

講義録レポート

講義録コード

2012950106

講 座	司法試験講座	科目①	公開セミナー
目標年	2012年完成 法律対策	科目②	4A論文答案作成術
コース	予備・法科併願	回 数	1 回
		通算回数	1 回
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2011年 9 月 28 日		
講師名	中村 充 先生	内 訳	板書 枚数
			2枚 ※レポート 含まず
		補助ビジュ 枚数	32枚
		その他 ()	枚

授業構成	無料公開セミナー 68分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	()	第 回
	<答練・演習>	()	第 回
使用教材	●基本テキスト []		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	()		
備考	*DVDご視聴の方へ*正確な講義時間につきましては、DVDケースの背表紙下に記載されていますので適宜ご確認下さい。 (例) ①51 記載の場合、前半講義 51分 (答練・演習の場合は、解説もしくは事前講義 51分を表します)		

T A C 司法試験講座

司法試験講座	講義録	コース	予備・法科希望	科目	講義録 44論文答案作成	回数	
--------	-----	-----	---------	----	-----------------	----	--

配付物	☐ 基礎演習: 回 ☐ 応用演習: 回 ☐ その他()	☐ 論文答練(問題 解説 答案用紙 その他) ☐ 短答答練(問題 解説 答案用紙 その他) ☐ 配付物なし	講師	中村 充 先生
-----	---	--	----	---------

テキストページ	黒板内容
	民法 6/15 ~ 9/15 △超 ① <A> $\xrightarrow{1000万(587)}$ B $\xleftarrow{1000万△}$ <C> $\xrightarrow{\text{ショート}}$ (代表C) <D法人> (甲) $\xrightarrow{1000万}$ (甲) $\xrightarrow{(482)@9/30}$ (甲) ② 「B→C(482)取消せ!」 ⊕ → VS <D> 「甲よこせ!」 ↔ (424) <u>ジュシ</u> (424I但・II) ③ (424I本) <u>本質</u> → VS <C> 「金払え!」 (I但) 「その行為によって利益を受けた者又は転得者が」 D・C ④ 「<ケ>は」: A/1000万(587) B ≡ 「<△>が<ケ>を害することを 知っていた法律行為の」 1000万△への 「甲(482)」 ・「取消〜できる」 ・「その行為又は転得の時に於いて <ケ>を害すべき事実を知らなかった」 (II) 「<u>財を目的としない法律行為</u>」

司法試験講座	講義録	コース	科目	回数
--------	-----	-----	----	----

配付物	☐ 基礎演習: 回 ☐ 応用演習: 回 ☐ その他()	☐ 論文答練(問題 解説 答案用紙 その他) ☐ 短答答練(問題 解説 答案用紙 その他) ☐ 配付物なし	講師	中村 充 先生
-----	---	--	----	---------

テキストページ	黒板内容
	刑法 [小問1] ① <P> ← (V) <X> ② 「石をAに投げつけた」 VS 「自己の生命を守るため」 ③ (204) ← Aが対する (361) 「罰しない」=Rソキヤワ B // ④ (対A) 実(又の身体を傷害し):0 結(「た」):0 因果(条):0 (相) ・コイ:0 R (361) 「<u>急迫不正の侵害</u>に対して」 突然 (199) ナイフ刺されそう ・「<u>自己</u>又は他人の<u>権利を</u>防衛するため」 生命C法益 防衛のイン ・「<u>やむを得ず</u>にした行為」 必要かつ相当な

4A(フォーアルゴリズム)論文答案作成術 紛争解決の基本的な考え方から思考する

2011年9月28日

弁護士・TAC司法試験講座専任講師 中村 充

第1 4A(フォーアルゴリズム)とは？

① 当事者確定

=「ケンカしているのは誰と誰なのか？」を定めること。

⇒問題文の“登場人物”に着目

② 言い分(生の主張・反論)

=①で確定した当事者それぞれの立場に立って、「相手に対してケンカを売る」こと。

⇒問題文にある当事者の“行為”に着目。

③ 法的構成

=②で売ったケンカを「正当化できる条文を探す」こと。

④ あてはめ

=③の「条文の一言一句に問題文の具体的事情を“代入”する」こと。

第2 4 A (フォーアルゴリズム) のメリット・デメリット

1 メリット

(1) 4段階アルゴリズムを使いこなす訓練だけすればよい。

∴ あらゆる法的問題が解ける、統一的処理手順。

⇒未知の問題も解ける

⇒ある1問を解くと、他の科目・他の問題を解く訓練にもなる。

→短期間で飛躍的に実力を向上させることができる。

⇒学部試験、ロー入試・定期試験、新試、修習、実務にまで通用する。

(2) 問題文・条文に基づく。

⇒暗記の負担激減 ∴問題文・条文とも本試験現場で手元にある

⇒時間短縮 ∴長々と論証を書く必要なし

⇒問題文・条文への大きな配点がとれる

⇒減点防止 ∴問題文・条文には間違いがない＝減点リスクがない

∴条文単位で処理→矛盾するリスクが小さい

⇒短答式試験対策にもなる。∴短答式試験対策の出題は条文が中心

2 デメリット

全く新しい方法論→使い方を訓練する必要がある。

⇒インプット講義や問題演習で常に、くり返し使うので、必ず使いこなせるようになる！

第3 各科目の論文式問題の解法パターン

1 民法～請求権パターン

① 当事者確定

② 言い分

(1) 「物よこせ！」

(2) 「金払え！」

③ 法的構成

(1) 物権に基づく請求（「物よこせ！」は原則としてこちら。）

ア 物権的返還請求←①自己物権②相手方占有（202条1項・200条1項）

イ 物権的妨害排除請求←①自己物権②相手方妨害（同上・198条）

ウ 物権的妨害予防請求←①自己物権②相手方妨害のおそれ（同上・199条）

(2) 債権関係に基づく請求（「金払え！」はこちら。）

ア 約定債権関係←当事者間に契約関係がある場合

→契約各則（贈与～和解）のうち、どれに当たるか検討する。

→どれかに当たった場合（典型契約）

⇒その中の規定に従って処理する。

→どれにも当たらなかった場合（非典型契約）

⇒契約の文言と当事者の合理的意思を解釈して処理する。

イ 法定債権関係←当事者間に契約関係なし

(ア) 事務管理（697条）⇒好意でやってあげた費用を請求（702条）

(イ) 不当利得（703～4条）＝損した人が得した人に不当利得返還請求

(ウ) 不法行為＝被害者側が加害者側に損害賠償請求

→一般不法行為（709条）＋特殊不法行為（714～719条）

④ あてはめ

2 刑法～単独犯パターン

1 犯罪の成否

「《罪責を問われている人：複数いる場合は、より直接的な行為者から検討》の{行為}に～罪が成立しないか。」

(1) 構成要件該当性（刑法各則）⇒構成要件の定義にあてはめ

ア 実行行為

＝法益侵害（構成要件の結果発生）の現実的危険ある行為

イ 結果 ※×なら未遂（43条本文→44条→各則）⇒エへ

ウ 因果関係 ※×なら未遂（43条本文→44条→各則）⇒エへ

＝条件関係：行為アなければ結果イなし

＋相当因果関係：行為アから結果イが生じることが社会通念上相当

エ 構成要件の故意＝「罪を犯す意思」（38条1項本文）

※故意責任の本質から解釈

（構成要件の過失：38条1項但書）＝“ア 実行行為”で検討済み

オ その他（主体・客体、目的など）

(2) 犯罪成立阻却事由

ア 違法性阻却事由（35～37条＋被害者の同意等）

※違法性の本質から解釈

イ 責任阻却事由（38～41条＋期待可能性）

※責任の本質から解釈

2 刑の減免事由

(1) 中止犯（43条但書）←未遂犯（同条本文）

(2) 過剰防衛・避難（36条1項、37条1項但書）

(3) 心神耗弱（39条2項）

(4) 親族等の間の犯罪に関する特例（244条、257条）

etc.

3 罪数処理←個人に複数の犯罪が成立した場合

※吸収＝行為と結果（法益侵害）が密接な関係にある場合

(1) 併合罪（45条前段）＝原則

(2) 観念的競合（54条1項前段）

(3) 牽連犯（54条1項後段）＝罪質上通例手段結果の関係

以 上

2012 年入学目標 法科大学院 法律総合答練

基礎答練・民法第 3 回 第 2 問 解説

問題

A は、B に対し、平成 22 年 6 月 15 日、弁済期を同年 9 月 15 日と定めて 1000 万円を貸し付けたところ、B は、債務超過に陥っていたため、弁済期を過ぎても債務を履行することができないでいた。他方で、B は、C に対しても 1000 万円の債務を負担しており、C と協議の上、A を出し抜いてその犠牲の下に、C の B に対する債権を満足させることとした。そこで、B は、C に対し、同年 9 月 30 日、C に対する債務の弁済に代えて、唯一の資産である宝石甲（時価 1000 万円）を引き渡した。その後、C は、自身が代表を務める D 法人に対し、甲を譲渡し、引き渡した。

A は、B の C に対する代物弁済を詐害行為として取り消したいと考えている。A は、誰に対して、どのような請求をするべきか。

出題の意図

詐欺行為取消権の問題は、関係する者が複数に及び複雑な事案となること、要件及び効果について学説の争いがあること等から、事案を的確に把握し、論理一貫した論述をする能力を試す格好の問題といえます。

そのため、法科大学院の入試試験においても出題が予想される場所ですので、あらかじめ複雑な事案処理に慣れていただくべく本問を出題しました。

重要論点

- 1 取消債権者による直接引渡請求
- 2 一部の債権者への代物弁済と詐欺行為

採点基準

1 配点項目

- (1) 詐欺行為取消権の本質（法的性質）（本質論から整合的に、誰に対するどのような請求を立てるかを検討できているか）

優秀：25 点 良好：20 点 一応の水準：15 点 不良：10 点

- (2) 取消債権者による直接引渡請求

優秀：25 点 良好：20 点 一応の水準：15 点 不良：10 点

- (3) 一部の債権者への代物弁済と詐欺行為

優秀：25 点 良好：20 点 一応の水準：15 点 不良：10 点

- (4) 上記（3）以外の要件の検討（問題文の事情を使えているか）

優秀：25 点 良好：20 点 一応の水準：15 点 不良：10 点

2 裁量点（上記 1 でカバーできない加点や、正当な別解への配点）

3 合計 100 点（合格点は 60 点）

論点相互の関係**第1 取消債権者による直接引渡請求**

AがBのCに対する代物弁済を詐害行為として取り消すことができるとした場合、Aは、Dに対しては甲の引渡しを、Cに対しては甲の返還に代わる賠償請求を、直接自己に対して履行するよう請求することができるか。詐害行為取消権は総債権者のための責任財産保全の制度である（民法§425参照）ため、取消債権者による直接引渡請求ないし支払請求はできないのではないかが問題となる。

この問題は、詐害行為取消権の法的性質とも関連するところ、判例・通説たる折衷説によった上で、取消債権者による直接引渡請求を肯定する見解が判例・多数説といえるが、否定する見解も有力である。

第2 一部の債権者への代物弁済と詐害行為

本問においては、Aが、BのCに対する代物弁済（民法§482）を詐害行為として取り消そうとしているところ、債権額以上の価格である物による代物弁済が詐害行為に当たることには争いはない。

しかし、本件ではCの債権額（1000万円）に相当する価格の物（時価1000万円の甲）により代物弁済がなされている。そこで、一部の債権者への相当価格の物による代物弁済は、債務者Bの総財産を減少させるものではないことから、詐害行為に当たらないのではないかが問題となる。

この点については学説において争いがあるものの、判例は一貫して詐害行為に当たり得ることを認めている。

重要論点の解説

1. 取消債権者による直接引渡請求

(1) 総説

上記1において、AがBのCに対する代物弁済を詐害行為として取り消すことができるとした場合、Aは、Dに対しては甲の引渡しを、Cに対しては甲の返還に代わる賠償請求を、直接自己に対して履行するよう請求することができるか。詐害行為取消権は総債権者のための責任財産保全の制度である（民法§425参照）ため、取消債権者による直接引渡請求ないし支払請求はできないのではないかが問題となる。

この問題は、詐害行為取消権の法的性質とも関連するため、まず詐害行為取消権の法的性質について簡潔に説明してから、取消債権者への直接引渡請求の可否を検討する。

(2) 詐害行為取消権の法的性質

ア 学説

(7) 形成権説

詐害行為取消権は、詐害行為を取り消し、絶対的に無効とする形成権であり、詐害行為を無効とすることとの関連から、被告は債務者、受益者及び転得者の全員である。

（根拠）

民法第424条の文言が「取消し」となっている以上、同法第121条の取消しと同じ形成権である。

（批判）

(i) この説によれば、逸出した財産を取り戻すためには、取消訴訟の他にさらに債権者代位権（民法§423）を行使しなければならなくなり、債権者に煩雑にすぎる。

(ii) すべての法律関係を絶対的に無効とすることは、取引の安全を害する。

(4) 請求権説

詐害行為取消権は、逸出財産の返還を請求する純然たる債権的請求権であり、その効力は返還を求めた者と求められた者との相対的なものである。このことから、受益者又は転得者を被告とすれば足り、債務者を被告とする必要はない。

（根拠）

詐害行為取消権の目的は、債権の引当てとなる責任財産を保全することにある。

（批判）

(i) 詐害行為取消権を債権的請求権と解することは、民法第424条の「取消し」という文言を無視することになる。

(ii) 詐害行為が債務免除である場合や未だ履行されていない場合のように、詐害行為の取消しだけで目的を達成することができる場合の説明がつかない。

(ウ) 折衷説（通説）

詐害行為取消権は、詐害行為を取り消し、かつ逸出財産の取戻しを請求する権利であり、その効力は逸出財産の返還を請求するのに必要な範囲内にお

いて相対的に及ぼせば足りる（相対的取消し）から、被告は返還請求の相手方に限る。

（根拠）

民法第 424 条の文言が「取消し」としていることと、責任財産の保全という詐害行為取消権の目的を考慮すべきである。

(I) 責任説

詐害行為取消権は、詐害行為の効力を奪うものではなく、債務者と受益者との関係はそのままにしながら、受益者等を物上保証人と同様の地位に置くこととする責任的無効を生じさせる形成権の一種であり、受益者等の財産に強制執行するためには、責任訴訟（一種の給付訴訟としての強制執行認容訴訟）での勝訴が必要である。

（根拠）

詐害行為取消権は、債務者の一般財産の回復ではなく、失われた「責任」の回復という観点から考察すべきである。すなわち、債務者の処分行為で失われた財産は責任財産から排除されるはずであるが、それでは債権者は債務者の責任財産から弁済を受けられなくなり、責任秩序が破壊されかねないので、責任の回復を図るために設けられたのである。

（批判）

日本の民事訴訟では責任訴訟なるものは認められていない。

イ 判例

大審院明治 44 年 3 月 24 日連合部判決（民法判例百選Ⅱ No.14）は、詐害行為取消権の法的性質について折衷説を採用している。

(3) 取消債権者による直接引渡請求

ア 学説

(7) 肯定説（通説）

取消債権者は直接自己への引渡しないし支払いを請求することができる。

（根拠）

- (i) これを肯定しなければ、債務者が受領しない場合や債務者が費消するおそれのある場合等には、取消権行使の目的を達成することができないため、取消債権者への直接給付を認める必要がある。
- (ii) 詐害行為取消権の効果は、債権者と被告である受益者又は転得者との間にのみ生ずる相対的無効であり、債務者に取消しの効果が及ばず、債務者は目的物を受領する権限ないし受益者に対する返還請求権を有しないから、取消債権者への直接給付を認める以外に適当な方法はない（折衷説から）。取消債権者は、総債権者との関係で、責任財産の法定管理者として総債権者のために取立てを行うものと解される。

（批判）

これを肯定すると、目的物が金銭の場合、取消債権者は、被保全債権と債務者の不当利得返還請求権（民法 § 703）とを相殺（同法 § 505-I）することにより事実上優先弁済を受けることが可能になり、民法第 425 条の趣旨に反する。

(i) 否定説

取消債権者は直接自己への引渡しないし支払いを請求することはできない。

（根拠）

- (i) これを肯定すると、債権回収に迅速であった勤勉な債権者がこれに遅れた取消債権者に敗れるという不合理な結果となる。
- (ii) 詐害行為取消権の行使により、債務者の行為は何ら影響を受けず、ただ債権者との関係でのみ相対的に効力を主張できなくなるにすぎないから、取消債権者は受益者たる被告の所有のままその保有財産に対して、債務者の責任財産を構成するものとして強制執行をなし得るにとどまる（請求権説から）。
- (iii) 詐害行為取消権を行使しても、債務者の行為の効力は失われず、取消債権者は取消判決と執行認容判決を債務名義として、受益者の財産に対して強制執行をなし、他の債権者もその手続きに加入して配当の機会が与えられることになり、取消債権者の自己への直接請求という問題は生じない（責任説から）。

イ 判例

大審院大正 10 年 6 月 18 日判決は、目的物が金銭の場合につき、債務者が受領しない場合の処理に困るため、取消債権者が直接自己に引き渡すよう請求することができるとしている。

<コメント>

上記のとおり、判例は取消権者への直接の引渡請求を肯定し、さらに後述のとおり、相手方の按分額の支払い拒絶も認めていない（最判昭 46. 11. 19）ことから、上記肯定説に対する批判（取消債権者がかえって優先弁済を受けることになるという点）は、判例においても問題とされる点である。この点は立法の不備ともいわれている。

しかし、取消債権者が優先弁済を受けることとなるのは、取戻財産が金銭や動産である場合に限られ、例外に属するものであるから、このような例外にすぎないものをもって取消債権者の直接引渡請求を否定すべきではないとも評されている（最高裁判所判例解説民事篇昭和 48 年度 P 280～）。

(4) あてはめ

ア 上記肯定説及び判例によれば、A は、D に対しては甲の引渡しを、C に対しては甲の返還に代わる賠償請求を、直接自己に対して履行するよう請求することができる。

イ 上記否定説によれば、かかる直接給付請求をすることはできない。

※ 関連論点～受益者たる債権者による按分額の支払い拒絶

(1) 総説

A が本件代物弁済を取り消して、C に対して甲の引渡しに代わる賠償を直接請求し得るとした場合、C も B に対する債権者であることから、C は、自己の債権額 1000 万円に応じた按分額 500 万円の支払いを拒絶することができないかが問題となる。

(2) 学説

ア 支払拒絶否定説

（根拠）

- (ア) 詐害行為取消権の制度は責任財産を回復するための制度であり、清算手続きではない。すなわち、詐害行為取消権は共同担保の保全を図り強制執

行の準備を目的とする制度にとどまり、その後の責任財産の分配手続や、それによる債権者の満足については何ら関知するものではない。

- (4) これを肯定すると、いち早く弁済を受けた受益者を保護し、総債権者の利益を無視することになるから、民法第 425 条の趣旨に反する。

(批判)

- (7) 取消債権者は受領した金銭につき相殺（民法 § 505）等により事実上優先弁済を受けることができるが、自己の債権回収により勤勉な受益者が、それに後れた取消債権者に負ける結果となり、不公平である。
- (4) 取消債権者は事実上優先弁済を受けるのに、総債権者の利益を理由として支払い拒絶を否定するのは不合理である。

イ 支払拒絶肯定説

(根拠)

- (7) 受益者の按分の抗弁が出される場面では、詐害行為取消権の強制執行の準備という本来の趣旨では機能しておらず、むしろ支払拒絶を否定すると、取消債権者が相殺等の手段により自己の債権を事実上優先的に回収する状況となるから、民法第 425 条の趣旨を無意味にしない点でも、次善の策として受益者の按分の抗弁は認められるべきである。
- (4) 債権者同士が債権者取消訴訟において争う場合は、詐害行為取消権制度にある程度の簡易破産的機能をもたせて、取消訴訟に参加した債権者と受益者との間で、各自の債権額に按分した取り分を認め、受益者はその部分についての支払いを拒絶することができると解するのが、もっとも公平かつ妥当である。
- (7) 詐害行為取消権の制度は詐害行為に対する制裁を目的とするものではなく、責任財産保全を目的とするものであるから、回復された責任財産に対する債権者の立場は同等であるべきであり、受益者たる債権者に按分額の支払拒絶を認めることが民法第 425 条の趣旨にも合致する。

(3) 判例

最高裁昭和 46 年 11 月 19 日判決（民法判例百選Ⅱ No.19）は、次のように判示して、支払拒絶否定説に立つことを明らかにした。

「本来、詐害行為取消権は、債務者の一般財産を保全するため、とくに取消債権者において、債務者受益者間の詐害行為を取り消したうえ、債務者の一般財産から逸出したものを、総債権者のために、受益者または転得者から取り戻すことができるものとした制度である。もし、本件のような弁済行為についての詐害行為取消訴訟において、受益者である被告が、自己の債務者に対する債権をもつて、上告人のいわゆる配当要求をなし、取消にかかる弁済額のうち、右債権に対する按分額の支払を拒むことができるとするときは、いちはやく自己の債権につき弁済を受けた受益者を保護し、総債権者の利益を無視するに帰するわけであるから、右制度の趣旨に反することになるものといわなければならない。」

<コメント>

本判例は、弁済を取り消された受益者が、当該取消訴訟にかかる弁済額の支払拒絶を否定したものであり、目的物の返還に代わる賠償請求が問題となっている本問とは事案を異にする。

しかし、「金銭の支払いを求める詐害行為取消訴訟手続において被告は自己の債権額に対応する按分額の支払を拒むことができるか」という争点自体は判例の事案と本問の事案とで異なることはなく、本判例の射程は本問の事案にも及

ぶものと思われる。

(4) あてはめ

ア 上記支払拒絶否定説（判例）によれば，Cは按分額 500 万円の支払を拒絶することができないから，Aは，Cに対し，1000 万円の支払いを請求することができる。

イ 上記支払拒絶肯定説によれば，Cは按分額 500 万円の支払を拒絶することができるから，Aは，Cに対し，500 万円の支払いを請求することができるにとどまる。

2. 一部の債権者への代物弁済と詐害行為

(1) 総説

ア 詐害行為取消権の要件は、①「債務者が債権者を害する…法律行為」（詐害行為）をなしたこと（客観的要件）、②「債務者が債権者を害することを知って」いたこと、及び「その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったとき」ではないこと（主観的要件）である（民法 § 424-I）。

イ 本問においては、Aが、BのCに対する代物弁済（民法 § 482）を詐害行為として取り消そうとしているところ、BとCは協議の上、Aを出し抜いてその犠牲の下に、CのBに対する債権を満足させることとしていたから、債務者B及び受益者Cについて②主観的要件を満たす。また、DはCが代表を務めていることから、転得者Dについても②主観的要件を満たす（同法 § 101-I 参照）。

もっとも、①客観的要件を満たしているといえるか。債権額以上の価格の物による代物弁済が詐害行為に当たることには争いはない。しかし、本件では債権額に相当する価格の物により代物弁済がなされていることから、一部の債権者への相当価格の物による代物弁済が詐害行為に当たることが問題となる。

(2) 学説

ア 否定説

一部の債権者に対する代物弁済は、債権額に相当する価格であれば、詐害行為に当たらない。

（根拠）

(7) 積極財産は減少するが、消極財産も減少するのであるから、債務者の総財産に増減はない。

(4) 債権者が平等に（比例的に）弁済を受けることを強制されるのは強制執行又は破産において清算される場合に限るべきである。

イ 肯定説

一部の債権者に対する代物弁済は、債権額に相当する価格であっても、通謀して故意に他の債権者を害する意思で弁済した場合など、一定の場合には詐害行為に当たる。

（根拠）

(7) 客観的な詐害性が弱い場合、原則として詐害行為には当たらないとしても、債務者と代物弁済を受けた者との間に通謀があるなどの強い主観的な関与態様が認められる場合には、詐害行為に当たるとみることが可能である。

(4) 不当な抜け駆け行為がなされたような場合には、債権者間の公平を図るために詐害行為取消権を行使する余地を残しておくべきである。

(5) 代物弁済は債務の本旨に従った履行ではないから、詐害性があるといえる。

(3) 判例

ア 判例は、物的担保を有する債権者に担保の目的物を代物弁済として譲渡しても、詐害行為には当たらないが、一般債権者に対してなされた代物弁済は、弁済に供された目的物の価格如何にかかわらず、詐害の意思があれば詐害行為に当たるとする（最判昭 45. 11. 19 等）。

具体的には、最高裁昭和 48 年 11 月 30 日判決は、債務者が一般債権者に対してなされた相当価格による代物弁済について、「債務超過の状態にある債務者が、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、右債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図のもとに、債務の弁済に代えて第三者に対する自己の債権を譲渡したときは、たとえ譲渡された債権の額が右債権者に対する債務の額を超えない場合であつても、詐害行為として取消の対象になるものと解するのが相当」としている。

イ このように判例が代物弁済が詐害行為に当たることを肯定する理由は、判例が、詐害行為の成否について判断するための債務者の一般財産の減少を債権者の共同担保である積極財産の減少と解し、債務者の総財産に減少を来したかは詐害性を判定する一つの資料となるにすぎないと解しているためと考えられている（最高裁判所判例解説民事篇昭和 48 年度 P 279）。

<コメント>

否定説の論理・帰結は画一的で明快であるのに対し、判例は、各事案につき個別的に行為者の主観的事情と客観的態様を総合的に検討した上、その行為が正当として是認することができるかという観点から詐害行為の成否を判断しているとされ、判断基準は不明確で、理論的にすっきりしないとの謗りを免れない。

しかし、このような判例の態度は、民法の乏しい条文を駆使してできるだけ詐害行為取消権の実用範囲を拡げ、法による紛争解決の場面を広くし、債務者や特定債権者の不当行為をチェックするとともに、真に救済すべきものを救済しようとして、制度の合理的な運用を図るべく努めているものとされている（最高裁判所判例解説民事篇昭和 48 年度 P 281）。

(4) あてはめ

ア 上記否定説によれば、一部の債権者への代物弁済は詐害行為に当たらないから、A は、B の C に対する代物弁済を詐害行為として取り消すことはできない。

イ 上記肯定説によれば、B は C と協議の上、A を出し抜いてその犠牲の下に、C の B に対する債権を満足させることとしており、通謀して故意に他の債権者を害する意思で弁済した場合といえるから、A は、B の C に対する代物弁済を詐害行為として取り消すことができる。

ウ 判例によれば、B は C と協議の上、A を出し抜いてその犠牲の下に、C の B に対する債権を満足させることとしており、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、当該債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図があった場合といえるから、A は、B の C に対する代物弁済を詐害行為として取り消すことができる。

参考答案

- 1 まず、詐欺行為取消権の本質が問題となるが、詐欺行為「取消し」(424条1項本文)だけでは債権者保護としては迂遠なので、責任財産の保全という目的達成のため、逸失財産を取戻すことも本質と解すべきである。

このうち、詐欺行為「取消し」は、債務者の財産への不当な干渉となることを避け、取引安全を図るため、債権者との関係でのみ生ずる相対効と解すべきである。

- (1) とすると、まずAは、Dに対して、BC間の代物弁済(482条：本件代物弁済)を詐欺行為として取消し、甲を自己に引渡すよう請求することが考えられる。
- (2) また、Aは、Cに対しても、本件代物弁済を詐欺行為として取消すことが考えられる。ただ、Cは甲を所持していないから、Aは、Cに対し、甲の返還に代わる賠償請求をすることが考えられる。
- (3) ここで、上記(1)(2)につき、取消債権者による直接引渡請求の可否が、明文なく問題となる。

詐欺行為取消は総債権者のための責任財産保全の制度であり、取消債権者による直接引渡請求を認めることは425条の趣旨に反し許されないとも思える。

しかし、これを肯定しなければ、債務者が受領しない場合等には、取消権行使の目的を達成することができない。また、詐欺行為取消権の効果は、上記のとおり、債権者と受益者又は転得者との間にのみ生ずる相対効であり、債務者に取消しの効果が及ばず、債務者は目的物を受領する権限を有しないから、取消債権者に直接給付を認める以外に適当な方法はない。

そこで、取消債権者による直接引渡請求を認めるべきである。

- 2 では、Aは、本件代物弁済を詐欺行為として取消することができるか(424条1項)。
- (1) まず、Aは、Bに対し、1000万円を貸し付けている「債権者」である。
 - (2) 次に、Bは、唯一の資産である甲を代物弁済することにより、Aを出し抜いてその犠牲の下に、CのBに対する債権を満足させることとしているから、「債務者が債権者を害することを知って」いたといえる。また、Cは、本件代物弁済の際に、Bとの間でAを犠牲とすることを協議しており、CはDの代表者であるから(101条1項参照)、本件代物弁済「によって利益を受けた者」C及び「転得者」Dのいずれも、本件代物弁済又は転得の時に於いて、「債権者」A「を害すべき事実を知らなかった」(424条1項ただし書)とはいえない。
 - (3) そして、Aの債権成立後に本件代物弁済がなされているところ、本件代物弁済は「債権者を害する…法律行為」(詐欺行為)に当たるかが問題となる。

ア 確かに、甲は時価1000万円であり、CのBに対する債権額も1000万円であるから、Bの総財産は減少しておらず、詐欺行為には当たらないようにも思える。

しかし、債務者と代物弁済を受けた者との間に通謀があるなどの強い主観的な関与態様が認められる場合には、詐欺行為に当たるとみることが可能であり、不当な抜け駆け行為がなされたような場合には、債権者間の公平を図るために詐欺行為取消権を行使する余地を残しておくべきである。そうであれば、一部の債権者に対する代物弁済は、債権額に相当する価格であっても、通謀して故意に他の債権者を害する意思で代物弁済した場合には詐欺行為に当たると解される。

イ これを本件についてみると、Bは、Cと協議の上、Aを出し抜いてその犠牲の下に、CのBに対する債権を満足させることとしており、通謀して故意に他の債権者を害する意思で代物弁済した場合といえる。

ウ よって、本件代物弁済は詐害行為に当たる。

(4) したがって、Aは本件代物弁済を取り消すことができる。

3 以上より、Aは、前記1(1)(2)の請求をするべきである。

以 上

答案作成上のアドバイス

まず、本問では受益者CだけではなくDも転得者として関与していることから、この両者に対する請求を、詐害行為取消権の本質（法的性質）から検討する必要があります。詐害行為取消権の効果については、Aは「どのような請求をするべきか」が問われているので、取消債権者への直接引渡請求に思い至る必要があります。

そして、詐害行為取消権の要件の検討に当たっては、客観的要件である詐害行為の成否が問題の中心となることは明らかなですから、この要件を厚く論じ、他の要件はコンパクトに論じるべきでしょう。Aの請求の可否が問われている以上、他の要件について全く論じないことは減点となりますが、メリハリのついた論述が望まれます。

参考文献

- 1 内田・民法Ⅲ P 296～
- 2 我妻・債権総論 P 172～
- 3 川井・民法概論 3 P 140～
- 4 民法判例百選Ⅱ No.14
- 5 デバイス・ネオ民法Ⅱ P 60～

2012 年入学目標 法科大学院 法律総合答練

基礎答練・刑法第 2 回 第 2 問 解説

問題

- 1 Xは、夜道を歩いていたところ、突然Aからナイフで刺されそうになったので、自己の生命を守るため、傷害の故意をもって、道端に落ちていた石をAに対し投げ付けた。石は、Aの腕をかすり、さらに、たまたま、その場を通行中のBに当たり、A及びBに傷害を負わせた。Xの罪責について論ぜよ。なお、XはBの存在を認識しておらず、XがBを認識していなかったことに過失はなかった。
- 2 Yは、トラックを運転していたところ、路上でCと揉み合っているYの妹Dを見付けた。その際、Dは酩酊しており、CはDの友人として同人を介抱していたのであるが、Yは、DがCと揉み合ううちに尻もちをついたのを目撃して、CがDに暴行を加えているものと誤解した。そこでYは、Cに対する殺人の故意をもって、Dの身体を守るため、時速40キロメートルで自己の運転するトラックの正面部分をCに衝突させ、Cを死亡させた。Yの罪責について論ぜよ。

出題の意図

刑法の学習においては、客観的な構成要件該当性の問題に重点を置きがちです。しかし、いわゆる構成要件の故意ないし責任故意という故意や錯誤等の主観に関わる問題についても、刑法学においては重要な問題であり、法科大学院入試や新司法試験において頻繁に出題されています。

そこで、本問は、故意に関する問題を網羅的にトレーニングしていただくべく、構成要件の故意に関する事実の錯誤、責任故意に関する違法性阻却事由に関する錯誤について出題しました。

重要論点

- | |
|---------------------------------------|
| 1 具体的事実の錯誤
2 第三者に対する反撃
3 誤想過剰防衛 |
|---------------------------------------|

採点基準

1 配点項目

- (1) 設問 1 : X の A に対する罪責 (コンパクトに核心を突いているか)
 優秀 : 10 点 良好 : 7 点 一応の水準 : 5 点 不良 : 1 点
- (2) 設問 1 : X の B に対する罪責 (具体的事実の錯誤ないし第三者に対する反撃について, 説得的に論じることができているか)
 優秀 : 45 点 良好 : 35 点 一応の水準 : 25 点 不良 : 15 点
- (3) 設問 2 : 誤想過剰防衛における故意犯の成否 (コンパクトに核心を突いているか)
 優秀 : 25 点 良好 : 20 点 一応の水準 : 15 点 不良 : 10 点
- (4) 設問 2 : 誤想過剰防衛における刑の減免の可否 (コンパクトに核心を突いているか)
 優秀 : 20 点 良好 : 15 点 一応の水準 : 10 点 不良 : 5 点

2 裁量点 (上記 1 でカバーできない加点や, 正当な別解への配点)**3 合計 100 点 (合格点は 60 点)**

論点相互の関係

第1 設問1について

- 1 まず、XがAに対して石を投げた行為は傷害罪（刑法 § 204）の構成要件に該当するが、正当防衛が成立するから、XのAに対する傷害罪は成立しない。
- 2 もっとも、Xは、AだけでなくBにも石を当てて傷害を負わせているから、Bに対する傷害罪の成否が問題となる。

- (1) まず、Xは、Bの存在を認識していなかったのであるから、いわゆる構成要件的故意が認められないのではないか。具体的事実の錯誤のうち方法の錯誤の処理が問題となる。

具体的事実の錯誤の問題については、法定的符合説のうち数故意犯説が判例・通説であり、同説によれば、XにはBに対する傷害罪の構成要件的故意が認められることになる。もっとも、同説によっても、Bに対する傷害罪の故意を否定する余地もあると思われ（後述大阪高裁平成14年判決）、また、Bに対する故意を否定する具体的符合説も有力である。

- (2) 次に、Xに傷害罪の構成要件的故意を認めるとしても、Xの行為は、Aによる急迫不正の侵害に対応してなされたものである。このことが、犯罪の成否にどのように影響するか。正当防衛の反撃行為が第三者に及んだ場合の処理が問題となる。

この点については、正当防衛説、緊急避難説及び誤想防衛説とがあり、後述の大阪高裁平成14年判決は、誤想防衛説に立っている。

第2 設問2について

- 1 Yは、DがCに暴行されていると誤信しており、誤想防衛の処理が問題となるが、Xの行為は防衛行為として明らかに相当性を欠くものといえるから、単なる誤想防衛ではなく、いわゆる過剰性の認識のある誤想過剰防衛の問題である。
- 2 誤想過剰防衛の処理については争いがあるものの、判例・通説によれば、過剰性の認識がある点でYの故意責任を問うことができると思われる。

その上で、誤想過剰防衛においては、さらに刑の減輕ないし免除の可否が、刑法第36条第2項の法的性格との関係で問題となる。

重要論点の解説

1. 具体的事実の錯誤

(1) 総説

設問1において、Xは、自己の生命を守るべく、Aに石を投げつけたところ、Aだけでなく、誤ってBにも石を当て、同人に傷害を負わせている。そこで、XにはBに対する故意犯が成立するか。いわゆる具体的事実の錯誤における方法の錯誤（行為の方法を誤り、認識した内容と異なる客体に犯罪結果を生じた場合）の処理が問題となる。

(2) 学説

ア 具体的符合説

故意としては、特定された客体に対して自己を実現していく意思が必要である。錯誤の処理としては、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが、具体的に一致してはじめて故意が認められる。もっとも、「そこにいる人」を殺す意識があれば故意を認める。したがって、客体の錯誤（行為は認識どおりの客体に向けられたが、その客体の性質・属性をとり違えた場合）は故意を阻却しないが、方法の錯誤は故意を阻却する。

（批判）

(7) 故意は、行為者が抱いた表象・意思を基礎として裁判所によって下される一種の法的評価にすぎない。

(i) この説は、客体の錯誤と方法の錯誤とでは異なる結論になるが、両者を区別することは困難な場合がある。

イ 法定的符合説（通説）

故意としては、構成要件の限度で抽象化された事実の認識・認容があればよいとする。例えば、「人」「器物」という認識で足りる。錯誤の処理としては、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが、構成要件の範囲内で符合していれば、故意は阻却されない。同じ構成要件的评价を受ける事実を表象していれば、行為者が発生した事実についての規範の問題が与えられていた以上、そこに直接的な反規範的人格態度が認められるからである。

したがって、客体の錯誤も方法の錯誤も故意を阻却しない。

この説は、併発的事実の錯誤の場合、すなわち、本問のように、当初意図した客体について結果が発生し、さらに同種の客体について結果が発生した場合に、故意犯の成立する個数を巡って、以下のように分かれる。

(7) 数故意犯説

1個の故意について発生した結果の数だけ故意犯が成立する。

（根拠）

i 故意は構成要件の範囲内で抽象化されたものであり、例えば、およそ「人」を殺す意思で「人」の死亡又はその危険を発生させた以上、発生した事実について殺人の故意を肯定することができる。

ii 観念的競合を科刑上一罪としているのは、一罪の意思をもってした場合に数罪の成立を認める趣旨を含む。

(i) 一故意犯説（大塚説）

例えば、1人を殺すつもりで1人を殺した場合、1人を殺したことの法定

的符合があるから故意を認め、符合しなかった過剰部分について過失を認定することになる。2人を殺した場合、当初狙った客体について故意を認め、他の客体については過失を認定する。

(批判)

Aを狙いながらピストルを撃ち、B及びCの2名を死亡させたときは、故意犯の相手をどのように選択するのが不明である。

(3) 判例・裁判例

ア 判例(最判昭53.7.28・刑法判例百選I No.40)は、法定的符合説のうち数故意犯説に立っている。

「被告人が人を殺害する意思のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為に出た結果、被告人の意図した巡査Bに右側胸部貫通銃創を負わせたが殺害するに至らなかったのであるから、同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に、被告人の予期しなかった通行人Aに対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為とAの傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立し…、しかも、被告人の右殺人未遂の所為は同巡査に対する強盗の手段として行われたものであるから、強盗との結合犯として、被告人のBに対する所為についてはもちろんのこと、Aに対する所為についても強盗殺人未遂罪が成立するというべきである。」

イ もっとも、大阪高裁平成14年9月4日判決(刑法判例百選I No.26)は、次のとおり設問1でいうBに対する故意犯の成立を否定している。

(ア) 事案

被告人は、若者グループ同士の乱闘騒ぎの中で、実兄と木刀を取り合っている相手グループのAに暴行を加えるべく自動車を急後退させたところ、車をAの手に当てた(負傷はない)ほか、自分の実兄を轢き死亡させたことから、暴行、傷害致死罪に問われた事件である。

(イ) 判旨

「一般に、人(A)に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人(B)に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、いわゆる方法の錯誤の場面であるとして法定的符合説を適用し、Aに対する暴行の(構成要件的)故意が、同じ『人』であるBにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、AとBは同じ『人』であり、構成要件の評価の観点からみて法的に同価値であることを根拠にしていると解される。しかしこれを本件についてみると、被告人にとって太郎は兄であり、共に相手方の襲撃から逃げようとしていた味方同士であって、暴行の故意を向けた相手方グループ員とでは構成要件的评价の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、暴行の故意を向ける相手方グループ員とは正反対の、むしろ相手方グループから救助すべき『人』であるから、自分がこの場合の『人』に含まれないのと同様に、およそ故意の符合を認める根拠に欠けると解するのが相当である。この観点からみても、本件の場合は、たとえ春野に対する暴行の故意が認められても、太郎に対する故意犯の成立を認めることはできないというべきである。」

(4) あてはめ

ア 具体的符合説によれば、XのBに対する傷害罪は成立せず、Xに過失のない本問では、Xは不可罰となる。

イ 法定的符合説のうち、数故意犯説によれば、Bに対する傷害罪の故意が認め

られる。

他方、法定的符合説のうち、一故意犯説によれば、Bに対する傷害罪は成立せず、Xに過失のない本問では、Xは不可罰となる。

ウ 判例によれば、Bに対する傷害罪の故意が認められることになろう。もっとも、前掲大阪高裁平成14年判決によれば、Bに対する傷害罪の成立を否定することになろう。

2. 第三者に対する反撃

(1) 総説

上記 1 において、X に傷害罪の故意を認めるとしても、X の行為は、A による急迫不正の侵害に対応してなされたものである。このことが、犯罪の成否にどのように影響するか。正当防衛の反撃行為が第三者に及んだ場合の処理が問題となる。

(2) 学説

ア 正当防衛説

防衛行為は、不正な攻撃者に向けられており、第三者の法益侵害に対する侵害が防衛行為の構成部分と評価できる限りにおいて、正当防衛と評価すべきである。

(批判)

正当防衛が違法性を阻却されるのは、防衛行為が反撃行為として不正の侵害に向けられているからであり、第三者の法益を侵害している点は、法が予定しているところではない。

イ 緊急避難説

防衛の対象については正当防衛であっても（「正対不正」の関係）、防衛行為に従い第三者の法益を侵害した場合は、第三者の法益は不正とはいえないから、「正対正」の関係として、緊急避難となるかが検討されるべきである。

(批判)

本来、緊急避難において避難行為者は、危難を受忍するか、それとも第三者の法益を犠牲にするかという二者択一の関係におかれるが、正当防衛により同時に第三者の法益を侵害する場合には、行為者と第三者との間にそのような関係を認めることはできない。

ウ 誤想防衛説

第三者に対する侵害行為は何ら正当化されないとの前提から、行為者の認識内容は、急迫不正の侵害を認識して、それに対して、侵害者に反撃を加えたというものであるから、主観面では完全に正当防衛の認識でしかない。すなわち、客観的には違法な行為をしているが、行為者の認識は正当防衛であるから、誤想防衛として処理するべきである。

(批判)

正当防衛として行われた行為を、結果として違法とすることは妥当でない。

(3) 裁判例（前掲大阪高裁平成 14 年 9 月 4 日判決）

本判決は、次のとおり、誤想防衛説に立っている。

「不正の侵害を全く行っていない太郎に対する侵害を客観的に正当防衛だとするのは妥当でなく、また、たまたま意外な太郎に衝突し轢過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難だとするのも相当でないが、被告人が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、太郎に本件車両を衝突させ轢過してしまった行為については、故意非難を向け得る主観的事実が存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである。」

(4) あてはめ

- ア 正当防衛説及び緊急避難説によれば，それぞれ刑法第 36 条第 1 項又は第 37 条第 1 項本文の要件を満たすか否かを検討し，X の傷害罪の成否を検討することになる。
- イ 他方，誤想防衛説によれば，故意が阻却され，X に傷害罪は成立しない。

3. 誤想過剰防衛

(1) 総説

設問 2 において、Y は、C が D に暴行を加えているものと誤解し、D を守るための防衛行為に出ている。したがって、「急迫不正の侵害」（刑法 § 36-Ⅰ）がないのにあると誤信した場合であるから、いわゆる誤想防衛である。さらに、D を守るためとはいえ、（Y の主観において）暴行を加えているにすぎない生身の C に対し、トラックを時速 40 キロメートルで衝突させる行為は、「やむを得ずにした行為」ということはできないといえる。よって、本問は誤想過剰防衛の事案といえる。

そして、誤想過剰防衛については、故意犯の成否及び刑法第 36 条第 2 項の適用（ないし準用）の可否が問題となる。

(2) 学説

ア 故意犯説

この説は、以下の 2 説に大別することができる。

- (ア) 誤想防衛になるのは、認識した急迫不正の侵害に対して防衛の程度が相当である場合に限られる。相当性を超えた以上、過剰防衛となり、故意を阻却せず、刑法第 36 条第 2 項により刑の減免が認められるにすぎない。
- (イ) 誤想防衛は法律の錯誤であり、構成要件的事実の認識がある以上、発生した事実につき故意犯が成立する。その錯誤により、違法性の意識の可能性すらない場合にのみ責任を阻却する。誤想防衛である以上、過剰防衛の規定である刑法第 36 条第 2 項の適用はなく、同法第 38 条第 3 項ただし書で対応すべきである。

イ 過失犯説（誤想防衛説）

第 1 の急迫不正の侵害についての誤信がなければ、第 2 の過剰な防衛行為もなかったのであるから、第 1 の誤信が行為全体において意味をもつ。したがって、誤想防衛は事実の錯誤であり、故意を阻却し、過失があれば過失犯が成立する。

ウ 二分説（通説）

①過剰について認識がある場合と、②過剰について認識がない場合とに分ける。

①の場合は、違法な反撃行為であると知りながら反撃している以上、反対動機の形成は可能であるから、故意犯の構造をもつ（過剰防衛）というべきである。これに対し、②の場合には、過剰についても誤想しているのであるから、全体として誤想防衛の一種であり、反対動機の形成は不可能であるから、故意を阻却する。

この説は、刑法第 36 条第 2 項の適用（準用）を認めるかについて、次のように分かれる。

(ア) 平野説

①の場合は、行為者に急迫不正の侵害の存在について誤信があり、過剰について認識がある以上、過剰防衛であり、刑法第 36 条第 2 項の適用がある（過剰防衛についての責任減少説から「適用」とする。）。②の場合は、過剰性の認識がない以上、同条項の適用はない。

(イ) 大塚説

①の場合は、過剰行為に責任を減少させる情状がみられるときは期待可能

性の減少が認められるので、刑法第 36 条第 2 項を準用する。また、②の場合にも、過剰について認識がある場合に刑の減免があるのに、過剰について認識がない場合に誤想防衛として過失犯となり、前者よりも重くなるのは刑の均衡を失するから、同条項を準用する。

(ウ) 藤木説

客観的に急迫不正の侵害がない以上、違法減少は認められない。しかし、①の場合は行為者の責任減少が過剰防衛と異なるところがなく、かつ違法減少と類似の客観的状況があれば、刑法第 36 条第 2 項の準用が認められる。②の場合も、急迫不正の侵害についての誤認に過失がなければ、違法減少と類似の状況があるから、同条項の準用が認められる。

(エ) 前田説

客観的に急迫不正の侵害がない以上、違法の減少は認められず、①及び②のいずれの場合も刑法第 36 条第 2 項の適用を認めない。もっとも、責任減少による刑の減輕の余地はある（免除は認めない。）。

(3) 判例（最決昭 62. 3. 26・刑法判例百選 I No.28）

ア 事案

空手三段の腕前を有する被告人は、夜間帰宅途中の路上で、酩酊した A とこれをなだめていた B とが揉み合ううち同女が倉庫の鉄製シャッターにぶつかって尻もちをついたのを目撃して、B が A に暴行を加えているものと誤解し、同女を助けるべく両者の間に割って入った上、同女を助け起こそうとし、次いで B の方を振り向き両手を差し出して同人の方に近付いたところ、同人がこれをみて防御するため手を握って胸の前辺りに上げたのをボクシングのファイティングポーズのような姿勢をとり自分に殴りかかってくるものと誤信し、自己及び同女の身体を防御しようと考え、とっさに B の顔面付近に当てるべく空手技である回し蹴りをして、左足を同人の右顔面付近に当て、同人を路上に転倒させて頭蓋骨折等の傷害を負わせ、八日後に右傷害による脳硬膜外出血及び脳挫滅により死亡させた。

イ 決定要旨

「本件回し蹴り行為は、被告人が誤信した B による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法 36 条 2 項により刑を減輕した原判断は、正当である…。」

<コメント>

本決定は、上記二分説に立っているものとみることができないではないと評価されている。また、刑法第 36 条第 2 項による減免を否定することはしていない。しかし、本決定は刑の減輕を認めているが、免除まで認めるか否かは今後の課題とされている（最高裁判所判例解説昭和 62 年度刑事編 P 110～）。

(4) あてはめ

ア 故意犯説によれば、Y の故意は阻却されず、刑法第 36 条第 2 項による刑の減免又は同法第 38 条第 3 項ただし書による刑の減輕が認められる余地がある。

イ 過失犯説によれば、Y の故意は阻却され、Y の誤信に過失があるといえれば、Y に業務上過失致死罪（刑法 § 211-I）が成立する。

ウ 二分説によれば、生身の C に対し、トラックを時速 40 キロメートルで衝突させる行為は「やむを得ずにした行為」とはいえず、この点を認識していた X は、

過剰について認識があったといえ、故意犯が成立する。

その上で、上記平野説ないし前田説により、それぞれ刑法第 36 条第 2 項の適用ないし準用を検討することになる。

エ 判例によれば、上記二分説と同様となろう。

参考答案

第1 設問1

1 Aに対する傷害罪(204条)

- (1) Xが傷害の故意(38条1項本文)をもってAに対し石を投げ付けた行為1により、Aは「傷害」を負っているから、傷害罪の構成要件に該当する。
- (2) もっとも、行為1は、突然Aにナイフで刺されそうになったという「急迫不正の侵害に対して」、Xが「自己の」生命を守るためという防衛の意思(「防衛するため」)をもってなされたものである(36条1項)。

そして、Xはナイフで刺されるという生命の危険にさらされていたのに対し、行為1は石を投げてAに傷害を負わせる程度のものであったから、必要性・相当性があったといえ、「やむを得ずにした」といえる。

- (3) よって、行為1には、正当防衛が成立して違法性が阻却されるから、Aに対する傷害罪は成立しない。

2 Bに対する傷害罪

- (1) Xの行為1により、Bも「傷害」を負っている。

もっとも、甲はAを傷害する意思で行ったのであるから、Bに対する傷害罪の故意は認められないのではないか。

ア そもそも故意責任の本質は、規範に直面したのにあえて行為に出たことに対する非難にある。

そして、規範は構成要件として与えられているから、構成要件の範囲内で主観と客観が符合していれば、故意が認められると解すべきである。

また、このように抽象化され個性のない故意の個数は問題とならない。

イ 本問で、Aという「人」を傷害するXの主観とBという「人」を傷害した客観は、「人」の身体を傷害したという構成要件の範囲内で符合しているから、Bに対する傷害の故意も認められる。

ウ よって、傷害罪の構成要件に該当する。

- (2) としても、行為1はAに対する反撃行為としてなされたものであるから、Bに対する傷害罪の成立を阻却しないか。

ア 第三者に反撃の結果が生じた場合、客観的には違法な行為であるが、主観面においては完全に正当防衛の認識しかない。そうであれば、反撃行為が禁止されているという規範の問題に直面していないから、事実の錯誤(誤想防衛)として責任故意が阻却されると解すべきである。

イ よって、本問においてもXの責任故意が阻却される。

- (3) 以上より、Xに傷害罪は成立せず、不可罰である。

第2 設問2

- 1 Yが、Cにトラックを衝突させた行為2に、殺人罪(199条)が成立しないか。

- 2 Yは、Cに対する殺人の故意をもって、トラックを時速40キロメートルでCに衝突させ、これによりCという「人を殺した」といえるから、行為2は殺人罪の構成要件に該当する。

- 3 また、客観的に「急迫不正の侵害」(36条1項)はなく、正当防衛による違法性阻却もない。

- 4 もっとも、Yは、DがCから暴行を受けているものと誤解しているので、責任故意を阻却しないか。

- (1) 前記第1の2(2)アのとおり、正当防衛状況にあると誤信している者については、事実の錯誤として責任故意が阻却され得る。

しかし、本問で行為 2 は、Y の主観では C から暴行を受けている D の身体を守るために、C にトラックを時速 40 キロメートルで衝突させたものであり、防衛行為として明らかに相当性を逸脱する（誤想過剰防衛）。

そして、Y は、殺意をもって当該行為を行っており、この点を認識していたから、Y には過剰性の認識がある。このように、自己の反撃行為が過剰であることの認識がある場合には、規範の問題に直面しているから、責任故意は阻却されないと解すべきである。

(2) よって、Y の責任故意は阻却されず、Y には殺人罪が成立する。

5 としても、刑法 36 条 2 項により刑を減免し得ないか。同条項の法的性格との関係で問題となる。

(1) 同条項が刑の任意的減免を認めた根拠は、急迫不正の侵害に対する反撃という意味で違法性が減少し、緊急時の異常な心理状態を理由に責任非難が減少する点にある。そうであれば、誤想过剰防衛の場合、客観的な違法性の減少が認められない以上、刑の免除までは認めるべきではないが、責任の減少は認められることから、同条項により、刑の減輕を認め得ると解すべきである。

(2) 本問でも、誤想过剰防衛の事案として、Y の刑を減輕し得る。

6 以上より、Y には C に対する殺人罪が成立し、刑が任意的に減輕される。

以 上

答案作成上のアドバイス

本問は、出題の意図でも述べたように、故意に関する問題を網羅的に問うものです。構成要件故意や責任故意というワードを用いるか否かは別としても、故意と錯誤の問題を整理して論じると、刑法を体系的に理解していることをアピールすることができるでしょう。

また、誤想過剰防衛の処理については、判例・通説によれば、故意犯の成否及び科刑の減免の可否という2つの問題が生じますから、この点についても整理して論じることが必要です。

参考文献

- 1 前田・刑法総論講義 P 242～, 337～, 390～
- 2 大谷・刑法講義総論 P 175～, 285～, 298～
- 3 山口・刑法総論 P 195～, 200～,
- 4 西田・刑法総論 P 168～, 183～, 221～,
- 5 刑法判例百選 I No.26, 28
- 6 デバイス・ネオ I P 158～, 221～, 235～,