

被害者による加害行為と暴行および 正当防衛の成否

松 宮 孝 明

目 次

- 1 問題の所在
- 2 「暴行」の成否
- 3 挑発と急迫不正の侵害
- 4 防衛行為の必要性和相当性、とりわけ防衛行為の相当性について
- 5 結 論

1 問題の所在

1 自動車の運転席に座っていた人物が開いていた窓の外から不意に頭髪をつかまれ、その手を振り解くために自動車を急発進させたため、頭髪をつかんだ人物が加速についてゆけずに転倒し負傷した場合に、車の運転者に傷害罪は成立するであろうか。このような事案は、一方において、頭髪をつかんだ人物 以下では、一応「被害者」と呼ぶこととする に頭髪をつかむ正当な理由や手を離すことができない特別な事情がないのであれば、彼が危険を感じて手を離せば負傷結果は生じなかつたのであるから、「車が転倒に至る速度になるまでつかんだ手を離さなかつた」のは彼の自由意思に基づくものであり、それゆえ、この負傷結果は運転者の「暴行」によるものではないのではないかという疑問を喚起する。他方において、このような場合に、仮に運転者の「暴行」と、被害者の負傷結果に対するその因果関係が認められるがゆえに「傷害」ないし「暴行致傷」としての傷害罪の構成要件該当行為が認められるとしても、運転者の「暴行」

は、被害者による急迫不正の侵害に対する正当防衛に当たるとはならないかという疑問も生じさせる。

2 現在、名古屋地方裁判所岡崎支部には、このような問題を提起する興味深い事件が係属している¹⁾。検察官の主張によると、この事件では以下の事実が認められるという。すなわち、被告人は、友人3名を乗せて飲食店の駐車場から発進しようとした際、被害者Nらの車が進路を塞いでいたのでクラクションを鳴らしたところこの車が場所を空けたため、そこを通過して国道に出、これを左折しようとしたが、被告人車の同乗者からと思われる挑発するような声に腹を立てたNが被告人車を走って追いかけて、被告人車が国道に進出する手前の歩道付近でこれに追いつくと、被告人の左後方の開いていた運転席側後部ドア窓から手を差し入れ、被告人の後頭部の頭髮をつかみ、併走を開始した。被告人は、Nに頭髮をつかまれ、その際、スキンヘッドであったNの容姿等から暴力団員ではないかなどと恐怖心を抱き、自車を国道に左折させ、車を急発進させてNが併走することができない速度まで加速させた。その結果、詳細は不明であるが、Nは被告人運転車両の走行速度についていくことができず、路上に転倒して負傷した。左折地点からNが転倒した地点までは約18.8メートルであった。冒頭で述べたように、要するに本件は、被害者が正当な理由なく不意に被告人の頭髮をつかんだことに端を発するものであり、被害者がそのような行為をしなければ傷害結果は発生せず、また、つかんだという事実を前提にしても、これに驚いて自車を急発進させた被告人の行為を前にして被害者が手を離せば、やはり負傷結果は発生しなかったというものである。そこで、2では、このような被害者側の態度が介在することによって傷害結果が生じた場合に被告人の「暴行」が認められるか否かを検討し、3以下では、仮に「暴行」が認められる場合でも被害者の行動が刑法36条1項の正当防衛に該当しないか否かを検討してみたいと思う。

2 「暴行」の成否

1 ここでは、「被告人は、Nが被告人をつかんだ状態で自車を加速させ、最終的にNの併走が困難な程度にまで加速したことにより、Nの転倒を惹起した」という事実を前提とする。この場合に、被告人にNの転倒の原因となるような暴行が認められるであろうか。

考察のため、次のような事例を考えてみよう。すなわち、被害者が歩行中の女性のバッグをひったくろうとして、自転車でこの女性を追い抜く際に彼女のバッグのさげ紐に手をかけたが、彼女が咄嗟にバッグを握り締め、足に力を入れて踏ん張り、かつ、被害者もバッグを彼女の手から引き離そうとしてさげ紐を引っ張り続けたところ、自転車に乗っていた被害者がバランスを崩し転倒して負傷したという事例である。この場合に、人は、彼女が被害者つまりひったくり犯人を傷害したというであろうか。

暴行罪や傷害罪における「暴行」は、一般に、人に対する有形力の行使と解されている²⁾。そして、「有形力」とは形而下の力、すなわち物理的な力を意味する³⁾。したがって、「暴行」を有形力、つまり物理的な力のぶつかり合いを惹起したことのみで定義すると、ひったくられまいとバッグの下げ紐を握り締めて踏ん張った女性にも「暴行」があったことになるのである。しかし、この結論には異和感が残る。

もちろん、反対の事例では、結論は異なる。彼女がバッグをひったくられまいとして手を離さなかったところバランスを崩して転倒し負傷した場合には、ひったくり犯人のほうに傷害罪、場合によっては強盗致傷罪に問われることがある⁴⁾。というのも、この場合には、彼女にはバッグの窃取を防止するために手を離さなかったのであるから、手を離さなかったことに正当な理由が認められるからである。しかし、ひったくり犯人には、手を離さない正当な理由はないのであるから、バッグ所持者を被害者とする傷害罪ないし強盗致傷罪が成立することをもって、反対の場合に同じ結論

を引き出すことは論理必然的ではない。

そこで、ひたたくり犯人が負傷した場合を論理的に考察した場合、この場合の被害者＝ひたたくり犯人には、バッグのさげ紐を離さない正当な理由はないどころか、それをつかんで引っ張ること自体がバッグ所持者に対する不正な侵害なのであるから、手を離すことに法的な障害は存在しない。したがって、被害者に手を離すことができない特段の事情がない限り、さげ紐をつかんだ手を離すか否かは被害者の自由意思に委ねられているといえる。言い換えれば、手を離さないことによってこの人物が負傷した場合、それはその人物の自由意思によってもたらされた結果といえるのである。つまり、この場合の被害者の負傷は、故意によるものではないとしても、少なくとも過失的な自傷行為であるといつてよいであろう。

2 同じような、しかしもっと極端な事例は、被害者が他人を手拳で殴ったが、殴られた相手がわざとよけず、それどころか腹筋に力を入れたり肘で防御したりしたため、被害者も手を負傷したというものである。このように、殴られたときにわざとよけず、それどころか腹筋を緊張させたり肘で防御したりした人物は、自分の身体と殴打者の手拳との物理的衝突を引き起こしたのであるから有形力の行使としての暴行をしたのであり、それを正当化ないし免責する理由がない限り、すべて暴行罪に当たるのであって、さらに、それによって殴打者＝被害者を負傷させた場合には、すべて傷害罪に問われるというのであろうか。

もちろん、我々は、常識に則って、殴られた者が殴った者に暴行を加えて負傷させたとは考えない。しかし、身体への物理的作用が人間の意思活動を原因とする場合には、それが「誰の所為」かを考えることなく、すべて有形力の行使＝暴行であり、これを「因果的行為論」という、よって人間が負傷すれば傷害に当たるとする「因果主義」的な思考方法は、刑法の解釈適用を、我々の常識から外れたものとするのである。したがって、我々は、そのように因果主義的に考えるのではなくて、まずもって、そのような 身体への物理的作用という 出来事が「誰の所為」かが

明らかになって初めて、誰が暴行を加えたのかを明らかにすることができるのである⁵⁾。それは、その出来事が、自由意思をもち法的責任の主体である人間のうちの誰の守備範囲＝管轄に属するのかという規範的思考方法を必要とする。これを「客観的帰属論」という。

3 このように考えた場合、我々は、本件において、被害者Nに暴行を加えたのは被告人ではないのではないかとする疑いを禁じえない。というのも、被告人はNに向けて自動車を発進させるといったNの身体に対する直接の物理的作用を加えた ないし加えようとした わけではなく、Nの負傷はN自身が手を離さなかったことを介在要因としているのであり、しかも、Nの頭髮つかみには正当な理由はなく、ゆえに、自動車の加速中に手を離さなかったことについても正当な理由はなかったからである。これは、ひたくり犯人がバッグのさげ紐から手を離さなかったために自らバランスを崩して負傷した場合と類似した出来事であり、ゆえに、Nに手を離すことができなかったという特段の事情がない限り、その負傷はNの自由意思に由来するものとして「Nの所為」と考える余地が十分にある。これは、一種の「遡及禁止論」である。本件では、この点を十分に検討することなく、被告人がNを負傷させたと評価することはできない。

また、仮に、本件においてNに被告人の頭髮から手を離すことのできない たとえば急発進に驚いて手を離す心理的余裕がなかったといった 特段の事情が認められるために被告人の行動がNの自由な意思活動を経ることなく負傷を導いたとしても、そもそも被告人の頭髮をつかんだことはNの行為であることに疑問の余地はないのであるから、それはNの攻撃が「急迫不正の侵害」（刑法36条1項）に当たることを否定するものではない。したがって、その場合にはさらに、被告人の行動について正当防衛の成否が問われなければならない。

3 挑発と急迫不正の侵害

1 本件における被告人の急発進行動は、被告人が頭髪をつかんだNから逃れるためのものであったと考えてよいであろう。なぜなら、同乗者の挑発等に誘発されて暴力団員風の男が発進間際の自動車を追いかけて、さらに開いていた窓越しにいきなり運転者の頭髪をつかむという行動に出た場合には、被告人でなくても、これから逃れるために咄嗟にアクセルを踏んで自動車を発進させるということは十分にありうる、否、それどころか最もありうる行動だからである⁶⁾。したがって、被告人の急発進行動は、仮にそれが、Nが自由意思で手を離さないという過失的自傷行為に媒介されて負傷に至ったものではなく、Nが自由に手を離すことができない何らかの事情があって彼の負傷に至ったものであるとしても、自己に対するNの攻撃から身を守るためのもの、つまり「防衛行為」であったと考えてよい。

2 本件の場合、このNの頭髪つかみは、たとえ被告人の吹鳴したクラクションや被告人車の同乗者の「挑発するような声」に立腹したことを動機とするものであったとしても決して正当化されるものではなく、したがって不正な侵害であると考えてよい。さらに、それは被告人にとって予想外の攻撃であり、ゆえにどのような見解に立ったとしても、その急迫性を否定するものではない。Nの頭髪つかみは被告人にとって予想外の出来事であるから、被告人には、「相手方の攻撃を予想し、この機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思⁷⁾」、いわゆる「積極的加害意思」も認められない。

ゆえに、そもそも、本件の被告人の防衛行為は、正当防衛権の制限を導くような「挑発防衛」ないし「自招防衛」には当たらない。というのも、「挑発防衛」ないし「自招防衛」の前提は、防衛者が自らまたは他人を利用して侵害を挑発ないし誘発したことであるが、本件では、被告人の行ったクラクション吹鳴はNの行動を挑発しようとしたものではない

上、クラクション吹鳴が本件のNの取ったような頭髪つかみを誘発することを予測することはほとんど不可能であり、このことによってNの行動が正当化されるわけでもないし、同乗者の「挑発するような声」は、もちろん被告人の行為ではなく、かつ、被告人が同乗者を利用して誘発したのではないからである。ゆえに、本件では、「挑発防衛」ないし「自招防衛」を理由とする正当防衛権の否定ないし制限は、そもそも問題にならない。

なお、「挑発防衛」ないし「自招防衛」について若干付言すれば、学説は一般に、「権利濫用」（民法1条3項）の一種としての正当防衛権の濫用として、ないし「原因において違法な行為」として、防衛行為の正当性を全面的に否定したり、あるいは部分的に制限したりする傾向にある。しかしながら、今日では、たとえ挑発によるものであるとしても、襲われた側の防衛権を一切否定する場合には、事情によっては襲われた側に死をも甘受せよということになりかねないとして、防衛権の全面否定に反対する見解が増えつつある⁸⁾。また、一般に、過失的な挑発に対して相手方が予想以上に大きな侵害行為をした場合には、なお、正当防衛が許される余地があると解されている⁹⁾。さらには、被挑発者側も自由意思で侵害を加えている以上、たとえ挑発を動機とするとしても、その侵害は被挑発者に帰属されるべきものであることを根拠に、防衛権の制限をほとんど認めない見解もある¹⁰⁾。

3 なお、加速し始めた自動車内にいる被告人の頭髪をNがつかんでも、Nとしてはこれ以上の侵害はできない状態であったと思われる。そこで、検察官は、これ以上の侵害はできないことを理由に、防衛行為の対象となる急迫不正の侵害が存在しないと主張するようである。しかし、それは正しくない。というのも、Nにこれ以上の侵害は不可能であっても、そもそもつかみ続けること自体は可能であり、被告人が自転車を加速させなければ、この侵害は継続する性格のものであったからである。さらに、それどころか被告人が自転車を停車させたとするなら、Nは被告人らとつかみ合いのけんかになっていた可能性もあったのであって、その意味で、Nにとって

「これ以上の侵害」が可能となっていたはずである。すなわち、被告人の加速行為があつて初めて、「これ以上の侵害」が防止されたと考えることができるのである。

4 防衛行為の必要性と相当性， とりわけ防衛行為の相当性について

1 本件においては、先のような理由から、被告人の急発進行動は、Nの頭髪つかみという急迫不正の侵害から自己の身体を防衛するために必要な行為であつたと解してよい。なぜなら、同乗者の挑発等に誘発されて暴力団関係者のような男　ここでの客観的判断にとっては、Nが実際に暴力団員であつたか否かは重要ではなく、暴力団関係者のような風貌で暴力団員のような行動を取つていたことが重要である　が発進間際の自動車を追いかけて、さらに開いていた窓越しにいきなり運転者の頭髪をつかむという行動に出た場合には、被告人でなくても、急発進行為がこれから逃れるために役に立つと考えるものだからである。

2 問題は、　仮にNに何らかの事情で手を離す自由がなかつたとした場合に　結果的に重大な傷害が生じた場合でも、その防衛行為はなお正当防衛として相当な範囲内にあるといえるか否かにある。というのも、学説の中には、防衛されるべき侵害よりも著しく重大な侵害が生じた場合に、正当防衛の相当性を否定すべきであるとする見解もあるからである。

しかし、この点に関する最高裁判例の考え方は明らかである。すなわち、「刑法36条1項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する」のであつて、「反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されよう

とした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」のである¹¹⁾。つまり、相当性は「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること」を意味するのである。また、そうでなければ、他に侵害を避ける方法はないが防衛行為をすれば侵害者が重傷を負い、あるいは死亡することが予想される場合には、侵害の被害者はこの侵害を甘受することを「法の名において」強いられることになってしまう。これは「正が不正に譲歩することを法の名において強要する」ばかりでなく、その結果として不正を助長する結果をも招くものである¹²⁾。このような結果は、現行法の立法者意思にも反するものと思われる¹³⁾。

3　そこで、本件で正当防衛の成否を論ずるためには、被告人の急発進行動が「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」であるか否かを検討すれば足りる。その際には、この行動の時点で、その当時に存在した全事情を考慮しつつ¹⁴⁾、被告人と同じ状況に置かれた洞察力ある人物から見て、この行動以外で、より侵害性が小さく、かつ、防衛効果が同様に期待できる選択肢があったか否かが検討されるべきである¹⁵⁾。

この点については、素手のNの攻撃に対して被告人が自動車を使ったことをして、正当防衛における「武器対等の原則」に反するのではないかとする意見があるかもしれない。しかし、これについては、ふたつの点で問題外であることを指摘することができよう。第1は、そもそも「武器対等の原則」なるものは正当防衛には存在しないということである。正当防衛は、いわれなき攻撃に対して自己または他人の権利を防衛するために行われるものである。つまり、一方が不正に攻撃をし、他方がそれによって脅かされた権利を守るために反撃するのが正当防衛なのである。それはボクシングのタイトルマッチではないのであるから、そもそも、「防衛者は侵害者と同じ武器で戦うべし」などというルールが妥当するはずはない。むしろ、侵害者は「他人を侵害してはいけない」というルールを勝手に破っ

ているのである。このような場合に、防衛者に「武器対等」のルールを課すことは、無法者に対する防衛手段を法が制限することであって、これもまた、間接的にはあるが、不正を助長する結果をもたらすものである。また、たとえば剣道の有段者であれば、素手で殴りかかってきた者に対して、素手よりも木刀を用いて、しかも侵害者に余計な傷を負わせることなく、効果的にこれを退散させることもできるであろう。この場合に、木刀を捨てて素手で防衛せよと命じれば、攻撃の時間も長引き、侵害者・防衛者双方に余計な損害が生じることになる。

したがって、最高裁の判例でも、被告人が、年齢も若く体力にも優れた被害者から、「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、「切られたいんか。」などと言った事案について、被告人が被害者からの危害を避けるための防衛的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできないと判示されている¹⁶⁾。素手対包丁という場合でも、相手方が体力にすぐれ防衛者が防衛的な行動に終始していた場合には、そのほうが防衛にも、そして殴り合い自体の回避にも効果的であったのであるから、防衛行為の相当性を否定するいわれはないということである。

要するに、武器対等原則は、より侵害性が小さく、かつ、防衛効果が同様に期待できる選択肢の有無を検討する際のひとつの指標としては意味があるかもしれないが、それ以上の意味はなく、防衛行為の相当性は、本質的には事案毎に、防衛者の反撃行為に、より侵害性が小さく、しかも同等の防衛効果が期待できる選択肢があるかどうかという基準に従って究明されなければならないのである。十分な防衛効果も期待できないのに武器対等を防衛者に押し付けることは、不正の甘受を強いるどころか被害拡大に繋がる恐れすらあり、正当防衛を認めた法の趣旨に背くものである。

第2に指摘できることは、上記の判例の場合とも異なり、本件の被告人は自動車を武器として使用していないということである。本件が、自動車をNに向けて急発進させたというものであったとしたなら、いかに「武器対等の原則」は妥当しないといっても、それは防衛行為としての必要最小限度を超えることになる場合が多いであろう。しかしながら、本件では、被告人は、むしろNの攻撃から逃れるために自車を急発進させたのである。つまり、Nの攻撃から逃れる方向に自車を加速させたのである¹⁷⁾。そして、繰り返し強調すべきことは、「Nが被告人の頭髪をつかまなければ何も起こらなかった」ということである。したがって、仮にNに手を離すことのできない特段の事情があったとしても、それはNの被告人の頭髪をつかむという不正な原因行為に起因するものであって被告人の預かり知らぬことであり、かつ国道上に進出して加速しようとしている車の運転者の頭髪をつかめばどのような事態を招くかはNにも十分に予測可能であったのであるから、頭髪から手が離せないという事態もいわばNの自業自得であって被告人に帰責させるべき性格のものではない（一種の「原因において自由な行為」）。その意味で、本件は、Nの態度が被告人の防衛行為による被害を発生ないし拡大させた事案であるというべきである。つまり、そもそも被告人は、自車を防衛行為の武器として使用していないのである。したがって、本件との関係において、「武器対等の原則」は、論じる余地がない。

4 それでは、本件において、他に取りうる防衛手段があったか否かを、具体的に検討してみよう。

まず、Nが被告人の頭髪をつかんでいる状態で被告人が自車のパワーウィンドウを閉めるという方法を検討してみよう。この場合には、Nは腕を被告人車の窓に挟まれることになる。ゆえに、Nは手を離して窓から腕を抜くことが困難となり、却ってその頭髪をつかむという侵害を長引かせる結果になりかねない。また、この状態で被告人車を停止させれば、Nの仲間が被告人車に追いついてきて、さらに紛争を激化させること

にもなりかねない。ゆえに、この方法は、その防衛効果において被告人の現実の行動よりもはるかに劣る危険のあるものである。ゆえに、代替的な防衛手段としては適当でない。

次に、車を停めて車内にいる仲間にNの手を外させるという方法を検討してみよう。この場合にも懸念すべきは、暴力団関係者と思われる男Nが暴力団まがいの行動を取っている中で、客観的に判断した場合に、これは紛争を激化させることにならないかということである。この状況では、N自身が被告人らに対してさらなる暴行に及ぶ可能性がありうる上に、駐車場にいるNの仲間がここに追いついてきて、紛争を一層激化させる危険もありうる。ゆえに、これもまた、代替的防衛手段としては適当でない。

同じような理由から、車を後退させて仲間の下に帰るという選択肢も取りえない。また、被告人と同じ状況に置かれた人物であれば、いかに冷静であっても、Nの攻撃をかわすためには、咄嗟の判断で車のアクセルを踏んでNに手を離させようとするは大いにありうることである。ゆえに、本件被告人の行動をして、「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のもの¹⁸⁾」でなかったと断定することは、到底できないものと考えなければならない。

5 結 論

以上の検討から、次の結論が導かれる。

(1) 自動車の運転席に座っていた人物が開いていた窓の外から不意に頭髪をつかまれ、その手を振り解くために自動車を急発進させたため、頭髪をつかんだ人物が加速についてゆけずに転倒し負傷した場合、第1に検討されるべきは、この傷害結果が運転者の暴行によるものなのか、それとも、頭髪をつかんだ人物の過失的自傷行為なのかということである。その際重要なのは、頭髪をつかんだ人物が自由な意思で手を離すことができたのに、これを離さなかったために負傷に至ったのか、それとも、何らかの事情で

手を離す自由がなかったのかということである。前者であれば、運転者は負傷者の過失的自傷行為に過失的に関与したにすぎない。後者であって初めて、この負傷は運転者の有形力行使（＝暴行）によるものと評価することが可能となる。

(2) しかし、この負傷が運転者の暴行によるものであったとしても、さらに、それが正当防衛に当たるか否かが検討されなければならない。その際、とりわけ防衛行為の相当性が問題となるが、相当性の検討の際には、生じた結果の軽重に目を奪われてはならない。そうではなくて、その行動が「防衛行為として必要最小限度のもの」であったか否かが検討されなければならない。

(3) さらに、その際には、一般に、「武器対等の原則」なるものは妥当しない。この「原則」は、正確には、より侵害性が小さく、かつ、防衛効果が同様に期待できる選択肢の有無を検討する際のひとつの指標としての意味をもつにすぎず、むしろ、防衛行為の相当性は、本質的には事案毎に、防衛者の反撃行為に対し、より侵害性が小さく、しかも同等の防衛効果が期待できる選択肢があるかどうかという基準に従って究明されなければならない。十分な防衛効果も期待できないのに武器対等を防衛者に押し付けることは、不正の甘受を強いるどころか被害拡大に繋がる恐れすらあり、正当防衛を認めた法の趣旨に背くものである。ましてや、運転者が自動車を用いて相手方に直接攻撃を加えたのではない本件では、この原則は、およそ論じる余地はない。

(4) そこで、このようなケースにおいて、車を発進・加速させる以外に、より適切な防衛手段があったか否かが、具体的に検討されなければならない。その結果、車を加速させた時に存在した事情を客観的に考慮し、とりわけ頭髪をつかんだ人物が暴力団関係者のような風貌と暴力団まがいの行動をとったことを考慮すれば、このような行動が「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」でなかったと断定することはできない。

- 1) この事件に関しては、名古屋弁護士会の金岡繁裕弁護士より、ご教示をいただいた。記して謝意を表する。
- 2) 「不法な」という形容を付けることもあるが、厳密に考えた場合、この形容を付けると、正当防衛としての暴行は、始めから暴行罪や傷害罪にいう「暴行」に当たらないことになってしまうので、適当でない。なお、大判大正11・1・24新聞1958号22頁は「刑法第208条二所謂暴行ト八人ノ身体二対シ不法ニ攻撃ヲ加フルノ義」と述べている。
- 3) 新村出編『広辞苑(第5版)』(岩波書店・1998年)818頁によれば、「形而下」とは「有形」という意味であり、英語では the physical である。
- 4) 強盗致傷罪を認めたものとして、最決昭和45・12・22刑集24巻13号1882頁、傷害を認めつつ事後強盗罪との混合的包括一罪としたものとして名古屋高判平成3・7・18判時1403号125頁がある。
- 5) その暴行が正当化され、あるいは免責されるか否かは、次の違法性阻却や責任阻却の段階の問題である。
- 6) これが防衛行為として相当であるか否かは、後に検討する。
- 7) 最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁参照。
- 8) もともと、大判大正3・9・25刑録20輯1648頁は、自招侵害の場合でも、なお正当防衛権の行使を妨げないとしていた。
- 9) 大塚仁『刑法概説(総論)[第3版増補版]』(有斐閣・2005年)367頁、大谷實『新版刑法講義総論[追補版]』(成文堂・2004年)307頁。
- 10) 詳細については、松宮孝明『刑法総論講義[第3版]』(成文堂・2004年)132頁以下参照。
- 11) 最判昭和44・12・4刑集23巻12号1573頁参照。
- 12) 正当にも、その不当性を指摘するのは、駅のホーム上で酔客に執拗に絡まれた被告人がこれを突き飛ばしたところ、酔客が線路に転落して死亡した事案に関する千葉地判昭和62・9・17判時1256号3頁である。そこでは、「右の如き論は被告人に対し一方的にそのような屈辱を甘受せよと無理強いし、また嫌がらせを受けながらもその場から逃げ去るくやしさを、みじめさを耐え忍べよというに等しく、他方、駅のホームという公共の場にそぐわない行動をとる酔客者に対しては、その行動を放任する結果になることから、徒らに他人の右の動きを助長する傾きのあるのを否めないところであり、結局において電車に乗ろうとして駅ホームでその来るのを待っていた被告人の、一市民としての立場をないがしろにするものであって、到底与することができない。」とまで述べられている。
- 13) 実際、立法当時の議論では、着物一枚の窃盗を防ぐために必要とあらば、窃盗犯人を殺害してもよいと説明されていたのである。倉富勇三郎ほか監修、松尾浩也増補解説『刑法沿革総覧』(信山社・1990年)883頁以下参照。
- 14) この点については、相互の行為に対する評価矛盾を避けるために、事後判断を貫かなければならないとするのが、多数説である。
- 15) 「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」であるか否かを判断する際には、「防衛する手段として」必要最小限度のものという意味が失われないようにするために、その手段の防衛効果が必要にして十分なものであるかどうかを検討しなけ

被害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否（松宮）

ればならない。そうでなくて防衛効果の不十分な手段の選択を迫られるのであれば、防衛者は、より大きな防衛失敗のリスクを負わされてしまうことになる。このような失敗のリスクを甘受すべき義務は、防衛者には存在しない。

- 16) 最判平成 1・11・13 刑集43巻10号823頁参照。
- 17) それは、「防衛」というより、もちろん、第三者を害したわけではないから、刑法 37条 1項にいう「緊急避難」とは異なるが さらに防御に徹した「避難」と評価すべきものであるかもしれない。
- 18) 前掲最判昭和 44・12・4。