

過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合について

関 根 徹

- 1 はじめに
- 2 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合についての考え方
- 3 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合と過剰防衛の法的性格
- 4 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合と錯誤論
- 5 まとめ
- 6 おわりに

1 はじめに

最決平成九年六月一六日刑集五一卷五号四三五頁（以下「平成九年決定」）の事案は以下の通りである。すなわち、文化住宅二階の一室に居住していた被告人は、同住宅二階の共同便所で小用を足していた際、日ごろから折り合いが悪かった、同住宅二階の別室に居住するSに、突然背後から長さ約八一センチメートル、重さ約二キログラムの鉄バ

過剰防衛の効果は第三者に及んだ場合について（関根）

イブで頭部を一回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶったSに対し、被告人は、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、Sともみ合いになったまま、同住宅二階の通路に移動し、その間二回にわたり大声で助けを求めたが、どれも現れなかった。被告人は、その直後に、Sから鉄パイプを取り上げたが、Sが両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで一回殴打した。そして、再度もみ合いになって、Sが、被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、被告人は同通路の南側にある一階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人は、階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、Sは、通路南端に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、Sがなおも鉄パイプを手に握っているのを見て、被告人はSに近づいてその左足を持ち上げ、Sを手すりの外側に追い落とす。Sは一階のひさしに当たった後、手すり上端から約四メートル下のコンクリート道路上に転落した。その結果、Sは、被告人の一連の暴行により、入院加療約三か月間を要する傷害を負った、というものである。この事案では、Sが転落防止用の手すりの外側に勢いあまって上半身を前のめりに乗り出した時点でSによる攻撃は終了していたのかどうかということが問題になったが、これについて、最高裁はSによる攻撃はまだ終了していないと判断した。その上で、被告人の行為について、「Sの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならず、他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体

として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。」として相当性を否定し、被告人がSを鉄パイプで殴打し、その後Sを手すりの外側に追い落とすに至った一連の行為を過剰防衛とした。この最高裁の結論に対しては疑問が示されており、裁判所は正当化しうる防衛手段を示すべきであるという指摘がなされている。⁽²⁾ この平成九年決定については、さまざまな研究が出されているため、その検討はそれらに委ねたいと思う。本稿は、平成九年決定を直接の検討の対象とはせず、これをアレンジした以下の事案を検討していく。すなわち、被告人がSを手すりの外側に追い落とすところまでは平成九年決定と同じであるが、その結果、Sは、一階のひさしに当たった後、手すり上端から約四メートル下のコンクリート道路上に転落した際、騒ぎを聞いて一階に住むTが部屋から出てきたため、転落したSの足がTの肩に当たり、Tの鎖骨が折れたというものである。この事案は、Sに対する防衛行為の効果が第三者であるTにも及んだ場合である。被告人がSを鉄パイプで殴打し、手すりの外側に追い落とした一連の行為を、平成九年決定に対する批判に従い、正当防衛として評価した場合には、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合になる。これは、これまでに議論されてきた問題である。しかし、平成九年決定に従い、被告人の行為を過剰防衛として評価した場合には、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合になる。この過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、容易に想定しうる事例であるにもかかわらず、これまで議論されてこなかった。そこで、本稿では、この過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合について検討していくことにする。

2 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合についての考え方

過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合も、正当防衛の効果も同様で、以下の二つの類型に分けることができる。すなわち、一つは防衛行為の効果が急迫不正の侵害をしてきた者に及ぶとともに、第三者にも及んだ場合であり、もう一つは防衛行為の効果も第三者にのみ及んだ場合である。前述のように、過剰防衛の効果も第三者に及んだ場合についてはこれまで議論されてこなかったことから、この事例についての学説は示されていない。そこで、正当防衛の効果も第三者に及んだ場合の考え方を参考にして、この事例についての見解を考えていく。急迫不正の侵害を受けた者が正当防衛として侵害してきた者に反撃したところ、その行為の効果も侵害してきた者とともに第三者にも及んだ場合、又は第三者にのみ及んだ場合、侵害してきた者については正当防衛が成立するとして、第三者については見解が分かれる。その主なものとしては、正当防衛説、緊急避難説及び誤想防衛説の三つが挙げられる。⁽³⁾これらの説に従って過剰防衛の効果も第三者に及んだ場合を検討すると、以下の見解が考えられる。

(1) 過剰防衛説

正当防衛の効果も第三者に及んだ場合の正当防衛説は、正当防衛が法秩序を守るといふ社会的に有用な行為であるといふ法確証の原理にかんがみ、防衛行為を行った者が第三者の法益を傷つけないようにその状況上可能な十分な配慮をした行為に出たときには、第三者の法益を傷つけるかもしれないという危険は許された危険の範囲にあることか

ら、たとえ第三者に結果を生じさせても、その行為は違法ではないとする⁽⁴⁾。あるいは、防衛行為が侵害に対するものとして適法化されるのに、結果が第三者に発生したとして違法とするのは矛盾しており、行為と結果を形式的に区別するのは妥当ではなく、行為と結果のうちのいずれも正当防衛として適法化されるべきであるとする⁽⁵⁾。正当防衛の結果が第三者に及んだ場合に第三者を侵害したことも正当防衛として評価されるのであれば、防衛行為自体が過剰と評価される場合には、防衛行為により法秩序を守ろうとして過剰になったのであるから、それにより生じた第三者の法益の侵害も過剰防衛として評価されるべきであるということになる。

ただ、防衛行為を行うときの緊急状況を考えると、どこまで第三者に配慮することができるかわからず、むしろ第三者に配慮していない場合の方が多いのではないかと思われる。したがって、前者の考え方によると、正当防衛が認められる範囲が現実には極端に狭くなってしまうと思われる。特に正当防衛の効果が第三者に及んだ場合には、急迫不正の侵害を受けた者は侵害をした者に対する反撃しか考えていないと思われ、その場合に第三者に可能な限り配慮したと評価しうるか疑問であろう。この点、第三者への侵害が違法と評価される場合であっても、事態の性質上過剰防衛における刑の減免を準用するとしているが⁽⁶⁾、その効果は正当防衛を認めるときとは大きく異なるし、第三者に配慮していなかった場合に過剰防衛の任意的減免規定が適用されるかも疑問であろう。この疑問は、防衛行為がそれ自体が過剰として評価される場合には、一層大きくなると思われる。すなわち、防衛行為がそれ自体は、過剰防衛として評価されるとはいえ、犯罪になるのであり、不正の侵害を行う者に過剰防衛を行った上に第三者を巻き込んだのであるから、任意的減免規定を準用するのはさらに難しいと思われるのである。

(2) 過剰避難又は緊急避難説

正当防衛の効果が第三者に及んだ場合についての緊急避難説は、法秩序が守られるべきなのは不正の侵害をした者からであつて、不正の侵害をしていない第三者からではないこと、沿革的にも正当防衛は侵害する者と防衛する者の間で認められる相対的な権利であることから、第三者については緊急避難として評価されるべきであるとする。この見解によれば、急迫不正の侵害を行った者に対する部分と第三者に対する部分がそれぞれ別個独立に評価されることになる。したがつて、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、侵害を行った者については過剰防衛となり、第三者については過剰避難になると考えられる。ただ、第三者については過剰避難になるとする理由が問題になる。すなわち、侵害をした者に対する防衛行為が、第三者との関係で過剰として評価されるのであれば問題はないが、防衛行為が過剰であることから、過剰な防衛行為の結果第三者までも巻き込んだので過剰避難であるということを経由するならば、侵害を行った者についての評価と第三者についての評価を別個独立に行つていないことになり、この見解の前提に反することになると思われる。したがつて、第三者について過剰避難であるとするのであれば、前者の理由によるべきことになる。

緊急避難の場合には、補充性と法益権衡が要求されているところ、補充性の要件を満たすが、法益権衡の要件を満たさなかつた場合に過剰避難になるということには争いが無い。過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合でも、急迫不正の侵害をした者に対する防衛行為が第三者との関係で補充性の要件を満たしながら、法益権衡の要件を満たさない場合に過剰避難になるということには問題はないであらう。問題は、補充性の要件を満たさない場合である。正当防

衛で防衛行為として認められるためには、権利を防衛するために必要かつ相当な手段であればよく、唯一の手段である必要はない。⁽⁹⁾したがって、防衛行為を行う場合には、むしろ補充性の要件を満たさない場合が多いであろう。前述の事例でも、被告人はSに鉄パイプで襲われているため、場合によっては命も落としかねない状況であったのに対し、Tに生じた害は鎖骨を折っただけであるので、法益の権衡を満たしていると考えることができる。この場合にTとの関係で補充性を満たさない場合に、過剰避難を否定するべきであろうか。この点、「過剰避難の規定における『その程度を超えた行為』（刑法三七条一項ただし書）とは、『やむを得ずにした行為』としての要件を備えながらも、その行為により生じた害が避けようとした害を超えた場合をいうものと解するのが緊急避難の趣旨及び文理に照らして自然な解釈であつて、当該避難行為が『やむを得ずにした行為』に該当することが過剰避難の規定の適用の前提であると解すべきである」とする判例もある。⁽¹⁰⁾これによれば、補充性を満たさなければ、過剰避難にはならない。しかし、本来は侵害をした者に対する反撃として行われた行為が正当防衛になる（すなわち権利防衛の手段として必要かつ相当な行為である）のに、それがたまたま第三者に及んだ場合に、補充性を満たさないことを理由に第三者に対しては過剰避難にもならず、犯罪になるという結論は妥当であろうか。必要がないのに行われた防衛行為の場合に過剰防衛になるのであるから、その必要性に対応すると考えられる補充性を満たさない場合にも過剰避難を認めるべきであろう。したがって、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合も、第三者を侵害した点について補充性を満たさなくても過剰避難が認められるべきであろう。

団藤博士は、行為そのものとしては相当な行為を行ったが、誤った客体に結果を生じさせた場合も誤想防衛の一種であるとする⁽¹²⁾。したがって、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合も誤想防衛の一種になる。この見解によれば、侵害をした者に対して行われた防衛行為が過剰防衛として評価される場合には、二つに分けて考えられると思われる。すなわち、権利防衛の手段として必要ではない行為を行ったものとして過剰防衛とされる場合には、必要のない防衛行為が第三者に及んだのであるから、それも必要のないものになるので、誤想過剰防衛になると考えられる。また、防衛行為の相当性が欠如する場合には、防衛行為それ自体に相当性が欠如するのであるから、それが第三者に及んだ以上さらに相当性が欠如する場合は、侵害をした者と第三者とを別個独立に考え、第三者との関係では著しく法益の権衡を失っていないため⁽¹³⁾、第三者については過剰ではないとして誤想防衛と考えるかのいずれかになるであろう。この点、第三者に対して誤想防衛であるとすると、急迫不正の侵害をした者に対しては過剰防衛として故意犯が成立するの⁽¹⁴⁾に、無関係の第三者に対しては誤想防衛として故意が阻却されることになり、この結論には疑問なしとはいえない。第三者に対しても誤想過剰防衛にする方が結論的には妥当であろう。ただ、団藤博士の見解によれば、誤想防衛の場合には違法性は阻却されないが、故意が阻却されることになるため、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合には急迫不正の侵害をした者に対しては正当防衛として違法性が阻却され、第三者に対しては誤想防衛として違法性が阻却されないことになる。したがって、この見解も、緊急避難説と同様に、急迫不正の侵害をした者に対する部分と第三者に対する部分をそれぞれ別個独立に評価していることになる。そうすると、過剰防衛の効果が第三者に及んだ

場合を、急迫不正の侵害をした者に対する防衛行為が過剰防衛になることを理由に、第三者に対しては誤想過剰防衛になるとすると、両者を別個独立に評価するという前提に反するのではないかと考えられる。

3 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合と過剰防衛の法的性格

正当防衛の効果が第三者に及んだ場合の議論を参考にして過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合を考えると、以上のような見解が考えられる。ただ、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合の各学説及びその批判は、正当防衛が違法性阻却事由であることを前提にしている。しかし、本稿で検討の対象としている過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、急迫不正の侵害をした者に対して行われた防衛行為は、その法的性格について争いのある過剰防衛として評価される。したがって過剰防衛の法的性格に従った検討も必要である。周知のように、過剰防衛の法的性格については、違法減少説⁽¹⁵⁾、責任減少説⁽¹⁶⁾及び違法責任減少説⁽¹⁷⁾の三説が主張されている。

違法減少説は、過剰防衛は急迫不正の侵害に対する防衛行為として行われたものであることから、違法性が減少するとする。したがって、過剰防衛の場合にも急迫不正の侵害が存在することが必要である⁽¹⁸⁾。過剰防衛の法的性格を違法減少として考えるのであれば、正当防衛と過剰防衛は、必要性又は相当性の点を除けば、同様に考えることができる。この場合、法秩序の防衛を正当防衛権の根拠にするのであれば、過剰防衛の場合にもその減免根拠に、法秩序の防衛が含まれることになる。この違法減少説を前提にすると、以下のように考えられる。まず、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合にも急迫不正の侵害が存在し、これに対する防衛行為がなされた以上、法秩序は守られると考えら

れるため、第三者を侵害したことも含めて、急迫不正の侵害に対する反撃行為は防衛行為として評価されえ、この防衛行為が過剰防衛になることから、第三者に対しても過剰防衛になると考えられる。他方で、法秩序が守られるべきなのは、急迫不正の侵害をした者からであって、これを行っていない第三者からではないので、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、急迫不正の侵害をした者に対する部分と第三者に対する部分で分けて考え、急迫不正の侵害をした者については過剰防衛が成立するが、急迫不正の侵害をしていない第三者については過剰防衛は成立しないと考えることも可能である。この場合、第三者に生じた結果は過剰避難を認めるか、場合によっては誤想過剰防衛を認めるか、又はいずれも認めないとする⁽¹⁹⁾ことになる。

他方で、責任減少説は、過剰防衛は急迫不正の侵害という緊急状態で恐怖、驚愕、狼狽等によりつい不相当な反撃をしてしまうというものであることから、責任が減少するといふものである⁽²⁰⁾。したがって、過剰防衛の場合には、正当防衛と異なり、必ずしも急迫不正の侵害を必要としないことになり、急迫不正の侵害をした者から法秩序を守るということは過剰防衛の減免根拠にはならないことになる。過剰防衛行為を行った者は、急迫不正の侵害を受けており、そのような状況下では事態を冷静に判断することができないため、第三者にまで防衛行為の効果が及ぶことまで配慮しえないと考えられる。この考えを前提とすれば、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、第三者についても過剰防衛として評価されることになるであろう。この場合、第三者は急迫不正の侵害を行っていないが、責任減少説によれば、過剰防衛は急迫不正の侵害が存在することを前提としていないので、第三者に防衛行為を認めても理論的には問題はないと思われる。

ただ、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合の緊急避難説の論拠にもあるように、正当防衛は、急迫不正の侵害を

行った者に対してのみ認められる相対的な権利であり、このことは過剰防衛にも妥当すると考えられる。責任減少説によれば、確かに客観的に急迫不正の侵害が存在しなければならぬということはないが、少なくとも、行為者が急迫不正の侵害をしたと認識した者に対してだけ認められると考えるべきであろう。このように考えると、過剰防衛の効果は第三者に及んだ場合に、過剰防衛を行った者が急迫不正の侵害を認識した結果、これに対して恐怖、驚愕、狼狽等をするなどして防衛行為を行ったと評価しうるのは、防衛行為を行った者が急迫不正の侵害をしたと認識した者についてだけである。過剰防衛の効果は及んだ第三者については、防衛行為を行った者は第三者が侵害をした者であると認識していないことから、過剰防衛として評価することはできないことになる。この場合、恐怖、驚愕、狼狽等により、無関係の第三者に害を与えたということで、過剰避難しか認められないであろう。⁽²¹⁾

違法責任減少説は、過剰防衛は犯罪が成立するにもかかわらず、これに免除が認められていることを理由に、急迫不正の侵害に対する防衛行為として違法性のみならず、責任も減少するとする。⁽²²⁾ ただ、違法責任減少説は、違法減少を必要とするのかということについては明らかではない。⁽²³⁾ この点、違法減少と責任減少の双方を必要とする重疊的併用説と違法減少と責任減少のうちのいずれか一方で足りるとする択一的併用説が主張されている。⁽²⁴⁾ 重疊的併用説によれば、急迫不正の侵害が必要とされるが、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、それが存在するため、違法減少説に従うことになるであろう。それに対して、択一的併用説によれば、急迫不正の侵害は必要とされないため、これが存在しないにもかかわらず、防衛行為を行った場合に、責任減少説に従うことになるが、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、急迫不正の侵害が存在するので、違法減少説に従うことになるであろう。

4 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合と錯誤論

過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合について、防衛行為の点に焦点を当てて検討すると、以上のように思われる。ところで前述のように、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合については、二つの類型が考えられる。すなわち、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合と防衛行為の効果が侵害した者だけでなく、第三者にも及んだ場合の二つがこれである。前者の防衛行為の効果は第三者にのみ及んだ場合は、急迫不正の侵害をした者に対する反撃行為が防衛行為として行われたという点を捨象して考えると、方法の錯誤の事例になり、後者の防衛行為の効果は急迫不正の侵害をした者だけでなく、第三者にも及んだ場合は、併発事実の事例になる。過剰防衛の場合には、正当防衛と異なり、過剰防衛として評価されるとはいえ、犯罪は成立することになるので、第三者に発生した結果について故意犯が成立するのか、それとも過失犯が成立するのかということも問題となる。特に主観的構成要件要素としての故意を認める場合には、正当防衛及び過剰防衛の判断の前に故意が認められるかどうかという判断がなされるため、どの客体について故意が認められるのかということを検討する必要がある。⁽²⁵⁾

(1) 過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合と錯誤論

防衛行為の効果は第三者にのみ及んだ場合、急迫不正の侵害を受けた者は、急迫不正の侵害をした者に対して反撃し、これが侵害を受けた者の意図しない第三者にのみ及んでいることから、侵害を受けた者に錯誤が生じている。防

衛行為の効果が第三者に及んだ場合の客体は基本的に法定の範囲で一致しているので、具体的事実の錯誤に関する解決方法、すなわち法定的符合説か具体的符合説のうちのいずれかに従って、これを解決することになる。⁽²⁶⁾ 行為者の意図した結果と実際に発生した結果が法定の範囲で符合一致していれば発生した結果について故意を認めるとする法定的符合説によるならば、急迫不正の侵害を受けた者の意図しない第三者に発生した結果についても故意犯が認められることになる。それに対して、行為者の意図した結果と実際に発生した結果が具体的に符合一致していなければ発生した結果について故意を認めることができないとする具体的符合説によるならば、急迫不正の侵害を受けた者の意図した結果について故意犯の未遂が認められ、侵害を受けた者の意図しない第三者に発生した結果については過失犯しか認められないことになる。

また、防衛行為の効果が侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合には、併発事実の事例として処理されることになる。併発事実を錯誤の事例ではないとする見解と錯誤の事例であるとする見解があるが、錯誤の事例ではないとすると、行為者が意図した客体について（未遂を含めた）故意犯を認め、これに何らかの結果が発生した以上、行為者が意図しなかった客体については、過失犯が認められるにすぎないことになる。⁽²⁷⁾ したがって、この見解によれば防衛行為の効果が第三者に及んだ場合、急迫不正の侵害を受けた者が意図した急迫不正の侵害をした者について故意犯が認められ、第三者についてはせいぜいのところ過失犯が認められるにすぎない。それに対して、併発事実を錯誤の事例であるとする、錯誤論における諸説に従って解決することになる。法定的符合説によれば、重い結果が発生した客体について故意犯が認められる。そして、軽い結果が発生した客体については、法定的符合説のうち数故意犯説は、これについても故意犯を認め、⁽²⁸⁾ 二つの故意犯を認める。この数故意犯説によれば、防衛行為の効果が第三者に及

んだ場合には、急迫不正の侵害を受けた者は、急迫不正の侵害をした者も第三者も「人」の範囲で一致することから、両者について故意犯が認められることになる。他方で一故意犯説は、重い結果が発生した客体について故意犯を認め、軽い結果が発生した客体については故意犯を認めず、過失犯を認められるか又は軽い結果を重い故意犯に吸収させることになる。この一故意犯説によれば、急迫不正の侵害をした者と第三者のうちのいずれに重い結果が発生したのかということにより、故意犯が認められる客体が決まることになる。急迫不正の侵害をした者の方が第三者よりも重い結果が発生するか、又は両者に同じ程度の結果が発生したのであれば、急迫不正の侵害をした者について故意犯が認められ、第三者については過失犯が認められるか、又は侵害した者についての故意犯に吸収されることになる。また、第三者に重い結果が発生した場合には、これについての故意犯が認められ、急迫不正の侵害をした者については過失犯が認められるか又は第三者の故意犯に吸収されると解することになる。具体的符合説によれば、急迫不正の侵害を受けた者が意図した客体である急迫不正の侵害をした者について故意犯が認められ、第三者については過失犯が認められることになる。

(2) 法定的符合説

法定的符合説が、行為者が意図していない客体であっても、これに結果が発生した場合にこれについての故意犯を認めるのは、行為者が発生した事実についての規範の問題を与えられていた点には変わりはないことを理由とする。⁽³¹⁾この法定的符合説の論拠を前提とした場合、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合に規範の問題が与えられていたと言えるであろうか。すなわち、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、急迫不正の侵害は存在しており、急

迫不正の侵害を受けた者はこれを認識し、それに対して自己の権利を防衛するために行っており、それがたまたま第三者にのみ、又は急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも結果が発生したものである。急迫不正の侵害を受けた者は、防衛行為を行う際には、第三者に生じた結果も含め、自己の行為を防衛行為として認識しているのであるから、第三者に生じた結果も含め、反対動機を形成するべき規範の問題は与えられていないのではなからうか。したがって、法定的符合説によるならば、急迫不正の侵害をした者という「人」に対して防衛行為を行って、その結果が第三者という「人」に発生したのであるから、法定の範囲で一致しているので、第三者に対して生じた結果は防衛の結果として評価せざるをえないであろう。具体的には、過剰防衛の効果が第三者にのみ及んだ場合には、急迫不正の侵害をした者という「人」による侵害を認識し、その侵害に対して反撃をした結果、第三者という「人」に結果が発生したのであるから、反撃行為だけでなく、発生した結果も含め全体が防衛行為として評価されなければならないであろう。⁽³²⁾この点、違法性の判断が具体的実質的判断であることを理由に、防衛行為が行われる客体については具体的な認識を要求し、防衛行為をした者の認識と具体的に符合一致しない客体に結果が発生した場合には、防衛行為とは認められないとすることも考えられる。しかし、犯罪が成立する方向での故意の認定に当たっては法定の範囲内とはいえ、抽象化を認め、犯罪を否定する方向での防衛の認識の認定に当たっては法定の範囲での抽象化を認めないことには疑問があろう。このことは主観的構成要件要素としての故意を認める立場には特に当てはまると思われる。したがって、法定的符合説によるならば、第三者に生じた結果も含めて防衛行為全体が過剰防衛になるとすべきである。

次に、過剰防衛の効果が急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合である。この事例を錯誤の事例と解し、法定的符合説のうちの数故意犯説によると、急迫不正の侵害をした者と第三者のうちのいずれについても故意

犯が認められる。そして、前述のように、法定的符合説によるならば、防衛の客体の認識についても、法定の範囲での抽象化を認めるべきであり、数故意犯説によるならば、すべての客体に対して防衛行為として評価されるべきであるので、過剰防衛の効果が急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合には、急迫不正の侵害をした者についてだけでなく、第三者についても過剰防衛として評価されるべきであろう。一故意犯説の場合には問題がある。一故意犯説のうち、軽い結果は重い結果が発生した客体についての故意犯に吸収されるとする見解によれば、成立する犯罪は故意犯一個であり、その故意犯が認められる客体について過剰防衛を認めることになると考えられ、そのように考えるのであれば問題はないと思われる。問題は、重い結果についての故意犯と軽い結果についての過失犯を認める立場である。一故意犯説の場合には、故意が認められる客体は一個だけなので、防衛の認識が認められる客体も一個だけということになるであろう。しかし、過剰防衛の効果が急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合には、過剰防衛を急迫不正の侵害をした者について認めるべきなのか、それとも第三者について認めるべきなのかということは一故意犯説からは明らかではない。急迫不正の侵害をした者と第三者のうちのどちらの客体に故意を認めるのかという点については、どの客体に重い結果が発生したのかという基準で決定することができたが、防衛行為として認められる客体の場合には、そのような基準では決定しえないと思われる。この点、急迫不正の侵害を受けた者が防衛しようとした相手は急迫不正の侵害をした者であることから、侵害をした者について過剰防衛になるとすることも考えられるが、一故意犯説によると第三者について故意が認められる場合もありうるため、急迫不正の侵害を受けた者が防衛行為として狙ったのは急迫不正の侵害をした者であるという評価になるにもかかわらず、第三者について故意が認められる場合が生じることになる。この結論は疑問であろう。他方で、急迫不正の侵害を受けた者は、

「人」に対して防衛行為を行ったと考え、故意犯が成立する客体について過剰防衛を認めると考えることもできるであろう。「人」という範囲で一致するとして重い結果が発生した客体に故意を認めるのであるから、故意犯が成立する客体について過剰防衛を認める後者の見解の方が法定的符合説により適合していると思われる。過剰防衛が認められない客体については、急迫不正の侵害をした者に対して過剰防衛を認めるとする前者の見解によると、急迫不正の侵害をした者に発生した結果の方が重ければ、これに対する故意犯の過剰防衛が認められることになる。また、第三者に発生した結果の方が重くない第三者に過失犯の過剰避難又は誤想過剰防衛が認められることになる。また、第三者に発生した結果の方が重ければ、これについて故意犯の過剰避難又は誤想過剰防衛が認められ、急迫不正の侵害をした者について過失犯の過剰防衛が認められることになる。他方で、故意犯が認められる客体について過剰防衛を認めるとする後者の見解によれば、重い結果が発生した客体に対して故意犯の過剰防衛が認められ、軽い結果が発生した客体については過失犯の過剰避難又は誤想過剰防衛が認められることになるであろう。

以上のように、法定的符合説によるならば、防衛行為が向けられる客体についても法定の範囲での抽象化が認められるべきであり、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合の第三者については、原則として過剰防衛が認められることになる。これを前提に、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合について考えると、法定的符合説によるならば、第三者について正当防衛説をとることになるであろう。

(3) 具体的符合説

行為者が意図した客体と実際に結果が発生した客体が具体的に符合一致することを要求する具体的符合説によれ

ば、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合も、急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合も、急迫不正の侵害を受けた者が防衛を意図した客体である急迫不正の侵害をした者について故意犯が認められることになる。また、防衛の客体についても、防衛を意図した客体と実際に結果が発生した客体が一致しなければならないと考えられるので、防衛行為として認められるのは、急迫不正の侵害を受けた者が防衛を意図した客体である急迫不正の侵害をした者についてだけである。したがって、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、第三者に発生した結果については過剰防衛とは認められない。具体的には、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合には、防衛行為が急迫不正の侵害をした者に対して向けられ、これを危殆化したという点について防衛行為として評価しうるが、第三者については防衛行為としては評価しえないことになる。具体的符合説によれば、個別具体的な客体ごとに判断しうるので、急迫不正の侵害を行っていない第三者については避難行為として評価しうるため、過失犯の過剰避難という結論になるであろう。避難行為として評価しえない場合でも、誤想過剰防衛として評価しうるであろう。

正当防衛の効果が第三者に及んだ場合に対する批判として、行為を適法化しておいて、結果を違法とするのは妥当ではないということが指摘されている。³⁴この批判は過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合にも妥当し、これによれば、第三者に対しても過剰防衛を認めるべきであるということになる。しかし、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合には、急迫不正の侵害をした者に対する反撃と第三者の侵害に分けることができ、侵害をした者との関係で、これを危殆化したことが防衛行為として評価されるのであり、侵害をした者に対する行為と結果を分け、行為を適法化しつつ、結果を違法とするものではない。したがって、この批判は妥当ではないと思われる。

また、防衛行為の効果が侵害をした者だけでなく、第三者にも及んだ場合も、第三者にのみ及んだ場合と同様であ

り、急迫不正の侵害をした者については故意犯の過剰防衛が認められ、第三者については過失犯の過剰避難又は誤想過剰防衛が認められることになる。

以上のように、具体的符合説によれば、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合は、急迫不正の侵害をした者と第三者に分け、それぞれを別個独立に評価し、それぞれに対する行為が正当防衛、緊急避難等の要件を充足するのかがということが検討されることになる。そして、急迫不正の侵害をした者については故意犯の過剰防衛が認められるが、第三者については過剰防衛の要件を満たさないため、緊急避難の要件を充足するかどうかということが検討されることになる。前述のように、場合によっては第三者については緊急避難を認めることができるかもしれないが、基本的には第三者については過失犯の過剰避難として評価されることになる。これを前提に、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合も、急迫不正の侵害をした者と第三者を分けて考え、侵害をした者については正当防衛になり、第三者については緊急避難又は誤想防衛になるという考え方になると思われる。

(4) 併発事実を錯誤の事例ではないとする見解

併発事実の事例は、行為者が意図した客体に結果が発生したことを理由として、錯誤の事例ではないとする見解によれば、防衛行為の効果が急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合、急迫不正の侵害を受けた者の意図した客体である急迫不正の侵害をした者に結果が発生したので、これについて故意犯の防衛行為が認められ、第三者については過失犯の過剰避難又は誤想過剰防衛という結論になると思われる。

従来、防衛行為が第三者に及んだ場合は、防衛行為が正当防衛になるということを前提にして議論がなされてきた。防衛行為が正当防衛になる場合には、その違法性が阻却されるため、防衛行為の方には焦点が当てられず、第三者に対する侵害についての議論しかなされてこなかった。それに対して防衛行為が過剰防衛として評価される場合には、急迫不正の侵害をした者に対してなされた防衛行為も犯罪として評価されるため、議論の様相が異なってくる。ただ、この問題を検討するに当たっては、当然のことながら、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合の議論が出発点になる。正当防衛の効果が第三者に及んだ場合の第三者については、主なものとして正当防衛説、緊急避難説及び誤想防衛説が主張されている。これを参考にすると、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合の第三者については、正当防衛説からは過剰防衛説、緊急避難説からは過剰避難説又は緊急避難説、誤想防衛説からは誤想過剰防衛説が主張されると思われる。ただ、正当防衛の法的性格は違法性阻却であるということについて争いがないが、過剰防衛の場合にはその法的性格について争いがある。そこで、過剰防衛の法的性格からの検討も必要になる。過剰防衛の法的性格が違法減少にあるとするならば、正当防衛の場合と同様の議論が展開される。そして、この見解によれば、第三者については過剰防衛、過剰避難又は緊急避難及び誤想過剰防衛のうちのいずれの結論も可能である。過剰防衛の法的性格が責任減少にあるとするならば、正当防衛の場合の議論とは異なる議論が展開される。ただ、責任減少と理解しても、第三者については過剰防衛、過剰避難又は緊急避難及び誤想過剰防衛のうちのいずれの結論も可能であるため、結論においては違法減少として理解した場合と同じになる。両者の違いは理由付けの違いにあるにすぎない。過剰防衛の法

的性格が違法責任減少にあるとするならば、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、急迫不正の侵害が存在するため、違法減少説と同様の議論が展開されることになる。

過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合の検討はこれだけでは足りず、錯誤論からの検討も必要になる。というのも、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合と侵害をした者に及ぶとともに第三者にも及んだ場合の二つに分けられるが、急迫不正の侵害を受けた者が行った行為は過剰防衛として犯罪が成立するため、結局のところ、前者は方法の錯誤の事例になり、後者は併発事実の事例になるからである。この場合、急迫不正の侵害をした者と第三者は「人」の範囲で一致するので、同一構成要件内の錯誤であることから、法定的符合説か具体的符合説により解決されることになる。法定的符合説によるならば、急迫不正の侵害を認識し、これに対して防衛行為を行うという意思で行われた行為は、防衛行為が向けられた相手が急迫不正の侵害をした者であろうと第三者であろうと「人」という法定の範囲で一致するので、防衛行為として評価されるべきことになる。したがって、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合には第三者について故意犯の過剰防衛が認められ、急迫不正の侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合には、数故意犯説によれば両者について故意犯の過剰防衛が認められることになるであろう。他方で、一故意犯説によれば重い結果が発生した客体に故意犯が成立し、もう一方の客体については過失犯が成立することになるが、過失犯は故意犯に吸収されるとする説によれば、第三者にのみ及んだ場合と同様に一個の故意犯の過剰防衛が認められ、故意犯とともに過失犯も認める説によれば、いずれか一方について過剰防衛が認められ、もう一方については、過剰避難又は誤想過剰防衛が認められることになると思われる。また具体的符合説によれば、急迫不正の侵害を受けた者が意図した客体である急迫不正の侵害をした者に対して故意犯の過剰防衛が認めら

れ、侵害を受けた者が意図しない客体である第三者に対しては過失犯の過剰避難又は誤想過剰防衛が認められることになるであろう。この結論は、防衛行為の効果が第三者にのみ及んだ場合も過剰防衛の効果が侵害をした者とともに第三者にも及んだ場合も変わらないと思われる。また、併発事例については錯誤の事例ではないとする見解も、具体的符合説の場合と同様の結論になるであろう。

正当防衛が急迫不正の侵害に対して行われるべき相対的な権利であるという沿革、第三者は何ら急迫不正の侵害を行っていないという事情及び防衛行為を行った者も第三者には防衛行為を行おうとは考えていなかったという事情を考えると、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合には、第三者について過剰防衛を認めることには問題があるように思われる。その意味では、法定的符合説による解決は支持しえず、具体的符合説に従い、急迫不正の侵害をした者も第三者はそれぞれ分けて別個独立に考察するべきであろう。そして、客観的に侵害しておらず、防衛行為を行う者もそのように認識していた第三者には過剰避難とするべきであると思われる。この観点から、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合を考えると、第三者については緊急避難とするべきであると思われる。

6 おわりに

この数年、共犯の錯誤に関するいくつかの問題を検討してきたが³³⁾、これらは、二〇一二年に前任校の高岡法科大学から獨協大学法務研究科に移籍し、法科大学院の学生を指導していく中で気づいた、これまで議論されていなかった問題である。本稿で扱った過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合もその問題の一つである。獨協大学法務研究科は最

後の修了生を出した二〇一七年三月に閉校したが、法務研究科在籍時に気づいた最後の問題をこの場を借りて検討することで、一つの区切りをつけることにした。時間の関係でドイツに関する学説なども入れて十分に検討することはできなかったが、これまで議論されてこなかった問題の一つを提起するという目的は達成できたと思われる。残念ながら、故伊藤教授とはほとんど接する機会がなかったが、本稿により、伊藤教授に少しでも成長の跡を見せることができたとすれば、幸いである。この過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合を検討することで、防衛行為の客体についての具体的な認識の要否というこれまで議論されてこなかった問題も顕在化してくる。この問題についての適切な結論を導き出すためには、行為者が認識した客体と実際に結果が発生した客体は具体的に一致しなければならぬとする具体的符合説を採用するべきであると思われる。なお、本稿で扱った過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合のほか、誤想防衛の効果が第三者に及んだ場合及び誤想過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合も考えられるが、これらの問題については機会を改めて検討したいと思う。

- (1) 橋爪隆「判批」『判例セレクト』三〇頁。同「判批」『ジュリスト』一一五四号一三六頁。日高義博「判批」『現代刑事法』一卷一七三頁。松宮孝明「判批」『法学教室』二〇八号一一一頁。
- (2) 橋爪隆、前掲注(1)、三〇頁。
- (3) これら以外にも多数の見解が主張されているが、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合についての考え方を整理するため、代表的な見解に絞った。他の説については、齊藤誠二、「正当防衛と第三者」『変動期の刑事法学 上巻』成文堂（一九九五年）二二五頁以下、樋笠克士「正当防衛における方法の錯誤」『嘉悦大学研究論集』六〇巻一四頁以下、百合草浩治「防衛行為による第三者の法益侵害について(二)」『法政論集』一九四号一四八頁以下参照。
- (4) 中野次雄『刑法概要総論第三版補訂版』成文堂（一九九七年）一九三頁注(13)。

過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合について（関根）

- (5) 川端博「防衛行為と第三者の法益の侵害について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』成文堂（一九九六年）一六九頁以下。
- (6) 中野次雄、前掲注(4)、一九三頁注(13)。
- (7) 高橋治俊Ⅱ小谷次郎編『刑法沿革総覧』清水書店（一九二三年）八七二頁。
- (8) 最判昭和四四年二月四日刑集二三卷一〇号一五七三頁参照（相当性の判断の中で必要最小限度性を考慮している）。
- (9) 大塚仁・川上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法第三版第二卷』六一四頁「堀籠幸夫Ⅱ中山隆夫」。
- (10) 大阪高判平成一〇年六月二四日高刑集五一卷二号一六頁。
- (11) 大塚仁・川上和雄・中山善房・古田佑紀編、前掲注(9)、六三四頁「堀籠幸夫Ⅱ中山隆夫」。
- (12) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』創文社（一九九〇年）二四二頁注(29)。
- (13) 大塚仁・川上和雄・中山善房・古田佑紀編、前掲注(9)、六一四頁「堀籠幸夫Ⅱ中山隆夫」。
- (14) 団藤重光、前掲注(12)、二四二頁。
- (15) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」『警察研究』五〇巻九号五二頁。
- (16) 齊藤誠二「過剰防衛の成立と刑の免除」『判例時報』一五七三号二二九頁。佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』有斐閣（一九八一年）二〇四頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方 楽しみ方』有斐閣（二〇一三年）一六三頁以下。中野次雄、前掲注(4)、一九〇頁。平野竜一『刑法総論Ⅱ』有斐閣（一九七五年）二四四頁以下。
- (17) 大塚仁『刑法概説（総論）（第四版）』有斐閣（二〇〇八年）三九五頁。団藤重光、前掲注(12)、二四一頁。山口厚『新判例から見た刑法第3版』有斐閣（二〇一五年）五七頁。同『刑法総論「第三版」』有斐閣（二〇一六年）一四二頁。
- (18) 町野朔、前掲注(15)、五二頁。
- (19) 町野朔、前掲注(15)、五三頁注(10)は、正当防衛の効果が第三者に及んだ場合について、第三者に対しては、正当防衛、過剰防衛及び緊急避難のうちいずれも成立しないとするので、この見解を基礎にすれば、過剰防衛の効果が第三者に及んだ場合も、第三者に対しては正当防衛、過剰防衛、緊急避難及び過剰避難のうちいずれも成立しないことになり、犯罪が成立することになるであろう。
- (20) 最決昭和四一年七月七日刑集二〇巻六号五五四頁。最決昭和六二年三月二六日刑集四一卷二号一八二頁。

(21) 過剰避難の法的性格も過剰防衛とパラレルに考えられる(大塚仁・川上和雄・中山善房・古田佑紀編、前掲注(9)、七〇六頁以下)。したがって、過剰防衛の法的性格について責任減少説を採用するのであれば、過剰避難の法的性格についても責任減少説を採用することになる。

(22) 山口厚、前掲注(17)「総論」、一四二頁。

(23) 町野朔、前掲注(15)、五三頁注(11)。佐伯仁志、前掲注(16)、一六三頁。

(24) 松原芳博「刑法総論の考え方(12)」『法学セミナー』六六三号九七頁。

(25) 正当防衛の効果が第三者に及んだ場合について錯誤論から検討した研究として、樋笠堯士、前掲注(3)、六三三頁以下。

(26) もちろん、第三者に当たる客体が法定的に一致しない場合も考えられる。この場合には抽象的事実の錯誤の解決方法に従うことになる。

(27) 下村康正「併発事実と錯誤理論」『刑法総論の現代的諸問題』文久書林(一九八〇年)一二五頁。同「故意概念の純化と未遂規定」『警察研究』五六卷一二号一〇頁。立石二六「刑法解釈学の諸問題」成文堂(二〇一二年)四五頁以下。

(28) 観念的競合にならない場合について、拙稿「ツイーバート・ジューゲルの設例と法定的符合説」『獨協ロージャーナル』一
一号一五三頁以下参照。

(29) 大塚仁『刑法概説(第四版)』有斐閣(二〇〇八年)一九一頁以下。

(30) 福田平『全訂刑法総論第5版』有斐閣(二〇一一年)一二〇頁以下。

(31) 団藤重光、前掲注(12)、二九八頁。

(32) 川端博、前掲注(5)、一六九頁以下。

(33) 大塚仁、前掲注(17)、三七六頁。

(34) 川端博、前掲注(5)、一六九頁以下。

(35) 拙稿「共犯の錯誤に関する諸問題」『法学新報』一二三卷九・一〇号七〇五頁以下及び前掲注(28)、一五三頁以下。

(獨協大学法学部教授)