

I. 事実の概要

被告人 X は、来日して 7 年程の、日本語に対する理解力が未だに十分でない英国人であり、空手三段の有段者である。X は、午後 10 時頃、酒に酔った B 女と A を発見した。A が B 女を押したり引っ張ったりしている様子から、X は B 女を助けなくてはならないと思い、「やめなさい、レディですよ」と言って近寄った。その時、B 女が「ヘルプミー、ヘルプミー」と何度も叫んだため、X は A に向き直り B 女を守るべく体勢を整えた。すると A が左足を右足よりも少し前に出し、胸の前で両手を拳に握って構える、いわゆるファイティングポーズのような姿勢をとった。X は、A が自己及び B 女に対して攻撃をしてくるものと判断し、自己及び B 女の身体を守ろうと、A の顔面付近に当てるべく、空手技である回し蹴りをして、それにより A を路上に転倒させ、頭蓋骨骨折等の傷害を負わせた。その後 A はかかる傷害による脳挫滅により死亡した。

II. 問題の所在

本問において、行為者は、急迫不正の侵害があると誤想して、「急迫不正の侵害」に対して防衛行為を行ったが、仮に急迫不正の侵害があったとしても防衛の度を越えている。このような誤想過剰防衛の場合に故意犯は認められるか。そして、誤想過剰防衛に 36 条 2 項が適用もしくは準用され、刑の任意的減免は認められるのかが問題となる。

III. 学説の状況

1. 誤想過剰防衛では故意犯が認められるかについて

甲説：故意犯説¹

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

乙説：過失犯説²

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³

行為者に過剰性の認識がある場合、行為者は防衛行為の違法性を基礎づける過剰事実を認識しているから、故意は阻却されず、故意犯が成立する。

一方、行為者に過剰性の認識がない場合、違法性を基礎づける過剰事実についての認識が欠けるから故意は阻却されるが、過剰性について認識可能性があることを前提として過失の誤想過剰防衛が成立する。

2. 誤想過剰防衛に刑の任意的減免が認められるか

A 説：責任減少説⁴

36 条 2 項の刑の減免根拠を、急迫不正の侵害に対し反撃行為に出る者は緊急事態ゆえ、恐怖・驚愕・興奮・狼狽などの異常な心理状態に陥り、それが動機となって防衛の度を越えたことに対して非難可能性が減少することに求める。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（成文堂、2009年）298頁。

² 大谷・前掲 298頁参照。

³ 中山研一『刑法総論』（成文堂、1986年）285頁。

⁴ 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）161頁。

誤想過剰防衛においても、行為者が恐怖心等の異常な心理状態にあることを理由に、行為者の責任減少は通常の過剰防衛の場合と異なるところがないとして、刑の減免を認める。

B 説：違法減少説⁵

36 条 2 項の刑の減免根拠を、防衛の過剰性があるといえ、急迫不正の侵害に対して行為し、ある程度の利益を保全した以上、違法性が減少することに求める。

正当防衛状況が存在しない場合には違法減少は生じないので、誤想過剰防衛のうち、狭義の誤想過剰防衛については刑の減免を認めることはできない。

もっとも、広義の誤想過剰防衛については 36 条 2 項の適用が認められ、刑が減免される。

C 説：違法・責任減少説⁶

36 条 2 項の刑の減免根拠について、過剰防衛は、正当防衛の「防衛の程度を越えた」場合だから、自己又は他人の利益を維持したという違法減少面が考慮されていることは否定できないが、他方、過剰防衛が「情状により」刑の減免の可能性を認めているのは非難可能性としての責任が減少するからであるとする。

したがって、広義の誤想過剰防衛の場合、違法性が減少しているので 36 条 2 項が適用され、刑の減免が認められる。他方、狭義の誤想過剰防衛の場合には、急迫不正の侵害が存在しない以上、客観的違法性減少が全くないので、刑の免除までは認められない。もっとも、責任の減少が存在することも否定できない以上、減輕を全く認めないことも不都合である。よって、一定程度以上の責任減少があれば、同条項を準用して刑の減輕は認められる。

IV. 判例

東京地方裁判所判決 平成 5 年 1 月 11 日判決⁷

〈事実の概要〉

被告人はビル 6 階クラブ店内において、C らと話をしていた 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、と同時に同人に対する憤満の情が高まり、殺意をもって、上衣ポケット内に持っていた文化包丁で同人の背中を一回突き刺し、よって同人を死亡させた。

〈判旨〉

誤想過剰防衛の成立と刑の減免について、被害者が被告人に殴りかかる気配すらないのに、殴られると考えた被告人の判断は軽率であるが、被告人は急迫不正の侵害が存在するものと誤信していたと認めるのが相当である。また、被害者から殴られるのを防ぐためと、憤満の情から当該行為に及んだのであるから、防衛の意思も認められる。しかし、防衛行為の程度を大幅に越えた行為で、かつ自己の行為の意味を十分認識していたことから、誤想防衛として故意を阻却することはない。いわゆる誤想過剰防衛に該当するが、刑法 36 条 2 項を適用して減免することはしない。

V. 学説の検討

1. 誤想過剰防衛では故意犯が認められるかについて

(1) まず、甲説は誤想防衛を違法性の錯誤とする厳格責任説を前提に、違法類型としての構成要件該当事実を認識している以上は故意が認められ、ただ当該行為が禁止されているにもかかわらず許さ

⁵ 町野朔『誤想防衛・過剰防衛』（警察研究 50 巻 9 号）52 頁。

⁶ 前田・前掲 447 頁。

⁷ 判例時報 1462 号 159 頁。

れていると信じたことは違法性の錯誤であり法律の錯誤にすぎないから、責任故意は阻却されないため誤想防衛とはならず、故意犯として過剰防衛が成立するとしている。しかし、急迫不正の侵害が存在し、その防衛のため相当な行為をするつもりで誤って不相当な防衛の程度を超える行為をしてしまった場合には、行為者は行為の違法性を基礎づける過剰な事実を認識することなく防衛行為を行ったのであり、かかる場合に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。

- (2) 次に、乙説は違法性阻却事由の錯誤としての誤想防衛の一形態として責任故意を阻却し、過失犯のみが成立するとしている。しかし、行為が過剰である点について認識がある場合、違法性を基礎づける事実を認識していることになるから、故意犯の成立を否定することはできないだろう。また、誤想過剰防衛について、防衛の程度を超えたことに認識がある場合にも過失犯が成立するとすると、誤信に基づかない通常の過剰防衛が防衛の程度を超えたことの認識がある場合に故意犯が成立することと対比して不均衡である。

したがって、乙説も妥当ではない。

- (3) 従来、いわゆる誤想過剰防衛と呼ばれる事案の性質について、過剰防衛(甲説)か誤想防衛(乙説)かという二者択一の議論がなされていた。

しかし、誤想過剰防衛とは誤想防衛と過剰防衛とが競合する場合であり、その性質について二者択一的な議論をして解決を図ることは妥当ではない。したがって、誤想過剰防衛の独自性を認めるべきである。

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していても、過剰性の基礎となる事実について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いえ、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. 誤想過剰防衛に刑の任意的減免が認められるか

- (1) まず、A 説では誤想防衛の場合に誤想したことに過失があり、過失犯として処罰される場合には刑の減免の余地がないにもかかわらず、誤想過剰防衛の場合には刑法 36 条 2 項が適用され、刑が減免されるとするのは、量刑の均衡を欠き、妥当でない。

また、過剰防衛を肯定する際に、心理的圧迫状態を生じさせる「急迫不正の侵害の認識」が決定的な意味を有するところ、現実には急迫不正の侵害が存在しないのに、その存在を信じた誤想過剰防衛との区別がつかなくなり、A 説では両者の違いが理論構成に反映されていない点に問題があるといえる⁸。

さらに、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は否定できないといえる。

よって、検察側は A 説を採用しない。

⁸ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2010年)133頁。

(2) そして、B 説では、狭義の誤想過剰防衛に該する場合につき、全面的に刑の減免の可能性を閉ざしてしまうこととなるので、合理的でない⁹。

また、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、違法性の減少により説明することは困難である¹⁰。

よって、検察側は B 説も採用しない。

(3) 次に、C 説について検討する。そもそも、狭義の誤想過剰防衛の場合には、客観的違法性の減少がない以上、刑の免除まで認めるべきではない。しかし、主観的には全く同じ事情を認識しており、また、ある程度の利益を保全するためのものである以上、違法性の減少を考慮する必要がある。そして、異常な心理状態のもとで行われたものとして非難可能性が減少し、責任の減少が存在することも否定できないため、誤想過剰防衛は責任の減少と違法性の減少を根拠として、刑を減免すべきである。

したがって、違法性と責任の減少を根拠として、広義の誤想過剰防衛の場合には 36 条 2 項を適用し、刑が減免され、狭義の誤想過剰防衛の場合には一定程度以上の責任減少があれば、同条項を準用して刑の減輕は認められるとする C 説が妥当である。

よって、検察側は C 説を採用する。

VI. 本問の検討

1 本件において、X が A に対して回し蹴りを行い、A を死に至らしめた行為に、傷害致死罪(205 条)は成立しないか。

2(1) 本問では、X は、A に対して顔面付近を狙って、回し蹴りという実行行為を行い、A 死亡という結果が発生している。また、X は、回し蹴りによって、A を路上に転倒させた結果、頭蓋骨骨折等の傷害を負わせ、その後かかる傷害による脳挫滅によって A が死亡しているので、実行行為と結果との間に因果関係が存在する。そして、暴行の故意も存在する。

(2) 以上より、傷害致死罪の構成要件に該当する。

3(1) もっとも、X は、自己及び B 女の身の安全を守る意図で、A に対する当該行為を行なっているため、正当防衛(36 条 1 項)として、違法性が阻却されないか問題となる。

(2) この点、A は、X に対してファイティングポーズのような姿勢をとっただけであり、法益侵害の存在、或いは法益侵害が間近に迫っているとは見受けられないため、「急迫不正の侵害」は存在しない。

(3) したがって、X の当該行為に正当防衛は成立しない。

4(1)(ア) しかし、X は、A による「急迫不正の侵害」が存在すると誤認した上で、当該行為を行なっている。また、X は回し蹴りによって A を死亡させているものの、A による「急迫不正の侵害」が存在すると誤認した上で、当該行為に及んでいる。そこで、X は主観的には正当防衛を行っているといえるとして、いわゆる誤想過剰防衛の問題と考えられ、違法性阻却事由の錯誤により、責任故意が阻却されないか。

(イ) そもそも、故意責任の本質は、規範に直面し、反対動機が形成可能であったにも関わらず、あえて行為に及んだことに対する道義的非難をいう。したがって、規範に直面していなければ、反

⁹ 伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社, 2010 年)200 頁。

¹⁰ 山口・前掲 134 頁。

対動機が形成できず、非難を向けることができない。

本問の場合においては、行為者の主観面において、違法性阻却事由たる正当防衛が成立しているなら、規範に直面していると言えない。以下、Xの主観面において正当防衛の成否を検討する。

(2)(ア) 本問において、Xは、ファイティングポーズのような姿勢をとったAを見て、攻撃してくるものと判断しているため、「急迫不正の侵害」の存在を認識している。

(イ) また、Aによる攻撃から、自己及びB女の身体の安全を守ろうとする意思をもって行為に及んでいるため、防衛の意思が認められる。

(ウ) そして、Xは回し蹴りという防衛行為に及んでいる。当該防衛行為に及ぶにあたり、XはAによる「急迫不正の侵害」に対して、自己及びB女の身体の安全を守るためには必要な行為である判断していると言える。

(エ) ここで、Xは、空手や柔道などの武道に精通し、空手3段を取得する有段者であった。回し蹴りは一撃必殺とも言われる空手の攻撃技の一つで、命中すれば、たとえ相手がXと同じ有段者であったとしても、相当の損傷を与える危険性を含んでいるものと言える。ましてや、武道の心得がないAに対して回し蹴りを行うことは、有段者に対して行う場合よりも遥かに危険性が高い。さらに、XはAの顔面付近を狙っているが、顔面が人体の枢要部である脳に極めて近い点に鑑みて、顔面へ回し蹴りを行うことが脳へ影響を与えかねない程危険であったと言える。

空手の有段者ともあるXが、これらの事情を認識していないとは到底考えられないため、Xは当該行為が相当性を欠く行為であることについて認識していた。

(オ) 以上から、Xの主観面において正当防衛は成立していないため、違法性阻却事由の錯誤は認められず、責任故意は阻却されない。

(3) したがって、本問におけるXは、「急迫不正の侵害」があると誤認し、かつ防衛行為は相当性を欠き、過剰なものと言えるため、いわゆる誤想過剰防衛といえることができる。ここで、誤想過剰防衛に故意犯が成立するのか、過失犯が成立するのかが問題となるが、この点検察側は丙説を採用し、検討を加える。

本問において、Xは、前述の通り防衛行為の過剰性について認識しているため、Xの当該行為について誤想過剰防衛の故意犯が成立する。

5(1) では、本問において、36条2項の準用はあるか。

(2) この点、検察側はC説を採る。

(3) 本問では、Aはファイティングポーズのような姿勢をとっただけであり、Xに対する「急迫不正の侵害」は存在していないため、違法性の減少は認められない。もっとも、Xは、Aによる「急迫不正の侵害」が存在すると誤認しているが、自身の防衛行為の過剰性を認識しているにもかかわらず、当該防衛行為に及んでいるため、36条2項の準用を認めるほどの責任減少は認められない。

(4) 以上より、本問において、36条2項の準用は認められない。

6 よって、Xには傷害致死罪(205条)が成立する。

VI. 結論

Xは傷害致死罪(205条)の罪責を負う。

以上