

未遂犯の実行の着手と処罰時期について
-離隔犯および間接正犯を中心に-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2018-11-29 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/10291/19741

未遂犯の実行の着手と処罰時期について

——離隔犯および間接正犯を中心に——

Zum Anfang der Ausführung und gerechten Strafbedürfnisseszeitpunkt im Versuchsverbrechen

博士後期課程 公法学専攻 2017年度入学

君 塚 貴 久

KIMIZUKA Takahisa

【論文要旨】

本稿は未遂犯における実行の着手とその処罰時期について検討を加えるものである。一方で、実行の着手は刑法43条の文言から導かれる概念であるところ、当該文言と実行の着手概念の相互の対応関係や、そこでの刑法体系上の位置付け、またその帰結として問われるその他の要素との整合性などに関する注意深い検討が必要になる。他方で、処罰時期の問題として、旧来は「実行の着手時点＝実行行為の開始時点＝未遂犯の処罰確定時点」との図式が広く受け入れられていたが、近時では必ずしもこれに拘泥しない解釈が普及している。こうして未遂犯の処罰時期を実行行為とリンクさせないことが奇異なことではなくなった反面、その処罰時期を模索するにあたり、解釈者に比較的広い裁量を与えられている。しかしそれだけに、遵守すべき基本的な原理への抵触を避けながら、未遂犯の適正な処罰時期を策定していく作業が重要になろう。以上のような問題意識を出発点として、それぞれの妥当な結論を導いた後、それらが整合的となる——実行の着手と処罰時期の分離という——立場の必要性を提示することが本稿の目標である。

【キーワード】 未遂犯，実行の着手，処罰時期，危険の解釈，分離可能性

【目次】

- I 始めに
- II 実行の着手
 - i) 未遂犯の処罰根拠

ii) 「実行の着手」の解釈

III 処罰時期

i) 未遂犯の処罰時期

ii) 実行の着手と未遂処罰の分離——私見の展開——

IV 結びにかえて

I 始めに

刑法43条は「犯罪の実行に着手しこれを遂げなかった者」を未遂犯とし、その処罰に任意的減輕を規定している。「犯罪の実行に着手すること」は学説上「実行の着手」と呼ばれ、基本的には未遂犯の「構成要件該当性の問題」として考えられている。ここで言う「実行」は「実行行為」を指すとするのがかつての通説的見解であった¹。しかし現在では必ずしもそうとは考えられておらず、「実行の着手」をむしろ「予備と未遂（処罰）の段階を画す概念」と解する立場²も少なくない。

このような主張がされるようになったことには理由がある。文言の素直な解釈をすれば前者の立場が採られるはずであり、事実、かつてはこれが通説とされていた。しかしながら後者の主張は判例でも（「段階を画す」等の明示的な表現は用いられていないが実質的には）ほぼ一貫して採用されており³、わが国の刑法理論に浸透していくこととなった。それには、「未遂犯の処罰時期の適正

¹ 『『実行』とは、まさに、基本的構成要件に該当する行為である』（団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）354頁）。他にも例えば、小野清一郎『刑法総論』（1952年）157頁以下、植松正『刑法総論』（1958年）230頁以下、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（1977年）95頁、西原春夫『刑法総論』（1977年）278頁など。旧来これと異なる解釈をしていたのは後述の主観的未遂論の立場である。現在の実行の着手と実行行為の関係性について、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』（2017年）3頁以下を参照。

² 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）130頁（初出1968年）。それによると「行為時と危険発生時が事実上一致する場合…があるとしても、そうであるべき必然性は存在しない」とし、この解釈を導いている。これに依拠するものとして、中山研一『刑法の論争問題』（1991年）114頁（初出1986年）、浅田和茂「未遂犯の処罰根拠」現刑17号（2000年）39頁、内藤兼『刑法講義総論Ⅱ（下）』（2002年）1224頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）232頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）301頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（2013年）477頁・486頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）342頁、橋爪隆「実行の着手について」法教411号（2014年）118頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年）104頁、武田誠「離隔犯・間接正犯の実行の着手時期」『山中敬一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（2017年）588-589頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（2017年）239-240頁など。

³ 学説上の議論で主に話題に上るものとして、毒入り砂糖郵送事件（大判大正7・11・18刑録24輯1352頁）、農道毒薬ジュース設置事件（宇都宮地判昭和40・12・9下刑集7巻12号2189頁）を参照。両者につき、西田・前掲注(2)301頁、高橋則夫『刑法総論第〔3版〕』（2016年）394-395頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）284-285頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）323-324頁、後者につき、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）368頁、川端・前掲注(2)486頁などが、判例は「危険の切迫時」を基準としたと主張する。ただし、行為時を基準としたと解する余地のあるもの（郵便局窃盗事件・東京高判昭和42・3・24高刑集20巻3号229頁）も少数ながら存在する。これにつき行為時説を採ったと解するものとして、

さ」という点で説得力を有していたことが理由として考えられる。すなわち、未遂犯を規定する43条はその量刑に際し「任意的減輕」を予告していることから、未遂犯処罰を認めるということは同時に、既遂犯と同等の処罰をする可能性を意味しており、特に、離隔犯や間接正犯のような行為時と結果発生時に懸隔が生じる類型においては、結果発生がいまだ確定的とは言えない場合もあるので、行為時に一律に未遂処罰を認めるのでは刑の均衡を失するとの主張がされているのである⁴。

確かに行為（開始）時に一律に未遂処罰を認めるのでは早計であるとの主張は説得力があり、現在の学説への影響は決して小さいものとは言えない。それゆえ、その影響力の大きさから、実行の着手を実行行為に限定して捉える立場の論者の中にも、黙示のうちに上述の「段階を画すもの」との考えを用いていると思われるものが存在する。すなわち、離隔犯・間接正犯の事例における実行の着手時期を行為者自身の行為時に限定しつつも、結局は着手時期を、いわゆる「手放し時点」など「行為の開始以後の時点」に認める主張⁵がこれである。なるほど、特に違法論における「規範違反説」では規範違反性の表出として、行為者の行為を中心に据えるため、行為者が実際になした行為に「実行の着手」を限定する⁶ことに理由はあるし、本稿もこの点は支持する。しかし、論者らは離隔犯等の未遂犯処罰に必要な要素として、結果発生までの自動性に伴う規範の突破性（なすべきことをなし終えたこと）を指摘する⁷ことによって、43条の文言にも関わらず、実行の着手の

吉田常次郎「判批」新報46巻6号（1936年）118頁以下、牧野英一「着手と間接正犯」『刑法研究 第8巻』（1939年）235頁以下、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法33巻2号（1993年）224頁、大沼邦弘「実行の着手」西原春夫ほか編『判例刑法研究第4巻』（1998年）47頁、大越義久「実行の着手」芝原邦爾ほか編『理論刑法の現代的展開〔総論Ⅱ〕』（1990年）134頁など。

⁴ 山口厚『問題探求刑法総論』（1998年）209-210頁。他にも、内藤・前掲注(2)1334頁、内山良雄「未遂犯総説」曾根威彦・松原義博編『重点課題刑法総論』（2008年）192頁、佐伯（仁）・前掲注(2)342頁、松宮・前掲注(2)239頁。また、佐伯（仁）・同341頁は、未遂犯内部での均衡の観点から、毒物を持参した場合と送付した場合、窃盗罪において自ら物色する場合と道具者に対し窃盗を命じる場合で、それぞれに成立時期の差を設けることは不均衡である旨主張する。塩見淳『刑法の道しるべ』（2015年）99頁によると、このような問題意識に基づき、昭和40年代頃から、行為後に未遂犯成立を認める見解が主張され始めたとされる。

⁵ 中義勝『刑法上の諸問題』（1991年）197頁（初出1985年）、野村稔『未遂犯の研究』（1984年）317頁（初出1979年）、井田良『講義刑法学総論』（2008年）402頁以下、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016年）235頁以下（初出2010年）など。例えば後述の毒物郵送事例では、「送付手続き（行為）の開始」ではなく「送付手続き（行為）の終了」をもって「実行の着手」となる。

⁶ 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）248-249頁、伊藤渉ほか著『アクチュアル刑法総論』（2005年）258-259頁〔安田拓人執筆〕、佐藤・前掲注(5)40頁（初出2010年）。

⁷ 井田良「未遂犯の実行の着手」現刑20号（2000年）84頁以下、佐藤・前掲注(5)266頁以下（初出2010年）など。また、離隔犯・間接正犯の着手時期において「手放し」基準を支持する論者のうち、中・前掲注(5)195頁以下（初出1985年）はそれらとは多少趣の異なる理由付けをしている。すなわち、未遂犯の成立には「結果発生の危険の具体化」が必要とし、さらに、わが国の郵便制度は極めて信頼性が高く、あたかもベルトコンベアのごとく一方の側に物を置けばそれがもう一方の側へとおよそ自動的に届くようになっているため、発送行為終了時には未遂犯として必要な危険は十分に認められ、この意味での具体的危険化をもって実行行為の存在（実行の着手）を論定する旨主張している。（結論においては手放し基準の説と共通する。）

認められる時点を実行行為の開始時から終了時へと移行させているのである。このような立場においても、「実行行為の開始」は手放し行為の開始であることに疑いはないはずであるところ、それでも手放しを終えた時点で「実行の着手」を認めている限りで、ここでは「実行の着手=予備と未遂の処罰段階を画す概念(≠実行行為の開始)」とする考慮が入り込んでいると言える。もちろん、正面からこの「段階を画す概念」とする枠組みを認め、実行の着手時期を行為時に限定しない論者も存在することはすでに触れたが、いずれにせよ、こうした理論構成が43条の文言の解釈からして妥当であるかには疑問がある。

これらを踏まえ本稿は、「実行の着手」の解釈と「未遂犯の処罰時期」について検討を加えていく。以下ではまず「未遂犯の処罰根拠」の考察から始め、それに基づく具体的帰結である「実行の着手時期」に関わる学説の検討をする(Ⅱ章)。そのうえで「未遂犯の適切な処罰時期」を確認しそれらに一貫して妥当な帰結を導くためにいかなる理論を構築すべきかを提示する(Ⅲ章)。そして最後に総括と今後の課題を付すことにする(Ⅳ章)。

Ⅱ 実行の着手

i) 未遂犯の処罰根拠

未遂犯の処罰根拠につき、かつては「主観的未遂論」対「客観的未遂論」という図式で争われていた⁸。前者では「行為者の危険性」が未遂犯の処罰根拠とされ、行為者の犯意の表出により未遂処罰が確定されていた⁹が、未遂以前の予備段階でも犯意の表出は見られるためこれらの区別が曖昧になるとの批判¹⁰もあり、現在この立場を支持する論者はおよそ見られなくなった¹¹。そうして、「行為の危険性」¹²を未遂犯の処罰根拠とする「客観的未遂論」が全体的な支持を得るに至った¹³のである。しかしながらこの「結果発生 of 客観的危険」を未遂犯の処罰根拠とする見解に対し

⁸ 学派の対立につき詳しくは、内藤謙『刑法理論の史的展開』(2007年)556頁以下。さらに大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上法18巻1号(1974年)63頁以下も参照。

⁹ 牧野英一『刑法総論(上巻)[全訂版]』(1998年)177頁・359頁以下。他にも、宮本英脩『刑法大綱』(1935年)178頁など。

¹⁰ 団藤・前掲注(1)353-354頁、林幹人『刑法総論[第2版]』(2008年)346頁、西田・前掲注(2)298-299頁、小林憲太郎「実行の着手について」判時2267号(2015年)4頁、高橋・前掲注(3)389頁、大塚祐史「実行の着手と未遂犯の成否」法セ759号(2017年)84頁、松原・前掲注(3)309頁。他にも、主観説は意思そのものを理由として処罰をしていると評せる点にも批判が向けられている。例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)312頁、堀内・前掲注(2)226-227頁、安田・前掲注(6)250頁など。

¹¹ 管見の限りでは、比較的近時で主観的未遂論を支持する論者は、川添誠「未遂犯における規範の具体化と法義務—主観的未遂論のスケッチ—」明治大学大学院紀要第23集(1986年)101頁以下のみである。そこでは「行為者の危険性」を判断するためのものとしてではあるが、傾聴に値する基準や帰結を導いている。しかし、これらは「行為の危険性」に還元することも可能なものばかりであり、あえて心情刑法に繋がる恐れのある出発点を前提にする必要はないように思われる。

¹² ここで言われる「行為」とは、あくまで「行為者」との対比で用いられているにすぎず、後に挙げる「結果に対する行為」という意味の「狭義の行為」のみを示すものではないことに注意されたい。

¹³ 浅田和茂『刑法総論[補訂版]』(2007年)364頁。さらに、後掲注(28)および(33)の文献も参照。

ても、疑問を投げかける立場がある。それはドイツ通説の「印象説」に依拠したもので、「法益の安全の動揺又は法の妥当性の侵害」を処罰根拠としている¹⁴。以下ではまず「客観的未遂論」と「印象説」の検討から始めることにする。

i-a) 印象説と客観的未遂論

わが国の印象説の主唱者は、通説が「客観的」未遂論に立脚しながら実行の着手の判断で行為者の「主観面」を考慮していることへの疑念を出発点として、「印象説」への支持に至る¹⁵。印象説は未遂犯の処罰根拠を、危険ではなく「法益の安全状態に対する公衆の信頼を動揺させる点」に求め、未遂犯における主観面の考慮を消極的にはあるが矛盾なく説明可能であることを論拠とする¹⁶。とはいえその定義にのみ依拠したのでは、導かれるべき基準を明確化し難く「実用に耐えない」¹⁷し、法動揺的印象は予備と未遂のどちらにもあり、「法益の安全に対する公衆の信頼が動揺」というのも犯罪の蔓延を待たねばありえない¹⁸などの批判がなされている。本稿も同様の理由から印象説は採用できない。

そもそも客観説から主観面を考慮するというとき、これは「判断対象の客観性」を指す場合もあれば、(およそ同じ帰結を導きうるという意味での)「基準の客観性」を指す場合もあるし¹⁹、あるいは「客観面を重視する」²⁰のであって、先に挙げた印象説からの批判は必ずしも当たらないと言えよう。また、印象説からは、客観的未遂論の言う「危険」概念の不明確さに対する批判もされる²¹が、「法を動揺させたかどうか」よりも「法益侵害の危険の発生」とする方が具体性の面で優れているように思われる²²。

このように印象説を採りえない以上、本稿は客観的未遂論を支持するが、以下でこれを展開するにあたってその理論的根拠に触れておく。現在の通説としてわが国では、絶対的応報刑論は採られておらず、法益保護や社会秩序の維持・安定化(あるいは犯罪の予防・抑止)を志向点とする目的

¹⁴ 塩見淳「実行の着手について(3・完)」論叢121巻6号(1987年)13頁。

¹⁵ 塩見・前掲注(14)11頁以下。わが国ではかにも印象説を採るものとして、四條北斗「未遂論における危険概念の客観的構成の限界について」桐蔭論叢15号(2006年)135頁以下、さらに、印象説に「社会心理的衝激性」の観点を取り入れた立場として、斎藤信治『刑法総論〔第6版〕』(2008年)2頁以下・214頁以下、これに従うものとして原口・前掲注(1)69頁以下(初出1998年)が挙げられる。

¹⁶ 塩見・前掲注(14)12-13頁。

¹⁷ 萩原滋「実行の着手と所為計画」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)110頁。

¹⁸ 二本柳誠「実行の着手と罪刑法定主義」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻)』(2014年)668-669頁。

¹⁹ 山口厚『刑法〔第3版〕』(2015年)57頁。

²⁰ 井田・前掲注(6)248頁、川端・前掲注(2)476頁。

²¹ 塩見・前掲注(14)15頁。

²² もっとも、塩見・前掲注(14)12頁以下は、国家による刑罰介入の必要があるのは、法益侵害に一般的に相応しい行為の開始に対してであるとの理由から、そうした行為の記述である条文から解釈される構成要件該当行為を基礎として、自説を展開する。ゆえに結局は、導かれる基準は客観説のそれと大差がない。

刑論に依拠している²³。それゆえ未遂犯もこれに漏れない形でその処罰を基礎付ける必要がある。

そもそも、刑罰法規はその内容において行動規範と制裁規範に分節され、これらを手段として、法益保護や社会秩序の維持・安定化に寄与する。(法律要件としての)前者は個人に対し一定の行動を命令・禁止するものであり、後者は前者への(有責的な)侵害を前提として機能するところ、法律効果(刑罰効果)に対応するものである²⁴。ここで、処罰根拠となるのは前者の行動規範の侵害であり、その際の禁止・命令は法益侵害を志向する行為、換言すれば、「法益侵害の危険(恐れ)のある行為」へと向けられる²⁵。むろん、このことは刑法のもとで扱われる行為一般に妥当するため、既遂への発展段階として捉えられる未遂、より厳密には「未遂の行為」もこれに準じて扱われる。

また、犯罪における「結果」が刑法上重要な意義を持つことは言うまでもないが、未遂犯は概念必然的に既遂結果を伴わない。それを念頭に置きつつ、「未遂結果」というものを観念するならば、それは「既遂結果発生の危険(恐れ)のある事態・状態」ということになるであろう。というのも、刑法の核心的な目的を考慮することで、行為につき法益侵害の危険(恐れ)が問題となるならば、結果(事態)についても同様の観点に基づく論理は妥当しうからである。なお、これら危険に「恐れ」という表記を加えたことには次の考慮がある。すなわち、侵害犯の場合は(具体的)危険犯と未遂犯が平行に解されうが、未遂犯全てをそのように解すると、規定上存在する「危険犯」の未遂が定義不能になる、というものである。未遂犯は既遂犯との関係で生じる概念であることは看過すべきでない²⁶。こうして、未遂犯を検討する際には(必ずしも危険犯におけるのと一致しない)「危険」という要素が中心的な役割を果たすこととなるのである²⁷。

この「危険」を判断するにあたっては、「行為」と「結果」(あるいは事態)という二つの要素が対象となりえ、それぞれについて観念された危険が、「行為の危険性」そして「結果としての危険」となる。実行の着手論を検討する際にはこれら危険概念を前提に論が進められるところ、以下でその内容を整理しておく。

²³ 井田・前掲注(6)10頁以下、川端・前掲注(2)38頁、佐伯(仁)・前掲注(2)1頁以下、山口・前掲注(3)3頁など。さらに、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(2009年)601頁以下(初出2000年)も参照。

²⁴ 以上につき、増田・前掲注(23)7頁以下(初出1977年)を参照。

²⁵ さらに増田・前掲注(23)28頁(初出1977年)も参照。

²⁶ この点を指摘するものとして、岡本勝『「危険犯」をめぐる諸問題』Law School No.39(1981年)37頁以下、奥村・前掲注(3)201頁以下、井田良「危険犯の理論」山口厚ほか著『理論刑法学の最前線』(2001年)174-175頁、大谷・前掲注(3)363頁、佐藤・前掲注(5)7頁以下など参照。

²⁷ なお、本文では「処罰根拠」としての色彩が強い表現になったが、刑法規範の発動が比例の原則に服するという意味で、「処罰の限界付け」にも、この「危険」概念は用いられうる。なぜなら、刑法規範というものが合目的に機能すべきだとすれば、その目的である法益保護や社会秩序の維持・安定のために不必要な場合(未遂の場合は危険が生じていないか相当程度に大きくないとき)にまで、これが発動することはないからである。増田・前掲注(23)167頁以下(初出2002年)、同「現代ドイツ刑法学における人格の不法論の展開I」明治大学大学院紀要第12集(1971年)138頁を参照。

i-b) 行為の危険性と結果としての危険

行為の危険性とは「当該行為の属性として認められる、法益侵害を生ぜしめる危険性」のことを指す²⁸。この危険性を判断する方法として一方で考えられるのは、実行の着手論でかつて通説だった形式的客観説（定型説）の基準であり、そこでは条文の文理解釈に当該行為が形式的に当てはまるかどうかで危険性が判断される。この場合、行為の危険性を未遂犯の処罰根拠と解し、それを認めるために、（狭義の）行為の構成要件該当性（文言との日常用語的一致）²⁹が挙げられており、これは（ある意味）間接的な危険判断であるとも言える³⁰。他方では、危険性を（条文解釈として罪刑法定主義に反しない程度に）実質的に判断する³¹という実質的客観説の基準³²を用いることも考えられる。その場合には定型説のように厳格な文理解釈に依拠するのではなく、例えば刑法199条との関係で、殺意をもって他者に毒物を発送する際、発送行為にも危険性を認めることが可能となる。

これに対して、結果としての危険とは「保護法益あるいは行為客体との関係でそこに危険な事態が生じたことを指す」のであり、これは「結果犯における結果」と同視されつつ、その危険判断の基準として実質的客観説のものが用いられている³³。これは、従来主張されていた定型説における

²⁸ 野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（1998年）323頁。ここで言う「行為」は「結果」を除く「狭義の行為」である。こうした行為の危険性を未遂犯の処罰根拠とするものとして、野村・前掲注(5)239頁以下（初出1982年）、中・前掲注(5)178頁以下（初出1985年）、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（2008年）174頁、福田平『刑法総論〔全訂第5版〕』（2011年）229頁、大谷・前掲注(3)365頁など。また、平場安治「構成要件の機能」日本刑法学会編『刑法講座 第二巻』（1963年）35頁のように、行為の「構成要件実現性」を中核とする立場もこれに含まれるであろう。

²⁹ 定型説のルーツとされる小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（1953年）84頁以下は、構成要件は当罰的な行為を規定したものであり、その当罰性には法益侵害の危険という観念が含まれることを指摘し、さらに、構成要件該当行為の開始またはその一部実現たる実行の着手が生活上の用語例に当たるかで判断する。

³⁰ 中・前掲注(5)185頁（初出1985年）は定型説を評し、「なぜ、構成要件の一部に当る行為の開始をまって実行の着手があるとされるのかといえば、…構成要件の一部に当る行為の開始があればすでに法益侵害（結果発生）の具体的危険が存するというところに実質的理由があるからである」とする。

³¹ なお、例えば井田・前掲注(5)397-398頁は、罪刑法定主義の要請にしたがい文言による制約を度外視することはできないので「形式的客観説が基本とされなければならない」としつつ、これが実質的客観説との相互補完関係にあるものと見なして、「形式的基準と実質的基準を併用」している。確かに文言と乖離した解釈は許されないが、形式的客観説の本来の用法（日常用語的一致性）からすると、ことさらに「形式的客観説の基準を用いる」といった表現をすべきでないように思われる。なぜならこうした論者らが意図しているのは、形式的客観説が重視していた「罪刑法定主義＝文言による制約」なのであって、その基準そのものではないからである。罪刑法定主義が普遍的に妥当するものだとすれば、実質的に危険判断を行う立場であってもこれを軽視するような解釈は（当然に）許されないことが前提である。もっとも、罪刑法定主義に反しない範囲に収まるかは、犯罪類型ごとに、その遂行の態様に依りて画定される必要がある。

³² 野村・前掲注(5)398頁以下（初出1977年）、中・前掲注(5)178頁以下、大塚（仁）・前掲注(28)174頁、福田・前掲注(28)229頁、佐藤・前掲注(5)266頁以下（初出2010年）など。

³³ 山口厚『危険犯の研究』（1982年）56頁以下。同書がその先駆的研究である。そこでは具体的危険犯に「結果としての危険」が観念され、未遂犯もそのように理解された具体的危険犯であるとされている。

結果としての危険を未遂犯の処罰根拠とする論者として、中山研一『刑法総論』（1982年）415頁、大越義

危険判断を実質化する過程で、一方では上述のように行為の危険性を実質化する途が拓かれたのに対し、他方では結果としての危険という形へと判断(対象および基準)が実質化した帰結と言える。

i-c) 小括

ここで本項の小括を行う。まず、未遂犯の処罰根拠は客観的未遂論に依拠して導かれる「結果発生³⁴の客観的危険性」に求められるべきであり、これを「法を動揺させる印象」に依拠させる印象説は支持することができない。その最大の理由は、いかなる場合に法が動揺するかがその定義から直截には導かれないことが挙げられる。それよりもむしろ、法益保護の観点とも結びつきの強い「法益侵害の発生する危険性」を未遂犯の処罰根拠とする方が、基準の面でも論理的にも明快である(i-a)。この「危険」は先に述べたように「行為の危険性」と「結果の危険」に分けられ、学説上は基本的にいずれか一方、あるいは両方の危険を処罰根拠として未遂犯を処理している(i-b)。

もっとも、一方の危険を処罰根拠、他方を処罰根拠外の要素として用いる論者も存在するため、いずれの危険を用いるかが、違法論における立場に直結しているわけではない点には留意しておく必要がある³⁴。

ii) 「実行の着手」の解釈

冒頭で述べたように、未遂犯を規定する刑法43条の文言からは、未遂犯の構成要件該当性を決定付ける「実行の着手」という概念が導かれる。ここでは条文の解釈に加え、「行為の危険性」あるいは「結果としての危険」のいずれかに依拠しながら、その危険の内実をいかに捉え、結論としてどの時点にこれが認められるべきかが問題となる。そこで、これ以降はこの対立が比較的顕著になる離隔犯・間接正犯の事例³⁵をもとに検討を進めていくことにする。それは、未遂犯において、その典型例の即時犯では、行為の危険性と結果としての危険がほぼ同時点に認められるため、どちらに依拠するかで結論の違いはおおよそ無いに等しいが、離隔犯・間接正犯の場合はその構造上、行為(の危険発生)時と結果(としての危険)発生時に時間的・場所的な懸隔が生じており、そこでいずれの危険に基づきその内実をいかに解するかによって、実行の着手時期に違いが出るからである。例えば、Xが致死性の毒入りウイスキーをA宅に郵送し、受領後にAがそれを口にしようとした、という事例が考えられ、以下ではこれ(毒物郵送事例)をモデルケースとして³⁶、実行の着手と実行行為の分離を認める立場と、実行行為の拡張を認める立場から検討していく。

久『刑法解釈の展開』(1992年)131頁、内藤・前掲注(2)1233頁以下、浅田・前掲注(13)368頁・429頁以下、内山・前掲注(4)194頁、西田・前掲注(2)300-301頁、佐伯(仁)・前掲注(2)342頁、立石二六『刑法総論〔第4版〕』(2015年)272頁、前田・前掲注(2)104頁以下、松宮・前掲注(2)239-240頁など。

³⁴ なお、以下では、「実質的な危険判断」は「実質的客観説的な危険判断」の意味で用いている。

³⁵ 離隔犯と間接正犯は区別されるが、本稿では両者をまとめて「行為時と結果発生時に懸隔のある犯罪類型」という趣旨で取り扱うものとする。

³⁶ したがって以下では侵害犯を念頭に置き、基本的に、「危険」は「法益侵害の恐れ」の意味で用いている。

ii-a) 着手実行分断説と全体解決説

実行の着手論には、「利用行為＝実行行為」と実行の着手を分離する点で共通する「切迫時説」と「蓋然時説」があり（「着手実行分断説」と呼べる）、さらに被利用者の行為を実行行為と解しつつ、それを利用者の行為（≠実行行為）に帰属するという特徴を持つ「全体解決説」がある。まずは先の二説を概観し、それらに共有されている根拠付けに対して批判的に検討を加える。

切迫時説は、結果としての危険に依拠しつつ、その危険判断の基準は「結果発生の時間的・場所的切迫性が認められること」であるとする³⁷。この「切迫性」³⁸は実質的かつ事後的な危険判断によるのが通常であり、さらに客体関係的な判断でもある。例えば毒物郵送事例についてこの説は、毒物の到着後被害者がその毒物を口にする直前の時点などに、被害者の死亡する危険が切迫したと判断し、実行の着手を認めることとなる。

蓋然時説は、未遂犯に必要な危険の内容を「結果発生の蓋然性」（あるいはその自動性や確実性）と解する見解³⁹である。これによれば、「法益侵害が確実（あるいは自動的）である」時点で未遂犯の実行の着手を認める⁴⁰ことになり、これは言わば行為から結果までの「経過」に主眼を置いたものとして捉えられよう⁴¹。毒物郵送事例では、わが国の郵便制度の信頼の高さなどに鑑み、行為者による発送（あるいは手放し終了の）時点で「実行の着手」が認められうる⁴²。後掲の「行為時説」との違いが出るのは、頼まれごとを常にやり遂げるとは限らない人物に自らの殺人目的を秘して毒入りのウイスキーを届けさせるような場合であり、その際には「行為時説」よりも後の段階で「実行の着手」が認められる⁴³。

切迫時説と蓋然時説は実行行為と実行の着手を分断可能としている以上、前提として、43条文言の「実行の着手」を予備と未遂の処罰の「段階を画す概念である」⁴⁴とすることでその理論が成り立っていると思われる。そこでまず、こうした構成が43条の文言の解釈として妥当かが問われ

³⁷ この立場にあるものとして、中山・前掲注(2)81頁（初出1986年）、大越・前掲注(33)131頁、浅田・前掲注(13)368頁・429頁以下、堀内・前掲注(2)231-232頁、西田・前掲注(2)300-301頁、佐伯（仁）・前掲注(2)342頁、内藤・前掲注(2)1235頁以下、立石・前掲注(33)272頁、松宮・前掲注(2)239-240頁など。

³⁸ 論者の中には「未遂犯における危険」を「結果発生の切迫性」と同視し（平野・前掲注(10)320頁）、この「切迫性」の解釈として「時間的・場所的切迫性」や「確実性・自動性」などに分ける立場（内藤・前掲注(2)1224頁以下）もあるが、むしろ「結果としての危険」を上位概念としたうえで「（時間的・場所的）切迫性」と「確実性・自動性」とに分ける方が簡明であろう。本稿で「切迫性」と表記する場合は「時間的・場所的切迫性」を指す。

³⁹ この立場を採るものとして、平野・前掲注(10)320頁、奥村・前掲注(3)221頁以下、伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）312頁、大谷・前掲注(3)365頁以下、川端・前掲注(2)480頁など。

⁴⁰ 川端・前掲注(2)486頁。さらに奥村・前掲注(3)222-223頁。

⁴¹ 奥村・前掲注(3)204頁は「未遂犯における危険は、侵害結果ないし危険結果に至る可能性から高度の蓋然性まで包括し、実行の着手時点から結果発生の現実的危険性が次第に増加する過程を内容とする」と述べる。

⁴² 大谷・前掲注(3)368頁。この場合は行為時説と帰結が重なる。

⁴³ 川端・前掲注(2)486頁。

⁴⁴ 平野・前掲注(2)130頁（初出1968年）。

なければならぬが、そこに看過し難い点が見受けられる。すなわち、仮に「実行に着手し」との文言が「結果としての危険により未遂の処罰時期を画す概念」に尽きるとすれば、未遂行為自体を取り出すための根拠が43条の文言に見出せなくなるのである。例え結果無価値一元論のように、実行行為（未遂犯においては未遂行為）に「結果との因果関係の起点」としての位置付けしか与えない立場であっても、そこで行為を同定するには当該行為の構成要件該当性を検討するのが定石であることは間違いない。そして、構成要件要素としての行為は（例外的な「書かれざる」ものを除けば）条文の文言を解釈することで生成されるものである。しかし、43条の「実行に着手し」との文言に「未遂犯構成要件該当行為の記述」としての意味を与えないとすれば、未遂犯に必要とされる実行行為はその罪刑法定主義的な（文言上の）基盤を喪失してしまうと言えよう⁴⁵。これに対しては、未遂行為自体は「既遂犯の条文」に依拠して取り出せばよいとの批判もありうる。しかし既遂犯の要素として成り立つ実行行為には終了未遂の行為（なし終えた行為）が想定される⁴⁶。その場合には結局、未完成の行為を実行行為として評価可能とするための文言上の根拠が欠けるのではないだろうか。未遂犯を結果犯として構成する場合にも、「実行に着手し」との文言は、未遂行為の態様を記述したものと解すべきである⁴⁷。

次に全体解決説について検討する。ここでは事象を全体的かつ規範的に観察し、被利用者の行為を、利用者の行為の一部として取り込むことになる。すなわち、まず「各則の構成要件において記述されている動詞に対応するかどうか」の判断によって、「被利用者の行為」に実行の着手（および実行行為性）を認める。そして支配性を根拠として、「被利用者の行為」を「利用者の伸長した

⁴⁵ 松原芳博「未遂犯における行為と結果」『山中敬一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（2017年）573頁以下。

⁴⁶ いわゆる早すぎた構成要件実現の問題では、「未終了未遂行為+結果」でも既遂犯の成立を認める主張が存在するが、犯罪の成立過程は「予備→未終了未遂→終了未遂→既遂」なのであって、「（未終了未遂としての）実行の着手+既遂結果=既遂犯」とする点には疑問が残る（松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現」同編『刑法の判例総論』（2011年）184頁以下参照）。なぜなら、規範的観点からすると、未終了未遂の時点ではいまだ当該行為を終えていない（あるいは終えたと常に同視可能ではない）ため、既遂と同等の責任は問えないと考えられるからである（増田・前掲注(23)165-166頁（初出1977年）参照）。

⁴⁷ 松原・前掲注(45)575頁。段階的構成を用いる論者も、いわゆる早すぎた構成要件の実現や強盗致傷・強制性交等致死傷などの結果的加重犯における結果帰属の可能な行為の開始時点をめぐる文脈では、「実行の着手」を未遂結果ではなく未遂行為の「開始」に対応させていると言える（同574頁）。

もっとも、樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）19頁以下のように、「犯罪実現に向けた決断を完全に現実のものとする最終的作為」を実行行為概念の中核としつつ、この最終的作為から見て密接性・危険性が認められる行為かどうかを基準として、実行行為の前倒しを策定する方針に立つ場合には、最終的作為が既遂条文の文言から導かれうる以上、本文にある批判は当たらないようにも思われる。しかしながら、実行行為の核心を既遂条文から導くことが可能だとしても、「その行為から前倒しした行為」を取り上げることは、明らかに行為者に不利な罰条適用である。それゆえ、取り上げる行為の「前倒し」に対する罪刑法定主義的な批判を避けようとするならば、「前倒しされた行為」を記述した文言を参照可能でなければならぬと言えよう。ただし、当該の樋口論文は、本稿で展開したような文言解釈上の議論には立ち入っていないため、この点につきいかなる立場が採られているかは必ずしも明らかでなく、したがって本稿との対立関係にあるかは定かでないことを付記しておく。

手」と解し、被利用者の行為を利用者に帰属する⁴⁸のである。換言すれば、利用行為者の支配性及ぶ限りで、構成要件該当判断が帰属する行為主体の範囲を拡張してよい、ということになる。

しかしながら、毒物郵送事例において当該事例の被害者の行為にまで「支配性」が認められるのかは疑問が残る。確かに、郵送業者に委託することや、常日頃自身の言うことに従わせるために虐待している子供に対し指示をする、自分の言葉に従うしか選択肢はないと話術によって信じ込ませるなどの場合には、利用者からの被利用者への支配性を優に認めることができよう。しかし、毒入りの飲食物を被害者に単に渡すという場合には、「せっかく貰ったのだから飲もう・食べよう」と思わせる程度のものはあるにせよ）それを摂取するかは被害者の自由な意思決定に委ねられているところが大きく、それに対応して、利用者による支配性も低いと考えられる。その際、因果関係のレベルで結果を利用者に帰属することは可能だとしても、こうした相対的に自由な者（被送付者）の行為までも、利用者の行為として評価することは難しいと思われる。そうであるとする、毒物郵送事例の場合は、郵送業者の行為までは（利用者の）支配性が強く及んでおり、そこまでは利用者に帰属可能な行為として評価しうるが、宅配後、被害者が自身で毒を飲む行為には「利用者の支配性＝当該行為の帰属性」が認められず、結果として、利用者の委託行為から郵送業者の宅配行為までの範囲内で「各別条文上の動詞」に当たる行為を判定せざるをえないであろう。ここで、199条の「殺した」に当てはまるのは「毒を飲ませること」であって、これは郵送業者の行為ではなく、それより後になされる被害者の行為にしか見出すことはできない。それゆえ、この全体解決説は実行行為性の判断に不都合を抱えていると言える⁴⁹。また、他者行為の帰属を前提とする全体解決説の主張に対しては、そもそも「間接正犯は、被利用者の行為をあたかも利用行為者の行為と同視して、利用行為者に帰属させるための特殊なルールを設定したものではなく、（ドイツと異なりわが国では）「間接正犯に関する特別な処罰規定が存在するわけではないから、あくまでも利用行為者の命令行為等が個別の構成要件における実行行為と評価できる場合に限り、間接正犯が成立することになる」⁵⁰とすることもできよう。それに加え、例えば行為者が郵送手続きを終えた

⁴⁸ このように利用者与被利用者の行為を一体として全体的に観察し実行の着手を判断するものとして、藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）279頁、中野・前掲注(1)78頁、原田保「実行の着手」法セ360号（1984年）43頁、高窪真人「間接正犯の諸問題」八木古稀『刑事法学の現代的展開（上巻）』（1992年）251頁以下など。この主張を印象説（＋社会心理的衝撃性）に基づき、ドイツ学説を踏まえて近時詳細に展開したものとして、原口・前掲注(1)37頁以下（初出1998年）が挙げられ、本文の説明は主にこれを参照した。このように利用者与被利用者一体として捉える見解はドイツの学説上「全体解決説（Gesamtlösung）」と呼ばれる。これにつき、佐藤・前掲注(5)241頁以下（初出2010年）も詳しい。

⁴⁹ これに対して、中野・前掲注(1)81頁以下は、託送後の被害者自身の行為のような「予想される他人の行為を利用する場合」を独立に論じ、これには行為者の支配性が及ばないことを認めたくえて、そのような「他人の行為を自己の目的達成のために利用するのは…、（代表的に：引用者）自らその行為をするのと同じ意味をもっている」と説明するが、その規範的根拠は明らかでない。

⁵⁰ 橋爪・前掲注(2)117頁。他人の行為を自己の実行行為の一部とするこの全体解決説に反対するものとして、中・前掲注(5)202頁以下（初出1985年）、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤古稀『刑事法学の現代的状況』（1994年）74頁、佐藤・前掲注(5)249頁以下（初出2010年）など。

帰り道で事故死しその後被害者宅に毒が到着することも十分にありえ、この事態にまで「行為性」を読み込むとすれば、それはすなわち「死者の実行の着手」を認めることになる。その場合には行為主体（それゆえ責任要素）の存在しない時点に利用者の規範違反性を認めることになってしまう⁵¹。さらにこのように、行為者が実際に行為した後の時点に行為性を認めると、例えば毒物の発送行為後、到達前に厳罰方向での法改正が行われた場合にこの法律が適用可能となる恐れがあり、事後法の禁止に抵触することになるであろう点も問題である⁵²。このように実行の着手は、少なくとも行為者自身の現実の行為を基礎としなければならないことが判明した。とはいえ、行為時を基準とする立場にも数種のヴァリエーションがあるため、以下ではその検討をする。

ii-b) 行為時説

「行為時説」は、「実行の着手」の「実行」を「(行為者自らなす) 実行行為」とする理解に基づくため、「実行の着手時=当該行為者の行為時」との枠組みが維持される点に特徴がある⁵³。ここでは行為の危険性に依拠しつつ、構成要件該当行為の開始時に実行の着手を認めるか、いわゆる「手放し」の時点でこれを認めることになり、上記事例では、前者は毒入りウイスキーの発送行為開始時、後者は発送行為の終了時に実行の着手を認めることになる。前者の場合は、(後述の拡張・修正を加えた) 定型說的判断、または実質的判断に基づく「行為の属性として認められる危険」

⁵¹ このように「実行行為性」(およびその違法評価)を行為後の事象に委ねてしまうことによる不都合性(特に「幽霊の行為」)に関する批判として増田・前掲注(23)211頁(初出2003年)も参照。

もっとも、原口・前掲注(1)94-95頁は、「間接正犯者の故意・責任能力の存在時点は、(道具により行われる「実行行為」が帰属される)利用(誘致)行為であり、これは「共同正犯者の相互の行為帰属が認められるべきところの、犯行現場に現存しない共謀共同正犯者の場合と同様に考えられる」とする。確かに同時存在の原則を「最終的意思決定時」に求める点は正当である(中空壽雅「実行の着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」『西原春夫先生古稀祝賀論文集(第二巻)』(1998年)260頁以下)。しかしながら、日独での間接正犯既定の有無という差は慎重な検討が要されるであろう(佐藤・前掲注(5)250頁(初出2010年))。

⁵² 松原・前掲注(45)570-571頁。43条の文言に関して「行為者と実行行為の剥離」に異議を唱えるものとして他にも、齋野・前掲注(50)62頁、佐藤拓磨「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑判決例百選総論〔第7版〕』(2014年)133頁、高橋・前掲注(3)386頁以下、松原・前掲注(45)559頁以下など。

以上で検討した学説の他にも、「作為と不作為の複合構成」を主張する学説も存在した。西原春夫「間接正犯と原因において自由な行為」法教25号(1982年)32頁、同「犯罪実行行為論(総論)」法セ360号(1984年)35頁によれば、保護客体への危険を(作為により)生ぜしめた際には、この危険を回避すべき作為義務が課せられ、さらに客体が危殆化された時点で、不作為犯として実行の着手が確定されるのだとする。しかしながら、犯罪においては通常少なからず行為と結果とに時間的・空間的な間隔を見出すことができ、これらについても不作為犯が構成されることになってしまうし、離隔犯・間接正犯において仮に既遂が成立した場合には、当該犯罪の既遂と未遂の二罪が構成される点も問題であり、本稿からは支持できない。齋野・前掲注(50)63-64頁など参照。

ここまでの検討で明らかになった通り、「作為不作為の複合的構成」および先の「全体解決説」はその理論構造に問題を抱えているため、次章Ⅲの処罰時期の問題では取り上げない。

⁵³ 井田・前掲注(6)257頁、福田・前掲注(28)229-230頁など。

の存在が実行の着手を認める根拠となり⁵⁴、後者の場合は、実質的判断に基づく危険性の内実として、(毒物などの)送付行為が終了してしまえば法益侵害におよそ自動性が認められる⁵⁵ことが根拠となる。以下では定型説の難点を確認した後、実質的判断に基づく「手放し時基準」を検討する。

実行行為の開始時に実行の着手を認めるというのは、「実行の着手」の本来的な解釈からすれば最も文言に則した帰結である。しかし、そこで最初に主張された定型説⁵⁶には問題がある。すなわち定型説によれば、「実行の着手」について「実行=実行行為」が前提とされ、既述の通り、この判断は例えばそれが199条「人を殺した」、235条「他人の財物を窃取した」等の文言に定型的に当てはまるかどうか基準とされていた⁵⁷。この点、定型説は文言による形式的な限界を設けることで、罪刑法定主義に忠実であろうとする姿勢が強く見られる。しかしながら当説が事例解決をする際の論法は日常生活の用語例に従った解釈⁵⁸に他ならず、特に離隔犯や間接正犯の実行行為性判断に難があると言えよう⁵⁹。したがって厳格に定型説的な基準のみに依拠する主張は本稿からしても採りえず、また、こうした立場は学説上も近時およそ見られない。そこで、旧来定型説を主張していた論者も「それじたいが構成要件の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」⁶⁰として自説の修正を図ったが、特に離隔犯・間接正犯においてはあえてこれを用いるよりも、実質的に判断する、とした方が簡明であると思われる⁶¹。

⁵⁴ この危険の表し方は論者によって差異がある。例えば、大塚(仁)・前掲注(28)177頁(現実的な危険)、福田・前掲注(28)229頁以下(現実的な危険)、高橋・前掲注(3)390頁(抽象的危険)など。

⁵⁵ 中・前掲注(5)195頁以下(初出1985年)。井田・前掲注(6)259頁、佐藤・前掲注(5)266頁以下(初出2010年)も同旨。野村・前掲注(5)316頁以下(初出1977年)は、行為者の行為後に規範障害たる他者の行為(あるいはなお自身が留保している行為)が介在するか否かによって、当該行為の危険性を(直接的か間接的か)判断するが、毒物郵送事例のような場合は、法益の危殆化が直接的であるとして託送行為時に実行の着手を肯定する。表現は異なるが同説に含めてよいと思われる。

⁵⁶ 基本的にこの立場にあるものとして、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(1948年)182頁、植松・前掲注(1)230頁、団藤・前掲注(1)355頁など。

⁵⁷ 団藤・前掲注(1)355頁。

⁵⁸ 形式的客観説についてこのように指摘するものとして、西原・前掲注(1)280頁、同・前掲注(52)30頁、川端・前掲注(2)476-477頁など。

⁵⁹ 毒物を「郵送する」ことはそれぞれ日常用語的には「殺す」という行為と同視できない。ここで「殺人行為」として認められるのは「拳銃を撃つ」、「日本刀で切りかかる」などそれ自体殺傷性のある行為であろう。このように形式的客観説の「日常言語的意味」を用いた実行の着手認定の限界については、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(2008年)56頁以下(初出1986年)も参照。

⁶⁰ 団藤・前掲注(1)355頁。

⁶¹ 定型説はその形式性ゆえに、窃盗罪や放火罪の着手時期にも批判が挙げられており、それは、厳密に文理との一致を図るとなると、着手時期が遅すぎるといものである。この批判への対処として定型説はフランクの公式に依拠して「構成要件該当行為に密接した行為」あるいは「その直前に位置する行為」という形での修正も図った(小野・前掲注(55)185頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(1974年)315頁、塩見・前掲注(14)17頁。なお、定型説の修正を同じく図った団藤・前掲注(1)355頁は「直前行為」などを用いた形での修正には反対している)。このように修正された基準を形式的な限定として解し、実質的な判断とともに両者

このように、行為時説においては定型説の基準に厳格には依拠できず、実質的に行為の危険性を判断する必要があるが、実質的に危険性が認められる行為の開始時を実行の着手とするか、その行為の終了時まで遅らせるべきかという主張の相違は行為時説内部に残る。なお、後者の「終了時＝手放し基準」を用いる論者も、離隔犯・間接正犯でない（単独犯の）類型にまで厳格にこの基準を用いてはいない⁶²ので、ここでは、離隔犯・間接正犯の場合に「手放しの終了」まで実行の着手を待つことで生じる問題点を確認することにする。

実行の着手を「手放しの終了」と同視するとすると、43条の文言との非整合性に目が行く。すなわち、一般的な語義からして「犯罪の実行」が「実行行為」であり、その「着手」とは「開始」を意味するものだとすれば、実行行為の「終了」を「実行の着手」と解すことには疑念が生じるのである。仮に論者らが、先に検討した切迫時説等のように、「実行の着手＝予備と未遂の段階を画す概念」との理解に立つのだとすれば、43条の文言から「未遂行為」が抜け落ちると思われ妥当でない（上述 ii-a）。あるいはそうでないとすれば、未遂行為に「開始」を取り上げない理由はおそらく、「行為時＝実行の着手時」の枠組みを貫徹しつつも、離隔犯・間接正犯の場合に実行の着手を行為の「開始時」に認めるのは早計であるとの批判に譲歩したからであろう。確かに、実行の着手時を実行行為時に限定する点は（規範的観点からして）妥当であるが、最終的には、文理との乖離を解消し切れない点で無用な混乱を招くものとなりかねない⁶³。

以上に対して、（実質的に解された）行為の開始時を基準とする場合はこれまで述べた「文言との整合性」の問題は生じない。こうして、実行の着手は従来の理解と同じく「実行行為の開始時」として理解されるべきであり、依拠するのは、具体的な保護法益との関係からして実質的に判断される「行為の属性として認められる危険性」ということになる。

を相互補完的に用いる手法が採られることがある。例えば、内藤・前掲注(2)1224頁、井田・前掲注(6)251頁以下、山口・前掲注(3)283頁、松原・前掲注(3)310頁を参照。このような相互補完的な捉え方の是非については、紙幅の関係で別稿に譲る。

⁶² 「手放し説は、事象の手放しがなければ実行の着手を認めないという見解ではない」（佐藤・前掲注(5)270頁（初出2010年））。

⁶³ なにより、行為無価値二元論の手放し説支持者が即時犯に「実行行為の開始＋危険の切迫」の形で「行為無価値＋結果無価値」を必要とする（井田・前掲注(5)398頁）にも関わらず、離隔犯では「手放し＝行為無価値」のみで未遂処罰まで肯定するのは立場として一貫性がないとも言える（松原芳博「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選総論〔第6版〕』（2008年）133頁）。一方でこの立場を、未遂の構成要件該当性（実行の着手）には「犯罪の実行に着手して（43条）＝行為無価値・必要条件」、その後、「さらなる無価値性・十分条件」を要する立場と仮定してみる。そうすると、即時犯の際には不足分の無価値性を「結果無価値」で、そして離隔犯などの際には「さらなる行為無価値性＝手放し」で補うことになる。しかしこの場合、論者らがことさらに「手放し時点」を捉えて「実行の着手」と表現するのでは、「犯罪の実行に着手し」た後に「実行の着手」が認められるという奇妙な帰結になる。他方で、本来は「手放し」までの行為無価値が必要だが即時犯では「切迫性＝結果無価値」で補う立場と仮定しても、43条が「着手」すなわち「開始」を規定している以上、「手放し」あるいは「行為の終了」を原則として捉える点は文言との齟齬が大きすぎると言える。

なお、ここで注意すべきは、実質的な考慮は、定型説の難点への対処として実行の着手の捕捉範囲を（適切に）拡大することも可能であると同時に、一定の場合にはその範囲を縮小する方向にも用いられうるといふ点である。すなわち、こうした危険性を認めるといっても、拳銃を人に向けて撃つ場合には、（定型説的に判断すれば）実行の着手は認められることになるが、その場合に実は客体が当該拳銃の射程距離を脱した場所におり、当該客体にはおよそ命中しえなかつたとすれば、実質的に危険性を判断すると、そもそも実行の着手が認められるべきではない⁶⁴。なぜなら、罪刑法定主義が貫徹されるべきことは言を俟たないが、当然のこのように思われるこの帰結が導かれるのは、それに加え、同じく市民の行動の自由を保護する（広義の）「比例の原則」にも服さねばならないからなのである⁶⁵。「過剰禁止の原則」とも言われるこの原則は、具体的状況においても規範内容に縮小・限定をかけるものであり、実行の着手を認めるための危険性もまた、これに服していなければならないと言える。

Ⅲ 処罰時期

ⅰ) 未遂犯の処罰時期

以上で「実行の着手」の解釈を検討したが、（故意の存在および正当化事由等の不存在を前提とすると実行の着手時期と通常は一致するところの）「未遂犯の処罰時期」としてはどの時点が妥当かは留保したままである。さて、刑法43条は未遂犯処罰について、当該犯罪の任意的減軽を要求している。有責的な個別の行為のみを処罰の根拠とする「責任主義」に依拠しつつ、（消極的）応報の要請によってさらに刑罰を限界付けようとする⁶⁶ならば、ここで既遂犯と同等の刑罰を科しうる以上、それを正当化しうる説明が必要になる。なぜなら、未遂犯は既遂犯とは異なり帰属可能な法益侵害結果を欠くため、法益保護の観点からして刑の減軽がされることに理由はあるが、そのみでは、なおも任意的に既遂と同等の処罰を行いうる理由は明らかにならないからである。以下ではさしあたり、実行の着手論における各説の提示する処罰時期と、その理論的根拠付けを確認していく。

⁶⁴ 定型説に立った場合には実行の着手を認めたとうえで、不能犯論の領域において処罰を否定することになると思われるが、本稿の理解からすればこのような場合には行為がそもそも禁止されておらず実行の着手すら否定されるべきである。例えば、延焼の危険のない荒野で人の住まない一軒家に放火する際には（器物損壊罪はあるとしても）放火罪に当たらない（『《鼎談》危険概念と各種犯罪類型』現刑33号（2002年）6頁〔山口厚発言〕）であろうし、母親がわが子を病院のベッドに寝かせて着替えとミルクを添えて立ち去った場合には（218条の文理解釈上は遺棄行為に該当するとしても）保護責任者遺棄罪で禁止された行為として評価すべきではない（増田・前掲注(23)182頁（初出2002年））であろう。

⁶⁵ 増田・前掲注(23)167頁以下（初出2002年）参照。それによれば、市民の「行為の自由」を制約することになる刑法上の行動規範（禁止・命令）は、法益保護という規範目的を達成するためには〈経験的に適合的・有効な〉ものであり、〈必要不可欠な〉ものでなければならず、利益と不利益とを〈評価的〉観点から衡量して妥当・相当なものでなければならぬことになる。

⁶⁶ 増田・前掲注(23)199頁以下（初出2003年）参照。他にも松原・前掲注(3)10頁以下など。

i-a) 行為時処罰説

未遂犯の処罰時期を行為開始時に限定する見解によれば、実行の着手時＝未遂処罰時期の考えを前提としながら、「利用者が被利用者の身体的動静を利用して犯罪を実現しようとするときは、被利用者の道具的性格と相まって、利用者の誘致行為自体に犯罪実現への現実的危険がうかがわれるのが一般であるから」、「誘致行為の開始時に、実行の着手を認めることに格別の不都合はない」⁶⁷とする。また、同じく行為時に実行の着手を認める立場のうち手放し説を採る論者によると、当該行為が不能犯でない限り行為に危険性は認められており、さらに行為者はすでに規範を乗り越え自身のやるべきことを終えているのだから、処罰に際しあえて危険の切迫を待つ必要性は感じられない⁶⁸と主張する。しかし以下で指摘するように、本稿からすればこれら主張には問題があると思われる。

前提として、行為者に対して刑罰を科す際には、それを根拠付けることに加えこれを限界付ける視座も必要である。なぜなら、そもそも刑法は、それに基づき科される処罰に付随する侵害性（死刑、懲役刑、罰金刑による生命、自由、財産の剥奪など）を有しており、他の制裁手段と比べて最も厳しく、社会的コストも大きい⁶⁹ことから、刑法は「最後の手段（ultima ratio）」として可能な限り個人の自由を尊重し介入を控え、「謙抑的に」機能すべきだからである。ここで、刑罰を限界付ける原理として「応報」の観念を挙げておくのが有用であろう。それは、結果発生を前提とする（侵害犯の）既遂犯に比べて、それが生じなかった未遂犯が任意的にはあるが減軽を許されており、未遂規定のない類型においては（余罪は別として）不処罰となることに鑑みれば、行為者は自らが起こした実害の程度に応じて処罰を制限されている、と理解することができ、比例的に処罰を制限する「応報」はこの意味で、現行法上でも承認されている原理と言えるからである⁷⁰。さらに、このような観点からは、生じてしまった事態の無価値性が問われ、本稿で検討の中心となっている侵害犯の未遂においては、——既遂と同等の科刑が選択されうる任意的減軽を許すほどの——危険な事態が生じたかが決定的なものとなろう⁷¹。しかし、行為時に未遂処罰を認める両説にはそうした観点が十分に反映されているとは言い難い。

すなわち、まず、前者の行為（開始）時に未遂処罰を肯定する見解は、結果発生までに時間的・場所的に懸隔の大きい場合に「現実的」と言えるまでの危険が存在するのが疑わしい⁷²し、そこ

⁶⁷ 大塚（仁）・前掲注(28)174頁。同旨、福田・前掲注(28)230頁。

⁶⁸ 佐藤・前掲注(5)266頁以下（初出2010年）。また、安田・前掲注(6)257-258頁、井田・前掲注(5)403頁。なお、これらの見解においては手放し時点に一律に（論者らにおいては未遂処罰の確定時期と重なる）実行の着手を認めるのではなく、即時犯など手放し以前に危険の切迫性（井田・前掲注(5)398頁・405頁、佐藤・前掲注(5)266頁以下（初出2010年））がある場合にはその時点に未遂処罰を認めている。佐藤・同266頁以下（初出2010年）はさらにこれを「外在的制約」とする。

⁶⁹ 佐伯（仁）・前掲注(2)11頁以下。

⁷⁰ 増田・前掲注(23)200頁以下（初出2003年）。

⁷¹ 増田・前掲注(23)206頁（初出2003年）。

⁷² 高窪・前掲注(48)254頁。

で言う危険が既遂犯における実害と同視可能な程度かという疑問⁷³もある。次に、後者の手放し終了時に未遂処罰を認める見解については、確かに、既遂も終了未遂も「行為をやり切っている」点では同視可能であり、規範違反性の観点からすると両者に同等の扱いをすることに理由はあるとも考えられる。しかし、前者に対するのと同様、離隔犯などにおいては、「手放し時点」にははまだ被害者に至るまでに危険の消滅・減弱する余地が広く残されているため、既遂犯と同視可能な実害性を見出すのは困難と言わざるをえない。結論として、行為時に未遂犯の処罰を認める主張は採用できないこととなる。

i-b) 蓋然時処罰説

結果発生の蓋然性（あるいは確実性や自動性と解される危険性）が一定程度に高まった時期に未遂処罰を認める見解によると、未遂を処罰する際に必要な危険の内実は客観的な結果発生の蓋然性であり、危険の切迫時に一律に未遂処罰を認める必要はないとされる⁷⁴。確かに未遂犯は結局のところ、既遂に至る蓋然性（危険性）に基づいてその処罰が左右されうる。それに加え、この要素は動態的なものとして捉えることができ、事象の推移に応じて常に比例的に高まっていくものとは言えない⁷⁵。そして未遂犯が「既遂に至らなかった」類型であることを前提にすれば、時間的・場所的な切迫性が認められる前に危険が消失した場合と、切迫後に消失した場合とが等価値に考えられるため、「結果発生の蓋然性（確実性・自動性）」を問題にすることには十分な理由がある。そういうわけで、この立場は発送行為時においても、蓋然性が認められる限りで、未遂犯に既遂と同等の処罰を肯定しようと主張しているのであろう。とはいえ、それが未遂犯の処罰に十分な基準であるかにはなお疑問が残る。

つまり、「危険発生の蓋然性が一定程度高まった」ことを未遂犯処罰の基準とするのが正統であるとしても、論者らが蓋然性の具体的内容として挙げる「自動性＝障害の不存在性」等に未遂処罰の画定機能を付してよいかが問われねばならない。例えば、直接的に既遂結果を生ぜしめる行為に至るまで、いくつか段階的に行為が予定されている場合に、明らかに準備行為の時点であっても、結果発生の自動性（それ以後の特段の障害の不存在）を認めることはありえ⁷⁶、この自動性を未遂処罰のための決定的な要素とするのであれば、明らかに予備である行為の時点にも未遂処罰が認められかねない⁷⁷。仮に（修正された）定型説の基準を併用することで過度な早期化を限界付けると

⁷³ 内藤・前掲注(2)1225頁。

⁷⁴ 奥村・前掲注(3)223-224頁。行為時あるいは切迫時に一律に未遂処罰をすべきでないとするものとして他にも、大谷・前掲注(3)365頁以下、川端・前掲注(2)480頁。

⁷⁵ 「危険の動態性」につき、内山良雄「未遂犯における危険判断と故意」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第一巻）』（1998年）460頁以下参照。

⁷⁶ 安田・前掲注(6)251頁。

⁷⁷ 例えば仲道祐樹「犯罪論における計画」高橋則夫ほか著『理論刑法学入門』（2014年）179頁以下は哲学者ブラットマンによる「計画」についての諸論稿を手掛かりに、計画により予定行為の自動化が行われることを

いうのであればこの限りではないが、それとは別の視点からも当説の問題点は指摘しうる。すなわち、「危険」は程度概念であり、(より明確な「人の死」などの既遂結果と比べると)それを個別事例中の事象に認める際には不確定の要素が付きまとう⁷⁸。それゆえ、可能な限りこの不確定要素を減らす作業が必要になるが、単に「自動性」が認められる時点では、なお時間的・場所的な切迫性が認められない限りで、不確定性の残る割合がなお高い⁷⁹。そうであるとすれば、一時的に危険が一定程度高まったとしても、その後被害者に到達するまでにこれが減弱し、場合によっては消滅する可能性も十分にある。これに対して、以下で挙げる「時間的・場所的な切迫時」は、まさに結果発生の直前(すなわち極度の蓋然性)とすることができ、例えそれが過ぎ去った(毒を飲んでしまったが胃の調子が悪くすぐに吐き出し難を逃れた等)としても、行為者側の侵害作用が被害者に密接していることなどから、「既遂に匹敵するほど危険が高まった」と評することへの疑いの余地が十分に排除されていると言える⁸⁰。つまるところ「自動性」要件によって未遂処罰を認めるのでは、不確定性の排除が徹底されていないのである。処罰にあたっては最大限、「疑わしきは被告人の利益に」還元すべきではないだろうか。

i-c) 切迫時処罰説

以上のように、行為時も蓋然時も任意的減軽を許容するための説明に困難が生じる。こうして本稿は、危険の切迫時を待って未遂処罰を認める立場が妥当と考える。すなわち、「社会に不都合な事態を招来しない限り処罰の対象とされるべきではないという意味での消極的応報の要請は、未遂犯にも妥当するもの」⁸¹であり、「当該客体が侵害の危険に晒されたという意味における切迫性が要求されるべき」⁸²なのである。また、切迫時はまさに既遂結果の生じる直前にあたり、これを任意的減軽とすることに異論は生じないであろう⁸³。

挙げ、それゆえ、最後に予定された行為以前の行為にすでに結果発生の危険が認められうるとしそこで未遂犯の成立・処罰を認めることが可能となる旨主張する。しかしこのように考えるならば(計画に組み込まれた)予備行為の時点でも未遂処罰が可能となりえ、賛同できない(二本柳・前掲注(18)679-680頁)。やはり「自動性」や「障害の不存在性」を未遂処罰の積極的要素とすることには問題があると言える。

⁷⁸ 中山・前掲注(33)415頁以下。さらに浅田・前掲注(13)363頁。

⁷⁹ 内山・前掲注(75)463頁。

⁸⁰ 例えば、橋爪・前掲注(2)119頁は基準の一定の緩和を示唆しつつも、危険の切迫時を「いつ結果が発生してもおかしくない状態」と表現する。場所的切迫性に関して言えば、塩見・前掲注(4)106頁以下などに示される「被害者領域への介入」といった表現も有用であると思われる。

⁸¹ 松原・前掲注(45)567頁。

⁸² 松原・前掲注(45)569頁以下。危険の切迫時に未遂処罰を認める見解は他にも、中山・前掲注(33)415頁、同・前掲注(2)81頁(初出1986年)、大越・前掲注(33)131頁、内山・前掲注(75)460頁・465頁、内藤・前掲注(2)1233頁、浅田・前掲注(13)368頁・429頁以下、西田・前掲注(2)300-301頁、佐伯(仁)・前掲注(2)342頁、松宮・前掲注(2)239頁、橋爪・前掲注(2)119-120頁、立石・前掲注(33)272頁、對馬直紀「実行の着手における危険概念について」駒澤ロー14号(2018年)82頁など。

⁸³ 新派の頭頭以前の明治13年刑法112条は未遂犯につき「必要的減軽」を規定していた。その後新派の主観主義的な主張が力を増し、さらに大津事件の影響もあって現行規定の任意的減軽への移行が起きたのである

しかしここで、時間的・場所的切迫性を内実とする「結果としての危険」をもって未遂犯の処罰時期を画す主張を採用する際に問題となるのは、この「結果としての危険」を条文との関係でいかに解するかである。というも、すでに述べたように、本稿では43条の「実行に着手し」の部分に未遂行為（行為の危険性）を読み込むため、文言のその部分とは別の基礎に依拠して「結果としての危険」を導出しなければならないからである。

まず考えられるのは、43条の「これを遂げなかった」に求める解釈⁸⁴である。確かに、例えば199条では「人を殺した」から「人の死」を、235条では「財物を窃取した」から「財産侵害」を読み取るのが通常であるところ、「目的語＋動詞」の部分に結果を観念するのは特異な考え方ではない。とはいえ、上記の例では（解釈上の周縁領域に争いはあるとして）その核心的部分に関し異論は殆ど出ないと思われるが、43条の「これを遂げなかった」ことを「結果としての危険の発生」と解してよいかは争いが生じうる。つまり、「人を殺した」結果は「人の死」に他ならないが、「これ（犯罪）を遂げなかった」結果として第一に言えるのは「既遂にならなかった」ことであり、その場合には「何ら危険は生じなかった」とも言えてしまう。それならばむしろ、「結果としての危険」は条文に明記されていない「書かれざる構成要件要素」とする方が無理のない解釈であろう⁸⁵。確かに文言外の要件を取り入れるのはあまり望ましくないことに加え、刑罰法規を解釈するにあたっては、罪刑法定主義の要請に従い、行為者に不利益な拡張や類推は禁止されている。しかし、文言外の追加的要件を設定するといった、行為者に有利な解釈はこれに反することはないのである。

ii) 実行の着手と未遂処罰の分離——私見の展開——

このように、実行の着手は行為時に認められるべきであるが、未遂犯の処罰時期は危険の切迫時に認めるのが妥当と言える。ここでは本稿の帰結を確認しつつ、それらを両立させる場合に未遂犯はいかに捉えられるのか、実例への適用も含め、私見を展開していく。

ii-a) 実行の着手

繰り返しにはなるが、43条から解釈として生じる「実行の着手」には、文理解釈上正当に「実

（『刑法沿革総攬』（1923年）1708頁以下の富井政章による発言を参照。さらに、大越・前掲注(3)159-160頁、浅田・前掲注(2)41頁、松宮・前掲注(2)237頁、西田・前掲注(2)297-298頁）。しかし現在は新派の立場は排斥され、通説（および私見）が旧派的「客観的未遂論」を支持する以上、未遂の行為者を任意的減輕として処罰する際には、極めて厳格な基準を設ける必要があると言える。

⁸⁴ 名和鐵郎「未遂犯の論理構造」福田＝大塚古稀『刑事法学の総合的検討（下）』（1993年）422頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（2011年）189頁、高橋・前掲注(3)397頁など。

⁸⁵ 未遂犯における結果を43条の「書かれざる構成要件要素」と解するものとして、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法45巻2号（2006年）234-235頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）217-218頁、内山・前掲注(4)194頁、林・前掲注(10)354-355頁、橋爪・前掲注(2)118-119頁。なお、少数ながら43条文言の「実行」を未遂行為に、「着手」を未遂結果にそれぞれ対応させる見解もある（大越・前掲注(3)141-142頁）が、「着手」と「未遂結果発生」では語義の乖離が著しいため妥当でないと思われる。

行行為の開始」を充てるのが妥当である。その際に判断の根本に置かれるのは「行為の危険性」、すなわち当該行為の属性として認められる危険となる。そしてこれが認められる行為の開始ないし着手をもって実行の着手、つまり未遂犯の実行行為性が確定される。ここで問題となるのは「開始」に関する具体的な判断基準である。これにつき第一に、窃盗罪や放火罪などを含むすでに法益侵害の危険が切迫している場合の着手時期を問う議論、第二に、強盗罪や詐欺罪などの結合犯に関する議論が含まれる。しかし、これらを「未遂犯」として一般的・抽象的に検討するだけでは足りず、各論的かつ具体的に検討する必要があるが、本稿ではこれらを扱うだけの紙幅がない。それゆえここでは、度々引き合いに出してきた「離隔犯・間接正犯」の着手基準を挙げるに留めようと思う。

いかなる場合にも、規範違反性の認められない行為⁸⁶あるいは結果の帰属されない行為⁸⁷は罰されず、要するに犯罪が成立しそれが処罰されるために実行行為が不可欠なことに異論はない。またそれがなされた時点で規範による動機付け（自由な意思決定）が可能である必要があるため、いわゆる同時存在の原則に従い、責任要素の存在も肯定される必要がある。それゆえ実行行為は行為者の実際の行為に限定されることになり、離隔犯や間接正犯などの犯罪類型においては、少なくとも「手放し行為」以後にこれを認めるのは不合理であろう。さらにこの場合に手放し行為の開始以前に実行行為性を認める実益は存在せず⁸⁸、したがって、「手放し行為の開始」が実行の着手として考えられるべきことになるのである。

ii-b) 未遂処罰との「分離」解釈

従来は「実行の着手」さえあれば未遂犯の処罰が肯定されるのが通常であった⁸⁹。しかしながら犯罪の構造に鑑みるに、(実行)行為、そしてそれと因果関係のある結果がこれを成り立たせており、それは結果を観念された未遂犯にも妥当させることが可能になった⁹⁰。このように未遂犯に(実行)行為だけでなく結果までも要請するパラダイムシフトが起きた現状では、「実行の着手」と

⁸⁶ 井田・前掲注(6)46頁。

⁸⁷ 松原・前掲注(3)52頁。

⁸⁸ むろん、窃盗罪や放火罪等ですでに既遂発生の恐れが強く認められる場合や、強盗罪や強制性交等罪、あるいはいわゆる早すぎた構成要件の実現の場合など手段行為と結果行為の結合性が問題となる場合には、実行行為の同定に議論が生じるが、離隔犯・間接正犯はいずれにも当たらない。

⁸⁹ 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年)34頁以下(初出2002年)によると、新派と旧派の争いの後、「実行の着手=実行行為=未遂犯成立=不能犯ではないこと」との等号が一般的に当然の前提とされていたが、それから実行行為概念の実質化に伴い、この等式は必ずしも絶対的なものではなくなったとされる。とはいえ、「実行の着手」があれば未遂犯として原則的に処罰されることは現在も一般に認められている。前掲注(5)(手放し説から)、(37)(切迫時説から)、(39)(蓋然時説から)、(48)(全体解決説から)、(56)(定型説から)に挙げた文献がそれである。

⁹⁰ 山口・前掲注(33)56頁以下、同・前掲注(4)2頁以下。他に未遂を結果犯構成するものとして、原田・前掲注(48)43頁、奥村・前掲注(3)209頁、大越・前掲注(3)142頁、内藤・前掲注(2)1218頁、内山・前掲注(4)192頁、鈴木・前掲注(84)188-189頁、佐伯(仁)・前掲注(2)341-342頁、橋爪・前掲注(2)118頁、前田・前掲注(2)104頁以下、松原・前掲注(3)311頁。

未遂処罰を単一の危険概念で一元的に判断する主張は、その過度な期待のゆえに、これを機能不全に陥らせるものと言うことができる。それは既述のように43条の解釈としてすでに犯罪構造上の齟齬が生じている点からも指摘できる。そうだとすれば、未遂の結果（結果としての危険）には実行の着手を離れた独立の地位を用意してやる必要があり、帰結の妥当性からしても、（実行の着手の存在を前提として）この結果に最終的に未遂処罰を左右する機能を付すべき⁹¹ではないだろうか。

こうした発想に基づくならば、未遂処罰を確定する過程に二つの危険概念が現れ、その両方が必要とされることとなる。そこでは、まず行為の危険性の認められる行為の開始時に実行の着手（未遂行為）が認定され、次に結果としての危険（危険切迫）の生じた際に未遂処罰が確定する。毒物郵送事例では、行為者 X が毒入りウイスキーを発送した時点でまず「行為の危険性＝実行の着手」が認められる。この時点では未遂犯として処罰されない。そして次に被害者 A が自宅に届いた当該ウイスキーを口にすると危険の切迫時に「結果としての危険＝未遂犯としての処罰」が認められる。仮に毒入りウイスキーが何らかの事情で届かなかった、あるいは被害者が封も開けず捨てた場合には、「結果としての危険」が認められず、X は未遂犯としては処罰されないことになる。

IV 結びにかえて

本稿の主張のまとめと今後の課題を付して稿を閉じたい。第一に、43条の解釈からすると実行行為の開始時に実行の着手を認めざるをえない。なぜなら実行の着手を予備と未遂の処罰段階を画す概念に還元してしまうと、未遂行為（実行行為）の存在（あるいは開始）を導く条文上の対応物

⁹¹ 内山・前掲注(4)193-194頁は明確にも、「実行の着手は、予備罪と未遂罪ではなく、予備行為と未遂行為を区別する基準となる」とする。

未遂犯の実行行為と結果（としての危険）をそれぞれ独立に考え、前者を「実行の着手」の問題と解す構想を初めて明示的に主張したのは、増田・前掲注(59)57頁・70頁（いずれも初出1986年）、同・前掲注(23)339頁（初出2003年）であった（なお、増田・前掲注(27)「現代ドイツ刑法学における人格的不法論の展開 I」（1971年）138頁・141頁においてすでに、（結果犯の場合の）未遂犯処罰には行動規範違反と具体的危険の双方を要することが記述されている）。

増田は行為無価値一元論の立場から、結果を客観的処罰条件に位置付ける。しかし次に挙げるこの分離を支持する論者内で未遂結果の地位は統一的でないため、これを明言しているものについては括弧内に付記した。すなわち他に、佐伯千仞『刑法講義総論〔4訂版〕（1981年）306頁（可罰的違法性）、曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（1991）238頁以下（未遂結果の不存在＝違法性阻却事由）、名和・前掲注(84)416頁以下（構成要件該当結果）、山口・前掲注(4)209頁以下（実質的処罰根拠。ただしその後、教科書の第3版である山口・前掲注(3)285頁では結果としての危険発生時に実行の着手を認める立場へ改説している）、高橋・前掲注(89)145頁以下（初出2003年）（可罰的違法性）、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）63頁以下、島田・前掲注(85)234-235頁、鈴木・前掲注(84)188頁以下などが実行の着手と未遂結果を区別し両者を必要とする。

なお、論者の中には、富田敬一「間接正犯と実行行為」『現代刑法講座 第3巻 過失から罪数まで』（1979年）192-193頁、齋野・前掲注(50)82-83頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）764頁以下のように、結果としての危険が確定すればその限りで、送付行為などが、翻って未遂行為あるいは実行の着手に転化すると解するものもあるが、その理論構成の妥当性の検討は稿を改めて論じたい。

が抜け落ちるからである。第二に、未遂処罰に関して、刑法の謙抑主義および（消極的）応報の要請、さらに未遂処罰が既遂の任意的減軽であることに鑑みると、結果発生が時間的・場所的に切迫した時点で未遂処罰を確定すべきである。そして、以上の帰結として、実行の着手は旧来通り実行行為の開始時、未遂犯の処罰は危険の切迫時に、それぞれ確定することになり、前者は「行為の危険性」、後者は「結果としての危険」が対応することとなる。

最後に、こうした分離につき、以上までとは別の角度からも触れておく⁹²。端的に言えば、着手と処罰それぞれの時期を分けることで、訴訟上の帰結に影響が生じるのである。すなわち、一方で、憲法39条および罪刑法定主義から導かれる事後法の禁止によれば、行為時を起点として事後のまたは遡及的に（行為者に不利益な）刑の適用をすることが禁止される。本稿の帰結によれば、この対象となるのが「実行の着手」であり、故意・過失などの責任要素はこの時点に存在する必要がある。他方で、刑事訴訟法253条1項「時効は、犯罪行為が終った時から進行する」との文言から導かれる「公訴時効の起算点」につき、学説上は行為時説と結果時説が対立しているが、通説⁹³および最高裁判例（熊本水俣病事件⁹⁴）は結果時説を支持しており、「犯罪行為」は「結果」までも含むとされる。これに則れば本稿では、「結果としての危険」の発生が対応し、公訴時効の起算点はこの時点となるのである。もっとも、これらはいくまで通説に従った帰結にすぎず、検討の余地があることは否定できない。それゆえ、その詳細な論証を今後の課題として本稿の検討を終えることにする。

⁹² 以下につき、松原・前掲注(45)559頁以下を参照。

⁹³ 松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（2016年）502頁。他にも、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（2012年）224頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（2015年）243頁、宇藤崇ほか著『刑事訴訟法〔第2版〕』（2018年）268-269頁〔松田岳士執筆〕など。

⁹⁴ 最決昭和63・2・29刑集42巻2号314頁参照。