

論 説

偶然防衛行為の違法性

橋 田 久

はじめに

第一章 既遂説

第一節 結果の前提としての行為

第二節 結果価値と行為価値の併存の要求

第三節 構成要件該当結果の発生

第四節 行為反価値一元論

第一項 総説

第二項 事前判断説

第三項 故意不法への着目

第四項 小結

第五節 既遂説の帰結

第一項 偶然防衛行為に対する正当防衛

第二項 刑の減輕の可能性

第六節 小括

第二章 未遂説

第一節 総説

第二節 不能犯論

第三節 構成要件と正当化の対応関係

第一項 問題の所在

第二項 結果反価値の不存在と結果価値の存在

第三項 未遂犯処罰規定の適用

第四節 未遂説の体系的処理

第五節 構成要件該当結果不発生の場合

第六節 未遂説の帰結

第一項 処罰範囲

第二項 偶然防衛行為に対する正当防衛

結びに代えて

はじめに

筆者は先に、防衛の意思必要説を採るべきことを説いた¹⁾。この立場からは、正当防衛の客観的要件は備えるが防衛の意思を欠く偶然防衛行為に正当防衛は成立しない。この行為に認められるのが既遂不法か未遂不法かを巡っては周知の対立があり、稀に適法説も主張されている。本稿は、斯かる、防衛の意思必要説における偶然防衛の違法の内実について論ずる。既に論じ尽された観もある伝統的論争点であるが、学説に新たな胎動もあるため、ここで検討を加えることにも幾許かの意味があろう。比較法の対象は、前稿と同じく、議論の蓄積の豊富なドイツに求めることにしたい。

なお、偶然防衛に既遂不法を認め得るとすれば、その前提は、構成要件的结果が発生して構成要件段階では結果反価値が存在していることであるから²⁾、以下では特に断りなき限りそのような事案を念頭に置く。加えて、原則として、構成要件の故意があり、かつ被攻撃者と防衛行為者が一致する場合に、考察の対象を限定する³⁾。

1) 拙稿「防衛の意思の必要性について」山口厚他編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(令和四)所収 467頁。

2) フリッシュは、行為に帰属可能なのは行為者が創出した否認される危険の実現した結果のみであるとの前提から、客観的には法的に是認された結果を目指す偶然防衛では創出されたのも許された危険に止まるとして、発生した構成要件的结果への行為の客観的帰属を否定する (*Frisch, Lackner-FS*, 1987, S.142; *ders., Vorsatz und Risiko*, 1983, S.458 Fn160)。しかし、ロクシン/グレコによれば、客観的帰属論の言う創出された危険が「許された」とは、一般的な許容、例えば道路交通規則を遵守して行う自動車運転を指し、正当化事由の如く個別事例毎の衡量を要しないものに限られる (*Roxin/Greco, Strafrecht AT I*, 5.Aufl., 2020, § 11/66。我国で同旨、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(平成九)435頁以下)。また、偶然防衛行為の客観的正当性は、それが急迫不正の侵害に向けられていることによるのであり、この考慮は正当化の段階で初めて為し得る。これを構成要件段階の客観的帰属の判断の中に取り込むことは、消極的構成要件要素論に立って初めて可能である。さらに、フリッシュによれば偶然防衛のみならず正当防衛でも客観的帰属が否定されることになってしまう。よって、客観的帰属論の立場においても、偶然防衛では行為と結果の客観的帰属を肯定し (吉田敏雄『刑法理論の基礎 (第3版)』(平成二五)230頁及び231頁註188)、構成要件段階における結果反価値の存在を前提とすべきであると思われる。

3) なお、急迫不正の侵害の存在を知らず反撃を行ったとしても、それより軽微な防衛手段が存したために防衛行為の必要性 (相対的最軽微性) が否定される場合があり得る (*Paeffgen, Armin Kaufmann-GS*, 1989, S.423.; *Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, S.233。偶然防衛における急迫性、防衛行為の必要性、相当性の欠如に言及するのは、西原春夫=藤木英雄=森下忠『刑法学2《総論の重要問題II》』(昭和五三)48頁 [生田勝義])。例えば、甲は乙が右手に構えた拳銃で丙を射殺しようとしていると知らずに乙の頭部を撃ち抜いて殺害したが、甲は射撃の名手であっ

第一章 既遂説

既遂説は、偶然防衛では正当防衛の客観的成立要件が充足されているにも拘らず、主観的成立要件たる行為価値としての防衛の意思が欠けることを理由に既遂不法を認める。正当化要件が凡て備わる場合には違法性が阻却され、要件が一部でも欠ければ違法性が完全に残るという、全か無かの解決を行うのである¹⁾。行為（反）価値を結果（反）価値の前提とする見解（第一節）、行為価値と結果価値が共に存在して初めて行為の違法性を左右することを認める見解（第二節）、構成要件段階の結果反価値（第三節）や行為反価値（第四節）を既遂不法の手懸りとする見解に分けて検討する。然る後に、各見解に共通する問題に触れる（第五節）。

第一節 結果の前提としての行為

一 飯島教授は、行為不法の存在と阻却を、結果不法の存在と阻却の前提とし、行為価値なき偶然防衛における結果価値を否定する。このことは、法益、さらには自由の概念に遡って論ぜられている。

同教授は、先ず、法的な意味での自由を、「人格同士の間での相互承認的な法関係の形成を通じて確立される」ものと捉える。そこから、法益も、「それ自体だけで静的に存在するわけではなく、あくまでも各人がそれを相互承認的な法関係の中に取り込んで、普遍的な自由の基盤として認め合うことによって動態的に構成される」との理解に至る²⁾。それ故、法益侵害も「侵害という結果」には尽きず³⁾、「自由を相互に認め合う法関係性の否定を通じた、具体的な他者の自由に対する抑圧並びに自由を普遍的に保障する可能性の阻害を意味しており、常に人格の行為を通じて惹き起こされる」⁴⁾。換言すれば、「法益侵害という不法」は、「まず行為による配慮要求の違反」という行為不法、次いでそのような行為による他者の自由領域

のために乙の右腕に命中させることもでき、丙を救うにはそれで十分であった等。この、謂わば偶然過剰防衛においては、過剰性故に結果価値が認められないため、偶然防衛未遂説からも既遂犯の成立は争われないであろう。

- 1) Vgl. Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.224, 245.
- 2) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（平成二八）134頁。
- 3) 飯島・自由の普遍的保障と哲学的刑法理論 141頁。
- 4) 飯島・自由の普遍的保障と哲学的刑法理論 145頁。

の侵害という結果不法によって、順次、二元的に基礎付けられるのであり、「結果不法は、常に行為不法によって構成される」⁵⁾。よって、不法を根拠付ける構成要件の段階では、行為不法が肯定されて初めて結果不法を判断する意味が生ずる。他方、正当化の段階では、行為不法が除去されて初めて結果不法の除去が問題となる。正当防衛について言えば、「正当防衛に当てはまる客観的な状況が偶然に存在するだけでは足りず、それが行為者に認識されながら防衛の意思でもって主体的に結果価値へと実現されなければならない」。従って、防衛の意思の欠如故に行為不法が残る偶然防衛においては、「結果不法の中性化を論じる意味はない」ため、結果不法が残り、既遂犯の成立が認められる⁶⁾。

二 この見解は、結果が行為から生まれるという存在構造を重視し、判断の順序をこれに拘束せしめる。しかし、存在構造にそのような拘束力がないことは、犯罪の成否が構成要件該当性、違法、責任の順に判断されることから知れる。この順序は、犯罪の成立要件がその順に生起するからではなく、違法と責任の論理的な先後関係や、構成要件該当性の形式的判断を先行させることが思考経済に資する等の考慮によるのである。従って、正当防衛の成立要件を如何なる順序で判断するかにおいて重視すべきは、要件の生起の順序ではない。むしろ、客観的成立要件を確認しなければこれを認識等の対象とする主観的要件について判断できないことが重要であろう。防衛の意思を含む正当防衛の全成立要件が存在する場面でも、結果価値たる正当防衛状況を不問に付したまま行為価値たる防衛の意思について判断することは不可能であるが、そのことは偶然防衛でも異ならない。そこでも客観面を先に論ずる必要性が認められ、その充足によって結果価値が生ずるのである。

第二節 結果価値と行為価値の併存の要求

一 既遂説も、構成要件段階では結果反価値と行為反価値を分け、結果反価値が欠ける場合に既遂不法を否定して未遂犯の成立に止める。その一方で、正当化判断の対象は構成要件該当事実全体であるとしてその一部の

5) 飯島・自由の普遍的保障と哲学的刑法理論 148 頁。

6) 飯島・自由の普遍的保障と哲学的刑法理論 150 頁以下。

正当化を認めず、結果反価値のみを阻却して既遂不法を除去することを否定する⁷⁾。構成要件については一部の充足にも意味を認めながら、正当化事由には全要件が満たされなければ何等の効果も付与しない。このような正当化事由の特性につき、或る見解は、「違法阻却事由が成立する結果として、結果無価値が欠如するのであるから、論理的に先行するのは、常に、当該違法阻却事由の成否である。」と説き、防衛の意思の要件を充足しない偶然防衛で結果価値の生成とそれによる結果反価値の止揚、違法減少を認めることを結論の先取りと断じている⁸⁾。

しかし、正当化要件の一部しか具備しない行為であっても、凡そ要件を具備しない行為と比べれば違法性が減少することは、広く承認を受けていると言って良い。防衛行為の必要性、相当性要件が欠ける過剰防衛による刑の減免の根拠を、多数説は違法減少に求めており、これと対立する責任減少一元説も過剰防衛における違法減少の存在それ自体は否定していないからである⁹⁾。なお、過剰防衛では、偶然防衛の場合とは異り、36条2項という規定が存在するが、超法規的な違法性の阻却、減少が可能である以上、規定の有無に意味があるとは思われない。

二 正当化事由で部分的な効果の発動を認めないのは、構成要件と正当化の両段階の間に「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する」¹⁰⁾ものである。その根拠を、構成要件該当性と正当化事由の原則例外関係に求めるものがある。許容は例外的であるから全要件を具備することが必要であり、要件が一部でも欠ければ部分的な正当化も認むべきでない、と¹¹⁾。

これは、構成要件該当事実の錯誤と正当化事情の錯誤とで故意犯の成否

7) 木村龜二（阿部純二増補）『刑法総論 [増補版]』（昭和五三）371頁、福田平『全訂刑法総論 [第五版]』（平成二三）159頁註4、大塚仁『刑法論集（1）』（昭和五一）164頁、西原春夫『刑法総論改訂版 [上巻]』（平成五）241頁註6、大谷實『刑法講義総論 [新版第5版]』（平成三一）282頁。また、佐久間修『刑法における事実の錯誤』（昭和六二）410、425頁。Aus deutscher Sicht NK-StGB-Paeffgen/Zabel, 5.Aufl., 2017, vor § 32 Rn128.

8) 深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否」岡法51巻4号（平成一四）100頁、130頁註85。但し、深町教授は既遂説には立たない。

9) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（平成二五）164頁、大塚裕史「過剰防衛論」法セ742号（平成二八）100頁。

10) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（平成七）129、142頁参照。

11) そのような趣旨ではないかと思われるのは、佐久間・刑法における事実の錯誤416頁。その他、同書407頁。

を分ける厳格責任説に親和性のある考え方と言えよう¹²⁾。従って、厳格責任説に対するのと同じ批判を向け得る。即ち、構成要件該当性が原則であり正当化事由が例外であるとされるのは、違法の根拠付けと阻却という方向の違いの謂に止まる。構成要件は違法類型であるから、正当化事由と同じく行為の違法性に関わり、構成要件該当事実の存在と正当化事情の不存在は等しく不法の前提であって、両者が揃って初めて行為の不法が確定する¹³⁾。また、被害者の同意が構成要件該当性と違法性のいずれを阻却するかは犯罪類型によって異るとされることもあるように、両段階の区別は固定的でもない¹⁴⁾。よって、既遂不法の存否についても、結果不法が構成要件段階で初めから根拠付けられなかった場合と、一旦根拠付けられた結果不法が阻却された場合とでは、同じく解さなければならない。後者に当たる偶然防衛でも、前者と同じく既遂不法は失われるのである。

第三節 構成要件該当結果の発生

偶然防衛でも構成要件該当結果は発生している。既遂と未遂の相違が飽くまでも構成要件的结果発生の有無によると考えるならば、この結果を手懸りとして既遂不法を認める道もあり得よう¹⁵⁾。

しかし、既遂不法を斯様に専ら現象面から捉えるのは失当である。そのことは、結果が発生しても因果関係が否定されれば未遂に止まることから既に明らかとも言える¹⁶⁾。尤も、そこでは帰属可能な結果はないため、既

12) 吉田敏雄「防衛意思について」内藤謙 = 芝原邦爾 = 西田典之編『香川達夫博士古稀祝賀』（平成八）所収 190 頁、大谷實 = 前田雅英『エキサイティング刑法〔総論〕』（平成一一）103 頁〔前田〕参照。

13) Herzberg, JA 1986, 192; 吉田・香川古稀 190 頁。

14) 中森喜彦「錯誤論 3・完」法教 108 号（平成元）42 頁。同旨、松原芳博「偶然防衛」現刑 56 号（平成一五）50 頁。

15) 福田平 = 大塚仁『対談刑法総論（中）』（昭和六一）17 頁〔福田〕、西原・総論上 241 頁註 6、大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（平成二〇）391 頁註 22、大谷 = 前田・エキサイティング刑法〔総論〕102 頁〔大谷〕、川端博『刑法総論講義（第 3 版）』（平成二五）370 頁、津田重憲『正当防衛の研究』（昭和六〇）255 頁、立石二六『刑法総論〔第 4 版〕』（平成二七）149 頁、同『刑法解釈学の諸問題』（平成二四）25、29 頁、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判時 824 号（昭和五一）4、5、6 頁、佐久間・刑法における事実の錯誤 417 頁以下、LK-StGB-Hirsch, 11. Aufl., 1994, Vor § 32 Rn61.

16) LK-StGB-Rönnau, 13. Aufl., 2019, Vor § 32 Rn90; LK¹³-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn268.

遂説はそのような場合も結果の欠如に含めるのであろう。とは言え、刑法上の因果関係を経て発生したあらゆる結果が既遂不法を構成すると見るのはやはり誤っている。刑法は不法の生成を阻止するものであるから、問われるべきは不法結果（Unrechtserfolg）である¹⁷⁾。未遂説のフリッシュが既遂説の主張を次の如く喝破するのも同様の思考に出たものであろう。曰く、法律効果の相違をもたらす態度の相違は評価的観点によって決定される。刑法典では生活感覚（Lebensnähe）も重んじられて、法律効果が典型的な前法的相違（vorrechtliche Unterschiede）へと結び付けられているが、これは評価にとって重要な相違を把握する補助手段としてのみ意味を持ち、前法的評価と規範的評価が乖離する場合には、後者を優先すべきである。結果の有無に囚われる既遂説は「前法的事象を自然主義的に誇張」している、と¹⁸⁾。構成要件的结果発生の有無と既遂未遂が通常は対応するのは、前者が結果反価値の有無と事実上一致するからであって、基準は結果反価値にある。従って、対応関係が崩れる偶然防衛では結果反価値のみに着目し、その不存在故に既遂を否定せねばならないのである。

第四節 行為反価値一元論

第一項 総説

以上により、偶然防衛では結果価値が認められ、その効果として、構成要件段階で根拠付けられた結果反価値が正当化段階で取り除かれること、構成要件的结果の発生それ自体を既遂不法の手懸りとする 것도できないことが明らかになった。その時、既遂不法の根拠として残るのは行為反価値しかない¹⁹⁾。

17) Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.224f. 同旨、吉田・香川古稀 191 頁。

18) Frisch, Lackner-FS, S.140. Vgl auch Graul, JuS 2000, L43. ラートも、刑事不法では「評価的に把握された現実」が決定的であると述べる（Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S.281）。さらにヘルツベルクは、ドイツ刑法 22 条の未遂犯処罰規定が「犯罪行為（Straftat）」の未遂と定めていることにつき、単なる結果ではなく「犯罪固有の不法（das deliktsspezifische Unrecht）」に着目しているのは明らかとする（Herzberg, JA 1986, 193）。

19) Vgl Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 25/34.

第二項 事前判断説

一 構成要件、正当化の段階では規範の名宛人を一般人とし、「行為者および一般人が認識した事情ないし認識しえた事情を基礎にして違法性判断がなされなければ、刑法は、一般的な行為規範として機能しえない。」と説いて、正当防衛の全成立要件を事前判断する川端博士は、偶然防衛においても「事後的に行為者ないし一般人の認識を抜きにして法益侵害だけで結果反価値の存否・減少を論ずるのは不当」とし、「行為反価値も結果反価値も一般の既遂犯と同じ」と解している²⁰⁾。

しかし、このような事前判断は、利益衝突の解決、適法行為の衝突の回避という正当化事由の任務に抵触する。この任務から、正当化の段階では行為の違法適法が一義的に示される必要があるため、事後判断が要請される。通説が正当防衛の前提状況の存否を事後的に判明した全事情に基いて判断する一つの理由もこの点にあると言って良く、事前判断説は正当防衛等の適法行為同士の衝突を招来するという看過し得ない問題を孕む²¹⁾。さらに、行為時の一般人ならば正当防衛事実の存在を知り得た偶然防衛の場合には、事前判断の立場からも、既遂犯より不法が減少することになるのではあるまいか。

よって、事前判断の観点に依拠して既遂説を主張することは困難である。

二 小暮博士は、折衷的相当因果関係説の立場から、因果関係の「相当性判断の対象となる後行事实は、行為者にとっての有利不利を問わないものと解するのが自然であろう。」とし、偶然防衛において「防衛の結果が相当性の範囲外に立つかぎり、これを行為者の有利に援用すること」を否定した²²⁾。そうすると、結果価値が発生しないものとされるため、構成要件段階の結果反価値が除去されないまま残り、既遂不法が認められることになる²³⁾。さらに既遂説の論者の中には、偶然の防衛結果を考慮すること

20) 川端博「偶然防衛」植松正＝曾根威彦＝川端博＝日高義博『現代刑法論争Ⅰ（第二版）』（平成九）所収133頁以下。

21) 拙稿「防衛行為の相当性（一）」法學論叢136巻2号（平成六）39頁。

22) 小暮得雄「正当防衛」『刑法講座第2巻』（昭和三八）所収141頁以下。

23) 同方向にあるのは、西村・判時824号5頁、内山良雄「偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少」獨協86号（平成二四）31頁。防衛の意思不要説に立つても、このように考えれば既遂犯が成立することを示唆するのは、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開——総論Ⅰ』（昭和六三）所収138頁。

を結果責任主義と言い切るものもある²⁴⁾。また、既遂説以外の立場からも、本来は構成要件段階で用いられる相当因果関係説の判断方法を正当化の段階で援用することについては、両段階が違法性を基礎付けるか阻却するかを表裏の関係にあるため可能かつ自然との好意的評価がある²⁵⁾。

しかしこの見解は、相当因果関係説の装いを纏ってはいるものの、問題とされているのは結果の行為への帰属ではなく、偶然防衛における正当防衛の客観的要件の存否である。事後的には存在するこの要件を否定するのは事前判断によるものに他ならず、与することはできない。

また、折衷的相当因果関係説による偶然の防衛結果の不考慮は、偶然防衛の凡ての事例に妥当するものでもない。急迫不正の侵害の存在は、行為者にとっては偶然であっても一般人にとって認識予見が可能であれば判断基底に入り、因果関係が肯定されて結果価値が認められることになる。小暮博士はこの場合にこそ問題が残るとしながら、そこでも既遂を認める明確な根拠を提示していない²⁶⁾。

第三項 故意不法への着目

既遂説の論者の中には、行為者の主観を重視し、主観的行為反価値としての故意不法のみによって既遂不法を根拠付けるものがある。平場博士は、結果反価値に独立した意味を認めない徹底した人的不法論の立場から、偶然防衛は「行為計画を遂行してその結果に到達した……規範違反の成果」であるとして既遂を認める²⁷⁾。佐久間教授も、「行為者の犯罪実現に向けられた主観的態度が、故意犯に相当する反規範的人格態度であること」を既遂説の根拠とする²⁸⁾。

偶然防衛における故意不法の存在には異論を挟む余地はないが、このような主観のみを手懸りに既遂不法を認めることは凡そ支持されないであろう²⁹⁾。

24) 佐久間・刑法における事実の錯誤 419 頁、飯島・自由の普遍的保障と哲学的刑法理論 151 頁註 86、西村・判時 824 号 5 頁。

25) 松本圭史『刑法における正当化と結果帰属』（令和二）72 頁。

26) 小暮・刑法講座第 2 巻 142 頁。

27) 平場安治「刑法学における私の立場」刑難 30 巻 3 号（平成二）346 頁。

28) 佐久間・刑法における事実の錯誤 425 頁。

29) LK¹³-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn268; 高橋則夫『刑法総論 [第 4 版]』（平成三〇）289 頁、井田良『講義刑法学・総論 [第 2 版]』（平成三〇）280 頁及び註 90、同「違法性阻却の構造とその実質的原理」山口厚 = 井田良 = 佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（平成一三）所収 71 頁、松原芳博『刑法総論 [第 3 版]』（令和四）

第四項 小結

一般人基準の事前判断或いは行為者の故意不法という行為反価値のみから既遂不法を根拠付けることには、重大な疑義がある。また、行為反価値一元論は、未遂犯処罰規定がない場合には、結果反価値も可罰的行為反価値もない所で既遂を認めることになり、その不当性が一層明らかである³⁰⁾。

第五節 既遂説の帰結

第一項 偶然防衛行為に対する正当防衛

一 既遂説は偶然防衛の行為も結果も違法視するのであるから、これを阻止することが正当防衛として許されるのではあるまいか³¹⁾。Xが甲によって甲所有の建物の中に違法に監禁されており、そのことを知らない乙が専ら侵入窃盗の目的で建物の扉を破る偶然防衛としての建造物損壊行為を丙が暴行によって阻止するヤコブスの事例³²⁾を素材として、丙の行為に甲の法益を守るための正当防衛が成立するかを確認する。

丙の防衛の意思には、乙の行為を急迫不正の侵害たらしめる事実とこの行為を阻止する正当防衛に当る事実の認識が必要であろう。第一に、丙が違法な監禁の事実を認識していた場合、乙の防衛の意思の欠如という乙の行為の正当防衛の成立を妨げる事実の認識があれば丙の防衛の意思は肯定され、正当防衛が成立する。第二に、丙が監禁について不知であれば、乙が違法に扉を破るという急迫不正の侵害に当る事実の表象があり、これを防衛の意思と見て良いとすれば、丙の阻止行為に正当防衛が成立する。

以上の如く、既遂説を採用することによって、偶然防衛を正当防衛で阻止し得る場面が生ずるのである。

二 しかし、偶然防衛に対する正当防衛を認めることには疑問がある³³⁾。先ず、攻撃者自身が偶然防衛に反撃する場合、その行為と当初の攻撃行

170 頁、関哲夫「偶然防衛についての一考察」國士館 37 号（平成一七）8、9、33 頁、日高義博『違法性の基礎理論』（平成一七）69 頁。振津隆行『刑事不法論の研究』（平成八）53 頁も同旨か。

30) Frisch, Lackner-FS, S.141f.

31) 吉田・香川古稀 191 頁参照。

32) Jakobs, Strafrecht AT, 2.Aufl., 1991, 11/22.

33) これを既遂説の重大な欠点と見るのは、Kleszczewski, Strafrecht AT, 3.Aufl, 2017, Rn368.

為が同じ態様であれば——身体への加害の事例に多いと思われる——不都合が生ずる。攻撃者が計画通りの法益侵害を行うことに、法秩序が御墨付を与えることになるからである³⁴⁾。

次に、ヤコブスの事例の如く、偶然防衛行為を攻撃者以外の者が阻止することは、不正の侵害の実現を促進することを意味し、その不当性は火を見るより明らかであろう³⁵⁾。またヤコブスは、先の監禁の事例において、丙が監禁の事実を知るため自ら防衛の意思を伴う正当防衛によって扉を破れる場合に、乙の偶然防衛行為を阻止できるのは失当とする³⁶⁾。偶然防衛を阻止した後で、阻止された行為と同形態の行為を自ら行い、いずれの行為も正当防衛になるとすれば、先の行為によって偶然防衛者は全く無意味な侵害を強いられることになるのである^{37) 38)}。

第二項 刑の減輕の可能性

既遂説も、偶然防衛における正当防衛の客観的成立要件の存在に何の意味も認めない訳ではない。ヒルシュはこれによって行為の違法性が減少すると考え、刑の減輕（独刑法 49 条 1 項）の可能性を肯定している³⁹⁾。我国の既遂説にも、これを行為者に有利な情状として考慮するものがある⁴⁰⁾。

34) Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.228. 偶然防衛行為を自招侵害と見てその観点からこれに対する正当防衛を制限し得る場合はあろうが、制限の要件を満さない事例（偶然防衛が予見不可能であった等）もあり、解決として不十分である。

35) さらに松原教授は、この不当性は、正当防衛の義務が認められる場合により大きくなると述べる。甲が殺害の意思で乙に銃を向けていることを知らずに乙が傷害の意思で甲に投石をしようとしている時、そこに通り掛かった警察官は、事情を知悉しており自分の行為によって乙が死ぬと知っていても、乙の投石を阻止すべきことになる、と（松原・現刑 56 号 51 頁以下）。

36) Jakobs, Strafrecht AT, 11/22; zustimmend Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, S.290.

37) Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.228f.

38) さらにヤコブスは、既遂説によると、主観的正当化要素を備える者が、正犯としては適法に行為し得るにも拘らず、主観的正当化要素なき正犯に対する幫助としては可罰的となり、不都合と説く（Jakobs, Strafrecht AT, 11/22; zustimmend Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, S.290）。ヤコブスは偶然防衛の事例を挙げていないが、甲が正に乙を殺そうとしており、乙がそのことを知らずに甲を殴ろうとしている時に、甲の意図を知らずに乙に凶器を手交する丙の行為が考えられよう。尤も、過失による幫助を否定する通説に従う時、乙の正犯行為の違法性を根拠付ける事実としての乙における防衛の意思の欠如について、丙には故意が必要である。

39) LK¹¹-StGB-Hirsch, Vor § 32 Rn59, 61; ähnlich Kleszczewski, Strafrecht AT, Rn370; NK²-StGB-Paeffgen/Zabel, vor § 32 Rn128.

40) 西村・判時 824 号 4、5、6 頁、佐久間・刑法における事実の錯誤 421 頁註 13。

しかし、既遂説が、量刑段階とは言え、偶然防衛における結果価値の存在に意義を見出すのは、主張の一貫性に疑念を生ぜしめる。偶然防衛に結果価値を認めない見解（第一節）、偶然防衛では行為反価値が残る以上結果反価値の阻却を認めない見解（第二節）、既遂不法の根拠を構成要件の結果の発生に由来する結果反価値に求める見解（第三節）⁴¹⁾、行為反価値一元論に立って行為反価値さえあれば完全な既遂不法が備わるとの見解（第四節）のいずれも、偶然防衛における結果価値による結果反価値の止揚を否定しており、結果価値故の刑の減輕を認めることとは整合しないように思われるのである⁴²⁾。

なお、刑の減輕という効果は、次章で見る未遂説が認める未遂減輕としての刑の任意的減輕と異なるため、既遂説から未遂説への大きな歩み寄りとして評し得る⁴³⁾。違いは、未遂犯が成立しないため未遂説では犯罪不成立となる場合に限り得ると言っても過言ではない。

第六節 小括

以上の如く、偶然防衛について結果不法の残存を認めることは、説得力を持って論証されていない⁴⁴⁾。そして、独り残る行為不法に既遂不法を根

41) Vgl. *Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement*, S.281.

42) 内田文昭『刑法概要中巻』（平成一一）91頁註22。また、明照博章『正当防衛権の構造』（平成二五）297頁。

43) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平成一九）245頁註122。

44) 既遂説にはさらに、正当防衛においても結果反価値が残る、況んや偶然防衛においてをやと論ずるものがある。即ち、正当防衛による正の法益の保全という結果価値と不正の法益の侵害という結果反価値は、「別物に対する別々の評価である」ため「両立し得」、結果反価値は残る。しかも、結果反価値は防衛効果が認められて初めて除去されるが、防衛効果は不要とされている。従って、「正当防衛の正当化はもっぱら行為価値によって基礎づけられる。」と（康元燮『偶然防衛』早研63号（平成四）104頁以下）。これは、防衛の意思という行為価値によって行為反価値が除去され、違法二元論では行為反価値なき違法はないことに正当防衛の正当化の根拠を求めるものである。

確かに、正当防衛における結果価値と結果反価値は、被攻撃者の法益客体と攻撃者の法益客体という異なる客体に生ずるが、同一の行為によってもたらされたものであり、その行為の違法評価に当ってこれらを対照し得ることは、緊急避難における利益衡量を持ち出すまでもなく明らかである。現に論者も、防衛効果がある場合には結果価値による結果反価値の相殺を認めている。また、防衛効果を不要とする多数説においても、行為が事前的に見れば防衛に向けられていたことは「防衛するため」の客観面として要求されており、結果価値の先取りとしての「危険価値」には意味が認められているのであって、これを無視するのは結果の側面

拠付ける力はない。既遂説は、行為者が実現せず、存在すらもしない不法について罪責を問うもので、不当である⁴⁵⁾。また、偶然防衛に対する正当防衛を認める帰結にも問題がある。偶然防衛について犯罪が成立するとしても、それは既遂犯ではあり得ず、未遂犯を限度とすべきことになる。

とは言え、当然のことながら、既遂犯の不成立が直ちに未遂犯の成立を意味する訳ではなく、未遂不法はそれ自体として根拠付けられることを要する。その検討を次章で行う。

に意味を見出さない一元的行為反価値論である。

45) *Gropp, Sieber-FS, Teilband I, 2021, S.131.*

第二章 未遂説

第一節 総説

偶然防衛では正当防衛の客観的成立要件が満され、既遂不法が欠落する。しかし、防衛の意思を欠くために故意不法が残る。その構造は、構成要件該当結果が発生せず、或いは発生した結果と行為の因果関係が欠けるものの、行為者の主観面においては完全な不法が存在する構成要件段階の通常の未遂と同じである。ここから未遂説は、未遂犯の処罰規定が存在することを前提として、偶然防衛に未遂犯が成立する可能性を認める¹⁾。

本章では、防衛の意思必要説の立場において、偶然防衛にはそもそも、そして如何なる要件の下で未遂犯が成立するかを、未遂犯と不能犯の区別基準として論ぜられている未遂犯の成立に必要な危険の判断方法(第二節)と、構成要件段階の未遂と正当化段階の未遂を同列に論ずることの可否(第三節)の二つの角度から考察する。その後、残された問題に目を向ける(第四乃至六節)。

第二節 不能犯論

一 未遂不法を専ら故意不法に求めるなら、故意犯の偶然防衛ではこれが常に認められるため、未遂犯の成立が肯定される²⁾。不能未遂を一般的

-
- 1) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11.Aufl., 2003, § 16/67; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13.Aufl., 2021, § 14/55; Fischer, StGB, 69.Aufl., 2022, § 16 Rn23, § 32 Rn27; SK-StGB-Günther, 6.Aufl., 1998, Vor § 32 Rn91; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: AT, 5.Aufl., 1996, S.330; Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13.Aufl., 2021, vor § 32 Rn14; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, 10.Aufl., 2022, § 29/8ff.; Kühn, Strafrecht AT, 8.Aufl., 2017, § 6/14-16, § 7/128; Matt/Rezikowski/Engländer, StGB, 2013, Vor § 32 Rn8; Matt/Rezikowski/Heger/Petsche, StGB, 2.Aufl., 2020, § 22 Rn20; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, § 25/34, 26/27; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 5.Aufl., 2019, § 25/9f.; Rengier, Strafrecht AT, 13.Aufl., 2021, 17/18; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 14/105; Safferling, GA 2020, 74; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 50.Aufl., 2020, Rn415; 野村稔『刑法総論(補訂版)』(平成一〇) 227頁註4、同『未遂犯の研究』(昭和五九) 164頁註10、森下忠『刑法総論』(平成五) 98頁、井田・総論 280頁、齊藤誠二『特別講義刑法』(平成三) 88頁。
- 2) 我国でこの立場に立つようにも思われるのは、未遂犯の成立を認める理由を、正当化事情を認識しない行為者には、構成要件該当行為を行う故意と客観的に帰属可能な行為によって行為反価値が肯定されることに求める吉田教授である(吉

に可罰的とするドイツ（独刑法 23 条 3 項）で有力な見解である³⁾。

しかし我国では、「構成要件段階の未遂」については、主観的な行為反価値のみで可罰的な未遂不法を認めるのは違法を余りにも主観化するものとして斥けられており、その理は「正当化段階の未遂」でも妥当する。偶然防衛で故意不法のみを手懸りとした未遂犯処罰を認めるならば、「意思処罰」の非難を免れない⁴⁾。

二 そこで、未遂犯の成立を認めるためには、故意不法に加えて更なる要素が必要である。まず「構成要件段階の未遂」について見れば、規範違反説に由来する具体的危険説⁵⁾がそのような思考に出ており、一で見た見解よりも未遂犯の成立を限定するものとして支持できよう。具体的危険説は、未遂不法に一般人の目から見た法益侵害の危険も必要とし、これを欠けば不可罰の不能未遂とする。そうであれば、「正当化段階の未遂」の成否が問われる偶然防衛でもこれに対応させて、正当防衛の客観的成立要件の不存在という違法な事情を一般人も誤信する客観的危険も存在して初めて、未遂犯の成立を認むべきである⁶⁾。その場合、「構成要件『結果』だけが適法とされ、発生した違法な『危険』、すなわち、具体的危険はなお残存しており、それは正当化されない⁷⁾」のである。攻撃要件について言えば、行為者のみならず一般人も攻撃の存在を知り得なかった場合にのみ、未遂犯が成立する。他方、一般人ならば攻撃の存在を認識し得た場合には、誰が見ても銅像と分る物を行為者は人と信じて殺そうとした場合と同じ

田・刑法理論の基礎 229 頁以下)。大嶋一泰『刑法総論講義案（第二分冊）』（平成八）186 頁も同旨か。

- 3) Statt vieler Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 30. Aufl., 2020, Vor §§ 32ff. Rn15. なお、同規定は刑の任意的減免を定めており、通常は刑が免除されるとの指摘もあるが^s (Kleszczewski, Strafrecht AT, Rn370)、これは有罪判決の一種であるから、処罰の限定として不十分である。
- 4) 松原・現刑 56 号 51 頁、同「偶然防衛をめぐる諸観点」高橋則夫他編『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』（平成三〇）所収 93 頁、関・國士館 37 号 13 頁。山中博士も、「未遂の成否を主観的要素にかからせる」未遂説を不当とする（山中敬一『刑法総論 [第 3 版]』（平成二七）468 頁）。我国ではドイツより客観的な規範違反性が前提とされていると見るのは、松原・日高古稀上 92 頁註 24。
- 5) 拙稿・高橋古稀上 469 頁。
- 6) 中義勝『刑法上の諸問題』（平成三）85 頁以下、同『講述犯罪総論』（昭和五五）136 頁、井田・理論刑法学の最前線 71 頁。行為反価値と結果反価値を分離して前者のみの残存を認める未遂説を批判しつつ、偶然防衛の違法が「既遂を予定した法定刑に値する程度には達しない」ことから未遂とする内田博士の見解（内田・刑法概要中巻 91 頁註 22）も、実質的には同趣旨であろう。
- 7) 高橋・総論 289 頁註 50。

く、一般人の目から見て違法な事実が実現される危険が存在しないため、未遂不法が欠ける。その時、防衛の意思を欠く以上正当防衛は成立しないが、結果不法も行為不法も欠けることを理由とする超法規的違法阻却により不可罰となる^{8) 9)}。

付言すると、正当防衛の客観的成立要件を満すのみならず行為者が防衛の意思を有していた場合は、一般人は正当防衛の客観的成立要件の存在を知り得なかったとしても正当防衛である。そこで未遂犯が成立しないのは、防衛の意思によって故意不法が取り除かれることによる。そうすると、防衛の意思は既遂不法を否定するためには何の役割も演じないが、未遂不法を否定するためには必要な場合もあるということになる¹⁰⁾。

第三節 構成要件と正当化の対応関係

第一項 問題の所在

未遂説は、偶然防衛が行為不法の存在と結果不法の不存在の点で構成要件段階の未遂と同じであることから、既遂不法を否定する一方で未遂不法を肯定している。斯様に両段階の未遂を同列に論ずることに対しては、二つの方向から批判が投げ掛けられている¹¹⁾。

8) 防衛の意思なき行為を適法とするのは、防衛の意思必要説として一貫しないと批判として、松原・総論 170 頁。しかし、正当防衛の成立を認める訳ではないから、この批判は当たらない。

9) 未遂論固有の議論であるため詳論する余裕はないが、未遂犯の危険に具体的危険よりも高度のものを要求するならば、防衛の意思必要説を採っても、偶然防衛では未遂すら成立しない結論に至り得る。そのような方向にあると見られるグループは言う。「未遂は、行為不法としての、犯罪に向けられた悪しき意思のみから成るものではない」。ドイツ刑法 22 条の「直接的開始という『結果不法』乃至客観的事態不法を示すべき」であって、「構造上、表象された犯罪行為の法的に記述された反価値と不法に対応」し、現実に法益を威嚇するか、少なくとも外観上危険でなければならない。主観的正当化要素は欠けるが客観的正当化要件の存する場合には、実現された事態 (Sachverhaltsverwirklichung) は負 (minus) ではなく、法に適合する別物 (aliud) であるから、その直接的開始も違法でない、と (Gropp, Sieber-FS, Teilband I, S.133f.; Gropp/Sinn, Strafrecht AT, 5.Aufl., 2020, § 5/54ff.)。「実現された事態」を重視するグループは、未遂不法を事後判断し、行為時に正当防衛の事実が存在しない危険があることを未遂不法の根拠とは成し得ないと説くもののように思われる。後述第二項三も参照。

10) Frisch, Vorsatz und Risiko, S.457.

11) その他、既遂説のヒルシュは、未遂の本質を「何かを実現しようとして果せなかった」ことに求め、正当化の客観的要件は存在するが対応する主観が欠ける場合はその逆であるとして未遂説を批判する (LK¹¹-StGB-Hirsch, Vor § 32 Rn61)。

一つは、未遂説が構成要件と違法性の区別を解消する消極的構成要件要素の理論と親和性があるというものであるが¹²⁾、この区別を強調する既遂説への批判として既に述べたこと（第一章第二節二）を以て反論と成し得る。即ち、消極的構成要件要素論を採用せずとも、構成要件を違法類型と解する以上、「構成要件該当事実と違法性阻却事実とは行為の違法性を決定する点で同性質」と考えることは可能である¹³⁾。それ故、既遂の成否に関しても、構成要件と違法の区別に意味を認むべきではなく、いずれの段階でも結果反価値の欠如によって既遂を否定し得るのである¹⁴⁾。

もう一つの批判は、各段階における結果不法の欠如が態様を異にすると考えて、構成要件段階の未遂で認められる未遂不法が偶然防衛では認められず、よって偶然防衛は不可罰になるというものである。項を改めて論ずる。

第二項 結果反価値の不存在と結果価値の存在

一 斯かる批判の萌芽は、我国では、防衛の意思必要説に立つ佐伯博士に見られた。博士は偶然防衛につき、「未遂としての不能犯に似ているが、」¹⁵⁾「法がその事態の解決として肯定するところと同一（少なくとも外見上）の結果（不法侵害者の犠牲における利益の維持……）が、当該の行為によって生ぜしめられている」点で「それよりもう一つ複雑である。」として、構成要件の結果が発生しなかった通常の未遂との違いを認めた。尤も、留保を付した上ではあるが、「不能犯において主観的違法要素を認める以上、ここでも態度を異にするわけには行くまい」と述べ、既遂か未遂かは明言しないまま行為を違法としていた¹⁵⁾。しかし後には、具体的危険説の立場

確かに、偶然防衛は、「正当化を実現しようとせずして実現した」場合であるが、行為者は犯罪的意図を有していたのであるから、「違法な事実を実現しようとして果せなかった」と見るのがむしろ実態に合致しており、これは未遂そのものと言えよう（Herzberg, JA 1986, 193; Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.236）。

12) 未遂説は消極的構成要件要素論の立場からのみ「首尾一貫して主張し得る」と述べるのは、井田・犯罪論の現在と目的的行為論 144 頁。また、松本・刑法における正当化と結果帰属 61 頁。佐久間教授も、「構成要件と違法性の質的差異」に鑑みれば、「客観的には（基本的な）構成要件さえ完全には実現しなかった」「構成要件該当事実の欠缺」としての通常の未遂犯と、「偶然に与えられた客観的正当化状況」としての偶然防衛を同列に論ずることは許されないと述べる（佐久間・刑法における事実の錯誤 417 頁以下）。

13) 中森・法教 108 号 42 頁。

14) In diesem Sinne Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13.Aufl., 2021, § 14/55.

15) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（昭和四九）271 頁以下（初出昭和一二）。

からも、「行為者の計画が彼の行為に具体的にいかなる危険の意味を与えるのか」を考慮すべきであり、客体が「法の保護の外にある」偶然防衛行為には刑罰を以て臨むに及ばないと説くに至ったのである¹⁶⁾。

近時では、防衛の意思不要説を支持する松宮教授が未遂説を批判して言う。攻撃者に発生した防衛結果を正しいものとして結果不法を否定しながら行為不法を認める未遂説は、例えば攻撃者が殺された結果を是認しながら殺す行為を違法とするような、「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」という詭弁を弄するものである、と¹⁷⁾。また、松本講師は、正当防衛に未遂犯が成立しない理由を、結果価値の発生によって「既遂犯を基礎づける結果無価値」のみならず「未遂犯を基礎づける結果無価値」も取り除かれることに求め、結果価値を根拠に偶然防衛の未遂不法を否定している¹⁸⁾。

これらは、「正当化段階の未遂」には構成要件段階の未遂とは異って積極的な結果価値が存在することに着目するものと思われる。この点は、ドイツの少数説によってより本格的に論ぜられているため、以下で紹介、検討することにした¹⁹⁾。

二 ドイツでは、防衛の意思必要説に立ちながら、構成要件段階の未遂と「正当化段階の未遂」における結果不法の違いを理由として、後者に当る偶然防衛では未遂犯の成立を認めない見解が主張されている。

その嚆矢とされるラートは言う。刑法は、被害者の作用力(Wirkungsmacht)への侵害を規律するものである。よって未遂においても、行為者の法敵対的心情の表動に加えて、既遂でも要求される被害者領域への外部的介入が必要である。後者は、被害者を構成要件に類型化された形態で攻撃するものであり、被害者はこれに対して直ちに反撃せねばならぬとの表象を惹き起こされ、それによって、無条件の命令(der unbedingte Imperativ)の意味で生産的に投入し得た作用力を現状の維持のために用いることしかできなくなる。攻撃を受けるとの被害者の認識、被害者の作用力への侵害をも

16) 佐伯・総論 319 頁。

17) 松宮孝明『刑法総論講義〔第 5 版補訂版〕〕(平成三〇) 154 頁。結果反価値を否定しながら行為反価値を認め、それに未遂不法を肯定することを、「違法性判断の一体性からみて疑問」とするのは、関・國士館 37 号 12 頁。

18) 松本・刑法における正当化と結果帰属 59 頁以下。

19) さらに、吉田・刑法理論の基礎 229 頁参照。

たらずのは、行為者の現実の態度である。逆に、被害者が直ちに迷わず不能と知り得るか被害者領域が存在しない場合には可罰性が否定される。

他方、主観的正当化要素を欠くが客観的正当化要素を備えた行為は、客観的に相互作用力の関係を改善しているため、法的には是認され、場合によってはその遂行が命ぜられさえする。行為の相手方即ち攻撃者が攻撃されると表象したことも、未遂不法を支えるには至らない。刑事不法は単なる表象世界ではなく相互関係内の現実の事情を基準とすべきであり、行為者の態度の客観的な文脈が重要である²⁰⁾。

三 ラートの見解は、長きに亙りドイツで殆ど注目されることがなかったようであるが、十数年後にこれに対する支持を表明し、展開させたのがグロップである。曰く、砂糖に致死力があると信じてそれで人を殺そうとする行為や、散弾銃で3キロメートル離れた場所にいる者を射殺しようとする行為は、被害者の死という行為者の表象が人的反価値として違法であるに止まらず、主観の表動としての粉末の投与や発砲も事態反価値として外形的に (*äußerlich*) 違法である。しかし、偶然防衛行為は、人的反価値はこれと同じでも、行為が外形上法秩序に合致する (*nach außen der Rechtsordnung entspricht*) ため、攻撃者への侵害という事態反価値の実現は適法である。このように、単に法中立的 (*rechtsneutral*) にではなく法保全的 (*rechtswahrend*)、法忠誠的 (*rechtstreu*) に振舞った者を主観面の違法故に未遂犯として処罰するのは、心情刑法である²¹⁾。

四 以上のドイツの見解は、構成要件段階の未遂と正当化段階の未遂の、初めから結果不法が欠けるのか一旦認められた結果不法が阻却されるのかの違い、即ち結果反価値の不存在と結果価値の存在の違いに、未遂不法の成否を左右する重要性を認めている。未遂不法を構成する要素としてラートの挙げる被害者の作用力への侵害、グロップの挙げる事態反価値は、偶然防衛の事例では存在せず、論者はこのことを手懸りに未遂犯の成立を否定するのである。敷衍すれば、構成要件段階の未遂で結果反価値が否定されるのは、結果が是認されるからではなく、結果への否定的評価は維持されながら、結果が発生しないか、発生した結果を行為に帰属できないことを理由とする。それ故、その結果に向けられた行為を違法と評価しても矛

20) *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement, S.260ff., 631 ff.

21) *Gropp*, Strafrecht AT, 4.Aufl., 2015, § 5/55f.

盾はない。しかし、偶然防衛では結果が是認されているため、行為の反価値も認められず、故意不法は残るとしてもそれだけで未遂不法を根拠付けるべきではないということであろう。

さて、結果反価値論の陣営からは、行為反価値は「法益に対する脅威すなわち危険」としての「先取された結果反価値」と位置付けられる²²⁾。殺意を以て被害者に向けて発砲したが急所を外れたため死ななかつたような構成要件段階の未遂の典型例における行為反価値は、被害者の死の客観的な危険、即ち死という結果反価値の前段階ということになり、行為反価値が結果反価値に包摂されよう。その時、以上の未遂説批判の言うように、結果反価値の否定によって行為反価値も否定されることになる。

しかし、行為反価値論における行為反価値の中味はより豊富であり、法益保護目的達成のために必要な要素を広く含み得る。事前の行為統制による法益保護を図るべく、法益侵害行為の禁止は行為時の一般人に向けられる。未遂不法も、先取された結果反価値である「真に危険な（危険結果を伴う）未遂」のみならず、行為の時点で「一般通常人の見地から危険なものにとどまる未遂」を含む²³⁾。上記の発砲の例が該当する前者の未遂と異なり、弾が入っていない銃を装填されたものと誤信して被害者に向けて引金を引いたような後者の未遂は、客観的な法益侵害の危険たる結果反価値に包含されない未遂犯独自の客観的行為反価値を示す。このように、客観面における行為不法が結果不法を超えれば、偶然防衛で結果不法が阻却されても、結果不法の先取りではない一般人基準の客観的行為不法はなお存在し得、これと主観的行為不法たる故意不法の二つの行為不法が、未遂不法を構成するのである。例えば偶然防衛による殺人においては、一般人が見ても正当防衛状況にはないのであれば、法が攻撃者の死の結果を是認しつつ、当該殺害行為に出ることを否認しても矛盾は生ぜず、客観的行為不法と殺人の故意が相俟って殺人の未遂不法が形成されることになる。

従って、構成要件段階で結果反価値が存在しない構成要件段階の未遂と、発生した構成要件の結果が正当化される偶然防衛は、結果不法の不在の点のみならず、行為不法の存在の点でも同列に論ぜられて良いのであり、後者についても未遂犯の成立を認めることができる。

22) 佐伯・総論 175 頁。

23) 未遂にはこの二種類があることにつき、井田・総論 453 頁。

五 偶然防衛で未遂不法を認めることについてはさらに、一般人による正当防衛の客観的要件の不存在の誤信という事前判断を採用する点も疑問とされ得る。前述（第一章第四節第二項一）のように、利益衝突の一義的な解決という正当化事由の任務を全うするためには、事後判断を以て原則とすべきだからである。

この問題は、具体的には、後述（第六節第二項）する偶然防衛行為に対する正当防衛の可否という形で現れる。即ち、偶然防衛行為が未遂不法を帯びるかは事前判断により、急迫不正の侵害に当るかは事後判断によるところ、前者が否定され後者が肯定されれば適法な偶然防衛行為に対する正当防衛という看過し難い事態が生じてしまう。しかし未遂説は、事後判断によれば違法となる行為を適法化するものではなく、逆に未遂不法を根拠付ける方向で事前判断を用いるものであるから、事前判断によって偶然防衛行為が適法とされて適法行為の衝突が生み出される懸念は存しない。偶然防衛の未遂不法の判断を行う際には、行為時の一般人を基準とする事前判断を導入し得る所以である。

第三項 未遂犯処罰規定の適用

未遂説の内部で、未遂規定の適用方法が争われている。構成要件段階で既遂に達した偶然防衛は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」（43条本文）場合に当たらないとして、準用に止める見解が有力である²⁴⁾。より重い既遂犯の処罰から解放する行為者に有利な類推であるとも言われるが²⁵⁾、既に述べたように、既遂犯の不成立が未遂犯の成立を意味する訳ではないから、未遂処罰を根拠付ける行為者に不利益な類推解釈と見るべきであり、罪刑法定主義違反の疑いを免れない²⁶⁾。

24) 吉田・刑法理論の基礎 231 頁。また、同・香川古稀 191 頁。結論として、曾根威彦『刑事違法論の研究』（平成一〇）181 頁、野村・総論 160 頁以下、226 頁、同・未遂犯の研究 163 頁、高橋・総論 289 頁。In Deutschland SK⁶-StGB-Günther, Vor § 32 Rn91; Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: AT, S.330; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, § 29/9; Kühl, Strafrecht AT, § 6/16; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, § 25/34; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, § 9/154f.

25) 野村・未遂犯の研究 164 頁註 10、康・早研 63 号 91 頁、Steinbach, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1987, S.320f.

26) Insbesondere Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, S.275; ferner LK¹¹-StGB-Hirsch, Vor § 32 Rn61a; NK⁵-StGB-Paeffgen/Zabel, vor § 32 Rn126; LK¹³-StGB-Rönnau,

同条の文言は、「構成要件に該当する違法な結果」が実現されなかった場合を指すとも解せるため²⁷⁾、直接適用することに不都合はない²⁸⁾。実質的に見ても、未遂説は正当化段階の未遂を構成要件段階の未遂と同視する見解であるから、両者は規定の適用についても等しく扱われるべきであるように思われる²⁹⁾。

第四節 未遂説の体系的処理

未遂説が、既遂犯の構成要件該当性を肯定した上で、正当化の段階での検討を経て未遂犯の成立に止めるのは、「構成要件該当性の段階で事実上肯定された違法性、特に結果に関する違法性が違法性段階で消滅・減少することを理論的に認める」ものであり、そのことへの疑義が表明されている³⁰⁾。具体的な問題として浮上し得るのは、正当化の段階で既遂犯の成立を否定した後に未遂犯を肯定する道筋である。考え得るのは、再び構成要件に戻って未遂犯の構成要件該当性を肯定するか、正当化の段階に止まったまま未遂犯の成立を認めるかであろう。

前者の方法を採るなら、先ず既遂犯の構成要件該当性を肯定し、正当化段階で既遂犯の成立を否定した後、構成要件に戻って未遂犯の構成要件該当性を検討、肯定することになる³¹⁾。しかし、二度目の構成要件該当性の検討において、既遂不法の成立を斥ける結果価値としての正当防衛の客観的成立要件の存在を考慮することは体系的に不可能³²⁾なるが故に、再び既遂犯の構成要件該当性が認められることになり、未遂犯の成立には至り得

Vor § 32 Rn90.

27) 防衛の意思不要説の未遂説ではあるが、佐伯・刑法総論の考え方・楽しみ方 139 頁。必要説から同旨、井田・総論 280 頁、同『刑法総論の理論構造』(平成一七) 141 頁。

28) Im Ergebnis LK¹³-StGB-Rönnau, Vor § 32 Rn90; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 15/104; Streng, Otto-FS, 2007, S.474. その他、消極的構成要件要素論の立場(井田・総論 280 頁、同・刑法総論の理論構造 141 頁、同・理論刑法学の最前線 71 頁)や、偶然防衛で構成要件該当結果の発生を否定する前述はじめに註 2) の立場からも(Frisch, Lackner-FS, S.142 mit Fn115)、直接適用が主張される。

29) 井田・理論刑法学の最前線 71 頁、Herzberg, JA 1986, 193; LK¹³-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn269.

30) 関・國士館 37 号 14 頁。

31) Putzke, Jura 2009, 145; siehe auch Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn417.

32) 松本・刑法における正当化と結果帰属 67 頁以下。

ないように思われる。

従って後者の方法が残る。これによって既遂不法から未遂不法を導くバウマン／ヴェーバー／ミッチュは言う。「先ず構成要件該当性の段階で根拠付けられた既遂犯の不法内容が、違法性の段階で縮減され、所為を違法な既遂犯と評価することができなくなる。」と³³⁾。これは、既遂が未遂を概念的に包摂し、既遂犯の構成要件該当性が肯定されれば未遂犯についても然りと的前提から、正当化の段階で既遂の評価を未遂へと縮小するものであろう。しかし、先にも見た通り、未遂不法は既遂不法を超え得るため（第三節第二項四）、後者が前者を包含するとは言えない。偶然防衛の事案では、構成要件段階において、一般人が見れば正当防衛の客観的成立要件は存在しなかったであろうとの未遂不法固有の要素については判断されないまま、結果不法と行為不法から既遂不法が認められる。例えば、相手が自分を正に殺そうとしていることを知らない者が、客観的には正当防衛として相手を殺した場合、構成要件の段階では人の死をもたらす危険のある行為によって死亡結果が発生し、故意もあれば、結果不法と行為不法が認められる。一般人も攻撃の存在を知り得なかったことは正当化の段階で初めて考慮に入れられるため、そこで未遂不法が新たに付け加えられることを認めざるを得ないのである。これに対しては、「構成要件該当性の判断を経ていない事実について処罰を認めるという点で問題がある」と指摘されている³⁴⁾。しかし、正当化事情が構成要件段階で考慮される事実に限られないのは、緊急状況、行為の必要最小限度性、利益衡量が一定の正当化事由において要件とされていることから明らかであろう。その理論的根拠は、構成要件と正当化事由が行為規範の提示と利益衝突の解決という異った任務を帯びるところに求めることができる。構成要件と正当化事由は、違法に関わる点で同質であるとは言え、消極的構成要件要素論を採用しない立場は、両者にこのような役割の違いがあることまでも否定するものではない。

このように考えれば、構成要件該当性は既遂犯のまま、正当化の段階で既遂不法を否定し、然る後に同段階で新たに認定された客観的未遂不法と

33) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 16/68; siehe auch Murmann, GK, § 25/10 mit Fn13.

34) 松本・刑法における正当化と結果帰属 67 頁。

構成要件段階で認められた故意不法を手懸りに、未遂犯の成立を認めることになる。

第五節 構成要件該当結果不発生の場合

未遂犯の構成要件に該当する行為が、客観的には急迫不正の侵害に対する反撃として行われたが防衛の意思を欠いた場合も偶然防衛であり、未遂説によると謂わば「未遂の未遂」になる。これは不可罰を意味するのか³⁵⁾。

構成要件該当結果が発生した場合の偶然防衛について成立する未遂犯を仮に「既遂の未遂」と呼ぶなら、そこでは結果発生によって一旦は認められた既遂不法が正当防衛の客観的要件の充足によって除去され、一般人から見た危険性と故意不法から未遂不法が認められる。そもそも結果不法が存在しない「未遂の未遂」の場合も、既遂不法の欠如と未遂不法の存在は「既遂の未遂」と同じである³⁶⁾。構成要件段階でこれに対応する「未遂の未遂」は、自分の傘を他人の物と誤解し、その窃取に着手したがこれを遂げなかったような事例であり、少なくとも具体的危険説によれば未遂犯が成立し得ることに異論はなからう³⁷⁾。未遂に止まる原因は複数であり得、未遂にとって重要なのは実行の着手があり、既遂には至っていないことに尽きる³⁸⁾。よって、「未遂の未遂」の偶然防衛にも未遂犯が成立すると考えて良い³⁹⁾。

なお、以上に鑑みれば、偶然防衛における構成要件該当結果は結果不法を構成しないのであるから、その発生不発生は情状としても意味を持たないことにならう⁴⁰⁾。

35) 不可罰の結論を不当とするのは、佐久間・刑法における事実の錯誤 419 頁、日高義博「偶然防衛」植松他・現代刑法論争 I 131 頁、LK¹¹-StGB-Hirsch, Vor § 32 Rn61。また、未遂の未遂は「法的に不可能」と述べるのは、西村・判時 824 号 4 頁。

36) 井田・犯罪論の現在と目的的行為論 133 頁以下参照。

37) Vgl auch Herzberg, JA 1986, 193.

38) このように述べるリンクは、不能未遂の三つの原因が競合する次のような例も挙げている。甲は、アレルギー体質と誤信した被害者（客体の不能）を毒殺しようと、アレルギー反応を誘発すると信じた物質を与えたが、それは治療薬であったため（手段の不能）、被害者の重病が治癒した（推定的同意故の不能）(Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, S.237f.)。

39) 結果の発生した場合には未遂規定を準用し、不発生の場合には直接適用するのは、曾根・刑事違法論の研究 181 頁、高橋・総論 289 頁註 50、康・早研 63 号 91 頁。準用の問題点は第三節第三項で述べた。

40) Herzberg, JA 1986, 193.

第六節 未遂説の帰結

第一項 処罰範囲

一 未遂説に対しては、既遂説から処罰の軽さ、取り分け未遂犯処罰規定がない場合の処罰の間隙が指弾され⁴¹⁾、立法的措置の必要性を指摘するものもある⁴²⁾。しかし、現在の法状態は、立法者の決断として甘受さるべきであろう⁴³⁾。

二 逆に防衛の意思不要説からは、未遂説によれば、従来疑いなく正当防衛の成立が認められて来た事例でも未遂犯が成立しかねず、処罰の不当な拡大を招くとの批判がある⁴⁴⁾。例えば、攻撃者に傷害を与えるのは防衛行為として必要かつ相当であるが死なせるのは過剰である時、手足を狙い撃ちして傷害の結果が発生し、行為者に正当防衛状況の認識があったとしても、急所に当たるという過剰防衛に該当する違法な事実を未必的に認識していれば防衛の意思が否定され、一般人もそのような認識に到達し得るならば、殺人未遂が成立してしまう、と。しかも、防衛行為が必要性、相当性を逸脱しないよう万全の態勢を整えた上で反撃しない限り過剰に互る可能性はかなり高い⁴⁵⁾とすれば、未遂犯の成立は稀ではないことになろう。

尤も、防衛の意思に必要な主観の内実如何によって、未遂犯の成立範囲は変わる。これは、防衛の意思の中味をどのように構成するかという、本稿の範囲を越える問題であり、今後の課題とせざるを得ない。

第二項 偶然防衛行為に対する正当防衛

一 偶然防衛行為が未遂不法を帯びるなら、防衛の意思を持ってこれに対抗する行為は、正当防衛となるのか。

二 クライ／エッサーはこれを肯定する。具体的には、甲と乙が二人で奪った盗品を山分けする際に、甲が盗品を一人占めすべく乙を殺そうとし

41) *Paeffgen*, Armin Kaufmann-GS, 1989, S.425.

42) LK¹¹-StGB-*Hirsch*, Vor § 32 Rn61. 未遂説でこの方向を示唆するのは、*Jakobs*, Strafrecht AT, 11/23 Fn35.

43) *Graul*, JuS 2000, L43; *Herzberg*, JA 1986, 193; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, 6.Aufl., 2016, Rn469; *Kühl*, Strafrecht AT, § 6/16; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 14/105; 吉田・香川古稀 192頁。

44) 関・國士館 37号 13頁、また 17頁。

45) 松本・刑法における正当化と結果帰属 69頁以下参照。

ている時、そのことを知らない乙が同じ動機で甲を殺す偶然防衛行為に対する、甲の正当防衛権を認める⁴⁶⁾。

我国では、偶然防衛未遂説がドイツ程有力でないこともあってか、本項の問題が取り上げられることは少ないが、より一般的に未遂犯に対する正当防衛の可否の問題について論じた中博士は、積極的に解する。弾の入っていない銃を装填されていると信じた甲がこれでXを射殺しようとしている時、甲と同じ誤解をした乙がXの生命を守ろうとして甲を射殺する事例につき、具体的危険説の立場からXの生命への具体的な危険が認められて甲に殺人未遂罪が成立するならば、甲の行為を急迫不正の侵害と解して乙の正当防衛権を肯定するのである⁴⁷⁾。確かに、急迫性は侵害が未だ現実化せずとも認められるのであるから、未遂犯に対する正当防衛があり得ることには疑いを容れない。そうであれば、未遂犯が成立する偶然防衛行為に対して正当防衛を認めることは、直ちには斥けられないようにも見える。

三 しかしドイツの多数説は、偶然防衛行為から法益を保護する必要性を否定して、相手方の正当防衛権を認めない。

ロクシン/グレコは、防衛の意思を欠くが客観的には法を不法に対して防衛、主張する行為を、正当防衛によって阻止すべきではないと述べる⁴⁸⁾。この行為の未遂不法に対する法確証の必要はあるが、法益に対する危険がないとして、「攻撃」の要件を否定するのである⁴⁹⁾。ここでは、偶然防衛行為の結果不法を否定しながら、専ら行為不法の故に正によって対抗すべき不正と捉え、よってこれに対抗する行為に法確証の利益を認めるものの、法益保護の観点から正当防衛による対抗が否定されている。その背後には、正当防衛の峻厳さは法益保護原理のみによって説明でき、法確証原理即ち違法な攻撃を阻止し社会の平和秩序を確保する一般予防目的は正当防衛権の社会倫理的制限にとつてのみ意味を有するとのロクシンの主

46) *Krey/Esser, Strafrecht AT, Rn466 mit Fn37*. 但し、その理由としては、さもなくば「主観的正当化要素の理論が核心部分において価値を失う」と述べるのみである。なおハイニンリッヒは、甲は自招侵害に対する反撃を行うものとして、その観点から防衛行為が制限されると主張する (*Heinrich, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2016, Rn388*) が、この解決が満足行くものでないことについては、第一章第五節第一項二註34)。

47) 中・刑法上の諸問題 241 頁。

48) *Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 15/130*.

49) *Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 15/1, 9*.

張⁵⁰⁾があろう。レナウ／ホーンも、構成要件段階の不能未遂は「攻撃」ではないためこれに対して正当防衛が認められないのと同じく、結果不法を実現しない偶然防衛行為による法益侵害を攻撃者は受忍すべしと説く⁵¹⁾⁵²⁾。

他方、グラウルは、正当防衛の要件が客観的に存在すれば防衛行為者の侵害権（Eingriffsrecht）が保障され、その行為は「違法な」攻撃ではなくなるとし、これに対応する受忍義務を認める⁵³⁾。偶然防衛の相手方の正当防衛権を否定し⁵⁴⁾、却って偶然防衛を妨げる行為に対する正当防衛を認めるキュール⁵⁵⁾も、現実存在する正当防衛事実を認識しない者の行為は客観的に法益を脅かさないため、「正当防衛が可能な違法な攻撃ではない」と述べており⁵⁶⁾、体系書の正当防衛の章における攻撃の「違法性」の項目内の記述であることから、違法性要件を否定するものであろう。

我国に目を転ずると、吉田敏雄博士は、偶然防衛行為に対する「法秩序の有効性の利益は存在するものの、保護の必要性がない」ことから急迫不正の「侵害」を否定し、これに対する正当防衛を認めない⁵⁷⁾。ロクシンの見解が参照されていることから、これを祖述するものと思われる。また井田教授は、先の中博士の事例のような場合について、具体的危険説の立場から仮に甲の行為に未遂犯が成立するとしても、「違法性において結果不法に意味を認める限り……正当防衛や緊急避難の前提要件としての法益侵害の危険性は、客観化された危険事態の発生（いわば「結果としての危険」）でなければならない。」として、乙の正当防衛を否定する⁵⁸⁾。これも、正当防衛の正当化根拠としての法益保護原理を重視するドイツの見解と軌を一

50) Roxin, Kühl-FS, 2014, S.400, 405. ロクシンの正当防衛論については、三代川邦夫「正当防衛の海域」立教97号（平成三〇）142頁、山本和輝『正当防衛の基礎理論』（平成三一）52頁も参照。

51) LK¹³-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn95, 270; ebenso SK⁶-StGB-Günther, Vor § 32 Rn92; siehe auch LK¹³-StGB-Rönnau, Vor § 32 Rn90.

52) 偶然防衛行為の違法性を認めつつ可罰的違法性を否定するグループも、この行為が「客観的には攻撃ではなく防衛である」として、これに対する正当防衛を否定する（Gropp, Sieber-FS, Teilband I, S.135）。

53) Graul, JuS 2000, L43.

54) Kühl, Strafrecht AT, § 7/136.

55) Kühl, Strafrecht AT, § 6/16.

56) Kühl, Strafrecht AT, § 7/64.

57) 吉田・香川古稀 178頁以下、191頁。

58) 井田・総論 453頁註 19。急迫性の要素としての法益侵害の「危険」は未遂犯を不能犯から区別する「危険」よりも現実的でなければならないと主張するのは、松原・総論 165頁。

にするものと見受けられる。

四 結論としては、ドイツの多数説と共に、偶然防衛に対する正当防衛を否定すべきであろう。未遂説が偶然防衛に認める未遂不法は、攻撃者の法益への事前の一般人の目から見た危険と故意不法に基くものであり、これらは現実の危険ではない。よって、正当防衛状況が服する客観的事後判断によれば、偶然防衛の相手方たる攻撃者に向けられた不正の侵害の存在は否定されることになる。正当防衛の正当化根拠に関連付けて言えば、法確証原理を採用する場合であっても、防衛行為によって法が確証されるのは、具体的な法益が攻撃から守られることの副次的作用に止まるのであり、当該法益が現実には違法な攻撃を受けることが正当防衛の前提となる筈である。さらに、既遂説が偶然防衛に対する正当防衛を肯定することの不都合（第一章第五節第一項）は、未遂説からの肯定説にも妥当する。以上を併せ勘案するならば、クライ／エッサーの例やヤコブスの監禁の例も含め、偶然防衛行為に対する正当防衛は認むべきではない。

付言すると、偶然防衛の阻止行為を、正当防衛よりも要件の厳格な防禦的緊急避難として正当化することも、消極的に解される。偶然防衛行為への対抗を緊急避難としてであっても許容するならば、やはり法が不正の侵害を援護することになるからである⁵⁹⁾。

このように、偶然防衛に対しては正当防衛も緊急避難も許されないならば、正当防衛でしか問題にならない「不正」性（36条1項）の要件ではなく、「侵害」（同条同項）乃至「危難」（民法720条2項乃至刑法37条1項本文）の要件を否定すべきことになるろう。

59) グロップは、攻撃者にとって回避可能な危険であるという別の理由から、偶然防衛に対する正当化緊急避難を否定する（*Gropp, Sieber-FS, Teilband I, S.135*）。

結びに代えて

本稿では、防衛の意思必要説の立場から、偶然防衛行為の不法の内実を検討した。偶然防衛は、構成要件該当結果の発生にも拘らず、正当防衛の客観的成立要件の存在故に結果不法が欠けると解され、既遂不法は認められない（第一章）。未遂不法も常に認められる訳ではなく、行為者が正当防衛事実を認識しなかったことによる故意不法乃至主観的行為反価値に加えて、行為時の一般人の目から見てもこの事実がなかった客観的行為反価値が存在する場合に限られる。結果不法の欠如によって未遂不法も阻却されるとの少数説には与し得ない。体系的には、構成要件段階で根拠付けられた既遂不法が違法性の段階で阻却され、そこで改めて未遂不法が認められることになる。尤も、この不法は事後的客観的なものではないため、正当防衛や緊急避難で対抗することは許されない（第二章）。

残された課題は、防衛の「意思」の中味である。防衛の認識が必要であることは動かせまいが、その程度、さらに意的要素の要否については、改めて検討の機会を持ちたい。また、本稿の考察が、主観的正当化要素の必要な他の正当化事由に妥当するかについても、思索を深めて行かねばならない。