

## I. 反対尋問

1. 検察側は、Xのいかなる行為について傷害罪と評価しているのか。
2. 社会的相当性説のいう「社会的相当性」とは何か。
3. 甲説に対する批判として挙げている「正当防衛と自招防衛が一般と特殊の関係にある」とはどのような意味か。

## II. 学説の検討

### 1. 防衛の意思の要否について

(1) 検察側は防衛の意思につき必要説(A説)をとるが、違法性はあくまで客観的に判断すべきであり、行為者の主観的事情にかかわらせるべきではない<sup>1</sup>。

したがって、A説は妥当ではない。

(2) そもそも、違法性の実質は法益侵害とその現実的危険にあり、違法状態を客観的に判断する立場からは、客観的に正当防衛状況にあるとすれば防衛効果があり、客観的に攻撃者の要保護性が防衛に必要な限度で減少しているわけではない<sup>2</sup>。

よって、弁護側は不要説(B説)を採用する。

### 2. 自招侵害の場合に正当防衛が成立するかについて

(1) 検察側は社会的相当性説(乙-3説)をとるが、「社会的相当性」がいかなる事柄を意味するかは、文言から一義的には明らかではなく、判断基準が不明確性であるため妥当でない。

したがって、乙-3説は採用できない。

(2) 前述のとおり、違法性の実質は法益侵害とその現実的危険にある。とすれば、法益主体が自己の法益の保護を要求しない場合には、法益の要保護性を欠き法益侵害を觀念しえないから違法性は欠如する。

そして、法益の要保護性を充たすのは、「急迫不正の侵害」が存する場合であり、自招侵害についても正当防衛の客観成立要件である急迫性の要件の中で検討すべきと解する。

この点、自招侵害においては挑発行為等により相手の反撃が十分に予期されるにもかかわらず、すすんで自らをその危険に晒すのであり、挑発者は一定の反撃の危険を引き受けているといえるので、その点において当該法益は要保護性を失ったといえる。

そこで、挑発行為がある場合には、挑発者はそれによる危険を引き受けたといえるから、原則として急迫性の要件を欠き正当防衛は成立しないといえるべきであるが、相手方の反撃が挑発者の予期する範囲を超える場合には、未だ法益が要保護性を失っていないから例外的に急迫性の要件を充足する余地があるものと解する。

なお、甲-2説、甲-3説、乙-1説、乙-2説はいずれも検察側と同様の理由から採用することができない。

よって、弁護側は、急迫性否定説(甲-1説)を採用する。

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]339頁

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』弘文堂[2010]170頁以下

### Ⅲ. 本問の検討

1. Xが、Aと口論になっている際にAの頬を殴打した行為については、Aに対する不法な有形力の行使であり、暴行罪(208条)が成立する。
2. Aが自転車でXを追跡し、殴打したことに對して、Xが特殊警棒で反撃しAに重傷を負わせた行為は、Aの生理的機能を害するものであり、傷害罪(204条)の構成要件に該当する。

もともと、Aの追跡行為はXの第一暴行に起因するものであることから、自招侵害に對して正当防衛の成立が認められるかが問題となるが、この点、弁護側は急迫性否定説(甲-1説)を採用し、挑発行為がなされた場合には急迫性の要件を充足しないが、相手方の反撃行為が挑発者の予期しないものである場合には、なお急迫性が肯定される余地があると解する。

本問においては、確かにXはAを殴打し立ち去っているが、その後に数十メートルの距離を自転車で追跡することは格別、追跡するにとどまらず自転車で乗ったままXを背後から殴りつけるなどという行為は、通常Xを呼びとめれば済むものをさらに暴行まで加えることは考えられないから、Xの予期しないAの過剰な反撃であったと言わざるを得ない。

したがって、Aの当該殴打行為はXの予期する危険の範囲を超えるので、未だXの法益の要保護性は失われておらず、「急迫不正の侵害」があるといえる。

次に、Xは、背後からのAの殴打行為に對して自己の身体を守るために反撃したのであり、「自己…の権利を防衛するため」といえる。

さらに、Aは自転車を起こしていた状態ではあったが、Aは「やられたらやり返す」という気持ちで数十メートルの距離を追跡してきたのであって、自転車を起こしたのちに再びXに對し攻撃をしてくる可能性はあったといえるから、Xに防衛の必要性は未だ存していたというべきである。

しかし、Aが素手なのに對して、Xは特殊警棒という相当程度の重量・硬度のある物で反撃しているものであり、これは防衛行為の相当性の限度を超えるものである。

したがって、Xの行為につき傷害罪が成立するが、過剰防衛(36条2項)となるため、傷害罪の刑が任意的に減免される。

3. よって、Xは暴行罪(208条)と傷害罪(204条)の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。もともと、過剰防衛の成立により傷害罪の刑が減免される余地がある。

### Ⅳ. 結論

Xは暴行罪(208条)と傷害罪(204条)の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。  
なお、過剰防衛(36条2項)の成立により、傷害罪の刑に関しては減免の余地がある。

以上