

## 只木ゼミ 前期第6問 検察レジュメ

文責：3班

### I. 事実の概要

平成17年11月17日19時30分頃、Y(当時51歳)が路上に設置されたゴミ集積所前で自転車にまたがったままゴミを捨てていたところを通りがかったX(当時41歳)がYを不審に思い声を掛けたことから口論となり、怒鳴りあううちに腹を立てたXは、集積所にあったビンや缶を入れるケースに乗ってYの顔面を手拳で1発殴打し、直後に走って逃走した。(第一行為)

Yは、やられたらやり返すという気持ちで、自転車でXを追跡して90メートルほど進んだところで追いつき、自転車に乗ったままリアットの要領で背後からXの首付近を強く殴打した。(第二行為)

Xはこれにより前方に倒れたがすぐに起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒でYに対してその顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって同人に顔面挫傷、左手小指中節骨骨折の加療3週間を要する傷害を負わせた。(第三行為)

### II. 問題の所在

本問において、まずXは自ら不意にYに殴りかかり(第一行為)、Yによる殴打行為(第二行為)を招来せしめ、それに対抗する形でさらにYを殴打しているところ、かようなXの行為につき正当防衛が成立しうるか。自招防衛事例において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が問題となる。

### III. 学説の状況

#### 1. 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<sup>1</sup>

自ら侵害行為をしておきながら正当防衛を行うことは、正当防衛権の濫用であり、権利濫用として自招者の防衛行為は違法となるとする説。

B説：社会的相当性説<sup>2</sup>

防衛行為が全体として社会的相当性を欠くといえる場合には、自招者の防衛行為は違法となるとする説。

C説：原因において違法な行為説<sup>3</sup>

自ら招いた侵害行為に対する自招者の防衛行為自体は違法ではないが、自ら違法に惹起した自招行為の違法性により、自招者の防衛行為自体も違法となるとする説。

<sup>1</sup> 大塚仁 『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣,2008)385頁

<sup>2</sup> 大谷實 『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009)292頁

<sup>3</sup> 平野龍一 『刑法総論II』(有斐閣,1975)235頁

#### D 説：相当性否定説<sup>4</sup>

正当防衛の要件としての「相当性」を防衛行為が欠くといえるときには、自招者の防衛行為は違法となるとする説。

#### E 説：防衛意思否定説<sup>5</sup>

正当防衛の要件としての「防衛の意思」について必要説に立ち、これを欠くといえるときには自招者の防衛行為は違法となるとする説。

#### F 説：防衛行為否定説<sup>6</sup>

正当防衛の要件としての「防衛のため」という文言を、正当防衛の外枠を画する客観的な要件としても構成し、これを欠くといえるときには自招者の防衛行為は違法となるとする説。

### IV. 判例

自招侵害における正当防衛の成否について(福岡高裁昭和 60 年 7 月 8 日)

#### [事実の概要]

被告人 X と被害者 A との間で諍いがあり、A は X に怒鳴られ膝蹴りを加えられた。これに対しいったん逃げ帰った A が、X に謝罪させるため、万一の場合に備えて自宅から包丁を持ち出して X 宅に引き返したところ、X 宅の玄関戸が施錠されていたことから、A は数分間にわたり X 宅の玄関戸を盛んに足蹴にしていた。A の行為を風呂場のサッシ窓から秘かに窺っていた X はうっぷんをはらすとともに、同人を追い払うために竹棒で A の左前頭部を突き、加療約 10 日間を要する傷害を負わせた事例。

#### [判旨]

「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接的かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであって、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきであるとともに、そのような場合に積極的に対抗行為をすることは、先行する自己の侵害行為の不法性との均衡上許されないものというべきであるから、これをもって防衛のために已むを得ない行為(防衛行為)にあたることもできないものと解するのが相当である」

### V. 学説の検討

#### 1. 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

(1) まず A 説は、どのような自招行為があれば濫用にあたるのか不明確であるし、濫用

<sup>4</sup> 佐伯千巳 『刑法講義(総論) [4 訂版]』(有斐閣,1981)203 頁。

<sup>5</sup> 団藤重光 『刑法綱要総論 [第 3 版]』(創文社,1990)238 頁。

<sup>6</sup> 前田雅英 『刑法総論講義 [第 5 版]』(東京大学出版会,2011) 370 頁。

がごとき一般的・抽象的な概念を具体的な問題処理の判断基準として安易に用いており、妥当ではない。

- (2) また、B説もA説同様の批判があたるため、妥当ではない。
- (3) 次にC説は、自招行為を前提とする自招防衛事例において、自招行為と防衛行為とを形式的に切り離して自招者に対する違法評価をすることになり妥当でない。
- (4) そして、D説は侵害法益と保全法益、被招行為者による侵害行為と自招者による防衛行為などを総合的に照らし合わせて、防衛行為が客観的に相当性の枠内にある場合に、なぜ自招侵害だと相当性が否定されるのか疑問であり、妥当でない。
- (5) さらに、E説は、判例において緩和的な防衛意思説が採用されている点に鑑みれば、自招者の防衛行為の違法となる範囲が狭きに失することとなり妥当でない。
- (6) 思うに、そもそも自招防衛事例においては、自招行為と防衛行為の繋がりこそが自招行為者の防衛行為の違法性を根拠付ける理由となると、基準の明確性からこの連関性を客観的に判断すべきであると解する。

この点、F説は、自招行為者の自招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か否かによって、客観的に「防衛するため」といえるかを判断する。本説は自招防衛事例の違法判断においての根拠を条文の文言に求め、基準としてより客観的に「防衛のため」といえるか否かで両行為の連関性を考慮することが可能であることから、妥当であると解する。

よって、検察側はF説を採用するものとする。

## VI. 本問の検討

### 第1. Xの第一行為について

1. 本問においてXは、Yに対して手拳で顔面を1発殴打するという有形力を行使している。
2. したがって、Xの第一行為には暴行罪(208条)が成立する。

### 第2. Xの第三行為について

1. Xは、Yを特殊警棒を用いて数回殴打したことにより、顔面挫傷、左小指中節骨骨折の傷害を負わせている。かかる行為に傷害罪(204条)が成立するか。Xの行為は傷害罪の構成要件に該当するが、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。
2. 本問においてXはYの第二行為によって転倒させられているが、その後Yが重ねてXに暴行を加える様子が見受けられないため侵害は既に終了していることから、「急迫」性は否定される。
3. (1) 仮に急迫性が認められるとして、Yの侵害行為がXの第一行為から誘引されたものであることから、Xの第三行為が自招防衛となり、違法性が阻却されないか。この点において、検察側は自招防衛の違法性の根拠として、前述の通りF説を採

用する。

- (2) まず、Xの第一行為によって、Yの第二行為が招来され、Yの当該行為によって、Xの第三行為が引き起こされているという関係がある。

加えて、第三行為は、第一行為が行われた集積所からわずか90mしか離れておらず、Yが自転車で追跡していたことから時間にしてみれば10秒程度であるといえる。

よって、Xの第一行為から第三行為が引き起こされているといえ、さらに、場所的・時間的にも第一行為と第三行為は接着していることから、自招行為(第一行為)と防衛行為(第三行為)の因果的連関が強く、全体として一連の行為と認められる。

- (3) したがってXの行為は自招防衛であるといえ、客観的に「防衛のため」の行為とはいえないので、正当防衛の要件を満たさず、違法性は阻却されない。

4. よって、Xの第三行為には傷害罪(204条)が成立する。

## **VII. 結論**

Xの行為には暴行罪(208条)と傷害罪(204条)が成立し、両罪は併合罪(45条)となる。

以上