

## I. 事実の概要

Xは、妻AがBと情交関係を持っているのではないかと疑っていたところ、平成24年2月28日午前0時ころ、大阪市内の自己の経営するスナック「g」に、Bが客として訪れ、酒を注文して飲み始めた。そのうち、Xは、BがAに電話をかけ、Aに対しgに来るように繰り返し誘いをかけているのを知り、その馴れ馴れしい会話の調子から疑いを深め一層不快の念を募らせていた。同日午前2時ころ、Aが店内に入ってきたのを認めるや、Xは、AがBの誘いに応じてやってきたことに激怒し、Aに対し「お前は何で来たんや」と怒鳴りつけた。すると、BはXにつかみかかって、カウンターの奥に押しやり、左手でそのネクタイのあたりをつかんだ。そのとき、AがBに対し「あんた、やめて」と呼んで制止したため、Bは暴行することなく元の席に戻ったが、XはこのAの言葉遣いからAとBは情交関係を持っているものと確信するに至り、同日午前3時ころ、「なんでこんなにまでされねばならないのか。女房を取りやがって」とBに対し不満や不快感を募らせていると、Bは「お前、まだやんのか」と叫びながら客席にあったガラス製のウイスキーのボトルを持ち出しXに近づいたが、かなり酩酊しており、足元もおぼつかない様子であった。XはBに対する憎悪と怒りから、調理場にあった文化包丁一丁を持ち出し、ことと次第によっては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えないと決意を固め、カウンターを出て、ボトルを腰のあたりで構えているBに近づいた。Xは、いい機会だから日頃の恨みを晴らしてやろう、Bを攻撃してやろうという気持ちから、振り向きざまに右手に持った文化包丁で思い切りBの胸を一突きし、よって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。

## II. 問題の所在

Xは文化包丁でBの胸を刺し、死亡させたが、これはBが客席にあったウイスキーのボトルを持ち近づいてきたためであり、正当防衛が成立するように思える。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、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>

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。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（成文堂、2007年）287頁。

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でいる長男 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。

大判昭和 11 年 12 月 7 日<sup>4</sup>

〈事実の概要〉

被告人は、A と B 女との喧嘩を仲裁しようとしたところ、B 女が被告人に立ち向かってきて突然被告人の胸倉を掴んだので、憤激して B 女を海に突き飛ばし海中に墜落させて、同女に海水嚥下による気管支炎を負わせた。原判決は、被告人は、胸倉を掴まれたことに憤慨して暴行に出たのであるから、被告人の本件行為は、不正の侵害を防衛するためのものではない、と判示した。

〈判旨〉

刑法第 36 条は加害行為に付防衛意思の存在を必要とするものにして縦令急迫不正の侵害ある場合なるにもせよ之に対する行為か防衛を為す意思に出たるものに非ざる限り之を以て正当防衛又は其の程度超越を以て目すべきものに非すと解するを正当なりとして而して判示証拠説明と対照し仔細に之を考察するときは原審は被告人の行為を以て防衛意思に出たるものに非すと為したるものなるか故に之に対し刑法第 36 条を適用せざりしは結局正当にして擬律錯誤の違法なし。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣，2007 年）124 頁。

<sup>3</sup> 判例タイムズ 1064 号 234 頁。

<sup>4</sup> 刑集 15 卷 1561 頁。

## V. 学説の検討

1. まず、乙説について、乙説は偶然防衛や口実防御、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など、明らかに犯罪的意図をもって攻撃行為がなされ、行為者の予想通りの結果を惹起したのに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正当防衛の趣旨に反する。<sup>5</sup>

したがって、検察側は乙説を採用しない。

2. 次に甲説について、違法性の判断の対象は、主観・客観の全体構造をもつ人間の行為であり、行為の社会的相当性を判断するに当たって行為者の主観面を考慮すべきである。<sup>6</sup>また、権利を防御する「ため」という文言からも防衛の意思が必要であると解される。<sup>7</sup>さらに、犯罪的意図・動機すなわち積極的な加害意図でなした行為を正当防衛から除去することが防衛の意思の機能であると解する。<sup>8</sup>

したがって、検察側は甲説を採用する。

そして、緊急状態のもとで必ずしも冷静な判断に基づいたとはいえない反撃行為や自衛本能に反した反社会的行動は一概に防御の意思がないとすることはできない。また、反撃の際に、攻撃の意思や憤激、憎悪などの感情が伴った場合も同様である。<sup>9</sup>

したがって、防衛の意思とは、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であると解する。

一方で、かねてから相手に対し憎悪の念を持ち、攻撃を受けたのに乗じ積極的に加害行為に出た場合や、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加えた場合には、もはや侵害を避けようとする単純な心理状態を超え、専ら攻撃の意思で反撃行為が行われたのであるから、防衛の意思を欠くものと解する。

## VI. 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、文化包丁は鋭利で強力な凶器であり、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。

---

<sup>5</sup> 大谷・前掲 288頁。

<sup>6</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)〔第四版〕』(有斐閣, 2008年)390頁。

<sup>7</sup> 大谷・前掲 289頁。

<sup>8</sup> 大谷・前掲 289頁。

<sup>9</sup> 大塚仁・前掲 390頁。

以上より、Xは殺人罪の構成要件に該当する。

3(1) もっとも、Xが実行行為に及んだ際、Bはガラス製のウイスキーのボトルを持ち出しXに近づいていた。

そこで、Xの行為はBの襲われることを防ごうとしたといえ、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、正当防衛の可否について検討する。

(2) まず、本問でBはガラス製のウイスキーボトルを持ちXに近づいているが、ガラス製のウイスキーボトルは重量もあり、また一度割れてしまうとその破片で怪我をすることなども考えられ、危険な物であると言える。Bがかかる物を構えXに近づいていることから、Xの生命・身体に対する現実的危険性は切迫していたと言える。

したがって、「急迫不正の侵害」の要件は満たす。

(3)ア では、「自己…の権利を防衛するため」と言えるか。防衛の意思の要否について問題となるも、検察側は甲説を採用することから、防衛の意思は必要であり、その内容は「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」で足りると考える。一方で、かねてから相手に対し憎悪の念を持ち、攻撃を受けたのに乗じ積極的に加害行為に出た場合や、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加えた場合には、専ら攻撃の意思で反撃行為が行われたのであるから、防衛の意思を欠くものと言えると考えられる。

イ 本問では、確かにXはBに一度掴みかかられており、Bの気性の荒さを知っているであろうから、Bがウイスキーボトルを持ち出した際にも実際にBの攻撃から身を守ろうとする防衛の意思があったと言えるようにも思える。

もっとも、ボトルを持ち出した際にはBはかなり酩酊しており足元もおぼつかなかったのであるから、この様子を見たXが恐怖心を抱き防衛の意思を有していたとは考えにくい。

そして、XはBに対し、Aをめぐって以前から恨みを有しており、実際に反抗に及んだのもBに対する不満や不快感、憎悪と怒りに突き動かされたからであった。そして行為の際には「いい機会だから日頃の恨みを晴らしてやろう、Bを攻撃してやろう」などと考えていたのであるから、もはや防衛に名を借りてBに対し積極的に攻撃を加えたと言わざるを得ず、専ら攻撃の意思で反撃行為に及んだものである。

したがって、Xは防衛の意思を欠いており、「自己…の権利を防衛するため」の要件を満たさない。

(4) よって、Xに正当防衛は成立しない。

## Ⅶ. 結論

以上より、違法性は阻却されず、Xに殺人罪(199条)が成立する。

以上