

### I. 事実の概要

- 5 甲(男性・当時64歳)は、平成18年9月24日午前10時15分ころ、とある建物の屋上喫煙所で暴力団関係者V(男性・当時76歳)に「ちょっと待てや。話がある。」と呼び止められた。甲は以前にもVから因縁を付けられて暴行を加えられたことがあり今回も因縁を付けられて殴られるのではないかと考えたものの、Vの呼びかけに応じた。甲は近くの建物非常階段付近まで移動したところ、Vからいきなり殴りかかれ、これをかわしたものの付近の
- 10 フェンスまで押し込まれ膝や足で数回蹴られる等の暴行を受けた。その時、もみ合いになっている現場にVの取り巻き連中A・Bが近づくなどしたため、甲は1対3の関係にならないように、A・Bに対し「俺はやくざだ。」と威嚇し、甲をフェンスに押しえつけていたVに対してその顔面を1回殴打した。するとVは、その場にあった鉄パイプ(長さ50cm、直径2.5cm、重さ約1kg)を持ち上げ、甲に向けて振り回した。そこで甲は、鉄パイプを振り
- 15 回した反動で体勢を崩したVの顔面を右手で殴打すると、Vは頭部から落ちるように転倒し、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった(第1暴行行為)。甲は、憤激の余り、意識を失い仰向けになって倒れているVに対し、その状況を十分に認識しながら、「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足蹴にしたり、足で踏みつけ、また、腹部に
- 20 膝をぶつける(右膝を曲げて、膝頭を落とすという態様)等の暴行を加えた(第2暴行行為)。Vは第2暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

Vは付近の病院へ救急車で搬送されたものの、暴行から約6時間後の同日午後4時30分ころ、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴う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暴行行為によって生じたものであった。

- 25 参考判例:最高裁平成20年6月25日第1小法廷決定

### II. 問題の所在

- 本問では侵害が終了してなお暴行が加えられているため、いわゆる量的過剰の事案であるが、この場合に第1行為と第2行為を全体的に考察して、一連の防衛行為と評価し過剰防
- 30 衛(36条2項)の成立を認めるのか、それとも、第1行為と第2行為を分析的に考察して、第1行為については正当防衛(36条1項)が成立し、第2行為については単なる犯罪行為に過ぎないと評価するのか問題となる。

### III. 学説の状況

- 35 A説(分析的評価説)

過剰防衛の減免根拠について違法性減少説に立ち、不正な侵害に向けられた防衛行為で

あるという違法性減少の前提が欠けるため量的過剰という概念は認められず、第 2 行為について過剰防衛は成立しえないと考え、二つの行為として分断して評価し、第 1 行為につき正当防衛(36 条 1 項)が成立し、第 2 行為につき過剰防衛は成立せず完全な罪責を負うとする説<sup>1</sup>。

#### 5 B 説(全体的評価説)

過剰防衛の減免根拠について責任減少説に立ち、量的過剰の場合にも心的圧迫状態が継続していると言うことができれば、侵害が終了していたとしても、量的過剰は質的過剰と同様と見ることができるから、全体で一連の行為として評価し、過剰防衛の成立を認めるとする説<sup>2</sup>。

#### 10 B´ 説

全体的評価説を修正して、心理的圧迫状態が継続していることに加えて、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し、過剰防衛の成立を認めるとする説<sup>3</sup>。

### 15 IV. 判例

平成 21 年 2 月 24 日最高裁判所小法廷決定。刑集第 63 卷 2 号 1 頁。

〈事実の概要〉

20 拘置所に拘留されていた被告人が、同室者が畳机を押し倒してきたため、同机を押し返したところ(第一暴行)、同室者が同机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になったので、その顔面を手拳で数回殴打するなどの暴行を加えて(第二暴行)、被害者に加療 3 週間を要する傷害を負わせた。

〈判旨〉

25 「所論は、本件傷害は、違法性のない第 1 暴行によって生じたものであるから、第 2 暴行が防衛手段としての相当性の範囲を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するにすぎないと主張する。しかしながら、前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく 1 個の行為と認めることができるから、全体的に考察して 1 個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである。以上と同旨の原判断は正当である」。

30

### V. 学説の検討

#### 1. A 説について

A 説は、侵害行為の継続性を基準に、専ら客観面で行為の一連性を検討しているが、そも

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会,2011 年)378 頁、394 頁、395 頁。

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

<sup>3</sup> 荒木泰貴「「一連の行為」に関する一考察—早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として—」『慶應法学 23 号』(慶應義塾大学大学院法務研究科,2012 年)359 頁。

そもその前提として立っている違法性減少説に問題がある。というのも、36条2項には「その刑を減輕し、または免除することができる」として刑の任意的減免を認めているが、違法性が減少しているならば、通常の犯罪と比較して罪責は確実に軽くなるべきであり、刑の減輕は「必要的」とならなければいけないはずである<sup>4</sup>し、また一方で何も犯罪をしていない場合と同視することもできないのであり、刑の「免除」を認めることができないはずであるからである<sup>5</sup>。

また、誤想防衛・誤想過剰防衛の場合において、侵害行為がないからといってこれの成立を認めないのは、行為者に対して、侵害行為があるかを冷静に判断して反撃行為を行うことを求めることとなり、行為規範として厳格すぎる。

10 以上より、条文との親和性に欠け、厳格すぎる行為規範を示す違法性減少説を採用するA説は妥当でなく、検察側はA説を採用しない。

## 2. B説について

15 B説は、心理的圧迫状態の継続性を基準に、専ら主観面で行為の一連性について検討している。この説に立つ場合に取り責任減少説の立場は、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する点で、36条2項の「情状により」という文言に合致する<sup>6</sup>。先ほど述べた誤想防衛・誤想過剰防衛の場合においても、行為者に対して、上記のような心理的圧迫状態にある場合には、侵害行為が本当に存在するかどうかを冷静に判断する余裕はないのであり、侵害行為が存在する必要はないとして、実体に即した妥当な行為規範を示すことができる。

20 しかし、過剰防衛とは、犯罪が成立することが確定してから、その犯罪について刑の任意的減免をすることが可能かという問題であって、犯罪の成立を前提としている。この基準のみで行為の一連性を判断するのでは、本来別個に評価すれば、第1行為は正当防衛、第2行為は単なる犯罪行為となり得るものであったにもかかわらず、一体として過剰防衛として評価することで第1行為が遡及的に違法となってしまう、刑法が違法性阻却事由として正当防衛を規定し、行為者に対して適法な行為規範を示す機能が害されることを正当化できない<sup>7</sup>。

30 こうした批判に対して、分析的評価を徹底し、第1行為と第2行為いずれから結果が発生したのかを特定できなければ、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、行為に結果を帰属させることができないとするのは、検察側に過大の立証責任を課す点で妥当でない<sup>8</sup>といった反論や、同一の機会に短時間のうちに連続して行われた行為を評価する上では、その刑事責任を過不足なくとらえるためには各行為を分断して考えるべきではない<sup>9</sup>という

<sup>4</sup> 西田・前掲 177 頁。

<sup>5</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣,2007年）134頁。

<sup>6</sup> 西田・前掲 177 頁、178 頁。

<sup>7</sup> 荒木・前掲 355 頁、356 頁。

<sup>8</sup> 深町晋也「「一連の行為」論について—全体的考察の意義と限界—」『立教法務研究 3 号』（立教大学,2010年）120 頁。

<sup>9</sup> 松田俊哉「時の判例 正当防衛に当たる暴行及びこれと時間的、場所的に連続して行われた暴行について、

反論がなされているが、いずれもなぜ第 1 行為について違法性を肯定することができるのかといったことを検討せず、ただ一連性を認めることの必要性についてしか言及していない。

5 また、こうした批判が出てくるきっかけとなった最判平成 21 年 2 月 24 日決定を取り上げて、この事例は侵害行為が継続している質的過剰防衛の事例であったと分析して、判例の妥当性を主張し、これらの批判を回避しようとしている<sup>10</sup>が、結局のところ上記批判に対する明確な返答となっていない。

以上より、心理的圧迫状態の継続性が認められることのみをもって、第 1 行為についての遡及的処罰を行う B 説は妥当でなく、検察側は B 説を採用しない。

### 10 3. B 説について

先ほど述べたように、正当防衛規定は、防衛行為に出るときには 36 条 1 項の要件の範囲内でこれを行うことを求める行為規範を示すものである<sup>11</sup>から、防衛行為の相当性の要件は、どのような防衛行為を行うべきかを示す行為規範レベルの問題であり、この点、結果の発生という将来の事情によって相当性が判断されるとすると、反撃行為者にとってどのような正当防衛行為が許されるのか判断不可能となり、正当防衛権に萎縮効果をもたらす。また、こうした結果の不確実性に関するリスクは、侵害行為者側に負わせるべきである<sup>12</sup>。

したがって、防衛行為の相当性の有無は、侵害行為の危険性と防衛行為の危険性を衡量し、選びうる反撃行為の中で最小限のものであったかによって判断すべきであり、その際には、侵害行為の態様と反撃行為の態様を考慮する必要がある<sup>13</sup>。そうして、防衛行為の相当性の行為規範は、「必要最小限度の反撃行為に止めよ」という規範を定立する<sup>14</sup>。

20 そうだとすれば、第 1 行為の時点で既に過剰な第 2 行為を行う目的あるいは行為意思を有している場合には、第 2 行為による危険性も第 1 行為に前倒しされるから、第 1 行為の時点で既に「第 2 行為まで行えば過剰防衛となるから、防衛行為として相当な第 1 行為のみに止めよ」という行為規範が定立されていたと言え<sup>15</sup>、これに反して行われた第 1 行為は、  
25 もはや正当防衛の成立要件としての相当性を逸脱していると評価できるのであり、その点で可罰的になると解することができる。

そして、可罰的な第 1 行為と第 2 行為について、責任減少説の立場から心理的圧迫状態が継続しているということができれば、両行為は同一の侵害行為に向けられた一連の行為として評価することができ、全体につき過剰防衛が成立するのである。

30 よって、B 説が妥当であり、検察側は B 説を採用する。

---

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ことはできないとされた事例--最一小決平成 20.6.25『ジュリスト 1373 号』(有斐閣,2009 年)124 頁、125 頁。

<sup>10</sup> 西田・前掲 181 頁。

<sup>11</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)230 頁。

<sup>12</sup> 井田・前掲 291 頁。

<sup>13</sup> 井田・前掲 291 頁、山口・前掲 130 頁、131 頁。

<sup>14</sup> 荒木・前掲 358 頁。

<sup>15</sup> 荒木・前掲 359 頁。

## VI. 本問の検討

1. (1)本問において、甲のVに関する行為について、第1暴行と第2暴行を合わせて、全体を一体の行為と見るべきか、それとも分断して考えるべきか。

5 (2)ここで検索側は、B説を採用し、各行為が時間的・場所的接着性を有することを前提に、行為者が、第1行為の段階で既に第2行為を行う目的ないし行為意思を有していたといえるか否か、また、第2行為まで第1行為時の心理的圧迫状態が継続しているか否かについて検討する。

10 (3)本問では、第1暴行と第2暴行は時間的・場所的に近接してなされた行為である。また、甲は、以前にVに因縁をつけられて暴行されており、今回も以前と同様に数回暴行を受けていたため、Vに対する復讐心・加害意思は、第1暴行の段階で少なからずあったと考えられる。第1暴行終了時における「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」という甲の発言からも、甲は、第1暴行の際、Vの暴行に対し防衛の意思を抱きながらも、その心の根底には、“Vには負けたくない、見返してやる。”という加害の気持ちがあったのだと解せる。

15 (4)また、甲はVにいきなり殴りかかられており、その時Vの取り巻き連中A・Bが近づいてきたが、この時甲は、1対3の関係になることを予想し身の危険を感じたが故に、防衛行為に出ているため、例え今回も因縁をつけられて殴られるのではないかと内心想っていたとしても、相当の恐怖心を感じていたと評価できる。

20 (5)そして、Vが動かなくなり、客観的に侵害行為が終了した後に、「憤激のあまり」第2暴行を行って、その際「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか」と言っているが、この発言は、危険な状況から脱した後に恐怖心を打ち消そうとする言動と見ることができ、依然として恐怖心は継続していると評価できる。

よって、心理的圧迫状態の継続性も認められる。

25 (5)以上より、甲は第1暴行の段階で第2暴行を行う意思を有していたと言え、心理的圧迫状態の継続性も認められるのであるから、第1暴行と第2暴行を一体の行為ととらえ、甲の罪責を検討する。

2. (1)甲のVに対する一連の暴行行為について、傷害致死罪(205条)が成立しないか。

30 (2)本問において甲はVの顔面を殴打、腹部等に暴行を加え、Vに対し、頭部打撲による頭がい骨骨折、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を与えた。その結果、Vは頭蓋骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡している。

(3)また、甲は自らの行為によってVに傷害を負わせるということを認識・認容しているため、故意(38条1項本文)も認められる。

(4)よって、甲の行為は傷害致死罪の構成要件該当性を有する。

35 3. (1)しかし、Vは鉄パイプで甲を殴ろうとしており、甲に対して急迫不正の侵害があったといえるため、甲の行為は正当な防衛行為だったとして正当防衛(36条1項)が成立しない

か。

(2)本問では、甲は、V からの暴行行為という「急迫不正の侵害」から、自己の生命・身体  
5 体の自由を「防衛するために」V の顔面を殴っている。

また、第 1 暴行の時点では、V が、鉄パイプという力の弱い高齢者でも振り回すだけで  
10 人体に骨折などの重大な障害結果を生じさせる恐れのある武器で殴りかかっているの  
に対して、素手で応戦していて、例え甲が素手で殴った部位が V の顔面だったとしても対  
抗手段としての相当性は認められ、V も甲も生命の自由に対する侵害行為・防衛行為であ  
るから、法益均衡も認められる。

しかし、第 2 暴行の時点では、V が動かなくなり、侵害が終了した後に追い打ちをかけ  
10 るように暴行を加えており、量的に過剰な防衛行為であり相当性に欠け、第 1 暴行と第 2  
暴行を全体としてみた時には「やむを得ずにした行為」とは言えない。

(3)したがって、甲の行為について正当防衛(36 条 1 項)は成立せず、傷害致死罪の過剰防  
衛(36 条 2 項)が成立するととどまる。

## 15 VII. 結論

甲に、傷害致死罪(205 条)の過剰防衛(36 条 2 項)が成立する。

以上