慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「一連の行為」に関する一考察 : 早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として
Sub Title	An analysis of "a series of actions"
Author	荒木, 泰貴(Araki, Taiki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.23 (2012. 5) ,p.303- 375
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120529-0303

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチペーパー

「一連の行為」に関する一考察

――早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として――

荒　木　泰　貴

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　早すぎた構成要件の実現
　1　問題の所在
　2　クロロホルム事件決定
　3　未遂犯説
　4　既遂犯説
　5　検討
　6　早すぎた構成要件の実現において「一連の行為」を論ずる意味
Ⅲ　量的過剰防衛
　1　定義
　2　平成20年決定
　3　平成21年決定
　4　問題の所在
　5　検討
Ⅳ　おわりに

Ⅰ　はじめに

近年、早すぎた構成要件の実現、及び、量的過剰防衛に関する興味深い最高裁判例が相次いでいる。すなわち、最決平成16年３月22日刑集58巻３号187頁（以下、クロロホルム事件決定という）、最決平成20年６月25日刑集62巻６号1859頁（以下、平成20年決定という）、最決平成21年２月24日刑集63巻２号１頁（以

下、平成21年決定という）の３つの最高裁判例がそれである。これらの最高裁判例に触発されて、学説上も、活発な議論が交わされている。

早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛は、前者が実行の着手の有無ないし結果の故意への帰属の可否の問題であるのに対して、後者は急迫不正の侵害に対する反撃行為が「やむを得ずにした行為」といえるかの問題であり、その問題となる局面は異なるにもかかわらず、何故、これらを同時に取り上げるのか、という疑問を持たれる方もいるだろう。

しかしながら、先に引用した最高裁判例では、いずれも、一見すると複数の行為であると思われる各行為を「一連の行為」として包括的に刑法的評価の対象とすることの可否が、それぞれの結論を導く上での重要な分岐点となっている[1)]。この点において、これらの判例に共通項を見出すことができるのである。

この「一連の行為」なる概念は、先の３つの判例を眺めるだけでも、実務上重要な意義を有しているといえる。それにもかかわらず、必ずしも、これが如何なる概念であるのかについて、学説上のコンセンサスが得られているとはいえず、錯綜した状況にあると思われる。そこで、本稿は、「一連の行為」とは果たして如何なる概念であるのか、また、それはどのような射程を持つ概念であるのか、さらには、そもそも、かかる概念は必要であるのか、といった点について検討を試みるものである。

実務上多用される「一連の行為」について理論的な分析を試み、その根拠ないし限界を探ることは、法科大学院時代が到来し、（当然ながらこれまでも重要であったのだが）判例法理の理解が学生の中においても極めて重視される昨今において、法科大学院に設置されるリサーチペーパーという科目のテーマとして選択するに適切であると思われる。

以下、具体的な検討に入るが、まず、早すぎた構成要件の実現について検討

1）通常、「一連の」という言葉は、複数のものが相互に関連している様子を表現するものとして用いられているといえるが、ここでは、「一連の行為」として把握されることによって、複数に見える各行為が１個の行為として扱われることに注意を要する。

し、その後、量的過剰防衛について検討する。

Ⅱ　早すぎた構成要件の実現

まず、早すぎた構成要件の実現を素材として、「一連の行為」論について考察していきたい。

早すぎた構成要件の実現とは、行為者は第２行為によって結果を発生させるつもりであったが、第２行為のための準備的行為である（と行為者が考えていた）第１行為の段階で結果が発生した（可能性が認められる）場合をいう[2)]。

１　問題の所在

第１行為から結果が発生した場合であっても、第１行為が未だ予備行為にとどまるのであれば、故意未遂犯ないし故意既遂犯の成立を認めることができないことについては、学説上も異論がないものと思われる[3)]。しばしば挙げられる例だが、妻が、夫が出張から帰った際には毒入りウィスキーを提供して、それを飲ませて殺害しようと計画し、毒入りウィスキーを用意して戸棚に入れていたところ、夫が予定よりも早く帰宅してしまい、妻が買い物に行っている間に、夫が勝手に毒入りウィスキーを飲んで死亡した、という事例では、殺人予備罪と（重）過失致死罪が成立し、妻に殺人未遂罪ないし殺人既遂罪は成立

2）ここでは、単に行為者の想定よりも早く結果が生じたこと自体が問題なのではなく、行為者が結果発生のために必要であると思っていた行為の全部を終えていないことが問題なのである。例えば、拳銃で射殺しようと思い、持てる弾を全て撃った行為者が、被害者は１時間後には死ぬだろうと思っていたが、実際には即死したという事例において、殺人既遂罪が成立することには何の問題もない。以上につき、佐伯仁志「故意論(3)」法学教室301号（2005年）40頁。

3）佐久間修「実行行為と故意の概念―早すぎた結果発生を素材として―」法曹時報57巻12号（2005年）７頁は、実行の着手以前に結果が発生した場合を「早すぎた構成要件の実現」という言葉で、実行の着手後に結果が発生した場合を「早すぎた結果の発生」という言葉で表現する。

しないと考えられている。

しかしながら、この毒入りウィスキー事例においても、第１行為によって結果が発生し、その結果は第１行為に客観的に帰属可能であるから、少なくとも夫が毒入りウィスキーを飲もうとしている時点においては、第１行為によって構成要件的結果を惹起する現実的危険性が生じていたことについては問題がない。したがって、学説の対立点は、第１行為の段階で、第２行為を留保している行為者の心理状態が、故意未遂犯ないし故意既遂犯の成立を肯定することのできる認識、すなわち、故意として十分であると考えるのか否かという点に帰着するといえる[4)]。

もっとも、故意が認められるには構成要件に該当する客観的事実の認識が必要であるから[5)]、行為者の認識が故意と呼べる代物であるかを判断するにあたっては、構成要件の客観面についての検討もせざるを得ないことに注意すべきである。クロロホルム事件決定は、行為者の認識と現実の因果経過の齟齬は故意を阻却しないとして殺人既遂罪の成立を肯定したが、錯誤論は、故意論の裏返しであるといわれるように、故意が認められるために認識すべき最低限の事実を明らかにするものであるから[6)]、因果関係の錯誤を問題にしたところで、そもそも行為者の認識した事実が構成要件の客観面を充足するものでないのならば、故意を認めることは不可能である[7)]。

以上を踏まえたうえで、早すぎた構成要件の実現に関する判例・学説を概観し、それについて検討を加え、「一連の行為」論について考察していきたい。

4）島田聡一郎「早すぎた結果発生」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年、有斐閣）66頁、橋爪隆「殺人罪の実行の着手と早すぎた構成要件実現における殺人既遂の成否」ジュリスト1321号（2006年）237-238頁など。

5）井田良『講義刑法学・総論』（2008年、有斐閣）151-152頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（2008年、有斐閣）179頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第３版〕』（2009年、成文堂）165-166頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（1990年、創文社）293頁、西田典之『刑法総論〔第２版〕』（2010年、弘文堂）213頁、山口厚『刑法総論〔第２版〕』（2007年、有斐閣）186頁など。

6）山口・前掲注5）200-201頁。

2　クロロホルム事件決定

早すぎた構成要件の実現について検討するにあたっては、まずもって、クロロホルム事件決定の検討が不可避であろう。事案の概要は、以下の通りである。

被告人Aは、夫Vを事故死に見せ掛けて殺害し、生命保険金を詐取しようと考え、被告人Bに殺害の実行を依頼し、被告人Bは、報酬欲しさからこれを引き受けた。そして、被告人Bは、他の者に殺害を実行させようと考え、C、D及びE（以下「実行犯3名」という）を仲間に加えた。被告人Aは、殺人の実行の方法については被告人Bらにゆだねていた。

被告人Bは、実行犯3名の乗った自動車（以下「犯人使用車」という）をVの運転する自動車（以下「V使用車」という）に衝突させ、示談交渉を装ってVを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、V使用車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、実行犯3名にこれを実行するよう指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Vをでき死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の予定地から近くの場所に変更した。

実行犯3名は、計画どおり、犯人使用車をV使用車に追突させた上、示談交渉を装ってVを犯人使用車の助手席に誘い入れた。そして、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という）。その後、実行犯3名は、Vを約2km離れた港まで運んだ。そして、被告人Bを呼び寄せ、被告人Bの到着後、被告人B及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないVをV使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という）。

7）川端博「早すぎた構成要件の実現」研修688号（2005年）6頁は、「『早すぎた結果の発生』、つまり、『早すぎた構成要件の実現』の問題を『因果関係の錯誤』による故意阻却の消極的観点から『故意の認定』ないし『実行行為性の認識』という積極的観点へと視座の展開がなされている」と指摘している。

Vの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できなかった。Vは、第２行為の前の時点で、第１行為により死亡していた可能性がある。

また、被告人Ｂ及び実行犯３名は、第１行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第１行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

かかる事案について、最高裁は以下のように判示した。

「実行犯３名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを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ものであって、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近接性などに照らすと、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ところはなく、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。そして、実行犯３名は被告人両名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人両名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。したがって、被告人両名について殺人罪の成立を認めた原判断は、正当である。」（下線部筆者）

以上のように、クロロホルム事件決定は、早すぎた構成要件の実現の問題について、故意既遂犯の成立を肯定する見解を採用している。かかる結論を導いた根拠としては、下線部の３要件を充たし、第１行為と第２行為が「密接な行為であり」、両者が「一連の殺人行為」であったといえることから、第１行為の段階で殺人の結果発生の客観的危険性を肯定することができ、また、これらを認識していたといえる行為者の認識は「殺人の故意に欠けるところはな」いことが挙げられている。

3　未遂犯説

クロロホルム事件決定は、早すぎた構成要件の実現について、実行の着手（未遂犯成立）以降に結果が発生した場合には、（行為と結果との間に因果関係が認められることを前提に）故意既遂犯が成立するという結論を提示したが、これに対しては、未遂犯説も有力である。以下、未遂犯説の論者の見解を紹介する。

(1)　林幹人教授の見解

林教授は、以下のように主張し、未遂犯説を支持する[8)]。

> 理論的にいえば、未遂犯の構成要件は、いわゆる修正された構成要件、あるいは、拡張された構成要件といわれるように、本来の構成要件、すなわち、既遂犯の構成要件とは異なるものである。いうまでもなく、未遂犯の構成要件は、既遂犯のそれと、法益侵害がないという点で異なっている。しかしそれだけでなく、構成要件該当行為、すなわち、実行行為の点でも、異なっていると解される。未遂犯の構成要件について「修正」とか「拡張」というときには、本来の既遂犯の構成要件該当行為よりも前の段階で構成要件該当性を認めるべきだということが意味されていた。これは逆からいえば、未遂犯の構成要件該当行為、すなわち本決定〔クロロホルム事件決定を指す―引用者注〕のいう「実行

8）林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報1869号（2004年）６頁。

> の着手」があったとしても、本来の既遂犯の構成要件はいまだ充足していないということである。いいかえると、既遂犯の構成要件該当行為＝実行行為は、いわゆる手放し、すなわち、結果を発生させるために、行為者はもはやそれ以上別の行為を行う必要がないような行為でなければならないということである。このような理解に立ち、そして、故意とは構成要件該当事実の認識だとする一般的な理解からすれば、未遂犯と既遂犯とで故意が異なることはむしろ当然だということになる。未遂犯には、いわゆる実行未遂と着手未遂とがあり、実行未遂の時点での意思をもって既遂犯の故意となしうることはいうまでもないが、着手未遂の場合、本来の既遂構成要件が修正・拡張されているので、その該当事実の認識をもってしては、既遂犯の故意としては十分でないのである。

以上が林教授の主張である。簡単に要約すれば、基本的構成要件の修正形式たる未遂犯の構成要件においては、結果の有無のみならず、構成要件該当行為についても修正が施されているというべきであり、行為の客観面が既遂犯の構成要件該当行為と異なる以上、故意もそれに伴って異なってくる、したがって、既遂犯の構成要件該当行為たる手放し、及び、その主観的反映としての手放し意思がない限り、未遂犯の成立が認められるにとどまる、というものである。

(2)　松原芳博教授の見解

このような林教授の主張を、規範論と結びつけるのが松原教授である。松原教授は、以下のように主張する[9)]。

> 犯罪は、予備⇒着手未遂⇒実行未遂⇒既遂と進展していくものであって、既遂は、その性質上、実行未遂を前提とする。着手未遂は、当罰性の評価に関する限り実行未遂と同視されるものの、行為の構造に関しては、結果惹起にさらなる行為を要する点で予備と共通し、いわば「切迫予備」としての実体を有し

9）松原芳博「未遂犯・その１―総説・未遂犯の成立時期」法学セミナー 671号（2010年）122-123頁。

ている。……未遂犯処罰規定が例外的な処罰拡張事由であることからすると、本来的な禁止規範は、直接結果惹起に向けられた（本来的）実行行為の完了をもって突破されたと考えるべきではないだろうか。事例1'〔Xは、殺人の意思で拳銃を人に向け引鉄に指を掛けたが、そこで拳銃が暴発して相手が死亡した事例を指す―引用者注〕のXは、引鉄に指をかけることで未遂規範を突破しているものの、引鉄を引くという結果惹起行為を留保している限りで結果惹起禁止規範は突破していない。結果の惹起を故意の所産として非難し、発生した結果を行為者の故意責任に帰属させるためには、結果惹起に必要な行為を故意で完遂することを要するものと解される。

松原教授は、林教授と同様に、既遂犯の構成要件の修正形式たる未遂犯の構成要件は、行為の面においても既遂犯の構成要件と異なるという理解の下に、未遂犯の規範と既遂犯の本来的な禁止規範とを区別し、実行未遂の場合にのみ既遂犯を成立させ得る本来的な禁止規範が突破されると考え、早すぎた構成要件実現の事例では未遂犯が成立し得るにとどまると主張する。

(3) 山口厚教授の見解

また、山口厚教授は、山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』(2008年、有斐閣）88頁において、遡及禁止論[10] の立場から、以下のように述べる。

構成要件的結果に直近する行為者の（故意による）惹起行為が本来（故意）既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）であって、行為者自身による結果惹起行為（第2行為）を未だ将来に留保している第1行為の段階で（故意）既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）を肯定するのは妥当でなく、あくまでも第2行為（法益侵害惹起行為）が既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）である以上、それを行うことを内心ではなお留保している第1行為の段階では、既遂犯の構成要件外の行為を行っている認識しかないため、既遂犯の故意はないとい

10）遡及禁止論については、山口・前掲注5）68頁などを参照。

> う見地から、早すぎた構成要件の実現の事案においては、第１行為への着手によって未遂犯は成立しうるが、それにもかかわらず既遂犯は成立しえないと解することができるのではないかと考えている。

山口教授は、遡及禁止論の立場から未遂犯説を支持しているが[11)]、教授自身も注記されているように[12)]、遡及禁止論を採らなければ主張できないというものではない。現に、林・松原両教授も、既遂犯の構成要件該当行為といえるためには手放しまで要求されると限定的に解釈して、同様の主張をしているのである。

ただし、山口教授は、原則としては未遂犯説を支持しているものの、現在では、「早すぎた構成要件の実現の事例において既遂犯の成立を認めることができるとすれば、それは、結果惹起に直接的に向けられた同一の意思に基づく『一連の実行行為』と見うる行為が開始され、その過程で結果が発生した場合に限られるように思われる」と述べている[13)]。この点は重要であろう。もっとも、ここでは未遂犯説について概観するのであるから、故意既遂犯の成立を認める根拠については、後述するところに譲る。

(4)　石井徹哉教授の見解

これまでに紹介した見解とは別個の観点から未遂犯説を基礎づけるものとして、石井徹哉教授の見解が挙げられる。石井教授は、以下のように主張する[14)]。

> 行為規範との関係でいえば、規範による動機づけの可能性は、行為者の行為の開始だけを問題とするのではない。行為の発展段階に応じて動態的にとらえ

11）山口厚『問題探究　刑法総論』（1998年、有斐閣）141-142頁も参照。

12）山口厚『新判例から見た刑法〔第２版〕』（2008年、有斐閣）88頁注19)。

13）山口・前掲注12）89頁。この点に鑑み、山口教授の見解を既遂犯説に分類することも可能であると思われるが、ここでは、山口・前掲注11）141-142頁において見解を表明した当時のまま、未遂犯説に分類しておく。

14）石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌15巻１・２号（2002年）34-35頁。

られるべきである。予備段階から未遂段階をへて既遂へといたる過程において、結果回避のために規範が動機づける内容は異なるのである。未遂犯として評価されるべき危険は認識しているが、まだその行為を中止するだけで既遂を阻止できる場合には、当該行為の中止を動機づけるが、すでに既遂発生に十分な危険を実現したときは、既遂結果発生の(ママ)阻止する行為を動機づけるのである。……既遂犯として十分な責任非難が可能というためには、行為者が既遂結果発生にいたった危険を認識している必要があるというべきである。

……規範は行為者にたえずその行為をコントロールしてその阻止を期待するのであり、行為制御との関連においても故意の内容をとらえる必要がある。この点でも、具体的な行為態様の内包する危険の認識によって行為を制御しえたかどうかが重要となってくるといえる。自己の行為のもつ危険内容を完全に理解していない行為者には、具体的な結果回避行為の契機を認めることはできない。このような意味で、自己の行為の実現する危険の認識も当該犯罪の行為の「意味の認識」として必要なのである。そのかぎりでは、故意は結果実現にいたった危険を設定した行為のときに存在しなければならず、かつ、故意の内容となっていた危険が結果に実現されていなければならない。

石井教授は、結果を直接惹起した行為自体の危険性を認識しているにもかかわらず、その行為を思いとどまることなく、結果実現へ向けて決意して行為をコントロールした点に責任非難の根拠を見出すため、クロロホルム事件では、行為者はクロロホルムを吸引させる行為自体の危険性は認識していないところ、故意既遂犯の成立を認めることはできないとする[15)]。

4　既遂犯説

3で概観したように、早すぎた構成要件の実現の問題に関しては、未遂犯説が有力に主張されている。これに対しては、既遂犯説も有力であり、既遂犯説

15）石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻2号（2006年）86頁も参照。

が通説的見解であるといわれている。以下、既遂犯説の諸見解を概観する。

(1)　山中敬一教授の見解

山中教授は、「早すぎた結果の発生の事例が、実行の着手を前提とする事例であることを出発点と」して、「実行行為の際の故意は、たとえ行為態様の点で変更された第二行為を予定していたとしても、それが一連の行為であり、行為者の意思においても、第二行為への移行の外形的接続性においても、また、行為時間的接着性においても連続しているかぎり、第一行為時の故意は、結果を発生させる故意であって、その実行行為によって殺人結果の発生を表象・意欲する故意である」から、「第二行為を予定することが故意を否定する理由にはならない」とする[16)]。

(2)　福田平博士の見解

次に、既遂犯説の最も伝統的な見解であると思われる、福田博士の見解を紹介したい。福田博士は、クロロホルム事件決定の判例評釈において、次のように述べる[17)]。

> 本件においては、第一の行為（被害者にクロロホルムを吸引させる行為）と第二の行為（失神した被害者を自動車ごと海中に転落させる行為）は、いずれも、客観的に、被害者の死亡という結果を惹起させる現実的危険性のある行為であり、行為者の意思からみて、両者は、被害者の死亡という結果の実現に向けられた行為として、密接に結び付いており、しかも、両者の間には時間的場所的近接性が存在することを考慮すると、第一の行為と第二の行為は、一体的に把握され、全体として、一個の殺人行為の部分的な行為と理解できよう。
>
> （中略）

16）山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉宏博士古稀祝賀『現代社会型犯罪の諸問題』（2004年、勁草書房）125-126頁。

17）福田平『刑法解釈学の諸問題』（2007年、有斐閣）81頁及び83頁（初出は、福田平「『早すぎた構成要件の実現』について」判例タイムズ1177号（2005年）123頁以下）。

本件の事案では、前述したように、第一の行為と第二の行為は、一体的に把握され、全体として、被害者の死亡という結果を実現しようとする意思に支配された一個の殺人行為の部分的行為として理解されるべきものであり、両者を別個の行為として把握することは妥当でない。とすると、第一の行為は、保険金詐取の目的で、被害者を殺害しようという意思のもとに行われたものであるから、第一の行為のときに、殺人罪の構成要件的結果である人の死亡の結果を実現しようとする意思、すなわち、殺人の故意の存在を肯定できよう。

このように、福田博士は、クロロホルム事件決定を踏襲し、第１行為と第２行為とを１個の実行行為であると把握したうえで[18]、１個の実行行為に着手して、その認識もあり、当該１個の実行行為によって被害者が死亡した以上、殺人既遂犯の成立が認められる、と主張する。

(3)　佐藤拓磨准教授の見解

佐藤准教授は、未遂犯説のように手放しの意思がなければ既遂犯の成立は認められないと考える見解は「過度の行為者主観の強調である」として、その結論の不当性を指摘する[19]。すなわち、行為者が、拳銃で１発目に脚を、２発目に腹を、３発目に頭部を撃って殺害しようと計画したが、１発目が頭部に当たって被害者は即死したために行為を継続しなかったという場合には未遂犯にとどまらざるを得ないが、１発目で殺害しようと思っていた場合には既遂となるという結論は不当である、とする。そのうえで、以下のように主張して、既遂犯説を基礎づける[20]。

18）クロロホルム事件決定の調査官解説も、クロロホルム事件決定が第１行為と第２行為を併せて１個の実行行為と把握していると指摘している（平木正洋「被害者を失神させた上自動車ごと海中に転落させてでき死させようとした場合につき被害者を失神させる行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手があるとされた事例　いわゆる早過ぎた結果の発生と殺人既遂の成否」最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度（2007年）175頁）。

19）佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究63号（2004年）241頁。

20）佐藤・前掲注19）247-248頁。

人間が自己の行為を完全にコントロールできるものではない以上、行為者が因果を自己の掌中に収めているつもりでも、そこから結果が生じるということは多々生じ得るのである。この場合、行為者が因果経過を手放していないと信じているからといって、常に行為者の故意に結果を帰責できないとすべきではない。行為者が因果経過を掌中に収めて結果実現に向けてコントロールしている以上、そこから生じた結果については、行為に客観的に帰属可能であり、かつ、当初の故意が実現したといえる範囲で生じているのであれば、行為者に帰責できるとする方が、刑法の法益保護の戦略としてはより優れていると思われる。

佐藤准教授は、未遂犯成立の段階に至ったのであれば、人間は因果経過を完全にはコントロールできない以上、既遂結果の生じるリスクは行為者に帰属すべきであり、したがって、早すぎた構成要件の実現の事例においても、既遂犯の成立を認めることができるとする[21)]。

(4) 橋爪隆教授の見解

橋爪教授は、故意有責の行為が介在した場合には、当初の行為と結果との間に相当因果関係を認めることができないのが原則であることから、故意有責の第２行為を留保している行為者の認識は、相当因果関係を欠く事実の認識であり、早すぎた構成要件の実現の場合には故意既遂犯の成立を認めることができないのが原則であるとする。

しかしながら、クロロホルム事件のように「第２行為が行為者自身の行為であり、しかも、それが第１行為の段階から確定的意思をもって計画されていた場合には、故意有責の第２行為についても、一定の要件の下では、なおそれを第１行為と結果との間の因果経過の１コマと評価して、行為者の認識における第１行為と既遂結果との間に相当因果連関を肯定する余地もあり得る」として、「このような前提を充足する限りで、第１行為の段階で結果が発生した場

21）同旨の指摘をする見解として、板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究２号（2006年）16-17頁、佐伯・前掲注2）40頁、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻２号（2006年）68頁など。

合についても、故意既遂犯の成立を認めることができるであろう」と述べ、例外的に故意既遂犯の成立の余地を認める。

そして、クロロホルム事件においては、「第１行為段階において、実行犯の犯意は極めて強固であり、第１行為の終了後、直ちに第２行為を遂行することは確実といえる状況」にあり、「第１行為に出た後、実行犯が計画を中止して犯行を翻意する可能性は事実上極めて低いと思われる」ほど、第１行為と第２行為との「密接な関連性・接着性が認められるから」、第２行為が介在したとしても、第１行為と結果との間に相当因果関係が認められると述べたうえで、行為者の認識と実際の因果経過とが相当因果関係の範囲内で一致しているため、故意既遂犯が成立するとの結論を導くのである[22)]。

以上のように、橋爪教授は、クロロホルム事件における行為者の意思が確定的であったこと、第１行為の行為態様が殺害を翻意するような態様でなかったこと等を重視して、クロロホルム事件決定の結論を是認されるが、故意既遂犯が成立する場合が例外的であるとする点に注意を要する。

5　検討

これまで、早すぎた構成要件の実現の問題に関する、未遂犯説と既遂犯説とを概観してきた[23)]。次に、これらを踏まえて、この問題について検討したい。

22）以上、橋爪・前掲注4）238頁。

23）しかしながら、早すぎた構成要件の実現に関しては多くの文献において検討が加えられているため、本文では、その一部を紹介するにとどまってしまっていることをお断りしておく。本文ないし脚注で挙げるものの他には、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生」同志社法学59巻６号（2008年）543頁以下、奥村正雄「殺人罪の実行行為の特定」同志社法学60巻６号（2009年）429頁以下、小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為―『一連の行為』をめぐる考察―」阪大法学60巻１号（2010年）155頁以下、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（2007年、成文堂）59頁以下（初出は高橋則夫「『早すぎた構成要件の実現』の一考察―いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐって―」早稲田法学80巻７号（2005年）１頁以下）、原口伸夫「実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現」法学新報113巻３・７号（2007年）603頁以下、日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャーナル創刊号（2006年）123頁以下などがある。

結論を先に述べると、私は、早すぎた構成要件の実現の問題においては、故意既遂犯の成立を認め得ると考える。

(1)　行為目的と問責対象行為

クロロホルム事件決定は、崖から突き落とすためにクロロホルムによって被害者を眠らせるという行為者の計画を重視し、第１行為の段階で「一連の殺人行為」に着手していたと認定していた。そして、実行の着手論において行為者の計画を重視する見解も多い[24)]。このように、行為者の計画が第１行為と第２行為を「一連の行為」として把握することができるか否かの際に重要なメルクマールとなると考えられる。そして、計画とは、行為者の設定した目的を達成するための手段・方法を予め決定しておくことであるといえるから、計画を考慮するということは、目的達成に向けられた行為者の意思を考慮しているといえる。

現に、複数行為を「一連の行為」として把握するか否かについて論ずるにあたり、第２行為を行う目的ないし行為意思を重視する見解が多く見られる。例えば、高橋則夫教授は、「外部的態度がいかなる意思・目的で行われたのかが重要であり、この行為意思・行為目的によって、行為の分断・統合が判断されるべきであろう。すなわち、それぞれの外部的態度が、同一の行為意思・行為目的によって担われている場合には統合し、別個の行為意思・行為目的によって担われている場合には分断するというのがこれである」とする[25)]。また、深町晋也准教授も、「『同一の行為意思』あるいは『同一の意思決定』によって行為が担われている場合には、自然的観察に従えば２つ（あるいはそれ以上）の行為と見られる場合であっても、第２行為は第１行為にとって阻害的な性質を有することはなく、むしろ第２行為は第１行為と結び付けられる」と述べている[26)]。ここでは、行為の目的が、複数行為を１個の「一連の行為」として把

24）井田・前掲注5）399頁、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室304号（2006年）124頁、西田・前掲注5）306頁、山口・前掲注5）271-272頁など。

25）高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価―複数行為における分断と統合の問題―」刑事法ジャーナル19号（2009年）41頁。

握するための接ぎ木の役割を果たしているのである[27]。各行為は、目的実現に向けられた因果の過程の一部分として位置づけることができるから[28]、そのようにいうことも可能であると思われる。

最近、複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定の問題について検討を加えた仲道祐樹准教授は、「法益侵害を志向する行為意思」を基準として、問責対象行為の個数を決定するとの見解を表明した[29]。罪刑法定主義の支配する刑法学の領域においては、故意犯が問題となる場合、構成要件的結果惹起へ向けられた行為意思が刑法的判断の対象とされることとなる。そして、各構成要件から導出される行為規範は、法益侵害行為を志向する意思に働きかけ、法益侵害行為から行為者を遠ざけることによって法益保護を図るのであるから[30]、「法益侵害を志向する行為意思」に着目する仲道准教授の見解は注

26）深町晋也「『一連の行為』論について―全体的考察の意義と限界―」立教法務研究３号（2010年）125-126頁。

27）なお、共謀の射程についての文脈ではあるが、橋爪教授は、「実行分担者がいかなる目的で行為に出たかが、客観的な行為態様の共通性以上に、共謀の射程を考える上では重要な基準となるように思われる。すなわち、共犯者は何らかの目的を持って共謀を遂げるのが通常であろうから、その目的達成に関連する行為と評価できるのであれば、共謀内容とは一致しない行為についても、なお共謀の射程が及ぶと考えられる」として、行為の目的の重要性を認めている（橋爪隆「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室359号（2010年）23頁）。我田引水とも思われるが、この記述から、①目的が同一であれば、個別の行為は当該目的の実現に向けられた一部分にすぎないと考えられるから、共謀内容と一致していなくとも、共犯者の与えた因果性は実行共同正犯者にも及んでいる、②客観的な行為態様に共通性が認められるとしても、共犯者が因果性を与えた行為と実際に行われた行為の目的が異なれば、両行為を接ぎ木するものがなくなり、各行為は別個の行為として把握する他ないから、共犯者の与えた因果性は、目的が変化した実際に行われた行為には及ばない、という２つの命題を導出することができると思われる。「一連の行為」論と共謀の射程論は問題領域が異なるから、かかる主張をすることができるかには慎重な検討を要するが、一考に値すると思われる。

28）ハンス・ヴェルツェル（福田平・大塚仁訳）『目的的行為論序説〔第三版〕』（1979年、有斐閣）１頁以下参照。

29）仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌59巻２号（2009年）441頁。

30）井田・前掲注5）６頁。

目に値する。

しかし、「法益侵害を志向する行為意思」の個数が問責対象行為の個数となる見解を額面通りに受け取り、それのみを基準として複数行為を「一連の行為」として把握してしまうと、次のような問題が生じると思われる。すなわち、予備罪の処罰根拠も法益侵害結果発生の危険性に求められるといえるが[31]、法益侵害の危険性というのは、そもそも、法益侵害結果発生の可能性のことをいうと考えられるところ、甲がAを殺害するために毒薬を用意し、その毒薬で殺害を遂げたという事例においても、毒薬を準備する予備行為からAの死亡結果の発生まで、一貫して、Aの生命という1個の「法益侵害を志向する行為意思」に担われていたといえるから、仲道説によると、これも1個の「一連の行為」であると把握することとなると思われる。そうだとすれば、毒薬を準備して保管しておいたら、被害者が勝手にそれを服用して死亡したという事例においても、「一連の行為」に着手して殺害の目的を遂げたとして、殺人未遂罪ないし殺人既遂罪が成立してしまうのであろうか。しかし、予備行為から結果が発生した場合には、殺人未遂罪も成立しないと考えることに異論はなかったといえるから、これは妥当ではないだろう。

また、仲道説によれば、1個の「法益侵害を志向する行為意思」に担われている以上は、複数の行為に見える場合であっても、それは最終的な目的である法益侵害結果惹起までの一部分を構成するにすぎないとして1個の問責対象行為となるが、しかし、各部分をそれ自体として取り上げて、それぞれを「法益侵害を志向する行為意思」（法益侵害惹起の目的）に担われた行為として記述することも不可能ではない。例えば、クロロホルムを吸引させる行為も、最終的に崖から車ごと落として殺害するためのものとして、生命侵害という「法益侵害を志向する行為意思」に担われている行為であるといえるとしても、それのみを取り上げれば、被害者を眠らせるためのものとして、身体侵害という「法益侵害を志向する行為意思」に担われた行為であるともいい得る。目的的行為

31）井田・前掲注5）408頁は、予備罪の処罰根拠を「犯罪の完成に至る可能性をもつこと」に求めている。

論の主唱者であるヴェルツェルも、既に、「意思的に定められた結果が、全行為構造において、まさに追求された目標であるか、適用された手段にすぎないものであるか、あるいは、ただ単に実現意思にとりこまれた附随的結果にすぎないものであるかは、目的的行為の意味内容にとって、重要なことではない。……一個の目的的行為は、意思的に定められたいろいろな結果との関係によって、多くの行為意味をもちうるものである」と述べていた[32)]。

クロロホルム事件における第１行為・第２行為は「自然的社会的に複数の行為であることを否定しえない」とも述べられることがあるように[33)]、行為者の殺人結果惹起という目的ないし計画において、両行為が殺人結果惹起に向けられた過程の一部であるとしても、それだけをもって、「一連の行為」として故意既遂犯ないし未遂犯が成立すると考えるべきではない[34) 35)]。したがって、予備行為と未遂行為とで区別を設け、未遂行為以降の場合に限って故意未遂犯

32）ヴェルツェル・前掲注28）５頁。

33）松原・前掲注9）122頁。

34）なお、仲道准教授は、クロロホルム事件決定について、第２行為が既に被害者の死亡した後で行われていたのなら、規範が行為者に働きかけたとしても被害者の生命を保護するのには役立たないことから、そもそも殺害を禁止する規範の発動の前提条件を欠くので、第２行為を問責対象行為として取り上げる必要はないとされる（仲道・前掲注29）447頁）。しかし、第２行為を行うか否かによって量刑は異なり得ると思われるし、被害者が死亡していたのなら殺害を禁止する規範は発動の前提を欠くとするのであれば、いわゆる客体の不能の事例は一律に不可罰となってしまうと思われるが、それが妥当な解決であるとは思われない。佐伯・前掲注24）127頁参照。

35）板倉・前掲注21）15頁も、「自然人の行為は、自発的な意識活動と結びつけることができる身体の動静であるが、このような行為は、主観・客観の全体構造をもつ統一体である。このような統一体としての行為を個別的な行動に分解してとらえるようなことは、実体を見ないもので、失当である。〔原文改行〕そこで、故意行為は、犯罪実現意思にもとづく身体の動静として、全過程を全一体的にとらえられなければならないのである」として、クロロホルム事件においても、第１行為・第２行為は別個独立の行為ではなく、「殺人に向けての行動の全課程（ママ）を全体として、一個の殺人行為として把握しなければならない」とされるが、これでは、仲道准教授と同様に、クロロホルムを準備する段階（予備行為）も含めて「一個の殺人行為として把握しなければならない」ことになってしまうのではないだろうか。

ないし故意既遂犯が成立することを別途説明することが必要となると思われる。

(2)　故意犯における行為の規範的統制の構造と規範の突破

「一連の行為」として故意既遂犯ないし故意未遂犯の成立する行為の範囲を検討するにあたっては、犯罪の成否が問題となる以上、刑法による法益保護の構造についての検討が不可欠であると思われる。そこで、「一連の行為」といえる範囲の検討に先立って、この点について検討する。

たびたび言及しているように、行為規範は、「人の行為意思への働きかけによる行為統制（コントロール）」によって法益保護を図るものである[36]。そして、予備罪の処罰根拠も法益侵害結果発生の危険性（＝法益侵害結果発生の可能性）に求められるとすれば、予備罪処罰規定、未遂罪処罰規定、既遂罪処罰規定は、全て、同一の法益侵害結果の発生を防ぐために行為規範を定立するものであるといえる。未遂犯を具体的危険の発生を結果とする具体的危険犯であると理解するとしても[37]、あくまで最終的な法益侵害結果発生の防止という観点から把握しなければならない。

行為者は、法益侵害結果惹起を決意し、そのための手段・方法を決定することで計画を立て、その実現に向けて行動を開始するのであるから、行為者が法益侵害結果惹起の目的を有した段階で、行為規範は、その「法益侵害を志向する行為意思」に対して、それを思いとどまるようにメッセージを発するといえる。

しかし、かかる規範のメッセージを行為者が受け取ったからといって、犯罪が成立するわけではないのは勿論である。犯罪が成立するには、規範に直面するだけではなく、規範を突破しなければならない。そして、法益保護のための合目的的手段として行為規範が提示されるのであるから、法益侵害結果の発生や具体的危険の発生等の結果無価値の惹起があって初めて刑法的制裁に見合う規範の突破があったと考えるべきである。

例えば、甲は、日頃から反りの合わないAを殺そうと決意したが、結局、思い直して殺人のための準備も行わなかったという事例では、殺人を決意した段

36）井田・前掲注5）6頁。

37）山口厚『危険犯の研究』（1982年、東京大学出版会）56頁以下。

階で、Aの生命という「法益侵害を志向する行為意思」に対して、行為規範は働きかけ、その行為の統制を試みる。そして、行為規範による統制が見事に機能したからこそ、甲は思い直して殺人の準備も行わなかったのである。行為規範によるメッセージに従った場合には、規範が望んだ方向へ事態が進行したのであるから、犯罪が成立しないのは当然であろう。

これに対して、甲が、殺人のためにナイフを購入して、Aを刺殺したという事例では、次のように考えられる。すなわち、殺人を決意した段階で、行為規範は「それは人の生命を侵害する行為であるから、思い直せ」というメッセージを発する。そして、甲がナイフを購入する段階に至ると、かかるメッセージが具体化されたものとして「人の生命を侵害する目的でナイフを購入するな」という行為規範が提示される（殺人予備罪は殺人罪を犯す目的が必要な目的犯である）。それを無視してナイフを購入することによって、結果無価値の惹起（予備罪は抽象的危険犯と考えられているので、人の生命に対する抽象的危険の惹起）が認められ、「二年以下の懲役」（刑法201条）という刑法的制裁に見合うだけの規範の突破があったとして、殺人予備罪が成立する。そして、刺殺する段階に至ると、「ナイフで刺すな」という具体的行為規範が提示され、それを無視してAをナイフで刺すことにより、人の生命に対する具体的危険という結果無価値の惹起が認められ、刑が任意的に減軽される「死刑又は無期若しくは五年以上の懲役」（刑法203条、199条）という刑法的制裁に見合うだけの規範の突破があったとして、殺人未遂犯が成立する。そのうえで、Aの死亡結果が発生すると、任意的減軽のない「死刑又は無期若しくは五年以上の懲役」（刑法199条）という刑法的制裁が科されることとなる。

このようにして、構成要件的結果惹起を決意し、予備から未遂を経て既遂に至るという過程の全体において、刑法規範は「それは法益を侵害する行為であるから、思い直せ」というメッセージを発し続けるのであり、それが各段階において具体化された行為規範を提示するのである。そのメッセージを無視して危険ないし法益侵害結果を惹起することで、規範が突破され、犯罪が成立（し、刑法的制裁が発動）する。

そして、予備罪、未遂罪、既遂罪は、全てが同一の法益を保護するための刑法規範を突破するプロセスであるといえるから、既遂罪が成立した場合には、予備罪と未遂罪は、最も重い既遂罪に吸収されるといえる。

以上で明らかになったように、刑法規範は、犯罪の決意から、一貫して同一の法益を保護するための行為規範を行為者に対して向けていたこととなる。そして、行為規範に直面するだけでなく、規範を突破しなければ、すなわち、行為規範が避けようとした事態が発生しなければ、犯罪は成立しない。

次に、これを踏まえて、「一連の行為」として早すぎた構成要件の実現の場合に故意未遂犯ないし故意既遂犯の成立を肯定することのできる範囲について検討を加える。

(3) 故意既遂犯成立を肯定することのできる「一連の行為」の範囲

前述したように、行為者の目的ないし行為意思を考慮して「一連の行為」であるか否かを検討する場合、予備行為も含めて「一連の行為」であったとして、故意未遂犯ないし故意既遂犯が成立し得ることとなってしまいかねないが、予備行為を含めた一連の行為に着手した以上は結果が発生すれば故意既遂犯を認める、と考える見解は存在しないといえるから、未遂行為以降に結果が発生した場合には故意既遂犯の成立も認め得るほどの差異を、予備行為と未遂行為との間に見出さなければならない。

それでは、予備行為から結果が発生した場合と未遂行為から結果が発生した場合とで、何が異なるのか。ここで注目されるのが、クロロホルム事件決定の挙げる３要件である。もっとも、第１行為が第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ることという第１の要件は、選択された第１行為が唯一無二の方法である必要はないから（クロロホルムを吸わせる行為でなくとも、被害者の抵抗を排除できるものであれば足りるはずである）、結局、第２行為を行うまでの障害が存在するか否かという第２の要件に帰着するといえる[38)]。そして、後述するように、未遂犯の成立に結果発生の危険性の切迫性を常には要

38）橋爪・前掲注4）235-236頁。

求すべきではないから、第１行為と第２行為との間の時間的場所的近接性という第３の要件も、欠くべからざる要件であるとはいえない。したがって、ここで真に注目すべきは、結果に至るまでの障害の不存在性という第２の要件であると思われる。

そこで、まず、「結果に至るまでの障害の不存在性」について検討を加える。

未遂犯の成立には、結果発生の自動性もしくは切迫性のどちらかが認められれば足りるとする見解が有力である[39]。これに対して、結果発生の自動性だけでは足りず、その切迫性が必要であるとする見解も有力であるが[40]、私は、切迫性は、不可欠の要件ではないと考える。

例えば、甲がＡに対して毒入りの菓子を郵送したが、郵送の途中、時間の経過によって毒が無害化したという事例において、不能犯として殺人未遂罪の成立を否定する見解はないだろう。しかし、菓子がＡ宅に届くことを要求したからといって、毒は無害化している以上、Ａに対する危険性には何ら変化はない。そうだとすれば、不能犯論における議論をも視野に入れるとき、危険概念との関連においても、危険の切迫性を常には要求すべきではないと思われる[41]。実行の着手の有無が問題となる場面と不能犯が問題となる場面とで基準を異にするのであれば話は別だが、未遂犯として可罰的であれば不能犯ではなく、未遂犯として処罰することのできる危険性を欠く場合であれば不能犯として不可罰となるのであるから[42]、そのように考えるべきではない。

そもそも、法益侵害結果発生の危険性とは、結果発生の可能性（の高さ＝確実性）という意味で理解されていると考えることができるから、切迫性の持つ意味を結果発生の可能性ないし確実性の観点から捉えなおせば、切迫性が認め

39）井田・前掲注5）398頁、伊東研祐『刑法講義　総論』（2010年、日本評論社）314頁、塩見淳「実行の着手について（三）・完」法学論叢121巻６号（1987年）17頁など。

40）佐伯・前掲注24）123頁、松原・前掲注9）120頁など。

41）和田俊憲「未遂犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003年、成文堂）216頁以下。また、佐藤拓磨「間接正犯の実行の着手に関する一考察」法学研究83巻１号（2010年）135頁以下も参照。

42）井田・前掲注5）406頁、佐伯・前掲注24）126頁など。

られる段階に至れば、結果発生を妨げる事情の介在する余地が減少し、それだけ、放っておいても結果が発生してしまう状態、すなわち、結果発生の自動性が認められる状態を肯定することが容易になる、と考えることができる[43]。このように考えれば、結果発生の自動性が認められるにもかかわらず、さらに重ねて切迫性を要求する理由はないと思われる（もっとも、切迫性が認められる場合には、仮に何らかの障害が残存していたとしても、結果発生が目前に迫っている以上、未遂犯規定による規範の回避したかった事態が惹起されているといえ、ここで規範の突破が認められるから、未遂犯の成立を肯定すべきであり、切迫性要件には、なお結果発生の自動性に還元し尽くせない規範的意味が認められると考える）。

また、結果発生の自動性が肯定される場合、行為者は法益侵害結果惹起の目的達成にあたって障害となるものを除去したのであるから、法益侵害結果を惹起するために乗り越えなければならないハードルは存在しない。そうだとすれば、行為規範は、法益侵害結果を惹起し得る行為に出ること自体を防ぐことに失敗しているといえ、未遂犯成立に要求される危険性は惹起されたといえるから、未遂犯規定による規範は突破されてしまっている。

そして、各則の構成要件の提示する行為規範による行為のコントロールによって法益侵害行為に出ることを防ぐことに失敗し、結果発生の自動性が肯定された（規範は突破されてしまった）ことから、刑法は、更なる法益保護の手段として、中止犯規定による行為規範を提示し、法益侵害結果発生の阻止を要請する。この中止犯規定による行為規範は、既に未遂犯として可罰的な状態に至っているにもかかわらず、また、未遂犯の成立する時点で他の構成要件を完全に充足しているとしても[44]、刑の免除という「褒賞」を与える措置まで認めることで、行為者を法益侵害結果発生の阻止へと動機づける。このように、

43）鈴木左斗志「実行の着手」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年、有斐閣）89頁、和田・前掲注41）220頁。

44）例えば、甲がAをナイフで刺して殺害しようと決意し、Aの腹部を一突きしたが、翻意してAを救命したという事例では、殺人未遂罪の中止犯となるといえるが、ナイフで腹部を刺す行為は、文句なく傷害罪の構成要件を充足しているといえる。

中止犯規定は、各則の構成要件とは別個の「マイナス構成要件」（マイナス符号のついた犯罪）として、別個の行為規範を定立するのである[45]。そのような別個の行為規範定立の必要に迫られる段階に至っているということは、未遂犯規定の規範が突破された、すなわち、未遂犯が成立し得る状態に至っているということを意味するというべきである。

したがって、危険概念の理解としても、行為規範による行為のコントロールという観点からしても、結果発生の自動性に加えて、常に結果発生の切迫性まで要求する必要はないと考える。

橋爪教授は、クロロホルム事件決定が、第２行為に至るまでの障害の不存在性とは別に第１行為と第２行為との時間的場所的近接性を挙げていることから、「時間的場所的近接性の要件は、結果発生の確実性の問題に解消されるわけではないと考えるべきであろう」とされているが[46]、以上に示した私見からは、時間的場所的近接性が認められなければ、事実上、結果発生に至るまでの障害が認められることが多く、そのために未遂犯が成立しないという意味を有するにすぎないと考えることとなる[47]。例えば、クロロホルムによって被害者を眠らせることに成功したとしても、時間的場所的に相当の隔絶が認められる場合には、被害者が目を覚まして抵抗するとか、第三者に発見されて邪魔が入るといった事情（結果発生までの障害）が発生し得ることから、そのために、結果発生の自動性を肯定することができず、未遂犯が成立しないという結論が導かれるにすぎないと考えるべきであると思われる。クロロホルム事件決

45）井田・前掲注5）424頁、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年、有斐閣）146頁など。

46）橋爪・前掲注4）236頁。

47）安田拓人「実行の着手と早すぎた結果発生」平成16年度重要判例解説（2005年）158頁。松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現―クロロホルム事件―」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011年、成文堂）183頁は、「『時間的場所的近接性』は、結果発生の切迫性を要求するもののように思われるが、あくまで２つの行為の間の近接性を問題としていることから、構成要件的限定としての密接行為性を基礎づけるとともに、結果発生の確実性・自動性を側面から補強するものと解すべきであろう」と指摘している（強調は原典による）。

定は、当該事案においては時間的場所的近接性を肯定することができたことから、判旨の説得性を高めるために、障害の不存在性とは別にそれを挙げたにすぎないと考えるべきである。（もっとも、前述したように、結果発生の切迫性が独自の規範的意味を有することについては否定されるべきではない）。伊東研祐教授も、「現在の判例理論は、実質的客観説を基本としつつ、行為の具体的・実質的危険性の判断枠組を、行為者の主観的な計画・目的・意図等との関連において措定される事象の全体的な因果経緯の中に見出し、既遂結果に至るまでの障害がほぼ無くなった・自動性を帯びた、という意味における客観的な危険性が認められる時点で『実行の着手』を認めている」とする[48)]。

以上の検討により、結果発生の切迫性が肯定される場合だけでなく、結果発生までの障害の不存在性、すなわち、結果発生の自動性を肯定できる場合にも未遂犯の成立を肯定すべきであることが明らかになったと思われる。そこで、これを踏まえ、予備行為と未遂行為との差異についての検討に移る。

結果発生の自動性を肯定することができる場合にも未遂犯の成立を肯定し得ると考えると、予備行為と未遂行為とで決定的に異なるのは、結果発生までの障害が存在するのか否かという点にあるといえる。

殺人の目的を持ってナイフを購入したとしても、被害者のもとに行ったら他の友人がいて邪魔をするかもしれないし、被害者自身の抵抗の可能性もある。また、そもそも被害者を探し出すことができないかもしれない。予備罪処罰規定がある場合には、予備罪として検挙される可能性も否定できない。何よりも、結果発生までの障害を除去する行為に出る段階では、かかる状態に至ることを防ぐために定立された刑法各則の行為規範が、規範的な障害を設けているといえる[49)]。そのような規範的障害が認められるのも、そうでなければ結果

48）伊東・前掲注39）304頁。

49）刑法は行為規範による行為のコントロールによって法益の保護を図るものであることから、この規範的な障害の存在が、結果発生までの最大の障害というべきである。山中教授は、ナイフを買う行為の後には特段の障害はないとされているが（山中敬一『刑法総論〔第２版〕』（2008年、成文堂）361頁）、これらの点に鑑みれば、障害がないとはいえないと思われる。

発生までの障害が除去される段階に至ってしまい、それ以降は、法益侵害に対する危険性が、未遂犯として可罰的な程度に高まるからである。

このように、予備行為が完了したとしても、結果発生までの障害を否定することができない以上、行為者はその障害を除去する必要があるから、結果発生までに突破すべき規範は残存している。そのため、予備行為から発生した結果を故意に帰属することはできないといえる。仮に予備行為から結果が発生したことに行為者が気づかずに、予定していた行為の全てを実行したとしても、行為者の主観において規範が突破された段階では既に結果が発生していたのであるから、発生した結果は予備行為に帰属されるものである以上、故意既遂犯の成立を肯定することはできない（行為者の主観における第２行為は、不能犯として不可罰となるか、未遂犯が成立するかが問題となるのみである）。

これに対して、結果発生の自動性（障害の不存在性）もしくは結果発生までの切迫性を肯定することができ、未遂犯処罰規定の規範の突破がなされるに至ると、新たな手立て（具体的には、中止犯による行為規範）が必要となる。

ここで、早すぎた構成要件の実現が問題となる場合、行為者は第２行為を留保していることから、結果発生の自動性は否定されるのではないかが問題となる。

しかし、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められることで、第２行為を介した危険性も第１行為の段階に前倒しされると考える見解は多い[50]。すなわち、法益侵害結果惹起に向けられた因果的統制の原動力としての目的ないし行為意思が、第２行為の留保にもかかわらず、法益侵害結果発生の危険性を第１行為の段階で肯定させるのである。これが意味するところは、第２行為は、第１行為の段階での目的ないし行為意思の存在によって、結果発生までの障害とはならず、結果発生の自動性を否定する理由にはならないということであると思われる。そうでなければ、目的ないし行為意思があることによって危険性が高まるとはいえないはずである。第１行為が第２行為をも行う目的ないし行為意思に裏打ちされることによって、「自然的観察に従えば２つ（あるい

50）鈴木左斗志「実行の着手」西田典之ほか編『刑法の争点〔第３版〕』（2000年、有斐閣）89頁、山口・前掲注5）271頁、和田・前掲注41）210頁など。

はそれ以上）の行為と見られる場合であっても、第２行為は第１行為にとって阻害的な性質を有することはなく、むしろ第２行為は第１行為と結び付けられる」から[51]、第１行為の段階で、第２行為を含めた危険性が肯定され、未遂犯の成立を肯定することができるのである。クロロホルム事件決定も、崖から突き落とすためにクロロホルムによって被害者を眠らせるという行為者の計画を重視していた。

なお、ここでは、中止犯規定による規範は考慮すべきではない。なぜなら、中止犯規定は、未遂犯が成立した後に問題となるものであり、ここでは、未遂犯の成立を肯定することができるか否かについて検討しているのであるから、中止犯規定の存在をもって未遂犯の成立を否定することは論理的に誤っているからである。

そして、第２行為は結果発生までの障害とならないのであれば、もはや、第１行為と第２行為を別個のものとして扱うのは相当ではない。また、そうであるからこそ、第１行為によって他の障害を除去する段階で、第２行為を含めた危険性の惹起を肯定することができるのであり、そのような危険性を惹起する行為を禁止する行為規範による規範的障害が認められるのである。この規範が突破され、障害の不存在性が肯定される場合は（障害の不存在性が惹起されるからこそ、第２行為を含めた行為を禁止する規範的障害が認められるともいえる）、第２行為を行うことも辞さないという意思で最大の障害である規範的な障害をも除去している以上、第２行為に及ぶのは必至ともいえ（必至といえるからこそ、第１行為の段階で第２行為を含めた危険性を肯定することができる）、したがって、未遂犯の成立が第１行為の段階で肯定できるのである。

逆に、第２行為を行う目的ないし行為意思を第１行為の段階で認めることができないのであれば、第１行為と第２行為を接ぎ木するものが欠落するので、あくまで別個の行為と捉えるほかない。そして、第１行為と第２行為を別個独立のものとして切り離した場合、「第二の行為を介して被害者を死亡させよう

51）深町・前掲注26）125-126頁。

とする意思は度外視されることになるので、第一の行為は、単に、人を失神させる意思でクロロホルムを吸引させる行為と把握される」こととなる[52]。したがって、第２行為を介した危険性も第１行為の段階で認めることはできず、また、第２行為を除去すれば、第１行為は法益侵害結果についての認識を欠くこととなり、故意を認めることもできない。クロロホルム事件でいえば、第２行為を行う目的ないし行為意思を欠く場合は、第１行為によって結果が発生したとしても、「クロロホルムを吸引させて崖から突き落とすという殺人行為」ではなく、あくまで「クロロホルムを吸引させて眠らせる傷害行為」を行ったにすぎず、殺人結果についての認識に言及することができなくなる。

橋爪教授は、第２行為を因果の１コマとして捉えることができる場合には既遂犯の成立を認めることができるとし、第１行為と第２行為を「一連の行為」として把握するという視点については言及していない[53]。しかし、第１行為と第２行為を「一連の行為」として一体的に把握しなければ、第１行為の段階では被害者の死亡結果（法益侵害結果）についての認識を欠くこととなるから、そもそも殺人罪の故意として不十分である。法益侵害結果についての認識は、およそ存在すれば足りるというものではない。およそ存在すれば足りるとするならば、甲がＡを殺害する目的でＡ宅に車で向かっているとき、前方不注意で人を轢いてしまったが、それはＡであった、という事例においても殺人既遂罪が成立してしまいかねないが、これは明らかに不都合である[54]。したがって、殺人罪の故意については、「この行為によって殺害する」との認識が必要である。そして、「この行為」が、第１行為と第２行為を統合した「一連の行為」として把握されるからこそ、第１行為の段階で法益侵害結果についての認識も認めることができるのである。

このように考えると、第２行為を行う目的ないし行為意思が重要な要素とな

52）福田・前掲注17）83頁。

53）橋爪・前掲注4）238頁。

54）さらに、抽象的法定符合説の立場からは、轢いてしまった相手が全く別人であったとしても、殺人既遂罪が成立することとなってしまうところ、その問題性は、より重大である。

るため、どの程度の目的ないし行為意思が必要となるかが問題となるが、この点に関して、橋爪教授は、クロロホルム事件においては第２行為を行う確定的意思を認めることができた点を重視していた。しかし、島田聡一郎教授が指摘しているように[55]、確定的意思が常に必要であると考えるべきではないと思われる。行為意思が危険性に影響を与えるとする見解は多数あるが、確定的な行為意思がない限り危険性は高まらないとする見解は見当たらない。第２行為を行うことも辞さないといったような、実現意思に取り込まれたといえることで足りるというべきではないだろうか。

ただし、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められるとしても、それによって除去されるのは第２行為の障害性のみであって、被害者による抵抗や第三者による妨害等の障害は取り除かれなければならない。

この点に関し、名古屋地判昭和44年６月25日判例時報589号95頁は、被害者を睡眠薬で眠らせたうえで木の棒で殴り、これを完全に気絶させてから峠まで運び、そこで事故死に見せかけて殺害するという計画のもとに、被害者に睡眠薬を飲ませ、これを木の棒で殴ったが、被害者が目を覚ましたために失敗した、という事案において、次のような判断を示した。すなわち、「被告人甲において被害者Ａに飲用させた睡眠薬ノクタン錠の量は二〇錠であることが認められ且つＡはそれによっては充分熟睡するに至らなかったことが認められるから、右行為だけでは前記危険性〔殺人の結果が発生する客観的危険性を指す―引用者注〕を有する行為であったとは認められないが、判示被告人乙においてＡの頭部をすりこ木で殴打した行為が加われば、右すりこ木は長さ約三〇センチメートル、太さ五センチメートルの比較的軽い桐の棒であって本件犯行の際にはこれに布を巻いてあったけれども、特に本件の如く睡眠中という特殊の条件の下にある人の頭部を殴打すれば、場合によっては気絶するに至ることも充分あり得るものと認められ、右殴打行為は前記危険性を有する行為であったというべく、従ってこの行為に着手した時点において被告人らは、Ａ殺害の実行に

55）島田・前掲注4）67頁。

着手した」として、殺人未遂罪の成立を認めたのである。

しかし、これには疑問がある。なぜなら、本件では、被告人らの計画によると、被害者を気絶させることに成功したとしても、直ちに死亡結果が発生するわけではないから、結果発生の自動性という意味での危険性が問題となるといえるが、睡眠薬のみでは十分熟睡するに至らなかった以上、被害者を木の棒で殴って完全に気絶させて初めて、被害者の抵抗等の結果発生までの障害を除去することができたのであり（現に、被害者の抵抗によって殺人結果の惹起に失敗しているのである）、被害者を気絶させ得る行為を行ったことのみをもってしては、結果発生の自動性を肯定することができないからである。木の棒で殴るという、それ自体が暴行罪ないし傷害罪を構成する反社会的な行為であることに引きずられて、被害者の死亡までの自動性という殺人未遂罪の危険性まで肯定してしまっているのではないだろうか。ここでは、あくまで殺人結果発生の危険性が認められることが問題なのであり、手段の反社会性のみをもって殺人の結果発生の危険性が惹起されたとはいえないはずである。殺人未遂罪の行為規範は、人の死の結果を発生させる危険性を有する行為をやめるように行為者の意思に働きかけることによって、死の結果が発生する危険性が惹起される事態を避けるために定立されるのであるから、人の死の結果発生の危険性が惹起されることによって、規範は突破されたというべきである。前述したように、規範は突破されなければならないのであって、規範を突破しようとする行為に出ることをもって、規範の突破ということはできない。規範が突破されない限りは、その規範に従った行動に出ることが期待されるのであり、規範に従った行動に出たのであれば、行為者の意思に働きかけて行動を統制することで法益保護を図ることに成功しているのであるから、違法性を肯定することはできない。判決は、いわば「殺人の結果発生の危険性が惹起される危険性」によって殺人未遂罪を肯定してしまっているのではないだろうか。第２行為を行う目的ないし行為意思は、第２行為の阻害性を取り除くだけであって、このような目的ないし行為意思を有しているからといって、他の障害まで除去されることにはならないことに注意すべきである。この点、大阪地判昭和57年４月６日判例

タイムズ477号221頁は、被害者を気絶させてから運び出し、その後に殺害する計画を立て、被害者を寝袋に入れて紐で縛ってから灰皿で殴打したが、これを遂げなかったという事例において、「午前11時ころAを襲い、Aを寝袋に入れて犯行現場に残したまま一旦被告人両名が右現場を離れ、同日午後9時ころ、再び引き返して、寝袋に入れたAを外に運び出し、その後にAを殺害することが予定されていたものであるところ、Aを灰皿で殴打して気絶させてからこれを運び出すまでには、相当の時間的間隔があり、これだけの長時間の間には、たとえAが右殴打によつて気絶させられていたとしても、意識を回復して自ら脱出するなり、あるいはAの知人もしくは顧客がA方を訪れて異変に気付き、Aが救出されるに至る可能性は十分に存するということができるのみならず、Aを運び出した後、これを殺害する手段、方法について具体的な計画が立てられていたということも証拠上全く認めることができない。右のような事実関係のもとでは、Aに対する本件殴打行為が、その後に予定されていたAの殺害という行為そのものに密接不可分に結びついていると評価するのは困難であり、未だ殺人の結果発生について直接的危険性ないしは現実的危険性のある行為とは認め難く、従つて、本件犯行をもつて、A殺害の実行の着手とみることはできない」として、行為の反社会性に引きずられることなく、第2行為までの障害の存在を考慮し、「一連の行為」と見ていないことが注目に値する。

以上に述べたように、結果発生までの障害が除去され、結果発生の自動性が肯定される以前と以後とでは、法的には全く別個のものとして把握すべきこととなる。条文上は未遂犯の処罰は例外的なものとして規定されてはいるものの、実際には、主要な犯罪については未遂犯処罰規定が設けられるのがほとんどであり、実質的に未遂犯の成立する段階が刑法的制裁の介入する分水嶺であるといえるところ[56)]、予備行為と未遂行為とで法的に区別することは、現行法にも整合的な解釈である。

以上より、従来から主張されているように、未遂犯の成立する以降の行為

56）佐伯・前掲注24）120頁、山口・前掲注5）266頁など。

は、行為の分断は許されず、１個の「一連の行為」と把握すべきである。

(4)　未遂犯説の批判的検討

先の検討によって明らかになったように、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められることにより、第２行為を留保しているにもかかわらず、第１行為の段階で、第１行為と第２行為は１個の「一連の行為」と把握され、未遂犯が成立し得る。

未遂犯説も、未遂犯の成立する限度においては、第１行為と第２行為が１個の「一連の行為」と把握されることについて異論はないと思われる。林・松原両教授は、手放し意思がない限りは故意既遂犯成立のための故意としては不十分であるとの理解から未遂犯説を支持するが、それは、法益侵害結果の認識に加えて手放し意思を故意既遂犯成立の要件として要求することから未遂犯説の結論が導かれているのであって、法益侵害結果を惹起する危険性の認識のみで未遂犯成立の故意として足りるとしているわけではない。

もっとも、未遂犯も具体的危険の発生が必要な結果犯であると考えると、法益侵害結果発生の危険性をもって、ここにいう「法益侵害結果」と捉えることも不可能ではない。かかる見解によると、「人の死の結果が発生する危険性」という「法益侵害結果」の認識があるとして、殺人未遂の故意として十分であると考えることとなる[57)]。しかし、これでは、既遂犯と未遂犯の構成要件の関連性が失われ、未遂犯を独立の具体的危険犯と捉えることになってしまうが、現行法上、未遂犯と具体的危険犯は別個の犯罪として規定されているのは明らかであるから、法益侵害発生の危険性という危険結果の認識のみで未遂犯の故意として足りると考えるべきではない。未遂犯も具体的危険の発生を要する結果犯であると解する山口教授も、「未遂犯を結果犯（危険犯）と解する立場においても、未遂犯の成立を肯定するためには、構成要件的結果（既遂）惹起の意思が必要であり、単に既遂の具体的危険を惹起する意思があるだけでは足りない。このように既遂惹起の意思が要求されるのは、（遂げようとすること

57）町野朔「因果関係論と錯誤理論」北海学園大学法学研究29巻１号（1993年）230頁。

を前提としている）未遂概念それ自体に内在するものである」とする[58]。危険性の認識のみで未遂犯の故意として十分であるとするならば、傷害致死罪の成立する場合は、全て殺人未遂罪となってしまうのではないだろうか[59]。

このように、未遂犯の成立を認める限度においては、未遂犯説も「一連の行為」論を共有しているといえる。

次に、既遂犯の成立にあたって、さらに手放しないし手放し意思を要求する林・松原両教授の見解について批判的検討を加え、既遂犯説を基礎づけたい。

林・松原両教授は、未遂犯の構成要件は、法益侵害結果の発生が要求されていないだけでなく、行為の面においても修正が施されており、その修正とは、未遂犯の成立には手放しが不要とされる点にある、としていた。そして、松原教授は、「未遂犯処罰規定が例外的な処罰拡張事由であることからすると、本来的な禁止規範は、直接結果惹起に向けられた（本来的）実行行為の完了をもって突破されたと考えるべき」であるとしていた。

しかし、林・松原両教授のように、手放しを既遂犯の成立に要求すると、従来から主張されていることであるが、結論として不都合である。例えば、先に挙げた例であるが、行為者が、拳銃で１発目に脚を、２発目に腹を、３発目に

58）山口・前掲注5）271頁。

59）なお、大谷教授も、「結果発生の現実的危険を基礎付ける事実を認識して」いる以上は既遂犯の成立に充分な故意を認めることができるとの説示をされているが（大谷・前掲注5）188頁）、大谷教授は、危険性の認識をもって既遂犯の成立をも認めると解しているように思われるところ、その問題性はより重大である。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年、法曹会）12頁は、裁判員に対する殺意についての基本的な説明として「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為をそのような行為であると分かって行った以上殺意が認められる」というものを挙げているが、それは故意の認定の次元の話であり、死の結果についての認識が不要とされているわけではない。また、クロロホルム事件決定においては、第１行為が死の結果を惹起し得るようなものであると認識していなかったことが問題であるにもかかわらず、「早すぎた構成要件の実現においては、客観的に実行行為があり、それについての故意が認められる以上、予想外の経路を経て結果が発生したとしても、その結果は故意に基づくものとして罪責を論ずるべきであ」るとしているのみであるところには（大谷・前掲注5）189頁）、疑問がある。

頭部を撃って殺害しようと計画したが、１発目が頭部に当たって被害者は即死したために行為を継続しなかったという場合には未遂犯にとどまらざるを得ないが、１発目で殺害しようと思っていた場合には既遂となるという結論は、不当であるといわざるを得ない。

また、松原教授が「本来的な禁止規範」は実行未遂に至って突破されると主張される点にも賛成できない。かかる見解は、実行未遂と着手未遂とで扱いが異なるのであれば理解できないではない。しかし、現行法上、着手未遂と実行未遂とで区別は設けられていないし、（中止犯は未遂犯規定とは別個の「マイナス構成要件」であると考える以上は不適切な例であるかもしれないが）中止犯を例にとっても、かつては、実行未遂に至ると中止行為は積極的な作為が要求されるが、着手未遂の段階にとどまるのであれば実行行為を継続しないという不作為で足りると考えられていたものの、現在では、結果発生の危険性を除去したかが問題であり、実行未遂と着手未遂とで一律に異なって扱うべきではないとされている[60]。

そもそも、「本来的な禁止規範」とは、着手未遂の段階で突破されるというべきではないだろうか。というのも、現行法は、着手未遂と実行未遂とを区別していないし、着手未遂として未遂犯が成立するにも、結果発生の自動性もしくは切迫性が要求され、既に「放っておくと結果が発生してしまう」段階に至っていることが必要である（第２行為を行う目的ないし行為意思を有する場合には、第２行為が留保されているとしても、それは結果発生までの障害とならないのは前述の通りである）。そうであるからこそ、中止犯規定という、未遂犯規定とは別個の行為規範を定立せざるを得ないのである。未遂犯とは別個の行為規範を定立せざるを得ないということは、既に各則の構成要件から導出される規範は突破されているのであって、それ以降に「本来的な禁止規範」を想定することはできず、むしろ、「本来的な禁止規範」は着手未遂の段階で突破されていると思われる。そして、着手未遂後から実行未遂前に犯行の継続を任意に止

60）井田・前掲注5）428-429頁など。

めたとしても、それは中止犯規定が功を奏したからであり、未遂犯規定ないし既遂犯規定による行為規範が功を奏したからではない。また、未遂犯処罰規定が存在しない犯罪類型においても、行為規範による行為のコントロールを介して法益を保護するという、刑法規範の法益保護の戦略は全く異ならないのであって、「法益侵害を惹起する行為に出るな」というメッセージを発する以外に、刑法規範が法益保護のために講じることのできる手段はない。そして、未遂犯処罰規定が存在しない以上は、中止犯規定による行為規範を観念することはできないが、未遂犯処罰規定を欠く既遂犯構成要件の定立する行為規範は、結果が発生しない限り不可罰であるからこそ、未遂犯処罰規定が存在すれば着手未遂ないし実行未遂といえる段階を経たとしても、「結果が発生しなければ不可罰であるから、結果発生を防ぐ行為をせよ」として、一層、法益侵害結果発生の阻止を動機づけるというべきである。これは、中止犯規定の行為規範と同一の役割を演ずるものであるが、中止犯規定の行為規範と同一であるからこそ、「法益侵害を惹起する危険性を有する行為に出るな」という未遂犯処罰規定と同一の役割を演ずる行為規範とは別個のものというべきである。中止犯規定は、既に未遂犯として可罰的であるにもかかわらず、刑の必要的減免という褒賞を与えることによってさらなる法益侵害の発生を阻止する政策的意義が認められるものであって、中止犯規定の有無にかかわらず、刑法が法益保護のために定立する行為規範は同様であるというべきではないだろうか。したがって、未遂犯処罰規定を欠く犯罪類型においても、着手未遂といえる段階で「本来的な禁止規範」は突破されていると見るべきであると考える。

以上より、「既遂犯の構成要件と未遂犯の構成要件との違いは、結果発生の有無であって、既遂犯も未遂犯も、その実行行為は、基本的構成要件に該当する行為でなければならず、その内容は同一のものといわなければならない」から[61)]、既遂犯の構成要件と未遂犯の構成要件の実行行為は、着手未遂段階の行為と同一の内容に解されなければならないといえる。

61）福田・前掲注17）86頁。

そうだとすれば、松原教授は、規範論に基づいて未遂犯説の基礎づけを試みているが、「本来的な禁止規範」は着手未遂の段階で突破されると考えるべきであるから、結局、「犯罪は、予備⇒着手未遂⇒実行未遂⇒既遂と進展していくものであって、既遂は、その性質上、実行未遂を前提とする」というところから未遂犯説を主張しているものと思われる。しかし、法益侵害結果についての認識もあり、結果発生の危険性も惹起しており、「本来的な禁止規範」も突破しているにもかかわらず、客観的帰属の可能な結果が発生しても既遂犯の成立を肯定できないとする理由はないだろう。

したがって、未遂犯の構成要件は、行為の面においても修正が施されており、既遂犯の成立には手放しが必要である、とする点には、理由がないと思われる。

次に、石井教授の見解について検討する。

石井教授の見解には、未遂犯規定の提示する行為規範と中止犯規定の提示する行為規範とを混同していると思われる表現が見られるが、それを別としても、行為の危険性、行為規範による法益保護の構造からすれば、第１行為と第２行為を１個の「一連の行為」と把握すべき場合があるにもかかわらず、その点についての言及はなく、当然のように、第１行為と第２行為を分断して、第１行為の危険性のみを検討の対象としている点に疑問がある。これは、クロロホルムを吸わせる行為と崖から突き落とす行為のように、一見すると別個の行為に見える場合には複数の行為として分断すべきであるという前提が介入している点で、賛成できない。石井教授は、第１行為と第２行為を切り離しているからこそ、第１行為の段階では人の死の結果を惹起し得る危険性を有する行為を行っているとの認識を欠くという結論に至るのであるが、前述したように、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合には、第１行為の段階において、第２行為を含めた危険性が肯定され得るのであり、それは既遂結果発生の危険性であるから、行為者は、人の死の結果を惹起する危険性について認識していたのである（さらに、１個の「一連の行為」と把握すべきであることから、「この行為」によって法益侵害結果を惹起するという認識も肯定することができる）。

そして、実際に発生した早すぎた結果も、行為に対して客観的に帰属可能な、行為の危険が現実化したものであるのならば、（因果関係の錯誤の問題は残されるものの）故意既遂犯の成立を否定する理由はない。

また、石井教授は、「故意の内容となっていた危険が結果に実現されていなければならない」と述べているが、その立場を徹底するならば、橋から突き落として溺死させようと考えたが、実際には橋げたに頭をぶつけたことによって死んでしまった、という事例においても、行為者が認識していたのは溺死の危険性のみであるから、橋げたに頭を殴打する危険性は認識していなかった以上、殺人既遂罪は成立しないことになってしまうと思われるが、このような結論が妥当であるとは到底思われない。

したがって、未遂犯説には、いずれも理由がないと思われる。

(5)　私見の要約

以上を踏まえて、これまでの検討を要約する。

刑法は「人の行為意思への働きかけによる行為統制（コントロール）」によって法益を保護するものであるから、行為者が構成要件的結果惹起の目的ないし行為意思を有した段階で、行為規範は、その行為意思に働きかけて行為統制を図る。

もっとも、規範によるメッセージを受け取ったのみでは犯罪は成立し得ないのであり、規範の突破がなされて初めて、犯罪が成立する。規範の突破に向けられた行為が開始されるのみでは、犯罪の成立を肯定することはできない。

そして、罪刑法定主義の支配する刑法上、故意犯において問題となるのは構成要件的結果惹起（法益侵害結果惹起）の目的ないし行為意思であるから、仲道准教授のように「法益侵害を志向する行為意思」に着目して「一連の行為」であるか否かを判断することには理由があると思われる。しかし、それだけでは、予備行為も含めて「一連の行為」として故意既遂犯の成立を認めることとなりかねず、この点のみを根拠として「一連の行為」であるか否かを判断することはできない。

未遂犯の成立には、結果発生の自動性もしくは切迫性が認められれば足り、結果発生の切迫性は、未遂犯成立の不可欠の要件ではない。クロロホルム事件

決定が第３の要件として挙げる第１行為と第２行為の時間的場所的近接性は、それが認められることで結果発生の切迫性が肯定され、未遂犯が成立するという規範的意味を有し得るが、結果発生の自動性との関係で引きなおせば、近接性の認められない場合には、事実上、結果発生までの障害が介在し、結局、結果発生の自動性も肯定されないことが多い、という意味で理解すべきである。

第２行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合は、それによって、第２行為の危険性が第１行為に前倒しされることとなり、第２行為は結果発生までの阻害性を有しないといえるから、第２行為は結果発生までの障害ではない。したがって、結果発生までの他の障害を除去することに成功すれば、結果発生の自動性を肯定できる。そのため、未遂犯の成立する以降は、第１行為・第２行為は密接不可分の行為であり、行為の分断をすべきではない。

そうだとすれば、第２行為を留保していたとしても、第１行為の段階で第２行為をも含めた１個の「一連の行為」に着手しているのであるから、故意論との関係においても、法益侵害結果を「この行為」によって発生させる意思を肯定することができる。

そして、そのような危険性・故意が認められるからこそ、第１行為の段階で、第２行為を含めた行為を禁止する規範が突破される。着手未遂と実行未遂とを問わず、未遂犯が成立するということは、「本来的な禁止規範」が突破されたことを意味する。

このように、第１行為と第２行為を統合して１個の「一連の行為」と把握し、第１行為の段階で第２行為を含めた危険性や故意、規範の突破を肯定することができるからこそ、人間は因果経過を完全にコントロールできるものではない以上、それ以降の既遂結果の生じるリスクは行為者に帰属することができるといえる。未遂犯が成立する段階において、既遂犯の成立を許容し得るような危険性・故意・規範の突破を要求し、未遂犯をそのようなものとして構想するからこそ、また、そのように構想すべきであるからこそ、未遂犯の成立する段階以降の結果発生のリスクを行為者に課すことも許容され、故意既遂犯の成立を認めることができるのである。第２行為を含めた「一連の行為」を禁止す

る規範は、突破されれば故意既遂犯の成立を肯定することが可能な規範であり、行為者はそれを認識しているのであるから、たとえ想定よりも早く結果が発生したとしても、その錯誤は故意を阻却しないというべきである。

山口教授が、「事前の犯罪計画・意思決定に基づいて、構成要件的結果惹起に向けて遂行される行為者自身の複数の行為は、いずれも結果惹起に向けられた行為者意思の現実化として行為者に帰属するものであり、したがって、それをいずれも行わないことが法的に期待されている。この意味で、結果惹起に向けられた同一の意思に基づく『一連の実行行為』は一体として把握され、その全体が一体的に禁止されることになる」と述べ、この場合に限って既遂犯の成立を肯定するが[62]、本稿も、以上の理由から、これに賛成する。

林教授は、クロロホルム事件において「第二行為を任意に中止したり、第三者に邪魔されて行い得なかったものの、第一行為によって死んだというような場合、因果関係の錯誤にすぎないとして故意の成立を認めうるであろうか。本決定〔クロロホルム事件決定を指す―引用者注〕に従えばそのような結論にならざるをえないと思われるが、それが妥当なものか、疑問がある」と述べるが[63]、「第三者に邪魔されて行い得なかった」場合に結果発生までの障害の不存在性を肯定することができるかは問題となるものの、それを肯定することができるのであれば、未遂犯を以上のようなものとして構想する以上、既遂犯が成立しても何ら問題はないと思われる。任意に第２行為を中止したことが、既に既遂に達した犯罪の成立を阻却することにはならないというべきであろう。

ただし、以上は、第１行為の段階で第２行為を行う目的ないし行為意思が認められることが前提であるから、これが認められない場合には、１個の「一連の行為」と見ることはできない。したがって、その場合における第１行為の段階の認識は故意と呼べるものではないから、予備罪と過失犯が成立するにとどまる。

62）山口・前掲注5）216-217頁。
63）林・前掲注8）６頁。

6　早すぎた構成要件の実現において「一連の行為」を論ずる意味

島田教授は、「この概念〔「一連の行為」という概念―引用者注〕は、事案の実態を表現する概念としては有意義だが、それにあたるか否かの判断は、単に感覚的になされるべきではなく、以上に述べたいずれの局面〔島田教授の挙げる「一連の行為」が用いられる５つの局面を指す―引用者注〕に当たるかを考えた上で、それぞれの場面における法的効果をにらみながら、そこでの実質的考慮を指針として、なされるべきであろう」と述べ[64]、早すぎた構成要件の実現の場面では、「結果が実行の着手以後の行為から生じたか否かによって罪責が変わる場合」として、この概念が用いられるとする[65]。確かに、未遂犯成立以前では、結果が発生したとしても、予備罪と過失犯の成立が認められるにすぎないと考えられているが、これに対して、クロロホルム事件決定や私見からは、１個の「一連の行為」と把握される行為に着手し、未遂犯の成立が認められる以降は、第１行為と第２行為のいずれから結果が生じたか否かが不明であっても、故意既遂犯の成立を肯定するのであるから、「結果が実行の着手以後の行為から生じたか否かによって罪責が変わる場合」として「一連の行為」という概念が用いられているといえる。

深町准教授は、「一連の行為」論の機能的意義の中核は「結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能（あるいは結果帰属の対象となる行為を拡張する機能）」にあるとする[66]。深町准教授は、「一連の行為」をこのような機能概念として捉えていることから、「第１行為と第２行為とが『一連の行為』か否かを判断する前提として、そもそも当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するために、『一連の行為』に依拠する必要があるか否かの判断が先行することになる。逆に言えば、当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するために、第１行為のみ、あるいは第２行為のみを記述すれば足りる場合には、当該結果を惹起した第１行為、あるいは第２行為のみが構成要件該当性の判断の対象として切

64）島田・前掲注21）65頁。
65）島田・前掲注21）63頁。
66）深町・前掲注26）118頁。

り取られることになり、そもそも『一連の行為』論に基づく全体的考察を行うべき基礎が存在しないことになる」と主張する[67]。「一連の行為」論に関しては、「全体が一連の実行行為であるという説明は、厳密な理論的分析を回避するものに他ならない」と述べられることもあるため[68]、深町准教授の見解は、「一連の行為」論を限定的に適用することを企図したものといえる[69]。

しかし、深町准教授の見解に与することはできない。なぜなら、前述したところから明らかなように、複数の行為と思われるところを１個の「一連の行為」と把握すべき場合とは、行為の危険性、行為規範による法益保護の構造の観点から決せられるものである。かかる「一連の行為」論は、決して、「どの行為から結果が生じたかが不明である場合に結果帰属を可能とする便利な道具」に堕するわけではないというべきである。深町准教授の見解によると、検察官に「立証すると結果を帰属することができなくなるから、雑な立証活動をしよう」という意識を醸成することとなり、「疑わしきは罰する」ことにつながるのではないだろうか。さらにいえば、深町准教授の見解では、クロロホルム事件においても、行為者は、第２行為から結果が発生した場合を認識しているのであるから、「一連の行為」として記述することのできる認識ではなく、そもそも、第１行為の段階で故意を認めることはできないと思われる。それにもかかわらず、深町准教授はクロロホルム事件決定を是認されるが[70]、それが可能であるかについては疑問が残る。

「一連の行為」論は、行為の危険性、行為規範による法益保護の構造からくる概念であるというべきであって、第１行為と第２行為のいずれから結果が発生したかを明確に証明することができる場合であっても、「一連の行為」と見

67）深町・前掲注26）120-121頁。

68）橋爪・前掲注4）238頁。

69）また、かかる観点から、平成21年決定は、「一連の行為」論の「過剰適用」であるとして、平成21年決定に対する後述の批判を回避することも企図しているといえる（深町・前掲注26）111頁及び122頁）。

70）深町・前掲注26）129頁。

るべき場合には、「一連の行為」として把握すべきである。橋爪教授は、「仮に本件事案〔クロロホルム事件を指す―引用者注〕において、実行犯の計画通り被害者が第２行為で死亡したことが明らかであれば、処罰対象行為は第２行為に尽きると考えられ、それに先行する第１行為は、たとえ殺人罪の実行の着手に当たるとしても、既遂犯における構成要件該当行為とは評価されないであろう」とするが[71]、如何にして結果を惹起したかは、行為の計画性等の観点から量刑の判断においても重要であるというべきであり、適正な処罰を実現するためには、実態に即した判断をする必要があるから、第２行為から結果が発生した場合であっても、第１行為から処罰対象とすべきであると思われる。

「一連の行為」論が「結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能（あるいは結果帰属の対象となる行為を拡張する機能）」を営むことは否定できないが、それは、行為の危険性、行為規範による法益保護の構造から来る帰結にすぎないのであって、そのような機能を発揮するために「一連の行為」を論じているのではないと考えるべきである。

Ⅲ　量的過剰防衛

次に、量的過剰防衛を素材として、「一連の行為」論について考察していく。

１　定義

量的過剰防衛とは、「当初は反撃が相当性の範囲内にあったが、同様の反撃を継続するうち、やがて反撃が量的に過剰となった場合であるということができる」とされる[72]。この定義によれば、単独で評価すれば相当性の範囲内に

71）橋爪・前掲注4）238頁。

72）永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系　30〔刑法・刑事訴訟法〕』（1999年、新日本法規出版）132-133頁。山口厚「防衛手段としての相当性が認められる暴行から傷害の結果が発生した場合における過剰防衛による傷害罪の成否」刑事法ジャーナル18号（2009年）80頁注(9)も参照。

あったといえる当初の反撃（以下、「第１行為」ないし「第１暴行」という）によって急迫不正の侵害が終了したか否かにかかわりなく、第１行為の後に過剰な反撃（以下、「第２行為」ないし「第２暴行」という）がなされた場合をも量的過剰防衛として捕捉することとなる。

これに対して、「当初は正当防衛行為としてなされ、それによって相手方がその侵害を止めたのにもかかわらず、さらに進んで追撃することをいう」といった定義を挙げ、量的過剰防衛の概念に急迫不正の侵害の終了を要求する見解も多い[73]。確かに、第２行為の段階でも急迫不正の侵害が継続しているのであれば、第２行為が過剰防衛であるとして36条２項を適用することに特に疑義はないから、この場合を質的過剰防衛に含め、侵害が終了した場合のみを量的過剰防衛として把握することも理解できる。したがって、第２行為にも36条２項を適用することができるか否かを検討するのであれば、侵害の終了を量的過剰防衛の定義に含める方が解りやすいといえる。

しかし、本稿は、後述するように、平成20年決定と平成21年決定が出されたことによって改めて注目を集めている、第１行為だけを独立して取り上げれば正当防衛の要件を充たすように見えるにもかかわらず、第２行為を含めた全体を「一連の行為」として、その全体につき過剰防衛が成立するか、つまり、全体について違法性を肯定することができるかを検討するものであるから、さしあたり、量的過剰防衛の定義に侵害の終了を含める必要はないと考える。なぜなら、第２行為の時点で侵害が継続していたとしても、第１行為を含めた全体

73）川端博『刑法総論講義〔第２版〕』（2006年、成文堂）355頁、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学74巻１号（2010年）３頁、原口伸夫「量的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年、成文堂）272-273頁（ただし、「本稿で問題とする対立では、侵害終了後の量的過剰防衛の取扱いが重要であるから」としたうえでこの定義を挙げられている）、松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」龍岡資晃ほか編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集　上巻』（2006年、判例タイムズ社）126-127頁、松田俊哉「正当防衛に当たる暴行及びこれと時間的、場所的に連続して行われた暴行について、両暴行を全体的に考察して１個の過剰防衛の成立を認めることはできないとされた事例」法曹時報62巻１号（2010年）292頁注１など。

について違法性を肯定することができるか否かという点は、同様に問題となるからである。したがって、以下では、侵害が終了しているか否かにかかわらず、量的過剰防衛という言葉を使用する[74)]。

以上を踏まえたうえで、次に、問題の所在を把握する便宜上、平成20年決定と平成21年決定を概観したい。

2　平成20年決定

事案の概要は次の通りである。

被告人は、Aからいきなり殴り掛かられ、これをかわしたものの、腰付近を持たれて付近のフェンスまで押し込まれた。Aは、更に被告人を自己の体とフェンスとの間に挟むようにして両手でフェンスをつかみ、被告人をフェンスに押し付けながら、ひざや足で数回けったため、被告人もAの体を抱えながら足を絡めたり、けり返したりした。そして、被告人をフェンスに押さえ付けていたAを離すようにしながら、その顔面を１回殴打した。

すると、Aは、その場にあったアルミ製灰皿（直径19㎝、高さ60㎝の円柱形をしたもの）を持ち上げ、被告人に向けて投げ付けた。被告人は、投げ付けられた同灰皿を避けながら、同灰皿を投げ付けた反動で体勢を崩したAの顔面を右手で殴打すると、Aは、頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった（以下、ここまでの被告人のAに対する暴行を「第１暴行」という）。

被告人は、憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れているAに対し、その状況を十分に認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつける（右ひざを曲げて、ひざ頭を落とすという態様であった）などの暴行を加えた（以下、この段階の被告人のAに

74）もっとも、量的過剰防衛の定義について学説上コンセンサスがあるとはいえず、そのために誤解ないし混乱が生じ得ることから、その点についてのコンセンサスを形成し、概念整理をする必要があると考える。

対する暴行を「第２暴行」という）が、Ａは、第２暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

Ａは、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第１暴行によって生じたものであった。

かかる事案に対して、最高裁は、以下のように判示した。

> 「第１暴行により転倒したＡが、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第２暴行に及んでいるのであるから、第２暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、Ａによる侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にあるＡに対して相当に激しい態様の第２暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、１個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第１暴行については、罪に問うことはできないが、第２暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これによりＡに負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。」

このようにして、第１暴行と第２暴行を分断し、第１暴行単独で評価すると正当防衛の要件を充たすから、第１暴行によって発生した死の結果についても違法性を阻却して、第２暴行は過剰防衛ともならない単なる傷害行為であると判断した。

３　平成21年決定

本件は、拘置所に勾留されていた被告人が、同拘置所内の居室において、同

室の男性（以下「被害者」という）に対し、折り畳み机を投げ付け、その顔面を手けんで数回殴打するなどの暴行を加えて同人に加療約３週間を要する左中指腱断裂及び左中指挫創の傷害（以下「本件傷害」という）を負わせたとして、傷害罪で起訴された事案である。

原判決は、上記折り畳み机による暴行については、被害者の方から被告人に向けて同机を押し倒してきたため、被告人はその反撃として同机を押し返したもの（以下「第１暴行」という）であり、これには被害者からの急迫不正の侵害に対する防衛手段としての相当性が認められるが、同机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打したこと（以下「第２暴行」という）は、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであるとした。そして、原判決は、第１暴行と第２暴行は、被害者による急迫不正の侵害に対し、時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるから、両暴行を分断して評価すべきではなく、全体として１個の過剰防衛行為として評価すべきであるとし、過剰防衛による傷害罪の成立を認めた。その上で、原判決は、本件傷害と直接の因果関係を有するのは第１暴行のみであるところ、同暴行を単独で評価すれば、防衛手段として相当といえることを酌むべき事情の一つとして認定し、被告人を懲役４月に処した。

かかる事案に対して、最高裁は、以下のように判示した。

> 「前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく１個の行為と認めることができるから、全体的に考察して１個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである。以上と同旨の原判断は正当である。」

本件は、単独で評価すれば正当防衛となる第１暴行によって傷害結果が発生し、第２行為を単独で評価すれば暴行罪にとどまるという事案であったが、平成20年決定と異なり、第１暴行と第２暴行を「一連一体の……１個の行為」で

あるとして、第１暴行から発生した結果についての違法性阻却を否定し、全体として傷害罪の過剰防衛が成立すると判断した。

４　問題の所在

いわゆる質的過剰防衛（例えば、素手で殴りかかってきた者に対して、直ちに、これを射殺するために発砲する行為）については、行為全体について犯罪が成立し、それに対して36条２項の規定が適用されることについて争いはない[75)]。

しかし、量的過剰防衛の場合は、第１行為と第２行為を包括して全体につき違法性を肯定し、それに対して36条２項の適用を考えることについては、批判が強い。すなわち、「一体説〔第１行為と第２行為の全体を過剰防衛とする見解―引用者注〕は、正当防衛たるべき反撃行為を、その後の追撃行為を理由にこれと併せて違法な過剰防衛とするが、これは遡及的な犯罪の成立を認めるもの」である、との批判である[76)]。

この点に関して、平成20年決定と平成21年決定が相次いで出され、どちらも第１行為から結果が発生した事案であるにもかかわらず、平成20年決定は、第１行為と第２行為を「一連の行為」と把握して包括的に刑法的評価の対象とすることに限界を示し、第１行為から生じた結果について違法性を阻却したのに対して、平成21年決定は、第１行為と第２行為を「一連の行為」として包括的に刑法的評価の対象とすることを徹底して、単独で評価すれば正当防衛となり得る第１行為から生じた結果についての違法性も肯定し、正当防衛となり得る第１行為から結果が発生した点に関しては「有利な情状として考慮すれば足りる」とした。これらの判例を機に、同様の批判が多くなされているのである[77)]。量的過剰防衛が問題となる場合において第１行為と第２行為の全体を包括的に刑法的評価の対象とする手法を示したリーディングケースであるとされる最判

75）繰り返しになるが、第２行為の段階で侵害が継続している場合を質的過剰防衛と捉える見解によれば、質的過剰防衛の成否の検討の際にも、第１行為を含めた全体を違法と評価して質的過剰防衛の成立を肯定できるかは問題となる。

76）橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻２・３号（1998年）234頁。

昭和34年２月５日刑集13巻１号１頁の調査官解説においても、「本件は、最初の一撃が相手方の致命傷でないことが証拠上確認されていることを前提とする。もしそれが致命傷であれば被告人のその後の行動いかんにかかわらず正当防衛行為となろう」と述べられていた[78]。

そこで、第１行為と第２行為を「一連の行為」と把握して、第２行為に36条２項を適用するとしても、第１行為から発生した（可能性のある）結果も含めて過剰防衛として違法であったということができるのかが、検討を要する問題として提起されるのである。

5　検討

(1)　従来の見解の不十分性

判例上、そして、多くの学説によれば、誤想過剰防衛にも36条２項の適用（正確には準用）は認められることから、違法減少がなくとも過剰防衛の成立を肯定し得るし[79]、反撃行為によって過大な結果が発生したとしても、反撃行為が相当なものであれば、正当防衛の成立は妨げられないともされている[80]。そうだとすれば、平成21年決定のような事案において、第１行為から発生した

77）林幹人「量的過剰について」判例時報2038号（2009年）18頁、安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年、成文堂）253頁、山口・前掲注72）83頁など。

78）寺尾正二「過剰防衛と認められる事例」最高裁判所判例解説刑事篇昭和34年度（1960年）８頁。

79）最決昭和41年７月７日刑集20巻６号554頁、最決昭和62年３月26日刑集41巻２号182頁。学説としては、井田・前掲注5）294頁及び387頁、大塚・前掲注5）397頁、団藤・前掲注5）243頁注（31）、西田・前掲注5）184頁（ただし、過剰防衛の刑の任意的減免の根拠として責任減少説を採るからこそ、誤想過剰防衛にも36条２項の適用ないし準用が可能であるとする）、山口・前掲注5）196頁など。

80）最判昭和44年12月７日刑集23巻12号1573頁。平成20年決定も、第１行為から死亡結果という重大な結果が発生しているが、正当防衛の成立を肯定している。学説としては、井田・前掲注5）290-291頁、大塚・前掲注5）392頁、団藤・前掲注5）238頁、山口・前掲注5）130頁など。

傷害結果の違法性を阻却しつつ、第２行為を暴行罪の過剰防衛とすることは不可能ではない[81)]。第１行為によって侵害が終了した場合も同様である。それにもかかわらず、平成21年決定は、単独で評価すれば正当防衛の要件を充たすように見える第１行為から発生した傷害結果をも含めて、第１行為・第２行為の全体を傷害罪の過剰防衛とした。そのため、適法であったはずの第１行為が、第２行為が行われることによって遡及的に違法となっているとの批判を招くこととなったのである。

かかる批判を加える見解は、複数行為のいずれかに単独で評価すれば正当防衛の要件を充たす行為が含まれており、どの行為から結果が発生したかを証明できない場合には、正当防衛行為から発生した結果は処罰対象とすることはできないから、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に従い、いずれの行為にも結果を帰属すべきではない、と主張する。これは、各行為を分断して分析的に評価すべきであるとの主張といえる[82)]（以下、これを「分析的評価」と呼ぶ）。

しかし、「正当防衛が問題となる状況では、攻撃者と防衛者の相互の行為が、それぞれ原因となりあるいは結果となって相互に強く関連しながら、予測の範囲を超えつつ事態が展開していくのであって、その全体の事態の流れのある部分のみを他の部分と切り離して考える判断枠組は、木を見て森を見ない判断枠組となるおそれがある」[83)]。たとえ「疑わしきは被告人の利益に」が刑事裁判における鉄則であるとしても、複数の反撃行為がなされた場合に、分析的評価を徹底し、常にいずれの行為から結果が発生したのかを特定できなければならないとする理論構成は、結果を帰属することのできる範囲が著しく狭まり、検察官に過大の立証の負担を課す点で、実際的ではない向きもある。また、複数行為の一部に正当防衛の要件を充たし得る行為が含まれるとしても、複数行為

81）林・前掲注77）16-17頁参照。

82）林・前掲注77）18頁、山口・前掲注72）84頁。

83）遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察―最二小判平成九年六月一六日を題材に」龍岡資晃ほか編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集　上巻』（2006年、判例タイムズ社）70頁。

が相俟って結果が生じる場合も考えられるのであり、そのような場合にも「疑わしきは被告人の利益に」のためにおよそ結果の帰属ができないと考えるべきではないだろう[84]。「人の行動につき、その刑事責任を過不足なくとらえるという観点からすると、分析的評価が、正当防衛行為の部分は犯行に至る経緯にすぎないとして、その余の過剰行為についてのみ刑事責任を問おうとするのは、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には１つのエピソードとして存在する事態の取扱い方として問題があり、事態が時の経過とともに正当防衛から過剰防衛へ、そして時には単なる犯罪行為へと変化していくという社会現象を、人為的に分断しすぎる傾向があって、同一の機会に連続して行われた行為を評価するための手法としては必ずしも合理的ではないように思われる」[85]。

したがって、分析的評価を徹底するのではなく、一定の範囲で、「一連の行為」として複数行為を統合して全体的に評価することも必要であると思われる（以下、これを「全体的評価」と呼ぶ）。

しかし、「疑わしきは被告人の利益に」が刑事裁判の鉄則であることは疑う余地もない以上、単に、結果の帰属が否定されるのは不都合であるから、という理由を挙げるだけでは不十分である。

また、平成21年決定の調査官解説では、「刑罰権の存否及び範囲は、１個の行為につき、①構成要件該当性、②違法性、③有責性の順序に従って判断されるのであるから、まず、構成要件該当性を考えるべきであって、本件のように複数の暴行を加えた事案でも、その全体が１個の傷害罪の構成要件に当たるのであれば、その該当性を認めた上、次の違法性の判断の段階で、その全体が正当防衛に当たるか、過剰防衛に当たるか等を判断するのが論理的に一貫している」と述べられているが[86]、このような形式的理由のみでは全体的評価を正

84）深町・前掲注26）120頁。なお、井上宜裕「量的過剰防衛―灰皿投げつけ事件―」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011年、成文堂）81頁注8）は、「第１暴行と第２暴行が相俟って結果を生じさせたのであれば、当該結果につき第２暴行に帰属可能であり、この批判は失当であろう」とする。

85）松田・前掲注73）297頁。永井・前掲注72）134-135頁も参照。

当化することはできないと思われる。分析的評価の論者は、第１行為を単独で評価すれば違法性が阻却されるはずであったことを問題としているのであり（「有利な情状として考慮」できるとしている以上、平成21年決定も、第１行為単独で評価すれば正当防衛となり得ることを認めているといえる）、かかる形式的理由を挙げるのみでは、何故、第１行為・第２行為を含めた全体について、過剰防衛として違法性を肯定することができるのか、という点について全く説明されていないのである。これでは、山口教授の以下の批判[87]には答えようもないであろう。

> 複数の暴行が、同一の意思に基づき、同一の機会に同一の被害者に連続して向けられた場合、複数の暴行罪の併合罪となるわけではないことについてはおそらく異論がないであろう。このような場合には、暴行罪のおそらく単純一罪となりうるものと思われ、本稿もこのような理解を共有するものである。しかしながら、……上記のような場合に単純一罪となるというのは、およそ単純一罪以外の解決がありえないというわけではなく、複数の暴行罪の包括一罪とするまでもない場合であるというにすぎないものと思われる。……なぜなら、複

86）松田俊哉「急迫不正の侵害に対する反撃として複数の暴行を加えた場合において、単独で評価すれば防衛手段としての相当性が認められる当初の暴行のみから傷害が生じたとしても、１個の過剰防衛としての傷害罪が成立するとされた事例」法曹時報62巻11号（2010年）261頁。小野晃正「防衛行為の個数について―『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察―」阪大法学60巻６号（2011年）112頁も、「違法性判断の対象が構成要件該当事実である以上、構成要件段階で「一連の行為」と判断される行為が、急迫不正の侵害が存在する時や終了直後にまたがっている場合、過剰防衛における刑の減免根拠を勘案しつつ、急迫不正の侵害に向けられた行為全体を包括して一個の防衛行為といえるかを判断することになる」と述べる。なお、前田雅英『刑法総論講義〔第５版〕』（2011年、東京大学出版会）378頁注28）においても、「構成要件該当性判断における一個性と、防衛行為の一個性は、微妙に異なる」としつつも、同趣旨のことが述べられている。

87）山口・前掲注72）81-82頁。量的過剰防衛は被告人の有利になるという観点から認められる概念であるとして同様の指摘をするものに、橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、有斐閣）103頁がある。

> 数回なされた個別行為自体についてそれぞれ構成要件該当性が認められうることは否定しようがなく、個別の行為自体について一罪が成立しうることを否定できないからである。たとえ「１個の行為と認めることができる」といっても、あくまでもそのように評価（「認める」）できるというだけのことであって、そもそも文字通り物理的に「１個の行為」しかなく、したがって、およそ分割不可能だというわけではない。いかに行為の連続性・一体性を強調して、「１個の行為」として扱うことが実態に即しているといっても、所詮、そう「評価できる」というにすぎないのである。したがって、一連一体の暴行が暴行罪の単純一罪となるというとき、それは成立する犯罪についての罪数処理としてそうなるというにすぎず、個別の暴行はいずれも暴行罪として可罰的であることを当然の前提とする。……一罪となることを理由として、あるいは、一体的把握の名の下に、可罰性が否定される行為をも処罰の対象に取り込むことが正当化されるわけではないといえよう。

これまで、全体的評価の論者の多くは、第１行為を単独で取り上げれば正当防衛として違法性が阻却され得る（処罰対象から取り除かれ得る）点については検討せずに、第２行為について量的過剰防衛として36条２項の適用が可能であるかを検討するのみであるにもかかわらず、第１行為も違法であることが当然であるかのように処理していた[88)]。しかし、これでは、（これまでも橋田教授らによって批判されていたのではあるが）平成20年決定や平成21年決定を機に提出された、適法であったはずの第１行為が、第２行為が行われることによって遡及的に違法となってしまっているという批判に対しては、何ら回答していないのである。過剰防衛とは、犯罪が成立することが確定してから、その犯罪につき刑の任意的減免をすることが可能かという問題であって、犯罪の成立を前提としている。したがって、第２行為につき過剰防衛として36条２項を適用する

88）大塚・前掲注5）394頁、大谷・前掲注5）295頁、川端・前掲注73）355頁、西田・前掲注5）180-181頁（ただし、侵害が継続している場合は質的過剰防衛の問題と捉えている）、松尾・前掲注73）140頁以下など。

からといって、それだけを理由に第１行為が違法となることは許されないというべきである。

違法性判断の機能は、行為者に行為の時点で適法行為と違法行為の境界線を提示・告知するところにあり[89]、行為規範は、それによって、行為者の違法な法益侵害行為へ向けられた行為意思に働きかけ、法益保護を図るのである。したがって、当初は適法であった行為が遡及的に違法と評価されると、違法性判断ないし行為規範の本質的機能が根本から害されることになり、許されないというべきである。そうだとすれば、「１個の行為であるから全体が過剰防衛として違法となる」と述べるだけでは不十分であり、何故、第１行為と第２行為を含めた全体を「１個の行為」と捉え、その全体について違法性を肯定することができるのかを説明しなければならない。そして、その際には、「刑法的評価の対象となる行為の特定は、特定の条文と一定の犯罪成立要件に関する理解を前提にして行われる規範的な問題であり、関係しうる規定及び解釈論上の問題を意識しながら考察する必要があり、純粋な事実問題として、犯罪論上の問題と完全に分離することは適切でないし、そもそも不可能である」から[90]、第１行為と第２行為を含めた全体が１個の「一連の行為」であるとして構成要件該当性及び違法性を肯定することのできる規範的な根拠を示す必要がある。

(2)　全体的評価の基礎づけとその限界

前述したように、単に「１個の行為である」とか、「１個の構成要件に該当する行為については、その全体につき違法性が阻却されるか否かを考えるべきである」というのみでは、全体的評価を基礎づけることはできない。如何なる根拠に基づき、第１行為と第２行為の全体が１個の「一連の行為」であるとして、その全体の違法性を肯定することができるのかを提示する必要があろう。

89）井田・前掲注5）230頁。もっとも、橋爪教授は、正当防衛をめぐる議論や判例の実践が優れて実質的・規範的なものであることから、「具体的な行動の準則を常に一般市民に対して平易に示すことは、事実上は困難であ」り、「国民一般に対して、行動の指針となる行為規範を事前に示すという点を過度に強調すべきではない」とする（橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007年、有斐閣）42頁）。

90）成瀬・前掲注73）５頁。

そうすると、第２行為を行うことによって遡及的に第１行為が違法となっているとの批判を回避するには、第１行為の段階で、既に、違法な過剰防衛になり得るものであったと主張する他ないと思われる。第１行為の段階では適法な正当防衛行為であったといってしまうのならば、論理的に、第２行為によって遡及的に第１行為が違法となっているといわざるを得ないからである。

そこで、以下、第１行為の段階から既に違法な過剰防衛行為となり得るものであったといえる場合が存在するかについて検討する。

そのためには、まず、「やむを得ずにした行為」とはいえない、違法な過剰防衛行為となるのは如何なる場合であるのかを確認する必要がある。

「やむを得ずにした行為」といえるには、すなわち、防衛行為の相当性が認められるには、侵害の回避・退避義務が防衛行為者に存在しないことを前提に、侵害を排除するために必要最小限の行為であること（他の取り得る反撃手段の中で、最も相手にダメージを与えることが少ないと考えられる行為であること）を要するが[91]、判例及び多くの学説によると、防衛行為としての相当性が認められる場合には、仮に過大な結果が生じたとしても、違法性が阻却されると考えられている。その根拠は、次の通りである。すなわち、「『人を殺してはならない』などの規範は、いうまでもなく、『正当防衛その他一定のばあいを除いては』という限定がついている」のであり[92]、正当防衛規定も、防衛行為に出るときには36条１項の要件の範囲内でこれを行うことを求める行為規範を示すものであるから[93]、防衛行為の相当性の要件は、どのような防衛行為を

91）最判昭和44年12月７日刑集23巻12号1573頁も、「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する」としている。学説としては、井田・前掲注5）290-291頁、団藤・前掲注5）238頁、山口・前掲注5）130頁など。なお、ここでいう相当性は防衛行為の必要性の要件の中で考慮されるものであるとする見解もあるが（伊東・前掲注39）189-192頁など）、両見解が「やむを得ずにした行為」の要件に求める実質的な中身はそれほど異ならないと思われる。

92）団藤・前掲注5）340頁注(1)。

93）井田・前掲注5）230頁。

行うべきであるかを示す行為規範レベルの問題であり、結果の発生という将来の事情によって相当性が否定されるならば、どのような反撃行為を行うことができるかの判断が不可能となり、正当防衛権に委縮効果をもたらしてしまう、また、如何なる結果が生じるか不明であるという不確実性から生ずるリスクは不正な侵害者に負わせるべきである[94]。防衛行為の相当性を否定する場合には、如何なる行為が相当であるとして許容されるのかを示す必要があると主張されることがあるが[95]、これは、相当性が行為規範性の問題であることの証左であるともいえる。

したがって、防衛行為の相当性の行為規範性からすると、相当性の有無は、事前的に、侵害行為の危険性と防衛行為の危険性を衡量し、選び得る反撃行為の中で最小限のものであったかによって判断すべきであり、その際には、侵害の強度、被侵害者の体力などの身体的条件や利用可能な侵害排除手段、手段選択の困難性ないし容易性、侵害排除に用いた凶器の具体的な使用方法等を考慮する必要がある[96]。そうして、防衛行為の相当性の行為規範は、「必要最小限の反撃行為に止めよ」という規範を定立するのである。

これを具体例にあてはめると、次のようになろう。例えば、素手で殴りかかられたことに対して直ちに拳銃で射殺するという反撃行為に出ることは、身体に対するそれほど高度とはいえない危険性が認められるにすぎないにもかかわらず、直ちに生命を侵害する高度の危険性を有する手段に訴えるものであるが、より危険性の少ない威嚇射撃等によっても十分に自己の法益を防衛することは可能であったといえるから、そのような危険な反撃行為に出るべきではなかった。そうすると、拳銃による射殺を禁止する行為規範が定立されていたといえるから、侵害者を射殺すれば、防衛行為の相当性は否定され、違法な過剰

94）井田・前掲注5）291頁など。

95）照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻２号（2007年）299頁、橋爪隆「『急迫不正の侵害』が終了していないとしつつ、防衛行為の相当性を否定した事例」ジュリスト1154号（1999年）136頁など。

96）井田・前掲注5）291頁、山口・前掲注5）130-131頁など。

防衛行為であったといえる。

これを前提として、量的過剰防衛の第１行為が既に違法な過剰行為となり得るものであったことを基礎づけられないかについて検討する。

前述したように、防衛行為の相当性は、行為規範レベルの問題であるといえる。そうだとすれば、ここにおいても、Ⅱで検討したことを応用することができるのではないだろうか。すなわち、行為者が、第１行為の段階で既に第２行為を行う目的ないし行為意思を有している場合には、第２行為による危険性も第１行為に前倒しされるから、第１行為の段階で既に「違法な過剰防衛となるから相当な反撃行為に止めよ」という行為規範が定立されていたと考えることができると思われるのである。なぜなら、前述したように、「一連の行為」とは、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造から導出される概念であると考えるが、過剰防衛の成否においても、行為の危険性や規範の突破が問題となるからである。現に、判例や多くの学説は、早すぎた構成要件の実現の場合と同様に、複数行為を「一連の行為」と把握できるか否かという観点から量的過剰防衛について検討を加えていた。

以下では、説明の便宜を図るため、相当な防衛行為として許されるのは１発の反撃（第１行為）であったが、行為者は２発目の反撃（第２行為）を行う目的ないし行為意思を有して１発目の反撃を行い、現に２発目の反撃も行ったという事例を想定する。

かかる事例においては、行為者は、１発目の反撃に成功することで、侵害を排除するのに必要十分な行為を行っているのであるから（侵害の排除をするに必要十分な行為でなければ、より強い反撃行為に出ることが可能である）、２発目を行う目的ないし行為意思を有していたということは、違法な過剰行為に至る意思を有していたことを意味する。

したがって、１発目の反撃の段階で、「２発の反撃を行うと過剰となるから、１発の反撃に止めよ」という行為規範が定立されていたといえ、行為者はそれに直面していたといえる。行為規範は、行為者の行為意思に対して働きかけることで、行為統制を図るものだからである。そうだとすれば、２発目の反撃を

も行う意思で１発目の反撃に及ぶ行為は、当該規範の突破に向けられた行為であるといえる。

果たして、１発目、２発目の反撃に及んだ行為者は、１発目の段階から直面していた「２発目以降は必要最小限の行為でなくなるので、必要最小限の１発の反撃行為に止めよ」という規範を突破しているから、第１行為も既に相当性規範の突破に向けられた行為として、これに対する違法評価が可能となる。なぜなら、１発目の反撃の段階から防衛行為の相当性の提示する行為規範に直面していた以上、１発目を違法と評価したとしても、行為者に行為の時点で適法行為と違法行為の境界線を提示・告知するという行為規範の機能が害されることはないからである。この場合、第１行為は、あくまで「正当防衛的な行為」[97]にすぎず、違法な過剰防衛行為であったといえるのである。

これに対して、１発目の反撃に出る段階で２発目の反撃をも行う目的ないし行為意思を有していない場合は、２発目について言及することはできないから、１発目は正当防衛行為であったといわざるを得ない。「２発目以降は必要最小限の行為でなくなるので、必要最小限の１発の反撃行為に止めよ」という行為規範に、行為者は直面すらしていないからである。多くの学説は、「急迫不正の侵害に対する、実質的に１個の意思決定に担われた、同一機会における同種の法益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しうる限度において、過剰防衛を拡張的に解釈し、１個の行為と実質的に同視しうる一連の行為の全体が過剰防衛になると解しうる」として[98]、量的過剰防衛を肯定する。ここでは１個の意思決定に担われていることが要求されているのであるが、そうだとすれば、１個の意思決定に担われていない、すなわち、１発目の反撃と２発目の反撃が別個の意思決定に基づいてなされたのであれば、１発目の段階では、２発目を行う目的ないし行為意思が欠けるのであり、１発目の反撃の時点においては２発

97）松田・前掲注86）262頁。

98）山口・前掲注5）134頁。もっとも、山口・前掲注72）83-84頁では、第１行為から発生した結果は正当防衛行為から発生した結果であるとして処罰対象から除去すべきである、とする。

目の危険性も含めた危険性は認められないから、「２発目は必要最小限の行為でなくなるので、１発の反撃行為に止めよ」という２発目も含めた行為規範も定立されない。したがって、かかる場合には、１発目は正しく正当防衛行為であったといわざるを得ず、これによって発生した結果は、仮に過大な結果であったとしても、相当な反撃行為から生じた結果であれば違法性が阻却されると考えるのであれば、処罰対象に含めることは不可能である。

平成20年決定の事案では、第１暴行の際には、行為者は正当防衛の認識を有していたのであるから、適法行為を行う意思であったといえる（第１暴行の段階における第２暴行を行う目的ないし行為意思については何ら認定されていないから、過剰防衛の意思は認められない）。これに対して、第２暴行に出る段階においては、急迫不正の侵害が終了していたことを認識していたのであるから、（違法減少も認められない）単なる違法行為を行う意思であったといえる。適法行為を行う意思と違法行為を行う意思とでは、法秩序におけるベクトルが真逆であり、これを同一の意思決定に担われていたということはできない。したがって、平成20年決定の事案は、第１暴行と第２暴行を接ぎ木するものがなく、あくまで別個の行為と捉えざるを得ない事案であったといえるところ、平成20年決定が、第１暴行と第２暴行を別個の行為と捉え、第１暴行から発生した被害者の死亡結果について違法性を阻却したのは、正しい判断であったと思われる。

では、平成21年決定はどうか。仮に第１暴行の段階で、過剰となる第２暴行を行う目的ないし行為意思が認められるのであれば、第１暴行の段階で「第２暴行も行えば必要最小限の行為ではなくなるので、必要最小限の第１暴行のみに止めよ」という規範に直面していたといえる。したがって、第１暴行に成功し、行為者は侵害を一応除去したにもかかわらず、過剰となる第２暴行を行った以上、第１行為の段階で既に直面していた規範を突破したといえるから、第１行為も違法な過剰防衛行為であったということができる。そうだとすれば、専ら第１行為から発生した傷害結果も、違法な過剰防衛行為によって発生したものであるから、傷害罪の過剰防衛とすることに問題はない[99)]。平成21年決

定の原審は、被害者が侵害行為に出る以前に被告人と被害者は口論になっており、被告人が「お前、この部屋から出ていけや」という相当強い言葉をいっていること、また、第１暴行は机を投げ付けるという相当程度の強さの行為であったこと、ある程度継続する意思のもとで第２暴行を行っていることを認定しているが、これらの事情によれば、行為者は被害者に対して相当程度の加害意思を有していたと認めることができる。また第１暴行と第２暴行の流れ（自分が投げつけた机の下敷きになった被害者を、手けんで殴打するという流れ）は極めて自然なものといえるし、第１行為から第２行為を行うまでに新たな加害意思を生じさせるような特段の事情も認められないことから、第１暴行の段階で既に過剰となる第２暴行を行う目的ないし行為意思を有していたと認定することは、十分に可能であったと思われる。したがって、平成20年決定と矛盾することなく、平成21年決定の結論を是認することができると考える。

しかし、平成21年決定及びその原審は、第１暴行の段階で第２暴行を行う目的ないし行為意思が認められるかについては、明示的には言及していない。かかる目的ないし行為意思が認められないとすれば、第１暴行と第２暴行を接ぎ木するものは存在しないのであるから、第１暴行は正しく正当防衛行為であったといわざるを得ず、第１暴行から発生した傷害結果については違法性を阻却し、処罰対象から除かざるを得ない。第１暴行の段階で規範を突破する意思（ここでは、過剰行為に至る意思）を認めることができないのであれば、第１暴行の段階では行為規範に直面もしていない以上、規範の突破は肯定し得ないからである。したがって、平成21年決定の結論は是認することができるが、その判示において、第２暴行を行う目的ないし行為意思を第１暴行の段階で有していたことを明示すべきであったと思われる。かかる目的ないし行為意思が認め

99）なお、第２行為が過剰となるのであれば、どのような行為によれば正当防衛行為となったのかを示す必要がある（前掲注95）とそれに対応する本文を参照）。平成21年決定の事案では、被害者は机に下敷きになっていたのであるから、これを取り押さえるといった逮捕行為に出れば十分であったと思われるところ、そのような行為でなく、直ちに第２暴行に及んだことは、過剰な反撃行為であったといえると思われる。

られないにもかかわらず、行為態様の類似性や第１暴行と第２暴行との時間的場所的近接性等を根拠とするのみで、「一連の行為」であるとして全体を違法な過剰防衛行為であると評価することはできないというべきである。

むしろ、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造から、第１行為と第２行為を接合しなければならない場合に、それを「一連の行為」と後から名付けるにすぎず、一連の行為であるから何らかの結論が導かれるという関係にはないというべきではないだろうか。一連の行為という言葉は、「短時間のうちに連続的に推移し、社会的には１つのエピソードとして存在する事態」[100] を表現するのに便利ではあるが、行為の危険性や規範違反性という実質的な犯罪成立要素に基づく検討を回避して、感覚的な違法判断をすることを招いてしまう点で問題がある。この意味では、早すぎた構成要件の実現に関する文脈ではあるが、橋爪教授が、「一連の行為」論を「厳密な理論的分析を回避するものに他ならない」と評したことは[101]、警鐘を鳴らすものとして、正当かつ重要な指摘であると思われる。

(3)　予想される批判とそれに対する回答

以上、量的過剰防衛の場合にも第１行為から過剰防衛として違法であったということができる場合があり得ると主張してきたが、ここで直ちに、次のような疑問が生ずると思われる。第１に、仮に行為者が第１行為の段階で第２行為以降の行為を行う目的を有していたとしても、どれほどの反撃行為が必要であるかを判断することはできないのではないかという疑問、第２に、急迫不正の侵害に直面した行為者は、具体的に「２発でも３発でも反撃しよう」と考えていない場合が多く、むしろ、何も考えずに反撃をしている場合が多いのではないかという疑問、第３に、急迫不正の侵害の有無や防衛の意思の有無という違法性段階の判断によって「一連の行為」であるか否かの結論が異なるとすると、違法性段階の判断が構成要件該当性の判断を変化させてしまうこととなる

100）永井・前掲注72）134-135頁、松田・前掲注73）297頁。
101）橋爪・前掲注4）238頁。

が[102]、犯罪論体系上問題があるのではないかという疑問、第４に、過剰な第２行為を行う目的ないし行為意思を有していたが、結局は第１行為のみを行ったという場合にも、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められることで、過剰防衛となって不当ではないかという疑問、である。

まず、第１の疑問についてであるが、どの程度の反撃行為が必要十分であるかを判断する必要があるのは質的過剰防衛の場合と同様であって、質的過剰防衛の場合には判断できるが量的過剰防衛の場合には判断できないというのは、説得力に乏しいといわざるを得ない。したがって、量的過剰防衛の場合にも、どの程度の反撃行為が必要十分であるのかを判断することは可能であるといえる。

そして、第２の疑問についてであるが、相当性の提示する行為規範は「それは必要最小限の反撃行為を逸脱するので、必要最小限の反撃行為に止めよ」というものであるから、ここで要求されるのは、相当性を逸脱する違法な過剰行為に出る意思であれば足りるのであって、２発や３発の反撃をする意思という程度に具体化する必要はない。質的過剰防衛の場合に故意の過剰防衛は認められているのであるから、量的過剰防衛の場合には違法な過剰行為を行う意思を認定し得ないということはできないと思われる。

また、相当性を逸脱する違法な過剰行為に出る意思もなく、何も考えずに反撃行為に出たという場合であれば、第１行為から結果が発生した（可能性のある）場合には、その点は違法阻却すべきである。なぜなら、そのような場合には、第１行為の段階で行為規範が働く前提を欠いてしまい、それにもかかわらず違法性を肯定すると、行為規範の機能が根本から害されてしまうからである。

しかし、第１行為から発生した（可能性のある）結果を取り除いたとしても、第２行為について36条２項を適用することは可能であると思われる。第２行為の時点で急迫不正の侵害が継続しているのであれば勿論、そうでなくとも、36

102）例えば、平成21年決定の事案では、一連の行為と把握する場合には、１個の傷害罪の構成要件該当性が認められるが、他方、一連の行為と把握しない場合には、違法性の阻却される傷害罪の構成要件該当性と単なる犯罪行為である暴行罪の構成要件該当性が肯定されることとなる。

条２項の刑の任意的減免の根拠は責任減少に（も）あると考えられるところ、それによって、36条２項の適用をすることは否定されないと考えるからである[103]。例えば、平成21年決定の事案を若干変えて、被告人が、第１行為の時点で第２行為を行う行為意思ないし目的を有していなかった事案であったとすると、傷害行為及び傷害結果については違法阻却をして、第２行為による暴行罪のみの成立を認め、この暴行罪は36条２項によって刑が任意的に減免される、という処理となる。

次に、第３の疑問について検討する。

確かに、犯罪の成否は、構成要件該当性→違法性→有責性、という順に判断されるのが一般である。したがって、構成要件該当性の判断が、続く違法性の判断によって変化することに対して疑問を持つことは十分に理解できる。そこで、構成要件該当性の段階では「一連の行為」と把握したうえで、違法性段階で、急迫不正の侵害や防衛の意思を考慮して、行為の分断を図る見解もある[104]。

しかし、このような技巧的な構成を採る必要はないと思われる。というのも、犯罪の成否を、構成要件該当性→違法性→有責性の順に検討するのは、かかる順番に従うことで安定的な判断が可能となるからにすぎない。換言すれば、かかる順番で犯罪の成否を判断するのは、それが便宜的であるからにすぎないのであって、構成要件該当性の判断を経れば如何なる規範違反が認められるかが終局的に決定されてしまうわけではない。構成要件該当性という評価を経ることによって、実体が変化してしまうわけではないからである[105]。

構成要件も違法性阻却事由も、どちらも行為者に対する行動準則を提示する

103）もっとも、その根拠については本稿の検討対象ではないので、割愛させていただく。最新の文献としては、さしあたり、安田・前掲注77）243頁以下や山口・前掲注72）84頁などを参照。橋田教授は、侵害終了後の第２行為に36条２項を適用することに批判的であるが（橋田・前掲注76）229-230頁、橋田久「量的過剰防衛―最高裁平成20年６月25日第一小法廷決定を素材として―」刑事法ジャーナル16号（2009年）25-26頁も参照）、仮に第１行為によって発生した結果を処罰対象から除くとしても、第２行為に36条２項を適用することは可能であると考えるべきである。

104）高橋・前掲注25）43-44頁。

行為規範なのであって、それは、行為者に対して同時的一体的に作用する[106]。「一連の行為」であるか否かは、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造の観点から決せられる以上、違法性段階に属する正当防衛の要件についても考慮しなければ、どのような行為規範が提示されていたのかを判断することはできないのである。正当防衛の要件を検討すると「一連の行為」と把握することができない場合（またはその逆）であれば、当初の構成要件該当性の判断ないし評価が実体に即さないことが明らかになったのであるから、改めて、実体に即した構成要件該当性を肯定すれば足りるというべきではないだろうか。前述したように、「刑法的評価の対象となる行為の特定は、特定の条文と一定の犯罪成立要件に関する理解を前提にして行われる規範的な問題であ」るが[107]、成瀬幸典教授も、「一定の構成要件に関する理解を前提にして」ではなく、「一定の犯罪成立要件に関する理解を前提にして」としているように、ここでの規範的考慮が構成要件段階という（違法性や有責性における考慮要素を捨象した）視野の限定された判断に終局的に依存しなければならない理由はないであろう。

したがって、急迫不正の侵害の有無や防衛の意思の有無について判断した結果、第２行為も含めた全体的評価をすべきでない（あるいは、すべき）場合であったことが明らかになったのなら、実体に即すよう、改めて構成要件該当性について検討することで足りると思われる[108]。

このように考えれば、当初は正当防衛を行うつもりで第１行為を行ったが、後に急迫不正の侵害の終了を認識して第２行為を行った場合や、当初は過剰防衛を行うつもりで第１行為を行ったが、後に急迫不正の侵害の終了を認識して第２行為を行った場合には、当初の認識は適法行為の認識ないし減少された違

105）佐伯仁志「構成要件論」法学教室285号（2004年）32頁は、「構成要件は、現実の世界に存在している『物』ではなく、犯罪論に役立てるための道具として、学者によって創り出された概念である」と明言する。

106）井田・前掲注5）230頁。

107）成瀬・前掲注73）５頁。

法性の認識であったのに対して、急迫不正の侵害の終了を認識した後は違法性の減少しない完全な犯罪性の認識であり、両行為が同一の意思に担われていたとはいえず[109)]、別個の行為として把握する他ないといえるから、それを考慮して、改めて別の構成要件該当性を考えたとしても、特段の問題は生じないと思われる。

最後に、第４の疑問について検討する。

確かに、上記の事例において、実際には相当性の範囲内にある第１行為しか行っていないにもかかわらず、過剰防衛として違法であったと評価することは、直感的に不当であると思われる。

ここでは、防衛行為の相当性が提示する行為規範の内実が問題となると思われる。

前述したように、過剰な第２行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合には、第２行為の危険性が前倒しされ得ると考えられるから、違法な過剰行為をも行う意思で第１行為に及んでいる以上は、第１行為の段階で「それは必要最小限の反撃行為を逸脱するので、必要最小限の反撃行為に止めよ」という規範に直面していたといえ、第２行為に及んだのであれば、第１行為から違法な過剰防衛であったと評価することが可能であると考える。

ただし、ここでは、現に過剰な防衛行為が行われたからこそ、規範の突破があったとして、違法であると評価されるのである。「それは必要最小限の反撃

108）蛇足ではあるが、いわゆるブーメラン現象も、同様の観点からすれば、さしたる問題であるとは思われない。構成要件該当性の判断において故意行為であると判断されたとしても、違法性阻却事由の認識が認められることが明らかになったのであれば（この点については、構成要件該当性の判断においては判断の対象から除かれていた）、はじめから実体として故意の規範違反は存在しなかったのであるから、改めて、実体に即した過失犯の検討に入ることは当然であり、（体系的な美しさには欠けると思われるものの）そこに問題があるとは思われない。違法性阻却事由の認識がある場合には、行為者の認識した事実は適法な事実なのであって、構成要件該当性の判断を経ると終局的に故意による規範違反が肯定されてしまうわけではないだろう。

109）深町・前掲注26）124-125頁。

行為を逸脱するので、必要最小限の反撃行為に止めよ」という防衛行為の相当性の要件が定立する行為規範は、必要最小限を逸脱する反撃行為が行われることによって初めて突破されるのであり、量的過剰防衛の場合、複数行為が総合されることによって初めて過剰な反撃行為となるのであるから、過剰な第２行為が行われなかったのであれば、実際には必要最小限の行為のみが行われたのであり、まさに防衛行為の相当性の要件が定立する行為規範が機能し、過剰行為に至ることを阻止したといえるのである。山口教授も、行為意思が危険性に影響するとし[110)]、かつ、過剰防衛の成否は危険性の衡量で決するとしていると解するが[111)]、第一行為から発生した（可能性のある）結果については違法阻却するとしている[112)]。現に、多くの判例ないし裁判例においては、実際に過剰な行為が行われ、死亡や傷害等の結果が発生した事案において、過剰防衛の成立を肯定している（正当防衛の成立を否定している）のである[113)]。

そうだとすれば、第２行為を行う目的ないし行為意思があったとしても、結局は第１行為で反撃を止めた場合、それは相当性の範囲内であるとして正当防衛の成立を肯定することができると考えられる。

以上の議論についても、質的過剰防衛の場合と対比すると理解しやすいのではないだろうか。例えば、素手で殴りかかられたことに対して直ちに拳銃で射殺するという反撃行為に出ようとしたが、拳銃を構えた段階で侵害者が驚いて逃げてしまった場合を想定する。このとき、射殺する目的ないし行為意思を有

110）山口・前掲注5）271頁。

111）山口・前掲注5）130頁では、侵害の強度と防衛行為の強度を衡量することは妥当であると述べられている。

112）山口・前掲注72）83-84頁。

113）もっとも、すべての判例ないし裁判例を検討して、このように述べているわけではなく、過剰防衛に至る目的ないし行為意思を有していたにもかかわらず、結局は過剰な行為を行わなかった事例について、過剰防衛として処理されている事例が存在する可能性は否定できない。ただ、少なくとも、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕』（1999年、青林書院）400頁以下〔堀籠幸男＝中山隆夫〕で紹介されている過剰防衛として処理された事例については、このように述べることができる。

していたのであるから、反撃行為者は過剰防衛行為を行う意思であったといえるし、発砲することに特段の障害も存在しない。したがって、殺人未遂の構成要件該当性は肯定されるが、それにもかかわらず、何ら発砲せずに侵害が終了した場合には、過剰防衛の成立を否定する（正当防衛の成立を肯定する）べきではないだろうか。ここから明らかとなるのは、過剰な防衛行為を行う意思であっても、結局は相当な範囲にとどまった場合には正当防衛として違法性が阻却されると考えられる、ということである。そうだとすれば、量的過剰防衛の場合にも、相当性を逸脱する反撃をするつもりであったが、結局は相当性の範囲内の反撃しか行わなかった場合には、過剰防衛の成立を否定する（正当防衛の成立を肯定する）ことは可能であるといえるのではないだろうか。

第４の疑問に関連して、次の事例についても検討したい。すなわち、第２行為を行う目的ないし行為意思を当初から有していたが、第１行為が避けられることで功を奏さなかった場合である。

このような事例は多く生じ得ると思われる。このとき、第１行為による侵害の排除に失敗しているのであるから、第２行為に及ぶ必要がある。それにもかかわらず、第１行為の段階で既に相当性を逸脱する第２行為をも行う意思を有していた場合には、第２行為の危険性も前倒しされるとして、第１行為は違法な過剰防衛行為であったと評価されることになってしまうのであろうか。

しかし、第１行為が失敗に終わった以上、次なる反撃行為に出なければ防衛行為者の利益を保全することができないため、かかる結論は不当である。

この場合、第１行為に失敗して、侵害者の勢いが弱まらず、未だ防衛行為者の法益の保護のために第２行為に及ぶ必要が認められるのであるから、第２行為を行ったとしても、それは侵害排除のために必要最小限の程度を逸脱したとはいえない。したがって、過剰な防衛行為を行う目的ないし行為意思が認められたが、結局は相当性の範囲内の行為が行われたにすぎず、先と同様に、第２行為を行ったとしても過剰防衛とならずに正当防衛が成立すると考えられる。

もっとも、第２行為の段階においても、さらに侵害排除のために必要最小限といえる範囲を逸脱する第３行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合

には、第２行為の段階で「第３行為は必要最小限の行為でなくなるので、必要最小限の反撃行為に止めよ」という規範に直面するのであり、実際に第３行為に至ったのであれば、第２行為を含めて過剰防衛であるとして違法性を肯定することが可能である。

以上のように考えれば、全体的評価を肯定することも不可能ではないと思われる。これまでに全体的評価に対して加えられてきた批判は、全て、第１行為を単独で評価して、第１行為は正当防衛として適法行為であったといえることが前提であったといえる。しかし、第１行為の段階で既に行為規範の突破に向けられた行為が開始されたといえる場合であれば、第１行為の段階から規範に直面していたといえるのであるから、過剰行為に至り、防衛行為の相当性の規範が突破された場合には、規範突破に向けて行為が開始された第１行為の段階から包括して、全体が違法であったと評価することができる。なぜなら、違法性判断の機能は、行為者に行為の時点で適法行為と違法行為の境界線を提示・告知するところにあり、刑法規範は、それによって、行為者の違法な法益侵害行為へ向けられた行為意思に働きかけ、法益保護を図るのであるから、当初は適法であった行為が遡及的に違法と評価されることとなると、違法性判断・行為規範の本質的機能が根本から害されることになり、これは許されないが、第１行為の段階から行為規範に直面していたといえるのであれば、行為者に行為の時点で適法行為と違法行為の境界線が提示・告知されていたのであり、違法性判断・行為規範の本質的機能が害されたとはいえないからである。

しかし、そのためには、第１行為の段階で、違法な過剰防衛となる第２行為を行う目的ないし行為意思が認められ、かつ、実際に過剰行為に至ることで、規範を突破したことが必要となるから、これらの点の検討を怠って全体的評価をすることはできない。これらの点が認められない場合には、分析的評価の論者の主張するように、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に従い、単独で評価すれば相当性の範囲内といえる第１行為から発生した（可能性のある）結果については、たとえそれが重大な結果の惹起であったとしても、処罰対象とすることはできないというべきである。

(4)　共同正犯者間における全体的評価

以上、量的過剰防衛においても「一連の行為」として全体的評価をすることができる場合が存在することを論じてきた。もっとも、これまでの検討は単独正犯を念頭に置いたものである。ここで、共同正犯者間における「一連の行為」についても言及しておきたい。

最判平成６年12月６日刑集48巻８号509頁は、複数人が共同して正当防衛行為を行い、そのうちの一部の者がさらに過剰な追撃行為を行ったという事案において、「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」としたうえで、「被告人については、追撃行為に関し、Ｖ〔被害者―引用者注〕に暴行を加える意思を有し、Ａ及びＢ〔過剰防衛行為を行った者―引用者注〕との共謀があったものと認定することはできないものというべきである」から、「反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、被告人に関して、これらを一連一体のものと認めて、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第一審判決を維持した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反する」と判断した。

本件の調査官解説では、「正当防衛状況の存在下において侵害阻止という正当目的により攻撃意思を形成し、他の者との間でその旨の意思疎通を成立させたからといって、正当防衛状況が消滅した後に、今度は、加害という不当目的により攻撃意思を形成し、他の者との間でその旨の意思疎通を成立させるとい

うことは、当然にはつながらないのである。……自己又は第三者の権利の防衛という適法行為に関与したことで不当にも追撃行為にも関与したとされてしまうことのないよう、追撃行為についてはあらためて攻撃意思、さらには共同遂行意思の存在を厳格に再確認する必要がある」と述べられている[114)]。ここには、基本的に適法行為と違法行為とでは行為として別個のものであり、両者を「一連の行為」として全体的評価をするには慎重にならなければならないことが示唆されていると思われる。

もっとも、調査官解説の記述は、反撃開始の当初より「加害という不当目的により攻撃意思を形成し、他の者との間でその旨の意思疎通を成立させ」ている場合には、全体を一連の反撃行為として評価することを前提としているように読むことができる。これが正しいとすれば、第１行為の段階から違法な過剰行為に至る意思を有していたといえる場合には「一連の行為」として全体的評価をすることができるとする本稿の枠組みと整合的であり、本稿の枠組みが、複数人による正当防衛行為及び過剰防衛行為が行われた場合にも妥当し得るとも思われるのである。

もっとも、本件では、第２行為から傷害結果が発生した事案であるから、第１行為から発生した（可能性のある）結果についても違法性を肯定することができるかという本稿の問題関心と異なる事案である。第２行為を行う目的ないし行為意思が認められなかったために「一連の行為」として把握することができなかったと結論づけるのは性急であるとも思われる。この問題については、本判決の射程、共同正犯の処罰根拠等について改めて慎重に検討する必要があり、単独正犯を念頭に置いて論じてきた本稿の主張を適用することはできない可能性も充分に認められる。この点については、他日を期して、さらに検討していきたい。

114）川口政明「複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び侵害終了後になおも一部の者が暴行を続けた場合において侵害終了後に暴行を加えていない者について正当防衛が成立するとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成６年度（1996年）223頁。

Ⅳ　おわりに

本稿では、早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として、「一連の行為」という概念について考察してきた。最後に、もう一度、結論をまとめておく。

早すぎた構成要件の実現の場合には、第１行為の段階で第２行為を行う目的ないし行為意思があり、結果発生までの障害を除去した（または、結果発生までの切迫性を惹起した）未遂犯の成立以降は、第１行為の段階で、第２行為を含めた危険性の惹起、第２行為の禁止を含む規範の突破が認められるから（そのような規範突破が肯定されなければ、第1行為の段階で未遂犯の成立を認めることはできない)、両者を１個の「一連の行為」として把握することができ、第１行為から結果が発生した（可能性が認められる）としても、既遂結果を故意に帰属することが可能であり、故意既遂犯の成立を肯定することができる。これに対して、予備行為から結果が発生した場合には、未だ突破すべき規範が残存しており、故意既遂犯の成立を肯定することはできない。

量的過剰防衛の場合、防衛行為の相当性も、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造の問題であるから、単独で評価すれば相当性の認められる第１行為であっても、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合には、第１行為の段階で第２行為の危険性も肯定し得るのであり、したがって、第２行為の禁止も含めた行為規範が、第１行為の段階で定立されていたということができる。そのため、過剰な第２行為がなされ、規範の突破が認められる場合には、かかる行為規範に直面していたといえる以上、第１行為から、既に、違法な過剰防衛行為であったといい得る。そのように考えたとしても、行為者に事前に適法行為と違法行為の境界線を提示・告知する行為規範の本質的な機能は害されないからである。

もっとも、急迫不正の侵害に直面した行為者が、第１行為の段階で過剰な第２行為を行う目的ないし行為意思を有していたと認定することは容易ではないと思われるし、どの程度の反撃行為を行えば過剰な反撃行為となるかの認定も

容易ではないと思われる[115]。しかし、両者を認定することができないのであれば、第２行為を含めた危険性や行為規範を、第１行為の段階で認めることはできず、したがって、第１行為単独で構成要件該当性や違法性の判断をせざるを得ない。そうすると、第１行為単独では相当性を肯定すべき場合であるのならば、第１行為から発生した（可能性が認められる）結果は、どの行為にも帰属することはできない（「疑わしきは被告人の利益に」）。これらの認定を怠っているにもかかわらず、第１行為と第２行為の行為態様の類似性や時間的場所的近接性から「一連の行為」であるとして、第１行為を含む全体を過剰防衛と評価することは、第２行為を行ったことによって遡及的に第１行為が違法となっているといわざるを得ず、行為規範の機能を根本から害するものであり、是認することはできない。

このように、一見すると複数の行為に見える場合であっても、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造から、その全体が禁止される場合があり、それを「一連の行為」と表現する。すなわち、行為者が第２行為を留保していたとしても、第２行為を行う目的ないし行為意思が認められる場合には、第２行為による危険性も第１行為に前倒しされ、両行為の危険性を合算した危険性が第１行為の段階で肯定される。そのため、両行為は分断することができず、両行為の全体を禁止する行為規範が定立される。これは、早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛の双方に妥当するといえる。

ただし、ここで注意を要するのは、次の点である。すなわち、早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛のどちらにおいても「一連の行為」が問題となり、それは、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造が問題となるという基本的枠組は同一であるとしても、未遂犯規定による規範が問題となる早すぎた構成要件の実現と、防衛行為の相当性の要件による規範が問題となる量的過剰防衛とでは、問題となる規範の内容が異なると

115）周知のように、最判平成９年６月16日刑集51巻５号435頁の事案では相当性を肯定するべきであったとする見解も有力である。

いう点である。前者では、第２行為を留保している意思が既遂結果を帰属することのできる故意と呼べるものであったのか（既遂結果を帰属することのできる規範突破が認められるのか）が問題となるのに対して、後者では、第１行為の段階から相当性を逸脱する行為規範に直面していたのか（そして、その規範の突破が認められるのか）が問題となる。問題となる規範の内容が異なる以上、基本的な思考枠組が同一であるからといって、全く同一となるわけでもないことに留意する必要がある。

これまでの検討により、本稿は、「一連の行為」なる概念とは、単に行為者の計画の連続性を示すための言葉でも、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には１つのエピソードとして存在する事態を表現するための言葉でもなく、行為の危険性、行為規範による行為のコントロールを通じての法益保護の構造という、犯罪論における重要概念に根差すものであると考える。したがって、その重要性を否定することはできない。

以上が、本稿の結論である。

本稿は、慶應義塾大学大学院法務研究科に設置されるリサーチペーパーという科目のために執筆されたものである。原稿を執筆するにあたっては、多くの方に相談に乗っていただいた。特に、本稿の主査を務めていただいた和田俊憲准教授には、毎週のように、時には４時間をも超える長時間、相談に乗っていただき、和田先生からは数多くの示唆を得た。和田先生のご厚意がなければ、私は、到底、本稿を書き上げることはできなかった。記して、お礼申し上げる。