

I. 事実の概要

被告人 X と A はゴミ捨てについて口論になり、X は A の頬を殴打して直後に走り去った。A は腹を立て、やられたらやり返すという気持ちで X を乗っていた自転車で追いかけて、後ろから首付近を強く殴打し X、A の自転車はその場で倒れた。間もなく X は自転車を起こそうとしていた A に向かっていき護身用の特殊警棒で A を殴打して A の顔や防御しようとしていた左手に傷害を負わせた。

II. 問題の所在

1. X は A に対して護身用に携帯していた特殊警棒で殴打を加えているが、かかる行為は防衛の意思に基づくものとはいえないのではないかと。防衛の意思の要否及びその内容が問題となる。
2. 仮に、X の行為が一見正当防衛の形式的要件を満たしたとしても、かかる行為は X が自らの暴行によって招来した侵害に対してなされたものである。かかる自招防衛の場合に正当防衛が成立するか否か問題となる。

III. 学説の状況

1. 防衛の意思の要否及びその内容について

A 説：必要説¹

A-1 説：目的説

防衛の意思とは、積極的に不正な侵害から自己または他人の権利を守るという意思のことをいうとする。

A-2 説：認識説

防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態をいうとする。

B 説：不要説²

防衛の意思を不要とする。

2. 自招侵害の場合に正当防衛が成立するかについて

甲説：正当防衛の個別的成立要件を満たさないとする説

甲-1 説：急迫性否定説³

挑発行為が存する場合、侵害の急迫性が欠ける為に正当防衛は成立しないとする。

甲-2 説：防衛意思否定説⁴

挑発行為が存する場合、防衛の意思がみとめられないとする。

甲-3 説：防衛行為否定説⁵

挑発行為と防衛行為の因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなしうる場合に、既に挑発行為の時点で防衛行為が始まったと評価できるため、かかる行為は客観的に「防衛するため」の行為ではないとする。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』成文堂[2007]287頁以下

² 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]339頁以下

³ 平野龍一『刑法総論Ⅱ〔初版〕』有斐閣[1975]234頁以下

⁴ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』創文社[1990]238頁以下

⁵ 前田・前掲332頁以下

乙説：正当防衛の成立要件は満たすが、実質的観点から正当防衛の成立を制限する説

乙-1 説：権利濫用説⁶

正当防衛権の濫用と認められない限り正当防衛が成立するとする。

乙-2 説：原因において違法な行為の理論⁷

常に正当防衛の成立は認められるが、挑発行為が法益侵害の結果を惹起したと認められる場合には罪責を問うるとする。

乙-3 説：社会相当性説⁸

防衛行為が社会相当性を欠く場合には正当防衛を成立させるべきでないとする。

IV.学説の検討

1. 防衛の意思の要否及びその内容について

まず B 説は、正当防衛の成立に防衛の意思は不要とする。しかし、刑法における行為は主観的要素と客観的要素から成立するものである。また、36 条 1 項の「防衛するため」という文言は素直に解釈すべきであり、防衛の意思を不要とする解釈は不自然である。したがって、検察側は A 説を採用する。

この点、防衛の意思の内容として、A-1 説のように積極的な防衛の意図、動機を要求する説もある。しかし、本能的な自衛行為であっても、自らを防衛する意思に基づくものであることは否定できず、また、本能的な反撃行為も考慮に入れて正当防衛が規定されていることは疑いないのであるから、防衛の意思は積極的な防衛の意図、動機がない場合においても認められるべきである。このような観点からすると、防衛意思とは、急迫不正の侵害が加えられるということ認識しつつ、それに対応する心理状態をいうと解すべきである。よって、A-2 説が妥当である。

2. 自招防衛の場合に正当防衛が成立するかについて

甲説は自招防衛の場合、正当防衛の個別的成立要件を満たさないとする。そもそも、正当防衛と自招防衛とは一般と特殊の関係にある以上、まずは正当防衛の一般的成立要件を検討することが論理的に先行するものである。そうであるならば、自招防衛の事案であっても、まずはその特殊性に飛びつくのではなく、一般的な観点から正当防衛の成立要件を検討すべきである。そして、一般的に要件を満たさないのであれば、自招防衛の特殊性を理由に正当防衛の成立を否定するまでもなく、一般的に正当防衛の成立を否定すれば足りるのである。にもかかわらず、甲説はいきなり自招防衛の特殊性に飛びつき、それに基づき正当防衛の成立要件を特殊的に検討しているので、論理的に飛躍していると言わざるを得ない。よって、甲説は本質的に大きな問題を抱えているといえる。以下、甲説の問題点につきそれぞれ検討する。

まず、甲-1 説は自招防衛の場合、防衛行為自体の急迫性を否定する。しかし、そもそも急迫性は価値的・規範的に理解されるべきではなく、その語義通り客観的に理解されるべきである。なぜなら、急迫性の要件とは過去・将来の侵害に対する防衛行為を排除する点にその意義を有するからである。よって、甲-1 説は妥当ではない。

次に、甲-2 説は防衛の意思必要説を前提に、自招防衛の場合それが欠けるとして、正当防衛成立を否定する。しかし、侵害を挑発するという事情が必ずしも防衛の意思が否定されるような積極的加害意思を意味するわけではないので、防衛の意思の不存在を理由に正当防衛不成立という帰結をもたらすのは困難で

⁶ 川端博『刑法総論講義』成文堂[1996]339 頁、大塚仁『刑法概説(刑法総論)〔第 3 版〕』有斐閣[1999]367 頁

⁷ 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』有斐閣[2008]121 頁

⁸ 大谷・前掲 291 頁以下

ある。よって、甲-2 説も妥当ではない。

また、甲-3 説は自招防衛の場合、挑発行為と防衛行為の因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなせる場合には、客観的に「防衛するため」の行為といえず、正当防衛の成立を否定する。しかし、挑発行為と防衛行為とを一つの行為とみる理論構成には無理があるし、因果的連関性の判断要素をどのように考えているのかも不明である。よって、甲-3 説も妥当ではない。

そこで、検察側は乙説を採用する。乙説は甲説と異なり、自招防衛の場合も正当防衛の成立要件を一般的に検討し、その成立要件を満たしてしまった場合、それを前提に、実質的観点から概念や理論を用いることで正当防衛成立の制限を試みている。確かに、乙説は乙-2 説を除き刑法の一般条項や基本原理に遡った思考と親和的であり、論理的にも正しいので、基本的には妥当である。以下検討する。

まず、乙-1 説は「自招行為による正当防衛権の行使は許されない」という基本思想は妥当であるとしても、あまりにも一般的な法原則による説明である点で妥当でない。また、「権利の濫用」のような一般条項を、刑法解釈において安易に認めるのは危険である⁹。

次に、乙-2 説は「原因において違法な行為の理論」を応用し、防衛行為自体は正当防衛として違法性を阻却するが、自招行為を違法行為とみなして罪責を問うるとする理論である。しかし、「原因において違法な行為の理論」を採用する限り、防衛行為は自招行為を前提とするものであり、自招行為と防衛行為を切り離して評価することは不可能である。また、この説が「正当防衛の利用」という間接正犯類似の考えた方をとるなら、挑発しただけで相手が何の反応を示さなくても未遂罪となる可能性もあり、不都合である。さらに、防衛行為は侵害に応じて多様にありうるから、挑発行為を一種の道具として利用しうるか疑問である¹⁰。したがって、この説もとることはできない。

思うに、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。したがって、形式的に正当防衛の要件を満たしたとしても、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、実質的にはその防衛行為は違法性を有するものであり、正当防衛は成立しないというべきである¹¹。そもそも、正当防衛はあくまで反撃行為を問題としているのだから、その反撃行為自体を評価すべきであり、自招行為自体を基準に、違法の評価を与える見解は妥当でない。そして、自招行為があることのみを以て正当防衛の要件を満たさなくなるいわれはないのであり、そのような場合は正当防衛の正当化根拠に立ち返り、自招行為者は「法」の立場に立って法秩序の擁護を行うことは許されなくなると解すべきなのである。したがって、乙-3 説が妥当である。

V. 本問の検討

1 XはAの顔面や左手を殴打する暴行を加え、Aに顔面挫創、小指中節骨骨折などの傷害を負わせている。Xのこの行為はAという「人の」生理的機能を害する行為といえ、「身体」を「傷害」したといえるので、かかる行為は傷害罪(204条)の客観的構成要件に該当する。

また、Xは特殊警棒という殺傷力の高い武器でAを殴っていることから、少なくとも傷害罪の未必の故意は認められる。

2 もっとも上記Xの行為は、XがAに後ろから殴打されたことによるものであるとも思えることから、Xの行為は正当防衛(36条1項)として違法性を阻却されないか。

⁹ 前田・前掲 331 頁

¹⁰ 大谷寛『刑法講義総論〔新版第3版〕成文堂[2009]293 頁

¹¹ 大谷・前掲 292 頁

まず、A が X を強く殴打した行為は暴行罪(208 条)の構成要件に該当することから「不正の侵害」あるといえる。

しかし、「急迫性」は客観的に見て法益侵害の危険が切迫していることをいうところ、A は X を殴打した弾みで倒れた自転車を起こそうとしていただけであったことから、これ以上 X に対して攻撃を加えることは考えにくく、A の侵害はもはや過去の侵害に過ぎない。したがって、X にとって客観的にみて法益侵害の危険が切迫しているとはいえず、A の行為に「急迫性」は認められない。

また、検察側は A-2 説に立つため、防衛の意思が必要であり、その内容は急迫不正の侵害を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態であると解する。

本問において X は後方から自転車で乗った A に自らの首付近を強く殴打され倒れていることから、X の主観としては A の暴行は急迫・不正の侵害であるといえ、X はそれを認識していると思える。しかし、X はただ自転車を起こそうとしていた A に自ら向かって行き、つかみ合いの格好になり、A を特殊警棒で殴打し傷害を負わせている。このことから X は自ら危険の中に向かっているため急迫・不正の侵害を「避けようとする」心理ではなかったといえる。よって、X には防衛の意思がなかったといえる。

さらに、正当防衛行為は「やむを得ず」に、すなわち必要性と相当性をもってなされるべきものであるところ、X の行為時に A は倒れた自転車を起こしていたのであり、X が A による攻撃から逃れるには、その場から立ち去るだけで充分であったのであるから、X の行為には必要性が認められない。また、A は大男であったなどといった事情はなく、A は素手で X を殴ってきたにすぎないのであるから、X が A を特殊警棒で殴った行為には、相当性も認められない。

したがって、X の行為は正当防衛の要件を満たさないため、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

では、仮に X の行為が正当防衛の成立要件をすべて満たすものとした場合、X の行為には正当防衛が成立するか。本問では、A から攻撃されるに先立ち、X は A に対して暴行を加えていることから、X の防衛行為は自招侵害による防衛行為といえ、正当防衛の成立を妨げないかが問題となる。

この点、検察側は乙-3 説に立つため、自招侵害に対する防衛が社会的相当性を逸脱する場合には、それは正当防衛として成立せず、違法性が阻却されないと解する。

本問においては、X は A と口論になった末、A の左頬を殴打しており、この行為が結果的に挑発・攻撃誘引行為になり X は防衛行為に出ている。そもそも、ごみ捨てに関する口論という些細な事情の末、見ず知らずの人に対していきなり顔面部を殴る行為は暴行罪(208 条)にも該当する重大な法益侵害である。そして、さらに X は、これに対して X が行ったのと同程度の反撃をしたにすぎない A に対して、特殊警棒という殺傷力の強い武器を使った反撃行為を行ったのである。この行為は X が最初に A に対して重大な法益侵害を行ったという事情に照らすと、明らかに社会的相当性を逸脱している。

よって、本問では仮に X の行為が正当防衛の成立要件をすべて満たすものとしても、X の自招侵害による正当防衛として、正当防衛は成立せず、違法性を阻却されない。

したがって、X の行為には傷害罪(204 条)が成立する。

VI. 結論

X は、傷害罪の罪責を負う。

以上