

論説

実行の着手

——最高裁第一小法廷平成 30 年 3 月 22 日判決を踏まえて——

東京大学教授

樋口亮介

I. はじめに

II. 実行の着手に関する判断枠組み

1 基本的対立軸

- (1) 多数説
- (2) 有力説

2 今後妥当すべき枠組みとしての有力説

- (1) 多数説の問題点
 - a 実行の着手論と不能犯論の関係
 - (a) 一元的理解と判例の不整合
 - (b) 二元的理解への修正とその問題点
 - b 早すぎた構成要件の実現と実行の着手論の関係
- (2) 有力説の妥当性
 - a 実行の着手論と不能犯論の二元的理解
 - b 既遂犯の成立要件としての実行の着手

III. 有力説を前提とした問題点の検討

1 進捗度合いの判断方法

- (1) 若干の比較法
 - a ドイツ法
 - b オーストリア法
 - c アメリカ法
- d 判断方法の横断的整理
 - (a) 犯行の進捗度合いの判断をする際の基点
 - (b) 実行行為の把握方法
 - (c) 時間的場所的近接性・障害の不存在
 - (d) 不可欠性
 - (e) 結果惹起の具体的危険
 - (f) 行為者の心理状態の位置づけ
 - (g) 外部からみた印象

- (2) 我が国の議論状況

- (3) 共有可能な視点と検討課題

2 客観的な危険性に言及する最高裁判例の位置づけ

- (1) 昭和 45 年決定
 - a 昭和 45 年決定の問題意識とその位置づけ
 - b 結果的加重犯と実行の着手論の連動
- (2) 平成 20 年判決
- (3) 平成 26 年判決
 - a 間接正犯形態の利用行為以前の着手
 - b 不能犯論との関係

3 行為態様を定める構成要件における着手判断

- (1) 行為態様に注目する意義
- (2) 各論的考察
 - a 詐欺罪
 - (a) 詐欺罪の実行行為への包摂
 - (b) 詐欺罪の実行行為を基点とした直接性判断
 - (c) 実行行為を基点とする判断と結果を基点とする判断の相互関係
 - (d) 被害者に対する嘘の到達の必要性
 - b 強盗罪・旧強姦罪
 - (a) 強盗罪と旧強姦罪における判断基点の相違
 - (b) 強盗罪が保護する被害者領域への介入という視点

IV. おわりに

I. はじめに

筆者は、詐欺罪の実行の着手を否定した東京高判平成29年2月2日刑集72巻1号134頁を素材として、我が国においてありうる選択肢を整理する小稿を発表した¹⁾。その直後、最高裁第一小法廷は、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁（以下、平成30年判決）において、東京高裁の判断を否定し、実行の着手を肯定する判断を下した。

本稿においては、平成30年判決を踏まえ、今後、我が国において妥当すべき実行の着手に関する判断枠組みを確認する。その上で、当該枠組みの内部で生じる問題点について検討を行う。

II. 実行の着手に関する判断枠組み

1 基本的対立軸

実行の着手に関しては、近時、従前の通説の見解が動揺し、有力説との対立が生じている²⁾。

(1) 多数説

従前の通説的見解・現在のおそらく多数説は、既遂に至る現実的・具体的危険を未遂犯の実質的な処罰根拠としつつ、構成要件該当行為に対する密接性も形式的な限定として要求する、という枠組みを採用している。平成30年判決に付された山口厚裁判官の補足意見が、このような多数説の理解を代表しているので、抜粋する。

「詐欺の実行行為である「人を欺く行為」が認められるためには、財物等を交付させる目的で、交付の判断の基礎となる重要な事項について欺くことが必要である。詐欺未遂罪

はこのような「人を欺く行為」に着手すれば成立し得るが、そうでなければ成立し得ないわけではない。従来の当審判例によれば、犯罪の実行行為自体ではなくとも、実行行為に密接であって、被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為に着手することによっても未遂罪は成立し得るのである（最高裁平成15年（あ）第1625号同16年3月22日第一小法廷決定・刑集58巻3号187頁参照）。したがって、財物の交付を求める行為が行われていないということは、詐欺の実行行為である「人を欺く行為」自体への着手がいまだ認められないとはいっても、詐欺未遂罪が成立しないということを必ずしも意味するものではない。未遂罪の成否において問題となるのは、実行行為に「密接」で「客観的な危険性」が認められる行為への着手が認められるかであり、この判断に当たっては「密接」性と「客観的な危険性」とを、相互に関連させながらも、それらが重疊的に求められている趣旨を踏まえて検討することが必要である。特に重要なのは、無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、上記「密接」性を判断することである。」

山口裁判官の従来の主張に鑑みると、「被害を生じさせる客観的な危険性」という表現は、「既遂の現実的・客観的危険（具体的危険）」のことであり、未遂犯を結果犯と理解する立場³⁾を示したものであろう。

さらに、「このような実質的アプローチによると、危険概念が程度概念であり、明確に限界を画することが難しい」ことから、「形式的基準と実質的基準とは、相互補完的関係にある」との理解⁴⁾を前提に、本件との関係では特に密接性を強調したもの、と思われる。

1) 従来の議論の整理及び文献の引用も含めて、拙稿「詐欺罪における実行の着手時点——東京高判平成29年2月2日をきっかけに」法セ759号50頁（2018）。本稿における文献引用は、旧稿に委ねる部分が多い。

2) 平成30年判決を素材にし、有力説に立つ佐藤拓磨と多数説に立つ二本柳誠によるそれぞれの論稿を掲載した特集として「特集・詐欺罪における実行の着手」刑事法ジャーナル57号17頁（2018）。佐藤拓磨＝二本柳誠「最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決の事実の概要、審理経過および判決要旨」同17頁において、実行の着手論をめぐる基本的対立軸が簡潔にまとめられている。

3) 山口厚『刑法総論（第3版）』284頁（有斐閣、2016）。

4) 山口・前掲注3）283頁。

(2) 有力説

近時、急速に有力になりつつあるのが、実行の着手について、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているか、という判断枠組みである⁵⁾。

平成30年判決においては山口補足意見にもかわらず、行為者の犯行計画を基礎にした判断がなされており、有力説の枠組みと整合的といえる。

「これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階におい

て、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」（下線は筆者による）

太線部で繰り返し示されているように、実行の着手判断にあたって、犯行計画が基礎にされていることは明らかである。

その上で、犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階にまで事態が進行しているとの評価を示すにあたって、波線部を引いた箇所において、被害者に対して現金の交付を求める行為への直接性、及び、被害者が交付してしまう危険性の著しい高まり、という判断視点が示されたといえる⁶⁾。

2 今後妥当すべき枠組みとしての有力説

山口補足意見が付されていることから明らかにあり、法廷意見を多数説の枠組みから理解することも可能である⁷⁾。

しかし、本件原審判断は、「詐欺被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為とは認められない」と判示し、多数説の枠組みを前提に詐欺未遂を否定したのに対し、法廷意見は、現実的・具体的な危険という表現を使用していない。これは、専ら多数説に立脚したものと理解されることを意識的に避けたためではないか、と思われる。法廷意見は、実行の着手論について、従来の枠組みが動揺始めていることに鑑み、着手を肯定できるだけの事情を列挙するとともに、理論枠組みについては今後の議論の展開に委ねた、とみるべきであろう⁸⁾。

そこで、多数説と有力説のいずれを今後の議論の基礎とすべきかが理論的課題となるところ、多数説は支持しえず、今後は有力説を

5) 代表的論者による解説として、佐藤拓磨「実行の着手について」研修838号3頁、4頁（2018）。従前の文献については、拙稿・前掲注1)52頁。

6) 犯人の犯行計画ないし認識を基礎として犯行の進捗度合いを判断する際の視点については、Ⅲ1（本稿61頁以下）で詳論する。

また、「被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもの」という本判決の表現については、Ⅲ3(2)a(c)（本稿72頁）で論じる。

7) 多数説に依拠した理解として、羽柴愛砂「判批」警察学論集71巻7号177頁、188頁以下（2018）。

8) 豊田兼彦「判批」法セ761号121頁（2018）は、本判決について多様な理解が可能、と指摘する。

前提にして議論を積み重ねていくべきことを示す⁹⁾。

(1) 多数説の問題点

a 実行の着手論と不能犯論の関係

(a) 一元的理解と判例の不整合

多数説は、実行の着手論及び不能犯論に共通する形で、現実的・具体的といえる程度に高度な危険を未遂処罰の要件とする¹⁰⁾。

しかし、この一元的理解は判例に採用されていない。最決昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁(空気注射事件)(以下、昭和37年決定)は「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生の危険が絶対にないとはいえない」と判示しており、不能犯になるのは危険が絶対にないといえる場合に限定されており、多数説との不整合は明らかである。

また、多数説の議論を詐欺罪が問題になる事案に当てはめる場合、財物又は利益の移転に至る現実的・具体的危険が要求されるが、それが従前の判例と整合するかは疑わしい¹¹⁾。平成30年判決についても、「被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された」と簡素に指摘されるにとどまっている点に対して、詐欺罪が実現される現実的危険性という観点からの検討が十分でなく問題であるとの指摘がなされているが¹²⁾、多数説を一貫させると平成30年判決との調和も困難になることが示されているといえる。

このように、多数説を貫徹し、未遂処罰にあたって現実的・具体的な危険を認定するという議論は判例において採用されていない。

(b) 二元的理解への修正とその問題点

近時、多数説の議論を修正し、不能犯は危険

の質の問題、実行の着手は危険の量の問題であるとして、客観的危険性という枠組みの中で二元的理解を試みる議論も現れている¹³⁾。

この議論は、不能犯と実行の着手論の一元的理解を放棄する点では正当である。しかし、空気注射事件のように、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度で不能犯を否定して未遂を肯定するのであれば、着手を認めるための危険の量も低くても足りると解さざるを得ない。そうすると、従来、予備と位置づけられてきた領域に大幅に未遂が広がることになる。これに対して、危険の量を高度に要求する場合、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度では未遂は否定されるため、不能犯の判例を説明できなくなる。

危険の量と質という区分を行ったとしても、実行の着手と不能犯に共通する形で危険性を未遂処罰の根拠とする多数説の枠組みを維持する限り、判例を整合的に説明することは不可能である。多数説からは不能犯について判例変更を要求するのが一貫した立場であって、判例と整合する形に多数説を修正し、その延命を図るという議論が成り立つ余地はない。

b 早すぎた構成要件の実現と実行の着手論の関係

山口裁判官はクロロホルム事件(最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁)を挙げて、従前の判例は多数説に依拠していると論じている。

しかし、クロロホルム事件は未遂犯の成否が問題になった事案ではなく、犯人らの認識より早く殺人既遂に至った事案において、殺人既遂罪の成否が問題になるに際して、殺人

9) 多数説に対する批判について、本稿と同趣旨の疑問を向けるものとして、佐藤拓磨「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号21頁、27-29頁(2018)。多数説の詳細な擁護については、二本柳誠「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号33頁、36-41頁(2018)。

10) 多数説による議論については、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(成文堂、2018)の第1章に詳しい。その他の文献については、拙稿・前掲注1)52頁注9。

11) 拙稿・前掲注1)53頁。

12) 成瀬幸典「判批」法教454号140頁(2018)。さらに、二本柳・前掲注9)45頁注69、35頁注6も、未遂処罰に必要な具体的危険が認められるかについて疑問を提示する。

13) 大塚裕史「不能犯論と実行の着手論——実務刑法学の視点からの一考察——」法律論叢90巻2・3号107頁、134頁(2017)。

の実行の着手が論じられた事案である。多数説の枠組みからは、未遂処罰規定は既遂に至る現実的・具体的危険を処罰対象にするものであって、既遂犯の成立要件とは何ら関係ない。したがって、犯人らの認識より早く殺人既遂に至った場合に既遂処罰してよいかという問題と、実行の着手論にはそもそも何の関係もないはずである。

現に、クロロホルム事件に対しては、「もっぱら故意の存否という観点から検討を加えるべき問題であり、それとは無関係な未遂犯の成否に関する基準が決定的なファクターとなるというのは、問題の本質をすり替えている」¹⁴⁾との批判がなされている。こういった批判を前提とした議論について、「実行の着手に関する議論を持ち出さずに済む点で理論的には純化されている」との評価も存在する¹⁵⁾。さらに、関税法上の無許可輸出罪の実行の着手が争われた最判平成26年11月7日刑集68巻9号963頁（以下、平成26年判決）の調査官解説は、多数説の理解を前提に、クロロホルム事件について「いわゆる「早すぎた構成要件の実現」という問題とも関連する特殊な事案であった」と指摘する。そして、第1行為と第2行為の間の障害の不存在という判断枠組みを「採用するまでもない」として、クロロホルム事件の先例性を低く見積もっている¹⁶⁾。

このように、クロロホルム事件は実行の着手のリーディングケースといえる判示を行っているにもかかわらず、多数説の枠組みを前提にする限り、整合的な位置づけは困難であ

る。

(2) 有力説の妥当性

有力説は、実行の着手論と不能犯論の一元的理解を否定するとともに、実行の着手は既遂犯の要件にもなると考える点で、多数説より優れる。

なお、有力説の妥当性を論じるには「客観的な危険性」という表現を使用する最高裁判例との整合性を示すことも必要である。しかし、そのためには、犯行の進捗度合いを判断する際の視点を検討する必要があるため、Ⅲ2（本稿66頁以下）で検討を行う。

a 実行の着手論と不能犯論の二元的理解

有力説からは、実行の着手論と不能犯論は異なる領域の問題と位置づけられる。すなわち、実行の着手論は、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているかを問うものである。これに対して、不能犯論は、刑罰の介入が正当化できる程度の危険性が備わっているかを問うものであって、昭和37年決定が示すとおり、「絶対にないとはいえない」という程度で足りる¹⁷⁾。

このような有力説の二元的構成は、比較法的にも支持される。例えば、我が国で好んで参照されるドイツ刑法は、その23条3項において不能犯処罰を前提とした減免規定を定める一方、22条においては行為者の認識に照らして、構成要件実現を直接に開始している時点で着手が認められると規定している¹⁸⁾。このように、不能犯を処罰する法域

14) 橋爪隆「判批」ジュリ1321号234頁、237、238頁（2006）。山口・前掲注3)233頁も、クロロホルム事件を故意の問題として論じている。

15) 齋藤正人「早すぎた結果の発生、遅すぎた結果の発生」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』194頁、202頁（青林書院、2014）。

16) 秋吉淳一郎「判解」最判解刑事篇平成26年度295頁、308頁（2017）。

17) 佐藤・前掲注5)4頁、拙稿・前掲注1)52頁及び注14)の文献。

18) 【参照】ドイツ刑法（佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』10、11頁（慶應義塾大学出版会、2016）を参考にした。）

22条 概念規定

犯行についての自らの表象にしたがって、直接、構成要件の実現を開始した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである。

23条 未遂の可罰性

3項 行為者が、著しい無分別から、犯行を行おうとした対象又は犯行の際に用いようとした手段の性質によれば、およそ既遂に達し得なかったことを知らなかったときは、裁判所は、刑を免除し又は裁量により刑を減輕することができる（49条2項）。

においても、予備と着手を区分し、着手時期を絞り込むという規定が採用されているのであって、実行の着手論と不能犯論を一元化するという理解は採用されていない。

さらに、我が国の判例と高度の類似性を有するのがオーストリア刑法 15 条である。同法 15 条 2 項は実行行為又はその直前行為があれば実行の着手が認められると規定すると同時に、15 条 3 項は、いかなる事情の下においても既遂が不可能であれば不可罰と定めている¹⁹⁾。ここでは、実行行為を基点にして犯行の進捗度合いを問う実行の着手論と、既遂に至る可能性が絶対ない場合であれば不能犯として不問に付す不能犯論の二元的構成が示されており、我が国の判例を理解するための枠組みが立法上、明示されているといえる²⁰⁾。

b 既遂犯の成立要件としての実行の着手

実行の着手論を行為者の犯行計画ないし認識を基礎として事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているか、という判断と位置づける立場からは、クロロホルム事件を整合的に理解することが可能になる。

なぜなら、行為者の犯行計画ないし認識を基礎にして犯行の進捗度合いを判断するという枠組みは、故意犯について、未遂犯だけでなく既遂犯にも共通する形で、実行行為ないし実行に着手した行為を規定するからである。これは、行為者の意思に基づく何らかの行為から結果惹起が生じていれば客観的構成要件該当性を認めるのではなく、犯行の進捗度合いからみて実行行為又はその直前行為と

いえる時点以降の結果惹起についてのみ故意犯の既遂が成立する、との考えに基づく²¹⁾。

Ⅲ. 有力説を前提とした問題点の検討

近時台頭した有力説は、その基本枠組みは正当であるとしても、その内容において不明瞭な点が少なくない。

本稿においては、明確化を要する問題として、まず、進捗度合いの判断方法について比較法の知見も取り込んで検討を行う。次に、進捗度合いの判断方法を踏まえつつ、「客観的な危険性」という表現を使用する最高裁判例をいかに理解すべきかを示す。最後に、行為態様を限定する犯罪についての着手の判断方法について、総論的枠組みに各論的考察を結合する形で検討を行う。

1 進捗度合いの判断方法

クロロホルム事件においては、①必要不可欠性、②障害の不存在、③時間的場所的近接性という視点が示されている²²⁾。これらの視点をどのように位置づけるか、これらの視点以外にいかなる視点がありうるかといった問題が検討課題である。

(1) 若干の比較法

比較法に目を移すと、犯行の進捗度合いを測る視点の多彩さに気づく。

a ドイツ法

ドイツの判例を詳細に紹介する佐藤拓磨は、ドイツ判例で採用されている判断視点を

19) オーストリア刑法の不能犯論の紹介として、佐藤輝幸「オーストリアにおける不能犯について」法学志林 116 巻 2・3 号 (2019 年公刊予定)。

20) 二元的構成に立脚し、不能犯を不可罰とするスウェーデン法の概観として、岡田侑大「スウェーデンにおける未遂規定の展開」早稲田大学大学院法研論集 166 号 41 頁、56-58 頁 (2018)。英米法、ドイツ法の紹介論文については、拙稿・前掲注 1) 52 頁注 13。

日本の沿革を踏まえた 19 世紀フランス法、及び、イタリア法における二元的構成を析出する重厚な研究として、東條明徳「実行の着手論の再検討 (仮題)」法学協会雑誌 136 巻 1 号・3 号 (2019 年公刊予定)。

21) 安田拓人「判批」重判平成 16 年度 (ジュリ臨増 1291 号) 157 頁、158 頁 (2005) が「構成要件実現の意思でもってそうした決定的段階である着手の段階を突破したこと」に注目するのは正当である。

犯行の進捗度合いという観点から、未遂と既遂を同一の基準とすることの正当性については、さらに、佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現」法教 453 号 18 頁、20 頁 (2018)。

22) さらに、調査官解説においては、準備的行為自体が成功する可能性も取り上げられている (平木正洋「判解」最判解刑事事篇平成 16 年度 155 頁、174 頁 (2007))。

以下の5つに整理する²³⁾。

- ① 主観的に「今だ」という段階に至っているか。
- ② さらに中間行為を要するか。
- ③ 行為と構成要件実現との間の自動性。
- ④ 場所的・時間的・近接性。
- ⑤ 法益侵害の具体的危険。

なお、ドイツでは不能犯が処罰されており、⑤の法益侵害の具体的危険はあくまで行為者の犯行計画を基礎として、具体的危険が生じる段階にまで至っているか、という判断である。我が国の多数説が要求する現実的・具体的危険とは全く異なる点に留意を要する²⁴⁾。

b オーストリア法

我が国の判例と基本枠組みにおいて類似するオーストリア刑法15条2項²⁵⁾についての議論のうち、特徴的な点として以下の5点が挙げられる。

- ① 結果への近接性ではなく、実行行為への近接性を問題にする²⁶⁾。
- ② 実行行為が行われていればそれだけで

で着手が認められる²⁷⁾。

- ③ 実行行為とは構成要件で規定された行為であるが、結果犯については行為者の更なる行為なくして結果を惹起する最終行為である²⁸⁾。
- ④ 時間的・場所的・近接性・中間段階の不存在のほか、心理的障壁の乗り越えという視点も補助的に存在する²⁹⁾。ただし、直前性の判断は犯行計画に沿った事象の展開に対して客観的に行われるべきであって、心理的障壁の乗り越えは有意義な視点ではないとの議論が現在、一般化しているようである³⁰⁾。
- ⑤ 結合犯については、第1の実行行為との関係でのみ近接性判断を行えば足りるのか、第2の実行行為に対する近接性を要求するかについては争いがある³¹⁾。

犯行の進捗度合いの判断にあたって、実行行為を中心とする点が特徴的である。

c アメリカ法

犯行の進捗度合いという枠組みからみると、アメリカでも着手判断の視点が複数提示されている³²⁾。アメリカでは、判断視点は相互排他的ではないと理解されており、視点

23) 佐藤・前掲注18)182頁。

24) 的確な指摘として、二本柳誠「ドイツにおける実行の着手論」名城ロースクール・レビュー41号139頁、143、144頁(2018)、富川雅満「ドイツ判例に見る詐欺未遂の開始時期——実行の着手論と欺罔概念との交錯領域——」立教法務研究11号156頁、166、167頁(2018)。

25) 【参照】オーストリア刑法15条2項(法務大臣官房司法法制調査部『法務資料423号1974年オーストリア刑法典』5頁(1975)を参考にした)

行為者が、犯行を実行し又は他人を犯行の実行に規定する(12条)決意を、実行行為に直接的に先行する行為を通して表した瞬間に、当該犯行は未遂となる。

26) Leukauf/Steininger, StGB (4. Aufl. 2017) § 15 Rz. 8 (Durl/ Schütz).

27) Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 6, 10.

28) H. Fuchs, Strafrecht Allgemeiner Teil I (9. Aufl. 2016) 29K.Rz.23. なお、同箇所において、行為者の行為後、他人の行為が更に介在する場合についてはオーストリアの統一的正犯体系を踏まえた議論が必要である点についても解説がなされている。

29) Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 9, 11.

30) F. Höpfel & E. Ratz hrs. Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 15, 16 (2 Aufl. 9. Lfg. 1999) (G. Hager/ W. Massauer), Rz. 31, Otto Triffterer et al hrs. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 15 (38 Lief 2018) (H. Hinterhofer) Rz.93.

31) 第1行為に対する近接性で足りるとするものとして、Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 12. 第2行為に対する近接性を要求するものとして、Hinterhofer, a. a. O. (Anm.30) Rz.80.

32) アメリカ模範刑法典を参照して強姦の着手時点を論じるものとして、長島敦「強姦罪の実行の着手(その一)」『刑法判例研究I』151頁、159頁以下(大学書房、1966)。

の併用が認められている³³⁾。

アメリカの代表的な教科書で列举されているのは以下の5つの視点である³⁴⁾。

- ① 最終行為性：犯人が犯罪実現に必要なと考える全ての行為を実現したか。
- ② 物理的近接性：ほぼすぐに犯罪を実行できるという程度に事態を支配しているか。
- ③ 不可欠性：犯行に不可欠な道具を入手しているか。例) 武器使用による謀殺未遂における武器の所持。
- ④ 撤退の蓋然性：心理的に撤退しなそうな段階に到達しているか。ただし、その判断基準は行為者心理ではなく、行為者の立場におかれた通常人で判断。
- ⑤ 明白性：被告人の行動が明白に犯意を顕にしており、社会の危惧感を惹起するか。

d 判断方法の横断的整理

独塊米で挙げられている視点を列举するのみでは雑多なため、横断的な整理を試みる。

(a) 犯行の進捗度合いの判断をする際の基点

犯行の進捗度合いを判断する際の基点として、実行行為と結果犯における結果の2つがその候補になっている³⁵⁾。このいずれを基

点とするかによって、例えば、実行行為と結果との間に時間的離隔が存在する事案について、着手の有無の判断が相違しうる。

さらに、実行行為を着手判断の基点とするオーストリア法においては、実行行為があればそれだけで着手あり、と解されており³⁶⁾、実行行為がない場合にどこまで着手時期を前倒しできるかが議論されている。また、結合犯について、第1行為を基点とするとの議論もなされている³⁷⁾。

このように、実行行為を基点とする場合、結果を基点とする場合に比して、着手判断を前倒しする作用が認められる。

(b) 実行行為の把握方法

実行行為を基点とするオーストリア法においては、実行行為＝構成要件で規定された行為としつつ、結果犯については、実行行為＝行為者の更なる行為なくして結果を惹起する最終行為とされている³⁸⁾。

アメリカ法においても、実行行為＝犯人が犯罪実現に必要なと考える全ての行為を実現したかという定式が示されている³⁹⁾。

このように、行為態様の定めがない犯罪については、行為者の主観を基礎にして、それ以上の行為が必要ないという意味での最終行為＝実行行為とされている。

(c) 時間的場所的近接性・障害の不存在

実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、時間的場所的近接性が認められるか、障

33) 秀逸な訳書として、ヨシユア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』579頁（レクシスネクシス・ジャパン、2008）。なお、本書原典の最新版である J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, 372-376 (8th ed. 2018) においても、その叙述は維持されている。

34) ドレスラー・前掲注 33) 578-584 頁。

なお、本文に挙げたほか、危険性を基準にする議論も存在するが、犯行の進捗度という枠組みを前提にしているか判然としないため、参照の対象から除外している。

35) 実行行為が基点と明示するのが、オーストリア法①。結果が基点になるのはドイツ法⑤。

富川・前掲注 24) 183 頁は、詐欺罪の実行の着手に関するドイツ判例を素材に、構成要件該当行為である欺罔行為の有無＋構成要件該当行為に対する直前行為という2段階構造と、被害者の処分行為を決議させるのに阻害的事情がないような欺罔の有無という1段階構造を析出する。この分析は、詐欺罪各論解釈に沿う形で、実行行為を基点とする判断と、詐欺罪の中間結果と位置づけられる被害者の処分行為を基点とする判断の対比を明らかにしたものといえる。

実行行為・結果のいずれを基点と考えるかという総論的枠組みについて、各論解釈を踏まえ、各罪の中間結果も基点になりうることを明らかにするものといえよう。ただ、詐欺罪に関していうと、最終結果と処分行為が近接するため、最終結果と中間結果を区分することで実際上の差異は生じにくいと思われる。

36) オーストリア法②。

37) オーストリア法⑤。

38) オーストリア法③。

39) アメリカ法①。

害はないか、という視点によって、直前といえる段階にまで犯行が進捗しているかを問うとの議論がなされている⁴⁰⁾。

犯行の進捗度合いを判断するという枠組みからすると、これらの視点は自然に使用されるものといえる。

(d) 不可欠性

アメリカ法においては、着手判断全般に妥当するものではないものの、武器使用による加重要素が定められているような犯罪類型については、当該武器を入手済みであることを問題にするという議論がなされている⁴¹⁾。

犯行の進捗度合いの判断にあたって、各構成要件の特性を基礎づける要素が充足済みかについて、常に必須とはいえずとも、1つの視点として取り上げることに理由はあろう。

(e) 結果惹起の具体的危険

結果を基点とする場合、行為者の認識を基礎にして客観的評価を加えると、具体的危険が生じている段階に至っているかといった視点も提示されている⁴²⁾。

この議論は、あくまで行為者の認識を基礎として犯行の進捗度合いを判断するという思考枠組みを前提にしたものであって、判断の際の1つの視点として法益侵害の具体的危険を取り上げるものである。しかし、法益侵害の具体的危険というフレーズ、及び、行為者の認識が着手判断に影響するという点だけをみると、一見、多数説と同じ議論に見えるため注意を要する。多数説と、有力説のうちの1つの判断視点が表層的に類似していることは確かである。しかし、議論の混乱を回避するためには、その基本的な思考枠組みの相違を認識することが必須である。

(f) 行為者の心理状態の位置づけ

行為者の主観面として、心理的障壁の乗り越えや心理的に撤退しがたい時点という視点も提示されている⁴³⁾。

ただし、この視点については客観化の必要性が説かれている⁴⁴⁾。さらに、客観化を徹底し、行為者の心理状態は考慮要素としないか、客観化するといっても行為者の心理状態が考慮要素になることは否定しないかについて議論がある⁴⁵⁾。

(g) 外部からみた印象

犯行の進捗度合いについて、外部からみて明白という印象を与えるかという視点も提示されている⁴⁶⁾。

犯行の進捗度合いの判断に際して外部的印象という視点を働かせるという立場はありうるが、印象というだけでは抽象的に過ぎ、いかなる印象を問題にするかについての具体化が必要である。明白性という視点は、その具体化の一案といえるが、その曖昧さは否めないところである。

(2) 我が国の議論状況

有力説の枠組みを前提として、犯行の進捗度合いを判断するための視点は、我が国でもいくつか提示されている。

実行の着手についてドイツ法を参照した塩見淳が示す犯行の進捗度合いの判断方法は以下のとおりである⁴⁷⁾。

- ① 実行行為は構成要件中に書かれている動詞によって定める。
- ② 実行行為を基点として、実行行為との直前性によって着手時点を定める。
- ③ 行為経過の自動性又は時間的近接性を選択的に判断視点とする。
- ④ 印象の観点から、被害者領域への介

40) ドイツ法②③④、オーストリア法④、アメリカ法②。

41) アメリカ法③。

42) ドイツ法⑤。

43) ドイツ法①、オーストリア法④、アメリカ法④。

44) オーストリア法④但書、アメリカ法④但書。

45) オーストリア法④。佐藤・前掲注18)185頁は、主観的に「今だ」という段階に至っているかを問うドイツ法①について、基準としてあまりにも不明確であるとし、同186頁は「行為経過の自動性を判断する上での補助基準として機能するものと理解することができ」と論じる。

46) アメリカ法⑤。

47) 塩見淳「実行の着手について（三）・完」法学論叢121巻6号1頁、16-19頁（1987）。

入を要求する。

一方、同じくドイツ法を参照する佐藤拓磨はやや異なる判断方法を提示する。

- ① 進捗度合いの判断の基点は、既遂実現に置く⁴⁸⁾。
- ② 行為経過の自動性と時間的場所的近接性は相関関係に立つ⁴⁹⁾。
- ③ 自動性の判断にあたっては想定されている外部的障害、及び、犯意の強固さや計画の練度といった内面の障害も考慮される⁵⁰⁾。
- ④ 被害者領域への介入という視点は、自動性を判断するための補助基準とする⁵¹⁾。

なお、筆者は旧稿において下記の判断方法を提示している⁵²⁾。

- ① 進捗度合いの判断基点は、実行行為に置く。ただし、実行行為より後ろまで着手時点を遅らせる余地はある。
- ② 実行行為は、犯罪実現意思からみた最終的作為に求める。
- ③ 実行行為との密接性判断にあたっては、心理的障壁の決定的乗り越えが問題になる。
- ④ 実行行為との密接性に加えて、実行行為に至る高度の可能性という意味での危険性の双方が相補的に判断視点になる。

比較法で示された知見と比較すると、かなりの類似性が見受けられることがわかる。

(3) 共有可能な視点と検討課題

比較法的知見と、我が国の論者によって列挙されている議論を踏まえつつ、今後、共有可能と思われる視点を示すと以下のとおりである。

- ① 犯行の進捗度合いを判断するための視点は複数存在し、相互排他的に捉える必要はない。ただし、どの視点に力点を置くかで着手の判断の結論が変わりうるので、どの視点を重視するかの決断は要請されうる。
- ② 犯行の進捗度合いの判断基点としては、実行行為と結果がありうる⁵³⁾。
- ③ 実行行為は、構成要件が行為態様を定めている犯罪については当該行為態様である。行為態様の定めがない場合、行為者自身又は第三者の更なる故意行為がない最終行為が実行行為になる。
- ④ 実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、犯行の進捗度合いの判断にあたっては、時間的場所的近接性、及び、行為経過の自動性がその視点になる。
- ⑤ 進捗度合いについて、行為者自身の主観的評価を問題にするのではなく、客観的な視点に依拠した判断が必要である⁵⁴⁾。

これに対して、今後、有力説内部で検討すべき課題は以下のとおりである。

48) 佐藤・前掲注 5)6 頁。

ただし、佐藤・前掲注 18)230 頁は、結果実現行為に対する中間行為の存否と結果発生までの時間的場所的離隔を問題としており、実行行為と結果のいずれも基点たりうると論じているようである。

49) 佐藤・前掲注 5)7 頁。

50) 佐藤・前掲注 5)7 頁。

51) 佐藤・前掲注 5)8 頁。

52) 拙稿「実行行為概念について」西田典之献呈『西田典之先生献呈論文集』19 頁、35-38、41 頁（有斐閣、2017）。

53) 各罪の中間結果も基点になりうる点については、前掲注 35) 参照。

54) 拙稿・前掲注 52)35-38 頁では、実行の着手の判断について、心理的障壁の決定的な乗り越えと表現しており、客観化の必要性は感じていたものの、その問題意識を十分に論じるに至らなかった。

本稿においては、旧稿執筆後のオーストリア法 15 条の調査を通じ、主観を基礎にした客観判断という枠組みを明確にした（拙稿・前掲注 1)54 頁も参照）。

- ① 犯意の強固さなどの行為者の心理状態についても考慮要素の1つにするか。
- ② 被害者領域への介入を独立の視点として要求することで着手時点を遅らせるか。
- ③ 不可欠性という視点を、進捗度合いを判断する視点の1つとして機能させるか⁵⁵⁾。
- ④ 実行行為又は結果惹起に至る高度の可能性という意味での具体的危険について、行為経過の自動性・時間的場所的近接性とは異なる視点と位置づけ、一定の機能をもたせるか。
- ⑤ 実行行為それ自体が行われている場合、結果に至る自動性・結果との時間的場所的近接性・結果に対する具体的危険、あるいは被害者領域への介入を要求することで着手時点を遅らせるか。

筆者自身は現在のところ、①～③は肯定できると考えている。これに対して、④については、行為経過の自動性と具体的危険に異なる点があるかについての検討が必要と思われる。また、⑤については、実行行為が行われ、被害者領域への介入があれば着手を肯定してよいのではないかと考えている。しかし、更なる調査と検討が必要であるため、今後の議論の蓄積を俟ちたい。

2 客観的な危険性に言及する最高裁判例の位置づけ

最高裁においては、「客観的な危険性」と

の表現を使用する判例として、クロロホルム事件のほか3件が存在する。この3つの判例について、犯行計画を基礎に置いて犯行の進捗度合いを判断するという有力説の判断枠組みからいかなる理解が可能かを検討することが必要である⁵⁶⁾。

なお、クロロホルム事件については、旧稿において、犯行計画上の実行行為に対する直前性・一体性という見地から理解できることを論じ、図解を試みたので参照いただきたい⁵⁷⁾。

(1) 昭和45年決定

最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁（以下、昭和45年決定）は、共犯者とともに被害女性を運転席に引きずり込み、そこから約5.8キロメートル離れた工事現場で姦淫したところ、引きずり込む際の暴行による傷害を理由として強姦致傷が成立するかが問題になった事案である。

最高裁は「被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があつた」と判示し、強姦致傷罪の成立を認めている。

昭和45年決定の問題意識とその位置づけ

本決定の調査官解説においては、「婦女に対し暴行、脅迫を加えて車内に無理矢理に引き入れる場合についていうならば、それは、一般の、家屋内に侵入してする強姦や、寂しい山野等で婦女を襲ってその場でする強姦と異なり、最初の暴行または脅迫と姦淫との間に相当の時間的、場所的な間隔があるのが普通である。この点から、強姦の実行の着手をどの時期に認めるかが実務上往々問題となる」との問題意識が示されている⁵⁸⁾。その

55) クロロホルム事件の調査官解説において、平木・前掲注22)172頁は、必要不可欠性について、準備的行為と構成要件該当行為が「一連の行為として不可分の関係にあるといえるかどうかを問題にするもの」と論じている。

不可分性という視点は、準備的行為が必要不可欠であるかよりも限定的に作用するであろう。したがって、必要不可欠といえるかだけでなく、不可分といえるほどに実行行為と緊密な関係に立つか、一体性が認められるかを判断視点の1つとして機能させる、という議論もありえよう（後掲注66）も参照）。

このような議論は、着手論はもとより、実行共同正犯の成立範囲を規律するという点から有意義といえる（拙稿「実行共同正犯」井上正仁古稀（書名未定）（有斐閣、近刊））。

56) 有力説を前提とした平成20年判決・平成26年判決の理解、及び、客観的な危険性という言葉の紛らわしさについては、佐藤・前掲注5)9、10頁も参照。

57) 拙稿・前掲注1)53頁。

【図表：昭和45年決定の法的整理】

①犯人らの認識における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
自動車内に引きずり込み	○ 傷害惹起	着手あり→旧強姦致傷罪成立 ∵ 場所的離隔はあるものの、姦淫に至る可能性が明白と客観的に評価
工事現場に移動	○	
反抗を抑圧する押さえつけ ⁵⁹⁾	○	旧強姦罪の手段行為
姦淫	○	旧強姦罪の最終行為かつ結果 ⁶⁰⁾

うえて、最高裁の判示について、「一見客観説の見解のように見られないではないが、右判示にある「かかる事実関係のもとにおいて」という中には被告人らの甲女を強姦しようとする意図の強固さという点も当然考慮されていると見ることができるから、単なる客観説ではなく、むしろ折衷説（結合説）の傾向に属するものと考えたい」と指摘する⁶¹⁾。

この解説で折衷説として引用されている当時の学説⁶²⁾は、ドイツ刑法で採用されている枠組みに依拠している。例えば、木村亀二は、「行為者の「全体的企図……」を基礎として当該構成要件の保護客体に対して直接危険化に至るところの行為の中に犯罪的意思が明確に表現せられた時に実行の着手があると解する」とするドイツの学説を主観的客観説と呼称し、「主観的客観説は主観説と客観説を結合したものであるが、主観説を基礎としたものである点に特色がある」と説明している⁶³⁾。

昭和45年決定の調査官解説が折衷説（結合説）と呼称する議論と現在の有力説の理論

的枠組みは同一である。そうすると、昭和45年決定は、犯人の犯行計画又は認識を基礎にする有力説を前提に、犯行の進捗度合いを判断するにあたって、姦淫に至るまでの時間的場所的近接性に疑問が残るとしても、姦淫に至る可能性が明白といえる段階にあったと客観的に評価できるとの視点を付加することで着手時期を早めることを認めたもの、と位置づけられる⁶⁴⁾。

b 結果的加重犯と実行の着手論の連動

昭和45年決定は、強姦は既遂に至っており、車に引きずり込む際の負傷について強姦致傷罪が成立するかが争われた事案である。

このような事案において、実行の着手が問題になる根拠は、実行行為ないし実行に着手した行為が行われて以降にのみ、加重結果の帰属対象になる犯罪の本体が存在する、との理解に求められる。

このような理解は有力説によれば当然のものである。しかし、多数説の中でも、とりわけ、未遂＝危険結果を処罰根拠とする結果犯との理解に立脚する立場からは説明困難であ

58) 大久保太郎「判解」最判解刑事事篇昭和45年度245頁、249頁（1971）。

59) 1審の事実認定及び最高裁が前提としている事実関係による。

ただし、大久保・前掲注58)254頁は、自動車内に引き入れるための暴行・脅迫を旧強姦罪の暴行または脅迫の開始と判定するのが相当、と論じる。

60) 旧強姦罪において、姦淫が着手判断の基点になる点については、Ⅲ3(2)b(a)（本稿73頁）。

61) 大久保・前掲注58)255頁。

62) 大久保・前掲注58)258頁注6で列挙されているのは、木村亀二『刑法総論』345頁、大塚仁『実行の着手』『総合判例研究叢書〔刑法〕(3)』3頁、齊藤金作『実行の着手』『刑法講座』4巻3頁、西原春夫『間接正犯の研究』152頁、『注釈刑法(2)のⅡ』460頁（香川達夫）、福田平・大塚仁編『刑法総論講義』149頁（中谷瑾子）である。

ただし、西原の著書は、間接正犯の研究、ではなく、『間接正犯の理論』（成文堂、1962）と思われる。

63) 木村亀二『刑法総論』345頁（有斐閣、1959）。西原・前掲注62)167頁は、「折衷説は、ドイツの判例の中に生まれ」と指摘する。

64) 木村栄作「判批」警察学論集23巻11号161頁、166頁（1970）は、木村・前掲注63)が依拠するドイツ学説と同様の叙述を引きつつ、昭和45年決定について、「そのような観点から本件決定を理解することも許される」と評する。昭和45年決定について、多数説を導入したものではないとの理解として、さらに、小田直樹「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第4版）』130頁（1997）。

【図表：平成 20 年判決の法的整理】

①犯人らの犯行計画における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
悪天候の中、覚せい剤の海中への投下	○	
悪天候の中、回収担当者が出港して投下地点に向かう	○	着手なし ∵ 覚せい剤を実力支配下に置いていない：陸揚げに至る時間的場所的密接性・必要不可欠性なし ＋覚せい剤を回収する可能性も乏しい：陸揚げに至る可能性も乏しいと客観的に評価
	悪天候で投下地点までの中間あたりで断念	
回収担当者が回収	×	
陸揚げ	×	輸入罪の実行行為かつ結果

ろう⁶⁵⁾。

(2) 平成 20 年判決

最判平成 20 年 3 月 4 日刑集 62 巻 3 号 123 頁（以下、平成 20 年判決）は、被告人らは覚せい剤の輸入を企て、北朝鮮から出港した密輸船の関係者が、荒天で風波が激しい中、回収担当者と連絡を取りながら海上に覚せい剤を投下したものの、回収担当者は悪天候のため、出港地点から覚せい剤の投下地点の中間辺りまでしかたどりつけず、覚せい剤を発見できなかった事案である。

最高裁は、「本件においては、回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえないから、本件各輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」と判示している。

被告人らの犯行計画を基礎として、犯行の進捗度合いという観点からみた場合、陸揚げという実行行為を行い、輸入罪の結果を直接に惹起する覚せい剤の回収担当者が、覚せい剤の回収を行っていない段階においては、実行行為ないし結果に至る時間的場所的近接性は乏しい。また、実行行為及び既遂実現の前

提になる覚せい剤を手元に置いておらず、必要不可欠性も備わっていない段階に過ぎない。調査官解説においても、「現実には覚せい剤を手にしていない以上、陸揚げと一体となった行為を始めているとはいえない」との指摘がなされている⁶⁶⁾。

さらに、悪天候を考慮しながら覚せい剤の密輸入を試みた被告人らの犯行計画を基礎とすると、昭和 45 年決定とは異なり、覚せい剤を回収できる可能性も乏しいため、陸揚げに至る可能性も乏しいと客観的に評価できることを確認し、着手を肯定する余地はないことを示したものと位置づけられる。

(3) 平成 26 年判決

平成 26 年判決（前掲・最判平成 26 年 11 月 7 日刑集 68 巻 9 号 963 頁）は、うなぎの稚魚を密輸出するため、ダミーのスーツケースについて機内預託手荷物であるとして保安検査を受けて検査済みシールを貼付してもらいそのシールを剥がした後、うなぎの稚魚を隠匿したスーツケースを機内持込手荷物と偽ってチェックインカウンターエリアに入り、検査済みシールに張り替えるという偽装工作によって、うなぎの稚魚入りのスーツケースを機内預託手荷物であるとして委託し

65) 松原芳博「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論（第 5 版）』128 頁、129 頁（2003）は、多数説を前提に、「着手時期と致死傷結果の結果的加重犯への包摂とを連動させる論理必然性はない」と論じる。多数説からは一貫した指摘であるが、判例と多数説の不整合がここでも示されているといえる。

66) 鹿野伸二「判解」最判解刑事篇平成 20 年度 118 頁、139 頁（2012）。鹿野の表現する一体性と、クロロホルム調査官解説が使用する不可分性という表現（前掲注 55）をあわせて、不可分一体性という視点を使用することも考えられよう。

【図表：平成 26 年判決の法的整理】

①犯人らの犯行計画における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
保安検査を受けてダミーのスーツケースに検査済みシールを貼付してもらって剥がす	○	
うなぎの稚魚を隠匿したスーツケースを機内持込手荷物と偽ってチェックインカウンタエリアに入り、入手した検査済みシールを貼付	○	着手あり ・ 法廷意見：積載結果を惹起する具体的危険ありと客観的に評価 千葉補足意見：保安検査という運送委託の前提になる一連の手続き過程に入り込み、検査済みシールの貼付により一連の偽装工作を完成＝実行行為に密接
	税関職員による検査で発覚	
機内預託手荷物として委託	×	輸出罪の実行行為（間接正犯の利用行為）
航空機への積載	×	輸出罪の被利用行為かつ結果

て密輸出しようとしたものの、シールを張り替えた後、チェックインカウンターで税関職員の質問検査によって発覚したという事案である。

最高裁は、「本件スーツケース 6 個を、機内預託手荷物として搭乗予約済みの航空機に積載させる意図の下、機内持込手荷物と偽って保安検査を回避して同エリア内に持ち込み、不正に入手した検査済みシールを貼付した時点では、既に航空機に積載するに至る客観的な危険性が明らかな」と判示し、実行の着手を肯定した。

さらに、千葉勝美補足意見においては、「一連の偽装工作は、保安検査前の専ら被告人人だけの領域内で行われたのではなく、保安検査という、機内への手荷物の運送委託の前提となる一連の手続き過程に入り込み、これを利用して検査済みシールを貼付することにより完成している。このような状況は、密輸出に至る客観的な危険性が明らかに認められると同時に、構成要件該当行為である機内への無許可輸出品の運送委託に密接な行為が行われたと評価することもできるものである」「本件においては、運送委託行為ないし積載依頼に向けた行為の開始がなくとも、密輸出の実

行の着手を肯定してよい」との指摘がなされている。

a 間接正犯形態の利用行為以前の着手

航空機への積載という輸出結果を直接に生じさせるのは、情を知らないで手荷物を預かる従業員及び手荷物を航空機に積載する従業員らである。したがって、本件の無許可輸出罪は間接正犯形態であり、実行行為は千葉補足意見の指摘するとおり、手荷物の委託行為である。すなわち、本決定は、間接正犯形態の実行の着手について、利用行為が行われていない時点で着手を認めたという特徴を有する⁶⁷⁾。

このような特徴的な事案において、法廷意見は、犯行計画を基礎にして結果が生じる具体的危険が認められる段階に至っていると客観的に評価できることから、利用行為以前に着手が認められることを論じたものといえる。これに対して、千葉補足意見は、実行行為に至るまでの障害の不存在という視点も着手を肯定する理由になることを論じており、間接正犯形態であっても実行行為を基点とした着手判断も可能であることを示したものといえる。

このように、平成 26 年判決は、有力説の枠組みから整合的に理解することができる。

67) 本件が間接正犯形態であることについては、城下裕二「無許可輸出罪における実行の着手について」渡辺咲子古稀『変動する社会と格闘する判例・法の動き』37 頁、57 頁（信山社、2017）。

とりわけ、千葉補足意見においては「一連の偽装工作を完了させており、密輸出の成功の鍵を握る最大の山場を既により越えた状態となっていた」「一連の偽装工作时、保安検査前の専ら被告人だけの領域内で行われたのではなく、保安検査という、機内への手荷物の運送委託の前提となる一連の手続過程に入り込み、これを利用して検査済みシールを貼付することにより完成」といった指摘がなされており、犯行の進捗度合いを判断するという枠組みを前提に、障害の乗り越え・手続過程への介入といった判断視点が示されているといえる。

b 不能犯論との関係

本件における犯行の発覚経緯として、「張り込んでいた税関職員から質問検査を受け」たことが挙げられている。

税関職員が被告人らを当初から怪しんで張り込んでいたとしても、犯行計画を基礎にして行われる着手判断への影響はない。そして、不能犯の判断として、張り込みによっても密輸出が阻止されない可能性が絶対にはないといえれば未遂処罰は基礎づけられる⁶⁸⁾。

3 行為態様を定める構成要件における着手判断

(1) 行為態様に注目する意義

多数説においては、構成要件が行為態様を限定する犯罪について、当該行為態様が行われるか、又は、その密接な時点にのみ着手を認めるという形で、形式的な限定を付加することの当否という形で議論が行われている⁶⁹⁾。

一方、有力説に立脚した上で、犯行の進捗度合いの判断について結果を基点とする場合、構成要件に規定された行為態様は、実行の着手を検討する上での法的意義は認められ

ないことになる。これに対して、実行行為を基点として進捗度合いを判断する場合、構成要件が行為態様を限定している犯罪については当該行為態様が着手判断を左右するのは当然ということになる。

(2) 各論的考察

行為態様が限定されている犯罪について、実行行為を基点として進捗度合いを判断する場合、総論の枠組みに各論的考察を組み合わせることが必要となる。ここでは、平成30年判決で問題になった詐欺罪と、我が国の着手時期を特徴づけている強盗罪・旧強姦罪を取り上げる。

a 詐欺罪

平成30年判決は、詐欺の着手を肯定するにあたり、3つの視点を提示している。

①「本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもの」

②「段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており」

③「既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるもの」

この判示のうち、③現金交付に対する危険性を著しく増大させるという点については、1項詐欺の結果である財物移転に至る具体的危

68) 秋吉・前掲注16)309頁は、「控訴審判決も、実行の着手時期に関する一般論については、「犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始した時点」と説示して、これまでの最高裁の判例と基本的に同じ立場に立っている」と指摘し、「客観的な危険性」という最高裁判例が使用する表現について、既遂に至る現実的危険性を要求するものと理解を示している。

しかし、この理解が正当なものではないことは、Ⅱ（本稿57頁以下）で展開した多数説批判及び、3つの最高裁判例の分析から明らかにしたとおりである。

69) 議論状況については、二本柳・前掲注9)37、38頁。

険という視点であり、結果を基点として進捗度合いを判断する視点を示したものと見える⁷⁰⁾。

問題になるのは、①・②で提示された視点のそれぞれの意味、及び①②③の視点の相互関係である。さらに、平成30年判決の事案では問題にならなかったものの、例えば、嘘が記載された書面等が被害者に到達していない時点、さらにはおよそ嘘が発信さえされていない時点でも着手を認めるかという問題も合わせて検討対象とする。

(a) 詐欺罪の実行行為への包摂

①の判示にあたって、法廷意見は、山口補足意見とは異なり、詐欺罪の実行行為を示すことを避けている。しかし、その判示をみる限り、詐欺罪の実行行為である欺罔行為は交付の判断の基礎になる事項についての嘘を含むものでなければならないとする判例⁷¹⁾を踏まえていることは明らかである。その上で、被害者が財物を交付するか否かの判断の基礎になる事項は複数考えられるところ、そのうちの一部分が被害者に告知されていれば、重要事項性が充足されるとの判断を示した、との整理が可能であろう⁷²⁾。

①の判示に対しては、詐欺罪の進捗度合いを財物交付という結果を基点にして判断する立場から、詐欺の着手を肯定するための1要素にとどめるべきとの指摘がなされてお

り⁷³⁾、詐欺未遂を認めるための必須の要素ではないとの理解が示されている。

また、実行行為を基点にして判断する立場からみても、重要事項性の一部が被害者に告知されていなくても、重要事項の一部の告知に至るまでの直前性が認められる段階で着手を肯定することが可能である⁷⁴⁾。

(b) 詐欺罪の実行行為を基点とした直接性判断

②についてみると、詐欺罪の実行行為該当性をここでも棚上げしているものの、実行行為である欺罔行為には交付要求が含まれていなければならないとの理解を前提としつつ、交付要求への直接性が認められる嘘にまで拡張するというアプローチとみるのが素直である。

1項詐欺罪は、欺罔→錯誤→交付行為→財物移転という因果系列を予定した構成要件であり、実行行為について、交付行為・財物移転をもたらすために必須である交付要求を含む嘘に詐欺罪の本質を求めることには十分な理由が認められよう⁷⁵⁾。

その上で、交付要求を含む嘘を被害者にスムーズに述べるための前提を整える嘘は、実行行為に至る障害を除去するものであり、しかも時間的近接性も存在することから、実行行為に対する直接性があるとの評価が基礎づけられる。

70) 結果を基点とする立場を前提に、財物交付に至る自動性に収斂させる立場からの分析として、佐藤・前掲注9)29-31頁。

被害者による処分行為に対する自動性という観点からの詳細な分析については、富川雅満「判批」法律時報90巻3号113頁、117、118頁(2018)(富川が参照するドイツ法下における着手の判断方法としては、詐欺罪における中間結果としての被害者の処分行為が基点となっている点について、前掲注35))。

71) 最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁、最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁など。

72) 検察官の上告趣意(刑集72巻1号89頁、121頁)は、申し向けた嘘の内容が、現金交付に至る錯誤をもたらすことに役立つものであったことを指摘し、詐欺罪の構成要件該当行為の一部が既に実行されている、と論じている。

オーストリアの詐欺の着手時点をめぐる議論においても、更なる実行行為が予定されているとしても、既に行われた嘘が被欺罔者の意思決定に少なくとも共同作用することが犯行計画で予定されていれば未遂が成立すると論じられている(Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 10. 富川・前掲注24)177頁注40も参照)。

73) 佐藤・前掲注9)31頁は、①の視点について、②③と分けて論じる必要はなく、統合すべきであったと指摘する。

これに対して、①の視点をより重視する議論の可能性については、(d)(本稿72頁以下)で論じる。

74) そもそも、①の判示において、交付判断の「基礎」ではなく「前提」というやや茫漠とした表現が採用されている点からみると、詐欺の着手が肯定されるのは、交付の判断の基礎になる事項の一部が告知された場合に限られず、そういった事項の前段階にあたる嘘をも包含する、という見方も成り立つかもしれない(佐藤・前掲注9)24頁参照)。

75) 二本柳・前掲注9)43頁。拙稿・前掲注1)51頁も参照。

(c) 実行行為を基点とする判断と結果を基点とする判断の相互関係

本件は、詐欺罪の実行行為について、交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘で、交付要求を含むものに限定する立場を前提に、当該実行行為を基点にする判断（判示①②）を行っても、結果を基点にする判断（判示③）を行っても、いずれの観点からも着手を肯定できる事案であった。

しかし、例えば、訴訟詐欺において犯行計画、嘘が長期スパンで積み重ねられることが予定されている事案や、犯行計画に鑑みて財物移転が成功する可能性が低い欺罔行為が行われる事案においては、実行行為と結果のいずれを基点にするかで結論に差異が生じうる⁷⁶⁾。そこで、いずれの観点を重視するかが問題になる。

結果に対する自動性・具体的危険を常に要求する場合、長期スパン型の詐欺計画について未遂の成立時期が遅くなり過ぎることには疑問がある⁷⁷⁾。結果からは離隔していても、実行行為を基点とすることで詐欺の着手を肯定すべきであろう。また、犯行計画に照らして財物を交付させることが成功する可能性が低い事案であっても、交付要求を含む形で交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘が被害者に告知されていれば、それだけで実行の着手を認めてよいように思われる⁷⁸⁾。

この理解からは、実行行為を基点とする判断では、例えば、時間的近接性という視点から直前に疑義があるような事案において、

結果に対する自動性・具体的危険性が認められるのであれば着手を認めるといった形で、昭和45年決定同様、結果を基点とする判断は実行行為を基点とする判断を補うものと位置づけられることになる。

(d) 被害者に対する嘘の到達の必要性

実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、時間的場所的近接性・行為経過の自動性・財物交付に至る具体的危険という視点に基づいて犯行の進捗度合いを判断する場合、例えば、嘘が記載された文書等が被害者に到達していない時点、さらには、嘘が発信さえされていない時点でも着手を認める余地が生じる⁷⁹⁾。

これに対して、詐欺罪が保護する被害者領域に介入したといえるかという視点を独立に併用する場合、少なくとも、被害者に対して何らかの嘘が到達することは必要となる。何らかの嘘が到達さえしていない段階で着手を認めることは過度の拡張であって、このような限定は要求すべきではなかろうか⁸⁰⁾。

さらに、この議論を徹底し、交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘で交付要求を含むものが被害者に告知されるという点に詐欺罪の保護する被害者領域の中核が存在すると考えることによって、詐欺罪の着手が認められる範囲をより限定するという議論もありうる。この議論からは、何らかの嘘が被害者に到達した段階ではなお詐欺罪が保護する被害領域に介入したとはいえず、中核部分に近接するような嘘にのみ詐欺の着手を肯定すべき、ということになる。この議論

76) 富川・前掲注24)184頁は、実行行為を基点として前倒しの限界を問う2段階構造と、詐欺罪の中間結果になる処分行為を基点とする1段階構造の判断方法とで、結論に差異は生じないと評価する（富川の提示する分析軸については、前掲注35)）。

富川の分析軸は本稿でも参考になっているものの、事案に応じて差異が生じうると思われる点で、その評価には疑問がある。

77) これに対して、佐藤・前掲注9)29頁は、複雑な訴訟になることを行為者が予定している訴訟詐欺について、訴状提出時点で詐欺の着手を認めることに疑問を示す。

78) この限りで、構成要件該当行為があれば未遂を認める形式的客観説と同様の議論になる（拙稿・前掲注1)54頁）。

79) 佐藤・前掲注9)30頁。なお、拙稿・前掲注1)54頁では、心理的障壁の設定という見地から何らかの虚言を必須とする議論を試みたが、この議論に対する佐藤・前掲注9)30頁の批判は正当と思われる。

80) 基本的な立場も限定の理由も異なるものの、二本柳・前掲注9)41、42頁と問題意識において共通する。さらに、同論文44頁注64は、虚言が被害者に対して直接述べられたという事情について、被害者領域への介入という基準からも理解可能と指摘する。

に立脚する場合、平成30年判決が挙げた①交付するか否かの判断の前提となるよう予定された事項に係る重要なもの、という視点による限定が重視されることになる。

b 強盗罪・旧強姦罪

(a) 強盗罪と旧強姦罪における判断基点の相違

我が国では、強盗罪の着手時期は手段である暴行・脅迫が行われた時点と解説されている⁸¹⁾。これは、結合犯の第1行為である実行行為があれば着手として十分である一方、それより前倒しはしない議論といえる。これに対して、旧強姦罪については昭和45年決定に示されたように、姦淫が進捗度合いの判断基点となっており、暴行・脅迫が行われたことの意義は相対化されている。

このように、暴行・脅迫を手段とする結合犯である点で共通する強盗罪と旧強姦罪の著しい相違は、各罪の性質の相違に起因する⁸²⁾。すなわち、我が国の強盗罪の重い法定刑は、財産保護からは正当化しえず、重大な暴行・脅迫こそが強盗罪の法益上の本質的要素である⁸³⁾。これに対して、旧強姦罪における暴行・脅迫は著しく軽微なもので足り、姦淫こそが旧強姦罪の法益上の本質的要素である。この相違があるため、強盗罪の着

手判断の基点が暴行・脅迫になるのに対し、旧強姦罪の着手判断の基点は姦淫になることが基礎づけられる⁸⁴⁾。

(b) 強盗罪が保護する被害者領域への介入という視点

強盗罪の着手判断の基点を実行行為、すなわち、反抗抑圧に足りる程度の暴行・脅迫に求める場合、そういった暴行・脅迫に至るより前の段階に着手時点を前倒しできる範囲が問題になる。

この点、暴行・脅迫に至る時間的場所的近接性や障害の不存在のみを判断視点とする場合、強盗未遂の成立範囲は相当に拡張しうる⁸⁵⁾。しかし、強盗罪が保護する被害者領域への介入という観点からすれば、現に被害者に危害を加え始めることが必須となる。この考えからすると、強盗罪の実行行為に該当する暴行・脅迫がない段階でも強盗の着手が認められるのは、当初は反抗抑圧に足りる暴行・脅迫ではなく、徐々にその程度が高まって反抗抑圧する程度に至ったという事案に限定されよう⁸⁶⁾。

このように、時間的場所的近接性・障害の不存在・法益侵害の具体的危険といった判断視点だけではなく、当該犯罪が保護する被害者領域への介入という視点を独立させて併用

81) 例えば、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法 第12巻(第2版)』343頁69〔河上和雄＝高部道彦〕(青林書院、2003)。

82) 強盗罪と強姦罪の暴行・脅迫の相違についての平明な解説として、深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法教427号35頁、39頁(2016)。

83) 強盗罪を人身犯と理解するにせよ、自由侵害犯と理解するにせよ、暴行・脅迫に本質がある点は異ならない。強盗罪の理解についての詳細な議論状況については、芥川正洋「強盗罪の自由侵害犯的構成について(1)」早稲田法学会誌67巻2号1頁(2017)。

強盗罪の日本法の特色については、嶋矢貴之「旧刑法期における強盗と恐喝(附 VI全体の小括)」神戸法学68巻2号(近刊)。

84) 長島敦「強姦罪の実行の着手(その二)」前掲注32)163頁、165、167頁は、「抽象的、一般的な実行の着手の概念を論ずるよりも、むしろ、強姦罪に焦点を合わせ、この罪の特異性に目をそそぎつつ、あわせて他の罪との相違に論及しながら、強姦罪の実行の着手を論じよう」と問題設定を行い、「暴行・脅迫を用いてする狭義の強姦罪——結合犯たる強姦罪——においては、暴行・脅迫それ自体は、この罪の手段としての意義をもつにとどまり、この罪の本質は、あくまでも、強制的に姦淫する、強制的に性的侵害を加えるというところにある」と指摘して、着手判断について姦淫の危険を取り上げる。

ただし、性犯罪に対する重罰化が進む現在、強制的性交等罪・強制わいせつ罪の手段になる暴行・脅迫をも基点とすることの可否を改めて検討すべきであろう。

85) 佐藤・前掲注18)220頁は、現在の実務が強盗未遂の成立範囲を自制していることに理論的根拠はない、と指摘する。

86) 大塚ほか編・前掲注81)343頁71〔河上和雄＝高部道彦〕。豊田兼彦「判批」法セ765号125頁(2018)は昭和45年決定を引きつつ、「例えば、いざとなれば反抗抑圧に足りる程度の暴行を加えるつもりで、手始めに、それに至らない程度の暴行を加えるような場合」に強盗罪の実行の着手を認める余地を指摘する。

することが我が国の実務感覚に合致するのではないか、と思われる。例えば、クロロホルム事件についてみても、殺人罪が保護する被害者領域という観点からみると、クロロホルムをかがせるという第1行為が被害者に直接的に接触するものであることが重要になる。仮に、加害者らが被害者を付け狙い、周囲に人がいないタイミングとなった時点において、殺人に至る障害がなくなり、時間的場所的近接性も認められるとしても、それだけでは着手を認めるには不十分ではなかろうか。

IV. おわりに

本稿で扱った実行の着手論は、基本的な判断枠組みにおいて対立が存在するとともに、有力説の枠内でも多彩な視点が存在する。さらに、詐欺罪については、欺罔行為要件をいかに解するかという問題も組み合わせるため、複雑な様相を呈する。もっとも、率直に言って、その議論の多彩さ・複雑さに比して、実際の事件解決にあたって、その議論が実益を持つ局面は限られるであろう。

実際の事案解決に関係を持ちえないパズル的な議論を行うことは戒められるべきである。しかし、実行の着手論をどのように理解するかは着手時点の判断以外への波及効果が大きいため、学説による議論の必要性が高い領域といえる。とりわけ、実行の着手と不能犯論を一体のものとみて、既遂実現の現実的・具体的危険を要求する多数説と、実行の着手論と不能犯論を別の問題と位置づけるとともに、犯行計画を基礎にして判断される実行の着手論は未遂・既遂・結果的加重犯に共通の問題とする有力説の枠組みの相違は、実行の着手論にとどまらない大きなインパクトを有するため、その優劣を決する議論は必須である。

刑法解釈に依拠して裁判を行う実務の判断過程を透明化するという観点からみると、有力説の優位は明らかといえる。今後、有力説の枠組みを前提とした議論が培われることで、適切な実務判断を下支えする実体法解釈が形成されていくことが望まれる。

(ひぐち・りょうすけ)