

刑法 解説レジュメ

第1 総論

本問は、前半と後半で場面が分かれている。

前半部分では、甲が乙にVが優良な顧客名簿を持っていることを伝え、乙が実際に窃取していることから、乙の行為には住居侵入窃盗罪、甲にはそれらの教唆犯が成立することを検討してもらいたい問題である。

前半部分は、たんとんと事実関係に条文を適用し、処理していただきたい。

後半部分は、Vからの侵害に対して、甲と乙が共謀して、防衛行為を行ったが、甲の知らないところで乙が過剰な行為をしてしまうというものである。

この場合は、乙は傷害罪の過剰防衛となるが、甲は過剰な行為の認識がないので、誤想防衛が成立しないかを検討してもらいたい問題とした。

犯罪の成否は、構成要件、違法性、有責性の順番で検討していくものであることを確認してもらい、正当防衛や誤想防衛は、どの部分の問題であるのかを意識し、刑法の考え方の基礎を身に付けてもらいたい問題とした。

問題の作成にあたっては、過剰な行為に関する事実の認識がない場合の誤想防衛について、東京地判平成14年11月21日を参考にした。

第2 乙の罪責について

- 1 問題の前半部分について、V宅から顧客名簿を盗んだ行為については、住居侵入罪と窃盗罪が成立し、牽連犯となる。ここは、特段、論点がないので、簡単に書いて終わらせるべきである。
- 2 問題の後半部分では、乙は、Vから呼び出されたことから、甲とともに、公園に行っているが、そこで、突然、Vからつかみかかられたため、甲と共謀し、Vに反撃している。このとき、最終的には、乙の行為により、Vに重症を負わせているので、まずは、傷害罪の構成要件に該当することを認定する。
- 3 構成要件該当性を検討した上で、次に違法性の検討に移ることになる。正当防衛が成立すれば、違法性が阻却されることにより、犯罪不成立となる。

本問では、「急迫不正の侵害」と防衛の意思については、特に問題とならない。なお、防衛

の意思が必要かは、条文上明らかでないので、この問題でも一応、一言論じておいた方がよい。

乙の行為に関しては、「やむを得ずにした行為」に該当するか、つまり、防衛行為としての必要性、相当性が認められるかが問題となる。この必要性については、唯一の手段である必要はなく、防衛行為として合理的な手段であればよいと言われている。また、必要性という要件を相当性に含めて考える見解もある。相当性については、法益の大小や侵害行為及び防衛行為の性質・手段・方法等その他の諸般の事情を考慮して判断すると言われている。本問においては、Vの侵害行為は殴りかかろうとしたという程度のものであり、それ以上の侵害の危険があったなどの事情はなかった。これに対し、乙の防衛行為は、強い力で3分ほど顔を地面に押し付けていたというものであり、その行為の危険性から相当性が認められないと評価できるであろう。そうすると、乙の防衛行為は「やむを得ずにした行為」には該当しないこととなる。

したがって、乙は、傷害罪の罪責を負い、過剰防衛が成立する。

第3 甲の罪責について

1 問題の前半部分では、甲は、乙に対して、Vが優良な顧客名簿を持っており、V宅に保管してあることを教えて、V宅から盗んでくることを提案している。それにより、乙はV宅に顧客名簿を盗みに入ることを決意し、実際に乙は、V宅に盗みに入っている。したがって、甲は、教唆犯の罪責を負うこととなる。

2 問題の後半部分では、甲は、乙とともに、共謀して、Vに対して反撃をしている。甲が公園を去った後の乙の行為であるが、甲が離れたあとも、Vが乙をどかそうとしたりしているので、侵害が継続していたといえることや、時間的場所的にも近接しており、乙もVを抑えておくために反撃行為を行っており、意思が連続していたことから、一連一体のものともみることができるであろう。そうすると、甲がVを殴打した行為から、乙がVの顔面を地面に押し付けるまでの一連の行為について、甲は乙と共同正犯として責任を負うこととなる。したがって、甲は、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当することとなる。

また、上記のとおり、乙に正当防衛が成立しないので、甲についても違法性が阻却されることはない。

3 もっとも、甲は、乙がVを殴打したり、Vの顔を地面に3分も押し付けていたことを認識していなかった。このように、過剰性に関する事実の認識がない場合には、誤想防衛が成立し、

有責性が阻却されないかが問題となる。

誤想防衛が成立する場合は、一般的には、違法性阻却事由に関する事実の錯誤として、故意が阻却されると解されている（大阪高判平成14年9月4日も同旨）。誤想防衛が成立する場合には、違法性に関する事実の錯誤があり、自らの行為を適法であると認識しているので、規範に直面したとはいえないからである。

本問では、甲は、Vを一度殴打し、その後、乙がVの体を抑えていることまでしか認識していないのであり、過剰性を基礎づける事実に関して錯誤があるといえる。甲の認識としては、甲と乙の反撃行為は、甲が一度Vを殴打し、その後、甲が車で来るまでの3分ほど、乙がVの体を抑えているというものである。甲の認識を基準とすれば、体を抑え付けていること自体、そこまで危険性が高い行為とはいえず、防衛行為としての必要性、相当性が認められるといえる。そうすると、甲には誤想防衛が成立する。したがって、甲は、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当し、違法性も阻却されないものの、責任段階で故意が阻却されることによって、故意犯としては不成立となる。

故意犯が成立しないとした後は、過失犯の検討に移ることになる（いわゆるブーメラン現象）。そして、過失が認められる場合には、過失犯が成立することとなる。本問では、過失犯の検討までは不要とした。

- 4 甲の罪数処理であるが、甲の教唆行為によって、乙は住居侵入及び窃盗を行っているので、甲の教唆行為には住居侵入罪の教唆犯と窃盗罪の教唆犯が成立し、2罪が成立することとなる。もっとも、甲の教唆行為自体は1個の行為であるので、これらの2つの犯罪は観念的競合となる（最決昭和57年2月17日）。

第4 まとめ

乙の罪責に関しては、論点らしい論点は、「やむを得ずにした行為」ぐらいしかないので、素早く処理することが重要である。甲に関しては、共犯者が過剰防衛にあたる行為を行っているが、混乱せずに、落ち着いて構成要件、違法性、有責性の順番で処理をし、論理矛盾等が起こらないように処理していくことが重要である。また、引用した事実に対する評価を迷ったときなどは、裁判例やほかの参考答案などを参考にして、言い回しや表現などを真似してみるのも、時間短縮に有効である。

参考裁判例

過剰防衛と共同正犯 最判平成4年6月5日

誤想防衛 大阪高判平成14年9月4日 東京地判平成14年11月21日

罪数 最決昭和57年2月17日