

## I. 事実の概要<sup>1</sup>

被告人 X は、A 女と婚姻し一緒に暮らしていたものであるが、かつて交際していた男性とホテルに行くなどした同女の素行に不満を抱き、同女と離婚すると言い出した。同女はこれを引き止めようとして包丁を自分の首辺りに突き付けて自殺する素振りを示し、X が同女を制止するなどして争い、この間、X が自室から飛び出し最寄りの交番へ離婚の相談に赴き、これを追って同女も同交番へ赴き、ともに警察官からなだめられ助言を受けて再び同室に戻ったりしたが、このような争いが朝まで断続的に繰り返されているうち、同女はマンション 3 階の自室内からベランダへ出て行こうとした。これは X の気を引くために飛び降り自殺の素振りを見せたものであって同女に真実自殺する意図はなかった。しかし X は同女がベランダへ行くのを見るや、同女が本気で自殺を図っているものと感じて、これを制止しようとした。その際、X は同女に対する憤激や安易に自殺に走ろうとする同女への苛立ちの感情があったこともあって、自殺を制止するのにやむを得ない程度を超え、同女の両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加え、よって同女に対し頭部打撲を負わせ、四日後入院先の病院において、同女を右傷害に基づく頭蓋内損傷により死亡させたものである。

## II. 問題の所在

本件被告人 X の当該所為につき傷害致死罪(刑法 205 条)が成立するかを検討するにあたり、A 女に自殺する意図があると誤信し、かつ、自らの有形力の行使が避難行為としての相当性を欠くことを認識していたという X の主観的事情が同罪の成否に影響をあたえるか否かが問題となる。

現在の危難が存在しないのに、かかる危難が存在するものと誤信して避難行為に出たものの、それが行為者の誤信した危難に対する避難行為として過剰であった場合を誤想過剰避難という。そして誤想過剰避難には、行為者に過剰性の認識がある場合と認識がない場合がある。本件において X は行為の過剰性について認識があり、前者の例に当たるところ、X に故意犯が成立するだろうか。

また過剰避難との類似的構造から誤想過剰避難に対して刑法 37 条 1 項ただし書を適用ないし準用することによって X に刑の任意的減免という恩典を与える余地があるのかという点についても問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 誤想過剰避難における故意犯成立の可否

- ・甲説：故意犯説<sup>2</sup>

誤想過剰避難は違法性の錯誤に過ぎず発生した結果につき故意犯が成立するが、その錯誤が相当な理由により行為者に違法性の意識の可能性がない場合においては例外的に責任を阻却すると考える学説である。

- ・乙説：過失犯説<sup>3</sup>

発生した結果につき過失があるときは過失犯のみが成立すると考える学説である。

- ・丙説：故意・過失二分説<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避難であり故意犯が成立すると考える学説である。

<sup>1</sup> 東京地判 平成 9 年 12 月 12 日 判タ 976 号 250 頁。

<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 註(3) 298 頁参照。

## 2. 誤想過剰避難における刑の任意的減免の可否

### ・A説：違法減少説<sup>5</sup>

刑法37条1項ただし書によって刑が減免される根拠を行為の違法性が減少している点に存在すると考え、誤想過剰避難について刑法37条1項ただし書の適用及び準用を否定する学説である。

### ・B説：責任減少説<sup>6</sup>

刑法37条1項ただし書によって刑が減免される根拠を行為者の責任が減少している点に存在すると考え、緊急状態下で行為がなされたという点を重視して避難行為にたとえ過剰な部分が存在したとしても行為者を強く非難することはできないから、刑法37条1項ただし書の適用を肯定して刑の減免を肯定する学説である。

### ・C説：違法・責任減少説<sup>7</sup>

刑法37条1項ただし書によって刑が減免される根拠を違法性が減少する点に存在するとともに行為者の責任が減少する点にも存在すると考える学説である。

#### ・C1説：刑法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ついて刑法37条1項ただし書の準用を肯定する学説である。

#### ・C2説：刑法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ついて刑法37条1項ただし書の準用を否定する学説である。

## IV. 判例

### 大阪簡易裁判所 昭和60年12月11日判決（判時1204号161頁）

#### 〈事実の概要〉

被告人Xは駅構内中央コンコースで見知らぬやくざ風のA及びBから同コンコース内の店舗で多量の酒を飲ませてもらったところ、Xは彼らに何か魂胆があるのではないかと不安になり、Bから外に出ようと提案されたがこれを断った。するとA及びBは「すぐ戻ってくるからそこにいろ」と言ってその場から離れた。XはA及びBが恐ろしくなって早く逃げ出さねばと考えたが、逃げ出すのが見つければ彼らに暴行を加えられると思ひ込み、コンコースの外へ逃げるができなかった。そこでXはA及びBに襲撃された場合の護身用にしようと思ひ、同コンコースにある理容店からハサミー丁を窃取した。

#### 〈判旨〉

「被告人の本件所為当時いまだ身体に対する切迫した危難があるということとはできないが、被告人はいまにも二人のやくざ風の男から身体に危害を加えられると思ひこみ、この危難を避けるため護身用具が必要と考えて本件の散髪バサミを持ちだしたことは疑いがないから被告人が現在の危難を誤想してこれを避けるため本件行為に出たものといえる。しかし……地上に出て二人の男から逃避することができるばかりでなく、危難を怖れるのであれば同地下街の店の人に頼んで電話で警察に連絡して貰って救助を求める余裕もあったものと認められる。……それ故右のような状況下でなされた被告人の本件所為は現在の危難の誤想に基づく避難行為といえても止むを得ない程度をこえた過剰避難であるといわざるを得ない。……供述を総合すれば、被告人は……二人の男から逃避可能な方法を見出そうとせず、もっぱら護身用具を探がしていたもので、他に避難の方法がないと思ひて本件所為に出たものではないと認められる。」

## V. 学説の検討

### 1. 誤想過剰避難における故意犯成立の可否に関する考察

- (1) 甲説(故意犯説)は誤想過剰防衛について故意犯が成立すると結論付ける。しかしながら、そもそも故意(刑法38条1項)を認めるために認識・予見が必要となる行為の違法性を基礎づける犯罪事実は、客観的構成要件該当事実と違法性阻却事由該当事実に分けられるところ、客観的構成要件該当

<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。

<sup>6</sup> 前田 前掲 395頁参照。

<sup>7</sup> 大谷 前掲 註(3) 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。

事実の認識・予見が存在しても、同時に違法性阻却事由該当事実の認識・予見が存在する場合には、行為者が認識・予見している事実は、全体として違法という評価を受けない事実であるということができる。このように考えれば行為者に過剰結果について認識が欠ける場合に責任故意を認められないことは明白である。よって甲説は妥当でない。

- (2) 乙説(過失犯説)は誤想過剰防衛について故意犯が成立する余地はないと結論付ける。すなわち誤想過剰避難において行為者が第一の現在の危難を誤想しなければ第二の過剰な避難行為もなされな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重大な影響を与えるが故に、過剰結果の認識の有無を問わず、常に誤想避難の一形態として故意を阻却し過失犯のみが成立すると考えるのである。

しかしこの学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うことになる。よって乙説も妥当でないと言わなければならない。

- (3) 客観的構成要件該当事実の認識・予見が存在しても、違法性阻却事由該当事実の認識・予見が存在する場合には、責任要件としての責任故意は阻却されると我々は理解する。なぜならば故意責任があるというために認識・予見が必要な事実は、違法という評価を受ける事実であるところ、構成要件該当性が認められても違法性阻却事由該当事実があるときには、当該行為は違法とはいえないから、違法性阻却事由該当事実を認識・予見している行為者には、違法という評価を受ける事実の認識が欠けると言うことができるからである。もっとも実際には違法性阻却事由該当事実は存在せず、構成要件該当行為は違法なのであるから、その点についての認識・予見を欠いたことについて過失がある場合には、過失犯が成立する。

現在の危難が存在すると誤想し過剰な避難行為がなされた場合に、行為者に過剰性について認識・予見が存在しなければ、行為者には緊急避難を構成する事実の認識しかないから責任故意は阻却され故意犯は成立せず(過剰性についての認識・予見を欠いたことに過失があるときには、過失犯が成立することは前述のとおりである)、過剰性についての認識が行為者であれば、行為者の認識した事実は違法な過剰防衛となる事実であるから、責任故意があり故意犯が成立すると考えるべきである。

- (4) よって丙説(故意・過失二分説)が妥当であると言えるから、我々は丙説を採用する。

## 2. 誤想過剰避難における刑の任意的減免の可否に関する考察

- (1) A説(違法減少説)は、過剰避難が現在の危難に対してなされるものであり、一定の利益を保全するものである以上、違法性が減少すると考える。そして誤想過剰避難の場合においては違法性減少の前提が欠けることになり、刑法37条1項ただし書きの適用も準用も否定するのである。たしかに行為が避難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するといえる。しかし過剰な結果だけを見れば完全な犯罪が成立しているといえ、刑法37条1項ただし書きが刑の免除についても可能と規定していることについて説明することが困難であると思われる。よってA説は妥当でない。

- (2) B説(責任減少説)は、緊急状態の出現によって行為者が恐怖、驚愕、興奮、狼狽等の異常な心理状態に陥っているのであり、たとえ避難行為として許される程度を凌駕して行為に及んでしまったとしても、行為者に対する非難可能性が減少しているが故に刑の減免が許容されると考える。そして誤想過剰避難の場合においても行為者が主観において現在の危難が存在すると思つて異常な心理状態にある以上、刑法37条1項ただし書きの適用(ないし準用)を認めるのである。しかし刑法37条1項ただし書きの根拠において違法性の減少を否定する必要性は乏しいと考えられるから、B説の考え方は不十分であると言わざるを得ず、よって同説は妥当でない。

- (3) C説(違法・責任減少説)は、過剰避難の基本は責任減少というより、むしろ違法減少にあるとの前提を採る。過剰避難は一定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、恐怖等の異常な心理状態の下で行為がなされたとして非難可能性の減少も認められると考えられるから、C説(違法・責任減少説)が妥当であると考えられる。

- (4) ではC1説(刑法37条1項ただし書き準用肯定説)とC2説(同否定説)のいずれを採用すべきであろうか。

思うに、誤信した現在の危難に対する避難行為を行った行為者の主観面は、現実に存在する現在の危難に対する過剰避難の場合と同じであり、責任の程度もそれと同じであるから、科しうる刑は

行為者の責任を限度とする以上(責任主義)、過剰避難に関する刑法 37 条 1 項ただし書の準用により刑の任意的減免の余地を肯定することができる。よって我々は C1 説(刑法 37 条 1 項ただし書準用肯定説)を採用する。もっとも過剰性の認識がない場合でも過失犯が成立し得ることとの均衡から、刑法 37 条 1 項ただし書は準用されるとしても刑の免除は不当であると言うことができ、刑の任意的減軽のみが許容されると考える。

## VI. 本問の検討

1. X が、A の両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加えて、頭部打撲の「傷害」を負わせ、よって「死亡」させた行為につき、傷害致死罪(刑法 205 条)の成否を検討する。
  - (1) まず、当該行為は、人の生理的機能に障害を加える行為といえるため傷害罪(刑法 204 条)の構成要件に該当する。そしてかかる行為によって A の死亡結果が生じており、当該行為から頭部打撲の傷害を負い、死亡結果が生じることは社会通念上相当といえるため因果関係も認められる。さらに X は傷害罪の客観的構成要件該当事実について認識・認容していたのであるから構成要件の故意も認められる。
2. 次に、X の当該行為は A が本気で自殺を図っているものと感じ、これを制止しようとして行なった行為であるから緊急避難(刑法 37 条 1 項本文)が成立し、違法性が阻却されないかが問題となるも、A に真実自殺する意図はなかったため、保全すべき A の生命に対する侵害の危険が切迫していない。そうだとすれば、A には「現在の危険」(刑法 37 条 1 項本文)があるとはいえない。  
したがって、X の当該行為に緊急避難は成立せず、違法性は阻却されない。
3. もっとも、X は過去にも A が自殺を図ったことがあったことから、A が本気で自殺を図っていると誤信し、これを制止しようとして、当該行為を行なっている。これは、現在の危険がないにもかかわらず、これがあると誤信して避難行為にでたところ、誤想上の危険に対しても過剰な行為といえるから、誤想過剰避難にあたる。そこでこのような誤想過剰避難の場合、故意または責任が阻却されないかが問題となる。
  - (1) この点について我々は前に述べたとおり丙説(故意・過失二分説)を採用するところ、行為者が過剰性の基礎となる事実を認識していれば、故意は阻却されないと解する。
  - (2) 本件について検討すると、X は成人男性であり、女性である A よりも体格差において勝っており、X が A の自殺を制止するためには、A をその場で取り押さえるなど容易に採りうるべき方法がいくらかでも存在したといえる。それにもかかわらず、X は、かかる事情を認識した上で A の両肩を両手で強く突いて、その場に転倒させる暴行を加えている。そうだとすれば、X は、過剰性の基礎となる事実を十分に認識していたといえる。
  - (3) したがって、X の責任故意は阻却されない。
4. よって、X の当該行為には傷害致死罪(刑法 205 条)が成立する。
5. そうだとすると、誤想過剰避難の場合、刑法 37 条 1 項ただし書を準用して刑の任意的減免が認められないか、過剰避難の刑の減免の根拠と関連して問題となる。
  - (1) 思うに、刑法 37 条 1 項ただし書が過剰避難について刑の任意的減免を認める根拠は、違法性が減少するとともに、緊急状況下における恐怖・驚愕・興奮・狼狽により、行為者の責任が減少する点にある(C 説)。そして我々は誤想過剰避難について刑法 37 条 1 項ただし書の準用を肯定する(C1 説)。もっとも、通常の誤想避難の場合であっても過失犯は成立するから、誤想過剰避難の場合に、これよりも刑を軽くすべきでないことは前述のとおりである。  
したがって、刑の免除は認められず、任意的に減刑されるのみとするのが相当と解する。
  - (2) そうすると、X の当該行為につき刑法 37 条 1 項ただし書が限定的に準用して刑の任意的減刑が認められる。
5. 以上より、X は、傷害致死罪(刑法 205 条)の罪責を負い、ただ、刑が減刑されうる(刑法 37 条 1 項ただし書)。

## VII. 結論

X は傷害致死罪(刑法 205 条)の罪責を負う。もっとも情状により刑が減輕される余地はある(刑法 37 条 1 項ただし書)。

以上