

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 4 頁 14 行目に「違法判断は個別的であるといえる」とあるが、個別的であるならば、挑発行為自体によって発生した責任が肯定されるにしても、「適法」である行為によって発生した結果に対する責任は肯定されないのではないか。
2. 検察側レジュメ 4 頁 18 行目にいう「相当因果関係」とは何か。
3. 弁護側のとる対物防衛否定説では、責任無能力者による侵害行為に対して正当防衛が認められる余地
10 はあるか。

II. 学説の検討

1. 対物防衛の成否について

β 説：否定説

- 15 本説は、正当防衛にいう不正の「侵害」とは人間の侵害行為を意味するから、動物による侵害に対しては正当防衛が認められず、緊急避難だけが可能であり¹、動物の管理者に故意・過失があったかどうか明らかでない場合には、緊急避難の厳格な要件の元で違法性の認定をなし、それが認められる場合にのみ緊急避難の成立を許すべきとする見解である。

- 20 しかし、侵害行為が動物によるものであっても明らかに法益を侵害・危険化している²。また、緊急避難は厳格な成立要件を満たして初めて認められるものであり、被侵害者の保護に十分には資さない³。
よって、弁護側は β 説を採用しない。

α 説：肯定説

- 25 そもそも法は、評価規範とともに決定規範としての一面も有する。そして我々が何かを決定するとき、決定する前に何を決定すべきかを評価する必要があるから、評価規範は決定規範に先行する。そして、すべての人に宛てられた法規範としての評価規範は違法性の根底として、また、人格的に義務付けられた個人を名宛人とする決定規範は責任の根底として、作用する。ゆえに、違法性と責任は区別されるとともに、違法性は行為者の能力と関係なく、客観的に判断されるべきものである⁴。

- 30 そしてこのような客観的違法性論の基礎にある一般的な評価規範は、法益に対して侵害又は脅威を与えるあらゆる事象に向けられるため、その対象は人間の行為に限定されず、動物の行為にまで及ぶ。このように考えると、正当防衛の要件としての「不正の侵害」にいう「不正」は、防衛の対象となるべき侵害の性格を規定する概念であって、行為者の犯罪性の要件としての違法性に関するものではないから、この趣旨に合致する⁵。

よって、弁護側は α 説を採用する。

¹ 曾根威彦『刑法総論[第4版]』（弘文堂,2008年）101頁。

² 曾根・前掲 101頁

³ 大塚仁『刑法概説 総論[第3版増補版]』（有斐閣,2005年）366頁。

⁴ 大塚・前掲 340頁

⁵ 大塚・前掲 342頁

2. どのような根拠に基づき自招者の防衛行為を違法とするか

A 説：権利濫用説について

5 この説は、正当防衛の濫用と認められる場合に正当防衛の成立を否定するものであり、意図的な挑発を行った者に正当防衛が成立することはないとする。しかし、過失によって相手方を挑発した場合にも権利の濫用になるのか、なるとしたらどのような場合に権利の濫用となるのかが明らかではない。

また、挑発行為に対する反撃行為は保護に値する法益を対象としていないので挑発行為に対する反撃を広く許容することになり妥当ではない⁶。

したがって、弁護側は A 説を採用しない。

10

C 説：原因において違法な行為説について

この説は、挑発行為自体に違法性阻却がみとめられない限り、挑発行為の違法性は阻却されない。また、因果経過に行為自体は適法といえるものが介入した場合であっても、直ちに変わるというわけでもない。ゆえに防衛行為が正当化された場合であっても、挑発行為と結果との間に相当因果関係がある限り、挑発行為を違法と評価することができるとする⁷。

15

しかし、挑発行為が最終結果をもたらした「実行行為」と認めると、理論上処罰範囲が不当に広くなってしまう恐れがある⁸。

20

また、相当因果関係の判断において、法の期待に反し生命・身体を害する行為は異常な介入事情といえるものであるし、第三者の故意行為が介入している場合、原則的に相当因果関係は否定されると解するのが妥当である。とすると、現実問題としても、挑発に乗って侵害行為を行うのが自明である等のごく例外的な状況以外では相当因果関係が認められず、相互闘争状況の問題全般を解決することが困難であるため妥当ではない⁹。

したがって、弁護側は C 説を採用しない。

25

B 説：社会的相当性説について

この説は、防衛行為が社会的相当性を欠く場合に正当防衛の要件を満たしてもその成立を否定するものである。

30

そもそも正当防衛は、公的機関の保護を求めることができない場合に、自己の法益を自ら守ることを認め、もって社会秩序の維持を図ることにある。そうであるとすれば、社会秩序維持の利益に反し、社会的相当性を欠く行為は実質的に違法であり、このような行為に正当防衛を認めるとかえって社会秩序を乱すことになる。したがって、自ら招いた侵害であっても、それに対する防衛行為が社会的に相当であるといえれば正当防衛が成立すると考える¹⁰。

よって、弁護側は B 説を採用する。

⁶ 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』（成文堂,2009年）140頁。

⁷ 山口厚『問題探求刑法総論』（有斐閣,1998年）753頁。

⁸ 山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂,1985年）188頁。

⁹ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣,2007年）296,297頁。

¹⁰ 大谷實『刑法総論講義[新版第3版]』（成文堂,2009年）293頁。

また、意図的に挑発を行った者の正当防衛は一般に社会的相当性を欠く。そして、過失による挑発行為については、挑発行為に対する反撃行為が挑発の程度を大きく超えるものであるときに限り、その反撃行為に対する防衛行為は社会的に相当であるといえる。

5 III. 本問の検討

第1 設問1 について

1. 落ちていた木の枝で数回犬の頭を殴りつけた甲の行為について、器物損壊罪(261条)が成立するかを検討する。

10 (1) 甲の当該行為は、「他人の物」であるXの飼い犬を死に至らしめており、Xが所有していた「物」を「損壊」したといえる。また、Xの飼い犬の死と甲の当該行為との因果関係も認められる。

加えて、甲はXの飼い犬に抵抗するために当該行為を行っている。それゆえに故意も認められる。

よって器物損壊罪(261条)の構成要件該当性が認められる。

(2) しかし、かかる行為は突然甲に向かって走り出し、右足に噛み付いた犬に抵抗してなされたものである。この場合、甲の当該行為が正当防衛(36条1項)にあたるとして違法性が阻却されないか。

15 (3) 正当防衛(36条1項)が成立するには、Xの飼い犬による侵害が「急迫不正の侵害」にあたることを要する。本件事案においては、Xの飼い犬が突然甲に向かって走り出した後、右足に噛み付いており、甲の生命という法益の侵害が間近に迫っていたといえる。それゆえに侵害の「急迫性」は認められる。

だが、はたして「不正」の侵害にあたるのだろうか。

20 (4) ここで弁護側はα説を採用するところ、動物による侵害も違法状態と認められるので、Xの飼い犬による侵害は「不正」の侵害にあたるといえる。

(5) また、甲の行為は、右足に噛み付いたXの飼い犬に慌てて抵抗したものであるため、自身の生命という法益を守るための甲の防衛の意思が認められる。

加えて、突然襲いかかられた犬に抵抗するため、その場にあった木の枝で抵抗する行為は「やむを得ずにした」と当然にいえるので、行為の必要性も相当性も認められる。

25 したがってXの当該行為につき正当防衛(36条1項)が認められ、違法性が阻却される。

(6) 以上より、甲の当該行為は器物損壊罪(261条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

(7) よって甲はなんら罪責を負わない。

30 第2 設問2 について

1. Yとの口論中に水を浴びせかけた乙の行為(第一行為)につき、暴行罪(208条)が成立するかを検討する。

(1) 乙のYに対する第一行為は、人の身体に対する有形力の行使といえる。よって、乙の当該行為には暴行罪(208条)が成立する。

35 2. 第一行為後、Yに左頬を思いっきり殴りつけられた(第二行為)乙は、逆上してYの顔面及び左わき腹を殴りつけている(第三行為)。この時、乙の第三行為につき傷害罪(204条)が成立するかを検討する。

(1) Yの顔面及び左わき腹を殴り、その結果、Yに全治二週間に至る顔面挫創及び肋骨にひびが入るけがを負わせた乙の第三行為は、人の生理的機能に障害を加える行為であるといえる。ゆえに乙の第三行為

につき傷害罪(204条)の構成要件該当性が認められる。

しかし、乙の第三行為はYの第二行為に対抗する形で行われたものである。この時、乙の第三行為は正当防衛(36条1項)にあたるとして違法性が阻却されないか。

- 5 (2) 本件事案において、人の急所である顔面を殴りつけたYの第二行為は、乙の生命を侵害するものとして現に存在していたといえる。したがって、侵害の「急迫性」が認められ、かつ「不正の侵害」ともいえる。

また、Yの第二行為に対抗し、自身の生命という法益の侵害を回避しようとする乙の防衛の意思も認められる。

おなじく、自身の生命という法益の侵害を回避する必要性も認められる。

- 10 さらに乙はなんら武器を用いておらず、加えて乙は中肉中背の中高齢であり、乙の第三行為は反撃手段として過剰なものであったとは認められない。よって相当性も認められ、乙の第三行為は「やむを得ずにした行為」といえる。

ゆえに、乙の第三行為には、正当防衛(36条1項)の構成要件該当性が認められる。

- 15 (3) だが、そもそもYの第二行為は乙の第一行為に想起されたものである。この場合、乙の第三行為に正当防衛(36条1項)は成立するのだろうか。

(4) 弁護側はB説を採用するところ、自ら招いた侵害であったとしても、それに対する防衛行為が社会的に相当であると言うことができれば、正当防衛が成立すると考える。

確かに、Yの第二行為を誘発した乙による第三行為は、一見すると社会的相当性を欠いている。

- 20 しかし、Yの第二行為は人体の急所である顔面を思いっきり殴りつけるという過剰なものであり、乙の第一行為を鑑みても到底納得できるものではない。むしろ、乙の第三行為は、乙自身の致死結果をもたらすYの第二行為や、乙の第三行為がなければ第二行為に続くと思われたYのさらなる行為を回避するために相当なものであったといえる。

よって乙の第三行為は社会的相当性があるといえ、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

- 25 3. 乙の第一行為につき暴行罪(208条)が成立する。おなじく乙の第三行為については傷害罪(204条)の構成要件該当性が認められるが、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されるため、なんら罪に問われない。

30 VII. 結論

甲はなんら罪責を負わない。

乙は暴行罪(208条)の罪責を負う。

以上