

## I. 反対尋問

- 5 1. 違法性・責任減少説は正当防衛状況が現に存在したことが刑の減免根拠にあるが、検察側は本説を違法性かつ責任減少説と捉えているのか、違法性または責任減少説と捉えているのか。
2. C 説は過剰防衛の刑の減免根拠を違法性の減少に求めながら、それが存在しない狭義の誤想過剰防衛に過剰防衛としての刑の減免余地を認めるのは理論的に矛盾しないか

10

## II. 学説の検討

### 1. 故意を阻却するかについて

#### ア説(故意犯説)

検察側と同じ理由により、弁護側はア説を採用しない。

#### ウ説(二分説)

本説は過剰事実についての故意の有無で量刑が変わり行為者の主観面を重視し過ぎているため妥当ではない。よって、弁護側はウ説を採用しない。

#### イ説(過失犯説)

- 20 本説は第一の急迫不正の侵害がなければ第二の過剰な防衛行為もなかったであろうから、第一の誤認の点が行為全体について支配力を持ち、そのような行為は全体において過失犯的な性格をもつものであるとし、過剰にわたった点は量刑において考慮すればよいとする<sup>1</sup>。よって、弁護側はイ説を採用する。

### 2. 36 条 2 項の適用の可否について

#### 25 B 説(違法減少説)

検察側と同じ理由により、弁護側は B 説を採用しない。

#### C 説(違法性・責任減少説)

- 30 本説は、行為者の責任減少が通常の過剰防衛の場合と比べて実質的に異なることなく、かつ、過剰防衛における違法減少と類似する客観的状況があるときは、刑法 36 条 2 項を準用する<sup>2</sup>という表現につき、範囲が曖昧なため妥当ではない。よって、弁護側は C 説を採用しない。

#### A 説(責任減少説)

本説は行為者の責任という観点からすると誤想した場合も現実に存在した場合と同じ責

<sup>1</sup> 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣,2001年)372頁。

<sup>2</sup> 内藤・前掲書 379頁。

任しか問うことはできないとし、刑法 36 条 2 項の過剰防衛規定の適用を認めている<sup>3</sup>。よって、弁護側は A 説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

- 5 1. 甲が Y に対して、ハボジアハイアをして転倒させ、傷害を負わせ死亡させた行為について傷害致死罪(刑法(以下法令名略)205 条)が成立しないか。
- (1) 「傷害」とは、人の生理的機能を障害する行為をいう。Y は頭がい骨骨折等の生理的機能に対する障害を負っているため「傷害」が認められ、その結果「死亡」している。
- (2) 故意(38 条 1 項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいう。結果的加重犯の故意は基本犯の故意で足りるところ、本件では後ろ回し蹴りの事実すなわち暴行罪の故意があり認められる。
- 10 (3) したがって、甲の当該行為について傷害致死罪が認められるように思える。
2. もっとも、甲は自己及び X を守るために当該行為を行っており、正当防衛(36 条 1 項)が成立し、違法性が阻却されないか。
- 15 (1) 「急迫不正」の「急迫性」とは、法益の侵害が現に存在するか間近に差し迫った状況にあることをいう。本件において、Y は甲を威嚇するつもりで手を握って胸の前あたりに上げているものの、実際に殴りかかっているわけではなく X や甲に対し何ら法益侵害をもたらしていない。したがって X や甲の法益に対する「急迫不正の侵害」は認められない。
- (2) 甲は自身と X の生命・身体という法益、即ち「自己または他人の権利」を守ろうという
- 20 「防衛」の意思に基づいて当該後ろ回し蹴り行為を行っている。
- (3) また当該防衛行為は「やむを得ずにした」ことが必要であるところ、本件において甲は身長 180cm、体重 80kg と体格が良いのに対し、Y は身長 170cm、体重 60kg と甲に比して小柄である。このような Y に対し格闘技の師範である甲が同人の顔面という人体の枢要部をめがけて当該格闘技の技の一種である後ろ回し蹴りを行うと、その威力の強さから甚大な被害が生じることが容易に想像される。また、当該行為を行わずともその直前でこれを止めることなどで十分に目的を達成することが可能であったといえ、手段の相当性を欠く。したがって本件甲の行為は「やむを得ずにした」とは認められない。
- 25 (4) よって甲の本件行為に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。
3. もっとも、甲はその主観において急迫不正の侵害について認識し、本件行為に至っている。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。
- 30 (1) 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(イ説)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にとどまり、故意犯は成立しないと考える。

---

<sup>3</sup> 内藤・前掲書 376 頁。

(2) この点、上記の通り、身長 15cm 体重 20kg もの体格差がある相手に対して格闘技の師範がその技を使えば相手方を死に至らしめることについても予見可能性がある。また、格闘技の師範であれば、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、死亡結果を回避する別の手段があったといえるため、結果回避可能性があり、

5 回避義務につき、これを否定する特段の事情がないため結果回避義務違反も認められる。

(3) したがって、過失が認められ、死亡結果との因果関係も認められるため、甲の当該行為につき過失致死罪(210 条)が成立する。

#### IV. 結論

10 以上より甲が Y に対して、ハボジアハイアをして転倒させ、傷害を負わせ死亡させた行為について過失致死罪(210 条)が成立する。

以上