

## 一、反対尋問

- 1、IV． なぜこの判例を引用したのか。
- 2、V.2． 「典型的な誤想防衛の場合」とは、どのような場合か。

## 二、立論

### 1、学説の検討

#### (1) 故意犯成否について

この点、検察側は、行為者が防衛行為の過剰性を認識していたか否かによって故意犯の成立を考える説を採用している。そして故意犯が成立するためには、急迫不正の侵害を誤認したうえでの、防衛行為の過剰性についての認識が必要だとしている。

しかしこの説は、誤認だとしても、急迫不正の侵害を認識している当事者の主観面を重視しすぎている点で、妥当ではない。

また、たとえ行為者が、自らの行為が過剰な防衛行為であることを認識していたとしても、その行為の目的は一貫して防衛目的である。そして、そもそも急迫不正の侵害の誤認がなければ防衛行為もなかったのであるから、行為者のその行為につき過失があるかを判断し、過失ありの場合には過失犯の成立を認めるべきである<sup>1</sup>。

以上より、弁護側はA説を採用する。

#### (2) 36条2項における刑の減免根拠とその適用ないし準用について

この点、検察側は、36条2項の刑の減免の根拠は違法性の減少にあるという説を採用している。

しかし、検察側は責任減少説を否定する根拠として、条文解釈上、過剰防衛の場合にも急迫不正の侵害が必要であるとしているが、これは自説としている違法性減少説の根拠にはならない。

思うに、非日常の状況下においては、恐怖、驚愕、狼狽した行為者が過剰な防衛行為を行うことはごく自然なことだといえる。ゆえに、36条2項の趣旨は、かかる場合の行為者はその責任が減少するため、刑の減免を任意的に認めているものであると解する。

以上より、弁護側は 説を採用する。

### 2、本問の検討

- (1) では、Xに過失傷害罪(209条)が成立するだろうか。ここでは過失犯の成立要件として、具体的予見可能性を前提とする結果回避義務違反を必要とすると解する(新過失論)。
- (2) Xには、金属バットでAを殴打することにより、Aが傷害を負う結果の発生に関して、具体的予見可能性が当然に存在するといえる。また、それにもかかわらずXはAに対し、金属バットで頭部などを殴打する行為にでているので、Xには結果回避義務違反が認められる。
- (3) そしてその結果、Aには加療2か月間の頭蓋骨陥没骨折・脳挫傷等の重傷という、傷害の結果が発生し、この結果とXの行為との間には社会的に相当な因果関係があるといえる。
- (4) したがって、XにはAに対して過失傷害罪が成立する。
- (5) なお、誤認とはいえ、Xは自らが緊急状況下にあると認識しているため、Xの行為は前述のような心理的圧迫に基づく行為といえるので、その責任は減少していると解する。ゆえに、36条2項によって、刑の減免を認める余地がある。

### 3、結論

以上より、Xには過失傷害罪(209条)が成立する。しかし、その刑は減免されうる(36条2項)。

以上

<sup>1</sup> 石原明「殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例」法学論叢 81 巻、101 - 102 頁