

## I. 事実の概要

覚せい剤取締法違反の罪で起訴されたXは、拘置所内において、同室のAと共同で購入した石鹼の使用方法をめぐって口論となり、Aが室内にあった折りたたみ机をXに向けてひっくり返すように押し倒した。Xは両手でこの机を受け止めてAに向かって押し返したところ、Aは転倒し、壁に上半身をもたれ、下半身付近に本件机が覆いかぶさる状態になった(第1暴行)。しかし、Xは、転倒したAに馬乗りになって覆いかぶさり、Aの左ほほ付近を手拳で数回殴打した(第2暴行)。

Aは左中指腱断裂及び左中指挫創の加療約3週間の傷害を負ったが、これはXの第一暴行によるものであった。

## II. 問題の所在

このように正当防衛の第一行為により、傷害の結果が発生した場合、第一行為と質的過剰防衛の第二行為を全体として一個の過剰防衛としてみて傷害罪(204条)が成立しないか。

## III. 学説の状況

### 1. 甲説

第一行為が正当防衛の要件を満たす以上、これを切り離して考え、第二行為についてのみ暴行罪の過剰防衛を認める説。<sup>1</sup>

### 2. 乙説

全体につき一個の過剰防衛として暴行罪の成立を認める説。<sup>2</sup>

## IV. 判例

最高裁判所第二小法廷平成九年六月一六日判決

<事実の概要>

被告人は文化住宅2階の一室に居住していたものであり、別室の甲と日ごろから折り合いが悪かったところ、ある日、甲から突然背後から鉄パイプで頭部を一回殴打された。被告人は甲から鉄パイプを取り上げたが同人が両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで1回殴打した。そして再度揉み合いになって、甲が被告人から鉄パイプを取戻し被告人を殴打しようとしたため被告人は1階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人が踊り場まで到った際に振り返ったところ、甲は手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出していた。しかし、甲がなおも鉄パイプを手に握っているのを見て、被告人は同人に近づきその左足を持ち上げ手すりの外側に追い落とし、その結果、同人は、1階の道路上に転落した。甲が被告人の右一連の暴行により、入院加療約3か月を要する傷害を負った。

<判旨>

甲は被告人に対し執拗な攻撃に及び、その挙句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人

<sup>1</sup> ジュリスト1385号114頁。

<sup>2</sup> 前掲114頁。

に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、甲は、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追いつき、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、甲の被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もなお継続していたといわなければならない。

しかしながら、甲の被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打したうえ、引き続きそれで殴りかかろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は一步間違えば同人の死の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。

最高裁判所平成二十年六月二五日

#### <事実の概要>

被告人は本件当日、屋外喫煙所に居たところを乙に呼びかけられたため同喫煙所の外階段西側へ移動し、同所において乙からいきなり殴りかかれ、付近のフェンスまで押し込まれてもみ合いとなった。被告人が自分をフェンスに押さえつけていた乙を離すようにしながらその顔面を殴打すると、乙はその場にあったアルミ製灰皿を被告人に向けて投げつけた。被告人は同灰皿を避けながら乙の顔面を殴打すると、乙は後頭部をタイルの地面に打ち付け、倒れたまま意識を失ったように動かなくなった（以下ここまでの被告人の暴行を「第1暴行」という。）。

さらに被告人は、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乙に対し、その状況を十分に認識しながら「俺に勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足げにするなどの暴行を加え、乙に肋骨骨折等の傷害を負わせた（以下この段階の被告人の暴行を「第2暴行」という。）。

その後、乙はクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。

#### <判旨>

第1暴行により転倒した乙が、被告人に対しさらなる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識したうえで、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前期発言をした上で抵抗不能の状態にある乙に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛にあたる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより乙に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきであ

る。

## V. 学説の検討

1. 検察側は以下の理由から甲説を採用しない。

甲説の立場では、いずれの段階の暴行から重い結果が発生したのかを検察側は立証しえない場合、「疑わしきは被告人の利益」の原則により、第一行為から重い結果が発生したとされるため、重い結果の罪責を負う余地がないことから妥当性を欠く。<sup>3</sup>

2. 検察側は以下の理由から乙説を採用する。

そもそも、罪責の検討は一個の行為につき①構成要件該当性②違法性③責任の順に判断していく。

とすると、本件のように複数の暴行を加えた事実でも、その全体が一個の傷害罪（204条）の構成要件に該当すれば、それを認定した以上、次の違法性の段階でその全体が正当防衛か過剰防衛かを判断するのが論理的に一貫している。

すなわち、全体を一個の行為としてみる場合には、その一部に「正当防衛的な行為」が存在しても、引き続き過剰な防衛行為を行えば、全体として過剰防衛が成立すると解する。<sup>4</sup>

## VI. 本問の検討

1. Xの、Aに向かって机を押し返し、転倒したAの左ほほ付近を手拳で数回殴打し、よって加療約3週間の傷害を負わせた行為につき、傷害罪(204条)が成立しないか、以下検討する。

2. XはAに向かって机を押し返し、Aは転倒させ(第1暴行)、転倒したAに馬乗りになって覆いかぶさり、Aの左ほほ付近を手拳で数回殴打した(第2暴行)。この2つの暴行につき、一連の行為になるか問題となるところ、検察側は乙説を採用するため、i 時間的・場所的接着性 ii 侵害の継続性があること iii 防衛の意思があれば、2つの行為を一連一体の行為とみなす。

これを本問について見ると、まず、Xは近接した時間内でかつ拘置所内の同一の部屋で2つの行為を行っている(i充足)。次に、下半身付近に机が覆いかぶさっただけでは、意識を失って動けなくなっているわけではなく、いまだAが抵抗し反撃をXに加えてくる危険性は大きく、急迫不正の侵害は継続しているといえる(ii充足)。そして、急迫不正の侵害が継続した中での防衛行為であるため、同一の防衛の意思も認められる(iii充足)。

以上より、Xの2つの暴行を一連の行為とみなす。

Xの行為はAの生理的機能を害したといえるから、「人の身体を傷害した」といえ、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。

もっとも、Xの行為はA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。以下正当防衛の成否について検討する。

正当防衛が成立するためには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3つの要件について検討する。

まず、Aの室内にあった折りたたみ机をXに向けてひっくり返すように押し倒した行為は急迫不正

<sup>3</sup> 前掲 115 頁。

<sup>4</sup> 前掲 115 頁。

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見ると、A は拘置所内の居室という狭い空間において折りたたみとはいえ重量のある机をひっくり返すように押し倒した。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)。

次に X の行為は「自己または他人の利益を防衛するため」といえるか。思うに、違法性の本質は、社会的相当性を逸脱する法益侵害にあると考える。そうだとすれば、正当防衛が社会的相当性を有するとして違法性が阻却されるためには、主観的正当化要素としての防衛の意思が必要と解される。そして緊急状況下における認識である以上、防衛の意思の内容として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考えられる。X は A が机をひっくり返すように押し倒してきたため、自己の身に危険を感じ、身を守るためにこの机を両手で受け止めて A に向かって押し返している。ゆえに、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認めることができる (②充足)。

では、「やむを得ずにした」行為といえるか。やむを得ずにした行為とは、防衛行為が必要性・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、A が机を押し倒してきた以上は、X は何らかの防衛行為に出る必要が認められるので、X の防衛行為が必要性を有していたといえる。

もっとも、壁に上半身をもたれ、かつ下半身付近にも本件机が覆いかぶさる状態にあるため A は極端に体の動きを制限されている。この時、A はほとんど腕しか動かさなかったと思われるため、相手の腕を抑えれば反撃を防ぐことできたはずである。にもかかわらず、X は馬乗りになって A の左ほほ付近を手拳で殴打した行為は、権利を防衛する手段として必要最小限度のものとはいえない。よって、相当性を欠く。

以上より正当防衛(36条1項)は成立しない。

傷害罪(204条)が成立する。

もっとも、急迫不正の侵害に直面した緊急事態において恐怖・狼狽から多少の行き過ぎ行為をすることはやむを得ない。よって、36条2項を適用し、任意的減免が認められると解する。

## VII. 結論

X は傷害罪 (204 条) の罪責を負い、過剰防衛 (36 条 2 項) が成立して任意的に減免される。

以上