

## I. 反対尋問

1. 検察が立つB説は、心理的圧迫の継続を要件としているのに対し、引用している判例は防衛の意思の継続を認めたものであるが、本判例を引用した趣旨は何か。
2. 「V. 学説の検討」において、B説の検討で述べている「検察側に過大の立証責任を課す点で妥当でないため」「刑事責任を過不足なくとらえるため」という一連性を認めることの必要性は、B説においても同様にあてはまるものと解してよいか。
3. 「VI. 本問の検討」において、「各行為が時間的場所的近接性を有すること」を前提にしているのはなぜか。

## II. 学説の検討

### 1. B説について

検察側の主張と同様に、全体を一連の行為として判断する事は、本来別個に評価をすれば、第1行為は正当防衛、第2行為は単なる犯罪行為となりうるものであったにもかかわらず、いったん適法行為として評価された正当防衛行為が、その後の事情によって違法行為の一部と評価されてしまうという点で不都合がある<sup>1</sup>。

また、罪数処理の観点からも、複数の行為が全体を一連の行為として一罪とするからには、どの部分行為もすべて可罰的な行為であることを当然に前提とするわけであり、罪数上一罪となるという結論から、部分行為はすべて処罰の対象となる行為であると導くことはできない<sup>2</sup>。従って、そのうち一部の行為が「適法」であるにもかかわらず、それを含めて一体的に処罰の対象に含めてしまうのは妥当でない。

よって弁護側はB説を採用しない。

### 2. B<sup>レ</sup>説について

上記B説に対する批判は、学説の内容として基本的な部分を同じとするB<sup>レ</sup>説にも当てはまる。

また、第1行為の時点で第2行為を行う目的・意思があると認められる場合に、全体で一連の行為として評価する点について、単なる目的・行為意思だけでは、第2行為を過剰防衛の一部として評価することができないはずである。なぜなら過剰防衛は正当防衛の思考プロセスを前提としており、36条1項の「防衛するために」という条文からも、その要件の一つとして防衛の意思が求められる<sup>3</sup>からである。つまり、結果的に過剰防衛と判断する上で、二つの行為(第1行為と第2行為)を全体で一連の行為とみなす場合に、一部分とし

<sup>1</sup> 橋田久「外延的過剰防衛」『産大法学 32巻2・3号』(京都産業大学,1998年)233頁以下。

<sup>2</sup> 山口厚「防衛手段としての相当性が認められる暴行から傷害の結果が発生した場合における過剰防衛による傷害罪の成否」『刑事法ジャーナル 18号』(有斐閣,2009年)83頁。

<sup>3</sup> 最高裁判所第三小法廷昭和46年11月16日判決。刑集第25巻8号996頁。

て支える第2行為にも防衛の意思は必要とされており、何らかの行為を行う目的・意思を持っているだけでは、過剰防衛を認めることはできないのである。

### 3. A説について

刑法36条2項は「防衛の程度を超えた」ことを要件とし、正当防衛の過剰な結果として過剰防衛を規定している。正当防衛は違法性阻却事由の1つであると考えられている<sup>4</sup>ことから、過剰防衛の減免根拠も違法性の減少に求めるということは素直に文理解釈をすれば妥当であると考え<sup>5</sup>。36条2項は防衛の程度を超えた行為一般を規定し、しかも「その刑を減輕し、又は免除することができる」という裁量的な刑の減免を与えるにとどめている。具体的に生じた結果が、防衛効果をもたらすために可能であった必要最小限度の被害から逸脱する程度が大きかったと判断される場合、とにかく急迫不正の侵害者の法益を侵害することによって正当な者の利益が維持されたという防衛効果が生じたという点で違法性の減少を認めることができる。現行法の趣旨はこの違法減少を捉えてこれに刑の減免を与えることにしたのである<sup>6</sup>。

したがって、過剰防衛が認められるためには当該行為による法益侵害が少なくとも防衛効果をもたらしたものでなければならない。急迫不正の侵害が存在していないとき、あるいは侵害行為が防衛行為と無関係であるときは、以上の意味での違法の減少が存在しないため過剰防衛とはならず、正当防衛・過剰防衛行為と分けて考察すべきである。

以上より、弁護側はA説を採用し、急迫不正の侵害に対し、防衛行為として相当と認められる反撃を開始してから順次優勢に転ずる展開を類型的に考えて、①当初の正当防衛の要件を満たす段階、②同様の反撃を継続するうち、急迫不正の侵害に対する反撃が量的に相当性の範囲を超えることとなって過剰防衛となる段階、③急迫不正の侵害が消失したにも関わらず、なお反撃を継続するものであってもはや防衛行為の一環とは見られず、単なる犯罪行為と目される段階の3つの段階<sup>7</sup>に分析して評価するものとする。

## III. 本問の検討

1. 本問において甲は、Vの顔面を殴打し、死因となるクモ膜下出血を生じさせ(第1暴行)、さらに腹部等へ繰り返し暴行を加えて傷害を負わせている(第2暴行)。甲の行為について、傷害致死罪(205条)及び傷害罪(204条)が成立するか。
2. 甲のVに対する行為は、第1暴行と第2暴行から構成されている。弁護側は、前述のとおりA説を採用し、(以下の検討より)急迫不正の侵害に対し、防衛行為として相当と認められる反撃を開始してから順次優勢に転ずる展開の3つの段階のうち、①「当初の正当防衛の要件を満たす段階」に該当するものとして第1暴行、③「急迫不正の侵害が消失したにも関わらず、なお反撃を継続するものであってもはや防衛行為の一環とは見られ

<sup>4</sup> 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦「基本刑法I総論」(日本評論社,2012年)183頁。

<sup>5</sup> 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」『警察研究』(50巻9号,1979年)52頁。

<sup>6</sup> 町野・前掲53頁参照。

<sup>7</sup> 平成20年(あ)第124号同年6月25日第一小法廷決定調査官解説。

ず、単なる犯罪行為と目される段階」として第2暴行が該当すると位置づけ、本問における甲の二つの暴行行為を分断して評価する。

### 3. 第1暴行について

(1) 甲の第1暴行について、傷害致死罪(205条)が成立するか。

(2) 甲は、Vの顔面を一回殴打した後、再度右手でVの顔面を殴打している。これはVに生理的機能の障害を負わせているため、「人」の「身体」を「傷害」したといえ、傷害罪(204条)の実行行為が認められる。また、このときVは後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血を発症し、死亡に至っており、傷害致死罪(205条)の構成要件的结果が発生している。

加えて、人体の枢要部である顔面をおそらく利き手である右手でも殴打していることから、甲は自らの行為でVを傷害することについて認識・認容しているとおもわれ、故意(38条1項本文)も認められる。

したがって、甲の行為は傷害致死罪(205条)の構成要件該当性を満たす。

(3) しかしながら、甲はVの暴行を受けて第1暴行に及んでいる。ここで正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

正当防衛とは、「急迫」「不正」の侵害に対して、「自己又は他人の権利を防衛するため」「やむを得ずにした行為」(36条1項)をいう。

ここでいう「急迫」性とは、法益侵害の危険がまさに切迫していることを意味し、「不正」とは、違法であることを意味する。本問におけるVの甲に対する暴行はいきなりのものであり、かつ違法なものであることから、「急迫」「不正」の侵害であるといえる。

また、甲の行為は自身の生命身体という法益を保護するためのものであり、「自己又は他人の権利を防衛するため」のものであったといえる。

「やむを得ずにした行為」とは、防衛行為として相当性が認められる行為であることを意味する。甲が素手でVの顔面を殴打した行為は、甲をフェンスまで押し込んで退路を断った上で鉄パイプを振り回すVに対する防衛行為として相当なものであり、「やむを得ずにした行為」といえる。

(4) したがって、正当防衛(36条1項)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(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

### 4. 第2暴行について

(1) 甲の第2暴行について、傷害罪(204条)が成立するか。

(2) 甲は、Vの腹部等を足蹴にし、踏みつけ、膝をぶつける等の暴行を加え、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負わせている。これはVの生理的機能の障害を負わせているため、「人」の「身体」を「傷害」したといえ、傷害罪(204条)の実行行為が認められる。

加えて、「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」という復讐めいた言

葉とともに、執拗に V を攻撃していることから、甲は自らの行為で V を傷害することについて認識・認容しているとおもわれ、故意(38 条 1 項本文)も認められる。

したがって、甲の行為は傷害罪(204 条)の構成要件該当性を満たす。

(3) また、第 1 暴行によって V は意識を失っており、第 2 暴行時には急迫不正の侵害は消失している。このことから、第 2 暴行はもはや防衛行為の一環ではなく、単なる犯罪行為であると解する。

(4) したがって、甲の第 2 暴行について傷害罪(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