

## 認識なき正当防衛について

著者	振津 隆行
雑誌名	金沢法学 = Kanazawa law review
巻	56
号	1
ページ	1-19
発行年	2013-07-25
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/35518">http://hdl.handle.net/2297/35518</a>

# 認識なき正当防衛について

振 津 隆 行

## 目 次

### はじめに

- I. 本問題の淵源——ビンディングの問題提起
- II. ビンディングの問題提起に対するその当時の諸見解の状況
- III. 当時のドイツ民法学界での動向
- IV. 防衛の意思——意図ないし動機と故意ないし単なる意思との区別
- V. 中間的帰結
- VI. わが国における判例・学説の状況
- VII. 認識なき正当防衛の問題解決

### 結 語

### はじめに

認識なき正当防衛（わが国で、いわゆる「偶然防衛」）につき、防衛意思の要否の問題、すなわち一方でこれを必要とした場合、必要説内部でその内容および法的効果につき、他方でこれを不要とした場合、不要説内部でその効果につき、従来から激論が闘わされてきており、現在でも未だ明確な解決に至っておらず、百家争鳴の観を呈し、まさに激論の渦中にあるとあってよい。

この問題は、違法論、ひいては犯罪論体系全体にわたる諸見解の対立が蟻集して顕現する問題であるだけに、より深刻な問題であるといつてよいであろう。

私自身も、研究の出発点からこの問題についての考察を企て数十年を閲するが、今回この問題に一応の決着をつけるべく企図し、その総決算を行おうとするのが本稿である。

では、かかる問題が元来どこから提起され、いかように展開され現在に至っているかにつき可能な限り明確にした上で、現在の私自身の見解を提示すべく筆を執った次第である。その際、私の従来からの見解をも含めて、その重複を畏れず、原点に立ち戻って論を進めることにしたい。

### I. 本問題の淵源——ビンディングの問題提起

私が探求したかぎり、「認識なき正当防衛 (unbewußte Notwehr)」という問題をそもそも最初に提起したのは、ドイツのカール・ビンディングである。彼は、1877年に出版したその主著『規範とその違反 第Ⅱ巻』<sup>(1)</sup>において、ここで関心のある議論を、以前の (früher) 故意ではなく行為の瞬間において存する故意のみが決定的たりうるという彼の命題に結びつける。その説明のために、彼はその当時の比較的近時の現実に生じた事件を修正した「興味深い法律事件」(有名なアルプレヒト事件とされているもの)<sup>(2)</sup>を挙げたのである。すなわち、

卓越した評判の若い彫刻家——名はアルプレヒト——は、彼の愛する母親が粗暴な継父によって永続的な非道い虐待を受けていることに心底から心苦しく感じていたが、ある夜、再び両親の寝室から喧騒が聞こえてきたとき、斧で継父を殺害しようと決意する。彼が灯りと手斧をもってその室に足を踏み入れるときに、彼は母親のベッドの上でひざまずいている継父を見、そして彼女に次のように大声でどなっているのを聞く。「さあ、お前を射殺してから、おれも死ぬ。殺してやる！」と。母親は、「射ちなさいよ。そしたらすべてが終るわ」と答える。そこで、その息子は「母親を救うために」それが正しい正当防衛の武器になることを認識しなかったところの凶器たる手斧をすばやく振り上げ、父親の頭を割ることで、彼の射殺を阻止する。これにつき、ビンディングは以

(1) *Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Zweiter Band, 1. Auflage, 1877, S.194 f.; ders., Bd. II, 1. H., 2. Auflage, 1914, S.611 f.*

(2) *Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Auflage, 1949, S.236 Fn.16.*

下のように考える。「このことを行う権限をもって母親を救うという意図 (Absicht) は、犯罪的故意を排除するのであり、アルプレヒトはそのことを認識する必要はない。彼がその室の薄暗がりのために、母親の危険な状態を全く気づかなかったが、依然として母親を救うためにまさに適時に父親を打ち殺したとするなら、既遂の謀殺が存しよう。かように密接に許される行為と最も重大な犯行とがしばしば相互に限界を画するのである」<sup>(3)</sup> と。

以上のところから、ビンディングは、「防衛意思」を客観的正当防衛の認識として捉えていること、またその欠如は既遂となること、さらに、既述のように防衛意思を故意、すなわち責任との関連で述べている点に注意しておかねばならない (もっとも、この期のビンディングは、主観的不法論者であったということも想起しておかねばならないであろう)<sup>(4)</sup>。

なお、その後の 1885 年のビンディングの『刑法ハンドブック』でも、客観的正当化状況の存在にもかかわらず、その意識 (Bewußtsein) ないし意思 (Wille) が欠けるときには、正当防衛権は与えられず、既遂犯が成立するという同様の指摘がなされているのである<sup>(5)</sup>。

## II. ビンディングの問題提起に対するその当時の諸見解の状況

ビンディングの問題提起とその解決を巡って、その当時様々な諸見解が提示された。

(i) 既遂論 「認識なき正当防衛」の解決につき、ビンディング同様の既遂論を採る者として以下のような論者がいる。

まず、ヘルシュナーは 1881 年の彼の教科書の脚注において、「正当防衛を行使できる状況にあることを知ることなしに、侵害し、殺害する者は、可罰的で

(3) *Binding, Normen*, Bd. II, 1. Aufl., S.194 f.; *ders.*, Bd. II, 1. H., 2. Aufl., S.611 f.

(4) 振津隆行『過失犯における主観的正当化要素の理論』(成文堂 2012 年) 30 頁以下等参照。

(5) *Binding, Handbuch des Strafrechts*, 1885, S.750 und dort Fn.66.

ある」<sup>(6)</sup>として、ビンディング説に賛同し、同旨の論者として、ハイツも既遂論者であったという指摘もある<sup>(7)</sup>。

(ii) 未遂論 ビンディングの設例の挙示の翌年(1878年)に、フォン・ブーリはビンディングの設例と結論を挙示して、「その息子は、なんといっても彼の行為は少なくとも客観的に正当化されるものであるから、謀殺未遂のかどでのみ要請されうるものであると、私はむしろ信ずるのである」として未遂論を表明しているが、それ以上の論拠は与えられていない<sup>(8)</sup>。

もっとも、その少し後(1909年)にビンディング説に同じく反論した、フォン・パールによれば、「正当防衛は、行為の判断に関して考察するために、行為者は違法な攻撃を防衛する意図(Absicht)をもって、すなわち、目的(Zweck)をもって行為すること、かくして、正当防衛状態の客観的存在が十分ではないということ——この問題を注目させたのはビンディングの功績である」<sup>(9)</sup>(傍点、原文隔字体)としながらも、フォン・パールは、かような防衛意思の問題は結局未遂の問題であり、そして前頁で実に逆の事例が誤想防衛に関するものであるとする。すなわち、誤想防衛にあつては、行為者は現在の違法な攻撃を回避しようという誤信に捉われていようことで客観的な正当防衛において行為するのではなく、他方、彼はここでは客観的に正当防衛の中にあり、しかし、「違法な故意」をもって犯罪を犯そうとするのである。だが、違法な攻撃を企てようとする者は、この攻撃のために、正当防衛を度外視して、防衛行為の中に存するであろうところの犯罪の不能な客体であろうということ、不能な客体につ

(6) *Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt, Erster Band, 1881, S.272 Fn.2.*

(7) *Heiz, Das Wesen des Vorsatzes im heutigen gemeinen Strafrecht, Diss. Strassb., 1885, S.36-37* (中 義勝『誤想防衛論』[有斐閣 1971年] 46頁以下、特に55頁以下、佐久間 修『刑法における事実の錯誤』[成文堂 1987年] 385頁注(1)参照)。

(8) *Maximilian von Buri, Abhandlungen aus den Strafrecht, Verursachung und unterlassene Verhinderung, Der Gerichtssarl Bd.29, Beilageheft, 1878., S.107.*

(9) *Ludwich von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band III : Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, 1909, S.206.*

いての未遂に関する諸原則が考慮され、そして、それにより、私見によれば行為者は不処罰(straffrei)となる、とされているのである。それ故、ビンディングの議論の結論には、全く同意しかねるのである、とされているのである<sup>(10)</sup>。

かように同じく未遂論に立っても、その未遂観の相違により、前者のフォン・ブーリは謀殺未遂による処罰を、後者のフォン・パウルは不能未遂による不処罰をそれぞれ主張していたのである。

### Ⅲ. 当時のドイツ民法学界での動向

当時のドイツ民法学界でこの「認識なき正当防衛」につき論議を初めたのは、ヴィルヘルムⅡ世時代の最大の法学者とみなされている、多方面で活躍したヨーゼフ・コーラー<sup>(11)</sup>であった。コーラーは、1906年の彼の教科書『民法教科書、第Ⅰ巻、総則』において、以下のような設例を挙げたのである。すなわち、「私が、私の仇敵と考えているある者を憎悪と復讐心から打ち倒し、そして、彼が私の生命を狙っていたということ、そして、私が彼を憎悪から打ち殺さなければ、彼が、私の生命を奪っていたであろうということが、事後的に初めて判明する」<sup>(12)</sup> というものである。

---

(10) v. Bar, a. a. O., S.206-207.

(11) コーラーについては、以下のような記事がある。「ヨーゼフ・コーラー(Josef Kohler, 1849-1919)。ヴュルツブルク、ベルリン各大学の教授を歴任した。ほとんど信じがたいほどの多くの業績をあげた多才な作家で(かれの息子アルトゥール Arthur による『Josef-Kohler-Bibliographie』1931、はすべての法領域にわたるほか、さらに歴史・哲学・美学の論文、詩、歌曲その他にわたって 2144 点を含む)、ヴィルヘルムⅡ世時代の最大の法学者とみなされた。コーラーの重要性は、とりわけ「無体財産権(『Deutsches Patentrecht』1878; 『Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht』1907; 『Kunstwerkrecht』1908)、就業規整法(『Der unlautere Wettbewerb』1914)、商標法(『Das Recht des Markenschutzes』1884)に関する研究にある。それらによって、かれはこれら法領域の近代的解釈学のための基礎をしいた。一般法史(Universalrechtsgeschichte)についてのかれの著作は、今日なお、少なくとも目標設定において必読とされる。」(クラインハイヤー・シュレーダー編 小林孝輔監訳『ドイツ法学者事典』(学陽書房 1983年) 158頁。

この設例を挙げる前文で、彼は正当防衛とは権利であり、実に権利行使の意味での権利である。正当防衛の行使は法律行為ではなく、法的行為でもなく、それはそれ故にまた、行為無能力者にも精神障害者にも権利があり、そして本設例のごとき「認識なき正当防衛」も正当防衛として否定することは不当なのだとして、これも正当防衛たりうるとして、防衛意思不要説の立場から本設例を挙げたのである<sup>(13)</sup>。

もともと、コーラーの本設例が挙げられた5年後(1911年)に、すでに民法学者フィッシャーにより反対説が主張されたのである。すなわち、彼によれば、「正当防衛は、権利行使として、少なくとも行使者の制限的な行為能力を必要とする。それが事情によっては否認へと導くであろうということは、認められるべきであるが、どうしてもなく背負わされねばならないものである。ただに正確な構成の実施がそのためにではなく、正当防衛は意識的に防衛の目的(Verteidigungszweck)に向けられていなければならないであろうことでそうなのである(vgl. oben S.138)。まさに、コーラー(BR. I S.208/9)において、認識なき正当防衛について持ち出された例は、ここで主張されている反対説の有利に宣伝されてもよからう。」<sup>(14)</sup>と書かれたのである。

この本文の中で、上記138頁を参照せよと書かれているが、ここでは拙著でも挙げたことであるが、確認的にフィッシャーの見解に言及すると、「シカネー禁止(=権利濫用の禁止)で不道徳な目的(Zweck)が違法性を喚起するように、正当防衛にあっても違法性を阻却するか否かにとり決定的なものは外部的事実ではなく、目的(Zweck)である。防衛の目的(Verteidigungszweck)が支配しなければならず、それは、たとい報復といった副次目的が存在しうるとしても、ま

---

(12) *Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 1906, S.208 f.*

(13) *Kohler, a. a. O., S.208.*

(14) *Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, S.215.*

さに正当防衛を排除することはないが、手段を神聖にする。しかし、旧怨からまたは単に復讐心のみから攻撃者を侵害し、または長く続く殴り合いのある段階で、まさに攻撃してきた相手を激昂して打倒する者は、正当防衛で行為するものではない<sup>(15)</sup> (傍点、原文隔字体) として、反対説が主張されていたのである。もつとも、その脚注(33)でも述べているように、通説は、防衛の目的の強調には明らかに相即するものではないと書かれており<sup>(16)</sup>、あくまでもフィッシャーの見解は異説であつて、その当時には防衛意思の不要説が支配的であり、そのことは刑法学界においても同様であつたのである。

#### IV. 防衛の意思——意図ないし動機と故意ないし単なる意思との区別

すでに 1917 年のケーラーの教科書において、防衛の意思に関し意図ないし動機と故意ないし単なる意思との間が区別されている。

ケーラーは、以下のような例を挙げている。リンゴを盗もうとする若者を、投石によって傷害する者は、正当防衛の限界内で行為するかぎり、防衛しようとする故意が違法性を阻却するのである。

これに対して、正当化する状況の認識があり、彼の権利を行使するが、それには何の権利も賦与しないような動機からする場合、この事例から区別すべきである。例えば、盗もうとする若者を、その企行を知つて、しかも正当防衛の限界内で、ただ彼が盗もうとする若者の父親に復讐しようとするためだけにのみ、その若者を傷害する者は、にもかかわらず、真の正当防衛ないし緊急救助において行為するのである。権利を行使するという単なる意思が正当防衛のために十分であり、そのために目指された意図(Absicht)はそうではない、と<sup>(17)</sup>。

ここで、すでにケーラーによって、防衛の意思は防衛の故意ないし単なる意思のみが重要であり、その意図ないし動機は何ら重要ではないとの区別がなき

---

(15) *Fischer, a. a. O.*, S.138.

(16) *Fischer, a. a. O.*, S.138 Fn.33.

(17) *August Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1917, S.288.



れているのである。

## V. 中間的帰結

「認識なき正当防衛」（わが国で、いわゆる偶然防衛）の問題を初めて提起したのは、1877年のビンディングの『規範とその違反 第Ⅱ巻』であった。その際、彼は有名なアルプレヒト事件を挙げて、既遂論を展開した。しかし、その翌年にフォン・ブーリが未遂論を主張し、その後やや降ってフォン・バルは、客体の不能に基づく不能未遂で不処罰としたのである。

他方、民法学界でも、コーラーにより1906年にビンディングと異なる設例が挙げられ、「認識なき正当防衛」も正当防衛足りうるとして、防衛意思不要説が主張された。これに対してフィッシャーは、コーラーの設例を挙げつつ「防衛の目的」が必要であるとして、反対説が主張されたのである。もっとも、その当時にはあくまでもフィッシャーの見解は異説であって、防衛意思の不要説が支配的であった。すなわち、「認識なき正当防衛」も正当防衛たりうるとするのがその当時の圧倒的な通説であり、防衛意思の不要説が支配的であった。

その直後の1917年のケーラーの教科書により、すでに防衛の意思の内容に関し意図ないし動機と故意ないし単なる意思が区別され、正当防衛成立のためには故意ないし単なる意思があれば十分であり、それを超過する意図ないし動機は不要であるとされたのである。

なお、その後のドイツにおける「防衛意思」問題の変遷について詳しくは、拙著で十分論じておいたので、それを参照していただきたい<sup>(18)</sup>。

## VI. わが国における判例・学説の状況

### 1. 「防衛意思」に関する初の判例

わが国において、「防衛意思」に関して初めて判断を下したのは、以下の大審

---

(18) 振津『刑事不法論の研究』（成文堂 1996年）191頁以下参照。

院判決である。すなわち、それは昭和11年12月7日の大審院判決（大判昭和11年12月7日刑集15巻22号1561頁）であり、その内容は以下のごときものである。

[事実の概要]

第二審は以下のように事実を認定した。

被告人は、昭和十一年三月二十二日午後一時頃、兵庫県赤穂郡相生町松ノ浦道路の南西、相生港岸壁において、X等と共に同所岸壁に繋留せる発動機船より道路工事用砂利の陸揚運搬作業に従事中Xが附近に居合せたる（朝）鮮人女Aに対し、卑猥な（朝）鮮語を以て揶揄したることより、同女の憤怒を買い、互に口論の末、Xは天秤棒を以てA女を殴打するに至りたるが、附近岸壁上に於て之を傍観し居たる被告人は、同人等の中に入り喧嘩を仲裁せんと試みたるも同人等が容易に肯ぜざりしを以て、前同所に引返したるところ其の間Xが前記発動機船に逃るや、A女は被告人に立ち向い来り突然被告人の胸倉を掴みたるを以て被告人は之に憤激し、同所に於てA女を海に向い突飛ばし、右岸壁より海中に墜落せしめ、因て同女に対し治療約四日間を要する海水嚥下による気管枝炎症を負わしめたるものにして、被告人は心神耗弱の状態に在りたるものなり。

弁護人は被告人の本件所為は正当防衛にして、然らずとするも過剰防衛なる旨主張したが、原審裁判所は、被害者A女の被告人に対する本件所為は、被告人及びA女の年齢、性別、体力の差異その他犯行当時の諸般の情況に関する被告人の当公廷における供述に徴するも、未だこれをもって急迫なる侵害とは認め難く、かつ被告人はA女より胸倉を掴まれ、これに憤激して判示暴行に出でたること被告人の当公廷における供述により明らかなるをもって、被告人の本件所為は判示不正の侵害を防衛する為出でたるものに非ずと認定するの外なく、被告人の判示所為には到底正当防衛の観念を容るるの余地存せざるものとす。果して然らば、正当防衛の程度を超過したりと主張する過剰防衛の成立をも認

むること能はざるや勿論にして、弁護人の弁疏は凡そ排斥を免れず、として、被告人の所為に対して、刑法第二〇四条を適用し、ただ被告人の心神耗弱に基づく軽減のみを認め、科料五円に処した（現在からみれば、民族差別等配慮すべき諸点があるが、あえて本件事案をより正確・明確化するため、原文に可能なかぎり従ったことを、予めお断りしておく）。

## 〔上告理由〕

論旨やや明確を欠くも、そのいわんとするところは、すなわち、原判決には擬律の錯誤がある。原判決によれば、本件被告人の行為は、急迫不正の侵害を防衛する為に出でたものではないと認定されているが、先ず(a)被害者女の当時の体力または当時の氣勢、同女の職業が、土方に類する仕事に従事しているものであること、およびXに掴み掛った状況等より見て、A女は同年輩の一般婦人と異なるものであることを認め得べく、それは急迫の侵害である。また、A女が被告人の胸を掴んで、突然飛懸ってきたのに対し、被告人は夢中で、どうにもならず反撃したこと、被告人は強度の精神耗弱者であったこと、被告人の所為は寧ろ仲裁しようとした道義的に賞讃されるべきこと等に徴し、原審が、何よりも急迫不正の侵害に対する防衛でないとしたことは、失当であり、それは被告人の心神を考慮せず、被告人を責むること甚だ酷、かつ急である。なお、(b)被告人が、憤激して、判示暴行に出たとの原審の認定は、真実に反する。A女が、被告人の胸倉を掴んだから被告人は癪に触り、何するぞと云って、A女を突飛ばしたところ岸壁にいたので、同女が落ちたままであり、積極的な加害の意思はない。(c)要するに、本件は正当防衛であり、刑法第三六条を適用すべきである。もし仮りに、それは過剰防衛としても、犯行の動機及び被告人の心神程度を考慮し、無罪または刑を免除すべきものである。もし仮りに、それは過剰防衛としても女が非常な勢で胸倉を掴み飛びかかった際、これを離すために相手を突くということは正に已むなき行為であり、しかも相手を突いた場所が海との距離僅に三尺五寸であり、その中間は大体一尺五寸五分のところをA

女が立っていたものであり、単に離すために押したが折悪しく地盤が海に向かって低くなっていたのとXの為に負傷したことを原因として海に落ちたものであって、刑法三六条を適用すべきものである、云々と。

[判決要旨]

A女は被告人に立向い来り、突然被告人の胸倉を掴みたるを以て云々なる原判示に依れば、A女が被告人の生命身体に対し急迫不正の侵害を加つつありたるが如き観あり。従って被告人の判示所為は急迫の侵害に対する正当防衛の過剰に非ずと説明したる原判決は其の形式妥当ならずと雖も、「元来刑法第三十六條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、之に対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と解するを正当なり」（原文旧字かな使いで句読点はないが、適宜これらを修正した）とする。

さて、本件で被告人は、XとA女との喧嘩を仲裁しようとしたのであって、Xが船内に逃れたのに対し、A女は被告人をXと同類の仲間と誤信して、急迫不正の侵害を加えたのであって、被告人はそれを認識して反撃したのである。そのことは、本判決にも示されているように、A女は被告人に立ち向い来り、突然被告人の胸倉を掴みたるをもって、A女が被告人の生命身体に対し急迫不正の侵害を加えつつありたるが如き観ありという本文でも示めされているのである。にもかかわらず、本判決は認識を超える憤激の情という、いわば動機・目的をもって防衛意思の欠如という点を捉えて、正当防衛を否定したものとかわざるをえない。この意味での「防衛意思」なるものは、まったく不要といえるものであって、本判決には重大な疑念が残るものといえよう。

## 2. 本判決の理論的基礎

昭和11年大審院判決が出されるその直前に、実務家草野豹一郎大審院判事は、その教科書『刑法總則講義 第一分冊』（昭和10年6月5日刊行）において、「惟ふに、規範違反乃至義務違反と云ふことが吾人の社會的共同生活の目的から判定せらるべきものなる以上、それは須らく客觀的に理解せられるべきであつて、主觀的に理解せられるべきではなからう。然し、さればと云つて行爲者の行爲を爲すに至つた動機原因までも全然無視して妨ないであらうか。私は正當防衛に關する刑法第三十六條の規定が『自己又ハ他人ノ權利を防衛スル爲メ』なる目的性を擧げて居ることや、他人を害する目的のみを以て權利を行使することが權利の濫用として違法なるものと解せられて居ることなどに鑑みて、行爲の動機原因を顧る意味に於て、行爲の違法性と云ふことに主觀的要素を加味して考へねばならぬと信ずるのである。學者の主觀的違法要素と呼ぶはこのことである。」<sup>(19)</sup>として、これはその後正当防衛の要件の叙述においても、以下のように述べられることになる。すなわち、「自己又は他人の權利を防衛する目的に出でたことを要するが故に、此の目的を缺くときは、正當防衛は成立しない。これ、私がさきに一言した如く、違法性を解するに行爲を爲すに至つた原因動機を考慮の中に入れねばならぬとした所以である。」<sup>(20)</sup>とされていたのである。

そして、昭和11年大審院判決は、この草野判事の教科書に沿う形で判示されたものといえよう。そして、わが国において正当防衛における「防衛意思」の問題が、初めて大いに議論・展開されるにいたつたのは、本判決を巡つてであった。

## 3. 本判決を巡る学説の対応

本判決の翌年（昭和12年）に、本件評釈として、時期的に挙げると、(1) 草

---

(19) 草野豹一郎『刑法總則講義 第一分冊』（南郊堂 1935年）99頁。

(20) 草野・前掲書109頁。

野判事の「刑法第三十六條と防衛意思」<sup>(21)</sup>、(2)瀧川幸辰博士の「正当防衛と防衛意志」<sup>(22)</sup>、(3)安平政吉博士の「正当防衛における『防衛意思』」<sup>(23)</sup>、最後にこれらの研究を総括して(4)牧野英一博士の「正当防衛と防衛意思」<sup>(24)</sup>があり、その翌年(昭和13年)に再度とくに牧野説に対し、(5)草野判事の「正当防衛と防衛意思」<sup>(25)</sup>がある。

先ず、(1)草野判事の評釈は、本判決について研究したいと思うのは、正当防衛が成立するためには、その行為が防衛の意思をもってなされたことを必要とするか否かの点であるとされる。そして、正当防衛における防衛行為が、主観的に防衛の意思をもってなされたことを要するのか、はたまた、客観的に不正の侵害に対する防衛と解せられることをもって足るかということであって、この点は、けだし、違法性一般に対する解釈いかんによって自ら結論を異にする とされる。すなわち、違法性を客観的に理解するにおいては、行為者の目的意思を問題としないとするが、違法性に主観的要素をも加味して理解しなければ ならないとする見解においては、行為者の目的意思を問わねばならないとする のである。そして、そこには、主観的違法論と客観的違法論の明白な混同がある が、草野判事によれば、行為者の主観的な目的意思を考慮する立場、すなわち主観的違法論が正当であるとして、本件判決をもって、わが意を得たものとしてその正当なることを確信する者である、とされているのである。

---

(21) 草野「刑法第三十六條と防衛意思」(『法学新報』47巻4号〔昭和12年〕116頁以下)同『刑事判例研究 第四巻』(巖松堂書店 1939年)26頁以下所収(なお、以下の諸文献の引用は後者に依る)。

(22) 瀧川幸辰「正当防衛と防衛意志」(『民商法雑誌』5巻4号〔昭和12年〕239頁以下)同『瀧川幸辰刑法著作集 第三巻』(世界思想社 1981年)290頁以下所収。

(23) 安平政吉「正当防衛における『防衛意思』」(『日本法学』3巻6号〔昭和12年〕62頁以下)同『責任主義の刑法理論』(酒井書店 1968年)421頁以下所収。

(24) 牧野英一「正当防衛と防衛意思」(『法学協会雑誌』55巻7号〔昭和12年〕141頁以下)同『刑法研究 第七』(有斐閣 1939年)374頁以下所収。

(25) 草野「正当防衛と防衛意思」(『国家試験』10巻23号〔昭和13年〕)同『刑事判例研究 第五巻』(巖松堂書店 1940年)248頁以下所収。

次に、(2)瀧川博士は、本判決につき、先ず正当防衛の本質は人間の自衛本能であり、正当防衛は、侵害が急迫であり違法であることは客観的に定められねばならない。このことは、犯罪要件としての違法性は客観的評価に服するということから導かれる。防衛行為者が侵害の違法性を認識すると否とに拘らず、違法は行為者の主観に反映するところと無関係に存在する。防衛行為の実質は眼前の攻撃に直面して咄嗟の間に反撃を加えるということであって、攻撃が違法であるか急迫であるかは、法律に基く客観的判断を待つべき事柄であるとする。本件において被告人は突然 A 女から胸倉をつかまへられ、憤激して A 女を突き飛ばし、岸壁から海中に落して傷害を与えたのである。A 女の被告人に対する攻撃が急迫の違法侵害——生命または身体に対する——であったかどうかの問題は客観的に定まる。しかし本件判決に対して、「防衛を為す意思」の意味が急迫の違法侵害についての認識を要するという意味であるとするれば、これは客観的に判断すべき急迫の違法侵害が防衛行為者の主観に反映することを要求するものであって、瀧川博士によれば、正当防衛の本質を誤解したことに帰着すると批判される。ただし、同博士によれば本件判決の結論は正しいが、説明が不十分であるとされているのである。以上が、同博士の本判決の批判的評釈の概要である。

さらに、(3)安平博士によれば、「防衛する為」という意義に関して学説上見解は二つに分れ、その一は行為者の主観において「防衛の目的」、または「防衛の意思」に出たことを要するものであり、他はかような目的ないし意思はなくとも、そのなされた行為事実を客観的に眺めて、それが結局、権利防衛に役立つ手段であったと認定されるかぎり、法文にいう「為め」にしたとする見解とがある。そして、安平博士によれば、犯人の主観的心理事実と関係のない客観的事実だけによって、本件のような刑責の分れる正当防衛の存否を論断することは無意義であると考えるので、この点原則として判示の見解に賛成であり、極端な客観的見解を排斥すべきものと考えるところとして本件判旨に賛同される。

もつとも、同博士はさらに続けて、本件の如きは、たしかに外見上では一種

の正当防衛のように見られるが、その内実は、むしろ「一種の責任阻却の事由」と考えられ、この意味と見地から、被告人には非難すべき責任性は肯定されないものとして、結局その刑法上の責任は否定するのが妥当ではないかとして、本件を「責任阻却事由」としての正当防衛論に問題の焦点を転換させているところに特色がある。

最後に、(4)牧野博士の見解であるが、前半は草野、瀧川、そして安平博士の見解のそれぞれの総括的な批判がなされており、その中でメツガーの挙げる「認識なき正当防衛」の例も挙示されており、そして結論的に、本件事案については、客観的に緊急行為としての関係が成立していたと仮定すれば、そこでは不正な事実が被告人の行為からは発生していないのである。ただ、被告人の意思には傷害罪の犯意が成立しているだけである。そうして、傷害罪には未遂罪が罰せられていないのであるから本件は傷害未遂であって、無罪とされるべきだとされる。もっとも、同博士によれば防衛意思の必要説に立ち、本件判旨には賛同するが、その故をもって当然傷害罪の既遂の成立を認めるのは不備があるとされているのである。

これらの翌年(昭和13年)、最も最後に再度(5)草野判事は、とくに牧野博士の批判に反論を加えた。その前半部分でメツガーの設例、すなわち、猟師が山中でその仇敵を射殺したところ、事後の審査の結果、もしその猟師がその行為に出なければ、却ってその仇敵によって射殺されるところであったということが確定したといった場合に、かかる場合になおかつ正当防衛が成立するとする見解に反対されたうえ、事例を変えて、仮りにその猟師がその仇敵を野獣と誤認して、狩猟の意思で過って射殺したような場合にも、正当防衛が認められねばならないであろうという批判を挙げられている。草野判事は、しかし果してそれでもよいであろうかとして、これをよく肯定することはできないとされる(もっとも、これは私見によれば、[業務上]過失致死未遂となるだけであって、不可罰となるにすぎない)。したがって、同判事によれば、牧野博士がドイツの純客観説を支持して、防衛者が防衛の意思を欠いたが故に、それを正当防衛に



非ずとすれば、法律は、その防衛者がその攻撃者から不正の侵害に服従せねばならぬことを希望しているものとせねばならぬであろうか、と反問されていることにも、承認することができないと再批判されているのである（もつとも、この草野批判も不当であり、牧野博士はすでに見たごとく、純客観説ではないのである）。

次に、後半部分では、草野判事の権利濫用論に対する牧野批判に対する反批判がなされているが、この問題は挑発防衛等の正当防衛権の限界の問題が論ぜられているので、本稿では割愛することにする。

#### 4. 補足的考察

以上みてきたように、正当防衛における「防衛意思」が判例で初めて問題となった大審院昭和11年判決は、草野大審院判事の見解に従って下されたものであり、本判決を巡って大いに「防衛意思」の問題が学説でも論ぜられるにいたったのである。

その後、戦後の最高裁判所判例でも、憤激・逆上しても防衛の意思は否定されないとした判例（最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁）や、防衛の意思と攻撃の意思が併存している場合でも防衛の意思を肯定する判例（最判昭和50年11月28日刑集29巻10号983頁）などが出されている。もつとも、これらも、少なくとも「防衛の意思」の存在を前提にしたものである。

以上見てくると、判例は大審院昭和11年判決当初から、「防衛意思」をアプリアリの前提として要求してきたものといえよう。

そこで本稿の本来の問題対象たる「認識なき正当防衛」についての本格的な議論を以下で論じようと思う。

#### Ⅶ. 認識なき正当防衛の問題解決

本稿のテーマである「認識なき正当防衛」の問題解決にあたっては、すでに古く拙著<sup>(26)</sup>で論じておいた2つの事例を区別するところから出発すべきであ

ろう。

(i) 行為者が不正の侵害を認識したが、防衛の意思以外で行為した場合

たとえば、Aが、森林の中で待ち伏せているBがCを狙って猟銃を構えているのを見かける。AはBにかねて恨みを含み、他日殺害しようと思っていたが、この機会に自らの恨みをはらそうと考えBを射殺する。それによってCは救われる。すなわち、本設例においては、Aは違法に攻撃しようとするBに対してCを救助するために必要な防衛の範囲において、緊急救助を行った場合である。その際、Aの行為の動機が防衛意思によってではなく、Bに対する憎悪と復讐心を満足せんがために、Bを射殺するわけである。本設例においては、すでに十分論じておいたようにAの行為は、正当防衛状況の認識はあるが、その行為動機が憎悪と復讐心によるものであっても、正当防衛（緊急救助）は肯定されなければならない。もし、これを正当防衛ではなく処罰するとなると、まさにAの心情だけで処罰することになり、きわめて不当なウルトラ心情刑法に墮するものということができ、本設例では処罰に必要な不法を欠くので、正当防衛が成立する事例と考えざるをえない。

(ii) 認識なき正当防衛の場合

これがまさに本稿のテーマであるが、ここでは、メツガーの設例を代表的なものとして挙げておく。すなわち、山中で猟者が、仇敵を射殺する。事後的に、もしその猟者が先んじてその挙に出なかったならば、かえって相手方から射殺されていたであろうことが判明する、といった事例である。

本設例を、わが国では「偶然防衛」と称し、防衛意思の必要説をとりながら、大方の諸家は、ビンディング同様殺人既遂の刑責を認めるのであるが<sup>(27)</sup>、他方で必要説に立ちながら、中 義勝博士のように結果無価値を欠くが、行為無価

(26) 振津『刑事不法論の研究』47頁以下参照。

(27) 例えば、大谷 實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂 2012年）283頁、川端 博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂 2013年）370頁、立石二六『刑法総論〔第3版〕』（成文堂 2006年）146頁を代表として挙げておく。

値が残存するが故に殺人未遂罪の責めを負わせるという見解もある<sup>(28)</sup>。もっとも、元々、果たして「防衛の意思」というのは正当防衛の成立のために必要であろうか。防衛意思といった、不明確な故意を超える主観的正当化要素を認めることには、疑念が残るのである。最早、ヴェルツェルに淵源する行為無価値・結果無価値なる対概念に翻弄されてこれを論ずる時代は終わってしまったのではなかろうか。不法の実質は、法益の侵害またはその危殆化である。しかして、「防衛意思」なるものを不要としても、法益侵害の危殆化という意味での未遂の成立を肯定しうるのではなかろうか。すなわち、殺人既遂という結果については、事後的・客観的には正当防衛により否定されるが、その結果発生以前の濃厚な結果発生の前危殆化という意味での未遂犯の成立は肯定可能であろう<sup>(29)</sup>。それ故、果たして「防衛意思」なる存在不明な要素を必要とするのではなく、これを不要としても未遂の成立は可能ではないかと考えるべきであろう。もっとも、不要説をとって、完全な正当化を認めないのは<sup>(30)</sup>、法益侵害という結果発生以前の濃厚な危殆化が存するがゆえに、これは肯定しえないものと思料される。

(28) 中 義勝『講述犯罪総論』(有斐閣 1980年)136頁。もっとも、中博士は具体的危険説の立場から未遂を認められるのである。なお、井田 良『講義刑法学・総論』(有斐閣 2008年)260頁も同旨。

(29) その意味で、山中敬一教授のいわれる「危険無価値」が残るという解決も一考に値しよう。山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(成文堂 2008年)465頁参照。なお、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣 1975年)243頁、西田典之『刑法総論〔第二版〕』(弘文堂 2010年)171頁、山口 厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣 2007年)124頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣 2013年)140頁。もっとも、この問題は更なる検討が必要な重要問題であり、筆者も今後の課題として設定している。

(30) 無罪説を採るのは、内藤 謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣 1986年)343頁、中山研一『刑法総論』(成文堂 1982年)281頁注(2)、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂 2007年)230頁を代表として挙げておく。

## 結 語

「認識なき正当防衛」については、故意を超える「防衛意思」なるものは不要であり、ただ、事後的・客観的には正当化されるが、その結果発生以前の濃厚な結果発生の危殆化により未遂が成立するものと考えられる。もつとも、未遂が処罰されるのは、重大な犯罪に限られるので、未遂犯処罰規定がない限り、不処罰になるものと思料される。このことは、過失犯についてもいえることであって、過失犯についても、防衛状況の単なる認識があれば足り<sup>(31)</sup>、「防衛意思」は不要であって、過失犯についての「認識なき正当防衛」は、通常過失未遂であり、不可罰な領域に止まるものといえよう。

[2013年3月28日脱稿]

---

(31) 振津『過失犯における主観的正当化要素の理論』133頁。