

令和 6 年 6 月 3 日現在

機関番号：32675

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2023

課題番号：19K13542

研究課題名（和文）社会的実体に即した「危険」概念の個別的検討

研究課題名（英文）The research of the concept of danger in individual offenses based on social reality

研究代表者

佐藤 輝幸 (Sato, Teruyuki)

法政大学・法学部・准教授

研究者番号：50733185

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,600,000 円

研究成果の概要（和文）：「危険」という概念は、刑法総論および各論におけるさまざまな問題で用いられているが、従来は、それらを共通のものと捉える傾向があった。本研究では、同じく「危険」とされているものであっても、問題ごとにその内容や判断基準は異なるのではないかと考え、個別的なアプローチから、それぞれの危険性を実体に即して明らかにすることを目標とし、不能犯、実行の着手、遺棄罪、放火罪、文書偽造罪、インサイダー取引について、それぞれの危険の構造や内容の分析を中心に研究し、そこから各犯罪の特徴や解釈を明らかにした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

刑法において用いられる「危険」の概念は、不明瞭な部分のある難解な概念であるが、未遂犯や個別の犯罪ごとに、それぞれの問題や犯罪の特徴を分析することによって、それに応じた内実を示すことが可能となる。本研究では、危険が問題となるテーマとして、未遂犯や遺棄罪、放火罪に加え、システムに対する信用が問題となっている文書偽造罪やインサイダー取引を取り上げて、それぞれの危険を研究した。それによって、各犯罪の解釈論を展開し、処罰領域を明らかにした。

研究成果の概要（英文）：The concept of danger is used in various problems of criminal law general and special part. There was a tendency to understand it alike in the previous research. But I thought that the substances and criterions in each problem in spite of the same word "danger". So, this study aimed to reveal them in each problem with an individual approach. I have researched the attempt, abandonment, arson, document forgery and insider trading by study the structures and substances of each danger. Then, I have shown the characters and interpretations of the offenses.

研究分野：刑法

キーワード：危険犯 未遂犯 放火罪 遺棄罪 不能犯 実行の着手 文書偽造罪 インサイダー取引

※科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

1. 研究開始当初の背景

刑法における「危険」概念の研究は、古典的なテーマである。刑法の多くの分野で、危険概念が用いられているが、従来の議論では、具体的危険犯と抽象的危険犯の問題を除き、その内実とは基本的に統一的に理解されてきた。しかし、私は、本研究以前に行っていた放火罪の研究に関して、公共危険犯の内部でも、危険の態様によって、危険の把握の仕方が異なることに気づき、放火罪の特徴に即した危険として、火災が人の支配を離れて拡大・発展するという点にその内実があると考えた。その結果、放火罪内部でも、現住建造物等放火罪（刑法 108 条）および非現住建造物等放火罪（同 109 条）と建造物等放火罪（同 110 条）の間の構造の違いや、公共危険と刑法 108 条の現住性における危険では、理解や解釈の仕方に違いが生じることを明らかにしていた。

そこで、危険概念一般についても、同様に論点または犯罪ごとに、その性質に応じて、固有の内容および考慮要素があるのではないかと考えた。この点に関連する当時の先行研究として、不能犯と実行の着手については、両者は同一の危険の裏表の関係ではなく、異なった内容を持つという「進捗度説」が主張されるに至っていた。

以上のような背景から、未遂犯および個別の犯罪について、その社会的な実体に即した危険概念の検討をすることで、当該危険固有の内容および考慮要素を明らかにすることができると考えた。

2. 研究の目的

本研究では、刑法における危険概念について、統一的に捉えるのではなく、個別的な論点・犯罪ごとに当該犯罪の処罰の根拠となる社会的実体に対応した異なる危険の把握方法があるという観点から、多元的に理解し、個別の論点・犯罪ごとに、その危険の内実および考慮要素を明らかにすることおよび、それを当該論点・犯罪の解釈論に取り込むことを目的とした。また、個別の論点・犯罪ごとに危険概念を分析した内容をフィードバックし、いくつかの種類に分類・類型化することによって、総論的観点から、危険概念の一般論として再構成することも期待できると考えていた。

3. 研究の方法

以上の本計画の目的を達成するため、まず、危険概念が問題となる論点・犯罪について、我が国並びにドイツ、オーストリア、スイスおよびフランスを中心に判例・文献を調査し、特にその固有の特徴が危険概念に現れると考えられる犯罪を調査した。その結果、固有の危険概念が問題になる問題として、既に研究を行っていた放火罪に加え、実行の着手、不能犯、遺棄罪および文書偽造罪を検討対象とすることとした。それに加え、犯罪として固有の特徴のない一般化された危険犯として、スイス刑法における生命危険罪（*Gefährdung des Lebens*、スイス刑法 129 条）および強盗罪における類似の加重事由（同 140 条 4 項）を分析し、対比することにより他の犯罪の特徴もより明確になると考え、検討対象に加えることとした。さらに、当初計画では予定していなかったが、インサイダー取引規制に関して、判例報告の機会を得たことを契機に、当該報告の前に既に研究を進めていた文書偽造罪のシステムに対する信頼の保護という観点からの抽象的危険犯として共通性があると考え、そのような視点のもとでインサイダー取引についても検討の対象に加えることとした。

これらの犯罪について、我が国の判例、学説の調査に加え、法制史および比較法的な調査を行い、それぞれの問題および犯罪の特徴と危険が問題とされる理由を把握することで、当該問題および犯罪の危険の内実を理解するとともに、それを要件の解釈に取り込むことを試みた。

なお、研究当初の計画では、外国における危険概念の分析の現状の調査や、本研究から得られた危険の理解について、比較法的見地から海外の研究者にインタビューを行うことおよび、その際にあわせて海外で資料調査を行うことも予定していたが、新型コロナウイルスの流行により、海外渡航を含む現地調査が困難になったため実施せず、比較法的な知見については、我が国で入手可能な文献の講読を中心に行うこととした。

4. 研究成果

以上の本研究によって得られた知見・分析について、論点・犯罪ごとに説明したい。なお、研究期間内に分析を終えられなかったが、今後も危険犯の研究を継続するにあたっての残された課題ないし展望についても、触れておくことにしたい。

(1) 放火罪

放火罪に関しては、本研究以前から研究を進めていたが、放火罪の固有の危険は、一旦生じた火災は行為者に支配できない形で発展・拡大していく点にあると考えている。そのような放火罪固有の危険性について、現住建造物等放火罪（刑法 108 条）および非現住建造物等放火罪（同 109 条）は、大規模な客体に火災が生じることをその徴表としている。そのため、「焼損」概念が

その中核として重要である。その内容について、「放火罪の既遂時期」刑法判例百選 II 各論（第 8 版、2020）164 頁では、最判昭和 25 年 5 月 25 日刑集 4 巻 5 号 854 頁を素材に、一般・学生向けに解説した。

これに対し、そのような客体の限定がないため、焼損が危険の徴表といえない建造物等以外放火罪（同 110 条）については、具体的危険として、「公共の危険」が必要とされており、どのような場合にこれが認められるのかについて、リーディングケースである最決平成 15 年 4 月 14 日刑集 57 巻 4 号 445 頁を素材に、「放火罪における『公共の危険』」法教 466 号（2019）36 頁において、一般・学生向けに解説した。

また、上述の発想は、後述する実行の着手の研究においても、他罪と異なる放火罪の実行の着手の考慮要素の特徴を分析する際の重要な基礎となっている。

（2） 実行の着手

実行の着手に関しては、近時、詐欺罪、窃盗罪に関して、重要な最高裁判例が出され、学会においても、実行の着手について犯罪ごとの差異が生じる可能性が指摘されるようになり、各論的検討の必要が指摘されるようになった（この点に関し、亀井源太郎ほか「学会回顧 2022」法律時報 94 巻 13 号（2022）44 頁も参照）。そのような問題意識から、複数の犯罪について各論的検討を行う共同研究グループに参加し、2024 年 6 月 2 日に開催される日本刑法学会ワークショップ「実行の着手」において、放火罪の実行の着手について、話題提供を行うこととなった。近時の放火罪の裁判例を中心に検討した結果、放火罪の実行の着手においては、意図しない発火の危険性や物理的な危険性が重視されていることや、妨害となる第三者の存在など、他罪とは異なる傾向も含まれることが明らかになった。これが、放火罪固有の議論なのか、未遂犯として処罰するために一般に要請されるものなのか、この後もさらに分析を深めていきたい。

また、共同研究の中で他の犯罪に関する実行の着手についても議論を重ねることができた。共同研究の開始以前から、実行の着手については、日本法、ドイツ法およびオーストリア法の文献調査等を行っていたが、改めて、実行の着手を各論的に把握した上で、実行の着手論全体を再構成する研究も行っていきたい。

（3） 不能犯

不能犯に関しては、日本法と同様、不能犯を不可罰とするオーストリア法について研究し、その調査結果を「オーストリアにおける不能犯について」法学志林 26 巻 2・3 号（2019）360 頁にまとめた。それによって、オーストリアでは、実行の着手論と不能犯論は別個独立の問題として理解されていること、危険判断の方法に関しても、客観的・事後的な立場から個別事案における特殊性のためではなくいかなる事情の下においても既遂があり得ないかを基準とする見解と観察者による事前的考察を基礎とする見解が対立していることなど、参考になる議論がなされていた。もっとも、その危険判断の方法や具体的帰結においては、なお不明瞭なものも多いように思われる。

日本法の議論に関しては、判例、学説の調査を行っているが、いまだ日本法で主張しうるような基準を自説として構築するに至っておらず、論文執筆に至っていない。実行の着手論との関係も踏まえて、今後も研究していきたい。

（4） 文書偽造罪

文書偽造罪に関しては、口頭の嘘と異なり文書の偽造が処罰されているが、偽造と虚偽文書作成は区別されており、私文書偽造罪は原則として偽造のみが処罰されるなど、その中核には偽造概念がある。そして、その理由を解明するために、口頭と文書の相違に着目し、従来は、特に文書のメリットに着目する議論がなされてきた。これは、文書の信用を保護すべき理由を説明できる一方で、偽造のみを処罰理由を説明することはできない。そうすると、なぜ文書偽造が処罰されるのかは、文書の利便性の反面として存在する、文書のデメリットに着目する必要があると考えた。すなわち、文書は、対面の場合と異なり真実性を判断する根拠に乏しいため、誰が作成したのかその内容を信頼する基礎となっている。そして、作成の真正が確保されていれば、口頭と同様にその内容の真実性の判断の誤りは自己責任として対応することが可能であると考えた。このように、文書というシステムに存在する弱点を補うため偽造を処罰することは、文書システムに対する信頼を確保することであるといえる。この意味で、文書偽造罪は、文書というシステムに対する危険犯であり、「偽造」という利用者の心理作用を通じた攻撃手段にその危険性が取り込まれていることから、どのように信頼を害するのかを文書の利用者の立場に立って分析することが重要である。

以上のような考察に基づき、最決平成 15 年 10 月 6 日刑集 57 巻 9 号 987 頁を素材として、「私文書偽造罪の本質」松原芳博編『続・刑法の判例（各論）』（2022）を執筆した。

（5） インサイダー取引

2023 年 12 月開催の刑事判例研究会において、インサイダー取引に関する金融商品取引法 167 条 1 項 6 号にいう「その者の職務に関し知ったとき」の意義が争われた最決令和 4 年 2 月 25 日刑集 76 巻 2 号 139 頁についての報告を行った。なお、この報告は、文章化し、加筆・修正を加えた評釈がジュリスト 1599 号（2024）に掲載予定である。インサイダー取引規制については、

当初の研究計画には含まれていなかったが、この報告を契機に検討するに際し、上述の文書偽造罪と類似した側面を有していると考えた。すなわち、「職務に関し知った」という要件は、内部情報を法人内部の役員等がどのような方法・態様で取得した場合に、当該情報を利用した金融商品の取引がインサイダー取引として規制されるかという問題である。この判断にあたっては、問題となる情報の取得が、一般投資家が有しない内部者としての特権的地位を利用したものであったかどうか問題となり、まさに一般投資家からの金融商品取引の公正さに対する信頼を失わせ、取引市場の機能を失わせる危険につながるためである。報告では、当該事案に即し、いくつかの考慮要素を取り上げ、職務に関し知ったかどうかの評価にどのように影響を与えるのかを分析した。

今後も、インサイダー取引に関する研究は継続する予定であるが、現在では、インサイダー取引として規制対象となる情報の取得方法・態様の問題について、判例評釈の枠にとらわれず、比較法的知見等も集めた上で、より一般的な分析を進め、2024 年度中の論文の公開を目標としている。

(6) 遺棄罪

遺棄罪は、我が国では、単純遺棄罪（刑法 217 条）と保護責任者遺棄・不保護罪（同 218 条）に分かれており、後者を加重しているが、この条文構造自体が特徴的である。例えば、単純遺棄罪と保護責任者不保護罪を同じ法定刑で規定する国（ドイツ刑法 221 条、オーストリア刑法 82 条）や、単純遺棄はなく保護責任者遺棄と保護責任者不保護罪を規定している国（スイス刑法 127 条）がある。我が国の制度は、保護責任者と遺棄・不保護の区別の両面での関係が問題になるため、これらの国よりも解釈が困難になっている面がある。

そこで、まずは、これらの立法趣旨を明らかにし、遺棄罪がどのような危険を把握しようとしているのかを分析するため、沿革を調査し、旧刑法における遺棄罪（336 条以下）および現行刑法の保護責任者不保護罪の原型である祖父母父母不奉養罪（旧刑法 364 条）について研究した。それぞれの調査結果について、「旧刑法における遺棄罪について」千葉大法学論集 38 巻 1・2 号（2023）256 頁および「保護責任者不保護罪の沿革について」『山口厚先生古稀祝賀論文集』（2023）379 頁を公刊した。旧刑法では、扶養義務の懈怠の要素と生命・身体に対する危険の要素が混在しており、さらに、遺棄罪では、保護された状態の剥奪、遺棄された場所による危険性、第三者による救助可能性など、複数の危険の要素が言及され、祖父母父母不奉養罪では必要最小限度の物質的・金銭的援助の懈怠が念頭におかれるなど、現在の生命または生命・身体に対する罪として単純化された理解とは異なった議論が行われていた。また、前者においては、当時のフランス刑法の遺棄罪との対比も行い、旧刑法の遺棄罪が、フランス刑法を参考にしつつ、その欠点を補充することを意識した独自の要素を有していたことも分かった。

現行刑法の制定過程においては、旧刑法の判例が、明文のない遺棄罪においても保護責任を要求していたことを前提に、祖父母父母不奉養罪の主体を拡張した保護責任者不保護罪と合わせて現行刑法の 218 条を制定するとともに、保護責任のない第三者が、被害者を移置した場合を新たに処罰する目的で 217 条の単純遺棄罪を新設する意図であったことも明らかになった。

現行刑法定後の判例・学説やドイツ、オーストリアおよびスイスの各国の遺棄罪の現在の議論状況については、既に調査を開始しているが、公刊するには至っていない。もっとも、現行刑法の遺棄罪の理解は、上述のように旧刑法の議論状況とは相違があり、どの時点で、どのような形で議論が変わったのかを特定することおよび、これまでの調査を踏まえて、現行刑法の性質の理解および解釈に結び付けることが今後の目標である。

(7) スイス法における生命の危険

以上の個別の犯罪の特徴と危険の関係が問題になる危険性の議論の仕方との対比のため、一般的な危険を問題にするスイス刑法の生命危険罪（129 条）および同様の文言が要件となっている強盗罪における加重事由としての「生命の危険」（140 条 4 項）について調査し、「スイス刑法における『生命の危険』について」法学志林 118 巻 4 号（2021）362 頁として公刊した。

これらの犯罪では、危険判断の方法よりも、客観的な危険の評価の観点から、考慮要素や危険の程度の具体化が議論されていた。また、容易に意図した行為を行えるかどうかと、意図せず結果が発生してしまう危険性という 2 つの観点の議論が意識して行われていた。

これらの観点は、既に、上述の実行の着手の分析においても採り入れており、今後の個別的な危険概念の分析において有用であると考えられる。

(8) 危険犯総論への還元

上記の個別の問題について、現行刑法の解釈論として、未だ不十分なものもあり、既に各項目で個別に言及したが、最後に、危険概念全体としての今後の課題を述べておきたい。すなわち、当初の研究計画においては、以上のような各論的検討を類型化して再度総論の議論として還元することも目標としていた。本研究においても、そのような類型化の一部は見てきた部分もある。例えば、文書偽造罪とインサイダー取引は、いずれもシステムが活用される条件として、利用者からの信頼が必要であるが、そのような信頼を損なうことが社会的法益に対する抽象的危険犯として捉えることができるという点で、類似性がある。このような危険は同じ社会的法益に対する危険犯でも、火災による物理的危険性を問題とする放火罪とは性質を異にしているよう

に思われる。しかし、現状では、このような類似点・相違点を理論的に整理・分類するまでには至っておらず、単に事実上のものに過ぎない。危険性の判断基準や考慮要素についても、もう少し共通部分を一般化する必要があると思われる。

そのため、今後も危険概念についての各論的研究を進めつつも、それぞれの危険概念の中で、共通する部分も見出し、類型化や総論への再構成も試みることが今後の重要な課題として認識している。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計7件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 0件／うちオープンアクセス 3件）

1. 著者名 佐藤輝幸	4. 巻 1599号
2. 論文標題 金融商品取引法167条1項6号にいう「その者の職務に関し知ったとき」に当たるとされた事例	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 ジュリスト	6. 最初と最後の頁 刊行予定
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 —
1. 著者名 佐藤 輝幸	4. 巻 38
2. 論文標題 旧刑法における遺棄罪について	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 千葉大学法学論集 = Chiba Journal of Law and Politics	6. 最初と最後の頁 256～200
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.20776/s09127208-38-1-p256	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 —
1. 著者名 佐藤 輝幸	4. 巻 118
2. 論文標題 スイス刑法における「生命の危険」について：危険判断における考慮要素抽出の素材として	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学志林	6. 最初と最後の頁 362(67)～332(97)
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.15002/00025507	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 —
1. 著者名 佐藤輝幸	4. 巻 別冊ジュリスト251号
2. 論文標題 放火罪の既遂時期	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 刑法判例百選II各論	6. 最初と最後の頁 164～165
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 —

1. 著者名 佐藤 輝幸	4. 巻 116
2. 論文標題 オーストリアにおける不能犯について	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学志林	6. 最初と最後の頁 360(51)～315(96)
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.15002/00023119	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 —

1. 著者名 佐藤輝幸	4. 巻 466
2. 論文標題 放火罪における「公共の危険」[最高裁平成15.4.14決定]	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 36-41
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 —

〔学会発表〕 計1件（うち招待講演 0件／うち国際学会 0件）

1. 発表者名 富川雅満、山田慧、東條明德、佐藤輝幸、深町晋也
2. 発表標題 ワークショップ「実行の着手」
3. 学会等名 日本刑法学会
4. 発表年 2024年

〔図書〕 計2件

1. 著者名 佐伯 仁志、大澤 裕、高山 佳奈子、橋爪 隆、佐藤輝幸ほか計46名	4. 発行年 2023年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 916
3. 書名 山口厚先生古稀祝賀論文集	

1. 著者名 松原芳博（編）、野村健太郎、濱田新、菊地一樹、福山好典、西貝吉晃、三重野雄太郎、大塚雄祐、木崎峻輔、荒木泰貴、増田隆、芥川正洋、富川雅満、佐藤結美、北尾仁宏、佐藤輝幸、藤井智也、藪中悠、山中純子、辻本淳史	4. 発行年 2022年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 288
3. 書名 続・刑法の判例（各論）	

〔産業財産権〕

〔その他〕

法政大学学術研究データベース http://kenkyu-web.i.hosei.ac.jp/Profiles/34/0003316/profile.html

6. 研究組織			
	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------