから、譲渡人の具体的な行為内容を知らないからといって、その行為で着手が認められることを不当とする所論はあたらない」（傍点原口）と判示し、譲受人 X に大麻譲受け未遂罪の成立を認めた⁴⁹。

本判決について、塩見淳教授は、「被利用者により行われるであろう薬物所持の移転を『実行』と捉えたいうえで、これに密接する、ないしは直前に位置する（利用）行為が着目されていると解される」⁵⁰と分析する。本

49 熊田彰英「判例批評」研修 691 号 27 頁以下（2006 年）は、「本判決は、実行の着手に関するこれまでの裁判例と同様の立場に依拠し、事例判断をしたものであるが、郵送による譲受け事案に関する初めての裁判例である上、近時、インターネットの普及に伴い、宅配便等を利用した規制薬物の譲渡し・譲受け事案が増加していることなどから、同種事案を処理する上で参考になる」と指摘している。

50 塩見淳「間接正犯・不作為犯の着手時期」『刑法の道しるべ』100 頁（有斐閣、2015 年）。

件は大麻「譲受け」罪が問われている事案であり、ここでの被告人は「譲受人 X」であるところ、その「実行行為」は被利用者である譲渡人 Y により行われ、その着手時期(直前行為)が考えられているということになる。譲受け罪の構成要件該当行為(実行行為)を行っていない者、つまり、その成立要件を充たしていない者にその犯罪の成立を認めるという理解に与することはできず⁵¹、そのような理解を回避するためには、譲渡人 Y により行われる「譲受け罪」の「事実上の実行行為」が「観念的に」「譲受人 X の実行行為」であると考えらる必要があろう。

(iv) 実行行為の「観念的な」把握は、指摘されている犯罪類型の解釈として説得的である。しかし、その場合に留意すべきなのは、実行行為をそのように「観念的に」把握したとしても、具体的な実行の着手の時点を考える場合、道具として利用された者の「具体的な行動」(の進捗時点)、たとえば、前述の東京高判平成 17 年判決の大麻譲受けの事案の場合では被利用者たる譲渡人 Y の行動を問題とせざるをえないということである。そして、道具のかかる具体的な行動が、間接正犯者自身の行為として「観念的に」帰属すると考えることになろう。贈収賄罪(197 条以下)の場合には未遂処罰規定がなく、既遂時点の問題であるが、いつ收受等をしたのか(いつ既遂に達したのか)を問う場合、同様のことがいえる⁵²。実行行為の観念的な把握と行為帰属論(的構成)は決して排他的なものではなく⁵³、実行行為の観念的な把握がなされる犯罪類型において、実行行為の観念的な把握は行為帰属の構成を基礎づけると考えることができよう。

関税法上の「輸入」の概念に関しても、最高裁昭和 25 年判決の事案において問題になった『輸送し』の概念と同様に、法的な評価を含んだ規

九五 51 前述、第 2 節(2)(i)も参照。

52 既遂時点、それに関連づけられる未遂時点は、犯罪類型の定立方法(たとえば、実質的に予備・未遂に当たる行為を目的犯として、または危険犯として既遂類型にする場合など)に依存し、相対的なものである。

53 実行行為の規範的な把握の主張者として引用した藤木博士は、間接正犯の関係で行為帰属論(的構成)を早くから主張する代表的な論者でもある。参照、原口・前掲注(5)44頁。

範的なものであり、Xを『輸入』の主体と解し得る」との理解が示されている⁵⁴。本件の禁制品輸入未遂罪の場合も、道具たる通関業者による輸入申告行為に着目して、その具体的な申告行為がなされた時点において実行の着手を考え、それを「観念的に」間接正犯者が禁制品密輸入罪の実行に着手したと説明するのであれば、やはり道具のかかる具体的な行動が間接正犯者自身の行為として帰属すると考えるべきことになろう。

(v) このような「行為の帰属」は経済行為的性格が強い犯罪に限定されない。たとえば、裁判例において、暴行罪(傷害罪)の間接正犯を認めたものがある。X(32歳)が、長女A(13歳)に指示し、Aをして、長男B(10歳)に対して、顔を手指でひっかく、頭を拳骨で殴る、腹部・下腿部を足で蹴る、頭髪を両手でつかんで頭を持ち上げて床に叩きつけるなどの暴行を加えさせ、さらに、Bの首に縄跳びのようなものを巻き付けてその一端をX自ら引っ張るとともに、他の一端をAにつかませて引っ張らせ、Bの首を絞めつけるなどの暴行を加え、一連の暴行によりBに全治約2週間を要する傷害を負わせたという事案に関して、検察官は、AがBに加えた暴行について、「XとAによる共同正犯ではなく、XがAの行為を利用して実行した間接正犯」として起訴し、千葉地判令和2年12月1日研修880号70頁は「公判でも特に争われることなく、公訴事実記載の事実」を認定した⁵⁵。この

54 高部・前掲注(9)21頁。そして、このような「法的な評価を含んだ規範的な」理解に基づき、「被告人を禁制品輸入罪既遂の間接正犯に問擬する」。

55 川西薫「判例批評」研修880号70頁(2021年)。中村融「判例批評」研修716号97頁以下(2008年)は、内縁の夫X、妻A、Aの長女B(16歳)、長男C(13歳)、二男D(11歳)で暮らしていた住宅において、Xが、BとDに対して、Cを棒で殴打することやまち針をその太ももに突き刺すことを命じて実行させ、Cに全治約3週間を要する傷害を負わせたという場合、B、DのいずれもXに意思を抑圧された状態にあったと認めXに傷害罪の間接正犯を認めた裁判例を紹介している。なお、大阪高判昭和60年2月6日高刑集38巻1号50頁。この判決につき、佐伯仁志「判例批評」『昭和60年度重要判例解説』160頁(有斐閣、1986年)参照。監禁罪の間接正犯を認めたものとして、大判昭和14年11月4日刑集18巻497頁[「犯人自ら監禁ノ行為ヲナサルモ情ヲ知ラサル第三者ヲ利用シ其ノ者ヲシテ之ヲ行ハシムルヲ得ヘク此ノ場合犯人ニ於テ其ノ罪責ヲ負フヘキハ當然ナリ」]。この判決につき、小野清一郎「判例批評」法学協会雑誌58巻3号435頁以下(1940年)。窃盗罪に関して裁判例は多い。原口・前掲注

事案において、暴行罪の構成要件該当行為である「暴行」＝被害者に対する物理力（有形力）の行使は、道具たる A のひっかく・殴る・蹴る・叩きつける・引っ張る行為に求めざるをえないであろう。ひもの一端を引っ張る行為以外の物理力の行使は X は自らの手で行っておらず、X に道具のこれらの行動が帰属しないのであれば、X は構成に該当する行為（被害者の身体に対する物理力の行使）を行っていないにもかかわらず、その（暴行罪の）構成要件を充足したということになってしまおう。利用者（間接正犯者）が実質的に考えてそれを行ったのと同視できる場合、つまり、間接正犯と認められるべき実体がある場合、その道具の行動は間接正犯者自身の行為として帰属すると考えるべきであり、道具の行動を誘致した行為が暴行罪の実行行為なのではなく、ひっかく・殴る・蹴る・叩きつけるという道具の行動が間接正犯者の実行行為と構成されるべきである。

第3節 犯行が客観的に失敗した後の関与と不能犯（類似）の問題

(1) 承継的共犯の問題と不能犯（類似）の状況の評価

(i) これまでの検討から、(本稿の立場からは) 間接正犯形態で遂行された本件密輸行為の「実行行為」は、道具たる通関業者の輸入申告・通関行為に求めるべきであることが示された。このことを前提に次の問題に移ろう。

本判決において認定された事実によれば、① X が本件貨物に覚醒剤が隠匿されていると認識したのは、通関業者の輸入申告後、つまり、関税法の禁制品密輸入罪の実行の着手後のことであるから、先行者が「実行行為」の一部を行った後、「実行行為」の終了前⁵⁶ または犯罪の終了

(5) 50 頁以下、85 頁参照。

56 大塚仁博士は、「承継的共同正犯……とは、ある者（先行者）が既に実行行為の一部を行ったが、まだその実行行為が終了するにいたらない前に、他の者（後行者）が共同実行の意思をもって実行に参加する場合である」（大塚・前掲注（8）『刑法概説総論』293 頁）とし、「正犯者が実行行為を一部終了した後に、その犯

前⁵⁷に、後行者が先行者と意を通じて関与した場合として承継的共犯が問題になりうる。さらに、② Xによる覚醒剤の知情が本件貨物内の覚醒剤の発見後、それに基づく CCDの実施後であることから、Xの関与(行為)は(客観的には)犯行を既遂に至らしめることのできない企てとして不能犯(類似の状況)として不可罰となるのではないのか、あるいは、③共犯者らが企てた覚醒剤の密輸は客観的には失敗に終わっており、当該犯行の失敗後の Xの「関与」はそもそも共犯たりえないのではないのか、ということが問題になりうる。②に対する解答は①の結論に左右されうる。

(ii) 承継的共犯の肯否につき積極的に解し、Xが、自己の関与前の共犯者の行為も含めて責任が問われるとするならば、Xの関与行為のみを犯行全体から切り分けて、不能犯かどうかを問題にする必要はない。それは、覚醒剤を海外から発送した者が、輸入申告後税関検査で覚醒剤が発覚し、密輸入が失敗したとしても、禁制品輸入罪の未遂に問われ、不能犯として不可罰とはならないというのと同じである。

特殊詐欺の事案においてだまされたふり作戦が実施され、その実施後に共犯者と意を通じて犯行に関与し、被害者から送付された(現金代替物の入った)物を受領した者の罪責が問題になったケースに関して、最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁は、欺罔行為後に受け子として関与した甲も、「その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負う」と判示し、不能犯の問題に立ち入らずに甲に詐欺未遂罪の成立を認めた。これは先行行為の「承継」によ

罪に加功し、その後の実行を容易にする場合を承継的従犯という(大塚・前掲注(8)『刑法概説総論』322頁)と定義する。このように定義する場合、大塚博士の採る利用者標準説によれば、前述(第2節(1))のように、発送行為の終了により実行行為も終了するから、本件の場合、「実行行為」終了後の関与であり、そもそも承継的共同正犯(共犯)は問題になりえない場合ということになる。

57 高橋則夫・前掲注(48)501頁は、承継的共犯が問題になる場合を、「先行者がある犯罪の実行に着手し、その実行行為終了前(あるいは犯罪の既遂前、あるいは犯罪の終了前)に」後行者が関与した場合とする。

り不能犯は問題にならないという理解に基づいているように思われる⁵⁸。もちろん、最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、先行者が被害者に暴行を加え、傷害を負わせた後、後行者が意を通じて共同で被害者に暴行を加え、傷害を重篤化せたという事案において、「共謀加担前に〔共犯者〕が既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって〔被害者〕の傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」と判示しており、この最高裁平成24年決定と先の最高裁平成29年決定との関係が問題となる。両者は事案を異にしていると一般に考えられているが、犯罪類型ごとに承継的共犯の問題を考えた場合、禁制品輸入罪における本件Xのような関与の場合にどのように考えるべきか、判例の立場はこれまで明確にされていないように思われ、本判決も承継的共犯という構成を（明示的に）採って事案を解決しているようには思われない。

いずれにせよ、自己の関与していない、他人のひき起こした過去の犯罪事実について、「承継」を認めて先行者の行ったことも含めて責任を問うのは妥当ではない。自己の関与以降の行為（およびそれと共犯関係のある行為）が評価され、それに基づいて責任が問われるべきである。

58 川田宏一「判例解説『最高裁判所判例解説刑事篇(平成29年度)』257頁(法曹会、2020年)は、この事案において「既に先行者によって欺罔行為という詐欺の実行行為がなされている点で、実行の着手段階での可罰的な未遂犯と不可罰的な不能犯との区別を問題とする不能犯論それ自体とは局面が異なるものといえる」。「先行者により欺罔行為が開始されている以上、既に詐欺が遂行中の状態にあるといえ、財物を交付させる段階で被害者に看破されていたとしても、だまされたふり作戦の開始を認識していない後行者からすれば詐欺の遂行中であることに変わりはなく、後行者による財物の受領行為への関与は詐欺への加担と評価できる実体があるといつてよいように思われる」。「受領行為につき詐欺を完遂する上で欺罔行為と一体のものとして予定されていたという点に着目する場合、本件の結論を導く上で、不能犯論による解決が必然的に求められるものであるかについては、なお検討を要しよう」と解説している。

(iii)では、承継的共犯の肯否につき、少なくとも本件のような規制薬物の密輸入のケースにおいて消極に解する場合、Xの責任はどのように考えられるべきであろうか。まずは前述の最高裁平成29年決定の特殊詐欺の事案の場合で考えてみよう。共犯の因果性は構成要件事実すべてに及ばなければならず、または、当該犯罪の不法を基礎づける法益の侵害・危殆化全体に及ばなければならないとし、事前共謀を欠く受け子は欺罔行為に因果的影響を及ぼしていないのだから、受け子に詐欺罪の共犯は成立しないと見る見解がある⁵⁹。しかし、「承継」を認めず、後行者の関与以降の行為およびそれと共犯関係にある行為を評価した場合でも、受領行為にのみ関与した者も進行(継続)中の「詐欺行為」に関与し、その一端を担っている(詐欺を手伝い、その片棒を担いだ)と評価することができる(この意味で詐欺罪の共犯が成立)。この場合に共同正犯が認められるか、従犯にとどまるかは両者の区別の問題であり、寄与の重要性により区別する立場に立てば、犯罪事象の中に占める寄与の重要性の程度により共同正犯と評価される場合はありえよう。

このように考える場合、後行者の責任が問われるべき、その関与以降の行為が評価されることになるから、単独犯の実行の着手時点の状況と比較可能な状況となる。したがって、だまされたふり作戦の実施によりXの関与した犯行が既遂に至りえないことを理由としてXの関与は不可罰とすべきか否かは、Xの関与時点において、不能犯(類似)の観点から判断されるべきことになる。私見は、これを具体的危険説を用いて判断すべきであるとする⁶⁰。仮定的蓋然性説を支持する立場からは、それを用いて

59 松原芳博「詐欺罪と承継的共犯——送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責をめぐって——」法曹時報70巻9号26頁以下(2018年)。「事前共謀を欠く受け子には、掛け子の詐欺罪と共同正犯関係に立つ占有離脱物横領罪と盗品関与罪との包括一罪を認め、重い後者の刑で処断することになる」[32頁]。同様に、二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責」名城法学67巻1号224頁、236頁(2017年)、同「騙されたふり作戦と受け子の罪責・補論(2・完)」名城ロースクール・レビュー45号42頁以下、49頁以下(2019年)。

60 原口伸夫「特殊詐欺の事案においてだまされたふり作戦が実施された場合と

判断することになろう⁶¹。

本件第1審判決は、「本件貨物につき CCD が実施されていることは、X が [通関業者への問合せ、貨物の受取など] の行動をとっている段階において、一般人において認識し得ず、X も認識していなかったのであるから、X が本件貨物を受け取った行為を外形的に観察すれば、CCD の実施いかんにかかわらず、本件覚醒剤の輸入に至る現実的危険性があったといえる」と判示し、関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯を認め、本件控訴審判決も、「税関検査によって本件貨物から覚醒剤が発見され……X の関与前に禁制品輸入罪が既遂となることについての現実性はなくなったものの、その事情は捜査機関や一部関係者だけが承知しているに過ぎず、X をはじめ密輸組織関係者の与り知らぬことであるから、X の共犯性はこの事情によって影響を受けることはないというべきである」と判示した。

特殊詐欺事案においてだまされたふり作戦の実施後に犯行に加わり、送付（手交）された荷物を受領した受け子の罪責に関して、一連の下級審判決は、不能犯（類似の状況）がかかっていると理解に立ち、具体的危険説に依拠して判断し、受け子に詐欺未遂罪の共犯の成立を認めている⁶²が、禁制品の密輸入の事案において CCD が実施された場合においても、本判決は具体的危険説（ないしそれに類似した考え方）に立った判断をしたといえよう。

下級審の判決ではあるが、詐欺罪とは別の犯罪類型（禁制品輸入罪）に関して、同趣旨の判断を積み重ねたものとして注目すべきであり、具体的危険説（ないしそれに類似した考え方）に立った判断にさらに一段の重み

不能犯の法理——同時に、未遂の場合の承継的共犯に関する一考察——」駒澤法学 19 卷 4 号 42 頁以下、60 頁（2020 年）。具体的危険説について、参照、原口・前掲注 (5)『未遂犯論の諸問題』349 頁以下。

八九 61 橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修 827 号 11 頁以下（2017 年）参照。橋爪・前掲 11 頁は、「危険性の判断基準が問題となることから、不能犯をめぐる問題と共通の観点からの議論が必要」とし、同『刑法総論の悩みどころ』397 頁（有斐閣、2020 年）は「このような状況においても、『受け子』の受領行為に詐欺罪実現の危険性が認められるか、という意味において、未遂犯と不能犯の限界と同様の問題が顕在化することになる」とする。

62 判例につき、原口・前掲注 (60) 駒澤法学 19 卷 4 号 6 頁以下参照。

をもたせたものと評価できよう。

(2) 当該犯罪の継続（失敗）の有無についての判断

共犯が成立するためには、その共犯者の関与しようとしている犯行がその関与時に継続している（逆にいえば、失敗に終わっていない）といえなければならない。十河太朗教授は、不能犯はその行為者の行為を判断の対象とするのに対して、犯行の継続（失敗）は犯行全体を対象として判断されるものである等から両者の問題は次元を異にすると指摘し⁶³、犯行の継続（失敗）の検討の重要性を指摘する⁶⁴。確かに、その指摘は理解できる。しかし、「承継」を否定し、関与後の行為につき不能犯（類似の状況）かどうかを問う場合も、犯行が終了した（継続性しているのか）ということに焦点をあてる場合も、いずれも実質的に考えるならば、その犯行（全体）が、問われている関与（以降の）時点で、既遂に至る可能性（結果発生の可能性・危険性）の有無・程度——それについて行為者の認識——の評価がかかわっており、

63 十河太朗「騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯」同志社法学 70 巻 2 号 11 頁以下（2018 年）。

64 そして、十河・前掲注(63) 31 頁は、「未遂犯の終了時期は……1 個の事件が終了したといえるかどうかという観点から判断される。特に犯意が消失したかどうかを重視すべきであり、たとえ客観的には犯罪実現を不能とするような事情が存在していたとしても、行為者が犯意を保持し犯行計画を実行しようとしている限りは、未遂犯は終了せず、継続しているといえる」とする。しかし、このように「犯意の消失」の有無、その主観面を重視して、「終了していない」犯行に関与しているとの判断によって、不能犯（類似の状況）に関する判断を「覆い隠し」ないしは「回避する」ことはできないであろう。十河教授自身も、「終了」を問題にすることによって、不能犯（類似の状況）の判断が不要になるとは考えていないようである（十河・前掲注(63) 29 頁）。照沼亮介「判例批評」判例評論 721 号 22 頁（2019 年）は、十河教授の見解に対して、「この見解も犯意が継続している間は『犯罪実現の可能性は依然として残っている』ことに言及しており、結果発生の危険性の有無を問題とする見解との間にどれだけ差異があるのかは明らかでない」。「既に正犯不法の促進が不可能となったのであれば以後は因果性を及ぼし得ず、共犯行為足り得ないのであるから」、「こうした見地から検討されるべきであろう」。具体的には、先行者の行為に『正犯不法』としての実質がなお残存しているといえるか、そして、後行者「自身が共犯としての成立要件を充足したといえるかが問われる」。「後者の問題を考える際には、関与の時点で……不能犯となるかについても検討する必要がある」とする。

それは「未遂犯として処罰に値する実質」を問うものといえる。両者の問題がまったく同一の問題ではないとしても、逆に、関連性のない判断がなされてよいといえるほど異なる問題がかかっているのではなかろう⁶⁵。事柄の実質からみた場合、(実質的に)同様の判断がなされるべきである。

なお、本件 X に禁制品輸入罪の共犯(共同正犯)の成立が認められるために、不能犯の問題をクリアしたとしても、さらに、犯罪が既遂に至るまでに、または、犯罪が終了するまでに X が本件犯行に関与したの でなければならぬ。先に言及した特殊詐欺のケースにおいては、詐欺罪は財物の取得により既遂に至り、後行者はその荷物の受領にかかわったのに対して、本件の場合、X の本件貨物の受領は(CCD により覚醒剤が代替物に入れ替えられていなければ)禁制品輸入罪の既遂後の行為であり、既遂と犯罪の終了が同時点であれば、犯罪終了後の関与という観点から共犯の成立が否定されうる可能性もある。節を改めて最後にこの点を検討しよう。

第 4 節 共犯の成立する時間的限界

(i) X は、確かに、7月2日に本件貨物が保税蔵置場から搬出される前に、したがって、CCD により薬物が抜き取られなかったとするならば既遂に至ったであろう時点よりも前に、本件貨物の中身が覚醒剤を含む違法薬物であると認識し、本件密輸にかかわった。しかし、本件貨物の通関線突破前に X が行ったことは本件貨物の配達予定日等の問い合わせであり、間接正犯形態の犯行に誘致された道具により通関手続段階まですでに事態が進んでいた本件密輸入において、このような行動は通関線を突破するに至るまでの手続の進行に(因果的に)影響を及ぼすものではなく、本件での

65 前述のように、承継的共犯について積極に解し、そのことによって——後行者の関与(以降の)行為のみを分離しての——不能犯(類似の状況)の判断は問題にならないと解したとしても、承継的共犯も含め、共犯の成立の前提として、関与しようとする犯罪が終了(失敗)していないことが必要であると考えれば、犯行の継続(失敗)の判断は重要な意味をもってこよう。

X 自身の実質的で重要な寄与は、本件貨物が通関線を突破した後、配送された本件貨物を受領する行為にあったといえる。

事後従犯は認められないといわれ、正犯行為が既遂に達した後の関与はその共犯にならないというのが原則である。たとえば、窃盗罪が既遂に至った後でその盗品を運搬するなど盗品の処分にかかわる場合は、窃盗罪の従犯ではなく、盗品関与罪(256条)の成否の問題になり、その他の犯罪においても、たとえば、犯罪の既遂後犯行現場からの犯人の逃走を手助けするなどした場合、当該犯罪の従犯ではなく、犯人隠避罪(103条)の成否の問題となる。そうすると、Xの実質的な寄与が本件荷物の受領にあるとみた場合、Xに本件禁制品輸入未遂罪の共犯が成立しうるのであろうか。

(ii) 原則として既遂後の共犯は認められないとしても、例外的に既遂後に共犯(従犯)が認められる場合もある⁶⁶。監禁罪を典型とする継続犯がその例である。監禁罪の場合、たとえば、XがAを監禁し、既遂に達した後、YがXと意を通じてAが逃げないように監視していた場合、Yに監禁罪(の共同正犯・従犯)が成立する。(一般に)「継続犯」に分類される犯罪の場合、既遂後も法益侵害が続いている限り、当該犯罪は終了せず、それへの共犯が可能であり、このことが「継続犯」に分類されることの重要な意味でもある。「継続犯」の場合、継続的ないしは反復的に構成要件が充足され続けているとみることもでき、それゆえに、それへの関与と考えることもできよう⁶⁷。

66 ただし、その場合も、共犯成立の時間的限界として、「共犯とは犯罪の共同遂行なのだから、犯罪が終了した後は共犯は成立しえない(町野朔『刑法総論』128頁[信山社、2019年])。また、前述、第3節(2)。公訴時効の関係でも、犯罪の「終了」(時点)(刑事訴訟法253条1項参照)の確定が重要になる。

67 山口厚『刑法総論(第3版)』49頁(有斐閣、2016年)は「構成要件該当性の継続ないし持続的更新」と表現する。西田典之[橋爪隆補訂]『刑法総論(第3版)』90頁(弘文堂、2019年)は「継続犯とは、法益侵害とともに構成要件に該当する実行行為が継続する場合」をいい、単に法益侵害の状態が継続しているにすぎない状態犯とは異なり、継続犯の場合には継続的に構成要件が充足されているとみる(また、同『刑法各論(第7版)』296頁[弘文堂、2018年])。注68も参照。継続犯について詳細に、杉本一敏「行為の構造から見た犯罪の成立・

反復的な構成要件の充足に着目するならば、(一般に)「継続犯」に分類される犯罪以外の犯罪でも、具体的な行為態様において反復的に構成要件の充足といえる場合には継続犯に準じて「既遂後の共犯」を認めてよい場合も考えられる⁶⁸。

傷害罪の承継的共犯が問題になった前述の最高裁平成24年決定⁶⁹の事案において、先行者の行為が傷害罪の既遂に達した後で関与した者が、傷害を重篤化させたことを理由に傷害罪の共同正犯が認められている。傷害罪

継続・終了(1)——総論—— 刑事法ジャーナル77号72頁以下(2023年)。

68 殺人罪など即成犯、窃盗罪など状態犯に分類される犯罪は、既遂に至ると同時に犯罪が終了し、その終了後にはそれへの共犯は認められず、犯罪の終了により公訴時効が進行し始めるとされる。このような前提に立ったうえで、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号18頁(1994年)は、状態犯か継続犯かは「犯罪の種類」により決まるのではなく、ある犯罪の中で特定の態様で行われた場合に「継続犯」であると解し、その区別を実行行為の継続(繰り返し)、それによる構成要件の継続的な充足の有無に求め、「傷害罪は、その侵害の態様によっては、継続犯である場合もあり得る」。「要は実行行為が繰り返し行われて構成要件の充足が継続していればよいのであるから、そのような態様で傷害罪が行われればそれは継続犯なのである」と論ずる。古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号91頁(1985年)も「ある犯罪が一般に継続犯であるという表現は必ずしも適切ではなく、ある特定の態様で行われた犯罪が継続犯であるという言い方が正確ということとなろう」。「ある犯罪をただ、即成犯とか継続犯とか呼んでみても、実際問題としては余り問題の解決にはならず、結局は、現実の行為の形態に着目して考えて行かなければならない」と指摘している。「状態犯」「継続犯」が当該犯罪の種類(分類)をいうのではなく、かつ、「継続犯」とされることによる解釈論的な帰結(共犯の成立可能な時点、公訴時効の起算点、刑の変更があった場合の新法適用の可否、既遂後に正当防衛が認められるか否か等)もその問題点ごとに個別に決定すべきである(参照、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学54巻2号72頁[2010年]、高橋則夫・前掲注(48)125頁、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」『刑法の争点(第3版)』30頁以下[有斐閣、2000年]、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2・3巻307頁[1988年]、松原芳博『行為主義と刑法理論』12頁[成文堂、2020年]など)とすれば、「状態犯」「継続犯」という分類自体は、言葉の用い方(定義)の問題にとどまり、その分類自体は、ある問題の具体的な結論を導くうえでは重要でなくなろう(金谷利廣・永井敏雄「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和63年度)』176頁注13[法曹会、1991年])は「継続犯は、多分に分類のための概念であって、それ自体に格別の機能的な意味があるわけではな」とする。

69 第3節(1)(ii)。

は——熊本水俣病事件⁷⁰の關係で多く議論されたように——一般に状態犯に分類される。しかし、(先行者の)既遂後でも(共同正犯形態での)新たな構成要件該当行為(暴行・傷害行為)により法益侵害を増加、傷害を重篤化させた場合、さらなる傷害罪およびその共犯が認められてきたといえよう。

このような、具体的な行為態様に着目して反復的に構成要件の充足が認められる(少なくともそれに準ずる)場合に継続犯に準じて「既遂後の共犯」が認められるならば、たとえば、先行者が放火し、目的物が独立燃焼を継続する状態に達した後、後行者が先行者と意を通じてガソリンをまき火勢を強めたという場合⁷¹、先行者が器物のある部分を損壊した後、後行者と共同して他の部分を損壊した場合⁷²にも同様にその反復的になされた構成要件的行為への関与に関して「既遂後の共犯」が認められうることになる。

(iii) 以上のような、「継続犯」および「継続犯に準じた反復的な構成要件充足」が認められる犯罪類型とは異なり、犯罪事象のいわば実質的な完成を想定するとすれば、その時点より前の時点に、構成要件として法定される「既遂」時点が前倒しされる犯罪類型がある(たとえば、目的犯や危険犯など)⁷³。このような犯罪類型において、既遂後、当該犯罪類型が類型的に予定している犯罪事象の実質的な完成時点等の一定の時点までの間、犯罪事象を実質的に完成させる行為などの遂行により従犯(共同正犯)の成立が認めることはできるであろうか⁷⁴。

70 最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁。

71 参照、伊藤渉・前掲注(68)74頁、佐伯・前掲注(68)22頁、松原・前掲注(68)『行為主義と刑法理論』10頁、宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了——共犯の成立に関して——」〔林頼三郎博士追悼〕法学新報66巻5号153頁(1959年)。公訴時効の關係で、松田俊哉「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成18年度)』503頁、507頁(法曹会、2009年)。町野・前掲注(66)125頁は、放火罪について『焼損』が生じることによって犯罪は完成するが、燃焼が継続し、『焼損』も継続している以上犯罪は終了しない継続犯と考えるべきであろうとする。

72 参照、西田・前掲注(67)『刑法総論』91頁、古田・前掲注(68)92頁、宮崎澄夫・前掲注(71)153頁。松田・前掲注(71)504頁注3。

73 注52も参照。

74 犯罪事象の実質的な完成時点より既遂時点が早められている犯罪類型である

たとえば、窃盗罪に関して、Xが他人の財物の占有の取得し既遂に至った後で、Yがなお不安定なその財物の占有を確保することにかかわった場合Yに窃盗罪の従犯が成立するの否かが議論されてきた⁷⁵。

特殊詐欺の事案に関する前述の最高裁平成29年12月11日決定⁷⁶が、被告人が「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」と判示し、「既遂」ではなく、「完遂」という表現を用いている点を捉え、「これは、詐欺の既遂後、その完遂のために関与した者についても承継的共同正犯として罪責を問う余地を残したもの」⁷⁷だとの理解が示されている。具体的には、「詐欺の事案で、

が、やや特殊なものとして240条後段がある。240条後段は財物強取+致死(殺害)結果発生により法定されているすべての構成要件メルクマールを充足することになるが、人身犯罪の面(生命侵害の違法性の重さ)を重視し、財物奪取の有無を問わず、致死(殺害)結果発生により既遂が認められている。既遂時期が前倒しされている場合である。承継的共犯のリーディング・ケースである大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁は、先行者Xが被害者を殺害し、そのことによる強盗殺人罪が既遂に達した後、事情を打ち明けられた後行者Yが財物奪取を手伝った場合に、Yに強盗殺人罪の従犯の成立を認めている。学説においても、強盗致死傷罪既遂後の財物奪取の場合に、後行者に、強盗致死傷罪の共犯の成立まではともかく、強盗罪の従犯(ないしは共同正犯)の成立を認める見解が少なくない。この場合、強盗に関してみればなお構成要件は未充足であり、財物を奪う行為は——240条後段の既遂後とはいえ——その構成要件に該当する行為の1つということができる点で以下言及する犯罪類型とは区別される。

75 宮崎澄夫・前掲注(71)154頁は、早くから、先行者が財物の占有を取得した後、財物を取り返されそうになった際に、後行者等が共同してその財物の占有を確実にしたような場合に共犯を認める。また、林幹人・前掲注(68)30頁、松原・前掲注(68)『行為主義と刑法理論』10頁、87頁など。最判昭和24年2月15日刑集3巻2号164頁は、財物の占有を取得し、窃盗の既遂となった後、暴行・脅迫を用いて財物の占有を確保した行為について1項強盗罪の成立を認めている。十河太朗「占有移転罪の既遂後の関与について」同志社法学74巻1号143頁以下(2022年)はこのような議論を詳細に検討し、店舗内での万引きの場合のように、行為者が財物の占有を取得した段階(この時点で既遂)では被害者になお(弱い)占有が残っている場合(行為者と被害者の占有の競合)があり、このような状況において、被害者の占有を排除する方向での行為者の占有を強化する行為は、被害者から行為者への占有移転と評価され、その限りでお「窃取」にあたりえ、窃盗既遂後のかかる占有侵害への関与を窃盗の共犯と認めうるとする(十河・前掲同志社法学74巻1号163頁以下)。

76 第3節(1)(ii)。

77 佐藤拓磨「判例批評」刑事法ジャーナル55号106頁(2018年)。また、水落

被害者に犯人が支配する宅配ロッカーに現金を送付させた場合、その時点で既遂が認められると思われるが、現金をロッカーから取り出して手中に収めるまでは詐欺は完遂していないとみれば、現金がロッカーに届けられた後に回収の依頼を受けてこれを回収した者に詐欺罪の承継的共同正犯を認める余地がある⁷⁸ というのである。

継続犯（に準じた反復的な構成要件充足）とは異なるこのような場合にも、既遂時点後もその時点まで共犯の成立を認めうるであろうか。

(iv) 本件密輸入の犯罪事象は、共犯者がその本件貨物を受領（占有を取得・確保）することにより実質的には完成するといえよう。第1審判決・控訴審判決が、本件貨物受領による実質的な法益侵害性・危殆化⁷⁹ や、貨物受領による犯行の目的達成・実質的な完成⁸⁰ を指摘しているのは、

伸介「判例批評」法学新報 125号9・10号176頁以下(2019年)。これに対して、十河・前掲注(75)同志社法学74巻1号164頁は、「平成29年決定以外にも、『完遂』という文言を用いた最高裁判例は存在するが、いずれも『犯罪の成立』といった意味で用いられている。判例があえて『既遂』と区別して『完遂』という文言を用いているとは解されない」とする。照沼・前掲注(64)23頁も参照。

78 佐藤・前掲注(77)刑事法ジャーナル55号106頁。岡本昌子「状態犯と継続犯に関する一考察～最高裁平成二四年七月九日第三小法廷決定を契機として～」産大法学49巻1・2号14頁(2015年)、田中優輝「判例批評」広島法学40巻3号322頁(2017年)。なお、伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報91巻11号73頁(2019年)。以前より詐欺罪に関して、林幹人「犯罪の終了時期——最高裁平成18年12月13日決定を契機として——」刑事法ジャーナル9号68頁(2007年)。これに対して、現金送付型特殊詐欺事案において、被害者により発送された荷物を受け子が受け取った（この時点で詐欺は既遂）後、受け子からその荷物を受け取り、詐欺グループの者に届けた配送役の行為につき盗品等運搬罪を認めたものとして、東京高判平成30年11月27日高検速報〔平成30年〕257頁。

79 「国際宅配貨物運送という一つの確立されたシステム」を利用した本件の場合、「業者が行う輸入申告等は、それ自体は、同罪の主たる保護法益である社会秩序の維持、公衆衛生等の公共の福祉の保持を直接侵害するものではなく、禁制品を業者から受け取る行為により禁制品が物理的にも国内における自由な流通に置かれる状態になることによって、上記の法益侵害性が認められる」（本件第1審判決。前述、注2参照）。「本件のような国際宅配貨物を利用した関税法上の禁制品輸入に当たっては、通関等の手続自体は業者が担当するから……法益侵害の危険が顕現するのは、通関後、貨物が受取人に渡って以降ということになる」（本件控訴審判決。前述、第1節(2)参照）。

80 「Xの本件における役割は、輸入行為段階における本件貨物の所在等を単に

本件行為態様での密輸入という犯行の実質的な完成まで共犯の成立を認めうることも示唆していると判決を読むこともできるように思われる。

しかし、本件控訴審判決は、同時に、「6月29日以降」、「通関業者に対して、本件貨物の所在や通関手続の状況、配達予定日を問い合わせるなどして本件貨物の受取を適時的確に行うために必要な行動をし、途中からとはいえ輸入行為の段階から本件に関与していた」。「6月29日以降、本件貨物の受取のため繰り返されたXの行動は……禁制品輸入罪の目的を全うさせるための加担であった」と既遂時点（覚醒剤が在中していれば既遂となる通関線突破）前におけるXの関与を評価している点からみて、本件控訴審判決は、少なくとも形式的には既遂前に犯行への関与があったことを前提に、もしくは、既遂前に（そのような意味において）かかわっていたことは必要であるとしたうえで、ただ、実質的にみた場合のXの寄与の重要度の指摘として、荷物受領行為の重要性を指摘していると理解する、本件密輸のいわば実質的な完成までの事象経過のなかでXの関与の度合いを判断したと理解するのが穏当であろうか。

(v) 関税法は、2条1項1号において、「『輸入』とは、外国から本邦に到着した貨物（外国の船舶により公海で採捕された水産物を含む。）又は輸出の許可を受けた貨物を本邦に（保税地域を経由するものについては、保税地域を経て本邦に）引き取ることをいう。」と規定し、「輸入」の定義規定を置いている。この「本邦に引き取ること」という文言と、関税の徴収等と税関手続の適正な処理というその目的（関税法1条参照）から、判例・通説は、関税法の禁制品輸入罪・無許可輸入罪について、外国貨物が税関の管理を離れ内国貨物として自由に流通しうる状態になったのか否かに着目し、①保税地域、税関空港等外国貨物に対する税関の実力的管理支配が及んでいる地域（保税地域等）を経由して外国貨物を引き取る場合、通関

確認したにとどまらず、法益侵害の事態を現実化させるために不可欠となる前提として、確実に本件貨物を受け取ってその占有を確保しようとするという重要なものであった」（本件控訴審判決。前述、第1節(2)参照）。

線を突破した時点で既遂に達し、②保税地域等を経由しない場合、当該貨物をわが国領土に陸揚げした時点で既遂に達すると解しており⁸¹、このような判例・通説の解釈は支持しうるところであるが、①の場合と②の場合を区別する実質的な考え方をさらに進めれば、保税地域を経由する密輸入（①の場合）をさらに区分して、本件のような業者等を道具として利用して通関線を突破する間接正犯形態の態様の場合、共犯者による本件貨物の受領（禁制品の占有取得、それにより禁制品を実質的に国内における自由な流通に置いた状態）の時点で既遂（本邦に引き取った）を認めるという解釈も採りうるように思われる。他方で、保税地域を経由する密輸入の既遂時点について関税徴収・手続の観点、その処理の統一性を重視し、それ以上の既遂時点の細分化はしないとの解釈にも理由はある。ただ、その場合にはなお本件のような間接正犯形態での密輸入については共犯者による本件貨物の受領（占有取得）まで密輸入の構成要件（貨物を本邦に引き取る）に含まれる（既遂時点後まで継続する構成要件的行為を承認し、その行為の終了により犯罪が終了する）と解することは可能であるように思われる。実質的にも、本件 X の行為は、覚醒剤密輸入への事後の関与というより、立法者が禁ずる犯罪行為（構成要件が典型的に予定する行動）の一部への加担であると評価すべき場合であるように思われる。したがって、X を共同正犯とするか、従犯にとどめるべきかは留保するが、X に禁制品輸入未遂罪の共犯を認めた結論は支持しうる。

(vi) もちろん、本判決の結論の是非について見解はわかれうるように思われるが、本判決が、継続犯、または、継続犯に準じた反復的な構成要件充足の場合とは異なる類型、いわば「実質的な完成時点よりも既遂時点が早められた場合」において、「既遂後の共犯」が認められるのか否かという問題点を提起する興味深い題材を提供していることは確かであろう。

八〇

81 原口・前掲注(5)『未遂犯論の諸問題』159頁参照。

まとめ

密輸入された覚醒剤が空港の税関において発見され、CCDが実施された事案において、CCDの実施後に関与した者につき、東京高判令和4年5月17日研修894号71頁（高検速報〔令和4年〕141頁）は関税法の禁制品輸入未遂罪の共同正犯を認めた（第1節）。本稿は、この判決を題材とし、①間接正犯の構造、②不能犯の問題、および、③共犯成立の時間的限界について検討した。

(i) 本件において、情を知らない運送業者・通関業者等の行為を利用して覚醒剤の密輸入が企てられており、間接正犯形態により犯罪が遂行されている。禁制品輸入罪の既遂時点は、保税地域を経て密輸入する場合には輸入許可を受けて荷物を本邦に引き取った（通関線を突破した）時点であり、実行の着手時点はそれに密接する行為、つまり輸入申告を行った時点であると解されており、本判決もそれに従っているところ、㉞間接正犯の実行行為を利用者の誘致行為に求める利用者標準説からは、道具が行う輸入申告時点において実行の着手を認めることはできず、禁制品輸入罪の実行の着手時期に関する確立した判例の立場と整合しないこと（第2節(1)）、㉟禁制品輸入罪の未遂時点に関する判例・通説のかかる結論を基礎づけるためには、間接正犯者の行為支配に基づき道具の行動が間接正犯者に（いわば自己の手足の延長として）自らの行為として帰属するという行為帰属論（的構成）を採らざるをえないこと、㊱このような構成は、わが国においては必ずしも十分な（少なくとも明示的な）支持を得られていないものの、ドイツにおいては有力な見解であり、判例にもみられる考え方であるから、行為帰属論（的構成）に基づく個別化説は十分に主張可能な見解といえ、「他人を介して」行為を遂行する「間接」正犯形態での犯罪遂行における「実行行為」を適切に評価する理論構成として支持されるべきであること（第2節(2)）を論じ、そして、㊲故意ある幫助的道具に関するわが国の議論に目を転ずれば、使用人に命じてヤミ米を運搬させた会社

の代表取締役に関して、使用人を「自己の手足として……米を自ら運搬輸送した」と判示して食糧管理法違反を認めた最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁の事案や経済行為の性格の強い犯罪の場合、その実行行為は「観念的に」把握されるべきであるとする見解が有力に主張され、判例もこのような観点から理解できるものが少なからずあるところ、このような理解に立ったとしても「具体的な」実行の着手時点を考える場合には、道具として利用された者の「具体的な行動」（の進捗時点）を問題とせざるをえず、その場合、道具のかかる具体的な行動が、間接正犯者自身の行為として「観念的に」帰属すると考えるべきこと、そして、実行行為の観念的な把握と行為帰属論（的構成）は排他的なものではなく、前者の把握は後者の構成を基礎づけるものであることを論じた（第2節（3））。

（ii）本件においてXによる覚醒剤の知情が本件貨物内の覚醒剤の発見後、それに基づくCCDの実施後であることから、Xの関与は客観的には犯行を既遂に至らしめることのできない企てとして不能犯（類似の状況）として不可罰とされるべきか否かが問題になるところ、本判決は具体的な危険説（ないしそれに類似した考え方）に立った判断を示し、特殊詐欺の事案で同様の判断を下している（下級審の）判例に、さらに、別の犯罪類型である禁制品輸入罪に関して一例を加え、同趣旨の判断を積み重ねたものとして重要であり、注目すべきことを示した（第3節）。

（iii）本件におけるXの関与時点において、その事態は間接正犯形態の犯行に利用された道具の行動によりすでに通関手続段階まで進んでおり、この段階でのXの行動は通関線を突破する手続の進行に因果的に影響を及ぼしておらず、Xの実質的で重要な寄与は、本件貨物の通関線突破後、配送された本件荷物の受領行為にあったといえる。そうだとすると、Xのかかる行為が禁制品輸入罪の共犯になりうるのかが問題になるところ、本判決は、本件密輸のいわば実質的な完成までの事象経過のなかでXの関与の度合いを判断した。本件のような間接正犯形態での密輸入の場合、共犯者による本件貨物の受領（占有取得）まで密輸入の構成要件（貨物を本

邦に引き取る)に含まれると解する(既遂時点後まで構成要件的行為の継続を想定し、その行為の終了により犯罪の終了を認める)ことは可能であるように思われ、実質的にも、本件 X の行為は、覚醒剤密輸入への事後の関与というより、立法者が禁ずる犯罪行為(構成要件が典型的に予定する行動)の一部への加担であると評価すべき場合であるように思われ、X に禁制品輸入未遂罪の共犯を認めた結論は支持しうることを論じた(第4節)。