

I. 事実の概要

空手三段の腕前を有する被告人 X(英国人・来日 8 年目)は、夜間、帰宅途中に街灯の少ない路上において、酩酊して大声を出しながら暴れている A 女とこれをなだめていた B とが揉み合うところに遭遇し、そのうち同女が倉庫の鉄製シャッターにぶつかって尻もちをついて叫んでいるのを目撃した。X は B が A 女に暴行を加えているものと誤解し、同女を助けるべく両者の間に割って入った上、同女を助け起こそうとした際、同女から「ヘルプミー、ヘルプミー」と言われた。そのため、次いで B の方を振り向き、攻撃をやめるようにとの意味で両手を差し出して同人の方に近づいたところ、同人がこれを見て驚き、X の手を払いのけた。B は危害を加えるつもりは全くなかったが、防御するため手を腕の前あたりにあげ、ボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとって X に対し威嚇しようとした。しかし、これを見て X は B が自分に殴りかかってくるものと誤信した。そのため、X は自己および同女の身体を防衛しようと、とっさに B の顔面付近に当てるべく空手技である回し蹴りをして、左足を同人の右顔面付近に当て、同人を路上に転倒させて頭蓋骨骨折等の傷害を負わせた。この時 X は、女性に暴力をふるうような奴から女性を守るために、相手に多少の怪我をさせてしまうのはやむを得ないと思っていた。B は 8 日後に同傷害による脳硬膜外出血および脳挫滅により死亡した。

II. 問題の所在

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

X は、B が自分に殴りかかってくるものと誤信し、この B の侵害から自己及び A 女の身体を防衛する目的で、B に対して回し蹴りをしている。そこで、B の行為について傷害致死罪の故意犯は成立するか。客観的には急迫不正の侵害が存在しないにもかかわらず、行為者が急迫不正の存在を誤信して過剰な防衛行為に出ている場合（誤想過剰防衛の場合）に、故意が阻却されないか。誤想過剰防衛における故意犯の成否が問題となる。

2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

仮に、X の行為について傷害致死罪の故意が認められる場合に、X の行為は過剰なものであったとして、36 条 2 項の適用ないしは準用により、刑の任意的減免が認められないか。誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠が問題となる。

3. ブーメラン現象¹への対応（過失犯の成否）

仮に、X の行為について過失致死罪が成立する場合に、故意阻却後に過失犯をどのように成立させるか。いわゆるブーメラン現象を回避する理論構成（過失犯を成立させる理論構

¹ ブーメラン現象とは、「構成要件の故意が構成要件の過失を包含すると解さないと、[...] 構成要件段階にさかのぼっても、再び構成要件の故意が認められることとなる結果、永遠に犯罪が確定しない無限ループ」ができあがることをいう（小林憲太郎「構成要件論——総説」『刑法総論 〔第 2 版〕』（有斐閣、2012 年）33 頁）。しかし、責任故意が阻却されて責任過失が認められる結果として、遡及的に構成要件の過失が認められるとするならば、構成要件の犯罪個別化機能は維持できなくなる。

成) が問題となる。

III. 学説の状況

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

A 説：故意犯説（厳格責任説）²

誤想過剰防衛において、常に故意が阻却されないとする見解。

B 説：過失犯説³

誤想過剰防衛において、常に故意が阻却されるとする見解。

C 説：二分説⁴

過剰性の認識の無い場合とある場合とを区別して、前者の場合は、故意を阻却し、後者の場合は、故意を阻却しないとする見解。

2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

α 説：責任減少説⁵

36 条 2 項の刑の減免の根拠を、適法行為の期待可能性の減少（責任減少）に求め、誤想過剰防衛において同条項の適用を肯定する見解。

β 説：違法性減少説⁶

36 条 2 項の刑の減免の根拠を、攻撃者の法益の要保護性の減弱（違法性の減少）に求め、誤想過剰防衛において同条項の適用ないし準用を否定する見解。

γ 説：違法・責任減少説⁷

36 条 2 項の刑の減免の根拠を、攻撃者の法益の要保護性の減弱（違法性の減少）および適法行為の期待可能性の減少に求め、誤想過剰防衛において同条項の準用を肯定する見解。

3. プーメラン現象への対応（過失犯を成立させる場合の理論構成）

甲説：責任段階における故意から過失への横滑りを認める見解⁸

責任要素としての故意が阻却された後、責任段階における故意から過失への横滑りが認められる。

乙説：消極的構成要件要素の理論⁹

違法性阻却事由の不存在も消極的な意味での特殊な構成要件要素と解し、構成要件の故意が認められるためには、消極的構成要件要素に該当する事実の認識を要すると

² 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）292頁。

³ 大谷・前掲 292頁参照。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論（補訂）』（有斐閣、2011年）295頁、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2010年）285頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2011年）196頁。

⁵ 西田典之『刑法総論〔第二版〕』（弘文堂、2010年）177・185頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）164頁。

⁶ 曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』（弘文堂、2008年）108頁。

⁷ 井田・前掲 294頁、高橋・前掲 279頁、山口・前掲 134頁。

⁸ 高橋・前掲 283頁。

⁹ 井田・前掲 350頁以下。

する見解。それゆえ、そもそも構成要件の故意が阻却されるため、ブーメラン現象は生じない。

丙説：結果無価値論

故意はもっぱら責任要素・責任形式であって、責任段階でのみ考慮されるべきものであるから、構成要件の故意を認めない以上、そもそもブーメラン現象は生じない¹⁰。あるいは、違法構成要件→違法性阻却事由→責任構成要件→責任阻却事由、と犯罪論体系を考えることによって、故意を構成要件要素と位置付けながらブーメラン現象を回避する¹¹。

IV. 判例

1. 東京地裁判決平成5年1月11日¹²

<事実の概要>

喧嘩後一旦和解したものの、話をしていた被害者の背後を通り過ぎようとした際、被害者が片足を後ろに引いて向きを変えようとしたので、被害者が自己を殴ろうとしたものと誤信し、被害者を携帯していた文化包丁で突き刺して殺害した被告人の行為について、誤想過剰防衛の成立は認めたが、防衛の程度を遥かに超えているなどとして刑の減免が認められなかった事例。

<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、確定的殺意をもって、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、〔…〕故意を阻却することはない。」

2. 広島高裁判決昭和35年6月9日¹³

<事実の概要>

暴行傷害等の前科一三犯を有する被害者が深夜被告人宅に押し掛け「今日は日本刀でも何でも持って来い。一発で射ち殺すぞ」等と怒号し、被告人が立ち現われて訪問したところ、「はじきあげてやろうか」と云いながら右手をオーバーのポケットに突っ込んだので、被害者が凶器で襲撃するものと誤想し防衛のため有り合わせの木刀で被害者の手首等を殴打し負傷せしめた。

<判旨>

「被告人の本件行為は、犯罪の消極的構成要件事実すなわち正当防衛を認識したもので故意の内容たる犯罪事実の認識を欠くことになり従って犯意の成立が阻却されるから犯罪は

¹⁰ 山口・前掲 193 頁以下。

¹¹ 西田・前掲 74 頁。

¹² 判例時報 1462 号 159 頁。

¹³ 判例時報 236 号 34 頁。

成立しないものと云わざるを得ない。」

V. 学説の検討

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

(1) A説（故意犯説）は、厳格責任説からの帰結であるが、厳格責任説は、体系的な首尾一貫性という点では、すぐれた見解であるものの、構成要件と違法性阻却事由との間に決定的な差異を認める点において妥当ではない¹⁴。したがって、検察側はA説を採用しない。

(2) また、B説（過失犯説）は、防衛者が過剰性を認識している場合にも過失犯を成立させるのは妥当ではない。したがって、検察側はB説を採用しない。

(3) 故意とは、構成要件に該当する違法な事実の認識であり、過剰性の認識がある場合には規範違反性が認められることから、検察側は、C説（二分説）を採用する。

2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

(1) α説（責任減少説）について、36条2項は、1項を前提とした規定であり、正当防衛状況の存在によって攻撃者の法益の要保護性が減弱することを要件としているから、刑の減免の根拠に違法性の減少を全く考慮しないのは妥当ではない。よって、検察側はα説を採用しない。

(2) また、β説（違法減少説）は、36条2項の刑の減免の根拠を違法性の減少にのみ求める見解であるが、36条2項の文言に「情状により」と述べていることから、刑の減免の根拠に責任の減少を全く考慮しないのは妥当ではない。よって、検察側はβ説を採用しない。

(3) そうであれば、36条2項の刑の減免の根拠について、違法性の減少か責任の減少か、いずれか一方のみを考慮することは妥当でなく、両者を二元的に考慮するべきである。よって、検察側はγ説（違法・責任減少説）を採用し、誤想過剰防衛の場合においては、大幅な責任減少を理由として減軽が認められ得るものとする¹⁵。

3. ブーメラン現象への対応（過失犯を成立させる場合の理論構成）

(1) 甲説（責任段階における故意から過失への横滑りを認める見解）は、構成要件的故意と構成要件的過失との違いを認めつつ、なぜ責任段階で故意から過失への横滑りを許容するのか明らかではない。ゆえに、甲説は採用しない。

(2) 丙説（結果無価値論）は、構成要件の犯罪個別化機能を喪失させ、あるいは、構成要件概念を分断することから、採用できない。

(3) 構成要件と違法阻却事由とは、不法という次元で同一の性質のものであり、いずれも行為規範を形成することから、違法性阻却事由の不存在も消極的な意味での構成要件要素であると考えらるべきである。したがって、検察側は、乙説（消極的構成要件要素の理論）を採用する。

¹⁴ 井田・前掲 352頁。

¹⁵ 刑の免除は認められないが、減軽は認められ得ると解する。

VI. 本問の検討

1. X は、B に対して、回し蹴りを行い路上に転倒させて傷害を負わせ、そして、B は同傷害により死亡している。そこで、本件行為に傷害致死罪（刑法 205 条）が成立するか。

2. (1) X の行為は、頭蓋骨骨折を生じさせる等の、人の生活機能を障害する具体的危険性を有する行為であるから、傷害罪の実行行為にあたる。そして、B は脳硬膜外出血および脳挫滅により死亡しており、行為の危険性が現実化しているため、因果関係も認められる。

(2) また、X は、相手に多少の怪我をさせてしまうのはやむを得ないと思っていたため、傷害罪の構成要件該当事実の認識があるから、(積極的) 構成要件に関する構成要件の故意（刑法 38 条 1 項）も認められる。

3. (1) では、X の行為は正当防衛（刑法 36 条 1 項）にあたらぬか。

同条同項の「急迫不正の侵害」（正当防衛状況）とは、法益の侵害が現に存在しているか、または、間近に押し迫っていることをいうところ、B はボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとり、X に対し威嚇しようとしただけであって、現実に行為していないのであるから、法益侵害は現在せず、また、それが間近に押し迫ってもいない。

ゆえに、正当防衛状況が存在しないため、X の行為は正当防衛にあたらぬ。

(2) ア しかし、X は、B が自分に殴りかかってくるものと誤信している（誤想防衛）。他方で、行為者 X の認識における事実を見ると、X の行為は防衛手段の相当性を超える質的過剰がある。ゆえに、X の本件行為は誤想過剰防衛となる。

イ そこで、X に傷害（致死）罪の故意が認められないか。誤想過剰防衛における故意の成否が問題となる。

ウ この点、検察側は C 説（二分説）および乙説（消極的構成要件要素の理論）を採用するところ、誤想過剰防衛においては、行為者の認識事実（誤信した事実）に過剰性がある場合には（消極的構成要件要素に関する）構成要件の故意が認められる。

エ これを本件の X の認識事実（誤信した事実）についてみると、空手の有段者の回し蹴りは、瞬間的には竹刀などの武器を使った場合と同等以上の破壊力があり、回し蹴り行為自体、人を死亡させるに至る高度の危険性を有している。特に、X の本件行為は、B の右顔面付近に回し蹴りを直撃させたものであって、死亡するに至る危険性が極めて高いものである。他方で、B は武術の経験がない（あるいは浅い）一般人であり、X の本件行為当時、武器を携行しているというわけでもなかったため、(X が誤信した) B の行為はそれほど侵害性の強いものではなかったと考えられる。そうであれば、武器対等原則の観点から、X の回し蹴り行為は防衛手段として相当性を欠き、質的に過剰であったといえる。

したがって、X の認識事実（誤信した事実）において、過剰性が存在するため、もはや故意は阻却されない。

4. ゆえに、X は消極的構成要件要素に該当する事実（違法性阻却事由の不存在）の認識があるから、結局、構成要件の故意が認められる結果、傷害致死罪の構成要件該当性が認められ、傷害致死罪が成立する。

5. (1) もっとも、誤想過剰防衛において刑の任意的減免（刑法 36 条 2 項）が認められないか。36 条 2 項の刑の減免根拠が問題となる。

(2) この点、検察側は γ 説（違法・責任減少説）を採用するところ、誤想過剰防衛の場合

においては、適法行為の期待可能性の大幅な減少（責任の大幅な減少）がなければ 36 条 2 項を準用（ないし類推適用）できない。

(3) これを本件についてみると、X がたとえ空手の有段者であっても、静かな夜間の街灯の少ない薄暗い路上において、いきなり A 女が倉庫の鉄製シャッターにぶつかって大きな音を立てて尻もちをついて、しかも、大声で助けを呼んでいるのを目撃すれば、A 女の生命に重大な危険が及んでいる状況にあるのではないかと考えるのが自然であり、助けるかどうか瞬時の判断が要求されれば、誰であろうと相応に心理的に切迫するのが普通である。このような状況の中で、B がボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとって、さらに、X に対し現実に威嚇したのだから、X が B に攻撃されると思い込むことは当然であって、より冷静に判断すれば誤想防衛行為に出ることを回避できたとは言い難い。したがって、行為当時、X の適法行為の期待可能性（すなわち、当該行為に出る動機づけ制御の可能性）は著しく減少しており、36 条 2 項を準用することで減軽を認めるべきである。

VII. 結論

X の行為に傷害致死罪（205 条）が成立し、X はその罪責を負うが、36 条 2 項の準用により減軽が認められる。

以上