

## I. 事実の概要

- (1) X(25歳)は昭和57年3月20日、A(68歳)とともにP宿舎一階台所でウイスキーを飲み始めた。2人でほとんどこれを飲みつくしたところで、泥酔したAがXに対して悪態をつき始めた。Xは最初のうちは相手にしなかったものの、Aがあまりにも執拗に同じことを言うので、『いい加減にしろ』と怒鳴った。するとAはふらっと立ち上がり、台所にあった包丁を手を持ち、座っているXのほうに向きなおし、同包丁を右手で腰のあたりに水平に構え、手を伸ばせば包丁がXに届きそうな距離から『この若造、冗談じゃねえよ』等とすごんだが、Aはかなり酩酊しており、Xを刺したりするような仕草はとっていなかった。XはAが自分のほうに向きなおるとすぐに、『ふざけやがって、なめてんのか』とあって、食卓の上にあった前記ウイスキー瓶を右手を持ち、立ち上がりざまこれを右上から左下に払うようにしてAの左側頭部めがけて力いっぱい殴打し、Aに治療一カ月を要する傷害を負わせた。
- (2) Xは、Aが立ち上がって包丁を手にしたのを見たときの気持ちについて、捜査段階において、恐怖心は抱いていなかったと供述し、また公判においても、Aに傷つけられるという差し迫った危険を感じた記憶はなく咄嗟に行動に出たと供述している。
- (3) Xは、ウイスキーの瓶でAを強打した時の気持ちについて、捜査段階において、その包丁でどうこうされるのを防ぐのに必要であったわけではないが、Aが自分を若造呼ばわりして包丁を持ち出してきたので、頭にきてカーッとなり殴打したと供述し、また公判においても一貫してAの行動に対して危ないと感じてこれを防ぐために殴打したとは供述していない。
- (4) Xは、Aが殴打行為によってその場に倒れ包丁から手を離し、全く攻撃の意思を失った後も、Aに対して執拗に強烈な暴行を加えている。

## II. 問題の所在

XはAに対して、ウイスキーの瓶で殴打するなどの暴行をしているが、これはAがXに対して、包丁を用いてすごんできたためであり、Xには正当防衛が成立しそうである。しかし、正当防衛の成立には防衛の意思を必要とする見解があるところ、本問Xにはそのような意思を明確に認めることができず、正当防衛が成立するかどうか問題となる。

## III. 学説の状況

### 正当防衛の成立に防衛の意思が必要か否か

甲説：防衛の意思必要説<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（成文堂,2009）288頁。

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

乙説：防衛の意思不要説<sup>2</sup>

正当防衛が成立するためには、客観的正当化要素のほかに主観的正当化要素として、防衛の意思が不要であるとする説。

#### IV. 判例

大阪高判平成 11 年 10 月 7 日<sup>3</sup>

〈事実の概要〉

被告人 X は、シンナーの乱用を断ち切れないうる長男 A に対し入院を勧めたところ、A から頸部下部付近を両手で押さえつけられ、さらに罵倒されたことを受け、いたく憤慨し、とっさに殺意を抱いて、ガラス製の灰皿で同人の頭部を強打した上、さらに、仰向けに倒れた同人の頸部に電気コードを巻いて絞めつけ、A を窒息死させた。

〈判旨〉

この判例では、「被告人 X は確定的殺意をもって右行為に及んでいるのであるから、右行為は、侵害を受けた機会をとらえ、その態様及び程度等に比して著しく過剰な結果を生じさせることを意図してなされるものと認めるべきで、結局のところ、それは、もはや防衛の意思によるものとはいえず、専ら相手を攻撃する意思でなされたものというほかない」とし、X は防衛の意思を欠くから過剰防衛は成立しないとした。

#### V. 学説の検討

正当防衛の成立に防衛の意思が必要か否か

第一に、乙説では、違法か否かは行為者の主観に関わらせるべきでないとしている。しかし、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>4</sup>

第二に、乙説では、偶然に防衛の結果を生じた場合(偶然防衛)や、防衛を口実にして他の目的のためにする場合(口実防衛)、および初めから反撃を加える意図をもって故意に侵害行為を誘発した場合にも、正当防衛が認められることになり、不正な者も保護されることになる。

以上より乙説は妥当でない。

そもそも正当防衛の正当化根拠は、正当権利者である者の反撃を認めることにより、正当な権利の不可侵性が公に公示され、そこから法益侵害者に対する侵害抑止の効果の発生が期待できるため、それが法秩序の安定に資する点にある(法確証の利益)。

<sup>2</sup>前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(東京大学出版会,2006)339頁。

<sup>3</sup>判例タイムズ 1064号 234頁。

<sup>4</sup>大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009)288頁。

とすれば、犯罪的な意図や攻撃的な意思を持って攻撃行為がなされ、行為者の予期した結果を惹起したのに正当防衛が成立するとすれば、不正な者すなわち正当権利者でない者を保護することになって、法の確証によって法秩序の安定を図るという正当防衛の本質に反することとなる。

したがって、正当防衛の成立には防衛の意思が必要であると解する。

以上より、甲説が妥当である。

## VI. 本問の検討

1. Xが、ウイスキー瓶を用いてAの左側頭部を強打した行為について、Aに対する傷害罪(204条)が成立するかを検討する。
2. Xは、ウイスキー瓶を用いてAの左側頭部を強打し、よってAに治療一カ月を要する「傷害」を負わせていることから、同罪の構成要件を充足する。
- 3.(1) もっとも、本問においてXは、Aが台所にあった包丁を手を持ち、座っているXのほうに向きなおり、同包丁を右手で腰のあたりに水平に構え、手を伸ばせば包丁がXに届きそうな距離から『この若造、冗談じゃねえよ』等とすごんできたため、上記強打行為に及んでいる。そこでXのかかる行為は正当防衛(36条1項)として違法性が阻却されるのではないか。以下、正当防衛成立の可否について検討する。
  - (2) 確かに、本問においてAはXを刺したりするような仕草をとってはいなかった。しかしながら、Aは高度の殺傷力を有する包丁を手にしており、腰のあたりで水平に持つというすぐさま攻撃に移行できる態勢で、かつXの至近距離に位置しており、Xの生命・身体に対する現実的危険性は現在ないし切迫していたといえる。よって「急迫不正の侵害」は認められる。
  - (3)ア. では、Xは「自己…の権利を防衛するため」上記強打行為に及んだといえるか。「防衛するため」の要件を充たすには防衛の意思が必要となるかが問題となるところ、検察側は甲説(防衛の意思必要説)を採用する。そこで以下では、Xが、防衛の意思すなわち急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態を抱いているか否かについて検討する。
- イ. Xは、捜査段階において、Aが包丁を手を持ったのを見た際に恐怖心を抱くことはなく、また公判においてもAに攻撃されるという切迫した危険を感じたことはなく咄嗟に行動に出たと供述している。これらの供述から、Xは、Aから攻撃つまり不正の侵害を受けるとは認識していなかったことがうかがわれる。

また、XはAをウイスキー瓶で強打した時の気持ちについても、捜査段階において、頭にきてカーッとなりかかる行為に及んだ述べ、公判においても一貫してAの行動に対して危険を感じたことはないと述べている。

これらのXの供述からすると、XはAからの不正の侵害を認識しつつこれを避けるためにAを強打したのではなく、もっぱらAを攻撃する意思であったと考え

られる。このことは、Xが、Aが包丁を手放した後にも同人に対して執拗に強烈な暴行を加えたことによっても裏付けられている。

ウ. よって、Xはもっぱら攻撃の意思で上記強打行為に及んだものであり、Xに防衛の意思は認められない。

したがってXに正当防衛は成立せず違法性は阻却されない。

4. 以上より、Xが、ウイスキー瓶を用いてAの左側頭部を強打した行為について、Aに対する傷害罪が成立する。

## **VII. 結論**

Xは、Aに対する傷害罪(204条)の罪責を負う。