

### I. 事実の概要

- 5      ブラジルからの観光客で、カポエイラという格闘技のメストレ(師範)であった甲(身長 185 cm、体重 80 kg)は、令和元年 7 月 9 日午後 10 時ごろ、人通りの多い繁華街が近くにある T 駅の前で、酔っ払った X 女と Y 男(身長 170 cm、体重 60 kg)が揉めているところに遭遇した。甲は、初めはただ酔っ払いが騒いでいるだけだと思い、事態を静観していたが、X 女が叫び声をあげながらコンクリートの地面に尻もちをついたのを目撃したことから、甲は一方的に Y が X に暴行を加えているものと誤解した。そこで甲はこれを止めようとして X と Y に近寄ったところ、Y は、突然体格が良い外国人の甲が自分のほうに近づいてくるのを見て怖くなり、とっさに威嚇するつもりで手を握って胸の前あたりに上げた。それを見た甲は Y 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、自らに殴り掛かってくるものと誤信し、自身と X を守ろうと考え、いきなり Y にカポエイラの技である、ハボジア
- 10
- 15      ハイア(後ろ回し蹴り)をして、右足を同人の右顔面部分に当て、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。甲の罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁第一小法廷昭和 62 年 3 月 26 日決定

### 20      II. 問題の所在

甲は自らに急迫不正の侵害が及んでいるものと誤信して行為に及んでいることから刑法 38 条 1 項の故意が阻却されないか。また、故意が認められるとして、急迫不正の侵害が存在していない場合に同 36 条 2 項により刑が減免されるか。

### 25      III. 学説の状況

#### 1. 故意を阻却するかについて

##### ア説(故意犯説)

行為者に違法性阻却事由の事実の認識があれば、それが錯誤でも(誤想防衛)、故意犯が成立するので、過剰性の認識・予見の有無にかかわらず、故意があり、故意犯が成立するという説<sup>1</sup>。

30

##### イ説(過失犯説)

行為者に違法性阻却事由の事実の認識があり、それが錯誤の場合には過失犯が成立し、最初の錯誤が行為全体を支配し、次の錯誤も連なることから、誤想過剰防衛も過失犯が成立す

---

<sup>1</sup> 高橋則夫『刑法総論』(成文堂,2010 年)285 頁。

る説<sup>2</sup>。

ウ説(二分説)

行為者に過剰性の認識がある場合は故意を阻却せず(故意犯)、過剰性の認識がない場合には故意を阻却する(過失犯)説<sup>3</sup>。

5

2. 36条2項の適用の可否について

A説(責任減少説)

恐怖、興奮等に基づく行為としての非難の減少により責任が減輕されるとする説<sup>4</sup>。

B説(違法性減少説)

10 法益侵害に対する防衛効果が生じた点で違法性が減輕されるとする説<sup>5</sup>。

C説(違法性・責任減少説)

責任が軽減されるとともに、違法性も減少するとする説<sup>6</sup>。

#### IV. 判例

15 最高裁第二小法廷昭和41年7月7日決定刑集20巻6号554頁。

[事実の概要]

被告人の長男AがBに対し、チェーンで殴りかかり、なお攻撃を加える意思で包丁を擬したBと対峙していた際に、Aの叫び声を聞いて表道路に飛び出した被告人はAがBから一方的に攻撃を受けているものと誤信して、その侵害を排除するためBに対し猟銃を発射し、治療一ヶ月の傷害を与えた。

20

[判旨]

原審がXの本件所為につき、誤想防衛であるがその防衛の程度を超えたものであるとし、刑法36条2項により処断したのは相当である。

[引用の趣旨]

25 本判例は誤想過剰防衛につき第一審から故意を阻却しておらず、また誤想過剰防衛にも36条2項の援用を認めており、検察側が主張する説と同様の結論を示しているため引用した。

#### V. 学説の検討

30 1. 故意を阻却するかについて

ア説(故意犯説)

---

<sup>2</sup> 高橋・前掲285頁。

<sup>3</sup> 同上。

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012年)290頁。

<sup>5</sup> 同上。

<sup>6</sup> 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013年)374頁。

本説は厳格責任説を前提とするものであるが、厳格責任説は誤想防衛の際他人の器物を損壊した場合過失犯の処罰規定がないとき、処罰の間隙が生じてしまうので妥当でない。よって、検察側は本説を採用しない。

#### イ説(過失犯説)

- 5 本説は、誤想過剰防衛は誤想防衛の一種として故意を阻却する前提に立つものであり妥当でない<sup>7</sup>。

よって、検察側は本説を採用しない。

#### ウ説(二分説)

- 10 本説は事案により故意犯または過失犯の成立をより精密に分析することができ妥当である。

よって、検察側は本説を採用する。

### 2. 36条2項の適用の可否

#### A説(責任減少説)

- 15 非難の減少が刑の減輕の根拠だから急迫不正の侵害が存しなくても36条2項が適用されることになり、これは誤想防衛の場合に過失犯で刑の減免の余地がないこととの不均衡が生じ、妥当でない<sup>8</sup>。

よって検察側は本説を採用しない。

#### B説(違法性減少説)

- 20 急迫不正の侵害が不存在の場合は違法減少せず、36条2項が不適用になるため、行為者保護に欠け、妥当でない。

よって、検察側は本説を採用しない。

#### C説(違法性・責任減少説)

- 25 本説においては誤想過剰防衛の際、違法性は減少しないが、責任は減少するため36条2項は適用できないが、その準用が可能になるため、(違法性減少説、責任減少説双方の欠点を補っており)、妥当である。

よって、検察側は本説を採用する。

## VI. 本問の検討

- 30 1. 甲の、Yに対してハボジアハイアをした行為に傷害致死罪(刑法(以下法令名略)205条)が成立しないか。

(1) 「傷害」とは人の身体生理的機能に対し障害を負わせることをいうところ、本件では甲はハボジアハイアによって自身の右足をYの右顔面部分という人体の枢要部に当て、路上

---

<sup>7</sup> 大谷・前掲 293頁。

<sup>8</sup> 高橋・前掲 285頁。

に転倒させており、頭蓋骨骨折等の生理的機能に対する障害を負わせているため、「傷害」したといえる。また同傷害の結果として脳硬膜外出血および脳挫滅を招来し、Yは「死亡」している。

5 (2) 傷害致死罪(205条)は傷害罪(204条)の、傷害罪は暴行罪(208条)の結果的加重犯であることから故意は暴行罪の故意で足りるところ、本件において甲はYに対しいきなりハボジアハイアをしており、暴行罪該当事実の認識・認容があったといえる。したがって故意も問題なく認められる(38条1項本文)。

2. しかし甲の本件Yに対するハボジアハイアに正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

10 (1) 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「防衛」の意思に基づいて当該ハボジアハイアを行っている。

(2)ア. 「急迫不正の侵害」とは法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に差し迫っていることをいう。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。

15 イ. 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ぐって当該格闘技の技の一種であるハボジアハイアを行うと、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。

20 (3) 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(1) では甲はその内心において急迫不正の侵害の存在を認識していることから、甲の本件行為は誤想過剰防衛であるとして責任故意が阻却されないか。

25 ア. この点、検察側はウ説を採用するところ行為者に過剰性の認識がある場合は故意を阻却せず、過剰性の認識がない場合には故意を阻却する。

イ. 本件では上述の通り、甲のYに対するハボジアハイアは手段の相当性を欠くといえ、格闘技の師範である甲であれば人の顔面に対してハボジアハイアを行うことの危険性を認識し、より人体への影響が少ない他の技を実行することが可能であったと考えられる。したがって甲は当該防衛行為の過剰性を認識していたといえる。

よって行為者に過剰性の認識があったといえるため故意は阻却されない。

(2) では36条2項による刑の減免を認めることは可能か。

35 ア. この点検察側はC説を採用するところ違法性かつ責任が減少すれば36条2項による減免が認められ、その一方のみ減少すれば同項の準用による減免が可能である。

イ. 本件において甲の当該防衛行為は誤想過剰防衛であり違法性は阻却されないものの、甲

の内心において自身と X の身に危険が迫っているような緊迫した状況下であったことから当該行為は興奮等に基づく行為であったといえ、非難可能性の減少により責任が減少したといえる。したがって甲の防衛行為は 36 条 2 項の準用による減免の余地が認められる。

4. よって甲の Y に対してハボジアハイアをした行為について傷害致死罪(205 条)が成立し、
- 5 刑の減免がなされ得る。

## **VII. 結論**

甲は傷害致死罪(205 条)の罪責を負い、刑の減免がなされ得る。

以上