

# 刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

被告人には防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識が欠けていたとして、誤想防衛の成立が認められ、無罪が言い渡された事例

樋 笠 堯 士

〔大阪地裁判決平成二三年七月二二日、判タ一三五九号二五一頁〕

## 【事実の概要】

被告人は、平成二二年九月一九日午後六時五四分ころ、大阪市a区bc丁目d番e号所在の自宅二階において、実弟のA(当時三八歳)と口論となった。その後、被告人は、Aが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Aの携帯電話を二つに折って投げ捨てた。これに対し、Aが被告人に駆け寄り、手拳で一回その顔を殴り、後退し前屈みになった被告人の顔面等を手拳でさらに複数回殴り、被告人を後方に追い込んでいった。このAの暴行行為は被告人の右奥歯一本を折

るものであった。そして両人はのみあいとなり、被告人はAに対し、その背後から左腕を首に回して締めつけ、よって、同所において、同人を窒息により死亡させた。

以上の事実に加え、Aが被告人よりも体格的に相当優位にあったこと、Aがけんか慣れをしていたといえるのに対し、被告人は全くの不得手であること、従前の被告人とAとのけんかにおいてもAが優勢であったことから、本件事件当時、被告人はAからほぼ一方的に、かつ、相当強い攻撃を受け、これに対応する過程でA共々激しく動いていた事が認められている。

## 【判旨】

被告人は、Aが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Aの携帯電話を二つに折って投げ捨てており（以下、これら被告人の一連の行為を「本件先行行為」という。）、これがAの怒りを一定程度誘発するべき違法行為であったことは否定できない。しかし、Aはこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、Aの行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。また、本件先行行為は、上記のとおり、Aの怒りを誘発し得るものであったが、被告人とAが七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人とAとの間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、Aが本件先行行為に依りて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、Aの攻撃を予期していたという事実は認められない。さらに、既に述べたように、被告人はAの首を締めることを認識していたとは認め難いこと、被告人の検察官調書（乙一号証）によれば、本件事件以前に被告人とAが殴り合いのけんかをした際、被告人はAに力では到底かなわないことを認識していた事実が認められ、そのような状況において、被告人が素手で、Aに対して積極的に攻撃を加えようと思いいつとは考え難いこと、被告人とAは普段は仲が悪いわけでは決してなかったことなどからすると、被告人が本件事件当時、Aに対して積極的に危害を加える意思を有していたとは認められない。

そして、被告人がAに対する怒りもあるものの、自己の身を守ろうという意思を抱いて行動していたことは明らかであり、もっぱらAに危害を加える意思であったとは到底認められない。以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たるAの攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。もつとも、人の急所である首を締めるという行為は、人の生命を侵害する重大な危険を含む行為であるから、Aの攻撃に対する防衛行為としては許容範囲を超え、相当性に欠けるものであった。しかし、本件では、上記のとおり、被告人にAの首を締めているという認識があったと認定することはできず、被告人はAの首の辺りを腕で押さえ込み、Aの動きを封じようとする認識にとどまっていたという前提で判断せざるを得ない。そして、このような被告人の認識していた事実を基礎とし、本件事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば、被告人の認識上、被告人がAに対してした行為は、Aの攻撃から身を守る防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有するものと認められる。そうすると、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限度を超えたものであり、防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたのであるから、被告人の行為は誤想防衛に当たり、被告人に対し、Aに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできない。

## 【研究】

### 一 はじめに

本件は、正当防衛の成立に必要な客観的要件が現実には具備されていないのにそれを誤信して防衛の意思をもつて反撃行為を行った、誤想防衛の事案である。誤想防衛の事案の中でも、とりわけ本件は急迫不正の侵害が現実存在したものの、必要且つ相当な防衛行為をする意図で客観的にはその限度を超える不相当な・過剰な防衛行為をした場合であり、過剰性を基礎づける事実の誤認が存する場合である。誤想防衛に関する通説においては、このような行為

者の認識は故意責任を阻却するものとされている。本判決も通説に従い、被告人の故意責任を阻却すると判示している。誤想防衛の詳細な検討に入るに先立ち、自招防衛、積極的加害意思、急迫性、防衛の意思に関する判示を概観する。なぜなら、かかる論点および要件は、本件において誤想防衛が認められる前提となっているからである。また、本件事実関係においては、被告人の器物損壊という自招行為に起因して被害者が暴行行為を開始しており、その事実関係の上で被告人に誤想防衛が成立している点において特殊性が存すると思われるからである。<sup>1)</sup>

## 二 正当防衛の各要件に関する本判決の判断方法

まず、最決平成二〇年五月二〇日（刑集六二巻六号一七八六頁）において（以下平成二〇年決定と呼ぶ）、自招防衛の成否について、「近接した場所での一連、一体の事態」を前提とした上で「相手方の攻撃が被告人の暴行の程度を大きく超えるものかどうか」という判断がなされている。本判決においては、「物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、Aの行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。」と判示されていることから、自招防衛の成否に関し、平成二〇年決定と同様の判断枠組みを用いているように思われる。ただし、同決定は、暴行対暴行という、両者において被侵害法益および行為態様が同一である場合の判断であったことに留意すべきである。本件は器物損壊対暴行という、被侵害法益も行為態様も異なる場合の自招防衛であるから、本件地裁は新しい判断を示したものと思われる。というのも、違法性の程度を構成要件において比較し、暴行が器物損壊を超える違法性を有すると判示しており、保護法益や行為態様が異なる場合においても、違法性の程度を構成要件において比較して自招防衛の成否を判断するということが明らかになったからである。この点に関しては、構成要件の違法の

程度を一般的に比較したに過ぎないのか、あるいは、本件器物損壊と本件具体的暴行（殴打）の程度に鑑みた違法性の比較なのかは、明確には読み取れない。仮に、後者であった場合、すなわち、本件具体的暴行（殴打）に鑑みて違法性の比較がなされていたのなら、たとえば、被害者の暴行が平手打ち程度のものであった場合に、器物損壊罪の違法の程度と同等ないしはそれを下回る可能性も見い出されよう。

また、平成二〇年決定については、多くの評釈において、「同質な行為間の侵害性を比較したもの」とする見解や、「侵害の自招一般をカバーするものではない」とする見解<sup>(3)</sup>「器物損壊が先行行為の場合には直ちに射程は及ばない」とする見解<sup>(4)</sup>をはじめ、学説の多くにおいて、行為態様が異なる場合については同決定の射程が及ばないと考えられていた<sup>(5)</sup>。しかしながら、本判決においては、器物損壊対暴行という、被侵害法益も行為態様も異なる場合の自招防衛が認定されており、この限りでは平成二〇年決定よりも一歩踏み込んだ判示をしたものだと考えられる。もしくは、本件が、平成二〇年決定の判断枠組みに内在していた場合であったのなら、本判決は同決定の射程を明らかにしたものとえよう<sup>(6)</sup>。

次に、積極的加害意思と急迫性に関しては、最決昭和五二年七月二日（刑集三二巻四号七四七頁）において、「当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかし、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思で臨んだときは、もはや急迫性の要件を満たさないと解すべきである。」と判示されており、かかる判断方式が、本判決の「予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、Aの攻撃を予期していたという事実は認められない。」また「積極的に危害を加える意思を有していたとは認められない。」の部分に現れていることから、本判

決は昭和五二年決定に従って積極的加害意思と急迫性の存否を判断していると思われる。

さらに、防衛の意思についても、「自己の身を守ろうという意思を抱いて行動していたことは明らかであり、もっぱらAに危害を加える意思であったとは到底認められない。」と認定されており、「防衛の意思と攻撃の意思が併存していても、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態が認められる限り、防衛の意思は否定されない。」と判示した最小判昭和五〇年一月二十八日（刑集二九卷一〇号九八三頁）の判断枠組みに従ったものと考えられる。

以上の分析を前提とし、誤想防衛の詳細な検討に移りたい。

### 三 防衛行為の相当性判断の基礎となる事情

防衛行為の相当性を判断する際に基礎となる事情は行為者の認識（＝事前判断）であるのか、または客観的な事情（＝事後判断）であるのか、という問題がある。従来、判例は、行為時の事情のみに基づいて防衛行為の必要性、相当性を判断する傾向にあったが、下級審においては、見解を異にするものも散見されるため、ここで改めて考察したい。

まず、①客観的に存在した事情を基礎とする見解を採るものとして、本判決および東京高判昭和三年七月一八日（高刑特四卷一四・一五号三五七頁）がある。同判決では、傍論ではあるものの、「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已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認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解すべきである。」と判示しており、「客観的事情から見る」ことを明言

している。また、同判決において、誤想防衛の成立には誤想したことについての錯誤の相当性が必要であるとされている。

これに対して、②行為者の認識した事情を基礎とする見解を採るものとして、大阪地判平成三年四月二四日（判タ七六三号二八四頁）がある。同判決では、「防衛行為の手段について客観的事実と行為者の認識との間に食い違いがある場合には、行為者の認識を基準として防衛行為の相当性を判断すべきである。」と判示されており、「行為者の認識を基準」に相当性が判断されている。ただし、同判決は、行為者の認識した事情を基礎に一般人を基準として相当性を判断しているようにも読める<sup>(8)</sup>。また、誤想防衛ではなく正当防衛が成立していることに鑑みると、同判決における「相当性」は、客観的な相当性のことを指しており、本件のように客観的には相当性がないと認められた上で、行為者の認識において「相当性」判断をする場合と異なるとも考えられる。したがって、大阪地判平成三年判決の先例的価値は必ずしも高いものとはいえないだろう。

また、大阪地判平成三年判決に対しては、主観面を違法性判断に取り込むのは危険であるとの批判がなされている<sup>(9)</sup>。しかしながら、積極的加害意思や防衛の意思なども主観面の事情であり、これらは判例において認めている。判例が、正当防衛を制限する方向で主観面を取り込むのならば、その逆、すなわち、正当防衛を広く認める拡張方向に、主観面を取り込むことも可能ではないかと思われる<sup>(10)</sup>。この点に関して、大阪地判平成三年判決以降、判例および裁判例において、主観面を相当性判断の基礎に置く<sup>(11)</sup>とされたものは見当たらない。大阪地判平成三年判決のみが特殊な場合であったとも考えられると思われる<sup>(11)</sup>ところ、本判決では「被告人にAの首を締めているという認識があったと認定することはできず、被告人はAの首の辺りを腕で押さえ込み、Aの動きを封じようとする認識にとどまっていたとい

う前提で判断せざるを得ない。」と認定され、「このような被告人の認識していた事実を基礎とし」と判示されており、主観面が相当性判断の基礎に置かれている。ただし、本判決は主観面に留まらず、「本件事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば」とも述べる。これは、本件事件当時の状況の検討において、「このような緊迫した状況下にあったことからすると、被告人が、とにかくAの動きを制止しようとするのに必死であり、無我夢中でAの動きを制止しようとした結果、Aの首の辺りに左腕をかけ、右手で左手を持ち、首の辺りを押さえようとしていて、意図せず首を締める形になり、その状況を認識しないまま、Aを窒息死するに至らしてしまったとしても、あながち不自然とはいえない。」という部分を指していると思われる。大阪地判平成三年判決においては、主観のみが相当性判断の基礎に置かれたことにより、この立場によれば防衛行為の相当性が広く認められることになる。しかし、本判決においては、行為者の主観を基礎にしつつも、周囲の客観的状況も考慮することが要求されており、この限りでは大阪地判平成三年判決の用いた相当性判断に絞りをかけているように思われる。もっとも、上述の通り、大阪地判平成三年判決のいう「相当性」と本件の「相当性」が異なる次元のものとも考えられるため、本判決は本件具体的事案における行為者の認識についての相当性の判断基準を示したにすぎない可能性もあらうと思われる。

#### 四 過失犯と錯誤の関係

裁判例を概観するに、誤想防衛と過失犯の関係に関する判示について、以下の三類型があると思われる。ただし、いずれも下級審であり、かつ事例判断でもあるので、統一的な基準ないし見解が必ずしも導き出せるものではない。形式上、文言の使用方法的差異、および体系的な思考が見い出せるかどうか、という観点で分類したものに過ぎない



点に注意されたい。

### 第一類型「過失犯非言及型」

これは、誤想防衛の成立のみを検討し、過失犯の検討をしていないように読めるものである。例えば①盛岡地一関支判昭和三十六年三月十五日（下刑三卷三・四号二五二頁）がある。裁判所は、「被告人は防衛のために相当な行為をするつもりで誤つ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場合として論ぜられるところのものである。従つて被告人に防衛の程度を超えて死の結果をもたらしたことについての過失責任を問うことは格別、これをもつて結果に対する故意責任を問うことはできない。」と判示している。また、上述の大阪地判平成三年や本判決も同様に「過失犯非言及型」であると思われる。

### 第二類型「誤想↓過失型」

これは、誤想防衛に該当し、誤想につき過失はないから過失犯不成立と読めるものである。例えば②新潟地長岡支判昭和五〇年一〇月一四日（刑月七卷九・一〇号八五五頁）がある。同判決では、「急迫不正の侵害がないのにこれがあつたものと誤信して防衛意思のもとにした行為といふべく、いわゆる誤想防衛行為と解すべきであり、またその誤想につき被告人の責に帰すべき過失は認められないから、結局犯罪は成立しないものといわざるを得ない。」と判示されている。次に、③千葉地判昭和五九年二月七日（判時一一二七号一五九頁）であるが、同判決は、「被告人の本件行為は、誤想防衛に該当して、故意が阻却され、またその誤想したことについて過失は認められないので、結局被告人の本件行為は罪とならないものと言わなければならない。」と判示している。

## 第三類型「過失不存在↓誤想型」

これは、錯誤に過失がないから、誤想防衛が成立すると読めるものである。これに関しては、まず、④東京地判平成一四年一月二一日（判時一八二三号一五六頁）が挙げられる。同判決では、「過剰性を基礎づける事実についての認識に欠けていたとみるほかはないから（なお、……被告人兩名の上記の誤認について、その責めに帰すべき過失があったことも認め難い。）……被告人兩名に対し、Dに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできないものというほかはない。」と判示されている。加えて、⑤広島高判昭和三五年六月九日（高刑集一三卷五号三九九頁、判時二二六号三四頁）において、「右錯誤については記録上これが同人の責めに帰すべき過失によるものとは認められないから、被告人の本件行為は、錯誤により犯罪の消極的構成要件事実即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成立しない。」と判示されている。

以上のように、誤想防衛と過失犯の成否に関する裁判例において、判示方法は三類型に分類され得る。誤想についての過失は、いわゆる過失犯とは異なるのではないかとこの疑問点は、裁判例②を見るに、「その誤想につき被告人の責に帰すべき過失は認められないから、結局犯罪は成立しない」と述べており、「結局」という文言から、二つの犯罪の検討、すなわち、故意犯・過失犯の検討がなされていることが看取され、両者ともに犯罪の成立が否定されていることが分かる。この限りでは、結論としてみれば、「誤想に関する過失がない」Ⅱ「過失犯が成立しない」となっている。同様のことは、裁判例③においても、「結局」という文言から明らかになる。これらの裁判例に鑑みれば、誤想についての過失がある場合は、故意犯こそ成立しないものの、過失犯（過失処罰規定がある場合に限り）が成立し、誤想について過失がなければ、過失犯自体はおよそ成立しないと考えられる。

また、本来は「誤想↓過失型」のように、故意犯成立が否定された後に過失犯の検討に移るのが体系的な順序であると思われるが、<sup>(12)</sup> 実務的に見れば、誤想についての過失の有無の検討が故意犯の成立の否定に先行していることになる。なぜなら、本件ならば過剰性を基礎づける事実の認識を欠いた時点で、それが過失であれ無過失であれ、故意犯は否定されることになるからである。つまり、誤想防衛（ないし、過剰性を誤想する誤想防衛）においては、故意責任は常に阻却されるわけであるから、故意犯の成立を否定する文言に進む前に、誤想につき過失があるか否かを検討する利益は、故意犯否定後の過失犯検討の先取りにあると考えられる。

さらに、「過失不存在↓誤想型」についても、過失の不存在がある場合のみ誤想防衛が成立するとしたならば、誤想につき過失があった場合に故意犯が成立してしまい、不合理である。そう考えると、「過失不存在↓誤想型」も、その事案において過失がないことを単に述べたに過ぎないと考えられるのである。「過失不存在↓誤想型」において誤想防衛の成立要件が「過失の不存在」でないのに、過失にあえて言及する理由は、同様に、故意犯否定後の過失犯検討の先取りにあると思われる。

したがって、本判決のように、誤想につき過失がないような事案は、故意犯はおろか、当然過失犯も不成立になる。だからこそ、本判決においては、過失犯の検討に関する文言が判示部分に見当たらないのだと考えられよう。この点に関し、本件は裁判員裁判対象事件であり、公判前整理手続に付されている。<sup>(13)</sup> 裁判員裁判においては過失致死罪の検討をしないため、予め争点整理段階において過失致死罪が争点から除外されていたものと考えられる。このことに鑑みると、誤想につき過失がないような事案において、行為者に過剰性の認識が認定された場合には故意犯が成立し、同認識が認定されない場合に無罪となる理由は、この類型の誤想防衛の場合、過失犯の不成立が明らかであるからだ

と考えられる。裁判員裁判対象事件であることも第一類型「過失犯非言及型」が存する一つの理由であると思われるのである。

## 五 本判決の意義

本判決は、最決平成二〇年決定を基礎にし、保護法益・行為態様が異なる場合においても、構成要件の違法性の程度を比較して自招防衛の成否を判断し、同決定の射程を明らかにした点に意義がある。

本判決において過失犯の検討に関する文言が判示部分に見当たらないことと、下級審の検討、さらに裁判員裁判対象事件であることを併せて考察すれば、地裁は誤想防衛において、故意犯の成立を否定する文言に進む前に誤想につき過失があるか否かを検討しており、誤想についての過失を先に検討するがゆえに、誤想につき無過失の場合は、故意犯はもちろん、過失犯も不成立としていることが看取できた点にも意義があるものと思われる。

また、本判決は、主観面を相当性判断の基礎に置くか否かの問題につき、行為者の主観を基礎にしつつ周囲の客観的状况も考慮することを要求しており、主観面を考慮するとしても、併せて客観的事情を相当性判断の基礎に置くという方向性を示した点にも意義があらう。

なお、誤想防衛に関する裁判員裁判と過失犯非言及の関係性については、検討素材が十分ではないため、今後の裁判例の集積が待たれるところである。

(1) 嶋矢貴之は、本判決を「家庭内での争闘」と分類し、裁判例を類型化する。家庭内における正当防衛について、路上の場

- 合に比べ、被侵害者に退避や通報を要求すべきではないと考えられる事が多く、結果として正当防衛状況の認定が緩やかに  
なり得ると指摘している。日本刑法学会第九三回共同研究分科会Ⅰ「正当防衛・共犯について」（二〇一五年）における報告。
- (2) 橋爪隆・ジュリスト一三九一号一六二頁（二〇〇九年）。
  - (3) 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時六一巻二号三一八頁（二〇〇九年）。
  - (4) 三浦透・最高裁判所判例解説 刑事篇（平成二〇年度）四三八頁（二〇一二年）。
  - (5) 橋田久・法政論集（名古屋大学）二四四号一三一頁（二〇一二年）では、「本決定の評釈においては、攻撃招致両行為の程  
度の比較は『両者の行為態様や法益侵害性が基本的に同質であることが前提』と考え、本決定の射程は攻撃としての暴行を  
招致したのが暴行、脅迫等の『実力行使』である場合にのみ及び、侮辱や不法侵入による招致の場合においては均衡を問題  
にできないために正当防衛を制限しないのが最高裁の趣旨ではないかとも言われている」と述べる。また、平成二〇年決定  
に關し、学説の多数が、自招防衛の判断枠組みは暴行對暴行の場合に限られるとしたのに対して、林幹人は、「暴行に限られ  
ない」と述べている。林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル一九号四三頁（二〇〇九年）。
  - (6) 穴沢大輔・刑事法ジャーナル三三三号九七頁（二〇一二年）も、本件における違法の程度の比較においては被侵害法益が異  
なることに注意を要すると述べている。
  - (7) 最判昭和四四年二月四日（刑集二三巻二二号一五七三頁）など。
  - (8) 十河太郎「正当防衛の成立が認められた事例」同志社法学四五巻五号一四三頁（一九九四年）。
  - (9) 山中敬一・法学セミナー四四四号一六頁（一九九一年）など。
  - (10) 同趣旨のものとして、佐伯仁志「防衛行為の相当性判断における基礎事情」判例セレクト一九九一年三三頁。
  - (11) 岩間康夫・ジュリスト臨時増刊一〇〇二号一四九頁（一九九二年）。
  - (12) 誤想防衛の体系的地位および学説の対立に關しては、拙稿「誤想防衛状況における許容構成要件の錯誤」SUGB&S16.1.32」  
（海外法律事情、ドイツ刑事判例研究（八九）比較法雑誌四九巻一号二七頁（二〇一五年）を参照。
  - (13) 本件は傷害致死事件であり、裁判員裁判対象事件である（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第二条二項の「法定合  
議事件であつて故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に關するもの」に該当する）。

（本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍）