

【刑法】

一 構成要件該当性（傷害致死）

1 実行行為

(1) 第1行為：「右肘で乙の左脇腹に渾身の当て身を加え」た行為

(2) 第2行為：「乙の左肩をめがけて木刀を叩き込」む行為

→ いずれも「人の身体に向けられた有形力の行使」であり、208条の「暴行」にあたります。(1)については、客観的には、人の死の危険のある行為であり、現にこの行為で乙は死んでいますから、結果無価値論に立てば殺人の実行行為性も認められますが、行為無価値論では、乙を殺害する故意はないので、殺人の実行行為とは言えないでしょう。

2 結果

(1) 傷害（＝人の生理機能の障害を生じさせること）：乙は、第1行為により肋骨骨折と内臓破裂、第2行為により鎖骨骨折を負っている

(2) 死：乙は失血性ショックにより死亡している（205条傷害致死結果）

3 因果関係

(1) 傷害は上記暴行により直接生じたもの

(2) 死の結果は、内臓破裂による内出血によって生じたものであるから、第1行為との因果関係が認められます。

4 故意

傷害致死の故意は、暴行の故意で足りるとというのが判例です。責任原理の観点から、加重結果について過失を要求する多数説に立っても、本事例では、傷害については確定的故意があります。致死結果については微妙ですが、現役の武道家によって腹部に加えられた渾身の当て身ですから、致死結果の予見可能性もあったと言えそうです。

⇒ 傷害致死罪の構成要件該当性あり

二 違法性（正当防衛の成否）

※ 本問では、甲の行為は二つあり、第1行為の段階では文句なしに急迫性が認められるのに対し、第2行為の段階では、乙の攻撃は終息しているので、客観的には急迫性は認められません。また、発生結果も、第1行為では「死」、第2行為では「傷害」と、異なっていますから、最終的に両者を一連一体の行為（包括一罪）と見るかどうかは一応別の問題として、以下では、個別的に検討して解説します。

1 第1行為

(1) 自己または第三者の権利に対する急迫の侵害

1. 「急迫不正」とは、権利侵害が現になされているか、間近に迫っていることを言う。

2. 第1行為の時点では、剣道3段の乙が、赤樫の木刀で、甲の頭部をめがけて、全力で打ち込んでいるのだから、少なくとも「甲の身体」に対する侵害はあります。更に言えば、身体の枢要部である頭部への木刀による攻撃は、客観的にも死の危険があり、乙の心理状態は殺意さえ伺わせるものと言えそうですから、「甲の生命」に

対する侵害もあったと言えるでしょう。また、乙は攻撃の続行を意図していた（現に続行している）のですから、侵害は継続中と言えます。

→ 甲の身体・生命に対する急迫不正の侵害あり

(2) 防衛の意思

1. 結果無価値論の立場は、防衛意思を不要とし、防衛の意思なしに行い、結果的に正当防衛になった「偶然防衛」も認めますが、人の行為の評価としてのみ違法という判断はありうるとして、違法判断に行為者の内心の考慮を持ち込む行為無価値論の立場は、正当防衛の成立のためには防衛の意思が必要とし、こちらが通説判例となっています。但し、一切の不純物のない純粋な防衛意思でなければならないとする立場は殆どなくなり、現在では「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができる」（最判 S50. 11. 28）として、防衛意思と併存できる程度の攻撃意思の存在は許容するのが一般的です。攻撃を受けた者が、多少なりとも憤激するのは当然であり、それだけを理由に、社会的相当性がなくなるものではないというのがその理由です。
2. 第 1 行為の時点では、甲は「暴漢（乙）に対する怒り」も持っています。これはまったく当然の感情であり、「後続攻撃を封じるべく木刀を奪う隙をつくるのが主たる狙い」だったのだから、防衛の意思は認められるでしょう。

(3) 広義の相当性

1. ここでも、結果無価値論は「やむを得ずにした」という法の文言から、法は必要性のみを求めているとして、相当性不要説に立ちますが、通説は、必要であればすべて許されるわけではなく、できるだけ侵害の少ない方法を採用すべきであるとの観点から、必要性に加えて相当性を要求します（必要最小限度の原則）。もっとも、通説の考える必要性は後述のようにかなり緩やかに判断されますが、相当性不要説は必要性をかなり厳格に行い（そこまでは必要はあったのか）、通説が相当性判断の中で行う内容にまで踏み込んでいるようですから、実際上は、それほど大きな結論の差は生じないと言えるかもしれません。以下では、一応、必要性和相当性に分けて検討します。
2. 必要性
通説判例では、正対不正の関係であるから、「他に方法がない」こと（緊急避難）までは要求されず、ある程度緩やかに解されるとして、反撃することが権利防衛上ひとつの合理的手段であると考えられる限り、必要性は肯定されとするのが一般的です。
→ 本事例では、①乙は、夜間、物陰から、凶器である木刀を持って一方的に襲いかかってきたのであり、②甲は第一撃を逃れていますが、当然、間を空けずに同種の後続攻撃が続くことが予想され、③現場は人通りもない場所だった、といった事情があり、平和的な制止等は困難であり、乙の後続攻撃を避けるためには、乙の身体に対する何らかの有形力の行使は必要不可欠でしょう。
3. 手段の相当性

ここでも、正対不正の関係だから、絶対的法益均衡（緊急避難）ではなく、「著しい不

均衡がない」程度でよいとするのが判例通説です。その際、現に生じた侵害利益と保全利益の均衡を考慮するのではなく、一般的な行為の危険性レベルでの侵害性を考慮（「現に死んだ」ことではなく、「一般的に死ぬほど危険な行為だったか」を考慮）し、その程度の行為を以て反撃することが社会的相当性を持つかを検討するのが、行為無価値論に立つ通説判例の手法と言っているでしょう。

→ 本事例では、甲の当て身により、乙は内臓破裂を起こして結果的に死亡していますが、木刀で頭部に殴りかかるという乙の攻撃自体、十分に死の危険をはらむものであり、これに対し、甲の反撃は、不幸にして乙の死の結果に至ってはいますが、一般的に言えば、死に至る危険はそれほど高いものではなく、甲自身も殺害まで意図していたものではないことなどを考慮すると、防衛手段の相当性は認めてよさそうです。

⇒ 第1行為は、正当防衛にあたる

2 第2行為

(1) ※の箇所です。上述したとおり、第2行為の段階では、乙は「戦意を失って呆然と立っている」状態だったのですから、客観的には、急迫不正の侵害は終了しています。「侵害がない状態で攻撃したのだから、第2行為は純然たる犯罪行為であり、過剰防衛を論じる余地はない」というのも一つの見解でしょうが、通説判例はこの場合、「量的過剰」として、過剰防衛の適用される余地を認めています。すなわち、「相手の攻撃に対して 必要性和相当性の程度を超えた」通常の過剰防衛（質的過剰）とは別に、「相手が侵害をやめたのに、勢い余って追撃した」場合を「量的過剰」として、過剰防衛の成立を認めるのです。この考え方は、藤木英雄教授が「当該行為の一部は正当防衛と認めることができるが、侵害者に対する反撃がすでに危険が去ったと認むべき段階にまで及び、この段階においては防衛行為とさえ認められない、という場合には、前半を正当防衛、後半を単なる加害行為というように分断して論ずるのではなく、両者を包括して過剰防衛と認定すべきである」として提唱し、判例に採用されたものです。確かに、正当防衛が絡んでいない場合、同一機会に連続して行われた一連の暴行は、全体として一個の行為（包括一罪）と評価されますから、十分成り立ちうる考え方だと思います。

(2) 本件類似判例（最決 H20. 6. 25）

1. 事案の概要：D から殴り掛かれた被告人が、反撃したところ、D がアルミ製灰皿を被告人に向けて投げ付けたため、被告人が D の顔面を殴打すると、D は転倒して頭部をタイル敷の路面に打ち付けて動かなくなった（第1暴行……D はこの行為によって生じたクモ膜下出血により死亡）が、更に、動かなくなった相手に対し「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足げにするなどして肋骨骨折等の負傷をさせた（第2暴行）。

2. 下級審

第1審（静岡地判 H19. 8. 7）： 第1行為については、正当防衛が成立する状況下にあったが、第2行為時点では急迫性がなかったとしたうえで、第1行為と第2行為は、「分断して評価せずにDの侵害に対する一連の反撃行為とみるのが自然であり、こ

れらの行為を全体的に観察して正当防衛ないし過剰防衛の成否を判断するのが相当である。」とし、第2行為を量的過剰としたうえで、全体として1個の過剰防衛の傷害致死とした。

第2審（東京高判H19.12.25）： 第1暴行を正当防衛としたうえで、第2暴行につき、「第1の暴行と第2の暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、第2の暴行の際には、（動かなくなった被害者の状態から見て）外観上、侵害が終了していることが明らかであり、被告人もそれを認識した上、攻撃の意思のみに基づいて第2の暴行に及んでいる。第1の暴行と第2の暴行は、被害者からの侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点において、明らかに性質を異にし、その間に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継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。」として、傷害罪の成立を認めた。

3. 最高裁： 「第1暴行により転倒したDが、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、Dによる侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、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継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。」として、傷害罪にした高裁を支持。

→ この判例は結論として量的過剰の成立を否定していますが、その可能性も認めているのであって、その論旨は、複数の行為が、①時間的・場所的に接着しており、②防衛意思において一貫している、場合に両者を一連一体の行為として、一個の量的に過剰な防衛行為と認められるというものです。

(3) 本問の場合、①二つの行為は時間的・場所的に接着してはいますが、②防衛意思の一貫性の点はどうでしょうか。乙は、凶器の木刀を奪われ、内臓に損傷を受けた状態で、木刀を持った7段の剣道家の前に「戦意を失って呆然と立って」いるのだから、客観的には、乙の攻撃は完全に終息しているばかりでなく、もはや乙に抵抗のすべもないことは明白でしょう。甲は、このような乙の状態を認識したうえで、「俺を甘く見ていたな。この俺に勝てると思っていたのか。」という、いわば最終的な勝利宣言をした上で、あえて乙に殴りかかり、鎖骨の複雑骨折という重傷を負わせているのだから、防衛の意思の連続性はとも認められないように思われます。

⇒ 第2行為について量的過剰は成立せず、傷害罪成立

3 補足：致死結果の帰責について

※ 本事例も、上記最決 H20. 6. 25 同様、正当防衛と認められる第 1 暴行から死が発生しており、問題の第 2 暴行の結果は傷害にとどまっています。従って、最高裁のように、両行為の一体性を否定した場合、正当防衛行為の結果として生じた「死」については、責任を問えないことになり、甲の罪責は「傷害」どまりとなります。これに対して、量的過剰を認める場合には、判例では、上掲静岡地裁のように、一個の過剰防衛行為と捉え、「過剰防衛による『傷害致死』」となります。受験生の中には、「死を引き起こした第 1 行為は正当防衛として認められる内容だから、死の結果について責任を負わせることはできないはずなのに、なぜ過剰防衛による『傷害致死』になるのか」という疑問を持った方もおられると思われますので、この点の判例も紹介しておきます。この判例は、第 2 行為の時点でも被害者による侵害は継続していたと認定しており、量的過剰の事例ではありませんが、一連の防衛行為の間での結果の帰責が問題となった事案です。

(1) 事案： 急迫不正の侵害に対する反撃として複数の暴行を加えた場合において、防衛手段としての相当性が認められる第 1 行為によって相手を骨折させ、その後、過剰防衛として暴行を行った事例。原審は両者を一体の行為と見て、過剰防衛による傷害罪が成立するとした。

(2) 弁護人上告趣意： 「原判決は、第 1 暴行については、急迫不正の侵害があり、防衛手段としての相当性も認められるとしているのであるから、第 1 暴行は、違法性のない行為である。そして、B の傷害は第 1 暴行によって生じたことが明らかであるから、結局、B の傷害は、違法性のない行為によって生じたと言わざるを得ない。違法性のない行為によって生じた結果について刑責を問われるいわれがないことは当然であり、それがその後の行為と「一体」となって違法性が復活するなどということはない。」

(3) 最判 H21. 2. 24： 「所論は、本件傷害は、違法性のない第 1 暴行によって生じたものであるから、第 2 暴行が防衛手段としての相当性の範囲を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するにすぎないと主張する。しかしながら、前記事実関係の下では、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り、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである。」

→ どちらの言い分を支持しますか？

以上