

## I. 反対尋問

1. V.学説の検討2において「反撃の際に、攻撃の意思や…感情が伴った場合」には「防御の意思がないとすることはできない」とするが、「積極的に加害行為に出た場合」には「防御の意思を欠く」としているが、両者の判断基準は何か。
2. 挙げた判例の趣旨は何か
3. 甲説による偶然防御の場合の論理構成は何か。

## II. 学説の検討

1. 弁護側は以下の理由から甲説を採用しない。

まず、防御の意思は行為者が憤激または逆上していても存在し、また攻撃意思と併存しうる性格のものである。したがって、積極的攻撃意思と両立しえない防御の意思というものを観念するのは困難である。また、仮に観念したとしても、それと積極的加害意思とを区別し、正当防御の成否を決するのは困難である。さらに、行為者の意図、動機という心情要素により、正当防御を決するのは法的評価にとどまるべき違法性の判断に倫理的評価を介在させることは心情刑法に陥ることになり妥当でない。<sup>1</sup>加えて、行為者が積極的加害意思や専ら攻撃の意思で防御行為を行った場合には、それが強力、執拗であることが多いから防御の意思が否定されるとすると、正当防御・過剰防御の成立が著しく狭められ妥当でない。よって検察側は甲説を採用しない。

2. 弁護側は以下の理由から乙説を採用する。

そもそも、正当防御の成否は客観的に決めるべきで行為者の曖昧な主観にかかわらせるべきではない。また、防御行為は急迫不正の侵害に際し反射的行為として行われることが多いため、行為者に防御の意思まで必要とさせると正当防御の成立が著しく困難となる。<sup>2</sup>よって、検察側は乙説を採用する。

## III. 本問の検討

1. 本問においてXに殺人罪（199条）が成立しないか、以下検討する。
2. まず、Xは文化包丁でBの胸を一突きしているが、文化包丁は使用方法によっては凶器にもなり、これを用いて呼吸器や心臓などの集まる胸部を刺す行為は、人を死亡させる現実的危険性を有するものである。したがって、Xの行為は殺人罪の実行行為にあたる。

また、Bの死亡という結果も発生している。

そしてBの死亡はXの行為によるものであり、Xの実行行為に含まれる危険性が現実化したと言えるから、因果関係も認められる。

さらに、Xは「Bの殺害という結果に至ることがあるかもしれないがそれもまたやむを

<sup>1</sup> 山本輝之「正当防御における防御の意思」『刑法の争点』（有斐閣、2007年）42 - 43頁参照。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（成文堂、2007年）287頁参照。

えない」と考えていたことから、殺人罪の未必の故意も認められる。以上より、殺人罪（199条）の構成要件に該当する。

3.(1) もっとも、Xの行為はBから身を守るためであるから、正当防衛（36条1項）として、違法性が阻却されないか。正当防衛が成立するには①急迫不正の侵害に対し②自己または他人の利益を防衛するため③やむを得ずにした行為であることが必要である。以下、この三つの要件について検討する。

(2) まず、BのXに対する行為は「急迫不正の侵害」といえるか。急迫不正の侵害とは法益侵害の現実的危険性が切迫していることをいう。これを本問についてみると、大阪市内のXが経営するスナックはカウンター席であり、店の規模は決して大きいとはいえない。このような状況でBは、ガラスが厚く、重量もあるウイスキーのボトルを持ち出し、逃げ場のないXに近づいた。従ってXの生命・身体に対する現実的危険性は切迫していたといえ、当該行為は急迫不正の侵害に当たる（①充足）。

(3) 次に、Xの行為が「自己または他人の利益を防衛するため」といえるか。防衛の意思の要否が問題となるが、弁護側は乙説を採用することから防衛の意思は不要であると解する。そこでかかる要件を充たすかについて客観的に判断すると、ウイスキーボトルを持ち出したBに対してXが包丁を持ち出したことは客観的にみて自己の利益を防衛するためといえる（②充足）。

(4) 最後に、「やむを得ずにした」行為といえるか。やむを得ずした行為とは防衛行為が必要・相当性を有した行為であることを意味する。これを本問についてみると、午前0時頃から酒を飲み始めていたBは、同日午前2時頃、Xにつかみかかってカウンターの奥に押しやり、左手でネクタイをつかんでいることから、すでに酔いが回っていることが窺える。一時間後の午前3時頃には更に飲酒していたと考えられ、実際はかなり酩酊しており、足元もおぼつかない様子であった。そのようなBが、重量もあり、割れると鋭利で殺傷力も認められるウイスキーのボトルを持ちだし、さらに「お前、まだやんのか」と叫びながら近づいてきているので、Xの生命・身体に重大な危険が迫っているといえる。よって、かかる状況において、ウイスキーボトルと包丁は同等の殺傷能力を有すると解される。

また、Xは調理場内にいたことから、自分の身を守るために文化包丁を選び、Bに対抗するには攻撃行為が権利を防衛する手段として必要最小限度であったといえる。

結果としてXがBの胸を一突きし、Bを大動脈起始部切破による心囊血液タンポナーゼにより死亡させたとしても、Xは振り向きざまにBを刺しており、敢えて心臓を狙ったわけではない。加えて、Bは酩酊しており言葉で説得することは不可能であったことから、Xの防衛行為は手段として相当性を有する。

ゆえに当該防衛行為は必要性・相当性を有していたと言える（③充足）。

(5) よって、Xの行為は上記三つの要件を充たし、正当防衛（36条1項）が成立する。

#### IV. 結論

以上より、違法性が阻却され、Xは何ら罪責を負わない。

以上