

## 過剰防衛と違法減少

林 美月子

### 目 次

- 一 はじめに
- 二 正当防衛の違法性阻却の根拠
- 三 過剰防衛と違法減少
- 四 誤想過剰防衛と違法減少

### 一 はじめに

刑法第三六条二項は「防衛の程度を越えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」と規定している。この過剰防衛の刑の減免の根拠については、従来は、責任減少説が通説であつた。<sup>(1)</sup> すなわち、緊急状態での精神の動揺によって、行為者が正当防衛の程度を越えたとしても強く非難できない、あるいは、期待可能性が減少するとされてきたのである。

1 これに対して、違法減少説も有力に主張され、<sup>(2)</sup> 少なくとも責任減少と違法減少の両面を過剰防衛の刑の減免の根拠

とする説も多くなっている。<sup>(3)</sup>しかし、この違法減少とはどういうことなのだろうか。

ここで過剰防衛について、「外科医の手術は傷害罪の構成要件に該当するが、適切に実行されて成功した場合には違法阻却されるのに反して、失敗した場合には、その『失敗部分』につき、改めて『業務上過失致死傷罪』の成否を考える」という通説の論理と全く同様に、正当防衛ならば違法阻却されて、『その部分』は刑法上帳消しになるのに反して、過剰防衛ならば『過剰部分』につき、改めて『故意犯』か『過失犯』かを考えるということになる<sup>(4)</sup>とされ、過剰防衛の場合、正当防衛部分が「帳消し」になるのでその分の違法性が減少すると説明されたり、<sup>(5)</sup>「正当防衛の枠内にある分については、それが過剰防衛の違法性を減少させる方向に作用することを認めざるを得ない」、<sup>(6)</sup>「過剰防衛においては、防衛の程度を越えた分が正当防衛にいわば接ぎ木されている——」「過剰防衛は、通常の犯罪と比較して、正当防衛の分だけ違法性が減少している」<sup>(7)</sup>とされ、あるいは「過剰防衛の結果は本来の正当防衛のそれではなく、いわば部分的正当防衛になっているにすぎないのであるから、結果の違法性は阻却されず、越えた程度に反比例して減少するにすぎない」<sup>(7)</sup>とされる。しかし、これらの説が、過剰防衛の中で正当防衛部分を引くから違法が減少すると考えるのであれば、疑問が生じてくる。

たしかに、医師の治療行為については、これを許された危険の法理で違法性阻却し、<sup>(8)</sup>発生した結果についてはあらためて過失犯の成立を考える見解も有力である。懲戒行為で傷害を発生させた場合には、懲戒権の範囲内といえる暴行については正当行為としての違法性阻却が認められ、発生した過剰な結果である傷害については業務上過失傷害罪のみを認めるのである。<sup>(9)</sup>しかし、このように行為の一部分について違法阻却を考え、残りの部分について別の犯罪を考えることは妥当であろうか。教師が懲戒として故意に生徒に傷害を加えるなら、その全体が懲戒権の範囲内のものとして違法阻却されるかが問われるのではないだろうか。ただ、医師や教師が違法阻却事由を基礎付ける

事実を認識していた場合には、違法性阻却事由を基礎付ける事実に関する錯誤を事実の錯誤と捉えることを前提として、その範囲で故意が阻却される結果として、過剰結果についての過失犯しか認められないにすぎない<sup>(10)</sup>

過剰防衛の場合も同様に考えられる。正当防衛の限度を越えた過剰防衛は違法である。そして、過剰部分のみが違法なのではなく、行為全体が違法となる。たとえば、防衛には軽微な傷害で足りるのに殺人をしてしまったような場合には、その殺人が違法とされるのであって、殺人から正当防衛部分の軽微な傷害を引いた残りの部分のみが違法になるわけではないであろう。しかし、そうすると、過剰防衛で違法であるという判断と、過剰防衛の中で正当防衛部分を引くから違法が減少するという考え方は矛盾しているようにも思われてくる。

本稿は、過剰防衛の刑の減免の根拠とされる違法性の減少の意味について、若干の検討を行なおうとするものである。<sup>(11)</sup> また、違法減少を認めた場合に、誤想過剰防衛にも刑の減免を認め得るかについてもふれたい。

## 注

- (1) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)二四五頁、二七三頁、佐伯千仞・改訂刑法講義(昭和四三年)二〇四頁等。
- (2) 町野 朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇巻九号(昭和五四年)五二頁。
- (3) 荻原太郎「過剰防衛論」違法性の実質についての一試論「司法研修所創立七周年記念論文集(昭和二九年)三三二頁以下、生田勝義「誤想防衛と過剰防衛」西原・藤木・森下編・刑法学2(昭和五三年)七一頁、曾根威彦「緊急行為」現代刑法講座第二卷(違法と責任・昭和五四年)六六頁、同「過剰防衛と誤想防衛」刑法の重要問題(平成五年)六七頁以下、同「誤想過剰防衛と刑の減免」法曹時報四九巻一号(平成九年)一頁以下、野村稔・刑法総論(平成二年)二二九頁以下、内田文昭「誤想過剰防衛について」研修第四四一号(昭和六〇年)四頁、五頁、一一頁注(14)、内藤 謙・刑法総論(中)(昭和六一年)三五一頁等。
- (4) 内田・前掲論文一一頁注(14)。
- (5) 曾根・現代刑法講座第二卷六六頁。

(4)

- (6) 曾根「誤想過剰防衛と刑の減免」九頁。なお、五頁参照。
- (7) 野村・前掲書二二九頁、二三〇頁。
- (8) 藤木英雄・過失犯の理論(昭和四五年)一〇四頁以下、一一四頁。
- (9) 藤木「正当行為、誤想防衛」新刑法法演習講座(昭和四五年)七八頁、七九頁。
- (10) 町野 朔・患者の自己決定権と法(昭和五一年)一二四頁、一二五頁。藤木博士もそのような事実の錯誤と見るべき場合もあるともされる。藤木「正当行為、誤想防衛」九〇頁。
- (11) 過剰避難においても同様の問題があるが、本稿では過剰防衛のみを考察の対象とする。

## 二 正当防衛の違法性阻却の根拠

正当防衛の違法性阻却には、正当防衛の特徴としての自己保存の原理と「法は不法に譲歩する必要はない」とする法確証の原理が作用することは否めない。これらの原理と違法性阻却の一般原理がどのような関係に立つのかは明らかではない側面がある。しかし、違法性阻却の一般についての社会的相当性ないしは目的説からは、行為は正当な目的のための正当な手段であるか、社会的相当性の枠内にあるかを(侵害された法益や守られた法益の)法益の価値という結果事態だけでなく、行為態様をも含めて判断するのであるから、法確証や自己保存に向けられた行為であり、また、その意思での行為であることが違法性阻却の根拠と考えられる。<sup>(2)</sup> 防衛の為になされる防衛に役立つ行為は、相対的な目的の為に相対的な手段による行為といえよう。行為価値があると考えられる。

これに対して、結果無価値論からは、違法性阻却の根拠は、メツガーになら<sup>(3)</sup>て、優越的利益に求められる。そして、衡量の対象は生命、身体、財産といった抽象的な法益ではなく、実質的・具体的な利益であり、衝突する法益の具体的状況での要保護性であるとされている。<sup>(5)</sup> そこでは、法益の一般的価値順位、保全した法益に対する危険の程

度、保全した法益と侵害した法益の量と範囲、法益保全のために侵害手段をとる必要性、行為の方法・態様がもつ法益侵害の危険性等が対象となる<sup>(6)</sup>。

このような結果無価値の立場に立つ利益衡量論には具体的な決定に至る方法を認識させることで判断の経路を明らかにする利点がある。しかし、あまりに広範囲に全体的価値衡量を行なうのであれば、行為無価値による目的説と相違ないのではないかが問題となる<sup>(7)</sup>。また、この衡量には法確証の利益といった個人を越えた利益を含ませるべきではない<sup>(8)</sup>。法確証の利益は、被攻撃者の正当な法益が守られたことによって生じる反射的な利益にすぎない<sup>(9)</sup>。やはり、結果無価値の立場を貫くなら、利益の要保護性のみを判断の対象とすべきであろう<sup>(10)</sup>。ただ、利益の要保護性の判断にあつたては、なんらかの意味で、攻撃者の利益の要保護性が被攻撃者の利益の要保護性に比して低く評価されることは前提とせざるを得ない。この意味では、具体的な利益の要保護性の判断には法確証の利益が入ってくることになる。ここで、急迫不正の攻撃に対して退避義務がないこととの関係で、「行きたいところに行く自由」あるいは「自分の家にとどまる自由」<sup>(11)</sup>、さらには、その時点で行なっていた活動を続ける自由を、具体的な暴行・傷害等の攻撃から守られるべき身体の利益に上乗せして要保護性の秤に乗る正当な利益と考えるかは、なお検討を要する。しかし、とにかく、このような利益衡量による行為者側の優越的利益の存在が違法性阻却の根拠となる。「違法性において結果の無価値だけを問題とする法益侵害説を基礎とする法益衡量説は、法益の価値関係という結果の事態だけを違法性阻却の判断資料とし、それ以外の事情を判断の資料とすることはできない」という指摘は<sup>(12)</sup>、基本的には正当である。

## 注

(1) 福田 平・注釈刑法(2)の1・総則(2)(団藤重光編・昭和四三年)九二頁。福田・全訂刑法総論(昭和五九年)一四二頁。

(2) Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II Aufl. 1969, S. 62, 84, 86. 但し、ヴェルツェルも法益衡量を度外視するものではない。Vgl. Welzel, a. a. O., S. 86. とくに「正当防衛ではドイツ刑法三三条に過剰防衛規定がある以上、法益衡量は行なわざるをえないといえよう。しかし、基本的に法確証に役立つ、法確証の為の行為がどのようにして法益不均衡の故に過剰防衛とされるのかは明らかではないように思われる。わが国で、行為無価値論(的)とされる見解は結果無価値を前提とした上で行為無価値も違法の本質とするものである。このような立場は、違法性阻却の一般原理を優越的利益を基本にした目的説で説明し、正当防衛の正当化根拠を自己保存の原理と法確証の原理によって説明する(川端博・刑法総論講義(平成七年)二七八頁、二八五頁、三二九頁)。あるいは、違法性阻却の一般原理を社会的相当性とし、正当防衛の正当化根拠を法確証の原理に求め、その意味で社会的相当性があるとされる(大谷実・刑法講義総論(第四版・平成六年)二五一頁、二五六頁、二五九頁)。

(3) Metzger, Die Subjektiven Unrechtselemente, GS Bd. 89, 1923, S. 270.

平野博士は正当防衛は法益欠如の原則によるとされる。平野・前掲書二二八頁。しかし、なぜ、攻撃者の法益が欠如するかは明らかではない。また、法益が欠如するならどのような反撃も許されることになって妥当ではない。

(4) 町野 朔・患者の自己決定権と法(昭和六一年)一四八頁、一四九頁。

(5) 内藤 謙・前掲書二二三頁。

(6) 内藤 謙・前掲書三一四頁。内藤「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開(二)」刑法雑誌二二卷一号(昭和五二年)九九頁。同様の見解として、曾根威彦・刑法における正当化の理論(昭和五五年)一六七頁以下。なお、曾根教授は法益衡量の原理・法確証の原理・自己保存の原理を正当化事由の個別原理とされたうえで、法益衡量の原理を中心的役割をはたすものと位置付けられる。同書一八七頁以下。

(7) 町野・前掲書三二六頁注(63)。小名木教授は、結果無価値以外の要素を考慮するのであれば、利益衡量説(結果無価値論の図式は修正せざるを得ないとされる。小名木明宏「緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察」法学研究六七卷六号(平成六年)二五頁。広範な利益衡量を行なうものとして Lenkner, Der Grundsatz der Guterabwägung als Grundlage der Recht-fertigung, GA 1985, S. 295ff. 307. 山中敬一・正当防衛の限界(昭和六〇年)一三五頁以下参照。なお山中教授は利益衡量を正当化事由の一般原則ではなく、制限の原則とされる。

(8) 平川宗信「正当防衛論」刑法の現代的展開Ⅰ(昭和六二年)一三〇頁。



関教授は、利益概念の抽象化による利益判断の主観化を避けるために、法確証の利益は利益概念そのものではなく、利益に対して付与される法的要保護性の次元で構成すべきであるとされる。関 哲夫「社会的価値秩序原理の一考察」早稲田大学大学院法研論集二〇巻一号（昭和五四年）一三五頁。

(9) 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五巻二号（平成八年）二〇八頁。

(10) 町野・前掲書三二六頁注（63）。内田教授は優越的利益説であるが、手段の正当性、事態の緊迫性に応じた手段を考えねばならず、優越的利益説は目的説と対立しないとされる。すなわち行為無価値考慮の必要性も認められるのである。野村教授も行為自体の違法性（阻却）と結果自体の違法性（阻却）を考慮する二元論をとられる。前掲書一五二頁以下。

(11) 山口厚「正当防衛論（1）」法学教室二七九号（平成七年）七六頁参照。

(12) 福田 平・注釈刑法（2）の1・総則（2）九一頁。但し、「法益」の価値関係ではなく「利益」の価値関係ということになる。

なお、傷害されそうになったので、反撃として相手を殴ったが、相手は頑強でびくともしなかった場合のように、結果的には何ら自己の法益の保全には役立たなかった反撃については、優越的利益説による説明は困難である。松宮孝明「正当防衛」刑法総論（浅田和茂・斉藤豊治他・平成五年一三三頁）、山口厚「正当防衛論（2）」法学教室一八〇号（平成七年）七一頁、七二頁。ここで、優越的利益を事前的に判断する立場（林幹人「防衛行為の相当性」刑法判例百選1総論（第三版、平成三年）五四頁）をとらないならば、正当防衛は認められないことになる。山本・前掲論文二二頁以下（但し、これを防衛行為の必要性にあたる事実の誤信として、故意を阻却し、また、多くの場合過失もないとする）参照。

### 三 過剰防衛と違法減少

このような正当防衛の違法阻却の根拠を前提として、過剰防衛の違法減少について考えてみたい。

まず、行為無価値論からは違法減少は比較的容易に説明できるように思われる。行為の目的・動機が正当防衛の目的・動機であることは過剰防衛になっても変わらないからである。「正当防衛の要件をみたさない以上その行為は違

法とせざるを得ないが、犯罪となる結果を生じたにしても、正当行為の行きすぎといふことで、その逸脱性は、不正の侵害を排除するためにしたという性質をまったくもたない場合にくらべて軽微である<sup>(1)</sup>。ドイツでも、ヴェルツェルは、正当な目的による行為が違法性を阻却しない場合にも違法減少をもたらすことを認めている<sup>(2)</sup>。もともと、故意の過剰防衛の場合には行為者は過剰な行為を認識して行為しているのであるから、故意を中心に行為無価値を考えれば、行為無価値の違法減少が直ちに導かれるとは言えないかもしれない<sup>(3)</sup>。しかし、正当防衛の動機・目的を中心に行為価値を認め、利益衡量以外にも正当防衛の違法阻却の根拠を認める場合には、量的に過剰になっても、その違法阻却の根拠は部分的に残ることになる。このように考えると、過剰防衛になっても行為はその核心においては合法であり、攻撃と反撃の態様を比較して許されている部分の違法が差し引かれるとする説も理解できる<sup>(4)</sup>。

さて、ドイツ刑法三三条は「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を越えたときは、行為者は罰されない」と規定する。その不可罰の根拠としては、従来、責任がないとするのが通説であった<sup>(5)</sup>。しかし、過剰防衛の場合であっても、厳密には責任能力も他行為可能性もあるので、責任の面のみで不可罰性を根拠づけるのは困難であるとされるようになった。そこで、違法減少をも認める見解も有力になってきている。その違法減少の内容は、前述の正当な目的・動機による行為であるという意味での行為無価値の減少と結果無価値の減少に求められている。たとえば、違法減少を有力に唱えるルドルフィーは、正当防衛状況において必要な防衛の程度を越えた行為は正当化されないが、実質的な違法性は減少するという。第一に、結果無価値に対立する結果価値がもたらされており、第二に、過剰防衛は他人の法益の違法な侵害の意思による行為ではなく、自己保存と法確証のための行為として、攻撃された法益を侵害から守り、法を確証する意思による行為であるからであるとする<sup>(6)</sup>。

しかし、違法減少のうち、結果無価値の減少については批判も強い。第一に、結果無価値の減少を認めるなら、危



險にさらされた法益が守られた限り、第三者に過剰結果が生じてても不可罰とせざるを得ないという批判がある。<sup>(7)</sup>しかし、攻撃者を狙った反撃のための拳銃の弾丸が第三者にあたつて死傷を生じせしめたような場合は、侵害行為は防衛行為と無関係なので過剰防衛とすることができないと考えられる。<sup>(8)</sup>

第二の批判は、結果無価値減少を主張するルドルフィーが、誤想過剰防衛で急迫不正の侵害についての錯誤が避け得なかった場合にもドイツ刑法三三条の過剰防衛の規定を適用して不可罰にしようとする点<sup>(9)</sup>に向けられている。ロクシンによれば、これは全く一貫していないのであり、ルドルフィーの見解によれば、何ら現実の攻撃がないのであるから、結果無価値の減少が認められないはずであるとする。<sup>(10)</sup>たしかに、錯誤が避け得ないときは、想像上の攻撃を避けるために必要な防衛で発生するであろう結果無価値は人的に帰責されないのである。結果無価値の減少をどこまで結果無価値論的にとらえているのか疑問になる。しかし、この点はルドルフィーとは異なつて考えればよいのであつて、結果無価値減少への本質的な疑問ではない。

第三の批判はより根本的なものである。結果無価値に対して結果価値がもたらされたということがそもそも理解できないという批判である。ヤコブスは、結局において、その防衛行為は必要なかったのであるから、結果はいわねく引き起こされており、結果価値は認められないという。<sup>(11)</sup>ロクシンも、例えば、防衛には攻撃者を傷害するだけで十分なのに、殺してしまったときは、殺人は客観的に過剰な行為であり、違法が減少しているとは考えられないとする。<sup>(12)</sup>また、ザウレンは、違法性阻却事由は結果無価値に対立する結果価値をもたらしものではなく、ただ例外的に、法益侵害において存在する結果無価値を法秩序が受忍するにすぎないとする。ザウレンによれば、正当防衛状況下での自救目的と防衛意思によつて行為無価値のみが減少するといふ。<sup>(13)</sup>

このような批判にもかかわらず、結果無価値論からも違法減少は説明できるように思われる。ただ、利益衡量で法

益の要保護性を秤に乗せた以上、行為無価値論のように、この秤に乗らなかった部分を根拠として、違法減少を認めることはできない。法確証の原理や自己保存の原理が過剰防衛でも厳然として存在しているとしても、<sup>(14)</sup>それらの原理は法益の要保護性を判断する上で考慮されるにすぎず、法益衡量と独立したものとして違法減少をもたらすのではないであろう。

過剰防衛はもはや正当防衛ではなく、違法である。過剰防衛から正当防衛部分を差し引くことはできない。ただ、結果無価値論からも、秤に乗った守られた法益の価値はそのまま残り、その分が、単なる他人の法益侵害よりも違法性が減少するといえる。ルドルフィーの言うように、過剰防衛では行為のもたらした結果無価値は埋め合わされているとはいえない。しかし、このことは、結果無価値に対立する結果価値に何ら考慮を払わなくてよいということではない。違法判断の対象は行為者に帰責しうるすべての結果であり、緊急行為では、優越しはしないが維持された法益も対象である。<sup>(15)</sup>防衛行為としては軽傷害でよいのに重大な傷害を加えたような場合、この行為は合法的な部分と違法な部分とにわけることができず、むしろこれは許されない行為であるが、被攻撃者の身体が守られた限りで、正当防衛状況にない行為に比べて違法性が減少するのである。<sup>(16)</sup>

町野教授が「ともかくも急迫不正の侵害者の法益を侵害することによって正当な者の利益が維持されたという防衛効果が生じたという点で、違法減少を認めることができる」<sup>(17)</sup>とされ、荻原博士が、優越的利益の原則からは「<sup>(18)</sup>少くも、本来は優位的な自己の側の利益を保全し得たという事態は無視されてはなら」<sup>(19)</sup>ないとして、過剰防衛に客観的に防衛行為の存在しない場合と同一の違法評価は与えられないとされるのは正当であると思われる。

## 注

- (1) 藤木英雄・注釈刑法(2)のI総則(2)(団藤重光編・昭和四三年)二五二頁。但し、責任減少も考慮される。福田・同書九頁参照。大谷教授は、過剰防衛においても法秩序の確証の効果は全面的に否定されるわけではないので違法減少があり、責任減少と合わせて刑の減免が認められるとされる。大谷・前掲書二七四頁。川端教授は、急迫不正の侵害に対応しようとした事態は存在しているので違法性の減少が認められ、責任減少と合わせて刑の減免が認められるとされる。川端・前掲書三四八頁。
- (2) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., 1969, S. 178ff. ドイツ刑法三三条は「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を越えたときは、行為者は罰されない」(ドイツ刑法典・法務大臣官房司法法制調査部編・昭和五七年の訳による)と規定し、過剰防衛を不可罰とする。ヴェルツェルは違法減少を認めるようでもあるが、過剰防衛不可罰の根拠は主に責任がないことにあるとする。Welzel, a. a. O., S. 88, S. 183.
- (3) Welzel, a. a. O., S. 88.
- (4) Spengel, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11 Aufl., 1992, § 33 Rdn. 37, 50f., § 32 Rdn. 313.
- (5) 責任がないとする説の中でも、責任無能力の場合に近いとする説、精神的動揺のため期待可能性がないとする説、禁止の錯誤とパラレルとする説、ドイツ刑法三三条は過剰性についての無過失を規定しているとする説等様々である。また、近時では、予防の必要性が欠けるとする意味での答責性がないとする見解も有力である。これらについては、Timpe, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehr (§ 33 StGB), Jus 1985, S. 117ff., S. 118.; Müller-Christmann, Der Notwehrzess, Jus 1989, S. 717. 拙稿、情動行為と責任能力(平成三年)一六〇頁以下参照。
- (6) Rudolphi, Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, § 33 Rdn. 1, 6 Aufl., 1992. 但し、このような違法減少を通じての責任減少が精神の動揺による責任減少と一緒にあって、責任が阻却されるとする。See, Otto, Grenzen der Starflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura 1987, S. 604ff., 607.
- (7) Roxin, Strafrecht, A. T., Bd. I, 2 Aufl., 1984, § 22/72; Jakobs, Strafrecht, A. T., 2 Aufl., 1991, 20/28 Fn. 44; Timpe, a. a. O., Jus 1985, S. 118 Fn 23. なお、違法減少とくに結果無価値の減少をいわずに、ドイツ刑法典では他の違法阻却事由の場合には過剰防衛と同様の規定がないことの説明がつかないとするものとして、Timpe, a. a. O., Jus 1985, S. 119; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und Doppelverwertungsverbot, 1983, S. 293f.; Roxin, Über dem Notwehrzess,

Schaffstein-Festschrift, 1974, S. 105ff., S. 115. それに対して、過剰避難では違法減少を量刑で考慮し、また、責任阻却の緊急避難でも違法減少を認めるものと、Lenckner, Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 25 Aufl., 1997, § 34 Rdn. 52, § 35 Rdn. 2.

わが国では、緊急避難にも過剰避難の刑の減免の規定がある(刑法三七条二項)。その他の違法性阻却事由については、過剰の場合の刑の減免規定はないが、これは違法減少を認め得るとしても、緊急状態ではないので、責任減少がないためと考えられる。

(8) 町野・前掲論文五二頁、五三頁注(10)。

(9) Rudolphi, Notwehrprozess nach provoziertem Angriff-OLG Hamm, NJW 1975, S. 461ff., S. 464. さらに、ルールフィーは錯誤を避け得る場合でも、想像上の攻撃に対する防衛から発生した結果無価値は行為者の故意を排除する錯誤に基づくので、完全には人的不法として帰責できず、故意犯であるとしても減刑ができるとする。Rudolphi, a. a. O., S. 464 Fn. 24.

(10) Roxin, a. a. O., Schaffstein-Festschrift, 1974, S. 105ff., S. 121 Fn. 73.

(11) Jakobs, a. a. O., 20/28 Fn. 44. Timpe, a. a. O., Jus 1985, S. 118. 同前。

(12) Roxin, a. a. O., § 22/72. Vgl. Roxin, a. a. O., Schaffstein-Festschrift, 1974, S. 105ff., S. 115.

(13) Sauren, Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, S. 567ff., S. 569.

(14) 曾根「緊急行為」六六頁。

(15) Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW Bd. 78 (1966) S. 67ff., S. 82.

Rudolphi, a. a. O., NJW 1965, S. 462. 同前。Lenckner, Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, vor § 32 Rdn. 111; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 5 Aufl., 1996, § 45 II 2.

(16) Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW Bd. 68 (1956) S. 181ff., S. 185ff. ハンクナーは、行為が価値の保護に役立っている限りで違法性は減少し、違法性阻却される正当防衛に近づくほどに違法性の減少が大きくなるとする。Lenckner, a. a. O., vor § 32 Rdn. 111.

(17) 町野・前掲論文五二頁。

(18) 荻原・前掲論文三三二頁、三三三頁。さらに、内藤・前掲書三五二頁。但し、両者とも責任減少をも認められる。

(19) 判例は、たとえば、酒気に乗じて組み付いてきた者に対して陶器でその顔面を殴打して自己を防衛し、あるいは、酒気に乗じて怒号し袖を引っ張るのに対して燭台で頭部を殴打して自己を防衛するのは過剰防衛行為としたが、傷害罪について刑の減輕・免除を認めていない。大判昭和七年二月八日刑集一一卷一八〇四頁。このように、過剰防衛の刑の減輕・免除は任意的であるので、守られた法益を考慮するといっても、実際は、量刑事実の一つにとどまることになる。

#### 四 誤想過剰防衛と違法減少

違法減少説の重要な帰結は、急迫不正の侵害がないのに行為者はこれがあると誤って防衛し、しかも過剰にわたる誤想過剰防衛には、過剰防衛の刑の減免規定を適用しないということであると考えられている。「急迫不正の侵害が存在しない以上違法減少の前提が欠ける」からであるとされる<sup>(1)</sup>。過剰防衛の刑の減免の根拠を精神の動揺に求める責任減少説では、行為者が急迫不正の侵害を誤信した場合も、現実に急迫不正の侵害が存在した場合と同様に精神の動揺がある以上、刑の減免の規定を適用すべきことになる<sup>(2)</sup>。そこで、過失のある誤想防衛が過失犯とされるのに、過剰にわたれば刑が減免されるのは均衡を失することにもなる。これに対して、違法減少説は、誤想過剰防衛には刑の減免の余地がないのであるから、このような問題は生じないことになる。しかし、責任減少とともに違法減少を認める説の中でも、なお誤想過剰防衛に刑法三六条二項を準用するなどして、刑の減免の余地を認める見解も有力である<sup>(3)</sup>。

さて、結果無価値論からの違法減少を考える場合には、誤想過剰防衛に客観的な違法減少を認めることはできない<sup>(4)</sup>。しかし、なお、責任の面で違法減少が反映されているかは問題になりうる。すなわち、客観的には違法減少がなくても、行為者が違法減少をもたらす状況を認識して行為した以上、刑法三八条二項の趣旨からして、違法性が減少した犯罪の成立を認めざるを得ないであろう。内田教授はこれを、たとえば客観的には殺人罪だが主観的には過剰防



衛での殺人罪であるとして、刑法一九九条を「刑法三六条二項によって修正された刑法一九九条」の意思で実現したものとされる。<sup>(5)</sup> この見解に対しては、通常の誤想防衛の場合、行為者の認識内容は正当防衛そのものであるから、誤想防衛も正当防衛として扱わざるを得なくなるとの批判がある。<sup>(6)</sup> しかし、この見解も、誤想防衛の場合、違法性阻却を基礎付ける事実の認識によって故意はなくなるとしても、急迫不正の侵害の存在についての誤想に過失があれば、過失犯の成立は当然認めるのである。誤想過剰防衛の場合も過剰性については違法性を減少させる事実を認識していることを根拠に、刑法三八条二項の趣旨を取り入れて刑法三六条二項を準用するというのであって、急迫不正の侵害の誤想についての責任を不問に付すわけではない。これに対して、過失犯の誤想過剰防衛の場合は刑法三八条二項をそのまま援用することは困難である。曾根教授の指摘されるように刑法三八条二項は犯罪事実の認識を前提とした規定であるからである。<sup>(7)</sup> しかし、通常の過失犯と過失の誤想過剰防衛を比較するならば、法益侵害の予見可能性については差がないといえるが、後者は自己又は第三者の法益を保護する認識、つまり違法性の減少を基礎付ける事実の認識による点で異なる。この点では、故意の誤想過剰防衛と過失の誤想過剰防衛で取り扱いを異にする理由はないように思われる。

もちろん、山火教授の言われるように、刑の減免の余地を認めることと、減免の程度は別問題であるから、刑の均衡も考慮し得る。<sup>(8)</sup> 急迫不正の侵害についての錯誤に過失がないときはそのまま刑の減免を認め得るが、過失があるときは、誤想防衛に成立する過失犯の限度までしか減軽できない。過剰性についても過失があるときは、それが重過失でありかつ誤想防衛が単純過失である場合を除いて、刑の減免の余地がないことになる。急迫不正の侵害についての錯誤に過失があるが、過剰性については過失がないときも、刑の減免の余地がないことになる。<sup>(9)(10)</sup>

また、行為者の誤信した侵害の程度に比べて、被害者の被侵害法益が格段に大きいときは、行為の主観に反映され



ている守られた利益も小さく、刑の減免は否定され得る。たとえば、素手による侵害しか誤信していないにも拘らず、文化包丁で被害者の背中を突き刺して失血死させた事例では刑の減軽は否定される<sup>(11)</sup>。

## 注

- (1) 町野・前掲論文五四頁。曾根「過剰防衛と誤想防衛」刑法の重要問題（平成五年）七五頁、同「誤想過剰防衛と刑の減免」一八頁。ドイツの過剰防衛不可罰の規定適用に関して、同様の見解をとるものとして、例えば、Müller-Christmann, a. a. O., Jus 1989, S. 720. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW Bd. 77 (1965), S. 17. これに対して、すでに、ルドルフィーの見解においてみたように、違法減少でも行為無価値の減少と捉える場合には、錯誤が避け得ない場合等に行為無価値が減少すると考える余地がある。Vgl., Sauren, a. a. O., Jura 1988, S. 572.
- (2) 平野・前掲書二四六頁。判例も誤想過剰防衛についても刑法三六条二項で処断すべきだとしている。最決昭和四一年七月七日刑集二〇巻六号五五四頁。最決昭和六二年三月二六日刑集四一卷二号一八二頁。ドイツの過剰防衛不可罰の規定適用に関して、同様の見解をとるものとして、Schröder, Schönke-Schröder, a. a. O., 17 Aufl., 1974, § 53 Rdn. 36.
- (3) たとえば、内藤・前掲書二五二頁。
- (4) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1951, S. 157. Vgl., Enrigue Bacigalupo, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, S. 459ff., S. 462f.
- (5) 内田文昭「誤想過剰防衛について」研修四四一号（昭和六〇年）一〇頁以下。  
ドイツの通説・判例は、急迫不正の侵害がない以上、行為者には正当防衛権は存在せず、存在しない正当防衛権を行使したり、その限界を越えたりすることはできないという理由で、過剰防衛規定の誤想過剰防衛への適用を否定する。この点について、山本輝之「過剰防衛」判例によるドイツ刑法（堀内他編・昭和六二年）八三頁。これに対して、ザウレンは、現実の正当防衛状況がない以上、行為無価値の減少はないとしながらも、錯誤が避け得ないときはその違法は責任の面では帰責できない（清算される）し、錯誤が避け得た場合も刑が減輕されるとする（ドイツ刑法三五条二項の責任阻却の緊急避難についての錯誤の規定を適用する）。Sauren, a. a. O., Jura 1988, S. 572f.

(6) 曾根「誤想過剰防衛と刑の減免」一五頁。

(7) 曾根「誤想過剰防衛と刑の減免」一六頁。

(8) 山火正則「誤想防衛と過剰防衛」刑法基本講座第三卷(阿部他編・平成六年)八五頁。

(9) 山火・前掲論文八五頁、八六頁。

(10) なお、本稿は過剰防衛と違法減少に焦点を絞ったが、過剰防衛の刑の減免の根拠には精神の動揺による責任減少もあることは否定できない。しかし、その精神の動揺は責任無能力をもたらしすほどのものではなく(責任無能力をもたらしすならば刑法三九条の規定で十分である)、そこには、同種の行為の予防の必要性と言う見地からの期待可能性が考慮されていると考えられる。このことは虚弱性情動による過剰防衛を不可罰とするドイツ刑法三三条や、わが国の盗犯等防止法一条二項についてとくに言える。ドイツでは、ロクシンやヤコプスがこのような考え方をとっていた。拙稿・情動行為と責任能力一七〇頁以下参照。さらに、ティンペも、攻撃者に行為者の精神の動揺について管轄があるか(zuständig)を基準とする見解をとっている。Timpe, a. a. O., Jus 1985, S. 117ff.

(11) 東地判平成五年一月一日判時一四六二号一五九頁。但し、判決では、被害者の攻撃を誤信したことに相当性がないこと、確定的殺意があること、行為が防衛の程度をはるかに越える行為であることを、刑の減輕否定の根拠とする。これは急迫不正の侵害の誤信についての過失の考慮、防衛の相当性の判断基準を結果ではなく行為に求める判例の傾向によるものであろう。本件の行為は意図的過剰行為なので責任減少が認められないとする説として、山口厚「正当防衛論(2)」法学教室一八〇号(平成七年)六七頁、六八頁。

さらに、東地判昭和五一年三月二六日刑月八卷三号一三七頁は、デモ参加者の警察官に対する行為について、デモ行進をした坂道はデモが許可されていた本件緑地内にあると誤信し、警察の阻止行為をこのデモの権利に対する急迫不正の侵害と誤信したものであるとして誤想過剰防衛の成立を認めたが、背後に集会場所として十分な緑地が確保されていたこと等から防衛すべき保護法益は極めて軽微であるのに対して、防衛行為は約六〇名が共謀し、先頭の約二〇名が各自二メートルの旗竿で近距離から警察官を突き、殴る等の暴行を加えたもので、防衛の程度を著しく逸脱していることにてらし、刑の減免を認めなかった。