

I. 反対尋問

1. 「恣意的判断により行為者に故意犯の成立を認めることになりかねず妥当でない」とはどういうことか。
2. 一連一体の暴行として捉えるための要件は時間的場所的接着性だけであるか。
3. いかなる程度の時間的場所的接着性が必要であるか。
4. 引用判例において、「時間的場所的接着性」を理由に第1暴行と第2暴行を「一連一体」のものとして判断しているのか。
5. 第1論点(過剰防衛の任意的減免の根拠)の本問における意義は何であるか。

II. 学説の検討

1. 過剰防衛の任意的減免の根拠について

- (1) 検察側は責任減少説を採用するところ、正当防衛状況においては、防衛行為者が恐怖、驚愕、興奮、狼狽等の特殊な心理状態で、結果的に行きすぎた防衛行為を行うことが容易に予想され、それがある程度やむをえない場合もあるということは否定できない。そこで弁護側は、責任減少を理由に刑の減免が認められる場合があるという点については検察側と同様に解する。
- (2) もっとも、36条2項は、同条第1項に関係づけられた規定であり、それは「急迫不正の侵害」の事実の存在という、大きく結果不法に関わる要素が具備されることを要件としているから、ここにおいて、違法性の減少という側面を度外視する事はできない。したがって36条1項が適用され、刑の減免が認められる中には、もっぱら違法性が減少することがその理由となっている場合もありえよう¹。また刑の免除まで可能となるのは、違法性及び責任の減少があるからだと考えられる。²
- (3) よって弁護側は違法かつ責任減少説(C説)を採用する。

2. 反撃として行われた第1暴行とその後の第2暴行を一体としてみるかについて

- (1) 検察側の採用するα説は相手側の侵害行為が終了後の過剰な行為であっても、時間的場所的接着性を理由に前後の行為を一体としてとらえて、全体として過剰防衛を成立させるものですが、そもそも第1暴行により被害者にとって反撃が困難な状態に陥っている場合には、形式的にいえば、正当防衛状況が存在しないといわなければならない、それに対し過剰防衛を成立させるのは妥当ではない。

また、本問の様に第1行為で結果が発生している様な事案では、第2行為からは傷害結果が発生していないのに、正当防衛として適法化された第1行為についてまで、時間的場所的接着性のみを理由に過剰防衛としての罪責をとうのは妥当ではない。³

- (2) 思うに、第2行為の時点ですでに相手方からの侵害がないのであるから、第2行為の違法性の減少は認められない。そこで正当防衛が成立し違法性の減少が認めら得る第1行為と一体としてみることはできない。

また、実行行為とは主観と客観の統合体である以上主観が変われば別の行為として評価するべきである。

- (3) そこで弁護側は両暴行を個別的に捉えるβ説を原則として採用する。

もっとも、過剰防衛の任意的減免の根拠を違法かつ責任減少に求めるC説を前提とする以上、第2暴行時にも第1暴行時と同様の違法かつ責任減少が継続している場合に限り、両暴行を過剰防衛として同一の枠内で評価するのが妥当であることから、例外的に両暴行を一連一体として捉えるものと解する。

¹ 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣[2008]294頁

² 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』成文堂[2010]350頁

³ 岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』成文堂[2009]113頁

Ⅲ. 本問の検討

第1. 第1暴行について

1. XのAに対する、顔面を数回殴打し死亡させた行為(以下、第1暴行と呼ぶ)につき、傷害致死罪(205条)が成立しないか。
2. Xの第1暴行は、Aに頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血という「傷害」を与え、もって「死亡」させていることから、Xの第1暴行は傷害致死罪の構成要件に該当する。
3. (1) もっとも、第1暴行は、Aがいきなり殴りかかったこと及び灰皿を投げつけてきたことに対する反撃行為である。そこで、Xの第1暴行につき、正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されないか。
(2) Xの第1暴行は、Aがいきなり殴りかかったこと及び灰皿を投げつけてきたことという「急迫不正の侵害」に対し、Xの生命身体という「自己」の「権利を防衛するため」なされたものといえる。

- (3)ア. では、「やむを得ずにした行為」といえるか。本件において、第1暴行のみであれば「やむを得ずにした行為」といいうところ、Xはその後続けてAに対して腹部にひざをぶつけるなどの暴行(以下、第2暴行と呼ぶ)を加えており、両暴行を一連一体のものとして捉えた場合には、正当防衛としての相当性を欠き「やむを得ずにした行為」といえないものと考えられる。そこで、両暴行の捉え方が問題となる。

ここで、弁護側は上述のように、原則として両暴行を個別的に捉えるβ説を採用する。

加えて、第2暴行時において、Aは意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れていることから、急迫不正の侵害は既に終了しており、正当防衛状況は存在していなかったのであるから、攻撃者たるAの要保護性の減少は見られない。

また、第2暴行時において、Xは激怒していたとはいえ、Aからこれ以上暴行を加えられることはないという客観的状況を十分に認識していたのであるから、適法行為すなわち第1暴行のみにとどめ相当性を欠く第2暴行に及ばないということを要求しても酷とはいえず期待可能性の減少は見られない。

したがって、弁護側の採用するC説を前提とすれば、第2暴行時には過剰防衛における任意的減免の根拠たる違法・責任減少は認められないことから、第2暴行を第1暴行と一連一体なものとして過剰防衛という同一枠内で評価するのは妥当ではないと考える。

よって、第1暴行と第2暴行は個別的に捉えるべきであると解する。

- イ. 以上のことを前提に考察すると、第1暴行は、いきなり殴りかかれたこと及びアルミ製の灰皿という凶器として質量・硬度ともに備える物体を投げつけられたことという非常に危険性の高い侵害に対してAの顔面を殴打したというものに過ぎず、防衛行為としての必要性・相当性を有するものであり、「やむを得ずにした行為」といえると解する。

- (4) したがって、Xの第1暴行につき、正当防衛が成立し、その違法性は阻却される。

4. よって、XのAに対する第1暴行につき、傷害致死罪は成立しない。

第2. 第2暴行について

XのAに対する、腹部にひざをぶつけ、もって肋骨骨折等の傷害を加えた行為(第2暴行)は、Aの「身体」を「傷害」したといえ、かかる行為につき傷害罪(204条)が成立する。

Ⅳ. 結論

Xは傷害罪(204条)の罪責を負う。