

ドイツ刑法判例研究 (4)

-住居侵入窃盗における手段行為と未遂犯の成立時期との関係について (BGH, Beschl. v. 19. 5. 2021-6 StR 28/21, NStZ 2021, 537) -

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2023-09-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 君塚, 貴久 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000083

【判例研究】 刑事法研究会 (監修)

ドイツ刑法判例研究 (4)

—— 住居侵入窃盗における手段行為と未遂犯の
成立時期との関係について (BGH, Beschl.
v. 19. 5. 2021 — 6 StR 28/21, NStZ 2021,
537) ——

君 塚 貴 久

【決定要旨 (Leitsatz)】⁽¹⁾

1. 犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである (ドイツ刑法 22 条)。直接的な開始は、行為者が自らの所為計画に従って、構成要件の実現を無障害にそして更なる中間段階を挿入せずに開始する行動、または構成要件実現と空間的・時間的に直接結びついた行動において存在する。この行動は、行為者が法定の構成要件の記述と一致した行為を遂行する以前に、すでに存在しうる。

2. 以上の原則は、加重構成要件 (Qualifikationstatbeständen) または原則例示付き構成要件 (Tatbeständen mit Regelbeispielen) における未遂の開始を検討する際にも、妥当する。その限りで基準となるのは、行為者の行動が、その者の所為計画に従って、基本犯 (Grunddelikt) の実現へと無障害にそして更なる中間段階を挿入せずに至るかどうかが、ということである。この行動は、本件においても、行為者が構成要件の実行行為の遂行を開始する以前に、すでに存在すると言える。というのは、行為者が、加重メルクマールまたは原則例示 (Regelbeispiel) を実

(1) 決定要旨は NStZ 編集部によるものである。NStZ 2021, 537.

現しかかっているということで、十分たりうるからである。一般原則に鑑みたと
き、未遂の開始にとっては、次のことが重要となる。すなわち、行為者の行為が、
その者の計画によれば、新たな意思活動を要することなく構成要件実現へと至るこ
とになっているため、保護法益が行為者の観点からすればすでに具体的に危殆化さ
れているか、そうではないかということである。

【事案の概要】

犯行当日の夜、被告人は、金目の物を窃取するため、暴力的な手段を用いて住居
に侵入することを決意した。被告人は、居住空間に自由に出入り可能な形で繋がっ
ているサンルームのガラス面に石を投げ、そこに穴をあけた。これは、穴から手を入
れて窓の取っ手を動かし、サンルームから居住空間に入り、そこで金目の物を物
色するためであった。

ガラスが割れて大きな音が出たので、それにより上の階で就寝していた住人らが
目を覚ました。住人らは階段のところまで明かりのスイッチを点け、それにより家全
体に明かりが点いた。被告人は、住人らが眠りから覚めてしまい、もはやこれ以上
は邪魔されずに物色するのは不可能だと悟った。発見されるのを免れるため、被告
人はその場を後にした。

原審であるヒルデスハイム LG は、とりわけ上記認定事実との関係においては、
被告人に住居侵入窃盗の未遂（ドイツ刑法 244 条 1 項 3 号、同 22 条）が成立する
とした。上告がなされたが、BGH 第 6 刑事部はこれを棄却した。

【決定理由】

a) 犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した者は、
犯罪行為の未遂を行ったものである（ドイツ刑法典 22 条）。直接的な開始は、行為
者が自らの所為計画に従って、構成要件の実現を無障害にそして更なる中間段階を
挿まずに開始する行動、または構成要件実現と空間的・時間的に直接結びついた行
動において存在する。この行動は、行為者が法定の構成要件の記述と一致した行為
を遂行する以前に、すでに存在しうる。[Rn. 4]

行為者の計画を実現するための試みは、当該の犯罪構成要件と連関を有していな
ければならない。行為者が、この意味で「決定的な」法違反を開始しているのか、

あるいはなおも予備の段階にあるのかは、行為が結果惹起に「直接至ること」に関する行為者の表象によって決まる。一般的には、構成要件の結果を惹起するためになおも新たな意思活動 (**Willensimpuls**) を要する場合、未遂の數居を超えていないということになる。予備と未遂の段階を区別する本質的な基準となるのは、行為者の観点から、保護法益がどの程度具体的に危殆化されたかということである。

[Rn. 5]

以上の原則は、加重構成要件 (**Qualifikationstatbeständen**) または原則例示付き構成要件 (**Tatbeständen mit Regelbeispielen**) における未遂の開始を検討する際にも、妥当する。その限りで基準となるのは、行為者の行動が、その者の所為計画に従って、基本犯 (**Grunddelikt**) の実現へと無障害にそして更なる中間段階を挿まずに至るかどうか、ということである。この行動は、本件においても、行為者が構成要件の実行行為の遂行を開始する以前に、すでに存在すると言える。というのは、行為者が、加重メルクマールまたは原則例示 (**Regelbeispiel**) を実現しかかっているということで、十分たりうるからである。一般原則に鑑みたとき、未遂の開始にとっては、次のことが重要となる。すなわち、行為者の行為が、その者の計画によれば、新たな意思活動を要することなく構成要件実現へと至ることになっているため、保護法益が行為者の観点からすればすでに具体的に危殆化されているか、そうではないかということである。[Rn. 6]

住居侵入窃盗の場合、以上のことは通常 (**regelmäßig**)、次のような場合に認められる。すなわち、行為者が、ドイツ刑法典 243 条 1 項 2 文 1 号、同 244 条 1 項 3 号の意味での、押し入り、忍び込み、または侵入の開始をした際、それに直接引き続いて住居に入り、そこで金目の物を窃取するという意図を有していた場合である。それを通じて、行為者はそのときすでに、犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件実現の実現を開始しているのである。[Rn. 7]

b) 本件はそのような状況にある。被告人は、窓を打ち壊した際に次のような表象を有していた。すなわち、更なる意思活動を要することなく、それに直接引き続いて家に侵入し、金目の物を物色し、それを窃取するという表象である。この目的のためにはなおも、窓を開け、サンルームを通じてそれに接している居住空間に入らなければならなかったとはいえ、行為者の観点からすれば、侵入の開始をもって保護法益が具体的に危殆化されていたのである。[Rn. 8]

【研究】

I. 住居侵入窃盗の未遂という類型について

1. ドイツ刑法典上の住居侵入窃盗の位置づけ

ドイツ連邦通常裁判所（以下 BGH とする）の第 6 刑事部で出された本決定（BGH 第 6 刑事部 2021 年 5 月 19 日決定— 6 StR 28/21）⁽²⁾ は、ドイツで窃盗罪の加重類型として規定されている、住居侵入窃盗罪（Wohnungseinbruchdiebstahl）の未遂の成立時期に関するものである。わが国では、住居侵入窃盗とその他の窃盗は現象形態としては区別されている⁽³⁾ が、ドイツのような形で、条文レベルで区別されているわけではない。通常、わが国ではいずれの窃盗も刑法 235 条で包括的に処理されることになるのである。本決定の意義を述べる前提として、まずはドイツにおける住居侵入窃盗罪規定の構成を、本稿での検討にとって必要な限度で紹介することから始める⁽⁴⁾。

ドイツ刑法 242 条 1 項は、単純窃盗罪を規定し、その法定刑は 5 年以下の自由刑または罰金刑とされている⁽⁵⁾。その成立要件は、「他人の動産を、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他の者から奪取した者」⁽⁶⁾とされており、本罪の客観的構成要件を基礎づける「奪取」（Wegnahme）は、「占有移転」を意味する⁽⁷⁾。

(2) NStZ 2021, 537=NStZ-RR 2021, 341.

(3) この区別を全体として強く意識してきたのは、刑事政策の分野であろう。法務省法務総合研究所編『令和 4 年版犯罪白書』10-11 頁など参照。もっとも、判例における事実関係に応じた未遂の成立時期（実行の着手時期）や、盗犯等防止法 2 条 3 号および 4 号（常習侵入窃盗）の未遂の成立時期との関係で、刑法上も「侵入窃盗」という類型を想定することには意義がある。

(4) 端的には、樋口亮介／深町晋也／小池信太郎／佐藤拓磨／仲道祐樹／神馬幸一訳『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（法務省刑事局、2021 年）6 頁に解説がある。より詳細には、Rudolf Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl., 2023, § 3 Rn. 1 ff., § 4 Rn. 1 ff. 参照。そのほか、Jörg Eisele, Versuchsbeginn beim Einbruchdiebstahl, JuS 2020, 796.

(5) § 242 Diebstahl

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(6) 本稿におけるドイツ条文の訳出は、樋口ほか訳・前掲注（4）を参照した。

(7) わが国の窃盗罪との比較は、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東大ロー 8 号（2013

次に、同 243 条 1 項は「窃盗の特に重い事案」を規定するが、これは原則例示 (Regelbeispiel) という形式をとる⁽⁸⁾。この原則例示規定は、基本犯 (窃盗罪) の構成要件には変更を加えないが、原則例示規定に挙げられた行為に該当する場合には、法定刑の枠が拡張された重い処罰を可能にする。上述の「窃盗罪の特に重い事案」として 1 項の 1~7 号に挙げられた類型に当たれば、3 月以上 10 年以下の自由刑を科すことを可能にするのである。もっとも、原則例示規定は原則として (in der Regel) 特に重い事案を挙げるという形式になっている点⁽⁹⁾、また、ドイツ

年) 154 頁、ドイツにおける占有 (Gewahrsam) 概念については、土井和重「窃盗罪の既遂時期」明大院 30 号 (2009 年) 97 頁以下、菊地一樹「占有者の意思と窃盗罪の成否」早法 92 巻 2 号 (2017 年) 84 頁以下、芥川正洋「窃盗罪における占有」早誌 69 巻 2 号 (2019 年) 14 頁以下など参照。

(8) § 243 Besonders schwerer Fall des Diebstahls (主要な部分の邦訳は後掲注 [13] の本文参照)

(1) In besonders schweren Fällen wird der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. zur Ausführung der Tat in ein Gebäude, einen Dienst- oder Geschäftsraum oder in einen anderen umschlossenen Raum einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in dem Raum verborgen hält,

2. eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist,

3. gewerbsmäßig stiehlt,

4. aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum eine Sache stiehlt, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient,

5. eine Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst oder Geschichte oder für die technische Entwicklung stiehlt, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befindet oder öffentlich ausgestellt ist,

6. stiehlt, indem er die Hilflosigkeit einer anderen Person, einen Unglücksfall oder eine gemeine Gefahr ausnutzt oder

7. eine Handfeuerwaffe, zu deren Erwerb es nach dem Waffengesetz der Erlaubnis bedarf, ein Maschinengewehr, eine Maschinenpistole, ein voll- oder halbautomatisches Gewehr oder eine Sprengstoff enthaltende Kriegswaffe im Sinne des Kriegswaffenkontrollgesetzes oder Sprengstoff stiehlt.

(9) それゆえ、原則例示規定のドイツ刑法 243 条 1 項に挙げられた事案が存在した場合には、当該行為が「窃盗の特に重い事案」に当たるとを徴憑する作用 (Indizwirkung) が生じる。しかし、それは法適用者の判断を拘束するものではない。つまり、そうした事案が存在せずとも、具体的な事実関係を考慮して、同項を通じた加重も可能であり、また、そうした事案が存在したとしても、同 242 条 (単純窃盗) の下限に当たるような刑を科

の通説によれば構成要件レベルではなく、あくまで量刑レベルでの評価を基礎づけるに過ぎないと解されている点⁽¹⁰⁾には、注意を要する。本条の窃盗と、同 242 条の単純窃盗罪とでは、構成要件は同一と解されているのである。

これに対して同 244 条 1 項では、持凶器窃盗 (1 号)、集団窃盗 (2 号)、住居侵入窃盗 (3 号)、そして同条 4 項では、継続的に使用される個人的住居 (Privatwohnung) への侵入窃盗が規定されている⁽¹¹⁾。これらは加重構成要件 (Qualifikationstatbestand) と解されており、上述の原則例示とは異なり、量刑レベルではなく、構成要件レベルで基本犯との違いが生じる。これらの法定刑は、6 月以上 10 年以下の自由刑 (1

すことも論理的には可能なのである。もっとも、この点については罪刑法定主義の明確性の原則 (ドイツ基本法 103 条 2 項) の観点から批判も提起されている。以上につき、Rengier, a. a. O. (Anm. 4), § 3 Rn. 1 ff. 参照。

(10) Hans Kudlich, JuS 1999, L 89, L 91; Holm Putzke, Der strafbare Versuch, JuS 2009, 1083, 1085; Thomas Hillenkamp, in: Laufhütte/van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2007 (以下 LK¹²-注釈者名として引用する), § 22 Rn. 128; ders., in: Wessels/Hillenkamp/Schur, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl., 2022, Rn. 208; Kristian Kühn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 15 Rn. 53; Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019 (以下 Schönke/Schröder-注釈者名として引用する), § 243 Rn. 2 (ただし、構成要件メルクマールに近いものと解する); Martin Heger, in: Lackner/Kühn/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2023, § 46 Rn. 15 など参照。

(11) § 244 Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchdiebstahl (主要な部分の邦訳は後掲注 [13] の本文参照)

- (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer
1. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter
 - a) eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
 - b) sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden,
 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt oder
 3. einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält.
- (4) Betrifft der Wohnungseinbruchdiebstahl nach Absatz 1 Nummer 3 eine dauerhaft genutzte Privatwohnung, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

項) および1年以上10年以下の自由刑 (4項) となっている。

性質	法定刑	基本犯との違い
基本犯 (242条: 単純窃盗)	5年以下の自由刑 or 罰金刑	—
原則例示 (243条1項)	3月~10年の自由刑	量刑レベル
加重構成要件 (244条1項、4項)	6月~10年の自由刑 (1項) 1年~10年の自由刑 (4項)	構成要件レベル

以上に挙げた、窃盗罪を基本犯とする諸類型は、そのいずれもが未遂犯として処罰される⁽¹²⁾。それを念頭に置きつつ、本稿で問題となる類型により具体的に

(12) ドイツ刑法 242条2項 (単純窃盗の未遂)、同 244条2項 (窃盗の加重構成要件類型の1項の未遂) 参照。これらとは異なり、同 244条4項 (継続的に使用される個人的住居侵入窃盗) の未遂は、未遂としての処罰を指示する個別規定を前提とせずに、その可罰性が認められる。なぜなら、重罪 (**Verbrechen**: 法定刑の下限が自由刑1年以上の罪) は、未遂犯として処罰する旨の個別の規定がなくとも、未遂犯として処罰されるからである。重罪については同 12条1項、重罪と未遂の関係については同 23条1項をそれぞれ参照。

また、同 243条1項 (窃盗の原則例示類型) の未遂の処罰規定に関しては、より立ち入った説明が必要となる。すなわち、同項の構成要件は本文で述べた通り単純窃盗と同一であり、未遂犯の概念規定である同 22条が「構成要件実現を開始した」ことを要求していること (*Rengier, a. a. O. [Anm.4], § 3 Rn. 48*)、そして同 243条1項1文が「窃盗は」としていること (*Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl., 2022, § 243 Rn. 48*) から、同 242条2項 (単純窃盗の未遂の可罰性を示す規定) が同 243条1項の未遂の可罰性の根拠条文となるのである。付言しておく、そうしたことを念頭に置くならば、ここでの未遂は「ドイツ刑法 243条の未遂」や「窃盗の原則例示規定の未遂」等ではなく、厳密には「(押し入り等を通じて遂行される) 窃盗の未遂」といった形で表現される方が望ましい。*Wilhelm Degener, Strafgesetzbuch, Regelbeispiele und deliktisches Versuchen, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 309 ff.* 参照。とはいえ、それでは表現が冗長になるので、本稿では便宜上、そうした厳密な表現に拘泥しない。

なお、*Gunther Arzt, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele, JuS 1972, S. 517 f.*; *Rainer Zaczyk, in: Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 22 Rn. 55* (以下 NK⁵-注釈者名として引用する); *Bernd Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 2021, § 14 Rn. 36* 等は、同 243条の未遂という類型を認めることに反対する。これらのうちとりわけ *Arzt* による反対説を批判的に検討したものと、*Erich Samson, Strafrecht I, 7. Aufl., 1988, S. 149 f.* がある。また、構成要件類似性の観点から、同条の未遂という類型を認めるものとして、*Jörg Eisele, Die Regelbeispielsmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung?*, JA 2006, 309, 313 がある。

迫っておこう。

原則例示規定である同 243 条 1 項 1 号は⁽¹³⁾、「犯行を実行するために、建造物、職務若しくは仕事を行う場所若しくはその他の仕切られた場所に押し入り (einbricht)、入り込み、不真正な鍵若しくはその他の正規に許されていない開錠道具を用いて侵入し、若しくはこれらの場所に身を隠した」(下線は筆者。以下同じ) 場合、加重構成要件である同 244 条 1 項 3 号は「窃盗を行う際に、犯行を実行するために、住居に押し入り (einbricht)、入り込み、不真正な鍵若しくはその他の正規に許されていない開錠道具を用いて侵入し、若しくは住居に身を隠した」場合、そして同条 4 項は「第 1 項第 3 号に定める住居侵入窃盗が、継続的に使用される個人的住居を対象とするとき」を挙げている。

下線部から分かるように、これら条文の文言において異なる(それゆえ前段落に挙げた諸類型間の刑の重さを区別する要素となる)のは、窃盗の奪取の前提となる手段行為が対象とする客体の性質であり⁽¹⁴⁾、これに対して、その手段行為それ自体に当たる部分は共通している。「押し入り」以外の各手段行為についても、それらの違いを踏まえてそれぞれを取り上げる意義はあるが、紙幅にも鑑み、以下ではとりわけ「押し入り」(einbricht)⁽¹⁵⁾に焦点を当てることにする。

さて、このように手段行為が条文に規定されている犯罪類型との関係では、当該犯罪の開始時期はいつなのかという問題、つまりその未遂犯の成立時期の問題が提起されることになる。すなわち、文言上・形式的には当該の手段行為が犯罪の開始時期を決定づけていると解せるが、そうした解釈が犯罪構造に関する実質的な理解に基づいて正当化されうるかは、必ずしも一義的に明らかではないのである⁽¹⁶⁾。

(13) 同 244 条も含め、条文の原文については、前掲注 (8)、(11) を参照。

(14) すなわち、原則例示規定のドイツ刑法 243 条 1 項 1 号では「建造物、職務若しくは仕事を行う場所若しくはその他の仕切られた場所」、加重構成要件の同 244 条 1 項 3 号、同条 4 項では、それぞれ「住居」、「継続的に使用される個人的住居」となっている。

(15) なお、本稿での用語法としては基本的に、樋口ほか訳・前掲注 (4) に倣い、ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号および同 244 条 1 項 3 号における“einbricht” (einbrechen; Einbruch) は「押し入り」と訳すが、住居侵入を手段とする窃盗一般および罪名としての“Wohnungseinbruchdiebstahl”のことは「住居侵入窃盗」と訳す。

(16) 例えば、(当該の結合犯に関する故意が存在することを前提にしたとしても)「結合犯」の未遂は形式的に手段行為(あるいは第一行為)がなされた時点で直ちに成立するとは言いつれない。金澤真理「結合犯とその未遂」法雑 64 卷 4 号(2019 年) 910 頁以下、松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂、2020 年) 122 頁以下など参照。

こうした問題との関係で、上述の窃盗類型の未遂成立時期につき、次節 (I-2) および次章 (II) で示すように、近時ドイツでは判例を中心に興味深い動きが生じている。

2. 本決定を取り上げる意義

近時、住居侵入窃盗の未遂の成立時期をめぐり、特に 2019 年頃から 2021 年にかけて BGH は複数の判断を下しており、その最新の判例が本決定 (6 StR 28/21) である⁽¹⁷⁾。そして BGH は結論としてはおおむね、「押し入り」の時点で窃盗の加重類型 (ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号、同 244 条 1 項 3 号、同条 4 項) の未遂成立を認める傾向にある。

もっとも、その理論構成として、未遂の成立時期を前倒しするに当たり、①あくまで基本犯の行為 (窃盗罪における奪取行為) を起点とすべきなのか、あるいは②「押し入り」さえあれば基本犯の行為を特段意識しなくとも未遂を肯定してよいのかについて、BGH の立場は必ずしも (そして特に刑事部をまたぐとより一層) 明確ではない。また、理論構成として①②いずれの立場が支持されているにせよ、実際の事例解決の局面において、どの時点で、あるいはいかなる条件が揃えば、住居侵入窃盗類型の未遂が認められてよいのかについて、近時の BGH の刑事部および判例の間で見解の動揺が見られる。そしてこうした近時特殊の状況に加え、そもそも、未遂一般の成立時期を決するに際し、BGH は複数の基準を併用しており、それら基準の相互関係の詳細については必ずしも明らかにされていない。こうした状況の下、本決定およびそこに至るまでの主要な判例を素材に、「住居侵入窃盗の未遂」に関する BGH の判断枠組みを分析することには、一定の意義が認められるであろう⁽¹⁸⁾。

更に、窃盗未遂との関係で付言しておく、近時わが国では「カードすり替え窃

(17) 本決定は 2021 年に出されたものではあるが、現在も検討の対象とされている。Wolfgang Mitsch, Versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl, JA 2023, 18 ff. 本決定に関するそれ以前の評釈として、Christian Fahl, Versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl, NSTZ -RR 2021, 341; Sven Kaltenbach, Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) zum Wohnungseinbruchsdiebstahl, jurisRR-StrafR 19/2021 Anm. 3.

(18) ドイツにおける未遂犯の判例に関するわが国での研究状況との関係で、後掲注 (25) も参照。

盗」の未遂成立時期をめぐる議論が展開されており⁽¹⁹⁾、被害者の「心理的障壁」に働きかけることで「占有の弛緩」を生じさせることが、窃盗未遂の成立時期にとって重要だとし、詐欺未遂と同程度にまで窃盗未遂の成立時期を早める主張もされている。すなわち、わが国では、住居侵入窃盗のような「物理的障壁」のみが主題化されてきた従来の判例の基準によれば、物色行為かそれに近い行為の時点が(先例として確立した)窃盗未遂の成立時期とされてきた⁽²⁰⁾が、論者らによると、上述の「カードすり替え窃盗」のような「心理的障壁」が重要性を有する類型は、従来の窃盗未遂の事実関係およびその規範的評価が異なって理解されるべきとされているのである⁽²¹⁾。確かに、一見すると先のドイツの議論はわが国のこうした問題状況と関わりが薄いようにも思われるが、「カードすり替え窃盗」においても最終的には「すり替え」という物理的な奪取(占有移転)行為が必要である。また、「物理的障壁」の位置づけを確認することは、それと「心理的障壁」との異同を明らかにする一助にもなるであろう。

以上のような意義を踏まえて、本決定について分析・検討を加えていく。すなわち、Ⅱでは、住居侵入窃盗の未遂に関する近時のBGHの判例とその流れを確認し、個別の判例の位置づけと、全体としてどのような基準が確立している(あるいはしていない)と評価できるかを分析する。そしてそれらに対する若干の検討も行う。Ⅲでは、本稿で得られた成果をまとめ、それを前提に今後の課題を抽出することにした。

(19) 判例としては、特に最決令和4年2月14日裁時1786号1頁、議論状況について詳しくは、「(特集)すり替え窃盗の実行の着手時期」刑ジャ73号(2022年)4頁以下参照。また、この論点との関係で、近時のわが国の判例の傾向に疑問を呈すものとして、同特集10頁以下所収の二本柳誠「窃盗未遂の処罰時期」、更に、松原芳博=井藤大地「インタビュー『すり替え作戦の実行の着手について』」Law & Practice 16号(2022年)11頁以下〔松原発言〕、谷井悟司「すり替え型キャッシュカード窃盗における実行の着手時期」新報129巻6=7号(2023年)493頁以下等がある。

(20) 住居を対象とする侵入窃盗の例として、大判昭和9年10月19日刑集13巻1473頁、最判昭和23年4月17日刑集2巻4号399頁、最判昭和40年3月9日刑集19巻2号69頁など参照。もっとも、財物の保管に特化した「土蔵」等への侵入(名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁)や、車上狙い(東京高判昭和45年9月8日東高刑時報21巻9号303頁)のような場合には、比較的早い時点で窃盗未遂が肯定されている。

(21) 例えば、富川雅満「すり替え窃盗の実行の着手時期」刑ジャ73号(2022年)25頁(前掲注〔19〕の「特集」所収)参照。また、佐藤拓磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期」研修890号(2022年)9-10頁も、「すり替え事案は窃盗と詐欺の限界線上に位置する」と述べることで、窃盗類型としての特殊性を強調している。

なお、ドイツでは未遂犯の捉え方がわが国と若干異なるので、検討の前提としてその点に簡単に触れておきたい⁽²²⁾。ドイツにおいて未遂犯の成立時期は、刑法 22 条に従って解釈されており、そこでは、「犯罪についての自らの表象に従って、直接、構成要件の実現を開始した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである」とされている。本条に関するドイツでの一般的な理解によれば、未遂犯の成立時期を判断するに当たっては、(a) 判断資料として行為者の表象（主観面）を基礎にするべきであり（nach seiner Vorstellung）、そしてそれを前提にして、(b) 構成要件実現の直接的開始（unmittelbar ansetzt; unmittelbares Ansetzen）の有無を基準とすべきとされている⁽²³⁾。そしてドイツの判例も伝統的に、以上のような——行為者の主観面（特に計画）を基礎としつつ、「直接的開始」を問うという——枠組みに依拠して、未遂犯の成立時期を判断していると解せる⁽²⁴⁾。それゆえ、例えば「直接的開始」の判断に当たって「保護法益の危殆化」が重要となる等の言辞があったとしても、それはわが国の一般的な理解のように客観的な事情にのみ基づいて判断されているのではなく、行為者の主観面に主に基づいて判断されている点に注意が必要である。また、一般的には、(b) の「直接的開始」の判断に当たっては、例えば行為者自身が「自分は構成要件実現を直接的に開始した」と考えたかどうかは重要ではなく、観察者ないし法の適用者による判断が決定的であり、その意味で「客観的な」判断だとされている点にも、留意されたい。

(22) ドイツにおける未遂犯の規定および処罰根拠論について、ドイツ文献および邦語文献による紹介を含め、詳しくは、拙稿「ドイツ未遂犯論における『直接的開始』の規範論的意義」明大院 56 号（2022 年）37 頁以下参照。

(23) (b) は未遂の成立時期を画すものであるから、以下で「直接的開始」と述べられている部分は、「(実行の) 着手」と読み替えると理解しやすいと思われる。

(24) 例えば、BGH 第 2 刑事部 1952 年 2 月 7 日判決（5 StR 12/52, BGHSt 2, 380）、BGH 第 2 刑事部 1954 年 1 月 15 日判決（2 StR 488/53, BGHSt 6, 98）、BGH 第 1 刑事部 1955 年 4 月 5 日判決（1 StR 355/54, BGHSt 7, 291）、BGH 第 2 刑事部 1964 年 6 月 15 日判決（2 StR 178/64, BGHSt 19, 350）、BGH 第 1 刑事部 1965 年 1 月 19 日判決（1 StR 541/64, BGHSt 20, 150）。更に、BGH 第 1 刑事部 1975 年 9 月 16 日判決（1 StR 264/75, BGHSt 26, 201）は、現行のドイツ刑法 22 条につき、Welzel の個別的客観説（Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 190 f. 参照）が取り入れられたものとして捉えており、未遂成立の判断に際し明示的に「主観的な判断基礎に基づく客観的な評価基準」を採用している。本判決に関するわが国の評釈として、高橋則夫「予備と未遂の区別について」判タ 391 号（1979 年）48-49 頁参照。また、学説としては差し当たり、Mitsch, a. a. O. (Anm. 17), S. 19 を参照。

II. 近時の BGH の判例に関する概観と分析

1. 諸判例の概観

では早速、近時の BGH の判例を概観していこう⁽²⁵⁾。先にも述べたように、近時の BGH の判例は、住居侵入窃盗の未遂開始時期に関し、刑事部間で相互の判文に批判的ともとれる言及をするものもあり、全体として立場が安定していなかった。以下では、その流れを追う上で重要と思われるものを取り上げていく。その際、(α) 直接的開始一般に関する判示と、(β) 住居侵入窃盗の未遂と基本犯の関係に関する判示、そして (γ) 具体的な判断と結論を、それぞれ抽出する。また、④の判例からは他の BGH の判例について言及するものが出てくるので、④からは更に、(δ) 他の BGH の判例への言及、という項目も追加する。なお、以下の①～⑦の判例の【決定要旨】は筆者によるものである。

① BGH 第 2 刑事部 2016 年 9 月 20 日決定 (BGH 2 StR 43/16)⁽²⁶⁾

【事案】被告人らは、金目の物を探すため、住居に侵入しようと計画し、庭の門を超えて庭に侵入した。しかし、その後住居のブラインドを光で照らすなどして、住

(25) 以下の BGH の判例の流れについて、*Elisa Hoven/Johanna Hahn, Der Versuch des Wohnungseinbruchsdiebstahls*, NStZ 2021, 589; *Fahl, a. a. O. (Anm. 17), S. 341; Yao Li, Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei Auf- und Einbruchdiebstahl*, ZIS 2021, 430 ff. など参照。なお、ドイツにおける未遂犯の旧規定 (43 条) 下でのドイツの判例に関しては、白井滋夫「殺人罪における実行の着手 (その 2)」研修 220 号 (1966 年) 53 頁以下、塩見淳「実行の着手について (2)」法学論叢 121 巻 4 号 (1987 年) 1 頁以下参照。また、二本柳誠「ドイツ未遂犯論における直接性について (2) ~ (6)」名城ロー 38 号 (2017 年) 119 頁以下、同 39 号 (同年) 103 頁以下、同 40 号 (同年) 159 頁以下、同 42 号 (2018 年) 97 頁以下、同 44 号 (2019 年) 83 頁以下、同「ドイツにおける実行の着手論」同 41 号 (2018 年) 139 頁以下は、それに加え、現行規定下でのものを含めて 2006 年まで、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(慶応義塾大学出版会、2016 年) 167 頁以下は 2014 年までの、ドイツの判例を広く分析している。それゆえ本稿が、(住居侵入) 窃盗の未遂という未遂犯の中でも一部分の類型に関してではあるが、諸先行研究以後の判例を対象として分析を行うことにも、一定の意義が認められるであろう。以下で扱う「近時の」判例は、2014 年以降の (更に重要度の観点から BGH での) 判例を念頭に置いている。地裁レベルまで含めた網羅的な研究は他日を期すことにする。

(26) NStZ 2017, 86. 本決定の評釈として、*Jörg Eisele, Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl*, JuS 2017, 175 ff.; *Armin Engländer, Versuchsbeginn bei Qualifikationstatbeständen*, NStZ 2017, 87 f.; *Hans Kudlich, Angefangen vielleicht ja - aber womit?*, JA 2017, 152 ff.

居へ侵入しやすそうな場所を発見するのに手間取っていたところ、被告人らの物音に家主が気付いてしまった。

【**決定要旨**】本決定では、(α)については、①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至るか、②場所的・時間的な直接的な関係をもって完全な構成要件実現に至ること(①②はいずれかでもよい)が必要とされる。そして(β)については、加重構成要件・原則例示付き構成要件いずれの未遂においても、基本的に(*grundsätzlich*)基本構成要件の実現の直接的開始に焦点が当てられるべき、とする⁽²⁷⁾。(γ)については、行為者の計画上、家に侵入するためには更に保護装置(*Schutzvorrichtung*)を突破しなければならず、そこに侵入した上で金目の物を探さなければならなかったことを挙げ、ドイツ刑法244条1項3号(住居侵入窃盗)の未遂を否定した⁽²⁸⁾。

② BGH 第5刑事部2019年7月4日決定(BGH 5 StR 274/19)⁽²⁹⁾

【**事案**】被告人は、住居のテラス戸の錠前に穴をあけたが、家の明かりが点いたため、錠前をこじ開ける前にそれ以上の犯行を断念した。

【**決定要旨**】本決定では、(α)については言及がない。(β)についても一般的・規範的なことは述べられていないが、「計画された窃盗」の直接的開始が問われている。(γ)については、認定事実として錠前のこじ開けに成功していなかったことが挙げられた上で、「計画された窃盗」の直接的開始がなかったとされ、

①引用のもと、端的にドイツ刑法244条1項3号(住居侵入窃盗)の未遂が否定された。

(27) また、本決定ではそれに続けて「そのことからすれば、刑法典244条および243条の場合には、認定事実の行為(*festgestellten Tathandlung*)をもって刑法典22条の意味で奪取が開始されているかという、統一的に(*einheitlich*)答えられるべき問題が同様に(*gleichermaßen*)生じる」としており、本稿で取り上げる他の判例よりも、直接的開始の関係点として基本犯を志向する態度が比較的強く窺える。

(28) なお、本決定では未遂を否定した理由として更に、被告人らは庭の門を突破しているが、そもそもこの門が家にとって本質的な保護機能を備えているかが認定上不明確だったことも挙げている。更に、①と類似の事例について、*Engländer*, (Anm. 26), S. 88も参照。

(29) BeckRS 2019, 22265. 本決定の評釈として、*Klaus Winkler, Unmittelbares Ansetzen zum Wohnungseinbruchsdiebstahl*, RÜ 2019, 779.

③ BGH 第 5 刑事部 2019 年 8 月 1 日決定 (BGH 5 StR 185/19)⁽³⁰⁾

【事案】被告人らは、テラス戸をこじ開けて住居に侵入し現金を奪うために、テラス戸の鍵に穴を開けたが、戸に補助錠 (Zusatzschloss) も付いていたため、計画が頓挫した。

【決定要旨】本決定でも②と同様に (a) については言及がなく、(β) についても「計画された窃盗」の直接的開始が問題にされていないに過ぎない。また (γ) についても、認定事実として戸の補助錠があったせいで計画が頓挫したことが挙げられた上で、①②引用のもと、端的にドイツ刑法 244 条 4 項 (私的住居への侵入窃盗) の未遂が否定された。ただし、同 244 条 4 項に関する重罪の共謀 (同 30 条 2 項) が成立するとした。

ここで一旦小括を挿むが、(a) については④以降の残りの判例を確認した後 (II-2) で触れる。①②③からは、(β) につき、加重構成要件・原則例示付き構成要件の区別なく、基本的に基本犯を直接的開始の関係点にすべきとされていること、そして (γ) につき、占有保護の物理的障壁 (の一つ) である住居 (保護装置、あるいは後掲の判例で「保護メカニズム」と表現されているもの) への何らかの働きかけがあったとしても、未遂が否定されていることが分かる⁽³¹⁾。もっとも、(γ) との関係で更に、①の事案では行為者らが保護メカニズムを光で照らしただけであったのに対し、②③では更に錠前等に穴をあけるところ (器物損壊に当たるような行為) にまで進んでいる点は、以下の判例に鑑みるに、比較的重要な差異と見なしうる。以下の判例においては、他の判示に対する言及・評価をより詳しく見る必要があるため、④以降は (δ) 他の BGH の判例への言及、という項目も追加する。

(30) NSTZ 2019, 716. 本決定の評釈として、*Hans Kudlich*, *Versuchsbeginn bei Wohnungseinbruchdiebstahl*, NSTZ 2020, 34 f.; *Winkler*, a. a. O. (Anm. 29), S. 779; *Christian Fahl*, *Zum unmittelbaren Ansetzen beim Wohnungseinbruchdiebstahl*, JR 2020, 420 ff. なお、Fahl による評釈では、⑤ (後掲) が冒頭で触れられているが、内容は④に関するものである。

(31) なお、評釈を参照する限り、③の時期までは、下級裁判所が一般に住居侵入窃盗の未遂をあまりに広範に認めていたため、BGH が逆にその未遂を否定する傾向にあった。*Kudlich*, a. a. O. (Anm. 30), S. 34 参照。

④ BGH 第 4 刑事部 2020 年 1 月 14 日決定 (BGH 4 StR 397/19)⁽³²⁾

【事案】被告人は、建物内に押し入り金目の物を窃取する目的で、一軒家のキッチン窓と、更に別の軒家のテラス戸をこじ開けたが、いずれも家主または近隣住民に発見されて逃走した。

【決定要旨】本決定は、(a)につき、①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至るか、②時間的場所的な直接的な関係をもって完全な構成要件実現に至ること(①②はいずれかでもよい)を挙げたほか、消極的な要件として、③構成要件的结果惹起のために更なる意思活動を要さないことを挙げる。そして具体的な判断の際にはあるが、④法益の具体的危殆化にも触れている。次に(β)については、(①を含む)従来の判例に依拠する限り、加重構成要件・原則例示付き構成要件いずれの未遂の場合にも、基本的に(grundsätzlich)、基本構成要件に着目すべきことになるとする。「基本的に」という表現自体は以上までの判例と同様(①の(β)参照)であるが、それと異なるのは、その例外を認めるべきことを強く主張している点である(本決定の下記(δ)参照)。続いて(γ)については、窓等のこじ開けの際に、行為者が、それに直接引き続いて住居に押し入り、金目の物を持ち去るといった表象を有していたときは、未遂の敷居を通常は超えており、法益の危殆化があるとして、ドイツ刑法 244 条 4 項(私的住居への侵入窃盗)の未遂を肯定するに至った。

(δ)についてであるが、本判決は、①②③を挙げた上で、これらとは事実関係が異なることを述べ、それらと結論を異にするものではないとした。しかしそれに続けて、「もっとも、第 5 刑事部の決定(②③)が、行為者が奪取を直接的に開始していない限りは、一般的にかつ事例判断(Feststellungen)を離れて侵入窃盗の諸事例において未遂を否定するというものであるとすれば、本刑事部はそれに従えない」(下線は引用者)とした。ここでは、侵入窃盗の直接的開始は、基本犯を関係点にする必要はないこと、すなわち——本決定の上記(β)と併せて読めば——例外として窃盗の加重的手段を直接的開始の関係点にしうることを承認すべきだということ⁽³³⁾が、正面から認められているのである。なおこのことは、そ

(32) NStZ 2020, 353. 本決定の評釈として、Eisele, a. a. O. (Anm. 4), S. 796 f.; Hans Kudlich, Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchdiebstahl, NStZ 2020, 354 f.

(33) Kudlich, a. a. O. (Anm.32), S. 355 は、本決定の判示について、住居侵入窃盗の未遂のような類型においては、「窃盗(基本犯)の直接開始」というものが「例外としての原則」

の後の BGH 第 4 刑事部 2020 年 5 月 19 日決定 (BGH 4 StR 514/19) がより明示的に②③を批判していること⁽³⁴⁾に鑑みれば、一層明白である⁽³⁵⁾。

⑤ BGH 第 5 刑事部 2020 年 4 月 28 日決定 (BGH 5 StR 15/20)⁽³⁶⁾

【事案】 被告人は、煙草の自動販売機を消音のためにタオルとシートで覆い、更にこの自動販売機をこじ開けるための道具を準備したが、電動ノコギリ用のコンセントを発見できず、そのまま逃走した。

【決定要旨】 本決定は、(侵入窃盗類型の未遂特殊のものを含め) 直接的開始の基準について比較的詳細に述べている。まず (α) については、⑤「さあいくぞ (Jetzt geht's los)」の敷居を超えたことが必要であり、それは①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至るか、②時間的場所的な直接的な関係をもって完全な構

(Regel als die Ausnahme) となるという趣旨で捉えうとする。

(34) BeckRS 2020, 12230. これは④の事案との関係で、未遂ではない別の論点を扱った判例であるため、特に黒丸の番号は振らない。そこでは、「単に原則例示または加重の実現を開始しただけでは、窃盗未遂の開始は存在しないとする第 5 刑事部の法的理解 (Rechtauffassung)」には、「本刑事部は与しえない」とされる。なお、それに加えこの判例は、第 5 刑事部がその後の判例 (後掲⑤) において、②③の判例を最早支持していない、との評価もしている。

(35) なお、Kudlich, a. a. O. (Anm. 32), S. 354 は同決定について、侵入窃盗の直接的開始に関し、従来の判例との関係ではいくぶん変わった (mäandernden) 説明をしていると評する。すなわち、直接的開始の判断に当たって、加重構成要件ではなく基本犯の方に着目すべきだとする通説から、離反しているように見えるが、それは表面上のことに過ぎないとするのである。しかし、上掲の判文に鑑みれば、そうした離反が表面的なものと言い切ることは極めて困難である。実際、Kudlich も、この部分に関しては判例側からの釈明が必要だと述べる (S. 355)。そして、同決定が述べているほど (しかも同決定は近時の第 5 刑事部の判例とも矛盾はないと述べているが)、同決定の事実関係は、未遂を否定した①や③と (一見したところ) 事実関係が異なっていないとも述べる (S. 354)。更に、計画 (から見た時の中間行為・近接性の有無) に関する事実認定が不明確である点は強く批判している (S. 355. またこの点について Eisele, a. a. O. [Anm. 4], S. 797 も同様)。

(36) BGHSt 65, 15, BGH NJW 2020, 2570=HRRS 2020 Nr. 597=BeckRS 2020, 9020. 評釈として、Eisele, a. a. O. (Anm. 4), S. 798 ff.; Bernd von Heintschel-Heinegg, Vorsicht schützt den Dieb vor Strafe nicht oder der verhüllte Zigarettensautomat, JA 2020, 550 f.; Thomas Rotsch, Versuchsbeginn beim Diebstahl einer mit Schutzmechanismen gesicherten Sache, ZJS 2020, 481 ff.; Klaus Winkler, Versuchsbeginn bei gewahrsamssichernden Schutzmechanismen, RÜ 2020, 505 ff. なお、本件では厳密には住居等の建造物への侵入等は問題になっていないが、窃盗の加重構成要件および原則例示規定の未遂の成立時期に関する判断が下されており、BGH の他の判例への影響力も大きいため、本稿で取り上げている。

成要件実現に至る場合 (①②はいずれかでよい) に認められる、とする。そして直接的開始に関する消極的要件として、③構成要件の結果惹起のために更なる意思活動を要さないことを挙げる。更に④予備と未遂の区別の本質的な基準となるのは、法益の具体的危殆化である、とするのである。

ここまで見てきたBGHの判例とは異なり、このように(行為者の視点から見た)「危殆化」が本質的な基準だと明示した点は、注目に値する。また、①の下位基準として、①'中間行為となるのは、他の構成要件を目的とする行為であり、これに対して①"行為者の計画によれば実行行為と必然的に一体性をなすがゆえに実行行為の構成要素と見なされる行為は、実行行為と時間的場所的に接着しており、実行行為がなされた際にそれとの自然的統一体(natürliche Einheit)となるので、中間行為ではない、とも述べる。こうして下位基準の具体化を比較的積極的に行っている点も、直接的開始に関するBGHの判断枠組みを整理する上で重要と思われる。

次に(β)については、加重構成要件・原則例示付き構成要件いずれの未遂も、原則として(in der Regel)基本犯に着目することが重要だとする。

続いて(γ)についてであるが、上述の(α)と同様に、本決定は事例解決をする際の基準を他の判例と比べてより具体的・詳細に提示している。すなわち、④'客体に無障害に手出し(Zugriff)される具体的危険性の有無が重要であるとし、上述④の「危殆化」の内容を具体化している。また、本決定が次のように、「保護メカニズムへの攻撃」に着目している点は、事例解決の判断基準に関する一層の具体化を図ったものとして特筆すべきであろう。すなわち、本決定によれば、占有を保護するメカニズムがある場合には、①'他の構成要件の行為、②'時間的間断、または③独立の意思活動がない限り、という留保のもと、保護メカニズムへの最初の攻撃さえあれば、通常は未遂の開始が認められる、とされる。そして、複数の保護メカニズムがあろうとも、行為者の計画上、時間的場所的な直接的な関係をもって全ての保護メカニズムを突破しうるときは、最初の保護メカニズムへの攻撃があれば、通常は奪取の直接的開始が認められるとされるのである。このようにして、本決定は、窃盗未遂⁽³⁷⁾を肯定する。

(37) 類型としては、ドイツ刑法243条1項1号(もしくは同項2号)の未遂が問題になっているが、同条の罪は軽罪かつ未遂の可罰規定が置かれていないため、実際には242条(単純窃盗)の未遂に問われることになる。Winkler, a. a. O. (Anm. 36), S. 507. ドイツに

最後に (δ) との関係では、本決定は以上の判断基準に基づき、同じ第 5 刑事部の判例であった②③に対し、(第 4 刑事部の④と同様に) 批判的な判文を展開している。すなわち、以上のように、未遂を認めるためには保護メカニズムの突破は不要であり、ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号、同 244 条 1 項 3 号における「押し入り」等の開始があれば、通常は未遂が認められるとし、これが本刑事部の従来の判例 (②③) と対立するならば、本刑事部はそれら判例を維持しない、としたのである⁽³⁸⁾。このことから次の 2 つのことが読み取れよう。すなわち、第一に、先の④によって直接的開始の関係点の例外を承認すべきことが強く主張されたことを受けて、本決定 (⑤) はそれを承認したことである。そして第二に、本決定は、住居侵入窃盗の未遂を認めるに当たって「保護メカニズム」の突破は不要であり、それへの最初の攻撃で通常は足りるとしていることから、第一の点 (④) の主張の肯定) を前提に、事例解決のより具体的な基準を示そうとしたことである。

このように判断基準の具体化を行おうとする意図は、本決定が、侵入窃盗類型において未遂が否定されるべき場合を過去の判例を支持しながら列挙している点からも窺える。すなわち、例えば、行為者が下調べのために「保護メカニズム」を光で照らしただけの場合 (①)、行為地の近くまで来たが、すぐには押し入り道具を使用するつもりがなかった場合⁽³⁹⁾、押し入る予定の建物の裏手に、共犯者と共に来ただけの場合⁽⁴⁰⁾、ATM をこじ開けるための多種の道具を、その後更に時間が経ってからも用意しなければならなかった場合⁽⁴¹⁾、居住者が保護している財物を狙って階段の吹き抜け (Treppenhaus) に来たものの、保護メカニズム (居住者) への働きかけがまだなかった場合⁽⁴²⁾、住居に押し入るつもりで「庭の

おける窃盗類型と未遂の関係について、前掲注 (12) も参照。

(38) なお、Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 430 Anm. 3 は、本決定 (⑤) は②③からの判例変更を行っていないと述べる。確かに、⑤の判文からだけではそもそも変更があったと断定しづらいようにも思えるし、また、該当箇所の判文は形式的には先例拘束性を有さないとも理解されうる (dies., S. 434 は該当箇所の判文は補足意見として述べられているに過ぎないとする)。とはいえ、次に取り上げる⑥の (δ) に鑑みれば、少なくとも実質的には、判例変更があったと言えるであろう。Fahl, a. a. O. (Anm. 17), S. 431 も参照。

(39) BGH 第 2 刑事部 1989 年 7 月 26 日決定 (BGH 2 StR 342/89, NSTZ 1989, 473=StV 1989, 525)。

(40) BGH 第 5 刑事部 2019 年 4 月 2 日決定 (BGH 5 StR 121/19)。

(41) BGH 第 3 刑事部 2014 年 8 月 7 日決定 (BGH 3 StR 105/14, NSTZ 2015, 207=StV 2015, 763)。

(42) BGH 第 2 刑事部 2016 年 8 月 10 日判決 (BGH 2 StR 493/15, StV 2017, 441)。

敷居または門」を乗り越えたが、その「敷居または門」には保護の機能が認められない場合⁽⁴³⁾には、侵入窃盗類型の未遂が否定されるとしたのである。

⑥ BGH 第 5 刑事部 2020 年 5 月 26 日決定 (BGH 5 StR 55/20)⁽⁴⁴⁾

【事案】 被告人らは、壁がガラス板でできている商品売り場に入って煙草などを盗むために、そのガラス板をハンマーで打ち壊しようとしたが、ガラスは割れず計画は失敗した。

【決定要旨】 本決定は基本的に、⑤で挙げられた基準を適用して事例を解決するにとどめている。すなわち、(α)については言及がなく、(β)については具体的判断の際に「奪取」の直接的開始を問題にする。そして(γ)については、保護メカニズムの乗り越えの際に、①'他の構成要件の行為、②'時間的間断、または③独立の意思活動がなく、④'客体に無障害に手出し(Zugriff)することが表象されていれば、通常は窃盗未遂の開始が認められるとして、ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号の未遂を肯定するのである。

(δ)との関係では、上記(γ)の判文に括弧付きで、以前出されていた法的見解(⑤)は他の判例の主張から逸脱しており、その法的見解は放棄されている(unter Aufgabe früherer abweichender Rechtsauffassung)と述べ、④の参照を指示している。このことから、第 5 刑事部の⑤が②③のことを「逸脱したもの」と評価していることを明らかにしていることが分かる⁽⁴⁵⁾。

⑦ BGH 第 5 刑事部 2020 年 6 月 10 日決定 (BGH 5 StR 635/19)⁽⁴⁶⁾

【事案】 被告人らは、複数の ATM につき、その機器の覆いに対してガス爆発を起こそうとし、ATM の操作部分をかじり開け、またはかじり開けようとした。被告人らは、一部のものについてはかじり開けを失敗し、またかじり開けに成功したものについては爆破が不可能だと察した。

【決定要旨】 本決定は、(α)に関しては言及をしておらず、(β)に関しては具体的判断の際に「窃盗構成要件」実現の直接的開始を問題にしており、これらの点

(43) BGH 第 2 刑事部 2017 年 6 月 14 日判決 (BGH 2 StR 14/17, NSStZ-RR 2017, 340)。

(44) NJW 2020, 2486=NSStZ-RR 2020, 246。

(45) *Fahl*, a. a. O. (Anm.17), S. 341。

(46) NJW 2020, 3672=NSStZ 2020, 729。

に目立った特色はない。

もっとも、(γ) との関係では、「計画の綿密さ」ないし「綿密な犯行計画」に言及がある点が、他の判例と異なる特徴を示している。すなわち、本決定は (γ) に関して、⑥と同様のことを述べた上で、⑥行為者が綿密な犯行計画 (*dichten Tatplan*) を立てていたこと (なお、計画の内容については、上記【事案】で挙げたこと以上に詳細な認定はされていない) からすれば、行為者がすでに道具を準備した状態で ATM になした攻撃 (こじ開け行為) は、機器の覆いに対する損壊行為と直接的な時間的な連関を有しており、保護装置を決定的に排除するものと言えるとし、この行為は、計画からすれば実行行為と必然的に一体性をなすがゆえに実行行為の構成要素と見なされ、実行行為と自然的な統一体をなす、とした。そうして結論としては、ドイツ刑法 244 条 1 項 1 号 (持凶器窃盗) の未遂を肯定した⁽⁴⁷⁾。なお、(δ) については⑥と同様の判文が示されている。

以下、節を改め、①～⑦の判例で確認してきた (α) ～ (δ) の各項目について全体的な整理を行い、更に各項目との関係で、本稿冒頭で触れた BGH 第 6 刑事部の判例⁽⁴⁸⁾ (以下、本決定とする) がいかなる位置づけになるかを明らかにしていくことにする。

2. 諸判例の整理・検討と本決定の位置づけ

(α) 直接的開始一般に関する判示について

前節の (α) だけを見ても分かるように、BGH は未遂犯の成立時期 (直接的開始) の判断基準を複数挙げているが、それらの相互関係は一見して明らかとは言い難い。前提として、行為者の主観面が判断の基礎に置かれていることを意識しつつ、以下、若干の整理および検討を行う。その際、最も詳しく述べている⑤を中心に考察する。

まずは大枠の整理をしていこう。第一に着目すべきは、⑤ (および④) におい

(47) 本決定では、未遂の成立時期との関係では、ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号 (もしくは同項 2 号) の未遂が念頭に置かれたが、より刑を加重する要素である「凶器若しくは危険な道具の携帯」があったため、最終的な適用の段階では同 244 条 1 項 1 号の未遂が成立した。なお、「凶器若しくは危険な道具の携帯」は「押し入り」等とは異なり、直接的開始の関係点とはなりえない。Hoven/Hahn, a. a. O. (Anm. 25), S. 590 など参照。

(48) 本稿冒頭の【決定要旨 (Leitsatz)】、【事案の概要】、【決定理由】参照。

て言及があった④(行為者の主観面を基礎にして判断される)法益の具体的危殆化である。これは判文上、予備と未遂の段階を区別する「本質的な基準」とされており、それゆえ差し当たりは、各判断基準のうち最上位に置かれるものと読める⁽⁴⁹⁾。第二に、同じく⑤の判文によれば、未遂犯の成立のためには⑤「さあいくぞ」の敷居を超えたことが必要となる⁽⁵⁰⁾が、それが認められるのは、(①と④にも言及のあった)①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至るか、あるいは、②時間的場所的な直接的な関係をもって完全な構成要件実現に至るかの、いずれの場合とされる。第三に、④～⑦で言及のあった、③構成要件の結果惹起のために更なる(独立の)意思活動を要さないことは、その表現上、⑤「さあいくぞ」を打ち消す消極的な基準として捉えることができよう⁽⁵¹⁾。

これらを上位基準から下位基準の順に一旦まとめると、④法益の具体的危殆化→⑤「さあいくぞ」の敷居を超えたこと(その消極的要件として③更なる意思活動を

(49) 「危殆化」基準はライヒ裁判所(RG)の時代からすでに言及があり、窃盗未遂の成立時期が問題になったRG1920年2月26日判決(RGSt 54, 254)を契機に、その言及は増加していった。また同基準は、侵入窃盗類型のリーディングケースとされるBGH第2刑事部1952年2月7日判決・前掲注(24)においても採用されている。これらにつき、佐藤・前掲注(25)169頁以下、173頁以下参照。なお、佐藤・同184頁は、BGH第3刑事部2001年12月12日判決・後掲注(64)に依拠して、「危殆化」基準を、中間行為の不存在性ないし自動性の下位基準として捉えている。確かに、「危殆化」があれば、ドイツ刑法22条の文言への包摂ないし同条の適用が可能になるという意味では、佐藤のような理解も可能であるが、「本質的な」という表現は下位基準としての地位を超えた意義を付与されているように思われる。そこからすると、仮に「危殆化」基準を最上位の基準として捉えないとしても、⑤と並列、または①②と並列の基準として捉える余地もある。いずれにせよ、本稿で取り上げた諸判例からだけでは「危殆化」基準の位置づけを確定的に判断することは極めて困難であるため、本稿では「危殆化」基準の位置づけおよびそれに関連する上位・下位構造の整理については試論にとどめ、今後の判例の流れも確認する作業を経て、最終的な位置づけを決めることにしたい。

(50) この基準は、現行のドイツ未遂犯規定(22条)が1969年の第二次刑法改正法(BGB1 I 1969, S. 717)に基づいて施行(1975年1月1日)されてから出された、BGH第1刑事部1975年9月16日判決・前掲注(24)から言及されてきたものである。もっとも、この基準は極めて不明確であり、それ自体が直接性の判断に当たって決定的な意義を有するものではない。*Engländer*, a. a. O. (Anm. 26), S. 88など参照。

(51) *Kühl*, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 69. もっとも、そうした「意思活動」の内容は必ずしも明確ではない。例えば、*Li*, a. a. O. (Anm. 25), S. 432は、「更なる独立の意思活動」が、故意に関する新しい把握の仕方(*neugefasster Vorsatz*)なのか、あるいは故意に満たないようなもの(*etwas unterhalb der Vorsatzschwelle*)なのかが不明であるとす。

要さないこと) →①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至るか、あるいは、②時間的場所的な直接的な関係をもって完全な構成要件実現に至ること、という構造になる。

以上の大枠を前提に、より具体的・詳細な整理を行っていく。⑤によれば、④法益の具体的危険化における危険性の内容として④'客体に無障害に手出し (Zugriff) される危険性 (⑥⑦も参照) とされている。これは、わが国の未遂犯論の文脈で言えば (既遂に至る) 「自動性」と読み替えることが可能であろう。もっとも、④および④'は、厳密に言えば、未遂犯ないし直接的開始の一般的基準として捉えることはできない。なぜなら、④の基準は抽象的危険犯の未遂と概念的に矛盾するし、④'は、例えばドイツ刑法 154 条の虚偽宣誓 (偽証) 罪のような挙動犯 (したがって既遂成立のために結果ないし客体を含まない類型) の未遂には適用できないからである⁽⁵²⁾。以上の④および④'は、少なくとも窃盗のような類型の未遂の判断基準としては使用可能であるが、その射程は未遂犯一般に及ぶものではない。

次に、同じく⑤によれば、②時間的場所的な直接的な関係をもって完全な構成要件実現に至ることとの関係では、②'「時間的間断」(⑥⑦も参照) はその消極的基準となると考えられる。なお、BGH の挙げている諸基準がドイツ刑法 22 条の「直接的開始」を敷衍しようとしたものであるならば、②における「直接的な」(unmittelbar) という表現は同語反復に過ぎない⁽⁵³⁾。それゆえこれは別の語で表現し直す必要があるが、同条の「直接」という表現に未遂成立時期の過度な前倒しを防止する (立法) 意図が込められていることからすれば⁽⁵⁴⁾、BGH の「直接的な」という表現も「構成要件実現」との時間的場所的な結びつきの強さを示すものとして、「密接な」(eng) 等の意味で捉えることができよう⁽⁵⁵⁾。また、そうした構成要件実現との密接性は、行為者の犯罪計画の成功率の高さを基礎づけ、構成要件の実現への自動性を基礎づける⁽⁵⁶⁾ という意味で、④の下位基準

(52) Rotsch, a. a. O. (Anm. 36), S. 482, 484 も参照。

(53) Rotsch, a. a. O. (Anm. 36), S. 482.

(54) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, II, 2003, § 29 Rn. 102; Kühl, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 82 など参照。ドイツ刑法 22 条の立法理由については BT-Drucks. V/4095, 11 参照。また、立法者の決断の意義について、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(勁草書房、2008 年) 103 頁以下参照。

(55) Rotsch, a. a. O. (Anm. 36), S. 482. また、Kühl, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 68 は、ドイツ刑法 22 条の「直接」という語の自然な使用法から、時間的に密接な連関の必要性が読み取れるとする。

(56) Kühl, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 70 f.

として位置づけうる。なお、先の整理によれば、④と②の間には⑤「さあいくぞ」の敷居を超えたことが挿まれるが、これは、②があることにより新たに意思決定を逡巡する可能性がなくなる（あるいは極めて低くなる）ことと解することで、上述の計画の成功率の高さおよびそれに基づく自動性（危険性）を基礎づける、という形で捉えることが可能である。

続いて、①無障害に中間行為を挿まず完全な構成要件実現に至ることとの関係では、⑤によれば、①'中間行為となるのは、他の構成要件を目的とする行為または他の構成要件の (tatbestandfremd) 行為であり (⑥⑦も参照)、逆に①"中間行為から外れるのは、行為者の計画によれば実行行為と必然的に一体性をなすがゆえに実行行為の構成要素と見なされる行為であるとされる。この点については、やや詳細に分析・検討を行っておこう。

①それ自体は、ドイツにおいて未遂犯の成立時期をめぐる議論において通説的な「中間行為説」(「中間段階説」あるいは「部分行為説」)⁽⁵⁷⁾を意識したものである。これによれば行為者の行為から(計画上の)構成要件実現に至るまでに「本質的な」中間行為または中間段階が挿まれている場合に、未遂犯の成立が否定される⁽⁵⁸⁾。そしてその文脈で理解するならば、①'と①"は中間行為説において何が

(57) 支持者として、Ulrich Berz, Grundlagen des Versuchsbeginns, Jura 1984, 517; Hans-Joachim Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., 20. Lfg., 1993, § 22 Rn. 13; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 519; Karl Heinz Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2014, § 40 Rn. 50; Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015, 6. Kap. Rn. 635 f.; Kühl, a. a. O. (Anm. 10), §15 Rn. 58; Bernd Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, § 23 Rn. 727; Frank Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2020, 4. Kap. Rn. 500; Wolfgang Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 22 Rn. 68; Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2021, § 31 Rn. 18; Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2021, § 41 Rn. 1205, 1220 f.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., 2023, § 22 Rn. 10 など。同説については、拙稿・前掲注 (22) 56 頁以下も参照。

(58) あらゆる行為は事実的に詳細に見るならば、予定された行為との間に無数の中間行為を見出すことができってしまうため、「本質的な」中間行為を選定するという、一定の規範化が必要になる。Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 25. Abschn., Rn. 62; Roxin, a. a. O. (Anm. 54), § 29 Rn. 136; Jürgen Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, S.1108 Anm. 23; Uwe Murmann, Versuchsunrecht und

「本質的な」中間行為となるかを示したものとして捉えることができる。もっとも、これら 2 つの具体化された基準は、それぞれ問題をはらんでいる。

すなわち、①' (他の構成要件の行為) に関しては、確かに犯罪が構成要件ごとに類型化・区別されることからすれば、他の構成要件の行為が挿まった場合に「本質的な」中間行為が存在する (その帰結として未遂が否定される) と解することには、一定の合理性がある。しかしながら、「押し入り」等が開始されただけの場合には、ドイツ刑法 244 条 1 項 3 号、同条 4 項のように「押し入り」等が構成要件化されているならばともかく、それらが同 243 条 1 項 1 号のように量刑事情に過ぎない類型 (「押し入り」等の対象が「住居」または「継続的に使用される私的住居」でない場合) においては、「押し入り」等が完遂されていない限り窃盗の未遂が認められないはずだからである。つまり、「押し入り」等は住居侵入 (同 123 条) や器物損壊 (同 303 条) を構成するのであり、これらは他の構成要件に他ならないため、⑤⑥の事案では (そして④では①' に言及がないが基準を統一的に解するならば④の事案においても)、未遂は否定されるはずだった⁽⁵⁹⁾ ののではないだろうか⁽⁶⁰⁾。また、⑦では更に ATM の爆破 (同 308 条 1 項: 爆発物の爆発の惹起) が予定されていたことから、①' の基準を用いるというのであれば、⑦の事案では一層、未遂を否定されるべきであったと考えられる⁽⁶¹⁾。この意味で、①' を正確に適用したのは、④～⑦が否定的に評価したはずの②③だったのではないだろうか。①' は基準として正当化されうるとしても、④～⑦に鑑みるに、それが正確に適用されているとは言い難いのである。

これに対して、①" (行為者の計画によれば実行行為と必然的に一体性をなすがゆえに実行行為の構成要素と見なされる行為) は⁽⁶²⁾、そもそも独立の基準として

Rücktritt, 1999, S. 25 による分析や、Kühl, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 60; Heinrich, a. a. O. (Anm. 57), § 23 Rn. 729 の主張を参照。

(59) 特に⑥⑦の判示に鑑みるに、①' は②' (時間的間断) および③ (独立の意思活動がないこと) という要素とは「または」で接続されており、それらのいずれかが存在すれば未遂を否定する趣旨で読める。

(60) もっとも、すでに開始されている行為は①' の内容に含まれない、という解釈もありうる。しかしその場合でも、少なくとも次に挙げる⑦の「爆破」は①' に含まれると解さざるを得ない。

(61) ⑦については、Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 432 参照。

(62) この「一体性」に着目した基準は、ドイツにおける未遂の旧規定 (旧 43 条: 「重罪又は軽罪の実行の着手を含む行為によって、この重罪又は軽罪を犯す決意を実際に示した者は、

正当化されうるかが疑問である。というのは、①”の表現からすれば、行為者が犯罪の実現のために計画に取り込んでいるあらゆる行為が、未遂を構成する行為の一部として捉えられうるため、その限りで予備と未遂の段階を区別することはおよそ不可能になってしまうからである⁽⁶³⁾。

なお、本稿で特に取り上げた判例(①～⑦)のうち⑦でのみ言及があった、⑥綿密な犯行計画(dichten Tatplan)は、⑦の(γ)の判文に鑑みれば、予定された実行行為との一体性を高める要素であり、時間的に(そして場所的にも)存在する懸隔を否定しやすくするための要素として位置づけうる⁽⁶⁴⁾。この意味で⑥は、①”(一体性)と②(時間的場所的な密接〔直接的〕な関係)を補完し⁽⁶⁵⁾未遂の成立を基礎づけやすくするものとして捉えることができる。しかしながら、計画がどの程度「綿密」であれば良いのかに関する一般的な基準は明示されていないため、⑥を用いるとしても、判断が感覚的なものにとどまらないよう、より精緻化される必要があろう。

その意図されている重罪又は軽罪が既遂に至らなかったときは、未遂犯としてこれを罰する。』が存在していた時期(1969年の第二次刑法改正法による、現行の刑法22条への改正前)のライヒ裁判所およびBGHの判例において言及が多かったものである。しかし、後掲注(64)のように、近時殺人未遂の事例において、「一体性」に言及する判例が再度登場し始めている。旧43条の訳語および「一体性」に関する判例の流れについて、佐藤・前掲注(25)166頁、173頁以下参照。

- (63) *Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 432*. 既遂を目的とする予備行為がなされた際には、行為者は既遂に至るまでの行為を(漠然としてであれ)計画に含めていると言える。それゆえ、実際にはそうした既遂を目的とした行為が始まった時点で未遂が成立することになるであろう。強いて言えば、「必然的に」という部分が限定要素として機能しうるが、いかなる場合にそれが機能するかの限界は、この表現からだけでは不明確と言わざるを得ない。なお、①”はその表現上、いわゆる「フランクの公式」とほぼ同じものとして捉えてよいと思われる(二本柳「ドイツ未遂犯論における直接性について(2)」・前掲注〔25〕131-132頁およびその注122も参照)が、その限りで、基準としての明確性を欠き、適用者の恣意的な運用を許すという問題を共有することになる。「フランクの公式」におけるこうした問題について、*Roxin, a. a. O. (Anm. 54), § 29 Rn. 135; Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 641; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl., 2021, § 28 Rn. 68*など参照。
- (64) 殺人未遂との関係ではあるが、「綿密な犯行計画」に言及するものとして、BGH第3刑事部2001年12月12日判決(3 StR 303/01, NStZ 2002, 309=NJW 2002, 1057=StV 2002, 538=JR 2002, 381)、更に「一体性」にも言及するものとして、BGH第3刑事部2014年3月20日判決(3 StR 424/13, NStZ 2014, 447)がある。
- (65) ②との関係で更に言えば、②”(時間的間断)があったとしても、それを措いて未遂成立を認める方向で事例を解決する機能があるとと言える。

さて、(α) に関して登場した以上の諸基準のうち、本決定で言及があったのは①② (Rn. 4)、③④ (Rn. 5) であり、以上で行った整理との矛盾は見受けられない。しかしその反面、具体的な基準に関しては詳細に述べられておらず、①～⑦の判示に新たに付け加えられた情報はない。これは、近時の BGH 間での動揺を踏まえ、慎重な判示を行ったものと考えられる。もっとも、未遂か予備かの区別について、それが「行為が結果惹起に『直接至ること』に関する行為者の表象によって決まる」としている (Rn. 5) 点は、直接性判断の基礎に行為者の主観面を置くという意味では問題ないとしても、直接性それ自体は客観的判断に服するべきとするドイツの通説的理解および判例の伝統的な理解 (I-2 の末尾参照) からは異論を挿む余地がある(66)。

(β) 住居侵入窃盗の未遂と基本犯の関係に関する判示について

①～⑦の判示に鑑みるに、加重構成要件・原則例示付き構成要件いずれの未遂についても、「基本犯」を直接的開始の関係点とすべきことは、原則として承認されていた。しかしながら、これら判示においては、例外として押し入り等の加重的手段を直接的開始の関係点としうる余地を広く残していたと言え、特に④の(δ)において、その趣旨が明確であったと言えよう(67)。

もっとも、下記(γ)に関しても同様であるが、「例外」がどのような場合に認められるのかは明らかでない(68)。また、そもそもドイツの通説は、加重的手段行為が量刑事情に過ぎない「原則例示」(ドイツ刑法 243 条 1 項 1 号)はもとより、加重的手段行為が(加重)構成要件となっている類型(同 244 条 1 項 3 号、同条 4 項)についても、基本犯(同 242 条 1 項：奪取)の直接的開始が必要だと解している(69)。それによれば、犯罪の不法は基本犯によって質的に特徴づけられるの

(66) *Mitsch*, a. a. O. (Anm. 17), S. 21. 更に、*Rotsch*, a. a. O. (Anm. 36), S. 483 も参照。

(67) *Hoven/Hahn*, a. a. O. (Anm. 25), S. 589 は、古い判例においては、加重構成要件メルクマルとそれ以外の構成要件メルクマルとを区別していなかったし、今日の判例も、「(原則として)」という言語表現上の相対化をすることによって、加重メルクマルを未遂の開始の連関点から完全に排除することを避けている、とする。

(68) *Fahl*, a. a. O. (Anm. 30), S. 422.

(69) 例えば、*Gerd Geilen, Raub und Erpressung*, Jura 1979, 222; *Claus Roxin, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, JuS 1979, 7; *ders.*, a. a. O. (Anm. 54), § 29 Rn. 114; *Jürgen Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, JuS 1999, 40; *LK¹²-Hillenkamp*, a. a. O. (Anm. 10), § 22 Rn. 123; *Putzke*, a. a. O. (Anm.

であって、加重要素はその不法を単に量的に増大させるに過ぎないはず、とされる(70)。更に言えば、原則例示や加重構成要件は、強盗罪(ドイツ刑法249条)のような「結合犯」における暴行・強要手段と性質が異なるとされる。すなわち、強盗罪などの結合犯では、手段行為(意思自由への攻撃)と目的行為(所有権への攻撃)とがそれぞれ等価値に結びついているから、「新たな、本質的に異なる不法類型」が構成されているのであって、それゆえに手段行為である暴行または脅迫を未遂犯の直接的開始の関係点としうるとされるのである。いずれにせよ、ドイツの通説によれば、結合犯として認められない限り、例外としてであれ、押し入り等の加重的手段を直接的開始の関係点とする余地は認められていない。

この点に関して本決定は、直接的開始の関係点に関する限り、「原則として・基本的に・通常は」(in der Regel; grundsätzlich; regelmäßig)等の文言を用いずに、「基本犯」が関係点になると述べる(Rn. 6)。この点に関しては、ドイツの通説と親和的な判断が下されたと言える。もっとも、近時は特にドイツ刑法244条1項3号、同条4項の加重構成要件を結合犯として解し、それゆえにその加重的手段を直接的開始の関係点として承認すべきとする立場も登場しており(71)、理論面を精査

10), S. 985, 988 f.; *Kühl*, a. a. O. (Anm. 10), § 15 Rn. 50 ff.; *Eric Hilgendorf/Brian Valerius*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 10 Rn. 59. 更に、*Gunther Arzt*, *Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung*, JZ 1969, 59; *Rudolphi*, a. a. O. (Anm. 57), § 22 Rn. 18; *Luis C. Rey-Sanz*, *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn* 2006, S. 294; *NK⁵-Zaczyk*, a. a. O. (Anm. 12), § 22 Rn. 52 f.; *Schönke/Schröder-Eser/Bosch*, a. a. O. (Anm. 10), § 22 Rn. 58; *Zieschang*, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 502; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 1234; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52 Aufl., 2022, Rn. 957 など。

(70) *Engländer*, a. a. O. (Anm. 26), S. 87 は、比喩で言えば、基本構成要件は建物の1階部分であり、加重構成要件部分はその上階を追加するに過ぎないのだとする。また、*Mitsch*, a. a. O. (Anm. 17), S. 21 は、基本構成要件が水平的な広がり(すなわち未遂の前倒しの限界)を決定づけるのに対し、加重構成要件部分はその前提に、垂直的な広がりを基礎づけるものだとする。なお、*Degener*, a. a. O. (Anm. 12), S. 310 は、加重要素が基本犯から独立して不法を基礎づけないということを述べる中で、「加重要素は、主要な、直接に法益との関係で形成される禁止質料(Verbotsmaterie)」(基本犯の禁止を構成する要素)の変形した部分的要素であり、元々の禁止質料から独立していないものであるとして、規範論の観点からの説明を試みている。また、本文で次に挙げる「結合犯」の観点について、*Diethelm, Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 1 Rn. 36 のほか、後掲注(71)の諸文献における論争も参照。

(71) *Hoven/Hahn*, a. a. O. (Anm. 25), S. 588 ff. 同論稿を批判的に検討したものとして、*Uwe*

する余地はあるが、紙幅の関係上、この点の詳細な検討は他日を期すことにしたい。

(γ) 具体的な判断と結論について

本稿で取り上げてきた諸判例 (①～⑦) からすれば、侵入窃盗類型において未遂の成立時期を決する分水嶺は、原則として「保護メカニズムへの最初の攻撃」の有無であり、複数の保護メカニズムが予定されていた場合であっても、原則として「最初の保護メカニズム」への攻撃が重要となる。このこととの関係で、②③は住居という保護メカニズムに対する攻撃がすでに存在していたにもかかわらず、未遂を否定していた。換言すれば、②③はおそらく「保護メカニズムの突破」がなければ未遂は成立しないと解するものだったと考えられる⁽⁷²⁾。しかし、これらは後の④～⑦の判例によって実質的に破棄された。なお、①も未遂を否定したが、この事案では行為者が保護メカニズム(窓のブラインド)を光で照らしただけであり、また、行為者の計画からしても当該の保護メカニズム(窓のブラインド)それ自体を突破することは予定されていなかったことから、未遂が否定されたものと解せる。これに対して、⑤のように自動販売機をこじ開ける際の防音のためにタオル等で対象を覆う行為は「攻撃」と言い切れるか疑問もある⁽⁷³⁾が、近時のBGHの判例の結論を正当化するならば、⑤は未遂を肯定可能な限界事例ということになるであろう。

いずれにせよ全体としては、「最初の保護メカニズムへの最初の攻撃」さえあれば、原則として、住居侵入窃盗の未遂を認めうるという形に落ち着いたと考えられ、逆に、少なくとも、保護メカニズムへの攻撃(あるいは計画上それを解除するための働きかけに連なる行為)がない場合には、未遂の成立が否定されることになる⁽⁷⁴⁾。

Murmann, Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchdiebstahl, NStZ 2022, 201 ff.; Mitsch, a. a. O. (Anm. 17), S. 21 f. がある。

(72) 先に行った (a) 全体の分析における①' (他の構成要件の行為) に関する部分も参照。

(73) *Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 432* は⑤について、覆いをするのが「危殆化」と言えるか疑問だとする。

(74) こうした判断の在り方については、学説上も、少なくとも経験的には妥当だとする主張が見られる。例えば *Wolfgang Frisch, Strafrecht, 2022, § 7 Rn. 97* は、法実務上は、行為者は通常、原則例示の実現後すぐにそれに引き続いて基本犯の構成要件の実行行為を遂行しようとするため、行為者が原則例示を実現している場合には、同時に未遂段階に至っていることがしばしばあると指摘して、近時の判例がそこから(逆に)次のことを導いているとする。すなわち、行為者がなおも原則例示の実現段階にすら至っておらず、

本決定でも、その姿勢は維持されている (Rn. 7)。もっとも、①～⑦の判示にも言えることだが、例外がどのような場合に生じるのかは判文には示されておらず、なおも不明確なままである。

また、通常、未遂が認められる場合の条件についても、あくまで「奪取」(基本犯)を直接的開始の關係点にすべきとするドイツの通説の立場を前提にすれば、疑問を挿みうる。まず、本決定は、「押し入り」等(すなわち[最初の]保護メカニズムへの最初の攻撃)がなされた際に、それに直接引き続いて住居に入り、そこで金目の物を窃取するという意図を有していた場合⁽⁷⁵⁾に、通常は未遂が認められるとする (Rn. 7)。そして本決定の事案はそれに該当し、行為者の観点からすれば保護法益の危殆化があったとする (Rn. 8)。しかし、下線部を引いた部分の条件は、行為者が当該住居を奪取の行為地として予定していたことのみをその内容とするものであるが、基本犯の行為である「奪取」およびそれに結びついた所有権ないし占有(保護法益)への侵害はあくまで、具体的な財物との關係において生じるはずである。その観点からすれば、本決定(更に④)においては、奪取の対象物が行為者によって特定されていなかったにもかかわらず、「危殆化」の内容である「無障害性」や「自動性」(いずれも①および④'の基準に關係する)が肯定されて良かったのかは、疑問が残る。なぜなら、奪取物が特定されていなければ、行為者はその後それを捜索しなければならず、その意味で犯罪計画の遂行に当たって障害や中間行為が差し挿まれると言えるからである⁽⁷⁶⁾。仮に事実認定の際にそれが不明

犯罪の遂行に当たって生じるかもしれない障害を確認しているような場合には、住居侵入窃盜の未遂を認めない、ということである(なお、ここでは②③⑤が参照されている)。こうした推定力について、Kudlich, a. a. O. (Anm. 30), S. 34は、「押し入り」が生じると、ドイツ刑法上実際には存在しない住居侵入未遂の不法が直感的にイメージされ、それによって住居侵入窃盜の未遂が認められやすくなっている旨述べる。

(75) これは、本稿で取り上げたBGHの判例を統一的に解するならば、⑤(更に⑥⑦)の(γ)で挙げられていた、「保護メカニズムへの攻撃」という基準に付されていた留保を換言したものと捉えられよう。すなわちこれは、①'他の構成要件の行為、②'時間的間断、または③独立の意思活動がないこと、そして、行為者の計画上、時間的場所的な直接的な關係をもって全ての保護メカニズムを突破しうること、これらを換言したものと捉えうる。

(76) 以上につき、Kaltenbach, a. a. O. (Anm. 17), S. 2 ff 参照。Kaltenbachは、特に本決定の事案では、行為者は単独犯であるから、テレビ等の大型で運びづらいが行為者が発見しやすい財物ではなく、現金や宝石等の持ち運びが容易な財物が狙われていたと合理的に推測できるとする。そのうえで、現金や宝石等は通常は室内の一目では発見しづらい場所に隠されているのであり、それゆえ、捜索の手間は考慮されて然るべきとも主張する。

確であった、あるいは障害や中間行為（財物の搜索）が必要だったかが確定されていなかったとすれば、「疑わしきは被告人の利益に」に基づき、未遂成立に困難が生じるのである⁽⁷⁷⁾。もっぱらその観点からすれば、①②③が未遂を否定したのは妥当であったと言え、また⑤⑥⑦は奪取物の特定が済んでいたため、問題は生じていないと考えられる。

(δ) 他のBGHの判例への言及

BGH間の具体的な相違についてはすでに上述の(β)と(γ)で触れた。もともと、(γ)の点に関して②③とそれ以降の判例とで判断ないし基準適用の齟齬が生じたと言えるため、本来であれば裁判所構成法(GVG)132条3項に基づき、大法廷(Große Senat)での審理がなされることが望ましい⁽⁷⁸⁾。

Ⅲ. まとめと今後の課題

本稿は、侵入窃盗類型の未遂成立時期に関する近時のBGHの判例を概観し、そこでいかなる理論および判断枠組みがとられているかを確認した上で、それらに若干の検討を加えた。

それを通じて示すことができたのは、第一に、住居侵入窃盗の未遂に関して近時のBGHが採用している枠組みである(Ⅱ-2の(a)参照)。すなわち、直接的開始を認めるための基準を上位から下位の順に並べると、そこには、④法益の具体的危殆化(≡④'客体に無障害に手出しされる危険性)→⑤「さあいくぞ」の敷居を超えたこと(その消極的要件として③更なる意思活動を要さないこと)→①無障害に中間行為(=①'他の構成要件の行為、①"行為者の計画上一体性を有さない行為)を挿まず完全な構成要件実現に至るか、あるいは、②時間的場所的な直接的な(密接な)関係をもって完全な構成要件実現に至ること(消極的要件として②'時間

(77) 計画の認定により慎重になるべきだとする指摘として、Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 431 f.; Kaltenbach, a. a. O. (Anm. 17), S. 2 ff. また、未遂一般に関する指摘であるが、わが国では野村稔『未遂犯の研究』(成文堂、1974年)304頁注9も「行為者の犯罪計画が明確に立証されないときは罪となるべき事実の立証としては不十分である」とする。なお、とりわけ⑤について、条文(ドイツ刑法22条)およびその下位基準への包摂を行う前提として、BGHの事実認定一般が不十分であると指摘するものとして、Rotsch, a. a. O. (Anm. 36), S. 481 ff.

(78) 詳しくは、Li, a. a. O. (Anm. 25), S. 434 参照。

的間断の不存在)、という構造が存在すると読める。そして更に、①”および②を補完する要素として、⑥綿密な計画が存在するのである。

もっとも、④は抽象的危険犯の未遂に、そして④’は挙動犯の未遂にはその概念上射程が及ばず、①”や⑥は文字通り使用するならば、計画に取り込まれた行為の全てが未遂犯の一部を構成するものとなるため、それぞれ使用するにしても一定の修正が必要である。その修正可能性も含め、より詳細な検討を行うことが、今後の課題となる。

第二に、住居侵入窃盗の未遂においては、直接的開始の関係点が原則として基本犯に求められているものの、例外的に「押し入り」等の加重的手段をその関係点としうる余地が広く残されていた(Ⅱ-2の(β)参照)。ドイツの通説はそうした例外を一切認めない立場である⁽⁷⁹⁾が、その立場の妥当性を理論面から詳細に検討することもまた、今後の課題となる。

第三に、住居侵入窃盗の未遂においては、「最初の保護メカニズムへの最初の攻撃」が原則として未遂の成立時期として捉えられていることが判明した(Ⅱ-2の(γ)参照)。より具体的には、例えば、住居に侵入して財物を奪取しようとしていた場合に、その住居の戸や窓をこじ開ける行為が開始されたような時点で、未遂の成立が認められるのである。これとの関係で比較法的な観点から新たに付言しておく、わが国の判例は、土蔵等、それ自身が財物を直接的に保護しているような障壁への働きかけがある場合については、ドイツとほぼ同様の未遂成立時期を示しているが、これに対して住居内で物色等が必要な場合については、仮に侵入がすでに済んでいたとしても、直ちに窃盗未遂を認めてはいない⁽⁸⁰⁾。それゆえわが国の判例実務と比べれば、ドイツでは比較的早い時点で窃盗未遂が認められる傾向にあると言える。もっとも、それはわが国が侵入窃盗の予備とも言えるいわゆるピッキング防止法3条、4条、16条による処罰や、(ドイツでは処罰されていない)住居侵入罪(刑法130条)の未遂の処罰が認められていることの影響もあるように思われる。

この点は純粹に理論的な観点に基づく説明ではなく、近時わが国で問題になっている「カードすり替え窃盗」との関係も、必ずしも明確ではない。こうした点につ

(79) 前掲注(69)、更に(71)も参照。

(80) 前掲注(20)参照。

いても、今後検討を深めていくことにしたい。

(駿河台大学法学部 非常勤講師)