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 (二・ 完) : 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 (2. Teil, Schluß)
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.11 (1990. 11) ,p.58- 90
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901128-0058

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.

法学研究63巻11号（'90：11）

違法性における結果無価値と行為無価値（二・完）

――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、第一〇号掲載
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、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

(1)　偶然防衛をめぐる諸学説の概観から明らかとなることは、結果無価値と行為無価値の概念がかなり多義的に用いられていることである。多数説をなす既遂説によれば、構成要件該当行為が行われ結果が惹起されることにより、行為無価値および結果無価値が一体として基礎づけられ、このようにしてひとたび基礎づけられた行為無価値および結果無価値は、正当化事由の主観的・客観的要件のすべてが同時にみたされない限りは、いかなる意味においても否定されることがない。これに対し、多数説と同じ違法二元論を基礎とする立場から未遂説が主張され、それによれば、構成要件該当性の判断は、結果無価値・行為無価値の評価の暫定的な一段階にすぎず、次の違法性判断において最終的に確定されるべき結果無価値と行為無価値こそが違法性の本質的な内容を示すものにほかならない。正当化事由の段階でも、構成要件の段階とまったくパラレルに、結果無価値が独立に欠落して行為無価値のみが残存し、未遂不法が成立することも承認される。もっとも、未遂説は、いわゆる結果無価値論の立場からも主張されており、その論者によると、未遂処罰の根拠となる、違法事実の実現の危険性は、行為無価値の要素ではなく、結果無価値の要素だとされるのである。さらに、未遂説を批判して、徹底した結果無価値論の立場から、未遂不法を基礎づける結果無価値も、もっぱら事後的に判断されるべきだと主張し、偶然防衛の不可罰性を説くのが防衛意思不要説である。

このように、偶然防衛の取り扱いをめぐる諸学説において、結果無価値と行為無価値の概念の使われ方はかなりまちまちである。概念規定そのものに関しては、ただ一つの「正解」といったものが存在するわけではないが、議論の混乱を回避するのに役立つ合目的的な用語法が求められるべきは当然であろう。しかしながら、ここにおいて本質的に重要なことは、むしろ次のことなのである。すなわち、右のような用語法の相違の根本にあるのは、実質的・価値

論的な考慮のレベルでの見解の対立だということである。わたくしの印象では、従来の学説は、結果無価値および行為無価値という対概念に「幻惑」されて、実質的・価値論的レベルの問題を正面から見据えて掘り下げた分析の対象とするまでに至らなかったようにさえ感じられる。

(2) 前述したように、多数説（前出三1(2)参照）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（＝不可罰）もともに肯定する。これに対して、多数説は、正当化事由の段階では、客観的に正当化の結果が生じた場合（いわば「結果価値」が生じた場合）であっても、行為無価値と独立に結果無価値のみが阻却されること（たとえば、偶然防衛を未遂にすること）を承認しない。そしてまた、行為者が適法な事実の実現を意図し、行為者の立場におかれた一般人でも違法性を帯びる事実を認識しなかったであろう場合（いわば「行為価値」が認められる場合）であっても、結果無価値と独立に行為無価値のみが阻却されること（たとえば、誤想防衛で行為者に客観的過失がない場合に、違法阻却の効果を肯定すること）を認めないのである。いいかえれば、結果無価値と行為無価値の両方が肯定される場合（＝構成要件該当性が認められる場合）には、正当化事由の形で「結果価値」と「行為価値」とが同時にあわせて肯定されない以上、構成要件該当性の段階で一体として基礎づけられた結果無価値および行為無価値（すなわち、既遂の違法性）がいかなる意味においても阻却されないとするのが多数説の立場である。要するに、多数説たる既遂説は、構成要件と正当化事由とをパラレルに考える立場をはっきりと否定して、構成要件と正当化事由との間の価値論的差異から出発し、それぞれの判断において異なった原理を適用する見解をとっていることになる。そこで問題となるのは、多数説が、構成要件該当性の判断と正当化事由の判断との間に、いかなる質的差異をどのような根拠によって認めているのか、そして、それは果たして多数説の結論を正当化し得るものであるのかということである。この問題は、もはや概念規定の問題ではなく、実質的・価値論的な問題であり、それ自体立ち入った検討を必要とするのである。

右のような多数説の見解に対して、構成要件と正当化事由とを完全にパラレルに考え、違法評価の上でまったく同等の意味をもつものとして捉える立場も可能であるし、前章で見たように現に有力に主張されている。多数説と同じ違法二元論に立脚するときにも、構成要件と正当化事由とをまったくパラレルに考えるならば、次のような、多数説とは異なった結論に到達することになるであろう（前出三２(1)参照）。すなわち、もし構成要件の段階で、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（＝不可罰）もともに可能だとするのであれば、正当化事由の段階でも同じように考えなければならない。したがって、正当化事由の判断の段階でも、行為無価値と独立に結果無価値のみが阻却されること（たとえば、偶然防衛の場合において未遂不法の成立の可能性を認めること）も、逆に、結果無価値と独立に行為無価値のみが阻却されること（たとえば、誤想防衛の場合で誤想について客観的落度がみられないときに違法阻却の効果を肯定すること）もともに認めなければならないのである。このように考えるならば、用語法としても、次のようなものとなるであろう。[46] すなわち、多数説の意味における（＝構成要件段階での）結果無価値が肯定され、かつ「結果価値」の発生が否定される場合にはじめて、結果不法（または本来の意味での結果無価値）が認められることになり、同様に、多数説の意味における（＝構成要件段階での）行為無価値が肯定され、かつ「行為価値」の存在が否定される場合にはじめて行為不法（または本来の意味での行為無価値）が認められることになるのである。このような用語法によれば、偶然防衛の場合には、結果不法ないし結果無価値（のみ）が否定され、（落度のない）誤想防衛の場合には行為不法ないし行為無価値（のみ）が否定されることになる。

右に述べたことは、結果無価値論にもとづく未遂説（前出三２(2)参照）についてもそのままあてはまる。すなわち、構成要件該当性の判断の段階でみるとき、結果を生じさせる危険のある行為を行っても最終的に結果が発生しなければ未遂の結果無価値しか肯定されないのとまったく同じように、正当化事由の段階でも、違法な結果の発生する危険

があったとしても最終的に違法な結果が生じなかったのであれば、未遂の結果不法が成立するにとどまらざるを得ないのである。ここでも、結論の前提にあるのは、構成要件と正当化事由とをまったくパラレルに考える基本的見解である。

さて、以上のようにみてくると、構成要件と正当化事由とを完全にパラレルに考え、構成要件該当性の判断と正当化事由の存否の判断とがまったく同一の刑法的評価の次元に属するとする立場、したがって、とくに消極的構成要件要素の理論による場合にのみ、偶然防衛に関する未遂説を首尾一貫して主張し得ることもまた明らかとなる。[47] 未遂説をとる論者がいずれも、消極的構成要件要素の理論[48]ないしこれに近い立場[49]を支持していることもここから理解できるのである。そして、さらにいうならば、偶然防衛に関する未遂説を妥当とするのであれば、その体系的帰結として、誤想防衛の一部の場合（＝誤想に関し客観的過失がない場合）について違法阻却の効果を認めざるを得ない[50]ことも、右に述べたところから明らかとなるのである。

このようにして、偶然防衛に関する既遂説と未遂説の間の見解の対立は、まず、構成要件と正当化事由との間の関係いかんという実質的・価値論的問題に対する態度決定の相違に由来し、この点を度外視して見解の対立に決着をつけることは到底できないということになる。この問題につきどのように考えるべきかについては、後出2において立ち入った検討を加えることにしたい。

(3) 偶然防衛をめぐる学説の対立の背後にある実質的な問題として看過できないもう一つの問題は、刑法における違法性判断が、原則的に事前判断であるのか、それとも事後判断であるのかということである。この点に関する見解の対立は、そもそも現在の刑事不法論におけるもっとも根本的な立場の相違といえよう。事前判断の重要性を強調する見解は、行為規範（正確には、行動規範 Verhaltensnormen）の理論を違法論の基礎におこうとするものである。[51] 行為規範の理論によれば、刑法による規制の目的が法益侵害の結果を防止することに存するとしても、そのための手

段は、一定の行為を禁止する規範（または、法益の保全のために一定の行為を命令する規範）を設定して、その遵守を国民に要求すること以外ではあり得ず、その禁止の対象は、結果惹起の原因となることではなく、結果の発生を予見するか、またはそうでなくても社会生活上必要な注意を欠いたまま、結果発生の危険と結びついた行為を行うことにほかならないのである。ただし、故意犯の場合に限っても、この意味における規範違反性が肯定されるためには、行為者が法益侵害事態を単にその主観的な表象のなかで志向して行為すればそれで足りるのか（そのように考えるならば、規範違反性は「志向無価値」と同視されることになる）[52]、それとも、一定の客観的な態様の行為を行い、かつ、行為者の立場におかれた一般人が認識・予見することが可能な事情（および行為者が特別に知っていた特別の事情）を判断の基礎として結果発生の危険が認められる場合であることを必要とするのか[53]の点について見解が対立する。わたくしのみるところ、前者の考え方は、行為無価値の判断の内容を極度に主観化することによってバランスのとれた理論構成を困難にするものであり、未遂犯の処罰根拠に関する具体的危険説とも矛盾するように思われる[54]。

これに対して、違法判断が事後判断に尽きることを主張する見解は、右のような、行為規範に反する行為を行ったかどうかという考慮を違法判断から排除しようとする。もちろん、責任判断の段階に至れば、行為者が、規範の命令にしたがうことが可能であったかどうかの判断がなされるとしても、それはあくまで行為者個人の能力を基準とする個別的な判断であって一般化を許すものではなく、一般人が当該状況のもとではその種の行為をしてはならなかったのかどうかの判断ではない。したがって、事前判断を強調する見解によれば、普遍的な行動基準を規範の名宛人に一般的に示すことが違法判断の本質的な機能とされるのに対して、事後判断を強調する立場は、裁判所による事後的な刑法の適用を念頭においた犯罪認定論の視点から、法的に望ましくない結果が発生したことの事実的確定として違法判断を理解することになる。こうして、前者が、行為規範としての法の側面に注目し、後者が裁判規範としての法の側面に注目していることは明らかである[55]。

このような根本的な立場の相違を示すために（も）、行為無価値・結果無価値の対概念が使用されている。すなわち、規範違反の側面の評価を行為無価値とか行為不法と呼び、法益の侵害または危殆化という結果事態が発生したことの事後的評価を結果無価値とか結果不法と呼ぶのである。[56] それは右の点に関する見解の相違の根本的な意味にかんがみて理由のあることといえるが、ここでも本質的に重要なことは、いかなる用語法を用いるかということよりも、むしろ、違法評価において事前判断と事後判断の果たす役割という、背後にある実質的な問題をはっきりと認識することなのである。この問題については、後出3において詳しい検討を加えたい。

(4) さらに、行為無価値の判断を倫理的・道徳的評価と結びつけるかどうかに関する見解の相違も、偶然防衛に関する学説の対立状況をいっそう複雑なものとしている一因である。とりわけ、未遂説を主張する平野が、未遂不法の判断と既遂不法の判断とを区別し、これらに事前判断と事後判断という根本的な判断様式の相違を結びつけながらも、これらを両方とも結果無価値の評価として捉えるのは、法益関係的判断である限りは結果無価値の判断なのであって、倫理的評価である行為無価値の問題[57]ではないという考え方を前提とするものである。このように、法益関係的である限りは結果無価値の判断にほかならないとする考え方は、平野が、行為の態様・方法（＝ふつう行為無価値の要素とされる）も、法益侵害の一般的危険性という観点から結果無価値の要素として考慮に入れられるとしているところにも現れている。[58]

しかしながら、現在においては、法益侵害性の評価とは切り離された倫理的・道徳的評価が、行為無価値の判断の内容をなすとする見解は、いわゆる行為無価値論者の間でもまったく一般的ではない。むしろ、そのような見解は——まさに平野らの批判が効を奏して——もはや殆ど消え去ったといっても良いのである。たしかに、西ドイツにおいては、この概念を導入した当のヴェルツェル自身が、刑法の「社会倫理的機能」を出発点としていた。[59] ところが、現在における西ドイツの学説をみると、行為無価値の判断に倫理的・道徳的判断が混入することを明言する論者は見

当たらず、一様に行為無価値概念の「法益関連性」が強調されている。[60] わが国においても最近の見解はいずれもこのような傾向にしたがっているといえよう。[61] 理論的必然性という点からみても、行為無価値の判断と倫理的・道徳的評価との結びつきは相即不離というものではない。そればかりか、逆に、結果無価値性の判断のなかに倫理的・道徳的評価を取り込むことさえ理論的には十分に可能なのである。[62]

わが国における、いわゆる結果無価値論の功績は、とりわけ、違法判断の内容および違法要素の範囲が、当該の刑罰法規の予定する規制目的・保護目的によって限定されなければならないことを明らかにした点にあったように思われる。当該の刑罰法規の規制目的ないし保護目的によって説明できない要素が違法判断に影響することは許されない、とする主張にはまさに説得力があった。一例として、被害者の同意の問題を取り上げよう。たとえば、AとBが交通事故を装って保険金を詐取することを共謀し、そのためにBがAの車の衝突による身体傷害に同意を与えた場合、もしAについて傷害罪の成立を認めるならば、[63] 傷害罪の規定を、被害者の身体という個人的法益を保護するためにではなく、およそ（財産罪の予備行為を含む）違法行為一般を防止するという公益目的のために用いることになってしまうであろう。したがって、傷害罪の保護目的の見地からは、右の傷害行為に違法性を認めることは困難だということになるのである。[64] もし、いわゆる行為無価値論が、行為がその目的に照らして社会倫理に反するという理由で、または、社会的に相当でないという理由で、[65] その傷害行為の違法性を肯定するならば、傷害罪の実質的な保護目的を見失った形式論理だといわなければならない。

しかしながら、西ドイツにおいては、まさに右のような傷害罪規定の合理的解釈が、いわゆる行為無価値論の陣営に属する論者により有力に主張されていることからも明らかなように、[66] 当該の刑罰法規の規制目的ないし保護目的との関係で合理的に説明できる要素のみが違法要素となり得るとすること、保護客体の侵害・危殆化に影響を与える要素のみが違法要素だとすることは理論的に別個のことなのであり、ここに論理のすり替えがあるように思われる

のである。なぜなら、規制目的ないし保護目的からみて要求することが合理的な要素が、必ずしも行為の具体的な法益侵害性ないし危険性に影響する要素であるとは限らないからである。そもそも、構成要件の個々の要素は、立法者により、規定の明確性、捜査・立証の上での便宜、一般予防の必要性などをも考慮の上、選ばれたものである。こうした複雑な判断過程を通じて生み出される犯罪要素を、単純に法益の侵害ないし危殆化の有無・程度ということで説明することは最初から不可能である。[67] 一つの例として、一定の身分ある者の行為のみが処罰され、またはその刑が加重されている身分犯の場合を考えてみよう。たとえば、保護責任者による遺棄を単純遺棄と比べて重く罰することは法益保護の観点からみて合目的的である（したがって、刑の相違を倫理的・道徳的な義務違反を根拠にして理由づけることはもちろん妥当でない）が、それを具体的な行為の法益侵害性（被害者の生命または身体に対する危険の有無・程度）の見地から説明することは困難なのである。[68] また、不能犯に関する学説の対立を例にとっても、どの見解も、いかなる場合に未遂不法を認めれば、法益保護のためにもっとも合目的的であるかの点について争っているのであり、具体的な保護客体に対する現実的な危険の発生を必須の要件としようとする客観的危険説[69]のみが法益保護思想と結びつくとか、それがもっとも法益の保護に厚い見解とかいうことは到底できないのである。[70] さらに、たとえば、既遂犯における故意一般を違法要素と解するかどうかがいわゆる行為無価値論と結果無価値論との分水嶺だといわれ、[71]「既遂の場合にも故意が違法要素だとすれば、それは、故意の存在自体が、社会倫理的に非難に値するから、違法だということになる」と決めつけられることがある。[72] しかしながら、行為規範の理論にもとづく一般予防論の立場からは、法益の侵害をめざした故意の行為は、過失行為と比べてより強く禁止されなくてはならないのであって、その意味で、故意一般が違法性の強度に影響をもつ違法要素であることを法益保護の見地から理由づけることは十分に可能なのである。[73]

以上を要するに、倫理的判断であることを行為無価値の本質的要素とみることは理論的に必然性がないばかりか、

むしろ現状では議論を混乱させることに役立つものでしかない。逆に、いわゆる結果無価値論の説得力は、主として、刑事不法論が刑罰法規の規制目的ないし保護目的によって内容的に規定されるとする――たとえ行為無価値論を採用したとしても当然に承認されなければならない――主張の説得力にもとづくものなのである。いいかえれば、刑罰法規の規制目的ないし保護目的の見地から説明できない要素を違法判断において考慮すべきでないとする（まさしく正当な）主張と、違法性の内容および違法要素の範囲を具体的な保護客体の侵害ないし危殆化への影響の有無・程度ということで決すべきだとする主張とは理論的に区別されるべきものであるにもかかわらず、この点を（意図的に？）曖昧にしているところに、いわゆる（日本的な）結果無価値論の表見的な説得力とその欺瞞性もあるといわなければならない。

2　構成要件と正当化事由の関係

(1)　繰り返し指摘したように、偶然防衛の取り扱いについての多数説は、構成要件該当性の判断の段階では、行為無価値と独立して結果無価値のみが欠落する可能性を承認し、かつ、結果無価値と独立して行為無価値のみが否定されることを承認するにもかかわらず、正当化事由を構成する結果価値と行為価値については、一方のみが存在するだけではいかなる正当化の効果も生じないとするのである。このような区別は、構成要件該当性の判断と正当化事由の存否の判断との間に何らかの実質的・価値論的相違を認めなければ、理論的に根拠づけることのできないものである。

(2)　多数説を主張する論者によると、構成要件と正当化事由の相違は、規範違反行為の類型と、例外的な許容事情の区別として理解される。[74] 偶然防衛の場合と（落度のない）誤想防衛の場合のそれぞれにおいて、いかなる意味における正当化も認めないのは、構成要件の段階で結果無価値と行為無価値とが一体として基礎づけられ、ひとまず規範違反性が肯定された以上、法律が例外的に許容する正当化事由の客観的・主観的要件を完全に充足しない限り、違法

性の阻却を認めることはできないと考えるからである。その決定的な根拠とされるのは、結果価値が認められるということだけを理由として未遂を認めること（たとえば、偶然防衛の場合）は、現行刑法の未遂処罰規定がもっぱら構成要件段階での未完了行為を予想していることから不可能であり、また逆に、行為価値が認められる（たとえば、誤想防衛の場合で誤想につき行為者に客観的落度がみられない）からというだけで違法性の阻却を認めると、現行法の規定する正当化事由の要件が存在しないのに、違法性が阻却されることになってしまうことであるように思われる。

たしかに、後者の誤想防衛の事例で、構成要件と正当化事由との間に価値的相違を認めずまったく法的に同等に扱う見解（その代表が消極的構成要件要素の理論である）によると、重要な問題が生ずることは否定できない。[75] なぜなら、行為者の立場におかれた一般人でさえ構成要件該当事実の存在を認識・予見し得なかったであろう場合（多数説によれば適法行為）とまったく同様に、正当化事由にあたる事実を誤って認識し、その錯誤が一般人を基準にして考えても回避不可能であった場合には、違法性は完全に否定されなければならないことになるからである。[76] いいかえれば、刑法三六条が正当化事由としての正当防衛の要件を厳密に定めているにもかかわらず、その要件にあたる事実が現実には存在しなくとも、要件にあたる事情を行為者が客観的過失なく誤認するだけで違法性が否定されることになってしまうのである。[77] しかしながら、正当化事由が問題となるのは、複数の関与者の利益が衝突・拮抗する場合であり、法としては客観的な基準を示してそのどちらかに「軍配を上げる」ことが要請されるのである。[78] 行為者の行為を適法とするならば、その侵害を受ける相手方はこれを甘受せざるを得ない。行為者の侵害権を広く認める方向での解釈は、同時に相手方の防御権を弱める方向での解釈である。[79] そうだとすれば、行為者の立場だけを考えて、違法性の存否を（したがって、被害者の側で正当防衛が可能かどうかをも）決することは妥当でないといわざるを得ない。[80] 正当化事由の段階では、構成要件の段階とは異なり、複数の関与者の行為が競合する形となる以上、それらのうちのいずれが正当な行為であるのかを一義的に決定しなければならず、そのための間主観的基準が必要となる。構成要件の段

階では、行為者の立場のみを考え、同じ立場におかれた一般人には法益侵害結果を認識することが可能ではなかったであろうということで構成要件該当性を否定することに問題はないが、正当化事由の場面ではそうはいかない。正当化事情の存否を、特定の関与者の立場におかれた一般人の認識可能性に依存させるならば、違法判断は主観化され、責任判断との間の区別も曖昧なものとなってしまう。このように考えるならば、わが国の通説的体系のように、構成要件該当性と正当化事由の判断との間に異なった原理を妥当させること自体は結論として適切だといわなければならないように思われる。

(3) しかしながら、実は、右に述べたことは、偶然防衛についての未遂説に対する批判とはなっても、多数説である既遂説を支持する根拠とはならないのである。もし、正当化事由の前提事実が存するかどうかについて、それぞれの関与者の一面的なパースペクティブを超越した間主観的な基準が必要だというのなら、それは、特定関与者の立場からする認識可能性を度外視した事後判断でしかあり得ないであろう。したがって、右に述べたような意味での構成要件と正当化事由の価値的差異から出発するならば、少なくとも正当化事由の前提事実については、事後的な判断によってこれを決するほかはないのである。そうすれば、偶然防衛については、行為者がそれを認識しなかったにせよ、客観的に正当防衛の状況が存在していたのであるから、その限りで正当化の要件は充足されているものとせざるを得ない。これに対して、行為者に正当化事情の認識を要求することは、この限りで、正当化の判断を主観化することになる。もし、未遂説の前提となっている構成要件と正当化事由の同一視に対し、それは正当化の判断を主観化するものだという批判を加えるとすれば、みずから、同様に正当化事由の判断を主観化する見解をとることはできないはずであろう。そればかりでなく、右のような結論は、既遂説が前提とするわが国の「通説的体系」が、誤想防衛をもっぱら責任の問題として取り扱っていることとの関係での論理的な首尾一貫性という見地からも支持される。すなわち、もし、誤想防衛について違法阻却の効果を認める少数説を否定して、「行為者の立場におかれた一般人にどのように

見えようと違法は違法」とするのであれば、偶然防衛についても、「行為者の立場におかれた一般人にどのように見えようと適法は適法」としなければならない。前出二(1)で強調したように、偶然防衛は、誤想防衛のちょうど逆の場合なのであるが、多数説たる既遂説はこのような体系的連関を看過してきたというべきである。こうして、構成要件と正当化事由の価値的差異から出発するならば、偶然防衛について不可罰説に至ることが唯一理論的に首尾一貫した帰結といわざるを得ないのである。

3　違法評価における事前判断と事後判断

(1)　本稿においては論拠を詳しく示すことはできないが、違法判断の内容を二者択一的に事前判断か事後判断かのいずれかに尽きるとすることは、いずれも不当な結論を導かざるを得ず、またそのように考えなければならない理論的必然性も存在しないように思われる。したがって、結論を先に述べれば、違法判断に（いかなる理由により）いかなる限度で事前判断が介入し、逆に違法判断は（なぜ）どの範囲で事後判断にとどまらざるを得ないのかを明らかにすることが課題とならざるを得ないのである。[81]

いわゆる行為無価値一元論が主張するように、もし行為規範に対する違反ということが一元的に違法性判断を構成する内容だとするならば、[82] 行為者の立場におかれた一般人が認識・予見した事実のみを前提として違法性の存否・程度が定められることになる。[83] したがって、事後的に確定される法益侵害結果の発生・不発生は、違法性の有無・程度の判断にはいっさい関係がないことになり、また、法律上、一定の客観的な要件の存在が要求されているところでは、そのような要件の客観的実在までは必要がなく、行為者がそれを表象するだけで足りる（または、行為者が誤信したことに加えて、行為者の立場におかれた一般人でも誤信したであろうという事情があればそれで足りる）とされて、違法判断が主観化され、それに伴って処罰の範囲がいちじるしく拡大される危険が生ずる。こうした処罰範囲の拡大

を避けようとすれば、行為無価値一元論の主張者は、右のような客観的な犯罪要件は、違法要素ではなく、違法性とは区別された「当罰性」ないし「処罰必要性」の要素としてやはり犯罪の要件となると考えることになろう。しかし、そのような「当罰性」ないし「処罰必要性」のカテゴリーを新しく犯罪論体系の内部に設けて一定の要素を収容することにより、犯罪論体系をより複雑なものとする以外に、どのようなメリットが生ずるのかは不明である。そもそも、行為無価値一元論の根本的な欠陥は、刑法における違法判断の機能を一面的に捉えて、行為の規範違反性を明示することに尽きると考えているところにある。たしかに、行為規範違反の面を強調するならば、一般人にとって不可能なことを規範が要求することはおよそできないということになるのであり、したがって、一般人にも認識・予見の不可能な事情が違法性に影響することはあり得ないということになるだろう。すなわち、一般人に対し行動基準を示してこれを遵守させることによって法益を保護しまた利益の衝突を調整することが刑法規範の目的だとするならば、行為者にも一般人にも認識・予見し支配することが不可能な事情によって違法性の存否を決することは、いわば「偶然」に違法判断を依存させるものであり、行為規範違反としての違法性の本質に反するといい得るのである。[84] しかしながら、違法判断の機能は、行為規範が要求する内容を明らかにしそれに対する違反を確定することに尽きると考えることはできない。すなわち、規範違反行為の範囲を可能な限り明確に（したがって、発生結果や行為の外部的態様などの客観的な要件を中心にして）示し（＝構成要件の機能）、さらには、複数の関与者の利益が対立・拮抗する場面において、利益葛藤解決の客観的な基準を示す（＝正当化事由の機能）ことも、違法判断の重要な機能なのであり、これらの機能と、行為の規範違反性を明らかにする機能とがいわば交錯する関係に立つのである。現在における違法論の課題は、このような複数の規制原理により支配される違法判断の構造を立体的に解明するところにあるといわなければならない。行為無価値一元論は、このような問題状況を認識せず、違法論の重要な課題を看過するものである。[85]

これとは逆に、規範違反性の考慮を違法判断から駆逐し、違法判断の事後判断としての性格を強調する、いわゆる

結果無価値論も妥当でない。それは、当該の行為状況の下で結果回避のために人に何を期待できるのか（そして、その種の行為を法により一般的に禁止することが社会生活にどのような影響を与えるか）という規範違反性の考慮を刑法上の判断から排除し、刑事不法の範囲を無制限に拡大するものである。[86] ただし、現実には、いわゆる結果無価値論を主張する者も、自己の体系のなかにこのような行為規範論の考え方を取り込まざるを得ず、またすでに取り込んでしまっているように思われる。たとえば、因果関係論において相当因果関係説――折衷説であれ、客観説であれ――をとり、行為の時点を基準時とする一般人の予見可能性の限度内に結果帰属の範囲を限定することに妥当性が認められるとすれば、その根拠は「行為規範論」以外のどこにも求められないであろう。また、未遂処罰の根拠に関する具体的危険説をとることは、一般人の認識可能性を基準にして危険性の判断基底を限定することを意味するが、これは明らかに行為規範論とのみ結びつき得る見解である。これに対し、純粋の事後判断を基準とするとき、未遂処罰の根拠とその限界を適切に説明することが困難になることは、すでにくり返し指摘されてきた。[87] さらに、結果無価値論を主張する論者の多くは、刑罰論において犯罪予防的考慮の必要性を説き、とくに一般予防の観点を強調するが、[88] これも結果無価値論の基本的立場とは相容れない。責任の場面ではじめて規範違反性を考慮するのであれば、その基準は抽象化され類型化された一般人の能力ではなく、行為者個人の個別的・具体的な能力とならざるを得ない。結果無価値論は、もともと応報刑論のコロラリーであるが、[89] たとえば責任を予防的見地から理解するとしても、それはせいぜい特別予防論に至るのが論理的な帰結なのである。このようにして、いわゆる結果無価値論の根本的な欠陥は、犯罪論の体系において、一般人を基準とする判断を導入する場所をまったくもち得ないところにあるといわなければならない。[90]

(2) このように、違法判断の基準を事前判断か事後判断かのどちらかに一元的に割り切ることはできないと考えるところから、行為無価値と結果無価値とをともに考慮しようとする違法二元論が、わが国でも西ドイツでも[91]学説の多

数を占めているのである。しかし、違法二元論の具体的な内容、とくに、事前判断と事後判断の関係については必ずしも十分に明らかにされているとはいえない。違法二元論を詳細に展開した野村は、結果無価値の要素をのぞく、行為の評価に関する要素は、すべて事前判断を基準として評価されるべきだと考えているようである。[92] しかしながら、このような理論構成によるとき、たとえば正当化事情の存否の基準も事前判断とされるところにも現れているように、違法判断を主観化し、違法と責任の区別を相対化するという批判をまぬがれない（詳しくは、前出2参照）。そればかりか、さらに悪いことに、このような理論構成は、必然的に、罪刑法定主義に反する結論を導かざるを得ないのである。

いくつか例をあげてみよう。たとえば、暴行罪は、結果犯ではなく、行為そのものを処罰する単純行為犯（＝挙動犯）である。そこで、暴行の有無を事前判断によって決しようとするならば、いわゆる客体の不能の場合で、行為者の立場におかれた一般人も客体の存在を誤想するであろうと考えられるときには、暴行行為があったとして、暴行罪として処罰することになるであろう。しかしながら、刑法二〇八条は、このように客体たる「人」が存在しない場合を予想しているであろうか。客観的に客体たる「人」が存在しない場合に――暴行の未遂（＝不可罰）ではなく――暴行（の既遂）の成立が考えられるであろうか。もし、これを否定するならば、暴行罪に関しては、客体たる被害者の存否は事後判断によって客観的に判断されなければならないことになる。いいかえれば、暴行の有無は、行為不法の評価であるにもかかわらず、右の意味では事後判断によって決せられなければならないのである。

さらに、罪刑法定主義の原則との抵触をよりはっきりと示しているのは、客体が死体であることが事後的に判明したときの遺棄の事例の解決である。もし事前判断を基準にするならば、一般人も生体と誤信する状況である限り違法性が肯定されることになり、現に野村は、こうした場合に遺棄罪の成立を認めようとする。[93] しかしながら、たとえば刑法二一七条が客体として「……扶助ヲ要ス可キ者」と規定しているにもかかわらず、およそ人が存在しない場合にも、（死体遺棄罪ではなく）本罪の客観的構成要件該当性を認めるのは明白な罪刑法定主義違反といわざるを得ない

のである。[94]

(3) このようにみてくると、罪刑法定主義は、それが結果の要素であると行為の要素であるとを問わず、犯罪を構成する事実が原則として客観的に存在すること、したがって、違法要素の存在は原則的に事後判断によって決せられるべきことをその内容として含んでいることがわかる。[95] したがって、逆にいえば、事後判断によって決せられるべき要素が、結果発生の有無などのいわゆる結果無価値の要素に限られる理由もないことになる。もちろん、行為の態様や方法でも、事後判断によって決せられるべきものであれば、すべて結果無価値の要素である、とする用語法も不可能ではないかもしれない。しかし、そのような無理な用語法によらなければならない必然性もない。事後判断を要求する違法要素は結果無価値の要素に限られないことを正面から肯定し、または、行為無価値の要素の中にも事後判断によって決せられなければならない要素も存在することを承認するのに何らの理論的障害もないのである。[96] ここでも、従来の議論は、結果無価値と行為無価値という対概念に「幻惑」されることによって、本来正面から取り上げられ検討されるべき真の問題を認識することができなかったことが明らかである。それは、いかなる根拠と基準によって、違法要素のなかで、「事後判断の要素」と「事前判断の要素」とを合理的に区別するかである。以下においては、試論の形で、わたくしの見解を述べておきたい。

事前判断によってその存否が決められるべき要素は、まず、①行為の規範違反性判断の基礎となる事情である。行為者が、法の立場からの客観的な規範の要求にしたがって行為し得る事情の下にあったかどうかを判断するにあたっては、一定の範囲の事実を判断の基礎とする必要があるが、それは行為者の立場におかれた一般人の認識・予見し得る範囲内の事情でなければならないのである。具体的には、たとえば、交通事故で、運転者の立場におかれた一般人でも被害者の存在を認識・予見し得なかったという場合であれば、結果実現に関する規範違反性を肯定することはできない。結果の客観的予見可能性と回避可能性は違法性の要件だとする、いわゆる行為無価値論のもたらした認識は

維持するに値する。次に、②原則として構成要件要素がすべて存在する場合にのみ、規範の要求は行為者に向けられるが、未遂犯の場合に限っては、[97]構成要件要素の一部が客観的に存在しない場合においても規範違反性を肯定できる場合がある。このような場合における構成要件実現の危険性の有無も、事前判断によって決せられなければならない。問題となるのは、当該の規範の名宛人としての行為主体の範囲であるが、それは客観的に処罰規定によって定められるものであり、事後判断によって決せられるべきであろう。したがって、いわゆる主体の不能の場合（＝厳密には、行為主体としての地位を基礎づける事実に関して誤信がある場合）は不可罰とされるべきことになる。[98]さらに、③将来の結果発生の予測にかかわる判断については事前判断を基準とするほかはない。[99]違法判断の事後性を強調する論者も、このことを前提として認めているように思われる。すなわち、たとえば、拳銃で発砲したが、弾丸が被害者をかすめて通り過ぎたという場合、行為の時点で客観的には拳銃の狙いが外れていたという理由で結果発生の危険性がなかったとはしないであろう。同じように、そのような斬りつけ方では死に到らせることは客観的に不可能であったという理由で、不能犯を認めることもないであろう。そうだとすれば、そのような予測的判断に限っては事前判断を適用していることになるのである。また、いわゆる結果無価値論の主張者の多くは、因果関係論においていわゆる客観的相当因果関係説を主張するが、この見解は、行為の時点以降に生じた事情については、事後判断の原則を適用せず、行為の時点を基準とする予見可能性がある限りにおいて相当性判断の基礎とするのである。もし結果無価値論を首尾一貫させれば、結果帰属の評価においても事後判断の原則を徹底しなければならないはずで、そうすれば条件説を採用することにならざるを得ないのである。このようにして、将来の予測的判断に関しては事後判断を基準にすべきだと考えるならば、正当防衛における防衛行為の必要性・相当性の判断に事前判断が入らざるを得ないことも、[100]ただちに理解できる。違法判断の事後性を徹底する立場から、正当防衛についてのこの結論を否定するならば、通常の未遂犯の場合で、拳銃の狙いが最初から外れていたために弾丸がそれたというときにも未遂処罰の可能性を否定しなけれ

ば首尾一貫しないであろう。

さて、偶然防衛との関係で問題となるのは、正当防衛状況の存否のような、正当化事由の前提要件の有無が事前判断で決せられるのか、それとも事後判断で決せられるのかである。前述したように、正当化の有無が問題となる場面は、複数の関与者の利益が拮抗・衝突する場面なのであり、関与者の認識可能性とは無関係な、間主観的な基準が判断基準となるべきである。[101] したがって、正当化事由の要件事実の存否は、事後判断を基準として決せられなければならず、偶然防衛については正当化が認められなければならないということになるのである。これに対して、もし、正当化事情の存否についてまで事前判断を基準とするならば、[102] 偶然防衛とは逆の場合、したがって、客観的には正当防衛の事実が存在せず、刑法三六条の要件が充足されていないにもかかわらず、行為者はそれが存在すると考え、一般人も同じように考えるであろうという事例では、違法性の阻却を認めざるを得ないはずである。なぜなら、正当化事由の前提事実の有無について、事前判断を基準とするか、それとも事後判断を基準とするかという角度からみると、偶然防衛と誤想防衛の違法性の問題は裏腹にあり、両方とも事前判断で解決するか、それとも両方とも事後判断で解決するかのどちらかでしかあり得ないからである。偶然防衛について未遂を認める見解は、（客観的落度なき）誤想防衛において違法性を阻却せざるを得ないし、（客観的落度なき）誤想防衛でも違法性を肯定する見解は、偶然防衛については不可罰説をとるほかはないのである。

ちなみに、右のような、正当化事情の要件事実の有無は原則として事後判断によって決せられるべきだとする見解は、別の問題との関係でも重要な帰結を生じさせる。すなわち、無過失行為にもとづく侵害に対しても正当防衛は可能だとしなければならないことになるのである。[103]

4　偶然防衛における結果無価値と行為無価値

(1)　それでは、結果無価値と行為無価値の概念はどのような意味内容をもつものとして用いるのが理論的に正確であり、かつ合目的的であろうか。以上の検討からするならば、「行為無価値」は構成要件の段階と正当化事由の段階とで異なった意味をもち得る。構成要件に該当する規範違反の行為を行ったとき、行為無価値が肯定される。行為無価値の評価は罪刑法定主義の要請から原則として事後判断によって決せられるが、行為者の立場におかれた一般人でも（行為者に対し客観的に設定された当該の）規範を遵守し得なかった場合には行為無価値が否定される限度では、事前判断の要素が認められなければならない。また、未遂犯の処罰根拠をなす構成要件実現の危険性の判断に関しては特別の原理が妥当し、事前判断による評価が認められる。さて、もし行為無価値性が肯定されると、正当化事由がないことを前提として、規範は命令（=Imperativ）に転化して具体的な法義務となる。具体的な法義務に違反したことの評価が（第二の意味の）行為無価値であり、これを「行為不法」の評価と呼ぶことができる。しかし、行為不法の評価は、正当化事由の判断のレベルにおいては、純然たる行為に対する評価として徹底できず、違法判断に課せられた別の要請によって変容を受ける。それは、複数の関与者の利害の調節という観点からの事後判断の要請である。

これに対し、結果無価値は、構成要件の段階における、結果発生に対する事後的な無価値評価である。このような結果無価値は、正当化事由の判断を経て、「結果不法」の評価に転化する。もっとも、本稿で明らかにしたような立場からは、正当化事由の判断のレベルで結果不法のみが欠落するという事態は考えにくいことになる。正当化事由は、構成要件段階で基礎づけられた行為無価値と結果無価値を一体として阻却するか、それともしないかのいずれかである。

(2)　従来、偶然防衛については、行為不法は残存するが、結果不法が否定されると主張されてきた。しかしながら、右のように考えるならば、偶然防衛については、行為不法の観点からも、違法性を否定する結論が導かれるのである。(104)

その結論の正当性は、より実質的な考慮によっても裏付けられよう。すなわち、偶然防衛の事例では、行為者にその行為を思いとどまらせるならば、自己または第三者の、それ自体保護に値する利益が失われ、侵害者の利益が保護される結果となるのである。[105] それにもかかわらず、行為不法を肯定するのであれば、それは、侵害者の法益を保護するためというよりは、行為を一般的に禁止する抽象的な行為規範が侵害されたことにより国民の規範への信頼が動揺することを防ぐためだということになる。しかしながら、規範の命令によってそれ自体正当な利益が直接に失われる場合にまで、行為規範の保護という名目で違法評価を下すことが妥当であるかどうかは疑問である。それは、法益保護の観点とは切り離された規範論によるときにのみ可能な結論であるように思われる。いいかえれば、この場合の行為不法の肯定は、法敵対的な心情の表現を未遂犯の処罰根拠とする主観的未遂論（純主観説または印象説）の立場からのみ基礎づけ得るように思われるのである。未遂犯に関して（純）主観説やいわゆる印象説（＝抽象的危険説）が通説である西ドイツにおいて、[106] 偶然防衛に関する未遂説が支配的であることも怪しむに足らない。フリッシュは、主観的正当化要素に関する最近の重要な研究のなかで、いわゆる主観的正当化要素は、それが欠如するとき、法に敵対する行為者意思の表動が認められ、（法敵対的心情の表動を未遂として処罰する西ドイツ刑法のもとでは）未遂不法の根拠たる「志向無価値」が肯定される点に（のみ）法的意味があるとしたのである。[107]

(3) このような偶然防衛不可罰説の結論が法感情に反するとする批判[108]はそれほど重要な意味をもち得ないように思われる。理論学上の問題の解決において素朴な法感情に訴えることに対しては方法論的に強い疑問があることを別論としても、前出二(1)においてみたような、さまざまな事例の類型をトータルに考慮するとき、不可罰の結論がわれわれの法的常識から大きくはずれたものということは到底できないように思われる。いわゆる偶然防衛に属する事例、したがって、行為者が違法な事実を実現しようとしたが、客観的に、正当な事実が発生するにとどまったという事例のなかには、二(1)にあげた③や④の事例や、さらには、過剰防衛にあたる重い結果を実現する意思で行為したところ、

必要な防衛の限度にとどまったという事例まで含まれるのである。①や②の偶然防衛の典型例とされる事例は、むしろ、例外的な特殊事例であることをも考えあわせる必要がある。そもそも、以前からこれほど見解がいちじるしく対立している論争問題において、いまさら「法感情に反する」という批判をいくら積み重ねても不毛といわなければならない。当然のことながら、クールな理論的分析のみが議論を進展させ得るのである。

(46) たとえば、Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 178 f. 参照。

(47) とくに、平野「刑法ゼミナール〔第二回〕」（前掲注14）四七頁参照。

(48) 中『誤想防衛論』（一九七一年）、同『講述犯罪総論』（前掲注10）五七頁以下、九二頁以下、振津「不法における結果無価値と行為無価値（二・完）」（前掲注35）九九頁参照。西ドイツの文献のなかでは、とくに、Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft（前掲注34）S. 374 参照。

(49) 平野『刑法総論Ⅰ』（前掲注14）九九頁以下、一六四頁、同「構成要件という概念をめぐって」『犯罪論の諸問題（上）総論』（一九八一年）七頁、野村『刑法総論』（前掲注35）一五三頁以下、二一六頁。

(50) 後出注76参照。逆にいえば、このような結論を回避するためには、客観的過失が認められない場合にも構成要件該当性を肯定する見解（したがって、故意・過失を責任要素とする見解）をとらなければならない。平野はそのような見解をとるようにも見えるが微妙である。内田は、はっきりと、「客観的不注意」を構成要件該当性の要件とする（内田『改訂刑法Ⅰ（総論）』〔前掲注36〕一二五頁以下）。

(51) 過失犯についてであるが、井田「過失犯と目的的行為論」（前掲注33）一五二頁およびそこに引用した文献参照。

(52) 西ドイツの学説のなかで、行為無価値の内容を志向無価値(Intentionsunwert)として理解するのは、Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes（前掲注34）insb. S. 54 ff.（わが国において、ルドルフィの見解を祖述したものとして、振津「不法における結果無価値と行為無価値（一）」関西大学法学論集二六巻一号〔一九七六年〕一七九頁以下がある）; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 124 f., 313; Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注22）vor §§ 13 ff. Rdn. 56; Eberhard Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlassigen Deliklts, JZ 1987, S. 54 f. などである。

(53) このような見解を詳細に展開したのは、Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, insb. §2 und §3 である。これに対し、事前判断による危険性を結果不法の要素として把握するのは、Wolter, Objektive und personale Zurechnung (前掲注34) insb. S. 25 f., 82 ff., 94 f., 174, 356 f. (批判として、Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 92 Fußn. 134, 121 Fußn. 9)。わが国における野村の見解（後出注92に引用した文献参照）がこれに近いが、本文後出3(2)に指摘するような致命的な欠陥がある。

(54) 未遂犯の処罰根拠について主観説や抽象的危険説が支配する西ドイツにおいても、志向無価値としての行為無価値の理解に対しては批判が強い。たとえば、Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 246 mit Fußn. 75; ders., Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注33) ZStW Bd. 94, S. 241 ff. mit Fußn. 104, 250 Fußn. 125; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs (前掲注26) S. 157 ff., 165; Udo Ebert/Kristian Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, S. 236; Christos Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 59 ff; Dietrich Kratzsch, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB)—ein absoluter untauglicher Versuch? (Teil 1), JA 1983, S. 426 f. など参照。これらの論者は、行為無価値の要素として、客観的な行為の態様や方法、さらには結果実現の危険性などをも含ませている。

(55) 平野「日本から見たドイツ刑法学」警察研究六一巻四号（一九九〇年）九頁、前田『可罰的違法性論の研究』（一九八二年）二七五頁以下、同『刑法総論講義』（前掲注17）八四頁など参照。

(56) 西ドイツにおいては、本文のような理解が一般的であるように思われる。このような理解にもとづいて西ドイツの違法論の学説状況を批判的に検討した重要な論文が、Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs (前掲注26) S. 155 ff. である。ほかに、同様の理解をはっきりと前提とするものとして筆者が気づいたものをあげれば、Armin Kaufmann, Normentheorie (前掲注27) S. 71 ff., 107; Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStR Bd. 79, 1963, S. 233 ff. がある。

(57) とくに、平野『刑法概説』（前掲注10）一六頁以下、五〇頁以下、同「結果無価値と行為無価値」（前掲注36）一六頁以下、同「日本から見たドイツ刑法学」（前掲注55）三頁以下参照。

(58) 平野「結果無価値と行為無価値」（前掲注36）一八頁、二八頁以下、同『刑法総論Ⅱ』（前掲注36）二一六頁。同旨、中山『概説刑法Ⅰ』（前掲注30）七〇頁、七二頁、内藤「違法性における行為無価値論と結果無価値論」（前掲注44）四二頁、同『刑法講義総論（中）』（前掲注10）三一五頁、三二一頁、三二三頁以下、曾根『刑法総論』（前掲注15）八五頁、一〇三頁、前田「行為無価値と結果無価値1」（前掲注30）五八頁。なお、佐伯『四訂刑法講義（総論）』（前掲注26）一七五頁を見よ。

(59) Welzel, Das deutsche Strafrecht (前掲注26) S. 1 ff. ただし、ヴェルツェルの見解については、Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 273 ff.; Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1980, S. 88-97 の評価も参照。

(60) とくに、Frisch, Vorsatz und Risiko (前掲注53) insb. S. 46 ff., 74 ff. およびそこに引用された文献参照。

(61) 福田『全訂刑法総論』（前掲注26）一三四頁、同『対談刑法総論（上）』（一九八六年）三一三頁以下、内田『改訂刑法Ⅰ（総論）』（前掲注36）二三頁、九五頁以下、一七四頁、一八四頁、一九一頁以下、中野『刑法総論概要』（前掲注26）二八頁以下、川端「行為反価値性と結果反価値性」植松ほか『現代刑法論争Ⅰ』（一九八三年）一二三頁、同「実質的違法性論」芝原ほか編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ』（前掲注44）一〇六頁以下、一一五頁以下、金沢文雄『刑法とモラル』（一九八四年）八五頁以下など参照。もっとも、藤木『刑法講義総論』（前掲注26）八頁以下、七六頁以下、大塚『刑法概説（総論）』（前掲注26）三〇七頁以下、三二五頁、三二七頁、三五七頁、三六五頁など、同『対談刑法総論（上）』二八四頁以下、三〇八頁以下、三五五頁以下、三七二頁以下、同『対談刑法総論（中）』（前掲注19）六一頁以下、六六頁以下、七五頁以下、西原『刑法総論』（前掲注16）一〇九頁以下、一一四頁以下、大谷『刑法講義総論』（前掲注26）八頁、二〇八頁以下、二一五頁以下などには、行為の社会倫理的側面の考慮の必要性が説かれている。なお、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一二〇頁以下における諸学説の分析も見よ。

(62) とくに、福田『対談刑法総論（上）』（前掲注61）三一四頁以下参照。ここでは、法益概念そのものの持つ問題性に論及することはできない。学説史的研究として、伊東研祐『法益概念史研究』（一九八四年）、同「『法益概念史研究』補遺」金沢法学二九巻一・二合併号（一九八七年）四三頁以下が参考になる。

(63) 最決昭和五五年一一月一三日刑集三四巻六号三九六頁。

(64) とくに、Hirsch, in: LK (前掲注26) § 226a Rdn. 9; ders., Probleme der Körperverletzungsdelikte nach deutschem und japanischem Strafrecht im Vergleich, in: Recht in Ost und West, Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, 1988, S. 870 f. 参照。

(65) 西ドイツにおいて、社会的相当性という一般条項を判断基準として用いることに反対していたのは、とくに、Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW Bd. 74, 1962, S. 78 ff. であった。なお、社会的相当性の理論とその批判については、前田『可罰的違法性論の研究』（前掲注55）第五章が詳細である。

(66) 前出注64参照。

(67) 井田『量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四)」本誌五六巻一号（一九八三年）七七頁注(44)参照。

(68) 浅田和茂・犯罪と非行第2号（一九八六年）一三五頁は、「二一八条の場合は二一七条に比べ、引き受け・支配領域性の程度が高く、それだけ生命に対する危険が高い場合を類型化したもの」だとする。しかしながら、二一七条の単純遺棄罪については引き受けとか支配領域性の有無は問題とならないのであるから、二一八条の場合にその程度が高いというのは不可解である。また、二一七条と同じ行為を保護責任者が行ったときに「類型的に生命に対する危険が高まる」とする論理もわたくしには理解することができない。

(69) 客観的危険説については、内藤「不能犯」（前掲注45）法学教室一〇九号八一頁以下およびそこに引用された文献参照。ただし、いわゆる結果無価値論の主張者が、客観的危険説をとり、違法判断にあたっては、具体的に存在する保護客体に対する影響のみが決定的だとしながら、他方で、およそ行為態様の一般的危険性も違法要素となり得るとするのは一つの矛盾である。この点について、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(五・完)」本誌五六巻二号（一九八三年）六八頁注（29）参照。

(70) 逆に、訴訟法上の「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用をも考慮に入れるならば、たとえば、行為の時点において生きていたことが事後的に証明され得なかった人は保護されないのが客観的危険説の帰結なのであり、むしろ、刑法による法益保護を弱体化するという批判が可能なのである。

(71) 内藤「違法性における行為無価値論と結果無価値論」（前掲注44）三七頁、同「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開（一）」刑法雑誌二一巻四号（一九七七年）四頁以下、同『刑法講義総論（上）』（一九八三年）一〇八頁、曾根『刑法総論』（前掲注15）九八頁、前田「行為無価値と結果無価値2」法学教室一一九号（一九九〇年）七二頁以下など参照。

(72) 平野「日本から見たドイツ刑法学」（前掲注55）六頁。

(73) 詳しくは、井田・法学教室一〇〇号（一九八九年）一四四頁参照。

(74) たとえば、Hirsch, in: LK（前掲注26）vor § 32 Rdn. 5 ff.; Jescheck, Lehrbuch（前掲注34）S. 289 m. w. Nachw. わが国では、とくに、福田『全訂刑法総論』（前掲注26）六七頁以下、一九六頁。

(75) 以下の点については、井田・法学教室九九号（一九八八年）八四頁も参照。

(76) このような結論を認めるのは、消極的構成要件要素の理論をとる中（前出注48に掲げた文献など参照）のほか、藤木「誤想防衛と違法性の阻却」法学協会雑誌八九巻七号（一九七二年）一頁以下、同『新しい刑法学』（一九七四年）二〇三頁以下、

同『刑法講義総論』(前掲注26) 一七二頁以下、増田豊「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢四九巻六号(一九七七年) 一五三頁以下、野村『未遂犯の研究』(前掲注4) 一四六頁以下注(8)、同『刑法総論』(前掲注35) 一六〇頁、二三二頁、二四〇頁、川端「誤想防衛」植松正ほか『現代刑法論争I』(一九八三年) 二二四頁以下、同『正当化事情の錯誤』(前掲注9)。西ドイツの学説のなかで、誤想防衛につき行為者に客観的落度のない場合に違法阻却の効果を認めるのは、アルミン・カウフマン「不法論の現代的展開」川端訳『刑法の基本問題』(一九八三年)三六頁以下; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes (前掲注34) S. 58 f.; ders., Rechtfertigungsgründe im Strafrecht (前掲注34) S. 377 ff., 381 ff.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert (前掲注52) S. 222 f., 228 ff., 268 ff.; Stratenwerth, Strafrecht (前掲注34) S. 154 Rdn. 504 f.; Lenckner, in: Schönke/Schröder (前掲注22) vor §§ 32 ff. Rdn. 21; Wolter, Objektive und personale Zurechnung (前掲注34) S. 137 ff., 165 ff.; Frisch, Vorsatz und Risiko (前掲注53) S. 419 ff., insb. 424 ff.; Santiago Mir Puig, Die „ex-ante"-Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Erster Halbband, 1985, S. 341 ff. など。

なお、西村は、偶然防衛の場合について、行為との間に相当因果関係の認められないような正当化結果によって違法性の阻却を肯定することはできないとする(西村「いわゆる『偶然防衛』について」〔前掲注9〕五頁。なお、平川「正当防衛論」〔前掲注44〕一三八頁も参照)。この見解によれば、誤想防衛の場合に、正当化事情の不存在が一般人にとって予見不可能であったときには、正当化を認めるという結論になるであろう。

(77) Hirsch, LK (前掲注26) vor § 32 Rdn. 52; ders, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注33) ZStW Bd. 94, S. 259 ff.; ヒルシュ「違法論をめぐる議論の現状」(前掲注33) 六一頁以下。

(78) 最近の文献のなかで、とくに、Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, S. 426 が明快である。

(79) Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs (前掲注26) S. 167 参照。

(80) 西ドイツの学説のなかでは、とくに、Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs (前掲注26) S. 166 ff.; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注33) ZStW Bd. 94, S. 259 ff.; Jakobs, Strafrecht (前掲注34) S. 289 f. (11/8 f.) 参照。わが国の学説のなかでは、曾根「誤想防衛」植松ほか『現代刑法論争I』(一九八三年) 二二八頁、平野「結果無価値と行為無価値」(前掲注36) 二四頁、同「日本から見たドイツ刑法学」(前掲注55) 六頁、佐久間『刑法における事実の錯誤』(前掲注4) 二三二頁、二六四頁以下、二六九頁注(7)など参照。もっとも、中『講述犯罪総論』(前掲注

10）八四頁以下、一三三頁以下は「違法状態」の観念を認めるから、回避不可能な錯誤にもとづく誤想防衛行為に対しても、正当防衛を許すことになる。

ちなみに、アルミン・カウフマンは、消極的構成要件要素の理論に対して本文と同趣旨の批判を展開しながら、みずから、正当化事由の存否については事前判断を基準とすべきことを説いて自家撞着に陥っている。カウフマン「不法論の現代的展開」（前掲注76）三三頁以下参照。

（81）正当化事由についてであるが、Jakobs, Strafrecht（前掲注34）S. 288 ff. の分析も参照。

（82）西ドイツの学説のなかで、このような見解を主張するのは、アルミン・カウフマン「不法論の現代的展開」（前掲注76）二七頁以下; Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW Bd. 80, 1968, S. 50 ff.; ders., Das fahrlässige Delikt, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 133 ff.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert（前掲注52）S. 121 ff., 128 ff., 152 ff., 200 ff.; Klaus Lüderssen, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW Bd. 85, 1973, S. 291 ff.; ders., Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung", Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 181 ff.; Gerhard Dornseifer, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg—ein Relikt der Verdachtsstrafe?, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 427 ff. など。これに批判的な見解としては、Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre（前掲注33）ZStW Bd. 94, S. 240 ff. およびそこに引用された文献がある。わが国で「一元的行為無価値論」を主張するのは、たとえば、増田「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九巻五号（一九七七年）一〇九頁以下、同「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」（前掲注76）一三七頁以下、同「犯罪構成における結果無価値の体系的地位と機能」法律論叢五〇巻四号（一九七七年）八七頁以下、金沢『刑法とモラル』（前掲注61）八一頁以下など。批判的な見解として、とくに、前田『可罰的違法性論の研究』（前掲注55）二六四頁以下、そのほか、大塚『刑法概説（総論）』（前掲注26）三一七頁以下、同「人格的刑法学の構想」法学教室一一三号（一九九〇年）二三頁、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一三九頁以下、川端「実質的違法性論」（前掲注61）一〇九頁以下などがある。

（83）もちろん、「規範違反性」それ自体は無内容な規制原理にすぎず、いかなる内容の行為規範を設定するかは、法益の保護という刑法の規制目的に照らして決せられなければならない、立法論的問題である。したがって、たとえば、行為無価値一元論の立場からも、その行為が侵害しようとする法益の重要性に応じて違法性の程度は高まる。より重要な法益の侵害に向けられた行為が、より強く禁止されるべきことは合目的的だからである。

（84）なお、後出注101において述べるところも参照。

(85) ちなみに、わが国における通説的見解は、違法性の本質を、一般人に向けられた命令規範の違反として把握する（大塚『刑法概説（総論）』〔前掲注26〕三一〇頁以下、福田『全訂刑法総論』〔前掲注26〕一二九頁以下、西原『刑法総論』〔前掲注16〕一一二頁以下、大谷『刑法講義総論』〔前掲注26〕二一一頁以下）が、疑問である。違法性に関し、命令規範違反としての側面を強調することは、一元的な行為無価値論をとる限りにおいてのみ首尾一貫するのである。そこで、ガラスは、違法二元論の立場から、行為無価値の評価の基準となる行為規範とならんで、結果無価値の評価の基準となる保護規範(Schutznorm)の概念を導入した。Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs（前掲注26）S. 161 ff. 参照。

(86) 過失犯についてであるが、井田「過失犯と目的的行為論」（前掲注33）一五二頁、同・法律時報六一巻七号（一九八九年）一四九頁以下参照。

(87) たとえば、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）三四六頁以下の批判的検討を参照。

(88) 平野『刑法総論Ⅰ』（前掲注14）一九頁以下、内藤『刑法講義総論（上）』（前掲注71）一二〇頁以下、前田『刑法総論講義』（前掲注17）四七頁以下、八六頁以下、二八一頁以下など。これに対して、予防的考慮の強調に対し批判的なのは、中山『現代刑法学の課題』（一九七〇年）一〇八頁以下、一八七頁以下、二二〇頁以下、二三七頁以下など、同『刑法の基本思想』（一九七九年）一七九頁以下、一九九頁、二〇一頁など、同『刑法総論』（前掲注30）五四頁以下、八〇頁以下、八五頁以下、五四五頁以下など、同『概説刑法Ⅰ』（前掲注30）一三二頁以下。

(89) この点について、Mir Puig, Die „ex ante"-Betrachtung（前掲注76）S. 338 ff.; Lüderssen, Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung"（前掲注82）S. 197 ff. 参照。

(90) ちなみに、結果無価値論者によって喧伝されている、主観的違法要素に関する――わたくしのみるところ根拠のない――主張も、結果無価値と行為無価値をめぐる議論をいたずらに混乱させている一因であるように思われる。

たとえば、主観的要素はその認定が困難で不確実であり、それを重視することは危険であるから、なるべく主観的違法要素を認めるべきでないと主張される（中山『刑法総論』〔前掲注30〕一一九頁、二三八頁以下、内藤『刑法講義総論（上）』〔前掲注71〕一九四頁以下、二一六頁以下参照）。しかし、犯罪の認定にあたって主観的要素をまったく排除してしまうことが不可能である以上、違法要素でなければ責任要素として考慮するほかはない。主観的要素の認定に伴う手続法上の問題性は、実体法上それを責任要素として把握することによって回避し得るというものではなかろう。

さらに、主観的要素（とくに、未遂犯における故意）は客観的事実に還元できるのであり、その客観的要素を違法要素としてとらえ直すべきだともいわれる（中山・前掲二四二頁、同「主観的違法要素の再検討（3・完）」法学教室一〇一号〔一九

八九年〕七二頁以下、内藤・前掲二二一頁、曾根『刑法総論』〔前掲注15〕八九頁、同「故意の犯罪論体系上の地位」植松ほか『現代刑法論争Ⅰ』〔一九八三年〕六四頁。また、内田『改訂刑法Ⅰ（総論）』〔前掲注36〕一七八頁以下もこれに近い）。しかし、主観的要素を客観的事実に還元できるというのは、主観的要素は（客観的事実たる）状況証拠によって認定されるという訴訟法上の認定の仕方を言い直したものにすぎない。そもそも実体法上の要件とは、まさにそのような状況証拠によって証明されるべき対象を示すものであって、ある事実がそれとは別の客観的事実からの推認によって認定されるからといって、それらの客観的事実そのものが実体法上の要件となるわけではない（平野「結果無価値と行為無価値」〔前掲注36〕三二頁以下、福田＝大塚『対談刑法総論（上）』〔前掲注61〕三二七頁以下、三三三頁、前田『刑法総論講義』〔前掲注17〕一七七頁参照。また、主観的要素はすべて客観的要素に還元され得るというのであれば、責任要素としての故意も客観的要素だということになり、およそ犯罪の要素であって主観的要素たるものは存在しないということになるはずである）。

たしかに、たとえば故意の殺人行為は、人の殺害を目ざした高度に危険な行為として、単に傷害を目的とした行為などとはその客観的態様においても区別される場合が多い。しかし、それだからこそ、殺人罪の構成要件該当性の判断においては、故意殺と過失致死に共通の「およそ人の生命を侵害する行為」を認定すべき（内藤・前掲一九五頁参照）ことになるのではなく、まさに故意による殺人行為としての客観的態様を示しているかどうかの検討が必要になるのである。それは、故意を構成要件要素として位置づけ、実行行為を「主観＝客観の全体構造」をもつものとして把握すること（福田『全訂刑法総論』〔前掲注26〕五八頁、八二頁）を前提としているように思われる。ちなみに、いわゆる構成要件的故意とは「社会生活上の常識的な意味で、『殺す意思』、『盗む意思』、『損壊する意思』として確認されるだけの意思」を指すとする見解もあるが（内田『改訂刑法Ⅰ（総論）』〔前掲注36〕九一頁、一一二頁、一一四頁など）、そのような実体の明らかでないものを構成要件該当性判断のなかに取り込むことはかえって危険だといわなければならない。

そもそも、「違法は客観的に、責任は主観的に」というドグマを破壊することによって、違法論を当時の概念法学的傾向から救ったヴェルツェル理論の学説史的意義を再認識しなければならない。最近の結果無価値論は、再び一種の概念法学に陥り、諸問題の実質的に妥当な解決へのアプローチを困難なものとしてしまっているようにさえ感じられる。

(91) Jescheck, Lehrbuch（前掲注34）S. 215 ff.; Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert（前掲注54）S. 18 ff.; Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 238 f. など参照。

(92) 野村『未遂犯の研究』（前掲注4）とくに、一一九頁以下、一四三頁以下、三七三頁、同『刑法総論』（前掲注35）三八頁以下、一四六頁以下、一五六頁以下、一六一頁以下、三四五頁以下など。そのほか、違法判断の事前判断性を強調するのは、

川端『正当化事情の錯誤』（前掲注９）二五頁以下、二三九頁など、同「実質的違法性論」（前掲注61）一一六頁以下。

(93) 野村『未遂犯の研究』（前掲注４）二四一頁、二四三頁以下注（７）、二六六頁参照。

(94) フリッシュは、正当にも、行為規範違反の要素のほかに、制裁規範の要素としての客観的な（＝事後判断による）違法要素の存在を承認する。Frisch, Vorsatz und Risiko（前掲注53）S. 59 ff., 356 f. 参照。

(95) 違法評価の原則的事後性を強調するのは、佐伯『刑法における違法性の理論』（一九七四年）三七頁以下、同『四訂刑法講義（総論）』（前掲注26）一八一頁。また、正当にも、中野『刑法総論概要』（前掲注26）六二頁は、「構成要件に規定された概念は、特に反対の趣旨が認められる場合〔たとえば、未遂犯の構成要件においては例外が認められる――引用者注〕を別とすれば、客観的に実在した事実を意味している」とする。なお、大谷『刑法講義総論』（前掲注26）二一六頁、二一九頁以下も参照。

(96) とくに、Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs（前掲注26）S. 165 f. Fußn. 27 参照。

(97) 正当にも、未遂犯における事前判断の例外的性格を指摘するのは、中野『刑法総論概要』（前掲注26）六二頁、一二七頁以下。

(98) 事前判断を原則とする具体的危険説の立場からも不可罰説が主張される。たとえば、団藤『刑法綱要総論』（第三版・一九九〇年）一六五頁以下、大塚『刑法概説（総論）』（前掲注26）二三六頁、福田『全訂刑法総論』（前掲注26）二二六頁、中「不能犯」『論争刑法』（一九七六年）一二五頁以下、同『講述犯罪総論』（前掲注10）二〇八頁以下、香川『刑法講義〔総論〕』（前掲注44）三〇二頁以下、野村『未遂犯の研究』（前掲注４）三七五頁以下、同『刑法総論』（前掲注35）三四八頁など。本文のように考える限り、それは矛盾とはいえない。もっとも、西ドイツでは、未遂処罰を肯定する見解が通説である。議論の状況については、たとえば、Jescheck, Lehrbuch（前掲注34）S. 482 f.; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl 1989, § 40 Rdn. 169 ff. (S. 50 f.) 参照。

(99) この点について、とくに、Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs（前掲注26）S. 166 Fußn. 27, 179; Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注22）vor §§ 32 ff. Rdn. 10a 参照。

(100) わが国の文献のなかでは、とくに、藤木『刑法講義総論』（前掲注26）一六九頁以下参照。これが西ドイツにおいても通説的見解である。たとえば、Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注22）§ 32 Rdn. 34; Jescheck, Lehrbuch（前掲注34）S 308; Hirsch, in: LK（前掲注26）vor § 32 Rdn. 49 参照。しかし、このように解したからといって、正当化事由の要件事実の全体について事前判断が適用されるべきだということにはならないのである（この点について、Jakobs, Strafrecht（前掲注

34) S. 288 ff. はきわめて示唆に富む)。現に、西ドイツでも、正当化事由の要件の存否の判断の全体について事前判断が妥当するという見解はむしろ少数である。

また、たとえば、不能犯の行為に対する正当防衛は認められないとし、ここでも事後判断を基準とするのが西ドイツの通説である（たとえば、Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 228; Spendel, in: LK〔前掲注26〕§32 Rdn. 29 m. w. Nachw.; Lenckner, in: Schönke/Schröder〔前掲注22〕§32 Rdn. 12 参照）が、これも正当といわざるを得ないと思われる。もし、不能犯の行為に対する正当防衛を肯定するとすれば、個人的法益の保護のためにではなく、違法行為ないし規範違反行為の阻止という一般的な公共目的のための正当防衛権の行使を承認することになるからである（これに対し、行為不法の判断には例外なく事前判断が妥当するという立場から、野村『未遂犯の研究』〔前掲注4〕三五四頁は、不能犯に対する正当防衛の可能性を肯定している）。

(101) 正当化事情の存否について事後判断を基準にすると、一般人でも正当化事情の存在を誤信することが止むを得ない場合（たとえば、誤想防衛で誤想について客観的落度がない場合）でさえ違法性を肯定せざるを得ず、行為規範違反としての違法性の本質を無視するものだという批判が可能であろう。しかしながら、それが行為者に酷である点については有責性を否定するという形で解決するほかはない。そのことは、違法判断を規制する原理が一般人にとっての規範遵守可能性に尽きないことからの帰結なのである。また、事後判断を導入すると、行為者にとって偶然的な事情の有無で違法性の有無が決せられることになってしまう、とする批判については、違法判断を規制する原理が一般人にとっての規範遵守可能性に尽きないことを看過しているという、右と同様の反批判が妥当するばかりでなく、さらに、構成要件段階における結果の発生・不発生も偶然的な事情によって左右されざるを得ないこと――そして、それはある程度やむを得ないこと――を勘案する必要があろう。

なお、正当化事情につき事後判断を基準とするならば、正当化事情が存在する場合に、その存否を疑いつつ「存在しないとしてもかまわない」としてそれを認容して行為した場合(前出二(3)参照)にも、未遂犯の成立の可能性が排除され、処罰範囲が限定される効果が生ずる。主としてこの理由から、正当化事情について事後判断を基準にすべきことを主張するのは、Arzt, Falschaussage（前掲注21）S. 400 ff.

(102) ちなみに、偶然防衛に関する未遂説に対しては、正当化事情の存否についての一般人の認識可能性の有無を基準にして未遂処罰のいかんを決することが果たして実質的に妥当かどうかという疑問もあり得よう。

(103) この点で、平野「結果無価値と行為無価値」（前掲注36）二四頁は妥当である。

(104) 異なった立場からではあるが、偶然防衛の場合、（客観的）行為無価値が欠けるとするのは、Frisch, Vorsatz und Risiko

（前掲注53）S. 458 Fußn. 160; ders., Grund- und Grenzprobleme（前掲注8）insb. S. 138 Fußn. 100; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht（前掲注34）S. 379 f.

(105) 所「正当防衛における防衛の意思」（前掲注44）二八五頁参照。なお、Jakobs, Strafrecht（前掲注34）S. 296 (11/22) も見よ。

(106) もっとも、西ドイツにおける未遂犯に関する議論の状況を概観し、その主観主義的傾向を批判するのは、Weigend, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre（前掲注24）S. 113 ff. なお、ヒルシュ「ヴェルツェル以降の西ドイツ刑法学（下）」ジュリスト九三六号（一九八九年）一三六頁およびそこに引用された文献も参照。

(107) Frisch, Grund- und Grenzprobleme（前掲注8）S. 125 ff. もっとも、同じ主張は、ders., Vorsatz und Risiko（前掲注53）S. 455 ff. においてすでに展開されていた。フリッシュと同旨、Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht（前掲注34）S. 380.

(108) たとえば、野村『未遂犯の研究』（前掲注4）一五四頁以下参照。

五　残された問題

刑法三六条の解釈として、防衛意思不要説をとる場合には、当然のことながら、「防衛の意思」という主観的要件によって正当防衛の成立範囲を限定することは不可能になる。[109] そこで、問題となるのは、防衛の意思の不存在を理由として正当防衛の成立を否定することがむしろ適切な場合もあるのではないかということである。しかし、この点については、正当防衛の客観的要件の解釈によっても不当な結論を避け得ることを示した研究がすでに存在する。[110]

次に問題となるのは、本稿において展開した主張が、正当防衛以外の正当化事由の主観的要件の解釈にいかなる影響を及ぼすかである。本稿のような見解をとった場合でも、正当化事由のなかで、行為時を基準とする事前判断が前面に出る正当化事由（＝いわば「許された危険型の正当化事由」）については主観的正当化要素が認められる余地が

生ずるように思われる。しかしながら、この点についての詳細な検討は別の機会にゆずるほかはない。

さらに、責任の段階においては、防衛状況の認識が責任要素としての意味をもち得るのではないかが問題となろう。すなわち、過剰防衛を責任減少事由と解した上で、責任減少の要件として防衛状況の認識を要求することは可能であり、そうすれば、偶然防衛行為が過剰にわたった場合については、刑法三六条二項による減軽の可能性が否定されることになるのである。[111] しかし、その当否を検討するにあたっては、過剰防衛の法的性格についての態度決定が前提となる。その検討も、他の機会にゆずるほかはない。

(109) ちなみに、わたくしの見解によっても、将来の出来事の予測に関する要素については、事前判断が基準となる。したがって、「防衛行為の必要性・相当性」の有無を検討する際に、行為者の認識内容が考慮されることはあり得るが、そのことは本稿の基本的立場と矛盾するものではない。

(110) とくに、前田「正当防衛に関する一考察」（前掲注17）三三三頁以下参照。

(111) この問題については、とくに、曽根『刑法における正当化の理論』（前掲注15）二一六頁以下参照。