

## I. 反対尋問

1. 判例を挙げた趣旨は何か。
2. 「V.学説の検討 1.(2)」において「防衛者が過剰性を認識している場合にも過失犯を成立させるのは妥当ではない。」とするが、妥当性を欠くとする具体的根拠は何か。
3. 「情状により」という36条2項の文言と責任減少はどのように関係するのか。
4. 違法性阻却事由はどのような行為規範を形成すると考えるか。

## II. 学説の検討

### 1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

- (1) A説(故意犯説)については、検察側と同様の理由からこれを採用しない。
- (2) C説(二分説)は、確かに行為者の過剰性の認識の有無で故意の成否を決める点で合理的とも思える。しかし、二分説はその理論的根拠が必ずしも明確でない点で問題があり妥当ではない。
- (3) そもそも、過剰防衛の行為の相当性逸脱の認識は急迫不正の侵害の誤認にもとづくものであり、第一の急迫不正の侵害に対する誤認がなければ第二の過剰防衛行為もうまれないことから、第一の誤認の意義は大きく、行為を全体的にみると誤想防衛の一種であると考え得る。そして、誤想防衛の本質はその過失犯性にあることを鑑みれば、誤想過剰防衛は、全体として過失犯的性格しかもたず過剰事実の認識の有無にかかわらず故意を阻却して過失犯のみが成立すると考えられる。また、過剰な行為になった部分は、量刑において考慮すれば良いので不都合性はない<sup>1</sup>。したがって、弁護側はB説(過失犯説)を採用する。

### 2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

弁護側も検察側と同様に、γ説(違法・責任減少説)に立つ。しかし、検察側とは異なり、誤想過剰防衛において36条2項が準用される場合には、刑の減輕にとどまらず刑の免除も認められうると解する。

### 3. ブーメラン現象への対応(過失犯を成立させる場合の理論構成)

- (1) 丙説(結果無価値説)については、検察側と理由を同じくしてこれを採用しない。
- (2) ア 乙説によれば、構成要件と違法性を同次元のものであると解することにより、構成要件該当性(不法)、有責性(責任)という二段階犯罪論体系を認めることとなる。<sup>2</sup>

イ 確かに、構成要件と違法性は不法という同次元にあるといえなくもない。

しかし、違法性は定型的な判断による構成要件該当性を前提として、個別具体的に行われるものであり、ここに重要な差異が存在し<sup>3</sup>(これは三段階犯罪論体系が前提とする意識である)、乙説の主張する構成要件と違法性の不法における同一視・同次元化は、この差異を看過し三段階犯罪論体系を

<sup>1</sup>庭山英雄『誤想過剰防衛』(日本評論社、法学セミナー184号)47頁。

<sup>2</sup>井田良『講義刑法学・総論(補訂)』(有斐閣、2011年)91頁。

<sup>3</sup>井田・前掲書92頁において言及されている通り、「蚊を殺す」という構成要件に該当しない行為と、「正当防衛として人を殺害する」という構成要件該当性が認められたうえで違法性が阻却される行為とが、体系上異なるべきことは明らかである。しかし、乙説に立てば、両行為はすくなくとも体系的には構成要件該当性がない行為として同一視がなされる。

放棄してまで行うべきことではないと考える。

ウ よって、乙説は妥当性を欠き、弁護側は乙説を採用しない。

- (3) そもそも、故意と過失は行為者の反規範性を導く主観的要素として共通しており、構成要件的故意の中には、構成要件的過失が内包されていると解する。そこで、構成要件的故意が認められても、責任故意の要件が阻却される場合は責任過失の存否を判断し、その存在が認められた場合、過失犯が問題なく成立すると考える。<sup>4</sup>

よって、弁護側は甲説(責任段階における故意から過失への横滑りを認める見解)を採用する。

#### IV. 本問の検討

1. XはBに回し蹴りをして左足を同人の右顔面付近に当て、同人を路上に転倒させ、Bは頭蓋骨骨折等の傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡した。かかるXの行為につき傷害致死罪(205条)の成立が問題となるが、弁護側も検察側と同様に同罪の構成要件該当性が認められると考える。
2. そうだとしてもXはBがA女に暴行を加えているものと誤解し、A女の身体の安全という「他人の権利を防衛するため」(36条1項)上記行為に及んでいるため、正当防衛が成立しないか問題となるところ、検察側が指摘する通り「急迫不正の侵害」が存在しないため、正当防衛は成立しない。
3. しかし、XはBが自分に殴りかかってくるものと誤信しており、行った行為もBを死に至らしめるもので「防衛の程度を超えた」行為(過剰防衛)であるため、Xの行為は誤想過剰防衛にあたる。故意責任の本質は規範の問題に直面したにも関わらずあえて違法な行為に及んだことに対する道義的非難である。ところが誤想過剰防衛においては、行為者は自身の行為が適法なものであると誤信しており、規範の問題に直面していない。そこで、誤想過剰防衛において故意が認められるか問題となるが、弁護側はB説を採用するため、故意は常に阻却されると考える。

4. また、ブーメラン現象への対応については甲説を採用するため過失犯への横滑りを認める。

したがってXは「過失により人を死亡させ」ていることから、Xの上記実行行為につき過失致死罪(210条)が成立する。

5. もっとも誤想過剰防衛において刑の任意的減免(36条2項)が認められないか。

この点につき弁護側も検察側と同様に、γ説(違法・責任減少説)に立つ。しかし、検察側とは異なり、誤想過剰防衛において36条2項が準用される場合には、刑の減輕にとどまらず刑の免除も認められうる と解する。

そして行為当時の状況をみると、男性と揉めている女性が倉庫のシャッターにぶつかってしりもちをついて叫んでおり、また近づいたXに対しA女が「ヘルプミー、ヘルプミー」といったことに加え、Bがファイティングポーズのような姿勢を取ったことを併せて考えると、Xからすれば女性が男性に襲われていると誤解するには十分な状況であったといえる。このような状況下において、本当に女性が危機に陥っているか等を判断する心理的余裕がXにあるとはいえず、したがって、Xが適法な行為を行えたという期待可能性はほぼ存在せず、36条2項の準用により刑の免除をすべきである。

#### V. 結論

Xの行為につき過失致死罪(210条)が成立し、Xはその罪責を負うが、その刑は免除される(36条2項)。

以上

<sup>4</sup>大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣, 2008年)472頁。