

氏名 (生年月日)	原 口 伸 夫 (1968年11月28日)
学位の種類	博士(法学)
学位記番号	法博乙第105号
学位授与の日付	2019年3月15日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第2項
学位論文題目	未遂犯論の諸問題
論文審査委員	主査 只木 誠 副査 鈴木 彰雄・曲田 統・井田 良・高橋 則夫

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I 本論文の主題と構成

原口伸夫氏より提出された博士学位（乙）請求論文『未遂犯論の諸問題』の構成は以下の通りである。

第1部 実行の着手

- 第1章 実行の着手論の現状と課題
- 第2章 間接正犯者の実行の着手時期
- 第3章 実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現
- 第4章 事後強盗罪の実行行為と実行の着手時期
- 第5章 規制薬物輸入罪の既遂時期・未遂時期

第2部 中止未遂

- 第6章 中止未遂論の現状と課題
- 第7章 刑法43条ただし書における「中止した」の解釈について
- 第8章 実行未遂の中止行為
- 第9章 共犯者の中止未遂
- 第10章 共犯からの離脱、共犯関係の解消

第3部 不能未遂

- 第11章 不能犯論の現状と課題
- 第12章 不能犯論についての若干の覚え書

II 本論文の概要

1. 本論文の目的および構成

本論文は、これまで一貫して、未遂犯論、未完成犯罪、ないしは、犯罪行為が時間的に発展していく中でのその取り扱いを研究してきた筆者による研究をまとめたものである。すなわち、本論文は、いまなお論争が続き、なお決着をみない未遂犯論の個々の問題について、学説・判例のそれぞれの現状を正確に描き出し、その解釈・判断基準を提示しようと試みたものである。そこでの考察は、全体を通じて、実行行為を中核とした（伝統的な）犯罪論・未遂犯論を維持し、必要な範囲での補正を施したうえで、それを前提とした解釈を展開するのが妥当であるとの立場からなされている。また、「未遂」は、遂げるべき対象たる既遂に関係づけられた（既遂を基準点とした）概念であるという認識が出発点となるとしている。つまり、「未遂」という概念は、上記のように、「未だ遂げざる」場合を示す概念であり、その概念から、未遂犯において、「遂げるべき対象」がまず措定され、その後でその不充足が考えられることになる、というのである。そして、本論文では、各問題の解決にあたり、現実の社会のなかで起こった具体的なケースに対する判断として重みをもつ、「生きた法」としての判例をも重視し、それらの分析も踏まえたうえで、各問題点の具体的な説得的な解決を目指したものである。

筆者は比較法的手法を用いつつ、その脚注をみれば分かるように、わが国とドイツの学説と判例を極めて丹念に紹介しており、それが本論文の一つの特色をなし、また自説の補強をなしている。

本論文は、第1部に実行の着手論（刑法43条本文の解釈）、第2部に中止未遂論（43条ただし書の解釈）、第3部に不能犯論に関する論文を収録した3部構成となっている。そして、各論文発表後の学説・判例の進展状況について補うべく、各部の最初にそれぞれの「現状と課題」（第1章、第6章、第11章）を、「間接正犯者の実行の着手時期」の問題に関して「間接正犯者の実行の着手時期——その後の動向」（第2章補節）を加え、近時の状況を踏まえて分析・検討している。

2. 本論文の各章の内容

第1章 実行の着手論の現状と課題

筆者は、実行の着手に関して、学説において、現在、実質的客観説が広く支持されているとする。しかし、そのなかで、行為重視型実質的客観説と結果重視型実質的客観説（結果犯説）は区別されるべきであり、また、他方で、実行の着手と危険結果の発生を区別し、後者により未遂犯の成立時期を画する見解も主張されている、という。そのような学説の対立にあって、筆者は、わが国の実行の着手論において、実行行為・密接行為に焦点を合わせて未遂の成否を判断する議論状況それ自体が変化しつつあり、実行行為を柱として組み立てられてきたわが国の伝統的な着手論の構想そのものの是非が問われている状況にあると分析し、現行法の解釈として適切な「未遂の構造」を解明することが重要な課題であると考え、として、伝統的な着手論の復興を目指すとしている。

判例に関しては、近時の裁判実務において、「客観的な危険性」という観点にのみ言及した判断が注目されるが、そこで用いられる「客観的な危険性」は、行為者の犯罪計画も考慮に入れたうえ

で判断されるものであり、また、この「客観的な危険性」は、処罰時期の前倒しの可否を判断するための「キーワード」として用いられており、実質的には、「事象経過の無障害性」に相応する判断を行っていると考えられる、としている。そして、投下された覚せい剤を回収し接岸し陸揚げするまでの、検査済みシールを貼付し運送委託し航空機に荷物を積載するまでの成功の可能性の大小、つまり「事象経過の無障害性」の程度が判断されているといえる、としている。筆者は、これらの近時の判決も、クロロホルム判例も含めた従来判例と基本的に同様の立場に立つものといえる、と批判的に整理している。

第2章 間接正犯者の実行の着手時期

間接正犯とは、間接正犯者自らが直接に構成要件において記述されている行為態様（実行行為）を遂行するのではなく、直接的にはかかる「実行行為」を行う道具を介して構成要件を実現する正犯形式であり、この道具の行動が行為支配に基づき間接正犯者に（いわば自己の手足の延長として）自らの行為として帰属する（行為帰属論）というものである。筆者によれば、そこでの実行の着手は、間接正犯者の行為と、その者の行為として間接正犯者に帰属する道具の行動からなる全体的行為を措定し、それに着手の一般的基準を当てはめて判断されるべきである、という。

実行の「着手」だけを問題にするのであれば、自動性等の観点から、「実行行為」に先行する直前行為（利用者の誘致行為）にこれを認めることが可能な場合もあろうが、そのような場合の「着手」後になされる道具による「実行行為」、または、誘致行為後によく「実行の着手」が認められる場合の道具による「実行行為」を問題とせず、その間接正犯者への帰属を考えないとすれば、構成要件に記述される行為態様の評価として十分ではなく、また適切な罪責の認定ができないことになるという。つまり、「構成要件該当行為」が利用者の誘致行為に「尽きる」といってよいのか、ということが問題となる、としているのである。「間接正犯者の実行行為」として誘致行為「のみ」に焦点をあてる見解は、行為態様・構成要件の評価の対象とされるべき行為を不当に切り詰め、構成要件を純粋な惹起カテゴリーに変えてしまうことになりかねないのであって、したがって、結果ではなく、行為の段階に関係づけられた実質的判断、すなわち、行為帰属論が妥当である、と筆者は結論づけている。

第3章 実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現

筆者によれば、クロロホルム判例は、実行の着手、および、早すぎた構成要件の実現の問題に関して重要な判断を示したとされる。すなわち、実行の着手に関して、①必要不可欠性（確実化のための準備行為性）、事象経過の無障害性、時間的場所的接近性という要素を挙げて密接行為性を判断したこと、②形式的観点（密接行為）と実質的観点（構成要件実現の危険性）を考慮すべきことを示したこと、③行為者の行為計画の考慮の必要性を最高裁として明確にしたことである。早すぎた構成要件の実現の問題に関しては、故意の問題に言及し、故意既遂犯（殺人既遂罪）が成立することを示し、その理論的・実務的意義は大きいものがあるとしている。

第4章 事後強盗罪の実行行為と実行の着手時期

筆者は、事後強盗罪は、身分犯ではなく、結合犯と解すべきであるという。その場合、実行の着手時期が問題になるが、これについて筆者は以下のように私見を示している。

結合犯についても、強盗罪型の結合犯（手段目的型結合犯）と、事後強盗罪型の結合犯（加算的結合犯）に分けることができる。そして、後者の場合、すなわち、2つ（以上）の行為が手段・目的の関係にはないが、同一の機会に行われることの通常性、その機会を利用する行為の悪質性・抑止の必要性の高さ等に鑑みて結合されて1つの犯罪類型とされ、そのような犯罪類型の特徴から、故意に関しては一般原則と異なり、当初先行行為（たとえば、強盗や窃盗）だけの故意で先行行為を遂行し、その後、後行行為（強制性交、一定の目的での暴行・脅迫）の故意を生じて後行行為を遂行した場合にも当該結合犯（強盗・強制性交罪、事後強盗罪）が成立するといった、先行行為に事後的に別の故意行為が加わるという犯罪類型（いわば加算的結合犯）の場合には、先行行為も当該結合犯の行為不法を基礎づける（広義の）実行行為ではあるが、その犯罪類型の特徴から、43条の意味での実行行為は後行行為（事後強盗罪の暴行・脅迫行為）に限定し、着手時期を考えることができる、というのである。

第5章 規制薬物輸入罪の既遂時期・未遂時期

規制薬物輸入罪の既遂時期は、累次の最高裁判例により、保税地域等を経由する場合か否かを問わず、海路か、空路かを問わず、陸揚げ説で固まっているとして、筆者は、輸入罪の実行の着手に関する判例は、現実的（客観的）危険性という観点も考慮し、直接的に既遂（陸揚げ）に至らしめる行為との密接性という観点から着手時点を判断しており、クロロホルム判例などの近時の判例とも整合的なものであるとする。たとえば、保税地域等を経由しない海路での密輸入の場合、密輸船が規制薬物を陸揚げすべく、その後の障害が特段予想されない状況で、いよいよ接岸に向けた行為の最終局面に入ったときに、実行の着手を認めているといえる、と分析している。

第6章 中止未遂論の現状と課題

本章で、筆者は、中止未遂論の現状と課題について分析し、以下の点を指摘している。すなわち、①中止未遂の寛大な扱いの根拠に関して、中止を奨励する政策的規定である、刑罰目的に照らして処罰の必要性が減少するといった見解が有力になりつつあり、それに伴い、中止未遂の根拠と中止未遂の体系的位置づけとの関係など、整理し直す必要がある。そして、②任意性に関して、判例の位置づけ・評価が今後の重要な課題である。③中止行為に関して、事態に関して錯誤がある場合に要求される中止行為はいかなるものか、着手未遂の中止はつねに不作為で足りるのかなど、判断基準の明確化が必要である。④裁判員制度が中止未遂の解釈に及ぼす影響について検討を要する、との点である。

第7章 刑法43条ただし書における「中止した」の解釈について

筆者によれば、中止未遂の認められる実質的な根拠は、刑罰目的に照らした処罰の必要性の減少に求めるべきである。すなわち、実行の着手により、各法定刑に見合う程度に揺るがされたところの、法秩序の実効性に対する社会一般の人々の信頼が、法益尊重意思の現れである既遂阻止行為によって再び安定化され、積極的一般予防上働きかける必要性が減少・消滅し、また、かかる行為者に対して特別予防上働きかける必要性も減少・消滅し、刑の減免にふさわしくなる、というのである。これを定式化すれば、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような措置、つまり、「人並みの」法益尊重意思を示す行為が必要であり、かつ、それで十分である、ということになる。筆者は、法益尊重意思の具体化としての中止行為を考える立場からは、客観的な事態そのものが重要なのではなく、その事態の主観面への反映が重要なものであり、したがって、中止時点での行為者の認識内容を基礎として、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろう措置を考えることになる、との私見を示している。

第8章 実行未遂の中止行為

本章で、筆者は、第7章で示した結論を導くため、判例・学説を詳しく検討している。

実行未遂の中止行為に関する大審院時代の当初の判例の立場は必ずしも明らかではなかったが、大審院昭和12年6月25日判決（よろしく頼む事例判決）が、「結果發生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人單獨ニテ之ニ當ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ拂フノ要アルモノトス」と判示し、それ以降は、この判断に基本的に依拠している、という。ただ、判示の表現は、自ら防止したのと同視するに足る努力、自ら防止したのと同視するに足る程度の真摯な努力、さらに、単に真摯な努力を要する、という表現に大別できる。このような基準のもと、判例は、具体的には、殺傷事件においては救急車を呼び医療措置を手配し、放火事件においては消防車を呼びもしくは近隣の人の助力を求めるといった、既遂を阻止するためのこの意味で適切な措置の重要な切っ掛けをつくったことに加えて、止血などの応急措置や、救急車が到着するまでまたは病院への被害者への付き添い、消火活動への自らの関与など、必ずしも客観的には最善な措置ではないにせよ、行為者の置かれた当該状況・行為者の能力等を考慮したうえで、行為者として可能な範囲内でできるだけの努力を要求している、と分析している。

学説において、従来の通説は判例の立場を支持してきた（真剣な努力説）が、近時では、結果発生防止に適切な努力であればよいとの見解（適切な努力説）や、中止行為と結果不発生もしくは危険消滅との間に因果関係があればよいとする見解（因果関係必要説）も有力に主張されてきており、学説の状況は多様化してきている、という。

その上で、筆者は、因果関係必要説は、①その結論において、よろしく頼む事例などの場合のように、相当因果関係が認められる限りで緩やかに中止行為を肯定する一方で、非因果的中止の場合に中止行為を認めない限りで中止行為を限定しすぎているとし、②中止行為をする段階でおざなり

の措置であれ、心身を労さない措置であれ、「ともかくなんらかの中止措置をとることが重要であり、結果的に既遂阻止結果と相当因果関係が認められればよい」とするよりも、中止行為をする段階で「ある程度既遂阻止結果の見込まれる措置」や「法益尊重意思を具体化する措置」をとる必要があるとの法解釈・法適用を周知徹底する方が、具体的な被害者の保護、少なくとも多くの事例が積み重ねられる中でより多くの被害者の保護・救助の観点から有意義であるように思われ、同説は被害者保護の観点からも疑問が残るといえる。そして、中止未遂規定の動機づけ効果に関しては、それを仮定したとしても、わが国の刑法の場合、自首制度（42条）によるその動機づけ効果を減殺する効果にも留意する必要があるとし、因果関係必要説は支持できず、適切な努力説は、少なくともその表現からは、行為者の置かれた当該状況や、とりわけ行為者の能力も考慮に十分に考慮に入れることができない点に難点があることから、結論としては、中止行為を法益尊重意思の具体化として理解すべきであるとの主張を展開している。

第9章 共犯者の中止未遂

筆者によれば、共犯者の中止未遂の要件について、ドイツ刑法24条2項は、その規定施行以前の法状態に比べて要件を厳格化したという。その理由については、複数の行為者が関与する行為の危険性は高く、個々の寄与の取り消しによって、このような高い危険性は帳消しにされていないとの説明、心理的效果が残存する可能性があるとの説明、中止の認められる根拠に関する刑事政策説に基づく説明などがなされてきたが、筆者はいずれも説得的なものとはいえないという。かかるドイツの議論も踏まえれば、わが国においては、共犯者が自分の寄与を解消したならば、その寄与は、他の共犯者によって継続される行為・結果に対して因果関係は認められず、その共犯者の責任は未遂にとどまり、その場合、自己の意思によりその中止行為（寄与の解消）を行っていれば、43条ただし書が準用される、と解すべきである、としている。

第10章 共犯からの離脱、共犯関係の解消

共犯からの離脱の問題に関しては、因果性遮断説が妥当であるとし、このことを前提として、筆者は、離脱者が寄与の因果的效果を解消できず、他の共犯者が残存するその効果を利用して犯罪を行った場合でも、離脱者が、離脱後の共犯者の行為・結果に関して「常に」責任を負うべきかが問われなければならない、とする。つまり、共犯関係からの「離脱」を考えるためには、離脱すべき対象から離脱したことが認められるかが問われなければならないが、それは離脱すべき共犯関係が存在しなければ、そもそも「離脱」も問題になりえないからである、というのである。このような離脱前後の犯罪が同一かどうかの判断は、当初の具体的な共謀（意思連絡）の内容（犯行の動機、予定された客体・行為態様、役割分担・共犯者の中で占める地位、計画遂行の障害や状況の変化に応じて予定されまたは許容される計画変更の程度など）をその出発点とし、その当初の共謀内容に照らして、前後の犯罪事象の異同（当初の共謀からの逸脱の程度）、時間的・場所的隔たりの有無・程度、犯意・動機の継続性の有無・程度、離脱の際にとった措置などを総合的に勘案してなさ

れ、離脱者を除いた犯罪遂行が、組み直された犯行の枠組みに基づくと評価すべき場合か否かが判断されるべきこととなろう、としている。

第11章 不能犯論の現状と課題

筆者は、わが国の不能犯論における現在の重要な対立は、仮定的蓋然性説と具体的危険説の対立にある、という。そして、仮定的蓋然性説に対しては、①仮定的な事実の置き換えの許容される範囲、②仮定的な事実の存在可能性の程度、③客体の不能の取扱い、さらに、④強・窃盗罪などの財産犯の場合の客体の不能の取扱いにつき問題があるとの批判が存し、具体的危険説に対しては、①一般人の認識可能な事実と行為者の認識事実との関係が不明確である、②具体的危険説の判断基底を設定するためには「事後判断」を行わざるをえず、「事前判断」を主張する基本的立場に矛盾する、③一般人を基準とし、その危険感により未遂犯の成立が基礎づけられるのは問題である、④一般人を基準とした判断は不明確である、といった批判が向けられている、と整理する。そして、筆者は、社会の人々の意識を踏まえ、それを当罰性判断のなかに組み入れて構成要件的行為を評価する具体的危険説が妥当であると考え、との私見を提示している。

第12章 不能犯論についての若干の覚え書

筆者によれば、明治以降わが国の刑法学に影響を及ぼしてきた諸外国の不能犯論は、わが国とは異なって、不能犯は原則的に可罰的であり、未遂犯として処罰される。ただし、わが国の判例の事案の処理を詳細にみると、その違いは、相対化される部分がある、という。その上で、筆者によれば、たしかに不能犯論が不起訴判断に及ぼす影響について過小評価はできず、未遂規定そのものが謙抑的な規定となっており、判例は一貫して「客観説」に立ってきた、という。そのような理解のもと、筆者は、かかる点に顕著な相違がみいだされるとするならば、逆に、諸外国の不能犯論との比較において、わが国の判例や、通説とされてきた具体的危険説、ないしはそれに類似する見解の処罰範囲が広すぎるとか、過度の社会防衛的関心を示すものであるとはいえないといえることができる、としている。

Ⅲ 本論文の評価

本論文において筆者の主張するその要点は、未遂犯は、「犯罪の実行に着手し、これを遂げなかった」場合を未遂と規定する現行43条の解釈において、「危険結果」を生じたことを理由に処罰されるのではなく、たとえば、殺人罪であれば、人を殺そうとする行為を行ったことを理由に、行為の一定段階まで進捗させ、「人を殺そうとした」と評価される行為をしたことを根拠に処罰される、ということである。このような理解から、実行行為を中核とした伝統的な犯罪論・未遂犯論を維持し、必要であれば補正をしたうえで、未遂犯の解釈を展開するのが妥当であると考え、それに対する近時の有力説であるところの結果重視型実質的客観説に批判的検討を加えつつ、自らの解釈論を各章において展開している。以下、筆者の見解の中心をなすと思われる、第1章、第2章、第6章、

第7章、第10章、第11章をみても。

第1章では、わが国の実行の着手論は、結果犯説によって未遂罪の成否を判断する議論状況へと変化しつつあるところ、これに対して、筆者は、実行行為を柱として組み立てられてきたわが国の伝統的な着手論の構想そのものを維持すべきであるとし、結果重視型実質的客観説および近時の判例を批判的に考察している。近時の判例および学説の理解は正しく、それについては異論を差し挟む余地はないが、処罰時期の前倒しについての適否の評価については、いうまでもなく判断は分かれよう。筆者は、行為の発展段階に関係づけて「行為について実質的判断を行うこと」が妥当であると考えたとするが、実質的判断の具体的内容の明確性についてはあるいは異論があるかもしれない。

第2章では、間接正犯においては、直接的には「実行行為」を行う「道具を介して」構成要件を実現する遂行態様であり、この道具の行動が、行為支配に基づき、間接正犯者に、いわば自己の手足の延長として自らの行為として帰属するとの理解のもとで、間接正犯者の実行の着手時期は、間接正犯者自身の行為と、その者の行為として間接正犯者に帰属する道具の行動からなる全体的行為を想定し、これに着手の一般的基準をあてはめて解決すべきであるとしている。

このように筆者が、間接正犯者の着手後の行為のもつ意味を指摘し、道具の行動を因果経過として切り詰めてしまうことの題点を顕在化させたことには意義があり、高い評価に値するといえよう。もっとも、その際に主張される「行為帰属論」という構成それ自体については、これを共同の意思連絡のない間接正犯に転用可能なのかについて、今後の一層の基礎づけが期待されよう。なお、「間接正犯者の実行行為」として誘致行為「のみ」に焦点をあてる見解は、究極的には、構成要件を純粋な惹起カテゴリーに変えてしまうという主張も一つの見方として頷けるところである。

第6章では、中止未遂論の現状と課題を示し、とりわけ、任意性についての判例の評価が今後の重要な課題であることを示している。筆者は、裁判員制度の下でフランクの公式を基準として明示した判決をあげて、当該事案での裁判員への説明のしやすさ、わかりやすさという観点から、フランクの公式に依拠する判断が、当事者の合意のうえで選択されたのではないかと推測しつつも、しかし、中止の任意性の判断基準、裁判員裁判の刑法解釈への影響のいずれの点でも検討を要する判決である、としているが、この点の指摘は中止犯の意義に照らして、軽視することはできないと思われる重要なものである。

第7章では、実行の未遂の中止行為は、中止時点での行為者の認識内容を基礎として、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような行為が必要であり、かつ、それで十分であるとしている。この主張は、筆者の捉える中止犯の処罰根拠に合致し、また、判断基準として明白である点で優れており、魅力的であるともいえよう。もっとも、具体的帰結において（とりわけ、行為者の阻止行為による危険減少が認められない場合）、妥当性の点で疑義が生じうる事例も予想されるところである。なお、中止未遂の認められる理由として法益尊重意思の具体化を問題にするならば、任意性に関しては、限定主観説のような考え方にも、あるいは、外部的表象に伴う行為者のうけとり方に客観的な物差しをあてがって評価するという意味で「客観説」のよ

うな考えにも至りうるものであり、今後の検討を期待したいところである。

第10章で、筆者は、当初の共謀の内容に照らして離脱者を除いた犯罪遂行がなお「当初の共犯関係に基づくもの」といえない場合、「犯行の枠組みが組み直された」と評価すべき場合には、前後の共犯関係に同一性が認められない、後の共犯関係に関して、離脱者は責任を問われずとして、共犯関係の解消に関する、新たな構想を示している。具体的な結論において、他説とどのような差異が生じるのかが問題となるが、一つの論理の立て方として十分に尊重されるべきである。

第11章では、仮定的蓋然性説の立場から問題とされている「結果としての危険」ないしは「危険結果」の実体は、実は、外界に生じた事態ではなく、一定の可能性を有すると評価される「行為」であるとする指摘には、みるべきものがある。また、具体的危険説においても、科学的一般人を持ち出し、事後判断を肯定する立場もあることから、具体的危険説に向けられている批判は理由のあるものではなく、社会の人々の意識を踏まえ、それを当罰性判断のなかに組み入れて構成要件該当行為を評価する方法論は妥当であるとする結論も、筆者の立場においては一貫しているといえよう。

IV 結論

本論文は、未遂犯は、現行43条の解釈において、「危険結果」を生じたことを理由に処罰されるのではなく、行為の発展段階のなかで一定程度まで進捗した行為を行ったことに対して処罰されるのであるという主張を基礎に、実行の着手を統一的に論じようとするなど、中止犯論、不能犯論を含め、筆者の構想、意図するところも十分に披瀝されており、未遂犯論に独自の解釈を施そうとする気概にあふれた意欲的な著作であるといえよう。なるほど、本論文には、上述のような、未遂犯論における異なる立場からの批判もなお可能であるとはいえ、筆者の立場においては主張は一貫しており、また、その結論の具体的妥当性についても、批判されることはないといえよう。筆者が、一昨年の日中刑事法シンポジウムにおいて、日本側を代表して未遂犯論を論じ好評を博したことも、その見解のわが国における評価を推測させるものである。

以上を総合的に判断するに、審査委員一同の意見として、この度原口伸夫氏により提出された本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものと思料する次第である。