

過剰防衛の研究 : 適法行為の期待可能性論からの再 検討

徳永, 元

<https://doi.org/10.15017/1654634>

出版情報 : 九州大学, 2015, 博士 (法学), 課程博士
バージョン :
権利関係 : 全文ファイル公表済

氏 名 : 徳永 元

論 文 名 : 過剰防衛の研究——適法行為の期待可能性論からの再検討

区 分 : 甲

論 文 内 容 の 要 旨

犯罪論体系における責任を規範的責任と理解する現在の日本の刑法学にとって、適法行為の期待可能性（以下、期待可能性）がその本質をなす点については、一定の共通理解がある。従来から、過剰防衛（刑法第 36 条第 2 項）は、期待可能性が問題となる領域と認識されてきた。しかし、そこでの期待可能性の減少つまり責任減少は、一般的な興奮や恐怖と同じものとして議論され、過剰防衛に固有の責任減少とは何かが問われることはなかった。それゆえ、過剰防衛制度において把握されるべき責任減少の性質を解明する必要がある。このためには、事後的時間的過剰および激怒等の情動からの過剰という、過剰防衛の限界領域に位置する事例を検討することが有益である。

旧刑法以来の刑法第 36 条第 2 項の成立過程からは、本規定には明確な制度構想は予定されていないということが明らかとなる。過剰防衛の前提である第 36 条第 1 項の正当防衛についても、当初の趣旨は不明確であったが、その後制定された「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、盗犯等防止法）」第 1 条が、ドイツ刑法流の広範な正当防衛の採用を明らかにした。過剰防衛に関する裁判例を見ると、事後的時間的過剰の事例については、適用基準が不明確であるということがわかる。また、防衛行為者の内面に対する裁判所の判断は、直感的に下される当該事案の全体的評価に従った結論の言い換えに過ぎない。それゆえ、不処罰を定めるドイツ刑法第 33 条のように、過剰防衛の優遇を恐怖等の情動からの過剰に限定することは、防衛行為として共通する正当防衛のイメージに作用し、これを限定的にしか認めない裁判所の姿勢に拍車をかける可能性を持つ。盗犯等防止法第 1 条についても、判例は制定の趣旨に明確に対立する限定的な立場をとっている。過剰防衛に関する学説では、従来から、その法的性質について、責任減少説、不法・責任減少説、不法減少説が対立してきた。しかし、この議論が誤想過剰防衛の処理を念頭に置いていることから明らかであるように、そこでの責任減少は、過剰防衛に固有の責任減少として理解されていない。また、事後的時間的過剰や行為者の主観面に関する議論に示唆を与えるためにも、立法者の明示していない過剰防衛の制度趣旨について、比較法研究を行う必要がある。

ドイツにおいては、19 世紀以降、一方で、恐怖等の情動からの過剰防衛に不処罰を認め（第 33 条）、他方で、激怒等から即座に行われた故殺について通常の刑を減輕する制度が採用されてきた（第 213 条）。しかし、不処罰を恐怖からの行為に限定する合理的根拠は明らかではない。近年、この限定を刑罰目的の援用によって説明する見解が有力化しているが、一方で、恐怖等からの行為に予防の必要性がないとはいえ、他方で、それと比べて激怒等からの行為に特段の予防上の必要性があるわけではない。この不処罰の限定に批判がない点からは、ドイツにおいても、過剰防衛に固有の責任減少は意識的に論じられていないということがわかる。また、故殺の刑の減輕も、一貫して過剰防衛との連続性が言及されてきたのであり、ドイツにおいては事後的時間的過剰および激怒からの過剰には過剰防衛規定が適用されないという、従来の日本刑法学の紹介は不正確である。いずれ

にせよ、学説の議論状況にかかわらず、判例は、激怒等を伴う行為であっても不処罰を認める立場を比較的初期からとっており、故殺の刑の減軽も含めて、制度体系として合理的な規定の運用を行っている。

フランス刑法は、近代以前からほぼ一貫して、正当防衛の不処罰に対して消極的な姿勢を示してきた。これに対して、判例は、違法な攻撃が現実には存在しない場合であっても正当防衛を認めたり、攻撃と防衛との均衡性を緩やかに判断したりしてきた。これは、特に正当防衛の特則（現第 122-6 条）が設けられる夜間の侵入盗に対する行為に顕著な傾向である。また、1810 年刑法典には、重大な暴行への対応としての殺傷の減軽規定（旧第 321 条）が定められており、これは実質的に過剰防衛と理解されてきた。以上のことから、フランス刑法においては、過剰防衛を明文で定める規定が存在しないにもかかわらず、実質的には、正当防衛の柔軟な解釈と殺人の減軽規定を通して、過剰防衛事例の処理が行われてきたということが明らかとなる。

過剰防衛に固有の責任減少の根拠は、一方で、行為者が急迫不正の侵害を避けるために行方を強いられたという事実、他方で、急迫不正の侵害を受けた結果として一定の精神的例外状態が引き起こされ、その影響の下で行ったという事実の 2 点に求められる。後者の過剰防衛で問題となる精神状態をさらに検討すると、ここでの責任減少は、互いに関連しつつも性質の異なる 2 つの精神状態により基礎づけられる。第 1 の精神状態は、急迫不正の侵害の排除に直接向かう興奮であり、従来から自己保存本能などと呼ばれてきたものである。つまり、この精神状態は、従来から指摘されてきた正当防衛の責任阻却事由の側面の現れである。第 2 の精神状態は、急迫不正の侵害の結果として生じる興奮ではあるが、急迫不正の侵害の排除との関連性が低いものであり、過剰防衛と責任能力とのつながりを示すものである。そして、正当防衛・過剰防衛とその周辺規定は、違法性阻却事由である刑法第 36 条第 1 項の正当防衛、可罰的違法性阻却事由である盗犯等防止法第 1 条第 1 項、責任阻却事由である同第 2 項、不法・責任減少事由である刑法第 36 条第 2 項と、体系的に 1 つの制度を形成するものと整理される。それぞれの判断も、原則として上の順番で行われることとなる。期待可能性論の観点では、一方で、法定の責任阻却事由について個々の制度趣旨を生かした解釈が可能となり、他方で、超法規的責任阻却の余地を残すことにより個別行為責任主義の貫徹が可能となる。この立場から、行為者標準説に修正を加える必要はない。「いつ」「何が」責任判断を基礎づけるのかについて、現実に刑罰を受ける者に及びうる正当化の理論を追求する限り、行為者標準の期待可能性判断を公準とすべきである。