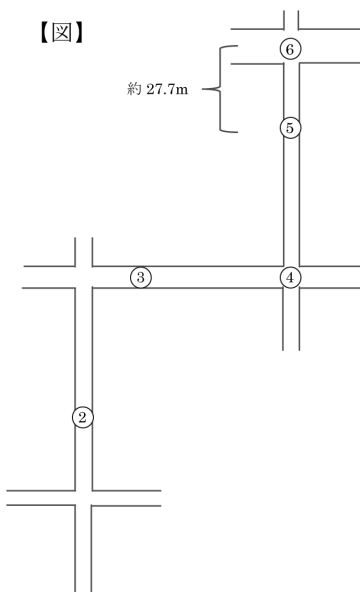


自動車運転過失致死罪につき 正当防衛の成立が認められた事例

(大阪地裁平成24年3月16日判決 判例タイムズ1404号352頁)

刑事判例研究会
坂下陽輔*

【事実の概要】



被告人は、普通乗用自動車を運転中、②地点¹⁾で、歩行中の被害者らにクラクションを鳴らし、被害者らを追い抜いたところ、被害者らは被告人車両を追いかけ、③地点で追いつき、大声で「殺すぞ」などと怒鳴りながら被告人車両運転席側窓ガラスを何度も手拳で殴打したり、運転席側のドアを蹴ったり、路上にあった自転車を担いでドアに当てようとするなどし、窓ガラスやドアノブ等を損壊して被告人らを引きずり出そうとした。④交差点まで至った際に被害者らは一旦被告人車両から離れたが、すぐに戻って同様の

* さかした・ようすけ 京都大学大学院法学研究科特定助教

1) 以下、地点については【図】を参照。この図の地点番号は判決別紙に従っている。

行為を再開したので、被告人は④交差点を左折した後に短時間加速して逃げたが、⑥交差点進行方向の信号機が赤色表示であったため、⑤地点で一旦停止した。その後、同信号機が青色表示となって⑥交差点を進行する際、被害者が被告人車両の運転席側ドアノブをつかむなどしながら併走していたにもかかわらず、被告人は自動車を走行させ、時速 37 km に加速し、⑥交差点内で被害者を路上に転倒させ、被害者の身体を轢過して死亡させた。以上の事実関係の下、主位的訴因として傷害致死罪（刑法205条）、予備的訴因として自動車運転過失致死罪（改正前刑法211条2項）²⁾の成否が問題となった。なお、本判決では道路交通法上の報告義務違反、救護義務違反の罪の成否も問題となったが、その検討は省略する。

【判 旨】

1. 暴行の故意の有無³⁾

まず、⑤地点を発進して⑥交差点に進入する際に、被告人が自車右側方を併走する被害者を現実には認識していたとは認められないとした。その上で、被告人は、「⑤地点付近において、被告人車両の近くに被害者がいるかもしれないと考えていたと認めることができる」としつつ、「本件は、追いかける被害者から遠ざかるうとして被告人車両が走行していたという特徴がある」るので、「被告人車両の走行に際して被告人に暴行の故意が認められるには、……単に車の近くに被害者がいるかもしれないという認識では足りず、自車の走行によって被害者に傷害を負わせるような近い位置に被害者がいるかもしれないという認識が必要となる」とした。そして、かかる認識は認定できないとして、暴行の故意を否定し、傷害致死罪の成立を否定した。

2) 現在は改正され、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律5条となっているが、規定内容は同一であり、本評釈での議論は今後も妥当する。

3) 以下の見出しは筆者が付したものである。

2. 過失の有無

「被告人の認識あるいは心理状態を考えると、⑤地点付近を発進し加速し⑥交差点に進入する時点で、被告人は、被害者が、被告人車両の右側直近を併走していること……は、十分に想定することが可能であった」。「そのようなことを想定すれば、自ら右側方及び右後方を確認……して、被告人車両右側方を併走している被害者を認識することができた」。「被害者を認識すれば、被害者がそれまで被告人車両を殴打したりし、内部にいる被告人らに暴行を加える氣勢を示していたとしても、車内にいる被告人が、被告人車両直近を併走する被害者に対する危険が生じないあるいはより危険が少ない速度や方法で運転することは可能であった」として過失を肯定した。

3. 正当防衛の成否①——侵害の急迫性

「被告人車両が④交差点を左折した直後までの時点においては、被告人らへの生命や身体に対する危険が現に存在し」た。「被告人車両が④交差点を左折した後に加速し、……被害者が一旦被告人車両から離れたとしても、その加速時間は短時間で」あり、また、「被害者は、③地点から④交差点に至るまで執ように攻撃等を継続して」いた。ゆえに、「⑤地点付近においても、被害者が被告人車両を追いかけ、追いつけば以前と同じような行動を再開することは十分考えられ」、「客観的にみると、⑤地点付近においても、被告人らの生命や身体に対する危険が差し迫り、被告人が被害者に対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状態は終了したとはいえず、なお継続していた」。

4. 正当防衛の成否②——防衛の意思

被告人は「③地点から④交差点左折直後までの被害者の上記の行動をおおよそ認識していたし、……⑤地点付近で被告人は、……被害者が近い位置にいるかもしれない、被害者は被告人車両を追いかけ、このままでは再度

被告人車両に追いつくかもしれないと考えていた」。「その上で、被告人は、追いかける被害者から遠ざかるために、……⑤地点付近から被告人車両を発進、進行させた」。「そうすると、被告人には、生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態、すなわち、刑法上の防衛の意思があった」。

5. 正当防衛の成否③——防衛行為の相当性

㉞ まず、被害者らの行為が「相当執ように続いた」こと、「被害者らの行為は、車内にいた被告人らが生命や身体に相当に恐怖を感じる危険なものであった」ことを指摘した。

㉟ つぎに、「被告人の認識を前提にすると、被告人が⑤地点付近から被告人車両を加速させ⑥交差点に進入した行為は、……被害者の身体に具体的な危険が生じるような行為とはいえない。また、被告人は、……切迫感を感じていたのであるから、さらに加速して⑥交差点に進入し、時速約37 km で通過したことも、追いかけてきた被害者から逃げようとしている者が取る行動として十分にあり得る行動である」とし、「被告人の認識を前提にして考えると、被告人の行為は、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当な範囲を超えていたということとはできない」とした。

㊱ 最後に、「被害者らの被告人車両に対する攻撃は、……尋常ではなかった……。それに対する被告人の行為は、……一貫して被害者から遠ざかるために被告人車両を走行させたというだけで、被害者らに直接的に向けた攻撃を一切加えていない。にもかかわらず、被害者は、被告人車両に攻撃を加え続け、……自ら危険な状況に飛び込んだ、あるいはそのような危険な状況を自ら作出したといえる」。「被害者の行動そのものが大きな原因となっているといえるから、客観的な危険性の高さや過失の内容を理由に、被告人の行為がやむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたということとはできない」とした。

以上より、正当防衛の成立を認め、自動車運転過失致死罪は成立しない

とした。

【研究】

本判決は、過失犯たる自動車運転過失致死罪において正当防衛が認められた事例である。学説においては、過失犯においては防衛の意思が観念しえないとする主張も存在するが⁴⁾、本判決は過失犯において防衛の意思を認めているのである。また、本判決は、自動車運転過失致死罪における過失を認めつつ、被告人の認識を前提とした防衛行為の評価や結果発生への被害者の寄与を強調することで、防衛行為の相当性を肯定している点でも注目し得る。以下、この二点を中心に検討するが、それに先立ち、暴行の故意の問題と侵害の急迫性の問題にも簡単に触れる。

1. 暴行の故意

「暴行」とは、他人の身体に対する不法な物理力の行使である⁵⁾が、判例上、身体に命中・接触することは必要とされず⁶⁾、また、人に傷害をもたらしうるものである必要もない⁷⁾。このように暴行概念（とその主観的対応物たる暴行の故意）は無限定にも見えるが、本判決は、「追いかける被害者から遠ざかろうとして被告人車両が走行していたという特徴」に鑑み、暴行の故意を認めるには、「自車の走行によって被害者に傷害を負わせるような近い位置に被害者がいるかもしれないという認識が必要である」と判示している。本判決は、上記特徴に着目して、「暴行」（とその故意）を限定的に捉えているようにも思われる。

もっとも、判例上、身体への接触も傷害の危険もなく暴行が認められた

4) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）243頁。

5) 中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』（2011年）13頁、西田典之『刑法各論〔第六版〕』（2012年）38頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（2007年）〔島田聡一郎〕39頁。

6) 最高裁昭和39年1月28日決定（刑集18巻1号31頁）。

7) 大審院昭和8年4月15日判決（刑集12巻427頁）や福岡高裁昭和46年10月11日判決（刑3巻10号1311頁）。

事例はなく、身体への接触がない場合には、被害者の身体に向けられた傷害の危険のある物理力が行使されなければ、暴行は認められていない⁸⁾。とすれば、自車を被害者に接触させる認識のない本件被告人に暴行の故意を認めるには、傷害の危険の認識が必要となり、傷害を負わせるほどの近接性の認識を要する、との本判決説示は従前の判例の立場と整合的といえる。

また、そもそも暴行罪の成立には、傷害の危険の有無以前に、相手方に対する物理力の作用が必要である⁹⁾。そして、追跡行為や幅寄せ行為とは異なり、遠ざかる行為は本来的には被害者と逆方向の物理力でしかないので、この物理力が被害者にも作用するほどの近接性、すなわち、被害者が被告人車両にほぼ追いつき、被告人車両に触れられる距離にいるような近接性がなければ、そもそも被害者に対する物理力の作用がない、といえる。そして、それほど自動車に近接した位置にいる場合、傷害の危険が必然的に伴うといえるので、物理力の作用の有無に着目するこの理解も、「被害者に傷害を負わせるような近い位置」という本判決説示と矛盾しない。

ゆえに、暴行の故意を否定した本判決は、従前の判例の立場と矛盾せず、理論的にも首肯しうるものである¹⁰⁾。

2. 侵害の急迫性

「急迫」性とは、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に迫っ

8) 伊藤ほか・前掲注(5)・40-42頁 [鳥田]。行為者が接触を意図しない場合、被害者の傷害の危険を援用して暴行該当性を肯定するのは裁判例の傾向でもある(岩間康夫「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版]』(2014年)11頁参照)。

9) 中森・前掲注(5)・13-14頁、伊藤ほか・前掲注(5)・42頁 [鳥田]。

10) なお、松宮孝明「加害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否」立命館法学310号(2006年)411-413頁は、本件のような事案においては、被害者が危険を感じて手を放せば負傷結果は生じなかったのであるから、負傷結果は被害者の自由意思に由来し、被告人に帰属されない、という可能性を指摘する(注37も参照)。

ていること」を意味する¹¹⁾。すなわち、法益侵害の現在性までは意味しない¹²⁾が、法益侵害の危険が時間的・物理的に切迫していなければならない¹³⁾。

本判決は、被告人が④交差点で加速して、被害者から退避して距離ができたにもかかわらず、防衛行為開始地点である⑤地点において、被告人に対する「生命や身体などに対する差し迫った危険」を認めている。その際、本判決が指摘するのは、(i) ④交差点での加速以前にすでに生命・身体への急迫不正の侵害が開始していたこと、(ii) 被告人と被害者の間の距離は、加速時間が短時間であり、さほどなかったこと、(iii) ④交差点に至るまでの被害者の攻撃が継続的・執ようなものであったこと、である。すなわち、本判決は、距離が離れたことで被害者による侵害が外形上一旦止んだものの、さほど距離が離れていないので被害者が間もなく再度の侵害に及ぶことが可能であったこと、被害者の加害意欲が旺盛・強固なのでこの可能性が現実化する蓋然性が高いこと、を認定し、それにより(i)の侵害が未だ継続している、と評価したものと見える。かかる本判決の判断枠組みは、最高裁平成9年6月16日判決¹⁴⁾においてなされたものと同じものである。同判決は、攻撃者の侵害が外形上一旦止んだものの、侵害者の旺盛・強固な加害意欲の存続と、間もなく再度の侵害に及ぶ可能性の存在から、侵害の継続性を肯定したものであり、その結論は概ね学説により賛同を得ている¹⁵⁾。本判決が侵害の継続を認めて急迫性を肯定したのは、最高裁平成9年判決に整合的な、首肯しうる判断といえる。

11) 最高裁昭和46年11月16日判決（刑集25巻8号996頁）。

12) 最高裁昭和24年8月18日判決（刑集3巻9号1465頁）。

13) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論 §§1～72』（2010年）424頁〔橋爪隆〕、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法第2巻 [35条～37条] [第二版]』（1999年）321頁〔堀籠幸男＝中山隆夫〕。橋田久「正当防衛の始期」産大法学29巻3号（1995年）1頁以下も参照。

14) 刑集51巻5号435頁。

15) 橋爪隆「判批」ジュリスト1154号（1999年）133頁、橋田久「判批」産大法学32巻4号（1999年）118頁など参照。

3. 防衛の意思

(一) 判例の立場の確認と本判決の特殊性

「防衛するため」の行為であるためには、客観的に防衛に向けられた行為であるだけでなく、主観的にも防衛の意思が必要であるというのが、大審院以来の判例の立場¹⁶⁾である。現在まで判例は、この防衛の意思の内容につき積極的な定義をしていないが、現在の判例の立場¹⁷⁾は、以下のようなものと理解されている。すなわち、防衛の意思が否定されるのは、被侵害者が侵害の具体的状況を認識していない偶然防衛の場合と、被侵害者が専ら積極的攻撃目的で侵害者を加害している場合のみである、と¹⁸⁾。

本判決は、防衛の意思を「生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態」と定義し、その上で、被告人らの生命や身体に対する危険が差し迫っていることを被告人が認識していたこと（㉑正当防衛状況の認識）と、その認識を前提に被害者から遠ざかるために被告人が本件運転行為に及んだということ（㉒自らの行為が自己の法益を守るものであることの認識）から、防衛の意思が認められる、と判示している。

問題は、㉑に加えて㉒で防衛の意思の認識要素として十分であるか、である。つまり、防衛の意思には、㉒を超えて、不正の侵害者に自己の防衛行為が向けられていることの認識も必要ではないか、である¹⁹⁾。典型的な過失による正当防衛の講壇事例、たとえば、Xに襲われそうになったAが威嚇のために銃口をXに向けながら後ずさりしたところ、石に躓き意に

16) 大審院昭和11年12月7日判決（刑集15巻1561頁）や最高裁昭和33年2月24日決定（刑集12巻2号297頁）を参照。

17) 最高裁昭和46年11月16日判決（前掲注(11)）、最高裁昭和50年11月28日判決（刑集29巻10号983頁）、最高裁昭和60年9月12日判決（刑集39巻6号275頁）を参照。

18) 安廣文夫「判解」最判解刑事事篇昭和60年度144頁、注釈刑法・前掲注(13)・450頁〔橋爪〕。

19) 高山佳奈子「違法性と責任の区別について」川端博古稀『川端博先生古稀記念論文集上巻』（2014年）49-50頁、古川原明子「判批」龍谷法学45巻3号（2012年）289頁以下。照沼亮介「判批」判例セレクト2012年度版〔I〕31頁は従前の判例理論の枠内の問題であるとして何ら問題視していない。

反して引き金に指が掛かって弾丸が発射され、Xの肩に命中した場合については、Aには自己の行為が侵害者に向けられていることの認識はありと説明されてきたように思われる²⁰⁾。しかし、本件被告人の認識は、「被害者による侵害から遠ざかること」であり、自己の行為が侵害者に向けられていることの認識はない。にもかかわらず防衛の意思を認めた本判決は、かかる認識を不要としたものと理解される²¹⁾。

（二） 検 討

そもそも、防衛の意思が要求される根拠は、客観的に防衛効果が生じたというだけでは当該行為に防衛行為としての意味付けがなされえず、主観的にも「正対不正」の構図になっていて初めて、当該行為に防衛行為としての社会的意味付けがなされうる、という点にある²²⁾。そして、正当防衛において退避義務はないとされる²³⁾が、退避してはならないという趣旨ではなく、ゆえに退避によって被侵害者が「不正」に墮することはなく、退避したからといって「正対不正」の構図が揺らぐことはない。「正対不正」の構図が揺らぐのは、偶然防衛の場合や専ら積極的攻撃目的で侵害者を加害している場合のように、正当な法益を守るための行為としての意味を行為者が全く付与していない場合のみである。とすれば、上記㉑と㉒の認識があれば、たとえ退避の認識であっても、防衛の意思の認識要素

20) この事例については、松原芳博「偶然防衛」現代刑事法5巻12号（2003年）48-49頁参照。本文のような理解をとっているように読めるのは、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）157頁。

21) なお、偶然防衛事例に関して、防衛の意思必要説においても、結果不法が生じていないとして、未遂しか成立しないとする立場も有力である。そして、過失犯の未遂は不可罰であるため、この立場に従えば、本件で仮に防衛の意思が欠如しているとしても犯罪の成否に影響はないことになる（井田良『講義刑法学・総論』（2008年）342頁参照）。紙幅の関係上、かかる議論についての言及は差し控える。

22) 香城敏磨「判解」最判解刑事事篇昭和50年度290-291頁、照沼・前掲注(20)・159頁参照。

23) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007年）10頁。

として十分であると解すべきである²⁴⁾。

ゆえに、防衛の意思を認めた本判決は、判例による防衛の意思の理解を矛盾なく展開した、理論的に十分首肯しうるものといえる。

4. 防衛行為の相当性

(一) 判例の立場の確認

「やむを得ずにした行為」という要件につき判示した最高裁昭和44年12月4日判決²⁵⁾は、防衛行為の相当性とは防衛手段として必要最小限度のものであることを意味し、保全法益と侵害法益との間の結果の衡量は要求されない、としている²⁶⁾。たしかに、同判決が反撃結果の大小ではなく反撃行為の相当性が重要であるとしていることから、侵害行為と防衛行為の危険性の比較衡量が相当性判断の基準であるとし、必要最小限度性を強調しない理解もある²⁷⁾。そして後者の理解の方が、最高裁平成元年11月13日判決²⁸⁾、最高裁平成9年6月16日判決²⁹⁾、最高裁平成21年7月16日判決³⁰⁾と整合的ともされる³¹⁾。しかし、必要最小限度性が考慮されなくなったわけではなく、裁判例においても、現実にとった防衛手段以外の手段が他にあったか否かについての言及がしばしばなされている³²⁾。また、

24) 退避の認識では防衛行為としての意味付けがなされえない、との批判もあり得よう。その立場に立つと、退避に伴って侵害者に過失で侵害を及ぼした場合には、過剰避難による刑の減輕又は免除しか認められないこととなろう（避難の意思は認められるが、補充性、法益の均衡の観点から緊急避難による正当化は認められないのが通常であろうから）が、かかる帰結（＝侵害者に受忍義務を認めず、被侵害者に対する正当防衛を認めること）の妥当性には疑問を感じる。

25) 刑集23巻12号1573頁。

26) 注釈刑法・前掲注(13)・450-451頁 [橋爪]。

27) 林幹人『刑法総論 [第二版]』(2008年)193-194頁。

28) 刑集43巻10号823頁。

29) 前掲注(14)。

30) 刑集63巻6号711頁。

31) 注釈刑法・前掲注(13)・452-453頁 [橋爪]。

32) 名古屋地裁平成7年7月11日判決(判時1539号143頁)や大阪地裁平成8年11月12日判決(判時1590号159頁)を参照。また、最高裁昭和46年11月16日判決(前掲注(11))や

最高裁平成元年判決の調査官解説も、防衛行為が咄嗟の行為であることを考えれば厳密な意味での必要最小限度性は要求できないとしながらも、侵害を避けるため他にとるべき方法があったかどうか防衛行為としてやむを得ないものであるかどうかの問題として考慮すべき、としている³³⁾。とすれば、どこまで厳格に考えるかは措くとしても、防衛行為が必要最小限度でない場合には、防衛行為の相当性の要件は充足しない、という点については判例・学説において概ね理解の一致があるといえる。また、不正の侵害者の法益の要保護性が完全に失われるわけではない以上、他にとりうるより穏当な手段があるにもかかわらず別の手段をとることは正当化しえないので、かかる理解が正当である³⁴⁾。なお、学説上争いはあるものの、現在の判例の傾向としては、それに加えて侵害行為と防衛行為の危険性の緩やかな均衡が求められている、というのが穏当な理解といえる³⁵⁾。

（二）本判決の分析と問題点

以上の判例の理解を前提とすると、本判決に関して検討を要するのは、本件防衛行為が防衛のために必要最小限度であったといえるかについてである。本判決は、自動車運転過失致死罪の構成要件該当性判断において、【判旨】2で引用したように過失を肯定している。この説示は明らかに、より危険の少ない防衛方法が存在したことを示している。にもかかわらず、本判決は、【判旨】5⑦～⑨の点に鑑みて、防衛行為の相当性を認めている。

まず、⑦は防衛行為の必要最小限度性を検討する前提としても、行為の危険性の緩やかな均衡を判断する要素としても不可欠な事柄である。

しかし、⑧における被告人の認識のみを前提とした判断には疑問を禁じ

↘最高裁昭和62年3月26日決定（刑集41巻2号182頁）の原判決も参照。

33) 川口宰護「判解」最判解刑事篇平成元年343-347頁。

34) 中森喜彦「防衛行為の相当、過剰、その認識」町野朔古稀『刑事法・医事法の新たな展開上巻』（2014年）141-142頁、大コメ・前掲注(13)・384頁〔堀籠＝中山〕。

35) 飯田喜信「判解」最判解刑事篇平成九年98頁、注釈刑法・前掲注(13)・453頁〔橋爪〕。

得ない。かかる相当性判断では、いかなる軽信に基づく行為も正当防衛とされることになりかねず、法による保護を完全に失うわけではない侵害者の保護の観点から防衛行為の必要最小限度性を求めた趣旨が没却されてしまう。正当防衛と過剰性に関する誤想防衛との区別がなくなることにもなり、適切でない³⁶⁾。

㊦にも疑問が残る。この説示は、防衛行為自体は危険といわざるを得ないが、被告人の防御的態度、結果発生への被害者の寄与の大きさに鑑み、被害者の行動に起因する危険性を捨象すれば被告人の行為の危険性は小さいと評価することで、侵害行為の危険性と防衛行為の危険性との緩やかな均衡を認め、相当性を肯定したもの、としては理解可能である³⁷⁾。しかしかかる事情に鑑みても、構成要件該当性の段階で因果関係や過失が否定されるわけではない³⁸⁾。より侵害性の小さい、とることが可能な防衛行為の存在が否定されないにもかかわらず、なぜ本件防衛行為が正当化されるのかを、本判決は示すことができていない。これは、防衛行為の必要最

36) 井田・前掲注(21)・291頁、中森・前掲注(34)・145頁。大阪地裁平成3年4月24日判決(判タ763号284頁)も同様の批判を受けた(佐伯仁志「判批」判例セレクト1991年度版32頁参照)。

37) 結果発生への原因行為が競合している場合に、原因行為ごとに危険性を按分するという発想である(松宮・前掲注(10)・419頁も参照)。福岡高裁昭和63年11月30日判決(判タ685号265頁)も参照。

38) 被害者に落ち度がある場合、信頼の原則により過失が否定されることもあるが、被害者が不適切な行動に出る蓋然性が高い状況はその射程外であり、ゆえに本件では過失が認められたのだと思われる(注釈刑法・前掲注(13)・580頁以下[上掲一高]など参照)。また、危険の引受けにより相当因果関係(ないしは客観的帰属)を否定することも考えられるが、危険の引受けに関しては、危険の的確な認識を要求するのが一般である(島田聡一郎「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選I総論[第6版]』(2008年)115頁など参照)。本件被害者は、自らが近い位置にいるにもかかわらず被告人が加速すると予見していたとは言えず、危険の引受けは認められないと思われる。松宮・前掲注(10)のように、加速した後被害者が手を放さなかったことを強調するとしても、当初予見していなかった危険に咄嗟に対処することは困難であると思われるので、やはり本件では相当因果関係(ないしは客観的帰属)を否定することは難しいと思われる。このように、本件においては危険の引受けの発想のみで犯罪成立を否定することは困難であり、ゆえに本判決は正当防衛の防衛行為の相当性の枠内で危険の引受けの発想を援用するに留めたのだと推察される。

小限度性を相当性の要素とする判例の傾向に即しておらず、理論的にも首肯しがたい。

（三） 検 討

もっとも、本判決が防衛行為の相当性を肯定したという結論自体には、まだ正当化する余地が残されている。正当防衛状況は侵害者が作出した防衛行為者の心理的切迫状況であることに鑑みて、防衛行為の必要最小限度性の判断基準は過失の判断基準に比して緩やかであるということが認められれば、本判決の結論は支持しうる。このように必要最小限度性の判断基準を緩め、切迫状況におかれた者が一般的に見て容易に認識し得た事情を基礎事情として判断しようとする見解が、近時学説上で主張されている³⁹⁾。

従来、必要最小限度性の判断は、「事後に判明した事情も考慮に入れた事後的・客観的判断」⁴⁰⁾とされることも多かった。しかし他方で、必要最小限度性の判断は「防衛時点における現実の防衛行為者の体力などの身体的条件、精神状態、利用可能な防衛手段などを考慮して、それが確実に防衛するために必要最小限度の侵害結果といえるのか」であるともされており⁴¹⁾、厳格な必要最小限度性が求められるのではなく、防衛状況におかれた者に防衛行為時点ですることを通常要求できる手段の中で、最も穏当なものを要求するという趣旨に過ぎなかったように思われる⁴²⁾。また、正当防衛において必要最小限度性が要求される理由は、不正の侵害者も法益の要保護性を完全に失うわけではない以上、不必要に過大な防衛をすべ

39) 中森・前掲注(34)・145-146頁。

40) 大コメ・前掲注(13)・387頁〔堀籠＝中山〕や大審院大正9年6月26日（刑録26輯405頁）も参照。

41) 橋爪・前掲注(23)・356-357頁。

42) 井田・前掲注(21)・291頁、松宮・前掲注(10)・417頁、伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）190頁。

きではないからに過ぎず⁴³⁾、防衛行為者に過度なリスクを負わせる趣旨ではない。むしろ、侵害者が作出した正対不正の切迫状況における防衛行為者と侵害者のリスク分配の観点からは、近時の学説上の見解のように相当性の判断基準を緩和することが適切である⁴⁴⁾。かかる理解は従前の裁判例から逸脱したものでもない。たとえば、いわゆる西船橋駅事件として著名な千葉地裁昭和62年9月17日判決⁴⁵⁾は、被告人の恐怖心等にも鑑みて、他に防衛の手段も観念しえないとして、防衛行為の相当性を認めている。逆に、東京地裁八王子支部昭和62年9月18日判決⁴⁶⁾は、被告人の防衛行為が高度に危険なものであったことが「被告人も容易に認識し得た筈」であるとして、防衛行為の相当性を否定したものである。このように裁判例においても、不正の侵害者と切迫状況にいる防衛行為者のリスク分配の観点から、切迫状況におかれた者が一般的に見て容易に認識し得た事情以外は相当性判断の基礎事情から外すなど、必要最小限度性判断が緩和されているといえる。

本件でも、正当防衛状況における被告人の切迫感を前提とすれば、被害者が近くにいるかどうかを確認することを被告人に要求することは酷であり、被害者の現実の位置は、被告人には容易に認識しえないものであったとして相当性判断の基礎事情から外れるとすれば、被告人の認識を前提として相当性判断をすることは、結論としては何ら問題がない。また、基礎事情の問題だけでなく、結果回避行動として求めうる程度も緩和されるとすれば、次のようにも言えよう。すなわち、本件で仮に被害者が車の近くにいることを被告人が認識したとしても、被告人の切迫感を前提とすれ

43) 川口・前掲注(33)・343頁。

44) この立場に対しては、期待可能性の問題との混同であるとの批判もあり得ようが、正当防衛状況は不正の侵害者が作出したものであり、通常の場合と異なり、心理的切迫性に基づく事実認識の困難性というリスクを侵害者に甘受させる規範的根拠があるので、かかる批判は妥当しない。

45) 判タ654号109頁。

46) 判時1256号120頁。

ば、被害者により危険の少ない速度での運転を要求することは酷であった⁴⁷⁾。とすれば、被告人に被害者の位置の確認を求めることは無意味であり、相当性判断の段階においては確認義務が観念できず、ゆえにそれを怠った認識に基づく防衛行為であっても、その認識に基づけば必要最小限度のものであったことさえ認められれば、必要最小限度性が肯定される、と。

本判決も、⑦において、被害者らの行為が、被告人らに生命や身体に相当に恐怖を感じさせるものであったことを、④において、被告人らが切迫感を感じていたことを指摘しており、防衛行為の必要最小限度性の判断基準を緩和する契機となる指摘は垣間見られる。しかし、本判決は、正当防衛状況での心理的切迫性に鑑みて被告人の認識を前提とすることは正当である、という評価を行ってはいない。本判決の説示は、いかなる場合でも被告人の認識を全て受け入れた上で必要最小限度性判断をすればよいかのような誤った印象を与えかねず、適切でない。

（四） 補 論

なお、一般には過失犯にも緊急避難が成立する余地があると考えられており⁴⁸⁾、裁判例においても過失犯に関して緊急避難の成否を検討するものがある⁴⁹⁾。この立場からは、本判決が構成要件的過失を論じた上でさらに正当防衛の成否を検討したのは、当然といえる。

これに対して、過失犯には緊急避難を検討する余地はないとする主張も存在する。この主張は二つに分けられる。第一に、過失判断と緊急避難の補充性判断が重なるため、過失が肯定されれば緊急避難が成立する余地は

47) 古川原・前掲注(19)・294頁参照。

48) 井田・前掲注(21)・341頁など。

49) 大阪高裁昭和45年5月1日判決（高刑集23巻2号367頁）や東京地裁平成21年1月13日判決（判タ1307号309頁）など参照。もっとも、裁判例の立場は必ずしも明らかでなく、詳細な検討は他日を期したい。

ないというものである⁵⁰⁾。この主張は正当防衛には妥当しない。正当防衛においては退避義務がなく、また本稿の理解に従えば過失判断より緩和された防衛行為の相当性判断がなされるので、過失判断と防衛行為の相当性判断は重ならないからである。ゆえに、この立場からも本判決の検討は当然といえる。これに対して第二に、過失は類型的判断でなく行為の具体的状況を基礎として個別的に判断されねばならず、過失判断と緊急避難判断は分けて扱えない、とするものがあり、この主張は正当防衛にも妥当する⁵¹⁾。この主張は、過失判断において正当防衛状況や緊急避難状況を考慮し、さらにそこから導かれる規範的効果（たとえば本稿の相当性判断の緩和など）も考慮することで、正当防衛・緊急避難が認められるべき場合にはすでに注意義務違反は存在しない、と理解するものと思われる。この理解からは、本判決が過失を肯定した上で正当防衛を検討したことは不適切と評価されることになる。

いずれの立場によっても、本稿で論じた防衛行為の相当性判断の緩和という考え方は、犯罪不成立という結論には反映される。もっとも、犯罪不成立となる規範的根拠が正当防衛のそれであることや、緊急避難と正当防衛での判断基準が異なることを直截に示すためには、本判決のように過失判断と正当防衛判断を分けて論じることには、なお一定の意義があるように思われる。

50) 宮島英世「判批」判例タイムズ264号（1971年）58頁。

51) 藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）240頁、大塚仁＝川端博編『新判例コンメンタール刑法（2）』（1996年）74頁〔中森喜彦〕。