

1. 反対尋問

- (1) . 学説の検討1について、法確証の原理とは何か。
- (2) . 学説の検討3(3)及び、 . 本問の検討において、攻撃の意思と積極的加害意思の違いをどう区別するか。

2. 立論

. 学説の検討

(1)防衛の意思の要否について

- イ . まず検察側は、法確証の原理からB説(防衛の意思不要説)を批判している。しかし、検察側の主張するように「正しい法秩序の維持」自体をあまりに重視しすぎると正当防衛の成立範囲が不当に拡大するため、正当防衛は違法性阻却の基本原則である優越的利益の原則¹で説明すべきである。そのため、検察側の批判は妥当しない。
 - ロ . そして検察側は、正当防衛が成立するためには客観的正当化要素のほかに、主観的正当化要素としての防衛の意思が必要であるとする、A説(防衛の意思必要説)を採用している。これは判例も採用するところであるが、不当であると言わざるを得ない。そもそも違法性の実質は法益侵害及びその危険に尽きる²というべきところ、行為者の主観的事情によって、法益侵害及びその危険が影響を受けることはない以上、違法性の判断は客観的になされるべきであり、このことは違法性阻却の判断にもあてはまる。
 - ハ . さらに、検察側は36条の「権利を防衛する『ため』」という文言は、防衛の意思を必要とする趣旨と解するのが素直であるとするが、不要な解釈をせずに、客観的に「防衛するため」でない行為を排除する趣旨と捉えるほうが素直である。
- 二 . したがって、正当防衛の成立要件に防衛の意思は不要である。

(2)積極的加害行為に正当防衛は成立するのかについて

- イ . まず、検察側と同様の理由によりA説(急迫性欠如説)は採用できない。
- ロ . そして、検察側はB説(防衛の意思欠如説)を採用し、防衛の意思の内容を、「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」で足りるとしている。しかし、そのような『単純な』心理状態は、積極的加害意思を有していたとしても当然に消滅するようなものではない。iiiとすれば、B説は「攻撃の意思と防衛の意思は並立しうるが、積極的加害意思と防衛の意思は並立し得ない」として『攻撃意思の強弱』で判断せざるを得なくなる。しかし、このような『攻撃意思の強弱』の認定は困難であり、結局外部に現れた積極的加害行為を手がかりにせざるを得ない。
- ハ . よって、B説を採用する意味はなく、C説(防衛行為欠如説)が妥当である。

. 本問の検討

- (1) まず、Xは鉄パイプを使いYの頭・肩・腕に加療1か月の傷害を負わせているため、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。
- (2) もっとも、Xの行為はYの殴りかかる行為に対応してなされているので、かかる行為について正当防衛の成否が問題となる。この点、弁護側は防衛の意思不要説を採用するため、正当防衛の成立要件は「急迫」かつ「不正の侵害」に対し、自己または他人の権利を「防衛するため」、「やむを得ずにした」行為であること、となる。
 - イ . 本問ではXはYらタダキッズが襲撃してくることを予期しているが、単なる予期が存在するだけでは急迫性は失われず、またYがXに鉄パイプで殴りかかっているため、客観的に危険が差し迫っていることから「急迫」といえる。
 - ロ . またYの行為は傷害罪の実行行為に当たり違法であるため「不正の侵害」があるといえる。
 - ハ . では、Xの行為は「防衛するため」の行為といえるか。この点、あらかじめ十二分の予見をもち、反撃の準備を行っており、回避が非常に容易でかつ反撃の必要性が低い場合は「防衛するため」の行為とはいえない。確かに本問では、Xらはタダキッズの警告に対し、襲撃を警戒し武器を準備していることからあたり正当防衛が否定されるようにも思える。しかし、タダキッズがいつ襲撃してくるか分からないことから回避が非常に容易とは言えず、またYの鉄パイプによる攻撃はXの生命の危険を生じさせ得るためXの反撃の必要性が低いとはいえない。よって、Xの行為は「防衛するため」の行為といえる。
 - 二 . さらに、Xの防衛行為に必要性があり、また武器が対等でありかつ追撃を中止していることから相当性もあるため「やむを得ず」したといえる。
- (3) よって、Xの行為は正当防衛の成立要件を満たし、違法性が阻却されるため、Xに傷害罪は成立しない。

. 結論

以上より、Xは何ら罪責を負わない。

以上

¹ 前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(2006)東京大学出版会 323頁

² 前田・前掲 48頁

ⁱⁱⁱ 前田・前掲 341頁