

I. 反対尋問

- 5 1. 自招侵害の事案は、實際上、正当防衛の成立要件に欠ける場合が多いことから、要件論に立脚すると故意的自招や過失的自招について直ちに正当防衛が否定されてしまう。自招侵害の問題の本質は、防衛者自ら招いた攻撃に対して行った防衛行為が形式的には正当防衛の要件を満たしている場合に正当防衛の成立を認めてよいかという点にあるところ、自招侵害の問題は、正当防衛の要件論の枠を超えた理論によって解決するのが妥当でないか。
- 10 2. 学説の状況2において、α説(三類型説)は、急迫性の否定に関する基準ではなく、挑発防衛の違法性を論じるにあたり前提とされるものであり、β説(侵害回避義務論)も、結果無価値論からの違法性阻却の一般原理であることから、どちらの説も自招侵害の場合における正当防衛が否定される基準として妥当しないのではないか。
- 15 3. 検察レジュメの学説の検討の三類型説において、予見可能性の話をしているが、過失的自招の場合にも過失という言葉の意味上予見可能性は存在する。よって、三類型説において予見可能性を考慮する必用はないのではないか。

II. 学説の検討

1. 自招侵害における正当防衛成立の制限根拠(理論的根拠)
- 20 イ説(要件論説)について
- イ-1説(相当性否定説)
- 検察側と同様の理由により、採用しない。
- イ-2説(防衛の意思否定説)
- 25 検察側と同様の理由により、採用しない。
- イ-3説(急迫性否定説)
- 例えば、「Xが日頃から折り合いの悪かったYを痛めつけようと考え、Yの愛車をYの目前において傷つけたところ、Xの想定通りにYがすぐさま殴りかかってきたので、Xは反撃し、Yに傷害を負わせた」というXの傷害行為に正当防衛を認めて違法性阻却をすることに誰もが疑問を抱く事案において、急迫性の要件は侵害が切迫していたかどうかという観点から客観的に判断されるべきところ、Yはすぐさま殴りかかってきたため、Xには官憲に助けを求める時間はなく急迫性の要件を満たしていると言わざるを得ない。そのため、急迫性否定説に立脚すると、本事案のような場合において、正当防衛を認めることになってしまい、妥当でない。
- 30 よって、弁護側はイ-3説を採用しない。
- 35

¹ 岡本昌子『我が国における自招侵害の議論の展開について』(同志社法学 53巻3号,2001年)、312頁以下。

ア説(否要件論説)について

ア-2 説(権利濫用説)

検察側と同様の理由により、採用しない。

5

ア-3 説(原因において違法な行為説)

検察側と同様の理由により採用しない。

ア-1 説(社会的相当性説)

- 10 正当防衛が不可罰とされる趣旨は、急迫不正の侵害に対し反撃を認めることによって法の存在を確証し、もって社会秩序の維持を図ることにあるから、防衛行為の時点において正当防衛の要件を充たしたとしても、その防衛行為が法確証の利益に反し社会的相当性を欠くものであるときは、実質的に違法性を有するものであり、そのような行為を正当防衛として正当化すれば、かえって法秩序を乱す結果となるから、正当防衛行為が社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の要件をすべて充たしていても正当防衛の成立を認めるべきでない²。

15

よって弁護側は、ア-1 説を採用する。

2. 自招侵害の場合における正当防衛が否定される基準

α 説(三類型説)

20 β 説(侵害回避義務論)

弁護側は上記の通り、否要件論説を採用する。自招侵害について、形式的に正当防衛の要件を具備しているも実質上客観的法秩序に違反する場合、すなわち違法性阻却の一つの原理である社会的正当性を欠くときは、違法性を阻却しないと考えるため、正当防衛の要件の一つである急迫性が否定される場合は観念し得ない。

25

よって、弁護側はこの点について検討しない。

Ⅲ. 本問の検討

第1 甲の第1暴行行為につき、検察側と同様にして暴行罪(刑法 208 条)が成立する。

第2 甲のAを特殊警棒で殴打した行為(第3暴行)について。

- 30 1. 検察側と同様に、第3暴行につき傷害致死罪(205 条)の構成要件を充足する。
2. もっとも、甲は、Aからの暴行(第2暴行)に対する反撃として当該行為を行っているところ、甲に正当防衛(36 条 1 項)が成立しないか。弁護側は、ア-1 説を採用する。

- (1)ア. 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在するか、又は間近に差し迫っていることをいうところ、甲はAから背中や首付近を強く殴打される暴行を受け、Aはさらに甲を殴りかかろうとしているから、「急迫不正の侵害」が認められる。

35

² 大谷實『刑法講義総論 [第5版]』(成文堂,2019年)、285頁。

イ. そして、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態を内容とする防衛の意思を必要とすると解するところ、甲はAによる追撃行為を認識し、自らの身体を守るためにこれを避けようとしているから、「自己の権利を防衛するため」といえる。

ウ. 「やむを得ずにした行為」といえるには、防衛行為の必要性と相当性が必要である。

- 5 本件において、いきなり暴行を加えてきたAからの更なる侵害を避けるには、防衛のためにその行為に出る必要性があったといえる。

相当性に関して、甲より10歳若く、体格でも勝るAが自転車に乗りいわゆるリアット技のような暴行を加えてきたとしても、素手のAに対して、特殊警棒をもって顔面や頭部を殴打する行為は、防衛のために必要最小限の行為とはいえず、相当性が否定される。

- 10 (2) よって、甲に過剰防衛(36条2項)が成立するように思われる。

3. もっとも、Aによる第2暴行は、甲の第1暴行により招来されたものであり、これに対して甲が防衛行為に出ることが法確証の利益に反し社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の成立が否定されるので、過剰防衛も成立しないこととなる。

- 15 (1) 過失や故意に基づき侵害を招来した場合でも、相手方の軽微な侵害が予測されるような挑発に対して、極めて重大かつ異常な法益侵害を伴う攻撃がなされた場合には、この攻撃に対して正当防衛を認めることは可能であると解される。

- 20 (2) 本件において、甲の第1暴行は、Aの肩を軽く押して腕を振り上げるような動作という相手方の軽微な侵害が予測されるに留まる挑発をしたものの、Aによって自転車に乗ったままいわゆるリアット技をかけるという極めて重大かつ異常な法益侵害を伴う攻撃がなされたので、正当防衛を認めることは可能であると解する。

4. しかし、甲の防衛行為は上記の通り相当性が否定されるので、過剰防衛が成立する。

IV. 結論

- 25 甲の第1暴行につき、暴行罪が成立する。第3暴行につき傷害致死罪が成立するが、過剰防衛となり、刑の任意的減免となる。暴行罪と傷害致死罪は併合罪となる。

以上