

《論 説》

偶然防衛における法益保全結果の帰属と違法減少

内 山 良 雄

I. はじめに

偶然防衛とは、たとえば、「正当防衛の客観的要件をすべて充足する事実がありながら、行為者が正当防衛状況の存在（すなわち、急迫不正の侵害があること）を全く認識していなかった場合、いいかえれば、行為者が防衛の意思なく、一方的な加害の意思で当該の行為を行ったところ、偶然にも、客観的な防衛の効果が生じたという場合」¹⁾などと定義される場合をいう。周知のとおり、偶然防衛の処理をめぐるのは、防衛の意思必要説から既遂罪説²⁾、防衛の意思不要説から正当防衛説³⁾が主張される一方で、防衛の意思必要説・不要説の双方から未遂罪（未遂準用）説（以下、単に「未遂説」という）⁴⁾が主張されている。近時においては、未遂説が主張者の数を増しており、「ここに至れば、もはや防衛の意思の要否をめぐる議論は実践的意義を失っていることになろう」⁵⁾との指摘も存在する。たしかに、未遂説は、緊急状態・利益衝突状況における複数関与者の利害調整という観点からは、バランス感覚にマッチしてい

1) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年、有斐閣）259頁。なお、本書のほか、同『刑法総論の理論構造』（2005年、成文堂）、同ほか『理論刑法学の最前線』（2001年、岩波書店）をも参照。本稿では、最近刊である『講義刑法学・総論』を引用する。

2) たとえば、西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』（1993年、成文堂）240-1頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年、有斐閣）157-9頁、川端博『刑法総論講義』（第2版、2006年、成文堂）353頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年、有斐閣）391頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（2009年、成文堂）289頁など。

るともいえ、防衛の意思の要否を超えて未遂説が台頭してきたことには、それなりの理由があるともいえよう。

ところで、冒頭に引用したように、偶然防衛を定義する際に、偶然防衛行為の相手方も行為者の法益を侵害しようとしていたという事情、そのため偶然防衛行為によって行為者の法益が保全されたという事情を「偶然」「たまたま」

3) たとえば、須之内克彦「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛法学会誌6巻2号(1980年)47頁以下、中山研一『刑法総論』(1982年、成文堂)280頁以下、内藤謙『刑法総論講義(中)』(1987年、有斐閣)343-4頁以下、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論I』(1988年、日本評論社)138頁、日高義博『刑法総論講義ノート〔第3版〕』(2005年、勁草書房)113-4頁、関哲夫「偶然防衛についての一考察」国士館法学37号(2005年)3頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(2006年、東京大学出版会)345-6頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(2007年、成文堂)229-30頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』(2008年、東京大学出版会)197頁、三上正隆「正当防衛」曾根威彦ほか編『重点課題刑法総論』(2008年、成文堂)86-7頁など。

4) 必要説から、江家義男『刑法(総論)』(1952年、千倉書房)91-3頁、102頁、野村稔『刑法総論』(補訂版、1998年、成文堂)225-9頁、内田文昭『刑法概説・中巻』(1999年、青林書院)81-2頁、井田・前掲注(1)260頁、高橋則夫『刑法総論』(2010年、成文堂)268頁、関根徹「偶然防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年、成文堂)189頁以下など。不要説から平野龍一『刑法総論II』(1972年、有斐閣)243頁、中義勝『講述犯罪総論』(1980年、有斐閣)135-6頁、松原芳博「偶然防衛」現代刑事法5巻12号(2003年)52-3頁、同「正当防衛(その1)」法学セミナー662号(2010年)108-9頁、堀内捷三『刑法総論(第2版)』(2004年、有斐閣)159-60頁、佐伯仁志「正当防衛(2)」法学教室292号(2005年)73頁以下、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(2007年、有斐閣)124頁、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(2008年、成文堂)465頁、西田典之『刑法総論』(第2版、2010年、弘文堂)170-1頁など。なお、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2008年、弘文堂)104頁は、偶然防衛を自己防衛型と緊急救助型に二分し、前者について防衛の意思必要説にたち未遂準用、後者について防衛の意思不要説により正当防衛とする。

5) 橋爪隆「正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』(2008年、成文堂)113-4頁。

と表現するのは、防衛の意思必要説の論者に顕著である⁶⁾。「偶然」「たまたま」という表現を用いる場合、犯罪論においては、因果関係の不存在を意味するものと解するのが自然である。この点、防衛の意思必要説の論者は、因果関係論において折衷的相当因果関係説を採用することが多く、同説によれば、相手方も行為者の法益を侵害しようとしていたという事情は、行為当時において、行為者は認識しておらず、行為者の立場に立った一般人も認識しえないであろうから、相当性判断の基底に組み込まれない事情である。このことを前提とするならば、偶然防衛において、防衛の意思必要説・折衷的相当因果関係説（および事前判断によって結果を行為に帰属させる見解）に立脚しつつ、客観的な防衛の効果（法益保全結果）が生じたという事実を偶然防衛行為に帰属させ、そのことを理由に違法減少を肯定し、未遂説を主張することが理論的に可能なか、疑問の余地が生じる。法益保全結果が偶然防衛行為に帰属できない以上、法益保全結果の発生は「偶然」「たまたま」なのであり、違法減少の効果を有しえないと解するべきではなかろうか⁷⁾。あるいは、論者において、法益「保全」結果の帰属は、法益「侵害」結果の帰属とは異なる原理によって行われていたり、そもそも法益保全結果の帰属は不要と解されているのだろうか。

本稿は、このような問題関心から、防衛の意思必要説による未遂説の論理を検討しようとするものである⁸⁾。なお、筆者は、防衛の意思不要説に依拠して

6) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論』（第3版、1990年、創文社）237-8頁、西原・前掲注(2)240頁、福田・前掲注(2)158-9頁、大谷・前掲注(2)289頁、野村・前掲注(4)160頁など。他方、防衛の意思不要説に立つ西田・前掲注(3)170頁、山口・前掲注(3)123頁、二分説に立つ曾根・前掲注(3)104頁は、そのような表現を用いていない。

7) すでに、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報824号（1976年）5頁は、「行為との間に相当因果関係の認められないような結果は、行為者の利益にも不利益にも帰属せしめるべきものではなかろう」と指摘している。同4頁、6頁は、客観的に存在していた急迫不正の侵害が止揚されたことは、犯罪行為の要素とは関係ない情状にすぎないとする。これに対し、平川・前掲注(3)138頁は、「違法阻却にそのような相当因果関係の見地を入れるべきかは、なお検討すべき問題」とする。

8) 防衛の意思不要説および二分説による未遂説の検討は、他日を期したい。

いることを申し添える。

Ⅱ. 社会的相当性説と違法阻却・違法減少

1. 社会的相当性説と違法阻却

防衛の意思必要説は、正当化の一般原理として社会的相当性説を採用する諸家によって主張されることが多い⁹⁾。そこで、まず、社会的相当性説の論理構造と未遂説の整合性について、検討することとしたい。社会的相当性説は、法益侵害(結果不法)を惹起しても、それを惹起した行為が社会的相当性の枠内であれば、正当化を認める(社会的相当性逸脱行為=行為不法を経由しない法益侵害は、適法)。正当防衛において、法益侵害を惹起しても正当化が可能なのは、防衛行為(正当防衛状況下における防衛の意思に基づく法益保全行為)が社会的相当性の枠内にあるといえるからである。この論理の根底には、正当化は構成要件該当事実全体を対象とするものであって、ひとたび惹起された法益侵害は、同等以上の法益が保全されたことによって帳消しになることはないという理解が存在する¹⁰⁾。法益保全も、被害者の承諾も、社会的相当性の有無を判断するための資料のひとつにすぎないと位置づけられており¹¹⁾、法益保全結果だけが社会的相当性判断から離脱して、法益侵害結果を滅殺したり、帳消しにする効果をもつことはないと解されているからである。したがって、防衛の意思に基づかない偶然防衛は、法益保全が発生したという事実を考慮したとしても、社会的相当性を逸脱した行為と評価される結果、単なる社会的相当性逸脱行為(行為不法)による法益侵害惹起(結果不法)として、完全な既遂不法が肯定されるのである(「行為不法+結果不法=既遂不法」という構成要件レベルにおいて「違法性を基礎づけるための足し算」が完全に完成した場合)。

9) 前掲注(2)に掲記した諸家は、社会的相当性説に依拠している。

10) たとえば、福田・前掲注(2)159頁、大谷・前掲注(2)289頁。

11) このような理論構成においても、法益保全結果を当該行為に帰属しえてはじめて、それが社会的相当性判断の資料としての地位を獲得すると解すべきように思われる。

このような論理からは、偶然防衛について既遂罪説をとることが一貫するよう
に思われる。

2. 社会的相当性説と違法減少・その1 (障害未遂)

社会的相当性説によって違法減少が認められる場合として、障害未遂におけ
る未遂減輕がある。障害未遂においては、犯罪の実行に着手したものの当該犯
罪を遂げるに至らなかった場合、したがって①法益侵害を惹起しえなかったか
(法益侵害が発生したことの確認ができない場合を含む)、②発生した法益侵
害が当該行為に帰属されないかのいずれかの場合である。これらの場合は、法
益侵害不発生が実行行為に帰属されることは必要ない。行為に帰属可能か否か
に関係なく、単純に結果不法が基礎づけられないタイプだからである(「既遂
不法を基礎づけるための足し算」(前出Ⅱ1)が、構成要件レベルで未完成な
まま途中で終了した場合)。障害未遂においては、結果不法が欠落しただけで
あって、実行行為が社会的相当性を逸脱していることに変わりはないため、行
為不法のみによって未遂不法が基礎づけられる。この点をとらえて、社会的相
当性説においても、既遂不法を基準にして違法性が減少していることになるが、
偶然防衛においては、(行為に帰属可能な)法益侵害は発生しており、したが
って結果不法は基礎づけられうるのであるから、障害未遂と同列に、違法減少を
語ることは妥当でない。そもそも、社会的相当性説においては、法益保全結果
に、結果不法を滅殺ないし帳消しにする効果を認めることはできないのである。

3. 社会的相当性説と違法減少・その2 (過剰防衛・過剰避難)

障害未遂のほか、防衛の意思・避難意思に基づく行為による過剰防衛・避難
において、刑の任意的減免の根拠に関する違法(・責任)減少説に立つ場合が
考えられる。両者に違法減少を認める論理も、①防衛・避難意思があることと、
②当該行為によって法益保全結果が惹起されたこと、すなわち法益保全結果が
当該行為に帰属可能なことが、(過剰にわたっているため、社会的相当性を逸
脱しており、違法阻却はできないものの)当該行為の社会的相当性逸脱の程度
を減少させていることに求められよう(「既遂不法を基礎づけるための足し算」

(前出Ⅱ1)が構成要件レベルで不完全に完成した場合=足し算は成立するが、その和から「行為不法減少」分の引き算が行われる場合)。このことは、誤想防衛において、行為者が客觀的事態に対応しない、相当でない錯誤に基づく「防衛の意思」を主觀的に有していただだけでは、社会的相当性逸脱の程度は減少しないことから、想像に難くない。誤想防衛において、違法性の減少すら論じられないのは、行為者が防衛の意思を有していたとしても、当該行為によって何らの法益保全結果も招来されていない事実に着目してのことである(一方的な法益侵害にすぎない)。偶然防衛においても、法益保全結果が行為に帰属できなければ、法益保全結果は「発生していないのと同じ」なのであって、加えて防衛の意思すら欠如している以上、違法減少を語る余地はない。つまり、社会的相当性説の論者が、防衛の意思必要説をとり、既遂罪説に立つのは、単に防衛の意思が欠けているということだけでなく、法益保全結果が偶然防衛行為に帰属できないことをも考慮してのことと思われるのである。

4. 社会的相当性説と違法減少・その3(中止未遂)

3で述べたことは、中止未遂において、刑の必要的減免の根拠に関する違法(・責任)減少説に立ちつつ、中止行為と既遂結果不発生との間に因果関係を必要と解する場合にも妥当する。中止未遂において違法減少を肯定する論理としては、①自己の意思による中止行為を、規範適合的行為への自主的回帰行為としてとらえて、行為不法の事後的減殺を肯定するタイプ、②中止行為によって、実行行為の有する危険が法益侵害へと実現することを阻止したことにより、危険の解消・中和による違法減少を肯定するタイプが考えられる。いずれにせよ、中止未遂における違法減少は、すでに実行に着手したことによって基礎づけられた「障害未遂不法からの」減少を意味する。なぜなら、既遂結果不発生による結果不法の欠落という意味での「既遂不法からの」違法減少は、すでに障害未遂不法において考慮済みであり、任意的減輕から必要的減免へと法律効果が変更される理由(の一部)を違法減少に求めるのであれば、それは「障害未遂不法からの」さらなる減少を意味すると解するほかはないからである。

まず、②においては、中止行為と既遂結果不発生(危険中和)との因果関係

が要求されるべきことになる。なぜなら、因果関係が存在しない場合、不法の実体は障害未遂不法と何ら変わらず、障害未遂不法からの違法減少を肯定できないからである。①においても、単に規範適合的行為への自主的回帰行為が行われただけで、その行為が結果不発生と無関係なのであれば、その構造において誤想防衛行為と大差はない。なぜなら、この場合、行為者だけが「自分が行為をやめれば（結果発生の回避効果があると考える行為をすれば）、結果は発生しない」と思い込んで中止している点において、現実には存在しない急迫不正の侵害が存在すると誤信して（客観的事実に対応していない「防衛の意思」をもって）誤想防衛行為に出ているのと変わらないからである。したがって、中止未遂に違法減少を認めるためには、中止行為と既遂結果不発生との間に因果関係の存在が必要になると解される（「既遂不法を基礎づけるための足し算」（前出Ⅱ1）が途中で終了し＝障害未遂不法のみ基礎づけられ、そこからの引き算を完成させるためには因果関係が必要となる場合）。

偶然防衛においては、規範適合的行為に相当する行為も存在せず、法益保全結果（他者による自己または第三者に対する法益侵害の阻止・回避）と偶然防衛行為との因果関係も（論者の前提とする因果関係論では）肯定できないのであるから、やはり、違法減少を肯定する余地はないように思われる（「既遂不法を基礎づけるための足し算」（前出Ⅱ1）は完成し、そこからの引き算を完成させるためには因果関係が必要となる場合）。

5. 小括

上述のとおり、偶然防衛は、社会的相当性を逸脱した行為による法益侵害であり、「既遂不法を基礎づけるための足し算」（前出Ⅱ1）が完成する類型に属する。偶然防衛における法益保全結果「だけ」が既遂結果不法を帳消しにする効果を有しうるものではないことも、すでにみたとおりである。被害者の承諾論においても、①違法目的のもとに得た承諾は違法であり、この承諾にもとづく法益侵害は、行為者に承諾の認識があっても違法阻却されずに既遂不法が肯定され、②被害者が承諾していても、その認識を欠いた法益侵害は違法とされ、違法減少についてとくに論及がないことからしても、正当防衛状況の認識を欠

いた行為と因果関係なく発生した法益保全結果も、社会的相当性説において違法減少効果を有しえないと解さざるをえない。

このことは、結果不法の判断は事後判断によるという前提を採用したとしても¹²⁾、左右されない。論者において、結果不法が事後判断に服するということは、法益侵害「結果」、法益保全「結果」の有無は事後判断によって確定することを意味するにとどまり、法益「侵害」結果の帰属（因果関係）の判断が事前判断に服する以上¹³⁾、法益「保全」結果の帰属もまた、事前判断に服するのが筋だからである¹⁴⁾。

Ⅲ. 社会的相当性説によらない防衛の意思必要説・未遂説

1. 近時の有力説

近時、違法性の実質において行為無価値・結果無価値二元論（二元的人的不法論）から防衛の意思必要説を採用しつつ、正当化の一般原理として社会的相当性説を採用しない立場から、未遂説が有力に主張されている。社会的相当性説に依拠しない場合、法益保全の事実、中止行為の遂行と危険解消の事実、侵害される法益の主体が同意していた事実などの事情は、単に社会的相当性判断の資料のひとつにすぎないという地位から解放され、ストレートに結果不法＝既遂不法を減殺し、帳消しにする効果を担いうる余地がある。そこで、以下では、そのような見解の代表的な論者として、井田良教授、高橋則夫教授の所説を検討することとしたい。

12) 社会的相当性説の論者ではないが、野村稔『未遂犯の研究』（1984年、成文堂）143頁以下、同・前掲注(4)158-9頁、195頁参照。

13) 野村・前掲注(4)130頁。同158頁注(1)、196頁は、「行為自体の違法性と結果の違法性の結合要素として」、行為と結果との間に折衷の相当因果関係が必要であるとする。

14) 法益保全結果の帰属は、法益侵害結果の帰属とは異なる原理に服するとする可能性も考えられるが、この点に言及する論究に、筆者は接していない。

2. 優越的利益保全・要保護利益欠如二元説

井田教授は、違法阻却の統一的原理を「保全利益の優越性と保護されるべき利益の欠如という2つの原理」を用いる「二元説を基礎に置きながらも、違法性の本質（その形式面と実質面）に遡りつつ、個々の違法性阻却事由を支える適法化の根拠を多元的に明らかにしていく（その上で、適法化根拠の全体を統合して整理し、相互の調整を図る）」必要性を説き、刑法35条以下の法定的違法性阻却事由については保全利益の優越性により、被害者の承諾は保護されるべき利益の欠如により、それぞれ説明できるとされる¹⁵⁾。正当防衛の正当化根拠としては、①法的保護に値する正当な個人的権利（保全法益）の存在、②保全利益が緊急事態において危険にさらされていること（①②で保全法益の保護の必要性）、③帰責性が認められるため、急迫不正の侵害者側の法益（被侵害法益）の要保護性が減弱・否定されることに求められる¹⁶⁾。

中止未遂の法的性質に関しては、違法・責任減少説をとられる¹⁷⁾。そして、結果の不発生を中止犯の要件とするのであれば、中止行為と結果不発生との間の因果関係（条件関係および相当因果関係¹⁸⁾）も要件と考えるのが自然だとし

15) 井田・前掲注(1)256-7頁。なお、井田教授は、かつて、違法阻却、ことに複数の関与者の利益が衝突・拮抗する場面においては、複数の関与者の利害調節のために、各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基準、すなわち特定関与者の認識可能性を度外視した事後判断が行為不法の評価においても要請されるとし、正当防衛説を主張されていた（『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995年、成文堂）115頁以下。初出に対する書評として、日高義博・法律時報63巻11号（1991年）125頁以下）。

16) 井田・前掲注(1)271-2頁。

17) 井田・前掲注(1)423-4頁。中止行為（刑法の要求する行動基準に従った行為であり、違法レベルにおける肯定的評価を導く）および結果の不発生による違法減少、任意性による責任減少を肯定される。

18) この論述から、違法減少の場面における因果関係も、既遂不法を基礎づける場面における因果関係と同じものを想定しておられることが看取される。したがって、結果不法＝既遂不法を排除する場面において、これと異なる帰属原理を念頭に置かれているとも思われない。

つつも、任意の中止行為を行い、かつ結果不発生に終わった場合に、因果関係（とくに、条件関係を念頭に置いていると思われる）の有無で中止犯の成否が左右される結論を回避するため、因果関係を不要とされる¹⁹⁾。そして、「刑法上の因果関係が問題となる通常の場合を考えてみても、未遂犯の成立が認められるためには、とにかく結果が不発生に終わればよい。仮に、行為者の行為とは全く無関係な偶然的事情が介入して結果の発生が妨げられたとしても、また、異常な因果経過をたどった末に結果が不発生に終わったとしても、それは未遂であって、既遂とされることはない」ことを、因果関係を不要とする論拠とされている。しかし、この説明は、Ⅱ 2において検討したように、「障害」未遂の場合に因果関係が不要であることの説明であって、中止行為と既遂結果不発生との間に因果関係がなくても「障害未遂不法から」さらに違法性が減少する説明にはなっていない。してみると、「中止」未遂の違法減少の実体は、結果不発生に求めることはできなくなり、任意か否かを問わず（任意性は、責任減少の要件）中止行為（中止行為時において犯罪実現の回避〔危険消滅の可能性〕が十分に見込まれる行為＝具体的危険説の危険判断と同様の判断公式により判定される）それ自体と、中止の故意（危険事態を意識した行為者が、危険を消滅させようとしてその行為を行ったという主観的要件）に求められていることに帰着する²⁰⁾。そして、中止の故意がない場合は、中止行為だけでは「違法性の減少を認めることはできない」と明言されている点に注意を要する。

被害者の承諾の不認識の場合は、偶然防衛と同様の処理が予定されている。すなわち、有効な同意がありながら、行為者がそれを認識せずに行為した場合、同意の不認識により行為不法は残るが、同意により保護されるべき利益が欠如するため、結果不法が欠落し、故意未遂犯の罪責のみが問題となる²¹⁾。

19) 井田・前掲注(1)425-6頁。窃盗犯人が、金庫をこじ開ける途中で気が変わり、任意に中止した場合に、金庫内に財物が存在するか否か、他人に毒を飲ませた行為者が、任意の中止行為により死亡結果の発生を防止する場合に、毒が致死量に達していたか否かにより、それぞれ中止犯となるかならないかが左右されると述べておられる。

20) 井田・前掲注(1)426-7頁。

偶然防衛の場合、防衛の意思必要説にたちつつ、「行為不法は肯定される。しかし、事後的・客観的には正当な結果が生じたことが明らかとなっている以上、結果不法は否定される。したがって、行為不法は存在するが、結果不法が生じていない場合として、未遂の限度で違法性が肯定される」のである。そして、「違法性阻却事由も広い意味では構成要件要素であると考えるのであれば（消極的構成要件要素の理論）、偶然防衛とは構成要件が完全に充足されていないケースなのであり、これを未遂とすることは不自然なことではない」とも述べておられる²²⁾。また、「偶然防衛のケースは、『違法な事実の実現を意図して行為したが、結果的には違法な事実が実現されなかった』という点で、『不能な客体』に対する実行行為と同じである」とされ、中止行為性を肯定する際と同様に、具体的危険説の判断公式により、行為不法＝未遂不法を基礎づけておられる。しかし、問題なのは、結果不法が欠落する論拠である。「正当な結果」発生と「違法な事実」不実現とが同義なのか不明だが、法益保全結果が（消極的）構成要件の結果であるならば、これと構成要件の行為である偶然防衛行為との間には、やはり、条件関係および相当因果関係が必要とされるべきではなからうか。偶然防衛行為（積極的構成要件の行為）「によって惹起された」法益侵害（積極的構成要件の結果）の結果不法を帳消しにする効果を、偶然防衛行為「によってもたらされたとはいえない」法益保全結果が果たしうるとは、とうてい思えない。

被害者の承諾は、被害者の自己決定権によってカバーされている限度で被侵害法益の法益性ないし要保護性が否定されると理解されており（保護されるべき利益の欠如）、そのような利益を侵害しても結果不法を基礎づけないというのは、了解可能である。これに対し、偶然防衛においては、被侵害法益の法益性・要保護性が完全に否定されているわけではなく、法益侵害と同時に発生した法益保全が結果不法を帳消しにするとされる（保全利益の優越性）。急迫不正の侵害が客観的に存在していたという行為状況だけで、必然的に法益保全結

21) 井田・前掲注(1)326頁。

22) 井田・前掲注(1)259-60頁。

果がもたらされるわけではないし、保全法益が利益衡量の天秤に乗りうる地位を獲得するためにも、法益保全結果が偶然防衛行為に帰属される必要があると思われる。しかし、偶然防衛においては、両者の間に条件関係を肯定できても、折衷的相当因果関係説では相当性を肯定することができないのである。中止未遂において、危険解消を十分に見込める行為が行われても、中止の故意がなければ違法減少が否定されるのと同様に、偶然防衛行為が行われて法益保全結果が発生したとしても、両者の間に相当因果関係が肯定できないのであれば、結果不法の欠落はなく、防衛の意思もないことから行為不法も肯定され、既遂不法は完成すると解するべきではなかろうか。

3. 共同体関係的な行為許容性説

高橋教授は、正当化の一般原理としては、「共同体関係的な行為許容性」、すなわち価値と価値とが対立した紛争状況において、①対立する利益の比較が可能な場合は、各利益の優劣を判断し、優越的利益を維持した行為に対して許容規範が機能するが、②比較不能な場合、比較自体が許されない場合は、当該紛争状況が共同体にとって受忍すべきものか否か、受忍可能なものか否かによって、正当化の可否を決せられる。これが上位基準となり、下位基準として優越的利益、利益の欠如、行為の有用性・必要性・目的などが位置づけられ、個々の正当化事由固有の根拠と相互連関されるべきことが提唱される²³⁾。そして、正当防衛については、自己保存本能から派生する自己保護原則と、個人の保護を超えた法秩序保護から派生する正の確証原則が、固有の正当化根拠とされている²⁴⁾。

中止未遂の法的性質に関しては、可罰性減少説を提唱し、中止行為を具体的危険結果の除去行為（危険消滅行為）と理解したうえで、中止行為と具体的危険結果除去との間に因果関係があればよいとされる。中止未遂の場合、未遂を成立させる具体的危険が発生している以上、これを除去すれば足りると解され

23) 高橋・前掲注(4)245-6頁。

24) 高橋・前掲注(4)255-6頁。

るのである²⁵⁾。

被害者の承諾の不認識については、認識必要説に立ち、殺害されることにつき同意している者を、その事実を認識せずに殺害した場合、実行行為は殺人行為であるが、結果は同意殺人であり、当該結果は、違法性の減少された結果であって殺人罪の本来の結果とはいえず、殺人未遂罪が成立するとされる(未遂規定の準用)²⁶⁾。なお、主観的正当化要素としての同意の認識がないことを理由に殺人既遂とする見解には、「結果が同意殺人であることを考慮しない点に問題がある」として与せず、抽象的事実の錯誤として処理し、刑法38条2項を準用して同意殺人罪の成立を認めることに対しては、「認識が必要か否かの問題を、錯誤論という規範的処理によって看過することになる点に問題がある」として、批判される。

偶然防衛については、防衛の意思の不存在から「反撃行為としての性格」を認めない一方で、「結果的に正当防衛となった」のであるから、行為規範違反はあり、構成要件の結果も発生しているが、それは「違法な」結果とはみなされず、制裁規範は未遂の限度でしか発動しないとされる。構成要件の結果が発生しているから、純粋な未遂犯ではないが、防衛結果が生じていることから、結果無価値が減少し、未遂犯に準じる。未遂処罰の根拠である具体的危険は結果無価値の要素であるため(したがって、未遂犯の違法性は、行為無価値と結果無価値の両面から基礎づけられる)、結果不法は欠落せず、減少にとどまるとされるのである²⁷⁾。

高橋教授は、中止未遂において、井田教授とは異なり、未遂犯としての「可罰性」の減少を肯定するために中止行為と具体的危険結果除去との間に因果関係を必要と解されるのにもかかわらず、偶然防衛においては、既遂犯としての「違法性」の消滅=結果「不法」の未遂レベルまでの減少には、「結果的に正当防衛となった」だけで足り、因果関係は不要とされているが、この点に疑問

25) 高橋・前掲注(4)386-7頁。

26) 高橋・前掲注(4)304-5頁。

27) 高橋・前掲注(4)268頁。

が生ずる。中止未遂は、実行行為によって惹起された既遂結果発生 of 具体的危険を、実行行為後に事後的に回復する行為であるがゆえに、「(実行行為時の違法性に関係しない) 違法性関連的な可罰性」を減少させる事由と位置づけられる。しかし、中止未遂も「違法関連的」であることは承認されており、偶然防衛における違法減少も、中止未遂における違法関連的可罰性減少も、ともに制裁規範の発動に関係する事項としての共通性を有している²⁸⁾。両者に違いがあるとすれば、中止未遂において、実行行為と中止行為は時間的に前後する別個の行為であるのに対して、偶然防衛においては、客観的に見るかぎり、一個同一の行為が、法益侵害行為としての性格と法益保全行為としての性格を併せもつ点であろう。そして、偶然防衛においては、防衛の意思の不存在を理由に防衛行為としての性格を剥奪され、単なる法益侵害行為にすぎないものとされている。あるいは、防衛行為としての性格を有さない以上、単なる法益「侵害」行為との関係において法益「保全」結果の帰属を語るのはナンセンスと解されているのかもしれない。しかし、ひとたび発生した違法事態について、それを「事後的」に解消する場合には因果関係が要求され、「同時的」に解消する場合には因果関係が不要とする論拠が不明といわざるをえないように思われる。違法阻却であれ、違法減少であれ、構成要件に該当した行為と結果に対する評価である以上、とくに上述の「既遂不法を基礎づける足し算」(前出Ⅱ1)が構成要件レベルで完成している(当然、実行行為と構成要件の結果との間に因果関係が肯定されている)場合には、それに対して違法性の段階で「違法性を減少させる引き算」を完成させるためには、適法化結果が「構成要件該当行為」である実行行為に帰属される必要があるのではなかろうか。

4. 若干の検討

偶然防衛の場合には、井田教授の所説において、被侵害法益の法益性ないし要保護性は否定されておらず(否定されると解するとしても、それ単独では「正当な結果が生じた」とはいえない)、高橋教授の所説においては、自己保護原

28) 高橋・前掲注(4)268頁、380頁。

則も、正の確証原則も妥当しないから、いずれの見解においても、既遂不法の欠落(井田)、未遂不法レベルまでの結果不法の減少(高橋)を基礎づけるのは、優越的利益原理であると推察される。ところで、利益衡量を行うにあたり、侵害された利益、保全された利益が、それぞれ衡量に付されうる(衡量のための天秤に乗ることができる)地位を獲得するのは、それらが当該構成要件的行為「によって、侵害され、保全された」利益だといえるからであり、因果関係の肯定を前提としているというべきではなからうか。利益衡量説が法益に限らず利益一般を衡量に付すとしても、それは被侵害法益および保全法益と一定の関係性を肯定できる利益に限定されている。関係性が要求される本体である被侵害法益と保全法益のうち、被侵害法益の侵害についてだけ因果関係が要求され、保全法益の保全は構成要件的行為と無関係に存在してよいとすれば、衡量に付される利益の範囲を限定する機能は失われてしまうであろう。あるいは、正当化の場面における法益保全結果の帰属は、(積極的)構成要件レベルにおける法益侵害結果の帰属とは異なる帰属原理があるのだとすれば、その全容が明らかにされることが望まれるところである。

また、刑法36条1項は、「急迫不正の侵害に対し…権利を防衛するためやむをえずにした行為」と規定しているのみであるから、急迫不正の侵害が客観的に存在する状況でありさえすれば、正当防衛の客観的要件は具備したことになり²⁹⁾、緊急避難の場合も、37条1項本文は、法益侵害については「生じた害」と定める一方で、法益保全については「避けた害」とはせずに「避けようとした害」と規定していることから、両類型においては、法益保全結果の帰属を要求していないと解する余地もあるかもしれない。しかし、防衛の意思を有さない行為に防衛行為としての性格を認めることなく行為不法を肯定する両見解において、必要性・相当性の要件をクリアしたとしても、客観的にみて、急迫不

29) 関根・前掲注(4)211頁は、偶然防衛行為によって「もたらされた不法結果は、客観的な正当防衛状況の事実上の存在によって相殺される」とする。しかし、正当防衛状況の「事実上の存在」がなぜ不法結果を相殺し、「結果不法にとって不可欠の要素が欠如する」場合である未遂を基礎づけるのか、その根拠こそが問われているのである。

正の侵害が存在し、それに「対する」行為だったというだけで、「事後的、客観的には正当な結果が生じたことは明らかとなっている以上、結果不法は否定される」(井田)、「結果的に正当防衛となったのであるから、行為規範違反はあり、構成要件の結果も発生しているが、それは『違法な』結果とはみなされない(高橋)ということではできないであろう。防衛行為としての性格を否定された行為に基づく結果を称して、「事後的、客観的には正当な結果」「結果的には正当防衛」というのであれば、やはり、法益保全結果を当該行為が「惹起した」といえる場合であることが前提とされるべきではなかろうか。

IV. 結びにかえて

従来、利益衝突状況における違法阻却・減少の場面において、法益保全結果を構成要件該当行為に帰属させることの要否については、あまり意識されてこなかったように思われる。このような現状は、たとえば、利益衝突状況を前提としていない一方的法益侵害行為を中止する場合である中止未遂論において、違法(・責任)減少説を中心に、中止行為と結果不発生・危険除去との間に因果関係の要否が当然のこのように論議されてきたことと対照的である。むしろ、利益衝突を前提とする緊急行為論においてこそ、適正な利害調整を図るために、構成要件該当事実の違法性を阻却・減少しうる結果が、当該構成要件該当行為の所産とどういうのか否かを、帰属判断によって確定したうえで議論を進めることが是非とも必要のように思われる。とくに、衝突状況にある利益の衡量を行うに当たっては、衡量に付されうる利益と、衡量に付されることのできない利益とを選別する機能が、この帰属判断に期待される。他方で、法益保全結果のほかにも、違法阻却・減少に関連する個々の事情について、構成要件該当行為への帰属を必要とする事情と、必要としない事情を分析・分類していく必要がある。

*本稿を、2012年3月をもって九州国際大学をご定年で退官される大原邦英先生に、捧げさせていただきたい。