

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、侵害事実の存在の誤認を考慮に入れていないと解釈してよいのか。
2. 誤想過剰防衛において、行為者が過剰事実を認識していなかった場合には、過失犯が成立し更に刑法36条2項が適用され刑の軽減・免除が考慮される一方で、通常の誤想防衛においてはただ過失犯が成立するのは、刑の不均衡ではないか。

10 II. 学説の検討

1. 違法性阻却の錯誤について

A 説:故意犯説について

検察側と同様の理由で採用しない。

15 C 説:二分説について

誤想过剰防衛は、第一の侵害事実の誤認がなければ、第二の過剰な防衛行為に及ぶことはない。したがって、第一の侵害事実の誤認は、無視することのできない要素であるところ、二分説では、第二の過剰な防衛行為に対する行為者の認識の有無で、故意犯か過失犯かを検討しており、判断方法として不適切である。したがって弁護側はこの説を採用しない。
20

B 説:過失犯説

誤想过剰防衛において、第一の侵害事実の誤認がなければ、第二の過剰な防衛行為に至ることはない。したがって、第一の侵害事実の誤認は、無視できないほど行為全体において支配力をもっている。したがって、行為全体において、「不注意による思い違い」という過失的性格をもっているものだといえる¹。また、誤想防衛と過剰防衛とは、性質上の差がある。即ち、誤想防衛は思い違いによる架空の場合の問題であり本来過失犯にもなり得るもので主観に関するもの、過剰防衛は現実の場合の問題で本来故意犯性を持ち客観に関するものである。このような性質の違い故、刑の均衡上からも、また両者の法律的性格の相異性からも、これを簡単に結びつけるべきでなく、どちらか一方の性格を貫かせることが重要だといえる。したがって過失犯説は、誤想防衛の面を貫いており、一貫性のあるもの
30 となっている²。また、過剰性について考慮しないわけではなく、量刑において考えるためこの点も問題ない。よってB説を採用する。

¹ 石原明「殺人未遂罪につき過剰防衛が認められた事例」『法学論叢』第81巻1号102頁。

² 前掲・石原 104頁。

2. 36条2項の適用可能性について

我々は、1.違法性阻却の錯誤の論点においてB説の過失犯説を採用する。したがって、過剰性に関係なく、誤想過剰防衛において過失犯が成立する。したがって、過剰部分について36条2項を適用し刑を減免することはしない。また、この説を採用するうえで、36条2項により任意的減免を認めると、通常の誤想防衛では過失犯が成立し、誤想過剰防衛では、過剰になったがゆえに、過失犯に減刑がされることになり、刑が不均衡になる³。したがって36条2項の適用をしない。

III. 本問の検討

- 10 1. Xの、B頭部に回し蹴り(以下、上段回し蹴り)をした行為につき、傷害致死罪(205条)が成立しないか。
- (1) そもそも上段回し蹴りは、相手の側頭部に遠心力を利用した強烈な打撃を与えることで、相手の意識を朦朧と若しくは喪失させ、よって地面に倒すことによりその効果を得るものである。
- 15 ア. 空手三段のXがB身体の枢要部たる頭部に対し、当該上段回し蹴りをする行為は、Bの意識を朦朧とさせるすなわち同人の生理機能障害を惹起する現実的危険性を大いに有するため、当該罪の実行行為性が認められる。
- イ. 当該傷害行為の客体Bは脳硬膜外出血および脳挫傷により死亡しているので、構成要件的结果も発生している。
- 20 ウ. 因果関係は実行行為と結果との結びつきであるところ、実行行為の有する危険性が結果へと現実化した場合には因果関係が認められると解する。この点、意識を朦朧とさせた状態で地面に倒れさせることは、被害者本人の受け身等回避運動を不可能にし、高強度で頭部を地面に叩きつけること、ひいてはそれによる頭部損傷と死亡結果を発生させる危険性を有するものといえる。そして本件はまさにその状況により当該危険性が死亡結果に現実化したのであるから、因果関係は認められる。
- 25 (2) また、空手三段を有する者が生身の人間に上段回し蹴りを繰り返している以上、その相手が多少の生理機能障害を被るであろうことは認識・認容していたと解するのが相当であって、傷害致死罪は結果的加重犯ゆえに傷害(204条)の故意で足りるから、傷害致死罪の構成要件の故意も認められる。
- 30 以上より、傷害致死罪の構成要件該当性が認められる。
2. では、Xが専ら防衛の意思で当該行為に及んでいるところ、正当防衛(36条1項)により違法性が阻却されないか。(1) そもそも正当防衛の趣旨は、法益侵害に際しその法益を緊急に保護する必要性を一定の要件のもと認める点にある。これに鑑みるに、正当防衛が成立し違法性が阻却されるためには、①侵害の不正性、②同急迫性、③防衛行為の相当性、
- 35 ④防衛の意思、が必要である。

³ 前掲・石原 104頁。

(2) 本件では、Xに防衛の意思こそあるものの、急迫不正の侵害行為自体が存在していなかったものであり、これを存在するとXが誤認したに過ぎないから正当防衛は成立しない。

よって違法性は阻却されない。

3. しかし、Xはその主観において急迫不正の侵害を認識し、それに対する防衛の意思をもって当該行為に及んでいる。かかる違法性阻却事項につき錯誤のある場合にも責任故意が認められ、故意犯が成立するか。

この点について、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についての認識をいう。そして弁護側は先述の通り過失犯説(B説)を採用するところ、当該事実の不存在の認識につき過失が認められる限り過失犯が成立するととどまり、故意犯は成立しないと解する。

したがってXのBに対する当該行為に傷害致死罪は成立しない。

4. では、Xが、冷静に侵害行為無きを把握し、平和的に解決すべきところ、Bに対し上段回し蹴りを繰り返し出してしまった行為に過失致死罪(210条)が成立しないか。

(1) 過失犯の処罰根拠が注意義務に違反する不注意な消極的反規範的人格態度であるところ、過失犯の成立を検討するにあたり、①結果予見可能性、②結果予見義務違反、③結果回避可能性、④結果回避義務違反、⑤結果発生、⑥因果関係、を考慮する。

(2)ア. 本件ではXが空手三段の腕前であるところ、かかる徒手格闘有段者が何ら防具を装備していない人間に対して、相当に力を抜いていた場合は格別、急所の集中する頭部に上段回し蹴りを繰り返すことは直ちに「当たりどころ悪くば死」を想起させ、予見可能性はあったとするのが相当である(①充足)。

イ. また、空手有段者であれば、素人相手に技を使うことの危険度やその結果について予見する義務は当然に付随し、Xはそれに反していた解するべきである(②充足)。

ウ. 剛柔流空手は一撃必殺にかけるフルコンタクト空手とは一線を画し、相手の技を受けたり無力化することに重きを置く伝統派空手の一流派である。つまりこれを修行するXは、他の流派に属する者以上に受け技などによって相手の攻撃を防衛する手段に富んでいたはずである。すなわち、B死亡結果を回避する別の手段があったといえる(③充足)。

エ. 上記同様、結果回避の義務も当然に認められ、Xはこれに反していた(④充足)。

オ. 結果発生と因果関係は1で検討した通り(⑤⑥充足)。

30 IV. 結論

したがってXの当該過失行為に過失致死罪が成立する。

以上