

I. 事実の概要

- 5 甲は、夕方ごろ自宅の帰りに道路脇で、A及びBと一緒にいた乙がタバコを吸っているのを見て不快に感じた。甲に睨まれたと感じた乙は、甲を呼び止め、A、Bと共に人気の少ない場所に連れて行った。
- 現場に着くといきなり乙から甲に殴りかかり、甲もそれに応戦した。甲は、A及びBも加わってくることを避けるために、「俺は暴力団に知り合いがいるぞ」と述べて威嚇しながら、乙の顔面を1回殴打した。すると、乙は近くにあった握り拳ほどの石を甲に向けて投げつけた。甲は、これを避けながら、体勢を崩した乙の顔面を殴打したところ、乙は頭部から転倒し、後頭部を地面に強く打ちつけた。乙はそのまま意識を失い、動かなくなった。(第1暴行)甲は乙が意識を失い、動かなくなったことを認識していたが、怒りのあまり、続けて乙の腹部を足蹴したり、手を踏みつけるなどした。(第2暴行)
- 10
- 15 その後、乙は救急車で緊急搬送されたが、第1暴行の頭部打撲による蜘蛛膜下出血により死亡した。なお、第2暴行では肋骨骨折等の傷害を負った。
- 以上の事実関係の下、甲の罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

- 20 甲は殴りかかってきた乙に対して反撃行為(第1暴行)を行い、乙が動かなくなってからも暴行行為(第2暴行)を行っているが、これらの行為は正当防衛もしくは過剰防衛にあたるか否か、また第1暴行と第2暴行は一連のものとして捉えられるか否かが問題となる。

III. 学説の状況

- 25 A説(責任減少説)
- 相手から攻撃を受けたという緊急状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的動揺により「防衛の程度を超えた」反撃行為を行ったとしても期待可能性が減少し行為者を強く非難できないことを考慮して刑の減免の可能性を認めた説¹。
- 30 B説(違法減少説)
- 防衛行為は過剰であったにせよ、防衛のために行われたのであるから違法性が減少するとする説²。
- C説(違法・責任減少説)
- 35 急迫不正の侵害に対する反撃行為によって正当な利益が維持されたことにより違法性が減少し、かつ、急迫不正の侵害という緊急状態における心理的動揺(恐怖、驚愕、興奮、狼

¹ 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂,2019年)290頁以下。

² 松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)342頁。

狼)から責任が減少するという説³。

IV. 判例

最決平成 20 年 6 月 25 日 刑集 62 卷 6 号 1859 頁 刑集 62 卷 6 号 1859 頁

5 [事実の概要]

被告人 X は、A から殴りかかられたため、A の顔面を殴打したところ、A がアルミ製灰皿を被告人に向けて投げつけてきたため、投げつけられた灰皿を避けながら、A の顔面を右手で殴打すると、A は頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ちつけ、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)。

10 X は、憤激のあまり、さらに腹部等を足蹴にするなどの暴行を加えた(第 2 暴行)。A は、6 時間余り後に、頭部打撲による頭蓋骨骨折による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 暴行によって生じたものであった。

[判旨]

15 本件において、「両暴行は、時間的場所的には連続しているものの、A による侵害の継続性及び X の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし」「その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃をするうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。」したがって、第 1 暴行については正当防衛が成立するが、第 2 暴行については、正当防衛ないし過剰防衛が成立する余地はなく、傷害罪の成立を認めた。

20 [引用の趣旨]

本判決は、第 1 暴行と第 2 暴行を 1 つの行為としてみることができず、違法性かつ責任が阻却されないため、刑の減免が認められないとした点で検察側に有利である。

V. 学説の検討

25 A 説(責任減少説)

この立場からは、過剰な結果を特に意図した場合には、防衛の意思が欠け、心理的動揺等の責任現象の根拠がなくなるので、過剰防衛の成立は否定される。

しかし、精神的動揺を生じさせる原因は急迫不正の侵害が存在するという認識であるから、この見解によると、急迫不正の侵害が客観的に存在する典型的な過剰防衛と急迫不正の侵害が客観的に存在しない誤想過剰防衛との区別ができなくなるという問題点がある⁴。

よって、検察側は A 説を採用しない。

B 説(違法減少説)

35 違法性が減少しているのであれば、刑は必要的減免すべきであり、情状によって刑を任意的に減免するという文理には合わないし、過剰な違法結果が発生し完全な犯罪が成立しているのに刑の免除まで認める理由を説明することは難しい⁵。

³ 山口厚『刑法[第 3 版]』(有斐閣,2018 年)72 頁以下。

⁴ 只木誠『コンパクト刑法総論[初版]』(新世社,2018 年)122 頁。

⁵ 只木誠・前掲 232 頁。

よって、検察側は B 説を採用しない。

C 説(違法・責任減少説)

5 この見解によれば、急迫不正の侵害が存在することにより違法性が減少することが 36 条 2 項を適用するための前提条件であり、その上で、行為者の責任減少の有無・程度によつて刑を減輕・免除するか否かを判断することになる⁶。

この見解は、責任減少説を基礎としつつ、違法減少も考慮する点で妥当である。
よって、検察側は C 説を採用する。

10 VI. 本問の検討

1 (1)甲の乙に対する顔面殴打行為(第 1 暴行)について傷害致死罪(刑法 205 条)の構成要件該当性が肯定できないか。甲の第 1 暴行は顔面という人体の枢要部への暴行であり、人の生理的機能を侵害する行為であるから傷害罪の実行行為性が認められる。さらに甲の第 1 暴行によって乙死亡という結果が生じていることが明らかであるから因果関係及び結果発生も認められるため、甲の第 1 暴行に傷害致死罪の構成要件該当性が肯定でき
15 る。

(2)次に甲の乙に対する腹部への足蹴行為や手を踏みつけるなどの行為(第 2 暴行)について傷害罪(刑法 204 条)の構成要件該当性が肯定できないか。甲の第 2 暴行は腹部等の人体の枢要部への攻撃であつて人の生理的機能を侵害する行為であるから傷害罪の実行行為性が認められる。さらに甲の第 2 暴行によって乙が肋骨骨折等の傷害を負つたことが明らかであるから因果関係及び結果発生も認められるため、甲の第 2 暴行に傷害罪の構成要件該当性が肯定できる。
20

2(1)もっとも、甲は乙から握り拳程の石を投げられたことによつて前記行為に及んだのであるから甲に正当防衛(刑法 36 条 1 項)が成立しないか。正当防衛の成立には①急迫不正の侵害②自己または他人の権利を防衛する意思③やむを得ずにしたといえることが必要
25 であるところ、以下において甲の第 1 暴行及び第 2 暴行について正当防衛が成立して違法性が阻却されるかを検討する。

(2)甲の第 1 暴行は乙から握り拳程の石を投げられたことによつて行われたのであるから急迫不正の侵害の存在は肯定できる。さらに甲が第 1 暴行を行ったのは自己の身体・生命を
30 防衛するためであつたことは明らかであり、第 1 暴行に及ばなければ乙が次々に投石を行う恐れがあつてその上で行われた第 1 暴行の態様は一発の顔面殴打であつた。以上から甲の第 1 暴行には防衛の意思のみならず必要性・相当性も肯定できる。よつて甲の第 1 暴行には正当防衛が成立する。

(3)次に甲の第 2 暴行は、動かなくなつていた乙に対して腹部を足蹴にして手を踏みつける
35 などしたというものであり、必要性及び相当性を欠くため「やむを得ずした」行為とは言えないので正当防衛は成立しない。

(4)ここで、第 2 暴行は第 1 暴行と時間的・場所的に極めて近接した際に行われたものであるため第 1 暴行と一連した一個の行為とみなすことができるかが問題となる。確かに第 1

⁶ 松原芳博・前掲 342 頁。

暴行と第2暴行は時間的・場所的に近接した行為ではあるが、甲は第2暴行の際には乙の意識がないことを認識していたため防衛の意思は全く認められないため主観面での連続性は肯定できない。行為態様も腹部という弱い部位に足蹴という強い侵害を行うものである。これらの点を総合考慮すれば第2暴行を第1暴行と一連した一個の行為とみなすことは出来ない。以上より検察側の採用する違法・責任減少説に照らせば、この時点でそもそも責任減少及び違法減少が認められない。よって甲の第2暴行には正当防衛はもとより過剰防衛すらも成立する余地はない。

5

(5)以上より甲の第一暴行は正当防衛が成立し不可罰となるが、第2暴行には傷害罪が成立する。

10

Ⅶ. 結論

甲は傷害罪の罪責を負う。

以上