

I. 事実の概要

- 5 甲(当時 64 歳)は平成 18 年 9 月 18 日の午後 11 時 20 分ごろ、「A プラザ」の屋外喫煙所の外階段で喫煙し、屋内に戻ろうとしたところ、A および B と一緒にいた V(当時 76 歳)から「ちょっと待て。話がある。」と呼び止められた。甲は以前も V より因縁をつけられ、暴行を加えられたことがあり、今回も因縁をつけられ殴られるのではないかと感じたものの、呼びかけに応じて、共に上記屋外喫煙所の外階段西側へ移動した。
- 10 甲は同所において V からいきなり殴りかかれ、これをおかしたものの、付近のフェンスまで押し込まれた。両名がもみ合いになっているところに A、B が接近してきたため、甲は 1 対 3 の関係にならないように、A らに対し、「おれは、やくざだ!」「てめえらふざけんなよ」などと述べ威嚇した。そして、V を離すようにしながら、その顔面を 1 回殴打した。すると、V はその場にあったアルミ製灰皿(直径 20cm、高さ 65cm の円柱形をしたもの)を持ち上げ、甲へ投げつけた。甲が同灰皿を避けながら態勢を崩していた 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て、後頭部をタイルで敷き詰められた地面に打ち付け、あおむけに倒れこみ、動かなくなった。(第 1 暴行)
- 15 V は「ちきしょう、よくもやりやがったな...」と言いながら立ち上がり、さらに応戦しようとしたものの、頭部を強く打ち付けたことにより意識が朦朧としていたため、立ち上がることができずに倒れこんでいたが、これを見た甲は、上記状況を十分認識の上で「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。」などと言い、腹部等を足蹴りにし、また、足で踏みつけるなどして暴行を加えた。(第 2 暴行)(なお、この暴行中に、第 2 暴行開始時にまだかろうじて意識のあった V は完全に意識を失うに至った。)
- 20
- 25 その後、V は近くの病院に搬送されたが、第一暴行に起因する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。なお、第 2 暴行によって V は肋骨骨折等の傷害を負った。

甲の罪責を論ぜよ。

参考判例：最高裁平成 20 年 6 月 25 日第一小法廷決定

30

II. 問題の所在

- 甲の行った第一暴行と第二暴行について、正当防衛もしくは過剰防衛が成立しないか。本問では、まず、第一暴行について正当防衛の要件が満たされるかが問題となる。そして、第一暴行と第二暴行を一連のものとして捉えるか否かが、過剰防衛の減免根拠と併せて問題となりうる。
- 35

Ⅲ. 学説の状況

A-1 説:責任減少説を根拠とする全体評価説¹

- 緊張状態の下で、精神的に動揺状態が継続していれば、たとえ急迫不正の侵害が終了して
- 5 いたとしても、全体を一連のものとして捉え、過剰防衛とする説。
(参考:責任減少説...過剰防衛における任意的減免の根拠を、緊急行為における心理的動揺
(恐怖、驚愕、興奮、狼狽) から非難可能性が減少し、責任が減少する点にあるとする説。)

A-2 説:違法責任減少説を根拠とする全体評価説

- 10 侵害の継続と防衛行為者の心理的圧迫状態が継続している場合に第1行為と第2行為を
全体的に評価する説。
(参考: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
うではない単なる法益侵害行為よりも違法性が減少し、心理的圧迫状態によって責任も減
少すると考える説。)

15

B 説:違法減少説を根拠とする分析評価説

- 第一行為と第二行為を分断して検討、不正の侵害がない第二行為においては過剰防衛が
成立することはないという結論となる説。
(参考:違法減少説...過剰防衛は完全には正当防衛の要件を満たさないにしろ、単純な法益
20 侵害行為とは異なり、不正の侵害に向けられた防衛行為である以上、違法性が減少してい
るとする説。)

Ⅳ. 判例 (最高裁平成20年5月20日第二小法廷決定、刑集62巻6号1786頁)

- 事案:原判決及びその是認する第1審判決の認定によれば、本件の事実関係は、次のとお
25 りである。

- (1) 本件の被害者であるA(当時51歳)は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまた
がったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中で徒歩で
通り掛かった被告人(当時41歳)が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、
両名は言い争いとなった。
- 30 (2) 被告人は、いきなりAの左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った。
- (3) Aは、「待て。」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約
26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、
水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した。
- (4) 被告人は、上記Aの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に

¹ 西田典之 『刑法総論 第2版』(2015年、弘文堂)176頁～181頁

携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、Aに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

- 5 判旨：本件の公訴事実は、被告人の前記1(4)の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、Aの前記1(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。しかしながら、前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態
- 10 ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。

15

V. 学説の検討

A-1 説(責任減少説を根拠とする全体評価説)について

- この説を徹底すると、主観面で緊張状態に陥っていることが重要で、客観的に急迫不正の侵害が存在しなくても、主観的には存在すると思つた以上、刑の減輕を認めることになる。
- 20 そして、逆に、過剰な結果を積極的に意図した場合には、責任減少が認められないため、急迫不正の侵害が存在したとしても、36条2項の適用が否定される。このような結論は妥当性を欠く²。さらに、責任減少説では誤想過剰防衛と過剰防衛の区別がつかなくなってしまう³。したがって、この説を検察側は採用しない。

25 A-2 説(違法責任減少説を根拠とする全体評価説)について

- 本説は違法性ととともに責任も減少すると考えている。その要件として客観的には侵害の継続性を挙げている。しかし、そもそも侵害が継続している状態における防衛行為の相当性判断は、質的過剰か否かの問題であるから、かかる要件を挙げるのは適切ではない。質的過剰の対概念としての量的過剰の成否は、侵害の継続性が否定され、正当防衛による違法性阻却の可能性が存在しない場合に、全体的考察によって過剰防衛を認めることの当否
- 30 に関する問題である。したがって、検察側はA-2説を採用しない。

B 説(違法減少説を根拠とする分析評価説)について

² 前田雅英 『刑法総論講義 第6版』(2015年、東京大学出版)280頁

³ 山口厚 『刑法総論 第3版』(2016年、有斐閣)141頁

正当防衛の正当化根拠は正義を明確に示すために不正の侵害に対し防衛を行うことが許されるという法確証の原理であると考え。そうだとすると、本質は不正に向けられたやむを得ない行為に対しての反撃行為に違法性が阻却されると解するべきであり、過剰防衛においても規準は正当防衛の要件の1つである「やむを得ずにした行為」という要件が欠

5

けていることだけであるから、過剰防衛の減免根拠も正当防衛と同じように考える必要があると考える。

また、量的過剰の事案において、別々の行為が2つ存在する以上、それぞれを検討する必要がありといえる。よって検察側はB説を採用する。

10 VI. 本問の検討

1. 甲のVの顔面を殴打した行為（第一暴行）につき、傷害罪（204条）が成立しないか。

(1)甲はVの顔面を殴打しており、人の生理機能を害する行為である。その結果、Vは頭部打撲によるクモ膜下出血を起こし死に至っており、また甲の当該行為の危険性は結果へと現実化したと言え、因果関係が認められる。また甲には傷害罪（204条）の認識認容があると言え

15

ため故意(38条1項)が認められる。よって甲の行為は傷害罪（204条）の構成要件該当性が認められる。

(2)しかし甲はVからいきなり殴りかかれたことに対して当該暴行をおこなったのであるから正当防衛(36条1項)として違法性が阻却されないか。

①本問において、甲は始めにVからいきなり殴りかかられていることから法益侵害の危険が目前に差し迫っており急迫性および不正な侵害が認められ、また甲はVから自己の生命及び身体を守るために当該行為に出たのであるから、自己の権利を防衛するための行為と言え

20

る。また当該反撃行為は甲がVからの侵害を止ませる必要性からとられたもので、自己の生命及び身体に対する危険を回避するためにVの身体を侵害することは反撃行為として最小限度のものと言え

25

るから「やむを得ずにした行為」と言え。よって甲の行為は正当防衛（36条1項）の要件を満たす。

②しかし本問のような闘争者双方が攻撃及び防御を繰り返す喧嘩の場合には、闘争のある瞬間においては当事者の一方がもっぱら防御に終始し正当防衛を行っているように見えても闘争の全般から見て防衛行為と見るのは一般的には困難であるため、形式的に正当防衛の要件をくびしても実質上、違法性阻却の一つの原理である社会的相当性を欠いており違法性は阻却されないとすべきである⁴。

30

③本問では、甲がVからいきなり殴りかかれ、もみ合いになり、Vを離すようにしながらVの顔面を殴打し、Vがアルミ製灰皿を甲に投げつけ、体勢を崩したVの顔面を甲が殴打するという、一連の喧嘩であり、闘争の全般からみて甲の当該行為は防衛行為と見るのは困難であるから、社会的相当性を欠くため、違法性は阻却されない。

35

(3)よって甲には傷害罪（204条）の結果的加重犯である傷害致死罪（205条）が成立する。

⁴ 大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』(成文堂,2013年)287頁、288頁

2.さらに甲の倒れこんだVに対して足蹴りにし、足で踏みつけるなどした行為(第二暴行)につき傷害罪(204条)が成立しないか。

5 (1)甲はVを足蹴りにし、踏みつけるなどしており、人の身体の外部的完全性を害する行為である。また甲には傷害罪(204条)の認識認容があると言えるため故意(38条1項)が認められる。よって、甲の行為は傷害罪(204条)の構成要件該当性が認められる。

(2)しかし、当該暴行もVによる侵害に対して行われた正当防衛(36条1項)とは言えないだろうか。思うに本問第二暴行の時点ではVによる侵害は止んでおり正当防衛(36条1項)の要件を満たさないため、正当防衛は認められない。

10 (3)しかし、当該暴行はVによる侵害の機会において第一暴行と一連一体のものとして行われた過剰防衛(36条2項)として刑が減免されないか。しかし、上述の通り第一暴行に正当防衛が認められないので、前提条件を欠き、過剰防衛は成立しない。仮に第一暴行に正当防衛(36条1項)が認められても、検察側は上述の違法減少説を採用し、過剰防衛(36条2項)の刑の減免根拠を違法性の減少に求めるため、本問のようにVからの侵害から病

15 んでいる場合は不正な侵害に対する防衛行為とは言えず、過剰防衛(36条2項)に該当しないとすべきである。

(4)よって、甲の第二暴行には傷害罪(204条)が成立する。

VII. 結論

20 甲には第一暴行につき傷害致死罪(205条)、第二暴行につき傷害罪(204条)が成立し、両罪は併合罪(45条前段)となる。

以上