

### III 判例研究 III

## 積極的加害意思と侵害の急迫性について

- 最高裁昭和52年7月21日決定の検討 -

安里全勝

#### I 事実の概要

本事案は、中核派の学生らが集会を開こうとした際に、予ねてより対立関係にあった革マル派の学生らの攻撃を予期して鉄パイプなどの凶器を準備して集合し、襲撃に備え、そして襲撃したというものである。事案は、次のようなものである。被告人らは、中核派に所属する者であるが、昭和46年12月18日午後0時ごろから同日午後1時20分ごろまでの間、福岡市天神2丁目5番47号所在の福岡県教育会館内において、かねて対立関係にあった革マル派などの学生らの生命、身体に対して共同して害を加える目的をもって多数の木刀、鋏の柄、ホッケーのステイック鉄パイプなどを兇器として準備して集合した。そして、同日午後1時過ぎ、そこに革マル派の者十数名が押しつけてきたため、K他2名は、木刀、鉄パイプで革マル派I名に、頭部を滅多打ちにするなどの攻撃を加え、結局、革マル派は立ち去った。革マル派の再度の襲撃を必至と考えた被告人らは、右ホールの入り口にバリケードを築いたところ、再び革マル派が来襲し、バリケード越に鉄パイプを突出したり投げ込んだりしたため、Aらも鉄パイプを投げたり、投げ込まれた鉄棒で突き返すなどして応戦しているうち、駆けつけた警察官により逮捕された。共同暴行を加えたとして6名が起訴された。

第I審判決（福岡地判昭和49・10・15刑集31巻4号765頁）は、Kらの共同暴行の所為については、兇器準備集合罪、暴力行為等処罰に関する法律一条違反の成立を認めたが、Aらの共同暴行の所為については、革マル派の襲撃が予め予期され、そのために闘争用の道具を準備していたとしても、その

ことから直ちに急迫性が失われるものではない、との理由で正当防衛の成立を認めた。そして、これとの関係において、闘争用具の準備も、防衛目的以上の共同加害目的を欠き、兇器準備集合罪を構成しないとされた。これに対し、原判決（福岡高判昭和51・2・9刑集31巻4号788頁）は、（1）被告人らは革マル派の来襲に対し共同して迎撃する目的をもって兇器を準備したものである、（2）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って、不正の侵害であっても、急迫性はなかったものというべきである、として第一審判決を破棄・差戻した。これに対し、弁護人は、最高裁昭和46年11月16日判決（刑集25巻8号996頁）に反するとして上告した。即ち、法益の侵害が予め予期できたか否かは急迫性の要件の判断にあたって何ら意味を持たず、革マル派の者らの被告人に対する攻撃は急迫不正の侵害に外ならない、とした。

## II 決定要旨

### 上告棄却

「所論のうち、判例違反をいう点は、所論引用の判例（昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第3小法廷判決・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、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ももたない旨を判示しているものではないと解されるので、所論は前提を欠き、刑訴405条の上告理由にあたらぬ。

しかしながら、所論にかんがみ職権により判断すると、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解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人A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、加害の意図をもっ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って、その旨の原判断は、結論において正当である。」(刑集31巻4号748-749頁)

### Ⅲ 研究

#### 1 問題の所在

刑法第36条の正当防衛の要件は、大別して三つの要件に分けることが出来る。第一は「急迫不正の侵害」が存在し、第二は「自己又は他人の権利を防衛するため」に、そして、第三は「やむを得ずにした」ことである。この三つの要件を充たして始めて正当防衛は成立し、違法性阻却事由として犯罪が不成立となる。それだけに各要件の充足が重要となる。最も、正当防衛は不正な侵害に対するものであるので、その要件は、緊急避難に比べるといくらか緩やかに解されている。緊急避難においては、避難行為が法益を救うための唯一の手段であり他に方法がないとされる補充の原則、また、避難行為より生じた害が避けようとした害の程度を超えないこととされる法益の権衡が必要とされる。しかし、正当防衛においても、その防衛行為が法益保全のために必要であり(必要性)、かつ法益を保全する手段として相当であると認められること(相当性)が必要となる。緊急行為としての両者の要件は、実定法解釈においていくらか違いがあるものの、犯罪不成立をもたらすものとして厳格な解釈が要求される。

ところで、正当防衛成立の第一の要件である「急迫不正の侵害」の「急迫」(急迫性)を如何に解するかが問題となるが、この点につき判例・学説は次のように解している。急迫とは法益侵害の危険が緊迫したことをいい、被害の現

在性を意味しないとされる（最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁）。また、過去の侵害又は単に将来予見される侵害に対しては、正当防衛はあり得ない。しかし、将来の侵害を予見して防衛設備を設ける場合に正当防衛が成立するかが問題となるが、防衛設備が急迫不正の侵害に際して防衛の効果を発揮したときは、正当防衛の他の要件（例えばやむを得ずにした）を充たしているかぎり、正当防衛を認めるべきであるとする<sup>1)</sup>。

このように、急迫不正の侵害とは、法益侵害の危険が緊迫した場合の侵害であり、それへの反撃行為は、その侵害行為に対してなされる。即ち、相手の侵害行為があつて始めて反撃行為が認められることになる。従つて、侵害行為が事前に十分に予期された場合、すなわち、侵害の回避可能性が十分に存在した場合には急迫性を否定するという解釈も不可能ではないという指摘がなされる<sup>2)</sup>。ここでは、「急迫」という文言は、不意の侵害・予期せざる侵害という意味にも理解しうるからであるとする<sup>3)</sup>。そこで、相手の侵害行為が予期された場合に、その機会を利用して、それも積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害した場合に、急迫の侵害があつたといえるかが問題となる。この点につき、判例は、相手の侵害が予期されていた場合は正当防衛や過剰防衛の成立を否定する判例と、それを肯定する判例が対立している。例えば、最判昭和30年10月25日は、防衛者が相手の加害を予期しただけでなく、その加害行為に対して効果的に反撃できるように事前に兇器を携行し、その準備行為が純粋に防衛のためになされたとはみられない事案について、侵害が予期されていたことを理由に急迫性を欠くとした<sup>4)</sup>。これに対して、最判昭和46年11月16日は、相手方の侵害意図が被告人に予期されていた事案において、急迫性を肯定した<sup>5)</sup>。本判決は基本的に妥当とされる。その理由は、正当防衛は原則として、侵害の回避義務を課すのではなく、また、

1) 最判昭和46年11月16日刑集25巻996頁、木村亀二・刑法総論（増補版）（昭和53年）258頁、団藤重光・刑法綱要総論（第3版）（平成2年）236頁注（10）、福田平・刑法総論（第4版）（平成16年）154頁注（1）、大塚仁・刑法概説（総論）（第3版）（平成17年）364頁注（2）、大谷實・刑法講義総論（平成19年）（新版第2版）281頁など。

2) 西田典之「侵害の急迫性」平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編刑法判例百選I総論（第3版）（平成3年）50頁。

3) 西田典之・同50頁。

4) 刑集9巻11号2295頁。同旨の判例として、昭和24・11・17刑集3巻11号1801頁。

5) 刑集25巻8号996頁。

侵害の予期があれば急迫性が失われると解するのでは正当防衛の成立が不当に制限されることになるからである<sup>6)</sup>とされる。しかし、本判決は、防衛者にとって「ある程度」の侵害の予期からただちに急迫性が失われるものではないともしており、侵害が確実に予想されていて、しかも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、とする余地をのこしていた<sup>7)</sup>。この点につき、当然またはほとんど確実に侵害が予期されていても侵害の急迫性を失うものではない、として予期の程度が急迫性に影響しないことを明らかにし、前掲46年判決の方向をさらに一步押し進めたのが本件昭和52年最高裁決定である<sup>8)</sup>。本決定は、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うしなわれるわけではないとするものの、予期された侵害の機会を利用して積極的加害意思で臨んだときは、急迫性の要件を充たさないとする。この点は、本件原審判決が攻撃を当然に予想していたことを理由として急迫性を否定したが、本決定は加害意思をもって侵害に臨んだということで急迫性を否定した。本決定は結論的に原審判決を支持したが、その理由付けについては独自の判断をした。その点に、本決定の最大の特徴があるということになる<sup>9)</sup>。それでは、本決定は積極的加害意思の場合に何故急迫性を否定するのか。この点をどう解するのが問題となる。この点につき、判例における防衛意思概念の変化に起因するとの指摘がなされる<sup>10)</sup>。学説は判例の立場を妥当とする見解と、急迫性を肯定すべきだとする見解が対立する。当該問題に関する判例・学説を概観し、本決定の当否を検討することにする。

## 2 判例の概観

判例は、相手方の侵害が予期できた場合に急迫性を肯定するか否かにつ

6) 西田典之・前掲50頁。

7) 曾根威彦「侵害の急迫性」芝原邦爾・西田典之・山口厚編刑法判例百選Ⅰ総論（第5版）（平成15年）46頁。

8) 西田典之・前掲50頁、曾根威彦・前掲45頁。

9) 曾根威彦・前掲45頁。

10) 内藤謙・刑法講義総論（中）（昭和61年）334頁、西田典之・前掲51頁、山本輝之「防衛の意思」平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編刑法判例百選Ⅰ総論（第3版）（平成3年）53頁。

き、前述のようにそれを肯定する判例と否定する判例があるが、先ずは、急迫性を否定する判例を見ることにしよう。急迫性を否定する判例は、行為者が相手方の加害を予期しただけでなく、その加害行為に対して効果的に反撃できるように事前に兇器を携行し、その準備行為が純粹に防衛のためになされたといえない事案については、侵害が予期されていたことを理由に急迫性を欠くとする。例えば、前掲最判昭和30年10月25日はこのような事案である。被告人は飲食店で飲食をしていた際知人に頼まれて兄弟喧嘩の仲裁に入ったが、逆に相手は共同で之に立ち向かい一人は包丁をもって知人を傷つけたので、一旦はその場より逃げ出したが後で面目がつぶれたと痛く憤激した結果復讐をしようと考え、日本刀を抜身で携えて相手方のいた飲食店付近の叢に身をひそめているうち、相手が現れてやにわに出刃包丁で突きかかってきたので、日本刀で反撃し相手を傷害致死させたというものである。本事案につき判決は、「被告人が被害者と対面するにおいては攻撃を受ける蓋然性が多い状況の下に、被害者に対面して謝罪させ相手が攻撃して来たらこれに立ち向かうため日本刀一振り抜身をそのまま携え、被害者の様子を窺ううち、被害者が被告人を認め矢庭に出刃包丁を持って突きかかってきた場合、被害者の不正な侵害は急迫のものといえず、被告人の被害者に加えた傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出たものといえない。」とする（判例1）<sup>11)</sup>。これに対し、侵害があらかじめ予期されていたとしても、そのことからただちに急迫性を失うものではないとする判例として、先ず大判大正14年6月27日がある。事案は、相手が必ず押しかけてくるであろうことを憂慮して護身用に匕首を買って求めておいたところ、相手が自宅に押しかけてきて外出を強要され、匕首を懐中に入れて一緒に外出したが、飲酒を強要されたため、これを断って帰路に着いたところ、相手が追従し、出刃包丁で背後から左側背下部を突き刺し、なおも切りつけてくるので、防衛上匕首で立ち向かって相手を殺害したというものである。これにつき、判決は、侵害の急迫性を肯定して

11) 刑集9巻11号2295頁。尚、同様に、相手方の侵害が予期されていたことを理由として正当防衛や過剰防衛の成立を否定した判例として、大判昭和5年2月28日刑集9巻115頁、大判昭和8年10月14日刑集12巻1776頁、最判昭和23年5月1日刑集2巻5号431頁、最判昭和24年11月17日刑集3巻11号1801頁など。

正当防衛の成立を認めた(判例2)<sup>12)</sup>。本判決の争点は、匕首の用意が闘争の準備のためであったのか、それとも予想される侵害を考慮し防衛のために準備したものであったのか、という点にあった<sup>13)</sup>。この点につき、事案を総合して観察し、喧嘩する意図はなしに純粹に防衛のために準備したものとみて、侵害の急迫性を認めたとする指摘<sup>14)</sup>、また、匕首の準備が喧嘩闘争のためでなく防衛のための準備であったこと、相手の攻撃がきわめて急であったことに力点をおいて急迫性を肯定しており、そこから、侵害行為の予見と急迫性の関係を積極的に示したものとはいえないとの指摘<sup>15)</sup>がなされていた。この後者の指摘、即ち、侵害があらかじめ予期された場合にも急迫性が認められるかにつき明確に判断したのが、前掲最判昭和46年11月16日である。事案は次のようなものである。被告人は、同宿のKから日頃何かと疎んじられ暴行などを受けていたが、同宿先を離れようと思い、近くの居酒屋で酒を飲み、酩酊し、当面の宿泊先などをあれこれ思い悩むうちに、できればKと仲直りをし、元どおりに旅館に泊めてもらおうと思い旅館に赴き、帳場南隣の広間と帳場とを仕切る開き戸あたりに立っていると、Kがこれに気づいて、またきたのかとからんだ末、手拳で2回位顔面を殴打されたので、逆上し、同室の西側障子鴨居の上にかくしてあった小刀を取り出し、これを右手にもって、同人に立ち向かい、そして、その左胸部を突き刺し、よって同人に心臓右心室大動脈貫通の刺創を負わせ、右刺創に基く心囊タンポナーゼのため、その場で死亡するにいたらしめた、というものである。これにつき、判決は、「刑法36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(判例3)<sup>16)</sup>。本件は、第一審が過剰防衛を認め懲役3年執行猶予5年を言い渡したが、原審は第一審判決には事実誤認がある

12) 法律新聞2423号5頁。

13) 曾根威彦・前掲45頁

14) 莊子邦雄「正当防衛」総合判例研究叢書刑法(1)(昭和31年)144頁。

15) 大越義久「急迫不正の侵害」平野龍一編刑法判例百選I総論(昭和53年)84頁、尚、曾根威彦・前掲46頁。

16) 刑集25卷8号996頁。

とし、①Kの侵害行為に急迫性がなかった、②被告人に防衛の意思がなかった、③防衛上やむをえない行為ではなかった、として過剰防衛の成立を否定し懲役5年を言い渡した。これに対し、本判決は、①被告人に対する不正の侵害行為に急迫性がなかった旨の原判示は首肯できない、②被告人に防衛の意思がなかった旨の原判示も合理性があるとは認めがたいとする。そして、もし、急迫性がなく、防衛の意思がなかったとすれば正当防衛の要件を欠くことのみならず、過剰防衛の要件も欠くことになるが、しかし、防衛上やむをえない行為でなかったことは、正当防衛の要件を欠くことにはなっても、過剰防衛の要件を欠くことにはならないとし、原判決が、第一審判決を事実誤認があるとしたのは理由不備であるとする。そして、原判決を破棄し、事案を原審に差し戻した。本件最高裁昭和52年決定の事案について、弁護人は上告趣意の中で本判決を引用するが、本判決は急迫性を客観的に捉えようとしたところに意義があるとの指摘がなされる<sup>17)</sup>。しかし、本判決は防衛者にとって「ある程度」の侵害の予期から「ただちに急迫性を失うものと解すべきではない」ともしており、そこから、侵害が確実に予期されていて、しかも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、とする余地を残していた<sup>18)</sup>。この点は、本件事案における弁護人の上告趣意が法益侵害が予期できたか否かは急迫性の要件の判断にあたっては何ら意味を持たない、としていることからすれば、本決定との間に見解を異にしているということが出来る<sup>19)</sup>。本決定は、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もたない旨判示しているものではないとも解され<sup>20)</sup>、またそのように解してこそ、本決定が小法廷で判決された合理性も

17) 曾根威彦・前掲46頁。尚、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」昭和47年度重要判例解説・ジュリスト535号113頁参照。

18) 曾根威彦・前掲刑法判例百選I総論(第5版)46頁、同・前掲判例評論233号46頁。尚、内田文明＝長井円「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」上智法学論集16巻3号(昭和48年)75頁参照。

19) 曾根威彦・前掲判例評論233号46頁。

20) 曾根威彦・前掲判例評論233号46頁。



理解できるとの指摘がなされる<sup>21)</sup>。

また、「急迫不正の侵害」にあるか否かが問題となった事案として、最判昭和59年1月30日(刑集38巻1号185頁)がある。事案はAに顔面を殴打されて前歯を折られるなどした被告人が、憤まんが収まらず、結局において、Aを鋏で刺突し、同人に胸腔内や心臓に達する刺創等を負わせ、間もなく同人を死亡させたというものである。判決は、「鋏は必ずしもAとの喧嘩に備えて用意したものといえるものではなく、また、Aに対する応戦行為は防衛の意思に憤怒の情が加わって激しくなったものと考えられるから、原判決の挙げる右各事由は、いずれも被告人がAとの喧嘩を予期していたことを裏付けるものということとはできない。従って、Aの木刀による攻撃は被告人の予期しなかったことであって、それは被告人に対する急迫不正の侵害というべきであり、この点において、原判決が、被告人はAの攻撃を予期しており、その機会に積極的に同人を加害する意思であったもので、Aの攻撃は侵害の急迫性に欠けるとしたのは、事実を誤認したものとわざるをえない」とし、本件事案の経過、状況から被告人には防衛の意思が認められるとする。しかし、被告人のAに対する刺突行為は、全体として防衛のためにやむをえない程度を超えたものといわざるをえないとする。

次に、最決平成4年6月5日(刑集46・4・245頁)は、不正の侵害に対して、甲と乙とが共同に対抗手段に出た場合につき、積極的な加害意思がなかった甲にとっては、急迫不正な侵害であるとしても、積極的な加害意思をもっていた乙にとっては急迫性を欠くものであるとする。ここでは、防衛者の主観を基準として侵害の急迫性が決定されているが、これは妥当でない<sup>22)</sup>。

また、大阪高判平成13年1月30日(判例時報1745号150頁)は、上部組織暴力団会長の散髪に際し、ボディガードとして同行した被告人Xが、同じく暴力団関係者である7、8人の集団から襲撃を受けたので、その反撃として現場に駆けつけた氏名不詳者らとともに、けん銃で応戦し襲撃者2名を射殺したという事案につき、「被告人らは本件襲撃と同種同等の反撃を相手方

21) 中谷僅子(大塚仁編)判例コンメンタール8刑法I(昭和51年)256頁。尚、曾根成彦・前掲判例評論233号46頁。

22) 福田平・前掲書154頁。

に加え、場合によっては防衛の程度を超える実力行使をも辞さないとの意思で本件犯行に及んだものというべきである。したがって、本件襲撃は、それのみを客観的にみると切迫した事態であったけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対するXらの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度もXらの予想を超える程度のもではなかったことなどの点に照らすと、本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠くとして、正当防衛を否定した原審の判断を維持した。本判決が防衛の程度を超える実力行使をも辞さないとの意思を認定したことは、積極的加害意思の存在を示せそうとしているのかもしれないとの指摘がなされる<sup>23)</sup>。

### 3 学説の概観

(1) 侵害が予期されていた場合に急迫性を認めることができるか否かにつき、学説は次のように解している。先ず、単に侵害を予見していたにとどまる場合には、侵害が予見されたか否かによって侵害たる性質に影響を及ぼすものではないから、これに対しては正当防衛をなし得るとする<sup>24)</sup>。ここでは、侵害が予期されただけでは急迫性は失われないとされる。このような学説の立場は、前掲最高裁昭和46年判決を肯定する。ところで、急迫性の存在を、相手方の予期された侵害を回避しないということに合理的な理由があるか否かによって認めようとする見解がある<sup>25)</sup>。この立場からは、前掲昭和46年最高裁決定は、予期された侵害を回避しないことに合理的な理由がある場合だったということになる<sup>26)</sup>。

23) 佐伯仁志「正当防衛論(2)」法学教室292号(平成17年)77頁。

24) 木村亀二・前掲書258頁、尚、団藤重光・前掲書235頁は、「急迫」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だとする。他に、侵害を予期したからといって、それだけで、侵害の急迫性が失われるものではないとする見解として、福田平・前掲書154頁注(1)、大塚仁・前掲書364頁など。

25) 西田典之・刑法総論(平成18年)154頁、橋爪隆「正当防衛論の再構成」刑法雑誌39巻3号(平成12年)367頁。

26) 西田典之・前掲書155頁。

それでは、相手の侵害行為が予期された場合に、その機会を利用して相手に対して積極的加害意思で侵害した場合に、急迫性が肯定されるであろうか。この点について、学説は見解が対立する。

第一の見解は、本件最高裁昭和52年決定と同旨の見解であり次のように主張する。まず、急迫が要件とされ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だけでなく、進んで、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、もはやその要件を充たさないものというべきであるとする<sup>27)</sup>。

これに対し、第二の見解は、本決定を批判的に捉える。ここでは、客観的事実の要件としての急迫性に積極的加害意思という主観的要素をとりこむべきでないという考慮がある<sup>28)</sup>。ところで、これらの見解は三つの立場に分かれる<sup>29)</sup>。①は、積極的加害意思で侵害に臨んだときでも、急迫性は失われるものではなく、防衛の意思がないものとして正当防衛が否定されるべきであるとする<sup>30)</sup>。②は、積極的加害意思があれば急迫性が欠けるとするのは不自然であり、急迫性は、過去・将来の侵害をふるい落とす客観的・形式的な要件と解されてきたから、いかなる意思で臨もうと客観的な侵害が押し迫っていれば急迫と解すべきであるとする<sup>31)</sup>。③は、積極的加害意思の場合、急迫不正の侵害に対する正当防衛の成立を肯定した上で、それを介して法益侵害を惹起したことを理由に犯罪の成立を肯定する<sup>32)</sup>。

④は、積極的加害意思を有していたという事情は、本来、正当防衛の有無・性格を基礎づけるものであって、正当防衛状況、なかんずく急迫性の認定に影響を及ぼすものではありえないとし、積極的加害意思をもって侵害に臨んだときは、防衛行為に関する要件、とくに、防衛意思、または防衛行為の相当性の問題に解消されるべきであるとする<sup>33)</sup>。本見解は、本決定の前段は正

27) 団藤重光・前掲書235頁、莊子邦雄・刑法総論(現代法律学全集)(3版)(平成8年)227頁、尚、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和50年)235頁。

28) 西田典之・前掲刑法判例百選Ⅰ総論(第3版)51頁参照。

29) 西田典之・前掲刑法判例百選Ⅰ総論(第3版)51頁参照。

30) 福田平・前掲書154頁注(1)、大塚仁・前掲書365頁注(四)、大谷實・前掲書281頁。

31) 前田雅英・刑法総論講義(第4版)(平成18年)328頁。

32) 山口厚・刑法総論(第2版)(平成19年)120-121頁。

33) 曾根威彦・前掲判例評論233頁48頁、同・前掲刑法判例百選Ⅰ総論(第5版)47頁参照、内藤謙・前掲書334頁。

当であるが、後段は不当であるとする<sup>34)</sup>。

#### 4 本決定の検討

以上において、判例・学説を概観したが、ここで本決定の当否を検討することにする。

ここで先ず確認されなければならないことは、正当防衛の成立要件を、正当防衛状況に関するものと、その下での正当防衛行為に関するものに分ければ、前者が存在しないときは、正当防衛は初めから問題とならず、過剰防衛の成立も考慮の外におかれることになる<sup>35)</sup>。そして、正当防衛状況の存否は、行為者の主観に左右されることなく客観的要素を対象として判断されなければならない、正当防衛状況を構成する「急迫性」についても、その判断のための標準となるのは所為の現下の客観的事態であって、行為者の主観的な認識・意思内容ではない<sup>36)</sup>。

前述のように、急迫不正の侵害とは、法益侵害の危険が緊迫した場合である。このことは、法益侵害の危険が物理的・客観的に切迫していることである<sup>37)</sup>。そこから、積極的加害意思という主観的事情が侵害の急迫性に影響を与えるかが問題となるが、主観的事情は客観的であるべき急迫性には直接対応しないと見るべきである。即ち、積極的加害意思は主観的な心情要素であり、法益侵害とは直接に対応するものではなく、その評価とはなり得ない。そうであれば、侵害の急迫性は客観的に捉えるべきであり、侵害が間近に迫っているかないかは、防衛者の主観とは無関係であり<sup>38)</sup>、正当防衛を違法阻却事由として理解する以上、積極的加害意思という心情要素は正当防衛の成

34) 曾根威彦・前掲判例評論233号48頁。

35) 曾根威彦・前掲判例評論233号47頁。

36) 曾根威彦・前掲判例評論233号47頁。なお、内藤謙・前掲書333頁、曾根威彦・刑法総論（第4版）（平成20年）102頁、浅田和茂・刑法総論（平成17年）220頁等参照。尚、正当防衛状況の存否の判断にあたって、本人の主観を含めた事情も考慮しなければならないとするものとして、香城敏磨「刑法36条における侵害の急迫性」最高裁判所判例解説 刑事編（昭和52年度）250頁。

37) 大塚仁・前掲書364頁、内藤謙・前掲書331頁、大谷實・前掲書280頁。

38) 内田文昭・刑法解釈論集I（昭和57年）234頁以下、前田雅英「正当防衛に関する一考察」団藤重光博士古希祝賀論文集第一巻（昭和58年）348頁、山中敬一・正当防衛の限界（昭和60年）189頁。

否とは無関係と考えるべきである<sup>39)</sup>。思うに、積極的加害意思の認定は困難であり、その判断が恣意的になされる危険性があることは否定できないであろう<sup>40)</sup>。

本決定の前段においては、相手方の侵害が当然に予想されたとしても、そのことからただちに急迫性は失われまいとすることを認めており、その点は妥当である<sup>41)</sup>。原判決は急迫性を否定しているが、これは妥当でない。後段は、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、侵害の急迫性の要件を充たさないとする。ここで問題となるのは、積極的加害意思をどう解するかである。積極的加害意思は主観的心情であり、責任要素として捉えるべきである。正当防衛を違法性阻却事由として理解する以上、主観的事情を防衛行為の要件として捉えるのは妥当でない。

ここで重要となるのは、正当防衛を違法阻却事由として理解する場合、その根拠をどのように解するかである<sup>42)</sup>。正当防衛が違法阻却事由である以上、その根拠は、優越利益の原理から導かれるべきである。ここでは不正な侵害者の利益は保護されないと解すべきである。即ち、相手の侵害は不正な侵害であり、保護される権利をもたない。従って、法益不存在の原則により、保護されない。攻撃者の法益と防衛された法益とを衡量して後者の優越性に違法性阻却の根拠を求めるべきである<sup>43)</sup>。そのように解すれば、積極的加害意

39) 佐伯仁志「正当防衛論(1)」法学教室291号(平成16年)86頁、橋爪隆・正当防衛論の基礎(平成20年)236頁。

40) 阿部純二=中義勝=中山研一=町野朔「刑法総論の現代的課題」Law school 42号(昭和57年)15頁〔町野朔発言〕、大越義久・刑法総論(第4版)(平成19年)180頁、橋爪隆・前掲書236頁。

41) 曾根威彦・前掲判例評論233号48頁。

42) 正当防衛の違法性阻却の根拠については、①法益性の欠如ないし優越的利益の原理に求める見解、②法確証の利益に求める見解、③その両者に求める見解等が主張される。それらの主張については、曾根威彦・刑法における正当化の理論(昭和55年)1頁以下、齊藤誠二「正当防衛の根拠と限界をめぐって」団藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻(昭和58年)290頁以下、大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学(東北大学)47巻5号(昭和59年)16頁以下、山中敬一・前掲書23頁以下、内藤謙・前掲書328頁以下、大谷實・前掲書278頁以下、西田典之・前掲書144頁以下、前田雅英・前掲書323頁以下、山口厚・前掲書110頁以下、浅田和茂・前掲書218頁以下、林幹人・刑法総論(第2版)(平成20年)185頁以下、佐伯仁志・前掲「正当防衛論(2)」76頁以下、橋爪隆・前掲書12頁以下参照。

43) 平野龍一・前掲書213、228頁、内藤謙・前掲書331頁、内田文昭・改訂刑法I(総論)(補訂版)(平成14年)192頁、西田典之・前掲書146頁、前田雅英・前掲書323頁、山口厚・前掲書105、106頁、林幹人・前掲書184頁以下、大越義久・前掲書74頁。

思があった場合でも侵害の急迫性を否定することにはならない。

急迫性は客観的に捉えられるべきである。従って、積極的加害意思があったとしてもそれによって、急迫性がなかったということはできない。その意味で、本決定の後段については、不当であり、本決定が正当防衛の成立を否定したのは不当である。