

## I. 反対尋問

1. 2つ目の判例は、行為を別個のものとみなしているようだが、検察側がこれを挙げた趣旨は何か。
2. 『II問題の所在』において、検察側は本問の事例が質的過剰だと考えるのか。
3. 『V学説の検討』下から2行目において、「正当防衛的な行為」とあるが、これはどういう意味か。
4. 『VI本問の検討』で用いられているi～iiiの要件は、どこから出てきたものか。
5. 検察側は、一度成立したはずの正当防衛をなかつたものとみなすことを妥当と考えるのか。

## II. 学説の検討

1. まず乙説について検討する。

乙説は複数の実行行為を一個の行為として検討するという前提に立つが、そもそも刑法は行為主義であり、個々の行為を別個のものとして検討するのが原則である。

また、適法な行為と違法な行為とを一個の行為とみなすことは妥当でない。

したがって弁護側は乙説を採用しない。

2. つぎに甲説について検討する。

- (1) そもそも、前述の通り、刑法においては行為主義が妥当する以上、むやみに複数に行為を一個のものとしてとらえるべきではない。

また、「疑わしきは被告人の利益に」の観点から、一度成立したはずの正当防衛をなかつたものとみなすことは妥当でない。

- (2) この点、検察側は「疑わしきは被告人の利益に」の原則により重い結果につき刑責を負う余地がなくなることを根拠に甲説を批判するが、正当防衛においても「疑わしきは被告人の利益に」の原則が妥当する以上、正当防衛の結果である疑いのあるものについて刑事責任を問えないのは当然であり、この基本原則を曲げることは妥当な結論とはいえない。

- (3) したがって、弁護側は甲説を採用する。

## III. 本問の検討

1. 本問において、XはAに対し折りたたみ机を押し返し(第一暴行)、さらにAを手拳で殴打し(第二暴行)、もってAに傷害を負わせているが、Xに傷害罪(204条)が成立するか。

2. まず、第一暴行と第二暴行を別個ととらえるか一個の行為ととらえるかが問題となるも、弁護側は甲説を採用するため、第一暴行と第二暴行を別個のものとして考える。

3. そこで始めに、第一暴行について検討する。

- (1) XはAに向けて折りたたみ机をひっくり返しているが、これは人の生理的機能に障害を与えうる行為であり、傷害罪の実行行為に当たる。また、実際にAに左中指腱断裂及び左中指挫創の生理的機能障害という結果が生じている。そしてこの障害はXの当該暴行によるものであったのだから、実行行為と結果との間に因果関係も認められる。

さらにXは傷害罪の客観的構成要件要素について認識・認容していたといえるから、構成要件の故

意も認められる。

したがって、Xの第一暴行は傷害罪の構成要件に該当する。

(2) もっとも、Xがかかる行為に出たのは、Aが先に折りたたみ机をXに向けて押し倒してきたからであり、自分の身を守ろうとしたXに正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されないか。

まず、Aが押し倒してきた机は重量のあるものであったと考えられるし、XとAがいたのは拘置所内の居室という狭く密室に近い環境であったことから、Xの生命・身体に対する現実的危険性が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」が認められる。

次に、Xは自己の身体という法益を守ろうとしたのであるから、「自己…の権利」の要件もみたます。

さらに、Xは自己の身に危険を感じ、これを守ろうとする意思で当該行為に出たのであるから、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あったといえ、防衛の意思が認められるから「防衛するため」の要件をみたます。

そして、Xは当該行為に出なければ自己の身体の安全という法益を害されることになるのだから、それを防ぐためかかる行為に必要性が認められるし、机を押し倒されたのに対し同様の方法をとったのであるから、相当性も認められる。したがって、「やむを得ずにした」の要件もみたます。

以上より、Xの第一暴行につき正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

4. 次に、第二行為について検討する。

(1) XはAの左ほほ付近を手拳で数回殴打しているが、これはAに対する不法な有形力の行使であるから、暴行罪(208条)の客観的構成要件要素をみたます。

そしてXは客観的構成要件該当性を認識・認容していたといえるから、構成要件の故意もみたます。

(2) ではXの当該第二暴行についても正当防衛(36条1項)は成立するか。

この点、Xの第一暴行によりAは転倒し、上半身を壁にもたれ、下半身付近に本件机が覆いかぶさる状態になっていたのであるから、Aは極端に体の動きを制限されほとんど腕しか動かせなかつただろうと考えられる。そうだとすると、Aがなお攻撃してくるとは考えにくく、Xの法益の現実的危険性は切迫しているとは言えず、「急迫不正の侵害」の要件をみたまさない。

したがって、Xに正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

5. 以上より、Xには暴行罪(208条)一罪のみが成立する。

#### IV. 結論

Xの第一暴行には傷害罪(204条)が成立するが、正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却され、刑が免除される。

Xの第二暴行につき、暴行罪(208条)が成立し、Xはその罪責を負う。

以上