

正当防衛における「急迫性」について

松 宮 孝 明*

目 次

1. 問題の所在
2. 平成29年決定
 - (1) そ の 内 容
 - (2) その先例的意義
3. 「急迫性」と「緊急行為性」
 - (1) 「急迫性」と「防衛行為性」——昭和52年決定の論理——
 - (2) 「急迫性」と「自救行為」——平成29年決定の論理——
 - (3) 「急迫性」と「刑法36条の趣旨」
4. 「急迫性」と「相当性」
 - (1) 違法性阻却事由と罪刑法定主義
 - (2) 「急迫性」と「相当性」の関係
5. 「相当性」の定義
 - (1) 「正は不正に譲歩しない」という法格言の意味
 - (2) 「必要最小限度」公式と「害の相対的均衡」
6. 具体的事例への当てはめ
 - (1) 平成29年決定以降の下級審の問題判例
 - (2) 本判決の問題性

1. 問題の所在

近年、正当防衛が争われた刑事事件の裁判例において、新たな傾向が見受けられる。それは、正当防衛の成否を、従来のように「侵害の急迫性」、

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

「侵害の不正性」,「防衛行為の必要性」,「防衛行為の相当性」,「防衛の意思」といった正当防衛の成立要件に即して検討するのではなく、その成否をほとんど「侵害の急迫性」の有無に解消する傾向である。そこでは、これら個別要件に代えて、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるか」否かが判断基準とされ、許容されない場合には「侵害の急迫性」が否定されるのである。

そこにいう「刑法36条の趣旨」とは、正当防衛を「公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、私人による対抗行為を許容するもの」と解するものである。この趣旨を述べる裁判例は、類型的には、①警察官に救助を求める余裕があったのに積極的に反撃を行った場合に「急迫性」を否定するものと、より一般的に、② 被害者から新たな侵害を受ける可能性の低さや反撃行為の過剰性その他の諸般の事情を総合的に考慮して「急迫性」を否定するものとに分けられる。

たとえば、平成29年10月27日の名古屋地裁岡崎支部の判決¹⁾は、②の類型に属するものである。本判決は、被害者からの殴打に応戦した被告人が、仲裁が入っても被害者からなお攻撃を受けるおそれがあったと認める状況において、自己の身体を防衛する目的でガラスの空き瓶で被害者の側頭部を殴打して意識不明の重傷を負わせたという事案に関し、刑法36条の趣旨を「急迫不正の侵害という緊急状態の下で公的機関による法的保護を求めることができないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容するもの」と解する平成29年4月26日の最高裁決定²⁾を引用しつつ、「被告人が現実被害者から受けた侵害行為の内容、被害者から新たな攻撃を受ける現実的可能性の低さ、被告人の反撃行為の過剰性に

1) 名古屋地岡崎支判平成29・10・27公刊物未登載。以下、「本判決」と呼ぶ。判決書の入手に関しては、本件の弁護人に謝意を表する。なお、名古屋高判平成30・3・26（公刊物未登載）は、本判決に対する控訴を、時代遅れの「喧嘩両成敗」を持ち出して「急迫性」を否定することで斥けた。その検討は別稿に委ねる。

2) 最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁。以下、「平成29年決定」と呼ぶ。これは、①の類型に属するものである。

加えて、被告人が本件殴打に及んだ際³⁾の意思内容³⁾等の本件全般の事情に照らすと、被告人の本件殴打は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさない」として、正当防衛どころか過剰防衛による刑の減免も否定したのである。

本件では、現に被告人が被害者から攻撃されるおそれがあり、かつ、被告人には「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⁴⁾」という事情もない。それにもかかわらず、本判決は、侵害の可能性が低く、反撃が過剰で、いかなる危害が具体的に加えられると想定されていない場合には、侵害の「急迫性」が失われるというのである。

しかし、本件では、平成29年決定の事案と異なり、侵害が事前にほぼ確実に予期されていて「公的機関による法的保護を求めることができる」時間的余裕があったわけではない。その点で、事前の予期を前提とする「積極的加害意思」が認められる事案ではない。また、想定されている侵害が防衛者の認識においては具体性を欠くものであったとしても、被害者は、仲裁者がいなければ、すぐさま被告人を殴打する可能性が現にあったのである。さらに、防衛行為の過剰性は、刑法36条2項が述べるように、過剰防衛による刑の減免の可能性を残すものであって、「急迫性」を否定し刑の減免の余地を一切奪ってしまうようなものではない。ゆえに、本判決は、一体、刑法36条の趣旨をどのように解すれば、本件において「急迫性」が否定されるのか了解困難なものといってよいであろう。

そこで、本稿では、本件のような事案において本判決のように侵害の「急迫性」を否定することが、従来の「判例」や「理論」（＝「学説」）からみて正当化できるものであるか否かを検討する。もっとも、結論を先に述べれば、「公的機関による法的保護を求めることができる」時間的余裕が

3) ここにいう意思内容とは、「被害者から新たにいかなる危害が具体的に加えられると想定したかについては何ら説明していない」ことを指している。

4) 最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁。以下、「昭和52年決定」と呼ぶ。

あったとはいえ、かつ被害者は、仲裁者がいなければ、すぐさま被告人を殴打する可能性が現にあった本件⁵⁾において、その侵害の「急迫性」を否定することはできない。それどころか、防衛行為が過剰であったか否かについても、検討の余地がある。

2. 平成29年決定

(1) その内容

本判決が引用する平成29年決定⁶⁾は、以下のような事案につき、以下のような理由を付して、被告人の殺人行為につき正当防衛も過剰防衛も否定したものである。

まず、その事案は次のようなものである。

被告人は、知人であるAから、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から翌日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。はじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えられると言われたりするなど、身に覚

5) このとき、被告人は現に被害者に頭髪をつかまれていたという弁護人の主張を前提にすれば、侵害は疑いなく現在しているのであって、侵害を「予期」していたことを前提とする「積極的加害意思」や「保護を求める時間的余裕」は問題にならないが、そうでなくても、本判決が認めるように被害者による殴打の危険があったのであれば、侵害は押し迫っており、事前の「予期」を前提とする「積極的加害意思」や「保護を求める時間的余裕」は問題とならず、ゆえに、「急迫性」を否定することはできない。

6) 前掲注2) 最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁。平成29年決定の評釈ないし解説として、門田成人・法学セミナー750号（2017年）109頁、前田雅英・捜査研究66巻7号（2017年）14頁、成瀬幸典・法学教室444号（2017年）158頁、是木誠・警察学論集70巻8号（2017年）184頁、中尾佳久・ジュリスト1510号（2017年）107頁、照沼亮介・法学教室445号（2017年）48頁がある。また、平成29年決定を素材とした理論研究として、小林憲太郎「自招侵害論の行方——平成29年決定は何がしたかったのか」判例時報2336号（2017年）143頁、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）——最高裁平成29年4月26日決定を契機として——」立命館法学374号（2018年）1536頁等がある。

えのない因縁を付けられ、立腹しつつ自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

すると、被告人を見付けたAがハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

そこで、平成29年決定は、以下のような理由を付して、この殺人行為につき、正当防衛も過剰防衛も否定した。

「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく⁷⁾……、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意思等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき⁸⁾……など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、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。」

「前記1の事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していなが

7) ここでは、最判昭和46・11・16刑集25巻8号996頁が参照されている。

8) ここでは、前掲注4)最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁が参照されている。

ら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、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。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当である。」

(2) その先例的意義

ところで、この平成29年決定の先例的意義を見極める際には、「判例」と「傍論」ないし「判例理論」＝「裁判所の学説」とを区別しておかなければならない。もちろん、ここにいう「判例」とは、刑訴法405条2号および3号にいう「判例」であって、その違反が上告理由となるため、判例変更の採らなければ原判決が破棄される点で事実上の拘束力を持つものを意味する。そこでは、具体的な裁判例ではなくて、それらから抽出される、類型化された事例に対する法適用の類型化された結論（「結論命題」）が重要である。「裁判例」に付された理由がそのまま「判例」になるわけではない⁹⁾。

たとえば、昭和24年5月21日の最高裁判決¹⁰⁾は、刑法244条の「親族間の犯罪に関する特例」について、「本条は、窃盗罪の直接被害者たる財物の占有者と犯人との関係についての規定であって、その所有権者と犯人との関係についての規定ではない。」と述べたことがあった。しかし、その後、平成6年7月19日の最高裁決定¹¹⁾は、判例変更の手続きを取らずに、244条が適用されるためには、「同項所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の

9) 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）68頁以下〔中野次雄〕も、「判例の大部分を占めるのは結論命題だ」と述べ、また、「判例理論」を「学問の世界で『〇〇説』とか『〇〇理論』とか呼ばれているものと同じ内容のもの」と述べている。

10) 最判昭和24・5・21刑集3巻6号858頁。以下、「昭和24年判決」と呼ぶ。

11) 最決平成6・7・19刑集48巻5号190頁。以下、「平成6年決定」と呼ぶ。

占有者との間のみならず，所有者との間にも存することを要する。」と判断した。

これが判例変更でない理由は，次の点にある。昭和24年判決の判断は，窃盗犯人と物の占有者との間には親族関係がない事実について，窃盗犯人と物の所有者との間に親族関係があるので刑法244条を適用すべきだとする上告を斥けるためのものであった。この上告を斥けるためには，244条の適用には最低限，窃盗犯人と物の占有者との間に（も）親族関係が必要であると述べれば足りる。言い換えれば，窃盗犯人と所有者との間に親族関係が必要か否かは未解決にしておいてよかったのである。「所有者と犯人との関係についての規定ではない。」という判断は，その意味で，この事案の結論にとって余計な部分である（これを傍論という）。これに対し，平成6年決定の事案は，犯人と占有者との間には親族関係があったが，所有者との間には親族関係がなかったというものであった。ここでは，「犯人と所有者との間に（も）親族関係が必要か」という問題の解答が，結論にとって不可欠であった。そして，犯人と占有者との間に親族関係があれば刑法244条が適用されるという結論は，所有者の被害を顧みない点で妥当ではなく，同条の適用は否定されるべきであったのである。

このようにみれば，昭和24年判決の「本条は，……その所有者と犯人との関係についての規定ではない。」という傍論部分は「判例」でないこと，したがって判決や決定の「理由」そのものが「判例」となるわけではないことが理解されるであろう。

同じことは，国家公務員法の「政治的行為」に関する昭和49年11月6日の最高裁大法廷判決¹²⁾と平成24年12月7日最高裁判決¹³⁾との関係にも当てはまる。両者は，「判例」において抵触し合う関係には立たない。なぜなら，前者は「公務員により組織される団体の活動としての性格を有する」

12) 最大判昭和49・11・6 刑集28巻9号393頁。以下，「昭和49年判決」と呼ぶ。

13) 最判平成24・12・7 刑集66巻12号1337頁。以下，「平成24年判決」と呼ぶ。

行為に関する判断であり、そうでない行為に関する後者にとっては「事案を異にする判例」だからである。

ゆえに、平成6年決定と平成24年判決のいずれも、それぞれ法解釈の「中間命題」では昭和24年判決ないし昭和49年判決と相矛盾する判断を示しているが、「事案を異にする」がゆえに「判例変更」の手続きは執られていない¹⁴⁾。

ゆえに、平成29年決定の先例的意義についても、その認定事実における類型化された事例と類型化された結論との関係を見極めなければならない。そこで、平成29年決定の類型化された事例は、「被告人は、……現場に赴けば、……暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突した」という部分から読み取るべきことになる。すなわち、そこでは、① 被害者からの侵害を十分予期しており、かつ② 凶器を携行して③ 必要もないのに被害者の待つ場所に出向き、④ 攻撃を受けるや凶器による威嚇をせずに⑤ 被害者に致命傷を負わせたという事情が重要である。

そして、法適用の結論は、「本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当」という部分である。ゆえに、平成29年決定は、被害者からの侵害を十分に予期しながら凶器を携行して被害者の下に出向き、攻撃を受けてからではあるが凶器による威嚇もなく致命傷を負わせる行為には、正当防衛も過剰防衛（より正確には、過剰

14) 「判例」が「法」として拘束力を持つのであれば、それは、「要件と効果」あるいは「要件ないし効果等の定義」を内容とするものでなければならない。なぜなら、制定法の規定はこれらを内容とするものである上に、「〇〇だからこうなる」という理由付けを内容とするものは、「法」ではなくて「法の解釈および適用の理由」という「学説」ないし「理論」に属するものだからである。詳細については、松宮孝明編『判例刑法演習』（法律文化社、2015年）2頁以下を参照されたい。

防衛を理由とする刑の減免）も認められないという限りで、先例的価値を有するものといえる。

さて、この要件と効果のシークエンスを説明する方法は複数存在する。それは、平成29年決定の理由のように、刑法36条の趣旨を「急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したもの」と解し、このような「趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさない」と述べて、侵害の「急迫性」を否定するという方法でも可能である。

しかし、刑法244条の解釈適用に関する昭和24年判決の運命が教えるように、その理由付けとは別の方法で同じ結論を説明しても、「判例」の理解には問題がない。ゆえに、たとえば、本事案でも被害者からの「急迫不正の侵害」は存在するが、被告人の攻撃は「防衛の程度を超え」（刑法36条2項）ており、かつ、必要もないのに被害者の下に出向いて威嚇もせずいきなり致命傷を負わせるのは情状が悪く、ゆえに「情状により、その刑を減輕し、又は免除する」（刑法36条2項）べきではないので、正当防衛も過剰防衛（による刑の減免）も認められないという方法でも、この結論は説明可能である¹⁵⁾。

これに対し、平成29年決定をして、正当防衛の個々の要件の、とりわけ「急迫性」の定義を示すことなく、「客観的な諸事情を総合考慮して侵害の急迫性の要件を充たさないと判断¹⁶⁾」したとする解説もある。しかし、その読み方は、具体的な認定事実に即したものでない点で、昭和24年判決の「所有権者と犯人との関係についての規定ではない。」という部分を「判例」とみる読み方にならないか、慎重な検討が必要である。

むしろ、平成29年決定の事案からみて、これを後述する昭和52年決定と

15) そのような試みとして、松宮孝明「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕』（有斐閣、2008年）49頁。

16) 中尾・前掲注6)109頁。

同じく、「積極的加害意思」類型の延長線上で、より正確にはそれと同質のものとして理解する見解が多い¹⁷⁾。つまり、現在の「判例」は、公的機関による法的保護を求めることが期待できる時間的余裕があるときに、迎撃準備を整えて待ち構えていたり、あるいは自ら凶器を携えて相手方に出向いたりした上、凶器を威嚇として用いないでいきなり重大あるいは致命的な攻撃を加える場合に、つまり「積極的加害意思」が認定できる場合に正当防衛や過剰防衛（による刑の減免）を否定するというレベルにとどまっているのである。

これに対し、本判決は、現に被告人に対して侵害の可能性があることを認めながら、よりましな防衛方法があるなどと述べて、従来であれば防衛行為の「相当性」を問題にすべき事情をして「急迫性」を否定するものであり、「相当性」を含む正当防衛の全要件を「急迫性」に解消するという誤った解釈を展開している。ゆえに、この点ですでに、平成29年決定を含む従来の「判例」を逸脱したものである。

3. 「急迫性」と「緊急行為性」

(1) 「急迫性」と「防衛行為性」——昭和52年決定の論理——

もっとも、先に示唆したように、平成29年決定が、昭和52年決定を参照しつつ、刑法36条の趣旨を「急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したもの」と解した点については、これもまた、昭和24年判決の「所有権者と犯人との関係についての規定ではない。」という部分を「判例」とみる読み方であるかもしれない。

17) 照沼・前掲注6)53頁、小林・前掲注6)143頁、山本・前掲注6)1559頁。これに対して中尾・前掲注6)109頁は「昭和52年判例で示された積極的加害意思論に依拠することなく、客観的な諸事情を総合考慮して侵害の急迫性の要件を充たさないと判断している」とするが、それは疑問である。もともと、昭和52年決定の「積極的加害意思」も、客観的な諸事情を総合考慮して認定されたものだからである。

というもの、侵害を確実に予期しながら「積極的加害意思」で侵害に臨み反撃行為をした被告人らに「急迫性」を否定した昭和52年決定は、公的機関による法的保護を求めることが期待できたことのみをして「急迫性」を否定する根拠としたものではないからである。

仮に、公的機関による法的保護を求めることが期待できたことをして「急迫性」を否定する根拠とするのであれば、警察に通報して保護を求める時間的余裕がある時点で侵害がほぼ確実に予期されていれば、それだけで侵害の「急迫性」は失われよう。この場合には、「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」は不要である。

しかし、昭和52年決定の調査官（香城敏磨）解説¹⁸⁾は、「もし侵害が確実に予期されただけで急迫性が失われるものとすれば、犯人からの抵抗を確実に予期しつつもこれを逮捕しようとする警察官や相手からの攻撃を予期しつつも現に侵害されつつある他人の権利を防衛しようとする者について、正当防衛が否定されることになり、極めて不当である。¹⁹⁾」と述べている。このことは、「積極的加害意思」による「急迫性」の否定が、単に「公的機関による法的保護を求めることが期待できないとき」のみに「急迫性」を認める見解ではないことを示唆する。

また、「急迫性」を「公的機関による法的保護を求めることが期待できるときに」一律に否定すると、大変な矛盾が生じる。なぜなら、このような場合に襲撃を予期した者が警察官に保護を求めても、この侵害に対しては、保護を求められた警察官も他人を救助しようとする第三者も、——現に警察官に保護を求めることができたがゆえに、侵害に「急迫性」がないため——刑法36条の正当防衛を否定され、防衛ができなくなってしまうからである²⁰⁾。

18) 『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和52年度）』（法曹会、1980年）235頁〔香城敏磨〕。後、香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社、2005年）19頁所収。

19) 香城・前掲注18)『刑法と行政刑法』25頁以下。

20) 同じ侵害でも、「積極的加害意思」を持つ者に対してのみ、「急迫性」を否定するのであれば、保護を求められた警察官や救助にきた第三者には正当防衛を認め得ることにな

もちろん、警職法（警察官職務執行法）5 条には、警察官に対して犯罪行為の制止権限が認められている。しかし、それは「制止」までであって、行為者に重大な危害を加えることまで正当化できるかどうか疑いがある上に²¹⁾、同法 7 条但書には「刑法……第36条（正当防衛）……に該当する場合を除いては、人に危害を与えてはならない。」という規定がある。これは、不正な侵害からの保護を求められた警察官を含めて、警察官に「急迫」不正の侵害に対する正当防衛が可能であることを前提とした規定である。

ゆえに、侵害の予期ばかりでなく「積極的加害意思」をも「急迫性」否定の条件とする昭和52年決定は、刑法36条の趣旨をして、正当防衛を「公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、私人による対抗行為を許容するもの」とは必ずしも解していないのだと結論すること

ゝろう。共同正犯者のうち直接行為者にのみ過剰防衛による刑の減輕を認めた最決平成4・6・5刑集46巻4号245頁（平成4年決定）は、その理由中でこのような方法を用いている。しかし、「積極的加害意思」を問わずに「急迫性」を「公的機関による法的保護を求めることが期待できないとき」に限定してしまうと、このような相対化は不可能となる。なお、このような相対化によっても、直接行為者が完全に違法性を阻却される場合には、それと「共同して犯罪を実行」することやそれをして「犯罪を実行」させることは、適法行為も「犯罪」となるという不自然な前提を採らない限り不可能である。現に、最判平成6・12・6刑集48巻8号509頁は、「侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」だとすることで、共同正犯においては「他の正犯の行為は違法でなければならない。」とする上告趣意に込めている。もちろん、これは、他の防衛者の行為が適法であった場合に、その違法性阻却効が違法な行為をした者にも及ぶとする趣旨ではなく、単に、適法な行為をした者は共同正犯のパートナーになれないというだけのことである。ゆえに、平成4年決定の射程は、直接行為者が過剰防衛という違法行為を行った場合に限定される。もちろん、背後者が意図的に紛争を作り出して直接行為者に正当防衛を余儀なくさせ、これを利用して相手方を殺害しようとしていたのであれば、背後者には殺人罪の間接正犯が成立し得る。しかし、それは、背後者にとって「急迫」な侵害がないからではなく、「急迫」な侵害に対する直接行為者の適法行為を利用する原因を作ったことを罪責の根拠とするものである。

- 21) 仮に警察官に重大な侵害まで正当化する規定であるとしても、このとき、襲われた市民が警察官と一緒に自己を防衛することを禁止するのは不合理であろう。

ができよう。つまり、「公的機関による法的保護を求めることが期待でき」るときでも、侵害の「急迫性」が認められる場合はあり得るのである。この点で、平成29年決定の「判例理論」＝「裁判所の学説」は、昭和52年決定のそれとは異なるといえよう。もちろん、この「判例理論」には、先例拘束性はない。

もっとも、香城調査官の解説は、「本人の行為を防衛行為と認めうるか否かは、相手の行為を急迫な侵害と認めうるか否かの問題にほかなら²²⁾」ず、かつ、「本人の行為の違法性がその防衛行為性を否定する根拠である²³⁾」と述べる点で、大きな問題を孕むものである。なぜなら、ここでは、「行為の違法性」＝「防衛行為性否定」＝「急迫性否定」とされているので、侵害の「急迫性」を前提とする過剰防衛（＝違法な行為）の余地がなくなるからである。この論理では、実定法に過剰防衛はなく、そして正当防衛の要件はすべて「急迫性」に一元化されてしまう。

したがって、昭和52年決定の「判例」部分も、「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場合には、侵害の急迫性が失われる」と読むべきではない。むしろ、現に積極的な加害行為がなされたため防衛の程度を超えた侵害がなされたときには、防衛者の「積極的な加害意思」のゆえに「情状により」刑を減免する必要がないので、結果的に正当防衛も、また過剰防衛による刑の減免も否定されるという趣旨と考えたほうがよい²⁴⁾。

22) 香城・前掲注18)『刑法と行政刑法』31頁。

23) 香城・前掲注18)『刑法と行政刑法』32頁。それは、結局のところ、「予期された侵害の機会を利用して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、——『急迫性』という個別要件ではなく総合的に——相手に対する行為を正当防衛と認めないという立場」（香城・前掲注18)『刑法と行政刑法』30頁）であり、行き着くところは、「行為」ではなく「意思」を処罰するという、刑法の行為主義に反する主観主義である。

24) 松宮・前掲注15)49頁。

(2) 「急迫性」と「自救行為」——平成29年決定の論理——

それでは、刑法36条の趣旨を「急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したもの」と解する平成29年決定の論理は、どのようにして生まれたのであろうか。これについては、元判事で最高裁調査官でもあった安廣文夫氏の見解が参考になろう。

安廣氏は、1997年の日本刑法学会大会における「正当防衛と過剰防衛」と題する共同研究において、以下のような報告を行った。すなわち、「正当防衛・過剰防衛についていつも念頭に置くべきであろうと考えている事項」として、刑法の教科書等では「そもそも、緊急行為は、法による本来の保護を受ける余裕のない緊急の場合に、すなわち、法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行ういとまがない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、このような場合以外にまで私人に広く緊急行為を許すことは、かえって法秩序を害する虞があり、法的救済方法が一応完備している近代国家においては、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度に止めなければならない」旨説かれていると述べ²⁵⁾、これを「緊急行為性に忠実な解釈」と呼ぶのである²⁶⁾。そこから、「刑法36条の解釈としては、このような緊急行為といい得る行為のみを防衛行為とする結論を導くようにすべきことは、当然のこと²⁷⁾」だとされる。つまり、平成29年決定の論理は、安廣氏によって1990年代から用意されていたものなのである。

25) 下線筆者。ここでは、刑法の教科書等を代表するものとして、団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』（創文社、1990年）232頁が挙げられている。

26) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）241頁参照。

27) 安廣・前掲注26)241頁。そこから、さらに、「喧嘩闘争・暴力による紛争解決の禁止」と「銃砲刀剣類の所持・携帯の禁止からのこれらの凶器を用いた防衛行為の違法性の推認」が導かれる。なお、以上の趣旨は、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号（2012年）14頁でも繰り返されている。

しかし、この論理——「判例」ではなく「論理」——には、刑法36条の趣旨に関する大きな誤解があるように思われる。というのも、安廣氏が引用する刑法の教科書等では、「法による本来の保護を受ける余裕のないとき」という記述と並んで、侵害を予想して「忍び返し」を設けていても、「侵害が急迫になった際にその効果を生じるようなものであれば……、やはり急迫の侵害に対するものということができる。²⁸⁾」という記述もある。侵害をほぼ確実に予期して「忍び返し」を設けても、侵害が急迫（！）になった際にその効果を生じるのであれば「急迫性」は否定されないというのである。「法による本来の保護を受ける余裕のないとき」という条件を真面目に考えているのであれば、このような結論は出てこないであろう²⁹⁾。

実は、正当防衛を「緊急行為」ないし「自力救済」の一種と呼ぶとき、そこには、緊急避難と並んで、狭義の自救行為も含まれる³⁰⁾。しかし、自救行為は、正当防衛や緊急避難と異なり、侵害が急迫または危険が現在しているときに行われるものではない。それは、侵害や危険が去った後、あるいは履行期の到来した請求権がある場合に、国家による正規の手続を待っていたのでは請求権の実現が不可能または著しく困難になるという条件の下で許される請求権の保全ないし物の占有の保全なのである。正当防衛や緊急避難と異なり、今現在、権利が侵害されているとか生命・身体・財物等が侵害されるという場合ではない。ゆえに、この自救行為が正当化される要件には、国家による救済が得られず、かつ、即時にこれをしなければ請求権の実現が不可能もしくは著しく困難になることが含まれるのである³¹⁾。反対に、現に今、侵害を受けている状況に対処する正当防衛や緊

28) 団藤・前掲注 25) 236頁注(10)参照。

29) この指摘については、安廣・前掲注 26) の報告に対する筆者の質問（刑法雑誌35巻2号（1996年）259頁）も参照されたい。

30) 現に、団藤・前掲注 25) 232頁は、「正当防衛・緊急避難および自救行為を緊急行為という。」と述べている。

31) 日本民法には自救行為の明文規定がないので、日本民法に最も影響を与えたドイツ民法の規定を訳出しよう。その229条は、「自救の目的をもって物を奪取・破壊・毀損す

急避難では、今現在の被害を回避することが大事であるから、このような要件は課されない³²⁾。その意味で、正当防衛を「公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、私人による対抗行為を許容するもの」と解する平成29年決定の理解は、正当防衛と自救行為の混同に由来する謬見であるともいえよう。

なお、仮に正当防衛を「公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、私人による対抗行為を許容するもの」だとするなら、先に述べたように、侵害を予期した人物から保護を求められてやってきた警察官は、侵害に対して正当防衛ができないことになるし、保護を求めた私人も、またその友人も、警察官とともに正当防衛をすることが許されなくなってしまう。また、そもそも正当防衛が「私人による対抗行為」のみに関わるものだとすれば、警職法7条が明文で述べているように、「私人」でなく「官憲」としての警察官にも正当防衛の可能性があることが了解不可能になってしまう。

このように、平成29年決定の「判例理論」は、およそ妥当性を欠くものである。そもそも、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさない」としてしまうと、「許容

ゝる者、もしくは自救の目的をもって逃走の虞のある義務者を逮捕し、または義務者が受忍する義務を負っている行為に対するこの者の抵抗を排除する者は、国家による救済を適時に得ることができず、かつ、即座に介入しないと請求権の実現が不可能または著しく困難になる場合には、違法に行為するものではない。」と規定している。また、その859条1項から3項までは、以下のように規定して、いわゆる「占有自救」を認めている。すなわち、「(1) 物の占有者は、禁止された実力行使を、有形力を用いて回避してよい。(2) 動産が占有者から禁止された実力行使によって奪われた場合には、占有者は奪取から間がないか、もしくは追跡されている行為者からその物を奪い返してよい。(3) 不動産の占有者がその占有を禁止された実力行使によって奪われた場合には、占有者は侵奪後即座に、行為者から占有を奪うことによって占有を回復してよい。」と。

- 32) 日本刑法の36条1項や37条1項本文、さらには民法720条には、このような明文規定はない。また、日本に大きな影響を与えたドイツ刑法32条（正当防衛）、34条（正当化される緊急避難）、ドイツ民法227条（正当防衛）、228条（防御の緊急避難）、904条（攻撃的緊急避難）にも、そのような制限はない。

されない」＝「違法な」防衛行為なら常に「侵害の急迫性の要件を充たさない」ことになり、違法だが「急迫」不正の侵害に対するものである過剰防衛の存在を否定することになってしまう³³⁾。

ゆえに、正当防衛という侵害の「急迫性」は、緊急避難という危難の「現在性」と同じく、正当化される行為は侵害が継続中ないし押し迫っているときに、あるいは危難が現在しているときになされる必要があるとするものにすぎない。また、そのように解しても、平成29年決定の結論を説明できることは、すでに示した通りである。

（3）「急迫性」と「刑法36条の趣旨」

それでは、刑法36条の趣旨はどのように解されるべきであろうか。それは、オーソドックスな法解釈の手法から明らかになる。つまり、「違法な防衛だから急迫性が否定されるべきだ」というような、解釈者の世界観によって揺れる直観的判断によるのではなく、刑法36条1項に規定されている正当防衛の各要件の定義を明らかにし、それを総合して読み取るのである。すなわち、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」とは何かを、侵害の「急迫性」、「不正性」、防衛対象たる「自己又は他人の権利」の存在、「防衛するため」、「やむを得ずにした行為」といった各要件に分けて定義を明らかにし、それを総合したものを正当防衛とするのが刑法36条の趣旨だと理解するべきである。

その結果、防衛行為が侵害の急迫時に、すなわち侵害が現に継続または押し迫っているときに行われたのであれば、それは「急迫な」侵害に対する行為である³⁴⁾。刑法36条は、この意味での「急迫性」を正当防衛の必要条件のひとつとしているのであり、これより以前または以後の行為は、

33) その点では、昭和52年決定に関する香城解説（香城・前掲注18）『刑法と行政刑法』31頁以下）と同じ問題を抱える理論である。

34) このような「急迫性」の定義は、最判昭和46・11・16刑集25巻8号996頁等にみられるオーソドックスなものである。

正当防衛としては、およそ許容しないというにすぎない。

4. 「急迫性」と「相当性」

(1) 違法性阻却事由と罪刑法定主義

刑法などの制定法に明文がある違法性阻却事由については、「法が一定の形式的な要件があれば違法性が阻却されると規定した場合には、その『ことば』の制約を逸脱することはできない³⁵⁾」ため、解釈によって勝手に違法性阻却の要件を付け加え、明文の要件に当てはまる行為を処罰することは、罪刑法定原則に違反することになる³⁶⁾。なぜなら、構成要件の場合とは反対に、違法性や責任の阻却事由では、明文のない要件の付け加えは明文のない処罰範囲の拡大を意味するからである³⁷⁾。このことは、違法性阻却事由の各要件の定義を示すことなく、直感的・全体的な判断によって要件充足を否定する場合にも当てはまる。なぜなら、このような判断では、立法者が言葉によって法の解釈と適用を統制することができなくなるからである³⁸⁾。

35) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）227頁。

36) これに対し、制定法に明文のない慣習法的違法性阻却事由では、裁判所による法発見という方法でこれを認めることが可能である。もっとも、この場合でも、確立された「判例」による違法性阻却の範囲を勝手に縮小することはできないであろう。

37) この趣旨を述べる最近の論稿として、柏崎早陽子「罪刑法定主義と法定された正当化事由」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）13頁がある。また、松宮孝明「罪刑法定の原則と刑法の解釈」立命館法学332号（2010年）1299頁以下も参照されたい。

38) 挑発防衛ないし自招侵害の場合には、「防衛行為の時点において正当防衛の要件を満たしたとしても、その防衛行為が法確証の利益に反し社会的相当性を欠くものであるときは、実質的に違法性を有するものであり、そのような行為を正当防衛として正当化すれば、かえって社会秩序を乱す結果となるから、正当防衛が社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の要件を満たしていても正当防衛の成立を認めるべきではない。」（大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）286頁）とする見解がある。しかし、「防衛行為の時点において正当防衛の要件を満たした」のであれば、明文にない「社会的相当性」などの要件を加えて防衛行為の正当化を否定することは、罪刑法定主義に反する。防衛

ゆえに、本判決のように、「急迫性」の定義を示すことなく、本来、防衛行為の「相当性」に関わるものである事情も加えて「被告人の本件殴打は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさない」と判断することも、罪刑法定主義を骨抜きにするものである。

（2）「急迫性」と「相当性」の関係

ゆえに、侵害の「急迫性」と防衛行為の「相当性」は、ともに正当防衛の要件のひとつではあるが、相互に独立して判断されなければならない。つまり、「急迫性」はあるが「相当性」のない場合（過剰防衛）もあれば、「急迫性」はないが誤想された侵害に対する「相当性」はある場合（誤想防衛）も可能なのである。

5. 「相当性」の定義

（1）「正は不正に譲歩しない」という法格言の意味

ところで、最高裁は、防衛行為の「相当性」（＝「やむを得ずにした行為」）を「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」と解している³⁹⁾。それは、「権利を防衛する手段として」必要最小限度のものであるから、「反撃行為が右の限度を超えず、したがっ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っても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」。言い換えれば、回避しようとした害よりも侵害者に与えた害のほ

↘行為自体の正当化を否定するのであれば、それが正当防衛の要件のいずれかを充足しないことを論証しなければならない。そうでなければ、直接行為者に防衛を余儀なくした原因創出行為を問責の対象とするしかないであろう（「原因において違法な行為」）。

39) 最判昭和44・12・4 刑集23巻12号1573頁。以下、「昭和44年判決」と呼ぶ。

うが大きくても、それが権利防衛のために必要最小限度のものであれば、侵害者はそれを甘受するしかないのである。

これは、一般に「正は不正に譲歩する必要はない」という法確証の原理として知られたものである。これをさらに分かりやすく述べたものとして、「西船橋駅事件」に関する昭和62年9月17日の千葉地裁判決⁴⁰⁾がある。この判決は、被害者から一方的に暴行を受け、周囲の人も助けてくれない状況において被告人が被害者を突き飛ばしたところ、被害者が駅のホームから転落して進入してきた電車に轢過され死亡したという事案に関するものである。そこでは、「それでもなお自らの困惑した事態をのがれようとするのであれば、その場から立ち去る動きに出て然るべきであったかのようにいうのは、相手がかかる酔余者であることをも考え、事を荒立てずに済ませるような処置をとるのがよかったのではないかという、いわば、ただただ被告人に対してのみ然るべき対処を余儀なくさせるという片面的観点からの論であるといわざるを得ず、公共の場でそのような状態に追い込んで来た相手方の行動に関しての視点を欠く嫌いのあるものであって、右の如き論は被告人に対し一方的にそのような屈辱を甘受せよと無理強いし、また嫌がらせを受けながらもその場から逃げ去るくやしき、みじめさを耐え忍べよというに等しく、他方、駅のホームという公共の場にそぐわない行動をとる酔余者に対しては、その行動を放任する結果になることから、徒らに同人の右の動きを助長する傾きのあるのを否認しないところであり、結局において電車に乗ろうとして駅ホームでその来るのを待っていた被告人の、一市民としての立場をないがしろにするものであって、到底与することができない。」と述べられており、いわゆる「退避義務」が明確に否定されている。

また、被害者の死亡という重大な結果が生じていることについても、「これがやむを得ないもので、かつ相応な態様のものであったということ

40) 千葉地判昭和62・9・17判時1256号3頁。

を否定しようとするとき、それならば被告人としては、Aの行為に対し如何なる手立てをとったらよかったのかということにつき、その対処の余地を見出し難い立場に置かれることになる。」と批判している。これは、防衛のために必要最小限度の侵害であれば、それが回避しようとした害に比べて著しく大きい場合でも、防衛行為の「相当性」が認められることを示したものである。

さらに、防衛行為の相当性にとって「武器の対等」は必要か、という問題もある。言い換えれば、素手の相手に対して凶器を用いる場合には、それだけで「相当性」が否定されるのか、という問題である。これについては、平成元年11月13日の最高裁判決⁴¹⁾が、次のように述べている。

「被告人は、年齢も若く体力にも優れたKから、『お前、殴られたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手を取ったうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、Kからの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない。」

ここでは、「相手が年齢も若く体力にも優れているため本件菜切包丁を用いて対抗せざるを得ず、かつ防御的な行動に終始していたものであるから」とは書いていない。ゆえに、「実質的な武器対等原則」を唱えるのも誤りである。つまり、この判決は、素手の相手に対して包丁を構えて脅迫しても、それが相手からの危害を避けるための防御的な行動に終始していた場合には、防衛行為の「相当性」を認めているのである。

また、逃げるができる場合でも、防衛者に逃げる義務はない。このことは、昭和52年決定が明言するところである。すなわち、「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

41) 最判平成1・11・13刑集43巻10号823頁。

避けるべき義務を課する趣旨ではない」と。

つまり、「正は不正に譲歩しない」という法確証の原理は、防衛者がその場に踏みとどまって、あるいは行動の自由を謳歌する限りにおいて、不正の侵害に一步も譲歩することなく権利を防衛するために必要最小限度の加害行為をするのは許されるということを意味するのである。これに対して、軽微な侵害なら防衛行為を諦めて権利を放棄すべきであり、そうしなければ——過剰防衛による刑の減免の可能性はあるが——処罰するという見解を採るなら、たとえば突き飛ばせば千尋の谷底に転落死する虞の高い吊り橋上で痴漢行為にあった女性は、——逃げられない場合でも——防衛行為を諦めて痴漢行為を甘受せよと、刑罰で命令することになろう⁴²⁾。ここで、正当防衛が「正対不正」の問題であることを忘れて利益衡量に逃げ込むことは、刑罰によって不正を助ける結果になるのである⁴³⁾。

(2) 「必要最小限度」公式と「害の相対的均衡」

このような「必要最小限度」公式に対して、学説および一部の裁判例では、防衛行為の「相当性」に、生じた害が避けようとした害に比して著しく大きくないという意味での「害の相対的均衡」が要求されている⁴⁴⁾。す

42) この結論の不当性は、「重大な侵害結果が生じることが事前判断では認識できなかった」場合にのみ「相当性」を認める事前判断説では、回避できない。

43) もっとも、社会性の強い社会では、困窮の上での軽微な物の窃盗については、社会連帯の原理から、必要最小限度の防衛行為でも窃盗犯人の命を奪う危険があるのであれば、それを甘受すべき義務が認められるかもしれない。しかし、そのような義務の存在を確認することなく、安易に侵害を甘受せよと命ずるのは不当である。なお、アメリカの模範刑法典には、Art. 3 section 3.04(2)(b)(ii)に、相手を死に至らせる強制力を用いなくても退避によって確実に安全が確保できることを防衛者が認識している場合には、正当防衛を認めない旨の規定がある。しかし、これは銃社会であるアメリカにおいてむやみに致命的な発砲が行われることを回避する趣旨のものであり、防衛行為一般を否定するものではない。加えて、この種の規定は、多くの州では採用されていないようである。

44) 大審院判例には、豆腐数丁を守るために人命を奪うのは許されないと述べたものがある(大判昭和3・6・19新聞2891号14頁)。もっとも、これは侵害終了後に相手を追撃して殴り殺した事案に関するものであって、いずれにしても侵害の「急迫性」が認められな

なわち、権利防衛のために必要最小限度の加害であっても、それによって、回避しようとした害に比して著しく重大な害が生じるなら、防衛行為の「相当性」は認められないので、防衛は諦めなければならない、それでも防衛をすれば処罰するという見解である。

しかし、それは、これまでに述べたように、刑罰で「正が不正に譲歩する」ことを強いる不当な見解である。また、昭和44年判決が述べる「必要最小限度」公式は、このような「害の相対的均衡」を採るものではない。

6. 具体的事例への当てはめ

(1) 平成29年決定以降の下級審の問題判例

平成29年決定以降、本判決以外にも、その「判例」ではなく「判例理論」を拡大解釈して、正当防衛の要件を侵害の「刑法36条の趣旨」に収斂させる傾向が見受けられる。

その代表例として、平成29年9月22日の仙台地裁判決⁴⁵⁾を挙げることができよう。その事案では、被告人は被害者から模造刀で切りかかれるなどの暴行が加えられることを十分予期しながら、包丁を準備してこれを携行した上被害者の下に出向き、被害者から本件模造刀を突き出されるや、殺意をもって前記刺突行為に及んだというものである。これについて本判決は、「このような本件行為全般の状況に照らすと、Xの本件行為は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることができないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容するという刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況にあったとはいえない。」

ㄨいケースであった。むしろ、立法当時の議論では、着物一枚の窃盗を防ぐために必要とあらば、窃盗犯人を殺害してもよいと説明されていたのである（倉富勇三郎ほか編、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革総覧』（信山社、1990年）883頁以下参照）。

45) 仙台地判平成29・9・22裁判所ウェブサイト。この判決の評釈として、井上宜裕・新判例解説 Watch Web 版。

と述べ、正当防衛のどの要件が充たされないかを示さないまま、「刑法36条の趣旨」を持ち出して結論を根拠づけた。

しかし、平成29年決定は、まがりなりにも「刑法36条の趣旨」を「急迫性」解釈の手掛かりとして用いていた。これに対して、この判決のような論理は、もはや制定法の解釈論ではない。制定法が違法性阻却の要件を示しているのであれば、「刑法36条の趣旨」ではなく「刑法36条の要件」に照らして、その結論を説明するべきである。

また、侵害の「不正性」に関しては、平成30年2月27日の大阪高裁判決⁴⁶⁾が、被害者側の不法な介入に対して、これを否定することにより、過剰防衛も否定する判断を示している。この判決は、空缶の回収をめぐる口論となった際に、立ち去ろうとした被告人の車のエンジンキーを抜き取って車外に持ち出そうとした被害者の行為を阻止するためにその手に噛みついて傷害を負わせた被告人の行為につき、「被害者において、警察官に被告人もいるその場で事情を聞いてもらおうと、警察官が来るまでのわずかな間、不審者である被告人をその場に留めようとしたことは目的において相当」であり、被告人がしようとしていた行為は罰則がなくても違法な行為であり、その不利益も軽微であって、「ここで被告人に立ち去られてしまえば、後日、適切な指導がなされるまでの間は、被告人が缶を持ち去る可能性があり、将来の違法行為の抑止としては不十分であるから、被告人をその場に留め置く必要性や緊急性は失われない」ので、「被害者の行為は正当な行為」であるとして、正当防衛の主張を斥けた。

しかし、この事件では、被害者が、現行犯逮捕の要件もないのに被告人車のエンジンキーを引き抜いてこれを留め置くという、警察の任務の肩代わり、それも警察でも権限を逸脱した任務の肩代わりを行っている点で、「不正の」侵害であることを否定する理由は見出し難い。「ここで被告人に立ち去られてしまえば、後日、適切な指導がなされるまでの間は、被告人

46) 大阪高判平成30・2・27公刊物未登載。

が缶を持ち去る可能性があり、将来の違法行為の抑止としては不十分であるから、被告人をその場に留め置く必要性や緊急性は失われない」というのは、警察の高権的な行為を市民が勝手に肩代わりし、かつ、それを逸脱的に行う場合に、「自救行為」類似の正当化論を持ち出しているようである。しかし、「自救行為」はあくまで、私的権利の保全を目的とするものである。付言すれば、噛みつく行為も、結局は被害者によるエンジンキーの持ち出しを阻止できなかったのであるから、この行為は「必要最小限度」という意味での防衛行為の「相当性」も逸脱していないように思われる。

さらに、防衛行為の「相当性」に関しては、「平成29年決定」の直前のものであるが、平成29年1月17日の東京高裁判決⁴⁷⁾が、「必要最小限度」公式を十分に理解しないまま「相当性」を否定して傷害罪の過剰防衛を認定している。そこでは、「防衛行為の相当性についてみると、被告人は、フ（被害者－筆者注）に対して、何の警告もせず、いきなり近寄ってその顔を拳で殴打するという本件暴行に及んだというのであり、有形力の行使であっても、フの身体をつかんで被告人部屋から押し出そうとするなど、被告人の住居権を守り、かつ、被告人部屋の中の器物損壊を防ぐためには、より適切で穏当な手段があるのに、これを探っていない。本件当時の被告人部屋が消灯されて、暗闇の状態であり、被告人が周囲の状況を正確に把握できなかったとしても、本件行為は、防衛の程度を超えたものであるといわざるを得ない。」と述べられている。

しかし、暗闇の状態で相手が誰かわからずいきなり殴打される危険もある中では、相手の「身体をつかんで被告人部屋から押し出そうとするなど」の行為では、その間に被告人が殴打されることを防ぐことはできない。身体、下手をすれば生命にも危険があるかもしれない状況で、このようなものを「より適切で穏当な手段」というのは、防衛失敗のリスクを不法な侵害を受けた者に負わせる点で、被告人の置かれた具体的状況をリア

47) 東京高判平成29・1・17〈LEX/DB 25545907〉。その上告審である最決平成29・6・14公刊物未登載は、適法な上告理由に当たらないと述べるのみであった。

ルに把握しない机上の空論というほかない。

(2) 本判決の問題性

本判決もまた、このような平成29年決定の「判例理論」を——それも、かなり広範囲に——拡大解釈した下級審判例のグループに属する。なぜなら、本判決は、「被告人が被害者から更なる攻撃を受けるおそれは消失していなかった」と明言し、かつ、被告人に警察官に助けを求める時間的余裕があったことも、「積極的加害意思」があったことも認定していないのに、「被告人が現実被害者から受けた侵害行為の内容、被害者から新たな攻撃を受ける現実的可能性の低さ、被告人の反撃行為の過剰性に加えて、被告人が本件殴打に及んだ際の内容意内容等の本件全般の事情に照らすと、被告人の本件殴打は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさない」としているからである。これでは、刑法36条のどのような趣旨から本件において「急迫性」が否定されるのか理解できず、平成29年決定を引用した意味も不明である。

また、防衛行為が過剰であることを示唆する判断においても、「両手を使って被害者の左手を自分の頭髮から引き離すことで足り」る根拠が不明である。両手を使っている間は被害者が右手で被告人を殴打することを阻止できないはずであるが、これはどのようにして防げというのであろうか。

概して、本判決は、「侵害回避の容易性」について具体案を提示している割には、被告人と被害者とのみ合いの様子を具体的に認定していない。ゆえに、被告人は被告人で身動きできず、従って侵害回避が容易であったとは言えない合理的疑いはどうしても残るのである。これは、「平成29年決定」以降の正当防衛判断粗雑化・直観化の傾向を反映したものとみざるを得ない⁴⁸⁾。このような傾向が続けば、正当防衛制度は崩壊してし

48) このような正当防衛判断の「粗雑化・直観化」を、裁判員には「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」という大きな判断対象を示せばよいという考え方（中尾・前掲注6）108頁）で正当化することはできない。このような考え方は、過剰防衛によるメ

まうであろう。

ㄨ 刑の減免制度ばかりでなく、刑法36条1項に列挙されている正当防衛の個別要件の検討を無視するものである。加えて、もともと破綻している「積極的加害意思」での「急迫性」否定が裁判員に理解困難であることは当然であって、それを、このような「粗雑化・直観化」の根拠とするのは、二重の意味で誤っているものといわざるを得ないであろう。