

盗犯等防止法 1 条 2 項の誤想防衛

- 【文献種別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和1年11月6日
【事件番号】 平成31年（う）第658号
【事件名】 傷害致死被告事件
【裁判結果】 原判決破棄、無罪
【参照法令】 刑法 205 条、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律 1 条 2 項
【掲載誌】 公刊物未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25565200

大阪市立大学准教授 徳永 元

事実の概要

被告人（スリランカ国籍）は、平成30年6月24日午前2時20分頃、自宅居室において、就寝中に、A～Dら面識のないカンボジア人男性ら4人が、前触れもなく同居室に上がり込み、名乗りもせず、訪問の用件も告げなかったことから、同人らに対し、日本語で「外、外」と言うなどして外へ出るよう求めた。しかし、同人らが退去しようとしなかったことから、Aの身体を押し、続いて、包丁を同人らに示し、さらに、包丁を手にしたまま再びAの身体を押し、同人が倒れるなどしたところ、同居しているスリランカ人のEに、Aとの間に入って制止されるとともに、背後よりDに両腕で両上腕ごと上半身に抱きつかれた。被告人は、Dに対し、右手で逆手に持った包丁を振り下ろし、その右太ももを1回突き刺す暴行を加え、よって同人を右大腿部刺切創による出血性ショックにより死亡させた。

宇都宮地判平 31・2・28（LEX/DB25565199）は、正当防衛の成否について、Aらの不退去を「被告人の住居の平穏を害する違法な行動」とした上で、被告人の行為をこれに対する不相当な反撃行為と評価した。さらに、誤想防衛の成否について、被告人がAらから何らかの暴行を受けるのではないかと誤想した可能性を否定することはできないものの、Dを刺した被告人の行為は、「身を守るための反撃行為としては、目的も程度もバランスを欠いており、盗犯等防止法1条2項の要件を前

提としても明らかにやりすぎだったとしか考えられない」とし、本件は同条項の誤想防衛をしようとして過剰となった場合であるから、刑法36条2項（過剰防衛）により刑の減輕等が任意的には可能となる行為であるとした。

判決の要旨

東京高裁は、まず、原判決が、①正当防衛、誤想防衛の判断に当たり、Dが、包丁を振り上げてAに迫ろうとする被告人の両腕の肘の上を、外側から抱え込むように抱きついた行為（以下、「抱きつき行為」）を考慮しなかったこと、②被告人が、Dに対し、数回包丁を振り下ろしたと認定し、また、被告人が、背後から自分に抱きついているDを刺すつもりで、Dの身体へ向けて刃物の刃先を振り下ろし、相当に深く刺したことを認定したことについて、論理則・経験則に照らして不合理であるとした。続けて、以下のように述べ、盗犯等防止法1条2項の誤想防衛が成立するとして、原判決を破棄して無罪を言い渡した。

まず、正当防衛について検討すると、Aらが被告人宅に滞留したことが、被告人の住居の平穏を害する違法な行為であったことはもちろんとして、加えて、Dの抱きつき行為は、被告人に対する暴行に他ならないから、被告人の身体の安全を侵害する違法な行為であった。そうすると、被告人の行為は、盗犯等防止法1条1項3号が規定する、自己の身体に対する現在の危険を排除する

ためのものに当たるといふべきである。しかしながら、この場合でも、その行為が現在の危険を排除する手段として相当性を有することが必要であるところ、包丁を振り下ろした被告人の行為は、客観的にみれば、やはり相当性を逸脱しているといわざるを得ない。

「次に、誤想防衛について検討する。被害者らは、深夜、それまで面識のなかった被告人宅に4名で上がり込み、氏・素性や訪問の用件も伝えず、被告人らから出ていくように言われても出て行かなかったのである。その上、被害者らの素性や訪問目的も分からなかった被告人が、出ていくように言っても出て行かない数名を追い出すため、包丁を取り出してこれを示して脅したものの、被害者に背後から抱きつかれ、両腕を上から押さえられたという事情を考慮に入れれば、被害者らに積極的に危害を加える意思のないことが被告人に分かるはずもなく、この時に、包丁を取り上げられ、殺されるかもしれないと思った旨の被告人の供述の信用性を否定することはできないといふべきである。すなわち、包丁を取り上げられた場合という実際には起きていない事態に対応する被告人の認識は、本件においては、上記の事情を前提とすれば、当時、被告人がそのように認識しても何らおかしくない程度のものであったと認められる。

そして、このような被告人の認識を前提とすれば、包丁を取上げられることで一気に形勢が逆転し、自己の生命、身体に対する重大な侵害が予測される事態となる以上、被害者に離れてもらうために、背後から抱きついている被害者の大腿部に向かって持っていた包丁を1回振り下ろす行為は、包丁の振り下ろしによる刺突の程度がそれほど強いものではなかった可能性を否定できないことにも照らせば、被告人の誤想した被害者の侵害行為に対する防衛行為として考慮すると、相当性がないとはいえない。すなわち、被告人は、客観的に存在した被告人の身体に対する現在の危険に加え、生命及び身体に対する重大な現在の危険が存在すると誤想し、その誤想した危険を前提とすれば、相当性の範囲内の手段によって、被害者を殺傷するに至ったものであるから、結局、盗犯等防止法1条2項の誤想防衛が成立するといふべきである。」

判例の解説

一 はじめに

本判決は、被告人の行為が盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、「同法」または単に「法」と表記）1条2項の誤想防衛に該当するとして、無罪を言い渡した。同法1条については、複数の要件論が判例により展開されているが¹⁾、本判決は、これらに言及することなく、誤想防衛に関する事実認定の次元で結論を導いているという特徴を持つ。

二 法1条2項に関する従来判例

法1条2項の適用については、次の2つの判例が重要である。

第1に、条文所定の要件に加えて、「宥恕すべき事情」が必要であるとした、大判昭13・7・29（刑集17巻619頁）である。最高裁としてこれに言及した事例はないが、下級審裁判例は、有罪としたものも²⁾、無罪としたものも³⁾、「宥恕すべき事情」を論じている。

近年、法1条2項の誤想防衛が成立するとの合理的な疑いが残るとして無罪を言い渡した事例として、広島高判平30・3・14（高刑速（平成30年）416頁）がある。事案の詳細は省略するが、広島高裁は、法1条2項の誤想防衛の成立のためには、「現在の危険を排除する手段として相当なものであることが必要であるが、刑法36条1項にいう『やむを得ずにした行為』であることは必要でない」とし、この意味での相当性を逸脱しているとはいえないとして、原判決を破棄して無罪を言い渡した。ここでは、「宥恕すべき事情」が認定されていない点が問題となる。しかし、それ以前に、判示の「相当性」は法1条1項の要件とされるものであるため、広島高裁が何を根拠にこのような判断をしたのかは、不明というよりほかない。

第2に、法1条1項柱書の「現在ノ危険」について誤信がない場合には2項を適用することはできないとした、最決昭42・5・26（刑集21巻4号710頁）である。最高裁は、法1条2項は「同条1項各号の場合において、自己または他人の生命、身体または貞操に対する現在の危険がないのに、恐怖、驚愕、興奮または狼狽により、その危険があるものと誤信して、これを排除するため現場で犯人を殺傷した場合に適用される規定であつ

て、行為者にそのような誤信のない場合には適用がないものと解するのが相当である」とした。これは、法1条2項は、「誤想防衛に適用されるのであって、過剰防衛には適用されない」という趣旨で理解されることとなる⁴⁾。

もっとも、恐怖等から殺傷行為がなされたとして、①「現在ノ危険」が客観的には存在しないが、これを誤信した場合のほか、②客観的に存在する「現在ノ危険」を過大に誤信した場合、③「現在ノ危険」が存在せず、かつこれを誤信してもいない場合がありうる。ところ、上記最決昭42・5・26は③の事案であり⁵⁾、②の事案にまで射程は及ばないと解する余地は残る⁶⁾。とはいえ、条文中に「現在ノ危険アルニ非ズト雖モ」と書いてあり、上記最決昭42・5・26が「現在の危険がないのに」とする以上、「現在ノ危険」がある場合にも適用を認めることができるのかは、1つの問題になりうるのである。

本判決は、これらの点について特に何も述べることなく、被告人を無罪としている。

まず、「宥恕すべき事情」については、法1条2項適用の独立の要件と一般には整理されているが、従来の下級審裁判例を分析すると、むしろ、事案全体が宥恕すべき事情に見える必要があるという程度のものであると理解することもできる⁷⁾。そうすると、本判決は、全体として「宥恕すべき事情」のある事例の一例と位置付けられることになる。

より重要であるのは、1項柱書の「現在ノ危険」について誤信がない場合には、2項を適用することはできないとする判例との関係である。本件は、「客観的に存在した被告人の身体に対する現在の危険に加え、生命及び身体に対する重大な現在の危険が存在すると誤想」した事例であり、上記の整理ではまさしく②の事例である。本判決はこれに適用を認めたのであるが、この点について意識的かつ明示的な判断が望まれるところであった。

なお、それ以前の要件として、法1条2項は、行為者が「恐怖、驚愕、興奮又はハ狼狽」により「現場ニ於イテ」相手方を殺傷したことを定めている。本判決はこれらについて言及していないが、いずれも本件では疑いがないので、結論として問題はないということになるのだろう。もっとも、個々の要件を確実に吟味することは常に求められる。

三 誤想防衛判断としての本判決の意義

以上のように、法1条2項の要件論としては、本判決の意義は限られている。実践的な重要性は、むしろ本判決のとった誤想防衛の判断方法に見出される。

本判決は、原判決の結論を覆す前提として、何点か事実を認定しなおしている。すなわち、誤想過剰防衛とした原判決の結論を変更し、誤想防衛とするためには、被告人に過剰性の認識がなかった、つまり、被告人の行為はその誤想した急迫不正の侵害が現実存在したとすれば必要・相当であったという判断を必要とする⁸⁾。そうすると、原判決が認定したのよりも、被告人の主観面において、一方で、(誤想した)急迫不正の侵害の程度が大きかった、他方で、反撃行為の侵害性の程度が小さかったという認定が求められる。当然、被告人の主観面は当時の客観的事実の認識であるので、客観面においても同様の事情が認められればなおよいということになる。

これを根拠付けるために、本判決は、原判決が、①正当防衛、誤想防衛の判断に当たり、Dの抱きつき行為を考慮しなかったこと、②被告人が、Dに対し、数回包丁を振り下ろしたと認定したこと(②-a)、また、被告人が、背後から自分に抱きついているDを刺すつもりで、Dの身体へ向けて刃物の刃先を振り下ろし、相当に深く刺したと認定したこと(②-b)を論難する。

①は、主として、現実のおよび被告人が誤想した急迫不正の侵害に係る。原判決が、Dの抱きつき行為の目的について「仲間が包丁で刺されることを防ぐため、被告人に包丁を使わせないため」と認定しつつ、これを急迫不正の侵害の内容に含めなかったのに対して、本判決は、「一連の行為の中の一部分を分断して考慮対象から除外するのは相当ではない」とした。このように行為時の状況を全体的に評価する姿勢は、判例の一般的な態度と比べてよいだろう⁹⁾。本判決では、急迫不正の侵害の程度が大きくなるというかたちで、これが被告人に有利にはたらいっている。

続いて、②は、被告人の行為の侵害性の程度が、原判決が認定したのよりは、客観的にも主観的にも小さかったということ为基础付ける。②-aは、被告人の行為態様に関する判断であり、原判決が包丁を数回振り下ろしたと認めたのに対して、本

判決は、実際に刺さった1回以外の振り下ろし行為は、被告人がDに後ろから体を抱えられたまま身体を振られたために生じた動きであった可能性や、被告人がDに手を離させるためにした威嚇的な動きであった可能性も否定できないとした。そして、②-bについては、被告人が相当深く刺すつもりであったとは言い切れない、包丁を振り下ろした目的が後ろから抱えている被害者に手を離させることにあったことは否定できないとした。すなわち、ここでは、②-aにおいて、被告人の行為の客観的な侵害性が縮小されつつ、これに対応するかたちで、被告人の侵害意思が弱められると同時に、相当性の誤信の前提となる、被告人の主観面における行為の侵害性の程度も縮小されているのである。

重要であるのは、急迫不正の侵害がより大きくより切迫したものであれば、防衛行為の侵害性の許容度も大きくなることが多いということである。加えて、誤想防衛の場合には、急迫不正の侵害の程度や切迫度が行為者においてより大きく見積もられているので、仮定的な防衛行為の必要性・相当性もより緩やかに判断されることになる。そして、行為者が急迫不正の侵害についてどのような（誤った）表象を形成するかは、ふたたび相手方の態度といった客観的事情に左右される。したがって、誤想防衛の判断に当たっては、行為者が直面した状況を精確に認定するとともに、それを不足なく考慮に入れる必要がある。

この意味で、本判決の最大のポイントは、Dの抱きつき行為を新たに考慮した点にあるとみるべきだろう。これにより、「包丁を取り上げられた場合という実際には起きていない事態」、そして「包丁を取り上げられることで一気に形勢が逆転し、自己の生命、身体に対する重大な侵害が予測される事態」を誤想の内容に加えることが自然になるとともに、仮定上の「相当性」も緩和されることになる。反対に言えば、過剰性の認識の不存在は、急迫不正の侵害を中心とする行為時の客観的な状況の切迫性によって、主張の説得性を裏付けられるということである。

以上は一般的な誤想防衛の検討であるが、法1条2項の誤想防衛としては、前提となる「相当性」について確認すべきことがある。すなわち、法1条1項の正当防衛については、最決平6・6・30

（刑集48巻4号21頁）が、これは刑法36条1項の正当防衛を拡張したものであり、後者よりも「緩和された相当性」を要件とすると判断して、確立した判例となっている。したがって、法1条2項の誤想防衛が前提とする過剰性の認識の不存在は、「緩和された相当性」を基礎に判断されなければならないはずである。本判決は、この点について特段言及をしていないが、これを念頭に置いていけば、上記のような細かい事実認定を要することはなかったのかもしれない。

というよりも、そもそも重要なのは、被告人の行為が本法1条2項の要件を充足するか否かであって、誤想防衛か誤想過剰防衛かではないはずである。刑法36条の正当防衛・過剰防衛もそうであるが、条文所定の要件と別のところで事案が解決されることにより、法的安定性や訴訟経済が大きく損なわれているように思われてならない。

●—注

- 1) 本法の趣旨については、川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、1998年）35頁以下、宮川基「盗犯等防止法の成立史」東北学院64号（2006年）1頁以下。筆者の理解については、拙稿「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第1条について」九法114号（2016年）1頁以下。
- 2) 札幌高判昭39・1・28高刑集17巻1号118頁、東京高判昭47・12・21東高刑時報24巻1号8頁。
- 3) 松江地判昭33・6・9一審刑集1巻6号877頁、前橋地高崎支判昭41・10・14下刑集8巻10号1351頁、神戸地姫路支判昭42・5・30判タ210号240頁、仙台高判昭49・7・8刑月6巻7号784頁。
- 4) 伊藤榮樹＝小野慶二＝莊子邦雄（編）『注釈特別刑法（第二巻）』（立花書房、1982年）282頁以下〔中谷瑾子〕、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀（編）『大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻』（青林書院、2016年）676頁以下〔堀籠幸男＝中山隆夫〕。
- 5) 原審によれば、被害者は「具体的な暴力行為に出た事跡は見られない状態であった」。
- 6) 実際に、前掲仙台高判昭49・7・8は、②に該当する事案である。
- 7) 拙稿・前掲注1）26頁参照。
- 8) この点に関する判例の整理は、森永真綱「判批」成瀬幸典＝安田拓人（編）『判例プラクティス刑法I 総論〔第2版〕』（信山社、2020年）203頁。
- 9) たとえば、喧嘩闘争について、最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁。