HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	未遂犯と中止犯（3）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，47(3/4)：339-366
発行日	2012-03-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　説

未遂犯と中止犯　(3)

吉田敏雄

目　次

第一章　未遂犯
一　未遂犯の意義
二　未遂犯の処罰根拠
1　ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
A　法規定
B　学説の状況
2　オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
A　法規定
B　学説の状況
3　スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
A　法規定
B　学説の状況
4　日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況
A　学説の状況
a　（純粋）主観的未遂論
b　客観的未遂論
aa　行為無価値論的客観的未遂論
bb　結果無価値論的客観的未遂論
B　未遂犯の処罰根拠の検討
三　構成要件
1　主観的構成要件
a　犯行計画
b　決意
c　故意
2　客観的構成要件

（以上第47巻第1号）

A　ドイツ語圏刑法学・判例の状況
　a　形式的客観説（構成要件説）
　b　実質的客観説
　c　主観説
　d　主観的客観説（個人に応じた客観説）
　e　最近の判例の動向
　f　部分行為説の具体化（ロクスィーン説）
B　我が国の学説
　a　主観説
　b　客観説
　　aa　形式的客観説（構成要件基準説）
　　bb　行為無価値論的実質的客観説
　　cc　結果無価値論的実質的客観説
　c　折衷説
　　aa　主観的客観説（個人に応じた客観説）
　　bb　客観的主観説
C　未遂行為（予備と未遂の区別）の検討
　a　実行行為
　b　実行行為に接着する先行行為
　c　犯罪行為態様別の検討

（以上第47巻第2号）

（以上本号）

C　未遂行為（予備と未遂の区別）の検討

a　実行行為

以上、内外の諸説を概観したのであるが、予備と未遂を区別するのが構成要件の定める所為行為、つまり、**実行行為**（Ausführungshandlung）である。構成要件によっては、行為の態様が定められている犯罪もある（例えば、窃盗罪における「窃取」行為、詐欺罪における「欺く」行為）。このような犯罪では、それらの実行行為が何を意味するかはそれぞれの構成要件の解釈によって定まる。外界の変化を顧慮することなく特定の行為だけを定める**単純行為犯**（挙動犯）にあっても未遂は存在する。住居侵入罪（刑法第一三〇条、同第一三二条）では、「身体的」侵入行為に着手したが、身体の一部たりとも住居等の内部に入らなかった場合、例えば、施錠の破壊行為を開始したが、内部に入る前に発見された場合に未遂が成立する[128]。しかし、結果の惹起を定める殺人罪、傷害罪、損壊罪のようないわゆる**非行為被拘束犯罪（結果惹起犯）**では、所為行為が定められていない。これらの犯罪では、先ず、客観的には、行為が構成要件の定める結果を発生させる因果連鎖の最後の構成要素として行為者の掌中にあるか否か、次いで、主観的には、行為者の犯行計画によれば、当該行為を最後の構成要素にしようとしているか否が検討されるべき

であり、これが肯定されると実行行為が認定される。例えば、拳銃を抜き、それを構え、被害者に拳銃を合わせ、発射するとき、発射することが実行行為であり、これが行なわれると、実行行為に接着する先行行為を問題とする必要はもはやなくなる。[129]

多行為犯罪（複数の行為を要求する構成要件）においても、行為者の表象によると、構成要件的不法の全部を実現する行為、つまり、構成要件要素を全部実現する最後の行為が実行行為である。したがって、行為者の意思が先ず、一つの構成要件要素を実現することだけに向けられ、後に他の構成要件要素を実現しようとするとき、行為者の意思は構成要件的行為不法の全部を実現しようとしているのではないから、その一つの構成要件要素が実現されてもまだ未遂は成立しない。一つの構成要件要素に該当する行為が直ちに未遂を基礎付けるわけではない。実行行為と構成要件該当行為は異なった概念である。例えば、強姦罪は暴行行為又は脅迫行為と姦淫行為を要求しているが、行為者が強姦の意図をもって、今日は暴行に止め、明日、姦淫をするつもりのとき、暴行行為だけではまだ未遂は成立せず、予備にとどまる。この場合、暴行行為をもって実行行為と解するなら、非行為被拘束犯罪の実行行為と均衡がとれないことになろう。行為態様によって可罰性を限定しようとする犯罪が非行為被拘束犯罪よりもその未遂成立時期が早くなら、それは奇妙なことと云わねばならない。暴行が強姦未遂を構成するのは、行為者がその具体的計画にしたがって、暴行に引き続いて姦淫を直ちに行なうつもりのときに限定される。[130]

加重犯の場合、加重行為が基本犯の行為の後に行なわれる類型とその前に行なわれる類型とがある。事後強盗（刑法第二三八条）のように、加重行為が基本犯の行為の後に行なわれるとき、加重事情を実現する行為が実行行為であ

る。加重逃走罪（刑法第九八条）のように、加重行為が基本犯の行為の前に行なわれるとき、加重行為ではなく、基本犯を実現するため直接行なわれる行為が実行行為である。未遂というのは、上述したように、行為者の意思が、構成要件的不法の一部分だけでなく、構成要件的不法の全部の実現に向けられていなければならない、つまり、加重行為の不法だけでなく、基本犯の不法にも向けられねばならないからである。[131]

行為手段が効果を表すのにかなりの時間を要する場合、例えば、殺害の目的で、他人の自動車にそれを発進させたときに爆発するような爆発装置を仕掛けるとか、[132]殺害の目的で、毒薬入り果汁瓶を道路脇に置くとか、殺害の目的で他人宛に毒物の入ったお菓子を郵送するといった場合（行為者の行為と構成要件的結果発生との間に時間的・場所的距離のあるいわゆる**離隔犯**[133]）も、行為者が以後の事象経路を自己の支配領域から最終的に手放したときに実行行為が認められる。[134]

これに対して、予備と未遂の区別を所為客体への直接的危険性の存否に求め、被害者が「所為手段の影響圏」に赴くときに未遂が成立する、つまり、「自己の行為又はその都度利用される道具の行為が直接的構成要件実現に至らなければならない」との学説[135]によれば、上記の例では、被害者が自動車に乗り込もうとしたとき、被害者が瓶を拾ったとき、被害者が受領した小包を開けようとしたときに未遂が成立する。しかし、この説には疑問がある。行為者の実行行為が被害者の行為に依存することになるからである。この難点を避けるために、被害者を行為者の道具と見て、被害者の行為を行為者に自己の行為として帰属させることも主張される。[136]しかし、この工夫も説得力に乏しい。たいていの場合、行為者の行為と被害者の行為との間に何等の因果関係も存しないからである。例えば、航空機に爆発物を

仕掛けて乗客・乗員を殺害しようとするとき、行為者と乗客・乗員の搭乗との間に因果関係は存在しない。したがって、乗客・乗員の搭乗を行為者にその行為として帰属させることはできないのである。[137]

事象経路を自己の支配領域から最終的に手放したとはいえない場合は予備にとどまる。例えば、妻の好みの銘柄飲料水を知っている夫が、殺害の意図で、妻が帰宅したら冷蔵庫から自分で取り出して飲むことを期待して、妻の旅行中にその飲料水に毒を混ぜて冷蔵庫に置いたという場合、この段階ではまだ予備である。確かに、行為者は結果の発生に必要な行為はすべて終えたと考えている。しかし、被害者はまだ戻っておらず、しかも、行為者は事象経路をいつでも停止させることができる(**停滞的因果経路**)。帰宅した被害者が冷蔵庫から飲料水を取り出し、飲もうとするまで、事象経路はまだ行為者の掌中にある。帰宅した妻が飲用する時点で、行為者には結果の発生を阻止しないという**不作為による実行行為**が認められる。もとより、行為者が用意していた毒物入りの飲料水を自ら冷蔵庫から取り出して妻に飲ませるために帰宅した妻に飲料水を渡すとき、この時点に作為による実行行為が認められる。[138]

b　実行行為に接着する先行行為　未遂行為は、実行の「着手」がある場合に認められるので、形式的には実行行為ではないが、行為者の計画によると、**実行行為に接着する先行行為**がある場合にも認められる。したがって、かかる行為の存否は、実行行為からしか、したがって、各構成要件に照らしてしか判断できない。このことは、実行行為がそれ自体として未遂行為であるばかりか、実行行為に接着する行為の準拠点でもあることを意味する。[139] 法治国原理も法的安定性の観点から未遂の成立を実行行為に接着する行為に限定することを要求する。ある行為が実行行為に接着する行為に当たるか否かの判断に当たっては、行為者の主観面を重視して、行為に意思の表動的意義しか認めない

のも、逆に、行為者の行為意思の面を無視して外部的行為だけを考慮することも適切でない。行為が実行行為に接着する先行行為か否かは、行為者の具体的犯行計画を基礎にして（どのように行為者は犯罪を実現しようとしているのか。判断基底）、随伴する観察者の客観的観点から判断されるべきである（犯行計画が構成要件の実現に接着した段階に至ったといえるか否か。客観的評価）。行為者がいかなる構成要件を実現しようとしているのかは、行為者の犯行計画を基づかないかぎり判断ができない。しかし、行為者の犯行計画を前提に、実行行為に接着する先行行為が為されたかはそれぞれの構成要件に即して客観的に判断されるべきである。[140]

実行行為に先行する行為の**実行行為接着性（直接性）**の存否の認定規準は、実行行為に先行する行為が、実行行為とI「**時間的密接性**」の関係にあり、しかも、II行為者の犯行計画によれば本質的な介在行為を要せずして実行行為に移れる、つまり、「**実行行為への行動的密接性**」の関係にあるということである。これらの規準は**相互限定的**に組み合わせて使用されるべきである。時間的密接性は、行為者が「**今**」実行行為をする意思のときに認められる。実行行為への行動的密接性は、行為が邪魔されることなく進行するならいわば自動的に実行行為に移行するときに認められる。この**自動性**の判断に当たっては、次の二点に留意すべきである。II①　行為者の犯行計画によれば、行為が**中休み時間や熟慮時間**によって実行行為と分離されないことであり、II②　被害者のいる犯罪では、被害者の保護領域に入り込む行為が行なわれることが必要である（**被害者の保護領域連関性**）。[141]例えば、車上荒しの目的で、開けっ放しになっている他人の自動車の窓から中に手を突っ込む行為は未遂である。行為者は今ここで、窃取をしようとしているし（時間的・場所的密接性）、被害者の物の支配領域への介入がある（被害者保護領域連関性）からである。その際、行為者が即座に手掴みしたいのか、杖をつかんでそれを利用して取ろうとしたのかは本質的な問題ではない。[142]しかし、

車上荒しの目的で他人の自動車の前に佇立するとき、その段階ではまだ未遂とはいえない。時間的密接性は認められるが、被害者保護領域へ入り込んだとはまだいえないからである。他人に向けて拳銃を構えているが、さしあたり撃つつもりはない場合、被害者保護領域への介入はあるが、時間的接着性が無いので、この段階では殺人未遂は成立しない。[143]

「早すぎた構成要件の実現」が問題となった最決平成一六・三・二二刑集五八・三・一八七〔クロロホルム殺人事件〕〔行為者らが、被害者にクロロホルムを吸引させて失神させ（第一行為）、その状態を利用して港まで運び、自動車ごと海中に転落させる（第二行為）という一連の殺人行為を行なって被害者殺害の目的を遂げたという事案〕は、「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1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1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1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ったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させて甲を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点で甲が第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立する」と論じて、行為者の全体計画を考慮した上で、第一行為の開始時点に実行の着手を認めた。第一行為の時点で、殺意があり、構成要件該当行為との時間的密接性も自動性も肯定されるので、構成要件に接着した行為が認められるので、本決定は妥当である。[144]

時間的密接性は構成要件行為との関連で存在しなければならず、必ずしも結果との関連で存在する必要はない。例えば、穿孔機を使って金庫を破ろうとしている行為は、実際に金庫を破るのにまだ数時間かかる場合でも、未遂である。[145]

c　犯罪行為態様別の検討　上述した規準は一般的指針であって、個別事案毎に具体化を要する。以下、論議のある事例を犯行態様別に検討する。

1　犯行現場ないし被害者への接近事例　行為者が殺害の意図で拳銃を抜いて被害者に近づくとき、行為者が即座に撃つつもりなら、まだ数歩進んで照準を合わせねばならないとしても、未遂が成立する。時間的密接性も被害者保護領域連関性も認められるからである。[146] 住居侵入窃盗の場合、犯行現場に向かうだけでなく、現にそこに到着して、玄関扉に合鍵を差し込むとか、一階の窓をこじ開けるとか、二階の開いている窓から即座に侵入するつもりではしごを架けたとき、窃盗未遂が成立するが、梯子を架けても数時間の後の闇夜になって侵入するつもりのときは、まだ予備である。[147]

窃盗の意図で小売店や百貨店に入るのはまだ予備である。これに対して、凶器を携帯し、覆面をした強盗が銀行の窓口を襲うのは未遂である。この場合、時間的接着性と被害者保護領域連関性が明らかに認められるからである。[148]

我が国の判例は著しく客観主義に傾いている。住居侵入窃盗について、大判昭和九・一〇・一九刑集一三・一四七三〔被告人甲は、乙方に侵入して金員を窃取せんと決意し、午前零時半頃日本刀一口を携えて、乙方裏手より屋内に

忍び入り、同人及びその妻丙の就寝していた同家六畳間に到り金員物色のためその北東隅の三重箪笥に近寄ったところ、乙が目を覚まし誰何したので、逮捕を免れるためその場で右日本刀で同人に斬り付け、治療約八〇日の切創を、又、物音に目を覚まし起き上がって布団をかぶせて甲を捕押へんとした丙にも斬り付け、治療約六〇日の切創を負わしたという事案)は、「家宅侵入の行為ハ窃盗罪ノ構成要素ニ属セス単ニ其ノ遂行手段ニ外ナラサルカ故ニ家宅ニ侵入シタルノ一事ヲ以テ窃盗罪ノ著手ト謂フ能ハサルハ勿論ナリト雖窃盗ノ目的ヲ以テ家宅ニ侵入シ他人ノ財物ニ対スル事実上ノ支配ヲ犯スニ付密接ナル行為ヲ為シタルトキハ窃盗罪ニ著手シタルモノト謂ウヲ得ヘシ故ニ窃盗犯人カ家宅ニ侵入シテ金品物色ノ為箪笥ニ近寄リタルカ如キハ右事実上支配ヲ侵スニ付密接ナル行為ヲ為シタルモノニシテ即チ窃盗罪ノ著手アリタルモノト云フヲ得ヘク其ノ際家人ニ誰何セラレ逮捕ヲ免ルル為人ヲ傷ケタルトキハ準強盗傷人罪ヲ以テ論スヘキコト更ニ絮説ヲ要セス」として、窃盗の目的があっても住居に侵入しただけはまだ未遂ではないが、物色以前の行為に未遂を認めている。

店舗窃盗について、最決昭和四〇・三・九刑集一九・二・六九〔被告人甲は電気器具商乙方店舗内において、窃盗の目的で現金の置いてあると思われる同店舗内東側隅の煙草売り場に近づき、金員を物色しようとしていた際、乙に発見された。甲は逮捕を免れるため、所携のナイフで乙の胸を突き刺し、出血失血死至らしめ、乙の妻丙にも暴行を加え傷害を負わせたという事案)は、「被告人は昭和三八年一一月二七日午前零時四〇分頃電気器具商たる本件被害者方店舗内において、所携の懐中電燈により真暗な店内を照らしたところ、電気器具類がつんであることが判ったが、なるべく金を盗りたいので自己の左側に認めた煙草売場の方に行きかけた際、本件被害者らが帰宅した事実が認められるというのであるから、原判決が被告人に窃盗の着手行為があったものと認め、刑法二三八条の『窃盗』犯人にあ

たるものと判断したのは相当である」として、「煙草売場の方に行きかけた」段階に実行の着手を認め、店舗に侵入しただけでは実行の着手を認めないようである。しかし、窃盗罪の故意の具体化としては、「金銭ないし何らかの有用な品物」を奪うという意思で十分であるから、有用な品物が揃っている店舗の場合、判例の立場からでも、店舗に侵入した段階で未遂の成立が認められよう。

なお、土蔵侵入窃盗の場合については、侵入時点に実行の着手を認める判例がある。名古屋高判昭和二五・一一・一四高刑集三・四・七四八「被告人等が窃盗の目的で土蔵に侵入しようとして土蔵の壁の一部を破壊したり、又は外扉の錠を破壊してこれを開いたことは、窃盗の著手をしたものと解すべきである」。

ドイツ連邦裁判所（BGH StV 1984, 420）は〔甲が自分の妻乙を殺害しようとして、この事を妻に通知していた。甲は乙の住まいにやってきて、階下の外玄関にある呼び鈴を鳴らした。当然のことながら戸は開けられなかった。甲は逮捕されたという事案〕において、妻の住まいに入るにはまだ多くの段階を経ることが必要だとして、未遂の成立を否定した。行為者の知らせで、妻はその対応策を取っていたことからすると、呼び鈴を鳴らしただけでは、被害者保護領域への影響はまだ見られないし、行為者の行為が「邪魔されずに進行」するともいえず、時間的密接性も否定される[149]。

ドイツ連邦通常裁判所（BGH NStZ 1987, 20）は、〔甲は乙を射殺する意図で、乙のいる居間の戸を銃の床尾で打ち破り、そこに侵入した。その間に、乙は窓から逃走したという事案〕において、行為者は主観的には閾を越えて「さ

あ今やるぞ」という段階に達したこと、その「作為は介在行為なくして構成要件充足にいたるはず」であるという理由から、未遂を肯定した。居間への侵入によって被害者保護領域への持続的影響が見られ、被害者がいれば直ちに射殺しようとして以上、実行行為との時間的接着性も見られる。[150]

ドイツ連邦通常裁判所（BGH NStZ 1999, 395）は、〔甲は乙（女性）に対する恐喝的な人身奪取罪を犯すつもりだったが、郵便小包配達員の振りをして、乙の住まいの呼び鈴を鳴らし、戸が開けられたら乙を誘拐する計画を立てた。甲は事前に、乙がその一〇歳の子と一緒に現れたら誘拐を止めることを共謀者と申し合わせていた。実際、乙は腕に子どもを抱えて現れた。甲は、申し合わせどおり、小包の配送先が間違っていましたといって引き下がったという事案〕において、恐喝的な人身奪取罪（刑法二三九条a。日本刑法の身代金略取罪に相当する）の成否につき、主観的には域を超えて「さあ今やるぞ」が、客観的には行為が介在行為なしに構成要件充足に至らねばならないところ、本件では、これらの要件が充足されていない、なぜなら、幼児が現れたため、「さらなる意思決断」が必要になったという理由で、未遂を否定した。しかし、本判決は批判される。呼び鈴を鳴らしたことで、被害者保護領域への影響が見られ、実行行為との時間的密接性も見られる。行為者には中止の留保付きの未遂が認められる。[151]

2　待ち伏せ事例　待ち伏せには、攻撃の準備の整った行為者が今か今かと被害者の現れるのを待っている場合と被害者が現れるのは数時間後だと予期している場合がある。いずれの場合も、被害者が行為者の影響を受ける範囲に来ない限り、実行行為に接着する先行行為があるとはいえないので、当該待ち伏せは実行行為に接着する行為に移行しうる行為に過ぎない。被害者が現れたとき、間髪いれず「自動的に」襲う犯行計画のとき、被害者が犯行現場に近

づき、行為者がこれに気づいたときに初めて未遂が成立する。[152]

ドイツ連邦通常裁判所（BGH NJW 1952, 514）は、［胡椒袋事件］〔被告人らは現金輸送係員を襲うつもりで、被害者が普段降りる電車停車場から遠くない場所に自動車を停めて待っていた。被告人らの計算では被害者は間も無く電車で到着するはずだった。被告人らは被害者の目に振りかける胡椒を用意しており、電車が止まるごとに自動車のエンジンをかけ、犯行後即座に逃走できるようにしていた。その間、電車は四回停まったが、被害者は現れなかった。被告人らはあきらめて立ち去ったという事案〕において、「邪魔されずに進行したなら直接的に構成要件の充足に至った」こと、「行為者の表象によれば侵害される法益の直接的危殆化が発生した」ことを理由に未遂の成立を肯定した。しかし、本判例は批判される。行為者の行為と強奪の間には被害者に自動車で近づくという本質的な介在的行為が残されているからである。行為者の表象を基礎にすると、今か今かと待っているのであるから、時間的密接性は肯定できるが、被害者保護領域連関性は、現れた被害者に近づくときに初めて肯定できるからである。[153]

ドイツ連邦通常裁判所（BGH MDR (D) 1966, 726）は、〔被告人らは銀行で給料を引き落とす会計係員（女性）から強奪しようとして、近くの出入り口の間で被害者を待っていたものの、被害者が現れたのに気づかなかったという事案〕において、強盗未遂の成立を肯定した。しかし、本判決に対しては、未遂の成否の基礎は行為者の表象であるが、本事案では、行為者らは被害者がまだ現れていないと思っていたのであるから、未遂は成立しないと批判される。[154]

3　試し、点検事例　行為者が先ず、所為の可能性又は行なうに値するか否かを調べるが、その点検中に邪魔され

る事例が問題となる。

掏りの場合、「当たり行為」は一般にまだ実行の着手とは認められないが、しかし、その結果次第では直ちに窃取行為に移るつもりのときは、被害者保護領域連関性はもとより時間的密接性もあるので、未遂が認められる。「当たり行為」の段階を超えているときは当然に実行の着手が認められる。最決昭和二九・五・六刑集八・五・六三四「被害者のズボン右ポケットから現金をすり取ろうとして同ポケットに手を差しのべその外側に触れた以上窃盗の実行に着手したものと解すべきこというまでもない」。

ドイツ連邦通常裁判所は、(BGH MDA (D) 1958, 12)〔すりが被害者の外套ポケットに財布が入っているか否かを確認するために外套ポケットに触ってみた〕及び(BGHSt 22, 80)〔被告人は特定の自動車二台を盗もうとして、ハンドルに鍵がかかっていないか否かを確認するために、前車輪を揺り動かした。支障が無ければ、直ちに自動車を奪うつもりだったという事案〕において、未遂の成立を肯定した。これらの事案においては、被害者保護領域(占有)への影響があるし、試しに続いて「邪魔されることなく続行する」ことになっているから、時間的密接性も認められる。[155]

4　犯行の障害となる物、人を除去する事例　行為者が被害者のとっている防犯対策を無力化したり、弱体化させる事例が問題となる。行為者が窃盗の目的で被害者宅に侵入するつもりだが、先ず、その敷地で飼っている番犬を連れ出す行為が問題となる。ライヒ裁判所(RGSt 53, 218)は、〔被告人は窃盗目的で農家の家屋敷に侵入した。庭に鎖でつながれていた犬が吠えたので、被告人はその鎖を解き、家屋敷から外へ連れ出した。被告人はすぐに戻るつもり

だったが、外で犬を縛りつけようとしていたときに捕まったという事案〕において、窃盗未遂の成立を肯定した。本判例は肯定的に評価される。番犬を連れ出すことによって家屋敷の占有保護が低下したし、行為者が犬を縛りつけた後休む間も無く「邪魔されずに進行」して窃取に移行するつもりのとき、時間的連関性が肯定される。窃取に至るまでまだいくつかの介在行為が必要であるが、犬を除去することから始まる占有への影響に鑑み、それらは非本質的である。[156]

ドイツ連邦通常裁判所（BGHSt 3, 297）は、〔行為者らは被害者から強奪しようとして、そのため、先ず、障害になりそうな同行者を追い払おうとして、突発的に喧嘩を始めて同行者を追い払った。ついで、行為者らは続行して、被害者を道路脇の藪の茂みに誘い込み、そこで強奪したという事案〕において、行為者らは同行者を追い払ったとき既に「北公園への途上」にあったという理由で、障害になる同行者を追い払った時点に未遂を認めた。本事案においては、助っ人となるはずの人が追い払われたことによって、被害者は保護されない孤立の状態におかれ、遅滞無く実行行為に移れる状況が生じたのであるから、未遂行為が認められる。[157]

ドイツ連邦通常裁判所（BGH NJW 1980, 1759）は、〔行為者らは、有価証券や現金を輸送する銀行輸送員から強奪しようとした。行為者らは駐車場で停止していた銀行輸送員の車のタイヤに釘で穴を開けて、間も無く現れる銀行輸送員を待っていた。行為者らは、そのタイヤは五百ないし千メーター先でパンクするので、銀行輸送員は車を停めざるを得なくなると考えた。行為者らはその自動車のあとをつけ、車が停まったら助けを装って近づき、強奪しようとするつもりだったという事案〕で、行為者らは閾を越えて「さあ今やるぞ」という段階に達したとして未遂の成立

を肯定した。しかし、本判決は否定的評価を受けている。疑問のある規準「さあ今やるぞ」に従っても、銀行輸送員が現れたか、停止している自動車に走行して近づいたときに未遂を認めるべきである。タイヤに穴を開けたことによって、被害者保護領域への影響が認められるものの、時間的密接性が欠如している。銀行輸送員を待っていることによって遅滞なき続行が妨げられているのであり、切れ目ができている。被害者の欠陥車両に近づくときにようやく時間的密接性が認められると。[158]

5 性犯罪 強姦罪では、行為者が姦淫行為（第二行為）に直ちに移行する意思で、暴行又は脅迫（第一行為）に接着する行為を行なう時点で未遂が成立する。共犯者三人が自動車運転者を打ち倒し、女性同乗者を強姦することを申し合わせ、そのために自分たちの自動車を被害者の自動車の前を横切らせ、被害者の自動車を道路の側溝に落とさせ、停車中の被害者自動車に近寄り、戸を無理やり引っ張り、被害者らに近寄るために窓を打ち割ろうとしたとき、未遂が成立する。[159] 共犯者らの行為は全体として専ら実行行為に向けられ、熟慮時間も無く今実行しようとしているからである。[160]

強姦致傷罪について、最決昭和四五・七・二八刑集二四・七・五八五は、「原判決ならびにその維持する第一審判決の各判示によれば、被告人は、昭和四三年一月二六日午後七時三〇分頃、ダンプカーに友人の甲を同乗させ、ともに女性を物色して情交を結ぼうとの意図のもとに防府市内を徘徊走行中、同市八王子一丁目付近にさしかかった際、一人で通行中の乙（当時二三歳）を認め、『車に乗せてやろう』等と声をかけながら約一〇〇メートル尾行したものの、相手にされないことにいら立った甲が下車して、同女に近づいていくのを認めると、付近の同市佐波一丁目赤間交差

点西側の空地に車をとめて待ち受け、甲が同女を背後から抱きすくめてダンプカーの助手席前まで連行して来るや、甲が同女を強いて姦淫する意思を有することを察知し、ここに甲と強姦の意思を相通じたうえ、必死に抵抗する同女を甲とともに運転席に引きずり込み、発進して同所より約五、〇〇〇メートル西方にある佐波川大橋の北方約八〇〇メートルの護岸工事現場に至り、同所において、運転席内で同女の反抗を抑圧して甲、被告人の順に姦淫したが、前記ダンプカー運転席に同女を引きずり込む際の暴行により、同女に全治まで約一〇日間を要した左膝蓋部打撲症等の傷害を負わせたというのであって、かかる事実関係のもとにおいては、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ったと解するのが相当であり、また、乙に負わせた右打撲症等は、傷害に該当すること明らかであって……、以上と同趣旨の見解のもとに被告人の所為を強姦致傷罪にあたるとした原判断は、相当である」と説示して、運転席に引きずり込む時点に実行の着手を認める。本事案においては、運転席に引きずり込む時点で、実行行為との時間的密接性が認められ、しかも、支障なく実行行為に移行する状態にあるので、時間的にそれほど離れていない他所に運転していく行為は独立した意味をもたず、又、被害者保護領域への影響も既に存在する。[16]

子どもへの性的陵辱につき、ドイツ連邦通常裁判所（BGHSt 34, 6）は、行為者が、子どもへの性的行為をその**意思に反して**でも行なうつもりのとき、「所為の決意も固く――子どもを性的行為を行なうのに特に適切な場所へ連れて行く」や直ちに未遂が成立すると判示した。本判決は、同時に、行為者が、性的行為を子どもの「**任意性**」にかからしめ、子どもから拒絶されたときはそれを尊重するつもりのとき、犯行現場へ自動車で連れて行く段階は未遂でなく、「所為被害者を誘惑してうまくいったとき」に未遂が成立すると判示した。本判決は肯定的に評価される。意思に反す

る場合は、行為者は目的地についた後躊躇なく実行に移るつもりであり、連れ去りによって子どもはよく知っている環境の保護を失い、一歩一歩が直接的に結果に繋がる。時間的密接性も被害者保護領域連関性も肯定される。これに対して、任意性の場合は、子どもが「協力」しない限り、その保護領域は無傷であり、所為はそれ以上進み得ないからである。[162]

6　犯行用凶器・道具の調達、及び決定的な犯行前提要件の準備　住居侵入窃盗用の金きり、合鍵等の調達、殺人用の毒物の調製等は予備に過ぎない。火災保険金を得るために自宅に放火するとか、放火用装置を取り付けるが、数日後に作動させる予定のとき、時間的密接性が欠如しているため、放火予備に過ぎない。[163]

7　犯行現場に行き、目立たないようにそこにとどまる　犯行現場に向けて走行するのは一般に予備である。[164] 犯行現場にいることも被害者保護領域に影響を及ぼし始めない限り予備である。例えば、銀行強盗を働くつもりで銀行に乗り付けるが、まだ凶器を持ち出しておらず、覆面もしていない段階はまだ予備である。[165] 招待客として招かれたが、そこで盗みを働こうとする者は、その家に入っただけではまだ未遂ではない。しかし、住居侵入窃盗を働こうとする者はこの行動の開始時点が未遂である。[166] 行為者両名が店舗経営者から強奪しようとして、当該店舗に入った後注意をそらすために偽装売買の話を始め、戸の錠をかけ、その結果、被害者は誰かに助けを求めることもできず、お金を持って外に逃げることもできないようになり、この段階で、行為者は直ちに強奪するつもりのとき、[167] 閉じ込めたときに被害者の保護の低下が見られ被害者保護領域への影響があり、時間的接着性にも問題が無いので、未遂が成立する。[168]

8　偵察活動及び犯行機会窺い　後に行う犯行のために偵察をする（例えば、銀行の前で見張って、現金輸送車の発着時間を探知する）とか、犯行の機会を窺うのは、所為行為がずっと後で行なわれる予定である以上、予備にとどまる。これに対して、所為行為をすぐに行なうつもりのときは、被害者保護領域への影響が見られるならば、未遂である。例えば、掏りを働くつもりで混雑している列車の中に押し入っても、列車の中に入ること自体は社会的に許されていることであるから、時間的接着性はあるものの、被害者保護領域への影響が見られず、未遂ではない。[169] 犯行の機会を窺っても、その後の所為行為が被害者の自由な意思決定に依存するとき、例えば、エイズにかかっている者がそれを秘匿して相手方に性交渉の希望を述べるのは、まだ予備である。[170]

9　同行、追尾　適当な場所、適当な頃合を見て強奪しようとして、被害者に同行したり、追尾する行為が問題となる。例えば、強盗の意思で、居酒屋で酩酊状態にあって金のありそうな被害者を近くの駅まで案内するといって近寄ったとき、居酒屋を出たらすぐに強奪するつもりのときには、同行した時点で未遂が成立するが、後で適当な場所、適当なころあいを見て強奪するつもりのときは、同行開始時点ではまだ予備である。追尾の場合、行為者が強盗の適切な機会が到来したと考え、実行行為に出ようとして引き続き被害者を追尾する行為、例えば、今強奪しようと被害者めがけて走り寄るときに初めて未遂が成立する。[171] 東京地判昭和三九・五・九判時三七六は、〔被告人は甲女を身代金略取誘拐しようとして、被害者の自動車を七キロメートルほど自動車で追尾したが、停車させる機会が無かったという事案〕において、相手の車を停めるためその前に出ようとしたとすれば、そのときに実行の着手があるが、本件ではそこまで至っていないので誘拐罪の未遂は成立しないと判示した。

以上、犯行態様別に検討したが、実行行為や実行行為に接着する行為が、一般的経験的知識からすると、既遂の構成要件を実現するのにはまったく向いていないとか、社会的相当性の範囲を逸脱していない場合があるが、これらの場合、行為の客観的帰属が否定され、不処罰である（下記参照）。

（つづく）

注

(128) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 22, 26; *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), § 14 Rn 599.
単純行為犯について、未遂の存在を肯定する説に、山中（注120）七〇三頁、野村（注127）一一一頁。未遂の存在を否定する説に、大塚仁『刑法概説（総論）』［第四版］二〇〇八年・二五四頁、川端（注127）四六七頁。
窃盗罪における窃取行為は不法領得の意思で他人の占有を直接侵害することに向けられた行為である。例えば、店舗窃盗の場合、量販店で支払い意思もなく品物を持参の買い物袋に隠し入れようとする行為が実行行為であり、買い物袋に入れたときに既遂となる。この段階で、当該品物が多人の占有を離れ、自己の占有に移転したからである。参照、東京高判平成四・一〇・二八判タ八二三・二五二〔被告人は、量販店内において食料品など三五点（時価六七〇〇円相当）を買い物籠に入れた後、レジを通過しないで、その脇のパン棚の脇から買い物籠をレジの外側に持ち出し、店内のカウンター台の上に置き、商品を籠の中から取り出してビニール袋に入れようとした際に、店員に取り押さえられたという事案〕「以上の事実関係の下においては、被告人がレジで代金を支払わずに、その外側に商品を持ち出した時点で、商品の占有は被告人に帰属し、窃盗は既遂に達すると解すべきである。なぜなら、右のように、買物かごに商品を入れた犯人がレジを通過することなくその外側に出たときは、代金を支払ってレジの外側へ出た一般の買物客と外観上区別がつかなくなり、犯人が最終的に商品を取得する蓋然性が飛躍的に増大すると考えられるからである」。

(129) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 23; *R. Moos*, Amalie und der Kräuterlikör, in: *D. Kienapfel* (Hrsg.), Fälle und Lösungen zum Strafrecht, 1982, 38 ff., 53.

(130) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 24 f.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 21 Rn 19; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 7a; *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 37. これに対して、イエシェック、ヴァイゲント（*Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 49 IV 4）は、最初の構成要件該当行為が行な

われたときに未遂を認める。

詐欺罪の場合も、一連の欺く行為があったとき、どの行為をもって実行行為と見るかが問題となるが、財産処分行為に直接的影響を及ぼす最後の欺く行為を実行行為と解すべきである。かかる行為が行なわれると、財産的処分行為に繋がるその後の行為が支障なく行なわれるうるからである。例えば、後に工作して金銭を詐取する目的で、先ず、預金機関で偽名を用いて預金口座を開設するのは、欺く行為とはいえても、まだ実行行為とはいえない。Vgl. *B. Burkhardt*, Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug, NJW 1982, 426 ff.; *M. Karollus*, Zum Versuchsbeginn beim Betrug, JBl 1989, 627 ff.; *W. Küper*, „Teilverwirklichung" des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?, JZ 1992, 338 ff.

構成要件該当行為と実行行為を同一と見る立場から、詐欺未遂の成立を否定した判例に、OLG Karlsruhe NJW 1982, 59（被告人甲（女性）は歩行者乙（女性）に声を掛けて、乙に巧みに取り入るために、自分たちは親族関係にあるように見せかけた。甲は乙の住まいに一緒に行き、返却するつもりも無いのに乙から借金するつもりだった。しかし、その挙動に不審なところがあったので、甲は路上で逮捕されたという事案。上級裁判所は、被害者の信頼を得るのに役立つ欺罔行為は詐欺罪の意味での構成要件該当の欺罔ではなく、被害者の財産処分行為を直接惹起する行為が構成要件該当の欺罔行為だと論じて、本事案では予備にとどまると判示した）。*Vogler*, (Fn. 28), § 22 Rn 35a「構成要件の部分実現があれば未遂が成立する」という原則を維持した上で、「詐欺罪の処分行為というのは、被害者の財産処分行為に向けられておらねばならないから、先ず信頼関係の構築に向けられたにすぎない行為は構成要件特有（tatbestandsspezifisch）のものとはいえない」。BGHSt 37, 294「刑法第二六三条の意味での欺罔は、行為者が被欺罔者に財産処分行為をさせる錯誤を生じさせる行為をしたときに初めて認められる」。

これに対して、構成要件該当行為と実行行為は必ずしも一致しないとする立場から、詐欺未遂の成立を否定した判例に、BayObLG-St 9, 65「行為者の決意が一気呵成に行為をするのでなく、行為を時間的に分けてする、つまり、犯罪の意思を分けて実現することに向けられているとき、行為者の決意は、結果のために、犯罪の目的を達成するために役立ち、不可欠であるかもしれない行為に続いて、結果の招来のために必要な他の行為を行なうことに向かっている。しかし、この種の事例においては、結果の招来のために必要な行為が後続しなければならない行為は最後の行為の予備にすぎない、これこそが結果を、概念全体としての犯罪構成要件を惹起するのである。上述のような事例では、可罰的未遂の成立を肯定するには、行為者が一つの構成要件要素、例えば、刑法第二六三条の意味での錯誤の惹起という要素を実現したということだけでは充分でない」。BGHSt 31, 178.

(131) *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 18.; *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 114.; *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 50.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), Rn 607.; *Eser*,

(Fn. 28), § 22 Rn 38.

最判昭和五四・一二・二五刑集三三・七・一一〇五〔被告人は拘置所の収容房の換気孔周辺のモルタル部分を損壊したが、脱出可能な穴を開けることができなかったという事案〕は、「職権により判断すると、刑法九八条のいわゆる加重逃走罪のうち拘禁場又は械具の損壊によるものについては、逃走の手段としての損壊が開始されたときには、逃走行為自体に着手した事実がなくとも、右加重逃走罪の実行の着手があるものと解するのが相当である。これを本件についてみると、原判決の認定によれば、被告人ほか三名は、いずれも未決の囚人として松戸拘置支所第三舎第三一房に収容されていたところ、共謀のうえ、逃走の目的をもって、右三一房の一隅にある便所の外部中庭側が下見板張りで内側がモルタル塗りの木造の房壁（厚さ約一四・二センチメートル）に設置されている換気孔（縦横各一三センチメートルで、パンチングメタルが張られている。）の周辺のモルタル部分（厚さ約一・二センチメートル）三か所を、ドライバー状に研いだ鉄製の蝶番の芯棒で、最大幅約五センチメートル、最長約一三センチメートルにわたって削り取り損壊したが、右房壁の芯部に木の間柱があったため、脱出可能な穴を開けることができず、逃走の目的を遂げなかった、というのであり、右の事実関係の下において刑法九八条のいわゆる加重逃走罪の実行の着手があったものとした原審の判断は、正当である」と判示して、損壊の開始時に未遂の成立を肯定した。しかし、行為者の計画によれば、「損壊」行為に続いて直ちに逃走するつもりのときに限って、損壊行為時に未遂が成立すると解すべきである。

詐欺罪の場合にも、一連の欺く行為があったとき、どの行為をもって実行行為と見るかが問題となるが、財産処分行為に決定的影響のあった欺く行為が実行行為と解すべきであることについて、上記注130参照。

(132) BGH NStZ 1998, 294［爆発物の罠事件］（行為者は、発進時に爆発するように自動車二台に相次いで手榴弾を仕掛けたが、手榴弾は爆発前に発見されたという事案。手榴弾を仕掛けた時点に謀殺未遂が成立）。BGH NStZ 2001, 475［電流の罠事件］（行為者が転出するとき、次の転入者が電燈をつけたら死ぬようにコンセントを細工したという事案。コンセントを細工した時点に謀殺未遂が成立）。

(133) 大判大正七・一一・一六刑録二四・一三五二［毒入り砂糖郵送事件］〔被告人は殺害する目的で毒薬混入の砂糖を被害者宛てに小包郵便で送付した。小包は被害者方に配達され、被害者がこれを受領したが、毒薬混入の事実に気づきこれを食するに至らなかったという事案。殺人未遂罪成立〕は、「他人カ食用ノ結果中毒死ニ至ルコトアルヘキヲ予見シナカラ毒物ヲ其飲食シ得ヘキ状態ニ置キタル事実アルトキハ是レ毒殺行為ニ著手シタルモノニ外ナラサルモノトス原判示ニ依レハ被告ハ毒薬混入ノ砂糖ヲ甲ニ送付スルトキハ甲又ハ其家族ニ於テ之ヲ純粋ノ砂糖ナリト誤信シテ之ヲ食用シ中毒死ニ至ルコトアルヲ予見セシニ拘ラス猛毒薬昇汞一封度ヲ白砂糖一

斤ニ混シ其一匙（十グラム）ハ人ノ致死量十五倍以上ノ効力アルモノト為シ歳暮ノ贈品タル白砂糖ナルカ如ク装ヒ小包郵便ニ付シテ之ヲ甲ニ送付シ同人ハ之ヲ純粋ノ砂糖ナリト思惟シ受領シタル後調味ノ為メ其一匙ヲ薩摩煮ニ投シタル際毒薬ノ混入シ居ルコトヲ発見シタル為メ同人及其家族ハ之ヲ食スルニ至ラサリシ事実ナルヲ以テ右毒薬混入ノ砂糖ハ甲カ之ヲ受領シタル時ニ於テ同人又ハ其家族ノ食用シ得ヘキ状態ノ下ニ置カレタルモノニシテ既ニ毒殺行為ノ著手アリタルモノト云フヲ得ヘキコト上文説明ノ趣旨ニ照シ寸毫モ疑ナキ所ナリ」と判示して、未遂の成立時期について「到着時説」を採用した。

宇都宮地判昭和四〇・一二・九下刑集七・一二・二一八九〔毒入りジュース分散配置事件〕（被告人は、父及び家族兄弟が日常通行する農道の道端に毒入りジュース六本を分散配置し、同人らに取得飲用させて殺害し、自らも飲用して自殺する一家心中を企てたところ、翌朝、同所を通行した近隣の児童等三名が拾得して自宅で飲用したため、これを死亡させたという事案）も、「当裁判所としては、行為が結果発生のおそれある客観的状態に至った場合、換言すれば保護客体を直接危険ならしめる法益侵害に対する現実的危険性を発生せしめた場合をもって実行の着手があったと解する」、「毒入りジュースの配置をもって尊属殺および普通殺人の各予備行為と解し……ただ本件被害者らによって右ジュースが拾得飲用される直前に普通殺人について実行の着手があり……殺害によって普通殺人罪が既遂に達しこれと尊属殺人の予備とは観念的競合となる」として、「到達時説」を採用した。

ただし、「発送時説」を採用したと見られる下級審判例も見られる。東京高判昭和四二・三・二四高刑集二〇・三・二二九〔宛名書き換え事件〕（郵便物区分業務に従事していた被告人が、郵便物在中の現金、郵便切手、雑誌等を領得する意図で、郵便物の宛名を被告人の住居である所番地の同姓虚無人に書き換えて郵便物区分棚に差し置き、情を知らない配達担当者にそれを配達させて窃取しようとした事案において、自宅に配達された部分については窃盗罪の既遂が、上司に怪しまれて配達されなかった郵便物については窃盗罪の未遂が成立する）。最判昭和二七・一一・一一裁判集刑事六九・一七五（鉄道手荷物の荷札を係員不知の間にもぎ取り、これを被告人方に輸送させるようにした荷札に付替え、輸送させたという事案において、輸送中の荷物につき、窃盗未遂罪が成立する）。

離隔犯につき、**到達時説**に、内藤（注60）一二四二頁「間接正犯・離隔犯の実行の着手は、被利用者の行為によって既遂結果発生の危険が生じたとき」。浅田（注62）三七一頁、三七五頁は、実行行為（構成要件該当行為）があり、かつ、結果発生の実質的危険の発生した場合にのみ、未遂犯が成立するとして、実行行為と実行行為の着手を分ける立場から、発送行為は実行行為であるが、相手方に到達し、被害者が食用に供しようとした時点に実行の着手を認め、この時点で未遂の成立を認める。佐伯千仞『刑法講義総論』〔三訂版〕一九七七年・三〇六頁は、実行行為は託送したときに終了しているが、「可罰的未遂が成立するためには、託送行為のほかさらに結果発生の危険の具体化が必要なのではないかという未遂の違法性の実質（可罰的違法性）」が問題だと論ずる。松宮孝明『刑

法総論講義』［第四版］二〇〇九年・二三七頁、山口厚『刑法総論』［第二版］二〇〇八年・二七〇頁。**個別化説**に、平野（注119）三二〇頁「毒物を郵送したような場合には、発送した場合はほとんど確実に着くのであるから、到達した場合と発送しただけの場合とで危険性にそれほど差がない場合もありうる。離隔犯のなかには、むしろ発送のとき実行の着手があるといえる場合もあるであろう」。大谷（注117）二〇六頁「結果発生の現実的危険を惹起するに至ったか否かが基準となるから、それを基準として、具体的状況により、発送時、到達時または飲用しうる状態に至った時のいずれも実行の着手時期となりうる」。同旨、川端（注127）四六六頁。

(134) *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), § 14 Rn 603.; *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 26a.; *H. Walder*, Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr 99 (1982), 225 ff.; *Kienapfle/Höpfel*, (Fn. 44), Z 21 Rn 21. 参照、團藤（注112）三五五頁（注五）、大塚（注128）一七六頁、井田（注60）三九八頁。

(135) *H. Gössel*, Anmerkung zu BGH 26, 201, JR 1976, 249 ff., 250.; *H. Otto*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980, 641 ff., 644.

(136) *Gössel*, (Fn. 134), 250.; *Otto*, (Fn. 135), 646.

(137) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 198.

(138) Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 208.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 19.; *Fuchs*, (Fn. 45), 29 . Kap Rn 26a. これに対して、ヘルツベルク［旧説］(*D. Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973 89 ff) は、終了未遂の形態の場合、行為の終了時点で未遂の成立を肯定する。オットー（*H. Otto*, Grundkurs Strafrecht AT, 1976, 226 ff)、ゲッセル（*Gössel*, (Fn. 134), 249 ff) は被害者が所為手段の影響圏に近接したときに未遂の成立を肯定する。

前掲（注133）宇都宮地判昭和四〇・一二・九［毒入りジュース分散配置事件］に関連して、大塚仁『犯罪論の基本問題』一九八二年・一〇八頁以下は、被告人が農薬入りジュースを農道に仕掛けた時点で、殺人罪の着手を認めうるものであったとしたうえで、一般に、毒物を仕掛けるという作為自体に被害者の殺害についての現実的危険性がみとめられない場合には、殺人の目的で毒物を仕掛けた者は、その先行行為に基づき、仕掛けた毒物を取り払わなければならないという作為義務を負い、取り払わずに放置したという不作為が被害者の死亡についての現実的危険性を帯びるにいたった時点で、実行行為性が生ずると論ずる。西原（注125）二五九頁は、被害者の通常通る路上に毒の入ったコカ・コーラの瓶を放置しておいたという場合、その行為だけでは殺人の実行行為とはいえないから、予備行為と解されるが、被害者がこれを拾って飲んで死亡した場合、不作為たる実行行為が認められると論ずる。

(139) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 27.

(140) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 44), Z 21 Rn 19.

横浜地判昭和五八・七・二〇判時一一〇八・一三八〔被告人は、同人の暴力に耐えかねて妻が家出してしまったのを悲観して、自己の居住する家屋を燃やすとともに焼身自殺しようと決意し、昭和五八年四月一〇日午後一時半頃、家屋の六畳間等にガソリンを撒布した。しかし、被告人は撒布後すぐには火を放とうとせず、妻から帰宅を知らせる電話があるかもしれないと思い、しばらく待ったが、電話は無かった。そこで被告人はガソリンに火をつけて家を燃やしその炎に包まれて死のうと覚悟を決め、翌一一日午前零時五分頃、死ぬ前に最後のタバコを吸おうと思い、廊下で口にくわえたタバコにライターで点火したところ、その火が撒布したガソリンの蒸気に引火して爆発し、家屋は全焼したという事案〕は、「本件家屋は木造平屋建てであり、内部も不燃性の材料が用いられているとは見受けられず、和室にはカーペットが敷かれていたこと、本件犯行当時、本件家屋は雨戸や窓が全部閉められ密閉された状態にあったこと、被告人によって撒布されたガソリンの量は、約六・四リットルに達し、しかも六畳及び四畳半の各和室、廊下、台所、便所など本件家屋の床面の大部分に満遍なく撒布されたこと、右撒布の結果、ガソリンの臭気が室内に充満し、被告人は鼻が痛くなり、目もまばたきしなければ開けていられないほどであったことが認められるのであり、ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発すれば本件家屋に撒布されたガソリンに引火し、火災が起こることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを撒布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといってよく、この段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生ずるに至ったものと認められるから、右行為により放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当」と判示している。本事案では、本件家屋の状況からすると、ガソリン撒布行為が構成要件該当行為である「放火」行為に接着した行為と解される。これに対して、千葉地判平成一六・五・二五判タ一一八八・三四七は、居宅に放火する意図で、その玄関板張り床上等に灯油を撒布し、手に持った新聞紙にライターで点火したでけでは実行の着手は認められないとするが、「放火」行為に接着した行為が認められよう。

(141) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 139.; *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 28 ff.; *Berz*, (Fn. 66), 1984, 511 ff., 517.; *Jakobs*, (Fn. 22), 25/66, 68.; *K. Lackner, K. Kühl*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 22 Rn 4.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 9.

参照、塩見淳「実行の着手について(3)」法学論叢一二一巻六号（一九八七年）一六頁以下は、実行と着手を分けて、「実行」は構成要件該当行為を指し、構成要件該当行為の直前に位置する行為の開始が実行の「着手」とし、「直前行為とは、機能的に見て構成要件行為に至る経過が自動的である行為、又は、構成要件行為に時間的に近接する行為である。ただし、犯罪類型において被害者領域が存在する場合には、直前行為は原則としてその領域への介入を伴っていなければならない」と論ずる。井田（注60）三九七頁以下

は、実行の着手とは、構成要件該当行為への着手を意味し、最低限の要件として構成要件該当行為にまさに接着する直前行為（密接行為）を必要とし、その具体的規準として、①結果発生（ないし構成要件実現）の時間的切迫性、または、これがなくても、②結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不在性（結果発生の自動性）を挙げる。

(142) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 139.
東京地判平成二・一一・一五判時一三七三・一四四「被告人は……路上において、同所に駐車中の甲所有の普通乗用自動車から金員を窃取すべく、助手席側ドアの鍵穴に所携のドライバーを差し込んで開け、車内にある金員を窃取しようとしたが、その場で警察官に発見されて逮捕されたため、その目的をとげなかった」。

(143) *Roxin*, (Fn.3), § 29 Rn 140.

(144) 参照、吉田敏雄『刑法理論の基礎』［第二版］二〇一〇年・一二三頁以下。井田（注60）四〇〇頁。
名古屋高判平成一九・二・一六判タ一二四七・三四二「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のであって、そこには同時、同所といってもいいほどの時間的場所的近接性が認められることなどにも照らすと、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うべきであり、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」。名古屋地判昭和四四・六・二五判時五八九・九五（被告人は被害者に睡眠薬を酒とともに飲ませて眠らせ、摺り子木で頭部を殴打して昏睡又は気絶させた上、その状態を利用して離れた峠まで運び、そこで事故に見せかけて崖に衝突もしくは谷底へ転落させるという計画を立てて、これを実行に移したところ、摺り子木の殴打で被害者が覚醒したため、計画は失敗したという事案。頭部の摺り子木による殴打の時点に殺人結果発生の客観的危険があるとして実行の着手が認められる）。

(145) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 143.; *Jakobs*, (Fn. 22), 25/67.

(146) *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 60.

(147) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 145.; *Walder*, (Fn. 134), 263.; *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 33, 38.
OGH EbBl 1979/6（店長にすぐに店の戸を開けさせ、直ちに拳銃を突きつけて金庫を開けさせ、現金を強奪するつもりで、スーパー

マーケットに乗り付ける者には強盗未遂が成立する〕。

BGH GA 1980, 24〔行為者らは郵便局強盗を計画した。甲は、確実に逃走できるように近くで自動車のエンジンをかけたまま待っている一方、乙は窓口のある場所に入ったが、そこには二、三人の客がいたので、いなくなるまで待とうとした。時間をつぶすために、乙は、局員に渡すつもりで、支払伝票に支払い請求を記入し、『力ずくで抵抗しないこと、さもないと撃つ』と書いた。次々と客が来て窓口は開かないので、乙は客がいる限り決行は無理と思い、目的を果たせずに郵便局を立ち去った。連邦通常裁判所は、被告人らは、主観的には閾を越えて『さあ今やるぞ』の段階に達し、客観的には構成要件該当の侵害行為を開始した、なぜなら、被告人らの行為は介在行為なしに構成要件実現に至るはずだったからと判示した〕。本判決に対しては、批判が見られる。判例の立場からしても、判例の結論は出てこない。乙は、客がまだいる限り、やれないと思っていたのであり、さらに、構成要件実現の前に誰にも見られずに窓口に近づくという行為が「介在行為」として必要だったのであり、これを非本質的な介在行為として退けることはできない、なぜなら、全体計画の成功はこの行為にかかっていたからであると。時間的接着性と被害者保護領域連関性という観点からは、「邪魔されずに続行する」ことが何時いなくなるか分からない客の存在によって妨げられていたので、時間的密接性が欠如し、乙は目立たない格好で窓口のある場所にいたのであり、被害者保護領域連関性も無い。*Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 146 f.; *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 44. 未遂犯成立説に、*Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 63.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 15.

(148) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 148.

(149) *Roxin*, § 29 Rn 151.; *Kühl*, (Fn. 76), § 15 Rn 64.

(150) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 152.

(151) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 154.; *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 64.

(152) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 40.; *Berz*, (Fn. 66), 517. これに対して、ブルクシュタラー（*Burgstaller*, (Fn. 41), 119）は、暗殺者が今か今かと被害者を待っているとき、実際には被害者が数時間後にやっと現れるばあいであっても未遂が成立するが、暗殺者が被害者の現れる時間を知っていたときはまだ予備にとどまると論ずる。

(153) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 155.; *Berz*, (Fn. 66), 517.; *Walder*, (Fn. 134), 267（下車した乗客の一人を間違って被害者だと認識して、近寄ったが、最後の瞬間に間違いに気づき犯行を止めたときは、未遂である）。

BGH NJW 1954, 567〔行為者らが強奪しようとして会計係員を待ち伏せしていたという事案で未遂の成立を否定して、被告人らは当該会計係員が目下どこにいるのか分からない限り、直接的危険、つまり、未遂が肯定されるのは、被害者が暗がりを既に歩いて

きて、犯行現場に近づいた場合にだけ肯定できると判示した〕。

これに対して、上記（注99）BGHSt 26, 201［ガソリンスタンド給油係員事件］では、行為者らは覆面をして、凶器を携帯して、被害者宅の戸の呼び鈴を鳴らしており、しかも、行為者らは、被害者は在宅しており、戸を開けた被害者はすぐに構えた拳銃の銃身に気づくと考えており、こういった状況の下では、呼び鈴を鳴らしたときに時間的密接性ばかりか、被害者保護領域への入り込みも見られる。行為者の犯行計画を基礎とするのであるから、被害者にとって所為の客観的危険があったか否かは問題とならず、したがって、被害者が実際には不在だったという事実は重要でない。*Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 156.; *Kühl*, (Fn. 76), § 15 Rn 64, 80.; *Eser*, (Fn. 28), § 22 Rn 44. これに対し、*Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 15「問題の人が行為者の考えによると扉を開けるために実際に扉に近づき、そして、行為者が扉が開けられたら直ちにその人に暴行又は脅迫をする準備をするとき、そのときようやく構成要件該当の暴行又は脅迫への直接的開始が認められる」。*Gössel*, (Fn. 134), 251.; *H. Otto*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 16.9.1975, NJW 1976, 578f. *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 15.

BGH NStZ 1984, 506［変装した行為者らが禁制品商い業者の戸の呼び鈴をならすとき、強盗未遂が成立］。

(154) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 158.

(155) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 161.

(156) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 163.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 17.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 28), § 14 Rn 604.

(157) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 164.; *Walder*, (Fn. 133), 268. 予備と見る説に、*Berz*, (Fn. 66), 1984.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 17.

(158) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 165.; *Kühl*, (Fn. 74), § 15 Rn 65.; *Rudolphi*, (Fn. 28), § 22 Rn 16. 未遂説に、*S. Papageorgiou-Comatas*, Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch, 1988, 124 f.

(159) 本事案において、オーストリア高等法院（OGH RZ 1986/74）は未遂の成立を否定した。

(160) *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 42.

(161) 参照、井田（注60）四〇一頁以下。伊東研祐『刑法講義総論』二〇一〇年・三〇八頁。

東京高判昭和四七・一二・一八判タ二九八・四四一〔甲らが強姦を共謀し、乙女を拉致して自動車に引きずり込もうとしたが、乙の抵抗が激しかったためにそれ以上の行為を断念したという事案。強姦未遂罪が成立〕「被害者は一旦車内に押し込められてしまえば被告人らによって即時人気のない場所に拉致されて輪姦されることが必至の状況であったといわなくてはならないから、本件においては、被告人らが同女を自動車内に押し込もうとした段階において、すでに強姦に至る客観的危険性が十分に認められ」る。

東京高判昭和五七・九・二一判タ四八九・一三〇〔被告人が甲女を強姦する意図で、ホテル内の敷地に引っ張り込み暴行を加えたという事案〕「被告人においてその場で姦淫に及ぼうとしたのでなく、ホテル内の一室に連れ込んだうえ、その目的を遂げる意図であったから、右の暴行は直接姦淫行為の一部に属するものではなく、また、暴行を加えた場所からホテル内の一室に至るには、若干の時間的・場所的な間隔があり、この間従業員に顔を合わすことなども避けられないであろうことは所論の通りである。しかしながら、被害者が暴行を受けた場所は、右ホテルの敷地内であり、右場所からホテルの裏口自動扉までは僅か5メートルしかないうえ、被害者が被害者に加えた暴行脅迫が極めて強力かつ執拗であったことからすると、もしもそのような状況がいま少し継続していれば、被害者の抗拒が著しく困難な状態に陥り、諦めの心境も加わって被告人によってホテル内に連れ込まれる事態に至る蓋然性が高く……暴行を加えた段階においてすでに強姦行為の着手があった」。

(162) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 168.
(163) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 174 f.
(164) 例外は、上記判例、BGHSt 3, 297; 34, 6.
(165) BGH MDR (H) 1978, 985.
(166) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 177.
(167) RGSt 69, 327.
(168) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 178.
(169) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 179.
(170) *Roxin*, (Fn. 3), § 29 Rn 179.; *Bevz*, (Fn. 66), 518.
(171) *Walder*, (Fn. 133), 265 f.; *Fuchs*, (Fn. 45), 29. Kap Rn 41.