

## 正当防衛における侵害の予期と急迫性

【文献種別】 判決／仙台地方裁判所  
【裁判年月日】 平成29年9月22日  
【事件番号】 平成28年(わ)第493号  
【事件名】 殺人被告事件  
【裁判結果】 有罪  
【参照法令】 刑法199条・36条  
【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25547815

### 事実の概要

被告人Xは、東日本大震災復興事業工事従事者仮施設に居住していた者であるが、同僚であるO(当時56歳)が模造刀(全長約100cm、刃渡り約74cm)を持ってX方居室を訪れ、Xに対し「顔貸せ」と言ったのに応じ、Oに追隨して、前記仮施設に隣接するD営業所東側駐車場に赴き、平成28年8月24日午後9時50分頃、同所において、Oに対し、殺意をもって、その腹部及び左側胸部を刃体の長さ約16cmの包丁で刺すなどし、よって同日午後11時29分頃、T大学病院高度救命救急センターにおいて、Oを創からの出血により死亡させて殺害した。

### 判決の要旨

仙台地裁第一刑事部は、殺意及び責任能力を肯定した上で、正当防衛の成否、とりわけ、急迫性の存否について、以下のように判示して、これを否定し、Xを懲役10年に処した。

#### 「1 問題の所在

検察官は、Xの本件行為について、Xは警察などの公的機関の保護を求めることが十分できたから急迫性の要件は充たされないとし、弁護人は、本件駐車場でOが振り向きざまに突然Xに切りかかってきたものであるから、急迫不正の侵害があると主張するので、本件行為は急迫性の要件が充たされないものであるか検討する。

2 関係証拠によれば、以下の事実が認められる。

#### (1) XとOとの従前からの関係等

XとOは、いずれもダンプカーの運転手として稼働しており、平成25年1月頃に、口論から、XがOの腹部等を果物ナイフで切りつけてけがをさせるという出来事があった。その後、X及びOは、東日本大震災復興事業工事従事者仮施設(以下「本件宿舎」という。)に転居したが、両名は、互いに傷つけ合うというようなトラブルはなかったものの、良好な間柄ではなかった。

本件当時、両名は本件宿舎に居住しており、Xの居室は本件宿舎2階の201号室、Oの居室は同じく205号室であった。本件宿舎には、X及びOのほかにも同僚が居住していた。

#### (2) 本件直前の状況

Xは、本件の前、焼酎(アルコール度数25度)をロックで三、四杯程度飲み、睡眠薬を1錠服用した。

その後、OがX方居室に来訪し、Xが同居室のドアを開けると、Oは、抜き身状態の刃体部分を肩に担ぐようにして本件模造刀を持っていた。その柄をつかんでいたOの右手にはタオルが巻き付けられていた。本件模造刀は、全長約100cm、刃渡り約74cmのものであった。

Oは、X方居室の外から、Xに対し『顔貸せ』と言って呼び出した。Xは、Oにけんかを売られている、本件模造刀で切りかかってくるかもしれないと思い、X方居室内にあった本件包丁をパンツに挟んで隠し持ち、Oの後ろに付き従ってX方居室を出て、階段を下りた上、本件宿舎を出て、現場となる本件駐車場に赴いた。

#### (3) 本件駐車場における状況

弁護人は、Oが本件駐車場において本件模造刀で突然Xに切りかかってきた旨主張するところ、Xは、Oが本件模造刀を持った右手を振り下げたとは供述するが、これで切りかかってきたとは供述しておらず、また、Xの身体にOが突然切りかかってきたことをうかがわせるような負傷が見当たらないことからすると、Oが弁護人の主張するような態様で切りかかってきたとは認められない。しかし、Xが腰の高さで本件模造刀の刃体部分を左手でつかんだ旨供述していること、本件犯行後の職務質問の際、Xが警察官に対し、本件の犯行状況に関して、Oが模造刀を向けてきた旨説明していたこと、(……)、本件時、被告人には、意識狭縮が認められ、怒り、恐怖などの強い情動が生じる事態が招来していたものと推認されることに徴すると、OがXに本件模造刀の切っ先を向けて突き出してきた疑いがあるといえることはできる。

(……)

3 以上の事実を前提に検討すると、Xは、Oの呼出しに応じてX方居室を出て、本件駐車場に赴けば、Oから本件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、自室を施錠したり、警察や同僚の援助を求めることなどが容易であったにもかかわらず、本件包丁を準備してこれを携行した上、Oに続いて自ら本件駐車場に赴き、O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ものと認められる。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うちに、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。したがって、Xの本件行為は、侵害の急迫性の要件を充たさないものといふべきである。

4 以上の次第であるから、①Xには、本件駐車場におけるOの本件模造刀による攻撃の存否あるいは本件模造刀の殺傷能力の程度に誤想があるから、誤想防衛が成立する、②Xには過剰防衛が成立する旨の弁護人の主張について判断するまでもなく、本件について、正当防衛は成立しない。」

## 判例の解説

### 一 はじめに

本判決は、被告人に侵害の予期がある場合に正当防衛を否定したものである。その際、積極的加害意思を認定することなく急迫性の否定を導いているところに本判決の特徴がある。この点は、後述する平成29年最高裁決定の影響を受けたものと推測され、本判決は、最高裁によって示された定式の具体的適用例と位置づけることができる。以下では、平成29年最高裁決定を念頭に置きつつ、本判決に検討を加える。

### 二 侵害の予期と急迫性

#### 1 積極的加害意思の位置づけ

##### (1) 従来の判例

侵害の急迫性は、一般的に、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<sup>1)</sup>と定義される。侵害の予期がある場合について、判例は、侵害の予期が必ずしも侵害の急迫性を否定するものではないとの立場を取っている。最判昭46・11・16(刑集25巻8号996頁)は、被害者と口論の末、一旦止宿先の旅館を立ち退いたが、同人に謝って仲直りしようと思い旅館に戻ってきたところ、被害者に絡まれ、立ち上がりざま手拳で2回ぐらい顔面を殴打され、さらに殴りかかられた被告人が、かねて障子の鴨居の上にくり小刀を隠していたことを思い出して、咄嗟にこの小刀で被害者を刺突し殺害したという事案で、「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」として、侵害の予期と侵害の急迫性の両立を肯定した。

その後、最決昭52・7・21(刑集31巻4号747頁)は、対立する政治団体の襲撃を予期し、そのための闘争用の道具を準備して応戦した事案で、「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」とした上で、「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」と判示した。ここでは、被告人に侵害の予期がある場合でも、侵害回避義務は否定され、積極的加害意思がある場合にのみ、侵害の急迫性が否定されるという枠組みが示されている。

## (2) 近時の動向

これに対して、最決平 29・4・26 (刑集 71 卷 4 号 275 頁) は、本判決と類似する事案において侵害の急迫性を否定したが、その際、侵害の予期がある場合に、侵害の急迫性を認定する際の考慮要素を具体的に列挙し、積極的加害意思が認められない場合でも侵害の急迫性が否定されうる<sup>2)</sup>旨の判示をしている<sup>3)</sup>。

「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（最高裁昭和 45 年 (あ) 第 2563 号同 46 年 11 月 16 日第三小法廷判決・刑集 25 卷 8 号 996 頁参照)、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、侵害場所に向かう必要性、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、行為者がその機会を利用して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（最高裁昭和 51 年 (あ) 第 671 号同 52 年 7 月 21 日第一小法廷決定・刑集 31 卷 4 号 747 頁参照) 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。」<sup>4)</sup>

## 2 侵害回避義務論

上記平成 29 年最高裁決定の背後には、近時有力に主張される侵害回避義務論が存在するようと思われる。即ち、「侵害の予期の存在は、利益衝

突状況の事前の回避可能性・容易性を根拠づけるものであり、正当防衛を許すべき状況といえるか否かを規範的に判断する一事情」とし、「たとえば、現場に向かえば拳銃や日本刀などを用いて侵害されることが必至と認識しつつ、あえて現場に向かった場合（出向き型）、喧嘩相手から『今からすぐそちらに行く』と電話で告げられ、これまでの経緯から、相手が凶器を持参して襲撃することが確実と認識しつつ、迎撃態勢を整えて待機している場合（待ち受け型）などについては、侵害の時期・態様について相当に具体化された予期が認められる以上、侵害の予期があったものとして、その際に正当な利益を犠牲にすることなく侵害回避が可能であれば、侵害回避義務が課せられることになる」<sup>5)</sup>とする主張がそれである。

しかし、侵害回避義務論に対しては批判も根強い。実行行為でない義務違反を根拠に犯罪の成立を認めるものではないかとの批判<sup>6)</sup>がある他、次のような指摘もみられる。即ち、正当防衛の場合、侵害が事前に予期されていても、防衛者の側に退避義務、及び、警察等への事前の通報義務はないとされ、「これらの義務を認めるならば、いつもの散歩のコースに暴漢が待ち伏せていることを知った人物はお気に入りの散歩を中断して警察に駆け込まなければならないか、あるいは散歩コースを変えるかのいずれかの義務を負うことになって、このような形で不正への譲歩を強いられ、散歩を楽しむという市民の正当な権利行使や行動の自由が制限されてしまう」<sup>7)</sup>とされる<sup>8)</sup>。

やはり、本来的に何ら不利益を受けるいわれない者に義務を負わせる構成には疑問が残る。この理論を背景にしつつ、これまでから論難されてきた積極的加害意思の場合<sup>9)</sup>を超えてより広範に急迫性の否定が導かれるとすれば、その問題性はさらに大きいといえよう。

## 三 刑法 36 条の趣旨

他方で、侵害の急迫性を否定する前提として、平成 29 年最高裁決定で示され、本判決においても用いられている、刑法 36 条の趣旨にも注意を払う必要がある。これは、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」と捉え、正当防衛を自力救済

の例外と位置づけるものである<sup>10)</sup>。侵害回避義務論と相俟って、これを支持する見解も散見される<sup>11)</sup>。

この点、予期のある場合ですら問題を孕んでいられると思われるが、ここでいう刑法36条の趣旨を正当防衛一般に妥当するものと考えことは到底許されないというべきである。自力救済禁止の例外という説明は、本来、自救行為の際に用いられるものである。広い意味では、自救行為も、正当防衛や緊急避難と同様、緊急行為に属するが、前者が過去の侵害に対するものであるのに対し、後者は現在の侵害に対するものである点で、両者には決定的な違いがある<sup>12)</sup>。侵害の急迫性ないし危難の現在性は、原則として法的手続による権利回復が要請される過去の侵害とは異質のものである。とりわけ、補充性の要求されない正当防衛は、公的機関による法的保護を求めることが期待できる場合であっても可能であって、例えば、暴漢に襲われた場合、仮に隣に警官が立っていたとしても、すぐそばに交番があったとしても、反撃は許容されるのである<sup>13)</sup>。さもなければ、正当防衛権は画餅に帰することになる。

#### 四 本判決の位置づけ

平成29年最高裁決定は、侵害の急迫性の認定において、積極的加害意思だけでなく、諸要素の総合的検討を示唆していた。本判決は、積極的加害意思を認定することなく侵害の急迫性を否定しており、まさに、この最高裁決定によって示された定式の具体的適用例とみることができる<sup>14)</sup>。

しかしながら、平成29年最高裁決定によって挙げられる刑法36条の趣旨、及び、その背景にある侵害回避義務論は、正当防衛権を有名無実化しかねないものであって、その射程は限定的に捉えられなければならない。この点に関する判例の今後の動向を注視していく必要がある。

#### ●—注

- 1) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁等参照。
- 2) 侵害の予期がある場合に積極的加害意思を認定することなく急迫性を否定した裁判例として、大阪高判昭56・1・20判タ441号152頁、東京高判昭60・8・20判時1183号163頁、大阪高判平13・1・30判時1745号150頁等がある。
- 3) 平成29年最高裁決定は、積極的加害意思がある場合を侵害の急迫性が否定される状況の1つと位置づけてい

るとの理解が一般的である（是木誠「判批」警論70巻8号（2017年）190～191頁、中尾佳久「判批」ジュリ1510号（2017年）108頁、成瀬幸典「判批」法教444号（2017年）158頁等）。

- 4) 行為全般の状況の総合的評価と侵害の急迫性の関係について、前田雅英「判批」捜研799号（2017年）22頁参照。なお、門田成人「判批」法セ750号（2017年）109頁は、本決定における「急迫性」判断について、「これでは急迫性判断が防衛行為評価も含めた全体評価に陥る」と指摘する。
- 5) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）310頁。佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第1巻）』（成文堂、1998年）242頁以下も同旨。また、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『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、2006年）101頁以下参照。
- 6) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）195頁。
- 7) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』（成文堂、2017年）145頁。
- 8) この点、門田・前掲注4）109頁は、「法益が侵害される危険が切迫しているにもかかわらず、保護を求めよとの期待や対抗行為までの先行事情により『急迫性』を否定し犯罪行為とするには、公的機関による十全な法益保護が機能していることが前提」とする。
- 9) 積極的加害意思がある場合に侵害の急迫性を否定することに対しては、本来客観的に確定されるべき侵害の急迫性の存否が行為者の主観によって左右されることになるとの批判がある（内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）333頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）220頁等）。
- 10) この見解は、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究（上）』（判例タイムズ社、1992年）272頁以下〔香城敏磨〕等で既にみられるものである。なお、照沼亮介「判批」法教445号（2017年）50頁は、平成29年最高裁決定と香城説の類似性を指摘する。
- 11) 是木・前掲注3）187頁。
- 12) ちなみに、ドイツ民法では、「適時に官憲の救済がえられない場合」という要件は、狭義の自救行為（ドイツ民法第229条）にのみ規定され、正当防衛（第227条）や緊急避難（第228条、第904条）には存しない。
- 13) 警察官に助けを求めるときに侵害の急迫性が欠けるとすれば、私人が警察官とともに正当防衛を行えなくなるにとどまらず、急迫性がない以上、助けを求められた警察官による正当防衛すら否定されかねない。
- 14) 平成29年最高裁決定が出た時点で、既に、侵害の急迫性を認定する際の指針となる可能性が示唆されていたところである（是木・前掲注3）191頁、照沼・前掲注10）50頁、中尾・前掲注3）109頁）。