

I. 反対尋問

- 5 1. 「V. 学説の検討」1について、丙説(二分説)は過剰性の認識がある場合とない場合とを
区別し、故意犯の成立を区別する立場であるが、「本問の検討」4(2)(5頁28行)からは、そ
の認定は客観的に行っているように見える。検察側は過剰性の認識についていかなる基準
から検討を行っているか。
- 10 2. 「V. 学説の検討」1について、乙説の批判において急迫不正の侵害の誤想以降の事情を
一切考慮せず、とあるが、これは行為が過剰に渡った点を評価していないという批判と捉
えてよいのか。
- 15 3. 「V. 学説の検討」2について、誤想過剰防衛における刑の減輕または免除の根拠と銘打
って検討しているが、そもそも36条2項は過剰防衛についての規定であり、その減免の根
拠とは別に、客観的に侵害事実のない誤想過剰防衛にも適用または準用があるか否かにつ
いて検討を加える必要があると考えるがどうか。

II. 学説の検討

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否

(1) 甲説(故意犯説)

- 20 検察側と同様の理由で採用しない。

(2) 丙説(二分説)

- 25 丙説は、行為の過剰性の認識のある場合とない場合で故意の阻却を区別する点、一見
明白である。しかし、そもそも誤想過剰防衛とは第一に侵害事実を誤想した後、第二に
行った行為が過剰に渡ったという、誤想防衛から始まった犯罪類型である。丙説は、そ
の第二段階である「過剰性の認識」があれば全体に故意犯を認めるとする点、誤想过剰
防衛の侵害事実の誤想がなければそもそも行為に出なかったという性質を見落として
いる。また、かかる基準によれば、侵害事実を誤想した後、過剰な自己の行為が許され
るのだと考えて過剰な行為を行った場合、過剰性の故意があり、法律の錯誤として故意
30 は阻却されない。だが、かかる錯誤は侵害事実の誤想があつてからこそ生じたのであり、
故意の評価の外に置かれるべきものではない。故意の認定に法律の錯誤が一切考慮され
ないことを考えれば、誤想过剰防衛が不注意として侵害事実を誤想した過失犯的性格の
事例であることを評価しきれていない説といえる。よって弁護側は採用しない。

(3) 乙説(過失犯説)¹

そもそも誤想过剰防衛とは、第一に侵害事実を誤想し行為に出たところ、かかる行為

¹ 石原明「殺人未遂につき誤想过剰防衛が認められた事例」『法学論叢』81巻1号(京都大学法学会,1967年)101頁。

が過剰に渡った犯罪類型である。したがって、侵害の誤想がなければ行為にでることはなかったのであり、誤想防衛の一類型であるといえる。行為に出たのは、侵害事実を誤認したことに基づくのであるから、これは事実の錯誤にあたり故意が阻却され、過失犯の成立のみを検討すべきである。第一に侵害事実の誤認がなければ第二の過剰な行為は行われなかった。とすれば、誤想過剰防衛は全体として「不注意による思い違い」という過失犯的性格を有するのであり、過失犯の検討を考えるべきで、過剰性については量刑で評価すべきである²。よって、弁護側は乙説を採用する。

2. 誤想過剰防衛における刑の減輕または免除の根拠

10 (1) 刑法 36 条 2 項の任意的減免の根拠について

検察側と同様の理由で A 説を採用する。

(2) 誤想過剰防衛への刑法 36 条 2 項への適用または準用について

過剰防衛が過剰に至らない場合正当防衛として無罪となるが、誤想過剰防衛の場合過剰に至らない場合も過失犯が成立する。したがって、過剰であるがために成立した過失犯に更に刑法 36 条 2 項が適用されると、通常の誤想防衛に比して著しく刑の均衡を失する。したがって、論点 1 につき乙説に立つ弁護側は刑法 36 条 2 項の適用はないと考える³。

III. 本問の検討

20 1. スリランカ人男性 X が B に対してヨットラチャギをし、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。

2. X は B に対しヨットラチャギをし、B に内臓破裂を負わせた行為は「人」の「身体」の生理的機能を害する行為にあたり、傷害(204 条)の実行行為があると言える。そして X の当該行為から、B は、腹部内臓破裂による出血により「死亡」するという致死結果が発生している。そのため、X 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。以上から、X の当該行為は傷害致死罪(205 条)の構成要件該当性を充たす。

25 3. ところで、X は「自身と A を守る為」当該行為を行ったのであるから、その点 X の行為正当防衛(36 条 1 項)が成立しないか。

30 (1) 正当防衛の成立要件は①急迫不正の侵害につき②自己または他人の権利を③防衛するため④やむを得ずにした行為である。

(2) 本件で、A が B に暴行を受けている事実はなく、また、B は X に対して防御する姿勢を見せただけであり、ファイティングポーズを取ったという事実も存在せず、X や A に法益侵害が存在している、または、現に差し迫っているとは言えない。その点、要件①急迫不正の侵害の存在がない。

² 立石二六『刑法総論〔第三版〕』(成文堂,2008 年) 236 頁。

³ 石原・前掲 104 頁。

(3) したがって X の行為には正当防衛(36 条 1 項)は認められず、当該行為の違法性は阻却されない。

4. (1) 確かに、X の行為は B を死に至らしめるものであり、「防衛の程度を超えた行為」である。一方で X の主観は A 及び自身が B に攻撃されていると思っていたのであるから、かかる行為は誤想過剰防衛にあたる。ここで誤想過剰防衛における故意の成否が問題となるが、弁護側は過失犯説を採用する。本説は行為者が誤認したが故

(2) 本問において、X は A が尻もちをついたその様子から B が A に暴行しているものと誤信している。その際の X の主観面に着目すれば、そもそも日本における治安状況と X の出身であるスリランカの治安状況は異なることが大きく影響していると考えられる。日本と比較すればスリランカには危険な地域が多く、外務省も注意を呼びかける情報を発信していることを考えれば、自分の身は自分で守ることが求められるような国であることが伺える。そんな環境で育った X にとって、夜道でシャッターにぶつかる大きな音を出しながら男女が騒いでいる姿は、暴行されていると誤信するに相当の事情であった。さらに、夜間であることから A を助けるために割って入ったとし、卑劣にも女性に暴行を加えたと思っていた B が自身にボクシングで攻撃を加えようと思ったとしても不思議とはいえない。

したがって X は B による自己及び A への急迫不正の侵害を誤想したといえ、故意(38 条 1 項本文)は阻却される。

5. では、X の当該行為につき、過失致死罪(210 条)が成立しないか。

(1) 過失とは、予見可能性を前提とした結果回避義務違反である。そして、予見可能性の有無の判断は、そもそも予見可能性とは構成要件該当事実の認識・予見可能性の事であるから、構成要件の段階での結果や因果関係について認識・予見可能性があれば足りる。

(2) 本問において、X はヨットラチャギというテコンドーの大技を繰り出すことにより、B を死に至らしめる危険性があることにつき認識・予見していたといえ、予見可能性が認められる。X はヨットラチャギを繰り出さずとも、警察に通報する、大声を出して周りに助けを求め等の方法で A を救うことが可能であり、その点結果回避義務違反があったといえる。

(3) よって、X の行為には過失致死罪(210 条)が成立する。

6. 誤想過剰防衛に刑の任意的減免(36 条 2 項)があるかにつき、弁護側は刑均衡上適用がないと考える。

以上から、X の行為には過失致死罪(210 条)が成立し、刑の任意的減免はなされない(36 条 2 項)。

IV. 結論

Xの行為に過失致死罪(210条)が成立する。

以上