

# 誤想過剰防衛に関する一考察

—「勘違い騎士道事件」判決に即して—

宗岡嗣郎

## 一 はじめに——二つの最高裁判決

いわゆる誤想過剰防衛につき、最高裁昭和四一年七月七日決定（刑集二〇巻六号五五四頁）は、被告人の長男Aが、まだなんらの侵害行為に出していないBに対し、所携のチェーンで殴りかかった上、なお攻撃を加えることを辞さない意思をもって、包丁を擬したBと対峙していた際に、Aの叫び声を聞いて表道路に飛び出した被告人は、右のごとき事情を知らず、AがBから一方的に攻撃を受けているものと誤信し、その侵害を排除するためBに対し猟銃を発射し、散弾の一部を同人の右頸部前面鎖骨上部に命中させたのであるが、その他原判決認定の事実関係のもとにおいては、被告人の本件所為は、誤想防衛であるけれども、その防衛の程度を超えたものとして、過剰防衛の規定である刑法三六条二項により処断すべきものとした（以下「四一年決定」という）。

この最高裁決定は、急迫不正の侵害が「ない」のに「ある」と誤想して防衛行為を行なう場合、その防衛行為が相当性の範囲を逸脱した時に、誤想过剰防衛として、刑法三六条二項による刑の減軽を認める趣旨であり、有名な「勘

「違い騎士道事件」の最高裁昭和六二年三月二六日決定（刑集四一卷二号一八二頁）でも継承されている（以下「六二年決定」という）。

さて、この「勘違い騎士道事件」が本稿の考察対象であるが、事案の内容を概観しておこう。被告人は、日本語の能力が不十分な空手三段の在日英国人であり、A（女性）とBが路上で揉みあい、Aが倉庫のシャッターにぶつかりながら路上に倒れて尻もちをついたところ、被告人は、AがBから暴行を受けているものと誤信し、Aを助けるべくA・B間に別け入ったときAから「ヘルプミー」と言われ、Bの方に振り向き両手を差し出してBの方に近づいたのに対し、Bがボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとったので、自分にも殴りかかってくるものとさらに誤信し、自己およびAの身体を防衛するため、とつさに空手技の「回し蹴り」によって左足をBの右顔面に当て、Bを路上に転倒させて頭蓋骨折等の傷害を負わせ、よって八日後に脳硬膜外出血および脳挫滅により死亡させた。最高裁は、本件「回し蹴り」行為は、被告人が誤信したBによる急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであり、被告人の所為について傷害致死罪（故意犯）を認めた上で、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとし、刑法三六条二項による刑の減軽を認めた東京高裁判決を「正当である」と認めた。

右の東京高裁判決は、あきらかに四一年決定に従うものであるが、実務的には、刑法三六条二項の適用あるいは準用から導かれる結論の妥当性が決定的なポイントになってきているのだろう。この誤想過剰防衛の論理は今や「判例として確立している」といわれる<sup>①</sup>。しかし、この処理には、いくつかの理論的な問題点がある。本小稿では、以下、刑法上の「故意」の概念内容と認識論の関連に絞って若干の考察を試みよう<sup>②</sup>。

## 一 「いわゆる誤想過剰防衛」は故意犯なのか

まず、判例のいう「いわゆる誤想過剰防衛」について、その内容を確認しておく。そうしなければならぬ理由は、誤想过剰防衛が古くからの学説上の論点でありながら、「諸見解の対立は多岐にわたり、その帰趨も未だ定まったものとはいえない<sup>3)</sup>」状態であり、その本質が必ずしも明確ではないことによる。誤想防衛は、学説に對立はあるものの、各々の責任論の中で、理論的な整合性をもって基礎づけられている<sup>4)</sup>。過剰防衛も、違法論と責任論が交錯するために誤想防衛よりも複雑であるとはいえ、各説ともに理論的な整合性を維持している。しかし、両者が織り成している誤想过剰防衛では、学説がそうであるように、判例においても理論的な明確性があるとはいえない。

そこで、判例における「いわゆる誤想过剰防衛」は、そもそも誤想防衛なのか、過剰防衛なのかということを、まず考察しよう。最高裁は、四一年決定でも六二年決定でも、過剰防衛に関する刑法三六条二項の準用（準拠）を認めているので、要するに、これを過剰防衛だと考えている。過剰防衛は、正当防衛が成立する状況のもとで、防衛行為が相当性の範囲を超えたときに認められるので、正当防衛に防衛の意思が必要であると解されている以上、意思的な、いわば故意におこなわれた防衛行為だけが正当防衛になり、そのような防衛行為に対してのみ過剰防衛がありうる。したがって、誤想された「急迫不正の侵害」を基準としても、第一に、防衛行為が相当性の範囲を超えた過剰なものであること、第二に、防衛行為がいわば故意におこなわれた行為であることが前提となる。四一年決定では包丁を擬したBに散弾銃を発射することの認識、六二年決定ではファイティングポーズをとったBの頭部に回し蹴りを当てることの認識があったことから、認定された過剰性を基礎づける事実の認識があったとして、前者では殺人未遂罪、後者では傷害致死罪として故意犯の成立を認めた。

判例は「いわゆる誤想過剰防衛」を故意犯とみている。換言すれば、「いわゆる誤想過剰防衛」では、故意を阻却する誤想防衛の性格が背後に退き、過剰防衛の性格が前面に出る。急迫不正の侵害という正当防衛状況がなくても、それを誤想しているのであれば正当防衛として扱うという限度でのみ、誤想（錯誤）の効果が考慮されるにすぎない。錯誤の効果は防衛行為の過剰性にまで及ばない。そこには、正当防衛状況が実在する場合の過剰防衛の効果（情状による任意的な刑の減免）との関連で、正当防衛状況を誤想した場合にまで、防衛行為の相当性に関する錯誤の効果（故意の阻却）を認めれば、両ケースの均衡を失するという実務的な配慮があるのだろう。<sup>(5)</sup>

こうして、右の二つの決定からあきらかなように、防衛行為に相当性がある場合にのみ、最高裁は誤想防衛を認める。少なくとも、そう読めるし、四一年決定については、調査官もそう理解している。誤想防衛において故意を阻却するのは、「犯人の認識（誤信）する、行為を適法とする事実（急迫不正の侵害）に対し、防衛行為が相当性をもつかぎりにおいて」である<sup>(6)</sup>と。しかし、先にふれた均衡論の実務的な重要性は無視しえないとしても、防衛「行為の相当性」という違法の問題と「故意の有無」という責任の問題との関連性は明確にされなければならない。この点、四一年決定から二〇年間にわたる学説の蓄積を反映して、六二年決定の解説を担当した調査官は「過剰性を基礎づける事実の認識を欠けば、やはり故意犯を認めることはできない」と指摘し、そう考えることも、六二年決定と矛盾するものではないと述べている<sup>(7)</sup>。防衛行為が「相当性を欠くに至れば、もはや故意は阻却されることはない」という単純な断定をためらわせているのだろう。

これは正当な「ためらい」である。一般論としては、判例も認めるとおり、「いわゆる誤想過剰防衛」は誤想防衛の一つであり、正当防衛状況に関してであれ防衛行為の相当性に関してであれ、そこに錯誤（誤想）がある以上、故意の成否は避けられない論点となるはずである。どのような場合に、錯誤（誤想性）の効果を認めて故意を阻却し、

過失犯規定を前提として過失犯を認めるべきなのか。これは、結局、当該事件の本質を故意犯とみるか過失犯とみるかの問題であり、故意および過失の本質規定によって決まる問題である。そして、六二年決定の事案では、東京高裁も最高裁も、事件の本質を故意犯と解した。すなわち、被告人は、被害者Bが両手を拳に握って「ファイティングポーズのような姿勢」をとったとき、とつさにBの右顔面付近に「回し蹴り」を当てたのであるが、その間の「事実」の認識があつたと認定して、最高裁は被告人に故意を認めた。東京高裁（東京高判昭和五九年一月二二日）は、本件「回し蹴り」の防衛行為としての相当性についてはあるが、一審（千葉地判昭和五九年二月七日）判決と比較しても、より詳細な事実認定をしている。また、防衛行為としての相当性を逸脱したとして、一審の無罪判決（誤想防衛）を破棄した結論についても、私はそれを十分に首肯しうるものだと思う。しかし、同時に、東京高裁の事実認定をみると、被告人がおこなった具体的なその回し蹴りにつき、被告人に外部的な事実の認識があつたという以外、その認識の具体的内容について、ほとんど何も明確にしていない。そういう実感も拭いがたい。最高裁決定についてもまた同じ実感がある。

一口に「認識」といっても、本稿で概観するとおり、私たちがおこなう認識の作用には相当の幅の広さがあり、はたらき方も様々である。それを無視して、「認識」という包括的な概念で、事件の本質を故意とみたり過失とみたりすることは、ほとんど不可能である。おそらく実務家はそのことを実感しており、「事実の認識」が問題となった多くの判例において、等しく「事実の認識」という言葉を使いながら、事件に直面して裁判官が捉みとる事件の本質理解の相違を反映させて、この言葉の具体的内容はおどろくほど多様である。ところが、六二年決定では、「事実の認識」という概念内容へのこだわりはほとんどみられない。

思うに、六二年決定の事案では、東京高裁も最高裁も、刑法三六条二項の準用による刑の任意的減輕という四一年

決定で示された先例に従って、そこから本件事案を判断しようとしたのであり、その定型的処理のためには被告人に故意があったとせざるをえず、被害者の顔面に「回し蹴り」を当てるといふ外部的事実の認識があったことをもって故意があったと認定したのであろう。「事実の認識」との関連で、本件を故意犯とみるのか過失犯とみるのかという問題の立て方よりも、結論的な妥当性をみながら、確定した処理方法に従ったように思われる。こうして、判例のいう「誤想過剰防衛」は「過剰防衛」だと再確認されて、錯誤にかかわる責任論の論理が背後に退き、「誤想防衛」性が後退した。しかし、先に述べたように、誤想過剰防衛は錯誤すなわち誤想防衛性を本質とするのであり、いわば過剰防衛の特典と引き換えにして、錯誤の問題を無視しうるものではない。<sup>(8)</sup> 根本的な問題は残されたままなのである。はたして、六二年決定の事案において、被害者の顔面に「回し蹴り」を当てることの認識は、それだけで、傷害罪の故意を認定しうる「事実の認識」であろうか。<sup>(9)</sup> 故意の本質的内容だとされる「事実の認識」について、簡単に整理しておく必要がある。

### 三 「事実の認識」とは何か——理論知と実践知

私は、以下、ほとんどの論者が立脚する規範的責任論に従って、「事実の認識」について考察する。規範的責任論では、刑事責任の本質は「非難」であり、そうだとすれば、故意責任の成否を左右する「事実の認識」が故意責任に対する非難を基礎づけるものでなければならぬ。つまり、「責任を問えること」すなわち「非難できること」とのかかわりで、故意論における「事実の認識」には固有の内容があるはずである。抽象的に「事実の認識」とは何かが問題なのではない。あくまでも、故意犯への「非難」という規範的な判断を基礎づけるものとして、「事実の認識」

の意義と内容を問うべきである。犯罪「事実」につき、どのような「認識」があれば、「故意犯への非難」という実践的判断がありうるのだろうか、あるいは「過失犯への非難」という実践的判断にとどまるのだろうか。

このことを考察するために、誤想防衛が争われたケースで、故意犯の成立を認めた昭和二十四年四月五日の最高裁判決（刑集三卷四号四二一頁）から、故意の認定における犯罪「事実の認識」とはいかなる内容なのかをみておこう。本判決は、実在した「急迫不正の侵害」に対する防衛行為の相当性につき錯誤があった場合のリーディングケースであるが、事件の内容は次のようなものであった。被告人は、老父Aが棒様のものを手にして打ち掛かってきたのに逃げ場を失い、自己の身体を防衛するために、その場にあった斧を斧とは気付かず何か棒様のものと思つてこれを手にしてAに反撃を加えたところ、昂奮のため防衛の程度を越し、その斧でAの頭部を数回殴りつけて昏倒させ、死亡させた。原審は、故意を認めて旧二〇五条二項の尊属傷害致死罪とし、昂奮のため防衛の程度を越したとして過剰防衛で刑を減輕した（以下「二四年判決」という）。

弁護人小野清一郎は過剰事実の認識がない誤想防衛として上告したが、最高裁は「原審は斧とは気付かず棒様のものと思つたと認定しただけでたゞの木<sup>①</sup>の棒と思つたと認定しているのではない」と述べ、「斧はたゞの木<sup>②</sup>の棒とは比べものにならない重量の有るものだからいくら昂奮して居たからといってもこれを手にもつて殴打する為め振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である、当時七四歳（原審認定）の老父が棒をもって打つてか、つて来たのに対し斧だけの重量のある棒様のもので頭部を原審認定の様に乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかつたとしてもこれを以つて過剰防衛と認めることは違法とはいえない」と判示して、上告を棄却した。

この判決につき、事実認定にかかわる疑問も提示されているが、<sup>⑩</sup>ここではそれを問題にしない。私が重視したいことは、故意認定の核心とされる犯罪「事実の認識」につき、殺害に使われた斧を「コレハ斧デアル」と認識している

必要はなく、「斧だけの重量のある棒様のもの」で頭部を原審認定の様に乱打した」ことに注目している点である。周知のとおり、最高裁は故意の内容に違法性の認識を要求しないが、「たゞの木の棒」ではなく「斧だけの重量のある棒様のもの」で「乱打した」と認定することによって、「事実の認識」の中に、間接的に法益（生命）侵害（すなわち「違法性」あるいは「規範違反性」）の程度の認識を取り込んでいく。これは重要な点であって、それほど重さのあるモノで数回にわたり頭部を打撃しているところに、法益の侵害を禁止法益の保全を命じる規範との直面を認めているのである。被告人は、「たゞの木の棒」とはいえない重さの「棒様のもの」を実感しながら、その認識が行為動機を制御する方向に作用せず、それを使って、そのまま老父の頭部を打撃した。最高裁はここに故意の実質を認めている。

繰り返すが、判例は、違法性の認識を故意の要素としているわけではない。故意の成立には「事実の認識」があればよいという立場である。しかし、さればとて、この認識の有無を認定するとき、法益侵害を禁止、法益保全を命じる規範との関連性を無視しているわけではない。学説では、「構成要件の故意」という概念（「事実の故意」と呼ばれることもある）が定着し、ともすれば「事実の認識」を認知的な側面に限定しようとする理論的な認識に片寄せた発想もみられるが、それは必ずしも裁判官の共有するところではないことが了解できよう。少なくとも、右の二四年判決には、責任論で語られるべき故意（「責任故意」と呼ばれることもある）の認定に関して、理論知的な「事実の認識」にとどまることなく、あきらかに規範との関連で、頭部の「乱打」という行為に出たことをみており、実践知的な認識を重視する発想が<sup>(11)</sup>あきらかである。

もちろん、理論知的な認識（理論的認識）であれ実践知的な認識（実践的認識）であれ、どちらも知性のはたらしきである以上、両者は相互に関連している。私は、今、「実践知的な認識を重視する発想」と述べたが、「事実の認識」

は「事実」を認識することだから、事物を事実として捉える理論知のはたらかなくしてはありえない。これは、実践知を重視する本稿でも、以下の考察の大前提である。そのことは確認されなければならない。その上で、理論知の側面に片寄った認識の有無だけで、故意犯への非難を基礎づける故意の本質的要素としての「事実の認識」を説明するのだろうか、ということの問題にしたい。

たとえば、日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物であるとの認識で、台湾から「ある荷物」を日本に運んだが、それは覚せい剤であったという「覚せい剤輸入罪」のケースをみよう。<sup>(12)</sup> 東京地裁は、その内容物が少なくとも日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物であるとの認識があれば、その薬物が覚せい剤にあたるという明確な認識がなくても、覚せい剤輸入罪の故意は成立するとした。これに対し、東京高裁は「単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず」と明言し、覚せい剤輸入罪の故意を認めるためには、「具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい剤が含まれていることが必要」だと述べる。その上で、その認識が被告人にあったと認定し、同様に、最高裁も輸入しようとした物が「覚せい剤かもしれない」というところまでの認識を要求した。その趣旨は、「覚せい剤」という薬物の具体的な侵害性（反価値性）が認識されていなければ、<sup>(13)</sup> 価値（法益）侵害を禁じ価値（法益）保全を命じる規範との具体的な直面がないのであって、覚せい剤の輸入に対する実践的な判断もなく、覚せい剤輸入罪の故意は認められないということだろう。

さて、「覚せい剤」の認識は、刑法上の言葉を使えば、記述的構成要件要素の認識であるが、いわゆる規範的構成要件要素の場合と同様、事実についての、ある種の「解釈」が必要となっている。外国から日本に運び込む「荷物」の「意味の認識」が問われた。<sup>(14)</sup> その際、ある「荷物」について、「コレハ何らかの違法な薬物デアル」と認識することと「コレハ覚せい剤デアル」と認識することの相違点はどこにあるのだろうか。この二つの認識は、それ自体とし

て、どちらも理論的認識である。この点では二つの認識に相違はない。しかし、その「荷物」を外国から日本に運び込む「行為」とのかかわりでは、どちらの認識にも、各々の認識（理論的認識）内容に相応した実践的認識が価値侵害行為を禁じる禁止命法の強弱としてあらわれる。一審（東京地裁）判決のように「何らかの違法な薬物である」という程度の認識であれば、「覚せい剤かもしれない」という認識に比べれば、各々の理論的認識とともに実践知がはたらいで、実践的認識として行為者に告知される禁止命法は決定的に弱いものでしかないだろう。<sup>(15)</sup>

したがって、覚せい剤輸入罪の故意が成立するためには、運び込む荷物が「何らかの違法な薬物である」という認識（理論的認識）では足りず、「覚せい剤かもしれない」という認識（理論的認識）が必要だという最高裁の指摘は、行為に際して、実践知が行為者に告知する禁止命法が覚せい剤輸入罪の「非難」に相応する程度の強さではたらくような理論的認識を要請しているのである。<sup>(16)</sup> こう考えれば、本判決も、先にみた二四年判決と同様、すべての学説と判例が一致して故意の本質的要素とする「事実の認識」には、それ自体の中に「事実のもつ法益侵害性」の理論的認識（たとえば覚せい剤の身体侵襲的な薬理効果の理論的認識）を含むと考えている。この理論的認識が法益侵害行為を禁じる実践的認識に直結し重なっていることを確認しておきたい。その上で、もう一度、六二年決定における被告人の過剰な防衛行為を見直そう。

なるほど、被告人は、被害者Bが両手を拳に握って「ファイティングポーズのような姿勢」をとったとき、とつさにBの右顔面付近に回し蹴りを当てている。それは、右顔面をねらって当てているのであり、あきらかに訓練された空手家としての意思的行動である。また、被告人は、Bが左足を右足よりやや前に出していたこと、両手を拳に握っていたこと、左手を前に右手をやや後ろに構えたこと等をはつきり認識（理論的認識）している。しかし、同時に、その行為（回し蹴り）を選択し、実行へと決断した行為意思の形成過程をみれば、「ヘルプミー」と叫んだAおよび

被告人自身の身体の安全という「法益」保全への決断であった。規範を価値（法的価値＝法益）の法則と捉えれば、被告人の意思は、文字どおり規範適合的な法益保全行為への選択と決断であった。これは、本当に、刑法三八条一項の規定する「罪を犯す意思」だといえるだろうか。

#### 四 認識と意思と実践

私はここで初めて「意思的行為」という言葉を使った。刑法三八条一項が故意の規定だということは、誰もが一致して認めるところであり、法文はそれを「罪を犯す意思」と明記している。ところが、最近の体系書や教科書を含めて、故意に関する多くの論説では、「意思」について論じられることがほとんどない<sup>(17)</sup>。ただ「認識」について語るだけである。いわゆる故意説の立場では、「事実の認識」と「違法性の認識」が、いわゆる責任説の立場では、故意を構成要件故意と位置づけた上で、「事実の認識」だけが考察の対象となっている。判例においても、上にみたとおり、意思についてほとんど語らず、「事実の認識」だけが考察の対象とされている<sup>(18)</sup>。なぜそうなるのか。法律学の中でも、とりわけ法文を重視する刑法学において、故意が考察されるときに、総則規定とはいえ刑法典が明記する「意思」を論じない理由は何か。

この点、わが国の刑法学者がドイツ刑法典の文言の方を重視しているようにも思え、ドイツ法志向という意味での興味は尽きないが、ここでは不要な逸脱を避けて、「認識」と「意思」の相違点について明確にしておかなければならない。考察の要点を挙げておけば、第一に、意思は情念（欲望）と密接に関係していること、第二に、意思は常に「行為」すなわち「実践」と関係していること、第三に、「行為（実践）」を接点として意思は知性とりわけ実践知と

つながっていること、第四に、実践知は理論知と一定の関係をもっているが、理論知と実践知のはたらき方はまったく異なること等の確認である。

さて、情念（欲望）は、人間が各此的に身体をもつて存在していることに深く根ざしており、ここに情念と知性との対極的な相違点があるが、しかし、情念に規定された意思が情念と知性の対極をつなぎ止める。あらゆる欲望は、その対象が価値（善）であれ反価値（悪）であれ、ただ行為によってのみ充足されるので、情念に規定された意思は必然的に行為と関係する。行為すなわち実践において、意思は実践知（そのはたらきとしての実践的認識）とかかわる。現実をみれば、およそ欲望のない人間はいないけれども、しかし、欲望にのみ支配された人間もない。知性が行為を制御しているからである。意思は、行為を介して、現実の生活世界における欲望充足の社会性（規範性）を実践知により告知された情念であり、知性のはたらきを受けた情念である。つまり、「意思」は知性と情念の中間に位置を占めて、知性と情念をつなぎ止める。両者の接点は行為を介した実践知のはたらきである。他方、知性のもう一つのはたらきである理論知とは、実践知との関連でつながっている。しかし、理論知は意思的コントロールに服さないし、理論的認識は、実践とも意思とも無関係に成り立ちうる<sup>(19)</sup>。

このように、知性と情念は、行為において統合され、一方で情念（欲望）に結びつきながらも、他方で知性（実践知）に結びついて、知性と情念を媒介し結合する「意思」という人間の「あり方」を開示させる<sup>(20)</sup>。行為つまり実践が、知性（実践知）・情念（欲望）・意思の交錯点である。実践的な判断の場は常に「知・情・意」の交錯するところだと換言してもよい。この点、「非難」という実践的な判断も同じであって、理論的認識だけでは、いかなる行為の実践的意味をも解明できず、したがって非難は成り立ちえない。非難は、常に特定の「ある行為」に関して、それも価値侵害結果を惹起した行為に関して下される実践的な判断（認識）だから、価値の法則としての規範と関連した、「そ

の行為」に対する実践的認識に決定的なウエイトがある。非難がありうるためには、犯罪的な事実に関する理論的認識から生じ、あるいは、その理論的認識とともに生じる実践的認識が「欲望」を制御し指導して形成される、ある行為への選択と決断が必要である。

つまり、他の諸々の行為への可能性（他行為可能性）を自らが閉じ、ある行為へと自らを投げ込むことが「意思」の内容である。行為（実践）が意思と知性と規範の接点である。人間は、行為への選択と決断において、実践知の告示を無視して容易に価値侵害（反価値）行為をおこなうし、また、多くの人々がそうであるように、実践知の告示に当然のように導かれて自ずと価値保全（合価値）行為へと傾く。日常茶飯におこなわれている私たちの行為（実践）において、行為への最終的決断をなすものこそ意思であり、行為への決断（意思）に理論的認識（たとえば「学知」の多寡）などはほとんど何の影響力もない。

水波朗は率直にいう。「人間らしい良い生活の実践者であるためには、道徳・倫理の学者でなければならぬなどとは、当の学者を含めて誰も信じていない<sup>(21)</sup>」、と。まことにそのとおりであろう。人間は、価値適合的行為への可能性を自ら閉じ（選択）、価値侵害行為とりわけ犯罪行為へと自己を決断することもあるが、そこは意思の独壇場である。意思是、情念に服従するわけではないが、知性の教示に服従するわけではない。たとえば、私は、喫煙をはじめとした種々の悪癖を断ち切ることでできずにいるが、日に四〇本以上は吸わないという限度で、知性の告示を受け容れている。このようにして、意思是、知性と情念の中間で、知性と情念に「おりあい」をつけて実在するのであり、法益侵害を惹起した行為者への非難は、直接的には、実践知によって反価値性すなわち反規範性を告示されて実在する「意思」とのかかわりにおいてのみある。刑法三八条一項が規定するとおり、「罪を犯す意思」こそ、法的非難がありうるための実在的な前提である。

このように、非難は意思と関連するのであるが、それは、意思が知性（実践知）の告示を受けて形成されるからである。実践知のはたらきなくして意思はない。同様に、理論知のはたらきなくして、実践的な規範認識はありえない。したがって、故意の本質的内容を「事実の認識」だと考えとしても、故意概念に要求される「事実の認識」とは、規範的責任論を前提とするかぎり、単なる事実の理論的認識に尽きるのではなく、反価値性（反規範性）を意思に告げる実践的認識が必要だということになる。さもなければ実践（行為）への選択と決断という規範的責任論の核心を取り込めない。これに対して、「理論的認識」という知的な認識作用の一面だけを取り出して、それを基準に「事実の認識」の有無を判断し、責任の有無を判定するのであれば、それは真正正銘の心理的責任論である。また、既述のとおり、理論知のはたらきは意思によるコントロールを超えるので、<sup>(22)</sup> 偶々ある「事実」を認識していたことで責任が問われることにもなりかねず、「結果責任」の論理を認めることにつながりかねないだろう。意思は内心に閉じ込められた単なる心理的な事実ではない。故意も同様である。故意を単なる「行為者の心理状態」と捉え、規範的責任論と心理的責任論の連続性を強調する立場が強くなっているが、<sup>(23)</sup> それは規範的責任論の本質を誤解するものといわざるをえない。

もちろん、すでにみたとおり、たとえば「覚せい剤」に関する知識（理論知）が全然なければ、「覚せい剤」の所持や輸入という実践の場においても、実践知がはたらく余地はないので、実践知がはたらく前提となりうる事実の理論的認識が必要なことは言うまでもない。また、理論的認識に錯誤があれば（錯誤は自在にはたらく理論知の宿命である）、実践知のはたらきも実践から乖離してしまっただろう。この意味で、六二年決定の被告人は、客観的に刑法二〇四条（傷害罪）に規定された意思的な行為（構成要件行為）をおこなっているし、「回し蹴り」の事実についての理論的認識もあり、また、それについては何の錯誤もないけれども、同時に、<sup>(24)</sup> 実践知がはたらく前提となる「事実

（行為事情）」に誤信があったため、傷害罪に関して「罪を犯す意思」も暴行罪に関して「不法な有形力を行使する意思」も形成されなかった。そうである以上、六二年決定の事案において、被告人に故意を認めることはできない。そういう結論になるだろう。

それでは、一審（千葉地裁）判決のように、本事案は無罪とすべき事例であろうか。そうではない。六二年決定の事案はむしろ典型的な過失犯の構造をもっている。この事案では、被告人が認識（理論的認識）した行為事情からみても、A（女性）とB（被害者）の揉みあいがそれほど深刻なものではなく、被告人がこの「もめごと」にかかわるとしても、Bへの「回し蹴り」を被告人が決断するほどのものでなかったことは容易に了解できる。にもかかわらず、この行為事情のもとで、「回し蹴り」をおこなったことに、注意義務違反を認めることは困難ではないだろう。

判例および通説によれば、過失の非難を基礎づける要点は、行為者が注意義務に違反して法益（価値）侵害結果を惹起した行為をおこなったことにある。法益侵害結果を惹起したという反価値性（違法性）については、故意犯と過失犯は共通するのであるが（いわゆる「伝統的過失論」の論理）、過失犯は注意義務違反を介して、間接的に規範と直面しているだけであり、故意犯と比較して非難の程度は決定的に弱くなる。私もこう考えることに異存はない<sup>(25)</sup>。したがって、六二年決定の事案で過失犯の成否が検討されるとすれば、被告人のおこなった「回し蹴り」に際して、過失犯への非難を基礎づける事実の認識が問題となろう。

すでに述べたとおり、被告人は左足での「回し蹴り」を被害者の右顔面に当てているわけだから、被告人の「回し蹴り」はあきらかに意思的行為である。ところが、被告人の意思内容は自己およびA（女性）の身体の安全を防御することにあり、しかも、その意思的行為から、被告人にとって意図せざる結果が生じた。被告人はBに「殴ら

れまいとして」Bを左足で蹴り上げたのであるが、その「回し蹴り」を受けてBが転倒し、路面のコンクリートで左側頭部を強打して、脳挫滅により死亡したのであった。価値を保全しようとする意図した行為から価値を侵害する意図せざる結果が発生したのであるが、問題は、この「意図せざる」行為に注意義務違反が認められるのか否かである。

まず、故意犯の成立を否定しながら、過失の認定もしなかった一審判決をみよう。一審は本件を「とっさの出来事」とみており、「被告人は、Bが酩酊していたことは知らなかったし、また、Bを回し蹴りしたのは、それにより他人をひるませて攻撃の阻止を企図したもので、他人をコンクリート面に転倒させることまで意図したものでなく、まして、Bがコンクリート面に左側頭部を打ちつけ脳挫滅により死亡するということに至っては、被告人にとって全く予想外の結果であった」という（傍点は引用者）。さらに、一審は、「回し蹴り」には、「足の親指爪先裏付け根の堅い部分で相手を打ち強力な打撃を与える」蹴り方と「足の甲の部分で相手を打ちそれほど強度な打撃を与えない」蹴り方の二種類があり、被告人が後者の「それほど強度な打撃を与えない」蹴り方をしてると認定している。つまり、防衛手段としての相当性を認め、本件を、正当防衛状況だけを誤信した「誤想过剰防衛」とみているわけである。

しかし、被告人の主張を認めて、強力な打撃を避けるために「足の甲の部分」でBを打ったと認定しているのであれば、打撃の強度の加減で、「回し蹴り」によってBが転倒する可能性は被告人に認識されていたのではないか。二審は、ここを鋭く衝き、「被告人も、場合によれば被害者が転倒する可能性のあることも当然認識していたと認めざるほかはない」と断言した。この一審と二審の差は事実認定の精密さにかかわる差ではないだろう。故意の内容としての「事実の認識」をどう捉えるのかという故意論の本質理解の相違に帰着するものである。一審が認定したの

は、被告人にBを転倒させる意思はなかつたということであり、二審が認定したのは、被告人にBが転倒する可能性の認識はあつたということである。故意をもって「意思」とするのか「認識」とするのかの差があらわれた。

私は、これまで、故意が意思であることを論じてきたのであつて、それ故、二審のように「事実の認識」を理論的認識のレヴェルで捉えることには賛同しえない。しかし、同時に、一審の論理にも疑問がある。一審が認定するように、故意が否定されたとしても、傷害結果および致死結果の惹起については、過失傷害や過失致死という過失犯の規定があるので、過失の有無は認定されなければならない。たしかに、一審も「Bがコンクリート面に左側頭部を打ちつけ脳挫滅により死亡する」という転倒後の因果経過を予測しえなかつたと明言しているが、本件の場合、転倒後の因果経過ではなく、当該「回し蹴り」の打撃による転倒の可能性こそが認識（予見）の核心であろう。そして、この点の認定は、転倒させる意思はなかつたという認定によつては代替しえない。すでに述べたとおり、「意思」と「認識」はまったく異なつた内容だからである。

したがつて、認識（予見）の有無が核心となる過失の判断に関して、たとえ「転倒させる意思はなかつた」と認定できたとしても、それとは別に、二審の指摘するような意味での「転倒する可能性」の認識があつたのか否かを一審は考察すべきであつた。この点で、一審判決の論理には、杜撰さがある。二審のように、被告人が「回し蹴り」の打撃によるBの転倒可能性を認識していたと認定できるのであれば、ここに、過失犯に対する非難の核心である注意義務違反を認めることができただろう。被告人が強力な打撃を避けようとしたのであれば、侵害の程度について、被告人に認識があつたといえるからである。もっとも、本稿では、注意義務違反と過失犯に固有の非難の問題まで射程を延ばして考察する準備はない。注意義務の規範論的考察については他日を期したい。

## 五 結語——関連問題への照射

以上、いわゆる意思説に立脚した故意概念から、誤想過剰防衛の一つのケースを再考した。考察のベースは、規範的責任論の核心である他行為可能性であり、それを故意概念の内部に基礎づけようとした。そのために、故意は意思であるという命題に回帰し、犯罪への選択と決断という「実践」の中に故意概念を位置づけたのであった。

しかし、最近の故意論では、本稿での考察とは逆に、故意の本質要素としての「事実の認識」を理論知（理論的認識）のレベルに純化しようとする発想が有力である<sup>(26)</sup>。これには理由がある。すでにみたとおり、意思は情念に規定されており、それゆえ、意思説には、心情的な要因が過度に滲入する危険性があり、実際、従来の意思説には、その傾向があつた。この危険性への警戒は、故意論の考察において、もつとも配慮すべき重要なポイントである。

私も故意の心情化という方向を警戒する一人であるが、しかし<sup>(27)</sup>、「意思」を抜きにして、行為の実践的意味を捉えることは不可能であるし、行為の実践的意味を捉えることなくして、非難を考へることは絶対にできない<sup>(28)</sup>。このこともまた歴然とした事実である。したがって、責任論の心情化を警戒するあまり、意思のレベルから離脱し、認識のレベルで故意概念を構成しなそうとする方向は、実践を視野に入れずに実践的判断をなそうとする無理な試みであり、本末を転倒するものである。本稿では、価値（法益）侵害行為への選択と決断という実存の現実に着目して、意思説の理論枠組を維持しながら、たとえば動機などの広範かつ茫漠とした意思領域の全般に立ち入ることなく、選択と決断という意味の核心部分において、故意概念を構想する方向を示そうとしたのである。

実存の現実から遊離した法理論は、単に空虚であるのみならず、法による人間疎外の方向を決定づける。意思説に含まれた心情化の危険性にこだわって、理論知的な「事実の認識」で故意を基礎づけようとするれば、より大きな

危険性を覚悟しなければならぬだろう。私は、ただ理論知のみを確実なものとし、実証主義的な信仰にとらわれた法理論こそ、現代刑法理論が立ち向かい克服すべき最大のテーマだと思ふ。もつとも、刑法理論学の現状をみれば、たとえば責任説の通説化にみられるように、実証主義的な思考枠組の全盛期を迎えているのであるが……。

注

- (1) 岩瀬徹「傷害致死につき誤想過剰防衛であるとされた事例」最高裁判所判例解説（昭和六二年度）一〇〇頁。
- (2) 考察の前提は規範的責任論の論理である。私は、規範的責任論について論じる機会があったが（宗岡嗣郎「刑事責任の本質（1）（2）」久大法学四九号三九頁以下、五〇号二頁以下参照）、本稿では、故意の概念内容がテーマになるので、責任論の中でも狭義の責任（Schuld）の側面だけが主たる考察の対象となる。
- (3) 佐久間修『刑法における事実の錯誤』三〇七頁。
- (4) ただし藤木英雄『刑法講義総論』一七二頁以下では、誤想防衛における錯誤が相当性をもつ場合には、違法性の阻却を認める。これは行為反価値論の一つの典型といふべき論理であるが、行為規範違反を違法の本質とする論者の中でも、この論理を承認する論者は少ない。なお、川端博「誤想防衛」（現代刑法論争）二二四頁以下参照。
- (5) 船田三雄「殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例」最高裁判所判例解説（昭和四一年度）一一〇頁参照。
- (6) 船田「前掲論文」一〇一頁。なお、その理由についての詳述はなく、「正当防衛との均衡からいっても当然であろう」（同頁）と記されるだけである。
- (7) 岩瀬「前掲解説」一一〇頁以下参照。
- (8) これに関する付随的な論点として、過剰防衛を認めるためには故意犯の成立を前提にしなければならないのかという問題がある（内田文昭「誤想防衛か過剰防衛か」判例タイムズ五五〇号九四頁以下参照）。私は、結果反価値論から偶然防衛がありうるかと考えているので、過剰防衛の問題が故意犯を前提にするとは思わない。ただ、この点については、本稿ではふれない。
- (9) 本稿では、傷害罪の罪質について検討する余裕がないので、傷害罪を通常の故意犯と同様に位置づけた上で、考察をすめる。

- (10) 松生光正『刑法判例百選』（四版）五四頁以下参照。
- (11) 本稿では、「理論知・実践知」あるいは「理論理性・実践理性」という言葉を使うが、それは「現象界・実世界」に正確に振り分けられた二つの別個の理性を指しているのではない。それは「存在と当為」の二元論に対応する観念論の理解であって、本稿で使用する「理論知・実践知」あるいは「理論理性・実践理性」という言葉は、この現実の生活世界に生きる私たちの知性そのものの「はたらき方」の各々の一面を捉えた表記である。真理の認識は存在の領域と当為の領域で異なるわけではない（Johannes Messner, *Kulturrethik*, 1954, S. 225）。認識における真理はいずれの領域でも「存在あるいは現実との思考の一致」である（Messner, *ibid.*, SS.237-243）。このことを確認した上で、理論理性は事物を観照的に捉えるはたらき方、実践理性は善への適合というはたらき方をしていると一応は区別して、これらの言葉を使う。詳しくは、水波朗『自然法と洞見知』五七―三三四頁を参照。
- (12) 最決平二・二・九判タ七二二号二三三四頁、東京高判平一・七・三一判タ七一六号二四八頁、東京地判昭六三・一〇・四判タ六九四号一七八頁。
- (13) この部分は、「覚せい剤の意味の認識がなければ」と書き換えることができるだろう。
- (14) つまり、いわゆる「意味の認識」は、規範的構成要件要素の認識に固有のものではない。これは当然のことであって、法的な場面では、あらゆる認識は言語を介するので、その限りで、意味の束縛をまぬかれることはできないからである。しかし、とはいえ、規範的要素の場合、事実の認識は事実に対する評価の側面が前面に出るので、複雑さの程度はさらに大きくなることはいうまでもない。本文での私の記述はそのことを否定ないしは軽視する趣旨ではない。
- (15) もっとも、被告人によって運ばれた「荷物」について、それを「覚せい剤」と確定的に認識（理論的認識）している必要はない。しかし、「覚せい剤輸入罪」という「罪を犯す意思」すなわち「覚せい剤輸入罪」の「故意」とは、輸入手続を前提として、「覚せい剤かもしれない」と蓋然的に認識（理論的認識）されることが必要である。この点、一審判決はあきらかに不当である。なお、最高裁判決の「覚せい剤かもしれない」という認識につき、「やばい薬だとの認識」だという最高裁判調査官の解説があるが（原田國男「覚せい剤輸入罪及び所持罪における覚せい剤であることの認識」ジュリスト九五八号八〇頁以下）、そのような認識では決定的に不充分であり（かつて最高裁は「メタノールであるのはっきりした認識」がなく、「飲用に供すると身体に有害であるかもしれないと思った」というだけでは、「判示品物はメタノールであるかもしれない

いと思ったものとはいえない」として、有毒飲食物等取締令一条二項の故意を認定した高裁判決を破棄している。最判昭和二四年四月二三日刑集三卷五号六一〇頁、不当だと言わざるをえない（中森喜彦「麻薬・覚せい剤に関する認識・故意」判タ七二一号七二頁以下参照）。

- (16) 実践知は、このように「自らが自らに告知する」というはたらき方をする認識（判断）の一つである。ヨハネス・メスナーは、ある行為の決断に際し「警告を発し、推奨をし、審判をくだす」良心の声だという（Messner, *Kulturethik*, SS. 11-16, 42ff., 50f.）。この「声（die Stimme）」は、共鳴し律動する（stimmen）ことであって、マルチン・ハイデガーやオットー・ボルノウラの「気分（die Stimmung）」とおそらくは同義であり、存在に即して共鳴するように知る「知り方」を含意している。このことについては、宗岡『リーガルマインドの本質と機能』二七三頁以下を参照。なお、メスナーは「実践知」という言葉ではなく「良心（Gewissen）」の語を使うが、それは、実践知を含意しつつ、より広い射程をもつ言葉である（Messner, *ibid.*, S., 45ff.）。

- (17) 最近の主要な教科書で、認識と区別した上で、明確に意思の重要性を説くものとしては、大谷實『新版刑法講義総論』一七五頁以下（同『刑法総論（第三版）』八九頁以下）を挙げうるだけではないだろうか。

- (18) たとえば前田雅英『刑法総論講義（第四版）』二〇二頁では、法文が「意思」になっていることをわざわざ注記しながら、「犯罪事実の認識」をもって「故意」だとする（二〇四頁）。不可解である。

- (19) とりわけ「理論知」のはたらきは完全に自由であり、意思的なコントロールには服さない。しかし、本文に述べたとおり、意思は、一方で情念に支配されているとはいえ、他方で知性の作用を受けている。そして、意思が形成される際の知性の作用には、行為を前提とした実践知の告知作用のみならず、行為事情の理論的認識をはじめとした理論知の作用を含むのである。もともと理論知の浸透を受けるだけでは、意思はまだ盲目であり、価値適合的な判断力を与えるのは実践知である（Messner, *ibid.*, S. 52f.）。同じことを、実存のより根源的な現実からみれば、何よりも人間は自己決定（自由）に従属する存在者だということに関連して語る（Messner, *Widersprüche in der Menschlichen Existenz*, 1952, in: *Ausgewählte Werke*, Bd., 4, 2002, S. 198ff.）。実存の基本的要素としての自由は行為を選択し決断する人間の根源的能力である。ただし、それは「能力」にとどまるのであって、真理の直接的認識にいたる素質（die Anlage）ではない。したがって、現実には、人間は倫理的な真理を見間違ふこともあれば、具体的な行為の諸前提を見間違ふこともある。人間

の理性も良心も、等しく、実存の現実的要素であるかぎり、教化されるものである。人間は、こういう倫理的現実の下で、行為を選択し決断するのであり、実践知のはたらきを無視し克服し、時には、犯罪のような自己喪失（die Selbstvernichtung）にまで至るのである（Messner, *ibid.*, SS. 205 ff., 229ff., usw.）。

(20) もちろん、このような区別は一つの考え方（伝統的存在論）の表明でしかなく（アリストテレスやトマスに即して伝統的存在論における意思の内容を詳述する最近の文献として、Robert Pasnau, *Thomas Aquinas on Human Nature*, 2002, pp. 200-64. また、ハンナ・アーレント『精神の生活（下）』〈佐藤和夫訳〉にも詳細な叙述がある）、認知的な側面と意思的な側面に本質的な区別はないとする考え方もあり、むしろ、近代以降の思想の中では、区別はないと考える後者の方が主流であろう。しかし、本質的な区別を否定する立場でも、意思が「直接に行為あるいは行為の回避につながる最終的な欲求あるいは嫌悪」としてはたらくことは想定されており、トーマス・ホッブズのように、意思が「行為あるいは行為の回避」に直結していることは承認されている。つまり、認知と意思に本質的な相違を認めない立場であっても、両者の作用という点では、意思の作用は、行為との直結性が常に問われるわけではなく、また認識主体のコントロールさえ及ばない理性（概念知）のはたらきとしての「認識（認知）作用」とは区別されている。したがって、この限度では、古代から近代まで一貫して、意思は、常に行為にかかわるものとして、実践的な認識作用の一つとして捉えられてきた。

なお、ホッブズの意思論は、現代まで影響力を残しているが、法的な問題としては、特に規範論との関連が重要である。ホッブズによれば、意思とは行為あるいは行為の回避に直結した「感情の総和」である。ホッブズは人間の運動を生命的（生理的）な運動と意思的な運動に大別する。どちらも各人の感覚によって惹き起こされるが、意思的運動には、将来の状態を予想する想像作用が必要である。もともと、この想像作用も記憶された感覚の集積であり、その恒常的连接の残像である。行為に直結する「欲求」や行為を回避する「嫌悪」はここから生じるが、この欲求を満たし、嫌悪を避けるための外的刺激と内的反応の総和である熟慮の最後の部分が「意思」である。こうして、意思は各人の「欲求」と「嫌悪」によって基礎づけられるが、この各人性こそ、「善悪」の普遍性を否定する最大の根拠となる。ホッブズによれば、対象それ自体から取り出しうる善悪の一般的な法則はなく、各人にとっての欲求（嫌悪）が各人にとっての善（悪）である。かくて、各人を拘束する善悪のルールは、各人の意思から取り出す以外にないのである（ホッブズ『リヴァイヤサン』〈永井道雄訳・世界の名著版〉八九一—〇一頁参照）。

イギリスの近代思想史の中でも、主としてプラトン主義的な立場から、このようなホッブズの意思主義に対する批判は早くから提示されていた。それらは、倫理的な主張としてみれば、ホッブズの利己主義に対して利他主義を、ホッブズの善悪の各此性に対して普遍性を説くという形であらわれたのであるが、その哲学的な根拠は、意思を全面的に感覚に還元してしまうホッブズの意思主義批判であった。ホッブズの論理に従えば、感覚の受動的な本質に支配されて、理性の能動性が否定されることになる。しかし、人間の精神生活を支える知識や知見は、たしかに感覚なくしてはありえない受動性を示すとしても、知性はこのような「受動理性 (receptive intellect)」のはたらくに尽きるのではなく、ある「能動的な力 (active power of the mind)」を予定しなければ、知的な精神生活の現実を説明しがたいと考えられた (See W. M. Kyle, *British Ethical Theories-The Intuitionist Reaction against Hobbes*, in: Preston King (ed.), *Thomas Hobbes Critical Assessments*, v, 1993, pp. 15-16.)。このような考えを支えているのは、理性が感覚を受け容れながらも、感覚に支配されているわけではないという実存の現実であり、哲学的には「能動理性 (active intellect)」の指摘として位置づけられる (能動理性については、水波朗『自然法と洞見知』一七二頁以下に、スコラ学の豊かな学識に裏打ちされた詳述があるので、参照されたい。宗岡嗣郎「犯罪認定における事実の認識拘束性―類型論の一考察」久留米大学法学五三号五八頁以下)。

(21) 水波『前掲書』二〇五頁。

(22) 概念知が自由にはたらくことについては、宗岡「前掲論文」参照。

(23) 浅田和茂は責任論に貴重な業績を残したが、最近の教科書 (『刑法総論』二七二頁) では、このような心理主義への立脚を表明している。

(24) 「回し蹴り」という一つの行為が、意思的な行為であるとともに、意思的ではない行為でもありうることにつき、エリザベス・アンスコム の名著『インテンション―実践知の考察―』(管豊彦訳) 二〇頁以下を参照。

(25) 過失犯に関しては、甲斐克則『責任原理と過失犯論』を参照されたい。

(26) その代表的な著作として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』を挙げることができるが、そのベースは平野龍一によって拓かれた実証主義的刑法理論であろう。したがって、この考え方は、経験的な認知科学の主流流が考察の対象を思考・概念・表象といった分節可能な領域に限定し、それ以外の部分 (たとえば感情や意思) を考察対象からはずす方向にあることと正

確に対応している。

(27) 梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』二四三頁以下参照。

(28) この点、基本的に認識説に立脚しつつも、意思的要素の重要性に配慮する見解がある。ただ、それは行為意思の問題であり、(主観的)違法要素だとされるのである(山口『刑法総論』八八頁以下、一八〇頁以下参照)。つまり、意思的要素は違法論で考察済みだから、責任論で「再び意思的要素を持ち出すことはできない」というのである。これは、「行為に出る」意思すなわち「行為意思」に「担われた行為者の心理内容」こそが(違法判断の後に続く)責任判断における故意の問題だという趣旨であるが、ここでの「心理内容」は「事実の認識」のことだから、意思を認識の土台として理解することがわかる。しかし、それはまったく逆であり、認識が意思の土台である。私には、意思に担われた認識ということを理解することはできないし、そのような認識はありえない。本稿で示したように、意思は知性に規制(指導)された情念(an appetite guided by reason)であり、認識(知性)が意思を規制しているのであって、その逆ではない。