

I. 事案の概要

- 5 B男(身長173cm、体重68kg)は、夜中居酒屋で共に飲酒をし酩酊状態になったA女をなだめながら帰宅していた。Aはシャッターにぶつかって尻もちをついた。それをテコンドー
プサボム(副師範・三段)の腕前を持つスリランカ人男性X(身長190cm、体重85kg)が目撃
し、BがAを暴行しているものと誤解して、BとAの間に割って入った。Aを助け起こし
10 た後Bの方に両手を差し出したところ、Bは防御する姿勢を見せた。それをボクシングの
ファイティングポーズだと思ったXは、自身とAを守る為にテコンドーの技であるヨット
ラチャギ(横回し蹴り)をBの腹部に当てBは内臓破裂による出血により死亡した。

Xの罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁昭和62年3月26日決定

15 II. 問題の所在

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

- 誤想过剰防衛の場合、実際には不正の侵害が存在しなかった以上、正当防衛は成立せず、
違法性は阻却されない。しかし、行為者が正当防衛にあたる事実すると誤信していた点で
は、誤想防衛の場合と異ならないので、誤想防過剰防衛の場合にも故意が阻却されないか
20 が問題となる。

2. 誤想过剰防衛における刑の減輕または免除の根拠

- また誤想过剰防衛について故意犯ないし過失犯が成立する場合には、さらに36条2項を
適用ないし準用し、通常の過剰防衛と同様に刑の減輕または免除を認めることができるか
どうか問題となる。

25

III. 学説の状況

1. 誤想过剰防衛における故意犯の成否

甲説(故意犯説)¹

- 厳格責任説の立場から、違法性阻却事由の事実の錯誤は違法性の錯誤であって故意を阻
却しないので、誤想过剰防衛は過剰事実についての認識の有無にかかわらず故意犯が認め
30 られるし、ただ錯誤が避けられない場合には責任が阻却されるとする。

乙説(過失犯説)²

行為者は侵害事実の存在を誤認したが故に行為に出たのであり、これは事実の錯誤であ
って故意が阻却され、過失犯の成立のみを考える説。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂,2012年)292頁。

福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』(有斐閣,2011年)212頁。

² 石原明『殺人未遂罪につき誤想过剰防衛が認められた事例』法学論叢81巻1号97頁。

丙説(二分説)³

過剰性の認識のな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説。

5

2. 誤想過剰防衛における刑の減輕または免除の根拠

A 説(責任減少説)⁴

緊急行為における心理的動揺(恐怖、驚愕、興奮、狼狽) から責任が減少する見解。

B 説(違法減少説)⁵

10 正当防衛状況が存在することにより、攻撃者の要保護性は減少していたのであるからその分過剰防衛においては違法性が減少する見解。

C 説(違法責任減少説)⁶

15 過剰防衛は、急迫不正の侵害に対する防衛行為であるという点で、そうでない単なる法益侵害行為よりも違法性の減少が認められなければならないが、それに対して刑の免除まで可能とされることは心理的圧迫状態による責任減少を考慮することなしには説明し得ないのであるとする説。

IV. 判例

福岡高宮崎支判昭和 40 年 6 月 22 日判決。(刑集 41 卷 2 号 562 頁)

20 <事案の概要>

被告人の長男 C は、被害者 D に対し、D がまだ侵害行為に出していないのに、チェーンで殴りかかり、なお攻撃を辞さない意思で、包丁を擬した D と対峙していたところに出てきた被告人が、C が D から一方的に攻撃されていると誤信し、侵害排除のため、D に対し猟銃を発射、命中させた。

25 <判旨>

裁判所は、以下の理由から誤想過剰防衛であるとして殺人未遂罪(203 条)の成立を認め、刑法 36 条 2 項により、刑を減輕した。

30 「D の C に対する急迫不正の侵害があるとはいえ、それを誤信して猟銃を発射した被告人の所為は、誤想防衛であるが、今だ包丁を擬する程度だった D の侵害を排除するために猟銃を発射、命中させる必要はなく、防衛の程度を超えらるゝとして、殺人未遂罪につき、過剰防衛であるから、同法 36 条 2 項……により法律上の軽減をする。」

³ 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』(有斐閣,2011 年)196 頁。

高橋則夫『刑法総論』(成文堂,2010 年)285 頁。

⁴ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(弘文堂,2010 年)177 頁。

⁵ 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」『警察研究 50 卷 9 号』(良書普及会,1979 年)52 頁。

⁶ 山口・前掲 134 頁。

V. 学説の検討

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否について

甲説(故意犯説)

- 5 故意犯説は厳格責任説を前提としている。厳格責任説によれば、構成要件と違法性とを峻別し、構成要件該当事実の認識だけで規範の問題に直面し、故意を構成要件的故意に限定することから、誤想防衛は違法性の錯誤と解されることになる。しかし、正当防衛の要件それ自体を誤解した場合と誤想防衛のような「違法阻却事由の前提事実の錯誤」とを同様に処理することは悪しき規範主義と言わざるを得ないだろう⁷。
- 10 よって検察側は採用しない。

乙説(過失犯説)

- 15 急迫不正の侵害について誤信した場合を意味する誤想防衛は、常に故意を阻却し、過失犯のみが成立するとするこの説によると、急迫不正の侵害が現に存在する通常の過剰防衛の場合には、故意犯が成立し36条2項によって刑が任意的に減免されるのに対し、急迫不正の侵害が存在しない誤想過剰防衛の場合には過失犯が成立するのみとなるが、これは、「正対不正」の関係が客観的には存在しない場合をより軽く処罰することとなり、刑の均衡を失する⁸。

- 20 また、故意責任の本質は、「規範に関する問題が行為者に与えられているか」というものであるが、過剰性を認識しつつ防衛行為を行った場合、行為者は「相当性を逸脱しない程度に防衛行為を留めるべき」という規範の問題に直面しているといえる。とすれば、かかる事情は誤想過剰防衛の処理において考慮すべきものであるが、誤想に基づく行為である以上全体として過失犯とすべきである乙説は、急迫不正の侵害の誤想以降の事情を一切考慮せず、この点において妥当とは言い難い。

よって検察側は採用しない。

25 丙説(二分説)

故意責任の本質は、規範に直面した際に反対動機が形成可能であるにもかかわらずあえて犯行を行った者に対する道義的非難にあり、かかる非難をすることが可能である場合には犯罪が成立する。

- 30 そして、正当防衛を基礎付ける事実誤認がある場合は、一般に規範に直面することは考えられないのであるから、道義的非難可能性がなく、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には、過剰防衛自体は違法な行為であるから規範に直面することも可能であると考えられる。従って、かかる場合にあって犯行に及んだ者に対する道義的

⁷ 高橋・前掲 283 頁。

⁸ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂,2008年）502頁。

非難を加えることができ、責任故意は阻却されない。

この点で丙説は、過剰性を認識していた場合にも、過剰性を誤認していた場合にも乙説・甲説のような問題が生じることなく、妥当な結論を導くことができる。

以上より、検察側は丙説を採用する。

5 2. 誤想過剰防衛における刑の減輕または免除の根拠

B説(違法減少説)⁹

違法性減少説の論理は、過剰防衛の前提として正当防衛状況が存在していたのだから、その分だけ相手方の要保護性は減少しており、それゆえ刑を任意的に減免するのだというものであるが、情状によって系を任意的に減免するという文理には合わないと言わざるを得ない。

したがって、検察側はB説を採用しない。

C説(違法・責任減少説)¹⁰

違法・責任減少説は違法性と共に責任の減少を認める説であるが、この説が違法性または責任ではなく違法性かつ責任減少説である以上、違法性減少説に対する批判が妥当し得る。

したがって、検察側はC説を採用しない。

A説(責任減少説)¹¹

36条2項は、相手から攻撃を受けたという緊急状態、法益衝突状況の緊急状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的同動揺により期待可能性が減少したということを考慮して、刑の減免の可能性を認めたものであると解するべきである。

よって、検察側はA説を採用する。

VI. 本問の検討

1. XのヨットラチャギをBの腹部に当てた行為について傷害致死罪(205)が成立するか

25 傷害とは、人の生理的機能を害する行為であるところ、本問においてXが蹴った腹部という場所は人体における枢要部であり、内臓破裂を生じさせているため、生理的機能を害したといえ、傷害にあたる。また、この内臓破裂によって、Bは死に至っているため、致死結果も発生している。

したがって、傷害致死罪の構成要件を満たす。

30 2. では、本件行為は正当防衛(36条1項)にあたり、違法性が阻却されないか。

(1) 正当防衛の成立要件は、①急迫不正の侵害②防衛の意思③止むを得ずした行為であるところ、本問において、BはXに対し、なんの危害も加えようとはしていなかったため、急迫不正の侵害がなく、①の要件を満たさない。したがって、正当防衛は成立せず、違法性が阻却されない。

⁹ 西田・前掲 177 頁。

¹⁰ 西田・前掲 177 頁。

¹¹ 西田・前掲 178 頁。

3. では、X は急迫不正の侵害がないにも関わらず、これがあると誤認して当該行為に及んでいるから誤想防衛が成立し責任故意が阻却されないか。

(1) そもそも責任故意の本質は規範に直面した際に反対動機の形成が可能であるにも関わらず、あえて犯行に及んだものの道義的避難にある。そして本件のように急迫不正の侵害という正当防衛の違法性阻却事由を基礎づける事実で誤認があるので、規範の問題に直面することができず、道義的非難を加えることはできない。したがって、事実の錯誤として責任故意が阻却されるように思われる。

(2) もっとも、X はテコンドーサボムであり、打撃の威力は一般人をはるかに超えたものである。そのようなテコンドーサボムによるヨットラチャギを何の防御もしていない一般人に対して行うのは相当性を欠き、過剰な防衛行為といえる。したがって、誤想防衛は成立せず、誤想過剰防衛となる。

4. そうだとしても、誤想過剰防衛も誤想防衛の一種であるから責任が阻却されるのではないか。

(1) この点検察側は丙説を採用し、過剰性の認識があれば阻却せず、ない場合は責任故意を阻却すると考える。

(2) 本問において、B は中肉中背の一般人であり、飲酒をしていたため通常人の状態に比べて防御能力が低いと考えられる。X はテコンドーサボムの資格を持っていることから自分の攻撃能力の方がはるかに強いことはたとえ急迫不正の侵害を誤認していたとしても明白である。また、ヨットラチャギという技は自身の全体重をかけられる技であり、身体を使った打撃技の中で最も強い技であると言える。そのような技をテコンドーサボムの資格を有する X が行えば命中率も高く、かつ確実に腹部に対する重大な傷害を与えることが容易に想定できる。そして内臓破裂を引き起こすためには相当全力で回し蹴りを行わなければならないことを考えると、X は当時相当な勢いで回し蹴りを行ったと言える。

(3) 以上のことから考えると、X は自身の防衛行為が過剰であったことを認識していたと言える。

(4)したがって、責任故意は阻却されない。

5. よって、X の当該行為に傷害致死罪(205 条)が成立する。

6. また、誤想過剰防衛の場合にも過剰防衛の場合を規定した 36 条 2 項が適用されるかが問題となる。

(1) この点、検察側は責任減少説を採用する。

責任減少説の刑の減免根拠は緊急状況下における心理的動揺にあるところ、本問では侵害が X 自身に及んでいたわけではなく、A に対して及んでいたのであり、それに対して過剰性を認識しつつ当該行為に及んでいることから考えれば、一定程度の精神的余裕はあったと言える。

したがって、責任減少説の減免根拠に妥当しない。

(2) よって、36 条 2 項の適用はなく、刑の減免はされない。

VII. 結論

Xは傷害致死罪(205条)の罪責を負う。

以上