

只木ゼミ前期第3問検察レジュメ

文責：4班

I. 事案の概要

- 5 (1) X(身長180cm,体重75キロ,男性)は、犯行前日の午後4時30分頃、知人のA(身長165cm,体重50キロ,男性)に自宅(マンション6階)の玄関扉を消火器で何度も叩かれ、その頃から翌日の午前3時頃までの間、繰り返し電話で仲間と共に攻撃を加えると怒鳴られるなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。
- 10 (2) 同日午前4時2分頃、自宅にいたXは、Aから、マンションの前に行くから降りて来るようにと電話で呼び出された。なお、当時においてAの自宅からXの自宅までは徒歩で5分程度であり、一方で最寄りの警察署からXの自宅までは車で2,30分程度であった。そのため、XがAからの電話を受けてすぐに警察に通報したとしても、ただちに警察が到着することは期待できず、その間にAが到着してXに対し暴行を加える可能性があった。そして、このような状況をXも認識していたが、具体的にその機会を利用してAを攻撃しようとは意図してなかった。
- 15 (3) Aからの呼び出しを受けたXは、自宅にあった包丁(刃渡り20cm)にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。Xを見つけたAがハンマーを振りかざしながらXの方に駆け寄って来たが、Xは前日よりAから嫌がらせを受けていたこともあってAの顔を見るやいなや憤激の念が抑えきれなくなり、A
- 20 に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、Aに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を腕を出し、腰を引くなどして防ぎながら、Aの胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。
- Xの罪責について検討せよ。

参考判例：最高裁平成29年4月26日第二小法廷決定

25

II. 問題の所在

1. AがXに対して暴行を加える可能性を認識していたことから、正当防衛が成立するか。特に「急迫性」が認められるか。
2. Xは憤激の念が抑えきれなくなっているところ、防衛の意思が認められないのではないか。
- 30 3. 仮に防衛の意思が認められるとしても、Xは憤激の念により本件実行行為に及んでいる。かかる意思からの防衛は、防衛の意思の内容として適切でないのではないか。

Ⅲ. 学説の状況

1. 「急迫性」の成否

α説（予期があった時点で、「急迫性」を否定する見解）

かつての判例¹が採用していた見解である。

5

β説（予期があったとしても、当然に「急迫性」が否定されるわけではないとする見解）

その判断基準につき、以下の見解に分かれる。

β-1説（客観的状况のみで「急迫性」を判断する見解）

- 10 「急迫」か否かは、本来の語義通り、侵害の危険が切迫しているかどうかという客観的視点から検討する²。侵害が予期されていたとしても、侵害行為が現実化した時点において侵害の現実性・切迫性が客観的に認められるとき³には、正当防衛の要件としての侵害の急迫性があると解する。

- 15 β-2説（客観的状况に加えて主観面も考慮に入れて判断する見解）

侵害の予期のみでは「急迫性」を否定しないが、予期された侵害を回避しないことに合理的な理由があったかについて、客観的状况に加えて、どういう意図でそこにとどまっていたのかという主観面も考慮する⁴。

20 2. 防衛の意思の要否

α説（防衛の意思必要説）

- 25 かかる説は、行為無価値論の帰結である。すなわち、正当防衛は、原則的には禁止されている行為を例外的に許容するという違法阻却事由である。そして、行為無価値論によれば、違法の本質は規範違反にある。そして、その実態は規範に違反しようとする意思である。とすれば、自分の行為は正当防衛として許されているという許容性の認識こそが主観的な正当化要素になるのである。この認識がないときには、規範に違反しようという意思でやっているから、そこには行為無価値的な違法がある⁵。よって、防衛の意思は必要である。

¹ 最判昭和24年11月17日刑集3巻11号1801頁,最判昭和30年10月25日刑集9巻11号2295頁。

² 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣,2008) 382頁。

³ 大塚仁ほか『大コンメンタール刑法第2巻[第35条-第37条]』(青林書院,2016) 552頁。

⁴ 西田典之(橋爪隆 補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂,2025)177頁。

⁵ 西田・前掲181頁。

イ説（防衛の意思不要説）

結果無価値論の見地からは、たとえ防衛の意思がないとき、すなわち、正当防衛状況を認識していない時でも正当防衛が成立する。なぜなら、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からである⁶。

3. 防衛の意思の内容

甲説（目的説）

- 10 防衛の目的や意図ないし動機は、たんに内発的なものであってはならないのであって、何らの根拠なく、防衛行為であると思いついていても、ここでいう防衛行為とは言えない。よって、正当防衛状況の認識を前提としてのみ、それに加えて防衛の目的・動機を要求するのが本説である。防衛の目的・動機が必要であるとする、行為者が、侵害に対して狼狽、驚愕、憤激、興奮、逆上のあまり反撃したという場合、積極的に「防衛しよう」という動機からではなく、主たる動機は、狼狽、驚愕、憤激、興奮、逆上したことにある
- 15 というような事例においては、防衛の意思が否定されることとなる⁷。

乙説（認識説）

- 本説は、たんなる急迫不正の侵害の認識で足りるか、それともそれに加えて、侵害に
- 20 「対応する意思」を要求するかによって、二説に分かれる⁸。

乙-1説（急迫不正の侵害の認識で足りるとする説）

- 正当防衛状況にあることを認識しておれば、それに対してどのように「対応」する意思をもつかは問われない点で、知的要素に比べて、意思的要素はより希薄化されている説⁹。

25

乙-2説（侵害に対応する意思も要求する説）

- かかる説は、たとえば「急迫不正の侵害に対応する意思」とか「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」とするものである。この見解によれば、急迫不正の侵害の事実の認識とその侵害を回避する意思があれば足りる¹⁰。

30

⁶ 西田・前掲182頁。

⁷ 山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂,2015）498頁。

⁸ 山中・前掲499頁。

⁹ 山中・前掲499頁参照。

¹⁰ 山中・前掲499頁参照。

IV. 裁判例

1. 侵害の急迫性及び防衛の意思について

最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁判時652号3頁

[事実の概要]

- 5 被告人Xは同宿人Aから暴行を受け、とっさに隠していた小刀でAを刺殺した。原審は、急迫不正の侵害や防衛の意思を否定し過剰防衛の成立を認めなかったが、X側はこれを不服として最高裁に上告した。

[判旨]

- 10 刑法36条にいう「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意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。

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。

- 15 [引用の趣旨]

- 正当防衛における「急迫性」とは、法益の侵害が現に存在しているが、または間近に押し迫っていることを意味することを判示している。検察側が採用する、B・2説の前提となる、B説に基づく判示であるため引用した。また、本判決は正当防衛の要件である「防衛のため」とは、防衛の意思で行為することを意味すると明示したという点で、検察側が採用するA説と親和的であるため引用した。
- 20

2. 急迫性の判断方法について

最終昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁判時863号33頁

[事実の概要]

- 25 C派の被告人らはK派の再襲撃を予期し、バリケードや鉄パイプで応戦した。原審は、侵害を当然に予想し準備していた以上は「急迫性」がないとして正当防衛を否定。弁護人はこの判断を不服として上告した事例。

[判旨]

- 30 刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当である。単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだ時は、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。

35

[引用の趣旨]

防衛状況の発生前から防衛者に積極的加害意思が存在する場合にも、急迫性が失われるとは限らない。しかし、その機会を利用して積極的に加害行為に及ぶ意思がある場合には急迫性を否定するとしている。これは、急迫性の判断において客観的事実のみならず、後

5 者の主観的事実をも考慮すべきことを示したものである。客観的事実のみならず主観的事実をも考慮すると言う点で、検察側が採用するβ-2説と親和的であるため引用した。

3.防衛の意思の内容について

最決昭和33年2月24日刑集12巻2号297頁

10 [事実の概要]

被告人は同居していた被害者から、深夜に酒に酔った状態で暴言・暴行を受け、器物を投げつけられるなどの攻撃を受けた。これに対し被告人は手斧で被害者の頭部を複数回殴打し、さらに頸部を圧迫して死亡させた。この行為が正当防衛または過剰防衛に当たるかが争点であった。

15 [判旨]

被告人の本件所為は...被害者の急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたものではなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り...なしたものであり...正当防衛行為ではなく、又防衛の程度を超えた過剰防衛行為でもない。

[引用の趣旨]

20 本判例は、自己の防衛のためではなく、暴行により日頃の憤懣を爆発させ憤激のあまり被害者を殺害しようとしたものとして、防衛の意思を欠くものとした。判例の立場として、防衛意思を防衛の目的・動機に近いものとして捉えている点で、検察側の採用する甲説に親和性のある判例として引用した。

25 V. 学説の検討

1. 「急迫性」の成否

α説（予期があった時点で、「急迫性」を否定する見解）

危険が予期される事態においても、行動の自由は基本的に保障されなければならない。侵害の予期を理由に直ちに正当防衛を否定するとすれば、侵害が予期できる事態において

30 は、一般的に侵害の回避を法的に義務付けられることになってしまい妥当ではない¹¹。

よって、検察側はα説を採用しない。

¹¹ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』（有斐閣,2019）296頁。

B説（予期があったとしても、当然に「急迫性」が否定されるわけではないとする見解）
その判断基準につき、以下の見解に分かれる。

B-1説（客観的状況のみで「急迫性」を判断する見解）

- 5 急迫性を客観的事実のみで判断すると、自己の意思で侵害を受ける危険のある状況に立ち入った者についても、相手の攻撃開始時点のみを基準に正当防衛の成立を容易に認めることになる。これは、自招侵害にまで広く正当防衛を認めることにつながり、正当防衛制度の濫用を招く恐れがある¹²。
- よって、検察側はB-1説を採用しない。

10

B-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）

- 不必要に利益衝突状況を生じさせたこと、あるいは、これを回避しなかったことにつき、合理的な事由がない場合にまで、正当防衛の権利を認める必要性はない。そうだとすれば、不回避の合理的な理由が求められ、その判断の資料として行為者の主観を考慮することは許されてしかるべきである。むしろ、予期された侵害を回避しないことに合理的な理由があったかについて、客観的な資料のみで判断することは困難である¹³。また、違法性阻却事由の解釈においても目的論的な解釈は当然に許され得るべきであるから、正当防衛による対抗を許すべき状況と言えるか否かの規範的判断を急迫性の解釈に読み込むことが、およそ日本語の「急迫」の意味を超えるであるとは思われない。
- 15
- よって、検察側はB-2説を採用する。
- 20

2. 防衛の意思の要否

A説（防衛の意思必要説）

- 単に偶然に防衛の結果を生じた場合や、明らかに犯罪意図をもってした場合までを正当防衛と見るのは適当ではない。また、刑法における行為は主観的要素と客観的要素とから構成されるべきであるが、防衛行為についても同様でなければならない。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¹⁴。また、行為は主観=客観の全体構造をもつものであるから、防衛の意思がなければ、防衛行為といえないことは明らかである。
- 25
- よって検察側はA説を採用する。
- 30

¹² 山口厚『刑法[第4版]』（有斐閣,2025）67-70頁参照。

¹³ 西田・前掲177頁。

¹⁴ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』（有斐閣,2008）390頁。

イ説（防衛の意思不要説）

防衛する「ため」という文言に防衛の意思に根拠を求めることが法文解釈として不可能ではないが、結果無価値論は、違法性は客観的に判断されるべきだという基本的な立場に従い、防衛の意思は正当防衛の要件として必要でないと解する立場である¹⁵。しかし、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当であり、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持って攻撃行為がなされ、行為者の予想通り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。したがって、防衛を口実にして他の目的のためにする場合（口実防衛）や偶然防衛の場合に正当防衛の成立を否定しても、不当に成立範囲を狭めたことにはならない。③必要説をとっても過失による正当防衛を認め得る。また、刑法36条の権利を防衛する「ため」という文言は、後に見るように、防衛意思を必要とする趣旨を示すものである¹⁶。

よって検察側はイ説を採用しない。

15 3. 防衛の意思の内容

甲説（目的説）

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。

よって検察側は甲説を採用する。

20

乙-1説（急迫不正の侵害の認識で足りるとする説）

侵害の認識のみで足りるとすると、攻撃意思に基づく行為があっても正当防衛が成立し得ることとなり、不当な結果を招くおそれがある。

よって検察側は乙-1説を採用しない。

25

乙-2説（侵害に対応する意思も要求する説）

防衛の意思について一定の意志的要素を要求する点で妥当な側面はあるものの、なお、主観面への依拠が残るため、客観的状況を重視する見地からは十分とはいえない。

よって検察側は乙-2説を採用しない。

30

¹⁵ 山口・前掲135頁。

¹⁶ 川端博『刑法総論講義[第3版]』（成文堂,2013）366頁。

VI. 本問の検討

1. XがAの胸部を包丁で1回強く突き刺した行為に、殺人罪(刑法199条)が成立する。

(1) 実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、殺傷能力の高い包丁を胸部に刺すという行為は、人の死亡結果発生の現実的危険性を有する行為であるから、実行行為性が認められる。

(2) Aは死亡している。

(3) Xの実行行為とAの死亡との因果関係も認められる。

(4) 故意(刑法38条1項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、Xの故意に欠けるところはない。

2. もっとも、XはAにハンマーを振りかざされたことにより本件行為に及んでいることから、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、法益に対する不正の侵害が現に存在すること、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「急迫性」が認められるかが問題となる。

ア この点、検察側はB-2説を採用し、不回避の合理的な理由の存否について検討する。

イ 本件において、午前4時2分頃、自宅にいたXは、Aから、マンションの前に来るの
で降りて来るようにと電話で呼び出されている。また、最寄りの警察署からXの自宅
までは車で2,30分程度であった。そのため、問題文によればXがAからの電話を受け
てすぐに警察に通報したとしても、ただちに警察が到着することは期待できず、そ
の間にAが到着してXに対し暴行を加える可能性があったとされている。

しかし、Xは家の中に滞在していればAは中に入ってこられないのであって、あえ
て出向く必要はなかったと言える。前日に、マンションの玄関扉を消火器で何度も
叩かれていたことを考慮しても、さすがにAが玄関扉を破壊してまでXの部屋に入っ
てくることは考えにくい。

また、仮にAが玄関扉の前まで来たとしても、事前に警察に通報していれば、警察
は20分後には到着できるのであって、公的機関の救助を求められると言える。

よって、不回避であることの合理的な理由がないといえ、「急迫性」は認められ
ない。

(2) また、急迫性が仮に認められるとしても、Xの本件行為が「防衛するため」に行われ
たものといえるかどうか問題となる。

ア この点、検察側は防衛の意思必要説(ア説)を及びかかる内容については目的説(甲
説)を採用する。よって、防衛の意思の内容については正当防衛状況の認識を前提と
して、それに加えて防衛の目的・動機があるか否かについて判断する。

イ 本件において、Xは前日よりAから嫌がらせを受けていたこともあってAの顔を見るやいなや憤激の念が抑えきれなくなり本件行為に及んでいる。よって、自身の生命・身体を防衛するという目的・動機ではなく、逆上のあまり反撃行為に及んだと言える。

5 よって本件において、Xの本件行為の主たる目的は自身の保護ではなく憤激の念に基づく反撃にあると言える。

したがって、防衛の意思が認められない。

(3) 以上により、正当防衛は成立せず、違法性も阻却されない。

10 VII. 結論

Xに殺人罪(刑法199条)が成立する。

以上