

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用する違法減少説（B説）に立つと、刑法36条2項を“必要的”減免規定だと解すると思われるが、本規定が“任意的”減免規定であることはどのように説明するのか。  
2. 検察側は防衛行為者の心理状態は一切考慮しないのか。

### II. 学説の検討

10 A-2説:違法責任減少説を根拠とする全体評価説

本説において、侵害の継続と防衛行為者の心理的圧迫状態が明らかに継続している場合の防衛行為は質的過剰の問題である。その限りで意思決定の実質的1回性による責任減少、同一法益に対する侵害であることによる違法性の減少により、形式的には複数の構成要件該当行為であるものが1個の行為に準じるものとして扱われる、としているが、侵害者たる相手方が攻撃を止めた後に対抗行為がなされるいわゆる量的過剰の場合において、侵害終了後の対抗行為はそもそも正当防衛の状況を欠くことになるため、違法性減少の根拠が明らかではない。<sup>1</sup>

よって弁護側はA-2説を採用しない。

20 B説:違法減少説を根拠とする分析評価説

本説は第一行為と第二行為を分断して検討しているが、急迫不正の侵害に対する反撃として、同一の防衛の意思で継続ないし連続して行われた場合は、複数の行為ではあるが責任の面で一体となることを考慮して、一個の過剰防衛行為として処理すべきである。<sup>2</sup>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、その分だけ攻撃者の要保護性は減少しており、かかる点からすると違法性の減少が認められる場合には刑は必要的に減免すべきである。しかし、36条2項は刑の任意的減免を規定している点で両者に齟齬が生じるため妥当でない。<sup>3</sup>

よって、弁護側はB説を採用しない。

30 A-1説:責任減少説を根拠とする全体評価説

正当防衛状況においては、防衛行為者が恐怖、驚愕、興奮、狼狽等の特殊な心理状態で、結果的に行きすぎた防衛行為を行うことが容易に予想され、それがあつて程度やむをえない

---

<sup>1</sup> 植田博「量的過剰防衛の周辺問題」『白鷗大学法科大学院紀要』3巻405頁（白鷗大学,2009）521頁参照。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂,2013年）289頁参照。

<sup>3</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂,2015年）177頁。

場合もある。これは36条2項の「情状により」という文言とも合致する。また、緊張状態の下で精神的に動揺している状況を考慮すれば、ついやりすぎたという量的過剰も過剰防衛の中に含めることができる。<sup>4</sup>

よって、弁護側はA-1説を採用する。

5

### Ⅲ. 本問の検討

第1. 甲がVの顔面を右手で殴打した行為(第1暴行)につき、傷害致死罪(刑法(以下省略)205条)が成立しないか。

10 1. (1)傷害罪(204条)の実行行為とは、人の身体の生理的機能を害する現実的危険性を有する行為をいうところ、顔面を殴打する行為は、顔面打撲や口内出血といった生理的機能障害を引き起こす現実的危険性を有するといえるので、傷害罪(204条)の実行行為性は認められる。

(2) 上記傷害行為の結果、Vは死亡しており、行為と結果の間の因果関係も認められる。

15 (3) また、甲は傷害罪(204条)の認識認容があったといえるため、傷害罪の故意(38条1項本文)が認められる。

2. もっとも、甲はVからアルミ製灰皿を投げつけられたことに対する反撃行為として当該行為におよんでいることから、甲の行為につき正当防衛(36条1項)が成立しないか。

正当防衛(36条1項)の要件は①「急迫不正の侵害」の存在、②「自己又は他人の権利」、③「防衛するため」、④「やむを得ずにした」行為である。

20 (1) 「急迫」とは、違法な法益侵害の危険が現に存在しているか、間近に押し迫っていることをいうところ、甲はアルミ製灰皿を突如として投げつけられており、違法な法益侵害の危険が現に存在していたといえるため、要件①を充足する。

(2) 甲は自己の身体及び生命という権利を防衛する意思の下、当該行為に及んでおり、要件②③を充足する。

25 (3) 「やむを得ずした」とは、防衛行為の相当性をいうところ、甲はVにアルミ製灰皿を投げつけられたことに対して右手で顔面を殴打することで対抗している。侵害行為に対する防衛行為としては過度なものとは言えず、結果としてVは死亡してはいるものの、死亡結果は上記暴行より直接引き起こされたものでなく、Vが転倒して頭部を打ち付けたことによるくも膜下出血に起因するものである。以上より、甲の行為はVによる侵害行為を避けるために必要最小限度のものであるといえるので要件④を充足する。

30 3. 以上により、甲の行為(第1暴行)については、正当防衛(36条1項)が成立する。

第2. 甲が応戦しようとするも立ち上がれずに倒れこんでいたVの腹部等を足蹴りにし、足で踏みつける等した行為(第2暴行)につき傷害罪(204条)が成立しないか。

35 1. 腹部等を足蹴りにしたり踏みつけたりする行為は内臓圧迫による肋骨骨折を伴う生理的

---

<sup>4</sup> 西田-前掲177頁以下。

機能障害の現実的危険性を有する行為といえるため傷害罪(204条)の実行行為性は認められる。さらに傷害行為の結果、Vは肋骨骨折等という傷害を負っており行為と結果の間に因果関係は認められる。また、倒れこみ、立ち上がれないVに対して、「おれを甘く見ているな。俺に勝てるとでも思っていたのか。成敗してやる。」と言いつつ傷害行為に及んでおり、傷害罪(204条)の故意(38条1項本文)も認められる。

2. 以上より、甲の行為(第2暴行)につき傷害罪(204条)が成立するかに思えるが、第2暴行は第1暴行に付随していわば連続的に行われたものである。かかる場合に第1行為と第2行為を全体として評価し、全体につき過剰防衛(36条2項)が成立しないか。全体評価の基準と関連して問題となる。

10 (1) この点、我々弁護側は A-1 説(責任減少説を根拠とする全体評価説)を採用するところ、行為者の緊急状態下における心理的動揺が継続していたといえるならば、両行為を一連一体のものとして評価し、全体として過剰防衛の成立の余地を認めるべきである。一連一体のものといえるかの判断にあたっては、第1行為と第2行為との時間的場所的接着性、行為態様の同一性、行為者の心理状態の一貫性等諸般の事情を総合考慮し判断する。

15 (2) 確かに甲は、Vによる侵害行為が止んだ後に第2暴行に及び、「おれを甘く見ているな。俺に勝てるとでも思っていたのか。成敗してやる。」と言いつついるため、第2暴行時に有していた防衛の意思や緊急状態下における心理的動揺は第1暴行時におけるその程度より劣ることは間違いない。しかし、第2暴行直前Vはいまだ意識を有し、「ちきしょう、よくもやりやがったな…」と言いつつながら依然として応戦しようとしていたと考えられる。と  
20 すると、第2暴行は、甲において再度Vが侵害行為に及ぼうとしていると考え、第1暴行時にVより先んじて攻撃を受けたという異常な出来事により甲が甚だしく興奮、狼狽した心理状態が継続したことによって引き起こされた、いわば余勢に駆られた行為であるといえる。かかるように考えると甲は攻撃の意思を有しつつも、防衛の意思に欠けるものがあつたということとはできなく、その上、狼狽等の心理状態も継続しているといえるので、心理的  
25 状態の一貫性があつたものといえる。また、第2暴行は第1暴行の犯行現場において、その直後に甲によって行われたものである。さらに、甲は第1暴行は手、第2暴行は足を用いて行為に及んでおり、両者は甲自身の人体の一部を用いている点で手段の同一性を有する。

(3) よって、第1暴行と第2暴行を全体として一連一体の行為として評価し、一連の行為につき傷害致死罪(205条)の過剰防衛(36条2項)が成立し、任意的減免を受ける。

#### IV. 結論

甲の一連の行為につき傷害致死罪(205条)の過剰防衛(36条2項)が成立し、甲はその罪責を負う。なお、甲は量刑につき36条2項による任意的減免を受ける。