

実行の着手時期に関する一考察

05H2041 齋地 美菜子

第1章 問題の所在

刑法第43条は、未遂について「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者はその刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と規定している。このように、現行刑法では未遂犯の契機として外形的な「実行の着手」概念を打ち出したが、具体的にどの時点で、犯罪の準備段階としての「予備行為」を越えて犯罪の実行行為に入るかについては規定しておらず、すべて学説・判例に委ねられてきたといえる。

また、現行刑法では既遂犯処罰が原則であって、未遂犯は一定の重大な犯罪類型についてのみ例外的に処罰されることになる。これに対して予備行為は、一般的には処罰対象ではなく、未遂よりさらに極めて例外的に重要な犯罪類型に対してのみ規定されているにとどまる。よって、「実行の着手」を基準にして予備と未遂が分けられる以上、不可罰的な予備行為と可罰的な未遂の限界をなす「実行の着手」をどの時点で認めるかは大変重要な意味を持っているといえる。本稿では、はたしてどの時点で「実行の着手」を認めるべきかについて検討していきたい。

第2章 未遂犯の処罰根拠

学説の検討に入る前に、その根底にある未遂犯の処罰根拠について、説明しておきたい。

未遂犯の処罰根拠は、大別すれば、主観主義刑法理論に基づく主観的未遂論と、客観主義刑法理論に基づく客観的未遂論の二つの類型に分かれる。

主観的未遂論とは、未遂犯の処罰根拠は行為者の意思（ないし性格）の危険性とする考え方である。すなわち、未遂犯には犯罪的意思・性格が発現しており、それは社会にとって危険なものであるから、社会防衛のために処罰する必要があると考えるのである。これに対して、客観的未遂論とは、未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の危険性とする考え方である。すなわち、未遂犯には既遂結果発生の危険性があるから、法益をより厚く保護するためにはこれもお処罰する必要があると考えるのである。

第3章 学説

実行の着手に関する学説は、主観的未遂論に基づく主観説、客観的未遂論に基づく客観説、両者を合わせた折衷説に分類される。

主観説は、主観的未遂論に基づき、行為者の危険性を重視して、行為者の危険性を徴表する犯罪的意思の存在が確定的に認定できる時点に実行の着手を認める見解である。

これに対して客観説は、客観的未遂論に基づき、行為がもたらす結果発生の危険性を重視する立場であるが、この立場の内部では、さらに形式的客観説・形式的客観説修正説と実質的客観説が対立している。

形式的客観説とは、構成要件の一部の実現があった時点に実行の着手を認める見解であり、形式的客観説修正説とは、構成要件の一部の実現の他それに密接した行為をも含んで実行の着手時期を定める見解である。

そして実質的客観説は、法益侵害の危険性を実質的に把握し、既遂結果発生 of 具体的な危険が発生した時点に実行の着手を認める。実質的客観説では、既遂結果発生 of 危険が予備と未遂を分ける基準となるが、さらにこの危険の有無の判定にあたって、行為者の主観をどの程度考慮するかという問題が生じる。まず、どういう手順・やり方が考えられているかにより切迫性の有無・程度も当然左右されるとして、行為者の計画全体を考慮すべきとする見解が主張される。次に、実行行為を主観と客観の統一体であると捉え、実行の着手に関しても構成要件上必要とされる故意または過失を必要とする見解も主張されている。そしてさらに、行為者の主観はまったく考慮すべきではないとの主張もある。

また、折衷説には、主観説を基礎とした主観的客観説、客観説を基礎とした個別的客観説がある。主観的客観説は、行為者の全体的企図を基礎として、客観的にみて直接法益侵害の危険または危殆化があるとせられる行為がなされたときに実行の着手を認める見解である。これに対して個別的客観説は、行為者の所為計画によれば当該構成要件の保護客体に対する具体的危険が直接的に切迫した時点に実行の着手を認める見解である。

第4章 判例

大審院は、概ね形式的客観説に拠っていたが、現在では、これを拡張・修正する形で実質的客観説ないし折衷説的立場へと展開してきている。以下で、実行の着手時期が特に問題となることの多い窃盗罪・放火罪・強姦罪・殺人罪について、個々に見ていく。

窃盗罪における実行行為は、「他人の財物を窃取」することであるが、直接窃取する以前の段階、例えば、ポケットなどに触れて金品があるかどうかを確かめる行為などが問題となる。大審院は、形式的客観説修正説を採ってきたことが伺える。そして最高裁においても、大審院時代の判断基準を基本的に踏襲しているように見受けられたが、最判昭和40年3月9日を契機として、実質的客観説ないし折衷説が主流になっているように思われる。

放火罪において実行の着手が問題となるのは、目的物に直接点火する以前の段階である。大審院においては、少なくとも点火行為があれば放火罪の実行の着手があるとしていたが、例えば、目的物にガソリンを撒布するにとどまるような場合についてはなんら示すところがなかった。しかし、静岡地判昭和39年9月1日や横浜地判昭和58年7月20日を見ると、実質的に危険が生じているか否かの基準によって判断していると解され、点火行為に注目した形式的判断から、実質的な危険判断へと移り変わってきている。

強姦罪における実行の着手は、姦淫の直接の手段たる暴行・脅迫が開始されたときに認められるべきであるが、連行して他所で姦淫するために暴行を用いて車内に引きずり込もうとする場合などが問題となる。判例においては、最決昭和45年7月28日をリーディングケースとして、客観的危険性・結果の確実性を重視する立場を一貫して採っている。

殺人罪の実行の着手が問題となる毒殺事例について、大審院は、受領することによって「飲食しうべき状態」に達したかどうかを、着手時期決定の基準としていることが読み取

れる。戦後の判例で、殺人罪の着手時期が争われたものに、実行行為がいくつかの行為から構成されているような事案がある。これについて、名古屋地判昭和44年6月25日や最決平成16年3月22日では、結果発生に対する客観的な危険性が発生したことを理由に着手を認めており、実質的客観説ないし折衷説の立場から判断を下したと思われる。

現在では、上で検討した四つの犯罪類型とも実質的客観説ないし折衷説の見解に立つ流れになっていると解される。

第5章 結論

結論を述べるにあたり、まず未遂犯の処罰根拠についてどのように考えるかが問題となるが、私は客観的未遂論の立場が妥当であると考え。なぜなら、主観的未遂論は、社会防衛のために個人の行動の自由に対する刑法の過度の介入・早すぎる介入をもたらし、刑法の謙抑性の原則に反するためである。一方、客観的未遂論は、未遂犯には既遂結果発生の危険性があるから、法益をより厚く保護するためにはこれもおお処罰する必要があると考え、そこに個人の行動の自由の保障と法益保護の必要との接点を求めるのであり、妥当な立場であると考え。よってこの主観的未遂論を根拠とする主観説、折衷説のうちの主観的客観説は採用することはできない。

したがって、客観的未遂論から導かれる客観説、折衷説のうちの個別的客観説がとりうることになるが、個別的客観説は、行為者の所為計画までも主観的違法要素と捉えている点で賛同できない。なぜなら、所為計画をも主観的違法要素として認めてしまうと、違法要素となる主観的事実の範囲があまりにも広く、不明確になってしまうためである。

よって私は、客観説が妥当であると考え。それでは、客観説のいずれの見解が妥当であろうか。まず形式的客観説は、犯罪の概念要素に属するとされる行為の範囲があまりにも狭く、実行の着手を非常に遅い時期に認めることになり、不当であるため妥当でない。形式的客観説修正説もまた、予備行為と実行行為の区別を曖昧にするのみならず、「直接密接する行為」の限界をさらに示さなければならないため、採用することはできない。そこで私は、結果発生の具体的な危険という観点から法益侵害の危険性を実質的に把握する立場をとっている実質的客観説が最も妥当であると考え。

次に、この立場については現実的危険の有無の判定にあたり行為者の主観をどの程度考慮するかが問題となるが、この点を論ずるためには、違法性の本質について検討を加える必要がある。そこでまずこの点について考察することにする。「違法性」については、結果無価値論と行為無価値論が対立しているが、私は行為無価値論が妥当であると考え。なぜなら、例えば結果として人を死亡させたとき、殺意があった場合と傷害の故意で結果として死亡させてしまったという場合では、違法性は決定的に異なるためである。行為無価値を考慮に入れて初めて、違法性の程度の差を説明することができる。よって行為無価値論を支持する。そうすると、行為無価値論からは、行為者の主観をどの程度考慮するかという問題について、行為者の計画をも考慮する見解、故意または過失のみを考慮する見解が理論上とりうることになる。しかし、行為者の所為計画は、実行の着手の有無の判断という類型的判断になじまないため、考慮に入れるべきではないと考える。したが

って、現実的危険の有無の判定にあたっては、行為者の故意または過失という限度で行為者の主観を考慮すべきである。

以上のような理由から、私は、既遂結果発生の実現的な危険が発生した時点に実行の着手を認める見解を支持する。