

～刑法事例演習教材攻略講座～

第4回 赤いレンガの衝撃(問題12)

本問で学んでほしいテーマ

- ・急迫性に関する判例を確認
- ・自招侵害

積極的加害意思

判例（最決昭和52年7月21日）によれば、①侵害を予期していた場合で、②積極的加害意思があった場合には、急迫性が否定されるとされています。積極的加害意思とは、予期された侵害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をいいます。侵害前の意思であることに注意しましょう。

上記要件を満たした場合には、公的機関の保護を求める時間的余裕があり、緊急状況性に欠けると考えたため、急迫性を否定したものと考えることができます。

最決平成29年4月26日

この判決は、積極的加害意思論は急迫性が否定される1つのパターンであり、積極的加害意思がなくとも急迫性が否定されることを判示しています。そして、緊急状況性に欠ける場合に急迫性は否定されるということを判示したという点で重要な判決です。

自招侵害①

判例(最決平成20年5月20日)によれば, ①侵害を違法行為によって直接惹起したこと, ②侵害が違法な先行行為の程度を大きく超えない場合は, 正当防衛が否定されるということになります。

①は, 侵害を招いたかを確認する要件で, ②は, 先行行為によって招かれる侵害行為が通常予想される範囲内であれば, 受忍すべきとの考えから要求される要件です。

自招侵害②

36条の趣旨に遡って考えると、結局のところ、上記要件を満たした場合、緊急状況性が欠けると裁判所は考えたのではないのでしょうか。そうだとすれば、侵害が先行行為を大きく超える場合は、緊急状況性が肯定することができるため、防衛行為を行うことができると思われれます。

なお、判例は、特定の要件に結び付けて自招侵害を検討していません。色々な考え方があるところですが、正当防衛の要件検討に入る前に検討するか緊急状況性に関する急迫性の要件で検討するのが良いかと思えます。

Aに対する罪責①

【因果関係】 医者が一旦帰宅させるという介在事情がある

死因は、後頭部を打撲したことによるもの（直接型を検討することが確定）



甲の行為は、Aが転倒し頭部を床面に打ち付け死亡する危険性の高い行為



新たな危険を作出したものではないから、結果への寄与度は低い



行為の危険性が結果へと現実化したと評価できる

Aに対する罪責②

【自招侵害】

→違法行為によって、侵害行為を直接惹起したといえるか？

- 蹴りつけてから突き倒すまでは数分程度
- 倒れた椅子は、Aに接触はしていないが、暴行罪が成立する
- Bによる仲裁が入り、突き倒すまでの間、Aから反撃を受けていないし、睨み合うといった場面もなかった。
- 店を立ち去ろうとする段階に至ってはじめてAの侵害が現実化している

Aに対する罪責③

【相当性】

Aは、身長177センチあるものの、持病をかかえており、体重は50キロしかなく、相当に醜態していた。

これに対し、甲は、170センチ、78キロのがっしりした体格で、柔道の有段者



このような状況でどのような手段をとりえたか？

防衛行為が第三者に及んだ場合

①正当防衛説

②緊急避難説

③誤想防衛説(大阪高判平成14年9月4日)

問題 12 赤いレンガの衝撃

1	Aの顔面を突いた行為につき、A及びBに対する罪責を検討する。
2	
3	第1 Aに対する罪責
4	傷害致死罪（205条）が成立するか。
5	1 構成要件該当性
6	(1) 上記行為により、Aは脳挫傷を負っているから、「傷害」したといえる。
7	(2) 次に、死亡結果との法的因果関係は認められるか。医師が帰宅させるという介在事情があるため問題となる。
8	ア 因果関係は、客観的に存在する全事情を判断資料として、行為の危険
9	性が結果へと現実化したかにより判断する。
10	イ 柔道の有段者である甲がAを殴れば、反動で後ろに転倒し、頭部を床面
11	等に打ち付けることは大いにありうる。また、Aが転倒した店内側の出入
12	り口付近は、飾り棚のように柱が突き出ており、また床も約7センチメー
13	トル高くなっている部分があって、長身のAが後ろ向きに倒れた場合、頭
14	部などをレンガ製の堅い床面や壁面等に打ち付けることは十分ありうる
15	状況であった。そして、Aが酔っばらっていることも考慮すると、甲の行
16	為は、Aが転倒し頭部を床面に打ち付け死亡する危険性の高い行為であっ
17	たと評価できる。
18	確かに、医者がAをいったん自宅へ帰らせ適切な治療をしなかったとい
19	う介在事情があるが、不適切な判断とまで言えないから、異常性は低い。
20	また、新たな危険を作出したものではないから、結果への寄与度は低い。
21	実際の死因も後頭部を打撲したことによる対側損傷によるものであった。
22	そうだとすれば、行為の危険性が結果へと現実化したと評価できる。
23	ウ よって、因果関係が認められ、「よって」「死亡」させたといえる。

問題 12 赤いレンガの衝撃

1
(3) さらに、傷害致死罪は二重の結果的加重犯であるから、基本犯である
2
暴行について故意（38条1項本文）があれば足りるところ、甲には、暴
3
行の故意はある。
4
2 違法性
5
A から殴られそうになったことに対する反撃として行為に及んでいるか
6
ら、正当防衛（36条1項）として違法性が阻却されないか。
7
(1) まず、行為に及ぶ前にAのほうへ椅子を蹴り倒すという行為をしてい
8
るから、自招侵害により違法性阻却される余地はないのではないか。
9
ア 刑法36条は、緊急状況下において公的機関による法的保護を求めるこ
10
とができない場合に、侵害を排除するための対抗行為を例外的に許容す
11
る趣旨である。①違法行為によって侵害行為を直接惹起し、②侵害行為
12
が先行行為の程度を大きく超えない場合は、不法な相互闘争行為を招い
13
たといえるから、防衛行為として正当化されるだけの緊急状況性が欠け、
14
正当防衛は成立しないと考えるべきである。
15
イ 本件では、蹴りつけてから突き倒すまでは数分程度であり、倒れた椅
16
子は、Aに接触はしていないが、暴行罪が成立するといえ違法行為である。
17
しかし、Bによる仲裁が入り、突き倒すまでの間、Aから反撃を受けて
18
いないし、睨み合うといった場面もなかった。その後、店を立ち去ろう
19
とする段階に至ってはじめてAの侵害が現実化しているのであるから、違
20
法行為によって侵害行為を直接惹起したとはいえない。
21
ウ よって、正当防衛は成立し得る。
22
(2) Aは甲の顔面を殴打しようとしているから「急迫不正の侵害」がある。
23
(3) 「防衛するため」という文言から防衛の意思は必要であるが、その内容

問題 12 赤いレンガの衝撃

1	は、急迫不正の侵害を認識し侵害を避けようとする心理状態をいう。
2	本件では、憤激しているが、専ら攻撃の意思に基づいているわけでは
3	なく、防衛の意思が併存しているから、防衛の意思も認められる。
4	(4)「やむを得ずにした行為」は、正当防衛が不正対正の関係にあるから、
5	手段としての相当性、すなわち必要最小限度の行為であることをいう。
6	本件では、Aは、身長177センチあるものの、持病をかかえており、
7	体重は50キロしかなく、相当に酩酊していた。これに対し、甲は、170
8	センチ、78キロのがっしりした体格で、柔道の有段者であった。Aが、
9	相当に酩酊していることに鑑みると、殴打すれば転倒してレンガ製の堅
10	い床面に頭部を打ち付けてしまう可能性があった。甲自身も店にたびた
11	び訪れていたことから、店の構造から倒れると危険であるということ
12	を認識していたといえる。そして、二度Aの攻撃をかわしているのである。
13	そうだとすれば、甲は、再びかわしたり逃げたり押さえつけたりする
14	などの方法によってもAの暴行に対処することが可能であったといえ
15	るから、甲の行為は必要最小限度とはいえず、相当とは言えない。
16	したがって、「やむを得ずにした行為」とはいえず、正当防衛は成立
17	しない。
18	3 以上より、傷害致死罪が成立するが、過剰防衛が成立し(36条2項)、
19	刑が任意的に減免される。
20	第2 Bに対する罪責
21	1 傷害罪(204条)が成立するか。
22	(1) まず、Bに打撲を負わせているため「傷害」にあたる。
23	(2) そして、甲の行為には、Aが転倒し頭部を床面に打ち付け死亡する危

問題 12 赤いレンガの衝撃

1	危険性があったのであるが、スナックのマスターであるBがけんかを仲裁
2	しようとしてAの後を追うことは十分ありえた。そして、Aの転倒が突然の出
3	来事であったことからすると、転倒をよけることができなかったといえ
4	る。そうすると、甲の行為には、Aが転倒し、BもAと同じように転倒し
5	たり避けたりするなどして体を打ち付ける危険性があったといえる。
6	したがって、行為の危険性が結果へと現実化しているといえるから、
7	因果関係が認められる。
8	(3) もっとも、甲はBの存在を認識しておらず、故意が認められるか。
9	ア 故意責任の本質は、規範の問題に直面し反対動機が形成可能であるに
10	も関わらず、行為に及んだことに対する非難である。そして、認識事実
11	と実現事実とが構成要件的評価として一致する場合、規範の問題に直面
12	したといえるから、故意を認めてもよい。
13	イ 甲は「人」に暴行をするつもりで、「人」に結果が発生しているから、
14	構成要件的評価が一致する。
15	ウ したがって、故意が認められるから、構成要件を満たす。
16	2 そして、Bは甲に対して攻撃をしていないから正当防衛は成立しないし、
17	唯一の手段とは言えないから、補充性がなく緊急避難も成立しない。
18	3 さらに、責任故意が否定される可能性はあるが、Aに対する過剰防衛が
19	成立している以上、責任故意は肯定される。
20	4 もっとも、甲は、36条2項を準用して刑の減免が認められる。36条2項の
21	根拠は、緊急状況下での行為は責任が減少する点にあり、行為者の内心に
22	おいてかかる根拠が妥当するからである。
23	4 以上より、傷害罪が成立する。