

I. 事案の概要

5 設問1

甲が公園を散歩していたところ、Xがつけた首輪を振りほどいてXの飼い犬が突然甲に向かって走り出し、甲の右足に噛みついた。甲はこれに慌てて抵抗し、落ちていた木の枝で数回犬の頭を殴りつけた。これによってこの犬は死ぬに至った。

甲の罪責を論ぜよ。

10

設問2

乙(52歳、中肉中背)は近所のバーで一人で飲んでいたが、隣に座ったY(67歳、小柄)と口論になり、「一回酔いを醒ませ」と言って置いてあった水をYに向かって浴びせかけた。Yはこれに「お前こそ酔いすぎに違いない」と返し、乙の左頬を思いっきり殴りつけた。乙は逆上して、Yの顔面及び左わき腹を力一杯殴りつけた。この結果、Yは全治約2週間に至る顔面挫創と肋骨にひびが入り、入院することとなった。

乙の罪責を論ぜよ。

15

参考判例:最高裁平成20年5月20日第二小法廷判決

20

II. 問題の所在

1. 物、動物による侵害は、正当防衛の成立要件(36条1項)における「不正」の侵害といえるか。
2. 挑発行為によって招来せしめた相手方の侵害行為に対する反撃行為につき、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。

25

III. 学説の状況

1. 対物防衛の成否について

α説:肯定説

条文上の文言である「侵害」には「侵害状態」が含まれるとして、人の侵害状態といえない動物の侵害などについても、正当防衛を認める見解¹。

30

β説:否定説

法規範は人の行為にのみ向けられ、動物の行為は違法とはいえず、また、物、動物および行為性のない人の挙動による侵害は侵害行為とはいえないとする見解²。

35

2. 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

¹ 山中敬一『刑法総論I』(成文堂,1995年)430頁。

² 高橋則夫『刑法総論第2版』(成文堂,2013年)270頁。

正当防衛の濫用とみとめられないかぎり正当防衛が成立とする³説。

B 説: 社会的相当性説

5 みずから侵害を招き、これに対して防衛行為に出たという事実を一体的に把握して、具体的状況のもとで、当該行為が正当防衛の要件を具備しているかどうかを個別具体的に判断すべきである⁴とする説。

C 説: 原因において違法な行為説

自招侵害に対する防衛行為は正当防衛として適法としながら、みずから侵害を招いた行為と発生した法益侵害を結び付けて、行為者の刑事責任を問う⁵説。

10

IV. 判例

参考判例なし。

V. 学説の検討

15 1. 対物防衛の成否について

α 説: 肯定説

20 優越的利益保護の原理によって正当防衛の正当化原理を説明するものとして法確証の利益の理論という考え方がある⁶。この理論によると、不正な侵害をするものに対しては正当防衛というサンクション(制裁)があると示すことにより、攻撃者が二度とそうした攻撃をしないようにでき、一般人に対しては、不正な攻撃をすると反撃されるのだから自分はやめておこうと思わせる効果を持つ。その根底には、正当防衛という形でのサンクションを与えることによって、「殺すな」「盗むな」という規範を防衛すること、すなわち規範防衛論が存在しているのである。ただし、その論理的な帰結として、規範の意味を理解し得る者に対してしか法確証の利益はないということになる。その帰結として、動物や自然災害等の人間以外の物や責任無能力者に対しては、法確証の利益が欠如するため正当防衛ができない⁷というべきである。

25

また、違法状態を肯定するこの説の立場からは、対物防衛を肯定することは容易である。しかし、物や動物に対して正当防衛を認めてしまうのは通常感覚から奇特に感じられる。正当防衛はあくまで人と人との間の利益衝突状態における正当化を取り扱うもの⁸であるから、正当防衛が問題となるのは侵害者たる相手方に対して法益の侵害をする場合である。したがって相手方が侵害される「法益」を有していなければ、正当防衛は問題とならない⁹。

30

さらに、客観的違法性論に立脚し侵害者の違法行為のみならず違法状態をも違法とみなす、つまり客観的に違法と認められるすべての事情を違法性判断の対象と捉えるこの説の考え方によると、正当防衛の正当化根拠を法確証の利益に求める以上、正当防衛における成立要件としての「不正な侵害」と犯罪成立要件としての違法性の意義とが一貫しない。さらに犯罪成立要件としての違法性における不法内容

³ 川端博『刑法総論講義[第三版]』(成文堂, 2013年)362頁。

⁴ 福田平『全訂 刑法総論[第5版]』(有斐閣, 2011年)157頁。

⁵ 前掲・福田 157頁。

⁶ 西田典之『刑法総論』(弘文堂, 2009年)146頁。

⁷ 前掲・西田 147頁。

⁸ 前掲・山中 430頁。

⁹ 斎藤信宰『新版刑法講義[総論]』(成文堂, 2007年)235,236頁。

には法益の侵害・危険などのように主に客観的なもので構成される¹⁰が、そもそも法規範は人間の意思に働きかける事によって行為を規律するものである以上、決定規範に反し故意をもって行為したことこそが故意犯の違法性の本質だ¹¹というべきである。したがって故意などの主観要素もまた違法要素として捉えるべきである。

- 5 つまり、侵害者の行為の客観面のみに着目し主観面を考慮しない純粋な客観的違法論に立脚すること自体が違法性論の解釈上不当であると言わざるを得ない。

よって検察側は α 説を採用しない。

β 説:否定説

- 10 法規範は、人間の行態に向けられる規範であって、違法性判断の対象は、人間の行態にかぎられるものであるから、やはり動物の挙動や自然現象は違法判断の範囲外にあるものと解すべきである。そこで、動物や自然現象による法益侵害は「不正の侵害」に当たらないから、これに対する正当防衛は認められず、ただ緊急避難が認められるに過ぎない¹²と解すべきである。なお、動物の挙動などが違法判断の対象とならないことをみとめながら、違法でない動物の侵害について、正当防衛の規定を準用しようとする見解があるが、この見解は、超法規的な違法性阻却事由を認めようとする趣旨であろうが、正当防衛の要件に該当しないからといって、安易に超法規的な違法性阻却を認めるのは妥当でない¹³。

- 15 さらに、管理者に故意・過失があったかどうか明らかでない場合に管理者の主観的な内心態度のみを根拠として管理者に違法性を帰属させ動物による侵害行為を「人による行態」として擬制し、正当防衛の成立を安易に認めてしまうことは新客観的違法性論の見地から考えると疑問が残る。また、動物の侵害が管理者等の故意・過失に基づくか否かは防衛者にとっては明らかでない。したがってこれに対する攻撃は、正当防衛と解しても緊急避難と解してもほとんど不都合はない¹⁴。よってこのような場合には法益の均衡と補充性の原則という緊急避難の厳格な要件の元で違法性の認定をなし、それが認められる場合にのみ緊急避難の成立を許すべきといえる。

よって検察側は β 説を採用する。

25

2. 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:権利濫用説について

- 30 この説は、違法な挑発によって自らを危険にさらす者には、法の保護は必要ないとする。しかし、そうすると、挑発により招来された攻撃は、保護に値する法益を対象としないので、およそ違法でないことになろう。しかし、挑発に対する反撃を広く許容することは妥当でない¹⁵。

したがって、検察はA説を採用しない。

B説:社会的相当性説について

- 35 この説は、行為無価値論を前提とする立場から、社会的相当性を違法性阻却の一般原理としてあげる

¹⁰ 林幹人『刑法総論』（東京大学出版会）31頁。

¹¹ 前掲・林 32頁。

¹² 福田平『全訂 刑法総論[第5版]』（有斐閣，2011年）156頁。

¹³ 前掲・福田 156頁。

¹⁴ 前掲・斎藤 236頁。

¹⁵ 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』（成文堂，2009年）140頁。

説であり、侵害を有責に招致した場合について、防衛行為の社会的相当性を否定する。しかしながら、いかなる場合に相当性を欠くのか、その具体的基準は明らかでない。仮に、社会的相当性を違法性阻却の一般原理と解したとしても、社会的相当性を欠く場合を類型化した下位基準を合理的なかたちで提示しない限り、この見解はおよそ有効に機能しえない。社会的相当性という概念は、結局のところ、一定の行為が正当化されるという結論の言い換えにとどまっており、それを出発点としつつ、可視的なかたちで一定の結論を演繹的に導く基準としては機能していない¹⁶。

したがって、検察側はB説を採用しない。

C説:原因において違法な行為説について

10 法益侵害を惹起する行為はその行為について違法性阻却がみとめられない限り、その行為の違法性は阻却されず、このことは、因果経過にそれ自体としては適法という評価を受ける行為が介入しても、そのことによって直ちに変わるものではない。それゆえ、防衛行為が正当化された場合であっても、挑発行為を違法と評価することができ¹⁷、この意味では、違法判断は個別的であるといえる。そうであるならば、防衛行為が正当化された場合であっても、挑発行為それ自体について防衛結果の法益侵害をカバーする違法性阻却事由が認められない限り、なお挑発行為を違法と評価することができる。そして、挑発行為と最終法益侵害結果との間に相当因果関係が認められる限りでは、みずから侵害を招いた行為と発生した法益侵害を結び付きがあるといえ、行為者の防衛行為に的確な刑事責任を追及することができる。

したがって、検察側はC説を採用する。

20

VI. 本問の検討

第1 設問1について

1. 甲の落ちていた木の枝で数回犬の頭を殴りつけた行為について、器物損壊罪(261条)が成立するか。

25 (1) 甲の当該行為は、Xの所有権が及んでいる飼い犬を死に至らしめるものであり、「他人の物」を「傷害」しているといえるため、261条の構成要件に該当する。もっとも、甲の当該行為は、右足に噛み付いてきた犬に抵抗する形で行われたものであるため、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。動物による侵害が「不正」の侵害にあたるかが問題となる。

30 ア 検察側はβ説を採用するところ、法規範は人間の行態に向けられる規範であって、違法性判断の対象は、人間の行態にかざられるものであるから、動物の挙動や自然現象は違法判断の範囲外にあるものとするため、動物による侵害は、違法行為とはいえ、「不正」の侵害に当たらないといえる。したがって、厳格な要件の元で違法性の認定をなし、認められる場合にのみ緊急避難(37条1項本文)の成立を許すべきであると考ええる。

35 イ 本問について、37条1項おける「やむを得ずにした行為」とは、危難を避けるために当該行為を行う以外に他に方法がなく、そのような行為に出たことを条理上肯定し得る行為をいうところ、甲の行為は、右足を噛み付かれていたとはいえ、振り払って取り押さえるなどの行為に出る余地はあり、危難を避けるために当該行為を行う以外に他に方法がなかったとはいい難く、また、素手よりも威力のある木の枝で数回にわたり犬を殴りつける行為に出ることは条理上肯定し得るとはいえないため、甲の当該行為は

¹⁶ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣, 2008年)301頁。

¹⁷ 山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣, 1998年)753頁。

「やむを得ずにした行為」とはいえず、緊急避難は認められない。もっとも、過剰避難(37条1項但し書き)における過剰避難の刑の減免の根拠は責任の減少にあるところ、緊急状況下で不適切な避難行為に出ることは強く避難できないため、補充性の要件が満たされなくとも過剰避難は成立する。

5 2. 以上より、甲の落ちていた木の枝で数回犬の頭を殴りつけた行為について、器物損壊罪(261条)が成立し、過剰避難(37条1項但し書き)として情状により刑の任意的減免が認められる。

第2 設問2について

1. 乙のYとの口論中に水をYに向かって浴びせかけた行為(第一行為)は、人の身体に対する有形力の行使といえる。したがって、乙の当該行為には、暴行罪(208条)が成立する。

10 2. そして、乙の第一行為後、Yは乙の左頬を思いっきり殴りつけ(第二行為)、乙は逆上して、Yの顔面及び左わき腹を力一杯殴りつけている(第三行為)。乙の第三行為は、顔面及び左わき腹を力一杯殴りつけるものであり、人の生理的機能に障害を加える行為であるといえ、また、Yに全治約2週間に至る顔面挫創と肋骨にひびを負わせており傷害罪(204条)の構成要件に該当する。もっとも、乙の第三行為はYの第二行為に対抗する形で行われたものであるため、乙の第三行為は、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。

15 (1) 本問において、Yの第二行為は乙の身体への侵害行為として、法益の侵害が現に存在しているといえ、「急迫性」が認められ、また「不正の侵害」ともいえる。そして、乙はYの第二行為について例え逆上していたとはいえ、少なからず急迫不正の侵害が加えられるということを認識しつつそれを回避しようとする心理状態があったといえ防衛の意思は否定されない。さらに、乙の第三行為は、Yによる第二行為
20 点から、反撃行為として自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであるといえるため「やむを得ずにした行為」といえる。したがって、乙の第三行為は正当防衛の要件を充足するといえる。

(2) もっとも、検察側はC説を採用するところ、法益侵害を惹起する第一行為はその行為について違法性阻却が認められない限り、第三行為の違法性は阻却されないとし、また、第一行為と最終法益侵害結果
25 との間に相当因果関係が認められる限りで、第一行為を問責行為とする処罰が可能となると考える。本件において、乙の第一行為は、暴行罪の構成要件に該当する違法なものであり、その行為について違法性阻却が認められる事情はない。そして、第一行為と第三行為による全治約2週間に至る顔面挫創と肋骨にひびが入るといふ最終法益侵害結果との間には相当因果関係が認められるため、第三行為の原因となる第一行為から防衛行為を通して相手方に被害を与えた過程について可罰性が認められる。したがって、
30 乙の第三行為に正当防衛は認められず、違法性は阻却されない。

3. したがって、乙の第三行為には、傷害罪(204条)が成立する。

VII. 結論

35 甲の行為について、器物損壊罪(261条)が成立し、過剰避難(37条1項但し書き)として情状により刑の任意的減免が認められる。

乙の行為について、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