

## 最近の最高裁判例と学説の対応

山 口 厚

- 1 趣 旨
- 2 正 当 防 衛
  - 2.1 基本的な判断枠組みの確認
  - 2.2 問題状況
  - 2.3 平成29年判例
  - 2.4 判例の意義と学説の対応
- 3 未 遂
  - 3.1 伝統的な判例の立場
  - 3.2 近時の判例
  - 3.3 判例の意義と近時の学説及びその評価
- 4 おわりに

### 1 趣 旨

本日は皆さんにお話する機会を得て、大変嬉しく存じます。このようなことの実現を可能にいただいた関係の先生方に厚くお礼を申し上げます。

本日はお話する内容ですが、「最近の最高裁判例と学説の対応」とさせていただきます。それは、まず、近年、注目される最高裁判例が出されたということが挙げられます。つまり、本日取り扱う刑法の領域で、判例の

顕著で新たな展開が見られたということです。このこと自体十分に検討に値するものであり、刑法を学修している皆さんにとってはそれがまずは大切なことでしょう。したがって、その内容・意義についてお話させていただきます。それと同時に、そうした新たな判例に対する学説の対応自体に大変興味深いものがあり、学説のあり方を考えさせるものがあります。私は、最高裁から学界に戻って最近の学説に改めて接したとき、その一部について正直申し上げて若干の「違和感」を持ちました。その原因は何かと考え続けています。学説のあり方、とくに判例との距離感の取り方については、すでにその一部を日本刑法学会の記念講演でお話し、その内容は日本刑法学会の機関誌である「刑法雑誌」にも掲載されています。違和感の対象は、とくに若手の優秀な研究者の方々の優れた研究に向けられており、実は、研究の手法や主張が優れてはいるものの行き過ぎてバランスを欠き、そのために疑問を生じさせてしまっている部分があるのではないかと考えているところです。このような「違和感」は私が年を取っただけのことかもしれませんが、そういつて済ませておけない問題があるように思い、学説の背景に関わることとして、皆さんが学説を勉強される際の参考になればと、お話させていただこうと考えた次第です。

本日は、二つの領域に関する最近の判例とそれに対する学説の対応について検討したいと思います。その二つの領域とは、「正当防衛」と「実行の着手」です。問題の根は同じですが、それぞれ、やや問題状況が異なっています。その内容を詳しくお話する前に、それらの状況を概括的にまとめておきたいと思います。

まず「正当防衛」については、違法性阻却・正当化の閾門としての機能を果たしている「急迫性」の要件について、その判断にあたり、どのような事情を考慮して検討するかが問題となってきました。かつては、「侵害の予期と積極的加害意思」によって急迫性を否定するという昭和52年7月21日の最高裁判例の下で実務が展開し、学説も議論してきましたが、その後、自招侵害に関する平成20年5月20日の最高裁判例が出されるに至りま

した。そして、平成29年4月26日の最高裁判例によって昭和52年判例が修正されることになり、その理解について学説の検討が行われています。平成29年判例はいくつかの種類の考慮事情を挙げて急迫性の判断をすべきことを示しましたが、それをどのように理解するかが問題となっているわけです。学説は、様々な事案に妥当する包括的・一般的な理論を構築することを目指しますので、その結果、私の見るところ、「過度の抽象化」が生じてしまっているのではないかと思います。それは判例・裁判例の処理を前提とした一種の「帰納的な方法」によって得られた判断基準・考え方が過度に抽象化したためであるように思われるのです。それ自体は学説の展開としては十分ありうることで、事案処理との整合性を過度に確保しようとすることによって、得られた知見に基づく解釈が抽象化・一般化し、そして「抽象化した理解のトートロジー化」（つまり、それ自体に誤りはないものの、内容が当たり前の無内容なものになること）のおそれが生じかねないことになっているのではないかと思います。

次に「実行の着手」ですが、これも判例の結論を無理なく正当化しようとする観点から、いわば「過度の正当化」とでもいうべき現象が生じてしまっていないかが問題となるように思われます。つまり、最近では実行の着手論と不能犯論は異なった根拠によって解決されるべきではないかということ自体が、正面から問題とされるに至っています。不能犯を処罰するのが原則であるドイツの学説では当然そうなのですが、わが国でもこのような問題設定がされるようになってきているのです。こうした問題設定の意義とその理解（何のために、何を目的としてそのような問題設定をしているのかということ）自体が実は問題です。また、実行の着手時期を前倒しするかのよう最近の判例を説明するために、「新たな見解」も一部で主張されています。実は、これが「新たな見解」なのかということ自体問題であり、過去に否定された理解と同様の主張に帰着する、いわば「学説の先祖返り」現象が見られるのではないかという問題があるように私には思われました。これは、判例の結論を正当化しようとするために、そのためには必ず

しも必要でない、行き過ぎた主張による「過度の正当化」が生じているためではないかということです。そこでは、意識的か無意識的かは別として、判例追従主義が生じていないかも気になるところです。ここでは、判例をどのように評価するかが問われているともいえるでしょう。また、過去の学説史の検討・評価のあり方も問題とされるべきだと思います。

本日は、「正当防衛」と「実行の着手」に関する最近の最高裁判例を2件取り上げ、それに対する学説の新たな対応を紹介して、その意義や問題点について検討したいと思います。

## 2 正当防衛

### 2.1 基本的な判断枠組みの確認

それでは、まず「正当防衛」の問題を取り上げます。正当防衛の解釈にとって重要なのは、その成否に直結する要件として、「侵害の急迫性（関連して、自招侵害）」の問題と「防衛の意思」の問題です。これらが否定されると正当防衛ばかりでなく、過剰防衛も認められないという意味で、とくに急迫性については正当化の関門をなす重要な要件として理解されています。本日は急迫性の要件を中心に取り扱うことにします。

かねて実務では、喧嘩闘争における正当防衛規定の適用のあり方が問題とされてきました。その重要な出発点となる判例として、昭和23年7月7日の最高裁大法廷判決があります。これは、「喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみては、刑法36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」として、全体的・実質的考察の必要性を説いたものですが、昭和32年1月22日の判例は、この大法廷判決を喧嘩闘争においても正当防衛が成立する場合がありますと認めるものと理解しました。そして、その後は、正当防衛の成否は、急迫性や防衛の意思と

いった個別の要件の存否として検討されることになったわけです。

そこで、近年の議論の出発点をなすものとしてとくに重要なのが、昭和46年11月16日の判例です。これは、まず急迫性について、「刑法36条にいう「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。」としました。そして、防衛の意思については、「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。」「かねてから被告人がC（侵害者）に対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり（この場合には防衛の意思は否定される）、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認められる」という重要な判断を示しています。なお、防衛の意思については、さらに、昭和50年11月28日の判例が、「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。」「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」としています。

本日の中心的な話題となる侵害の急迫性について実務に多大の影響を及ぼした重要な判例が昭和52年7月21日の判例です。これは、急迫性の要件について、「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」、「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こととどまらず、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。」と判示しました。つまり、予期した侵害を避ける義務は課されておらず、侵害の予期によって直ちに急迫性は失われませんが、侵害の予期と積極的加害意思で急迫性は否定されるという有名な判断を示したわけです。これ自体どのように理解するかが議論になりましたが、本日はこの点にひとまず深入りせず、その判断を確認するにとどめたいと思います。また、侵害に先立つ事情によって正当防衛を否定する点で、昭和52年判例が対象とする状況と類似しているのが、侵害に対抗する者が侵害を招致したという自招侵害の事例です。このような事例の処理について、平成20年5月20日判例は、「相手の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、相手の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件侵害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」として、侵害の予期を問題とすることなく、そして急迫性を否定するのではなく、正当防衛の成立を認めなかったわけです。

## 2.2 問題状況

こうした状況が平成29年4月26日の判例以前の状態でした。とくに、侵害の予期と積極的加害意思によって急迫性が否定されるとする昭和52年判例が重要であり、そして、これが急迫性を否定するために必要となる要件だと理解されていたと思われることから、急迫性を否定して正当防衛の余地を認めるべきでないと考えられる事案の処理にあたり、積極的加害意思を肯定することが必要となると理解されたため、正当防衛は否定されるべきだと思われるものの積極的加害意思が認められるかの判断が微妙な事案

では、適切なあてはめができないという評価がなされる一方、正当防衛の成立を否定するために、積極的加害意思を無理して肯定する傾向も見られるとの指摘もなされていました。考えてみますと、侵害の予期と積極的加害意思があれば急迫性が否定されることはひとまずよいとしても、急迫性を否定するために、積極的加害意思が必ず必要となるとの理解に十分な根拠があるのかについては疑問ないし検討の余地があります。そうした状況に対する最高裁の対応として出されたのが平成29年4月26日の判例です。

### 2.3 平成29年判例

事実関係については、時間の関係で省略させていただきます。

最高裁は、「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである〈正当防衛の趣旨を判示〉。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については〈侵害を予期した場合の急迫性の存否に問題状況を設定〉、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和46年11月16日第三小法廷判決参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである〈考慮事情の拡張〉。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に向向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意内容等を考慮し〈類型的考慮事情の明示〉、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和52年7月21日第一小法廷決定参照）など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである〈正当防衛の趣旨に照らした判断〉。」としました。そし

て、こうした理解の本件へのあてはめとして、「前記事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと〈考慮事情は先行事情に限られない〉、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」としたわけです。

## 2.4 判例の意義と学説の対応

まず、平成29年判例の意義を確認しておきましょう。

第一に注目されるのは、「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである」として、正当防衛の趣旨・根拠を判例としては初めて示したことです。そこから、学説では、「公的機関による法的保護を求める義務があるのか」という議論が誘発されていますが、ここでは「それは肯定しうるであろう」という結論だけを示して、その議論はひとまず措くことにしたいと思います。

第二に、本判例の中心的な意義として、急迫性の判断基準を、いわば「積極的加害意思の束縛」から解放して、それを柔軟化ないし拡張したことを挙げることができます。すなわち、侵害の予期によって直ちに急迫性は失われぬという昭和46年判例を踏まえた上で、「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである」としました。ここでは、侵害・対抗行為に先行する事情だけでなく、「行為全般の事情」と

して、対抗行為の内容まで（たとえば、対抗行為が攻撃的行為か防衛的行為か、威嚇の行動が前提となっているか等のこと）を含みうる、その時点における事情をも急迫性判断にあたって考慮しうることを挙げていることが注目されます。これによって、価値的・規範的な概念である急迫性が正当防衛の関門としての機能を果たすことの内容がさらに詳しく示されたといえましょう。また、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（とくに、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容等が典型的な考慮事情として明示されたことも重要です。これらの諸事情を考慮して、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさない」との判断を示したわけです。この判例によって、「行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき」という昭和52年判例の急迫性否定の基準は、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない」一つの場合として、その中に包含されることになりました。これによって、急迫性の判断が柔軟化したことは明らかでしょう。裁判実務としては、正当防衛が否定されるべきと判断される事案について、無理に積極的加害意思を肯定せずに、急迫性、そして正当防衛の成立を否定することが可能となったわけです。なお、ここでは自招侵害に関する平成20年判例はあえて引用されておきませんが、その判例では急迫性は問題とされていませんから、それを引用しなかったことは当然だと考えられます。自招侵害事例については、それに関する平成20年判例は平成29年判例によっていわば上書きされておらず、その限りで、平成29年判例とは別枠で処理されると理解できましょう。とりあえずは、平成20年判例と平成29年判例は並立して、正当防衛の判断で用いられることになるかと理解することができます。

以上のような平成29年判例は、急迫性の判断基準を柔軟化することに

よって、積極的加害意思の判断にあたり無理をする必要がなくなり、正当防衛の成否に関する実質判断と判断枠組みとの整合性をとりやすくしており、正当防衛の規定を適用する下級審裁判所にとっては歓迎すべきものと思われます。ただし、判断枠組みというよりも類型的な考慮事情が示されるにとどまっていますから、それをどのような理解・法理によって正当化し、基礎付けるかは学説に課題として残されることになったといえましよう。すなわち、判例の中では一般的な法理は示されていませんが、判例は、一般理論を構築することを任務とするものではなく、事案の解決に必要な範囲で法理判断を示せば足りることから、こうした判示になることは十分に理解しうるところです。とはいえ、その正当化根拠が明らかに示されているともいい難く、学説としてはその検討が求められるところとなったわけです。

こうした事情から、平成29年判例の後、正当防衛の正当化の根拠を踏まえ、急迫性が否定される理由を示そうとする議論が活発化します。次にこうした学説の試みについて検討したいと思います。予め問題点を端的に示しますと、いわば「行き過ぎ」による「過度の抽象化」が危惧されるところであり、一般的な法理を構築することがいわば自己目的化し、実用的な判断基準、それを導く根拠を示すという学説の任務・役割が十分に果たされないことになってしまっていないかということ指摘できるように思います。

実務的には、急迫性の判断が問題となる事案を①侵害の予期がある類型（侵害予期類型）と②侵害を自ら招致した類型（自招侵害類型）などいくつかの類型に分けて、それぞれを扱う判例に基づいた処理を行うということで対応することができるでしょう。因果関係の判断と似た手法です。それぞれの類型の根拠等について更に深掘りした検討は必要となるでしょうが、これは、いわば類型論的な処理といえましよう。事案の安定した処理が大切となる実務では、極めて実際的な対応だと思います。平成29年判例が挙げている考慮要素（侵害の予期に関わる事情、侵害回避可能性に関わる事情、対

抗行為に関わる事情等）は、それぞれ重要な類型的考慮要素であると思われ  
ますが、学説は、一般的法理を構築しようとするところから、それらの諸要  
素をさらに抽象化して、その背後にある一定の基準を導き出そうとする傾  
向が一部で認められるように思われるのです。すなわち、考慮しうる事情  
ですから、それを考慮して背後にある考えを探ること自体には問題はあり  
ません、むしろ重要な研究手法であるともいえます。しかし、それが行き  
過ぎ、得られた成果を過度に抽象化することには問題があるのではないか  
ということです。それによって、そのようにして得られた判断基準へのあ  
てはめに困難が生じないかが危惧されます。すなわち、学説の実用性に疑  
問が生じないかが気になるところです。結局、類型化と抽象化のバランス  
が大切だと思います。近年の注目される学説には、検討を突き詰めたこと  
によって、結果としてこのような懸念が認められるように思われるのです。

学説について検討する視点として、予めその問題点をまとめておきます  
と、次のようなことが指摘できるように思います。いずれも、判例の結論  
を前提とした上で、それと整合性のとれる一般的法理を構築しようとする  
ことの行き過ぎによって生じていることのように思います。同じ問題点を  
繰り返し指摘している側面があるとは思いますが、それをより明確に示す  
という点からお許しいただきたいと思います。まず、判例・裁判例の結論  
を前提とした上で、それらを説明するために、個別の学説によって重要で  
あるとして取り出された考慮要素を中心に導出された判断基準について、  
一般的法理構築を志向することから、その抽象化が行われます。個別の事  
案の様々なニュアンスを包含するためには避けられないことでしょう。考  
慮事情の背後にある考え方を探ることは意義ある重要なことですが、その  
抽象化が行き過ぎることが問題です。行き過ぎますと、極論すれば、その  
主張は「正当防衛にあたるべきでないものは正当防衛にならない」という、  
誤りようがないですが、無内容なトートロジーとなりかねません。それで  
はあてはめにも困難が生じることになります。これは、「すべてを説明で  
きる基準は、実は何も説明していない」ということだともいえましよう。

このようなおそれが生じるのは、研究手法として、判例・裁判例の様々な結論を前提とするために、結論の後付けの説明とならざるをえないということ、そして、それらからのいわば一種の帰納的方法によってもたらされることで、それ自体問題はなく、意義あることなのですが、包括的な説明を与えようとする結果、行き過ぎ、内容の乏しい説明になってしまうということです。種々の事案で重要となる考慮要素の、いわば最大公約数によって説明しようとするほど、基準が大雑把になり、そこから具体的な判断基準を導出することが難しくなるでしょう。これでは、具体的な事案処理のために方向性・基準を示すという学説の実用性が失われることにもなりかねません。このことは導出された基準を実際にあてはめてみることによって確認できます。要するに、過度の抽象化による内容のトートロジー化、そしてその希薄化のおそれが問題なのです。学説による一般性・包括性の追求と実用性の確保とのバランスが大切だということです。

次に、個別の注目される見解を見ていきたいと思いますが、いま申し上げた趣旨をおわかりいただくために、まず、平成29年判例を、「公的機関による法的保護を除外・排斥した行動」によって正当防衛を制限しようとするものであると理解する見解を取り上げたいと思います。これは平成29年判例が示した正当防衛の趣旨との関係でこのような理解を導いており、平成29年判例自体がそのような判示をしているためもあって、この定式は「正当防衛の趣旨があてはまるべきでない場合には正当防衛にならない」とすること（これは、正しく、誤りようがないですが、それだけにトートロジーで無内容ではないかという疑問があります）とどの程度異なっているのかは明らかではありません。また、この定式は、文言の明確性に反して必ずしもその内容が明瞭ではありません。たとえば、公的機関による保護は排除するが、自力で防衛的行動に終始して侵害に対応するつもりである場合にはどうなるのか、必ずしも明らかではないでしょう。判例自体としては完結しているとしても、具体的な判断基準が直ちに明らかになるわけではありません。したがって、さらなる具体的な検討が必要であり、現に、問題と

なる状況についてさらなる検討が行われています。むしろこうした検討の方が重要であるとすらいえるでしょう。

次に、判例・裁判例を素材とする類型化と帰納的方法によって正当防衛の制限について検討しようとする見解があり、極めて注目に値します。しかし、その優れた成果を「暴力的闘争を志向する態度」によって正当防衛を制限する考えとまとめてしまうと、それは過度の抽象化による内容の希薄化をもたらしかねません。帰納的方法の限界をわきまえ、また過度の抽象化を避けることによってこそ有益な成果が期待できるように思います。

以上とは異なっているものの、一般的・統一的な説明枠組みを提供しようとする注目される見解として、侵害回避義務によって正当防衛の限界を画そうとする立場（侵害回避義務論）があります。これは、侵害からの回避・退避がどのような場合に義務付けられるかを問題として、正当防衛の限界を議論しようとするものですが、その結果、回避義務がどのような場合に生じるかが議論されるべきこととなります。侵害の回避可能性は、平成29年判例も典型的考慮要素として挙げているように、重要な意味を有することは否定できないと思いますが、この見解は、それを一般化して、議論の枠組みにした点に特色があります。そして、侵害回避義務論は、対抗行為によって侵害する相手方の利益と、正当防衛が否定され、その結果として制限されることになる対抗行為者の行動の自由を勘案・考量して、正当防衛の成否を決めようとするものです。一般的な議論の枠組みとしては、正当防衛の権利としての性格を強調する「権利型」の議論ではなく、対抗する利益の考量によって正当防衛の成否を検討する「利益考量型」の議論だといえましょう。とはいえ、この立場が一方の考量要素・限定要素とする「行動の自由」は、「生命や身体」など侵害される相手方の重大な利益を本来上回るようなものではありません。そこで、この立場は、個別の行動の自由というよりは、正当防衛の制限によって、日常生活にどのような制約が一般的に生じることになるかを問題とし、このような「制度的利益」が考量要素・制限要素となるとするのです。しかし、こうした「制度的利

益」と侵害される具体的利益とは本来異質なものであり、同じ秤で考量できないのではないかという問題が生じているように思います。すなわち、こうした「行動の自由」の評価の格上げは必要ですが、「利益考量型」の議論枠組みにおさまらない考慮が行われているように思われるのです。この議論は、現在有力な見解となっていますが、回避可能性は考慮要素として重要ではあるものの、それを一般化しようとしたところに疑問があるのではないかと考えています。

最近の学説の最後として、すでに述べた「権利論」的立場に立ちつつ、正当防衛の制限を検討しようとする見解に触れたいと思います。この見解は、「権利論」的立場に立ち、「利益考量型」の枠組みを否定しようとしている点で、極めて注目される見解だと思えます。もっとも、このような立場によると、「権利としての正当防衛」がいかなる意味で制約されるのが重要な問題となります。この見解は、それを①「自力救済の錯誤のリスク」と、②「暴力的風潮蔓延、社会平和秩序の危殆化のおそれの可及的防止」といった「外在的な制約」によって行おうとしています。後者は、すでに紹介した正当防衛の趣旨に着目する見解、「暴力的闘争を志向する態度」を問題とする見解と類似した点に着目するものといえましょう。これに対して前者は、付随的な考慮事情にはなりうるとしても、正当化の制限を基本的に説明するような事情になるとはいい難いように思われ、結局、この見解も、「暴力的闘争を志向する態度」に着目する見解などと同様の立場に立つものと整理することが可能ではないかと思われます。そうすると、この見解も同様の問題を抱えていないかが問われなければならないでしょう。このことは、侵害回避義務論以外の見解は、基本的に同じ素材を対象にいわば最大公約数的説明を求めて検討しているのですから、必然的に類似した見解とならざるをえないと考えられる以上、当然のことだともいえます。

このように見てきますと、近年の学説は注目すべきものですが、その手法にはいわば「行き過ぎ」が見られ、その結果、実用性に問題が生じているのではないかと思われます。一種の帰納的方法を採用すること、それ自

体はよいことであるとしても、その成果を過度に抽象化することがもたらした問題であって、これは、学説が包括的に説明を試みようとするものの一種の宿命なのかもしれません。

そうしてみますと、結局のところ、問題となる事案を類型化し、帰納的方法を採用するにしてもその限界をわきまえ、類型ごとにふさわしい具体的判断基準を、判例を踏まえて積み上げていくという地道な方法しか解決策はないように思います。正当防衛論は、近年、学説の進展のめざましい領域ですが、それだけにかえて、包括的説明を志向する学説の、それ自体は十分に理解できる志向の一種の「限界のようなもの」が現れてしまっているともいえるように思います。

### 3 未 遂

#### 3.1 伝統的な判例の立場

次に「実行の着手」を取り上げます。窃盗罪、とくに侵入窃盗の事案では、実行の着手は、伝統的に、謙抑的に認められてきたように思います。昭和23年4月17日の判例は、「窃盗目的で他人の屋内に侵入し、財物を物色」したときには実行の着手がある（いわゆる物色行為説といわれるものです）とし、昭和40年3月9日の判例は、「電気器具店内で、たばこ売り場の方に行きかけた際、被害者が帰宅」したという事案で、「たばこ売り場の方に行きかけた」時点で実行の着手があるとしました。もっとも、これらの判例は、当該事案で実行の着手があったとするにすぎないものですから、どの段階にまで遡ってそれが認められるかについては判断していないというのが正しいでしょう。しかし、窃盗の実行の着手が認められれば、事後強盗が成立しうることになる（したがって、窃盗の実行の着手について判断している判例・裁判例の一定の部分は、昭和40年判例のように事後強盗の事案です）ので、その意味では、慎重に考えられてきたといっても誤りではないと思います。

判例では、結果発生の現実的危険性（ここでは「危険性基準」といいます）に着目して実行の着手が判断されてきました。たとえば、「早すぎた結果の発生」事案として論じられる平成16年3月22日の判例は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、その失神状態を利用して、港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるという殺害計画に基づき、クロロホルムを吸引させる行為を開始した時点で「殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる」として殺人の実行の着手を肯定しています。

また、詐欺未遂に関する平成30年3月22日の判例は、警察官を装って被害者宅を訪問し、現金の交付を求める計画の下、そのための嘘を電話で述べたが、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえるから、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、被害者宅路上付近に赴いた時点で、詐欺罪の実行の着手があったと認められるとしています。この判例も危険性基準によって実行の着手時期を決しているといえます。

こうして、判例は、基本的に危険性基準を援用しながら実行の着手時期を判断してきたといえることになります。

### 3.2 近時の判例

近時注目すべき、「キャッシュカードすり替え型窃盗」の実行の着手に関する令和4年2月14日の判例も、それは実質的に窃盗の実行着手の時期を繰り上げたものと評価することができるようにも思われますが、それを危険性基準の援用によって行っています。つまり、警察官になりました氏名不詳者が被害者宅に電話をかけ、詐欺被害防止のため、金融庁職員が持参した封筒にキャッシュカードを入れて保管する必要がある旨嘘を言い、金融庁職員になりました被告人が、被害者にキャッシュカードを持参した封筒に入れさせた上で、被害者が目を離した際にその封筒をべつの

封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するため、被害者宅付近路上まで赴いたが、警察官の尾行に気づいて断念したという事案において、このような本件嘘が述べられ、金融庁職員を装いすり替えによってキャッシュカードを窃取する予定の被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、被害者が間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の説明や指示に従うなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらし、その隙に被告人がキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードの占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められる、としたのです。ここでは、危険性基準によって実行の着手が認められているといえましょう。

### 3.3 判例の意義と近時の学説及びその評価

このような令和4年判例の意義について、まず確認しておきたいと思えます。これは、どの時点で実行の着手を認めたかという観点からみますと、キャッシュカードの占有取得行為以前、「被害者宅付近路上に赴いた時点」でそれを肯定しているという点で、詐欺未遂に関する平成30年3月22日の判例と類似しています。これは、当該事件の事実関係の下では実行の着手が認められるとしたもので、およそどの段階で実行の着手が認められるのかを判断していません。このことは、令和5年6月20日の判例も同じです。とくに、令和5年判例は、原判決では実行の着手を肯定できる時点を早くに特定していたのですが、それを前提としていないという点で、最高裁の判断の仕方・手法がより明確に現れているといえましょう。これら一連の判例では、実行の着手が認められるという結論では裁判官の意見が一致したものの、どの時点まで遡れるのかという点については意見の一致を見なかったという見方ないし可能性もありうるでしょうが、そもそもそのような点の判断は当該事案の処理に必要とはいえませんが、また、異なった事案について先取りした判断を示すことにもなって本来相当でないとも考えられます。したがって、この点の判断は、実行の着手を行為について

判断するのか、実行の着手は行為の時点以降で認めうるのかという、学説における「行為か結果か」という未遂犯の理解に関する議論とは無関係だといえます。

本件で実行の着手時期が認められたのは、被害者への働きかけがすでに認められ、それによって危険性基準を満たすと考えることができたからだと見ることができるでしょう。この点で、侵入窃盗の事案とは重要な点で事実関係を異にしていることになるわけです。

こうして、判例は危険性基準に依拠・援用しながら、実行の着手を判断しようとしているのに対し、近時の学説の中には、危険性基準自体を實際上放棄するかに思われる考え方が一部で現れていることが注目されます。議論を突き詰めることによって、結果としてこのことが明らかになっていきます。この考え方は、①まず、不能犯論と実行の着手論とを一旦切り離した上で、不能犯における危険性基準の意義を極めて限定的に理解し、②次に、そのことを前提とした上で、実行の着手の判断を柔軟化して、とくに犯行計画を中心とした主観的要素によって基本的にそれを判断しようとするものです。前者で、実行の着手について危険性基準から離れる立場に移行する前提条件を作り出しているということができるようにも思います。

まず、不能犯と実行の着手は異なった問題なのかという点については、実は、おそらくそれらが（未遂犯の性質の理解を共に前提としながらも）「異なった問題」であること（同じ問題ではないこと）を否定した見解はなかったと思います。それを否定する見解としては、不能犯可罰説であって故意の発動があれば未遂になるという純主観説が考えられますが、それはほぼ主張されてこなかったといってよいでしょう。また、教科書を見れば、不能犯と実行の着手について別々に異なった議論がされていることからそのことは明らかです。それにもかかわらずにこの点を強調することの意味は、両者を全く違った基準で判断することを可能とする点にあります。すなわち、「不能犯は主観的に、実行の着手は客観的に」という具合です。不能犯の可罰性を緩やかに認めることを前提とするのであれば、このような方

向性が積極的に検討される必要があるでしょう。つまり、不能犯の可罰性の判断が実際には緩やかなことを踏まえたとき、それにもかかわらず実行の着手を限定的に検討するためには重要であり有効な視点だといえます。もしも、両者共に、結局、主観的に考えるのであれば、この問題を強調する必要はありません。この問題設定をした上で実行の着手を主観的に考えようとする見解は、不能犯を客観的に判断していると考えているのかもしれませんが、実際には主観説とほぼ同じ考えを採用しているといえると思います。従来は、両者共に（問題の局面に相違はあるとしても、共に危険性基準により）客観的に考える立場から、そもそもこの問題設定自体がなされてこなかったわけです。こうして、問題設定自体の意義・目的が問題なのです。

ところで、最近、不能犯を否定するために必要となる危険性は高度である必要はなく、ごく軽微なものでもかまわないという考え方が有力化しています。それは、他人のキャッシュカードを不正に入手した者が、暗証番号を知らずに、それをATMに挿入し、適当な番号を入力した場合でも窃盗未遂が成立するというを前提に、具体的危険性がなくとも未遂は成立しようというを導いているように思われます。そこから、未遂犯の成立に限定的に理解された具体的危険が必要となるということ自体を否定しようとしています。もっとも、このような事案についての判断は、微妙な点を含むように思われ、誕生日や電話番号等を知る他人のキャッシュカードの不正使用か、路上にたまたま単体で落ちていたキャッシュカードの不正使用かで同じに解することができるかは問題となりえないではないでしょう。また、より重要なことには、このような事案の解決の必要性から、危険性基準の「拡張」ではなく、その「放棄」に至る必要があるかも問題だと思います。前者の方向性ではなく、いきなり後者に至るのは、性急すぎるでしょう。また、このような不能犯論は、不能犯も基本的に処罰されるとするドイツの理解と同様のことを主張することになり、従来よりも不能犯の処罰範囲を拡張することになるのではないかという問題が生じている

ことを見逃すことはできません。もしも、「法益侵害がない場合は処罰できない」という一般理論によって、そうした帰結を回避しようとしているのだとすれば、軽犯罪法などの軽微な犯罪の立法が憲法違反にならないと考えられる限りで、そうした「一般理論」による処罰の限定は困難だといわざるをえないでしょう。処罰の限定は、あくまでも未遂犯固有の、その処罰根拠を踏まえた成立要件に関する解釈論として行う必要があるのです。結局、「一般理論」による限定を試みても、不能犯処罰肯定説、主観説と同じか、それに極めて近い見解になりかねないように考えられます。また、このような主張は、抽象的にいえば、処罰範囲が最も広くなるころに合わせて処罰条件全体を決めるもので、論理的には一貫しているのかもしれませんが、全体的にみて「行き過ぎ」であり、いわば「たらいの産湯とともに赤子を流す」ことになりかねないように思います。

近時の一部の考え方の重要な实际的意義は、すでに触れたように、危険性基準を事実上ほぼ否定してその内容を緩やかに解し、それを前提に、未遂犯の性質についての理解をさらに変えて、実行の着手時期を、客観的ではなく、主観的に画すことを可能とするところにあるように思います。それでは、現在の多数の理解と、実は、基準が客観的か主観的かという点が異なるだけで、不能犯と実行の着手を連続させて考えていることに事実上ほぼ変わりはありません（さらに、不能犯の処罰を「一般理論」で限定しようとする見解は、不能犯自体を主観的基準で判断する主観説のような立場にすでに移行しています）。不能犯と実行の着手が異なった問題であることを強調することの意味は、未遂犯の性質の理解を変えるところに意味があると考えられるのです。つまり、緩やかであるにせよ、危険性基準がなお妥当しうる不能犯とは異なり、実行の着手ではそれが妥当することを否定しようとするわけです。しかし、実行の着手に関する議論が完全にそうした状況になっていないことは、当然のことですが、幸いなことです。むしろ、不能犯の可罰性を緩やかに認めるのであれば、実行の着手は限定的・客観的にその時期を画することがどうしても必要であるといえましょう。なお、実

行の着手時期を柔軟に画するために、学説では、近時「進捗度」ということ  
 とに言及されることが多いのですが、これ自体は何も語りません。「進捗度」  
 をどのように判断するかが問題だからです。危険性基準を放棄ないその  
 意義を軽視する考え方によれば、これは主観的に判断されることになり、  
 実際には「故意の発動」によって未遂犯の成立を認める見解に帰着しかね  
 ないことになります。現に、犯行計画を中心とした主観的な事情を重視し  
 て、実行の着手を判断しようとしています。しかし、そうした基準に客観  
 的な限定を付することがなければ、このような見解は、その純粹形態では、  
 「故意の発動」で実行の着手を認めることになりうるところですが、それ  
 では、その実際上の意義に疑問が生じかねません。現実の事件では、被疑  
 者が逮捕等された後に未遂犯の成否が裁判で問題になるわけですから、「故  
 意の発動」だけの段階で処罰されることはないと考えられます。「故意の  
 発動」だけではそもそも摘発が困難だともいえるでしょう。単独犯の事案  
 では明らかにこのことがあてはまりますし、また、結論としても妥当でな  
 いでしょう。だから純主観説は支持されなかったのです。現実の問題とな  
 るのは共謀共同正犯の事案であって、一定の客観的な「進捗度」を示して  
 いる場合だといえます。結局、「故意の発動」ではなく、摘発後の事後的  
 な処罰の観点から、実行の着手時期を画する別の客観的基準が必要となり  
 ます。そして現にそれは試みられているのです。問題は、その基礎付けを、  
 その内容についてはともかく、危険性基準を離れて行うことができるか  
 であり、それは疑問ではないかと思われます。なぜなら、こうした考え方は、  
 因果関係を「実行行為の危険性の現実化」と理解する、判例や最近の有力  
 説における犯罪の構造についての理解と整合しないのではないかという問  
 題があるからです。つまり、危険性の現実化が既遂であり、現実化に至る  
 途中の段階（現実化の蓋然性・可能性）が未遂と理解できるわけですが、  
 実行の着手を基本的に主観的に考えようとする見解はこの点をどのように考  
 えるのでしょうか、大きな疑問があります。このように、危険性基準を離  
 れるといっても離れることはできず、結局、議論は「振り出しに戻る」だ

けになるのではないかとされます。危険性基準は、それほど「敵視」しなければならないようなものなのではないでしょうか。「新たな見解」は重要ですが、それが「よい見解」とは限りません。いずれにせよ、実行の着手を限定する客観的基準の検討がさらに進められる必要があります。なお、このような危険性基準を放棄すれば、「犯意の飛躍的表動」（宮本英脩）を問題とした主観的未遂論と実際上同じ見解となり、「主観説への先祖返り」になってしまいます。未遂犯に関する学説史からみたと、結論の正当化に必要なそのような主張をあえて行うことの意味には疑問が生じるでしょう。

2022年判例のようなキャッシュカードのすり替え型窃盗の事案で、実行の着手時期を外形的には従来よりも遡らせる必要があるとしても、それは危険性基準を放棄することではなく、危険性基準の枠内で、被害者への直接的働きかけという特殊性を理由に結論を正当化することが可能であり、その方が優れていると思われるわけです。このような方向で検討が進められるべきだと考えられます。なお、このような場合にも事後強盗罪（刑法238条）が成立しうるかは別に検討を要するでしょう。要するに、未遂犯の領域で、具体的な事案の特殊性を十分に考慮することなく、抽象化、正当化を過度に認めることは、結局、疑問のある解釈論をもたらすことになるように思われます。

#### 4 おわりに

最後に、「実務との関係で学説に求められていることは何か」について触れておきたいと思います。まず、重要なのは、最高裁判例を踏まえた将来の展開を展望するような議論を行うことでしょう。そもそも、判例は学説と並ぶ「もう一つの見解」ではありません。それは、法律が裁判所でどのように適用されるかという、法律の現実的・具体的な姿を示すものです。そして、判例は、当該事案の結論を正当化する限度で法理判断を示すものだと思いますので、そのような判例法理の規範的正当化は学説の重要な課

題となるでしょう。それは、判例の将来への波及効果を見定めることにもなります。

しかし、本日の話の中心となる規範的正当化のあり方については慎重な検討が必要です。それは、これまで見てきましたように、研究者のもつ議論の抽象化・一般化への志向の限界をわきまえることが重要だということです。研究者としては、できるだけ包括的な規範的正当化を図ろうとするのは、同じ研究者として理解できますが、行き過ぎに伴って判断基準としての内実が次第に乏しくなるということも理解する必要があります。また、一定の規範的根拠からの演繹的手法によって一気に正当化を図ろうとする方法に問題がないとはいえないように思いますが、本日触れたように、それとは逆方向の帰納的方法にも問題がありうるでしょう。結局、演繹的手法、帰納的手法の併用が求められることになりそうです。一方の手法による成果を他方の手法でも検証することが求められるといえましょう。また、事例類型ごとの地道な検討が結局必要なのです。

これで終わります。ご清聴ありがとうございました。

[付記]

本稿は、中央大学法学部において行った講演の内容に若干の加筆修正を施したものである。

中央大学法学部講演（2024/05/27）  
（東京大学・早稲田大学名誉教授）