

一. 反対専門

. 問題の所在について

- ・なぜ本件を、間接正犯と構成したのか。

. 学説の状況について

- ・「具体的危険」と「現実的危険」の違いは何か。
- ・C説において、「実行行為と結果を分けて」というのはどういうことか。

. 判例について

- ・なぜこの判例を引用したのか。

. 学説の検討について

- ・実行の着手の意義のところではC説については一切触れられていないが、C説をどのように考えているのか。

二. 立論

- ・間接正犯を検討する前提として、その正犯性を認めるには、自ら正犯として実行したと同程度の客観的な危険性が必要である。

. 学説の検討

1. まず実行の着手の意義について、検察側の採用するD説（実質的客観説の実質的行為説）ではなく、C説（実質的客観説の結果説）が妥当であると解し、以下で立証する。

実行の着手を、「現実的危険が発生する行為に着手すること」としたのでは、その範囲が広がりすぎ、また不明確でもある。よって、実行の着手とは、「法益侵害の危険が具体的なものにまで高まったこと」をいうべきである。よって、C説（実質的客観説の結果説）が妥当であると解する。

2. 次に、間接正犯の実行の着手時期について、検察側の採用するC説（利用者標準説）ではなく、A説（被利用者標準説）が妥当であると解し、以下で立証する。

(1) まず、C説の様に利用者の行為の開始時点とすると、通常の前犯の場合と比べて実行の着手時期が早まりすぎ、実行行為の観念が不当に拡大してしまうため、望ましくない。思うに、実行の着手とは、構成要件の結果発生に具体的な危険性を生じさせる行為に着手することである。とするならば、実行の着手時期は、可能な限り結果に近い行為を開始した時点にすべきである。

(2) 次に、検察側は法益侵害に向かった「因果の経過」を開始すれば法益侵害ないしその危険性が生じるとしている。しかし、「因果の経過」という観念は曖昧不明確で、実行の着手時期が恣意的に広げられてしまう恐れがある。

また、被利用者に反対動機の形成可能性が十分ある場合などは、利用行為と危険発生の一応の因果の経過はあるものの、これがあるからといって必ずしも危険が発生する訳ではない。一方、被利用者が行為を開始すれば、結果が発生する可能性が極めて高いため、被利用者の行為の開始をもって実行の着手と捉えた方が実際とも合致する。

(3) そして、C説の立場からは、未遂罪と予備罪とを区別することが困難になってしまうという不都合も生じるが、この点、A説からは両者を明確に区別することができる。

(4) 以上より、C説（利用者標準説）ではなく、A説（被利用者標準説）を採用すべきである。

. 本問の検討

1. 甲に窃盗未遂罪（第243条、第235条）の間接正犯が成立するか。

2. (1) 本件の場合、被利用者に反対動機の形成可能性が十分にあるため、被利用者は道具として機能しておらず、客観的危険性がない。よって、甲の行為には間接正犯を検討する前提としての正犯性は認められない。

(2) 仮に正犯性が認められるとして、以下検討する。

未遂罪とは、「犯罪の実行に着手し、これを遂げなかった」場合である。即ち、未遂罪が成立するには、実行の着手がなされていることが必要である。

この点、我々の採用するA説によると、本件における実行の着手時期は、利用者である区分け係甲が宛名を自己名義に書き換えた時点ではなく、被利用者である配達係乙が当該配達物の配達を開始した時点となる。そして乙は、宛先が甲に書き換えられた当該配達物を怪しんだうえ結局は配達しなかったため、実行の着手は認められない。

よって、そもそも実行行為自体がなされておらず、窃盗未遂罪が成立することはない。

3. なお、窃盗罪については、予備の処罰規定がないため、窃盗予備罪を検討する余地もない。

4. 以上から、甲には窃盗未遂罪（第243条、第235条）は成立せず、甲は何ら罪責を負わない。

以上