

防衛行為による第三者の法益侵害について (一)

違法性判断枠組についての解釈論的一考察

百合草 浩 治

目次

- 第一章 問題の所在と考察の視座の設定
- 第二章 学説の現状とそれらについての違法性判断の観点からの検討
 - 第一節 行為が正当防衛行為として行われたのであるということを根拠として、第三者に生じた結果まで含めて違法性が阻却され得ると解する見解
 - 第二節 第三者に生じた結果まで含めて、過剰防衛と解する見解
 - 第三節 第三者に生じた結果について、誤想防衛の一類型と解する見解
 - 第四節 第三者に生じた結果について、緊急避難を適用ないし準用し得ると解する見解
 - 第五節 第三者に生じた結果について、違法性阻却を否定し、責任阻却の成否を問題とする見解
 - 第六節 第三者との関係では、「一般緊急行為」あるいは「準緊急避難」と解する見解
 - 第七節 小括 (以上、本号)

補 說 ドイツにおける現在の学説状況

第三章 若干の考察

第四章 おわりに―自説の展望と残された課題―

第一章 問題の所在と考察の視座の設定

「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため」、なした「行為」が、第三者の法益を（も）侵害した、あるいは危殆化した場合には、刑法上どのような評価を受けるのであろうか。あるいは、どのような「事実」として捉えられるのであろうか。

従来議論において、正当防衛に関しては、「急迫性と侵害の予期」、「防衛の意思と攻撃意思・積極的加害意思」、「自招侵害と正当防衛（挑発防衛）」、「侵害の不正性と対物防衛」、「防衛の意思と偶然防衛」、「防衛行為の必要性・相当性」、「過剰防衛と誤想防衛（誤想過剰防衛）」、「正当防衛の違法性阻却根拠（正当化根拠）」⁽²⁾などが主な論点として取り上げられ、冒頭に掲げた問題については、あまり積極的には論じられてこなかったと言ってよいように思われる。⁽³⁾「正当防衛と緊急避難との限界領域」⁽⁴⁾に属する問題の一つとして、その存在自体は十分に意識はされてきたものの、理論的な観点からの詳細な検討はまだまだ十分にはなされていない感が否めない。何故にこのような状況が生じてしまったのであろうか。

従来、体系書・概説書等でこの問題が取り上げられる場合、一般的には、防衛行為として行われたとしても無関係の第三者の法益を侵害している以上、正当防衛(刑法典三六条一項)の許容枠を明らかに超えるものであり、当該第三者の法益侵害までも正当防衛としての正当化はなし得ないとし、補充性や法益権衡などの成立要件を満たす限りで、緊急避難として不可罰となる、と説明されている、⁽⁵⁾といえよう。⁽⁶⁾

たしかに、侵害者が、無関係の第三者を盾として攻撃してきた場合には、防衛行為者としては、具体的な状況如何によつては、侵害者によつて盾とされた第三者を防衛行為によつて害することも場合によつてはあり得ると十分に認識しつつ、(換言すれば、未必の故意をもつて)、その侵害から身を守るためには他にとり得る手段がないがために、やむを得ずに反撃行為に出たとき、この行為の結果として第三者の法益が侵害されたとしても法益権衡の原則を満たす限りにおいて、第三者の法益侵害結果についても緊急避難が成立し、三七条が適用されることにより、犯罪は成立しない。⁽⁷⁾この点については、おそらく異論はないであろう。

しかしながら、正当防衛の成立にとつて、従来、一般的には、他にとり得る手段がないという意味での「補充性」は要求されていないし、また、厳格な(ないし絶対的な)「法益権衡」も要件とはしないのが我が国の判例・通説である。近時のドイツにおいては「正当防衛の社会倫理的制限」⁽⁸⁾が一般化しており、攻撃の性質や攻撃者と侵害者の特殊な関係ゆえに、許される防衛行為の範囲が制限を受け、場合によっては、補充性や厳格な法益権衡が要求されることがある、と判例・通説は解しているのであるが、通常の正当防衛の場合には、上述したわが国の判例・通説と同様、成立要件は緊急避難と比較して(かなり)緩やかに解釈されているといつてよい。そのような状況においては、防衛行為が侵害者との関係においては、要件を満たす(すなわち、正当防衛として違法性が阻却される)ものの、無関係の第三者との関係においては、緊急避難の要件は満たしていない、という事態は、往々にして生じ得

るのである。

たとえば、「甲は、乙と路上で口論していたが、乙が突然隠し持っていた短刀で切りかかってきたので、とつさに足元にあつたこぶし大の石を拾って投げつけたところ、石は、乙の額をかすり、さらに、たまたま、その場を通行中の丙の目に当たった。そのため、乙は全治三日間の傷を負い、丙は片目を失明した。」⁽⁹⁾ という場合、甲の行為はどのように刑法上評価されるのであろうか。あるいは、そのような事実関係の中でどのような事実が刑法上重要な意味を有していると解されるべきなのであろうか。一般的には、(構成要件該当性の段階で、行為に客観的に帰属すると判断された)結果が、侵害とは無関係の第三者の法益侵害であつた場合には、違法性の段階では、三七条の緊急避難の成立の可否だけが常に問題となる、言い換えれば、「補充性」・「法益権衡」の原則が満たされていたかどうかを判断するのに必要な事実だけが問題とされることにならう。そして、法益権衡が満たされていない場合には過剰避難となり、さらに補充性がそもそも欠ける場合には、学説によっては過剰避難にさえもならないとされるのである。当該防衛行為は、侵害者との関係では適法、第三者との関係では違法と評価される、ということである。

たしかに、緊急避難の成立要件を満たさずに、無関係の第三者の法益を侵害しているのであるから、当然に「違法」なのであり、そのように解することに刑事違法性論上の理論的問題などそもそも生じようはずがない、という見方は可能であろう。しかしながら、はたしてそのように言い切ってしまうのであろうか。

近時の多数の学説においては、正当防衛は法秩序全体の観点から望ましい行為であり、防衛行為によって「法確証」の利益が生ずるから当該行為は正当化される、と考えられている⁽¹⁰⁾。その可否自体は別として、それを前提として考える場合には、一方で、法秩序全体の観点から望ましく、「法確証」の利益が生じているとされた行為が、他方で、第三者の法益を害したということで違法とされるのである。もちろん、上述のように、なお、問題と

なっている評価の対象が異なるのだから、一方との関係においては適法、他方との関係においては違法と解することになるのは、刑法理論的にはなんら不可思議なことではない、といわれるかもしれない。しかしながら、ある行為を「法秩序全体の観点からみて望ましく、『法確証』の利益が生じている」と法的な観点から、いわば極めて積極的に評価するのであれば、第三者の法益侵害の評価・捉え方についても、当然、単純に違法とは言い得なくなるのではなからうか。逆にまた、ある行為を第三者との関係においては違法であるとするのであれば、侵害者との関係において適法と解する根拠づけとして「法秩序全体の観点からみて望ましく、『法確証』の利益が生じている」といふ、いわば極めて積極的な観点を援用することにも疑問が生じてくるはずである。

さらに、もう一つ疑問が存在する。これまで、緊急避難の成立要件を考える際には、通常、自らに降りかかってきた危険を回避するために第三者にその危険を転嫁することによって、危険を免れるという場合（のみ）を想定してきたように思われる。防衛行為によつて（行為者にとつては）たまたま第三者の法益を侵害してしまった、というような場合は、そもそも、緊急避難の成立要件を考えるに際して（通常は）考慮されていなかったのである。従つて、現状の議論を見る限り、いわば本来の緊急避難類型からははみ出した事例類型に本来の緊急避難の成立要件をあてはめてみて、要件を満たさないから緊急避難にもならない、と一般的には解されているといわざるを得ないように思われる。すなわち、防衛行為による第三者の法益侵害は、正当防衛にも緊急避難にも該当しないから違法なのである、という極めて形式的な理由付けがなされているにすぎないのである。

以上をまとめれば、従来の一般的な解釈論においては、①侵害者との関係では適法、無関係の第三者との関係では違法と解することは、正当防衛の根拠づけとの関係において緊張をはらむこととなる問題解決であると思われる、従つて、そのいずれか、あるいは、両者に理論的な問題が存在しているのではないかと考えられる。また、②本来

の緊急避難類型ではない事例に対して、通常の緊急避難の成立要件をあてはめて、緊急避難ではない、従って違法である、という、ある意味では極めて当然な、しかし極めて形式的な説明がなされているに過ぎない。

筆者は、このような解決に対して極めて強い疑問を抱くのであるが、その真の理由は、現在の違法性論（阻却原理論及び要件解釈論）は、形式的な観点を超えて、より実質的な観点から議論が開かれてきたはずであるのに、正当防衛と緊急避難とがいわば交錯する問題領域においては、今なお、形式的な議論の段階にとどまっているのではないか、ということに他ならないのである。

それでは、どのような視座のもとに、防衛行為による第三者の法益侵害の問題について議論していくのが妥当なのであろうか。その点について、あらかじめ少し説明を加えておきたいと思う。

従来の議論においては、「急迫不正の侵害」に直面した行為者が、第三者の法益をも害し得る状況に置かれたとき、どのような行為に出れば違法とはならないのか、言い換えれば、何を基準として当該行為が違法あるいは適法と判断されることになるのか、すなわち、「緊急行為」の違法性阻却判断の基準の定立という、より広い観点からの考察・検討は、いまだ十分にはなされていないように思われる。今日の実質的違法性論の見地においては、正当防衛も緊急避難も違法性阻却事由と解され、違法性阻却原理からそれぞれの成立要件が定立されているはずであり、そのような立場からは、その行為自体に対する違法性阻却の判断基準が導出され得る、されなければならないと思われ¹³⁾。とりわけ、いわゆる行為無価値二元論の立場からは結果だけでなく、究極的には行為に対する評価が違法性にとつては決定的な重要性を有するはずなのであり、そうであるとすれば、なおさら一層、行為時における当該行為に対する違法性阻却の判断基準が提示されなければならないのである¹⁴⁾。本稿では、そのような判断基準の定立可

能性、その判断基準の理論的及び解釈論的正当性を明らかにしつつ、判断基準それ自体についても試論の提示を試みたい。

しかしながら、「緊急行為」の違法性阻却の判断基準の定立、と一言に言っても、従前の議論は、正当防衛と緊急避難とを厳格に区別して、あるいは、質的に決定的に異なるものと見做して、別個に考察を進めてきたのであるから、まず、それらの議論を基礎づけている理解を批判的に検討することによって、判断基準の統一化の可能性を見出していく必要があると思われる。そうすることによって、違法性を阻却し得る「緊急行為」という統一的な視座からの考察がはじめて可能となるように思われる。

以上のような問題意識・視座のもと、以下では、まず、「防衛行為による第三者の法益侵害」に関する現在の学説状況⁽¹⁷⁾を詳細に紹介し、整理するとともに、これに対して批判的な考察を加え、新たな問題解決の糸口となるものを探りたいと思う。そして、統一的な「緊急行為」に関する判断基準の再構築を目指し、部分的な問題領域においてはなお観念論・一般論にとどまっている感のある現状の刑事不法実体論を、解釈論レヴェルにおいて、より一層（理論的な見地から）具体化・実質化させることが、本稿の最終的な狙いである。⁽¹⁸⁾

註

(1) 以下では、危殆化の場合をも含めて、「侵害した場合」と略記する。

(2) これらに関する議論の概観として、大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀」(編)『大コンメンタール刑法(第二版)第二卷』(一九九九年)「堀籠幸男」中山隆夫「三二五頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九年)四二〇頁以下(以下では、体系書・概説書等の二回目以降の引用に際しては、山中・総論等と略記する)」を参照。

- (3) この問題を直接のテーマとして扱った論文として、森下忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」岡山大学法経学会雑誌一二巻四号（一九六三年）四〇九頁以下、香川達夫「防衛行為と第三者」同『刑法解釈学の諸問題』（一九八一年）一二四頁以下（初出、受験新報二二巻九号（一九七二年））及び「防衛行為と錯誤」一四〇頁以下（初出、警察研究四九巻四号（一九七八年））、佐久間修「防衛行為による第三者の侵害」同『刑法における事実の錯誤』（一九八七年）三三二頁以下（初出、法政論集（名古屋大学）九一号・九二号（一九八二年））、齊藤誠二「正当防衛と第三者」『変動期の刑事法学・森下忠先生古稀祝賀・上巻』（一九九五年）二一九頁以下、川端博「防衛行為と第三者の法益の侵害」同『正当防衛権の再生』（一九九八年）一九九頁以下（初出、『刑事法学の課題と展望・香川達夫博士古稀祝賀』（一九九六年））などがある。
- (4) 森下（前掲註(3)）「正当防衛と緊急避難との限界領域」四〇九頁以下。
- (5) このような形で、緊急避難となる余地を認める見解として、田藤重光（責任編集）『注釈刑法(2)のI・総則(2)』（一九六八年）〔藤木英雄〕二二五頁、山中・総論四五〇頁以下、山口厚『刑法総論』（二〇〇一年）一一二頁等がある。
- (6) 生じた結果を考慮に入れ、事後的な観点から事態を捉える場合には、正当防衛の規定が、第三者の法益侵害までも正当化する、すなわち、第三者の法益侵害結果に関する既遂不法が、正当防衛規定によって正当化される、というのは、少しでも刑法総論の解釈論を学んだ者にとっては、極めて奇異なことに思われるのもまた事実であろう。
- (7) 平野龍一「刑法ゼミナール（第三回）——平野龍一先生を囲んで——」月刊法学教室八一号（一九八七年）一五頁。
- (8) 邦語文献で、近時のドイツの正当防衛論に関して詳細に紹介したものととして、山中敬一「正当防衛の限界」（一九八五年）、齊藤誠二「正当防衛権の根拠と展開」（一九九一年）がある。
- (9) 川端博「事例式演習教室・刑法」（一九八七年）九一頁（初出、法学セミナー二九五号（一九七九年））、石川才顯・船山泰範（編）『別冊法学セミナー司法試験シリーズ（第三版）刑法I（総論）』（一九九三年）（日高義博）五一頁。
- (10) 莊子邦雄「刑法総論（初版）」（一九六九年）四一一頁。なお、木村光江「過剰避難における補充性と『相当性』」研修六四〇

- 号(二〇〇一年)三頁以下も参照。
- (11) 正当防衛の正当化根拠を、法確証原理ないし法確証の利益に求める学説として、曾根威彦「刑法における正当化の理論」(一九八〇年)九七頁以下、二〇一頁以下、同「刑法総論(第三版)」(二〇〇〇年)一一一頁以下、内藤謙「刑法講義総論(中)」(一九八六年)三二八頁以下、齊藤(前掲註⑧)三頁以下、大塚仁「刑法概説(総論)(第三版)」(一九九七年)三六二頁、山中・総論四二二頁、大谷實「新版刑法講義総論」(二〇〇〇年)二九三頁以下等がある。
- (12) このように、原理論から成立要件を(直接的ないし間接的に)導出すべきであるとする考え方に対して、疑問を提起するものとして、井田良「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「理論刑法学の最新線」(二〇〇一年)六六頁以下がある。
- (13) なお、この点に関連して、北海道部会報告(白取祐司・記)という、短いものではあるが、齋野彦弥「犯罪論体系の基本構想」(刑法雑誌四二巻一号(二〇〇二年)一二二頁)は、示唆に富む。
- (14) なお、結果無価値論の立場においてもまた、無関係の第三者の法益侵害結果が発生しているから、まさにそれだけをもって単に「違法である」という議論のレヴェルにとどまるべきではない、とするならば、やはりこの場合においても、いわゆる「許された危険の法理」の議論の際のように、行為時における合理性判断(衡量)が行われなければならないのではなからうか。前田雅英「許された危険」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一(編)「現代刑法講座・第三巻」(一九七九年)二五頁以下、同「可罰的違法性論の研究」(一九八二年)二二六頁以下、大越義久「法令正当行為」同「刑法解釈の展開」(一九九二年)七七頁以下(初出、『団藤重光博士古稀祝賀論文集・第一巻』(一九八三年)、内藤・総論(中)六二五頁以下などを参照。さらに、松宮孝明「刑事過失論の研究」(一九八九年)四五頁の註(4)も参照。
- (15) 正当防衛、緊急避難(さらに、いわゆる具体的事実の錯誤における「打撃(あるいは、方法)の錯誤」)などの個々の論点の解釈は、従来、その領域だけに視野を限って、そこに属する事例グループの結論の具体的妥当性を担保しつつ、内部的な論理的

整合性を失わないように配慮して、より精緻な理論構成が探究されてきた、といつてよいように思われる。しかしながら、それらが、交錯する問題領域に関しては、さしあたり議論の外に置かれ、個々の論点に関する議論がそれなりの到達点に至った、といい得る現時点においても、なお、いわば放置されたままとなっているように思われてならない。なお、論者の意図に反する若干ミスリーディングな援用の虞がないわけではないが、井田教授が強調されてきた考え方(方法論)は、このことと密接に関係しているように思われる。井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察」刑法雑誌二七卷三号(一九八六年)五八四頁の註(2)、同「犯罪論の現在と目的的行為論」(一九九五年)五頁以下及び一〇頁の註(32)を参照。

(16) 本稿とは問題意識を異にするものの、「緊急行為」という観点に着目した(今日においても、なお、多くの示唆を与える)戦後初期の文献として、平場安治「緊急行為の構造」同「刑法における行為概念の研究」(一九六六年)一六七頁以下(初出、「木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(上)」(一九五八年))が存在する。

(17) 「防衛行為による第三者の法益侵害」という問題領域は、第三者の所有物を、①侵害者が攻撃手段として利用したため、それに対して防禦した場合、あるいは、②防衛行為者が防禦手段として利用した場合、をも包含するものであるが、さしあたり、第二章における従来の学説の検討においては、これらの類型に関する議論には取えて触れずに、第三章においてこれらの類型の処理に関する議論を扱うことにしたい。なぜなら、これらの類型においては、器物損壊罪の違法性阻却が問題となるのであって、議論の焦点が異なり得ると思われるからである。

(18) 従来の議論状況の行き届いた整理として、既に山中・総論四四六頁以下が存在するが、体系書の中での記事という紙幅の制約もあり、また、本稿との問題意識の相違ということもあり、従来の議論に対する批判的な考察としては、なお不十分であるように思われる。

(19) そもそも、この事例類型の行為と結果との構造は、どのようなものとして把握されるべきものなのであるうか。実際に生じた具体的な結果を考慮に入れずに、言い換えれば、法的評価の視点(判断基準時)を行為時に移したとき、まさに「急迫不正の侵

害に對して」の防衛行為としてなされた行為であると評価し得る場合に、なぜ、その行為を三六条一項所定の「やむを得ずにして行為」と評価することが許されないであろうか。

ちなみに、事後的な観点からは、（結果の発生を阻害する何らかの原因・事情の介入・不存在などにより）純粹に物理的な危険が発生していない場合においても、客觀的事実は結果の不発生を示しているにもかかわらず、（その現実の物理的結果の不発生を捨象した）未遂犯として処罰し得るか否かを問題とする未遂不法の成否判断というものは、まさに、（両者は、いわば反対方向ではあるものの）同種の観点から理論構成されているのである。そして、ここでは、未遂不法の内実を充填するのが、そのような判断によつてなされた「基本構成要件の一定程度以上の実現可能性」にあると考えられている。この論理が妥当であるとするならば、結果として実際には第三者の法益侵害が生じたとしても、その作為構成要件の既遂不法が構成要件該当性の段階では表面上は、肯定されるような場合であっても、行為時にその行為が一定程度以上の「実現可能性」を有していなかった、と評価し得るような場合には、行為の未遂不法が欠けるが故に、既遂不法も行為に帰属し得ない、という（若干、技巧的な）理論構成が導き出され得るのではなからうか。いや、そうならざるを得ないのではなからうか。

あらかじめ、結論的に述べておくならば、（裁判時点で明らかにしたすべての事情を判断の基礎に入れて、行為者の認識内容をも考慮に入れつつ）行為の時点において、裁判官が当該行為者と同じ立場に立ったうえで、第三者の法益侵害を（も）惹起し得るような性質を有した行為ではなかったといえるのであれば、正当防衛条項によつて未遂不法の違法性が阻却され、原則として不可罰となると思われる。具体的には、「侵害者以外の他人に攻撃が命中した場合」であっても、防衛行為の時点において、第三者の法益侵害の可能性が蓋然的には存しなかった（あるいは、なお低い可能性にとどまっていた）という場合には、防衛行為として正当化され、結果が違法であるといえども違法行為への帰属が否定されることにより、刑法上の違法性は問題にならないと考えるべきである。ただし、その場合にも、当該行為を先行行為（ないし危険創出行為）として、場合によっては防衛行為後の法益侵害防止義務が発生し、すなわち、不作為犯の保証人的地位が発生し、一定の成立要件を満たすならば、不

為犯の既遂不法が成立し得る可能性は残る。(佐伯仁志「防衛行為後の法益侵害防止義務」研修五七七号(一九九六年)三頁以下参照)

第二章 学説の現状とそれらについての違法性判断の観点からの検討⁽¹⁾

第一節 行為が正当防衛行為として行われたのであるということを根拠として、第三者に生じた結果まで含めて違法性が阻却され得ると解する見解⁽²⁾

まず最初に、行為時において行為者としては防衛行為として行った行為である、という事実に着目して、「行為としての違法性」の存否を問題とする見解を見てみることにする。

1 中野次雄教授は、「正当防衛が……法の確証の原理の示すように法秩序を守るという社会的に有用な行為であることにかんがみ、『許された危険』の法理を適用して、防衛者が第三者の法益を傷つけないようにその情況上可能な十分の配慮をして行為に出たときには、たとえ第三者に結果を生じてもその行為は違法でない」と解すべきではなからうか。」と説かれている⁽⁴⁾。

一般に、この見解は「第三者の法益侵害も正当防衛条項によって正当化され得る」ことを認める見解であると見做されているのであるが、そのように捉えるのはいささか早計であり、それだけではなく、その本来の趣旨を読み⁽⁵⁾

誤ったものとさえいえる。なぜなら、「第三者の法益を傷つけないようにその状況上可能な十分の配慮をして行為に出たときには」という重要な限定が付されているのであり、緊急避難の成立要件をも視野に入れて、違法性阻却の合理的な限界づけを示唆されているようにも思われるからである。そして、なによりも、第三者の法益を害する虞のある場合には、侵害に対して正当防衛に出ること自体も制約を受け得る、つまり、防衛行為それ自体の正当化と第三者の法益侵害の問題とが連動した関係にあるということを示唆されている点で、極めて傾聴に値する見解であるように思われる。

2 川端博教授は、「行為は、あくまでも防衛行為としてなされており、それが正当防衛として正当化される以上、発生した結果についても、全体的に評価されるべきであると解される。たしかに、第三者……は『正』の立場にあるが、しかし、……行為は直接、「第三者」筆者註、以下同じ。」に向けられていたのではなくて、あくまでも……侵害に向けられていたのであるから、それとの関係で違法性の有無が考えられなければならないのである。たまたま重大な結果が生じたとしても、行為の相当性があれば、その結果発生についても正当化がなされるのと同様に、行為の正当化はすべての結果の正当化をもたらすことになるかと解するのが妥当であろう。⁽⁶⁾「行為だけは適法化しておいて、発生した結果については第三者に発生したので犯罪だとして処罰すべきであるとするのは、一貫しないことになるからです。(中略) 両者を形式的に分離するのは妥当ではないでしょうか。」⁽⁸⁾と説かれている。⁽⁷⁾

周知のように川端教授は、違法性判断に関して、事前判断、すなわち「行為時において一般人を基準にして」⁽⁹⁾「行為者の認識した状況をも考慮に入れて違法性を判断すべき」⁽¹⁰⁾であるという立場に立たれている。従って、第三者に

生じた結果よりも、防衛行為に着目した視座から理論構成を考えられているということは、いわば当然のことといえよう。確かに、行為時に「行為の相当性」の要件が満たされれば、行為が違法法であるとは言い得ないであろう。しかしながら、まさにこの「行為の相当性」の要件がどのように判断されるべきであるのかについては、依然として明らかではなく、その点の理論的な解明こそ重要なのである。また、行為が正当化されたからといって、必ずしも結果の正当化までをも導き得るのかについては、なお疑問が残る。

しかしながら、第三者の法益侵害結果まで正当防衛条項によって正当化しようとすることに對して、「侵害の発生について何ら責を負うべきでない第三者の法益侵害をも正当防衛と解することには、防衛者にかなり広範な権限が付与されている事情ともあいまって、無関係の第三者の法的地位を不当に低くするものであるとの疑いが生じる」¹¹⁾あるいは「防衛行為の不確実性から生ずるリスクを……第三者にも負わせてよいとはいえない」¹²⁾との批判もあるが、前者の批判については、個別具体的な状況下において、防衛者にどのような「権限」が付与されるべきであるのかをまさに問題にしようとしたのが、「行為の違法性」に着目する諸学説の共通した立場なのであって、少なくともこの批判は、上述した中野教授や川端教授の諸説には妥当しないものと考えられるし、後者の批判については、それは、違法性阻却原理における立場や正当防衛の概念規定（ないし「不正」・「防衛行為の必要性・相当性」などの要件解釈）における考え方の差異にそもそも由来するものであるように思われる。

第二節 第三者に生じた結果まで含めて、過剰防衛と解する見解

次に、第一節で述べた見解と同様に、「防衛行為」の「行為としての違法性」に着目する視座に立ちながらも、第一節で述べた見解とは異なり、正当防衛ではなく「過剰防衛」¹³⁾と解し得るとする見解がある。

正田満三郎教授は、「仮に、その際たまたま通りがかりの第三者にも弾丸が命中し死亡させたような場合であったとしたら、過剰防衛として責任を負わねばならぬであろう。（中略）つまり、結果が客観的にみて軽微であるかぎり特に責任を生じないが、相当程度を越えると認められる場合は過剰防衛となる」¹⁴⁾とされ、さらに、「防衛行為が必然的に第三者の重要な法益の侵害を伴う場合―たとえば、侵害者の背後に第三者がおり反撃行為によつて受傷のものが多分にあるときなど―はむしろ反撃にかえて避難が義務づけられよう。あえて反撃に出で第三者の重要な法益を害すれば過剰防衛となる。」¹⁵⁾と説かれている。

前者の事例においては、（行為時における）行為の属性に着目すれば、防衛行為としてなされたのであり、それが正当防衛として許される程度ないし枠を踏み超えたのであるから、過剰防衛とせざるを得ない、という形で事態の構造を捉えようとされるのは、極めて明快な発想ではある。しかしながら、後者の事例までをも同様に扱おうとされるのは、理解困難である。なぜなら、第三者の法益侵害が「必然的に」伴われる、あるいは、「受傷のおそれが多分にあるとき」などは、三七条の緊急避難規定が存在する以上、すでに行為の時点において、その行為の避難行為もまた否定し得ないように思われるからである。

そのような問題点はあるものの、「行為の属性」に着目するのであれば、第三者の法益侵害を結果として生ぜしめた場合であっても、過剰防衛として刑の減免の可能性の余地を認め得る、ということを明快に主張する点に、この

見解の独自性が認められよう。⁽¹⁶⁾

また、第三者の法益侵害が「必然的に」伴われる、あるいは、「受傷のおそれが多分にあるとき」は、「避難（＝退避の意味であろう―筆者註）が義務づけられよう」とされ、前述の中野教授の見解と同様に、第三者の法益を害する虞のある場合には、侵害に対して防衛行為に出ること自体が制約を受け得る、つまり、防衛行為それ自体の正当化と第三者の法益侵害の問題とが連動した関係にあるということを示唆されている点で、極めて傾聴に値する見解であるように思われる。

第三節 第三者に生じた結果について、誤想防衛の一類型と解する見解

第一節、第二節では、「行為の属性」に着目した視座からの見解を検討してきた。本節では、一方では、行為者の認識内容・主観面を重視しつつ、他方では、無関係の第三者の正当な法益を侵害することはやはり違法と解さざるを得ない、とする見解、つまり、行為者の主観面に着目すれば、典型的な誤想防衛と同様に、行為者と第三者との間にはいわば「架空の緊急状況」が存在し、行為者には正当化事情（ないし違法性阻却事由の前提的事実）に関する錯誤が認められる、と解する見解を取り上げることとする。⁽¹⁷⁾

1 団藤重光博士は、「誤想防衛」は、「違法性は阻却されないが、故意の成立が阻却され」、「誤想したことについて過失があれば―むしろ過失犯の規定の存在を前提として―過失犯になる。」⁽¹⁸⁾とされ、その一類型として「行為そのものとしても相当な行為であったが、誤った客体に結果を生じたばあい、こまかくいえば客体の錯誤と方法

の錯誤とを考慮することができる。過失があつたばあいにも、さらに緊急避難が問題になる点に、特異性がある。」とされている。⁽¹⁹⁾

以上のように、団藤博士は、本来の誤想防衛の定義を拡張して、第三者の法益侵害の類型まで、誤想防衛の範疇に取り込もうとされる。しかしながら、抽象的法定符合説に依拠しない立場からは、誤想防衛の二類型と解する必然性はおよそないように思われる。なぜなら、結果の発生を認識していない客体にはそもそも故意は認められないからである。さらに、基本的な点で疑問に感じられることとして、「行為そのものとしても相当な行為であつた」ということを議論の前提とされているのであるが、そうであるとすれば、故意責任の阻却に先立って、「行為の違法性」が阻却されることにならないのだろうか。

2 前田雅英教授は、「たまたま意外な〔第三者〕に命中させた行為は、『現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為』とはいいがた」⁽²⁰⁾く、このように「たまたま意外な」第三者に対して結果を生ぜしめた場合、第三者との間では、その「行為は客観的に緊急行為性を欠く。避難に向けられた行為ではないのである。〔防衛行為者〕と〔第三者〕の間には緊急状態が存在しないと表現することもできよう。」⁽²¹⁾とされ、そのうえで、「客観的に正当防衛、緊急避難が認められないとしても、……主観的には完全に正当防衛のつもりで行為している誤想防衛の一種であり、…(中略)…正当防衛を基礎づける事情が存在すると思つて行為した以上、そのような状態におかれた一般人も正当な行為と考えるのであり、規範に直面せず違法性の意識は持ちえないのであつて、故意非難は不可能なのであり、⁽²²⁾過失犯の成否を問題とされる。⁽²³⁾

以上の前田教授の見解によれば、「たまたま意外な」第三者に対して結果を生ぜしめた場合、第三者との間では、

その「行為は客観的に緊急行為性を欠」き、防衛行為者と第三者と「の間には緊急状態が存在しない」ことを前提とされるが、必ずしもそうであるとは言いきれない場合もあるのではなからうか。すなわち、本人が（まさに）たまたま認識しなかっただけで、客観的にみれば第三者の法益を侵害する可能性が十二分にあり、かつ、現在の危難に対して、それ以外にはとり得る手段がなかったと言いつ得る場合などである。その場合には、やはり緊急避難が問題とならざるを得ないと思われる。なぜなら、客観的には互いの法益が衝突していると言いつ得るからである。²⁴このように、行為者の故意責任の有無を問題とする以前に、緊急避難が成立するか否かを問題とすべきであるように思われる。

第四節 第三者に生じた結果について、緊急避難を適用ないし準用し得ると解する見解

現在において、相対的に多数説であろうと思われる、緊急避難を適用ないし準用し得ると解する見解を見ていくことにしたい。この見解は、行為者側の事情と発生した結果の両方を意識しながら主張されている立場である、と考えられる。

1 大塚仁博士は、「第三者」に生じた侵害は、……不正な侵害を回避するために「防衛行為者」がやむなく行った行為によるものです。そして、「侵害者」が「防衛行為者」に不正な侵害を加えてきたことは、「防衛行為者」にとつては現在の危難でもあるわけですから、それを回避するために行った行為が危難を避けるためにやむを得ざるに出たものであり、かつ、法益の権衡を失しない限り、「防衛行為者」の「第三者」に対する行為は緊急避難とな

りうると思うのです。」とされる。²⁸⁵

たしかに、今まで述べてきたように、緊急避難と解し得る場合が存在することは否定できない。しかしながら、緊急避難が成立するためには、当該行為が「やむを得ずにした行為」、すなわち、「その危難を避けるための唯一の方法であつて、他にとるべき途がなかった」²⁸⁶と言えなければならぬはずである。もし仮に、この場合に限つてだけ、当該成立要件を緩和しようとするのであれば、さらにその根拠が問われねばならないように思われる。

2 次に、その難点を考慮に入れて、緊急避難の準用を説かれる見解を試みることにする。

齊藤誠二教授が説かれていることを要約すれば大要、以下のようになる。すなわち、行為者が緊急避難状況におかれ、まさに故意に避難行為を行う場合と比べて、たまたま第三者の法益を侵害してしまった場合は、「それよりも重くはないと思われる」から、「それとのバランスで」緊急避難の規定を適用（すくなくとも類推適用）すべきである。²⁸⁷²⁸⁸

この見解は、緊急避難が適用され得る事例と類推適用されるべき事例との間に差異を認める点に、注目すべきものがある。しかしながら、「緊急避難とすると、〔防衛行為者〕が逃げれば〔侵害者〕の攻撃を避けることができたとすれば〔防衛行為者〕はそうしななければならない」²⁸⁹とされていることを考慮に入れると、後者が前者と比べて「重くはない」といい得るのか疑問であり、従つて、「それとのバランスで緊急避難といつてもよいのではないか」とは、必ずしも言いきれないように思われるのである。

つまり、類推適用説は、このような場合には「処罰すべきではないであろう」という結論を、ただ条文解釈の形式として整えただけであるように思われ、従つて、前述の大塚博士の見解と同様³⁰、三七条適用・類推適用による法

的效果を認めるだけの実質的な根拠づけが、なお充分にはなされていないといわざるを得ないのである。⁽³¹⁾

第五節 第三者に生じた結果について、違法性阻却を否定し、責任阻却の成否を問題とする見解

次に、本節では、行為ではなく、第三者に生じた結果に焦点を当てて解決を図ろうとする見解を見てみることにしたい。「結果中心」とでもいえるべき視座に立つ見解と言い得る。

曾根威彦教授はまず、防衛行為の結果、たまたま害された第三者の法益侵害に対して緊急避難を適用しようとする見解に対して、「行為者が第三者の法益を侵害することによって現在の危難を免れよう」と意図し、かつその行為が危難を免れるにふさわしいものであって初めて緊急避難行為と呼ぶことができるが、(中略)当該第三者……の法益を侵害することが〔防衛行為者〕の法益保全に結び付かない反面、〔第三者〕の法益侵害と無関係に〔防衛行為者〕の法益を保全する途があったわけで、〔防衛行為者〕と〔第三者〕との間には緊急避難にとつて本質的な法益衝突の契機が含まれていないといわざるを得ない。」と批判され、「〔防衛行為者〕の行為は、少なくとも〔第三者〕との関係では違法と解すべきである。(中略)〔防衛行為者〕は、〔第三者〕の法益侵害を手段として自己の法益を保全したわけではないからである。もつとも、このような事例の多くは、その事案の状況からいって、通常、故意・過失が否定され、あるいは第三者の法益を侵害しないことを期待することが不可能ないし困難であることから、〔防衛行為者〕の行為は違法ではあっても責任が阻却されるケースが大半であろう。しかし、そのことは、〔防衛行

為者」の行為が法益の衝突を前提とする緊急避難であることを意味するものではないのである。」⁽³²⁾とされる。

この見解に対しては、次のような疑問が直ちに生じる。この議論の前提とする「緊急避難においては、危険を忍受するか、第三者の法益を犠牲にするか、二者択一の関係におかれ」⁽³⁴⁾ていなければならないということは、「避難行為に出なければ、危険が現実化してしまい、かつ、避難行為に出る以外に危険の現実化を防止することはできないであろう」ということと同義であるはずなのであり、そうであるとすれば、①法益の衝突、②補充性の原則が成立要件として必要である、ということと言い換えたものにすぎない。すなわち、この見解によれば、結局、第三者を侵害する場合に、緊急避難の成立要件が満たされる限りで、緊急避難が成立し、要件が満たされなければ第三者の法益侵害結果については、(過剰避難にはなり得る場合があるもの)違法と解されることになるはずなのであり、いわば「本来の緊急避難説」とその実質においては同一の見解といえよう。

第六節 第三者との関係では、「一般緊急行為」あるいは「準緊急避難」と解する見解

最後に、三七条の緊急避難を適用する点では、第四節の見解と共通するものの、その「緊急避難」の捉え方については、基本的には、責任阻却事由と解し、それに対して、さらに「一般緊急行為」あるいは「準緊急避難」という独自の概念を設定されている平場安治博士と森下忠博士の見解をそれぞれみていくこととする。これらの見解は、第三者侵害については、その違法性を肯定したうえで責任阻却を考えるという点で第五節の見解と共通するのである。

1 平場安治博士は、まず議論の前提として、「自らに振りかかって来た危険は自らの生活範囲で処理すべきであり、その故に無関係の他人に損害を加えるのを正当視すべき理由はない」とされ、三七条に該当する場合でも、その正当化を頑なに否認されるのである。そして、「それ自体としては許された防衛行為により、違法侵害と無関係な第三者の法益侵害…（中略）…の結果発生が必然であるばあい、即ち防衛の結果が同時に第三者の法益を害するばあいか、防衛行為の結果は防衛か第三者の加害かの択一関係にありそのいずれが発生するかにつき行為者の支配が及ばないばあい…に第三者の法益が侵害されたばあい…」（の）緊急避難説に対する疑問は、このばあいの行為は防衛に向けられた行為であり退避行為でないこと、又第三者の加害は法益保護に何ら役立っていないことを考えれば、文字どおりの緊急避難ではないことは明らかであり、「思うに緊急防衛行為も一般緊急行為としての性質を同時に具有するのであるから、正当防衛として法が許さないばあいにも一般緊急行為として期待可能性の見地から免責されることは考えられる。従って、防衛行為が違法攻撃と無関係な第三者を害するばあいは防衛行為するなという要求をなしうが、他に法益侵害を避ける方法がない以上要求に従うことを期待しえない。すなわち違法ではあるが期待可能性のない防衛行為だということになる。そして刑法三七条は厳格な意味での緊急避難だけではなく緊急行為一般に適用があると見るべきだから同条によって処理せられることとなる。」とされる。

上の記述から明らかな通り、平場博士が想定されているケースは、今日学説においてほぼ異論なく、三七条の適用が認められているものであり、（法思想的・法哲学的にはなお一定の意味を否定し得ないものの）現在の学説状況において、ことさらに「一般緊急行為」という概念を立て、それを三七条に併せて読み込むという理論構成は、緊急避難の法的性格を責任阻却一元説として構成する立場がもはや積極的には主張されなくなった現在において、その意味を失ってしまったように思われる。

2 森下忠博士は、「正当防衛行為により同時に第三者の法益を侵害する場合は、厳密な意味で……二者択一の関係が存在するわけではない」から「固有の緊急避難」ではなく、「不正の侵害に対する防衛行為が同時に偶然または不可避的に第三者の法益の侵害をともなう」場合には、「準緊急避難とでもいうべきである」とされ「固有の緊急避難」といわれる準緊急避難とは、危難を避けるためになされた第三者の法益への侵害という点で、共通のものをもっている。その意味で、両者を含めて緊急避難と呼ぶことは可能であり、刑法三七条の緊急避難は両者を含めて規定したものと解され³⁷⁾ている。³⁸⁾

上述のような森下博士の見解においてもまた、平場博士と同様に、何故に「準緊急避難」という概念を定立しなければならぬのか、そして、これを「固有の緊急避難」とは異なるとしながらも、なお、両者ともにそれを三七条に読み込もうとされるのであるが、その積極的な根拠づけが如何になされているのか、いずれも明らかではない。推測するに、平場博士とは異なって、「不正の侵害に対する防衛行為が同時に偶然または不可避的に第三者の法益の侵害をともなう」場合を、三七条で通常は要求される成立要件を満たさなくとも、原則として不可罰とすべきである(ないしは、そのように解したい)という結論が、やはり先に立っていると思われるのである。そうであるとするれば、その実質的な根拠づけが明らかにされない限り、この見解は支持し得ないものであろう。

第七節 小括

以上、我が国で戦後展開されてきた議論を概観し、それに批判的検討を加えてきた。そこから得られた認識・成

果は以下のようなものである。

① わが国の学説の中には、少なからず、積極的な論証をしないまま「防衛行為による第三者の法益侵害」の不罰という結論を認めようとするものが存在すること。そして、それが極めて有力に主張されているということ。

② ①とは反対に、極めて厳格に、「防衛行為による第三者の法益侵害」といえども、緊急避難の成立要件の充足を厳格に要求し、要件が満たされない場合には、(故意・過失・期待可能性が肯定される場合においては、)原則として不罰的であると解する立場があり、おそらくそれが今日における相対的な多数説であるということ。

③ ①のように積極的な理由が示されないまま結論だけが先行している立場にも与せず、さらに②のように形式的な理由付けにとどまる立場にも満足せず、より実質的で合理的な処罰範囲を画する基準を探究する立場が少なからず存在するという事。

③については、さらに以下のことが言い得る。それは、この立場に立つ論者らは共通して、判断の基準時を行為時に置いていくということである。我が国のいわゆる正当防衛説は、違法性の判断を行為時にとることによって、違法性阻却の合理的な枠組設定を目指しているのに対し、誤想防衛説は行為者主観を基礎にして、故意非難の可能性の観点から責任阻却の妥当な枠組設定を目指しているといえよう。両者の実際上の差異は、行為時に防衛行為による第三者の法益を侵害する可能性が高い場合、あるいは、行為者が第三者の法益侵害を(未必的にせよ)認識していた場合に、結論において顕著に現われるのであるが、さらに誤想防衛説においては、どのような事実が適法であるのかということ違法性のレビューに再び立ち帰って定めなければならず、結局、正当防衛説の議論していた問題と同じことについての考察を要求されるように思われるのである。その意味で、両者の議論の核心部分は結局、同一のところに帰着することになると思われる。

以上の分析に基づいて、第一章で示した問題意識に立ち帰って考えるならば、言うまでもなく①の立場はとりえないのであり、②の立場は実質的違法性の観点からすれば理論的な問題を抱えているといわざるを得ないのであり、結局のところ、③の立場に立つて、より実質的な観点から、合理的な判断基準の定立を以下において目指したい。

註

(1) 「防衛行為による第三者の法益侵害」という問題は、従来、錯誤論、具体的には、誤想防衛、あるいは、いわゆる具体的事実の錯誤における「打撃(あるいは、方法)の錯誤」における議論においても、たびたび考察の対象とされてきたのであるが、本章では、主に違法性判断の観点からの検討・考察にとどめることとし、必要な限りで錯誤論にも触れることとする。なお、後出註⁽¹⁹⁾参照。

(2) なお、香川博士は、M・E・マイヤーの説にならつて、正当防衛説に立たれるようであるが、この点については、後述する。香川達夫「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)二八九頁の註⁽¹⁶⁾。

(3) なお、平場博士も、すでに一九五八年の時点において、「それ自体としては許された防衛行為により、違法侵害と無関係な第三者の法益侵害が生ずるばあいは……これも結果発生が偶然であり客観的に予見不可能なばあいか、予見可能であっても行為者の能力においてこれを避けうるばあいかは、防衛行為は許され、それにより生じた付随的結果は『許された危険』として、やはり違法性を阻却するであろう。」(平場安治「緊急行為の構造」同『刑法における行為概念の研究』(一九六六年)一六七頁以下〔初出、『木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(上)』(一九五八年)〕とする見解を提示されていた。

(4) 中野次雄『刑法総論概要(第三版補訂版)』(一九九七年)一九三頁の註⁽¹³⁾。

(5) 大塚・総論三七〇頁以下、大谷・総論二九九頁以下、佐久間修『刑法講義(総論)』(一九九七年)二一八頁、前田雅英

- Lesson 刑法37(一九九七年)三六頁等、多数。
- (6) 川端博『刑法総論講義』(一九九五年)三四一頁。
- (7) なお、川端教授は当初、過失犯の成立を肯定される立場に立たれていた。川端・事例式演習教室九三頁。
- (8) 川端博『集中講義・刑法総論(第二版)』(一九九七年)一六五頁。
- (9) 川端・総論二八〇頁。
- (10) 川端・集中講義総論一五八頁。同旨、同『違法性の理論』(一九九〇年)七四頁以下(初出、法学セミナー三八六号(一九九七年))。
- (11) 佐久間修『防衛行為による第三者の侵害』同『刑法における事実の錯誤』(一九八七年)三三三頁。
- (12) 井田良『正当防衛』井田良・丸山雅夫『ケーススタディ刑法』(一九九七年)一四六頁。
- (13) なお、中野教授も「もしまたかりにその行為が違法とみられる場合でも、事態の性質上過剰防衛における刑の減免の規定の適用は認められてよいであろう。」(中野・総論一九三頁の註⁽¹³⁾)とされて、また、中博士は「過失的過剰防衛」になる(中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年)一三九頁)と解されているのであるが、なぜ、この場合に過剰防衛規定が適用ないし準用され得るのかについて、その根拠は明らかではない。なお、葛原力三『緊急行為の過剰・誤想』伊藤寧・松生光正・川口浩一・葛原力三『刑法教科書・総論(上)補訂版』(一九九七年)二五七頁以下も参照。
- (14) 正田満三郎『刑法における錯誤の理論(下)』法曹時報二二卷三号(一九七〇年)五二頁。
- (15) 正田満三郎『刑法体系総論』(一九七九年)一三三九頁。
- (16) ただ、最終的にこの立場が妥当であるとするためには、本来の過剰防衛の構造をさらに探究しなければならない。
- (17) なお、以下で取り上げる見解は、その前提として、そのいずれもが「方法の錯誤」に関して抽象的法定符合説の数故意犯説に与されていることに留意する必要がある。つまり、防衛行為が威嚇目的ではなく、殺人ないし傷害の故意をもってなされた場合

には、(相当因果関係の認められた) 行為者には、当該結果の発生が予見されていなかった第三者に生じた結果に対しては、(構成要件的) 故意を(例外なく、とりあえずは) 認める立場を前提としているのである。

(18) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年)二四二頁。

(19) 団藤・総論二四二頁の註(二九)。結論において同旨、井田良「正当防衛論」現代刑事法二二号(二〇〇〇年)八七頁以下。

なお、団藤博士が誤想防衛の一類型と解される点については、以下に挙げる文献も参照されたい。平野龍一「刑法の基礎」^⑩法学セミナー一三〇号(一九六七年)二六頁、同『刑法総論Ⅰ』(一九七二年)一七六頁、同『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二四八頁の註(1)、同「具体的法定符合説について」同『犯罪論の諸問題(上)総論』(一九八二年)七六頁以下〔初出、月刊法学教室創刊号(一九八〇年)、川端博(前掲註^⑩)「違法性の理論」九七頁以下〔初出、法曹時報四〇巻一二号(一九八八年)〕、同『論点法律学・刑法総論25講』(一九九〇年)一九二頁以下、同『刑法総論(論点講義シリーズ)』(二〇〇二年)一二三頁以下、長井長信「故意概念と錯誤論」(一九九八年)二五〇頁以下〔初出、南山法学一九巻一号(一九九五年)〕。

(20) 前田・Lesson 刑法37三四頁。

(21) 前田・Lesson 刑法37三七頁。

(22) 前田・Lesson 刑法37三五頁。なお、大谷實「前田雅英『エキサイティング刑法(総論)』(一九九九年)〔前田発言〕一〇五頁以下〔初出、法学教室一九七号(一九九七年)〕も参照。

(23) 同旨、木村光江『刑法(第二版)』(二〇〇二年)九二頁、一〇八頁、一二三頁、堀籠「中山・大コンメンタール刑法(第二版)第二卷三七二頁、四一三頁。

(24) 前田雅英「刑法総論講義〔第三版)』(一九九八年)二五五頁以下。

(25) 福田平「大塚仁『対談刑法総論(中)』(一九八六年)〔大塚発言〕二八頁。同・総論三七〇頁。同旨、大谷・総論二九九頁以下。

(26) 大塚・総論三八六頁。

(27) 齊藤誠二「正当防衛と第三者」『変動期の刑事法学・森下忠先生古稀祝賀・上巻』(一九九五年) 一三三七頁以下。

(28) 佐久間教授も、「客観的には全く同じ事態であるにもかかわらず、行為者が故意に第三者侵害を惹起した場合……でさえ緊急避難の成立が認められていることとの均衡上、より軽微な形態(過失)において第三者を侵害した……場合にも、やはり、率直に緊急避難規定を準用する余地が認められてしかるべきであろう。」(佐久間(前掲註①)「防衛行為による第三者の侵害」三七二頁。なお、同・総論二二八頁以下、同「演習講義・刑法総論」(一九九八年)七六頁以下も参照。)とされている。他に、緊急避難準用説として、岡野光雄『刑法要説総論』(二〇〇一年)一一二頁以下がある。

(29) 齊藤(前掲註②)「正当防衛と第三者」二三八頁。

(30) なお、野村教授は、「判断形式としての違法二元論の立場より、行為自体の違法性の阻却と結果の違法性の阻却とを分けて考えることにより、第三者について発生した結果について成立する過失犯の行為自体の違法性は、……正当防衛として阻却されるが、結果の違法性は、……緊急避難としてその違法性が阻却されると考える。この場合には、正当防衛と緊急避難との混合したものと考ええる。」(野村稔『刑法総論(補訂版)』(一九九八年)二二九頁の註①)と、説かれている。しかしながら、やはり、緊急避難を適用する際に「補充性の要件」がなぜ不要とされてよいのかという点についての具体的な説明・根拠付けがなお充分にはなされていないように思われる。

(31) なお、緊急避難の成立要件を満たす限りで、緊急避難の適用(の余地)を認める見解、いわば「本来の緊急避難説」、たとえば、藤木・注釈刑法②の二二二五頁、山中・総論四五〇頁以下、山口・総論一一二頁等についてのコメントは第五節・第七節で併せて行う。

(32) 曾根威彦『刑法の重要問題(総論)補訂版』(一九九六年)六一頁以下。なお、同・総論一一二頁以下、同「正当防衛(二)」岡野光雄(編)『刑法演習Ⅰ(総論)』(一九八七年)四七頁以下も参照。

- (33) 同旨、町野朔「過剰防衛・誤想防衛」警察研究五〇巻九号(一九七九年)五三頁の註⁽¹⁰⁾、内藤・総論(中)三八八頁、神山敏雄「防衛行為に伴う第三者の法益の侵害」福田平・大塚仁(編)『演習刑法総論(新演習法律学講座)』(一九八三年)一四三頁以下、大越義久「刑法総論(第三版)』(二〇〇一年)七四頁。
- なお、西村克彦「正当防衛行為の被害者」同『無罪の構造(新版)』(一九九一年)七七頁以下(初出、警察研究四八巻一号(一九七七年))及び「正当防衛か緊急避難か」八九頁以下(初出、警察研究四八巻四号(一九七七年))、中山研一「刑法総論」(一九八二年)二八六頁の註(4)、神田宏「正当防衛と第三者」松村格・都築廣巳・神田宏・野崎和義『刑法総論』(一九九八年)一九八頁以下も参照。
- (34) 曾根威彦「刑法における正当化の理論」(一九八〇年)二二三頁(初出、中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一(編)『現代刑法講座・第二巻』(一九七九年))。
- (35) 平場(前掲註(3))「緊急行為の構造」一五五頁以下。
- (36) 平場(前掲註(3))「緊急行為の構造」一六七頁以下。
- (37) 森下忠「緊急避難の法的性質」中義勝(編)『論争刑法』(一九七六年)七四頁。なお、同『刑法総論』(一九九三年)一〇一頁以下も参照。
- (38) なお、森下博士は以前、「第三者に対する故意の侵害が緊急避難として不可罰性を認められるのに、過失の侵害は過失責任を問われるというのは、いかにも不都合である。(中略)第三者に対する関係の法的判断にあたっては、その侵害が故意か過失かという点は、重要ではない。」(森下忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」岡山大学法経学会雑誌一二巻四号(一九六三年)四四〇頁)とされていた。