

# 実行の着手と実行行為

佐藤拓磨

- 一 実行の着手の判断基準をめぐる判例・学説の状況
- 二 ドイツの判例における直前性基準
  - (一) ドイツ刑法二二条と直前性基準
  - (二) 個別の犯罪における未遂の成立時期
  - (三) 小括
- 三 実行の着手と実行行為
- 四 今後の課題

## 一 実行の着手の判断基準をめぐる判例・学説の状況

実行の着手時期の判断に関しては、大きく分けて、①何を基準にその判断を行うべきか、②実行の着手を判断する際の基礎事情として、行為者の主観面を取り込むべきか、取り込むとすればどの程度具体的な主観的状況まで考慮すべきか、という問題がある。このうち、②の問題については別稿で論じ、<sup>(1)</sup>実行の着手時期の判断においては行為者の犯行計画を基礎とすべきだということを示した。本稿では①の実行の着手の判断基準に関する問

題につき、若干の考察を行うことにしたい。

実行の着手の判断基準をめぐっては、現在、厳格な意味での形式的客観説は支持を失っており、実質的客観説が通説である。もっとも、実質的客観説に対しては、次のような批判がなされている。すなわち、「危殆化規準の採用については、それにより処罰根拠論との一貫性が確保されるかもしれないが、法規の文言との矛盾が生じないかとの疑問が提出される。何故なら、刑法四三条が、結果発生に近接した一定の行為の開始——実行の着手——を可罰的未遂の要件としているにも拘わらず、それを危殆化規準に代替することは、予備段階の行為であっても結果発生が確実であれば可罰的とされることを意味することである。」<sup>(2)</sup>という批判である。この見解は、四三条の「着手」という文言による制約を重視し、「実行」を各則の構成要件に書かれている動詞にあたる行為と解した上で、「着手」をこのような意味での構成要件該当行為の直前に位置する行為と理解する。そして、直前行為といえるかどうかの判断基準として、①行為と結果発生との間の時間的近接性と、②行為と結果発生との間の行為経過の自動性という二つの基準を挙げ、このうちのどちらかが満たされれば着手は認められるとするのである。<sup>(3)</sup>

そこで、最近では、実質的客観説においても、危険性のみを基準とするのではなく、それに加えて「密接性」等といった形式的な基準による限界設定に意義を認める見解が多くなっている。<sup>(4)</sup>理論的な出発点の違いを度外視すれば、近時の有力説は、構成要件該当行為の一部開始がなくとも実行の着手を認めることで、形式的客観説より未遂犯の成立範囲を拡張する一方、実行の着手を認める範囲を構成要件該当行為に密接する行為に限定することにより、未遂犯の成立範囲の過度の拡張を防ぐことを企図するといふ共通項を有するものといえよう。

判例においても、このような近時の有力説に沿うような判断を示したものが現れている。最決平成一六年三月二二日は、<sup>(5)</sup>被告人らが、保険金目当てに被害者を事故死にみせかけて殺害しようと考え、実行犯三名を巻き込ん

だ上、まずクロロホルムを使って被害者を失神させ（第一行為）、その後、自動車で被害者を別の場所に運び、自動車ごと被害者を水中に転落させて溺死させる（第二行為）ことを計画し、これを実行して被害者を死亡させたが、被害者の死因がクロロホルム吸引による呼吸停止等であるのか、でき水による窒息なのかが特定できなかったという事案につき、殺人罪が成立するか否かの判断の前提として、クロロホルムを吸引させる行為を開始した時点で殺人の実行の着手が認められるかを問題にし、この点について以下の通り判断した。

すなわち、実行犯三名の殺害計画によれば、「第一行為は第二行為を確実かつ容易に行なうために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があつたものと解するのが相当である。」としたのである。

本決定（以下、平成一六年決定ということがある）の意義としては、①いわゆる「早すぎた結果発生」といわれるケースの処理につき、結果を惹起した行為の時点で犯罪が既に未遂段階に至っていたか否かを問うというアプローチを採用したこと、②実行の着手を判断する際に、行為者の犯行計画を考慮したことも挙げられるが、本稿との関係では、③実行の着手を肯定する理由として、第一行為と第二行為との間の「密接性」、及び第一行為を開始した時点での「客観的な危険性」に言及したこと、④「密接性」ないし「客観的な危険性」を肯定する根拠として、(i)第一行為が第二行為を「確実かつ容易に行なうために必要不可欠なもの」であること、(ii)第一行為後の「障害の不存在性」、(iii)第一行為と第二行為との間の時間的場所的接近性という三つの要素を挙げたことが重要である。

また、名古屋高判平成一九年二月一六日<sup>(7)</sup>は、同様に殺人罪の実行の着手が問題となった事案につき、前記平成一六年決定と同様の手法によって着手の有無を判断した。事案は以下の通りである。

被告人は、一方的に思いを寄せている被害者を殺害して自分も死のうと考えたが、被害者がソフトボールの経験を有すると聞いていたことなどから、殺害方法として、身のこなしが速い被害者の動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させ、その上で包丁で刺す、という計画を立てた。被告人は、この計画を実行に移し、自動車で乗って被害者を待ち伏せた上、被害者を認めるや、自動車を発進させ、時速約二〇キロメートル程度の速度で被害者の右斜め後方から車両前部を衝突させたが、立ち上がりとうとする被害者の顔を見て、殺意を失うに至り、その後の犯行の継続を放棄した。本件では、実行の着手の有無と、中止未遂の成否が争点となったが、実行の着手について以下のように判断した。

「被告人は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女を刃物で刺し殺すという計画を立てていたところ、その計画によれば、自動車を同女に衝突させる行為は、同女に逃げられることなく刃物で刺すために必要であり、そして、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて同女を転倒させた場合、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく、自動車を衝突させる行為と刃物による刺突行為は引き続き行われることになっていたであって、そこには同時、同所といってもいいほどの時間的場所的接近性が認められることにも照らすと、自動車を同女に衝突させる行為と刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為といふべきであり、被告人が自動車を同女に衝突させた時点で殺人に至る客観的な現実的危険性も認められるから、その時点で殺人罪の実行の着手があったものと認めるのが相当である。」(傍点筆者)

平成一六年決定で挙げられている「密接性」及び「客観的危険性」の意義につき、平成一六年決定の調査官解説は、次のように説明している。すなわち、実行の着手時期の判断においては、「刑法四三条の文言上の制約か

らくる『密接性』の基準と、未遂犯の処罰根拠から導き出される『危険性』の基準の双方を考慮に入れる必要がある」とした上で、「……ある行為が当該犯罪の構成要件該当行為に密接な行為であり、かつ、その行為を開始した時点で既に当該犯罪の既遂に至る客観的な危険性があると評価できるときには、その時点で当該犯罪につき実行の着手があったと認めるのが相当」だとするのである。<sup>(8)</sup>このような考え方が、近時の有力説との親和性を有することは明らかであろう。

このような判例・学説の傾向は、実行の着手判断を限定的に行おうという望ましいものであるようにも思える。しかし、このような考え方は、一方で、これまで極めて厳格であったとされる我が国の着手判断を拡張する契機も含んでいる。というのは、実行の着手を実行行為から切り離し、これに「密接行為」にまで着手を認めることは、たとえば結合犯のような犯罪類型については、従来よりも未遂犯の成立時期を拡張することにつながるからである。

結合犯の着手時期については、従来、手段行為の開始によつて実行の着手が認められるとされてきた。<sup>(10)</sup>また、結合犯に限らず、構成要件上手段たる行為が特定されている犯罪についても同様に理解されていたといえる。<sup>(11)(12)</sup>このような考え方が通説的である背後には、実質的客観説に分類されている論者の中でも、実はかなりの部分が、実行の着手時期の前倒しの限界の問題の局面においては、「実行の着手＝実行行為の一部開始」という枠組は維持している<sup>(13)</sup>という事情があるように思われる。しかし、実行の着手を構成要件該当行為に密接する行為にまで認め得るとした場合、このような制約に服する理由はない。手段とされる行為に「密接する行為」(たとえば、暴行・脅迫に密接する直前行為)にまで着手を認めることができるはずである。<sup>(14)</sup>このことは未遂犯の成立範囲の問題だけにとどまらず、結果的加重犯の成立範囲の問題にも関係する。すなわち、強姦等致死傷罪のように、基本犯の未遂から加重結果が生じた場合にも成立することが条文上明らかな結果的加重犯や、解釈上未遂段階から加重

結果が発生した場合にも成立が認められるとされている強盗致死傷罪<sup>(15)</sup>などについては、基本犯の未遂の成立範囲の拡張が、その成立範囲の拡張につながり得るのである。このことは、判例が結果的加重犯の加重結果につき過失を要求していないこと、また因果関係が認められる範囲を極めて広く解していることを考え合わせれば、看過し難い問題であるように思われる。

さらに、実行の着手を構成要件該当行為に密接する行為にまで認めることは、殺人罪のように手段行為が特定されていない犯罪においても、実行の着手時期の早期化につながるように思われる。次のような例を考えてみよう。Xは、半同棲中の恋人Aの存在が疎ましくなったので、A殺害を決意した。Xは、Aから部屋の合鍵を渡されていたので、Aの部屋に自由に入ることができた。また、Aがいつごろ仕事から帰宅するのか、何時ごろに就寝するのかなど、Aの生活パターンについても熟知していた。某日、XはA殺害を執行することとし、凶器を隠し持った上、深夜、合鍵でAの部屋に侵入し、Aが寝ているベッドの傍らまで行ったが、Aの寝顔を見て翻意したという事例である。このような事例につき、実行の着手時期を密接行為にまで拡張し、平成一六年決定が示した「必要不可欠性」、「障害の不存在性」、「時間的場所的近接性」といった基準によって判断した場合、殺人罪の実行の着手を否定する理由はないように思われる。しかしながら、おそらく多くの見解は、このような場合に殺人罪の実行の着手を認めることに躊躇をおぼえるのではないかと思われる。従来、殺人罪の実行の着手が認められる例としては、「殺人の意思で被害者に対して銃の狙いを定めるとか、刀を振りかざす」<sup>(16)</sup>行為が挙げられてきたが、先ほどの例では、Xはこのような「殺す」行為の開始にあたる行為をしたとは言い難いだろうからである。

もつとも、近時、平成一六年決定や前記名古屋高裁判決のように、比較的早い段階で殺人罪の実行の着手を認めたと例が現れており、学説上もこの結論に明示的に反対する見解はそれほど多くない。<sup>(18)</sup>しかし、その際、結論を

支持する理由として、着手の有無が問題となった行為それ自体が有する危険性に着目する見解があることに注意すべきである。たとえば、井田良は、平成一六年決定を評して次のようにいう。「この事案については、行為者の計画の全体を考慮した上で、第一行為そのものが危険な行為であり、直前行為として第二行為との間に連続性を肯定し得ること（中略）、第一行為に成功すれば、第二行為に出ることは容易なものとなる（障害が除かれる）ことに注目する限り、第一行為の時点で殺人の実行の着手を認めた結論をkarouじて支持することができる」（傍点筆者）とする<sup>(19)</sup>。このような見解は、平成一六年決定における「第一行為」が、それ自体生命に対する危険性を有している（「殺す」行為の外形を有している）こと、及び「第一行為」と最終的な殺害行為とが連続性を有していることを根拠に、「殺す」行為の拡張解釈を試みるものと理解することも可能であろう。したがって、このような考え方にした例えば、平成一六年決定や前記名古屋高裁判決のような事案では殺人の実行の着手は肯定できるが、先ほどの設例のXについては、いまだ着手は認められないことになろう<sup>(20)</sup>。このような考え方の妥当性は後に検討するが、ここで指摘したいのは、実行の着手を密接行為にまで拡張することは、この場面でも従来よりも実行の着手時期を早期化する方向に至るであろうということである<sup>(21)</sup>。

以上のことに関連して、次の点も念頭に置く必要がある。すなわち、従来の通説であった実行行為を柱とする犯罪論体系が、「実行の着手＝実行行為の一部開始」という観点のもと、犯罪論上の一定の論点との関係で、（それぞれ有力な反対説はあるものの）実行の着手に重要な意義を与えていたということである。たとえば、①実行行為は因果関係の基点として意味を有するとされ、予備行為から結果が発生した場合には故意既遂犯は成立しないとする一方、実行の着手段階の行為から結果が発生した場合には、当該行為と結果との間に刑法上の因果関係が認められる限りで、因果関係の錯誤を特に問題とすることなく、故意既遂犯の成立を認めてきたこと、②責任能力は実行行為の時に存在しなくてはならないとされ、かつ、それで足りるとされてきたこと、③さらに、共犯か

らの離脱が問題となる場合で、実行の着手前の離脱か、着手後の離脱かが分けて論じられてきたことなどである。実行の着手を密接行為にまで拡張することは、このような枠組みにも再考を迫ることにつながるといえよう。

以上のような問題意識から、以下では次の二点について考察したい。まず、実行の着手を密接行為ないし直前行為にまで拡張し、その判断を平成一六年決定や修正された形式的客観説の示す基準にしたがって行った場合、理論上、どの程度まで未遂犯の成立範囲が拡張され得るのかである。これについては、条文上、構成要件該当行為の直前行為についても未遂を認めることが明示されており、かねてから我が国の平成一六年決定や修正された形式的客観説と類似の基準を用いて未遂の成立時期を判断しているドイツの判例を参照し、そこにおいて予備と未遂の限界線がどのあたりに置かれているのかについてみてみたいと思う。修正された形式的客観説の発想がドイツの影響を少なからず受けていること<sup>(22)</sup>もあわせて考えれば、このような作業を行うことにも意義が認められよう。そして、次に、これを踏まえて、実行の着手を密接行為ないし直前行為にまで拡張することの当否について検討したい。

## 二 ドイツの判例における直前性基準

### (一) ドイツ刑法二二条と直前性基準

ドイツ刑法典において、我が国の刑法四三条に相当する規定は、二二条である。同条は、「概念規定」との標題の下、次の通り既定している。

「その行為についての表象に従って、構成要件の実現を直接に開始した者は、犯罪行為をしようとして未遂に終わつたものである。」<sup>(23)</sup>

本条は、一九七五年施行の第二次刑法改正法に基づく改正により現在の形となった。改正前の旧四三条は、未遂犯について、「重罪または軽罪の実行の着手 (Anfang der Ausführung) を含む行為によつて、この重罪又は軽罪を犯す決意を実際に示した者は、その意図されている重罪又は軽罪が既遂に至らなかつたときは、未遂犯としてこれを罰する」<sup>(24)</sup>と規定していたが、同規定の下で判例により未遂犯の処罰範囲が極めて拡張的に理解されていたことから、それに歯止めをかけようという意図の下に規定が改められたとされている。<sup>(25)</sup>

本条の標題は「概念規定」となっているものの、実質的には、予備と未遂との区別基準を示すものである。<sup>(26)</sup> 本条にしたがえば、行為者の表象 (Vorstellung)<sup>(27)</sup> を基礎として、行為が構成要件実現を直接に開始した (unmittelbar ansetzt) と認められる場合が未遂、それ以前の段階が予備となる。そして、この「直接に開始」の要件を満たすためには、構成要件の一部実現までには必要ではないが、構成要件実現の直前に位置する行為がなくてはならないという点については、ほぼ争いはない (以下では、「直接に開始」の要件のことを直前性の要件ということとする)。

以下では、この直前性の解釈に関する連邦通常裁判所の判例についてみていきたい。<sup>(28)</sup>

連邦通常裁判所は、直前性の有無を判断する際にさまざまな判断基準を挙げているが、以下でみる通り、事案の集積によりその判断公式はある程度固まっているといえる。まず、しばしば引用され、その後の判例のリーディング・ケースになった連邦通常裁判所一九七五年九月一六日判決をみてみよう。

連邦通常裁判所一九七五年九月一六日判決<sup>(29)</sup>

本件は、強盗の未遂の成否が問題となったものである。事案は次の通りである。

被告人らは、夕刻、強盗の標的に選んだガソリンスタンドに赴いた。しかし、そこには誰もいなかったので、

被告人らは、ガソリンスタンドの敷地内にある居住用建物に向かい、ドアの前でストックキングで覆面をした。そして、被告人Kがベルを鳴らした。その際、彼は携行していたピストルを手持っていた。被告人らは、ベルに応じて給油係やガソリンスタンドのオーナー、または他の者が現れるだろうと推測していた。被告人らの計画によれば、ドアを開けた者は、現れるや否や、ピストルで脅迫されるはずであった。しかし、ベルを鳴らし、いくつかの窓を叩いても誰も現れなかった。

本件では、被告人らが居住用建物のベルを鳴らした時点で強盗の未遂が成立するか否かが問題となった。本判決は、以下のように述べて強盗の未遂を認めた。

「共同被告人らは、ベルに応じて誰か人が現れるであろうこと、そして、その者に対して即座に強盗のための脅迫を行うことができるであろうことを想定していた。この想定のもとに、彼らは覆面をし、ピストルを手持って『待ち構えて』いたのである („auf dem Sprung“ standen)。彼らは、主観的に『まだ始まった』 („jetzt geht los“) の段階への境界を越え、かつ、客観的に、構成要件に該当する攻撃行為を開始した。なぜなら、彼らの行為は、中間行為なく (ohne Zwischenakt)、構成要件の実現 (現れた者をピストルで脅すこと) に至るはずだからである」(原文中の文献引用は省略。以下、同様)。

本判決は、二二条の解釈に関する一般論を展開したものではないが、主観的な基準として „jetzt geht los“ という基準を挙げ、さらに客観的な基準として中間行為の不存在を挙げて未遂の成否を論じている点が重要である。このような判断方式は、その後の判例でもしばしば用いられている。<sup>(30)</sup>次に挙げる連邦通常裁判所一九七八年一月二六日判決は、これを一般論の形で示し、さらに詳細に論じたものである。

連邦通常裁判所一九七八年一月二六日判決<sup>(31)</sup>

本判決は、被告人が、自動車修理工場の敷地で選んだ自動車のエンジンの合鍵を不正に作製したうえ、当該自動車の保有者ないし所有者の所在地を入手し、電話をかけて当該車両の現在位置をつき止めようとしたが、現在位置を知ることができなかったという事案につき、窃盗罪の未遂を否定したものである。

本判決は、まず二二条に関する一般論として次のように述べた。

〔構成要件実現の直接の開始は―筆者注〕判例及び学説における一致した見解にしたがえば、行為者が構成要件要素を実現してはじめて認められるのではない。行為者が、彼の犯行計画にしたがえば構成要件要素の充足の前に位置し、かつ、構成要件の行為に直接に至る行為を起こったとき既に認められるのである。これに応じて、未遂段階は次のような行為にまで拡張している。すなわち、事象経過が妨害されない場合には構成要件の充足に直接に至るはずであるか、または、構成要件の充足と直接の場所的・時間的関係にたつ行為である。

これは次の場合に認められる。行為者が、『さあ始まった』の境界を越え、かつ、客観的に、構成要件に該当する攻撃行為を開始し、その結果、彼の所為が中間行為なく構成要件の充足に移行する場合である。』

その上で、本件被告人の行為はいまだ中間行為なく構成要件の充足に移行するほどにまで進捗していなかったとして、未遂罪の成立を否定したのである。

この判示の後段部分では、前記七五年判決で挙げられた *Jetzt geht los* の基準と中間行為の基準について言及されている。それとともに、前段部分では「事象経過が妨害されない場合には構成要件の充足に直接に至る」という行為と構成要件実現との間の事象経過の自動性の基準と、場所的・時間的・近接性の基準が挙げられているのが注目される。このように、前記七五年判決の挙げる基準とともに、又は単独で、自動性の基準と場所的・時間的・近接性の基準に言及するものは多数にのぼる<sup>32)</sup>。

また、前記の諸基準に加え、法益の危殆化についても併せて言及するものも少なくない<sup>33)</sup>。

以上のように、ドイツの連邦通常裁判所の判例においては、一二条の直前性の要件に関し、様々な判断基準が挙げられている。それらを並列的に列挙すれば、次のようになる。① *jetzt geht los* の段階に至っているか否か、②さらなる中間行為を要するか否か、③行為と構成要件実現との間に事象経過の自動性が認められるかどうか、④場所的・時間的・近接性が認められるか否か、⑤法益侵害の具体的危険が認められるか否かである<sup>34)</sup>。これらの諸基準の關係は必ずしも明らかではない。ただ、これらの關係を理解する上で参考となる判示をしている例として、連邦通常裁判所二〇〇一年一月二二日判決がある。事案は、謀殺罪の未遂の成否が争点の一つとなったものである。

連邦通常裁判所二〇〇一年一月二二日判決<sup>(35)</sup>

本件で問題となった事実は概ね次の通りである。被告人は、次のような計画に基づいて被害者(被告人の妻)を殺害しようとした。その計画とは、まず自宅内で被害者を拘束し、または気絶させ、その後、被害者を乗用車のトランクに入れて別の乗用車のある場所まで移動し、そこで被害者をその乗用車に積み替え、さらに被害者を殺害して遺体を隠す予定の場所まで移動し、殺害の前に被害者に包括的委任状 (Generalvollmacht) へのサインを強要し、最終的に殺害するというものであった。しかし、実際には、被害者は、運搬の前か途中、または後に被告人の計画に反して既に死亡してしまっていた。なお、被告人の被害者への最初の攻撃と本来予定していた殺害行為との間には、時間的には数時間の隔たりが、場所的には一〇〇キロメートルまたはそれ以上の隔たりがあった可能性があるとされている。

本判決は、犯罪結果を故意に惹起したと認めるためには、死を惹起した行為の以前に既に犯罪が未遂段階に至っていない旨を述べた上で、本件被害者が死亡した時点で謀殺罪が未遂段階に至っていないか否かを

検討し、この点について以下のように判示した。

すなわち、構成要件実現の前に位置する行為が未遂犯として処罰され得るのは、二二条によれば、「行為者の表象にしたがえば、事象経過が妨害されなければ中間行為なく構成要件実現に直接に至るか、または、構成要件実現と直接の場所的・時間的関係にたつ場合のみである。これらの抽象的な諸基準は、考え得る事態のパターンの多様さに鑑みるとき、常に個々の事件における諸状況を考慮して具体化されることを要する。その際、たとえば、行為計画の綿密さ、または、行為者の視点からみた行為により生じる法益危殆化の程度が、予備段階と未遂段階の区別にとって重要となる」<sup>36)</sup>

そして、本件については、被告人の計画によれば、予定した殺人行為は被害者に対する最初の攻撃から数時間経た後に、また、最初の攻撃を行なった場所から一〇〇キロメートルまたはそれ以上の距離を隔てた場所で行なわれるはずであったこと、予定していた殺害行為に至るまでいくつもの中間ステップ（とくに、包括的委任状へのサインの強要）を予定していたことから未遂を否定した。さらに、法益危殆化の観点からみても、上記のような時間的・場所的隔絶性、中間行為の存在からすれば、法益を具体的に危殆化し、かつ侵害に直結するような法益に対する直接の攻撃は認められないとして、未遂は基礎づけられないとした。

本判決においては、上記①～⑤の基準のうち①以外の基準が挙げられているが、注目したいのは、②の中間行為の基準と③の自動性の基準が、「事象経過が妨害されなければ中間行為なく構成要件実現に直接に至るか……」という形で結びつけられている点である。これは次のような理由に基づくものだと思う。すなわち、中間行為の基準は、それを形式的に適用した場合、基準として役に立たない。なぜなら、行為を細かく切り取れば無数の中間行為が想定できるからである。そこで、中間行為の基準を意味のあるものとするためには、重要な中間行為とそうでない中間行為とを区別する必要がある<sup>37)</sup>。その際、目的実現のためになすべき重要な行為の介在がいま

だ予定されているのか、行為が既に構成要件実現まで自動的に推移する段階に至っているのが区別のための基準として用いられているものと理解できるのである。したがって、②の中間行為の基準と③の自動性の基準とは重なり合う関係にあるといつてよいだろう。

次に、本判決が、⑤の法益危殆化の基準を、中間行為の基準や場所的・時間的・近接性の基準を具体化する下位基準として位置づけていることも重要である。このような危殆化基準の位置づけは、未遂犯の処罰根拠から導かれた実質的基準による未遂犯の成立範囲の過度の拡張を「直前性」という形式的基準によって制約しようという二条の立法趣旨からすれば、当然のことといえよう。<sup>(38)</sup>このように考えていくと、独立に意味を持ちそうなのは、①の *Jetzt geht los* 基準と、②および③の「事象経過が妨害されなければ中間行為なく構成要件実現に直接に至るか」の基準、そして④の場所的・時間的・近接性の基準ということになりそうである。このうち、②および③の基準と④の基準は、前記連邦通常裁判所一九七八年一〇月二六日判決や連邦通常裁判所二〇〇一年一二月一二日判決の判示をみればわかる通り、「または」で接続されていることから、択一的な基準と考えられると理解できる。さらに、主観的に *Jetzt geht los* の境界を越えたか否かの判断と、行為者の表象を基礎として、「事象経過が妨害されなければ中間行為なく構成要件実現に直接に至るか、または、構成要件実現と直接の場所的・時間的関係にたつか」の判断がずれることはほとんどの場合ないであろう。そして、前者の基準はあまりに主観的かつ抽象的で単独で使用するに耐えないといえるから、結局、事実上機能するのは、後者の判断のみだといつてよいように思われる。

以上のような連邦通常裁判所の判例における二二条の直前性の要件の具体的判断基準を踏まえた上で、本稿の問題を考察する上で重要と思われるいくつかの犯罪類型<sup>(39)</sup>につき、具体的にどのあたりに予備と未遂の境界線が置かれているのかをみていくことにしたい。

(二) 個別の犯罪における未遂の成立時期

(1) 強盜罪に関する判例

我が国では強盜罪の実行の着手が問題となった例は少ない。<sup>(40)</sup>これに対し、ドイツでは強盜罪(ないし、強盜的恐喝罪)の予備と未遂の区別に関する判例が豊富に存在する。このことは、我が国では強盜罪の実行の着手時期に関する判例が多数存在するのに対し、ドイツにおいてこれが問題となった例は比較的少ない<sup>(41)</sup>ということと対照的で興味深い。

我が国においては、強盜罪の着手時期は「財物奪取の目的で、暴行・脅迫を加えた時」<sup>(42)</sup>とするのが通説である。しかし、前述したように、実行の着手を密接行為にまで拡張した場合、このような限定はかからないことになる。そこで、ドイツにおける強盜罪の未遂の開始時期に関する判例を参照することは、本稿の考察にとって意義があるろう。

現行二二条の下での強盜罪の未遂の成立時期に関する判例としては、前項で挙げた連邦通常裁判所一九七五年九月一六日判決がある。同判決は、被告人らが武装をし、覆面をした上で、ドアのベルを鳴らした時点で強盜の未遂を認めたものであった。類似のケースで強盜の未遂を認めたケースとして、連邦通常裁判所一九八四年七月一日判決<sup>(43)</sup>がある。<sup>(44)</sup>この事案は、被告人らが、武装し、変装した上で貴金属商Sの住む建物のドアベルを鳴らしたが、被告人らはSの住居について正確な情報を得ていなかったため、実際に被告人らが鳴らしたのは、同じ建物にあるSの妹の住居につながるドアベルであったという事案である。<sup>(45)</sup>このタイプの事案においては、行為者が武装をしたり、覆面等の変装するなど、すぐにでも暴行・脅迫に移ることができる状況にあるということが重視されている。

この点で、これらの事案と対照的なのが、連邦通常裁判所一九七八年八月九日決定<sup>(46)</sup>の事案である。この事案は、被告人が銀行強盗をするつもりで、乗り物で銀行の前まで行ったが、携帯した手さげ袋からいまだ武器を取り出しておらず、マスクも被っていないかったケースである。連邦通常裁判所は、被告人はいまだ主観的に *jetzt geht* の境界を越えていないとして、重い強盜的恐喝の未遂の成立を否定した。この事案では、銀行を襲撃するまでの間に、「武器を取り出す」、「マスクを被る」、「車から出て銀行に向かう」という重要な中間的なステップが存在することが未遂の成立を否定する根拠となっているものと思われる。

次に、行為者が既に建物の中に立ち入っているケースで未遂の成否が問題となった事案をみてみよう。このタイプの事案においても、行為者の準備の度合いによって未遂の成否の判断が分かれている。まず、未遂を肯定した例として、連邦通常裁判所一九七九年七月二六日判決と、連邦通常裁判所一九八三年三月一六日判決がある。

連邦通常裁判所一九七九年七月二六日判決<sup>(47)</sup>

被告人らが郵便局を強盗しようとしたが、目的を遂げなかった事案である。被告人らは、レンタルした乗用車で郵便局の近くに赴いた後、ナンバーを落ち葉で隠した上、共同の計画にしたがい、被告人 L が、そこで一人で働いている N を改造したガス銃で脅迫し、金銭を交付させるために、郵便局に入った。その間、被告人 S は、逃走を確実にするために、エンジンをかけたまま郵便局の近くに停めていた乗用車の中で待機していた。窓口のある部屋には何人かの客がいたため、L は時間を稼ぎ、好機が訪れるのを待つために、N から払込用紙をもらい、そこに「一〇〇〇、——有り金を全部こちらによこせ」、「強盗」、「抵抗するな、さもなくば撃つ」などと書いた。L はそれを犯行に用いるつもりだったが、数分たった後、先ほどまでの客は去ったものの、新たに別の客が入ってきたため、犯行を成功させることはできないと考え、郵便局から出て S とともに立ち去った。

以上の事案につき、本判決は、Lがガス銃で武装していたこと、Sがエンジンをかけ助手席のドアを開けて待っていたことを指摘し、Lが郵便局に立入った時点で、重い強盗的恐喝の未遂を認めた。

連邦通常裁判所一九八三年三月一六日判決<sup>(48)</sup>

被告人らが、銀行強盗を計画したが、目的を遂げなかったという事案である。被告人らの計画によれば、被告人Fがピストルを構えて銀行窓口がある部屋の入口ドアに接して立っている間に、被告人Hが窓口職員にレボルバーを向けて金を要求する手はずであった。武器は、Hが領くのを合図に抜くことになっていたが、この合図は、あくまで行為の遂行を時間的に合わせるためのものであって、犯罪の実行を開始するか断念するかを決定するものではなかった。被告人らは、犯行当日、人相を隠すためにサングラスをかけ、それぞれ武器を隠し持って銀行に入った。被告人らは、真っ先に入口から約五メートル離れたところにある窓口に向かったが、Hが取り決めた合図をせず、踵を返して入口の方向に戻ったため、犯罪は実行されなかった。

本判決は、Hの合図に引き続いて武器が取り出され、窓口職員に対する脅迫が行われて金銭の交付が要求される手はずになっていたことから、合図と犯罪の実行とは時間的にも場所的にも自然的統一をなすとして、重い強盗的恐喝の未遂の成立を認めた。

一方、未遂犯の成立を否定した例として、次の連邦通常裁判所一九九五年四月七日決定がある。

連邦通常裁判所一九九五年四月七日決定<sup>(49)</sup>

本決定の事案は、被告人らがスーパーマーケットの店長を襲撃し、拘束した上、金庫から現金を奪おうと計画したが、目的を遂げなかった事案である。まず、犯行のために、被告人S、I、Dはスタンガンを、被告人Bはガス

銃を用意した。さらに二人は目だし帽も準備した。犯行当日、S、Dは被告人Diとともにスーパーの売り場に入った。その際、S、Dはスタンガンを携行し、目だし帽はまだせずに頭の上に縮めて乗せておいた。Diがいくつかの品物を買うことによって店員の気をそらしている間、Bはそのスーパーの近くにある電話ボックスから店長に電話をかけ、その後、同様に売り場へ赴いた。しかし、客などが何人かいたため、被告人らは犯行を断念した。数日後、同様の手段で再度犯行を試みたが、客が多かったため、同じく犯行を断念したという事案である。

本決定は、これら二件の犯行につき、被告人らが店長への襲撃の遂行を売り場内の状況——とりわけ第三者の存在——にかからしめるために、いまだ目だし帽で覆面をしていなかったことを理由に、売り場内への立ち入りによつては直前性が認められないとして、重い強盗罪の未遂の成立を否定した。

本事案でも被告人は建物の中に既に立ち入っているが、前記の両事案と決定的に異なるのは、被告人らの計画によれば、店長に暴行を加えるまでの間にはいまだ「①売り場の状況をみて計画を遂行するかどうかを判断する ↓ ②遂行する場合には覆面を被る」というステップがあるという点である。建物に立ち入った、立ち入っていない等といった外形的な観点だけではなく、行為者の計画を基礎に重要な中間行為の存否が判断されている点が注目される。

続いて、自動車を襲撃する形態での強盗のケースについて二件取り上げたい。

#### 連邦通常裁判所一九七七年二月一五日判決<sup>(50)</sup>

本件は、現金輸送車の運転手である被告人が、他の共犯者とともに、現金輸送車内の現金を強取する計画を立てたが、目的を遂げなかった事案である。被告人らの計画は、次のようなものであった。まず、現金輸送車の中に強取するに値する金額の現金がある場合には、R通りを通過する際に、被告人が、パッシングライトをする。

それに呼応して、二名の共犯者が、付近に駐車していた乗用車で現金輸送車の道をふさぎ、同車に乗り込んで被告人に対してみせかけの脅迫をし、同車をガレージに入れさせ、そこで現金を積み替え、被告人と同乗者を拘束してその場に置き去りにする、というものであった。

被告人は、三回の輸送で、計画に応じてパッシングライトを行ったが、一回目は乗用車の運転手が躊躇したため失敗に終わり、二回目と三回目については、共犯者が犯行を遂行しないと決意したか、または、既にその場から離れていたため、何も起こらなかった。

以上のような事案につき、本判決は、被告人の表象によれば、パッシングライトによる合図により、共犯者が即座に中間行為なく強要行為を開始するはずであったこと、被告人がこれによって「始まった」という確信を有していたことなどを理由に、重い強盗罪の未遂を認めた。

本件については、被告人によるパッシングライトにより、共犯者らが即座に自動的に暴行・脅迫に移るという計画だったという事情が重要であるという指摘がある<sup>(51)</sup>。したがって、仮に、犯行をなすタイミングの最終的な決定権が被告人にはなく、パッシングライトを受けた後で、共犯者が別途に犯行をなす適切なタイミングを判断する手はずになっていた場合は、結論は異なり得たであろう。

次に挙げる事案も未遂を肯定した例である。

連邦通常裁判所一九八〇年四月三〇日<sup>(52)</sup>

被告人らが、銀行職員を現金等を運ぶ途中に襲撃する計画を立てたが、失敗に終わった事案である。犯行計画は次のようなものであった。被告人らは、狙いを付けた銀行職員Cの乗用車の右前輪のタイヤに釘を刺すなどの細工をしてCが乗用車を発車させてから五〇〇〜一〇〇〇メートル走行したところでタイヤの空気が抜けて停車

せざるを得ない状態にし、C車を追走してきた被告人らが、Cにタイヤ交換の手伝いを申し出るようにみせかけ、Cをピストルで脅迫し、車内にある現金入りの鞆を奪うというものであった。しかし、被告人らの不審な行動が警察によって監視されていたため、釘を打ち込んだ後に逮捕された。

本判決は、タイヤに釘を打ち込む行為とCに対する脅迫とは、時間的・場所的に境を接し、かつ、不可分の行為だとし、重い強盗罪の未遂を認めた。

被告人らがCを襲撃するまでの間には、Cが現れるのを待ち、C車を追走し、助けるふりをしてこれに乗り込むといういくつかのステップがあるにもかかわらず、時間的・場所的接近性という観点から未遂の成立を認めている点に特徴がある。なお、ドイツ刑法二三九条a(恐喝利用のための人質強取)の未遂の成否に関するものがあるが、本件に類似したケースとして、連邦通常裁判所一九九六年八月一三日決定<sup>53)</sup>がある。本件と同様、被告人らが、被害者が職場から帰宅する際に用いる乗用車の前輪のタイヤに複数の釘を打ち込んだ上、被害者の乗用車を追走したが、タイヤがパンクしないまま被害者宅に到着したため失敗に終わったという事案につき、未遂の成立を認めたものである。

我が国では、このような早い段階で強盗の実行の着手を認めた判例はもちろん存在しない。しかし、営利目的略取誘拐罪に関し、被害者を略取するための凶器、道具を用意した上、被害者の車を襲撃する機会を窺いながらこれを追跡したが、襲撃に至る前に見失ったというケースで、同罪の未遂の成否が争われた事案がある<sup>54)</sup>。強盗罪においても、その着手に暴行・脅迫は必要でないとした場合、このような「追尾型」の事案でどの段階から実行の着手を認めるべきかは問題になり得るものと思われる。

最後に、比較的最近の事案を紹介したい。この事案は、被告人らが、襲撃を予定した銀行にあらかじめ犯行のための下準備をしておいたというものである。

連邦通常裁判所二〇〇三年六月一日決定<sup>(55)</sup>

被告人FとSは銀行強盗を計画したが、その計画とは、銀行の職員が現れる前に銀行に侵入し、職員が現れたら模造ピストルで同人を脅し、金庫を開けるよう強要し、その中身を奪い取ろうというものであった。襲撃の準備のため、彼らは、犯行予定日の月曜日の前々日の土曜日の晩、以前に手に入れた顧客カードを用いて銀行の外扉を開け、窓口のある部屋の手前の部屋に侵入した。Fは、監視カメラのレンズを覆い、窓口のある部屋へのドアをこじ開けた。銀行を立ち去るときに、Fは、窓口のある部屋に通じるドアにあるシャッターの薄板をねじ曲げた。翌日、支店長が銀行の中に入った。彼は、Fによってねじ曲げられた薄板を直し、被告人らによってなされた準備のうちのいくつかを発見した。通報を受けた警察は、犯人を待ち伏せするために、銀行の中で見張りについた。同日、SとFが銀行に車に向かった際、Fが、彼がねじ曲げた薄板が直されているのに気づいた。彼らは、銀行の内部に誰かがおり、彼らが侵入したことを発見したことを恐れ、犯行をあきらめた。

本決定は、被告人らが犯行予定日の一日以上に現場から立ち去っていること（密接な時間的連関の欠如）、さらに、日曜日に銀行に赴いたことに関しても、いまださらなる中間行為が必要であったことを指摘して、重い強盗罪の未遂の成立を否定した。

未遂の成立が否定されて当然の事案であったと思われるが、事案をアレンジし、直後に銀行内に侵入して強盗を行うつもりで、何らかの手段で銀行内のセキュリティ装置を事前に無効化しておくようなケースについては、直前性の有無の判断は微妙になり得るように思われる。<sup>(56)</sup>

(2) 殺人罪に関する判例

次に、殺人罪についてみてみよう。本罪については、被害者または第三者を利用した間接正犯の未遂の成立時期に関する興味深い判例<sup>57)</sup>がいくつもあるが、ここでは本稿の問題関心にしたがい、行為者が予定した行為をいまだ成し遂げていないケースにおける未遂の成立時期に関する判例を取り上げたい。

我が国の判例においては、第一節で挙げた平成一六年決定や名古屋高判の事案のほか、名古屋地判昭和四四年六月二五日<sup>58)</sup>のように、行為者が、被害者を抵抗不能な状態にした上で殺害をしようとしたケースについては、比較的早い段階で実行の着手を認めている。しかし、被害者に対峙する形態や、被害者方を襲撃する形態については、被害者に対する攻撃とみ得る行為がなければ着手を認めていない<sup>59)</sup>。

これに対し、ドイツにおいては、被害者の身体に対する直接の攻撃とみ得る行為以前の段階についても、殺人未遂の成立を認めている。強盗罪と同様に、行為者が被害者の住居などに赴き、ドアの前に到達した段階での未遂の成否が争われたケースがいくつかある。

まず、未遂を否定した例として、連邦通常裁判所一九八四年四月一〇日決定がある。

連邦通常裁判所一九八四年四月一〇日決定<sup>60)</sup>

被告人が、別居中の妻を殺害することを計画したが、目的を遂げなかった事案である。被告人は、犯行当日、妻が身を寄せている被告人の義理の母の住居に犯行を示唆するような電話をかけた上、その住居がある建物の入口に赴いた。その際、被告人はズボンのベルトにリボルバーをかけており、ドアが開いた場合には妻をすぐに射殺するつもりだった。また、不在の場合には、妻が帰ってきた後すぐに殺害するつもりだった。被告人は、以上のような意図の下、三回ベルを鳴らし、さらに他の住人の住居のベルも鳴らしたが、ドアは開かなかった。被告

人は、妻の通報によって駆けつけた警察官によって逮捕された。

以上の事案につき、本決定は、建物の入口ドアが開いても、そこから義理の母の住居まではまだ道のりが残っていること、また、直前に犯行を示唆するような電話をしているため、住居のドアが開けられるということは容易に計算できないことから、被告人は、建物のドアが開いた後、即座に犯罪の実行に移ることはできないということを意識していたはずだと、故殺罪の未遂を否定した。

これに対し、被害者のいる部屋のドアを打ち破ろうとした時点で殺人の未遂を認めたのが、次の判決である。

連邦通常裁判所一九八六年八月二六日判決<sup>(61)</sup>

本件の事案は次の通りである。被告人は、義理の両親の住居の居室に被告人の妻と一緒にいるSを殺害するため、自宅から弾丸を装填した銃を持ち出し、義理の両親の家まで赴いた。被告人は、家の入口の前で彼を家の中に入れさせまいとした義理の母を射殺し、入口ドアのガラスを破って玄関ホールに入った。そこで義理の父が被告人に立ち向かってきたため、これを射殺し、居室のドアの前に至ったが、Sがドアの内側にソファベッドを移動させていたため、ドアを開けることができなかった。被告人は銃床でドアを破り、無理やり部屋の内部に入り込める程度にまで開けたドアに上半身を投げ入れた。しかし、そうしている間に、Sは被告人の妻と窓から逃走したという事案である。

本判決は、次のように述べてSに対する謀殺罪の未遂を認めた。「被告人の表象にしたがえば、居室のドアは、彼が妨げられることなく証人Sを射殺し得るために乗り越えなくてはならない最後の障害であった。それ故、被告人は、少なくとも、証人Sがその背後にいると彼が考えていたドアを殴打することを通じて、彼の視点から、『さあ始まった』の境界を越え、これによって彼の殺害計画の実現を直接に開始したのである。」

本事案は、被告人が既に被害者のいる部屋の前に至っている点、被害者が事前に来訪を予告していない点、被害者が出てくるのを待つのではなく無理やり侵入を試み、既にドアを打ち破る行為まで行っている点などが前記一九八四年四月一〇日決定の事案とは異なっており、これらの事情が未遂の成立を肯定する判断の根拠となったものと思われる。

さらに、近時、これらの事案の中間に位置するような事案で未遂の成否が問題となったものがある。

連邦通常裁判所二〇〇四年九月二〇日決定<sup>(62)</sup>

パキスタン生まれでイスラム教の厳格な信者である被告人は、同じくパキスタン生まれの R を殺害することを決意した。理由は、スカーフもベールもしていない被告人の娘が写った写真を R が所有していたからである。このことによって、被告人は、彼と彼の娘の名誉が傷つけられたと感じた。被告人は、R の兄に対し、R は公に謝罪せよ、さもなければ某日に R を殺害する旨を伝えていた。その某日、被告人はナイフと手斧を携帯し、R を殺害するために、R の住居へ赴いた。犯行現場へ向かう途中、被告人は R に電話をかけ、R を罵倒し、到着を予告した。R の一家が住んでいたアパートに到着した後、被告人は、インターフォン越しに、R の妻に対し、R を下まで送り出すよう要求した。彼はそこで R を殺すつもりだった。しかし、R が降りてこなかったため、被告人は三階にある R の住居に赴き、入口ドアのベルを鳴らし、ドアを叩き、大声で R に出てくるよう要求した。しかし、R はドアを開けなかった。そこで被告人は、その場を離れ、手斧を公然と担ぎながら、近くにある建物に移動したが、住民の通報により駆けつけた警察官により、間もなく逮捕された。

以上のような事案につき、本決定は、本節第一項で挙げた強盗に関する連邦通常裁判所一九七五年九月一六日判決を引き合いに出した上で、同事案との相違を強調し、未遂の成否を判断するためには被告人の表象について

より正確な認定が必要だとして、原判決を破棄差戻した。

本決定が重視したポイントは次の点である。まず、七五年判決のケースでは、被害者は行為者の意図を知らな  
いということが犯行の前提になっていたのに対し、本件では被告人が電話で犯行の予告等をしており、したがっ  
てRが要求に応じてドアを開けることは想定し難かった点である。次に、七五年判決の場合、行為者はドアを開  
けた者が誰であれ暴力を行使しようと決意していたのに対し、本件では、そのような場合に被告人がどうい  
う行動に出ようと考えていたのかが不明だという点である。加えて、被告人が近隣の建物に移動し、しばらく近くに  
留まったという行動が、Rを待ち伏せるためのものだったのかについても、認定が不十分だとした。

この事案は、被告人が既に被害者の現在する住居のドアの前まで至っている点で、前記の一九八四年四月一  
〇日決定の事案より犯行は進捗しているといえる。しかし、本決定は、被告人の表象内容などの具体的な事情に  
よっては未遂の成立は否定されるとしており、形式的に建物の入口ドアまでにしか至っていないのか、住居のド  
アにまで到達しているのかだけで判断していない点が興味深い。

さらに、次の事案は、行為者が既に被害者の現在する部屋に侵入しているケースで未遂を否定した例である。

#### 連邦通常裁判所一九九三年二月一六日判決<sup>(63)</sup>

本件の事案は複雑なので、ここでは未遂の成立時期に関する部分だけ抜粋する。

Uとその情夫であるEは、Uの夫であるWを報酬と引き換えに第三者に殺害させることにした。Uらは、一万  
五千マルクの報酬でTとMにW殺害の実行を依頼したが、Uはその金をWの生命保険から工面するつもりだった。  
そこで、Uは、TとMに対し、自殺にはみえないように殺害すること、さらに、UとEのいない間に殺害を行う  
ことを求めた。しかし、TとMがなかなか実行しないので、UとEは両者に対して実行を強く要求した。特にE

はMに対し、Wの家に行つて台所の窓が開いているかどうかを覗いてみる、やれるかどうかを覗いて確かめてみる、Wは居間で一人で寝ており、Uは子供部屋で寝ている、という趣旨のことをいった。某日午前二時三〇分ころ、Mは、気づかれないでWを殺害できるかどうかをみにいくことを決意した。Mは、包丁を持ってWの住居の台所の窓の前に赴き、そこから住居内に侵入した。Mはしばらく躊躇したが、ようやく決心して居間のドアを開けたところ、ソファアベッド上にUとWが寝ており、Uの存在が犯行の妨げになったため、犯行を断念したという事案である。

Mの行為につき、本判決は、居間に侵入した時点では故殺罪の未遂は成立しないとした。その理由として、主観的に *Jetzt geht los* の境界がまだ踏み越えられていないこと、さらに、新たな意思の衝動を必要とするような中間行為がまだ存在することを挙げた。その際、本判決は、Mは気づかれずにWを殺害できるかどうかを確認するために住居に侵入したのであって、さらに状況が明らかにならなければ犯行はなされないはずであったし、なされ得なかつたという事情を指摘している。そして、この点が先に紹介した連邦通常裁判所一九八六年八月二六日判決の事案と異なるとしている。

この事案は行為者が被害者宅の状況や被害者の行動について不正確な情報しか得ていなかった事案であった。これに対し、行為者が被害者宅の状況や被害者を含む居住者の生活パターンについて熟知しているケースでは、判断が異なっている。次に挙げる事案は、行為者が被害者の住居内に侵入して身を隠し、タイミングを見計らつて被害者の寝ている部屋に向かおうとした時点で未遂の成立が認められたものである。

連邦通常裁判所一九九七年一〇月七日判決<sup>(64)</sup>

本件は、被告人が共犯者Sとともに養父を殺害しようとしたが、予想外の事情が介在したため、犯行を断念し

た事案である。

被告人は、養父の侮辱的な言動に対する仕返しのため、養父を殺害することを決意した。被告人は、Sとともに、真夜中に養父母の住居の地下室に忍び込んだ。被告人は、そこでまさかりで武装し、Sはハンマーを持った。午前一時半ころ、養母が居間のテレビの前で寝入った後で、養父は上の階にある寝室のベッドに向かった。居間で寝入ってから後にベッドに向かうというのは養母の習慣となっていて、被告人はそのことを知っていた。養父母が寝てから、被告人とSは地下室を出た。しかし、養父の寝室に向かうため被告人が階段を昇ろうとした際、Sが被告人を制止し、まずは盗む価値のある物を教えるよう被告人に要求した（Sは、現金等を盗むチャンスがあることを条件に被告人に協力したという事情があった）。被告人はこれにしたがったが、その際に生じた物音によって養母が起きたため、被告人らは養母を殺害した。それによって生じた興奮により、被告人は養父を殺害できる状態ではなくなったため、Sとともにその場を立ち去った。

本判決は、地下室を離れた段階で、被告人が無条件に養父の殺害を決意していたこと、犯行場所のことを知っていたこと、養父が寝入ったことよって犯行のチャンスが生じたことを知っていたことを挙げて、養父に対する謀殺罪の未遂を認めた。

以上のように、被害者の住居に侵入して殺害するケースについては、行為者がどの程度まで被害者に接近しているのか、被害者が行為者の襲撃を予想しているか、行為者が犯行場所の構造や被害者の行動の習性等を熟知しているか、犯罪の実行のために何らかの留保があるかといった事情が、未遂の成立時期の判断において考慮されている。特に、最後に挙げた条件の留保という点は、行為者が既に武器を持って被害者と対面しているケースにおいても未遂犯の成否を決定づける要素として考慮されている。たとえば、次に挙げる連邦通常裁判所一九九一年一月九日判決は、その旨を明確に示している。

連邦通常裁判所一九九一年一月九日判決<sup>(65)</sup>

本件の事案は次の通りである。被告人が、家主である被害者とのトラブルをきっかけに被害者に対して憤懣を抱き、被害者に対して怒りをぶつけて溜飲を下げたいと思うに至った。ある日、被害者が水を汲みに洗濯室に行くのみかけたので、被告人は、そこで被害者を追い詰めようと考えた。被告人は、若くて体格に勝る被害者と力ずくの勝負になったときに負けないよう、ナイフで武装した。その際、被告人は、場合によってはナイフで被害者を刺すこともあり得、それにより被害者が死亡しても構わないと考えていた。

被告人は、洗濯室に入ると、右手にナイフを握ってそれを背後に隠しながら、洗濯室のドアを閉めた後、被告人に背中を向けて作業をしている被害者の肩をたたいた。被告人が振り向いた被害者を罵倒したところ、被害者が被告人に平手打ちを加えたため、被告人は隠していたナイフを振り上げ、被害者の胸部を二回突き刺した。

本件では、直接には、被告人の行為が故殺罪の未遂にあたるか、謀殺罪の未遂にあたるかが争点となった。謀殺罪のメルクマールの一つである、陰湿な (heimtückisch) 殺害というメルクマールは、犯行が未遂段階に至っているときに存在しなければならないとされているところ、被害者が振り返った時点では、被害者は既に被告人による攻撃を予期できる状態にあったため、このようなメルクマールが欠けることから、それ以前の肩をたたいた段階で既に殺人が未遂に至っているかが争点となったのである。

本判決は、被告人がナイフを背後に隠し持って被害者の肩をたたいた段階では、殺人の未遂は成立しないとした。本判決は、被告人が、被害者が暴力を振るった場合にナイフを用いるというように、犯行に条件をつけていた点を重視した。行為者が犯罪の実行を一定の条件にからしめていても、その条件が満たされた場合には犯罪を実行することを決意している場合には、犯行の決意は認められる<sup>(67)</sup>。したがって、その条件が満たされる以前の段階でも未遂は肯定され得る。しかし、本判決は、本件のように、犯罪の実行が被害者自身の行動に依存してお

り、その行動が機械的な反応によって生じるものではない場合には、条件となる被害者の行動以前には犯罪行為の直接の開始は認められないとした。具体的には、本件では、被害者が被告人に平手打ちをし、被告人がナイフを振り上げた時点で未遂が成立するとした。

このような「対面型」の事案では、ドイツでは、未遂が成立する例として、しばしば「拳銃を握る」ないし「引き抜く」行為が例に挙げられる。<sup>68</sup> 本件被告人が使用した凶器は、拳銃と異なってはほとんど射程のないナイフであるから、両者を単純に同列に扱うことはできないが、拳銃の場合でも、行為者が犯行に留保を付けていた場合には、より遅い段階で未遂の成立が認められることになるものと思われる。

最後に、行為者が被害者の反抗を抑圧した上、別の場所で殺害することを計画していたケースとして、本節第一項で直前性基準を説明する際に挙げた連邦通常裁判所二〇〇一年一月二日判決がある。事案は我が国の平成一六年決定と類似するが、本判決の事案では、被告人が殺害の前に被害者に包括的委任上へのサインを求めることを予定していたことが決定的に異なる。しかし、同様のケースが我が国で問題となった場合、どのように処理されるかは必ずしも明らかではない。なぜなら、平成一六年決定は、基準のひとつとして「障害の不存在性」を挙げているが、これを「被害者ないし第三者によってもたらされる障害」と理解した場合、本判決の事案においても、そのような障害は見当たらないからである。これについては、「行為者自身によって予定に組み入れられた重要な中間行為」を自己によって設定された一種の障害ととらえて着手を否定すべきだと考えられるが、この点をより明確にできる点で、ドイツの判例における中間行為の基準は優れているように思われる。<sup>69</sup>

### (3) 放火罪に関する判例

最後に、放火に関する判例を取り上げたい。我が国では、放火罪の実行の着手時期が問題となった事案は多数

ある。近時の判例は、ガソリンのような揮発性の高い燃料を用いた場合にはそれを撒いた時点<sup>(70)</sup>、それ以外の場合には、行為者が目的物ないし媒介物への着火行為にいたる具体的危険が認められる時点で着手を認めている<sup>(71)</sup>。その中には、「早すぎた結果発生」が問題になる事案もいくつが存在する<sup>(72)</sup>。

ドイツにおいては、放火罪の未遂の成立時期が問題となった事案は少ない。しかし、最近、放火罪における未遂の成立時期、及び「早すぎた結果発生」の問題を考える上で、それぞれ興味深い判例が現れていることから、ここで紹介することとしたい。

まず、放火罪の未遂の成立を否定した例として、連邦通常裁判所一九八〇年一月一日判決<sup>(73)</sup>がある。同判決の事案は、被告人らが家屋に放火することを計画し、犯行予定日の数日前に犯行場所に赴き、そこで発火装置を組み立て、うまく機能することも確認したが、その晩のうちに、着火を担当するはずであった共犯者の一人が警察に犯行計画を明かしたため、目的を遂げなかったというものであった。同判決は、発火装置への着火によって未遂への境界が踏み越えられるとし、発火装置の製造は予備行為にとどまるとした。

しかし、最近、行為者がガソリンを用いて建造物に放火しようとした事案で、ガソリンに着火する以前、それどころかガソリンを撒く以前の段階で未遂を認めたものが現れている。

連邦通常裁判所二〇〇六年三月九日判決<sup>(74)</sup>

Öは、保険金を得るため、彼が経営しているディスコに放火することを計画した。彼は、彼の下でドアマンとして働いていた被告人Ûに、放火のために二名を手配するよう依頼した。Öほか四名の計画によれば、建物の外ドアはÖが持っている鍵によって開け、ディスコルームにつながる施錠されたドアはかなてこで開けた上、ガソリン一缶分をディスコルームに撒き、それを発火させるという手はずになっていた。四名は、鍵、かなてこ、ガ

ソリンを持って犯行現場の近くまで赴いた。二名がディスコに向かい、鍵で外ドアを開け、建物の中に入ったが、ディスコルームに至る前の部屋で警察に逮捕された。

以上のような事案で、本判決は重い放火罪の未遂を認めた。本件では被告人らはいまだディスコルームのドアを開けていなかったが、本判決は、「ディスコルームのドアを開けること」は、重要な中間行為ではないとした。その根拠として、被告人らが強固かつ綿密な犯行計画を立てた上で、必要な道具を用意して建物の中に侵入したこと、被告人らがディスコルームのドアの存在と性状を知っていたことを挙げている。さらに加えて、本件では、計画された放火行為と建物への侵入との間には、非常に密接な場所的・時間的関連性が存在したことも未遂の成立を認める根拠として挙げられている。

かなり早い段階で未遂の成立を肯定したもののように見えるが、Öがディスコの経営者であり店内の構造を熟知していたこと、Ö自身が経営するディスコに侵入しての放火であるから、店内に入ってしまったら妨害なく放火に至るまでの一連の作業を行えると想定できたことが重視されたのではないかと思われる。強盗や殺人に関する判例の判断と比較しても、本判決の結論はそれほど特異なものともいえないように思われる。<sup>(75)</sup>

なお、罪名は放火ではないが、爆発物による爆発の惹起の罪の未遂の成立時期が問題となった連邦通常裁判所二〇〇七年一月六日判決も紹介したい。罪名は異なるものの、事案の内容が我が国の横浜地判昭和五八年七月二〇日<sup>(76)</sup>と類似しており、興味深いケースだからである。

#### 連邦通常裁判所二〇〇七年一月六日判決<sup>(77)</sup>

事案は次の通りである。被告人は、資産状況が悪化し、妻と共有していた一戸建て住宅が抵当に入れられ強制競売を命じられていたため、その家を放火によって居住不可能にし、その結果、債権者の誰も将来そこに住むこ

とができないようにすることを決意した。被告人は、その計画にしたがって、家に放火しようとしたが、家の中で寝ていた彼の妻と息子を危険にさらしたくなかったため、計画を断念した。二晩の後、被告人は家をガス爆発により居住不能にしようとした。被告人は、地下室でプロパンガスのボンベのバルブを開放し、ガスを放散させた。次に、予定よりも早く爆発が起こることを避けるため、同じ部屋にある冷蔵庫、及び冷凍庫のプラグをコンセントから抜いた。なぜなら、被告人の妻も息子もその時点でベッドで寝ていたため、被告人は、爆発の時間を自分で決定したかったからである。その後、被告人はベッドに移動したが、ベッドの中で気が変わり、翌朝地下室を再び換気し、ガスを外に出そうと考えた。ところが、翌朝、被告人の妻が朝食の調味料を取るために地下室に行き、電灯のスイッチを動かしたところ、爆発が起こった。彼女は、これにより床に叩きつけられ、さらに重度のやけどを負った。さらに、爆発により、建物は居住不能となった。

以上のような事案につき、本判決は、ガスを放散させた時点で未遂が成立するか否かを検討した上で、原判決の認定は未遂の成立を認めるのに十分ではないとして、破棄差戻した。

本判決がより正確な認定が必要だとしたのは、被告人の表象内容である。すなわち、仮に被告人が、ガスを放出させた時点で、爆発の惹起のためにはさらなる行為が必要であり、それまでは何も起こらないということを表象していた場合は、爆発物による爆発の惹起の未遂は認められないのに対し、ガスと空気の混合物が火花の発生を通じて爆発し得るであろうことを表象していた場合には、バルブの開放によって事象の手放しが認められ、仮に彼がさらなるステップを留保していたとしても、未遂の成立は認められるとした。<sup>(78)</sup>

本判決で重要なのは、ガスの放出により既に客観的に爆発を生じさせる具体的危険が認められるとしても、行為者の表象内容の如何によって未遂の成否の判断は変わり得るということを明示している点である。我が国においても、近時、実行の着手判断において行為者の計画を考慮すべきだという見解が有力化しており、<sup>(79)</sup>判例も同様

の判断を示している。我が国の裁判例は、ガソリンを用いた放火の場合には、ガソリンを撒く行為それ自体が有する危険性に着目して放火の着手を認めているように見受けられるが、行為者の計画を考慮すべきだとするのであれば、行為者がガソリンを撒く行為にどのような意味づけをしていたのかは、詳細に検討されるべきであろう。

### (三) 小括

本節では限られた犯罪類型についてはあるが、ドイツにおける直前性の要件の具体的な解釈・適用について概観してきた。これまで、我が国の実行の着手判断は厳格であり、それと比較してドイツにおける未遂犯の成立時期の判断は緩やかであるという見方が一般的であった。実際、本節でみてきた連邦通常裁判所の諸判例をみても、これまでの我が国の感覚からすれば、かなり早い時点で予備と未遂との境界線を置いているといえる。その背後には、未遂犯の処罰根拠につき、ドイツの判例が行為者の犯罪意思を重視する見解を採用しており、学説においてもこのような考え方が通説をなしている<sup>(80)</sup>という事情もあるだろう<sup>(81)</sup>。しかし、現行二二条は、処罰根拠論に基づく実質的な判断による未遂の成立範囲の拡張を「直前性」基準によって制約するという発想に基づいており、連邦通常裁判所もあくまで「直前性」基準の解釈として本節で紹介したような結論を導いているという点には注意が必要である。

第一節で述べたように、我が国においても、最近、最高裁は実行の着手判断において行為者の犯行計画を考慮している。また、判断基準として、「密接性」、「客観的危険性」という観点に言及し、それらの存否を判断するための具体的な下位基準として、最終的な構成要件実現行為との間の障害の不存在や、時間的場所的近接性といった基準を挙げている。このような考え方が、これまでの我が国の実行の着手判断を拡張する契機を含んでいるということは第一節で指摘したとおりである。この基準にしたがう限り、少なくとも理論上は、ドイツの判例

において未遂の成立が認められているようなケースについて、今後、我が国でも同様に実行の着手が認められる可能性を否定する理由はないだろう。

これに対し、「実行の着手＝実行行為の一部開始」という枠組みを維持する見解からは、このような拡張は受け入れ難いといえよう。したがって、このような考え方を維持しようとする見解は、前記の基準自体を受け入れないか、または、前記基準が機能する範囲を限定するという方向に至ることになる。そこで、次節では、このような方向での実行の着手時期の判断の限定が可能かについて検討したい。

### 三 実行の着手と実行行為

まず、あらゆる犯罪について「実行の着手＝実行行為の一部開始」という枠組みを維持することは妥当でないと思われる。形式的客観説に対する批判によって示されているように、実行行為の「一部」「開始」といった時点で、どのような行為が実行行為の「一部」にあたるのか、どの時点からが「開始」にあたるのか明らかでないからである。たとえば、刀で人を殺害する場合、刀を振りかざす行為が着手にあたる行為だとされることがあるが、「刀を引き抜く行為」や「引き抜くために刀に手をかける行為」が「実行行為の一部開始」にあたる<sup>(82)</sup>理由は明らかではない。また、行為者が被害者宅の玄関から数十メートル離れたところで被害者を待ち伏せしていたが、被害者が現れたのみで、ナイフを持ってその場所から被害者の方へ突進したというケースを考えても、「実行行為の一部開始」という基準からは、このような行為が着手にあたることもあたらないとも判断がつきかねるところであろう。さらに、被害者をロープで絞殺するケースでも、被害者の首にロープをかけて首を絞め始める段階が実行行為の開始時点なのか、ロープを首にかけようとするまで遡れるのか、さらにロープを持って

被害者の背後から忍び寄る行為にまで遡れるのか、全く明らかではないのである。四三条の「犯罪の実行に着手」には、いわゆる着手未遂も含まれるとする点に争いが無い以上、最終的な構成要件実行行為からの着手時期の前倒しの限界は、やはり何らかの実質的基準によって判断せざるを得ない。

これに対し、第一節で若干言及したように、実行の着手の判断基準として、障害の不存在性や、時間的場所的接近性といった基準を採用しながらも、それに加えて、行為それ自体が当該犯罪の実行行為としての特徴を備えていることも必要だとする主張（実行行為の拡張解釈<sup>83</sup>）は、成り立ち得るようにも思われる。具体的には、平成一六年決定の事案においては、クロロホルムを吸引させる行為自体が被害者の生命を侵害する客観的な危険性を有していたことが殺人罪の実行の着手を肯定する根拠となるという考え方である。

しかし、このような考え方には疑問がある。すなわち、仮に、この考え方が、拡張された実行行為の「着手」ないし「開始」があれば足りるとするのであれば、そこでいう「着手」ないし「開始」の解釈がさらに必要となり、最終的な構成要件実行行為の「着手」ないし「開始」ほどの範囲で認められるべきかという当初の問題と同一の問題に直面することになる。他方で、当該犯罪の実行行為としての特徴を備えるような行為（平成一六年決定の例ではクロロホルムを吸引させる行為）については、それが既に成し遂げられていることが必要だとすれば、なぜ最終的な構成要件実行行為についてはその完遂が要求されないのに、この場面ではそれが要求されるのかの根拠が不明であろう。したがって、このような考え方は、実行の着手判断の拡張を抑制するという観点からは魅力的ではあるが、支持し難いように思われる。

次に、構成要件上、手段が限定されている犯罪に限り、実行の着手判断に構成要件的な制約を加えようとする見解について検討したい。この見解は、殺人罪や窃盗罪といった手段が特定されていない犯罪とは異なり、強姦罪や強盗罪といった手段行為が特定されている犯罪については、手段行為の開始がなければ実行の着手を認める

べきではないとするのである。<sup>(84)</sup>しかし、このような考え方にも疑問がある。

まず第一に、このような考え方が、手段行為の「着手」ないし「開始」が必要だとした場合、先の見解と同様に、そこである「着手」や「開始」とは何かということが即座に問題になるからである。そこで、このような見解からは、手段行為が既に行われたことが必要だと主張することが考えられる。このような主張は、手段が限定されていない犯罪の場合と異なり、以下のような根拠づけが成り立つとすれば、説得力を持ち得るように思われる。つまり、強盗罪を例にとれば、強盗罪の構成要件は、暴行・脅迫のみによって実現されるのではなく、被害者の犯行を抑圧するに足る暴行・脅迫により、被害者の財産または財産上の利益を奪取することによって実現される。だとすれば、強盗罪においては、暴行・脅迫が最終的な構成要件実現のための不可欠の中間行為となり、したがって、強盗罪の実行の着手はそのような不可欠の中間行為を残した段階ではいまだ認められないと主張することが可能であるように思われるのである。

しかし、このような考え方にも問題がある。いま例にした強盗罪についていえば、同罪は強盗殺人罪などとは異なり、暴行・脅迫と財物または財産上の利益の奪取とが密接不可分に結びついた犯罪である。とすれば、四三條が「犯罪の実行に着手」としているにもかかわらず、このような密接不可分な強盗罪の実行行為（＝「強取」の着手では足りず、その一部が既になされていなくてはならないと主張することは、四三條の文言との関係で、無理のある解釈であるように思われるのである。したがって、このような考え方も採用し難いように思われる。

以上のことから、実行の着手判断において、「実行の着手＝実行行為の一部開始」という枠組みを維持することは、どのような犯罪類型においても無理があるといわざるを得ない。実行の着手とは、実行行為（手段が限定されていない犯罪類型においては最終的な構成要件実現行為、手段が限定されている犯罪においては手段行為）の直前行為ないし密接行為と解釈されるべきであろう。

#### 四 今後の課題

以上のような本稿の帰結からは、直前行為ないし密接行為の具体的な判断基準が問題となる。現在、我が国では、実行の着手判断基準について、危険性基準を限定する基準としては、「障害の不存在性」（行為経過の自動性）や「時間的場所的近接性」ないし「時間的近接性」、さらに一部の論者により「被害者領域への侵入」が言及されているに過ぎない。したがって、これらの基準の当否、さらなる限定的基準の可能性について検討することが今後の課題となる。さらに、犯罪には様々なタイプのものが存在すること、また、同じ犯罪の中でも様々な犯行形態が存在することに鑑みれば、実行の着手の一般的な判断基準だけではなく、事案の類型化作業も必要となるだろう。これらの課題については、いづれドイツにおける議論も参照しつつ、考察を加えたいと考えている。

また、本稿の立場からは、従来、実行の着手の有無と結び付けられてきた他の論点の解決についても、再考を要することになる。たとえば、いわゆる「早すぎた結果発生」の問題については、結果発生時点で行為が未遂段階に至っているか否かを重要な基準とすることの実質的根拠が問題となろうし、未遂段階に至っている行為から結果が生じ、行為と結果との間に因果関係が認められる場合でも、さらに因果関係の錯誤を理由に、結果の故意への帰属を否定すべき場合があるのではないかという点について、考察を必要があろう。また、結果加重犯に関しては、とりわけ強盗致死傷罪について、判例は強盗の機会に生じた死傷結果につき広く同罪の成立を認める傾向があるが、それを限定する法理の要否も検討する必要がある。

以上の問題は、それぞれが独立の論文のテーマとなり得るものであるから、本稿では到底考察を加えることができない。これらの積み残された問題については、今後の研究の課題としたい。

- (1) 拙稿「実行の着手と行為者主観との関係について」『慶應の法律学 刑事法—慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』(二〇〇八) 一一一頁以下。
- (2) 塩見淳「実行の着手について(一)」法学論叢二二二卷二号(一九八七) 四頁。
- (3) 同様の見解を主張するものとして、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五) 二五一頁。なお、塩見教授は、一定の犯罪類型については、さらに被害者領域への介入も付加的要件とすべきだとしている(塩見淳「実行の着手について(三・完)」法学論叢二二二卷六号(一九八七) 一八頁)。
- (4) 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(二〇〇二) 二二二四頁、前田雅英『刑法総論講義(第四版)』(二〇〇六) 一四一—一四二頁、山口厚『刑法総論(第二版)』(二〇〇七) 二六九頁。もともと、既に平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五) 三二四頁は、「…切迫した危険といっても、その程度にはかなりの幅がありうる。したがって、これを明確にするためには、形式的ないし時間的な限定が必要である。しかし、それは必ずしも構成要件の特徴を持つ行為そのものである必要はない。」と述べていた。
- (5) 刑集五八卷三号一八七頁。
- (6) 本決定について、行為者の計画が実行の着手判断に影響を及ぼし得るということを明示的に認めたものと評価するものとして、橋爪隆「判批」ジュリスト一三三二号(二〇〇六) 一三六頁、平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一六年度)』(二〇〇七) 一八二頁、安田拓人「判批」『平成一六年度重要判例解説』(二〇〇五) 一五七頁。さらに、奥村正雄「判批」同志社法学五九卷六号(二〇〇八) 五五四頁。
- (7) 判例タイムズ一二四七号三四二頁。
- (8) 平木・前掲注(6) 一六二—一六三頁。
- (9) 平野・前掲注(4) 三一五頁。
- (10) 大越義久『刑法解釈の展開』(一九九二) 二二四頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』(二〇〇八) 一七六頁、大谷實『刑法講義総論(新版第二版)』(二〇〇七) 三七二頁、曾根威彦『刑法総論(第四版)』(二〇〇八) 二一六頁、内藤・前掲注(4) 一二四九頁、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四) 三〇六頁、松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』

(二〇〇四) 二二六頁、山中敬一『刑法総論「第二版」』(二〇〇八) 七一八頁。

(11) 野村稔『刑法総論 補訂版』(二〇〇〇) 三三四頁参照。さらに、西田典之『刑法総論』(二〇〇六) 二八四頁は「犯罪類型によって手段たる行為が特定されている場合」については、手段たる行為の着手が必要だとし、「実質的客観説も場合によって構成要件的制約を受けることは否定できない」とする。同様の主張として、松原義博「強姦罪における実行の着手」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ「第五版」』(二〇〇三) 一一九頁。

(12) 我が国の判例においては、強姦罪の実行の着手の有無が争われた事案が多数存在するが、行為者が既に何らかの形で暴行・脅迫にあたる行為をしているケースがほとんどである。

ただし、高松高判昭和四一年八月九日高刑集一九卷五号五二〇頁は、白タク営業をしていた被告人が、乗車させた女性客を強姦しようと企て、同女の指定した行先とは異なる山間部に自動車を走らせ、付近に人家の少ない道路端の空地に乗入れて停車した上、降雨中下車し、運転席のドアを閉め、後車輪に石で歯止めをし、無言で自動車後部の右側ドアを開いて後部座席中央部に腰掛けている同女の身辺に迫るため乗車しようとした行為につき、「被告人の右行爲は同女を強いて姦淫するための無言の威圧行為であり、ひいては、強姦の手段である暴行もしくは脅迫行為に極めて近接した行為であり、右行爲によつて、同女に対する強姦の危険が外部から客観的に優に観察し得る状態に達したというべく、したがつて、被告人の前記所爲は、強姦の予備行為をもつて目するのは失当であつて、強姦の着手行為であると認めるのが相当」としている。

(13) たとえば、日高義博は、「実行行為概念を、構成要件との関係で組み立てるとすると、密接行為というよりは、より厳密に一部該当といった方がよいと思います。そして、何をもちつて一部該当と判断するかという点については、法益侵害の危険性に着目し、現実的危険性が認められるところで一部該当ありという判断をすることが可能ではないか」としている(川端博「日高義博」塩見淳『鼎談』未遂犯論・不能犯論の現在」現代刑事法一七号(二〇〇〇)八頁。同様に、森住信人『未遂処罰の理論的構造』(二〇〇七) 一七四頁以下)。このようないわば「実質化された形式的客観説」とも呼べる見解は、実行行為を柱とした犯罪論体系を採る論者の多くが採用しているように見受けられる。たとえば、大塚・前掲注(10) 一七一頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(一九九七) 六四頁以下、福田平『全訂刑法総論(第四版)』(二〇〇四) 二二六頁。

- さらに、浅田和茂『刑法総論「補正版」』(二〇〇七)三七二頁、内藤・前掲注(4)二二二四頁。
- (14) このことを正面から認めるのは、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室三〇四号(二〇〇六)一二五頁、山口・前掲注(4)二六九頁。さらに、平野・前掲注(4)三一七頁。
- (15) 西田典之『刑法各論「第四版」』(二〇〇七)一七二頁。強盗致傷罪につき、最判昭和二三年六月二二日刑集二巻七号六七六頁。
- (16) 団藤重光編『注釈刑法(五) 各則(三三)(一九六五) 一七頁(大塚仁)。
- (17) 一方、裁判例において殺人の着手が否定された例として以下のようなものがある。行為者が「どいつもこいつも殺してもうたる」等と叫びながら被害者方寝室等に押し入って被害者を探し求めたが、その間に被害者が逃走した例(神戸地姫路支判昭和三四年一月二七日下刑集一卷二二四九六頁)、行為者が被害者の面前で腹巻に差し込んでいた「あいくち」を抜こうとして手をかけたが、被害者が危険を察知して逃走した例(広島地判昭和三九年一月一日下刑集六巻一〇一・一二号一二八四頁)、行為者が包丁を右手に携えた上で、被害者の居室の前に至り、被害者が応対に出たら直ちに刺殺する目的で案内を求めたが、応対に出かかった被害者が包丁に気づいたため、部屋の窓から逃走した例(大阪地判昭和四四年一月六日判例タイムズ二四七号三二二頁)。
- (18) 平成一六年決定に関する評釈のうち、実行の着手判断に関する同決定の結論を支持するものとして、奥村・前掲注(6)五五四頁、吉川崇「判批」警察公論五九巻九号一一二頁(二〇〇四)一一二頁、原田伸夫「判批」法学新報一一三巻三・四号(二〇〇七)六二五頁、日高義博「判批」専修ロージャーナル創刊号(二〇〇六)一二八頁。反対するものとして、門田成人「判批」法学セミナー五九四号(二〇〇四)一一六頁。
- (19) 前記名古屋高裁判決の結論を支持するものとして、金澤真理「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇〇八)七四頁。井田・前掲注(3)二五四頁。さらに、前記名古屋高裁判決に関し、金澤・前掲注(18)七四頁。
- (20) このような考え方を採用した場合に限界事例となるように思われるのが、名古屋地判昭和四四年六月二五日判例時報五八九号九五頁である。本件は、被告人らが、被害者に睡眠薬を飲ませて昏睡させ、さらにすりこ木で頭部を殴打して完全な気絶状態にした上、被害者を峠まで自動車で運び、自動車の運転席に座らせてそのまま崖に激突させるなどして、交通事故死にみせかけて殺害するという計画の下、これを実行したが、すりこ木で殴打した時点で被害者

が目を覚ましたため、目的を達しなかったという事案につき、殺人罪の実行の着手を認めたとする。

(21) なお、窃盗罪については、従来の学説も密接行為にまで着手の範囲を拡張しているように見える。しかし、二三五条の「窃取」の意義は「他人の占有する財物を、その占有者の意思に反して自己の占有に移転させる行為」（西田・前掲注(15)一三七頁）と定義されているところ、住居侵入窃盗における物色行為の段階でも、被害者の財物に対する占有を基礎づける支配領域性の侵害が既に認められる以上、窃取行為の一部開始が認められると理解することも可能であろう。なお、大塚・前掲注(10)一七一頁参照。これに対し、浅田・前掲注(13)三三七頁は、「ハンドバッグを開ける行為や、目的物に触れる行為」がなければ実行の着手が認められまいとする。

(22) 塩見・前掲注(3)一五頁以下参照。

(23) 法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』（法務資料四三九号、一九八二）一一頁の訳文にしたがった。なお、法務大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』（法務資料四六一号、二〇〇七）二五頁では、「行為についての自らの表象により、直接、構成要件の実現に着手した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである。」と訳されているが、本文の訳の方が我が国の四三条との相違が際立つように思われるため、こちらの訳にしたがった。

(24) 法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』（法務資料三九七号、一九六七）二六頁の訳文にしたがった。

(25) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 : mit Begründung, S. 144.

(26) Vgl. Albin Eser, in : Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2006, §22, Rdn. 1.

(27) こゝでいう「表象」は、「犯行計画」(Tatplan)とはほぼ同じ意味である。後者の文言が採用されなかったのは、情動行為の場合には犯行に先立って計画がなされないことから、「計画」という文言がそぐわないと考えられたからである (Vgl. BT-Drucksache V/4095 S. 11)。なお、本条の「Vorstellung」の意義については、Thomas Hillenkamp, Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs, in : Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, S. 689 ff.

(28) なお、現行二二条の下での判例と旧四三条の下での判例にそれほど大きな断絶があるわけではない（このことは後に挙げる連邦通常裁判所一九七五年九月一六日判決が、旧規定時代の判例を多数引用していることから看取することができる）。したがって、予備と未遂の区別に関するドイツの判例の状況について知るためには、本来、旧規定

の下での判例もくまなく検討する必要がある。しかし、本稿を執筆するにあたり、その時代の判例を細かくフォローすることができなかったこと、また、本稿の関心事が、主に判例による二二条の直前性の要件の具体化にあることなどから、以下で取り上げる判例は現行二二条の下でのものに限定した。改正前後の判例の状況については、塩見淳「実行の着手に(二)」法学論叢二二二巻四号(一九八七)二頁以下、同・前掲注(三)二頁以下を参照。

(29) BGHSt 26, 201.

(30) BGHSt 37, 294(297 f.) ; BGHSt 40, 257(268) ; BGH NSTZ 1996, 38 ; BGH NSTZ 1999, 395(396) ; BGH wistra 2002, 263(266) など。なお、jetzt geht los の基準は「ゆるぎない意思の衝動」を必要とする」ところ基準も挙げられることがある (Vgl. BGHSt 48, 34 (36))。

なお、Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, S. 222 に「ゆるぎない」の考え方は「判例・通説」による。

(31) BGHSt 28, 162.

(32) BGHSt NJW 1980, 1759 ; BGHSt 31, 10(12), 178(181 f.) ; BGH NSTZ 1989, 473 ; BGHSt 36, 249(250) ; BGH NJW 1990, 2072 ; BGH NSTZ 1993, 133 ; BGHSt 40, 299(301) ; BGHSt 43, 177(179) ; BGHSt 44, 34(40) ; BGH NSTZ 2001, 415(416) ; BGH NSTZ 2002, 309 ; BGHSt 48, 34(36) ; BGH NSTZ 2004, 38(38 f.) ; BGH NSTZ 2004, 580(581) ; BGH NSTZ 2005, 452 ; BGH NSTZ 2006, 331 ; BGH NSTZ 2008, 209 など。前者のみ挙げるものとして、BGHSt 35, 6(8 f.)。

(33) BGHSt 30, 363(364) ; NSTZ 1983, 462(mit Anmerkung von Karl-Rudolf Winkler) ; BGH NJW 1990, 2072 ; BGHSt 38, 83(85) ; BGHSt 40, 257(268 ff.) ; BGH NSTZ 2002, 309(310) など。

(34) 二の五つの基準すべてに言及するものとして、BGH NSTZ 1987, 20.

(35) BGH NSTZ 2002, 309.

(36) 同様の判示をするものとして、BGH NSTZ 2006, 331.

(37) 中間行為の存否を基準とする見解の代表的な主張者として、ルトルフィを挙げることができるが、彼は、未遂犯が認められるのは、「行為者によってなされた行為が、さらなる本質的な行為なく構成要件の実現に至る場合」

- (Hans-Joachim Rudolph, in : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1993, §22, Rdn. 9) などとしてる。
- (38) Vgl. Kristian Kuhl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, S. 458 f. 、「これに対し、法益の危殆化を統一的な基準とすべきだとするものについて、Eser, a. a. O.(Anm. 26), §22, Rdn. 42. しかし、現行二二条の下ではこのような見解は少数説である。
- (39) 本稿では紙幅の関係もあり、極めて限られた犯罪についてしか取り上げることができなかった。窃盗罪、詐欺罪、薬物輸入罪等の未遂の成立時期に関する判例は、我が国との関係でも興味深いが、これらについては別に機会があれば紹介することとした。
- もっとも、窃盗罪については、ドイツ刑法二四三条(特に重い窃盗罪)が原則的加重事由(Regelbeispiel)を定めており、連邦通常裁判所の判例は、同罪の未遂を認めるにはこれらの事由にあたる行為の開始があれば足りるとしている(BGHSt 33, 370)ことから、窃盗の一部の類型(たとえば、侵入盗)については我が国とドイツで議論の前提状況が大きく異なるといった事情もある。
- (40) 猟銃を携帯しつつ、被害者宅から道路を挟んで向かいにある学校の運動場で被害者の動向を見張り、犯行の機会をうかがった行為を強盗の予備としたものとして、宮崎地判昭和五二年一〇月一八日刑月九卷九・一〇号七四六頁。しかし、未遂か予備かという点について特に争われなかったようである。
- (41) ただし、行為者が、深夜、被害者を強姦するため、被害者宅の地下室の窓をこじ開けようとしたが、その音で被害者が目覚め、警察に通報したため目的を達しなかったという事案につき、強姦罪の未遂を否定した例として、BGH NSZ 2000, 418. 、「これを狭すぎるとして批判する」のは、Thomas Bellay, NSZ 2000, 591(Anm. zu BGH, Beschl. v. 14. 3. 2000).
- (42) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第二版 第二二卷』(二〇〇三)三四二―三四三頁(河上和雄・高部道彦)。
- (43) BGH NSZ 1984, 506.
- (44) さらに、BGHSt 39, 236 も参照。
- (45) Sの妹の住居のベルには「S」というSの表札があったが、Sの住居のベルには表札がなかったとされている。

- (46) BGH MDR 1978, 985.
- (47) BGH GA 1980, 24.
- (48) BGH NStZ 1983, 364.
- (49) BGH NStZ 1996, 38.
- (50) BGH MDR 1977, 807.
- (51) Kühl, a. a. O.(Anm.:38), S. 457.
- (52) BGH NJW 1980, 1759.
- (53) BGH NStZ 1997, 83.
- (54) 東京高判昭和三九年一二月一五日東高刑時報一六卷三号七一頁(未遂を否定)。
- (55) BGH NStZ 2004, 38.
- (56) 以上で紹介したものは、被害者を待ち伏せしたが現れなかったケースで未遂を否定した例として、BGH StV 1989, 426. 複数人で被害者を取り囲んで襲撃して現金を奪うことを計画したが、共犯者の一人が現れない間に襲撃の機会を逸してしまったケースで未遂を否定した例として、BGH StV 1994, 240.
- (57) BGHSt 30, 363 ; BGHSt 40, 257 ; BGHSt 43, 177 なし。
- (58) 前掲注(20)参照。
- (59) 前掲注(17)参照。
- (60) BGH StV 1984, 420.
- (61) BGH NStZ 1987, 20.
- (62) BGH NStZ-RR 2004, 361.
- (63) BGH NJW 1993, 2125.
- (64) BGH NStZ-RR 1998, 203.
- (65) BGH NJW 1991, 1963.
- (66) 本判決は、このような解釈は確定した判例だとし、BGHSt 32, 382 を引用している。

- (67) いわゆる「条件つき故意」の問題である。これについては、塩見淳「条件付故意について」刑法雑誌三〇巻一頁（一九八九）四二頁以下、篠田公穂「条件付き故意」名古屋大学法政論集一二三四号（一九八八）二〇五頁以下、西村秀二「いわゆる『条件付故意』について——未完成犯罪を中心として」上智法学論集三〇巻一頁（一九八七）二五一頁以下、宮川基「条件付故意について」（一）（二・完）法学六三巻三三四五頁以下、四号五一九頁以下（いずれも一九九九）。これらの中でドイツの議論も紹介されている。
- (68) Vgl. Maria-Katharina Meyer, Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs, GA 2002, S. 379 ff. Kühl, a. a. O. (Anm. 38), S. 450 は「銃を持ち上げ、狙いをつけ、引き金を指をかける行為は重要な中間行為ではないとする。同様に、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 374. 故殺罪ないし危険な傷害罪の未遂の成否が問題となった事案につき、装填された銃を引き抜いた時点で未遂が認められるとしたものとして、BGH NSZ 1993, 133.
- (69) なお、被害者の手足を拘束した時点では殺意はなかったが、その後、タオルで絞殺する意思が生じたというケースで、タオルを取り出し、折りたたむ行為は「まだ予備行為だが、折りたたんだタオルの両端を持って歩み寄った時点で「犯罪実行の開始」が認められると判断したものとして、BGHSt 32, 382.
- (70) 静岡地判昭和三九年九月一日下刑集六巻九・一〇号一〇〇五頁、広島地判昭和四九年四月三日判例タイムズ三一六号二八九頁、横浜地判昭和五八年七月二〇日判例時報一一〇八一三八頁。
- (71) 比較的最近のもので、実行の着手を肯定した例として、福岡地判平成七年一〇月二二日判例タイムズ九一〇号二四二頁。否定した例として、千葉地判平成一六年五月二五日判例タイムズ一一八八号三四七頁。
- (72) 前掲注(70)で挙げたものは、すべてそのような事案である。
- (73) BGH NSZ 1981, 99.
- (74) BGH NSZ 2006, 331.
- (75) っれに對し、Jan C. Schuhr, StV 2007, 187 (Anm. zu BGH, Urt. v. 9. 3. 2006).
- (76) 前掲注(70)。
- (77) BGH NSZ 2008, 209.

- (78) さらに、その場合には、同罪の未遂だけではなく、既遂が認められるとしている。
- (79) 最近の学説状況については、拙稿・前掲注(1)参照。
- (80) Vgl. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Aufl. §22 Rdn 2a.
- (81) もっとも、最近では、未遂犯の処罰根拠の客観化を主張する見解も主張されている。これについては、塩見淳「ドイツにおける未遂論の客観化傾向について(一)」(三)・完「法学論叢」三七卷一三〇頁以下、二号一頁以下、三号一三頁以下(いずれも、一九九五)、二本柳誠「ドイツにおける未遂処罰限定の試み」早稲田大学大学院法研論集一一五号(二〇〇五)一八〇頁以下に紹介がある。
- (82) 前掲注(16)。
- (83) なお、井田・前掲注(3)がこのような趣旨の主張であるのかは明らかではない。
- (84) 西田・前掲注(11)二八四頁。さらに、松原・前掲注(11)一二九頁。
- (85) 私見については、拙稿「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究六三号(二〇〇四)二四〇頁以下参照。