

### I. 反対尋問

- 5 1. 過剰防衛における刑の任意的減免の根拠として、検察側は責任減少説、違法性減少説、違法性責任減少説のどれを採用しているのか
2. 防衛行為を行ったが防衛の効果がなかった場合、イ説の場合正当防衛は成立するか。
3. イ説を採用する検察側は正当防衛を判断する際に、法益権衡(補充性)を要求しているということか。

10

### II. 学説の検討

#### イ説(事後判断説)

- 正当防衛の本質は「正は不正に譲歩する必要がない」という基本理念である。しかしイ説の判断方法によれば、行為者がある侵害を受けた際に相手に可能な限り侵害を与えないことを考えながら正当防衛をする必要があり、相手に対する侵害の程度が最も低い逃避という選択をとらなければいけなくなる<sup>1</sup>。これは正当防衛の本質と適合しない。
- 15

また同じ防衛の意思を持って行った行為でも防衛の効果があつたものと薄いもので、前者が正当防衛になり後者が正当防衛とならないのは不当である<sup>2</sup>。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

20

#### ア説(事前判断説)

- 一般通常人が防衛行為の時点において必要だと考えられる行為を行う限り、重大な結果を生じさせる行為だったとしても正当防衛にあたるべきである。また、正当防衛が過剰な結果となってしまった場合のように、どのような結果が生じるかというリスクは先行行為者である不法な攻撃者に負わせるべきである<sup>3</sup>。よって行為者が正当防衛を行おうとした時点である、反撃行為時こそが行為者の意図を判断するのに妥当である。
- 25

したがって、弁護側は本説を採用する。

### III. 本問の検討

- 30 第1. 甲が果物ナイフをAに向けて構えた行為について示兇器脅迫罪(暴行行為等処罰に関する法律1条)が成立しないか。

甲は兇器たる刃渡り17.7cmの果物ナイフをAに向けて示し、Aの身体に関する害悪の告知をしていることから示兇器脅迫罪が成立する。

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)137頁。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)175頁。

<sup>3</sup> 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)316頁。

第 2. 甲の第 1 暴行に傷害罪(刑法 204 条)が成立しないか。

1(1) 傷害罪における実行行為とは人の身体を傷害することをいい、傷害とは人の生理的機能の障害をさす。本件のような、ナイフで人を刺すような行為は人に何らかの生理的機能障害を与える危険性が高いため、第 1 暴行は傷害罪の実行行為にあたる。

5 (2) 第 1 暴行により、A には大腿部刺創という生理的機能の障害が発生しており、因果関係も認められる。

(3) 犯罪における構成要件の故意(刑法 38 条 1 項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識及び認容をいう。また結果的加重犯においては加重結果に関する認識等は不要で、基本犯についての認識等で足りる。したがって本件では傷害罪の基本犯である暴行罪(刑法 208 条)

10 に該当する事実の認識及び認容で足りる。

甲は暴行罪の実行行為である不法な有形力の行使を認識及び認容していると考えられるため、故意も認められる。

2. 以上のように傷害罪の構成要件に該当したとしても正当防衛(刑法 36 条 1 項)にあたり、違法性が阻却されないか。

15 (1) 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に発生しているかまたはその侵害の発生が間近に差し迫っていることをいう。

本件では、まず A が甲に対して殴りかかるという事情があり違法な甲に身体に対する法益侵害が現に発生しているといえる。

20 (2) 甲は自己の身体の安全という利益の保護のために第 1 暴行に及んでいるため「自己の権利を防衛する」をみたす。

(3) 条文上の「ため」という文言と偶然防衛への正当防衛の成立を否定するため、正当防衛には防衛の意思が必要と解する。本件では A の行為に対抗するために第 1 暴行を行っており、暴行の意思を認めることができる。

25 (4) 「やむをえずにした行為」とは反撃行為が権利を防衛する手段として必要最低限のものであること、すなわち反撃行為が侵害行為に対する防衛手段として相当性を有することを意味する。そして、その判断は反撃行為時の事情から判断する。

甲は性別、年齢、身長、体形で A に劣っており、仮に同じの条件で戦った場合に甲が負ける可能性は極めて高い。そのような状況の中、甲は A の攻撃に対抗ためにナイフを使用し大腿部を刺してしまったのであるから、終始防衛に努めた甲の第 1 暴行は A の行為に対する防衛手段として相当なものといえ「やむを得ずにした行為」にあたる。

30

(5) よって、第 1 暴行は正当防衛にあたり違法性が阻却される。

第 3. 甲の第 2 暴行に傷害罪が成立しないか。

1. 量的過剰防衛の事案において、一連の行為とみて全体として犯罪の成立を判断するか、個々の行為に分割して犯罪の成立を判断するかは、それぞれの行為が同一の防衛の意思に

35 基づくかによって判断する。

第 1 暴行は A の行為によって現在発生した危険から身を守るために行われたものである

が、第 2 暴行は今後の仕返しを防ぐために徹底的に A を痛めつけようとする攻撃の意思が主であり、同一の防衛の意思による行為とはいえない。したがって 2 つの行為は個々に考えるのが妥当である。

2. 第 2 暴行は第 1 暴行と同様に傷害罪の実行行為にあたり、その行為により A は全身打撲等を負っており、当然に因果関係も認められる。
3. 故意についても、基本犯たる暴行罪の実行行為について認識及び認容していると考えられるため認められる。
4. 第 1 暴行とは異なり第 2 暴行には防衛の意思はないため過剰防衛も成立しない。
5. よって第 2 暴行に傷害罪が成立する。

10

#### IV. 結論

甲の行為に対して示凶器脅迫罪と傷害罪が成立し、甲はその罪責を負い両者は併合罪(刑法 45 条)となる。

以上