

## I. 事実の概要

- 5 (1) 本件の被害者であるAは、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、徒歩で通り掛かったXが、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった。
- (2) XはいきなりAの左ほおを手拳で1回殴打し、直後に走って立ち去った。
- (3) Aは、「待て。」などと言いながら、自転車でXを追い掛け、上記殴打現場から約
- 10 26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上でXに追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部または首付近を強く殴打した。
- (4) Xは、上記Aの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、Aに対し、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、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負
- 15 わせた。
- Xの罪責を検討せよ。

参考判例:最判平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁

## II. 問題の所在

- 20 Aによる侵害行為は、XがAを殴打したことに触発されたものであるが、当該侵害行為に対する防衛行為にも正当防衛が成立しうるか。いわゆる自招侵害の擬律が問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 自招防衛の制限根拠

- 25 α説(権利濫用説)
- 正当防衛の「濫用」(「個々の要件である、急迫性、防衛の意思、防衛行為の相当性を考慮しつつ、全体として反撃行為が認められる状況か否かという視点」により判断されるべきこと)と認められるときは正当防衛が否定されとする見解<sup>1</sup>。
- 30 β説(社会的相当性説)
- 防衛行為が社会的相当性を欠くものか否かで判断する見解<sup>2</sup>。
- γ説(原因において違法な行為の理論)
- 防衛行為自体は適法であっても、原因行為(自招行為)が(防衛行為を経由して)侵害結果を
- 35 惹起した行為と評価され違法であるか否かで判断するという見解<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 高橋則夫『刑法総論[第5版]』(成文堂,2022)312頁。

<sup>2</sup> 福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣,2004)157頁。

<sup>3</sup> 山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂,2008)483頁。

#### δ 説(防衛行為否定説)

形式上途中に防衛的な色彩の部分が含まれていても、初めから一連の攻撃と評価しうる行為は正当防衛ではないとする見解<sup>4</sup>。

#### 5 ε 説(防衛意思否定説)

「防衛を口実にして他の目的のために行う行為は、もはや防衛のための行為とはいえない」ので、「はじめから反撃を加える意図で故意に侵害行為を誘発したようなばあいには、正当防衛をみとめることができない」とする見解<sup>5</sup>。

### 10 IV. 裁判例

神戸地判平成 26 年 12 月 16 日 LEX/DB25447069

[事実の概要]

被告人は、パチンコ店北側駐車場において、自動車の通行方法をめぐって C(当時 35 歳)と口論になった際、同所に止めた普通乗用自動車の運転席に座って運転席ドアを開いたまま同車を発進させようとしたところ、そのドア内側に立っていた C から自己の左肩付近をつかまれ、また、C のすぐ近くに D(当時 34 歳)が立っていることを認識しながら、両名に対し、あえて同車を発進・後退させる暴行を加えて両名をその場に転倒させるなどし、(1)C に加療約 1 か月間を要する右母趾種子骨骨折等の傷害を、(2)D に加療約 3 週間を要する腰背部打撲等の傷害をそれぞれ負わせた。

20 [判旨]

A の攻撃は被告人が自らの行為により招いたものと言わざるを得ず、被告人において A に対する正当防衛をなし得る立場になかった。

[引用の趣旨]

本判決では被告人が自身の行為により招いた攻撃に対する防御行為として正当防衛をなし得る立場にないと判断しており、自らの攻撃により相手方の反撃を招いた場合に正当防衛を主張するのは権利濫用であって正当防衛の成立を否定する α 説を採用する検察側と親和的であるため引用した。

### V. 学説の検討

#### 30 β 説(社会的相当性説)

本説は、正当防衛行為は歴史的に形成された社会秩序の枠内にあるために正当化されるのであるから、その枠内から外れる行為は最早正当防衛とはいえないとする説である。しかし、この説明は正当防衛は適法であるという「結論」を述べているだけで、「理由」を示すものとは言い難い<sup>6</sup>。また、社会的相当性の概念内容はあまりに抽象的・包括的であって、35 具体的な指針としては役に立たないもの<sup>7</sup>であるから、これを違法性阻却の一般原理とすることは妥当ではない。

よって検察側は β 説を採用しない。

<sup>4</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第 8 版]』(東京大学出版会,2019)277 頁脚注 18。

<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> 松原芳博『刑法総論[第 3 版]』(日本評論社,2022)157-158 頁。

<sup>7</sup> 松原・前掲 122 頁。

#### γ 説(原因において違法な行為の理論)

原因において違法な行為の理論は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付けて、行為者の刑事責任を問うもので適法に行為する道具を利用する間接正犯と類似性を持つ。しかし、自招侵害に対する防衛行為は行為者が同一人格である点で、間接正犯の場合とは区別されるべきである。また、この見解によると法益侵害の結果を発生させた防衛行為自体を正当防衛として適法であるとしながら、それに先行する侵害を招来した行為と防衛行為によって発生した法益侵害を結び付けてこれを違法とするが、ここで問題となる防衛行為は自招行為を前提とするもので、防衛行為だけを取り出して論ずることは妥当ではない<sup>8</sup>。

よって検察側はγ説を採用しない。

#### δ 説(防衛行為否定説)

本説は、「一連の攻撃」と評価しうる行為を行った場合に正当防衛の成立を否定する見解であり、主として積極加害型自招侵害(意図的自招)の事例において適用されるものと理解すべきである<sup>9</sup>。なぜなら、当初から反撃行為を十二分に予見・予定して挑発し、反撃行為を容易に回避できるのに積極的に加害した場合においては、その行為自体、客観的にも因果性が強く、全体として一個の行為としてみなすべきであるからである。他方、自招行為が故意的自招(積極的加害意思までではないが、故意行為で挑発することになった場合)の範疇を超えない場合においては、意図的自招の事例と比して、客観的に因果性が強いとまではいえないから、全体として「一連の攻撃」とまでいうことはできない。

本事例の被告人 X は、当初から反撃行為を十二分に予見・予定して本件挑発行為に及んだものではなく、とっさに、「いきなり A の左ほおを手拳で 1 回殴打」したにすぎないのであるから、本事例は、意図的自招事例というべきではなく、もっぱら故意的自招事例というべきである。したがって、この見解を採用して正当防衛の成否を議論することは不適當である。

よって検察側はδ説を採用しない。

#### ε 説(防衛意思否定説)

「はじめから反撃を加える」(意図的自招)場合に限り正当防衛の成立を認めないとして限定を付すのは不当であって、故意的自招においてもその成立を認めるべきでない。

よって検察側はε説を採用しない。

#### α 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。したがって正当防衛「権」の行使といえるか否か<sup>10</sup>という判断基底を定立することにより、個々の事案でなされた侵害行為を多角的視点から考慮することができる。

よって検察側はα説を採用する。

<sup>8</sup> 福田・前掲 157 頁注 8。

<sup>9</sup> 前田・前掲 277 頁以下参照。

<sup>10</sup> 高橋・前掲 312 頁。

## VI. 本問の検討

1. XがAの左ほおを手拳で1回殴打した行為(以下「第一暴行」という。)に暴行罪(刑法208条)が成立しないか。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」にあたるから、上記行為につき暴行罪が成立する。

5 2. Xが特殊警棒でAの顔面や左手を数回殴打し、同人に顔面挫創等の傷害を負わせた行為に傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

(1) 本件で、XはAの顔面等を特殊警棒で殴打することにより、Aに顔面挫創という生理的機能障害を生ぜしめている。したがって、上記行為は「傷害」行為にあたる。

10 (2) 故意(刑法38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいう。本件で、Xは自身の特殊警棒による殴打行為という上記客観的構成要件該当事実を認識しているため、故意が認められる。

(3) もっとも、上記行為は、自転車に乗ったAが右腕でXの背中の上部または首付近を強く殴打するという態様の侵害行為(以下「第二暴行」という。)に対する防衛行為として行われたものであるから、正当防衛(刑法36条1項)の成否が問題となる。

15 本件で、第二暴行はXの第一暴行に触発されたものであるところ、このような場合にも正当防衛が成立しうるか。

ア そもそも、正当防衛(刑法36条1項)を基礎付けるのは正対不正という状況であるところ、防衛行為者が自ら相互闘争状況を招いた場合には、かかる前提を基本的に欠くから正当防衛の成立は制限される。

20 具体的には、行為者が自ら①不正な行為を行い、それと②一連一体の事態としての侵害を招致した場合、侵害が当初の違法な行為の度を大きく超えるものでなければ、防衛行為者において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況にないと解する。

イ これを本件についてみると、XはAと言い争いを起こす中でAを殴打して立ち去っており、Xの方からAに対して有形力行使に出たものである。そして、AはXを直ぐさま自転車で追いかけていき、距離にして約90m先で追いついて侵害行為に及んでいるところ、かかる第二暴行はXがAに対して第一暴行を加えたことによって自ら招いたものといえる。加えて、第一暴行現場と第二暴行現場間の離隔は90m弱であり、時間的にも場所的にも接着しており、事態に継続性があったものといえる(②)。

30 たしかに第二暴行の内容も相当強烈であるものの、素手による一回限りの殴打にすぎず、第一暴行の態様からして通常予想される範囲を超えるとまでは言い難い。したがって、第二暴行は当初の違法な行為の度を大きく超えるものとはいえない。

以上より、第二暴行は不正な侵害であるものの、Xにおいて何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況とはいえないから、正当防衛、過剰防衛は成立しえない。

(4) したがって、Xの上記行為に傷害罪が成立する。

35 3. よって、Xには、①暴行罪(刑法208条)、②傷害罪(刑法204条)が成立し、①②は併合罪(刑法45条前段)になる。

## VII. 結論

40 Xの上記行為に暴行罪(刑法208条)と傷害罪(刑法204条)が成立し、両罪は併合罪(刑法45条前段)となる。

以上