

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 —

大阪高等裁判所 平成一四年九月四日判決（判タ一一一四号二九三頁・確定）

百合草 浩治

目次

(事実)

(判決要旨)

(評釈)

六、その他

①訴因の変更について

②「無罪」という結論について

七、まとめ

(事実)

被告人は、平成一〇年七月三日の夜、友人のA₁（男）と電話で話していた際、傍らにいた友人のA₂がA₁の傍らにいたZ₁（女）に悪口めいたことを言つたことなどをきつかけとして、その後、Z₁との間で、互いに激しく罵り合う口論となつた。Z₁

や一緒にいた友人のZ₂らも、被告人から、「お前ら、まわしてまうぞ。しばらくぞ。」などと脅されたことに立腹し、Z₁は、その後も再三被告人に電話をして言い合いとなり、話をつけるために南海電鉄堺駅に出向くよう求めるとともに、Z₂の交際相手であるW₁（男）にこのことを話して加勢を依頼した。被告人は、Z₁の呼出しに応じることなく一旦は帰宅したものの、兄の太郎（当時二一歳）にZ₁と口論したことについて話したところ、太郎から「お前ら、なめられてんちやうんか。」などと言われ、さらに、その後、被告人は、太郎並びに友人のA₂、A₃及びA₄と共に立ち寄った際、Z₁からA₁宛にかかる電話に出たところ、同様にZ₁と激しい口論となつて、「お前らしばいたる。」などと怒鳴りつけると、Z₁に替わって電話に出たW₁から、「お前、どこのもんだ。手下に言つてさらうぞ。」などと脅された。これに対し、被告人に替わって電話に出た太郎が、W₁をからかうような調子で話をし、「間違い電話ぢやないですか。」などと言つて電話を切つた上、被告人らに対し、「堺に喧嘩に行くぞ。」などと言い、被告人らもこれに同調して、被告人の運転する普通乗用自動車（以下「本件車両」という。）とA₄の運転する自動車の二台に分乗して、堺駅に出向くこととした。（なお、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（A₄の車内に木刀などがあつたが、使用が検討された形跡もない。）

他方、W₁は、仲間のW₂に電話をして仲間を集めるように指示し、W₂は、兄のW₃のほか、仲間の春野、W₄、W₅、W₆らと木刀とバーナーなどを持参して堺駅に集合した。そして、W₁は、集まつた仲間らに対し、相手と話がつかなければ、これに暴行を加えなければ、これに暴行を加えてけじめを取るように指示していた。

一方、被告人ら六名は、犯行当日午前零時二〇分ころ、堺駅付近に赴き、同駅前の吾妻橋交差点東側路上に車を駐車して、それぞれ降車したところ、相手方から太郎と被告人だけが来るよう言われ、同所付近のコンビニエンスストア前の歩道上に置いて、Z₁、Z₂らのほかW₁ら七名の男達と対峙するに至り、太郎とW₁との間で喧嘩腰の口論が始まった。そして、W₁が太郎に土下座して謝罪するよう求めた直後、春野、W₂及びW₄らは、木刀等を手にして一斉に被告人及び太郎らに襲い掛かった。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つてしまつた。

春野らにいきなり襲い掛けられた被告人らは（反撃に出ることなく）一斉にその場から逃げ出したが、被告人は、太郎から、「逃げるぞ。次郎、車任せ。」と言われ、歩道上を本件車両

いわゆる「誤想防衛」の一事例？（百合草）

に向かって走り出し、本件車両運転席に乗り込んだ。被告人は、本件車両に逃げ込む際、太郎が春野に木刀で殴打される様を目の当たりにし、運転席に乗り込んだ後も、太郎が、春野らに追い掛けられ、吾妻橋交差点北詰の横断歩道方向に逃げて、く姿を目にした。（そのとき、太郎は道路に立てられたボールにぶつかって転倒し、右横断歩道上の東端付近で追い掛けきた春野から木刀で左脇下付近を二発殴打されるなどしているうちに、春野と向かい合って木刀を取り合う格好となり、互いに手拳で殴り合いながら、右交差点北詰横断歩道あたりから右交差点内まで移動した。）

一方、太郎が春野と木刀の取り合いをしていたころ、W₂は、被告人が逃げ込んだ本件車両に駆け寄り、バールで同車の左後部座席の窓ガラス、助手席の窓ガラス及び助手席側のフロントガラスを次々と叩き割り、W₄も、本件車両の運転席側から同車に向けて木刀を振り下ろしたり、運転席側ドア付近を足蹴りするなどした。このようにW₂から本件車両の窓ガラスを割られるなどされたことに対し、被告人は、W₂らを追い払うよう本件車両を一旦急前進させた後（つまり、シフトレバーを誤つて前進に入れてしまい、車両が前のめり状態になりつつも）、直ぐに、左後方の春野及び太郎のいる交差点横断歩道方向目掛け

て、二人の存在を十分に認識ないし予見しつつ、現場の道路の形状に沿つて、春野を車両の威力によりその場から追い払い、太郎を助け出して一緒に逃げるため、本件車両のサイドミラーで確認するなどして、（心理的に著しく動搖しつつも）意図的にハンドルを左に切つて時速約二〇キロメートルで本件車両を後退進行させたところ、一五・五メートルほど後方の前記父差点横断歩道辺りで太郎と木刀の取り合いをしていた春野の右手に本件車両の左後部を衝突させるとともに、同車後部を太郎に衝突させ、転倒した同人は、同車に轢過されて車体下に巻き込まれ、肝臓挫滅等の傷害を負い、同日午前一時五十分ころ、右傷害に起因する出血性ショックにより死亡した。⁽¹⁾⁽²⁾

以上のように事實を認定したうえで、原審は、「太郎が春野から危害を加えられているものと考え、太郎を助けるため同車を春野に向けて急後退させて同人を追い払おうとして、春野らのいる交差点横断歩道方向目掛けて、ハンドルを左に切つて急後退させる暴行を加えたと認定するのが相当である。したがつて、その暴行の結果、意図していなかつたとしても、実兄である太郎に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、本件については、春野に対する暴行罪のほか、太郎に対する傷害致死罪が成立するのは明らかであるというべき

である。」なお、「量刑の理由」として、「いかに実兄を助けようとの意図があつたとはいえ、車両を相手方に向けて急後退させた被告人の行為は、まことに短絡的で粗暴かつ危険極まりなものというべきであり、その結果、まだ若い実兄を死亡させることに至つてゐるのであって、これらの犯情、とりわけ一人の生命を奪つてしまつたという結果の重大性に照らすと、被告人の刑事責任は重いといわなければならない。」として、被告人を懲役三年（執行猶予五年）の判決を言い渡した。

これに対して、被告人・弁護人側が「暴行の故意はなく無罪である」と事実誤認等を主張して、控訴した。

（判決要旨）

「原判決は、被告人が本件現場に赴いたのが喧嘩する意図があつたことを認定して、特段の理由を示すことなく、春野に対する暴行罪の成立を認め、また、暴行の結果、意図していくつかつたとしても、太郎に本件車両を衝突させ輶過して死亡させたのであるから、太郎に対し傷害致死罪が成立すると判断している。確かに、……、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る。しかし、……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。〔中略〕（相手方に本件車両を衝突させようとするまでの意図は認められず、これがあらかじめ予定していた攻撃行為とみることもできない。）……、太郎は木刀で二発殴打された上に、さらに春野に木刀で襲いかかられており、被告人も、本件車両の中に居たものの、二、三名から木刀やバールで攻撃を受け、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、両名の生命・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はず、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指げ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をも加味すると、後退走行による急発進であつて、正確な操作が前進に比べはるかに難しく、現に春野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、

いわゆる「誤想防衛」の一事例？（百合草）

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。したがって、春野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。……、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、その防衛行為の結果、全く意図していなかつた太郎に本件車両を衝突・轢過させてしまつた行為について、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太郎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、たまたま意外な太郎に衝突し轢過した行為は客観的に緊急防衛を欠く行為であり、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、被告人が主觀的には正当防衛だと認識して行為している以上、太郎に本件車両を衝突させ轢過してしまつた行為については、故意非難を向け得る主觀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、過失責任を問い合わせることは格別、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、被告人に春野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つて太郎を轢過したととらえ、法定的符合説にしたがつて太郎に

対する傷害致死の刑責を問うもののようにある。本件においては、上記のように被告人の春野に対する行為は正当防衛行為であり太郎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、太郎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つたが、予期せぬ別人（B）に傷害なし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（構成要件的）故意が、同じ「人」であるBにも及ぶことされている。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、被告人にとって太郎は兄であり、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つて、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はず、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

は、たとえ春野に対する暴行の故意が認められても、太郎に対する故意犯の成立を認めるることはできないというべきである。したがって、太郎に対する傷害致死罪の成立を認めるることはできない。以上のとおり、春野に対する暴行罪は正当防衛が認められることにより、また太郎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……。「中略」……、犯罪の証明がないことに帰し、また縮小認定により故意犯の成立を認める余地もない。なお、本件においては、上記のとおり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搖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り、その他本件審理の状況をあわせ考えても、当裁判所において、検察官に対する訴因変更命令ないし説明義務が発生するとはいえない。」

(評釈)

一、問題の捉え方について

本件は、いわゆる「緊急救助（＝他人のための正当防衛）の失敗」事例である。これに対して、既に公表されている後掲の評釈・解説によれば、いわゆる「防衛行為と第三者」の問題と

して捉えられているが、果たして、このような問題領域の設定・問題の理解の仕方は適切なものなのであろうか。被告人は、被害者である被告人の実兄を助け出そうとして誤って轢過してしまったのであり、つまり、実兄こそが被侵害者なのである。従つて、「防衛行為と第三者」にいう第三者とは從来、侵害には無関与の第三者をいうと考えられてきたのであるから、被侵害者をここにいう第三者と称することはやはり、問題の適切な把握を著しく損なうものであるようと思われる。実際、本事案を「防衛行為と第三者」の一事例（ないし応用事例）と捉える論者たちは、本件を論ずるために、従来の学説状況として、正当防衛説・緊急避難説・誤想防衛説等を紹介している。しかしながら、従来の緊急避難説は、侵害には無関与の第三者の法益を防衛行為により害した場合には、第三者の法益は侵害とは無関係であるが故に三六条ではなく三七条の問題と捉えたのである^[4]。このことからも、通説的な見解である緊急避難説からは、本件は「防衛行為と第三者」という問題領域に属するというよりもむしろ、「緊急救助（＝他人のための正当防衛）の失敗」という問題領域に属すると考えられるべきなのである。いわば、通説の理解によれば、本件は「防衛行為と第三者」の問題に対する「解」である緊急避難説のいわば“守備範囲外”なのであ

いわゆる「誤想防衛」の一事例？（百合草）

る。また、適切にも、控訴審においても、「不正の侵害を全く行つていなかつた太郎に対する侵害を客観的に正当防衛だとするの妥当でなく」、また「緊急避難だとするのも相当でない」と解されている。しかしながら、「たまたま意外な太郎に衝突し、軽過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為」と解している点については大きな疑問がある。なぜなら、太郎はまさに急迫不正の侵害に直面した者なのであり、被告人の行為は、「相手方から襲撃されている太郎を本件車両に乗せて逃げ」ようとしたものである、と認定されているからである。つまり、行為その 자체としては、三六条いう「急迫不正の侵害に對して、……他人の権利を防衛するため」の行為と考えられているのであら、そうであるからこそ、「春野に対する暴行罪は正当防衛が認められる」のである。そうであるにもかかわらず、「客観的に緊急行為性を欠く行為」と捉えた点については、学説の記述に引きづられてしまつたものであるようと思われる。

最終的に「いわゆる誤想防衛の一種」と捉える前提とされいる、「客観的に緊急行為性を欠く行為」という点については、端的に、結果として緊急救助（＝他人のための正当防衛）に失敗した、と説明すべきであつたと考えられる。

二、「いわゆる誤想防衛の一種」と解された点について

従来、「誤想防衛」とは、急迫不正の侵害が客観的には存在しないにもかかわらず、行為者がその存在を誤信したがために違法な結果を生ぜしめた場合を指し、判例や有力な学説によれば、さらに、防衛行為の必要性・相当性を誤信した場合をも含められている。そして、その法的効果・評価としては、行為者は構成要件に該当する事實を認識しつつも、違法（性を基礎付ける）事實の認識を欠くが故に、責任要素としての故意が阻却されるものと解するのが判例・通説である。そこでは、行為によつて違法な結果が生ぜしめられていることが前提とされる。

本件でも、助け出そうとした実兄を誤って轢過してしまつたのであり、実兄の死という違法な結果が生じている。^[8]しかしながら、誤想防衛にあたると解されるのは、責任要素としての故意が阻却される前提として構成要件に該当する事實を認識しているとされる場合である。

本件では、原審判決においても本判決においても、「被告人は、太郎から、『逃げるぞ。次郎、車回せ。』と言われ、「春野及び太郎のいる交差点横断歩道方向目掛けて』、「二人の存在を十分に認識ないし予見」しつつ、「本件車両を後退進行させ

た」と認定されているのであり、行為者には自己の行為の方向に実兄が存在していることとの認識はあつたといえる。しかしながら、行為者は事故の運転する車両によって実兄を轢過してしまった（＝行為によつて、実際に生ぜしめた結果）であろうとの認識があつたとするどころか、実兄に車両を当てることの認識があつたとも認定はされていない。つまり、誤想防衛（の一種）と解する前提である、実兄に生じた結果についての認識があつたとはそもそも認定されていないのである。本判決も「春野に車両を衝突させる故意は認定できない」と認定しており、そのことはまた当然に実兄に対しても車両を衝突させる故意は認定できないということでもある。（言うまでもないことであるが、被告人に実兄に対しても車両を衝突させることの少なくとも未必的な表象があつたのであれば、そもそも春野に対する暴行罪の違法性阻却の前提である「緊急救助」もまた認められないであろう。）

判例⁽⁹⁾・通説によれば、傷害罪ないし傷害致死罪は暴行罪の結果的加重犯と解されており、そうであるからこそ、暴行の故意が認められる場合には、傷害の故意がなくとも、傷害結果が発生した場合には傷害結果（ないし致死結果）に対してまで（相

において）故意責任を問い合わせる、と解されている。また、判例⁽¹¹⁾及び有力な学説⁽¹²⁾によれば、同一構成要件内での事実の錯誤（＝いわゆる「具体的な事実の錯誤」）の場合には、いわゆる方法の錯誤ないし打撃の錯誤の場合にも事実的故意は阻却されないと解されている。（＝いわゆる「数故意犯説」。）

そのように解されるべきであるという前提に立つからこそ、「春野に車両を衝突させる故意は認定できない」にもかかわらず、「春野のすぐ近くに太郎もいることを十分に認識ないし予見し」しつつ、「本件車両を後退進行させ」、「全く意図していないかった太郎に本件車両を衝突・轢過させてしまった」といいう、いわゆる併發事実・併發結果についても、原審では、被告人は「傷害致死の刑責を問」われたのである。

つまり、このような立場にあつては、本件においても責任要素としての故意が阻却される前提としての構成要件に該当する事実をやはり「認識」していたものと解されている（擬制されている？）。このことを前提として、本判決は、「被告人の有した主觀は、本件車両の左後方付近で相手方グループ員から危害を加えられている太郎を助け出して一緒に逃げるため、相手方グループ員付近に本件車両を急後退させて、同人らを追い払おうとした」つまり、「主觀的には正当防衛だと認識して行為し

てはいる」、あるいは、「被告人にとって太郎は兄であり、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」り、「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」という個別具体的・特殊な事情に着目・配慮をすることにより、「故意責任を肯定することはできない」あるいは、「およそ故意の符合を認める根拠に欠ける」とした。この結論を説明するためのいわば便法として、近時再び有力化した学説および実務家の見解^[13]である、「防衛行為と第三者」の問題についての誤想防衛説を採用したものと考えられるのである。^[14]

しかしながら、「二」で述べたように、本件は、「防衛行為と第三者」の問題としてではなく、いわゆる「緊急救助（＝他人のための正当防衛）の失敗」と考えられるべきであるから、果たして「いわゆる誤想防衛の一種」と解することが適切であつたのかについては疑問の余地がある。（誤想防衛概念を無用に拡張してしまったのではないか）端的に、救助しようとした者を誤って死亡させたという個別具体的・特殊な事情により、（いわば例外的ではあるものの）故意の符合は認められない、あるいは、故意責任まで問うべき場合ではない、という説明あたりに止めておくべきではなかつたかと思われる。

このことは、次のことからも説明し得る。いわゆる数故意犯説の理論的な根拠は、仮に意図しなかつた結果であるとしても同一の構成要件を実現しようとした直接的な反規範的人格態度がその行為には認められるべきである、あるいは、意図した結果と同様の故意非難を向け得る、という類型的・一般的な思考に基づくものであるといえる。したがつて、その類型的・一般的な根拠を個別的に否定するような特別の根拠・事情が存在するのであれば、故意責任を否定することもまた可能と考えられる。^[15]

三、「暴行」概念について

原審判決においても、本判決においても、被告人には「本件車両を衝突させようとするまでの意図」はなかつたが、「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がけて車両を発進する行為」を「暴行」と解している。これは、判例・通説の立場を前提としたものといえる。^[16]

しかしながら、一部の有力な学説においては、暴行の結果としても、客体への接触が必要であると解すべきである、との主張がなされ、近時、再有力化しているので、少し詳しく検討を加えることとする。

確かに、判例・通説のように暴行とは有形力の行使であると解するのであれば、行為が客体に何らかの作用を与えたといえなければならない、といえなくもない。（これは、暴行罪は、いわゆる間接暴行までをも取り込んだ「被害者」の安全感までをも保護法益とするものではない、また、暴行罪も形式犯ないし（単純）拳動犯なのではなく、結果犯として考るべきである、という理解・理論的な立場に依拠した見解もある。）そして、また、客体との接触が不要であると解してしまうと脅迫との概念上の区別・限界づけが極めて曖昧になってしまいう問題の指摘も鋭い点を突いてはいる。

そうではあるものの、わが国の現行の刑法典においては、暴行罪が「傷害の罪」の章におかれていることからも、（最判昭和三九年の抜き身の日本刀を被害者に当てるつもりはなく、振り回した結果、誤つて妻を殺してしまった事例のように、接触必要説を前提とする）暴行の故意は認められないものの）客観的には傷害に至る現実的な危険性（あるいは、実質的な危険性、差し迫った危険性、結果発生の可能性・蓋然性）をもつた行為が、①結局は傷害結果を発生させなかつたという場合には、（脅迫罪などの別罪に当たらない限り）、傷害未遂の規定を欠くために無罪と解される（べきである）、あるいは、逆に②結果

を発生させた場合には、暴行の故意が認められないために、過失致死傷罪にしか問い合わせない、などという解釈はやはり現行刑法典の予想しないところであると思われる。また、本件のように、行為者が少なくとも、そういうた行為のもつ客観的危険性については十分に認識していたといえる場合にまで、論者のように、「（「害を加える旨」の「告知」を欠くので、）客観的にはせいいぜい脅迫罪の構成要件的結果を生ぜしめた」というのにとどまり、そこから致死傷の結果が発生したとしてもいわば「脅迫致死傷」とでもいうべき類型なのであり、現行法の解釈としては脅迫罪と（業務上ないし重）過失致死傷の觀念的競合である、と解すべきでないようと思われる。以上の検討からも、本判決の暴行概念は是認してよいものと思われる。

四、正当防衛状況の認定について

原審が、「太郎が春野から危害を加えられているものと考え、太郎を助けるため同車を春野に向けて急後退させて同人を追い払おうとして」と認定しつつも、三六条の適用の可否をおよそ検討していないのとは極めて対照的に、本判決では、「確かに、……、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る（る）。しかし、……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。（中略）（相手方に本件車両を衝突させようとするまでの意図は認められず、これがあらかじめ予定していた攻撃行為とみることもできない）。……太郎は木刀で二発殴打された上に、さらに春野に木刀で襲いかかられており、被告人も、本件車両の中に居たものの、二、三名から木刀やバールで攻撃を受け、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、両名の生命・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。」と解していふ。

本判決が、前提としたのは以下の最高裁の、不正の侵害の「急迫性」及び防衛意思についての判例理論と考えられる。
すなわち、①侵害を予期しつつ、積極的な当該機会の利用・加害意思を持つていたといえるかどうか（最決昭和五二年）、

（②専ら攻撃の意思に出たものといえるかどうか（最判昭和六〇年）、という大きく言って二つの判断基準に基づいて、仮に外形的には「自己又は他人の権利を防衛するために」した行為であるとしても三六条の適用範囲から除外する場合がある（その場合には、およそ「過剰防衛」にもならない）、というものである。

この点について、学説は一部を除き、総じて批判的である。

しかしながら、最高裁の基準から三六条の適用範囲内と認められる場合には、学説もそれを否定するものではないから、（原審のいわば形式的な判断を否定して）最高裁の判例理論・判断基準に基づき三六条の適用可能性を認めた本判決の判断は肯定され得るものと思われる。

五、防衛行為の相当性、及び、太郎に対する過失責任について

本判決は、そのうえで、防衛行為の相当性判断に関して、「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っため、加害者がいる付近を目が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をも加味すると、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、現に春野が避け切れず

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。」として、「春野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」と解している。

ここで、問題となるのは、防衛行為の手段としての適切性である。被告人は、「太郎を助け出して一緒に逃げるため、相手方グルーピー員……らを追い払おう」とするためとはい、「太郎が春野と木刀の取り合いをして」いる「方向を目がけて」、「夜間にサイドミラーで見ただけの対象物は距離関係も不明確であるにも関わらず、また、「おおよそ左後方を目がけた走行とみる余地もあり、後退走行であっても、その程度の概括的な方向設定」により、「時速約二〇キロメートルで約一五・五メートル後退進行させ」た。

たしかに、春野に対しては、手に衝突させただけである。しかし、それと同時に、劣勢であった（と思われる）太郎を誤つて躊躇してしまった。春野に生じた結果について「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」と解した点は、法益の相対的な権衡、あるいは、結果の相対的軽微性の観点から説明し得るもののが、仮に、太郎ではなく

く春野であったとしたら、どのように判断されたのであろうか。また、太郎の死について「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」とするが、上述した認定事実に鑑みれば、過失責任を問い合わせる、問うべきではあつたのではないか。人気のないところではなく、堺駅付近でしかも周囲には目撃者が何人かいたという状況に鑑みれば、警察などへの助けを求めるべきではなかつたのか。私見もまた、判例・通説と同様に、防衛行為において他にとりうる手段がなかつたという意味での補充性までをも要求するべきであるとは考えないが、本件の場合、防衛行為に出てよかつたとはいひ得ないのでなかろうか。本判決は、太郎を助けようとした、という行為者の目的・意図を（いわば過大に？）重視するものといえようが、車両の後退進行行為を事後の・客観的な、つまり第三者の観点からすれば、太郎あるいは春野に対する重大な結果をいわば必然的に惹起する性格のものであった、といふべきなのではなかろうか。その意味で、その結論はともかく、原審が、「まことに短絡的で粗暴かつ危険極まりないもの」と指摘したのは的確であったと思われる。さらに付言すれば、不注意な自動車事故で同乗者を傷害させてしまつたときの罪責との均衡を考えても過失責任を問うべきであつた

のではないだろうか。

六、その他

① 訴因の変更について

本件のように、故意の（本位的・主位的）訴因のもとで、過失犯を認定し得るかという点については、予備的訴因や追加的訴因、縮小認定などにより、裁判所は認定された事実に基づき故意か過失かを評価し得るようと思われる。いわゆる数故意犯

説に立つことを明示したと考えられている、上述の最判昭和五三年の存在にも鑑みれば、検察官も裁判所も法的評価（特に責任に関する部分についての評価）については、そのように対応すべきではないだろうか。たしかに、訴因変更命令や訴因変更の時期的限界といった困難な問題は存在するが、本件のような場合には、事実認定というより、むしろ法的評価そのものの問題であるともいえるのであるから、控訴審のようにいわば形式論に基づいて無罪の結論を導いたのは、原審が故意犯を認定したこととの関係においては理解できなくもないが、結論の説得性をいささか欠くようと思われる。

② 「無罪」という結論について

たしかに、検察官も上告しなかつたことから、当該問題の具

体的解決、紛争処理という点では控訴審判決は妥当であったのかかもしれない。しかしながら、被害者が肉親・兄弟・家族であつた、という特殊事情をいささか強調しすぎているとの印象

は否めないようを感じられる。仮に、本件の被害者（＝相互闘争状況において助け出そうとしたが、それに失敗して重大な結果を生ぜしめた客体）が通りがかりの人・友人・同僚・先輩や後輩であつたのであれば、また、違った結論になつたのではないか。

また、修復的司法の見地からは、当該問題の具体的な解決、紛争処理の方がより優先されるであろうから、無罪という結論もまた支持しうるのかもしれないが、積極的一般予防論・規範的予防論ないし規範論や法益の保護の観点からは、無罪という結論についての理由付けとしては不十分なもの、十分な説得性を欠いたものといわざるを得ないと思われる。

七、まとめ

以上詳しく述べたように、本判決にはいくつかの理論的な問題点が存在するようと思われる。しかしながら、従来、本件のような緊急救助の失敗に関する裁判例は公表されていないうのであり、従つて、学説においても実務家においてもあま

り突っ込んだ検討がなされてはいない。そういう議論の蓄積の乏しい事例類型が公にされたことにより、議論が活性化されるであろう、との期待を抱かせるのに充分な、興味深い裁判例であることは間違いないであろう。

註

- (1) 原審と控訴審の認定事実は、細部の一点では相違するものの、その他は基本的に一致している。
- (2) なお、公訴事実は、「被告人は、平成一〇年七月四日午前〇時二〇分ころ、大阪府堺市戎島町先路上において、実兄の太郎（当時二一年）ほか四名と共に、春野（当時一七年）ら一〇名の男女とけんかをすべく対じたところ、同人らから木刀等で攻撃を加えられ、その場に停車させていた被告人の普通乗用自動車の運転席に逃げ込んだ際、同車後方付近で、右太郎が右春野と木刀を取り合っているのを認め、同車を同人に衝突させる暴行を加えようと決意し、直ちに同車を運転し、同人及び右太郎の方向を目がけて時速約二〇キロメートルで約一五・五メートル後退進行させ、右春野の右手に同車左後部を衝突させるとともに、右太郎に同車後部を衝突させた上、その場に転倒させてれき過する各暴行を加え、よつ
- (3) 大阪地裁堺支部・平成二三年七月一九日判決（判タ一一四号二九七頁）。
- (4) 詳しくは、拙稿「防衛行為による第三者の法益侵害について（一）名古屋大学法政論集一九四号（二〇〇二年）二三七頁以下、同（二）一九七号（二〇〇三年）一二九頁以下を参照されたい。
- (5) 前田雅英『Lesson on刑法37』（一九九七年）三六頁以下、同『刑法総論講義（第三版）』（一九九八年）二三六頁。しかしながら、前田教授の記述においては、本件のような緊急救助（＝他人のための正当防衛）の失敗」というケースを含めて議論されてはいないと思われる。
- (6) たとえば、盛岡地裁一関支部・昭和三六年三月一五日判決（判時二五四号三五頁）など。
- (7) たとえば、田藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）二四二頁など。
- (8) なお、「被告人は、太郎から、『逃げるぞ。次郎、車回せ。』

いわゆる「誤想防衛」の一事例？（百合草）

- と言われ」たから、車両を太郎に向けたのであり、被害者の同意が認められるべきであるとも考えられるが、自分がそれによって撲き殺されるということにまで同意していたとまではやはり解し得ないので、いずれにせよ、「死亡」結果までは正当化され得ない。但し、危険な救助行為を被救助者自らが選択した、という意味で、いわゆる「危険の引受け」として違法性の阻却を肯定するという構成がおよそなし得ないのであるのか、という点については今後の検討課題としておきたい。
- (9) 最判昭和二二年一二月一五日（刑集一巻八〇頁）、最判昭和二五年一一月九日（刑集四巻一号二三三九頁）。
- (10) 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（一九九〇年）四二二頁以下、西田典之『刑法各論（第二版）』（二〇〇二年）四四頁以下。
- (11) 最判昭和五三年七月二八日（刑集三一巻五号一〇六八頁）。
- (12) 団藤・総論二九八頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』（一九七五年）一五四頁以下、中野次雄『刑法総論概要（第三版補訂版）』（一九九七年）一一八頁以下、大谷實『新版刑法講義総論』（二〇〇〇年）一九三頁以下、井田良「具体的事実の錯認」現代刑事法一巻六号（＝通号六号）（一九九九年）八七頁以下。
- (13) 团藤・総論二四二頁以下、佐久間修『刑法講義（総論）』（一九九七年）二二八頁以下（なお、一故意犯説）、前田・総論（二〇〇〇年）八七頁以下、木村・刑法九二頁以下、井田・「正当防衛論」（二〇〇〇年）二二五頁以下、大塚仁ほか（編）『大コンメンタール（第二版）』第二卷（堀龍幸・中山隆夫）三七二頁以下、四一三頁、前田雅英（編集代表）『条解刑法』（二〇〇二年）一〇七頁以下など。
- (14) なお、この点についての分析については後掲の佐久間修教授の本件解説も参照されたい。
- (15) 团藤・総論二九八頁以下。
- (16) 前田・総論三三二頁以下。
- (17) なお、これに対して、いわゆる具体的符合説ないし具体的法定（的）符合説に立つのであれば、いわば「例外的」でなく、その理論的前提（すなわち、違法性を基礎付ける事実の認識があつたかなかつたか、という点）からストレート

に故意の否定という結論を導出し得るであろう。（その意味で、山本輝之教授「[優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五卷二号（一九九六年）二二一頁以下、「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法二卷一号（二〇〇〇年）九号）（二〇〇〇年）五三頁以下、島伸一（編）『たのしい刑法』（一九九八年）一二九頁。）や斎藤信治教授「[刑法総論（第五版）】（二〇〇三年）二〇八頁以下）がこの立場に立ちながらも、誤想防衛の一類型と解されている点は筆者は理解困難である。）

また、被侵害者を救助できて初めて、つまり防衛効果が生じ初めて行為の違法性が阻却されると解する立場（上述の山本教授の見解）に立てば、春野に対する暴行罪について正当防衛による違法性阻却も否定されることになり、春野に対しての誤想防衛が問題とされる、ということになる。しかし、この見解は、優越的利益原理にもとづく徹底して事後的な違法性判断を追究するものであり、傾聴に倣するが、行為の時点において正当防衛となりうる可能性を有していたのであれば、やはり正当防衛の成立を肯定してよいように思われる。

(18) 最決昭和三九年一月二二八日（刑集一八卷一号三一頁）。

(19) 团藤・各論四一九頁以下、西田・各論四四頁以下。

(20) 平野龍一「概説刑法」（一九七七年）一六六頁以下、小暮得雄ほか（編）『刑法講義各論〔有斐閣大学双書〕』（一九七八年）〔町野朔〕四一頁、山口厚『問題探究刑法各論』（一九九九年）三四頁以下、同『刑法各論』（二〇〇三年）四二頁以下。なお、本節の記述は、同説に立たれる山本輝之教授との議論に大きな示唆を得たものである。ここに記して、感謝申し上げたい。

(21) 山口・問題探究各論四二頁。

(22) 適切かつ簡潔な判例理論の分析として、山本輝之「防衛の意思」松尾浩也ほか（編）『刑法判例百選I 総論（第四版）』（一九九七年）五〇頁以下。
 (23) 最決昭和五二年七月二一日（刑集三一卷四号七四七頁）
 (24) 最判昭和六〇年九月一二日（刑集三九卷六号二七五頁）
 (25) たとえば、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）三四六頁以下。

※ なお、本判決に関する解説・評釈・コメント等として、判タ一一四号二九三頁の匿名解説のほか、川端博「防衛行為と第三者」研修六六五号（二〇〇三年）三頁以下、松原久利

いわゆる「誤想防衛」の一事例？（百合草）

〔〔研究者の視点・最新重要な判例解説〕正当防衛行為の結果が第三者に発生した場合と誤想防衛」受験新報二〇〇三年八月号（二〇〇三年）一八頁以下、佐久間修「防衛行為に伴う

予想外の結果と誤想防衛による故意の阻却」判例セレクト二〇〇三〔法学教室二八二号別冊付録〕（二〇〇四年）二八

頁、本田稔「〔最新判例演習室〕正当防衛行為が予期せぬ第三者を侵害した場合の故意の成否」法学セミナー五八八号（二〇〇三年）一二〇頁、曲田統「〔判例研究〕被告人が、相手方

グループ員から危害を加えられている実兄を助け出して一緒に逃げるために、正当防衛として、暴行の故意をもつて、相手方グループ員付近に普通乗用自動車を急後退させて同人らを追い払おうとした際、誤って実兄に車両を衝突、轢過して死亡させた行為は誤想防衛の一種であり、故意責任を認める

ことはできないとされた事例」札幌学院法学二〇卷一号（二〇〇三年）七五頁以下、井田良「判例の動き〔刑法〕」判例セ

レクト二〇〇三〔法学教室二八二号別冊付録〕（二〇〇四年）二五頁、佐伯仁志「刑法判例の動き」平成一五年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊・一二六九号〕（二〇〇四

年）一四八頁以下、高橋則夫・武藤真朗・仲道祐樹「高橋執筆部分」〔判例回顧と展望・刑法〕判例回顧と展望二〇〇三

〔法律時報臨時増刊七六巻六号〕（二〇〇四年）四三頁がある。併せて、参照されたい。

〔追記〕脱稿後に、前田雅英教授の本判決についての解説に接した。前田『最新重要な判例二五〇刑法〔第五版〕』（二〇〇四年）五九頁。