

Title	〔刑法五三〕 刑法三六条における侵害の急迫性(最高裁昭和五二年七月二一日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi) 刑法研究会(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.4 (1978. 4) ,p.80- 85
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=AN00224504-19780415-0080

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.

を執行させてはならない」ということになる——中務・前掲一〇頁）ため、この点も問題がないものとおもわれる。

二 後任取締役が選任されても、そのことによつて職務代行者選任の仮処分は当然に失効するものではないから、右取締役の権限は仮処分命令の効力によつて制約されることになる。その場合、取締役会決議をもつて代表取締役を選任する権限はどうなるかという点であるが、これを認めることが、批判者のいうような論理的矛盾におちいるもの（山口・前掲七六六頁）とはおもわれない。ただし、後

任取締役の権限が制約されるのは、仮処分命令の趣旨・目的の範囲内においてであつて、しかるに、この場合における代表取締役の選任は、その就任後ただちに代表権を行使すべきものとするを意味するのではなくて、仮処分の取消等によるその失効をいわば条件として代表権を行使すべきものを選任したものと解することが可能だからである。

倉沢康一郎

〔刑法 五三〕 刑法三六条における侵害の急迫性

〔事案の概要〕

昭和四六年二月一八日、F市にある県教育会館において、いわゆる中核派の学生らが、集会を開こうと準備していた際、いわゆる革マル派の学生らから攻撃を受け、いったん実力でこれを追い払つた後、ほどなく再度の攻撃があることを予期して、木刀、ホッケーのスティック、鍬の柄、鉄パイプなどを備え、予想通り攻撃してきた革マル派学生らに対して、鉄パイプなどで突くなどの暴行を共同で行なつたという事案である。

これについて、検察官は、兇器準備集合罪および暴力行為等処罰

最高裁判昭和五一年（刑）六七一号兇器準備集合、暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件、上告棄却
昭和五二年七月二日第一小法廷決定、上告棄却
刑集三二卷四号七四七頁

に関する法律違反の罪で起訴したが第一審の福岡地方裁判所は次のような理由で無罪を言い渡した。

すなわち、被告人らは、革マル派の者達の押しかけて来る態様、時刻、人数等について具体的に知つていたのではなく、たゞ漠然とそのような事態のありうべきことを知つていたというだけであるから、その予期の故に侵害の急迫性が失われるものとは認められず、また、被告人らの行為は防衛意思に基づいてした行為であると考えられないものではなく、一方被告人らに積極的な攻撃意思のあつたことを認定するにはなお合理的な疑いが残るとし、革マル派の者

らを本件程度の実力をもつてその場から追い払うということも防衛行為としての必要性および相当性を欠くものとはいえないが、結句、被告人らの行為は、正当防衛の要件を備えていると認めうる一応の根拠があり、正当防衛にならないことが合理的な疑いを超えて証明されないから無罪であるとした。

これに対し、検察官から事実誤認ならびに法令適用の誤りを主張して控訴がなされたのに対し、第二審福岡高等裁判所はこれを容れ、次のように判決した。

すなわち、記録ならびに原審において取り調べた証拠にもとづき検討すると、被告人らに積極的攻撃ないし加害の意図はなく、専ら防衛意思のみであつたとは、到底認め難いところであつて、むしろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はなかつたものといわねばならないとして、破棄差戻した。

そこで、被告人らが侵害の急迫性について、最三判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁の判例を引用して、判例違反を主張して上告した。

〔判旨〕

最高裁第一小法廷は、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。」

として、その上告を棄却した。

〔評釈〕

判旨に賛成。

一本決定は、正当防衛として行為を正当化するための要件の前提となる侵害の急迫性について、刑法三六条における侵害の急迫性は、当然又はほとんど確実に侵害が予期されただけで失われるものではないが、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失われることになる旨判示したものである。

ここに二つの問題点が指摘される。すなわち、一つは、侵害行為の予期と急迫性の存否の問題であり、他の一つは、積極的に加害行為をする意思と急迫性の存否の問題である。

前者については、本決定でも示されているように、最三判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁が、「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」と判示し、その解決を図つてゐるが、後者については、いままでの判例では明らかにされたものがなかつた。

そこで、このような問題点について、検討を加えていくことにする。

二 正当防衛における「急迫」の意義については、一般に、侵害が過去または未来に属せず現在し、または侵害の危険が間近に緊迫しており、これを排除するために反撃的に防衛行為に出る外はない緊急状態にあることをいうと解されており、⁽¹⁾この点についての学説、判例は異論をみないところである。

侵害の急迫性について、このように解するのは、正当防衛が、そもそも、切迫した不法な侵害行為に当面して、権利を防衛するために、官憲の保護を求めるいとまのない場合に、私人が実力行動で侵害を排除する行為につき、それが通常の事情の下においては犯罪を構成するものであつても罪とならないことを明らかにしたものである⁽²⁾という正当防衛の性格から導かれている。

従つて、過ぎ去つた侵害に対する報復攻撃、⁽³⁾あるいは、将来おこりうべき侵害に対する未然の先制攻撃は、⁽⁴⁾急迫性の要件を欠くことになる。

このように、侵害が「急迫」であるといふためには、官憲に

よる保護を求める余裕のないほど法益の侵害が目前にさし迫つていなければならないが、その侵害があらかじめ予期されているばあい、「急迫」であるとはいえなくなるのであろうか。

判例において、このような問題を直接正面からとりあげて積極的に解したものは前示最三判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁が最初である。

古くは、喧嘩が一旦仲裁によりおさまり帰宅したのち、再び相手が来宅して外出を強要したので、護身用の匕首を携帯し、途中ともに飲酒するよう強要されたのを峻拒して帰宅しようとしたところ、突然背後から出刃庖丁で右側背下部を刺されたため、さらに加害続行の気配を示す被害者を匕首で殺害したという事案について、急迫不正の侵害ありとして正当防衛を認めたものがある。⁽⁵⁾しかし、この判決は、匕首を携帯したのが防衛の準備であつたこと、相手の攻撃が突然であつたことから急迫性を肯定しており、⁽⁶⁾侵害行為の予期と急迫性の関係について判決のなかで直接ふれてはいない。

また、被告人が相手方と対面するとき更に攻撃を受ける蓋然性が高い状況にあつたばあい、相手方に対して謝罪させ、相手方が攻撃してきたらこれに立ちむかうため、日本刀一振を抜身のまま携え、相手方の様子をうかがううち、相手方が被告人を認め、やにわに出入刃庖丁をもつて突きかかつてきたので、携えていた日本刀で数回斬りつけたという事案について、相手方からの不正の侵害につき早くから十分の予期をもつていたことを理由に、相手方の不正な侵害は急迫なものとはいえないとして、正当防衛ないし過剰防衛の主張を

斥けた判決は、⁽⁷⁾侵害の予期が十分であつたばあい、急迫性を欠くことがあるとしているが、この判決では、侵害の予期があることをもつて、直ちに急迫性を欠くとしているのではなかつた。⁽⁸⁾

このような状況のなかで、前示昭和四六年の最高裁判決が、この問題について前述のように侵害行為の予期が急迫性を失わしめるものではないと判示したのである。

翻つて考えてみると、「あらかじめ予期された侵害は急迫性をもたない」との主張は、一見妥当なようであるが、不合理な帰結を容認することになる。

すなわち一度も妻を殴つたことのない夫がはじめて妻を殴つた場合、この殴打は予期されたものでないのに急迫性が認められ、正当防衛が成立するが、絶えず妻を殴つている夫がまた妻を殴つたばあい、その殴打は妻にとつて「予期された侵害」であるので急迫性を欠くことになり、正当防衛が認められないことになつてしまふ。⁽¹⁰⁾

そこで、加害の意図があらかじめ予期されているからといつて、当然に逃避する義務は存しないから、みずから危険を予知していたとしても、その危険が現実化し、侵害行為の着手またはそれと接合した予備的行動に出る行為の段階に達したときに、侵害を排除することは、急迫の侵害に対する排除行為と認めるにつき支障は存しないとの見解が主張される。

侵害を予期しうるといつても、漠然と予期していることもあるし、侵害を確実に予期しているとしても、その内容については種々のものが含まれうる。侵害を確実に予期し、その内容が予期した範囲の

ものであるばあいには侵害の急迫性を欠くといつてよいだろうが、そうでないばあいには、判例のいうように必ずしも侵害の予期が存在するからといつてたゞちに急迫性を否定することは妥当ではないだろう。このように解することは、行為者の主観的要素を考慮することにはなるが、違法性についての客観的判断にふれることにはならないと考える。結局、相手方による法益侵害についての予期の存在が、急迫性の要件にどのような影響を及ぼすかは、法益侵害についての予期の内容・程度、これに対処するための兇器その他の物件の準備の有無・程度、予期された法益侵害と現実が生じた事態との異同等と諸般の事情を総合して、個別的に判断するほかないであらう。⁽¹²⁾

このような見地から、本決定をみてみると本決定が前示最三判昭和四六年一月一六日を踏まえて「侵害があらかじめ予期されていたとしても、そのことからたゞちに侵害の急迫性が失われるわけではない」としたのは正当であるといえる。

三 つぎに、積極的に加害行為をする意思があつたばあい、急迫性の判断にどのような影響を与えるであろうか。

本決定においては、「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さないものと解するのが相当である」としている。本決定が、このように一般的な形でその要件を示したのは、従来の判例にみられないところである。

はじめに述べたように、正当防衛が、緊急行為として、官憲の保護を求める余裕のないばあい私人に実力行使を許すものであつてみれば、逆に、緊急的状况における侵害排除行為という性格が失われるようなばあいには急迫性の要件が否定されるものと考えられる。

平野教授は、「相手を挑発する行為あるいは攻撃を予想しながら相手に近づく行為が、相手の攻撃を利用してこれを傷つけようとしたとみられる場合」には、いわゆる「原因において違法な行為」の法理として、また、正当防衛の濫用とみられる場合にも急迫性がなくなる⁽¹³⁾とされ、急迫性の要件を広くとらえることを示唆される。

たしかに、挑発行為や加害意思を伴つた行為について、急迫性を否定することは、急迫性が正当防衛の一般的前提要件であると解するかぎり、そのように考えることもできよう。

しかし、このような「積極的に加害行為をする意思」は、急迫性を否定するという問題としてとらえるのではなく、防衛の意思の問題としてとらえることではあるまいか。⁽¹⁴⁾とくに、判例においては防衛の意思必要説にたち、従来より興奮のあまり、憤激、憎悪などの感情を伴つて反撃されたばあいにも防衛の意思を認めており、さらに、最近になつて「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」とすら判示されるにいたつてゐる。

ところで判例のように、防衛の意思について、必要説にたち、主観的動機や加害の意思を併存していてもそれだけで正当防衛を否定することにはならないとする見解や、防衛の意思をひろげていく見

解では、その内容に多くのものが含まれすぎ、防衛の意思不要説と結論的にはさほど差異がなくなつてしまふことになる。そこで、これらの見解によれば、本件のようなばあいにおいて、防衛の意思を欠くとはいえないであろう。さらに、防衛の意思不要説にたつても、挑発行為や加害意思を伴つた行為を防衛行為の相当性の問題でとらえることができようし、そうするならば、それらは、正当防衛における防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものととして、正当防衛の成立は否定され、ほとんどが過剰防衛となつて、著しく過剰防衛の範囲が拡大することになるだろう。

このように考えていくと、挑発行為や加害意思を伴つた行為を急迫性の問題としてとらえることは、必ずしも理由のないことではないと思われる。

本決定が、このように考えたのかは、必ずしも明らかではないが、加害行為をする意思で侵害に臨んだときに急迫性を否定した結論は首肯しうるものである。

四 最後に、本件の事案の性質を考えてみたばあい、いわゆる過激派学生集団においては暴力団員のように常に対立抗争中の他の暴力団の組員に対して暴力行為に及ぶわけではない。ここでは集合の目的、数、武装状況などが極めて重要な意味をもち、これらの条件が整つたときに、暴力行為に及ぶ。一審判決では、これらの条件が未だ充分整わないと考えたのに対して、原判決では、逆にこれらの条件が整つたものと見たわけで、このような判断を前提とする限り、この判決も支持されてよいであろう。

- (1) 藤木英雄・注釈刑法②のI二二五頁。最一判昭和二十四年八月八日刑集三卷九号一四六五頁は、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」としている。
- (2) 藤木・前掲書二二五頁。
- (3) 団藤重光・刑法綱要・総論一七九頁、大判昭和七年六月一日集一一卷八六頁など。
- (4) 団藤・前掲書一六三頁注(九)など。
- (5) 大判大正一四年六月二七日法律新聞二四二三号五頁。
- (6) 以後、相手方の侵害があらかじめ予期されていたことを理由に、正当防衛や過剰防衛の成立を否定したものが多かつた。大判昭和五年二月二八日刑集九卷一一五頁、同昭和八年一〇月一四日刑集一一卷一七七六頁、最判昭和三年五月一日刑集二卷五号四三一頁、同判昭和四一年一月一七日刑集三卷一一号一八〇一頁など。中谷瑾子・判例コンメンタール(大塚編)刑法I二五六頁参照。
- (7) 最三判昭和三〇年一〇月二五日刑集九卷一一号二二九五頁。
- (8) 鬼塚賢太郎、最高裁判例解説刑事編昭和四六年度二五六頁。このようにして、最三判昭和三〇年一〇月二五日は最三判昭和四六年一月一日と矛盾するものではない。
- (9) 大越義久「急迫不正の侵害」別冊ジュリスト五七号刑法判例百選I総論八四頁は、この判決を急迫性を客観的に捉えようとしたものとして評価する。この判決については、白井滋夫・刑法判例研究Ⅲ九七頁、内田文昭Ⅱ長井園「正当防衛における『急迫』な侵害・防衛の意思の意義と過剰防衛の成否」上智法学論叢集一六卷三三七五頁、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」ジュリスト五三三三三五号昭和四七年度重要判例解説一一一頁がある。
- (10) 鬼塚・前掲書二五六頁。
- (11) 藤木・前掲書二二六頁。
- (12) 白井・前掲書一〇七頁。
- (13) 平野龍一・刑法総論II二三五頁、なお、大嶋一泰「挑発行為と正当防衛」福岡大学法学論叢一七卷四号五三七頁参照。
- (14) 大越・前掲書八四頁は、この判決を、防衛の意思の問題であつたとし、このように主観的な観点から急迫性の有無を一般的に決しようとするのは、少なくとも急迫性を客観的に捉えようとした前掲昭和四六年の最判よりも数歩後退しているように思われるとしている。
- (15) 大阪高判昭和三五年一月四日高刑集一三卷八号六二〇頁。
- (16) 最三判昭和五〇年一月二八日刑集二九卷一〇号九八三頁。
- (17) 前掲最三判昭和四六年一月一日。
- (18) 前掲最三判昭和五〇年一月二八日。
- (19) 莊子邦雄「正当防衛」総合判例研究叢書(一)一七四頁、滝川幸辰「刑法第三六条と防衛意思」刑事判決批評(三)〇頁。
- (20) 牧野英一・刑法総論上卷三六六頁、小野清一郎刑法概論(増訂新版)一〇七頁、植松正・刑法総論I(再訂版)一六七頁。

(昭和五三年二月三日)

安富 潔