

## I. 反対尋問

1. 検察側は第一行為と第三行為を「全体として一連の行為と認められる」としているにもかかわらず、第一行為につき暴行罪・第三行為につき傷害罪の成立を認めるのは矛盾しているのではないか。
2. 検察レジュメにいう「因果的連関」ないし「兩行為の連関性」とは具体的に何を指しているのか。時間的・場所的接性を意味しているのか。
3. 「正当防衛の外枠を画する客観的な要件としても構成し」とあるが、ここでいう客観的な要件とは具体的に何を指すのか。一般に正当防衛の客観的正当化要素とされる「急迫不正の侵害」と何が異なるのか。また、「防衛のため」という文言を客観的な要件として「構成」しなければならない理由は何か。
4. 「この点」とは何を指しているのか。
5. 「因果的連関」が強く認められる自招侵害類型ではなぜ違法性が阻却されることになるのか。(F説の実質的根拠は何か。)
6. 何を以て基準が「明確」であるとしているのか。

## II. 学説の検討

1. A説<sup>1</sup>、B説<sup>2</sup>、C説<sup>3</sup>、E説<sup>4</sup>については、検察側と同様の理由により妥当でないと考える。
2. (1) では、検察側の採用するF説<sup>5</sup>は妥当であろうか。

F説は、自招行為と防衛行為の因果的連関が強い場合には、客観的に「防衛するため」といえず正当防衛の成立を否定する。しかしながら、自招侵害である以上、自招行為と防衛行為の間に一定程度の因果的連関が認められるのは当然であり、かかる因果的連関が強度であることのみをもって直ちに「防衛するため」といえないと結論付けることは実質的な根拠を欠くものである。また、因果的連関が強度であることを、客観的な正当防衛状況を否定する要素であると考えれば、実質的には「正当防衛状況を否定するほどの因果的連関が認められるか否か」という規範的評価を考慮することになり、基準として明確であるともいえない。

(2) よって検察側の採用するF説は妥当ではない。

3. (1) そもそも、正当防衛の正当化根拠は保全法益の保護の必要性であるところ、自招防衛の場合には、相手方からの侵害は自らの行為によって招来されたものであるのだから、その者の法益を保護する必要性は減少し、逆に、同様の理由により相手方の法益の保護の必要性はそれほど減少しない。かかる場合に防衛行為者側の法益性が減少することにより「やむを得ずにした行為」がより厳しく認定されるため、とりうる手段が限定されるとし、相当性の要件において解決を図ると解するD説<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣,2008年)385頁。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)292頁。

<sup>3</sup> 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣,1975年)235頁。

<sup>4</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社,1990年)238頁。

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会,2011年)370頁。

<sup>6</sup> 佐伯千臣『刑法講義(総論)〔4訂版〕』(有斐閣,1981年)203頁。

が妥当である。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 1. Xの第一行為について

Xが、Yの顔面を手拳で一発殴打した行為について、Yに対する暴行罪(208条)が成立する。

#### 2. Xの第三行為について

Xが、特殊警棒を用いてYの顔面や左手を数回殴打した行為について、Yに対する傷害罪(204条)が成立するかを検討する。

(1) Xは、特殊警棒を用いてYの顔面や左手を数回殴打し、よってYに顔面挫傷、左手小指中節骨骨折の加療3週間を要する「傷害」を負わせているため傷害罪の構成要件を充足する。

(2)ア. もっとも、本問においてXは、自転車に乗ったYにリアアットの要領で背後から首付近を強く殴打された(第二行為)ことから上記殴打行為に及んでいる。そこでXの上記行為に正当防衛が成立し違法性が阻却されないか(36条1項)。以下、正当防衛の成立要件を充たすかについて検討する。

イ. まず、「急迫不正の侵害」は認められるか。

確かに、本問においてYのXに対する第二行為は終了している。

しかしながら、Yはいったん逃走したXを自転車で追跡してまでXに攻撃を加えており、またやられたらやり返すという意図を有しているため第二行為が終了してもなお、YのXに対する「急迫不正の侵害」は存続していると評価できる。よって「急迫不正の侵害」は認められる。

次に、Xの行為は「やむを得ずにした行為」といえるか。この点、Xは自らが行った第一行為によりYの第二行為を惹起しておりいわゆる自招侵害にあたる。かかる自招侵害の場合をいかに処理するかが問題となるところ、弁護側はD説(相当性否定説)を採用する。

そこで、Xの身体という法益の要保護性が減少するため、「やむを得ずにした」といえるかを厳格に判断する。

これを本問についてみると、Xは素手のYに対して特殊警棒という高度の打撃力を有する武器を用いて、Yの顔面という身体の重要部位や左手を殴打している。かかる事情に加えXの身体という法益の要保護性が減少していることを考慮すると、Xの殴打行為は相当性を欠いており、「やむを得ずにした」とはいえない。

ウ. よってXの第三行為には正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

(3) 以上よりXが、特殊警棒を用いてYの顔面や左手を数回殴打した行為について、Yに対する傷害罪が成立する。そして、Xのかかる行為は前述のように「やむを得ずにした」とはいえない、すなわち「防衛の程度を超えた」行為であるから過剰防衛となり刑が任意的に減免されることとなる(36条2項)。

なお、第一行為に対して成立した暴行罪は、傷害罪に吸収されると考える。

### Ⅳ. 結論

XのYに対する傷害罪(204条)が成立し、刑が任意的に減免される(36条2項)。

以上