

I. 反対尋問

1. C2説を採用した積極的な理由は何か。
2. 学説の検討2の「典型的な誤想避難の場合」とはどのような場合をさすのか。
3. 学説の検討2の(5)「誤想避難との刑の均衡を欠く」とは、現在の危難の誤想に過失があった場合をさしているのか。

II. 学説の検討

1. 誤想過剰避難では故意犯が認められるかについて

この点につき、検察側と同様の理由から、弁護側も丙説¹を採用する。

2. 誤想過剰避難に刑の任意的減免が認められるか

(1) まず、検察側と同様の理由から、A説²は採用しない。

(2) 次に、C説³について検討する。

この説が違法性または責任ではなく、違法生かつ責任減少説である以上、違法性減少説に対する批判が、そのまま妥当するといえる。

よって、C説は採用しない。

(3) 思うに、結局、37条1項ただし書は緊急状態での恐怖、驚愕、興奮、狼狽という心理的動揺により期待可能性が減少したということを考慮して、刑の減免を認めたものであると解すべきである。

また、このように解するのが、「情状により」との文言にも合致しているといえる。

この点につき、検察側は誤想避難の場合に現在の危難の誤想に過失があれば過失犯として処罰され、刑の減免の余地がないことが均衡を欠くとして問題とするが、誤想過剰防衛の場合には、37条1項ただし書が適用されるとしても、刑の免除は認められず、任意的に減輕されるに留まるとすれば、刑の均衡を欠くことはなくなり、当該批判はあたらない。

よって、弁護側はB説⁴を採用する。

III. 本問の検討

1. Xが理容店から散髪バサミを盗んだ行為につき、窃盗罪(235条)が成立するか。
2. (1) Xが理容店の散髪バサミを勝手に持ちだした行為は、「他人の財物を窃取した」といえ窃盗罪の構成要件に該当する。

¹大谷實『刑法講義総論〔新版第三版〕』（成文堂、2009年）298頁参照。

²前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』（東京大学出版会、2011年）395頁参照。

³大谷・前掲 308頁参照。

⁴前田雅英『刑法総論講義〔第三版〕』（東京大学出版会、2004年）251頁参照。

(2) しかし、本問において、Xはコンコースから逃げだせば2人の男から暴行を受けるかもしれないと思ひこみ、その対抗手段としてハサミを勝手に持ち出していることから正当防衛(36条1項)が成立しないか。

この点、理容店は第三者であり侵害を直接行なっていないことから、正当防衛成立はない。

それでは緊急避難が成立しないか問題となるも、現実には2人の男から暴行を受けたわけではなく、「現在の危難」の要件を欠くから、緊急避難も成立しない。

3. もっとも、本問においてXはコンコース外へ逃げだせば2人の男に暴行を受けるかもしれないと思ひこんでおり、「現在の危難」が存在するものと誤信している。

(1) かかる場合、このような違法性阻却事由を基礎づける事由が存在するものと誤信している者に故意犯が認められるかが問題となる。

(2) この点、弁護側も丙説に立つので過剰性の認識の有無によって故意阻却の可否を認定する。

(3) 本問において、2人の男は一旦Xのもとを離れており、見張られているというXの心情は単なる思い込みのように思える。

しかし、Xは2日前に男数人に襲われて負傷した経験があり、それと相まってやぐざ風の男2人に高圧的な態度をとられたことよって、極度の恐怖を抱いていたと考えられる。このように、Xは心理的な異常状態にあつて、どのような行動をとれば良いか判断をする精神的余裕は全くなく、そのような状況下でたまたま目に入った理容店の散髪ハサミを持ち出して対抗することしか考えられなかった。

よって、Xにとって、理容店からハサミを持ち出す行為以外の方法をとることは不可能であったといえるため、補充性の要件は充足し、過剰性の認識がないことから故意が阻却される。

(4) 以上より、Xには窃盗の故意が認められないため、Xに窃盗罪(235条)は成立しない。

4. もっとも、仮に過剰性の認識があつたとしても弁護側はB説に立つので、責任が減少し、刑が減免されるので結論は変わらない。

5. よって、Xの行為に窃盗罪(235条)は成立せず、不可罰となる。

IV. 結論

上記検討により、Xは不可罰となる。

以上