

松 山 大 学 論 集
第 22 卷 第 2 号 抜 刷
2 0 1 0 年 6 月 発 行

刑法における判例研究の意義
—— 正当防衛の判例を素材として ——

明 照 博 章

刑法における判例研究の意義

—— 正当防衛の判例を素材として ——

明 照 博 章

- 一 本稿の目的
- 二 判例研究において、評価者は、判例をどのようにみるべきか。
- 三 判例は、学説が示した理論からどのような影響を受けているか。
- 四 結論

一 本稿の目的

わが国の裁判制度は、刑事裁判を含め、最高裁判所が頂点をなしており、最高裁が判断を下した場合、それが先例となって、下級審の判断を縛る。この関係は、刑事訴訟法において端的に示されている。すなわち、同法405条2号は、上告理由として「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」を挙げているが、これを前提にすると、仮に、下級審が最高裁と異なる判断を下した場合、その下級審の判断は、最終的には、最高裁において覆されることとなる。それゆえ、下級審は、最高裁の判断と相反する判断を行うことを回避するようになると考えられ、この意味で、最高裁の判断は、下級審の判断を縛っていることになるのである¹⁾したがって、実務上、先例、殊に最高裁判所の判例には、事実上の強い拘束力が認められている²⁾³⁾

このように、裁判実務では、最高裁の判断が非常に大きな意味をもっているが、本稿では、実体刑法に関する判例の規範性を検討する際、評価者は、どのような視点から判例をみるべきであり、その視点を前提として、具体的に下された裁判所の判断をどのように意義づけるべきか、という点と、学説と判例

は、どのような関係にあり、判例は、学説が示した理論からどのような影響を受けているか、という点について検討し、これを踏まえて、裁判所が示した判断について、検討を加えることにする⁴⁾。

注

- 1) 実務教育においても、「判例を絶対的な前提としてそれとの関連で事実をどう認定していくのか、そして、その事実を基にして法令を具体的にどう適用していくのか」という点を中心部分となっている、とされる（川端博『法学・刑法学を学ぶ』（平10年・1998年）43頁）。
- 2) 団藤重光『法学の基礎』第2版（平19年・2007年）167頁。団藤博士は、「判例には法形成的な機能がある」とされ、しかも「それは単なる法社会学的な事実だというだけではなく、法的安定性および法における平等という法そのものの根本的な要請にもとづくものである」と指摘しておられる（団藤・注（2）167頁）。
- 3) なお、判例が拘束するのは「直接には」裁判官だけである。これに対して、検察官や弁護士は、裁判官と同じ意味では拘束されないので、「どういう意見を述べようと自由である」が、彼らも「裁判官に対し自己の期待する裁判を求める立場にある」以上、判例を全く無視して議論してもあまり意味はない。それよりも、裁判官が判例に拘束されることを前提として訴訟活動をした方が実際のであり有効である。このような意味で、検察官および弁護士も、「間接には」判例に支配されている（中野次雄「判例は実務を支配する」中野次雄編『判例とその読み方』三訂版（平21年・2009年）11頁）。
- 4) 「判例」は多様な意味に用いられるが（この点に関しては、中野次雄「判例とはどういうものか」前掲注（3）3頁以下参照）、本稿では、下級審の判断も判例規範の一部を形成しているという観点から（刑訴法405条3号参照）、下級審の示した判断についても「判例」と表現することがある。

二 判例研究において、評価者は、判例をどのようにみるべきか。

1 最高裁の判断相互の「関係」の捉え方

上記のように、裁判実務において、最高裁判例は、非常に大きな影響力をもち、実務家によって運用されているので、当該事例（群）の判断に関する（暫定的な）法規範ということになる。それゆえ、最高裁判例の意義を検討する場合、評価者は、最高裁の判断にはできるだけ「連続性がある」ものとして評価

すべきである。このように評価することが、法的安定性に資するからであり、仮に、そうしないと、「法の統一性と安定性に対する社会の側の信頼」を裏切ることにもつながるからである⁵⁾。

この点に関して、例えば、昭和46年判決と昭和52年決定は、侵害の急迫性に関して争点となっているが、両判断の「関係」を検討すると次のようになる。

昭和46年判決は、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⁶⁾。本判決が示した急迫性の定義の前段、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っ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⁷⁾、後段の「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、侵害の予期と急迫性の問題を「正面から」取り上げたものであり⁸⁾、最高裁としては「新判例である」から⁹⁾、侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する先例となっている。ただし、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」ことになる¹⁰⁾。

このような中で、昭和52年決定が下されている¹¹⁾。ここでは、まず、被告人側の主張が上告理由に当たらないとする点に関連して、昭和46年判決の意義を確認する。すなわち、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たって何の意味をもたない旨を判示しているものではないと解される」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」としている。

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」こととなる。それゆえ、②の場合には、「正当防衛が成立しない」のである。この判断基準に関して、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「積極的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¹²⁾

この分析に対しては、最高裁の昭和46年判決と昭和52年決定との間に、「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」であるという実務家からの批判がある¹³⁾ さらに、昭和52年決定の前提となった上告趣意において、被告人側は、昭和46年判決の意義を、「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たっては「何ら意味を持たない」と解している。これに対して、最高裁は、この意義について、「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、このように「昭和46年判決の意義に関して、昭和52年決定が言及していること」それ自身が、上記の実務家からなされた批判をより説得的なものとしている¹⁴⁾

2 最高裁と下級審の判断の「関係」の捉え方

(1) 最高裁の判断基準およびその理由づけが抽象的な場合における下級審の対応

裁判所の法的判断は、最高裁判所を含めて、具体的事案の適正な解決を主眼とするから、判断基準やその理由づけについても、事案解決に必要な限度に限定される傾向にある¹⁵⁾。それゆえ、最高裁判所が示す基準およびその根拠が抽象的なものに止まることもあるが、これは、法的安定性の観点から好ましくない。特に、罪刑法定主義が支配する刑法の領域においてはなおさらである。

この点に関して、刑法上の犯罪の成立要件と判例の関係については、団藤博士が次のように指摘しておられる。すなわち、罪刑法定主義は、犯罪の定型化を要請する。ところが、法律の規定だけでは、いくら精密な表現を用いて犯罪の成立要件を記述しても、犯罪の定型は抽象的にしか決められない。個々の具体的事案に即して裁判所が下す判断の集積によって、はじめて犯罪定型の具体的内容が形成されて行くのである。つまり、犯罪構成要件の規定に関する解釈を固めるのは判例の任務であり、この任務を果すことによって、判例は法的安定性に寄与するのである。それゆえ、判例に、上記の意味における「犯罪定型の具体的内容」に関する「形成的機能」を認めることは、「罪刑法定主義に反するものでないばかりか、実はむしろ、罪刑法定主義の要請するところだとさえいえるべきである」とされるのである¹⁶⁾

そして、これは、最高裁が示す基準が抽象的なものにとどまる場合にもあて

はまる。それゆえ、最高裁の示した規範がどこまで他の類似事例へ適用可能であるのか（つまり、最高裁判例の射程範囲）は、その後下される（はずの）下級審の判断の集積によって画定されるべきことになる。すなわち、最高裁の判断が下された後、裁判実務は、この判断基準に従って処理されることとなるが、最高裁の示した基準およびその根拠が抽象的な場合、下級審において、最高裁の判断基準およびその根拠についての（再）解釈が行われなければならないのである。したがって、評価者としては、基点となる最高裁判例よりも時系列的に「後に」下された下級審判例が、「最高裁の基準を踏まえてその内容をどのように具体化しているか」という観点から評価すべきである。

上に述べたことは、犯罪成立を阻却する事由の解釈においても同様であるが、下級審判例の蓄積により、最高裁判例の内容を具体化されなければならなかった判例として、「侵害の急迫性の存否」に関して判断を下した昭和52年決定をあげることができる。本決定以降、下級審において最高裁決定の意義に関する解釈が分かれたが、その原因は次の点に求められる。すなわち、上記のとおり、最高裁が「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」とする理由として指摘しているのは、「(刑法36条)が侵害の急迫性を要件としている趣旨」のみである。ところが、この「趣旨」から「なぜ積極的加害意思が存在する場合に侵害の急迫性の要件を充たさなくなるか」について、「一義的に明確な説明がなされている」とは「いえず」、むしろ、様々な理論構成が「可能」である。それゆえ、どのような経路を辿って最高裁が示した基準に至るのかは、下級審の解釈に委ねられていたと考えられるのである¹⁷⁾。

(2) 同種事例に対する下級審の判断が分かれている場合の最高裁の対応

上記のとおり、下級審における再解釈により、抽象性の高い最高裁の判断基準が具体化されることになるが、一方で、同種事例において、最高裁の判断を

前提としつつも、実質的に考慮される要件が異なる形で運用されると、実定法（本稿では刑法36条）に規定されている文言の理解に混乱が生じることになり、「法の統一性と安定性に対する社会の側の信頼」を裏切ることにもつながり得る。したがって、この種の不都合を回避するために、最高裁は、当該事例において「今後裁判所が従うべき判断基準」を示す必要が生じてくる。

例えば、「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傷害行為」つまり「自招侵害」に対して、正当防衛が成立するか否かに関する判例の状況を見ると次のようになる。

自招侵害に対する正当防衛の成否について、大審院時代には、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大正3年判決があった¹⁸⁾。本判決は、挑発行為者Yに正当防衛権が認められるから、その「反射効」として防衛行為者Xには正当防衛権はないとしているのであるが、これは、本件事案を「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」と評価できる¹⁹⁾ところが、その後、自招侵害の事例に関して、大審院および最高裁の判断が下されぬまま、下級審において、様々な判断基準に基づいて、事例処理が行われていたが²⁰⁾ 全体の傾向としては、正当防衛の成立が制限されており、言い換えると、正当防衛を認めることには「消極的」であった²¹⁾。そして、このような状況に対して、自招侵害の事例につき、「適切な先例」は「見当らない」が、判例が正当防衛を「否定することは確実にように思われる」という指摘をなす実務家もおられた²²⁾。

このような中、平成20年5月20日最高裁決定が下されている²³⁾。本決定は、自招侵害に対して正当防衛を否定していることで、従来の下級審の傾向を是認していることになる。そして、この決定により、従来、様々な法律構成をとりながら事案処理を行っていた裁判実務に対して、一定の指針が与えられたという解釈も可能となるので、以下では、平成20年決定に対してどのような評価があり得るのかについて、検討する²⁴⁾。

本件では、被告人側から上告がなされたが、弁護人は、上告趣意において、原判決が最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁と「相反する判断をした違法がある」等の主張を行った。

これに対して、最高裁は、弁護人の上告趣意について、「判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張」であるとし、被告人本人の上告趣意についても、「単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張」であって、「いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない」とし、上告を棄却するが、「本件における正当防衛の成否」については、「職権で」判断した。

職権判断の前提となる事実関係については、「1 原判決及びその是認する第1審判決の認定」に従って次のように指摘する。すなわち、「(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回殴打し、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つき、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り出し、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」とする。

次に、「本件の公訴事実は、被告人の前記1(4)の行為を傷害罪に問うものである」とした上で、被告人側は「Aの前記1(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主張する」とされる。これを前提として、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、一体の事態ということができ、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」とした上で、「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」と結論づけた。

本決定は、「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」とするのみであり、ここで、「正当防衛のいかなる要件が否定されたのか」、言い換えると、「正当防衛はいかなる法律構成によって否定されたのか」については、文言上、明らかでない²⁵⁾それゆえ、最高裁は、法律構成に関して、「一切」何も語っていないという解釈もあり得る。しかし、被告人側からの上告趣意について、「刑訴法 405 条の上告理由に当たらない」とした上で、「本件における正当防衛の成否」について、「職権で」判断した点を考慮すると、むしろ、最高裁は、法律構成についても、一定の判断を示したと捉えるべきである。

では、「どのように解すべきであるか」であるが、最高裁の意図は、「原審である東京高裁がいかなる法律構成を採っていたのか」との対応関係を考慮して検討されるべきである。本決定は、「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」としており、「無前提に」判断を下しているわけではないからである。

東京高裁は、「A による第 2 暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない」としているから、自招侵害の事例処理における法律構成としては、「侵害の急迫性」の存否を検討していることになる。これに対して、最高裁は、上記のとおり、「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」とするのみである。言い換えると、法律構成については触れておらず、「結論において正当である」と

言及するだけであるが、ここで、最高裁が言及した「結論において正当である」という点に着目すると、次のように解釈できる。すなわち、高裁の「辿った」「法律構成」、つまり、「侵害の急迫性の存否を論点として」正当防衛の成否を判断する「法律構成」は、「正当でない」が、「正当防衛を否定した」という「結論」は、「正当である」ということを含意していると解し得るのである。したがって、最高裁は、「自招侵害の事例処理につき、『侵害の急迫性』の要件の存否を検討する」という法律構成を「採用しなかった」と評価することができることになる²⁶⁾。そして、このように解することが、「あえて」職権判断を行った最高裁の意図にも沿うものと考えられる。

以上のように、最高裁は、「自招侵害の事例処理につき、『侵害の急迫性』の要件の存否を検討する」という見解を「採用しなかった」と解した場合、本決定の意義を、次のように指摘できる。すなわち、原判決は、基本的に、昭和60年福岡高裁判決²⁷⁾の判断枠組みに従っていたが、福岡高裁は、侵害の急迫性の存否に関して、「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」という基準を示している。それゆえ、ここでは、侵害の急迫性の存否を判断する場合、①「不正」な挑発行為とそれに誘発された侵害行為とが、「直接かつ時間的に接着して」おり、②相手方の侵害行為が、自己の先行行為から「通常予期される態様及び程度にとどまる」こと（「少なくともその侵害が軽度にとどまる」こと）が要求されていることになる²⁸⁾。そして、この枠組みに従うと、侵害の急迫性の存否を判断する上で、侵害の予期が非常に重要な要素となるが、一方で、福岡高裁を起点とする判例群の中には、侵害の予期について特に判断せず、侵害の急迫性の存否を判断する判例もあり²⁹⁾。このような状況が続くと、「急迫性の理解・解釈に混乱が生じる」危惧があった。それゆえ、

自招侵害の事例において、「侵害の急迫性の存否」の問題として事案の解決を図らなかった本決定は、上記の危惧を避ける上で、重要な意義を有することになる。³⁰⁾³¹⁾

注

- 5) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（平19年・2007年）62頁参照。
- 6) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。
- 7) 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）254頁。従来の判例としては、例えば、最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁を参照。
- 8) 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）84頁。
- 9) 鬼塚・前掲注（7）257頁。
- 10) 内田文昭『刑法解釈集（総論Ⅰ）』（昭57年・1982年）235頁。
- 11) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁。
- 12) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（平4年・1992年）153頁。
- 13) 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）146頁。これは、最高裁判例を一つの法規範として考える見地からみた場合（団藤・前掲注（2）167頁参照）、当然の批判であると思われる。
- 14) さらに、拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(1)」『松山大学論集』21巻1号（平21年・2009年）243頁以下参照。
- 15) 井田・前掲注（5）69-70頁参照。
- 16) 団藤・前掲注（2）168頁。

さらに、構成要件の解釈と比較した場合、正当化事由（違法性阻却事由）の解釈の特徴としては、次のような指摘がなされている。すなわち、正当化事由は、具体的な事例において問題となる犯罪類型を超えている。そして、構成要件への該当性が問題となった後に、正当化事由の適用が問題となり得る。言い換えると、ある者の行為が構成要件に該当したことを前提として、正当化事由の存否が問題となるのである。例えば、Aは、ピストルを所持したBに殺されそうになったので、防衛のためやむを得ずBに対して、殺意をもってピストルを発射し、Bを殺害した場合、Aの行為は、殺人罪の構成要件に該当するが、これを「前提」として、さらに、正当化事由である正当防衛の成否が問題となる。また、正当防衛が成立するために「前提」となる構成要件は、殺人罪に限られるわけでもない。それゆえ、正当化事由は、犯罪類型において切り取られた生活の一断面を「記述すること」（die Beschreibung）によって規制されるのではなく、社会秩序原理を「定立すること」（die

Aufstellung)によって規制される。したがって、罪刑法定主義に適合する正当化事由の解釈は、文言の限界に拘束されるのではなく、問題となっている正当化事由に内在している秩序原理のみに拘束されるのである (Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 289. 平野龍一監修/町野朔・吉田宣之監訳/吉田宣之訳『クラウス・ロクシン 刑法総論 第1巻 [基礎・犯罪論の構造]【第3版】[翻訳第1分冊]』(平15年・2003年) 301-2頁参照)。

そして、上記のような正当化事由に関する解釈の特徴を前提とすると、構成要件の具体的内容を固める際に果たす判例の役割よりも、正当化事由(違法性阻却事由)の具体的内容を固める際に果たす判例の役割の方が重要であるといえるのである。

17) 下級審が示した理論構成は「三」において検討するが、ここでは、次の4つの解釈が提示されている。すなわち、①「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情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」、②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」、③「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」、④「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」の4つである(さらに、拙稿・前掲注(14)249頁以下参照)。

18) 大判大3・9・25刑録20輯1648頁。

19) 川端博『正当防衛権の再生』(平10年・1998年)100頁。

20) 井上宜裕「自招侵害と正当防衛」『判例セレクト2008(法学教室342号別冊付録)』(平21年, 2009年)28頁。具体的には、(Ⅰ)「侵害の自招性を、正当防衛の客観的要件を否定する要素として検討する判例」、(Ⅱ)「侵害の自招性を、正当防衛の主観的要素を否定する要素として検討する判例」、(Ⅲ)「侵害の自招性を、防衛行為の相当性を制限する要素として検討する判例」、(Ⅳ)「侵害の自招性を、喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」の4つの判例群がある。そして、(Ⅰ)には、侵害の自招性を、「侵害の急迫性」を否定する要素として検討する判例と、「侵害の不正性」を否定する要素として検討する判例があった(拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(3)」『松山大学論集』21巻3号(平21年・2009年)101頁以下参照)。

21) 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『大コンメンタール刑法 第2巻』第2版(平11年・1999年)361頁。戦前において、すでに、大阪控判大14・10・22新聞2479号14頁は、相手の攻撃を誘致した場合には正当防衛の成立を否定していた。

- 22) 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。
- 23) 最決平20・5・20刑集62巻6号1786頁，判時2024号159頁，判タ1283号71頁。
- 24) なお，紙幅の関係上，ここでは，最高裁が示した「法律構成」に関する「評価」に限定して考察を加える。その他の点については，拙稿「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した傷害行為について，正当防衛が否定された事例」『判例評論』611号（平22年・2010年）27頁以下，同「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相－松山大学法学部二十周年記念論文集－』（平22年・2010年）355頁以下参照。
- 25) 本田稔「自ら招いた急迫不正の侵害に対して正当防衛は成立するか」『法学セミナー』（平20年・2008年）135頁，林幹人「自ら招いた正当防衛」『刑事法ジャーナル』19号（平21年・2009年）46頁。
- 26) 赤松亨太「相手方から攻撃された被告人がその反撃としてした傷害行為について，相手方の攻撃に先立ち被告人が相手方に対して暴行を加えていたことなどから，被告人は不正の行為により自ら招いたものであり，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して正当防衛が否定された事例」『研修』723号（平20年・2008年）24頁，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）311-2頁，橋爪隆「自ら招いた侵害に対する正当防衛」『平成20年度重要判例解説』（平21年・2009年）175頁。
- 27) 福岡高判昭60・7・8刑裁月報17巻7＝8号635頁，判タ566号317頁。
- 28) ただし，原判決は，要件②について，相手方の侵害行為が自己の先行行為から通常予期される態様及び程度にとどまる点と「共に」，その侵害行為が存在することに関する被告人の具体的に予期していた点について認定している（詳細は，拙稿・前掲注（24）評論30頁，同・前掲注（24）二十周年367頁参照）。
- 29) 詳細は，拙稿・前掲注（20）122頁以下。
- 30) 山口・前掲注（26）312頁。
- 31) なお，判例評釈を行う上で，裁判所の当該判断に関する「意義づけ」が極めて重要な点については，異論の余地はない。しかし，このような意義づけを行うことによって，裁判所が行った当該判断「それ自体」に影響を与えるものではない点についても，銘記する必要がある。

三 判例は、学説が示した理論からどのような影響を受けているか。

1 学説と判例の関係

前述のとおり、裁判実務において、最高裁判例は、非常に大きな影響力を持ち、実務家によって運用されている。そして、これを前提とすると、最高裁判例は、当該事例判断に関する「法規範」であるといえる。しかし、最高裁の判断が下された当時においては、その判断の枠組みおよび結論が妥当であると思われたとしても、社会に変動があったため、判例理論を前提とすると、妥当でない結論に至ると考えられる場合には、判例変更すべきであり、そうする必要がある³²⁾ 仮に、判例理論を前提として得られる「結論」が「不当である」と評価される場合、裁判官が社会の変動を「感じ取っている」ということになる。特に、第1審は、「生の事実」に直面し、当事者の「生活感覚」に基づく「生の要求」に直面しながら裁判を行うので、「その裁判は現実に根をおろしている」と評価できる³³⁾ それゆえ、下級審の下した判断は、それが従来判例から外れているとしても、理由があることが多く、上級審も下級審の下した結論を軽視することができなくなる³⁴⁾ このように、従来の最高裁判例に従うと導き得ない結論が導き出された場合、下級審は、従来の判例とは「異なる基準」を用いて判断している可能性があり³⁵⁾ このような「結論を得る」ためには、上級審を説得できるだけの合理的な理論構成を示す必要がある。そうでないと、その判断（およびそれが前提とする基準）は、従来の「最高裁判例と相反する判断」であることを理由として、上級審により、破棄されてしまうからである。そして、上級審を納得させるために必要な理論構成を提供するのが、学説の役割ということになる³⁶⁾ 言い換えると、判例に対する学説の役割は、原理原則論の観点から裁判官に対して「あるべき」理論構成を提示することである³⁷⁾ そして、判例が学説の理論構成を採用した場合、「学説が判例を方向づけた」ことになり³⁸⁾ このような「学説と判例の対話」は、「判例評釈または判例

研究」,あるいは,当該論点に関する「法解釈学的論文」を通じて行われるのである³⁹⁾

2 判例が学説から影響を受けた具体例

最後に,学説と判例の対話が成立している具体例,つまり,学説の提示する理論構成に従った判例について検討する。

ここでは,二において言及した昭和52年最高裁決定を再度取り上げるが,同決定が「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」とする理由として指摘しているのは,「(刑法36条)が侵害の急迫性を要件としている趣旨」のみであり,この「趣旨」がいかなる内容を有しているのかについては,明確ではない。それゆえ,この「趣旨」と積極的加害意思が存在する場合に侵害の急迫性の要件を充たさなくなる「理由」との関係は,下級審の解釈に委ねられていたといえる。そして,このような解釈に際して,下級審の裁判官が参照するのは,学説が示した「説得力のある」理論構成である⁴⁰⁾

以下では,理論構成の観点から,下級審判例を次の3つに分けて,検討を加える。

(1) 川端説の影響がみられる判例

ビンディングよれば,全正当防衛論にとって,この攻撃が単に正当防衛権の発生事由として「被攻撃者のために」考慮されるという事実が礎石を形成する,つまり,「不正に攻撃されていること」が正当防衛権の源泉を形成しているとされるが⁴¹⁾ 防衛者側からの視座に着目すると,法益侵害の可能性は,単に侵害行為者側の客観的事情だけでなく,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ことができる。

この観点から侵害の急迫性について敷衍すると次のようになる。

すなわち、侵害行為（侵害行為者側の客観的事情）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害者にとって突然のものとはいえ、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。

この関係を前提にすると、侵害の急迫性に関して、次のような解釈が可能となる。防衛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もっている場合、侵害者からの侵害に対する迎撃態勢が強化されているので、防衛者（迎撃者）の法益が侵害される恐れは減少し、「実質的」（ないし現実的）には、防衛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、防衛者（迎撃者）の法益侵害の可能性が事実上「実質的」に失われる時は、侵害の急迫性を否定できる事態が生じる。つまり、侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的加害意思もっていた場合、侵害の急迫性が消滅し得るのである⁴²⁾

このような、「防衛者の法益侵害の可能性」が「単に侵害者側の客観的事情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、とする川端説の影響があると評価できる判例としては、平成元年10月2日に下された札幌地裁の判決がある⁴³⁾

本件では、昭和52年決定を引用した上で、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、反撃を「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たといえる。次に、本判決は、「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」としているが、上記のような迎撃態勢が整っている場合、G の侵害は「外形的には攻撃に出るように見える」に過ぎず、これにより、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だけである、と評価していることが窺われる。その上、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のが相当である」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。

(2) 香城説の影響がみられる判例

香城判事は、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」に関連して、次のように指摘しておられる。

まず、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」と問題提起される。

これに対して「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」^①とした上で、「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」^②と指摘される。

そして、これを前提として、「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」と結論づけられるのである⁴⁴⁾

香城説は、以上のような理論構成となっているが、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、とする香城説の①の部分の影響があると評価できる判例としては、昭和56年1月20日に下された大阪高裁の判決を指摘できる⁴⁵⁾

本判決の一般論の部分は、「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にはなく、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」としているから、昭和56年大阪高裁判決は、香城説の①の部分に着目していると評価できるのである⁴⁶⁾

一方、香城判事によれば、積極的加害意思のある行為が違法であることは、「本人と相手と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」から、香城説は、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の評価が可能である⁴⁷⁾そして、最高裁判例によれば、喧嘩闘争の場合に正当防衛が否定される理由は、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反する」ことにある⁴⁸⁾それゆえ、これらを踏まえて評価すると、「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判例は、香城説の影響を受けていることになる。このような意味において香城説の影響を受けている判例としては、昭和57年6月3日福岡高裁判決をあげることができる⁴⁹⁾

本判決は、一般論として「被告人両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」とする。つまり、ここでは、「積極的加害意思のある行為」を行った場合、「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」としているのである。したがって、上に述べた香城説の②の部分の影響を受けているといえるのである。

(3) 佐藤説の影響がみられる判例

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」しているが⁵⁰⁾、これが展開される「重要な契機となった」⁵¹⁾佐藤説は、次のとおりである⁵²⁾すなわち、佐藤判事は、「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、侵害を予期したからといって、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た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、検討対象となる状況としては、「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）をあげた上で、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」とする。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⁵³⁾、「回避義務を認めてよい」。一方、「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⁵⁴⁾、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、回避する義務は生じない」が、「可能であるのに公の救助を求めることもなく、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、上で指摘されたように、「単に侵害を予期しただけでなく、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」と主張されるのである。

このような、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、とする佐藤説の影響を受けた判例としては、平成19年3月27日の奈良地裁判決をあげることができる⁵⁵⁾

本判決は、昭和52年決定を参照しながら、「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」とし、このように解する理由として、「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」点をあげた上で、「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」としている。一方、「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」に侵害の急迫性が否定されない理由として、「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ることになり、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」点を指摘している。それゆえ、本判決は、侵害の急迫性の存否を判断する場合、「行為者に回避義務が認められるか否か」を基準にしているといえ、この点に関して、佐藤説の影響を受けていると評価できるのである。

注

- 32) この意味においても、最高裁判例は「暫定的な」法規範である。
- 33) この点に関して、さらに、「感情、とくに痛みには、それが必ず社会の歪みの中から叫ばれるという性格から、問題の所在と解決の方向を指し示すという意味での強い合理性が備わっている」という指摘がある（棚瀬孝雄「共同体論と憲法解釈（上）」『ジュリスト』1222号（平14年・2002年）19頁）。
- 34) 団藤・前掲注（2）192頁参照。
- 35) ただし、先例となる判例とは「事案が異なる」という認識に基づいて判断している可能性もある。
- 36) 川端・前掲注（1）51-2頁。さらに、法解釈学においてなされる議論の特性については、川端博「構成要件の事実の錯誤と過剰結果の併存（下）」『現代刑事法』64号（平16年・2004年）116-7頁参照。
- 37) 何をもちて「あるべき」理論構成と評価できるかについては、さらに検討すべき課題となる。この点に関する考え方の一つとして、飯島暢「ドイツ刑法学におけるカント主義の再評価」『香川法学』29巻3・4号（平22年・2010年）42頁注44参照。
- 38) 川端博『定点観測 刑法の判例』（平12年・2000年）3頁参照。
- 39) 奥田昌道『紛争解決と規範創造』（平21年・2009年）220-2頁参照。実定法研究者としては、「社会は、『今』どのような状況になっているのか」、「（問題があるとすれば）それは、法原理の観点からどのように解決されるべきであるのか」を往還しながら、法解釈学的な形式に変換していく努力をしなければならない（団藤・前掲注（2）51頁参照）。
- 40) 「下級審判例が結論を下す際に用いる理論構成は、どのような選択基準に従っているの

か」については、非常に興味深い問題を提起すると思われる。

- 41) Binding, *Handbuch des Strafrechts Band I*, 1885 [Neudruck1991], S. 735. さらに、最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁は、『『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』とする。そして、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」点があげられているが、これは、「被侵害法益の保護」の観点からの理由づけである。それゆえ、最高裁は、侵害に急迫性を検討する上で、防衛者側からの視座に着目していると評価できる（拙稿・前掲注（14）249-50頁）。
- 42) 川端博『違法性の理論』（平2年・1990年）90-4頁。
- 43) 札幌地判平元・10・2判タ721号249頁。

札幌地裁は、侵害の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らうともせず、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いても、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。

44) 香城・前掲注(22) 247-8頁。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」と評価しておられる(安廣・前掲注(13) 145頁)。

45) 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。

大阪高裁は、「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つ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」とする。そして、これを前提に次のような事例判断をおこなつた。すなわち、「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。

- 46) 香城判事は、本判決を下した合議体の構成員の一人であったが、これが、香城説を色濃く反映した判決が下される一因になったと推測できる。
- 47) の場純男＝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）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」と指摘されている。
- 48) 最判昭23・6・22刑集2巻7号694頁。
- 49) 福岡高判昭57・6・3判タ477号212頁。
福岡高裁は、本件の実事関係について「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、「右のように被告人両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、被告人両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」とする。
- 50) 山口・前掲注(26)302頁。
- 51) 山口・前掲注(26)323-4頁。
- 52) 佐藤文哉「正当防衛における回避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』（平10年・1998年）242-4頁。
- 53) ここで、回避義務が認められない例外事例としては、「反撃する意思があつても、その機会に相手方を諷めるとか、仲直りするとかの目的がある場合、約束の履行等別の要件がある場合、帰宅途中で待ち伏せされている虞があるが通常の道順で帰宅する場合」があげられている（佐藤・前掲注(52)243頁）。
- 54) 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」などにおいて侵害が予期される場合、そこに留まることは「生活上の利益の伴うことが多い」とされる（佐藤・前掲注(52)243頁）。
- 55) 奈良地判平19・3・27【文献番号】28135176（なお、本稿では、公刊物未搭載の場合LEX/DBの【文献番号】を示すこととする）。

奈良地裁は、「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 卷 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ることになり、その分だけ不当に行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。

四 結 論

本稿では、実体刑法に関する判例の規範性を検討する際、評価者は、「法的安定性」に資する形で、判例の意義づけ（判例評釈）を行うべきである点⁵⁶⁾および、学説は、原理原則論の観点から理論構成を提示し、これによって判例を方向づけるべきである点について、確認でき、これを前提として、具体的な判例について検討を加えることができた。

今後は、ここで明らかとなった視点から判例評釈を行うと同時に、「刑法における原理原則とは何か」に関する探求を続け、「あるべき」理論構成について考察してゆきたい⁵⁷⁾

注

56) ただし、判例評釈は、自らが行った意義づけ以外の評価があり得ることを前提に行わな

ければならないと思われる。

57) この点に関して、香川達夫「刑事未成年者の利用」『法学会雑誌』45巻2号（平成22年・2010年）1頁以下参照。

（本稿は、平成21年度松山大学特別研究助成の成果の一部である）

（脱稿日：平成22年5月11日）