

## 只木ゼミ前期第5問検察レジュメ

### I. 事実の概要

空手3段の腕前を有する在日外国人甲は、深夜に帰宅途中、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、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」と言われた。甲はBの方を振り向いて両手を前に差し出し近づいたところ、Bが防御のため両こぶし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と認め、Bが自分に殴り掛かってくるものと誤信した。そこで、甲は自己及びA女の身体を防衛しようと考え、とっさにBの顔面に向けて空手技の回し蹴りを繰り出したところ、Bは路上に転倒し頭蓋骨骨折等の傷害を負った。数日後、Bは同傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡した。

### II. 問題の所在

#### 1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

XはBが自分に殴り掛かってくるものと誤信し、このBの侵害から自己及びA女の身体を防衛する目的で、Bに対し当該行為を行っているところ、Bの行為について傷害致死罪の故意犯が成立するか。急迫不正の侵害が客観的には存在しないものの、行為者が急迫不正の存在を誤信して過剰な防衛行為に出ている場合に、故意は阻却されるのか。

誤想过剰防衛における故意犯の成否が問題となる。

#### 2. 誤想过剰防衛における刑の任意的減免の根拠

仮に、Xの行為について傷害致死罪の故意が認められる場合に、Xの行為は過剰なものであったとして、36条2項の適用ないしは準用により、刑の任意的減免が認められるか。誤想过剰防衛における刑の任意的減免の根拠が問題となる。

### III. 学説の状況

#### 1. 誤想过剰防衛における故意犯の成否

A説：故意犯説<sup>1</sup>

誤想过剰防衛において、常に故意が阻却されないとする説。

B説：過失犯説<sup>2</sup>

誤想过剰防衛において、常に故意が阻却されるとする説。

C説：二分説<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）292頁。

<sup>2</sup>大谷・前掲292頁参照。

過剰性の認識のない場合と認識のある場合とを区別して、前者の場合は故意を阻却し(過失犯)、後者の場合は故意を阻却しない(故意犯)とする説。

## 2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠

α説：責任減少説<sup>4</sup>

36条2項の刑の減免の根拠を、適法行為の期待可能性の減少(責任減少)に求め、誤想過剰防衛において同条項の適用を肯定する見解。

β説：違法性減少説<sup>5</sup>

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)に求め、誤想過剰防衛において同条項の適用ないし準用を否定する見解。

γ説：違法・責任減少説<sup>6</sup>

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見解。

γ1説：同条項の準用につき、刑の減免を認める見解<sup>7</sup>。

γ2説：同条項の準用につき、刑の減輕は認めるが免除までは認めない見解<sup>8</sup>。

## IV. 判例

最高裁昭和24年4月5日第三小法廷判決

<事実の概要>

被告人は、被害者である老父と屋外で口論になり、被害者に胸倉を掴まれるなどしたため自宅に逃げ帰ったが、被害者はそのあとを追って勝手土間に入り、棒様の物を手にして被告人に打ちかかってきた。逃げ場を失った被告人はその場にあった斧を斧ではない棒様の物と思い、その峯および刃で被害者の頭部を数回殴りつけ、死亡させた。

<判旨>

「原審は斧とは気付かずに棒様のものと思ったと認定しただけでただの木の棒と思ったと認定したのではない。斧はただの木の棒とは比べ物にならない重量の有るものだから、いくら興奮していたからといってもこれを手にもって殴打する為振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である。…老父が棒を持って打ってかかって来たのに対し斧だけの重量のある棒様のもので頭部を原審認定の様に乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかつたとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とは言えない。」

<sup>3</sup> 高橋則夫「刑法総論」(成文堂,2010年)285頁。

山口厚「刑法総論〔第2版〕」(有斐閣,2011年)196頁。

<sup>4</sup> 佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方」(有斐閣,2013年)164頁。

<sup>5</sup> 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究50巻9号(良書普及会,1979年)52頁。

<sup>6</sup> 井田良「講義刑法学・総論(補訂)」(有斐閣,2011年)295頁。

<sup>7</sup> 大塚仁「刑法概説(総論)〔第4版〕」(有斐閣,2008年)397頁。

<sup>8</sup> 前田雅英「刑法総論講義〔第5版〕」(東京大学出版会,2011年)391頁。

## V. 学説の検討

### 1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

(1) A説は、違法性阻却自由の錯誤を、違法類型としての構成要件に該当する事実を認識している以上、違法性の錯誤として取り扱うという厳格責任説の立場からの帰結であるし、かしながら、構成要件該当性を基礎づける事実の認識と同時に、違法性阻却事由を基礎づける事実の存在を誤認している行為者には、自己の行為が違法であると判断する基礎事柄が十分にあるとは言えないため、行為者に故意非難を向けることはできない。<sup>9</sup>

したがって、検察側はA説を採用しない。

(2) B説は、過剰事実を認識している場合には、違法性を基礎づける事実を認識していることになるから、過失犯性があるとするのは妥当ではない。

したがってB説を検察側は採用しない。

(3) 故意責任の本質は、当該行為が違法であるとの認識を有するに至った場合に、規範に直面し反対動機を形成することが可能であるにもかかわらず、違法な行為に出たのだから、行為者は重く処罰されるべきという道義的非難にある。刑法は、一般市民に対し、正当防衛行為に出るときは36条1項の要件の範囲内でこれを行うことを求めていることから、正当防衛も行為規範の一部に含まれると考えられる。<sup>10</sup>とすれば、誤想防衛のような、行為を正当化する事情を認識し、行為規範に反する事実を実現しようと行為に出ていない場合は、規範に直面する契機はなく規範違反性は否定され、故意犯の可罰的違法性は認められないことになる。また、反対に過剰性の基礎となる事実について認識していた場合には、その点でなお規範に直面し反対動機の形成が可能であったといえ、責任故意が認められると解する。

したがって、検察側はC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

(1) α説では、誤想防衛の場合に誤想したことに過失があり、過失犯として処罰される場合には刑の減免の余地がないにもかかわらず、誤想過剰防衛の場合には刑法36条2項が適用され、刑が減免されるとするのは、刑の不均衡を招き、妥当でない。<sup>11</sup>さらに、36条2項は、同条1項に関係づけられた規定であり、それは「急迫不正の侵害」の事実の存在という、大きく結果不法にかかわる要素が具備されることを要件としているから、ここに違法性の減少という側面を度外視することはできないため、妥当ではない。

したがって、検察側はα説を採用しない。

(2) β説は正当防衛状況が現実には存在しない以上、違法減少がおおよそ認められないとして、36条2項の適用を排除すると主張するが、この立場からも、違法性が減少する事実が存

---

<sup>9</sup> 井田良・前掲352頁。

<sup>10</sup> 井田良・前掲350頁。

<sup>11</sup> 高橋則夫・前掲285頁。

在すると行為者が誤信しているのであるから、行為者の責任もその範囲に限定されることになり、同項を準用して刑の減免を認める余地があると考えられ、妥当ではない。

したがって、検察側はβ説を採用しない。

- (3) 誤想過剰防衛の場合、客観的には急迫不正の侵害が存在しないので違法減少を認めることはできず、36条2項を適用することはできないが、行為者の心理的側面に目を向けると責任非難をなすことができず責任減少が認められる。よって、行為者の責任減少が通常の過剰防衛と実質的に異ならず、かつ、過剰防衛における違法減少と類似した客観的状況が存在する場合には、36条2項の準用を肯定すべきであり、γ説が妥当である。

また、刑の減免については上述のとおり、責任減少を理由として準用を認めるものの、違法減少が認められないことからすると、原則として刑の減輕にとどまり、免除までは認められないと解するのが妥当である。また、たんなる誤想防衛の場合に過失犯が成立しうるのに対し、過剰であるのに刑の免除を認めるのは不均衡である。

したがって、検察側はγ2説を採用する。

## VI. 本問の検討

1. 本件において、甲のBの顔面に向けて空手技の回し蹴りをし、Bを死亡させた行為について傷害致死罪(205条)が成立しないか。

この点、甲はBの顔面に向けて空手技の回し蹴りを繰り返しており、その結果Bは路上に転倒し頭蓋骨骨折等の傷害を負い、数日後同傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡している。

また、回し蹴りを顔面に向けて繰り返せば、相手が傷害を負うことも十分にありうるから、甲には少なくともBの傷害について未必の故意があるといえる。

したがって、甲の当該行為について傷害致死罪(205条)が成立しうる。

2. しかし、本件において、甲はBから自己及びA女の身体を防衛しようとして当該行為に及んでいる。そこで、甲の当該行為に対し、正当防衛(36条1項)は成立しえないか問題となる。

この点、甲はBが防御のために両こぶし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と認め、自己に殴りかかってくるものと認識したために当該行為に及んでいる。しかしながら、そもそも甲が、Bともみ合い、A女が尻もちをついたのを目撃し、A女がBから暴行を受けているものと誤信したものであり、実際にはそのような事情は存在しない。また、Bは甲が両手を前に差し出し近づいたことに対し、防御のために両こぶしを胸の前に持ち上げただけである。かかるBの当該行為は甲がBの方を振り向いて両手を前に差し出し近づいてきたことから、Bが驚いて反射的に手を挙げて身構えたものとも十分に考えられる。そのため、Bは甲に対して殴り掛かる気配を示していたとはいえない。

したがって、甲に対して、急迫不正の侵害(36条1項)があったとはいえない。そのため、

甲の当該行為について正当防衛(36条1項)は成立しえない。

- 3.(1) もっとも、本件において、甲はBからの急迫不正の侵害(36条1項)があったと誤信し、当該行為に及んでいる。したがって、甲の当該行為について、誤想防衛は成立しえないか。

この点、甲は自己及びA女の身体をBによる侵害から防衛するために、当該行為に及んだといえる。しかしながら、甲は空手3段の腕前を有しており、通常一般人よりも体力的に勝っているといえる。また、そもそも空手技の回し蹴りは身体の枢要部である頭部、顔面を狙うものであり、力を制御しにくい足技であるといえ、打ちどころによっては重大な傷害や死の結果も発生しかねない危険な技であるといえる。それに対し、Bについては、武道の経験等は認められない。したがって、甲が回し蹴りをBの頭部に向かってしたことは、仮にBがボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとっていたとしても重大な危険性を有する行為といえ、足払い等他の手段も取り得たのであるから、防衛行為としての相当性を著しく欠く行為だといえる。

したがって、甲の当該行為は誤想過剰防衛といえる。

- (2) そこで、甲に対し傷害致死罪(205条)の故意は認められないか。誤想過剰防衛における故意の成否が問題となる。

この点、検察側はC説(二分説)を採用するところ、誤想過剰防衛においては、行為者の防衛行為について相当性を欠くとの認識(過剰性についての認識)が認められる場合に、構成要件の故意は認められる。

(3) 本件について、甲は、空手有段者である甲が一般人であるBに対して空手技の回し蹴りを繰り出したという事実は少なくとも認識していたといえる。したがって、甲の当該行為に対する危険性を十分に認識していたものといえる。

よって、甲について、当該行為に対する過剰性の認識を有していたと認められるため、故意は阻却されず、傷害致死罪(205条)が成立しうる。

4. それでは、傷害致死罪(205条)が成立するとして、36条2項を適用し、刑を任意的に減免することはできないか。過剰防衛の規定である36条2項を誤想過剰防衛の場合についても適用しうるか問題となる。

ここで、検察側はγ2説を採用するところ、誤想過剰防衛の場合には、急迫不正の侵害が認められないため、違法減少は認められないのであり、36条2項の適用は認められない。しかし、適法な行為の限度で防衛行為を期待することによる責任減少が認められる場合には、36条2項を準用しうる。

本件についてみると、甲はA女とBとがもみ合い、A女が尻もちをついたのを目撃しており、このような状況の中では、A女がBから暴行を受けているものと考えerことは自然であるといえる。また、A女を助けに入った際にA女から「ヘルプミー、ヘルプミー」と助けを求められている。助けを求められれば、通常A女の生命に重大な危険が生じていると考えることはなんら不自然ではない。そのような場合において、A女に暴行をしていた

であろう B に対峙している甲は、非常に切迫した心理状態にあったといえる。そして、B はボクシングのファイティングポーズのように両こぶしを胸の前辺りにあげたのであるから、非常に切迫した心理状態にあった甲に対して、適切な防衛行為を期待することは困難であったといえる。

したがって、甲については適法な行為の限度で防衛行為を期待することによる責任減少が認められるため、36 条 2 項を準用することで刑の減刑を認めるべきである。

## VII. 結論

甲の行為に傷害致死罪(205 条)が成立し、甲はその罪責を負うが、36 条 2 項の準用により減軽が認められる。

以上