慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	佐藤拓磨君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.9 (2018. 9) ,p.158- 175
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180928-0158

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

佐藤拓磨君学位請求論文審査報告

一

佐藤拓磨君（慶應義塾大学法学部教授）が提出した博士学位請求論文は、大学院生時代からの同君の研究の集大成として、二〇一六（平成二九）年一〇月に単行書として出版された『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会〔判例索引を含めて三〇四頁〕）である（以下、これを「本論文」と呼ぶ）。本論文の構成の詳細は以下の通りである。

序章　未遂犯と具体的危険犯
第1節　「未遂犯＝具体的危険犯」モデルの問題点
第2節　ドイツの状況
第1款　未遂犯の処罰根拠をめぐる議論
第2款　具体的危険犯における危険概念をめぐる議論
第3款　小括
第3節　本書の構想
第1款　未遂犯の本質としての規範違反
第2款　客観的基準による処罰範囲の制約の必要性
第2章　不能犯論
第1節　はじめに
第2節　具体的危険説の検討
第1款　具体的危険説の内容および論拠
第2款　具体的危険説に対する批判
第3款　検討
第4款　小括
第3節　客観的危険説の検討
第1款　絶対的不能・相対的不能説とその問題点
第2款　客観的危険説の諸相
第3款　小括
第4節　私見
第1款　起点としての規範違反行為
第2款　未遂犯における「結果」の意義
第3款　危険判断の方法
第4款　判例の事案へのあてはめ
第5節　結びにかえて
第3章　実行の着手と行為者主観
第1節　問題の位置づけ

第2節　故意をめぐる問題
第1款　問題状況の整理
第2款　行為の危険性と故意
第3款　故意を考慮する見解の再検討
第3節　計画をめぐる問題
第4節　結びにかえて
第4章　実行の着手の判断基準
第1節　はじめに
第2節　わが国の状況
第1款　学説
第2款　判例
第3款　小括
第3節　ドイツの状況
第1款　現行の未遂の概念規定
第2款　1969年改正前の判例
第3款　現行法下での判例
第4節　日独の比較
第5節　実行の着手の基準
第1款　構成要件的制約の要否
第2款　直前性（密接性）の判断基準の整理
第3款　検討
第4款　まとめ
第6節　結語
第5章　間接正犯の実行の着手
第1節　わが国の議論状況
第2節　ドイツの議論状況
第1款　学説
第2款　判例
第3款　ドイツの議論状況のまとめ
第3節　検討
第4節　私見に対する批判
第5節　結語
おわりに

二　まず本論文の内容を章ごとに要約し、著者の見解とその提言内容の概略を紹介したい。

1　「序章　未遂犯と具体的危険犯」において、著者は、未遂犯という犯罪形態の基本構造に関する自説を提示するとともに、本書全体の構想を明らかにしている。著者によれば、未遂犯を具体的危険犯と同視する見解はわが国では広く受容されているが、それらを同視することには問題がある。なぜなら、具体的危険犯が法益侵害との関係概念で

あるのに対し、未遂犯は構成要件との関係概念だからである。具体的危険犯は、刑法的保護の対象である法益に対する脅威という点からその処罰根拠を説明できるが、未遂は犯罪の形式的な完成時期である既遂との関係概念であるから、既遂結果発生の具体的危険を挙げるだけでは犯罪としての実質的な処罰根拠を説明したことにはならないのである。ドイツ刑法学においても、危険犯と未遂犯は別のものとして論じられてきた。ドイツでは、一八七一年のライヒ刑法典の成立直後から、判例は主観的未遂論を採用し、今日までそれを堅持している。刑法改正の作業をみても、最初の草案（一九〇九年草案）においてすでに主観的未遂論の方向へ舵が切られており、それが現行法につながっている。学説では、かつては客観的未遂論が優勢な時期もあったが、一九三〇年代を境に主観的未遂論が支配的となった。その背後には、行為無価値論の通説化がある。ところが、これとは対照的に、具体的危険犯に関しては、行為者の表象上の危険ではなく、客観的な危険概念が論じられている。このように両者の扱いが異なる理由は、未遂の場合、その成立には既遂結果の認識・予見があることが必要であり、そのことが処罰根拠を論ずる上で無視することができないのに対し、具体的危険犯の場合、行為者の主観面が行為の客観面を超過していないどころか、過失による具体的危険の惹起が処罰される場合もあることから、その処罰根拠を論ずる上で、行為者の主観面を強調することができないからであろう。著者は、以上のように論じ、ここから、未遂犯を一種の具体的危険犯とみる日本の通説的理解には再考を要するものがあるとする。

それでは、ドイツのように主観的未遂論を採用すべきかといえば、著者はそれに反対する。第一の理由として、わが国の未遂犯論の沿革を挙げる。わが国では、はじめての近代刑法典である旧刑法の起草段階から客観主義的な未遂犯論がとられていた。裁判実務においても、旧刑法以来、今日に至るまで、一貫して客観的未遂論の立場が堅持されている。学説では、一八九一年に富井政章が「刑法学理の一新」という講演でドイツの近代学派（主観主義）の理論をわが国に紹介して以降、同理論を支持する見解が隆盛を極め、それが現行刑法の内容に大きな影響を与えたとされているが、未遂犯との関係では、主観主義の影響力は限定的であった。すなわち、旧刑法では未遂減軽が必要的だったのが、現行刑法では任意的減軽に変更されたが、未遂の概念規定に関する現行刑法四三条の「犯罪の実行に着手して」という文言は、主観的未遂論と客観的未遂論の対立か

らは中立的である。現行刑法成立後の学説でも、牧野英一らにより、犯罪の本質を行為者の危険性に求める主観主義刑法理論の立場から、主観的未遂論を支持する強力な論陣が張られた。しかし、彼らの主張は実務には受け入れられず、また、通説となるには至らなかった。それに加え、現行刑法の改正作業においても主導権を握ることはなかった。著者は、このような経緯を見れば、わが国で主観的未遂論を主張することは現実的ではないとする。第二の理由として、不能未遂に関する刑の減免規定の不存在を挙げる。ドイツ刑法典には、主観的未遂論の行き過ぎた結論を緩和するための特別の減免規定として二三条三項が設けられているが、わが国にはそれに相当する規定がない。したがって、主観的未遂論の採用はときに過酷な結論を生むおそれがある、というのである。

以上の検討を経て、著者は、未遂犯の主たる処罰根拠を行為の規範違反性に求めつつ、客観的危険性の観点からその処罰範囲を制約する方向での理論構成を探るべきであるとし、その私見の基本的方向性を明らかにしている。

2 「第2章　不能犯論」においては、未遂犯の処罰根拠を正面から問う重要テーマである不能犯論が取り上げられ、著者独自の基本的見解が明らかにされる。現在、わが国では、結果発生の危険を行為時の一般人を基準にして判断する具体的危険説と、裁判時を基準として科学的見地から判断する客観的危険説とが対立している。具体的危険説は、わが国の通説とされてきたが、さまざまな批判が向けられており、現在ではその通説としての地位は揺らいでいる。著者は、具体的危険説に対する批判の中には、誤解に基づくものもあるが、同説の判断基準の不明確性に関わる批判は決定的であるとする。同説は、行為当時の一般人の法則知識を基準にして危険判断を行うべきだと主張するところ、このような基準は、とりわけ「方法の不能」が問題となる事例で機能不全に陥る。たとえば、行為者がある薬品を用いて殺人を試みようとした場合、その薬品の有害性は、科学的な専門知識がなければ判断できないのである。また、具体的危険説は、危険判断の資料を行為時に置かれた一般人が認識し得た事情および行為者が認識していた特殊事情に限定することから、判断者は現実に存在した事情のうちの一部しかみることができず、危険判断の困難性は増す。判断の資料を行為時の視点から限定するという考え方は、因果関係論における相当性説にも見られるが、同説が実務上使用に耐えないとされていることは知られている。同様

のことが具体的危険説にもあてはまる。著者は、同説が行為時の行為者の認識を考慮することを通じて行為の規範違反性を重視する一方で、処罰の必要性の低い事例を未遂犯の成立範囲から除外しようとする、その方向性は妥当なものとしつつも、上のような問題点があることから、処罰範囲の限定は、行為時の一般人の視点からではなく、裁判時の視点から行うべきである、としている。

他方において、裁判時を基準として危険判断を行うべきだと主張する客観的危険説には、結果不発生の原因は裁判時には解明されていることが通常である以上、未遂犯を認める余地がなくなるのではないかという問題がある。そこで、危険判断の方法に修正を加えるためのさまざまな提案がなされているが、現在、最も支持を集めているのが、修正された客観的危険説である。同説による危険判断は次のような手順で行われる。すなわち、まず現実に存在した全事情を見た上で、科学的な見地から結果がなぜ発生しなかったかを問い、次に、仮にどのような事情が存在していれば結果が発生していたかを明らかにし、最後に、そのような仮定的事情が存在した可能性がどの程度あったといえるかを一般人の視点から評価し、その可能性が高度であったといえれば未遂犯を認めるという手順である。著者は、同説は、将来、同種の規範違反行為が再現されてもおよそ結果発生が見込まれないような場合を処罰範囲から除外することができる点で妥当であり、基本的に支持されるべきであるとする。ただ、仮定的事情として置き換えるべき対象は、犯罪計画に取り込まれていた事情に限定すべきだとする。著者がそのように考える理由は、第一に、そうでなければ、置き換えるべき事情の範囲が無制約となり、極端にいえば、「別の手段で犯行を行っていた可能性」も問うことになりかねないという点、第二に、行為規範違反の観点から未遂犯の処罰根拠を理解する立場からは、不能犯における危険判断においても行為者の表象が考慮に入れられるべきだという点にある。また、未遂犯を具体的危険説と同視しない本書の立場からは、修正された客観的危険説が要求するような結果発生の高度の可能性までは必要でなく、結果発生がありえたという程度の可能性で足りると解すべきであるとする。

3　著者は、不能犯に関する自説を明らかにした後、実行の着手論の検討に移る。「第3章　実行の着手と行為者主観」においては、実行の着手判断の基礎として行為者の主観面を考慮すべきか否かという問題を取り上げる。この争

点をめぐっては、かつては、主観的違法要素を認めるべきか否かという違法論をめぐる論争の一場面として盛んな議論が行われた。最近では、結果無価値論の立場から、故意を主観的違法要素として認めないが、「行為意思」は主観的違法要素として認めるという見解（行為意思説）も現れており、さらにこの見解の一部からは、実行の着手時期の判断においては行為者の犯行計画も考慮すべきだとする主張もなされている。そのため、現在の学説は、次のように多岐にわたっている。すなわち、①行為者の主観面を一切考慮しない見解、②故意の限度で考慮し計画は考慮しない見解、③行為意思を考慮し計画は考慮しない見解、④故意を考慮しさらに計画も考慮する見解、⑤行為意思を考慮しさらに計画も考慮する見解である。

著者によれば、このうち、行為者の主観面を一切考慮しない見解は妥当ではない。なぜなら、このような見解を採った場合、未遂犯の成立範囲が過度に狭まるか広がるかのどちらかに行き着かざるを得ないからである（たとえば、他人に拳銃を向けて引き金に指をかけたところを取り押さえられた場合、引き金がいまだ引かれていないことを理由に生命に対する危険を否定するのであれば処罰範囲が狭くなりすぎるし、逆に拳銃から何かの拍子に弾丸が飛び出す可能性を根拠に危険を認めるのであれば処罰範囲が広がりすぎることになる）。次に、故意を考慮すべか否かについては、これを肯定する見解に対して行為意思説からの批判がある。その批判とは、行為の危険性は、結果発生の有無が行為者のさらなる行為にかかっている場合に限り、行為者がそのような行為を行う意思（行為意思）を有しているか否かによって影響を受けるのであり、結果発生の認識・予見は行為の危険性とは無関係とするものである（たとえば、行為者が目の前の物体を熊だと思ってそれに向けて銃の狙いを定めたが、実際にはそれは熊ではなく人であったという場合、行為者に引き金を引く意思がある以上は人の生命に対する客観的な危険性は認められるのであって、行為者がそれを熊だと思っていたということは行為の危険性とは無関係だという）。これに対し、著者は、行為意思説が「行為を行う意思」という際、どの程度にまで「行為」を個別化して捉えているのか明らかではない、と批判する。刑法の機能が、行為規範の提示を通じた行動統制にあるのだとすれば、刑法解釈論上の文脈で行為の意味づけを考える際には、構成要件該当事実の認識・予見（＝故意）を考慮することは不可避であるという。

犯行計画を考慮すべきか否かという点については、これ

を否定する見解も主張されている。この見解にしたがえば、未遂犯処罰を基礎づけるに足る結果発生の危険性が認められ、かつ行為者にそのような危険性の認識があれば、未遂犯として処罰できるということになる。しかし、著者によれば、この見解は、未遂犯が単なる危険犯ではないということを看過している。未遂犯の特徴が、犯罪の実現に向けて行為を行ったが成就しなかったという点にあるとすれば、予定されていた最終的な結果実現行為と、着手の有無が問題となっている行為との関係を重視すべきである。計画を考慮しない見解は、着手の有無が問題となっている行為と行為者の予定していた最終的な結果実現行為との間の連関を無視するものである。その結果、危険性の認識と既遂の故意との関係も明らかではなくなり、そもそも未遂犯において既遂の故意を要求することも論理必然ではないということになりかねない。以上のところから、著者は、行為者の計画を考慮に入れる見解が妥当であるとする結論に至っている。

4 「第4章　実行の着手の判断基準」においては、実行の着手の判断基準に関する著者の見解が提示される。

実行の着手論をめぐっては、構成要件的行為の少なくとも一部が行われたか否かを基準とすべきだとする形式的客観説と、既遂結果発生の具体的危険が認められるか否かを基準とすべきだとする実質的客観説とが対立するとされているが、著者は、この対立は表面的なものであるとする。まず、形式的客観説であっても、厳格な意味での構成要件的行為の一部が行われたことまで要求する見解はごく少数である。その理由は、窃盗罪を例にとれば、窃取のために目的物に触れる時点まで同罪の着手が認められないというのでは着手時期が遅すぎるからである。そこで、形式的客観説の支持者も、構成要件的行為を拡張解釈し、または、構成要件的行為に密接する行為にまで着手の範囲を拡張することによって、適切な処罰範囲を確保しようとする。たとえば、「実行の着手があったといえるためには、故意犯のばあいは、主観的には、犯罪構成要件実現の意思（構成要件的故意）があったこと、客観的には、構成要件に該当する行為の一部分が行われたことを必要とする」としつつ、「なにが構成要件該当の行為といいうるかは、結局、各論における個々の構成要件の解釈の問題に帰着するが、一般的にいうと、犯罪構成要件を実現する現実的危険性をもつ行為であるといえよう」とする見解は、危険性の観点から構成要件的行為を実質的に拡張しているものといえ、前者

の例にあたる。後者の例としては、塩見淳が提唱した「修正された客観的危険説」が挙げられる。塩見は、刑法四三条の「犯罪の実行に着手し」のうち、「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解釈することにより、未遂の開始時期の前倒しを根拠づけようとするのである。他方、実質的客観説の側でも、危険性という基準のみでは予備と未遂とを明確に区別することはできないということが自覚されている。たとえば、山口厚は、実質的客観説によると、「危険概念が程度概念であり、柔軟であるところから、実行の着手時期があいまいになるのではないかが、問題となる。……この意味で、この立場も、形式的な基準による限界設定の意義を無視することはできない」とし、「形式的基準と実質的基準とは、相互補完関係にあると理解する必要がある」とする。西田典之は、さらに進んで、強盗罪や詐欺罪のように行為態様が限定されている犯罪においては、未遂犯の関係でも行為態様による限定がかかるとする。

著者は、以上のような学説の主張を概観した後に、形式的客観説と実質的客観説の対立にはほとんど意味がないとし、より重要なのは法適用の際に手がかりとなる具体的な下位基準であるとする。この点に関し、現在の学説に強い影響を与えているのは、修正された形式的客観説の主唱者である塩見の提示した基準である。その基準とは、(a)行為と結果発生との間の時間的近接性、または、(b)結果発生に至るまでの行為経過の自動性のうちのどちらかを満たし、さらに、侵害客体が存在する犯罪類型については、これに加えて、(c)「被害者領域への介入」が認められる場合に着手を認めるというものである。このうち、(a)の時間的近接性、および、(b)の行為経過の自動性については、最近の教科書でもたびたび言及されており、広く受容されている。また、判例でも、(α)結果実現行為を行う上での必要不可欠性、(β)結果実現までの間の障害の不存在性、(γ)結果実現行為との間の時間的場所的近接性という類似した基準を用いて、結果発生の危険性および結果実現行為との間の密接性を判断する最高裁決定（最決平成一六年三月二二日刑集五八巻三号一八七頁）が現れ、その後の実務に大きな影響を与えている。著者は、上記(a)～(c)の基準についての自説を展開するに先立ち、これらの基準がドイツの判例・学説を継受したものであるところから、これらの基準がドイツの裁判実務でどのように適用されているのかを調査・検討し、日本の判例との比較を行っている。

著者によれば、実行の着手に関する日本の判例は、大審院時代は基本的に形式的客観説に従っていたが、最高裁時代に入ってからは、逃走罪、窃盗罪、詐欺罪などの一部の犯罪類型を除き、結果発生の危険性という基準を明示的に用いて着手時期の判断を行ってきた。また、殺人罪に関する前記最決平成一六年三月二二日の提示した基準、すなわち上位基準としての「密接性」と「危険性」、そしてこれらの下位基準としての「必要不可欠性」、「障害の不存在性」および「時間的場所的近接性」は、その後の殺人罪に関する裁判例だけではなく、他の犯罪類型に関する裁判例にも影響を与えている。他方で、日本の裁判実務は、構成要件という枠による制約も無視していない。このことは、強姦罪、強盗罪、詐欺罪といった手段が限定されている犯罪については、ごく限られた例外を除き、暴行・脅迫、欺罔といった行為が見られない段階で実行の着手を認めたものがないことに現れている。また、放火罪についても、自動発火装置を設置したのと同視しうるようなガソリン撒布事例を除けば、いまだ火気が存在しない時点で着手を認めたものはない。さらに、構成要件上手段の限定がない殺人罪についても、被害者の身体に対する直接の攻撃に極めて近接した行為があるか、または、被害者の抵抗能力を奪うためにその身体に何らかの攻撃をした場合には着手が認められているが、たとえば、寝室で就寝中の被害者を殺害するために凶器を持ってこれに近づくといった事例で着手を認めたものは見られない。これらの結論は、前記(a)～(c)または(α)～(γ)の基準をそのままあてはめた場合には自明とはいえないものであり、明らかに「構成要件による縛り」を意識したものといえる。

これに対し、著者によれば、ドイツでは、未遂の概念規定に関する刑法典二二条が、「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ったものである」と定め、構成要件的行為の直前行為についても未遂が認められることを法文上認めている。そのため、手段が限定されている犯罪についても、手段行為の前の段階で未遂の成立が認められる。著者は、ドイツの判例においては直前行為性を判断するための基準としては、概ね前記の(a)～(c)の基準が用いられているが、具体的な結論を見ると、わが国の裁判実務と比べて、未遂の開始を認める時期が早いとする。具体例を挙げれば、強盗では、武装しかつ覆面をして住居の入口ドアのベルを鳴らした時点で未遂を認めた例があり、また、殺人でも、標的となる者が所在する部屋のドアをライフル

の銃床で打ち破ろうとした時点で未遂を認めた例がある。放火についても、ディスコに放火する目的で、建物内部に侵入後、ガソリンを撒く直前の時点で未遂を認めたものがある。他方、同じような外形的行為があっても、犯行計画に具体性が欠け、犯意も弱い場合には、未遂が否定される場合もある。

こうして、著者は、日独の判例・学説で異なる点として、まず構成要件的制約を認めるか否かという点を挙げることができるとする。日本の裁判実務はこのような制約を意識している節があり、学説でもこれを肯認する見解がある。しかし、著者によれば、実行の着手判断にこのような制約を課すことには無理がある。これは、わが国の刑法四三条が、実行未遂だけではなく、着手未遂も包含していることから必然的に帰結されることであるといえる。たとえ、実行の着手とは実行行為の一部開始だと主張したとしても、どのような行為が実行行為の「一部」にあたるのか、どの時点からそれが「開始」されるのかは不明なのである。これに対し、たとえば、被害者の抵抗を不可能にした後に殺害を行うという計画的・段階的犯行の場合について、最終的な殺害行為との間に時間的間隔があることの穴埋めとして、抵抗を不可能にする行為それ自体が殺人行為としての特徴を備えていることが必要だという形で構成要件的制約を用いる主張も考えられなくはない。しかし、仮に、このような考え方をとるとしても、拡張された実行行為の開始で足りるとするのであれば「開始」の意義が問題となり、前述したことと同様の問題に直面する。ここから、著者は、日本の裁判実務における着手判断に対する自制的態度は、少なくとも理論的には根拠がないとする。

著者は、以上のことを踏まえ、以下のような結論を提示している。

①実行の着手は実行行為の直前行為（または、実行行為に密接する行為と呼んでもよい）に認めるべきである。

②直前行為性の判断は、犯行計画上、最終結果実現行為までの間に重要な中間行為が想定されているか否か、および結果発生までの間にどの程度の時間的場所的離隔が予定されているかという二つの基準を用いて行われるべきである。この二つの基準はそれぞれ単独で機能するものとみるべきではなく、両方の観点を総合的に勘案して直前行為性を判断すべきである。

③重要な中間行為が存在しないとは、すなわち、犯行計画上、もはや最終的な結果実現行為までの間に外部的

な障害が想定されないこと、および事象が自動的に進行することが予定されていることを意味する。前者の判断においては、被害者領域への介入が一つの重要な徴表になる場合がある。後者の判断においては、犯意の強弱や犯行計画の具体性といった主観的事情も重要な考慮要素となる。

④犯行を確実かつ容易に行うために必要不可欠であるか否かという観点は、犯行計画で予定されている個々の行為の重要性をはかる基準として機能する。着手が問題となっている行為が犯罪実現のために重要なものであったとしても、最終的な結果実現行為までの間にそれ以上に重要な中間行為があれば着手は否定される。

著者は、以上のような基準を適用したときの具体的結論も明らかにし、従来の見解との違いを際立たせている。たとえば、殺人のために凶器を持って被害者宅に赴いたという事例でも、行為者の表象を詳細に認定した上で、重要な中間行為が認められないのであれば、着手を肯定する余地があるとする。また、被害者に正面から襲いかかる類型については、逃走や防御行為が予想されるため、結果発生にきわめて近接した時点まで着手を認めないというのは理解できるが、被害者に逃走経路がない場合や不意を衝く場合にまで同様に解すべき必然性はないとする。同様のことは、強盗のように手段が限定されている犯罪にもあてはまるという。

本論文の掉尾を飾る「第5章　間接正犯の実行の着手」においては、未遂犯の処罰根拠論と実行の着手論の試金石というべき一大争点である間接正犯の実行の着手時期の問題について著者の見解を明らかにしている。この点をめぐる学説は以下の三つに分かれる。すなわち、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始した時点に着手を認める利用者標準説、被利用者が実行行為を開始した時点に着手を認める被利用者標準説、結果発生の現実的危険性の観点から、利用者の行為の時点に着手が認められる場合もあれば、被利用者の行為の開始時に着手が認められる場合もあるとする個別化説である。

このうち、利用者標準説は、間接正犯の実行行為はあくまで利用者の行為にあり、被利用者の行為は単なる因果経過にすぎないから、間接正犯の実行の着手が利用者の行為の終了後に認められるはずはないということを根拠にする。これに対し、被利用者標準説は、未遂犯の処罰根拠を結果発生の具体的危険と解した上で、実行の着手は、結果発生

が切迫した時点で認めるべきだということを根拠にする。個別化説は、被利用者標準説が「切迫性」を重視するのに対し、結果発生が確実ないし蓋然的といえれば、それが切迫していることまでは必要ないとする考え方に基づくものといえる。最近では、純粋な利用者標準説は支持を得ておらず、被利用者標準説ないし個別化説が多数説化しつつある。しかし、著者によれば、これらの見解には疑問がある。まず、個別化説に関しては、学説の大半は、不能犯論の文脈では結果発生の高度の蓋然性がない場合にも未遂犯を認めるにもかかわらず、実行の着手との関係では結果発生の確実性を求める理由が不明である。次に、被利用者標準説に対しては、たとえばXがYを殺害するために毒入り菓子を郵送したが、郵送途中で何らかの理由により毒が無害化したという例を想定した場合、毒入り菓子がY宅に到達したか否かを問うことに何の意味があるのか明らかではないという疑問がある。この疑問は、間接正犯の場合に限らず、実行の着手判断一般において、結果発生の確実性や切迫性を問うことの意義に関わる問題である。

著者は、間接正犯の未遂の開始時期に関するドイツの判例・学説を参照しつつ、以下のような結論を明らかにしている。すなわち、不能犯論においては結果発生の高度の蓋然性を求めないにもかかわらず、実行の着手との関係では切迫性や確実性を要求する不整合を合理的に説明するためには、これらの要件を未遂犯の処罰根拠としての危険性とは切り離された外在的制約と解するよりほかないという。未遂犯の処罰根拠から導かれる危険性という実質的基準では未遂の成立範囲が拡張し過ぎ、行動の自由の制約の観点から問題を孕むため、切迫性や確実性といった形式的基準によってその成立範囲を制限するという発想である。たしかに、行為者が結果実現に必要な行為をなし終えていない場合、結果発生の危険性だけを基準に実行の着手を判断することは、大きな問題を孕む。なぜなら、最終的な結果実現行為に至る可能性、そしてそれによって犯行が成功する可能性は、個々の事案における具体的事情に大きく依存するから、危険性のみを基準としたのでは、事案ごとに着手時期の判断に大きなブレが生じることになり、法的安定性の観点から問題があるからである。そこで、罪刑法定主義的な見地からも、「どこまでやれば未遂になるのか、どこまでなら予備にとどまるのか」が（完全にということは不可能であるにしろ）ある程度明確に示されなければならない。このような場面では切迫性という形式的基準による制約には十分根拠があるといえる。しかし、著者によれば、

このような根拠は、間接正犯の実行の着手時期の場面では妥当しない、とする。なぜなら、間接正犯の場合、利用者が被利用者に結果実現を委ねた時点で、行為者としてなすべきことは終わっているから、いまだ切迫性・確実性が認められない時点で実行の着手を認めても未遂の成立範囲が際限なく前倒しされるおそれはなく、行動の自由の制約の点で何ら問題は生じないからである。逆に、このような場合にまで切迫性を要求することは、未遂犯においても処罰を偶然性に委ねるという問題がある。たしかに、既遂犯における結果については、その発生・不発生が多かれ少なかれ偶然に依存するとしても、それが発生した場合には応報的処罰の要請が生じるから、それを犯罪の構成要素とすることには合理性が認められる。しかし、未遂犯については、その処罰根拠は結果発生の危険性にあるのであり、「結果への近さ」それ自体は前述したような外在的な根拠しか有しない。だとすれば、行為者がすでになすべきことをなし終え、犯行の成否を後の因果経過に委ねた状態に至っていれば、当該行為が結果発生の危険性を内包する限りで、切迫性の有無といった偶然的な事情にかかわらず未遂犯処罰を認めた方が、一般予防の見地からは合理的である。このような理由から、著者は、利用者による「事象の手放し」の時点で間接正犯の実行の着手を認める手放し説が妥当だとするのである。

以上が本論文の概要である。

三　以下では、本論文に対する評価を示すこととしたい。

著者は、大学院修士課程在学中から、未遂犯論に関する諸問題を中心的な研究課題とし、これまで一貫して検討を加えてきた。未遂犯論は刑法学の真の根本問題の一つであり、そこでは、なぜある行為を犯罪として処罰するのか（処罰することが正当化されうるのか）という犯罪処罰の根拠と、明確・斉一で、かつ合理的な処罰範囲の限界づけのあり方をめぐる問いに答えることが求められる。それだけに、この領域では、国の内外を問わず膨大な研究の蓄積があり、その全体を把握して議論を整理するだけでも相当の時間と労力を要し、新しい視点を提示したり、ましてや新規の解決方法や解決基準を提案したりすることは至難であるといえよう。はたして本論文が、議論の整理にとどまることなく、この分野での研究を前進させ、その水準を高めることに寄与しうるだけの内実を有するものであるのかどうかが問われることになる。

本論文の内容は、大きくこれを分ければ、①未遂犯固有

の構造的特徴を（具体的危険犯と区別・対比する形で）明らかにし、未遂処罰の根拠を不能犯との区別を論じる中で解明しようとする序章および第2章と、②未遂犯処罰を限界づけるための最も重要な要件である「実行の着手」の具体的判断基準を種々の観点から解明しようとする第3章・第4章・第5章とから構成される。このように、本論文は、犯罪処罰の根拠と限界づけに関わる未遂犯論の中核的部分についての考究に挑み、その結果を集大成した研究であり、著者なりの新しい未遂犯理論の構想を提示しようとした意欲作ということができる。

①の未遂犯構造論とその処罰根拠論に関し、著者は、未遂犯と具体的危険犯とを同視する日本の通説的理解を論駁し、両者は区別すべきであり、それにより未遂犯に特有の構造も明確化されるとした上で、未遂犯とは「既遂構成要件との関係での規範違反性」を主たる処罰根拠としつつ、行為の客観的危険性により処罰が制約されたものであるとする著者の基本構想を提示する。未遂犯と具体的危険犯の区別の論証にあたっては、ドイツの立法資料・判例・学説が仔細に分析されており、他方、客観的危険性の必要性の論証にあたっては旧刑法起草段階からの日本の議論が「歴史的事情」として検討されている。また、第2章における従来の不能犯学説の検討においては、通説とされてきた具体的危険説には決定的な弱点があり、「実用には耐えない見解」であること、他方で、いわゆる客観的危険説の陣営の見解もそれぞれに問題を抱えていることが論じられている。これらの紹介・問題整理・検討と分析は、その文献・資料の探索においてきわめて周到かつ徹底的であり（序章と第2章とに付せられた脚注は、その数三〇〇以上にのぼる）、またその論証も明快にかつ説得力をもって展開されており、後述のように、学界にとり共有財産になりうる価値をもつものである。

著者の自説についてみると、未遂犯における結果としての危険性は、既遂結果が発生しなかったにもかかわらず、将来の犯罪抑止という一般予防の必要性から見て処罰が必要な状態があったことが認められれば肯定されるとする。「同様の行為が別の機会に行われれば結果が発生するであろうか」という一般予防の見地からの問いが重要であり、そのためには、当該事例において結果不発生の原因となった現実の事実が結果発生の原因となるような仮定的事実に置き換わっていた可能性の有無により未遂犯と不能犯とを区別することが妥当である（この意味で「修正された客観的危険説」の基準を基本的に支持する）。ただし、現実の

事実に置き換えられるべき仮定的事実は、行為者の犯行計画に取り込まれていた事情に限定されるべきであるとする。このような著者の見解は、理論的には、違法判断に「行為規範違反」と「結果」という二つの要素を認める違法二元論の立場によって基礎づけられるとする。

このような著者の見解は、これまでの諸見解に精緻な批判を加えつつ、しかしそれぞれの見解から学びうるところは学び取って一つの未遂犯理論へと再構成ないし統合したものとすることができる。このような形での「弁証法的綜合」の試みは魅力あるものであり、それが成功したものであるかどうかは学界における今後の議論において検討されていくことになろうが、諸見解の不備な点をそれぞれ修正しつつも、一つの首尾一貫した未遂犯理論を構築したことは大きな功績であると考える。それに加えて、著者は、自己の見解を判例の事案にあてはめ、判例の結論を無理なく引き出しうることを詳細に論じているが、そのことにも示されているように、著者の所説から導かれる結論も具体的妥当性を有するものであるように思われる。

とはいえ、その刑法理論上の基礎については、なお詰められるべき点も残されているといえよう。著者は違法二元論の立場に立脚し、「行為規範違反」を違法概念の一つの支柱として承認するというのであるが、それを判断するための基準はいかなるものであるのか、もし具体的危険説の判断基準が実用に耐えないほど不明確というのであれば（そして、主観説や抽象的危険説も排斥するのであれば）、「行為規範違反」はもはや違法概念の一つの支柱にもなりえないのではないかが疑問として提起されよう。他方で、いま一つの支柱としての「結果」の観点から「客観的危険性」による「合理的な制約」が必要とされるとするが、それは「行為規範違反」とどういう関係に立つのか、「客観的危険性」が（応報の要請ではなく）一般予防の要請であるとするなら、それは結果不法の要素ではないのではないか、といった疑問が生じてくる。これらの疑問点は、本研究の価値を毀損するものではないが、著者の刑法理論の基礎に関わるものであり、近い将来、著者自身により解答が与えられることが期待されるところである。

②の実行の着手の判断基準について著者が明らかにしたことは、主観的要素としては、行為の規範違反性の見地から「故意」を、行為の危険性の見地から「犯行計画」をそれぞれ考慮に入れるべきである（そして、犯行計画を考慮しなければ故意の有無もまた判定できない）こと（第3章）、行為者が犯罪実現のために必要なことをなし終えて

いない場面における実行の着手は構成要件的行為の直前行為に認められるとし、この直前行為性の判断は、犯行計画上、最終結果実現行為までの間に重要な中間行為が想定されているか否か、および結果発生までの間にどの程度の時間的場所的離隔が予定されているかという、相関関係に立つべき二つの基準の総合判断を通じて行われるべきであること（第4章）、行為者が犯罪実現のために必要なことをすでになし終えている場面（特に、間接正犯の場合）における実行の着手については、いわゆる「手放し説」が支持されるべきであることである（第5章）。

処罰限定論としての実行の着手に関する著者の見解は、そこで問題とされている「危険」の内容が、不能犯論に代表される処罰根拠論において問題とされる「危険」とはその内容において異なっていることを明確に意識している点にその方法論的特色がある。これは従来の学説においては曖昧にされてきた点であり、著者の卓見というべきところである。著者の主観的要素についての所説は、学説の議論が錯綜する中で、今や最高裁判例（最決平成一六年三月二二日刑集五八巻三号一八七頁）の採用する見解に対し理論的な基礎づけを与えたものである。その分析は明快・緻密で説得力があり、これにより議論は収束に向かうのではないかと予測されるほどである。著者は、「行為者が犯罪実現のために必要なことをなし終えていない場面」における実行の着手については（ここでは、いわゆる形式的客観説と実質的客観説の間の対立が問題となる）、日本とドイツの判例・裁判例を包括的・網羅的に検討し、形式的基準と実質的基準を併用する最近の有力説の立場を前提に、前述の紹介にあるように、より詳細な判断基準を提示している。その分析は（「中間行為の不存在性」の意義と位置づけをめぐる検討のように）明快かつ精緻であり、今後の学界の議論に相当の影響力をもつものと推測される。間接正犯の実行の着手時期については、現在の日本では少数説でありもはや過去の学説になろうとしているかに見える利用者標準説を新たに復興させようとする。しかし、その所説は未遂犯論全体に目を配ってよく根拠づけられた主張となっており、通説たる被利用者標準説のもつ理論的不整合性の指摘にも鋭いものがある。総じて従来の議論に深刻な反省を迫る内容をもっているといえよう。

ただ、最後の点についていえば、著者は、「行為者が犯罪実現のために必要なことをなし終えていない場面」における実行の着手については「時間的場所的近接性および中間行為の不存在性」を比較的厳格に要求しながら、他方で、

「行為者が犯罪実現のために必要なことをすでになし終えている場面」である間接正犯における実行の着手については、一律に――したがって、予定された被利用者の行為が一定の故意行為である場合についてでさえ――「手放し」の基準により実行の着手を肯定する見解をとっており、その相互の間に本当に整合性があるのかどうかには（著者の詳細な理由づけないし弁明にもかかわらず）なお疑問とする向きもあるかもしれない。この点は、今後も議論の対象となるであろうし、著者もより説得力のある説明を求められるところであろう。

以上述べてきたことを前提に、本論文全体に対する評価を総括するならば、それは、従来の議論を踏まえた上で、新たな未遂犯構造論・処罰根拠論を提示し、その上で、新たな方法論的主張を前提として、実行の着手の判断基準についても従来にないほどの詳細な分析を加えたものであり、それは随所に学界に反省と再考を迫る指摘を含んでおり、現在の日本の未遂犯研究を一歩も二歩も先に進める内容のものになっているということができよう。現に、本論文の元となった著者の諸論文は、いずれも学界において高い評価を得ており、学術文献においてしばしば取り上げられている。単行書として公刊された本論文についても、すでに、浅田和茂・法律時報八九巻四号（二〇一七年）一二〇～一二四頁および森住信人・刑事法ジャーナル五二号（二〇一七年）一四八～一四九頁という二つの本格的な書評があり、いずれにおいても「貴重な業績」「議論に大きな一石を投じる」「新たな方向性を示す」といった表現により高い評価が与えられている。樋口亮介も、その最近の論文「実行行為概念」（山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』〔有斐閣、二〇一七年〕五〇頁）において、多くの基本的論点につき著者の見解に賛成できるとコメントしている。また、著者は、本年五月に開催された日本刑法学会大会（於・慶應義塾大学）において大会実行委員会から「未遂犯」をテーマとするワークショップのオーガナイザーに指名されているが、このことも未遂犯に関する著者の業績に対する高い評価を前提とするものといえよう。ちなみに、ここで、著者が本論文公刊後、ドイツの最も伝統ある代表的な刑法学の雑誌であるゴルトダンマー刑法雑誌に、本論文の不能犯に関する部分のエッセンスをまとめた「日本における未遂犯論の現状」と題する一三頁の独語論文を（編集主幹であるユルゲン・ヴォルター教授の査読を経て）発表している（Takuma Sato, Entwicklung der japanischen Versuchs-dogmatik, GA 2017, S. 432–445）ことも特記しておきたい。

さらに付言すれば、著者の論文は、いずれの論点に関しても日本とドイツの判例・学説のみならず未遂犯規定の制定過程における立法資料に至るまでまさに包括的・網羅的な検討を行っているが、その際、議論の整理と紹介、その分析においてきわめて正確かつ公正であるところに大きな特色がある。著者の所説に対し批判的な立場をとる者であっても、日独の議論についての著者の現状分析が偏りなくフェアーに行われていることを否定することはできないはずである。それは、今後の学界にとり共有財産となることであろう。また、本論文は、文章の明快さ・その論理性においても際立っている。大部の研究でありながら、読む上で疲れを感じさせないその文章力・表現力・論理性は特筆大書すべきものと考える。

四　本論文の著者である佐藤拓磨君は、未遂犯論という困難なテーマに正面から取り組み、自覚的な方法論的反省の上に立ち、オーソドックスかつ手堅い手法を用い、明晰な論理をもって一歩一歩確実に、個々の問題を分析・整理し、それらについての自説を確立するとともに、その不断の検証にも努めた上で、本論文を完成させた。本論文は、佐藤君の（ドイツにおける二年間の在外研究を含む）長年にわたる地道な努力がもたらした貴重な成果であり、ここまで縷々述べてきたように、日本の未遂犯研究の水準を高める、学問的価値の高い労作である。ここから、審査員一同は、佐藤拓磨君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であるとの一致した結論に至ったものである。

平成二九（二〇一七）年一一月三日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員・博士（法学）　太田　達也

副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員・Dr. jur.（ベルリン・フンボルト大学）　フィリップ・オステン

副査　中央大学大学院法務研究科教授　Dr. jur.（ケルン大学）　井田　良