

University Academic Repository

Die aberratio ictus im Notwehr: Eingriffe in die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-11-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋笠, 堯士 メールアドレス: 所属:
URL	https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/910

研究論文

正当防衛における方法の錯誤

～ 侵害結果が第三者に生じた場合について ～

Die aberratio ictus im Notwehr:
Eingriffe in die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter

樋 笠 堯 士
Takashi HIKASA

<要約>

正当防衛状況において、被侵害者が侵害者に対して防衛行為（反撃行為）を行ったところ、意図せず第三者に結果が生じてしまうという事案（第三者侵害）がある。急迫不正の侵害に対応するために行為を行った被侵害者を、第三者侵害のかどで処罰するのは妥当でないことは明らかである。したがって、刑法上、かかる侵害をどのように正当化するかが問題となる。この問題につき、本稿は日本とドイツの学説を概観・検討し、誤想防衛の一種説、正当化事情の錯誤（独自の錯誤）説、責任阻却説、具体的符合説は、それぞれ論理は異なるものの、もたらず結論は妥当であると考察した。しかし、故意犯が不成立となった後の過失犯の検討において、過失犯に緊急避難が成立し得ることを前提とした場合には、誤想防衛の一種説・正当化事情の錯誤説・責任阻却説によると、故意犯の検討の際に違法であった行為が、過失犯の検討において適法と認定されてしまうことになる。本稿は、同一客体に対する一つの行為に違法評価と適法評価がなされてしまう点（二重評価）を挙げ、このような帰結に至る原因は、故意犯の違法性を認める大前提である法定的符合説であることを指摘した。そして、本稿は二重評価という帰結を避けるには法定的符合説から離れ、具体的符合説に立ち、構成要件段階において第三者に対する故意を否定すべきだと結論づけるものである。

<キーワード>

故意、錯誤、正当防衛、第三者侵害、方法の錯誤、防衛行為、刑法

1 はじめに

正当防衛状況において、被侵害者が侵害者に対して防衛行為（反撃行為）を行ったところ、意図せず第三者に結果が生じてしまうという事案がある。以下、これを「正当防衛の第三者

侵害」と呼ぶ。急迫不正の侵害に対応するために行為を行った被侵害者を、第三者侵害のかどで処罰するのは妥当でないことは明らかである。したがって、刑法上、かかる侵害をどのように正当化するか、が問題となる¹⁾。

正当防衛の第三者侵害といっても、①侵害者が第三者の物を用いて攻撃をしてくる場合、②被侵害者が第三者の物を用いて反撃を行う場合、③被侵害者の反撃が第三者の物に当たってしまう場合、④被侵害者の反撃が第三者自身に当たってしまう場合、等が想定される²⁾。その中で、本稿が対象とするのは、④被侵害者の反撃が第三者自身に当たってしまう場合である。かかる場合には、第三者自身が、被侵害者による反撃行為に対して、反撃を行う可能性がある。したがって、他の場合に比べ、④の場合には、被侵害者による反撃行為の正当化は、第三者による反撃可能性も考慮した上で厳格に検討される必要がある。というのも、侵害される第三者の法益が「人の生命、身体」である場合と、「財物」である場合とでは、人格的利益の保護を最優先にすべきであるという観点から、前者を犠牲にする場合には、より慎重になる必要があるからである³⁾。

それゆえ、本稿の問題関心は専ら④の場合のみであり、以下、特にことわりのない限りでは、④の場合を意味するものとして（正当防衛の）「第三者侵害」という文言を用いることとする。

正当防衛の第三者侵害の具体的な設例として、「Aは、包丁で急に襲いかかってきたBに対し、自らを守るため、足元にあったこぶし大の石を投げつけたところ、石はBの顔をかすり、たまたま、その付近を歩いていたCに当たり、怪我を負わせてしまった。」という場合があげられる⁴⁾。

この場合、Bとの関係においては、AはBに対して石を投げているため、かかるAの行為は、Bに対する暴行罪の構成要件に該当する。その上で、Bが包丁でAに襲いかかってくる状況には急迫不正の侵害が認められ、また、Aには防衛の意思も認められ、Aの石を投げる行為に防衛行為としての相当性も認められることから、正当防衛が成立し、Aの行為の違法性が阻却され、Bに対する暴行罪は不成立となる。しかしながら、Cとの関係においては、上述のような正当防衛状況は認められない。果たして、Aは、Cに対する傷害罪（暴行罪の結果的加重犯）の罪責を負うのだろうか。

ここで、急迫不正の侵害を避けるため、自らを守るための行為を行ったAを、Cの侵害のかどで処罰するのは妥当でない。

では、Cとの関係において、いかにしてAの行為を正当化すればよいのであろうか⁵⁾。次章では、正当防衛の第三者侵害の正当化に関する学説を細かく概観し、検討する。

2 学説の検討

2.1 正当防衛とする見解

被侵害者による反撃行為は、あくまでも防衛行為としてなされており、それが、侵害者と

の間で正当化される以上、それによって生じた結果も全て正当防衛の範疇に包含され、適法化されるべきである⁶⁾。また、正当防衛が法確証の原理により正当化されるとの立場から⁷⁾、反撃行為は法秩序を守るといふ社会的に有用な行為であることに鑑みて、「許された危険の法理」を適用し、状況によっては違法性を阻却するという見解もある⁸⁾。

ドイツにおいても古くから、正当防衛行為が侵害者に向けられていることこそが重要であり、反撃行為の結果が侵害者に生じることは本質的ではないという見解や⁹⁾、反撃行為が侵害者に対して向けられた正当防衛の構成要素である限り、無関係の者に対する侵害も正当防衛の枠内にあるといえんとする見解もある¹⁰⁾。

また、行為だけは適法化しておきながら、結果（第三者への侵害）を処罰するというの是一貫していないので、「行為」の正当化は、「結果」の正当化を含み、正当防衛として第三者侵害も正当化されるとする見解もある¹¹⁾。

しかしながら、これらの見解に立った場合、第三者には、「正当防衛に対する正当防衛」が許されないため、正当防衛に比べ厳しい成立要件を要求する緊急避難でしか対抗できなくなるという不都合が存する¹²⁾。また、第三者に対して正当防衛を認めることは、正当防衛に厳格な法益の均衡が要求されない点で、第三者の法的地位を不当に低くするものだといえる¹³⁾。さらに、正当防衛は、侵害者の法益に対する防衛者の法益の質的な優位性を違法性阻却の根拠とするものであるので、侵害者に対する防衛のみ、正当化されると考えられる¹⁴⁾。

そのうえ、第三者は侵害者とは別の法益主体であり、第三者を侵害者と見ることはできないと考えられ得る。したがって、防衛者による行為は侵害者に対する防衛行為といえない以上、かかる行為を正当防衛と評価することはできない¹⁵⁾。

正当防衛の法的性質論の見地からも、正当防衛は、法秩序を防衛するという利益がある場合に認められるものであるとすれば、第三者との関係においては、その利益は存しないといえる¹⁶⁾。

そして、文言解釈の観点でも、正当防衛を規定する刑法 36 条 1 項には、「急迫不正の侵害に対して」という文言があり、「侵害に対して」のみ、防衛行為としての反撃が許されると解されるべきである¹⁷⁾。第三者は不正の「侵害」ではない以上、第三者に対する行為は、刑法 36 条 1 項では捕捉できない。歴史的にみても、立法時において、正当防衛は、侵害者と防衛者の間のみを問題とするものと考えられていた¹⁸⁾。

現在、ドイツにおいても、大多数は、そもそも、正当防衛状況において、防衛の意思は侵害者に対して向けられ、同様に反撃行為も侵害者に向けられるからこそ、違法性が阻却されるのであるから、無関係な第三者の法益を侵害した場合には正当防衛は成立し得ないのであるとする¹⁹⁾。以上により、正当防衛説は採り得ない。

2.2 過剰防衛とする見解

防衛行為の際にたまたま第三者に結果が生じてしまったような場合には過剰防衛として責

任を負わねばならないとする見解がある²⁰⁾。

この見解には、正当防衛を前提としている点で、正当防衛説への批判が同様に妥当する²¹⁾。もっとも、正当防衛の枠を超えたという点では、過剰防衛に類似する。しかし、不正な侵害者と同一の客体に向けられる過剰防衛は、正当防衛の延長線上にあるものとして緊急行為であると考えることもできるが、侵害者と異なる客体に結果が発生する第三者侵害においては、正当防衛の延長線上にあるものとはいえない。

2.3 緊急避難とする見解

第三者に対する結果を、危難を第三者に転嫁したものとして捉え、補充性および法益権衡の要件を充足する限り、緊急避難として不可罰になるとする見解がある²²⁾。

しかしながら、同説に対しては、第三者に対する避難の意思が認められず、主観的正当化要素が具備されないため、正当化を認めることはできないという批判がある²³⁾。防衛の意思を有していたのに、結果的には緊急避難となった点においては、意思と事実の不一致が生ずるというのである²⁴⁾。

もっとも、客観的に、被侵害者による反撃行為が危難の回避に役立った場合には、防衛の意思とともに避難の意思も被侵害者に認められ得る²⁵⁾。ただし、このような場合に、避難の意思と防衛の意思が同時に認められるものといえるかは、なお、検討を要するであろう²⁶⁾。というのも、防衛の意思に関する学説は、一致を見ていない状況にあるからである²⁷⁾。しかしながら、避難の意思と防衛の意思は、ともに「緊急状況下で危難を避けようとする心理状態」であるから、重なりあう部分は多いとも思われる²⁸⁾。また、裁判員に向けた説明において、防衛の意思は「急迫不正の侵害を避けようとする単純な心理状態」とされている。このように、防衛の意思が「急迫不正の侵害を避けようとする単純な心理状態」であるならば、同様に緊急状態である緊急避難における避難の意思は「現在の危難を避けようとする単純な心理状態」であると考えられる。実際の裁判例においては、防衛の意思において行為の客体の認識を不要としたものもある²⁹⁾。本件のように第三者を認識していない事案であっても、このような理解の下では、「急迫不正の侵害を避けようとする単純な心理状態」と「現在の危難を避けようとする単純な心理状態」は重なっているといえる。したがって、防衛の意思の存在をもって、避難の意思を充足することは可能であると思われる。

だが、避難の意思が充足されたとしても、緊急避難説に対しては次のような批判が向けられている。緊急避難においては、避難行為者は、「危険を甘受する」か「第三者の法益を犠牲にする」か、の二者択一の状況に置かれる。しかしながら、第三者侵害においては、防衛行為者と第三者との間に、この二者択一の状況が認められない。第三者の法益を侵害することが自己の法益保全に結びついておらず、第三者の法益侵害と無関係に防衛行為者の法益を保全する途があったといえるのであり、両者間には緊急避難にとって本質的な利益衝突の契機がないという批判である³⁰⁾。

また、緊急避難の法的性質を優越的利益の原則による違法性阻却事由と解する立場からは、第三者の法益に対する侵害が保全法益の保護には役に立たず、避難効果をもたないという事実は同原則に合致しないといえる³¹⁾。これらの批判は妥当であると思われる。

ところで、緊急避難説の中には、緊急避難状況下における適法行為の期待可能性を否定する「責任阻却事由としての緊急避難」という構成を採る見解もある³²⁾。第三者を侵害しても防衛には役立たないことから、第三者への加害を正当化する「違法性阻却事由の緊急避難」が妥当しないのである。確かにドイツにおける緊急避難説の主張者の一部は、責任阻却事由としての緊急避難という構成を採っている³³⁾。責任において適法行為の期待可能性が否定されることもあり得るが、それを緊急避難と位置づけられるかについては、一般的に緊急避難に違法性阻却の法的効果しか与えていない日本においては、なお検討を要するであろう³⁴⁾。

2.4 緊急避難に準ずる行為とする見解

緊急避難の規定を類推適用するという見解³⁵⁾、一般的緊急行為とする見解³⁶⁾、準緊急避難とする見解³⁷⁾、が存在する。

緊急避難の規定を類推適用するという見解や準緊急避難とする見解においては、防衛者は、上述の二者択一の状況にないものの、かかる状況を正の侵害に対する防衛行為が同時に偶然又は不可避免的に第三者の法益侵害を伴う「準緊急避難」であると捉え、刑法37条の緊急避難の規定を準用するという³⁸⁾。そして、刑法37条は、緊急避難と準緊急避難の両者を含むものであるとする。

一般的緊急行為とする見解においては、刑法37条の緊急避難には、一般的緊急行為が含まれるとの前提のもと、正当防衛として法が許さない場合にも、一般的緊急行為として期待可能性の見地（違法ではあるが、期待可能性のない防衛行為だとする）から免責を認めるものである³⁹⁾。

しかし、これらの見解については、そもそも、刑法37条の緊急避難に一般的緊急行為が含まれるのかという問題に加え、一般的緊急行為の概念の不明確性、そして、刑法37条に違法性阻却と責任阻却の2種類を読み込むことの困難性が存する⁴⁰⁾。

2.5 正当防衛と緊急避難が並存するとする見解

防衛行為は正当防衛として正当化されるが、結果については緊急避難として違法性が阻却されるとする見解である⁴¹⁾。行為と結果を分けてそれぞれ別の違法性阻却事由として論じる点はあまりに技巧的すぎる嫌いがあるうえ、各要件がどのように充足されるのか不明である。そして、正当防衛説や緊急避難説に対する批判がそれぞれ妥当してしまう。

2.6 二分説（事案により過失犯と正当防衛に区別する見解）

防衛者の行為がたまたま第三者を侵害した場合と、防衛者の行為により第三者を侵害しな

ければ、不正の侵害を防ぐことができなかつた場合に分けて、前者の場合には過失犯が成立し、後者の場合には、正当防衛であるとする⁴²⁾。

しかし、「たまたま」か「必然」かの判断は非常に難しいものになるうえ、そもそも、「防衛者の行為により第三者を侵害しなければ、不正の侵害を防ぐことができなかつた場合」の認定も、困難である。というのも、事後的には、第三者の侵害により防衛者は害を免れたことが条件関係的には明白であるため、仮定的な判断（防衛者が第三者を侵害しなかつたならば）を考慮しなければならないからである。

2.7 超法規的正当化事由説

防衛者が受けたであろう侵害の被害と、第三者に生じた被害を比較し、前者の方が大きければ、一種の超法規的な正当化事由であるとする⁴³⁾。

しかし、上述の通り、「防衛者が受けたであろう侵害の被害」の認定には仮定的な判断も含まれるものであるから、その認定は困難である。また「一種の超法規的な正当化事由」の根拠も明らかではない。

2.8 誤想防衛の一種とする見解

被侵害者は、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、主観的認識（＝正当防衛）と客観的事実（＝正当防衛の要件が充足されず）との間に齟齬があるといえる。かかる状況は、誤想防衛と類似するものだと解する見解がある⁴⁴⁾。

さらに、団藤説は、「相当な行為であったが、誤った客体に結果を生じたばあいでも…過失があつたばあいにも、さらに緊急避難が問題となる」と述べている⁴⁵⁾。そして、実務においても過失犯には緊急避難が成立しうる⁴⁶⁾。

同見解への批判としては、誤想防衛は、急迫不正の侵害の不存在や、防衛行為の不相当性が前提となるのに対し、第三者侵害ではそのような要件は充足されないというものがある⁴⁷⁾。しかし、そのような差異を理由に誤想防衛の「一種」と解するのだとするならば、「一種」である以上、必ずしも要件が同じである必要はない。また、急迫不正の侵害を誤想する誤想防衛は、行為者が侵害者ではない者に対して防衛行為をしてしまう事案であるといえる。したがって、第三者侵害も、侵害者ではない者（＝第三者）に対して防衛行為をしてしまったと評価できるのだから、この限りでは、第三者侵害も誤想防衛の一種と見ることはできよう。

ただし、誤想防衛については、その処理について種々の学説が存在するので、以下ではそれぞれを紹介しつつ、第三者侵害を正当化するに値するか考察する。

2.8.1 厳格責任説 (Strenge Schuldtheorie) ⁴⁸⁾

誤想防衛により、構成要件の故意ではなく、違法性の意識が否定される。誤想防衛は構成要件の錯誤ではなく、法律の錯誤であるとする。この見解によれば、刑法38条3項により、

責任を阻却することになる。

しかし、防衛者が防衛行為の対象である客体を見誤ったことは、構成要件該当行為の違法性評価を誤った場合とは同視できないだろう。

2.8.2 法律効果を制限する責任説 (Rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie) ⁴⁹⁾

この見解は、誤想防衛は、構成要件の故意を阻却し得ないが、ドイツ刑法の16条1項(日本の刑法38条1項)を類推適用して故意責任(Vorsatzschuld)を阻却するとする。その結果、所為は、過失犯と同様の法律効果をもって扱われる。そして、誤想防衛は、構成要件の錯誤と法律の錯誤の間に位置づけられる独自の性質を有する錯誤であるとする。この見解は、第三の錯誤説と呼ばれている。同説の内部にはこの見解以外にも、故意犯を認め、法定刑を過失犯の刑に留めるとする見解などもある⁵⁰⁾。次(2.9)に紹介する日本の「独自の錯誤説」に近いものである。

このような見解に対しては、上述(2.8.1)のような批判はあたらないものの、故意犯から法的効果が過失犯になるということについて理論的な説明が成功しているかどうかは検討の余地がある。

2.8.3 制限責任説 (Eingeschränkte Schuldtheorie) ⁵¹⁾

この見解は、ドイツの通説である⁵²⁾。また、近年の判例も制限責任説を採っている⁵³⁾。ドイツ刑法16条1項は、正当化事由の前提事実の誤認に直接向けられているものではないが、その誤認に対し、故意犯の不法が失われるという効果を類推適用することはできるものであるとする。それゆえ、誤想防衛は構成要件の錯誤であるということになる。

しかしながら、日本において制限責任説を採ると、誤想防衛により、構成要件の錯誤(事実の錯誤)として故意を阻却する論理と、通説の法定的符合説により構成要件の故意が阻却されなくなる論理が矛盾することになる。

2.8.4 消極的構成要件要素の理論 (Lehre von den negative Tatbestandsmerkmalen) ⁵⁴⁾

この見解は、正当化事由の前提事実の誤認に対し、ドイツ刑法16条1項を直接適用できるとしている。構成要件要素の積極的な存在と正当化事由の不存在の両者が相まって初めて、構成要件に該当する不法の記述が完全なものとなるのであるから、法定の刑罰威嚇構成要件要素のみならず、正当化構成要件の不存在も故意の対象となるのであるとする。正当化事情の錯誤は、構成要件の錯誤であるとする。

しかし、構成要件該当性の判断は類型判断であって、ある行為をやってよいか否かの判断(違法性の判断)ではないから、同説の、構成要件と違法を同時に考える全不法構成要件という考え方自体に問題があると思われる。

2.8.5 修正された故意説 (Modifizierte Vorsatztheorie)⁵⁵⁾

この見解は、正当化事由の前提事実を誤認した者は、現実的な不法の意識を持たずに、また、故意なく行為する者なのであるとし、現実的な不法の意識が存在する場合のみを故意行為とし処罰する点で憲法上保障された責任原則と一致するとする。そして、不法を認識していなかった場合にも、禁止の錯誤 (= 法律の錯誤) として故意を阻却するものとする。

しかしながら、刑法 38 条 3 項の「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったこととすることはできない。」という文言からは、法律の錯誤があっても罪を犯す意思は阻却されないことが看取しうるため、法律の錯誤も故意を阻却すると考える修正された故意説には同意できない。

2.8.6 制限故意説⁵⁶⁾

故意に構成要件的故意と責任要素としての故意の二つの機能を認め、故意を認めるためには、「犯罪事実の表象・認容」として「構成要件に該当する事実」および「それ以外の違法性の内容をなす事実」の表象・認容が必要だとする立場から、行為者に違法性の意識の可能性がない場合には例外的に責任故意を阻却する。その錯誤について過失が存すれば過失犯が成立する。

行為者が正当防衛であると認識している点で違法性の意識の喚起可能性を欠いており、行為者は規範に直面し得ず、反対動機形成可能性がないといえる。この限りでは誤想防衛は構成要件的故意を欠く場合と同じである。したがって、制限故意説が責任故意に違法性の意識の可能性を取り込むことについての議論はともかく、誤想防衛を、故意を阻却する事実の錯誤と位置づける同説の構成は妥当であると考えられる。

2.8.7 厳格故意説⁵⁷⁾

故意は責任要素として位置づけられ、故意には違法な事実の認識と確定的な違法性の意識が必要である。違法な事実の認識には「構成要件該当事実の認識」と「違法性阻却事由の認識の不存在」が必要であるとする。違法性阻却事由の認識が存する場合には、違法な事実の認識を欠くことになり、故意を阻却し、その錯誤について過失が存すれば、過失犯が成立するという見解である。

しかし、そもそも故意に違法性の意識を要求し法律の錯誤も故意を阻却すると考える同説には賛同できない。

以上、誤想防衛を巡る学説を概観したが、第三者侵害を体系的に整合的に正当化できるのは、「法律効果を制限する責任説」(理論的に法律効果を変更する根拠が必要になるが)と、「制限責任説」(法定的符合説を採らない場合に限る)と「制限故意説」の3説であると思われる。以下、「誤想防衛の一種とする説」と記述する際には、これらの3説を指すこととした。

2.9 正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説（独自の錯誤説）

防衛者は主観的には防衛の意思をもって客観的には正当防衛にあたらぬ行為を遂行しているのだから、正当化事情の錯誤の一事例であるとする。防衛者の内心は「防衛」であり、その意味において、防衛者は違法な事実の認識を欠くので、責任要素としての故意の要件が欠如している⁵⁸⁾。解決の枠組みは、誤想防衛の一種とする見解と同様に、構成要件該当性・違法性の要件が充足されたのちに、責任要素としての責任故意が阻却される⁵⁹⁾。

同説は、制限故意説と近似する見解であり、妥当であると思われる。

2.10 責任が阻却されるとする見解（違法行為説）

通常、責任故意・責任過失が否定され、あるいは、このような緊急状況下において期待可能性を被侵害者に認めることが困難であることから、責任が阻却されるとする⁶⁰⁾。

この見解は、緊急状態を否定し、違法性を認定する点で、誤想防衛の一種とする見解や、正当化事情の錯誤と解し責任故意が阻却されるとする説と同様の構成を採る⁶¹⁾。したがって、これらの学説同様、妥当である。

2.11 緊急避難説と誤想防衛説の二段階で考慮する見解

緊急避難の要件が充たされる限りで、緊急避難として違法性が阻却され、この緊急避難が認められなくとも、誤想防衛として故意が阻却されるとする⁶²⁾。しかし、緊急避難を認めている点において、緊急避難説に対する批判が同様に妥当する。

2.12 具体的符合説に基づく見解

具体的符合説（具体化説：Konkretisierungstheorie）によれば⁶³⁾、被侵害者が第三者を客体として認識（具体化）していないことから、被侵害者には第三者に対する故意が欠けることになる⁶⁴⁾。したがって、具体的事実の錯誤により、構成要件段階において構成要件の故意が阻却され、そして、構成要件該当性が阻却されることにより第三者に対する暴行罪は不成立となる。過失傷害罪の構成要件に該当し、過失犯の要件が充たされれば過失犯が、充足されなければ犯罪が不成立となる。

この見解は、第三者に対する故意犯の成立を構成要件段階で否定する。同説は、第三者に対する認識が防衛者に存しないという事実と整合的である。

2.13 小括

以上、第三者侵害を巡る学説を考察した。正当防衛説や緊急避難説には克服しがたい欠陥が存在し、また、これらを使い分ける諸学説にも同様の欠陥が見いだされることから、第三者侵害について、妥当な構成として採れる見解は、誤想防衛の一種とする見解、正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説、責任が阻却されるとする見解、具体的符合

説に基づく見解の4説であると思われる。ここまでの検討を前提に、次章では、日本とドイツの判例および裁判例を概観し、実務において第三者侵害がどのように処理されるのかを分析する。

3 判例の検討

3.1 日本の判例

大阪高判平成14・9・4(判タ1114号293頁)は、相手方グループ員(X)から危害を加えられている実兄(乙)を助け出して一緒に逃げるために、弟(甲)が、正当防衛として暴行の故意をもって、相手方グループ付近に自動車を急後退させて同人らを追い払おうとした際、誤って実兄(乙)に車両を衝突させて轢過し死亡させた正当防衛の第三者侵害の事案である⁶⁵⁾。判決文は以下の通りである。

「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乙に本件車両を衝突・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乙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、たまたま意外な乙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、乙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実が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、過失責任を問うことは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである。…また乙に対する傷害致死罪は暴行の故意を欠くことにより、いずれも成立しない」さらに、「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X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乙を轢過したととらえ、法定的符合説にしたがって乙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Xに対する行為は正当防衛行為であり乙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、乙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(A)に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人(B)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、Aに対する暴行の(構成要件)故意が、同じ『人』であるBにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、AとB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、被告人にとって乙は兄であり、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の評価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 X に対する暴行の故意が認められても、乙に対する故意犯の成立を認めることはできないというべきである。」と判示した。

誤想防衛としながら、部分的に錯誤論を論じるのはいささか妙だが、これらは未だ学説判例の固まっていない部分であるため、別の角度から結論を補強しておく必要性を感じて記載したとみる余地もあろう⁶⁶⁾。

もともと、同判決文の中では、「不正の侵害を全く行っていない乙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」といわれていることから、裁判所は第三者侵害について正当防衛説を採らないということが明らかである。また、「たまたま意外な乙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る」とも説示していることから、裁判所は緊急避難説も採っていないのである。

その上で、誤想防衛の一種として扱ってはいるが、裁判所がいう「故意責任を認めることはできない」の「故意責任」は、構成要件的故意を指すのか、責任故意を指しているのかは判然としないものの、少なくとも第三者侵害を緊急行為（正当防衛・緊急避難）と解していないのは明らかである。

3.2 ドイツの判例

ドイツにおける正当防衛の第三者侵害に関するリーディングケースは、ステッキ事例（Wanderstock-Fall）と呼ばれ、RG 時代のものである⁶⁷⁾。事実は以下の通りである。

深夜、酩酊した大家である L が、被告人 S の家の寝室に侵入してきた。大家 L は被告人 S よりも体力があったが、争いになった際、酩酊状態の手助けもあって、激しい暴力を加えようとした。そのため、被告人 S は、自身を守るためには、大家 L をステッキで殴るほかないと思い、暗闇の中で、大家 L に向けてステッキで殴りつけた。しかしながら、ステッキによる殴打の一撃目は、大家 L を制止しようとしていた L の妻である F の右目に当たってしまい、失明させてしまった。それにもかかわらず、大家 L が暴行を続けたため、被告人 S は第二の殴打を大家 L に加え、彼を失神させた。以下は判決文の一部である。

「行為者が意図していた対象と同質ではあるものの、行為者が認識していなかった客体に対し、行為者が望んでいた結果が、両者を取り違えることなく、行為者が考えていた因果経過を変更する事態が介入したことにより、生じた場合（方法の錯誤）には、意図していた犯行の故意未遂罪が成立し、場合によっては、実際に侵害された客体に対する可罰的な過失犯のみが同時に成立し得ることになる⁶⁸⁾。…行為者は、命中した対象を意欲していたのでもなく、また実際に生じた結果をやむを得ないものとみなしていたわけでもない。行為者が全く認識していなかった侵害を、行為者に故意として帰責することは許されないのである。また、問題となっている二つの客体（L と F：筆者注）が同一の法律上の保護を受けているという

事情も、このことを変更することはできない。…したがって、Lへの故意の危険傷害罪の不可罰な未遂とFへの過失傷害罪のみが問題となる。」と説示し、第三者であるFに対する故意を否定し、Fに対する故意犯はもちろんのこと、結果的にFに対する過失傷害罪も認めず、被告人に無罪を言い渡した。BGH時代(BGHSt 5, 245, 248)以降、近年の判例(BGH, Urteil vom 25.6.2010, 2 StR 454/09)においても、BGHは、第三者侵害について、正当防衛ではあり得ないとの立場を変えていない⁶⁹⁾。

したがって、ドイツの裁判所は、「行為者に故意として帰責することは許されない」との文言から、第三者侵害について具体的符合説を採っていると考えられる。

3.3 小括

以上、日本とドイツの判例実務を概観した。両国とも、裁判所は第三者侵害を緊急行為(正当防衛・緊急避難)と解していないことが看取された。そして、日本では誤想防衛の一種だとする説が、ドイツでは具体的符合説が採られていることが明らかとなった。

学説の考察(2.13小括)においては、誤想防衛の一種とする見解、正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説、責任が阻却されるとする見解、具体的符合説に基づく見解の4つが妥当であると結論づけた。そして、両国の実務においては、誤想防衛の一種とする見解、具体的符合説に基づく見解が採用されていることを指摘した。かかる分析を併せて考慮するならば、誤想防衛の一種とする見解と具体的符合説に基づく見解が妥当であるといえる。もっとも、正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説と責任が阻却されるとする見解も、緊急行為を否定し、責任段階で正当化を図る点において判断枠組みが誤想防衛の一種とする見解と同一であるとも考えられる。

したがって、やはり、誤想防衛の一種とする見解、正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説、責任が阻却されるとする見解、具体的符合説に基づく見解の4説が妥当であると考えられる。これらの説が妥当であることを前提とし、防衛者の行為の正当化に成功した場合、過失犯の成否をどう扱うかが問題となる。次章では、これらの説と過失犯との関係を考察する。

4 防衛行為と過失犯との関係

誤想防衛の一種とする見解、正当化事情の錯誤とする見解、責任が阻却されるとする見解の前提は、法定的符合説によって構成要件の故意が認められていることである。違法性の段階において、正当防衛の要件を検討し、これが否定され、責任の段階に移行する。そして、違法性阻却事由の錯誤が存することから、責任故意を阻却し、故意犯の成立を否定する。もっとも、この場合に、このような錯誤に陥ったことにつき過失がある場合は、過失犯の検討を行うことになる。したがって、過失致死罪の構成要件の検討に始まり、構成要件該当性が認められたのちに、過失の違法性を検討することになる。

ここで、過失犯について新過失論の立場を採り、その上で構成要件的過失（客観的注意義務違反）の前提としての客観的結果回避可能性の範囲と、緊急避難における補充性の原則（他に避けるべき方法がないこと）とを同じものと考えれば、過失犯についての緊急避難の問題は、構成要件的過失の成否（結果回避可能性の有無）に解消され、とくに論じる必要がないとの指摘がある⁷⁰⁾。しかし、構成要件的過失を認め、補充性の判断を「具体的な行為状況を踏まえた行為時の判断」と解する現在の通説によれば、構成要件的過失の判断に際しては、「危難の事態」を度外視して、構成要件該当性の判断（客観的注意義務違反＝過失の予見可能性・結果回避可能性の判断）を行い、これが肯定された場合に、違法性判断の時点において、緊急避難の判断を行えばよいことになる⁷¹⁾。

したがって、過失犯の客観的注意義務違反（結果回避義務違反）は、構成要件の段階での一般人を基準とした類型的判断とされ、緊急避難における補充性は、違法性の段階での具体的事情を踏まえた実質的判断であると解される。よって、両者の内容は必ずしも一致するものではない⁷²⁾。つまり、構成要件的過失を認めた上で、過失犯の違法性段階において緊急避難を検討する構成は可能である。

ここで、違法性が阻却されない場合は、責任段階において、責任過失（主観的注意義務違反）が認められるならば、過失犯が成立する。つまり、防衛者の行為は、違法（過失犯）であると認定される。このとき、故意犯の検討の際に違法だった行為が改めて過失犯の検討において違法と認定されることには何ら問題がない。

しかしながら、過失犯の違法性が阻却される場合、すなわち、防衛者の行為に緊急避難が成立する場合もあり得る。

たとえば、本件においては、侵害者の攻撃という現在の危難が存する上に、上述（2.3）の通り、防衛者において避難の意思も認められる。緊急避難の補充性つまり、「やむを得ずにした行為」とは、その行為が危難を避けるための唯一の方法であって、他の方法がなかったことと解されていること⁷³⁾、侵害者との間で正当防衛が認められている状況において、行為は、反撃行為として相当性が認定された行為であることから、他に代替手段がなかった可能性は高いといえる。よって、補充性も充足され得る。そして、生じた害（第三者の身体への傷害）が避けようとした害（防衛者の生命への侵害）を超えていないので、法益権衡性の要件も充足される。したがって、過失傷害罪に緊急避難が成立し、違法性が阻却され得る。

このとき、故意犯の検討の際に違法であった行為は、過失犯の検討において適法と認定されることになる。それゆえ、第三者に向けた防衛者の行為が、一方では違法と評価され、他方では適法と評価されることになる。もちろん、異なった客体との間で違法の相対化を認める見解は存在する。しかし、同一の客体に対する行為に、違法評価と適法評価がなされることは奇妙に思われる。この点について、違法評価がなされた後に適法評価がなされているのだから、最終的には適法の評価のみが与えられたという見方も有り得るだろう。

しかしながら、防衛者による第三者への行為が適法であるならば、そもそもなぜその適法

行為が、最初（故意犯の検討）に違法とされたのであろうか。遑って故意犯における違法性が阻却されるのであろうか。だが、そんなことはないだろう。故意犯において違法性は厳密に認定されたはずである。やはり、当該行為には、故意犯における違法評価と過失犯における適法評価が同時に存在しているように思われる。刑法と民法で違法評価が異なることについては、法律の違法性を一元的に解するか⁷⁴⁾、違法の相対性を認めるか⁷⁵⁾、という問題はあがあるが、一般的に刑法における違法評価と民法における違法評価は結果的に異なるものと考えられている⁷⁶⁾。

しかし、上述の評価の帰結が正しいとするならば、同一の刑法の領域において、同一の客体に対する同一の行為について、2つの評価（違法・適法）が存することになる。果たして、このことは解釈学において説明可能なのであろうか。次章では、このような状態を生じせしめる原因に関して、法定的符合説を挙げて考察する。

5 法定的符合説との関係

具体的符合説を除いて、上述（3.3）で妥当であるとした見解（誤想防衛の一種とする見解・正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説・責任が阻却されるとする見解）は、判例と同じく法定的符合説に立ち⁷⁷⁾、構成要件的故意を認めることを前提としている。法定的符合説は、行為者が認識した事実と実際に発生した事実が抽象的に構成要件の範囲内において符合している場合には故意を認めるものである⁷⁸⁾。つまり、同説は、「人」という客体を規定する「傷害罪」の構成要件の範囲内において、侵害者と第三者は等しく「人」とであると認定する。上述（3.1）の裁判例（大阪高判平成14・9・4）は、法定的符合説が故意を認める理由として「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」ことを説示している。この理解の下では、法定的符合説が符合を認める「人」とは、法的に「人」と「人」が同価値であることを指しているということになる。ドイツにおける有力説である等価値説（Formelle Gleichwertigkeitstheorie）も基本的に法定的符合説と同様のものである⁷⁹⁾。等価値説は、「人」と「人」の価値の等しさを、故意を認める前提とする。このように、法定的符合説・等価値説からすれば、狙った客体と実際に結果が生じた客体は「同価値」「等価値」であるから、それらは構成要件内で符合し、これによって故意を認めることができるようになる。

しかし、Welzelは、正当防衛の結果が第三者に生じた場合においては、意欲された結果（急迫不正の侵害者に対する反撃）は、正当化され、実際に惹起された結果（無関係な第三者に対する侵害）は正当化されないがゆえに、同性質ではなくなるという⁸⁰⁾。また、Nollも、第三者侵害について、客体の一方に対してのみ正当防衛が存するがために、侵害結果との等価値性は否定されるとする⁸¹⁾。さらに、上記大阪高判も、「被告人にとって…兄であり…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評価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」と説示しており、「暴行の故意を向ける相手」と「救

助すべき味方」は構成要件的评价の上で同価値ではないことが読み取れる。

このように解すると、侵害者と第三者は同（等）価値でないということができ、法定的符合説の前提が充足されなくなるように思われる。したがって、第三者侵害において、法定的符合説を用いて第三者に対する故意を認めるのは難しいように思われる⁸²⁾。

もっとも、法定的符合説においては「人の抽象化」を行うため、侵害者も第三者も「人」のレベルまで抽象的に捉えられるものだとするならば、法定的符合説に上述の Welzel, Noll、大阪高判の指摘は妥当しない。また、法的な評価において同価値といえなくても、事実的な評価において同価値であるならば、大阪高判の判示の理解とは反するものの、なお法定的符合説において符合が認められる可能性はあろう。

ところで、上述（4）において触れたが、誤想防衛の一種とする見解、正当化事情の錯誤と解し、責任故意が阻却されるとする説、責任が阻却されるとする見解によって、構成要件該当性、違法性が充足され、責任段階において責任故意が阻却され、過失犯の検討に移り、過失犯に緊急避難が成立した場合はどうであろうか。以下、考察する。

この場合に、故意犯の検討の際に違法であった行為が、過失犯の検討において適法と認定されることになることが奇妙であることは上述した通りである。一つの行為が刑法上の評価において違法かつ適法と認定されること（二重評価）は、解釈上、観念し難いものである。したがって、可能ならば、二重評価に陥ることを避けるべきであろう。正当防衛説や緊急避難説を取り得ないことを前提にした場合、そのような状況に陥る原因は、そもそも「故意犯の検討」がなされたからであるといえる。つまり、法定的符合説によって、第三者に対する故意が認められ、故意犯の構成要件該当性が充足されたことが二重評価成立の端緒である。

ここで、法定的符合説を採らず、具体的符合説を採った場合には、第三者に対する故意は認められず、故意犯の構成要件故意が否定され、故意犯の構成要件該当性が阻却される。つまり、故意犯としての違法性が認定されないのである。その後、第三者に対する過失傷害の構成要件該当性を検討し、過失犯に緊急避難が成立したならば、過失犯の違法性が阻却され、第三者への行為は適法となる。したがって、当該行為に対する刑法上の評価は一つ（適法）しかなされないのである。このように、具体的符合説を採れば、一つの行為が刑法上の評価において違法かつ適法と認定される二重評価の問題を避け、妥当な帰結をもたらすことができるのである。もっとも、誤想防衛の一種とする説の中で「制限責任説」を採り、かつ具体的符合説を採るならば同様の結論に至り得る。ただ、そのことも、具体的符合説を前提とするのであるから、結局のところ、構成要件故意に関して具体的符合説を採ることが、二重評価の問題の回避につながるのである。

したがって、具体的符合説によれば、上述してきたような問題を全く生じさせないこととなる⁸³⁾。第三者侵害においては、そもそも具体的符合説に立ち、そもそも構成要件故意が否定されるべきなのである⁸⁴⁾。

6 おわりに

正当防衛状況において、被侵害者が侵害者に対して防衛行為（反撃行為）を行ったところ、意図せず第三者に結果が生じてしまうという事案（第三者侵害）がある。急迫不正の侵害に対応するために行った行為を行った被侵害者を、第三者侵害のかどで処罰するのは妥当でないことは明らかである。したがって、刑法上、かかる侵害をどのように正当化するかが問題となる。かかる問題につき、本稿は日本とドイツの学説を概観・検討し、誤想防衛の一種説、正当化事情の錯誤（独自の錯誤）説、責任阻却説、具体的符合説の4つが妥当な帰結をもたらすと考察した。

しかし、故意犯が不成立となった後の過失犯の検討において、過失犯に緊急避難が成立し得ることを前提とした場合には、誤想防衛の一種説・正当化事情の錯誤説・責任阻却説によると、故意犯の検討の際に違法であった行為が、過失犯の検討において適法と認定されてしまうことになる。本稿は、同一客体に対する一つの行為に違法評価と適法評価がなされてしまう点（二重評価の問題）を指摘し、このような帰結に至る原因として、故意犯の違法性を認める大前提である法定的符合説に対して考察を加えた。

そして、本稿はかかる帰結を避けるには法定的符合説から離れ、具体的符合説に立ち、構成要件段階において第三者に対する故意を否定すべきだと結論づけた。

もっとも、併発事実の場合の法定的符合説（一故意犯説）等、残された問題については、期を改めるものとする。

注

- 1) もっとも、ここでいう「正当化」には、違法性が阻却されることに限らず、被侵害者（防衛者）が無罪となるためのあらゆる方法（構成要件該当性阻却や責任阻却）が含まれる。
- 2) 「第三者の物」に関する場合とし、4分類ではなく3分類にするものも多いが、おおむねこのような分類になる。第三者侵害の分類にも詳しい先行研究として、斎藤誠二「正当防衛と第三者」斎藤誠二ほか編『変動期の刑事法学（森下忠先生古稀祝賀・上巻）』（成文堂、1995年）219頁以下。
- 3) 奥村正雄「防衛行為と第三者の法益侵害」現代刑事法5巻12号（2003年）44頁。
- 4) ドイツにおいて同様の設例を挙げ、正当防衛の第三者侵害を論じる先行文献として、Widmaier, Die Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JuS 1970, 611. 方法の錯誤と関連づけて、さらに細かい分類を挙げて論じるものとして、Tobler, Die Grenzgebiet zwischen Notstand und Notwehr, Diss.Zürich, 1894, S.102 ff.
- 5) 何を基準として当該行為を適法・違法とするのかという点、すなわち、「緊急行為」の違法性阻却判断の基準の定立に着目して、正当防衛の第三者侵害を論じる先行文献として、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）」法政論集194号（2002年）142頁。
- 6) 川端博「防衛行為と第三者の法益侵害について」『刑事法学の課題と展望（香川達夫博士古稀祝賀）』（成文堂、1996年）169頁。
- 7) ドイツにおいて「法確証の利益」に詳しいものとして、A. Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JS 1988, 89 ff.
- 8) 中野次雄『刑法総論概要〔第三版補訂版〕』（成文堂、1997年）193頁。
- 9) Calker, Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand, ZStW, Bd.12, 1892, S.471.
- 10) M.E.Mayer, StGB-Lehrbuch, 281.
- 11) 川端博『集中講義刑法総論』（成文堂、1992年）163頁以下。
- 12) 佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）232頁。
- 13) 佐久間修『刑法における事実の錯誤』（成文堂、1987年）343頁。

- 14) 山口厚『刑法総論 [補訂版]』(有斐閣、2005年) 112頁。
- 15) 山口厚『新判例から見た刑法 [第二版]』(有斐閣、2010年) 53頁。
- 16) Eser-Burkhardt, Strafrecht I, 4.Aufl., 1992, S.113.
- 17) 植松正『再訂・刑法概論 I 総論』(勁草書房、1981年) 169頁。
- 18) 高橋治俊・小谷二郎編『刑法沿革綜覧』(清水書店、1923年) 872頁。
- 19) Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 32 Rn.3, 24; Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn.31; Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn.159.
- 20) 正田満三郎「刑法における錯誤の理論 (下)」法曹時報 22 卷 3 号 (1970年) 52頁。
- 21) 山中敬一『刑法総論 I』(成文堂、1991年) 449頁。
- 22) 奥村・前掲注 3)・41頁、および小林憲太郎『刑法総論』(新世社、2015年) 53頁。ドイツにおいて緊急避難(緊急行為)説を採る主要なものとして、Steininger, Salzburger Kommentar zum StGB, 2008, 3 Rn.46; Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, Rn.124.
- 23) 西村克彦「正当防衛行為の被害者」警察研究 48 卷 1 号 (1977年) 29頁。
- 24) 香川達夫「防衛行為と第三者」『刑法解釈学の諸問題』(第一法規、1981年) 131頁。
- 25) 大谷實『刑法講義総論 [新装第三版]』(成文堂、2011年) 290頁。
- 26) 佐久間・前掲注 12)・235頁。
- 27) 防衛の意思に関する詳しい分析は、拙稿「被告人車両のドアノブ付近をつかみながら併走していた被害者を轢過して死亡させた事案において、暴行の故意がないとして傷害致死罪の成立が否定され、被告人の過失が認められた上で、正当防衛が成立した事例」法学新報 123 卷 1・2 号 (2016年) 241頁以下。
- 28) 大塚仁『刑法概説 (総論) [第四版]』(有斐閣、2008年) 389頁。
- 29) 大阪地判平成 24・3・16 (判タ 1404 号 352頁)。
- 30) 曾根威彦『刑法総論 [第四版]』(弘文堂、2008年) 109頁。
- 31) 内藤謙『刑法講義総論 (中)』(有斐閣、1986年) 378頁。
- 32) 松宮孝明『刑法総論講義 [第五版]』(成文堂、2017年) 152頁。
- 33) Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 13., Rn.23.
- 34) もっとも、緊急避難を違法性阻却事由と責任阻却事由に分けて、正当防衛の第三者侵害における防衛行為を、責任阻却事由の緊急避難であると解すれば、第三者にとって、防衛行為の違法性は残ったままであり、損害賠償が可能となるという利点(第三者保護にとって)がある。香川・前掲注 24)・137頁。
- 35) 斎藤・前掲注 2)・237頁。
- 36) 平場安治「緊急行為の構造」『刑法における行為概念の研究』(有信堂、1959年) 167頁。
- 37) 森下忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」法経学会雑誌(岡山大学) 12 卷 4 号 (1963年) 438頁。
- 38) 森下忠「緊急避難の法的性質」中義勝編『論争刑法』(世界思想社、1976年) 74頁。
- 39) 平場・前掲注 36)・168頁。
- 40) 川端・前掲注 6)・158頁。
- 41) 野村稔『刑法総論 [補訂版]』(成文堂、1998年) 229頁。
- 42) Tobler, (o.Fn.4.), S.107 ff.
- 43) Kraegeloh, Beiträge zur Lehre von der Notwehr im geltenden Strafrecht, Diss. Bonn, 1929, S.33 ff.
- 44) 板倉宏『刑法総論』(勁草書房、1994年) 199頁。
- 45) 団藤重光『刑法綱要総論 [第三版]』(創元社、1990年) 242頁。
- 46) 大阪高判昭和 45・5・1 (判タ 249 号 223頁)。
- 47) 香川達夫「防衛行為と錯誤」『刑法解釈学の諸問題』(第一法規、1981年) 145頁。
- 48) Hirsch Die Lehre von den negative Tatbestandsmerkmalen, 1960, S.311 ff.
- 49) 論者によっては「法律効果を指示する責任説」とも訳されるが、この見解が意図するところは、「故意犯成立を制限する」という意味であるので、「法律効果を制限する責任説」と訳出した。同説については Galass, Beiträge zur Verbrechenlehre, 1968, S.56 f. Fn.89.が詳しい。
- 50) Jakobs, (o.Fn.33), 11/58.
- 51) Engisch, ZStW 70, 1964, S.582; Herzberg, JA 1989, S.243.
- 52) 判例について詳しいものとして、Roxin, HRR AT Nr.39.
- 53) 国内の誤想防衛の処理に関しては、拙稿「刑事判例研究：被告人には防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたとして、誤想防衛の成立が認められ、無罪が言い渡された事例」法学新報 122 卷 5・6 号 (2015年) 105頁以下。「法律効果を制限する責任説」を採った判

- 例もある。ドイツの詳しい判例の分析は、拙稿「想防衛状況における許容構成要件の錯誤」比較法雑誌 49 巻 1 号（2015 年）227 頁以下を参照。
- 54) Schünemann, GA 1985, S.349.
 - 55) Schmidhäuser, Jura 1990, 647.
 - 56) 団藤・前掲注 45)・242 頁。
 - 57) 中山研一『刑法総論』（成文堂、1982 年）350 頁以下。
 - 58) 佐久間・前掲注 13)・371 頁。
 - 59) 犯罪事実の認識・認容の類型化されたものを構成要件の故意として構成要件段階で機能させて犯罪の個別化を図り、責任の段階では、非難可能性を吟味するための心理的基礎として責任故意を機能させる。責任故意には違法性の意識が含まれる。日高義博『刑法における錯誤論の新展開』（成文堂、1991 年）176 頁。
 - 60) 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〔第二版〕』（成文堂、2005 年）108 頁。
 - 61) もっとも、誤想防衛の一種とする説の中の 2.8.3 制限責任説は、構成要件の故意を阻却するので、厳密には構成を異にする。
 - 62) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2010 年）285 頁。
 - 63) 具体的符合説は、構成要件の符合を問題とするので、その意味で具体的法定符合説（または保護法益主体符合説）と呼ぶ論者も多い。西田典之「共犯の錯誤について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第 3 巻』（有斐閣、1984 年）97 頁。
 - 64) Frister, Strafrecht AT⁶, 2013, 11. Kapitel Rn.56 ff.
 - 65) 本稿では判決文中の人名を甲・乙に改めた。同裁判例に関して、これを「他人のための緊急救助の失敗例」の事案だと見る見解もある。百合草浩治「いわゆる『誤想防衛』の一事例？：いわゆる『緊急救助（=他人のための正当防衛）の失敗』事例」名古屋大学法政論集 205 巻（2004 年）283 頁以下。
 - 66) 判タ 1114 号 293 頁。
 - 67) RGSt58, 27.
 - 68) 同主旨の RG の判例として RGSt 2, 335 ; 3, 384 ; 19, 179 ; 54, 349.
 - 69) NJW 2010, 2963 ; NStZ 2010, 630.
 - 70) 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991 年）1143 頁。
 - 71) 山中敬一『刑法総論〔第三版〕』（成文堂、2015 年）565 頁。
 - 72) 大阪地判平成 24・3・16（判タ 1404 号 352 頁）は、構成要件段階における客観的注意義務違反については、一般人に鑑みた注意義務違反が典型的に判断され、違法段階において検討する正当防衛の要件については具体的に個別的に詳細に判断されているよう読める。拙稿「判批」法学新報 123 巻 1・2 号（2016 年）241 頁以下。
 - 73) 大判昭和 8・9・27（刑集 12 巻 1654 頁）。
 - 74) 松宮孝明「法秩序の統一性と違法阻却」立命館法学 238 号（1995 年）75 頁。
 - 75) 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣、1975 年）219 頁。
 - 76) 最大判昭和 41・10・26（刑集 20 巻 8 号 901 頁）。
 - 77) 最判昭和 53・7・28（刑集 32 巻 5 号 1068 頁）など。
 - 78) 団藤・前掲注 45)・298 頁。
 - 79) 拙稿「同一構成要件間における方法の錯誤の取り扱い—修正された行為計画説の立場から—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第 43 号（2014 年）229 頁。
 - 80) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.74.
 - 81) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, ZStW., Bd., 77, 1965, S.5.
 - 82) 法定的符合説は、第三者に対する故意を認めておきながら、その行為の違法性を阻却しようとする点で、本末転倒した議論をしているように思われるとの批判もある。曾根・前掲注 60)・108 頁。
 - 83) 斎藤彰子「防衛行為により第三者を死亡させた場合の取扱い：大阪高判平成十四年九月四日」金沢法学 47 巻 1 号（2004 年）242 頁。
 - 84) 吉田敏雄「正当防衛（2）」北海学園大学学園論集 153 巻（2012 年）33 頁・脚注（81）参照。

（平成 29 年 5 月 9 日受付、平成 29 年 7 月 3 日再受付）