

．事実の概要¹

Xは、Aに対して毎日深夜普通自動車であの方に乗り付けクラクションを鳴らすなどの迷惑行為をはたらいた。そして、これに憤激したAから、運転席の窓越しに胸倉を掴まれて前後に揺さぶられて顔面や頭部を手拳で殴打されるなどの暴行を受け、さらに車外に引きずり出された。Xは、血相を変え攻撃を止めないAに対して狂気を感じ、バットを見せれば、これ以上暴力は振るわないだろうと威嚇のためにトランクの中から金属バットを持ち出した。Aはこれを見たことで、これ以降攻撃の意思を失った。しかしXは、これに対してAがなおも両手を挙げて近づいてきたので、なお攻撃を加えられると誤信し、素手のAに対し、その頭部などを金属バットで三回殴打し、加療2ヵ月間の頭蓋骨陥没骨折・脳挫傷等の重傷を負わせた。

．問題の所在

1. Aは、金属バットを見たことで攻撃の意思を失ったのにもかかわらず、Xは、これに対してAがなおも両手を挙げて近づいてきたので、なお攻撃を加えられると誤信し、金属バットでAを殴打しているという事情がみられる。つまり、本件は客観的には急迫不正の侵害がないにもかかわらず、X自身は主観的にそれがあるものと誤想して過剰な防衛行為に出たが、Aからの侵害行為に対する防衛の手段として過剰であったという誤想過剰防衛の事案であると考えられる。そこで、Xについて故意が阻却されないか、誤想過剰防衛において故意が阻却されないかが問題となる。
2. また、故意犯が成立するとした場合においても、Xは急迫不正の侵害があると誤信していることから非難可能性が減少し、36条2項が適用ないし準用され刑が減免されないか。36条2項における刑の任意的減免の根拠と関連して問題となる。

．学説の状況

1. 故意犯成否について

- A説：誤想過剰防衛は、急迫不正の侵害の誤認がなければ、過剰な防衛行為もなかったであろうから、誤想防衛の一種にほかならず、行為は全体として過失犯として構成するとする説（過失犯説）。
- B説：誤想防衛といえるのは誤って認識した不正の侵害に対して防衛行為が相当性を持つ限りにおいてのみであるとし、過剰な行為である以上故意犯が成立するとする説（故意犯説²）。
- C説：誤って認識した不正の侵害に対して行為者が防衛行為の過剰性を認識していた場合（狭義の誤想過剰防衛）には故意は阻却されないが、過剰性を認識していなかった場合には故意が阻却される。ただし行為が相当であると誤信したことに過失があれば過失犯の成立を認める説（二分説³）。

¹ なお、本件類似事案として、平成9年6月25日大阪高等裁判所の判決がある。

² 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（2007）成文堂293～298頁

³ 前田雅英『刑法総論講義〔第三版〕』（1998）東京大学出版会336～342頁

2. 36条2項における刑の任意的減免の根拠とその適用ないし準用について

- α 説：36条2項の刑の減免の根拠は恐怖、驚愕、興奮、狼狽などに基づく行為として責任が軽減されるからであるとし、誤想過剰防衛の場合も実際に緊急状況下にある場合と同様に、行為者に心理的急迫性が認められるときには責任が減少し36条2項を適用するという説（責任減少説）。
- β 説：36条2項の刑の減免の根拠は、急迫不正の侵害に対する防衛効果が生じた点で違法性が減少するためである。そのため、誤想過剰防衛の場合でもその急迫不正の侵害が客観的に存在しないのであるから、違法性が減少する前提を欠くがゆえ36条2項は適用しえないという説（違法減少説）。
- γ 説：36条2項の刑の減免の根拠は、行為者の心理的側面に目を向け責任が減少するとともに、急迫不正の侵害に対する防衛効果が生じた点で違法性が減少するためである。よって、誤想過剰防衛の場合には行為者の責任減少が通常の過剰防衛と実質的に異ならず、かつ過剰防衛における違法減少に類似した客観状況が存すれば36条2項の準用を認めるという説（違法・責任減少説）。

. 判例

東京地裁平成5年1月11日刑事第一部判決⁴

< 事実の概要 >

被告人Aは、自分に背を向けて立ち、Cらと話をしていた被害者Bの後ろを通り過ぎようとしたところ、Bが片足をひいて、向きを変えようとしたので、Bが自己を殴ろうとしているものと誤信し自己の身体を防衛する目的で隠し持っていた文化包丁で、Bの背後から、その背部を一回突き刺し傷害を負わせ失血より死亡させた。

< 判旨 >

「被告人は被害者からの素手による攻撃を誤信していたにもかかわらず、…文化包丁で被害者の背中を相当強く突き刺しており、この行為は被告人が誤信した急迫・不正の侵害に対する防衛行為としては、明らかにその程度を大幅に超えた行為であり、また、被告人自身自己の行為の意味を十分認識し、この点に錯誤はないから、誤想防衛として故意を阻却することはない。もっとも、いわゆる誤想過剰防衛に該当するが、…刑法36条2項を適用して刑を減免することはしない。」

. 学説の検討

1. 故意犯の成否について

- (1) まず、誤想過剰防衛の処理について故意犯が成立し得るかについて検討する。誤想過剰防衛とは、急迫不正の侵害がないのにそれがあるものと誤想して過剰な防衛行為に出た場合であり、防衛者について主観的に過剰性につき認識がない場合（二重の錯誤）と過剰性につき認識がある場合（狭義の誤想過剰防衛）に分けられる。
- (2) ア. A説は、行為者の主観面に着目すれば、完全に正当防衛の認識で実行している過剰性の認識がない場合では、行為者に故意非難を向けることはできず故意存在が否定されことについては問題ないように思われる。しかしながら、過剰性を認識していた場合も、過剰性を誤認していた場合

⁴ 判例時報 1462号 159頁

も、さらには、そもそも相当性を有していた場合もすべて同一に扱われることになり過剰性を認識していたことが評価されなくなってしまい A 説は妥当ではない。

イ．他方で、B 説によれば完全に正当防衛の認識で実行している過剰性の認識がない場合でも故意犯が成立することになる。過剰性の認識がない行為者の主観面に着目すれば、完全に正当防衛の認識で実行しているであり、その行為者に故意非難をむけることができず、それ故このような場合には故意の存在は否定されるべきであると解する。よって B 説も妥当ではない。

(3) 思うに、故意責任の本質(38条1項本文)は、当該行為が許されるかどうかという規範に直面しつつも敢えて実行行為に及んだことに対する道義的非難にあり、かかる非難を加え得る範囲において犯罪は成立する(責任主義)。

そして、正当防衛という違法性を基礎づける事実(急迫性、及び相当性(=過剰性)等)の誤認がある場合(二重の誤想防衛)は、一般に、規範の問題に直面することができないのであるから、道義的非難を加えることはできず、従って事実の錯誤として責任故意が阻却されると解すべきである。

もっとも、急迫不正の侵害の存在を誤認している場合であっても、同時に防衛行為の過剰性を認識している場合(狭義の誤想過剰防衛)には、過剰防衛自体は違法な行為であるから、当該行為が許されるかどうかという規範の問題に直面することも可能である。とすれば、かかる場合には、敢えて実行行為に及んだことに対する道義的非難を加えることは可能であり、責任故意は阻却しないと解すべきである。

この点で、C 説は、過剰性を認識していた場合も、過剰性を誤認していた場合も、さらには、そもそも相当性を有していた場合もすべて同一に扱われることになり過剰性を認識していたことが評価されなくなってしまうという問題も、過剰性の認識がなく完全に正当防衛の認識で実行している行為者に責任故意非難をむけることは妥当ではないという問題も解決することができる。

よって C 説が妥当であると考える。

2. 36条2項における刑の任意的減免の根拠とその適用ないし準用について

次に過剰性の認識があり故意犯が成立する場合や、過剰性の誤認につき過失があり過失犯が成立する場合、36条2項により刑の減免することができるかが問題となる。

α 説もしくは、γ 説によると典型的な誤想防衛の場合との刑の均衡を欠くという問題があり、妥当ではない。

そもそも 36条2項は1項を前提としており、その1項が「急迫不正の侵害」を要求している以上、2項においても必要であると解するべきである。よって、急迫不正の侵害がない場合に、心理的圧迫を根拠に 36条2項の適用を肯定する解釈は条文解釈として困難である。

したがって β 説が妥当である。

・本問の検討

1. 最初に、Xは金属バットを使いAの頭部などを三回殴打し、同人に対して加療2ヵ月間の頭蓋骨陥没骨折・脳挫傷等の重傷を負わせたことから人の生理的機能を害したといえ、かかるXの行為「傷害」あたる。また、「傷害」の構成要件の故意をもって行っていることから、Xの行為は、傷害罪(204条)の構成要件該当性を満たす。

もっとも、金属バットを見た際のAの「両手を挙げ」る行為は一般的に攻撃の意思を失ったときにする姿勢であり、また現にAも「攻撃の意思を失」っているから、客観的には「急迫」性はなくなるといえる。しかしXは、Aから「なお攻撃を加えられると誤信」して主観的には正当防衛のつもりで素手のAに対して、金属バットを用いるという過剰な反撃に出ている。ここでAは「攻撃の意思を失」い「両手を挙げ」ていることから、客観的には「急迫」性、及び相当性の要件を欠き正当防衛(36条1項)は成立しないが、かかるXの「急迫」性に対する主観的な誤信が責任故意を阻却しないかが問題となる。

まず、Xは、Aが金属バットを見て、それ以上攻撃の意思を失ったにもかかわらず「Aにより素手でなお攻撃を加えられる」と誤信し、素手のAに対し、その頭部などを金属バットで三回殴打している。ここで、XはAに「バットを見せればこれ以上暴力は振るわれないだろうと威嚇のために」金属バットを持ち出したのであって、すなわち、素手のAに対して金属バットを持つX自身が威嚇できる程に力的に優位に立つということは認識していたこと、また、金属バットであると認識しながら、それを素手のAに対する防衛として使用していることから、Xには過剰性の認識があったと言える。

とすれば、Xは、当該行為をなしてよいかどうかという規範に直面し、反対動機形成可能であったといい得るから、道義的非難を加えることも可能である。

従って、責任故意は阻却されない。

2. そして、36条2項が適用ないし準用され刑が減免されないかについてだが、本問において、Aは金属バットを見てこれ以降の攻撃の意思を失っているため、急迫不正の侵害が客観的に存在せず、違法性を減少する前提を欠くがゆえ、36条2項の適用はない。

よって刑の減免の余地はない。

・結論

上記検討により、Xは傷害罪(204条)の罪責を負う。

以上