

犯罪における実行の着手について

— 主として具体的事例の判断を中心として —

山 内 義 廣

1. はじめに

未遂犯 (Versuchsverbrechen) は刑法体系上犯罪論では傍論に属するが、非常に重要な意義を持っている。本来犯罪は行為者の犯罪意思の実現 (Ausführung der Verbrechenswille) であり、その犯罪意思の下において予備 (Vorbereitungshandlung)・未遂 (Versuch)・既遂 (Vollendung) という段階を発展的に経過し、成し遂げられるのである。これらの個々の段階に対する可罰は犯罪意思の顕在化がどの程度外部的行為に現れ、それが被害者の法益をどの程度棄損したか、あるいは社会的にどの程度危険を与えたかという関係から判断され、それゆえ可罰の程度については異なって扱われている^(注1)。このような違いから、刑法上、これら三形態のメルクマールをはっきりさせなければならないことは言うまでもない。

未遂と既遂との区別については、前者が犯罪構成要件の事実を完全に充足しきれない状態であるのに対して、後者は犯罪構成要件の事実を完全に充足している状態である。予備と未遂は犯罪構成要件の修正形式であり、刑罰拡張原因でもある。前者は実行の着手を形成する以前の行為類型であり、特別な場合以外には罰せられず^(注2)、原則として不可罰的に取り扱われている。それに対して、後者は犯罪の実行の着手を形成する行為によって一部犯罪意思を実現し、それが結果発生に至らない段階のものである。予備と同様に特別規定がある場合のみ罰せられる^(注3)。したがって、予備

と未遂の区別は「実行の着手」(Anfang der Ausführung)がいつ行われたのかによって刑法上区別されるのである。特に、刑法の持つ可罰的性格の観点から予備か未遂かという判断は未遂の方が可罰範囲が広いことから犯罪行為者にとっては大きな問題であり、また、犯罪行為者の人権保障上の観点からもその判断については慎重にしなければならないことは言うまでもない。近年、国家的所望から未遂の範囲を拡張して予備の段階にとどまるとされる事例についても実行の着手ありと認め、未遂として罰している判例がみられる^(注4)。

「実行の着手」が初めて刑法典に規定されたのは1810年のフランスのナポレオン刑法典であった。フランス刑法2条は「実行の開始(commencement d'exécution)により表明された重罪の企行はすべて行為者の意思から独立した事情により中断され、または、結果を生じなかった場合には重罪そのものをもって論ずる」と規定している。この規定からは未遂犯処罰は既遂犯処罰と比較して、科刑上特別な考慮がなされていない。このことはフランス刑法制定当時、予備と未遂の区別の基準を実行の着手としながらも、当時の罪刑専断主義的訴訟構造が未遂と既遂とを混同していたと考えられるからである。しかしながら、19世紀の初期ヨーロッパは、従来の専制主義的社会状況から脱皮して個人が一人の人間として尊重される個人主義的自由主義の社会へと移行していた。このような状況の中で訴訟構造も罪刑法定主義的訴訟構造へと移行し、それと同時に法解釈も恣意的解釈はしだいに退けられるようになり被告人の人権保障の見地からも事実は法の枠組みの中で解釈されるようになってきた。当然予備と未遂を区別する基準である「実行の着手」の概念も客観的に解釈されるようになってきた。

フランスにおける「実行の開始」に対する客観的理解という基本的態度はドイツにも受け継がれ、旧ドイツ刑法は実行の着手を未遂の要件として規定した^(注5)。1871年のドイツ刑法43条1項は「重罪又は軽罪をおこなお

うという決意をその重罪又は軽罪の実行の開始を含む行為によって表動させたものは、その意図した重罪又は軽罪が既遂にいたらなかった場合、未遂としてこれを処罰する」とし、同条2項では「軽罪の未遂は、ある場合においてのみ処罰される。いずれの場合であるかは法が明確に規定した場合である」としている^(注6)。ドイツ刑法では、フランス刑法が科刑上未遂と既遂を区別していなかったのに比較すると両者は区別され、可罰の程度も未遂の形態によって異なって取り扱われている。我が国の刑法もフランス・ドイツ刑法の影響を受けて旧刑法112条では「罪を犯さんとして己に其の事を行うといえども、犯人意外の障礙もしくは舛錯に因り、未だ遂げざる時に、己に既げた者の刑に、一等又は二等を減ず」と規定され、また、ボアソナードによる旧刑法草案125条では「実行の着手」という文字を使用し、「実行の着手により表明された重罪の企行であって、その行為者の意思から独立した事情によって中断されたものは、重罪の既遂の刑に二等又は三等を減じてこれを処罰する」と規定された。また、明治40年に規定された現行刑法43条は完全にドイツ刑法を継受し「犯罪の実行に着手し、これを遂げざる者は、其の刑を減刑することを得」と規定された。

未遂の要件である「実行の着手時期」の解釈については当初我が国でもフランス・ドイツと同様に客観説が支配していた^(注7)。しかし、客観説が構成要件のみに執着して行為者の犯罪意思の考慮をないがしろにしたことから行為者の犯罪意思を重要視しようとする主観説があらわれた。主観説はフランスにおいては実証学派の立場から主張され、またドイツにおいてはヘーゲル学派の立場から主張された。そして、それは社会的利益の保全に奉仕するものと評価された。特にドイツにおいては絶対主義国家観と強く結びついていたのである。我が国における主観説は犯罪行為者の社会に対する危険な性格に着目し、その危険から社会の安全を確保しようと主張された。主として、主観主義刑法論を主張された学派からの主張である。

^(注8) その後客観説からの主観説への批判を凌駕して客観主義的要素と主観

主義的要素の結合によってそれを判断しようとする折衷説が主張された。

(注9) 判例においてはドイツでもドイツ帝国裁判所は客観説の主張を取り入れ実行の着手時期を判断していたが、その流れが我が国の大審院でも取り入れられ、それが修正された形で今日に至っている。「実行の着手の判断」についてはその時代の国家の刑事政策の在り方と密接に結び付いていることは否定しがたいが、被告人の人権や国民の法的感情を考慮しながら学問的理論的考慮だけではなく、実践的考慮をも含めて再度検討する必要がある。本論文では学説の流れおよび過去の判例を検討することにより「実行の着手」の概念を明らかにする。

(注1) 日本の刑法では、殺人罪については殺人予備罪（刑法201条）は2年以下の懲役であり、情状によっては免除としている。殺人既遂罪（刑法199条）は死刑・無期もしくは3年以上の懲役である。殺人未遂罪（刑法203条）は殺人行為が障害によって中止され結果が発生しなかった場合は任意的減刑であり、行為者の自発的な任意な意思によって中止した場合は必要的減刑もしくは免除となっている。両者は量刑的にはかなりの差異がある。ちなみにドイツ刑法では謀殺は無期の重懲役であり、故刹は5年以上の重懲役である（StGB § 211）。中止未遂は不処罰とされている（StGB § 24）。

(注2) 我が国の刑法では、内乱罪（刑法78条）、外患誘致・外患援助罪（刑法88条）、私戦予備罪（刑法93条）、放火予備罪（刑法113条）、通貨偽造等準備罪（刑法153条）、身の代金目的略取等予備罪（刑法228-3条）、強盗予備罪（刑法237条）が予備罪として罰せられている。

(注3) 未遂の可罰については各条項で個別的に扱われている。我が刑法では次のものが未遂罪として罰せられている。外患誘致・援助罪（刑法87条）、逃走罪（刑法102条）、放火罪（刑法112条）、往来妨害・危険罪および汽車・艦船転覆罪（刑法128条）、住居侵入罪（刑法132条）、あへん煙に関する罪（刑法141条）、通貨偽造の罪（刑法151条）、公正証書原本不実記載罪（刑法157条3項）、偽造文書行使罪（刑法158条2項）、偽造私文書行使罪（刑法161条2項）、電磁的記録不正作出及び併用罪（刑法161条の2-4項）、印章偽造罪（168条）、強制猥褻・強姦罪および準強制猥褻・強姦罪（刑法179条）、殺人罪（刑法203条）、強要罪（刑法223条）、略取・誘拐罪（刑法228条）、窃盗罪・強盗罪（刑法243条）、詐欺罪・恐喝罪（刑法250条）。

(注4) 福岡高裁判決：昭和29年2月12日：高裁判集7巻2号116頁など

(注5) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 25. Aufl, 1927, S.295.
Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl, 1930, S. 56.

(注6) 参照；最高裁判所事務総局刑事局編「ドイツ刑法」26頁以下（刑事裁判資料第90号）

(注7) 罪刑専断主義が支配的であった時代は裁判官の専断により刑事事件においては、被告人の人権が害されることが多かったが、人権思想の普及にしたがって罪刑法定主義がしだいに定着してきた。それと同時に、被告人の人権を保護するために犯罪事実の判断について裁判官の恣意的な感情を排して法的要件にあてはめて客観的に判断していこうという傾向が強くなった。このようなことから予備と未遂を分かつ基準である実行の着手時期について客観説に立脚しても判断されるようになった。このような傾向は初期の学説ばかりでなく、判例の中にも現れている。Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 53, S.336、大審院判決明治36年12月21日大審刑録9輯1905頁

(注8) 参照；牧野英一著「日本刑法全221頁以下など

(注9) 参照；木村亀二著「刑法総論」342頁以下、西原春夫著「刑法総論」279頁以下

2. 「実行の着手」に関する学説の検討

(1) 「実行の着手時期」の判断に関する思想的背景とその潮流

周知のように刑事法領域は「法律なければ、犯罪なし，法律なければ、刑罰なし」という罪刑法定主義を基本原則としている。この原則は罪刑専断主義に対する反対概念であり、啓蒙的自由主義思想を背景に唱えられた原則である。近代法の基本原則と同様、近代社会創設期における最も重要な原則の一つである。ロックやルソーによって唱えられた「人間の基本的人権は尊重されなければならない」ことを根幹とする啓蒙思想は封建社会の矛盾に対する抵抗として唱えられ、私法領域も含めて近代社会創設期における諸法原則を生み出した。当然このような啓蒙思想を背景とする社会改革は刑事法領域における法解釈にも影響を与えた。刑事裁判については封建社会の下では、裁判官の専断によって判断される傾向が強く、犯罪の

成否を判断するにつき客観的な基準に基づいて裁判する傾向が乏しかった。このような状況はしばしば犯罪行為者の人権を侵害し、ときには冤罪裁判を引き起こしていた。そこで、このような弊害を避け、公平かつ公正な裁判が行われるように、犯罪成否の吟味について裁判官の専断を排除するため犯罪構成要件を設定し、それに該当する事実だけを刑事裁判の対象とし、それに該当しないものは一切裁判の対象からはずすという方法を採用するようになった。犯罪成立要件として構成要件該当性という客観的な要件を設定し、それによって犯罪行為者の人権を守ろうとしたのである^(注1)。「実行の着手の概念」もこのような歴史的背景をもとに考察されてきた。フランスの刑法典が予備と未遂を区別する基準として「実行の開始」という語句を用いたのも近代社会を最初に築いたフランスならではのことであり、十分理解できる。フランスにおけるこのような考え方はドイツにも採用され、我が国にも輸入された。

我が国が明治時代初期においてヨーロッパにおけるこのような近代思想を政治や裁判に取り入れ、人権尊重思想を基軸とする近代国家としての体裁を形式的に整えたことは周知の事実である。しかし、形式的に憲法その他の法律でこのような体制を築いても実際は封建的色彩の濃い政治体制や訴訟構造が採られ、刑事裁判においては犯罪行為者の人権がしばしば害されていた。特に、このような傾向の存在は、大正デモクラシー運動が盛んな頃、民主主義思想を排除するためにドイツナチの採った心情刑法的な方法で多数の民主主義運動家を弾圧し、強制的に刑罰に服せしめた事実があることによって否定できない。当然刑事裁判においても犯罪構成要件の人権保障機能を強化する学説が主張されたことは言うまでもない。主として初期の客観説の主張がそれである。当然客観説に対する批判的学説（主観説）が主張され、やがてはそれらの折衷説が現れる。学説の検討に際し、学説の在り方が時代背景、つまり、国家体制や国民感情および裁判における判決の在り方と密接な関係にあることを念頭に置きながら、それぞれの

学説を検討する。本論文では主として客観説と主観説の検討を行い、折衷説は次の機会に検討することにする。

(2) 客観説の主張とその検討

客観説は犯罪行為の内容を外部的に認識できる行為を通じて客観的に実行の着手時期を判断する立場である。つまり、未遂犯の可罰性の根拠について、行為者の危険性に根拠を求めるのではなく、行為の危険性に根拠を求めるのである。それゆえ、結果発生危険性の程度により予備と未遂を区別しようとする。この危険性の有無の判断について何をもって危険性ありと判断するかによって形式的客観説と実質的客観説にわかれている。

①形式的客観説の検討

この立場は実行の着手時期を犯罪構成要件に該当する行為の開始に求める。したがって、行為をもって各犯罪の定型、例えば窃盗および殺人や詐欺であれば、事実をそれらの構成要件該当行為という定型的行為にあてはめ、その一部でも行われれば実行の着手があるとする。このようなことから、形式的客観説の主張者は実行の着手について「実行の着手とは犯罪構成事実を実現する意思を以てその実行を開始することを謂ふ」^(注2)とか「基本的構成要件についての故意があり、かつ、基本的構成要件に該当する行為の少なくとも一部分が行われたことが必要であり、それで充分である」^(注3)とする。これらの主張についてはいくつかの批判がなされている。例えば、西原氏によれば「何が構成要件に該当する行為かという問いに対するに、構成要件に該当する行為がこれだという答えをもってするに等しく、タウトロギーを犯すものだという批判があてはまる。・・・この立場から犯罪概念要素に属するとされる行為の範囲はあまりに狭く、実行の着手を非常に遅い時期に認めることになり、不当である」と批判し^(注4)、さらに、我が国の判例やドイツの判例^(注5)なども形式的客観説を採用しながらも実行の着手時期について構成要件該当行為に直接密接する行為にまで拡張して判断しているのは形式的客

観説では不適當である証拠であると批判されている。また、滝川氏は窃盗罪における物色行為について判例が実行の着手を認めているように、現実には構成要件的行為の一部に着手したことによって実行の着手を認めるのは狭すぎるとし、「構成要件該当行為と直接関連あるため自然的観察のもとにその一部分として理解せらるべき行為」にまで拡張すべきであると主張されている^(注6)。植松氏にいたっては「犯罪構成事実につき、その一部でも実現すれば、それを着手行為とみるべきはいうまでもないが、一部すらまだ実現しなくても、その実現がまさになされようとする状態であれば、やはり着手があったといってよい」とされている^(注7)。滝川説対して団藤氏は「実行の観念を不当にゆがめるものである」としながらも「それじたいが構成要件的特徴を示さなくても、全体としてみて定型的に構成要件の内容をなすと解される行為であれば、これを実行の着手と解してさしつかえない」としている^(注8)。両説は実質的には変わりはないと思われる。大塚氏は「実行の着手とは実行行為の着手であり、したがって、行為者が構成要件に該当する実行行為を開始した時、すなわち実質的には、犯罪を実現するについての現実的な危険性を含む行為を始めた時に認められるべきである」^(注9)とし、実行の着手時期を形式的客観説を基礎に実質的に把握しようとしている。西原説は形式的客観説の欠陥の指摘によって実質的客観説への主張と捉えることができるとと思われる。福田氏においては、行為者の犯罪意思という主観的側面と行為の犯罪構成要件該当性という客観的側面の両面から実行の着手は考慮すべきである^(注10)とされている。この見解は折衷的見解であると思われる。

②実質的客観説の検討

この立場は実行の着手の判断について構成要件的行為が一部行われたかどうかではなく、行為が現実結果発生危険性を惹起したかどうかによって判断しようとする。当然未遂が具体的危険犯であることを前提

に、具体的危険が切迫したかどうかによって予備と未遂を区別しようとする^(注11)。例えば、大塚氏は「実行の着手とは・・・実質的には犯罪を実現するについての現実的な危険性を含む行為を始めた時」^(注12)とし、藤木氏は「実行の着手とは・・・実質的には結果発生の実際の脅威が認められる行為がなされた段階をいう」とする^(注13)。これらの主張は「切迫した危険」とか「現実的な危険」および「現実の脅威」などという表現で危険性を規範的にではなく、事実に特定しようとしているところに特色がある。ところで、行為に現実的危険性あるいは事実に危険性があるかどうかを判断する場合、行為者の主観的なものをどの程度考慮に入れるかである。この問題については（i）行為者の故意・過失のみとする見解^(注14)、（ii）行為者の企画や性格とする見解^(注15)、（iii）主観的要素は全く考慮しないとする見解にわかれている^(注16)。実行の着手時期を判断するに際し実質的客観説がこれらの要素を考慮に入れることについて、西原氏は「行為者の主観面をも顧慮した上での総合的判定を予想しているのだとすれば、それは、もはや、すでに客観説には属さない」と批判されている^(注17)。私も形式的客観説はもちろんのこと、実質的客観説が行為者の主観を考慮にいれて実行の着手の時期を判断せざるを得ないのであれば、それはもはや客観説とはいえないのであって、折衷説ではないのではないかと思われる。また、実質的客観説が犯罪行為者の意思を不可欠の要素として考慮することから主観的客観説の主張とどこが違うのか曖昧であると思われる。

（３） 主観説の主張とその検討

主観説は主観主義刑法学の立場から主張され、それは行為者の危険性を処罰の対象にして、その存在が確定的に認められた時に実行の着手があると判断する。例えば、実行の着手時期について、牧野氏は「犯意の成立がその遂行的行為によりて確定的に認められる時」であるとし^(注18)、宮本氏は「犯罪の実行の着手は完成力ある犯意の表動であるとし、また、しか

る犯意の表動は犯意の飛躍的表動である」として^(注19)、犯意が飛躍的に表動した時に実行の着手を認める。また木村氏は「行為者の犯罪的意思の存在が、二義を許さず、取消が不可能なように確実性を示す行為のあった場合」に実行の着手があるとする^(注20)。これらの主張に対して、団藤氏は「遂行的行為というような観念を持ち込まなければならないところにすでに主観説の破綻がみられる。・・・犯意の飛躍的表動というのは・・・はなはだ明確を欠き、法的安全性を害するといわなければならない」とし、批判される^(注21)。また、川端氏は「法益侵害の具体的危険の観点をまったく排除して、単に行為者の危険性が確定的に見られる時点に実行の着手をみとめると、未遂犯処罰の範囲が余りにも広がりすぎることになる」と批判している^(注22)。木村氏はその後、主観的客観説に変わられている。思うに、主観説は構成要件該当行為という定型にこだわらないので実行の着手時期を早い段階で認める可能性が大である。したがって、犯罪行為者の人格を害する可能性が大きい。現在、この立場を支持する者はいない。

(注1) 参照；ベッカリーア著「犯罪と刑罰」岩波文庫。周知のように著者は刑事法領域における啓蒙思想を唱えた代表的な学者である。

(注2) 小野清一郎著「刑法講義」172頁、同著「犯罪構成要件の理論」85頁

(注3) 団藤重光著「刑法綱要総論」264頁

(注4) 西原春夫著「刑法総論」280頁

(注5) 大審院判決：昭和9年10月19日：大審院刑事判例集13巻1473頁、ドイツでは古くは客観説を採用していた（Entscheidungen des RGer. in Strfs., Bd.53, S.386）。その後、実行の着手の判断について法益侵害の危険が現出した場合は実行の着手があるとその範囲を拡張した（Entscheidungen des RGer. in Strafs., Bd.59, S.386）。

(注6) 滝川幸辰著「犯罪論序説」185頁

(注7) 植松正著「新刑法教室Ⅰ総論」180頁

(注8) 団藤重光著・前出書264頁。著者はこのような考え方をもって自らの考えを拡張的構成要件説または実質的客観説として容認している。参照；Hellmuth Mayer, Strafrecht. Allg. Teil;1953, Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht,5.Aufl,1956

(注9) 大塚仁著「刑法入門」107頁、同著「刑法総論」134頁

- (注10) 福田平著「刑法総論」171頁。大塚氏も同様な見解を示されている
(同著・刑法総論134頁)。
- (注11) 平野竜一著「刑法総論Ⅱ」313頁
- (注12) 大塚仁著・前出書156頁
- (注13) 藤木英雄著「刑法総論」257頁
- (注14) 平野竜一著・前出書314頁、大塚仁著・前出書136頁など
- (注15) 佐伯千仞著「刑法総論」317頁
- (注16) 中山研一著「刑法総論」411頁、内田文昭著「刑法総論」263頁など
- (注17) 西原春夫著・前出著281頁
- (注18) 牧野英一著「改訂日本刑法全」225頁
- (注19) 宮本英脩著「刑法大綱」179頁、同著「刑法学粹」364頁以下
- (注20) 木村亀二著「新刑法読本」255頁
- (注21) 団藤重光著・前出書263頁
- (注22) 川端博著「刑法総論25講」254頁

3. 判例における実行の着手時期の判断

前述したように、日本においては学説は実行の着手の判断について客観説が主流であったが、客観説が行為者の犯罪意思を軽視し犯罪構成要件にあまりにこだわることから、構成要件の解釈によって結論に大きく差異が生じることになり、矛盾が指摘された。この矛盾を克服するために、行為者の犯罪意思を主体として実行の着手時期を判断しようとする主観説が主張された。しかし、この主観説も犯罪意思が客観的に認識できる時点で実行の着手時期を判断することから、犯罪意思の実現可能な段階の判断と犯罪構成要件が予定している実行の着手の時期の判断が大幅にずれて、早い段階で実行の着手を判断することになるという矛盾が生じた。そこで、客観説と主観説との折衷的見解（折衷説）が主張されたのである。これらの学説の主張とあいまって判例の判断も流動的であった。ドイツやフランスの判例は個人主義的思想を背景として、実行の着手の判断については当初、客観説を採用していた^(注1)。我が国においても自由主義的原理を背景とし

て形式的客観説が主張されていた^(注2)。このような流れは戦後の最高裁判所の判例にも受け継がれて来たが、判断の傾向はやや事実を実質的に考察しようとする実質的客観説の立場に変わってきている^(注3)。しかし、下級審の判例には行為者の犯罪意思を考慮した主観説と客観説との折衷的見解によって判断されているものもある^(注4)。以下、明治期から現代（平成9年以降の判例は除く）に至るまでを6期に分けて、実行の着手時期を判決要旨をもとに概観してみる。

（1） 明治期の事例における実行の着手の概念

①詐欺未遂事件；明治29年2月7日^(注5)

「虚偽の借用証書に基づいて支払命令の申請をした行為」に詐欺罪の実行の着手を認めた。形式的客観説により判断されている。

②詐欺未遂事件；明治29年12月1日^(注6)

「騙取の目的で訴訟を裁判所の提起した行為」に詐欺罪の実行の着手を認めた。

③詐欺未遂事件；明治30年4月27日^(注7)

「騙取の目的で訴訟を裁判所に提起した行為」に詐欺罪の実行の着手を認めた。③の判例と同じ判断である。

④私書及約束手形偽造行使未遂事件；明治32年4月10日^(注8)

「偽造手形に基づいて償還請求の通知を送達させた行為」に詐欺罪の実行の着手を認めた。裁判所は隔離犯における実行の着手時期の判断に発信主義を採用している。

⑤私書偽造行使詐欺未遂事件；明治32年6月30日^(注9)

「虚偽の公正証書に基づき強制執行に着手した行為」に実行の着手を認めた。

⑥恐喝未遂事件；明治32年12月22日^(注10)

「恐喝罪の未遂犯が成立するには、人を畏怖させる恐喝手段があれば足り、被害者に畏怖の念を生じさせた事実のあることを必要としない」

とし、恐喝手段の着手のみに実行の着手を認めた。

⑦窃盗未遂事件；明治34年6月21日（注11）

「窃盗の目的で家屋内に忍入り、金品の入れてあるたんすの前に至った行為」に窃盗罪の実行の着手を認めた。

⑧私印盗用私書偽造行使事件；明治34年12月20日（注12）

「虚偽の公正証書に基づいて仮差押命令を得、債務者の財産を差押えた行為」に詐欺罪の実行の着手を認めた。

⑨恐喝未遂事件；明治35年4月21日（注13）

「恐喝手段が人を畏怖させる性質のものであれば、被恐喝者が畏怖しなかった場合でも」恐喝罪の実行の着手があると認めた。この判例は前示した⑥の判例と同じ判断である。

⑩恐喝未遂事件；明治35年9月25日（注14）

「恐喝取財未遂の場合には、犯人の用いた恐喝手段が人を畏怖させる性質のものであれば足り、被害者が畏怖の念を生じたかどうかは、未遂罪の成立に影響がない」とし、この判例は⑥と⑨の判例を踏襲している。

⑪恐喝未遂事件；明治37年11月21日（注15）

「恐喝取財未遂の場合には、犯人の用いた恐喝手段が人を畏怖させる性質のものであれば足り、被害者が畏怖の念を生じたかどうかは、未遂罪の成立に影響がない」とし、この判例は⑥⑨⑩の判例を踏襲している。

⑫工業妨害事件；明治37年12月13日（注16）

「往来妨害を予しながら道路の損壊に着手したとき」に、実行の着手を認めた。

⑬私印盗用私書偽造行使詐欺事件；明治40年2月21日（注17）

「消滅した抵当権がなおあるように装って競売の申立をする行為」をもって欺罔行為に着手したものとして実行の着手を認めた。この判例は⑤と同趣旨のものである。

⑭詐欺取財並附帯私訴事件；明治42年9月20日（注18）

「正犯を幫助して犯罪を容易にした以上は、その所為が正犯の犯罪実行の着手前であろうと実行中であろうと、従犯として論ずべき」として、共犯における従犯の実行の着手は正犯とは切り離して考えるとしている。

⑮文書偽造及詐欺未遂事件；明治43年5月27日 ^(注19)

「詐欺の目的で偽造証書に基づき訴訟上の救助を請求する」行為は予備の段階であり、実行の着手ではないとする。この判例は訴訟手続開始を請求する行為があれば、それは実行の着手であるとする⑤と⑬の判例と同趣旨である。

⑯誣告事件；明治43年6月23日 ^(注20)

「誣告罪が成立するには、不実の事項を記載した書面を郵送に付するだけでは不足、更に当該官庁に到達したこと」が必要であるとし、実行の着手時期について到達主義を採用している。④の判例の趣旨とは異なる。

⑰詐欺事件；明治44年2月17日 ^(注21)

「1. 民事訴訟において被告が裁判所に対し虚偽の主張をしたとき」および「2. 民事訴訟において、不法に財産上の利益を得るため、虚偽の書証を裁判所に提出し虚偽の主張をした場合」に詐欺罪の実行の着手を認めた。この判例は⑤⑬⑮の判例と同趣旨である。

⑱詐欺未遂事件；明治44年11月14日 ^(注22)

「2. 勧業銀行より再建ならびに割増金を騙取する目的で、債権紛失に基づく公示催告の申立をした以上」および「4. 除権判決を得た上、銀行より物件を騙取しようと企て、裁判所に対して公示催告の申立をするときは、犯罪構成事実の一部に着手したもの」とし、実行の着手を認めた。この判例は⑤⑬⑮⑰の判例と同趣旨である。

⑲詐欺未遂事件；明治44年11月27日 ^(注23)

「金円騙取の目的で、無効の約束手形を裁判所に提出して支払命令を申請し、次いで訴訟を提起した場合」に詐欺罪の実行の着手を認めた。

この判例は⑤⑬⑮⑰⑱の判例と同趣旨である。

- (注1) Vgl:RG. 70, 157、参照；Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl.11, S.190、
- (注2) 例えば、大審院判決・明治36年12月21日・刑録9輯105頁、大審院判決・明治40年2月21日：刑録13輯224頁など
- (注3) 最高裁判決・昭和40年3月9日・刑集19巻2号69頁
- (注4) 名古屋地裁判決：昭和44年6月25日判時589号95頁
- (注5) 大審院刑事判決録2輯2巻26頁、大審院刑事判決抄録1巻77頁
- (注6) 大審院刑事判決録2輯11巻4頁
- (注7) 大審院刑事判決録3輯4巻55頁
- (注8) 大審院刑事判決録5輯4巻28頁
- (注9) 大審院刑事判決録5輯6巻96頁
- (注10) 大審院刑事判決録5輯11巻42頁、大審院刑事判決抄録2巻334頁
- (注11) 大審院刑事判決録7輯6巻69頁、大審院刑事判決抄録3巻389頁
- (注12) 大審院刑事判決録7輯11巻91頁
- (注13) 大審院刑事判決録8輯4巻143頁、大審院刑事判決抄録3巻490頁
- (注14) 大審院刑事判決録8輯8巻55頁
- (注15) 大審院刑事判決録10輯2265頁、大審院刑事判決抄録12巻1614頁
- (注16) 大審院刑事判決録10輯2395頁
- (注17) 大審院刑事判決録13輯224頁、大審院刑事判決抄録24巻2726頁
- (注18) 大審院刑事判決録15輯1139頁
- (注19) 大審院刑事判決録16輯960頁、大審院刑事判決抄録41巻4184頁
- (注20) 大審院刑事判決録16輯1276頁、大審院刑事判決抄録41巻4273頁
- (注21) 大審院刑事判決録17輯123頁、大審院刑事判決抄録46巻4729頁、法律新聞705号28頁
- (注22) 大審院刑事判決録17輯1981頁、大審院刑事判決抄録50巻5394頁
- (注23) 大審院刑事判決録17輯2041頁、大審院刑事判決抄録50巻5421頁、法律新聞764号27頁

(2) 大正期の事例における実行の着手の概念

①恐喝未遂事件；大正2年12月10日^(注1)

「恐喝手段が人を畏怖させる性質のものであれば、被恐喝者が畏怖しなかった場合でも」恐喝罪の実行の着手を認めた。この判例は「明治期」の⑥⑨⑩⑪の判例を踏襲している。

②文書偽造詐欺未遂並文書偽造行使事件；大正 3 年 3 月 24 日 ^(注2)

「不実の請求を目的とする訴の提起すなわち訴状の提出は、裁判所に対する欺罔の着手」として、詐欺罪の実行の着手を認めた。この判例は「明治期」の⑤⑬⑮⑰⑱の判例と同趣旨である。

③文書偽造行使詐欺事件；大正 3 年 6 月 20 日 ^(注3)

「電報為替により金員を騙取しようと企て、虚偽の電信を認めこれを郵便局に提出したが、その発電前発覚したときは、詐欺取財罪の予備に過ぎず、実行の着手ではない」とし、発電を確実にしなければ実行の着手を認めなかった。この判例は「明治期」の④の判例と同様に発信主義を採用している。

④放火未遂事件；大正 3 年 10 月 13 日 ^(注4)

「被告人が、目的とした他人の住宅を焼燬しうることを認識して導火材料に点火し、その焼燬作用を継続することができる状態においた場合」に放火罪の実行の着手を認めた。

⑤文書偽造行使詐欺未遂事件；大正 3 年 11 月 26 日 ^(注5)

「詐欺未遂罪は、財物を騙取するため人を錯誤に陥れる欺罔手段を用いた事実があれば足り、それが人を錯誤に陥れ、または錯誤に陥れる虞れある程度以上のものであることは必要でない」とし、欺罔手段を用いた事実をもって実行の着手を認めた。この判例は「明治期」の⑥⑨⑩⑪の判例を踏襲している。

⑥公正証書原本不実記載行使詐欺事件；大正 4 年 7 月 6 日 ^(注6)

「債権詐欺の目的で虚偽の債権を作為し、真正の債権者のした仮差押物件に対し差押をした行為自体」に実行の着手を認めた。この判例は⑤と同趣旨である。

⑦詐欺未遂事件；大正 5 年 5 月 2 日 ^(注7)

「虚偽の証書に基づき支払命令の申請をした場合は、裁判所に対する欺罔手段の着手である」とし、実行の着手を認めた。

⑧有価証券及文書偽造行使詐欺事件；大正5年7月14日^(注8)

「2. 偽造文書を郵便に付して発送しても、発送だけでは文書の内容を認識しうる状態になく、行使罪の既遂をもって論ずることができない」として、発送段階は単なる実行の着手であり、既遂ではないことを認めた。離隔犯の実行の着手時期について発送主義を採用している。

⑨恐喝未遂事件；大正5年8月28日^(注9)

「恐喝の目的で他人を畏怖させるに足りる文書を郵便に付し、受信人に到達させた以上、受信人においてこれを了知することができなかつたとしても、恐喝罪の着手があった」として、離隔犯の実行の着手時期について到達主義を採用している。

⑩詐欺未遂事件；大正6年3月8日^(注10)

「他人をして刑事上有罪の裁判」を得させるため、その者の所有不動産を自己の所有であると主張し、横領その他の犯罪があったとして誣告し、裁判所を欺罔しようとする行為は、詐欺罪の実行に着手したものといえない」として、実行の着手といえるためには財産取得についてある程度の危険性が要求されることを示唆している。

⑪窃盗未遂事件；大正6年10月11日^(注11)

「金品を窃取しようとして、他人の衣装に手を差し入れた以上、窃盗罪の実行の着手がある」として、スリ窃盗の実行の着手時期は手を差し入れた時とした。

⑫殺人未遂事件；大正7年11月16日^(注12)

「毒物混入の砂糖を小包郵便に付したときは、名宛人がこれを受領した時において、右毒物を飲食することができる状態においたものであり、毒殺行為の着手があったといえることができる」として、離隔犯の場合の実行の着手時期は到達であると明示した。

⑬恐喝未遂事件；大正8年7月9日^(注13)

「畏怖させるに足りる害悪を告知して財物を交付させようとした以上

は、恐喝罪の着手ありというべく、犯人が害悪を実現する真意をもって
いたか、また被害者が現実には畏怖の念を抱くに至ったかどうかは、恐喝
未遂の成立に影響がない」とし、実行の着手時期を害悪を告知した時と
した。この判例は「明治期」の判例⑥⑨⑩⑪と①の判例を踏襲するもの
である。

⑭詐欺未遂事件；大正11年2月22日^(注14)

「履行期の到来しない債権について訴を提起し、既にその期限が経過
したと主張する行為」は欺罔行為に該当し、それは詐欺の実行の着手で
あると認めた。

⑮詐欺未遂事件；大正12年2月13日^(注15)

「仮差押をしようとする執達吏に対し・・・単に虚偽の事実を告知し
て錯誤に陥れ、これにより仮差押を断念させこれを免れようとしたに過
ぎない場合は、まだ詐欺罪に着手したとはいえない」として執達吏への
欺罔行為は財産取得に対する危険性の程度に達していないから実行の着
手ではないとした。この判例は⑩の判例と同趣旨である。

⑯詐欺未遂窃盗公文書偽造行使公文書毀棄事件；大正14年7月6日^(注16)

「貨車の車票を差替え、他の駅に回送させて荷受人のように装い積荷
を騙取」する行為が回送前に発覚した場合は実行の着手ではなく、予備
行為であるとした。

⑰誣告詐欺未遂事件；大正15年7月26日^(注17)

「不実な請求を目的とするは反訴の提起は、裁判所に対する欺罔の着
手である」とした。

(注1) 法律新聞913号26頁

(注2) 大審院刑事判決録20輯336頁、大審院刑事判決抄録56巻6880頁、法律
新聞934号24頁、法律学説判例評論全集3巻刑法32頁

(注3) 大審院刑事判決録20輯1289頁、大審院刑事判決抄録58巻7246頁

- (注4) 大審院刑事判決録20輯1848頁、大審院刑事判決抄録59巻7508頁
(注5) 大審院刑事判決録20輯2260頁、大審院刑事判決抄録60巻7703頁
(注6) 大審院刑事判決録21輯980頁、大審院刑事判決抄録62巻8214頁
(注7) 大審院刑事判決録22輯681頁、大審院刑事判決抄録65巻8612頁
(注8) 大審院刑事判決録22輯1238頁、大審院刑事判決抄録66巻8831頁
(注9) 大審院刑事判決録22輯1332頁、大審院刑事判決抄録67巻8892頁
(注10) 法律新聞1253号32頁
(注11) 大審院刑事判決録23輯1078頁、大審院刑事判決抄録72巻9458頁
(注12) 大審院刑事判決録24輯1352頁、大審院刑事判決抄録78巻10045頁
(注13) 大審院刑事判決録25輯864頁、大審院刑事判決抄録81巻10419頁
(注14) 大審院刑事判例集 1 巻64頁、法律新聞1966号19頁、法律学説判例評論全集11巻刑法47頁
(注15) 大審院刑事判例集 2 巻52頁
(注16) 法律新聞2459号 9 頁
(注17) 大審院刑事判例集 5 巻334頁

(3) 「昭和元年～昭和19年末」期の事例における実行の着手の概念

①詐欺有価証券偽造印章偽造等詐欺未遂事件；昭和2年3月16日^(注1)

「偽造手形を行使し割引名義の下に金品を騙取しようとする場合、まだその手形を行使しなくても、銀行支店長の引受支払の言利があったと偽り割引を承諾させた以上、詐欺行為に着手したものである」として、銀行支店長の割引についての承諾に実行の着手を認めた。

②恐喝未遂事件；昭和2年9月19日^(注2)

「恐喝取財未遂の場合には、犯人の用いた恐喝手段が人を畏怖させる性質のものであれば足り、被害者が畏怖の念を生じたかどうかは、未遂罪の成立に影響がない」とし、従来判例を踏襲している。

③恐喝未遂事件；昭和6年3月20日^(注3)

「畏怖させるに足りる害悪を告知して財物を交付させようとした以上は、恐喝罪の着手ありといいうべく、・・・」として、害悪の告知に実行の着手を認めた。②の判例と同趣旨である。

④放火事件；昭和7年4月30日^(注4)

「住宅焼燬の目的で、これに近接して設営された炊事場の一隅にあたる木箱中の鉤屑にマッチで点火したときは、鉤屑を焼いたにとどまるときも住宅放火の未遂罪が成立し、予備ではない」として、「マッチで火を点火した時」をもって実行の着手ありとした。

⑤放火手段でした詐欺事件；昭和7年6月15日^(注5)

「保険金騙取の目的で放火したが、いまだ保険料支払の請求をしないときは、詐欺罪の実行の着手があったとはいえない。」とし、支払いの請求行為に実行の着手を認めた。

⑥殺人未遂事件；昭和7年12月12日^(注6)

「殺意をもって毒まんじゅうを交付した場合は、殺人の実行に着手したものである。」とし、被害者が毒まんじゅうを食べるか否かに関係なく交付した段階で行為者の殺意が決定的になっているとした。

⑦詐欺未遂事件；昭和8年11月9日^(注7)

「いわゆる鹿追詐欺の手段で金円を騙取しようとして、賭博に加入させ、これに必要な資金の出金を承諾させた場合」に詐欺行為の着手を認めた。

⑧窃盗脅迫毀棄等事件；昭和9年2月13日^(注8)

「畏怖させるに足りる害悪を告知して財物を交付させようとした以上は、恐喝罪の着手ありといいうべく・・・被害者が現実には畏怖の念を抱くに至ったかどうかは、恐喝未遂罪の成立に影響がない。」とし、この判例も財物交付を目的とする害悪告知をもって実行の着手ありとした。明治期の判例を踏襲している。

⑨詐欺未遂事件；昭和9年6月11日^(注9)

「1. 鹿追と称する詐欺賭博により金員を騙取しようとして、欺罔手段を施し賭博に加入するように勧めた以上、相手方が加入しなかったとしても・・・」詐欺の実行に着手したことを認めた。この判例は⑦の判例と全く同趣旨であるが、賭博の加入を勧めた段階で欺罔行為の着手を

認め、⑦よりは少し早い段階で実行の着手を認めた。行為者の犯罪意思を犯罪構成要件と結び付ける傾向がでてきた。

⑩強盗傷人住居侵入事件；昭和9年10月19日^(注10)

「窃盗の目的をもって家宅に侵入し他人の財物を犯すについて密接な行為、たとえば金品物色のためにたんすに近寄るような場合は窃盗の着手があったものである」として、客観的に判断される犯罪構成要件の前の段階で行為者の犯罪意思を確認し、実行の着手を認めた。⑨の判例と同じ判断である。

⑪恐喝未遂事件；昭和10年1月25日^(注11)

「畏怖させるに足りる害悪を告知して財物を交付させようとした以上は恐喝罪の着手ありといいうべく、・・・」とし、恐喝罪については従来の判例の流れに従っている。

⑫詐欺未遂幫助等事件；昭和10年11月11日^(注12)

「財物騙取の目的で、人を欺罔するに足りる手段を行った以上は詐欺の実行に着手したものであって・・・」として、客観的に認識できる欺罔行為ではなく、その前の段階の欺罔行為に足りる行為の段階で着手を認めた。この判例は⑨と⑩の判例の判断と同趣旨である。

⑬恐喝未遂事件；昭和11年2月24日^(注13)

「被害者または被害者の財産処分権を有する者の補助者に対して恐喝手段を施し、間接に本人を恐喝する場合は、右補助者に対し恐喝手段を施した時に、実行の着手がある」として、いわゆる本人以外の者で本人と密接な関係にある者への恐喝は本人にした場合と同じであると見做し、本人に対する実行の着手を認めた。

⑭詐欺未遂事件；昭和12年11月16日^(注14)

「虚偽の証書に基づき支払命令を申請するのは、裁判所に対する欺罔手段の着手である」として、申請による犯罪意思の確定に実行の着手を認めた。

⑮詐欺未遂事件；昭和14年4月17日^(注15)

「詐欺の目的で、金員を融通した事実がないのにその事実があるように記載した書面を発送した行為は、詐欺罪に着手したものである。」として、離隔犯の場合に実行の着手について発送主義を採用している。

(注1) 大審院刑事判例集6巻99頁

(注2) 法律学説判例評論全集16巻刑法326頁

(注3) 法律新聞3275号9頁、法律学説判例評論全集20巻刑法175頁

(注4) 大審院刑事判例集11巻558頁、法律新聞3423号7頁、法律学説判例評論全集21巻刑法177頁

(注5) 大審院刑事判例集11巻859頁

(注6) 大審院刑事判例集11巻1881頁

(注7) 大審院刑事判例集12巻2114頁

(注8) 大審院刑事判例集13巻81頁、法律新聞3694号9頁、法律学説判例評論全集23巻刑法102頁

(注9) 大審院刑事判例集13巻730頁、法律学説判例評論全集23巻刑法200頁

(注10) 大審院刑事判例集13巻1473頁、法律新聞3813号7頁、法律学説判例評論全集24巻刑法3頁

(注11) 大審院刑事判例集14巻14頁、法律新聞3831号9頁、法律学説判例評論全集24巻刑法79頁、大審院判決全集(17)37頁

(注12) 大審院刑事判例集14巻1179頁

(注13) 大審院刑事判例集15巻162頁、法律新聞3984号8頁、法律学説判例評論全集25巻刑法193頁

(注14) 法律新聞4244号12頁、法律学説判例評論全集27巻刑法1頁、大審院刑事判例集16巻1507頁

(注15) 法学8巻114頁

(4) 「昭和20年～昭和39年末」期の事例における実行の着手の概念

①住居侵入窃盗未遂罪；昭和23年4月17日^(注1)

「窃盗の目的で他人の家屋に侵入し、懐中電燈で食料品等を物色した場合は、窃盗の着手があったものである。」として、物色行為に実行の着手を認めた。この判例は犯罪意思を実質的に犯罪構成要件と結びつけ、形式的客観説より早い時期に実行の着手時期を認めた。

②強盗未遂恐喝事件；昭和23年6月26日^(注2)

「強盗犯人の用いた脅迫の手段が、相手方の意思の自由を抑圧するに足りるものであった以上、たまたま相手方が、それによって意思の自由を抑圧せられなかったとしても、強盗未遂罪が成立する」として、被害者の意思を抑圧する程度の脅迫行為に実行の着手を認めた。この判例は実際に被害者が抑圧されたかどうかに関係ないとしていることから従来の脅迫罪に関する判例と同じ流れにしたがっているといえる。

③強盗殺人事件；昭和24年12月10日^(注3)

「窃盗の目的で他人の家宅に侵入しただけで、金品物色をしない間は、窃盗の実行の着手とはいわれない」とし、物色行為に実行の着手を認めている。この判例は①の判例と同趣旨である。

④窃盗同未遂恐喝同未遂事件；昭和25年11月14日^(注4)

「窃盗の目的で土蔵に侵入しようとして、土蔵の壁の一部を破壊したりまたは外扉の錠を破壊してこれを開いた場合は、窃盗に着手したものである」とし、土蔵の壁や錠の破壊行為に実行の着手を認めた。これは一般的に当時の観念では土蔵には財物が保管されているということが常識であり、犯罪意思の確定が明白であったことから、普通の住居侵入窃盗の場合と異なって扱われている。

⑤詐欺未遂事件；昭和26年5月8日^(注5)

「いわゆるモミ賭博なる詐欺行為を共謀した被告人等が、客に勝負をすすめ、あるいはサクラの役を務め、あるいは見張り等をして、見物人の一人がそのだましの手に乗って勝負を決心した場合には、詐欺罪の実行に着手したものである」として、客の決心した時に実行の着手を認めた。

⑥窃盗未遂事件；昭和27年7月25日^(注6)

「鶏を窃取しようとして鶏小屋の入口から右足と右肩をいれたが、内部が暗いので出ようとしたところを発見され逃亡した場合は、まだ窃盗

の実行の着手があるとはいえない」とした。この判例は鶏を窃取しようとする行為者の犯罪意思と目的物が存在する可能性についての行為者の認識がずれていたことから鶏についての窃盗の意思の確認ができないとしたと思われる。

⑦強盗傷人・窃盗事件；昭和28年1月31日^(注7)

「納屋内に侵入し、南西隅の米倉前に至り、釘拔で米倉入口の南京錠を破壊しようとした場合は、窃盗の実行に着手したものである」とした。この判例は④の判例と同趣旨である。

⑧住居侵入強盗傷人窃盗未遂事件；昭和28年2月25日^(注8)

「間口8間奥行20間の硫酸アンモニア肥料倉庫内の肥料を盗むため工場内に侵入し、その倉庫の扉を開こうとして、ボードに仕掛けてある錠をねじ切り、ボードにねじ込まれてあったナットを抜取ろうとした以上、窃盗行為の着手があったものというべきである」とし、錠をねじ切りナットを抜き取る行為に実行の着手を認めた。この判例は④と⑦の判例と同趣旨である。

⑨強姦未遂事件；昭和28年3月13日^(注9)

「夜間婦女を人家稀な寺の境内に連れ込み、強姦の目的をもって同女の首を締めて押すようにしながら『大きな声をするな』等と申向けて脅迫したときは、いまだわいせつ行為に出ようとした直接の姿態がなかったとしても、強姦の実行に着手したものである」とし、強姦目的の脅迫や暴行に実行の着手を認めた。

⑩臨時物資需給調整法および関税法違反事件；昭和28年8月1日^(注10)

「密輸出物資を船積予定地に送付し傭船を物色中であったときは、密輸出の実行の着手があったものと認めるのが相当である」とした。この判例は傭船物色行為に密輸出の犯意が明確に認定され、それをもって実行の着手があると認定したものであり、①と③の住居侵入窃盗罪の判例と同趣旨である。

⑪詐欺（予備的訴因窃盗）又は詐欺未遂事件；昭和28年8月21日（注11）

「磁石利用のパチンコ玉の取得だけでは、まだ景品の騙取に着手したものとはいえない」とし、磁石による玉の取得はパチンコ玉についての窃盗罪は成立するが、景品の取得については実行の着手そのものにも該当しない。景品の取得についての現実的危険性が認定できないからであろうと思われる。

⑫窃盗同未遂事件；昭和28年10月5日（注12）

「すり犯人が、他人のズボンの右ポケットから金品を窃取しようとして、右手をそのポケットの外側に触れたところを発見取押えられた場合は、窃盗の実行に着手したものである」とした。この判例は「大正期」の⑪の判例と比較すると前者は衣装に手を差入れた時、後者はポケットの外側に触れた時に実行の着手を認めている。従って、本判例は行為者の犯罪意思を早い段階で犯罪構成要件の中に組入れていることがわかる。

⑬関税法違反事件；昭和29年3月25日（注13）

「外国へ搬出する目的をもって本邦港湾付近の海上において外国仕向けの船舶に積替えるため、機帆船に貨物を積込んだ上、これを同じ海上まで運搬したときは、輸出の実行に着手したものである」とし、同じ海上までの運搬行為に実行の着手を認めた。

⑭窃盗同未遂事件；昭和29年4月5日（注14）

「窃盗の目的で会社の構内に侵入しても侵入後品物を物色するなど、窃取しようとする物に対する事実上の支配を侵すについて密接な行為がなければ、窃盗の着手があったものとはいえない」とし、また「会社構内に侵入し、南京袋を携えて金屑置場まで行っただけでは、窃盗罪の着手があったということはできない」とした。この判例では窃取と密接な行為があれば現実的危険性が発生し、実行の着手があったことを認めている。多少、犯罪構成要件を拡張して着手の時期を早めていると思われる。「昭和元年～19年末」期の⑩の判例と同趣旨である。

⑮窃盗・同未遂事件；昭和29年5月6日 ^(注15)

「すり犯人が他人のズボンのポケット内に金品のあることを知り、これを窃取しようとしてそのポケットの外側に手を触れた場合には、窃盗罪の実行に着手したものと解するのが相当である」とした。⑫の判例と同趣旨である。

⑯窃盗未遂事件；昭和29年11月11日 ^(注16)

「他人の店舗で、何ら正当な権限なく、無断でその店舗の奥にある机の抽出を引出す行為は、窃盗の着手があった場合に当たる」とした。

⑰関税法違反事件；昭和30年2月24日 ^(注17)

「密輸出貨物を積載した船舶が出航して、貨物積替のため外国向けの別船を求めて、かねての打合場所である海上に到達して待機し、貨物の積替をなしうる状態にまで手筈が完了していたときは、その別船が予定の場所に待機していなくても、密輸出の実行に着手したものである」とした。⑬の判例と同趣旨である。

⑱強盗未遂事件；昭和30年4月9日 ^(注18)

「夜間高速で進行中の自動車に、手拳大の石を投付けても、反抗を抑圧する程度の暴行とは認められず、強盗の実行の着手があったものとは認められない」とした。この場合は、強盗罪成立の現実的危険性は乏しいといえる。

⑲窃盗事件；昭和30年11月8日 ^(注19)

「窃盗の決意をもってたんすの付近におり、・・・窃盗の決意をした後それを実現すべくたんすに近づいたものと認められない場合は、窃盗の実行に着手したものと認めることはできない」とした。窃取の現実的危険性が乏しいものとして、犯罪構成要件該当性を否定したものと思われる。

⑳強盗強姦事件；昭和31年5月22日 ^(注20)

「他の目的で被害者に暴行脅迫を加えたところ、・・・畏怖して反抗

不能の状態にあるのをみて、・・・金品を強奪しようと思ひ、被害者に金品を要求し、その身体に触つて金品を物色したような場合には、強盗の実行の着手があつたもの」とした。強盗罪實現の意思をもつて暴行脅迫を加えた場合と逆のケースであるが、状況を全体的に考察したことにより強盗罪の実行の着手を認めたものと思われる。

②①窃盗未遂事件；昭和31年10月2日（注21）

「電柱に架設中の電話線窃取の目的で切断しようと思ひ、その時に窃盗罪の実行の着手がある」とし、切断行為に実行の着手を認めた。

②②覚醒剤取締法違反事件；昭和31年10月16日（注22）

「覚醒剤の取引に当り、情を知らない自動車運転者を利用して荷物一時預所から覚醒剤をとつてこさせる委託行為は、覚醒剤譲渡の実行行為の着手である」とした。

②③窃盗未遂事件；昭和31年10月24日（注23）

「金員をすり取るため手を被害者のハンドバックに触れ、口金付近を探つた時は、窃盗の実行に着手したものである」とした。

②④窃盗・同未遂事件；昭和32年6月29日（注24）

「ズボンのポケット内の金品をすり取るため、指をポケットに入れボタンを外そうとする行為は、窃盗罪の着手である」とした。この判例は「大正期」の①①の判例と同趣旨であり、①②①⑤の判例よりも実行の着手時期を厳格に解釈したように思われる。

②⑤麻薬取締法違反事件；昭和32年9月18日（注25）

「麻薬買受の申込を受けてこれを承諾し、その代金を受領し、麻薬を引渡すため現物を隠してある場所に取りに出かけたときは、『譲り渡し』罪の実行行為に着手したもの」とし、つまり「麻薬取締法の譲渡の着手は、所持の移転に必要な準備行為を開始した時」であるとした。取りに出かけることは領得行為の一部に着手したことを意味する。

②⑥窃盗強姦未遂事件；昭和33年8月27日（注26）

「被害者を道路傍の山林内に引張り込んで強姦する意味で『こっちへ来い』といい、いきなり同女の腰を抱いて逃げようとする同女を押え付けたときは、強姦の実行の着手があったもの」とした。

②⑦住居侵入窃盗同未遂事件；昭和34年1月31日 ^(注27)

「窃盗の目的で他人の家宅に侵入しただけで、金品物色しない間は、窃盗罪の実行行為の着手とはいわれない」とした。この判例は従来の判例の流れに沿ったものである。

②⑧出入国管理令違反事件；昭和34年4月25日 ^(注28)

「密入国罪は、本邦外より本邦領域内に一步踏込む瞬間逃げようとするにおいてその実行の着手があり、かつ、既遂に達する」とした。特殊な事例である。

②⑨詐欺事件；昭和34年7月2日 ^(注29)

「日本電信電話公社の社員であると詐称して、電信電話債券証書をみせてくれと申向けた行為は、債権騙取のための一連の行為の一過程と認められ、詐欺罪の実行の着手である」とした。申向けた行為をもって欺罔行為の一部であると認めた。

③⑩窃盗事件；昭和35年1月19日 ^(注30)

「パチンコ玉を窃取する目的で、はじいた種玉を当り穴に誘導する設備をするため、セルロイド板をパチンコ機械のガラス扉下面のすきに押当てた行為は、窃盗罪の着手である」として、玉の誘導機能をもつセルロイド板の押当て行為に実行の着手を認めた。

③⑪加重逃走未遂事件；昭和36年9月26日 ^(注31)

「逃走の目的をもって、その手段としての損壊もしくは暴行・脅迫が開始されたときは、加重逃走罪の実行の着手がある」とした。逃走罪は結合犯であるから手段の一つが行われれば実行の着手となる。

③⑫強姦未遂事件；昭和37年7月13日 ^(注32)

「強姦の目的をもって婦女をタクシーに乗車させ、人里から遠い田舎

道に差掛かった際、降車を拒否する同女の腕をつかんで車外に引張り出して倒れさせ、逃げないように手をつかんだり殴打したりした事実があっても、いまだ強姦行為の実行に着手したとはいえない」とした。このことは事実が強姦罪の法益侵害の危険性の程度に達していないことを意味する。

③③強姦未遂罪；昭和38年6月13日 (注33)

「不安を感じて逃出そうとする13歳未満の被害者の背後から（姦淫目的で）胴を抱き、口をふさぐなどの暴行を加えた以上・・・その暴行は直接姦淫行為の一部に属するものでないとしても姦淫の実行行為に着手したものである」とした。③②の判例と比較すると犯罪構成要件該当性の判断について一貫性がないように思われる。

③④窃盗未遂事件；昭和38年11月28日 (注34)

「ロッカー内より金品を窃取するため、その近くにある机よりロッカーの合鍵を取出す」行為に実行の着手を認めた。

③⑤営利略取未遂事件；昭和39年5月9日 (注35)

「家屋内にいる人を略取する目的で、その裏木戸に接近しただけでは、いまだ略取罪の着手があったとはいえない」とした。接近行為だけでは犯罪意思があったとしても略取罪の犯罪構成要件の一部にも該当しないと判断したと思われる。

③⑥放火事件；昭和39年9月1日 (注36)

「木造家屋の入口ガラス戸等に約5リットルのガソリンを散布し・・・店内にあった煉炭コンロ内にあった火気に引火爆発させたときは、放火罪の実行の着手があったものである」とした。放火罪は公共危険罪の一つであることから、公共の危険の発生時に実行の着手を認めることができる。

- (注1) 最高裁判所刑事判例集 2 卷 4 号399頁
- (注2) 最高裁判所刑事判例集 2 卷 7 号748頁
- (注3) 高等裁判所刑事判例集 2 卷 3 号292頁
- (注4) 高等裁判所刑事判例集 3 卷 4 号748頁
- (注5) 最高裁判所刑事判例集 5 卷 6 号1004頁、最高裁判所裁判集刑事45号
243頁
- (注6) 高等裁判所刑事判決特報22号238頁
- (注7) 高等裁判所刑事判決特報36号 3 頁
- (注8) 高等裁判所刑事判例集 6 卷 4 号417頁、滝川春雄著・判例評釈・阪大
大学法学 9 号98頁
- (注9) 最高裁判所刑事判例集 7 卷 3 号529頁、最高裁判所裁判集刑事76号117
頁
- (注10) 高等裁判所刑事判決特報33号142頁
- (注11) 判例時報 8 号19頁
- (注12) 最高裁判所刑事判例集 8 卷 5 号641頁、高等裁判所刑事判例集 6 卷 9
号1261頁
- (注13) 高等裁判所刑事判決特報26号74頁、最高裁判所刑事判例集11卷 7 号
1993頁
- (注14) 高等裁判所刑事判例集 7 卷 3 号361頁、東京高等裁判所（刑事）判決
時報 5 卷 3 号103頁
- (注15) 最高裁判所刑事判例集 8 卷 5 号634頁、最高裁判所裁判集刑事95号87
頁、裁判所時報158号 2 頁
- (注16) 高等裁判所刑事裁判特報 1 卷11号477頁、東京高等裁判所（刑事）判
決時報 5 卷11号429頁
- (注17) 高等裁判所刑事判例特報 2 卷 6 号140頁、最高裁判所刑事判例集16卷
11号1589頁
- (注18) 高等裁判所刑事裁判特報 2 卷10号410頁、東京高等裁判所（刑事）判
決時報 6 卷 5 号130頁
- (注19) 高等裁判所刑事判例集 8 卷 8 号1113頁、高等裁判所刑事裁判特報 2 卷
22号1157頁
- (注20) 高等裁判所刑事裁判特報 3 卷11号575頁
- (注21) 最高裁判所裁判集刑事115号19頁
- (注22) 高等裁判所刑事裁判特報 3 卷22号1067頁
- (注23) 東京高等裁判所（刑事）判決時報 7 卷10号391頁、判例タイムズ65号
95頁
- (注24) 最高裁判所刑事判例集11卷12号3070頁、東京高等裁判所（刑事）判決
時報 8 卷 6 号175頁、高等裁判所刑事裁判特報 4 卷13号318頁
- (注25) 高等裁判所刑事判例集10卷 7 号625頁、高等裁判所刑事裁判特報 4 卷

18号481頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報 8 巻10号325頁、判例タイムズ75号49頁

（注26）高等裁判所刑事裁判特報 5 巻10号410頁

（注27）東京高等裁判所（刑事）判決時報10巻 1 号84頁

（注28）下級裁判所刑事裁判例集 1 巻 4 号1112頁

（注29）東京高等裁判所（刑事）判決時報10巻 7 号299頁

（注30）東京高等裁判所（刑事）判決時報11巻 1 号 1 頁

（注31）下級裁判所刑事裁判例集 3 巻 9 ・ 10号828頁

（注32）下級裁判所刑事裁判例集 4 巻 7 ・ 8 号680頁、判例時報310号40頁

（注33）判例タイムズ182号107頁

（注34）東京高等裁判所（刑事）判決時報14巻11号190頁

（注35）駒沢貞志著・基本判例解説シリーズ 2 刑法の判例（ジュリスト増刊）84頁、警察学論集18巻 1 号126頁、香川達夫著・判例評論73号50頁、東京高等裁判所判決昭和39年12月15日も同様な内容である。東京高等裁判所（刑事）判決時報16巻 3 号71頁参照

（注36）下級裁判所刑事裁判例集 6 巻 9 ・ 10号1005頁

（５）「昭和40年～昭和63年」期における実行の着手の概念

①窃盗強盗等事件；昭和40年 3 月 9 日 ^{（注1）}

「犯人が被害者方店舗内において、所携の懐中電灯により・・・電気器具類の積んであることがわかったが、なるべく金を盗りたいので店のたばこ売場の方に行き掛けたとの事実があれば、窃盗の着手行為があったものと認める」とし、たばこ売場に向かう行為に実行の着手を認めた。折衷説による判断と思われる。

②殺人事件；昭和40年12月 9 日 ^{（注2）}

「殺人の目的で、毒入ジュースの袋を農道脇に分散配置した行為は殺人罪の予備であり、被害者等によって捨取飲用される直前に着手があったものと解すべきである」とし、毒入ジュース袋の配置行為は予備だとした。しかし、抽象的には殺人の危険は十分存在しているので殺人の着手を認めるべきだと思われる。

③強姦致傷罪事件；昭和41年 8 月 9 日 ^{（注3）}

「白タク営業していた被告人が、・・・20歳の女性1人が客として乗車したのを幸いに同女をしいて姦淫しようと企て、同女の指定した行先とは異なる山間部に自動車を走らせ、・・・空地に乗入れて停車した上、・・・無言で自動車後部の右側ドアを開いて後部座席中央部に腰掛けて同女の身邊に迫るため乗車しようとした行為は強姦罪の実行行為に着手したもの」とした。

④強姦致傷事件；昭和43年11月26日^(注4)

「自動車により婦女を他所に連行した上、強姦しようと企て、同女を自動車内に引きずり込もうとして暴行を加えたことは、いまだ強姦罪の実行に着手したものと認められない」とした。

⑤殺人未遂事件；昭和44年6月25日^(注5)

「殺人の結果発生について客観的危険のある行為に着手した時に、殺人の実行の着手がある」とし、客観的危険のある行為とは例えば「被害者に睡眠薬を飲ませたり、あるいは、すりこ木で頭部を殴打して気絶させる」ような行為であるとした。

⑥殺人未遂事件；昭和44年11月6日^(注6)

「兇器を携え被害者の居室に侵入しただけでは、いまだ殺人の実行の着手があったとはいえない」として、兇器携帯侵入行為は予備行為であり、殺人罪の実行の着手に至らないとした。兇器を振りかざしたのであれば別だが、そうでなければ客観的に殺意の存在を認め難いと思われる。

⑦強姦致傷事件；昭和45年6月11日^(注7)

「自動車により婦女を他所へ連行した上強姦しようと企て、同女を自動車内に引きずり込もうとして加えた暴行は、いまだ強姦行為の着手とはいえない」とした。この判例は④の判例と同趣旨である。同種の内容の審理で東京高等裁判所の判決も同趣旨である。

⑧強姦致傷事件；昭和45年7月28日^(注8)

「被告人が・・・夜間1人で道路を進行中の婦女を強姦しようと企

て、・・・抵抗する同女を被告人運転のダンプカーの運転席に引きずり込み、・・・運転席内でこもごも同女を強姦した場合は、被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした時点において強姦罪の実行の着手がある」とした。この判例は④と⑦の判例と同じような事件だが実行の着手時期が異なる。前２者は強姦未遂の場合であり、本件は強姦既遂であるが、なぜ実行の着手時期が異なるか理解に苦しむ。

⑨窃盗等事件；昭和45年 9 月 8 日 ^(注9)

「自動車内から現金等を盗むため、ドライバー等で三角窓のガラスを押上げ洋傘の骨を曲げたものを差込んで、三角窓内側の止金ポッチに引掛け、洋傘の骨を動かせばすぐ開けられる状態にしたときは、窃盗の着手があった」とした。財物を直接窃取することがなくても客観的に窃取の可能性の危険が大きい状態に達した時に実行の着手があるものとした。

⑩強姦致傷事件；昭和46年 3 月18日 ^(注10)

「強姦の故意をもって、モータルのガレージ内に自動車に乗入れ、同乗中の婦女を2階の寝室に連れて行こうとして、同ガレージ内で暴行・脅迫を加えたときは、強姦罪の実行の着手があったものと認める」とし、暴行・脅迫を加えた時に実行の着手を認めた。

⑪強姦未遂事件；昭和46年12月23日 ^(注11)

「婦女を自動車で拉致して強姦しようと企て、夜間人通りもほとんどの場所で通行中の婦女を自動車内に引きずり込もうとして暴行を加えたときは、強姦罪の実行の着手があった」とした。⑩の判例と同様に暴行を加えた時に実行の着手を認めた。④と⑦の判例では暴行だけでは実行の着手を認めていない。この点、判例も統一されていない。

⑫殺人未遂事件；昭和48年 8 月 7 日 ^(注12)

「被害者を溺死させるため自動車を海中に転落させることは殺人罪の実行の着手に当たる」とし、転落させる行為に実行の着手を認めた。

⑬殺人、現住建造物等放火事件；昭和49年 4 月 3 日 ^(注13)

「放火を決意してガソリン 2 かんを可燃性の高い木造家屋内に運び込み・・・石油ストーブを使用してる室の隣室に・・・ガソリン18リットルを溢出させたときは、いまだ点火行為以前であっても、放火の実行の着手があったと解するのが相当である」とした。溢出行為に点火行為と同様な意味を持たせ、実行の着手時期を認めた。公共的危険の発生する蓋然性が高いと判断したものと思われる。

⑭覚醒剤取締法違反事件；昭和52年 5 月27日 ^(注14)

「覚醒剤取締法に定める覚醒剤の譲渡の実行に着手したといいうるためには、所持の移転のための準備行為を開始することで足りるが、その準備行為は所持の移転に密接したものでなければならない」とした。この判例は「昭和20年～39年末期」の②と⑤の判例と同趣旨である。覚醒剤の譲渡について、密売人が覚醒剤を所持していても売買について話をしたり特別な行為をしていない場合は、覚醒剤譲渡の実行の着手にいたらないとされている ^(注15)。

⑮公職選挙法違反・名誉毀損事件；昭和53年 5 月30日 ^(注16)

「新聞または雑誌の頒布という態様による名誉毀損は、被取材者が公表を意欲して、記事の内容をなす事実を取材者に提供したときに、実行の着手があるものというべきである」とし、虚偽の事実内容の提供に実行の着手時期を認めた。

⑯監禁・強姦致傷事件；昭和53年 6 月29日 ^(注17)

「被告人等が、自動車に同乗させた被害者 2 名をモータルに連込んで強姦しようと企て、同車内で同女等に対し・・・『決心ついたか、俺達とやるかまわしをかけられるか、どっちにする』などと申向けて脅迫することは、強姦罪の実行の着手に当る」とした。この判例は⑩と⑪の判例と同趣旨である。

⑰加重逃走未遂事件；昭和54年12月25日 ^(注18)

「拘禁場または械具の損壊による加重逃走罪については、逃走の手段

としての損壊が開始されたときには、逃走行為自体に着手した事実がなくとも、実行の着手がある」とした。

⑱覚醒剤取締法・関税法各違反事件；昭和57年5月10日^(注19)

「覚醒剤を輸入する目的でこれを隠匿諸事した上、外国の港から外国船舶に乘組み本邦領海内に入ったが、陸揚げする前に発見領置されたためその目的を遂げなかった場合には、遅くとも本邦の領海内に達した段階で輸入の実行の着手があるものと解すべきである」とした。この判例は「昭和20年～39年末期」の⑳の判例と同じように、覚醒剤輸入罪は領海内に達した段階で実行の着手があり、かつ、既遂に達するものとするものであり、特殊な形態である。

⑲瓦斯等漏出・殺人未遂事件；昭和57年6月29日^(注20)

「殺人の目的で屋内に都市ガス（天然ガス）を漏出させたが点火するにいたらなかったときは、殺人未遂ではなく殺人予備である」とし、点火行為をもって殺人の実行の着手とした。漏出だけでは命に対する客観的危険性が十分に認めることができないとするものであると思われる。

⑳現住建造物等放火事件；昭和58年7月20日^(注21)

「木造建物を焼燬する目的で密閉された室内全体にガソリンを撒くことは、放火罪の実行の着手に当る」とした。この判例は㉑の判例と同趣旨である。

㉑詐欺未遂事件；昭和60年11月28日^(注22)

「架空の貿易取引について、銀行に商業信用状を開設させて荷為替手形の支払保証の利益を得る目的で、国内の輸入業者に対し、その取引銀行に商業信用状を開設させるよう依頼したときは、詐欺の実行の着手があったものというべきである」とした。依頼行為に実行の着手を認めた。

㉒強姦致傷事件；昭和61年3月11日^(注23)

「被告人が、客や従業員がいるスナックで被害者に暴行を加え、更に同店からタクシーでホテルに向う途中、事態を案じて同乗して来たスナ

ック経営者ら2人がいる車内で被害者に暴行を加えた際、当初から強姦の犯意を有していたとしても、いまだ強姦に至る客観的な危険性があるとはいえないから、強姦の実行の着手があったとはいえない」とした。貞操に対する実質的危険性が発生していないと判断したと思われる。

②③相続税違反・詐欺未遂事件；昭和61年3月19日^(注24)

「相続税につき修正申告した者が、修正申告に係る相続税を免れるために、相続により多額の債務を負担したとの架空の事実に基づき減額更生請求したときは相続税の脱犯が成立し、詐欺の実行の着手があったものとすることはできない」とした。減額請求行為に実行の着手時期を認めた。

②④建造物侵入・窃盗未遂事件；昭和62年12月16日^(注25)

「窃盗の目的で内蔵に侵入するため、その外壁や錠や壁など破壊を開始したときは、窃盗の実行に着手したものである」として、破壊行為の開始に実行の着手時期を認めた。この場合は、内蔵には当然財物が置かれていることが通常であることを前提として窃取の客観的危険性が十分認められると判断したと思われる。

②⑤強盗致傷事件；昭和63年2月10日^(注26)

「被告人が、女性用下着窃取のためベランダに置いてあった電気洗濯機の蓋を持ち上げたときは、窃盗の実行に着手したものである」とした。

(注1) 最高裁判所刑事判例集19巻2号69頁、判例タイムズ175号150頁、判例時報407号63頁

(注2) 下級裁判所刑事裁判例集7巻12号2189頁、大野真義著・基本判例解説シリーズ2 刑法の判例(ジュリスト増刊)55頁

(注3) 高等裁判所刑事判例集19巻5号520頁、判例時報461号64頁、判例タイムズ198号158頁

(注4) 判例時報543号91頁

- (注5) 判例時報589号95頁、警察学論集23巻11号166頁
- (注6) 判例タイムズ247号322頁
- (注7) 判例タイムズ259号319頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報23巻4号79頁、判例タイムズ279号362頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報23巻12号235頁、判例タイムズ298号441頁
- (注8) 最高裁判所刑事判例集24巻7号585頁判例タイムズ251号271頁、判例時報599号98頁、小田直樹著・刑法判例百選第3版（1）総論（別冊ジュリスト111）134頁～135頁
- (注9) 判例タイムズ259号306頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報21巻9号303頁
- (注10) 刑事裁判月報3巻3号366頁
- (注11) 刑事裁判月報3巻12号1613頁
- (注12) 東京高等裁判所（刑事）判決特報24巻8号128頁
- (注13) 判例タイムズ316号289号
- (注14) 刑事判例月報9巻5・6号364頁、判例時報868号111頁
- (注15) 東京高裁・昭和53年3月20日判決は同趣旨である。刑事裁判月報10巻3号200頁、判例時報912号106頁、
- (注16) 判例時報920号234頁、高等裁判所刑事判例集31巻3号143頁、香川達夫著・判例評論251号32頁
- (注17) 判例時報922号114頁、刑事裁判月報10巻6～8号1045頁、小西秀宣著・研修366386頁
- (注18) 最高裁判所刑事判例集33巻7号1105頁、判例時報952頁135頁、判例タイムズ406号92頁、吉村弘著・研修422号109頁～110頁、川端博著・刑法判例演習教室191頁～193頁、相内信著・警察研究55巻53頁～58頁
- (注19) 判例時報1060号160頁、刑事裁判月報14巻5・6号369頁
- (注20) 判例時報1051号159頁
- (注21) 判例時報1108号138頁
- (注22) 判例時報1224号134頁、判例タイムズ595号93頁、
- (注23) 判例タイムズ615号125頁
- (注24) 判例時報1206号130頁、刑事裁判月報18巻3号180頁、佐藤英明著・ジュリスト890号113頁～115頁
- (注25) 判例タイムズ662号241頁
- (注26) 判例時報1306号144頁

(6) 「平成元年～平成8年末」期における実行の着手の概念

①窃盗未遂事件；平成2年10月1日^(注1)

「自動車内から金品を窃取する目的で、助手席ドアのガラスの隙間に金尺を差込み解錠していたところを発見されたときは、窃盗未遂罪が成立する」とした。この判例は解錠行為に実行の着手時期を認めた。「昭和40年～昭和63年末期」の⑨と②④の判例と同趣旨である。

②常習犯窃盗未遂事件；平成2年11月15日^(注2)

「自動車内の金品を窃取する目的で、助手席の鍵穴にドライバーを差込んで開けたところを発見されたときは、窃盗未遂罪が成立する」とした。この判例は①の判例と同趣旨である。

③窃盗事件；平成3年9月17日^(注3)

「遊技用メダルを窃取する目的でパチスロ遊技機のメダル投入口にセルロイド用器具を差し込むことは窃盗罪の実行の着手に当たる」とした。この判例は「昭和20年～39年末期」の③⑩の判例と同趣旨である。

④電子計算機使用詐欺事件；平成8年7月5日^(注4)

「変造パチンコ用プリペイドカード「パッキーカード」をパチンコ店に設置させたカードユニット（自動玉貸機）の挿入口に挿入し、カードユニットに対し虚偽の情報を与えた時点で、電子計算機使用詐欺罪の実行の着手がある」とした。この判例は③の判例と同趣旨である。

(注1) 判例時報1373号144頁

(注2) 判例時報1373号145頁

(注3) 判例時報1417号141頁、判例タイムズ784号264頁、山川治著・捜査研究41巻10号51頁～57頁、山中敬一著・法学セミナー37巻9号127頁

(注4) 判例時報1595号154頁

4. おわりに

以上、学説の主張とその推移および具体的裁判例における判決の「実行の着手時期」を概観してきたが、これだけでは「実行の着手の問題」は解決されるものではない。「実行の着手」が予備と未遂の区別をする基準であり、かつ、両者の可罰の範囲もかなり異なって取り扱われていることから、未遂犯の処罰根拠は何かという根本的な考察が必要であると思われる。さらに、未遂の違法性を考察する際に行為無価値論と結果無価値論との関係など違法論全体の考察や中止未遂論および不能犯論との関係など未遂犯全体にわたる根本的な問題の検討が必要であると思われる。これらの問題の検討は今後の課題とする。