

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ4頁8行目判旨「刑法36条の防衛行為は、防衛の意思を持ってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激又は逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とあるが、これはいかなる点で検察側に親和的なのか。
2. 検察レジュメ7頁17行目「防衛の意思の有無を適切に画するためには、防衛の目的・動機を要求することが必要であり、正当防衛の濫用を防止する点で妥当である」とあるが、なぜ防衛の目的・動機を要求する事が必要であるのか。
- 10

II. 学説の検討

1. 「急迫性」の成否

- 15 α説（予期があった時点で、「急迫性」を否定する見解）

検察側と同様の理由により、採用しない。

β-2説（客観的状況に加えて主観面も考慮に入れて判断する見解）

- 急迫性につき主観面も考慮することとなると、侵害を予期していた場合など、行為者の意思及びそれに基づく態度によっては、反撃行為それ自体が許されないこともあり得る¹ことに加え、
- 20 行為者の主観によって急迫性が否定された場合、過剰防衛も成立の余地がなくなるのであり、保護に値しない侵害者の利益に対する侵害ゆえの違法性阻却という正当防衛の正当化根拠に妥当しない。

よって弁護側はβ-2説を採用しない。

25

β-1説（客観的状況のみで「急迫性」を判断する見解）

侵害が「急迫」であるか否かの判断は、正当防衛状況が存在したかどうかを確定し、正当防衛の成立要件を検討する出発点として、行為者の不明確な主観的事情に影響されることなく、

¹ 高橋則夫『刑法総論[第4版]』（成文堂,2018）291頁参照。

客観的(外部的)状況から事実的になされうるし、また、なされるべきである(違法性判断はできるだけ客観的であるべきである)。

実態からみても、眼前に次第に近づいてくる相手に対しては、侵害を予期できたから急迫性はなく、正当防衛ができないとし、とっさに不意打ちを食わせた相手に対しては、侵害を予期できないから急迫性があり、正当防衛が可能であるとするのは妥当でない。侵害の予期の存否・程度の問題とされるものは、客観的な準備行為をしたうえでの防衛行為の妥当性、侵害の回避可能性の問題として、防衛行為の必要性・相当性判断においてとりあげるべきである²。

よって、弁護側はB-1説を採用する。

10 2. 防衛の意思の要否

ア説(防衛の意思必要説)

防衛行為は反射的に行われる場合が多いから、必要説に立つと正当防衛の成立範囲を著しく狭くしてしまう³。また、たとえ客観的に「防衛するため」の行為である場合であっても、過失によって防衛行為となった場合、正当防衛が否定されてしまうこととなる⁴が、結果として不当に法益を侵害していないにも関わらず、正当防衛が成立しないのは妥当といえない。

よって、弁護側はア説を採用しない。

イ説(防衛の意思不要説)

客観的に正当防衛状況にあるとすれば防衛効果があり、したがって、客観的に攻撃者の要保護性が防衛に必要な限度で減少・消滅しているわけであるから、そのことだけで直ちに違法阻却の効果が現れる⁵というべきである。また、防衛する「ため」という文言に防衛の意思の根拠を求めることが法文解釈として不可能ではないが、違法性阻却事由は、行為者の不明確な主観的事情に影響されることなく、客観的状況から事実的になされるべきであり、防衛の意思は正当防衛の要件として必要でないというべきである⁶。

よって、弁護側はイ説を採用する。

² 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣,1986)333頁。

³ 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』(成文堂,2025)284頁参照。

⁴ 西田典之(橋爪隆 補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂,2025)181頁参照。

⁵ 西田・前掲182頁。

⁶ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016)131頁参照。

3. 防衛の意思の内容

甲説（目的説）

そもそも、急迫不正の侵害を受けた者は相手に対して恨みの感情を抱いたり怒ったりするのがもつともであるのに、報復的加害意思が併存・優越するというだけで、正当防衛・過剰防衛を否定し、過剰な反撃に出なかった者まで可罰的にする等、妥当性を欠く⁷。

よって、弁護側は甲説を採用しない。

乙・2説（侵害に対応する意思も要求する説）

検察側と同様の理由により、採用しない。

10

乙・1説（急迫不正の侵害の認識で足りるとする説）

防衛の意思は、違法性阻却事由としての正当防衛行為における主観的正当化要素であるべきである。なお、文理上は、権利を防衛する「ため」という語が防衛の意思の必要性を示しているとも言えよう。それ故、必要説が妥当である。

15 そして、緊急状態の下で、必ずしも冷静な判断に基づいたとは言えない反撃行為や、自衛本能に発した反射的行動などについても、一概に防衛の意思がないとすることはできない。反撃の際に、攻撃の意思や憤激・憎悪などの感情が伴った場合も同様である。したがって、防衛の意思とは、急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りるものと解すべきである⁸。

20 よって、弁護側は乙・1説を採用する。

III. 本問の検討

1. XのAに対する刺突行為に傷害致死罪(刑法205条)が成立しないか。

(1) 傷害致死罪の実行行為は基本犯たる暴行罪のもので足りるところ、刃渡り20cmの包丁で胸部を強く突き刺すXの行為は、人に対する有形力の行使にあたり、「暴行」といえる。

25

(2) Aは死亡した。

(3) Xの行為がなければAの死亡結果は発生しなかったのであり、Aの死亡結果はXの行為の有する危険が現実化したといえ、Xの行為とAの死亡結果の因果関係が認められる。

⁷ 曾根威彦・日高義博編『基本判例5(刑法総論)第2版』(法学書院,2006)38頁。

⁸ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008)390頁。

(4) 傷害致死罪の実行行為は基本犯たる暴行罪のもので足り、加重結果についての予見は不要であるところ、自己の行為に認識認容が認められるXには暴行の故意(刑法38条1項本文)が認められる。なお、XはAに対する憤激の念を持っていたにとどまり、Aに対する殺意は認められない。

5 (5) よって、Xの行為に傷害致死罪の構成要件該当性が認められる。

2. XはAにハンマーで殴り掛かれたために行為に及んでいるところ、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。

10 (1) ア 「急迫不正の侵害」とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることをいう。急迫性について、弁護側はB-1説を採用する。したがって、客観的状況のみで急迫性を認定する。

イ 本件において、Xに対する侵害はAによる身体・生命に対する侵害である。これは、AがXに対してハンマーで殴り掛かって来た際に、Xに間近に押し迫ったといえる。なお、最寄りの警察署からXの自宅までは車で2,30分程度かかるのであり、Aは5分程度でXのもとへ着くのであるから、XがAからの電話を受けた時点で警察官に通報したとしても、警察官の到着より先にAがXのもとへ到着するといえ、侵害の押し迫る前に官憲に援助を求めることは容易でなかった。

ウ したがって、「急迫不正の侵害」があった。

20 (2) ア 「防衛するため」について、弁護側はイ説を採用する。したがって、防衛行為といえるためには、客観的に防衛行為としての性質を有していることのみで足りる。

イ 本件において、Aがハンマーを振りかざしながらXの方に駆け寄ってきたのに対して、Xはハンマーで殴り掛かって来たAの攻撃を腕を出し腰を引くなどして防ぎながら行為に及んだ。かかる事情から、Xは一方的に殴り掛かってきたAの攻撃を防ごうとして行為に及んだといえる。

ウ よって、客観的に「防衛するため」といえる。

25 (3) ア 仮にア説に立った場合、弁護側は乙-1説を採用する。したがって、防衛の意思は急迫不正の認識で足りる。

イ 本件において、Xは、Aがハンマーで殴り掛かってきたことを認識して行為に及んだのであるから、防衛の意思が認められる。

30 (4) ア 「やむを得ずにした行為」といえるためには、対抗行為が最小限度のもの、すなわち手段としての必要性・相当性を満たす必要がある。

イ 本件において、Xは身長180cmで体重は75kgと大柄であるのに対し、Aは身長165cm、体重50kgとXに比べかなり小柄である。また、Aはハンマーをもって殴り掛かってきたといえ、これに対し、刃渡り20cmという大柄で鋭利な武器をもって対抗することは、使用武器、及び両者の身体的条件から、防衛行為が相当であるとは言い難い。

5 ウ よって、Xの行為は「やむを得ずにした行為」とはいえず、過剰防衛(刑法38条2項)となる。

3. したがって、Xの行為に傷害致死罪が成立するが、刑法38条2項の適用によってその刑の任意的減免がなされる。

10 IV. 結論

Xの行為に傷害致死罪が成立するが、過剰防衛となり、刑の任意的減免がなされる。

以上