

## I. 事実の概要<sup>1</sup>

Xは、K駅構内中央コンコースの階段に座っていたところ、見知らぬやくざ風の50歳くらいの男から同コンコース内の店舗で酒を飲ませてもらい、そのころ同所に来た男の知り合いと見られる35歳くらいのかやくざ風の男から外へ出ようと言われ手をひっぱられた。Xは長時間たくさんの酒を飲ませてくれたのは彼らに何か魂胆があり、蛸部屋にでも連れて行かれるのではないかと不安になり立ちあがらなかつたところ、若いほうの男から頭を小突かれたりした。2人は「すぐ戻ってくるからここにいる。」と言ってその場を立ち去った。Xは2日前に近辺地域で数人の男から殴られて所持金を奪われ、負傷をしたことを思い合わせ、2人の男が恐ろしくなり早く逃げ出さねばと考えたが、どこかから2人に見られている感じがし、逃げ出すのが見つければ殴られたり蹴られたりするに違いないと思ひ込み、コンコース外へ逃げるができなかった。

Xは、斜向かいの理容店から散髪バサミを見つけたため、咄嗟にこれを2人に襲撃された場合に対抗するための護身用にしようと思ひ、同店に飛び込んでこのハサミを勝手に持ち出し、懐に隠した。

## II. 問題の所在

本問において、行為者は「現在の危難」が存在しないのにこれをあると誤想し、「現在の危難」に対して避難行為を行ったが、たとえ危難が存在していたとしても避難の程度を超えている。このような誤想過剰避難の場合に、故意犯が認められるのか。そして、誤想過剰避難に37条1項ただし書が適用もしくは準用され、刑の任意的減免が認められるのかが問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 誤想過剰避難では故意犯が認められるかについて

甲説：故意犯説<sup>2</sup>

発生した事実につき故意犯が成立し、錯誤が避けえない場合は責任を阻却すると解する説。

乙説：過失犯説<sup>3</sup>

発生した事実につき過失があるときは過失犯が成立するとする説。

丙説：二分説<sup>4</sup>

過剰性の認識がない場合には行為者の認識内容は適法な事実なので故意を阻却するが、過剰性の認識がある場合には行為者の認識内容は過剰非難であり、したがって、違法性を基礎づける事実の錯誤があるので故意犯が認められるとする。

### 2. 誤想過剰避難に刑の任意的減免が認められるか

A説：違法減少説<sup>5</sup>

<sup>1</sup> 参考判例：大阪簡裁昭和60年12月11日。

<sup>2</sup> 大谷實『新版刑法講義総論〔追補版第二版〕』（成文堂、2005年）312頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第三版〕』（成文堂、2009年）298頁参照。

<sup>4</sup> 大谷・前掲298頁参照。

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』（東京大学出版会、2011年）395頁参照。

37条1項ただし書によって刑が減免されるのは違法性が減少している点にあるとし、誤想過剰避難においては刑法37条1項ただし書の適用も準用も否定する説。

B説：責任減少説<sup>6</sup>

37条1項ただし書の根拠を責任減少にあるとし、過剰避難は緊急避難ではない以上違法性が認められるが、緊急状態下で行ったので行き過ぎがあっても強く非難できないから、刑法37条1項ただし書の適用を肯定して刑を減免するとする説。

C説：違法責任減少説<sup>7</sup>

37条1項ただし書の根拠を責任が減少するとともに違法性も減少する点にあるとする説。

C1説：37条1項ただし書準用肯定説<sup>8</sup>

C説を採用しつつ誤想過剰避難においては37条1項ただし書の準用を肯定する説。

C2説：37条1項ただし書準用否定説<sup>9</sup>

C説を採用しつつ誤想過剰避難においては37条1項ただし書の準用を否定する説。

#### IV. 判例

盛岡地方裁判所一関支部判決 昭和36年3月15日<sup>10</sup>

〈事実の概要〉

平素から乱暴な行為をするAが、夜間羽目板を破って侵入してきたのに対し、自己及び妻の生命身体を防衛するため、妻及びAの母と共にAを取り押さえようとして、転倒させたうえ羽交い絞めにし、なおも押さえきれずに右腕を同人の頸部にまわして絞めているうちに、Aを死に至らしめた。しかし、被告人は、防衛に相当な行為をするつもりでいたのであって、よもやAに死の結果を発生させることはないだろうと考えていたことが認められ、死に至る程度まで強く絞めることについての認識をもっていたとは認められなかった。

〈判旨〉

「結果に対する故意責任を問うためには、それを齎した過剰と目される行為について行為者の認識、即ち犯意を必要とする。(中略)被告人に防衛の程度を超えて死の結果を齎したことについての過失責任を問うことは格別、これをもつて結果に対する故意責任を問うことはできない。」

#### V. 学説の検討

##### 1. 誤想過剰避難では故意犯が認められるかについて

- (1) まず、甲説は発生した事実につき故意犯が成立するとしているが、思うに、構成要件該当性を基礎づける事実を認識していても、同時に、違法性阻却事由を基礎づける事実が存在すると誤認して行為者には、自己の行為が違法であると判断する判断資料が全て提供されているとは言えず、したがって、行為者に故意非難を向けることはできないため、甲説は妥当ではない。<sup>11</sup>
- (2) 次に、乙説によれば、誤想過剰避難は第一の現在の危険の誤想がなければ第二の過剰避難行為も無かったであろうから、第一の誤認の点が行為全体について影響力を持ち、行為を全体的に把握すると過失犯的性格を持つとする。

<sup>6</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第三版〕』（東京大学出版会、2004年）251頁参照。

<sup>7</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第三版〕』（成文堂、2009年）308頁。

<sup>8</sup> 山口厚『刑法総論〔第二版〕』（有斐閣、2007年）196頁。

<sup>9</sup> 曾根威彦『刑法の重要問題総論〔補訂版〕』（成文堂、1996年）74頁。

<sup>10</sup> 下級裁判所刑事裁判例集3巻3・4号252頁。

<sup>11</sup> 塩谷毅『刑法判例百選I総論〔第六版〕』（有斐閣、2008年）67頁。

しかし、この説によれば過剰性について認識のある場合にまで故意犯が否定され過失犯が成立する事になるが、それでは現在の危難が実際に存在する通常の過剰避難の場合に故意犯が成立する事との間に不均衡が生じてしまい、妥当ではない。<sup>12</sup>

(3) 思うに、故意責任の本質は規範に直面して反対動機の形成が可能であるにもかかわらずあえて犯行に及んだ反規範的態度に対する道義的非難にある。

そして、たとえ違法性を否定する事実を誤認識していても、過剰性の基礎となる事実については認識していた場合には、その点でなお規範に直面し反対動機の形成が可能であったと言え、責任故意が認められると解する。

他方、過剰性の基礎となる事実について認識していなかった場合には、規範に直面しておらず反対動機の形成が不可能であったといえ、責任故意が阻却されると解する。

(4) よって、丙説が妥当であり、検察側は丙説を採用する。

## 2. 誤想過剰避難に刑の任意的減免が認められるか

(1) まず、A説によれば、過剰避難は現在の危難に対して行為し、ある程度の利益を保全するものである以上、違法性が減少するとする。

たしかに、この説によれば惹起した法益侵害について、それが防衛行為としてなされた場合には、そうでない場合と比べて違法性が減少し、刑の減輕を肯定する理由が生じることを指摘する点においては妥当である。しかし、過剰な結果だけをとれば完全な犯罪が成立しているにもかかわらず、刑の免除まで可能とされていることを説明することが困難であると思われるため妥当ではない。<sup>13</sup>

(2) 次に、B説は、過剰避難における刑の減免根拠を、緊急状態の故に恐怖、驚愕、興奮、狼狽等による心理的異常状態に陥り、それが動機となって避難の程度を超えてしまったのだから非難可能性が減少すると説明する。

しかし、専ら心理的圧迫状態のみに着目するなら、過剰避難と誤想過剰避難の区別がなくなってしまう、かつ、典型的な誤想防衛の場合に現在の危難の誤想到過失があれば過失犯として処罰され、刑の減免の余地がないこととの均衡上問題が生じてしまう。

したがってB説は妥当ではない。

(4) 過剰避難はある程度の利益を保全するものである以上違法性の減少が認められるとともに、恐怖などの異常な心理状態のもとで行われたものとして期待可能性も減少している。

したがって、C説が妥当である。

(5) C1説は誤想過剰避難においても責任の減少が認められる以上、37条1項ただし書を準用して刑を減免できるとするものである。

しかし、典型的な誤想避難の場合に刑の減免が認められないこととの均衡を欠いてしまう。

思うに、誤想過剰避難においては違法性の減少が存在しないことを重視し、誤想避難との刑の均衡を考慮すれば37条1項ただし書の準用は否定されるべきである。

(6) よって、C2説が妥当である。

(7) 以上より、検察側はC2説を採用する。

<sup>12</sup> 塩谷・前掲 67 頁。

<sup>13</sup> 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(有斐閣,2009年)134頁。

## VI. 本問の検討

1. Xが理容店の散髪バサミを盗んだ行為につき、窃盗罪(235条)が成立するか。
2. (1) Xが理容店の散髪バサミを勝手に持ち出し、懐に隠した行為は、「他人の財物を窃取した行為」といえる窃盗罪の構成要件に該当する。
  - (2) しかし、本問において、Xは、コンコース外へ逃げ出すのが見つければ2人の男から暴行を受けるものと思い、その際に対抗するための護身用としてハサミを盗んでいるため、正当防衛(36条1項)が成立しないか。この点、理容店は第三者であり侵害を直接行っている者ではないから、正当防衛は成立しない。

それでは緊急避難(37条1項)が成立しないかが問題となるも、2人の男から暴行を加えられる状況はなく「現在の危難」は存在していないため、緊急避難も成立しない。
3. もっとも、本問においてXはコンコース外へ逃げ出すのが見つければ2人の男から殴られたり蹴られたりするものと思い込んでおり、「現在の危難」が存在するものと誤信している。
  - (1) そこで、このような違法性阻却事由を基礎づける事実が存在すると誤信している者に故意犯が認められるといえるかが問題となる。
  - (2) この点について、検察側は丙説を採用するため、過剰性の認識が無い場合には行為者の認識内容は適法な事実なので故意を阻却するが、過剰性の認識がある場合には行為者の認識内容は過避難であり、したがって、違法性を基礎づける事実の錯誤があるので故意犯が認められると解する。
  - (3) 本問において、2人の男はその場を立ち去っており、どこかから見張られているというのもXの思い込み過ぎない。そして、場所が駅の構内であり、店舗や理容店も営業している時間であることから考えれば、当時人通りも少なくはないだろうし、現場には男以外にも他に人が居たと思われるため、店の人や通行人に警察に連絡してもらって救助を求める余裕があったと考えられる。にもかかわらず、2人の男からの逃避可能な方法を探そうとしておらず、護身のための道具しか探していない。このように理容店から散髪バサミを持ち出す行為以外の方法をとることが現実的に可能であったといえるから補充性を欠く。

また、Xは見張られていると思い込んでいるため、駅から逃げ出すという方法をとることは期待できなかったとしても、2人の男は一旦その場を立ち去っていることからすれば、Xとしても誰かに助けを求める現実的な可能性を認識していたと考えられる。したがって、理容店の散髪バサミを盗取することより他に避難の方法がないと思っていたわけではないと認められるため、過剰性の認識があるといえるため故意は阻却されない。
  - (4) 以上より、Xには窃盗の故意が認められるため、Xに窃盗罪(235条)の故意犯が成立する。
4. もっとも、Xに窃盗罪が成立するとして、37条1項ただし書を準用もしくは適用し、刑を任意的に減免することはできないか。過剰避難についての規定である37条1項ただし書を誤想過剰避難の場合にも準用できるかが問題となる。
  - (1) この点について、検察側はC2説を採用するため、誤想過剰避難においては37条1項ただし書の準用を否定する。
  - (2) したがって、37条1項ただし書を準用しえないため、Xの刑は任意的に減輕・免除されない。
5. よって、Xのかかる行為につき、窃盗罪(235条)が成立する。

## VII. 結論

上記検討により、Xは窃盗罪(235条)の罪責を負う。

以上