

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ2頁14行目において「社会的相当性を欠く行為」とあるが、判断基準として明確性を欠く上、法律上の要件外でこれらを検討することが許されるのか。具体的にどのような場合を指すといえるか。
2. 検察レジュメ4頁6行目の裁判例において「被害者の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法36条における[不正]の要件を欠くとして違法性を阻却している。しかし、現在の判例の状況に照らせば、自招侵害が問題となる場合、36条1項法定の要件に欠けるとして正当防衛を認めなかったのではなく、要件の検討に入る前の前提問題として捉えているように思われる。そのため、同判例は検察側が採用するウ説と親和性を有するとはいえないのではないか。
- 10 3. 本問において検察側はXに誤想過剰防衛が成立するとしている。しかし、本問において過剰性を基礎づける事実があるといえるのかは疑問である。そのためそもそも誤想過剰防衛ではなく、誤想防衛であると考え。よって、誤想過剰防衛の刑の減免の根拠が妥当するのか疑問であるが、この点をどのように考えるか。
- 15

II. 学説の検討

20 1. 自招侵害に対する正当防衛の成否

ア説（権利濫用説）

検察側と同様の理由により弁護側はア説を採用しない。

イ説（原因において違法な行為の理論）

25 検察側と同様の理由により弁護側はイ説を採用しない。

ウ説（社会的相当性説）

同説によると、全体として社会的相当性を欠く行為は正当防衛を認めるべきでないとされる。もっとも、防衛行為自体は相当であるのに、なぜ正当防衛としては相当ではないのか根拠

づけられていない¹。社会的相当性という抽象的かつ正当防衛の要件外の事情を用いて、正当防衛の要件を満たすにも関わらず正当防衛を成立させないという結論を導く同説は妥当性を欠く。

よって、弁護側はウ説を採用しない。

5

エ説（防衛行為否定説）

自招侵害の場合に正当防衛の正否を否要件段階で検討することには疑問が残る。そのため、「防衛するため」（36条1項）の行為と言えるかという要件内で検討する同説は、法文言に忠実であるといえる。

10 また、第一行為と第二行為が一連の行為とは言えない場合にも、行為者は相手方からの侵害を受忍せざるをえないとすると、不当に正当防衛権を奪う結果となる。

そのため、形式上途中に防衛的な色彩の部分が含まれていても、はじめから一連の攻撃と評価しうる行為は正当防衛ではなく²、かかる見解の反対解釈として、全体としてみて因果性が認められず、一連の攻撃と言えない場合にはなお正当防衛が成立する余地はある。

15 よって弁護側はエ説を採用する。

2. 誤想過剰防衛の故意犯の成立

α説（故意犯説）

検察側と同様の理由により弁護側は同説を採用しない。

20

β説（過失犯説）

誤想过剰防衛も概念定義上は誤想防衛の一形態とみられるから、それは過失犯としての性質を持つ故、誤想过剰防衛については、その前段階における誤想防衛の点を重視して過失犯としての性質を貫くとともに、あとの過剰の点については裁判官の量刑に委ねる³べきである。

25 よって検察側はβ説を採用する。

¹ 浅田和茂『刑法総論[第2版]』（成文堂,2009）240頁。

² 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』（東京大学出版会,2025）277頁。

³ 立石二六『刑法総論[第4版]』（成文堂,2017）238頁。

γ説（二分説）

二分説は、誤想過剰防衛を故意を阻却する類型と故意を阻却しない類型の二者に分類する見解である。しかし、主張する学者によってそれぞれの理論構成と分類が同一ではないため、基準として明確に確立されているとは言えない。また、同説によれば急迫不正の侵害を誤認して

5 いたとしても、過剰結果の認識があった場合には一律故意犯が成立することになる。しかし、これらが行為者の主観においては急迫不正の侵害が存在しており、心理的動揺による責任減少が認められるため、単に方法選択を誤った点に重点を置くのは妥当ではない。

よって弁護側はγ説を採用しない。

10 3. 誤想過剰防衛の刑の任意的減免

甲説（責任減少説）

刑法36条2項の文言が「情状により」となっていることに鑑み、相手から攻撃を受けたという緊急状態、法益衝突状況の緊急状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的動揺により期待可能性が減少したということを考慮して、刑の減免の可能性を認めたと解するべきである。

15 よって、弁護側は同説を採用する。

乙説（違法減少説）

検察側と同様の理由により弁護側は同説を採用しない。

20 丙説（違法・責任減少説）

同説は責任減少説を基礎としつつ、前提となる違法減少を肯定する見解⁴であり、過剰防衛の前提として正当防衛状況が存在していたのだから、その分だけ相手方の要保護性は減少しており、それゆえ刑を任意的に減免するのだという違法減少説の理論を用いることになる。しかしながら、そのような考え方に鑑みれば、刑を任意ではなく必要的に減免すべきであり、情状に

25 よって刑を任意的に減免するという36条2項の文言には合わないといわざるを得ない⁵。

よって、弁護側は同説を採用しない。

⁴ 山口厚『刑法[第3版]』（有斐閣、2015）73頁。

⁵ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論[第4版]』（弘文堂、2025）189頁参照。

Ⅲ. 本問の検討

第1 XのAに対する行為について

1. XがAの左ほおを手拳で数回殴打した行為(以下、「第一暴行」という)に暴行罪(刑法208条)が成立しないか。

- 5 (1) 「暴行」とは人に対する不法な有形力の行使をいうところ、XはAの左ほおを数回殴打しており不法な有形力を行使したといえ、暴行罪の実行行為性が認められる。
- (2) 構成要件の故意とは客観的構成要件該当事実の認識、認容をいうところ、Xにこの点欠けるところはない。
- (3) 以上より、Xの第一暴行につき、暴行罪(刑法208条)が成立する。

10 2. XがAに対し、護身用に携帯していた特殊警棒を用いて、その顔面や左手を多数回殴打した行為(以下、「第二暴行」という)に傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

(1) 傷害罪は暴行罪(208条)の結果的加重犯としての性質を有するため、以下暴行罪の実行行為について検討する。暴行とは人に対する不法な有形力の行使をいうところ、相当な重量・硬度を有する警棒でBの顔面や左手を殴打する行為は、暴行罪の実行行為たりうる。

15 (2) 結果として、Aは、加療約一か月を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の「傷害」を負った。

(3) Xの上記実行行為により、Aは傷害を負っているため、因果関係も認められる。

(4) また、結果的加重犯の故意については基本犯についての認識認容で足りるところ、Xは上記暴行罪の構成要件該当事実につき認識認容しているため、傷害罪の故意が認められる。

20 (5) もっとも、XはAが後方からXの背中上部又は首付近を2回殴打したのに対して上記行為を行っているため、正当防衛(刑法36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

ア 「急迫不正の侵害」とは、法益に対する違法な攻撃が現に存在するか、又は間近に迫っていることをいう。

本件では、AがXの背中や首を殴打しており、Xの身体という法益に対する違法な攻撃が現に存在するといえ、「急迫不正の侵害」を肯定できる。

25

イ 「防衛するため」とは、急迫不正の侵害を認識し、これを回避しようという単純な心理状態を指すところ、Xは咄嗟の判断で、護身用の警棒を用いて反撃行為を行っており、Aに対する攻撃の意思は見当たらず、専ら自身の身体を保護するために行ったと評価することができるため、これも満たす。

ウ 「やむを得ずにした行為」といえるためには、防衛行為が自己または第三者の法益を保護するために必要最小限度の行為であることを要する。

5 本件について、AはXに対し、腕を用いて殴打しているのに対し、Xは特殊警棒という凶器を用いて反撃していることから、相当性を失うように思われる。しかし、AはBと共にXを追いかけており、2対1の状況にあった点、AとBは自転車に乗っており、走っているXは容易に追いつかれる状況にあった点に鑑みれば、Xの行為はAに対する防衛行為として必要最低限の行為であったと評価することができる。

(6) しかしながら、Aの行為は、Xによる上記第一暴行行為によって引き起こされたものであり、自招侵害が成立しないか。

10 この点、弁護側はエ説を採用する。つまり、挑発行為と防衛行為との因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなし得るか否かによって判断する。

15 本件においてXはAの殴打行為を予期しておらず、第一暴行も故意行為ではあるものの、積極加害意思のもとに行われた意図的な挑発ではなかった。したがって第一行為を利用して第二行為を行ったとはいえず、第一暴行と第二暴行との因果的連関が強いとはいえず、全体として一連の行為とはみなすことはできない。

よって自招侵害は成立しない。

(7) 以上より、Xの第二暴行には正当防衛(刑法36条1項)が成立し、違法性が阻却されるため、何ら罪が成立しない。

20 第2 XのBに対する行為について

1. XがBの顔面や左手を警棒で殴打した行為について傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

(1) 傷害罪は暴行罪(208条)の結果的加重犯としての性質を有するため、以下暴行罪の実行行為について検討する。暴行とは人に対する不法な有形力の行使をいうところ、相当な重量・硬度を有する警棒でBの顔面や左手を殴打する行為は、暴行罪の実行行為たりうる。

25 (2) Bは顔面挫創の傷害を負った。

(3) Xの上記実行行為によりBは傷害を負っている。

(4) 上述の通り、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯としての性質を有するため、以下暴行罪の故意について検討する。

30 故意とは構成要件事実の認識認容をいうところ、甲はBを警棒で殴打すること自体は認識しているから、暴行罪の故意は認められる。

2. かかる行為はXを追撃し、Xの首付近を2回殴打してきたAと共に行動していたBに対して行われているから、上記行為が正当防衛(36条1項)として違法性が阻却されないか。

(1) しかし、Xに対し暴行を加えたのはBではなくAであり、Bはかかる暴行に全く関与していないし、AとXが口論に至った際もただ傍観していただけで関与していないから、Bには行為者

5 たるAとの共犯関係も認められない。

このように、不正の侵害を全く行っていない第三者に対する行為を正当防衛だとするのは妥当ではない。

(2) よって正当防衛は成立しない。

3. (1) 次に、緊急避難(37条1項)として違法性阻却されるか問題となる所、Bに対して警棒で
10 殴打した行為は客観的に緊急性を欠き「避難に向けられた」とはいえない。

(2) よって緊急避難も成立せず、Xの上記行為は違法性阻却されない。

4. もっとも、客観的に正当防衛が成立するとはいえないとしても、行為者たるXの主観としてはAB両名による殴打行為が存在し、これに対する適法な反撃行為として上記行為に及んでいるから、責任故意が阻却されないか。

15 (1) そして誤想防衛の犯罪の性質の検討に対していかなる基準で判断するかが問題になる。

(2) ア この点、弁護側はB説を採用する。すなわち、発生した事実につき過失があるときは過失犯が成立するとする見解である。

イ 本件において、Xの認識上においては、ABは共同してXに対する殴打行為に及んでいるから、「急迫性」が認められ、自己の身体を安全を防衛するため、上記行為に及んでいる
20 のだから、防衛の意思に欠ける所はない。

そして確かに、素手での攻撃に対しいきなり警棒で殴りつける行為は防衛方法として相当性を欠くようにも思われる。しかし、ABは二人がかりでXに向かってきており、逃走・移動手段としてもより有利な自転車に乗っており、Xはいきなり急所である首を二発殴られていることに照らせば、たまたま所持していた警棒で殴りかかっているため必要性・相当性に欠ける所はなく「やむを得ずにした」といえる。
25

ウ もっとも、このような行為に出た点にXに過失(38条1項ただし書)が認められないか。過失とは結果予見可能性に基づく結果回避義務違反をいう。

本件において、ABが共同して自転車でXに向かってきているし、XはAによる暴行を予期していなかった。そしてXが後ろから殴られた当時において、BはAと共におり、容易

に殴ることができる状況にあったといえるから、Xが両名による暴行であり、Bによる急迫不正の侵害があると誤信したことに予見可能性がないため過失は認められない。

(3) よって誤想防衛として責任阻却され、Xの上記行為になんら犯罪は成立しない。

5. 仮に、「やむを得ずにした」の要件を満たさず、誤想過剰防衛が成立するとした場合、刑法

5 36条2項を適用して、刑を任意的に減免することができるか。

この点、弁護側は、甲説を採用する。つまり、緊急状況下における心理的動揺により、期待可能性が減少したといえるか否かを検討する。

本件について、Xは後ろから背中や首に対し殴打した行為がAとBの両名によるものであると誤信しており、Xの主観においては、Bに対する関係でも急迫不正の侵害が存在し、かかる緊急

10 状態に基づく、恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的動揺により期待可能性が減少したといえるため、刑法36条2項の趣旨が妥当し、刑が任意的に減免される。

IV.結論

XにはAに対する暴行罪(刑法208条)のみが成立する。