

# 実行の着手をめぐる日中刑法の比較法的考察

孫 梓 萌\*

## 要 旨

実行の着手の問題は、刑法の立法においても、刑法理論においても重要な研究課題とされている。現在、多くの研究者が関心を寄せているのは、実行の着手に関する研究が重要であるからであり、そこで問題となるのは犯罪の予備と未遂をいかなる基準に従って区別するかということである。したがって、学説および判例を深く研究することは実行の着手の判断基準を明確することに重要な役割を果たすと思われる。実行の着手時期の判断基準を巡る研究は、論者が持っている刑法理論の基本的な立場によって異なっており、実行の着手に対しても様々な見解がある。本論文は実行の着手をめぐる、実行の着手についての日中両国刑法の条文の建て付け、判例および学説における比較研究を展開するものである。あわせて、その比較研究に基づき、日本刑法における検討は中国における実行の着手をめぐる研究に如何なる参考になるのかを検討したい。

## 目 次

- I はじめに
- II 日本における実行の着手論
  - 1. 刑法の条文
  - 2. 学説の紹介
  - 3. 近時の重要判例
- III 中国における実行の着手論
  - 1. 刑法の条文
  - 2. 学説の紹介
  - 3. 実務上の運用（事例分析）と問題点
- IV 実行の着手について日中の比較法的考察
  - 1. 行為者の主観の考慮
  - 2. 形式的基準と実質的基準の関係
- V おわりに

## I はじめに

実行の着手の問題は、刑法立法にとっても刑法理論にとっても重要な研究課題である。現在、多くの学者において、実行の着手に関する研究はとも重要なものとされている。それは、実行の着手が犯罪予備と犯罪未遂を区別する重要な基準であるからである。すなわち、予備犯を処罰しない国では、実行の着手の問題は行為者の行為が犯罪に該当するかどうかの判断基準であり、同時に、刑事事件に国家の刑罰権介入の開始点という意味もある。これに対して、予備犯も処罰する国では、実行の着手の問題は可罰的な予備と可罰的な未遂を区別する判断基準なのである。したがって、学説、判例を深く研究することは実行の着手の判断基準を明確することに重要な役割を果たしている。

そして、本論文は実行の着手について、日中両国の条文の構造、学説および判例の立場に関する

---

\* ソン シホウ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2020年10月2日 査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 鈴木 彰雄

比較研究を展開するものである。あわせて、その比較研究に基づき、日本刑法における検討は中国における実行の着手をめぐる研究に如何なる参考になるかを検討したい。

## Ⅱ 日本における実行の着手論

### 1. 刑法の条文

日本「刑法」第43条は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と規定している。条文の文言から見れば、日本刑法における未遂犯の定義は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」こととなっている。すなわち、行為者は犯罪の実行に着手したが、構成要件的结果に達していないということである。それゆえ、第43条の解釈につき、未遂犯の成立時点、つまり「実行の着手時点」の問題を巡って、盛んな議論が展開されてきた。原則としては、犯罪の実行に着手する前の段階は、不可罰な予備行為であり、実行行為が着手段階に達した時点ではじめて未遂犯が成立するようになる。ゆえに、実行の着手の時点の判断は、未遂犯の成立の時点を決する役割を有するだけではなく、予備と未遂、なお未遂犯と不能犯を区別する役割を有することはいうまでもない。実行の着手の時期については、未遂犯の処罰根拠との関係で多くの議論が展開されている<sup>1)</sup>。

### 2. 学説の紹介

実行の着手時期の判断基準を巡る研究は、それぞれの学者の立場によって結論が異なっている。すなわち、主観説は、主に行為者の危険性を未遂犯の処罰根拠と考える新派の立場から、実行の着手時期を「犯意の飛躍的表動」といった、行為者の犯意が外部的に明らかになった時点で着手を認めてよいとしている。これに対して、客観説は、行為の危険性を未遂犯の処罰根拠と考える旧派の

立場から主張され、実行の着手時期を何らかの客観的基準によって判断すべきとする<sup>2)</sup>。このように主観説と客観説とが対立していることから、以下、実行の着手時点判断をめぐる学説の変遷、さらに諸学説の比較検討を行いたい。

#### (1) 主観説

実行の着手時点の成立について、主観的要素を重視する主観説は、実際にかつての主観主義刑法に基づいて展開されたものである。主観主義刑法理論は、行為者それ自身の内心的な態度を重視するものである。いい換えれば、それは「行為者」を主体としてこれに着目しながら展開されたものである。それゆえ、行為者によって行われた客観的行為は、当該行為が行われた際の主観面を考慮に入れないと、意義がないものといえよう。すなわち、行為者の行為は、単に行行為者の内心的な態度を表す媒介または方法に過ぎないものである<sup>3,4)</sup>。こうして、主観説によれば、実行の着手は、行為者の内在の内心的な態度を表す過程の起点として、「行為者」自体を指向とすべきで、「行為者が当該行為を通じて、犯罪意思が明らかに顕在化される際」、または「犯罪意思の飛躍的表動」が起こる時点ではじめて、実行行為の着手が認められる<sup>5)</sup>。

しかし、主観説にはその基本的な考え方に関して疑念がある。確かに主観説が、客観的行為を等閑視し、完全な主観主義に陥ってしまった学説とまではいえないにせよ、行為者の主観面から実行の着手を認識することを強く強調する点は問題となる。このような理論において、行為者の行為は、単に行行為者の犯罪意思が外部に顕在化したものに過ぎず、独立的な意義がないとなされている。実行の着手の問題は、行為者がいつから犯罪を始めようとしたかを説明するに過ぎない。この問題は実行行為のカテゴリーに属するが、実行行為を検討する際に、行為者の主観のほか、その客観面の行為態様も重要であるため、実質的にいえば、実行の着手論を検討する際に、客観的な行為態様の分析をあわせて行うものである。しかし、主観説

は実行の着手の認定における犯罪意思の基礎的役割を強調し、着手問題の判断に対する客観実行行為の価値を無視し、行為者の主観面による客観的な行為態様の認識のみ判断基準として認めてしまった。こうして、主観説は犯罪の実行行為の認定において根本的な誤りがある。

また、主観説が提出した判断基準は不明確で、認定方法も曖昧であるという批判がある。例えば、宮本英脩が唱えた「犯罪意志の飛躍表動」に関しては、「飛躍」と「表動」は如何なるものであるかが不明確なままである。これらの問題に対して、主観説は明確な回答を提示していないため、主観説を基にする犯罪実行行為着手の認定方法は、無視しえない曖昧性があるといえよう。この学説は単に理論のレベルで実行着手の問題を分析するだけで、恣意的に判断される恐れがある。

さらに、主観説は、予備行為を実行行為と混同したため、刑法の処罰範囲を拡大する傾向があるといえよう。主観説の見地によれば、行為者が行為を実行した時点が実行行為の着手時点である。これは実行行為と予備行為の限界との混同であるといわざるをえない。この観点によれば、殺人の目的で凶器を購入したとき、または住居侵入窃盗の目的で侵入具を購入したときに、実行の着手が認められる。この観点を突き詰めれば、未遂と予備との境界付けを定義することができず、実行の着手時点の判断は大幅に前倒しされることになる。その結果、刑法の処罰範囲がはるかに拡大され、刑法による人権の保障機能および犯罪予防の機能を果たすことが困難になる。

## (2) 客観説

主観説と対立しているのは、実行の着手をめぐる客観説である。本説は、客観主義刑法理論に基づいているものである。客観主義刑法理論によれば、行為が刑法の基本的概念となり、犯罪の本質は犯罪行為とそれによる法益侵害の結果である。ここでは、犯罪の成立については、行為者の主観面にも実質的な意義があるものの、それは犯罪を

確定するための不可欠な一要素であるに過ぎず、それは刑法評価の核心要素ではない。なぜなら、行為者の主観的要素は、行為者の客観的行為を通じて表現されるものである。これに基づき、実行の着手に関する客観説は、客観的な行為とその結果によって実行の着手の判断基準を確定しようとするものである。そして、客観説は形式的客観説と実質的客観説に分けられる<sup>6)</sup>。

### (a) 形式的客観説

「形式客観説」によれば、行為者が刑法各則の各条項の構成要件に該当する行為を行った時点で、実行の着手が認められる。ゆえに、本学説は、実行の着手について完全に形式的な基準を与えているといえよう。さらに、形式客観説の内部には異なる学説の見解が存在している。

#### ① 構成要件一部行為説

小野清一郎は構成要件一部行為説を主張し、「予備行為と未遂犯との概念的差異は何処に之を求むべきか。私見によれば其の基準を興へるものは客観的な構成要件の外にない。或る一の構成要件の実現を目的とはするが、構成要件そのものに到達せざる行為と、すでに部分的に構成要件そのものに該当する行為（実行の着手）、それが予備行為と未遂犯とを分つ客観的な基準でなければならぬ。」<sup>7)</sup>と考える。それによると、「構成要件一部行為説」は、行為者が構成要件に該当する行為の一部を実行する場合が実行の着手と解している。この観点によれば、殺人罪での構成要件該当行為は故意による殺人行為であるゆえに、銃で殺人する場合には、引き金を引く時点にはじめて実行の着手が認められる。この前の銃を持って尾行するまたは狙う行為ははまだ実行行為とはいえないので、実行の着手を認めることが遅くなることになる<sup>8)</sup>。すなわち、このような構成要件に該当する行為の一部を実行の着手とする観点によって、実行の着手時期が遅れることになるのである。法益保護の観点から見れば、この学説を採用すると、適切に、効果的に法益を保護できないという点で著しい欠

陥があるといえよう。

## ② 密接行為説

「密接行為説」は、上記の「構成要件一部行為説」を修正されたものである。この学説は、構成要件一部行為説によって、未遂犯成立の範囲が不適切に制限されたと主張する。すなわち、実行の着手の成立範囲を妥当な範囲に拡大し、着手の成立が遅すぎるといふ不都合を避けるために、上記の学説を修正したものである。この学説は、行為者が厳格な意味での構成要件に該当する行為を実行していなかったとしても、その行為が構成要件に該当する行為と「密接関係」を有する、または「かなり接近する」場合であれば、実行の着手が認められると主張する。

「密接行為説」を主張するのは、植田重正である。植田重正は、「客観説。この説は主として行為の結果に対する客観的危険性を重視する立場から、実行着手の概念を構成せんとする見解であって、これによると、実行着手とは構成要件の一部に該当する行為又はこれと密接不可分の行為をいう、とするのが通説である。そして、ここで構成要件の一部に該当する行為とは、一般に構成要件の内容たる行為の一部を行うことを意味する。」<sup>9)</sup>と考える。本説によれば、窃盗罪における窃取とは、手を他人のカバンに入れる行為に限られ、財物を物色する行為は、いまだ窃盗行為には含まれず、構成要件該当行為に密接な関係がある行為に属しているに過ぎない。

この説に対して、西田典之は実行の着手時期を不適切に前倒しにしたと指摘した<sup>10)</sup>。例えば「加重逃走罪（第98条）は「拘禁場を損壊し、逃走したとき」や「2人以上通謀して、逃走したとき」と規定するが、通謀のみで逃走罪の着手があったとするのは不当であろう<sup>11)</sup>。また、この説は、実行行為概念を曖昧化させるという批判が加えられている。例えば、大塚仁は「実行行為に密接する行為の判断範囲が広がった結果、実行の着手の範囲も拡張してしまうのは、概念の曖昧化という

問題に止まらず、未遂と予備を区別することに対しても一層困難させることになっている。また、実行行為に密接する行為はどれまで拡張できるかを明らかにさせる必要もある。」<sup>12)</sup>と指摘した。実際には、密接行為説は実質的な判断を行って、密接行為の範囲を定める。したがって、密接行為説は常に形式客観説に属するとされているが、前述した内容に鑑みると、それが形式的客観説より実質的客観説に近いといえよう。

## (b) 実質的客観説

「実質的客観説」は、実質的な観点に基づいて犯罪実行行為の着手を判断すべきとする立場である。同説は、行為それ自体が有している実質的危険性を判断基準として実行の着手を認定する。具体的には、行為者の行為が危害結果を生じさせる現実的な危険性、または法益侵害を引き起こす危険性がある場合に限り、実行の着手が認められる。また、「実質的客観説」は日本において多数説であり、例えば、二元行為無価値論の立場を採る井田良、大谷實によっても、結果無価値立場を採る山口厚、西田典之の見解によっても指示されている。

「実質的客観説」においては、「危険性」という概念をどのように理解すべきかについて対立がある。すなわち、行為危険説と結果危険説という見解の対立であり、それは実際に、行為無価値と結果無価値の対立の一場面といえよう。

## ① 行為危険説

行為危険説は、基本的に二元的行為無価値論者によって支持されている見解である。行為者が法益侵害を惹起させるとき、または現実危険性が含まれる行為を行う際、実行の着手が認められると主張する。すなわち、行為危険説が強調する危険性は、行為それ自体によって法益侵害結果の発生を引き起こす可能性である。

例えば、大塚仁は「犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始することが実行の着手であると解すべきである」ということを主張した<sup>13)</sup>。この見解による「危険性」は、いわゆ

る具体的危険性である。こうして、この危険性を含める行為は実行行為であると考えられている。故に、その危険性の存在が認められる際に、未遂犯が成立される。これに対して、この具体的危険性がない行為は、不能犯となるゆえ、不可罰になると解している。

注意すべきなのは、曾根威彦は結果無価値論の主張者であるにもかかわらず、実行の着手の成立時期については行為危険説を主張する。曾根は「この法益侵害の具体的危険こそが可罰未遂の中核的要素であって、それは未遂犯の実質的な処罰根拠から導かれるところであった。」<sup>14)</sup>としている。こうして、未遂犯の処罰時期の始期は、あくまでも実行の着手の成立時期とイコールとなるものである。さらに、曾根は、「実行の着手は、本来、実行行為がいつ開始されたかという問題であるから、未遂犯の処罰時期と区別される実行の着手時期自体の問題としては、法益侵害の一般的危険のある行為（実行行為）の開始をもって実行の着手と解する行為危険説が妥当である」とし、さらに「結果危険説には、未遂犯における行為（実行の着手＝構成要件該当性）と結果（法益侵害の具体的危険の発生＝違法性）との混交があるように思われる」<sup>15)</sup>と指摘した。

## ② 結果危険説

上記の「行為危険説」に対し、「結果危険説」は主に結果無価値論者に支持されている。この学説は、実行の着手は、未遂犯の成立にとって必要な結果発生の危険性を生じさせる時点で、すなわち法益の侵害を引き起こし、または発生結果の危険性が現実的かつ具体的な程度に至る時点で成立することになると主張する。

例えば、西田典之は「結果無価値論の見地からは、未遂犯も一種の結果犯である。すなわち、実行行為により既遂結果発生の具体的危険（危険犯の未遂のときは既遂の危険）を生じたときに、はじめて未遂犯としての可罰性を取得すると解すべきである。この未遂結果と実行行為とは一致して

いる。例えば、銃で狙いを定めたとき殺人の未遂結果は発生している。しかし、行為と未遂結果との間に時間的、場所的なズレを伴う場合もある。」<sup>16)</sup>と述べている。山口厚も「未遂犯の処罰根拠を既遂の現実的、客観的危険（具体的危険）と解する実質的客観説は、その危険を行為者の行為に認められる属性と解する見解（行為犯説）と、その危険をそれ自体独自の結果と解する見解（結果説）にさらに分かれる」<sup>17)</sup>と考えている。

## (3) 小 括

「客観説」は客観主義刑法理論に立つ見解であり、客観行為の実施する時点が実行の着手時点であることを前提とし、行為とその行為による危険に注目している。それは、行為者の主観的危険性、および抽象的意味しか持っていない客観行為に着目する「主観説」と本質的な違いがある。「主観説」も行為者の犯罪意思に注目し、行為者の主観要素が犯罪成立の判断に不可欠な要素であると主張するが、どの段階でも主観的な事情を判断資料とみなすのは言及されていない。また、客観説は、同説が堅持する罪刑法定原則、刑法の謙抑性、人権保障と法益保護が現代の法治主義に適合するゆえに、刑法の処罰範囲を制限する方向に積極的な働きかけをしている。さらに、客観説は、裁判官の恣意判断を防止し、社会を保護すると同時に、公衆個人自由の保護を重視するという特徴も持っている。

「客観説」における異なる見解は、上記の基本的判断基準に従うことを前提とし、異なる視点から実行の着手の時期を判断する。「形式客観説」は形式上の判断を注目し、罪刑法定原則を厳格に堅持し、刑法各則が規定する構成要件の該当性を基本の判断資料とし、形式的な面から行為とそれによる危険性を理解することを重視する。しかし、この説は、専ら形式的判断に注目し、実質的判断が欠けていることから、構成要件該当行為のみに対して、形式的かつ抽象的判断を行うゆえ、実行の着手を合理的に判断できないという結果をもたら

す恐れがある。この批判に対して、密接行為論者は、この形式的判断に実質的判断を入れ、つまり、具体的危険の惹起を実行着手の時点の判断基準とし、これにより形式的客観説も実質的客観説と一部分重なっているように思われる。

実質的客観説論者は実質的判断基準をより重視し、すなわち、行為が法益侵害に対する現実危険を生ぜしめたからこそ実行の着手が成立するというのが核心的な判断基準だと主張している。また、実質的客観説の論者が主張する二元的行為無価値論は結果無価値論の立場と異なるから、実質的客観説は、行為危険説と結果危険説という対立軸を巡って論争されている。しかし、上記の判断基準が異なるといっても、ほとんどの場合で適用された結果が同じで、わずかの特定の場合にのみ判断に差異が生じる。

形式的に言えば、上述の客観説においては、それぞれの見解の間に違いが存在しているが、本質的に言えば、判断の出発点には相違はなく行為の客観的な危険性に立脚し、行為者の行為と結果の関係を考察するのである。この点から見ると、実行の着手をめぐる理論によって示されている問題の関心は、実際に法益侵害結果が生じる危険性の程度にあると見られる。多数説は、行為者の行為と法益侵害との間に相当の密接な関係がある場合にのみ、実行行為による法益侵害の危険性が生じ、さらに実行の着手の成立が認められるとする。逆にいうと、法益に対する侵害の現実的な危険を肯定した場合には、当然、その行為と法益の侵害の間に相当の密接な関係があると認められる。そのため、行為と結果発生の危険性の密接関係と、行為による法益侵害に対する現実的（具体的な危険）の関係は実は「表裏一体」の関係であるといえよう。

### 3. 近時の重要判例

日本の判例を見ると、「形式的客観説」から「実質的客観説」への移行が見られる。また、密接性

を判断する下位基準を明示した判例<sup>18)</sup>が見られる。さらに、近時、従来の判断枠組みが動揺し始めている判例<sup>19)</sup>も見られる。下記の部分はこれらの判例を巡って、簡単な紹介および検討を行いたい。

#### (1) 殺人罪（クロロホルム事件）

被告人らが、保険金目当てに被害者を事故死にみせかけて殺害しようと考え、実行犯3名を巻き込んだ上、まずクロロホルムを使って被害者（V）を失神させた後（第一行為）、自動車で被害者を別の場所に運び、自動車ごと被害者を水中に転落させて溺死させること（第二行為）を計画し、これを実行して被害者を死亡させたが、被害者の死因がクロロホルム吸引による呼吸停止等であるのか、溺水による窒息なのかが特定できなかったというケースであった。

最高裁は、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて溺死させるというものであって、第一行為は第二行為を確か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接近性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯3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」<sup>20)</sup>とした。

本決定において、最高裁は、必要不可欠性、障害の不存在性、時間的場所的接近性という3つの要素を必要とし、それにより実行行為の密接性を判断するとした<sup>21)</sup>。すなわち、必要不可欠性、障害の不存在性、時間的場所的接近性という3つの要素を実行行為における密接性の存否の判断基準としたのである。判例の立場に対して、学説上は様々な見解が主張されている。判例によって提示

された三要素をめぐって、原口伸夫は、「三要素の関係を整理すれば、『密接な行為』の判断において、行為計画を考慮した上で、第1行為と第2行為との時間的場所的接近性が、まず問われ、両者に時間的場会的な隔たりがあるような場合に、事象経過の無障害性の観点により、そのような隔たりにもかかわらず着手が認められうるのかどうか判断されるとする。別の言い方をすれば、時間的場会的隔たりが特段問題にならないような場合であれば、事象経過の無障害性を考慮することなく、端的に、実行行為（密接行為）への取りかかりを判断し、着手を認めるということとなる。」<sup>22)</sup>と分析し、実行の着手の判断基準を明確にする。佐藤拓磨は、判例のいう3つの要素と上記学説のいう3つの要素を合わせて実行の着手の基準を説明する。同説によれば、特に直前行為の判断について、実行の着手から最終結果実現行為までの間にどのような中間行為が想定されるか、および結果発生までの間にどのくらいの時間的場会的隔たりが予定されているかという2つの基準を用いて、実行の着手時期の判断が行われるべきことになる。また、それにより、この2つの基準は単独的な機能と認めるべきだけではなく、両方の観点を考慮して直前行為を判断すべきであるというのである<sup>23)</sup>。

## (2) 詐欺罪

詐欺罪については、従来の判例は、欺罔行為の有無を実行の着手の判断基準としている<sup>24)</sup>。近時、詐欺罪につき、従来の判断枠組みを動揺させ、実質的客観説と対立する有力説<sup>25)</sup>を導く判例が示された<sup>26)</sup>。

被告人は、長野県警察の警察官になりすまし、被害者（当時69歳）から現金をだまし取ろうと考え、氏名不詳者らと共謀の上、被害者が、平成28年6月8日、被害者の甥になりすました者に、仕事の関係で現金を至急必要としている旨嘘をいわれて、その旨誤信し、同人の系列社員になりすました者に、現金100万円を交付したことに乗じ、あ

らかじめ被害者に預金口座から現金を払い戻させた上で、被害者から同現金の交付を受ける意図のもと、同月9日午前11時20分頃から同日午後1時38分頃までの間、氏名不詳者らが、複数回にわたり、長野市所在の被害者方に電話をかけ、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が甲さんの名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていないですか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下した方がいいですよ。」「前日の100万円を取り返すので協力して欲しい。」「僕、向かいますから。」「2時間前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などとうそをいい、被害者に電話の相手が長野県警察の警察官であり、その指示に従う必要がある旨誤信させ、被害者に預金口座から預金の払い戻しをさせた後、同日午後1時38分頃、警察官になりすました被告人が、被害者から現金の交付を受けようとしたが、被害者方付近で警戒中の警察官に発見されて逮捕されたため、その目的を遂げなかったというものである。

最高裁は、「現金を被害者宅に移動させた上で、警察官を装った被告人に現金を交付させる計画の一環として述べられた嘘について、その嘘の内容が、現金を交付するか否かを被害者が判断する前提となる予定された事項に係る重要なものであり、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれ、被害者にその嘘を真実と誤信させることが、被害者において、被告人の求めに応じて既座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるといえるなどの本件事実関係（判文参照）の下においては、当該嘘を一連のものとして被害者に述べた段階で、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」<sup>27)</sup>とした。

本判決に付された山口厚裁判官の補足意見は、上述「クロロホルム」事件で提示された実行の着手の密接性の判断基準を主張し、実質的客観説の

立場に立ち、詐欺罪の実行の着手があったと認めた。しかしながら、本判決で示されているように、山口の補足意見にもかかわらず、実行の着手を判断する際に、行為者の犯行計画を判断基礎としているということは明らかである。また、「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」という現金交付を求める行為への直接性と、被害者が現金を交付してしまう危険性が著しく高まるという2つの要素は、事態の進行が犯行進捗度合いという観点から見て未遂処罰にふさわしい段階に至るとする有力説の判断基準に合致している。これは、有力説の判断枠組みと整合的といえる<sup>28)</sup>。

### (3) 小 括

上述の判例から見れば、最高裁時代に入ると、実務においても実質的客観説が支配的になり、それ以降は、結果発生危険性という基準を用いて着手時期の判断が行われてきたことが明らかである。最決平成16年3月22日の判例で提示された基準、つまり、「密接性」の判断基準は、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判例にも影響を与えている。また、この判例に見られるように、着手の存否は、当該行為が一連の殺害計画のなかで結果とどの程度の時間的場所的接着性を有するものであるかということが考慮されているのである<sup>29)</sup>。すなわち、実務上、行為者の主観、具体的にいえば、犯行計画まで考慮するということが実行の着手時期を判断する際に、一つの判断基準になった。最判平成30年3月22日においても、実行の着手に達するか否かについての判断は、被告人らの具体的な犯行計画などの事情を総合考慮した上で形成された。この判断は、実質的客観説と対立している有力説の判断基準と整合的といえることが明らかである。そこで、実質的客観説と有力説のいずれを今後の議論の基礎とすべきかが理論的な課題となる<sup>30)</sup>。

## Ⅲ 中国における実行の着手論

中国においては、刑法の条文には未遂犯を処罰

する規定が設けられているが、実行の着手に関する学説上の議論も盛んである。したがって、本章では、まず条文の構造を検討し、その後、学説の現状を紹介していきたい。

### 1. 刑法の条文

中国刑法第23条は、未遂犯に関し「①犯罪の実行に着手し、犯罪者の意思以外の原因によって犯罪を遂げなかったときは、犯罪の未遂とする。②未遂犯に対しては、既遂犯に照らしてその刑を軽くし、又は減輕することができる」<sup>31)</sup>と規定している。同条の文言から見れば、「未遂」とは、犯罪の実行に着手したが犯人の意思以外の原因によってこれを遂げなかったことであり、未遂の要件については次のように解されている。まず、犯罪の実行に着手したことである。行為者の行為は、犯意の表示および予備の段階を越えて犯意の実行を行うので、保護法益への侵害の危険が外部的に明らかになることになる。したがって、犯罪の実行に着手したことによって未遂と予備とが区別される。実行の着手は行為者が犯罪構成要件に属する行為を実行し始めることである以上、犯罪構成要件に規定する実行行為の開始時期を着手の時期とすべきである<sup>32)</sup>。次に、犯罪を遂げないことである。これは未遂と既遂との区別である。犯罪を遂げないことは、犯罪行為を完成しなかった場合、法定の結果が発生しなかった場合および法定の危険状態に欠ける場合に分けている<sup>33)</sup>。また、犯罪の未完成が行為者の意思以外の障害あるいは原因によることである。「犯罪者の意思以外の原因」とは、行為者本人の意思以外を除いた、犯意または実行行為を阻止する原因をいう<sup>34)</sup>。中国刑法はフランス刑法の未遂概念を継受しているが、上記の点が未遂と中止との区別となる。

### 2. 学説の紹介

日本の刑法理論における実行の着手に関する学説の現状と同様、近年、実行の着手の問題を巡っ



て、中国の学者たちは様々な見解を主張している。実行の着手の判断基準については、主に形式的客観説、実質的客観説および主客観相統一説という3つの見解に分かれている。

#### (1) 形式的客観説

形式的客観説は大陸法系刑法理論における主観説、実質的客観説と折衷説を批判した上で形成されたものである。形式的客観説は、行為者が自分の犯罪意思により、刑法で規定されている客観的な犯罪構成要件に該当する行為があれば実行の着手を認めることができるとする見解である。ここで提示された犯罪構成要件に該当する行為は、刑法各則で規定されている具体的な犯罪の客観的構成要件に該当するものだけではなく、刑法総則で規定されている客観的な犯罪構成要件にも該当すべきというものである<sup>35)</sup>。

そこで、中国の形式的客観説の論者は、犯罪構成要件に該当する行為の範囲を拡張して、刑法総則で規定されている客観的な犯罪構成要件をも実行の着手の判断基準とすべきであると主張する。例えば、予備犯、教唆犯、幫助犯などは、すべて完全な犯罪構成要件を備えた犯罪形態であり、しかもその客観的な犯罪構成要件に該当する行為は全部あるいは主に刑法総則で規定されている。しかしながら、実行の着手は刑法各則で規定されている客観的な犯罪構成実行行為の始点だけではなく、刑法総則で規定されている犯罪構成要件に該当する行為も実行の着手にあたる行為であるという考え方は、妥当ではないと思われる。

これに対して、まず、実行の着手を刑法総則で規定されている構成要件該当行為の開始と認めれば、予備は刑法総則に規定されている犯罪構成客観的要件に合致する行為であるから、犯罪予備の開始は実行の着手とみなされるということになる。また、教唆犯や幫助犯において、犯罪の予備も存在する可能性がある。例えば、教唆犯が被教唆者を見つける行為、幫助犯が実行犯を助けるための準備或いは犯罪の準備を手伝う行為なども予備に

あたる。しかし、これらの行為は犯罪の実行行為と認められない。それゆえ、教唆犯の教唆行為と幫助犯の幫助行為は実行行為ではなく、実行の着手が存在するとすれば、それは不合理であると思われる。なぜこのような拡張が許されるのかについての理論的説明は明らかにしていない。また予備と実行の着手を容易に混同することから、近時の中国において、この見解ではほとんど支持がない。

#### (2) 実質的客観説

実質的客観説は、未遂としての処罰に値する危険性を基準にするべきだという見解である。いわばこの見解は、実質的観点から、被害者の法益侵害への危険の存否に基づき実行行為を認めた上、さらにその実行行為の着手を判断するというアプローチを用いているといえよう。もっとも、犯罪の本質は法益を侵害することであるから、当該行為が法益侵害を生じさせない限り犯罪の成立を肯定できず、実行行為の存在も否定できるとことはいうまでもない。しかも、たとえある行為が法益侵害への危険性を生じさせたとしても、その危険性が極めて小さい場合であれば、犯罪の実行行為の成立も認められない。したがって、法益侵害への相当な危険を惹起させる場合に限って実行の着手が認められる。一方で、中国の刑法においては、犯罪の予備行為を処罰し、予備段階においても法益侵害への危険が存在する。したがって、法益侵害への相当な危険を惹起させる場合に限って、実行の着手が認められる<sup>36)</sup>。

中国において、実質的客観説を支持する学者たちは、主に結果危険説に賛成している。代表的な人物は黎宏と張明楷である。黎宏は「実行の着手というのは、行為者が求めている犯罪既遂結果を引き起こす現実的危険な行為を開始することである。ここで、実行の着手は『犯罪の既遂結果を實現する現実的危険な行為』であることを明らかにしなければならない<sup>37)</sup>と指摘した。例えば、強姦罪（現在の強制性交罪）について、行為者が被害

者に暴行を加え、自動車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、この時点で強姦行為の実行の着手があったということが認められるとする。また、窃盗罪についても、行為者が窃盗の犯意を持ち、他人の住宅に侵入した場合、単純な入室行為は財物の盗難を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められず、行為者が目的物を物色する、または目的物に接近する時点で窃盗の実行の着手を肯定することになるとする。そこで、黎宏が主張した結果危険説が強調する「危険性」は行為それ自体によって法益侵害結果の発生を引き起こされた可能性ではなく、既遂結果を惹起する現実的な危険ということである。

また、張明楷も黎宏と同じ見解を採っている。張明楷は「未遂は法益侵害への切迫な危険を惹起させる行為のみが認められる。故に、法益侵害結果惹起の相当な危険に達したときは、実行の着手と解する。すなわち、法益侵害結果発生 of 具体的な危険を生じた場合に限り実行の着手が認められるということである。したがって、すべての未遂犯は具体的な危険犯である」<sup>38)</sup>と提示した。

注意すべきなのは、中国の実質的客観説における実行の着手を判断する基準は、未遂の成立範囲を強く制限しようとすることを通じて、公民の自由を保障するという目的に基づいて形成されたものである。しかし、この説は、「実行の着手は具体的な犯罪構成要件を満たさなければならないという形式面が無視されているため、実行の着手の判断基準を拡大し、さらに未遂の成立範囲を拡大してしまったということになった」<sup>39)</sup>という批判を浴びている。

### (3) 主客観相統一説

中国の刑法理論において、通説とされているのは実行の着手が主観と客観を統合する概念であると解する主客観相統一説である。すなわち、主観と客観を統合するこの説は、主観的と客観的、かつ形式的と実質的な観点を統合して、実行の着手

時期についての判断基準が認められるというものである。具体的にいえば、行為者の犯罪行為が刑法各則で規定されている具体的な犯罪構成要件該当行為の一部の開始をもって実行の着手とするという判断基準のみならず、この行為が未遂としての処罰に値する危険に達していると判定する必要があるとするのである<sup>40)</sup>。また、行為者が主観的な犯意を備えるか否かを考察するに加えて実行の着手時期を判断するという見解を指す。

しかし、主客観相統一説は日本刑法理論における形式的客観説と同じとなり、形式的客観説の不都合がそのまま存在しているという批判がある。例えば、張明楷は「通説は構成要件論の立場に基づいて形成されたものである。しかし、実行の着手が具体的に定義されていない。この説は罪刑法定原則と一致しているものの、『どの行為が刑法分則で規定されている犯罪構成客観的的要件行為か』について通説では明確に規定されていないことで着手を認定するのは難しくなってしまう。また、通説の観点によれば、実行行為の『着手』の認定時点を早める場合もある」と批判した<sup>41)</sup>。しかし、張明楷の観点は通説を支持する学者たちから批判されている。

まず、実行の着手は具体的な客観的な犯罪構成要件に該当する行為を実行する始点であり、犯罪未遂と犯罪予備を区別する主要な基準である<sup>42)</sup>。故意犯罪の場合、犯罪の実現は、行為者の犯罪意思の発生、犯罪の準備、犯罪の実行、既遂という段階をたどる。実行の着手は、犯罪の予備と犯罪の実行の間の独立的な段階ではなく、実行段階および実行行為の始点といえるに過ぎない。

次に、中国の刑法理論において、実行の着手は主観と客観の統一と表明されている。刑法の機能と目的は現在の社会における重要かつ基本的な法益の保護である。そして、法益保護の見地から、未遂犯を処罰する根拠は主に未遂が刑法により保護されている法益に対して現実的な危険を引き起こしたということである。したがって、未遂に関

する実行の着手を判断する場合は、客観的な要素を考慮すべきである。一方で、実行の着手は単なる客観的な行為ではなく、その客観的な行為を通じて行為者の犯意が外部的に明らかになったことによって、客観的な実行行為と主観的な犯意との関連が示されうるのである。さらに、実行行為の着手を通じて行為者の犯意が認められる。そこで、実行の着手は客観的な行為と主観的な犯意を結びつけるものといえる。

または、中国の刑法によれば、予備行為も行為者の犯意の表明と見ることができる。しかし、注意すべきなのは、犯行の予備と実行の着手に反映される具体的な犯意の内容が違っているということである。例えば、殺人罪において、道具を用意すること、あるいは他の条件を設けるという予備行為と、銃撃、毒物投与などの実行行為においては、いずれも、他人の生命を奪うという犯意が表明されている。しかし、具体的な犯意の内容を一層分析すると、予備行為と実行の着手は違う犯意を示すことが明らかになる。また殺人罪を例に挙げると、予備段階において、行為者が若干の他人の生命を奪うという犯意を持っているのは当然であろう。しかし、この犯意は殺人の準備などの行為を通じて間接的に現れているに過ぎない。ところが、実行の着手は、行為者が殺人行為を実行し、他人の生命を奪うという犯意が明らかに表明されている。すなわち、殺人の実行に当たる行為によって、中国の刑法各則で規定されている具体的な犯罪構成要件に該当する不法に他人の生命を奪うという犯意を具体的に実行し始めることになる。これは中国の刑法各則における具体的な犯罪構成主観的要件と客観的要件の統一性によって決められたことである。そして、予備と実行の着手は犯罪過程の異なる段階にあり、表明されたそれぞれの主観的要素は簡単に同一視することができず、実行の着手は中国刑法各則における具体的な犯罪構成主観的要件と客観的要件の統一性が現れるものである。

要約すると、主客観相統一説とは、実行の着手は主観と客観を統一することで判断する学説である。つまり実行の着手の判断基準は行為者が実行の着手行為を通じて現れた犯意と法益侵害への相当な危険をあわせて考えた上で、行為者が構成要件に該当する行為を実行し始めた時点で実行の着手が認められるというものである。したがって、中国刑法理論における主客観相統一説と日本刑法理論における形式的客観説とは本質的に異なっている。

#### (4) 小 括

いうまでもなく、ここで言及された学説は中国の通説であるとしてもそれが全く疑問点が存在しない見解であるとまでいえない。例えば、上述の通説の立場を強く批判した主張もある。この見解によれば、主客観相統一説は、主観説より合理的なものではあるが、この説を採ったとしても、実行行為の本質および如何に実行行為の着手を認定するか等の問題に対して、明確な結論が依然として示されていないというのである。このような犯罪の本質論から離れて実行行為を議論するアプローチは、実行行為を、制限がなく、かつ、定型性のない抽象的な概念に貶めてしまうといわざるをえない。

### 3. 実務上の運用（事例分析）と問題点<sup>43)</sup>

#### (1) 事 例

行為者は工芸品店の店主である。行為者は店舗の売り上げを伸ばすために、他の店舗と協力して取り次ぎ販売をするつもりで、他の店舗で取り扱うアクセサリーを自分の店舗に並べて販売していた。もし取り次ぎ販売が成功すれば、手数料を受け取ることができる。行為者は、ある工芸品の彫刻工房で、シャコガイ製品を発見した。しかし、この彫刻工房自体はアクセサリーを販売しておらず、工芸品に彫刻することで手間賃を稼いでいたことから、行為者は彫刻工房でシャコガイ製品を見つけた後、彫刻工房の店主と相談し、シャコガ

イ製品を工芸品店で販売して、代理販売が成功すれば販売代金から一定の割合の金額を彫刻工房の店主に支払うことを約束した。両者がこれに合意した後、行為者はシャコガイ製品を店のカウンターに並べた。シャコガイ製品は店のカウンターに5か月近く並んでいたが、最終的には販売されることはなかった。告発された後、警察は行為者を逮捕した。警察の鑑定を通じて、カウンターに並べられているシャコガイ製品は本物のシャコガイであり、《ワシントン条約（CITES）》付属書Ⅱに属するという事実が認められたことから、裁判所は、行為者はシャコガイ製品を店のカウンターに置いていたことを認めたため、不法販売絶滅野生動物製品罪の実行行為があったと認め、行為者を不法販売絶滅野生動物製品罪の未遂に処した<sup>44)</sup>。

## (2) 事例分析

前述した事件によって、行為者はカウンターにシャコガイ製品を並べて販売しようとしていたが、その行為は絶滅のおそれのある野生動植物製品を不法に販売したという犯罪の未遂か、それとも犯罪の予備か。

中国の刑法理論における実行の着手の判断基準に関する通説の観点から、実行行為構成要件の形式性、法益侵害への実質的な危険性、行為者の主観的意図を総合的に考慮して総合的に判断すべきだと主張している。そして、中国の通説の観点から、シャコガイが展示されている事例を分析してみよう。

まず、行為者の主観的要素から見れば、シャコガイ製品をカウンターに置いて展示していたことによって、行為者がシャコガイ製品を売るという犯意があると考えられる。しかし、このような考え方は妥当ではない。行為者はシャコガイ製品をカウンターに置いて展示するという行為を通じて、「適正な価格があれば売る」という犯意を明らかにしたに過ぎない。予備段階の犯意と実行の着手の犯意は、同じ主観的故意であるにもかかわらず、上述のごとく、その故意の内容は異なる。予備段階の故意は、犯罪実行のために、準備すると

いうものである。例えば、行為者が拳銃を購入したケースでいえば、行為者が拳銃を購入する行為には「適切なタイミングで殺す」という犯意が表明されているに過ぎない。そして、発砲を実行し始めた場合に、はじめて、行為者の犯意は「今殺してしまえ」ということになる。

次に、行為者は不法販売絶滅野生動物製品罪の未遂として処罰された。しかし、ここで言及された不法に販売する行為はいったいどのような行為であろうか。民事法律行為の概念によれば、通常の売買契約行為には、次のようないくつかの段階またはいくつかの行為が含まれる。(1) 申込みの誘引という行為。本件の行為者はシャコガイ製品をカウンターに置くという行為は、民法の売買契約の観点から見ると、典型的な申込みの誘引という行為である。(2) 売買する双方が価格を交渉して一致させる行為。(3) 買手の支払い行為。(4) 売り手の納品行為、である。中国刑法においては、不法販売犯罪について、「不法販売」という行為は明確に規定されていないため、形式的に見れば、上記の4つの行為（段階）はどんな行為（段階）が不法販売による犯罪の実行行為であるということについて明らかに認定できない。

また、法益侵害を惹起される実質的な危険性を分析すると、申込みの誘引を含めた4つの行為のうち、どんな行為を行った後、不法販売という犯罪の法益侵害への実質的な危険性が生じるか。一般人が認識可能な事情に基づいて、取引の双方が価格に対して合致するときに、不法販売の法益侵害に至る現実的危険性があったことになる。そのため、法益侵害への危険性によって、双方が価格合意に達した場合は、不法販売の実行行為となる。したがって、売買契約の双方は商品の価格について交渉する際に、不法販売の実行の着手があったと思われる。

前述したように、中国の通説である主客観相統一説理論によれば、上記のケースで行為者がシャコガイ製品をカウンターに置いた行為は、犯罪の

予備行為であり、不法販売の未遂ではなく、不法販売の既遂もないことはいうまでもない。しかし、裁判所は本件の犯罪予備属性を十分に重視せず、行為者は不法販売の未遂で処罰された。

### (3) 問題点

以上の判例に鑑みると、主客観相統一説は、具体的な事案において適切に解釈・運用されていないということが明らかである。「主客観相総統一説」により、如何に刑法各則で規定されている構成要件に該当する行為を認定するかの問題に対して、明確的な結論が依然として示されていない。つまり、犯罪予備と犯罪未遂を区別する判断基準が曖昧で、犯罪未遂の範囲が拡張する恐れがあるのである。中国の刑法理論によれば、予備犯にも処罰される。犯罪行為の既遂、未遂と予備に対する有効な区別を行うことは行為者に対する量刑判断と直接な関係がある。しかし、それにもかかわらず、このような状況は、明らかに刑事司法に弊害を与えらると思われる。

また、主客観相統一説は、これまで主張されてきた主観説や客観説をあわせて判断するものであるが、この両説自体、危険の内容が不明確性であるという欠点を有していたので、同説もまた、判断の不明確さを克服していないという欠点が存している。例えば、主客観相総統一説は、行為が法益を侵害する危険は「確実」であるときに実行の着手があるとする。しかし、具体的かつ確実な危険が生じた時点はいつなのかは、あくまでも不明確な表現といえよう。主客観相統一説は主観的判断を客観的判断と有機的に統一させるものではなく、むしろ客観説を主観説と混同させたものであると一部の学者によって指摘がなされている。

## IV 実行の着手についての日中の比較法的考察

前述した実行の着手をめぐる日中両国の比較研究を通じて、実行の着手の判断基準について日本では実質的客観説を採っているが、中国には主客観相統一説を採っているということが明らかにな

った。

日中両国では、異なる法体系に属していることから、刑法理論もまた必然的に異なりうる。日本の刑法では犯罪の既遂、未遂、予備を並べ、原則として予備は処罰しないとしている。この意味で、日本において実行の着手は行為者の行為が犯罪に当たるかどうかの判断基準であり、すなわち、刑事事件への国家の刑罰権介入の開始点という意味でもある。これに対して、中国の刑法理論における犯罪の既遂、未遂、中止および予備を並べ、予備も処罰する。そして、中国において実行の着手は実行行為の判断基準であり、すなわち実行の着手は犯罪予備と犯罪未遂を区別する判断基準である。

また、日中両国は違う犯罪論体系を採っているため、実行の着手の判断基準についても異なることがある。日本の刑法理論における犯罪とは、「構成要件に該当する、違法で、有責な（責任のある）行為」と定義されている。それゆえ犯罪の成立要件は、① 構成要件該当性、② 違法性、③ 有責性または責任であり、しかも①→②→③の順番で段階の判断されることになる<sup>45)</sup>。すなわち、犯罪成立の有無は、客観的なものから主観的なものへ、事実的なものから評価的なものへ、形式的なものから実質的なものへと（相対的に明確に判断可能なものから、相対的にそうでないものへと）順を追って判断されるということになる<sup>46)</sup>。日本の犯罪論体系における未遂犯は犯罪形態の一種として、上記の条件要件を順次に満たさなければならないが、未遂行為は形式的に構成要件の枠に属するかどうかを直接的に判断することが困難であり、必ず実質的な違法要素を通じて判断する。そのため、実質的客観説のいう「法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性」という判断基準に基づいて実行の着手の時点が判断される。

中国の犯罪論体系は犯罪に対して、犯罪客体、客観面、犯罪主体、主観面という4つの要素をあ

わせて判断するというものである。このような犯罪論体系では、犯罪構成の諸要件が互いに支え、互いに裏付け、完全な証明体系を形成し、そして犯罪事実の全体像を共に明らかにしている。上記した4つの要件は、互いに緊密的共存関係にあり、また全体として犯罪行為が刑罰で処罰されるべき程度に達するような深刻な社会的危険性を共に説明するという役割を有する。そして、ここで言及された中国の犯罪論体系における犯罪構成要件に該当する行為は、違法性と可罰性の存在を表明しているものである。これは、形式と実質を統一することといえよう。したがって、中国の刑法理論によれば、実行行為というのは、形式的にも実質的にも刑法各則で規定された構成要件に該当しなければならない。主客観相統一説は、主観と客観、かつ、形式的と実質的の観点を統一するため、未遂犯の構成要件についての解釈に基本的な原則を提供している。これは、中国の主客観統一原則が未遂犯論にも具体的貫徹しているばかりか、中国の犯罪論体系にも合致しているのである。したがって、実行の着手について、中国には主客観相統一説が通説とされている。

以上の観点から見れば、日本を採用している実質的客観説と違って、中国は主客観相統一説を採用していることを示した。中国の通説である主客観相統一説は実行の着手を判断する際行為者の主観要素と客観要素を総合して検討するという見解である。しかし、中国において、むしろ主客観相統一説はほとんど一種のプログラム化の分析方法になっている。主観要素と客観要素がどのように統一されているか、それとも危険判断については、十分には研究されていない。それゆえに、実務ではうまく運用することができていない。なるほど、日中両国は違う刑法理論を採っており、中国は日本の実行の着手理論を完全に参考にすることができないとしても、日本の実行の着手論のなかで参考になると思われる幾つかの重要な問題を検討したい。

## 1. 行為者の主観の考慮

日本では、実行の着手の通説である実質的客観説の危険判断においては、行為者の主観を考慮すべきか、考慮すべきだとするとどこまで考慮すべきかという点について争いがある。学説には、主観的違法要素を認めない立場から、純客観的に判断する見解と、主観的違法要素を認める立場から、行為者の主観を考慮に入れて判断する見解が主張される。さらに、後者は、故意は主観的違法要素であるから考慮に入れてよいが、故意を超えて犯行計画までは考慮に入れるべきではないとする見解と、犯行計画まで考慮に入れて判断すべきであるとする見解に分かれている<sup>47)</sup>。まず、行為者の主観要素をまったく考慮しないで純客観要素に着目して実行の着手の有無を判断することは困難だといわざるをえない。例えば、相手に拳銃を向けて引き金に手をかけている場合、殺人の危険があるかどうかは、行為者に引き金を引くという主観故意があるかどうかに関連している。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、過度に広がるかのどちらかにならざるをえない<sup>48)</sup>。また、犯行計画を考慮しなければ結果発生の危険を認定できないというべきである<sup>49)</sup>。強姦の目的で被害者を車に引きずり込む行為であっても、行為者が車内で直ぐに強姦するという犯行計画であれば危険の発生を肯定することができる。行為者が被害者を別の所に連れて行ってから強姦する計画であれば、直接的な法益侵害の結果に至る危険を肯定することができない。このような危険の違いで未遂犯の成否を判断するとすれば、犯行計画の考慮が不可欠である。

実行の着手に関する最高裁判例としては、前述したクロロホルム事件決定が重要である。同決定は必要不可欠性、障害の不存在性、時間的場合的接近性という判断基準を提示した。客観的に見れば、殺人結果を惹起した第一行為について、犯行計画を基礎に置き、上記した判断基準に照らして

殺人の着手を問うという発想は、実行の着手を犯行計画の進捗度の問題として捉える立場からしか出てこないはずである<sup>50)</sup>。すなわち、着手の存否は、当該行為が一連の犯行計画のなかで、結果とどの程度の時間的場所的近接性があるかということが考慮されている。近時の詐欺罪に関する最決平成30・3・22刑集72巻1号82頁は、犯行計画を実行の着手の判断基礎として考慮すべきということが提示された。本決定は「3(1)本件の事実関係」の「エ」として、警察官を名乗って電話をかけた氏名不詳者らの行為と被告人の行為のいずれも、「計画に基づいて」行われたことを指摘している。

すなわち「警察官を名乗って上記イ記載の2回の電話をかけた氏名不詳者らは、上記ア記載の被害を回復するための協力名下に、警察官であると誤信させた被害者に預金口座から現金を払い戻させた上で、警察官を装って被害者宅を訪問する予定でいた被告人にその現金を交付させ、これをだまし取ることを計画し、その計画に基づいて、被害者に対し、上記イ記載の各文言を述べたものであり、被告人も、その計画に基づいて、被害者宅付近まで赴いたものである。」ということである。

前述した学説と判例に鑑みると、実行の着手の判断基準について、日本では実質的客観説を採っているが、それは単なる客観要素に基づいて判断することではなく、行為者の主観要素、具体的にいえば、行為者の犯行計画まで考慮しなければならないということが明らかになった。

中国において実行の着手の判断基準は主客観相統一説を採っている。主客観相統一説の着手概念には同時に主観と客観の2つの基本的な特徴が現れている。主観的には、行為者が犯罪予備段階の犯罪を実行しようという犯罪意思と異なる犯罪を実現するという意思は、客観的な行動を実行することを通じて十分に表明されている。客観的には、行為者は既遂結果発生に至る直接に具体的な犯罪行為を実行し始めたといえる。主客観相統一説における行為者の主観要素の判断と前述した日本の

実行の着手論において行為者の主観要素を考慮するかどうかということと比較すると、異なることが明らかになった。このように、日本では行為者の主観要素を考慮すべき、また犯行計画まで考慮しなければならないとされている。これに対して、主客観相統一説においては、実行の着手時期の判断、あるいは具体的危険の認定において、行動者の主観要素はどう考慮すべきか、どこまで考慮すべきかという問題について十分には明らかにされていない。この点で行為者の主観のみならず行為者計画をも実行の着手を論ずる際の判断の基礎に入れている実質的客観説は、中国の刑法理論に一つの視座を提供しているといえよう。さらに重要なのは、主客観相統一説は実行の着手にあたる行為の形式的特徴を主観要素の範疇に入れているので、客観要素の内容と分離するということが生じる。この問題は主客観相統一説における根本的な問題である。そして、主客観相統一説をめぐる主観要素とは何を指すのか、客観要素とは何を指すのか、これらの基本的な関係は曖昧であり、主観的要素・客観的要素のいずれを基本にするのかについても明確ではない。そのため、中国の通説である主客観相統一説には刑法理論と司法実践において多くの欠陥が存在し、同説は理論と実践の混乱をもたらしているといえよう。

## 2. 形式的基準と実質的基準の関係

主客観相統一説は、「主観説」や「客観説」が共に存在する危険の内容が不明確という欠点がある。これでは、予備と未遂の区別が不明確にならざるを得ない。未遂処罰の範囲は広すぎる恐れがある。日本の実行の着手論でも、この問題について盛んな議論がある。井田良は罪刑法定主義に基づいて、形式的・客観的な基準によって、犯罪行為の構成要件該当性について判断を行った上で、実質的には「法益侵害の現実危険性」を有するかどうかを判断するという見解を主張した。井田は、「相互補完関係である形式的基準と実質的基準を併用して、

実行の着手時期が定められるべきことになる」と指摘した<sup>51)</sup>。具体的にいえば、「実行の着手」の解釈が問題となっているのであるから、罪刑法定主義が刑法解釈にあたっての原則とされている以上、この文言が言葉として持つ制約を無視することは許されない<sup>52)</sup>。形式客観説を支持する論者は罪刑法定主義に基づいて、行為者が構成要件に該当する行為を実行し始めた時点で実行の着手が認められる。それ以前の段階にまで実行の着手を認定することは、解釈の限界を超える。この意味において、形式的客観説が基本とされなければならない、としている<sup>53)</sup>。また、実質的見地から実行の着手を判断すること、すなわち行為が法益侵害への現実的な危険性があるかどうかということは、実行の着手の認定に対して不可欠な要素であると認めている。こうして、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<sup>54)</sup>。近時の日本の判例では、① 必要不可欠性、② 障害の不存在性、③ 時間の場合的近接性という行為者の犯罪行為の密接性および客観的危険性が提示されたので、上述した形式的基準と実質的基準を併用するという判断基準として重要である<sup>55)</sup>。

中国の通説である主客観相統一説は、形式的基準と実質的基準をあわせて判断するものである。しかしながら、主客観相統一説は、形式的基準と実質的基準を基礎とするにもかかわらず、同説からは、行為の危険性の判断基準が提示されていない。李海東は、「中国刑法理論において予備犯、未遂犯に対する処罰根拠は行為の危険性である。そして、行為の危険性の判断基準は行為の規範内容、つまり、違法性（構成要件に該当する行為）に関する判断にとどまっている。すなわち、犯罪行為は違法性（構成要件に該当する行為）があるということを証明すれば、行為の危険性判断はすでに解決されることになる。しかし、この意味で、中国の刑法には『実質犯』が存在せず、すべての犯罪は『単純行為犯』ということになる。」<sup>56)</sup>と指摘した。ここで言及されたすべての犯罪は単純行為

犯ということは、中国が採っている犯罪論体系においては、犯罪構成の4つの要件を備えている限り、行為の危険性が存在するということである。すなわち、主客観相統一説における行為の危険性についての判断は、主観要素と客観要素をあわせて判断する際に、実質的な判断ではなく、犯罪構成要件によって決定されているのである。この意味で、主客観相統一説は、むしろ、日本の形式的客観説と違いがないといえよう。その意味で、中国の通説である主客観相統一説を運用するに当たっても、日本の実質的客観説が有している形式的基準と実質的基準を合わせて判断するという方法は有益であると思われるのである。

## V おわりに

実行の着手の判断基準については、日本においても、中国においても様々な学説がある。前述したように、実行の着手の判断基準について、日本では実質的客観説が、中国では主客観相統一説が採られているが、しかし、主客観相統一説は、具体的な事案において合理的な解決を導くことができないことは上述のとおりである。この点、日本の実行の着手時期の判断は、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るもので、基本的に妥当なものだと考える。実行の着手に関する日本の刑法学説を分析すると、行為者の主観要素、とりわけ行為者計画を考慮することが不可欠であり、また形式的基準と実質的基準とは対立関係ではなく、相互補完関係であるということが明らかになった。したがって、中国の実行の着手をめぐる研究は、行為者の主観がどこまで考慮すべきかということを確認にし、上記した形式的基準と実質的基準との関係を基礎にして、中国の刑法と実務に適した理論方法を見つけるべきである。

## 注

- 1) 実行の着手についての基本の文献としては、大越義久『実行の着手』現代的展開Ⅱ140ページ以下、塩



- 見淳『実行の着手について(1)〜(3.完)』法学論叢121巻2号1ページ以下、4号1ページ以下、6号1ページ以下参照。
- 2) 只木誠『コンパクト刑法総論』(新世社、2018) 212ページ、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2014) 338ページ、西田典之『刑法総論(第二版)』(弘文堂、2013) 298ページ、山口厚『刑法総論(第三版)』(有斐閣、2018) 281ページ、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2017) 396ページ、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(慶応義塾大学出版会、2016) 129ページ。
  - 3) 理論的基礎にあるのは、行為者の危険な性格が外部からはっきりと認識しうる段階に至れば、それを処罰する理由があるとする主観主義の犯罪理論である。井田・前掲(注2) 396ページ。
  - 4) 理論的基礎にあるのは、行為者の危険な性格が外部からはっきりと認識しうる段階に至れば、それを処罰する理由があるとする主観主義の犯罪理論である。井田・前掲(注2) 396ページ。
  - 5) 主観説は、行為者の危険性を未遂犯の処罰根拠と考える新派の立場から、実行の着手時期を「犯意の飛躍的表動」といった、行為者の犯意が外部的に明らかになった時点に求めるものである。この見解は、新派の考え方自体が支持を失ったことと、未遂犯の成立時期が早すぎることから、現在ではほとんど支持がない。佐伯・前掲(注2) 338ページ。
  - 6) このような整理の仕方が一般的である。例えば、井田・前掲(注2) 396ページ。
  - 7) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣、1953) 263、264ページ。
  - 8) 西田・前掲(注2) 299ページ。
  - 9) 植田重正『刑法要説・総論』(三和書房、1966) 128ページ。
  - 10) 西田・前掲(注2) 298ページ。
  - 11) 同旨、佐賀地判昭和35.6.27下刑2巻5=6号938頁。これに対して、最高裁は、拘留所の収容部屋の換気孔周辺のモルタル部分3か所を幅15センチメートル、最長3センチメートルにわたり損壊したが、脱出可能な穴を開けることができなかったという事案についても加重逃走罪の着手を認めているが疑問である(最判昭和54. 12.25刑集33巻7号) 1105ページ。
  - 12) (中)陳家林『外国刑法通論』(中国人民公安大学出版社、2009) 424ページ。
  - 13) 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、2002) 164ページ以下。
  - 14) 曾根威彦『刑法学の基礎』(成文堂、2001) 191ページ。
  - 15) 曾根・前掲(注14) 192ページ。
  - 16) 西田・前掲(注2) 300ページ。
  - 17) 山口・前掲(注2) 282ページ。
  - 18) 刑集58巻3号187頁。最決平成16年3月22日クロロホルム事件の提示した密接性の判断基準というものである。
  - 19) 最判平成30年3月22日刑集72巻1号82ページ。
  - 20) 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187ページ。
  - 21) 佐藤・前掲(注2) 220ページ。
  - 22) 原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(成文堂、2018) 30ページ。
  - 23) 佐藤・前掲(注2) 230ページ。
  - 24) 佐藤・前掲(注2) 154ページ。
  - 25) 有力説というのは、実行の着手について、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点から見て未遂処罰にふさわしい段階に至っているかという判断枠組みである。佐藤『詐欺罪における実行の着手—最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として』(刑法ジャーナル、2018) 26ページ。
  - 26) 刑集72巻1号82ページ。
  - 27) 前掲最判平成30年3月22日。
  - 28) 樋口亮介『実行の着手—最高裁第一小法廷平成30年3月22日判決を踏まえて—』(東京大学法科大学院ローレビュー、2019) 56ページ。
  - 29) 西田・前掲(注2) 306ページ。
  - 30) 樋口・前掲(注28) 56ページ。
  - 31) 甲斐克則、劉建利『中華人民共和国刑法』(成文堂、2011) 79ページ。
  - 32) 野村稔、張凌『注解・中華人民共和国刑法』(成文堂、2002) 49ページ。
  - 33) 野村稔、張凌・前掲(注32) 49ページ。
  - 34) 野村稔、張凌・前掲(注32) 49ページ。
  - 35) 徐逸仁『故意犯罪段階形態論』(復旦大学出版社、1992) 87、88ページ。
  - 36) 張明楷『刑法学(第四版)』(法律出版会、2011) 292ページ。
  - 37) 黎宏『論未遂犯の成立要件』(云南大学学报法学版、2004年第2期) 6ページ。
  - 38) 張明楷・前掲(注36) 319ページ。
  - 39) 趙秉志『論犯罪実行行為着手の意義』(東方法学、

- 2008) 14 頁ページ。
- 40) 趙秉志・前掲(注39) 14 ページ。
- 41) 張明楷・前掲(注36) 292ページ。
- 42) 趙秉志・前掲(注39) 14 ページ。
- 43) 中国は大陸法の国として、判例は法的拘束力がない。この部分は、中国の実行の着手に関する事例を分析し、中国の実行の着手の通説を検討した。
- 44) 王志勇『犯罪着手理論梳理与实践案例』(個人図書館、2019) 12ページ。
- 45) 西田・前掲(注2) 61ページ。
- 46) 山口・前掲(注2) 25ページ。
- 47) 佐伯・前掲(注2) 344ページ。
- 48) 佐藤・前掲(注2) 105ページ。
- 49) 西田・前掲(注2) 306ページ。
- 50) 佐藤・前掲(注25) 23ページ。
- 51) 井田・前掲(注2) 397ページ。
- 52) 井田・前掲(注2) 397ページ。
- 53) 井田・前掲(注2) 397ページ。
- 54) 山口・前掲(注2) 283ページ。
- 55) 山口・前掲(注2) 283ページ。
- 56) 李海東『社会危害性と危険性：中、独、日刑法の比較考察』(刑事法評論、1999) 参照。