

# Notwehr und Verletzung des Dritten

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/4432">http://hdl.handle.net/2297/4432</a>

《判例研究》

防衛行為により第三者を死亡させた場合の取扱い

大阪高判平成一四年九月四日（判例タイムズ一一一四号二九三頁）

齊藤 彰子

I 事実の概要

告人甲は、顔見知りのA女と些細なことから口論となり、同女にS駅まで呼び出されたことなどから、同所においてA女の連れの男達と喧嘩になると予想して、実兄のX（当時二二歳）らに加勢を求めた上、平成一〇年七月四日午前〇時二〇分ころ、S駅付近に赴き、同所付近の歩道上において、Xおよび友人四名と共に、A女が加勢を求めたBおよびY（当時一七歳）ら一〇名の男女らと対峙したが、Yから木刀等で攻撃を加えられて、自らは同所付近に停車させていた普通乗用自動車の運転席に逃げ込んだものの、同車後方の交差点付近の様子から、その付近でXがYから危害を加えられているものと考え、とっさに、Xを助けるため、同車をYに向けて急後退させて同人を追い払おうと決意し、直ちに同車を運転して、Yらのいる右交差点横断歩道方向を向け、時速約二〇キロメートルで約一五・五メートル急後退させ、Yの右手に同車左後部を衝突させたが、Xにも同車後部を衝突させ、同人をその場に転倒させて同車で轢過し、肝臓挫滅等の傷害を負わせ、同日午前一時五十分ころ、O病院において、肝臓挫滅に起因する出血性ショックにより同人を死亡させた。

被告人は、現場へは喧嘩をしに行ったのではなく話し合いをするつもりであった、また、自車を後退させる際、被告人自身激しい攻撃を受けており、YはもちろんのことXのことも念頭になく、とにかく攻撃から逃げようと

いう気持ちであり、Yらの方向めがけて急後退させたのではない（すなわち、暴行の故意はなかった）と主張して争ったが、原審（大阪地堺支判平成一三年七月一九日判タ一一一四号二九七頁）は、いずれの主張も退け、概ね右のような事実関係を認定したうえで、正当防衛の成否には必ずしも明確に言及することなく、Yに対する暴行罪のほか、「その暴行の結果、意図していなかったとしても、実兄であるXに対しても本件車両を衝突させ、同人を轢過して死亡させたのであるから」、Xに対する傷害致死罪も成立するとした。

これに対し、被告人は、Yに対する暴行の故意はなく無罪であるとして控訴したが、大阪高裁は、暴行の故意に関する原審の判断を是認したうえで、Yに対する暴行については正当防衛の成立を認め、Xに対する傷害致死については誤想防衛の一種として故意責任を否定し、無罪を言い渡した。

## II 判旨（破棄自判・確定）

### 「(2) Yに対する暴行について

確かに、本件現場に至るまでの被告人の言動等によれば、被告人においても喧嘩になることを予想して本件現場に赴いたことは明らかであり、喧嘩をしい行つたのではなく単に話し合いをするつもりであつたとの被告人の公判供述が信用できないことは原判決が説示するとおりである。

しかし、所論が指摘するとおり、被告人らは、喧嘩の手順や役割分担などを打ち合わせておらず、また武器を準備した形跡もないから、喧嘩の意思といつても、いきなり相手方に攻撃を加えるような強固ないし積極的な意思までは認められない。そして、本件現場に到着した後、相手方からXと被告人だけが来るように言われ、はるかに多数（女性を除いても七人对二人）で、しかも木刀などを持ち今にも襲いかかろうとする氣勢を示している相手方に囲まれた時点においては、たとえ後方には仲間四名が居たとしても、もはや現実に暴力を振るつての喧

嘩をする意思を喪失したと解することは不自然ではない。そのような状況下でも、Xがなお強気な態度を取ったことは被告人自身が認めているが、彼我の勢力を考えると、乱闘になったら負けることが必至であるから、Xの強気な態度は、あくまで話し合いを有利に決着させるためのポーズであって、これが相手に先に手を出させるための挑発であったとは解されない。その上、相手方が襲撃を開始した後は、一方的に相手方が被告人方を攻撃し、味方四名はどこかに逃げ去ってしまい、残された被告人とXは逃げることに急で、反撃に出た様子はない。その中で、Xは木刀で二発殴打された上に、さらにYに木刀で襲いかかれており、被告人も、本件車両の中に居たものの、二、三名から木刀やボールで攻撃を受け、助手席側ガラスやフロントガラスが割られ、運転席側にも一撃を受けており、兩名の生命・身体の危険は相当高まっていたと認められる。以上の状況に照らせば、被告人らが現場に赴くまで有していた喧嘩闘争の意図が、本件現場における正当防衛の適用を排除するものとはいえず、また、被告人らがこの機会を利用して相手方に加害行為を加えようとしていたとも認められないから、不正の侵害の『急迫性』の要件も具備していると解するのが相当である。防衛意思が認められることも明らかである。

そして、この急迫不正の侵害に対し、加害者に車両の威力を示して追い払うため、加害者がいる付近を目標けて車両を発進する行為は、車両の動きを見ている者は当然これを避けようとする行動をとるであろうことも加味すると、後退走行による急発進であつて的確な操作が前進に比べはるかに難しく、現にYが避け切れず自らの手に本件車両を衝突させたという事情を考慮しても、これが防衛行為としての相当性を逸脱しているとまではいえない。

しかし、Yに対する暴行については、暴行の構成要件に該当するものの、正当防衛が成立し違法性が阻却されるというべきである。

(3) Xに対する傷害致死罪について

上記のとおり、被告人が本件車両を急後退させる行為は正当防衛であると認められることを前提とすると、その防衛行為の結果、全く意図していなかったXに本件車両を衝突・轢過させてしまった行為について、どのように考えるべきか問題になる。不正の侵害を全く行っていないXに対する侵害を客観的に正当防衛だとするのは妥当でなく、また、たまたま意外なXに衝突し轢過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難だとするのも相当でないが、被告人が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、Xに本件車両を衝突させ轢過してしまった行為については、故意非難を向け得る主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである。

ところで、原判決は、前記のように特段の理由を示していないが、被告人にYに対する暴行の故意があったことを認め、いわゆる方法の錯誤により誤ってXを轢過したととらえ、法定的符合説にしたがってXに対する傷害致死の刑責を問うものようである。本件においては、上記のように被告人のYに対する行為は正当防衛行為でありXに対する行為は誤想防衛の一種として刑事責任を考えるべきであるが、錯誤論の観点から考察しても、Xに対する傷害致死の刑責を問うことはできないと解するのが相当である。すなわち、一般に、人(M)に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人(N)に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、いわゆる方法の錯誤の場面であるとして法定的符合説を適用し、Mに対する暴行の(構成要件的)故意が、同じ『人』であるNにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、MとNは同じ『人』であり、構成要件の評価の観点からみて法的に同価値であることを根拠にしていると解される。しかしこれを本件についてみると、被告人にとってXは兄であり、共に相手方の襲撃から逃げようとしていた味方同士であって、暴行の故意を向けた相手方グループ員とでは構成要件的评价の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、暴行の故意を向ける相手方グループ員とは

正反対の、むしろ相手方グループから救助すべき「人」であるから、自分がこの場合の「人」に含まれないのと同様に、およそ故意の符合を認める根拠に欠けると解するのが相当である。この観点からみても、本件の場合、たとえYに対する暴行の故意が認められても、Xに対する故意犯の成立を認めることはできないといふべきである。

したがって、Xに対する傷害致死罪の成立を認めることはできない。

なお、本件においては、故意犯が成立しないとしても、過失犯の成否が問題となり得る。しかし、被告人は激しい攻撃を受けて心理的動揺が激しかったと認められ、被告人の過失責任の根拠となる注意義務を的確に構成することも困難であるとして、無罪を言い渡した。

### Ⅲ 検討

#### 1 問題の所在

本件においては、被告人が、Yから攻撃を受けているXを助けるために、Yに向けて急後退させた自動車が、YのみならずXにもあたり、Xが死亡してしまったことから、自動車の急後退という被告人の暴行行為が、YおよびXについて、それぞれのよう<sup>(1)</sup>に評価されるのが問題となる。当初意図していた客体(Y)以外の者(X)にも結果が発生したという点では、いわゆる方法の錯誤の事例であり、判例・通説である法定的符合説の立場からは、Xに対しても暴行の構成要件の故意が認められることになりそうである。しかし、本件の暴行行為は、急迫不正の侵害に対する防衛行為として行われていることから、複雑な問題が生じることになる。これは、後述のように、学説上は論じられてきたものの、<sup>(2)</sup> 実例に乏しかった事例であり、公刊された裁判例としては初めての判断と思われる。さらに、本件は、これまで学説が念頭において議論していた事例のように、被害者が無関係の第

三者ではなく、まさに防衛行為によって守られるべき者であった点に特殊性がある。

もつとも、本件では、被告人は喧嘩になることを予想して現場に赴いていることから、本来意図していたYとの関係で正当防衛が認められるか否かについて、原審と控訴審で判断が分かれた。そこで、まず、この点について簡単に触れておきたい。

原審は、その判示からは必ずしも明らかではないが、被告人が喧嘩する意図で本件現場に赴いたことを認定してYに対する暴行罪の成立を認め、また、暴行の結果、意図していなかったとしても、Xに自動車を衝突させて死亡させたのであるから、Xに対し傷害致死罪が成立すると判断しているところからすれば、喧嘩闘争の一場面として、正当防衛の適用を否定する趣旨と解される。確かに、「単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を満たさ<sup>3)</sup>ず、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできない<sup>4)</sup>」とするのが判例の立場である。しかし、本判決の認定したところによれば、「被告人らは、喧嘩の手順や役割分担などを打ち合わせておらず、また武器を準備した形跡もないから、喧嘩の意思といっても、いきなり相手方に攻撃を加えるような強固ないし積極的な意思までは認められ<sup>5)</sup>ず、また、現場では、「はるかに多数（女性を除いても七人対二人）で、しかも木刀などを持ち今にも襲いかかろうとする氣勢を示している相手方に囲まれ」、「相手方が襲撃を開始した後は、一方的に相手方が被告人方を攻撃し、被告人とXは逃げることに急で、反撃に出た様子はな<sup>6)</sup>く、「両名の生命・身体の危険は相当高まつていたと認められる」というのである。このように、当初は喧嘩の意思で現場に赴いたとしても、現場で予想以上の強力な攻撃を受けた場合には、その時点で急迫性を否定する理由はないと思われるし、また、相手方からの攻撃開始後は、防衛的行為に終始していたことからすれば、防衛の意思も問題なく認められるであろう。とすれ

ば、Yとの関係で正当防衛の成立を認めたと本判決は妥当であると思われる。<sup>(7)</sup>

そこで、以下では、Yに対する暴行が正当防衛であることを前提に、その正当防衛行為およびそれから生じた結果が、Xとの関係で、どのように評価されるのかを検討することとしたい。

この問題に関して、本判決は、二つの重要な判断を示している。一つは、従来学説上主張されてきた見解のうち、正当防衛説、緊急避難説を否定した上で、誤想防衛説を採用することを明らかにした点である。もう一つは、構成要件的錯誤としての処理にも言及している点である。後者は、従来、学説においては、ほとんど重点のおかれることのなかった処理であり、その意味で注目すべき判断だと思われる。以下では、この二つの問題点を分けて検討することとしたい。

## 2 誤想防衛としての処理について

(1) 本判決は、まず、違法阻却の可能性を検討し、当該行為は、不正の侵害を全く行っていないXに対する関係では、客観的に正当防衛とはいえず、また、緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難とするのも相当でないとしたうえで、「主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、……故意非難を向け得る主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできない」とした。

これまで、判例上、誤想防衛として故意が否定されたのは、(a) 急迫不正の侵害がないのにあると誤信し、仮に誤想された侵害が存在したとすれば相当と認められる防衛行為を行った場合（広島高判昭和三五年六月九日高刑集一二三巻五号三九九頁、東京高判昭和四五年一〇月二日高刑集二三巻四号六四〇頁、新潟地長岡支判昭和五〇年一〇月一四日刑月七巻九一〇号八五五頁など）、および、(b) 急迫不正の侵害に対して、相当な防衛行



為を行うつもりで過剰な行為を行ってしまった場合（盛岡地一関支判昭和三六年三月一五日下午刑集三卷三〇四号二五二頁、東京地判平成一四年一月二一日判時一八二三号一五六頁など）である。これに対して、（c）急迫不正の侵害がないのがあると誤信し、仮に急迫不正の侵害があったとしても、それに対する防衛行為としては過剰な行為を行い、かつ、過剰性を基礎づける事実を行為者が認識していた場合については、誤想防衛であるが、防衛の程度を越えたものであるとするものと（最決昭和四一年七月七日刑集二〇卷六号五五四頁、静岡地判昭和四一年一月二二日下刑集八卷一二号一五七八頁など）、誤想過剰防衛とするもの（札幌高判昭和五一年五月二五日判時八三三三号一二七頁、最決昭和六二年三月二六日刑集四一卷二号一八二頁、大阪高判昭和六二年一〇月二八日判タ六六二二号二四三頁、東京地判平成五年一月一日判時一四六二二号一五九頁、大阪高判平成九年六月二五日判タ九八五号二九六頁、東京地判平成一〇年三月二日判タ九八四号二八四頁、東京高判平成一三年九月一九日判時一八〇九号一五三頁など）とがあるが、いずれにせよ、故意は否定されず、三六条二項の問題として処理されている。このように、これまで判例において「誤想防衛」とされてきた類型は必ずしも一定しているとはいえないが、行為者が主観的には正当防衛の意思で行為している場合、すなわち、行為者の認識内容が客観的に存在していれば正当防衛の成立が認められる場合には故意を否定するが、他方、急迫不正の侵害についての誤想があったとしても、それに対する防衛行為の過剰性を基礎づける事実を行為者が認識していた場合、すなわち、行為の違法性を基礎づける事実を認識していた場合は故意を阻却しないという限りで、判例の立場は一貫しているといえるのではないだろうか。<sup>9)</sup>

本件は、被害者（侵害者）と行為者という二者間において正当防衛の成立要件に錯誤のあったこれまでの事例とは異なり、この二者間においては正当防衛の要件を満たしているが、それに伴って第三者に生じた結果について錯誤があった事例であるから、これまで判例上「誤想防衛」とされたどの事例類型にも該当せず、また、「誤

「想防衛」の概念を最も広く解する見解<sup>(10)</sup>によっても、本件は、「誤想防衛」の事例とはいえない。しかし、行為者は、正当防衛に伴う第三者の侵害を認識していなかったのであるから、行為者の主観に着目する限りでは、これまで判例において故意責任が否定されてきた事例と同じ状況にあるといえるのである<sup>(11)</sup>。そこで、本判決は、「一種の」誤想防衛であるとして、故意阻却を認めたものと思われる。

(2) 学説上も、本判決と同じ処理を主張する見解がある<sup>(12)</sup>（誤想防衛説）。行為者はあくまでも正当防衛の認識で反撃行為を行っているのであるから、認識（正当防衛）と客観的事実（正当防衛の要件なし）との間に齟齬がある場合であつて、誤想防衛に類似した構造をもつというのがその根拠である。

これに対しては、本件のような場合、急迫不正の侵害は現に存在したわけであるし、誤想によつて防衛の程度を超える行為をしたわけでもないから、被侵害者の行為を誤想防衛と見ることはできないとの批判がなされている<sup>(13)</sup>。しかし、本説の主張者は、本件の行為者が主観的には正当防衛の意思で客観的には違法な事実を実現したという点で、典型的な誤想防衛と類似の構造を有することから、同様の取り扱いをすべきであると主張しているのであるから、このような概念規定に関する批判は本質的なものではないであろう。

むしろ、問題は、事実として行為者の主観が同じであるからといって、法的にも同じように評価することが可能なかということである。言い換えれば、行為者が主観的には正当防衛の意思で行為したという点で同じであるからといって、行為者が防衛行為の対象として認識していなかった第三者との関係においても、同じように故意の阻却が認められるのかということである。急迫不正の侵害の錯誤と防衛行為の相当性の錯誤については、いずれも正当化事由に関する錯誤であるから、前者を、「主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、故意非難を向け得る主観的事実が存在しない」とするのであれば、同じ評価は後者にも妥当するという考えは、一応成り立つであろう<sup>(14)</sup>。これに対して、本件では、行為の結果が生じた客体について錯誤があつたのであり、通説・

判例である法定的符合説によれば、認識した事実と実際に生じた事実とが構成要件的に符合する限り、行為者には実際に生じた事実と同一の構成要件の評価を受ける事実の認識が認められる以上、実際に生じた事実についても故意非難をなし得るとされているのである。とすれば、本件の被告人には、Xに対する関係で、少なくとも暴行の構成要件の故意が認められるということになる。そうであれば、実際には被告人はXに対する侵害を認識していなかったとしても、法定的符合説を前提とする限り、Xとの関係では、法的には、正当防衛の認識で行為したとは評価できないことになるのではないだろうか。典型的な誤想防衛と主観的には同様の状況にあったというためには、Yに対する正当防衛の認識をXにも転用し、Xに対する関係でも、主観的には正当防衛の認識で、客観的には違法な結果を生じさせたと評価するしか方法はないように思われる。しかし、Xに対する関係で故意犯の成立が否定されるためには、防衛の認識が、現にXに向けられていたことが必要であり、Yに対する正当防衛の認識をXにも転用するという構成は取り得ないと思われる。また、本件では、行為者は、Xを侵害から防衛すべき者と認識していたのであるから、そのXに対して、急迫不正の侵害者に向けられる正当防衛の認識があったとするのは不可能ではないだろうか。<sup>15</sup>とすれば、本件において、法定的符合説に立ちながら故意を否定するのは困難ではないかと思われる。<sup>16</sup>他方、具体的符合説からは、本件のような場合、Xとの関係では、そもそも構成要件の故意が否定されるので、このような問題は生じない。

もつとも、本判決は、このような批判を意識してか、誤想防衛に関する判示に続けて、法定的符合説からの処理にも言及しているが、この点については後述する。

(3) 誤想防衛としての処理が妥当でないとすれば、どのように考えるべきであろうか。

#### ① 正当防衛説

まず、第三者に生じた結果についても正当防衛として正当化されるとする見解がある。<sup>17</sup>被侵害者の行為は、あ

くまでも防衛行為としてなされており、それが正当防衛として正当化される以上、それによって生じた結果もすべて正当防衛の範疇に包含され、適法化されるべきであるというのがその根拠である。また、侵害者に対する防衛行為が、被侵害者の認識と異なる客体に生じている点では事実の錯誤といえ、抽象的法定符合説による限り、正当防衛が認められるべきであるとする見解もある。<sup>(18)</sup>

しかし、正当防衛が緊急行為として正当化されるのは、法秩序の防衛という利益、あるいは、「急迫不正の侵害」者の法益に対して被侵害者の法益に質的な優位性が認められるからであり、正当防衛として正当化されるのは、侵害者に生じた結果に限られるであろう。<sup>(19)</sup> また、たとえ、行為自体は侵害者に対する防衛行為としてなされたものであったとしても、不正の侵害を行っていない第三者との関係ではおよそ防衛の効果は認められないのであるから、第三者との関係ではそもそも防衛行為といえないのではないだろうか。<sup>(20)</sup> 従って、第三者との関係でも正当防衛が成立することを抽象的法定符合説の適用によって説明することも困難である。

## ② 過剰防衛説

次に、防衛行為の際たまたま通りがかりの第三者にも弾丸が命中し死亡させたような場合であったとしたら、過剰防衛として責任を負わねばならないとする見解がある。<sup>(21)</sup> この見解も、第三者に生じた結果についても、正当防衛の範疇に含めて考えている点で、正当防衛説と基本的に同じ立場に立つものといつてよいであろう。従って、この見解に対しても、正当防衛説に対するのと同様の批判が妥当することになると思われる。<sup>(22)</sup>

## ③ 緊急避難説

そこで、自己または他人の利益を守るために行った行為によって、第三者の正当な利益を侵害した場合である

ことから、第三者との関係では、法益の権衡を害しない限り、緊急避難が成立するとする見解がある。<sup>(23)</sup> 被害者の行為は、不正な侵害に対する防衛の意思に基づく行為であったのであるから、これを第三者との関係でみた場合にも、客観的に緊急性が認められ、また、主観的にも、防衛の意思は避難の意思に通じるので、避難の意思を必要とする見解からも、緊急避難が認められるというのがその根拠である。また、急迫不正の侵害を受けた者の保護と、とばつちりを受けた第三者の保護のバランスから考えても、緊急避難とするのが妥当であるともいわれる。<sup>(24)</sup>

しかし、まず、客観的に緊急避難行為といえるためには、単に自己または他人の法益が危険にさらされているという緊急状態において当該利益を守るために行われたというだけでは足りず、第三者への危険転嫁行為でなければならぬ。すなわち、危険を忍受するかさもなければ第三者の利益を犠牲にするか、二つの法益が両立不能の関係にあり、まさにその行為によって現在の危険が避けられたか、少なくとも避けられる可能性があったということが必要である。ここで問題にしている事例においては、第三者の利益を侵害することが、自己の利益の保全に結びつかない反面、第三者の利益を侵害することなく自己の利益を保全する途があったのであり、自己と第三者との間には、緊急行為にとって本質的な「利益衝突」の契機は含まれていないとの批判がなされている。<sup>(25)</sup>

そこで、本件のような事例は、本来の緊急避難ではないが、「一般緊急行為」として、三七条を適用すべきであるとする見解もある。<sup>(26)</sup> しかし、「一般緊急行為」という概念の不明確性については既に指摘されているところである。<sup>(27)</sup>

#### ④ 犯罪成立説

以上のように、第三者との関係では正当化を認めることは困難であることから、犯罪の成立を肯定せざるをえ

ないとする見解も有力に主張されている。<sup>(28)</sup> もつとも、ここで問題となつていような事例の多くは、その事案の情状からいつて故意・過失が否定される場合が多く、また、故意・過失が認められても、急迫不正の侵害を受けている状況からみれば、行為者に適法行為の期待可能性がない場合が多いであろうとされている。この見解は、それぞれの事例の具体的事情に応じて、個別的に妥当な解決を図ろうとするものといえよう。

この見解に対しては、この事例の全体像の中で解決を図るものではなく、一面をとらえているに過ぎないとの批判の<sup>(29)</sup>ほかは、明確な批判はみられないが、③まででみた見解からは、それぞれ、正当防衛、過剰防衛、緊急避難、誤想防衛としての処理を認めないことに対する批判が向けられることになる。

#### ⑤ 若干の検討

以上、学説上主張されている解決方法を概観したが、結論を先に述べれば、第三者に生じた結果については、緊急避難の問題として処理する見解が基本的には妥当であると思われる。

もつとも、それぞれの見解が念頭においている事例は必ずしも同一ではなく、また、第三者の存在ないしはその侵害結果に関する防衛行為者の主観的状况も様々な場合が考えられるが、その点についても必ずしも明確にされないまま議論されているため、<sup>(30)</sup>その主張の射程を正確に捉えることが困難となっており、そのことが議論を複雑にしているように思われる。そこで、本件のような問題を考える場合には、事例を分けて考える必要があるであろう。<sup>(31)</sup>以下では、特にことわらない限り、甲を被侵害者（Ⅱ防衛行為者）、Yを侵害者、Xを第三者（Ⅱ被害者）とする。

(i) まず、甲の法益の防衛とXの法益侵害とが客観的にどのような関係にあつたのかで場合を分けて考える必要がある。というのも、前述のように、緊急避難説に対しては、ここで問題にしている事例においては、第三

者の利益を侵害することが自己の利益の保全に結びつかない反面、第三者の利益を侵害することなく自己の利益を保全する途があったのであり、自己と第三者との間には、緊急行為にとって本質的な「利益衝突」の契機は含まれていないとの批判がなされているのであるが、常にそのような批判が妥当するわけではないように思われるからである。例えば、YがXを人質にとって盾にしなから攻撃してきたので、甲は、自己の法益を防衛するためには、Xの身体を貫通させてYを射殺するしか方法がなかったという場合には、甲の法益とXの法益はまさに両立不能の関係にあり、法益の権衡を害さない限り、Xに対する関係において、緊急避難の要件は問題なく満たされているのである。

(ii) そこで、問題は、甲の法益とXの法益が両立不能の関係になかった場合の処理である。甲の行為について単純に緊急避難のみが問題となる事例であれば、確かに、緊急避難説に対する批判がいうように、およそ避難行為性、あるいは、補充性の要件を満たさず、緊急避難は成立しないことになるが、このような結論は何ら不当ではない。しかし、ここで問題としている事例のように、甲の行為が一方で正当防衛と評価される場合にも、そのことを考慮することなく、単純に、甲の法益とXの法益が客観的に両立不能の関係になかったという理由で、他方では違法な行為であると評価するのは妥当なのであろうか。<sup>32</sup>一つの行為から複数の法益侵害結果が発生した場合、確かに、犯罪の成否は、法益侵害ごとに相対的に判断されなければならないであろう。しかし、行為者の行為自体は、Y、Xという二人の人物が存在する状況下で行われた一つの行為なのであるから、一方ではYとの関係のみを基礎に、他方ではXとの関係のみを基礎に評価するというのは一面的にすぎるのではないだろうか。従って、正当防衛説のいうように、甲の行為がYとの関係において正当防衛として正当化される以上、それによって生じた結果もすべて適法化されるというのも、Xとの関係を考慮していない点で妥当でないといわざるをえない。Yに対する正当防衛の成否を判断する際には、当該防衛行為がYのみならずXに及ぼす危険も考慮すべきで

あろうし、逆に、Xに対する緊急避難の成否を判断する際には、当該行為が、一面では、YのみならずXの存在も考慮に入れたうえでなお正当防衛と評価される、すなわち、法的に是認される行為であるということも考慮すべきではないだろうか。

(iii) まず、甲が、防衛行為の際にXの存在を認識していた場合、あるいは認識可能であった場合には、許される防衛行為の要件は、Yだけでなく、Xとの関係も考慮に入れたうえで考えなければならぬであろう。正当防衛権は、誰に対する関係でも認められる絶対的な権利ではなく、不正の侵害にさらされている法益を防衛するために必要かつ相当な反撃行為であるという限りでのみ認められるものだからである。そこで、まず、必要性の要件については、同等の防衛効果を有する反撃行為のうち、Yとの関係のみならずXとの関係も考慮に入れたうえで最も侵害性の低い行為を選択した場合にのみ許される<sup>33</sup>ということになる。それを前提としたうえで、さらに問題となるのは、Yとの関係でもXとの関係でも最小限度の反撃行為でありさえすれば、常に許されるのかということである。すなわち、一方で、単に逃げることによって侵害から法益を守ることが可能であり、他方で、反撃すれば第三者の法益侵害を不可避的に伴うという場合、たとえ、不正な侵害から法益を守るために唯一必要な反撃行為であっても、相当性が否定される場合があるのではないかとこのことである。ここでその具体的な限界を論じる準備はできていないが、少なくとも、容易に逃走することが可能であり、かつ、反撃に不可避的に伴う第三者の侵害が重大である場合には、相当性が否定される場合がある<sup>34</sup>ことは否定できないように思われる。

とすれば、まず、防衛行為の必要性が肯定され、かつ、当該反撃行為以外に侵害から法益を守る方法がなかったという場合には、Xとの関係においても補充性が肯定されることになる。他方、防衛行為の必要性ないしは相当性が否定される行為は、Xとの関係において補充性の要件を満たさないとこのことになろう。問題は、防衛行



為の必要性および相当性は否定されないものの、単なる逃走によっても、すなわち、Xの法益を侵害しなくても、攻撃を避けることができた場合である。この場合、Xとの関係においては、補充性の要件を満たさないのではな  
いか問題となる。しかし、行為者は急迫不正の侵害という緊急状況下において行為するという点を考慮すれば、  
補充性の要件は、事後的、客観的に判断するのではなく、当該具体的状況下で危険を避けるためにそれ以外のや  
り方をする現実的な可能性があったかどうかで判断するのが妥当であると思われる。とすれば、客観的には反撃  
行為にでることなく法益を守ることが可能であったとしても、防衛行為の相当性が認められる場合には、当該反  
撃行為は法的には認められる行為なのであるから、それによって不可避的に侵害される法益は、それによって守ら  
れる利益と両立不能の関係にあると、法的には評価しようと考えることも可能なのではないだろうか。

以上より、甲が、防衛行為の際にXの存在を認識していた場合、あるいは認識可能であった場合には、許され  
る防衛行為の要件は、YだけでなくXとの関係も考慮に入れた上で判断されなければならないので、防衛行為の  
必要性および相当性が認められれば、当該行為は、Xとの関係においても、危険を回避するための唯一の方法で  
あったと評価されることになる。これに対して、防衛行為の必要性あるいは相当性が否定される場合は、Xとの  
関係においても、侵害性のより少ない方法で危険の回避が可能であったということになるので、補充性が否定さ  
れることになる。

これに対して、甲がXの存在を認識することが不可能であった場合は、たとえ、客観的、事後的にみれば、X  
を侵害することなく同等の防衛効果を有する行為が存在したとしても、行為の時点で判断すれば、甲にそのよう  
な行為を選択することは不可能であったのであるから、Xの存在を前提に、行為の必要性、相当性を判断するこ  
とはできない。従って、この場合は、Yに対する関係において必要性、相当性が認められる防衛行為が行われ、  
その不可避的な結果としてXの法益が侵害されたという限り、行為の時点を基準とすれば、甲にとっては、Xの

法益を侵害することなしに自己の法益を守ることは不可能であったのであるから、Xに対する関係においても補充性が認められることになろう。

以上より、防衛行為によつて第三者の法益を侵害してしまった場合、不正の侵害者との関係では正当防衛として、第三者との関係では緊急避難として処理するのが妥当であるが、それぞれ無関係に判断すべきではなく、防衛行為の必要性・相当性は、第三者への影響も考慮に入れたうえで判断すべきであるし、避難行為性・補充性は、当該行為が正当防衛として正当化される一面を有していることも考慮に入れて判断すべきであると考ええる。

なお、甲がXの存在を認識していなかった場合、あるいは、Xの存在は認識していたがXに結果が生じることはないであろうと思つていた場合、法定的符合説からはXに対する関係でも構成要件の故意が認められるが、具体的符合説からは過失犯の成否が問題となるにすぎない。そこで、過失犯も故意犯と同様、緊急避難として正当化しうるかが問題となる。多数の見解はこれを肯定するが、異論も存在する。<sup>(34)</sup> 過失犯の構造をどのように理解するかについては様々な見解がありうるが、過失とは不注意であり、違法要素と解するにせよ、責任要素と解するにせよ、構成要件該当事実の予見可能性と回避可能性を前提とする。すなわち、問題の行為が過失犯の構成要件に該当する場合、それは、当該具体的状況のもとにおいて不適切な行為であったことを意味する。他方、ある行為が緊急避難として正当化される場合、それは、当該具体的状況のもとにおいてやむを得ない行為であったこと、他にとりうるより適切な行為がなかったことを意味する。とすれば、ある行為が過失犯の構成要件に該当すると同時に緊急避難として正当化されるということは理論的にあり得ないのではないかと思われる。

### 3 錯誤論との関係

最後に、錯誤論との関係について簡単に触れておきたい。前述のように、誤想防衛説に対しては、法定的符合

説との関係が問題とされており、前者は後者の問題点を湖塗するためのものにすぎないとの批判がなされている。<sup>(36)</sup> 本判決は、このような批判を意識してか、一種の誤想防衛として故意責任を否定した後、法定的符合説の立場からも、「故意の符合を認める根拠に欠け……、本件の場合は、たとえYに対する暴行の故意が認められても、Xに対する故意犯の成立を認めることはできない」と判示しており、これを支持する学説もある。<sup>(37)</sup> 本件では、被告人が意図していたYは「反撃を受ける理由のある侵害者」であるのに対して、Xは「反撃を受ける理由のない人」、「味方」、「暴行の故意を向ける相手方グループ員とは正反対の、むしろ相手方グループから救助すべき人」であるから、Aの生命を奪おうとしてピストルを撃ったが、後ろにいたBを殺してしまったという典型事例のように、Bの生命も、Aの生命と同様に法で守られているという場合と同じように評価することはできないというのがその根拠である。

しかし、被害者に反撃を受ける理由があつたか否かという正当防衛の要件は、違法性判断においてはじめて問題となる事柄であり、構成要件段階では、およそ「人」に対する侵害行為は禁止されているのである。構成要件の故意の有無を考える際に、正当防衛の要件を考慮に入れる見解は、妥当とは思われない。<sup>(38)</sup> このような見解にたつ場合、体系的にみて、正当防衛の要件の判断と構成要件の故意の判断の順序がどうなるのかも疑問である。また、行為を向けた相手が行為者にとってどのような意味を持つ人であつたかを重視するのは、法定的符合説の基本的な考え方と合致しないであろう。行為者が行為の対象としてどのような人を想定していたとしても、それが「人」として構成要件的に等価値である限り、行為者の主観的な錯誤には重要性を認めないのが法定的符合説の考え方であつたはずである。本判決は、「人(M)に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人(N)に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、……Mに対する暴行の(構成要件)故意が、同じ『人』であるNにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、MとNは同じ『人』であり、構成要件的評価の観点からみて法的に同価

値であることを根拠にしている」と判示しており、行為者にとって両者が同じ「人」であるから、構成要件的に等価値であるとするのが法定的符合説であるとの理解を前提に、本件では、XとYが行為者にとって全く別の意味を持つ人であったということを根拠に、構成要件的等価値性を否定しているように読める。しかし、Mをねらって行為したところ意外のNに結果が発生したという場合、なぜ、行為者にとって、MとNは同じ「人」といえるのであろうか。無差別に侵害行為を行った場合でもない限り（この場合は、結果が発生したすべての客体について未必の故意が認められるであろう）、MとNが行為者にとって同じ「人」だと評価するのは困難であろう。さらに、このように、客体の構成要件的等価値性を判断する際に、客体が行為者にとって同じ「人」であるか否かを考慮するのであれば、例えば、甲とXがA殺害を共謀し、XがAを人気のない公園におびき出し、甲が物陰からAを射殺するという計画のもと、甲がAに向けてピストルを発射したところ、狙いが外れて弾がXに当たってしまったという場合、あるいは、Aだと思つて撃つたところXだったという場合、本判決のような見解からは、どのように評価されるのであろうか。この場合も、Xは共犯者、味方であり、Aと同じ「人」ではないとして、故意が否定されるのであろうか。しかし、そのような結論は妥当とは思われない。少なくとも、被害者が、行為者側の人間であったか否かということだけで故意が左右されるとすることには十分な理由があるとは思われない。<sup>(39)</sup>

結局、本判決は、これまで判例において「誤想防衛」とされてきたいずれの類型にも該当しない事案について、行為者の主観的状況が同じである点に着目して、誤想防衛と同様に取り扱い、その結論を、構成要件的錯誤の観点からも補強しようとしたものと理解できるが、そのような処理が、判例の立場である法定的符合説と整合性を有するのか、疑問が残るといわざるをえない。

本件においては、甲は、Xに対する結果の発生を認識・認容していなかったのであるから、具体的符合説に立

てば、そもそも、甲には、Xに対する構成要件の故意が認められず、せいぜい過失犯が問題となるにすぎない。そして、本判決によれば、甲に過失を認めるのは困難であるというのであるから、違法阻却事由の有無、ないしは、違法阻却事由の錯誤を問題とするまでもなく、甲の行為は、Xとの関係においては、そもそも構成要件該当性が否定されることになろう。

#### 注

(1) 最判昭和五三年七月二八日刑集三二卷五号一〇六八頁、大塚仁『刑法概説総論第三版』二〇五頁、大谷實『新版刑法講義総論追補版』一九三頁、川端博『刑法講義総論』一三四頁、佐久間修『刑法講義総論』一一八頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』二九八頁、西原春夫『刑法総論上巻改訂版』二二八頁、福田平『全訂刑法総論第三版』一一五頁、前田雅英『刑法総論講義第三版』三二〇頁など。

(2) 審判請求に関するものであるが、バー内で暴れる酔客二名(X、A)に帰宅をうながした警察官甲が、その激しい抵抗に会い拳銃を奪われそうになったため、それを防ぐとともに両者の暴行から身を守るために拳銃三発を発射して、酔客の一人(X)と店のマダム(Y)を死亡させたという事例について、Xに対する関係では正当防衛を肯定し、Yに対する関係では故意を否定して、請求を棄却したものがあがる(福岡高決昭和四二年三月六日下刑集九卷三号二二三頁)、この事例においては、第三者であるYに当たった弾は威嚇のために発射されたものであり、甲にはそもそも構成要件の故意がなかったから、本件とは事案を異にする。

(3) 最決昭和五二年七月二一日刑集三一卷四号七四七頁。

(4) 最判昭和五〇年一月二八日刑集二九卷二〇号九八三頁。

(5) 喧嘩闘争にも正当防衛の余地があるとしたものとして、最判昭和三三年一月二二日刑集一一卷一号三一頁。また、判例は、例えば、挑発防衛の場合、急迫性を否定する際、相手からの侵害が行為者の予想の範囲内であったことを強調しており(福岡高判昭和六〇年七月八日刑月一七卷七〇八号六三五頁、札幌地判平成元年一〇月二日判タ七二二号二四九頁、東京高判平成八年二月七日判時一五六八号一四五頁など)、これは、裏返せば、予想外の侵害を受けた場合には、急迫性は否定されない趣旨と解することができらるであろう。

(6) 相手方の攻撃が予期された侵害であったとしても、被告人が相手方の行為に対応する範囲内の行為しかとっていないなかったことを理由に侵害の急迫性および防衛の意思を肯定したものと、大阪高判平成一四年七月九日判時一七九七号一五九頁。

(7) 曲田統「判批」札幌学院法学二〇巻一号八二頁。もつとも、防衛行為の必要性・相当性については、問題がないわけではないように思われる。本件行為は自動車の急後退であり、本判決もいうように、的確な操作が前進に比べはるかに難しいものである。しかも、本件行為が行われたのは夜間であり、そのうえ、サイドミラーを見ただけで、直線の後退ではなくカーブの後退であったという点を考慮すれば、それは、かなり危険な行為であったといわざるをえないであろう。本判決は、「車両の動きを見ている者は当然これを避けようとする行動をとるであろうことをも加味すると、…防衛行為としての相当性を逸脱しているときまではいえない」とするが、自動車を急後退させた時点では、XとYは木刀を取り合っていたというのであるから、両者が、自動車の動きを認識して適切に回避行為を取りうるということを前提に防衛行為の必要性・相当性の判断をなしているかは、かなり疑問であろう。ましてXは、相手方から木刀で数回殴打され、かなりのダメージを受けていたのである。確かに、結果的には、侵害者自身については、傷害罪の程度にも達しない軽微な結果しか生じていないが、防衛行為の際に、侵害者の近くに第三者がおり、それを行為者が認識していた場合には（本件においては、YをXから引き離すために自動車をYに向けて急後退させたというのであるから、Yの側にXがいることの認識はあったといつてよいと思われる。）、そのような事情もまた必要性・相当性の判断に影響を及ぼすのではないだろうか（西村克彦「正当防衛行為の被害者」警察研究四八巻一号三六頁注二三）。すなわち、同等の防衛効果を有する行為が複数存在する場合には、侵害者のみならず第三者に対する関係においても、最も侵害性の低いもののみが「やむを得ずにした行為」といえるのではないだろうか。もつとも、より侵害性の低い防衛行為は、客観的に存在していたというだけでは足りず、問題となつている具体的状況において、そのような防衛手段を選択することが行為者にとって現実的に可能であったことが必要である。本件では、「被告人は激しい攻撃を受けて心理的動揺が激しかったと認められ、被告人の過失責任の根拠となる注意義務を的確に構成することも困難である」という裁判所の認定を前提とすれば、より危険性の低い行為を選択する現実的可能性はなく、従つて、結論的には、本件のような行為にでたのもやむを得なかったということになるだろうか。

(8) 学説においても争いがある（学説については、立石二六「誤想防衛についての一考察」『変動期の刑事法学森下忠先生古稀祝賀』二四三頁以下参照）。

(9) もつとも、誤信したことについて行為者に過失がなかったことを故意阻却の要件としているかのように読めるものもある。たとえば、本文中の判例広島高判昭三五・六・九、東京高判昭四五・一〇・二など。

(10) 立石・前掲注(8)二四五頁によれば、急迫不正の侵害の誤認、防衛行為の相当性の誤認、および、両者の重なりという三類

型をすべて誤想防衛とする見解。

(11) 佐久間修『刑法における事実の錯誤』三七二頁。

(12) 板倉宏『刑法総論』一九九頁、佐久間・前掲注(11)三七二頁、前田雅英ほか編『条解刑法』一〇七頁、前田・前掲注(1)二二  
三六、三三七頁。なお、誤想防衛に関しては、その理論的処理自体争われているが(簡潔にまとめたものとして、立石・前掲注  
(8)二五二頁以下参照)、本稿では、省略する。

(13) 大塚・前掲注(1)三七〇頁、神田宏・村松格Ⅱ都築廣巳Ⅱ神田宏Ⅱ野崎和義『刑法総論』二二四頁、曾根威彦「六正当防衛  
(二)防衛の意思、防衛行為に伴う第三者の法益侵害」岡野光雄編『刑法演習Ⅰ総論』五一頁、同『刑法総論第三版』一二二頁、  
内藤謙「防衛行為と第三者」法学教室二五号八五頁、平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』七七頁。

(14) 反対、立石・前掲注(8)二四四、二四六頁。急迫・不正の侵害のある場合の防衛行為(Ⅱ過剰防衛)は「正当防衛」を前提  
としているのに対して、急迫・不正の侵害のない場合の防衛行為(Ⅱ誤想防衛)は「正当防衛」を前提としていないという質的  
相違があることから、急迫・不正の侵害についての錯誤と、防衛行為の相当性について錯誤を同等に取り扱うことの反対する。す  
なわち、「急迫・不正の侵害」の有無は、正当防衛になるか否かを左右する問題であるから、正当防衛を構成する事実中もつと  
も本質的なものであり、それ故にこそまた、この点についての錯誤を誤想防衛とするについては学説・判例上異論をみないが、  
急迫・不正の侵害が存在する場合は、これに対する反撃行為が防衛の程度を超えればそれは過剰防衛となるのであり、その際、  
防衛行為の誤認は情状問題として処理すべきもので、急迫・不正の侵害についての誤認と同様に、故意の阻却まで認めるべきも  
のではないとする。

(15) 佐久間・前掲注(11)三七五頁。

(16) 佐久間・前掲注(11)三七五頁、曾根・前掲注(13)五一頁、内藤・前掲注(13)八五頁、平野・前掲注(13)七七頁、山中敬一  
『刑法総論Ⅰ』四四八頁注三一。これに対して、井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察(二)」  
法学研究五八巻一〇号八〇頁は、「法定的符合説は、構成要件該当事実に対する故意が認められるかどうかを判断するときには、  
行為者が認識しなかった客体に対する侵害についても故意を否定しない。それは、意図した客体と結果が生じた客体とが、構成  
要件の評価の観点から見て、およそ法的に同価値だとするからである。これに対して、正当化事由の前提事実に関する錯誤が故  
意を阻却するかどうかを検討する場合には、——体系的にどの段階で判断するにせよ——行為者が表象した事実が違法な事実  
だったかどうか問題になるのである。従って、この関係では、右の例で、客体がA(本件でいえばY・著者注)であったのか  
B(本件でいえばX・著者注)であったのが法的に同価値でないのは明らかである。法定的符合説に立つても、この錯誤は法

的に重要であり、違法故意または責任故意を阻却すると考えることは可能なのである。

また、一步譲って、右の事例でBに対する構成要件の故意を否定しない限り——つまり、方法の錯誤が故意を阻却すると考えない限り——誤想防衛とはならず故意犯の成立を認めざるをえないと仮定してみよう。もしそうだとすれば、具体的符合説を採用する者は、次の事例において、どのように考えるのであろうか。つまり、攻撃者Aに追跡された甲が、逃げるばかりでは男らしくないと思つて、後ろから来た人を振り向きざまに殴つたところ、それは実はAではなく、『助けて』という甲の声を聞いて駆けつけたBであつたという場合である。行為者がBをAだと思つたのは客体の錯誤であり、傷害罪の故意を阻却しないが、最初からBを殴るつもりであつたとすれば、誤想防衛にならず、故意犯の成立を認めざるをえない。それでは、客体の錯誤は故意を阻却するという立場をとらない限り、誤想防衛を否定するほかに、従つて故意犯を認めざるをえないというのであろうか。」との疑問を提示する。

まず、正当化事由の前提事実に関する錯誤が故意を阻却するかどうかを検討する場合には、行為者が表象した事実が違法な事実だつたかどうかの問題になるのであり、客体がAであつたのかBであつたのか法的に同価値でないのは明らかであるとする点は、確かに、その通りである。しかし、だからといって、法的符合説に立つても、この場合、違法故意または責任故意を阻却すると考えることは可能であるとはいえないであろう。法的符合説によれば、構成要件段階でBに対する故意が肯定される以上、それを前提に行為者が表象した事実が違法な事実だつたかどうかの問題とされなければならないのであるから、Bに対する関係では正当防衛の認識が認められない本件のような事例においては、行為者が認識していた事実は違法な事実であつたといわざるをえないではないだろうか(その限りで、本件では法的符合説からも構成要件の故意が阻却されるところによつて、故意阻却という結論と法的符合説との整合性を論証しようとした本判決は妥当であつたと思われる)。また、確かに、客体の錯誤の場合は、具体的符合説の立場からも、Bに対する構成要件の故意を肯定することになる。しかし、客体の錯誤の場合、方法の錯誤の場合と異なつて、行為者は、まさにBに対する関係で正当防衛の認識を持つて行為しているのであるから、そこには、客観的には急迫不正の侵害がないのにあると思つて、誤想された侵害者に対して防衛行為を行つたという、典型的な誤想防衛の状況が認められるのである。第三者に対する関係で正当防衛の認識のない方法の錯誤の場合とは、事案が異なるのである。

(17) 川端・前掲注(1)三四一、三七一頁、同「防衛行為と第三者の法益に侵害について」『刑事法学の課題と展望 香川古稀』一六九頁、同『レクチャー刑法総論』二一八頁、同「防衛行為と第三者」研修六六五号七頁。なお、中野次雄『刑法総論概要第三版補訂版』一九三頁は、正当防衛が、法確証の原理の示すように、法秩序を守るといふ社会的に有用な行為であることにかんがみ、「許された危険」の法理を適用して、防衛者が第三者の法益を傷つけないようにその状況上可能な十分の配慮をして行為に



出たときには、たとえ第三者に結果を生じてもその行為は違法でないと解すべきであり、もしまたかりにその行為が違法とみられる場合でも、事態の性質上過剰防衛における刑の減免の規定の準用は認められてよいとする。これも、「防衛者が第三者の法益を傷つけないようにその状況上可能な十分の配慮をしていた場合」という限定つきではあるが、社会的に有用な正当防衛行為に伴う結果であることから、違法性を否定する見解であり、正当防衛説に好意的な見解と理解することができるであろう。

(18) 堀内捷三『刑法総論第二版』一六八頁。

(19) 板倉・前掲注(12)一九九頁、大塚・前掲注(1)三七〇頁、大谷・前掲注(1)二九九頁、齊藤誠二「正当防衛と第三者」『変動期の刑事法学森下忠古稀祝賀上巻』二二七頁、佐久間・前掲注(11)三七〇頁、曾根威彦・中山研一「西原春夫」藤木英雄「宮澤浩一編『現代刑法講座第二卷』七六頁、同・前掲注(13)「六正当防衛(二) 防衛の意思、防衛行為に伴う第三者の法益侵害」五〇頁、同・前掲注(13)『刑法総論第三版』一二二頁、団藤・前掲注(1)二二七頁、内藤・前掲注(13)八四頁、西原・前掲注(1)二四三頁、林幹人『刑法総論』一九七頁、平場安治「緊急行為の構造」『木村博士還暦祝賀刑事法学の基本問題(上)』四二四頁、福田・前掲注(1)一五四頁、前田雅英ほか編『条解刑法』一〇七頁、前田・前掲注(1)二二二頁、山口厚『刑法総論』一一二頁。

(20) 山中・前掲注(16)四四七頁。

(21) 正田満三郎「刑法における錯誤の理論(下)」法曹時報二二卷三号五二頁、同「具体的符合説の真義」大東法学八号一二頁。

(22) 齊藤・前掲注(19)二三八頁、曾根・前掲注(19)七七頁、同・前掲注(13)「六正当防衛(二) 防衛の意思、防衛行為に伴う第三者の法益侵害」五〇頁、山中・前掲注(16)四四八頁。

(23) 大塚・前掲注(1)三七〇頁、大谷・前掲注(1)二九九頁、奥村正雄「防衛行為と第三者の法益侵害」現代刑事法五卷一二号四一頁、齊藤・前掲注(19)二三八頁、曲田・前掲注(7)八六頁、森下忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」岡山大法経学会雑誌一二卷四号四三七頁、山中・前掲注(16)四四九頁。

(24) 齊藤・前掲注(19)二三八頁。

(25) 神田・前掲注(13)二二四頁、曾根・前掲注(19)七六頁、同・前掲注(13)「六正当防衛(二) 防衛の意思、防衛行為に伴う第三者の法益侵害」五一頁、同・前掲注(13)『刑法総論第三版』一二二頁、内藤・前掲注(13)八四頁、平場・前掲注(19)四二四頁。

(26) 平場・前掲注(19)四二四頁。

(27) 森下・前掲注(23)四二八頁。

- (28) 神田・前掲注(13)二二四頁、曾根・前掲注(19)七七頁、同・前掲注(13)「六正当防衛(二) 防衛の意思、防衛行為に伴う第三者の法益侵害」五三頁、同・前掲注(13)『刑法総論第三版』一二二頁、内藤・前掲注(13)八五頁、西村・前掲注(7)三四頁、同「正当防衛か緊急避難か——『正当防衛行為の被害者』に付加して」警察研究四八巻四号二二頁。
- (29) 山中・前掲注(16)四五〇頁。一方で正当防衛として正当化される行為を、他方で、第三者の法益を侵害したからといって、当然、単純に違法とはいえないのではないかとの批判(百合草浩治「防衛行為による第三者の法益侵害について(一)——違法性判断枠組についての解釈論的一考察——」法政論集一九四号一四〇頁)も同旨であろう。
- (30) よく用いられるのは、「たまたま近くを通りかかった」第三者、あるいは、「侵害者のそばにいた」第三者に結果が発生したという表現であるが(大塚・前掲注(1)三七〇頁、川端・前掲注(1)三四〇頁、齊藤・前掲注(19)二二二頁、曾根・前掲注(19)七五頁、西村・前掲注(7)二八頁、前田・前掲注(1)二二六頁)、被侵害者の法益の防衛と第三者の法益の侵害が客観的にどのような関係にあり、行為者は主観的にどのような認識で行った場合が想定されているのか必ずしも明らかとはいえない。
- (31) 佐久間・前掲注(11)三六七頁、山中・前掲注(16)四四六、四五〇頁。なお、佐久間・前掲注(11)三六九頁は、防衛行為の結果が侵害者と第三者の両者に生じた場合と、侵害者には生じず第三者にのみ生じた場合とで取り扱いを異にするとする。前者の場合、行為者は当初意図したとおり、不正の侵害者に反撃を加えることによって身を守るといふ防衛の目的を十分に果しているのであって、あとに残された第三者侵害の事実は、主観的・客観的要件を具備した適法な正当防衛に随伴して生じた、単なる派生的結果であるに過ぎないから、かりに、行為者が右の付随的結果を不注意にも惹起した点についての刑責を問うにしても、それは、単に、過失犯の成否を問題にすれば足り、錯誤の問題ではないというのである。しかし、侵害者に対して防衛の効果が発生したか否かにかかわらず、急迫不正の侵害者ではない第三者に対する関係で防衛の効果が認められることはおよそありえないのであるから、両者で取り扱いを異にする合理的な理由があるとは思われない。また、正当防衛が成立するためには、事後的にみて防衛の効果があつたことは不要であり、行為の時点で判断して、正当防衛となる可能性のある行為も許容されるべきである(山口・前掲注(19)一一六頁)。とすれば、事後的に侵害者に防衛の効果が生じなかった場合であっても、行為の時点で防衛の可能性があつた場合には、正当防衛が成立するのであるから、この点においても、防衛行為の結果が侵害者に生じた場合と生じなかった場合を区別して取り扱う理由はないと思われる。事後的な防衛効果の有無は、法的に重要ではないのであれば、この点についての行為者の錯誤も法的には重要ではないことにならう。とすれば、この点について行為者に錯誤があつた場合となかつた場合とで、取り扱いを異にすることに理由があるとは思われない。学説上も、両者を区別しないのが多数の見解であると思われる(大塚・前掲注(1)三七〇頁、川端・前掲注(1)三四〇頁、齊藤・前掲注(19)二二二頁、内藤・前掲注(13)八三頁、中

野・前掲注(17)一九三頁、山中・前掲注(16)四四六頁。

(32) 曲田・前掲注(7)八六頁、百合草・前掲注(29)一四〇頁。

(33) もっとも、そのような行為は、客観的に存在していたというだけでは足りず、行為の時点における具体的状況を考慮に入れて、行為者にとって現実に選択可能なものであったのでなければならぬ。

(34) 大塚・前掲注(1)三八五頁、川端・前掲注(1)三三四頁、同「過失犯と緊急行為」川端博『日高義博「基本論刑法」四六頁、曾根威彦「過失犯と緊急行為」植松正『川端博』曾根威彦』日高義博『現代刑法論争Ⅰ第二版』一五九頁、花井哲也「過失犯と違法阻却事由——特に緊急行為との関連」阿部純二ほか編『刑法基本講座第三卷』一九九頁。

(35) 宮島英世「業務上過失致死傷罪の成否が問題となつてゐる自動車運転行為に緊急避難の成立を認めた事例」判夕二六四号五八頁。客観的回避可能性が認められれば補充性の原則でいう他に避けるべき方法があつたということになるし、逆に補充性の原則を充し他に避くべき方法がなかつたという場合には客観的注意義務のうち少なくとも客観的回避可能性はなかつたということになるというのがその根拠である。これに好意的な見解として、斎藤信治『刑法総論第五版』一九九頁、林・前掲注(19)二一九頁注\*\*\*\*、前田・前掲注(1)二五九頁。

(36) 山中・前掲注(16)四四八頁注三二。

(37) 曲田・前掲注(7)八九頁。

(38) 佐久間修「判批」判例セレクト<sup>03</sup>法学教室一八二号別冊二八頁。

(39) この点、本判決の射程範囲について、「本件は、味方であり『救助すべき人』を殺害したという特徴を有しており、高裁もその特徴に留意して、『相手方とは正反対の性質を持つ『人』に対する行為であつた』と評価して故意の符合を否定し、そうして誤想防衛を認めたという点で、本判決は、きわめて限定的な事例判断と見るべきである。『救助すべきとはいえない全くの第三者』を殺してしまつたような事案は、本判決の射程外であると理解するべきであらう」との指摘がある(曲田・前掲注(7)九〇頁)。これによれば、共犯者を間違つて殺害してしまつたような事例は、「全くの第三者」とはいえないが「救助すべき人」ではないので、本判決の射程外ということにならう。しかし、このような理解は、構成要件の故意の判断の際に、救助すべき人だつたか否かという正当防衛の要件を考慮することを認めて初めて可能となるのであつて、それが妥当でないということは既に述べたとおりである。