

## ・事件の概要

ヤンキースの構成員 X らは東京都八王子市において占拠している廃屋に、木刀、鉄パイプを持参して集会を行っていた。その際に以前よりこの地で縄張をはっていたタダキッズが武装の上襲撃をしてきた。タダキッズの構成員 Y と X は話し合いを行ったが決裂し、激高した Y は X に対し鉄パイプで殴りかかった。そこで X も持参していた鉄パイプを用い Y を滅多打ちにし、その結果 Y は加療 1 か月の傷害を負った。

## ・問題の所在

本問において、X はあらかじめ用意していた鉄パイプで Y を滅多打ちにして、その結果として、Y は加療 1 か月の傷害を負っている。よって、X には傷害罪（204 条）が成立するように思える。

しかし、X が殴る前に Y が X に殴りかかっており、正当防衛が成立し違法性が阻却されないか。正当防衛が認められるために防衛の意思の要否、防衛の意思が必要である場合にその内容、さらに積極的加害意思が認められる場合の処理について問題となる。

## ・学説の状況

### 1 防衛の意思の要否

#### A 説 必要説<sup>1</sup>

正当防衛が成立するためには客観的正当化要素の他に、主観的正当化要素として、正当防衛の意思が必要であるとする説

#### B 説 不要説<sup>2</sup>

防衛の意思がないとき、すなわち、正当防衛状況を認識していない時でも正当防衛が成立するとする説

### 2 防衛の意思の内容

#### A 説 目的説<sup>3</sup>

もっぱら防衛の目的や動機に出たものとする説

#### B 説 認識説<sup>4</sup>

急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りるとする説

<sup>1</sup> 大谷實『刑法総論〔第 2 版〕』（2000）成文堂 157 頁

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論』（2006）弘文堂 159 頁

<sup>3</sup> 西田典之『刑法総論』（2006）弘文堂 160 頁

<sup>4</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』（2008）有斐閣 390 頁

### 3 積極的加害意思による行為に正当防衛は成立するか

#### A 説 急迫性欠如説<sup>5</sup>

急迫性を欠くものとして正当防衛の成立を否定

#### B 説 防衛の意思欠如説<sup>6</sup>

防衛の意思が欠如しているものとして正当防衛の成立を否定

#### C 説 防衛行為欠如説<sup>7</sup>

客観的に「防衛するため」の行為と捉えることが出来ず防衛行為に当たらないとして正当防衛成立を否定

### .判例

#### 1 防衛の意思必要説（A 説）を採用していると思われる判例

最高裁昭和 50 年 11 月 28 日 最高裁判所刑事判例集 29 巻 10 号 983 頁

##### 事実の概要

被告人およびその友人は、被害者を含む数人から暴行を受けたところ、被告人は 1 度は逃げたものの友人を助けようと思い散弾銃を持ち出し、暴行現場に戻り被害者の妻から友人の行方を聞き出そうとしたが、被害者から「殺してやる」と言われ追いかけられた際に発砲し傷害を負わせた。

##### 判旨

「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害に対する攻撃的な意思にでたものであっても、正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできない」

#### 2 防衛の意思の内容について、B 説(認識説)を採用していると思われる判例

最高裁昭和 46 年 11 月 16 日 最高裁判所刑事判例集 25 巻 8 号 996 頁

##### 事実の概要

旅館で宿泊していた被告人 X と A が口論になり、X は A に散々やられ旅館から追い出された。その後、被告人は謝罪してみても仲直りできたら元通り旅館に泊めてもらおうと考えて旅館に戻った。すると、A から絡まれた末、顔面を殴打されたので、逆上して、部屋のかもいの上に隠してあった小刀を取り出し、A の左胸を突き刺して殺害した。

##### 判旨

「刑法 36 条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」「かねてか

<sup>5</sup>西田典之『刑法総論』（2006）弘文堂 154 頁

<sup>6</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第 2 版〕』（2007）成文堂 281 頁

<sup>7</sup>前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』（2006）東京大学出版会 333 頁

ら被告人がAに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認めるのが相当である」

## ・学説の検討

### 1 防衛の意思の要否について

(1) この点、違法性の判断は客観的になされなければならないから、違法性阻却事由たる正当防衛の要件に、主観的要素である防衛の意思を含めるべきではないとする見解（B説）がある。

しかし、明らかに犯罪的意図をもって攻撃行為がなされた場合にまで正当防衛が認められるとすれば、不正な者を保護することになり、法の確証によって社会秩序の維持を図るという正当防衛の趣旨に反する。よってB説は妥当でない。

(2) 加えて、そもそも刑法における行為は主観的要素と客観的要素から成立するものであり、これは防衛行為においても当然に前提とされるべきであるから、犯罪成立要件として主観的違法要素を認めることに対応して主観的正当化要素も認めるべきである。<sup>8</sup>

(3) さらに、36条の権利を防衛する「ため」という文言は防衛の意思を必要とする趣旨と解するのが素直である。

よってA説（必要説）が妥当である。

### 2 防衛の意思の内容について

たしかに、防衛意思の元来の意味は、不正な侵害から自己又は他人の権利を守るという積極的意思のことである。<sup>9</sup> とすれば、A説（目的説）が妥当であるかのように思われる。

しかし、本能的・反射的自衛行為であっても防衛する意思に基づくものであるといえ、また、正当防衛が右のような自衛行為も考慮に入れて規定されていることは疑いが無いのであるから、積極的意思がない場合にも防衛の意思を認めるべきである。このような観点からすれば防衛の意思とは急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りるものと解するべきである。

よってB説（認識説）が妥当である。

### 3 積極的加害意思による行為に正当防衛は成立するのかについて

(1) まず、C説（防衛行為欠如説）は防衛意思不要説を前提とするものであり、1で述べたように検察は防衛意思必要説の立場に立っているのでこの説を採用することは出来ない。

(2) 次に、侵害は予期されるが、それでもなお、予期された侵害を回避しないことに合理的な理由があるという場合には急迫性を否定する余地があるとする見解（A説）がある。

しかし、そもそも「急迫」は国家機関の法的手続きによる法益侵害の予防・回復を求めるいとまがないとするための要件である。このような観点からすれば、「急迫」は客観的事態として危険が差し迫っていること

<sup>8</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（2007）成文堂 287頁

<sup>9</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（2007）成文堂 288頁

を意味すると解すべきであるから、加害の意思の有無のような主観的事情によってその存否を判断すべきではない。よって A 説は妥当ではない。

(3) 2で述べたように、防衛の意思の内容は急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態と解すべきであるところ、積極的加害意思は右のような心理状態だと認めることはできない。そこで積極的加害意思による行為は防衛意思が欠如しているものとして正当防衛の成立を否定すべきである。

よって B 説（防衛の意思欠如説）が妥当である。

### ・本問の検討

まず、X は鉄パイプを使い Y の頭・肩・腕を滅多打ちにし、同人に対して加療 1 ヶ月の傷害を負わせていることから人の生理的機能に対し障害を加えたといえ、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

もっとも、X の右行為は Y の殴りかかってきた行為に対してなされたものであるから、かかる行為について正当防衛の成否が問題となる。

この点 V で述べたとおり検察は防衛意思必要説に立脚するから、正当防衛の成立要件は 急迫不正の侵害があること、自己又は他人の権利を防衛するためのものであること、その侵害に対する防衛行為が必要かつ相当であること、防衛の意思に基づくものであること、となる。

本問では Y が鉄パイプで X に殴りかかっており、客観的事態として危険が差し迫っているといえることができる。かつ、右 Y の行為は傷害罪（204条）に当たり、違法である。よって急迫不正の侵害があるといえ、要件 を満たす。また、X の行為は自らの生命・身体を守るための行為であるから、自己の権利を防衛するためのものであるといえるので要件 を満たす。

次に防衛行為の必要性和相当性についてであるが、Y が鉄パイプで殴りかかってきたので、X に防衛行為に出る必要性が認められる。また、Y が鉄パイプを用いているのに対し X も鉄パイプを用いていること、Y に逃げられ建物入口付近まで追いかけてはいるもののそれ以上追うことをやめていることから、防衛行為の相当性にかけているとはいえない。よって要件 も満たす。

しかし X は Y からタダキッズが襲撃してくることを予期・警戒しているのみならず、鉄パイプ等を風呂敷や毛布で包み目立たないようにして廃屋に赴き、建物内にむき出しの状態で置いていることから用意周到に迎撃体制を整えているといえ、X の行為は防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える意思（積極的加害意思）に基づいているとみることができるので、防衛の意思に基づいているとはいえず、要件 を満たさない。

したがって X の当該傷害行為は正当防衛の成立要件を満たさず、違法性は阻却されない。

よって、X には傷害罪（204条）が成立する。

### ・結論

X は傷害罪（204条）の罪責を負う。

以上