HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	刑事判例研究 横浜地判平成28年1月29日（自傷行為を防ぐための正当防衛（積極））
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，52(2)：215-222
発行日	2016-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

判例研究

自傷行為を防ぐためにした暴行等につき正当防衛の成立を認めた事例

横浜地裁平成二八年一月二九日判決

（平二七（わ）八四九号：暴力行為等処罰に関する法律違反、傷害被告事件）

（判例集未登載）

神元隆賢

【事実の概要】

被告人は、交際していたA女（当時四九歳）の自宅においてA女と口論となり、A女は逆上して外に出て行こうとし、感情的にかなり不安定な面があり自傷傾向のあるA女を興奮した状態で外に出すと自傷行為に出てしまうと考えて制止しようとしたところ、空手の有段者で元自衛隊員であるA女が殴る蹴るなどして約三〇分間にわたり激しく抵抗したため、A女の顔を平手で数回叩き、A女を仰向けに倒して馬乗りになり、その右腕を左手でつかんだうえ（以下これらの行為を併せて「本件行為」という。）、包丁の柄をA女の額の上に乗せ、刃先を被告人の首の方に突き付けた状態で、「刺してもやる。殺してもやる。でもな、自分の大切な人がいつも血だらけになる姿を見る気持ちが分かるか。お前には分からないだろう。だったら俺を刺してみろ。」などと言った。本件行為により、A女は全治約一週間を要する口唇部挫傷、右上腕部

挫傷の傷害を負った。さらにA女は被告人の反対側にある二階窓から飛び降りて負傷した。

以上の事案につき、暴力行為等処罰に関する法律違反罪（示凶器脅迫罪）、傷害罪等の成否が争われ、被告人は、A女が自傷行為に及ぶのを防ぐために本件行為に出たものであるから、正当防衛もしくは緊急避難または少なくとも誤想防衛もしくは誤想避難が成立すると主張した。

【判旨】

無罪。

「A女には、興奮した精神状態になると、時に自傷行為を含む突飛な行動に出る傾向があり、本件以前に被告人と口論になった際には、A女が被告人の目の届かない場所に行き自身の胸部又は腹部を包丁で刺すという自傷行為に及んだことが二度あり、本件当夜にもA女は被告人が目を離した隙にアパート二階の窓から飛び降りて重傷を負っていることも考慮すると、本件当時、相当興奮した精神状態にあったA女が、その状態のまま外出すれば、何らかの方法により重大な自傷行為に及ぶ現実的危険性があった疑いを拭い去ることができない。

思うに、本件で想定されるA女の自傷行為は、A女が自身の胸部や腹部を包丁で刺すなどという生命に危険が及びかねない行為であって、自殺関与罪が刑法上規定されていることも踏まえると、違法と評価すべきものと解される。そうすると、被告人による本件行為は、A女が外出して自傷行為に及ばないようにA女を制止する目的からなされたものであり、A女の生命身体という法益に対する不正の侵害が切迫した状況において、これを防衛するためになされた行為というべきである。また、女性ではあるが空手の有段者であり、被告人に激しく抵抗していたA女を制止するには、ある程度の有形力行使は避けられなかったと思われること、本件行為によりA女が負った傷害の程度も全治約一週間にとどまることに照らせば、本件行為は、防衛手段として必要かつ相当なものであったと認められる。

したがって、被告人の本件行為については、正当防衛が成立する。」。

「なお、付言するに、被告人が、包丁の柄をA女の額の上に乗せ、刃先を被告人の首の方に突き付けた状態で、『刺してもやる。殺してもやる。』などと言った行為が、「凶器を示して脅迫し」たといえるかが問題となり得るが、包丁の刃先はA

女に向けられていない上、上記発言を全体としてみれば、自傷行為を思いとどまるよう諭す内容であると理解するのが素直であるから、被告人に脅迫の故意があると認めるに足りない。」。

【評釈】

一　本件で問題となるのは、本判決はA女による自傷行為を「A女の生命身体という法益に対する不正の侵害」とし、この侵害から「A女の生命身体」を防衛するためのA女への傷害について正当防衛の成立を認めたが、そもそも自傷行為を「不正」の侵害として良いかという点である。

自傷行為（または自損行為）は、法益主体が自己の法益を自ら侵害する行為であるところ、これについては、被害者の同意と同様の原理によって犯罪成立が阻却されるとする見解が有力である。[1] 従って、優越的利益説によれば、自傷行為者の自傷に関する自己決定権が優越することにより自傷行為の法益侵害性自体が否定され、[2] 法益性の欠如説によれば、自傷行為であることにより自傷行為者の身体法益を保護する必要がなくなるから、自傷行為の違法性[3]あるいは構成要件該当性[4]が阻却されることになる。

もっとも、通説は、生命やそれに関わる重大な身体法益の同意については、第二〇二条に自殺関与・同意殺人罪が規定されていることを根拠に、自己決定権の優越や法益性の欠如の原理によっても侵害行為の違法性を完全に阻却することはできないとする。本判決も、「生命に危険が及びかねない行為であって、自殺関与罪が刑法上規定されていることも踏まえると、違法と評価すべきものと解される。」としているから、これと同様に解しているものと思われる。しかし、A女の行為は他人の自殺に関与するものではなく、むしろ自身の生命・身体に対するものであるから、その違法性の有無は、自殺関与罪の違法性以前に、自殺の不可罰根拠をどのように解するかにかかると言うべきである。

自殺の不可罰根拠については、主に以下の見解が主張されている。

責任阻却説は、自殺は自己の生命法益を放棄しているので違法性は小さいものの、あくまでも違法行為であるが、自殺未遂を非難することは自殺を継続するか刑罰に服するかという二者選択を迫る点で残酷である、[5] これから自殺をしようとする者に国家規範を遵守する動機をもって自殺を思いとどまることを期待するのは不可能であるなどとして、[6] 自殺者とい

う身分が責任阻却原因となるとする。一方、自殺関与者については、責任阻却原因がないから処罰されるとする。[7] 本説は、制限従属性説に拠り、自殺は構成要件に該当し違法であるが有責ではないとして、共犯者の自殺関与罪による処罰を肯定するのである。

違法性減少・責任阻却説は、自殺は法益侵害性を失わないが、自己の生命であることから他殺と比べ違法性は減少しており、さらに自殺者の死に至る心情は何人もこれを「非難」するに忍びず、非難可能性がないとする。[8]

可罰的違法性阻却説は、自殺は違法であるが、自損行為の極端な場合であり可罰的違法性を有しないとする。[9] 一方、自殺関与者については、自殺者の違法性は少ないながらも存在する以上、自殺関与者についても違法性はあるから処罰を肯定しうるとの指摘もあるが、共犯者間は連帯的に解すべき違法性を個別的に解することになるのではないかとの批判がある。[10] そのため、本説の論者の多くは、自殺関与者の処罰根拠につき違法性阻却説と同様の議論を展開する。

違法性阻却説は、自殺者は自己の生命を放棄する自由を有しているから、違法性が阻却されるとする。[11] 一方、自殺関与者については、本説に拠ったうえで自殺者の違法性を連帯的に解すると、自殺関与罪の処罰根拠を失ってしまうという問題がある。そこで本説の論者は、自殺関与罪は一般的な共犯行為として説明するのは不可能であり、本罪は、第六一・六二条の教唆・幇助とは全く別個の、他人の生命の否定に関与する行為の処罰を独自に規定した独立の犯罪類型と解されるとする。[12] そのうえで、生命という重大な法益の自己処分については、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する保護の要請（パターナリズム）の見地から、これに介入し他人の関与を排除することに十分な合理性があるなどとして、自殺関与者の処罰を肯定する。[13] すなわち、生命という法益は自分自身のみが放棄することができ、他人がこれに関与することは違法とするのである。自殺者のみが違法性阻却される点を放任行為と説明する論者もある。[14]

本判決は、単純な自殺ないし生命に関わる自傷行為を違法としているから、少なくとも違法性阻却説を採るものでないことは明らかである。[15] 本判決が「生命に危険が及びかねない行為」であるため違法性があるとしたのは、生命の危険がない程度の自傷行為であれば違法性が阻却されうるとの趣旨であろうから、上掲諸説のうち、可罰的違法性阻却説が本判決に最も近い立場ということになるかと思われる。

二　以上のようにして、A女の自傷行為について可罰的ではない限度で違法性を認めうるとしても、これに対する被告人の本件行為に防衛行為の必要性、相当性を認めうるかはさらなる問題となる。もっとも、本件行為、すなわち、A女の顔を平手で数回叩き、仰向けに倒して馬乗りになり、その右腕を左手でつかむ行為は、A女が空手の有段者で元自衛隊員であることを考慮すれば、A女の自傷行為による生命・身体への重大な侵害を排除するための最小限度性を認めうる。[16]

防衛行為の相当性の判断に際しては、優越的利益の原則に基づき、法益の均衡、すなわち保全法益と侵害法益とが著しく不均衡でないことが要求される。これを本件事案に照らして見ると、可罰的違法性を欠くA女の自傷行為については、その法益侵害性、あるいはA女の生命・身体の要保護性が大幅に低下すると考えられるため、防衛行為によるA女の身体法益の侵害との均衡を著しく失していないといえるかは問題となりうる。しかし、判例の多くは、行為時において最小限度性を認めうるのであれば、発生した結果が重大であったとしても防衛行為の相当性を認めうるとする。[17]学説上は、結果としての相当性を基準とし、行為として相当であったとしても、それにより発生した結果が重大であったならば、相当性は充足されないとして過剰防衛を認める結果基準説[18]と、行為としての相当性を基準に判断し、行為として相当であったならば、それにより発生した結果が重大であったとしても、相当性が充足されるとして正当防衛を認める行為基準説[19]が対立する。今日では、多くの論者は後者を支持しており、これによれば、急迫不正の侵害を受けた者に要求しうるのは、その具体的状況の下でとりうる防衛手段のうち可能な限り侵害性の弱い防衛行為を選択せよというにとどまることになる。[20]

思うに、違法二元論を前提にするならば、行為の相当性が充足されているのであれば、行為無価値の消滅を認め、行為の違法性阻却により正当防衛が成立すると解すべきである。しかし、行為の相当性が充足されなかったとしても、結果の相当性が充足されたのであれば、結果無価値の消滅を認め、やはり正当防衛が成立すると解すべきである。違法二元論を前提とするならば、行為と結果はいずれも相当性判断の基準となりうるというべきであろう。そのうえで自殺・自傷行為による生命法益の価値の低下について見ると、例えば甲が乙を殺害しようとしているのを見た丙が、乙の生命を防衛するため甲を殺害したところ、丙は知らなかったが甲は乙に殺害を嘱託されていた事例を想定すると、丙は、死について同意

していない者の生命を防衛しようとして、より価値の低い、同意した者の生命を防衛したことになるから、正当防衛ではなく過剰防衛あるいは誤想防衛を認める余地があるかもしれない。しかし、死への同意による法益侵害性あるいは要保護性の低下を、丙において行為時には不明な、結果に属する事後的・客観的要素と見るならば、行為時判断により正当防衛を認めうるように思われる。もっとも、本件のように、行為者が客体を自殺志願者と知っていた場合の処理は問題となる。例えば自殺しようとする丁に対し、戊が丁を自殺志願者と知りつつ、丁に重大な傷害を負わせてその生命を救った場合について、戊を正当防衛ではなく過剰防衛とすべきではなかろう。丁の生命は、丁にとっては価値の低いものであるとしても、丁以外の戊ら他人にとっては必ずしもそうでないからである。そこで、上述の解釈をさらに進め、法益主体自身による生命にかかる同意や自殺、自傷行為の決意はいわば生命・身体法益の価値の後天的な「上書き」であって、このような価値の変更は、行為者の認識に関わらず事後的・客観的要素にのみ作用すると解することは可能であろうか。このように考えるならば、自傷行為による法益侵害性あるいは要保護性の低下を、防衛行為の相当性の行為時判断に際して考慮する必要はなく、従って本件被告人の防衛行為の相当性も容易に肯定することができようが、ここでは試論にとどめる。

三　ところで、本件行為後にA女が結局は飛び降りた点について、A女の身体法益を防衛する効果を生じなかった、いわば「正当防衛の未遂」であったと解する余地がある。

「正当防衛の未遂」について違法性を阻却しうるかは、学説上の対立がある。否定説は、「防衛効果」は正当防衛、過剰防衛に共通する防衛行為の「必要性」にかかる要件であるところ、正当防衛の未遂は防衛効果があると思って行為に出たものであるから、防衛行為の必要性の要件に当たる事実を誤信した誤想防衛となるとする。もっとも、多くの場合、誤信したことについて過失もないとして不可罰になるとする。[21] 一方、肯定説は、事前的には防衛効果を生じる可能性を生じさせたことをもって、当該防衛行為の違法性を阻却すべきであるとする。[22] 他方、あるいは否定説に立ったとしても、本件については、自傷行為をある程度の時間抑制できた以上は防衛効果の発生を肯定しうるとする指摘もある。[23]

本件については、防衛効果の発生を肯定する余地は当然にあろうが、仮にこれを否定するとしても、未遂犯における法

益侵害惹起の危険という結果無価値とは真逆の、防衛効果発生の可能性という結果有価値を生じた点において、優越的利益の原則による違法性阻却を認めうるであろう。未遂犯における実行の着手について、近年有力である実質的客観説は、これを既遂の結果発生の具体的ないし現実的危険を惹起したときであると説明する。もっとも、実質的客観説の内部では、既遂の結果発生の現実的危険という未遂犯独自の結果無価値があるとして結果の危険性のみを考慮する説[24]、結果の危険性に加えて行為の危険性としての故意・過失を要求する説[25]、故意・過失に加えて行為計画を考慮すべきとする説[26]などが対立している。これを真逆の「正当防衛の未遂」に当てはめるならば、防衛効果発生の可能性、あるいはこれに加えて「防衛の意思」的な行為者の主観的正当化要素ないし行為計画が、違法性阻却の要件として必要となるように思われる。

(1) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第四版・二〇〇八年）四一七頁、大谷實『刑法講義総論（新版第四版・二〇一二年）二五三頁、佐久間修『刑法総論』（二〇〇九年）一九四頁、関哲夫『講義刑法総論』（二〇一五年）一六六頁。

(2) 曽根威彦『刑法原論』（二〇一六年）二六一頁。

(3) 辰井聡子「被害者の同意」百選Ⅰ（第六版）四七頁、西田典之『刑法総論』（第二版・二〇一〇年）一八七頁、前田雅英『刑法総論講義』（第六版・二〇一五年）二四三頁、関・前掲書一七六頁。

(4) 林幹人『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）一六〇頁、大谷・総論二五二頁、山口厚『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）一六三頁。

(5) 井上正治＝江藤孝『刑法学〔各則〕』（新訂・一九九四年）二二頁、瀧川幸辰『刑法各論』（増補・一九六八年）三〇頁。

(6) 林『刑法各論』（第二版・二〇〇七年）二五頁。

(7) 井上＝江藤二二頁、瀧川三〇頁。

(8) 内田文昭『刑法各論』（第三版・一九九六年）一四頁。

(9) 井田良『刑法各論』（第二版・二〇一三年）一七頁、大塚『刑法概説（各論）』（第三版増補版・二〇〇五年）一八頁、大谷『刑法講義各論』（新版第四版補訂版・二〇一五年）一六頁、曽根『刑法各論』（第五版・二〇一二年）一二頁、中義勝『刑法各論』（一九七五年）二二頁。

(10) 西田『刑法各論』（第六版・二〇一二年）一四頁参照。

(11) 平野龍一『刑法概説』（一九七七年）一五八頁、斎藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』（新訂版・一九七九年）九七頁、前田『刑法各論講義』（第六版・二〇一五年）一五頁、西田・各論一三頁（構成要件該当性も阻却されるとする）。

(12) 前田・各論一五頁。なお、大谷・各論一七頁は可罰的違法阻却説に立ったうえで本罪の「独立の犯罪類型」性を肯定す

る。

(13) 西田・各論一四頁、前田・各論二七頁、山口『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）一二頁。

(14) 斎藤・前掲書九七頁。

(15) 安田拓人「自傷行為を阻止するための暴行と正当防衛の成否」法学教室四三〇号（二〇一六年）一四八頁。

(16) 安田・前掲評釈一四八頁。

(17) 大阪高判平成一六年一〇月五日判タ一一七四号三一五頁は、「被害者は、左眼眼球破裂という重大な傷害を負うに至っているのであるが、……被告人の行為が、防衛行為の手段として必要最小限度に止まっていたことをも併せると、上記のような結果の重大性は、防衛行為の相当性の判断に格別の影響を及ぼすものではないと考えられる。」とする。千葉地判昭和六二年九月一七日判時一二五六号三頁、福岡高判昭和六三年一一月三〇日高刑速報昭和六三年一八三頁も同旨。

(18) 町野朔『プレップ刑法』（第三版・二〇〇四年）一七三頁。

(19) 井田『講義刑法学・総論』二九一頁、高橋則夫『刑法総論』（第二版・二〇一三年）二八〇頁、西田・総論一七五頁、山口・総論一三〇頁。

(20) 西田・総論一七五頁。

(21) 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五巻二号（一九九六年）二一一頁。

(22) 林「防衛行為の相当性」平野他編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第三版・一九九一年）五四頁、曽根・原論二〇三頁。

(23) 安田・前掲評釈一四八頁。

(24) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（一九八三年）二二〇頁、中山研一『刑法総論』（一九八二年）四一一頁。

(25) 大谷・総論三六六頁。

(26) 西田・総論三〇六頁、山口・総論二八五頁、高橋三八〇頁。