

I. 反対尋問

1. 検察側が本件判例を持ち出した意味は何か。
2. 検察側が必要であると主張する「防衛の意思」の内容は何か。
3. 過失による正当防衛についてどう考えるか。
(参考事例：Xは熊に襲われたと思い、自らの身体を守るために発砲したところ、実際に襲い掛かってきたのは熊ではなくYだった)
4. 検察の主張する「認識」(本問の検討3.(3)以下)の対象は何か。
認識の対象が侵害の存在であるとすれば、恐怖心を抱かなかつたことが、侵害を認識していないことになるのか。

II. 学説の検討

正当防衛の成立に防衛の意思が必要か否か

1. 甲説(防衛の意思必要説¹⁾)は、正当防衛の成立につき防衛の意思を要求するところ、防衛の意思を防衛の意図、動機という意味と解した場合、それは単なる心情要素であり、せいぜい責任要素にすぎない。
2
仮に正当防衛の成立に防衛の意思を要求すると、防衛行為は本能的、反射的に行われることが多く、また憤激、逆上を伴うこともあるため、この場合には正当防衛の成立が否定されることとなり、正当防衛の成立範囲を著しく狭める結果となる。これは、不正の侵害に対し防衛を行うことが許されるという正当防衛の制度を事実上骨抜きにすることとなり妥当でない。
2. 一方、乙説(防衛の意思不要説³⁾)によれば、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・消滅するとして、違法阻却の効果が現れる。
検察側によると、乙説においては偶然防衛や口実防衛において正当防衛が成立することとなり妥当でないとの批判があるが、偶然防衛はそもそも正当防衛の類型性を欠く⁴として成立を否定する余地があり、口実防衛は「意図的な過剰行為」であるとして、正当防衛の成立を否定する⁵余地があるため、かかる批判はあたらない。
また、乙説によれば過失による防衛についても正当防衛の成立を認めることが可能となり、正当防衛という制度の趣旨にも合致する。
3. よって、弁護側は乙説にたつ。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)288頁。

² 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)124頁。

³ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)170頁。

⁴ 前田雅英『刑法総論〔第5版〕』(東京大学出版,2011年)385頁。

⁵ 山口・前掲 124頁。

Ⅲ. 本問の検討

1. Xがウイスキー瓶でAの左側頭部を強打した行為に傷害罪(204条)が成立するかを検討する。

Xはウイスキー瓶という非常に硬いもので、Aの左側頭部を力いっぱい殴打し、よって治療一カ月を要する「傷害」を負わせているので、かかるXの行為は同罪の構成要件に該当する。

2.(1) もっとも、本問のXがかかる行為に及んだのはAが台所にあった包丁を手に持ち、座っているXのほうに向きなおり、同包丁を右手で腰のあたりに水平に構え、手を伸ばせば包丁がXに届きそうな距離から『この若造、冗談じゃねえよ』等とすごんできたからである。そこで、Xのかかる行為は正当防衛(36条1項)にあたり違法性が阻却されないか、以下検討する。

(2) たしかに、AはXを刺したりするような仕草はとっていないので、「急迫不正の侵害」がないようにも思える。しかし、Aは包丁という非常に殺傷能力の高いものを手に持ち、腰のあたりで同包丁を水平に持っていることから、すぐにでも至近距離にいるXを攻撃できる態勢にあるので、Xの生命・身体の安全に対する急迫不正の侵害が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」が認められる。

(3) では、Xは「自己…の権利を防衛するため」に上記行為に及んだといえるか。「防衛するため」の要件に防衛の意思を含むかが問題となるどころ、弁護側は乙説を採用する。

ア. たしかに、XはAが立ち上がって包丁を手にしたのを見た時、Aに傷つけられるという差し迫った危険を感じた記憶はなく、また、ウイスキーの瓶でAを強打した時、Aの行動に対して危ないと感じてこれを防ぐために殴打したとは供述していないので、Xは正当防衛状況を認識していない。

イ. しかし、前述のように、Xの生命・身体の安全に対する急迫不正の侵害が切迫しており、かかる状況でXはAを強打しその場に倒れさせているので、客観的にみればXの生命・身体の安全は守られている。

ウ. したがって、Xのかかる行為は「自己…の権利を防衛するため」といえる。

(4) しかし、AはXの殴打行為によってその場に倒れ包丁から手を離し、全く攻撃の意思を失っているため、この時点でXの生命・身体の安全に対する急迫不正の侵害はなくなり、防衛の必要性がなくなっているにもかかわらず、XはAに対して執拗に強烈な暴行を加えている。よって、Xのかかる行為は「やむを得ずした」とはいえない。

(5) したがって、Xのかかる行為に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されないため、Xのかかる行為に傷害罪が成立する。

3. もっとも、Xのかかる行為は「防衛の程度を超えた行為」にあたり過剰防衛(36条2項)が成立する。

4. 以上から、本問Xの行為には傷害罪が成立するものの、過剰防衛の成立により、傷害罪の刑が任意的に減免される。

Ⅳ. 結論

Xは傷害罪(204条)の罪責を負い、過剰防衛(36条2項)の成立によりその刑が任意的に減免される。

以上