
種 別： 論説

タイトル： 実行の着手時期をめぐる近時の判例の動向について

著 者： 伊藤 渉

所 収： 『上智法学論集』第 64 卷 3-4 合併号（令和 3 年 3 月）29-55 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

実行の着手時期をめぐる近時の判例の動向 について

伊藤 渉

1. 問題の所在
2. 実行の着手時期が問題とされた近時の判例
3. 実行の着手と手段行為の関係
4. 実行の着手と結果発生の危険の意義
5. 実行の着手と行為者の主観
6. 結語

1. 問題の所在

犯罪現象は、その実現の過程において、決意・計画・予備ないし準備・実行の着手の各段階を経て、構成要件の結果の発生すなわち構成要件を完全に充足することにより既遂となり、かつその解消により終了に至るものである。

その中で、いわゆる実行の着手時期は、刑法43条本文において、未遂犯の成立要件をなすものとして重要な意義を有する。すなわち、未遂が可罰的とされる犯罪類型においては、実行の着手に至ったと認められる場合においては、原則としてその法定刑に照らして裁量的に減輕された刑で処断されるのに対し、実行の着手に至らない場合においては、予備・準備等を処罰する規定がない限り不可罰となるからである。

それに加えて、いわゆる早すぎた結果発生が問題となる場面⁽¹⁾において

(1) 例えば後出註(8)②の事案においては殺人(既遂)罪との関係で、後出註(19)の事案においては放火(既遂)罪との関係で、それぞれこれらの罪の実行の着手時期が問題とさ

は、行為者の計画したところよりも早い段階の行為から結果が発生するに至っているところ、通説によれば、結果発生の原因となった行為の時点で実行の着手が認められるのであれば、その後の因果経過が行為者の計画と異なったものであっても、いわゆる因果関係の錯誤であって故意既遂罪の成立を妨げないとされるのに対し、この段階で実行の着手に至っていないのであれば、故意既遂罪の成立は否定されることとなる。

さらに、結果的加重犯の成否が問題となる場面⁽²⁾においては、加重結果の発生原因となる事実については、少なくとも基本犯につき実行の着手に至っていることが前提となる。同様に、結合犯の成否が問題となる場面⁽³⁾においても、後行する犯罪行為については、少なくとも先行する犯罪行為につき実行の着手に至っていることが前提となる。

このように、実行の着手時期は犯罪の成立要件として重要な意義を有するところ、その判断基準をめぐっては、以前から①主観説、②形式的客観説、③実質的客観説、④折衷説の対立があるとされてきた。すなわち①においては、犯意の外部的客観化をもって、②においては構成要件の一部実現をもって、③においては結果発生の具体的危険に至ったことをもってそれぞれ実行の着手があるものと解し、④においては行為者の意図・計画に照らして犯罪実現の危険が認められかによって実行の着手の有無を判断する、というものである。そして、判例においては、概ね実質的客観説に依拠した判断枠組み、すなわち、構成要件の結果発生に向けられた危険性が切迫した時点をもって、実行の着手を認めるとする考え方がとられているものと解されている。判例がこのような態度をとっている理由としては、主観説では一般的に着手時期が早すぎ、しかもその判断基準としては不明確であること、他方、形式的客観説は、これを厳格に解すると着手時期と既遂時期が極端に接近す

れている。

- (2) 例えば後出註(8)①・判例4の事案においては(平成29年刑法改正前の)強姦致傷罪の成立をめぐり、判例3の事案においては強盗殺人罪の成立をめぐり、それぞれこれらの基本犯の実行の着手時期が問題となっている。
- (3) 例えば後出註(35)の事案においては事後強盗(致死傷)罪の成立をめぐり、窃盗罪の実行の着手時期が問題となっている。

ることとなり、未遂処罰の実が失われることになること、また折衷説については、行為者の犯罪遂行計画をどこまで具体的に考慮するかが不明確となる、という考慮があるものと考えられる。

その一方で、実行の着手時期の判断に当たっては、依然として以下のような問題点が残されているように思われる。すなわち第一に、実行の着手が認められるためには、構成要件に規定されているところの手段行為の開始が必要か、という問題点がある。例えば詐欺罪の成立には（手段行為自体に限定のない殺人罪等と異なり）構成要件上、手段行為としての欺く行為が必要であるところ、詐欺罪の実行の着手を認めるためには、財物ないし利益の交付に至る危険に加え、手段行為としての欺く行為がなされるに至る必要があるか、という点である。第二に、結果発生危険の判断に当たっては、結果発生の時間的切迫性を重視するか、結果発生の蓋然性が生じたことを重視するのか、という問題点がある。例えば、いわゆる離隔犯の事例すなわち、行為者が毒物を混入した飲食物を相手方に向けて発送し、相手方に飲食させることにより殺害しようとする場合等において、結果発生の蓋然性が生ずるに至ればその段階で実行の着手を認めてよいか、あるいは結果発生の時間的切迫性が認められる段階になって初めて実行の着手を認めるべきか、ということである。第三に、実質的客観説を前提としても、行為者の主観をおよそ考慮しなくてよいか、という問題点がある。例えば、放火罪において結果発生に必要な点火行為に及びさえすれば、速やかに焼損結果発生に至る状況には至っているものの、行為者が何らかの理由により直ちに点火する意図ではなかった場合、この点が実行の着手時期に影響するか、ということである。

このような状況の下で、近時、実行の着手をめぐる注目すべき判例がいくつか出されるに至っている。これを踏まえて、学説においても実行の着手をめぐる議論につき、新たな動きが出てきているところである。本稿では、実行の着手をめぐる近時の判例の動向及びこれに関する学説の状況について検討した上で、実行の着手をめぐる以上の問題点につき、ささやかな考察を試みたい⁽⁴⁾。

(4) 実行の着手時期をめぐる全般的な研究として、山口厚・危険犯の研究（1982）、野村

2. 実行の着手時期が問題とされた近時の判例

以下ではまず、実行の着手時期に関して争われた近時の重要判例を取り上げ、事実関係及び裁判所の判断について見ておきたい。

(判例1) 最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁

これは、近年社会的に深刻な問題となってきたいわゆる特殊詐欺、すなわち近親者等になりすました者が、金銭を必要とする事情があるように装って、受領担当者が被害者のもとを訪れて現金の形で受け取る、という手口の詐欺⁽⁵⁾につき、その実行の着手時期が問題とされた事例である。

本件における被害者は、本件犯行の前日、甥に成りすました者から現金が必要であると告げられ、同人の勤務先の系列社員になりすました者に対し100万円を交付するという別の詐欺被害にあっていたところ、被告人はこれに乗じて、氏名不詳者と共謀の上、警察官を装って、上記被害者よりさらに現金を詐取することを企図するに至った。そこで、犯行当日、予め被害者に預金口座から現金を払い戻させたいうえで、同人から現金の交付を受けるべく、上記氏名不詳者において、複数回にわたって電話をかけ、以下のような嘘の事実を告げた。すなわち、第一回目の電話においては、「昨日、駅のところ、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が、被害者の名前を言っています」「昨日、詐欺の被害に遭っていないですか」「口座にはどのくらいの金額が残っているんですか」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ」「前日の100万円を取り返すので協力してほしい」と、また第二回目の電話では、「僕、向かいますから」「2時前には到着できるように僕の方で態勢整えますので」と告げている。このようにして、被害者に対し、電話の

稔・未遂犯の研究(1984)、佐藤拓磨・未遂犯と実行の着手(2016)、原口伸夫・未遂犯論の諸問題(2018)。

(5) いわゆる特殊詐欺においては、当初は、金員を取得する手段として、当該金員を行為者側の指定する口座に振り込ませる方法が一般的であったが、口座取引において本人確認等の措置を執ることが徹底されるようになったことから、近時では本件に見られるように、現金を直接手交により受領する手法が一般化するに至っている。

相手が警察官で、その指示に従う必要があると誤信させ、被害者をして預金口座から払い戻しをさせた後、警察官になりすました被告人において、被害者から現金の交付を受けようとしたところ、到着前に警戒中の警察官に発見され逮捕されるに至ったものである。

第一審判決⁽⁶⁾は、以上の事実につき詐欺未遂罪の成立を認めたのに対し、控訴審判決⁽⁷⁾は職権調査により原判決には理由不備の違法があるとして破棄し、以下の理由により無罪を言い渡した。すなわち、刑法 246 条所定の人を欺く行為とは、財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせる行為であるところ、原判決の認定を前提とすれば、本件では銀行から払いだされた現金の交付が問題となる。そうすると、上記電話の文言は、被害者に対し、財物の交付に向けた準備行為を促し、被害者宅を訪問する旨告知するものであっても、当該現金の交付を求めるものではない。また、黙示的にも交付を求めているとはいえない。本件電話において、銀行口座より預金を下ろすように説得がなされているが、それは財物交付に向けた準備行為を促すものであっても、詐欺被害の現実的・具体的な危険を生じさせるものではない、として詐欺未遂罪の成立を否定したのである。

これに対し、検察官から判例違反・事実誤認を理由に上告がなされた。上告理由⁽⁸⁾においては、実行の着手は構成要件該当行為ないし密接行為がなされるとともに、既遂に至る客観的危険性があれば認められるのであって、その判断に当たっては犯人の計画を考慮すべきだと述べられている。

本判決⁽⁹⁾は、職権調査により、法令適用の誤りを理由として破棄自判し、

(6) 長野地判平成 28・8・9 刑集 72 卷 1 号 132 頁。

(7) 東京高判平成 29・2・2 刑集 72 卷 1 号 134 頁。

(8) ここでは、実行の着手の有無が問題となった以下の判例を挙げている。①最決昭和 45・7・28 刑集 24 卷 7 号 585 頁、②最決平成 16・3・22 刑集 58 卷 3 号 187 頁、③名古屋高判平成 19・2・16 判タ 1247 号 342 頁、④東京高判昭和 34・7・2 東高刑時報 10 卷 7 号 299 頁。上告理由では、これらの判例によれば、実行の着手は構成要件該当行為ないし密接行為がなされるとともに、既遂に至る客観的危険性があれば認められ、その判断においては犯人の計画を考慮すべきだとしている。

(9) 本判決の評釈として、豊田兼彦・法学セミナー 761 号 121 頁、成瀬幸典・法学教室 454 号 140 頁、和田俊憲・平成 30 年度重要判例解説 150 頁、富川雅満・法学新報 126 卷 3-4 号 101 頁、東條明德・論究ジュリスト 31 号 202 頁、向井香津子・ジュリスト 1542 号

第一審の判断を維持し被告人の控訴を棄却した。その理由として、以下のよう
に述べられている。

すなわち、上記通話において述べられた嘘は、これを真実と誤信させること
により、予め現金を被害者宅に移動させ、警察官を装って被害者宅を訪れ
現金の交付を受ける計画の一環として告知されているもので、被害者が現金
を交付するか否かを判断する前提として予定された重要事項である。そし
て、本件嘘には、現金準備を求める文言や、警察官が直後に訪問する旨告知
する文言が含まれているところ、これは被害者に現金の交付を求める行為に
直接つながるものである。すでに100万円の詐欺被害に遭っていた被害者
に、上記嘘を真実と誤信させることは、被告人の求めに応じて直ちに現金を
交付する危険性を著しく高めるものであるから、現金交付を求める文言がな
くとも、当該一連のものとしての嘘の電話がなされた時点において、詐欺罪
の実行の着手が認められる。

本判決には、山口厚裁判官の補足意見がある。それによると、詐欺未遂罪
は、人を欺く行為、すなわち財物等の交付の基礎となる重要な事項に係る嘘
の告知に着手すれば成立するが、その場合に限られず、実行行為自体ではな
いが、実行行為に密接であって、被害を生じさせる客観的危険性が認められ
る場合にも成立する。この密接性の判断に当たっては、客観的危険性を相互
に関連させることにより、無限定な処罰を避ける必要はあるが、本件におい
ては、警察官が直後に訪問するとの第二回目の通話により、現金要求行為す
なわち本件における実行行為と密接な行為がなされ、前日被害に遭った被害
者が現金を交付する危険性が著しく高まったのであるから、当該通話につき
詐欺罪の実行の着手を認めてよい、としている。

(判例2) 大阪地判令和1年10月10日LEX/DB 25566238

本件も①と同様、身元を仮装して予め電話で訪問する旨連絡し、用意させ
た金品を取得するいわゆる特殊詐欺の手法による犯行が問題となった事案で
あるが、詐欺未遂罪の主位的訴因に対し、予備的訴因であるところの窃盗未
遂罪の成立が認められたものである。

被告人は、共犯者において被害者に対し電話で連絡し、警察官を名乗った上で、「最近捕まえた特殊詐欺の被疑者の所持品に被害者の名前が載っていたことから、被害に遭っていないか調べる」旨申し向け、さらに金融庁関係者を名乗る別の共犯者において、「被害の拡大を防ぐために、封筒にキャッシュカードを入れ暗証番号を記載して自宅に保管しておく必要があるので、金融庁職員がこれから封筒を持って訪問する」「キャッシュカードを封筒に入れるのを確認し、その後もし口座から出し入れがあれば、金融庁において調査する」と告げた上で、被害者の有するキャッシュカードの銀行名、暗証番号等を紙にメモするように指示し、被害者はこれに従ったが、さらにこのメモを封筒に入れてキャッシュカードとともに保管する必要があるとの説明を受けるとともに、暗証番号を聞かれたことから不審に思い、必要なかと聞くと、それ以上聞かれずに、後ほど改めて電話する旨告げられ通話は終了した。この間に、被告人は被害者宅に向かい、被害者宅において被害者がキャッシュカードを入れた封筒に割り印を押すように指示し、被害者が印鑑を採りに行った隙に別のカードが入った封筒とすり替えてこれを取得する計画であったところ、被害者宅付近で待機中、警察官の職務質問を受け、他方、不審を抱いた被害者から警察に通報されたことにより、計画は失敗に終わった。

本判決においては、被告人らが被害者に対して告知した嘘は、キャッシュカードの占有を移転させる交付行為に向けられたものではなく、被害者をしてキャッシュカードを引き続き占有していると認識させることを前提に、隙を見て封筒をすり替えるために相手方の注意をそらせるためのものであるとして、詐欺未遂罪の成立を否定した。その一方で、本件犯行計画の下では、通話に際して告知された嘘により、被害者はその後訪れる被告人を金融庁職員と容易に誤信し、キャッシュカードを封筒に入れて割り印を押すように求められれば、これに従って印鑑を取りに行く可能性も相当高く、したがってキャッシュカードの入った封筒を他のカードの入った封筒とすり替えることによりキャッシュカードを取得する可能性も飛躍的に高まること、また、上記通話がなされている時点で、被告人においてすり替えるための封筒を用意して被害者宅付近で待機しており、これらの行為はすり替え行為と密接な行

為であり、すり替え行為に及ぶ危険性が飛躍的に高まったと認められることを理由に、キャッシュカードのすり替えによる窃盗の実行の着手を認めたものである。

(判例3) 東京高判平成30年4月25日裁判所ウェブサイト

本件は、被告人が深夜就寝中の高齢の女性である被害者宅に侵入し、被害者の頭を押さえつけて起こし、キャッシュカードの所在及び暗証番号を聞き出そうとしたものの、被害者が抵抗したため、被害者を殺害しようと決意し、被害者の頸部を両手で絞めて殺害した事案につき、殺害行為が強盗の機会、すなわち強盗の実行の着手後になされたといえるかが問題とされた事案である。

第一審判決⁽¹⁰⁾では、深夜時間帯に被害者宅に侵入し、就寝中の被害者の頭を押さえつけて被害者を起こそうとする行為は、押さえつける行為自体はそれほど強力なものではなかったとしても、被害者の反抗を抑圧するに十分なものであることを理由として強盗の手段行為に当たるとして、強盗の実行の着手を認め、被告人には強盗殺人罪が成立するとした。

本判決は、被告人の控訴を棄却し、上記事案につき原判決には事実誤認はないとした上で、被告人が被害者の頭を押さえつけた行為は被害者に強度の恐怖心を抱かせるもので、財物奪取に向けられた被害者の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行脅迫であるとして、原判決には法令適用の誤りも認められないとして、原判決の判断を維持した⁽¹¹⁾。

(判例4) 津地判平成26年10月9日LEX/DB 25505513

本件は、被告人が自転車に乗車中の14歳の女子中学生に対し、被害者の意に反して強制的に性交に及ぼうと考え、自らが運転する自動車を故意に追突させ、路上に転倒した被害者に「家まで送る」と偽り、自車に乗せた上で、4.3キロメートル離れた駐車場まで移動し、被害者に対し「したら返してあげる」旨脅迫し、着衣や下着を引っ張り、身体に覆いかぶさる等して性

(10) 東京地判平成29・9・29 LEX/DB 25448954。評釈として、豊田兼彦・法学セミナー765号125頁。

(11) なお、本判決に対し被告人より上告がなされたが、最決平成31・1・8において上告は棄却されている。

交に及ぼうとしたが、被害者が抵抗したため性交に至らなかったところ、これら一連の行為により被害者は傷害を負ったが、それが当初の自動車での衝突によるものか、駐車場での暴行によるものか不明であった事案につき、強姦致傷罪（平成 29 年刑法改正前。現行法では強制性交等致傷罪）の成否が問題となった事案である。すなわち、本件傷害が当初の自動車での衝突によるものと認められる場合、本件自動車を被害者に衝突させる行為が強姦の実行の着手に当たるのであれば、本件傷害につき強姦致傷罪の成立が認められるのに対し、実行の着手に至らなければ強姦未遂罪と傷害罪が別個に成立することになる。

本判決では、被告人が被害者に自動車を衝突させる行為については、それ自体は暴行に当たるものの、被害者が本件車両に乗るとは必ずしも考え難く、また、自動車に乗せる際に特段の強制力を用いておらず、時間的にも間隔があること、本件衝突現場は見通しがよく、通行人に通報される可能性もあったことから、この時点で被告人が被害者を強姦する現実的危険性が生じたとは認められないとして、強姦の実行の着手を否定した。

（判例 5）最判平成 26 年 11 月 7 日刑集 68 卷 9 号 963 頁

本件では、輸出に当たり税関長の許可を要することとされているうなぎの稚魚を、税関長の許可を受けることなく空港での搭乗手続きを行って外国に不正に輸出しようとした行為につき、関税法 111 条 3 項、1 項 1 号所定の密輸出⁽¹²⁾の実行の着手の有無が争われた。

被告人は、氏名不詳者より、スーツケース内にうなぎの稚魚を隠匿し、国際空港を経由して密輸出する犯行に加わるよう依頼された。そこでは、機内預託手荷物については航空会社のチェックインカウンターエリア入口に設けられたエックス線検査装置による保安検査が行われ、検査が終わった手荷物については検査済みシールが貼られることになっていた。このエリアは上記入口以外からは仕切りにより外部から入ることができず、同エリア内にある検査済みシールが貼られた手荷物については、保安検査が終了して問題がな

(12) 本罪の実行の着手時期を論ずる前提として、本罪の既遂時期が問題となるところ、判例・通説によれば、仕向地に向かう船舶ないし航空機に積載された時点だと解されている。植村立郎「関税法」注解特別刑法補巻(3)（1996）52 頁。

かった手荷物として、そのまま機内預託手荷物として航空機に積み込むこととなっていた。他方、機内持込手荷物については出発エリアの保安検査場で保安検査を行うことから、チェックインカウンターエリアでの保安検査は行われていなかった。

このような保安検査体制のもと、被告人らは、衣類在中のダミーのスーツケースを持参して国際空港に赴き、手分けして上記エリア入口での保安検査を受け、検査済みシールの貼付を受けてこれを入手した。その上で、氏名不詳者より受け取った本件スーツケースを受け取り、機内持込手荷物と偽って同エリアに持ち込み、上記検査済みシールを貼り付けた。その後、共犯者において、本件スーツケースを持って航空会社のチェックインカウンターで航空券購入手続きをしていたところ、税関職員に発見され本件犯行が発覚するに至った。

第一審判決⁽¹³⁾は、上記事実につき密輸出の未遂罪の成立を認めたのに対し、控訴審判決⁽¹⁴⁾は、職権判断により、密輸出の実行の着手には当たらず、同予備罪(同条4項)が成立するにとどまるとした。その理由として、本件スーツケースには検査済みシールが貼られたものの、その後航空券購入手続きがなされていたにすぎず、スーツケースはチェックインカウンターエリア内に所在し、運送委託されるには至っていない。本件における実行の着手は、航空会社に対し運送委託がなされた時点、すなわちスーツケースが航空機に搭載される現実的危険性が生じた時点であるところ、運送委託自体に至っていない本件においては実行の着手があったものと認められない、としている。

本判決⁽¹⁵⁾は、職権調査により法令適用の誤りを理由として原判決を破棄し、第一審の判断を維持し控訴を棄却した。その理由として、本件検査体制のもとでは、チェックインカウンターエリア内にある検査済みシールが貼ら

(13) 千葉地判平成25・3・25刑集68巻9号1011頁。

(14) 東京高判平成25・8・6刑集68巻9号1013頁。

(15) 本判決の評釈として、佐伯和也・刑事法ジャーナル44号89頁、松澤伸・法学教室別冊判例セレクト2015—1・24頁、秋吉淳一郎・ジュリスト1489号97頁、金澤真理・平成27年度重要判例解説145頁、二本柳誠・名城ロースクールレビュー43号97頁。

れた手荷物は、航空機積載に向けた一連の手続のうち、無許可輸出が発覚する可能性が最も高い保安検査で問題のないことが確認されたものとして、チェックインカウンターでの運送委託の際にも再確認されることなく、通常、そのまま機内預託手荷物として航空機に積載される扱いになっていたことからすれば、本件スーツケースを、保安検査を回避したまま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、すでに航空機に積載される客観的な危険が明らかに認められるとして、無許可輸出の実行の着手が認められるとしている。

本判決には、千葉勝美裁判官の補足意見がある。それによると、機内預託手荷物に係る保安検査がチェックインカウンターエリア内において行われ、これを回避して検査済みシールが貼られた場合、改めて積載前に検査が行われることもないことからすれば、この時点で密輸出の成功に向けた偽装工作の山場は乗り越えていることに加え、保安検査という、機内への手荷物の運送委託という一連の過程の中でなされた行為であることからすると、密輸出に至る客観的な危険性に加え、構成要件該当行為である機内への運送委託に密接な行為がなされたものとみることができる。

(判例6) 東京高判平成22年4月20日判タ1371号251頁

被告人は、鉄道駅の自動券売機のつり銭口に接着剤を塗り付け、硬貨を接着させることにより駅長占有に係る金員を窃取しようとしたところ、接着剤を塗り付けているところを防犯カメラで駅員に発見され、現行犯人として逮捕されるに至った。

第一審判決⁽¹⁶⁾は、窃盗罪の実行の着手には他人の占有する財産の占有侵害行為に直接に向けられた行為が必要であり、犯人のコントロール下にある一連の行為であることを要するところ、本件では客が券売機を利用することが前提であること、客が利用してもつり銭を取得できるとは限らず、また駅員がつり銭口を定期的に点検していること、接着剤の効果は短時間に失われ塗り直しが必要になることなど結果発生に向けた障害が依然として存するといった事情を挙げた上で、本件計画の下では被告人による接着剤の塗り付け

(16) 東京簡判平成21・12・4。

行為は被告人の意思次第で速やかに占有侵害行為に移行できる段階ではなく、窃盗の実行の着手には当たらないとして、窃盗未遂罪の成立を否定した。

これに対し、本判決⁽¹⁷⁾は、乗客がつり銭を伴う態様で券売機を利用することは日常かつ頻繁であること、接着剤を塗り付ければ相当程度硬貨が附着する可能性があること、駅員による券売機の点検頻度も被告人の犯行計画の下ではそれほどの障害にはならないこと、短時間に塗り直す必要があるとしてもそれは硬貨を確実に取得するために必要だということにすぎず、犯行の障害とまではいえないことを挙げ、結果発生の実現的危険性が高まっていることは否定できず、被告人の意思により占有侵害行為がコントロールできないことは、実行の着手を認めることの妨げとはならない。窃盗の実行の着手は占有侵害行為に限られず、これと密接な行為であって既遂に至る客観的危険性を有する行為に至れば認められるところ、本件接着剤の塗り付け行為はつり銭の取得にとって最も重要な行為であり、ひとたびこれに成功すれば、上記券売機ないし接着剤に係る事情を踏まえると、硬貨の窃取に至る客観的危険性を有するものと認められ、窃盗の実行の着手が認められるとした。

3. 実行の着手と手段行為の関係

①従来の判例の態度

実行の着手と手段行為との関係をめぐっては、以前より、それ自体においては結果を発生させる手段行為とはいえないものの、それに先行する重要な行為がなされるに至った場合において、実行の着手をどこまで認めるべきかという点が問題とされてきたといつてよい。すなわち、形式的客観説の側からは、構成要件該当行為を厳格に解するならば実行の着手には当たらないこととなる場合（例えば窃盗の遂行に当たったの物色行為）に、どこまでこれを緩和して実行行為性を認めるかという形で、実質的客観説の側からは構成要

(17) 本判決の評釈として、本田稔・法学セミナー 696号 135頁、佐藤拓磨・判例セレクト 2011-1・30頁、小島陽介・刑事法ジャーナル 28号 96頁。

件の実現の現実的危険性を判断するに当たり、どの段階まで（例えば侵入窃盗の事案において、犯行場所に侵入してから目的物の所在場所に至るまでの各段階）遡ることを認めるかという形で問われることになる。

この問題については、とりわけ、手段行為に構成要件的制約が存在しない殺人罪・放火罪等と、手段行為が構成要件上明確に限定されている詐欺罪・強盗罪・強制性交等罪とで、判断の在り方が異なっているように思われる。すなわち、殺人罪においては、例えばクロロホルムを吸引させることにより被害者を失神させ、自動車ごと海中に転落させて溺死させる計画を遂行した場合、殺害の直接の手段行為は自動車ごと海中に転落させる行為にほかならないのであるが、本件計画の下では、クロロホルムを吸引させる行為は犯罪の実現にとって必要不可欠であり、これが完了すれば直接の手段行為に及ぶのに特段の障害がなく、かつ、場所的・時間的に接着していることを指摘した上で、構成要件実現の現実的危険性を有する行為がなされたものとして、実行の着手を認めており、直接の手段行為か否かには必ずしも重要性を認めていない⁽¹⁸⁾。放火罪においても、点火行為はもとより火気を発生させる行為がない場合であっても、例えば大量のガソリンを撒布し気化したガソリンが室内に充満するに至らせた場合は、何らかの火気がありさえすれば直ちに出火に至るものとして、実行の着手を認めているのである⁽¹⁹⁾。

これに対し、手段行為に構成要件上の限定がある詐欺罪・強盗罪・強制性交等罪においては、判例は手段行為の開始をもって実行の着手と解する傾向があるように思われる。例えば、自転車競技において出走者が通謀し、事前に投票券の発券を受けた上で、実際に出走して競技を成立させ払い戻しを受ける場合、発券の時点ではなく出走場所に立った時点をもって詐欺の実行の着手としている⁽²⁰⁾が、これは本件詐欺の手段行為が、実際には通謀に基づくものであるにもかかわらず公正に行われた競技であるとの仮装により、投票券による払い戻しを受けるものであることに鑑みるならば、上記偽装の客観化が開始された時点をもって実行の着手と解するものといえる。もっと

(18) 前出註(8)②決定。

(19) 横浜地判昭和58・7・20判時1108号138頁。

(20) 最判昭和29・10・22刑集8巻10号1640頁。

も、被害者をダンプカーに連れ込み、移動後強制手段により性交に及んだ事案においては、ダンプカーに引き込む段階での暴行に着手を認めている⁽²¹⁾。これはそれ自体としてみると暴行であるところ、実際の性交は移動後になされていることから、手段行為としての暴行に先立ってなされた行為につき、すでに性交に至る現実的危険性が生じているとして（平成29年刑法改正前の）強姦の実行の着手を認めているものと解されるが、本件の場合、行為者の計画全体に照らせば、当初の引き込み行為自体により被害者を抵抗困難な状態に置いたまま移動した上で、（さらに現地で手段行為に及ぶにせよ）最終的に性交を実現する、というものであって、当初の引き込み行為自体が手段行為の一部と見る余地があるものと思われる。

②上述の判例の検討

それでは、この点に関して先に述べた近時の判例の態度はどのようなものであろうか。先に取り上げた判例のうち、1・3・4においては、いわゆる二行為犯、すなわち手段となる行為及びそれによって実現される行為とが構成要件上明確に規定されている犯罪類型における着手時期が問題となっている。これに対し、2・6においては窃盗罪が問題となっているところ、ここでは手段行為に明確な限定はないものの、相手の意思に反して占有が移転するという因果経過が必要とされていることから、この点をどのように考慮するかが問題となろう。さらに、5においては税関長の輸出許可を受けずに物品を国外に持ち出す行為が問題となっているところ、ここでは本来行われるべき輸出手続きからの逸脱に本罪の不法を見出すべきことからすれば、やはりこの点との整合性が問題となるといえよう。

(1)二行為犯の場合

まず判例1から検討する。ここでは、被告人は現実に金銭の交付を求める行為に出ているわけではない。その意味において、金銭の交付を求める行為がなされることは本罪の実行の着手にとって必要とはいえないことになる。とりわけ、本判決における山口補足意見においては、詐欺罪のように手段行為が欺く行為に限定されている場合であっても、手段行為自体の開始は実行

(21) 前出註(8)①決定。

の着手の要件として不可欠ではない、とされている。それでは、それに先行する電話での嘘の告知は、詐欺の手段行為と見ることはできないであろうか。

詐欺罪は、虚偽の事実の告知により相手方を錯誤に陥れることで、相手方の交付行為により財物ないし利益を取得する罪であるところ、そこでは単なる財物や利益の移転という事実自体が不法内容をなすのではない。交付行為の基礎となる重要な事実につき、相手方の認識を誤らせることにより、財物や利益の移転が法益侵害性を帯びることとなるのである。この意味における法益侵害の危険性は、単に財物・利益の取得の危険性が生じただけでは足りない。それが法益侵害であることを根拠づけるところの、重要な事実に関する虚偽性が客観化していることが必要となるのである。

そのように考えると、本判例においてはまさに、財物の交付の根拠となる虚偽の事実の告知がなされたことをもって、手段行為としての欺く行為が開始されたとみることができないのではないか。たしかに、通話だけでは被害者による金員の交付が行われることにはならないが、そこで告知された嘘の内容、すなわちすでに発生した被害を回復するために、金銭を用意する必要があるという事情の告知こそが、金員の交付につき法益侵害性をもたらすものであるといえよう。詐欺罪の実行の着手には構成要件上規定された欺く行為の開始が必要であるとの従来の判例の考え方は、やはり維持すべきであるように思われる。

判例3では強盗罪が問題となっているが、ここでは実行の着手の判断に当たり当該行為が強盗の手段行為に当たるかという点が正面から問題とされたうえで、行為の状況や当事者の属性を基礎として手段行為性を肯定することで実行の着手を認めている。強盗罪においても、財物・利益の移転が相手方の抵抗を抑圧された状況でなされることに不法の根拠があること、しかも単に相手の意思に反して移転する場合である窃盗罪と区別すべきことからするならば、その実行の着手の判断に当たっても手段行為性の有無が正面から問題とされるのは妥当であろう。

判例4は（改正前の）強姦罪が問題となっているが、ここでは判例3とは対照的に、当初の衝突行為自体の性質よりも、その後性交を実際に企図する

に至るまでの経緯に照らし、強制下での性交に至る現実的危険性が認められるかが問題とされている。すなわち、当初の暴行の後、一旦強制手段によらないで自車に乗せた後に、改めて暴行を用いて性交に及ぼうとした本件の場合においては、当初の暴行自体の強度を問題とするまでもなく、性交自体ではなく性交が強制下においてなされることを不法内容とする本罪においては、少なくとも強制手段の一部をなすものとしての暴行とはいえない以上、当初の衝突行為に手段行為性を認めることはできず、実行の着手を否定したことは妥当であろう。

このように、手段行為が明示的に限定されているところの二行為犯においては、実行の着手を認める前提として、所定の手段行為の少なくとも一部と認められる行為が開始されていることが求められるものと解されよう。もっとも、このことは、手段行為の一部が開始されさえすれば、直ちに実行の着手を認めるべきだということを意味するものではない。次項で論ずるように、未遂の処罰根拠が構成要件充足の現実的危険性に求められる以上は、それだけで直ちに実行の着手を認めるべきではなく、そのような現実的危険性を生ずるに至らない場合においては、なお実行の着手を否定すべきであろう⁽²²⁾。

(2)窃盗罪の場合

一方、窃盗罪においては、特定の手段行為が用いられることにより財物が移転することを不法内容とするものではなく、むしろ相手の意思に反する占有の侵害を介して財物が移転するという、因果経過の態様が法益侵害性を基礎づけるといえよう。

そのように考えるならば、窃盗罪においては、手段行為と評価されうる行為の開始という構成要件の限定は必ずしも必要とはいえないように思われる。すなわち、「窃取」という行為に着手したといえるためには、占有侵害の開始、言い換えると占有の弛緩を惹起したといえることは、必ずしも必要

(22) この点に関して、最判昭和54・12・25は、拘禁場の損壊を手段とする加重逃走罪の着手時期につき、逃走の手段としての損壊が開始されれば本罪の実行の着手が認められるとしているが、形式的に損壊の事実があっても、逃走の現実的危険性を生ずるに至っていない場合においては、なお本罪の未遂を認めるのは失当であるように思われる。

ではないものと解される。

例えば判例2においては、実際に行為者が被害者宅を訪問して、隙があれば直ちに目的物の占有を侵害しうる状況に至っている必要はなく、どのような形であれ、行為者において目的物を窃取しうるに至る可能性の高い状況へと至らせたのであれば、窃盗の実行の着手を認めることに問題はないように思われる。

他方、判例6においても、券売機を実際に利用する者がいて、つり銭が生ずるに至って初めて占有の移転が現実化することになるが、本件塗り付け行為自体により占有移転に向けた可能性が相当程度認められるのであれば、占有侵害自体の開始に至らなくとも、窃盗の実行の着手を認めうると解したもののいえよう。

(3)密輸出（その他通関手続きに係る行為）の場合

ここでは、許可を受けることなく、すなわち、物品の輸出に際して本来なされるべき手続きを免れた上で物品の輸出に及ぶことが、本罪の不法内容であるといってよい。そのように考えるならば、ここでは密輸出に至る可能性の高い状況を生じさせたことでは足りず、物品の輸出に向けた手続きに際して、本来なされるべき手続きからの逸脱が現実化することが実行の着手を認めるために必要であると思われる。

そのように考えた場合、判例5についてどのように評価するかが問題となる。ここで、密輸出の実行行為を、輸出に用いる交通機関への積載ととらえるのであれば、本件の場合、実行の着手があるといえるためには、目的物の積載に向けた行為が開始されることが必要であるところ、本件では機内預託手続きが開始されていない以上、その意味における実行行為は開始されていない、と見ることもできるからである。しかし、機内預託手続きに先立ってチェックインカウンターエリアに入る際に行われるべき保安検査自体、すでに物品の輸出に当たり本来的になされるべき手続きの一環としての性格を有するものといえるのではないか。その段階で不正の工作により、検査済みシールを実際には検査を経ないスーツケースに貼り付けるのであれば、すでに正規の輸出手続きからの逸脱状態は現実化しており、ここに密輸出の実行行為自体が開始されているものと解することもできよう⁽²³⁾。本判決にお

ける千葉裁判官の補足意見が、機内への手荷物の委託手続きという一連の流れの中で本件行為が行われていることを指摘しているのも、以上のように実行行為自体が保安検査の段階で開始されるに至っている、と解することの手掛かりになるように思われる。

なお、同様の議論は、逆に密輸入に係る実行の着手時期をめぐる問題⁽²⁴⁾についても妥当するに思われる。例えばスーツケースに入れた輸入禁制品を、税関検査をくぐることにより持ち込もうとする場合⁽²⁵⁾においては、当該目的物が隠置されたスーツケースにつき税関検査が開始されることまでは必要ではなく、税関が設置されている空港に到着の上禁制品を隠置したまま搬出する行為自体、すでに正当な輸入手続きからの逸脱が認められるものとみることができよう。他方、覚醒剤を、税関を通すことなく、海中に投下して漁船で回収し漁港から陸揚げすることにより密輸入する場合⁽²⁶⁾においては、税関を経由することが予定されない漁船に回収させるべく、禁制品である覚醒剤を海中に投下すること自体、正当な輸入手続きからの逸脱を認めよう。もっとも、これらの場合において、実行の着手を認めるためには通関線を突破すること、すなわち税関検査を免れた上でこれらの目的物を国内に持ち込むことに向けられた現実的危険性が生ずることが必要であることに注意する必要がある。この点については次項において触れる。

(23) 同様の理由により、例えば、外国に向かう船舶自体ではなく、別の船舶に一旦積載し、その後積み替える形で密輸出についても、当初の積載の時点で本来なされるべき手続きから逸脱した輸出行為自体は開始されているとみるべきであって、その上で、積替に至る現実的危険性が生じているかを問題とすべきこととなろう。最決昭和32・7・19刑集11巻7号1987頁参照。

(24) この問題については、拙稿「不正輸入をめぐる刑事責任についての考察」上智法学論集59巻3号41頁以下参照。

(25) このような事案につき、関税法上の禁制品輸入罪の実行の着手を認めた判例として、最決平成11・9・28刑集53巻7号621頁。

(26) このような場合につき、関税法上の禁制品輸入罪（及び覚醒剤取締法上の覚醒剤輸入罪）の実行の着手を否定した判例として、最判平成20・3・4刑集62巻3号123頁。

4. 実行の着手と結果発生の危険の意義

実行の着手が認められるためには、すでに述べたように、当該犯罪類型の不法を基礎づける所定的手段行為が規定されている場合は、そのように評価されうる行為がなされることが最低限必要であるが、それだけでは結果発生の実現的危険、すなわち法益保護の見地から結果不発生にもかかわらず当該行為を処罰する実際的必要性が認められるとは限らない。ここに、未遂としての処罰を認めるためには、いかなる意味において結果発生に至る危険が認められることが必要か、ということが問題となるのである。

ここでは第一に、未遂の成立を基礎づける結果発生の実行の危険は、当該行為自体の危険をいうのか、あるいは結果が発生しそうなことをいうのか、という問題がある。第二に、危険発生の実行の判断に当たり、結果発生の実行的切迫性を重視するのか、あるいは結果発生の実現性ないし蓋然性を重視するのか、ということが問題となる。

第一の点については、いわゆる離隔犯における実行の着手時期をめぐる問題とされてきた。すなわち、離隔犯において発送時に実行の着手を認める見解は、行為自体の危険を重視するのに対し、判例の立場⁽²⁷⁾でもあるところの受領時に実行の着手を認める見解からは、相手方において結果発生の実行の危険が生じたこと、すなわち結果としての危険の発生を重視する、というものである。ただ、判例1・2において問題となったいわゆる特殊詐欺ないしこれに類する窃盗の事案のように、犯罪の遂行が段階を追って進められ、それにつれて結果発生へと危険が高まっていく場合においては、行為者の行為が当初の爆弾設置行為で終了し、あとは成り行きに任せる場合と異なった考慮が必要となる。すなわち、爆弾を設置するだけの場合と異なり、どの段階の行為がなされれば行為自体の危険が備わったといえるかが問題となり、他方、結果としての危険を重視する立場からは、成り行きに任せるのではなく

(27) 大判大正7・11・16刑録24輯1352頁、宇都宮地判昭和40・12・9下刑集7巻12号2189頁。

計画的に事態を見守りながら順を追って犯行計画を進めていく場合の方が結果発生の確実性はより早い段階で高まるといえないか、という点が問題となるからである。

この点に関しては、判例1においては、二度にわたる電話により告げられた嘘により、被害者が重要な事実関係につき錯誤に陥ったまま金員を交付する危険性が高まった点をとらえ、遅くとも二度目の電話により詐欺の実行の着手が認められるとしている。すなわち、実際に被告人が被害者宅を訪れるところまでは必要ではない、ということであるが、一度目の電話ですでに結果発生に至る危険を認める趣旨であるか否かは明らかでない。ただ、二度目の電話の時点ではすでに被告人が被害者宅をこれから訪問する段階に至っているのに対し、一度目の電話では単に金員を必要とする事情について偽っているにすぎず、この段階では行為としての危険は認めることができても、結果としての危険を認めることは、受領時説をとる判例の見解からは困難であるものと思われる。また、判例2においては、やはり被告人が被害者宅を訪れるには至っていないものの、被害者宅付近で待機していたこと、訪問すれば直ちにキャッシュカードの入った封筒を持って来させうえて、印鑑を採りに行く際にこれをすり替える見込みが高いことを考えると、結果としての危険の発生を認めることが可能であろう。

なお、先に述べた禁制品の密輸入の事案においては、密輸入に係る行為自体は、それぞれ航空機からの搬出行為や、海中への投下行為によって開始されているとみることができるが、実際に税関検査を免れた上でこれらの物件を輸入するに至る危険性は、入国手続きを経て税関を通過することにより持ち込む場合は少なくとも通関手続きをなしうる段階に至っていること、税関を通過せず漁港等から持ち込む場合においては船舶等が到着し陸揚げ可能な段階に至っていることが必要であろう⁽²⁸⁾。前者の場合においては、例えば

(28) したがって、入国審査前の段階で密輸入の実行の着手を認めた前出註(25)決定については、入国審査が密輸入の実現にとってどの程度障害と位置づけることができるかにもよるが(具体的事案においては、行為者は入国審査に当たり上陸拒否に至っている)、反対の結論をとる余地もあろう。他方、海中への覚醒剤の投下につき、密輸入の実行の着手を否定した前出註(26)判決については支持できよう。

税関検査に先立つ入国手続きにおいて入国拒否の処分を受ける可能性があること、また、後者の場合においては、海中に投下した覚醒剤の回収は一般的には容易ではなく、犯行の成功はその成否にかかっているといえること、また回収できたとしても陸揚げすべき場所をどのように選定するか、といった事情が障害となり得るからである。

一方、判例6においては、情を知らないまま券売機を利用する者の行為が介在することが前提となっていることから、離隔犯の場合に類似する面が認められるところ、券売機を利用する行為がなくとも接着剤の塗り付け行為があれば窃盗の実行の着手があるものとしている。これは離隔犯に関する従来の判例の見解に反して、発送時説に親和的な態度と見ることができるものの、本判決では券売機の利用状況や駅員による点検の実態、接着剤の効果等を勘案した上で、硬貨を窃取するに至る現実的危険性が認められるとしているのであって、着手時期を繰り上げてはいるものの、あくまで結果としての危険を問題としているものと解することもできるように思われる。

第二の点については、先に述べたクロロホルムを被害者に吸引させた後、海中に転落させて溺死させる計画の事案⁽²⁹⁾において挙げられている事情が重要である。すなわち、一方で吸引させる行為と転落させる行為の間に時間的間隔がそれほどなく、したがって結果の発生が時間的に切迫しているということ、他方で本件計画の遂行において吸引させる行為が必要不可欠な重要性を有しており、かつこれに成功すれば転落させる行為に向けた特段の障害がなかったことを挙げている。ここでは、結果発生の時間的切迫性という要素と、結果発生の蓋然性、より詳細に見ると、犯行計画の重要部分の実現及び結果発生に向けて障害となる事情の不存在という要素とが考慮されているといえよう⁽³⁰⁾。この点に関して、上記判例はどのような態度をとっている

(29) 前出註(8)②の事案。

(30) 同じく殺人罪における実行の着手が問題となった上述註1③判決についても、殺害しようとした被害者が身体的に俊敏であることから、まず自動車で衝突して攻撃が容易な状態にした上で、直ちに被害者を刃物で刺突した事案であって、衝突行為から刺突行為まで時間的に接着していることから時間的切迫性が認められ、かつ衝突行為により犯行計画の重要部分が実現されその後の行為への障害も減少したことから、結果発生の蓋然性が認められる事案だといってよいであろう。

であろうか。

判例1・2については、被告人が金銭の受領ないし封筒のすり替えに向けて被害者宅に向かい、あるいは付近で待機していたことからすると、受領行為ないしすり替え行為との関係で時間的切迫性は十分に認められ、かつ目的物である現金ないしキャッシュカードが被害者の手元に用意されるに至っていること⁽³¹⁾、金員の交付やキャッシュカードの提示の根拠となる事情についての告知は完了していることから、重要部分の遂行及び障害の不存在という点も認められるといえる。判例3については、キャッシュカードの取得に向けた時間的切迫性や、障害の不存在という事情には特段言及されていないが、被害者の自宅に侵入し被害者の抵抗を抑圧するに足りる手段を講じている本件においては、結果発生の時間的切迫性及び蓋然性のいずれもが認められることは多言を要しないであろう。判例5においても、機内預託手続きが速やかに行われ、それによって輸出目的物が機内に搬入されるまでの時間も短時間であり、他方本来行われるべき保安検査が回避されたことから、犯行計画の重要部分が遂行され、かつ実現に向けた障害も存在しなくなったといえる。

一方、判例6においては、被告人にとって必要な行為は接着剤の塗り付けと硬貨の回収のみであって、上記事情に照らせば接着剤の塗り付け自体に重要な意味が認められる。だが、つり銭を伴う券売機利用者が現れるかについては、券売機の利用の実態からすればいずれは結果発生に至る危険性はあるとしても、時間的切迫性という観点からはなお不確定的だといえよう。他方、接着剤が短時間に効果を失うことや、頻度が低いとはいえ駅員による監視がなされていること等は、結果発生に向けた障害となりうることは否定できない。この意味において、本判決は時間的切迫性、障害の不存在という要素を、ある程度緩めているように思われる。この事案においては被告人自身

(31) ただし、上述註(8)④判決においては、電信電話債券を引き受けている電話加入者に対し、不正売買の調査だと偽って債券の呈示を求めた上で、盗難防止対策のためと偽って預かると告げて詐取する計画であった場合、当初債券の呈示を求めた時点で被害者が手元に債券を所持していなかった場合であっても、その時点で詐欺の実行の着手を認めており、その限りでは重要部分の遂行の程度を緩和している場合だといえよう。

が現場で事態の推移を見守っており、つり銭を伴う利用者があれば直ちに回収できる状況にあること、また接着剤を随時塗り直す意図であったことから、結果発生の確実を期すための措置がなされていたことが危険性判断において考慮されているように思われる。

なお、実行の着手を否定した判例4の事案において、仮に自動車で衝突した直後に被害者を強制的に自転車に引き入れ、反抗困難な状態においたまま移動し、その後性交に及んだとした場合、結果発生の危険はどのように判断されるかという問題がある。判例は、先に挙げたダンプカーへの引き込みの事案⁽³²⁾において、移動後に性交に及ぶ意図であっても引き込みの時点で結果発生の危険を認めているところ、ここでは結果発生に向けた障害が欠けること（これに対し判例4では、結果発生の障害となる事情についても指摘している）、当初の引き込み自体に犯行計画全体から見て重要な意義が認められることが重視され、時間的切迫性は重視されていないように思われる。もっともこの場合、状況によっては車内で直ちに性交に及ぶことも容易であると考えれば、潜在的には時間的切迫性が認められる場合であると言えなくもない⁽³³⁾。この点については行為者の計画をどのように考慮するかということと関連することから、次項で検討する。

以上に述べたように、近時の判例においても、実行の着手時期との関係で結果発生の危険を判断するに際しては、結果発生の時間的切迫性及び、重要

(32) 前出註(8)①の事案。

(33) なお、同じく強制性交等の目的で被害者を自動車に引き込もうとした事案につき、軽自動車にすでに3名が乗車しているところへ被害者を引き込もうとしてもそれ自体かなり困難であること、被告人以外の同乗者がその際協力的でなかったことを理由に、実行の着手を認めなかった事例として、京都地判昭和43・11・26があり、同様の目的で被害者をラブホテルに連れ込んだうえで性交に及ぼうとした事案につき、現場がラブホテルの敷地内であって、行為者の暴行の強度をも考慮すれば被害者がホテル内に連れ込まれて性交に至る危険性が高いということを理由に、連れ込みのための暴行の段階ですでに実行の着手が認められるとした事例として、東京高判昭和57・9・21判タ489号130頁がある。これらの事案においては結果発生に向けた障害の有無が主として問題とされているところ、前者については仮にある程度の危険性が認められたとしても車内で直ちに性交に及ぶことは困難で、時間的切迫性を認めがたい場合であること、後者については結果発生の蓋然性を認めれば、性交が予定された場所までの距離が至近であって時間的切迫性も十分に認めうるということが指摘できよう。

部分の遂行・障害の不存在といった要素が考慮されているといえよう。

5. 実行の着手と行為者の主観

そこで、次に問題となるのは、実行の着手時期の判断に当たって、行為者の主観をどこまで考慮するか、という点である。

この点に関しては、まず、未遂罪の成立を認めるに当たって、罪名を特定するためには何罪の故意であるかを認定する必要がある、ということが言われる。人と財物の間を発射した銃弾が通過した場合、殺人未遂が成立するかそれとも（不可罰である）器物損壊の未遂に過ぎないのか、ということが問題になる場合、行為者が殺人の故意なのか器物損壊の故意なのかを確定しなければ判断できない、というのである。

そのこと自体については、異論はないであろう。ただその場合、客観的にはその人が死亡する結果発生危険は発生しており、責任主義の原則に基づき、責任要素としての故意がなければ当該罪の未遂は成立しないということに過ぎないものと解することはできよう。この場面においては、故意の有無によって結果発生危険が基礎づけられるものではないものと解される。

これに対して、犯罪の遂行に向けて必要な行為に取り掛かったが、なお残余の行為に及ぶ必要がある場合において、当該残余の行為に関する行為者の意図・計画をどのように考慮するかという点は、結果発生危険判断との関係で重要な意味を有する。例えば相手方に暴行を加えた場合において、その気になれば直ちに財物を強取する状況であったとしても、行為者の目的が専ら性交等であった場合においては、強姦性交等の結果発生危険を認められても、強盗の結果発生危険が認められるとは言い難いのではないか、ということである。

この点に関しては、判例2において、主位的訴因は詐欺未遂罪で、予備的訴因は窃盗未遂罪で起訴されていたところ、被告人らの計画した内容は詐欺ではなく窃盗に当たるとした上で、予備的訴因につき未遂の成立を認めたことが注目される。すなわち、行為者の意図した犯行計画に照らせば、本件被告人の行為は詐欺未遂ではなく窃盗未遂だとしているのである。ここでは、

すでに客観的に実現された事実だけでは、いずれの結果発生の危険が生じているのか判断できない。また、判例4の事案において、被害者に自動車で衝突した時点で強制性交等罪の実行の着手まで認められるか、わいせつ目的略取の実行の着手に止まるのかについては、やはりその後に強制的に車内に連れ込む意図であったか、本件のように連れて帰ると偽って乗車させる意図であったかによって異なると言わざるを得ない。こうして、すでになされた行為に加え、これからどのような行為に出ることが見込まれるかを前提とした上で、何罪の未遂が成立するかを判断する必要がある場合が認められよう。

それでは、行為者の計画が、実行の着手に関して時間的に影響を及ぼすことを認めるべきであろうか。従来の判例は、行為者の計画・関心を理由に、実行の着手時期を後ろ倒しにすることには消極的であったように思われる。例えば、すでに述べたように、強制性交等に及ぶ意図でダンプカーに被害者を引き込む場合、性交自体は移動後に行う意図であったとしても、引き込みの時点で実行の着手を認め⁽³⁴⁾、また、閉店後の電気器具店に侵入して商品の存在を認めたが、現金を取りたいと考えレジスターに向かいかけた時点で実行の着手を認めている⁽³⁵⁾のは、行為者の計画よりも結果発生の潜在的危険性、すなわち直ちに性交に及ぶ可能性ないし陳列商品を窃取する可能性に着目しているように見える（ただし、後者の事案については、閉店後の店舗であることから、レジスターの所在を意識してそちらに向かい始めれば、現金取得の現実的危険性を認めうるともいえよう）。しかしながら、行為者の計画によっては、直ちに残余行為に及ぶことが最初から問題とならないような場合（例えば移動後に性交に及ぶ計画である場合において、その場所や時間が共犯者とあらかじめ申し合わせており、遂行の前倒しが問題とならない場合）や、行為者において残余行為に及ぶか否かが未確定である場合（放火のために必要な媒介物を撒布したが、相手方の出方によっては中止する余地を残していた場合）には、そのような事情を考慮の上、着手時期を遅らせる余地もあるのではないかと思われる。

(34) 前出註(8)①決定。

(35) 最決昭和40・3・9刑集19巻2号69頁。

その一方で、先に検討した近時の判例においては、実行の着手を肯定するに当たり、計画の内容を重視した上で、計画の確実性や、その進捗状況が順調であることに着目しているようである。このことは、とりわけ判例1・2について妥当するようと思われる。すなわち、行為者の計画に即して以後の状況を予測するならば、現金の交付ないしキャッシュカード在中の封筒のすり替えという形で目的物の取得の見込みが高い、という判断である。

このように、行為者の計画に踏み込んで構成要件実現の危険性を判断するという枠組みに対しては、着手時期の判断が不明確になるとか、着手時期が早きに失することになりやすいといった批判もあり得よう。しかしながら、これらの事例にみられるように、現在における犯罪現象は、往々にして綿密な計画のもと組織的に、用意周到に行われる場合が少なくないのである。このような犯罪現象に対して早期に対応するためには、行為者の犯罪遂行計画の確実性や、計画が順当に進捗しているといった事情が認められるのであれば、実行の着手を基礎づける構成要件実現の危険性を認める方向での判断がなされることが妥当ではないだろうか。もとより、行為者の主観を、行為者の危険性や、犯意の明確性といった、主観説が重視するところの要素として考慮すべきではないが、現在における犯罪現象への適切な対応の必要性に鑑みるならば、やはり実行の着手の判断に当たっては行為者の計画内容に照らした結果発生危険の判断が欠かせないように思われる。

6. 結語

以上、実行の着手をめぐる近時の判例を素材として、これに関する解釈論上の問題点について、試論を述べた。すなわち、実行の着手を認めるに当たっては、まず当該犯罪類型においての所定の手段行為・実行行為が要件とされる場合は、その開始が前提となるべきこと、しかしながら実行の着手時期は結果発生危険性判断が重要であるところ、その判断に当たっては結果発生危険性の蓋然性、すなわち犯罪実現に向けて重要な行為の遂行・障害の不存在といった事情に加え、結果発生危険性の時間的切迫性が考慮されるべきこと、以上の判断に当たっては、行為者の計画を含む主観面の考慮が欠かせないことを改

めて確認しておきたい。

冒頭に述べたように、実行の着手は、本来の構成要件を充足する以前の段階に処罰を拡大するとともに、そこから生じたさらなる結果について、既遂あるいは結果的加重犯等のより重い罪責を問うという重要な意義を有する。その判断に当たっては、現代における犯罪現象の実態を踏まえた検討が一層重要になるところ、今後引き続き、判例の動向を踏まえながら、問題点についての考察を続けていくことが必要であろう。

(本学法学部教授)