

## 誤想過剰防衛

渡 邊 譽

(法律学研究室)

(2009年1月28日受理)

## Putativnotwehrexzeß

Homare WATANABE

*Laboratory of Jurisprudence, Minamikyushu University,*

*Takanabe, Miyazaki 884-0003, Japan*

(Accepted : January 28, 2009)

## 目 次

1. 問題の所在
2. 判例の動向
3. 学 説
  - (1) 故意犯の成否
    - ㉑ 故意犯説
    - ㉒ 過失犯説
    - ㉓ 二分説
  - (2) 刑の減免の可否
    - ㉔ 責任減少説
    - ㉕ 違法減少説
    - ㉖ 違法減少・責任減少説
4. まとめ

## 1. 問題の所在

誤想過剰防衛 (putativnotwehrexzeß) とは、急迫不正の侵害がないのに、そのような侵害があるものと誤信して防衛行為に出たが、それが行為者の誤信した侵害に対する防衛としては過剰な行為であった場合をいう。誤想過剰防衛は誤想防衛と過剰防衛とが競合する場合であり、従来の学説は故意犯の成立を否定して過失犯の成立を認める誤想防衛説と故意犯の成立を認める過剰防衛説が主張され、判例は後者に従うという図式で理解されてきた。しかし、今日では誤想過剰防衛の独自性を展開する説が有力に主張されてきている。誤想過剰防衛には、急迫不正の侵害が存在しないのに、存在すると誤信し反撃にでたが相当性の程度を超えている場合 (狭義の誤想過剰防衛) と急迫不正の侵害は存在し、そのことを認識しているが、相当性の程度を超え、しかも超えていることについて認識を欠く場合 (過失の誤想過剰防衛) とがある。この誤想過剰防衛については、以前はあまり議論されることはなかったが、最高裁昭和41年7月7日決定 (刑集20巻6号554頁) が契機となり、活発に議論されるようになった。

その理由は、①誤想防衛の概念自体に学説の激しい対立があること、②誤想防衛と過剰防衛とはいかなる事案を指すのか、その性格づけの理解が分かれていること、③故意阻却を認めた場合に生

ずる刑の不均衡等が挙げられる。

本稿では、この誤想過剰防衛に関する判例及び学説の状況を整理し、誤想過剰防衛に対する36条2項の適用ないし準用の可否についても検討して問題の所在を明らかにしたい。

## 2. 判例の動向

まず、①最高裁昭和24年4月5日判決（刑集3巻4号411頁）は、老父Aが棒様のものを手にして打ちかかってきたのに対し、Xは自己の身体を防衛するため、その場にあった斧を斧とは気づかずにか棒様のものとのみ思い、これを手にして老父Aに反撃を加えたが、興奮のため防衛の程度を超え、その斧と峯と刃で老父Aの頭部を数回殴りつけて同人を死亡させたという事案である。本判決は実際に急迫不正の侵害が存在した場合に対する防衛行為の相当性につき錯誤があった場合のリーディングケースである。

この事実について、原審の仙台高裁は、Xの行為は尊属傷害致死罪に当たるとし、過剰防衛として刑法36条2項を適用し刑を減輕した。これに対し、弁護人はXが過剰の事実を認識していなかったから、誤想防衛であり故意の責任を阻却するとし、Xが主観的に過剰の事実を認識していなかったのは明らかであり、Aが棒様のもので打ちかかってきたのに対し、斧で防衛したが、それを斧とは思わずに棒様のものと思って使用したのであり、錯誤により防衛の程度を超えない事実を認識して、防衛の程度を超えた反撃を加えたのであったとした。

このような場合は単なる過剰防衛ではなく誤想防衛が成立すると主張した。すなわち、防衛の程度を超えた反撃の過剰について認識がなく、防衛行為の程度を誤認することにより相当性を基礎づける前提事実につき錯誤があったのだから故意責任は阻却されるべきである、として上告した。

これに対し、最高裁判所は、上告を棄却し、「原審は斧とは気づかずに棒様のものと思ったと認定しただけでただの木の手棒と認定したのではない。斧はただの木の手棒とは比べものにならない重量の有るものだから、いくら興奮して居たからといってもこれを手に持って殴打する為振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である。……老父が棒を持って打ってかかって来たのに対し斧だけの重量のある棒様のもので頭部を原

審認定の様に乱打した事実はたとえ斧とは気づかなかつたとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とはいえない」と判示し、誤想過剰防衛ではなく単に過剰防衛であるとしたのである。

しかし、弁護人の主張するように被告人Xに老父が棒様のもので打ちかかってきたのに対し、斧で防衛したのであるが、それを斧とは思わず棒様のものと思って用いたのであり、Xは過剰についての認識を欠き反撃を相当のものと誤信したのあるから、誤信が相当性を基礎づける前提事実の錯誤の問題として捉えるべきではなかったのではなかろうか。

次に、②最高裁昭和41年7月7日決定（刑集20巻6号554頁）は、被告人Xはその地方の無法者Aから長男Bのことについて電話で呼び出しを受け、AがX方にやってくることになるや、Aから危害を加えられた場合にはAの侵害を排除するため猟銃を使用する心積もりにして自宅で待機していたが、Bが「父ちゃん何か持って来たぞ。」と叫んだのを聞き、床の間に置いていた猟銃を手表に飛び出したところ、Aが包丁を擬しながらBと対峙しているのを見て、AがBに加えようとした侵害行為は、BがさきにAにチェーンで殴りかかったのであり、Bにとって急迫不正と言えないのに、そのように誤想し、右侵害からBを防衛するためではあったが、その程度を超えAに猟銃を発射し、散弾粒を頸部等に命中させ加療約一か月の銃創を負わせた、という事案である。

検察官は本件を、殺人未遂罪で起訴したが、第一審判決は被告人の殺意を認めることなく、傷害罪とした。一方弁護人は、被告人の行為は正当防衛であると主張したが、その主張は入れられることなく、第一審では、誤想防衛及び過剰防衛は問題とされることはなかった。この第一審判決に対して検察官、被告人双方から控訴されたが、控訴審は、被告人が銃を発射したことについては、未必の故意があったとして殺人未遂とし、被告人の主張である正当防衛に対しては、急迫不正の侵害がなく、また、被告人の行為は恐怖、驚愕、興奮または狼狽のためであったとも認められないとして、これを斥けた。

しかし、被告人が戸外に飛び出し目撃したその一瞬を見れば、息子が一方的に攻撃を受けているものと誤信したものと認められるとして、被告人に誤想防衛を認め、被害者Aがまだ包丁を擬する

にとどまっていたにも拘わらずこれを防衛するため猟銃を発射した行為は、防衛の程度を超えているとして、被告人の行為に対して誤想過剰防衛を認定した。

これに対し、弁護人は、被告人Xの所為は誤想過剰防衛でも過剰防衛でもなくあくまで正当防衛であるとして上告した。この主張に対し、最高裁判所は上告を棄却し、「被告人の長男BがAに対し、同人がまだなんらの侵害行為に出していないのに、これに対し所携のチェーンで殴りかかり、なお攻撃を加えることを辞さない意思で包丁を擬したAと対峙していた際に、Bの叫び声を聞いて表道路に飛び出した被告人は、右のごとき事情を知らず、BがAから一方的に攻撃を受けているものと誤信し、その侵害を排除するためAに対し猟銃を発射し、散弾の一部を同人の右頸部前面鎖骨上部に命中させたものであること、その他原判決認定の事情のもとにおいては、原判決が被告人の本件所為につき、誤想過剰防衛であるがその防衛の程度を超えたものであるとし、刑法36条2項により処断したのは相当である」、と判示した。ここでの最高裁の態度は必ずしも明らかではないが基本的には過剰防衛説に立っているものと考えられる。

本決定は、最高裁判所が誤想過剰防衛の問題を正面から取り上げた最初の判例とされるが、誤想過剰防衛の場合について、原判決が刑法36条2項により処断したのは相当であると判断したにとどまり、その判断の理由を明確にすることなく、原判決の結論を肯定したにすぎない。原判決は、Xの行為が急迫不正の侵害に対する誤想過剰防衛であるとして、その限度を超えたから過剰防衛として刑法36条2項を適用している。しかし、その理論構成はXが急迫不正の侵害に対して誤想があったかも知れないが、Xは自己の防衛行為が過剰であることを認識していたので、過剰防衛として故意犯が成立すると解したのか、それとも、誤想過剰防衛で故意が阻却されるのは、誤想による侵害が仮に現実存在したと仮定して、それに対する防衛の程度が相当性を超えない場合に限られ、その限度を超えたときは故意が阻却されないから過剰防衛となると解した<sup>(4)</sup>のか、その辺の理論的根拠は何ら明示されていない。誤想過剰防衛は、誤想過剰防衛が過剰であった場合であり、急迫不正の侵害に対する誤想がなければ、客観的に過剰と認められる結果も生じることがなかった訳であるから、もともと

誤想過剰防衛であることを出発点として処理されるべきであるからである。「誤想過剰防衛であっても、過剰について認識がなく、相当性を基礎づける前提事実を誤認した場合は」、誤想事実を事実の錯誤<sup>(5)</sup>あるいは構成要件の錯誤とする立場をとる以上、「故意を阻却し過失犯の成否のみが問題となると解すべきであろう」。

また、③最高裁昭和62年3月26日決定(刑集41巻2号182頁・判時1261号131頁)は、被告人Xは、日本語の理解が不十分な来日8年の空手3段を有する英国人であったが、酷酔したA女とBが揉み合いとなり、A女が転倒して尻もちをついたのを見てA女がBから暴行を受けていると誤信し、A女を助けようとしたところ、A女が「ヘルプミー」と叫んだので、Bの方に振り向き両手を差し出してBに近づいたところ、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たので、自分にも殴りかかってくるものと誤信してXは自己およびA女の身体を防衛するため、とっさに空手技の回し蹴りにより左足をBの顔面に当て、同人に頭蓋骨骨折等の傷害を負わせ、8日後に死亡させたという事案で「いわゆる勘違い騎士道事件<sup>(6)</sup>」といわれている。

原審の東京高裁は、本件においては急迫不正の侵害が存在したものとはいえないが、右の如く急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、その防衛行為が相当であったとき事実の錯誤により故意が阻却され、犯罪は成立しないものと解する。しかし、防衛行為が相当性を欠き、過剰にわたる本件の如き場合においては、事実の錯誤として故意の阻却は認められないものと解するのが相当である。ただこの場合においては正当防衛との均衡上、過剰防衛に関する刑法36条2項の規定に準拠して、刑の減輕をなし得るものと解するのが相当である。被告人の本件行為は、明らかに防衛行為としての必要かつ相当の限度を超えたものというべく、相当性を欠くのも明らかである。そして、「防衛行為としての相当性を基礎づける事実」、すなわち、「回し蹴りを行うことについては被告人の認識に錯誤の」ないことも明らかであり、誤想過剰防衛は成立せず、いわゆる誤想過剰防衛が成立するにすぎないものといわなければならないとし、傷害致死罪の成立を認め、懲役1年6月、執行猶予3年を言い渡した。

Xから上告がなされたが、最高裁判所は上告を

棄却して、「本件回し蹴り行為は、被告人が誤信したB男による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法36条2項により刑を減輕した原判断は正当である」と判示した。

原審の東京高裁判決は明らかに②の最高裁決定に従うものであるが、実務的には刑法36条2項の適用もしくは準用から導かれる結論の妥当性を重視した考察であるように思われる。②、③のいずれの決定も侵害事実を誤認して、過剰事実の認識ある誤想過剰防衛について、故意の成立を認め、刑法36条2項により処断したものであり、誤想過剰防衛についても誤想防衛に関する36条2項の適用可能性を認めたことの意味は大きい、その理由づけがあまりにも簡潔の上、原判決の理論構成も不十分といえる。誤想過剰防衛につき、従来は誤想防衛説か過剰防衛説かという二者択一の議論とされ、判例は後者に従うとされてきた。しかし、近年では、誤想過剰防衛という範疇の独自性を展開する説も出現している。先の②、③の最高裁決定は過剰防衛に関する刑法36条2項を準用していることから、過剰防衛と解している。過剰防衛説は、事実の錯誤と解しても故意が阻却されるのは、誤認に基づく防衛行為が相当性をもつ場合に限るとし、相当性を欠くに至れば故意は阻却されず、刑の減免が認められるにすぎないとする。②の決定では、Xが包丁を擬してBに散弾銃を発射することの認識、③の決定ではファイティングのポーズをとったBの顔面に回し蹴りをあてることの認識があったことから、過剰性を基礎づける事実の認識があったとして、②の決定では殺人未遂罪、③の決定では傷害致死罪として故意犯の成立を認めている。

さらに、④東京地裁平成5年1月11日判決（判時1462号159頁）は、喧嘩後、被害者と和解をして被害者の背後を通り過ぎる際に、被害者が後ろに向きを変えようとしたのを自己に対し殴ろうとしているものと誤信した被告人が、所持していた文化包丁で被害者を刺殺した事案で、「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、誤想防衛として故意を阻却することはない」と判示した。

本判決では、被告人の行為は誤想過剰防衛に該当するが、その行為が防衛の相当性の程度を大幅に超えた行為であり、刑法36条2項による刑の減免の適用はせず、被害者を文化包丁で刺すことについて錯誤がない点を明らかにして、前述の②の決定の趣旨に沿った解釈をしたもの考えられる。

また、下級審判例では、⑤静岡地裁昭和41年12月22日判決（下級刑集8巻12号22頁）は、急迫不正の侵害が存在しなくなっているのに、さらに不正な侵害を受けるのではないかと誤信した被告人が、包丁を被害者に投げつけ心臓刺創によって失血死させた事案で、「誤想防衛であるが防衛の程度を超えたもの」という趣旨の理由だけで、故意の阻却を認めず過剰防衛として処断したのもあれば、判例①の判決のように単に過剰防衛であるとして、被告人の相当性を基礎づける前提事実の錯誤の問題に触れないものもある。しかし、下級審判例でも、この相当性を基礎づける前提事実の誤認の場合を正面からとり上げて、故意犯の成立を否定した判例として有名な⑥盛岡地裁一関支部昭和36年3月15日判決（下刑集3巻3＝4号252頁）がある。事案は、平素から乱暴の行為をするAが夜間羽目板を破って侵入してきたのに対し、自己及び妻の生命身体を防衛するため、妻及びAの母と共にAを取り押さえようとして、Aに足払いをかけて転倒させたうえ羽交い絞めにし、なおも押さえきれずに右腕を同人の頸部にまわして絞めているうちに、Aを死に至らしめたというものである。

被告人は、防衛に相当な行為をするつもりであったのであって、よもやAに死の結果を発生させることはないだろうと考えていたことが認められ、死に至る程度まで強く絞めることについての認識をもっていたとは認められない、というものであった。本判決は、「被告人は防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその程度を超えたものであって、いわゆる防衛行為の誤認に外ならず、急迫不正の侵害事実についての誤認と同様に、講学上は誤想防衛の一場合として論ぜられるところのものである」とし、防衛行為の相当性の誤認もまた誤想防衛に含まれるとした上で「従って被告人に防衛の程度を超えて死の結果を齎したことについ

ての過失責任を問うことは格別、これをもって結果にたいする故意責任を問うことはできない」として、検察官の過剰防衛の主張に対し、誤想防衛として無罪としたのである。これは、過剰についての認識を欠き、反撃を相当なものと誤信したが、その誤信が相当性を基礎づける前提事実の誤認による場合を誤想防衛の一場合として事実の錯誤と解したものである。反撃が防衛の程度を超えた場合でもなお誤想防衛と解するものであって、誤想防衛説に立つものであるといえる。

このように判例は戦前及び戦後を通じ二つの説が対立していたが、⑤の判決のように、やや強引に過剰防衛説を採用して結論づけた感がうかがわれるものもある。②の判決も原審の過剰防衛説を支持する考えを述べているだけで、誤想過剰防衛に対する判例の理論構成についても明確な理由づけはなく、最高裁昭和62年の決定がその後の下級審判例にも準用され、定着されつつあるように思われる。誤想過剰防衛はすべての場合に故意が阻却されることなく、過剰防衛が成立すると見ることはできないが、誤想過剰防衛の過剰についても認識がなく、相当性を基礎づける前提事実について誤信がある場合に最高裁判所はどのように解するのか今後の判例が待たれるところである。

### 3. 学 説

誤想過剰防衛をめぐる問題は、前述したように最高裁昭和41年7月7日第二小法廷決定を契機に論議がされるようになったものである。従来は誤想防衛か過剰防衛かという二者択一の議論がなされ、判例は後者を採用していた。ところが、近年では、二者択一的解釈を批判して誤想過剰防衛の独自性を展開する学説が有力になってきている。それは、誤想防衛を事実の錯誤と解して、誤想過剰防衛を二つの類型に分け、急迫不正の侵害を誤信してなした反撃行為が防衛の相当性の程度を超えることを認識しなかった場合は、違法性を基礎づける過剰事実について認識がなく過失犯の成立にとどまり、他方、自己の行為が過剰である事実を認識していた場合は、故意犯の成立を肯定するというものである。あるいは、誤想防衛か過剰防衛か、さらに過失犯か故意犯のいずれが成立するかといった問題の立て方自体に問題があるとして、故意犯の成否の問題と36条2項の減免の効果を認めるか否かの問題は別次元として捉え

るといった見解も主張されている<sup>(10)</sup>。

一方、ドイツ刑法学における誤想過剰防衛(putativnotwehrzeß)については二つの対立する見解がある。第一は、マウラッハに代表されるもので誤想過剰防衛をもって原則として故意責任が生じるとする見解、第二は、パウマンに代表されるもので、せいぜい過失責任が生じるにすぎないとする見解<sup>(11)</sup>である。わが国では、狭義の誤想過剰防衛について、故意を阻却するか否かという故意の成否の問題と36条2項の適用ないし準用の可否について学説の激しい対立がみられるので、まず、故意犯の成否について検討してみることにする。

#### (1) 故意犯の成否

##### ④ 故意犯説

誤想防衛を違法性の錯誤とする厳格責任説によれば、誤想過剰防衛の場合は、違法類型としての構成要件に該当する事実を認識している以上、当該行為が禁じられているかどうかの問題に直面し、ただ誤って許されていると信じたにすぎない違法性の錯誤である。従って、違法性に関する事実の錯誤があったとしても、それは法律の錯誤にすぎず、故意犯は成立する。もっとも、その錯誤が相当な理由により、違法性の意識の可能性すらない場合にのみ責任を阻却されるにすぎないとする見解<sup>(13)</sup>である。しかし、通説的な立場を維持しながらも同じ立場をとる者もいる。誤想過剰防衛を誤想防衛と解し、しかも誤想防衛を事実の錯誤と解する通説的見地からは、誤想過剰防衛も事実の錯誤となり故意が阻却されることになり、過失犯のみが成立することになるからこの見解は支持することができないとする。しかし、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、故意犯の成立を認めるべきではないであろう。

この場合、行為者は正当防衛の意思で防衛行為を行い、過剰な事実について認識もないことから故意犯の成立はなく、せいぜい過失の過剰防衛が成立するにすぎないことになる。このように違法性を基礎づける事実を認識していない以上、故意犯の成立を否定しても正当防衛との関係上、不均衡の問題は生じないといえる<sup>(15)</sup>。

### ① 過失犯説

この見解は誤想防衛の過失犯性を誤想過剰防衛にも貫くもので、行為者が第一の急迫不正の侵害を誤認しなければ、第二の過剰な防衛行為も行われなかったであろうから、第一の誤認の点はこれを無視することができないほど行為全体について支配力をもつとして、誤想過剰防衛は全体として過失犯の性格しかもたず、過剰事実の認識の有無を問わず、常に誤想防衛の一形態であり故意を阻却して過失犯のみが成立するとする。そして、あとの過剰にわたった点については、ただ量刑において考慮すればよいとする見解<sup>(16)</sup>である。たしかに、行為者の防衛行為が防衛の程度を超えたことにも認識がない場合には、行為は全体として過失犯になるが、行為が過剰である点について認識がある場合には、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であろう。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ならば、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は、故意犯となることと対比して不均衡になりはしないだろうか。この考え方は、過剰防衛の故意犯性及び誤想防衛の過失犯性を前提に解釈される点に問題があるように思える。

### ② 二分説

この見解は過剰性の認識の有無<sup>(18)</sup>によって故意の成否を判断するもので現在の通説である。それによると、まず、行為者が侵害に対す防衛の程度を超えていたことを認識していた場合には、故意の誤想過剰防衛となる。この場合、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、故意犯が成立することになる。これに対して、行為者が侵害に対して防衛の程度を超えたことについて、認識がない場合には、そのこと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。この場合には、行為者が違法性を基礎づける過剰事実について認識が欠けるから故意犯の成立を認めることができない。過失の誤想過剰防衛は、急迫不正の侵害と過剰事実について二つの誤認があり、行為者の意識としては通常の誤想防衛と同じく正当防衛の意識しかないからである。この説が、責任主義からすれば妥当な見解といえよう。

### (2) 刑の減免の可否

誤想過剰防衛については、刑の減輕の明文規定がないところから、通常の過剰防衛と同様に刑の減輕または免除が認められるか否かについて学説の対立がある。これは、36条2項の任意的減免の根拠をどう解するかと関連して問題となる。

#### ① 責任減少説

この見解は、正当防衛の要件を具備しない過剰防衛行為は、正当防衛でない以上、明らかに違法行為であるが行為者が興奮、驚愕、恐怖、狼狽により過剰行為に出してしまった場合には、期待可能性が減少しその分だけ責任が減少するとする考え方である。したがって、急迫性が客観的に存在しようがしまいが、行為者が主観的に急迫である<sup>(19)</sup>と認めてあわてている以上、責任は減少するのである。

誤想過剰防衛を過剰防衛の一種と捉え、急迫不正の侵害が存在しない誤想過剰防衛においても、行為者が恐怖、驚愕、興奮、狼狽等による心理的異常状態にあることを根拠に通常の過剰防衛と異なる<sup>(20)</sup>ところがなく36条2項の適用ないし準用を認めるものである。結局、行為者が過剰防衛に当たる違法事実を認識したならば、当然結果に対する故意犯の成立を免れないものの、少なくとも、責任面では、典型的な過剰防衛と同じく任意的減免を認めるべきだとするのである。しかし、急迫不正の侵害を誤認して防衛行為が相当な程度を超えない典型的な誤想防衛が刑の減免が認められないこととの均衡上、急迫不正の侵害が存在せず防衛の程度を超える誤想過剰防衛に刑法36条2項を適用<sup>(21)</sup>することは問題である。責任減少説の論者もこの点を考慮して、誤想過剰防衛の場合には、過剰にわたらない誤想防衛において成立しうる過失犯の刑よりも軽く処罰することはできないとされるが、法文に規定されている特典をこのように解釈しなければならないところに、この見解が現行法と相容れないものであることが現われている、とする批判もある。

#### ② 違法減少説

この見解は、過剰防衛は過剰結果を生ぜしめたものではあるが、不正な侵害に対して防衛行為を行ったのだから違法性は減少するとの考えに立ち、狭義の誤想過剰防衛の場合は急迫不正の侵害が存在しないから、違法性減少の前提が欠けることになり、この場合には過剰防衛として扱うこと自体妥当ではないとして、刑法36条2項の適用も準用

も一切認められないとする<sup>(22)</sup>。このような見解に対して、急迫性の認定に対して、我が国の判例は、あまりにも急迫性の認定が厳格すぎるという指摘をする論者もいるが、そのために誤想過剰防衛の責任減少の側面を拒否してまで刑法36条2項による刑の減免を否定する必要はないのではないかという批判もある<sup>(23)</sup>。さらに、刑法36条2項の防衛の程度を超えた行為は「情状により……」とあるが、この「情状」には、違法性に加えて責任に関する事情もかなり含まれていることは否定できない。そこで、この文言解釈を違法減少面だけから説明できるか否かの議論もある<sup>(24)</sup>。

### ◎ 違法減少・責任減少説

この見解は、過剰防衛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り、誤想過剰防衛は急迫不正の侵害が存在しない場合には、行為者の心理状態を判断するまでもなく、36条2項の適用はできないが、行為者の責任減少が通常の過剰防衛と比較して実質的に異なるため、刑の減輕を認め、さらに、過剰防衛における違法減少と類似する客観的状況があるとき（急迫不正の侵害の誤認について過失がないとき）は、刑法36条2項の準用を認めるとするものである。

しかし、過剰防衛の刑の減免の根拠を違法性の減少に求めながら、それが存在しない狭義の誤想過剰防衛に過剰防衛として刑の減免の余地を認めることは、理論的に矛盾するとする批判もある<sup>(25)</sup>。

その他、誤想過剰防衛の場合には、行為者が恐怖、驚愕、狼狽、興奮等の異常な心理状態によって、過剰行為に出た場合には期待可能性の理論によって責任の減少、阻却を認める余地があるから、急迫不正の侵害が存在しない誤想過剰防衛にあえて刑法36条2項を適用・準用する必要はないとする見解もある<sup>(26)</sup>。それは、一般的な期待可能性の理論によって、責任減少、責任阻却を認めることができるれば問題が生じないであろうとするのである<sup>(27)</sup>。

## 4. まとめ

以上、判例・学説に言及してきたが、典型的な誤想防衛は事実の錯誤か、それとも違法性の錯誤であるかについて、学説は対立している。大審院や最高裁の判例で正面から言及したものはなく、大審院の判例には傍論ではあるが、事実の錯誤と解して故意の阻却を認めたものがある。大審院昭

和8年6月29日判決（刑集12巻1001頁）がそれであり、最高裁時代になってからは、最高裁昭和41年7月7日決定（刑集20巻6号554頁）をリーディングケースとして、急迫不正の侵害という正当防衛状況を誤認して、しかも過剰防衛行為に出た場合にいずれも故意犯の成立を認め、36条2項による刑の減免を認めた下級審判例が相次いでいる。例えば、⑤の判例や、名古屋高裁昭和45年8月25日判決（刑月2巻8号789頁）、札幌高裁昭和51年5月25日判決（判時833号127頁）、東京地裁昭和56年3月31日判決（判夕453号170頁）、等である<sup>(28)</sup>。

もっとも、下級審判例の中には、相当な行為をするつもりでたまたま死に至らす程度の過剰な行為をしたという事案で、⑥の判例のように、「被告人は防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその程度を超えたものであって、いわゆる防衛行為に外ならず、……講学上は誤想防衛の一場合として論ぜられるところのものである」として、無罪としたものもある。

また、誤想過剰防衛に関する最高裁判例では、②の決定のように、「原判決が被告人の本件所為につき、誤想防衛であるがその防衛の程度を超えたものとし、刑法36条2項により処断したのは相当である」とし、さらに、③の決定のように「被告人が誤信した……急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛にあたるとして刑法36条2項により刑を減輕した原判決は正当である」と解している。しかし、これらの判例は、いずれも侵害事実を誤認し、過剰事実の認識ある誤想過剰防衛<sup>(29)</sup>について、責任要素としての故意の阻却は認めず、過剰防衛の規定によって処断したものである。

一方、学説を見ると従来の学説は誤想防衛は過失犯であり、過剰防衛は故意犯であるという前提に立ち、誤想防衛なのか過剰防衛なのかという二者択一的に問題解決にあたってきた。そこでは、誤想過剰防衛の基本を誤想防衛として過失犯の成立を認め、刑法36条2項の不適用の見解とそれを過剰防衛として故意犯の成立を認め、刑法36条2項を適用する見解<sup>(30)</sup>とが対立していた。しかし、誤想防衛の基本的性格が過失犯であり、過剰防衛のそれは故意犯という前提を何故採らなければならないのか、また、刑法36条2項の文言は「防衛の

程度を超えた行為」と規定しているだけで、故意犯に限定するとは規定してなく、過失犯にも過剰防衛の成立は可能である。したがって、誤想防衛、過剰防衛という概念自体から、必然的に誤想過剰防衛の問題が解決されることにはならない。故意犯の成否の問題と36条2項の減免の可否は別次元の問題であり、個別に解決すべきであるとする見解も有力なのである。<sup>(32)</sup>

誤想過剰防衛は、侵害事実の誤想に過剰行為が重なった場合であり、急迫不正の侵害がないのに、それがあって誤信して防衛行為に出たが、誤想した侵害に対する防衛として過剰であった場合である。過剰性の基礎となる事実について認識がある場合とない場合に分けられる。この両者の取り扱いについては、㊦発生した事実につき故意犯が成立し、錯誤が避けえない場合は責任を阻却すると解する見解、㊧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解する見解、㊨過剰事実について認識のない場合には故意を阻却し、過剰事実について認識のある場合には故意を阻却しないと解する見解の対立がある。

過剰事実について認識のない場合は、急迫不正の侵害の誤認と過剰事実を基礎づける事実の誤認の両者の事実の錯誤である。したがって、この類型の誤想過剰防衛は誤想防衛にほかならないから故意が阻却され、両者ないし後者の誤認について過失があれば過失犯が成立する。これに対し、過剰事実について認識のある場合には、過剰事実という違法性を基礎づける事実を認識しているから故意犯が成立することになる。このように解すれば㊩説が妥当である。

また、狭義の誤想過剰防衛についても通常の過剰防衛と同様に刑法36条2項の適用・準用を認めることができるか否か問題となる。36条2項を違法減少に求める違法減少説では、急迫不正の侵害は存在しないから客観的違法減少はなく、36条2項の準用は認められない。しかし、責任減少説では、誤想上の侵害に対する過剰についても、刑の任意的減免が可能になる反面、急迫不正の侵害が実在した狭義の過剰防衛と狭義の誤想過剰防衛を同列に取り扱うことが妥当であるか疑問はあるが、現行刑法による過剰防衛の特典は、刑の任意的減免にとどまる以上、誤想過剰防衛に準用しても問題はないであろう。

行為者が過剰防衛にあたる違法事実を認識した

ならば、当然結果に対する故意犯の成立を免れることはできず、少なくとも、責任面では典型的な過剰防衛と同じく任意的減免を認めるべきである。

## 注

- (1) 大審院大正9年6月2日判決(刑録26輯429頁)は防衛の程度を超えたかどうかは、客観的観察によって判定されるべきであるとされている。判例は、手段の相当性は比較的厳格に解しているようで、武器による侵害に対して武器で反撃する場合も原則的に武器対等を要求しているとみられる。例えば、鉄棒で頭を強打されたのに対し、海軍用ナイフで防戦し死亡させた場合の大審院昭和8年4月10日判決(刑集12巻437頁)、また、下駄で打ちかかってきた者に対し、匕首で刺殺した場合の大審院昭和8年6月21日判決(刑集12巻834頁)等はいずれも過剰防衛としており、本判決もこのような考えに沿ったものであろう。
- (2) 明らかに過剰防衛説に立つものとして、この他に最高裁昭和41年7月7日決定(刑集20巻6号554頁)の原審である福岡高裁宮崎支部昭和40年6月22日判決(刑集20巻6号562頁)がある。これに対して、相手がポケットに手を入れたことから刃物を取り出すものと誤信して先制攻撃を加えた事例では、東京高裁昭和32年7月18日判決(高裁特4巻14、15号357頁)のように、「誤想防衛が成立するには、犯人の認識した内容(誤想による侵害)が犯人のなした反撃行為を止むを得ない防衛行為と認めさせる程度の急迫不正の事由に該当するものであって、且つ当時の客観的事情から見て、犯人がそのような急迫不正の侵害があると誤信したことが相当と認められる場合であることを要する」としたものがあり、誤想防衛説に立つものもある。
- (3) 相当性を基礎づける前提事実の誤認の場合をとり上げ故意犯の成立を否定した下級審判例として、盛岡地裁一関支部昭和36年3月15日判決(下級刑集3巻3=4号252頁)がある。この判決は、過剰について認識を欠き、反撃を相当のものと誤信したが、その誤信が相当性を基礎づける前提事実の誤認に基づく場合を、誤想防衛の一場合として事実の錯誤と解している。

- (4) 内藤 謙「誤想過剰防衛の一場面—殺人未遂罪の成立が認められた事例」警察研究103頁（良書普及会、1974）、船田三男『最高裁判所判例解説・刑事法篇』110～111頁（法曹会、1986）も、「誤想防衛の場合においても、違法性を基礎づける事実の認識を欠くとして故意を阻却するのは、犯人の認識（誤信）する行為を適法とする事実（急迫不正の侵害）に対し、防衛行為が相当性を持つ限りにおいて故意を阻却するものと解すべきであって、右の相当性を欠くに至ればもはや故意を阻却せられない、と解すべきことは、正当防衛との均衡からいっても当然である」との考えを採っている。
- (5) 内藤・前掲注(4)103頁。
- (6) この事件を詳細に論じた論文として、宗岡嗣郎「過剰誤想防衛に関する一考察（勘違い騎士道事件）判決に即して」久留米大学法学56巻57号241～264頁（久留米大学、2007）がある。
- (7) 東京高裁昭和59年11月22日判決（高刑集37巻3号414頁・判時1137号147頁）。
- (8) 東京高裁は「回し蹴り」の防衛行為としての相当性に関しては、一審（千葉地判昭和59年2月7日）判決と比較して詳細な事実認定をしていることがうかがえる。
- (9) 本文で紹介した以外に誤想過剰防衛であると認定された判例として、東京地裁昭和39年6月20日判決（判タ164号195頁）、静岡地裁昭和41年12月22日判決（下刑集8巻12号1578頁）、名古屋高裁昭和45年8月25日判決（刑裁月報2巻8号789頁）は、愛大事件控訴審判決として、誤想過剰防衛論を採用している。この事件の上告審決定として、最高裁昭和48年4月26日決定（判時703号107頁）がある。東京地裁昭和51年3月26日判決（刑裁月報8巻3号137頁）、札幌高裁昭和51年5月25日判決（判時833号127頁）は、相手に暴行され追いかけられ、ガラスに映った相手の姿をみて空びんをとって殴りかかってくるものと誤信し、被告人が一升びんで相手を殴打しさらに、割れて残ったビンの破片を振って加療3カ月の傷害を負わせたという事案について、「急迫不正の侵害を誤信した結果防衛の意思でなされ、しかも防衛の程度を超えた点で誤想過剰防衛に該当する」と判示している。
- 福岡高裁昭和54年7月19日判決（高検速報1259号）、大阪高裁昭和54年11月16日判決（判タ408号158頁）、東京地裁昭和56年3月31日判決（判タ453号170頁）、大阪高裁昭和62年10月28日判決（判タ662号243頁）、札幌高裁昭和63年10月4日判決（判時1312号148頁）。東京地裁昭和53年11月6日判決（判時913号123頁）は、夫に暴行をうけて激昂し、空びんで殴打したところ、強く突き飛ばされるなどしたために、首を絞められるのではないかと誤信し、洋鋏で突き刺して殺害したという事案で、誤想過剰防衛を認めた。しかし、東京高裁昭和54年5月15日判決（判時937号123頁）は、誤想過剰防衛を否定している。
- (10) 前田雅英『刑法総論講義』351～352頁（東京大学出版会、1993）、内藤 謙『刑法講義総論（中）』374頁以下（有斐閣、1986）。
- (11) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1971, S. 476-77.
- (12) Baumann, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1968, S. 299.
- (13) 阿部純二「誤想過剰防衛」福田＝大塚編『演習刑法総論』133頁以下（青林書院新社、1983）、大谷 實『刑法総論 [第2版]』162頁（成文堂、2000）、西原春夫『刑法総論』420頁以下（成文堂、1987）。福田 平『全訂刑法総論 [第三版]』210頁（有斐閣、1997）は、誤想防衛は、急迫不正の侵害がないのに侵害があると誤信して防衛行為に出たが、行為者の誤想した侵害に対する防衛として過剰であった場合をいうが、それは、さらに、行為者が相当性の程度を超えたことを認識していた場合と相当性の範囲にとどまるものと誤認した場合に分けられるとする。そして、前者の場合は、現に存在する急迫不正の侵害に対して、知りつつ相当性の程度を超える反撃を加えた場合が、過剰防衛としての刑の任意的減免にとどまること（刑法36条2項）との対比から、過剰防衛として処理すべきである。後者の場合には、急迫不正の侵害についての誤認に、相当性についての誤認が加わっているから、誤想防衛の特殊な場合であるとして、誤想防衛（違法性阻却事由の錯誤）として処理すべきであるとする。町野 朔「誤想

- 防衛・過剰防衛」警察研究50巻9号46頁以下（良書普及会，1979）。
- (14) 船田・前掲注(4)110頁、香川達夫「誤想防衛と過剰防衛(2)」刑法判例百選I総論82頁（有斐閣，1978）。
- (15) 石原 明「殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例」102～104頁法学論叢81巻1号（京都法学会，1967）。庭山英雄「誤想過剰防衛」法学セミナー184号47頁（日本評論新社，1971）は、誤想過剰防衛は、誤想防衛と過剰防衛とが競合したものと安易にいいきれないとして、その問題解決の鍵は過剰防衛の性格を明確にすることにあるとして、過剰防衛の本質はその故意犯性にあり、誤想防衛の本質はその過失犯性にあるとされる。「したがって、過剰防衛の中に過失犯的要素を混入することは背理である」と説かれる。
- (16) 石原・前掲注(15)102頁は、誤想防衛と過剰防衛の共存を認めることは、両者が持っている基本的性格をあいまいにすることになり、また、刑の均衡やその他の面で種々の問題が生じる。それ故、種々の場合を想定してこれを分析的に考察して誤想防衛及び過剰防衛の法律的性格を明らかにしつつ、その具体的運用について考察することが必要であると説かれる。
- (17) 石原・前掲注(15)102頁は次のように解説される。即ち、「第一の侵害事実の誤認がなかったならば、第二の過剰な防衛行為も行われなかったであろうから、このように考えると、第一の誤認の点はこれを無視することができないほど行為全体の支配力を持っている。したがって、このような行為はその全体において、そもそも『不注意による思い違い』によるものという過失的性格を持つものと考えられるからである」。そして、あとの過剰の点については、ただ量刑において考慮すればよいとされる。
- (18) 佐久間 修『刑法における事実の錯誤』342頁（成文堂，1987）、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕補訂版』72～73頁（成文堂，1996）内藤・前掲注(10)373頁以下、中 義勝「いわゆる誤想過剰防衛について」関西大学法学論集27巻3号13～14頁（関西大学，1977）、中山研一『刑法総論』285頁（成文堂，1986）、山中敬一『刑法総論I』473頁（成文堂，1999）、町野・前掲注(13)45～46頁、平野龍一『刑法総論II』247頁（有斐閣，1986）、前田・前掲注(10)340頁。
- (19) 前田・前掲注(10)353頁。
- (20) 内田文昭「過剰防衛について」研修308号6～7頁（法務総合研究所，1974）、大塚 仁『刑法論集(1)』174頁（有斐閣，1976）、曾根・前掲注(18)73～74頁、中山・前掲注(18)285頁、内藤・前掲注(10)370頁以下、山中・前掲注(18)472～474頁、平野・前掲注(18)247頁（有斐閣，1986）、山火正則「誤想防衛と過剰防衛」『刑法基本講座(第3巻)違法論・責任論』83～84頁（法学書院，1994）。
- (21) 最決昭和41年7月7日（刑集20巻6号554頁）も誤想過剰防衛を過剰防衛の一種として捉え、「刑法36条2項により処断したのは相当である」と判示している。
- (22) 町野・前掲注(13)52～54頁。
- (23) 内藤・前掲注(10)379頁、中山・前掲注(18)285頁。
- (24) 改正刑法草案14条2項、3項が責任減少的側面を念頭に入れていることが考えられる。
- (25) 曾根・「誤想過剰防衛と刑の減免」刑事違法論の研究195頁以下（成文堂，1998）。
- (26) 曾根・前掲注(18)75頁。
- (27) 期待可能性がないことを理由に刑の減免・不可罰を認めるべきとする論者に、曾根・前掲注(18)75頁、内藤・前掲注(10)382頁、中・前掲注(18)15頁などがある。
- (28) 大阪高裁昭和62年10月28日判決（判タ662号243頁）も該当する。
- (29) 誤想過剰防衛については、本文中で紹介した文献以外に次のようなものがある。井上宜裕「誤想過剰防衛と刑の減免：過剰防衛規定の適用（準用）の否定・制限について」大阪市立大学法学雑誌48巻1号296頁（大阪市立大学法学会，2001）、植松 正『再訂刑法概論I』177～179頁（勁草書房，1985）、大塚 仁『注解刑法〔増補第2版〕』222頁（青林書院新社，1984）、大谷・『刑法総論の重要問題(上)』225～226頁（立花書房，1986）、川端 博『刑法総論講義』349頁（成文堂，2000）、川端・日高義博『基本論点刑法』69～71頁（法学書院，1992）、齊藤信宰『刑法

講義〔総論〕第二版』211～212頁（成文堂，1998）、下村康正『刑法総論の現代的問題』143～154頁（文久書林，1980）、同「いわゆる誤想過剰防衛論」警察研究3～13頁（良書普及会，1975）、中野次雄『刑法総論概要〔第三版補訂版〕』213頁（成文堂，1997）、浅田和茂＝斉藤豊治＝佐久間 修＝松宮孝明＝山中敬『刑法総論〔改定版〕』144頁（青林書院，1997）、須之内克彦「誤想防衛と過剰防衛（2）」刑法判例百選Ⅰ総論〔第四版〕56～57頁（有斐閣，1997）、小田直樹「誤想防衛と過剰防衛（1）」刑法判例百選Ⅰ総論〔第五版〕52～53頁（有斐閣，2003）、前田・「誤想過剰防衛（1）、（2）」65～66頁最新重

要判例250刑法第6版（弘文堂，2008）、山本輝之「誤想防衛と過剰防衛（2）」刑法判例百選Ⅰ総論〔第五版〕54～55頁、佐久間・「過剰防衛・誤想過剰防衛」刑法の争点〔第三版〕ジュリスト増刊50～51頁（有斐閣，2000）、莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』230頁以下（青林書院，1985）、土本武司編『現代刑事法の論点 刑法編』42頁以下（東京法令出版，1987）。

(30) 石原・前掲注(15)97頁以下。

(31) 船田・前掲注(4)110頁。

(32) 町野・前掲注(13)43頁以下、内藤・前掲注(10)370頁以下。