

I. 反対尋問

- 5 1. 「防衛行為の結果によって発生した法益侵害が防衛行為者の守ろうとした法益よりも大きい場合にまで相当性を認め、攻撃者にその侵害を受忍させることは妥当でない。」とあるが、検察側の採用する結果相当説は、行為結果を重視する行為無価値の考えとの親和性が低く、妥当でないのではないか。
- 10 2. 結果相当説は、正当防衛を含めた違法性阻却事由を考察するにあたって、法益侵害結果を含めた構成要件該当事実全体を踏まえて正当化するものとしているが、侵害結果をも考慮要素として含める根拠は何か。
- 15 3. 検察側は、社会的相当性説に対して、「概念内容はあまりに抽象的・包括的である」と批判するが、権限濫用説が用いる「濫用」という概念にも同様の批判が当てはまるのではないか。

II. 学説の検討

1. 自招侵害の判断基準

イ説：原因において違法な行為の理論

検察側と同じ理由により採用しない。

ア説：権限濫用説

どのような挑発行為を「濫用」とするのか、基準が不明確である。また、「濫用」という一般的・抽象的な概念を用いて具体的な問題処理の判断基準とするのは妥当ではない¹。よって、弁護側はア説を採用しない。

ウ説：社会的相当性説

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である。したがって、防衛行為の時点において正当防衛の要件を充たしてい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化すれば社会秩序を乱すこととなるため、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充たしていたとしても正当防衛の成立を認めるべきでないとする本説は正当防衛が不可罰とされる趣旨に照らすと最も妥当なもの²であるといえる。

よって、弁護側はウ説を採用する。

2. 相当性の判断基準

α説：結果相当説

本説は、防衛行為が侵害犯の既遂構成要件に該当する場合には、防衛行為によって相手に現に生じた法益侵害と、事後判断により防衛行為に出なかつたら被ったと予測される法益侵害とを比較し、両者間に著しい不均衡があれば相当性は否定されるとする説である。³本説では、防衛行為による侵害法益が保全法益と比較して著しく不均衡ではないという「緩やかな均衡性」を要求すべきとしている。本説によって、防衛行為の相当性を完全な結果的判断だとすると、防衛行為を行ったが防衛効果がなかった場合にも正当防衛が否定されることになり、妥当とは言えない。

¹ 木村光江『演習刑法[第2版]』（東京大学出版会、2016）107頁。

² 大谷實『刑法講義総論[第5版]』（成文堂、2019）285頁。

³ 松原芳博『刑法総論[第1版]』（日本評論社、2013年）160頁以下。

よって、弁護側は、**α**説を採用しない。

β説：行為相当説

本説は、防衛行為の相当性を、行為の危険性という観点から判断する説である。急迫不正の侵害を受けたものに要求できるのは、その具体的状況の下でとりうる防衛手段のうち可能な限り侵害性の弱い防衛行為を選択することと考える⁴。正当防衛とは、権利行為であり、防衛のために必要な限りにおいて、攻撃者の要保護が減少または消滅するところ、この説によると、正当防衛の正当化根拠たる、「正は不正に譲歩する必要はない」という権利行為としての性格に妥当する。

よって、弁護側は、**β**説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. Xは、サバイバルナイフでYを刺したところ、偶然胸に刺さり、Yは死亡している。胸をサバイバルナイフで刺す行為は人に向けられた不法な有形力の行使であり、暴行に当たるため、Xには暴行の結果的加重犯たる傷害致死罪(刑法 205条、204条。以下法令名省略、「本罪」と称す)が成立しないか、以下において検討する。

(1) Xの上記行為は、人の身体に対する不法な有形力の行使であり、暴行罪の実行行為に当たる。

(2) そして、結果的にYは「死亡」しており、また、死因となる傷害はXの上記行為によって生じたものであるため、当該行為と結果との間に因果関係はあり、「よって」死亡したといえる。

(3) Xは、Yの胸を刺すことについての認識認容があることから、暴行罪(208条)の故意(38条1項本文)があるといえ、基本犯たる故意が認められる以上、同罪の結果的加重犯たる傷害罪・同致死罪についての主観に欠けることはないといえる。

(4) 以上より、甲の行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。

2. (1)では、かかる行為の違法性は阻却されないか。YがXに殴りかかり、Xの腹部及び顔面を拳で殴っていることから、Xの行為につき正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されるか否かが問題となる。

(2) 正当防衛が認められるには、①「急迫不正な侵害」に対する、②自己又は他人の権利を、③「防衛するため」、④「やむを得ずにした行為」である必要がある。

まず、YはXに殴りかかってきており、実際にXの腹部及び顔面を拳で殴ったうえに、さらに興奮状態が継続していることから、「急迫不正の侵害」があるといえる(①充足)。

(3) 次に、当該防衛行為が「やむを得ずにした行為」といえるか、手段が必要最小限度であることを要する防衛行為の相当性の具体的判断基準が問題となる。

この点、弁護側はβ説、行為相当説を採用する。本説においては、行為の危険性という観点から防衛行為の相当性を判断する。

まず、防衛行為の危険性と侵害行為の危険性を検討する。この点、具体的には侵害者と防衛行為者の武器が実質的にみて対等といえるかを判断する(武器対等の原則)ところ、その防衛行為が必ずしも唯一の方法であることを要せず、また、厳格な法益の均衡も要求されないが少なくとも相手に最小の損害を与える方法を選ぶことを要する。そして、ここにいる防衛行為が必要最小限といえるかは、侵害行為の危険性の比較(武器対等の原則)を踏まえ、代替行為との比較を行って判断される。その際の考慮要素は、使用された武器の対等性、侵害者・防衛行為者の身体的条件(年齢、性別、体力等)、侵害行為の態様、防衛行為の態様、侵害排除のための代替手段の有無などである。したがって、どのような結果が生じたのかというよりも、どのような手段がとられたのかという点に着目して判断すべきであり、たとえば、素手対素手、凶器対凶器というように、いわゆる武器対等の原則

⁴ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)173頁以下。

を軸に、形式的ではなく実質的に防衛行為の相当性を判断すべきであると解する。

これを本件についてみると、確かに、サバイバルナイフは殺傷能力が高い凶器にもなり得るため、Xの防衛行為の危険性は決して低いものであるということとはできない。

しかし、同所はキャンプ場であり、Xは人を殺傷する目的でサバイバルナイフを携帯していたわけではない。さらに、身長170センチで定年退職をした65歳のXと身長185センチで若いYとでは、大きな年齢差・体格差・体力差があり、従前にXが、タバコのポイ捨てしていたYを見て注意しただけで逆上してくるような相手方のYが興奮状態に陥っている等の事情を考慮すれば、誘導した広い広場で周囲に誰も助けを求める人がいない状況下においては、興奮状態に陥っているYを相手にこのままでは殺されてしまうかもしれないと思うことは至極当然であり、たとえ素手であったとしても、Yの侵害行為の危険性は相当に高いといえる。Yに対抗し確実に防衛効果を期待できる手段は、落ちていた石をYに投げる、素手で対抗するというだけでは到底足りず、持ち合わせているサバイバルナイフを用いて反撃するしかなかったと考えられ、たとえ結果的にYを死に至らしめることになったとしても、サバイバルナイフを用いて反撃することも必要最小限度の防衛手段であるといえる。

したがって、「やむを得ずにした行為」であるといえる(④充足)。

さらに、Xは②自分の生命・身体を守ろうとしている(②充足)。そして、③「防衛するため」とは、反撃行為が客観的にみて防衛に向けられた行為でなければならない。また、正当防衛が成立するためには、防衛の意思を要するところ、防衛の意思とは、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いう。本件でのXの反撃行為は、客観的にみてYからの攻撃の防衛に向けられた行為であり、Yによる暴行を避けようとする単純な心理状態は認められるから、なお、防衛の意思は認められる(③充足)。

よって、Xの行為は正当防衛の要件を満たす。

もっとも、Yの行為は、XがYに「だから喫煙者は嫌いなんだ。聞き分けが悪い」と侮蔑した行為(挑発行為)に対してなされたものである。

そこで、挑発行為がなされた場合の正当防衛の成否が問題となる。

思うに、違法性の本質は、社会的相当性を逸脱した法益侵害の惹起にある。とすれば、正当防衛は社会的に相当な行為の違法性を阻却するものであるが、形式的には防衛行為時に正当防衛の要件を満たしていても、防衛行為が社会的相当性を逸脱し実質的違法性を有する場合には、正当防衛として正当化し、違法性を阻却すべきではないと解する(社会的相当性説)。

本件では、確かに、Xは以前Yとたばこのポイ捨てで口論になっていることから、事実関係のような発言をYに対してすれば、次こそはYが逆上するかもしれないということ、合理的な疑いを挟む余地がない程度に予測することができたと言えるため、Yに対してかかる発言をすることは、Xに過失があり、X自らが過失により正当防衛状況を招いたように思われるかもしれない。

しかし、XはYと出会う前々から喫煙者を嫌っていたため、「だから喫煙者は嫌いなんだ。聞き分けが悪い」と言ったにすぎない。それにも関わらず、その発言に対して、たばこのポイ捨てで口論になった時に周囲の状況を気にして自車に不服ながらも戻ったこと、みられるように場をわかまえることができる判断能力を有するYが、興奮状態に陥り、殴りかかるかもしれないと予想することは少々難しい点があったというべきである。

よって実際に腹部及び顔等を拳で殴るというYの反撃行為は通常予期される範囲を逸脱しているといえる。

そうであれば、その後のXの防衛行為は社会的相当性を逸脱したものではないから、Xの行為に正当防衛は成立する。

以上より、本件Xの行為について正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されるため、傷害致死罪(204条、205条)が成立しない。

IV. 結論

本件 X の行為について正当防衛(36 条 1 項)が成立し、違法性が阻却されるため、傷害致死罪(204 条、205 条)が成立しない。

5

以上