

令和 5 年 6 月 5 日現在

機関番号：14501

研究種目：若手研究

研究期間：2018～2022

課題番号：18K12660

研究課題名（和文）未遂犯における実行の着手要件の研究 実務上使用可能な具体的基準の提案

研究課題名（英文）The research on the beginning of execution as an element of criminal attempt

研究代表者

東條 明德 (TOJO, Akinori)

神戸大学・法学研究科・准教授

研究者番号：40734744

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,900,000円

研究成果の概要（和文）：本研究開始当時は未遂犯論では次の理解が通説であった。未遂犯は既遂に至らなかったがその危険性があった場合を処罰対象とする。それゆえ、危険発生時点で処罰可能、危険が発生し得なかった場合は処罰不能である。前者を扱うのが実行の着手論、後者を扱うのが不能犯論で、両者は実質的に同一の議論である。

本研究は、実行の着手論と不能犯論の相互関係に関する上記の通説に疑問を持ち、歴史研究を踏まえた理論的考察によって、両者が根本的に異なる議論であることを明らかにした。そのうえで、実行の着手論は危険性の問題ではなく、規範違反性の問題であるとの理解を提示した。その理解の下で、実行の着手に関する判断基準に検討を加えた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は実行の着手論における通説、すなわち、既遂結果発生の危険性が生じた時点が未遂犯の成立時点であるとの理解に、実は十分な理論的根拠がないことを明らかにした。加えて、裁判例の分析を通じ、通説は実務を十分に説明できないことも明らかにした。以上から通説には見直しが不可欠であることを指摘し、未遂犯の成立時点に関するあるべき考え方を新たに提示した。以上が主たる学術的成果である。そして、提示した考え方それ自体に加え、結論に至る過程で行った裁判例の分析も、今後裁判官が未遂犯の成否を判断する際に参考となる内容であると考えている。このような裁判実務にも有益な分析を提示し得たことが、本研究の社会的意義である。

研究成果の概要（英文）：At the time when I started this study, the following understanding was prevailing. Criminal attempt punishes causing danger of an offence being accomplished. Therefore, criminal attempt is punishable at the time when the danger was caused, but not if it was impossible to cause the danger. The theories of beginning of execution deal with the former, while the theories of impossibility deal with the latter, and the two are practically identical. This study questioned the above mentioned common view on the interrelationship between two theories, and clarified through theoretical consideration based on historical research that (1) the two theories are fundamentally different. Further, this study proposed the understanding that (2) the beginning of execution is not a question of danger, but a question of norm violation. (3) Based on this understanding, this study examined the criteria for judging the beginning of execution.

研究分野：刑法学

キーワード：実行の着手

1. 研究開始当初の背景

研究開始当初、本研究課題の研究対象である未遂犯論では次のような理解が通説であった。未遂犯とは、既遂には至らなかったものの、その危険性があった場合につき、危険性を発生させたことを根拠として行為者を処罰する犯罪類型である。したがって、そのような危険性が発生した時点が未遂成立時点であり、そのような危険性が発生し得なかった場合には処罰不能である。前者の問題を扱うのが実行の着手論で、後者の問題を扱うのが不能犯論であって、両者は実質的に同一の問題を異なる側面から捉えたものである。

しかし、このように実行の着手論と不能犯論を同じ危険性の問題と捉えることには、両論を統一的に捉える議論が通説となっている状況は諸外国では見られないものであり、十分に理論的根拠がある議論なのか疑わしいこと、危険性の観点のみでは実務において実際に行われている実行の着手判断を説明できないこと、という大きく2つの観点から疑問があった。通説に十分な理論的根拠がなく、しかも実務を説明できるわけでもないという状況であれば、通説を見直すべくこの問題に再検討を加えることが学者の役割と言える。以上が研究開始当初の状況であった。

2. 研究の目的

上述のとおり、実行の着手論と不能犯論を同じ危険性概念から一元的に捉える理解が通説となっている状況に2つの観点から疑問があるというのが本研究課題の問題意識であったから、これに対応する形で研究段階を3段階に分け、2つの中間目標と1つの最終目標を設定した。

(a)まずは、上記通説の妥当性を検討するため、実行の着手論と不能犯論の関係について批判的に分析・考察する。この考察を通じて、実行の着手論と不能犯論とは一元的に捉えられるべき関係にはないことを示すのが第一の中間目標である。

この目標が達成されれば、(b)実行の着手論が不能犯論と同じ危険性の観点から説明されるべき必然性を有さないことを前提に、それでは実行の着手は危険性以外のどのような概念に基礎付けられ得るのかにつき、理論的検討を行う。この検討により、実行の着手を基礎付ける中核となる概念を理論的観点から明確にすることが第二の中間目標である。

最後に、この理論的検討を踏まえて、(c)実行の着手が認められるか否かについての判断基準を実務上使用可能な程度に具体的に示す。このことによって、学説の通説と実務に乖離のある状況を解消し、理論に根ざした実行の着手判断が実務において安定的に行われ得るようにすることが最終目標である。

3. 研究の方法

研究の方法は研究対象や問題意識に応じて定まるため、上記の3段階でそれぞれ異なった方法を採用することになった。

(a)段階においては、現在の通説が形成されるに至る過程を洗い直すため、実行の着手論と不能犯論のそれぞれの来歴を探った。実行の着手論と不能犯論のそれぞれの誕生から現在に至るまでの経緯を明らかにするため、調査の範囲は18世紀末のフランスおよびイタリアの議論にまで及んだ。

(b)段階においては、危険性概念以外に実行の着手を基礎付け得る概念にはどのようなものがあるかを探るため、危険性概念を用いるのが通説である我が国とは別の国の議論状況を研究対象とした。具体的には、ドイツ及びイタリアの議論を参照した。

(c)段階においては、実務と理論を架橋するため、裁判例に対して理論的観点から分析を行うことが中心となった。実務の状況を可能な限り正確・詳細に把握するため、約800件の裁判例を分析の対象とした。

4. 研究成果

上記3段階のそれぞれで一定の結論を得たため、研究成果についても上記3段階に沿って記述する。

(1) (a)段階の研究成果

(a)段階においては、研究開始当初の想定どおり、実行の着手論と不能犯論は危険性概念の下で一元的に捉えられるべき関係にはないとの結論に到達した。不能犯論は、侵害原理という、およそ行為を犯罪として処罰し得るための最低条件に関する全犯罪に共通の問題であるのに対し、実行の着手論は、そのような最低条件に関する問題ではなく、行為を、既に既遂犯処罰規定に一部抵触しているものとして、既遂犯の法定刑を利用して処罰し得るための要件に関する未遂犯固有の問題であって、両者はそもそも議論の階層自体が異なる、というのがその根拠である。加

えて、このように考えるべきであるにもかかわらず両者が一元的に捉えられてしまう原因の一端が、我が国の条文の文言にあることも明らかにし得た。具体的には、外国の立法例では不能犯論に係る条文の文言と実行の着手論に係る条文の文言が書き分けられているものもあるところ、我が国ではそのような書き分けが為されていないことがその一因となっている。これらのことを、フランス法及びイタリア法の沿革をも踏まえつつ、具体的に示し得たことが(a)段階の大きな成果であると考えている。

これらの研究成果は、「実行の着手論の再検討(1)～(4)」法学協会雑誌 136号(2019)1号189頁、3号739頁、7号1650頁、9号2019頁において公表済みである。

(2) (b)段階の研究成果

(b)段階においては、ドイツやイタリアの議論や、我が国の裁判例における具体的な判断内容を参考に、まず、危険性の高低に実行の着手の成否を対応させることが妥当ではないことを明らかにした。(a)段階の結論は、実行の着手論と不能犯論は一元的に捉えるべき関係にないというものであったが、そこから導かれるのは、実行の着手論を危険性概念の下で規律する必然性はないということにとどまる。(b)段階では、ここから一歩進んで、とくに裁判例の具体的な判断内容を念頭に、実行の着手論を危険性概念の下で規律すべきではないことを示したのである。そのうえで、ドイツやイタリアの議論をも踏まえつつ、規範違反性こそが未遂処罰根拠の中核に据えられるべきとの結論を導いた。

これらの研究成果は、「実行の着手論の再検討(5)、(6・完)」法学協会雑誌 137巻8号(2020)1279頁、138巻10号(2021)1876頁、「不能犯論と実行の着手論」刑法雑誌 61巻1号(2021)1頁、「イタリアにおける未遂開始時点について」刑事法ジャーナル 63号(2020)22頁で公表済みである。

(3) (c)段階の研究成果

(c)段階においては、規範違反性が未遂処罰根拠の中核を成すとの理解の下では、具体的にどのように実行の着手判断が為されることになるかの検討を行った。基本的には、単一的意思決定・行為意思という観点から一体のものとして把握される構成要件該当行為が未遂処罰対象となるというのがその結論であるが、さらに被害者領域への介入といったことも加味すべきでないかには検討課題が残った。

これらの研究成果は、「実行の着手論の再検討(6・完)」法学協会雑誌 138巻10号(2021)1876頁、「不能犯論と実行の着手論」刑法雑誌 61巻1号(2021)1頁で公表済みである。また、(c)段階で様々な裁判例に検討を加えた成果の一部を判例評釈の形で公表する機会にも恵まれた。

「詐欺罪につき実行の着手があるとされた事例」論究ジュリスト 31号(2019)202頁、「実行の着手(2)——訪問予告事件」成瀬幸典・安田拓人編『判例トレーニング刑法総論』(2023、信山社)110頁がそれに当たる。

なお、公表済みの研究成果については既に学界でも取り上げられ、(b)段階の結論には賛成し得るとしても、(c)段階での基準の具体化には疑問があるといった批判を受けている。研究代表者自身もここに検討課題が残っていると考えているところであり、この点のブラッシュアップは本研究課題の研究期間終了後も継続していく予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計9件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 東條明德	4. 巻 138
2. 論文標題 実行の着手論の再検討（6・完）	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 1876-1975
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 61
2. 論文標題 不能犯論と実行の着手論	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 刑法雑誌	6. 最初と最後の頁 1-18
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 137
2. 論文標題 実行の着手論の再検討（5）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 1279-1356
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 136
2. 論文標題 実行の着手論の再検討（3）	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 1650-1705
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 136
2. 論文標題 実行の着手論の再検討(4)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 2019-2117
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 31
2. 論文標題 詐欺罪につき実行の着手があるとされた事例	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 202-207
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 63
2. 論文標題 イタリアにおける未遂開始時点について	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 刑事法ジャーナル	6. 最初と最後の頁 22-26
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 136
2. 論文標題 実行の着手論の再検討(1)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 189-273
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 東條明德	4. 巻 136
2. 論文標題 実行の着手論の再検討(2)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学協会雑誌	6. 最初と最後の頁 739-832
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計3件(うち招待講演 0件/うち国際学会 0件)

1. 発表者名 東條明德
2. 発表標題 実行の着手論の再検討
3. 学会等名 日本刑法学会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 東條明德
2. 発表標題 裁判例における実行の着手判断での「危険性」概念の使用状況について
3. 学会等名 判例刑事法研究会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 東條明德
2. 発表標題 判例評釈(最判平成30・2・22刑集72巻1号82頁)
3. 学会等名 刑事判例研究会
4. 発表年 2019年

〔図書〕 計1件

1. 著者名 成瀬 幸典、安田 拓人	4. 発行年 2023年
2. 出版社 信山社出版	5. 総ページ数 224
3. 書名 判例トレーニング刑法総論	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------