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

Title	違法性における結果無価値と行為無価値 (一) : いわゆる偶然防衛をめぐって
Sub Title	Die Kenntnis der Notwehrlage als Notwehrvoraussetzung? :Zugleich zum Erfolgs- und Verhaltensunwert im Unrechtsbegriff (1. Teil)
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.10 (1990. 10) ,p.1- 26
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901028-0001

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.

違法性における結果無価値と行為無価値（一）

――いわゆる偶然防衛をめぐって――

井田　良

一　はじめに
二　いわゆる偶然防衛の諸類型
三　偶然防衛をめぐる学説の概観
　1　既遂説
　2　未遂説
　3　不可罰説（＝防衛意思不要説）……以上、本号掲載
四　違法性における結果無価値と行為無価値
　1　論争の背後にある実質的な問題
　2　構成要件と正当化事由の関係
　3　違法評価における事前判断と事後判断
　4　偶然防衛における結果無価値と行為無価値
五　残された問題……以上、第一一号掲載

一　はじめに

学説上、一般に「偶然防衛」と呼ばれるのは、刑法三六条一項に定める正当防衛の客観的要件をすべて充足する事実がありながら、行為者が正当防衛状況の存在（＝急迫不正の侵害があること）をまったく認識していなかった場合、いいかえれば、行為者が一方的な加害の意思で当該の行為を行ったところ、偶然にも、客観的な防衛の効果が生じたという場合である。たとえば、Aが殺意をもって仇敵Bを射殺したところ、後になって、逆にBもAを射殺しようとする寸前であったことが判明したという場合が偶然防衛の典型的事例とされる。[1] そうだとすれば、それが実践的意味に乏しい[2]「講壇事例」の代表とされることも当然であろう。[3] ところが、この偶然防衛の問題ほど、学説上、その取り扱いをめぐって盛んな議論が行われ、見解が厳しく対立している問題は少ないのである。

戦後のわが国の刑法学において議論がもっとも深められたのが違法論の領域だといわれる。それを可能にしたのは、疑いもなく、「結果無価値」と「行為無価値」という対概念の登場である。しかしながら、とりわけ偶然防衛の問題をめぐっては、このような違法論における議論の深化に伴って、ますます見解が多岐に分かれ、帰一するところをしらない状況となっている。ここでは、むしろ、結果無価値と行為無価値という対概念そのものが、偶然防衛をめぐる理論的検討を混乱させている「元凶」なのではないかと推測することが可能である。

本稿の目的は、一口でいえば、偶然防衛に関する日本と（西）ドイツの学説[4]の検討を通じて、結果無価値と行為無価値をめぐる論争の背後にある実質的問題を明らかにし、これに理論的分析を加えることである。あらかじめ本稿の主張するところを要約して示すならば、次のようになるであろう。

学説においては、結果無価値および行為無価値の概念が多義的に用いられており、両概念の間の関係も明確でないことがまず問題である。分析にあたってのキーワードが明確にされるべきことの必要性は、誰もこれを疑うことがで

きないであろう。しかし、より重大なことは、学説が、これらの概念に「幻惑」され、その背後にある実質的な問題を十分に認識せず、それを正面から検討の対象とすることを怠ってきたことである。ここにいう実質的な問題とは、構成要件と正当化事由の関係の問題と、違法判断における事前判断と事後判断の問題である。偶然防衛の問題を取り扱うにあたっても、この二つの問題の検討を欠くならば、それは決定的に不十分だといわなければならない。そして、この二つの問題を検討するとき、正当化事由の要件事実の有無は、事後判断を基準として客観的に決せられなければならないことが導かれる。それは、偶然防衛に関し少数説である不可罰説（＝防衛の意思不要説）を採用することを意味するのである。しかも、それは右の二つの問題の検討の結論としてそうならざるを得ないというばかりでなく、わが国の通説的体系[5]は――西ドイツにおける通説的体系とは異なり――、不可罰説によらない限り、自己矛盾に陥らざるを得ないと考えられるのである。

（1）団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一九九〇年）二三九頁注（一八）。類似の設例は、偶然防衛の問題を取り扱う文献のすべてに挙げられている。なお、判例についてみると、行為者に防衛状況の認識が欠ける事例を問題としたものは存在しないが、正当防衛の成立には「防衛の意思」が必要だとするのがその一貫した立場である。たとえば、堀籠幸男（大塚仁ほか編）『大コンメンタール刑法第二巻』（一九八九年）四〇四頁以下参照。

（2）手続法上は、本文のような事例では主観的要素の証明が問題となるところから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用される可能性も考慮する必要がある。もっとも、一般的には事情が逆で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用により、事実が「変容」を遂げた結果、講壇事例を地で行くような「事実」が実体法適用の前提とされることがあり得る。このような現象は、とくに西ドイツで顕著だとされる。示唆に富む論文として、Gunther Arzt, Der Einfluß von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 8, 1981, S. 77 ff.; Thomas Hillenkamp, Beweisnot und materielles Recht, in: Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, S. 861 ff. がある。

（3）もっとも、いわゆる偶然防衛の問題状況に属する諸事例のなかには、本文の事例のようなものばかりでなく、十分に現実的な事例も含まれる（この点について詳しくは、後出二(1)参照）。むしろ、本文に挙げたような「特殊な形態」をもっぱら念

頭において議論を進めると、偶然防衛に固有の問題点以外の論点が混入することにもなり（後後二(2)参照）、かえって混乱を招きやすいといわなければならないのである。

(4) 偶然防衛に関する日独の学説は、野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）一五四頁以下、佐久間修『刑法における事実の錯誤』（一九八七年）三八二頁以下に詳細である。なお、本稿においては、過失による偶然防衛の問題はひとまず度外視したい。

(5) 本稿にいう「わが国における通説的体系」とは、次のⓐ～ⓓの命題のすべてを同時に肯定し、ⓔの命題を否定する体系のことであり、「西ドイツにおける通説的体系」とは、次のⓐ～ⓔの命題のすべてを同時に肯定する体系のことである。

ⓐ法益侵害結果の発生・不発生は違法性に影響する。

ⓑ故意・過失は（主観的）違法要素である。

ⓒ消極的構成要件要素の理論は否定されなければならない。

ⓓ正当化事情（＝違法性阻却事由の要件事実）に関する錯誤はもっぱら責任の問題である。

ⓔ未遂不法は、一般人を基準とする事前判断(ex ante)により、違法事実の実現の危険性が肯定される場合、厳密にいえば、行為者の立場におかれた一般人も、違法性を基礎づける事実が存在すると誤信したであろう、と考えられる場合にのみ成立する。

なお、右の点についての文献の引用は、煩瑣なので省略せざるを得ない。日独の主たる文献は、近く出版される予定の Ida Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem. Eine kritische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der deutschen Strafrechtswissenschaft, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften Bd. 3, Berlin: Duncker und Humblot, 1990 に示した。なお、本稿は、同書の当該部分において主張した見解を敷衍し、詳しく展開したものである。もっとも、私見の一部は、法学教室九五号（一九八八年）八六頁にも示してある。

二　いわゆる偶然防衛の諸類型

(1) いわゆる偶然防衛は、狭義の（＝自己の利益のための）正当防衛型のそれと、（第三者の利益のための）緊急

救助型のそれに分類することができる。狭義の正当防衛型の偶然防衛とは、ふつう偶然防衛の典型的場合とされており、たとえば、①Aが殺意をもってBを狙って発砲し、狙い通りBを殺害したが、実はBもAを殺害するためにピストルを撃つ直前であったという場合である。[6] 緊急救助型の偶然防衛とは、たとえば、②Xが殺意をもってYを狙って発砲し、狙い通りYを殺害したが、Yは第三者Zを殺害するためにピストルを撃とうとしていたところだったという場合である[7]（当然のことながら、右の二つの事例においては、BおよびYの行為の「侵害」としての「急迫性」、AおよびXの行為の防衛行為としての客観的な「必要性」と「相当性」は肯定されることがそれぞれ前提とされている）。

しかし、翻って考えるならば、右のように偶然防衛が問題となる状況とは、犯罪論の概念枠組みに即して一般化すると、客観的に存在する正当防衛の要件事実の一部を行為者が認識しておらず、したがって、行為者が違法な事実を表象していた場合だということができる。[8] そうだとすれば、偶然防衛を右のような場合（＝行為者が侵害事実をまったく認識していなかった場合）に限定する理由は存在しない。むしろ、偶然防衛とは、いわゆる誤想防衛の場合とちょうど逆の場合だと考えることができるのである。[9] すなわち、誤想防衛が、現実には存在しない正当化事情を誤って認識して適法な事実を表象しつつ行為した場合であるのに対し、いわゆる偶然防衛とは、現実に存在する正当化事情を認識しなかった結果、行為者が違法な事実を表象して行為した場合なのである。いわゆる誤想防衛が、急迫・不正の侵害がないのにあると思った場合だけではなく、防衛行為の必要性・相当性に関する事実について錯誤があった場合をも含むことは、[10] 現在では一般的な承認を受けているといえよう。少なくとも、用語の問題はともかくとして、行為者が正当防衛の要件となる一定の事実を誤信した結果、正当化される事情を表象していた場合のすべてについて、同様の解決が与えられなければならないことに反対する見解はみられない。そうだとすれば、偶然防衛についても同じはずではないだろうか。

もし、右のような分析が正しいとするならば、いわゆる「偶然防衛」の問題状況に属する事例の中には、従来、必

ずしも問題とされてこなかったような（より現実的な）事例も含まれ、これらも、①や②の事例と同じ解決原理によって解決されなければならないことが明らかとなる。[11] そればかりでなく、とくに①のような場合は偶然防衛の典型的な場合というより、かなり特殊な形態なのであり、このような場合をもっぱら念頭において解決原理を求めることはむしろ適切でないことがわかるのである。[12] これまで、本問との関係では、必ずしも問題とされてこなかったが、右のような意味で偶然防衛の問題状況に属すると考えられるのは、まず、行為者が自己の法益を侵害する行為自体の存在は認識しながら、それが実は不正な侵害であったにもかかわらず、事実を誤信して正当な行為であると考えていた場合のような「不正の侵害」に関する錯誤の場合である。[13] たとえば、③警察官と称し逮捕状を示して身体を拘束しようとするCに対して、Dはこれを正当な逮捕状の執行であると誤信しながらこれを免れようとして抵抗しCに傷害を与えたが、実はCは私人で偽の逮捕状を示していたという事例である。さらに、行為者が防衛行為の「必要性」を基礎づける事情に関して誤信した場合も考えられよう。たとえば、④強盗犯人Eに襲われたFはこれに抵抗しEを殴り倒したうえ、さらに憤激の情を抑えられず、逃げようとしているEを背後から蹴りつけて大怪我をさせたが、実はEは逃げるふりをしつつ懐中のナイフを取り出しFを刺し殺そうとする直前であったというような事例である。③および④は、いずれも狭義の正当防衛型の事例であるが、もちろん、これらの事例を少し修正して緊急救助型の偶然防衛の事例を考えることは容易である。[14]

(2) ここで注目すべきことは、学説の中に、自己の利益を保全する正当防衛型の偶然防衛と、第三者の利益を保全する緊急救助型の偶然防衛とを区別して、異なった法的解決を与えるべきだとする見解の存在することである。すなわち、曾根[15]は、①の事例のような場合を念頭におきつつ、狭義の正当防衛型の偶然防衛においては、二つのそれぞれに不正な（＝法による保護の外にある）利益が衝突する関係に立っているにすぎず、刑法三六条が予定する「不正」対「正」の利益対抗関係が認められないことから、正当防衛による正当化を否定する。[16] これに対し、②のような緊急

救助型の偶然防衛においては、不正な攻撃から第三者の正当な法益を防衛するという「不正」対「正」の対抗関係が維持されているので正当防衛による正当化を肯定し得るとするのである。

このような曾根の見解に対しては、行為者の利益が（被害者との関係で）保護されるべき正当な利益であるかどうかが論証されるべき当の問題であるのにもかかわらず、その利益が「不正」であるとか「正」であるとかと前提としてしまっている点で「論点先取の誤り petitio principii」を犯しているという批判を加えることが可能である。[17] もっとも、①の事例においては、②の事例とは異なり、「不正」対「不正」の関係が成立しているにすぎないとする、曾根の主張には、若干検討を要するものが含まれている。つまり、右の①の場合において、もしAの行為が正当防衛として正当化されるなら、BとしてはAの行為を甘受するほかはないことになるが、逆に、Bの立場からみれば、BがAを撃つ行為自体が正当防衛として正当化されるはずの行為ではないかとも考えられるのである。[18] そこで、もしAとBの行為をともに正当とするなら、それぞれの行為はいずれも「不正の侵害」ではなかったことになり、対抗する側はそれぞれ正当防衛権を行使し得ないはずであろう。同一の行為が、正当な行為であると同時に、不正な行為であると考えることはできない。したがって、どちらの行為も「不正の侵害」であるとして正当化を認めないことによってのみ、このような論理的な矛盾を回避し得るのではないか。

しかしながら、わたくしのみるところ、右のような疑問は、①の事例において、AとBの行為が法的にまったく等価値であることを不当に仮定したところから生じてきたものであって、要するに前提を誤っている。厳密には、先に発砲したAだけが客観的に防衛の効果を有する行為をしたことになるのであって、後から撃とうとした（が果たせなかった）Bの行為は、もしBがその時点で本当に撃っていたとしても、Aの行為がすでに終了してしまっている以上、防衛の役に立つものではなく客観的な防衛行為とはいえない。[19] そもそも侵害行為が相互に向き合う場合において、両方の行為が同時に防衛の効果をもつ行為であるという事態は考えられないように思われる。このようにして、いわゆ

る防衛意思不要説（ここでは、刑法三六条の適用の前提として、正当防衛状況の存在の認識を不要とする見解、すなわち、偶然防衛不可罰説のことをいう）の立場から、より早く発砲したAの行為を正当防衛行為と認めたとしても、これに対するBの行為はいずれにせよ客観的に防衛の役に立つ行為ではなかったのであり、正当防衛を認める余地のない行為だったのである。[20] ちなみに、同じ状況は、防衛の意思をもった二人の者の間においても生じ得ないではない。たとえば、⑤二人の殺し屋AとBのそれぞれが、偶然にも同時に、「狙われている」と殺気を感じて、Aが自分の身を守るためにBを撃ち、Bも自分の身を守ろうとしてAを撃とうとしたが、Aの方がすばやく発砲したためにBが発砲する直前にBの攻撃を封ずることができたという講壇事例を考えてみよう（それは非現実的であるが、その非現実性は①の事例のそれをこえるものではなかろう）。ここでも、AとBの行為は、決して「正」対「正」の対抗関係に立つことになるわけではなく、現実に客観的な防衛行為をしたAのみが正当防衛行為を行ったことになると考えられるのである。

こうして、狭義の正当防衛型の偶然防衛の場合は「不正」対「不正」の関係にあるという前提に立って、その理由だけから正当防衛の可能性を否定することは、やはり「論点先取の誤り」を犯すものであるとする批判が正当であるということになる。そればかりでなく、曾根説の欠陥は、とくに、前述の③や④の事例のように、同じく狭義の正当防衛型の偶然防衛の類型にあたる事例を考え合わせるとき、より明白になる。曾根の見解によれば、これらの事例においても「不正」対「不正」の関係のみが成立していることになるはずであるが、――他方で、②のような場合については正当化を肯定しつつ――これらの事例で当然のように既遂の違法性を認めることが妥当であるのかどうかは疑問である。また、もし、①の事例に妥当することが、③や④の事例に妥当しないのだとすれば、論者の見解は、狭義の正当防衛型の偶然防衛のすべてに適用し得る統一的な解決原理ではないことになり、なぜそのような適用範囲の限定が可能なのか、また、それでは③や④の事例は一体どのように解決されるのかなどの疑問が次から次へと生じてく

る。このように、曾根の見解には、偶然防衛の問題の解決として不明な点も多いといわなければならないのである。

もっとも、現に右のような見解が主張されていることに示されているように、もっぱら①のような講壇事例を念頭において議論を進めると、偶然防衛に固有の問題点以外の論点が混入することになり、偶然防衛に本質的な問題を集中して検討するためには不適切であることが明らかである。場合によっては、②のような緊急救助型の偶然防衛の事例の方が、議論を混乱させるおそれが少ないかもしれない。しかし、より望ましいことは、偶然防衛の取り扱いを理論的に検討する際に、「偶然防衛」の問題状況に属するさまざまな事例のすべてを念頭におくことなのである。

(3) さらに、偶然防衛の事例の諸類型を考える上で無視できないのは、従来の学説は、偶然防衛の事例として、行為者が正当防衛状況の存在について認識をまったく欠く場合だけを念頭において論じてきたが、そうでない場合もあり得るということである。すなわち、行為者が、現に存在する正当防衛の要件事実を一応それと認識しつつ、しかし、その存在について疑いを抱き、そのような事情がまったく存在しないかもしれないと思いながら、存在しなくてもかまわないと消極的に認容して（したがって、違法な事実が発生してもかまわないという「未必の故意」をもって）行為した場合である。[21] たとえば、⑥崖の前に立っていた甲は、自分を崖の下に突き落とそうとする乙から身を守るため、乙を殴り倒し大怪我をさせたが、その際、甲は、乙には侵害の意思がなく単なる冗談のつもりかもしれないとも思いつつ、それでもかまわないと考えていたという事例である。ここでは、客観的に正当防衛の要件を充足する事実が存在し、その主観的な認識もあるが、違法事実の実現の「危険性」があり、それを実現させる（未必の）故意もあったということで、未遂犯の成否が問題となるのである。

右のような場合については、理論上、いくつかの点が問題となり得る。まず、正当化事由を構成する事実に関して、未遂犯の成立が可能であるかどうかである。わが国の多数説はこれを否定して、構成要件該当事実の未完了の場合にのみ未遂犯が成立可能だとし、わたくしもそれを正しいと考える。この点は、後に再び詳しく取り上げるであろう

（後出四2、3参照）。次に、たとえ正当化事由との関係でも未遂犯が成立し得るとする見解をとった場合でも、正当化事情の存在については「そうかもしれない」という程度の一応の認識があったならば、それで正当化の主観的要件として十分ではないかが問題となる。とくに、正当防衛のような緊急行為については、このような主観的要件の内容の緩和も現実的であるかもしれない。[22] しかし、この問題は、行為者による防衛状況の認識を正当防衛の主観的要件とする見解をとった上で、さらに問われなければならない、その主観的要件の内容に関する問題であり、本稿の対象外である。本稿においては、そもそも、右のような意味での防衛状況の認識を正当化の要件とすべきであるのかどうかがそのテーマなのである。さらに、右の⑥の事例との関係では、（不可罰的な）不能犯か、（可罰的な）未遂犯かが問題となる場合で、結果発生につき未必の故意しかないときにも未遂犯が成立可能かどうかについて、見解が対立していることも意識されなければならない。すなわち、西ドイツの一部の学説[23]は、結果の発生が物理的に不能な場合には、行為者が結果発生を目的として意図しない限り不可罰であるとするのである。このような見解に対しては、未遂犯か不能犯かが問題となる事例に限って、未必の故意の場合を処罰の対象から排除し、結果を目的とする行為のみを違法とする十分の根拠があるのかどうか疑問とされよう。[24] しかし、いずれにしても、それは、未遂犯論・不能犯論の問題であって、本稿で検討の対象とすることはできないのである。

こうして、本稿が正面から取り上げるのは、行為者が、正当防衛の要件たる一定の事実の存在についてまったく認識を欠いていたか、または、正当防衛の要件事実が存在するかもしれないと思いつつも結局はそれを否定して行為した場合における偶然防衛の事例に限定されることになる。

（6）前出注1参照。

（7）なお、井田・法学教室九五号（前掲注5）八六頁は、次のような事例を検討している。「動物好きの甲は、森で野うさぎに狙いをつけているハンターAに向けて石を投げつけ、重い傷害を与えた。ところが、後に明らかになったところによると、

実はAは野うさぎではなくハンターBを殺そうとしてひそかに銃を向けていたのであった。」

(8) なお、西ドイツの通説も、「防衛の意思」における認識の対象は正当防衛の要件事実のすべてだとする。たとえば、Wolfgang Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 133 参照(文献も詳しい)。

(9) わたくしの知る限り、このことをいち早く意識していたのは、Claus Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (2., unveränderte Aufl. 1970), S. 160 ff. である。最近の西ドイツの文献のなかでは、とくに、Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 182-273 による錯誤事例の諸類型の分析が示唆に富む(紹介として、井田・本誌五七巻一号〔一九八四年〕一二五頁以下がある。ただし、ルシュカの分析は、構成要件該当事実と正当化事情とをまったくパラレルに取り扱う立場を前提としている)。なお、わが国の文献のなかでは、佐久間『刑法における事実の錯誤』(前掲注4)三八二頁以下、川端博『正当化事情の錯誤』(一九八八年)二二一頁以下を参照。また、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報八二四号(一九七六年)三頁以下も見よ。

(10) たとえば、団藤『刑法綱要総論』(前掲注1)二四二頁注(二九)、植松正『再訂刑法概論I総論』(一九七四年)一七九頁、平野龍一『刑法概説』(一九七七年)五六頁、中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年)一三七頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)三五三頁以下、佐久間『刑法における事実の錯誤』(前掲注4)一六五頁以下、二七二頁以下など参照。

(11) なお、Roxin, Offene Tatbestände (前掲注9) S. 161 f. も参照。

(12) ちなみに、刑法学において事例を取り上げるにあたっての恣意性・偶然性と、その方法論的問題点については、井田「故意における客体の特定および『個数』の特定について」刑法雑誌二七巻三号(一九八六年)三七頁以下、とくに三八頁注(2)参照。

(13) ちなみに、ヴェルツェルは、窃盗犯人Aが、所有者が被害品を取り戻しに来たと思ってこれに対抗したところ、実はそれが財物の所有者ではなく単なる強盗犯人であった、という事例を挙げていた(Roxin, Offene Tatbestände〔前掲注9〕S. 161 による)。

(14) このように、偶然防衛の場合、客観的には正当化される事実が存在し、主観的には違法な事実を表象しているという意味においては、「主観面が客観面を超過している」ということができる(平野「刑法ゼミナール〔第二回〕」法学教室八〇号〔一九八七年〕四七頁)。これに対し、偶然防衛の場合、防衛状況の認識の有無が客観的な法益侵害性の存否・程度に影響するとは考えられず、その意味では、「主観面が客観面を超過している」ということはできない。これまで、「主観的な超過要素」の

みを主観的違法要素とする見解（たとえば、平野『刑法総論Ⅰ』〔一九七二年〕一二二頁以下）が前提としてきたのは、後者の用語法であったと思われる。したがって、その同じ論者が、正当化事情の認識を正当化の要件とし、偶然防衛を――既遂としてであれ、未遂としてであれ――違法行為とするのであれば、その限りでは首尾一貫しないのである。

(15) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（一九八〇年）二一四頁以下、同「偶然防衛」（植松ほか）『現代刑法論争Ⅰ』（一九八三年）一三四頁以下、同『刑法総論』（一九八七年）一一五頁。

(16) この点で曾根説に賛成するのは、川端「正当防衛における防衛の意思」（藤木英雄＝板倉宏編）『刑法の争点（新版）』（一九八七年）五三頁、同『正当化事情の錯誤』（前掲注9）二二七頁以下。なお、類似の理由づけは、西村「いわゆる『偶然防衛』について」（前掲注9）三頁、西原春夫『刑法総論』（一九七七年）二〇八頁にも見られる。

(17) 前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（一九八三年）三四四頁、同『刑法総論講義』（一九八八年）二六四頁参照。

(18) 曾根「偶然防衛」（前掲注15）一三六頁、同『刑法総論』（前掲注15）一一五頁参照。

(19) したがって、このような状況においては「早い者勝ち」（福田平『対談刑法総論（中）』〔一九八六年〕一七頁、川端「正当防衛における防衛の意思」〔前掲注16〕五三頁）を認めざるを得ないとしても、それは事案の性質からして仕方のないことなのである。

(20) 正当にも、内藤『刑法講義総論（中）』（前掲注10）三四四頁は、偶然防衛の場合でも、客観的には「不正」対「正」の関係にあるとする。

(21) この種の場合を取り上げて犀利な分析を加えたのは、Arzt, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz. Bemerkungen zu Zweifeln des Täters an der Rechtfertigungslage oder am Tatbestandsausschluß, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Erster Band, 1985, S. 391 ff., insb. 396 ff.

(22) これを肯定するのは、Arzt, Falschaussage（前掲注21）S. 399. これに対し、西ドイツの通説は反対のようである。たとえば、Theodor Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 23. Aufl. 1988, vor § 32 ff. Rdn. 14; Frisch, Grund- und Grenzprobleme（前掲注8）S. 134 およびそこに引用された文献参照。

(23) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, S. 344 ff., 351 ff.; Heiner Alwart, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 158 ff., 185 ff.

(24) 前掲注23に引用した論者に対する批判として、たとえば、Thomas Weigend, Die Entwicklung der deutschen Versuchs-

lehre, in: Hans Joachim Hirsch/Thomas Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 121.

三　偶然防衛をめぐる学説の概観

本章においては、偶然防衛の取り扱いをめぐる従来の学説の状況を概観することにしたい。ただし、ここでの主たる関心は、それぞれの見解が、結果無価値および行為無価値の概念の内容をどのように把握し、またそれら相互の関係をどのように理解した上で結論を導いているのかにある。

1　既遂説

わが国の学説の多数説は、主として「通説的体系」[25]を前提とし、違法評価にあたって結果無価値とともに行為無価値を考慮しなければならないとする、いわゆる違法二元論（または「行為無価値＝結果無価値二元論」）に立脚しつつ、偶然防衛の場合においては、発生結果につき既遂の違法性を肯定できるとする。[26]その論拠については、次のような主張がなされている。

(1)　既遂説の有力な主張者である大塚および福田は、正当防衛として違法性を阻却されるためには、結果的に防衛の効果が生じたというだけでなく、行為が「防衛行為」と呼び得るものでなければならず、そのためには「防衛の意思」が不可欠の要件になる、とする。[27]要するに、「正当防衛」といい得るためには「防衛行為」が必要であり、「防衛行為」といい得るためには「防衛の意思」が必要だというのである。

しかし、このような「概念分析」だけでは論拠として十分でない。正当防衛としての正当化を認めるために、「防

衛の意思にもとづいて行われる行為」という意味での「防衛行為」がその要件となるかどうかが、まさに論証を要する当の問題なのである。したがって、ここでは、実質的・価値論的考慮にさかのぼって論拠が提出されなければならない。右のような形式論理で事足れりとするのであれば、一種の概念法学と呼ばれても仕方がないようにさえ思われる。

さらに、前出二(1)で示したような「偶然防衛」のさまざまな類型を思い浮かべてみよう。たとえば、前述の③の事例のような場合には、ひとまず自己の法益を守る意思で行われた「防衛行為」があるといわざるを得ないであろう。それでは、多数説によると、この場合には正当防衛が認められるのであろうか。その結論はまったく不明であり、ここにおいて、多数説の形式的論理の限界が露呈されるように思われる。要するに、「防衛行為」の概念分析は、偶然防衛の諸類型を統一的に解決し得る原理としても役に立たないのである。[28]

(2) これに対し、多数説のような既遂処罰の結論を、結果無価値および行為無価値の概念を用いてより理論的に説明することは十分可能である。すなわち、行為が構成要件に該当し結果無価値と行為無価値とがともに肯定されることによって違法性が基礎づけられるのであり、こうしてひとたび基礎づけられた違法性が阻却されるためには、結果無価値と行為無価値とがともに否定されなければならず、したがって、単に客観的な防衛結果（＝結果価値）が発生しただけでは十分でなく、防衛意思にもとづく正当価値の追求行為（＝行為価値）がともに存在しなければならない、とするのである。[29]

もちろん、このような説明に対しては、客観的には防衛結果が生じているのであるから、少なくとも結果無価値は否定されて、せいぜい未遂の違法性しか認められないはずではないか、という批判がある。[30] すなわち、多数説の違法二元論も、構成要件該当性の判断の段階においては、行為無価値と独立して結果無価値のみが否定されることにより未遂となること（そして、結果無価値とは独立して行為無価値のみが否定されることにより不可罰となること）を認

める。そうであれば、違法阻却の場面においてこれと同様のことを許さない根拠があるのだろうか。また、多数説の違法二元論は、行為無価値は消極的に違法性を否定する方向でだけ考慮されるべきだと主張するのであるが、[31] 偶然防衛の場合においては、結局、行為無価値のみにより完全な（＝既遂の）違法性を肯定しているではないだろうか。

しかしながら、右のような批判は、多数説が前提とする「体系」を理解しない、いわば「外在的な」批判にすぎず、説得力を欠いている。[32] すなわち、右の批判は、構成要件該当性の段階と正当化事由の段階とをまったくパラレルに考えることを前提としているが、これに対し、多数説たる既遂説は、まさに構成要件該当性の判断の段階と正当化事由の判断の段階との間に価値論的な差異が存在し、それに応じて異なった判断原理がそれぞれに妥当することから出発しているのである。詳しくいえば、多数説は、構成要件の段階では、行為無価値と独立に結果無価値のみが否定されること（＝未遂）も、結果無価値と独立に行為無価値のみが否定されること（たとえば、落度のない行為にもとづく結果の惹起や、動物・自然現象による結果の惹起で、いずれも不可罰）もともに認めるのであるが、[33] 正当化事由の段階では、行為無価値と独立に結果無価値が否定されること（＝偶然防衛を未遂にすること）も、結果無価値と独立に行為無価値のみが否定されること（＝誤想防衛の場合で、誤想について客観的過失が認められないときに、違法阻却の効果を肯定すること）もともに認めないのであり、それは、構成要件と正当化事由を支配する原理が相違することを前提とするならば、直ちに矛盾だということはできないのである。そればかりでなく、このような多数説の体系的思考は、現行刑法の素直な解釈にも合致するといえなくはない。すなわち、現行刑法の解釈論として、構成要件の段階で行為無価値と結果無価値の評価が分離・独立可能であることは、（後者が欠ける場合を予定した）未遂処罰規定がこれを認めていると考えられるが、これに対し、正当化事由については、その要件のすべてが肯定されてはじめて違法阻却の効果が生ずると解されるのであり、正当化事由の要件の一部が存在することを理由として未遂減軽を肯定するようなことは未遂処罰規定の予定するところではない、といい得るのである。また、以上述べたことから同時に

明らかになるのは、多数説の立場からみると、偶然防衛の場合に、決して行為無価値のみで完全な違法性を肯定していることにはならないということである。すなわち、偶然防衛の行為は、現に構成要件的結果（たとえば、死亡の結果）を生じさせており、この結果惹起が正当化事由によって正当化されないところから結果無価値を肯定できるのである。このようにみてくると、これまで、多数説である既遂説に対する十分に説得力ある批判は加えられてこなかったことが明らかとなろう。

2　未遂説

学説において、多数説を批判しつつ、現在ますます有力に主張されているのは、偶然防衛の場合につき未遂不法しか肯定しない見解である。もっとも、わが国において主張されている未遂説については、二つの型を区別することが必要であろう。それは、多数説と同じ違法二元論にもとづく未遂説と、いわゆる結果無価値論にもとづく未遂説である。なお、西ドイツにおいては、違法二元論にもとづく未遂説が通説となっているが[34]、未遂犯の処罰根拠に関する主観説ないしこれに近い立場を前提としており、わが国の学説と単純に同一視することはできない。

(1)　わが国における違法二元論にもとづく未遂説[35]は、偶然防衛の場合、行為無価値は肯定し得るものの、（既遂を基礎づける）結果無価値が否定されることから、未遂不法のみが認められると主張する。この見解は、行為者が（正当化事由によって正当化されない）違法な事実の実現を意図して行為したということで行為無価値を肯定し、他方、客観的な防衛の結果が生じたということで結果無価値を否定するのである。未遂説の主張者によれば、偶然防衛の行為は、「違法な事実の実現を意図して行為したが、結果的には違法な事実が発生しなかった」という点で、いわゆる「不能な客体」に対する未遂行為、たとえば、死体を生体と誤信して殺害しようとする行為や、空のポケットであるにもかかわらず財布が入っていると思ってこれをすりとろうとして手を入れる行為と理論的に等価値だとされる。こ

うした客体の不能の事例も、偶然防衛の事例も、事後的にみて保護法益の違法な侵害は生じていないが、事前判断によれば、保護客体に対する違法な侵害の危険性があったということで（未遂犯を基礎づける）行為無価値を肯定し得ることになるのである。

このように考えるならば、結果無価値と行為無価値も、明快に区別されることになる。すなわち、結果無価値とは、事後的にみて(ex post)、法にとって望ましくない結果事態が生じたときに下される否定的判断である。これに対し、法規範の具体的命令（法義務）に違反して行為するとき、行為無価値という規範的評価が下される。ただし、この場合の法規範は、行為時(ex ante)におかれた一般人が認識したであろう事実を前提として、違法な結果事態を生じさせ得るような行為を禁止するものなのである。こうして、結果無価値と行為無価値の区別は、発生事態に対する事後的な無価値判断と、事前判断を基準として行為が規範の命令(Imperativ)としての法義務に違反するという判断との区別なのである。

(2) 違法評価は結果無価値の判断に尽きるとする、いわゆる結果無価値論の立場からも、未遂説が主張されている。[36] この見解は、既遂不法を基礎づける結果無価値（＝結果の発生）と、未遂不法を基礎づける結果無価値（＝結果発生の危険性）とを区別する。この見解によっても、偶然防衛の場合は、「違法な結果」が生じていない以上、既遂の違法性は否定されなければならず、客体の不能の場合と理論的に同じであるとされる。すなわち、防衛に必要な限度で刑法による保護を否定される客体に向けられた行為（つまり、保護されるべき客体が存在しないにもかかわらず、それを侵害しようとして行われた行為）は、「不能な客体」に対するものにほかならないのである。[37] したがって、この見解によると、事前判断による結果発生の危険性、すなわち、あり得た保護客体の侵害の危険性が、偶然防衛の事例における処罰の根拠をなすことになり、違法二元論にもとづく未遂説によって行為無価値の要素として捉えられていた「事前判断による結果発生の危険性」が、この見解によると、結果無価値の要素として捉えられることになる。

(3) 違法二元論にもとづく未遂説と、結果無価値論にもとづく未遂説とに共通することは、一般人を基準とする事前判断（もちろん、行為者が知っていた特別な事情も判断の基礎にしなければならない）により認識可能な事実を前提として、違法な結果が生ずる危険性があったとされる限りにおいて、未遂の違法性が肯定されることである。それは、未遂処罰に関する具体的危険説の適用にほかならず、現にわが国で偶然防衛について未遂説をとる論者はいずれも、未遂処罰に関し具体的危険説を採用している。[38] 違法二元論にもとづく未遂説によれば、行為者の立場におかれた一般人を基準とする事前判断により、一般人でも違法な事実が存在する（したがって、正当防衛の要件事実が存在しない）と思ったであろうと考えられる限りで、規範違反性が認められ、未遂不法を基礎づける行為無価値性が肯定される。結果無価値論にもとづく未遂説によっても、一般人を基準とする事前判断により正当な利益が失われるおそれがあったとされる限りにおいて、未遂犯を基礎づける結果無価値（＝法益侵害の危険性）が肯定されることになる。こうして、偶然防衛の事例において未遂の違法性が肯定されるかどうかは、当該の事情の下で、行為者の立場におかれた一般人でも正当防衛の要件事実が存在しないと考えたであろうかどうか、によって決せられることになるのである。そのことは、客体の不能の事例において、行為者の立場におかれた一般人でも保護されるべき客体が存在すると思ったであろうという場合に限って、未遂犯の成立が肯定されるのとまったく同じである。

(4) こうして、一見したところ、具体的危険説を採用する限り、偶然防衛に関する未遂説は、理論的にまさに首尾一貫しているように思われる。しかしながら、未遂説の主張は、必ずしも自明のものでない理論的仮説を前提としている。すなわち、構成要件該当事実と、正当化事情とは、刑法的評価の上でまったく等価値であり、構成要件該当事実について妥当する原理は正当化事情についても妥当しなければならないとする前提である。[39] 未遂説の当否は、この理論的前提が批判に耐え得るものであるかどうかの一点にかかっているといっても過言ではない。そして、後に論証するように、本稿はこのような未遂説の理論的前提を否定せざるを得ないと考えるのである。

(5) これに対して、それ以外の点に関する未遂説への批判は、いずれも決定的な批判ではないように思われる。

まず、既遂説の側から加えられている批判として、偶然防衛の場合には、構成要件的結果が発生しており構成要件該当性の段階では既遂であるのに、違法性判断の段階で未遂にすぎないとすることがいかなる意味で可能かという批判がある。[40] しかし、未遂説は、（たとえば、被害者の利益が法の保護の外にあるという理由で）偶然防衛行為が不法の実体において未遂行為と同等だとしつつ、未遂処罰規定を類推適用（ないし準用）し、刑の減軽の点で未遂と同じように取り扱おうとするのである。[41] およそ行為者に有利な方向での類推適用を否定するというのでない限り、それは、現行刑法の解釈論として不可能な理論構成とはいいがたいであろう。やはり、問題は、偶然防衛行為の不法の実体が未遂に等しいと考えることに実質的な根拠があるかどうかの点にある。

次に、未遂説は、未遂行為による防衛の場合に困難に遭遇する、という批判もある。すなわち、構成要件該当性の段階での未遂行為について正当防衛による正当化が問題となる場合、たとえば、殺人未遂行為の違法性が問題となる場合に、偶然防衛を未遂として取り扱おうとすると、まさに「未遂の未遂」を認めざるを得なくなってしまうというのである。[43] しかしながら、未遂説にとっては、行為時において一般人が認識したであろうところを基礎とした事前判断により、正当な利益が失われる危険性（したがって、構成要件的結果の発生の危険性とは別種の危険性）があったかどうかの一点が問題なのである。したがって、偶然防衛の場合には、構成要件的結果の発生、不発生という事後的な成り行きのいかんを問わず、行為者の立場におかれた一般人が正当防衛の要件事実の存在には容易には気づき得なかったという事情にある限り、違法な結果実現の未遂の限度で（のみ）違法性を肯定できるのである。構成要件の段階での未遂行為については、未遂として処罰するにあたり未遂減軽規定を類推適用する必要性がなくなるというだけで、別に「未遂の未遂」を認めることにはならない。こうして、右の批判は概念的な論難にすぎず、少なくとも未遂説に対する本質的な批判として取り上げるに値するものではないように思われる。

3　不可罰説（＝防衛の意思不要説）

最近、学説において賛同者を増しつつある不可罰説は、防衛の意思不要説とも呼ばれ、徹底した結果無価値論の立場から主張されている。[44] 前述した結果無価値論にもとづく未遂説が、未遂を基礎づける結果無価値と、既遂を基礎づける結果無価値とを区別し、前者の判断にあたっては事前判断を基準にし、後者の判断にあたっては事後判断を基準としているのに対し、不可罰説は、違法判断の事後性の原則を首尾一貫して適用し、結果無価値の判断が客観的な事実判断である限り、それは未遂の場合であろうと既遂の場合であろうと、同じように事後判断を基準として決せられなければならない、と主張するのである。したがって、不能な客体に向けられた行為の場合においても、事後的に見て保護されるべき具体的な法益が存在しない以上、それに対する危険の発生も考えられず、未遂犯としても処罰することができないということになる。[45] 同様に、偶然防衛の場合にも、客観的な事後判断によれば保護に値する法益が救われたと見られる（しかも、違法な事実が実現する危険も存在しない）以上、結果無価値は阻却され、およそ違法性は認められないというのである。

このような不可罰説の論理は、違法判断の事後性の原則を貫き、未遂処罰についていわゆる客観的危険説を採用するとき、まさに首尾一貫している。事後判断による限り、客体の不能の場合には、およそ保護に値する客体は客観的に実在しないのであり、法益侵害の危険性も肯定できない。同様に、偶然防衛の場合にも、事後判断を基準とすれば、いかなる意味においても違法性を肯定することはできないのである。したがって、このような形における不可罰説の当否は、違法判断を例外なく事後判断と解することが可能であり、また妥当であるかの一点にかかることになる。これに対し、不可罰説を基礎づける論理として、（徹底した）結果無価値論以外の立場からのものがありうるのではないか、という問題意識は、従来の学説のなかには見られなかったように思われる。

(25)　前出注5参照。

(26) 団藤『刑法綱要総論』(前掲注1) 二三七頁以下、大塚「正当防衛と防衛の意思」同『刑法論集(1)』(一九七六年) 一六二頁以下、同『刑法概説(総論)』(改訂版・一九八六年) 三三八頁以下、福田『全訂刑法総論』(一九八四年) 一四五頁以下、福田＝大塚『対談刑法総論(中)』(前掲注19) 一頁以下、西原『刑法総論』(前掲注16) 二〇八頁、柏木千秋『刑法総論』(一九八二年) 一七一頁、大谷実『刑法講義総論』(第二版・一九八八年) 二三〇頁以下、佐久間『刑法における事実の錯誤』(前掲注4) 三八二頁以下、とくに四一五頁以下、そのほか、小暮得雄「正当防衛」刑法講座第二巻(一九六三年) 一四〇頁以下、西村「いわゆる『偶然防衛』について」(前掲注9) 三頁以下、津田重憲「いわゆる正当防衛における『防衛の意思』について」専修大学大学院紀要・経済と法一五号(一九八二年) 六六頁以下、八六頁以下。また、「通説的体系」を承認しない論者のなかで既遂説を支持するものとして、木村亀二『刑法総論』(一九五九年) 二六一頁、三七一頁以下、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(一九八一年) 二〇一頁(もっとも、同書三一九頁も参照)、荘子邦雄『刑法総論〔新版〕』(一九八一年) 二二三頁以下、藤木英雄『注釈刑法(2)のI総則(2)』(一九六八年) 二三六頁以下、同『刑法講義総論』(一九七五年) 一六五頁以下、中野次雄『刑法総論概要』(第二版・一九八八年) 一八五頁以下、一八八頁以下注(7)、川端「偶然防衛」(植松ほか)『現代刑法論争I』(一九八三年) 一三一頁以下、同『正当化事情の錯誤』(前掲注9) 二二六頁以下など。

ちなみに、西ドイツで既遂説を主張するのは、たとえば、Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 83 f., 86; Schmidhäuser, Strafrecht (前掲注23) S. 136 f., 160 f.; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 232 ff., 259 ff.; Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 172 ff.; Hirsch, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985, vor § 32 Rdn. 50 ff., 59 ff. (もっとも、刑の減軽＝法定刑の修正の可能性を認めるべきだとする); Egbert Uwe Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987, insb. S. 100 ff., 159 ff., 165 ff., 175 ff.; Hans-Ullrich Paeffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 421 ff. オーストリアの学説のなかでは、Otto Triffterer, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 222 ff.

(27) 大塚「正当防衛と防衛の意思」(前掲注26) 一六六頁、福田『全訂刑法総論』(前掲注26) 一四五頁、福田＝大塚『対談刑法総論(中)』(前掲注19) 三頁以下。類似の理由づけは、Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 258 にも見られた。

(28) ちなみに、刑法三六条の「防衛スル為メ」という文言がすでに主観的要素としての防衛の意思を要求しているという説明

も行われている（たとえば、団藤『刑法綱要総論』〔前掲注1〕二三七頁以下、小暮「正当防衛」〔前掲注26〕一四二頁、西原『刑法総論』〔前掲注16〕二〇八頁、中野『刑法総論概要』〔前掲注26〕一八五頁、柏木『刑法総論』〔前掲注26〕一七一頁、大谷『刑法講義総論』〔前掲注26〕二三一頁など）。しかしながら、客観的にみて防衛の効果を生じさせた行為を、「防衛のための行為」とすることは解釈として不可能でない（大塚「正当防衛と防衛の意思」〔前掲注26〕一六四頁）ばかりか、右のような形式的理由づけに対しても、本文に述べたと同じ批判が妥当するであろう。すなわち、実質的・価値論的考慮にさかのぼらなければ、偶然防衛の諸類型を統一的に説明するための解決原理を明らかにすることは不可能なのである。なお、西ドイツにおいて、正当防衛規定（西ドイツ刑法三二条）の文言解釈を論拠とする肯定説に対する批判として示唆に富むのは、Frisch, Grund- und Grenzprobleme（前掲注8）S. 116 ff.

(29) たとえば、福田『全訂刑法総論』（前掲注26）一四五頁以下、同『対談刑法総論（中）』（前掲注19）一七頁以下参照。なお、阿部純二「刑法総論の現代的課題」Law School 四二号（一九八二年）一八頁以下も見よ。

(30) 多数説の違法二元論のもつ、本文に述べたような「矛盾」を指摘するのは、中山研一『刑法総論』（一九八二年）二二八頁注(4)、同『大塚刑法学の検討』（一九八五年）一六八頁、一八四頁以下、同『概説刑法I』（一九八九年）七二頁、一一〇頁以下、生田勝義「正当防衛における防衛意思」西原春夫ほか編『刑法学2《総論の基本問題II》』（一九七八年）四三頁、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一二五頁、内藤『刑法講義総論(中)』（前掲注10）三一一頁、三四三頁以下、前田『刑法総論講義』（前掲注17）八五頁以下、二六六頁、同「行為無価値と結果無価値1」法学教室一一八号（一九九〇年）五五頁。ちなみに、日高は、違法二元論の立場から、行為無価値性は違法性を減少させる方向でのみ問題とされるべきであるとして、偶然防衛の場合、結果無価値性自体が肯定されない以上、行為無価値性だけで違法性を肯定することはできない、とする。日高義博「偶然防衛」（植松ほか）『現代刑法論争I』（一九八三年）一三一頁。

(31) とくに、西原『刑法総論』（前掲注16）一一五頁以下、福田『全訂刑法総論』（前掲注26）一三二頁以下、大谷『刑法講義総論』（前掲注26）四六頁以下、二〇八頁以下、二一五頁以下参照。

(32) 以下の点については、佐久間『刑法における事実の錯誤』（前掲注4）四一六頁、四一九頁注(3)も参照。

(33) もっとも、既遂説の主張者のなかには、故意犯に関する限り、結果が発生することによってはじめて完全な行為が無価値が肯定されるのであり、その意味で、結果無価値は行為無価値の「非独立的な構成部分」にすぎないとするものがある。この見解によれば、（完全な）行為無価値が肯定され、しかも結果無価値が認められないということはおよそあり得ないことになろう。Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Straf-

rechtswissenschaft (Teil II), ZStW Bd. 94, 1982, S. 240 ff.（ただし、同論文 S. 247 の叙述も参照）; ders., Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 70; ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（井田訳）「違法論をめぐる議論の現状」同（福田平＝宮澤浩一監訳）『ドイツ刑法学の現代的展開』（一九八七年）五五頁以下、同（福田＝井田訳）「ヴェルツェル以降の西ドイツ刑法学（上）」ジュリスト九三四号（一九八九年）一二三頁参照。

しかしながら、結果の発生・不発生が多かれ少なかれ「偶然」に左右されることから（過失についてであるが、井田「過失犯と目的的行為論」本誌六一巻二号〔一九八八年〕一五一頁参照）、行為者が結果発生の過程を完全に支配することは不可能であり、またそれが既遂処罰の要件にもなり得ないことを勘案すると、右のような理論構成には誇張が感じられる。結果無価値を行為無価値に還元することはやはり困難であろう。もちろん、結果無価値も、違法判断の構成要素であり、また行為に対する評価であることには変わりはないが、規範違反の観点からする評価ではなく、行為が結果を生ぜしめたことに対する当罰性の観点からする評価なのである。

(34) 西ドイツで未遂説をとる論者として、たとえば、Roxin, Offene Tatbestände（前掲注9）S. 160 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注22）vor §§ 32 ff. Rdn. 15; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 295 f.; Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1981, S. 139 f., 149 ff.; Hans-Joachim Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 58; ders., Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 379 f.; Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl. 1987, S. 339, 350 f.; Erich Samson, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1989 (Stand: 12. Lieferung), vor § 32 Rdn. 23 ff.; Cornelius Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, S. 381 ff.; ders., Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 1984, S. 74 ff.; Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, insb. S. 134 f.; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, S. 294 ff.; Hruschka, Strafrecht（前掲注9）S. 196 ff., 199 ff.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, S. 283 ff., 292 f., 299 f.; Bernd Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, S. 371 ff.; Johannes Wessels,

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 1989, S. 81 f., 95, 267 およびそれらに引用された文献参照。未遂説を主張する最近の論文としては、Frisch, Grund- und Grenzprobleme（前掲注8）S. 125 ff., 138 ff. がとくに重要である。

(35) 中『講述犯罪総論』（前掲注10）一三五頁以下、同「いわゆる防衛の意思について」関西大学法学論集三九巻四・五合併号（一九九〇年）四八一頁以下、振津隆行「不法における結果無価値と行為無価値（一・完）」関西大学法学論集二六巻二号（一九七六年）九四頁以下、森下忠（阿部純二編）『基本法コンメンタール・刑法〔第四版〕』（一九八九年）五二頁、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一五四頁以下、一六二頁以下、二三一頁以下、同『刑法総論』（一九九〇年）一五九頁以下、二二四頁以下など。

(36) 平野『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）二四二頁以下、同『刑法概説』（前掲注10）五四頁、同「結果無価値と行為無価値」同『刑法の機能的考察』（一九八四年）四〇頁以下、同「刑法ゼミナール〔第二回〕」（前掲注14）四六頁以下。内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（一九八六年）一九五頁もこれに近い。なお、曾根「偶然防衛」（前掲注15）一三五頁以下も、狭義の（自己の利益を保全する）正当防衛型の偶然防衛について、未遂説を支持する。しかし、徹底した結果無価値論（後出3参照）に立脚し違法判断の事後性を強調する論者が、被害者の利益は「法の保護の外にある」としながら、いかなる意味で未遂処罰を肯定できるのかは明らかでない（野村『未遂犯の研究』〔前掲注4〕一六四頁以下注(10)参照）。

(37) 平野『刑法総論Ⅱ』（前掲注36）二四三頁参照。

(38) 平野『刑法概説』（前掲注10）一一三頁、同「結果無価値と行為無価値」（前掲注36）三七頁以下、中『講述犯罪総論』（前掲注10）一九五頁以下、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）三三一頁以下、同『刑法総論』（前掲注35）三三八頁以下参照。

(39) この点について、とくに、平野「刑法ゼミナール〔第二回〕」（前掲注14）四七頁参照。

(40) 西村「いわゆる『偶然防衛』について」（前掲注9）三頁以下、川端「偶然防衛」（前掲注26）一三二頁以下、同『正当化事情の錯誤』（前掲注9）九三頁、福田『対談刑法総論(中)』（前掲注19）一七頁以下、佐久間『刑法における事実の錯誤』（前掲注4）四一七頁以下。

(41) 曾根『刑法における正当化の理論』（前掲注15）二一八頁注(2)、同「偶然防衛」（前掲注15）一三六頁、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一六二頁以下参照。もちろん、消極的構成要件要素の理論によれば、未遂処罰規定の直接的適用を認めるのが論理的であろう（Schünemann Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft〔前掲注34〕S. 373 f. また、佐久間『刑法における事実の錯誤』〔前掲注4〕三九二頁も参照）。

西ドイツの未遂説のうちで、未遂処罰規定を類推適用ないし準用すべきことを主張するのは、Lenckner, in: Schönke/Schrö-

der (前掲注22) vor §§ 32 ff. Rdn. 15; Jescheck, Lehrbuch (前掲注34) S. 296; Stratenwerth, Strafrecht (前掲注34) S. 151; Maurach/Zipf, Strafrecht (前掲注34) S. 339; Jakobs, Strafrecht (前掲注34) S. 296 f.; Wessels, Strafrecht (前掲注34) S. 82, 267 などである。これに対し、直接的適用を主張するのは、Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft S. 373 f.; Frisch, Grund- und Grenzprobleme (前掲注8) S. 138 ff.

(42) もし、未遂説が、刑法三六条の要件として防衛状況の認識を不要と解する(=いわゆる防衛意思不要説をとる)にもかかわらず、未遂処罰規定を適用するならば、それは行為者に不利な方向における類推を認めるものといわざるを得ないことになる(野村『未遂犯の研究』〔前掲注4〕一六四頁注(10))。したがって、未遂説は、刑法三六条の解釈としては、防衛意思必要説に立脚しなければならないように思われる。

(43) 西村「いわゆる『偶然防衛』について」(前掲注9) 四頁、日高「偶然防衛」(前掲注30) 一三一頁、佐久間『刑法における事実の錯誤』(前掲注4) 四一八頁以下。西ドイツの学説のなかで、未遂説に対し、このような批判を加えるのは、Hirsch, LK (前掲注26) vor § 32 Rdn. 61.

(44) 中山『刑法総論』(前掲注30) 二七九頁以下、同『概説刑法I』(前掲注30) 一〇二頁以下、一一〇頁以下、内藤「違法性における行為無価値論と結果無価値論」(中義勝編)『論争刑法』(一九七六年) 四六頁、同『刑法講義総論(中)』(前掲注10) 三四一頁以下、生田「正当防衛における防衛意思」(前掲注30) 四〇頁以下、前田「正当防衛に関する一考察」(前掲注17) 三四三頁以下、同『刑法総論講義』(前掲注17) 二六〇頁以下、二六三頁以下など。また、(第三者の利益のための) 緊急救助型の正当防衛についてのみ不可罰説を主張するのは、曾根「偶然防衛」(前掲注15) 一三八頁、同『刑法総論』(前掲注15) 一一五頁。なお、伝統的な客観的違法論の立場からの防衛意思不要説として、植松『再訂刑法概論I総論』(前掲注10) 一六七頁以下、所一彦「正当防衛における防衛の意思」ジュリスト三〇〇号 (一九六四年) 二八四頁以下、香川達夫『刑法講義〔総論〕』(第二版・一九八七年) 一六四頁以下、同「防衛意思は必要か」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』(一九八三年) 二七〇頁以下、須之内克彦「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛法学会雑誌六巻二号 (一九八〇年) 四七頁以下、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論I』(一九八七年) 一三五頁以下などがある。さらに、違法二元論の立場から不可罰説を支持するものとして、前出注30所掲の日高の見解も参照。西ドイツで不可罰説を主張するのは、とくに、Günter Spendel, in: LK (前掲注26) § 32 Rdn. 138 ff. m. w. Nachw (なお、シュペンデルが前提とする客観的未遂論の詳細については、Spendel, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S. 89 ff., insb. 104 ff. 参照。客体の不存在の場合は不可罰だとする)。

(45) 中山『刑法総論』（前掲注30）四二六頁以下、同『概説刑法Ⅰ』（前掲注30）二二三頁以下、内藤「不能犯」法学教室一〇八号（一九八九年）六六頁以下、一〇九号（一九八九年）八一頁以下、曾根『刑法総論』（前掲注15）一〇〇頁以下、二四三頁以下、前田『刑法総論講義』（前掲注17）一八六頁以下。