

I. 反対尋問

1. 学説の検討第1の1において、違法性が減少された場合に刑を必要的減免とするのはなぜか。
2. 検察側は、過剰防衛と誤想過剰防衛の区別をどのように考えているのか。
3. 判例をあげた趣旨は何か。
4. 検察側は量的過剰をどのようなものと捉えているのか。

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) A説(違法性減少説)は、過剰な結果だけを見れば完全な犯罪が成立している過剰防衛にもかかわらず、刑の免除までも可能とされていることを説明することは困難である。¹
- (2) また、36条2項は、同条1項に関連付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、大きく結果不法にかかわる要素が具備されていることを要件としているから、違法性の減少という側面を度外視することはできないという点で、B説(責任減少説)は妥当ではない。²
- (3) よって、弁護側はC説(違法・責任減少説)を採用する。なぜなら、条文の文言を基礎にしつつ、過剰防衛の場合、一方で正当な利益が維持されたという面、他方で非難減少も認められる面を考慮して、違法・責任の両方が減少すると解することができるからである。³

2. 行為の捉え方について

そもそも、同一の機会に連続して行われた行為は一個としてみるべきであるところ、行為の分断するときには主観的にも客観的にも様々な観点から考慮すべきといえるため、弁護側はB見解を採用する。

III. 本問の検討

1. Xの一連の行為によってAは死亡しているがXには何罪が成立するのか。
2. この点、XがAに対しての抵抗の中でAを突き飛ばしたという第一暴行とXがその後憤りを抑えきれず腹部等を足げにしたり、足で踏みつけたり、さらに腹部に膝をぶつける等の暴行を加えた第二暴行が存在しており、これらが時間的場所的に近接しており一連の行為とも取りうる為、まず罪責を検討するに先立ちXの行為の個数を確定しなければならない。
 - (1) ここで弁護側はB説を採用する。そして、行為の一個性の判断を行うにあたっては、複数の行為が事実的かつ規範的に同一であると評価できるか否かの問題であるから、違法性阻却事由の要件事実まで含めて判断しなければならない。すなわち、各行為が時間的場所的接着性を有することを前提として、侵害の継続性、防衛の意思、被害者の心理状態の一貫性等の事情を踏まえて行為の一個性を判断すべきであると解する。
 - (2) これを本問についてみると、確かにXの両暴行行為は連続した時間感覚の中で行われおり、また、同一の屋外喫煙所で行われていることから時間的場所的接着性は認められる。しかし、第一暴行では単に足を絡めたり押し返したりしたのに対して、第二暴行においては相手に対して「俺に勝てるつもりでいるのか」などと挑発しながら腹部や頭部を蹴るなどの危険性の高い暴行を行っており、暴行の性質が全く異なる。加えて、第一暴行により転倒したXが被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、Xはそのことを認識した上で専ら攻撃の意思に基づいて第二暴行に及んでいるのであるから、急迫不正の侵害に対して向けられたものでなく「防衛の意思」を欠くXの第二暴行が正当防衛の要件を満たさないのは明らかであり、Xの心理状態においても、「防衛の意思」によって行われた第一暴行と専ら攻撃の意思において行われた第二

¹ 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2011年)133頁

² 井田良『講義刑法学・総論[初版第5刷]』(有斐閣、2012年)294頁

³ 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂、2010年)279頁

暴行のあいだで大きく隔たりがある。そのような事情に鑑みると、Xの両暴行行為のあいだ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、一個の過剰防衛の成立を認めるのは相当ではなく、そこには二つの暴行行為が存在したと考えるべきである。

3. XがAに対して行った第一暴行について傷害致死罪(205条)が成立しないか。

(1) XはAを両手で突き飛ばし(第一暴行)、転倒したAの後頭部を地面に打ち付けさせクモ膜下出血という人の生理的機能を害する「傷害」を負わせそれにより同人を死亡させているため、当該行為は傷害致死罪(205条)の構成要件に該当する。

(2) しかし、Xの第一暴行はAからいきなり殴り掛られるなどの行為に対する抵抗のひとつであるから、正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されないか。

まず、「急迫不正の侵害」とは法益の侵害が現に存在しているか又は間近い時に迫っていることをいうところ、XはAからいきなり殴り掛られたりフェンスに押し付けられ膝や足で数回蹴られたりしており、Xの身体に対する法益侵害が現に存在しているから「急迫不正の侵害」はあるといえる。

次に、Xは自らの身体の安全という「自己...の権利」を保護するために本問抵抗行為に出ているといえる。また、条文上も「ため」との文言を用いているから防衛の意思は必要であると解されるどころ、Xは防衛の意思をもって本問抵抗行為に出ていることから「防衛するため」といえる。

もっとも、本問においてAはXの抵抗行為により死亡していることから、「やむを得ずにした行為」といえるか。

そもそも、正当防衛は正対不正の関係に基づくものであるから、抵抗行為によって生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大きくても手段に相当性があれば正当防衛を成立させるべきである。かかる相当性の判断に際しては当事者の年齢や体格、武器の有無、侵害行為と反撃行為の態様などを考慮して決すべきである。

本問において、XはAを両手で突き飛ばしているが、AはXの腰付近を持ちXを屋外喫煙所付近のフェンスまで押し込みXの逃げ場を奪った上で膝や足で蹴るなどの暴行を加え、Xから顔面を殴打されるなどの抵抗を受けたが、さらにアルミ製の灰皿を投げつけるなどの行為に出ている。また、Xは素手であるのに対してAはアルミ製の灰皿という、投げつければ致傷性の高い武器を使用していることを考慮すれば、Xの侵害行為からなんとか逃れるためAを突き飛ばす行為は必要最小限度のものであり手段として相当であるといえるから、「やむを得ずにした行為」といえる。

(3) よって、Xの第一暴行は傷害致死罪(205条)の構成要件をみたすが正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されるため、犯罪は不成立となる。

4. XがAに対して行った第二暴行につき傷害罪(204条)が成立しないか。

XはAに対して腹部を蹴るなどの暴行をしており、それによりAが頭蓋骨骨折や腸間膜捻挫滅など人の生理的機能を害する「傷害」を負わせているため、Xのかかる行為は傷害罪の構成要件に該当する。

そして、弁護側は先に述べたように、Xの行為を分断してみる以上、急迫不正の侵害が認められず、その上専ら攻撃の意思を持って行われた第二暴行においては、もはや過剰防衛を論ずる必要もないと解する。

したがって、Xは第二暴行につき傷害罪(204条)が成立する。

IV. 結論

Xには傷害罪(204条)のみ成立する。

以上