

I. 事実の概要

5 被告人Xは、AおよびBと一緒にいたVから呼びとめられ、それに応じて、Vと共に本件
犯行現場に移動したところ、Vからいきなり殴り掛かれたため、応戦した。そのころ、Aお
よびBが近付くなどしたため、X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」などと述べて威嚇し、Xを押さえ付けていたVを離すようにしながら、その顔面
10 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を持ち上げ、Xに向けて投げ
付けた。Xは、それを避けながら、上記灰皿を投げつけた反動で体制を崩したVの顔面を殴
打したところ、Vは後方にバランスを崩し、コンクリート製の壁に頭部を激突し、意識が朦朧
とした状態となり、よろけるように壁にもたれかかり、ぐったりとした(第一暴行)。Xは、灰
皿を投げつけられたことによる動揺や憤怒により、Vの様子を見ていたが、「おれを甘く見て
15 いるな。おれに勝てるつもりでいるのか」などといって、Vの腹部を数回殴打する暴行を加え
た(第二暴行)。その後、Vは病院へ救急車で搬送されたが、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、第二暴行の結果、Vは肋骨骨折等
の傷害を負った。

Xの罪責を論ぜよ。

参考判例：最決平成20年6月25日第一小法廷

II. 問題の所在

正当防衛の成立要件として、防衛の意思は必要か。

Xの第一暴行と第二暴行を一体として評価すべきか、別個に評価すべきか、その判断はいか
にこなされるべきか。

III. 学説の状況

1. 防衛の意思

α 説(不要説)

30 正当防衛が成立するためには、客観的な成立要件が満たされていれば十分であり、条文は客
観的に防衛するための行為であることを要求していると解釈するべきであるとする説。違法性
の判断は客観的でなければならない、という結果無価値論からの帰結であり、故意をもつばら
責任要素とする立場に通ずる¹。

β 説(必要説)

35 「防衛するため」の行為といえるためには、主観的な防衛の意思を必要とする説。違法性の
本質を社会倫理規範違反に求める立場(行為無価値論)に通ずる。

2. 過剰防衛の減免根拠

ア 説(違法性減少説)

40 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、単純な法益侵害行為とは異なる

¹ 浅田和茂『刑法総論[第3版]』(成文堂,2024)232頁。

り、不正な侵害に向けられた防衛行為ではある以上、違法性が減少していると考えるのが違法減少説である²。

イ説(責任減少説)

- 5 本説は、緊急状態においては、恐怖・驚愕・興奮・狼狽などにより行き過ぎがあることは強く非難できないので、責任が減少するとする。すなわち、本説は、緊急状態におかれたものが「心理的な例外状態」にあること、ないし「規範に従った意思形成」が困難になっていることが、非難可能性減少のゆえんであるとする³。

10 ウ説・i (違法・責任減少説:重畳的併用説)

過剰防衛の場合にも正当な利益が維持されたという面もあり、他方で、過剰防衛の場合には非難の減少も認められることを考慮して、違法・責任の両方が減少すると解する見解⁴。

ウ説・ii (違法・責任減少説:択一的併用説)

- 15 過剰防衛における刑の減免根拠を違法または責任の減少に求め、いずれか一方だけの減少でも刑の減輕の可能性を認める見解⁵。

IV. 判例

最判平成 21 年 2 月 24 日刑集 63 卷 2 号 1 頁

20 [事実の概要]

覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘置所に勾留されていた被告人が、同拘置所内の居室において、同室の男性 A と口論になった末、A が折り畳み机を被告人に対して押し倒してきたことから、被告人は反撃としてそれを勢いよく押し返し、A はそれにより押し倒した(第一暴行)。そして、押し倒された A に覆いかぶさるようにして A の頬を数回殴打した(第二暴行)。なお、A は、同机が左手に当たったことにより、加療約 3 週間を要する左中指腱断裂及び左中指挫創の障害を負った。

25 [判旨]

- 30 上記第一暴行、第二暴行に関して「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく 1 個の行為と認めることができるから、全体的に考察して 1 個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当である」と判断した。

[引用の趣旨]

上記のように判断した最高裁は、控訴審においての判断を正当であるとしてそれを援用して判断した形となっている。

- 35 控訴審では、「A が第一暴行によって本件机を被告人に向けて押し倒されて上記のような状態になった(下半身部分に本件机が覆い被さる状態)ことから直ちに被告人に対する攻撃意思を失ったとはいえないし、被告人による第二暴行がなければ、間もなく態勢を立て直して再度の攻撃に及ぶことも客観的に可能であったと認められる。」として、急迫不正の侵害可能性が継続しており、「本件各暴行はこれに対する反撃として A になされたものであって、被告人がかねてから A に対し憎悪の念を持ち、攻撃を受けたのに乗じて積極的な加害行為に出たなど

² 前田雅英『刑法総論講義[第 5 版]』(東京大学出版会,2011)395 頁。

³ 山中敬一『刑法総論[第 3 版]』(成文堂,2015)534 頁。

⁴ 高橋則夫『刑法総論[第 2 版]』(成文堂,2013)289 頁。

⁵ 松原芳博『刑法総論[第 2 版]』(日本評論社,2017)174 頁。

の特別な事情も認められない」とし、第一暴行、第二暴行どちらも防衛の意思をもって暴行をしており、防衛の意思の連続性を肯定した。

これらの事情に加えて、第一暴行、第二暴行は時間的・場所的接着性があるという点から、全体として1個の過剰防衛として認定している。

- 5 以上のように、各暴行は、時間的場所的に接着しており、急迫不正の侵害に向けられたものであり、防衛の意思に基づくなされた行為であるため、Aの不法な行為に向けて緊急状況で行われた防衛行為であるという点から、全体として1個の過剰防衛が成立するとしている。この判例の判断方法は検察側が採用している過剰防衛の任意的減免の根拠と親和的であるため、本判例を引用した。

10

V. 学説の検討

1. 防衛の意思

α 説(不要説)

- 15 ①客観的要素だけで違法性の判断ができるという前提自体が不適當であり、主観的正当化要素を認めることも可能である。②明らかに犯罪的意図をもって攻撃行為がなされ、行為者の予想通りに結果を惹起したのに正当防衛の成立を認めると、不正なものを保護することになって不当である。③必要説をとっても過失による正当防衛を認め得る⁶。

よって、検察側はα説を採用しない。

- 20 β 説(必要説)

防衛の意思必要説は、①刑法上の違法性の存否は、客観的要素のみならず主観的要素を考慮して判断すべきである点、②刑法36条1項の「防衛するため」という文言は、主観的な目的を要求していると解するのが自然であるといえることができる⁷。

よって、検察側はβ説を採用する。

25

2. 過剰防衛の減免根拠

ア 説(違法性減少説)

- 30 違法減少説の論理は、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、その分だけ相手方の要保護性は減少しており、それゆえ、刑を任意的に減免するのだというものである。しかし、そうだとすれば、刑は必要的に減輕すべきであろう。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といわざるを得ない⁸。

よって、検察側はア説を採用しない。

イ 説(責任減少説)

- 35 責任減少という点では誤想防衛の場合と同じであるにもかかわらず、通常の誤想防衛は過失犯として刑の減免が認められないのに対し、同じ過失犯である過失の過剰防衛については刑の減免が認められ、また故意の過剰防衛についても刑が免除される場合には誤想防衛よりも軽く扱われることの説明がつかない⁹。

よって、検察側はイ説を採用しない。

40

⁶ 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013)366頁。

⁷ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣,2007)242頁。

⁸ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010)177頁。

⁹ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕[第2版]』(成文堂,2005)112頁。

ウ説・i (違法・責任減少説：重疊的併用説)

重疊的併用説は、刑法 36 条 2 項の解釈としては最も自然であるが、現行法が期待可能性の観点に基づく一般的な刑の減免規定を欠いていることからすれば、刑法 36 条 2 項から期待可能性のみの減弱を理由とする刑の減免の可能性を排除すべきではないように思われる¹⁰。

5 よって、検察側はウ・i 説を採用しない。

ウ説・ii (違法・責任減少説：択一的併用説)

10 刑法 36 条 2 項は、同条 1 項に関係づけられた規定であり、それは、「急迫不正の侵害」の事実という、結果不法に関わる要素が具備されることを要件としているから、ここにおいて、違法性の減少という側面を度外視することはできない。したがって、刑法 36 条 2 項が適用され、刑の減免が認められる場合の中には、もっぱら違法性が減少することが理由となっている場合もありえよう。

15 他方、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、結果的に行き過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得ない場合もあり、もっぱら責任減少を理由として刑の減免が認められるべき場合もありえよう¹¹。

よって、検察側はウ・ii 説を採用する。

VI. 本問の検討

1. X の第一暴行につき、傷害致死罪(刑法 205 条)は成立するか。

20 (1) 傷害致死罪は暴行罪(刑法 208 条)の二重の結果的加重犯であるから、実行行為に「暴行」を含む。そして、「暴行」とは、人の身体に対する不法な有形力の行使をいうところ、本件において X は V の顔面を殴打するという不法な有形力の行使を行っている。よって、かかる行為は「暴行」行為にあたる。

25 (2) そして、V は死亡しており、これは上記暴行により、後方にバランスを崩してコンクリート製の壁に頭部を激突したこと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を原因とするため、上記暴行と死亡結果との間に因果関係が認められる。

30 (3) そして、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・認容をいうところ、結果的加重犯については基本犯に加重結果を生じさせる高度の危険性が内包されていることから、基本犯についての認識・認容があればよく、加重結果についての予見可能性や過失を要しなくとも責任主義に反しない。本件において、X は上記暴行について認識・認容しているといえ、傷害致死罪の故意について欠けるところはない。

(4) したがって、傷害致死罪の構成要件該当性は認められる。

2. もっとも、本件において X が上記暴行をおこなったのは、V が X に殴りかかれたためであり、正当防衛(刑法 36 条 1 項)が成立し、違法性が阻却されないか。

35 (1) 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在するかまたは間近に押し迫っていることをいうところ、本件において、V はいきなり X に殴りかかっており、X のことをおさえつけていることや、灰皿を投げつけていることから違法な法益侵害が現に存在しているといえる。よって、「急迫不正の侵害」があるといえる。

40 (2) 「防衛するため」について、正当防衛が成立するために防衛の意思が必要になるかが問題となるが、検察側は B 説を採用する。

本件において、X は V から殴りかかれたことや灰皿を投げつけられたことなどから、X 自身の身体の安全を守るために、V の攻撃を避けつつ、上記暴行をしている。よつ

¹⁰ 松原・前掲 174 頁。

¹¹ 井田良『講義刑法学・総論[第 2 版]』(有斐閣,2018)319 頁。

て、防衛の意思は認められ、「防衛するため」といえる。

- (3) 「やむを得ずにした行為」とは、反撃行為が防衛行為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行為として相当性を有するものであることを要する。

5 本件において、Vの侵害行為は、いきなり殴りかかり、アルミ製灰皿を投げつけるという行為である。殴りかかるという行為の人の身体に対する危険性はそこまで大きくはない。しかし、ある程度大きさや硬さのあるアルミ製灰皿を投げつける行為は、人の身体にあたれば怪我をする可能性が高く、人の身体に対する大きな危険を有する行為である。

10 これに対して、Xの防衛行為は素手による一回的攻撃であり、危険性はそこまで大きくなく、実質的に危険のより小さい代替手段はないといえる。

よって、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しており、「やむを得ずにした行為」にあたる。

- (4) よって、正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

15 3. したがって、Xの第一暴行につき、傷害致死罪(刑法 205 条)は成立しない。

4. Xの第二暴行につき、傷害罪(刑法 204 条)は成立するか。

(1) そして、傷害罪は暴行罪(刑法 208 条)の結果的加重犯であるから、実行行為に「暴行」を含む。そして、「暴行」とは上記をいうところ、本件においてXはVの腹部を数回殴打するという不法な有形力の行使を行っており、かかる行為は「暴行」行為に当たる。

20 (2) 故意とは、上記をいうところ、結果的加重犯については上述の通り、基本犯についての認識・認容で足りる。本件においてXは上記暴行について認識・認容しているといえるため、傷害罪の故意について欠けるところはない。

(3) したがって、傷害罪の構成要件該当性は認められる。

25 5. では、Xが上記暴行を行ったのも、Vらによる攻撃を防ぐためといえ、正当防衛(刑法 36 条 1 項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) 「急迫不正の侵害」とは上記をいうところ、当該防衛行為時、Vは意識朦朧とした状態にすぎず、完全に意識を失ったわけではない。よろけるように壁にもたれかかり、ぐったりとしていることから、起き上がり再度攻撃に及ぶことは可能である。そうである以上、侵害は終了したとはいえない。よって、「急迫不正の侵害」は認められる。

30 (2) 「防衛するため」とは上記をいう。第二暴行は憤怒から行われている一面があるが、上記の通り急迫不正の侵害は終了しておらず、当該暴行はこれ大してVになされたものであって、XはかねてからVに対し憎悪の念を持ち、攻撃が加えられたのに乗じて積極的な加害行為に出たなどの特別な事情もないため、防衛の意思は認められる。

35 (3) 「やむを得ずにした行為」とは、上記をいう。たしかに侵害が継続しているが、意識朦朧とした状態に陥り、ぐったりしている人に対して腹部を一度ではなく数回にわたり殴打することは相当性の範囲を逸脱したものであることは明らかである。よって、「やむを得ずにした行為」とはいえない。

6. (1) もっとも、第一暴行と第二暴行は近接したものであるから、第一暴行と第二暴行を一連一体の防衛行為とみることができないか。

40 (2) 過剰防衛の刑の減免根拠について、ウ説・iiを採用する。

第二暴行が第一暴行の直後に行われていることから、第一暴行と第二暴行は時間的場所的に連続するものである。また、上述したように急迫不正の侵害も終了しておらず、侵害が継続しているといえる。

45 たしかに、Xは「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」と灰皿を投げつけられたことに対して憤怒し、反撃に出た一面がある。行為態様についても、一回的攻撃であった第一暴行と異なり、数回にわたる殴打が行われている。しかし、上記の通り急迫不

正の侵害は終了しておらず、第二暴行はこれに対する反撃として V になされたものであって、X が以前から V に対し憎悪の念を持ち、攻撃を受けたのに乗じて第二暴行に及んだなどの特別な事情も認められないため、第二暴行は防衛の意思をもってなされたと認められる。

- 5 (3) 以上より、第二暴行について、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものと認められ、一個の過剰防衛(刑法 36 条 2 項)が成立する。
- (4) そして、X は第二暴行を行っていること自体は認識しており、過剰性を基礎づける事実の認識にかけるところはない。
7. 以上より、X の行為につき、傷害致死罪(刑法 205 条)が成立し、過剰防衛(刑法 36 条 2 項)
- 10 として任意的に減免される。

VII. 結論

X の第一暴行と第二暴行につき、傷害致死罪が成立し、過剰防衛(刑法 36 条 2 項)として任意的に減免される。

15

以上