

Title	未遂犯および危険犯における危険概念の基礎的研究
Sub Title	Study on the concept of dangerousness in the criminal law
Author	佐藤, 拓磨(Sato, Takuma)
Publisher	
Publication year	2017
Jtitle	科学研究費補助金研究成果報告書 (2016.)
JaLC DOI	
Abstract	本研究では、未遂犯と具体的危険犯(法益侵害の危険を内容とする犯罪)を題材に、刑法における危険概念の研究を行った。日独の判例・学説の調査・検討を通じ、未遂犯と具体的危険犯との間の構造の差を浮き彫りにし、それぞれの議論の文脈で用いられる危険概念の異同を明らかにした。さらに、未遂犯論においては、従来、危険概念が、犯罪結果を発生させた可能性という意味と、結果発生の近接性という意味の2通りに用いられてきたことを解明し、それぞれの場面の危険判断の方法に関する提言を行った。このように危険概念を個別化する試みは、従来あまりなされてこなかったことから、本研究は今後の議論に有益な示唆を与えるものだといえる。 This research project, taking up offence of criminal attempt and concrete endangerment offence as material, dealt with the concept of Dangerousness in criminal law. By examining the cases and theories both in Japan and Germany, the structural difference between offence of criminal attempt and concrete endangerment offence became clear, which subsequently clarified that the function the concept of Dangerousness achieves varies according to the context. Besides, this project has pointed out that, in discussing criminal attempt, so far the concept of Dangerousness has been interpreted in two ways, namely as the possibility of resulting harm and as the urgency of resulting harm. On the basis of research results, this project made proposals on the way of deciding dangerousness in each offence (offence of criminal attempt, concrete endangerment offence).
Notes	研究種目：若手研究(B) 研究期間：2015～2016 課題番号：15K16945 研究分野：刑法
Genre	Research Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=KAKEN_15K16945seika

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

平成 29 年 6 月 5 日現在

機関番号：32612

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2015～2016

課題番号：15K16945

研究課題名(和文) 未遂犯および危険犯における危険概念の基礎的研究

研究課題名(英文) Study on the concept of Dangerousness in the criminal law

研究代表者

佐藤 拓磨 (Sato, Takuma)

慶應義塾大学・法学部(三田)・教授

研究者番号：10439226

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,000,000 円

研究成果の概要(和文)：本研究では、未遂犯と具体的危険犯(法益侵害の危険を内容とする犯罪)を題材に、刑法における危険概念の研究を行った。日独の判例・学説の調査・検討を通じ、未遂犯と具体的危険犯との間の構造の差を浮き彫りにし、それぞれの議論の文脈で用いられる危険概念の異同を明らかにした。さらに、未遂犯論においては、従来、危険概念が、犯罪結果を発生させた可能性という意味と、結果発生近接性という意味の2通りに用いられてきたことを解明し、それぞれの場面の危険判断の方法に関する提言を行った。このように危険概念を個別化する試みは、従来あまりなされてこなかったことから、本研究は今後の議論に有益な示唆を与えるものだといえる。

研究成果の概要(英文)：This research project, taking up offence of criminal attempt and concrete endangerment offence as material, dealt with the concept of Dangerousness in criminal law. By examining the cases and theories both in Japan and Germany, the structural difference between offence of criminal attempt and concrete endangerment offence became clear, which subsequently clarified that the function the concept of Dangerousness achieves varies according to the context. Besides, this project has pointed out that, in discussing criminal attempt, so far the concept of Dangerousness has been interpreted in two ways, namely as the possibility of resulting harm and as the urgency of resulting harm. On the basis of research results, this project made proposals on the way of deciding dangerousness in each offence (offence of criminal attempt, concrete endangerment offence).

研究分野：刑法

キーワード：未遂犯 危険犯

1. 研究開始当初の背景

(1)日本では、未遂犯の処罰根拠を構成要件的結果発生の客観的危険性に求める見解が定着していた。そして、不能犯と未遂犯の区別（不能犯論）も予備と未遂の区別（実行の着手論）も、危険性を基準として行うべきだとするのが通説であった。

(2)また、そこでいう「危険」の内実については、具体的危険犯における「危険」と同義であるという理解（山口厚『危険犯の研究』〔東京大学出版会、1982年〕が、学説の間で支持を集めていた。それに伴い、不能犯論においては、裁判時からみて結果発生の可能性が相当程度あったと認定できなければ未遂犯は認められないとし、また、実行の着手論においても、結果発生の切迫した危険があつてはじめて未遂犯が認められるという考え方が広まっていた。

2. 研究の目的

(1)本研究の第1の目的は、未遂犯における「危険」と具体的危険犯における「危険」を同視する上記の枠組みを打破するところにあった。未遂犯とは、行為者が犯罪を実現しようとしたが失敗した場合のことを指すのに対し、具体的危険犯とは、法益侵害の具体的危険とその認識のみによって成立する犯罪のことを指す。両者は犯罪としての構造がまったく異なることから、それぞれの文脈で語られる危険の内容も相違するはずである。このような問題意識から、未遂犯および具体的危険犯における固有の危険概念を解明することを目標に据えた。

(2)第2の目的は、未遂犯論の内部でも、不能犯論と実行の着手論とでは、危険概念が果たす役割が異なることを明らかにすることにあった。不能犯論とは、裁判時の視点からみれば明らかに犯罪の実現が不可能であった行為を未遂犯として処罰できるのはどのような場合かを問う議論である。ここでは、結果発生の可能性の側面が問題となるのに対し、実行の着手論は、結果発生への近さの側面が問題となる場面である。このような役割の違いがそれぞれの場面における「危険」の概念規定に及ぼす影響を明らかにし、危険判断の基準の具体化を試みようとした。

3. 研究の方法

(1)前掲・山口『危険犯の研究』は、ドイツ刑法学における危険概念の研究を参照し、日本の未遂犯論および危険犯論に応用したものであった。しかし、ドイツでは、未遂犯と具体的危険犯は異なるものだという理解が一般的であることから、ドイツの危険概念研究を日本の未遂犯論に応用するという手法には問題があった。そこで本研究では、ドイツにおける未遂犯論と危険犯論を別々に検討し、そこから未遂犯における危険概念と具

体的危険犯におけるそれとを差別化する必要性を比較法的見地から示すこととした。

(2)個別論点との関係では、実行の着手論についてはドイツの議論の影響がみられることから、日本の判例・学説の検討に加え、ドイツとの比較法研究を行った。これに対し、不能犯論については、日本とドイツとでは議論状況がまったく異なることから、基本的に、日本の判例・学説の検討に集中した。

4. 研究成果

本研究の成果は、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（後掲〔図書〕①。以下、〔図書〕①とする）に収められている。

(1)本研究の第1目的については、当初の予定通り、ドイツとの比較法研究を行った。具体的には、ドイツの現行未遂規定（ドイツ刑法典22条、23条）の成立過程の調査および判例・学説の検討を行った。同時に、具体的危険犯における危険概念に関する判例・学説の検討も行った。その結果、以下のような知見が得られた（〔図書〕① pp.10-39）。

① ドイツでは、1871年のライヒ刑法典の成立直後から、判例は行為者の犯罪意思に未遂犯の処罰根拠を求める立場（主観的未遂論）を採用し、今日までそれを堅持している。また、刑法改正の作業をみても、最初の草案（1909年草案）において既に主観的未遂論の方向へ舵が切られており、それが現行法につながっている。一方、学説では、かつては結果発生の危険性に未遂犯の処罰根拠を求める立場（客観的未遂論）が優勢な時期もあったが、1930年代を境に主観的未遂論が支配的となった。その背後には、行為無価値論の通説化がある。なお、主観的未遂論を批判し、結果発生の危険性に未遂犯の処罰根拠を求める見解も一部で主張されているが、そのような見解も未遂犯を具体的危険犯と同視する考え方は採用していない。ましてや、行為者が狙った客体が存在しない場合には未遂犯は認められないとする見解は、現在ではごく少数である。

② これとは対照的に、具体的危険犯に関しては、行為者の表象上の危険ではなく、法益侵害の客観的危険が要件となるという考え方が定説である。また、客体が行為の作用領域内に現に存在していない場合には、客体が存在していた可能性が認められたとしても、不可罰であるとするのが判例・通説である。その背景には、具体的危険犯の処罰根拠を「法益主体の現存在の確実性を揺るがす」というところに求めるという思想がある。

- ③ このように両者の扱いが異なる理由は、未遂の場合、行為者に既遂結果の認識・予見があることが必要であり、そのことが処罰根拠を論ずる上で無視できないのに対し、具体的危険犯の場合、行為者の主観面が行為の客観面を超過していないどころか、過失による具体的危険の惹起が処罰される場合もあることから、その処罰根拠を論ずる上で、行為者の主観面を強調することができないからだと推察される。
- ④ このような両者の構造の差に鑑みれば、未遂犯と具体的危険犯を同視する日本の通説は再考要する。

他方で、現在の日本では主観的未遂論は駆逐されていることから、その原因を調査するために、旧刑法起草以来の沿革を調査した。その結果、旧刑法の起草に関与したボアソナードの客観主義的な未遂犯論が、旧刑法および旧刑法時代の刑法学者および実務家に多大な影響を与え、それ以来、裁判実務においては客観的未遂論の伝統が保持され続けていることがわかった。一方、主観的未遂論は、犯罪の本質を行為者の危険性に求める立場から強力に主張された時期があったが、裁判実務にはほとんど影響を与えなかったことが確認できた。このことから、日本の実情に即した未遂犯論を展開するにあたっては、行為者が既遂を実現する犯罪意思を有しているという未遂犯固有の構造を十分に考慮しつつ、客観的危険性の見地から未遂犯の処罰根拠を限定する必要があるという構想を得ることに成功した（〔図書〕①pp.40-46）。

(2) 以上のような構想に基づき、未遂犯の処罰根拠論と表裏の関係にある不能犯論の研究を行った。これは、既刊論文である佐藤拓磨「不能犯」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』（成文堂、2011年）pp.33-70をより精緻化したものである。本研究では、行為者の犯罪意思を未遂犯の処罰根拠論の中心に据えながら、客観的危険性の見地からその処罰範囲を限定するという構想（前記(1)参照）にしたがい、結果発生の可能性判断の方法を探究した。その結果、裁判時の視点から、（犯行が失敗に終わった）現実の事象の代わりに行為者が予定していた計画が実現していた可能性を問い、「同様の犯行計画に基づく行為が行われた場合には、結果が発生するおそれがある」といえれば未遂犯を認めてよいという判断公式を提示した。また、この基準を過去の裁判例で問題となった事例にあてはめて、その適用方法を示した（〔図書〕①pp.83-96）。従来、未遂犯を認めるためには、「相当程度の可能性（そのような事実は十分にありえたと考えられる場合）」がなくてはならないとする見解が一般的であり、私見はかなり斬新なものだったといえる。しかし、

本研究と時期を同じくして、私見と同旨の主張が現れている（樋口亮介「実行行為概念」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』〔有斐閣、2017年3月〕p.33）ことから、今後の議論にインパクトを与えるものと考えられる。

(3) 実行の着手論に関しては、日本とドイツの判例の詳細な比較検討を行った。日本では、ドイツに範をとり、a)結果実現行為と結果発生との間の時間的近接性、b)結果実現に至るまでの行為経過の自動性、c)被害者領域への介入を予備と未遂の区別基準とすべきだという見解が1987年に提唱され（塩見淳「実行の着手について」法学論叢121巻6号pp.17-19）、その後、少なからぬ学者によって支持されている。また、判例でも、α)着手の有無が問題となった行為が、結果実現行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであること、β)その行為に成功した場合、それ以降の行為を遂行する上で特段の障害が存在しないこと、γ)結果実現行為との間に時間的場所的近接性が認められること、といった類似の基準を用いて実行の着手を判断する最高裁決定（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁）が現れ、その後の下級審裁判例に大きな影響を与えている。そのため、両国の未遂の開始時期の基準は、一見したところ、似通っている。しかし、本研究による調査の結果、ドイツの裁判実務は、日本よりも早い段階で未遂の開始を認めていることが明らかとなった（〔図書〕①pp.129-218。なお、この問題に関しては、既に佐藤拓磨「実行の着手と実行行為」法学研究82巻1号〔2009年〕pp.339-384を公刊しているが、本研究はこれを全面的にリライトし、内容を大幅に拡充したものである）。具体例を挙げれば、ドイツでは、強盗のために武装しかつ覆面をして住居の入口ドアのベルを鳴らした時点で強盗未遂が認められ、また、殺人でも、相手方が所在する部屋のドアをライフルの銃床で打ち破ろうとした時点で未遂を認めた例がある。日本ではこれらのようなケースで着手を認めた例はみられないが、その理由は明らかではない。本研究では、この点について、日本では実行行為（構成要件）という枠により未遂犯の成立範囲を制限すべきだという考えがいまだに根強く残っているという仮説を提示した。つまり、前記の強盗の事例では「暴行」がなく、殺人の例では「身体に対する攻撃」がないため、それぞれ着手が否定されるべきだと考えられているという仮説である。しかし、この仮説が正しいとすれば、そのような態度は理論的根拠を欠くものといわざるを得ない。なぜなら、前記a)～c)およびα)～γ)の基準からはそのような制約は導けないからである。このような見地から、日本とドイツの判例の検討から得られた知見をもとに、以下のような結論を提示した（〔図書〕①pp.230-231）。

- ① 実行の着手は実行行為の直前行為に認めるべきである。
- ② 直前行為性の判断は、犯行計画上、最終結果実現行為までの間に重要な中間行為が想定されているか否か、および結果発生までの間にどの程度の時間的場所的離隔が予定されているかという2つの基準を用いて行われるべきである。この2つの基準はそれぞれ単独で機能するものとみるべきではなく、両方の観点を総合的に勘案して直前行為性を判断すべきである。
- ③ 重要な中間行為が存在しないとは、犯行計画上、もはや結果実現行為までの間に外部的な障害が想定されないこと、および事象が自動的に進行することが予定されていることを意味する。前者の判断においては、被害者領域への介入が1つの重要な徴表になる場合がある。後者の判断においては、犯意の強弱や犯行計画の具体性といった主観的事情も重要な考慮要素となる。
- ④ 犯行を確実かつ容易に行うために必要不可欠であるか否かという観点は、犯行計画で予定されている個々の行為の重要性をはかる基準として機能する。着手が問題となっている行為が犯罪実現のために重要なものであったとしても、結果実現行為までの間にそれ以上に重要な中間行為があれば着手は否定される。

これまで、ドイツにおける未遂の開始時期に関する裁判実務の現状を詳細に紹介・検討した先行業績はわずかであったことから、本研究の資料的価値は大きいものといえる。

(4) 以上の研究の成果の要点のみを箇条書的にまとめると以下の通りである。

- ① 未遂犯と具体的危険犯の構造の差を明らかにすることができた。
- ② 未遂犯の処罰根拠と表裏の関係にある不能犯論については、①で得られた成果を踏まえ、未遂犯固有の結果発生の可能性判断の公式を提示することができた。
- ③ 結果との近さが問題となる実行の着手論について、その具体的な判断方法を提示することができた。

他方で、具体的危険犯については、その危険概念に関して総論的な検討をすることはできたものの、具体的危険犯に分類される個別の犯罪類型における危険判断の方法といった各論的な研究は積み残しとなった。これについては、今後の課題としたい。

(5) 本研究のうち、不能犯に関する部分に関

しては、ドイツで最も歴史のある刑事法専門誌である *Goldammer's Archiv für Strafrecht* に論文を掲載する機会を得た(使用言語はドイツ語)。同論文では、日本の未遂犯論の歴史と不能犯論における判例・学説の現状を紹介した上で、私見の要約を提示した。本研究の成果の国際的発信という意味で意義のある業績であるといえる。

(7) 本研究の〔図書〕①の業績に関し、以下の書評を得た。

浅田和茂・法律時報 89 巻 4 号 (2017 年 4 月) pp.120-124

森住信人・刑事法ジャーナル 52 号 (2017 年 5 月) pp.148-149

また、樋口亮介「実行行為概念」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』〔有斐閣、2017 年 3 月〕p.50 に本研究に対する好意的なコメントがある。このことから、本研究は、現時点で既に学界に一定程度のインパクトを与えているといえる。今後さらに後行業績で引用され、日本の未遂犯論の発展に寄与することが期待される。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 1 件)

- ① Takuma Sato, Entwicklung der japanischen Versuchsdogmatik, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017/8 (掲載確定、印刷中)

〔学会発表〕(計 1 件)

- ① 佐藤 拓磨ほか、ワークショップ「未遂犯」、日本刑法学会、2017 年 5 月 21 日、慶應義塾大学(東京都港区)

〔図書〕(計 1 件)

- ① 佐藤 拓磨、慶應義塾大学出版会、未遂犯と実行の着手、2017、304

6. 研究組織

(1) 研究代表者

佐藤 拓磨 (SATO, Takuma)
慶應義塾大学・法学部・教授
研究者番号：10439226