

論 説

偶然防衛(刑法上の違法性評価と当罰性についての管見)(1)

中 野 正 剛

1 はじめに

高名な刑事裁判官であられた伊達秋雄判事の随筆に次の一節が見える。判事が関与された或るスパイ活動の嫌疑をかけられた事件の処理について後年に述懐された文章である。

「戦争中彼(スパイ容疑者・引用者注記)の行動は、違法な犯罪行為として刑罰をもって糾弾され、戦後はその同じ行動が日本に対する功勞として叙勲に値するものとされたのである。この歴史的事実のなかには、行為の違法性とは何か、犯罪とは何かということについて、深い省察を迫るものがあるように思われる。違法とは、道義、倫理に反するものであるという面のみを強調する学説もあるが、私にはどうもそれだけの説明では納得できない。もっと厳しい政治的、力学的なものがあるのではなからうかと思っている。」と述べられ、続けて「私も陪席判事時代における米国人のスパイ事件を取り扱ったことがある。その被告人に懲役六年を言渡したのち、草鹿裁判長は、被告人に対して日本の法律がそうなっているから有罪にするのだが、本国へ帰ればきっと褒められるだろうとやさしく告げた。」と¹⁾。このような考えは、伊達判事だけではないと思われる²⁾。

実務家の眼からする違法性論に対する問題提起であると解釈できる。この伊達判事の感慨を受け、若干の考察を試みようとするのが本稿である。すなわち、現代の結果無価値説、行為無価値説を、偶然防衛の処理を素材

1) 伊達秋雄『法律家の哀歌』(有斐閣、1986年) 145~146頁。

2) 岡村治信・元東京高裁判事からも、わたくしは同じ趣旨の言葉を聞いたことがある。いわく「社会状態が移ろえば、それに応じて違法性評価も変わるものである」と。

としてその導き出す結論の妥当性とそのスキームの妥当性を考証し、犯罪論上、若干の提案を試みようとするものである。

なお、本稿は、試論としての位置づけを出るものではない。

2 問題状況

1 偶然防衛とは、一般に、ある者が他人の法益を侵害したところ、実は、その他人も自己または第三者の法益を攻撃しようとしていたため、偶然にも自己または第三者の法益を防衛する結果となった場合をいう。

すなわち、偶然防衛には刑法第36条より2つの場合が認められる。1つは、XはYを射殺したところ、そのときYもXを射殺しようとしていたことが明らかになったという、自分のための偶然防衛（自己防衛型）。2つは、XはYを射殺したが、ちょうどそのときYはZを射殺しようとしており、そのことにより偶然にXはZの生命を救う結果になったという、第三者のための偶然防衛（緊急救助型）である。

偶然防衛の処理をめぐる学説は紛糾する。解釈論上は、刑法36条に見える文言中『防衛するため』という字句が主観的な意思、目的、認識を意味するのか、それとも、客観的に見て手段、結果の関係にあればよいかの争いである。それは、防衛の意思の要否をめぐる議論に帰着するが、根本をたどれば法理論の導き出す結論と国民の法確信との間に横たわる溝をいかに埋めるかということに帰着する。行為(正当防衛行為)の側から違法性の実質を捉えるのか、現に生じた事実(正当防衛状況のもとでの結果)の側から遡って違法性の実質を捉えるのかの違いに基づくところが大きいであろう。もっとも、防衛の意思を必要とする論者であっても、その意思の内容に文字通り防衛意思を要求する者は現在では少なく、むしろ「このような防衛の意思の要否に関する理論的な対立の根底には、正当防衛行為が通常緊急状態における防衛者のとっさの行動としてなされるものであって、必ずしも冷静な判断にもとづくものではなく、そのような状態での反撃行為や自衛本能に発した反射的行為も、一概に正当防衛の範疇から除外するの

は不合理であるという認識が存在するため、理論上の明確な対立にもかかわらず、実際の運用上は、必ずしも顕著な結論の相違は見られない³⁾のである⁴⁾。

もはや、防衛の意思の要否の主たる問題は、偶然に防衛の効果を生じた場合(偶然防衛)や口実防衛の場合を『正当防衛』のテリトリーから排除するか否かに収束している。

2 わたくしは、本稿で、偶然防衛については正当防衛を認めないが、当罰性の観念⁵⁾をとり入れることで無罪と評価すべき場合のあることを論じようと試みるものである。すなわち、偶然防衛の場合では、攻撃者の利益保護の後退という原理は動くので、それは緊急避難にはあたらないが、正当防衛にあたるか否かが課題になる。本稿では、予防的観点からこれを否定し、正当防衛を認めない。ただし、行為者以外の関係者の固有にもつ法的保護に値すべき利益、すなわち不正攻撃者の利益保護の後退という原理、あるいは第三者の利益保護という原理は存在し続けるのでこの点を犯罪論で組み入れ正当な地位を与えるために、板倉宏博士が主張してこられている当罰性の観念を犯罪論で機能させることで、緊急救助型の偶然防衛⁶⁾を無罪と評価するのである⁷⁾。

3) 福田平・大塚仁『実例法学全集刑法総論』(新版、青林書院新社、1978年)131頁、大塚仁ほか『大コメンタール刑法』(第2版2巻、青林書院新社、1999年)(堀籠幸男・中山隆夫執筆)374頁。

4) 防衛の意思必要説に立つ判例も防衛の意思の内容につき、憤激して反撃を加えたからといって直ちに防衛の意思を欠くものとはいえない[最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁]、防衛の意思と攻撃の意思が併存している場合防衛の意思を欠くものではない[最判昭和50年11月28日刑集29巻10号983頁]とされ、最近では「専ら攻撃の意思に出た」場合にだけ[最判昭和60年9月12日刑集39巻6号275頁]、防衛の意思を欠くとしている。

5) 板倉宏『刑法総論』(補訂版、勁草書房、2004年)65頁以下。

6) 曾根威彦『偶然防衛』再論『刑事法学の新動向 下村康正先生古希祝賀』(上巻、成文堂、1995年)65頁以下。同・『刑法の重要問題(総論)』(第2版、成文堂、2005年)93~94頁。

7) なお、このような発想は、日本における正当防衛論の発達の理論史を検討された川端博教授の論考での指摘「自己の法益の保全については『自然権』および『緊急権』としての側面があり、他人の法益の保全については『緊急権』としての側面がある」に示唆をうけている。川端博「正当防衛権の日本の変容」『松尾浩也先生古希祝賀論文集』(上巻、有斐閣、1998年)232頁。

3 さて、防衛の意思必要説、不要説の対立は、かつては主観主義刑法理論、客観主義刑法理論の対立に対応するといわれ、主観主義刑法理論の退潮に伴い、最近では客観主義刑法理論のなかでの違法論の対立、すなわち行為無価値説、結果無価値説の対立に対応するといわれている⁸⁾。

しかしながら、現在の必要説、不要説の対応はかなり多様になっている⁹⁾。その様子を前田教授の分類¹⁰⁾を参考にして以下に示しておこう。

- (1)防衛の意思必要説 ①既遂罪 (行為無価値が存在する)
②未遂罪 (行為無価値は存在するが結果無価値が欠ける)
- (2)防衛の意思不要説 ①未遂罪 (法益侵害の客観的危険が存在する)
②無罪 (法益侵害が存在しない)

(1)が行為無価値重視の立場、(2)が結果無価値重視の立場であるとされる。詳しく見ると、そのほかに、秩序(法益)保全行為、法確証の原理など正当化根拠を合わせ考慮しながら必要説を説いている論者が多い¹¹⁾。人の行為が主観と客観の統合体であることを理由にする者もいる¹²⁾。結果無価値論の側から必要説を採る者もいる¹³⁾。

このように、偶然防衛の場合、行為無価値説による防衛意思必要説の立

8) 内藤謙『刑法講義総論』(中巻、有斐閣、1986年)343頁以下。

9) 平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』(日本評論社、1987年)136頁。

10) 前田雅英『刑法総論講義』(第4版、東京大学出版会、2006年)345頁。

11) 大谷實『刑法講義総論』(新版第2版、成文堂、2007年)287～288頁、川端博『刑法総論講義』(第2版、成文堂、2007年)350、353頁、西原春夫『刑法総論』(改訂版上巻、成文堂、1998年)239～240頁。

12) 大塚仁『刑法概説総論』(第4版、有斐閣、2008年)390頁、板倉・前掲註5)202頁、大谷實・前掲註11)287頁。

13) 佐伯千仍『刑法講義(総論)』(4訂、有斐閣、1981年)201頁、吉川経夫『刑法総論』(3訂補訂版、法律文化社、1996年)141頁など。

場では、既遂罪の成立を認めるのが一般的である¹⁴⁾。しかし、事後的に見れば、生じた結果は正当化されるので結果無価値を欠く行為であるから未遂罪であるとする見解も主張されている¹⁵⁾。他方、結果無価値説による防衛意思不要説の立場では必ずしも結果無価値説を採るから無罪と結びつくわけではなく、未遂罪であるとする見解も主張されている。

4 結果無価値説の立場

偶然防衛の場合、生じた結果は正当化されたが、行為も正当化されるか否かをめぐり無罪説、未遂罪説、二分説に分かれる。

無罪説・不要説が多数を占める¹⁶⁾。他方、未遂罪説は、不要説に立ちながら、偶然防衛は違法な結果は生じていないが、当該行為を分析すると一定の違法結果の発生する危険という結果は認められるから状況に応じて未遂罪(未遂処罰規定がなければ無罪となる)が成立するという見解である¹⁷⁾。

無罪説が結果無価値説をもっとも徹底した所説ということが出来よう。この立場に立たれる前田教授は違法性判断と有責性判断の峻別に意を注がれる。つまり、如何に強い非難がその行為者に向けられようとも、客観的な違法性のない行為を行ったにすぎない行為者には非難を向けるべきではないとする、「客観的違法性論」¹⁸⁾に立脚する。このアプローチのねらいは教授自身の要約によれば「そこからは、『素朴な当罰感情』を法的に洗練した判断、すなわち『責任非難は存するが違法性を欠く行為を不可罰とする

14) 福田平『刑法総論』(全訂第4版、有斐閣、2004年)158頁註(四)。

15) 中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣、1980年)136頁。当該犯罪の未遂処罰規定の準用と考えるのは、野村稔『刑法総論』(補訂版、成文堂、1998年)226、228～229頁。

16) 中山研一『刑法概説I』(第2版、成文堂、2000年)110～111頁、内藤・前掲註8)344頁、浅田和茂『刑法総論』(補正版、成文堂、2007年)229～230頁など。

17) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣、1975年)243頁。

18) 『新客観的違法性論』と対応させて使用している。「客観的違法性論」の立場は法を評価規範と決定規範に分け、評価規範に客観的に違反することが違法であり、決定規範に主観的に違反することが責任であるとする立場を言う。この立場によれば、行為の違法性は行為者の故意・過失、責任能力の有無とは関係なく、客観的に法秩序に矛盾する事態が生じた以上は違法となることを認める。大谷・前掲註11)237頁。

こと』も無理なく導き出される。犯罪理論は、一般に『悪い』とされる行為の中のごく一部を選別する道具に過ぎないのである。そして、その道具の1つである正当化事由は、決して誰にでも推奨できる行為のみを無罪化するのではなく、刑罰という峻厳な制裁に値する行為のみを選び出すためのものである」とされることに現れているだろう¹⁹⁾。

こうした立場から見ると、未遂罪説はそれが防衛の意思不要説に立つとはいえ素朴な当罰感情の呪縛から抜け出せない所論と評価されることになる²⁰⁾。

未遂罪説にたたれるのは平野龍一博士らである。所論は基本的に結果無価値説にたつのだが、生じた結果と行われた行為とを分け、それぞれにつき結果無価値の見地から違法性を評価する。すなわち、違法かどうかは客観的に決まるものであるとする点では前田教授と同じだが、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に過ぎないというのは「死体であるにもかかわらず、生きていると思ってピストルで撃った場合と同じである。この場合には、殺人の故意があったからといって殺人の『既遂』を認めることはできないであろう。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と思われる」とされる²¹⁾。博士は、不能犯論につき具体的危険説²²⁾に立たれるので、一般人のもつ当罰感情からまったく独立しているわけではなからう²³⁾。ただし、こうした不能犯の理論を持ち込む所論に対しては、同じく未遂説に立つ堀内教授から「ここで問題になるのは結果が発生している場合における行為の違法性阻

19) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会、1992年)150頁。

20) 前田・前掲註19)151頁。

21) 平野・前掲註17)243頁。

22) 平野・前掲註17)325～326頁。

23) この点で、西田典之、山口厚教授は、「具体的危険説」をとらず一線を画しておられるが、やはり未遂罪説で採られる基本的スキームは平野説と同じ方向を歩んでおられるように思われる。西田典之『刑法総論』(弘文堂、2006年)159、288頁以下、山口厚『刑法総論』(第2版、有斐閣、2007年)124、276～277頁。

却の問題であり、両者(正当防衛の成否と未遂犯の成否:筆者注記)を同一視することは妥当でない」とする批判が寄せられる²⁴⁾。おそらく、平野博士の発想には、攻撃者の殺害(既遂罪)につき結果無価値が否定されとしても、それは、違法な結果の実現する危険を生じさせた(未遂)という結果無価値までも否定されるわけではない。未遂罪としての結果無価値は、通常は既遂罪の結果無価値の評価の中に取り込まれているが、既遂罪としての結果無価値が阻却された場合に表面化するのであるという趣旨があるのであろう²⁵⁾。

こうした、未遂罪説も結果無価値説の側から有力に説かれる状況に堪がみるに、やはり法から『素朴な当罰感情』を完全に排除するのは困難なことだと評価することができよう。また、同時に、こうした無罪説、未遂罪説の理解に対して、最初に攻撃を加えてきた人に対して、後陣の憂き目にあった人は「客観的に正当防衛状況」が整っているのだから、正当防衛を行う権利が生じていると決断することもあるいは可能であろうが、しかし相互に全く同時に射撃がなされた場合にはやはり処理に困難が残されよう²⁶⁾。

ただし、以上の所論とはややスキームを異にする所論も最近説かれている。二分説と呼称される説である。所論は、結果無価値説を採れば必ず不要説に至る訳ではないことを示している点に独自性が存在する。これは、防衛の意思を法益に還元できるとする見解として紹介されているが²⁷⁾、実

24) 堀内捷三『刑法総論』(第2版、有斐閣、2004年)160頁。

25) 丸山雅夫「結果無価値論と行為無価値論」井田良・丸山雅夫『ケーススタディ刑法』(第2版、日本評論社、2004年)51~52頁。

26) 成瀬幸典ほか『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、2005年)(成瀬幸典執筆)168頁は、「双方の行為が『全く同時に』行われた場合、客観的には、それぞれの行為の正・不正は決定できないはずである」と批判を加えている。あるいはまた、先に反撃した者だけが客観的に防衛の効果をもつ行為をしたのだから、反撃に逢い、遅れて再反撃しようとしたが果たせなかった(果たさなかった)相手の行為は、もしその時点で遅れて現実には反撃していたとしても、先行反撃者の行為が既に終了している以上、防衛の効果を生じさせていないことから客観的に見て防衛行為をしていたとの評価には及ばないので、早い者勝ちを認めることはやむを得ない」と批評することも可能であろう。

27) 平川・前掲注9)137頁。

際には法益の要保護性に防衛の意思を還元できるとする所論であろう。

これは、自己防衛型偶然防衛について未遂罪説を採り、緊急救助型偶然防衛について無罪説をとる所論である。この第三者（Z）のための防衛行為の場合、論者である曾根威彦教授は、防衛の意思が欠けていても、正当防衛を認める。その理由として、「正当防衛は、緊急避難と対比したとき、利益衝突が『不正対正』の関係にあると特徴づけられるが、ここではその正当防衛の前提条件である『不正（Y）対正（Z）』の関係が維持されているのであって、XのYに対する反撃行為により、結果的にせよZの正当な利益が擁護されているのである。この場合、利益衝突が存在するのはY・Z間であって、Y・X間ではないから、Xに防衛意思が存在したか否か、したがってXの利益が法の保護に値する正当な利益であったかどうかはどちらでもよいことなのである」と説く²⁸⁾。つまり、この立場は、これまでの2つの立場（防衛行為者の法益の要保護性を評価する）と異なり、防衛行為の対象となった攻撃者が享有するはずの法益の要保護性、すなわち攻撃者の持つ利益が法によって保護されるべき法益に値するか否かを問うのである。自己防衛型の場合、攻撃者Yも反撃者Xもともにその享受する利益は法の保護に値しない「不正の利益」である。ゆえに、正当防衛の場合に当てはめられるべき準則である「不正対正」の関係は客観的に存在せず、「不正対不正」の関係だけが成り立つので正当防衛は成立しない。他方、緊急救助型の場合、攻撃者であるYと実際に救助されたZとの間には「不正対正」の関係が成立しているのでXに正当防衛を認めるというように、違法評価の視点を、防衛者そのものというよりも反撃を受けた攻撃者と実際の救助者との法益の要保護性の有無の関係を視点をずらして正当防衛を理解しようというのであろう。

かかる所論に対して、無罪説に立つ前田教授からは、自己防衛型につき正当防衛を肯定しないことは「手品に似ている。何故なら、偶然防衛は『不正』対『不正』であるとする前提自体が、その前提を用いて論証すべき偶

28) 曾根・前掲註6) 論文66頁。

然防衛行為が違法であるという結論を前提としているからである」、あるいはまた緊急救助型につき正当防衛を肯定することには「一方的に攻撃を加えたところ、被害者がたまたま第三者を殺そうとしているところだったため、客観的には防衛を行ったことになる場合は、被害者が防衛者自身を殺そうとしていた場合の偶然防衛に比し、どちらかといえば当罰性が高い。少なくとも…(中略)…正当化し易いとは絶対に言えないはずである」と反論する²⁹⁾。はたしてそうであろうか。むしろ、偶然防衛一般を正当防衛(無罪)と理解する、結果無価値説のほうに問題はありはしないか。すなわち、事後的にすべての事態が明らかにされた時点で、攻撃者の行為と防衛者の行為とを見た場合、いずれも法益侵害に向けられていた、といえる。防衛行為者の主観を捨象して考えると、攻撃者、防衛者いずれの法益も相互に急迫不正の侵害の危険にさらされていたのである。したがって、攻撃防御の先後関係が逆転していれば、すなわちともかく先に相手の法益を侵害した人が、結果的に「防衛者」という栄誉を与えられてしまう。すなわち、正当防衛論の帰趨はこと偶然防衛に関する限り、「早い者勝ち」に帰する³⁰⁾。問題は、それでもよい、とするのか、という決断の問題に収束するように思われる。

5 行為無価値説の立場

既遂罪説のほか、未遂罪説などに分かれる。いずれも、防衛の意思を必要とする。

我が国の行為無価値説は、結果無価値と行為無価値を折衷した行為無価値二元説である。この立場によれば、防衛の意思を主観的正当化要素として正当防衛の成立要件として認める。

防衛の意思なく行われた行為には行為無価値が存在する以上、既遂罪の違法性があるとする所説(逆にいえば、行為が正当化されれば生じた結果

29) 前田・前掲註19) 150頁。

30) 川端博『正当防衛権の再生』(成文堂、1998年) 187、195頁。

も正当化される)と行われた行為とそこから生じた結果とを切り離し結果は正当化されるので既遂罪とは評価せず行為無価値の存在する範囲で未遂罪が成立するという所説に分かれる。

わが国の行為無価値説は、その多くが結果無価値をも考慮する考え方をとる(二元的行為無価値説)。

結果無価値論者から向けられる批判は、「防衛の意思がないことを理由に正当防衛を否定する通説的見解は、防衛の効果を生じたという結果価値の側面を全く考慮しない点で、典型的な行為無価値論からの帰結である。・(中略)・行為無価値論は同時に結果無価値をも考慮するものであるともいわれながら、通説が、なぜこの場合に結果としての防衛の効果を切り捨てるのかという点が問われなければならない」³¹⁾とする。かかる批判に対して、板倉教授は「しかし、偶然防衛の場合、行為の相手方が死亡するとか傷害を負うといった結果無価値を生じていることをわすれてはならない」³²⁾という。もっとも、こうした反論に対して、しかし、曾根教授から「行為無価値論は、本来、人間の行為は主観と客観の全体構造をもつものであるということから出発して、行為の違法性も主観的違法要素(行為無価値)と客観的違法要素(結果無価値)とが合わさって初めて完成する、と考える見解であるから、反対に、主観的違法要素と客観的違法要素のいずれか一方でも欠ければ、行為は違法でなくなるのであって、偶然防衛の場合は、客観的には防衛行為が存在するのであるから客観的違法要素を欠き、本来であれば違法でなくなるはずである。ところが、行為無価値論者は、これを違法と解しており、結局、偶然防衛については主観的違法要素(行為無価値)だけで行為の完全な違法性(既遂)を決定しているのであって、そこにこの立場の問題性が露呈されているように思われる」とする³³⁾。

31) 中山・前掲註16) 118頁。

32) 板倉・前掲註5) 173頁。

33) 曾根・前掲註6) 論文67頁。

6 行為無価値説と結果無価値説との相克

行為無価値説を採る論者のうち、既遂罪説を採る論者の正当防衛観をみると、反撃する行為の他、「攻撃に対して反撃する意思」が備わらなければ正当防衛の観念には入らないということであろう³⁴⁾。大方の論者は、偶然防衛について「犯罪意思によって法益侵害行為を行い、法益を侵害したのにもかかわらず、偶然に防衛の結果を生じたからといって、違法性を欠き罪にならないといったことは、はなはだしく社会常識に反し、..(中略)..防衛の意思のない行為を防衛行為といわないのは、社会常識でもあろう」と評するのである³⁵⁾。これは、生じた結果も含んで行為と一体のものとして正当防衛を把握する見解といえよう。他方、結果無価値説に立つ場合には、行為から生じた結果から遡り行為の違法性を評価するものであるから、現に生じた結果が正当化されればそれで違法評価は決定する。さらに行為そのものの評価をする必要がなくなる論理であろう。

ところが、生じた結果と、現に行われた行為とを区別し各々についてその違法性を論じるアプローチに立つと以上とは様相が異なる。未遂罪説のアプローチである。

7 未遂罪説の意義

未遂罪説は、行為無価値説の立場からも、結果無価値説の立場からも主張され、奇しくも両説の説く結論が符合する。この未遂罪説を考えると、実は違法性論はそれぞれの立場で独自固有の所論なのではなくて、様々な違法モデルのバラエティーなのだということを知る³⁶⁾。

結果無価値説の立場からは、偶然防衛は、客観的には正当防衛が成立する状況の下でなされたのであることに相違はないのだから、結果無価値を欠き既遂として処罰することは許されないが、客体の不能の場合と同じよ

34) 参照、大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法総論』(有斐閣、1999年)(大谷発言)100頁、さらに、川端・前掲註11)353頁。

35) 板倉・前掲註5)173~174頁。

36) 日高義博『違法性の基礎理論』(イウス出版、2005年)72頁。

うに、未遂犯としての違法性、すなわち法益侵害の危険は残されていると考える。すなわち、偶然防衛の場合には、生じた結果の点については違法性が阻却され結果無価値は認められないが、防衛行為者の防衛行為の実行の着手時点に遡ると法益侵害の危険は認められるので、未遂としての結果無価値を肯定できるとする。その限りで、正当防衛の成立は否定される。これは、不能犯論における具体的危険説を採用することのアナロジーでもある³⁷⁾。

他方、同じく結果無価値説に立つ曾根教授は、自己防衛型の正当防衛の成否につき、防衛の意思（防衛の認識）を要求する。すなわち、自己の利益のための偶然防衛の場合、防衛意思の認められない人の法益は不正の法益と評価され、「不正」対「不正」の関係になり正当防衛の前提を欠くことになるが、相手方の法益も法の保護の対象外にあることから、違法の程度としては未遂の限度にとどまるとする。この場合、本来の未遂とは異なることから、これと区別するために、未遂規定の直接の適用ではなく、その準用と解釈する。

このような構成について、日高教授から、「防衛の意思があることではじめて正当な利益を擁護することになると考えることは、行為者の意思によって正当な利益か不正な利益かが決定されることになり、行為者の内心とは関係なく正・不正を客観的に決定しようとする方法論の観点からは、理論的整合性に欠けるように思われる」との批判が寄せられている³⁸⁾。

8 小 括

未遂罪説に見られるように偶然防衛の処理が必ずしも、違法本質論に結びつかないのは、個々の行為から具体的に生じる結果（法益の侵害）の正当化を論じるのではなく、もっと広い不法概念を想定して正当化の原理を論じる必要を示唆しているのではあるまいか。たしかに違法評価の原点は法益侵害に認められるべきではある。しかし、生じた結果について法益侵

37) 平野・前掲註17) 243、325頁以下。

38) 日高・前掲註36) 74頁。

害を評価するほかに、さらに広く違法評価の対象を捉える必要があるまいか。そこで、次に、犯罪評価と違法性の実質について若干掘り下げて考えてみたい。(未完)