

松 山 大 学 論 集  
第 21 卷 第 1 号 抜 刷  
2 0 0 9 年 4 月 発 行

## 正当防衛における「自招侵害」の処理(1)

明 照 博 章

# 正当防衛における「自招侵害」の処理(1)

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 判例における「侵害の急迫性」(積極的加害意思)と「防衛意思」の関係
  - 1 判例における「侵害の急迫性」の意義(以上, 本号)
  - 2 判例における「防衛意思」の意義
  - 3 判例における「積極的加害意思」と「防衛意思」との関係
  - 4 小括
- 三 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁以降において、「自招侵害」を処理した下級審の動向
- 四 結論

## 一 本稿の目的

自招侵害とは、防衛者が自ら不正の侵害を招いて正当防衛の状況を作り出すことをいう<sup>1)</sup>。2) この「自招侵害に対して正当防衛を認めてよいか」という問題については、古くから論じられ、今なお議論されているが<sup>3)</sup>、その具体例として、例えば、正当防衛に名を借りて相手方に侵害を加える場合<sup>4)</sup>、または、故意もしくは過失により相手方を挑発する場合<sup>5)</sup>を挙げることができる。

この点に関して、従来、わが国では、「意図的な挑発」を中心に議論がなされており<sup>6)</sup>、「挑発行為が過失か条件つき故意(未必の故意)でおこなわれた場合」については、「かならずしもくわしく論じられていない」とされている<sup>7)</sup>。それゆえ、「ドイツの議論をも参考にして、今後、詳しく検討される必要のある問題」と指摘されていたが<sup>8)</sup>、ドイツでは、意図的挑発とそれ以外の有責招致を

分けて検討するのが「一般的な傾向」となっている<sup>9)</sup>すなわち、正当防衛の挑発 (Notwehrprovokation) の事例に関して、ドイツの判例<sup>10)</sup> および通説<sup>11)</sup> は、被攻撃者が「意図的に」(absichtlich) 攻撃を引き起こしたのか、それとも「他の何らかの非難可能な方法で」(sonstwie vorwerfbar) 攻撃を引き起こしたのかによって、区別し<sup>12)</sup> 後者には、「故意的挑発および過失的挑発」が含まれるとされているのである<sup>13)</sup>。

このように、自招侵害と正当防衛の成否については、以上のような議論の状況にある。そして、この点に関して、仮定的判断ではあるが、挑発行為者について正当防衛権を認めた判例として、大正3年9月25日の大審院判決がある<sup>14)</sup>。ここでは、被告人 Ke と被害者 Ka とが闘争し、Ka が Ke の咽喉を締めたので、Ke はこれを排除するため、食事に使っていた五寸ぐらゐの箸で Ka の面部右眼下を突き刺し、同人を死に到らしめた、という事例が問題となったが<sup>15)</sup> 大審院は、「被害者 Ka ニ於テ先ツ手ヲ下シタリトノ事実ハ原判決ノ認メサルトコロナルノミナラス刑法第三十六条ノ規定ニ依レハ不正ノ行為ニ因リ自ラ侵害ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テモ仍ホ正当防衛権ヲ行使スルコトヲ妨ケサルヲ以テ仮ニ所論ノ如ク被害者 Ka ニ於テ先ツ手ヲ下シタリトスルモ原判決ノ判示シタル事実ナリトスレハ被告人 Ke ニ正当防衛権ナキコト明白ナリトス」とし、「本論旨ハ亦其理由ナシ」と判示した。これは、挑発行為者 Ka に正当防衛が認められるから、その「反射効」として防衛行為者 Ke には正当防衛権はないとするのであり、言い換えると、本件は、「故意による挑発行為と正当防衛の問題として把握したうえで、挑発行為者の正当防衛権を一般的に肯定している」と評価されている<sup>16)</sup>。

ただし、戦前においても、大正14年10月22日に下された大阪控訴院判決は<sup>17)</sup> 被告人が「Kニ加ヘタル暴行カTノ攻撃ヲ誘致シタル次第ナルヲ以テ」被告人の「反撃ハ素ヨリ正当ナリト云フヘカラス」として正当防衛を否定しており<sup>18)</sup> 判例の傾向としては、自招侵害の場合に正当防衛を認めることには「消極的である」という指摘がなされていた<sup>19)</sup>。

このような中、被告人が自らの暴行により相手方の攻撃を招き、これに対する反撃として行った侵害行為について正当防衛を否定した最高裁決定が、平成20年5月20日に下された<sup>20)</sup> それゆえ、本決定の意義が重要になるが、これを検討する上で、判例における「侵害の急迫性」の意義、昭和52年決定<sup>21)</sup>によって示された侵害の「急迫性の消極的要件」としての「積極的加害意思」と「防衛の意思」の関係を整理しなければならない<sup>22)</sup> すなわち、昭和52年決定は、昭和46年判決<sup>23)</sup>を「さらに深化させ」、①当然またはほとんど確実に侵害が予期されるとしても、直ちに侵害の急迫性が失われるわけではなく、②予期される侵害の機会を利用し積極的に相手方に加害行為をする意思（積極的加害意思）で侵害に臨んだ場合には、急迫性が失われることを明らかにしたものであるが<sup>24)</sup>、このような判断の枠組みで解決できる事例はかなり多いとされている<sup>25)</sup>。そして、実務家から、意図的挑発の場合には、積極的加害意思を肯定する旨の指摘があり<sup>26)</sup>、下級審判例では、実際に、積極的加害意思を判断する際に侵害の自招性を考慮する判例も存在している<sup>27)</sup> <sup>28)</sup>

そこで、本稿では、上に示した平成20年決定の意義を検討する前提として<sup>29)</sup>、判例における「侵害の急迫性」の意義、昭和52年決定によって示された侵害の「急迫性の消極的要件」としての「積極的加害意思」と「防衛の意思」の関係を整理した上で、昭和52年決定以降に下された自招侵害に関する判例の動向を分析することにする。

## 注

1) 川端博『正当防衛権の再生』（平10年・1998年）93頁。

2) 小林准教授は、「自招防衛とは形式的にみると正当防衛の要件が充足されているかにも思える状況が存在するにもかかわらず、そのような状況を招致したことにつきなんらかの責めに帰すべき事由が存在することを理由に、正当防衛の成立を制限するさまざまな考え方を総称したものである」とされる（小林憲太郎「自招防衛と権利濫用説」『研修』716号（平20年・2008年）3頁）。同准教授は、自招「防衛」という用語を用いておられるので、この点から、自招「防衛」は、従来の自招「侵害」とは異なる概念である、という含意があると評価し得る。ただし、少なくとも、わが国では、自招「侵害」について、「形式的

- にみると正当防衛の要件が充足されているかにも思える状況が存在する」という限定が付されていないことが多く（川端博『刑法総論講義』第2版（平18年・2006年）345頁，前田雅英『刑法総論講義』第4版（平18年・2006年）330頁，浅田和茂『刑法総論』補正版（平19年・2007年）234頁，井田良『講義刑法学・総論』（平20年・2008年）288頁，大塚仁『刑法概説（総論）』第4版（平20年・2008年）385頁，曾根威彦『刑法総論』第4版（平20年・2008年）102頁，山中敬一『刑法総論』第2版（平20年・2008年）483頁，大谷實『刑法講義総論』新版第3版（平21年・2009年）292頁，松宮孝明『刑法総論講義』第4版（平21年・2009年）139頁等参照），自招侵害の処理に関する学説としては，「自招侵害を正当防衛の要件論で解決する見解と，要件論以外の理論で解決する見解があるという指摘がなされている（岡本昌子「我が国における自招侵害の議論の展開について」『同志社法学』53巻3号（平13年・2001年）312頁。さらに，自招侵害に関する最近の学説については，中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」『現代刑事法』5巻12号（平15年・2003年）28頁以下，橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平19年・2007年）253頁以下等参照）。
- 3) 自招侵害の問題設定として，林教授は，「防衛行為をしたその時点だけを見れば正当防衛が成立しているように見えるが，その前の段階を見ると，行為者の挑発行為があり，正当防衛状況を自ら招いているために，犯罪の成立を認めるべきでないかが問題となる場合が生じうる」と指摘しておられる（林幹人『刑法総論』第2版（平20年・2008年）197頁。なお，林教授は自招「防衛」という用語を用いておられる）。さらに，被侵害者（ないし防衛行為者）が不正の侵害を自ら招いた場合，そのことを理由として正当防衛が制限または否定されるか，に関する対立軸の分析については，橋爪隆「正当防衛論」『理論刑法学の探究1』（平20年・2008年）115-8頁参照。
- 4) この具体例としては，ある者が他人を苛立たせて暴力をふるう気にさせ，この他人からの攻撃を防衛する際に射殺するため，侮辱するという事例がある（Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 687*）。
- 5) この具体例としては，Aは，Bを侮辱し，それから，BがAを散々殴ろうとしているという事例がある（Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 689）。ロクシンは，ここで，Bが違法な攻撃を遂行しているとし，その理由として，Aによる侮辱はもはや現在していないから，Bは正当防衛によってカバーされないことを挙げている（Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 689）。
- 6) 川端・前掲注（1）93頁。
- 7) 齊藤誠二「正当防衛」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座 第3巻』（平6年・1994年）71頁。
- 8) 平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開－総論I』（昭63年・1988年）145頁。
- 9) 橋爪・前掲注（2）192頁注164。
- 10) 自招侵害に関するドイツの判例の動向については，山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」『上智法学論集』27巻2号（昭59年・1984年）171頁以下，山中敬一『正当防衛の限

- 界』(昭60年・1985年)106頁以下,拙稿「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」『法律論叢』72巻1号(平11年・1999年)66頁以下,橋爪・前掲注(2)178頁以下等参照。
- 11) 自招侵害に関するドイツの学説については,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 第2巻』(昭58年・1983年)730頁以下,山本・前掲注(10)182頁以下,山中・前掲注(10)119頁以下,齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(平3年・1991年)197頁以下,吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(平4年・1992年)61頁以下,岡本昌子「自招侵害について」『同志社法学』50巻3号(平11年・1999年)295頁以下,橋爪・前掲注(2)253頁以下等参照。
- 12) Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl., 2008, S. 119. Vgl. Lenckner/Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 662 ff.
- 13) Rönau/Hohn, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, S. 527.
- 14) 大判大3・9・25刑録20輯1648頁。
- 15) 本件の原審は,被告人Keについて傷害致死罪(刑法205条1項)の成立を肯定したが,これに対して,被告人側は,Kaが先にKeの咽喉を扼したので,これを排除するためKeが箸で防いだものであるにもかかわらず,原判決が正当防衛を認めずに傷害致死罪の成立を肯定したのは理由不備の不法があるとして,上告している。
- 16) 川端・前掲注(1)100頁。
- 17) 大阪控判大14・10・22新聞2479号14頁[15頁]。
- 18) 本件は,「通常の」挑発行為と正当防衛のケースとは「異なる」,という指摘がなされている(川端・前掲注(1)101頁)。
- 19) 堀籠幸男=中山隆夫「正当防衛」大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀編『大コンメンタル刑法 第2巻』第2版(平11年・1999年)361頁。さらに,香城判事は「相手の侵害を挑発,誘導してこれに反撃を加えた場合」,「適切な先例」は「見当たらない」が,判例が正当防衛の成立を「否定することは確実なように思われる」と指摘しておられる(香城敏磨「刑法三六条における侵害の急迫性」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和52年度)』(昭55年・1980年)249頁。自招侵害に関するわが国の判例の動向については,川端・前掲注(1)99頁以下,岡本・前掲注(2)307頁以下,橋爪・前掲注(2)166頁以下等参照。
- 20) 最決平20・5・20刑集62巻6号1786頁。
- 最高裁は,被告人側の主張について刑訴法405条の上告理由に当たらないとした上で,正当防衛の成否について「職権で」次のように判断した。まず,事実関係については,「(1) 本件の被害者であるA(当時51歳)は,本件当日午後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被告人(当時41歳)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) 被告人は,いきなりAの左ほおを手けんで1回殴り打ち,直後に走って立ち去った」。「(3) Aは,『待て。』などと言いながら,自転車で被告人を追

い掛け、上記殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、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又は首付近を強く殴打した。〔4〕被告人は、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出し、Aに対し、その顔面や防衛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わせた」とした。そして、本件の公訴事実は、被告人の前記〔4〕の行為を傷害罪に問うものであるが、弁護人側から提起されていた、Aの前記〔3〕の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨の主張に対して、最高裁は、「前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態といえることができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人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おける行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」とした。

21) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁。

22) 安廣文夫「殺人につき防衛の意思を欠くとはいえないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和60年度）』（平元年・1989年）145頁以下参照。

23) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。

24) 拙稿「わが国の判例における積極的加害意思の急迫性に及ぼす影響について」『法律叢書』72巻5号（平12年・2000年）153頁。

25) 山口厚「正当防衛論の新展開」『法曹時報』61巻2号（平21年・2009年）3頁。

26) 例えば「意図的挑発については、そのような意図が認められる場合は、官憲に検挙させることをねらって殊更に挑発したような例を除けば、喧嘩闘争を仕掛けたり、正当防衛に名を借りて積極的に攻撃する目的で挑発がなされるのが通常であろうから、実務的には、相手方による侵害に臨むに当たりその予期と積極的加害意思ありと認められ、急迫性が否定されることになろう」という指摘（的場純男＝川本清巖「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法（総論）』（平13年・2001年）113頁）や「意図的挑発の場合は、侵害の確実な予期と積極的加害意思が共存しているので、判例の枠組みで処理できる」という指摘がある（栃木力「正当防衛(1)－急迫性」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）』補訂版（平19年・2007年）64頁）。このように、「積極的加害意思」の事例と「自招侵害」の事例は、入子状態になっているが、このような状況が、「自招侵害と正当防衛の成否について、すでにわが国の判例においても蓄積があるにもかかわらず、十分な検討がなされていない状況にある」（川端・前掲注（1）93頁）こと背景にあるように思われる。

- 27) 詳細については、三において検討する。
- 28) なお、「積極的加害意思」の事例と「自招侵害」の事例に関するわが国とドイツの状況に関して、井田教授は、次のように述べておられる。わが国では、「侵害が予期されたのに回避せず進んでその状況に身を置いたという場合が問題」であり、「侵害が予期される事例においては行為者の落度とか原因行為の性格とかは必ずしも問題とされていない」のに対して、ドイツでは、「防衛状況に至ったことについて自己に何らかの落度のあるケースがまとめて問題とされ」、「侵害の予期のある場合に正当防衛権が制限されるかという形では問題とされていない」と指摘される（井田良『変革の時代における理論刑事学』（平19年・2007年）102頁）。そして、この点に関するわが国とドイツの議論の状況について、「一部が重なる2つの円の関係にある」としておられる（井田・注（28）102頁，同『刑法総論の理論構造』（平17年・2005年）172頁）。
- 29) それゆえ、平成20年5月20日の最高裁決定の意義づけについては、別稿に譲ることとする。

## 二 判例における「侵害の急迫性」（積極的加害意思）と「防衛意思」の関係

### 1 判例における「侵害の急迫性」の意義

#### (i) 最高裁における判例理論の整理

刑法36条における急迫性の要件に関して、従来の判例は『『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫つたことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであつて、被害の現在性を意味するものではない』と定義していたが<sup>30)</sup>「侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する先例」<sup>31)</sup>としては、昭和46年11月16日の最高裁判決がある<sup>32)</sup>。本判決は、侵害の「急迫性」の存否について、次のように判示している。まず、侵害の急迫性の定義として『『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫つていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない』とする。そして、事例判断としては、「被告人はGと口論の末いつたん止宿先の旅館を立ち退いたが、同人にあやまつて仲直りをしようと思い、旅館に戻つてきたところ、Gは被告人に



対し、『K、われはまたきたのか。』などとからみ、立ち上がりざま手拳で二回ぐらい被告人の顔面を殴打し、後退する被告人に更に立ち向かったことは原判決も認めているところであり、その際Gは被告人に対し、加療一〇日間を要する顔面挫傷および右結膜下出血の傷害を負わせたうえ、更に殴りかかったものであることが記録上うかがわれるから、もしそうであるとすれば、このGの加害行為が被告人の身体にとつて『急迫不正ノ侵害』にあたることはいうまでもない」とする。次に、原判決の事実認定に関連して、原判決の「判示中、被告人が…Gから手荒な仕打ちを受けるかもしれないことを覚悟のうで戻つたとか、殴打される直前に扇風機のことなどで旅館の若主人（W〔五四才〕を指しているものと認められる。）とGとの間にはげしい言葉のやりとりがかわされていたとの部分は、記録中の全証拠に照らし必ずしも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係があり、Gの侵害行為が被告人にとつてある程度予期されていたものであつたとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでないことは、前に説示したとおりである」とし、さらに、原判決の「判示中、被告人が脱出できる状況にあつたとか、近くの者に救いを求めることもできたとの部分は、いずれも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係であつたとしても、法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」として、「Gの侵害行為に急迫性がなかつたとする原判決の判断は、法令の解釈適用を誤つたか、または理由不備の違法がある」とするのである。

本判決が示した「侵害の急迫性」の定義の前半部分、すなわち、「『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫つていることを意味し」とする部分は、従来の判例と同趣旨のものと考えられるが<sup>33)</sup>後半の「その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」とする部分は、侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する問題を「正面から」取り上げたものであり、<sup>34)</sup>最高裁と

しては「新判例である」から<sup>35)</sup>本判決は、侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する問題を処理するための先例となっている。

事例判断において、最高裁は、被告人が「Gから手荒な仕打ちを受けるかもしれないことを覚悟のうえで戻つたとか、殴打される直前に扇風機のことなどで旅館の若主人…とGとの間にはげしい言葉のやりとりがかわされていた」とする原判決の事実認定については、「必ずしも首肯しがたい」とするが、「かりにそのような事実関係があり、Gの侵害行為が被告人にとつてある程度予期されていたものであつたとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでないことは、前に説示したとおりである」としている<sup>36)</sup>。それゆえ、最高裁の示した基準によると、侵害行為が「ある程度予期されていた」だけでは、「ただちに侵害が急迫性を失うものと解すべきでない」ことは明らかであるが、「侵害が確実に予期されていて、十分な反撃が準備されているような場合には、急迫性が欠ける、とする余地をなお残している」から<sup>37)</sup>この点に関して、判例の立場が明確となるためには、次に検討する昭和52年決定が下されなければならなかったのである。

このような中、最高裁は、昭和52年7月21日に決定で上告を棄却しているが<sup>38)</sup>ここでは、まず、被告人側から主張された判例違反に関連して、昭和46年判決の意義を確認する。すなわち、被告人側に引用された最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁は、「何らかの程度において相手の侵害が予期されていたとしても、そのことからただちに正当防衛における侵害の急迫性が失われるわけではない旨を判示しているにとどまり」、「侵害が予期されていたという事実は急迫性の有無の判断にあつて何の意味をももたない旨を判示しているものではないと解される」とした上で、刑訴法405条の上告理由にあたらなとする。そして、「職権」で、次のように説示する。「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが

相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、そ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で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人Aは、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであつて、その旨の原判断は、結論において正当である」とするのである。

本決定によれば、①「当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない」が、②「単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、そ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で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない」こととなり、その結果として、正当防衛が成立しないことになったが、本決定の示した判断基準に関して、①の部分は、「主観的事情に基づく急迫性の限定を否定する」趣旨であり、②の「積極加害意図があれば急迫性が欠ける」とする部分は、「侵害の予見と切り離されたところの積極的加害意図の存在により急迫性が否定され得る」趣旨であるとする分析がある<sup>39)</sup>

この点に関して、最高裁決定は、上記のとおり、上告趣意に答える形で次のように判示している。すなわち、昭和46年判決の意義について、被告人側は、「急迫の要件としては法益の侵害が現に存在するか又は間近に迫っていること即ち法益の侵害が過去又は未来に属しないことで足り法益の侵害が予め予期できたか否かは正当防衛の他の要件である防衛の意思の存否の判断や法益に対する侵害を避ける為に他にとるべき手段があつたか否かという観点から、防衛行為としてやむを得ないものであるか否かの判断においては重要な意味を持ち得ても、急迫性の要件の判断にあつては何ら意味を持たない」と解釈しているが、これに対して、最高裁は、「所論のように、侵害が予期されていたという

事実は急迫性の有無の判断にあたって何の意味をももたない旨を判示しているものではないと解される」としている。それゆえ、①の分析は、昭和52年決定の解釈としては、当を得ないように思われる。同決定自体が、昭和46年判決は純客観的な観点から侵害の急迫性を捉えていると解した被告人側の解釈を否定しているからである<sup>40)</sup>また、②に対して、安廣判事は、「侵害の予見と切り離された積極的加害者意思を持っている者が存在し得るとしても、それは何の見境なく乱暴するという、危なくてしようがない者であり、その者の行為が防衛行為かどうかはおよそ問題とならない」とし<sup>41)</sup>最高裁の昭和46年判決と昭和52年判決との間に、「矛盾があるとみるのは、よほどの根拠がない限り、判例の解釈として不自然というべき」であると批判しておられる<sup>42)</sup>それゆえ、本決定は、たとえ侵害に臨む際に積極的加害意思に着目していたとしても、侵害の予期の有無が急迫性判断と全く無関係になったわけではなく<sup>43)</sup>あくまでも侵害の予期と不可分に結びついた積極的加害意思を問題にしていると解すべきである<sup>44)</sup>したがって、昭和52年決定に関して、その前半部分は、「主観的事情に基づく急迫性の限定を否定する」趣旨であり、後半部分の「積極加害意図があれば急迫性が欠ける」とする部分は、「侵害の予見と切り離されたところの積極的加害意図の存在により急迫性が否定され得る」趣旨であると解することは妥当でなく、それゆえ、本決定は、昭和46年判決を「さらに深化させ」、当然またはほとんど確実に侵害が予期されるとしても、直ちに侵害の急迫性が失われるわけではなく、予期される侵害の機会を利用し積極的に相手方に加害行為をする意思（積極的加害意思）で侵害に臨んだ場合にはその急迫性が失われる旨の判断を下したことが確認された。

その後、侵害の予期が急迫性判断と全く無関係になったわけではないことを示した判例<sup>45)</sup>として、昭和59年1月30日の最高裁判決を挙げることができる<sup>46)</sup>本件では、殺人における正当防衛の成否に関し、被告人に対するHの木刀による攻撃が被告人にとって予測できなかった急迫な侵害にあたるか否かについて、最高裁は、「被告人は、木刀を捨てて階段を下りた時点では、Hと話

合いをする積もりであり、同人もそれに応じるものと予期してしていたもので、Hが被告人の捨てた木刀を取り上げて攻撃してくることは予想しなかつたと認めるのが相当」であるとした上で、「Hの木刀による攻撃は被告人の予期しなかつたことであつて、それは被告人に対する急迫不正の侵害というべきであり」、この点に関して、「原判決が、被告人はHの攻撃を予期しており、その機会に積極的に同人を加害する意思であつたもので、Hの攻撃は侵害の急迫性に欠けるとしたのは、事実を誤認したものといわざるをえない」と判示している。

ここでは、「侵害の急迫性の存否に関連して、積極的加害意思の前提となる侵害に対する予期の有無」が問題となっており<sup>47)</sup>、本判決は、昭和52年決定の解釈適用について「一つの示唆を与えるもの」である<sup>48)</sup>すなわち、昭和52年決定の示した「当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない」とする基準によれば、侵害を予期しただけで直ちに侵害の急迫性が失われることにはならないので、侵害の急迫性の存否を判断する際に侵害の予期の有無を確定する必要はないとも考えられる。ところが、昭和59年判決は、侵害を予期していなかったことを理由に侵害の急迫性を肯定しているが、ここから、本判決が侵害の急迫性との関係では侵害の予期がない場合に積極的加害意思の有無は問題とならないと解していることが窺われ、逆にいえば、積極的加害意思を判断する前提として侵害の予期を判断する必要があること、言い換えると、侵害の予期があるときにはじめて積極的加害意思の問題が生じることを前提にしていると解することができるのである<sup>49)</sup>。

以上から、最高裁は、当然またはほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、単に予期された侵害を避けなかつたということにとどまらず、そ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で侵害に臨んだ場合には、もはや侵害の急迫性の要件は充たされないが（昭和52年決定）、積極的加害意思を判断する前提とし

て侵害の予期を判断する必要がある、侵害の予期があるときにはじめて積極的加害意思の問題が生じる（昭和59年判決）とする見地に立っていることが確認された。ところが、最高裁が上記のような基準で侵害の急迫性の存否を判断する根拠に関する手掛かりとしては、昭和52年決定が示した「(刑法36条)が侵害の急迫性を要件としている趣旨」という文言があるに過ぎず、これを如何に解するかについては解釈に委ねられていたことになる<sup>50)</sup>。それゆえ、以下では、昭和52年決定に言及のあった下級審判例を中心に検討することにしたい。

(ii) 「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」（昭和52年決定）の意義

(ア) 昭和52年決定のいう「趣旨」は、「防衛者の法益侵害の可能性」が「単に侵害者側の客観的事実だけでなく防衛者側の対応関係によっても重大な影響を受けること」を前提に、侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解する判例

「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」（昭和52年決定）の意義については、下級審判例においても言及があるが<sup>51)</sup>、ここではまず、最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁が示した侵害の急迫性の定義とその根拠について検討する。上記のとおり、昭和24年判決が示した侵害の急迫性に関する定義と昭和46年判決の定義はほぼ同様の内容を有し<sup>52)</sup>、昭和52年決定は、この昭和46年判決をさらに深化させたものだからである。

昭和24年判決によれば、『『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫つたことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであつて、被害の現在性を意味するものではない』のであり、このように定義する根拠としては、「被害の緊迫した危険にある者は、加害者が現に被害を与えるに至るまで、正当防衛をすることを待たねばならぬ道理はない」点が挙げられているが、これは、「被侵害法益の保護」の観点からの理由づけであり、ここから、最高裁は、侵害の急迫性を検討する際に、防衛者側からの視座に着目しているという評価が

可能となる<sup>53)</sup>。そして、防衛者側からの視座に着目することは、法益侵害の可能性が、単に侵害行為者側の客観的事実だけでなく、被侵害者側の対応関係によっても重大な影響を受けることを前提にしていることになる。この点に関して、敷衍して述べると次のようになる。侵害行為(侵害行為者側の客観的事実)の存在により、「形式的に」みれば法益侵害の可能性があったと考えられる場合であっても、その侵害が予期されていて被侵害者にとって突然のものとはいえず、それを阻止するための準備(迎撃態勢をつくること)が可能となるならば(被侵害者側の対応関係)、被侵害者側の法益侵害の可能性は「実質的に」低下することになる。そして、この関係を前提にすると、次のような解釈が可能となる。防御者が、侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害する意思をもっている場合には、侵害者からの侵害に対して迎撃態勢が強化されるといえ、この迎撃態勢が強化されると、防御者(迎撃者)の法益が侵害されるおそれは減少し、実質的ないし現実的には、防御者の法益侵害が生じ得なくなる事態も存在することになる。それゆえ、このような、防御者(迎撃者)の法益侵害の可能性が事実上失われる場合には、侵害の急迫性を否定できる事態が生じるのである。つまり、侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害意思をもっていた場合には、侵害の急迫性が消滅するのである<sup>54)</sup>。

上記のように、侵害の急迫性を判断する上で重要となる法益侵害の可能性は、単に侵害行為者側の客観的事実だけでなく、被侵害者側の対応関係によっても重大な影響を受けることを前提にする見地に立っていると解し得る判例として、まず、平成元年10月2日に下された札幌地裁の判決を挙げることができる<sup>55)</sup>。本判決は、急迫性の判断に際して、一般論として、「単に予期した侵害を避けなかったというにとどまらず、そ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で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である(最高裁判所第一小法廷昭和五二年七月二一日決定、刑集三一巻四号七四七頁参照)」とし、事例判断として、次のように説示する。「本件においては、被告人甲自身、けん銃を携行してG宅に向かう

際、Gらの反撃を高い確度で予期していたとまではいえないにしても、場合によってはGら相手から得物で反撃を受けることもありうると予想していたことが認められるうえ、Gが喧嘩などは決して逃げたりせず受けて立つ好戦的な男であると認識し、またGが借金に絡んで以前暴力団体の者から暴行を受けたりしたことを聞知していたことなどの事情に鑑みれば、少なくとも、暴力団体の組事務所を兼ねているG宅の玄関の明かり取りのガラス等を割るなどの違法な行動に出た段階においては、Gが日本刀などの凶器を持ち出し反撃して来ることは同被告人において十分予測された事態であったと認めるのが相当である。そして、その後被告人甲は、模造日本刀を振り上げているGの姿を認めるや直ちに携行していたバッグ内からけん銃を取り出し、同被告人とGとは玄関土間を挟んで玄関の外と玄関上がり口の式台付近との位置関係にあって、その間になお約四メートルの距離があったにもかかわらず、同被告人はけん銃を構えてGの行為を制止するなどの威嚇的行動を全くとろうともせず、丁、丙が後退して来た直後いきなりG目掛けてけん銃を発砲していること、しかも、一発目がGに命中していることを認識しながら更に引き続いて二発目を撃っていること、その後、玄関内に乗り込んで氣勢を上げていることなどの事情に照らせば、被告人甲においては、共同器物損壊行為に及んだ時点で、Gの性向等からみて、同人らが日本刀などの武器を持ち出して反撃して来ることは確実なこととして予期できたというべく、そのことを予想したうえでその対抗手段として予め実包装填のけん銃を準備し、右の予期どおりGが日本刀と覚しき武器を持ち出した際、外形的には攻撃に出るように見えるGの侵害を避ける行動をとらないまま、Gに対しけん銃を連続して発砲したのであるから、右のような状況全体からみて、被告人甲は、その機会を利用し積極的にGに対して加害行為をする意思を有していたものと認めるのが相当である。「してみれば、本件においては、被告人甲が模造日本刀を真剣と誤認したという前提に立ってみても、前記判例の趣旨に照らせば、刑法三六条における侵害の『急迫性』の要件を充たさない」というべきであるとするのである。



本件では、昭和52年決定を引用した上で、侵害の急迫性の存否を判断しているが、事例判断において、まず、確認された「事情に照らせば、被告人甲においては、共同器物損壊行為に及んだ時点で、Gの性向等からみて、同人らが日本刀などの武器を持ち出して反撃して来ることは確実なこととして予期でき」、これを「予想したうえでその対抗手段として予め実包装填のけん銃を準備」したとする。これにより、札幌地裁は、Gの攻撃が、被告人甲にとって、突発的な事情ではなく、この確実な予期に基づいてGの攻撃を阻止する迎撃態勢を作っていたことを確認していると評価できる。そして、「予期どおりGが日本刀と覚しき武器を持ち出した際、外形的には攻撃に出るように見えるGの侵害を避ける行動をとらないまま、Gに対しけん銃を連続して発砲した」とするが、これは、上記のような迎撃態勢が整っている場合、Gの攻撃が「外形的には攻撃に出るように見える」ものと評価しているといえる。言い換えると、本判決は、このような攻撃を、「形式的にみれば」法益侵害の可能性があるように見える事態が存在しているにすぎないと評価していると解することができる。その上で、このような「状況全体からみて、被告人甲は、その機会を利用し積極的にGに対して加害行為をする意思を有していたものと認める」とする札幌地裁は、積極的加害意思を肯定する際に、防衛者側の迎撃態勢を考慮して、侵害の急迫性の存否を判断していると評価し得るのである。

次に、平成12年1月20日に下された京都地裁判決がある<sup>56)</sup> 本件においても、まず一般論として、「正当防衛が成立するためには、侵害に急迫性があることが必要であるが、緊急行為としての正当防衛の本質からすれば、反撃者が、侵害を予期した上、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で侵害に臨んだときは、侵害の急迫性は失われると解するのが相当である（最高裁昭和五二年七月二一日決定、刑集三一巻四号七四七頁、同昭和五九年一月三〇日判決、刑集三八巻一号一八五頁等参照）」とした上で、事例判断を行っている。すなわち、「これを本件について見るに、本件銃撃戦に加わった被告人及び氏名不詳者らは…A会長に対して、けん銃等を使用した襲撃があ

り得ることを予期していたが、警察等に救援を求めることもせず、同会長の外出時には、ボディガードとして被告人がA会長に同行するとともに、二台の自動車に分乗した男たちが、無線機で連絡を取り合うなどしながら、その周辺を見張り、かつ、けん銃を適合実包とともに携帯するなどの嚴重な警護態勢を敷いていたものである」。そして、「A会長らが本件襲撃を受けるや、被告人らは、事前の謀議に従い、即座に対応してこれに反撃を加え、本件襲撃者をその場から撃退するにとどまらず、殺意をもってけん銃を発砲して激烈な攻撃を加えてB及びCを殺害したものであって（このことは、B及びCの…被弾状況や、『戊田理容店』にいるA会長が本件襲撃を受けたことを察知したと解される氏名不詳者らが、同会長や被告人の救援に向かうことなく、逃走中と思われる本件襲撃者に対する反撃に向かっていることなどからも裏付けられる。）、A会長が襲撃を受けた機会を利用して積極的に本件襲撃者に加害行為をする意思で、B及びCの殺害を実行したものと評し得、また、関係各証拠を総合しても、予期していた以外の相手からの襲撃であったものとは認められないから、侵害の急迫性の要件を欠いており、正当防衛はもとより、過剰防衛も成立する余地はない」としている。

本件では、昭和52年決定および昭和59年判決を引用しつつ「緊急行為としての正当防衛の本質からすれば、反撃者が、侵害を予期した上、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で侵害に臨んだときは、侵害の急迫性は失われると解するのが相当である」とするが、上記のとおり、ここに引用された一連の判例は、侵害の急迫性と積極的加害意思の関係についての判断の枠組みを示すものであり、この枠組みの根拠は、昭和52年決定が示した「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」という文言が、その手掛りとなっている。それゆえ、本件の「緊急行為としての正当防衛の本質」は、昭和52年決定にいう「趣旨」を言い換えたものと評価できる。そして、この評価は、京都地裁の示した侵害の急迫性が失われる基準と昭和52年決定の基準とが類似している点からも裏づけられる。そこで、本件の「緊急行為として

の正当防衛の本質」の内容が問題となるが、これは、事例判断を次のように読めば、上記の札幌地裁判決が論理的前提としていた見地と同様の内容を有するものと解することができる。すなわち、被告人が「A会長に対して、けん銃等使用した襲撃があり得ることを予期していたが、警察等に救援を求めることもせず」とする部分は、侵害の予期があり、襲来までの時間的余裕が十分あったので、被告人にとっては突発的な襲来でないことを示しており、<sup>57)</sup> A「会長の外出時には、ボディガードとして被告人がA会長に同行するとともに、二台の自動車に分乗した男たちが、無線機で連絡を取り合うなどしながら、その周辺を見張り、かつ、けん銃を適合実包とともに携帯するなどの厳重な警護態勢を敷いていた」とする部分は、襲来に対して迎撃態勢を整えていることを示していると解することができる。そして、「A会長らが本件襲撃を受けるや、被告人らは、事前の謀議に従い、即座に対応してこれに反撃を加え、本件襲撃者をその場から撃退するにとどまらず、殺意をもってけん銃を発砲して激烈な攻撃を加えてB及びCを殺害した」とする部分は、BおよびCの襲撃によって、被告人側は、「形式的には」、法益侵害の危険性が存在していたことになるが、この襲撃を契機として、準備されていた迎撃態勢に基づく反撃を予定しており、BおよびCが死亡するまでもなく、これらの者が襲撃を開始した時点ですでに、「実質的には」、被告人側の法益侵害の可能性が喪失してしまったことを示したものと評価できる。京都地裁は「A会長が襲撃を受けた機会を利用して積極的に本件襲撃者に加害行為をする意思で、B及びCの殺害を実行したものと評し得るから、「侵害の急迫性の要件を欠く」と結論づけているが、事例判断において考慮されている要素を上記のように評価すれば、同地裁が示した「緊急行為としての正当防衛の本質」は、前述の札幌地裁判決が論理的前提としていた見地と同様の内容を有するものと解し得るのである。<sup>58) 59) 60)</sup>

(イ) 昭和52年決定のいう「趣旨」は、防衛者の「対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い」か否かにより、侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解する判例

上記とは異なる趣旨で昭和52年決定を評価した下級審判例として、昭和56年1月20日に下された大阪高裁の判決がある<sup>61)</sup>「被告人のけん銃発砲行為を正当防衛である」とする原判決の判断に対して、検察官の控訴趣意では「(イ)右発砲行為は被告人が属する暴力団O組とこれに敵対する暴力団I組との間に行われていた一連の喧嘩闘争の一駒であつたこと、被告人はI組組員らによる攻撃を予期してその機会を利用し積極的に加害を行う目的で敢てけん銃を準備していたこと、I組組員らによるO組組員らに対する攻撃はさして強力なものではなく極度に緊迫した状況でもなかつたことのいずれの点からしても、侵害の急迫性の要件に欠けていた」とされている。この点に関して、大阪高裁は、原判決と検察官の控訴趣意を次のように整理した上で検討を加えている。すなわち、「原判決は…被告人がけん銃を発砲した時点の状況に着目し、その時点では、Kらの身体に対して現に危害が加えられており、かつ、Kが車で拉致されようとしてその自由に対する侵害の危険が切迫していたから、正当防衛における侵害の急迫性の要件は充たされていたとして、正当防衛の成立を肯定した」。これに対して、「前記の論旨(イ)は、侵害の急迫性の有無を判断するにあつてはO組組員とI組組員との間の一連の抗争を全体として考慮に入れるべきであるとの観点に立ち、被告人はI組組員の本件現場での攻撃をあらかじめ十分に予想し、けん銃を準備して積極的な加害の意図であえてこれに立ち向い、けん銃を発砲したものであるから、侵害の急迫性の要件は充たされていなかったと主張するのである」とする。そして、次のように、一般論とその詳細な論拠を示す。すなわち、「正当防衛における侵害の急迫性の要件は、相手の侵害に対する本人の対抗行為を緊急事態における正当防衛行為と評価するために必要とされている行為の状況上の要件であるから、行為の状況からみて、右の対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い場合には、たと

い相手の侵害がその時点で現在し又は切迫していたときでも、正当防衛を認めるべき緊急の状況ではなく、侵害の急迫性の要件を欠くものと解するのが相当である（最高裁判所昭和五二年七月二一日判決・刑集三一巻四号七四七頁参照）。そして、このような本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決められるものであるから、これに関連するものである限り相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合にそれが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。ことに、相手からの侵害が避けられないと予想し、これに備えてけん銃を用意したうえ、相手の侵害が現実となつた際にけん銃を発砲してこれに対抗するような場合、あらかじめ兇器を準備したことについては、正当防衛行為の一環として正当視すべき例外的な場合を除き、これを違法と評価するほかになく、したがつてまた、準備した兇器を使用して相手の侵害に対抗した行為も、相手の侵害の性質、程度などからみて特にこれを正当視すべき例外的な場合を除き、正当防衛の急迫性の要件を欠くものとしてこれを違法と評価するのが相当である。すなわち、もし法の禁止する兇器を用いて相手の侵害に対抗する行為を正当防衛と評価すべきものとすれば、手段たる兇器の所持をも一定の範囲で正当と評価すべきこととなり、正当防衛の本旨ひいては法秩序全体の精神に反することとなるからである」。これを前提に、大阪高裁は、次のような事例判断を行った。「被告人は、相手の侵害を避けるため警察の援助を受けることが容易であつたのに、敢えて自ら相手の侵害に対抗する意図でけん銃を準備したうえ、これを発砲して侵害に対抗したものであるから、けん銃の所持はもとより、その使用も違法なものであり、行為全般の状況からみて正当防衛の急迫性の要件は充たされていなかつたと解するのが相当である」とするのである。

本件では、昭和52年決定を参照しながら、「正当防衛における侵害の急迫性の要件」に言及している<sup>62)</sup>それゆえ、ここで述べられた「正当防衛における

侵害の急迫性の要件は、相手の侵害に対する本人の対抗行為を緊急事態における正当防衛行為と評価するために必要とされている行為の状況上の要件である」とする部分は、下級審が「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」（昭和52年決定）の内容を敷衍した一例といえることができる。すなわち、侵害の急迫性が上記のような要件であることを前提として、本判決は、「行為の状況からみて、右の対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い場合には、たとえ相手の侵害がその時点で現在し又は切迫していたときでも、正当防衛を認めるべき緊急の状況にはなく、侵害の急迫性の要件を欠く」とする。言い換えると、侵害の急迫性の要件を検討する際に、①防衛者の「対抗行為がそれ自体違法性を帯び」ているという事情と、②防衛者にとって「相手の侵害がその時点で現在し又は切迫していた」という事情とが併存することを肯定した上で、②の存在する場合であっても、①が認められる時には、侵害の急迫性が否定されるとしているのである。そして、「本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によつてその有無及び程度が決せられる」から、対抗行為の違法性の判断対象には、「これに関連するものである限り相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れ（る）」ことを前提に、①に関連して「本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合にそれが侵害の急迫性を失わせるものであるか否か」の具体的な判断に際しては、「相手の侵害の性質、程度と相關的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決する」ものとしている。

その上で、このような判断の枠組みを前提に、本判決は、「相手からの侵害が避けられないと予想し、これに備えてけん銃を用意したうえ、相手の侵害が現実となつた際にけん銃を発砲してこれに対抗するような場合、あらかじめ兇器を準備したこと」が侵害の急迫性の存否を検討する際にどのような意義を有しているのかについて詳細に説示する。すなわち、事前に凶器を準備した点は、「正当防衛行為の一環として正当視すべき例外的な場合を除き、これを違法と評価するほかになく」、それゆえ、準備した凶器により相手の侵害に対抗した行為も、「相手の侵害の性質、程度などからみて特にこれを正当視すべき例

外的な場合を除き、正当防衛の急迫性の要件を欠くものとしてこれを違法と評価するのが相当である」とする。そして、このように解する根拠として、さらに、「もし法の禁止する兇器を用いて相手の侵害に対抗する行為を正当防衛と評価すべきものとすれば、手段たる兇器の所持をも一定の範囲で正当と評価すべきこととなり、正当防衛の本旨ひいては法秩序全体の精神に反することとなる」点を挙げているのである。

このように、昭和56年大阪高裁判決は、もし法の禁止する凶器を用いた対抗行為を正当防衛と評価すべきとすれば、凶器の所持も一定の範囲で正当と評価すべきこととなり、正当防衛の本旨ひいては「法秩序全体の精神に反する」と指摘するが、これは、「喧嘩と正当防衛」に関連して下された昭和23年の最高裁判決が一般論において示した文言と類似している<sup>63)</sup>すなわち、昭和23年判決は、「互に暴行し合う所謂喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては闘争者の一方がもつばら防禦に終始し正当防衛を行うの観を呈することがあつても、闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」という一般論を述べており、正当防衛が成立するか否かに関して、ある行為が「法律秩序に反する」場合(昭和23年判決)あるいは「法秩序全体の精神に反する」(昭和56年判決)場合、その行為が正当防衛とはなり得ないとする点で、両判決には、「共通の思考」が窺われるのである<sup>64)</sup>

さらに、昭和23年判決は、事例判断において、「被告人等三名はYgとの衝突を予期して各自仕込杖、日本刀等を携えて同人と面談した末、交渉が決裂して喧嘩となり、Ygが被告人Uに跳びかゝるや被告人Yhは『やつちまえ』と叫び被告人Uは所携の日本刀でYgの足に斬りつけ、組みついてきた同人と格闘中被告人Ykは右Ygの背後から所携の日本刀で同人に斬りつけ切創を負わせた結果右Ygを死亡するに至らせたというのであるから、被告人等の行為はその全般から見て法律秩序に反するものと言うべきであつて、刑法第三六条を

適用すべき余地はない」とする。それゆえ、被告人らが喧嘩闘争を「予期して各自仕込杖、日本刀等」を準備していた事情を判断対象としている点で、最高裁は、正当防衛の成否を判断する際に、「相手の侵害に先立つ状況」を考慮に入れているといえる。一方、大阪高裁も、上記のとおり、対抗行為の違法性を判断する限度において「相手の侵害に先立つ状況」を考慮し、これに従って、事例判断を行っている。それゆえ、事例判断において、両判決が検討している要素についても、「共通の思考」が窺われるのである<sup>65)</sup>

以上のような特徴のある昭和56年大阪高裁判決であるが、(ア)の判例との関係については次のとおりである。すなわち、侵害の急迫性を判断する際に、相手方の侵害に先立つ状況を判断対象としている点で共通しているが、②防衛者にとって「相手の侵害がその時点で現在し又は切迫していた」こととは異なる要素、つまり、①防衛者の「対抗行為がそれ自体違法性を帯び」ているという要素によって、②の要素を否定し得ることを肯定する点で相違する。

その後、昭和56年大阪高裁判決の延長上にある判例として、平成13年1月30日に下された大阪高裁判決がある<sup>66)</sup>。本判決は、正当防衛の成否に関して、「本件では正当防衛が成立しないことについて述べることにする」とし、次のように説示する。すなわち、「正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。そして、侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これ



に臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法であるというべきである」とする。そして、事例判断としては、「本件襲撃は、これのみを客観的に見ると、戊田理容店前に複数の自動車で乗り付けた七、八名の者が降車するや否や、いきなり一斉にC会長及び被告人に向けてけん銃で狙撃するという切迫した態様のものであったことは否定できない事実であるし、被告人らにおいて、日時、場所、態様等の特定された形態で本件襲撃を予期していなかったこともまた否定できない」とするが、「被告人らが普段から取っていた…C会長の身辺警護の態勢は、けん銃を携帯した被告人が外出時のC会長に同行し、けん銃を携帯した者が乗り込んだ乗用車二台でC会長の周辺を見張るというものであり、そのこと自体、法の許容しない凶器を所持した態様の迎撃態勢であったというべきである」。そして、本件襲撃は「被告人らの予期していた程度を超えた予想外のものでな（く）」、「被告人らは、これと同種同等の反撃を相手方に加え、場合によっては防衛の程度を超える実力行使をも辞さないとの意思で本件犯行に及んだものというべきである。したがって、本件襲撃は、それのみを客観的に見ると切迫した事態であったけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対する被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったことなどの点に照らすと、本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のものではなかったと解するのが相当である」としたのである。

本件において判断基準が示された部分、すなわち、「本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れ

てこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相關的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である」とする部分は、上記の昭和56年大阪高裁判決とほぼ同一の文言が用いられている。そして、事例判断において、「本件襲撃は、それのみを客観的に見ると切迫した事態であったけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対する被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったことなどの点に照らすと、本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のもではなかった」とする点をあわせて考えると、具体的な判断基準および判断対象について、昭和56年判決を踏襲していると評価できる。また、本件では、「侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意味で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法であるというべきである」という判示があり、喧嘩ないし私闘の事例との類似性を示唆ないし指摘する点でも、昭和56年判決と「共通の思考」を見ることができるといえる。さらに、本判決は、「正当防衛制度の本旨」に関して言及しているが、本件平成13年判決は、昭和52年決定および昭和59年判決を引用していた上記の平成12年1月20日の京都地裁判決の控訴審判決であるから、「正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度である」とする説示は、昭和52年決定のいう「趣

旨」を敷衍したものと解することができ、この「趣旨」に関して、昭和56年判決よりも詳細に言及している点で、注目に値する<sup>67) 68)</sup>

(ウ) 昭和52年決定のいう「趣旨」は、「法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」か否かを基準に、侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解する判例

実務家からは、もともと侵害の急迫性に関する「判例理論は、喧嘩闘争や私闘と同視すべく、初めから違法というべきものを正当防衛から排除するための理論」である、という指摘があり、(イ)の判例においても、最判昭23・6・22刑集2巻7号694頁で示された一般論と類似する説示があったが、昭和57年6月3日に下された福岡高裁判決は、昭和52年決定を参照しながら、昭和23年判決と類似する一般論を判示している点で注目される<sup>69)</sup>

まず、本件の事実関係については、「被告人AがNの身体の枢要部を狙って…拳銃を発射した際、これが優に人を殺害するにたる所為であることを考えると、殺意を有していたことは否定できず、また同被告人と…Nに対し殺意を以て斬りつけた被告人Lは、数名の…配下とともに…拳銃を構えたNと対峙したときに、単なる防衛の意思のみに止らずこの機に乗じ、機先を制して積極的にNを殺害する意思で対抗し、右現場で互いに暗黙のうちに共謀せる事実を肯認するに十分である」とする。そして、昭和52年決定を参照しながら、「右のように被告人兩名が単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し機先を制して積極的に相手に対して加害行為をする意思で対抗するときは、もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえないから刑法三六条にいわゆる侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である（最高裁判所第一小法廷昭和五二年七月二一日決定、刑集三一卷四号七四七頁参照）」と指摘し、事例判断としては、「Nの…攻撃は不正の侵害というべきであつても、急迫性はなかつたものといわなければならない。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、被告人兩名の本件各所

為は正当防衛行為にあたらぬことが明らかである」とした。

その上さらに、福岡高裁は、昭和46年判決および昭和52年決定を参照しながら、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであつても、そのことだけから直ちに急迫性を失うものと解すべきではない（最高裁判所第三小法廷昭和四六年十一月一日判決、刑集二五卷八号九九六頁、同裁判所第一小法廷昭和五二年七月二一日決定、刑集三一卷四号七四七頁参照）」とし、「原判決は、原審弁護人の『被告人らのNに対する各所為は同人が先に拳銃を被告人らに発射した急迫不正の侵害に対する正当防衛行為である旨』の主張に対して、『Nの第一発目の拳銃発射は、いわゆる喧嘩闘争の一場面における先制攻撃として被告人らにおいて十分に予測されたところであり、これを目して急迫不正の侵害にあたるものとは認めがたい』と判示していることは所論の指摘するとおりである」とした上で、この点に関して、原判決は「刑法三六条の解釈を誤つたものというべきである」としている。

本件では、被告人らが「単に予期された侵害を避けなかつたということとどまらず、その機会を利用し機先を制して積極的に相手に対して加害行為をする意思で対抗するとき」、つまり、積極的加害意思をもって対抗した時は、刑法36条の「侵害の急迫性の要件を充たさない」としているが、その根拠として、昭和52年決定を参照しながら、「もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」ことを挙げている。それゆえ、ここでは、侵害の急迫性の存否を考慮する場合、「法秩序に反(する)」か否かが重要な視点となるが、これは、最高裁昭和23年判決が示した「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」とする視点と類似している。したがって、正当防衛が成立するか否かを判断する際に、「法秩序」あるいは「法律秩序」に反するか否か、という視点から判断すべきであるとする点に関して、本件昭和57年判決と昭和23年判決とは「共通の思考」が働いていると評価できる。そして、昭和57年判決は、昭

和52年決定を参照しながら、積極的加害意思をもって対抗行為を行った場合には、「もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」ことを理由に侵害の急迫性を否定し得ると説示しているので、昭和52年決定のいう「趣旨」について、喧嘩闘争に類似する状況が存在する場合に侵害の急迫性を否定するものと解していることになる。そして、本判決は、一般論の中で積極的加害意思がある場合「法秩序」に反することを理由として、侵害の急迫性を否定すべきであるとする点で、(イ)の判例よりも、一層明確に、昭和52年決定を喧嘩闘争の処理の一環として位置づけているといえる。

ところが、昭和57年福岡高裁が積極的加害意思をもって対抗行為を行っているか否かを判断する際に対象としている事実関係は、犯行現場における事実関係であるという評価ができ<sup>70)</sup>被告人に対する侵害が開始されるまでの事実関係について一定の範囲で考慮している(イ)の判例および昭和23年最高裁判決とは異なる<sup>71)</sup>。そして、このような評価は、福岡高裁が昭和46年判決および昭和52年決定を参照しながら、「侵害の予期」と「侵害の急迫性」との関係について指摘している部分と、「積極的加害意思をもって対抗行為を行ったか否か」を判断する部分とは、別項目を立てて検討している点からも窺われる<sup>72)</sup>。

その後、上記と同様の視点から昭和52年決定を捉えた判例として、昭和58年4月27日の福岡高裁判決を指摘できる<sup>73)</sup>。まず、事実関係については、「T, So, O, Shiは被告人と相対したAの背後にいたため被告人がAを出刃包丁で刺した瞬間を目撃してはいないけれども、Aが…脇差を振り上げ被告人の前頭部及び前額部を目掛けて一回切りつけた直後ころ、Tは被告人がAの方に飛び込んできて、右両名の体が触れ合ったのを目撃したので、直ちに被告人のすぐ東側に走り寄りその左手首を左手で握り、右手で被告人の左腰のあたりを押したところ、Tが被告人の東側に走り寄ると同時にOが被告人のすぐ西側に走り寄りその右手に持った出刃包丁の柄のあたりを両手で掴み、その直接Shiが被告人とAの間に急いで割つて入り、被告人の右手首付近を左手で掴む一方Aの左肘関節を右手で掴み、それぞれ被告人を…廊下北端の手摺に押し

つけたうえ、Tが被告人の左手から…刺身包丁を、Oが被告人の右手から前記出刃包丁をそれぞれもぎ取つて、右手摺の外へ投げ捨てるや、被告人は急いでTらを振り払つてその場から逃走したのであるが、Tは被告人の左手から右刺身包丁をもぎ取ろうとしていたころAの左胸部から血がにじみ出ているのを発見し、So及びShiも被告人の逃走直後Aが右廊下において片手で左胸部を押えて苦しそうにし、その手の下から血がにじみ出ているのを見たことを認めることができるのであつて、以上の各事実を総合すると、被告人はAが前記脇差を振り上げ被告人の前頭部及び前額部目がけて切りつけた直後に、すかさず右手に持っていた出刃包丁で自己の右上方から左下方に向けて（Aの方から言えば、左上方から右下方に向けて）Aの左胸部を一回力一杯突き刺したものと認めるほかはないのである」と認定した上で、昭和52年決定を参照しながら、「被告人が単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、そ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で対抗するときは、たとえ相手から先に攻撃を加えられて反撃した場合においても、もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえないから、刑法三六条にいわゆる侵害の急迫性の要件を充たないものと解するのが相当である（最高裁判所第一小法廷昭和五二年七月二一日決定、刑集三一巻四号七四七頁参照）」とし、本件では、「Aの前記攻撃は不正の侵害というべきではあるが、急迫性はなかつたものといわなければならない。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、被告人の本件所為は正当防衛行為にあたらぬことが明らかである」とした。

本判決は、「被告人が単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、そ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で対抗するときは」、刑法36条の「侵害の急迫性の要件を充たない」とし、その根拠として、昭和52年決定を参照しながら、「もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」ことを挙げているが、これは、上記の昭和57年福岡高裁判決と同様である。それゆえ、本判決は、昭和52年決定のいう「趣旨」に

ついて、喧嘩闘争に類似する状況が存在する場合に侵害の急迫性が否定されるものと解していることになる。そして、本判決は、積極的加害意思をもって対抗行為を行っている場合、「たとえ相手から先に攻撃を加えられて反撃した場合」であっても、もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえないから、侵害の急迫性の要件を充たない、としており、相互闘争状態である喧嘩闘争との類似性が、昭和57年高裁判決よりも明確となっている。したがって、本判決に対する上記の評価を、本判決自体が裏づけていると解し得るのである。さらに、判断対象となった事実関係は、現場での闘争状態に焦点が絞られており、この点でも、昭和57年福岡高裁判決を踏襲している。

(エ) 昭和52年決定のいう「趣旨」は、積極的加害意思をもって対抗行為を行う者に「回避義務」が課されるか否かを基準に、侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解する判例

最近、学説において「急迫不正の侵害からの退避義務についての議論」が「進展」しているとされるが<sup>74)</sup> この観点から、昭和52年決定の趣旨を捉えた判例として、平成19年3月27日に下された奈良地裁判決がある<sup>75)</sup> 奈良地裁は、「被告人は、平成18年6月9日午後3時40分ころ、奈良市A丁目B番C号所在のD大学Eキャンパス内において、F(当時23歳)と些細なことから口論となり、やにわにその顔面を手拳で数回殴打する暴行を加え、よって、同人に全治約3か月間を要する顔面多発骨折の傷害を負わせた」という公訴事実を指摘した上で、当事者に「争いがなく」、証拠によって「明らかに認められる」事実関係を説示する。まず、「現場の位置関係等」について、「本事件が発生したのは、D大学Eキャンパス敷地内の、法政策学部の校舎である甲号館と教員研修室となっている乙号館の間に設置されていた渡り廊下においてである(以下『本件現場』という)。同キャンパス敷地内には、人文科学部の校舎となっている丙号館等が建ち並び、隣接する丙号館と甲号館の間には八角形状のベンチ式の椅子が設置されており、本件現場はその北東に位置している」とする。

次に、「本事件当時の人間関係等」に関して、「ア 被告人は、D 大学人文科学部の4 回生である」、「イ 本事件の被害者であるF、本事件の現場に居合わせたG 及びH は、いずれも同大学法政策学部の4 回生である」、「ウ 本事件を約10 から20 メートルの距離から目撃したI 及びJ も、いずれも同学部の4 回生である」、「エ 被告人とF、G 及びH (以下「Fら3名」という。)とは、本事件まで全く面識がなかった」、「オ G 及びH は、F の友人である」、「カ I 及びJ は、被告人及びF との間に直接の友人関係はないものの、他の友人との関係等から同人らを知っていた」とした。さらに、「事実経過等」については、「ア 被告人は、平成18年(以下、いずれも平成18年のことであるので、その記載を省略する。)6月9日午後3時40分ころ、授業に出るため、人文科学部の教室がある丙号館へと向かったところ、上記ベンチ式の椅子に座って雑談をしていたFら3名に出くわした」、「イ 被告人とFら3名は、お互いに『相手の顔を見た。見ていない。』という口論となった。その際、F は、被告人の身体の一部を押した」、「ウ 被告人は、その場を離れ、丙号館の出入口に入ってエレベーター前まで行った」、「エ 被告人に立腹していたFら3名は、被告人の後を追いかけて、上記エレベーター前で再び被告人と口論を始めた。その際、被告人は、F から土下座するよう求められたものの、これに応じなかった」、「オ 被告人とFら3名は、丙号館を出て本件現場に向かい移動した。その移動の間、先頭を歩いていた被告人は、F から背中を押された」、「カ F は、本件現場で、被告人の顔面を1回頭突きした」、「キ 被告人は、上記頭突きにより鼻に痛みを感じ、すぐさま右手拳でFの左顔面を1回殴打した」、「ク F は、上記殴打を受けていったん後退したが、再び被告人に近づいてきた。被告人は、左右の手拳でFの左右の顔面を1回ずつ、計2回殴打した」、「ケ F は、上記殴打行為により、鼻血を出してうずくまった」、「コ G 及びH は、本件現場において、被告人に対し暴行を加えなかった」、「サ 被告人は、本件現場から立ち去ったが、その途中で、I 及びJ から鼻血が出ていることを指摘され、その際に、『やばいっすわ。この後授業あるからばれて



しまいますわ。ティッシュ持ってないですか。このことは先生から聞かれても言わないでくださいよ。』、『余裕でしたわ。』などと言った」, 「シ Fら3名は、本件現場に駆けつけた同大学職員に対し、Fはこけて近くの柱にぶつかった旨虚偽の事実を申告した。Fは、後日、大学側に対し、そのように話した理由について、喧嘩で怪我をしたら保険金が下りないと思ったからであると説明した」とし、最後に「傷害結果等」に関しては、「Fは、被告人の上記各殴打行為により、顔面多発骨折の傷害を負い、医師により全治3か月と診断された」のに対して、「被告人は、Fの上記頭突き行為により、約10日間の通院加療を要する鼻背部打撲及び挫傷の傷害を負った」が、これにより、Fは、「9月27日K簡易裁判所において罰金20万円の略式命令を受けている」と指摘した。そして、奈良地裁は、「本件の争点は、正当防衛の要件のうち、侵害の急迫性が認められるか否かである」とし、当事者の主張を整理した上で、「当裁判所の判断」を示す。最初に、一般論として「そもそも、刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期（以下、この趣旨を「侵害の確実な予期」などという。）されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかしながら、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、そ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で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである（最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁参照）。なぜなら、侵害の確実な予期がありながら、積極的加害意思をもって侵害に臨むことは、実質的にみれば、正当防衛状況を利用した単なる加害行為であり、緊急状況下における防衛行為として正当化できないからである。そして、このような場合、行為者には当然に回避義務が認められるといえるのである」。「これに対し、侵害の確実な予期がなく、侵害の単なる可能性を予期していたにすぎないときや、不意打ちといえるほど予想外の場面で侵害を受けたときは、たと

え行為者に積極的加害意思があったとしても、急迫性は否定されないというべきである。なぜなら、このような場合に急迫性を否定することは、行為者に回避義務を課すことになり、その分だけ不当に行為者の行動の自由を制約することになって、先に述べた刑法36条の趣旨を逸脱することになるからである」とする。次に「本件において、被告人に法的な回避義務があったとまではいえぬい…としながら…侵害の予期と回避可能性が認められ、侵害の機会を利用し積極的加害行為をする意思がある場合には急迫性の要件が欠ける」との検察官の主張に対して、まず、「このような見解によるならば、侵害の確実な予期がなく、法的な回避義務もないにもかかわらず、行為者に積極的加害意思がある場合には、その意思と併存して防衛の意思を有していた場合であっても、逃走等の回避措置をとらず反撃した場合には処罰を免れないことになってしまうのである。したがって、検察官の前記見解は、刑法36条の趣旨を逸脱し不当に行為者の行動の自由を制限するものといわざるを得ず、当裁判所の採用するところではないといわなければならない」とし、さらに、「本件において、検察官は、その主張の全体的な趣旨にかんがみれば、被告人がFの侵害行為を確実に予期していたとまでは考えておらず、そうであるからこそ、被告人に法的な回避義務があったとまではいえないとしているものと解される上、本件全証拠を精査してみても、被告人がFの侵害行為を確実に予期していたとは認められない」と説示して、「以上の点だけを見ても、本件において急迫性の要件が否定されないのは明らかというべきである」と結論づけた。

本件では、昭和52年決定を参照しつつ、同決定が説示した基準を示した上で、その根拠として「侵害の確実な予期がありながら、積極的加害意思をもって侵害に臨むことは、実質的にみれば、正当防衛状況を利用した単なる加害行為であり、緊急状況下における防衛行為として正当化できない」点を挙げ、「このような場合、行為者には当然に回避義務が認められる」とする一方で、「侵害の確実な予期がなく、侵害の単なる可能性を予期していたにすぎないときや、不意打ちといえるほど予想外の場面で侵害を受けたときは、たとえ行為者

に積極的加害意思があったとしても、急迫性は否定されないというべきである」とし、その根拠として、「このような場合に急迫性を否定することは、行為者に回避義務を課すことになり、その分だけ不当に行為者の行動の自由を制約することになって…刑法36条の趣旨を逸脱する」点を挙げる。それゆえ、本判決は、昭和52年決定にいう「趣旨」について、積極的加害意思をもって対抗行為を行う者に「回避義務」が課されるか否かを基準に、侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解していることになるが、この奈良地裁判決には、回避義務論が展開される「重要な契機となった」<sup>76)</sup>佐藤判事の所説の影響が強くみられる。すなわち、「正当防衛の本質的属性である緊急行為性」および「違法性論一般の基礎にある相当性の思想」に立ち帰り、退避可能性を正当防衛の解釈において組み込むことを構想される<sup>77)</sup>佐藤説では、侵害の急迫性の存否に関する判断について、次のように指摘されている<sup>78)</sup>「不正の侵害を予期したときは、これを回避することのできる場合が多い」が、「このような場合でも、一般的には、侵害を回避する義務はない。それは侵害を予期したかといって、被侵害者の生活上の自由が制約されるべきいわれはないからである。…しかし、予期された侵害を避けないというにとどまらず、将来の侵害を受けて立つことにより、被侵害者（以下『行為者』ともいう。）において正当防衛状況を作り出した場合には、更に立ち入った考察を必要とする」とし、この具体例として、「予期した侵害を格別の負担を伴うことなく回避できるのに、侵害があれば反撃する意思をもって、予期した侵害の場所に向かう場合」（出向型）と、「予期した侵害を待ち受ける場合」（待機型）を挙げ、これらの場合には、「正当防衛状況を作ってはならない義務、すなわち侵害の回避義務を認めてよい」としている。そして、「侵害の回避義務を認めるためには、侵害の出現を確実に予期していることが必要である」ことを前提として、「行為者の意思の内容は、侵害があれば反撃する意思があれば足り」、「住居などにいる場合を除き」、「積極的加害意思までは必要でない」ので、例えば、「生活上の利益がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行

くのは、積極的加害意思がなくても、回避義務違反になる」とする。次に、「行為者側の負担」に関して、「出向型の場合には、出向くことについて生活上の自由が制約される事態は少ない」ので、一定の例外を除いては、<sup>79)</sup>「回避義務を認めてよい」が、「待機型の場合には、侵害の予期される場所に留まることに生活上の利益の伴うことが多い」ので、<sup>80)</sup>このような場所に「侵害があれば反撃する意思だけで留まっている限りにおいては、回避すべき義務は生じない」が、「可能であるのに公の救助を求めることなく、積極的加害意思をもって留まる場合には」、滞留している場所を「私的闘争の場として利用する」ものであり、「生活上の自由」を享受しようとしていないから、その「場所に留まる正当な利益」は認められない。したがって、上記のような「単に侵害を予期しただけではなく、回避義務がある場合であるのに、自らが出向きあるいは待ち受けたことにより発生した侵害は、予期した緊急事態を自ら現実化させたものとして、急迫性を欠くとみてよい」とされるのである。

このように、平成19年奈良地裁判決は、防衛者に「回避義務があるか否か」の視点から侵害の急迫性の存否を検討する佐藤説の影響が強くみられるが、佐藤説とは次の点で異なる。佐藤説の特徴は、問題となる事例を出向型と待機型とに分類した上で、「格別の生活上の不利益がない場合にのみ回避義務が課されるとすることにより、安定した判断が困難な嫌いがある積極的加害意思を持ち出すことなく、従来判例理論の帰結の多くを整合的かつ客観的に説明できる点」であるのに対して、<sup>81)</sup>平成19年奈良地裁判決は、出向型と待機型とを区別せずに、一般的に、昭和52年決定が示した「積極的加害意思」をもって行動した「行為者には当然に回避義務が認められる」としており、この点において佐藤説と異なっているのである。<sup>82)</sup>

## 注

30) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。なお、本稿では、判決文に旧字体が用いられている場合、適宜、新字体に改めた。

- 31) 川端博『刑法判例演習教室』（平7年・1995年）41頁。
- 32) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。評釈として、鬼塚賢太郎「一 刑法三六条にいう『急迫』の意義 二 刑法三六条の防衛行為と防衛の意思」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和46年度）』（昭47年・1972年）242頁以下、莊子邦雄「正当防衛における『急迫』の意義と防衛意思の存否」『昭和四七年度重要判例解説』（昭48年・1973年）111頁以下、白井滋夫「過剰防衛の成否」白井滋夫＝木村栄作＝鈴木義男『刑法判例研究Ⅲ』（昭50年・1975年）97頁以下、大越義久「急迫不正の侵害」『刑法判例百選Ⅰ総論』初版（昭53年・1978年）82頁以下、内田文昭『刑法解釈論集（総論Ⅰ）』（昭57年・1982年）229頁以下、前田雅英「刑法三六条にいう『急迫』の意義—刑法三六条の防衛行為と防衛の意思」『刑事判例評釈集』32＝33巻（昭62年・1987年）417頁以下等がある。
- 33) 鬼塚・前掲注（32）254頁。なお、本判決の前段部分に関して、最高裁は「専ら侵害の時間的切迫性」という「客観的事実だけによって急迫性を判断すべきことを説示した」という評価がなされている（大嶋一泰「刑法三六条にいう『急迫不正ノ侵害』」『昭和五九年度重要判例解説』（昭60年・1985年）164頁。さらに、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（平4年・1992年）152頁参照）。この点に関して、判決文前段の「急迫性に関する一般的判示を読む限り、本判決は、行為者の主観と全く無関係に急迫性の存否を判断している」と理解することも可能であるが、このような「一般的判示」は、例えば、昭和24年最高裁判決のように、「以前の最高裁判例にもみられるところであり、本件において、それほど重要な意義はないように思われる」という指摘がある（橋爪・前掲注（2）142頁）。
- 34) 大越・前掲注（32）84頁。
- 35) 鬼塚・前掲注（32）257頁。
- 36) 本判決は、さらに事例判断において、「法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」としており、注目に値する。この点に関して、内田博士は、「本判決が侵害の回避可能性は防衛行為の必要性・相当性の問題であり、侵害の急迫性の問題ではない、としているのは妥当であろう」とされている（内田・前掲注（32）235頁）。
- 37) 内田・前掲注（32）235頁。
- 38) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁。評釈としては、曾根威彦「刑法三六条における侵害の急迫性」『判例評論』233号（昭53年・1978年）44頁以下、小暮得雄「正当防衛における侵害の『急迫性』」『昭和五三年度重要判例解説』（昭54年・1979年）159頁以下、香城・前掲注（19）235頁以下、前田雅英「刑法三六条にいう侵害の急迫性」『刑事判例評釈集』38＝39巻（昭57年・1982年）282頁以下、大越義久「急迫不正の侵害」『刑法判例百選Ⅰ総論』第2版（昭59年・1984年）72頁以下、西田典之「侵害の急迫性」『刑法判例百選Ⅰ総論』第3版（平3年・1991年）50頁以下、第4版（平9年・1997年）48頁以下、東條伸一郎「予期された侵害とその急迫性」東條伸一郎＝山本和昭編『刑事新判例解

- 説(1) 刑法総論』(平4年・1992年)158頁以下, 曾根威彦「侵害の急迫性」『刑法判例百選I 総論』第5版(平15年・2003年)46頁以下, 松宮孝明「侵害の急迫性」『刑法判例百選I 総論』第6版(平20年・2008年)48頁以下等がある。
- 39) 前田・前掲注(33)153頁。
- 40) さらに, 安廣・前掲注(22)146頁には, 「五二判例が, 侵害の急迫性が否定されるのは, 単に積極的加害意思が存するのみではなく, 侵害の予期と積極的加害意思が共に存在する場合であるとしていることは, その判文からも明瞭といってよい」という指摘がある。
- 41) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」『刑法雑誌』35巻2号(平8年・1996年)245頁。
- 42) 安廣・前掲注(22)146頁。さらに, 橋爪准教授は, 積極的加害意思が侵害の予期と全く無関係に生じ得るならば, 判例は侵害の予期と積極的加害意思という全く異質なものを接合することで急迫性を否定したことになるが, 「このような虫の良い理論構成には合理的な根拠が欠ける」と批判しておられる(橋爪・前掲注(2)151頁)。
- 43) 橋爪・前掲注(2)146-7頁。
- 44) 安廣・前掲注(41)245頁。
- 45) 橋爪・前掲注(2)146-7頁。
- 46) 最判昭59・1・30刑集38巻1号185頁。評釈として, 中野次雄「急迫不正の侵害に対する防衛行為にあたとされた事例—刃物携帯行為の違法性」『判例評論』308号(昭59年・1984年)60頁以下, 松浦繁「刑法三六条にいう『急迫不正ノ侵害』にあたとされた事例」『ジュリスト』817号(昭59年・1984年)57頁, 同「刑法三六条にいう『急迫不正ノ侵害』にあたとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和59年度)』(昭63年・1988年)33頁以下, 内田文昭「正当防衛か過剰防衛か」『判例タイムズ』545号(昭60年・1985年)43頁以下, 大嶋・前掲注(33)163頁以下, 金澤真理「正当防衛における積極的加害意思と侵害の急迫性」『法学』57巻5号(平5年・1993年)169頁以下等がある。
- 47) 松浦・前掲注(46)最判解38-9頁。
- 48) 松浦・前掲注(46)最判解38頁。
- 49) 堀籠=中山・前掲注(19)346頁。なお, 判例が侵害の予期のどのような内容を予定しているかについては争いがある, 松浦・前掲注(46)最判解44頁以下, 安廣・前掲注(22)151-2頁, 堀籠=中山(19)347-8頁, 橋爪・前掲注(2)147-8頁, 150-1頁参照。この点に関して, 攻撃を受けることについて「具体的な予期まではなかった」ことを理由に, 侵害の急迫性を肯定したものととして, 東京地判平10・10・27判タ1019号297頁[299頁]がある。すなわち, 被告人Aは, Dと対立関係にあつて, Dが催涙スプレー, 特殊警棒を持っていることを知っており, また, 本件直前にも自宅付近でDの待ち伏せに遭い, 新たにナイフ二本を購入して自ら一本持参していたから, 「近い将来にDから催涙スプレー, 特殊警棒をも使用した攻撃を受ける可能性を予期していたとは言える。しかし, 本件当時

は、バカラ賭博をして深夜に帰宅しようとしていたのであって、被告人Aの自室に侵入した上での前記の(催涙スプレーを吹きかけ、特殊警棒で殴打する一筆者注)ような攻撃をDから受けるとの具体的な予期まではなかったといえる。「したがって、被告人Aらの留守中に違法に被告人Aの自室に侵入した上でのDの前記攻撃は、被告人両名に対する急迫不正な侵害に当たる」とした。

- 50) なお、安廣・前掲注(22)145頁参照。この点に関して、「積極的加害意思という概念」について、「その外延は必ずしも明らかではなく、その存否に関する安定した統一的判断は困難である」とする指摘があるが(橋爪・前掲注(2)163頁。さらに、的場=川本・前掲注(26)123頁参照)、この背景には、昭和52年決定の理由づけの「簡素さ」があるように思われる。
- 51) 昭和52年決定以降の下級審判例の動向については、山本輝之『「喧嘩と正当防衛」をめぐる近時の判例理論』『帝京法学』16巻2号(昭62年・1987年)155頁以下、斎藤信治「急迫性(刑法三六条)に関する判例の新展開」『法学新報』112巻1=2号(平17年・2005年)385頁以下、橋爪・前掲注(2)154頁以下等がある。
- 52) 大阪高判昭53・6・14判タ369号431頁は、『「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近かに押し迫っていることを意味する」とし、参照判例として、最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁および最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁を挙げている。
- 53) Vgl. noch Binding, *Handbuch des Strafrechts Bd I*, 1885 [Neudruck 1991], S. 735. 正当防衛権の根拠と正当防衛の客観的要件の関係については、拙稿「正当防衛権の根拠と正当防衛の客観的要件の関係の再検討」『刑法雑誌』47巻2号(平20年・2008年)190頁以下参照。
- 54) 川端博『違法性の理論』(平2年・1990年)90-4頁、同・前掲注(2)22-5頁、拙稿・前掲注(10)85頁以下参照。この点に関しては、さらに、橋爪隆「正当防衛論の再構成(2)―相互闘争状況における正当化の限界―」『法学協会雑誌』116巻4号(平11年・1999年)651-2頁、同・前掲注(2)251-2頁、251頁注137、拙稿・前掲注(24)171-2頁注112参照。一般に、「如何なる視点から事態を把握するかによって、事態に対する評価は異なってくる」が、上記の対立の背景には、事態の把握に際して、「物的不法論の観点から見るか」、それとも、「人的不法論の観点から見るのか」という「視点の違い」が存在している(拙稿・前掲注(24)171-2頁注112参照)。
- 55) 札幌地判平元・10・2判タ721号249頁。
- 56) 京都地判平12・1・20判時1702号170頁。評釈としては、大山弘「積極的加害意思と急迫性」『法学セミナー』549号(平12年・2000年)107頁、渋谷卓司「他の暴力団により、けん銃で襲撃を受けた暴力団関係者が、その反撃として、現場に駆け付けた氏名不詳者らとともに、襲撃者をけん銃で射殺した行為につき、襲撃があり得ることを予期し、その場合には、その機会を利用して襲撃者に対し積極的に加害行為をすることを、氏名不詳者らと事前に共謀しており、これに基づいて殺害行為に出たものと認定して、正当防衛の

成立を否定した事例』『研修』634号(平13年・2001年)13頁以下等がある。

- 57) 松宮孝明=本田稔「刑法」『判例回顧と展望2000』(平13年・2001年)38頁は、原判決が私人に「警察に救助を求める義務」を肯定するものとされる。
- 58) 拙稿「1 けん銃で武装した他の暴力団からの襲撃に対して、現場に駆け付けた氏名不詳者らとともに、けん銃で応戦し、襲撃者のうち2人を射殺したとの事案で、正当防衛の成立を否定した原判決の判断が維持された事例 2 裁量による未決勾留日数の本刑算入が過少であるとして、原判決の量刑が不当に重いとされた事例」『現代刑事法』4巻2号(平14年・2002年)84-5頁参照。
- 59) 侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的加害意思をもっていた場合、迎撃者は、「客観化された加害意思」を有していたと考えることができ、この加害意思は、客観的な迎撃態勢(むしろ攻撃態勢)によって推測されることが多いと思われるが(川端・前掲注(2)341頁参照)、ここでは、上記のように運用する判例の存在を確認できた(この点に関して、安廣判事は、「『急迫性の消極的要件としての積極的加害意思』を認定するについても、外部に現われた準備行為、加害行為などの外形的事実関係が重視されるべきである」(安廣・前掲注(22)151頁)とし、「判例が積極的加害意思を認め急迫性を否定している事案では、客観的に積極的加害行為がなされた」と認定されている」(安廣・前掲注(41)244頁)と指摘しておられる)。なお、昭和52年決定の問題点については、川端・前掲注(54)94頁、同・前掲注(1)25頁、拙稿・前掲注(24)174頁参照。
- 60) なお、本件は、共同正犯の事例において、共同正犯者毎に、正当防衛の要件の存否を検討している点で、注目に値する(拙稿・前掲注(58)84頁参照)。
- 61) 大阪高判昭56・1・20刑裁月報13巻1=2号6頁、判時1006号112頁、判タ441号152頁。
- 62) 香城判事は、「相手の侵害を予期し、自らもその機会に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨み、加害行為に及んだ場合、なぜ相手の侵害に急迫性が失われることになるのであろうか。このような場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為とすこしも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は、違法であるというほかはない。それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃が共に違法であるのと、まったく同様なのである。したがって、前記のような場合に相手の侵害に急迫性を認めえないのは、このようにして、本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかったからである、と考えるべきであろう」とし(香城・前掲注(19)247-8頁)、本判決は、香城判事の見解を色濃く反映するものとなっているが、これは、同判事が本判決を下した裁判所の構成員の一人であることに起因するといえる。そして、安廣判事は、昭和52年決定にいう「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」に関して、上記のような香城判



事の「解釈が最も論理的であり、かつ妥当な結論を導きうるように思われる」と指摘しておられる（安廣・前掲注（22）145頁）。

63) 最判昭23・6・22刑集2巻7号694頁。

64) 香城・前掲注（19）242-3頁参照。

65) さらに、的場＝川本・前掲注（26）111-2頁は、「もともと急迫性に関する…判例理論は、喧嘩闘争や私闘と同視すべく、初めから違法というべきものを正当防衛から排除するための理論…である」と指摘する。

66) 大阪高判平13・1・30判時1745号150頁。評釈としては、拙稿・前掲注（58）82頁以下、橋爪隆「正当防衛における侵害の急迫性」『刑事法ジャーナル』8号（平19年・2007年）126頁以下等がある。その後下された東京地判平14・1・11【文献番号28075343】も参照。なお、本稿では、判例が公刊物未搭載の場合、LEX/DBの【文献番号】を示すこととする。

67) 確かに、平成13年判決のいう「侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える實力を行使することも辞さないという意思」を、何の補助線もなしに読むと、昭和52年決定が示した「侵害の予期を前提とした積極的加害意思」に言及したものと解することには「やや違和感がある」であろう（橋爪・前掲注（66）129頁）。しかし、昭和56年判決と平成13年判決の類似性、および、平成13年判決が京都地裁平成12年判決の控訴審である点をあわせて考慮すると、上に示した「意思」は、大阪高裁平成13年判決が「積極的加害意思」の内容を敷衍したものと解することができる（拙稿・前掲注（58）85頁参照）。

68) 平成13年判決は、共同正犯の事例において、共同正犯者毎に、正当防衛の要件の存否を検討しているが（注（60）参照）、この点に関して、「正面から」認めた最高裁判例としては、最決平4・6・5刑集46巻4号245頁がある。そして、平成4年決定は、共謀共同正犯者が積極的加害意思を有していた場合には共謀共同正犯者に侵害の急迫性を欠くとしているが、これは、(イ)の判例を前提にした思考のように思われる。

69) 福岡高判昭57・6・3判タ477号212頁。

70) 福岡高裁では、積極的加害意思をもって対抗行為を行っているか否かを判断する際に、「被告人AがNの身体の枢要部を狙つて…拳銃を発射した際、これが優に人を殺害するにたる所為であることを考えると、殺意を有していたことは否定でき（ない）」点、被告人Aと、Nに対し殺意を以て斬りつけた被告人Lは、「数名の…配下とともに…拳銃を構えたNと対峙したときに、単なる防衛の意思のみに止らずこの機に乗じ、機先を制して積極的にNを殺害する意思で対抗し、右現場で互いに暗黙のうちに共謀せる事実を肯認するに十分である」点を前提とするのみである。

71) (イ)の判例の昭和56年大阪高裁判決は、「本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体に

- よつてその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断する」とし、平成13年大阪高裁判決は、「本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断する」とする。そして、昭和23年の最高裁判決は、被告人らが喧嘩闘争を「予期して各自仕込杖、日本刀等」を準備していた点を判断対象としている。
- 72) このような福岡高裁の見地は、昭和52年最高裁決定が「侵害の予見と切り離されたところの積極的加害意図の存在により急迫性が否定され得る」という見解を採用したという前田教授の評価（前田・前掲注(33)153頁）の延長線上にあるといえる。
- 73) 福岡高判昭58・4・27判タ504号176頁。
- 74) 山口・前掲注(25)6頁。侵害退避義務と正当防衛の成否については、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（昭58年・1983年）119頁以下、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第一巻』（平10年・1998年）237頁以下、岡本昌子「正当防衛と侵害回避義務—イギリスの正当防衛論における退避義務を中心に—」『同志社法学』57巻6号（平18年・2006年）437頁以下、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—第二小判平成九年六月一六日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（平18年・2006年）77頁以下、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（平18年・2006年）88頁以下、橋爪・前掲注(2)305頁以下、山口・前掲注(25)22頁以下等参照。
- 75) 奈良地判平19・3・27【文献番号28135176】。
- 76) 山口・前掲注(25)27-8頁。
- 77) 佐藤・前掲注(74)237-8頁。
- 78) 佐藤・前掲注(74)242-4頁。
- 79) ここで、回避義務が認められない例外の事例としては、「反撃する意思があっても、その機会に相手方を諫めるとか、仲直りするとかの目的がある場合、約束の履行等別の用件がある場合、帰宅途中で待ち伏せされている虞があるが通常道順で帰宅する場合」が挙げられている（佐藤・前掲注(74)243頁）。
- 80) 待機型でも、「何らの負担なく侵害の予期される場所から移動できるときは」、出向型と「同様に扱ってよい」が、「自宅や勤務時間中のオフィス、集会中の会場」等へ侵害が予期される場合、そこに留まることは「生活上の利益を伴うことが多い」とされる（佐藤・前掲注(74)243頁）。
- 81) の場＝川本・前掲注(26)123頁。橋爪准教授は、積極的加害意思の概念の外延が必ずしも明らかではなく、「その存否に関する安定した統一的判断は困難」であり（橋爪・前掲注(2)163頁）、「実務的にも必ずしも使い勝手がよい概念ではない」（橋爪・前掲注(66)129頁）ので、「下級審判例の中には、最高裁判例の積極的加害意思論に依拠することなく、事実関係を全体的に判断しつつ、侵害の急迫性を否定しているものも存在する」とさ

れ(橋爪・前掲注(2)163頁),その具体例として,大阪高判昭62・4・15判時1254号140頁,大阪高判昭56・1・20判タ441号152頁および大阪高判13・1・30判時1745号150頁を指摘されている(橋爪・前掲注(2)163-6頁,同・前掲注(66)126頁以下,129-30頁)。なお,大阪高判昭56・1・20判タ441号152頁および大阪高判13・1・30判時1745号150頁の本稿での評価については,前記(イ)参照。

- 82) 昭和52年決定のいう「趣旨」について,奈良地裁のように解した場合,前述の昭和46年11月16日最高裁判決との整合性が問題となる。昭和52年決定は,昭和46年判決を「深化」させたものだからである。昭和46年判決は「被告人が脱出できる状況にあつたとか,近くの者に救いを求めることもできたとの部分は,いずれも首肯しがたいが,かりにそのような事実関係であつたとしても,法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは,防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり,侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」としており(さらに,後述する最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁においても,「M方付近は人家の密集したところであり,時刻もさほど遅くはなかつたから,被告人は,Suに対するEらの行動を見て,大声で騒いだり,近隣の家に飛び込んで救助を求めたり,警察に急報するなど,他に手段,方法をとることができたのであり,とりわけ,帰宅の際は警察に連絡することも容易であつたのに,これらの措置に出ることなく銃を自宅から持ち出している」点に関して「被告人に攻撃の意思があつたか否か,又は被告人の行為が已むことを得ないものといえるか否か,に関連するにとどまる」としている),この点に関して,最高裁は,「行為者の侵害回避義務を,侵害の急迫性の存否を判断する上で関わりのない要素と捉えている」と評価することができる。それゆえ,行為者の侵害回避義務を侵害の急迫性の存否を判断する要素としている奈良地裁の判決は,昭和46年判決と抵触し得ることになるのである(これに対して,栃木・前掲注(26)57頁注1は,「回避可能性を急迫性判断の資料として考慮しても」昭和46年判決とは「抵触するものではない」とする)。

(本稿は,平成19年度松山大学特別研究助成の成果の一部である。)

(本稿脱稿日:平成21年4月17日)