

只木ゼミ前期第8問検察レジュメ

文責：1班

I. 事実の概要

5 英国から来日して8年目の甲男(身長180cm、体重80kg)は、平成5年7月5日の午後11時頃、勤務先の英会話学校から自転車で帰宅途中の路上で、酩酊して暴れるA女とこれをなだめていたB男(身長160cm、体重60kg)とがもみ合ううちAが倉庫の鉄製のシャッターにぶつかって大きな音を立てコンクリート面に尻もちをついたのを目撃し、同時にAが「助けて」と叫ぶ声を聞いた。そこで、甲はBがAに暴行を加えているものと誤解し、自転車から降りながらBに対して「やめなさい、レディですよ。」と叫び、Aを助けるべく両者の間に割って入った上、Aに「大丈夫ですか。」と尋ねて助け起こそうとした。その際、Aから「ヘルプミー、ヘルプミー」と助けを求められた甲は、次いでBの方を振り向きAに対する攻撃をやめるようにという意味で両手を差し出してBの方に近づいた。これを見たBが防御するため手を握って胸の前あたりにあげたので、甲は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自分に殴りかかってくるものと誤信し、自己及びAの身体を防衛しようと考え、とっさにBをひるませようと空手技である回し蹴りをして、左足を同人の右顔面付近に当て、同人を路上に転倒させて頭蓋骨骨折等の傷害を負わせ、8日後に同傷害による脳硬膜外出血および脳挫滅により死亡させた。

15 甲は日本の武道に興味を持ち、本国にいたころから空手を習っており、本件当時剛柔流空手三段の腕前を有していた。

20 甲の罪責を論ぜよ。

参考判例：最高裁昭和62年3月26日第一小法廷決定

II. 問題の所在

25 1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否について

30 XはBが自分に殴りか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。客観的には急迫不正の存在しなかったことから、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されないものの、行為者が正当防衛にあたる行為と誤信して過剰な防衛行為に出ている場合に、責任故意は阻却されるか。誤想過剰防衛における故意犯の成否が問題となる。

2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免根拠について

誤想過剰防衛が成立する場合に、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。誤想過剰防衛における刑の任意的減免の根拠が問題となる。

35

III. 学説の状況

1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否について

A 説：故意犯説¹

厳格責任説の立場から、違法性阻却事由の事実の錯誤は違法性の錯誤であって故意を阻却しないので、誤想過剰防衛は過剰事実についての認識の有無にかかわらず故意犯が認められるとし、錯誤が避けられない場合には責任が阻却されるとする説。

5

B 説：過失犯説²

誤想防衛は故意を阻却する事実の錯誤であるとの前提に立った上で、「急迫不正の侵害を誤認して、誤認なく防衛の程度を超える行為をした場合」を「誤想過剰防衛」と概念定義し、したがって、誤想過剰防衛も概念定義上は誤想防衛の一種とみられるから、それは過失犯としての性格をもつ故、誤想過剰防衛については、その前段階における誤想の点を重視して過失犯としての性格を貫くとともに、あとの過剰点については裁判官の量刑に委ねるとする説。

10

C 説：二分説³

誤想防衛は事実の錯誤であって故意を阻却するというを前提とし、過剰事実の認識がない場合には違法性を基礎づける過剰事実について行為者に認識がないから、故意の成立を認めることができず、過剰事実を相当な事実と誤認した点に過失があれば過失犯が成立し、過剰事実の認識がある場合には違法性を基礎づける事実を認識しているから、故意犯が認められるとする説。

15

20 2. 誤想過剰防衛における刑の任意的減免根拠について

α 説：違法減少説⁴

36 条 2 項によって刑が減免される根拠は、急迫不正の侵害に対する防衛行為によって正当な利益が維持されたことで違法性が減少する点にあるとする説。この説によれば、誤想過剰防衛の場合は急迫不正の侵害が客観的に存在しない以上違法性は減少せず、したがって 36 条 2 項の適用、準用は否定される。

25

β 説：責任減少説⁵

責任減少の根拠は、恐怖・驚愕・興奮・狼狽などによって心理的に例外的な状態にあることにより非難可能性が減少する点にある。客観的に急迫不正の侵害が存在しないとしても、行為者の心理状態において、それが存在する場合と同じような動揺が存在するなら、過剰防衛として刑を減免する余地が認められる説。

30

¹ 大谷實『刑法講義総論(新版第 4 版)』(成文堂,2013 年)292 頁。

福田平『全訂刑法総論(第 5 版)』(有斐閣,2011 年)212 頁参照。

² 石原明『殺人未遂罪につき誤想過剰防衛が認められた事例』法学論叢 81 卷 1 号 97 頁。

立石二六『刑法総論(第 4 版)』(成文堂,2015 年)参照。

³ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第 4 版〕』(有斐閣,2008 年)397 頁。

立石・前掲 238 頁参照。

⁴ 山中敬一『刑法総論 I』(成文堂,2004 年)540 頁。

山口厚『刑法総論(第 3 版)』(有斐閣,2016 年)141 頁。

⁵ 山中・前掲 540 頁参照。

γ 説：違法・責任減少説⁶

過剰防衛は防衛の程度を超えた場合である点につき違法性が減少し、かつ被侵害者の心理が圧迫されて冷静な判断ができない点につき責任が減少するという説。この説の場合「急迫不正の侵害」が存在しない誤想過剰防衛については、36条2項をそのまま適用することはできないが、準用することは可能であるとする。

IV. 判例

東京地方裁判所平成5年1月11日刑事第一部判決。判例時報1462号159頁。

【事実の概要】

10 平成3年5月2日午前4時30分ころ、東京都新宿区DFビル6階クラブ「AR」店内において、自分に背を向けて立ち、Cらと話をしていたB(当時27歳)の後ろを通り過ぎようとしたところ、同人が片足を後ろに引いて、向きを変えようとしたので、同人が自己を殴ろうとしているものと誤信し、自己の身体を防衛する目的で、と同時に、同人に対する憤満の情が高まり、とっさに、同人を携帯中の文化包丁で突き刺して殺害しようとしたので、防衛の程度を超えて、上衣の内ポケット内に隠し持っていた文化包丁(刃体の長さ約20.9センチメートル)で、
15 同人の背後から、その背部を一回突き刺して右肺、気管、心膜、大動脈を損傷する背部右側刺切創の傷害を負わせ、よって、同日午前4時55分ころ、同区西新宿6丁目7番1号東京医科大学病院において、同人を右肺及び大動脈損傷に基づく失血により死亡させて殺害したものである。

20 【判旨】

誤想防衛について検討するに、被害者が被告人に殴りかかる気配すらないのににかかわらず、殴られると考えた被告人の判断は軽率であるものの、被告人は、客観的に、急迫不正の侵害が存在しないのに、それが存在するものと誤信していたと認めるのが相当である。また、被害者から殴られるのを防ぐためと、憤満の情から当該行為に及んだのであるから、防衛の意思も肯定することができる。しかし、防衛行為の程度を大幅に超えた行為であり、かつ被告人自身自己の行為の意味を十分に認識していたことから、誤想防衛として故意を阻却することはない。
25 いわゆる誤想防衛に該当するが、刑法36条2項を適用して減免することはしない。

V. 学説の検討

30 1. 誤想過剰防衛における故意犯の成否について

A 説：故意犯説⁷

故意犯説は厳格責任説を前提としている。厳格責任説によれば、構成要件と違法性とを峻別し、構成要件該当事実の認識だけで規範の問題に直面し、故意を構成要件の故意に限定することから、誤想防衛は違法性の錯誤と解されることとなる。しかし、正当防衛の要件それ自体を

⁶ 山口・前掲139頁以下。

⁷ 高橋則夫『刑法総論(第2版)』(成文堂,2013年)283頁。
井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2009年)352頁。

誤解した場合と誤想防衛のような「違法性阻却事由の前提事実の錯誤」とを同様に処理することは悪しき規範主義と言わざるを得ないだろう。

よって、検察側は A 説を採用しない。

5 B 説：過失犯説⁸

急迫不正の侵害がないのにあると思つた錯誤を事実の錯誤として故意を阻却する過失犯とし(第一段階)、それに基づく防衛行為の過剰性を行為者が認識してそこに故意が認められても(第二段階)、第一段階の過失犯としての性格がその誤想過剰防衛行為全体の性格を決定して過失犯となす点に問題があつて支持できない。すなわち、過剰事実について認識があつた場合について考えると、そこでは違法性を基礎づける事実を認識しているのであるから、その事実を第一段階の誤認に基づく過失犯的性格に解消することはできないし、また、誤想過剰防衛のうち、過剰事実について認識があつた場合を過失犯とすると、誤想に基づかない通常の過剰防衛が故意犯となることと比較して均衡を失することになるからである。

よって、検察側は B 説を採用しない。

15

C 説：二分説⁹

故意犯が認められるのは、行為規範に直面しながらもあえてこれを侵害したからである。行為者が犯罪事実を認識していなければ、行為規範に直面したとはいえないので、過剰性につき認識のない場合は故意を阻却するものとする。逆に、過剰性につき認識のある場合は、違法性を基礎付ける事実を認識しているのだから、故意犯が成立するものと解する。

よって、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根拠について

α 説：違法減少説¹⁰

25 過剰防衛も正当防衛と同じく不正の侵害に対して行われた防衛行為であるから、不正の侵害に対する反撃という点で違法性が減少していることに疑いはない。しかし、単に違法性の減少のみが 36 条 2 項による刑の減免根拠であるとする、過剰防衛について、過剰な結果だけをとれば犯罪が成立しているにもかかわらず、刑の免除まで可能とされていることを説明することが困難である。

30 よって、検察側は α 説を採用しない。

β 説：責任減少説¹¹

この見解によれば心理的圧迫状態を生じさせる「急迫不正の侵害の認識」が過剰防衛を肯定するために決定的な意味を持つことになるが、そうだとすると、過剰防衛と、現実には急迫不

⁸ 立石・前掲 239 頁。

⁹ 高橋・前掲 295 頁。

¹⁰ 浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂,2012年)237頁。

¹¹ 山口・前掲 141 頁参照。

正の侵害が存在しないのに、その存在を誤信した誤想過剰防衛と区別がなくなってしまう妥当ではない。

よって、検察側はβ説を採用しない。

5 γ説：違法・責任減少説¹²

誤想過剰防衛の刑の任意的減免が認められるかについては、過剰防衛における刑の減免根拠に関連するものである。

誤想過剰防衛の場合、急迫不正の侵害がないために違法性が減少しているとはいえないが、行為者の責任減少について過剰防衛と実質的に異ならず、過剰防衛における違法性減少と類似する客観的状況があるときは、刑法36条2項を準用できると考える。

10

過剰防衛の減免根拠を責任減少と考えることによっても、誤想過剰防衛の任意的減免を認めることができるが、そのように考える場合、過剰防衛と誤想過剰防衛との区別がなくなってしまうおそれがある。

15

「急迫不正の侵害」が存在するのが過剰防衛であるから、誤想過剰防衛と同一視することはできず、それぞれを区別する必要があるため、過剰防衛の減免根拠は違法・責任減少に拠るものと解すべきである。

よって、検察側はγ説を採用する。

VI. 本問の検討

20

1. 甲がBに対して回し蹴りをした行為につき、傷害致死罪(205条)が成立しないか。

(1) 回し蹴りという行為は、足を用いているところ、一般に脚力は腕力よりも強いことから、その威力は手拳での殴打行為よりも強度であるといえる。さらに、右顔面にあてていることから、人体の中枢である脳を覆う頭部に直接衝撃を与えており、人体の生理的機能を害する危険性を有する行為であるので、「傷害」といえる。

25

その傷害行為の結果、Bは死亡している。死因は甲の傷害行為による脳硬膜外出血および脳挫滅によるものであるから、甲の実行行為とBの死亡結果との結びつきは認められる。また、Bに対する傷害の故意(38条1項本文)も認められる。

30

(2) そうだとしても、甲の行為は正当防衛(36条1項)にあたるとして違法性が阻却されないか。36条1項の要件は①「急迫不正の侵害」があること、②「やむを得ずにした」行為であること、③「防衛」の意思があること、であることである。

ア。「急迫不正の侵害」とは、被害者の法益を侵害または危険にさらすものが現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいうところ、本問では、Bは防御するため手を握って胸の前あたりにあげているが、その手を甲の方につきだしたりしているわけではないから、かかる行為は何ら法益を侵害するものではなく、間近に押し迫っているとも言えない。よって、「急迫不正の侵害」は存在しない(①不充足)。

35

さらに、甲は剛柔流空手三段の腕前を有していることから、その空手技である回し蹴りの

¹² 山口・前掲139頁以下。

威力は非常に高かったといえる。また、甲は身長 180cm、体重 80kg と大柄でがっしりとした体型であるのに対し、B は 160cm、体重 60kg と標準男性と比べて小柄であり、その身長差は 20cm、体重差は 20kg であるから、体格の差は非常に大きい。よって、防衛行為の手段の相当性を逸脱しているので、「やむを得ずにした」行為であるとは言えない(②不充足)。

5

イ. したがって、甲の行為は正当防衛にあらず、違法性は阻却されない。

(3) もっとも、甲は B が自分に殴りかかってくるという急迫不正の侵害があると誤信して過剰な防衛行為に出ている。そこで、かかる場合に責任故意が阻却されないか。

10

ア. この点、検察側は C 説を採用する。そもそも、責任故意とは違法性阻却事由に該当する事実の不存在の認識をいうところ、行為者が防衛行為の過剰性を認識している場合には、行為者の内心においてすら正当防衛に該当する事実が存在せず、違法性阻却事由に該当する事実の不存在の認識はあるから、責任故意は阻却されず、故意犯が認められると考える。

15

イ. 本問では、甲の内心において B が自分に殴りかかってくるという急迫不正の侵害にあたる事実が存在している。しかし、先述した甲と B との体格差、空手有段者の者が頭部に回し蹴りをするものの危険性、空手技であるとしても人体への影響が少ない他の技があることやそれを実行する可能性があったことは、剛柔流空手三段の腕前を有している甲であれば当然理解できていたはずであるから、甲は防衛行為の過剰性を認識しているといえる。したがって、責任故意は阻却されない。

2. 以上より、かかる甲の行為につき傷害致死罪が成立する。

20

もっとも、誤想過剰防衛の任意的減免根拠につき、検察側は γ 説を採用し、甲が急迫不正の侵害があると誤信している点につき過失はなく、責任の減少を認めることができるため、36 条 2 項が準用され、刑の任意的減輕を受ける。

VII. 結論

25

甲は傷害致死罪(205 条)の罪責を負うが、36 条 2 項の準用により減輕が認められる。

以上