

## 只木ゼミ前期第6問検察レジュメ

### I. 事実の概要

被告人(当時 64 歳)甲は、屋外喫煙所で、以前因縁を付けられ暴行を加えられたことのある A(当時 76 歳)に「ちょっと待て。話がある」と呼び掛けられ、それに応じたところ、A からいきなり殴り掛かれ、これにかわしたものの、腰付近を持たれて付近のフェンスまで押し込まれた。A がさらに甲をフェンスに押しつけながら、ひざや足で数回けったため、甲も A の身体を抱えながら足をからめたり、けり返したりし、さらにその顔面を 1 回殴打したところ、A はその場にあったアルミ製灰皿を甲に投げつけたが、その反動で体勢を崩したため、甲が A の顔面を右手で殴打したところ、A は頭部から落ちるように転倒し、後頭部を地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま動かなくなった(第 1 暴行)。

しかし、甲は憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって倒れている A に対し、その状況を十分認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれ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したり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつける(右ひざを曲げて、ひざ頭を落とすという態様)などの暴行を加え(第 2 暴行)、A に傷害を負わせ、A は付近の病院に救急車で搬送されたが、6 時間余り後に、クモ膜下出血により死亡した。なお、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。

甲の罪責を述べよ。

### II. 問題の所在

被告人の第 1 暴行は、正当防衛の範囲内といえる。しかし、A が意識を失い侵害が終了したにもかかわらず、被告人はその事実を十分に認識したうえで暴行を続け(第 2 暴行)、A に傷害を負わせた行為は、過剰防衛にあたるか。第一暴行と第二暴行との関係を、過剰防衛の法的性質をもとに、どのように評価するかが問題となる。

### III. 学説の状況

A 説: 責任減少説

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を考慮して、刑の減免の可能性を認めたとする説<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(弘文堂,2010 年)177 頁。

#### B 説：違法減少説(前田)

完全には正当防衛の要件を充たさないにしろ、単純な法益侵害行為とは異なり、不正な侵害に向けられた防衛行為ではある以上、違法性が減少しているとする説<sup>2</sup>。

#### C 説：違法・責任減少説(大谷/山口/川端/井田)

責任が軽減されるとともに違法性も軽減されるとする説<sup>3</sup>。

### IV. 判例

昭和 34 年 2 月 5 日最高裁第一小法廷判決<sup>4</sup>

#### <事実の概要>

A が被告人 X に対して、屋根鉋を両手に持ち X に立ち向かい刃先を同人の首近くに突きつけ二、三回ちょきと音を立てて鉋を開閉しながら「この野郎殺してしまうぞ」と申し立て威嚇しつつ土間の一隅に追いつめた。被告人はじりじりと後退するうちにつまづいてよろめき付近の腰がけの上にあった鉋に触った。そこで、自己の生命身体に対する危険を排除するためとっさに鉋によって、A の左頭部辺りをめがけ斬り付け一撃を加え、ついでよろめきながら屋根鉋を落とした同人の同部を追い打ちに殴りつけ、その場に同人を横倒しにさせた。しかし、若年の X は上記の A の不法行為とこれに基因した異常な出来事により甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽し、更に同人を頭部切創による左大脳損傷のために死亡に至らしめた。

#### <判旨>

当初は急迫不正の侵害に対し防衛行為としてやむを得ずにした行為であっても、最初の一撃によって相手方の侵害的体制が崩れ去った後、引き続きなおその追撃的行為に出て相手方を殺傷したような場合はそれ自体が全体としてその際の状況に照らし正当防衛行為とはいえないのであって過剰防衛にあたりと認めるべきである。

### V. 学説の検討

#### A 説：責任減少説について

過剰防衛(36 条 2 項)が正当防衛(36 条 1 項)に関係づけられた規定である以上、そして、正当防衛が「急迫不正の侵害」の事実の存在という結果無価値的要素が具備されていることが要件とされている以上、違法性の減弱を無視できない点に問題がある<sup>5</sup>。

<sup>2</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会, 2011 年)395 頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』(成文堂, 2012 年)290 頁。

<sup>4</sup> 最判昭和 34 年 2 月 5 日刑集第 13 卷 1 号 1 頁。

<sup>5</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005 年)156 頁。

よって、検察側は A 説を採用しない。

#### B 説：違法減少説について

第一に、惹起した法益侵害について、それが防衛行為としてなされた場合には、そうでない場合と比べて、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。しかし、過剰な結果だけをとれば完全な犯罪が成立しているにもかかわらず、刑の免除まで可能とされていることを説明することが困難である<sup>6</sup>。

第二に、違法減少説の論理は、過剰防衛の前提として正当防衛状況が存在していたのだから、その分だけ相手方の要保護性は減少しており、それゆえ、刑を任意的に減免するというものである。しかし、そうだとすれば、刑は必要的に減免すべきであり、情状によって刑を任意的に減免するという文理には合わない<sup>7</sup>。

よって、検察側は B 説を採用しない。

#### C 説：違法・責任減少説

過剰防衛は、急迫不正の侵害に対する防衛行為であるという点で、そうでない単なる法益侵害行為よりも、違法性の減少が認められなければならないが、それに対して刑の免除まで可能とされることは、心理的圧迫状態による責任減少を考慮することなしには説明しえない<sup>8</sup>。

つまり、過剰防衛において、急迫不正の侵害に対応しようとした事態は存在しているので、そのかぎりにおいて、違法性の減少が認められるが、また、急迫不正の侵害に対する反撃者の心理的動揺が非難可能性の程度に重大な影響を及ぼすこともある。すなわち、恐怖、驚愕、興奮、狼狽に基づいて反撃行為がなされた場合には、その分だけ責任が減少するといえると解される<sup>9</sup>。

したがって、上記の A 説(責任減少説)と B 説(違法減少説)の足りないところを補うという点で、C 説が妥当である。

よって、検察側は C 説を採用する。

## VI. 本問の検討

1. (1) 甲は A の顔面を殴打し転倒させ、転倒した A は後頭部を地面に打ち付け、クモ膜下

---

<sup>6</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)134頁。

<sup>7</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)177頁。

<sup>8</sup> 山口・前掲 134頁。

<sup>9</sup> 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』(成文堂,2006年)355頁。

出血によって死亡させている(第1暴行)。当該行為は、Aの身体の生理的機能を害し、かかる傷害によってAの死亡という結果を発生させているため、実行行為と結果の間には因果関係が存在し、傷害致死罪(205条)の構成要件に該当する。

(2) 次に、甲は意識を失ったように動かなくなって倒れているAの腹部等に暴行を加えている(第2暴行)。当該行為は内臓破裂等の傷害を引き起こす現実的危険性がある行為であり、現にAの身体の生理的機能を害し、Aに傷害を負わすという結果を発生させているため、実行行為と結果の間には因果関係が存在し、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。

2. (1) もっとも、甲はAからいきなり殴り掛られたことの反撃として上記のような行為に及んだのであり、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。正当防衛が成立するためには、「①急迫性のある」、「②不正の侵害から」、「③自己又は他人の権利を」、「④防衛するため」、「⑤やむを得ずした行為」、であることが必要である。

(2) まず、第1暴行について検討する。Aが甲に対していきなり殴りかかり、さらに甲をフェンスに押し付けながら、ひざや足で数回けた行為は、甲に全く予期できなかったものであるから①急迫性のある②不正の侵害があったと言える。

これに対し、甲はAの身体を抱えながら足をからめたり、けり返したりし、Aの顔面を殴打している。この行為は、甲の身体及び生命という「③自己の権利」を「④防衛するため」の行為と言えるか。

違法性の本質は、社会的相当性を欠く法益侵害にある。とすれば、防衛の意思のない法益侵害行為は社会的相当性を欠くから、防衛の意思がなければ「防衛するため」とは言えない。しかし、急迫状態にある場合、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解すべきである。

本問において、甲はAから殴り掛られたがこれをかわし抵抗しているため、急迫性のある不正の侵害を受けていることを認識しつつ、とっさに攻撃を避けようとする単純な心理状態にあったとみられる。

また、正当防衛は「正対不正」の関係に基づくものだから、「⑤やむを得ずにした行為」というためには、防衛行為に出ることが必要であり、かつ、その行為が相当であれば足りると解する。

本問において、Aは武器として使用すれば素手よりも威力が高いと考えられるアルミ製の灰皿を甲に投げ付けているのであり、これに対して甲が素手でAの顔面を殴打したことは社会通念上防衛行為として相当である。

よって、甲がAの顔面を殴打した行為は、「③自己の権利」を「④防衛するため」「⑤やむを得ずした行為」と言える。

- (3) したがって、甲の第 1 暴行について正当防衛(36 条 1 項)が成立し、違法性は阻却される。
- (4) 次に、第 2 暴行について検討する。甲は意識を失ったように動かなくなったように倒れている A に対し、その状況を十分認識しながら、A の腹部等に暴行を加えた行為は、甲が自らの身体及び生命を急迫不正の侵害から守る行為として相当であったとは言えない。
- (5) したがって、甲の第 2 暴行について正当防衛(36 条 1 項)が成立せず、違法性は阻却されない。
- (6) しかし、第 2 暴行は第 1 暴行と場所的・時間的に近接してなされた行為であり、第 2 暴行における「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」等の発言から、第一暴行において A からいきなり殴り掛られた甲の驚愕、憤怒の感情が第 2 暴行にも引き続いており、この 2 つの暴行は一連した一個の行為とみなすことができる。
- (7) 第 1 暴行と第 2 暴行を一連した一個の行為とみなす場合、第 2 暴行における反撃行為の責任は阻却されるのか。

ここで、検察側は C 説(違法・責任減少説)を採用するところ、甲は A に以前因縁をつけられ暴行を受けていたこと、さらに A からいきなり殴り掛られたことによって、第 2 暴行時において、第 1 暴行に引き続き激しく憤激した状態にあったのであり、そのような感情に基づきなされた反撃行為はその分だけ責任が減少すると解する。このことから、甲の一連の暴行行為は、「防衛の程度を超えた行為」として責任が減少し、過剰防衛(36 条 2 項)が成立する。

3. (1) 以上により、甲の、A に対して顔面を殴打し転倒させた後、腹部等に暴行を加えた行為について、傷害致死罪(205 条)の罪責を負い、過剰防衛(36 条 2 項)が成立する。

## VII. 結論

甲は傷害致死罪(205 条)の罪責を負い、過剰防衛(36 条 2 項)が成立し、任意的に刑が減免される。