

実行の着手における「直接性要件」について

Zum “Unmittelbarkeitserfordernis” beim Versuchsbeginn

四條 北斗

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2008年9月15日 受理

目次

1. 序
2. 建築用品店事件—Baumarkt-Fall—
3. ドイツにおける学説の展開の概観・検討
4. 私見
5. 結語

1. 序

わが国の刑法43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、…」と規定しており、行為者が犯罪の実行に着手したことが未遂と予備との限界を画することになる。「実行の着手」の判断については、「客観的な基準によって実行の着手を判断しようとする『客観説』が定説となっている⁽¹⁾とされ、客観説の内でも、形式的客観説は「未遂犯の成立時点が一般的に遅すぎて結論の妥当性を担保できず、支持を失うに至って」⁽²⁾おり、実質的な基準を用いる見解が通説化している⁽³⁾。

しかし、「主要な犯罪類型に関して未遂のほとんどが可罰化されている現行刑法典においては、未遂犯の成立時点が実質的には行為の可罰性の境界を画することになるから、そ

れは可能な限り明確で法的安定性に寄与するものでなければならない。そこから、翻って形式的基準の重要性が再認識され⁽⁴⁾、実質的客観説の修正見解⁽⁵⁾や修正形式的客観説⁽⁶⁾が主張されるようになってきている。実行の着手をめぐる現在の課題は、「(行為時において)既遂結果に至る実質的な危険性の認められるための要件や、『実行の着手』行為として要求される構成要件的行為への接着性・直前性の認められるための要件を明確化すること」⁽⁷⁾にあるといえよう。

本稿では、この課題について、構成要件実現の「直接的開始」とは何かという点を中心に展開されてきているドイツの議論を参考にしながら、検討を加えることにする。もっとも、ドイツ刑法22条には、「所為についての自らの表象に従って構成要件の実現に直接的に着手した者は、…」と規定されており、判断の基礎に行為者の主観的事情がおかれることについて争いはない。判断の基礎に行為者の主観的事情を含むか否かについて条文上開かれてはいるわが国の状況とは、この点で異なる。

しかし、わが国においても、学説に関して、「今日、結果無価値論・行為無価値論の対立

にもかかわらず、何らかの形で行為者の主観面を考慮しなければならないという点については、多くの見解が一致しているといえよう。」⁽⁸⁾とされ、判例に関しても、「現在の判例理論は、実質的客観説・行為犯説を基本としつつ、行為の具体的・実質的危険性の判断枠組みを、行為者の主観的な計画・目的・意図等との関連において借定される事象の全体的な因果経過の中に見出し、既遂結果に至るまでの障害がほぼ無くなった・因果経過の展開が自動性を帯びた、という意味における客観的な危険性が認められる時点で『実行の着手』を認めていると解され」⁽⁹⁾とあり、さしあたり、行為者の主観的事情を判断の基礎におくドイツの議論を参考にすることにも意義があると思われる。

以下では、まず近時のドイツにおいて窃盗未遂の実行の着手時期が問題になった建築用品店事件 (Baumarkt-Fall) を概観する。その後、ドイツにおける学説の展開を批判的に検討し、私見を述べることにする。尚、本稿の検討の対象は、作為による単独正犯に限定され、また、作為による単独正犯においても、離隔犯や原因において自由な行為等との関連は検討の対象ではない。

2. 建築用品店事件—Baumarkt-Fall⁽¹⁰⁾—

本件は地方裁判所の裁判例ではあるが、その主要な論点は窃盗罪の実行の着手という古典的かつ実践的なものである。以下、事実の概要および判決の内容を概観する。本件についての私見は、学説を検討した後で述べる。尚、本件は二人の被告人による窃盗未遂の共同正犯の事案であるが、実際上も共犯の問題は論点になっておらず、本稿でも共犯の問題は検討の対象ではない⁽¹¹⁾。

2.1. 事実の概要

2004年7月2日、被告人兩名は19時頃にベルリンにある建築用品店の売り場に行った。彼らは、予めなしていた決意に従っ

て、そこに陳列されている高価な工具等合計1613.80ユーロ分の商品を取り出し、従業員に認識不可能な方法で、それらの商品を三つの箱に詰め、警備の厚い店舗内売り場から警備の薄い屋外売り場に持ち出した。彼らは、閉店後に支払いをせずにそれらの商品を搬出する目的で、そこで商品の入った箱を三つの天水桶の中に隠した。その後、被告人兩名は別々に売り場から出て行き、レジ区画を去った。間もなくして、彼らは警備員に窃盗未遂の疑いで逮捕された。

尚、屋外売り場は、三本の有刺鉄線が張り巡らされている高さ約3mの柵状のフェンスで保護されているだけであった。同所は、2004年に既に何度か、フェンスを乗り越えるか、あるいはフェンスの柵を工具で切り開いたり、こじ開けて、夜間に侵入されていた。

2.2. 判決の内容

ポツダム地方裁判所は、「被告人兩名は、犯行日の閉店間際に、高価な電気器具と工具をまず三つの箱に入れ、さらにその後、従業員に分からないように三つの天水桶の中に隠すために、その建築用品店の屋外売り場に持ち出すことによって、共同してなした犯罪の決意に基づき分担して共働した。」⁽¹²⁾と認定し、被告人兩名に窃盗未遂の共同正犯を認めた(ドイツ刑法242条1項、同条2項、22条、25条)。

実行の着手の判断公式については、判断の基礎にとって「重要であるのは、行為者が行為時に、いかなる所為の経過を自らの行為に表象しているのかということである。」⁽¹³⁾とする。判断の基準については、次のように述べる。すなわち、「直接的着手は、一般に、所為計画に従えば構成要件要素の実現の直前に位置していて、進展が妨害されない場合には、本質的な中間行為がなくとも、構成要件的行为に直接的に通じるような、行為者の行為の際に認められる。原則的に、そのかぎりでは、行為者の表象によれば進展が妨害されない場合に直接的に構成要件の充足に至る危

殆化行為、あるいは、構成要件の充足と直接的な場所的・時間的連関の内にある危殆化行為が、存在していなければならない。このことは、判例によって展開されてきた公式に従えば、行為者が主観的に『さあ、やるぞ』という閾値を踰越し、彼の表象によれば保護法益を具体的に切迫した危険に陥れる行為の場合に、充足されているのである。』⁽¹⁴⁾

また、窃盗の具体的な構成要件との関連では、本件のように、行為者が目的物をさしあたり占有権者の支配領域内に隠す場合、「隠匿によって占有権者の握持可能性〔Zugriffsmöglichkeit〕が実際に挫折させられているのかどうか、そして、後の搬出が実際上すでに獲得されている行為者の物の支配の最終的な確保を意味しているのかどうか」が問題である。』⁽¹⁵⁾とする。

このような判断枠組みのもと、ポツダム地方裁判所は、本件の具体的事実との関連では、以下のように判断した。まず、実行の着手の主観的要件については、「…被告人兩名の表象形象によれば、彼らは、商品の運び出しと屋外売場での隠匿によって、『さあ、やるぞ』という閾値を踰越していたのである。』⁽¹⁶⁾とし、客観的要件については、屋外売場に商品を持ち出し隠匿することについて、「屋外売場は、建築用品店の売場に比べて、単に高さ3mのフェンスによって保護されていただけであったので、屋外売場の侵害客体は被告人らの握持に脅かされていたのであり、具体的に危殆化されていた。』⁽¹⁷⁾としている。さらに、窃盗罪の要件のうち握持可能性については、本件では商品は未だ権利保有者の占有領域内にあったが、それらは従業員にはもはや認識不可能であったのであり、それ故「従業員たちの握持はすでに広範に挫折させられていた」とする⁽¹⁸⁾。物の支配の最終的な確保については、犯行時刻（閉店直前の時刻）に着目して、「盗品は密接な場所的・時間的連関の内に搬出されるはずであったのであり、したがって、最終的な確定された占有が基礎付けられることになるはずで

あった。』⁽¹⁹⁾としている。

本判決は、実行の着手の判断にあたって、判断の基礎を行為者の所為についての表象に置く。これは現行ドイツ刑法の条文から当然のことであろう。判断の基準については、複数の基準が複合的に用いられている。すなわち、客観的な基準としては中間行為の不存在、時間的・場所的連関、法益の危殆化であり、主観的な基準としては「さあ、やるぞ」という閾値の踰越である。そして、被告人兩名の屋外売場に商品を持ち出し隠匿する行為は、これらの複合的な基準を充たすものとして、窃盗未遂が肯定されたのである。

3. ドイツにおける学説の展開の概観・検討

3.1. 従来の見解の概観・検討

ドイツでは従来、建築用品店事件判決でも用いられた中間行為の不存在、時間的・場所的連関、法益の危殆化が、実行の着手の「直接性」の基準として主張されてきた⁽²⁰⁾。ここでは、ドイツで主張されてきた主要な見解とそれに対する批判を簡潔に概観しながら、検討を加える。

(1) 中間行為の不存在

まず、中間行為の不存在を基準とする中間行為説（Zwischenaktstheorie）ないし部分的行為説（Teilaktstheorie）が挙げられる。例えば、Rudolphiによれば、「——個々の行為者の計画に従えばその行為と本来的な構成要件的行為の間にさらなる本質的な部分的行為が存在しないが故に——自然的見解にとってその構成部分として顕れるような行為」⁽²¹⁾が存在する場合に直接的な着手が認められる。もっとも、Rudolphiも、このような一般公式にさらなる具体化が必要であることを認めている。そのために、Rudolphiは犯罪実現の段階に関する典型的順序を展開するのである⁽²²⁾。

またKühlも、「ドイツ刑法22条の直接性

要件は、行為者が構成要件の実行行為の直前にいることを要求している。実行状況に到達するために行為者がまだ一つあるはいくつかのステップを踏まなければならないような場合、行為者はまだ予備段階にいるのである。実行状況とは、構成要件の実行行為に移行されうるような状況である。したがって、未遂を基礎付けているのは、進展が妨害されない場合には中間行為がなくとも構成要件の実現に至る行為である。」⁽²³⁾と中間行為説の基準を採用している。

この見解に対しては、そもそも何が最終的な行為であったのかを正確に確定することができないという批判がなされてきた⁽²⁴⁾。銃を持ち上げ、構え、安全装置をはずし、引き金を引くという一連の行為は、素人にとっては個々別々のように思われるかもしれないが、玄人たとえば猟師にとっては単一の行為といえるであろう⁽²⁵⁾。もっとも、このような批判に対しては、Kühlが次のように答えている。すなわち、「このいわゆる部分的行為説(ないし中間行為説)を適用する際には、行為者の全体的行態が人為的に分割されるわけではないということが、顧慮されるべきである。……ピストルを持ち上げ狙いをつけるという非本質的な中間行為は、この説の意味における独立的な部分的行為ではない」⁽²⁶⁾と。しかし、本質的な中間行為と非本質的な中間行為を分かち基準——Rudolphiによれば自然的見解ということになろう——は、依然として不明瞭である。自然的見解を用いることによって、この見解は、「厳格な構成要件的な結びつきを失う危険に陥っている」⁽²⁷⁾のである。

さらに、Rudolphiによってなされた、犯罪実現段階の典型的順序の展開も十分な説得力を持っていないように思われる。なるほど、犯罪の道具の調達・製造、行為地を訪ね・そこに留まること、犯罪の機会の探知・創出、障害の除去、それらは原則的に未遂を基礎付けるものではない。しかし、「行為者の計画に適合する行為が、事態の進展に障害がなけ

れば、直接的に法律上の構成要件の実現に至る場合」や、「構成要件該当行為が、それらに直接的に引き続いてなされる場合」には、それらは未遂になるという指摘⁽²⁸⁾に対して、この見解から説得的に答えることができるのであろうか。

(2) 場所的・時間的連関

つぎに、場所的連関や時間的連関を基準に「直接性」を判断しようとする見解が挙げられる。Roxinによれば、最終的な部分的行為の一步は、「密接な時間的連関」と「被害者領域ないし構成要件領域への作用」という二つの補助概念によって確定されるべきである⁽²⁹⁾。例えば、行為者が車内から何か盗もうとして開いている窓から車の内部に手を入れた場合、奪取が直ちになされ(密接な時間的連関)、被害者の占有領域である車の内部(被害者領域)に既に立ち入っているので、窃盗未遂が肯定される⁽³⁰⁾。この二つの決定的な基準が充たされている場合、「中間行為」は重要ではないが、これらは共に存在していなければならない、どちらか一方では十分でない⁽³¹⁾。それ故、窃盗が車内に手を入れるつもりでその車の前に立っている場合、密接な時間的連関は存在しているが、被害者領域への作用が欠けているので、未遂は成立しないのである⁽³²⁾。また、行為者が他人をピストルで狙っているが、今のところ撃つつもりではない場合には、密接な時間的連関が欠けるので殺人未遂は成立しないとされるのである⁽³³⁾。

しかしながら、被害者領域への作用という基準については、既に、全ての構成要件に適用できる基準ではないという指摘がある。もっとも、Roxinは、「被侵害者の側の特殊な『領域』が欠けるところでは、構成要件領域に焦点が合わせられなければならない。」⁽³⁴⁾としている。例えば、通貨偽造は偽造活動への接近によって、したがって、時間的遅滞なく実行に移されうる偽造の目的で、ドイツ刑法149条に挙げられた客体を準備すること

で、着手が認められることになる⁽³⁵⁾。しかし、なぜ被害者領域が欠ける場合に構成要件領域が考慮されることになるのであろうか。あらゆる犯罪は構成要件に類型化されているので、構成要件領域を持たない犯罪は無いといえるのであれば、むしろはじめから構成要件領域を問題にすれば足りるのではなかろうか。翻って、被害者領域をとり上げる意義が問われることになろう。

また、密接な時間的連関という基準は多義的である。一般に判例は——建築用品店事件においてもそうであったが——時間的連関を、「さあ、やるぞ」という閾値を踰越しなければならぬとするように、主観的に理解しているとされる⁽³⁶⁾。学説においても、時間的連関が、行為者が直ちに所為を実行するつもりであるという意味で理解されている場合、例えば Roxin が、「行為者が他人をピストルでねらっているが、今のところ撃つつもりではない場合には密接な時間的連関が欠ける」とする場合、主観的に「さあ、やるぞ」という閾値が踰越されていないが故に、密接な時間的連関が否定されているといえよう⁽³⁷⁾。他方で、Kühl のように、密接な時間的連関を行為の直接性の基準——中間行為の不存在——を補充するものとして客観的に捉えることもある。その場合、密接な時間的連関は、「比較的多くの部分的行為をひとつの最終的な中間段階に括りうる」⁽³⁸⁾ものとして機能する。

しかし、時間的連関を主観的に捉える場合、「さあ、やるぞ」という閾値の踰越には、無条件の実行意思に関する証明以上のことは含まれておらず、したがって時間的要因は不要になろう。このような理解によれば、「もはや裁判官を介した法秩序ではなく行為者自身が、可罰的な未遂への閾値について判断を下すことになろう」⁽³⁹⁾という批判が妥当するようと思われる。また、それを客観的に捉える場合、客観的に最短の時間的間隔とは時間的に直接的に切迫していること、すなわちごく僅かな時間的距離を意味しているのだとし

たら、時間的に直接的であるためには、どの程度の間この客観的に最短の時間的間隔は続くことが許されるのであろうか。それはあまりにも不明確なのではないか。その場合、「時間的直接性は結局のところ時間的な度量衡単位をもはや意味しない」⁽⁴⁰⁾と言わざるをえないのではなかろうか。

(3) 法益の危殆化

最後に、法益の危殆化を問う危殆化説が挙げられる。例えば、Eser は、実行の着手の判断について、「行為者の計画に従えば行為者から見て当該法益が既に直接的に危殆化されているように思われる段階に既に到達しているかどうかということが、実質的に問われるべきである。」⁽⁴¹⁾とする。Otto もまた、「構成要件の実現の直前の時機を未遂の時点として理解するという立法者の意思に、もっとも危殆化説が適合する」⁽⁴²⁾として、危殆化説を支持している。Otto によれば、直接的な危殆化は、行為者の行態と期待された結果発生との間の場所的・時間的連関を前提にする⁽⁴³⁾。したがって、「ドイツ刑法 22 条の意味における未遂段階は、進展が妨害されない場合に直接的に構成要件の実現に至る行為によって、あるいは、保護法益を直接的に（具体的に）危殆化するほどに構成要件の実現との直接的な場所的・時間的連関の内にある行為によって始まる」⁽⁴⁴⁾ことになる。Otto は、このような立場から、構成要件が部分的に実現されている場合には原則的に保護法益の直接的な危殆化が存在するのであろうが、全く例外がないわけではないとし、次のような場合を例外として挙げている。すなわち、「たしかに同種ではあるが、『構成要件特殊』ではない行為」⁽⁴⁵⁾が問題になる場合である。

しかし、このような解釈に対しては、「ドイツ刑法 22 条では、構成要件の実現への着手が持ち出されているのであって、行為客体ないし法益の危殆化が持ち出されているわけではない。」と、条文の文言上の疑念が提起される⁽⁴⁶⁾。また、ドイツではいわゆる主観

的客観説に基づき、法益の危殆化は「行為者の視点からの具体的な危殆化」と理解されているが、このような危殆化という言明は、一般に明示される「進展が妨害されない場合に直接的に構成要件の実現に至る行為」あるいは「構成要件の実現との直接的な場所的・時間的連関の内にある行為」という基準に対して、なんら追加的な実質的基準を供給するものではない⁽⁴⁷⁾。さらに、「法益の危殆化は、抽象的危殆化犯の場合のように、それ自体が犯罪の既遂にとって全く要求されていない場合には、始めから問題にならない⁽⁴⁸⁾」という批判にも十分な答えを示せていないと思われる。法益の危殆化は既に第一の予備行為によって始まっていて、既遂に至るまで継続的に強まっていくので、「危殆化基準それ自体が、他方で制限的な付加を必要とする」のである⁽⁴⁹⁾。具体的な危殆化とはいかなる程度をいうのが判然としなければ、むしろ未遂の限界を不明確にするだけであるように思われる。

実際、Ottoは、直接的な危殆化が認められない場合として、例外的に「『構成要件特殊』ではない行為」の場合を挙げたが、翻ってこのことは、予備と未遂を明確に限界付けるためには、危殆化という漠然とした基準ではなく、何らかの形式的な縛りのある基準に頼らざるを得ないことを示しているように思われる。

3.2. 形式的な枠組みを重視する見解の概観・検討

さて、前項では、ドイツにおいて従来展開されてきた主要な見解について概観し、検討を加えた。そこでは、「直接性要件」を実質的に捉えるだけでは、実行の着手の判断を不明確なものにしてしまうのではないかという疑念が生じた。そこで、本項では、形式的な枠組みを重視する見解を概観し、検討を加えることにする。

(1) Voglerの見解

Voglerは、予備と未遂の区別に関して、個々の構成要件に焦点を合わせることで可能な限り形式的な判断公式を提供しようとする。Voglerによれば、未遂は非独立的な構成要件であるので⁽⁵⁰⁾、未遂不法に関して各論の構成要件が中心的な地位を獲得するのである。未遂の不法は内容的には既遂の不法と同一であり、「未遂不法そのものは存在せず、常に例えば殺人の不法、窃盗の不法、あるいは詐欺の不法しか存在しない」とされる⁽⁵¹⁾。いかなる近接関係で十分なのかについては、抽象的な未遂不法ではなく、法律の着手公式に従って確定されるという。その解釈は、法律が着手そのものではなく、各論の構成要件の実現への着手を規定しているので、不可避的に構成要件に関連付けられていなければならないとしている⁽⁵²⁾。

このような理解から、「構成要件の実現への直接的な着手は、行為者が——行為無価値それ自体を実現してはいないが——当該の構成要件にとって特殊である行為をなすことを前提とする⁽⁵³⁾」とされる。行態がこのような意味において構成要件特殊であるといえるためには、構成要件の実現の前にある段階が内容的に既に具体的な犯罪の構成要件的に類型化された不法に適合すること、すなわち、構成要件に内在する禁止の意味によって既に実質的に把握されることが決定的であるとしている⁽⁵⁴⁾。つまり、当該行態が、「許容しうる解釈によって言語的かつ実体的に当該の構成要件にとり入れられうる性質を持っていないなければならない」のである⁽⁵⁵⁾。

Voglerの見解は、なるほど、個々の構成要件の構造に目を向けずに何が構成要件の実現への着手なのかを述べることは不可能であるので、構成要件近似という指導形象に可能な限り適合させようとしている。しかし、同時に、それだけでは十分でないと批判されている。つまり、Roxinによれば、「未遂は構成要件とそれの『可能な言葉の意味』に制限されるのではなく、むしろ可罰性を構成要件の限界を越えて拡張するのであるから、単な

る構成要件解釈は狭く評価しすぎている」⁽⁵⁶⁾のである。また、Kühlは、「着手公式は、行為者が既に構成要件要素を実現していることを不可欠としておらず、このような見解は法律の要求以上のものを要求している」と指摘している⁽⁵⁷⁾。

しかし、Vogler自身が、本来的な実行行為の「前段階の現象それ自体は構成要件の一部ではない」ことを認め、さらに、このことは未遂の承認の妨げにならないとしているように⁽⁵⁸⁾、Voglerの主張は必ずしも一部実現を要求しているわけではないと思われる。Voglerによれば、「本来的な実行行為の前にある行為を構成要件の解釈によって得られた範囲内でとり入れることは、着手公式によってカバーされている」のである⁽⁵⁹⁾。そして、それは不法適合性要件において危殆化思考を基礎付けることによってなされる。つまり、「犯罪構成要件には法益侵害行為が類型化されているので、法益への危険を惹起するような実行行為の前域にある活動が未遂行為として考慮されるべきである。類型化された行為不法への接近が、前域の行為を法益にとって危険にする」のである⁽⁶⁰⁾。しかしながら、この点で、従来の危殆化説に対する批判が妥当してしまうように思われる。

(2)M.-K.Meyerの見解

M.-K.Meyerは、「直接性要件」の具体化を図る従来の基準は、適正な点を含んではいるが、満足できるものではないとして、刑法各論の構成要件を前提とする事例比較という「類型結合的考察法」⁽⁶¹⁾を提唱する。未遂の限界をめぐる重点は各論に移されることになる。M.-K.Meyerによれば、「構成要件の実現への直接的着手は、構成要件的行为すなわち当該の各論構成要件を指示している」のであり、それ故、構成要件の実現への着手の直接性は、犯罪の実現における抽象的な段階の範疇的記述とみなされるのではなく、むしろ各論の各々の犯罪の個別化された実行類型への関連付けがなされなければならないという

⁽⁶²⁾。

具体的には、窃盗罪との関連では、奪取という構成要件の行為から議論が始められるべきであるとし、「奪取への直接的な着手に関しては、物への握持可能性の創出が決定的である」とする⁽⁶³⁾。まず、判例に従って次のような類型が抽出される。すなわち、判例によれば、特定の場所あるいは家屋の敷地から盗みを働くつもりの方が既に前庭や玄関スペースで発見された場合、いかなる占有侵害も存在しないので、窃盗未遂は否定される。これに対し、行為者が既にその場所に到達していた場合、行為者は容易に目的物を握持することができるので、窃盗未遂が肯定される⁽⁶⁴⁾。さらに、窃盗の場合には、障害の排除つまり所有物のための保護的予防措置の排除と、十分な場所的接近が、追加的な制限的メルクマールになるとする⁽⁶⁵⁾。それ故、行為者が無施錠のドアの向こうの部屋にあると推測している客体をとるつもりである場合、行為者がドアノブに手をかけてひねったときにはじめて、その保護（障害）が排除される⁽⁶⁶⁾。

住居への立ち入りの類型では、「家主の不信任感」がメルクマールになるとされる⁽⁶⁷⁾。したがって、行為者が窃盗の意図で家主を呼び鈴を鳴らして出てこさせることによって住居に立ち入ろうとする場合、行為者が家主と知り合いである場合と、そうでない場合に分けられる。前者の場合、行為者は家主による監視を懸念する必要がないので、容易に手に取り隠すことができるような客体を盗もうとする場合、住居に足を踏み入れたときに直接的に着手しているが、後者の場合には事情が異なる⁽⁶⁸⁾。

さらに、行為者が、鍵のかかった場所にしまわれているか、あるいは隠されている客体——現金や貴重品——を手に入れようとしている場合、追加的な保護がされていることから、鍵の操作あるいは具体的な探索（引き出しに手をかける等）によって、窃盗未遂が開始されることになる⁽⁶⁹⁾。

スリの事例に関しては、「スリの資本は彼の敏捷な手」であるので⁽⁷⁰⁾、行為者が彼の前に立っている人との間で、その人のポケットから内容物を取り去るために腰の高さで手を動かしている場合、行為者がコートのポケットの高さで、目的物を探すために手で衣服を触って確かめる場合、このような行為者は、目的物の占有が容易に委ねられている者と同一視され、窃盗未遂が肯定される。

なるほど、M-K.Meyerの方法論は、「直接性要件」の具体化の重点を各論に移すことによって、個々の類型ごとに、妥当な着手時期を具体的に示すことができる。個々の類型がより精緻化されていくことによって、このような方法による解決もより厳密なものになるといえよう。しかし、このような各論的な類型化の際に、同時に、M-K.Meyerは従来の見解によって提示されてきた諸基準を、それらは全ての犯罪類型に適用可能であるわけではないが、個々の類型ごとに貢献するものであるとして、部分的に採用するのである。この点で疑問が生ずる。はたして、M-K.Meyer自身が従来の見解に対して指摘してきた批判が、そのまま反射的に妥当してしまうことにはならないのであろうか。個々の解決が各論に移されたといっても、従来の見解に対して示されてきた批判が解消されると思われないのである。

そもそも従来の学説が提供しようとしてきたものは、いわば「最大公約数」的な、一般的に適用可能な基準だったのではないだろうか。それを部分的に貢献できるものとして、個々の類型ごとに適用することは、全体として見た場合、かえって予備と未遂の限界を不明確なものにすることになると思われる。このような適用は、判断者の望み通りの結論を導くことを可能にしてしまうのではなかろうか。予備と未遂の限界を引くための一般公式の定立を放棄してしまうことはできないように思われる。

4. 私見

ドイツにおける学説の展開を批判的に検討しながら概観してきたが、以下では、これまでの検討を基に、建築用品店事件及び「直接性要件」の捉え方について私見を述べる。

建築用品店事件では、中間行為の不存在、時間的・場所的連関、保護法益の危殆化という客観的基準と「さあ、やるぞ」という閾値の踰越という主観的基準が複合的に用いられ、屋外売り場に商品を持ち出し隠匿する行為に窃盗罪の実行の着手が肯定された。しかし、そこで用いられた基準、特に客観的基準については、既述のようにそれぞれ問題があった。

まず、中間行為の不存在という基準については、本質的な中間行為と非本質的な中間行為の区別が判然としない。建築用品店事件においても、後の侵入行為がなければ窃盗は既遂になり得ないはずであるが⁽⁷¹⁾、その行為は本質的な中間行為とはみなされなかった。ポツダム地方裁判所は、屋外売り場への持ち出し行為が閉店間際の時間帯になされたことに着目して、目的物の搬出が密接な場所的・時間的連関の内になされることから、後の侵入行為は本質的な中間行為とは評価されないとしたが⁽⁷²⁾、ここでは中間行為の存否の判断が、実際上は時間的・場所的連関の判断にとって代わられている。

しかし、建築用品店事件の場合、営業時間中の店舗の売り場のような一般に開かれた空間に、——住居侵入罪は別として——窃盗罪の被害者領域を觀念することは不可能なように思われる。また、後の搬出行為との間の時間的連関についても、時間的連関を既述のように主観的に理解する場合、被告人は後の侵入行為の際にもう一度「さあ、やるぞ」という閾値を踰越しなければならなかったともいえよう⁽⁷³⁾。また、それを客観的に理解する場合にも、既に従業員に認識し得ない方法で屋外売り場に持ち出され隠匿されているので

あるから、屋外売り場からの搬出行為がその日の閉店後の夜でなくとも、翌日さらには翌々日の夜であろうとも、被告人たちは同様に目的物を奪取することが可能であったのではないか。したがって、時間的・場所的連関という基準は、具体的事実との関係においても明確な基準とはなりえないのである。

さらに、建築用品店事件では、直接性要件を満たすような保護法益の危殆化はどの時点で生じていたのであろうか。一方で、被告人が商品を店舗内で箱に詰める時点で保護法益の危殆化があるともいえようし、他方で、後の屋外売り場への侵入によってはじめて保護法益が具体的に危殆化されるともいえよう。どれ程の危殆化があれば直接性を認めることができるのかは、明確化されていない。

かくして、「直接性要件」を専ら実質的に捉えることは、実行の着手の判断を恣意的なものにしてしまう恐れがあると思われる。BGHが一般に実行の着手についての判断枠組みとしているように、これらの基準を複合的に用いることによって、この疑念が解消されるとは思われない。中間行為の不存在を基準としたRudolphiが犯罪実現段階の典型的順序を展開し、時間的・場所的連関を要求するRoxinが構成要件領域という要件を補充的にはあるが用い、さらに、保護法益の危殆化を要求するOttoが構成要件特殊な行為でなければならないとする場合、そこでは形式的な枠組みの考慮が欠かせないことを裏付けているように思われる。

しかし他方で、予備と未遂を限界付けるための総論的な一般公式の定立を放棄し、予備と未遂の区別の問題を専ら各論の問題にすることもまた支持しえない。このような方向性を明確に打ち立てたのがM.-K.Meyerの「類型結合的考察法」であった。しかし、建築用品店事件は、M.-K.Meyerが示した窃盗罪に関する分類のどの類型にあてはまるのであろうか。おそらく、新たな類型ということになる。しかし、新たな類型について判断をする場合、この方法論からは、判断者に判断の

指針を提供することができないのではなからうか。

したがって、「直接性要件」の理解に当たっては、形式的な枠組みとして各論の個々の構成要件を考慮しながら、同時に総論的な一般公式が定立されなければならない。このような正当な方向性を示すものがVoglerの見解であった。基本的に、「直接性要件」の内実は、当該行為が「許容しうる解釈によって言語的かつ実体的に当該の構成要件にとり入れられうる性質」⁽⁷⁴⁾を有していること、すなわち、構成要件に内在する命令・禁止の意味によって実質的に把握されることと理解されるべきである。このような解釈は、必ずしも構成要件の部分的実現を要求するものではない。むしろ、構成要件に内在する命令・禁止によって把握されうるような、本来的な構成要件行為と一体性をなす行為をその射程に含むのである。その一体性にとっては、当該行為が「侵害対象との（観念的のみならず）実際的な関係」⁽⁷⁵⁾を打ち立てたといえるかどうか、決定的になる。

「刑法は、行為規範として名宛人である国民に対し、一定の行為を命令・禁止する。この命令・禁止に客観的にも主観的にも違反することが犯罪の本質を形成する」⁽⁷⁶⁾のである。未遂規定は重大な犯罪について国家刑罰権の発動を早期化させる処罰拡張事由である。未遂処罰規定が置かれている個々の各論の規定は、既遂犯処罰規定よりも、当該行為の行為規範違反性を重視しているといえよう。したがって、未遂の成立時期については、まさに当該行為が規範の示す命令・禁止の意味によって把握されるか否かが、決定的であるといえよう⁽⁷⁷⁾。もっとも、Voglerが補充的に持ち出した危殆化基準は取り入れるべきではない。そもそも、保護法益の危殆化あるいは当該行為の危険性それ自体は、犯罪行為の的確性（不能犯）の問題であり、それは実行の着手「時期」を決める基準ではないと考える。行為の的確性が認められ、且つ、その行為が「直接性要件」を満たすことにより、可

罰的未遂が成立するのである。

わが国の条文解釈との関係では、塩見教授が主張されているように⁽⁷⁸⁾、43条の「犯罪の実行に着手し」という場合の「犯罪」とは各論の個々の犯罪構成要件を意味し、「実行」とは、構成要件中の動詞に当たる行為と解するべきであろう。そして、「着手」という文言が、本来的な構成要件行為と一体性をなす行為までを処罰範囲に取り込む根拠となる。ここにおいて「直接性要件」が問題になるのである。もっとも、塩見教授は直前行為の要件として自動性、時間的接性、被害者領域を挙げておられるが、本稿における検討の結果、時間的接性は直接性要件を基礎付けえず、被害者領域についてもまた、被害者領域が当該規範により保護対象とされているのではない限り、直接性要件を基礎付けえないのではないかと思われる。

最後に、建築用品店事例について、私見からの結論を述べる。ポツダム地方裁判所が窃盗罪の未遂を肯定したこと自体には賛同するが、既述のように、窃盗罪の実行の着手を認めるにあたり提示された基準は支持しえない。私見からは、むしろ行為者が店舗内売場で商品を箱に詰め始めた時点で、窃盗罪の実行の着手が肯定される。なぜならば、このような行為は通常の買い物客の取る行為とはいえず、この時点で、客観的に他人の物の占有に対する働きかけを始めたといえ、占有という侵害対象との実際的な関係が打ち立てられたといえるのであり、主観的にも規範に對峙しそれを克服したといえるからである。

5. 結語

本稿における検討課題は、実行の着手の判断における客観的要件としての「直接性要件」を如何に捉えるかということにあった。そのために、既に「直接性要件」について議論が蓄積されてきているドイツにおける議論を参考に検討を加え、以下の結論に到達した。すなわち、「直接性要件」の内実は、当該行為

が許容しうる解釈によって言語的かつ実体的に当該の構成要件にとり入れられうる性質を有すること、換言すれば、構成要件に内在する命令・禁止の意味によって本来的な構成要件行為と一体的なものと把握されること、そして、その一体性は、当該行為が「侵害対象との実際的な関係」を打ち立てていること、と理解されるべきである。

もっとも、本稿では、作為による単独正犯を念頭に検討がなされており、その他の形態の犯罪については検討の対象ではなかった。この点は、紙幅の都合もあり本稿では十分になされなかったわが国における学説・判例の検討とあわせ、今後の課題である。

(註)

- (1) 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年) 205頁。
- (2) 伊東研祐「特集・刑法典の百年 未遂犯論」ジュリスト No.1348 (2008年) 43頁。
- (3) 形式的客観説を基本的に維持する近時の見解として、森住信人『未遂処罰の理論的構造』(専修大学出版局、2007年) 174頁以下。
- (4) 伊東・前掲論文 43頁。
- (5) 参照、浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(成文堂、2007年) 371頁、同・「未遂犯の処罰根拠—実質的・形式的客観説の立場から—」現代刑事法第2巻第9号 (2000年) 36頁以下。
- (6) 参照、塩見淳「実行の着手について(三)・完」法学論叢第121巻第6号 (1987年) 7頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年) 247頁以下。
- (7) 伊東・前掲論文 43頁。
- (8) 佐藤拓磨「窃盗罪における実行の着手」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選 [総論 [第6版]]』(有斐閣、2008年) 127頁。もっとも、主観的事情を考慮しない見解も有力であるし、また考慮するとしても、どの程度考慮するのかは議論のあるところである。この点についての検討は今後の課題である。近時の論稿として、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第120号 (2006年) 147頁以下がある。尚、わが国における学説の状況について、詳しくは、野村稔「未遂犯の研究」(成文堂、1984年) 285頁以下、

- 森住・前掲書 162 頁以下、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』（成文堂、2008 年）187 頁以下、山田統「実行の着手」立石二六編著『刑法総論 30 講』（成文堂、2007 年）199 頁以下、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室 No.304（2006 年）120 頁以下、和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003 年）188 頁以下、伊藤渉「重要論点刑法総論（19）未遂犯」法学教室 No.278（2003 年）97 頁以下、等参照。
- (9) 伊東・前掲論文 44 頁。
- (10) LG Potsdam, Urt. v. 6. 10. 2005-26(10) Ns 142/05, NStZ 2007, 6, S.336ff.
- (11) 共同正犯の実行の着手の問題については、塩見淳「共同正犯における実行の着手」法学論叢第 162 巻第 1～6 号（2008 年）108 頁以下、参照。
- (12) NStZ 2007, 6, S.336 Rn.2.
- (13) NStZ 2007, 6, S.336 Rn.4.
- (14) NStZ 2007, 6, S.336 Rn.4.
- (15) NStZ 2007, 6, S.337 Rn.5.
- (16) NStZ 2007, 6, S.337 Rn.7.
- (17) NStZ 2007, 6, S.337 Rn.7.
- (18) NStZ 2007, 6, S.337 Rn.6.
- (19) NStZ 2007, 6, S.337 Rn.9.
- (20) ドイツの従来の学説および判例の展開に關しては、塩見淳「実行の着手について（一）、（二）」法学論叢第 121 巻第 2 号（1987 年）1 頁以下、第 121 巻第 4 号（1987 年）1 頁以下、森住・前掲書 154 頁以下、参照。
- (21) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 6. Auflage, 1993, § 22 Rn.13; auch Baumann/Weber/Mitch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2003, § 26 Rn.54; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1998, § 8 Rn.58; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1995, S.519.
- (22) Rudolphi, a.a.O., § 22, Rn.14ff.
- (23) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2005, § 15, Rn.58.
- (24) Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, § 25 Rn.62.
- (25) M.-K.Meyer, Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs, in : dies., Beiträge zum Strafrecht, 2007, S.28 (Erstveröffentlichung in : GA 2002, S.367-384) .
- (26) Kühl, a.a.O., § 15 Rn.60.
- (27) M.-K.Meyer, a.a.O., S.29.
- (28) M.-K.Meyer, a.a.O., S.29.
- (29) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2004, § 29 Rn.139.
- (30) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.139.
- (31) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.140.
- (32) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.140.
- (33) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.140.
- (34) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.142.
- (35) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.142.
- (36) M.-K.Meyer, a.a.O., S.30.
- (37) M.-K.Meyer は学説のこのような時間的連関の捉え方を「客観的」な理解としているが⁸ (M.-K.Meyer, a.a.O. S.31.)、Roxin のような理解は、純粹に客観的な度量衡単位としての時間的連関を求める立場とは言えないと思われる。もっとも、Kühl のような理解に対しては、M. K.Meyer の批判が的中するものと思われる。
- (38) Kühl, a.a.O., § 15 Rn.68ff.
- (39) M.-K.Meyer, a.a.O., S.30.
- (40) M.-K.Meyer, a.a.O., S.31.
- (41) Schönke/Schroder-Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 2001, § 22 Rn.42.
- (42) Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 2004, § 18 Rn.28.
- (43) Otto, a.a.O., § 18 Rn.31.
- (44) Otto, a.a.O., § 18 Rn.31.
- (45) Otto, a.a.O., § 18 Rn.32.
- (46) Kühl, a.a.O., § 15 Rn.82; auch Stratenwerth /Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Auflage, 2004, § 11 Rn.33.
- (47) M.-K.Meyer, a.a.O., S.34.
- (48) Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O., § 11 Rn.33.
- (49) M.-K.Meyer, a.a.O. S.33.
- (50) Vogler, Der Beginn des Versuchs, in : Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S.290; auch Jescheck/Weigend, a.a.O., S.519.
- (51) Vogler, a.a.O. S.290.
- (52) Vogler, a.a.O. S.291.
- (53) Vogler, a.a.O. S.291.
- (54) Vogler, a.a.O. S.291; ders., Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 10. Auflage, § 22 Rn.60.
- (55) Vogler, a.a.O. S.292.
- (56) Roxin, a.a.O., § 29 Rn.108.
- (57) Kühl, a.a.O., § 15 Rn.47.
- (58) Vogler, a.a.O. S.292.
- (59) Vogler, a.a.O. S.292.
- (60) Vogler, a.a.O. S.293.

- (61) M.-K.Meyer, a.a.O., S.35.
- (62) M.-K.Meyer, a.a.O., S.36.
- (63) M.-K.Meyer, a.a.O., S.41.
- (64) M.-K.Meyer, a.a.O., S.41.
- (65) M.-K.Meyer, a.a.O., S.41.
- (66) M.-K.Meyer, a.a.O., S.41.
- (67) M.-K.Meyer, a.a.O., S.42.
- (68) M.-K.Meyer, a.a.O., S.41f.
- (69) M.-K.Meyer, a.a.O., S.42.
- (70) M.-K.Meyer, a.a.O., S.43.
- (71) Marxen/Weiß, Baumrkt-Fall, famos 11. 2007, S.2, 4, <http://www.fall-monats-de>
- (72) NSTZ 2007, 6, S.337 Rn.9.
- (73) Marxen/Weiß, a.a.O., S.3.
- (74) Vogler, a.a.O., S.292.
- (75) Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O., § 11 Rn.40; auch Kühl, a.a.O., § 15 Rn.72; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Auflage, 2007, Rn.603.
- (76) 吉田宣之「共犯と錯誤(1)」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』(有斐閣、2003年)177頁。さらに詳しくは、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(成文堂、1992年)345頁以下、参照。
- (77) 行為者の表象に基づけば既遂到達に向けられた行為であっても、それが個々の各論の構成要件が示す行為規範の禁止の内容によって把握されない段階であれば、それは予備にとどまる。
- (78) 塩見・前掲論文(註6)16頁。