

# 実行行為——「現実的危険性」とは

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#10 / 動画: <https://youtu.be/HbqjThpdAiA>

第2章 構成要件 ④ / 動画の内容を見返し用にまとめたものです (動画には含みません)。

第一関門「構成要件」の客観的要素の1つ目が**実行行為**です (#8 で実行行為・結果・因果関係の3つと地図化した、その1つ目)。犯罪の"実行"がどこから始まるかを「**結果発生**の現

実的危険性」で線引きし、**処罰してよい行為の入口**を画する概念です。

## 実行行為の定義 [論文]

【論文の規範】**実行行為** 実行行為とは、特定の構成要件に該当する、(構成要件的)結果発生の実践的危険性を有する行為をいう。

### ★ 論文で書く規範

実行行為とは、特定の構成要件に該当する、**構成要件の結果発生の実践的危険性**を有する行為をいう。

→ 論文で書く定義。キーは「現実的危険性」=ただの行為でなく、結果を現実を起こす危険のある行為。

キーワードは「**現実的危険性**」です。実行行為は、ただ「何かをやった行為」ではありません。**結果 (法益侵害) を現実**に引き起こす**危険**をもった行為に限られます。たとえば殺人で「人に向かって歩く」は行為ですが**実行行為**ではなく、「拳銃を人に向けて撃つ」が**実行行為**です。

## なぜ「現実的危険性」で絞るのか = 処罰の入口を画す [短答・論文共通]

危険のない行為まで処罰すると、処罰範囲が際限なく広がります。たとえば藁人形に釘を打って人を呪い殺そうとしても、死の現実的危険はありません。これを殺人の実行として罰すると、刑法が内心や迷信まで処罰することになってしまいます。

刑法は法益を守る一方で、**人の行動の自由も守ります** (罪刑法定主義・自由保障=#3・#5と地続き)。だから「結果を現実

危険のある行為」だけに絞り、ここを処罰してよい行為の入口とします。弾の入った拳銃を人に向けて引くのは危険性あり（実行行

為)、空と分かる玩具の銃を向けるのは危険性なし（実行行為でない）。その行為が結果を現実に起こしうるかで線を引きます。

## 「現実的危険性」の判別 —— 結果を現実に起こしうるか

その行為が、結果（法益侵害）を現実に起こしうるか？

危険性あり = 実行行為

拳銃のケース

弾の入った拳銃を  
人に向けて引き金を引く  
→ 死の結果を現実に起こしうる

危険性なし = 実行行為でない

藁人形・玩具のケース

藁人形に釘を打つ/  
空と分かる玩具の銃を向ける  
→ 死の現実的危険はない

危険のない行為まで罰すると処罰範囲が際限なく広がる → 危険な行為に絞り「処罰の入口」を画す（自由保障）

図：現実的危険性の有無で実行行為性を判別する図解（板書）。

なお「危険をいつの時点で・誰の目線で測るか」という判断方法は、未遂犯の「実行の着手時期」や不能犯で本格的に争う論点で、#29（未遂犯）で扱います。今回は「危険性で画す」という意義までです。

### 予備と未遂の境＝実行の着手 [短答・論文共通]

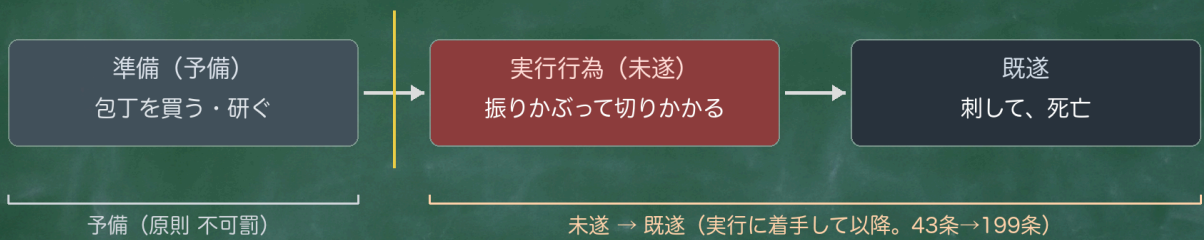
包丁を例に、時間の流れで見ます。

段階	例	扱い
準備＝予備	包丁を買う・研ぐ	現実的危険性が薄い。原則不可罰（殺人予備罪201条など、特別な予備罪のある犯罪のみ例外）
★実行の着手 → 実行行為（未遂）	振りかぶって切りかかる	現実的危険性が一気に高まる。ここから"実行"。未遂のはじまり
既遂	刺して、死亡	結果が発生

予備（準備）と未遂の境目が「実行の着手」です。

## 実行行為のはじまり —— 予備と未遂の境

★ 実行の着手 = 未遂はここから



図：予備・実行の着手（未遂）・既遂を時間軸で並べた図解（板書）。

【条文】 刑法43条（未遂減免） 犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自

己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

### 条文 刑法43条（未遂減免）

犯罪の**実行に着手して**これを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

「**実行に着手して**」が未遂処罰の出発点です。つまり**実行行為に着手したかどうか**が、未遂を罰せるかの分かれ目になります。実行行為は、未遂の起点でもあります。なお**実行の着手の具体的な時期の判断基準**（実質的客観説／窃盗の物色 最判昭23・4・17／クロロ

ホルム 最決平16・3・22／特殊詐欺 最判平30・3・22)、および**予備罪の一覧**は、未遂犯の**核心論点＝#29（未遂犯）**で扱います。今回は「**予備／未遂の境＝着手があること**」「**予備は原則不可罰**」までに留めます。

## 例外類型の予告（作為が原則）〔短答・論文共通〕

実行行為はふつう「何かをする＝作為」の形で問題になります（作為が原則）。ただし例外が2つあります。

- ① 不作為でも実行行為性が問題になる場合（不真正不作為犯＝親が溺れる子を見殺し）→ #11 (c2-5)。
- ② 間接正犯＝他人を道具に使うって実行する場合（道具理論）→ #12 (c2-6)。

## 短答ひっかけ

- 実行行為＝単なる行為ではなく「現実的危険性」が必要（藁人形の呪殺は実行行為でない）。
- 予備（準備）と未遂（実行の着手）は別。境目が実行の着手で、準備だけなら原則不可罰（殺人予備罪201条など特別の予備罪がある罪のみ処罰）。
- 実行行為は**作為が原則**。不作為（不真正不作為犯・#11）や、他人を道具に使う間接

正犯（#12）でも実行行為性が問題になる。

- 着手時期の判断基準・不能犯は今回では扱わず#29（未遂犯）へ送る（今回は「危険性で画す意義」まで）。

## 今日の地図（保存版）

- 実行行為＝結果発生の実現的危険性を有する行為＝処罰してよい行為の入口
- 危険のない行為（藁人形）は実行行為でない＝法益保護と行動の自由の両立（#3・#5）
- 予備（原則不可罰）／未遂の境＝実行の着手（43条「実行に着手して」）
- 作為が原則／例外＝不作為（不真正不作為犯#11）・間接正犯（#12）
- 送り：着手時期・不能犯 → #29／不真正不作為犯 → #11／間接正犯 → #12

次回は第2章⑤「不真正不作為犯——『何もしない』が罪になるとき」。作為が原則の実行行為について、例外として不作為に実行行為性が認められる場合を扱います。