Title	刑法三六条における侵害の始期と時間的切迫性について
Sub Title	Zum Beginn und dem zeitlichen Bevorstehen des Angriffs im §36 StGB
Author	山田, 雄大(Yamada, Yudai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.103, (2014. 12) ,p.199- 231
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0199

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.

刑法三六条における侵害の始期と 時間的切迫性について

山田雄大

- 一 はじめに
- 二 公的保護不可能性、平穩阻害状況と侵害の始期
 - (一) 公的保護不可能性
 - (二) 平穩阻害状況
 - (三) 試論
- 三 侵害の始期と侵害の確実性
 - (一) 侵害の始期に関する判例の動向
 - (二) 侵害の確実性
- 四 正当防衛濫用の危険
 - (一) 正当防衛濫用の危険と急迫性
 - (二) 侵害の継続性
 - (三) 侵害の始期と正当防衛濫用の危険
- 五 おわりに

一 はじめに

本稿では、侵害の始期⁽¹⁾と時間的切迫性について考察する。侵害の始期は正当防衛として実力行使が可能となる時点であるが、私人の実力行使を広く認めると暴力主義的風潮が蔓延するため、実力行使は謙抑的であるべきだとされている⁽²⁾。そして、侵害の始期に関して時間的切迫性が厳格に要求される点については、後述するように「公的保護不可能性」、「平穩阻害状況」及び「正当防衛濫用の危険」という観点から言及がなされている。特に、「正当防衛濫用の危険」に関しては、侵害の継続性が問題となる場面ではこの危険が小さく、緩やかな程度の時間的切迫性が要求され、侵害の始期の場面ではこの危険が大きいため厳格に要求されると、切迫性の程度と関連付けて説明されている。もっとも、「公的保護不可能性」が急迫不正の侵害に要求されるかどうかは、これまであまり検討されてこなかったように思われる。また、正当防衛濫用の危険についてもその内容、すなわち、なぜ、どのような範囲で「正当防衛」の濫用の危険が問題とされるのかは未だ明確にされていない部分が残されているように思われる。

以上の問題意識の下、本稿では正当防衛において時間的切迫性はどのような場合にどの程度要求されるか、及びその根拠について検討を行う。具体的には、侵害の始期に関して右に挙げた「公的保護不可能性」、「平穩阻害状況」に言及する見解を検討し(二)、その後、侵害の確実性の観点から侵害の始期を説明する(三)。そして、「正当防衛濫用の危険」と時間的切迫性の関係について、まず侵害の継続性に関して検討を加えた上で、侵害の始期と正当防衛濫用の危険について考察する(四)。

二 公的保護不可能性、平穩阻害状況と侵害の始期

侵害の始期と時間的切迫性に関しては、(一)公的保護の余裕がないこと(公的保護不可能性)、(二)平穩阻害状況という異なる二点の角度から検討されている。

(一) 公的保護不可能性

以下では、学説で主張される公的保護不可能性と時間的切迫性を関連付ける説明を見ていく。この見解は、緊急状況の本質を公的機関による法益保護の余裕がないことに求めるものである。また、公的保護不可能性に関する言及は、判例においても見られるため、この点に関する判例も含めて議論を概観する。

1 学説における公的保護不可能性と時間的切迫性

公的機関による救済の余裕がない状況を急迫性に要求する見解は、公的保護が不可能な状況に被侵害者があつたことを担保する事情として時間的切迫性を要求している⁽³⁾。この見解は、正当防衛とは公的機関が法益を保護する時間的余裕がない状況において私人の実力行使を許容するものであるとして、公的保護の可能性がない状況を急迫不正の侵害の要件とするのである。この見解によれば、緊急状況の意味は公的機関が法益を保護する時間的余裕がないことであり、侵害の急迫性において公的保護不可能性が判断される。もつとも、例えば、拳銃を隠し持った乙が甲殺害を意図して自宅の三〇メートル先まで歩きながら近づいている時点においては、警察官などの公的機関が法益を保護する時間的余裕はないが、正当防衛の行使は不可能だとされる⁽⁴⁾。そこでこの見解は、この場合において時間的切迫性を正当防衛に要求し、その理由を正当防衛濫用の危険に求める⁽⁵⁾。すなわち、この例に正当防衛を肯定すると、乙が甲を殺

害する意図がない場合にも実力行使が行われることになってしまい、無用な闘争状況を作り出すことになりかねない。そのため、この見解では、濫用防止の観点から、客観的に侵害の意図が明らかで、この点の誤信が少なく、被侵害者の保護の必要性が明らかである段階として、時間的切迫性が要求されるとされている。

2 判例における公的保護不可能性

公的保護不可能性と正当防衛の成否についての言及がある代表的な判例として、最判昭和二四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁⁶⁾が挙げられる。本件では、全官共同闘争委員会が二月一日を期して、官公庁職員各労働組合総罷業を行うべき旨のいわゆる二・一ゼネスト突入宣言を發表したことで、事態の悪化を憂えると同時に事ここに至ったのは指導者の責任であると憤慨した被告人が、罷業を回避させようと考え、産別会議議長に罷業中止を勧告しようとして面会した上、押し問答の末携えていた刃物で傷害を加えた事案について、「刑法三六条にいわゆる急迫の侵害における『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意味するのであって、被害の現在性を意味するものではない。」と判示され、被害が現在していないことを理由に急迫の侵害または現在の危険を否定した原判決の誤りが認められた。その上で、「しかしながら(一)本件の主張は、個人的法益の防衛行為ではなく、国民の安全利福の防衛に関するものである。かかる公益ないし国家的法益の防衛が正当防衛として認められ得るか否かについては、これを否定する学説見解もないではないが、公共の福祉を最高の指導原理とする新憲法の理念から言つても、公共の福祉をも含めてすべての法益は防衛せらるべきであるとする刑法の理念から言つても、国家的、国民的、公共的法益についても正当防衛の許さるべき場合が存することを認むべきである。だがしかし、本来国家的、公共的法益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であつて、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却つて秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、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

おいてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」と最高裁は判示し、国家的法益の防衛について公的救済を得られなかった状況に本件はなかつたとして、急迫性を否定している。

3 検討

しかしながら、以上のような判例⁽⁷⁾の立場から公的保護不可能性が急迫性に要求されると即断するのは、やや早計であるようにも思われる。なぜなら、第一に、特殊な法益に対する侵害に限って公的保護不可能性に言及されていると考える余地も残されているからである。二・一ゼネスト事件では、「刑法三六条にいわゆる急迫の侵害における『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。」とされた部分で公的保護不可能性に関する言及がなされているわけではない。その後の「しかしながら(一)本件の主張は、個人的法益の防衛行為ではなく、国民の安全利福の防衛に関するものである。」として、改めて国家的・公共的法益に対する正当防衛に関して述べた、「公益のための正当防衛等は、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のみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」という部分で言及がされているのである。正当防衛可能な法益一般に公的保護不可能性が妥当するならば、急迫の意義について述べたところで公的救済が不可能でなかつたとして被告人側の主張を排斥すればいいのである。あえてそうせずに、公益に対する正当防衛に限って公的保護との関係性を問題としたところからすると、法益一般に對して公的保護不可能性が要求されているとまで読むことはできないのではないだろうか。

第二に、理論的にも公的保護不可能性を急迫性要件に読み込むことには疑問がある。このような理解からは、例えば警察官のいる交番の前で襲われたときには被侵害者自身は防衛できなくなるということになるが、一般的には正当防衛は成立し得ると考えられているのではないだろうか。また、国家の実力独占は法治国家における重要な原則であるが、そこから、これを急迫性で問題とすることまでが説明されるわけではないように思われる。右の交番前事例で、

被侵害者等の反撃を許容しない場合、警察官一人で防衛すれば侵害者を骨折させ侵害の発生を止められるが、警察官と被侵害者が共同して防衛に当たれば身体を取り押さえることで侵害の発生を止められ、侵害者に与える害がより少なくなるというときにも前者の選択肢しか残らないため、侵害者の不利益が増大することになってしまう。そうであるならば、急迫性を一概に否定するのではなく、必要性・相当性の問題として実力行使を許容する方が、より被侵害者、侵害者双方にとって有益ではないだろうか。

よって、公的保護不可能性が急迫性に要求されるのは、少なくとも国家的・公共的公益等の特殊な法益侵害の場合に限られるように思われる。

(二) 平穩阻害状況

以上では公的保護不可能性から急迫性を説明する見解を検討したが、平穩が阻害されている状況において正当防衛が許容されるとして、公的保護不可能性とは異なつた角度から時間的切迫性を説明する見解もある。以下では、この見解を取り上げる。

1 学説における平穩阻害状況と時間的切迫性

学説における平穩阻害状況と時間的切迫性を結び付ける見解も、公的保護不可能な状況と急迫性の認められる状況のズレを問題とし、時間的切迫性を「平和で安定した秩序」の破壊という観点から説明する。⁸⁾ すなわち、この見解は、社会の平穩が客観的に害された段階として、時間的に侵害が切迫した段階において正当防衛が許容されるとしている。そしてこのような平穩阻害状況は侵害の終了時期との関係でも意味を持つとされる。この見解は、侵害により平穩が害された後、時間が経ち再び平穩な状況が訪れた場面での被侵害者の対抗はむしろ平穩を害すものであるから、正当防衛は認められず他の緊急行為として正当化の余地が残されるだけだとするのである。⁹⁾

この見解は、平穩阻害状況という公的保護不可能性とは別の観点から、時間的切迫性が正当防衛において要求される根拠を提示している。その上で、侵害の始期及び終期を統一的に説明でき、正当防衛と他の緊急行為との関係性を説明できる点で、独自の意義を有するものだと言えるだろう。

2 検討

もっとも、この見解も時間的切迫性が要求される根拠を適切に説明しているとは言いえないのではないだろうか。この見解では、「すでに平和で安定した秩序は部分的に否定されており、ここで実力行使を認めることの弊害は大きくない」とされているが、問題はなぜ「正当防衛」としての実力行使が許容されるかであって、実力行使そのものが許容されるかではない。この見解においても、例えば、警察の駐在していない離島のホテルで翌日に強盗を行う計画を立てている者を殺害した場合のような、公的保護が不可能であるが侵害が時間的に切迫していないという事例で、自救行為等の他の緊急行為による正当化を認めるものがあるが、ここでの「実力行使を認めることの弊害」は他の緊急行為にも共通の側面ではないだろうか。従って、説明されるべきは他の緊急行為以上の実力行使が許容されるのはなぜかという正当防衛に固有の側面であるが、この説明からはこの点は明らかにされていないと思われる。

また、平穩阻害状況を考慮する見解内部で右の離島事例に正当防衛を認めるかどうかの判断が分かれていることを指摘できるように思われる。離島事例に正当防衛を認めず他の緊急行為による正当化しか認めない見解⁽¹⁰⁾と、正当防衛の成立を肯定する見解⁽¹¹⁾が存在するとも思われるのである。これは結局平穩概念の不明瞭さに問題があることに起因するものであろう。不明瞭な概念である平穩は時間的切迫性の基準として機能させるのが困難なものであると思われ⁽¹²⁾る。

(三) 試論

それでは、時間的切迫性が正当防衛において問題とされる根拠は一体何であろうか。まず、旧刑法下の正当防衛に

関する学説を見ると、既に公的保護不可能性に関する言及が見られるが、それとは別の要素を加味する理解もあった。例えば、磯部四郎博士の分類では、正当防衛の要件として、①避けることのできない不正の侵害を受けたこと、②自己の腕力を用いなければ防衛できないことが挙げられていた。⁽¹⁴⁾そこでは①について、「其暴行ハ之ヲ防禦セサレハ必然身軀生命ノ完全ヲ害サルヘキ結果ヲ生スルモノタルコトヲ要ス」として、「防衛しなければ生命身体が害されていた」という関係性が要求されていた。⁽¹⁵⁾ここでは、意識的に公的保護不可能性とは別の、「防衛しなければ生命身体が害されていた」という関係が問題とされている。

このような理解は、現行刑法下での議論においても散見される。例えば、「緊急とは、速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる危険状態」であるとする説明がある。⁽¹⁶⁾このような理解も、「反撃行為がなければ侵害が発生していた」ことをなお問題とするものである。ここでは、「反撃行為がなければ侵害が発生していた」と「公的保護の余裕がないこと」の区別が自覚的になされている。⁽¹⁷⁾もつとも、この区別が必ずしも浸透しているわけではない。

例えば、「緊急行為の特徴は、侵害法益と保全法益という二つの法益が二者択一の利益衝突状況にあるという点にある」とされながら、「官憲の救助を待つ違わないとき、さらには、官憲の救助を求め得ないことに合理的な理由のある時は、急迫性を肯定すべきであろう」と説明されているのである。⁽¹⁸⁾

しかし、両者の内容は厳密にはやはり異なるように思われる。公的保護不可能性は、侵害発生⁽¹⁹⁾の危険性を前提に、その侵害からの公的保護の可能性に着目するのである。言い換えれば、公的保護不可能性とは、「反撃行為がなければ、つまり誰も反撃せず、被侵害者が何もしなければ、侵害が発生していた」という侵害発生⁽²⁰⁾の確実性があることを前提に、「被侵害者等が公的保護を求めようとしても、侵害が発生していた」ことを問題とするものである。前者は防衛行為を消去すれば侵害が発生したことを問題として判断を行うのに対し、後者はそこに公的保護を求めるという事情を付け加える点で、両者は異なる。後者が急迫性について不要であるのは述べた通りであるが、前者は急迫性に要

求されるべきものであるように思われる。それは、反撃行為がなかったとしても侵害が発生しない場合にはそもそも正当防衛はおろか過剰防衛も成立しないと考えられるからである。過剰防衛に「急迫不正の侵害とそれに対応する行為」が要求されるのは、法益保全効果が正当防衛・過剰防衛に共通に必要とされていることによる。違法減少であれば何でもよいのではなく、少なくとも刑の減免が可能となるためには、法益保全効果という違法減少が存在しなければならぬのである。このことは正当行為の規定に着目すると明らかになる。刑法三五条には、三六条や三七条と異なつて、減免規定が存しない。例えば、令状による逮捕に際し許容される程度を超えて実力行使を行うというような、適法でない正当行為の場合にも、罪証隠滅や逃亡を防止する利益⁽¹⁹⁾が逮捕行為から発生することで、違法減少は看取され得る⁽²⁰⁾。しかし、三五条に減免規定がないことから、このような違法減少は刑を減免するには足りない⁽²¹⁾と考えることができる。すなわち、立法者は全ての違法減少に報奨を与えるのではなく、一定の違法減少に限定してこれを認めており、ここでは刑法の目的である法益保護から、法益・利益が失われることに特別の関心が向けられていると考えられるのではないだろうか⁽²²⁾。従つて、行為がただ有用性を持つだけではなく、法益侵害を食い止め、保全効果を生じさせなければ、報奨には値しないということになる。その意味で、正当防衛には法益保全効果、すなわち侵害発生の実性が要求されるのである。

そして、侵害の確実性という観点からは、正当防衛の時間的制約は侵害者の翻意する可能性と関係する。侵害が実際に意図されていたとしても、時間的余裕のある状況では翻意する可能性が一定程度存在するため、侵害が生じるのが確実だとは言えないと考えられる。翻意可能性がないと言えるためには、その意味で、少なくとも「緩やかな時間的切迫性」が必要となる。三か月後に友人を殺そうと企図している者を殺したからといって、その時点の翻意可能性の大きさからは、侵害の確実性が肯定されることにはならないが、侵害者が三〇メートルの距離に近づいている時点での切迫性では、翻意可能性の程度は低く侵害確実性は肯定されるのではないだろうか。これに対しては、攻撃者

の翻意がおよそ不可能な時点、すなわち攻撃が開始されるほどの「厳格な時間的切迫性」の存在する時点を要求する理解もあり得る。しかし、ここでは被侵害者の法益侵害の確実性が問題とされる以上、翻意可能性も法益侵害の不発生を基準として捉えられる。そうすると、攻撃の開始から法益侵害の発生まで時間的余裕のあるときには、「厳格な時間的切迫性」を要求することで正当防衛が否定されてしまうと思われる。例えば、人のいる都市へ落ちるミサイルの発射ボタンが押されようとしているが、発射後も遠隔操作により別の場所へ落すことができる場合や、真夏に嬰兒が自動車内に放置されている場合に、被侵害者の生命身体の法益侵害まで時間がかかるとしても、正当防衛可能な場合もあり得るだろう。そうだとすれば、確実性という観点から「厳格な時間的切迫性」まで要求する根拠は乏しいと思われる。

三 侵害の始期と侵害の確実性

(一) 侵害の始期に関する判例の動向

以上では、侵害の始期において侵害・攻撃の確実性という観点から「緩やかな時間的切迫性」が要求されることを指摘した。では、侵害の始期に関する判例はどの程度の時間的切迫性で急迫不正の侵害を肯定しているのだろうか。

この点については次のような立場があり得よう。すなわち、攻撃が実際に行われるまで正当防衛不可能とする理解、攻撃が行われる前段階で正当防衛可能であるが、「緩やかな時間的切迫性」で足りるとする理解、攻撃が行われる前段階で「より厳格な時間的切迫性」が必要だとする理解である。判例はどのような立場にあると理解できるかを以下では概観する。

1 攻撃の開始と侵害の始期

最高裁は、①前掲最判昭和二十四年八月一八日において侵害の始期に関する基準を示しているが、本判決で問題となったのは国家的法益に対する正当防衛であり、当該判示は被害が現在していないことを理由に急迫性を否定した原判決の誤りを指摘したに過ぎない⁽²³⁾。

また、②最判昭和四十六年一月一六日刑集二五卷八号九六頁も、被害者が手拳で二回ぐらい被告人の顔を殴打し、後退する被告人にさらに立ち向かってきた事案について、「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」と判示しているが、そこでは既に暴行が開始された事案について原判決の言及した侵害の予期や退避可能性が問題とされているのであり、侵害の開始時期について判断がされているわけではない⁽²⁴⁾。

一方で、③最判昭和二十六年八月九日集刑五一号三三一頁では、被害者が拳銃を所持しているものの、被告人にこれを突き付けるといった事情が認められない状況で、被告人が被害者を殺害しようとした事案について、「被告人が拳銃を携えていたことは認め得るが、同人が拳銃を被告人の心臓部に突き付けたということは之を認め難く、従つて未だ急迫不正の侵害行為があつたとは謂い得ない」として第一審判決の判断を肯定している。本判決は、実際に暴行が開始される等の被害を加える行為が行われるまで急迫性は肯定されないとする趣旨のものであると読むこともできる⁽²⁵⁾だろう。

2 攻撃の開始以前の段階における侵害の始期

もつとも、その後の下級審裁判例では、暴行等の攻撃が開始され被害が現在している段階以前においても急迫性を肯定したものが存する。④東京高判昭和六二年一月一九日判タ六五〇号二五二頁は、異様な形相で目をぎらつかせ座椅子に座っていた実父Aから、「そこへ座れ。」等と言われたのに対し座らずにいたところ、Aがいきなり「お前から

先に殺してやる。」と言いながら座椅子から腰を浮かして立ち上がったので、被告人が隠し持っていた水道栓開閉ハンドルをAの頭部に振り降ろし、死亡させた事案について、Aはその後ナイフを握持するに至ってなかった高度の蓋然性があるとしつつ、Aのそれまでの状況やAが危害を加えるに足りる体力を保有していたことを挙げ、「Aのその際の挙動は、もはや被告人を威迫するという域に止まるものでなく、その言辞のとおり被告人に危害を加える意思でなされたものと認める余地があり、してみると、Aが右のように申し向けて立ち上がった際にはいまだナイフを握持していなかったとしても、瞬時の間に傍らのテーブル上に鞘を払った状態で置いてある右ナイフを手にして被告人に対し切りつけ又は突きかかる等の拳に出る勢いのある態勢にあ」として、急迫性を肯定している。⁽²⁶⁾ここでは、瞬時に「ナイフを手にして被告人に対し切りつけ又は突きかかる等の拳に出る勢いのある態勢」にあると表現されている。本件は、暴行等の攻撃の前段階において急迫性が肯定されたものだとすることができらる。⁽²⁷⁾

その後、最高裁においても、⑤最判平成元年一月一三日刑集四三卷一〇号八二三頁で攻撃の前段階で急迫性が肯定されている。本件は、被害者Kが空地に駐車する際にトラブルとなった被告人が、Kが「お前、殴りたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来たので、自車内にあつた菜切包丁で脅迫した事案について、「被告人がKに対し本件菜切包丁を示した行為は、今にも身体に対し危害を加えようとする言動をもって被告人の目前に迫ってきたKからの急迫不正の侵害に対し、自己の身体を防衛する意思に出たものとみるのが相当である」と判示している。また本件調査官解説は、Kが手拳を前に突き出し足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来たのは、「被告人に対し暴行を加えようとする意図に出たものと推認することができよう。そうすると、Kは、いまだ被告人に対し暴行を加えるまでの行動には出ていないものの」Kの行為は急迫不正の侵害に当たると述べている。⁽²⁹⁾このような理解からすれば、本判決も暴行を加える前段階において急迫性を肯定していると考えられる。

また、本判決も事例②や事例①の解釈を前提にした判断を示したものとされている⁽³⁰⁾。そうだとすると、本判決は事例②で示されていないかつた急迫性解釈の具体的な一適用場面を明らかにしたものとすることができらる⁽³¹⁾。

3 緩やかな時間的切迫性と厳格な時間的切迫性

問題は、暴行等の攻撃に出る前段階においてどこまで急迫性が肯定されるかである。これにつき、裁判例では判断が二分されているとすることができるよう思われる。この点を緩やかに判断し急迫性を肯定したものととして、例えば、柳葉包丁を取り出して、店Cを出て、下宿先へ向けて約一二〇メートル先を歩いていたBを殺して被告人も殺す旨を言い、階段を上り、外へ出ようとした被害者Aに後ろから組み付いて、揉み合い、包丁を奪って刺殺した事案につき急迫性が肯定された⁽³²⁾、⑥名古屋高判昭和四六年一月二日八月刑月三卷一五九三頁がある。さらに、⑦広島地決昭和四六年二月二六日判時六二二号二七頁では、被害者Aが船をシージャックし、船員を人質に猟銃を発砲し続け、船長に命じて再び出港を始めたので、被告人等がAを狙撃した事案につき、侵害者が「半狂乱ともいふべき状態で、航海中に暴発的に船員の命を奪うという蓋然性は極めて高く一度出港すると右のような危険に対する防衛保護は全く期待できない事情を加味すると」、急迫性が肯定されるとされている。

この方向性に対して、⑧名古屋高判昭和五二年一月二五日は、「殺してやる」等と言ひ、数メートル後ろから追いかけてくる被害者を被告人が持っていた散弾銃で銃殺した事案につき、急迫性を否定している。また、⑨名古屋高判昭和三五年六月六日高刑集一三卷四号三五四頁では、暴行を加えられ、自動車内に監禁され、更なる暴行を加えるために公園へ連れ込まれようとしている被告人が、自動車に同乗していた被害者を刺殺した事案につき、生命身体に対する侵害の急迫性が否定されている。

事例⑨では、「未だ被告人の生命、身体に対する侵害の危険が現在かつ切迫していたものとはいえない」と判示されており、これを時間的に切迫する段階まで正当防衛はできないという趣旨に捉えることもできる。また、事例⑦は

「右Aと被告人が前認定のようにもみ合っていた当時、前同Bは、すでに、前記Cを立ち去り、同人の下宿先に向つていたことが認められることは所論のとおりであるけれども、これらの事実は、ここにいわゆる急迫性の有無を判断するに際し、該判断を左右するほど重要な意義を有するものとまで解する理由に乏し」とされている。速度が一定であれば、被侵害者へ迫り着くまでにかかる時間は距離の長さに相関するから、距離に関する事情が重要な意義を有しないということは、間接的に厳格な時間的切迫性に関する事情は重要でないとしてしていると理解することもできる。

(二) 侵害の確実性

以上の諸事例において、急迫不正の侵害の判断に関して特に重視されているのは、侵害意図の有無であると考えられる。事例④⑤では侵害意図に関する言及があるが、その他にも攻撃以外の意図であると判断され急迫性が否定されたものがある。福岡高判昭和三三年五月七日高検速報七三〇号一五頁では、「被害者の眞意は被告人に対し殺傷等の攻撃を加えるためでなく酔余の虚勢を張るためであったことが窮地出来、急迫していない」と急迫性を否定する旨が判示され、また、大阪高判平成一二年六月二日判タ一〇六六号二八五頁³⁴⁾では、「危害を加える意図ではなく、……被告人の姿を見て威勢を示し、これを追い払うといった程度の意思しかなかった」として急迫不正の侵害が否定されている³⁵⁾。

侵害確実性に関する本稿の立場からは、侵害意図は侵害確実性の判断基準の一つと行うことができる。侵害を引き起こす物理的原因が存しない場合には侵害は発生し得ないが、これと同様に、侵害意図は確実性を判断するファクターである³⁶⁾。暴行等の攻撃に出ていない段階では、その後攻撃に及ぶかどうかは基本的に侵害者の意図に左右されるだろう。ナイフを持っていても刺す意図がなければ、侵害は発生しない。その上で、侵害意図が肯定されても、意図の強度と攻撃までの時間的余裕から翻意可能性が相当程度認められる場合には、前述したように、なお急迫性が否定

されると考えられる。

以上のように、确实性の有無を判断するファクターは、(i)侵害意図及び侵害を引き起こす物理的原因、(ii)侵害意図の強度と時間的切迫性の程度から判断される翻意可能性である。(i)のファクターの存在は、事例⑥⑧⑨については肯定されるものの、事例⑦では生命身体に対する侵害については困難ではないかと思われる。事例⑦では、被害者が「半狂乱ともいふべき状態」であつたことが認められており、被害者は出港前にもライフル銃を発砲している。しかし、実際に人に向けて発砲したことは認められていないのであり、被害者が半狂乱であつたとしても、船の乗員に対して具体的に侵害意図がなければ、高度の蓋然性があつたとしても急迫性は肯定されないのではないだろうか。⁽³⁷⁾また、(ii)の点について、事例⑦以外のどの事例においても、侵害意図の強度から見て翻意可能性はないと言ひ得るだろう。⁽³⁸⁾比較的余裕のある事例⑥⑨においても、既に攻撃につながる行動を開始しており、その侵害意図の強度からは翻意することはほとんどないと言つてよいように思われる。そのため、「緩やかな時間的切迫性」という観点からはこれらの事案を切り分けることはできないということになる。⁽³⁹⁾

四 正当防衛濫用の危険

(一) 正当防衛濫用の危険と急迫性

では、事例⑧⑨に顕著に現れる「厳格な時間的切迫性」は正当防衛に要求されなくてもよいのだろうか。この点は前述の正当防衛濫用の危険から説明されている。确实性の観点から急迫性を説明しても、正当防衛濫用の危険から急迫性を制限的に理解することを排斥することはできない。それでは、确实性を基礎付ける事情としてではなく、正当

防衛濫用の危険から切迫性を要求することは妥当であろうか。ここでは、「正当防衛濫用の危険」の意味するところが明らかにされなければならないだろう。

ここで考えられるのは、確実性の有無の判断が困難であることから、確実性がなかった場合に無用の法益侵害が生じるおそれがあるということである。これは、侵害意図があり、確実性が肯定された事案においても、当時の事情からは侵害意図がない場合があり得て、その侵害意図がない場合には、単なる行為者の法益の侵害が生じるだけであるということである。すなわち、行為者の反撃行為時の客観的状況において、行為者の立場に立った者が反撃を行うということを繰り返した場合、確実性がなく、単なる無用の法益侵害を引き起こされる場合が多分にあり得るということであり、それは結局、行為当時において確実性がなかった危険があったということを意味する。ここでは、確実性がなかった可能性に基づいた法益侵害の危険が問題とされているのである。

この意味での「正当防衛濫用の危険」は、急迫性判断において考慮されてもよいのではないだろうか。違法性阻却の判断が、構成要件段階で肯定されたマイナス要素を止揚するプラス要素の有無を問題とするのであれば、行為者の発生させた利益と不利益を合算し、その総和が構成要件段階で認められたマイナス要素を止揚するに足りるものであるかどうか急迫性の枠内で判断されるとすることは可能である。

そして、法令行為においては同様の視点から正当化の範囲が定められていると行うことができる。法令行為においては、実際に実現利益が存在しなくても、実現利益の存在する状況にあると誤信し、その誤信が相当である場合には、違法性が阻却されるとされている。⁽⁴⁰⁾例えば、現行犯逮捕は被疑者の罪証隠滅・逃亡のおそれがない場合に対しても許容されることがあり得るのである。学説では、この点は要件が具体的に定められており、行為主体も限定されているため、行為者の判断ミスや権限濫用により不必要な法益侵害が惹起される危険が大幅に低減されていること、及び法令行為によって正当化される行為の法益侵害性はそれほど大きくないこと等から説明されている。⁽⁴¹⁾これは、行為時と

同様の状況で当該行為を繰り返した場合、生じる利益が不利益を凌駕するため、行為が許容されるということだと理解できる。⁽⁴³⁾

このような理解からは、正当防衛濫用の危険性は行為者の生じさせた利益が生じさせた害に優越する場合に正当化を肯定する、優越的利益原理に基づく内在的な制限要素だと考えられる。そして、そこで行為から生じる害を判断する基準となる要素は、(ア)判断ミスや権限濫用による法益侵害の可能性及び、(イ)正当化される行為の法益侵害性、すなわちあり得た不要な法益侵害の大きさである。(ア)の要素は、侵害の継続性の場面において考慮されるとされている。従って、以下では、まず侵害の継続性において「正当防衛濫用の危険」がどう関わっているかを概観する。その上で、侵害の始期と正当防衛濫用の危険の関係性について検討を行う。

(二) 侵害の継続性

1 侵害の継続性に関する判例の動向

以下では、侵害の継続性と正当防衛濫用の危険の関係性を見ていくが、侵害の継続性判断においても確実性は肯定されなければならない。継続性が問題となる場面では、確実性はどのように判断されるだろうか。まず、侵害の継続性に関する判例の動向を確認した上で、確実性判断について言及し、その後、正当防衛濫用の危険について検討を加える。

侵害の継続性について、大審院は侵害者から凶器を奪い取って反撃した類型において、侵害の継続性について判断せず正当防衛を排除してきたとされている。⁽⁴⁴⁾ 例えば大判昭和七年九月二十九日裁判例六刑三三三頁では、「被告人カ被害者ニ肉切庖丁ヲ以テ斬付ケタルハ被告人カ被害者ヨリ右庖丁ヲ挽取りタル以後ノ行為ニシテ此ノ場合被告人ニ対スル急迫不正ノ侵害行為尙存續スルモノト認め難キ」とされている。⁽⁴⁵⁾

その後戦後に入り、最判昭和二六年三月九日刑集五卷四号五〇〇頁⁽⁴⁵⁾では、侵害者が生木をもって打ち掛つてきたので、これを奪い取つたところ、なおも素手で組み付こうとする氣勢を示したため、頭部を奪つた生木で一回殴打して傷害を加え死亡させた事案につき、「生木をもつて打ち掛つてきた本件被害者が生木を奪い取られてもお素手で組付こうとする氣勢を示したことは特段の事情のないかぎり急迫不正の侵害があつたものといわなければならない」とされている。本件では、凶器の奪取後も急迫不正の侵害が存する場合があることが示されたとしてもできるだろう。もつとも本件では、なぜ「生木を奪い取られてもお素手で組付こうとする氣勢を示したこと」で特段の事情のない限り、急迫不正の侵害があると言えるのかは不明瞭なものにとどまっている。

この点についてはその後、最判平成九年六月一六日刑集五一卷五号四三五頁⁽⁴⁶⁾で、文化住宅の二階にいた被告人が鉄パイプを持った被害者Aから暴行を受け、鉄パイプを奪い一度殴打したが、Aに取り返され追いかけられ、階段上の踊り場でAが手すりの外側に勢い余つて上半身を前のめりに乗り出した姿勢になつたため、Aの左足を持ち上げ手すりの外側に落とし、傷害を負わせた事案について、「Aは、被告人に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余つて手すりの外側に上半身を乗り出してしまつたものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていることに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Aは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であつたものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であつた」として、急迫不正の侵害が肯定されている。本判決は、昭和二六年判決で明らかにされなかつた侵害の継続性の具体的な判断方法を示したものとされている。⁽⁴⁷⁾

ここで、継続性に関する裁判例を見ると、侵害の継続性について二種類の判示方法があると思われる。一つは、(a) 一度急迫不正の侵害が開始された以上、これを遮断する事情が認められない限り消極的に危険がないとは言えず、侵

害は継続するというものであり、もう一つは、(b)侵害意図及び攻撃の物理的可能性の有無を積極的に問うものである⁽⁴⁸⁾。また、学説においても、一定程度の危険が存在し続ける間は一つの侵害の継続を認める見解⁽⁵⁰⁾と、既に過去のものとなった侵害に意味はなく、個別の攻撃に対する急迫性を問題とすればよいとする見解⁽⁵¹⁾が存在する。前者は(a)、後者は(b)の立場とそれぞれ親和的であると理解できるだろう。

2 侵害の継続性における確実性

以上の異なる二つの侵害の継続性の見方を踏まえると、侵害確実性という観点からは、侵害の継続性に関する判断は以下のようになると思われる。まず、(a)のような理解については、侵害の開始時に肯定された侵害意図から想定される攻撃が控えているに過ぎないと説明できる。ここでは、既に確実性が認められた攻撃が改めて行われようとしているだけなのである。拳銃を人に向けて発砲しようとしている侵害者が、一発目を命中させようと、一発目が外れたため二発目を命中させようと、どちらも同じく侵害意図が確認された時点で確実性が肯定される攻撃であるだろう。当初の侵害意図から対象される因果経過の範囲での攻撃には、当初から確実性が肯定されると考えられる⁽⁵²⁾。例えば、侵害者が凶器を奪われた後、取り返して再び攻撃に及ぶような場合も、同じように当初の侵害意図の範囲での攻撃をなそうとしていると理解できる⁽⁵³⁾。

もっとも、その確実性は過去に肯定されたのであり、その時点からの事態の推移により侵害者が攻撃できなくなることもあり得る。そこで、事態の推移から侵害者が攻撃をできなくなったかを問うのが、(b)の手法であると考えられる。防衛者の反撃等により当初の侵害意図が失われてしまえば、攻撃の可能性はなくなる⁽⁵⁴⁾。また、攻撃の物理的可能性がなくなった場合にも同じく攻撃は不可能となる⁽⁵⁵⁾。このような場合には、当初の侵害確実性がその後否定されることで侵害の継続性が否定されたとと言えるだろう。

3 侵害の継続性と正当防衛濫用の危険

以上の継続性に関する判例では、侵害意図の存続や攻撃の物理的可能性の存在により確実性は肯定されよう。また、翻意可能性の観点から必要になる「緩やかな時間的切迫性」の範囲内での攻撃が控えていることも肯定されよう。⁽⁵⁶⁾ では、「厳格な時間的切迫性」は侵害の継続性に要求されるだろうか。右の事例のように大多数の事案では、厳格な時間的切迫性のない状況においても継続性が肯定されている。⁽⁵⁷⁾

学説においても、侵害の継続性が問題となる場面では、正当防衛濫用の危険が低下するため、厳格な時間的切迫性は不要だとされている。そこでは、一度急迫不正の侵害者となれば、正当防衛濫用の危険を侵害者に負担させることができるからだと説明されている。⁽⁵⁸⁾ しかし、正当防衛濫用の危険を侵害者に負担させられるのは、反撃者の実力行使が許容されるからであって、侵害者に何でも負担させることができるというわけではないだろう。⁽⁵⁹⁾ むしろここで考えられるのは、一度攻撃が開始された後は反撃者の侵害意図に関する判断ミスが減ることにより濫用の危険が低減していることである。このことにより反撃者の発生させる害が低下するため、急迫不正の侵害が肯定されると理解できる。もっとも、当初から一度しか殴らないと決めていた場合や侵害者が満足した場合も考えられ、その点判断ミスの可能性はあり得るが、そもそもそのような場合が多くないことも濫用の危険を低下させる一因であろう。ここでは、急迫不正の侵害の判断ミスが少ないことと、侵害者が侵害意図を消失させる場合が少ないことが正当防衛濫用の危険を低下させる要因となり、侵害の継続性判断においては「厳格な時間的切迫性」が要求されていないと理解できる。

(三) 侵害の始期と正当防衛濫用の危険

(二)では、侵害の継続性に関する正当防衛濫用の危険について見たが、以下では、侵害の始期と正当防衛濫用の危険について検討する。判例には、「厳格な時間的切迫性」を要求しているものと「緩やかな時間的切迫性」で十分だと

されるものがあつた。現実性の観点からは「緩やかな時間的切迫性」しか要求できないが、正当防衛濫用の危険が肯定されれば、「厳格な時間的切迫性」を要求することも考えられる。では、その濫用の危険はどのような範囲で肯定されるだろうか。

この点、「緩やかな時間的切迫性」で十分だとした諸事例について、事例⑥はむしろ急迫性を否定すべきであつて正当防衛以外の違法性阻却を考えるべきだし、事例⑦は警職法の解釈を行ったものであつて三六条を正面から問題としたものではないとする理解も考えられる。このように理解すれば、「緩やかな時間的切迫性」で十分だとしたものは実質的にはなく、「厳格な時間的切迫性」が常に要求されていると考えることもできる。

もつともそうだとしても、なお疑問は残る。事例⑤では、被告人の脅迫行為時に被告人と侵害者との距離が約三メートルであることが認められており、一方急迫性を否定した事例⑧では、被告人と侵害者が数メートルの距離にあつたことが認められている。⁽⁶¹⁾単純な比較はできないが、両者の距離の間に「厳格な時間的切迫性」の限界となる時点があると言えるだろうか。加えて、事例⑧では逃げる被告人を侵害者が追いかけるという状況での急迫性が問題となつており、一方の事例⑤では侵害者が手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来る状況で急迫性が問題視されているが、移動速度の点では逃げる者を追う事例⑧の侵害者の方が事例⑤の侵害者より優ることも考えられ、そうだとすると、距離の点では事例⑧の方が離れているものの、被告人まで到達するのにかかる時間は事例⑧の方が短いということすら考えられる。

ここでは、時間的切迫性の程度が事案によつてやや感覚的に判断されていると思われる。そうだとすると、むしろ「緩やかな時間的切迫性」で十分だとした事案も含めて、その感覚の根拠を探るのにも意味があるとは言えないだろうか。

学説では、侵害の継続性について判示した平成九年判決と同様に侵害の始期についても急迫性を緩和して判断すべ

きだとする見解があり、その主張の理由としては、「時間的に余裕のある段階で反撃行為を許容すれば防衛の準備をすることでより軽微な反撃を選択することが可能となる」ことが挙げられている⁽⁶²⁾。これに対しては、判例・通説の急迫性の意義を緩やかな解釈に変更しなければならない理由はないと批判されている⁽⁶³⁾。これが、あらゆる場合に急迫性を緩やかに判断するということが妥当でないという意味であるなら、適切な批判であるように思われる。

そうすると、原則的に攻撃が開始されるほど切迫するまで急迫性は認められないが、一部例外的に確実性が肯定される範囲で攻撃の前段階においても拡張して急迫性が認められることがあり得るということになる。では、この拡張を支える根拠は何かと言うと、そこでは、正当防衛濫用の危険の内の(イ)あり得た不要な法益侵害の大きさが関係していると思われる。

ここで重要であるのは、(ウ)攻撃開始以前の時間的に余裕のある段階では確実性の判断は困難であること、(エ)時間的に余裕のある段階ではより軽微な反撃を選択することが可能となることの二点である。まず、攻撃が開始される前の段階では、一般的に攻撃者の侵害意図を客観的事情から判断するのが困難であることが多いと考えられる⁽⁶⁴⁾。従って、実際に客観的外形から攻撃者に侵害意図が認められたとしても、これと同様の態度だが威勢を示すためであったというような、侵害意図がなかった場合もあり得る。そこでは、反撃行為者側に判断ミスの可能性があり、正当防衛濫用の危険が認められるため、正当防衛を肯定するのに足る優越的利益が認められないことになり、急迫性が否定されると考えられる。一般的に攻撃が開始されるほど切迫した時点では、判断ミスの可能性が低く、また侵害意図がない場合が少なくなるため、この点の濫用の危険性が小さくなるのである。

しかし、正当防衛濫用の危険は(ア)無用な法益侵害の可能性だけでなく、(イ)その法益侵害の重大さの観点からも判断される。つまり、時間的余裕のある段階において、より軽微な反撃が選択できる場合には、生じる可能性のある無用な法益侵害の程度も小さくなる⁽⁶⁵⁾。そして、攻撃が開始された時点では、(ア)判断ミスに基づく無用な法益侵害の可能性

は減るものの、(イ)選択できる反撃行為の幅が狭まり、より重大な結果を生じさせる反撃を選択せざるを得ないこともあり得る。この場合には、(イ)の点では正当防衛濫用の危険は高まっているのである。そうすると、攻撃の前段階ではより軽微な反撃を選択できるものの、攻撃が開始された段階ではこれを選択できず、より危険な反撃しか残されていない場合には、正当防衛濫用の危険がこの点では相対的に大きくないため、なお急迫性を肯定する余地があるように思われる。

急迫性を認めた諸事例について、事例⑤では菜切包丁による脅迫行為が「やむを得ずにした行為」だと認められているが、侵害者が暴行を開始した時点では脅迫による防衛では暴行を阻止できなくなり、包丁で身体傷害に及ばなければならなくなることも考えられる。この点で、暴行の開始時点では正当防衛濫用の危険が高まると推認されるため、急迫性が肯定されたとすることができ⁽⁶⁶⁾る。また、事例⑥では、被害者の下へ赴こうとしている侵害者に後ろから組み付く行為は必要・相当な行為と認められるだろうが、暴行が開始された時点では、より強く殴る等の強度の高い反撃が考えられるのであり、濫用の危険が高まる状況にあったとも言える⁽⁶⁷⁾。事例⑦においては、「一度出港すると右のような危険に対する防衛保護は全く期待できない事情」について触れられている⁽⁶⁸⁾。ここでは実際に攻撃が開始された時点では可能な防衛行為がないため、正当防衛濫用の危険は高まらな⁽⁶⁸⁾いと考えられるかもしれない。しかし、濫用の危険は反撃から生じる利益と不利益を合算した総和の量で判断されるから、事態が推移したことで、生じるべき利益がなくなるのであれば、全体の量もマイナスの側に傾くため、この点では急迫性は肯定されるだろう。

一方、「厳格な時間的切迫性」を要求した事例を見ると、事例⑧では散弾銃による脅迫等が可能であったかが問題となるが、逃げる被告人を攻撃者が追いかけている状況では、脅迫しようとしてもその間に追いつかれ暴行が開始される⁽⁶⁹⁾ことが考えられ、これは不十分な措置だとも言い得る。どちらにせよ散弾銃の発砲が必要となり、攻撃者が近づけばより危険の低い部位を狙って撃つこともできることにも鑑みると、正当防衛濫用の危険が高まらないため、暴行

が開始されるまで反撃を待て、として急迫性が否定されるとも考えられるだろう。⁽⁴⁹⁾ また、事例⑨においても、ナイフによる脅迫によっても結局被害者等から防止され車内から脱出するのが不可能だとすれば、ナイフを使用して身体傷害に及ぶしなくなり、攻撃開始時と正当防衛濫用の危険性の高さに変わりがなくなることになるため、急迫性が否定されると考えられる。以上のように、選択できる反撃による法益侵害の大きさという観点から、侵害の始期に関する判断を示した諸事例を一応説明できるといえる。

「厳格な時間的切迫性」を要求した事例においても、実際に暴行が開始された場面では急迫性は肯定されるだろう。例えば、事例⑧では被害者が追い付いて暴行を開始した段階で散弾銃を撃ったとき、この点での急迫性は肯定されるだろうし、事例⑨も公園に着いて暴行が開始された状況では、反撃行為に正当防衛として正当化される余地が生まれるだろう。これらの事案では、正当防衛濫用の危険が認められるため、「実際に攻撃が開始されるほど切迫するまで反撃を待て」と判断されることになると考えられる。

五 おわりに

以上で述べたことを小括する。(1)侵害の急迫性・継続性は侵害確実性及び正当防衛濫用の危険から判断される。(2)確実性は侵害意図があり、及びその翻意可能性がない時点で肯定され、翻意可能性の観点から「緩やかな時間的切迫性」が要求される。(3)正当防衛濫用の危険は、(ア)判断ミスによる無用な法益侵害の可能性、(イ)判断ミスによる無用な法益侵害の重大さから構成される。(4)正当防衛濫用の危険が高ければ「厳格な時間的切迫性」が要求されるが、侵害の継続性の場面においては(ア)が低いため、「緩やかな時間的切迫性」が肯定される限りで急迫性が肯定される。(5)侵害の始期では時間的余裕のある段階でなされる(イ)必要・相当な行為の法益侵害性が低く、攻撃が開始され切迫した段

階において、反撃による法益侵害性が高まる場合には、正当防衛濫用の危険が相対的に低いため、なお「緩やかな時間的切迫性」のみで急迫性を肯定し得る。

これまで多く言及されてきた公的保護不可能性や時間的切迫性といった急迫性に関する概念については、理論的な検討を行う余地が残されているように思われる。本稿では、急迫性判断に示される諸要素を理論的に位置付けて説明すること、そこから急迫性判断に関する具体的基準を提起することを試みた。このような議論は、以上の点の問題にとどまるものではないように思われる。例えば、判例における積極的加害意思論は、「緊急行為は法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行う暇がない場合に補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、」侵害の予期及び積極的加害意思がある場合には「正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠けている」としており、^⑩ここでは公的保護不可能であることと予期・積極的加害意思へのつながりに言及がされている。以上の議論は、侵害に先行する事情に関する議論や他の緊急行為と正当防衛の関係性等、他の領域へ波及し得るのではないだろうか。特に本稿では、公的保護不可能性が要求されるのは国家的法益等の特殊な法益に対する侵害に限られるのではないかとしたが、この点は公的保護不可能性が要求される自救行為と正当防衛の区別とも関わり得るとも思われる。このような法益と正当防衛の関係については、今後の検討課題としたい。

(1) ドイツでの攻撃の現在性に関する議論については、橋田久「正当防衛の始期」産大法学二九卷三号（一九九五）四五三頁以下、明照博章『正当防衛権の構造』（成文堂・二〇一三）二四頁以下参照。

(2) 例えば、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・一九七五）一六〇頁以下、井田良「緊急権の法体系上の位置づけ」現代刑事法六二号（二〇〇四）五頁等。

(3) 遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察——最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刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社・二〇〇六）五九頁以下。

- (13) 岡田朝太郎『日本刑法論』(有斐閣・一八九四)三三二頁や勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』(有斐閣・一九〇〇)一〇二頁以下等。これを批判するのは、江木衷『現行刑法』(明治一三年)原論 日本立法資料全集別巻75(信山社・二〇〇七)一八八頁以下。
- (14) 磯部四郎『改正増補刑法』(明治一三年)講義下巻第二分冊 日本立法資料全集別巻141(信山社・一九九九)九〇五頁以下。
- (15) 磯部・前掲注(14)九〇五頁。加えて、磯部・前掲注(14)九〇七頁以下では、②について、「假令不正ノ暴行ヲ受ルモ警察官吏ノ保護ヲ受ケ又ハ避ケ得ヘキノ餘地ヲ存シタルトキハ正當防衛ト爲ラス」と、公的保護不可能性が要求されていた。
- (16) 平場安治「緊急行為の構造」同『刑法における行為概念の研究』所収(有信堂・一九六一)一三七頁。曾根威彦「緊急行為の構造と法的性格」同『刑法における正当化の理論』所収(成文堂・一九八〇)二〇〇頁では、「緊急行為」(Notstand)とは、緊急(利益に切迫した危険)から自己又は他人の利益を擁護するために、他者の利益を侵害する(侵害せざるをえない)行為、と定義することができよう」とされている。
- (17) 平場・前掲注(16)一四〇頁では、緊急に対する国家の立場を考察し、正当防衛においては公的機関の保護不可能性が要求され、緊急避難には要求されないとする。ここでは、自覚的に両者が区別されていると思われる。
- (18) 西田典之『刑法総論』(弘文堂・二〇一〇)一三八頁、一六一頁。
- (19) 刑事訴訟規則一四三条の三は、「被疑者が逃亡する虞がなく、かつ、罪証を隠滅する虞がない等明らかに逮捕の必要がない」場合に逮捕状の請求が却下されなければならないことを定めている。
- (20) 藤木英雄「犯罪論と立法」平場安治ほか編『刑法改正の研究1 概論・総則』(東京大学出版会・一九七二)四〇頁では、過剰正当行為の規定があれば、「可罰的違法性論で賄われてきた事例の相当数が刑の免除というかたちで落着する」とされている。また、林美月子「過剰防衛と違法減少」神奈川法学三二巻一号(一九九八)一二頁(註七)では、正当行為の過剰では、違法減少は認められるが、責任減少が認められないとされている。
- (21) 争議行為の正当性の程度を超えた行為に三六条二項の準用を認めた小樽築港駅事件第一審判決(札幌地判昭和四二年五月四日判タ二一〇号二五〇頁)は、第二審(札幌高判昭和四年七月一九日下刑集一〇巻七号七一頁)において「三五条ないし三七条と併列した条文で特に三五条についてのみ刑の免除が規定されていないのは、むしろ、これについては実質的にも刑の免除を認めないという積極的な法の趣旨に解される。被告人らの所為につき、三六条二項(三七条二項でも同じだが)

- の準用という操作によつて刑を免除することは、形式上も実質上もあきらかに実定法の趣旨に反し、それは判決に影響を及ぼす法令解釈または適用の誤りである。」と否定されている。同判決を紹介した西村克彦「罪跡の構造」(新版)(信山社・一九九一)二七五頁以下では、正当性の行き過ぎにも情状による減免はあり得るとされている。
- (22) 照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌五六卷二号一五二頁以下では、刑法は各人の「法益の完全性・平等性」を保障することを示しているとされている。
- (23) 橋田久「判批」産大法学三二卷四号(一九九九)一一二頁。
- (24) 橋田・前掲注(23)一一二頁。
- (25) 曲田統「判批」法学新報一〇九卷三号(二〇〇二)一八九頁。
- (26) 同様の事案として、名古屋高判昭和四九年九月一二日刑裁月報六卷九号九五三頁。
- (27) 曲田統・前掲注(25)一九〇頁。
- (28) 評釈として、池田耕平「判批」警察学論集四三卷六号(一九九〇)一四六頁以下、川端博「判批」法学セミナー四三五号(一九九〇)二二八頁、日高義博「判批」判例評論三七七号(一九九〇)二二八頁以下、山本輝之「判批」法学教室一一七号(一九九〇)九八頁以下、齋藤信治「判批」法学新報九七卷七・八号(一九九一)二六七頁以下、山口厚「判批」警察研究六三卷一号(一九九二)二八頁以下等。
- (29) 川口宰護「最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)」(法曹会・一九九二)三三五頁。
- (30) 川口・前掲注(29)三三五頁。
- (31) その後の下級審裁判例においても攻撃の前段階で急迫性が認められている。例えば、広島高判平成一四年一二月二四日裁判所ウェブサイト等。
- (32) 評釈として、石川才顕「警察官の武器使用の許容限界」昭和四六年度重要判例解説(一九七二)一一七頁。
- (33) 最判昭和五〇年一月二八日の差戻審である。判示内容は香城敏磨「最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五〇年度)」(法曹会・一九七九)二九二頁以下参照。
- (34) 評釈として、佐久間修「判批」現代刑事法三七号(二〇〇二)七九頁以下、曲田・前掲注(25)一八五頁以下。
- (35) 同様の事案として、東京高判平成一三年九月一七日高検速報(平一三)号一一一頁、東京高判平成一三年九月一九日判時一八〇九号一五三頁等。

- (36) 物理的な侵害原因が存しないため急迫性を否定したものととして、東京高判昭和三二年七月一日日判タ七三号七三頁は、被害者が右手をポケットに入れたので、短刀でも取り出すのではないかと思ひ短刀で突き刺した事案で、被害者の短刀の所持を誤信だとしている。短刀がなければそれによる攻撃は生じないため、現実性がない事案だと言える。また、最決昭和二八年七月二日集刑八四号一頁では、「被害者の暴行は、仲裁の余地が存し、従つて、必ずしも急迫の侵害といえない」とされている。これは被害者が侵害意図を有するが、仲裁によつて物理的な攻撃の現実性が欠けるために、急迫性が否定されたとも考えられる。
- (37) もっともそうだととしても、本件では警職法七条に基づいて刑法三五条（法令行為）により違法性阻却されており、誤認の相当性がある限りで正当防衛状況になくとも正当化される余地がある。本件では、被告人等警察官の行為は現実性がなく正当防衛状況にないものの、この点から法令行為として許容され、同様の結論に至るとも考えられる。
- (38) さらに大阪高判平成二年六月五日判タ七六七号二六二頁では、喫茶店において「お前をやるには山に連れて行つてすぐには殺さんとリンチして殺すからな」等と恫喝された被告人が席を立ち店外に出て、自己の自動車内から出刃包丁を取り出して店内に引き返し被害者を刺殺した事案につき、被害者がその場で殺害行為に及ぶと考えられる状況にはなかつたとして急迫性が否定されている。本件では、山中へ連れて行かれて殺害される危険について判断はされていないが、山中へ連れて行くと言つておきながら、被告人が店を出ても何の措置も講じていないことから、実際に山中へ連れて行くつもりがあつたのか疑問が残る。そうすると、そもそも被害者に山中で殺害する意図がないか、あつたとしても強い意図ではなく時間的余裕との関係で翻意可能性が肯定され、現実性が否定されると考えられる。本件評釈として、山中敬一「判批」法学セミナー四四六号（一九九二）一四一頁。
- (39) なお、ここでの現実性の対象は侵害者の攻撃までであつて、そこからの因果経過や結果の発生までの現実性は要求されないと考えられる。攻撃から結果発生までの経過は、①結果発生の可能性の高さ、及び②発生する結果の重大さから判断される①②のどちらかが低いとき、あるいは①がゼロのとき、②が極端に低いときには、法益保護の要請が行為者に刑の減免を与えるほど働いていないため、急迫性が否定されることができ。
- (40) 大越義久「法令正当行為」平場安治ほか編「団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻」（有斐閣・一九八三）二三一頁以下参照。
- (41) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣・二〇〇七）三三三頁。

- (42) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇)一五二頁(註八七)では、法令行為とは、「当該制度の効率性の担保という観点からの長期的な利益最大化を志向して法律上規定されているという意味では、まさに問題となる諸利益を衡量した結果としてのルールである」とされている。
- (43) 大谷実「急迫不正の侵害」法学セミナー二四六号(一九七五)九八頁。
- (44) 大判大正一四年一月一日新聞二五三四号五頁では、被告人が侵害者である兄Aから出刃包丁を奪い取り胸を刺し、駆け付けた父にAが鎌で斬り付けられ逃走したのに対し、これを追ってさらに創傷を加え死亡させた事案について、「Aは力痺して現場より逃走したり是に於いて被告人に對するAの暴行は全熄みこれに對する防衛の必要は既に去りたる」と判示されている。一方で、東京控訴院判決大正一〇年三月二五日新聞一八二二号六頁では、追い掛けてきた侵害者が躓き傷を負い水田中に倒れたところ、被告人が持っていた鎌で斬り付け死亡させた事案につき、過剰防衛の成立が肯定されている。
- (45) 評釈として、小暮得雄「判批」団藤重光編『刑法判例百選「新版」』(有斐閣・一九七〇)三六頁以下、大谷・前掲注(43)九六頁以下。
- (46) 評釈として、小田直樹「判批」平成九年度重要判例解説(一九九七)一五〇頁以下、河村博「判批」研修五九八号(一九九八)一頁以下、前田雅英「正当防衛の急迫性と過剰防衛」警察学論集五一卷二二号(一九九八)一八六頁以下、川端博「判批」判例評論四八一号(一九九九)四八頁以下、橋田久「判批」産大法学三二卷四号(一九九九)一一八頁以下、橋爪隆「判批」ジュリスト一一五四号(一九九九)一三三頁以下、日高義博「判批」現代刑事法一卷一号(一九九九)六九頁以下、岡本昌子「判批」同志社法学五一卷六号(二〇〇〇)二六三頁以下、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修六五四号(二〇〇二)三頁以下、遠藤・前掲注(3)五八頁以下等。
- (47) 飯田喜信「最高裁判所判例解説刑事篇(平成九年度)」(法曹会・二〇〇〇)九六頁。
- (48) 福岡高判昭和三一年四月二六日高検速報五八〇号五七頁は、被告人が奪い取った包丁が奪い取られる危険がなかったとは言えないとしている。同様の事案として広島高判昭和三一年六月一八日判特三卷一二号六二五頁、大阪高判昭和五八年一月二二日判時一一一三号一四二頁、東京地判平成九年九月五日判タ九八二号二九八頁、東京地判平成九年二月一九日判タ九六四号二八〇頁(本件評釈として、吉田宜之「判批」判例評論四八一号(一九九九)二〇三頁以下)、大阪高判平成九年八月二九日判タ九八三号二八三頁(評釈として、伊藤亮吉「判批」早稲田法学七六卷一号(二〇〇〇)一六九頁以下)、大阪高判平成一年三月三一日判時一六八一号一五九頁(評釈として、島岡まな「判批」現代刑事法一五号(二〇〇〇)五八頁、

- 曲田統「判例評論四九六号（二〇〇〇）二二六頁」等。
- (49) 前掲最判平成九年の他に、東京高判昭和三十一年一月二七日東高刑時報七卷一二号四四五頁（土間に突き落とされた後再び攻撃する可能性）、福岡高判昭和三十一年二月二〇日高検速報六四一号二七頁（さらに匕首を奪い返さんとする態勢にあった）、他にも東京高判平成一年六月四日判時一八二五号一五三頁等。侵害意図があったとするものとして、大阪高判昭和四十二年三月三〇日下刑集九卷三号二二〇頁、広島高判平成十五年一〇月九日裁判所ウェブサイト等。前掲最判昭和二十六年も「なお素手で組付こうとする気勢」が示されているため、侵害意図の存在が肯定されるだろう。
- (50) 曾根・前掲注（46）八頁以下。
- (51) 橋爪・前掲注（46）一三四頁。
- (52) 防衛行為に侵害不発生を要求しないとすると、攻撃が遅れて行われることはなおさらよく生じ得ることになるだろう。伊藤・前掲注（48）一七一頁以下参照。
- (53) 当初の侵害意図の内容から更なる攻撃の可能性が否定されたものとして札幌高判昭和六〇年一〇月一日高検速報一二七号一頁では、刑務所洗濯作業所内で口論の末人目につかない別の場所への同行を促す意味で被告人を小突いた被害者を被告人が手拳で強打した事案につき、被害者の暴行は「一回限りのものであつて、さらにその場で継続して暴行を加えようとする意図で行われたものでないことは明らか」だとして急迫性が否定されている。
- (54) 侵害者等が攻撃態勢から退去態勢に変わったものとして、東京高判昭和三〇年六月二八日高検速報五四五号九頁、侵害者が助命の意思を表明している場合として、福岡高判昭和三十一年二月二九日高検速報五五七号二三頁。
- (55) 例えば、仙台高判昭和二十七年八月二日判特二二号一五七頁（火鉢を投げ付けようとした侵害者が胸の辺りを抑えられ、後ろから二人に抱きとめられた状態になったのに対して追撃を加えた場合）、仙台高判昭和三〇年一月二〇日高検速報昭和三十一年一八号一五頁（被告人が殴打したため侵害者が昏倒し俯せに無抵抗の状態になった場合）、福岡地判昭和三十三年四月八日一審刑集一卷四号五二三頁、福岡高判昭和三十三年九月二五日高検速報七五六号一六頁（共に抵抗を完全に抑圧されていた場合）等。
- (56) 例えば、平成九年判決では、「直ちに」攻撃はできないが「間もなく」体勢を立て直し攻撃に移れるとされている。遠藤・前掲注（3）七一頁以下参照。
- (57) 厳格な時間的切迫性を要求したと読めるものとして、広島高判昭和二十九年四月二七日高検速報（昭和二十九年）一二頁。

- (58) 遠藤・前掲注(3) 七三頁以下、小田・前掲注(46) 一五二頁。
- (59) 橋爪・前掲注(46) 一三四頁参照。
- (60) 堀籠幸雄「中山隆夫『大コンメンタール第二版第二巻』(青林書院・一九九九) 三三二頁では、「犯罪の予備を制止しようとしたところ相手がかかってきたとすべきではないか」とされている。
- (61) 被告人の散弾銃を撃つ行為時に、被告人と被害者との距離は、本件第一審では三メートル、差戻前第二審においては約五・二メートルであったとされている。
- (62) 橋爪・前掲注(46) 一三五頁。
- (63) 松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社・二〇〇六) 一三八頁以下。
- (64) 事例④や同様の事案の前掲名古屋高判昭和四九年九月二二日では急迫性が否定されている。判示の趣旨は明らかではないが、事例⑤の第一審も急迫性を否定している。
- (65) 実際に生じた法益侵害をあり得た無用な法益侵害に置き換えることはできない。そうだとすると緊急避難にも濫用の危険が考えられることになるからである。無用な法益侵害は攻撃を回避するのに必要・相当な行為から生じる害を想定すべきである。
- (66) 事例④では、被告人は頭部を水道栓開閉ハンドルで殴打しているが、ハンドルを使用するとしても「Aの手、腰などを払う等の拳に出れば防衛するに足りた」と判示されており、実際にナイフを握持してからではそのような行為では不十分であり、より強度のある殴打をしなければならぬとすると、急迫性は肯定されるだろう。
- (67) その後被告人が被害者の胸を奪った柳葉包丁で刺した部分につき、柳葉包丁を投げ捨てることや、周囲の助けを呼ぶことが困難な状況にあったことを挙げ、相当性を肯定した原審判示の方法に限られないとして、相当性が否定されている。例えばナイフで脅迫する等の対抗が考えられるであろうが、これも暴行が開始された状況では困難になると思われる。
- (68) 事例⑦では、確実性が否定されると考えられるが、防衛が不可能となるという事情は本件に固有の問題であるから、確実性が肯定されたと仮定して検討を行う。
- (69) 威嚇射撃等で侵害を止められるとすれば、この点の急迫性は肯定されるべきであったように思われる。もっとも、侵害の自招性等の観点から正当防衛は否定されたであろう。

(70) 安廣文夫 『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和六〇年度）』（法曹会・一九八九）一四八頁以下。

山田 雄大（やまだ ゆうだい）

所屬・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所屬学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法