

Title	実行の着手と行為者主観との関係について
Sub Title	
Author	佐藤, 拓磨(Sato, Takuma)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	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 (2008.) ,p.111- 142
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0111

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.

実行の着手と行為者主観との関係について

佐藤拓磨

一 序

二 故意をめぐる問題

三 計画をめぐる問題

四 結びにかえて

一 序

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実行の着手の有無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事情まで考慮すべきか、という問題がある。^①これらの問題は、従来、未遂犯の処罰根拠をいかに解すべきか、ひいては刑法上の違法性の本質をいかに解すべきかという問題と密接な関係を持つものと理解されてきた。

確かに、実行の着手は未遂犯の成立要件であるから、未遂犯の処罰根拠と密接な関係を有すること、そして未遂犯の処罰根拠は未遂犯の違法性に関わる問題であるから、違法性の本質の理解と分かち難く結びついているということは自明のことのように思われる。しかし、予備と未遂との区別の問題である実行の着手時期の問題には、未遂犯の処罰根拠とダイレクトに結びつく不能犯論とは異なった固有の問題があるように思われる。

たとえば、前記①の問題について、次のような例を考えてみよう。

XがA殺害を計画し、闇ルートから拳銃を入手した。Xは、犯行当日、Aが寝た頃をみはからって拳銃を携えてA宅に侵入したが、Aの寝室に入ったところを家人にみつかり、取り押さえられた（または、寝室に侵入した時点でXが翻意した^②）。しかし、その後判明したところによると、Xが用意した拳銃は不良品で、たとえ引き金を引いたとしても弾丸が出なかったであろう、という事例である。この場合、Xの用意した拳銃がA殺害の可能な手段と認められるのかということが問題となる一方で、仮に可能な手段と認められたとしても、Xが取り押さえられた時点（または、翻意した時点）で殺人の実行の着手の段階に至っていたかも知問題となるはずである。とすれば、未遂犯の処罰根拠を構成要件の結果発生の危険に求めるといふ現在の通説^③を前提としても、不能犯論の局面における「危険」判断と、実行の着手時期の局面における「危険」判断（もっとも、実行の着手時期を「危険」を基準

に判断すべきかについては議論の余地がある」とでは判断の内容が異なるといえるのではないだろうか。⁽³⁾

また、前記②の問題に関しては、これまで、違法論における対立を背景に、主観的違法要素を認めるべきかという論争の一場面として、特に未遂犯において故意を主観的違法要素とすべきかにつき激しい論争が行われてきた。⁽⁴⁾

しかし、最近では、結果無価値論の立場から、未遂犯において故意は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⁽⁵⁾（以下では、この見解を行為意思説と呼ぶこととする）も現れており、さらにこの見解の一部からは、明示的に、実行の着手時期の判断においては、行為者の犯行計画までも考慮すべきだと主張されている。⁽⁶⁾したがって実行の着手時期の判断と行為者の主観面の関係の問題について、かつてのように違法論からの演繹のみによってその解決を導くことは難しい状況となっている。また、近時、実行の着手と故意の関係について問題を提起する最高裁判例が現れたことから、故意・犯行計画・実行の着手という三者の関係についても一度議論を整理する必要があるように思われる。

本稿では、以上の問題意識を踏まえうえて、紙幅の関係上、特に前記②の問題につき、これまで議論の状況を整理・検討し、私なりの見解を示したいと思う。

(1) これ以外にも、特殊問題として、間接正犯・離隔犯の場合の着手時期、不真正不作為犯の着手時期、原因において自由な行為の場合の着手時期といった問題もあるが、これらはそれぞれ間接正犯、不真正不作為犯、原因において自由な行為の理解に関わる問題も含むため、本稿の対象からは外すこととした。

(2) 周知のとおり、「危険」の内実の理解をめぐる見解の対立がある。

(3) 不能犯論と着手論とは視点の置き所が異なるということを指摘するものとして、伊藤涉・小林憲太郎・鎮目征樹・成瀬

幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（二〇〇五）二五一―二五二頁、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。もっとも、従来の見解もこのことを意識していなかったわけではないだろう。たとえば、西田典之『刑法総論』（二〇〇六）二八三頁は、不能犯を定義して、「外形的には実行の着手にあたる行為が行なわれたが、事後的・客観的には結果発生の可能性がなかったという場合」とするが、この定義は、「外形的」な意味での実行の着手の判断と、不能犯の判断とは別個の問題であるということを前提にしている。

(4) その代表的なものとして、中義勝「故意の体系的地位」『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学（上）』（一九七七）一五一頁以下に端を発する、「中・中山論争」が挙げられる。これについては、中山研一「刑法の論争問題」（一九九二）一頁以下（初出は、一九七八）、中義勝「刑法上の諸問題」（一九九二）一頁以下（初出は、一九八八）、中山・前掲書二四頁以下（初出は、一九八八、一九八九）、中義勝「主観的不法要素の全面的否認説について」（二・完）法学教室一〇六号（一九八九）八〇頁以下、一〇七号（一九八九）九六頁以下。この論争を検討の対象としたものとして、曾根威彦『刑事違法論の研究』（一九九八）五五頁以下。さらに、垣口克彦「主観的違法要素の理論」『刑法理論の探究―中刑法理論の検討―』（一九九二）九一頁以下、振津隆行『刑事不法論の展開』（二〇〇四）一五七頁以下。

以上のほか、主観的違法要素の問題に関する文献として、浅田和茂「主観的違法要素と犯罪論―結果無価値論の立場から―」現代刑事法三号（一九九九）四六頁以下、佐伯千仞「刑法における違法性の理論」（一九七四）二〇九頁以下、曾根威彦「主観的要素と犯罪論構造」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集「上巻」』（二〇〇七）一三三頁以下、高橋則夫「規範論と刑法解釈論」（二〇〇七）四七頁以下、日高義博「違法性の基礎理論」（二〇〇五）四一頁以下。

未遂犯における主観的違法要素の問題について特化して論じた文献としては、内山良雄「未遂犯における危険判断と故意」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第一巻』（一九九八）四四七頁以下、木村静子「未遂犯における既遂故意と主観的違法要素」『福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀論文集 刑事法学の総合的検討（上）』（一九九三）一〇五頁以下、二本柳誠「未遂犯における危険判断と行為意思」『早稲田大学大学院法研論集一二〇号（二〇〇六）一四七頁以下。さらに、堀内捷三「行為意思と故意の関係について―実行の着手時期への一つの視座―警察研究五五巻八号（一九八四）三頁以下。

(5) 佐伯仁志「違法性の判断」法学教室二九〇号（二〇〇四）六三頁、鈴木左斗志「方法の錯誤について」金沢法学三七巻一

号（一九九五）九一頁以下、同「実行の着手」西田典之・山口厚編『刑法の争点「第三版」』（二〇〇〇）八九頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（一九九九）一五〇頁以下、西田・前掲注（3）八二―八三頁、山口厚『刑法総論「第二版」』（二〇〇七）二七一頁、二本柳・前掲注（4）一五〇頁以下。さらに、和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法』（二〇〇三）二二―一頁。

（6）佐伯仁志「未遂犯論」法学教室三〇四号（二〇〇六）一二四頁、西田・前掲注（3）二八五頁、山口・前掲注（5）二七一―二七二頁。さらに、町野朔「現代刑事法学の視点 中山研一「主観的違法要素の再検討」（二）」（三）完」法律時報六一卷一〇号（一九八九）一三四頁。

（7）最決平成一六年三月二二日刑集五八卷三号一八七頁。

二 故意をめぐる問題

1 問題の整理

実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきかをめぐっては、二つのレベルの異なる問題がある。ひとつは、故意を考慮することが、何罪の未遂が問題となっているのかを判別するために必要かどうかという問題であり、もうひとつは故意が行為の危険性に影響を及ぼすかという問題である。たとえば、平野龍一は、故意を考慮すべきだとする主張の根拠として、「……ピストルの銃口を相手方にむけた場合（着手未遂）でも、殺人の実行行為なのか、傷害の実行行為なのか、あるいは脅迫の実行行為なのかは、行為者の主観をあわせ考えなければ判別できないであろう。また、ピストルを射ったがあたらなかった場合（実行未遂）でも、殺人未遂なのか傷害未遂なのかは、行為者の主観を考慮に入れないでは、判別できない。それだけでなく、殺人の故意があれば行為者の身体はその目的の達成に適するように規整させるであろう。未遂の場合、故意（結果の認識）は主観的違法要

素だといわれるのは、まさに故意を考慮に入れて、行為の客観的危険性を判断すべきだ、ということなのである。⁽⁸⁾と述べているが、この引用文中の「それだけではなく……」より前の部分は犯罪の個別化の必要性にかかわる論拠であり、それより後の部分は行為の危険性にかかわる論拠であるといえる。しかし、両者の問題は区別されなければならない。⁽⁹⁾というのは、後者は故意が行為の違法性に影響を及ぼすかということにかかわる問題であるのに対し、前者は必ずしもそれと直結する問題ではないからである。未遂犯において故意を主観的違法要素として認めない見解からも、故意を責任にかかわる構成要件要素として認め、実行の着手を判断する際に故意は考慮されるべきだという見解は主張されている。⁽¹⁰⁾

このような区別に対しては、どちらの論拠を用いようが、実行の着手時期の判断にあたって故意を考慮すべきだとする結論が同じなのであれば、その主張の背後にある体系論的な相違は度外視してよいのではないかという批判も予想される。しかし、行為の危険性に影響を及ぼすものとして故意を考慮するか否かは、行為者の主観面を考慮せず純客観的に行為を観察すれば構成要件の結果発生危険が認められない場合に、行為者に故意があることを理由に結果発生危険を肯定する場合があることを認めるか否かという問題と関連性を有する。この問題が顕在化するのが不能犯論であり、（未遂犯において）故意を主観的違法要素とする見解が具体的危険説と親和性を持ち、⁽¹¹⁾違法要素とは考えない見解が客観的危険説と親和性を持つということはつとに指摘されてきたところである。このことから、従来、実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきかについては、主に故意が行為の危険性に影響を及ぼすのかという形で議論が交わされてきたのである。以下ではこの問題に焦点を絞る。

2 行為の危険性と故意

もっとも、故意を主観的違法要素と認め、実行の着手時期の判断において考慮すべきだという見解の全てが、

故意が行為の危険性に影響を及ぼすと考えているわけではないようである。たとえば、福田平は、「行為は、主観・客観の全体構造をもった統一体であるから、実行の着手も、主観・客観の両側面から定められなければならない。」⁽¹²⁾として実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだと主張するが、故意が行為の危険性に影響を及ぼすということは述べていない。また、故意を既遂犯の場合にも違法要素として認めるべきだとする文脈の中で、故意犯と過失犯とは「社会的相当性からの逸脱の程度がまったく異なる」としていることからみて、必ずしも故意が行為の法益侵害性に影響を及ぼすとは考えていないように思われる。⁽¹³⁾

これに対し、結果無価値一元論の立場から実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだとする見解は、故意が行為の危険性に影響を与えると主張する。⁽¹⁵⁾また、故意を一般的主観的違法要素と認める行為無価値論の立場から、故意は行為の危険性に影響を及ぼすがゆえに違法要素なのだと主張されることが多い。たとえば、中義勝は、「われわれは、経験上、一定の範囲において因果的知見をもっている。だからこそ、この因果的知見を利用し、因果律に則って外界に働きかけ、所望の結果を達成することができる。もとより、因果律は、われわれの経験的知識やその利用意図とは無関係に、一定の原因さえあれば法則的に機動し、一定の結果を惹起する。しかし、これを人の行為に限っていえば、因果的知見を利用し、原因を因果律の軌道に乗るように設定し、ときに可能かつ必要な軌道修正を施しつつ因果的進行を図って結果を実現しようとする場合の方が、まぐれあたりで結果の惹起をみる場合よりも、はるかに結果発生の確実度が高いことはいうまでもない。」⁽¹⁶⁾として、故意行為は非故意行為よりも法益侵害の危険度が高いと主張する。そして、既遂犯において故意を主観的違法要素とする根拠についても、故意犯は結果発生の危険がより大きい経過を辿って結果発生に至ったがゆえに、過失犯と比べてより重い違法評価を受けるのだと主張している。⁽¹⁷⁾

このように故意を行為の危険性と関係づける考え方に対しては、実行の着手時期の判断において行為者の主観

面を考慮すべきではないとする立場から、以下のような批判が加えられてきた。すなわち、実行の着手が問題となるほとんど全ての場合合は、客観的事実の観察によつて危険の有無は判別可能であり、故意があるからといって当該構成要件の結果発生⁽¹⁸⁾の危険を認めることは不当であるという批判、また、「無過失行為からでも法益侵害は生じるのであり、無過失だから故意行為に比べて危険は低いなどとはいえない。」⁽¹⁹⁾とし、故意は行為の危険性とは無関係であるとする批判である。

しかし、行為者の主観面を全く度外視して実行の着手の有無の判断をすることは困難だといわざるを得ない。たとえば、他人に拳銃を向けて引き金を指をかけたところを取り押さえられた場合、当該他人の生命に対する危険の有無が問題となろうが、主観面を一切考慮しない場合、未遂犯の違法性が認められる範囲が過度に狭くなるか、過度に広くなるかのどちらかにならざるを得ない。⁽²⁰⁾すなわち、引き金が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、着手未遂の成立する余地がなくなり処罰範囲が狭くなりすぎるし、他方で、拳銃から何らかの拍子に弾丸が飛び出す可能性を根拠に生命に対する危険を肯定するのであれば、未遂犯の違法性を認める範囲が広くなりすぎるのである。それだけではなく、このように広い範囲で未遂犯の違法性を肯定した場合、その主観的反映である故意も広い範囲で認められることにつながることに注意しなければならぬ。たとえば、拳銃が暴発する危険のみで殺人未遂の違法性を肯定するのであれば、拳銃が暴発して被害者が死ねばよいと思ひながら引き金をかけた場合も殺人未遂となるはずである。しかし、このような結論は不当であろう。これに対し、そのような馬鹿げた事例はありえないし、あったとしても不能犯であると主張するのであれば、それは翻つてそのような危険で未遂犯処罰を基礎づけることが不適当だということにほかならない。⁽²¹⁾

これに対し、客観的に次の瞬間にも殺害できる状況にあるということを危険の根拠とすることも考えられるが、その場合、「例えば、信号待ちの自動車の前を歩行者が横断する場合、自動車という殺傷能力の高い道具が人に

向けられているとみることができ、ドライバーにアクセルを踏むという行為意思がなくても、未遂処罰に値する危険を肯定することにもなりかね⁽²²⁾ず、不当である。

このように、主観面を一切考慮に入れないとする見解には無理がある。学説上も、従来、実行の着手時期を判断するにあたって故意を考慮すべきだとする見解の方が多数説であったといつてよい。しかし、近時、故意を行為の危険性に結びつける見解に対しては、さらに行為意思説から重要な批判が提起されている。

行為意思説は、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、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は行為の危険性に影響を与えとする。これに対し、故意は行為の危険性とは無関係だとする。なぜなら、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（＝殺人の故意がないということ）は行為の危険性とは無関係であり、むしろこの場合に行為の危険性にとって決定的な要素は、故意とは区別された「行為を行う意思」だ⁽²³⁾というのである。また、拳銃の銃口が被害者の心臓に向けられていたという場合、被害者が殺害される危険があるか否かは引き金を引く行為を行う意思があるにかかっており、故意とは必ずしも関係がないともいわれる⁽²⁴⁾。

しかし、行為意思説が「行為を行う意思」という際、どのような「行為」を想定しているのかは必ずしも明らかではない。すなわち、「指を動かす」「引き金を引く」等といった身体的動作を行う意思というレベルでの行為の意思を想定しているのか、それとも行為者の犯行計画を行為意思の中に取り込んだ上で、「既遂結果惹起の意思」（既遂行為意思）⁽²⁵⁾といった「犯罪を完成させる意思」に近いものを想定しているのか、必ずしも明らかではないのである。現に、冒頭で述べたように、最近では、行為意思説の論者の中で、実行の着手時期の判断において

犯行計画を考慮すべきだと明言するものもみられる。⁽²⁶⁾ どちらの考え方をとるかによって、たとえば以下のようなケースで結論の差が生じよう。すなわち、判例でしばしば問題となる自動車を利用した強姦のケース（後掲最決昭和四五年七月二八日参照）で、行為者が女性を自動車内に引きずり込もうとする行為の時点で強姦の着手が認められるかが論点となるが、その際、「自動車内に引きずり込む意思」を考慮するのか、「自動車に引きずり込んだ上で○キロメートル離れた別の場所で姦淫する意思」を考慮するのかが、着手判断の結論が異なり得るように思われるからである。

この点、前者の考え方をとった場合、どこまで微細に行為を切り取ってその意思を考えるのか明らかではない。たとえば、拳銃の銃口が目の前の人の方向からわずかに外れている場合、行為者に「引き金を引く意思」があったか否かを問題とするのか、「目の前の物体を狙って引き金を引く意思」があったか否かを問題とするのか、さらに具体的に「目の前の物体の中心部を狙って引き金を引く意思」があったか否かを問題にするのかによって、結論が変わり得る場合も考えられよう。しかし、どのレベルで行為を切り取るべきかについて決定的な基準はないように思われる。

また、後者の考え方をとった場合、故意とは切り離して行為者の犯行計画を考慮することが果たして可能なのかという疑問がある。たとえば、先の自動車を利用した強姦のケースで、行為者が被害者を女性と認識していたか否かを度外視して「既遂結果惹起意思」なり「行為完遂意思」なりを問題とすることが可能なかは疑問といわざるを得ないのである。⁽²⁷⁾

3 故意を考慮する見解の再検討

私見では、実行の着手判断にあたって故意を考慮すべきだと考える。未遂犯は単なる危険犯ではない。未遂犯

は、行為者の主観面が客観面を超過しているところに特徴がある。⁽²⁸⁾したがって、その超過部分である既遂犯の故意が未遂犯の違法性にとって決定的に重要な役割を果たしているといわざるを得ない。これに対し、この主観的な超過部分を責任要素とするのであれば、違法性に対応物を持たない超過的な責任要素が処罰を根拠づけることになる。このような考え方が「心情刑法」にあたる⁽²⁹⁾とまではいえないにしても、違法性とまったく関連性を持たない要素がなぜ処罰を積極的に根拠づけることができるのか、説明が困難であろう。⁽³⁰⁾

それでは、実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだとしても、故意は行為の危険性に影響を及ぼさないのではないかという批判に対してはどのように答えるべきであろうか。

確かに、仮に故意を考慮すべきだとする見解が、故意が物理的・客観的な意味での行為の危険性に影響を与えると主張する学説なのだ⁽³¹⁾とすれば、妥当ではないように思われる。行為意思説が主張するように、行為者が銃口の先の客体を人だと認識していなくとも、拳銃の引き金を引く意思があれば、人に対する危険が客観的に存在することは否定できないからである。また、たとえば刑法一七七条後段の「十三歳未満の女子」であることの認識の有無が同条の結果発生の危険と関係があるともいえない。⁽³²⁾「十三歳未満の女子であることに向けて行為する」ということは考えられないからである。

もっとも、故意を考慮する見解は、「行為の危険性」について、行為の時点からみた危険を念頭に置いているのだと思われる。このように考えれば、銃口が客体の方向からズレていたかどうかは事後になってはじめて明らかになることであるから、行為の時点で故意を持って引き金を引こうと思ったか、そうでなかったかによって行為の危険性に差があるという余地がある。しかし、行為の時点からみた危険を問題にしたとしても、「狙って撃つ」というような、行為をコントロールして結果実現をはかろうとする意思の部分は行為の危険性に影響を与え⁽³³⁾ると考え得るが、客体の属性（たとえば、客体が十三歳未満であること）の認識などはやはり行為の危険性に影響

を与えるとはいい難いであろう。

そこで、次に考え得るのは、ここでいう「危険性」が、先に引用した福田の見解と同様に社会的相当性からの逸脱を指しているということである。⁽³²⁾しかし、そのような内容のものを「行為の危険性」と表現するのはミスリーディングであるように思われる。また、端的に社会的相当性を問題とするとしても、社会的相当性を違法性の本質にとらえることに疑問がある。

実行の着手時期の判断において故意を考慮する根拠は、端的に行為の規範違反性の観点から説明すべきである。すなわち、行為者の認識事情を基礎にして構成要件の結果発生⁽³³⁾の危険が認められる場合には、刑法は行為者にその実現に向けた行為に出ることを禁じるのであり、それにもかかわらずそのような禁止に反した場合には、規範に対する違反が認められ、行為の違法性が認められるというところに根拠を求めるべきである（もつとも、不能犯論において具体的危険説を採用する場合には、これに一般人の判断が加わる⁽³⁴⁾）。たとえば、行為者が人を動物だと誤信してそれに向かってピストルを構えたという場合、確かに行為者に殺人の故意がなくとも、「引き金を引く意思」を有していれば、人の死亡という結果発生⁽³⁵⁾の客観的危険性は認められるといえよう。しかし、法が行為者に対して発するメッセージという観点から考えると、この場合の行為者に「人を殺すな」というメッセージを発しても意味がない。行為者が目の前の物体を人だと思っていない以上、このようなメッセージを発しても行為者はこれに直面しないからである。よって、このような行為者については刑法一九九条の構成要件が提示する行為規範に対する違反が認められず、殺人罪の実行の着手を問題にする余地がないのである。これに対し、目の前の物体を人だと認識しつつ、殺意を持ってこれに向けてピストルを構える者は、刑法一九九条の構成要件が提示する規範に直面していることから、殺人未遂罪の成否が問題となるのである。

このように故意を必ずしも行為の客観的危険性と結びつけない考え方に対しては、行為意思説からの批判は妥

当しないといえよう。そして、前述のように、未遂犯においては故意を主観的違法要素として考えるべきだとすれば、実行の着手時期において行為意思のみを考慮すべきだとする見解よりも、このような形で故意を考慮すべきだとする見解の方が優れている。

これに対し、結果無価値一元論から故意を考慮すべきだとする見解については、行為の規範違反性を問題にしない以上、行為意思説の指摘が妥当する。したがって、結果無価値一元論から実行の着手時期に判断において故意を考慮すべきだとする主張には論理的に問題があるように思われる。

(8) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五）三三四頁。

(9) 曾根『刑事違法論の研究』（前掲注（4））七〇—七二頁、二本柳・前掲注（4）一四八頁。

(10) 曾根威彦『刑法総論（第四版）』（二〇〇八）二二五—二六頁、日高・前掲注（4）六三頁、同「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャーナル創刊号（二〇〇六）二二八頁、前田雅英『刑法総論講義（第四版）』（二〇〇六）一四二頁。

(11) ただし、最近、故意を違法要素と認めながら、不能犯論において客観的危険説を採用する見解も主張されている。たとえば、増田豊「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小—比例の原則と不能犯・抽象的危険犯・過失犯の構造」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二）二八七頁以下。さらに、照沼亮介「体系的共犯論と刑事不法論」（二〇〇五）六三頁以下。

(12) 福田平『全訂刑法総論（第四版）』（二〇〇四）二二六頁。さらに、同『刑法解釈学の諸問題』（二〇〇七）八二頁。

(13) 福田『全訂刑法総論（第四版）』（前掲注（12））八六頁。

(14) さらに、大塚仁『刑法概説（総論）（第三版増補版）』（二〇〇五）一六五頁、一九三—一九四頁、三五〇頁も故意と行為の危険性については触れていない。ただし、同「故意の体系的地位」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（一九九六）二九頁は、故意犯が過失犯よりも違法性の程度が重い理由を、「国家・社会倫理規範に対する違反性が著しく、かつ、法益に対する侵害の危険性も大きい」ということに求めている。

- (15) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（一九八二）一八九頁、二九九頁、平野・前掲注（8）三三四頁、同『刑法の機能的考察』（一九八四）三四頁以下、堀内捷三『刑法総論「第二版」』（二〇〇四）二三〇頁。着手未遂の場合に限り故意が行為の危険性に影響を与えるものとして、林幹人『刑法総論』（二〇〇〇）三五八頁。
- (16) 中義勝「故意の体系的地位」（前掲注（4））一五六頁。故意が行為の危険性に影響を及ぼすものとして、大谷實『刑法講義総論「新版第二版」』（二〇〇七）三六九頁、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三卷二号（一九九三）一〇〇—一〇一頁、川端博『刑法総論講義 第二版』（二〇〇六）四六〇—四六一頁、佐久間修『刑法講義（総論）』（一九九七）六二頁、団藤重光『刑法綱要総論 第三版』（一九九〇）一三四頁以下。
- もつとも、大谷は、既遂犯において故意を主観的違法要素と認める根拠としては、「故意、過失および無過失は、行為の社会的相当性に重要な影響を与える」ということを根拠に挙げている（大谷 前掲書二四〇頁）。さらに、伊東研祐『刑法総論』（二〇〇八）七九頁は、「構成要件の結果の惹起を禁じる行為規範に意識的に違反して行われる行為の危険性（結果、発生への志向性、ないし収斂性）と社会的通常行動からの逸脱性および社会攪乱性」とに由来する「危険性」は、非意識的に違反する行為に因って生じるそれらよりも、一般的には、遥かに大きいものとして捉えられる」（傍点筆者）とする。ここでは「危険性」が必ずしも物理的な意味でとらえられていないことが注目される。このように、行為無価値論から「故意は行為の危険性に影響を及ぼす」と主張されるとき、そこで想定されている「危険性」の内容は何なのかについて注意する必要がある。
- (17) 中「故意の体系的地位」（前掲注（4））一五七—一五八頁。
- (18) 内藤謙『刑法講義 総論（上）』（一九八三）二二二頁。さらに、前掲注（4）で挙げた中山研一の諸論文を参照。
- (19) 内山良雄「未遂犯総説」曾根威彦・松原芳博編『重点課題 刑法総論』（二〇〇八）一九〇—一九一頁。
- (20) 佐伯（仁）・前掲注（5）六二頁、山口・前掲注（5）二七一頁。
- (21) また、拳銃が粗悪な場合とそうでない場合とで区別することも、実行の着手の有無の問題という局面では意味のある区別だとは思われない。
- (22) 二本柳・前掲注（4）一五八頁。
- (23) 佐伯「違法性の判断」（前掲注（5））六三頁、高山・前掲注（5）一五一頁。

- (24) 鈴木「実行の着手」(前掲注(5)) 八九頁、町野・前掲注(6) 一三四頁。
- (25) 山口・前掲注(5) 九五頁。さらに、和田・前掲注(5) 二一〇頁は、「行為完遂意思」という表現を用いる。もともと、和田は自説を犯行計画を考慮する見解と区別しているようである。
- (26) 前掲注(6) 参照。これに対し、行為意思と犯行計画を同視することに批判的なのは、高山・前掲注(5) 一六六頁。
- (27) この点につき、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五) 七六頁も参照。
- (28) これに対し、中山『刑法の論争問題』(前掲注(4)) 七九頁は、未遂犯における故意を危険性の認識に解消すべきだとする。さらに、齋野彦弥『刑法総論』(二〇〇八) 六六頁、一三四頁もそのような構成を示唆する。
- (29) 平野・前掲注(15) 三三頁。
- (30) 故意を性格責任と結びつけることによってこの点を説明するものとして、小林憲太郎『刑法的帰属―フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』(二〇〇七) 八七頁以下。
- (31) 平場安治『行為意思と故意』『佐伯千仟博士還暦祝賀 犯罪と刑罰(上)』(一九六八) 二四八頁参照。
- (32) 前掲注(16) の伊東『刑法総論』七九頁からの引用も参照。
- (33) 不能犯論に関する私見については、不十分な内容ながら、拙稿「不能犯に関する一考察―具体的危険説の再検討」法学政治学論究五四号(二〇〇二) 三三五頁以下、及び、「不能犯に関する一考察―客観的危険説の検討」法学政治学論究五八号(二〇〇三) 三三五頁以下を参照。
- (34) 井田・前掲注(27) 二五―二六頁参照。

三 計画をめぐる問題

以上で、実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだということが明らかになった。次に、実行の着手時期の判断と計画をめぐる議論の検討に移ろう。

行為者の犯行計画を考慮すべきだとする見解は、かつて、主観説と客観説の中間説という形で主張された（折衷説）³⁵。しかし、現在では、この問題は、客観説内部で、危険判断を行う際の資料として行為者の犯行計画を取り込むべきかという文脈で論じられることが多い。

従来の学説状況は、まず実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだとする見解と、行為者の主観面を一切考慮すべきではないとする見解が対立していて、次に前者の内部で故意限度で考慮すべきだとする見解と、行為者の犯行計画まで考慮すべきだとする見解³⁷（以下、実行の着手時期の判断において計画を考慮する見解を計画説と呼ぶこととする）が対立するという図式であった。しかし、前述のとおり、近時有力化している行為意思説からも計画を考慮することは理論上不可能ではないと思われるし、現にそのような主張をする論者も現れている。これにより、実行の着手時期の判断と計画をめぐる現在の学説状況は、違法論の対立をこえて、以下のような複雑な様相を呈している。

- 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。

だが、視野を実行の着手の局面に限定せず、責任レベルも含めた未遂犯の成立要件全体にまで広げた場合、実行の着手時期の判断において行為者の主観面を一切考慮すべきでないとする見解であっても、故意の成否を判断する際に計画の問題には直面せざるを得ないように思われる。

次のような事例を考えてみよう。XがAを殺害しようと考え、凶器の拳銃を準備し、自動車でA宅に向かう途

中、興奮のため注意散漫となり、通行人に車を衝突させたが、その通行人はAであったという事例である（Aは一命を取り留めたとする）。この場合、Xに殺人未遂罪が成立すると主張するものはいないであろう。そこで、この場合になぜ殺人未遂罪が成立しないのかが問題となる。行為者の主観面を一切考慮すべきでないとする見解からは、以下のように説明されるであろう。すなわち、XはAの生命に対する客観的危険を生じさせているので実行の着手は認められるが、故意が認められない、と。しかしこのケースでXには殺意はある（殺人予備罪も認められるであろう）。にもかかわらず、未遂犯成立に必要な故意がないとするのであれば、どのような根拠によるのが問題となるはずである。

この点、Xには最終的な結果実現行為の認識（設例でいえば、「Aを自動車でひき殺す」という認識）がなかったということとを理由として持ち出すことはできない。なぜなら、故意既遂犯の成否の場面においては、行為者に最終的な結果実現行為の認識があることが必要かということが争点となるが（いわゆる「早すぎた構成要件実現」ないし「早すぎた結果発生」の問題）、少なくとも未遂犯の成否のレベルにおいては、未遂犯処罰の範囲を実行未遂に限定しない限り、行為者に最終的な結果実現行為の認識がなくても、それより前倒された段階の行為の認識をとらえて、故意を肯定する余地を認めなくてはならないからである。⁽³⁸⁾

そこで、二つの考え方があり得るように思われる。ひとつは、Xには自動車を衝突させるという行為によってAの生命を危険にさらすことの認識がなかったことを理由とする考え方である。⁽³⁹⁾もうひとつは、未遂犯の成立のために必要な故意の内容としては、最終的な結果実現行為の認識は必要でなく、これと一連性を有する行為の認識があればよいが、⁽⁴⁰⁾前記事例では拳銃で殺害するという行為と自動車を衝突させた段階の行為との間には一連性は認められないとする考え方である。このうち、第二の考え方は、行為の一連性を判断するために必然的に行為者の計画を考慮に入れざるを得ないから、⁽⁴¹⁾故意の有無を判断する際に行為者の計画を考慮に入れていることにな

る。両者の考え方の違いは、行為者が行為それ自体の有する危険性は認識しているが、行為者の計画上、最終的な結果実現行為との間にはいまだ時間的・場所的な隔たりがある、または乗り越えなくてはならない障害が存在するという場合に、結論の差となって現れるように思われる。したがって、たとえ実行の着手において行為者の主観面を一切考慮すべきでないとしたとしても、故意の場面で、計画を考慮すべきかという問題に直面せざるを得ないのではないかと思われるのである。以上のことは、行為意思のみ考慮し、計画は考慮しないという見解にもあてはまるであろう。

また、故意の限度で考慮すべきだとする見解も、同様の問題に直面するように思われる。まず、先の事例で行為の危険性を否定するのは無理であろう。なぜなら、事後的にみればもちろんのこと、衝突の時点を基準にしても、一般人の視点からは結果発生危険性が認められるように思われるからである。これに対し、Xはあくまで拳銃でAを殺害しようとしているのであって、拳銃での殺害との関係では危険はいまだ認められないと主張するとすれば、危険判断において行為者の実行計画を考慮することを正面から認めることになる。次に、XはAを自動車でひき殺すつもりはないので故意がないと説明することもできない。前述したように、未遂犯においては「その行為で結果を発生させる」という最終的な結果実現行為の認識は不要であり、自動車でひき殺すつもりがないということが即座に未遂犯の故意を否定することにはつながらないからである。そこで、ここでも、故意の有無を判断するにあたり、自動車で衝突させる行為によってAの生命を危険にさらすことの認識を問題にするのか、行為者の実行計画を考慮して、最終的な結果実現行為（拳銃で殺害する行為）との間の時間的・場所的距離を問題とするのかという対立軸が生じるように思われるのである。⁽⁴⁾

以上のように、仮に実行の着手時期の判断から実行計画を放逐したとしても、未遂犯の成立要件をトータルで考えた場合、実行計画を考慮すべきかという問題を避けて通ることはできないのである。

それでは、行為者の犯行計画は考慮すべきであろうか。この点、計画を考慮しない見解は、未遂犯が単なる危険犯ではないということをいまだ看過しているように思われる。現行法上、未遂犯は故意犯についてしか処罰されておらず、そして故意未遂犯の構造上の特徴が、犯罪実現に向けた行為が行われたにもかかわらずそれが成就しなかったという点にあるとすれば、行為者が予定していた最終的な結果実現行為と、着手の有無が問題となつてゐる行為との関係を重視すべきである。具体的危険の認識を問題とする見解の背後には、未遂犯の本質を具体的危険の惹起それ自体に求める発想があるように思われるが、未遂犯はあくまで犯罪の実現に向けられた行為の過程で結果発生 of 具体的危険を生じさせたがゆえに、重く処罰されるのである。⁽⁴³⁾ 計画を考慮しない見解は、着手の有無が問題となつてゐ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結びつきを捨象する。その結果、危険性の認識と既遂犯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犯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つてこよう。以上のことからすれば、行為者の計画を考慮に入れる見解が妥当である。

次に、計画の問題を体系上どこに位置づけるべきかについては、実行の着手時期の判断において故意を考慮すべきだとする本稿の見解によれば、行為者の犯行計画も責任のレベルではなく、実行の着手時期の判断のレベルで考慮されるべきだということとなる。また、計画を故意の問題としてとらえるべきか、危険性の問題としてとらえるべきかについては、まず客観的に行為の危険性を判断した上で、その後に計画を考慮に入れて未遂犯成立のために必要な故意の有無を判断するよりは、最初から行為者の犯行計画を考慮に入れて行為の危険性判断を行う方が簡明であろう。したがって、計画説が妥当であると考ええる。以上のような本稿の計画説の理解にしたがえば、未遂犯における故意の問題と実行の着手の判断は、少なくとも単独正犯においては、重なることとなる。⁽⁴⁴⁾ ただし、実行の着手については不能犯論との関係で、さらに客観化が問題となるのである。

以上は未遂犯の構造に基づく論拠であったが、さらに、実際の結論上、計画説と計画を考慮しない見解とではどのように異なるのかを検討してみよう。

計画説と計画を考慮しない見解とで結論に差が生じるといわれているのは、行為者の犯罪計画によればいまだ結果実現までに障害となる事情がある場合である。この問題を論じる際にしばしば引用されるのが、強姦に関する最決昭和四五年七月二八日の事案である。⁽⁴⁵⁾この事案は、被告人らが女性をダンブカーの運転席に引きずり込み、そこから五八〇メートル離れた護岸工事現場まで移動した上で、ダンブカー内部で同女の反抗を抑圧して姦淫に及んだというものであったが、引きずり込んだ際に被害者に傷害を負わせたため強姦致傷罪の成否が問題となった。最高裁は、被害者を「ダンブ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」として、被害者をダンブカーの運転席に引きずり込もうとした段階で、強姦罪の実行の着手を認めた。

計画説の論者の中でも本決定に対する評価は分かれるが、被告人らの犯行計画に着目し、被告人らが、車内に引きずり込んですぐに姦淫するつもりだったのか、別の場所に移動した上で姦淫するつもりだったのか、あるいはホテルに連れ込んだ上で姦淫するつもりであったのかによって結論が異なり得るとする点では一致している。これに対し、計画を考慮しない見解においては、行為者がすぐに最終的な結果実現行為を行うつもりであったのか、なおいくつかのステップを踏むことを想定していたのかは、判断の資料にされないことになるので、客観的にみてすぐにでも姦淫に及ぶことができる状況にあったか否かが問われることになる。もっとも、強姦罪は暴行・脅迫を手段とする犯罪であることから、姦淫に直接向けられた暴行・脅迫を行ったと認められなければその未遂を認めることはできないとされる余地がある。⁽⁴⁶⁾そこで、よりわかりやすい例として、手段が限定されていない殺人罪で考えてみよう。行為者が複雑な殺害計画を有していたケースで着手が問題となった事案として、以下

のものがある。

① 最決平成一六年三月二二日⁽⁴⁹⁾

〔事案〕

被告人Xは、被害者（Xの夫）を事故死にみせかけて殺害し保険金を詐取しようと考え、殺害の実行を被告人Yに依頼した。Yは、他の者に殺害を実行させようと考え、実行犯三名を仲間に加えた。Yは、次のような計画を立て、実行犯三名にその実行を指示した。その計画とは、実行犯三名の乗った自動車を被害者の運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装って被害者を実行犯三名の乗った自動車に誘い込み、クロロホルムを使って被害者を失神させた上、自動車で一時間以上かかる河川付近まで運び、自動車ごと被害者を崖から川に転落させ溺死させるというものであった。

実行犯三名は、助手席ドアを内側から開けることのできないように改造した自動車にクロロホルム等を積んで出発し、Yの指示通りに殺害計画を実行し、被害者を死亡させた。ただ、被害者を自動車ごと転落させる場所については、当初Yが計画した場所は遠すぎることから、近くの港に変更した。クロロホルムを使って被害者を昏倒させた行為（第一行為）の場所と、自動車ごと転落させた行為（第二行為）の場所との間には、約二キロメートルの距離があり、時間的には約二時間の隔たりがあった。

本件事案では、被害者の死因が第一行為によるものか第二行為によるものかが特定できず、第一行為の時点で既に被害者が死亡していた可能性があったことから、殺人既遂罪が成立するかが争点となった。

〔決定の要旨〕

本決定は、まず、第一行為の時点で殺人の実行の着手があったかを検討し、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近接性などに照らすと、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ったものと解するのが相当である」とした。その上で、「実行犯三名らは……一連の殺害行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯三名の認識と異なり……第一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⁽⁴⁹⁾」とした。

本件は、殺人既遂罪の成否が問題となった事案であるが、その問題の解決の前提として、第一行為の時点で殺人の実行の着手があったかを判断している。その際、本決定が、第一行為そのものの危険性だけではなく、実行犯三名の計画を考慮した上で第一行為と第二行為との間の関連性を検討していることから、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示的に認めたはじめの最高裁判例だと評価されている。⁽⁵⁰⁾

また、本決定が、第一行為と第二行為の密接関連性を主な根拠として第一行為に着手を認めていることから、本決定の射程は、被害者を気絶させる手段としてクロロホルムというそれ自体客観的に生命に対する危険性のある薬物を用いた場合だけではなく、睡眠薬などの生命に実質的な危険性のない薬物を用いた場合にも及ぶものだという評価もなされている。⁽⁵¹⁾ 次の名古屋地裁判決は、まさに、このような場合に殺人罪の実行の着手を認めた裁判例である。

② 名古屋地判昭和四四年六月二五日⁽⁵²⁾

〔事案〕

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運び、被害者を自動車の運転席に座らせてそのまま峠の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を立て、これを実行に移した。しかし、睡眠薬を飲ませることに成功したものの、すりこ木で被害者の頭部を殴打したところ、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である。

〔判決の要旨〕

名古屋地裁は、「数個の連続且つ一連の殺人行為そのものに向けられた計画的行為中の一つの行為の結果によって、次の行為を容易ならしめ、その行為の結果によって更に次の行為を容易ならしめ、最終的には現実の殺人行為それ自体を容易ならしめるという因果関係的に関連を持つ犯罪行為の場合においては、これらの一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのもの以前の段階において行われる行為についても、それらの行為によってその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、その行為の結果は後に発生するであろう殺人と言う結果そのものに密接不可分に結びついているわけであり、したがって、その行為は殺人の結果発生について客観的危険のある行為といえることができ、実行の着手を認めることができる」として、すりこ木で被害者を殴打した時点で殺人罪の実行の着手を肯定した。

以上の事案は、犯行計画を考慮に入れた上で、最終的に計画していた殺害行為よりかなり早い段階で殺人罪の着手を認めたものであるが、これに対し、犯行計画を考慮して強盗殺人罪の着手を否定したのが、次の大阪地裁判決である。

③ 大阪地判昭和五七年四月六日⁽⁵³⁾

〔事案〕

被告人らが、午前一一時頃被害者方店舗内において被害者を襲って財物を強取した上、一旦被害者を寝袋に押し込んで気絶させてそのままその場に放置し、その間に強取した物を処分してから、同日午後九時頃再び同店舗

に引き返して被害者を運び出し、被害者を殺害しようという計画のもと、同店舗の表入り口のシャッターを下ろした状況で、被害者の両手両足をひもで縛り、寝袋に押し込み、その上からさらにひもで縛り、気絶させるため被害者の頭部を合計六、七回灰皿で殴打したが、被告人らが立ち去った後、被害者が自力で脱出したため、殺害の目的を遂げなかったという事案である。

〔判決の要旨〕

大阪地裁は、被告人らの計画上、被害者をガラス製の灰皿で殴打して気絶させてから運び出すまでに、相当の時間的間隔があることから、その間に被害者が意識を回復して自ら脱出するなり、あるいは被害者の知人等が同店舗を訪れて、異変に気付き、被害者が救出される可能性が高いこと、さらにそれに加え、被告人らには被害者を運び出した後、これを殺害する手段、方法について具体的な計画を立てていなかったことを理由に、本件殴打行為はその後に予定されていた殺害行為そのものに密接不可分に結びついていると評価するのは困難であり、いまだ殺人の結果発生の直接的危険性ないしは現実的危険性のある行為とはいえないとし、強盗殺人未遂罪を否定した。

以上の判例・裁判例は、犯行計画を考慮して着手時期の判断をしたものとしてしばしば引用されるものであるが、さらに最近、殺人罪の実行の着手につき、明示的に計画を考慮した高裁判例が現れている。

④ 名古屋高判平成一九年二月一六日⁵⁴

〔事案〕

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すため、自

自動車に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、立ち上がろうとする被害者の顔をみて、殺意を失うに至り、その後の犯行の継続を放棄したという事案である。被告人が自動車を被害者に衝突させた時点で殺人の実行の着手が認められるかが問題となった。

〔判決の要旨〕

「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。」

これらの事案のように、行為者が最終的な結果実現行為までの間にまだ複数のステップを予定していた場合、計画を考慮しない見解では不都合が生じるように思われる。

たとえば、前記③の大阪地判の事案では、被害者の頭部をガラス製の灰皿で殴打するという殴打行為の態様や、被害者を寝袋に押し込むなどして既に反抗を抑圧しておりいつでも殺害行為に及ぶことができる状況にあることからすれば（当然、被告人らもそれを認識しているはずである）、計画を考慮しない見解からは、被告人らがいかな

る計画を有しようとも、強盗殺人罪の着手は認められることになろう。しかし、たとえば仮に、被告人らが被害者を別の場所で一週間監禁した後に殺害しようと計画していた場合であっても、殴打した時点で強盗殺人罪の実行の着手を認めるとすれば不当であろう。また、前記④の名古屋高判の事案についても、計画説に立てば、同事案のように行為者が自動車被害者に衝突させた直後に被害者を殺害するつもりであったのか、被害者を別の場所に移動させた上で殺害するつもりであったのかによって結論が変わる余地があるのに対し、計画を考慮しない見解からは、自動車を衝突させる行為による被害者の生命に対する危険、または衝突後すぐに殺害に及ぶことができる状況にあるという意味での危険が客観的に認められ、そのような危険を行為者が認識している以上は、仮に行為者が被害者を別の場所に移して姦淫してから殺害するつもりであった場合であっても、殺人の着手が認められることになろう。しかし、このような結論は不当であるように思われる。同様に、①と②の事案でも犯行計画を無視して着手判断をすることはできないであろう。

これに対し、たとえば③の事案の場合、殴打の時点では殺人の故意が認められないとする反論も予想される。しかし、繰り返し述べているように、未遂犯の故意として最終的な結果実現行為の認識を要求することはできない。そして、「すぐにでも殺害できる」という状況が一種の結果発生 of 具体的危険なのだとすれば、計画を考慮しない見解からは、そのような状況の認識が行為者にある以上、未遂犯の成立を否定することはできないはずなのである。

計画説に対しては、特に実行の着手判断において主観面を考慮すべきではないとする立場から、計画を考慮することによって処罰範囲が不当に拡大する恐れがあるという批判も考えられる。しかし、実行の着手が認められる範囲が広がるかどうかは、一次的には実行の着手の判断基準をどの程度厳格に設定するかにかかっているのであり、それは判断資料をどの範囲に設定するのとは別の課題である。⁽⁵⁾むしろ、前述したとおり、計画の問題

はあらゆる見解が直面するものだと考えられるのであり、この問題を正面から取り上げない見解は、本来論すべき問題を隠蔽してしまっているともいえる。

最後に、実行の着手時期の判断において行為者の主観面を考慮することが必要な場面があることを認めつつも、「物理的危険」が認められる場合には、結果実現行為との接合性が認められない場合でも着手を認めてよいとする見解がある。⁽⁵⁶⁾しかし、既に述べた通り、実行の着手時期の判断においては行為者の予定し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問題にすべきである以上、すべての場合に計画は考慮すべきであり、このような二元的な理解は支持できない。

(35) 齊藤金作「実行の着手」『刑法講座 第四卷』（一九六三）一頁以下、西原春夫「間接正犯の理論」（一九六二）一四九頁以下、野村稔「未遂犯の研究」（一九八四）二九八頁以下など。さらに、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（一九七八）三四五頁。

(36) 行為者の犯行計画を考慮すべきでないと明言するものとして、大谷・前掲注（16）三六九頁。このほか、計画に言及しない文献は多数あるが、それらが計画の考慮を否定する趣旨なのかは明らかではない。

(37) 前掲注（35）で挙げた文献のほか、井田・前掲注（27）、奥村・前掲注（16）二二〇頁、川端・前掲注（16）、塩見淳「実行の着手について」（三）・完）法学論叢二二巻六号（一九八七）七頁以下。

(38) なお、私見は故意既遂犯成立のために最終的な結果実現行為の認識を要求しない。したがって、既遂犯の故意と未遂犯の故意は同一だと考える（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）二二五頁以下参照）。以下で「未遂犯の故意」といった表現を用いることがあるが、あくまで便宜的に用いるに過ぎない。

未遂犯の故意と既遂犯の故意を区別しない見解として、板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究二（二〇〇六）一頁以下、奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雑誌四五巻二号（二〇〇五）二五七頁以下、川端博「早すぎた構成要件の実現」研修六八八号（二〇〇五）三頁以下、佐久間修「実行行為と故意の概念——早すぎた結果発生を素材と

して―」法曹時報五七卷一二号（二〇〇五）一頁以下、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌四五卷二号（二〇〇五）二三五頁、西田・前掲注（3）二二三頁、日高・前掲注（10）一二三頁以下、福田「刑法解釈学の諸問題」（前掲注（12）七八頁以下、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」『現代社会型犯罪の諸問題』（二〇〇四）九七頁以下など。

これに対し、未遂犯の故意と既遂犯の故意を区別する見解として、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学雑誌一五卷一・二号（二〇〇二）一頁以下、同「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌四五卷二号（二〇〇五）二四二頁以下、高橋・前掲注（4）五九頁以下、西村秀二「早まった結果惹起」について」富山経済論集四六卷三号（二〇〇一）一一五頁以下、林幹人「早過ぎた結果の発生」判例時報一八六九号（二〇〇四）三頁以下など。

(39) 未遂犯の故意として危険性の認識が必要だとするものとして、石井「行為と責任の同時存在の原則」（前掲注（38））二三三頁、曾根威彦「遡及禁止と客観的帰属論」『現代型犯罪の諸問題』（二〇〇四）一五三頁、高橋・前掲注（4）七二頁以下。

(40) 故意既遂犯の故意の内容についてこのような考え方をとるものとして、佐伯仁志「故意論（三）」法学教室三〇一号（二〇〇五）四一頁、島田・前掲注（38）二三四頁、日高・前掲注（10）一二八頁以下、前田・前掲注（10）二五二頁、山口・前掲注（5）二一六―二一七頁など。

(41) ここで、「行為の一連性」という場合に現実に行われた行為のみを問題にするとすれば、故意の有無が、後に行為が実際に行われたか否かという本来故意の成否とは無関係な事情に左右されることになり、理論的に問題がある。あくまで、故意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結果実現行為との間の一連性が問題となるのである。

(42) 実行の着手判断において故意を考慮すべき場合があるとする見解を前提としつつ（林・前掲注（15）三五八頁）、未遂犯の成立に必要な故意の判断について、最終的な結果実現行為との密接性を問題にするものとして、林・前掲注（38）五頁。

(43) 島田・前掲注（38）一二三頁も参照。

(44) さらに、私見は未遂犯の故意と既遂犯の故意とを区別しない（前掲注（38）参照）から、ひいては故意既遂犯の成立に必要な故意の有無の判断とも重なる。

(45) 刑集二四卷七号五八五頁。

(46) 本決定以外にも、行為者が自動車を利用して強姦をしようとしたケースで、自動車に引きずり込まうとした行為の時点で着手が認められるかが問題となった事案は多数ある。最近のものとして、大阪地判平成一五年四月一日判例タイムズ一一二六号二八四頁、広島高判平成一六年三月二三日（公刊物未登載、今村智仁「強姦罪の実行の着手の有無につき、原審と控訴審とで判断が分かれた事例」研修五八七号一五頁以下参照）。

(47) 賛成するものとして、井田・前掲注(27)二五六頁、木村榮作「刑事判例研究(八)」警察学論集二三卷一一号(一九七〇)一六五頁。本決定に疑問を呈するものとして、川端「日高」塩見・前掲注(3)一六頁(塩見発言)、野村・前掲注(35)三〇二頁。

(48) たとえば、浅田和茂『刑法総論「補正版」』(二〇〇七)三七四頁。

(49) 前掲注(7)。

(50) 橋爪隆「判批」ジュリスト一三二二号(二〇〇六)二三六頁、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。

(51) 橋爪・前掲注(50)二三五頁、平木・前掲注(50)一七一頁。

(52) 判例時報五八九号九五頁。

(53) 判例タイムズ二四七号三二二頁。

(54) 判例タイムズ二四七号三四二頁。本件に関する評釈として、金澤真理「判批」刑事法ジャーナル一二号(二〇〇八)七〇頁以下。

(55) 平木・前掲(50)一七〇頁も参照。

(56) 和田・前掲注(5)二一〇頁、二一六頁。なお、このような見解に立つたとしても、客観的に結果発生の高度な物理的危険が生じているだけでは足りず、行為者にそのような危険の認識が必要になるはずである。これまでこの点についてあまり意識的な議論がなされてこなかったように思われるが、たとえばガソリンに引火させて放火をしようとした事案において、行為者がガソリンを撒くという行為の危険性(たとえば、灯油を撒くのと違うということ)を認識していたかについては、検討

がなされるべきであるように思われる。

四 結びにかえて

本稿の主張をまとめると、以下のようになる。

- ① 実行の着手時期の判断において、故意は考慮すべきである。
- ② その根拠は、故意が行為の客観的危険性に影響を及ぼすからではなく、行為の規範違反性を基礎づけるといふところに求められるべきである。

③ 実行の着手時期の判断において、行為者の犯行計画は考慮されるべきである。そして、その判断は（少なくとも単独正犯においては）未遂犯の成立に必要な故意の有無の判断と重なる。

④ 視野を実行の着手の問題だけに限定せず責任段階まで視野に入れた場合、行為者の犯行計画を考慮すべきかは、あらゆる見解が直面せざるを得ない問題である。

本稿は、あくまで実行の着手時期の判断資料についての検討にとどまり、最も中心的な論点である実行の着手時期の判断基準の問題については論じることができなかった。これについては、別稿で論じることとしたい。⁽⁵⁷⁾

(57) なお、本稿のように、行為者が実際に有していた主観的事情に着目する見解に対しては、「行為者の犯行計画という純主観的な事情が、実行の着手の判断をストレートに左右すると考えるべきではな」く、「むしろ、重要なのは、そこに至った行為の客観的な脈絡である。」とする主張がある（松宮孝明『刑法総論講義「第三版」』（二〇〇四）二二〇頁。さらに、中山研一『浅田和茂』松宮孝明『レヴィジョン刑法②』（二〇〇二）五一―五二頁（松宮発言）。同様の主張をする最近の独語文献として、

Luis Carlos Rey-Santiz, *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn*, 2006 (エル・カルロス・レイ・サンティス, S. 243 ff.)。このような主張は、現在の学説がよってたつ主観・客観の二分論に対する批判を含むものであるように思われるが、これは犯罪論の基本構想にもかかわる大きな問題であり、本稿の射程を大きく超えている。このような考え方の当否の検討は、将来の課題としたい。