

# 不能犯論と実行の着手論の二元的把握に基づく『実行の着手』基準の再定位 —特殊詐欺事案を端緒とした進捗度基準説の意義—

22H2114 長牛紅葉

## I. はじめに

我が国の現行刑法は、各則に規定された犯罪構成要件が完全に充足されない場合でも、「犯罪の実行に着手」すれば、各本条に規定があることを要件として、未遂罪として、既遂罪の刑を任意的に減輕した限度で処罰することを可能にしている（43条、44条）。我が国では、予備罪の処罰規定が少ないことから、「実行の着手」時期が、国家刑罰権の原則的な介入時期となるのである。そして判例・通説は、結果発生の実現的危険性と構成要件該当性との密接性という形式的限定を相互補完的に捉えて実行の着手判断をしてきた。しかし、近年登場した、非対面で分業的かつ段階的に犯行が進捗する特殊詐欺事案においては、従来の基準を適用すれば処罰範囲の不当な限定を招き、さらに、処罰の早期化を図る近時の最高裁判例の判断基準が、通説の理論構造では説明困難であることから、通説的見解と実務との乖離が指摘されている。

そこで、本稿では、こうした現代的課題を端緒として、通説が依拠する理論構造の問題点を指摘し、加えて近年有力化している進捗度基準説の妥当性を示すことで、今後我が国で妥当とすべき実行の着手基準の再定位を試みる。

## II. 特殊詐欺事案における最新の判例の判断枠組みについて

本章では、特殊詐欺事案における最新の判例が依拠した判断基準を明確化する。最判平成30・3・22刑集72巻1号82頁は、被害者に現金の交付を求める文言が未だ述べられておらず、被害者宅付近まで赴いて逮捕された被告人に対して、詐欺未遂罪が認められた事案である。本判決は、第一に、述べられた嘘の内容的性質を検討した上で、犯行計画を基礎に危険性を判断している点、第二に、詐欺罪の着手時期とされる欺罔行為より前段階を捉える基準によって着手判断がなされた点に特徴がある。

最判令和4・2・14刑集76巻2号101頁は、キャッシュカードすり替え型の特殊詐欺事案で、うそが述べられ被害者宅路上付近まで赴いた時点で、被告人に窃盗罪の実行の着手が認められたものである。本判決は、現金手交型の特殊詐欺事案と顕著な類似性を示し、犯行計画を基に危険性の判断を行い、更に構成要件該当行為以前を捉える緩やかな基準によって着手判断がなされた点に特徴がある。

## III. 従来の学説・判例の分析

本章では、II章で分析した特殊詐欺事案の判断基準の位置づけを把握するために、従来

の判例の判断基準を明らかにすることを試みた。判例の基準を明らかにするために、実行の着手基準に関する従来の学説の理論構造を詳細に分析し、それを踏まえて判例の立場を分析する手法をとる。

従来の学説は、主観主義刑法理論と客観主義刑法理論の対立をもとに、主観説、客観説（形式的客観説・実質的客観説）、折衷説という3つに分類される。主観説は、犯罪行為を行為者の犯罪的意思の現れと把握するため、実行の着手を、「犯意の飛躍的表動」が認められるとき、あるいは、「犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められるとき」とする。一方で、客観説は、実行の着手を客観的基準によって決定する立場であり、形式的客観説と実質的客観説がある。形式的客観説は、構成要件の全部または一部の事実またはそれに密接した事実を実現することが着手の意義であると説く。実質的客観説は、「構成要件的结果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始」をもって、実行の着手と解する立場である。もっとも、本説では、行為者の主観を考慮に入れなければ、その行為の「客観的な危険性」を判別できないとして、行為者の故意を考慮する見解、行為計画までを考慮する見解も存在する。また、近年では、危険といえどもその程度には幅があることから、構成要件該当行為に形式的な限定機能を担わせ、形式的基準と実質的基準とを相互補完的に捉えて着手判断を行う危険性・密接性基準説が主張されるに至っている。折衷説は、法益侵害の危険が切迫したことをもって実行の着手を是認する見解に立脚しつつ、法益侵害の危険が生じたかどうかは、行為者の所為計画をもとに判断し、実行の着手判断の際に主観・客観の双方を考慮する。

上記の学説分析を踏まえ、性質の異なる広範な分野の実行の着手基準について検討することを目的に、窃盗罪、強姦罪（不同意性交等罪）、禁制品輸入罪、無許可輸出罪という4つの犯罪類型について判例の立場を検討する。窃盗罪は、一般住宅の侵入盗の事案（最判昭和23・4・17刑集2巻4号399頁）では物色行為時に着手を認め、土倉の侵入盗の事案（名古屋高判昭和25・11・14高刑集3巻4号748頁）では、壁や扉の錠の破壊時に着手を認めていた。しかし、最判昭和40・3・9刑集19巻2号69頁は、窃盗目的で商店に侵入し、明かりをつけた後なるべく金を盗りたいと考え、煙草売場に行きかけた時点で着手を認めた。このことから、窃盗罪では、財物の性質や犯行現場の状況といった客観的な事情を考慮し、占有侵害が容易かつ可能になった段階で着手を認め、そして占有侵害の危険性を看取できるかは、行為者の犯行の目的等といった主観的要素を考慮して着手判断を行う、客観説ないし折衷説に依拠していることが分かる。強姦罪における連行姦淫形態（最判昭和45・7・28刑集24巻7号585頁、京都地判昭和43・11・26判時543号91頁、東京高判昭和47・4・26判タ298号441頁）では、強姦の際に暴行・脅迫が予定されているとしても、連行の際の暴行の時点で実行の着手が認められた。そして判例は、連行する場所の状況、暴行・脅迫の態様・程度といった客観的な事情を考慮して、強姦に至る現実的な危険性を判断し、連行行為が単なる暴行なのか、婦女の強姦に向けられた暴行であるのかを判断する要素として、主観的な要素を考慮する、客観説ないし折衷説に依拠し

ていることが分かる。禁制品輸入罪では、覚醒剤を海に投下したものの悪天候のため、目的を遂げなかったという事案（最判平成20・3・4刑集62巻3号123頁）につき、「回収担当者が覚せい剤をその実力支配下に置いていないばかりか、その可能性にも乏し」として、既遂結果発生危険性を否定した。よって、禁制品輸入罪では、回収・陸揚げの完遂可能性を考慮して客観説の立場から判断を行ったといえる。無許可輸出の事案（最判平成26・11・7刑集68巻9号963頁）では、輸出手続きの状況を考慮して法益侵害の危険性が高まる時点を判断し、加えて行為者の計画という内面的な事情に鑑みて着手判断を行う、客観説ないし折衷説に依拠していることが分かる。

以上から、従来の判例は、客観・主観双方の事情を考慮してより実質的に法益侵害の危険性を判断する、実質的客観説あるいは折衷説の立場に依拠していたと考えることができる。一方で、特殊詐欺事案に関する最高裁の2つの判例では、危険性を認める構造として犯行計画を基礎に判断を行い、加えて、構成要件該当性との近接性を重要視しない判断構造を採っていることから、特殊詐欺事案は、通説的な基準と乖離した判断構造に依拠していることが明らかとなった。

#### IV. 不能犯論と実行の着手論の関係

従来の判例と特殊詐欺事案の判断基準の乖離の背景には、「不能犯論と実行の着手論の関係」という刑法総論上の議論が関わっていることが、近年指摘されている。そこで本章では、危険性・密接性基準説と進捗度基準説の対立の背景を分析することを試みた。具体的には、不能犯論と実行の着手論の位置づけの差異が着手基準にどう影響していくのかを明らかにするため、両学説の①不能犯論と実行の着手論の位置づけ、②危険性の概念、③構成要件該当性との関係、④行為計画の考慮という4つの観点から立場を分析した。

まず、我が国では伝統的に危険性の概念を用いて、不能犯論と実行の着手論の関係を一元的に捉えてきた。そして、不能犯論と実行の着手論を、既遂結果発生危険性という単一の概念で捉えるため、実行の着手といえるためには、構成要件の結果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始が必要となった。そして、危険の有無だけで着手判断を行うと未遂犯の成立範囲が不当に拡大する恐れがあることから、構成要件行為との密接性を要求するのが、危険性・密接性基準説の基本的構造となる。そして通説がこのような理解に至った経緯は、旧刑法制定過程で不能犯不処罰の文言が削除されたという歴史的経緯が関連し、加えて、多くの犯罪においては予備・未遂・既遂へと犯罪が発展するに連れ、危険性が高まっていく構造を持つためであった。しかし、昨今登場した、特殊詐欺という現代型犯罪においては、分業的に行われる行為が一連となって結果発生まで進捗するために、犯行の一部を見ただけでは法益侵害の危険性の高まりを把握できず、あるいは、初めから被害者が詐欺を見破っていた場合など、危険性が高まらないケースも存在し、結果発生の可能性の観点のみから着手判断を行うことは困難なのである。

こうした実務における限界に加え、理論的側面からも一元論の妥当性には疑義がある。

これを克復したのが、不能犯論は、犯罪行為が備えるべき最低限の有害性の問題であり、実行の着手論は、犯行の進捗度の問題として、両者を二元的に捉え、犯行計画を基礎に着手判断を行う、進捗度基準説である。本説は、「外部的障害を乗り越える行為や心理的障害を乗り越えるための新たな意思決定などの重要な中間行為の介在が予定されておらず、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか」という基準で着手判断を行う。そのため、通説に拠ると危険性が高まらないために処罰できない事例や、構成要件該当行為の文言に拘束され、処罰時期が不当に遅くなる事例においても、「その行為がなされた後の事態が一気に進捗し得る状態にまで犯行計画が進捗していたと言える場合」に、その行為の時点で未遂犯処罰を可能とするのである。

## V. 実行の着手基準の再定位

本章では、II章で分析した特殊詐欺事案、III章で分析した従来判例を、進捗度基準説の判断枠組みを用いて再検討する。まず、現金手交型の特殊詐欺においては欺罔行為が未だ述べられていない段階で、キャッシュカードすり替え盗においては、被害者宅未到達の時点で早期に実行の着手を認めることが可能となった理論的根拠を、通説の要件で説明することは困難である。そして最高裁の特殊詐欺に関する二事案では、犯行計画を基礎に危険性を判断し、被害者が現実に詐欺に気が付いていたのかという既遂結果発生の可能性という観点を排斥している点も注目される。このことから、通説の危険性基準に依拠しない、進捗度基準説の基準を用いた判断であったことが明らかである。

また、強姦罪においては、通説の判断に拠る結論を維持しつつ、さらに、進捗度基準説をとることで、暴行ではなく欺罔等によって被害者を車内に連行しその後姦淫する形態についても、着手時期を統一することが可能となり、法益保護の観点からより望ましい判断ができることが明らかとなった。同様に無許可輸出罪においても、通説の判断による結論を維持しつつ、進捗度基準説を用いた方が、従来無許可輸出罪のケースに比べて早期に着手を認めた根拠について、理論的妥当性を保持して説明することが可能となった。

以上から、進捗度基準説の方が実践的な適用範囲が広く、正当な理論的基礎付けに用いて着手判断を行うことが可能となり、通説の欠陥を克復した構造をとると言い得る。

## VI. おわりに

本稿では、特殊詐欺事案における最新の判例の動向を契機として、実行の着手基準の再定位を試みた。そして通説が直面する処罰範囲の不当な制約という限界は、不能犯論と実行の着手論を一元的に把握しようとする理論構造に起因するものであることを明らかにした。不能犯論と実行の着手論を二元的に把握し、既遂結果発生の高度な危険性を要求することなく、犯行の進捗度を基礎に未遂犯処罰を画することにより、理論的な矛盾がなく、法益保護の観点から早期に着手判断を行うことが可能となるのである。よって進捗度基準説が、今後我が国において採用すべき実行の着手基準であると結論付ける。