

松 山 大 学 論 集  
第 21 卷 第 2 号 抜 刷  
2 0 0 9 年 8 月 発 行

## 正当防衛における「自招侵害」の処理(2)

明 照 博 章

# 正当防衛における「自招侵害」の処理(2)

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、21巻1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（以上、本号）
- 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

## 2 判例における「防衛意思」の意義

わが国の判例は、正当防衛の成立要件として一貫して防衛意思を必要としているが<sup>83)</sup>、その内容には変遷がある。

防衛意思を扱った判例としては、昭和11年12月7日に下された大審院判決がある<sup>84)</sup>。ここでは、まず、原審が行った事実認定について、次のように説示する。「被告人ハ昭和十一年三月二十二日午後一時頃兵庫県A郡Ai町M道路ノ南西Ai港岸壁ニ於テK等ト共ニ同所岸壁ニ繫留セル発動機船ヨリ道路工事用砂利ノ陸揚運搬作業ニ従事中Kカ附近ニ居合セタル…Sニ対シ卑猥ナル…語ヲ以テ擲揄シタルコトヨリ同女ノ憤激ヲ買ヒ互ニ口論ノ末Kハ天秤棒ヲ以テ同女ヲ殴打スルニ至リタルカ附近岸壁上ニ於テ之ヲ傍觀シ居タル被告人ハ同人等ノ中ニ入り喧嘩ヲ仲裁セント試ミタルモ同人等カ容易ニ肯セサリシヲ以テ前同所ニ引返シタルトコロ其ノ間Kカ前記発動機船ニ逃ルルヤSハ被告人ニ立

向ヒ来リ突然被告人ノ胸倉ヲ掴ミタルヲ以テ被告人ハ之ニ憤激シ同所ニ於テ同女ヲ海ニ向ヒ突飛ハシ右岸壁ヨリ海中ニ墜落セシメ因テ同女ニ対シ治療約四日間ヲ要スル海水嚙下ニ因ル気管枝炎症ヲ負ハシメタルモノニシテ被告人ハ心神耗弱ノ状態ニ在リタルモノナリ」とする。そして、被告人側からの主張に関して、次のように整理する。すなわち、「被害者S当時ノ体力又ハ当時ノ氣勢ニ関シテハ同人ノ職業（土方ニ類スル仕事ニ従事ス）及Kニ掴ミ掛リタル状況ヨリ見テ同年輩ノ婦人ト異ナルコトヲ認め得ヘク」第一審公判調書によると、被告人は「前略私ハ夫レヲ仲裁スル為同人等ノ傍ニ行キマシタ処右…女ハ私ヲKト同類ノ者テ加勢ニ来タ様ニ思ツタノカ今度ハ私ノ胸倉ヲ掴ンテ突然飛懸ツテ来タノテ…後略」「私ハ其ノ時夢中テアリマシタカラ什ウニモナリマセンテシタ」と証言しており、また、第一審第2回公判におけるOの証言によれば、「前略Kニ籠ヲ投付ケ今度ハY（＝被告人；筆者注）ノ胸倉ヲ掴ンテ同人ヲ押しテ居リマシタカ云々」とあるから、これを前提とすると、原審公判において被告人が「ワシノ胸倉ヲ取ツタ丈ケタ」と答えたのは、被告人が①「強度ノ精神耗弱者ナルノ関係」と②「日時経過ノ為記憶ヲ薄ラキ且意思ノ表示拙ナルカ為」であり、さらに、③「被告人ニ於テハ道義上ヨリ看テ寧ロ賞讃サルヘキ所為ナルニ何回ト繰り返シ訊ネラルルヲ喜ハス斯クハ答ヘタリト認ムヘ」きであるにもかかわらず、上記の被告人証言があるために、「直ニ急迫不正ノ侵害ナシトスルハ被告人ノ心神ヲ考慮セス被告人ヲ責ムルノ甚タ酷ニシテ急ナルモノト謂フヘシ」とする。そして、「若シ夫レ『被告人カ之ヲ憤激シテ判示暴行ニ出テタルコト云々』ニ至リテハ事実ト相違スルコト甚タシク之ヲ原審公判調書ニ見ルモ『前略右彼女カワシノ胸倉ヲ掴ンタカラ癩ニ触リ何スルゾイト云フテ彼女ヲ突飛ハシタラ同人ハ海ノ中ニ落ちタンヂヤ』ニヨリ窺ヒ知ル依ツテ本件ハ所謂正当防衛ニシテ刑法第三十六条ニ該当シ」ている等とした。この被告人側からの主張に対して、大審院は、「原審ニ重大ナル事実ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顕著ナル事由ナク」とした上で、「Sハ被告人ニ立向ヒ来リ突然被告人ノ胸倉ヲ掴ミタルヲ以テ云々ナル原判示ニ依レハSカ被告人ノ生命身体ニ

対シ急迫不正ノ侵害ヲ加ヘツツアリタルカ如キ觀アリ從テ被告人ノ判示所為ハ急迫ノ侵害ニ対スル正当防衛ノ過剰ニ非スト説明シタル原判決ハ其ノ形式妥当ナラスト雖モ元來刑法第三十六条ハ加害行為ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トスルモノニシテ仮令急迫不正ノ侵害アル場合ナルニモセヨ之ニ対スル行為カ防衛ヲ為ス意思ニ出テタルモノニ非サル限り之ヲ以テ正当防衛又ハ其ノ程度超越ヲ以テ目スヘキモノニ非スト解スルヲ正当ナリトシ而シテ判示証拠説明ト対照シ仔細ニ之ヲ考察スルトキハ原審ハ被告人ノ行為ヲ以テ防衛意思ニ出テタルモノニ非スト為シタルモノナルカ故ニ之ニ対シ刑法第三十六条ヲ適用セサリシハ結局正当ニシテ擬律錯誤ノ違法ナシ」と判示した。

本件では、「元來刑法第三十六条ハ加害行為ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トスルモノニシテ仮令急迫不正ノ侵害アル場合ナルニモセヨ之ニ対スル行為カ防衛ヲ為ス意思ニ出テタルモノニ非サル限り之ヲ以テ正当防衛又ハ其ノ程度超越ヲ以テ目スヘキモノニ非スト解スルヲ正当ナリ」としているから、大審院が防衛意思必要説の見地に立っていることは明確に肯定できる。ところが、その内容については、あくまでも「加害行為ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トスル」とするだけであるので、本判決は、防衛意思の概念規定がなされていないと評価し得るか<sup>85)</sup>、防衛意思を防衛の意図・動機に近いものと理解していたと解すべきである。すなわち、大審院は、まず、被告人側が原判決に対して行った「若シ夫レ『被告人カ之ヲ憤激シテ判示暴行ニ出テタルコト云々』ニ至リテハ事実ト相違スルコト甚タシク」とする主張を否定し、次に、「Sハ被告人ニ立向ヒ来リ突然被告人ノ胸倉ヲ掴ミタルヲ以テ被告人ハ之ニ憤激シ同所ニ於テ同女ヲ海ニ向ヒ突飛ハシ右岸壁ヨリ海中ニ墜落セシメ」たことを前提とし、上記の防衛意思に関する基準を前提として、「原審ハ被告人ノ行為ヲ以テ防衛意思ニ出テタルモノニ非スト為シタルモノナルカ故ニ之ニ対シ刑法第三十六条ヲ適用セサリシハ結局正当」としている。つまり、ここでは、攻撃者Sが向かって来て突然被告人の胸倉を掴んだことに対して、被告人は、「憤激して」Sを突き飛ばし岸壁から海へ突き落とす暴行に出たのであるから「防衛意思がない」ので、

刑法36条を適用できないが、これと同様の観点から同条を適用しなかった原判決を正当としており、ここから、大審院は、「防衛意思」と「憤激」とを両立し得ないものと評価していると解し得るのである。したがって、昭和11年判決は、防衛意思の内容として、防衛の「動機」<sup>[86]</sup>または「防衛の意図・動機に近いもの」<sup>[87]</sup>あるいは、「明確、積極的な防衛意思」<sup>[88]</sup>を要求していたと解すべきなのである<sup>[89]</sup>。

防衛意思の内容に関して上記のような厳格な態度を示していた大審院の立場は、戦後、昭和33年の最高裁決定にも維持されていたが<sup>[90]</sup>昭和46年最高裁判決<sup>[91]</sup>によって、修正が加えられた。すなわち、最高裁は、「防衛意思の存否」を検討する際に、まず、一般論として「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといつて、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とし、事例判断として、「被告人は旅館に戻つてくるやGから一方的に手拳で顔面を殴打され、加療一〇日間を要する傷害を負わされたうえ、更に本件広間西側に追いつめられて殴打されようとしたのに対し、くり小刀をもつて同人の左胸部を突き刺したものである（この小刀は、以前被告人が自室の壁に穴を開けてのぞき見する目的で買い、右広間西側障子の鴨居の上にかくしておいたもので、被告人は、たまたまその下に追いつめられ、この小刀のことを思い出し、とつさに手に取つたものようである。）ことが記録上うかがわれるから、そうであるとすれば、かねてから被告人がGに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当である」とした。次に、「原判決は、本件においてこのような特別の事情のあつたことは別段判示することなく」、原判決が「あたかも最初は被告人に防衛の意思があつたが、逆上の結果それが次第に報復の意思にとつてかわり、最終的には防衛の意思が全く消滅していたかのような判示をしている」点について、「被告人がGから殴打され逆上して反撃に転じたからといつて、ただち

に防衛の意思を欠くものとはいえないのみならず、本件は、被告人がGから殴られ、追われ、隣室の広間に入り、西側障子のところで同人を突き刺すまで、一分にもみたくないほどの突発的なことがらであつたことが記録上うかがわれるから、原判決の判示するような経過で被告人の防衛の意思が消滅したと認定することは、いちじるしく合理性を欠き、重大な事実誤認のあることの顕著な疑いがあるものといわなければならない」とした。

本件では、一般論として、「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといつて、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とするが、これは、防衛行為の「きっかけ」が「憤激」または「逆上」という「感情的要因に基づくとしても、なお防衛意思が存在することを認めたもの」であり<sup>92)</sup> それまでの判例における「情緒的、意図的防衛意思概念」を「認識的なもの」へと近づけたのであった<sup>93) 94)</sup>

また、本件では、事例判断に際して、「被告人は旅館に戻つてくるやGから一方的に手拳で顔面を殴打され、加療一〇日間を要する傷害を負わされたうえ、更に本件広間西側に追いつめられて殴打されようとしたのに対し、くり小刀をもつて同人の左胸部を突き刺した」場面を指摘した上で、「かねてから被告人がGに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当である」とし、さらに、原判決は、本件において「特別な事情」の存在について別段判示せず、「あたかも最初は被告人に防衛の意思があつたが、逆上の結果それが次第に報復の意思にとつてかわり、最終的には防衛の意思が全く消滅していたかのような判示」をしているとする。これらをあわせて検討すると、次のようになる。最高裁が指摘とした防衛意思の存否が問題となる場面は、「侵害の開始以降」であるから、これを踏まえて「かねてから」被告人がGに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの「特別な事情」の意義を考えると、最高裁は、

侵害を受けた「当初」防衛意思が存在しなくなる「特別な事情」があったか否かを問題にしていることになる<sup>95)</sup>。そして、原判決が「特別の事情」について判示していない点と、反撃行為を行う際に生じた被告人の内心の変化について説示している点を分けて議論しているところからも、最高裁が上記のような解釈を行っていることが窺われる。ここから、「特別の事情」（または「特別な事情」）は、反撃行為開始時の被告人の心理状態が問題とされており、その後生じた被告人の内心の変化と区別していることが推測できるからである。

その後、防衛意思の存否が問題となった判例<sup>96)</sup>として、昭和50年11月28日に下された最高裁判決がある<sup>97)</sup>。最高裁は、「職権」で調査を行い、原判決を次の理由により破棄し、名古屋高裁に差し戻した。まず、ここでは、原判決が第一審判決を破棄して自ら事実を認定した点について「被告人は、昭和四八年七月九日午後七時四五分ころ、友人のSuとともに、愛知県N市Te町G一の五付近を乗用車で走行中、たまたま同所で花火に興じていたE(当時三四年)、K、Sらのうちの一名を友人と人違いして声を掛けたことから、右Eら三名に、『人違いをしてすみませんですむと思うか。』、『海に放り込んでやろうか。』などと因縁をつけられ、そのあげく酒肴を強要されて同県H郡Ki町の飲食店「仁吉」でEらに酒肴を馳走した後、同日午後一〇時過ぎころ、右Suの運転する乗用車でEらをN市Te町ka一八番M方付近まで送り届けた。ところが、下車すると、Eらは、一せいに右Suに飛びかかり、無抵抗の同人に対し、顔面、腹部等を殴る、蹴るの暴行を執拗に加えたため、被告人は、このまま放置しておけば、右Suの生命が危いと思い、同人を助け出そうとして、同所から約一三〇メートル離れた同市Ko町sa一〇番地の自宅に駆け戻り、実弟T所有の散弾銃に実包四発を装てんし、安全装置をはずしたうえ、予備実包一発をワイシャツの胸ポケットに入れ、銃を抱えて再び前記M方付近に駆け戻った。しかしながら、SuもEらも見当たらなかつたため、Suは既にどこかにら致されたものと考え、同所付近を探索中、同所から約三〇メートル離れた同市Te町ka一番地付近路上において、Eの妻Jを認めたので、Suの所

在を聞き出そうとして同女の腕を引つ張つたところ、同女が叫び声をあげ、これを聞いて駆けつけたEが『このやろう。殺してやる。』などといつて被告人を追いかけてきた。そこで、被告人は、『近寄るな。』などと叫びながら西方へ約一一・二メートル逃げたが、同所二番地付近路上で、Eに追いつかれそうに感じ、Eが死亡するかも知れないことを認識しながら、あえて、右散弾銃を腰付近に構え、振り向きざま、約五・二メートルに接近したEに向けて一発発砲し、散弾を同人の左股部付近に命中させたが、加療約四か月を要する腹部銃創及び左股部盲管銃創の傷害を負わせたにとどまり、同人を殺害するに至らなかつたものである。そして、「原判決は、被告人の右行為が自己の権利を防衛するためのものにあたらぬと認定した理由として、被告人が銃を発射する直前にEから『殺してやる。』といわれて追いかけられた局面に限ると、右行為は防衛行為のようにみえるが、被告人が銃を持ち出して発砲するまでを全体的に考察し、当時の客観的状況を併せ考えると、それは権利を防衛するためにしたものとは到底認められないからであると判示し、その根拠として、(一) 被告人は、Eらから酒肴の強要を受けたり、帰りの車の中でいやがらせをされたりしたうえ、友人のSuが前記M方付近で一方向的に乱暴をされたため、これを目撃した時点において、憤激するとともに、Suを助け出そうとして、Eらに対し対抗的攻撃の意思を生じたものであり、Eに追いかけられた時点において、同人の攻撃に対する防禦を目的として急に反撃の意思を生じたものではないと認められること、(二) 右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こと、(三) 被告人が自宅へ駆け戻つた直後、Suは独力でEらの手から逃れて近隣のSa方へ逃げ込んでおり、被告人が銃を携行してM方付近へきたときには、事態は平静になつていたにもかかわらず、被告人は、



Eの妻の腕をつかんで引つ張るなどの暴行を加えたあげく、その叫び声を聞いて駆けつけ、素手で立ち向つてきたEに対し、銃を発射していること、(四)被告人は、殺傷力の極めて強い四連発散弾銃を、散弾四発を装てんしたうえ、予備散弾をも所持し、かつ、安全装置をはずして携行していることを指摘している」とする。これを踏まえて、最高裁は、一般論として「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであつても、正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである」とする。そして、「原判決は、他人の生命を救うために被告人が銃を持ち出すなどの行為に出たものと認定しながら、侵害者に対する攻撃の意思があつたことを理由として、これを正当防衛のための行為にあたらないと判断し、ひいては被告人の本件行為を正当防衛のためのものにあたらないと評価して、過剰防衛行為にあたるとした第一審判決を破棄したものであつて、刑法三六条の解釈を誤つたもの」と結論づけた。その上で、「原判決がその判断の根拠として指摘する諸事情のうち、前記(一)、(二)、(四)は、いずれも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ものであり、また、同(三)も、Suの所在を聞き出すためにした行為であるというのであるから、右諸事情は、すべて本件行為を正当防衛のための行為と判断することの妨げとなるものではない」としたのである。

本判決は、防衛意思の存否を判断する基準について言及しているが、これと上記の昭和46年判決を比較すると、次のような特徴を指摘できる。すなわち、上記の昭和46年判決は「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加

えたからといつて、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とするにとどまり、「防衛の意思」と「憤激または逆上」と関係については明示していなかった。これに対して、本判決は、「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであつても、正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが、相当である」とし、その理由として「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができる」点を挙げているが、これは、攻撃意思が「並存」する場合にも防衛意思を肯定しているから<sup>98)</sup>、防衛意思の内容を希薄化させる方向へさらに歩を進めた判例と評価できる<sup>99)</sup>。このような昭和50年判決に対しては、防衛の意思と攻撃の意思を比較検討していないことは「物足りない感がする」という指摘があるように<sup>100)</sup>、少なくとも、文言上は、防衛の意図とその他の意図の優劣、主従関係をまったく問題にしていない点が特徴となっているのである<sup>101)</sup>。そして、昭和46年判決では、防衛意思が失われる場面に関して「かねてから被告人がGに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当である」とする説示が事例判断の中で指摘されるに留まったが、本件では、一般論として「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く」と明示されている上、昭和46年判決では示されていた「かねてから」被告人が侵害者に対して「憎悪の念」をもっていたという要件が、昭和50年判決では示されていない点にも相違がある。すなわち、「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出た」という事情(昭和46年判決)と、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出たという事情(昭和50年判決)は、類似する状況を示していると思われるが、後者では、「かねてから」被告人が侵害者に対して「憎悪の念」をもっていたという要件が欠けている。したがって、昭和50年判決によって、侵害が開始され

た後であっても、侵害開始当初と区別されることなく、一般的に、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」と評価できる場合には、「防衛の意思を欠く」に至ることが明瞭となったのである<sup>102)</sup>

さらに、防衛意思の存否が問題となった事案において、上記の昭和46年判決および昭和50年決を参照しながら、一般論を示した判例として、昭和60年最高裁判決がある<sup>103)</sup>。最高裁は、「職権」で、被告人側の原告趣意を調査し、原判決を破棄したが、まず、原判決が認定した事実について、次のように整理する。「被告人は、スナックを営んでいる妻 ma (以下、ma という。) が自己に冷淡になり、外泊を重ねたりしていることから ma が M (当時四三歳、以下、M という。) と情交関係を持つていたのではないかと強く疑っていたところ、昭和五八年二月二八日午前零時ころ大阪市 H 区 H 西四丁目三番一六号 NK プラザ一階所在の自己の経営するスナック『鈴蘭』(以下、鈴蘭という。) に、M が女性一名を伴つて客として訪れ、酒を注文して飲み始めた。同店は、同月三日に開店したばかりであつたが、被告人は、そのことを M に知らせていないのに M が来たので、同店の開店を知つた理由を尋ねたところ、M が ma から聞いて知つた旨答えたので、もともと M と顔を合わせたくなかつたのに ma が開店を教えたことに強い不満を抱き、かつ、ma と M との関係についての疑いを一層深め、強い不快の念を抱きながらもそのまま時を過ごすうち、M が同店内から、ma の経営しているスナックに電話をかけ、ma に対し、鈴蘭に来るよう繰り返し誘いかけていたのを知り、そのなれなれしい会話の調子からいよいよ右の疑いを深め一層不快の念を募らせていた。同月二八日午前二時ころ、ma が鈴蘭店内に入つて来たのを認めるや、被告人は、来るはずがないと思つていた ma が M の誘いに応じてやつて来たことに激怒し、ma に対しその場にあつたウイスキーの空びんを持つて振り上げ、『お前はなんで来たんや』と怒鳴りつけた。すると、M は被告人から右空びんを取上げたうえ、被告人に掴みかかつて、カウンターの奥に押しやり、左手でそのネクタイのあたりを掴み、右手拳で頭部、顔面を繰り返し殴打し、首を締めつけるなどのかなり激し

い暴行を加えた（以下、これを第一暴行という）。被告人はその間全く無抵抗でされるがままになつていたが、maがMに対し、『あんた、やめて』と呼んで制止しているのを聞き、maのこの言葉遣いから、maとMとは情交関係を持つていると確信するに至り、右両名に対し言い知れない腹立ちを覚えたものの、まもなく右暴行をやめてカウンター内から出て元の席に戻つたMからウイスキーの水割りを注文されたので、三人分のウイスキーの水割りをつくつて差し出し、『なんで殴られなあかんのかなあ』などと思わず小声でつぶやいた。すると、またもや、Mは『お前まだぶつぶつ言つていいのか』と言うなり、手許の右ウイスキー水割りの入つたグラスコップのほか灰皿、小鉢などを次々にカウンター内にいる被告人に投げつけ始めた（以下、これを第二暴行という）。ここに至り、被告人は、同日午前二時二五分ころ、『なぜこんなにまでされねばならないのか。女房を取りやがつて』と、それまで抱いていたMに対する憤まんや不快感を一気に募らせ、Mに対する憎悪と怒りから、調理場にあつた文化包丁一丁を持ち出し、ことと次第によつてはMの殺害という結果に至ることがあるかもしれないがそれもまたやむをえないと決意を固め、Mに向かつて『表に出てこい』と申し向け、カウンターを出て通路（原判決に『道路』とあるのは誤記と認める。）を出入口の方へ行こうとしたところ、Mからなおも客席にあつた金属製の譜面台（高さ約一・二メートル）を投げつけられ、更には『お前、逃げる気か。文句があるなら面と向かつて話しせえ』などと怒鳴りながら後を追つてこられ、背後から肩を掴まれるなどしたため（以下、これを第三暴行という）、Mから更にいかなる仕打ちを受けるかもしれない、かくなるうへは機先を制して攻撃しようという気持ちから振り向きざまに、右手に持つた文化包丁でMの右胸部を一突きし、よつて、そのころ、同所において、Mを大動脈起始部切破による心囊血液タンポナーデにより死亡させたものである」とした。次に、「原判決は、被告人の本件行為が正当防衛にも過剰防衛にも当たらないと判断した理由」として、「Mによる第一ないし第三暴行は、同一場所で時間的にも接着して行われたものであり、凶器を使用したもの

ではないとしても、単に被告人の身体に対する攻撃たるにとどまらず、生命に対する危険をもはらむ攻撃とみうるものであり、しかも被告人の本件行為の時点においても、ことと次第によつてはなおMによる同種の攻撃が繰り返られる気配が残存していたというべきではあるが、被告人は、右のとおり、Mに対する憎悪や怒りから、かつまた、機先を制して攻撃しようとする気持から、本件行為に及んだものであつて、自己の生命、身体を防衛せんとする意思に出たものではないといわなければならない旨判示している」とする。そして、この判示の趣旨について、最高裁は、「原判決は、被告人の本件行為は、Mによる自己の生命、身体に対する急迫不正の侵害に対してなされたものではあるが、防衛の意思を欠くため、過剰防衛の成否を論ずる余地もないとしたものと理解される」とした上で、防衛意思の成否に関する一般論として、昭和46年判決および昭和50年判決を参照しつつ、「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当である…（最高裁昭和四五年（あ）第二五六三号同四六年一月一六日第三小法廷判決・刑集二五巻八号九九六頁，同昭和四九年（あ）第二七八六号同五〇年一月二八日第三小法廷判決・刑集二九巻一〇号九八三頁参照）」とする。その上で、事例判断としては、「原判決が認定した前記事実自体から、被告人の本件行為が、Mから第三暴行に引続き更に暴行を加えられることを防ぐためのものでもあつたことは明らかであると思われるし、原判決が指摘する被告人のMに対する憎悪、怒り、攻撃の意思は、それだけで直ちに本件行為を防衛のための行為とみる妨げになるものでないことは、右に述べたとおりである」とした。最後に、原判決が「被告人においてはMに対する憎悪や怒りから、かつまた機先を制して攻撃しようという気持から本件所為に及んだものであつて、自己の生命・身体を防衛せんとする意思に出でたものではないといわなければならない

い」とする事例判断ついて、それが妥当でないことを示す。すなわち、「原判決は、『弁護人の控訴趣意中、責任能力ならびに殺意の有無に関する主張について』と題する項において、被告人が本件行為に先立つて『表に出てこい』などと言つて挑発した旨認定判示しており（ただし、自判にあつて示した『罪となるべき事実』中にも、正当防衛、過剰防衛の成否についての説示部分にも、この挑発という表現は用いられていない。）、被告人の右言葉をかなり重視しているようにかがわれ、更に、被告人が『機先を制して攻撃しようという気持』から本件行為に出た旨判示していることに照らすと、原判決は、被告人の右言葉から、被告人は包丁を手にしてMを店外に呼び出して攻撃するつもりで自分から先に店外に出ようとしていたところ、たまたま、店外に出る前にMから追いつかれたため、本件行為に及んだものである旨推認し、本件行為は専ら攻撃の意思に出たものとみているように理解されないでもない。しかしながら、挑発という点についてみると、原判決の認定するところによつても、Mは『お前、逃げる気か。文句があるなら面と向かつて話しせえ』などと怒鳴りながら、被告人を追いかけたというのであるから、そもそもMに被告人が発した『表に出てこい』などという言葉が聞こえているのか否かさえ定かではないというべきであるし（記録によると、当時Mの隣にいたMの連れ的女性は被告人のそのような言葉は何も聞いていないと供述している。）、少なくとも当時Mは被告人が逃げ始めたと思つて追跡したとみられるのであつて、被告人の右言葉がMによる第三暴行を招いたものとは認めがたい。また、いずれも記録からうかがわれるMにより全く一方的になされた第一ないし第三暴行の状況、包丁を手にした後も直ちにMに背を向けて出入口に向かつたという被告人の本件行為直前の行動、包丁でMの右胸部を一突きしたのみで更に攻撃を加えることなく直ちに店外に飛び出したという被告人の本件行為及びその直後の行動等に照らすと、被告人の『表に出てこい』などという言葉は、せいぜい、防衛の意思と併存しうる程度の攻撃の意思を推認せしめるにとどまり、右言葉の故をもつて、本件行為が専ら攻撃の意思に出たものと認めること

は相当でないというべきである」とした上で、「被告人の本件行為につき、防衛の意思を欠くとして、正当防衛のみならず過剰防衛の成立をも否定した原判決は、刑法三六条の解釈を誤つたか、又は事実を誤認したものといわなければならない」と評価し、原判決を破棄して、大阪高裁に差し戻した。

本件は、上記の昭和46年最高裁判決および昭和50年最高裁判決を参照しつつ、「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当である」としているから、本判決が示した「防衛意思の内容に関する一般論」としては、上記の2つの判決を確認したものといえ、これらに「新たに付加したり、修正したところは全くない」とされている。<sup>104)</sup>そして、昭和46年最高裁判決、昭和50年最高裁判決の事案および昭和60年判決の事案は、「一方的に暴行を受けていた者が途中から反撃の意思を抱き、殺意をもって兇器により素手の侵害者に反撃した」点において「共通」であるとされ、<sup>105)</sup>また、前述のとおり、昭和46年判決および昭和50年判決が示した「防衛意思が欠ける」事情についても類似性がみられるから、これらの判決を引用した昭和60年判決が示した事情も、上記の2つの判決と「同一の内容」を有していると考えべきであるが、そうだとすると、昭和46年判決のいう「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出た」という「特別な事情」、昭和50年判決のいう「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出たという事情、および、昭和60年判決のいう「本件行為が専ら攻撃の意思に出た」という事情は、「内容的には同一である」ということになる。

ところで、先行する2つの判決は、「防衛意思を左右する事情の認定方法にふれていない」<sup>106)</sup>あるいは、「特別事情の認定方法」を「留保した」<sup>107)</sup>という評価がある。その理由として、昭和46年判決については、原判決が「特別な事情」の存在について判示していないと指摘するに留まる点を挙げることがで

き、また、昭和 50 年判決については、同判決が原審の示した「被告人は、E から酒肴の強要を受けたり、帰りの車の中でいやがらせをされたりしたうえ、友人の Su が前記 M 方付近で一方向的に乱暴をされたため、これを目撃した時点において、憤激するとともに、Su を助け出そうとして、E らに対し対抗的攻撃の意思を生じたものであり、E に追いかけられた時点において、同人の攻撃に対する防禦を目的として急に反撃の意思を生じたものではないと認められること」について、「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ものであり」、この事情は、「本件行為を正当防衛のための行為と判断することの妨げとなるものではない」とするのみで、上記の事実関係が「被告人に攻撃の意思があつたか否か」に関連しているのか、それとも「被告人の行為が已むことを得ないものといえるか否か」に関連しているのかについて明言していない点を挙げることができる。これに対して、昭和 60 年判決は、M による「暴行の開始から被告人の本件行為直後の行動に至る一連の客観的経過」<sup>108)</sup> 特に「被告人によって発せられた挑発的言辞や被告人の具体的行動等の客観的状況」<sup>109)</sup> を前提として、「本件行為が専ら攻撃の意思に出た」か否かについて立ち入った判断を示しているから、防衛意思を左右する事情の認定方法について具体的に示した、といえ<sup>110)</sup> この点に関して、本判決は、上記の 2 つの判決を「超えるものがある」という評価が可能となる<sup>111) 112)</sup>

さらに、昭和 60 年判決では、「挑発という点についてみると、原判決の認定するところによつても、M は『お前、逃げる気か。文句があるなら面と向かつて話しせえ』などと怒鳴りながら、被告人を追いかけたというのであるから、そもそも M に被告人が発した『表に出てこい』などという言葉が聞こえているのか否かさえ定かではないというべきであるし（記録によると、当時 M の隣にいた M の連れ的女性は被告人のそのような言葉は何も聞いていないと供述している。）、少なくとも当時 M は被告人が逃げ始めたと思つて追跡したとみられるのであつて、被告人の右言葉が M による第三暴行を招いたもの



とは認めがたい」としているが、「もし被告人の言辞が挑発と認められれば防衛の意思が否定されたであろうから、その意味では、挑発行為が防衛意思を否定する根拠となりうることを認めたもの」といえる<sup>113)</sup> 点で重要である<sup>114)</sup> ただし、本件においては、「被告人に挑発の意図があり、前記言辞に若干の挑発効果があったと仮定してみても、それは相手方からの急迫不正の侵害がすでに開始され、これが継続している最中のことであるから」、正当防衛において自招侵害を如何に処理するかについて議論されている事例とは「おもむきを著しく異にする」というべきである<sup>115)</sup>

以上から、次のことが明らかとなった。最高裁は、防衛意思必要説の見地に立ち、「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たる」と解しており、防衛意思が否定されるのは、「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為」に出たという事情、あるいは、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出たという事情、言い換えると、「行為が専ら攻撃の意思」に出たという事情がある場合に限られる<sup>116)</sup> そして、これらの事情は、「急迫不正の侵害が開始されてから、防衛行為が行われるまでに」存在していたかが問題となり、その存否は、被告人の（挑発的）言辞や具体的行動等から認定されることになる。

ただし、このような最高裁の見解によれば、防衛意思が否定されるのは「きわめて稀なケース」であり<sup>117)</sup> 「きわめて例外的な事案に限られる」ことになり<sup>118)</sup> さらに、実際、「最近の下級審裁判例で防衛意思が否定された事例はごくわずかである」という指摘がなされているのである<sup>119)</sup>

#### 注

83) これに対して、ドイツでは、現行刑法が成立した1871年以降において、当初帝国裁判

- 所は、防衛意思不要説を採っていたとされている (RGRspr. 4 (1882), 804. Vgl. Spendel, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrerfordernis, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 247 f.)。ドイツの防衛意思に関する判例の動向については、拙稿「防衛意思の内容について」『法律論叢』73巻6号(平13年・2001年)52頁以下において検討を加えた。さらに、佐久間修『刑法における事実の錯誤』(昭62年・1987年)399頁、振津隆行『刑事不法論の研究』(平8年・1996年)198頁以下参照。
- 84) 大判昭11・12・7刑集15巻1561頁。
- 85) 香川達夫『刑法解釈学の諸問題』(昭56年・1981年)114頁, 同「防衛意思は必要か」『藤藤重光博士古稀祝賀論文集 第1巻』(昭58年・1983年)279頁, 280-1頁注2, 吉田敏雄「防衛意思について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(平8年・1996年)181頁等。
- 86) 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』初版(昭56年・1981年)復刊版(平12年・2000年)59頁。
- 87) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(昭61年・1986年)342頁, 川端・前掲注(1)30頁。
- 88) 福田平『「正当防衛」における防衛の意思』『法学教室』67号(昭61年・1986年)109頁。
- 89) 橋爪准教授は、本判決について、「本件事実関係においては、被告人が憤激していたこと以外にも、正当防衛の成立を否定すべき事情が認められる」と指摘しておられる(橋爪・前掲注(2)132頁)。
- 90) 最決昭33・2・24刑集12巻2号297頁。本決定は、職権で次のように説示した。すなわち、本件では、「被告人が容易に逃避可能であつたこと、成人した被告人の子供達が一室を隔てたところにいたのにこれに救援を求めようとしなかったこと、被害者は泥酔していたこと、他方被害者と被告人とはかねて感情的に対立していた諸事情からすれば、被告人の本件所為は被害者の急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたのではなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り咄嗟に右被害者を殺害せんことを決意してなしたものであり、その措置も已むことを得ざるに出でたものとは認められない」から、「被告人の本件所為が右認定の如く急迫不正の侵害に対し権利防衛に出でたものでない以上、正当防衛乃至過剰防衛の観念を容れる余地はないものと解すべきである」。したがって、「正当防衛行為ではなく、又防衛の程度を超えた過剰防衛行為でもない旨を判示した第一審の判断を肯認した」「原判決の右判断は相当である」とした。なお、橋爪・前掲注(2)141頁は、本件事実関係を仔細に検討すると、「最高裁も大審院の類例の判例同様、防衛行為者が憤激したことだけを理由として、正当防衛の成立を否定したわけではない」とする。
- 91) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。
- 92) 川端・前掲注(31)47頁。
- 93) 西田典之「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」『刑事判例評釈集』

46=47巻(平10年・1998年)319頁。

- 94) 最高裁は、原判決が示した「あたかも最初は被告人に防衛の意思があつたが、逆上の結果それが次第に報復の意思にとつてかわり、最終的には防衛の意思が全く消滅していたかのような判示」について、「被告人がGから殴打され逆上して反撃に転じたからといつて、ただちに防衛の意思を欠くものとはいえないのみならず、本件は、被告人がGから殴られ、追われ、隣室の広間に入り、西側障子のところで同人を突き刺すまで、一分にもみたくないほどの突発的なことがらであつたことが記録上うかがわれるから、原判決の判示するような経過で被告人の防衛の意思が消滅したと認定することは、いちじるしく合理性を欠き、重大な事実誤認のあることの顕著な疑いがあるものといわなければならない」としているが、これは、一般論の射程を示している点でも注目される。
- 95) 「かねて」とは、「前もって。あらかじめ。前々から。」の意味を有する副詞であるが(新村出編『広辞苑』第6版(平20年・2008年)568頁)、問題となっているのは侵害を受けた後の場面であるから、「かねてから」は、「当初」被告人がどのような心理状態であったのかに焦点を絞って解釈すべきである。
- 96) 中森教授は、「昭和五〇年判決の事案は、緊急救助から出発して、それがさらに変化したものであるが、ここでは重要な相違ではない」と指摘しておられる(中森喜彦「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『判例評論』329号(昭61年・1986年)67頁)。
- 97) 最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁。なお、本判決には、江里口清雄裁判官の補足意見および天野武一裁判官の反対意見がある。評釈としては、野村稔「防衛の意思と攻撃の意思とが並存している場合と刑法三六条の防衛行為」『判例タイムズ』334号(昭51年・1976年)94頁以下、西原春夫「正当防衛における防衛意思」『昭和五一年度重要判例解説』(昭52年・1977年)147頁以下、曾根威彦「防衛の意思」『刑法判例百選I総論』初版(昭53年・1978年)86頁以下、第2版(昭59年・1984年)76頁以下、香城敏磨「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合と刑法三六条の防衛行為」『最高裁判所判例解説刑事編(昭和50年度)』(昭54年・1979年)281頁以下、林美月子「防衛の意思と攻撃の意思とが並存している場合と刑法三六条の防衛行為」『刑事判例評釈集』36=37巻(昭61年・1986年)272頁以下、山本輝之「防衛の意思」『刑法判例百選I総論』第3版(平3年・1991年)52頁以下、第4版(平9年・1997年)50頁以下、山本和昭「正当防衛における防衛の意思と攻撃の意思の並存」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)151頁以下、橋爪隆「防衛の意思」『刑法判例百選I総論』第5版(平15年・2003年)48頁以下、安田拓人「防衛の意思」『刑法判例百選I総論』第6版(平20年・2008年)50頁以下等がある。
- 98) 川端・前掲注(31)47頁。
- 99) 最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁が下された後、福岡高判昭57・6・3判タ477号212頁は、昭和50年判決を引用しながら、防衛意思に関して次のように判示してい

る。すなわち、まず、福岡高裁は、原判決である福岡地判昭56・10・16判タ477号215頁が防衛の意思の存否について「本件を全体的にみるときは、右はいわゆる喧嘩闘争の一場面で、専ら自己又は他人の生命、身体を防衛する意思をもつてなされたものとは認め難い。」と判示していると指摘した上で、原判決の解釈は、「正当防衛における防衛意思を専ら防衛の意図のみで行った場合に限定する見解を前提としていることが認められる」とする。そして、福岡高裁は、昭和50年最高裁判決を参照しつつ、防衛意思に関して「防衛の意思と攻撃の意思とが併存する行為においても、正当防衛の要件たる防衛意思を欠くものではないと解すべきであつて、防衛の意思を原判決のように限定して解するのは相当ではない」とし、原判決である福岡地裁判決は、刑法36条の解釈を誤ったものであると評価している。

- 100) 山本・前掲注(97)157頁。なお、野村教授は、本判決を「防衛の意思と攻撃の意思との優劣を判断」する判例として理解されている(野村・前掲注(97)99頁)。
- 101) 西田・前掲注(93)320頁。
- 102) 事例判断に関連して、安田・前掲注(97)51頁は、「本判決では…急迫不正の侵害の存在が微妙であり、しかも、そのような侵害に対し殺意をもって散弾銃を腰に構えて発砲し重傷を負わせ、また、その銃がT(本稿では「E」；筆者注)に対する攻撃のために準備されたものであったという事案につき防衛の意思が肯定されており、やや異例のものと言えよう」とされる。
- 103) 最判昭60・9・12刑集39巻6号275頁。評釈としては、中森・前掲注(96)64頁以下、大谷實「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」『法学セミナー』377号(昭61年・1986年)113頁、福田・前掲注(88)109頁、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」『ジュリスト』856号(昭61年・1986年)78頁以下、同・前掲注(22)132頁以下、西田・前掲注(93)316頁以下等がある。
- 104) 安廣・前掲注(22)142頁。
- 105) 中森・前掲注(96)67頁。なお、中森教授から、「昭和五〇年判決の事案は、緊急救助から出発して、それがさらに変化したものであるが、ここでは重要な相違ではない」との指摘があることについては、前述のとおりである。
- 106) 中森・前掲注(96)67頁。
- 107) 西田・前掲注(93)321頁。
- 108) 中森・前掲注(96)67頁。
- 109) 西田・前掲注(93)321頁。
- 110) 中森・前掲注(96)67頁、西田・前掲注(93)321頁。
- 111) 中森・前掲注(96)67頁。ただし、この萌芽は、昭和46年判決および昭和50年判決にも見られる。
- 112) 安廣判事は、原判決が用いた「機先を制して」攻撃しようという気持ちから被告人が本件行為に及んだと判示している点について、次のように批判しておられる。すなわち、

本件のような「相手方からの激しい一方的な攻撃が先行し、それが継続している最中に反撃した」場合にこの用語を用いることは「ふさわしくない」とし、その根拠として「攻撃防衛の手段による正当防衛の場合には、本人が重大あるいは致命的な被害を受ける前に反撃行為をする意思は、必ずあるとよいであろうから、防衛に成功した場合には常に『機先を制した』こととなってしまう、議論が混乱してしまう」点を挙げておられる（安廣・前掲注（22）155-6頁）。

113) 西田・前掲注（93）324頁。

114) なお、ドイツでは「意図的挑発の存在を明確に認定した事案は見あたらないが、その後の連邦通常裁判所の判例は、意図的挑発の場合には防衛行為者は防衛意思を仮装しているにすぎず、正当防衛が成立しないという一般論を繰り返し判示している」という指摘がある（橋爪・前掲注（2）192頁注163）。

115) 安廣・前掲注（22）155頁。

116) 香城判事は、判例が急迫不正の侵害が加えられているという状況を認識しつつもこれとは無関係に行動をした場合、特にその機会を利用して専ら攻撃をする意思で行為に出た場合には、防衛の意思は認められない」とする見解（侵害排除意思説）に立っていると指摘される（香城敏磨「正当防衛における防衛の意思」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定－裁判例の総合的研究－（上）』（平4年・1992年）301-4頁）。

117) 橋爪・前掲注（2）171頁。

118) 安田・前掲注（97）51頁。

119) 橋爪・前掲注（2）174頁。なお、橋爪准教授は、下級審判例において防衛意思が否定された類型を3つに分類されている（橋爪・前掲注（2）174-7頁）。

### 3 判例における「積極的加害意思」と「防衛意思」との関係

以上では、判例における「侵害の急迫性」の意義と「防衛意思」の意義をそれぞれ検討してきたが、以下では、両者の関係、つまり、侵害の急迫性を消滅させる方向で作用する「積極的加害意思」と「防衛意思」の関係について、検討する。

この点に関して、前田教授は、昭和52年決定以降「下級審では、正当防衛における積極加害意図の取り扱いについて、かなりの混乱状態にある」と評価され、その原因を最高裁判所の昭和46年判決、昭和50年判決、昭和52年決定の3つの「最高裁判例の複雑な関係」に求めておられる<sup>120)</sup>つまり、昭和52年決定は、「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ときは」侵害の急迫性の要件を充たさないとする一方で、昭和46年判決は、「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為」に出た場合以外は、防衛意思が否定されないとし、昭和50年判決は、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出た場合以外は、防衛意思が否定されないとするが、これを前提として、例えば、昭和53年3月8日に下された大阪高裁判決は、「積極的な加害意思」という要件によって、「侵害の急迫性」の存否と「防衛意思」の存否を判断しているから<sup>121)</sup>「下級審では、正当防衛における積極加害意図の取り扱いについて、かなりの混乱状態にある」とされるのである。

たしかに、大阪高裁昭和53年判決は、「積極的な加害意思」という「同一の」文言を用いて、侵害の急迫性の存否および防衛意思の存否を判断している。しかし、本件では、「(一)いきなり立上つたHは、被告人の頭髪を左手で掴み右手拳で被告人の顔面を数回殴打し、さらに『今晚お前を殺してやる』などと言つて被告人の胸倉を掴んで右六畳の間から玄関先まで引きずり出し、片手で被告人の前襟を掴み他方の手でそのあごを突き上げるなどの行為に及んだこと(二)これに対し、被告人はとつさにズボンのポケットに入れていた原判示の切出しナイフ一本を取出して右手に持ち、Hの胸部腹部など上半身を多数回にわたつて突き刺し、切りつけたりし原判示のような傷害を負わせこれに因り同人を死亡させたことが認められる」とした上で、「Hの(一)の行為が急迫不正の侵害行為に該るかどうか、また被告人の(二)の所為が防衛意思に基づくものであるかどうか」につき順次考察を加えているので、「侵害の急迫性の存否」に関する「判断対象」と「防衛意思の存否」に関する「判断対象」が区別されている。そして、本判決は、「暴行を予期していたとしてもそのことから直ちに(一)の侵害行為の急迫性を否定する事由とは認めがたく」、被告人が平素の鬱憤を晴らすため、専ら積極的な攻撃意思を実現する意図のもとに切出しナイフを準備携帯していたものでないことは、B方においても「(一)の侵害行為を受けるまでHと仲直りするため自らも真摯な言動を示していること

などの一連の行動経過に徴して容易に窺われ」と判示しているので、「侵害の急迫性」の存否に関する「積極的な加害意思」の存否の判断対象は、「不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで（反撃行為の予備・準備段階）」<sup>122)</sup> すなわち、「現に反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の予備なし準備段階）」まで<sup>123)</sup>の事情であり、これらの事情を前提として、積極的加害意思の存否を判断していると評価できる。これに対して、本判決は、Hの暴行について、「その態様に照らし、素手であるとはいえ矢継早に連続してなされた執拗、強力なものであり、同人が被告人よりも体格、腕力に勝れ、極めて粗暴な性格の持主であるのみならず、…左眼窩部の受傷により被告人に敵意を抱いていた事情をも併わせ考慮すると、被告人において、Hの現存する侵害行為を排除しない限り、引続いて強度の暴行を受けると認識し、自己の生命、身体に切迫した危険を感じたことは、ごく自然の成行」であり、「同侵害行為に対応してなされた被告人の前掲反撃行為は防衛の意思に基づいて着手、実行されたものと認めるのが相当である」と判示しているので、「防衛の意思」の存否に関する「積極的な加害意思」の存否の判断対象は、「不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点」<sup>124)</sup> すなわち、「反撃行為の実行時」<sup>125)</sup>の事情であり、これらの事情を前提として、防衛意思の存否を判断していると評価できる。それゆえ、大阪高裁昭和53年判決は、「侵害の急迫性」の存否の判断「対象」と「防衛の意思」の存否の判断「対象」とを明確に区別して検討しているので、「同一内容」の「積極的な加害意思」の存否が、「侵害の急迫性」の存否にも「防衛意思」の存否にも影響を及ぼすとは説示していないことになり、少なくとも、本判決は「正当防衛における積極加害意図の取り扱いについて、かなりの混乱状態にある」とはいえない<sup>126)</sup>。そして、上記の検討から明らかとなったように、侵害の急迫性の存否を判断する場合に考慮される要素と防衛意思の存否を判断する場合に考慮される要素とは、その判断時点から区別することが可能であり<sup>127)</sup>、このような評価は、最高裁の文言の差異からも窺われる。<sup>128)</sup>

## 注

- 120) 前田・前掲注 (33) 142 頁。  
121) 大阪高判昭 53・3・8 判タ 369 号 440 頁。  
122) 安廣・前掲注 (41) 244 頁。  
123) 安廣・前掲注 (22) 142 頁, 150 頁。  
124) 安廣・前掲注 (22) 142 頁, 同・前掲注 (41) 243 頁。  
125) 安廣・前掲注 (22) 142 頁, 同・前掲注 (41) 243 頁。  
126) この判例に関して, 詳細は拙稿・前掲注 (24) 158 頁以下参照。  
127) 井田良「正当防衛」川端博=西田典之=原田國男=三浦守編『裁判例コンメンタール 刑法 第1巻』(平18年・2006年) 258 頁等参照。  
128) このような解釈を補強するものとして, 橋爪准教授は, 次の最高裁の文言に注目される。最高裁が防衛意思の欠ける場合について「積極的に攻撃を加える行為」(昭和50年判決), 「専ら攻撃の意思」(昭和60年判決) と判示する一方で, 侵害の急迫性を否定した昭和52年決定は, 「積極的に相手に対して加害行為をする意思」としており, 「共通の表現を用いることを慎重に避けている点」が「侵害の急迫性の存否」を判断する場合に考慮される要素と「防衛意思の存否」を判断する場合に考慮される要素とは, その判断時点から区別し得ると考える見解の「補強証拠となりうる」とされるのである(橋爪・前掲注 (2) 154 頁)。

## 4 小 括

まず, 1-(i)の検討から, 侵害の急迫性の存否に関して, 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, そのことからただ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ったということとどまらず, 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れないが, 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, この「趣旨」の具体的内容は, 解釈に委ねられていたが, 1-(ii)における下級審の検討か



ら、下級審レベルでは、上記の「趣旨」の具体的内容に関して、4通りの解釈が存在することが明らかとなった。ただし、1-(ii)-(エ)は、回避義務が肯定される行為者に対して侵害の急迫性を否定する見解であるが、この見解の実践的な意義は「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、従来の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」にあると考えられる。したがって、平成19年奈良地裁判決が昭和52年決定の示した「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」としている点は、上記の意義を減殺する結果となっている<sup>129)</sup>

次に、2の検討から、次のことが確認できた。最高裁は、防衛意思必要説の見地に立ち、刑法36条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たる、と解しており、防衛意思が否定されるのは、「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為」に出たという事情、あるいは、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出たという事情、言い換えると、「行為が専ら攻撃の意思」に出たという事情がある場合に限られるから、このような最高裁の見解によれば、防衛意思が否定されるのは「きわめて稀なケース」であり、「きわめて例外的な事案に限られる」ことになる。そして、自招侵害の処理に関連して、昭和60年判決は、挑発の存在と防衛意思の存否に言及があったが、本件においては、挑発があったか否かが問題となった時点は、相手方からの急迫不正の侵害がすでに開始され、これが継続している最中であり、正当防衛において自招侵害の処理について議論されている事例とは「おもむきを著しく異にする」ことが明らかとなった。

最後に、3の検討から、積極的加害意思の存否を判断する際に対象となる事情と防衛意思の存否を判断する際に対象となる事情との関係について、次のこ

とが確認された。積極的加害意思の存在が存在すれば、「侵害の急迫性」が否定されることになるが、ここでの判断の対象は、不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで、つまり、現に反撃に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）の事情であり、これらの事情を前提として積極的加害意思の存否を判断するのである。これに対して、「防衛意思」の存否を判断する際の対象は、不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点、つまり、反撃行為の実行時の事情であり、これらの事情を前提として防衛意思の存否を判断するのである。したがって、「侵害の急迫性の存否」を判断する場合に考慮される要素と「防衛意思の存否」を判断する場合に考慮される要素とは、その判断時点から区別し得ることとなったのである<sup>130)</sup>。

#### 注

129) さらに、積極的加害意思論を採る判例理論を前提に、回避義務が肯定される行為者に対して侵害の急迫性を否定する奈良地裁の見解は、昭和46年最高裁判決と抵触する可能性がある点については、注(82)において指摘した。

130) 1-(ii)-(ウ)の判例において、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なる事実関係は、「犯行現場における事実関係である」が、本文で示した分析が正しいとすると、1-(ii)-(ウ)の判例は、昭和52年決定を含めた判例理論と抵触し得ることとなる。。

(本稿脱稿日：平成21年4月17日)