

I. 事実の概要

5 甲(47歳、女性、158cm)が路上に停めていた自動車によって自車の進行に困難を感じた
A(25歳、男性、180cm、スポーツマン体型)が、甲に対して怒号する等したため、これに立
腹した甲が「言葉遣いに気をつけろ」と言ったところ、Aは「お前、舐めた口きくなよ。殴
られたいのか」と言いつつ、拳を体の前で合わせ、威嚇するポーズをとり甲に近づいた。怖
10 くなった甲が自車の方へ後ずさりすると、Aはさらに目前まで迫ってきた。その時、甲は自
車の中に刃渡り17.7cmの果物ナイフがあることを思い出し、Aを脅して危害を免れる目的
でこれを車内から取り出し、腰のあたりに構えた上、約3m離れて対峙しているAに対し
「殴れるのやったら殴ってみい」と言い、これに動じることなく「刺せるもんなら刺してみ
い」と言いながら2、3歩近づいてきたAに対し、「切られたいんか」と言った。

その時、Bが偶然にもその場を通りかかり、甲とAが今にも喧嘩を始めそうな状況を目撃
15 し、Bはこのままでは刀傷沙汰になると思ったことから、「警察を呼ぶぞ」と大声を出した。
Bの声を聞いた甲とAは、警察が来るのはまずいと思い、それぞれの車へと戻った。

しかし、その後も怒りが収まらなかったAは、車に戻った後、自車を発進させようとして
いた甲車の進路をふさいだうえで、「許さないからな」と叫びながら車外へ出て、同じく、ナ
イフを手にしながら自車を降りた甲へ、向かっていった。

20 そして、甲は殴りかかってきたAを身をひるがえしてよけ、Aの足元をめがけてナイフを
突き出したが、かすめた程度であった。さらに甲の行為に一切ひるまず向かってきたAに対
して、甲はナイフを振り回して対抗したところ、ナイフがAの大腿部に刺さり、Aはその場
に転倒した(以下、「第1暴行」)。

転倒しているAを目前にして、甲は後日仕返しを受けるのを避けるために徹底的に痛めつ
25 けようと思い、近くにあった鉄パイプで倒れているAの身体を手加減することなく滅多打ち
にした(以下、「第2暴行」)。これらの一連の行為によって、Aに大腿部刺創、全身打撲等の
傷害を負わせた。なお、第1暴行、第2暴行の際に使用したナイフと鉄パイプは、甲が、自
身の指紋をふき取ったうえで当該現場に投げ捨てた。

甲の罪責を検討せよ。

30

参考条文:暴行行為等処罰ニ関スル法律 第1条

第一条 団体若ハ多衆ノ威力ヲ示シ、団体若ハ多衆ヲ仮装シテ威力ヲ示シ又ハ兇器ヲ示シ若
ハ数人共同シテ刑法(明治四十年法律第四十五号)第二百八条、第二百二十二条又ハ第二百六十
一条ノ罪ヲ犯シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ三十万円以下ノ罰金ニ処ス

35

参考判例:最高裁平成元年11月13日第二小法廷判決
東京地判平成6年7月15日

II. 問題の所在

- 5 甲は殴りかかってきた A に反撃行為(第 1 暴行、第 2 暴行)を行っているが、甲の反撃行為が正当防衛(刑法 36 条 1 項)に当たるか。また、その際正当防衛の要件の一つである「やむを得ずにした」(刑法 36 条 1 項)と言えるかについての防衛行為の相当性の判断、またその基準が問題となる。

10 III. 学説の状況

ア説(事前判断説)

行為としての相当性を判断する説¹。

イ説(事後判断説)

- 15 結果としての相当性を判断する説²。

IV. 判例(裁判例)

東京地裁八王子支部昭和 62 年 9 月 18 日刑事第二部判決判例時報 1256 号 120 頁。

[事実の概要]

- 20 被告人は、昭和 61 年 10 月末頃から東京都西多摩郡奥多摩町所在の建設会社飯場に居住して現場の責任者的立場で稼働していたものであるが、同 62 年 1 月 30 日午後 8 時頃から奥多摩駅付近で飲酒しての帰途、翌 31 日になって同町の路上に差しかかった際、同様酔って通りかかった A(昭和 25 年生まれ・会社員)において「どこの者だ」などと因縁をつけたうえ、襟首を掴む、手拳で頭部を一回殴打するなどの暴行を加え、さらに上半身裸の喧嘩姿となつてな
- 25 おも執拗に絡んでくる姿勢を示したことから、これに激怒すると共に、暴力を持ってでもこれを排除し自己の行動の自由及び身の安全を図ろうと決意し、自らも上半身裸となつて威を示しつつ A と口論を繰り返した挙句、午前 1 時 50 分過ぎごろ、ガードレールを背にした状態で靴を持った右手を振り上げて殴りかかってきた A に対し、防衛に必要な程度を超えて胸部付近を右手拳で力一杯突き飛ばす暴行を加え、同人を約 40 メートル下方の多摩川の河川敷に転落
- 30 させて頭蓋内損傷、くも膜下出血、硬膜下出血、左肋骨骨折、腸間膜出血などの傷害を負わせ、その場で右頭蓋内損傷などにより死亡するに至らせたものである。

[判旨]

- 「被告人が行なった反撃の態様・程度を具体的に見ると(ちなみに、刑法三六条一項にいう「行為」とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であつて、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動
- 35

¹ 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂、2010 年)174 頁。

² 西田・前掲書 174 頁参照。

作だけではなく、故意犯における結果と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる「相当性」の有無も、狭義の反撃行為だけではなくその結果をも包めた全体について判断されるべきものである)、被告人は、上半身裸の A が片手に下足を振り上げて迫ってきたので機先を制して胸元を一回強く手拳で突いたところ、同人は数歩後ろ寄りによるめいた勢いでほぼ仰向けにガードレール越しに橋下に転落していったと言うのであるから、それならば、その時の A は深い谷底を控えたガードレールを背に、かつ、これにかなり近接した場所に位置していたということになる。してみると、終始一貫して前認定程度のものであった A の侵害行為に対するに、被告人の加えた反撃たるや、その動作自体においても状況上 A の橋下転落とひいてはその死亡さえ招きかねない高度に危険な態様のものだったのであり(そのことは被告人も容易に認識し得た筈のものである。)果たして結果においてもこの上ない重大な法益侵害を生じてしまったものなのである。これがいわゆる相当性の範囲を逸脱する明らかに過剰なものであったことはどうも否定できない。」

[引用の趣旨]

本判決は、本事例と同様に被害者からの侵害に対して行った反撃行為につき正当防衛が成立するかが争われた事案である。被告人の防衛行為の相当性の判断にあたり、具体的に防衛行為のみならず防衛行為から生じた結果も含めている点が、本事例を検討する上で参考になると考えたため。

V. 学説の検討

ア説(事前判断説)

相当性の判断において、一般人が行為の時点で必要・相当だと考える程度を相当としているが、どの程度の行為を相当とするかは個人によって違うため、基準があいまいである。

したがって、検察側は本説を採用しない。

イ説(事後判断説)

正当防衛の限界が、攻撃者の利益と被攻撃者の利益との衝突状態において、どちらを保護すべきであるかという考慮によって決められるものであるとする以上、基本的には、攻撃者に生じた結果が基準とならなければならない。そして、攻撃者において侵害された利益が、被攻撃者において侵害されようとしている利益より保護するに値しないという判断がなされるとき、正当防衛が成立すると考える³。

したがって、検察側は本説を採用する。

VI. 本問の検討

第一 甲が果物ナイフを A に示した行為について

甲が A に対し、「切られたいんか」と言いながら、果物ナイフという用法上の凶器を申し向

3 町野朔『プレップ刑法[第3版]』(弘文堂、2004年)173頁。

けた行為につき、暴力行為等処罰に関する法律第1条における示凶器脅迫罪が成立する。

また、甲が刃渡り17.7cmの果物ナイフを所持していたことにつき、銃砲刀剣類所持等取締法における刃物不法携帯罪が成立する。

5 第二 甲がAにナイフを振り回した行為(以下第1暴行)について

1. 甲による第1暴行につき、傷害罪(刑法(以下法名略)204条)が成立しないか。

(1) 甲はナイフをAに対し振り回しており、かかる行為は不法な有形力の行使にあたる。そしてAは甲に第1暴行の結果として大腿部刺創という生理的機能の障害を負わせたといえる。また因果関係は問題なく認められる。

10 (2) 構成要件の故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識、認容をさす。

そして、結果的加重犯である場合には、加重結果については認識、認容は不要であり傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であることから傷害の結果についての認識、認容は不要であるといえる。

本件で甲はAに対しナイフを振り回すという暴行罪の客観的構成要件該当事実を認識、認
15 容しているといえ故意も認められる。

(3) よって、構成要件を充足する。

2. もっとも甲は殴り掛かってきたAに対して第1暴行を行っていることから、甲のかかる行為は正当防衛(36条1項)にあたり、違法性が阻却されないか。

(1)ア. 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益の侵害が現に存在しているか又は、間近に押し迫
20 っていることをさす。

本件では、Aは甲に対し殴り掛かっており、甲の身体という法益に対し違法な侵害が現に存在していたといえる。

よって「急迫不正の侵害」が存在していたといえる。

イ. 「やむをえずにした」とは、反撃行為が防衛の手段として必要最小限であることをさす。

25 具体的には、反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する。この際、相当性の判断は事後的なものであり被攻撃者の法益の要保護性と攻撃者の法益のそれとを比較較量して決するべきである。

本件では、確かに甲は年齢47歳の女性であり、身長も158cmであることから、25歳男性でありスポーツマン体型、身長180cmのAと比較すると、圧倒的に甲は身体的に不利である
30 と考えられる。しかし、体格で勝っているAが素手で殴りかかっているのに対して、甲は刃渡り17.7cmの果物ナイフという鋭利な刃物でAを切りつけている。そして、Aはかかる甲の反撃行為によって大腿部を負傷しており攻撃者の生命を侵害しているといえる。

よって、相当性にかげ、「やむをえずにした」行為とはいえない。

(2) したがって、正当防衛は成立せず、過剰防衛となる。

35 3. 甲の当該第1暴行は傷害罪の過剰防衛となる。

第三 甲が鉄パイプでAを滅多打ちにした行為(以下第2暴行)について

1. 甲がAの身体を鉄パイプで滅多打ちにした行為(第2暴行)につき、傷害罪(204条)が成立しないか。

(1) 甲は、鉄パイプという非常に硬いものでAの身体を手加減することなく滅多打ちにしており、かかる行為は人の身体に対する不法な有形力の行使といえる。そして、結果としてAは

5 全身打撲等の傷害を負っており生理的機能を害したといえる。また因果関係も問題なく認められる。そして構成要件の故意(38条1項本文)も認められる。

(2) よって構成要件を充足する。

3. もっとも、第1暴行行為と第2暴行行為とは近接したものであるから、第1暴行行為と第2暴行行為とを一連一体の行為としてみることはできないか。

10 (1) 過剰防衛の刑の減免根拠は、緊急状態下での心理的動揺により避難可能性が減少する責任減少にある。そのため、心理的な動揺が継続しているといえれば一連一体の防衛行為となると考えられる。具体的には、先行行為と後行行為との時間的場所的な接着性、侵害の継続性、防衛の意思の継続性を総合的に考慮して判断を行う。

15 (2) 本件では、第1暴行のすぐ後に甲はAに対し第2暴行に至っており、時間的場所的な接着性は認められる。しかし、甲は第2暴行の時点で、転倒していたAを目前にして、後日仕返しを受けることを避けるために徹底的に痛めつけてやろうと思って当該第2暴行に至っており、防衛の意思は認められない。

(3) よって、第1暴行と第2暴行は一連一体の関係にある行為であるとは認められず、過剰防衛は成立しない。

20 4. 以上より、甲の当該行為につき、傷害罪(204条)が成立する。

第四 罪数

甲による果物ナイフをAに示した行為につき、示凶器脅迫罪と刃物不法携帯罪が成立し、両者は観念的競合(54条1項前段)となる。そして、甲のAに対する第1暴行と第2暴行につ

25 いてそれぞれ傷害罪が成立し、併合罪(45条後段)となり刑は任意的減免(36条2項)される。

VII. 結論

甲による果物ナイフをAに示した行為につき、示凶器脅迫罪と刃物不法携帯罪が成立し、両者は観念的競合(54条1項前段)となる。そして、甲のAに対する第1暴行と第2暴行につ

30 いてそれぞれ傷害罪が成立し、併合罪(45条後段)となり刑は任意的減免(36条2項)される。

以上