

I. 事実の概要

- 5 A及びBは、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、帰宅途中に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、AとXは言い争いとなった。Bは両名が言い争っているのをただ傍観していた。Xは、いきなりAの左ほおを手拳で数回殴打し、直後に走って立ち去った。その後、Aは、自転車でXを追いつけ、上記殴打現場から約30m進んだ歩道上でXに追いつき、自転車に乗ったまま、後方からXの背中の上部又は首付近を2回殴打した。そのとき、BはAとともに自転車でXを追いかけていた。咄嗟の出来事だったため、Xは、Aの上記行為を、AとBの両名による行為だと考えた。そのため、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、A及びBに対し、その顔面や防御しようとした左手を多数回殴打する暴行を加えた。よって、Aに加療約1ヶ月を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害、Bに加療約3週間を要する顔面挫創の傷害を負わせた。
- 10
- 15

なお、XはAによる殴打行為を予期していなかった。

Xの罪責を検討せよ。

参考判例：最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁

最決昭和62年3月26日刑集41巻2号182頁

20

II. 問題の所在

1. Aに対する暴行について

- 本件でXはAによる暴行に対して本件暴行をしたため、正当防衛の検討が考えられる。もっとも、XはAの暴行に先んじてAの左ほおを手拳で数回殴打する暴行を行っている。このような自招侵害の事例において、正当防衛は認められるか。
- 25

2. Bに対する暴行について

BはXに対して何ら危害を加えていないにもかかわらず、XはBからも同様の侵害を受けたと考えて、暴行を加えてBに傷害を負わせている。このように実際には「急迫不正の侵害」が存在していない誤想過剰防衛において、故意犯は成立するのか。

- 30 3. 誤想過剰防衛に刑法36条2項が準用または適用され、刑の任意的減免が認められるのか。

Ⅲ. 学説の状況

1. 自招侵害に対する正当防衛の成否

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する説。

- 5 例えば、正当防衛に藉口(しゃこう)して相手方を侵害しようとし、故意に挑発するような場合は(未必的であっても)、権利の濫用であって、正当防衛とはならない¹とする。

イ説(原因において違法な行為の理論)

- 10 自招侵害に対する防衛行為は正当防衛として適法であるとしながら、自ら侵害を招いた行為と発生した行為を結びつけて、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²理論。

ウ説(社会的相当性説)

全体として社会的相当性を欠く行為は正当防衛を認めるべきでないとする説³。

15

エ説(防衛行為否定説)

挑発行為と防衛行為との因果的連関が強く、全体として一連の行為と見なしうる場合は、客観的に防衛するための行為ではないとする説⁴。

20 2. 誤想過剰防衛の故意犯の成立

α説(故意犯説)

発生した事実につき故意犯が成立し、錯誤が避けえない場合は責任を阻却する⁵説。

β説(過失犯説)

- 25 発生した事実につき過失があるときは過失犯が成立する⁶説。

γ説(二分説)

誤想防衛は事実の錯誤であって故意を阻却するということを前提とし、過剰事実の認識がない場合には違法性を基礎付ける過剰事実について行為者に認識がないから、故意犯の成立を認

¹ 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013)362頁以下。

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)751頁。

³ 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』(成文堂,2025)289頁。

⁴ 浅田和茂『刑法総論[第2版]』(成文堂,2019)240頁参照。

⁵ 大谷・前掲296頁。

⁶ 大谷・前掲296頁参照。

めることができず、過剰事実を相当な事実と誤認した点に過失があれば過失犯が成立し、過剰事実の認識がある場合には違法性を基礎づける事実を認識しているから、故意犯が認められるとする説⁷。

5 3.誤想過剰防衛の刑の任意的減免

甲説（責任減少説）

36条2項は、相手方の攻撃を受けたという緊急状態、法益衝突状況の緊急状態での恐怖・驚愕・興奮・狼狽という心理的動揺により期待可能性が減少したということを考慮して、刑の減免の可能性を認めたものである⁸とする説。

10

乙説（違法減少説）

36条2項によって刑が減免される根拠は、急迫不正の侵害に対する防衛行為によって正当な利益が維持されたことで違法性が減少する点にあるという説⁹。

15 急迫不正の侵害が客観的に存在しない場合について、違法性は減少せず、したがって、刑の減輕に関する36条2項の規定を適用することはもちろん、準用する必要もない¹⁰。

丙説（違法・責任減少説）

過剰防衛は、急迫不正の侵害に対する防御行為であるという点で違法性が減少し、被害者の心理的圧迫状態を責任減少について考慮するとする説¹¹。

20

IV. 裁判例

1. 自招侵害に対する正当防衛の成否

東京地判昭和63年4月5日判タ608号223頁

【事実の概要】

25 被告人が深夜、甲野の自宅に赴き、同人をはげしく怒鳴りつけ、強迫し、突き飛ばして転倒させたところ、相手方が傍らにあった置物の石塊を投げつけ、それが被告人の頭部に当たった。これに激高した被告人が投げつけられた石塊やラジオカセットで被害者を多数回殴打して死亡させた。相手方による急迫不正の侵害があったといえるのかが争われた。

30

⁷ 大塚仁『刑法概説総論[第4版]』（有斐閣,2008年）397頁。

⁸ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論[第3版]』（弘文堂,2019）189-190頁。

⁹ 山口厚『刑法総論[第3版]』（有斐閣,2016）141頁参照。

¹⁰ 山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂,2015）540頁参照。

¹¹ 山口・前掲142頁。

[判旨]

被害者からによる投石行為があったものの、それは先に被告人が先に脅迫・暴行を加えたことによって引き起こされた反撃にすぎないとした。しかも、被害者による反撃は、被告人の先行暴行に照らせば特に過剰ではなく、通常予想されるものである。

- 5 したがって、被害者の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法36条における「不正」の要件を欠き、これに対しては正当防衛はもとより過剰防衛も成立する余地はないと解するのが相当である。

[引用の趣旨]

- 10 上記判決はまず被告人の自招行為である暴行強迫の程度と比較して、被害者の反撃行為の態様や程度を観察するところ通常社会的に想定される範囲内を超えないと判断している。一方、この反撃に対する被告人のさらなる暴行は「正当」な被害者の反撃に対する実力の行使であり、急迫性はともかく不正の侵害に対する実力の行使とは言えないとして、急迫不正の侵害の存在を否定している。自招侵害である場合には被害者の反撃行為が自招行為と比して相当性があるか判断し、反撃行為が過度に不相応な場合に初めて防衛行為をする社会的正当性があるといえる。この判例の考慮方法は、防衛行為が社会的相当性を有さない場合には正当防衛を認めるべきでないとするウ説(社会的相当性説)と親和性があると判断したため、採用した。

V. 学説の検討

1. 自招侵害に対する正当防衛の成否

- 20 ア説(権利濫用説)

どのような挑発を権利の濫用とするのかが明確でない面がある¹²。また、あまりに一般的な法原則であって具体的基準が明らかでなく、また、挑発者の法的保護を全面的に否定することとなる¹³。

よって、検察側はア説を採用しない。

25

イ説(原因において違法な行為の理論)

正当防衛は、結果的に防衛行為をも正当化するのであって、それを惹起する「違法な」挑発行為は、少なくとも、「未遂」としてのみ違法であって、違法な「結果」は発生させていないというべき¹⁴である。

- 30 よって、検察側はイ説を採用しない。

¹² 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』(東京大学出版会,2024)278頁。

¹³ 浅田和茂『刑法総論[第3版]』(成文堂,2024)241頁。

¹⁴ 山中敬一『正当防衛の限界』(成文堂,1985)184頁。

エ説（防衛行為否定説）

- 5 防衛行為の時点で見れば、防衛するための行為であるといえるのではないか¹⁵。挑発行為と防衛行為との因果的連関が強いとしても、挑発行為(自招侵害)の後に受けた反撃が、正当防衛を基礎づけるような過剰なものであるか否かを検討せずに、防衛行為を否定するのは妥当ではない。よって、検察側はエ説を採用しない。

ウ説（社会的相当性説）

- 10 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にある。防衛行為の時点において正当防衛の要件を満たしたとしても、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る。そのような行為を正当防衛として正当化すれば、かえって社会秩序を乱す結果となるから、正当防衛行為が社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の要件をすべて充たしていても正当防衛の成立を認めるべきではない¹⁶。
- 15 よって、検察側はウ説を採用する。

2. 誤想過剰防衛の故意犯の成立

α説（故意犯説）

- 故意犯説は厳格責任説を前提としている。
- 20 厳格責任説によれば、構成要件(事実)と違法性(評価)とを峻別し、構成要件該当事実の認識だけで規範の問題に直面し、故意を構成要件の故意に限定することから、誤想防衛は違法性の錯誤と解されることになる。しかし、正当防衛の要件それ自体を誤解した場合と、誤想防衛のような「違法阻却自由の前提事実の錯誤」とを同様に処理することは悪しき規範主義と言わざるを得ない¹⁷。
- 25 よって、検察側はα説を採用しない。

β説（過失犯説）

- 急迫不正の侵害が現に存在する通常の過剰防衛の場合には、故意犯が成立するが、急迫不正の侵害の存在しない誤想過剰防衛の場合には、過失犯となって、均衡を失する¹⁸。
- 30 さらに、急迫不正の侵害がないのにあると思った錯誤を事実の錯誤として故意を阻却する過失犯とし(第一段階)、それに基づく防衛行為の過剰性を行為者が認識してそこに故意が認められ

¹⁵ 浅田和茂『刑法総論[第2版]』（成文堂,2019）241頁。

¹⁶ 大谷・前掲289頁。

¹⁷ 高橋則夫『刑法総論[第5版]』（成文堂,2022）322頁。

¹⁸ 山中敬一『刑法総論[第3版]』（成文堂,2015）539頁。

ても(第二段階)、第一段階の過失犯としての性格がその誤想過剰防衛行為全体の性格を決定して過失犯とする点に問題がある¹⁹。

よって、検察側はβ説を採用しない。

5 γ説(二分説)

過剰性の認識のある場合には、違法性を基礎づける事実を認識しているのだから、故意犯が成立すると解すべきである²⁰。

よって、検察側はγ説を採用する。

10 3. 誤想過剰防衛の刑の任意的減免

甲説(責任減少説)

心理的圧迫状態を生じさせる「急迫不正の侵害の認識」が過剰防衛を肯定するために決定的な意味をもつことになるが、そうだとすると、過剰防衛と、現実には急迫不正の侵害が存在しないのに、その存在を誤信した誤想過剰防衛との区別がなくなってしまう²¹。

15 よって、検察側は甲説を採用しない。

乙説(違法減少説)

生じさせた法益侵害について、それが防衛行為となされた場合には、そうでない場合と比べて違法性が減少し、刑の減輕を肯定する理由が生じることを指摘する点では妥当であるが、
20 過剰な結果だけをとれば完全な犯罪が成立している(上述の腕を骨折させる例を参照)にもかかわらず、刑の免除まで可能とされていることを説明することが困難だという問題がある²²。

よって、検察側は甲説を採用しない。

丙説(違法・責任減少説²³)

25 違法減少説において、誤想過剰防衛の場合、急迫不正の侵害がないことにより違法性の減少が生じるとは言えないが、行為者の責任減少については過剰防衛と実質的に異ならない。また、過剰防衛の減免根拠を責任減少説に立ち、誤想過剰防衛においても減免すると考えると、両者の区別がつかなくなる。そこで、両者の区別をするため、刑の免除を説明するためには違法・責任減少説が妥当する。

30 よって、検察側は丙説を採用する。

¹⁹ 立石二六『刑法総論[第4版]』(成文堂,2017)239頁。

²⁰ 高橋・前掲324頁。

²¹ 山口・前掲141頁。

²² 山口・前掲142頁。

²³ 山口・前掲141頁以下。

VI. 本問の検討

第1 XのAに対する暴行について

1. まず、XがAに対して、左ほおを手拳で数回殴打した行為は人体に対する有形力の行使であり、
5 故意に欠けるところもなく、暴行罪(刑法208条)が成立する。

2. 次に、XがAに対して、特殊警棒で顔面や左手を多数回殴打した行為について、傷害罪(刑法
204条)が成立しないか。

(1) 結果的加重犯の実行行為は、その基本犯の実行行為自体が加重的結果を惹起する危険性を含
んでいるため、基本犯の実行行為でよい。したがって、傷害罪の実行行為は基本犯たる暴行
10 罪の実行行為で足る。

「暴行」(刑法208条)とは、人体に対する不法な有形力の行使をいうところ、本件においてX
はAに対し、護身用に所持していた特殊警棒でAの顔面や左手を多数回殴打しており、これは
「暴行」にあたる。

(2) 結果として、Aは加療約1ヶ月を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負った。

15 (3) 因果関係についても、当然に認められる。

(4) 構成要件の故意(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ところ、
本件においてXは、Aを殴打することを認識認容していたといえ、故意が認められる。

3. しかしながら、Xの上記行為はAが後方からXの背中の上部又は首付近を2回殴打してきたこと
に由来するから、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。

20 (1) もっとも、Aの侵害行為はXがいきなりAの左ほおを手拳で数回殴打した行為に起因するが、
この場合にも正当防衛は成立するか。いわゆる自招侵害が問題となる。

ア この点、検察側はウ説を採用する。すなわち、①侵害行為が自身の挑発行為と時間的場
所的近接性があり、一連一体の事態といえ、②相手方の行為が自身の挑発行為の程度を大
きく超えるものであれば、反撃行為は社会的相当性を逸脱し、正当防衛状況下にあったと
25 はいえないと解する。

イ 本件において、Aの侵害行為はXの挑発行為が行われた場所から約30mしか離れていない
歩道上であって、Aによる侵害行為もXの挑発行為が行われた直後に行われているから時間
的場所的近接性が認められ、一連一体の行為であったといえる(①充足)。そして、XのAに
対していきなりAの左ほおを手拳で数回殴打した行為からすれば、Aが自転車に乗ったまま
30 後方からXの背中の上部又は首付近を2回殴打した行為は、両者ともに手拳による相手側へ
の不意打ち的な身体への軽度な攻撃という点で共通するから、X自身の挑発行為の程度を
大きく超えるものではなかったといえる(②充足)。

ウ したがって、自招侵害であるといえ、Xには正当防衛状況下を基礎づける前提があった
とはいえない。

(2) ゆえに、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

4. 以上より、XのAに対する上記行為につき、傷害罪(刑法204条)が成立する。

第2 Bに対する暴行について

5 1. XのBに対する、特殊警棒で顔面や左手を多数回殴打した行為について、傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

(1) XはBに対し、護身用に所持していた特殊警棒でBの顔面や左手を多数回殴打しており、これは人体に対する不法な有形力の行使であり「暴行」(刑法208条)がなされたといえる。

(2) 結果として、Bは加療約3週間を要する顔面挫創の傷害を負った。

10 (3) 暴行と傷害の結果の間における因果関係は当然に認められる。

(4) 構成要件の故意(刑法38条1項本文)とは、客観的構成要件該当性の認識認容をいうところ、本件においてXは、Bを殴打することを認識認容していたといえ、故意が認められる。

2. また、本件においてBがXに対して暴行を加えた事情がないため「急迫不正の侵害」は認められず、正当防衛(刑法36条1項)によって違法性も阻却されない。

15 (1) もっとも、Xは後方からXの背中の上部又は首付近を2回殴打したのがAのみならずBによるものであると誤認している。そのため、誤想防衛の成立が問題となる。

ア この点、検察側はY説を採用する。すなわち、防衛行為が過剰であるという事実と直面した場合に、規範や道義があるにもかかわらずあえて反対動機に基づいて罪を犯すのならば違法性の錯誤として責任故意は阻却されない。

20 イ Xの認識では急迫不正の侵害があった。また、XにはBによる殴打を受けたという認識があり、さらなる暴行を受けることを防ぐ意思を持っていたため防衛の意思もあったといえる。もっとも「やむを得ずにした」とは防衛の意思でもって必要最小限の反撃をしたことを指す。Xは背中の上部又は首付近を2回殴打されたが、これに対してXはBを特殊警棒で多数回にわたって殴打している。特殊警棒は人体の内臓や骨を容易に破壊してしまう凶悪な武器である。さらに、そのような凶悪な武器でもって2回のみならず多数殴打しており、反撃として必要最小限度であったとはいえない。よって、「やむを得ずにした」行為とは言えない。

(2) したがって、XのBに対する暴行は正当防衛によるものとは言えず、違法性は阻却されない。

3. 以上より、XのBに対する行為につき正当防衛は成立せず、傷害罪(刑法204条)が成立する。

30 では、上記行為につき誤想過剰防衛(刑法36条2項)が成立し任意的減免とならないか。

この点、検察側は、丙説を採用する。急迫不正の侵害の認識があり、反撃に出なければならぬという心理的圧迫を受けていたXには違法性や責任の減少を認めることができる。

ゆえに、Xは傷害罪について、誤想過剰防衛(刑法36条2項)による任意的減免を受ける。

第3 罪数について

XのAに対する暴行罪(①)及び傷害罪(②)とBに対する傷害罪(③)が成立する。①と②は包括一罪となり、③とは併合罪(刑法45条前段)となる。

5 VII. 結論

Xに、Aに対する行為で傷害罪(刑法204条)、Bに対する行為でも傷害罪が成立するが、Bに対する行為では過剰防衛(刑法36条2項)が成立し、刑の任意的減免となる。両者については併合罪(刑法45条前段)が成立する。

以上