

殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例

中村, 直美
九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1593>

出版情報 : 法政研究. 35 (6), pp.119-136, 1969-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例

(最高裁昭和四一年七月七日第二小法廷決定刑集二〇卷六号五五四頁)

中村直美

〔事実〕 昭和三六年九月一日午後九時過頃、被告人甲の長男AはB・Cの呼出を受けて外出したが、被告人の連絡によりAは警察官に保護され帰宅した。同日午後一〇時頃、今度は甲に対しBより電話による呼出がかかり甲は押問答の末、用があるならそちらから出て来いといいBは出て行くから待っておれと応酬した。そこで甲は自宅内で待機しAは見張をしていたところ、Bが野菜庖丁を携帯して自転車で被告人方西側の自動車車庫前の道路上にやって来た。これに対してAは機先を制して自転車チェーンで二・三回殴りつけて攻撃したがBから追いつめられ悲鳴をあげこれを聞いた被告人はかねて装填したまま床の間に置いてあった猟銃(無鶏単発銃)をつかんで外に飛び出し五・三五米先の場所でAと相對しているBの姿を見、Bに対して猟銃を発砲し散弾一〇発をBの前頸部に命中させ因って同人に通院加療約一ヶ月を要する銃創を負わせたというのである。第一審判決はかような事実に基づき傷害罪として処断したが弁護人の正当防衛の主張(第一点)に対しては本件事案は甲とAが共同してBに当った一種の喧嘩闘争であり、全体として法律秩序に反するものでその瞬時的部分を把えて正当防衛とみることはできないとし、又盗犯等ノ防

止及ヒ処分ニ関スル法律第一条第一項第二号若しくは同条第二項に該当する旨の弁護人の主張(第二点)も斥けた。第一審判決に対して檢察官は被告人の殺意を主張し弁護人は第一審でと同じ二点を主張して控訴した。これに対し原判決は甲が五・三五米の至近距離から人を死亡させるに足る性能を備えている猟銃をその銃口をBの上半身に向けて発射している(と推認できる)こと等から未必の故意を認め檢察官の控訴趣意を容れた。弁護人の控訴趣意のうち正当防衛の主張については、甲の行為はたしかに喧嘩闘争の意思ではなく防衛の意思に出たものであるがAはBが未だ侵害行為に出ないうちに殴りかかったのであり甲が飛出して来た時にもAはなお攻撃を加えることを辞さない意思でBと対峙していたのであってこれに対するBの反撃は急迫不正の侵害とはいえないから甲の行為は正当防衛とは認められないけれどもAがBから攻撃を受けるものと誤信して猟銃の発射に及んだものであるから誤想防衛であるとし、ただ庖丁を擬する程度に止まるBの侵害を排除するのに猟銃を発射しこれに命中させるようなことは防衛の程度を超えらるものとして過剰防衛を認めた。さらに第二点については被告人の所為はBが甲の住居へ不法に侵入するのを防止しようとしたためでもないし恐怖、驚愕、興奮又は狼狽のためでもないからという理由で弁護人のこの点についての控訴趣意を斥け、第一審判決を破棄し甲の所為について殺人未遂罪が認められるが過剰防衛に該ると自判した。弁護人の上告趣意はBが庖丁を擬して自宅前まで来た時にAがチェーンをもってBに攻撃を加えた点のみ見ると喧嘩のようには思えるが前科もある無法者の噂高いBに対しては前科もない高校生Aは闘争する立場にはなく警察の保護を求めて得られなかったためやむなく自衛の手段にでたと考えるのが相当であるから甲の行為も誤想防衛でなく正当防衛であるというのであり、併せて盗犯等の防止及び処分に関する法律の第一条第一項第二号に該当する旨を主張したものである。本決定は弁護人の上告趣意は事実誤認及び単なる法令違反の主張であって適法な上告理由とならないとすつた。つかつこ内において次のように判示した。

〔判旨〕「被告人の長男AがBに対し、同人がまだなんらの侵害行為に出ていないのに、これに対し所携のチェンで殴りかかり、なお攻撃を加えることを辞さない意思で庖丁を擬したBと対峙していた際に、Aの叫び声を聞いて道路上に飛び出した被告人は、右のごとき事情を知らず、AがB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B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、刑法三六条二項により処断したのは相当である。」（被告人その他の名前は筆者の便宜上、それ以外の引用の際に、A、B、の記号を用いた。以下判決文の引用の際に、はすべて同じ）。

〔評釈〕 一 従来誤想防衛と過剰防衛についてはいろいろと研究がなされて来ているのであるが、普通には誤想防衛か過剰防衛かという形で両者が関連するのであり（例えば最判、昭和二四・四・五刑集三卷四号四二二頁。これを論じた増刊所収）本件のように誤想防衛の過剰防衛として論ぜられることは判例においてはもとより学説においても殆んどないといつて良いのではないだろうか。その意味で珍らしい判例と思われる。

本件に関連して問題点は数多くある。（一）先ず正当防衛の要件が存在したかどうかという観点から一審・二審・最高裁を通じて判断の基礎に置かれていると思われるAのBに対する攻撃が喧嘩闘争の一コマであるとする考え、従つてBのAに対する急迫不正の侵害行為が客観的にはなかったとする考え、更に甲の猟銃を発射してBに命中せしめる所為が防衛の程度を超えているとするのが妥当かどうかの点、（二）盗犯等ノ防止及ヒ処分ニ関スル法律第一条の適用あるか否かの点、（三）誤想防衛のごとき違法性阻却事由の錯誤は犯罪論上どのように位置づけるべきかの点、（四）誤想防衛につき過剰防衛を認め得るかの点等である。本稿では主として第一点と第四点について考えて見ることにしたい。

二 先ず喧嘩闘争が進行していたかどうかということと甲の発砲行為が客観的に防衛行為と言い得ないのかどうかという点であるが（結局Bにおいて客観的に急迫不正の侵害があったと見得るかどうかが問題の要点である）、一審判決は甲並びにAが「共同してBに当った一種の喧嘩闘争であつて、全体として法律秩序に反するもの」と思料されるので、その攻防行為の瞬間的な部分をとりえて正当防衛の行為と目することは「当を得ない」といい、大審院以来判例が一貫して主張する喧嘩闘争には正当防衛の観念は親しまないという法理に簡単に従っている。原判決では甲について喧嘩闘争の意思のあつたことを否定しAについては「なお攻撃を加えることを辞さない意思でBと対峙していた」のだから「Aに対するBの反撃はAに対する急迫不正の侵害とはいえず」と判示している（最高裁決定もこれを支持している）ところからみると喧嘩闘争という用語を使つてはいないがやはり喧嘩闘争の法理に従つていふと思われ（同旨、船田三雄、法曹時）。ところで「喧嘩両成敗の法理」（大判・昭和七・一・二五刑集一巻一八頁「喧嘩ノ際ニオケ報一八卷一〇号一四二頁）。ところで「喧嘩両成敗の法理」（ル闘争者双方ノ行為ニ付テハ正当防衛ノ観念ヲ容ルルノ余地ナキモノトス我國ニ於テ「古来喧嘩両成敗」ノ格言ヲ存シ喧嘩ノ闘争者双方ノ行為ハ互ニ違法性ヲ阻却スヘキ性質ヲ有スルモノニ非スシテ共ニ之ヲ処罰スヘキモノトシタル理由モ亦茲ニ存ス）といふ「法律秩序違背の法理」（例えば最判昭和二三・六・二二刑集二巻七号六九四頁「所謂喧嘩は……闘争の全般からみてその行為が法律秩序に反するものである限り、刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」といふ）といふ（一審判決は文言上明らかに属）いづれも刑法三六条の要件を細かに検討することなく（法律秩序に違背する）喧嘩闘争であることを認定すればそれですでに刑法三六条の不適用の論証を終えたとする「超越的」議論であつてその妥当性は疑わしい（かような批判はすでに）くり返し行なわれてきた。例えば木村亀二「喧嘩と正当防衛」刑事法の理論と現実一二三頁、邦子雄「正当防衛」総合判例研究叢書刑法(1)一一九頁以下、団藤編註釈刑法(2)のI藤木二四九頁、それにもかかわらず判例は依然としてかかる法理に従うのである。

二審判決は、その点意識的にかどうかは別として「喧嘩闘争十法律秩序違背」正当防衛にあらず」との「公式」を文言上そのままに使つてはいない。しかし、「Aに対するBの反撃は急迫不正の侵害とはいえない」との説明としてはAが、Bがまだなんらの侵害行為に出していないのに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Bと対峙していた」と判示しているにすぎない。結論として「急迫不正の侵害とはいえない」といふ刑法三六条の

要件の無いことをいう点ではたしかに喧嘩両成敗の法理や法律秩序違背の法理よりも幾分正しい方向へ向っているとみられ得ようが、それだけではいまだ急迫不正の侵害という刑法三六条の要件が存在しないことの説明としては簡単に過ぎると思われる。

本決定が急迫不正の侵害がないと認定したことの根拠としては次の二つのことがあげられる。即ち（一）自らが闘争行為の端緒を開いたこと（チェーンで機先を制し）、（二）闘争続行の意思を持して対峙していること（なお攻撃を加えることを辞さない意思でBと対峙した）。だがこの二つのことは果してそれだけで相手の反撃行為をして急迫不正の侵害という性質を持たしめないことになるのであろうか検討してみる必要がある。

まず第一に機先を制する攻撃というのは一般に闘争の端緒を自ら開くものであって先制攻撃者は来るべき反撃を予期しているのが通常であろう。従ってその限りでは正当防衛の要件である急迫性が欠けることになると思われるし、加えて先制攻撃者においては攻撃意思が前面に立つものであって防衛意思が認められない場合が多いと思われる（荘子、前掲、二〇五頁参照。正当防衛に防衛意思を要すると）するのは、通説判例である。小野ポケット註釈刑法七六頁）。しかしながら機先を制する攻撃があったとしてもなお正当防衛の成立する余地があると考えられる場合もあるのであって（例えば同じように考える学説として木村「喧嘩と正当防衛」一頁。註釈刑法(2)の1（藤木）二五二頁。小暮「正当防衛」講座2一三四頁）、判例の中にもかような趣旨のものがある（大判・大正三・九・二五、刑録二〇輯受クルニ至リタル場合ニ於テモ、仍ホ正）。だとすれば先制攻撃に出でたというこのみをもって直ちに正当防衛の成立を否定することはできないといわねばならない（最初に相手に対して攻撃をしかけたとしても相手方の防衛）。しかも本件において正当防衛の成立を問われているのは甲が猟銃を発射した時であってその前ではない。判決は更に進んで甲が猟銃を発射した時点において果して正当防衛が成立しないか否かを検討する必要があった。

そこで第二に甲が猟銃を発射する際においてAはなお闘争続行の意思を持してBと対峙していたという事実が第一

の点の理由の不備を補うものであろうか。闘争続行の意思の内容がここでは問題と思われる。もしもAにおいてもばら攻撃的な意思でもってBに対峙していたとすればもはや防衛の意思が無いと考えられるのであって判決は正当と思われる。しかし防衛の意思は必ずしも闘争続行の意思と矛盾するとは思われない。庖丁を擬して対峙する相手に対して突然に闘争を中止することは自殺行為に等しい。自らを防衛する為に闘争を続行することは普通に考え得るところである。しかも本件ではAはBに追いつめられて悲鳴をあげているのであって（二審では「叫び声」といいニュアンスにおいて若干の差がある）二人の兇器も刃物とチェーンであり強力度に大差がある（一撃で致命傷を負わしめ得るかどうかという点で）。従ってこの時点では全くAは防禦の為にのみBと対峙していたと見られないことはない。しかも一審認定事実によれば「追いつめられて」そのような状態に至っているものであり闘争続行の意思があるかどうかも疑わしい。原判決は「Aが『父ちゃん何か持って来たぞ』と大声で叫んだのを聞き……：：：：：猟銃を手にとつて表道路に飛出したところ」というにとどまり、「追いつめられて」という状況には何らふれていない。実際にはこの時点でA・Bがそれぞれどういう状況にあったかということは極めて重要なことであつて、かような厳密な事実認定を省いてなお足れりとするのは結局原審も「喧嘩闘争十法秩序違背＝正当防衛なし」という論理を背景に秘めていたからに他ならぬと思われる。このように考えると原判決が甲について正当防衛を認めなかったことの理由は必ずしも十分であるとは思われない。Bに殺意があつたかどうか、BとAの間の距離はどのくらいであつたか、Bがいかなる場所に「追いつめられて」いたのか等について原判決は正確に認定した上で正当防衛の要件の存否について判断をする必要があつたのではないだろうか。審理不尽の疑いが残る。又、かような点について何ら考慮を払わなかつた当決定も批判を免れないのではなからうか。

次にもし本件が正当防衛を認定すべき事案であつたとすれば当然誤想防衛ということは考えられないのであり唯防衛が程度を超えたかどうかの問題が残るにすぎない。この点での詳しい事実関係が明らかでないので確答はできない

がBは「庖丁を擬する程度に止っていた」とすれば猟銃（上告趣意がいうように小鳥用の番外銃であったとしても）をBの上、半、身、に、向、け、て、発、射、し、命、中、さ、せ、る、と、い、う、行、為、は、や、は、り、防、衛、の、程、度、を、超、え、た、と、い、う、べ、き、で、あ、ろ、う、か。と、い、う、の、は、Bが「まだ庖丁を擬するに止まり（まさに突こうとしているわけではない）Aと対峙しているに過ぎない状態である」とすれば、猟銃をかまえてBに兇器を捨てるように呼びかける余裕も当然あったであろうし、あるいは空砲を打つなりBの下半身を狙うなりすることも可能であったのではないかと思われるからである（しかしながらもBとAの距離が全くなくBには殺人の故意を有していた等の事実があったと）。疑問は残るが以下過剰防衛になるものとして議論を進めて行くこととする。

（一）もっともこの点に關し次の様な判例の論理を想起する必要がある。事案は被告人が友人が殴られている現場に中に入り、被害者と口論の末殴り合いとなり、殴られつつ後退し鉄条網に押しつけられた上墨丸等を蹴られたので憤激の余り持っていた小刀で被害者に切りつけて創傷を負わせ、死に致らしめたというものであるが判旨は次のように云う。「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、鬭争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的鬭争行為であるから、鬭争のある瞬間においては鬭争者の一方がもっぱら防禦に終始し、正当防衛を行なう観を呈することがあっても、鬭争の全般からみれば、刑法第三十六条の正当防衛の觀念を容れる余地がない場合がある。本件について……被告人の行為は全般の状況からみて、前記の場合に当る（最判昭和二三・七・七刑集二卷八号七九三頁）と。しかしこの判例は結局のところ前述の喧嘩両成敗ないし法律秩序違背の法理を背景にしていると思われるのであって、現に正当防衛のいかなる要件が欠けているかを判示していない。真野英一刑評、一二三頁はこの判決について結論は正当であると見ているけれども納得し難い。

三 次に誤想防衛について過剰防衛を認めることができるかどうかの点について検討してみることとする。そのためには誤想防衛・過剰防衛という二つの概念をはっきりさせておく必要があるわけだがまず本決定の内容からみてい

くことにしよう。本決定は簡単に「甲が……AがB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Bに対し猟銃を発射し……命中させたもので……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であるとし、刑法三六条二項により処断したのは相当である。」(傍点筆者)といい、過剰防衛という用語そのものは用いていない。しかし本決定が相当であると認めた原判決は過剰防衛という用語を用いていることから考えれば本決定は「誤想防衛であるが防衛の程度を超えているから過剰防衛である」というようにいい変えてさしつかえなからう。⁽²⁾

本件が「急迫不正の侵害」がないのにあると誤信したものであり且つ客観的に防衛の程度を超えているものであることからすれば本件のような場合を誤想防衛の過剰防衛であると呼ぶことには何ら問題がないように思われる。しかし果してそうなのであろうか。ここで誤想防衛と過剰防衛という概念が一般にどのようなように扱われているかみてみよう。

学説は一般に誤想防衛とは急迫不正の侵害がないのかのような侵害ありと誤信して防衛行為を行なう場合をいうとし過剰防衛とは急迫不正の侵害がある場合に防衛の程度を超えた行為を行なう場合とする(例えば団藤、綱要総論一六八頁、小野、刑法概論九二頁、佐伯、刑法総論一〇六頁、齊藤、刑法総論改訂版一三二、一三三頁。不破、井上、刑法総論一〇七頁は「正当防衛を為すべき情況の存せざるに拘らずその存在を誤認して違法の侵害に対し反撃を加うる意志を以て他人の法益を侵害した場合を誤想防衛と謂う。」としている。防衛の程度を超えているのに超えていないと誤信する場合も往々にして誤想防衛の場合として語られるがこれについては後述)。判例においても同様である。ところで誤想防衛が事実の錯誤か法律の錯誤かという問題について学説は対立し、判例も一貫した立場を示していないとされる(この問題についてその中、法律の錯誤とみるものとして、広島高判、昭和三五・六・九・高刑集一三卷五号三三九頁があげられる。藤木、講座、九六頁参照、香川「誤想防衛」ジュリスト一九六四・一〇臨増、刑法判例百選六〇頁以下は判例を統一的に理解することを試みている)過剰防衛については故意を阻却するものとみないのが普通である。更に又事実の錯誤が故意を阻却するということについては何ら争いが無いが法律の錯誤についてははなばなしい対立をみる。⁽⁴⁾しかしこの点につき判例は大審院以来ほ

ば一貫して法律の錯誤は故意を阻却しないとして来た（例えば大判大正一五・二一・二二刑集五卷九七頁、最判昭和二四・一一例百選五）
一頁参照）。

これが学説・判例の現在の状況であるがそれに関連してここで本決定の検討に入る前に更に一つの問題を指摘しておく必要がある。即ち正当防衛の要件に関する錯誤の問題を論ずる際にはこれを一律に事実の錯誤か法律の錯誤かという形で論ずるのは妥当でなく、違法阻却をする前提となる事実の問題と、かような事実に基づいてする評価の問題とを分けて論ずる必要があるのではないかとこのことである。⁽⁵⁾ 前者に関する錯誤は事実の錯誤として又後者は法律の錯誤として取扱うのが妥当であろう（勿論この場合「事実」といっても構成要件的事実と異なることは明らかであり、唯、その錯誤が錯誤として取扱うことも許されよう）。そこでかような点を考慮に入れつつ本件のように急迫不正の侵害の存在の点で錯誤があり且つ客観的には防衛の程度を超えるとされるような事例を防衛行為の相当性についての錯誤に関して場合を分けて考えてみることにしよう。(a)相当性行為の評価の前提となる事実について錯誤がありそのために客観的には不相当であることを相応と思つて防衛行為に出る場合、(b)前提となる事実については錯誤はないが相当性の評価を誤り客観的には不相当であるのを相応と思つて防衛行為に出る場合、(c)前提となる事実には錯誤もないし客観的に不相当であることを相応と思つて防衛行為に出る場合。

まず(c)については故意が阻却されない（責任説でも責任が阻却されない）ことはいかなる学説をとっても争いのないところと思われる。⁽⁶⁾ (a)の場合については違法阻却事由の錯誤を一律に法律の錯誤と解する立場（例えば不破Ⅱ井上前掲一）によれば更に錯誤につき過失の有無を問題にすることになるがこの場合のように相当性評価の前提となる事実について錯誤があるような場合にはそれに基づいてなされる相当性評価を誤まるのは当然であつて法律の錯誤につき過失なしとされる場合であろう。だとすればこの立場からも故意が阻却されることにならう（責任説のうちでもいわゆる嚴格責任説 *strange Schuldtheorie* によると責任が阻却されること

になる。木村、刑法総論、三三六頁、福田、違法性の錯誤二五〇頁（Maurach, Deutsches Str-）。判例が法律の錯誤は故意を阻却せずとの立場を取っていることは前述の通りでありこの立場が違法阻却事由の錯誤を一律に法律の錯誤とみる立場と結びつく時には常に故意が阻却されないことになる。しかし判例は事実の錯誤と法律の錯誤を論理上厳密に区別して用いるのではなく具体的な事案の妥当な解決を目標に故意を阻却させたい時には事実の錯誤としそうではない時には法律の錯誤として故意を阻却せずとしている観がある（藤木「事実の錯誤と法律の錯誤」講座3、九六頁。福田、は明言しないが最高裁の立場としては事実の）。
 錯誤とみているとするのが妥当であろうか。

実際①「たぬき、むじな事件」

（大判・大正一四・六・一）
 九 刑集 四卷三七八頁

も②「むささび、もま事件」

（大判・大正三三・四・二）
 五 刑集三卷三六四頁

も

③「メタノール、メチルアルコール事件」

（最判・昭和二三・七・一）
 四刑集二卷八号八九九頁

も全ていわゆる「あてはめの錯誤」とみられる

事例であつて法律の錯誤の範疇に入ると思われるのに判例は①については具体的事案の妥当な解決をはかるために事実の錯誤としたのであつた（福田総合判例研究叢書刑法（16）六四頁、及び八五頁参照）。

「メチルアルコール」を「メチルアルコール」と知つて之を飲用の目的で所持し」といふ言い方は

そのまま「たぬき」を「たぬき」と知りてという形で①の事例にあてはまる。しかしながら①については「たぬき」と

「むじな」は動物学上同一だが、我国古来の習俗上両者を区別することが自然である場合であつて錯誤につき相当の

理由ある場合であつたが故に「之ヲ捕獲シタル者ニ対シ刑罰ノ制裁ヲ以テ之ヲ臨ムカ如キハ決シテ其ノ当ヲ得タルモ

ノト謂フヲ得ス故ニ本件ノ場合ニ於テハ法律ニ捕獲ヲ禁スル狸ナル認識ヲ欠缺シタル被告ニ対シテハ犯意ヲ阻却ス

ル」ということになつたのであつた。かかる理論上の矛盾をおかしてまで「法律の錯誤は故意を阻却せず」との命

題を固持するよりはその錯誤について過失なき場合は故意を阻却するという立場をとる方が理論的につきりするこ

とは当然であろう。かかる理論構成は実は大審院判例の中に若干ではあるが見られたのでありその後高裁の判例中

にそれらしきものが見られる。

このように判例が具体的な事案の妥当な解決を目標として事実の錯誤か法律の錯誤かを決めようとしていることを考えるならば判例はまさにこのような立場の故に違法阻却事由についてもこれを一律に取扱うということは出来ないはずであり、又実際にしていないとみられるのである。即ち例えば違法阻却事由の事実的前提に関する錯誤については結論として故意を阻却するとし結論において事実の錯誤と解すると同じ結論に至っているものがある（例えば東京高判、昭和二七・一二・二六・前掲以下は現行犯でないのに現行犯であると誤信し、しかもその誤信につき相当の理由ありとして故意なしとした場合であつて微妙な事案であり事実の錯誤とみたのか、法律の錯誤とみたのか定かでない。「相当の理由」云々を論ずるところからすれば、むしろ法律の錯誤とみた上で制限故意説に従つたものであろうか。そうだとすれば(b)の類型に近い。その他、大判昭和七・八・四前掲等詳しくは中、晩近錯誤理論の問題点、一五九頁以下参照）。かような判例の方向からすれば誤想防衛の場合にも(a)の場合については裁判所は故意を阻却することになるであろう。

(2) ところで刑法三六条二項というのはもともと正当防衛の要件が一応備わっているが、ただその防衛が程度を超えた場合についての規定であることは三六条一項との関係から明らかである（小野・ポケット註釈・刑法・七八頁・団藤編註釈刑法(2)のI（藤木）二五二頁参照）。従つて客観的に正当防衛の要件が備わっていない場合であつて誤想した侵害行為に対する防衛行為が前者との比較において防衛の程度を超えたような場合については三六条二項の適用が、当然にあるというわけではないことにならう。この点本決定も原判決も何ら説明を加えることなく当然の如くに適用しているのにはいささか疑問を感じる（正確には準用というべきであらう）。もっとも正当防衛との均衡からして、急迫不正の侵害ありと誤信したような場合にも三六条二項により刑を任意的に減免することは妥当な取扱といえよう。団藤教授は誤想防衛について「誤想したことについて過失があれば一むろん過失犯の規定を前提として一過失犯になる」といわれる（団藤前掲、一六八頁）。誤想防衛の場合に一度構成要件の故意ありとされながら責任の問題としての故意が阻却される場合に、誤想につき過失あることが何故に故意行為をして過失行為に変せしめるのか疑問が残る。中教授がかかる体系的矛盾を指摘しつつ、誤想防衛につき過失ありたる場合に過失犯の成立を認めることはかかる場合の行為者には間接的に（注意義務を尽さないことにより）規範の問題が生ずるが故に妥当

であり、かかる結論を体系的矛盾なくとり得るためには消極的構成要件の理論をとる以外にないとされる(中「誤想防衛と構成要件的行為」関西大学法学論集九卷三・四合併号二一七頁以下)については充分に考慮する必要がある。

(3) 過去においては事実の錯誤とみるのが通説であったが、現在は必ずしもそうとはいえない状況である。法律の錯誤と見る有力なものとして草野、刑法総則講義八五頁、木村、刑法総論三三五頁、井上、刑法学総則一三七頁、下村「誤想防衛と過剰防衛」法学新報七二卷九・一〇号五頁、齊藤、刑法総論改訂版一三四頁、福田、刑法総論一六六頁、各教授などの学説がある。

(4) 簡潔に学説を整理したものとして福田、ジュリスト一九六四年一〇月臨増、五四頁参照。

(5) 例えば防衛行為自体についての錯誤(棒で反撃するつもりであったのに実際は刃物であったというような場合)は防衛行為の相当性を判断する際にその対象となる事実の問題である。これが事実の錯誤の問題であることはすでに指摘されていた。例えば団藤、前掲一六八頁。中、輓近錯誤理論の問題点一五九頁以下。伊達、刑評一四九頁。大塚、刑法概説(総論)三〇一頁など参照。更に「不正」という要件は従来「急迫不正の侵害」として一まとめに語られて来たのであり、全体として、事実の錯誤となるか法律の錯誤となるかという形で論じられることが多かった。ここでは「不正」という要件に関する錯誤についてはこれを法律の錯誤とみることになる。それは次の様な論理過程を経た上でのことである。即ち例えばAがBを刑法二二三条に基いて逮捕しようとしている時にB(犯人)が私人としてのAの逮捕行為は違法であると考え、これに対して正当防衛を行なう場合、急迫な侵害行為(法益に対する攻撃)は現存するにもかかわらず当該行為が「不正」である点について錯誤が生ずることになる。(ヴェルツェルはAが重病の子供を急ぎ医者所に連れて行く為の唯一の手段としてBのオートバイを奪取せんとする場合 (§ 304 BGB) に、Bはこのことを知っているにもかかわらず第三者はかような要件のもとでも自分の所有権を侵すことは許されないと信じて暴力でこれを妨げんとするような場合を例示して、これは侵害行為が違法である点についての錯誤ある場合だという。Welzel, Das Deutsche Strafrecht 10 Aufl., S. 86) 他方、夜分友人が物陰からふざけて襲いかかったのを強盗と思ひ防衛に出る場合、論者はここでも不正でないものを不正と誤信したことに変わりはないといふかも知れないが、この場合には①友人を強盗と思った。②強盗であれば当該行為は不正である。③不正侵害であれば正当防衛が許されると考えたという三つの段階を考えると錯誤はまさに①の段階にあるのであり②③にはない。しかし①はまさしく事実の問題であり、②③は評価の問題なのである。従って類似の例を使って法律の錯誤を主張する下村、「誤想防衛と過剰防衛」法学新報七二卷九・一〇号四〇五頁には承服できない

ものがある。

(6) 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」法学論叢八一巻一号、九七頁以下は本件を評釈したものであるが、同一〇四頁以下は誤想過剰防衛の過失犯性を強調する立場から過剰防衛の点については不問に付すか量刑を重くすればよいとの趣旨のようだが、かような(c)の類型についても同様に考える趣旨であろうか。前註(2)で述べたように過失犯の成立を説く根拠になお疑問があるし、実在する侵害行為に対する過剰防衛の場合との均衡からしても錯誤についての過失はむしろ通常の過剰防衛の場合以上に責任非難に強いものがあるというべきではなからうか。更に又急迫不正の侵害行為ありとの誤認(そしてその点についての過失)は何ら防衛行為の過剰性の認識に影響するものとは思われない。

(7) かかる見解は、故意の成立には違法の意識の可能性で足りるとするわが多数説(団藤、前掲二三三頁以下、不破Ⅱ井上刑法総論一四二頁以下)に与することになる。結論的には責任説をとっても同じことにならう(木村、前掲、三一八頁以下、福田、違法性の錯誤二一六頁以下参照)。

(8) 例えば大判昭和七年八月四日(刑集一一巻一一五三頁)は山林の樹木を伐採するについて慣行上の入会権を有する区民の一人である被告人が森林窃盗罪に問われた事例であるが、大審院は諸々の事由を検討した上「本件并根立林ヲ自家用ノ為ニ伐採スルコトハ竹藤区ノ認許スル慣例ニシテ差支ナキモノト誤信シタルモノニシテ之ニ付相当ノ理由アリタルモノト認ムルヲ得ヘク從テ被告人ノ本件行為ハ罪ヲ犯ス意ニ出テタルモノト為スヲ得サルカ故ニ窃盗罪ヲ構成スヘキモノニ非ス」と判示したものである。

(9) 例えば東京高判昭和二七年二月二六日(刑集五巻二六四五頁)(現行犯の要件を誤って逮捕した事例)。あるいは、広島高判、前掲にも「被告人の右錯誤については記録上これが同人の責に帰すべき過失によるものとは認められないから……」といった言いまわしがある(もっとも判決は事実の認識を欠いて故意を阻却するとしている)。

四　そこで本件の事案がもし(a)か(c)のいずれかに該当するものであるとすれば解決は比較的容易であろう。即ち(a)の場合であれば事実の錯誤として故意を阻却することになり(c)の場合であれば故意を阻却せずとされることになる。

ところが本件が仮に(b)の類型に属すると考えられるとすれば一義的には結論は出ない。先ず嚴格故意説では法律の錯誤があれば違法の認識を欠くことになるから故意が阻却されることになる。これに対し制限故意説をとるならば法律の錯誤につき過失がなければ故意が阻却されるわけだが、相当性の評価を誤ることは通常過失ありとされることであり¹⁰⁾結局この説からは(b)の場合に故意の阻却が認められないことになる。責任説をとってもやはり責任が阻却されない場合であって結論としては異なる¹¹⁾。判例もすでに検討した様に具体的な事案の解決としてはすでに制限故意説と同様の結論に至っていると考えられるのであって結局故意の阻却が認められないことになると思われる。ところで本件の事案は(a)の場合でないことは明らかである。即ち甲は床の間に置いてあった猟銃を自ら持ち出して発砲したのであってこの点については何ら錯誤はないし他に相当性の評価を誤まらしめるような前提事実の錯誤は判決にあらわれている限りでは存在しない。だとすれば本件は(b)の場合か(c)の場合であり、制限故意説をとる限り(そして責任説によっても)故意を阻却しないという結論は同じである。嚴格故意説をとるならば更に法律の錯誤があったのかなかつたのかを検討することになったであろう。

そこで最後に誤想防衛と過剰防衛の関係について考えてみよう。本決定は誤想防衛を認めるにつきこれが故意を阻却するかどうかについては何ら触れるところがない。折角の好事例であるから、もっとその点を真剣にとりあげて最高裁の立場を明らかにして欲しかった。しかし、「誤想防衛であるがその防衛の程度を超えたものである。」¹²⁾と言っているところからすれば誤想防衛として事実の錯誤により故意を阻却するものとした上で誤想した侵害行為と防衛行為を比較した上、防衛の程度を超えたものとし、従って故意を阻却しないとしたものと思われる。即ち誤想防衛として故意が阻却されるのは誤想した侵害行為に対して防衛行為が相当性を持つ限りにおいてだけであると考えたものと解釈される(船田三雄、最高裁判例解説、法曹時報一八卷一〇号一四三ノ四頁参照、もっとも先に掲げた短い最高裁決定から一義的にこのような解釈が出て来るものとも思われない。特に誤想防衛を事実の錯誤として故意を阻却するものと考えたかどうか

か船田氏のように解釈しなければならぬ必然性もないのである）。このような形で本決定の論理を補足することが許されるとすればこれについては以下のような疑問が生ずることになる。もし誤想防衛として事実の錯誤ある故に故意を阻却するというのであればこの場合考えられている誤想防衛とは事実の錯誤として故意を阻却するものとしての誤想防衛（狭義）のことであろう。

ところが誤想防衛として故意が阻却されるのは防衛が程度を超えない場合であり誤想防衛につき過剰防衛となる場合は故意を阻却しないという時の誤想防衛とは一般的に正当防衛の要件について錯誤がある場合としての誤想防衛

（広義）のことをいっていることになる。だとすれば誤想防衛という同じ言葉が広狭二義にわたって用いられる点で概念上の混乱を招くおそれがある（例えば誤想防衛であるとすれば故意を阻却する→従って責任が阻却される→のに過剰防衛

生ずることになる）。仮にこのように解さずに本決定が広義の誤想防衛を語っているにすぎないとすれば概念上の混乱はないが

従来の判例自身（そして学説一般）における用法からかけ離れることになる。そしてかかる用法は余りにも内容無規定に過ぎ、かかる誤想防衛概念は過剰防衛概念と後者の領域において殆んど重なって来ることになり妥当とは思えない。それではいかなる定義をこれら二つの用語に与えればよいであろうか。すでに今までに検討して来たところから(a)の類型と(c)の類型についてはほとんどの学説を用いても結論的には異ならないであろうということが明らかにされた。しかも(b)の類型について学説によって結論は異なるにしても、結局、故意が阻却されるかどうか（責任説によれば責任が阻却される）が問題なのである。従って誤想防衛とは正当防衛の要件について錯誤のある場合で故意を阻却するものとし、過剰防衛とは（実在のものであると架空のものであるとを問わず）侵害行為に対して防衛行為が客観的に程度を超える場合であって故意を阻却しないものとするのが適當ではあるまいか。そしてこのような定義からすれば本件は端的に過剰防衛の一事例として解決しておけばよかつたし、誤想防衛の過剰防衛という言い方は許されないこととなる。但し前述(c)の類型（本件はこれに該当する可能性が強い）に誤想過剰防衛という呼称を与えることも一つの定義上の約束として認

められて然るべきことである(学説中にもこのような言葉を使うものがある。例えば Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, 3 Aufl., S. 328. しかしマウラッハが Notwehrlage の誤認と広義及び狭義の Notwehr-exzeß の場合を Putativnotwehr-exzeß と呼んでいるところからすれば前述(a)・(b)の類型を包括してかかる名称を用いていると思われる。そしてその錯誤の避止可能性をい、これがない場合には故意は阻却しないが責任を阻却するという。ほぼ筆者の述べた類型(a)と(b)の区別に相応するといえようか)。

(10) もっとも相当性の評価を誤ることは通常のいわゆる法律の錯誤の場合とは若干異なる。防衛行為が侵害行為に対して不当である(つまり防衛の程度を超えている)と考えてもなおそれが許されると思う場合が通常の法律の錯誤である。しかし前者も評価の問題を誤る点で後者と同様に論じることが許されよう。最判、昭和二十四年四月五日第三小法廷判決(刑集三巻四号四二二頁)は突嗟に逃げることも出来ない場所でAが棒をもって打ちかかって来たのに対しBはその場にあった斧を棒様のもちと思ってこれでAの頭を数回殴りつけて因ってAを死亡せしめたという事例であるが、弁護人は過剰防衛でなく誤想防衛であるとして争ったのであった。これに対し最高裁は次のように判示した。「斧はただの木製の棒とは比べものにならない重量の有るものだから、いくら昂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め振り上げればそれ相應の重量は手に感ずる筈である。当時七四歳(原審認定)の老父(原審は被害者が実父梅吉であること)の認識があったと認定して居るのである)が棒を持って打ち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付かなかっ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。論旨は採用し難い。」(全員一致)(傍点筆者)この事例ではまさしく防衛程度の相当性が問題となっており、斧を棒様のもちと思ったことが相当性評価の前提たる事実の問題なのか、それとも評価の問題なのか極めて微妙である。斧を棒様のもちと思った過程で仮に斧ほどの重量あることを認識したとして(この点について伊達前掲一四七頁は「むしろ昂奮した場合、その斧の重量さえ感じない場合も想像できる」としているがこの批判は当たっていると思われる。)更に又、斧ほどの重量あるもので棒をもって打ちかかって来るのに対し反撃することが過剰であると仮定した場合に、この事案はむしろ前述の(2)の類型にあてはまると考えてよからう。というのはなるほど斧を棒様のもちと思ったという点で錯誤があり、しかもこの錯誤はまさしく事実に関する錯誤ではあるが重要ではない。何故かなれば、斧程の重量ある棒様のもちで相手を

数回殴りつければ当然相手に致命的打撃を加えることになることがこの場合前提とされているのであって、ちょうど、素手で立ち向って来る相手に対して庖丁を小刀と思つて切りつけて死亡せしめる場合のようにそのような錯誤があつてもなお一般的に防衛行為として不相当だと考えられる様な場合であれば結局、不相当であるのを相当と思つたという評価の錯誤として理解されるのである。内田一郎「誤想防衛と過剰防衛」ジュリスト刑法の判例三七頁以下はこの事件に関する評釈であるが、考え方（規範的責任論）を示すにとどまり具体的な解答を与えてはいない。なお船田前掲一四三頁はこの事件について「誤想防衛に関する特殊な問題を含むものではない」というが、筆者が前提とした二段の仮定を全く問題にしないものであつて疑問がある。

(11) 筆者自身は違法性の意識が現実でない場合でも、違法性の意識の可能性があれば当然行為者は「規範の問題に直面する」はずであり、それにもかかわらず行為に出たものには反規範性が認められる限りで違法の現実の意識があつた場合と同じように取り扱うことが許されるとする見解が妥当ではないだらうかと思う。団藤前掲、二二二頁、不破Ⅱ井上、一四二頁参照。もっともこの点に関し、「道義責任の原理をある程度あきらめ、性格責任の原理を一部かりてくることなしには承認し得ないものではないか」という問題がある」との批判（井上祐司、「名誉毀損罪における事実の証明」判例演習、刑法各論、一七四頁）もあるものであり、なお疑問はあるが筆者は一応前述の様な立場に立つこととする。

(12) このようにあいまいな形で二つの概念を用いているとすぐに次のような見解が生じて来ることになる。例えば薬師寺博士は次のようにいわれる「急迫不正の侵害なきに拘らず、之ありと誤信して正当防衛として他人を殺害すること、急迫不正の侵害ありたる場合に、防衛行為の評価を誤り、不必要な行為を必要だと誤解して他人を殺害することとの間には、寧ろ後者をより厚く待遇する理由こそあれ、後者を故意犯としながら、前者を無罪又は多くとも過失犯に止むべき理由はない。」（薬師寺、「過剰防衛」法学志林二三卷四八頁以下）（傍点筆者）なお草野、刑事法学の諸問題二卷五二頁、下村、新報七二卷九・一〇号四頁、参照。かような見解が過剰防衛を常に故意犯であると考えるところで誤るとするものとして、植田「違法阻却原因の錯誤」関西大学法学論集三卷一号四九頁がある。そのいわんとするところは筆者の考える所に同じものと考えられる。つまり「防衛行為の評価を誤り」という意味が相当な防衛行為をする積りで過剰の防衛行為をした場合をも含むとすればそれは、すでに述べたように(a)の類型に入る場合であつてむしろ、事実の錯誤として故意を阻却する場合と考へてよい。

- (13) 過剰防衛をなすにつき当該防衛が許されると積極的に錯誤する場合あるいは、許されないこと（違法性）につき認識を欠く場合、いずれにしろ、「錯誤」の範疇で扱えられる。従ってこの意味で過剰防衛には錯誤が伴うのが通常だと思われる。但し、許されないことを知りつつなおあえて、防衛行為に出る場合も考えられないことはない。
- (14) もっとも責任説をとる者にとってはかかる定義では不正確なものとなる。その際には、「故意」を「責任」と置き換えて読む必要がある。
- (以上)