

犯罪実行行為論

西原春夫著

犯罪実行行為論

西原春夫 著

謹 贈

日本国・成文堂

社長 阿部耕一

成 文 堂

著者略歴

昭和3年東京生。昭和26年早稲田大学第一法学部卒業，ひきつづき同大学大学院法学研究科修士・博士課程修了。同大学助手，講師，助教授を経て昭和42年教授。昭和47年～51年同法学部長。昭和37年法学博士(早稲田大学)。昭和37年～39年，54年西ドイツほかに留学。昭和57年～平成2年早稲田大学総長。

主要著書

間接正犯の理論(昭和37年・成文堂)，刑事法研究第1巻(昭和42年・成文堂)，刑事法研究第2巻(昭和42年・成文堂)，刑法総論(昭和43年・成文堂)，交通事故と信頼の原則(昭和44年・成文堂)，犯罪各論(昭和49年・筑摩書房)，交通事故と過失の認定(昭和50年・成文堂)，刑法総論(昭和52年・成文堂)，刑法の根底にあるもの(昭和54年・一粒社)，大法院判決巡歴(刑法I)(昭和57年・日本評論社)ほか。

犯罪実行行為論

1998(平成10)年3月13日 第1刷発行

著 者 にし西 はら原 はる春 お夫

発 行 者 阿 部 耕 一

〒162-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発行所 株式会社 成 文 堂

電話 03(3203)9201(代) FAX 03(3203)9206

製版・印刷 藤原印刷㈱ 製本 佐抜製本所

☆乱丁・落丁本はお取り替えいたします☆

© 1998 H.Nishihara 検印省略

ISBN4-7923-1462-3 C3032

定価 (本体6,000円＋税)

はしがき

平成一〇年（一九九八年）三月一三日に私は古稀を迎えることになった。古稀などというのはひとごとのように考えてきたし、自分自身、時の流れに節目をつけることがあまり好きな方ではないので、できれば常日ごろのようにサラリとやり過ぎたいと思っていた。しかし、私の勤務する早稲田大学の場合定年が七〇歳で、ちょうど古稀と重なるということがあり、周囲の方々、とくに門下生としては何もしないで過ぎすわけにはいかないという気持を持つことも自然の成り行きと考えられた。

かれこれするうちに、門下生を中心として私の古稀を祝賀する論文集が企画され、日本はもちろん、私と学問上の関係が深くなったドイツ、ポーランド、中国、中国（台湾）、韓国といった外国の刑事法学者の方々までがこれに寄稿して下さることとなった。学問上何ほどの寄与もしていない私としてはまことに光栄なことであり、恐縮と感謝の入れ混じった奇妙な気持を抱き続けている。

そのような企画の中で、寄稿して下さった方々への感謝の気持をこめて、何か私の学問的な活動の特色を表わすような論文集を作り、これを差し上げてはいかかという案が、古稀祝賀論文集の編集にたずさわる門下生や、出版を引き受けて下さった成文堂の方々の間から持ち上がり、私もそのとおりだと思ふようになった。まことに有難いことであり、こうしてでき上ったのが本書である。

これまで刑事法学の分野で私の手がけたテーマは実に様々であるが、日独、日中など国際学术交流関係を除けば、結果として「過失犯論」と「犯罪実行為論」とが大きな柱を形成することになった。それには——多分に

偶然に左右されてはいるが——かなりはつきりした理由が存在した。このうち本書の標題となった後者については、私が昭和二六年（一九五一年）早稲田大学大学院法学研究科に入学し、齊藤金作先生のご指導のもとで刑法学の研究をはじめたごく初期のころに遡る。当時先生は博士論文『共犯理論の研究』（昭二九・有斐閣）の執筆に着手しておられ、私はそのお手伝いをするという形で先生に様々なご指導を受けたのであった。そのようなある日、私は先生に「間接正犯というのは共犯の裏側ですね」と思いつきを申しあげたところ、「ちようど君は共犯を勉強せざるをえなくなっているのだから、その裏側の間接正犯を研究テーマにしてはどうか」といわれた。こうしてそれは修士論文のテーマとなり、やがて昭和三七年（一九六二年）第一回刑法学会賞を頂戴した、刑法雑誌一二巻一号所収の「間接正犯における実行行為」（本書登載）を経て、同年出版の博士論文『間接正犯の理論』（成文堂）に結実したのである。

今でこそ間接正犯における実行の着手時期を利用者の行為の時点でなく、被利用者の行為の中に求める見解は多くなったが、当時は戦前の論文を含めほんの二、三の学者しかこれを認める方はいなかった。それにもかかわらず、圧倒的な通説に抗してこの少数説の立場を新たな理論構成のもとに支持しようとしたのは、通説では実行の着手時期を早く認めすぎ、実行行為の内容である構成要件を実質的な危険から遠ざける結果になると考えたからである。

この考え方は、続いて原因において自由な行為における実行の着手時期の問題にも援用されることになった。もともとこの問題に現実には手を染めるようになったについては、それに先立って、まったくの偶然から「ドイツ刑法における酩酊犯罪」（昭三四・刑法雑誌別冊『酩酊と刑事責任』所収、本書登載）の執筆を学会から依頼されたことと、折しも改正刑法準備草案（未定稿）が発表され、その中で「自ら招いた精神障害」の条項が議論を呼び、前掲論文との関係でその論争に参加する機会を得たこと（昭三五・法律時報三三巻八号「改正刑法準備草案の総合的検討」所収、昭三

六・刑法雜誌「一巻一・二号『改正刑法準備草案』所収等」があつた。これらの思考を経て、佐伯千仞教授のご見解の延長線上で自説を展開した「責任能力の存在時期」(昭四三・佐伯還暦「犯罪と刑罰」(上)所収、本書登載)、これに対する反論に答えた「原因において自由な行為についての再論」(昭五九・団藤重光博士古稀祝賀論文集」所収、本書登載)を世に問うたのであつた。

共同正犯における犯罪の実行の問題は、当時支持者は五指に限られるほどに圧倒的通説の批判の対象であつた共謀共同正犯是認の可否を含むだけに、まことに深刻なものでつた。とくに私は共同意思主体説の創始者草野豹一郎先生を学問上の祖父とし、その継承者である齊藤金作先生を父とする学説の立場にあつたから、これを認めるにしても認めないにしても、それは自分の学問的良心にかかわる重大事だったのである。私は、共謀共同正犯是認の根拠は祖父や父に委ね、むしろ圧倒的多数説であつたがために学問的検証が行き届いていないと思われた共謀共同正犯批判の論拠を検討するという方向から問題に取り組むこととした。その結果わかつたことは、その論拠である「個人責任の原理」が建前と実態において乖離しており、この原理に立脚しているか否かが共謀共同正犯を是認できるか否かの分かれ目ではないということであつた。そのような検討の上で、単に祖父や父の所説だからではないという信念のもとに書いたのが「共同正犯における犯罪の実行」(昭三九・齊藤還暦『現代の共犯理論』所収、本書登載)である。その後、理論構成を異にするとはいへ、多くの人々が共謀共同正犯を是認するようになったのは、当時ほんの一つまみの少数説の立場に立つた私としては、まことに我が意を得たりの感がある。

思い出すままに、本書の柱となつた論文成立の裏話を書き綴つたが、本書に現れた私の学説の意義については、曾根威彦教授が巻末に「西原刑法学と犯罪実行為論」という解題を本格的に書いて下さつた。まことに感謝の極みである。なお曾根教授には、私の古い論文をも掘り起こし、全体を体系的にまとめ上げるという編集の仕事まで

かつて出て頂いた。改めて心から御礼申しあげたい。また、同教授の指導のもとに、その門下生である勝亦藤彦君（明治学院大学講師）、石井徹哉君（神奈川大学講師）、内山良雄君（早稲田大学大学院法学研究科研究生）、岡上雅美君（国士館大学講師）が校正その他様々の雑務を引き受けて下さった。まことに感謝のほかはない。

また、本書はもちろん、五巻にもわたる私の古稀祝賀論文集の出版を採算を度外視して承諾して下さい、上梓に至る様々なご苦勞を甘受して下さい、成文堂の阿部耕一社長、土子三男編集部長、本郷三好編集部次長はじめ社員の皆様に対しては、言葉ではいい表わせぬ謝意と感慨を抱いていることをお伝えしておきたい。まことに人は人によって生かされていることを改めて痛感する昨今である。

平成九年（一九九七年）九月一〇日

初秋のドイツ、バート・ゴードスベルクにて

西原 春夫

論文初出一覧

序論 「犯罪実行行為論」 法学セミナー三六〇号（昭和五九年）

第一部 構成要件・行為・危険性

- 1 「犯罪論における定型的思考の限界」『齊藤金作先生還暦祝賀論文集』成文堂（昭和三八年）
- 2 「構成要件の価値的性格」早稲田法学四一卷一号（昭和四〇年）
- 3 「作為と不作為の概念」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』有斐閣（昭和五二年）
- 4 「刑法における危険概念」法学セミナー三四六号（昭和五八年）

第二部 原因において自由な行為

- 1 「過失犯と原因において自由な行為」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯（1）基礎理論』有斐閣（昭和四一年）
- 2 「責任能力の存在時期」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』有斐閣（昭和四三年）
- 3 「原因において自由な行為についての再論」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三卷』有斐閣（昭和五九年）
- 4 「酩酊運転と刑事責任」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』有斐閣（昭和四六年）

第三部 共犯と間接正犯

- 1 「間接正犯における実行行為」刑法雜誌一二卷一号（昭和三六年）
- 2 「教唆と間接正犯」『刑法講座第四卷』有斐閣（昭和三八年）
- 3 「共同正犯における犯罪の実行」齊藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』有斐閣（昭和三九年）
- 4 「共謀共同正犯」『論争刑法』世界思想社（昭和五四年）

目次

はしがき

序論 犯罪実行行為論 1

一 はじめに (1) 二 実行行為の範囲 (3)

三 実行の着手 (7) 四 実行行為の実質 (16)

第一部 構成要件・行為・危険性

1 犯罪論における定型的思考の限界 28

一 序説 (28) 二 ベーリングの構成要件論 (29)

三 ドイツにおける構成要件論発展の方向 (39)

四 犯罪概念における構成要件の地位 (54)

2 構成要件の価値的性格 65

はしがき (65) 一 構成要件の記述的要素と規範的要素 (66)

二 社会的相当行為と構成要件該当性 (72)

三 不作為犯と構成要件該当性 (78)

四 過失犯と構成要件該当性 (83)	あとがき (87)
--------------------	-----------

3 作為と不作為の概念	94
-------------	----

一 はじめに (94)	二 目的的行為論における行為と不作為 (95)
三 運動・静止と作為・不作為 (99)	四 作為・不作為と作為犯・不作為犯 (105)

4 刑法における危険概念	110
--------------	-----

一 はじめに (110)	二 不能犯論における危険概念 (112)
三 危険犯における危険概念 (125)	

第二部 原因において自由な行為

1 過失犯と原因において自由な行為	134
-------------------	-----

一 問題の所在 (134)	二 原因において自由な行為と注意義務 (136)
三 注意義務と注意能力との関係 (141)	

2 責任能力の存在時期	150
-------------	-----

一 佐伯教授の問題提起 (150)	二 責任能力と実行行為の同時存在の原則 (151)
三 責任能力の存在すべき時期 (156)	四 原因において自由な行為の構造 (160)

五 犯罪論体系との関係 (166)

3

原因において自由な行為についての再論

168

一 はじめに (168)

二 責任能力の「意思主義的」理解 (170)

三 「最終的意思決定時」の理解 (174)

四 解釈論と立法論 (181)

4

酩酊運転と刑事責任

188

一 問題の所在 (188)

二 酩酊運転と刑法三九条 (190)

三 限定責任能力と原因において自由な行為 (194)

四 酩酊運転と業務上過失致死傷罪との関係 (199)

第三部 共犯と間接正犯

1

間接正犯における実行行為

210

一 序 説 (210)

二 実行の着手についての諸学説 (213)

三 間接正犯における実行の着手 (228)

四 間接正犯における実行行為の実体 (245)

五 結 語 (259)

2

教唆と間接正犯

..... 264

一 序 説 (264) 二 教唆犯と間接正犯との区別の標準 (268)

三 教唆犯と間接正犯の限界 (276)

3

共同正犯における犯罪の実行

..... 286

一 共犯学説における個人責任と団体責任の原理 (286)

二 実行の分担を要求する学説とその批判 (293)

三 間接正犯的理論構成とその批判 (299)

四 共同正犯における犯罪実行の意義 (312)

4

共謀共同正犯

..... 326

一 論争点の所在 (326) 二 是認論の根拠 (327)

三 是認論に対する批判の再検討 (329)

四 共同正犯における責任の基礎 (336)

解

題

..... 曾 根 威 彦 343

序論 犯罪実行為論

一 はじめに

乙一家六人の皆殺しをはかった甲は、乙宅に通ずる農道の脇に、毒薬を注入した六個のビニール袋入りジュースを目立つように置いておいた。これを発見した乙はその全部を家へ持ち帰り、そのうちの一つを飲んだところ、毒薬が効いて死亡した。残りの五人は当時在宅しておらず、帰宅後事態を見てジュースを飲まなかったので生命をとりとめた。

これは、現実起こった事件である（宇都宮地判昭四〇・一二・九下刑集七卷一二号二一八九頁）。この場合、死亡した乙について甲に殺人罪が成立することについては、何びとも異論がないだろう。刑法第一九九条の「人を殺したる」というのに該当することに疑いをさしはさむ余地がないからである。

問題は、死ななかつた残り五人について殺人未遂が成立するのか、それとも殺人予備（二〇一条）にとどまるのかである。六人のうち一人の死亡という結果が出ているから、残り五人について殺人未遂を認めやすくなっているが、それを理由とするのは正しくない。何故なら、残り五人についての罪責は、甲の行為の持つ危険性をその——残った——五人にそくして考えなければならぬからである。

殺人予備と殺人未遂の区別は、形式的には殺人の実行の着手があつたか否かで決まる。いい換えてみれば、殺人の実行の着手以前の行為が予備行為であり、それ以後の行為が実行行為で、結果が発生しない場合それが未遂犯となるのである。本件における実行の着手はいつだろうか。

この場合気をつけなければならないのは、甲自身の行動はビニール袋をおく行動だけで終わっており、あとは乙等の行為をまつて結果が発生するという構造を持つてゐることである。そこで、実行行為は行為者自身の行動のみを指すと解すると、実行行為の発端を意味する実行の着手はビニール袋をおく行為の開始時に認められることになる。しかし、農道にビニール袋をおく行為は、実行の着手に当たるといふほどに危険性が切迫しているとはいえない。乙等がこれを不審に思い、無視する可能性も十分あるからである。実行の着手は、やはり、乙がジュースを自宅に持ち帰つてこれを飲むとする時点に求めるのが妥当なわけではなからうか。そもそも殺人の実行の着手は、たとえば殺意をもつてピストルの引金に指をかけるとか、鉄パイプを振り上げるとかの時点に求められるのが一般であり、あと一挙手一投足で結果が発生するといったような、危険性のごく切迫した時点であろうと認められているのである。

しかし、そうすると、本件における実行行為の意味は、いったいどのようなものであるかが問題となつてくる。本件の場合、実行行為はいうまでもなく甲の実行行為を意味するのにかかわらず、甲の行動の終了後に実行の着手が認められることになるからである。

これと似た問題は、間接正犯や原因において自由な行為の場合にも生ずる。子どもをお菓子屋の店先まで連れて行つて、お母さんがあとで代金を払つておくから、何でも欲しいものをつとて来なさいとそのかす行為や、覚せい剤を打つと女性にわいせつ行為をする習癖のある男に、わいせつ行為をさせる目的で覚せい剤を注射する行為が——この場合には刑法上不可罰な——予備に当たるといふのかそれともそれ自体未遂になるのかが問題となる。そし

て、前者と解した場合には、実行行為の範囲が拡がりすぎないかという問題にさらされるし、後者と解した場合には、実行行為の実態は何なのかという問題が生ずる。

そもそも実行行為というのは、構成要件の中に動詞の形で示された行為者の行為を意味する。「殺す」「火を放つ」「窃取する」「欺罔して財物を得る」「猥褻の行為をなす」などがこれである。もともと、「営利、猥褻または結婚の目的」(二二五条)とか「行使の目的」(二四八、一五四、一六二、一六四条など)などのように、目的の対象が特定の行為である場合には、その行為は実行行為ではない。ただ「行使」が目的の対象でない形で構成要件に記述されているときは(一五二、一六三条など)、それも実行行為に含まれる。つまり、実行行為は、構成要件の中核たる行為を意味するのである。

このように、実行行為の範囲や内容は、形式的にはそれぞれの構成要件の解釈によって定まっており、それ自体ある意味で明確である。しかし、現実の犯罪行為へのあてはめの場面では、それは多分に不確定的である。実行行為の範囲や内容について、縦割りの各論的な考察では十分でなく、横割りの総論的探求を必要とする理由はここにある。以下、実行行為をめぐる諸問題を検討してみることしよう。

二 実行行為の範囲

一 犯罪と実行行為

犯罪は瞬時に行われることもあるが、時間をかけて生々発展するものもある。犯罪を時間的系列という側面から見た場合に、実行行為がその中のどこに位置づけられるかがまず第一に問題となろう。

犯罪は、故意犯、過失犯を問わず、まず意思決定からはじまる。法は人の内面それ自体を規制しないから、行為

者の内面の中で意思の葛藤が行われ、いわば最終的意思決定が導き出されても、それだけでは犯罪として刑法の対象にならない。犯罪として法の世界に登場してくるのは、意思決定にもとづいて何らかの外部行為が行われたときである。

もつとも、何かをしようという意思決定が何らかの外部的行為に発現しても、それだけで必ず犯罪となるのではない。犯罪となるには、その行為が既遂に達することが必要である。犯罪が既遂に達するのは、いずれかの構成要件が完全に実現されたときである。犯罪は挙動犯と結果犯に分かれるから、構成要件の実現は、挙動犯の場合には実行行為が遂行されること、結果犯の場合には実行行為から特定の結果が発生することを意味する。そして、例外的に、未遂犯処罰規定が存在する場合には（刑法四四条、構成要件の完全な実現がなくとも、それは未遂犯という犯罪として処罰の対象となる。

問題は、いつ未遂犯の成立があるかである。刑法四三条は「犯罪の実行に着手し之を遂げざる者は……」と規定しているので、未遂犯成立のためには、まず「実行に着手」することが必要である。いつ実行に着手したことになるか、つまり実行の着手時期については、次章に詳説するが、学説は、一般に、実行の着手以降の行為を実行行為と呼び、それ以前の行為、つまり犯罪を準備する行為、すなわち予備行為から区別している。したがって、実行の着手は予備行為と実行行為とを分かť分水嶺だということになる。

二 予備行為と実行行為

意思決定と実行行為とのあいだの外部的行為のうち、犯罪の実現を準備するという実態を備えた部分を予備行為という。したがって、犯罪は、一般には、意思決定↓予備以前の行為↓予備行為↓実行行為（↓結果発生）というように発展していくのが基本型であるといつてよい。もちろん、例外的には、意思決定からただちに実行行為が行わ

れることもある。激情犯などがその好例であろう。

予備行為はすべての犯罪について可罰的とされるわけではない。内乱罪（七八条）、外患罪（八八条）、私戦予備罪（九三条）、放火罪（一一三条）、通貨偽造罪（一五三条）、殺人罪（二〇一条）、身代金誘拐罪（二二八条の三）、強盗罪（三七条）の八罪であり、重大な犯罪の場合に限られている。

このうち、問題となるのは私戦予備罪である。何故なら、その他の七罪はいずれも実行行為そのものが処罰されているが、私戦予備罪に限って、実行行為たる私戦そのものが処罰されていない。そこで、私戦予備罪は外形は私戦を準備する行為であるが、私戦が処罰の対象になっていない以上、それ自体実行行為とみるべきだというのが通説である（発現形態説）。

これに対し、そもそも予備罪というものが独立罪なのだから、私戦予備もまた予備罪だと解する説（独立罪説）（大場、宮本、安平、正田、内田〈文〉）、予備罪は一般には基本犯たる犯罪の発現形態だが、私戦予備罪のようなのは独立罪としての予備罪と解すべきだという説（二分説）（香川、斉藤〈誠〉、西原）が対立している。

この論争は、予備罪に対し共犯の成立が認められるかという問題に対して実益を持つ。予備罪を基本犯の発現形態と解する説は一般にこれを否定し、独立罪と解する説は肯定する傾向にある。なぜなら、共犯は正犯すなわち実行行為を前提にしているからである。二分説は当然予備罪の性格のいかんによって結論を分けることになる。

これと類似した問題に、予備罪の中止の場合に中止犯の規定（四三条但書）の適用ないし準用を認めるべきかどうかという問題がある。予備罪は一種の挙動犯だから、予備行為がなされた以上中止の観念を容れる余地がないという消極説（泉二、植松、青柳、莊子、正田、中野）と、実行の着手以降に中止すれば中止犯の規定の適用があることとの均衡上これを肯定する説（大場、草野、牧野、団藤、大塚、福田、中、莊子）、予備罪が非独立罪か独立罪かによって結論を分ける二分説（香川、斉藤〈誠〉、西原）が対立している。