

偶然防衛についての一考察

関
哲
夫

目次

- 一 はじめに
 - 1 防衛意思の要否
 - 2 本稿の課題
- 二 学説の状況とその検討
 - 1 防衛意思必要説からの既遂犯説
 - 2 防衛意思必要説からの未遂犯説
 - 3 防衛意思不要説からの未遂犯説
 - 4 二分説
 - 5 防衛意思不要説からの無罪説
- 三 前提の確認
 - 1 緊急行為の違法性阻却判断の性質
 - 2 防衛意思の機能
- 四 残された理論的可能性
 - 1 二つの理論的可能性

（偶然防衛についての一考察（関 哲夫）

- 2 防衛意思必要性からの理論的可能性
- 3 防衛意思不要説からの理論的可能性
- 五 私見による偶然防衛事例の処理
- 1 自己防衛型偶然防衛
- 2 第三者防衛型偶然防衛
- 六 おわりに

一 はじめに

1 防衛意思の要否

刑法第三六条の正当防衛が認められるために防衛意思を必要とするかについて、周知のように、判例においては、終始一貫、防衛意思必要説が採られているにもかかわらず、学説においては、今なお激しい論争が続いている。

(1) 防衛意思不要説

防衛意思不要説の論拠については、次のように要約することができよう。まず第一に、刑法第三六条にいう「防衛するため」という法文言は、客観的にみて防衛としての効果があればよく、防衛意思という主観的要素が必要であると解釈すべき文理上の必然性はないこと、第二に、違法かどうか、その裏面としての正当かどうかは客観的に決定されるべきであり、違法性・違法性阻却の判断に主観的要素を持ち込むのは実質的違法性の事後判断と矛盾し、妥当でないこと、第三に、防衛意思はいわば「結果を目的とする意思」として客観的要素を超過しておらず、防衛結果に新たな意味づけを与えるものではないこと、第四に、防衛意思を有する者にだけ、法の自己保全および正の確証によっ

て社会秩序を維持するという原理・利益の援用を認める理論的必然性はないこと、である。

(2) 防衛意思必要説の根拠

これに対し、防衛意思必要説の論拠については、次のように要約することができよう。まず第一に、刑法第三六条にいう「防衛するため」という法文言は、言語学的な語義によると、行為の「目的・意図」を意味するものであること、第二に、「防衛するため」というのは主観的に防衛意思を持っていたことを意味し、防衛意思は防衛行為としての性格を規定する要点であり、偶然に防衛効果が生じても正当防衛とすることはできないこと、第三に、防衛意思は客観的要素を超過しており、この点は目的犯における目的などの他の主観的違法要素・主観的正当化要素と変わらないこと、第四に、偶然防衛に正当防衛の効果を認めるならば、それは、法の自己保全および正の確証によって社会秩序を維持するという正当防衛の趣旨に反するとともに、一般普通人の法感情にも反すること、である。

しかし、近時、防衛意思必要説が、刑法の行為規範性を論拠にして積極的に展開されていることに注目しなければならぬ。ある論者は、次のように論述している。すなわち、刑法上の「行為規範」とは、法益保護のために規範の名宛人に向けて提示された「行動基準」にはかならないのであり、違法性阻却事由は、「広い意味での法益衝突ないし利益葛藤の状況において、これを正しく解決するための行動基準を与えるもの」でなければならぬ。この「違法性阻却事由もまた行為規範に属するとすれば、これにあたる事実を認識しながら行為するのでなければ、行為不法を阻却することはできない」のであり、「行為者がその事実を認識せずに偶然に正当化結果が発生したというのであれば、本人の主観には純然たる規範違反の事実があるだけであり、故意の規範違反性が肯定され得る。」しかし、「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、いわゆる『不能な客体』に対する未遂行為、たとえば、死体を生体と誤診して殺害しようとする行為や、空のボ

ケットであるにもかかわらず財布が入っていると思つてこれをすりとりうとして手を入れる行為と理論的に等価値である。」ここにおいては、「行為無価値は肯定されても、結果不法は止揚される以上、これを既遂とすることはできないはず」であり、「未遂の違法性しか認められない。」⁽¹⁾と論述するのである。

(1) 井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)一三三頁、一四〇～一四二頁参照。さらに、川端博『正当防衛権の再生』(一九九八年)一九五頁、川端博『刑法講話I総論』(二〇〇五年)一七一頁参照。井田説、川端説については、後に検討する。

2 本稿の課題

(1) 偶然防衛の事例

従来、防衛意思の要否の問題については、次のような事例を提示して検討するのが通例である。

〔I〕 自己防衛型偶然防衛の事例 例えば、Aが殺意をもって仇敵Bを拳銃で射殺したところ、実はその時、BもAを射殺しようとしてAを狙つて既に拳銃を構えていたことが後に判明したという事例である。

〔II〕 第三者防衛型偶然防衛の事例 例えば、Xが殺意をもってYに向けて拳銃を発射し、射殺したが、実はその時、Yも第三者Zを殺害しようとしてZを狙つて既に拳銃を構えており、Xは偶然にも第三者Zの生命を救ったことが後に判明したという事例である。

こうした事例を素材にして、周知のように、防衛意思の要否の問題とともに、偶然防衛行為者(A・X)の罪責をどのように処理すべきかが検討されてきた。そして、この偶然防衛の問題、防衛意思の要否の問題を検討する中で、論者の実質的違法観、具体的には結果無価値論・行為無価値論が問われていたことはいうまでもない。

(2) 本稿の課題

本稿は、偶然防衛を素材に、防衛意思の要否をめぐる従来の学説を新たな視点から検討し直そうとするものである。既に指摘したように、従来、学説においては、偶然防衛を素材にして防衛意思の要否を検討し、次に、防衛意思必要説・防衛意思不要説のいずれかに立脚して、偶然防衛行為者（A・X）の罪責が検討されることが多かった。そして、防衛意思不要説からは違法性阻却により無罪という結論、また、防衛意思必要説からは既遂犯成立という徹底した結論のほかに、いずれの説からも、未遂犯成立（未遂犯規定準用）という結論も示されてきたのである。

しかし、私見によれば、従来、偶然防衛については、防衛意思の要否の問題を検討する素材としての側面にのみ焦点が当てられてきたため、正当防衛の要件である「不正の侵害」の問題を検討する視点が軽視されてきたように思われる。換言すれば、従来、偶然防衛を、防衛意思の要否及び偶然防衛行為者（A・X）の罪責を検討する事例と位置づける傾向が強かったため、それを「不正の侵害」の視点から検討することが充分になされてこなかったのである。偶然防衛を「不正の侵害」の視点から考察することは、具体的には、防衛意思はどのような機能を果たしているのか、より根本的には、違法性阻却の判断はどのような判断であるのかを検討することでもある。

本稿は、従来議論されてきた偶然防衛の事例を素材としながら、新たな観点からこの問題にアプローチし、従来の学説を批判的に検討するとともに、試見ともいうべき私見を述べるものである。

二 学説の状況とその検討

防衛意思の要否と、偶然防衛の事例における偶然防衛行為者（A・X）の罪責に関する結果とを連関させながら学

説を整理すると、次のように分類することができる。以下、各学説の内容・論拠を摘示し、私見の立場から、若干の検討を行いたい。

1 防衛意思必要説からの既遂犯説

この説は、防衛意思必要説に立脚しながら、偶然防衛の事例における偶然防衛行為者（A・X）につき、既遂犯の成立を認める見解である。²⁾

(1) 論拠

① 主観・客観の統合体 まず、この説の論者は、行為は主観 \parallel 客観の全体構造をもつ統合体であり、防衛行為についても主観面を無視することはできない以上、防衛意思に基づかない行為は違法であり、偶然防衛において、違法な行為から結果が生じている以上、防衛行為による防衛結果という事態は肯定することができないとする。³⁾

② 法の自己保全 次に、論者は、偶然防衛について正当防衛を認めるならば、法の自己保全や価値秩序の保全あるいは正の確証の趣旨に反するとする。すなわち、個人の利益ないし法秩序の侵害に対して、退避義務を課さないで、「むしろ反撃する権利を認め、人間の自己保存の本能を保護するとともに、法秩序の侵害の予防または回復という観点から法の自己保全を図り、法秩序の存在を確認するために違法性を阻却すると考えるべき」であり、偶然防衛に正当防衛の効果を認めるならば、「不正な者を保護することになって、法の確証によって社会秩序の維持を図るという正当防衛の趣旨に反する」と論述したり、⁴⁾あるいは、元来、「正当防衛行為は、価値秩序の保全に役立つから正当化される」のであって、「保全行為といえるためには、保全意思に基づいてなされていなければならない」のであり、侵害意思に基づく法益侵害行為は、事後的・客観的に見て正当防衛の客観的要件を具備していたとしても、それ

を法益保全行為として評価することはできず、通常の違法行為とまったく同じであると論述する⁽⁵⁾のである。

③ 不正対不正の関係 また、この説の論者は、偶然防衛における法的関係は「不正対不正であるに過ぎず、本来正当防衛権が予定した不正対正の関係ではありえない」⁽⁶⁾のであり、正当防衛としての実体を認めることができない以上、「全然正当化の効果を得るものでなく、したがって、結果をも含めた構成要件該当性が肯定され、かつ、とくに責任阻却事由がみとめられないかぎり、既遂犯としての罪責を問われるべきことは論を俟たない⁽⁶⁾」と論述する。

④ 事前判断 さらに、この説の論者は、「正当防衛の要件は、事前判断、つまり、行為時を基準とする判断によって認定されるべき」であり、「刑法規範は、第一次的に価値基準定立機能を有し、その結果として、第二次的に行為規準機能（行為規範性）を有するのである。構成要件該当性および違法性の段階では、規範の名宛人は一般人」であり、「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」⁽⁷⁾のであり、「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である」と論述する。

(2) 検討

① 結果無価値のみが欠ける未遂犯 まず、この説は、構成要件該当性の判断において行為の違法性と結果の違法性を認め、その限りで、行為無価値と結果無価値の分離を認めるにもかかわらず、違法性阻却事由の判断においては、行為無価値と結果無価値の分離を認めず、一体化したものととして違法性阻却を判断していることを指摘しなければならぬ。換言すれば、構成要件該当性の段階においては、行為無価値と結果無価値の分離を前提にして、現実の結果発生（因果関係）の有無によって未遂犯と既遂犯を分けるにもかかわらず、違法性阻却の判断においては、結果無価値のみが欠ける未遂犯の類型を認めないのである。つまり、この説によると、未遂犯・既遂犯は構成要件該当性

の段階でのみ妥当する犯罪類型ということになる。

しかし、この説の論者も、構成要件が少なくとも違法行為の類型であることを認めるのであるから、構成要件該当性の判断と違法性・違法性阻却の判断とのこうした相違がどこから来るのか、なぜ違法性段階において結果無価値のみが欠ける未遂犯の類型を認めることができないのかについて、明確な説明がなされる必要があるだろう。

② 主観・客観の統合体　また、たしかに、この説の論者がいうように、行為は主観Ⅱ客観の全体構造をもつ統合体であり、行為は主観的要素と客観的要素との両要素によってその本質を顕わにするという趣旨は理解できる。しかし、それは、主観的要素と客観的要素の双方が存在して初めて、行為の属性である違法性・違法性阻却が肯定できることを意味しているはずである。客観的な意味での違法性を欠く偶然防衛の場合に、既遂犯としての完全な違法性を肯定することは、主観的要素だけで、つまり防衛意思の不存在だけで、行為の違法性を確定してしまうもので、一元的な行為無価値論であるといわざるを得ない。

③ 法の自己保全　さらに、この説の論者が主張するように、法の自己保全や価値秩序の保全あるいは正の確証によって社会秩序を維持するという正当防衛の基礎原理（利益）は、防衛意思を有する者だけがそれを援用する資格を有するとする理論的必然性には疑問がある。むしろ、この説が、これらの原理（利益）は法規範としての原理、法秩序としての原理であることを認めるのなら、その援用の有無は、行為者の主観的意思に関わりなく、法規範の立場、国家法秩序の立場から判断されるとすべきであろう。そうしてこそ、この説が考えているように、法規範原理・法秩序原理としてのその性質に適合するはずだからである。

④ 不正対不正の関係　この説においては、防衛意思の不存在による「不正性」が、正当防衛を否定する決定的機能を果たしていることに留意する必要がある。すなわち、防衛意思の不存在による「不正性」が、事前的な判断と

しての「行為の不正性」を規定しているだけでなく、事後的な判断にも持ち込まれ、「結果の不正性」をも規定しているのである。その限りで、この説は、事前の主観的な違法性判断に終始した違法観に立っているともいえる。

⑤ 事前判断　しかも、この説が、行為時を基準とする事前判断に、とりわけ主観的要素である防衛意思の存否に、違法性・違法性阻却についての決定的役割を担わせ、正当防衛の肯否を決定づけるとともに、その事前判断を事後判断にまで及ぼしているのは、実質的違法性の判断を主観化するものであるし、結局のところ、行為無価値二元的な違法観に陥っているといわざるをえない。

要するに、防衛意思を必要とするとともに、偶然防衛行為者（A・X）に既遂犯の成立を認めるこの説は、事前の主観的な行為無価値判断のみで行為の違法性を確定する一元的な行為無価値論であり、その限りで、一元的な人的不法論の立場にきわめて親近的な見解ということができよう。

- (2) 木村亀二『刑法総論』（一九五九年）二六一頁、小暮得雄「正当防衛」刑法講座第二卷（一九六三年）一四二頁、藤木英雄『注釈刑法(2)のI総則(2)』（一九六八年）二二六頁以下、大塚仁『刑法論集(I)』（一九七六年）一六六頁、西村克彦「いわゆる『偶然防衛』について」判例時報八二四号（一九七六年）三頁以下、西原春夫『刑法総論』（一九七七年）二〇八頁、津田重憲「正当防衛の研究」（一九八五年）二二三頁、佐久間修『刑法における事実の錯誤』（一九八七年）四一五頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一九九〇年）二三八頁、莊子邦雄『刑法総論』（第三版・一九九六年）二三九頁、川端博『集中講義刑法総論』（第二版・一九九七年）一六三頁、中野次雄『刑法総論概要』（第三版補訂版・一九九七年）一九一頁注7、佐久間修『刑法講義（総論）』（一九九七年）二〇三頁、大谷實『刑法総論講義』（新版・二〇〇〇年）三〇三頁、齊藤信幸『刑法講義（総論）』（第三版・二〇〇一年）二四九、二五一頁、明昭博章「偶然防衛の処理」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）三八四頁以下、三九六頁、福田平『全訂刑法総論』（第四版・二〇〇四年）一五六頁、一五八頁注四、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版増補版・二〇〇五年）三七二頁注二〇、川端博『刑法講話I総論』（二〇〇五年）

二二〇～二二二頁など。

- (3) 大塚仁『刑法論集(1)』(一九七六年)一六六頁、津田重憲『正当防衛の研究』(一九八五年)一三三頁、福田平『全訂刑法総論』(第四版・二〇〇四年)一五八頁、大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版増補版・二〇〇五年)三七二頁参照。
- (4) 大谷實『刑法総論講義』(新版・二〇〇〇年)二九四頁、三〇三頁参照。
- (5) 川端博『既遂説からの反論』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年)一三二頁以下参照。
- (6) 佐久間修『刑法における事実の錯誤』(一九八七年)四一五～四一六頁。
- (7) 川端博『既遂説からの反論』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年)一三三～一三四頁参照。

2 防衛意思必要説からの未遂犯説

この説は、防衛意思必要説に立脚しながら、偶然防衛の事例における偶然防衛行為者(A・X)につき、未遂犯の成立を認める見解⁽⁸⁾である。

(1) 前提認識

① 消極的許容事由 この説のある論者は、消極的許容事由としての正当防衛について、次のように論述する。

すなわち、消極的許容規範としての刑法規範が個人の自己保存本能に基づく個人保護留保条項に従って行われた行為を消極的・追認的に有価値と判断して、これを許容する場合は消極的許容事由であり、正当防衛・緊急避難・自救行為がこれに属する。そして、正当防衛は、「例外的に緊急状況下において、国家の救助を仰ぐ暇がない場合には、国民個人が自ら自己の法益を保護するために実力を行使することを認めるものである⁽⁹⁾」と論述するのである。

② 違法三元論 また、論者は、二元的違法観、判断形式としての違法三元論について、次のように論述する。すなわち、「人間の行為の評価は、行為自体の価値・無価値と行為のもたらした結果の価値・無価値とから行われる

べき」で、行為自体の違法性の判断は「行為自体の持つある性質に着眼して下された法的な無価値判断」であり、その判断構造の要点は「事前の判断たること」にあり、「行為時に存在する主観的・客観的事情を基礎とした判断」であるのに対し、結果の違法性の判断は、「発生した結果について法的無価値判断を下すもの」であるから、その判断構造の要点は「事後の判断たること」にあり、「客観的事情に基づく事後的な判断」であると論述する⁽¹⁰⁾のである。

(2) 論 拠

① 行為規範性　まず、この説の論者は、刑法の行為規範性を肯定する立場から、偶然防衛における偶然防衛行為者（A・X）を無罪とする見解を次のように批判する。すなわち、「少なくとも何ら急迫不正の侵害の事実を認識することなくそれと無関係に犯罪を行った者を偶然に正当防衛の結果が客観的に発生していたとの理由で処罰しないというのでは、刑法がたんに裁判規範たるに止まらず行為規範であることから考えても妥当性があるとはいえず、⁽¹¹⁾ような結論は我々の法感情にも反する。」と批判するのである。

② 結果無価値の欠如　そして、この説の論者は、先の判断形式としての違法二元論の考え方を偶然防衛の事例にも当てはめ、自己防衛型偶然防衛の場合、行為の違法性としては、犯罪の故意があり、「防衛意思を欠くために侵害者の行為のみならず反撃者の行為も共に不正な行為」であって、行為無価値（行為不法）が認められるけれども、「結果として正当防衛の結果が発生したことにより反撃者の法益が保全された点において結果無価値が欠けるのである。」この理は、第三者防衛型偶然防衛においても同様である。つまり、偶然防衛にあっては、防衛の意思が欠けるので行為自体の適法性は肯定されないが、結果は正当防衛となっており結果の適法性は肯定されるので、未遂犯処罰規定がある限り、これを準用して未遂犯として処罰すべきであるとするのである。⁽¹²⁾

③ 具体的危険の存在　また、この説の別の論者は、空ベットの事例では「空っぽのベットの撃ったところで殺人

という結果が発生する由もない」し、一般に「結果の発生が不能であった」といえるのに対し、偶然防衛の場合には、「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は不能であった」ということができ、その意味で、「裏返された不能犯」と呼ぶことができる。しかし、偶然防衛においても、「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、「具体的危険説の意味での危険概念」の存在を認めることができる以上、未遂犯の処罰根拠を充たす⁽¹³⁾と論述する。

(3) 検討

① 二元的違法観　まず、この説の特徴として、この説が二元的違法観に立脚し、それを偶然防衛の場合にも当てはめていることを指摘しなければならない。すなわち、行為自体の違法性に関する事前判断については、犯罪の故意があり、防衛意思が存在しないことによって行為無価値は認められるのに対し、結果の違法性に関する事後的・客観的判断については、正当防衛の結果が実現され、結果無価値が欠如するとする二元的違法観に立脚しているのである。しかも、この説は、行為自体の違法性（行為無価値・事前判断）と結果の違法性（結果無価値・事後判断）とを厳格に分離する思考方法を採用していることに特徴がある。

この説が消極的許容事由・正当化根拠に関する見解および違法二元論の考え方をもとに論理一貫した帰結を導き出していることは評価し得よう。しかし、この説が、結果無価値のないところに行為無価値を認め、それに未遂犯としての違法性を肯定することには、違法性判断の一体性からみて疑問がある⁽¹⁴⁾。

② 行為無価値の肯定　しかも、この説においては、防衛意思の不存在が直ちに行為無価値の肯定に直結しており、疑問である。例えば、目の不自由な甲に対して乙の不法な攻撃が切迫していることを周囲の一般人はみな認識していたが、甲自身はその事実を知らず、単純な攻撃意思で乙を侵害したという事例の場合、行為当時、一般人から見

て、防衛状況が存在していることが明白であるにもかかわらず、二元的違法観に立つこの説は、行為者甲がそれを知らず単なる攻撃意思で行為したことをもって直ちに行為無価値の存在を肯定するのであろうか。もしそうだとすると、この説における事前の行為無価値判断は、行為者の主観的要素のみによって規定された行為無価値判断ということになる。逆に、この事例の場合、行為当時、一般人から見ても、防衛状況が存在していることが明白であることを根拠に、行為無価値の不存在を認めるならば、それは、事前の行為無価値判断にとって主観的な防衛意思は重要ではないことを認めるものであり、したがって、防衛意思不要説を採用することが一貫した立場ということになる。

③ 具体的危険の肯定 他方、防衛意思必要説に立ちつつ、具体的危険説の観点から、偶然防衛行為は、事前の一般的考察において、違法な結果発生の危険を認めることができるから未遂犯処罰の根拠を充たすとする見解⁽¹⁵⁾についてであるが、ここでいう「違法な結果発生の危険」は、単なる結果発生の危険ではなく、違法な結果発生の危険であることに注意する必要がある。しかも、この違法な結果発生の危険の内実は、偶然防衛行為者(A・X)の行為が相手方(B・Y)の攻撃行為と時間的前後関係がずれることによって発生結果が違法となる可能性、つまり、発生結果が違法となる可能性を言い換えたものにすぎない。

しかし、このような、発生結果が違法となる可能性を未遂犯処罰の根拠として認めることは、未遂犯処罰の範囲を不当に拡大してしまう危険がある。すなわち、正当防衛・緊急避難などの緊急行為は差し迫った緊急状況下でなされる行為であり、一般に、発生結果が違法となる可能性が認められるであろうから、およそほとんどの緊急行為について未遂犯の処罰が肯定されてしまいかねないのである。

④ 未遂犯の肯定 また、この説は、結局のところ、「既遂犯としての構成要件該当性を充足しながら未遂犯としての違法性を具備した犯罪類型」を認めていることになる。

この点に関し、この説の論者は、既遂犯としての「構成要件該当性が肯定される場合には、通常、違法と判断されることになるのであるが、それはあくまでも事実上の事柄であり、論理的な事柄ではない」と論述して、既遂犯の構成要件該当性が既遂犯の違法性を少なくとも事実上基礎づけることを認める。この説の論者が、偶然防衛の場合に、既遂犯としての構成要件該当性の充足を認めながら未遂犯としての違法性を肯定するのは、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ことにならないのだろうか。また、この説の論者が、「既遂犯としての構成要件該当性を充足しながら未遂犯としての違法性を具備した犯罪類型」を認めるのであれば、「未遂犯としての構成要件該当性を充足しながら既遂犯としての違法性を具備した犯罪類型」をも認めるのであろうか。いや、それを認めることは、被告人に不利益な類推解釈になるという理由で拒絶するものであろうか。

さらに、この説が、「未遂犯の未遂」をどのように処理するのにかについても疑問がある。偶然防衛行為が未遂に終わった場合、この説の論者が、構成要件該当性段階での未遂（障害未遂）犯と、違法性段階での未遂犯（偶然防衛）の未遂との関係をどのように解することになるのか、疑問があるのである。⁽¹⁷⁾

- (8) 中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年）一三六頁、森下忠「正当防衛」阿部純二編『基本法コンメンタール刑法』（第四版・一九八九年）五二頁、中義勝『刑法上の諸問題』（一九九一年）八五～八七頁、内田文昭『刑法概要中巻（犯罪論②）』（一九九九年）八二頁、振津隆行『刑事不法論の研究』（一九九六年）五二頁、野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）一六二～一六五頁、野村稔『刑法総論』（補訂版・一九九八年）二二五～二二六頁（野村説は未遂犯準用説）、振津隆行『刑事不法論の展開』（二〇〇四年）二二二頁、井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五年）一四〇～一四二頁参照。なお、北野道世「防衛意思の要否——偶然防衛を手がかりとして——」阿部純二先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的課題』（二〇〇

四年) 一五一頁以下参照。

(9) 野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年) 二二七～二一九頁参照。

(10) この判断形式としての違法・三元論については、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 一四三頁以下、野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年) 一五七頁以下参照。なお、偶然防衛について、「行為時における事前的な一般的判断において、一般に、具体的危険を感じうる状態にあり、したがって、その限りで「法益の具体的危険という意味における結果無価値」が存在するが、発生した「法によって是認されている結果の発生」の故に、「行為者が企図した無価値な結果の発生(既遂)に代替しうるものではない」ので、行為無価値と結果無価値とが存在する未遂犯であるとす。振津隆行『刑事不法論の研究』(一九九六年) 五一～五三頁参照。

(11) 野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 一五四～一五五頁。

(12) 野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 一六一～一六三頁、野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年) 二二五～二二六頁参照。

(13) 中義勝『刑法上の諸問題』(一九九一年) 八六頁参照。

(14) 防衛意思必要説からの既遂犯説の立場からこの点を指摘するのは、大谷實『刑法総論講義』(新版・二〇〇〇年) 三〇三頁、齊藤信幸『刑法講義(総論)』(第三版・二〇〇一年) 二五〇頁。

(15) 中義勝『刑法上の諸問題』(一九九一年) 八六頁参照。

(16) 野村稔『刑法総論』(補訂版・一九九八年) 八四頁。

(17) 「構成要件段階での未遂行為については、未遂として処罰するにあたり未遂減輕規定を類推適用する必要性がなくなるというだけで、別に『未遂の未遂』を認めることにはならない」ので、そうした批判は「概念的な論難にすぎず、少なくとも未遂説に対する本質的な批判として取り上げるに値するものではない」(井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五) 年) 一三四頁) との指摘もあるが、「未遂犯の未遂」の問題はそうした概念的な問題に尽きるわけではない。

3 防衛意思不要説からの未遂犯説

偶然防衛についての一考察(関 哲夫)

この説は、防衛意思不要説に立脚しながら、偶然防衛の事例における偶然防衛行為者（A・X）につき、未遂犯の成立を認める見解⁽¹⁸⁾である。

(1) 論拠

① 違法な結果発生危険性　まず、この説のある論者は、偶然防衛の場合、偶然防衛行為者（A・X）は、「ただ正当防衛を構成する客観的事実があるのにこれを認識していなかったというに過ぎない。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。」偶然防衛の場合、結果は発生しているが、「違法な結果」は発生してないのであるから、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（状況によって）未遂の成立を認めうる⁽¹⁹⁾にすぎないとする。

② 別個の客体に対する客観的危険　また、この説の別の論者は、当該行為によって「現に惹起された結果」ではなく、「あくまで別個の（想定されうる）結果に対する客観的危険の発生」は、一つの「法の防止すべき事態」であると考えることを前提に、「当該行為によって惹起されうる別個の、法秩序によっては認められない結果との関係」で、その客体に対して「客観的危険」が及んでいる限りで、未遂犯の成立を肯定できるとする。ただ、論者は、偶然防衛における「当該結果惹起行為に関する限りあくまで『防衛意思不要説』であるが、「ただ同時に想定される別個の結果に関する危険惹起行為について未遂犯の存在する可能性を認めるものにすぎない」のであって、「偶然防衛の事例で常に未遂犯を認める」ものではないとも付言⁽²¹⁾している。

(2) 検討

① 違法な結果発生危険性　まず、違法な結果発生危険性を摘示する見解であるが、この見解は、偶然防衛の行為は結果を発生させてはいるけれども、事後判断によると「違法な結果」は発生しておらず、その意味で結果無

価値が欠如しているが、しかし、客体の不能の場合と同様、違法な結果発生危険が認められる限りにおいて、未遂犯としての法益侵害の危険性は肯定できるとするものである。ここでは、自然的な意味での結果発生はそのまま受容されており、ただ、偶然防衛行為者(A・X)の行為が相手方(B・Y)の攻撃行為と時間的前後関係がずれることによって「不法と適法が入れ代わる可能性」、つまり「発生結果が違法となる可能性」が、偶然防衛における未遂犯処罰の根拠とされているのである。⁽²²⁾

しかし、既に指摘したように、このような、発生結果が違法となる可能性を未遂犯処罰の根拠として認めることは、未遂犯処罰の範囲を不当に拡大してしまう危険がある。というのは、正当防衛・緊急避難などの緊急行為は、危険・危険が切迫した緊急状況下でなされる行為であり、過剰にわたったり、無関係の第三者を巻き添えにしたりする可能性が存在するため、通常、発生結果が違法となる可能性が否定されないであろうから、およそほとんどの緊急行為について未遂犯処罰が肯定されてしまいかねないからである。

② 別個の客体に対する客観的危険 次に、「別個の客体に対する客観的危険」を指示する見解であるが、この見解は、正当化される発生結果とは別に存在した客体に対する客観的危険性の発生は「法の防止すべき事態」として未遂犯処罰の根拠であることを前提にして、「あり得る別個の客体に対する結果発生危険性」、すなわち、別に存在した客体に対する「違法な結果発生危険性」が未遂犯処罰の根拠となるとするものである。ここで、偶然防衛の場合に、未遂犯処罰の根拠として考慮されているのは、自然的な意味での結果発生(正当化される)ではなく、別の違法な結果発生の可能性である。この見解においては、先の「違法な結果発生の危険性」を指示する見解におけると同じく、違法性判断において結果無価値を重視する思考方法が採られている点だけでなく、客観的危険説に立ちながら、抽象的・仮定的な危険性判断の導入⁽²³⁾が図られている点に特徴がある。

しかし、なぜ、別個の、想定されうる結果に対する客観的危険の発生は、「法の防止すべき事態」・「違法な危険結果」であると断じることができるのであろうか。論者は、例えば自己防衛型偶然防衛の事例について、「もし行為者または相手方の発砲の時刻が前後に変動すれば、急迫不正の侵害は存在しない」から、正当化は認められず、「違法な殺人結果」を生じさせることになるのであり、この想定される「違法な殺人結果」は、「同一客体に対するもの」とはいえ、その法的意味が異なることから、別個の結果とみることが許される²⁴と論述する。しかし、この考え方には二つの疑問がある。一つは、現実が発生した結果は正当化されているのに、なぜ別個の客体を想定しなければならぬのか疑問があるのである。いま一つは、その想定された危険結果をなぜ「違法」と断定できるのか疑問があるのである。ここでは、この見解が本来不要としたはずの防衛意思が、暗黙裡に援用されて、「あり得る別個の客体に対する結果発生危険性」を「違法な」と規定するために用いられているように思われる。しかも、ここでは、防衛意思の不存在が、想定された別個の客体との関係でのみ援用されている。論者が、偶然防衛の場合に、現実が発生した侵害結果との関係では正当防衛として違法性阻却を認め、あり得る別個の客体との関係では違法な危険結果の存在を認めて未遂犯とするならば、それは、一つの行為を、一方で、「現実が発生した正当な侵害結果」との関係で判断し、他方で、「想定された違法な危険結果」との関係で判断するもので、いわば一つの行為について、現実と仮定、違法性阻却と違法性というまったく異なる判断が分断的になされているといわざるを得ず、きわめて問題がある。

しかも、既に指摘したように、「あり得る別個の客体に対する結果発生危険性」を肯定して未遂犯を認めると、およそほとんどの正当防衛・緊急避難等の緊急行為について、違法な結果発生危険性が肯定されてしまい、未遂犯の成立範囲が不当に拡大されてしまうのである。

(18) 江家義男『刑法(総論)』(一九五二年)一〇二頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二四三頁、平野龍一『刑法概説』(一九七七年)五四頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(補正版・一九九七年)一九五頁(ただし、防衛意思必要説からの未遂犯説に改説。内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論②)』(一九九九年)八九頁注17参照)、山口厚『刑法総論』(補訂版・二〇〇五年)一四四頁、山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九年)四三七〜四三八頁、松原芳博『偶然防衛』現代刑事法五六号(二〇〇三年)五二頁以下参照。

(19) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二四三頁。さらに、平野龍一『刑法概説』(一九七七年)五四頁、山口厚『刑法総論』(補訂版・二〇〇五年)一四四頁(正当防衛によらずに構成要件を実現する可能性があったと認められる場合)、山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九年)四三八頁(結果発生 of 具体的危険が存在する場合には、危険無価値は存在)参照。

(20) 松原芳博『偶然防衛』現代刑事法五六号(二〇〇三年)五二頁。松原氏は、同頁において、例えば、BがCを狙って銃口を向けているのを見たAが、Bに加勢しようとしてCを狙って発砲したところ、意外にもBの方に当たってしまったという方法の錯誤型の偶然防衛の場合、正当化される「Bの死」とは別個の「Cの死」という違法な結果を生じさせる客観的危険を根拠にCに対する殺人未遂罪を肯定し、また、相手が木刀で襲ってきたのに対して、殺意をもって斧で対抗したところ、結果的には斧の柄の部分が相手の右腕に当たり木刀による攻撃を阻止したという相当性誤認型の偶然防衛の場合、相手方を殺害するに至る客観的危険が存在し、しかも、この予測される「殺害結果」は別個の結果であるといえるため、殺人未遂罪の成立を認め、さらに、Aは道を歩いていたところ、前方に仇敵Bを発見したので、殺意をもって発砲して殺害したが、実はBもAを殺害するつもりで、すでにAを狙って銃を構えているところであったという侵害不知型の偶然防衛の場合、行為者A・相手方Bの発砲の時刻が前後に変動すれば急迫不正の侵害は存在しないので正当化は認められず、「違法な殺人結果」を生じさせることになるが、この想定される「違法な殺人結果」は、現に生じた「正当化される殺人結果」とは別個の結果とみることができるので、状況によって未遂犯を肯定する余地があると論述している。

(21) 松原芳博『偶然防衛』現代刑事法五六号(二〇〇三年)五三頁参照。

(22) 山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九年)四三八頁。この「発生結果が違法となる可能性」については、一般に、事前的な具体的危険説のアプローチによる産物とされているのであるが、事後的な客観的危険説のアプローチによる産物とすることも可能であることが指摘されている。山中敬一『刑法総論Ⅰ』(一九九九年)四三八頁参照。

(23) この「抽象的・仮定的な危険性判断の導入」について、論者は、「この場合にだけ抽象化ないし仮定的置換を一切排除する必然性はな」とする。松原芳博「偶然防衛」現代刑法五六号（二〇〇三年）五二頁参照。

(24) 松原芳博「偶然防衛」現代刑法五六号（二〇〇三年）五二頁。

4 二分説

この説は、防衛意思必要説に立脚しながら、偶然防衛の事例を自己防衛型偶然防衛と第三者防衛型偶然防衛（緊急救助型偶然防衛）とに二分し、前者については未遂犯準用、後者については正当防衛を肯定する見解⁽²⁵⁾である。

(1) 前提

この説は、正当防衛が正当化される根拠として、緊急状況において自己の法益を保全するという「個人主義的な自己保全の利益」と、不正対正の関係において、急迫不正の侵害に対して個人の法益を保護するための客観的生活秩序である法が現存することを確証する「法確証の利益」⁽²⁶⁾をあげる。

(2) 論拠

そして、偶然防衛を自己防衛型偶然防衛と第三者防衛型偶然防衛（緊急救助型偶然防衛）の二類型に分け、偶然防衛行為者（A・X）の罪責を二分するのである。

① 自己防衛型偶然防衛 まず、この説は、自己防衛型偶然防衛の場合、防衛意思のないAの法益は「不正」の利益であり、そこでの利益衝突状況が「不正対不正」の関係になっているため、そもそも正当防衛の客観的な前提要件である正当防衛状況を欠いているとする。そのうえで、結果が生じているので本来の未遂ということはできず、しかも、衡量の対象であるAの保全法益が不正であることによって結果無価値を否定することはできないが、現実に侵

害されたBの法益も不正の限りで保護の外にあるので、違法性における結果無価値の内容が未遂犯の程度にとどまるので、未遂犯規定を準用すべきであるとする。つまり、自己防衛型偶然防衛の場合、結果無価値の内容・程度は既遂犯よりも本来の未遂犯に相応するので、「準用」を認めるべきであるとするのである。⁽²⁷⁾

② 第三者防衛型偶然防衛 これに対し、第三者防衛型偶然防衛の場合、偶然防衛行為者Xには防衛意思がないとはいえ、結果的にせよXの行為によって第三者Zの「正当な利益」が保全されており、ここでは、衝突する二つの利益(Y・Zの利益)について、正当防衛を特徴づけている「不正対正」の関係が維持されているので、基本的に主観的正当化要素としての防衛意思は不要であり、偶然防衛行為者Xに防衛意思がなくとも正当防衛が認められるとするのである。⁽²⁸⁾

(3) 検討

この説は、第一に、防衛意思必要説に立ちながらも、偶然防衛について結果無価値論から一つの理論的帰結を示した重要な見解であることができる。しかも、防衛意思の存否がいわば衝突法益の性質を決定する要因として機能している点が最大の特徴であり、注目される。

① 法確証の利益の拒否 しかし、第一に、この説が、偶然防衛、特に自己防衛型偶然防衛において、法確証の利益の援用を拒否している点には疑問がある。この点、論者は、「法確証の利益は、侵害者である相手方の立場(利益)が不正であるということだけではなく、保護の対象である自己(または第三者)の立場(利益)が正当であることによって初めて基礎付けられるのである」が、自己防衛型偶然防衛には、「このような関係が認められない」と説明する。しかし、法確証の利益は、この説においても、(刑)法の立場から正当防衛の正当化を根拠づける原理として、すなわち、偶然防衛行為者(A・X)や急迫不正の侵害者(B・Y)の立場を超越した法的原理として性格づけ

られているのであるから、自己防衛型偶然防衛の場合に、防衛意思を欠く者に対し、この法確証の利益が援用されないことには疑問がある。

② 防衛意思の存否と利益の正・不正　また、論者は、「自己のための正当防衛における防衛意思は、それがあることによってその者の利益が『正当』となるのであり、反対に防衛意思を欠く場合は、利益衝突状況が『不正』対『不正』の関係に転化するのである⁽³⁰⁾」と説明する。

しかし、防衛意思の不存在を直ちに「利益の不正性」に直結させている点には疑問がある。例えば、先にあげた事例、すなわち、目の不自由な甲に対して乙の不法な攻撃が切迫していることを周囲の一般人はみな認識していたが、甲自身はその事実を知らず、単純な攻撃意思で乙を侵害したという事例のように、行為当時、一般人から見ても、状況が存在していることが明白であるにもかかわらず、行為者甲がそれを知らず単なる攻撃意思で行った場合にも、行為者甲に防衛意思が存在しないことをもって、その者の利益は「不正」であるとするのであれば、それは疑問があるのである。

しかも、この説においては、防衛意思の不存在による「利益の不正性」という認定が事後判断にまで持ち込まれている。これは、事後的・客観的な危険性判断を志向する論者の結果無価値論の立場と矛盾するし、行為者の主観的要素を違法性・正当化に反映させない客観的違法性論の立場とも矛盾する。

③ 利益衡量による未遂犯　論者は、自己防衛型偶然防衛の場合、偶然防衛行為者Aの行為は、「法の保護の外にあるBの利益を侵害」するものであるが、「不正のゆえに要保護性の低くなったA（自己）の利益を保全」⁽³¹⁾するものであり、結果無価値性の内容・程度が既遂犯よりも本来の未遂犯に相応すると説明する。すなわち、ここでは、偶然防衛行為者Aの行為が、不正のゆえに要保護性の低くなったA（自己）の利益を保全したことを理由として未遂犯

概念が肯定されているのである。この「利益衡量による未遂犯」という犯罪類型を認めることが、どのような理論的な意味をもち、他の問題領域にどのような理論的な影響を及ぼすのかは、慎重に検討する必要があるだろう。

④ 自己防衛型偶然防衛と第三者防衛型偶然防衛の混在 論者は、偶然防衛の事例を二分して罪責を検討するのであるが、自己防衛型偶然防衛と第三者防衛型偶然防衛とが混在するような事例については、どのように処理するであろうか。

⑤ 未遂犯の肯定 さらに、論者は、自己防衛型偶然防衛の場合に未遂犯の成立を肯定するのであるが、これは、結局のところ、「既遂犯としての構成要件該当性を充足しながら未遂犯としての違法性を具備した犯罪類型」を認めるものである。この点は、防衛意思必要説からの未遂犯説のところでも疑問を提起したように、それでは、この説の論者は、「未遂犯としての構成要件該当性を充足しながら既遂犯としての違法性を具備した犯罪類型」を認めるのであろうか。論者は、構成要件の概念について、「構成要件は違法な行為と違法でない行為を均等に内含している」と主張する行為類型論⁽³³⁾を採っているので、理論的には、こうした犯罪類型を認めることに矛盾はないともいえる。それでも、こうした犯罪類型を認めることは、被告人に不利な類推解釈になるという理由で拒絶するのであろうか。

さらに、論者が、「未遂犯の未遂」をどのように処理するのかについても疑問がある。論者は、自己防衛型偶然防衛の場合に、「Aの発射した弾丸が外れた場合には、本来の未遂として扱われることになる⁽³⁴⁾」と説明する。つまり、Aの発射した弾丸がBに当たって殺害したら「未遂犯準用」で、当たらなかつたら「本来の未遂犯⁽³⁵⁾」で、いずれも結局のところは未遂犯であるとするのである。しかし、論者の比較衡量論からすれば、これら二つを同じに扱うことは妥当なのか、疑問があるのである。しかも、偶然防衛行為が未遂に終わった場合、論者が、構成要件該当性段階での未遂(障害未遂)犯と、違法性段階での未遂犯(偶然防衛)の未遂犯との関係をどのように解するのも明らかではない。

- (25) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年) 六三頁以下、曾根威彦『刑法総論』(新版補正版・一九九六年) 一〇七～一〇八頁、曾根威彦『偶然防衛』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年) 一三四頁以下、曾根威彦『防衛意思と偶然防衛』現代刑事法九号(二〇〇〇年) 四三頁以下、曾根威彦『刑法判例百選Ⅰ総論』(第五版・二〇〇三年) 四六頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題』(総論)』(第二版・二〇〇五年) 九二頁以下参照。
- (26) 曾根威彦『刑法総論』(新版補正版・一九九六年) 一〇三頁。
- (27) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年) 六九頁以下、曾根威彦『刑法総論』(新版補正版・一九九六年) 一〇八頁、曾根威彦『偶然防衛』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年) 一三五頁以下、曾根威彦『防衛意思と偶然防衛』現代刑事法九号(二〇〇〇年) 四七頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題』(総論)』(第二版・二〇〇五年) 九四～九五頁参照。
- (28) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年) 六五頁以下、曾根威彦『刑法総論』(新版補正版・一九九六年) 一〇七～一〇八頁、曾根威彦『偶然防衛』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年) 一三八頁、曾根威彦『防衛意思と偶然防衛』現代刑事法九号(二〇〇〇年) 四五頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題』(総論)』(第二版・二〇〇五年) 九三～九四頁参照。
- (29) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年) 七〇頁。
- (30) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年) 七〇頁。
- (31) 曾根威彦『偶然防衛』植松正ほか『現代刑法論争Ⅰ』(第二版・一九九七年) 一三六～一三七頁。
- (32) 例えば、公園でバットの素振り練習をしていたAは、知人Cにいきなり「すぐバットを振れ」と指示されたので、言われるままにバットを振ったら、第三者Bの頭部にバットが当たりBに重傷を負わせたが、直前にBがAをナイフで殺害しようとしていたところ、Cがその事実を知り、とっさにAに指示したものであることが後に判明したというように、行為者A

は急迫不正の侵害の存在を認識しておらず、過失があるが、知人Cは急迫不正の侵害の存在を認識しており、故意があるとともに防衛意思がある事例、あるいは、この事例において、AはCの指示を、自分の近くにいるBを攻撃しろという指示だと誤解し、言われるままにバットを振ってBに重傷を負わせたが、直前にBがAをナイフで殺害しようとしていたところ、Cがその事実を知り、とっさにAに指示したものであることが後に判明したというように、行為者Aは急迫不正の侵害の存在を認識しておらず、故意があるが、知人Cは急迫不正の侵害の存在を認識しており、故意があるとともに防衛意思がある事例をあげることができよう。

(33) 曾根威彦『刑法総論』（新版補正版・一九九六年）六〇頁参照。

(34) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』（一九九五年）七一頁。

(35) 前掲注17参照。

5 防衛意思不要説からの無罪説

この説は、防衛意思不要説に立脚しながら、偶然防衛の事例における偶然防衛行為者（A・X）につき、正当防衛の成立を認め、無罪とする見解である。

(1) 論 拠

この説は、物的違法観と違法二元論という異なる観点から根拠づけられている。

① 物的違法観 この見解は、客観的違法論と結果無価値論の思考方法を徹底する立場から、「危険性を事後的に客観的事情を基礎に判断する客観的危険説の立場をとるならば、『違法な結果』が発生する客観的危険は存在しないから、偶然防衛は不可罰ということになる」のであり、この場合、「急迫不正の侵害の事実、および、防衛行為と防衛効果は客観的に存在していたのであり、客観的には不正対正の關係にあったのであるから、法確証の客観的利益

がなくなるわけではない⁽³⁶⁾」と論述する。

② 違法二元論 他方、違法二元論の立場からも、偶然防衛について無罪説が主張されている。ある論者は、次のように論述する。すなわち、「違法性の存否を判断する場合は、結果反価値と行為反価値との両側面を考慮すべきではある。」しかし、「結果犯においては、まず第一に考えられなければならないのは、結果反価値である。結果反価値が検討され、それが肯定された後、はじめて行為反価値の存否が考えられるべき」であり、しかもこの場合、「行為反価値は、結果反価値によって設定された不法の枠組みの中でそれを減少させる方向で機能する」のである。「結果反価値のないところに違法性はないが、結果反価値の認められる場合にはすべて違法だということにはならない」と考える。「跛行的結果反価値論」を偶然防衛にあてはめれば、「客観的には正当防衛をなしうる状況にあったことから、侵害者の法益は防衛に必要な限度において法的保護の外におかれ、それを侵害したとしてもそこに結果反価値性を認めることができない」ので、「行為反価値性を検討するまでもなく、違法ではなくなるのである。」したがって、「偶然防衛の法的効果としては、正当防衛の成立を肯定して無罪とすることになる⁽³⁷⁾」と論述する。

(2) 検討

① 侵害の不正性 防衛意思不要説からの無罪説は、物的違法観からと違法二元論からとの違いはあるけれども、いずれも「結果無価値無ければ違法性無し」の原則を認めており、その限りで、結果無価値に重心をおいた違法観を採っている⁽³⁸⁾と評することができ、基本的に妥当である。

他方、正当防衛における侵害の不正性は、正当防衛状況に関する前提となる要件であり、防衛行為に先行して確定されなければならない。防衛行為の存否が確定できないし、防衛意思を誘発することもできなくなるとされている。にもかかわらず、物的違法観・違法二元論のいずれも、正当防衛における侵害の不正性が何を基準に判断されるのかを必

ずしも明らかにしていない。例えば、「急迫不正の侵害の事実、および、防衛行為と防衛効果は客観的に存在したものであり、客観的には不正対正の關係にあった⁽³⁹⁾」と論述される場合に、この客観的に確定されるべき侵害の不正性は具體的にどのように判断されるのが明確でないし、また、例えば、「刑法三六条の『防衛するため』とは客観的に先行して存在する不正な攻撃に反撃する場合のみを意味すると解すべき⁽⁴⁰⁾」と論述されるとき、ここでいう「攻撃」の中心が明確となっていないのである。

この、偶然防衛における「侵害の不正性」の判断基準については、防衛意思不要説に立った場合、理論的には、まず、法益に対する切迫した危険を惹起する行為の時間的先行によって決定されるとする考え方があり得る。先にあげた自己防衛型・第三者防衛型の偶然防衛の事例でいえば、拳銃を構える行為の時間的先行によって判断することになる⁽⁴¹⁾。さらに、そうした危険行為の先後關係とは關係なく、正当防衛効果の実現を基準にして判断するという考え方もあり得る。具体的には、拳銃発砲行為が時間的に後行したため又はそもそも発砲できなかったため、防衛効果を実現することができなかったため、不正となるとするのである。この考え方によれば、偶然防衛において、拳銃を構えたのは先であったが、相手よりも先に発砲した場合、先に発砲した方が防衛効果を持つので、そちらが正当防衛行為ということになり、発砲行為が時間的に後行した方あるいはそもそも発砲できなかった方は不正となるということになる⁽⁴²⁾。

② 跛行的結果反価値論 論者は、違法三元論の立場から、「まず第一に、結果反価値を検討して違法判断の枠組みを設定し、次に行為反価値を検討するが、それは結果反価値によって設定された不法の枠組みの中でそれを減少・阻却させる方向において機能させる⁽⁴³⁾」という「跛行的結果反価値論」を提唱する。しかし、なぜこのような違法モデルを採ることができるのか、その積極的な根拠づけがなされていない。論者は、「法益侵害説を出発点としながら、法益侵害性の認められる場合であっても、法規範に対する行為者の態度からみて行為が正当化される場合のある

ことを認め、それを違法判断の中に組み込む必要があったからである」と説明するが、跛行的結果反価値論の妥当性を積極的に根拠づけるものとなっていない。

(36) 内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(一九七六年)四六頁、生田勝義「正当防衛における防衛意思」西原春夫ほか編『刑法学2』(一九七八年)四九頁、中山研一『刑法総論』(一九八二年)二八〇～二八一頁、前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』(一九八三年)三四五頁、内藤謙「刑法講義総論(中)」(一九八六年)三四三～三四四頁、前田雅英『刑法総論講義』(第三版・一九九八年)二四三頁、中山研一『概説刑法1』(第二版・二〇〇〇年)一一頁、生田勝義「行為原理と刑事違法論」(二〇〇二年)二五九頁。

(37) 日高義博「偶然防衛」植松正ほか『現代刑法論争1』(第二版・一九九七年)一三〇～一三二頁、日高義博「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要23『刑事法の諸問題V』(一九九八年)一二六～一二八頁(日高義博「違法性の基礎理論」(二〇〇五年)七五～七七頁)。日高氏は、跛行的結果反価値論では、「客観的要素を超過する要素でもない防衛の意思は主観的違法要素でもなく、行為反価値を基礎付ける要素でもない。」(日高義博「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要23『刑事法の諸問題V』(一九九八年)一二八頁(日高義博「違法性の基礎理論」(二〇〇五年)七七頁))とする。

なお、井田良氏は、同じく違法二元論の立場から、「正当化事由の判断のレベルで結果不法のみが欠落するという事態は考えにくい」ので、「正当化事由は、構成要件段階で基礎づけられた行為無価値と結果無価値を一体として阻却するか、それともしないかのいずれかである」とする違法モデルを前提に、偶然防衛の場合、結果不法が否定されるばかりでなく、「規範の命令によってそれ自体正当な利益が直接に失われる場合にまで、行為規範の保護という名目で違法評価を下すことが妥当であるかどうかは疑問」であり、「行為不法の観点からも、違法性を否定する結論が導かれる」のであり、偶然防衛不可罰説の結論が妥当であるとしていたが、現在は改説した。井田良「犯罪論の現在と目的的行為論」(一九九五年)一六〇～一六一頁、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)一四〇～一四二頁参照。

(38) ほかに、防衛意思不要説からの無罪説を採るものに、所一彦「正当防衛における防衛の意思」ジュリスト三〇〇号(一九

六四年) 二八五頁、植松正『刑法概論I総論』(再訂版・一九七四年) 一六七頁、須之内克彦「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛大学・愛媛法学会雑誌六卷二号(一九八〇年) 四八〜四九頁、香川達夫「防衛意思は必要か」『団藤重光博士白稀祝賀論文集第一巻』(一九八三年) 二七八頁、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代展開総論I』(一九八八年) 一三六〜一三九頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』(第三版・一九九五年) 一七七頁がある。

(39) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年) 三四四頁。

(40) 前田雅英『刑法総論講義』(第三版・一九九八年) 一三二頁注18。

(41) この立場は、多くの論者が暗黙のうちに採用していると考えられる。

(42) この考え方はいかにも奇異なように思われるが、この考え方が偶然防衛という稀有な事例にのみ妥当するものであることを承認するのであれば、それほど奇異な考え方ではないことが明らかとなる。しかも、自己防衛型偶然防衛の事例において、「厳密には、先に発砲したAだけが客観的に防衛の効果を有する行為をしたことになるのであって、後から撃とうとした(が果たせなかった)Bの行為は、もしBがその時点で本当に撃っていたとしても、Aの行為がすでに終了してしまっている以上、防衛の役に立つものではなく客観的な防衛行為とはいえない。」(井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五年) 一一二頁) という論述に、この見解が示唆されている。

(43) 日高義博「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要23『刑事法の諸問題V』(一九九八年) 一一九頁(日高義博『違法性の基礎理論』(二〇〇五年) 七七頁)。

(44) 日高義博「偶然防衛と違法モデル」専修大学法学研究所紀要23『刑事法の諸問題V』(一九九八年) 一二九頁(日高義博『違法性の基礎理論』(二〇〇五年) 七七頁)。

三 前提の確認

新たな観点から試見ともいふべき私見を述べる前に、前提認識として、緊急行為の違法性阻却判断の性質と、防衛意思の理論的機能について、ここで確認しておきたい。

1 緊急行為の違法性阻却判断の性質

まず、緊急行為の違法性阻却判断の性質についてであるが、これについては、理論的には、行為の違法性アプローチ、行動準則アプローチ及び衝突利益調整アプローチが存在し得るように思われる。

(1) 行為の違法性アプローチ

このアプローチによると、緊急行為の違法性阻却の判断とは、文字通り、「行為」の違法性・違法性阻却を確認する判断であるとする。ここでは、緊急行為がそれ自体に焦点が当てられているため、行為の違法性を基礎づける要素としての主観的違法要素の要否、逆に、行為の違法性阻却を基礎づける主観的正当化要素の要否が、結論を左右する重要な問題となっており、偶然防衛においても、まさに防衛意思の要否が重要な前提問題となっているのである。ただ、このアプローチは「行為」志向的な観点であるため、主観的違法要素・主観的正当化要素の存在を肯定する傾向があり、したがって、学説においても、防衛意思の不存在により行為無価値を肯定するのが一般的である。しかし、先の防衛意思必要説からの既遂犯説・未遂犯説のところで検討したように、このアプローチは妥当ではなく、採り得ない。

(2) 行動準則アプローチ

このアプローチによると、緊急行為の違法性阻却の判断とは、法益衝突・利益葛藤の状況を正しく解決するための行動基準を確定し、それを行為の時点で一般人が従うことのできる行動準則として示す判断であるとする。すなわち、このアプローチによると、刑法上の行為規範とは、「法益保護のために規範の名宛人に向けて提示された行動基準」にほかならず、違法性阻却事由は、「広い意味での法益衝突ないし利益葛藤の状況において、これを正しく解決するための行動基準」を与えるものでなければならない。換言すれば、違法性阻却事由は、法益衝突・利益葛藤の状況を

正しく解決するための行動基準を確定し、それを行為の時点で一般人が従うことのできる行動準則として示す行為規範なのである。したがって、規範的一般予防論の立場から、消極的構成要件要素たる違法性阻却事由についても、これに当たる事実を認識しながら行為するものでなければ、つまり、防衛意思をもって行為するものでなければ、行為不法を阻却することはできないのであり、「行為者がその事実を認識せず偶然に正当化結果が発生したというのであれば、本人の主観には純然たる規範違反の事実があるだけであり、故意の規範違反性が肯定され得る」とするのである。つまり、このアプローチでは、事前的な行為規範性の観点から、防衛意思必要説が支持されているのである。しかし、このアプローチも、先の防衛意思必要説からの既遂犯説・未遂犯説のところで検討したように、妥当とはいえず、採り得ない。

(3) 衝突利益調整アプローチ

このアプローチによると、緊急行為の違法性阻却の判断とは、正規の法的救済を待ついとまのない緊急状況において利益が衝突している場合に、一方の利益を保全しようとした緊急行為の違法性・正当化を確定することを通じて衝突利益の合理的な調整を行うものであるとする。すなわち、このアプローチによると、違法性・違法性阻却は、社会的現実生活のうちに生起する利益衝突を合理的に解決する領域、つまり、衝突利益を社会合理的に調整する領域であり、したがって、違法性・違法性阻却の判断は、事後的な衝突利益の調整の観点から、衝突利益を比較衡量する「複線の思考方法」によって法益侵害行為の違法性・違法性阻却を確定するものであるとするのである。

私見は、基本的にはこのアプローチを妥当とするものである。ただ、このアプローチを採ったとしても、防衛意思の要否についていずれの立場も採り得る。ただし、防衛意思必要説を採った場合には、防衛意思の機能を検討する必要があるうし、防衛意思不要説を採った場合には、侵害の「不正性」の確定について検討する必要があるう。

(45) 井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年) 一三三―一四〇頁参照。

2 防衛意思の機能

防衛意思必要説を採った場合、防衛意思の機能を検討する必要がある。この点について、学説においては、三つの見解、すなわち、「行為の違法性」説、「行為・結果の違法性」説、そして、「利益の不正性」説が主張されている。

(1) 「行為の違法性」説

この説は、防衛意思の不存在が行為の違法性を規定すると解する見解であり、先の「防衛意思必要説からの未遂犯説」の立場である。この見解においては、「行為の不法」は、結果無価値と完全に分離・遮断された行為無価値にのみ関わる不法であり、偶然防衛の場合、行為自体の違法性はあるが、事後的・客観的には結果無価値を欠き、結果の違法性が欠けることを根拠にして、未遂犯（未遂犯準用）説が採られている。

しかし、既に指摘したように、違法性判断・違法性阻却判断の一体性という観点からは、行為無価値と結果無価値の完全な意味での峻別が可能なかには疑問がある。偶然防衛の場合に、行為無価値の存在のみを認めて未遂犯の違法性を肯定することは、結局のところ、事後的・客観的には結果無価値のない事態の「不認識」を未遂犯で処罰することを意味することになる。

(2) 「行為・結果の違法性」説

この説は、防衛意思の不存在が行為の違法性にとどまらず結果の違法性をも規定すると解する見解であり、先の「防衛意思必要説からの既遂犯説」の立場である。この見解においては、防衛意思の不存在が行為無価値を規定して

いるだけでなく、行為無価値が結果無価値をも規定することによって、既遂犯説が採られているのである。

しかし、既に指摘したように、この説においては、防衛意思の不存在による「不正性」が事後的・客観的な判断をも規定してしまっており、その意味で、事前判断の主観的判断に終始した違法観に立っており、疑問である。結局のところ、この説においては、防衛意思の不存在が、行為の違法性と結果の違法性の双方を規定することが肯定されているのであり、一元的な行為無価値論を採るものであって、支持し得ない。

(3) 「利益の不正性」説

この説は、防衛意思の不存在が、衝突している利益の正・不正を決定すると解する見解であり、先の「二分説」の立場である。すなわち、この説によると、自己防衛型偶然防衛の場合には、偶然防衛行為者Aに防衛意思が存在しないので、利益衝突状況が「不正(A)対不正(B)」の関係になっており、正当防衛状況を欠いているため正当防衛を認めることはできないが、違法性における結果無価値の内容が未遂犯の程度にとどまるので、未遂犯規定を準用すべきであるのに対し、第三者防衛型偶然防衛の場合には、「不正(Y)対正(Z)」の利益衝突状況が維持されているので、偶然防衛行為者Xの行為は正当化されるとするのである。

しかし、既に指摘したように、防衛意思の不存在による「利益の不正性」が事後判断にまで持ち込まれているのは、論者の結果無価値論の立場と矛盾するし、行為者の主観的要素を違法性・違法性阻却に反映させない客観的違法性論の立場とも矛盾する。また、その行為が「不正のゆえに要保護性の低くなったA(自己)の利益を保全した」ことを根拠とする未遂犯概念を認め、「利益衡量による未遂犯」概念を肯定することの理論的影響についても、検討の余地があろう。

したがって、仮に防衛意思必要説を支持し、防衛意思不存在を利益の不正性に反映させるとしても、それを事後判

断にまで持ち込まない理論的可能性を探るべきであろう。

四 残された理論的可能性

1 二つの理論的可能性

以上の検討を踏まえるならば、防衛意思をめぐる偶然防衛の処理については、二つの理論的可能性が残されていることが明らかとなった。第一は、防衛意思必要説に立脚しつつ、防衛意思の不存在による「利益の不正性」を事後判断にまで直結させない理論的可能性を探ることであり、第二は、防衛意思不要説に立脚しつつ、侵害の「不正性」を確定する基準を明確にすることである。

以下、この二つの理論的可能性を検討したい。

2 防衛意思必要説からの理論的可能性

(1) 利益の不正性

まず、防衛意思必要説に立脚しつつ、防衛意思の不存在による「利益の不正性」を事後判断にまで直結させない考え方の理論的可能性についてであるが、これは、防衛意思の不存在が衝突利益の「不正性」を規定することを承認するけれども、それはあくまでも、「行為の違法性」を規定する要素としてではなく、「衝突利益の不正性」を規定する要素としてのみ承認するのである。この「利益の不正性」は、厳密に言えば、利益そのものがそれ自体として「不正」であるという意味ではなく、その利益が不正な意図・意思を実現しようとしている行為者に不可分に付着してい

るために、その利益に「不正性」が付着したにすぎないのである。むしろ、「当該行為者の利益は、単線的思考方法の判断によると、要保護性の低い利益である」と表現するのが精確である。

いずれにしても、この「不正性」はいわば暫定的・仮設的な評価にすぎず、事後的・客観的な判断によって、その最終的な評価が確定されるのである。つまり、この「不正性」という判断は、事後の結果無価値により修正される余地を残している暫定的・仮設的な評価であり、その意味で、行為無価値と結果無価値とは連関しているのである。

(2) 偶然防衛の帰結

この考え方を偶然防衛の事例に適用すると、自己防衛型偶然防衛の場合、衝突利益の関係は不正(B)対不正(A)の関係ということになるし、第三者防衛型偶然防衛の場合は、不正(Y)対正(Z)の関係ということになる。

① 自己防衛型偶然防衛 この場合、利益は不正対不正の関係で衝突している。つまり、ここでは、同じ「不正」という属性の利益が衝突している状況が存在しており、正対正の関係を前提とする緊急避難を念頭においた場合、「裏返された緊急避難」の利益状況が存在していると解することができよう。刑法第三七条の緊急避難の規定は、緊急状況において、同じ属性(正対正あるいは不正対不正)の利益が衝突している場合に、一方の利益を保全する避難行為の違法性・違法性阻却を確定することを通じて衝突利益の合理的な解決を図るための規定であると解することができるならば、自己防衛型偶然防衛の場合は、「裏返された緊急避難」状況として同条の適用(ないし準用)を認めることになる。したがって、偶然防衛行為が緊急避難の客観的要件を充足する限り、正当化されることになる。

② 第三者防衛型偶然防衛 これに対し、第三者防衛型偶然防衛の場合、利益は不正対正の関係で衝突している。つまり、ここでは、異なる属性の利益が衝突している状況が存在しており、不正対正の関係を前提とする正当防衛を念頭においた場合、典型的な正当防衛状況が存在していることになる。刑法第三六条の正当防衛の規定は、緊急状況

において、不正の利益と正の利益が衝突している場合に、正の利益を保全する防衛行為の違法性・違法性阻却を確定することを通じて衝突利益の合理的な解決を図るための規定であると解することができるならば、第三者防衛型偶然防衛の場合は、典型的な正当防衛状況が存在する場合として同条の適用を認めることになる。したがって、偶然防衛行為が正当防衛の客観的要件を充足する限り、正当化されることになる。

3 防衛意思不要説からの理論的可能性

(1) 前提

次に、防衛意思不要説に立脚しつつ、侵害の「不正性」を確定する基準を明確にする考え方の理論的可能性についてである。私見によれば、この考え方の根底には、違法性阻却事由の領域は、社会的現実生活のうちに生起する利益衝突を解決する領域であり、いわば衝突利益の社会的に合理的な調整の領域であり、したがって、違法性・違法性阻却の判断は、衝突利益を比較衡量する複線的思考方法によって法益侵害行為の違法性・違法性阻却を判断するものである。そして、違法性阻却の一般原理としては、法益の優越的要保護性説が妥当し、⁽⁴⁶⁾個々の事案の具体的事情において、より高い要保護性の利益を保全するために低い要保護性の利益を侵害するものであるとき、その法益侵害行為は正当化されるのである。この場合、正当防衛・緊急避難における不正対正、正対正、さらには不正対不正の利益衝突の状況は、利益衝突の社会的に合理的な解決を図る際に考慮される要素にすぎないのである。重要なのは、利益衝突の社会的に合理的な解決であり、そこでは、法益の優越的要保護性を確定することが要点となる。

(2) 侵害の「不正性」の確定

① 不正性確定の意義 では、侵害の不正性は、防衛行為に先行して確定しておかなければならないのであろう

か。ある論者は、「正当防衛における侵害の不正性は、正当防衛状況に関する要件として、防衛行為に先行して確定しておかなければならず、防衛行為の結果として事後に決定されるものではない」と主張する。⁽⁴⁷⁾しかし、利益衝突の社会的に合理的な解決を志向する私見の立場からすれば、生じた事態を前提に判断すればよく、侵害の不正性が防衛行為に先行して、事前的に確定されていなければならない論理的必然性は必ずしもない。衝突利益の属性の確定は、「同じ属性の利益が衝突している」(広義の緊急避難状況)か、「異なる属性の利益が衝突している」(正当防衛状況)かを確認するために意味があるのであって、いずれも法益の要保護性の程度を判断するための要素にすぎないのである。

② 侵害の「不正性」の基準　それでは、侵害の不正性は何によって規定されるのか。理論的には、第一に、防衛意思の不存在によって決定するという見解があり得るが、私見は防衛意思不要説に立つ以上、この見解は採り得ない。翻ってみると、何のいわれもなく他人の法益を危険な状況に陥れた場合、つまり、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れた場合、そこには、潜在的な利益衝突状況が招来されたのであり、相手方が反撃すると、潜在的であった利益衝突状況が顕在化することになる。この場合、防衛意思の不存在は、法的に許容される事由・根拠が存在しているかどうかを判断するための考慮資料の一つではあるが、それが衝突利益や侵害行為の不正性を最終的に決定するものではないのである。

第二に、侵害の不正性を、発砲行為の時間的後行、つまり防衛効果の実現を基準に判断する見解⁽⁴⁸⁾もあり得る。しかし、この見解に対しては、「防衛効果を持つ」とすることは、結論の先取りではないのかという疑問があること、「防衛効果を持つ」ということは、正当防衛を肯定する直接的な根拠となるものではなく、むしろ防衛効果は行為の違法性阻却に影響しないと考えられること、また、「防衛効果を持つ」ということを重視することは、「早い者勝ち」の論拠となる危険があることなどのため、この見解も採り得ない。

残るは、第三の見解、すなわち、法益に対する切迫した危険を惹起する行為、具体的な例では、拳銃を構える行為の時間的先行によって侵害の「不正性」を決定するという見解しかあり得ないことになる。

(46) 関哲夫「社会的価値秩序原理の一考察——『法益の優越的要保護性』をめぐって——」早稲田大学・法研論集(一〇号)(一九七九年)一二九頁以下。

(47) 曾根威彦『偶然防衛』再論——自己のための偶然防衛を中心に——『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上巻』(一九九五年)七二頁。

(48) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五年)一二二頁参照(ただし、旧井田説)。

五 私見による偶然防衛事例の処理

以上の検討を踏まえ、私見の立場から、偶然防衛の事例の結論を示しておきたい。

1 自己防衛型偶然防衛

まず、自己防衛型偶然防衛についてであるが、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れた行為、「I」の具体的事例において拳銃を構える行為、を先に行ったのはBであり、Bの侵害行為は不正であり、その限りで、Bの利益は法的要保護性の低い利益となる。しかし、Aは、その主観的な認識状況・意図はともかく、事後的・客観的には、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れたとはいえないので、正当防衛の客観的要件を充足する限り、正当防衛が認められことになるのである。

2 第三者防衛型偶然防衛

次に、第三者防衛型偶然防衛についてであるが、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れた行為、「II」の具体的事例において拳銃を構える行為、を先に行ったのはYであり、Yの侵害行為は不正であり、その限りで、Yの利益は法的要保護性の低い利益となる。Xは、これも、その主観的な認識状況・意図はともかく、事後的・客観的には、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れたとはいえないので、正当防衛の客観的要件を充足する限り、正当防衛が認められことになるのである。

六 おわりに

最後に、私見に対して提起されるであろう疑問に答えておきたい。

まず、私見では、相手方の攻撃と偶然防衛行為者の攻撃とが同時だった場合はどうなるのか、という疑問が提起されよう。この場合、自己防衛型偶然防衛の場合には、偶然防衛行為者（A）も相手方（B）も、拳銃を同時に構えることによって、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れた事態を同時に惹起したのであるから、両者とも不正となり、同じ不正という利益が衝突している状況が生じていることになる。しかし、前述したように、この不正対不正の利益衝突状況は、正対正の利益衝突状況を典型とする緊急避難から見れば、「裏返された緊急避難」状況であり、同じ属性の利益が衝突している緊急避難状況（広義）の一つとして、刑法第三七条の適用（ないし準用）を認め、緊急避難の客観的要件の充足を検討すべきことになる。他方、第三者防衛型偶然防衛の場合には、偶然防衛行為者（X）も相手方（Y）も、拳銃を同時に構えることによって、法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れた事態を同時に惹起したのであるから、両者とも不正となる。しかし、この場合に問わ

れているのは、第三者（Z）の正の利益を防衛するために相手方（Y）の不正な利益を侵害した偶然防衛行為者（X）の行為は違法性を阻却されるかであり、重要なのは、相手方（Y）の不正の利益と第三者（Z）の正の利益が（潜在的に）衝突している点である。ここでは、不正対正の利益衝突状況が存在しているのであり、その意味で、異なる属性の利益が衝突している正当防衛状況が存在している。したがって、正当防衛の客観的要件を充足する限り、正当防衛が認められことになるが、しかし、偶然防衛行為者（X）の行為は、相手方（Y）の行為と同時であるがために、侵害の「急迫性」あるいは「必要性」が否定されるのが通常であるから、正当防衛の成立は認められないことになろう。⁽⁴⁹⁾

次に、偶然防衛の場合に、拳銃を構えたのは先であり、しかも、相手方よりも先に発砲したときは、犯罪となるのかという疑問が提起されよう。この疑問は一見奇異のように思われるかもしれないが、侵害の不正性を、防衛効果の実現の有無を基準に判断する見解から提起され得る疑問である。私見では、侵害の不正性は、法益に対する切迫した危険を惹起する行為、具体的には、拳銃を構える行為の時間的先行によって決定されるので、この場合には、拳銃を先に構えた者が、客観的に、自ら先に法的に許容される事由・根拠もなく他人の法益を危険な状況に陥れる状況を作り出したのであるから不正であり、その者の発砲行為はそうした状況を顕在化させたにすぎないのである。

(49) しかし、例えば、相手方（Y）が数発の弾丸を発射して第三者（Z）を殺害しようとしていた場合は状況が異なるので、偶然防衛行為者（X）の行為と、相手方（Y）の行為とが同時であるとは言えなくなる。

〔註記〕

本稿の執筆に当たっては、第二八回・早稲田大学刑事法学会（二〇〇四年九月一三日開催）において報告の機会を与えていただき、会員の方々に貴重なご教示をいただいた。記して心より謝意を表したい。