

誤想防衛の意義と共同正犯における誤想防衛の成立範囲

川 端 博

目 次

- 一 はじめに
- 二 誤想防衛の意義
- 三 東京地裁判決の内容
- 四 誤想防衛の意義に関する判旨とその検討
- 五 共同正犯と誤想防衛の成立範囲に関する趣旨とその検討
- 六 おわりに

一 はじめに

共同正犯における正当防衛・過剰防衛については、すでに検討したことがある。⁽¹⁾⁽²⁾ その際、違法性の相対性ないし個別性の観点から、共同正犯においても、正当防衛および過剰防衛の要件については各共同正犯者ごとに検討されるべ

きことを明らかにした。すなわち、人的不法論の見地から、特に主観的事情に関しては、人的側面が重要性を有するので、個別的に考慮されるべきであり、これは「違法性の相対性」の表われにほかならないのである。⁽³⁾ 最高裁の判例は、確実に予測される侵害に対して積極的加害意思をもって防衛行為に出たばあいには、正当防衛の客観的要件である侵害の「急迫性」が失われることをみとめている。⁽⁴⁾ したがって、判例の立場によれば、共同正犯においては、その主観的要素は各共同正犯者について個々の吟味しなければならぬことになるわけである。

ところで、最近、三人共同して防衛行為をおこなった際に、一名の反撃行為が防衛行為の相当性の範囲を逸脱していたが、それを認識していなかった被告人兩名には誤想防衛が成立するとして無罪を言い渡した東京地裁の判決が出た。⁽⁵⁾ これは、誤想防衛の意義および共同正犯における誤想防衛の成立範囲の問題に関して格好の素材を提供するものである。そこで、本稿においてこの判決を素材にしてこれらの問題を検討することとした。⁽⁶⁾

注

- (1) 拙稿「共同正犯と過剰防衛」『研修』五四〇号(平5年・一九九三年)〔後に拙著『正当防衛権の再生』(平10年・一九九八年)に収録。引用頁数は後者による〕二六五頁以下。
- (2) 拙稿「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」『研修』五七八号(平8年・一九九六年)〔後に、拙著・前掲注(1)に収録。引用頁数は後者による〕二五三頁以下。
- (3) 拙著・前掲注(1)二六〇頁以下、二六六頁以下。拙著『共犯論序説』(平13年・二〇〇一年)二五頁以下。
- (4) 最決昭52・7・21刑集三二巻四号七四七頁。これを正当防衛状況についてもみとめたのが、最決平4・6・5刑集四六巻四号二四五頁、最判平6・12・6刑集四八巻八号五〇九頁である。
- (5) 東京地判平14・11・21判時一八二三号一五六頁。
- (6) 本稿は、個別判例評釈ではないので、判例の状況や本判決の判例としての位置づけや意義づけについては論及しない。あくまでも本判決に現われた理論的問題点を検討するものである。
- なお、相当性を基礎づける事実の錯誤に関する下級審判例として盛岡地一関支判昭36・3・15(判時二五四号三五頁)があ

る。同判決は、泥酔して他人の居室に暴れ込んだ者を取り押さえようとして、その背後から首を絞めたところ、誤って力を入れすぎたために同人を窒息死させた事案において、検察官の過剰防衛の主張に対して、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誤想防衛の一場合であるから被告人に故意責任を問えないとして、傷害致死罪の成立を否定している。また、大阪地判平3・4・24(判タ七六三号二八四頁)は、被告人が飲食店でいきなり被害者に胸ぐらを掴まれてカウンターに押さえつけられた際に、偶々左手に触れた包丁を棒状の物と誤信して、被害者の手を振り払おうとそれで被害者の右肩に切り付けて傷害を負わせた事案において、被告人の認識を基準として防衛行為の相当性を判断し、被告人の行為は反撃として、社会通念上相当な範囲であると評価できるから正当防衛であるとして無罪の言渡しをしている。

二 誤想防衛の意義

共同正犯における誤想防衛の問題を考察する前に、まず誤想防衛の意義を確定しておく必要がある。誤想防衛の概念については争いがあり、その内容と外延の理解は、学説・判例上、一致していない⁽⁷⁾。急迫不正の侵害がないの⁽⁷⁾であると誤認したばあい⁽⁷⁾が誤想防衛に含まれることについては、見解が一致している。そこで、侵害の急迫性・侵害の不正性の誤認が典型的な誤想防衛であるとされ、正当防衛の成立要件の他の要素に関する錯誤と区別するために、従来、これを「違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤」と称してきたわけである。

誤想防衛に関して団藤博士は、①急迫不正の侵害の事実の誤認のほか、②防衛行為についての誤認として急迫・不正の侵害の要件が客観的に具備するばあいに、(i)防衛行為自体につき、防衛のために相当な行為をするつもりで、誤って不相当な、ことに防衛の程度をこえる行為をした類型(過失犯の成立がみとめられるばあいに、過剰防衛としての刑の減免の適用の余地があるとされる。)と、(ii)行為そのものとしても相当な行為であったが、誤った客

体に結果を生じた類型（客体の錯誤と方法の錯誤とがあり、過失があつたばあい、緊急避難が問題になる点に、特異性があるとされる。）をみとめられる。⁽⁸⁾その理由は明示されていないため、香川博士は次のようにその理論的理由を推測されている。⁽⁹⁾すなわち、右の三者を誤想防衛という枠内に統一化するのは、「誤想防衛とすることによって生ずる効果が、三者を同一枠内に導入することの契機となつていゝのではなからうか、とする推測はなりたちつる」とされる。つまり、この「三者を共通して誤想防衛とし、誤想防衛をもつて事実の錯誤と解するのなら、そのいずれにおいても故意の阻却を容易に認めうる効果を随伴する。そしてこの点は、団藤教授自身も認められていゝところである。そうだとすれば、正当防衛の枠内に入りえないため、違法性の阻却は認められないにしても、誤想防衛として故意の阻却が認められるかぎり、結果的に不処罰とする効果は保証しうるし、そうした実質的な効果を取得しうるのなら、なにも誤想防衛を（イ）の類型「①のばあい。——筆者注」のみにとどめる必要もなくなり、（ロ）、（ハ）「②の（い）および（ii）。——筆者注」をも含めて不処罰の効果を均霑させて防げないとする立論は可能」であるとされるわけである。たしかに、このような効果の面から基礎づけることも理解できないわけではない。なぜならば、誤想防衛論も錯誤論の一種であり、「事実の錯誤」においては故意阻却の肯否はきわめて重要であるからである。しかし、②のばあいが当然に故意阻却をもたらす「事実の錯誤」であるといえるのかについては、さらに論証が必要であると考えられる。すなわち、故意阻却をもたらす得る「事実の錯誤」を「構成要件」的事実の錯誤に限定する立場からは、②のばあいは、明らかに「構成要件」の枠を超えた「違法性」に係する事実についての錯誤であるから、故意阻却とは別の観点から検討する必要があることになる。⁽¹⁰⁾

わたくしは、②の類型を誤想防衛の範疇に含めるか否かの問題は、理論的には、故意説と責任説の対立に還元され得ると考えている。⁽¹¹⁾すなわち、これらの事実の錯誤として把握して故意阻却を肯定するのは、違法性を基礎づける事

実の認識ないしその可能性を、「故意」の要素と解するものである。この見地においては、構成要件該当事実の表象・認容だけでは故意の内容として不十分であることが前提とされている。(i)のばあい、行為の相当性の認識があつてはじめて、「故意」責任を問ひ得るとされていることになる。つまり、相当性が欠けるといふ事態を認識しつつ、あえてその過剰行為に出たところに、「故意」非難を基礎づける行為者の「直接的な」反規範的な人格態度がみとめられるわけである。

次に(ii)のばあい、防衛行為の結果としての「法益侵害」は、当初、予定した者に対して生じたばあいにのみ、正当化され得るとする思考が前提とされている。つまり、意図どおりの客体について防衛行為の結果が生じたばあのみが、「故意」行為としての正当防衛の範疇に入り得るのであり、意外の客体に法益侵害が生じたばあいには、もはや正当化はみとめられず、その者との関係においては「故意」責任は問ひ得ないが、少なくとも「過失」責任を問題とすることはできると解されるわけである。この行為は正当防衛となり得ないという点において、違法性の次元から責任論の次元に問題は移行し、「故意」阻却の肯否という観点から「事実の錯誤」が問題とされることになる。これは、故意説の主張にほかならない。これに対して、責任説の見地からは、②の類型は、誤想防衛の範疇から排除されるべきことになる。まず(i)のばあい、責任説においては、故意の内容は「構成要件該当事実の表象・認容」(事実的故意)で十分である。行為の違法性の認識ないしその可能性は、独立の「責任」要素であつて「故意」の要素ではないのである。防衛行為の過剰性の認識があるということは、「自分の行為は正当防衛ではない」ことを認識していることとを意味し、したがつて、「自分の行為は許されていない」こと、すなわち、「行為の違法性」を認識していることにはかならない。この事態においては、行為の違法性の認識があるから、故意行為としての「責任」が肯定されなければならないことになる。構成要件該当性・違法性の次元において、すでに過失行為とは区別された故意行為の「責任」

の存否が問題となり、まさに違法性の認識が存在するがゆえに、故意犯としての「責任」が肯定されるのである。故意阻却をみとめられないので、その効果は得られない。それゆえ、端的に違法性の認識の問題として扱えば足りるのであり、誤想防衛の範疇への包摂を経由することは必要でないのである。また、相当性の誤認に過失があるとされるばあいは、違法性の認識可能性があるばあいであるから、過失の過剰防衛をみとめる必要もないことになる。

次に、責任説においては、(ii)のばあいは、まず構成要件的事実の錯誤の問題として扱われるべきである。正当防衛としてなされた行為も、構成要件該当性が前提となる。したがって、防衛行為の結果が、予想外の客体に生じたとしても、その結果の構成要件該当性の存在が先行しなければならぬのである。そこにおいて、構成要件的事実の錯誤が問題とされるのであり、わたくしは、法定的符合説の見地から故意・過失の存否を判断すべきであると考えている。その基準によって認定された結果が、故意行為として、または過失行為として正当防衛規定によって「正当化」されるのかどうか問題となるべきなのである。

さらに、この点は、責任説が基礎としている「人的不法論」の見地からも基礎づけられ得る。すなわち、人的不法論によれば、正当防衛を理由とする正当化は、急迫不正の侵害に「対する」防衛「行為」としてなされた法益侵害をもたらした「行為」についてみとめられるのである。その行為は、故意によるもの（故意行為）であれ、過失によるもの（過失行為）であれ、法益保全のための行為とみとめられる限度で、正当防衛として正当化されるのである。法益侵害の結果が、予想外の客体に生じたばあいには、その点は、行為者の表象・認容の範囲内か否かという観点から、すでに構成要件該当性の次元で判断されているのであり、ここでは、防衛行為としてなされたものである以上、正当防衛の範疇に包括され得ることになる。これは、「行為」の正当化を問題とする人的不法論の見地からの帰結といえる。⁽¹²⁾ 物的不法論の見地からは、予想外の客体について生じた法益侵害は、行為者の主観とは無関係に、つまり「客観的に」

違法とされることにならう。

注

- (7) 拙著『錯誤論の諸相』(平6年・一九九四年)一一九頁以下、一五二頁以下参照。
- (8) 団藤重光『刑法綱要総論』第三版(平2年・一九九〇年)二四二頁。
- (9) 香川達夫『刑法解釈学の諸問題』(昭56年・一九八一年)一四四頁。
- (10) 拙著『刑法総論講義』(平7年・一九九五年)二六二頁。
- (11) 拙著『違法性の理論』(平2年・一九九〇年)九九頁以下。
- (12) 拙稿『防衛行為と第三者の法益侵害について』『刑事法学の課題と展望』香川達夫博士古稀祝賀(平8年・一九九六年)〔後に、拙著・注(1)に収録。引用頁数は後者による〕二二二頁以下、二三四—五頁。

三 東京地裁判決の内容

本件の事実関係の概要は、次のとおりである。母親Aおよびその長女Bは、次男Cと共謀のうえ、平成一四年四月二七日午前六時ころ、東京都渋谷区所在の居室一〇二号室において、長男D(当時二五年)に対し、同人の頸部などをカーペット上に押さえ付けるなどの暴行を加え、よって同人に後頸部圧迫に起因した鼻口部閉塞による急性呼吸循環不全の傷害を負わせ、同日午前八時一分ころ、都内の病院において、前記傷害による窒息により死亡させた。

弁護人は、本件公訴事実につき、被告人兩名はいずれも無罪であると主張したが、その理由は、以下のとおりである。すなわち、①被告人兩名およびC(なお、この三名を「被告人A子ら三名」と総称する。)の行為はいずれも、飲酒酩酊したDによる暴力から自己または家族の身体を守るため、やむを得ずにおこった必要かつ最小限の有形力の

行使にすぎず、その程度も反撃のための相当な手段に限られていたから、正当防衛行為に該当する、②仮に、客観的には、防衛のための手段として過剰であったと評価されるところでも、被告人両名は、CとともにDを押しつけた際、それにより同人の鼻口部を閉塞するほどの力が加わっていることを認識してはならず、防衛行為の相当性判断の前提事実を認識していたのであるから、誤想防衛に該当し、結局、被告人両名ともに傷害致死罪の刑責は負わないと主張したのである。

これに対して検察官は、①本件に際してDがCや被告人A子に対しておこなった行為は、家族間の悪意のない行為にすぎなかつたうえ、被告人A子ら三名は、Dに対する積極的な加害の意思をもってDの体を押しつけるなどしていたのであるから、急迫不正の侵害そのものが存在せず、②仮にそうでないとしても、Dが被告人A子ら三名により押しつけられて制圧された時点では、すでに急迫不正の侵害が止んでおり、かつ、被告人A子ら三名には、防衛の意思もなかつたのであるから、その後の被告人A子ら三名によるDに対する有形力の行使については、正当防衛はもとより、過剰防衛も成立する余地はない、③被告人両名においては、Cが、Dの死因となったその後頸部を右手で強く押しつけて顔面を布団の隙間等に押しつける行為に及んでいることを認識していたのであるから、防衛行為の相当性判断の前提事実にも誤認はなく、誤想防衛が成立する余地はないと主張したのである。

これらの主張に対して本判決は、次のように判示している。まず、「急迫不正の侵害及び防衛の意思について」は、次のような判断を示している。「本件当日の明け方ころ、Dは、本件居室の四畳半間において、動機は必ずしも明らかではないものの、いきなり、無抵抗のCに対し、一方的に、その後頸部や背中辺りを手拳で何度も殴りつけるなどの暴行を加え、これをたしなめた被告人A子に対しても、罵声を浴びせかけたばかりか、六畳間に戻った同被告人を追いかけて行き、これを制止しようとするCを足蹴にしたり後頭部で頭突きに及ぶなどしながら、その制止を振り切つ

て六畳間にいた被告人A子に殴りかかろうとするという粗暴な行為に及んだものである。そうすると、本件におけるこのようなDの一連の言動をみると、同人による被告人A子やCに対する侵害が現在し、又はこれが差し迫っている状況にあったこと、すなわち、急迫不正の侵害があったことは明らかであり、家族間といえどもこのような度を越した粗暴な振る舞いが許容される筋合いのものではないから、これが家族間の悪意のない行為としてそもそも急迫不正の侵害に該当しないという検察官の主張は、採用することができない」として検察官の①の主張を排斥している。そして、「五分か一〇分くらい後に、被告人A子ら三名が、ようやくDがおとなしくなったと見定めて同人の体から手を放すに至ったときまで、上記急迫不正の侵害は継続していたものと認めるほかはない」のであり、「本件に際し、Cが専らDに対する攻撃の意思に基いて行動していたとは認め難いというべきであり、結局、CのDに対する憤激の情は、Cの防衛の意思を否定するほどのものではなく、さらにまた、同人につき、侵害の急迫性を否定するほどのDに対する積極的な加害意思があったことをうかがわせるものでもない」のであり、「本件では、Dによる上記の急迫不正の侵害に対する反撃行為として、まず、CがDを背後から羽交い締めにし、次いで、同人が体勢を崩して六畳間にうつぶせに倒れ込むや、被告人A子ら三名が、暗黙裡に意思を相通じ、共同して、こもこもDの体を押さえつけるなどといった……同人に対する一連の有形力の行使に及んだものであり、その際被告人A子ら三名に防衛の意思があったことも否定することはできないというべきである」と判示して検察官の②および③の主張も排斥している。

次に、防衛行為の相当性については、「Cの反撃のうち、うつぶせに倒れた状態のDの後頸部を、上から右手で上記二で認定したほどに強く押さえつけるという行為は、それにより同人の顔面、とりわけその鼻口部が、その場に敷かれた布団やカーペットに強く押しつけられて、鼻口部閉塞による窒息死や重大な身体の傷害を惹起する危険性が高いものであったと認められる。これに対し、同人においては、もともとかなりの酩酊状態にあり、Cに対する暴行も、

凶器を用いたものではなく、素手で殴打したり足蹴にするといった態度にとどまっており、被告人A子にも殴りかかろうとしたとはいえ、さしあたりは、同被告人やCの生命に危険を及ぼしたり、重篤な傷害を負わせるといふようなことまで予想されるほどの状況でもなかったと考えられる上、その後被告人A子ら三名に押さえつけられて、一応はその動きを封じられた状態にあったといふのである。そうすると、こうした状況に照らせば、Dの後頸部を右手で強く押さえつけるといふCの反撃行為は、短時間にとどまるものであればともかく、そのような体勢のまま五分か一分くらいもの間押さえ続けたという点で、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものといわざるを得ない」が、「その余のCの反撃行為はもとより、……被告人兩名の反撃行為それ自体については、必ずしも、Dの生命を奪い、あるいは、その身体に重大な傷害を負わせる危険性の高い行為であるとはいえない……のみならず、三人がかりでDを押さえつけたりしたとはいえ、そのうちの被告人兩名は女性であったことに加え……Dの従前の粗暴な行状とこれに対する被告人A子ら三名の対応状況、とりわけ、Dの暴行により負傷した者もいたということや、これまで被告人A子ら三名において、Dをかかなり長時間うつぶせにして押さえ続けても、不測の事態なども生じないで、同人をおとなしくさせることができていたことなども総合して検討すると、……DのCに対する暴行や、Dを制止しなかった場合に予想される同人の被告人A子らに対する暴行の態様、その手荒さの度合いなどと対比し、上記のような反撃行為、すなわち、Dの後頸部を手で強く押さえつける行為以外の反撃行為そのものは、同人による急迫不正の侵害に対する防衛行為として、その相当性の範囲を逸脱するものであったとは認め難いといふべきである」とする。

そして本判決は、誤想防衛の点について、以下のとおり判示しているのである。すなわち、「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であつても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その

認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない。そして、複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできないものというべきである。そうすると、Cについては、その反撃行為が過剰防衛行為に当たると認められるにしても、被告人兩名については、いずれも、CがDの後頸部を右手で強く押さえつける行為に及んでいるという、本件における防衛行為の相当性判断の基礎となる事実、すなわち、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、上記一⁽²⁾で認定した、従前のDの粗暴な行状に対する被告人A子ら三名の対応状況等を前提に、関係証拠を検討してみても、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。）、被告人兩名につき、防衛行為の相当性判断の前提事実⁽²⁾に誤認はなかった旨の検察官の主張も、採用することはできない。

そして、このような被告人兩名の認識に係る当時の状況、すなわち、Cにおいて、右手で、Dの後頸部ではなく左肩辺りを押さえつけ、被告人兩名においては、こもこもDの右腕や臀部辺り、あるいは、同人の足首を手で押さえつけるなどといった状況を前提とすると、そのような被告人A子ら三名の一連の反撃行為が、Dによる急迫不正の侵害に対する防衛行為として、その相当性の範囲を逸脱するものであったとは認め難い……」。

「以上のとおり、被告人兩名については、防衛行為の相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があったのではない

かという合理的な疑いを払拭することができず、したがって、被告人両名の本件行為がいずれも誤想防衛行為に当たすることを否定し難いのであるから、被告人両名に対し、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。

(3) 以上の次第で、弁護人の主張のうち、被告人両名につき、正当防衛をいう点は採用することができないが、誤想防衛の点については、これを採用し得るものといえる」と判示されている。

四 誤想防衛の意義に関する判旨とその検討

本件では誤想防衛の成否が問題になっており、前に考察したように、誤想防衛は急迫不正の侵害の存在に関する錯誤に限定されるべきであるから、この点が最大の争点となる。そこで、まずこの点から検討していくことにしよう。

この点につき、本判決は、本件当日の明け方ころ、Dは、本件居室の四畳半間において、いきなり、無抵抗のCに対し、一方的に、その後頸部や背中辺りを手拳で何度も殴りつけるなどの暴行を加え、これをたしなめた被告人A子に対しても、罵声を浴びせかけ、六畳間に戻った同被告人を追いかけて行き、これを制止しようとするCを足蹴にしたり後頭部で頭突きしたりするなどしながら、その制止を振り切って六畳間にいた被告人A子に殴りかかろうとするというDの一連の言動をみると、Dによる被告人A子やCに対する侵害が現在し、又はこれが差し迫っている状況にあるのであり、「急迫不正の侵害」があったことは明らかであるとす。この判断は合理的であり、妥当であるとおもわれる。そして、「家族間といえどもこのような度を越した粗暴な舞いが許容される筋合いのものではないから、これが家族間の悪意のない行為としてそもそも急迫不正の侵害に該当しない」という検察官の主張は、採用することがで

きない」と判示しているが、わたくしはこの判断を高く評価したいとおもう。というのは、わたくしは、かなり前から、家庭内暴力におびえている者についても「正当防衛権」を保障すべきことを主張してきたのであり、本判決はこれ⁽¹³⁾と同一であるからである。また、急迫不正の侵害の継続の肯否につき、本判決は、「五分か一〇分くらい後に、被告人A子ら三名が、ようやくDがおとなしくなったと見定めて同人の体から手を放すに至ったときまで、上記急迫不正の侵害は継続していたものと認めるほかはない」とする。「本件に際し、Cが専らDに対する攻撃の意思に基いて行動していたとは認め難いというべきであり、結局、CのDに対する憤激の情は、Cの防衛の意思を否定するほどのものではなく、さらにまた、同人につき、侵害の急迫性を否定するほどのDに対する積極的な加害意思があった」とはいえないとされており、妥当な結論である。

さらに、防衛行為の相当性については、Cの反撃のうち、Dの後頸部を右手で強く押さえつけるというCの反撃行為は、短時間にとどまるものであればともかく、そのような体勢のまま五分か一〇分くらいもの間押さえ続けたという点で、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであるが、その余のCの反撃行為はもとより、被告人両名の反撃行為それぞれ自体については、必ずしも、Dの生命を奪い、あるいは、その身体に重大な傷害を負わせる危険性の高い行為であるとはいえず、被告人両名は女性であったこと、Dの従前の粗暴な行状とこれに対する被告人A子ら三名の対応状況、とりわけ、Dの暴行により負傷した者もいたことや、これまで被告人A子ら三名において、Dをかかなり長時間うつぶせにして押さえ続けても、不測の事態なども生じないで、同人をおとなしくさせることができていたことなども総合して検討すると、DのCに対する暴行や、Dを制止しなかった場合に予想される同人の被告人A子らに対する暴行の態様、その手荒さの度合いなどと対比し、Dの後頸部を手で強く押さえつける行為以外の反撃行為そのものは、Dによる急迫不正の侵害に対する防衛行為として相当性の範囲を逸脱するものであったとは認め難いとされている。

この結論も妥当であるといえる。

本判決は、誤想防衛の点について、「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であっても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない」とする。これは、「相当性判断の基礎となる事実」、換言すれば、「過剰性を基礎づける事実」に関する錯誤において、行為者の認識に従えば「相当性」の枠内にあるばあいをも誤想防衛と解して故意阻却をみとめるものである。この論旨には新たな論点が包含されている。これは、推論の形式から見て明らかに故意説の論理を展開するものにほかならない。¹⁴ すなわち、構成要件的「事実」以外の「事実」についても「事実」の錯誤をみとめ、これによって「故意」責任の阻却を肯定している点において、故意説の思考が貫かれていたのである。このような故意説の特徴は、故意責任の基礎となる「故意」の阻却を導くために、「事実の錯誤」の観念を援用するところに存する。その際、認識対象となる「事実」の内容は捨象され、その対象が「事実」であることそれ自体に重要性が与えられるのである。つまり、事実について錯誤があるがゆえに「事実の錯誤」の観念に包含され、そして「事実の錯誤」であるがゆえに「故意阻却」がみとめられるという推論がなされているのである。¹⁵ そこでは、「事実の錯誤」が故意を阻却するという命題がア・プリオリに承認されているが、まずその命題の正当性の論証がなされなければならない。

前述のとおり、事実的故意 (Tatvorsatz) を構成要件的故意の次元において問題にするばあい、そこにおける「事実の錯誤」の対象は、構成要件的故意の認識対象たる「事実」に限定されることになる。そして、構成要件的故意の認識「内容」として不十分であるばあいには、構成要件的故意を充足しないがゆえに「故意阻却」が肯定されるので

ある。故意内容の充足の可否を決する基準に関する見解の対立が、錯誤学説の対立にほかならず、この点について判例・通説は法定的符合説を採っているわけである。ここにおいては、構成要件の「故意」規制機能が承認されているからこそ、故意の「認識対象」が限定され、それとの関連で故意阻却が理論的に正当化されることになる。つまり、構成要件の故意規制機能に基づいて、「構成要件」的「事実」の錯誤に関する「故意阻却」が理論的に基礎づけられるのである。逆に言えば、構成要件を離れたところにおいては、「事実」の錯誤は当然には「故意阻却」をもたらしさないとになる。つまり、「事実」性そのものに意味があるのではなくて、認識内容の充足の可否を検討する必要性の有無にこそ重要性が存するのである。一定の認識内容の充足を必要とし、それを充足しないばあいにはじめて「阻却」を肯定すべきことになる。換言すれば、「事実」について錯誤があるから、当然に「故意」が阻却されるべきことにはならないのである。そこには別の論理が要求される。

そこにおいては、直接的に「故意責任」を基礎づけるべき「事実」の「認識」という観念が要求されることとなる。本判決は、まさにその思考を採っていると解される。そこにおいては、もう一つの命題が前提とされる。それは、「誤想防衛は故意を阻却する」という命題である。この命題については、すでに別著において詳細に検討を加えたので、⁽¹⁶⁾ここでは立ち入らない。問題は、故意阻却をみとめるために、誤想防衛の概念を無条件に拡張する点にある。やはり誤想防衛の概念要素を厳密に分析したうえで、その包摂の肯否を考えなければならぬ。そのような緻密な理論的検討を経たうえでなければ、安易に誤想防衛の範囲を拡張することは是認できないのである。

故意阻却は、認識対象の認識内容の欠如を理由にしてみとめられるものである。すなわち、一定の認識内容が要求されているにもかかわらず、錯誤によってその認識内容が充足されていないばあいに、故意の存在を肯定するには不十分であるとして故意が阻却されることになる。「事実」の認識のばあいには、いかなる「範囲」の事実を認識する必

要があるかが問題として提起される。つまり、一定の範囲の事実を認識したうえで行動に出たときに、その事実の範囲内にある結果について故意行為による結果としての「帰属」をみとめ得ることになるわけである。その範囲外の事実に関しては、もはや故意の帰属は肯定できないのである。ここにおいて重要性を有するのは、故意の対象として要求されている「事実」の「範囲」内にあるかどうか、であるが、これは観点を変えたと、「認識の程度」の問題にほかならない。どの程度の認識が必要かということは、錯誤が生じたばあいには、認識した事実と招来した事実との間の「一致」の程度・量を検討することを意味する。一致の程度は、すなわち「符合」の程度にほかならない。その基準を明らかにすることを課題とするのが「符合説」である。構成要件の事実の錯誤において、各種の符合説が対立するのは、まさしく構成要件の故意、つまり「事実的故意」における認識の程度を問題にしているからなのである。前述のとおり、構成要件の故意規制機能があるからこそ、構成要件の客観的・外部的「事実」の認識が要求され、実現の反映として、その「事実」の認識の程度を検討する必要があることになる。その際、その「事実」の有する理論的意味が重要な意義を有することに留意しなければならない。換言すれば、たんに認識対象が「事実」であることが重要なのではなくて、その事実が一定の性質（特質）を有していることが重要なのである。その性質の解明を放棄してはならない。さらにその観点から「事実」の性質・特質を究明する必要性に迫られる。解明された事実を基礎にしてはじめて、事実の錯誤の類推による故意阻却がみとめられることになる。

誤想防衛において、正当防衛状況、すなわち「急迫不正の侵害」が存在することについての誤認が重要な意義を有するのは何故であろうか。これは、元来、事実の錯誤は故意を阻却するという命題を前提にしたうえで、発生した「違法結果」について「過失」責任をみとめようとする思考に由来する問題であるとおもわれる。そこにおいては、いわゆる「正当防衛の故意」という観念が予定されているといえよう。この観念は、防衛意思が主観的違法要素ではないことを

論証するための道具として使用されてきた。すなわち、防衛意思の内容をなす正当防衛状況の「認識」は、正当防衛の客観的要件の単なる認識にとどまり、違法性の存否を決する「超過的」要素ではないから、主観的違法要素（主観的正当化要素）ではないと主張されたのである。しかし、防衛意思が主観的正当化要素であることの論証は、現在では必ずしも「超過的」要素としての主観的違法要素の理論を媒介する必要はないのである。端的に人的不法論の見地から基礎づけられ得るようになってきている。したがって、「正当防衛の故意」の観念は、もはや理論的意義を有しない。

しかし、誤想防衛の意義を説明するにあたっては、なお別の角度から検討する余地が残されている。そこで、この観点から見ると、「正当防衛の故意」の観念は、誤想防衛における「故意」責任を阻却するための操作概念としての機能を有するものと解されていることになる。つまり、正当防衛の「故意」における認識対象は「正当防衛状況」であるから、その「認識」が欠けるばあいには、故意概念を充足しない以上、故意が阻却され、後は過失犯の成否が問題になるとされるわけである。これは、事実的故意における故意阻却の類推にほかならない。しかし、そこには類推の実質的基礎が欠如していることに注意する必要がある。すなわち、たんに形式的に「事実」についての錯誤であるから故意阻却をみとめてよいという形で、抽象的な前提と結論だけを類推するという推論がなされているにすぎないのである。つまり、「事実」の「性質」の共通性を基礎とする類推の推論はなされていないのである。仮に事実的故意における錯誤論を類推するのであれば、「符合」の程度という思考枠を導入する必要があるといわなければならない。しかし、ここでは正当防衛状況の認識の「有無」だけが問題とされており、認識の「程度」としての符合の視点は欠落している。したがって、事実の錯誤との類推は、論理的基礎を欠いていることとなって、許されない。したがって、抽象的に「事実」に関わることだけを根拠にして事実の錯誤による故意阻却を類推することは妥当でないのである。相当性判断の基礎となる「事実」、つまり過剰性を基礎づける「事実」に関する錯誤について「故意」責任の阻却を

みとめるために、これを誤想防衛の範疇に包含させることは、右の観点からは妥当ではないとされなければならない。これを誤想防衛に包含させることは、いわば「正当防衛の故意」の要素として実質的に過剰性の認識までも取り込むことを意味し、防衛意思の内容の過大化を招来し、正当防衛の成立範囲を狭めてしまふという不都合を生じさせることになる。したがって、この点においても、このような思考は妥当でない。

注

- (13) 拙稿「最近の刑事法理論の動向と実務」、『日本弁護士連合会特別研修叢書（昭和五九年度 上巻）』（昭60年・一九八五年）「後に、拙著『違法性の理論』（平2年・一九九〇年）に収録。引用頁数は、後者による」二八頁以下。そこにおいて、家庭内暴力と正当防衛の問題は、将来、わが国において大きな問題となるであろうと指摘し、ドイツにおける処理方法に反対して、次のように述べたのであった。すなわち、保障関係にあるものについて正当防衛を制限しようとするドイツにおける処理方法は、「家庭内においてお互いに保護関係にあるものに関しては、できるだけ刑法は関与せず内部で処理させよう」という倫理的な配慮が前面に出てくるわけです。これは、ある程度の受忍義務を法律でもつてみとめることになるわけですが、わたくしはこのような傾向には反対です。たしかに家庭内においてそのような保護関係はみとめられますけれども、しかし生命、身体に対する現実の危険が生じたばあい、これを一般の正当防衛状況と区別すべき理由はないと考えられます。むしろ、このように家庭が崩壊した状態において、それを耐え忍べというような形で正当防衛の成立を否定することによって家庭倫理を強制するのをおかしいのではないかとおもわれます。したがって、このばあいに、保障者的な関係にあるからという理由で正当防衛の成立範囲を制限していく方向はわが国ではとるべきでない、と考えます。それゆえ、これから大いに増えていくであろうと考えられる家庭内暴力に関連する正当防衛の成否問題も、通常のはあいと同じような形で議論してよいのではないかとおもわれます。つまり、生命、身体の保護という個人主義的原理に基づいて、通常と同じ範囲において正当防衛の成立をみとめていくのが筋であると考えるわけです」と。

(14) 拙著・前掲注(11) 九九頁参照。

(15) 拙著『錯誤論の諸相』（平6年・一九九四年）二二七—八頁。

(16) 拙著・前掲注(11) 一〇一頁以下、拙著・前掲注(15) 二二五頁以下、一六六頁以下、一七二頁以下参照。

五 共同正犯と誤想防衛の成立範囲に関する判旨とその検討

仮に、相当性判断の基礎となる事実に関する錯誤が誤想防衛であるとしたばあい、それが共同正犯関係にある者の間に生じたときの取扱いが問題となる。なぜならば、その事実に関する「認識」ないし「錯誤」は主観的事情であるため、共同正犯者間で違いが生ずるからである。この点について本判決は、「複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない」という一般論を展開している。そして、本件事案に関して、「Cについては、その反撃行為が過剰防衛行為に当たると認められるにしても、被告人兩名については、いずれも、CがDの後頸部を右手で強く押さえつける行為に及んでいるという、本件における防衛行為の相当性判断の基礎となる事実、すなわち、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、上記一の(2)で認定した、従前のDの粗暴な行状に対する被告人A子ら三名の対応状況等を前提に、関係証拠を検討してみても、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）、被告人兩名につき、防衛行為の相当性判断の前提事実には誤認はなかつた旨の検察官の主張も、採用することはできない」としたうえで、「このような被告人兩名の認識に係る当時の状況、す

なわち、Cにおいて、右手で、Dの後頸部ではなく左肩辺りを押さえつけ、被告人兩名においては、こもごもDの右腕や臀部辺り、あるいは、同人の足首を手で押さえつけるなどといった状況を前提とすると、そのような被告人A子ら三名の一連の反撃行為が、Dによる急迫不正の侵害に対する防衛行為として、その相当性の範囲を逸脱するものであったとは認め難い」のであり、「被告人兩名については、防衛行為の相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があったのではないかという合理的な疑いを払拭することができず、したがって、被告人兩名の本件行為がいずれも誤想防衛行為に当たることを否定し難いのであるから、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」とされているのである。

本件事案に関する事実認定および「故意責任」を否定するという結論については、従来の判例・通説の見地からは、格別、問題はないとおもわれる。本稿における問題意識にとつては一般論の方が重要であるから、これに焦点を合わせて検討することにする。

共同正犯関係にある者が、共同して「反撃行為」をおこなったばあい、「相当性判断の基礎となる事実の認識」は「各人について個別に判断されるべきものと解される」とする本判決の第一命題は、人的不法論を基礎とするものと評価できる。共同正犯と正当防衛との関係につき、旧来の物的不法論の見地から強調されてきた「違法の連帯性」は、ここで明確に否定されていることになる。従来、違法の「連帯性」は、違法の「客観性」の論理必然的な帰結と解されてきた。違法性における「客観性」を違法要素の客観性、すなわち客観的違法要素と同視することによって、「主観的」要素を排除し、その結果として「個別性」を否定したうえで、その反面として「連帯性」を肯定するという論理操作がなされてきたのである。この論理にはいくつかの疑問がある。

まず第一に、違法性における客観性は、短絡的に違法要素の客観性をもたらすのではない。違法要素の客観性を主

張すること自体は、論理的に不可能というわけではないが、必ずしもつねにそれしかあり得ないわけではないのであつた。つまり、複数の成立可能性のある命題を主張するばあいには、積極的に論理的必然性を論証する必要がある。したがつて、論理的必然性の論証の観点から考察しなければならない。その論証がない限り、その主張は単なるドグマの繰り返しにすぎないことになる。この点については、すでに批判的検討を加えたので、ここでは立ち入らない。わたくしは、二元的な不法論の立場から、違法性において客観的要素としての結果無価値の存在が必要であることをとめてゐるが、さらに主観的違法要素の必然性を肯定している。この立場からは、違法性における客観性を違法要素を客観的要素に限定することには賛同できない。

違法性において主観的要素としての「認識」を問題にする限り、それは「認識」主体ごとに判断される必要がある。すなわち、行為主体の認識が重要なのであるから、その行為主体ごとに見ていくべきであり、その意味において「個別的に」判断されるべきことになる。個別性は、まさしく違法性の否認を意味する。

ここで、個別性を否定する原理としての「一部実行の全部責任」の原則を援用して、正当防衛における連帯性を肯定できると反論する論者が出て来るかもしれない。しかし、その反論は無意味である。なぜならば、「一部実行の全部責任」の原則は、構成要件の実現態様ないし修正形式としての共同正犯の構成要件該当性の次元において妥当するものなのであつて、違法性の次元の問題ではないからである。¹⁷⁾ たしかに、表面的には、この原則は、共同正犯のすべての次元において機能するかの観を呈するが、内容的には、一部の共同正犯者の「実行行為」の「客観的帰属」としての因果関係の証明の省略を意味するのである。したがつて、これは構成要件該当性における因果関係論に属する問題にはかならない。共同正犯者の正当防衛行為の問題は、この原則が適用された後に、違法性の次元で検討されるべきことになるのである。したがつて、右の反論は成り立たない。

次に、違法の連帯性も今やア・プリオリに肯定できるものではなくなっている。新たに理論的に根拠づける必要がある。これも本稿とは別個の問題である。

このように見えてくると、本判決が提示した第一命題は妥当であるといえる。

次に、本判決の第二命題を見ることにしよう。第二命題は、共同正犯者の一部の反撃行為が防衛行為の相当性を逸脱し、それによって生じた結果につき、①「客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合」であつても、②「共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない」というものである。第二命題の①の部分は、共同正犯における「一部実行の全部責任」の原則の適用を示すものにはほかならない。すなわち、構成要件該当性の次元において共同正犯者にとって因果関係の存在を前提とすることを明示するものである。この点は、すでに論述したところであり、妥当である。

第二命題の②の部分は、相当性を基礎づける事実に関する錯誤の取扱いを問題にするものである。すでに述べたように、この錯誤を誤想防衛として扱うのは妥当でないが、本判決が罪責の取扱いに関して展開している「実質論理」には評価すべき点があるとおもう。②の部分で主張されていることの「実体」は、次の点にあると考えられる。すなわち、相当性を基礎づける事実に関する錯誤があるばあいに、「その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないとき」の取扱いは、「その者に対し、生じた結果についての」「責任を問うことはできない」とされているのである。本判決は、故意説の見地から故意責任の追及の可否を問題としているが、わたくしは、二元的厳格責任説の立場から、故意の責任ではなくて故意犯の「責任」の存否を問題にしているのである。その点に関する限り、本判決の立場とは異なる。

るが、しかし、その錯誤における実体の取扱いに関する「実質論理」に関しては、なお賛同できるのである。すなわち、一般化して考えたばあい、行為者が認識の範囲を超えて発生した結果については、故意犯としての罪責を追究すべきではないといえるのである。これは、まさしく予測可能性を基礎とする意思責任の原則を明言するものにほかならない。その意味において、本判決は格調高く「意思責任」の原則を宣言していることになる。

このようにして、わたくしは、第二命題については、責任説に適合しない点を除くという条件付きでこれを是認するものである。

注

(17) 拙著・前掲注(3)九頁以下、拙著・前掲注(10)五二四頁以下参照。

六 おわりに

本稿において、誤想防衛の意義について、本判決が提起した観点から検討を加えた。さらに、本判決において争点となった共同正犯と誤想防衛の成立範囲の問題は、従来、あまり表面に出てこなかったもので、ここで検討を試みた。従来、講壇事例として扱われた事例が、現実には裁判において問題とされることが多くなっており、本稿においても、それを素材にして一般的観点から考察することによって、問題の深化に寄与できたものと考えている。