

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 13 行目の「均衡を失することになる」とは具体的にどういうことを指すか。  
2. 検察レジュメ 5 頁 9 行目にある「類似する客観的状況」とは具体的にはどういうことを意味するか。

10 II. 学説の検討

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

検察側と同様の理由で採用しない。

15 C 説：二分説

誤想过剰防衛とは第一に侵害事実を誤想した後、第二に過剰な防衛行為を行うといった誤想防衛から始まる犯罪類型である。すなわち第一の侵害事実の誤認が無ければ第二の過剰な防衛行為にも及ばなかったのであるから、単に第二行為の過剰性の認識の有無によって故意の有無を検討することは行為者の主観面を重視しすぎているので妥当とは言えない。よって C 説は採用しない。

20

B 説：過失犯説<sup>1</sup>

そもそも、行為者は第一の侵害事実につき誤認がなければ、第二の過剰な防衛行為を行わなかったはずである。したがって、第一の誤認の点はこれを無視することができないほど行為全体について支配力を持っている。すなわち、このような行為はその全体においてそもそも、「不注意による思い違い」によるものという過失犯的性格を有するので、この過失犯性を貫くべきである。また「誤想防衛は、急迫不正の侵害がないのにあると錯覚して行為するのであるから、過失犯とその本質を同じくする」<sup>2</sup>ので、やはりその過失犯性を看過することは出来ない。

25

したがって、弁護側は B 説を採用する。

30

2. 誤想过剰防衛における刑の任意的減免根拠について

「1. 誤想过剰防衛における故意犯の成否について」において、弁護側は B 説(過失犯説)を採用する。つまり、誤想防衛につき過失犯が成立する。誤想过剰防衛についても、「急迫不

<sup>1</sup> 石原明「殺人未遂罪につき誤想过剰防衛が認められた事例」『法学論叢』第 81 卷 1 号(京都法学会、1967 年) 101 頁以下。

<sup>2</sup> 植松正『新刑法教室 I 総論』(信山社、2004 年) 82 頁。

正の侵害」を誤信した点に過失犯的性格を見出し、それを貫徹するため、過剰性の認識の有無に関係なく過失犯が成立する。

ここで、誤想過剰防衛にもとづく過失犯につき36条2項による適用ないし準用によって任意的減免を認めるとすると、誤想防衛にもとづく過失犯との関係で刑の均衡を失するため、

5 36条2項の適用ないし準用は観念すべきでない。<sup>3</sup>

よって、弁護側の立場からは、誤想過剰防衛につき刑の任意的減免根拠を問題としない。

以上より、弁護側はこの点につき検討しない。

### Ⅲ. 本門の検討

10 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)が成立するか。

(1)傷害罪(204条)の実行行為は、人の身体の生理的機能を害する現実的危険性を有する行為をいうところ、空手3段の腕前を有し、身長180cm、体重80kgという大柄な甲のくりだす回し蹴りの威力は強度なものであるといえる。さらに、付近に目や口といった人体の重要器官が存在する顔面をめがけて回し蹴りをしており、眼球や歯の損傷といった人体の生理

15 的機能を害する現実的危険性を有する行為であるといえるため、傷害罪の実行行為性は認められる。傷害行為の結果、Bは傷害を負い、さらに死亡している。Bの死因は甲の傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅によるものであるから、実行行為と傷害結果、さらに死亡結果との間の因果関係は認められる。また、甲はBをひるませようと当該行為に及んでおり、故意(38条1項本文)は認められる。

20 (2) 甲の行為につき傷害致死罪の構成要件該当性が認められるとしても、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。

ア. 36条1項の要件は①「急迫不正の侵害」の存在②「自己または他人の権利を」③「防衛するため」④「やむをえずした」行為である。

イ. 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害の危険性が現に存在しているか間近に押し迫っていることをいうところ、本問において甲の主観ではBが自分に殴りかかってくるもの

25 と思っていたが、客観的にはBはファイティングポーズのような態勢をとっているだけで、手を突き出したりして攻撃を加えているわけではない。よって違法な法益侵害の危険が現に存在したとも押し迫っていたとも言えない。よって「急迫不正の侵害」が存在したとは言えない。

30 ウ. したがって、甲の行為に正当防衛は成立しない

(3) もっとも、甲は急迫不正の侵害が存在すると誤信して防衛行為として当該回し蹴り行為に及んでいる。かかる場合に責任故意が阻却されないか。

ア. この点につき、弁護側はB説(過失犯説)を採用するところ、「急迫不正の侵害」を誤想した点を重視し、誤想過剰防衛も誤想防衛の一種として責任故意が阻却され、過失犯規定がある場合、過失犯が成立するにとどまる。

35

---

<sup>3</sup> k 石原・前掲104頁。

イ. 本問において、甲が A と B がもみ合いになり、A がしりもちをついて倒れた状況を現認し、仲裁に入った折、A より「ヘルプミー、ヘルプミー」と英語で声をかけられていることから、甲は A が B から暴行を受けており、英国人である自分にも分るように英語で助けを求めていると認識したものといえる。この状況下において本問のように B がファイティングポーズの態勢をとって甲に対峙してきたら、甲及び A に危害を加えようとしていると甲が認識することは当然であり、甲は「急迫不正の侵害」を誤信したといえる。よって責任故意が阻却される。

(4) よって、甲の行為につき傷害致死罪(205 条)は成立しない。

2. もっとも、甲の行為には過失致死罪(210 条)が成立する。

10

#### IV. 結論

甲は過失致死罪(210 条)の罪責を負う。