

I. 事案の概要

- 5 英国から来日して8年目のX男(身長185cm、体重85kg)は、深夜に帰宅途中の路上で、酩酊して暴れるA女とそれをなだめていたB男(身長165cm、体重60kg)とがもみ合ううちにAが倉庫の鉄製のシャッターにぶつかって大きな音を立てコンクリート面に尻もちをついたのを目撃し、同時にAから「ヘルプミー、ヘルプミー」と叫ぶ声を聞いた。Xは、BがAに暴行を加えているものと誤解し、AとBの間に割って入り、次いで、攻撃をやめるようにという意味で両手を差し出ししながら、Bの方へ近づいた。
- 10 これを見たBが防御のため両こぶしを胸の前あたりにあげたので、Xは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自分に殴りかかってくるものと誤信した。Xは自己及びA女の身体を防御しようと考え、とっさにBの顔面に向けて空手技である回し蹴りを繰り出し、右足をBの右顔面付近に命中させたところ、Bは路上に転倒し頭蓋骨骨折等の傷害を負った。数日後、Bは同傷害による脳硬膜外出血及び脳挫傷により死亡した。
- 15 なお、Xは来日1年目から空手を習っており、剛柔流空手3段の腕前を有していた。また、Bには武道の経験等はなく、本件発生前に飲酒をしていた。

Xの罪責を論ぜよ。

参考判例:最高裁昭和62年3月26日第一小法廷決定

20

II. 問題の所在

- 正当防衛という違法性阻却事由に該当する事実が実際には存在しないのに、存在したと誤信する誤想防衛の場合に、故意犯が成立するか。また、誤想した侵害が実際に存在するとした場合に許容される範囲を超えた行為を行ったとき、つまり誤想過剰防衛の場合にも36条2項が適用され、刑の減輕・免除が為されるか。
- 25

III. 学説の状況

1. 違法性阻却の錯誤について

A説:故意犯説

- 30 構成要件該当事実の認識があれば、発生した事実について故意犯が成立するという説。

B説:過失犯説

誤想防衛は過失犯であり、第一の誤認が行為全体を支配し、第二の誤想に連なったことから、誤想過剰防衛は過失犯であるとする説¹。

35

C説:二分説

過剰性の認識がある場合には故意を阻却せず故意犯が成立するし、認識がない場合には故意が阻却さ

¹ 高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』(2016,成文堂)303頁。

れ²、過失犯が成立し得るという説。

2. 36条2項の適用可能性について

α 説:違法減少説

- 5 過剰防衛においては、急迫不正の侵害があるから違法減少という側面を度外視することは出来ないの
で、36条2項の適用があるためには、それが肯定される場合にその限りで違法性の減少を肯定すること
ができる説³。誤想過剰防衛においては、急迫不正の侵害が存在せず、違法減少が認められないから、36
条2項の適用はないとする。

- 10 β 説:責任減少説

急迫不正の侵害の存在しない場合においても、緊急状態下には行為者が恐怖等の心理的異常状態にあ
ることから冷静な判断が出来ないため、防衛行為が許される範囲内に留まらずに行き過ぎることがある
が、許される限度で防衛行為を行うことを十分には期待できず、したがって非難可能性が減少するとい
う説⁴。誤想過剰防衛の場合にも、責任減少が認められる以上、36条2項の適用を認めるとする。

- 15

γ 説:違法・責任減少説

過剰防衛においては違法性のみならず責任が減少する説⁵。そして、誤想過剰防衛の場合には、違法性
の減少は認められないとしても、大幅な責任減少を理由として36条2項を準用ないし類推適用する余地
が認められるとする⁶。

- 20 γ-1 説

誤想過剰防衛において、刑の減免を認める説。

γ-2 説

誤想過剰防衛において、刑の免除までは認めず、減軽が認められるに過ぎないとする説。

- 25 IV. 判例

該当判例なし。

V. 学説の検討

1. 違法性阻却自由の錯誤について

- 30 A 説:故意犯説について

この説では、故意の存否について厳格責任説を前提としており、誤想防衛がすでに故意犯であるから、
過剰誤想防衛も故意犯となる。しかし、正当化事情の事実的前提を評価面の錯誤ととらえる点で、事実
と評価を混同する過度な規範主義であり、厳格責任説それ自体に問題がある⁷。

よって検察側はA説を採用しない。

² 高橋・前掲 305 頁。

³ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016,有斐閣）140 頁。

⁴ 山口・前掲 141 頁。

⁵ 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2005,有斐閣）161 頁。

⁶ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2015年）387 頁。

⁷ 高橋・前掲 304 頁参照。

B 説: 過失犯説について

この説では、誤想防衛は過失犯であり、第 1 の誤認が行為全体を支配し、第二の誤認が重なったことから、誤想過剰防衛は過失犯であるとする。しかし、過剰事実を認識している場合にも過失犯性があるとするのは疑問が残る⁸。

よって検察側は B 説を採用しない。

C 説: 二分説について

この説は、防衛行為の過剰性についての認識がある場合には故意を阻却せず、その認識がない場合には故意を阻却し、誤信について過失があれば過失犯の成立を認める説である。

行為の過剰性についての認識がある場合は、認識事実が過剰防衛にあたる場合であって、違法な事実を認識しつつ行為しているのであるから、もはや故意は阻却されない⁹。また、過剰性の認識がない場合について、①行為者の認識事情そのものは適法な事実であったのであるから、行為者は犯罪事実を認識しておらず、「罪を犯す意思」(38 条 1 項)があったとはいえないこと、②構成要件該当事実も違法性阻却事実も、ともに違法性に関する事実であるし、ある事情が構成要件要素になるか、それとも違法性阻却事由となるかの区別はしばしば相対的・流動的であり、構成要件要素に関する錯誤なら直ちに故意は阻却されるが、違法性阻却事由にあたる事実なら違法性の錯誤にすぎない、というように決定的な違いを認めるのは妥当でない¹⁰ことから、故意を阻却するとすべきである。よって、本説をもって妥当とする。

ここで、構成要件の故意を認めながら、過失犯が成立する余地を認めることはできないとの批判がある。刑罰法規は規範の名宛人たる一般の人々に向けられた行為規範であるところ、刑法は一般市民に対し、例えば、正当防衛行為に出るときには 36 条 1 項の要件の範囲内でこれを行うことを求めており、その意味で、正当防衛も行為規範ないし行動準則の一部に含まれるというべきである。つまり、行為規範とは、「正当防衛等の正当の理由のない状況で人を殺してはならない」というような内容のものなのであり、そうであるなら、行為を正当化する事情を認識したとき、行為規範に反する事実を認識実現しようとして行為しておらず、故意犯の可罰的違法性は認められない、つまり、違法性阻却事由は消極的な構成要件要素であるのだから、それを誤認している以上、阻却される故意は構成要件の故意である。よって、この批判は当たらない。

以上より、検察側は C 説を採用する。

30 2. 36 条 2 項の適用可能性について

α 説: 違法減少説について

誤想過剰防衛の場合にはそもそも急迫不正の侵害が客観的に存在しえないのであるから、違法性が減少する前提を欠くが故に 36 条 2 項は適用しないと説である。

しかし、36 条 2 項の刑の減免の問題として行為者の心理的圧迫を全く考慮しないことには疑問がある。また、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が、過

⁸ 高橋・前掲 305 頁。

⁹ 井田・前掲 385 頁。

¹⁰ 井田・前掲 349 頁。

剰な結果だけとれば完全な犯罪が成立しているにも関わらず、刑の免除まで説明することが困難であり、妥当ではない¹¹。

よって、弁護側はα説を採用しない。

β説：責任減少説について

5 責任減少説によれば、非難の減少が刑の減免の根拠であるから、急迫不正の侵害が存しなくても、36条2項が適用されることになる。しかし、これは誤想防衛の場合に、過失犯で刑の減免の余地がないこととの不均衡が生じる結果となりうる。

10 また、この見解によれば、心理的圧迫状態を生じさせる「急迫不正の侵害の認識」が過剰防衛を肯定するために決定的な意味を有することになるが、そうだとすると、過剰防衛と誤想過剰防衛との区別がいまいになってしまう¹²。

さらに、責任減少説を徹底すると、主観を重視し、客観的に急迫不正の侵害が存在しなくても、主観的に存在すると信じた以上、刑の減免を認めるが、逆に過剰な結果を積極的に意図したような場合には、責任の減少は認められないため、急迫不正の侵害が存在したとしても36条2項は適用されないことになり、妥当ではない¹³。

15 よって、検察側はβ説を採用しない。

γ説：違法・責任減少説

γ-1説について

20 誤想過剰防衛においては、不正な侵害が存在せず、客観的違法性の減少が全くない以上、刑の免除まで認めるべきではない¹⁴。

よって、検察側はγ-1説を採用しない。

γ-2説について

25 誤想過剰防衛において客観的違法性の減少がないとしても、誤想した急迫不正の侵害に対する対抗行為を行った行為者の主観面は、現実存在する急迫不正の侵害に対する過剰防衛の場合と同じであり、したがって、責任の限度もそれと同じ¹⁵であって、責任の減少が存在することを否定することはできない以上、刑の減輕を一切認めないことも妥当ではない¹⁶。よって、刑の免除までは認めないが、減輕は認め得るという本説が妥当である。

以上より、検察側は、γ-2説を採用する。

30 VI. 本問の検討

1 XのBの顔面にむけた回し蹴りについて、傷害致死罪(205条)が成立しないか。

(1) 同罪の実行行為は、傷害結果を発生させる現実的危険を有する行為であり、「傷害」とは、人の生理的機能障害または健康状態の不良な変更をいうところ、顔面に向けて空手技である回し蹴りをするのは、脳という人体の中枢器官がある場所に向けたものであること及び実際に頭蓋骨骨折等の傷害を負っ

¹¹ 山口厚『刑法総論第2版』(有斐閣,2007年)133,134頁。

¹² 山口・前掲133頁。

¹³ 前田雅英『刑法総論講義第6版』280頁。

¹⁴ 前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(東京大学出版会,2015年)320頁。

¹⁵ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)196頁。

¹⁶ 前田・前掲320頁。

ていることから人の生理的機能障害という結果を発生させる現実的危険性を有するものであるといえ、同罪の実行行為にあたる。

(2) また、Bは死亡しており、同罪の結果が発生しているといえる。

5 (3) 行為と結果との間の因果関係については、条件関係が存在することを前提に、その行為からその結果が発生することが一般人の経験上相当であるといえるか否かにより判断し、違法評価は一般予防のために刑法規範の名宛人たる人に向けて行動準則を与えようとするものであること、因果関係は行為者にとって偶然的な結果を排除し、適正な帰責範囲を確定するために必要な要件であることに鑑みて、相当性の判断基底として、行為者の立場に置かれた一般通常人が認識できた事情及び行為者が特に認識していた事情を含むべきである。そして、この基準によっても、行為後の事情についての判断、すなわち、
10 因果経過の相当性の判断の場面においては基準となりえないため、そのような場面においては、行為に含まれる結果発生の危険性が結果へと現実化したといえるか否かによって判断すべきである。

(4) 本問において、Bが頭蓋骨骨折等の傷害を負ったのは、路上に転倒したことによるものであるが、顔面を蹴るという行為には、その衝撃によって人を転倒させて頭蓋骨骨折等の傷害を負わせる危険が含まれているといえるべきであり、Bが当該行為を直接の原因としてその傷害を負っている以上、当該危険
15 が結果へと現実化したといえるべきであり、Xの回し蹴りとBの傷害結果の間には因果関係があるといえる。また、頭蓋骨というのは脳を守るためにあるものであり、それを骨折させる危険の中には、脳挫傷等による死亡の危険性が含まれているといえることができ、Bの死因は脳硬膜外出血及び脳挫傷であるから、Xの回し蹴りに含まれるBの死亡結果発生の危険性が現実化したといえ、Xの上記行為とBの死亡結果との間に因果関係があるといえる。

20 (5) ここで、同罪が成立するために、死亡結果についての過失ないし予見可能性は必要かが問題となる。結果的加重犯における刑の加重根拠は、基本犯たる行為には重い結果に対する危険が典型的に含まれていることにあり、基本行為があれば過失がなくとも重い結果を予見すべき義務を負うものといえるべきであるから、結果的加重犯において、重い結果についての過失ないし予見可能性は不要であり、このことは責任主義にも反しないといえるべきである。

25 よって、同罪の成立において死亡結果についての過失ないし予見可能性は不要であり、傷害についての故意で足りるところ、Xは空手の有段者であることなどから、傷害結果および因果関係の基本的部分など客観的構成要件該当事実についての認識があるといえるため、傷害の故意(38条1項本文)があるといえる。

(6) 正当防衛として違法性が阻却されるかが問題となるが、正当防衛であるとして違法性が阻却されるためには、①急迫不正の侵害に対して、②自己または他人の権利を防衛するため、③やむを得ずになされた行為であることが必要であるところ、Bは自己を防衛するためにこぶしを胸のあたりにあげただけ
30 であり、Xは空手の有段者であり、相手の顔面に蹴りを命中させることなく、その直前でこれを止めることなどで十分に目的を達成することができたといえ、手段の相当性を欠く。よって、上記①ないし③を満たさないため、正当防衛として違法性を阻却しない。

35 (7) しかし、Xは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自分に殴りかかってくると誤信しており、違法性阻却事由の錯誤であるとして故意を阻却しないか。

この点、検察側はC説を採用するところ、過剰性の認識があれば故意を阻却せず、過剰性の認識がなければ故意を阻却すると解するところ、Xは空手の有段者であり、武道の経験のないBに対する防衛行為として相当性を欠くことについて認識があったといえるべきであるから、故意を阻却しない。

(8) 以上より、Xの行為には傷害致死罪(205条)が成立する。

2 では、36条2項による刑の減免を認めることができるか。

この点、検察側はγ-2説を採用するところ、誤想過剰防衛の場合にも責任が大幅に減少することを根拠に同項が準用ないし類推適用される余地を認め、同項が準用ないし類推適用されるとしても、違法性の減少が認められない以上は、刑の免除までは不可能であり、減軽することができるにとどまると解する。

本問において、Xは、上述の通り、急迫不正の侵害について誤信している。そして、深夜であって十分な明るさがないため、A女とB男の状況について正確に認識することはできず、Aがシャッターにぶつかって大きな音を立てコンクリート面に尻もちをつき、さらに、「ヘルプミー、ヘルプミー」と叫んでいることから、BがAに暴行を加えていると誤解してもやむをえないという状況のもとで、Bが両こぶしを胸の前にあげていることを考慮すると、Bの当該行為が侵害行為でないことを認識すべきであったとはいえない。

よって、Xには、過剰防衛に準ずるような大幅な責任減少が認められ、36条2項の準用ないし類推適用が認められ、刑の任意的減軽がなされ得る。

VII. 結論

Xは傷害致死罪(205条)の罪責を負い、刑の減軽がなされうるにとどまる。

以上