

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメにて列挙されている学説A～C説は、いずれも過剰防衛における  
任意的減免事由の学説であるところ、検察側が甲の第2暴行には相当性のみならず、  
必要性も欠けており、正当防衛が成立しないと解する以上、過剰防衛について検討  
する必要はないといえるので、そもそもC説には立脚していないのではないか。
- 10 2. 検察側が問題としている行為の一体性評価について、どのような見解を採用し  
ているのか。

### II. 学説の検討

#### B説(違法減少説)

検察側と同様の理由により採用しない。

15

#### C説(違法・責任減少説)

違法・責任減少説を違法且つ責任の減少であると解すれば、違法減少説に対する  
批判は違法・責任減少説にも妥当することとなる。

- 20 30 そして、過剰防衛における違法減少と類似する客観的状況があるときは刑法36  
条2項を準用する<sup>1</sup>という表現は、範囲が曖昧なため妥当ではない。

よって、弁護側はC説を採用しない。

#### A説(責任減少説)

- 25 30 刑法36条2項は、相手方から攻撃を受けたという緊張状態・法益衝突状況の  
緊張状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的同様により期待可能性が減少し  
たということを考慮して、刑の減免の可能性を認めたものであると解するべきで  
あり、その意味で文言も「情状により」となっている。したがって意図的過剰防衛  
のような場合には、防衛の意思が欠如し、心理的動揺などの責任減少がなくなるか  
ら、過剰防衛の適用を排除することになり、反対に心理動揺が激しくもはや適法行  
為を期待できない時は超法規的に責任を阻却することもあり得る。

よって、弁護側はA説を採用する<sup>2</sup>。

### III. 本問の検討

1. 甲の第一暴行につき、傷害致死罪(205条)は成立するか。
- 35 (1) 「傷害」とは、人の生理機能を侵害することをいう。本件では、甲は乙の顔面

---

<sup>1</sup>内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣, 2001年)379頁。

<sup>2</sup>西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂, 2019)189頁。

を殴打し、乙は転倒して後頭部を地面に打ちつけている。したがって当該行為は「傷害」にあたる。

(2) そして、結果的に A は「死亡」しており、また、死因となる傷害は第 1 暴行によって生じたものであるため、当該行為と結果との間に因果関係はあり、「よって」死亡したといえる。

(3) ア、構成要件の故意(以下、故意)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいう。

そして、結果的加重犯の場合には加重結果については認識・認容は不要であり、傷害致死は結果的加重犯であるから、致死結果について認識・認容は不要である。

10 イ、本件についてみると、甲は致死結果以外の上記客観的構成要件該当事実を認識しているため、故意がある。

2.(1)もつとも、本件において甲はいきなり乙に殴りかかれ、また握り拳ほどの石を投げつけられたことから上記行為に及んでいるため、甲に正当防衛(刑法 36 条 1 項)が成立し、責任が阻却されないか。正当防衛の成立には①急迫不正の侵害  
15 に対して②自己または他人の権利を③防衛するため④やむを得ずにした行為であるといえることが必要である。

(2) 当該行為は、乙からの攻撃行為に対する防衛行為として行われている。そのため、当該行為につき、正当防衛(36 条 1 項)が成立しないか。

ア.(ア)「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいう。

20 (イ) 本件では、乙が甲に対して握り拳大の石を投げつけているので、法益の侵害が現に存在しているといえる。よって、「急迫」性はあるといえる。

イ.「不正の侵害」とは、違法な侵害をいうところ、本件乙からの侵害行為は違法な法益侵害行為であるから、「不正の侵害」があるといえる。

25 ウ.(ア)「防衛するため」とは、当該反撃行為が客観的にみて防衛に向けられた行為でなければならない。また、正当防衛が成立するためには、防衛の意思が必要である。そして、防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態を言うと考えられる。また、攻撃の意思が併存する場合にも防衛の意思は認められる。

30 (イ)本件、当該甲の反撃行為は、客観的にみて乙からの攻撃の防衛に向けられた行為である。そして、甲は当該行為を乙からの急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で行っている。よって、本件では「防衛するため」に当該行為は行われており、防衛の意思も存在する。

35 エ.(ア)「やむを得ずにした行為」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いう。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。そして、相当性は、行為の相当性をいう。

(イ)本件についてみると、乙の侵害行為は、石を投げつける行為である。石は拳大ほどあり、当石を投げつける行為は人の身体に対するある程度大きな危険を有する

行為である。一方で、甲の防衛行為は、乙を単純に殴るというものであり、侵害に行為に比してそこまで大きな危険を有するものではなく、実質的に危険のより小さい代替手段はないといえる。したがって、本件防衛行為は、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ため、「やむを得ずにした行為」にあたる。

5 (3) よって、正当防衛が成立し、当該行為につき、傷害致死罪は成立しない。

3. 次に、甲の、乙の腹部を足蹴にし、手を踏みつけるなどした行為(第2暴行)について、傷害罪(刑法204条)が成立するか。本件において甲は乙の腹部や手に対して踏みつけるなどの物理力を行使したため、甲の本件行為は暴行(刑法208条)にあたる。またそのような身体の枢要部への侵害によって結果的に甲は乙に肋骨骨折等の傷害を負わせたため、甲の第2暴行と乙の傷害結果の間に因果関係が肯定される。結果的加重犯については基本犯についての認識認容さえあればよいため、甲の本件行為については傷害罪が成立する。

10 4. (1) 甲の第2暴行において、甲に正当防衛(刑法36条2項)が成立しないか。本件において甲は乙が意識を失い、動かなくなったことを認識していながらさらに暴行を加えたため、第2暴行は④やむを得ずにした行為であるとはいえない。よって、甲には正当防衛は成立しない。

(2) では、甲の第2暴行について過剰防衛(刑法36条2項)が成立しないか。過剰防衛は正当防衛における①～④の要件のうち、④やむを得ずにした行為であるとはいえない場合に成立する。

20 (3) 本件において甲は乙に現場に連れていかれるやいなや、いきなり殴りかかれ、また近くにあった握り拳ほどの石を投げつけられている。またその周囲には人氣がなく、乙側についているA及びBが甲と相対していたため、人数的に不利な状況であった。そのような状況を踏まえると、甲が本件行為現場において恐怖や狼狽、興奮状態であった可能性は高く、実際に第2暴行は「怒りのあまり」行われた行為である。弁護側の採用する責任減少説においては、そのような精神的動揺を生じさせる状況に急迫不正の侵害を認めるため、甲の第2暴行については①急迫不正の侵害に対して行ったものといえる。

25 (4) また第1暴行と第2暴行は一連一体の行為ととらえることができるか否かが問題となるところ、両者は時間的・場所的な近接性が認められる。そして第2暴行は上記のような急迫不正の侵害が継続する状況下で行われていることから甲には防衛の意思が継続してあったといえ、また防衛の程度を超えた反撃行為を行ったとしても過剰でない防衛行為を継続することについての期待可能性が低い。さらに、行為態様としても、第1暴行も第2暴行も身体の枢要部に対してなされたものであるため、類似している。よって、甲の第1暴行と第2暴行は一連一体の行為と  
30  
35 とらえることができる。よって甲の第1暴行及び第2暴行には過剰防衛が成立する。

#### IV. 結論

甲は傷害罪の罪責を負うが、過剰防衛の成立により、刑の任意的減免(36条2項)がある。

5

以上