

I. 事実の概要

- 5 Xは定年退職をし、妻と2人で暮らす65歳の男性である。ある日、妻とキャンプに行く途中で若めの男(以降Yとする)が駐車場でタバコのポイ捨てしたのを見て注意したところ、Yは逆上しその場で口論になった。しかし、人が多く集まる場であったので不服そうながらYは自車に戻り、その場はおさまった。
- 10 しかしその後、車で移動した先のキャンプ場の駐車場で再びYと遭遇したところ、Yから「おい、さっきの続きしようや」など言われたXは、奥さんに「ちょっとあっちに行って待っていてくれ、危ないから」といい、Yに「決着をつけたいなら、場所を変えよう」と言って近くの広場をさし、誘導した。広場で口論を重ねる中で、埒があかないと呆れたXは、前々から喫煙者を嫌っていたことから、「だから喫煙者は嫌いなんだ。聞き分けが悪い」と侮蔑した。
- 15 YはこのXの言葉にはらをたて、Xに殴りかかり、Xの腹部及び顔面を拳で殴った。Xは相手が自身よりも体格が良く(Xの身長170センチに対し、Yは185センチ)、興奮状態に陥っていることなどから、このままでは殺されてしまうかもしれないと思い、咄嗟にポケットに持っていたサバイバルナイフでYをさした。この際、Yはナイフが偶然胸に刺さり死亡してしまった。
- 20 Xの罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

- 25 1. 本件では、Yによる攻撃行為の前にXがYを侮辱しているため、かかる行為は挑発といえ、正当防衛(36条1項)の要件の1つである急迫性が否定されないか。自招侵害の判断基準が問題となる。
- 30 2. Xの防衛行為の急迫性が肯定されたとしても、XはサバイバルナイフでYの胸を刺し、死亡させているため、かかる行為を「やむを得ずした」といえるか。正当防衛(36条1項)の要件の1つである相当性の判断基準が問題となる。

III. 学説の状況

- 35 1. 自招侵害の判断基準
ア説. 権限濫用説
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いう説¹。
- 40 イ説. 原因において違法な行為の理論
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、自ら侵害を招いた行為と発生した法益侵害を結びつけて、行為者の刑事責任を問うもので、「原因において自由な行為」を念頭に置き、これを自招侵害の場合に応用した理論²。
- 40 ウ説. 社会的相当性説
防衛行為が社会的相当性を欠く場合には正当防衛を認めるべきでないとする説³。

2. 相当性の判断基準

¹川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂, 2013年)362頁。

²山口厚『自ら招いた正当防衛状況』『法学協会百周年記念論文集二集』(有斐閣, 1983年)751頁。

³大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂, 2019年)285頁。

α 説. 行為相当説

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説⁴。

β 説. 結果相当説

- 5 防衛行為により相手に現に生じた法益侵害と防衛行為に出なかったら被ったと予測される法益侵害とを比較衡量することによって、防衛行為の相当性を判断する説⁵。

IV. 判例(裁判例)

1. 自招侵害の判断基準について

- 10 該当判例なし。

2. 相当性の判断基準について

東京地方裁判所八王子支部昭和 62 年 9 月 18 日判決(判事 1256 号 120 頁)

[事実の概要]

- 15 被告人は、飲酒しての帰途、同様酔って通りかかった A において「どこの者だ」などと因縁をつけたうえ、襟首を掴む、手拳で頭部を一回殴打する等の暴行を加え、さらに上半身裸の喧嘩姿となつてなおも執拗に絡んでくる態勢を示したことから、これに激怒すると共に、暴力をもってでもこれを排除し自己の行動の自由及び身の安全を図ろうと決意し、
- 20 自らも上半身裸となつて威を示しつつ A と口論を繰り返した挙句、ガードレールを背にした状態で靴を持った右手を振り上げて殴りかかってきた A に対し、防衛に必要な程度を越えて胸部付近を右手拳で力一杯突き飛ばす暴行を加え、同人を約四〇メートル下方の多摩川の河川敷に転落させて頭蓋内損傷、くも膜下出血、硬膜下出血、左肋骨々折、腸間等の傷害を負わせ、その場で右頭蓋内損傷等により死亡するに至らせたものである。

[判旨]

- 25 「被告人が行なつた反撃の態様・程度を具体的に見ると(ちなみに、刑法三六条一項にいう「行為」とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であつて、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動作だけではなく、故意犯における結果と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる「相当性」の有無も、狭義の反撃行為だけではなくその結果をも包めた全体について判断されるべきものである。)被告人は、上半身裸の A
- 30 が片手に下足を振り上げて迫つてきたので機先を制して胸元を一回強く手拳で突いたところ、同人は数歩後ろ寄りによろめいた勢いでほぼ仰向けにガードレール越しに橋下に転落していったと言うのであるから、それならば、その時の A は深い谷底を控えたガードレールを背に、かつ、これにかなり近接した場所に位置していたということになる。してみると、終始一貫して前認定程度のものであつた A の侵害行為に対するに、被告人の加えた反撃たるや、その動作自体においても状況上 A の橋下転落とひいてはその死亡さえ招きかねない高度に危険な態様のものであつたのであり(そのことは被告人も容易に認識し得た筈のものである)、果たして結果においてもこの上ない重大な法益侵害を生じてしまったものなのである。これがいわゆる相当性の範囲を逸脱する明らかに過剰なものであつたことはとう
- 40 てい否定できない。」

[引用の趣旨]

本判例は、防衛行為の相当性判断において、狭義の反撃行為だけでなく、結果をも含めた全体で判断すべきであるとしており、検察側が β 説を採る上で有用な資料である。

45 V. 学説の検討

⁴西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019年)185頁以下。

⁵松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)167頁以下。

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

原因において自由な行為論を応用し、間接正犯類似の考え方により自招侵害の違法性の限定を試みるという点において妥当であるとも言える。しかし、防衛行為は自招行為を前提とするものであるから、防衛行為のみを取り上げて評価することは不可能であるため、

5

自招行為と防衛行為とを切り離して違法性の評価を加えることは妥当でない⁶。
よって、検察側はイ説を採用しない。

ウ説. 社会的相当性説

この説によれば、上述のように防衛行為が社会的相当性を欠く場合には正当防衛を認めるべきでないというのである。社会的相当性とは、行為が歴史的に形成された社会倫理秩序の枠内にあることを指す。すなわち、正当防衛は歴史的に形成された社会秩序の枠内にあるため正当化されるという結論を導くことができる。もっとも、これは正当防衛は適法であるという「結論」を述べているのみであって、「理由」を示しているものとは言い難い。また、その概念内容はあまりに抽象的・包括的であるため、責任で考慮されるべき非難可能性や、法益保護主義と調和し難い社会倫理、罪刑法定主義において直接考慮することは避けるべきである処罰感情なども考慮要素となる。したがって、これを違法性阻却の一般原理とすることにも疑問が残る⁷。

10

15

よって、検察側はウ説を採用しない。

ア説. 権限濫用説

正当防衛における違法性の問題は、権限の濫用がなされたか否かにより判断が可能である。すなわち、正当防衛行為に乗じて相手方を侵害しようとし、(例え未必であって)故意に挑発する場合は権利の濫用であって、正当防衛とはならない。しかし、過失による挑発行為であって、その過失が軽微なものである場合や、相手方の反撃行為は軽微なものになると予想される挑発に対し、相手方が異常に大きい法益侵害を伴う反撃行為をなした必要がある。つまり、あまりに抽象的・包括的なものである社会的相当性を考慮せずとも処理が可能なのである⁸。

20

25

よって、検察側はア説を採用する。

2. 相当性の判断基準

α説. 行為相当説

本説によれば、正当防衛の相当性を防衛者の行為だけを見て判断するならば、一般通常人が必要最小限度と思われる防衛行為を行う限り、仮に事後的にみれば、防衛行為が重大な結果を生じさせる危険性を有するものであったとしても、相当なものであると認められるというのである⁹。しかし、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。

30

35

よって、検察側はα説を採用しない。

β説. 結果相当説

40

⁶大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂,2019年)286-287頁。

⁷松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)147-148頁,113-114頁。

⁸川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013年)362-363頁。

⁹井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018年)316頁。

正当防衛を含めた違法性阻却事由は、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であることからすれば、その判断に際しては行為のみならず、現に行為から相当因果関係を経て生じた構成要件的结果を考慮する必要があると考える¹⁰。

よって、検察側はB説を採用する。

5

VI. 本問の検討

1. Xの、サバイバルナイフでYを刺し、同人を死亡させたという行為につき、傷害致死罪(刑法205条、204条。以下法令名省略、「本罪」と称す)の罪責を負うか、以下において検討する。

10 (1)まず、本罪成立の為には、人の身体に「傷害」、即ち、人の生理的機能に障害を与え、かかる傷害に「よって」「人を死亡させた」ことが必要であるところ、本件において、かかる事実は、事実関係上読み取れるところである。

(2)次に、主観的構成要件として、本罪の構成要件的结果発生の認識及び認容たる故意が必要である。本罪は結果的加重犯であり、条文の文言や傷害罪が持つ危険性を考慮して、かかる故意は傷害の故意で足りると解すべきである。

15 ア 本件において、Xはこのままでは殺されてしまうかもしれないと思い、咄嗟に上記行為を行っており、これは即ち、Xは、その主観において、自身を守るためにはYに傷害を与えても良いと判断していると解することが出来る。

20 だとすると、Xは傷害の故意を有していると解することが出来る為、本罪の主観的構成要件は充足される。

イ なお、発生結果につき、予見可能性があるか無いかが問題となり得るが、本件においては、仮に予見可能性が必要であると解しても、サバイバルナイフをもって人を指すという行為について、社会通念上、人が死亡することを予見することが出来なかったと解することは難しく、従って、どの見解においても、本罪の主観的構成要件は問題なく充たされ

25 (3)よって、本件において、Xの行為には、本罪の構成要件が充足される。

2. しかし、本件においては、事実関係記述の通り、YがXに殴りかかり、Xの腹部及び顔面を手拳で殴打しているという事実がある。だとすると、かかる事実をもって、正当防衛(36条1項)が成立するとして、Xの上記行為の違法性を阻却することが出来るかが問題となる。

30 正当防衛成立の為には、「急迫不正の侵害」に「対して」、「自己又は他人の権利」を「防衛するため」、「やむを得ずにした行為」であることが必要であるところ、本件においてXは自己の生命・身体の安全という法益を守るために行っていることから、「自己...の権利」を「防衛する為」ということが出来、かかる要件は認められる。以下、問題となる二つの要件について検討する。

35 (1)第一、正当防衛成立の為には、「急迫不正の侵害」の存在事実が必要であるところ、本件において、Yによる違法な侵害事実は明らかであるから、不正性については特に問題とならない。

40 他方、先述した通り、XがYを侮辱していることから、かかる行為は挑発に該当するので、自招侵害となり、急迫性が否定されるのではないか、自招侵害の判断基準が問題となる。

この点、検察側は上述した通り、ア説、即ち権限濫用説を採用する。この説においては、行為者の行為が、その有する正当防衛権の濫用と認められない限り、急迫性は否定されず、正当防衛が成立する。換言すると、行為者が有する正当防衛権の濫用があったと認められた場合、急迫性は否定され、正当防衛は否定される。

45 ア 本件においてこの点を考察するに、確かに、Xとしては、以前すでにYとたばこのポ

¹⁰松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)167-168頁。

イ捨てで口論になったこともあって、事実関係のような発言を Y に対してした際、Y が逆上するかもしれないということは、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、そのような Y に対してかかる発言をすることは、かなりの重過失である。しかし、本件において X がその主観において、特段、自身の侮蔑行為をもって Y を挑発し、これに逆上した Y が X に襲い掛かった場合、これに乗じて Y の法益を積極的に侵害しようとしていたと認定することは困難である。又、挑発行為があったとしても、X としては、場をわかまえることが出来るという判断能力を有する Y が、興奮状態に陥り、その上自分を殴打するなどの行為に出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。

5
10 イ 従って、本件において、X の正当防衛権は未だ濫用されておらず、急迫性は否定されないと解すべきである。

ウ よって、本件において「急迫不正の侵害」の存在事実は肯定でき、X の行為はかかる「急迫不正の侵害」に「対して」行われたものということが出来る。

15 (2)第二に、正当防衛成立の為には、「やむを得ずにした」行為であること、換言すると、防衛行為につき相当性が認められる必要がある。そこで、II で述べたように、相当性の判断基準が問題となる。

この点、検察側は B 説、即ち、結果相当説を採用する。本説においては、防衛行為により相手に現に生じた法益侵害と防衛行為に出なかったら被ったと予測される法益侵害とを比較衡量することによって、防衛行為の相当性を判断する。

20 ア 本件において、まず法益侵害の比較を試みるに、防衛行為により相手たる Y に現に生じた法益侵害は人の生命に対する侵害で、防衛行為に出なかったら X が被ったと予測される法益侵害は人の身体、延いては生命である。この二つを単純に比較すると、両方生命に対する侵害になり得るので、この場合には同価値の法益を侵害したとして、相当性が認められると考えることもできるだろう。又、XY 間では 15 センチの身長差があったこともあって、Y としては、X の死亡結果を招く可能性がないとは言えない状況でもあったと言えよう。

25 イ しかし、本件において、X が行った行為は、サバイバルナイフを胸に刺すという行為である。一般的に、サバイバルナイフは、遭難時もしくは軍などで支給されるような、極めて有用な道具であると解されている。これを換言すると、ナイフという物の本質は、物を切断することであり、それが極めて有用な道具と称されているということは、そのような本質を極限までに高めることを目的として作られたものがかかるサバイバルナイフと言われている物で、言い換えると、本質を極限まで引き上げたからこそ、遭難時に使われ、若しくは軍隊で支給されるといった、極めて困難・危険な状況にその有効性が目立つものであると解される。

30 35 即ち、サバイバルナイフという道具は、その本質たる切断力が非常に高いものと解すべきであり、これを生命体に向けるということは、もはや護身の域を超え、峻厳なる生命を奪う危険性を多分に有すると考えるべきである。

40 一方で Y は、あくまでも素手であり、XY 間の身体能力の差がどれほどのものかは事実関係上推測することが出来ないが、せめて Y の素手は、X が有していたサバイバルナイフよりは、殺傷力に劣っていると考えられ、仮に殺傷力を有するとしても、その危険が現実化される可能性は X のそれより低かったと解される。

ウ だとすると、両者の法益侵害の程度を比較するに、X が負わせた法益侵害と Y が負わせるかも知れなかった法益侵害とは、均衡がとれていないと解すべきであり、従って、X の行為については、相当性が否定される。

45 (3)よって、本件 X の行為については、「やむを得ずにした」行為であるということが出来ず、正当防衛(36条1項)の成立は否定されるが、相当性のみが否定されるということから、「防衛の程度を超えた行為」に該当し、過剰防衛(36条2項)が成立する。

3. 以上より、本件 X の行為については、傷害致死罪(204条、205条)が成立するが、過剰

防衛(36条2項)が成立し、情状による刑の任意的減免の対象となる。

VII. 結論

5 本件 X の行為については、傷害致死罪(204条、205条)が成立するが、過剰防衛(36条2項)が成立し、情状による刑の任意的減免の対象となる。

以上