

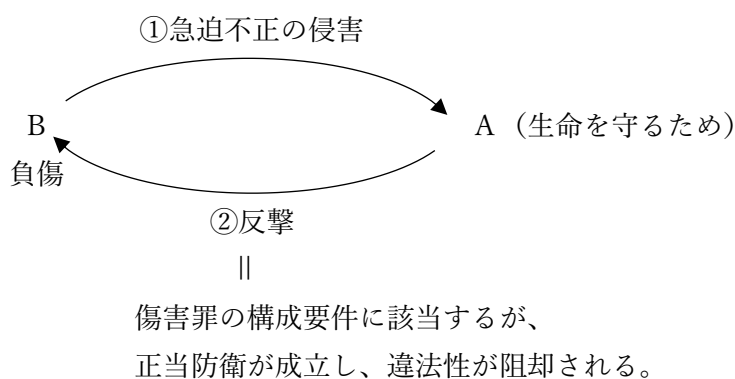
第4 正当防衛

1. 正当防衛の意義・根拠

(1) 意義

ア 正当防衛とは、急迫不正の侵害に対して、自己または他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為をいう（36条1項）。

イ 例えば、Aは、突然刃物をもったBから襲いかかれたので、自己の生命を守るために、Bに対して手元にあった木の棒で反撃したところBは大怪我をした。Aの行為は傷害罪の構成要件に該当するが、正当防衛が成立し、違法性が阻却される（犯罪不成立）。



(2) 法的性質・根拠

ア 正当防衛が成立すると、違法性が阻却される。

イ 違法性阻却の根拠

結果無価値論からは、不正な侵害者の利益は保護に値しないとして、法益性の欠如（ないし優越的利益の原則）を中心に説明する。行為無価値論からは、法秩序の侵害に対する反撃を認め、法の自己保全を図り、法秩序の存在を確証するため正当化される（これを法確証の原理ともいう）。

(3) 特徴

正当防衛は「正対不正」の関係である。したがって、正当防衛の成立要件は、緊急避難（法益権衡や補充性）と比べると緩和されている。

2. 正当防衛の成立要件

- | | |
|-------|----------------------|
| ① 急迫性 | 法益侵害の危険が切迫していること |
| ② 不正 | 違法であること |
| ③ 侵害 | |
| ④ | 自己または他人の権利を守るため |
| ⑤ | 防衛行為～防衛の意思（行為無価値論） |
| ⑥ | やむを得ずにした＝① 必要性、② 相当性 |

（１）急迫性

急迫性とは、法益侵害の危険が切迫していることをいう。すなわち、法益侵害の直前または現に進行中の状態である。過去の侵害や将来の侵害に対して正当防衛は認められない。

→ 過去の侵害に対しては自救行為が問題となるのみである。将来の侵害を予想して行われた防衛行為であっても、将来、侵害が現実化して初めて効果を生ずるようなものであれば、急迫性の要件をみたす（ex 忍び返し、自発銃等）

（２）不正

ア 不正とは、違法であることをいう。適法な侵害（ex.正当防衛）に対する正当防衛は認められない。

イ 不正な侵害は、客観的に違法なものであれば足り、侵害行為者が有責であるか否かを問わない。したがって、責任無能力者による侵害も不正な侵害として、正当防衛は可能である（客観的違法性論）。

ウ 対物防衛

対物防衛とは、物、とくに動物による侵害行為に対する防衛をいう。動物の侵害が36条1項の「不正」にあたるか。正当防衛が成立するかが問題である。

→ Xは鎖が外れ突然襲い掛かってきたYの飼い犬に対して、自己の身を守るために反撃し、怪我をさせた。Xに正当防衛が認められるか。

→ 動物の侵害に対する反撃行為に正当防衛が成立するかどうかは、動物の侵害が「不正」（36条1項）の侵害にあたるかという問題である。

a 対物防衛否定説（大判昭和12年11月6日）

正当防衛の成立を否定し、緊急避難が問題になるにすぎない。

（理由）

- ① 主観的違法性論では、侵害は違法行為能力者の故意または過失たることを要するから、当然に否定説となる。
- ② 客観的違法性論でも、法は共同体の規範であり、規範は人に対してだけに向けられるものである。動物の挙動や自然現象に対しては規範は機能しえないので、違法評価の対象とならない。したがって、不正（違法）は人間の行為に限られるとすれば、否定説となる。

b 対物防衛肯定説

動物の侵害行為についても正当防衛が成立する。

（理由）

- ① 客観的違法性論では、違法評価はおおよそ法益に対して侵害・脅威を与えるあらゆる違法状態に向けられるから、その対象は人の行為に限られず動物の挙動・自然現象も含まれる。「不正」とは客観的な違法状態をいうとすれば、肯定説になる。
- ② 侵害の源への反撃であるのに要件の厳格な緊急避難しか認めないのでは、被侵害者の保護に十分でない。
- ③ 正当防衛の成立要件としての「不正」は、犯罪成立要件としての違法性と一致する必要はない。

* 対物防衛の議論における注意点。

対物防衛の問題は、他人の故意・過失がない場合（不可抗力）に限定される。したがって、対物防衛否定説でも、動物その他の物が飼主・管理者などの故意・過失に基づく犯行の道具として利用された場合は、その侵害は、飼主または管理者自身（人間）の侵害にほかならないから、これに対しては正当防衛が可能である（これは、対物防衛の問題ではない）。

(3) 侵害

ア 侵害とは、他人の権利に対して、実害または危険を与えることをいう。故意の行為によると、不作為によるとを問わない。

イ 自招侵害

防衛者自らが不正の侵害を招いた場合（自招侵害）にも、それに対する反撃行為に正当防衛は成立するかが問題である。

→ XはわざとYを挑発してYによる不正の侵害を招いたうえ、これに反撃を加えYを負傷させた。このXの反撃行為に正当防衛が認められるか（①自傷行為→②相手方の侵害行為→③反撃行為）

→ 形式的に正当防衛の成立要件をみたした場合でも、挑発によって自ら招いた侵害行為に対して常に正当防衛を成立させるべきではない。正当防衛が不可罰とされる趣旨は、法秩序の存在を確認することから、社会的相当性を有するからである。とすれば、自ら正当防衛の状況を故意に招いて相手方の法益を侵害する行為は、法確証の利益に反し社会的相当性を欠くから、正当防衛は成立しない。これに対し、挑発行為が過失によるなど社会的相当性の逸脱の程度が低い場合や、相手方の軽微な攻撃が予想される挑発に対し相手方が異常に重大な法益を侵害する攻撃をなした場合には、正当防衛が肯定される余地があると解する。

* もともとの挑発行為が違法（不正）であるときは相手方の侵害自体が正当防衛となるから、これに対する防衛（反撃）行為については「不正の侵害」の要件を欠き、正当防衛は当然に成立しない。

ウ 喧嘩闘争

正当防衛は、現実には喧嘩闘争のような対立状況で問題になることが多い。喧嘩闘争は自招侵害の一場合である。

→ 正当防衛肯定説（最判昭和32年1月22日）

喧嘩闘争の全般の観察が必要であり、具体的状況により正当防衛が成立する余地がある。①喧嘩闘争は、不正対不正の関係であり、一般的には急迫性や防衛の意思が欠けるため、正当防衛は成立しない。②もっとも、喧嘩闘争の過程において、それまでの同等の立場における攻撃・防御が明らかに断絶したと認められる場合には、正当防衛の成立する余地がある。

（４）自己または他人の権利

ア 正当防衛は、自己または他人の権利を防衛するために成立する。

権利は、広く正当な利益を意味する。他人は、自然人に限らず、法人や他の団体も含む。他人の権利について行われる正当防衛を「緊急救助」という。

イ 国家緊急救助（国家正当防衛）

36条1項の「他人」のなかに国家等を含めてよいか。公共的利益に対する正当防衛が成立するか。「他人」の中に国家等も含まれ、限定的に、公共的利益に対する正当防衛が成立すると解する（判例・通説）。なぜなら、刑法は公共の福祉を含めたすべての法益を保護しようとしており、国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合においては、限定的にこれを認めてよいからである。

◆最判昭和24年8月18日

判旨：「公共の福祉を最高の指導原理とする新憲法の理念から言っても、公共の福祉をも含めてすべての法益は防衛せらるべきであるとする刑法の理念から言っても、国家的、国民的、公共的法益についても正当防衛の許さるべき場合が存することを認むべきである。だがしかし、本来国家的・公共的法益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」

ウ 防衛の効果がない緊急救助

第三者のための正当防衛（緊急救助）において、反撃行為によって防衛の効果がなかった場合（防衛に失敗した場合など）にも正当防衛が成立するか。

- 正当防衛が不可罰とされる根拠は、急迫不正の侵害に対する反撃を認めて、法秩序の存在を確証し、法秩序が維持されるからである。とすれば、結果的には防衛の効果がなかった場合でも、侵害者の違法行為は抑止され、法秩序の存在は確証されうから、防衛効果を持ちうる可能性が十分に認められる限り、正当防衛が成立すると解する。

(5) 防衛行為

ア 防衛するための行為は、その性質上、侵害者に向けられた反撃でなければならない。反撃が第三者に向けられた場合は、正当防衛は認められない（緊急避難の余地があるのみ）。

イ 防衛の意思

防衛行為は防衛の意思に基づくものであることを要するか。これは主観的違法要素を認めるかの問題の1つである。

- XはYを殺意をもってピストルで射殺した。ところが、たまたまYもXを殺害しようとピストルの引き金を引くところだった（偶然防衛）。
- 防衛の意思必要説（偶然防衛否定説）
違法性の実質としては、結果無価値性のみならず、行為の態様が社会的相当性を逸脱したかという行為無価値性をも考慮すべきである。とすれば、正当防衛が成立するためにも、防衛の意思が必要であると解すべきである。したがって、正当防衛を認識しないで客観的に正当防衛になった場合（偶然防衛）には、正当防衛は成立しない。もっとも、正当防衛は緊急事態に対するとっさの反撃行為であることが多いので、積極的な防衛意思を要求することは実情に合わない。したがって、防衛の意思の内容は、急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りると解すべきである（判例）。

- * 偶然防衛の処理として、未遂犯説もある。この説は、防衛の意思必要説を前提にしつつ、客観的に防衛の効果が生じたので結果無価値はなくなり、既遂犯とはならず、行為無価値の存在する範囲で犯罪（未遂罪）が成立すると考える。

◆最判昭和46年11月16日

判旨：「刑法36条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない。」

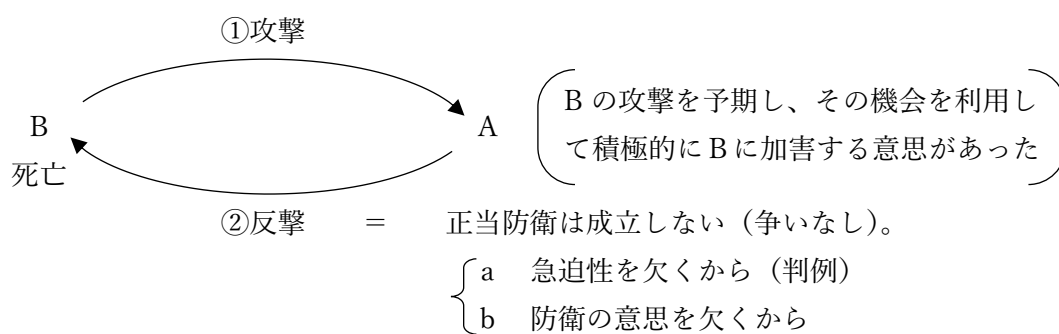
◆最判昭和60年9月12日

判旨：「被告人の『表に出てこい』などという言葉は、せいぜい、防衛の意思と併存しうる程度の攻撃の意思を推認せしめるにとどまり、右言葉の故をもって、本件行為が専ら攻撃の意思に出たものと認めることは相当でない」。

ウ 積極的加害意思

反撃者が侵害を予期し、その機会を利用して積極的に相手方を攻撃する意思（積極的加害意思）があった場合には、正当防衛は成立するのかが問題である。

- XはYの攻撃を予期し、その機会を利用して積極的に反撃を加えYを痛めつけてやろうと待機していた。Yが攻撃してきたので反撃を加え、Yを死亡させた。



（ア）判例

相手方の侵害が予期される場合でも、直ちに急迫性が失われるものではないが、さらに予期された侵害の機会を利用して積極的に相手方に加害行為をする意思がある場合には、防衛行為が違法であるというべきだから、侵害の急迫性を欠き、正当防衛は成立しないと解する。

（イ）学説

予想された侵害の機会を利用して積極的に相手方を加害する意思がある場合には、主観的正当化要素である防衛の意思を欠き、正当防衛は成立しないと解する。

- * 判例は、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛は成立しないとしていた（最判昭和50年11月28日）が、その後、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件をみたさないとした（最決昭和52年7月21日）。

◆最判昭和50年11月28日

判旨：「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても、正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである。」

コメント：本判決は、積極的加害意思があるときは防衛の意思を欠くとした（昭和52年決定で急迫性を欠くという枠組みが示される）。他方、昭和46年判決と同じく、防衛の意思と攻撃的意思は併存しうることを示した。

◆最決昭和52年7月21日

事案：中核派に属する被告人らは、革マル派からの攻撃をいったんは撃退したが、再度の攻撃を予期し鉄パイプ等を準備していたところ、予期したとおり再度の攻撃を受けたので共同で暴行を加えた。

判旨：「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。」

コメント：本決定は、将来の侵害が予期されたとしても急迫性は失われませんが、積極的加害意思で侵害に臨んだときは侵害の急迫性の要件をみたさないとして、正当防衛の成立を否定した（兇器準備集合罪および暴力行為等処罰に関する法律違反）。

- * 昭和50年11月28日と昭和52年7月21日の関係が問題となる。一般的には、50年判例は反撃行為時における主観的事情を問題にした事例であり、52年判決は、侵害を予期している時点（反撃行為に及ぶ前の段階）の主観的事情を問題にしている、と整理されている。

(6) やむを得ずにした行為

具体的には、防衛行為の①必要性和②相当性が要件となる。

ア 通説

正当防衛においては①必要性および②相当性が必要であるが、これらの要件を厳格に解する必要はない。「必要性」は、必ずしも他にとるべき方法のなかったことまで必要としない。「相当性」も、社会通念上防衛行為として妥当性があればよく、「法益の権衡」も、緊急避難におけるように厳格である必要はない。なぜなら、正当防衛は「正対不正」の関係において問題となり、「正対正」の関係である緊急避難とは性格を異にするからである。

→ 「必要性」は、不正の侵害を排除するのに必要かどうかという程度の意味しかないので、実際に重要な機能を果たしているのは「相当性」判断である。

イ 防衛行為の許容範囲

かつての判例は、「防衛手段として必要最小限度のものであること」を要求した（最判昭和44年12月4日）。そのため、侵害に用いられた手段と防衛手段とを比較する立場（武器対等の原則）が広まることになった。しかし、行為だけを基準として侵害結果を度外視することは不当であり、「武器対等の原則」を形式的に適用すべきでない（最判平成元年11月13日）。具体的に、急迫不正の侵害の程度を考慮しつつ、他方、他にとりうる防衛手段の容易性を考慮し、許される法益侵害の程度を検討する方向に移行してきている。

◆最判平成元年11月13日

事案：空地の駐車をめぐるトラブルで、若く体格にも優れた被害者が「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら被告人に近づいて来た。被告人は後ずさりしたが追いかけて目前に迫られたため、とっさに包丁を手にとって脅して被害者の接近を防いだ。

判旨：「被告人がAに対し本件菜切包丁を示した行為は、今にも身体に対し危害を加えようとする言動をもって被告人の目前に迫ってきたAからの急迫不正の侵害に対し、自己の身体を防衛する意思に出たものとみるのが相当であり、…Aからの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない。そうすると、被告人の…所為は刑法36条1項の正当防衛として違法性が阻却される」。

コメント：本判決は、素手に対して刃物で反撃したが、「武器対等の原則」を実質的にとらえて相当性を認め、正当防衛の成立を肯定した（暴力行為等処罰に関する法律違反は不成立）。

<相当性の判断基準>

防衛行為の相当性は、防衛手段として必要最小限度のものであることを意味する。その際には、保全法益と侵害法益との間の衡量は要求されていない（最判昭和44年12月4日）。本判決を、結果ではなく、行為態様の衡量、すなわち侵害行為と防衛行為の危険性の比較衡量によって、防衛手段の相当性を判断したものとする理解が有力化する。

最判平成元年11月13日は、被害者の暴行態様と被告人の防衛行為態様を具体的に比較衡量して、防衛行為の相当性を認めたものと理解されている。そして、本判決の意義は、「武器対等の原則」を形式的に適用するのではなく、被告人と被害者の年齢や体力の差や、武器の用い方（もっぱら防御的な対応）などを考慮しつつ、行為の危険性の衡量を実質的観点から行った点にある。

更に、最判平成9年6月16日は、侵害行為と防衛行為の危険性の比較考量により相当性を判断し、侵害者の攻撃力の減弱に着目しつつ、平成元年判決と逆の方向性で武器対等原則を実質的に適用したのである（対等に見えるようでそうではない、という判断）。

致死的な危険性の乏しい侵害が加えられた場合、被告人の防衛行為の態様も危険性の乏しいものであれば、防衛行為の相当性が肯定される場合が多い。もっとも、行為態様が比較的軽微であれば、いかなる結果が生じても常に相当性が認められると判断したものではない。具体的な事実関係に照らして、当該防衛手段を採る必要が高く、それ以外の手段を選択することが困難であったことが重要な考慮要素とされている。行為を単独で評価すべきではなく、正当防衛の具体的状況、不正な攻撃者と防衛者の性別、年齢、身体的条件などを比較考量して、防衛手段の相当性が判断されるべきであろう。

<相当性判断の具体的判断基準>

- ① 侵害にさらされている法益の種類、侵害行為の態様、殊に急迫性の緩急、攻撃の強度・執拗性・危険性、
- ② 反撃行為の態様や強度、反撃行為によって侵害しようとした法益の種類、
- ③ 他に採り得る手段の有無やその容易性等の事情を総合考慮して決せられる。

<退避可能性と相当性判断>

現場から退避すれば確実に危険を回避できる場合に、防衛行為者は退避すべきであったとして、現実の防衛行為について相当性が否定されるか、という問題がある。

従来：「正は不正に譲歩する必要はない」＝防衛行為者の退避義務否定

近時：一定の場合に防衛行為者に退避義務を課す見解が有力

安全確実に退避できるのに当初から質的過剰行為に出たときは、「防衛する為」の行為とも言えず、過剰防衛も認めない。それ以外の場合であっても、退避可能性の存在は状況の緊急性の程度を緩和するものなのであるから、退避可能性の存否・程度は防衛行為の相当性判断の重要な資料となり、退避可能性がなければ相当と評価される防衛行為であっても、その可能性がある場合には過剰防衛とされる場合がありうる。

防衛行為者が現場に滞留することについて特段の利益が認められない場合、行為者に現場からの退避を要求することも不合理ではないから、退避すれば確実に身を守ることができる場合には、防衛行為者に退避義務が課されると考えるべき。したがって、防衛行為者が退避義務に反して防衛行為に出た場合、防衛行為の相当性が否定され、過剰防衛が成立する。

これに対して、自宅やオフィス等で侵害に直面した場合には、原則として現場に留まることについて正当な利益が認められるべきである。正当防衛は、「正」対「不正」の関係を規律するものである以上、防衛行為者に一定の回避措置が要求されるとしても、それは身をかわす行為やごく短期間、別室に退避する行為のように、「退避」とまでは評価されない程度の行為か、あるいは、より軽微で確実な防衛手段を入手して対抗行為に出るために、一時的に現場から退避する行為などに限られるべきである。

◆大阪高判昭和42年3月30日

「必ずしも他に執るべき方法がない場合に限るというわけではないが、その一面侵害を容易に避けうるにかかわらず逃避しないで重大な反撃を加えるのは、権利の正当な行使とはいいがたい・・・」。

◆大阪地裁昭和38年8月8日

防衛手段が被害者を死に至らしめる危険なものであったことに加え、「本件の場合、被告人が逃げようと思えば逃げるのにさほどの困難はなかったと思われる」と判示した。

もっとも、退避可能性があったということは、現場の緊迫性がそれほど深刻なものではなく、より軽微な対抗手段の選択可能性をうかがわせるものと言える。更に退避可能性が他の諸事情と総合的に考慮されて相当性が判断されていることもあり、退避義務がいかなる場合に認められ、相当性の判断といかなる関係に立つかは必ずしも明確にはされていない。

コメント：本判決は、早すぎた構成要件の実現であるが、包丁による刺突行為から捕まえようとする一連の行為について殺人の故意を肯定し、第1行為は実行行為の一部として、殺人既遂罪の成立を認めた。

◆最決平成16年3月22日

事案：被告人は、被害者を自動車に誘い込みクロロホルムを使って失神させたうえ（第1行為）、自動車ごと水中に転落させて溺死させる（第2行為）との計画を立ててこれを実行した結果、被害者を死亡させた。ところが、被害者の死因がクロロホルム摂取に基づく呼吸停止等である可能性があった。

判旨：「第1行為は第2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ったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

コメント：本判決は、早すぎた構成要件の実現であるが、第1行為の時点で殺人の実行の着手があるとし、第1行為から第2行為までの一連の殺人行為に殺人の故意も肯定して、殺人既遂罪の成立を認めた。

<最高裁平成16年3月22日（クロロホルム事件）の分析>

1. 刑法43条「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」を未遂処罰。
 - 実行の着手時期は実行行為（＝構成要件該当行為）の開始時点
 - これが判断の出発点であり、しほりでもある（罪刑法定主義）。
 - しかし（純粹な）形式的客観説からくる不都合性
 - 密接行為説（大審院昭和9年10月19日）の登場（形式的客観説を緩和）。
- * 構成要件該当行為に密接な行為がなされた時点。密接性判断の際には、法益侵害の危険性も考慮しているようである（「他人の財物に対する事実上の支配を犯すに付き密接なる行為」大審院昭和9年10月19日）
2. 未遂犯を処罰するのは、その行為が結果発生 of 具体的危険性を持っているからである…その危険が切迫したものであるところに未遂が予備から区別される実質的な理由がある…切迫

した危険といってもその程度にはかなりの幅がありうる。したがってこれを明確にするためには、形式的ないし時間的な限定が必要である。しかしそれは必ずしも構成要件的特徴を持つ行為そのものである必要は無い…このような行為で結果発生の切迫した危険を持つものが実行の着手だ、ということになる（平野龍一／刑法総論Ⅱ）

→ 既遂に至る客観的な危険性が発生した時点で実行の着手を認める（最高裁昭和45年7月28日）＝実質的客観説

3. 結論

刑法43条の文言上の制約からくる「密接性」基準と、未遂犯の処罰根拠から導き出される「危険性」の基準の双方を考慮に入れるべきである。

4. 「危険性」判断の作法

計画的犯行の事案においては、実行着手の時期を判断するに当たっては、犯人の計画をも判断資料に加えるのが相当である（犯人が家宅に侵入して金品物色の為筆筒に近寄った行為は事実上の支配を犯すについて密接な行為をしたものであると評価できる旨判示。大審院昭和9年10月19日）。ただし「願望」は考慮しない。

5. 「ある犯罪の既遂に至る客観的な危険性」とは？

①「実行の着手に当たるかどうかが問題とされている行為」から「当該犯罪の構成要件該当行為に至る客観的な危険性」を意味し、②「実行の着手に当たるかどうかが問題とされている行為自体」から「当該犯罪の既遂の結果に相当する結果（既遂の結果）が発生する物理的な可能性」を問題にしているわけではないので注意。

→ 仮に、人を死に至らせる可能性のあるクロロホルムではなく、そのような可能性の全く無い薬物（ただし被害者を確実に失神させることのできるもの）を用いたものであったとしても、第1行為を開始した時点において殺人罪の実行の着手があったとする結論に変わりはないと思われる。

6. 重視すべきファクター

① 準備的行為と構成要件該当行為の不可分性

犯人の計画等に照らして、準備的行為が構成要件該当行為を確実かつ容易に行う為に必要な不可欠であり、両行為が一連の行為として不可分の関係にあるといえるかどうか。

② 準備的行為と構成要件該当行為との時間的場所的近接性

犯人の計画等に照らして、準備的行為と構成要件該当行為との間に時間的場所的近接性があると言えるか否か。時間的場所的近接性を肯定できる場合には、密接性基準も危険性の基準も満たすことが多いであろう。時間的場所的近接性がやや弱い時に、犯人の

犯意が強固であるといった要素によりこれを補うことができるかどうかについては議論の余地あり。

③ 準備的行為終了後の障害の有無（結果発生の自動性）

犯人が準備的行為に成功した後に計画を完遂する上で障害となるような特段の事情があるかどうか。時間的場所的近接性がやや弱い場合であっても、犯人の計画の内容に照らして、準備的行為の完了により、計画の重要部分を終えたと評価できる場合や障害を乗り越えたと評価できる場合には、危険性の基準のみならず近接性の基準も満たしたものと認められることが多いであろう。

④ 準備的行為自体が成功する可能性

犯人が準備的行為を成功させるに足りる人的物的な準備をしているか否か。実行犯の人数、犯行道具の準備状況、犯行の時刻・場所や被害者の状況などを考慮する。準備的行為が構成要件に該当行為に密接したものであるとしても、犯人において準備的行為を成功させることが困難であると認められるならば、危険性の基準を満たさないと評価されることになろう。

* ③についての考察

「殺害目的で密かに数ヵ月後に爆発する時限爆弾装置を備え付けた場合、爆破の直前の時点まで予備にとどまると考えるべきではないと思われる…結果発生¹の時間的切迫性よりも、むしろ結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不存在、言い換えれば、結果発生²の自動性が危険判断の基準とされるべきなのである…このように結果発生（犯罪の実現）の時間的切迫性かそれとも結果発生（犯罪の実現）の自動性のどちらかがあれば着手を認めてよい（学説）。

7. 強制性交等罪のダンプカー助手席への引きずりこみ事件（最高裁昭和45年7月28日）をアレンジして、暴行を用いることなく、被害者をだまして自動車内に連れ込んだ事例としたらどうであろうか。形式的な構成要件による限定をどこまで重視するかという問題である（43条の解釈論からくる限界の問題）。だます行為と後の暴行行為との間に断絶があり、だます行為はそれを強制性交等の実行行為の直前行為と認めることができないので実行の着手は否定されるべきであろう。実行の着手を認める為には、単に危険性（すなわち時間的な切迫性又は障害の不存在）があればそれで足りるというものではないということである。最低限、構成要件に該当する行為に直接に接続する「直前行為」（ないし密接行為）が行われることが必要であり、それ以前にまで着手時期を遡らせることは刑法43条の解釈の限界をこえる。

8. 構成要件に該当する行為に直接に接続する「直前行為」(密接行為)について。

「直前行為・密接行為」＋「実行行為」

↑

実行の着手時期

直前行為・密接行為として許容される行為とは何なのか。何でもよいのかどうか。

① 殺人罪であれば、人を死に至らせる可能性のある行為が実行行為であるから（手段非限定型犯罪）、それに関連する行為は比較的幅広く取り込むことができそうである（状況・計画にもよる）。

② 強制性交等罪はどうか。構成要件として実行行為は暴行・脅迫と規定されておりかなり限定的である（手段限定型犯罪）。しかも犯行を抑圧するに足りるものでなければならぬ。関連する行為は狭くなりそうである（詐欺的行為は含まれない等）。

③ 放火はどうか。いわゆる「放火行為」が実行行為である。対象物に現実的に火を放つ必要があるのかどうか。下級審判例はわれているが、点火行為以前でもガソリンを撒く行為や、自働発火装置を取り付ける行為などは、危険発生の程度や、装置の精巧性、装置が事前に発見される可能性等を考慮し、含ませることができると言えそうである。しかし、放火の目的で他人の住居に侵入しただけでは、放火罪の実行の着手ありとはいえない（大判明治43年2月28日）。

9. 時間的場所的近接性について

必ずしも、結果発生の実確性・容易性に還元できる条件ではない。時間的場所的隔離は、多くの場合、結果惹起の実確性を減殺させる要因にはなる。

例：時限爆弾を設置し、起爆する時期が数週間後の場合、設置段階で殺人罪の実行の着手を認めることができるか？

爆発するまでに、誰かによって発見される可能性が高い場合には結果惹起が阻止される可能性があり、結果惹起の実確性が不十分になってくる。（大阪地裁昭和57年4月6日は、被害者の自力脱出の可能性・第三者による救助の可能性、犯行計画の未確定さなどを理由に、時間的隔離がある場合に、気絶させた行為に殺人罪の実行の着手を否定した）。

しかし、設置場所によっては、爆発するまでに発見される可能性がおよそありえない事例もありうる。この場合はどうか。時間さえ経過すれば、結果惹起は確実といえる。しかし平成16年判例に照らすと、時間的場所的近接性を満たさず、時限爆弾をセットした段階では、殺人罪の実行の着手は認められないであろう。判例が、「障害となる特段の事情が無いこと」要件と、「時間的場所的近接性」要件を書き分けたことを考慮すれば、時間的場所的近接性要件は、結果発生の実確性の問題に解消されるわけではないと見るべきである。隔離犯に関する判例の立場とも整合する（大判大正7年11月16日）

10. 平成16年判例の射程の捉え方（オートマチック性について）

例1：妻が夫を毒殺する目的で毒入りウィスキーを戸棚に隠していた場合はどうか。

一般的には「殺人予備」どまりとされてきた。しかし、夫が全く怪しまず毒入りウィスキーを飲む蓋然性が高い場合はどうか？しかも妻の犯行計画が比較的近い将来に飲ませることが予定されていた場合はどうか？平成16年判例の基準に従えば、準備段階で殺人未遂との評価がされるのではないだろうか。これに対しては、ウィスキー準備行為は、単なる「準備」であり、「殺害の遂行」ではないとの批判がある。しかし、クロロホルム吸引それ自体での死亡の危険性を考慮することなく、第1行為段階で実行の着手を肯定しているのだから、両者を質的に区別することは困難である（「それ自体が、「実行の着手にあたるかどうか」が問題とされている行為自体」から「当該犯罪の既遂の結果に相当する結果（既遂の結果）が発生する物理的な可能性」を問題にするのではない）。

例2：屈強な男性数名が凶器を所持して、一人暮らしの老人の家に強盗目的で侵入した場合、侵入行為は不可欠の前提行為であり、時間的場所的近接性もあるとして、侵入段階で強盗の実行の着手を認めることができるか？

この場合にまで、実行の着手を認めるのはいき過ぎではないか。被害者がなお抵抗する可能性が残されているので、わずかながら障害が残っていると評価すべきであろう。本決定の射程を考える際には、本件被害者が、クロロホルムで昏倒しており、およそ抵抗の可能性が封じられていたことが重要といえそうである（また、強盗罪の実行行為の定型性から見ても、「密接行為」と見ることは厳しい）。

【コメント】

第1行為がなされれば、第2行為（実行行為本体）が「オートマチックに」行われるという場合に限定して適用すべきであろう。未遂犯の成立範囲が大幅に前倒しされる可能性があり、未遂犯処罰が政策的な処罰拡張事由であることを考慮すると、慎重な対応をすべきである。