

## 只木ゼミ前期第6問弁護レジュメ

### I. 反対尋問

1. 検察側は違法かつ責任の減少が過剰防衛の任意的減免根拠であると考えているか。
2. 検察側が違法・責任減少説を採用する積極的理由は何か。
3. 検察側は誤想過剰防衛には36条2項は適用または準用されないと考えるか。
4. 検察側は行為について一体説を採用していると考えてよいか。

### II. 学説の検討

#### B説(違法性減少説)について

検察側と同様の理由で採用しない<sup>1</sup>。

#### C説(違法・責任減少説)について

まず、違法・責任減少説は違法性または責任の減少ではなく、違法且つ責任の減少であるとするれば違法減少説に対する批判は違法・責任減少説にも妥当する。

第一に、違法性減少説の刑の減免根拠は、正当防衛状況が存在したことによって、相手方の要保護性が減少していることにある。とすれば、客観的に正当防衛状況が存在しない誤想防衛状況において過剰防衛が適用できない。しかし、急迫不正の侵害の有無を誤想したという違いのみで刑の免除という効果の成否に違いが出るのは統一的でなく、妥当でない<sup>2</sup>。

第二に、過剰防衛において過剰部分のみが違法となるのではなく、行為全体が違法となる。例えば、防衛には軽微な障害で足りるのに、殺人をしてしまったような場合に、その殺人が違法とされるのであって、殺人から正当防衛部分の軽微な障害を引いた残りの部分のみが違法となるのではない<sup>3</sup>。

よって弁護側はC説を採用しない。

#### A説(責任減少説)について

責任減少説からの過剰防衛の任意的減免の根拠は、相手から攻撃を受けたという緊張状態、法益衝突状況の緊急状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的動揺により期待可能性が減少したということである。

とすれば、責任減少説の帰結として、故意による偶然防衛や過失による正当防衛が過剰結果を生じた場合には過剰防衛の成立が否定されるため妥当である。

また、責任減少説によれば誤想過剰防衛は36条2項を適用ないし準用することで成立しうることになり妥当である<sup>4</sup>。

よって弁護側はA説を採用する。

### III. 本問の検討

1. 甲がAの顔面を殴打し転倒させ、くも膜下出血によって死亡させ(第1暴行)、その上、腹部等に暴行を

<sup>1</sup> 違法性が減少し、刑の減輕を肯定する理由が生じることを指摘する点においては妥当であるといえるとしている点以外において弁護側は検察側と同様の理解である。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)177頁184頁。

<sup>3</sup> 林美月子「過剰防衛と違法減少」『神奈川法学』(神奈川大学法学会,1998年)32巻1号2頁以下。

<sup>4</sup> 横内豪「過剰防衛における責任減少の意義」『上智法学論集』(上智大学法学会,2010年)215頁。

繰り返した行為(第2暴行)に傷害致死罪(205条)及び傷害罪(204条)が成立するか。

2. (1)まず、甲の両行為は場所的・時間的に近接してなされたものであるから一体としてみるべきか。

(2)たしかに、行為の近接性は上述のようであるが、行為者の第1暴行における意思と第2暴行における意思とでは明らかにその違いがみられる。第1暴行においてはAからいきなり殴りかかられたため、その防衛として甲は同行為を行ったと思われる。しかし、第2暴行においては意識を失って、Aに反撃されることもないことを認識しつつAの腹部に対し暴行を行っている。以上より、両行為は防衛の意思の有無という点で決定的にその性質を異にするものであるということが出来る。

そこで、これら両行為を別個のものとして以下にて検討していく。

3. 第1暴行について

(1)上記甲の第1暴行に傷害致死罪(205条)が成立するか。

この点、甲は認識容をもつて行為に及んでおり、甲の本件殴打等行為によりAが転倒し、それによるくも膜下出血でAは死亡している。

よって、甲の第1暴行行為に傷害致死罪の構成要件該当性が認められる。

(2)ア、しかし、甲はAに暴行を加えられたため本件行為に及んでいるものであり、正当防衛(36条1項)が成立しないか。

①「急迫」②「不正の侵害」があり、③「自己または他人の権利」を④「防衛するため」に⑤「やむを得ず」行ったものであればその成立は認められる。

イ、①「急迫」性とは法益の侵害が現に存在しているか、間近に差し迫っていることをいうところ、本件においてはAのいきなりの暴行行為に対するものであったため急迫性は認められる。

また、本件行為はAの暴行という違法な行為に対して、自らの生命身体という法益を保護するために行われたものであるから②、③をみताす。

そして、「防衛する」意思の内容は急迫性のある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足りるとすべきであると解するところ、本件においてはAの暴行行為が先行して行われ、甲の反撃行為はそれに対応する形で行われている。以上のことを考慮すれば甲はAの暴行行為を認識し、それを避けようとして本件行為に及んだものと考えられる。よって、④をみताす。

そして、Aは素手で甲を殴打していることに対し、甲も同様に素手で対抗している。とすれば、行為の相当性も認められるから「やむを得ず」した行為ということが出来る。

ウ、したがって、正当防衛の要件をすべて満たすため、甲の第1暴行について正当防衛が成立する。

4. 第2暴行について

上記甲の第2暴行行為に傷害罪(204条)が成立するか。

甲は認識容をもつて本件第2暴行に及んでおり、甲の本件足蹴等行為によりAは傷害を負った。

よって、傷害罪(204条)が成立する。

#### IV. 結論

甲は傷害罪(204条)の罪責を負う。

以上