

「実行の着手時期」論の再定位

— 杉本一敏「刑法の思考と論理」を読んで

小林 憲太郎

- I はじめに
- II 「犯罪の実行に着手して」（刑法43条本文）の「最も明確な文理的・形式論理的な解釈」（杉本1：81頁）について
- III 構成要件該当行為の始点が有する理論刑法学的意義について
- IV 「最後の一突き」型と「積み重ね」型という2つの犯罪類型について
- V 総括

I はじめに

本稿の表題にある「実行の着手時期」論は、二重の意味で手あかのついたテーマである。第1に、古くから学説・実務上の最重要論点のひとつとされ、論文や判例の蓄積も非常に多い。第2に、近時になって注目すべき最高裁判例が立て続けに出され、これに呼応するかたちで学界においてもさらに議論がさかんになったものの、少なくとも、議論の仕方、大まかな方向性については次第に共通理解が形成されつつある。その詳細な紹介は紙幅の関係でなしえないが、要するに、対立軸を共有する者の間で「肯定説 VS 否定説」といった類の論争が行われる、という段階に達しつつあるのである。これは、「成熟した」論点にはよくあることである。

ところが、この度、「刑事法ジャーナル」誌において杉本一敏教授が開始された連載「刑法の思考と論理」は、その冒頭でこの「実行の着手時期」論をとりあげ、斬新な視点と強力な論理を持ち込むことにより、幸か不幸かすべての手あかを落としてしまった。われわれ理論刑法学を生業とする者は、この先、杉本教授が設定された新たな枠組みのもとで、再びこのテーマに取り組みなけ

ればならなくなつたのである。本稿はその露払いとして、どちらかといえば伝統的な立場に基づき、あえて、杉本教授登場以前の状態に戻るべきとする方向の議論を展開してみたい。それが杉本教授により、改めて吹き飛ばされてしまった暁には、再々度の対応を考えることとしたい。

なお、本稿においては、杉本一敏教授を端的に杉本と表記するとともに、たとえば、杉本連載の第1講○頁を「杉本1：○頁」のように引用する。とくに、本稿で参照する第1講は刑事法ジャーナル67号(2021)、第2講は68号(同年)、第3講は70号(同年)に掲載されていることを付言しておく。

Ⅱ 「犯罪の実行に着手して」(刑法43条本文)の 「最も明確な文理的・形式論理的な解釈」 (杉本1：81頁)について

1 杉本の記述

杉本は、標題の解釈からすれば「犯罪の『実行の着手』は、問題となっている各則規定の『構成要件該当行為』を開始した時点で認められるべきものであろう(いわゆる「形式的客観説」)」(杉本1：81頁)という。そして、ひとたび実質的な判断による「前倒し」を認めたならば、(判例に登場した判断要素だけを見る限り、)そこに限界を画することができるような論理は内在していないとされる(杉本1：81・82頁)。これこそ、杉本が今日における学界の主流に正面から逆らい、「『形式的客観説』の発想を可能な限り突き詰めてみたいと考える」(杉本1：82頁)理由である。

2 検討

私はこの、「論理的に考えればそうならざるをえない」と思わせるような、つまり、学界の主流を一瞬で崩壊させてしまいかねない明快な記述に接し、一瞬、説得されかかってしまった。しかし、よく考えてみると、あらがう余地がないではない。そのことを以下にもう少し詳しく述べる。

たとえば、会議が始まって30分以上経ってから参加してきた(遅刻の常習犯である)同僚に対し、われわれは「おいおい、時間を守れよ」と声を荒げていうだろう(実際には、「あ、どうもお疲れさまです。いま始まったばかりです」と笑みを浮かべながらいうのであるが……)。ここで、われわれが了解可能なことば

を発しているという前提に立つために、あらかじめ「時間」という概念と「守る」という概念をおのおの正確に定義しておかなければならない、というのは馬鹿げた発想である（もっとも、なぜ馬鹿げているかを精密に示したのは、ヴィトゲンシュタインの『哲学探究』が最初であった）。「時間とは何か」という「哲学的な」問い、直示的な定義を求める意味はなく、ただ、その同僚に対してわれわれの怒りとその理由をぶつけ、この先、その同僚が行動を改める可能性を高めることができればそれでよいのである。

「犯罪の実行に着手して」にも同様の理が妥当する。「犯罪」、「実行」、「着手する」という概念をおのおの定義してはじめてその完全な意味が生まれる、というのは誤りであって、未遂犯としての処断がふさわしい段階に達している、という趣旨が（爾後の裁判所等の行動を見ることで）解釈者に伝わっていると判断できればそれでよいのである（なお、私は、既遂到達の具体的・現実的危険性という意味における未遂犯の不法が書かれざる構成要件要素であると解しているが、それはここでは検討の対象から割愛する）。私はかつて、このことを、「原稿の執筆に着手する」ということばを例にとり示したことがある¹⁾。このことばが解釈者に対し、あらかじめ原稿執筆行為の外延を明らかにせよと要請している、というのはおかしな話であって、要は、プロットを練るという「脳内」作業はもう終わったので、脱稿までそれほどは待たせませんよ、とあって催促してくる編集者を安心させ、あるいは「撃退」(!?) できればそれでよいのである。

こうして、一見すると見事な説得力を有する杉本の出発点も、実は盤石の論理を用意できているわけではないことが分かる。

Ⅲ 構成要件該当行為の始点が有する理論刑法学的意義について

Ⅰ 杉本の記述

さて、Ⅱで見たのは、「犯罪の実行に着手して」ということばが有する言語論的な意味であった。このような検討作業が必要となったのは、杉本が文理や形式論理を解釈の前面に出し、学界の主流に対して果敢に挑戦しようとしたためであった。しかし、このように明晰なかたちで言語化して、構成要件該当行

1) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018）437頁を参照。

為そのものの始点にスポットライトを当てたのは杉本がはじめてであるとしても、実は、学界の主流自体が暗黙のうちに当該始点の確定を前提として議論を展開しており、ただ、その確定方法をないがしろにしているために構成要件該当行為の限定がまったく機能していないだけである、ということはあるであろう。実際、杉本は純粋な結果犯の規定のみならず、行為手段の限定がある結果犯の規定においても、因果関係をさかのぼりうる限りは構成要件該当行為となりうるはずである、という批判を形式的客観説に対するものにとらえているが(杉本1:89頁以下)、学界の主流もまた——現実には主張されたことがない、100%純粋の実質的客観説によるのでない限り——あくまで構成要件該当行為からの前倒しを論ずるものであるとすれば、やはり同じ批判を受けなければならない。要するに、学界の主流もまた、「構成要件該当行為の始点を定めることに理論刑法学的な意義がある」という点においては、杉本と共通理解を有しているのである。

2 検 討

ここでは残念ながら、私は杉本の主張にあらがうに際し、学界の主流と共闘態勢を組むことができない。しかし、それでもやはり、次の事実だけは述べておかなければならない。すなわち、構成要件該当行為の始点を定めることには何らの理論刑法学的意義もない²⁾、という冷めた、にもかかわらず、よく考えると当たり前の事実である。

実行の着手時期、つまり、未遂犯としての処断がふさわしい段階に達しているかの判断が、理論刑法学上、いかなる所に位置づけられるべきであるかには争いがあり、行為規範違反という意味における不法にかかわるのだという見解

2) ここでは「理論刑法学的意義」として実行の着手時期を想定しているが、一部の学説は構成要件該当行為の始点を前倒しすることから、その(一部)遂行ないし遂行の約束によって基礎づけられる実行共同正犯の成立範囲が拡張するという効果が生じる、と主張している。樋口亮介「薬物輸入の罪における共同正犯(その1)」法学セミナー810号(2022)96頁などを参照。しかし、実際には実行行為をいっさい担当しておらず、ただ、犯行計画立案段階で担当を約束しただけの者を実行共同正犯とよぶのは通常の用語法から乖離しており、非常にミスリーディングである。また、この点を措くとしても、実行共同正犯と共謀共同正犯とは認定論上意味をもつ事例類型としての区別であり、その理論的観点から見た成立要件に差があるわけではないから、実行共同正犯の成立範囲の変動をもって「理論刑法学的意義」と称することはできないであろう。詳しくは、小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判例時報2480号(2021)93頁以下を参照。

と、不法への傾向性の外部化という意味における責任にかかわるのだという見解とが対立している³⁾。しかし、そのいずれによるのであれ、構成要件該当行為の始点を定める意味はまったくない。単に、行為者が犯行計画上、なすべきであったことをすべてなし終えたのと価値的に見て同程度に、それぞれ、たとえば、「殺人行為に出るな」という行為規範に違反したものと評価しうるか、殺人に対する行為者の傾向性が行為に出ることをとおして外部化したものと評価しうるか、という点を明らかにすれば足りる。したがって、しばしば用いられる「構成要件該当行為との密接性」という表現もまた、厳密にいうと、構成要件該当行為の始点との密接性という趣旨ではなく、あくまで、前記「すべてなし終えた」段階との密接性という趣旨に理解されるべきであるし、実際にもそのような趣旨で用いられていると思われる。

こうして私は、杉本が自説に対する批判ととらえている、その仮想批判者自身が自家撞着を起こしていると考えるが、この点を措けば、杉本がわざわざ同批判の射程を拡張してやっている（いわば、敵に塩を送っている）ことはまったく正しい。「行為手段の限定がある結果犯の規定においては例外的に形式的客観説」などという命題は成り立たないからである。たとえば、詐欺罪（刑法246条）においては処分（交付）行為者の錯誤という中間結果が要求されているだけであり、同じく、強盗罪（刑法236条）においては奪取の障害となるべき者の不法な物理力に基づく反抗抑圧状態という中間結果が要求されているだけであって、それら中間結果を引き起こす手段に関し、純粋な結果犯とされる罪にはない何か特別の限定がかかっているわけではない⁴⁾。

IV 「最後の一突き」型と「積み重ね」型という 2つの犯罪類型について

1 杉本の記述

これまで見てきたように、杉本の議論は、私（や場合によっては学界の主流）にとっては支持しえない出発点に基づくものであった。しかし、実をいうと、杉本自身が本当にいいたかったのはこれから述べることがらであり、その前提

3) 詳しくは、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社、2021）573頁以下を参照。

4) 小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』（新世社、2020）244・245頁を参照。

部分はある意味でどうでもよい(つまり、これから述べることがらの伏線ないしリードとして整合性を備えてさえいれば、どんな内容であってもかまわない)というのが本当のところではなかったか、と私は大いに疑いたくなる。実際、私が杉本の議論に接して最も感銘を受けたのもこれから述べることがらであり、その理論的な位置づけはともかく、少なくとも実質的な中身自体はいかなる立場の論者にとっても有用であると断言できる。その、これから述べることがらこそ、ゴールドマンの行為生成論を参照しつつ生み出された犯罪類型の二区分である。

杉本によれば、犯罪類型には次の二区分が存在する。すなわち、「①第1のタイプは、1個の基礎行為(動作)だけから構成要件該当行為が『生成』されるような構成要件を持つ犯罪である。②第2のタイプは、複数の基礎行為(動作)の連続体・集合体があって初めて、当該規定が想定する構成要件該当行為が生成され得るような犯罪である。①を『最後の突き』型犯罪、②を『積み重ね』型犯罪と呼ぶことにして……それぞれの犯罪における『実行の着手』判断の特徴を考えてみる」(杉本1:99頁)というのである。そして、①において着手(未終了)未遂を認めるためには、「実質論による未遂罪処罰範囲の拡張(真正の「前倒し」)が必要となるの」(杉本1:100頁)に対し、「そのような要請が存在しない②の類型においては、原則通り、『構成要件該当行為』の開始をもって未遂罪の成立時期と解すべきであり、専ら問題として残るのは『東行為』〔前記「連続体・集合体」のこと〕として観念される構成要件該当行為の『始点』の確定だけである」(杉本1:101頁)とされる。

2 検 討

さて、繰り返しになるが、このような犯罪類型の二区分が、構成要件該当行為の始点を標準とする形式的客観説の適否において意味をもつ、と主張することはできないと私は考えている。というのも、そもそもそのような形式的客観説自体が成り立たないからである。構成要件該当行為の始点などというのは、刑法43条本文の言語分析によっても、あるいはまた、未遂犯の不法および責任に関する理論刑法学的考察によっても、何らかの地位を獲得することはない。

しかし、それでもなお、杉本のもたらした知見は非常に重要である。とくに、しばしば行われているように、「前倒し」の限界を密接性という単一の概

念により画そうとしたところで、そして、その内容を各論者による未遂犯の構造理解に従って方向づけたところで、一定の下位基準を設けておかない限り、現実の事案に接して判断不能に陥るおそれがあるからである。たとえば、杉本はドイツのある裁判例の事案を例にとりつつ、『まずは相手の信頼を得るために親戚であると嘘をつく行為』は、それ自体確かに虚言ではあっても、それに続く『被害者の財産処分の決意に向けた虚言群』と一体となって詐欺罪の構成要件が想定する欺罔行為の構成部分となっている、とは言えない（杉本1：98頁）と分析しているが、そのような分析は、何も「〔同裁判例は、〕概念的に見て問題の構成要件に形式的に該当する行為の開始に『未遂罪の成立時期』を見出すという『構成要件の部分的実現ルール』を正しく適用したものであ」（杉本1：98頁）るとして、形式的客観説を救うためだけに役立つわけではない。そうではなく、密接性を現実のケースにあてはめようとする際、その具体的な指針としても大いに役立つのである。

たとえば、便宜的に私見に依拠させていただくと、単に相手と話をするとっかかりを作るため、自分に興味をもってもらおうと属性や肩書を偽るくらいならば、世の中でしばしば行われていることであり、「処分（交付）行為者に虚偽情報を入力して、わざわざ自分から積極的に客体を交付してくれるよう仕向ける（つまり、処分〔交付〕行為者自身を客体の占有移転に関する協力者に仕立て上げる）」という、詐欺特有の不法に対する行為者の傾向性が行為をとおして十分に外部化したものとは評価しえないであろう。これに対して、近時の最高裁判例（最判平30・3・22刑集72巻1号82頁）の事案のような段階にまで立ち至れば、そのような評価が可能となってくる⁵⁾。そして——やや自虐的になるが——このような抽象的で分かりにくい判断を端的にいいあわすものとして、杉本のいう「それに続く『被害者の財産処分の決意に向けた虚言群』と一体となって」という基準が大いに力を発揮するのである。後知恵であるが、私もこのように表現すればよかったと反省している。

とはいえ、杉本の議論の意義や有用性についてまったく疑問がないかといえ、必ずしもそうではない。ここでは、私が決定的に重要であると考える2点をあげておく。

5) 詳しくは、小林・前掲『刑法総論の理論と実務』449頁以下、同・前掲『刑法総論〔第2版〕』250・251頁を参照。

第1に、「積み重ね」型犯罪とされるものにおいて杉本が展開している議論は、前述のように、密接性の中身を具体化するという作業に際しても大いに有用性を発揮する。しかし、他方において、「最後の一突き」型犯罪とされるものにおいては、おそらく、たとえば、私がこれまで展開してきたような抽象的(?)な議論しか、杉本もできないのではないか⁶⁾。いや、これは自戒の念を込めての話であるのだが。

第2に、杉本が示した犯罪の2つの型は、実は、密接性に関して具体的な基準を語りやすい事案類型と語りにくい事案類型を区分するものにすぎず、規範的な意義はまったくない(したがって、第1の点、すなわち、「最後の一突き」型犯罪においては密接性に関して具体的な基準を出しにくい、というのは定義上そのようなのであり、ことばの本来の意味において「恒真命題」である)。私自身は、これまで述べてきたように、杉本の議論は密接性を具体化する際の指針として意義をもつと考えているから、それでまったくかまわないのだけれども、誤解する向きもあるであろうから改めて注記しておきたい。たとえば、杉本自身も、詐欺罪や製造罪などが「積み重ね」型犯罪の典型例だと述べているが(杉本1:102頁)、特定の型が特定の不法類型と規範的な意味において結びつくことはありえない。「人から金をだまし取る」装置や、「製造が禁止されているものを製造する」装置のスイッチを入れるのは「最後の一突き」型犯罪である⁷⁾。密接性の標準を「それに続く『被害者の財産処分への決意に向けた虚言

6) 実際、杉本3:97頁以下は、「最後の一突き」型犯罪における実行の着手時期の「前倒し」の標準のひとつを、被害者の抵抗力の排除に求めているが、それは、杉本の想定している犯罪類型において、私がしてきた議論と実質的に異ならない。しかも、この先、制度に対する罪(蓄積犯)など、被害者を観念しえない犯罪類型をも想定して、杉本が前記標準を再構成していくことを考えると、その抽象度はかなりのレベルに達するであろう。

他方、杉本3:104頁以下がもうひとつの標準として掲げる、「合理的行為者が犯行計画を再考慮する動機づけを失った」時点というのはやや理解しがたい。それは煎じ詰めれば、行為者に再考慮させるには新たな動機づけが必要ということであろうが、そのような状況は犯行計画のいかなる段階においても発生しうからである。

7) これに対して杉本2:113頁は、手紙の投函やメールの送信による欺罔の例をあげつつ、そのような場合であっても、「被害者の『読む行為』を介して欺罔という東行為が完成に向かう」から「積み重ね」型犯罪であるという。しかし、そのような補助仮説は、被害者の健康状態が複雑なプロセスにより幾段階にもわたって悪化し、ついには死に至ることを介して完成に向かう(投毒による)殺人が、やはり「最後の一突き」型犯罪とされることと整合しない。あるいは、そのような補助仮説を立てないと実行の着手時期が早まりすぎることを懸念したのかもしれないが、それは東行為を観念しようがしまいが同等の蓋然性をもって生じる離隔犯の問題に

群』と一体となって」のように具体的に表現しにくいからである。

V 総 括

杉本は、その真意はともかく、少なくとも外形上は、形式的客観説に対する「未遂犯の成立時期として遅すぎる／早すぎる」という批判と戦おうとした。そして、「遅すぎる」という批判は「クロロホルム事件」（杉本1：85頁）を、「早すぎる」という批判は「『詐欺罪』のケース」（杉本1：85頁）を、それぞれ想定したものとされている。これらの批判に対する杉本の反応は、前者につき形式的客観説をあきらめ「前倒し」を認める一方、後者につき同説を貫徹するというものであった。その過程でわれわれの前に提示された「人の『行為』の論理構造」（杉本1：91頁）は、それ自体として圧倒的な説得力をもっており、まさに、目の前が白く開けるという意味において真に「面白い」⁸⁾。いな、それにとどまらず、現実の事案において「未遂犯の成立時期」を判定するにあたって、大いに参考になる知見を含むものといえる。ただ、杉本の議論に触れて最大の衝撃を受けた私は、冷静になってから正反対の結論をとらざるをえなかった。つまり、構成要件該当行為の始点を標準とする形式的客観説などというものは、言語論的にも理論刑法学的にも、はじめから存在しない見解なのである。

ほかならない。

8) 大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣，2000）290頁。