

## 防衛の意思—主観的違法要素の研究(二)—

西 台 満

## Der Verteidigungswille—Die zweite Forschung in den Subjektiven Unrechtselemente—

MICHIRU NISHIDAI

- 一 序 論
- 二 必要説
- 三 不要説
- 四 結 論

(一)

正当防衛については、「防衛の意思」を要するか否かの争いがある。防衛の意思を不要とする説（以後、不要説と略称する）によれば、客観的に正当防衛の要件が具備ってさえいけば行為者がどういふ意図で法益を侵害したのかは問うところではなく、正当防衛が成立すると考えるのに対し、防衛の意思を必要とする説（以後、必要説と略称する）は、客観面においてのみならず、行為者の主観面においても防衛のためになされたものでなければならぬとする。

両説の結論の差異が最も顕著に現われるのが次の偶然防衛の場合である。即ち「猟師Aが山中で仇敵Bを発見してこれを射殺したが、そのさいBもAを殺そうとして猟銃を照準していたところであり、もしAがBを射殺しなかったならば、一瞬後には、AはBによって射殺されていたであろう<sup>(1)</sup>」というような場合である。Aは自己の生命を守ろうとしてBを撃つたのではなく、あくまでBを殺す意思である。必要説は、Aには防衛の意思がなかったという事で殺人罪の成立を認めるが、不要説だと、Aの行為は客観的にあるいは結果的に自己の生命を守る防衛になっているから、正当防衛が成立し無罪という結論になる。

判例はどちらの立場を採っているであろうか。大判昭和十一年二月七日は「刑法第三十六条は加害行為に付防衛意思の存在を必要とするものにして縦令急迫不正の侵害ある場合なるにもせよ之に對する行為が防衛を為す意思に出でたるものに非ざる限り之を以て正当防衛

又は其の程度超越を以て目すべきものに非ず<sup>(2)</sup>と、必要説に立つことを明言した。そしてその後も「一貫して防衛意思必要説に立つものと解されている<sup>(3)</sup>」。

最決昭和三年二月二四日は「被告人の本件所為は被害者の急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたものでなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り咄嗟に右被害者を殺害せんとことを決意してなしたものであ<sup>(4)</sup>」るから、正当防衛でも防衛の程度を超えた過剰防衛でもないとしたが、防衛意思と憤激の關係について、最判昭和四六年一月一六日は「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない。……憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃は防衛の意思をもってなされたものと認められるが相当である<sup>(5)</sup>」と判示している。最判昭和五〇年一月二八日もこれとほぼ同趣旨である<sup>(6)</sup>。即ち「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても、正当防衛のためにした行為にあたる」と判断するのが相当である。すなわち、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、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認められないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである<sup>(7)</sup>。

このように判例は必要説に固まっているが、学説においても「必要説が不要説に比して優位を占めているといえよう<sup>(8)</sup>」。とは言え、不要説も依然として有力である。不要説の根底には、「違法は客観的に、

責任は主観的に」という標語通りに「犯罪の成立要件を区分して、行為の外部的、客観的要素はすべて違法論に、行為者の内心的、主観的要素はことごとく責任論に属させよう」との立場があり、「そこでは主観的違法要素の観念はみとめられないか、あるいは、これをみとめるにしてもその範囲を極力制限しようとする<sup>(9)</sup>」ことになる。

そういう立場を採るべき理由として、小野博士は「違法性は、行為の客観的、外部的な形態によって決定される。これが客観的違法性論の立場である。これは、法というものが人倫的、社会的な外部的秩序の維持を当面の目的とするという点にその根拠をもつ。すなわち、これは法の特種機能から来る要請である。行為が客観的、外部的に法の軌範又は目的に適合している限りは（客観的目的論）、内部に不倫の動機をもって行動している場合でも、その行為は違法ではない。反対に、たとえ主観的に正しい動機に出ている場合でも、それが客観的に法の軌範又は目的に反するものであれば、違法と判断されるであろう。例えば若い医師が女性を診察する際、性欲的な衝動を感じつつ、その肉体の或る部分に指を触れたとしても、それが診察の目的上許される限界に止まる限りは合法である。これに反して、至純な、芸術的又は科学的な動機から制作され、又は著作された作品であろうとも、その公表は許されない場合がある。法秩序というものが人倫的、社会的な秩序のためのものである限り、かような客観的、外部的な評価をすることはやむを得ないことである<sup>(10)</sup>」と言われる。

これに対しては、客観的違法論は必ずしも違法評価の対象を客観的・外部的要素に限定するものではないとの反論がなされる。例えば大塚教授は「客観的違法論とは、行為が法規範に客観的に違反することが違法であるとして、行為者の主観的能力のいかんをとくに問題としない立場であり、したがって、違法判断の対象となる事実主観的要素が含まれるかどうかとは別段の関連を有するものではない<sup>(11)</sup>」とされ

福田教授も「客観的違法性論が、違法は客観的というばあい、それは、違法判断の客観性を意味するものであって、違法判断の対象の客観性を意味<sup>(12)</sup>しない、と述べておられる。

しかし、このような理解は根本的な矛盾を孕むと言わねばならない。中山教授が指摘しておられるように、客観的が単に評価方法の客観性を意味するだけのことならば、「責任も裁判官の客観的判断であることにはかわりがない<sup>(13)</sup>」からである。裁判官は行為の違法性を評価するときのみならず、行為者の責任を評価する時また、「客観的、一般的な法規範<sup>(14)</sup>」に基づくことを要する。例えば、法規範が故意ある場合だけしか処罰しないと規定しているのに、裁判官が自己の主観的規範に則って過失による場合も処罰に値すると考え、行為者人格を非難するようなことは許されない。従って、判断の客観性を言うなら、主観的違法論も客観的違法論も変わりがないことになり、違法性と責任「の理論的区分を否定するもので、正当でない<sup>(15)</sup>」との主観的違法論に向けた批判は客観的違法論にも妥当することになる。

しかも、客観的違法論者は「客観的」「主観的」という言葉を決して統一的に、判断の基準の属性を表わすものとして用いてはいたないのである。むしろ、判断の対象の差異を表現するために用いることが多い。例えば福田教授は、「法規範は人に対して一定の行態を対象とし、ついで行為者を対象とするものと解すべきである。くわしく述べると、法規範は、まず客観的に法秩序の見地からみて、このまじくない行態を一般的に禁止し、このまじい行態を一般的に命令するものであるが、このばあいには行態(主観・客観の全体構造としての)が対象とされ、具体的行為者は捨象されており、ただ行態をなす主体としての抽象的・一般的な人間が前提とされているのであり、ついで、法規範は、具体的行為者に対して、個別的に一定の行態を要求するものである。そして、その前者の場面において、行為者人格との結びつき

が一応捨象された行態に対する法的無価値判断としての違法性が、後者の場面において、行為者人格に対する非難としての責任が問題となるのであって、ここに、違法性と責任とを区分する理論的根拠がある<sup>(16)</sup>とされる。

そして、それらの言葉の意味が、状況に応じて巧妙に使われられる。違法性「においては、具体的行為者が捨象され、行態が一般的に禁止・命令に違反しているかどうかの判断として、客観的」と言われる時は、禁止・命令即ち判断基準の一般性が違法性の客観性として捉えられ、他方、責任「においては具体的行為者についての判断として主観的<sup>(17)</sup>」と言われる時は、責任判断の対象の具体性がそのまま責任判断の主観性として特徴づけられている。

以上を要約すれば次のようになるだろう。判断の基準という観点からすると、責任は主観的でない。個人の主観から独立した客観的な法規範に基づいて判断されるからである。そして判断の対象という観点からは、違法性は客観的でない。違法判断の対象たる「行為を主観客観の全体構造をもつものとして把握する以上<sup>(18)</sup>」は、当然主観的違法要素というものの存在が認められることになるからである。また「行為者の責任の存否、強弱に影響をあたえる客観的事情<sup>(19)</sup>」つまり客観的責任要素を認めるならば、責任は主観的でない。違法性も責任も共に主観客観的と形容せざるを得ない。それ故、客観的を外部的、主観的を内心的という意味で使う通常の用法に従う限り、客観的違法論者は違法性と責任を区別する理論的根拠をもたないわけである。

しかし、現実に通説は違法性と責任をそれぞれ別個の犯罪成立要件とし、犯罪の成立に法律上必要とされるさまざまな要素を一定の基準に従ってその二つのカテゴリーに配分している。恣意的に配分しているわけではないであろうから、そこには必ず何らかの基準があるはずである。そこで、その基準とは何かが次に究明されねばならない。

違法性を客観的に把握すると称する「客観的違法論」からすれば、当然、客観的な要素は違法要素であり、客観的でないもの即ち主観的な要素は責任要素だということになる。客観的、主観的を外部的、内部的という意味に解すると、主観的違法要素などが主観的でありながら客観的という自己矛盾に陥るから、そのような意味では使えないこと前述の通りである。そこで、違法要素と責任要素を区別する基準は何かという問題は、結局、客観的違法論者の言う「客観的」「主観的」とはどういう意味かという問題に帰着する。

再び中山教授の言葉を借りれば、客観的違法論では「せいぜい一般人を標準とした判断が違法で、当該個人を標準とした判断が責任であるといった区別しかのこらない<sup>(2)</sup>」。つまり、客観的違法論者は違法性を責任から分離すメルクマールとして決して「判断の客観性<sup>(2)</sup>」に依拠しているのではないということ、実際には判断の対象を考えているのだということである。「行態をなす主体としての抽象的・一般的な人間」を対象とするのが違法判断で、「具体的行為者」ないし「行為者人格」を対象とするのが責任判断だと理解できる<sup>(22)</sup>。換言すると、抽象的一般人を構成する要素は違法判断の対象となるので違法要素であり、具体的行為者に特有な要素は責任要素である。「客観的」「主観的」という言葉にこのような特殊な意味をもたせて初めて客観的違法論は、少なくとも言葉の上では、違法性と責任を明確に区別できたわけである。このことを念頭に留めた上で、本題である防衛意思の要否の検討に入ることにしたい。

## 註

- (1) 生田勝義「正当防衛における防衛意思」、西原・藤木・森下編、刑法学  
2 (総論の重要問題Ⅱ)〔以後、生田と略す〕四〇頁。

- (2) 新判例体系、刑事法編刑法2、二二二ノ二二頁(原文片仮名)。  
(3) 曾根威彦「防衛の意思」、刑法判例百選I総論、八六頁。  
(4) 最高裁判所刑事判例集二二卷二号、二九八―九頁。  
(5) 同右二五卷八号、一〇〇五頁。  
(6) 曾根は註(4)判決が情緒的要素と防衛行為との関係の問題としたのに対し、こちらは攻撃的意思と防衛行為との関連について説いたものとする。前掲、八七頁。  
(7) 最高裁判所刑事判例集二九卷一〇号、九八七頁。  
(8) 大塚仁、刑法論集(1)〔以後、大塚と略す〕、一六一頁。  
(9) 大塚、一六二頁。  
(10) 小野清一郎、犯罪構成要件の理論、三九―四〇頁。「外部的秩序は、すべての法の根本任務である」。  
Mejer-Blei, Strafrecht I, 13Auffl. (1968), S. 97.  
(11) 大塚、一六三頁。  
(12) 福田平、新版刑法総論〔以後、福田と略す〕、一〇五頁。  
(13) 中山研一、刑法総論の基本問題〔以後、中山、基本と略す〕、五八頁。  
(14) 大塚、刑法概説(総論)〔以後、大塚、概説と略す〕、二二三頁。  
(15) 福田、一〇三頁。  
(16) 福田、一〇四―五頁(傍点筆者)。  
(17) 福田、一〇五頁。  
(18) 福田、七〇頁。  
(19) 大塚、概説、二八〇―一頁。  
(20) 中山、基本、五七頁。  
(21) 註(2)引用部分。「違法性は、……客観的に判断されるべきもの」大塚、概説、二二九頁。  
(22) 参照、註(2)引用部分。法規範は先ず一般者即ち「社会的存在としての人に向けられるのであって、ついで個別的存在としてのそれに向けられる。前者の場面が違法の領域をかたちづくり、後者の場面が責任の領域を形成する」。日沖憲郎、刑法講座第二卷、一〇四頁。なお参照同一〇〇頁、小暮得雄、同一四〇頁。

(二)

必要説の主たる論拠として、例えば大塚教授は「行為は本来主観と客観との総合体であるから、防衛行為についても、その主観面を無視しうるものではないとみられることや、また、不要説の立場においては、行為者が犯罪的意図のみをもって行為したのに、たまたま客観的に防衛行為にあたりうる結果を現出した場合をも正当防衛としなければならぬはずであるが、それはもちろん、不都合であること」<sup>(1)</sup>を挙げられる。

しかし、第一の点については、前章で述べた前提からして不可解である。違法判断においては一般人が標準とされるのであった。そこでは具体的行為者は捨象されなくてはならない。つまり、防衛行為をした当の主体に防衛の意思があったか否かは問われてはならないのである。判明している行為状況の中に置かれるのは、具体的行為者ではなく一般人である。本稿の冒頭に掲げた偶然防衛の例で言うと、山の中で仇敵が自分に猟銃の照準を合わせ今にも発砲しようとしている場面に出くわしたならば、自らも手に装填した猟銃をもっているとして一般人ならどういう行動に出たであろうか、がまさに問われなければならない問題である。なぜ事後に判明した事情、即ち仇敵が自分を狙っていることまでも考慮に入れるのか、との反論が予想される。これに対しては、狙っていたということが実際に存在していた事実だからと答えることができる<sup>(2)</sup>。仇敵が自分を狙っていなかったと言うのは、防衛行為者の主観的な認識状況にすぎない。もし、狙っていなかったことを前提に考えるならば、それは既に具体的行為者の認識がどうであったかを考察の対象にしたのであって、客観的違法論の立場の基礎と矛盾する。従って、教授が「客観的違法論からは不要説が採用されるべきだとする……見解は、妥当でない<sup>(3)</sup>」と言われるにも拘らず、行為

者の主観面を無視する不要説の方が、より客観的違法論に忠実だと言いつけるわけである。

ところで、教授の指摘される第二点は、そう簡単に無視することができない。「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……我々の法感情にも反する<sup>(4)</sup>」という点は、必要論者のみならず不要論者においても案外説得力をもって意識されているのではないかと思われるからである<sup>(5)</sup>。そう理解して初めて、必要論者がなぜ論理的矛盾を犯してまで不要説を排斥したのか、有力に不要説が唱えられているにも拘らずなぜ「必要説が一般的である<sup>(6)</sup>」のか、という疑問が氷解する。そして不要説を採られる所教授が、無罪放免される偶然防衛行為者を「百年に一人も出ない幸運者なのだと考えてはいけないうか<sup>(7)</sup>」と言われる時にも、上述の法感情の影響が感じ取れるのである。なぜなら、教授は偶然防衛者が無罪放免されるのは彼の当然の権利ではなくて、彼が恐しく運が良かったためだと理解されているからである。そこには、本来ならば罪に問われてしかるべきのだが、という含蓄がある。「たしかに、倫理感情に反することは誰も認めるところである<sup>(8)</sup>。しかし、不要論者にとっては、法感情はあくまで感情である。「百年に一度あるかないかのレア・ケース<sup>(9)</sup>」のために論理を曲げるわけにはいかないとの、より理論に忠実であろうとする態度がそこには窺える。

しかし、逆に言えば、極めて稀な事例によって理論の不備を発見されたところに、不要説の根拠とされる<sup>(10)</sup>客観的違法論の不連がある。それはつまり、倫理感情に反するような結論を導き出すが故に終始一貫できない理論は、根本からの再検討を余儀なくされるだろう、ということである。

そこで、次に、基本的には不要説の立場を採りながら、法感情との

一致という必要説からの要請にも答えようとする見解を見ておくことにしたい。必要説を論ずる本章でこうした折衷的必要説を取り上げるのは、それが「防衛の意思がない場合に未遂犯（違法）の成立を認めることによって、結局、違法性の存否という点では、防衛意思必要説と同一の結論に達している<sup>(11)</sup>」からである。

例えば、江家教授は「行為の違法性を、行為自体に対する違法性と結果に対する関係における違法性とに分けて考えるならば、防衛の意思がなくてした行為であっても、結果において正当防衛という事実該当する場合がありうるのであるから、防衛の意思は必要でない」と解すべきである。但し、行為者に防衛の意思がなく、犯罪実行の意思があるときは、その点において行為は違法性を有し、ただ結果に対する関係が正当防衛として違法性が阻却されるに過ぎない<sup>(12)</sup>とされる。平野教授も「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」とされた上で、偶然防衛の場合「『違法な結果』は発生しないのであるから、行為者が違法な結果を発生させようと思ったとしても、せいぜい（状況によって）未遂の成立を認めうるだけだ<sup>(13)</sup>」と述べておられる。

しかし、これに対しては次のような批判がなされている。即ち「行為の違法性を、行為自体の違法性と結果に対する関係における違法性とに分けて考えることは、もちろん可能である。だが、行為の違法性を論ずるには、結局、行為自体の違法性とその結果の違法性とを総合して判断されねばならない<sup>(14)</sup>」。従って「不要説に立ちながら、防衛の意思がなくても客観的に防衛の結果が生じていれば結果について正当防衛の成立をみると、未遂の処罰を肯定するのは疑問である。なぜなら、不要説からすれば、本来的に結果に対する関係における違法性（または結果無価値）のみの有無によって、刑法三六条の正当防衛の成否を決定するものであって、結果的に正当防衛の事態が生じていれば、

同条によって、行為と結果とを含む行為の全体が正当防衛行為として違法性が阻却され、不処罰とされるべきだからである<sup>(15)</sup>」。

ここで、必要説の立場から、行為の違法・適法は純客観的な事後判断だけで決められるべきでなく、事前の判断も加味ししかも一般人を標準にした場合、未遂犯の成立が認められ得るとの反論が考えられる<sup>(16)</sup>。「違法な侵害に対する反撃行為であることが、行為時に一般にはわからなかったような場合がそれにあたる<sup>(17)</sup>」。しかし、客観的違法論を貫くのであれば、事後に判明したすべての客観的事情を認識した一般人を置くのでなければならぬことは既に述べた通りである。事前の判断とは、要するに、違法性の段階で具体的行為者の認識状況を考慮に入れようとすることに他ならない。というのは、偶然防衛で殺された被害者が防衛者を射殺しようとして狙っていたという客観的事実は、事後即ち防衛行為後になって初めてその存在が明らかになっただけのことである。事後に生じた事実ではないからである。それは事前に存在していた事実である。従って、行為環境も含めて防衛行為を客観的に評価しようとする限り、存在した事実（評価の対象となる事実）は事前・事後を問わず一定のはずである。にも拘らず、事前の評価になると、被害者が銃で狙っていたという事実が消去されるのは、責任の領域に属する具体的行為者の主観が問題にされたと考えざるを得ない。しかもここで一般人を標準として持出すことは無意味である。なぜなら、自分が今にも射殺されようとしていることを知らない一般人は、刑法上重要と思われる行為を一切しないであろうからである。そうすると、行為が存在しないのであるから実行の着手とか行為の危険性とかを論ずる余地はなく、未遂あるいは結果無価値はあり得ない。もちろん、一般人でも可能性としては、偶然防衛をした具体的行為者と同じように、殺意（故意）を抱いて発砲することは考えられる。しかし、そうになると、急迫不正の侵害のあることを認識せず且つ殺意があったとい

う点で一般人と具体的行為者が完全に一致してしまうのである。事前の判断で一般人を措定するのは無意味だとしたのはそういう趣旨である。

以上述べてきたところから出て来る結論は、次のようである。第一に、客観的違法論を採る限り、不要説が正しいということである。しかし、不要説では偶然防衛による殺人者を無罪とせざるを得なくなりこれには「一般感情からも抵抗がある<sup>18)</sup>」。そこで、第二に、必要説を採って問題の処理の妥当性を求めるならば、客観的違法論は放棄されなくてはならない。これは、換言すると、故意を違法要素として認めるということである。言うまでもなく故意は具体的な行為者の心理状態、行為者人格に関わる要素であるから、一般人を標準として行為の違法・適法を判断するとする客観的違法論に抵触する。正当防衛に防衛の意思を要求しながら、なおかつ客観的違法論の立場から故意の違法要素性を否定する矛盾を、不要論者は衝くのである。そこで、次に、この点を不要説の主張を見る中で検討することにした。

### 註

- (1) 大塚、一六六頁。「行為者に侵害の意思があり、その気なしに他人の攻撃を防いだ時は、正当防衛でない」。  
Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 2 Aufl. S. 48.
- (2) 構成要件該当性の段階では、獵師AがBを射殺したという事実だけで足りるのである。それは構成要件該当性の判断が、構成要件に指導された「定型・形式的判断」だからである。しかし、違法性の判断は異なる。それは「非定型的、かつ具体的な価値判断を内容とする」。どういふ状況でその行為がなされたのが、個別・具体的に問題とされねばならない。参照、大塚、概説、一〇五頁。
- (3) 大塚、一六三頁。
- (4) 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」判例タイムズ三三三四号（以後、野村と略す）、九六頁。

- (5) 参照、生田、四四頁。
- (6) 野村、九六頁。
- (7) 所一彦「正当防衛における防衛の意志」ジュリスト三〇〇号、二八五頁。須之内克彦「正当防衛における『防衛意思』に関する一試稿」愛媛法学会雑誌六巻二号、四九頁も謙抑主義の観点から所説を支持する。
- (8) 生田、四四頁。
- (9) 香川達夫「防衛意思」研修二九四号、三頁。
- (10) 「客観的違法の立場からは防衛の意思を不要とするのが一貫した原則的帰結」である。中山、口述刑法総論（以後、中山、口述と略す）、一六八頁。
- (11) 曾根威彦「正当防衛における防衛意思」、藤木英雄編、刑法Ⅰ（総論）（判例と学説七）（以後、曾根と略す）、九一頁。
- (12) 江家義男、刑法（総論）、一〇二頁。参照、同、九三頁。
- (13) 平野龍一、刑法総論Ⅱ（以後、平野、Ⅱと略す）、二四三頁。
- (14) 大塚、一六四頁。
- (15) 野村、九七頁。
- (16) 参照、中山、口述、一六八―一九頁。中義勝、講述犯罪総論、一三六頁。
- (17) 中山、口述、一六九頁。
- (18) 中山、基本、六三頁。

### (三)

平野教授によれば、「いわゆる主観的違法要素の場合には、主観的要素は、客観的要素を超過している。例えば、通貨偽造罪は、『行使の目的』で通貨を偽造したときに成立する。『行使の目的』という主観的要素は、偽造という客観的要素を超過しているという。通貨偽造という客観的要素に対応して、その認識・認容という主観的要素すなわち故意が必要である。しかし、『行使の目的』という主観的要素に対応した客観的要素すなわち偽造通貨の行使という行為は必要で

ない。ところが、正当防衛の場合には、主観的要素は客観的要素を超過していない。正当防衛にあたる客観的事実の存在の外に、その事実の認識・認容という主観的要素が必要だとされるのである。いわば、正当防衛の『故意』が必要だとされるのである。だから、もし、違法阻却のために正当防衛の意思が必要とする見解をとるならば、一般に故意もまた違法要素だとしなければならない<sup>(1)</sup>。

これに対しては、必要説の立場から次のような反論がなされている。「なるほど、防衛意思が客観的な防衛行為に対応していることとみることとは可能であり、その点で、これを『正当防衛における故意』と呼ぶことはできる。が、防衛意思は、急迫不正の侵害に対応する事態の認識を内容とするのであって、そこには、客観的な構成要件該当事実の認識を超えるものがある。その点では、通常の主観的違法要素との間に本質的な差異はないと言ってよい。後者が、客観的構成要件の外にはみ出して、行為の法益侵害性に新しい何物かを附加しているのに対し、前者は、これが附加されることによって行為の違法性が否定されるという違いはあるにしても、構成要件の故意の外延をはみ出している点では同じである<sup>(2)</sup>」。

この論争は、故意概念の規定の仕方の差異に基づく。故意を本来の意味、即ち犯罪事実（構成要件該当事実）の認識・認容と理解すれば、急迫不正の侵害あることの認識は防衛行為における故意の認識を超過する。他方、認識に対応する客観的事実が存在するか否かという点に着目して故意と主観的違法要素を区別するならば、防衛の意思は故意とその構造を等しくする。真正の正当防衛では、防衛の意思に対応する客観的事実、即ち急迫不正の侵害が行為の時に存在するからである。これは、現今のように防衛の意思をゆるやかに「正当防衛をなしうる事態の認識<sup>(3)</sup>」と解する場合はもちろん、「防衛の動機<sup>(4)</sup>」あるいは意図・目的と解する場合にも妥当するであろう。なぜなら、「急迫不正の侵害

に対応する<sup>(5)</sup>」あるいは「その侵害を排除するために立ちむかう<sup>(6)</sup>」これを避けようとする<sup>(7)</sup>客観的な行為がなければ、そもそも正当防衛の成否は問題にならないからである。目的犯たる通貨偽造罪に対比させて言えば、刑法一四八条一項の「行使の目的」というのは「使おうと思っている」という主観的な要素であるが、こういう主観的要素があれば犯罪が成立し、これに対応した『使う』という客観的事実が現実に発生することは要件となっていない<sup>(8)</sup>。これに対して、「急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛」（刑法三六条一項）ないし保全しようという動機・目的の客観化即ち「已ムコトヲ得ザルニ出デタル行為」は、正当防衛の成立換言すると犯罪の不成立に必要である。従って、防衛の意思を広狭いずれに解そうとも、それは既遂犯における故意と同様に、客観的要素を超過していないと言えるであろう。それで結局、正当防衛は犯罪不成立に向かうという点で正に逆方向ではあるけれども、それ自身の構成要件・違法性・責任をもっていることになる。正当防衛の構成要件とは、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やむなく為した行為であり、違法性とはその行為が「防衛ノ程度ヲ超エ」（三六条二項）ないことであり、責任とは正当防衛構成要件の表象・意欲即ち「防衛の意思」（故意）である。

ところで、不要説の最大の弱点は、言うまでもなく主観的違法要素にある。これを認める限り「違法かどうかは客観的にきまる<sup>(9)</sup>」とは言えないわけである。不要説を主張される平野教授によれば、「法益侵害の危険性の判断は、客観的な可能性の判断であるから、当然、客観的要素にもとづいて判断されるのが通常である。しかし、行為者の持つ主観的な要素が、行為の客観的危険性、いいかえると、行為の法益侵害性に、影響を及ぼす場合もある。これを主観的違法要素という<sup>(10)</sup>。この主観的要素がつけ加わるか否かで処罰の有無も決まってくるので



あるから、それは決定的な意味をもってしているのである。通貨偽造罪を例にとるなら「通貨に似たものを作るといふ客観的な行為自体は、違法とも適法ともいえない。もし学校の教材にするためであるならば、何ら法益侵害の危険はなく、適法なものだからである。行使の目的があることによってはじめて、偽造行為に法益侵害の危険性が生まれる<sup>(11)</sup>」。

通説はこの主観的違法要素なるものを目的犯に限らず、表現犯・傾向犯・未遂犯などにも広く認めている<sup>(12)</sup>。ところで、未遂犯において主観的違法要素を認めるといふことは、「故意」を違法要素と考えるということに他ならない。「目的行為論が、すべての未遂犯について故意を主観的違法要素と解し、さらに、それを拡張して、既遂犯の『故意』もすべて主観的違法要素だと、論じるに至っている<sup>(13)</sup>」が、ここで違法要素だとされる故意は目的行為論者の言う故意とは異なることに注意すべきである。後者の意味するところは所謂構成要件の故意であって、「従来、責任要素として理解されていた故意の要素のすべてを含むものではなく、違法性の意識をのぞいたもの、すなわち、その範囲は、いわゆる『事実の認識』に限られる<sup>(14)</sup>」。これに対して私がかここで言う故意は従来の意味でのそれである。未遂犯で主観的違法要素を承認するのであれば、既遂犯においても故意を主観的違法要素と考えても何ら差障りはないであろう。それどころかそれが当然の帰結である。不徹底ではあるにせよ、その点では目的行為論の指向するところも正しいと言わねばならない<sup>(15)</sup>。

もっとも、故意を構成要件に該当する客観的事実を超過しないものも換言すると犯罪成立に必要とされる客観的要素が行為者の主観に反映したものと捉えると、未遂犯における主観的違法要素は厳密には故意でないということになろう。なぜなら、未遂犯の成立には構成要件該当事実の発生は必要でないからである。それで例えば平野教授は「殺

人の未遂は、人を殺す意思で、殺人の実行行為をしたとき成立する。死の結果が発生したことは必要でない。結果が発生した場合の故意にあたる『人を殺す意思』は、未遂の場合は主観的超過要素であり、主観的違法要素である<sup>(16)</sup>」として、故意が主観的違法要素だと明言されていない。しかし、この両者が異なるものと仮定すると、未遂は故意なしに処罰されることになり、刑法三八条一項に反する。そこで言われている「罪ヲ犯ス意」とは故意のことであると解するのが通説であり<sup>(17)</sup>、「法律ニ特別ノ規定アル場合」即ち過失犯を除けば、故意なくして刑罰を科せられるといふことはあり得ないのである。過失犯の未遂は「現行法上は否定すべきであろう<sup>(18)</sup>」から、処罰される未遂はすべて故意犯だと考えざるを得ない。更に、故意における認識の対象は現実に発生した構成要件の結果であると考え、既遂犯においても、行為者は結果が発生する時点までは故意をもたず、結果が発生して後初めて故意を有するに至るといふ奇妙な結論に通じる。例えば、「傷害致死罪が死の結果について故意のある場合を含まないのは当然である<sup>(19)</sup>」が、行為者が傷害の結果として死が発生したことを認識すれば、その時点で死について故意が生じ、もはや傷害致死罪ではなく殺人罪であるといふようなことにもなってしまうであろう。そして平野教授は「故意は、犯罪事実を認識している場合であり、過失は、犯罪事実を認識していない場合である<sup>(20)</sup>」というように、結果発生前の心理状態によって両者を区別しておられるが、この区別も故意の認識対象を上述のように理解するならば不可能となるであろうし、「原因において自由な行為」においては、結果発生以前に故意は存在し得ないのであるから「責任能力の状態での犯意がそのまま表現されたとき<sup>(21)</sup>」というような場面を想定することができない。

以上のことから、結局、故意の認識の客体は客観的構成要件要素、(犯罪事実)であるにしても、それは既に発生した事実ではなく、行

為者の主観において「発生するであろう」と思われた事実を意味すると考えねばならない<sup>(25)</sup>。そうすると、現実の結果発生を必要としない未遂犯の場合であっても、故意は成立可能であり、この故意が違法要素である。客観的違法論を採る限り構成要件の故意が違法要素だとはなし得ないこと、「防衛意思」が違法要素たり得ないのと同じである。繰り返し言えば、客観的違法論のいう「客観的」とは、判断の対象が具体的行為者ではなくして一般人・平均人であることを意味する。従って、構成要件該当性・違法性の段階においては行為者人格を問題として「犯罪事実の認識があったか否か」を問うてはならないのである。構成要件要素としての故意を認めるにしても、それはあくまで「一般人ならそういう状況で有していたであろう」と思われる故意<sup>(26)</sup>、換言すると、構成要件該当性が認められる時に行為者人格の有責を一応推定させる故意である。「構成要件は普通に違法類型としての面だけから考えられているが、それはまた有責行為の類型でもある<sup>(24)</sup>」と主張されるのは、故意が一般人のそれであることを明白に物語っている。法規範は「聖人君子としての人格態度を期待するものではなく、最大限度において、平均人ないし通常人としての人格態度を要求するにとどまる<sup>(25)</sup>」。つまり、構成要件は個々の特殊を離れ、それを抽象化したものとして類型ないし定型なのであり、非難を帰すことが可能な人格態度の定型が一般人あるいは平均人・通常人と言われているものである。「具体的な有責性は具体的な行為者人格との結びつきにおいてのみ考えられるが、有責行為類型については定型的な行為者人格一般が予想されているにすぎず、ここでは具体的な個々の行為者人格との結びつきは問題にならない<sup>(26)</sup>」。従って、構成要件要素としての行為の主体は、一般人であるということになる<sup>(27)</sup>。

そして、構成要件を違法類型のみならず有責類型でもあると見た場合、「構成要件の推定機能は違法性についてと同様に有責性についてもみとめ

られなければならない<sup>(28)</sup>」。それ故、ある行為が構成要件に該当した時は、その行為は違法であり且つ有責であるとの推定をうける。有責つまり行為者に非難を帰することができるためには、所謂構成要件の故意・過失だけでは足りず、他に責任能力、違法性の意識（又はその可能性）、期待可能性が必要だとするのが通説である。而るに、例えば藤藤博士は、責任能力は「行為定型的範囲外に属するものであって、構成要件の有責性推定の機能が責任能力の存在にまで及ばない<sup>(29)</sup>」とされる。しかし、その場合は責任能力を具体的な行為者のそれと解されるからそうなるのであって、一般人の責任能力を考えた場合には些かも行為定型的の枠をはみ出さない<sup>(30)</sup>。一般人の責任能力とは、通常の人ならもっているであろうと考えられる是非弁別能力のことである。博士は、違法性の意識や期待可能性の存在も「構成要件要素には属しない<sup>(31)</sup>」と明言されているのであるが、これらについても責任能力について上述したことがそのまま当てはまるであろう。責任能力・違法性の意識・期待可能性は「窮極的には、やはり、行為者の人格的態度じたいの具体性にもとずいて認識されるべき観念である<sup>(32)</sup>」にしろ、それらを一般人について考えて構成要件要素としなければ、構成要件に有責類型とする見解自体が維持できないのである<sup>(33)</sup>。

以上の理由によって、違法要素とされる未遂犯の故意は、所謂構成要件の故意ではあり得ない。構成要件を有責類型として捉える限り、責任能力など非難を可能ならしめるあらゆる要素―責任の要素か故意の要素かは問わず―を伴った故意である。しかし、そういう違法要素としての故意と、責任要素としての故意は性格が異なること言うまでもない。前者は定型的な故意、換言すると一般人なら有していたであろうと考えられる故意であるのに対して、後者は具体的・個別的に観察された行為者の故意である。両者は同じ故意と言っても行為主体を異にするのであるから、「犯罪事実の表象・認容……は、構成要件要

素でもあるが、同時に責任要素でもあ<sup>(34)</sup>ると簡単に言ってしまうことはできないはずである。その点で「同じ要素が違法要素でもあり、責任要素でもあるとするのは、疑問である<sup>(35)</sup>」との平野教授の批判は正当である。

そこで次に、このようにして犯罪行為の法的定型としての構成要件に取り込まれた故意が構成要件要素であることはもちろんであるが、同時に主観的違法要素でもあるのが問題にされなければならない。第一章で述べたように、客観的違法論者の用語法によると、客観的とは一般人を判断の対象にすることを意味するのであった。そうすると前述の構成要件要素としての故意―所謂構成要件の故意なし事実的故意とは異なる―は、一般人のそれであったから、もはや主観的違法要素と呼ぶことはできない。正確には客観的違法要素である。構成要件の過失についてはあるが、団藤博士が、危険な行為の結果として法益侵害をひきおこしたとしても「客観的な注意の規準に反する行為であって、はじめて違法性がみとめられるのである。もっとも、それは行為者が相当の注意をしたかどうかではなく、正常人が相当の注意をすれば避けられたであろうかどうかという客観的な問題であるから、客観的違法要素であって、主観的違法要素ではない<sup>(36)</sup>」と述べておられるのは至言である。

以上のことを要約すれば、客観的違法論では、犯罪事実の認識・認容あるいはこれを欠いたことについての不注意があったかどうかというような内面的・心理的な事象であっても、それが一般人に関するものであるかぎりは「客観的」であるから構成要件要素としての故意・過失は客観的違法要素である。そして「違法性とは、行為―結果をも含めて―を行為として客観的にみればあいにく、それが法秩序によって是認されないことであり、構成要件はこのような違法な行為を類型化した<sup>(37)</sup>ものであるから、構成要件は正確には、客観的違法行為類型で

あると言えるだろう。

そうすると、行為者自身の内面・心理を問題にする「主観的」違法要素は、客観的類型たる構成要件の要素にはなり得ないことになる。

「殺人罪と過失致死罪とに、別個の構成要件としての定型をあたえているのは、故意・過失という主観的要素なのである。それは、まさしく主観的構成要件要素にはかならない<sup>(38)</sup>」と言えば矛盾になる。本来客観的たるべき定型に主観的要素は入り込む余地がないからである。

こう解することによって我々は初めて、団藤博士と共に、メッカーが「違法性と構成要件とを端的に結びつけようとしたのは……正当でない」と批判できる。なぜなら「具体的・非類型的な観念である違法性と類型的（そうして、そのかぎりで抽象的）な観念である構成要件とを同列に置くことは、理論的に不当<sup>(39)</sup>」だからである。従って、構成要件が違法類型であると言っても、それはあくまで客観的に違法な行為についてであることに注意を要する。例えば通貨偽造罪（一四八条）の「行使ノ目的ヲ以テ」は、通貨を偽造するのが一般人であって行使目的をもって行なっていると見るのが相当であると考えられる場合を指す。中山教授が「主観的要素は可罰的違法類型の中に客観化されて編入されるべきもの<sup>(40)</sup>」と主張されるのは全く正当である。

構成要件は一般人を行為主体とするものであるから類型的であるが、違法性は行為者を主体とするが故に非類型的であり、その意味で「主観的」である。客観的違法論者の用語法に従う限り、違法性の本質に関する争いでは主観的違法論が正しいと結論せざるを得ない。「違法かどうかは客観的にきまる」との主張は、その違法が客観的違法即ち構成要件該当性を意味するのなら正しい。しかし、犯罪成立要件の一つたる違法性即ち主観的違法を意味するのであれば正しくない。結局、客観的違法論は、構成要件論としてのみその存在意義を保ち得るのである。そして、構成要件は「違法行為の類型」であると言われるが、

ここでの違法は主観的なそれではあり得ない。構成要件は行為者の行為を規定してはいないからである。それ故、客観的なそれが意味されていると解す他ない。しかし、そうすると、「構成要件≡違法類型」という命題は別段、構成要件と違法性との関係を述べたものではないということになる。構成要件という言葉で表わされてきた一つの観念を別の言葉で表現したというだけのことになる。私は以前、メツガーの客観的違法論は単なる言葉の言い換えにすぎないと批判したが<sup>(4)</sup>、ここでも同じことが言えるわけである。

「構成要件は違法類型に止まらず有責類型でもある」との命題についても同様である。繰り返し述べれば、その見解は構成要件と責任の関係については何も述べていないということである。構成要件は客観的であるのに対し、犯罪成立要件たる責任は主観的である。有責類型という言葉が客観的責任に言及しているのであれば上記命題は無内容であり、主観的責任を意味しているのであればそれは誤っている。それだけではない。構成要件が客観的に違法・有責な行為を規定したものとすると、構成要件該当性は一般人についてはあるが、それだけで犯罪が成立することを意味する。佐伯博士が「構成要件」という言葉は、犯罪を成り立たせる個々の要件を示すだけで、それらが集まって一つの統一した可罰行為の類型を構成しているのだということを示す用語としては、必ずしも適当でない<sup>(42)</sup>との理由で「犯罪類型」という呼称を勧めておられるのも頷けることである。しかし、そうであるが故に、次のような平野教授の批判を招くことになる。即ち「このような故意・過失を含む構成要件は、刑事訴訟法三三五条の『罪となるべき事実』と同じ内容をもつ。いいかえると各則の条文を適用するための積極的な要件のすべてを含むことになる。これを構成要件と呼ぶことは、もちろん自由である。しかし、このような『構成要件』は、もはや犯罪成立の『一要素』という意味は失っている。……このようなも

のは、ベーリング以来『犯罪類型』と呼ばれ、『構成要件』とは区別されてきた。ここに至ると、構成要件の理論は崩壊したとさえいってよい<sup>(43)</sup>。違法・有責類型たる構成要件に、行為者の行為がそっくりあてはまるならば（構成要件該当性）、既にその段階で違法・有責は確定したのであるから、もはや違法阻却事由・責任阻却事由を問題にする余地もない。

構成要件を犯罪成立の一要素としておくためには、それを犯罪類型と区別することが必要である。刑法の各本条には、一般人の違法・有責行為<sup>(44)</sup>換言すると刑罰を科せられるべき行為が一般的・抽象的に類型として記載されている。これが犯罪類型である。それは有責類型であるから、そこに故意・過失が含まれること当然である。そこで、例えば福田教授が「刑法典は、殺人と過失致死につき、一九九条、二一〇条において二つのこととなった構成要件を規定しているが、これは、立法者が故意犯と過失犯に共通の構成要件の存在しないことをみとめていることを意味する<sup>(45)</sup>」と言われる時、そこに我々は構成要件と犯罪類型の混同を見る。つまり、故意・過失を構成要件要素とする見解は刑法の条文に記載されたもの即ち犯罪類型の構造を明らかにしているという点では全く妥当な見解なのである。中山教授が「法文は必ずしも構成要件ではない<sup>(46)</sup>」と注意を喚起される由縁であろう。結局、平野教授が言われるように、「殺人・傷害致死・過失致死は、『犯罪類型』としては異なるが、構成要件は同じだといえる<sup>(47)</sup>」。

殺人・傷害致死・過失致死に共通なものは何か。それは「人の死」という外部的な結果、換言すると法益侵害である。それ故、構成要件とは、犯罪類型を構成する諸要素のうち、外界に現われ出た部分―外部的要素―を言うとしなければならない<sup>(48)</sup>。これが、「故意がある」というために認識を必要とする事実、それが構成要件だ、という考え方である。……構成要件は故意の内容を規制するのであり……ドイツ刑法

(旧)五九条は、「法定の構成要件に該当する事実を認識していないときは、故意があるとはいえない」と規定していたが、この「構成要件」とはまさに右のような意味を持っている<sup>(49)</sup>。

構成要件を外部的・記述的な枠と見ることに対しては、平野教授の次のような批判がある。即ち、そのような構成要件は「故意を規制する機能はあるが、いくらか不徹底である。破産犯罪の場合の破産宣告の確定というようにゆる客観的処罰条件は、『客観的な行為の枠』という定義からすれば構成要件に属するはずであるが、故意を規制する構成要件の内容ではないといわざるをえないからである<sup>(50)</sup>。しかし、未遂犯の故意のところで述べたように、故意の認識対象は既に発生した事実である必要がないのみならず、犯罪成立のために発生を要する事実である必要もない。犯罪類型に規定された外部的な事象であれば足りるから、例えば通貨偽造罪における「行使」にしても、行使が外部的な挙動として存在し得る以上は、故意の認識・予見の対象として欠けることはないことになる。処罰条件は故意の成立と無関係とするのが通説であるが<sup>(51)</sup>、西原教授が「破産を見越して……破産法三七四条所定の行為を行なったとき<sup>(52)</sup>」と言われているように、破産手続の開始即ち破産宣告確定は、故意の予見対象であると解する<sup>(53)</sup>。例えば、債務者が自己の財産を毀棄することは何ら違法ではないが、破産手続が開始されるであろうと予見しつつこれを行なう時、初めて違法行為となる。

而も、客観的違法論者が主観的違法要素なるものを認めた時、既に構成要件の故意を規制する機能は失われているのである。平野教授自身、構成要件は違法類型であるから「行使の目的」というような主観的違法要素も、それによって法益侵害の危険が増大するような要素であれば、やはり構成要件に属する<sup>(54)</sup>とされながら、故意において「主観的違法要素についての認識は必要でない<sup>(55)</sup>」と明言されているのであ

る。更に、「結果的加重犯の重い結果については、認識を必要としな<sup>(56)</sup>い」。構成要件が故意を規制するのなら、認識を要するはずである。結局、「不徹底」という欠点は教授自身のものである。構成要件は、大抵の場合はそのうだとは言えても、必ずしも故意を規制するわけではないというのがここの結論である<sup>(57)</sup>。

第二章では、法感情との関連で「防衛の意思」必要説を擁護したが、本章では「違法かどうかは（行為者の内心を問題にしないという意味で）客観的に決めるべきだ」との客観的違法論に忠実な不要説を擁護するのが目的である。そのためには、構成要件は犯罪類型に含まれる外部的要素だけから成ると観念しなければならぬ<sup>(58)</sup>。その場合、構成要件は客観的な犯罪類型の一部であるから、当然に客観的であり、行為者を問題にすべきでないということになる。そして私は先に、構成要件を犯罪類型と同一にしてしまわないために、違法・有責類型を考えるべきでないとした。従って、構成要件に故意は含まれない。そうであれば、不要論者が故意とその構造が等しいと言ふ「防衛の意思」も構成要件に含まれてはならないであろう。そして構成要件が（有責でない）違法な行為の類型であるとすれば、違法かどうかを決定する要素換言すると構成要件を構成している要素であるか否かは、行為者の内心（認識の有無）はもちろん一般人のそれも考慮しないという意味で客観的に、即ち外部的に決まるのである。従って不要論者が客観的違法論の原則を楯に取って「違法は客観的に」と主張するのは、構成要件を説明するものとしては全く正しいのである。私が先に「客観的違法論は、構成要件論としてのみその存在意義を保ち得る」と述べたのは、そういう趣旨であった。

構成要件は客観的、即ち行為者と関係をもたないから、厳密にはそれはまだ犯罪の成立要件ではない。あくまでも行為者本人の犯罪の成否が問題なのであるから、行為者の行為が構成要件に当てはまるかど

うか、即ち構成要件該当性が犯罪成立要件である。

もう一つの犯罪成立要件たる「違法性」も、行為者の行為が違法か否かを問うものであるから、同じく主観的である。そして前述のように、客観的な構成要件と主観的な違法性との間には直接の関連はなく、両者は直ちに結びつくものではない<sup>(59)</sup>。従って、違法推定機能をもつのも正確には構成要件該当性である。にも拘らず、「構成要件の違法推定機能」ということがしばしば言われるのは、構成要件が外部的要素のみから成り立っていることを物語る。そもそも推定とは、「訴訟法上、間接事実の存在の立証によって、直接事実の存在が推測されること<sup>(60)</sup>」を言うが、故意・過失というような行為者の内心は、五官の作用によって認識可能な間接事実即ち外部的要素によって証明する他ない。行為の違法性を推定させる、換言すると証明を不要にするのは構成要件のみのもつ機能であり、またそうでなければならぬ<sup>(61)</sup>。その意味では「犯人の社会的危険性の程度のかんにかかわらず、その行為が、現実には外部に表現されぬかぎり、これに対して刑を科しえない<sup>(62)</sup>」とする客観主義が正当ということになる。

なおここで、違法性がなぜ故意・過失を意味するのかを説明しておく必要がある。それは、一つには、未遂犯における故意を違法要素として認めるならば、当然既遂犯の故意についても同じでなければならぬからである。いみじくも福田教授が指摘されるように、「既遂犯はすべて未遂の段階を通過するものであり、未遂から既遂への移行は行為の内面において変化を与えることなしに行為の外面において遂行されるものであるのに、主観的違法要素の理論をとる通説が故意を未遂既遂を通ずる一般的な主観的違法要素とすることに反対し、未遂においては故意は行為の違法性に影響を及ぼすから違法要素たりうるが、既遂においては故意は違法性に影響を及ぼさないから違法要素たりえないとするのは、それ自身の理論的不徹底によるものである<sup>(63)</sup>」。

そして行為者の主観的過失についても、「客観的に要請される一定の注意（社会生活上必要な注意）を遵守しても結果の発生が避けられなかった場合、その行態は違法とはいえない<sup>(64)</sup>」から、違法要素と言わなければならない。二つには、「防衛の意思」が違法要素であるのなら、それと構造を等しくする故意も違法要素と考えられるからである。以上のことを踏まえた上で、再び「防衛の意思」の問題に戻ることにはしたい。

## 註

- (1) 平野、判例演習（刑法総論）、九四―五頁。
- (2) 曾根、九四―五頁。
- (3) 野村、九八頁。
- (4) 青柳文雄、刑法通論Ⅰ総論、二〇三頁。
- (5) 莊子邦雄、刑法総論（現代法律学全集25）（以後、莊子と略す）、三七六頁。
- (6) 藤木、注釈刑法②のⅠ、二三七頁。
- (7) 大塚、概説、二五四頁。
- (8) 平野、刑法総論Ⅰ（以後、平野、Ⅰと略す）、一二三頁。
- (9) 平野、Ⅱ、二四三頁。
- (10) 平野、Ⅰ、一二二頁。
- (11) 平野、Ⅰ、一二五頁。
- (12) 参照、佐伯千巳、刑法における違法性の理論、二六二頁以下。
- (13) 佐伯、三訂刑法講義（総論）（以後、佐伯と略す）、一八九頁。参照、佐伯、二九九頁註（一）。
- (14) 福田、八三頁。同旨、団藤重光、刑法綱要総論（改訂版）（以後、団藤と略す）、一二三頁註（一）。これに対する批判として、拙稿「可罰的違法性について―構成要件論序説」秋田大学教育学部研究紀要第二九集、二六頁註（20）。
- (15) 「故意という主観的要素が行為のものに、保護法益侵害の可能性を内在させ、その意味で違法性の色づけをあたえるのである。ヴェルツェルが「結果の無価値」と区別して「行為の無価値」ということを強調して

- いるのは、この意味で正しい」。団藤、一二二頁。
- (16) 平野、I、一二四頁。但し参照、平野、II、三二四頁。
- (17) 「「罪ヲ犯ス意」、すなわち犯意は、故意と同義である」。福田、注釈刑法(2)のII、三三三頁。
- (18) 平野、II、三〇八頁。
- (19) 平野、I、一六三頁。
- (20) 平野、I、一八一頁。参照、同、一八七頁、一九一頁。
- (21) 平野、II、三〇五頁(傍点筆者)。
- (22) 故意と過失を認容の有無で区別する通説では、認識ある過失も、結果の発生が可能だ即ち「発生するであろう」と考えたことになっている。しかし、この点では、認識ある過失は「二応、結果の発生が可能だと考えたが、結局は否定したという場合」で、「結果は発生しないであろう」という判断に到達しているものと考えるべきだとされる平野教授に賛成する。参照、平野、I、一八七、一八九頁。
- (23) 例えば、殺人罪で「正常な精神状態の場合には、客観的な状況からみて通常の人であれば当然死の結果を予見したであろう」と考えられる時、構成要件の故意が存在することになる。参照、平野、I、五七頁。
- (24) 団藤、一二二頁。
- (25) 団藤、二四五頁。
- (26) 団藤、八七頁。
- (27) 多くの学者は、法人と区別するために「自然人」という名称を用いているが、すべての自然人が構成要件の行為主体でないことに注意すべきである。団藤博士が構成要件の故意を「自然的故意」と呼ぶのは正当でないとされるのも同旨と解したい。参照、団藤、一二二頁註(三三)。
- (28) 団藤、二五〇頁。
- (29) 団藤、二五一頁。大塚教授も、構成要件を有責類型とされながら、責任能力は構成要件要素でないといわれる。参照、大塚、概説、一〇四、二八二頁。
- (30) 参照、拙稿「違法性の意識」秋田大学教育学部研究紀要第三二集、五八頁。
- (31) 団藤、二五一頁。
- (32) 大塚、概説、二八二頁。
- (33) 福田教授が故意・過失を構成要件要素とされながら、「構成要件該当性は責任を推定しない」と主張されたのは卓見である。福田、五九頁。
- (34) 団藤、二五一頁。同旨、大塚、概説、二八八頁。福田、一四六頁。
- (35) 平野、I、九八頁。
- (36) 団藤、一一一頁。
- (37) 団藤、一一二頁。
- (38) 団藤、一一〇頁。
- (39) 団藤、一〇七頁。
- (40) 中山、基本、六〇頁(傍点筆者)。
- (41) 参照、拙稿「客観的違法論批判—法規範の論理的構造」院生論集(京大法学院誌)第三号、一五頁以下。
- (42) 佐伯、一一三頁。
- (43) 平野、I、九八頁。
- (44) 故意・過失の実現されたものが犯罪行為であるということを考えれば、行為主体ごとと異った一定範囲の故意・過失の一般化は、犯罪行為の一般化にも通じる。従って「たとえば、すりも万引も忍び込み窃盗も『置き引き』も、現行法上はひとしく窃盗罪である」。団藤、一〇五頁。
- (45) 福田、違法性の錯誤、一六九頁。
- (46) 中山、基本、六〇頁。同旨、佐伯、一一五頁。中義勝、講述犯罪総論、九〇頁。
- (47) 平野、I、九八頁。
- (48) 「構成要件それ自体は全く客観的で……すべての主観的要素から自由である」。E. Belling, Die Lehre vom Verbrechen (1906), S. 178.
- (49) 平野、I、九二頁。
- (50) 平野、I、九三―九四頁。
- (51) 板倉、注釈刑法(2)のI、七四頁。
- (52) 西原春夫、犯罪各論(現代法学全集36)、三〇〇頁(傍点筆者)。
- (53) 佐伯博士は、破産宣告確定を違法要素と解されながら、故意内容から排除されるが、そうすると、故意要素たる「違法性の認識」はどのように生じ得るのか疑問である。参照、刑法における違法性の理論、一九二、一九九頁。佐伯、二五二頁。
- (54) 平野、I、九四頁。

- (55) 平野、I、一六二頁。
- (56) 平野、I、一六三頁。
- (57) 規範的責任論との関連で、構成要件と故意を論じたものとして、拙稿「結果的加重犯と責任主義」秋田大学教育学部研究紀要第三一集、三五頁を参照されたい。「構成要件 (actus reus) を越える結果を生じさせようとする意図を故意を含む犯罪もあるのである」。
- (58) Smith and Hogan, Criminal Law 47 (3rd ed., 1973)。  
参照、拙稿「可罰的違法性について——構成要件論序説」秋田大学教育学部研究紀要第二九集、二七頁以下。
- (59) 行為者のなした具体的な行為を問題にするという意味で主観的な「構成要件該当性」が、構成要件と違法性を関連づける媒介項として必要である。
- (60) 新版新法律学辞典、六八二頁。
- (61) 行為は「単なる客観的な外的事象として存在するのではなく」、「客観化された意思として意味をもつ」。庄子、一五二頁(傍点筆者)。一八三頁も参照。「結果(無価値)それ自体は、可罰性にとって決して独自の意義を有するものでない。だが、それが可罰性の前提として重視されることになるのは、行為無価値としての不法ないし犯行(Delict)の存否と程度とをまさに徴表し、これを証明する機能を有するからである」。増田豊「犯罪構成における結果無価値の体系的地位と機能」法律論叢五〇巻四号、九三頁。
- (62) 大塚、概説、三九頁。参照、本稿第四章註④。
- (63) 福田、違法性の錯誤、一六二頁。
- (64) 福田、九四頁。もっとも、教授がここで考えておられるのは客観的過失である。行為者自身にとっての可能性を考える所謂主観的過失(参照、福田一四七頁)は、能力の問題であって、責任能力で顧慮されるべきである。

## (四)

故意を、犯罪事実の認識だけを意味する構成要件の故意としてではなく、違法性の意識をも含むものとして考えた場合、故意と「防衛の意思」とは両立し得ない。なぜなら、正当防衛という適法行為を行な

う意思である防衛意思があれば、行為者において違法性を認識するはずがないからである<sup>(1)</sup>。それ故、防衛意思は故意を阻却するのであり、故意が違法要素であるところから、正当防衛は違法阻却事由なのである。こう解することによってのみ、誤想防衛との統一的解釈が可能となる。「誤想防衛のような違法阻却事由の錯誤は、これを事実の錯誤として、無条件に故意を阻却するものとするのがわが国の通説および判例の立場<sup>(2)</sup>である。また、緊急避難に関する違法阻却説と責任阻却説の融和も可能となる。つまり、緊急避難は違法阻却される適法行為であるが故に、違法性の意識が生じ得ず、故意が阻却されるのであり、故意が違法要素であるが故に、緊急避難は違法阻却事由である。従って、違法阻却説は形式的観点から、責任阻却説は実質的観点から、緊急避難の違法阻却事由たる由縁をそれぞれ説明したものととして正当である。

判例が一貫して正当防衛に防衛意思を要求してきたのも正当である。被告人に構成要件該当の行為があり、而も故意の存在が認められるならば、有罪とする他ないからである。防衛意思の存在は、故意の不存在を意味する。判例が、防衛行為と認められる以上は、攻撃的な意思があっても正当防衛になる<sup>(3)</sup>、と述べる時の「攻撃的な意思」とは、構成要件(犯罪事実)の認識—所謂構成要件の故意—を指していると解される。違法性の意識を故意から切り離してしまう責任説を採らない限り、構成要件の故意だけではまだ故意の成立に十分でないから、攻撃意思と防衛意思とは両立し得るのである。行為者に違法性の意識があり、従って故意の存在が認められるような場合、判例は単なる「攻撃」と区別して、「積極的に攻撃を加える」「積極的な加害」というような表現を用いるようである<sup>(4)</sup>。

偶然防衛において、防衛の意思なく、従って故意に基づいて構成要件該当の行為を行なっているという点にのみ着目するならば、それは



当然故意犯の既遂である。不要説に基づく未遂説の不当なることは第二章で述べたが、必要説に基づく未遂説も同様に不当である。第一に、「行為自体の違法性（行為無価値）」と結果に対する関係における違法性（結果無価値）とを分けることは可能であって<sup>(5)</sup>も、行為無価値を分けることは可能でない。この場合の「行為」とは結果をも含む広義のそれだからである。福田教授が言われているように、「違法性においては、法益侵害という結果の無価値だけでなく、行為の無価値が問題にされなければならない<sup>(6)</sup>。行為無価値論について、狭義の行為だけを違法判断の対象とすべしと主張しているかのよう曲解されてはならない<sup>(7)</sup>。第二に、「未遂の場合に構成要件該当の結果が発生しないがゆえに結果無価値を欠く<sup>(8)</sup>とは言えない、ということである。なぜなら、「結果」には法益侵害のみならず、その危険も含めるのが通常であり<sup>(9)</sup>、またそうしなければ、結果無価値論は未遂をも含めたすべての犯罪の違法性を説明する理論としては失敗に終わらざるを得ないからである。「未遂犯の違法性の中核は行為がもつ法益侵害の客観的・現実的な危険性にある<sup>(10)</sup>」のだから、構成要件の結果が発生していなくても結果無価値は考えられるのである。それ故、結果無価値を欠くという点で共通だから、偶然防衛には未遂規定を適用（又は準用）すべしとの主張には納得できない。第三に、偶然防衛の場合「行為者は客観的には法秩序に合致しているのだから……結果無価値を欠く<sup>(11)</sup>」とすること自体に問題がある。佐伯博士によれば、客観的法秩序に矛盾するとは、具体的には何らかの法益を侵害又は脅威（危険化）することである<sup>(12)</sup>。未遂の成立を主張することは、少くとも法益侵害の危険だけはあったと認めることに他ならないから、結果無価値を欠くとは言えないはずである。

偶然防衛に、故意があるとすると以上は、やはり、既遂犯だとしななければならない。しかし、これはいわば机上の空論とでも言うべきもの

であって、実際には無罪である。というのは、構成要件が違法推定機能をもつように、構成要件と「性質的に違うわけではな<sup>(13)</sup>い違法阻却事由は適法推定機能をもつと考えられるからである。但し、構成要件の違法推定は「訴訟法的には事実上推定である<sup>(14)</sup>」のに対して、違法阻却事由の適法推定は、反証を許さぬ法律上推定であろう。違法阻却事由は原則（構成要件）に対する例外であるが、刑法にはもはや例外に対する例外（違法阻却阻却事由）は定められておらず<sup>(15)</sup>、仮にそれが原則に戻って構成要件を意味するならば、構成要件は違法性を法律上推定する結果になってしまいうらうからである。従って、「構成要件該当性はまだ行態の違法性を具体的に確定するものでない<sup>(16)</sup>」が、違法阻却事由は、その存在することが証明された時は、違法でないことを確定するのである。確定とは、もはや反証を許さないという意味である<sup>(17)</sup>。但し、「通説は、阻却事由については、被告人は疑いを生じさせる程度のいちおうの証拠を出せばよ<sup>(18)</sup>い」としており、被告人が証明しない以上は、検察官に阻却事由不存在の証明即ち反証が許されることもちろんである。

ところで、「阻却事由といふものも、類型的、抽象的に規定されたもので<sup>(19)</sup>」、その点では構成要件と全く異ならない。違法阻却事由も外部的要素のみから成り、共に、違法性即ち故意・過失の証明に向けられたものである。それ故、小野博士が言われるように「違法阻却事由……は、総則的、一般的な消極的構成要件であるともいえる<sup>(20)</sup>」。私もこれに賛成する者であるが<sup>(21)</sup>、それには一定の条件がつくことに注意しなければならない。その条件とは、被告人が違法阻却事由の存在を主張し、一応の証拠を提出した場合に限られるということである。その場合には、違法阻却事由が消極的構成要件要素になり、換言すると違法阻却事由の不存在が構成要件要素となり、検察官がその不存在を証明しない限り、構成要件該当性は認められないのである。多くの学者

が、違法阻却事由は原則に對する例外であると述べているのも、このような意味において理解される必要がある。つまり、違法阻却事由の不存在―従来はこれを違法性と呼んできた―は、例外的にしか犯罪成立要件にならないということである<sup>(22)</sup>。通説のように、違法性は常に犯罪成立要件の一つであると主張するためには、違法性≡故意・過失と考えねばならない。従来の意味での「違法性」は、犯罪成立要件と云うよりも、例外的な構成要件要素と言った方がより正確である<sup>(23)</sup>。

偶然防衛では、正当防衛のできる状況にあったということが前提にされている。それはつまり、正当防衛の外部的要件がすべて証明されていると理解してよいであろう。そうすると、故意の不存在(適法)が法律上推定され、もはや反証は許されないこと、前述の通りである。これは、犯罪意思(故意・過失)が外部に表われ出ない限り(構成要件的行為)、犯罪は成立せず処罰しないとする客観主義<sup>(24)</sup>の裏面である。犯罪意思不存在の場合も、かなり抽象的ではあるが外部の徴憑によって示されている。それが違法阻却事由と呼ばれるものである。要証事実たる犯罪意思の有無の確定は、外部的次元で即ち阻却事由の有無という形で争われるべきものであるが故に、阻却事由の存在が証明された時は、もはや反証の手段がないのである。偶然防衛の事例は、このような外部的事実と内心との密接不可分な関連を度外視して問題を設定したところに初めから無理があったと言える。必要説に對する「結果無価値を欠いていることを考慮していない」という批判も、そういう観点からなされているとすれば、誠に正当と言うべきである。但しその場合、結果無価値は違法性でなく構成要件の実質(構成要件は、無価値たる故意・過失を証明するためのもの)を説明するものになることは繰り返し述べた。正当防衛のできる状況で人を殺した場合、被告人がそういう状況を証明すればもちろん、一応の証拠を提出し檢察官が反証できなかった時でも、被告人に防衛の意思がなかった換言

すると故意があったとの証明ができなかったわけだから、被告人は無罪である。不要説は故意の存在をも認めてしまったために、偶然防衛者を「百年に一人の幸運者」として法感情の宥恕を請わねばならなかったが、外部的事情によって故意の不存在が証明されている以上は、当然の権利として、殺人の罪責を免れるのである。従って、結論に関する限りでは、不要説が妥当ということになる。

#### 註

- (1) 参照、中、講述犯罪総論、九三頁。「正当防衛は、それが防衛の意思に出でずして為された場合には、犯意の成立は之を認めねばならぬ」。牧野英一、刑法研究第七卷、三八八頁。
- (2) 中山、口述、一七一頁。
- (3) 参照、註(7)判決。
- (4) 参照、註(5)(7)判決。下級審判決については、野村、九六頁参照。
- (5) 野村、九八頁。
- (6) 福田、一〇八頁(傍点筆者)。参照、内藤謙、論争刑法(中義勝編)(以後、内藤と略す)、三五頁。行為無価値論は、主観的要素を違法要素と主張する点で正しく、法益侵害を違法要素とする点で正しくない。参照、拙稿「違法性の意識」秋田大学教育学部研究紀要第三二集、五七頁以下。
- (7) 「行為無価値論といわれる立場には、法益の侵害も違法性の実体をなすということまでも否定する極端な義務違反説の主張はみられ」ない。板倉宏、論争刑法、一九頁。
- (8) 野村、九八頁。野村は、違法二元論を主張するのであるが、「行為自体の違法性が否定され、結果の違法性のみ肯定される場合は、刑法上何ら犯罪としての違法性を基礎づけない」と述べてることによって、結局、一元論(行為無価値)の立場をとることを鮮明にしたのである。「未遂犯における違法性」刑法雑誌二四卷三・四号四五八頁。
- (9) 結果無価値論は「現実に生じた有形の結果だけを考慮するものではなく、「違法の実質を法益の侵害・危険に求める見解をいう」。内藤、四二、三七頁。

- (10) 内藤、四三頁。
- (11) 野村、九八頁。
- (12) 佐伯、一六九頁。参照、内藤、四一頁。違法二元論を採れば、結果の違法性というような二元的違法性を考えること自体が矛盾になる。野村の見解は、正確には、違法要素二元論である。参照、野村、前掲、四五五頁以下。
- (13) 平野、I、九八頁。参照、同九九頁。
- (14) 団藤、一八二頁註(一)。「この種の推定はまさに『事実上』のものであるから、疑いが生ずれば推定は破れ証明が必要となる」。高田卓爾、刑事訴訟法(改訂版)、一九三頁。
- (15) 過剰防衛は、正当防衛の成立を前提として、その上で例外として違法とされるのではなく、「相当性」という要件を欠いて正当防衛が成立しない場合であるから、例外の例外ではなく、例外の不成立である。
- (16) 福田、違法性の錯誤、二二五頁。
- (17) 例えば、被告人が十四歳未満であるとの証明があれば、責任能力者としての是非弁別能力があるとの反証は許されず、無罪になる。
- (18) 平野、I、一〇〇頁。
- (19) 小野清一郎、犯罪構成要件の理論、二七頁。
- (20) 小野、前掲、二七頁。同旨、平野、I、九四―九五頁。中、法学教室八第二期V1、五〇頁。
- (21) 参照、拙稿「違法性の意識」秋田大学教育学部研究紀要第三集、六二頁註(7)。「BGHの判例は、この消極的構成要件メルクマールの理論に従って」*vgl.* P. Bockelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. (1975), S. 41.
- (22) 内藤教授の「例外現象を不当に一般化」という批判は、違法性を犯罪成立要件の一つとする通説にこそ向けられるべきである。参照、内藤、四四頁。
- (23) 違法阻却事由の不存在(違法性)が構成要件に入ってきた時は、構成要件の違法推定機能は、事実上推定から反証を許さぬ法律上推定へと変化することになる。
- (24) 構成要件(*actus reus*)が犯罪成立要件とされるのは、「現実は何らかの行為がなされるまで、我々としては、その人が犯罪的思想をもっていることを客観的に立証することができない」からである。