

誤想過剰避難論

井上, 宜裕
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/1475344>

出版情報 : 法政研究. 81 (3), pp.1-18, 2014-12-17. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



誤想過剩避難論

井
上
宜
裕

序論 誤想過剩避難論の脆弱性

I 誤想過剩避難をめぐる問題状況

II 緊急避難の法的性質と誤想過剩避難

結論 誤想過剩避難論の独自性

序論 誤想過剰避難論の脆弱性

本稿は、誤想過剰避難の処理について、誤想過剰防衛と対比しつつ^①、その異同を明らかにしようとするものである。現状において、誤想過剰避難論はきわめて脆弱といわざるをえない。刑法総論の教科書では、誤想過剰避難に言及しないものも多く、言及するとしても誤想過剰防衛に準じるとするのが大半である。

しかしながら、基本類型の法的性質は、その応用ともいえる誤想過剰類型の処理に影響を及ぼさないであろうか。正当防衛の法的性質については、違法阻却事由でほぼ異論がないのに対し、緊急避難の法的性質をめぐって、激しい論争が繰り広げられているのは周知の通りである。

本稿では、ともすれば誤想過剰防衛と同視され、その独自性が看過されがちな誤想過剰避難について、緊急避難の法的性質を意識しつつ、検討を加える。

I 誤想過剰避難をめぐる問題状況

一 学 説

上述の通り、従来、誤想過剰避難は誤想過剰防衛に準じるものと捉えられ、独自の理論的検討が展開されることは皆無に等しかった^②。

中には、誤想過剰防衛に関する各論者の記述をそのまま誤想過剰避難のものに読み替えて紹介するものまで現れた^③。これは、各論者の諸説から離れて、いうなれば、存在しない架空の学説を創設するものであって、誤想過剰避難の本質

を見誤らせる元凶の一つといわざるをえない。

いずれにしても、緊急避難の法的性質を違法阻却で二元的に捉える見解ならともかく、⁴ そうでない立場から緊急避難の法的性質が誤想過剰避難に及ぼす影響を精査しないまま、誤想過剰避難を誤想過剰防衛と同視することは許されないといふべきである。

ちなみに、誤想過剰避難は、誤想過剰防衛と同様、次のように一応分類することができる。即ち、誤想過剰避難には、狭義の誤想過剰避難と広義の誤想過剰避難があり、狭義の誤想過剰避難とは、現在の危険が存在しないのにそれがあると誤信して避難行為に出たが、誤信した危険を前提としてもなお避難の程度を越えている場合をいい、これには、過剰性の認識がある場合と過剰性の認識のない場合がある。その際、避難の過剰性については、法益不均衡の場合の他、補充性の欠如の場合も想定されうる。⁵ 狭義の誤想過剰避難に加えて、広義の誤想過剰避難には、現に存在する危険に対する過剰な避難行為で、避難の程度を越えたことにつき行為者の認識が欠ける場合（相当性の錯誤、過剰誤想過剰）が含まれる。⁶

もつとも、後者の相当性の錯誤は、誤想過剰の一類型として処理すれば足りるのであり、誤想過剰避難の議論の中心はやはり狭義の誤想過剰避難ということになる。⁷

狭義の誤想過剰避難においても、上述の通り、狭義の誤想過剰防衛と同様、過剰性の認識の有無による区別が可能であるが、緊急避難の法的性質の捉え方次第では、過剰性の認識の有無が故意の成否の基準とはなりえない場合があることは後述する通りである。

二 判 例

誤想過剰防衛の判例が比較的多く散見されるのに対し、誤想過剰避難については、下級審裁判例がわずかに存在するのみである。

・大阪簡判昭和六〇年二月一日（判時二一〇四号一六一頁）

事案は次のようなものであった。被告人は、本件当日昼頃から国鉄ステーションビル一階の国鉄天王寺駅構内中央コンコースの二階に上る階段に座っていたところ、午後一時三〇分頃、見知らぬやくざ風の五〇歳位の男Aから話しかけられ、「仕事を探しているなら俺に任せておけ、一緒に飲もう」といわれ、午後七時二〇分頃までの間、同所に座ったままAの奢りで缶ビール二本、酎ハイ二本、ワンカップの酒二本を飲ませてもらった。その頃同所に来たAの知り合いと見られる三五歳位のやくざ風の男Bから、「仕事のことはおっさんに任せておけ、駅は九時に閉まるから外へ出よう」といわれ手を引つ張られたが、被告人は、A、Bによって蛸部屋のような飯場にでも連れて行かれるのではないかと不安になり、「もう一寸ここにいろ」といつて座ったまま立ち上がらなかつたところ、Bから頭を小突かれたりした。A、Bは「また戻ってくるからそこにいろ」といつてその場から立ち去つたが、被告人は、その後コンコースをぶらぶら歩くうち、二日前に西成方面で数人の男から殴られて所持金三万円位を奪われ、前歯を折られる等の負傷をしたことがあつたためこのことを思い合わせ、A、Bが怖ろしくなり早く逃げ出さなければと考えた。A、Bがコンコース内のどこかにおり、見られている感じがし、逃げ出すのが見つければA、Bから殴られたり蹴られたりするに違いないと思ひ込んだ被告人は、逃げようとしてコンコース内の地下へ降りる階段から走つて地下一階に降り、そこからC理容室前の通路を通り二八メートル位進んだ先にあるアペノ地下街に入り、ビール瓶等A、Bに対抗するための護身用になるもの

はないかと探したが見つからなかった。そこで、被告人は、C理容室の前まで引き返し、午後八時頃、同店のガラス越しに散髪バサミがおいてあるのを見て咄嗟にこれを護身用にしようと思い、同店に飛び込み同散髪バサミを勝手に持ち出した。

大阪簡裁は、次のように判示して、本件窃盗につき誤想過剰避難を肯定し、刑法三七条一項但書を適用して刑を減輕した。

「被告人の本件所為当時いまだ身体に対する切迫した危険があるということはできないが、被告人はいまにも二人のやくざ風の男から身体に危害を加えられると思ひこみ、この危険を避けるため護身用具が必要と考えて本件の散髪バサミを持ち出したことは疑いがないから被告人が現在の危険を誤想してこれを避けるため本件行為に出たものということが出来る。」

しかし、被告人は、「被告人がコンコース内のどこかにいると思った二人の男から身を隠した形になってからアベノ地下街に入っているのであり、同地下街には多数の店舗があるほか、地下鉄谷町線へ下る入口が四ヶ所、コンコースのある前記天王寺駅ステーションビルから相当離れた地上に出る階段が七ヶ所（そのうちすぐ目につくのは二ヶ所）あり、右の階段から地上に出て二人の男から逃避することが出来るばかりでなく、危険を怖れるのであれば同地下街の店の人に頼んで電話で警察に連絡して貰って救助を求める余裕もあったものと認められる。ただ被告人は、本件の四日前に大阪に出て来たものであり、地理が判らないことや誤想に基づく当時の被告人の心情を考慮すると、被告人に右のような方法をとることを現実に期待することは困難な面があったとみられる。それ故右のような状況下でなされた被告人の本件所為は現在の危険の誤想に基づく避難行為といえても止むを得ない程度をこえた過剰避難であるといわざるを得ない。……被告人は、前記のように地下一階に下りてからは二人の男から逃避可能な方法を見出そうとせず、専ら護身用具を探がしていたもので、他に避難の方法がないと思つて本件所為に出たものではないと認められる。」⁽⁸⁾

・東京地判平成九年一月二日（判時一六三二号一五二頁）

事案は次の通りである。被告人は、被害者である妻と同居していたが、しばしば夫婦げんかをするようになっていたところ、ある日、妻が以前交際していた男性とホテルへ行った旨を告白したことから、憤激するに至った。被告人が離婚すると言い出し、被告人を引き止めようとする同女が包丁で自殺の素振りを示し、自殺されてはと困惑する被告人が同女を制止するなどして両者は激しく争った。この間、被告人が同室を飛び出して代々木公園交番へ離婚の相談に赴き、これを追って同女も同交番に赴き、ともに警察官からなだめられ助言を受けて再び同室に戻ったりした。このような争いが朝まで断続的に繰り返されるうち、午前八時二〇分前頃、同女は、室内からベランダへ出て行こうとした。これは、被告人の気を引くため飛び降り自殺の素振りを見せたものであって、同女に真実自殺する意思はなかったが、被告人は、同女がベランダへ出て行こうとするのを見るや、同女が本気で自殺を図っているものと感じて、これを制止しようとした。その際、被告人は、同女に対する憤激や安易に自殺に走る同女への苛立ちの感情があったこともあって、自殺を制止するのにやむを得ない程度を超え、同女の両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加え、よって、同女に対し、右転倒に際し頭部を床面に強打したことによる頭部打撲の傷害を負わせ、同女を死亡させた。

本件傷害致死事件につき、東京地裁は、以下のように判示して、誤想過剰避難を肯定し刑を減輕した。なお、その際、「法令の適用」において、刑法三七条一項但書は挙げられていない。

まず、緊急避難における「現在の危難」について、「本件暴行の直前に被害者が室内からベランダへ出て行こうとした際、被害者が真実自殺を意図していたか否かについてみると、関係各証拠によれば、前判示の包丁で自殺の素振りを示した点に関し、被害者自身が代々木公園交番の警察官に対し、そういうことをやれば被告人も落ち着いて話を聞いてくれると思ってジェスチャーとしてやった旨説明していたこと（Cの証言）、平成八年七月三日未明に飛び降り自殺の素振りを示した際の被害者の言動も、『来ないで、来たら飛び降りてやる。』というにとどまるものであって、自分の言

自分を通すための便法にすぎないとみられること（D子の証言）、本件暴行直前の行動も、夫婦げんかに伴うそれまでの自殺の素振りを示す行動と同根のものと考えられること等の事情が認められ、これらに照らせば、被害者は、このときも被告人の気を引くため自殺の素振りを示したものであって、真実自殺を意図していたわけではないものと認めるのが相当である。」しかしながら、関係各証拠によれば、被告人は、事件の直後から捜査公判段階を通じ一貫して、被告者が自殺を意図しているものと思った旨の供述を維持していること、被告人は、前夜から一睡もせずに被害者と争いを繰り返しており、本件当時、冷静な判断がいささか困難になっていた側面も否定できないこと、他方、被告人において被害者が自殺を意図しているものと思つたか否かは、被告人の内心に係るものであるだけに、被告人の供述以外には直接証拠がないこと等の事情が認められ、これらに照らせば、本件暴行の際、とつさに被害者が本当にベランダから飛び降りるものと思つた旨の被告人の供述を排斥することは困難であるものといわざるを得ず、したがって、被告人がそのように思つたとの前提に立つて判断すべきものと考ええる。なお、本件暴行の時点では、被害者は未だベランダに出ているわけではなく、六畳間にいたものであるが、六畳間とベランダとがガラス戸一枚を隔てて隣接していることにかんがみると、被害者が六畳間にいたことから危険の切迫に関する被告人の認識を否定することも困難である。」「したがって、本件においては、客観的には『現在の危険』は存在しなかったものであるが、被告人の主観においてそれが存在する旨誤想したとの点については、これを認めざるを得ない。」

次に、緊急避難における「避難意思」について、「受傷状況からも明らかなように本件暴行が相当強烈なものであったこと、被告人には従前から被害者に対し暴力に訴えがちな傾向があったこと、被告人は被害者が不貞を働いたと信じており、当時の被告人の心境としては被害者に対する愛情よりも怒りが前面に出ていたこと等、本件証拠上認められる諸事情に照らすと、本件暴行に及んだ被告人の内心には、被害者に対する憤激や安易に自殺に走る同女への苛立ちの感情も存在したことが認められる。しかしながら、被告人に被害者の自殺を制止しようとの意思があり、それが本件暴行

の動機になつていたことは、本件証拠上否定できない。したがつて、被告人の内心に右のような憤激や苛立ちの感情が併存していたからといって、そのことのゆえに避難意思が否定されることにはならないものと考えられる。」

また、緊急避難における「やむを得ずにした」ものといえるか否かについて、「被告人は身長体重等の体格差において被害者よりもはるかに勝っており、被告人が被害者の飛び降り自殺を制止するためには、被害者をその場で取り押さえるなど容易に採り得べき方法が他にいくらかでも存在したものであつて、そのことは被告人自身も十分承知していたものと認められるのに、被告人は、前判示のとおり、被害者の両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加えたものである。したがつて、本件暴行は、被告人の誤想した『現在の危難』を前提とした場合においても、避難にやむを得ない程度を超えたものであつたことは明らかであつて、これを正当化することはできないといふべきである。」

いずれの裁判例も緊急避難の補充性を否定し、この点につき過剰性の認識があつたものとして、故意犯の成立を肯定している。この処理の仕方は、誤想過剰防衛において定着しているいわゆる二分説に対応するものである。

過剰性の認識について、上記大阪簡裁判決が、「被告人は……他に避難の方法がないと思つて本件所為に出たものではない」と認定し、上記東京地裁判決が、「被告人が被害者の飛び降り自殺を制止するためには、……容易に採り得べき方法が他にいくらかでも存在したものであつて、そのことは被告人自身も十分承知していた」と認定して、故意犯の成立を肯定しているのがそれである。

判例は、緊急避難の法的性質につき違法阻却一元説に立つため、誤想過剰防衛と同様、過剰性の認識の有無に基づく、故意の成否の判断が可能であるが、緊急避難の法的性質をめぐつて議論が錯綜している学説においては、別途の考慮が必要であらう。

なお、刑法三七条一項但書の適用（準用）の問題については、上記大阪簡裁判決が適用としてしているのに対して、上記

東京地裁判決はそもそもこの点に言及しておらず、判例の立場は依然明らかでない。

ここで見たように、誤想過剰避難に関する判例ないし裁判例はきわめて少なく、このことが誤想過剰避難論の活性化を妨げる一因のようにも思われる。⁽⁹⁾

II 緊急避難の法的性質と誤想過剰避難

一 故意の成否

違法阻却事由の認識は故意に影響しないとする厳格責任説を除けば、故意の成否は、違法性を基礎づける事実を認識したか否かによって決されることになる。誤想過剰防衛をめぐっては、これを過剰性の認識の有無に対応させて故意の成否を判断する、いわゆる二分説が圧倒的通説であり、判例もこの方向でほぼ確定していると考えてよいであろう。⁽¹⁰⁾

他方で、違法性を基礎づける事実の認識の有無という上述の基準で誤想過剰避難における故意の成否を考える際には、誤想の対象となる緊急避難の法的性質を問題とせざるをえない。

正当防衛と同様、緊急避難の法的性質を一元的に違法阻却事由と解する立場ならともかく、緊急避難が責任阻却事由や可罰的違法阻却事由となる場合を肯定する論者は、誤想過剰防衛における故意の成否の議論をそのまま誤想過剰避難に持ち込むことは許されないといわなければならない。

ちなみに、誤想過剰防衛に関して展開された諸説を誤想過剰避難にそのまま読み替えて把握する上述の論者は、「誤想過剰避難に関しては、誤想過剰防衛の場合と同様に取り扱ふとされることが多い（内藤謙『刑法講義総論（中）』「九八六」四四二頁など）」とした上で、故意の成否に関する学説を次のように紹介している。

「学説は大別して三つの説がある。①故意犯説は、厳格責任説の立場から、違法阻却事由の内容である事実の錯誤は違法性の錯誤であつて故意を阻却しない（そもそも誤想避難すら故意を阻却しない）ので、誤想過剰避難は過剰性についての認識の有無にかかわらず故意犯が認められるとし、ただ錯誤が避けられない場合には責任が阻却されるとする（大谷實『刑法講義総論（新版第二版）』二〇〇七、三〇七頁）。つきに、②過失犯説は、誤想避難は事実の錯誤であつて故意を阻却するという前提から、誤想過剰避難は第一の現在の危難の誤想がなければ第二の過剰な避難行為もなかつたであろうから、第一の誤認の点が行為全体について支配力を持ち、行為を全体的に把握すると過失犯的性格を持つとする（庭山英雄「誤想過剰防衛」法セ一八四号四七頁、石原明・法学論叢八一巻一号九七頁）。最後に、③二分説は、誤想避難は事実の錯誤であつて故意を阻却することを前提とし、過剰性の認識がない場合には行為者の認識内容は適法な事実なので故意を阻却するが、過剰性の認識がある場合には行為者の認識内容は過剰避難であり、したがつて違法性を基礎づける事実の認識があるので故意犯が認められるとする（内藤・前掲四四二頁）¹²。」

いずれも誤想過剰防衛に関する記述を機械的に誤想過剰避難に書き換えて紹介するもので、その多くは虚構といわざるをえない。厳格責任説についてはまだしも、とりわけ、最後に挙げられている内藤説は、緊急避難の法的性質につき法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説に立っており¹³、法益同価値の場合の誤想過剰避難については、誤想過剰防衛とは異なる別途の考察が必要であつて、本説をこのような形で紹介するのは誤解を招くであろう。

現に内藤説は、「本書のように二分説をとるとき、責任阻却事由としての緊急避難に関する誤想の場合は、誤想防衛と同様に考えることのできない問題が生ずる。たとえば、自己の生命が危難にさらされると誤認して、その危難を避けるため他人を死亡させたような場合である。適法行為の期待を不可能にする事実がないのがあると誤認した場合であり、期待可能性に関する錯誤の問題となる¹⁴」としている。

このように、法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説をはじめとして、緊急避難が責任阻却事由と

なる場合を肯定する見解からは、誤想避難を誤想防衛と同視することができなくなる。¹⁵⁾

ところで、期待可能性の錯誤については、錯誤が不可避であったか否かによって故意ないしは責任を阻却すると解するのが多数であるが¹⁶⁾、行為者の主観面は、実際に期待可能性がない場合と異ならないとし、端的に期待可能性の欠如による責任阻却を肯定する見解も有力である。¹⁷⁾ 法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説ないし三分説の論者が多く支持する、後者の見解によれば、結論的に、違法阻却事由としての緊急避難に関する錯誤を事実の錯誤と解する場合と同様の処理になるとされる。¹⁸⁾

他方、緊急避難が可罰的違法阻却事由となる場合を肯定する立場からは、次のように説明される。¹⁹⁾ 即ち、誤想避難につき、「緊急避難には『可罰的違法性』のみを阻却する場合もあるが、この場合にも、通説によれば、誤想防衛の場合と同じく、犯罪の故意が否定される。要するに、『犯罪』の故意には、『可罰的違法事実』の認識が必要」とされ、誤想過剰避難については、過剰性の認識の有無で故意の成否を決するとされる。²⁰⁾

以上、緊急避難において責任阻却となる場合や可罰的違法阻却となる場合を肯定する論者が、誤想過剰避難における故意の成否についてどのような処理をしているか見てきた。ここから、厳格責任説に立つか、あるいは、違法阻却一元説に立つかしない限り、誤想過剰避難を誤想過剰防衛と形式的に同視することはできず、両者を同様に処理するにはさらなる何らかの説明を要することが分かる。

もっとも、法益同価値の場合の緊急避難を責任阻却と解する立場からは、それでもなお、誤想過剰避難を誤想過剰防衛と同視する説得的論拠が提示されているとはいえない。というのも、法益同価値の場合、誤想過剰防衛における故意の成否を過剰性の有無によって判断すると同様の方法で、誤想過剰避難における故意の成否を判断することは、以下の理由から許されないとわがざるをえないからである。

まず、誤想過剰防衛の場合であれば、過剰性の認識がある行為者は、主観的には過剰防衛の認識、即ち、違法性を基礎づける事実の認識があるため故意犯に問われ、過剰性の認識がない行為者は、主観的には正当防衛の認識、即ち、違法性を基礎づける事実の認識がないので故意が阻却され、せいぜい過失犯の成否が問われるにすぎない。しかし、この論者によれば、法益同価値の場合の緊急避難は責任阻却事由である。だとすれば、誤想过剰避難において、過剰性の認識があればもちろん、過剰性の認識がない場合でも法益同価値であるという認識があれば、違法性を基礎づける事実の認識があることになる。なぜなら、法益同価値であるという事実は、緊急避難の前提事実ではあるが依然として違法性を基礎づける事実となるからである。このことから、少なくとも、誤想过剰避難における故意の成否は、過剰性の認識の有無のみでは決しえないことが判明する。

また、上述のとおり、法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説ないし三分説の多くは、期待可能性の錯誤に関して、行為者の主観面においては実際に期待可能性がない場合と異ならないとして、端的に期待可能性の欠如による責任阻却を肯定している。しかし、仮に期待不可能性による責任阻却を肯定したとしても、故意の成否の問題は別途、観念できるというべきである。²¹⁾最終的に期待可能性の欠如を理由に責任阻却するにせよ、違法性を基礎づける事実の認識があれば故意は肯定されうるはずである。もともと、故意説に立った上で、期待可能性の錯誤を違法性の意識ないしその可能性が存在しない場合と捉えて、故意を阻却するという処理の仕方も考えられよう。

二 過剰避難規定の適用（準用）の可否

狭義の誤想过剰防衛に対する過剰防衛規定の適用（準用）の可否は、過剰防衛の減免根拠に基づいて一応の整理が可能である。図式的に整理すれば、違法減少説からは、急迫不正の侵害が存在しない狭義の誤想过剰防衛に対する過剰防

衛規定の適用及び準用は完全に否定されるのに対し、責任減少説からは、急迫不正の侵害が現に存在する場合も誤想された場合も行為者の主観においては同様と解されるが故に過剰防衛規定の適用が肯定される。⁽²³⁾ また、違法・責任減少説からは、違法減少的側面がないため同規定の適用はできないが、責任減少的側面の存在を根拠にその準用が可能とされるのが一般である。⁽²⁴⁾ しかし、違法減少を強調する違法・責任減少説から適用・準用否定説が主張されることもあれば、そもそも適用と準用の区別にさほどの注意を払わないものも散見されることから、誤想過剰防衛に対する過剰防衛規定の適用（準用）に関する学説は依然錯綜しているというべきであろう。⁽²⁶⁾

この点に関する判例の動向について、実務の運用上、裁量的減輕事由によって刑の減輕をするのは、法定刑の下限を下回る刑で処断する必要がある場合に限ってこれを行うのが通例とされており、⁽²⁷⁾ 狹義の誤想過剰防衛に対して過剰防衛規定が適用されたのか、準用されたのかが必ずしも判決で明示されるわけではないことに留意しなければならない。とはいえ、誤想過剰防衛のリーディングケースとされる最決昭和六二年三月二六日（刑集四一卷二号一八二頁）以降、準用説が判例に浸透しつつあるという大まかな傾向は看取されうる。⁽²⁸⁾

他方、狹義の誤想過剰避難に対する過剰避難規定の適用（準用）の問題についても、狹義の誤想過剰防衛と同様、基本的には過剰避難の減免根拠に基づく図式化が可能である。⁽²⁹⁾ しかし、狹義の誤想過剰避難に過剰避難規定が適用（準用）されるか否かは、緊急避難の法的性質をどのように理解するかにも影響されうる。⁽³⁰⁾ 例えば、緊急避難の法的性質につき、責任阻却説に立った場合、そもそも過剰避難において違法減少が観念できるかどうかが問題となりうるし、法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説ないし三分説に立った上で、期待可能性の錯誤を實際に期待可能性が存在しない場合と同視する際には、過剰性の認識がなく、かつ、法益同価値の認識がある場合、責任が阻却される以上、⁽³¹⁾ 過剰避難規定による刑の減免は出番を失うことになる。⁽³²⁾

また、誤想過剰防衛に関して、典型的な誤想防衛との均衡論が主張されることがあるが、⁽³³⁾ 誤想避難の処理は緊急避難

説論
の法的性質と密接に関連しており、ここでも単純に誤想過剰防衛における議論を誤想過剰避難のそれに読み替えることは許されないであろう。³⁴⁾

結論 誤想過剰避難論の独自性

本稿では、緊急避難の法的性質と誤想過剰避難の関係を中心に考察し、必ずしも誤想過剰避難が誤想過剰防衛と同視されえないことを示した。

本稿で主に取り上げたのは、緊急避難の法的性質を責任阻却と捉えた場合に生じる問題、とりわけ、法益同価値の場合を責任阻却とする論者が展開する、誤想過剰避難における故意の成否の処理であった。

やはり、基本類型における法的性質の理解は、その応用類型ともいえる誤想類型、過剰類型、さらには、誤想過剰類型の処理に影響を及ぼすというべきである。既に早くから、緊急避難の法的性質に関する諸説が対立している状況に鑑み、誤想過剰避難の理論的帰結は一層錯綜する旨の指摘がなされていたが、この指摘はまさに正鵠を射ているといえよう。³⁵⁾

他方で、正当防衛と緊急避難の間には成立要件における差異がある他、両者の正当化原理を共通のものと解するか否かについても、周知の通り、争いがあるところである。これらの点からしても、緊急避難の法的性質につき違法阻却一元説に立ちさえすれば、およそ誤想過剰防衛と誤想過剰避難を同視することが許されるのかどうかについても改めて検討する必要があるだろう。

(1) 誤想過剰防衛をめぐる議論状況については、井上宜裕『緊急行為論』(二〇〇七年・成文堂)二四三頁以下参照。

- (2) そのような中、誤想過剰避難を取り上げる論稿として、内田文昭「誤想過剰避難について」研修六一号（一九九九年）三頁以下がある。ここでは、誤想過剰避難の類型について、「誤想過剰避難では、『過剰性』の認識・認容の有無によって、『故意の誤想過剰避難』と『過失の誤想過剰避難』が区別されなければならない。場合によっては、『偶然的誤想過剰避難』を観念することも可能である」と述べられている。
- (3) 塩谷毅「判批」西田典之他編『刑法判例百選Ⅰ総論（第六版）』（別ジュリ一八九号）（二〇〇八年・有斐閣）六七頁は、大阪簡裁判決の評釈において、誤想過剰防衛に関する学説にもかかわらず、「防衛」の部分を一「避難」に書き換えた上で、これを誤想過剰避難の学説として紹介する。
- (4) 緊急避難の法的性質に関する違法阻却一元説から、誤想過剰避難の処理を誤想過剰防衛の場合と同様とするものとして、例えば、大塚仁「刑法概説総論（第四版）」（二〇〇八年・有斐閣）四〇八頁、高橋則夫「刑法総論（第二版）」（二〇一三年・成文堂）三〇五—三〇六頁、山口厚「刑法総論（第二版）」（二〇〇七年・有斐閣）一九七頁等がある。また、深町晋也「第三七条（緊急避難）」西田典之他編『注釈刑法第一巻総論（第一条 第七二条）』（二〇一〇年・有斐閣）五〇四頁参照。他方、法益同価値の場合を責任阻却とする違法阻却中心の二分説から誤想過剰避難の処理を誤想過剰防衛に準じると解するものとして、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年・有斐閣）四四二頁、上記の違法阻却中心の二分説を基礎としつつ、緊急避難が民法上違法とされる場合を可罰的違法阻却と解する違法阻却中心の三分説から同様の主張を展開するものとして、浅田和茂『刑法総論（補正版）』（二〇〇七年・成文堂）二六一頁がある。ちなみに、高橋・前掲書三〇〇頁は、法益同価値の場合を「一種の放任行為」と解するべきとしつつも、「放任行為は、法の禁止しない行為である以上、結局、法の許容する行為であり、違法阻却が肯定されることになる」とするが、法の許容する行為は即ち適法行為であり、敢えて法益同価値の場合を放任行為とする理由に乏しいというべきである。
- (5) 内田・前掲注(2)七頁は、「正当防衛」の關係では、「急迫不正の侵害」の在否のみで、過剰防衛か誤想防衛かを論じれば足りるのに対して、「緊急避難」の關係では、「現在の危難」が存在する場合においても、なお「誤想避難」を考えるべきときがあることに、問題の核心が潜んでいるといつてよからう。『補充の原則』を充足する必要がある緊急避難と、『補充の原則』を充足する必要のない正当防衛との本質的な差異が、ここにも窺われるわけである」と述べる。
- (6) 井上宜裕「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論（第七版）』（別ジュリ二二〇号）（二〇一四年・有斐閣）六八頁、塩谷・前掲注(3)六六頁参照。
- (7) 内田・前掲注(2)三頁以下参照。
- (8) 本判決を評釈したものとして、井上・前掲注(6)六八頁、岩間康夫「判批」芝原邦爾他編『刑法判例百選Ⅰ総論（第五版）』（別ジュリ一六六号）（二〇〇三年・有斐閣）六二—六三頁、塩谷・前掲注(3)六六—六七頁、吉田敏雄「判批」松尾浩也他編『刑法判

例百選I総論〔第四版〕(別ジュリ一四二号)(一九九七年・有斐閣) 六六一六七頁等がある。

(9) なお、福岡高判平成二三年一月二五日(LEX/DB文献番号二五四四〇一七)は、被害者と口論になった被告人が、被害者に対し、その顔面をこぶして数回殴り、後頭部を壁に打ち付け、その後、意識を失い仰向けに倒れている被害者の目を覚まさせるべく、胸部及び腹部に乗って両足で数回踏み付ける等の暴行を加え、一連の暴行によって、被害者に肝臓断裂等の傷害を負わせ、同人を死亡させたという傷害致死の事案で、被害者に致命傷を負わせた胸部及び腹部への乗り上げ踏みつけ行為は救命行為でありまた誤想過剰避難的な行為として任意的に刑を減免すべきであるとする弁護人の主張に対して、当該暴行の態様からして「被告人に救命の目的があったとみることもできず、誤想過剰避難的な行為であるともいえない」と判示してこれを斥けている。

(10) 大谷實『刑法講義総論(新版第四版)』(二〇一二年・成文堂) 一六四、三五〇頁、香川達夫『刑法講義総論(第三版)』(一九九五年・成文堂) 一八二―一八五頁等。なお、川端博『刑法総論講義(第三版)』(二〇一三年・成文堂) 三七六、三八九頁参照。

(11) 浅田・前掲注(4)二四〇頁、生田勝義「誤想防衛と過剰防衛」西原春夫他編『刑法学2総論の重要問題II』(一九七八年・有斐閣) 七二頁、内田文昭「誤想過剰防衛について」研修四四一―四四二頁(一九八五年)五頁、大塚・前掲注(4)三九六―三九七頁、曾根威彦「誤想過剰防衛と刑の減免」法時四九卷二号(一九九七年)五頁、内藤・前掲注(4)三七四―三七六頁、中義勝「いわゆる誤想過剰防衛について」関西大学法学論集二七卷三号(一九九七年)一五頁、中山研一『刑法総論』(一九八二年・成文堂) 二八五頁、平野龍一『刑法総論II』(一九七五年・有斐閣) 二四七頁、松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』(二〇〇九年・成文堂) 一五〇―一五一頁等。なお、最決昭和六二年三月二六日(刑集四一巻二号一八二頁)参照。

(12) 塩谷・前掲注(3)六七頁。

(13) 内藤・前掲注(4)四一九頁以下。

(14) 内藤・前掲注(4)四四一頁。

(15) なお、山中敬一『刑法総論(第二版)』(二〇〇八年・成文堂) 五三八頁参照。

(16) 故意阻却と解するものとして、団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年・創文社) 三三一頁、責任阻却と解するものとして、西原春夫『刑法総論(下巻)〔改訂準備版〕』(一九九五年・成文堂) 四八一―四八二頁、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』(二〇〇一年・有斐閣) 二一八頁等がある。

(17) 浅田・前掲注(4)二五九頁、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(一九八一年・有斐閣) 二八一頁、内藤・前掲注(4)四四一頁。

(18) 内藤・前掲注(4)四四一頁。しかしながら、違法阻却事由としての緊急避難に関する錯誤を事実の錯誤と解する場合と同様の処理といっても、法益同価値の場合は責任が阻却されるのみで違法であるという前提に立つ以上、行為者の主観面において緊急避難の存在を表象したところではあくまで違法なのであって、そこでは故意の前提となる違法性を基礎づける事実を表象するこ

とに他ならない。いずれにしても、塩谷・前掲注(3)六七頁による同説の紹介は不正確というべきであろう。なお、浅田・前掲注(4)二六一頁も同様に、行為者の主観面に着目して期待可能性の錯誤に責任阻却を肯定した上で、誤想過剰避難を誤想過剰防衛の場合と同様に解すれば足りるとする。

(19) なお、林幹人『刑法総論(第二版)』(二〇〇八年・東京大学出版会)二一六頁参照。

(20) 松宮・前掲注(11)一六一頁。なお、浅田・前掲注(4)二四六頁は、優越的利益が認められる場合で、民法上違法な場合には緊急避難を可罰的違法阻却事由と解するが、その際の誤想の処理については記述がない。

(21) もっとも、責任の各要素を吟味する順序がいかに指定されるべきか、あるいは、そもそも指定されるべきでないのかは、別途検討を要する問題である。

(22) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇巻九号(一九七九年)五二―五四頁。

(23) 平野・前掲注(11)三四五頁。

(24) 大塚・前掲注(4)三九五―三九七頁、内藤・前掲注(4)三七九―三八二頁等。

(25) 曾根・前掲注(11)九、一三頁等。

(26) 井上・前掲注(1)二五四頁以下、同・前掲注(6)六九頁参照。

(27) 司法研修所編『刑事判決書起案の手引(平成一九九九年版)』(二〇〇七年・法曹会)六二頁。

(28) 井上・前掲注(1)二四四頁以下、同・前掲注(6)六九頁参照。

(29) 上記大阪簡裁判決が刑法三七条一項但書の適用を肯定したため、本判決を責任減少説と親近性をもつものと理解する論者もいる(塩谷・前掲注(3)六七頁)。しかし、本判決が狭義の誤想過剰防衛に関して準用説が支配的となる契機であった上記昭和六二年最高裁決定以前のものであって、適用と準用の区別が十分に意識されていなかった時期のものであることからすれば、この一事をもつて、本判決を責任減少説的と評するのはいささか早計であろう(井上・前掲注(6)六九頁)。

(30) 井上・前掲注(6)六九頁参照。

(31) 違法減少の責任判断への影響を加味した上で、法益同価値の場合の責任阻却を説明する見解(内藤・前掲注(4)四二七頁等)からすれば、そもそも違法減少のない誤想過剰避難において期待可能性の錯誤がどのようなように扱われるのかも問題となろう。ちなみに、内藤・前掲注(4)四二七頁は、期待不可能性の判断について、「刑法三七条一項本文の諸要件が完全に満たされない場合にも、過剰避難(三七条一項但書)の成立のほかに、超法規的に期待不可能性による責任阻却が認められ、不可罰となることがありうる。その場合における適法行為の期待不可能性の判断は、刑法三七条一項本文の適用を前提とした、前述の期待可能性の判断よりは厳格になると解すべきであろう」としている。

- (32) もつとも、刑法三七条一項但書の刑の免除を実質的な無罪と捉えて、同規定を適用ないし準用するという説明はありうる。
- (33) 誤想過剰防衛におけるいわゆる均衡論に関しては、井上・前掲注(1)二六四頁以下参照。
- (34) 塩谷・前掲注(3)六七頁参照。
- (35) 中義勝「誤想過剰防衛論」平野龍一他編『判例演習(刑法総論)(増補再版)』(一九七三年・有斐閣)二六三頁は、誤想過剰防衛の場合、「緊急避難の法的性質に関して諸説が輻湊している現状にかんがみ、その理論的帰結は一層錯綜するであろう」とする。