論　説

実行の着手論における危険概念について

對　馬　直　紀

1　はじめに

刑法第43条は「未遂」について「犯罪の実行に着手しこれを遂げなかった」と規定している。周知のように、「実行の着手」基準をめぐって、今日では客観的未遂論を背景とした客観説の内部で、基本的構成要件に該当する行為の開始に着手基準を求める形式的客観説と、未遂犯を一種の危険犯として捉える実質的客観説が主張されている。

以前、実行の着手基準と危険概念の関係について論じたことがあったが[(1)]、当時、学説上は「実質的客観説」が主流となっており、実行の着手基準について、一方で犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始したとき[(2)]と解する立場があり、他方で結果発生の具体的危険が切迫したとき[(3)]と解する立場が主張されていた。そこで、それぞれの背後にある危険概念を分析することにし、前者を「行為の危険性として捉える立場」（以下「行為説」と略する）、後者を「結果としての危険（危殆化）」として捉える立場（以下「結果説」と略する）と位置づけて、その危険の性質の違いを論じた[(4)]。

---

(1)　拙稿「実行の着手と危険概念について」『明治大学大学院紀要法学篇』第28集（1991年）207頁以下。

(2)　大塚仁『刑法概説（総論）』〔第4版〕（2008年）171頁。

(3)　平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）313頁。

(4)　未遂犯は具体的危険犯であるとする理解に基づき、危険概念の分析に際して、山口厚『危険犯の研究』（1982年）、同「刑法における『危険』の概念」『刑法の争点（新版）』（1987年）39-40頁から多くの教示を得た。ほかに、振津隆行「刑法における危険概念―危険概念の本質について」『刑法雑誌』24巻2号（1981年）227頁以下、松生建「具体的危険犯における『危険』の意義（1）」『九大法学』48号（1985年）1頁以下、同「具体的危険犯における『危険』の意義（2・完）」『九大法学』49号（1985年）37頁以下、大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠―不能犯論の予備的作業」『上智法学論集』

実質的客観説は今なお通説的見解とされ、上述の危険概念にしたがい、行為説と結果説とに分かつことが定着しているが、近時では形式的客観説を基本としつつ、そこにおける形式的基準と実質的客観説の基準とは相互補完関係にあるとする主張も見られる[(5)]。

また、旧稿において、行為無価値論の立場から結果説を採ることを主張したが、当時は違法の本質論に基づき、行為説＝行為無価値論、結果説＝結果無価値論と図式化され、故意ないし犯罪計画という主観的要素を着手基準に入れるかどうかもこれに連動させて主張されることが多かった。しかし近時は、未遂犯の処罰根拠としての危険について、行為の属性（行為無価値の要素）とみるかあるいは結果の属性（結果無価値の要素）とみるかが違法の本質をめぐる議論に対応することなく主張されている。

近時の対立軸は複合的になっているが、実行の着手は実行行為の開始を意味すると解し、未遂犯としての原則的な処罰の介入時期を示すという見地を前提とするか、これに反して、実行の着手は実行行為の開始を意味しないと解し、たんに原則的な処罰の介入時期を示す「段階を画する概念」[(6)] にすぎないという見地を前提にするかが、対立軸のひとつとなっている。前者の見地に立てば、「実行行為の危険性」が未遂犯の処罰根拠たる行為無価値の要素として捉えられ、実行行為の開始が「実行の着手」であるということになるが、後者の見地に立てば、まず実行行為がなされ、その後に生じた「結果としての危険（危殆化）」が未遂犯の処罰根拠たる結果無価値の要素として捉えられ、その段階（時点）が「実行の着手」であって、実行行為は「結果発生の一般的抽象的危険性」を有する行為として因果関係の起点となる意義を有するにとどまることになる。そして、後者の理解は（２元的）行為無価値論からも採りうるのである。

本稿においては、旧稿に手を入れつつ、因果関係の起点となる「実行行為」の開始時点と、未遂犯として処罰しうる時点としての「実行の着手」時期を区別する見地を前提として、あらためて、実行の着手論における行為説及び結果

---

18 巻 1 号（1974 年）63 頁以下などを参照。

(5) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005 年）251-3 頁、同『講義刑法学・総論』（2008 年）397-9 頁。

(6) 平野龍一「正犯と実行」同『犯罪論の諸問題』（1981 年）130 頁。

説の拠って立つ危険概念を確認し、いわゆる修正された形式的客観説の採る着手基準を検討するとともに、形式的基準と実質的客観説の基準とは相互補完関係にあるとする近時の主張を含め、若干の分析を加えることとする。

2　実質的客観説における危険概念

(1) 行為説

「犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始すること」を「実行の着手」基準とした場合、ここでの「行為の危険性」には、次のような性質がみられる。

まず、危険性判断の基準となる時点は「行為時（事前）」を標準とする[(7)]。したがって、「行為それ自体」を判断の基礎とするならば、ここでの危険性は、行為に内在する法益侵害への客観的傾向である「一般的抽象的危険性」をその内容とする。行為それ自体をその四囲の客観的状況に置き、個別具体的な行為客体ないし法益と関係づけたうえで捉えたとしても、「『行為の危険性』は常に『結果』に『実現』するわけではない」[(8)]のであるから、結果発生への一般的な因果的傾向が認められるにとどまる。行為説のいう「犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性」の内容は、この「結果発生への一般的な因果的傾向」を意味する。さらに、これを一般人の日常生活上の経験法則（社会通念）にしたがって判断するとすれば、社会通念と法益侵害の発生にいたる科学的因果性とは、つねに一致するとは限らない。社会通念上危険であると判断される事態であっても、科学的には因果性が認められていない場合がありうるのであり、逆に、科学的には因果性が認められる場合であっても、いまだ社会通念の中に取り込まれておらず、危険が肯定されない場合もありうる[(9)]ことから、行為の危険性は、一般人の経験法則上の類型的危険性、すなわち「結果発生の可能性ないし確実性」、「事象経過の一般的な自動性」を意味することになる。

---

(7)　シュペンデルは、行為の危険性については事前（Ex-ante）判断が、必然的に妥当するとする、Spendel,Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie,Festschrift für Ulrich Stock zum 70.Geburtstag,1966.S.106.

(8)　山口・前掲書 57 頁。

(9)　山口・前掲書 69-70 頁。

この性質が顕著に表れるのが、離隔犯における実行の着手時期である。行為説は発送行為をもって着手とする発送主義を採る。すなわち、一般人の経験法則上、発送行為時に結果が確実に予想されるならば、その行為は直接的で切迫した現実的危険性を含むと解されるのであり、未遂犯の処罰根拠として十分であって、行為後、すなわち行為者としてはなすべきことをなし終えその後は因果の流れに任せている、「事象のその後の経過を自らの手中より放棄し、自然の経過にゆだねた」[10] 以上は、実際の事象経過が偶然に左右されることがあったとしても、実行の着手＝未遂犯の処罰根拠として欠くところはないという思考に基づく。その意味で、「事象支配の放棄」がありさえすれば、存在する危険が客観的に切迫したものといえない場合であっても法益の危殆化を直接的に切迫するものと評価できる[11]、あるいはたとえ時間的・場所的意味においてはなお危険が切迫していないとしても規範的には具体的危殆化を招致したものといって支障ないとされる[12]。ここでは事象経過による危険の具体化という時間的･場所的契機は、結果の領域であるのでまったく考慮されえないのである。

(2) 結果説

「結果発生の具体的危険が切迫したとき」を「実行の着手」基準とした場合、ここでの「結果としての危険」には、次のような性質がみられる。

まず、「結果としての危険」は論理的には行為の後に生ずるものであるから、危険判断は行為から切り離しておこなうことが可能となり、行為時に限定すべき必然性はなくなる[13]。他方で、結果としての危険性判断も、結果発生の可能性についての行為時点における事後予測という性質を有することから、行為時判断が排除されるものではない。次に、「結果として

(10) 野村稔『未遂犯の研究』（1984年）301頁。

(11) 野村・前掲書316頁。

(12) 中義勝「実行行為をめぐる若干の問題」『法学論集』35巻2号（1985年）37頁。行為者としてはなすべきことをなし終えた、いいかえれば、「決意の不退転性」を客観的に保障するような状況を作成することを「客観的手放し」とされる（中・前掲論文14、18頁）。

(13) 山口･前掲書58-9頁､松生「具体的危険犯における『危険』の意義（1）」10頁。シュペンデルは、結果としての危険については事後（Ex-post）判断が必要的に妥当するとするにとどめる、Spendel,a.a.O.,S.106.

の危険」は、それが発生すべき具体的な作用客体（行為客体）の存在を前提とするので、法益もまた一定の具体的・個別的な作用客体のうちに体現されていなければならず、(「生命」一般といったような）抽象的な法益が結果の領域に出現することはできない[14]。

また、「結果としての危険」、いいかえれば行為に内在する一般的抽象的危険性の事象経過に伴う具体化を実行の着手基準とし、未遂犯の処罰根拠として捉えるのであれば、これを判断する法則論的基礎も、たんなる一般人の社会通念のみに立脚すべきではなく、科学専門家の知見に基づいた、いわゆる「科学的一般人」の見地からなされる必要がある[15]。

このような性質をもった「結果としての危険」が「切迫したもの」であるところに、未遂が予備から区別される実質的な理由がある[16]とするならば、この「切迫性」は「一定の行為客体と関係づけられた行為の因果的作用が、その行為客体の事実的に支配する領域へ侵入すること」を意味する[17]。いいかえれば、結果発生に向けて事象経過に伴って量的に増加する法益の危殆化に際して、それが未遂犯として可罰的な程度となるのは、行為客体の事実上の支配領域に到達したときであり、そこに実行の着手が認められるのである。

3　形式的客観説における着手基準とその実質化

形式的客観説は、「実行の着手」という条文上の文言を厳格に解し、「構成要件該当行為を開始すること」を「実行の着手」基準とする[18]。この基準が、形式的な判断基準としての意味を保つためには、かなり狭く限定された内容の

(14) 松生「具体的危険犯における『危険』の意義（1)」10 頁。
(15) 山口・前掲書 166 頁。
(16) 平野・前掲書 313 頁。
(17) 大越義久「実行の着手」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編『刑法理論の現代的展開』（1990 年）151 頁。
(18) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(1950 年) 182 頁、団藤重光『刑法綱要総論』〔改訂版〕（1979 年）329 頁。

ものである必要がある[19]。しかし、各刑罰法規の文言を日常用語例にしたがって解釈したとしても、少なくとも構成要件に属する行為の一部の開始として限定的に解するかぎり、未遂犯の成立時期が遅きに失し具体的妥当性を欠くことになる。そこで、早くから着手基準を「（それ自体としては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」[20]、あるいは、「（構成要件の全部または一部の事実を実現していなくともそれに）密接した事実を実現する行為」[21]の開始とする修正が加えられた[22]。

本来、形式的客観説は、「定型性」を重視し、未遂犯の処罰根拠論と切り離されて主張されるが、着手基準を「実行」行為と「一定の関係に立つ行為」の開始に実質化して解するならば、その背後には「実質的処罰根拠が潜んでいる」[23]ともいいうる。

この「実質的処罰根拠」について、これを「当罰的と言えるほど高度」な「法益の安全の動揺または法の妥当性の侵害―印象説―」として明示したうえで[24]、「未遂は『実行』それ自体ではなくても、その『着手』の時点において成立するのであるから、『着手』を、行為者の犯罪計画上構成要件行為の直前に位置する行為と解することにより、未遂の成立範囲は適切に拡張され」るとする見解が主張されている。ここで、「直前行為」は、「行為経過の自動性要件」と、これと選択的関係にたつ「時間的近接性の要件」とにしたがって判断される。

前者の要件は、問題となる行為を事象経過において機能的に観察して、それが構成要件行為と一体といえる場合であることをいい、かりに、行為計画上、その行為（たとえば、窃盗の場合の「物色行為」）に長時間が予定されているときであっても肯定される。他方、後者の要件は、問題となる行為が構成要件行為と時間的に近い場合であることをいい、かりに、行為計画上、機能的には

---

(19) 山口厚「実行の着手」町野朔・堀内捷三・西田典之・前田雅英・林幹人・林美月子・山口厚『考える刑法』（1986年）258頁。

(20) 団藤・前掲書330-1頁。

(21) 植松正『刑法概論Ⅰ総論』〔再訂版〕（1974年）315頁。

(22) 判例もかつてはいわゆる密接行為説を採用していた。たとえば、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。

(23) 山口「実行の着手」258頁。

(24) 塩見淳「実行の着手について（3･完）」『法学論叢』12巻6号（1987年）13頁、18頁。

構成要件行為と一体といえない中間的行為（たとえば、窃盗の障害となる番犬の連れ出し）が（たとえ複雑に）予定されているときであっても肯定される。

そして、この「直前行為」は原則として「被害者領域への介入」を伴っていなければならないとされる[25]。

この見解は、刑法第43条の文言における「実行」を「構成要件中に書かれている動詞に当たる行為」[26]に限定しつつ、「着手」の解釈においてこれを構成要件行為の必然的構成部分をなす「直前行為」と捉えることによって、形式的枠組をなお維持しようと試みる。これは同時に、判例の掲げる「密接行為」という基準を、上記２つの要件によって精密化するものでもある。しかし、この２要件だけでは、論者も自認するように「なお不明確さを完全には払拭しきれない」[27]。すなわち、たとえば、窃盗に際して窃取行為を始める直前に煙草を吸った場合、当該喫煙行為は「時間的近接性」の要件を満たすのであるから、構成要件行為とその「直前」に位置する行為との間に機能的連関を有する（すなわち「一体性」する）という要件のみが使用可能といえるのであり、判例のいう「密接行為」となんら異ならない。そこで、「直前行為」を構成要件的内容をなす行為に限定するために「被害者領域への介入」という要件を付加せざるをえないのである。

いわゆる修正された形式的客観説は、そもそも「実行の着手」における実行を構成要件的行為とし、その開始を着手とした本来の立場を放棄し、構成要件的行為そのものではなくそれとの密接関連性から「直前」行為に拡張ないし（因果的に）「前倒し」させていること自体が、すでに実質的な考慮の所産であって、これをさらに被害者領域への介入という一定の行為客体ないし法益との関係においてはじめて個別具体的に問題とされうる実質的な基準によって把握するのであるから、もはや形式的客観説の存在意義を失っているものといえる。

この点について、形式的客観説を基本としつつ、実質的客観説の実質的な基

---

(25) 塩見淳「実行の着手について（2）」12巻4号（1987年）24-5頁、同「実行の着手について（3・完）」12巻6号（1987年）17-9頁。

(26) 塩見「実行の着手について（3・完）」16頁。

(27) 塩見「実行の着手について（3・完）」18頁。

準を援用する見解が主張されている[28]。

それによれば、刑法第43条の文言の解釈にあたっては罪刑法定主義の制約があり、その意味において、形式的客観説が基本とされなければならないとし、刑法第43条の「犯罪の実行に着手し」という文言を「構成要件該当行為への着手」[29]を意味するものと解し、犯人が故意をもって構成要件該当行為にまさに接着する直前行為ないし密接行為を行うことが実行の着手を認める最低限の要件として必要である[30]とする一方、直前行為の意義を明確化・具体化するため、また、実質的見地から未遂犯として処罰する理由のある場合にのみ実行の着手を認めるようにするため、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性による限定を援用するとされるのである。

そのうえで、実質的に未遂犯として処罰する理由があることを示す基準としての「危険性」の内容について、まず「結果発生（ないし構成要件実現）の時間的切迫性」、次いで「結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不存在性」（いいかえれば「結果発生の自動性」）の２つをあげている。

まず、「結果発生（ないし構成要件実現）の時間的切迫性」については、結果発生が時間的に差し迫っている事態においては、未遂犯として処罰すべき実質的理由が（行為規範保護の観点からも、また結果不法の観点からも）すでに存在するとし、他方でこの結果発生の時間的切迫性がなくても、「結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不存在性」、いいかえれば、「結果発生の自動性」が構成されるときには、行為者が結果実現（構成要件実現）のために行うべき行為の重要部分を終えたのであるから、とりわけ行為不法の観点から未遂処罰は肯定されるべきであるとする。

そして、ここにおいては、結果発生が差し迫ったかどうかということ（結果無価値的要素）、及び、行為者がどこまで犯罪実現を進めたか（行為者の犯罪

---

(28) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）397頁。なお、同『刑法総論の理論構造』（2005年）252頁。

(29) なお、井田教授はこの文言の解釈につき、当初は「実行行為すなわち構成要件該当行為を開始すること」をいうとされていた（井田『理論構造』251頁）。

(30) この「最低限の要件」の趣旨については、「場合によって直前行為まで遡ることが許されるということを意味するにとどまり、常に直前行為の時点で実行の着手が認められるということではない。」とする（井田『講義刑法学』397頁）。

計画を基準として結果実現のための重要部分を終えたか･障害を乗り越えたか）ということ（行為無価値的要素）の両方が同時に判断要素とされるが、前者の結果無価値的要素が具備されれば、行為者にとり、行うべきことは行われたことになるから、行為無価値的要素はすでに肯定されていることになるので、そのように考えると、統一的な基準としては、「直前行為」という形式的な枠を壊さない範囲で、行為者が「やるべきことをやったかどうか」という実質的考慮により着手の有無が定められることとなるとする[31]。

この見解においては、「直前行為の意義を明確化・具体化するため、また、実質的見地から未遂犯として処罰する理由のある場合にのみ実行の着手を認めるようにするため」に、「直前行為という形式的な枠を壊さない範囲で」、「法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性」が考慮されるが、その内容は行為者が「やるべきことをやったかどうか」、「行為者がどこまで犯罪実現を進めたか（行為者の犯罪計画を基準として結果実現のための重要部分を終えたか･障害を乗り越えたか）」、いいかえれば、「行為者の犯罪計画」･「行為者主観」を基準とした「進捗の程度」となるが、「直前行為」の「行為の危険性」を問題とする限り、（「結果としての危険」の内容である）構成要件の実現に至る具体化のプロセス・因果経過を「計画実現の程度・計画の進捗の程度」として含みえない。別な言い方をすれば、行為者の犯罪計画を基準として、行為者がどこまで犯罪計画を進めたか、構成要件実現のための重要部分を終えたか、障害を乗り越えたかという「指標」は、ほんらいは「構成要件の実現に至る具体化のプロセス・因果経過の客観的な進捗の程度」として、「結果としての危険」の内容である「結果発生の切迫性の程度」を基礎づける。しかしながら、このことは行為説と同様に、結果としての危険の発生を実行の着手を認める際の必要条件とせず、「行為者にとり行うべきことは行われた」ことにより行為無価値的要素は肯定されているならば、いまだ「結果発生の切迫性」という結果無価値的要素が具備されていなくとも、「直前行為」という枠内にある限り、それをもって着手が認められるということを意味する。

---

(31) 井田『理論構造』253 頁。

4　行為者の主観的要素と危険概念

実行の着手時期の判断において行為者の主観的要素を考慮すべきか、従来から、実質的客観説においても、主観的違法要素を認めるか否かの対立を反映して、行為者の主観的要素を故意の限度で考慮すべきであるとする見解と、犯罪計画をも考慮すべきであるとする見解、行為者の主観的要素を一切考慮すべきではないとする見解が対立している。

行為者の主観的要素が危険判断の基底に取り入れられることは、行為説、結果説のそれぞれが基準とする危険の質・内容にとって、どのような意味をもつのであろうか。

(1) 行為説

「行為の危険性」を未遂犯の処罰根拠とする立場では、一般に行為者の主観的要素を判断基底に入れる。すなわち、実行行為が客観面と主観面との統一体である以上、構成要件上必要とされる主観的要素を無視することはできないとして行為者の犯罪意思（故意）を[(32)]、または、犯罪の完成に必要な行為をおこなったかどうか、あるいは、法益侵害に対する現実的危険を発生させたかどうか、という判定は、行為者が何を目的とし、どのような手段で目的を追及しようとしているかという、行為者の主観面を度外視しては到底不可能であるとして犯意ないし犯罪計画を[(33)]、それぞれ危険判断に際して取り入れるのである。

すでに言及したように、行為を具体的状況におき、個別具体的な行為客体ないし法益と関係づけたうえで捉えたとしても、行為の危険性は結果発生への一般的な因果的傾向を内容とする。さらに、これを一般人の日常生活上の経験法則（社会通念）にしたがって判断するとすれば、行為の危険性は、一般人の経験法則上の類型的危険性、すなわち「結果発生の可能性ないし確実性」、「事象経過の一般的な自動性」を意味することになる。そ

(32) 大塚・前掲書 165 頁。

(33) 西原春夫『刑法総論』(1977 年) 281 頁、同「犯罪実行行為論〔総論〕」『法学セミナー』28 巻 13 号（1984 年）31 頁、野村・前掲書 299 頁。

のうえで、一般人が不合理と考えないかぎり[34]、行為者の認識を積極的に考慮するならば、行為の危険性は、さらに行為者の意思に依存することになり、その意味で「主観化」することになる。

次に、「犯罪計画」を判断基底に盛り込む意義である。行為者の犯罪計画の実現可能性を一般人の見地から客観的に判断する、いわゆる「計画の危険」を問うものであるとすれば[35]、不能犯論における抽象的危険説、及びそれが拠って立つ主観的未遂論と親近性を有することになり、客観的未遂論が支配的見解となっている現在にあっては、「危険性判断をきわめて主観化し、行為者の主観的意思の危険性を処罰根拠とする主観的未遂論と同様な視点に立って、処罰時期を過度に早めることになりうる[36]。

しかしながら、実行の着手の有無を決定するためには、故意の内部における実行計画の内容にまで立ち入ることが必要である[37]と解するのであれば、上の批判は当を得たものとはいえない。すなわち、「犯罪計画」を考慮することによって、「法益侵害への確実性」あるいは「事象経過の自動性」が保証されるというのであれば、その意味で、「客観的な危険性」を限定することに資するといえるからである。

もっとも、危険性を行為の属性であると捉えるかぎり、前述したように、行為の危険性は一般的な因果的傾向を示しうるにすぎず、これに行為者の「故意」または「犯罪計画」を考慮に入れたうえで「やるべきことをやったかどうか」、「行為者がどこまで犯罪実現を進めたか（行為者の犯罪計画を基準として結果実現のための重要部分を終えたか・障害を乗り越えたか）」について判断する限り、「結果」の領域である構成要件の実現に至る具体化のプロセス・因果経過を「計画実現の程度・計画の進捗の程度」として含みえず、いまだ「結果発生の切迫性」がなくとも、それをもって

---

(34) この立場では、行為者が認識していた事情であっても、一般人の見地から不合理とおもわれる事情は考慮に入れられないとする（野村・前掲書 266 頁、299-300 頁）。これは行為者の認識のみに基づいて行為の危険性を判断することに制限を加えたものであり、その意味で、一定の「客観化」を図っている。

(35) なお、「計画の危険説」については、大沼・前掲論文 98 頁参照。

(36) 中山研一「実行の着手」Law School No.51（1982 年）87 頁。

(37) 西原・前掲論文 33 頁、同「実行の着手（上）」『警察学論集』38 巻 2 号（1985 年）18-9 頁。

着手が認められることになる。

(2) 結果説

「結果としての危険」を未遂犯の処罰根拠とする立場では、行為者の主観的要素をまったく判断基底に取り入れないか、「故意」の限度でこれを取り入れているか、または、行為無価値論、もしくは結果無価値論にあって主観的違法要素として故意は認めないが行為意思は認めるとする見地[38]から、故意のみならず「犯罪計画」を判断基底に取り入れている[39]。

もっとも、この問題は、「主観的違法要素」をみとめるか否か、違法の本質論をめぐる議論の一局面でもあるが、近時では主観的違法要素の存在を認める立場を採ったとしても、故意概念あるいは行為意思概念とりわけ認識内容・意思内容の捉え方が論者によって異なるため、あるいは、違法の本質論における見地に関わらず、実行の着手論において問題とする「犯罪計画」の位置づけあるいは内容の理解が論者によって異なるため、一様に論じることが困難になっている。

そこで、行為者の主観的要素を「故意」の限度においてもまったく危険判断の基底に入れない場合についてのみ、「結果としての危険」にどのような影響を与えるかについて論じておく。

たとえば、行為者は人に向けて発砲する目的でピストルで狙いを定めた場合、ここでの「外部的・客観的事実」は、行為者がピストルを人に向けて構えた、そして、人はそのピストルの有効射線範囲内にいたということのみである。この構えた行為によって、「その人の生命に対する具体的で切迫した危険が発生」しているということができるであろうか。これを肯定するためには、行為者が引き続き発砲行為に出るということが前提されなければならない。行為者の主観に依拠せずに、このような「客観的状況」

---

(38) たとえば、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年）150頁以下、鈴木左斗志「実行の着手」西田典之＝山口厚編『刑法の争点』〔第3版〕（2000年）89頁、山口厚『刑法総論』〔第2版〕（2003年）271頁、佐伯仁志「違法性の判断」『月刊法学教室』290号（2004年）63頁、西田典之『刑法総論』〔第2版〕（2010年）82-3頁など。

(39) なお、実行の着手と行為者主観の関係については、佐藤拓磨「実行の着手と行為者主観との関係について」『慶應義塾創立150年記念法学部論文集』（2008年）111頁以下に詳細に論じられている。

のみから、生命・身体その他の保護法益を担っている行為客体としての人の、他ならぬ「生命」に対する具体的で切迫した危険の発生を基礎づけられるであろうか。かりに、ピストルの有効射線範囲内に人のほか、その人の飼い犬が存在したときには、「その人に対する生命に対する具体的で切迫した危険」とともに、「その人の財物に対する具体的で切迫した危険」が発生しているということができるであろうか。とくに未遂犯においては、故意を主観的違法要素としなければ、「具体的危険の発生を肯定しえないことになるか、逆に（意思の如何にかかわらず）広く『一般的な』危険の発生を認めることになる」[40]。

5　おわりに―結びに代えて

以上、実行の着手論における危険概念について、行為の危険性と結果としての危険とに大別したうえで、そこにおける判断時期、判断主体、判断資料の問題をとおして、その性質を分析し、それぞれを着手基準した場合の着手時期を検討した。

私見として、未遂犯及び実行の着手については、次のように把握されべきであると解する。

危険は狭義の行為とは別個独立に存在する外在的事実であって、行為によって惹起される「結果」として把握されなければならない。つまり、危険はあくまでも未遂犯の結果である[41]。結果は不法にとって次の点で意味をもつ。法益保全の観点からは、法益が侵害されない状態を維持することが最善である。法益は侵害されてしまうと現実に回復できない場合が多い。このように回復できない状態を惹き起こした場合、価値秩序の維持を任務とする法秩序の立場から、行為に対して最大限の反価値評価を下すのは当然ではないだろうか。未遂の場合は、決定的に法益が害されているわけではなく、いわば原状回復の可能性が残されているがゆえに、反価値性は程度が低いといえる[42]。換言すれば、

(40) 山口『危険犯の研究』91 頁。
(41) 川端博「不能犯」植松正・川端博・曽根威彦・日髙義博『現代刑法論争Ⅰ』(1983 年) 288 頁。
(42) 川端博「行為反価値性と結果反価値性」『現代刑法論争Ⅰ』121 頁。

刑法は法益の保護をその任務とするのであり、それゆえに、法益侵害に対してはこれを処罰の対象とすることによって、法益侵害の発生の防止を図るのである。とくに一定の犯罪については、その法益侵害にいたる「危殆化」に対して、侵害の前段階において処罰をもって介入し、法益を厚く保護する。したがって、未遂犯の処罰根拠をなす法益侵害の危険とは、法益保護の観点からその発生が防止されるべき、外界に生ぜしめられた結果であると解されることになる[43]。

未遂犯としての処罰時期を画定する危険の内容を「結果としての危険」と解した場合、その危険を判断するにあたっては、判断主体を科学的一般人に求め、行為者の主観を判断基底に加え、行為時に立って行為後の事象経過を予測し、「一定の行為客体と関係づけられた行為の因果的作用が、その行為客体の事実的に支配する領域へ侵入したときに、危険が切迫した段階に至ったものと解される。

冒頭で述べたように、未遂犯の処罰根拠を「結果としての危険」として把握し、実行の着手を「結果発生の具体的危険が切迫したとき」とした場合、因果関係の起点となる実行行為の開始時期と「着手」の時期とが分離され、「実行の着手」は「実行行為の開始」を意味しない[44]。因果関係の起点となる実行行為は、形式的には構成要件に該当する行為、実質的には、通常そのような行為を行なえば、法益侵害に至る可能性があるという意味での一般的危険性を有する行為であり[45]、それによって「結果発生の具体的危険が切迫したとき」に実行の着手が認められ、そこに至ってはじめて未遂犯として処罰が可能となるのである。

〔2017年10月20日脱稿〕

---

(43) 山口『危険犯の研究』57-8頁。

(44) これについては、当該の行為は結果発生の具体的危険の生じた段階においてはじめて未遂の構成要件該当性あるいは実行行為性を取得すると解するものとして、西田典之「間接正犯の実行の着手時期」平野龍一・松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ総論』〔第2版〕（1984年）147頁。

(45) 曽根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（1991年）9-10頁。

〔付記〕

本稿は、本年発刊されたの台湾中央警察大学教授余振華先生の祝賀論文集『國際刑事法學之新脈動第二巻－余振華教授六秩晉五壽誕祝賀論文集』（台灣比較法學會編、2017 年 12 月）所収の日本語原稿である。余先生の許可を得て、あらためて先生に捧げるために日本語原文を本誌に掲載する。また、脱稿までの時間の制約から、検討が十分でないことをお詫び申しあげる。なお、上記の論文集寄稿にあたって以下の献辞を付した。

余先生はわたくしが明治大学大学院法学研究科公法学専攻博士後期課程に在籍中に留学されたが、日本刑法学会大会でお目にかかるたびに在籍しているころと同様にお声がけくださり、変わらぬ様子に初志を思い起こし大いに激励された。感謝の言葉に尽きない。その後しばらく大会に参加することができなかったが、ようやく本年 5 月に開催された日本刑法学会第 95 回大会でふたたびお目にかかることができた。その折に、先生の退職にあたって寄稿する機会をいただいたのは望外の喜びである。上記第 95 回大会のワークショップでは、奇しくも 1980 年代以降、共同研究またはワークショップのテーマとして久しく扱われてこなかった「未遂犯論」が取り上げられた。そこで、短時間で執筆した拙い論稿で甚だ恐縮であるが、実行の着手論をテーマとし再論することをもって、博士後期課程在籍以来の長年の友、余先生への敬意とご退職のお祝いの気持ちとしたい。