

いわゆる防衛の意思について

中

義

勝

- 一 はしがき
- 二 防衛意思の内容と主観的正当化要素を否認する主観的不法要素論者
- 三 いわゆる過失防衛
- 四 シュペンデル、ブリッツヴェイツ論争
- 五 結 語

一 さきに、私は、「未遂の処罰根拠——不能犯をめぐる一考察——」と題する論文をものした（本誌三八巻五・六号一三三頁以下）。そのなかで、もし事後になつてはじめて知られるにいたつた事情であつても、行為時には既存していた事情を挙げて未遂行為の危険判断の資料にとりいれるとすると、すべての未遂ははじめから未遂に了るべくして未遂に了つたまでだということになり、純客観的にはもともと法益侵害の危険性をもたなかつたものと考えられざるをえず、これでは、未遂犯を罰する現行法の趣旨を無視して、一切の未遂を不可罰とせざるをえないことになるであらうとした。この意味では、未遂犯を罰する現行法の趣旨に沿つた未遂の処罰根拠は純客観的危険性説以外のところ¹に求められなければならないということになるが、その考え方は本稿にとつても基本的な前提となるので、以下にそのあらましを、必要の限度内において繰り返すことにしたい。

たとえ、人を狙つてピストルを発射したところ、射弾は人体をそれて殺人は失敗に了つたとしよう。これは、誰がみても殺人未遂とされるべき事例であるといつてよいであらう。しかし、その失敗に了つた理由が、狙いがはじめからすこしずれていたとか、そのピストルの射角が、構造上、もともといちじるしく湾曲していたというような事情に帰せられる場合はどうか。これらの事情は、たとえ事後になつてはじめて知られたことであるとしても、行為時にはすでに存在していた事情であり、これを危険判断の資料にとりいれる場合、まさしく行為は失敗に了るべくして失敗に了つたまでだということになり、したがつて、純客観的危険説では行為ははじめから危険でもなかつたものとして——未遂の処罰根拠を法益侵害の危険性に求める以上——未遂犯の成立を否定せざるをえぬこととなる。¹

もつとも、設例中、後者はなお事後的検証に親しむものであるが、前者となるとほとんど検証の余地がないといつてよい。しかし、あらゆる出来事は——結果の不発生をも含めて——先行の原因のなせるわざであるとすれば、たとえ事後的検証が困難ないし不可能であるとしても、結果の不発生は、理論的には、行為時に先在していた事情によって不発生に了つたものと解するほかにはなく、こうして、行為時に既存していた事情を危険判断の資料としてとりこむならば、一切の未遂ははじめから危険でなかったものとして不可罰とせざるをえぬこととなる。しかし、このような考え方は、未遂犯を罰する現行法の趣旨に真向から抵触することはあらためていうまでもない。そうすると、現行未遂規定が予定する危険概念は決して純客観的なそれではなく、さりとて主観説や抽象的危険説（主観的客観説）のそれでもなく、具体的危険説によって説かれていた危険概念、すなわち、事前の一般の考察によって認識可能な事情に、行為者が特に知っていた客観的事実があればこれをも加えて判断の資料とし、そのうえで法益侵害の危険性があるとされれば未遂の成立を認めて支障がないということになる。前掲拙稿において私が達した危険概念も、まさしくこのようなものであった。

そうすると、いわゆる空ベッド事例においても（空ポケット事例でも論理的には同一である）、目ざす仇敵がそこに寝ていると思つて発砲したところ、その人が別室にいたとか、眠れぬままに夜の散歩に出かけていてもぬけの空であったというような場合、純客観的危険説では、そのベッドには何人も寝ていなかったという事情は行為時には既存していた事実なのであるから、これを危険判断の資料とするかぎり、行為は構成要件の欠缺ないし不能犯として、殺人としてはじめから危険ならざるものと解しなければならぬにもかかわらず、本説に依拠される諸家は高低これを可罰未遂とすることは（シユペンデル、クレー、M・E・マイヤー、メツガー、グラフ・ドーナ、フランク等、拙稿

前掲一五四頁以下参照)、その前提的原理に照して背理だとするほかないこととなる。もしまたこの帰結(可罰未遂)を妥当なものとして維持するのであれば、人は普通——どこか他所へ旅行中であるといったことが一般に認識可能でないかぎり——夜は自室の自分のベッドで寝るものだという一般の考察を資料として危険判断していることになり、このかぎりでは知らず識らずのうちに前提的原理を棄てていることになる。もっとも、この前提的原理を維持しつつ、しかも同時にこの事例を可罰未遂とする帰結をも維持しようとする試みもなされているようであるから、これについてすこしばかり補説しておくことにしたい。たとえば、一室内に、入口からA、B二台のベッドが置かれていて、仇敵は普通Aのベッドで寝る習いであったが、その夜にかぎってBのベッドに横たわっていたとしよう。仇敵の習癖を熟知していた行為者がその家に忍びこみ、入口を開いてAのベッドに射撃したところ、もとよりそのベッドは空っぽであったが、隣のベッドには目ざす仇敵が寝ており、かつ仇敵は射撃という行為の支配領域内にあったのであるから、なお行為は殺人未遂になるというのである。しかし、このような考え方を推し進めるなら、もし射弾がAのベッドをそれ、Bのベッドに寝ていた仇敵を斃したとすれば殺人既遂を認めねばならないのではなからうか。けれど、行為者は結果の発生をその支配領域内に含む行為をしたと解せられるからである。けれども、この事例は明らかに方法または打撃の錯誤にあたる事例であり、そのいわゆる支配領域を未必の故意によって包括される場合と考えないかぎり(それなら、厳密にいつて方法の錯誤がある場合でなく、未必の故意があるところに結果が生じたのであれば故意既遂を認めるのは当然である)、支配領域を行為と相当因果関係に立つ領域と同視し、たとえ相当因果関係の予見がなくとも客観的に相当因果関係があれば(過失)、そうした相当因果関係を含む行為(支配領域性)をする意思はすべて故意だということになり、実質的には、具体的符合説ではなく法定的符合説をとらざるをえぬこととなつ

い、いわゆる防衛の意思について

てしまうであろう（方法の錯誤について具体的符合説をとるべきゆえんについては、拙稿「方法（または打撃）の錯誤について」本誌三二卷六号一頁以下参照）。したがって、純客観的危険説をとるかぎり、行為当時、Aのベッドには何人もいなかったのであるから、この点に関するかぎり構成要件の欠缺または不能犯とせざるをえず、もしまたこれを可罰未遂と解すべきであるとすれば、前提とされている純客観的危険概念を放棄し、事前において一般的考察上危険とされる具体的危険説に拠ってこの帰結を維持するほかないということになる。

(1) もっとも、狙いがすこしずれていたとか、射角がいちじるしく湾曲していて狙った目標からかならず外れる仕組みになっていたといういわばピストルの構造的欠陥も、たしかに着手時には存在する客観的事情ではあるが、それが終了するさいの手ぶれ等の事情によって修正されるということもままありうることであり、かつこのような事情は着手時にも一般的に予見可能であるから、これをも行為の危険性判断の資料にとりいれるとすれば、目標に命中する危険も肯定されるということになり、客観的危険説をとつてもなお未遂とされる可能性は残される。しかし、そのさいの危険概念は、もはや純客観的・現実的なそれではなく、規範的に考えられ一般化された危険概念になってしまふであろう。この点は、その毒薬に対して免疫的な体質をもつ人に毒薬を飲ませたような場合にもいえることで、その毒薬と免疫的体質をもつその人という具体的・現実的關係において危険判断をするときにも不能犯とせざるをえないが、これを相対的不能で可罰未遂と解するかぎり、その危険概念はその限度で一般化されたものとなるであろう。致死量に足りない毒薬を服用させた場合にも同じである。

二 このように、危険概念を具体的危険説の意味するところにしたがって把握するとすれば、たとえ客観的には正当化される行為であったとしても、行為当時、行為者にはその正当化前提が知られていず、また一般的考察によつても認識可能でなかったとすれば、やはり行為は危険であり、ただ発生した結果は客観的に正当化されるから、既遂ではなく未遂か成立すると解することもあながちに否定されないということになる。いわゆる偶然防衛、たとえば、Aが狩猟のため山林に分け入ったところ、折からかねての仇敵Xが何者かを狙って銃を構え、他を省みる余裕がないの

を奇貨としてだちにこれを射殺したが、事後に判明した事情によれば、Xが狙っていたのは野獣ではなく、日頃不仲な猟友Yであり、Aは、期せずして、Xを射殺することによって急迫・不正の侵害に見舞われていたYの生命を救助することになったというような場合、これを「裏返えされた不能犯」(umgekehrter untauglicher Versuch)として、なお可罰未遂とするのがこれである。純客観的危険説からは構成要件欠缺または不能犯とされるべき事例、たとえば右の空ベッド事例では、そこに人が寝てもない空っぽのベッドを射ったところで殺人という結果が発生する由もないが、今しがた挙げたAによるX射殺事例では、たしかにX殺害という結果は生じうるし、また現に生じはしたが、これによって、Aは、思いも設けぬところにXによって急迫・不正の侵害に見舞われているYの生命を救助したことになる、この意味では違法にXを殺害するといった結果は招来するに由なかつたことになる。前者では、一般に、結果の発生が不能であったし、後者では、結果の発生は可能であったが、客観的に違法な結果の発生が不能であったということができよう。偶然防衛を裏返えされた不能犯と呼ぶことがあるのも、おそらくはこのような含みにおいてであろうと思われる。ところで、空ベッド事例において、具体的危険性説によれば——そして純客観的危険説の依拠者たちによっても、大低、結論として——これを可罰未遂と解するとすれば、偶然防衛においても、Aの行為を可罰未遂とすることにはいささかも違和感なく了解されるものと思われる。これを、結果無価値がないが、なお行為無価値が残存すると説明するか否かにかかわらず、いやしくも上述の具体的危険説の意味での危険概念を認める以上、やはり行為は事前の一般的考察では危険なものであったわけであり、未遂の処罰根拠をみただけである。そして、私見によれば、純客観説に立脚される諸家も、未遂犯の成立余地を一切否定されるわけではなく(それは現行未遂規定を空文化することになり、解釈論としては不可能である)——たとえその成立余地を狭搾化されるとしても——いや

しくも未遂犯が成立する場合のあることを認められる以上、その処罰根拠をおのずから具体的危険説にいう危険概念に仰がなければならぬ。

ところで、偶然防衛においては、客観的には正当化前提が存するのに、防衛者である行為者にはそれが知られていないので、結果（加害しようとしていた者の殺害）をも含めた全行為がかならずしも完全には正当化されず、行為はなお未遂だとせられる。このことは、裏を返せば、結果をも含めた全行為が完全に正当化されるためには、正当化前提が単に客観的に与えられているだけではなく、行為者によっても認識されていなければならないということを意味する。これが、いわゆる「防衛の意思」(Verteidigungswille)である。そして、完全な正当化のためには防衛の意思が必要であるという意味では、これを「主観的正当化要素」(subjektive Rechtfertigungselemente)と称しても支障がない。

しかし、このいわゆる防衛の意思については、その概念内容をめぐってなお不分明なところがあり、また主観的正当化要素という概念は主観的不法要素と一対をなすものとして、後者を認める者はその裏面たる前者をも認めるものと期待されるにもかかわらず、もつとも有力な主観的不法要素説の推進者が、同時にまたもつとも鞏固な主観的正当化要素説の否定者であるということがドイツでもまたわが国においてもみられる。そこで、まず、こうした問題について論究することとし、特に過失的に正当防衛ないし緊急救助をすることになった場合、防衛意思といったものを云為することは不可能ないし無駄なことだとする議論を通じて、それでも行為はなお正当化されるべきだとすれば、いわゆる防衛意思といった要件は不必要ではないかとする論証を検討し、最後に、繰り返し主観的正当化要素としての防衛意思を否定するシュペンデルの提出した設例をめぐるブリッツヴェイツとの論争を通じて、この問題の帰趨を眺

めて行くことにしたい。

二 防衛意思の内容と主観的正当化要素を否認する主観的不法要素論者

一 防衛意思の内容をめぐっては、これを単に正当化前提の認識でもって足るとする見解と、これをこえてもっぱら防衛の意図・動機によって行為がなされることを要するとする見解とが対立している。これまでの叙述によっても、私見が前説に立脚するものであることが窺いうるかと思われるが、防衛の意思必要説の内部でも今日では次第に後説が廃せられ、前説ないしこれに近似する内容のものとして防衛意思が説かれているようである。これに関しては、すでに諸家によるその旨の指摘もあり、ほぼその帰趨も定まっていると思われるので、できるだけ簡単に叙述することとしたい。

かつて大審院は、X女とYとが海岸で喧嘩をしているのでAが仲裁に入ったところ、やめないのしばらく傍観していると、これを機会にYがその場から逃走したので、XがAに対して抗議し、その胸ぐらをとろうとしたので、Aは自分の仲裁を徳とするどころか、かえって襲撃してきたXに「憤激して」、これを海中に突き落して負傷させたという事例において、「刑法三六条は加害行為に付防衛意思の存在を必要とするが」、本件の場合には、防衛の意思によつてではなく、憤激して突き落したのであるから、防衛行為ではなく、したがってまた過剰防衛でもないとした（大判昭和十一年二月七日刑集一五卷一五六頁）。しかし、これは防衛意思の内容を、正当化前提（ここではXによるAに対する襲撃）の認識だけではならず、この襲撃からもっぱら自分を護る意図・動機によつて反撃がなされねばならないということを要求するもので、憤激して突き落したというのであればすでに攻撃だとする趣旨であろう。そ

して、防衛と攻撃とは相容れない概念であるから、この場合には防衛の意思が欠落するとされたものだと思われる。しかし、正当化前提を認識した内部での反撃行為が文字どおり防衛の意図・動機によってなされる場合もあれば、憤激して、ときにはこれを機会に日頃の怨みを晴らすといった動機にもとづいてなされることもあり、この意味では正当化前提の認識内部で行なわれる行為がいかなる意図・動機によるものであっても両者（正当化前提の認識と、その内部での意図・動機）は共存しうるものと考えなければならない。したがって、最高裁が「かねてから被告人が（相手方に対し）憎悪の念をもち、攻撃を受けたのに剩じ積極的な加害行為に出たなどの特別の事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認めるを相当」とする（最判昭和四十六年一月一六日刑集二五巻八号九九六頁）としているが、このような制約も不要と解すべきであろう。ただし、正当化前提の認識をもって反撃がなされる以上、それが正当化されるか否かは反撃行為が過剰にわたらないか否かといった客観的事情によって定まり、攻撃をうけた機会に憎悪の念をもって積極的な加害行為にでたといった主観的事情には依存しないからである。この意味では「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く」とする（最判昭和五〇年一月二八日刑集二九巻一〇号九八三頁）も不当な制約であるといわなければならない。こうして、私は、防衛の意思があるというために正当化前提の認識以上のものを要求することは過剰なことだと考えている（拙著「講述犯罪総論」一三五頁、同旨、野村稔「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合と刑法三六条の防衛行為」判例タイムズ三三四号九八頁）。

この点は、主観的不法要素の一つとして、これまでほぼ一般的に認められてきたいわゆる傾向犯（Tendenzdelikte）において、行為の客観面が、これに対応する主観面の裏打ちだけでは足りず、行為者の悪意・劣情等の主観的性情

(傾向)の発露として彩色され、意味づけられることにより、違法性の存否またはその程度に影響を及ぼすとされてきたのに対し、こうした主観的性情を主観的不法要素と解することは適当でないとした私見に即応するものである(拙著前掲九九頁参照)。たとえば、医者が少女の身体の一部に手をふれることは診断や治療の必要上往々行なわれることがあるが、それがわいせつ罪(一七六条後段)としての違法性を帯びるものであるかどうかは外部的資料からだけでは十分に判断しがたい場合もあり、もし医者が劣情をもって少女の身体にふれるものであれば、このような主観的傾向をも資料としてはじめてその行為のわいせつ性が判断されると説かれている。しかし、医者の行為が診断や治療のため必要かつ相当な場合、たとえその医者が同時に内心に劣情を満足させているとしても、それによって行為がにわかには違法なものと解されるとすることは、あまりにも行為の示す社会的・刑法的意義を主観にかからせずとものだといわざるをえず、この意味で傾向犯における劣情等を主観的不法要素とすることにはにわかには左袒しえない。これと同じように、正当化前提の認識がある以上、反撃行為がいかほど憤怒によってなされようと、またこれを機会に日頃の怨みを晴らし、復讐の意図によってなされようと、それが防衛的反撃たるの性質を失なうものではなく、正当防衛になるか過剰防衛になるかはその内部での客観的要件によって決せられるべきものだと解せられる。

二 ところで、上記したように、防衛の意思もこれに所属するものとされている主観的正当化要素は、主観的不法要素と一幅対をなすものとして、後者を承認する者は当然前者をも認めるものと期待される。それにもかかわらず、主観的不法要素説の有力な基礎者ないし推進者と考えられる人々のなかに主観的正当化要素を明白に否認している諸家が見られることは、まことに注目すべきことだといわなければならない。(Vgl. Spendel, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1982, § 32 Rn. 138)。

(1) たとえば、ヘークラーは、教師による正当な懲戒は、そのさい教師が復讐の動機からしたとしても、だからといってこのような主観的動機が客観的に正当な懲戒をにわかに違法たらしめえないとしている (Hegler, Subjective Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festsgabe, I, 1930, S. 258)。

しかし、主観的正当化要素を正当化前提の認識以上でも以下でもないとして解する我々の立場からいっても、むしろこの帰結は当然である。我々も、正当化行為が憤怒とか復讐の意図にもとづくからといって正当化行為たるの性質を失なうものとは考えていない。そして、この事例では、教師には懲戒するための事実的前提が知られていたものと解せられるから、上記した意味での主観的正当化要素が具わっており、このかぎりではかならずしもヘークラーを主観的正当化要素の否認者とする必要もなかったものと思われる。

ところが、隠れもなき主観的不法要素説の推進者と目されるメツガーが、正当化前提の認識という意味での主観的正当化要素をも否認していることは看過しえない。彼によれば、防衛という概念は「主観的要素」には依存しえない。防衛という概念は外部的状态によって判断されるのであって、行為者の内心的態度によって然るわけではない。自分が攻撃をうけているという認識も、いわんや反撃が防衛の意図にもとづいているということも防衛の概念には属さない。たとえば、猟師が山林で自分の仇敵を射ち殺したが、後になって、もしそうしなければこの仇敵が自分を射ち殺したであろうということが明らかになったとすれば、所与の防衛状態において、防衛者がその防衛に当って防衛目的とまったく違った目的を追及した場合と同じように正当防衛が与えられる。それゆえ、客観的な防衛状態の存在と、客観的にこれに向けられている防衛とが決定的である (Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 235~236)。

ここに挙げられている事例の後段は、反撃行為が防衛の意図・動機にもとづく必要がないとするまでのことであつて、防衛状態、つまり正当化前提の認識があると解される場合であるが、前段はいわゆる「偶然防衛」に関するものであり、そこでは正当化前提の認識も必要ではないとされているのである。⁽²⁾ もっとも、周知のように、メツガーは、後年、この自説を放棄し、「自分の構成要件該当な行為によって、さし迫っている危険を客観的のみに回避したからといって正当化されず、むしろ危険状態を認識しつつこの危険回避の目的をもって行為する者だけが正当化される」と⁽³⁾ (Mezger-Blei, Strafrecht, I, 10. Aufl., 1963, S. 115) 防衛意思をただに正当化前提の認識だけにとどまらず、これをこえて反撃が防衛の意図にもとづくことを要するものとうけとられるような意味において要求している。⁽³⁾ しかし、一方において主観的不法要素を説きながら、他方において主観的正当化要素を否認するというアンバランスが、メツガー一個の変説によって回復されたからといって、それはここでは問題ではない。問題は、やはり、主観的不法要素を説きながらも、正当化前提の認識という意味での主観的正当化要素を否認する理論的可能性があるかどうかにかかっているものといえよう。そして、その帰趨を決するものは、不法(したがって、その裏面たる正当化)をどのように把握するかということであり、具体的には、純客観的・事後的考察に徹すべきか、それとも事前における一般的考察に依拠すべきかというところに還元されるものと思われる。ところが、まさしく後説に立脚して、いわゆる具体的危険説の代表的主張者とされるフォン・ヒッペルが同時に防衛意思の否認者として挙げられているところに問題の錯雑性が認められる。

ヒッペルによれば、行為が客観的に適法であれば、行為者がいかなる動機から、またいかなる目的で行為したかは、原則としてどうでもよい。けだし、適法性というものは、それが反社会的な心情から行なわれたとしても、依然として

適法だからである (v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 196)。したがって、自分の法益を脅かされている者が、いかなる動機から、またいかなる目的から正当防衛したかはどうでもよい (v. Hippel, a. a. O. S. 210)。しかし、防衛の意思を必要とする反対論者の理由づけは、単に言語的に「防衛」という言葉の表面上の意味を支えているにすぎない。けれども、防衛とは、客観的判断によって事後的に必要な防衛とされることであって、適法性にとっては事後的な客観的判断が基準的である。正当防衛にとっても、別様に決定すべき一切の事実的根拠はない。けだし、ここでも、正しい利益の客観的に不可欠な保護が問題になっているからである。そこで、たとえば、興奮させられて、他人に対する憤怒から行為する者は、もし裁判所が、本当はこの行為をもってその他人によって直接脅かされている攻撃が必要な仕方では防衛されたものと確定するときには、正当防衛において行為しているのである (v. Hippel, a. a. O. S. 210 Anm. 8)。

私見によれば、この設例によって否定されている防衛の意思とは、防衛の意図ないし動機というかぎりのものであって、正当化前提の認識という意味でのそれではない。もっとも、防衛とは、客観的判断によって事後的に必要な防衛とされることだという個所は、偶然防衛をも含む趣旨とも読みとられぬでもないが、果してそのように断定してよいかどうかは問題であろう。むしろ、ヒッペルが否定している防衛の意思とは防衛の意図・動機であって、正当化前提の認識ではないと解する余地も残されているであろう。したがって、ヒッペルを主観的不法要素を認めつつ、同時に主観的正当化要素はこれを否認しているものとするには、もっと詳細にわたる論証が必要であるといえるであろう。

このようにみると、主観的不法要素を認めつつ、同時に、正当化前提の認識という意味での主観的正当化要素

を否認している諸家は、すくなくとも理論史上ドイツの刑法学者には存在しないとする方が、大筋として正鵠を射ているのではないかと思われる。したがって、もっとも著名な主観的不法要素説の主張者たちのなかにも、主観的正当化要素となるとこれを認めることに躊躇し、結局、否認せざるをえざらしめられているとすることによって、この否認識を主観的不法要素にも及ぼそうとするかにみえる動きも、なおその所説の前提が無条件に妥当するものではないとなしければならない。それゆえ、やはり、問題は、偶然防衛をめぐる争い、その基底をなす不法観を純客観的・事後的なものとするか、事前の一般的考察に拠るべきものとするかに帰着するものとせざるをえない。

(2) メッガーによれば、たとえ行為者が法益を侵害するつもりでやったことであっても、偶然かつ幸運にも、その行為が法益を客観的に危殆化せず、むしろこれを保護することになった場合には可罰未遂が存するものとされてはいけない。たとえば、転轍手がうっかりと間違つた転轍をし、そのままでは軌道に入ってきた列車が転覆するはずのところ、その情を知らない何人かが列車転覆の意思でもう一度転轍し、つまり誤つた既存の転轍を客観的に是正することにより、列車をさし追つた危険から救助することになったとすれば、この悪を欲して善をなした行為者は交通危殆化の未遂のことで罰せられえないとして *52 (Mezger, a. a. O. S. 398)*。

(3) メッガーは、原則として構成要件欠缺の理論に依拠しつつも、法律上、特定的手段等が規定されていない場合には、当該の行為がその法益を実質的に危殆化するかどうかの考慮が必要であるとし、たとえば、殺人故意をもって十分な射程を有しない小銃を射撃する場合とか、殺されようとする者が今しがた立ち去つたベッドに向けての射撃、空ポケットに手をつこんだ泥棒などをそれぞれ殺さないし窃盗未遂としている〔後の両側は、おそらくは、客体へ人または物〕の欠缺ではなく、結果を達成するに適した手段の欠缺であるが、法律はこのような手段を特に定めていないとする趣旨であろう——筆者〕。そして、この法益危殆化の実質的考慮は、行為が他人に与える「印象」(Eindruck) によって法益の安全が動揺させられるものであるかどうかに求められるとしている (*Mezger, a. a. O. S. 397*)。後年の変説には、いろいろの理由が考えられるであろうが、彼のこうした実質的危殆化概念がすでにこうした変説を準備するものであったこともその有力な理由であつた

と考えられる。

(2) わが国において、ドイツの主観的不法要素説を導入しかつこれを支持されたのは佐伯千仞博士である。そして、博士は、同時に主観的正当化要素をも認められている(佐伯・改訂「刑法講義」総論二〇一頁)。ただし、博士は「防衛の意思を必要としても、それは不正侵害に対する憤慨と両立しえないものではなく、むしろ両者相伴うのが通常である。それらが両立しえないかのような右の判例〔前掲大判昭和十一年二月七日——筆者〕の表現は、不正確であつて、後の判決〔大判昭和十九年一〇月二〇日刑集二三卷二八〇頁——筆者〕は、これを正したものとみるべきである」とされている(前掲書二〇二頁注2)。

上記したように、憤慨と両立しえない防衛の意思とは反撃がもつぱら防衛の意図・動機にもとづく場合であると解せられるから、博士の意味されている防衛の意思とは正当化前提の認識またはこれに近似するものであると思われる。もっとも、この点はいまだ正確ではないが、すくなくとも防衛の意図・動機を防衛の意思に含ませられていないことは確実である。⁽⁴⁾

これに対して、平野竜一博士も主観的不法要素の存在を承認されるが、主観的正当化要素はこれを否認されるようである。博士は、防衛の意思が必要であるか否かが論ぜられる場合、この意思という語は二様に理解されていることに注意しなければならないとされ、「一つは、防衛・避難の動機ないし意図であり、いま一つは防衛・避難の認識である。とされる(平野「刑法」総論II二四一頁)。そして、この第一の意味での防衛の意思を否定された後、「さらにすすんで、防衛・避難の事実の『認識』という意味での防衛の意思も果して必要なものであろうか」と問われたう

え、「しかし、違法かどうかは客観的にきまるもので、行為者がそれを認識していたかどうかとは別個の問題であるはずである」として、この第二の意味での防衛の意思をも不要とされるようである（平野・前掲書二四二～二四三頁）。しかし、いわゆる偶然防衛において、客観的な防衛行為が必要性の枠内に納まっているような場合、行為は完全に正当化され、不可罰となるのかというところでなく、「それは、死体であるにもかかわらず、生きていると思つてピストルで射つた場合と同じである。この場合には、殺人の故意があつたからといつて殺人の『既遂』を認めることはできないであらう。違法阻却の場合も同じであるはずである。右の場合、『違法な結果』は発生していないのであるから、行為者が違法な結果を発生させようと思つたとしても、せいぜい（状況によつて）未遂の成立を認めうるだけだと思われる」とされている（前掲書二四三頁）。

こうなると、正当化前提の認識という意味での防衛の意思、つまり第二の意味での防衛の意思も不要とされる趣旨も、顔面どおりにほうけとれないのではないかという疑問も禁じえないこととなる。けだし、もし真にこの意味での防衛の意思もすべて不要であり、「違法であるかどうかは客観的にきまるもので行為者がそれを認識していたかどうか」には依存しないものだとなれば、偶然防衛も完全に正当化され、「せいぜい（状況によつて）未遂の成立を認めうる」余地もないこととならうからである。それにもかかわらず、未遂の成立を認めうる余地があるとされるのは、偶然防衛者には正当化前提の認識がないという主観的事情の欠如以外には他に理由をみいだすことはできないであろう。これは裏を返せば、正当防衛として完全に正当化されるためには、行為者にはすくなくともこの意味での防衛の意思が必要だということを物語るものだといわなければならない。中山研一教授が、「未遂の違法性をも阻却するかどうかについてはなお争われ、未遂の可能性のこるとすれば（平野・二四三頁）、防衛の意思必要論と見られる見

解の側からもこの結論に合流する可能性があるといえよう」とされるのも(中山「刑法総論」二八〇〜二八一頁)、単に結論だけではなく、むしろ防衛の意思を必要とする説に組みこまれてもいたし方がないとする趣旨を暗示されたものと思われる。

しかし、平野博士が防衛の意思を不要とされるいま一つの論拠として、「防衛の意思が必要だとすると、過失犯については正当防衛による違法阻却は認められないことになるであろう。しかし、この結論は妥当とは思われない」ということを挙げられている(前掲書二四三頁)。たとえば、過失的に他人の法益を侵害してしまつたが、それが客観的に正当化される場合、どこに防衛の意思を容れる余地があるのかといった発想であろう。この場合、過失的に侵害された結果についてはいかなる意思も及んではいず、したがって防衛の意図・動機にもとづく意思も及んでいないことは自明のことである。しかし、正当化前提の認識という意味での防衛の意思にもとづく行為が過失的に他人の法益を侵害し、これが客観的に正当化されるといった事例(いわば過失防衛)はなお思考可能だと思われる。以下、節をあらためてこのことについて考察したい。

(4) もっとも、博士は「他人の窓ガラスを破壊するつもりで投石したところ、ガス漏れで中毒死寸前の午睡中の幼児の生命がそれによって救われたとか、傷害の意思で客観的には正当防衛をしたような場合も、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少なくとも問題である。けだしそれらの場合には問題の窓ガラスも被害者の身体もはや法の保護の外にあるはずだからである。私見によれば法規範は笑ってすませうるものはすますべきであつて神経質にそれらのものにもまで刑罰制裁をもって臨む必要はないのである」とされている(前掲書三一九頁)。右に、「問題の窓ガラスも被害者の身体もはや法の保護の外にある」とされるのは、事後的考察によるものであり、さればこそいわゆる偶然避難や偶然防衛も正当化されるという結論になるものと思われる。しかし、これが、博士の立脚される具体的危険説(事前考察の立場)や、防衛の意思必要説とどのように調和するかは、なお問題であらう。

三 いわゆる過失防衛

一 ルドルフ・シュミットは、一九六一年一月二三日のハム上級州裁判所の判決を手がかりとして、さらにこの機会に基本的に類似する他の判例や設例をも検討することによって、すくなくとも過失犯にとっては防衛意思なる要件は不要ではないかという提案をなす(R. Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitdelikte? — OLG Hamm, NJW 1962, 1169, Jus 1963, Heft 2 S. 64 ff.)。これが学説上ほぼ定着しているものと解せられてゐる。

ハム上級裁判所によってとりあげられた事案は以下のごときものである。被告人は体力において自分に優るNによって攻撃された。そこで、Nに命中しないで、ただ警告して攻撃の継続をやめさせるために威嚇射撃をした。けれども、この射撃は、彼の意思に反して、Nの太ももに命中した。第一審は被告人を正当防衛として無罪とし、控訴審たるハム上級裁判所もこれを確認した。

ところで、Nによる違法な攻撃は明らかに存在していたのであるから、被告人の行為が正当防衛になるか否かという点だけが検討されることになった。そこで、ハム上級裁判所の見解によれば、Nを傷害することは、攻撃者が身体的にはるかに優っており、(被告人によってこれだけが意図されていた)威嚇射撃によってその攻撃の継続が抑止せしめられたであろうから、それは必要な防衛の枠内にあるものであり、したがって正当化されるというものである。シュミットは、この説明には賛成されなければならないとしている。問題は——たとえ過失的であったにせよ——Nを負傷させることが「必要」であったかどうかであるが、この点、被告人が置かれていた特別の状況、特に即

い、いわゆる防衛の意思について

坐の防衛に及ぶべく強いられていたという事情は、当然、顧慮されなければならない。特に、過失犯の領域においてこそ、必要性にとっては結果ではなく、防衛行為が重要だということが、次第に強調されることになっている。防衛行為が唯一可能な行為であったとすれば、そのために生じた意思されていない結果を顧慮することなく、それは正当化されるべきである (Schmitt, a. a. O. S. 64)。

二 一見すれば、本件はこれで決着したようにもみえるが、同裁判所のさらなる説明を読むと、いわゆる主観的正当化要素の理論との関連で論ぜられていることがわかる。主観的正当化要素とは、客観的正当化メルクマールの存在と並んで、正当化状態についての行為者の知見と正当化を実現するための意思だといわれている。そして、主観的正当化要素は様々に標示されているが、大抵、「防衛の意思」(„Abwehr-“ od. „Verteidigungswille“)として示されている。これは、上述の定義中後半に当るようにみえるが、「防衛する意思」は攻撃されているという事情の認識を前提にしているということを忘れてはいけない。

ところで、客観的正当化メルクマールは存在するが、防衛意思が欠如する場合、どのような法的効果が与えられるかをめぐっては争いがある。そして注目すべきことには、この争いは主観的正当化要素の依拠者たちの間でのみならず、その反対者たちの間でも存するということである。

まず、必要説をとる場合、既遂犯が成立するというのが多数説であり、判例もこれにしたがっている。しかし、少数説は——故意犯においてのみ可能なことだが——未遂のかどで罰せられるべきだとしている。しかし、シュミットによれば、前者の見解が首尾一貫することとなる。ただし、主観的正当化要素が欠如すれば、正当化に必要な要件の一つが欠けるということになり、ひいては正当化が成立しないということになり、行為者は、なんらの正当化事由も

存しないのに行為した他のすべての人々と同様に、既遂のかど以外では罰せられないことになるからである。⁽⁵⁾

これに反して、防衛意思不要説に立つなら、たとえそれが欠如しても、客観的な正当化メルクマールさえ具備ば正当化され、無罪とされねばならない。しかし、ここでも未遂のかどでする処罰を主張する人もいる。けれども、これはノヴァコヴスキーとともに、適法ではあるがなお有責な犯罪といったものが可能であると考えるときにのみ主張しうることである。しかし、本説はドイツでは一人の賛成者もみだしていない (Schmitz, a. a. O. S. 64~65)。

(5) たとえば Hirsch, LK. 9. Aufl., 1974, Rn. 42 vor § 51 がこのように主張している。しかし、シュトラテンヴェルトによると、この主張はまさしく証明されるべきことが仮定的に前提されているにすぎない。必要説内部での既遂説と未遂説とは、両者とも行為無価値の存在を肯定するが、結果無価値については前者はこれを肯定するのに対し、後者は正当化前提の存在によって排除されるとする。そこで、シュトラテンヴェルトは、行為者が他家の猫を射ち殺したが、そのさいその猫が自分の養魚池の魚を盗ろうとしていたということに気がついていなかったというような例をあげている。ヒルシュは、猫が射ち殺されているのであるから、ここで未遂などということは不可能だとする。これに対して、シュトラテンヴェルトによれば、行為の不法内容は、結果のない普通の未遂と、客観的にのみ正当化される結果の発生とは本質的に一致しているとしている。ただし、両場合とも行為無価値だけが存し、結果無価値は——なんらの結果(法益侵害)が発生しないためであらうと(未遂)——その侵害が優越する利益によって埋め合されるためであらうとを問わず——存在しないからである (Stratenwerth, Strafrecht, AT. I, 3. Aufl., 1981, § 32 Rn. 493)。両者とも結果(前者は単なる結果、後者は「違法な結果」)が欠如する这一点では変りはないとする趣旨であらう。私見が未遂説にくみするものであることはこれまでの叙述によっても明らかであり、既遂説が首尾一貫しているとする評価にはしたがいない。

三 ところで、防衛意思不要説の論拠の一つとして、過失的に防衛の効果をあげたとしても、そのさい防衛の意思があることは困難だとする見解がある。ただし、この場合には、その行為によって事実としては防衛すること
いわゆる防衛の意思について

になつたとしても、その結果（ここではNの負傷）は知られていなかったのであるから、これが意思されていたとはいえず、いわんや防衛の意思によって蔽われていたとはいえないからである。したがって、もし防衛の意思を必要だということにすると、この事例では防衛の意思がなく、生じたN負傷という結果について被告人を過失犯として罰せねばならないこととなる。しかし、これは支持し難い。

そこで、これに類する事例を幾つかとりあげて考察することにしたが、行為者が傷害しようとしたにもかかわらず死亡させてしまったとか、威嚇射撃するだけにとどめようと思っていたにもかかわらず、事実上は傷害または死亡させてしまったというように、行為者の故意が客観的に生じた結果に及んでいなかったという事例はよくあるものである。本件もこうした事例の一つであるが、他にもなお若干のものがみられる。

(1) フランクフルト上級裁判所の判決 (OLG Frankfurt, NJW 1950, 119 m. abl. Anm. Cüppers) は、直接、正当防衛に関するものではなく、警察官の武器使用（職務権能という正当化事由）についてのものであるが、同裁判所はこれを正当防衛権があった場合に類するものとしている。事案はつぎのようなものである。被告人は国境警察官として、ある男が、国境となっているヴェラ河を河船で東地区に渡ろうとしていることに気づいた。男が、呼んでも帰ってこなかったため、被告人は部下に命じて威嚇射撃をなさしめたところ、そのうちの第一発目が男に命中してこれを死亡させた。

同裁判所は、被告人の服務規定によれば、このような事態においては不法な国境侵犯者を射撃する権能が与えられており、したがって故意に殺害しても罰せられるものではないと明らかに確定した。けれども、防衛の意思必要説によれば、彼が——事実認定によって示されているように——男の死を故意的に招来していないとすれば、この結果に

対する主観的正当化要素が彼には欠如していることになるから、彼は過失犯のかどで罰せられねばならぬということになってしまふ。

この判決は、当然のことながら、センセーションと重要な批判を惹き起すこととなった。そもそも、ある人が故意にしても許されることを、過失的にしたら罰せられるとあつては、不当でもあり、また不合理でもあろう。キューパーも同判決の注釈でこう述べている。

これに対して、ニーゼは、防衛意思は回避行為を蔽つていなければならぬが、惹起された結果にまで及ぶ必要がなくとしてゐる (Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 475, Fußn. 72)。これは、正当防衛の客観的前提が存在するならば、行為者がこれを認識して行為するだけでよく、その認識が、惹起された結果を包括することは必要でないとする趣旨を明らかにしたものである。「ここにいう防衛の意思とは、これまでの説明で「正当化前提の認識、つまり第二の意味での防衛の意思とされたもの」と同一内容のものだと解してよいであろう。ハムの事例でも、フランクフルトの事例でも、行為者には正当化前提の存在は知られており、さればこそ両事例とも相手の不法行為を抑止させるために威嚇射撃を加えたのである。したがつて、シュミットが、防衛の意思必要説をとるなら、これらの事例では防衛の意思がないことになり、過失犯として処罰せねばならないことになるとするのは、第一の意味での防衛の意思を前提とし、これを念頭に浮べての推論であり、第二の意味での防衛の意思必要説には妥当しないこととなる——筆者」。それゆえ、ニーゼの見解を基礎にすれば、ハム上級裁判所の事例も、フランクフルト上級裁判所の事例も、合理的かつ矛盾なく解決されることになる。

同様の事例は、旧帝国裁判所にも連邦裁判所にもみられる。

前者では、一人の警官が、約六〇メートルの距離から、泥棒たちが果物を盗っているのを現認した。彼は、泥棒たちを追っ払うために数発の威嚇射撃を加えた。そのうちの一発が泥棒の一人に当って死亡させてしまった(R. G. JW 1925, 962)。もっとも、本件では、フランクフルト上級裁判所の事例と同じように、防衛の意思の有無の検討が推奨されていたにもかかわらず、また防衛の意思が一九二四年に帝国裁判所の判例で必要だとされていたにもかかわらず、これについては一言もふれていず、ただその威嚇射撃が必要の要件をみたすものであるか否かが論じられたにすぎない〔しかし、本件でも警官には第二の意味での防衛の意思があったといつてよいであろう——筆者〕。

後者では、被攻撃者が(刃を相手の方に向けて)肉切庖丁を擬したが、こうすれば攻撃者もあえて近づかないであろうと思っていたからだという。しかし、攻撃者が足を江らせて、刃にぐざりとつきささり、負傷して死亡した(BGH. bei Dallinger, MDR 1958, 12)。連邦裁判所は、本件で、防衛意思の存在を肯定した。というのは、防衛の意思があるというためには、攻撃の防止へと向けられた意思のみが重要であり、それによって生じた死亡ないし負傷を認識しているということは重要でないからである(ここには引用されていないが、これがニーゼ説に一致することは明白である)(Schmitt, a. a. O. S. 65~66)。

(2) 第二のグループは、被攻撃者が攻撃されているということは知っていたが、行為はかならずしも自己防衛のためになされたものではなく、かえって攻撃者を(非故意的に)傷害したという事例である。

農場主AとBとは、それぞれの畑に通じる道に対して共通の利用権をもっていた。Aは、この道に肥料車を横たえることによってこれを閉鎖し、取り片づけることを困難にするために片方の車輪を外しておいた。Bの下男は、二頭だての馬の力で、この肥料車を、切り株だけになっているAの畑に運ぼうとした。これを防止するために、Aは馬の

頭絡を握った。そこで、Bの下男は、馬をすみやかに歩ましめるために手綱で馬にひと鞭入れたが、これによってAは一発の殴打をこうむった (OLG Dresden, JW 1929, 2760)。

ドゥレスデン上級裁判所は、適切にも、道の閉鎖を現在の違法な攻撃と考え、かつAが頭絡を握んだことをこの攻撃の継続だと解している。したがって手綱をもってひと鞭当てることは、客観的には、正当防衛規定によって蔽われるものと考えられる。それにもかかわらず、手綱でひと鞭当てることは馬を速く歩ませるためであって、この攻撃の継続を排除するためのものではなかったというので、防衛の意思の欠如を理由として正当防衛は否定されている。

シュミットは、本件ではニーゼの見解によっても救助しえないが、ここでもやはり、同じ傷害が故意的に行なわれたら許されるのに、どうして非故意的に招来されたら禁ぜられるのかという問題が残るものとしている (Schmitt, a. O. S. 66)。

私見によれば、ドゥレスデン上級裁判所が、本件では防衛の意思が欠如するものとし、かつシュミットがニーゼの見解によっても防衛の意思を否認せざるをえないとした趣旨はいまひとつ判然としない。同裁判所は手綱でひと鞭当てることは馬を速く歩ませるためであって、攻撃の継続を排除するためのものではないとしているが、馬を速く歩ませるためにひと鞭当てることは、頭絡にとりすがることによる攻撃の継続を排除することになるのではないであろうか。けだし、いくら頭絡にとりすがって馬の歩みを抑止しようとしても、ひと鞭当てられることによって馬が歩み出せば、一連の馬力によってAがひきづられ、攻撃の継続も排除されざるをえぬこととなると考えられるからである。そして、肥料車が道を閉鎖しており、これを取除くために一連の馬の力を利用しようとしたさい、その馬の頭絡を握ってその排除作業を妨害しようとしたAの行為を攻撃の継続と解するかぎり、Bの下男にはこうした事情が知られて

いたのであるから、こうした事情の認識下に馬を速く歩ませるためにひと鞭くれることはこの攻撃を排除することを意味することにほかならず、行為は防衛の意思にもとづくものといって支障がないであろう。したがって、下男の行為は、急迫・不正の侵害ないしはその継続があるという事情を知りながら、これを排除するためになされたものということができ、その排除のために手綱で馬にひと鞭くれることによるAの負傷結果が知られることなくとも、行為自体が正当防衛状態の認識下にされたものであれば十分だとするニーゼの見解を否定することにならないように思われる。⁽⁶⁾

(6) 本件で問題となるのは、Aに対する過失致傷との関係である。これについて、正当防衛状態の認識があるが、なお傷害は非故意的に行なわれているものとするのであれば、Aが頭絡をとって妨害の継続をしているという事情を知っているが、これを排除するために手綱で殴打することによってAが負傷するということまで認識していなかったということであろう。しかし、Aが頭絡にとりすがっているという事情が知られていることが前提になっているのであるから(そうでないとすれば、正当防衛状態の認識があるなどとはいえない)、手綱で殴打することによってAにも当り負傷させることになるとの予見は一応あったが、それが最終的に否定された場合(つまり、認識ある過失)以外には考えられない。そうすると、手綱で馬にひと鞭くれる意思は、これによって妨害の継続を排除しようとする行為をカバーしているのであるから、この行為についてはニーゼのいう防衛の意思があったものと解せられ、たとえその行為によりAが負傷するということを最終的には否定していたとしても、その点は防衛意思によって包括される必要がないとされているのであるから、シュミットがこの事例をニーゼの所説によっても救助しえないとすることは筋が通らないこととなる。

(3) 三番目の事例グループは、行為者によって惹起された結果は、そのものとしては故意〔防衛の意思〕によって蔽われているが、その惹起の過程はそうでないといった事例である。

これは、判例によってとりあげられた事例だというわけではないが、設例として以下のようなものが考えられるで

あろう。たとえば、Aによって攻撃されているBが、ピストルをAに向け、射撃によってAを闘争不能ならしめようとしたが、Bがそのためにピストルを取りあげたさいピストルが発射してしまい、Aを侵害した。

シュミットによれば、ピストルを取りあげたことと、それが発射してしまったということとは一個の行為とみなされねばならない。だとすると、現実に行進した因果経過と表象されたそれとの間の相違が、本質的なものかそれとも非本質的なものかということだけが問題になる。そして、もしこの相違を非本質的なものと解するとすれば、意識的な侵害があったことになり、したがって過失犯には防衛の意思が必要か否かという問題の領域外におかれることになる。しかし、もしこの相違を本質的なものと考えるとすれば、たかだか過失的侵害がとりあげられることとなり、またもや防衛の意思があったのか否かということが論ぜられることになる。しかし、これもニーゼの見解によって満足のいく解決に達しうるのであろう。すなわち、ピストルの取りあげと発射とは単一の行為をなし、かつ防衛の意思は、なぜ取りあげたのかという行為にのみ及ぼされる必要があるとするのであるから、取りあげをみちびいた防衛の意思は全侵害事象の（主観的）正当化のために十分だということになる（Schmitz, a. a. O. S. 67）。

これは、おそらく、シュミットのいうとおりであろう。BはAによって攻撃されているということを知っており、ピストルを取りあげたのもこの攻撃を回避するためになされたものであり、取りあげ——したがって、これと不可分一体をなす発射・致死または致傷——も、この意思によって蔽われているとして支障ないからである。

(4) しかし、シュミットによれば、以下の事例はニーゼの見解によっても満足に解決されないとと思われるものである。

AはBの子を誘拐する（刑法二三九条a）。BはAを、装填されかつ安全装置を外されたピストルを手持って、

いわゆる防衛の意思について

現行犯として追跡し、「止め、そうしなければ射つ」と叫んだ。しかし、Bは本当は決して射とうなど思っていない。というのは、射ったさい自分の子に当りはしないかと不安に思っていたからである。しかし、追跡中、彼はつまづき、これによってピストルは発射され、Aに命中した。

シュミットは、この設例について、つぎのような解説を施している。ピストルの発射は反対運動にもとづくものであり、かつこれは追跡行為とは別個独立のものである。そして、追跡はなお防衛意思によって蔽われているものといつてよいが、(非意思的な)反射運動はそうでないといわなければならない。ところで、防衛意思によって蔽われている行為「追跡」は侵害を直接にはもたらしていないし、侵害を直接もたらした運動「反射運動」は意思によって、いわんや防衛の意思によっては蔽われていない。したがって、ここでは、ニーゼの見解によつても救助されないで正当防衛の成立を否定せねばならないが、この結論を不満足とするなら、防衛意思なる要件を断念せねばならないかのどちらかである (Schmitz, a. a. O. S. 67)。

しかし、私見によれば、まず、Bがつまづいたさいにピストルが発射されてしまったということは、追跡の過程中に生じた出来事である。シュミットは、ピストルが発射されたのは反射運動によるものであって、これは追跡行為とは別個独立のものとしているが、追跡するのでなければつまづくこともなく、つまづかなければ手がピストルの引金を引くこともなく、したがって発射されることもなかったであろうという意味では条件関係が認められるだけではなく、追跡中につまづくといったことは、追跡の過程では別に偶然とまでいえるほど稀有の例外ではなく、この意味ではつまづいて転倒した拍子に引金に手がかかって発射されるということは追跡と相当な関係に立つものであり、これとは別個独立のものというより、むしろ追跡行為に含まれている様々のヴァリエーションの一環だと考えてよいので

はなからうか。しかも、シュミット自身がこの追跡は防衛意思によって蔽われているとして追跡行為の一環をなすものとしてこづいた拍子にピストルが発射され、それがAに命中したという一連の過程もこの追跡行為の一環をなすものとしてこれに含めてよいとすれば、このような事象も正当化前提の認識による行為として、この意味での防衛意思にもとづくものと解して支障ないであろう。

四 こうして、正当化のための客観的要素が与えられているにもかかわらず、非故意的に惹起した結果により、意図せずして、つまり過失的に正当化という効果がもたらされる場合があるとしてシュミットがかかげている判例および設例は、すべて行為者には正当化前提の認識があり、この意味では防衛の意思があった場合だとしなければならぬ。もっとも、過失的に惹起された結果はもとより意図（意思）されたものではないから、この意味では結果はいかなる意思によっても蔽われてはいず、いわんや防衛の意思によっても蔽われていなければならぬ。しかし、我々が問題にしている意思とはこのような意思ではなく、この意味での防衛の意思が必要だとしているわけでもない。したがって、シュミットが、結果の過失的惹起によっても行為が正当化される場合があるが、この場合に正当化を認めるとすれば、非意思的に惹起した結果はいかなる意思によっても蔽われていず、ひいては防衛の意思によっても蔽われていないのであるから防衛の意思不要説にくみせざるをえず、もし防衛の意思必要説を固執するとすれば、この場合には防衛の意思がないから過失犯として処罰せざるをえないことになるが、故意に侵害しても許されるのに非意思的・過失的に侵害した場合には可罰的となるというのは不当であり不合理だとしているのは、我々の採っている防衛の意思には妥当しない議論であるといわなければならない。

そうすると、我々の意味での防衛の意思が必要であるか否かの試金石は、正当化前提の認識がないにもかかわらず

行為が客観的に正当化の効果をあげたという場合（偶然防衛）、これを完全に正当化すべきであるとするところによって防衛の意思不要説に達するか、それとも、結果の発生は正当化されるが、行為は正当化前提の認識もなく行なわれているのであるからお完全には正当化されず、客観的に「違法な結果」を惹起しえないにもかかわらずそれとも知らずしてした行為として、場合によっては（未遂犯を罰する旨の規定がある場合は）未遂の可罰性をまぬがれないものとし、反面において完全な正当化が肯定されるためには正当化前提の認識にもとづく行為が必要であり、この意味で防衛の意思必要説に達するかのいづれか一つだということになる。つまり、不要説も必要説も、不法ないし正当化の実質的根拠によってみちびきだされる帰結であって、これとはなれて独自の存在根拠を主張しうるものではないということである。そうすると、たちどころに、不法ないし正当化の実質的根拠いかんが問題とされざるをえぬこととなるが、これをめぐっては、不法の実質がどこまで純客観的・事後的考察を貫徹して基礎されることになるのか、これを徹底すれば何人も未遂犯の成立を疑いえないような事例においても、すべての未遂は純客観的・事後的にはまさしく結果不発生に了らざるをえずして不発生に了ったまでのことであり、したがってははじめから不能へと運命づけられていたものとして毫も法益侵害の危険性はなく、これではすべての未遂は不可罰の不能犯とされざるをえないのではないかという現行未遂規定の存在に正面から抵触する見解に達せざるをえないのではないかという疑問が挿せられていた。これが、本問を論ずるに当って、特に冒頭に「はしがき」として前稿の要旨を繰り返したゆえんでもある。

したがって、防衛の意思をめぐる不要説ないし必要説の争いも、その帰趨を決するものは右の不法の実質的根拠（したがって、その裏返しとしての正当化の実質的根拠）にこれを求めなければならぬが、最近、シュペンデルが不要説の立場から、必要説にとっては致命的とも思われるような設例をだしてこれを否認すべきゆえんを説き、これ

に対してプリッツヴィツがこうした設例も必要説にとつていさなな痛痒を感じしめないものとして応酬している。以下ではその模様を眺めてみることにしたい。

四 シュペンデル、プリッツヴィツ論争

一 シュペンデルは、私の披見したところでは、少くとも四編の論文において、偶然防衛に関する以下三つの設例を援用したうえで、防衛の意思不要説を展開しようとする (Spendel, Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wert und am Beispiel der Notwehr, PRIZ, 1978, S. 327 ff.; Ders. Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrendernis, Bockelmann-Festschr. 1979, S. 245 ff.〈*このころ*、本稿で引用されるのは第二例だけである)；Ders. LK. 10. Aufl., 1982, § 32 Rn. 140 ff.; Ders. Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht, Oehler-Festschr. 1985, S. 197 ff.)。これによつて、これらの例が、彼によつて、どれほど反対説を駁撃するに適切なものと考えられていたかが察せられる。これに対して、プリッツヴィツは、主としてライプツィガー・コンメンタールに登載されたシュペンデル説にもとづいて、これに対する再批判を行なうとする (Pritwitz, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura, 1984, Heft 2, S. 74 ff.)。また、ドゥルカ、シロマンタルによつてあげられている例につき、それぞれ両者の言い分をきいてみることにしよう。

二 (1) 第一例はシュタープのディセルタツィオンから転用したもので、戦後実際に生じたもののようである (Straub, Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr, Frankfurter Diss. S. 1954, 10)。

毎夜、酒びたしになって帰ってくる夫に対して、忿懣やるかたなき妻Fが、家庭のみじめさを彼女なりに取除けよう

らわゆる防衛の意思だつた

と決意し、夫が帰宅したら、彼にしたたかの殴打を加えてお灸をすえてやろうと考え、麵棒ローラーをもって待ち構える。真夜中すぎ、何人かが扉に面する段階のおどり場で、家の戸口をいじくりまわしているのが聞える。くだんの男を家に帰ってきた夫だとばかり思っていたFは、今や完全に腹を立てていたので、扉が開いて入ってきた男Eを力一杯殴打した。床に倒れた者の悲鳴により、Fは侵入者を闘争不能ならしめたということを知ったが、後で判明したところによれば、Eは久しく探し求められていた犯罪人であり、容易に暴力的となる札つきの男であった。

シュペンデルによれば、Fの行為は危険な傷害(二三三条aの危険な器具をもってする傷害)という観点下に検討されるべきである。Fは麵棒ローラーをもってEを力一杯殴打したというのであるから、危険な道具をもってする傷害という客観的構成要件は明らかにみたされている。これに対して、その行為が不法とされるのか、それとも正当防衛として正当化されるのかは問題である。ただし、Fは、正当化前提の存在を知らなかったのであるから、防衛行為に及ぼうといった正しい心情によってではなく、むしろ何も知らないでいつもどおり帰ってきた夫に殴打を加えることによってお灸をすえようという悪しき意図において行為しているからである。ところで、正当防衛の第一の前提、すなわちEのFに対する違法な攻撃は存在したものとしなければならぬ。ただし、合鍵を用いて他人の家に夜侵入することによって、EはFの家庭の平穩を侵害するだけでなく、Fの所持ないし所有をもすでに大いに危険ならしめているので、合鍵を用いてする忍び込み窃盗に「着手し」、もしくは新二四三条一項一号の窃盗構成要件の「実現を直接開始し」たものといえるからである。Eは、違法に故意かつ不法領得の意図をもって行為し、客観的未遂説によってもまた主観的未遂説によっても、特に重い窃盗の未遂を行なうものであるから、彼はFをただに違法にのみならず、実に可罰的に攻撃しているものといってよい。つぎに、家庭の平穩と所有を脅かされ攻撃されているFが、必

要な（ないしは命ぜられている）防衛をなしたかという第二の正当防衛前提も、客観的には同様に肯定されよう。Fは、その住居で、抵抗すれば暴行に及ぶであろうという札つきの犯罪人に独りで立ち向っていたし、また女性として体力的にFに劣っていた。また、事件の状況上、素早く行動しなければならなかったし、Eが何かをなしうる前に彼を闘争不能におかねばならなかったのである。Fは、入ってきたのが見知らぬ侵入者Eであるといった事情を見極めたうえ、救助の叫び声をあげるといった不十分な防衛的反動をとる必要がなかったものといえよう。したがって、彼女のとった態度は適当で必要な防衛であるといえる。こうして、正当防衛の客観的要件が具備されているので、Fの構成要件に該当する危険な傷害も正当防衛によって正当化されるであろう。もっとも、彼女は、酒びたりの夫に対する忍容と赦しという道義的な徳をもってではなく、人間的にわからぬでもないが道德的に非難すべき怒りと恨みに圧しつぶされて行動したので、彼女はその意思をいささか不法なことに向けていたとはいえる。しかし、その行為は正しかったといわなければならない。人もし一切の先入観をかなぐり棄てて考察するならば、この帰結は法的にもまた完全に満足すべきものである。Fは、家庭の平穏と所有に対する違法な攻撃を成功裡に防衛したことになる。良きめぐり合せが、家庭問題を不当な方法で解決し、そのため刑に陥ることから彼女を救うことになった。また、Eはこれまで空しく探されていた犯罪人として逮捕され、公衆によってもはや危険ではなくなったのである。さらに、とどまるところのない飲んだくれとして、そのみじめな妻よりも不道義な者であった夫は、法上権能なき殴打によってお灸をすえられるという犠牲からまぬがれた。つまり、彼は自分の不道義な行状によってあわれな妻をして不法に陥らしめることなしにすんだ。したがって、法は、本件における関係者のすべてに満足のいく解決に達したことをひたすら祝福してよいということになる。

これに対して、「防衛の意思」を必要とする通説によれば、帰結はまた別のものとなるであろう。つまり、本説によれば、正当防衛が存するというためには、客観的な正当防衛前提のほか、主観的な防衛の意思が存する必要があるとされているからである。そのくせ、法は倫理的動機いかに問うものではないのであるから、防衛の意思は動機であることもまた有効な意思モメントであることも必要でないと言かれていたりしている。「右に「有効な意思モメント」とされていることの内容はさし当り不明だが、とりあえず、防衛効果をあげるのに有効なモメント、つまり意図の意味に解しておく——筆者」。だとすれば、本例における行為者Fは、怒りと懲らしめといったあまり感心できない不道德な動機からもっぱら「攻撃の故意」をもって行為に及んだとすれば、防衛の意思が欠けているといわねばならなかったはずである。それにもかかわらず、防衛行為があったか否かという評価にさいして、これが欠如していたとするなら、まさしく不道德な動機や意図を顧慮することにほかならない。だとすれば、防衛行為があったという評価をするさいに、その欠如を顧慮することは、まさしく不道德な動機を顧慮するということにほかならぬこととなる。そうすると、「適法性」の問題は心情に依存することとなり、もって法的判断が道義的判断へと移されることになる。したがって、この防衛の意思の概念内容を、この意思が生じるにいたる端緒と根拠（動機）の意味に解しようと、それが向けられる方向ないし目標（意図）としようと、さらには精神的経過そのもの（意思作用）とすると、その帰結（決意）と解しようと、いずれにしても積極的に評価される意思が不可欠であり、消極的に評価される意思では不充分とされるということには変りはない。「ここでも、意思作用や決意の味がいまひとつ明白ではないが、すくなくとも本件では、Fには正当化前提の認識もなかったのであるから、いかなる意味で防衛の意思を説くとしても、これが欠如するものとされる点では相違がないであろう——筆者」。したがって、通説によれば、Fの行為には、対応す

る主観的正当化要素が欠如するから違法とされねばならない。つぎに、Fの行為には、主観的構成要件（つまり、故意）も肯定される。ただし、Fは夫だと思ってこれを殴った傷害の故意は、そのかぎりでは重要ならざる人違い（error in persona）であり、この錯誤は故意を阻却しないからである。さらに、免責事由も見当たらないから、その責任も認められることとなる。かくして、Fは、正当防衛状態が客観的に与えられているにもかかわらず、危険な傷害既遂の刑をまぬがれることができない。もっとも、必要説の論者のなかには、むしろこの場合には未遂犯が成立するにすぎないとする者もいる。ただし、その理由づけはかならずしも斉一ではなく、現代の「概念的神秘主義」によれば、防衛の意思は「行為無価値という正当化無価値」を排除するために必要なものであるから、正当化事情が客観的に与えられているときには結果無価値だけが脱落するといってみたり（Samson, SK. 2. Aufl., 1977, Rn. 24 vor § 32）、Fは、主観的には法を侵害するものと信じたが、客観的には侵害していないのであるから、いわば「裏返えされた不能未遂の状態」が存在するとかしている（Schönke-Schröder, 7. Aufl., 1954, Rn. 76 vor § 51 zu § 53 a. F.）。こうして、防衛の意思必要説によれば、これが欠如する場合、結論においても一致せず、いわんやその理由づけにおいても一致しない。これに対して、犯罪論における純法的な、したがって客観主義的な判断方法にしたがうならば、このようにあちこちと対立する技巧的な構成は一撃をまわって崩壊することになる（Spendel, RRz, S. 330～331; LK. 10. Aufl., § 32 Rn. 140; Oehler-Festschr. S. 199～200）。

(2) これに対して、プリッツヴィツは、防衛の意思概念の内容について対立する二様の考え方、すなわち正当化前提の認識、換言すれば防衛の故意（Verteidigungsvorsatz）だけでよいのか、それともこれをこえて、かならずしもそれが唯一の動機である必要がないとしても、行為が防衛の動機によって促がされていることを要するかという対立

のうち、前説を採用する (Pritwitz, a. a. O. S. 75)。

そして、第一例についてシュペンデルがFを完全に正当化され、不可罰とすることに對して以下のような疑問を挿している。

この事例でFを不可罰とすることは俗耳に入りやすい。これは、家庭問題では妻はしばしば被害者の立場におかれているので、家庭を省みない、いわば加害者たる夫を懲らしめることが往々にして是認され、夫と思つた侵入者に加害する場合にも同情が集まることになりがちだからであるが、これを以下のような例にあらためるとすこし様子が變つてくるのではないかとする。たとえば、互いに抗争しているやくざ集団があるとす。対立者の組員を罠にかけ、自家に来るように誘つておきながら、もし訪れたら殺すつもりでいたところ、入ってきたのは武装した別の侵入者だつたとしたらどうか。それはともかく、オリジナルな事例でも、変形された事例でも、自分が正当防衛することになるとはすこしも知らないで防衛の効果をあげた者は、シュペンデルによれば不可罰とされねばならない。しかし、プリッツヴィツによれば、不法が「結果無価値」と「行為無価値」から成るように、その鏡映像である正当化も(結果無価値を阻却する)客観的構成分子と、(行為無価値を阻却する)主観的構成分子から成ることから出発する者は、当然、防衛意思〔正当化前提の認識〕が欠如することによって残存する行為無価値が当罰的であるか否かを問題にすることとなる。そして、Fの行為は、彼女が正当化前提が存在することについて何も知らないで客観的に正当化の効果をあげたのであるから、違法な結果を達成すべく不能だつたといわなければならぬ (Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., 1970, S. 161; Roxin-Hafka-Schünemann, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., 1982, S. 61; Hruschka, GA 1980, S. 9)。とつて、これを未遂犯とす

る者の間においても、未遂規定を類推的に適用すべきか、直接的適用が可能かをめぐって争いがある。前者を主張するのはレンクナーとシュトラーターヴェルトであるが、その理由は、状況はたしかに未遂とよく似ているが、結果が生じている以上、厳密にいつて未遂と完全に同一であるとはいえないとする点にあるようである。しかし、ロクシンによれば、行為者は「違法な結果」をはじめから全然達成しえないのであるから、この点では「結果」をまったく招来しえないいわゆる不能未遂と同一であるとしている。プリッツヴィツは、このうち後説をとり、本例では、防衛意思の欠如によって行為無価値は残存しはするが、その行為は——正当化前提の客観的存在により——「違法な結果」と連関関係には立ちえないからだとする。したがって、この事例では、行為が「単純」傷害未遂なら「未遂を罰する規定がないから」不可罰だということになるが、行為者は危険な道具を用いており、かつこれを用いてする傷害未遂はこれを罰する旨の規定があるから、危険な傷害の未遂として可罰的だということになる (Pritwiz, a. a. O. S. 75~77)。

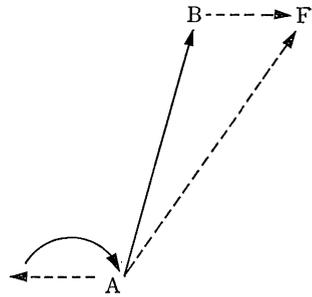
(3) 私見においてもこのプリッツヴィツの見解が妥当なものと思われる。つまり、上記したように、完全な正当化を認めるか、それとも未遂犯の可罰性を認めるかは、不法、したがってまたその裏面たる正当化の実質的根拠をどのように理解すべきかにかかるとあり、前者は純客観的・事後的考察に依拠せねばならないということになるが、それは現行未遂規定が予想する不法観(正当化観)とはいえず、これと調和しうる不法観(正当化観)を探究すれば、どうしても事前における一般的考察に依拠せねばならないということになるからである。本件はまさしく「裏返えされた可罰的不能未遂」に相当し、もし、ドイツ刑法のように、危険な傷害未遂を罰する規定があるとすれば、本件でもその未遂の可罰性をまぬがれないものとしなければならない。⁽⁷⁾

いわゆる防衛の意思について

(7) なお、ブリッツウィツも述べているように、本件では、行為者Fに有利な、侵入者Eに不利な条件が揃っているから、Fの行為を未遂犯として罰することには抵抗感がありがちである。そのため彼は事例をいささか修正しているが、これに倣って以下のように事例を変更することも考えられよう。たとえば、何時も弱い者いじめをして嫌われ者のAが、その暴行や罵詈雑言によって友人の一人が自殺するにいたったが、表沙汰にならなかつたので依然としてその行状を改めず、その日も山林に鳥射ちに出かけたところ、樹陰にXの姿を認め、何時もの弱い者いじめの一環としてXに空気銃を向けたところ、それより先にXがAを認め、日頃の意趣返しとしてAに空気銃を向けていたところ、そんなことを知らないで一瞬先にしたAの発射によりXが負傷したという事例ならどうであろうか。ここでも、Aは客観的に正当防衛をしているが、情況は彼に有利だとはいえない。しかも、事案の構造は本件と同一である。そして、この場合なら、Aに危険な傷害未遂を認めてもそれほどの違和感はないのではなからうか。もっとも、すべての事例を通じて、もうもろの条件は情状の問題として配慮されるということとは、また別の問題である。

三 (1) 第二例は、シュペンデルの創作にかかるものようである(特に、Spendel, Bockelmann-Festschr. S. 245)。

密猟者AとBとが、ろ、じ、かを斃した。Bが森の空地でそのはらわたを抜いている間、Aは弾をこめた銃をもって警戒に当たっていた。両者は、自分たちを捕えにきた何人をも躊躇なく射殺しようとりきめていた。彼らの用心にもかかわらず、作業に耽っていたBの前に、まるで地から湧いてきたかのように突如として森林官Fが現われたので、Bはあわてて銃を握み、これをFに向けた。これに気づいたAも銃身をぐるりと回してFを狙い、Bより一瞬早く射撃したが、興奮していたのでFを射ち誤り、かえって仲間Bに致命的に命中させてしまった。かくして、Fは、逃げようとしたAを打ちひしぎ、逮捕することができた。これは、AがFを射とうとしてBに命中させたいわゆる方法の錯誤の場合であり、表象された因果経過と実現されたそれとが喰い違った場合であって、図示するならつぎのような



る。

シュペンデルは、まず、現実の結果が発生したAのBに対する射殺ということから考察する。ところで、AがBを射ち殺してしまったのであるから、これが殺人の構成要件に該当するということにはさし当って問題がない。これに対して、それが正当防衛ないし緊急救助として正当化されるかどうかという問題についてはより詳細な検討が必要である。この点、すでに弾のこめられていた銃をBがFに向けていたということとは、Fにとっては直接的な生命の危険を意味し、Bの狙いは殺人の着手ないし殺人

の直接的開始であったといえるであろう。これは、単にBの主観的表象によってのみならず、一切の第三者的観察者の客観的判断によっても然りである。かくして、BがFに銃を向けたということは違法な殺人未遂と解しえ、これはFにとっては自分の生命に対する現在の違法な攻撃であるといえる。つぎに、客観的には自分に二つの銃が向けられており、これによって脅かされている死の切迫ということにかんがみると、Fにとっては、もし彼が犯罪人の先手を打ち、自ら射たれまいとするなら、まずもつとも近くにいるBを斃すことが「手近かで」、「不可欠な」防衛方法であったといえよう。しかし、事實は、危殆に瀕していたFがみずからこの防衛的反撃を行ったのではなく、窮迫状態からFを救助するという役割を、期せずしてAが行なうことになったというのは幸運な偶然であったといえよう。我々は、善においてもまた悪においても、我々の所為の主人であるとはかぎらない。前世紀のオーストリアの劇作家グリンパルツァーも、意思は私の意思であるが、所為は運命の手にゆだねられているといっている。良き意図から時には悪が生じることが、逆もまた可能である。密猟者Aは、ゲートのファウストにおけるメフィストと同じように、「悪

いわゆる防衛の意思について

(森林官Fの殺害)のみを欲したが、結局、「善(攻撃者Bの無害化による被攻撃者Fの救助)を果たす力」として働いたことになる。思いがけなくも生命に対する大きな危険から救われたFと社会の人々とは、事柄の成り行きを祝福し、ただ感謝するだけでよいであろう。たとえAの内面的意思が道義的に呪うべきものであったとしても、その外面的作用は法的に承認されるべきものである。彼の射撃は、まさしくBのFに対する射撃を防止し、これが攻撃を回避すべく必要で命ぜられていたものであった。かくして、AによるBの殺害は緊急救助によって正当化される。

これに対して、人もし通説とともに、Aには防衛の意思が欠如しているからといって正当化を否定するとすれば、結論はまた違ったものになる。上記したように、ここでは方法の錯誤、すなわち「行為のやり損ない」の事例が問題になっている。少数説によれば、AのBに対する殺人故意が認められることになる。けだし、Aは違法に人(森林官F)を殺そうとし、事実、人(仲間B)を——密猟を隠蔽しようとして——殺しているからである。これによれば、Aは謀殺既遂のかどで罰せられねばならぬということになるであろう。しかし、有力で適切な学説および判例によれば、表象された因果経過(A→F)と実現された因果経過(A→B)との間の裂け目は大層重要であり、かつこの喰い違いはAのBに対する殺人故意を阻却することになる。こうして、AのBに対する致死射撃は過失致死になるかどうかという観点下に探究されることとなる。しかし、ここでは、Bの致死という結果の予見可能性も与えられるということになるであろう。けだし、BとFとは至近距離にあり、Aの行った射撃がBに命中しうるといふことは予見可能だったのであろうからである。しかし、惹起されはしたが意思されてもいない構成要件的結果(ここではBの殺害)に関して、その行為が客観的に別の効果(ここではFの救助)を果すことになっていたとき、この効果をもとにも欲せねばならないような防衛意思など思考可能ではない。「のみならず、AはBとともにFを攻撃しようとして

いたのであり、この意味ではFは急迫・不正の攻撃に見舞われているとの認識はにあったものともいえるが、これはAがBとともにFを攻撃しようとする故意の裏面であり、攻撃する者にはかならず被攻撃者が攻撃されているとの認識があるといえるといえるまでの話で、これまで述べてきた正当化前提の認識がもっぱら被攻撃者または攻撃者とは関係のない緊急救助者の側からのものであって、攻撃者の攻撃故意がこれによって相手方が攻撃されているという認識とはまったく別のものであり、この意味では共同攻撃者たるAには正当化前提の認識もなかったということができるであろう。つまり、いかなる意味においてもAには防衛の意思がなかったとすることができ——筆者」。ところが、驚いたことには、必要説の主張者たちのうち少なからざる者（イェシュック、レンクナー、ザムゾン、シュトラテンヴェルト、ヒンメルライヒ、R・シュミット）が、突如として、過失犯の正当化にとってはなんらの主観的要素も必要でなく、客観的要素の存在だけで足るとしている。だとすると、本例においても、AによるBの殺害は緊急救助によって正当化されることになるであろう。

これだけでは本件の考察は了らない。Aは単にFを殺してやろうと心のなかで思い浮べただけではなく、行為にやってもこれを表明しているからである。Aは、客観的に、Fに対する救助を遂げたというだけではなく、Fを危殆化する行為をも行なっている。弾のこめられている銃をFに向けることは、事後的考察としてはまさにFを攻撃しようとしていたBに命中したというのであるから、この点では適法視されるとしても、事前考察としてはFに対する違法で可罰的な謀殺未遂である。すなわち、Aの態度は——仲間Bのそれと同様に——Fに対する直接的な生命の危殆化つまり殺人構成要件の直接的開始を意味することになる。問題は、射殺してしまったBに関しては適法と評価されるAの行為が、Fに関しては同時に違法とされてよいのか、それともその行為は統一的に評価されねばならないのかと

いう点にある。この二者択一のうち前者が正しい。というのは、ある態度は二つの異なる行為客体と行為結果に関して、法的にも別々に性質づけられてよいからである。すなわち、事後的には、まさに発砲しようとしていたBを顧慮して正当化されるFの生命救助とされる行為が、事前には、攻撃に瀕していたFに関して生命の危殆化を意味するものである。正当で支配的な見解によれば、正当防衛というものは攻撃者に対しては許されるが、無関係の第三者、らわんや被攻撃者に対しては許されない (Spendel, Bockelmann-Festschr. S. 253~259; RIZ, S. 331~332; LK, 10. Aufl., § 32 Rn. 141~142; Oehler-Festschr. S. 200~202)。

(2) これに対して、プリッツヴィツ (および通説の主張者たち) も、シュペンデルによって述べられているのと同じの帰結「つまり、対F——殺人未遂、対B——過失致死ではあるが正当化される」に達しようとする。そして、だとすれば、なぜこの設例が通説が馬鹿馬鹿しく、また問題が多いということを説明するために援用されたのか判らなくなるとしている。

つまり、この設例では、シュペンデルも指摘しているように、方法の錯誤がとりあげられている。したがって、事実上射殺されたBに関しては、Aが過失致死のかどで罰せられるかどうかが問題となる。しかし、この過失犯の結果無価値が、客観的に存在する正当防衛前提によって阻却されるのであるから、結果のない過失犯という特別の行為無価値が残るだけである。けれども、一般原則によれば、結果無価値のない過失という行為無価値は刑を科せられるほど大きなものではない。したがって、AはFに対する謀殺未遂のかどでのみ罰せられることになる (Pritwiz, a. a. O. S. 78)。

(3) 私見によれば、右のシュペンデル、プリッツヴィツ論争において、Aの行為がFに対しては殺人 (謀殺) 未遂

が成立するという点では同じである。また、Bに對する過失致死に關しても、ともに不可罰とする点では異なるところがない。しかし、シュペンデルは、客觀的に存在する正当化事由によりBに對する致死が完全に正当化されるとするのに對して、プリッツヴィツは、その結果無価値だけが排除され、なお行為無価値は残存するものの、過失犯においては結果無価値なき単なる行為無価値だけでこれを可罰的とするほどその違法性は大きくないから、結局不可罰だとしてゐるにすぎない。しかし、こうした理論構成の相違は——結論の同一性にもかかわらず——実はきわめて重大である。けだし、プリッツヴィツが、なぜ過失犯の行為無価値が残存するとしているのかといへば、本件では、Aには正当化前提の認識という意味でも防衛の意思がないとするところに求められなければならないが、このことは——かならずしも明言されているわけではないが——裏を返せば、いわゆる過失防衛（過失的緊急救助）においても、完全な（つまり、行為無価値をも含めた）正当化を図るためには、単に正当化前提の客觀的存在だけではなく、その認識を必要としているからだと思われる。

この点は、以下のような例において多少とも結論の相違となつて現われてくる。たとえば、Aが街頭でXを殺すために発砲したが、射弾はXの身辺を外れて、丁度そこへ走りこんできたYの足に命中して負傷させたとしよう。しかし、後で判つた事情によれば、YはBの店頭から豆腐數丁を盗んで逃げようとしていたところであつた。もし豆腐數丁を盗んで逃げようとする者の足に負傷させることによってこれを防衛することが正当化されるとすれば、Aは意圖せずしてこれを防衛したことになる。シュペンデルによれば、AのYに對する加害は完全に正当化され、プリッツヴィツによれば過失致傷の行為無価値は残るが結果無価値は排除されることになり、この行為無価値は独立の可罰性を基礎づけるほど大きなものではないから、結局は不可罰となる。しかし、もし弾丸がYの急所に命中してこれを死亡

させたとしたらどうであろうか。僅か豆腐数丁を防衛するために犯人を死亡させることが必要・相当でないとすれば、結局、正当化されないことになるが、シュペンデルによれば、それでも急迫・不正の侵害があり、ただ客観的にこれを防衛することになる行為が過剰であったからこの事例は過剰防衛とされるのではなからうか。一方、ブリッツウィツによれば、急迫・不正の侵害が客観的に存在するとしても、Aにはその事情が知られていないから防衛意思がなく、したがってAのYに対する加害は——過剰防衛ではなく——普通の過失致死になるとされるものと思われる。そして、過剰防衛とされるか否かは、事情によっては裁量的減免の余地があるのであるから、実際の帰結にも相違を来すこともありうるというべきである。

のみならず、本来の事例を以下のように修正したらどういうことになるであろうか。Aの猟銃の弾が散弾であり、Aは、もちろん、Fを狙ったが、Bに当ることもやむをえないと考えて発射したところ、射弾はFを傷つけ、Bを殺してしまった。ことの意外に、Aはそのまま逃走してしまつたが、もしAの発砲が一瞬遅れていたら、FはBの射弾によっておそらくは死亡していたところ、Bを斃すことによつて負傷だけでどまり、この点、Aは結果的にはFを緊急救助するという効果をあげているということになった。この場合にも、AがFに対して殺人未遂とされることはこれまでの例と同じであるが、Bに対しては未必の故意もあり、それがFにとつて偶然防衛の効果をあげたことになるものとして、この点を顧慮するとしても、おそらくはBの射殺に対して未遂の可罰性を排除しえないのではなからうか。だとすれば、本来の事例においても、たとえAのBに対する過失致死が、正当化前提の客観的存在によつて緊急救助と解されるとしてもなおその行為無価値が残存し、しかしその違法性をいまだ可罰的とするほど大きなものでないとするブリッツウィツの構成も一概に否定されることにはならないように思われる。この点、否定説に立たれる

人々の見解をききたいものである。

(8) かつて大審院も「僅々豆腐数丁の財産的利益を防衛する為、至重の法律利益たる人命を害するが如きは、当に防衛の程度を超えたものと謂はざるべからず」とした(大判昭和三年六月一九日新聞二八九一号一四頁)。

(9) この場合、AにはもっぱらFを殺害する意思があり、ただその附随的結果としてBを死亡させることになってもやむをえないと考えていたにすぎないのであるから、Bを斃すことよってFの生命を緊急救助しようという事実経過の予見はないとしなければならぬ。ただし、AにF殺害の意図があるということは、たとえそのための行為に附随してBを殺害することになってもやむをえないとの表象があるとしても、この表象はさきの意図の内部で附随的に存在するものであって、この意図そのものと矛盾するものではないはず、したがってBを殺害することよってFの殺害を不可能ならしめ、これを救助することに成るといふ事実経過の予見を含むものとは考えられないからである。つまり、この場合、Aは客観的にはFを救助したが、これについての防衛の意思は存在しない。したがって、Aは、客観的にBを斃すことよってFの生命を救助したから、この点で正当化されるが、なおその行為の無価値まで正当化されないものと考えるべきであろう。この意味では、Aは、Bの殺害については未遂の可罰性をまぬがられることができないものと解すべきである。

四 (1) 第三例もシュタープの例を採用したものである (Staab, a. a. O. S. 40ff.)。

兄弟であるAとBとは、自分たちの力を試すために喧嘩をするどんな機会をも見逃さないような札つきの暴れん坊である。ある日、Aは、Bが見知らぬXと殴り合いをしている現場に出くわした。Aは、Bがまたもやいつもの喧嘩を始めていると思ひ、事情をよく調べもせずにこれに加勢し、BといっしょになってXを殴り倒した。しかし、驚いたことには、実は、Bは犯罪人Xによつて襲われており、このたびは例外的に攻撃者ではなかつたということが後になつて判明した。

シュペンデルによれば、A、Bは、Xに対して共同して傷害を加えたのであるから、危険な傷害という同一の客観

いわゆる防衛の意思について

的構成要件を充足するものである。そこで、彼らの行為が法的にも同一に評価されるかどうかということだけが問題になる。このさい、Bは正当防衛を援用しようということについては争いがない。しかし、通説である防衛の意思必要説によれば、Aは緊急救助を援用することができない。けだし、彼は「防衛の意思」をもってしたのではなく、いつものように攻撃の故意をもって行為しているからである。つまり、Aは、Bを被攻撃者であると知って救助したのではなく、攻撃者だと思って彼に加勢しただけだからである。ところで、XがBを襲ってこれに殴打を加えたということは、疑いもなく違法である。そうすると、喧嘩に介入してXを殴打したAの行為はどのように評価されたらよいのであろうか。必要説によれば、Aには防衛の意思が欠けているので、Xに対して違法に攻撃を加えたことになり、Xとしては加勢したAに対する正当防衛をしてもよいこととなる——これはグロテスクな帰結である (Garb, a. a. O. S. 44~45)。Xは、新たに加勢するために割り込んだAがどんな考えと意図から介入してきたかを見通すことができない。だとすれば、この事例においては外部的事情が基準となり、したがって客観的に緊急救助前提が存在するのであるから、Aの加勢は襲われているBを救助するものとして正当化されるとする客観的判断のみが正しいということになる。客観的に正しいと判断されるAの緊急救助の基礎をなす内面的な心ばえが、実は彼の悪しき殴打心情であり、もっぱら攻撃故意であって、道義的にかんばしからぬものであるとしても、この判断のみが法的評価に適うものである (Spendel, KRIZ, S. 332; LK, 10. Aufl., § 32 Rn. 143~144; Oehler-Festschr. S. 202)。

(2) これに対して、ブリッツヴィツは、シェベンデルが、途中から介入してBに加勢したAには、Bが被攻撃者であり、したがって自分の加勢がBを緊急救助することになるといふ事情が知られていないのであるから、防衛の意思必要説によれば、たとえ結果無価値が阻却されてもなお行為無価値が残存することとなり、したがってXは——Bに

対してではないが——Aに対しては正当防衛しうるとするのがグロテスクな解決であるとするのは理解しがたいことだとしている。つまり、プリッツヴィツによれば、たとえ正当化前提の客観的存在により違法な結果の発生は除去されるとしても、AはBといっしょになって殴打を加えたのだから危険な傷害の可罰的未遂は残っており、この違法な攻撃に対してXが正当防衛しうるとするには何の不思議もないほどだとする趣旨である。のみならず、シュペンデル説によれば二二七条「殴り合いへの関与」の立法趣旨の説明に窮するであろう。同条は、殴り合いにより、また数人によって行なわれている攻撃により人の死亡または重い傷害を惹き起したときには、殴り合いまたは攻撃に關与した者はすべて、当人が責任なしに渦中にひきこまれたのでないかぎり、すでにこの関与だけの理由によって、三年以下の自由刑または罰金に処すると定めている。これは、数人いり乱れての殴り合いにおいては、どちらが攻撃者であつてどちらが防衛者であり、したがって緊急救助者であるかが、一切の觀察者にとつてはもとより、時には当事者でもわからないといった事例があるものだが、立法者が同条を定立することによつてこうした証明の困難性を減輕する規定を設けたと解しなければならぬが、果してシュペンデルはこれをどう説明するかに當惑しなければならぬであろう。最後に、もともと攻撃者であるXが、途中から割り込んできたAに対する自分の行為の適法性を確信しているといったことは稀で、多くは攻撃されているBのために加勢しにきたと思うであろうから、たとえX——A間の行為が客観的に正当化されるとしても、Aに対する自分の行為の正当化前提の認識がないから、なお残存する行為無価値が危険な傷害未遂とされないかぎり、単純傷害の未遂となるにすぎないから不可罰である。もしまた、XがAに対する正当防衛前提を知っていたとすれば、加えた殴打が必要な防衛という要件をみたすかぎり、その態度はやはり正当化される (Pritwitz, a. a. O. S. 78~79)。

(3) 私見によれば、Xが途中からBに加勢したAによる殴打をこうむったのは、もとはといえはXがBを攻撃したといういわば原因において不法な行為が招いた結果である。したがって、Xにしてみれば、Aの攻撃が、自分のしかけたBに対する攻撃よりも不相当に大きなもの、たとえばAが白刃をかざして斬りかかってきたというような場合を除いて、原則として正当防衛を主張しえない。他方、Aは、自分の行為がBが攻撃されていることに對する反撃・救助になるという事情を知っていないのであるから、たとえその結果が客観的に正当化され、違法に危険な傷害を犯しえないものであるとしても、なおその行為は危険な傷害未遂として可罰的となるであらう。だからといって、XはAに對して正当防衛しうるものでないのは、自分の原因において不法な行為が招いたものであるとするゆえんは上記したとおりである。したがって、Aの殴打は——正当化前提の認識なく行なわれたものであるから——たとえそれが客観的にBに對する緊急救助の効果をあげているとしても行為はやはり違法であり、ただこれに對してXは、もともと自分の原因において不法な攻撃がAの加勢を招いたものと解せられるから正当防衛を主張しえないとするまでのことであつて、Aは危険な傷害未遂の不法をまぬがれうるものではない。

五 結 語

以上によれば、いわゆる「防衛の意思」の概念内容は正当化前提の認識の意味に理解されるべきであり、これをこえた防衛の意図・動機を必要とする意味において説かれるべきではない。そして、「過失防衛ないし過失的緊急救助」においてもこの意味での防衛の意思は具わっており、これを過失防衛において否定するのは正当防衛の認識をこえた防衛の意図・動機を必要とするからである。後者の意味で過失防衛にも防衛の意思が必要であることは、

なんらの意思もこの過失的結果に向けられていないのであるから、いわんや防衛の意図や動機にもとづく意思によってこれが蔽われていることもありえず、むしろ論理的に不可能な主張であるといわなければならぬ。したがって、正当化前提の認識という意味での防衛の要否が争われるのはもっぱら「偶然防衛」においてのみである。しかし、その帰趨を決するものは、偶然防衛が「裏返えされた不能犯」と称せられているように、実は、未遂の処罰根拠をめぐる実質的不法ないし正当化をめぐる見解の相違にほかならない。¹⁰⁾ この意味では、シュペンデルが必要説を駁撃するために繰り返し援用している諸事例も、こうしたより根源的な不法観・正当化観をめぐる見解の対立に氷解されるものといわなければならぬ。なお、大方の御叱正がえられれば幸いである。

(10) 周知のように、西ドイツではいわゆる迷信犯などの場合を除いて、不能未遂も原則として処罰されることになっている。(二三条三項参照)。しかも、不能未遂にあつては客観的には法益に対する危殆化ははじめから存在しなかつたわけである。そこで、ここで予定されている不法観は事前の一般的考察に拠るものであつて、すくなくとも事後的・純客観的なものであるとすることは困難であろう。そうすると、たとえ事後的・純客観的には正当化前提の存在によつて正当化される場合であっても、その情をまったく知らないで加害しようとする行為の不法評価も、このような不法観ののつとつてなされねばならないということになるであろう。そうでなければ法的評価の統一性が破られることになる。そこで、フリッシュも、主観的正当化要素を必要とする真の規範的根拠もこの点に存するものとして、*Frisch, Grund- und Grenzproblem des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-Festschr. 1987, S. 127~128*。もとより、わが国には不能未遂を原則として可罰的とする旨の規定はない。しかし、上来述べてきたように、事後的・純客観的考察によれば、一切の未遂はまさしく結果不発生に了るべくして不発生に了つたわけであり、この意味では結果発生(法益侵害)の危険もはじめからなかつたものとして不可罰とせざるをえず、これは未遂を罰する現行法の趣旨ではないとすれば、やはり危険概念も事前の一般的考察に求めざるをえず、かつこのような基準ののつとつて偶然防衛を評価するとすれば、たとえその行為によつて「違法な結果」を招来することができなかつても、なお事前においては危険なものとして未遂の違法性は残存すると解すべきではな

かろうか。ともかくも、防衛意思の要否についての争いを決するものは、未遂の処罰根拠をめぐる実質的不法観の把握いかんにかかるものであることだけは確実であるといわなければならない。