慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法三四〕 刑法三六条一項にいう「已ムコトヲ得サル二出テタル行為」の意義(昭和四四年一二月四日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko) 刑法研究会(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.9 (1972. 9) ,p.137- 146
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720915-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

かのような文脈で引用しているが、右判決の事例は、一回利用済みである融通手形を期限後に裏書した場合であつて、適切な言及とはいえない。

(1) 下級民集一六巻九号一四〇二頁。
(2) 横浜地判昭三六・三・一四下級民集一二巻三号四六六頁、京都地判昭三九・二・五金融法務三七二号九頁、飯塚簡判昭三九・三・三〇判例時報三七〇号四五頁、等。
(3) 鈴木・判民昭和六年度二九事件評釈、深見・大分大学経済論集一五巻四号四〇頁以下。
(4) 民集二〇巻八号一六三二頁。
(5) なお、昭四五・一一・一一大法廷判決は、振出日白地の手形による訴提起に時効中断効を認めた——民集二四巻一二号一八七六頁。
(6) 竜田・手形法小切手法講座二巻一三頁注(四)。
(7) 通説。最判昭三四・七・一四民集一三巻七号九七八頁。
(8) 無償の取得につき 今井・民商法雑誌五五巻二号二八九頁。
(9) 河本・民商法雑誌三六巻四号五三一頁。
(10) 最判昭四〇・一二・二一民集一九巻九号二三〇〇頁。
(11) 河本・前掲。
(12) 最判昭四〇・一二・二一前掲、北沢・判例評論七六号一〇七頁、高窪・手形研究一〇巻四号二〇頁、今井・前掲二九二頁。
(13) 最判前掲、今井・前掲二八九頁、反対：高窪・前掲一八頁。

〔倉沢康一郎〕

〔刑法 三四〕 刑法三六条一項にいう「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の意義

（傷害被告事件、昭和四四年一二月四日第一小法廷判決、破棄差戻（あ）第一一六号、同年第一審 豊島簡裁 第二審 東京高裁 刑集二三巻一二号一五七三頁）

一 事実の概要

第一審（豊島簡裁昭和四三年八月三〇日判決）の事実認定によれば、被告人は、K運送店の経理担当者であるが、昭和四二年六月一六日午後四時一〇分頃、同店構内において、T（被害者、当時三二歳）と同人所有の貨物自動車の売買に関して言い合いをし、Tが「社長が帰るまで待たせてくれ」と云うのに、「帰れ」と云つて同店事務所より押し出した上、同人を投げ飛ばす等の暴行を加え、同人の頭部を事務所入口付近に駐車中の自動車の車体に打ちつけさせ、よつて同人に治療約四五日間を要する頭部打撲症の傷害を負わせたものである。

被告人は、第一審で正当防衛を主張したが、裁判所はこれを認めず、傷害罪の成立を認め、被告人を罰金二万五千円に処した。

被告人はこれを不服として控訴して、再度正当防衛であると争つたところ、第二審の東京高裁（第二刑事部昭和四四年三月一三日判決）

は、第一審の右事実認定のうち、「被告人がTを投げ飛ばす等の暴行を加え、同人の頭部を事務所入口付近に駐車中の自動車の車体に打ちつけさせて傷害を負わせた」という事実は認められないから、第一審判決には事実の誤認があるとして、これを破棄し、あらためて、前記被告人は、前記犯行日時に「会社を訪ねてきたTと同人所有の貨物自動車の買戻しの件について二、三応答の末、同人が『社長が帰つてくるまで待たせてくれ』と言つて、執拗に事務所に入ろうとするのを、被告人が『社長の帰りがおそいから、きようは帰つてくれ』などと云つて繰り返えし同人を事務所の外へ押し出したりしたのち、右事務所入口付近でなおも押し問答を続けていたところ、Tが突然被告人の左手の中指と薬指をつかんで逆にねじあげたので、被告人は、痛さのあまりこれをふりほどこうとして右手でTの胸の辺を一回強く突き飛ばし、同人を仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に駐車していた同人の自動車の車体（後部バンパー）に打ちつけさせ、よつて同人に対し、治療約四五日間を要する頭部打撲症の傷害を負わせたものであつて、被告人の右の所為は、防衛行為としてその程度を超えたものである。」という事実を認定し、また、弁護人の正当防衛の主張に対する判断として、「被告人のTに対する所為は、その因つて生じた傷害の程度にかんがみ防衛の程度を越えたいわゆる過剰防衛と見られる」と判示し、結局被告人を罰金二千円に処した。

二　上告趣意の要旨

第一点　被告人は、自己の左手中指薬指の二指を骨折脱臼等の傷害から守るため、右手の平手でTの左胸を一回突きはなしただけで、被告人の現実の認識としては、Tが被告人の二指を離して後退するか、しりもちをつくかも知れないという程度のもので、偶発的な事情が加わつたため、Tに治療四五日を要する頭部打撲症を負わせたとしても、被告人が保全しようとした権利と防衛行為によつて害された侵害者側の利益とはなお共通であつて著しく権衡を失するわけでもなく、社会通念上防衛行為として当然性、妥当性を肯定できる。それにもかかわらず、これを「防衛の程度を超えたもの」と判断したのは、刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」とは当該具体的事情下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得るものをいうとした最高裁判例[1]（昭和二四年八月一八日第一小法廷判決、刑集三巻九号一四六五頁）に違反する。

第二点　もしかりに原判決に最高裁判例に相反する判断があるとはいえないとしても、被告人の受傷の事実を認定していないのは事実誤認である。

三　判　旨

最高裁判所は、右上告論旨の第一点、すなわち判例違反の主張は、事案を異にするとして、これを斥けたが、職権調査のうえ、次のように判示し、原判決を破棄して、原裁判所に差戻した。

「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が

侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであつて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛でなくなるものではないと解すべきである。本件で被告人が右Tの侵害に対し自己の身体を防衛するためとつた行動は、痛さのあまりこれをふりほどこうとして、素手でTの胸の辺を一回強く突いただけであり、被告人のこの動作によつて、被告人の指をつかんでいた手をふりほどかれたTが仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、Tは思いがけぬ判示傷害を蒙つたというのである。してみれば、被告人の右行為が正当防衛行為にあたるか否かは被告人の右行為がTの侵害に対する防衛手段として前示限度を超えたか否かを審究すべきであるのに、たまたま生じた右傷害の結果にとらわれ、たやすく被告人の本件行為をもつて、そのよつて生じた結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいわゆる過剰防衛であるとした原判決は、法令の解釈適用を誤つた結果、審理不尽の違法があるものというべく、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、かつ、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

四　評　　釈

判旨に賛成。

1、正当防衛の成立要件としては、急迫不正の侵害と、これに対して自己または他人の権利（法益）を防衛するための（防衛の意思ないしは対応の意思）やむを得ない行為（防衛行為）であることを必要とする。

そして、やむを得ないでした、というためには、その防衛行為が、権利（法益）保全のために必要であり、かつ、権利保全の手段として相当と認められることを要し、この要件を欠くときは「防衛ノ程度ヲ超エタ」ものとして過剰防衛（刑三六条二項）となる。（同旨藤本・注釈刑法(2)の1二三八頁）。本件判旨は、まさにこの正当防衛における防衛行為の「必要性」と「相当性」に関する最高裁判所の判断を示したものであり、とくに「相当性」については、最高裁判所として、はじめてその見解を明示した点に、判例としての意義が認められるのである。

2、正当防衛と同様、緊急行為として共通性をもつ緊急避難が、違法性を阻却する事由か、責任を阻却する事由か、それともいわゆる二（両）分説にしたがつて解されるべきかについては争いがある（私は解釈論としては違法性阻却事由説をもつて正当と解する）が、これを規定する現行刑法三七条一項は、三六条一項と全く同様「己ムコトヲ得サルニ出テタル行為」という表現を用いている。そしてこの場合の己むことを得ないというためには、補充の原則、すなわち「他にとるべき方法がなかつた」ということと、厳密な法益権衡の原則、すなわち、危難により蒙ることが予想される被害と、避難行為によつて生じた現実の被害との法益の均衡が要求される、とするのが一般である。緊急避難の場合は、避難行為者も、現実に被害を蒙つた者も、ともに法的に責められるべきものをもたない、いわゆる正対正

の関係にあり、また三七条一項は「其行為ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リ」という限定をしているところからも、緊急避難成立の要件としての右の法益権衡、補充の二原則はかなり厳格に解されている。しかし、同じく緊急行為とはいつても、正当防衛の場合は、いわゆる不正対正の関係、すなわち、侵害者側はみずからの不正行為によつて防衛行為を招いたものとして、反撃を忍受すべきものと認められるから、この場合には、緊急避難の成立要件たる法益権衡、補充の原則は、正当防衛の行為の性質上、当然これにそのまま妥当するのではなく、したがつてその「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の意義も相対的にゆるやかに解されることになる。このようにして、正当防衛の場合には、緊急避難の場合の補充の原則、すなわち「他にとるべき方法がなかつた」ということは必ずしも必要ではなく、権衡の原則も、全然考慮されないわけではないが、緊急避難の場合のように厳密な法益の権衡は必要ではないとし、緊急避難の「補充の原則」にかえて防衛行為の「必要性」を、「権衡の原則」にかえて「相当性」を成立要件としてかかげ、かつ、その内容を右のように解するのが通説である。(2) たとえば藤木教授は「必要性」については「権利保全のために侵害行為を排除するのに必要な手段と認められることで足りる。不可欠である必要はない。退避し、あるいは侵害者の要求に一旦服従することによつてそれ以上の侵害を避けることができる場合であつても、逃避、あるいは犯人への服従は義務づけられない。」とし「相当性」については「権利防衛のため必要とされる場合でも、無条件に正当とされるわけではなく、その行為が防衛行為としての相当性を逸脱しないことが要求されるとし、相当性の要件としては、実質的違法性の一般基準にてらし、具体的な情況を考慮した上で、法益の比較衡量と防衛行為による侵害者に対する加害の態様のふたつの方向を総合して判断すべきであるが、緊急避難の場合と異なつて（行為の性質上）、前者については「いちじるしく法益権衡を欠くことがなければよく」、後者―加害の態様―についても「正当行為一般、労働争議行為、あるいは緊急避難の際に要求されるものよりは緩和されるものと解すべきである」とされる（注釈刑法(2)の1二三八～九頁）。そして、さらに、具体的に本件とも直接関連する、防衛の手段として暴行・傷害が行なわれた場合の「相当性」の基準として「生命・身体の安全を全うするため、加害者に生命の危険を及ぼさぬ程度の制圧力としての暴行を加えることは、相手方が完全に攻撃の意図を喪失したのにかかわらずなおも反復されたような事例を除いては、一般には、相当性の範囲を逸脱しないものと解してさしつかえあるまい。また、傷害についても、それが相手方の攻撃力をくじくうえで相当と認められるかぎり、同じである。」とされる（藤木・前掲書二四二―三頁）。この点に関する判例（ないしは実務）はどうであろうか。判例ではないが、すでに古く明治四五年六月二九日の法曹決議は「急迫不正ノ侵害ヲ受クル者カ公力救済ヲ求メ得ヘキ余裕アル場合ニ於テモ其侵害ヲ排斥スルニ必要ナル反撃行為ハ正当ナリトス・・・（中略）……蓋シ正当防衛ハ身体財産名誉等総テノ法益ニ対スル侵害ヲ排斥スルノ権利ト為シタル以上ハ逃走ヲ為シ侵害ヲ避ケ得ル場合ニモ之ヲ許ササル

ハ不条理ナリ　（中略）　一般ニ逃避シ得ル場合ニ正当防衛ヲ認メサレハ不正ニ対スル権利トシテノ存在ヲ認ムルコト能ハサルニ至ルヘシ」（評論一巻刑法一七七頁）としたものがあり、下つて昭和に入つて、大審院時代の判例としては「正当防衛ハ不正ノ侵害ニ対スル権利行為ナレハ防衛行為カ已ムヲ得サリシト為スニハ必スシモ他ニ執ルヘキ方法ノ存シタリヤ否ヤハ問フ所ニ非スト雖其ノ防衛行為タルヤ固ヨリ無制限ニ許容セラルヘキニ非ス自ラ一定ノ限度アリテ客観的ニ視テ適正妥当ノモノタラサル可カラス是レ近時正当防衛ニ於ケル防衛行為ノ必要性ニ代ヘテ適当性カ主張セラルル所以ナリトス」（大判昭和二・一二・二〇評論一七巻刑法一八頁）とか同旨の「……当該不正侵害ニ対比シテ其ノ適当性ヲ保有スル限必シモ他ニ採ル可キ方法ノ存シタリシヤ否ヤノ如キハ問フ所ニ非ルナリ」（大判昭和三・六・一九新聞二八九一号一四頁。僅々豆腐数丁の財産的利益を防衛するため至重の法益たる人命を害するがごときは、防衛の程度を超えたものとして過剰防衛であるとした有名な事例）等があり、また戦後の下級審の判例としては「正当防衛の場合には他の方法で難を避けることができた場合にも正当防衛の成立を妨げない」（東京高判昭和二六・一二・一八判特二五号一〇〇頁、傷害致死事件）とか「正当防衛にいわゆる『已むことを得ざるに出た』ものというには、必ずしも他に執るべき方法がない場合に限るというわけではないが、その一面侵害を容易に避けうるにかかわらず逃避しないで重大な反撃を加えるのは、権利の正当な行使とはいいがたい。従つて、防衛行為は無制限に許容されるというわけではなく、客観的にみて通常人の合理的判断により適正妥当として容認されるものでなければならない。その標準は侵害者の攻撃の強度並びに執よう性と防衛者の行使する方法とによつて決められるべきものであつて、侵害と防衛の強度がその具体的状況に照らして均衡のとれたものでなければならない」（大阪高判昭和四二・三・三〇下級刑集九巻三号二二〇頁）とされる。

判例は、前掲引用のものからも窺われるように、個々にニュアンスがあり、とくに従前の判例では「適当性（ないしは適正妥当性）」が強調され、最近は「相当性」という表現が好まれる（前掲のほかさらに金沢地裁七尾支部判昭和四三・一二・一二下級刑集一〇巻一二号一二二〇頁参照）[3]。しかし、この表現上の相違はその実質上の相違を意味するものではなく、学説の通説ともほぼ一致するものと考えられる。ただ「已むことを得ない」防衛行為かいなかに関する具体事例をみると、とくに人の死亡というような重大な結果を生じた場合は、反撃の手段は必要最小限に限定される傾向がみられ（前掲昭和四二年の大阪高裁判決ほか参照）、このような場合には「結果的に補充の原則を要求するのと大差ない解釈適用になつている」（藤木・前掲書一三九頁）ことが注目される（もつとも前掲昭和四三年の金沢地裁七尾支部の判決などは比較的ゆるやかに正当防衛の成立を認めている）。

3、さて、本件においては、前記事実の概要に明らかなように、第一審の事実認定によると、事案は、一見喧嘩闘争中の行為とも見られなくないが、原審の認定および海老原調査官の前掲本件判例解説によれば「被害者Tは、被告人の会社の先代社長の世話でトラックを譲つてもらつたが、それが不要になつたため、被告人の会社に引

き取つて貰いたいと交渉していたが、被告人は社長（兄）と既に相談して引き取らないことにしていたので、当日交渉に来たTにその旨を告げて断つたところ、「お前みたいな従業員と話しても分らない」などと罵倒し出したので、仕事の邪魔になると思つた被告人が、外に押し出したところ、また戸を開けて入つて来て、このようなことを二、三回くり返したのち、Tの乗つて来たライトバンの脇で押問答しているうち、突然Tが被告人の指を右手でねじ上げて来たという事情のようである。」（海老原・本件判例解説四五八頁）というのであるから、単に一連の喧嘩闘争として正当防衛の成立しえない場合というのではないらしい。[4] したがつて「Tが突然被告人の左手の中指と薬指をつかんで逆にねじあげたので、被告人は痛さのあまりこれをふりほどこうとして右手でTの胸の辺を一回強く突き飛ばし」たのは、身体に対する急迫不正の侵害に対する防衛行為とみることができよう。「痛さのあまり」ふりほどこうとして手でつきとばしたというのは反射的行為のようにもみえるので、いわゆる「防衛の意思」の有無が問題にならなくはないが、「対応意思」で足りるとする見解（荘子・刑法総論三七六頁）はもとより、防衛の意思を必要とする見解（判例・通説）でも、その意思は「自己が急迫不正の侵害にさらされていることを認識し、かつ、その侵害を排除するために加害者に立ちむかう旨を意識していれば足り」（藤木・前掲注釈刑法二三七頁）、かつ被害者に対する憤激の感情と防衛の意思とは両立しないものではないとされ（東京高判昭和三一・一二・九東高刑時報八・一二・四〇四。同旨、大阪高判昭和三五・一一・四高刑集一三・八・六二〇ほか。藤木・前掲注

釈刑法二三七～八頁など参照）、最高裁判所も右の点につき、本件判決後、最近に至つて極めて明確に「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。」と判示している（最判昭和四六・一一・一六刑集二五・八・九九六）。[5] 右の判決は従来の下級審判例や通説が認めていたところをそのまま最高裁が承認したものと解される。本件被告人の場合は、憤激してというよりは「痛さのあまりこれをふりほどこうとして」というのであるから、防衛の意思の点に問題はないといえよう（海老原・前掲本件判例解説四五五頁）。したがつて、結局、本件被告人の行為が正当防衛となりうるかどうかは、もつぱら反撃行為の相当性の有無いかんによつて決せられることになる。その点で、本件被害者Tの侵害行為は、単に被告人の手をねじ上げた暴行にとどまるのに対して、前述のとおり（加療四五日を要する傷害を受けたという被害の程度は疑わしいとしても）とにもかくにもTは結果的に加療を要する傷害を蒙つたという事実認定であり、その意味では法益の権衡はすでに失われているだけに、原審判決のように過剰防衛を論じる可能性はあつたのである。しかし、本件被告人は、行為の当時傷害の故意をもつていたわけではなく、防衛（反撃）行為としては「素手でTの胸の辺を一回強く突いただけ」で、重い傷害の結果は、Tが倒れたところに、偶然にも運悪く自動車の車体があつたために生じたというのであるから、前記藤木教授の公式にあてはめてみても、方法としては相当性の範囲内のも

のと考えられる。その意味で本件判旨が、「反撃行為が　（中略）侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛でなくなるものではないと解すべきである。」としたのはまことに正当であつた。

4、ところで、本判決の意義について西原教授は次の二点を評価されている。「第一は、正当防衛の場合には緊急避難のような厳密な法益均衡は必要でない、という学説の一般的傾向を是認したことであり、第二は、必要性・相当性の判断にあたつては、純客観的な法益衡量のみによるのでなく、防衛者の主観をも顧慮する必要がある、という見解を明らかにしたことである。」（西原・本件判批、例判タイムズ二四八号八三頁）。第一点については異論はないであろう。第二点にいわゆる「純客観的な法益衡量」というのは、右の引用文だけからは些か誤解を招くおそれなしとしないが、必要性・相当性の判断そのものの客観性をいうのではなく、「発生した結果に即して行なわれ」る衡量という意味であり（西原・前掲判批八二頁）、そのような、生じた結果の大小によつて正当防衛行為の必要性・相当性を判断するのは誤りである、というのが本件判旨なのである。西原教授はさらに「同じ結果が発生した場合でも、防衛行為者が故意でなしたか過失でなしたかは、その行為が必要かつ相当であつたかどうかの判断に影響をおよぼすと考えるべきであつて、正当防衛の場合、行為者の主観に立ち入ることは必要であ」り、「これによつて、正当防衛と過剰防衛との区別の基準がまた一つ加えられたわけであり、この基準自体、私は正当であると考える。」とされる（西原・前掲判批八二頁）。しかし、この表現は部分的にやや適切を欠く憾なしとしない。なぜなら、正当防衛に防衛意思を必要とする通説、判例によれば、「行為者の主観に立ち入ることは必要」なのはもともと当然のことであり、また故意か過失かといつても、急迫不正の侵害に対し、防衛のため、威嚇行為をしようと思つて、意外の結果を生ぜしめたような場合や、[6] 誤想防衛の場合など基本行為について過失を論じうることはむしろ少なく、たとえ生じた結果に対する故意（殺意、傷害の故意など）は認められなくても、少なくとも基本行為についての故意はある（結果的加重犯）のが大多数であろうからである。今日の多数の理解にしたがつて故意・過失は単に責任要素にすぎないのではなく、構成要件要素ないしは違法要素でもあるとするならば、[7] 実質的な違法判断である正当防衛の成否（相当性）の判断に際してこれが問われるのはもとより当然のことであり、その意味でも「行為者のとつた手段が行為者の主観的認識を基準とすれば相当といえるかどうかにしたがつて判断すべきは当然である」（藤木・前掲注釈刑法二四二頁）とはいえるが、「故意でなしたか過失でなしたかが行為の必要性・相当性の判断に影響がある」という表現は、右の理由で多少正確さを欠くように思われる。また従来の判例には防衛の程度を超えた行為であるかどうかは、客観的観察により決すべき事項であつて、行為者の主観的観察如何により定めるべきものではないとしたものがあり（大判大正九・六・二六刑録二六・四〇五、広島高判昭和二六・三・八判特二〇・一二）一見本判決はこれに抵触するように見えるが、これ

らの判例にいう主観的観察というのは何れも防衛の意思に関するもので、同じく主観的認識といつても故意の有無に関するものではないから、本判決は従来の判例と矛盾するものではなく、むしろ学説、判例上当然とされていることを明確にしたまでと解してよいであろう。（また相当性の判断自体は主観的認識を基準としながらも客観的に行なわれなければならないのは違法性判断として自明のことである。）。西原教授の本判決の意義第二点の指摘は、右の意味に理解すべきではなかろうか。その点では、本判決は、よつて生じた結果の大小によつてではなく、反撃行為自体の必要性と相当性によつて正当防衛の成否を決すべきものとしたことを端的に評価すれば足りるように思われる。(8)

5、本件では、前述のように一、二審の事実認定にかなりの相違が認められるが、本判示内容も原審認定事実とは表現上微妙なニュアンスのあることが注目される、たとえば、Tが、その傷害の直接の原因となつた自動車の車体へぶつかつたという事実について正当防衛を認めなかつた一、二審（原審でも過剰防衛）は「…同人を仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に駐車していた同人の自動車のバンパーに打ちつけさせ…」としているのに対して、本判決では「…Tが仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、Tは思いがけぬ判示傷害を蒙つた…」とされている（以上傍点筆者、以下同じ）。同一の客観的事実が、どのように評価、認定されるかによつていかに表現が変るかを示す一好例と思われる。また本判決では右の過剰防衛認定の原審判決を覆すのに、さらに、被告人の防衛行為についても、原審認定では単に「右手でTの胸の辺を一回強く突き飛ばし」としていたのを、「素手でTの胸の辺を一回強く突いただけであり…」としている。これは従来の判例が素手（またはこれに準ずる）の攻撃に対して刃物や鉄棒などの凶器を用いての反撃の場合には概ね過剰防衛を認めてきた（たとえば大判昭和一九・一〇・二〇刑集二一・二三〇、大阪高判昭和二九・四・六高刑集七・二・二二八、東京高判昭和三〇・四・二六裁特二・九・三六七、東高判昭和三七・四・二東高刑時報一三・四・六四など多数）ことにてらして意味がある。

6、本判決について最後に残る問題点は、「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する…」という点である。ここでは防衛（反撃）行為の相当性は防衛手段として必要最小限度のものとされる。この点が強調されると、相当性の要件としてはかなり厳格な要求となり、解釈いかんによつて補充の原則を要求するのと殆ど差がなくなる。今日の学説がそれ程の厳格さを要求していないことは既述のとおりである。本件では過剰防衛を認めた原審判決を破棄して正当防衛の成立を認める方向での判決理由として示されたものであるから、結果的には不当ではないが、この判決要旨を抽象的に公式化して一般的に正当防衛の成否を定める基準とすることには疑問があるというべきであろう。

右の一点を除き、判旨に賛成である。

(1) この判決の事案は、昭和二二年のいわゆる二・一ゼネストに関するもので、被告人は、ゼネストは国家や国民に対する急迫不正の侵害であると考え、これを回避させるため、産別会議議長Kに斬りつけたというのである。その判決要旨は「一、刑法第三六条にいわゆる『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いい、被害の現在性を意味するものではない。二、国家的、公共的法益のためにする正当防衛は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合において、その防衛行為が社会通念上当然性、妥当性を認められるときにのみ、例外的に許容せられるにすぎない。」というもので、被告人の暴力の行使は立憲国家においては厳に排斥しなければならぬところのものであるとして正当防衛が認められなかつた事例であり、一般には国家的・公共的利益に対する正当防衛の可能性を認めた判例として引用されているものである。従つて、本判決がこの判例を引用して判例違反を主張した上告趣意第一点を、事案を異にするとして斥けたのは当然であつた。

(2) たとえば小野・新訂刑法講義(総論)一二三頁、草野・刑法要論六一頁、斎藤・刑法総論一〇九頁、団藤・刑法綱要(総論)一六五頁、福田・刑法総論一二三頁、大塚・注解刑法二一七頁、藤木・刑法七二頁等。「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の意義については、学説は右の通説のほかに、必要性の要件だけで足りるとする泉二説(泉二・刑法総論三八三頁、三八四頁。なお最近荘子教授もこの見解を支持しておられる。荘子・刑法総論三六八頁。この見解によれば正当防衛成立の要件はもつともゆるやかなものになる)と必要性のほかに、防衛行為が公序良俗に反しない方法でおこなわれなければならないという意味で相当性の要件を必要とする見解(たとえば牧野・刑法総論上四五八頁、江家・刑法総論一〇三頁など。この見解によるときは正当防衛の成立範囲は厳格・狭隘なものとなるおそれがある)がある。通説は右二説の折衷的なものである。

(3) 正当防衛の成立要件としては本件で問題にしているように防衛行為の必要性、相当性が論ぜられ、または泉二説のように必要性のみが論ぜられもするが、最近では、本件判旨からもうかがわれるように、必要性は、独立の要件としてというよりは、むしろ相当性の判断をする際の一の要素と考えられるようになつてきていることを看過してはならないであろう(藤木、刑法七二頁参照)。

(4) 西原教授も「こうしてみると。侵害者の侵害行為は、被告人に対する一方的攻撃とみることができ、これを相互に攻撃防禦をなす喧嘩闘争とみるべきではないであろう」とされる。本件判批判例タイムズ二四八号八二頁および八一頁参照。

(5) 本判決の事案は、かねて被害者に対し畏怖の念を抱いていた、ふだんおとなしい被告人が、被害者にいきなり手拳で二回くらい強く殴打されて逆上し、とつさに障子の鴨居の上に隠してあつたくり小刀を取り出し、被害者を死に至らしめるかも知れないが、やむをえないとして、その左胸部を突き刺し、死亡させた、というものである。一審はこれに対し、過剰防衛の成立を認めて被告人に対し懲役三年執行猶予五年の刑を言渡したが、原審は一審判決を破棄して自判し、過剰防衛の成立を否定し(被害者の侵害行為には急迫性がなく、被告人には防衛の意思なく、また防衛上やむをえない行為ではなかつたという三点により)、被告人を懲役五年に処した。この判決は、刑法三六条の防衛行為と防衛の意思(判例集には防衛の意義とあるがミスプリントと思われる)につき本文引用のように判示した(判決要旨第二)ほか、要旨第一において刑法三六条にいう「急迫」の意義につき「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」として原判決を破棄し、原審に差し戻したというものである。

（6）そのような事例については、藤木・前掲注釈刑法二四二頁参照。

（7）反対、平野・刑法総論Ⅰ九八頁、一五九頁以下。

（8）なお同旨の判例として「松茸山見廻中松茸を窃取中の被害者を発見、口論の末被害者に暴行を加えられ、これを防衛するためその両脚を抱えて引いたが、場所が急勾配の山腹斜面だつたため、後方に転倒した被害者が第二頭椎骨の不完全骨折をおこし、即死した事案につき「被告人ノ右行為ニ依リテ防衛セントシタル所ハ身体ノ利益其行為ニ因リテ生ジタル所ハ侵害者ノ死亡ニシテ両者ノ間軽重大小ノ差ハ之レアリト雖モ苟モ被侵害者ニ於テ防衛セサルヲ得サルノ必要ニ迫ラレタリト認ムヘキ一般客観的事情ノ存スル以上：（中略）決シテ同条（三六条、筆者注）第二項所謂防衛ノ程度ヲ超エタル行為ヲ以テ目スヘキニアラス防衛行為ニ依リテ防衛セントシタル利益ト其行為ニ因リテ損傷セラレタル利益トノ軽重大小等ハ此点ノ解決上之ヲ顧慮スヘキモノニアラス」（京都地判大正一〇・二一・一九新聞一九二八号一〇頁）としたものがある。（中谷瑾子）

〔労働法・経済法　八五〕　労働組合統制とリコール制度

（全日海リコール事件　東京高裁民一五部　昭和四六・九・一〇判決　労民集二二巻五号　一審東京地裁　昭和四三・九・二六判決　判例時報五六一号）

〔事実〕この事件は、全日本海員組合（以下単に全日海という）の内部に起つたリコール運動をめぐる判決である。全日海の組合規約第一一七条A項によると「役員のリコールを行なうには、すべて、その役員が決められた任務を行なわず、役員として不適格であることについて、明らかな根拠が示されなければならない。」また同条C項2には、「統制委員会は、不信任理由書の組合員署名者が五、〇〇〇名に達し、または全国委員署名者が全国委員の五分の一に達した場合は、中央執行委員会に対して、すみやかに組合員の一般投票にかけるよう、通告する。」と規定され、リコール問題が、まず最初には統制委員会において取扱われるべきことが明確にされている。同じく一一七条C項4には、「組合員の一般投票により、有効投票の過半数の不信任があつた場合に、リコールは成立し、その役員は、やめさせられる」と規定されている。なお一一八条には、機関の決定によるリコールが規定されており、リコール制度については相当細かな規定が置かれている。しかし反面組合統制についても、かなり詳細な厳しい規定が置かれており、一一九条A項には、「……組合内に紛議が起きた場合は、中央執行委員会の裁定と勧告に、従うものとする」旨規定されており、また「故意に組合を傷つけ混乱をはかるなど、反組織的な行動をした場合」は、統制違反として処分の対象となる旨も、一二〇条において規定されている。また「組合の