

只木ゼミ前期第5問弁護レジュメ

I. 反対尋問

1. 学説の検討 1(3)において「可罰的違法性が阻却され」るのであれば、責任「故意」は阻却されるのではないか。
2. 学説の検討 2(3)において「行為者の責任減少が通常の過剰防衛と実質的に異なら」ないといえる基準はなにか。
3. 学説の検討 1(2)において、「過剰事実を認識」しているというのは、どの程度の認識が必要であると解しているのか。
4. 学説の検討 2(3)において、急迫不正の侵害が存在せず、違法減少は認められないとしているのに、過剰防衛の違法減少と類似した状況が認められれば 36 条 2 項を認めてもいいと考える根拠は何か。

II. 学説の検討

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

- (1) まず A 説については検察側と同じ理由で採用しない。
- (2) 次に C 説について検討する。

C 説は過剰性の認識の有無によって、故意が阻却されるか否かを決しているが、これは行為者の主観面を重視しすぎた見解であり、また過剰性の認識の判断基準がない点で問題がある。よって、弁護側は C 説を採用しない。

- (3)最後に B 説を検討する。

第一に、侵害事実の誤認がなかったならば、過剰な防衛行為も行われなかったであろうから、侵害事実の誤認はこれを無視することができないほど行為全体において支配力を持っている。したがって、そのような行為は全体において「不注意による思い違い」によるものという過失的性格を持つものといえるのである。

第二に、行為者が侵害事実の存在を誤認しているため、誤想过剰防衛は誤想防衛の一類型であるといえる。誤想防衛において違法阻却事由を基礎づける事実の誤認がある場合には、故意説¹によれば事実の錯誤として責任故意が阻却されるので38条1項により故意犯としては不可罰となる。そうであれば故意が阻却され、違法性阻却事由を基礎付ける事実についての錯誤による過失犯の成立のみを考えるべきである。

また、その過失行為が現実の場合において相当性の程度を超えたからといって過失犯が故意犯となるのは不自然である。

以上より、弁護側はB説を採用する。

¹ 井田良「講義刑法学総論〔初版〕」(有斐閣 2008 年)375 頁以下。 故意説＝行為者が現実に違法性を意識したこと、すなわちその行為が法的に許されない行為であることを意識したことを故意の要件とする。

2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

検察側と同様にγ2説を採る。

III. 本問の検討

1. 甲がBに対して顔面を空手技の回し蹴りをし、死亡させた行為につき傷害致死罪(205条)が成立しないか。

2. 本問では、甲がBに対して空手技の回し蹴りをし、頭蓋骨骨折等を負わせた行為は、人の身体の生理的機能を害する行為にあたり、傷害の実行行為があるといえる。

また、甲の当該行為によりBは脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡したのだから、甲はBを「よって」死亡させたといえ、甲の行為とBの死亡結果との間には因果関係が認められる。

さらに、甲はBの身体に打撃を加える意思があったのだから、傷害の構成要件該当事実の認識・認容はあったといえ、傷害の故意が認められる。

したがって、甲の上記行為は傷害致死罪の構成要件該当性をみताす。

3. もっとも、甲はBが自分に殴りかかってくるものと思い、「自己」及び「他人」であるA女の身体を「防衛するため」に、当該行為に及んだのであるから、Bの行為につき正当防衛(36条1項)が成立しないか。

本問では、Bは酩酊したA女をなだめていたのであり、BがA女を暴行していたという事実はなく、A女に危険は迫っていなかった。さらには、Bは自己およびA女の身体を防衛するために、迫ってきた甲に対して反射的に両拳を胸の前辺りに上げただけであり、甲に殴りかかる気配はなかったといえるから、甲に対しても危険は迫っていなかった。したがって、法益侵害の危険が現に存在するか、または間近に迫っていたとはいえず、「急迫不正の侵害」は認められない。

よって、Bの行為につき正当防衛は成立しない。

4. しかし、甲はBがAともみ合いA女が尻もちをついたのを目撃して、実際にはBがA女を暴行していたという事実はなかったがBがA女を暴行しているものと勘違いし、さらには、Bが両拳を胸の前辺りに上げたのを、ボクシングのファイティングポーズをとり自分に殴りかかってくるものと思い込み、すなわち「急迫不正の侵害」があるものと誤信して、当該行為を行った。

また、本問では、甲は空手有段者であり、一般人よりも体格、筋力の面で勝っているのに対し、Bには武道の経験等は認められない。そして、回し蹴りは身体の枢要部である頭部・顔面を狙う技であり、多少力を加減したとしても、顔面等に打撃を受けた相手方が転倒し、重大な傷害や死の結果をもたらす可能性のある危険な行為であり、しかも、本問では素足ではなく靴という固いものを装着した上で行われたのであるから、その意味では、棒などの凶器で殴打するのと攻撃の程度に関してはさほど変わりのない行為である。仮に、Bがボクシングのファイティングポーズのような態勢をとっていたとしても、想定される

攻撃は手拳で殴打する程度であるから、それに対して、足払いなどの他の手段も取り得たのに空手技の回し蹴りをするという事は、防衛行為としての相当性を著しく欠くといえる。したがって、甲の当該行為は「防衛の程度を超えた」(36条2項)といえ、当該行為は誤想過剰防衛となる。

ここで、誤想過剰防衛における故意の成否が問題となる所、弁護側はB説を採用するため、事実の錯誤として故意を阻却しその錯誤について過失があるときは過失犯が成立すると解する。

5. そこで、甲の当該行為につき、過失致死罪(210条)が成立しないか。

過失とは、予見可能性を前提とした結果回避義務違反のことである。

本問では、甲は空手の有段者であり、一撃必殺ともいわれる空手の攻撃技である回し蹴りをし、しかも身体の枢要部である頭部に向けて行うことは、命中すれば、頭部等に損傷を与え、相手方を転倒させ、ひいては死亡させる危険性があることを認識していたといえる。したがって、甲にはBの傷害致死に対する予見可能性はあったといえる。

また、甲は頭部という身体の枢要部ではなく、急所を外して足付近を狙って攻撃をすることやB女を連れてその場から逃げるなどの行動をとって結果を回避できたはずである。したがって、甲には結果回避義務違反があったといえる。

6. よって、甲の当該行為につき過失致死罪(210条)が成立する。

7. 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γ2説を採用する。すなわち、36条2項の刑の減免の根拠を、攻撃者の法益の要保護性の減弱(違法性の減少)および適法行為の期待可能性の減少に求め、誤想過剰防衛において同条項の準用を肯定するものの、刑の免除までは認めず減軽が認められるにとどまるとする。

本件を検討すると、甲は酩酊したA女とそれをなだめるBとがもみ合ううちA女が尻もちをついたのを目撃して、A女がBから暴行を受けているものと誤解し、さらにA女を助け起こしたところ、同女から「ヘルプミー、ヘルプミー」と言われている。そうであれば、AがBから暴行をうけ身体及び生命の危機にあると誤解してしまっても無理はないと思われる。さらにそのような状況において、Aを助けようとしBと対峙した甲が正しい状況を認識するほどの心理的余裕を持っていたと考えることは難しく、さらにBがボクシングのファイティングポーズのような格好をし、今にも自分に殴りかかってくると誤認した甲はより一層心理的余裕がなかったと思える。そうであれば甲に適法行為の期待可能性はほぼ存在せず、36条2項により刑の任意的減軽が認められる。

以上より、甲の当該行為に過失致死罪(210条)が成立するが、36条2項により刑の任意的減軽が認められる。

IV. 結論

甲の行為に過失致死罪(210条)が成立するものの、36条2項により刑の任意的減軽が認

められる。

以上