

# 只木ゼミ前期第3回弁護レジュメ

文責：3班

## I. 反対尋問

- 5 1. 檢察レジュメ2頁6行目以降において、引用している判例は、なぜ権利濫用説と親和的であると解釈できるのか。
2. 檢察レジュメ3頁14-16行目において、故意的自招事例としているが、そのことからなぜ直ちに本文において、防衛行為否定説を採用すべきでないことが導かれるのか。
3. 檢察レジュメ3頁21行目において、「故意的自招においてもその成立を認めるべきでない」としているが、そのように考えた理由は何か。
- 10 4. 檢察レジュメ3頁25行目において、正当防衛の権利性は憲法第何条において、その意義をどのように解釈した結果導かれるのか。
5. 檢察レジュメ4頁9行目以降の2要件は、その文言がどの要件の問題として取り上げられ、それぞれの事情に当てはまる場合はどのような理由で、その要件を不利な方向に働くかせられるのか。
- 15

## II. 学説の検討

### α説(権利濫用説)

- 20 様々な要素を考慮すれば、その分視点が分散し、また、考慮要素が相対化されることに伴い、恣意的な判断がなされてしまう可能性がある。よって弁護側は、α説を採用しない。

### β説(社会的相当性説)

検察側と同様の理由により、弁護側はβ説を採用しない。

25 γ説(原因において自由な行為の理論)

検察側と同様の理由により、弁護側はγ説を採用しない。

### ε説(防衛意思否定説)

- 30 初めから反撃を加える意図で故意に侵害行為を誘発した場合に、正当防衛の成立を否定することは、結論において正当であるが、全体として因果性を強く有しているかどうかを検討し、一連の行為といえるかどうかを判断することは急迫性に関する基準での判断に際しては重要である<sup>1</sup>。

よって、弁護側はε説を採用しない。

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』(東京大学出版会,2024) 277頁。

### 6説(防衛行為否定説)

検察側の適示する通り、6説は、「一連の行為」と評価し得る行為を行った場合に、正当防衛の成立を否定する見解であり、主として積極的加害型自招侵害(意図的自招)の事例において適用され、故意的自招(積極的加害意思まではないが、故意行為で挑発することになった場合)には適用されない<sup>2</sup>。それは、故意的自招においては、意図的自招と比して、客観的に因果性が強いとまで言えず、全体として「一連の攻撃」とはいえないからである。

正当防衛の事例においては、侵害行為を予期していたからといって、ただちに正当防衛が成立しないわけではない<sup>3</sup>。それは、侵害行為を予期していたからといって、防衛行為を取らずに反撃行為を甘受しなければならないとするのは不合理だからである。そこで、積極的加害意思等を考慮し、専ら、反撃行為を利用して防衛行為として加害行為を行った場合には、正当防衛が成立しない。この考え方は複数の判例(最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁<sup>4</sup>、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁<sup>5</sup>)に適合する。

よって、弁護側は6説を採用する。

### III. 本問の検討

1. XがAの左ほおを手拳で1回殴打した行為(以下「第一暴行」という)に暴行罪(刑法208条)が成立しないか。

(1) 第一暴行によって、XはAに不法な有形力を行使した。故意(38条1項)とは、客観的構成要件該当事実の抽象的認識認容を言うところ、Xについて暴行罪の範囲で上記認識認容に欠ける点はなく、故意が認められる。

(2) よって、第一暴行に暴行罪が成立する。

2. Xが特殊警棒でAの顔面や左手を数回殴打し、同人に顔面挫創等の傷害を負わせた行為(以下「第二暴行」という。)に傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

(1) 第二暴行は、Aに顔面挫創等の生理機能の障害を負わせ、「傷害」にあたる。そして、Xに傷害罪の範囲で先述の認識に欠ける点はなく、故意が認められる。

(2) よって、第二暴行は傷害罪の構成要件に該当する。

3. ここで、第二暴行に先立って、AはXの背中の上部または首付近を強く殴打しており、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。

(1) ア 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在しているまたは間近に押し迫っていることをいうところ、AがXの背中の上部または首付近を強く殴打した行為は、不法な有形力の行使にあたり、「急迫不正の侵害」が認められる。

イ 「防衛するため」とは、行為が主觀と客觀の統合体であることから、防衛の意思を要する。そして、防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識し、これを避けようとする単純な心理状態をいうところ、XはAによる暴行行為を認識し、これを避けようとする単純な心理状態で第二暴行に及んだ。よって、「防衛するため」といえる。

<sup>2</sup> 前田・前掲277頁。

<sup>3</sup> 岡本昌子「自招侵害について」刑法雑誌47巻3号(2008)44-45頁。

<sup>4</sup> 昭和46年判決は「その侵害が間近に押し迫っているとしてもそのことから直ちに急迫性を失うものと解すべきではない」旨を判示している。

<sup>5</sup> 昭和52年決定は「当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない」「単に予期された侵害を避けなかつたにとどまらず、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ときは、もはや侵害の急迫性の要件を満たさないものと解するのが相当である」旨を判示している。

<sup>6</sup> 岡本・前掲44-45頁。

ウ 「やむを得ずに入った」とは、防衛行為の侵害行為に対する必要性及び相当性をいうところ、A が X を追ってきたということは、A による更なる追撃が想定されるところ、第二暴行はこれを防ぐものとして、必要性が認められる。また、A は自転車に乗りながらいわゆるテリアットを X にしており、高速度でそのような技をかけることはきわめて危険性が高く、それに対し特殊警棒で応戦することは、相当性を欠かない。よって、「やむを得ずに入った」といえる。

エ よって、正当防衛が成立するように思われる。

(2) もっとも、A の上記暴行行為は、X の第一暴行に誘発されたものであるから、いわゆる自招侵害が問題となる。

ア この点、弁護側は 8 説を採用する。すなわち、侵害行為に先立った先行行為と防衛行為が一連の行為とみなされる場合には、正当防衛の成立を否定する。

イ 本件において、たしかに、X は故意的に第一暴行に及んだ。しかし、第一暴行時、X は A に対する積極的加害意思を有しておらず、客観的に因果性が強いとは評価できない。

ウ よって、第一暴行と第二暴行を一連の行為と評価することができない。

15 (3) したがって、X の第二暴行に正当防衛が成立し、傷害罪は、違法性が阻却され、成立しない。

4. 以上より、X には暴行罪(刑法 204 条)が成立する。

#### IV. 結論

20 X の第一暴行に暴行罪(刑法 204 条)が成立し、X はその罪責を負う。

以上