

I. 事実の概要

- 5 (1) A(男性、31歳、身長175cm、体重75kg)は、某日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中で徒歩で通りかかった甲(男性、41歳、身長165cm、体重60kg)が、その姿を不審と感じて声をかけるなどしたことから、両名は言い争いとなった。
- 10 (2) Aの態度に憤激した甲は、Aに対して「なんだ、この馬鹿野郎」といいながら、Aの肩を軽く押して腕を振り上げるような動作(以下、「第1暴行」)をし、Aがひるんだのを確認すると、直後に走って立ち去った。
- 15 (3) Aは、甲にされた行為に怒りを覚えて、「待ちやがれ」などと言いながら、自転車で甲を追いかけ、第1暴行から数分後に、同暴行の現場から約26メートル先を左折して約60メートル進んだ歩道上で甲に追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、
- 20 (4) 甲は、Aの攻撃によって前方に倒れたが、直ちに起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒(金属製3段式、伸ばした際の長さ60cm、重量約400g)を衣服から取り出し、さらに殴りかかろうとするAに対し、その顔面や頭部を数回殴打した(以下、「第3暴行」)。
- 25 (5) Aは、第3暴行によって加療約2週間を要する顔面挫創と脳挫傷の傷害を負った。甲の第3暴行は、通常人であれば死亡することはない程度であったが、Aは、日頃から脳の血管が細くなる脳血管障害を患っていたため、前記脳挫傷に起因する脳機能障害によって死亡した。なお、Aの病気は、本人も周りの者も誰も事前に認識していなかった。甲の罪責について検討せよ。

参照：最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁

II. 問題の所在

- 30 1. Aの第2暴行は、甲にとっては「急迫不正の侵害」にあたり、第3暴行について正当防衛が成立しうるのか問題となるが、いわゆる自招侵害の事例に正当防衛は成立するの
か。
2. 成立が否定されると考えるとき、その理論的根拠は何か。
3. 急迫性の要件が否定されたことで正当防衛が認められないとき、急迫性は具体的にいかなる事情の下に否定されるか。

35

Ⅲ. 学説の状況

1. 自招侵害における正当防衛成立の制限根拠(理論的根拠)¹

ア説(非要件論説)

自招侵害は個々の要件以外の制約から成立が制限されるという説。

5

ア-1説(社会的相当性説)

正当防衛も類型化されたものであるので、形式的にこの要件を備えていても、社会的相当性を欠く場合²は、違法性を阻却するとする説³。

10 ア-2説(権利濫用説)

正当防衛の本質的根拠は、正の確証(法秩序の保護)にあり、この点から、正当防衛に「権利性」が付与されることになるから、正当防衛権の濫用と認められるか否かで判断するとする説⁴。

15 ア-3説(原因において違法な行為説)

自己の行為によって「急迫不正の侵害」を招いた場合であっても、その状態のもとで行われた防衛行為自体は正当防衛として違法性が阻却されるが、その侵害を前いた行為及び法益侵害の結果を発生させたことについては犯罪の成立を肯定するという論理⁵。

20 イ説(要件論説)

自招侵害は正当防衛の成立要件段階の問題であるとする説。

イ-1説(相当性否定説)

自ら招いた正当防衛状況においては、防衛行為の相当性が認められないとする説⁶。

25

イ-2説(防衛の意思否定説)

挑発された者の攻撃は、挑発した者からするとあらかじめ予期しているもので、官憲の保護を求める暇がないほど切迫した加害行為があるとはいえず、もはや防衛のための行為とは言えないとする説⁷。

¹ 三浦透「判解」最判解刑事篇平成20年度404-443頁、412頁、注8～注15を参照。なお、調査官は「自招侵害と言われる事案においては、正当防衛の各要件のうちの一つないし複数の要件が欠ける場合があるが、事案によって、そのポイントとなる点は必ずしも同じではなく、自招侵害といわれる事案について特定の一つの要件で説明しようとするのは必ずしも実際的でないように思われる」とする。以下の学説対立が果たしてどのような意義を持つのか、学説対立の意義そのものの再検討が課題であるとする。

² たとえば、防衛者が故意に相手方の侵害を挑発し、そのために誘発された侵害に対する反撃において相手方を侵害する目的で、相手方に反撃を加えた場合。

³ 福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣,2011年)、158頁。

⁴ 高橋則夫『刑法総論[第4版]』(成文堂,2018年)、297-298頁。大塚仁『刑法概説総論[第4版]』(有斐閣,2008年)、385頁。

⁵ 大塚・上掲(注2)385頁参照。

⁶ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)、521頁参照。

⁷ 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂,1975年)、176頁。団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990

イ-3 説(急迫性否定説)

侵害が現在しても、正当防衛の趣旨、制度的理由から、急迫性が否定される場合があるとする説⁸。

5

2. 自招侵害の場合における正当防衛が否定される基準⁹

どのような基準により急迫性を否定するべきか。

α 説(三類型説)

10 自招行為は3つの類型に分けることができるとする見解¹⁰。意図的自招、故意的自招、過失的自招に類型化し、意図的自招のみ正当防衛が否定される。自招行為そのものが「違法」であること、自招行為の危険の範囲内で侵害行為が生じることを要する。

β 説(侵害回避義務論)

15 保全法益と侵害法益の衝突状況に至る前に、合理的な行動により衝突状況を回避でき、かつ、そのように要求することが不当でないのであれば、回避行為をとることによって両方の法益を維持することが要求されるべきであり、一見優越的利益保護の原則を充足するようにみえる場合であっても、行為者が不必要に利益衝突状況を作出した場合などには、正当化を否定すべき場合があり得るとする見解¹¹。

20 IV. 判例

最決昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 卷 4 号 747 頁

[事案の概要]

25 某政治団体(A派)に属する被告人らは、集会のために某ホールにいたところ、対立する政治団体(B派)に属する者十数名から襲撃を受けたので、木刀、鉄パイプで反撃し、B派を撤退させた。被告人らは、B派の再襲撃を必至と考え、上記ホールの入り口にバリケードを築いていたところ、B派が来襲し、バリケード越しに鉄パイプを投げ込む等したので、被告人らも鉄パイプで突く等して応戦した。

[判旨]

30 「侵害の急迫性は……当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるものではない」が、「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさ

年)、238 頁。

⁸ 西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019年)、172 頁。

⁹ なお、判例は、侵害行為が自招行為に触発された一連一体の事態であり、かつ、侵害行為が自招行為の程度を大きく超えるものでない場合には、36条の要件検討をするまでもなく同条を適用できないとする(最判平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁[本件参考判例])。ここから、自招侵害に触発された一連一体の事態と言えない場合、または、侵害が侵害招致行為の程度を大きく超える場合には、正当防衛が否定されるという基準を得られるだろう。

¹⁰ 山中・前掲(注6)519頁。

¹¹ 西田・前掲(注8)141-142頁。

ないものと解する。」

[引用の趣旨]

5 検察側が採用するイ-3説(急迫性否定説)において、侵害の予期があっただけでは急迫性は否定されないことを示すものである。なお、本件参考判例においても、裁判所は侵害の予期があつたと認定している。また、「そもそも集会を開催するために現場に留まるという目的が既に名目的なものにすぎず、また、警察による救助も(本人たちが要請するか否かはともかく)十分に間に合う状況であれば、急迫性を否定した結論を支持することができ¹²」、「積極的加害意思をもって現場で相手を待ち構えてはいけない、という意味で、侵害回避義務を要求していると解することもできる¹³。」ため、侵害回避義務論からの解釈が可能である判例であると考えられる。

V. 学説の検討

1. 自招侵害における正当防衛成立の制限根拠(理論的根拠)

ア説について

15 ア-1説(社会的相当性説)

この見解における社会的相当性という概念では、明確な判断基準を示し得ず、直感的・恣意的な判断に陥る可能性があるため、妥当ではない¹⁴。

よって、検察側はア-1説を採用しない。

20 ア-2説(権利濫用説)

権利濫用という概念があまりにも一般的な言名にすぎないので、具体的な事案において、どのような根拠から正当防衛が制限されるのかを明らかにしておらず¹⁵、妥当でない。

25 ア-3説(原因において違法な行為説)

ここでいう防衛行為は挑発行為を前提とするものであるから、防衛行為だけを取り出して評価することは不可能である¹⁶。

よって、検察側はア-3説を採用しない。

30 イ説について

イ-1説(相当性否定説)

なぜ相当性を欠くのかについて詳しい説明がなく、防衛行為そのものが相当性の枠内にとどまっているのに、なぜ相当でないのかが根拠づけられていない¹⁷。

¹² 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣,2020年)、90頁注38。

¹³ 橋爪・同91頁注42。

¹⁴ 大塚裕史『刑法総論の思考方法[第4版]』(早稲田経営出版,2012年)、208頁

¹⁵ 山中・前掲(注6)521頁。

¹⁶ 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂,2019年)、286-287頁。

¹⁷ 出典紛失。

よって、検察側はイ-1説を採用しない。

イ-2説(防衛の意思否定説)

挑発を前提とするからといって、必然的に防衛の意思否定につながるわけではない¹⁸。

- 5 また、防衛の意思とは侵害を避けようとする単純な心理状態をいうところ、予見していたからといってもっばら加害意思のみを持つものではないため、防衛の意思がないとは言えない。

よって、検察側はイ-2説を採用しない。

10 イ-3説(急迫性否定説)

相手を侵害するために、相手の攻撃が十分予期されるにもかかわらず、自ら進んでその攻撃の危険に自分の法益をさらした場合、もはやその法益は要保護性を失った¹⁹と考えられる。この危険の引き受けは法益侵害への同意と同義であり、したがって予期を超えない範囲での相手の反撃は、「急迫」性の要件充足が当然に否定されると解すべきである。

- 15 よって、検察側はイ-3説を採用する。

2. 自招侵害の場合における正当防衛が否定される基準

α説(三類型説)

- 20 意図的挑発の場合に限って正当防衛が否定されるとすると、原則として相手の反撃行為の予期があったか否かの判断は行為者の主観に依存するほかなく、基準が曖昧となってしまふと考えられる(私見)。

よって、検察側はα説を採用しない。

β説(侵害回避義務論)

- 25 「行為者の先行行為と相手方の侵害行為との間に、先行行為が侵害行為を直接惹起したと認められる関係があり、かつ、相手方の侵害行為が先行行為との関係で通常予想される範囲内のものであるならば、それは自己の選考行為の当然の反動であり、自らが違法に招いた侵害として、相手方の侵害行為に防衛行為をもって対抗することは許されないと解すべきである」。「その限りで行為者に回避義務が認められるべきであり、急迫性に欠ける」ということができる」とする²⁰。自ら利益衝突行為を作出した者に原則として認めないこの見解は、正当防衛の制度趣旨にかなうものである。また、判例が喧嘩両成敗として喧嘩について正当防衛を認めない傾向にあるのも、このような考え方に基づくものであると言える²¹。

よって、検察側はβ説を採用する。

¹⁸ 山中・前掲(注6)521頁。

¹⁹ 林幹人『刑法総論[第2版]』(東京大学出版会,2016年)199頁。

²⁰ 栃木力「正当防衛における急迫性」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)[第2版]』(立花書房,2013年)71-86頁、85頁。

²¹ 西田・前掲(注8)172頁。

VI. 事案の検討

第1 Aの肩を押して腕を振り上げた行為(第一暴行)について、当該行為は人の身体に対する不法な有形力の行使と言え、かかる行為を認識認容しているから、暴行罪(刑法208条)が成立する。

第2 特殊警棒でAを殴打した行為(第三暴行)について

1. かかる行為につき、傷害致死罪(刑法205条)が成立するか。

2.(1)ア. 傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であるところ、結果的加重犯においては、基本犯の実行行為自体がその性質上重い結果を発生させる高度の危険性を内包しているため、結果的加重犯の実行行為は基本犯の実行行為で足りると解する。したがって、人に対する不法な有形力の行使を内容とする「暴行」は、人の生理的機能を害する現実的危険性を内包する行為であるため、「暴行」も傷害罪の実行行為にあたりと解する。

イ. 本件において、甲は、特殊警棒でAの顔面や頭部を数回殴打しており、不法な有形力の行使があることから、傷害致死罪の実行行為が認められる。

(2) 結果として、Aは「死亡」した。

(3) 因果関係について、上記暴行は、通常人であれば死亡することはない程度のものであり、Aは脳血管障害を患っていたために、脳挫傷に起因する脳機能障害によって死亡した。かかる場合に、当該行為と死亡結果との間の因果関係は認められるか。

ア. そもそも、因果関係は偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を限定するものである。そして、実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為を言うから、因果関係は、条件関係があることを前提に、行為時に存在した全事情を基礎に当該行為が有する危険性が結果へと現実化している場合に限り認められると解する。

イ. 本件について、当該暴行がなければAは死亡することはなかったため、条件関係は認められる。その上、当該暴行は、Aの脳血管障害と相まったことにより、人の死亡結果を発生させる現実的危険性が認められるから、当該行為が有する危険がAの死亡結果へと現実化したと言えるので、法的因果関係も認められる。

(4) 構成要件の故意(刑法38条1項)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容を言う。そして、傷害致死罪は暴行罪の結果的加重犯であるから、致死結果及び因果関係についての故意は不要であり、「暴行」の故意で足りる。本件で、たしかに、Aの病気は本人も周りの者も誰も事前に認識していなかったものであるが、甲は特殊警棒でAの顔面や頭部を数回殴打する行為自体は認識しているため、「暴行」行為につき認識認容があると言える。したがって、故意が認められる。

(5) よって、当該行為は傷害致死罪の構成要件を充足する。

3.(1) もっとも、甲は、Aからの暴行(第2暴行)に対する反撃として当該行為を行っているところ、甲には正当防衛(刑法36条1項)が成立し違法性が阻却されないか。正当防衛を検討するにあたり、検察側はイ-3説・B説により考える。

(2)ア. 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在するか又は間近に差し迫っ

ていることを言い、本件では、甲は、A から自転車の上から素手で背中の上部または首付近を強く殴打されていることから、A による違法な法益侵害行為が現に存在していると言えるため、「急迫不正の侵害」があるように思われる。

5 イ. 正当防衛は、正当防衛は、危険が急迫し国家的な保護を求める余裕がない場合に、例外として、自力救済を認めるものであるから、保全法益と侵害法益の衝突状況に至る前に、合理的な行動により衝突状況を回避でき、かつ、そのように要求することが不当でないのであれば、回避行為をとることによって両方の法益を維持することが要求されるべきである。そうだとすると、一見優越的利益保護の原則を充足するように見える場合であっても、行為者が不必要に利益衝突状況を生じた場合などには、利益衝突状況の発生が予期されるとして、A の行為が予期される程度を著しく超えない限り、急迫性の要件は欠けると解すべきである。

10 ウ. 本件において、甲は、A に対して「なんだ、この馬鹿野郎」といいながら、A の肩を軽く押して腕を振り上げるような動作をしているところ、このような行為をせず、その場から去る等の合理的な行動をしていれば、A との衝突を回避できたのである。また、その
15 ような行動をとることは容易であるから、そのように要求することは、不当ではない。そうだとすると、甲は、不必要に利益衝突状況を自ら作出したといえる。

他方で、A の暴行は、歩行中の甲に対し、後ろから自転車に乗って、走行中の自転車からいわゆるリアアット技をかけるという、激しい威力を持ったものである。しかし、A は凶器を持ち出したわけでもなく、「なんだ、この馬鹿野郎」という言葉とともに、肩を押
20 され、腕を振り上げられたことで威圧された者が、やられたらやり返すという心理に基づいて反撃する以上、甲の第一暴行をある程度上回る威力の暴行を加えることは通常ありうることであるから、予期される程度を著しく超えるとはいえず、急迫性に欠ける。

(3) よって、「急迫不正の侵害」はないと評価できる。

4. したがって、正当防衛の成立は否定され、違法性は阻却されず、傷害致死罪が成立す
25 る。

第3 以上から、甲には暴行罪と傷害致死罪が成立し、前者は後者に吸収される(吸収一罪)。

VII. 結論

30 傷害致死罪が成立する。

以上