

(要約)

実行の着手について

井戸田 耕二

序章 はじめに——問題提起と本論文の目標

刑法における未遂犯の成立時期を画す概念である「実行の着手」は、戦前から長年にわたって刑法学における根本的な課題の一つとして議論が進められてきた。この伝統的なテーマについて、近時、いわゆる特殊詐欺事案における新たな二つの最高裁判例、すなわち、最判平成 30 年 3 月 22 日刑集 72 卷 1 号 82 頁、および最決令和 4 年 2 月 14 日刑集 76 卷 2 号 101 頁の登場を契機に、再び議論の熱が高まっている。

学説において、実行の着手時期を判断する基準としては、伝統的な「修正・形式的客観説」、その具体化を試みた「新しい修正・形式客観説」(直前行為説)、行為の危険性、ないし法益の危殆化に着目した「実質的客観説」、さらに、行為の進展状況に着目した近時有力な「進捗度説」など、様々な立場から議論が交わされてきた。また、実行の着手の判断における行為者の主観面と客観面の関係、とりわけ、犯行計画の考慮についても、その可否と範囲について、長年にわたって議論が行われてきた。これらの学説の可否を判断するために、古くからわが国の学説に多大な影響を与えてきたドイツの状況を参照し、より理論的に妥当といえる基準を定立するのが本論文の目標である。

また、実行の着手時期を判断するためには犯罪類型ごとの特徴に着目した各論的検討が不可欠であるとかねてより指摘されてきた。本稿では、特殊詐欺における実行の着手時期が問題となっている現状に注目し、とりわけ、複数の行為によって成り立つ犯罪類型における実行の着手時期に焦点をあてて、分析を行うことにする。

第 1 章 ドイツにおける状況

第 1 節 ドイツにおける未遂犯の規律

ドイツにおいて、未遂犯の概念を規定する条文は、ドイツ刑法典 (StGB) 22 条である。ここでは、未遂犯は、「犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した者」と規定される。また、続く StGB 23 条は、未遂犯の処罰内容について規定する。すなわち、重罪、および各則で特に未遂処罰が規定された軽罪において未遂犯が処罰されること (23 条 1 項)、未遂処罰は既遂処罰と比べて任意的に減軽が行われること (23 条 2 項)、いわゆる不能犯について、行為者の著しい無知による場合に任意的に減軽が行われること (23 条 3 項) が規定される。3 項からは、不能犯を原則的に処罰するとの帰結が得られ、わが国との条文上の大きな相違点となっている。そして、この事実は未遂犯の処罰根拠論にも影響を与えている。加えて、StGB 30 条 2 項による、重罪の申し合わせ等の処罰、すなわち、一般に予備とされる段階であっても、状況によっては未遂犯の刑で処罰される点も特徴的である。

第 2 節 ドイツにおける未遂犯の処罰根拠論

未遂犯は、既遂犯から見れば不完全な犯罪実現であるにもかかわらず行為者を

処罰する犯罪類型であるため、その正当化のための理論的根拠が必要になる。ドイツにおいては、処罰根拠論の議論は古くは 150 年以上前に遡ることができるが、主観主義刑法を出発点に、当時から大きな影響力を有していたのが「主観説」であり、これは「行為者によって表明された法に敵対する意思」を処罰根拠とする。続いて、客観主義刑法に立脚し、客観的危険の発生にその処罰根拠を見出す「客観説」が有力に主張された。危険判断の基準時については、裁判時の視点で判断する事後的判断から行為の時点に遡った視点で判断する事前的判断へと議論が展開された。ただし、現在のドイツにおいて通説となっているのは「主観・客観混合説」であり、その中でも「印象説」と呼ばれる立場が主流である。これは、行為者の主観面を考慮した上で、客観面として社会心理学的な見地から「外部に現れた法的平穩の動揺」に処罰根拠を見出すものである。この立場は、1975 年に施行された現行 StGB 22 条の文言をよりよく説明することができ、現在の通説となるに至った。もっとも、「印象」が基準として曖昧な概念であるといった批判も有力になされ、印象の対象を「法益」に限定した、Edmund Mezger による印象説が注目を集めた。

一方、保護の対象を具体的な法益から社会一般へと転化させているとの印象説に対する批判から、端的に、行為者が法の定める行態規範に違反したことを処罰根拠とする立場が有力に主張されている。これらの主張の一部は、Hans Welzel 以降の、いわゆるボン学派によって、様々なアプローチを通じて形成されてきた。とりわけ Günther Jakobs の主張する「表現説」は、積極的一般予防を刑法の目的とした上で、システム化された社会において外部に表現された行態規範違反行為を問題にするという、印象説とも接続可能な主張であった。もっとも、伝統的に主観説に依拠してきた従来の裁判例との整合性に難があること、および、その根拠が学際的な知見からもたらされ、条文と必ずしも整合しない点などが指摘され、未だ通説的地位を得るには至っていない。しかし、理論的根拠を持って行態規範違反の説明を試みたという点で、Jakobs の主張は大きな意義があるように思われる。

また、Claus Roxin による、「統合説」も有力に主張された。これは、第一に客観的な法益の危殆化、第二に法を揺るがす規範違反に着目し、不能犯の原則処罰規定を説明しようとするものである。

第 3 節 ドイツにおける未遂犯の成立要件

ドイツにおいて、未遂犯の成立が認められるためには、StGB 22 条を出発点として、一般に、二段階の審査が行われる。すなわち、主観面の審査たる①「所為決意」の有無と、客観面の審査たる②「直接的開始」の有無である。所為決意は、構成要件の故意と主観的構成要件要素から構成され、これらの存在を前提として、直接的開始の有無が審査される。

連邦通常裁判所（BGH）の裁判例においては、各則の条文によって規定された構成要件該当行為を実際に実行するよりも早い段階で直接的開始が認められることが明示され、その判断基準として、古くより「中間行為説」が採用されてきた。これは、行為者の「表象」（StGB 22 条）ないし犯行計画を基礎に、行為者の行為が妨げられずに進行すれば、構成要件の実現に直接繋がるか、または、構成要件の実現と空間的・時間的に直接関連する行為に直接的開始を認めるものである。実務は、基本的に、各則の構成要件を解釈した上で、中間行為説に認定事実をあてはめるという判断手法を採っている。

第4節 ドイツにおける未遂開始の判断基準

現在の裁判例においては中間行為説による判断が定着しているが、そこに至る経緯において、あるいは、その具体化のため、学説においては様々な未遂開始の判断基準が主張されてきた。その中でも、とりわけ 1975 年の StGB 改正以前に、伝統的に通説的地位を占めていたのは、Reinhard Frank による、いわゆる「フランクの公式」である。これは、「構成要件行為との必然的共属性の故に、自然的理解にとって、その構成部分と考えられる」行為の開始によって未遂の開始を認めるものであり、ドイツでは古くから裁判例で採用されてきたほか、わが国にも伝わり、伝統的通説としての地位を占めてきたものである。この立場は、未遂開始の存否を客観的、形式的に判断することで、各則の条文に忠実な解釈を実現することができた。その後、Welzel が主張した「開始公式」が条文の原型として採用された 1975 年改正 22 条により、行為者の主観面を重視した判断基準が有力となったが、一方で、Roxin による法益の客観的危殆化に注目した、被害者領域への介入と時間的関連性を基準とする判断基準など、様々な立場が主張されるに至った。

近時、裁判例、学説を含めて議論が交わされているのが、複数行為によって成り立つ構成要件における未遂開始の判断方法である。例えば、窃盗罪（StGB 242 条）の手段として住居侵入を行う犯罪類型は、住居侵入窃盗罪（StGB 244 条 1 項 3 号）に該当するが、住居侵入行為の直接的開始を行った時点で、（たとえ窃盗行為の直接的開始に至らなくとも）住居侵入窃盗未遂罪が成立するか否かについて、BGH の各刑事部が、興味深い複数の判断を下した。ドイツにおいては、複数行為で成り立つ構成要件は、一般に、①結合犯構成要件、②加重構成要件、③原則例示の 3 種類に分類される。学説においては、これらの各類型の特徴を分析し、各行為が構成要件特有の不法を有するか否かという判断基準で統一的に説明しようとする立場が有力である。

第5節 ドイツにおける各論的検討

直接的開始の判断については、各論的分析が不可欠との観点から、代表的な構成要件である、(1) 謀殺罪・故殺罪、(2) 窃盗罪、(3) 住居侵入窃盗罪、(4) 強盗罪、(5) 詐欺罪、(6) 強制性的行為罪、(7) 放火罪、(8) 支払用カード偽造罪について、裁判例を挙げつつ検討を加えた。原則として中間行為説を維持しつつも、各構成要件の特徴を踏まえた補助的考慮要素も用いながら判断がなされている点を確認できる。ここでは、行為者の主観、すなわち犯行計画によって、その判断が大きく影響されるのが特徴的である。

第2章 わが国における状況

第1節 わが国における未遂犯の規律

わが国においては、未遂犯は、刑法 43 条、44 条において規定される。そこでは、文言上は「実行に着手」すること、および「これを遂げなかった」ことが規定されているのみで、このような簡潔な規定が、様々な議論が展開される土台となった。ドイツと比較すると、行為者の主観を考慮することの条文上の手が見られないこと、および、不能犯についての規定が存在しない点で特徴がある。

第2節 わが国における未遂犯の処罰根拠論

わが国においても、未遂犯の処罰根拠論は歴史的に重要な意義を有してきた。

古くドイツ近代学派（新派）による主観主義刑法に立脚した主観説は、戦後、急速に支持を失った。逆に、ドイツ古典学派（旧派）による客観主義刑法を基礎とした客観説が通説的地位を占めるようになったが、その内部で激しい議論が交わされることになる。伝統的な客観説は、ドイツの議論の影響を受けつつ、未遂犯の処罰根拠を法益に対する抽象的危険を生じさせる点に求め、いわば行為としての危険を問題とした。その後、未遂犯を法益に対する具体的危険を生じさせるものとしてとらえ、結果としての危険に着目した立場も有力となる。そして、近時、再び、行為そのものに注目し、行為規範への違反を処罰根拠とする立場が有力化しつつある。もっとも、その中の一部の立場においては、行為規範の内容が必ずしも明らかにされているわけではないため、単純な行為反価値論、あるいは主観説との理論的な相違点を示すことが求められている。

第3節 わが国における未遂犯の成立要件

わが国における未遂犯の成立要件としては、既遂に至らなかったことを前提に、「実行に着手」することのみが刑法43条において規定されており、ドイツの場合とは異なり、主観面の考慮は条文上規定されていない。しかし、刑法体系における犯罪成立要件の帰結として、また未遂犯そのものの内在的な特性から、ドイツと同じく、行為者の主観面を判断資料とする立場が多数となるに至った。そのような行為者の主観面を判断資料とすることを前提に、学説においては、裁判例における判断を参考にしつつ、具体的な判断基準が定立される。

第4節 わが国における未遂開始の判断基準

わが国における「実行の着手」の判断基準は、処罰根拠論における議論と並行して、主観説から客観説へと展開されてきた。伝統的な客観説といえるのは、各則で規定された構成要件該当行為の実行時に実行の着手を認める「形式的客観説」であるが、その登場当初より、ドイツの学説、とりわけフランクの公式の影響を受け、一定の基準によって実行の着手時期の前倒しを図る「修正・形式的客観説」が通説的地位を占めてきた。その後、主に行為反価値・結果反価値二元論の立場から、行為自体の危険性、ないし、法益の危殆化に注目して実行の着手時期を判断する「実質的客観説」、さらに、結果反価値一元論の立場から、未遂犯を一種の具体的危険犯としてとらえた「危険結果説」が急速に有力化した。一方で、伝統的な修正・形式的客観説の立場からは、実行の着手時期の前倒しをより具体化した基準で行う「新しい修正・形式的客観説」（直前行為説）が登場する。近時では、やはり修正・形式的客観説を出発点としつつも、処罰根拠として行為規範違反を掲げ、行為の進捗度に注目して実行の着手時期を画そうとする「進捗度説」が登場し、実行の着手時期の前倒しを理論的に説明しようと試みている。このような進捗度説は、新たな裁判例を説明しうる立場ではあるものの、従来の立場からは、構成要件の枠組みを軽視するもので罪刑法定主義に抵触するなどの批判が向けられており、議論の行く末は見通せないところである。

複数行為によって成り立つ構成要件の実行の着手時期については、修正・形式的客観説の立場からは、結合犯（例えば、強盗罪、詐欺罪など）については、手段行為への実行の着手をもって、構成要件全体に対する実行の着手が認められるが、手段行為から、さらなる前倒しは認められないとの見解が優勢である。もっとも、その理論的根拠、裁判例との関係については、かならずしも明解な議論が行われているわけではないようにも思われる。

第5節 わが国における各論的検討

わが国における、(1) 殺人罪、(2) 窃盗罪、(3) 強盗罪、(4) 詐欺罪、(5) 不同意性交等罪、(6) 放火罪、(7) 加重逃走罪、(8) 無許可輸出入罪の各犯罪類型において、裁判例を確認し、各構成要件該当行為に対してどのような判断が行われているかに注目し、実行の着手時期の判断基準について検討を加える。ここでは、構成要件ごとの特性に注目しつつ、既遂に至る密接性、および法益の危殆化といった二つの判断軸が、構成要件ごとに一定の傾向をもって併用されている状況が確認できる。具体的な裁判例については、例えば、殺人罪の事案である最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁（クロロホルム事件）において示された三つの考慮要素相互の関係、および、それらが他の構成要件の事案においても妥当するかが注目される。

第3章 試論

第1節 はじめに——問題意識

本章では、これまで確認したドイツおよびわが国の議論状況を踏まえ、わが国において適切と思われる処罰根拠論、および、実行の着手時期の判断基準について論じる。

第2節 未遂犯の処罰根拠について

わが国においても、客観面の考慮に加えて、たとえドイツのように条文化されていなくとも、適用すべき構成要件の確定、および、不当な未遂犯処罰の拡大を防ぎ、適切な処罰範囲を画定するために、行為者の主観面、とりわけ犯行計画の考慮は、不可欠といえる。従って、純粋な主観説、純粋な客観説はそれぞれ採用しにくく、主観面、客観面の考慮を前提とした処罰根拠が妥当である。また、そもそも既遂犯と比べて不完全な犯罪実現しか行われていない未遂犯を処罰する目的は、社会一般の人々に向けられた一般予防にある。そこで、未遂犯の処罰根拠として、ドイツでは通説とされる主観・客観混合説、すなわち、印象説を、わが国においても妥当なものとして主張する。印象説にもヴァリエーションがあったが、社会における一般の人々に対して、「法益」という具体的な対象に向けての安全感の動揺に限定する **Mezger** の見解が適切である。加えて、未遂犯として処罰される行為は、社会において処罰に値する行為として外部的に表現されたものではないからではないという **Jakobs** のアプローチを支持する。これにより、実行の着手が問題になりうる行為を、適切に制限することができる。

法益侵害結果が生じていなくとも既遂犯として処罰を行う危険犯は、立法者が法益侵害のおそれがあると考える行為を社会一般の人々に対する一般予防の目的から処罰するものであり、その点も印象説から説明できる。また、処罰根拠としての印象説は、不能犯を原則的に処罰するドイツにおいて、行為時の視点による危険性判断を適切に説明するが、不能犯を原則として不処罰とするわが国においてはその整合性が問題となる。しかし、わが国においても、**Franz von Liszt** 由来のいわゆる具体的危険説が不能犯論については多数説となっており、裁判例においても同様の傾向が見られることから、印象説はなお妥当しうるものと思われる。

行為規範違反に処罰根拠を求める近時有力な見解は、いかなる内容の行為規範に、いかなる態様で違反すれば行為規範違反となるのか、その内容を未だ明らかにしておらず、主観説との区別も示されているとは言い難いので、少なくとも現

状では、理論的に説得力があるとはいえない。また、構成要件の枠組みを軽視する点で処罰拡張的傾向を有する上、ドイツにおける同様の学説に対する批判がそのまま妥当するため、支持しがたい。

第3節 未遂犯の成立要件について

未遂犯の成立要件は、わが国においても、ドイツの通説的見解が同様に妥当するように思われる。ただし、立法上、学説上の歴史的経緯が異なるわが国の状況、また、刑事裁判における主観面の立証の困難性を考慮しても、主観面の考慮は限定的に行われるべきである。そこで、実行の着手を認めるための判断は、ドイツの裁判例において行われている判断よりも、主観面においては厳格に行われるべきである。

一方で、実行の着手時期は、危険の量の測定が困難であること、および、処罰に値する危険の量の設定が困難であることに鑑み、危険の量の大小によって判断するのは不適切であると考ええる。そこで、伝統的な見解でもあり、形式的な判断が可能な、フランクの公式を基礎とする修正・形式的客観説を出発点に位置づけるのが適切である。法益の危殆化によって判断する立場、あるいは、進捗度説は、基準の設定次第で恣意的な処罰がなされるおそれがあり、罪刑法定主義、および、その派生原理である明確性の原則の観点からも、支持することはできない。

さらに、修正・形式的客観説においては、基準としての具体化、精緻化が求められるが、基本的には、直前行為説の立場に立ち、ドイツで通説的地位を占める中間行為説の理解から、構成要件行為に至る「行為の自動性」を判断基準とする。ただし、自動性を有するか否かの判断、すなわち、中間行為の有無に関する判断は、前述の通り、主観面の考慮においては、ドイツにおけるそれよりも厳格に行われるべきである。加えて、①被害者領域への介入、②時間的近接性、③場所的近接性については、ドイツにおける学説展開、および、裁判例における実際の適用の観点から、成立要件としてではなく、自動性の有無を判断するための補助的な考慮要素として位置づける。なお、直前行為説においては、実行の着手時期と実行行為の開始時期が異なりうるとの指摘があるが、端的に、実行の着手をもって実行行為が開始すると考えるべきだと思われる。

これらの基準を基本とし、さらに、実行の着手時期の早期化を適切に制限する要件として、実行の着手に該当する行為が「構成要件関連性」を有することを要件として導入したい。これは、社会一般の人々に対して法益への安全感の動揺を与えない行為は処罰に値しないという印象説、および表現説の観点、さらにドイツの裁判例における近時の傾向から導き出されたものである。

第4節 複数行為による構成要件の未遂開始時期

複数の行為によって成り立つ構成要件においては、ドイツの議論を参照し、当該構成要件特有の不法を有する行為を、実行の着手時期判断のための基準行為とする。従って、たとえ構成要件に規定されている行為であっても、そのような不法を有しない行為は基準たりえないことになる。これは、結合犯として理解されている構成要件類型でも、例外ではない。

第5節 具体的事案の解決

最後に、これまでわが国で実行の着手時期が問題となった裁判例に対して、試論から得られる結論を具体的に示す。

- (1) 最決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁（ダンプカー引きずり込み事件）においては、行為者が被害者を強姦目的でダンプカーに引きずり込んだ行為は、強姦罪（当時）における「暴行」には該当しないとの前提で、その後に行われた強姦罪における（強姦罪における特有の不法を有する）「暴行」に至る自動性に着目して、引きずり込み行為の時点で実行の着手を肯定する。
- (2) 最判昭和 54 年 12 月 25 日刑集 33 卷 7 号 1105 頁（加重逃走事件）においては、加重逃走罪特有の不法は逃走行為のみに認められ、監房の壁に穴を開けようとした行為は、実行の着手の基準行為にはならない。そして、壁に穴を開けようとした行為は、認定された事実からは、その後、自動性をもって逃走に繋がる行為ではなかったと思われるため、監房の壁に穴を開けようとした行為の時点での実行の着手は（本件裁判例の結論とは異なり）否定される。
- (3) 最決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 卷 3 号 187 頁（クロロホルム事件）においては、「第 1 行為」（被害者にクロロホルムを嗅がせる行為）から「第 2 行為」（被害者を崖から落とす行為）に至る自動性が認められることに特に注目し、第 1 行為の時点で実行の着手を肯定する。
- (4) 最判平成 30 年 3 月 22 日刑集 72 卷 1 号 82 頁（特殊詐欺—詐欺事件）においては、氏名不詳者によって行われた 2 回目の電話は、（被告人の犯行計画によれば、）被害者が銀行から預金を下ろしたことを前提に、被告人がこれから被害者宅を訪れることを伝えた会話内容であった。このような会話行為は、詐欺罪の構成要件関連性を有し、かつ、（詐欺罪における特有の不法を有する）欺罔行為の一部とみなしうることから、実行の着手を肯定する。
- (5) 最決令和 4 年 2 月 14 日刑集 76 卷 2 号 101 頁（特殊詐欺—すり替え窃盗事件）においては、行為者の犯行計画、および、故意が、窃盗罪に関するものに限られているという認定された事実関係においては、被害者宅への接近行為の段階では、その後のすり替えによる窃取行為に至る自動性は認められず、被害者宅に到着する前に逮捕された被告人による実行の着手は（本件裁判例の結論とは異なり）否定される。

終章 結論および今後の課題

前節で述べた試論の要点について、箇条書きの形式で整理した。続けて、本稿で検討が不足していたと思われる課題、未解決であった課題について、整理して、他日を期した。