

## I. 反対尋問

1. 検察側の立場からすると、37条1項ただし書を適用・準用せずに刑の減免を認めないのが妥当であるように思えるが、なぜそうしなかったのか。
2. 検察レジュメの『V.学説の検討』2.(3)の2行目において、「…違法性の減少が認められるとともに、…避難可能性の減少も認められる」とあるが、違法性と責任の両方が減少するものなのか。
3. 検察レジュメの『V.学説の検討』2.(3)の1行目において、「過剰避難の基本は責任減少というよりむしろ違法減少にある」とあるが、過剰避難の本質は違法減少にあるととらえているということか。
4. 『V.学説の検討』2.(3)において、過剰避難について論じられているが、検察側は誤想過剰避難について、誤想避難と過剰避難とに分けてとらえているのか。
5. A説を採用した場合37条1項ただし書の適用も準用も認められないにもかかわらず、『V.学説の検討』2.(1)において、「…刑法37条1項ただし書が刑の免除についても可能と規定していることについて説明することが困難である」という理由でA説を批判しているが、これは矛盾するのではないか。

## II. 学説の検討

1. 誤想過剰避難における故意犯成立の可否について  
弁護側も検察側と同様、丙説を採用する。
2. 誤想過剰避難における刑の任意的減免の可否について
  - (1) まずA説について、この説では誤想過剰防衛において37条1項ただし書の準用も適用も認めないという結論となる説だが、狭義の誤想過剰防衛の場合に全面的に刑の減免の可能性を閉ざしてしまう点で妥当でない。  
よって検察側はA説<sup>1</sup>を採用しない。
  - (2) 次にC説について検討する。  
C2説について、この説は37条1項ただし書の準用を認めないものであり、A節に対する批判がそのまま妥当する。  
検察側が採用するC1説は37条1項ただし書の準用を認めるものである。違法性の減少の前提が欠けるとしてA説では37条1項ただし書の適用も準用も認めないにも関わらず、C1説において違法性の減少も根拠として準用を認めることは妥当でない。
  - (3) 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、そ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。<sup>2</sup>

<sup>1</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第三版〕』（成文堂、2009年）298頁参照。

<sup>2</sup>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。

### Ⅲ. 本問の検討

1. Xが、Aの両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加えて、頭部打撲の「傷害」を負わせ、よって「死亡」させた行為につき、傷害致死罪(刑法 205 条)が成立するか。
2. Xは、本件行為により A に頭部打撲という生理的機能傷害を負わせ、これにより A の死亡という結果が発生している。X はこれを認識・認容しており、X の行為は、傷害致死罪の構成要件に該当する。
3. 次に、X の本件行為は A が本気で自殺を図っているものと感じ、これを制止しようとして行なった行為であるから緊急避難(刑法 37 条 1 項本文)が成立し、違法性が阻却されないかが問題となる。しかし、A に真実自殺する意図はなかったため、保全すべき A の生命に対する侵害の危険は切迫していない。  
そのため、A には「現在の危難」(刑法 37 条 1 項本文)があるとはいえない。  
したがって、X の本件行為に緊急避難は成立せず、違法性は阻却されない。
4. もっとも、X は一連の A の行動から、A が本気で自殺を図っているものと誤信し、これを制止しようと本件行為を行っている。本件は、現在の危難がないにもかかわらず、これがあるものと誤信して避難行為に出たが、誤想上の危難に対しては過剰なものであった、いわゆる誤想過剰避難にあたる。
  - (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) この点について、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) 本件について検討すると、X は成人男性であり、女性である A よりも体格差においても、身体的な力の差においても勝っている。そのため、X が A の自殺を制止するためには、A をその場で取り押さえるなど容易に採りうるべき方法がいくらかでも存在したといえる。それにもかかわらず、X は、かかる事情を認識した上で A の両肩を両手で強く突いて、その場に転倒させる暴行を加えている。そうだとすれば、X は、過剰性の基礎となる事実を十分に認識していたといえる。
  - (4) したがって、X の故意は阻却されない。
5. よって X の行為には、傷害致死罪(205 条)が成立する。
6. そうであるとしても、37 条 1 項ただし書により刑の減免がなされないか。この点について、弁護側は B 説を採用するので、本件のような誤想過剰防衛の事例において、37 条 1 項ただし書を準用し、裁判官の裁量により刑の減免が認められる。

### Ⅳ. 結論

X は傷害致死罪(刑法 205 条)の罪責を負う。もっとも、情状により刑の任意的減免を受ける(刑法 37 条 1 項ただし書)。

以上