

Ⅲ 正当防衛

(正当防衛)

第36条 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は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

第1 意義

急迫不正の侵害に対して、自己または他人の権利を防衛するために、やむを得ずにした行為

かかる行為は違法性が阻却される(36条1項)。

※ 正当防衛が違法性阻却事由であることについて争いはない。

第2 正当化の根拠



論点17

正当防衛行為を法が「罰しない」として違法性阻却事由としている根拠については、争いがある。

A 緊急権として正当防衛固有の正当化根拠を考える。

※ この立場は緊急権としての正当防衛の特殊性を強調する。そのため、違法性阻却一般とかけ離れてしまうと批判される。

A1 緊急時における自己保存本能に基づくとする(滝川)。

(批判)

他人のための防衛行為が許されることが説明できない

A2 「法の自己保全」ないし「法確証の原理」に基づくものとする(大谷、曾根)。

個人の権利ないし法秩序は、元来国家機関による法定の手続によって保護されるべきところ、それが不可能な緊急状態のもとでは、その侵害を避ける義務を課さないで、むしろ反撃する権利を認め、人間の自己保存の本能を保護するとともに、法秩序の侵害の予防または回復という観点から法の自己保存を図り、法秩序の存在を確証するために違法性を阻却すると考えるべきである(「法は不法に譲歩すべきではない」)。この意味で正当防衛は社会的相当性を有することになるのである。

(批判)

正しい法秩序の維持を目的とするもので、個人主義に立脚し法益保護を目的とする刑法の解釈として妥当ではない。

B 一般的違法性阻却の一場合として考える。

B1 行為無価値論からのアプローチ

違法性の本質は社会倫理規範違反である。不正な行為に対する反撃は人の自己保存の本能に基づくものであり、また法確証の利益も認められ、かつ社会秩序の維持・安定に寄与する行為であり、社会倫理規範によって許される行為である（大塚）。

B2 結果無価値論からのアプローチ

実質的違法性阻却に関する法益衡量説

B2-1 法益欠如説（平野）

違法性の本質は法益保護にあるところ、不正な侵害者には法益が欠如するので、正当防衛が正当化される。

(批判)

不正な侵害だからといって、直ちに侵害者の法益がゼロになると考えるのは妥当ではない。

B2-2 優越的利益説（前田、曾根）

違法性の本質は法益保護にあるところ、侵害される法益を上回る利益が反撃行為に認められることから違法性阻却が認められる。

(批判)

不正に他人の権利を侵害しようとした者が、「法益」性を剥奪された存在になるわけでもなく、また、法益の価値において割り引かれた存在になるわけでもない。

※ 一般的違法性阻却の一場合として考える立場も、自己保存の本能や法確証の原理を考慮するのが通常である。例えば、曾根教授は防衛者の自己保全の利益と法確証の利益によって優越的利益が認められるとする。その意味で、緊急権的アプローチと一般的違法性阻却によるとするアプローチは必ずしも対立するものではないといえる。

第3 要件

- ①急迫性
- ②不正
- ③侵害
- ④自己または他人の権利
- ⑤防衛行為（防衛の意思）
- ⑥やむを得ずにした行為（必要性・相当性）

1 侵害行為の「急迫」性（要件①）

(1) 意義

客観的状況から見て法益侵害の危険が目前に迫っていること

「急迫」は、緊急避難（37条1項）における「現在」と同義であり、現に侵害が行われている状態にある場合も含むが、被害が現に発生していることを要しない（最判昭24.8.18）。

過去の侵害に対しては侵害行為が終了している以上、防衛行為はなし得ず、自救行為の可否のみが問題となる。将来の侵害行為を予想しあらかじめ行われた防衛行為の効果が、将来、侵害が現実化した時に初めて生じるのであれば、その侵害行為時に急迫性が認められる（ex. 忍び返し）。

(2) 侵害の予見と急迫性



論点18

侵害行為を予期しつつ、相手方に反撃行為をなした場合に急迫性が認められるか。急迫性は、法益侵害の危険が差し迫っているかという客観的な問題であり、行為者の主観とは無関係とも考えられるが、侵害を予期して迎撃体勢をとった場合には、現実に法益を侵害されるおそれはないとも思えるため、問題となる。

A 旧判例（最判昭30.10.25）

単なる予期にとどまらず、侵害に対する十分な準備の存在する場合には急迫性を欠く。

B 現在の判例（最決昭52.7.21, 百選 I No.23）

単に侵害を予期しているだけでは急迫性は失われぬが、相手方の侵害を予期し、その機会を利用して積極的に相手方に加害する意思（積極的加害意思）で侵害に及んだ場合には急迫性を欠く。

※ 通説は、急迫性を肯定しつつ防衛の意思の問題として処理している（後述）。

□判例 最判昭46.11.16

本条にいう「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、そのことから直ちに急迫性を失うものと解すべきではない。

□判例 最決昭52.7.21, 百選 I No.23

【決定要旨】

「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（が）、……単に予期された侵害を避けなかったということにとどまらず、その機会を利用して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。」

【評価】

この判例は、行為者に積極的加害意思があれば、急迫性の要件を欠くとして正当防衛の成立を否定するものであり、前掲昭和46年判例を一部修正するものと理解されている。これを支持する見解（団藤、平野、山口）もあるが、学説の多くは批判

的である。すなわち、「積極加害『意思』があれば急迫性が欠ける」とするのは不自然である。急迫性は、過去・将来の侵害をふり落とす客観的・形式的要件と解されてきた。いかなる意思で臨もうと客観的に侵害が押し迫っていれば急迫と解すべきである（前田）。あるいは、「急迫」は客観的事態として危険が差し迫っていることを意味するから、加害の意思の有無によってその存否を判断すべきではなく、積極的な加害意思で侵害に臨んだときでも、そのことから直ちに急迫性が失われると解すべきではなく、むしろ、防衛の意思が欠如しているものとして正当防衛の成立が否定されるべきである（大谷）とされる。

(3) 侵害行為が一時中断した場合における急迫性の継続



論点19

侵害者の攻撃が一時中断した場合（ex. 甲が乙に鉄パイプで殴りかかったところ、甲は態勢を崩し一時攻撃が中断した場合）、その侵害者に対する攻撃にも急迫性が認められるか。

□判例 最判平9.6.16

侵害者の加害の意欲が旺盛且つ強固で間もなく態勢を立て直して再度攻撃に及ぶことは可能である等の事情のある場合には、なお急迫性の継続が認められるとした。

2 「不正」の侵害（要件②）

(1) 「不正」の意義

「不正」とは、法秩序に反すること、すなわち違法であることをいう。適法な侵害に対する正当防衛は認められないことになる。

※「不正」と刑法上の違法は異なるとする見解も有力である。具体的には、対物防衛の可否で問題となる。

(2) 対物防衛の可否

対物防衛とは、物または動物による侵害に対してする防衛をいう。

ア 所有者の故意・過失に基づく侵害行為



論点20

所有者の故意・過失に基づく侵害行為に対して、正当防衛が認められるか。

→ 正当防衛が認められる（通説）。

（理由）

所有者に故意・過失があれば、所有者という人の行為による侵害に対するものと評価できるからである。

イ 所有者の故意・過失に基づかない場合

ex. 他人の飼い犬が急に襲いかかってきたため、撲殺した場合



論点 21

所有者の故意・過失に基づかない侵害行為に対して、正当防衛が認められるか。

A 「不正」と刑法上の違法を同義と解する立場

A1 正当防衛否定説（主観的違法論）

(理由)

主観的違法論を前提に、命令の内容を理解し、それに従って意思決定し得る者の行為のみが違法であるから、犬が襲うことは「不正」とはいえない。

A2 正当防衛否定説（団藤）

(理由)

- ① 新客観的違法論を前提に、評価規範・命令規範は人に対して向けられており、違法性は人の行為についてのみ問題となるから、動物等による法益侵害に対しては正当防衛は認められない。
- ② 「不正」を要求していない緊急避難の成立が認められる以上、不都合はない。

A3 正当防衛に準じるとする説（大谷）

(理由)

- ① 基本的にはA2説が妥当であるが、所有者の故意・過失による場合には人の行為によるものとして正当防衛が認められるのに対し、そうでない場合は緊急避難という厳格な要件でのみ違法性が阻却されるとするのは不均衡である。
- ② 民法上、対物防衛が認められていることとの統一を図るべき。

B 「不正」と刑法上の違法は異なると解する立場

B1 正当防衛肯定説（大塚）

(理由)

- ① 侵害の「不正」は、被侵害者の法益を侵害し、これに対して正当防衛が許されるかという一般法的観点における違法性を意味する。
- ② 緊急避難しか認められないとするのでは、その要件の厳格さから被侵害者の保護に不十分である。

B2 正当防衛肯定説（前田、曾根）

(理由)

- ① ここで問題とすべきは、「動物を処罰するための違法行為」ではなく、正当防衛を可能とする「不正の侵害」なのである。自己または他人の法益に侵害が差し迫っている場合であれば、それが人によるものであろうと、動物によるものであろうと、特に区別することなく正当防衛の成立を認めるのが常識的である。その意味で動物にも「不正の侵害」は考えられる（前田）。

- ② 飼主が無過失の場合に防衛できないのは不自然であり、端的に犬に対する正当防衛を認めるべきである。
- ③ 対物防衛においては、刑罰の前提となる犯罪成立要件の違法性ではなく、正当防衛の対象としての違法性が問われているのだから、違法判断の対象を人間の行為に限る必要はない。動物の行為も法益を侵害・危険化するものとして違法判断の対象となり得る（曾根）。

※ 客観的違法論を採用した場合に、結果無価値論と行為無価値論のいずれかを採用することで結論が一義的に導き出されるわけではない。

3 「侵害」行為（要件③）

(1) 意義

他人の権利に対して、実害または危険を与える行為

故意による行為か過失による行為かを問わず、また不作為による行為も含まれる。

(2) 自招防衛（自招侵害）



論点 22

防衛者が自ら挑発行為を行い不正の侵害を招いた場合には、それに対する防衛行為自体は完全に正当防衛の要件を充たしているが、かかる場合にも正当防衛を成立させるか。

A 防衛の意思必要説を前提にして、かかる場合には防衛の意思を欠くため正当防衛ではないとする（団藤、藤木）。

B 挑発行為が存在する場合、侵害の「急迫」性が欠けるために正当防衛ではないとする（平野）。

(批判)

自招防衛は、当罰性が高いにもかかわらず、形式上は正当防衛の要件を充たすのであり、挑発したとしても、相手の侵害が間近に差し迫っていれば、急迫性は否定し得ない。

C 正当防衛権の濫用とする。

C1 正当防衛に名を借りて相手方を侵害しようとし、故意に挑発するような場合、「権利の濫用」であって、正当防衛とは認めがたい（大塚）。

(批判)

どのような挑発が存在した場合に濫用になるのかは必ずしも明確でない。また、権利の濫用のような一般条項を刑法解釈において安易に認めるのは、危険である。

C2 正当防衛の正当化根拠につき、法確証の利益を重視し、正当防衛状況を利用して他人を侵害する意図をもった挑発行為の場合には正当防衛権の濫用であって、およそ法確証の客観的利益は存在しないから、正当防衛は成立しないとする（曾根）。

(批判)

いかなる場合に、法確証の利益が失われるかは、なお不明である。

D 原因において違法な行為の理論による（平野、山中、山口）。

防衛行為自体は正当防衛として適法だが、原因行為である挑発行為が違法であるため、その結果として法益侵害を惹起したことに對し、故意・過失の責任を問い得るとする。原因において自由な行為の理論を応用したものである。

(批判)

ここにいう防衛行為は自招行為を前提にするものであって、両者を切り離して違法性の評価を加えることは許されない。また、挑発しただけで相手が何の反応も示さなくても未遂罪となりかねず、妥当でない。

E 正当防衛が社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の要件をすべて満たしていても正当防衛の成立を認めるべきではないとする（大谷）。

(理由)

正当防衛が不可罰とされる趣旨は、急迫不正の侵害に對し反撃を認めることによって法の存在を確証し、もって社会秩序の維持を図ることにある。そこで、たとえ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、かえって法秩序を乱す結果となる。

F 客観的に「防衛するため」の行為ではないとして、正当防衛の成立を否定する（前田）。

(理由)

挑発行為からはじまる一連の行為の因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなし得る場合には、すでに挑発の時点で防衛行為が始まったと評価し得る。

※ 各説は、すべての場合に正当防衛の成立を否定しているわけではなく、個別・具体的に、その成否を検討していることに注意を要する。

すなわち、大谷教授は、「みづから正当防衛の状況を故意に招きながら正当防衛を行い相手方の法益を侵害する行為は、一般的には社会的相当性を欠くといつてよい。しかし、挑発行為が過失に基づくなど社会的相当性の枠をそれほど逸脱するものではなく、また相手方の軽微な侵害が予測されるような挑発に對して、極めて重大かつ異常な法益侵害を伴う攻撃がなされた場合には、この攻撃に對して正当防衛を認めることは可能である」とする。

また、前田教授は、①挑発に対し、相手方の反撃行為が正当防衛となる場合には、これに対する挑発行為者による防衛行為が正当防衛に該当しないのは当然である。逆に、②挑発に対し、相手方が過剰となるほどに反応してしまった場合には、この相手方の反撃行為は不正な侵害となり、挑発行為者にとってそれが予想通りの反応であっても正当防衛は許される。その上で、③挑発行為者の挑発行為と防衛行為の因果的連関が強く、全体として一連の行為であるとみなし得る場合にのみ、例外的に「防衛するため」の行為ではないとする。

※ なお、前述の各説は、大きく、正当防衛の要件論で処理する立場（A説、B説、F説）と一般的理論で処理する立場（C説、D説、E説）とに分けられよう。

□判例 最決平20.5.20, 百選 I No.26

【事案】

Aは、午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった。被告人は、いきなりAの左ほおを手で1回殴り、直後に走って立ち去った。Aは、「待て。」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴りつけた。被告人は、上記Aの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取出し、Aに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴りつける暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

【決定要旨】

「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」

【評価】

被告人が暴行を加え、その被害者から被告人が暴行を受け、その反撃として被告人が傷害行為をしたという事案である。本決定は、本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないとし、正当防衛の成立を否定している。

(3) 喧嘩と正当防衛

喧嘩・闘争は双方が攻撃防御を繰り返す行為であり、全体としてみれば防衛行為と捉えることは困難であるとして、大審院判例は喧嘩両成敗の考え方に基づいて正当防衛の成立を認める余地がないとしてきた（大判昭 7.1.25）が、最高裁はこの立場を改め、正当防衛の成立する余地を認めるに至っている（最大判昭 23.7.7）。例えば、素手で殴り合っていたところ、一方がいきなりナイフをもって斬りかかってきたような場合に、これに対してバットで反撃するような行為はなお反撃行為として正当防衛の成立の余地がある。

※ 大谷教授は、喧嘩は、一般的に社会的相当性を欠く行為であるが、例えば、手拳で殴り合っていたところ、突然一方が包丁をもって切りかかってきたような場合、これに対して野球用のバットで反撃するように、喧嘩においても闘争の全般からみて社会的相当性を逸脱しない場合があり得るのであるから、反撃行為として正当防衛の要件を充たし社会的相当性を具備する限り、違法性が阻却されると解すべきであるとする。

□判例 最大判昭23.7.7

「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもつばら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、闘争の全般からみては、刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある。」として、事案はその場合に当たるとし、正当防衛の成立を認めなかった。

□判例 最判昭32.1.22

上記判例を引用した後、「法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によつて事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含むものと解することができる。」として、喧嘩であっても正当防衛の成立する場合があり得ることを認めた。

4 「自己又は他人の権利」を防衛するため（要件④）

(1) 意義

「権利」とは、広く法益一般を意味し、法令上権利の名を与えられているものに限らない。

※ 他人のためになされる正当防衛を緊急救助という。

(2) 国家緊急救助



論点 23

国家的法益を守るためにする正当防衛が認められるか。

A 否定説（平野，前田，中山）

（理由）

- ① 国家的法益を保護することは、国家または公共団体の任務であり私人の任務ではない。
- ② 国家的法益が刑法上保護されているのも、究極的には個人的法益の保護につながるからであり、これに対する侵害も個人的法益との関係で捉えれば足りる。

B 限定的肯定説（最判昭24.8.18・通説）

国家公共機関による救済が期待できない極めて緊迫した場面においてはこれを肯定し得る。

（理由）

- ① 公共の福祉等を含めたすべての法益は防衛されるべき利益であり、かかる利益を保護するための正当防衛も許容し得る。
- ② 正当防衛を許容するにしても、国家的法益の保護が第一次的には国家の責務であることは否定できず、また私人にこれを委ねることは濫用の危険もあることから限定的に解するべきである。

□判例 最判昭24.8.18

ゼネストを中止させるためにゼネスト指導者を傷害した事件について、公益保護のための正当防衛は、国家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れるとし、正当防衛の成立を否定した。

5 防衛行為（要件⑤）

(1) 意義

防衛行為は、その性質上、侵害者に向けられた反撃行為でなければならない。

※ 第三者に対して防衛行為がなされた場合の処理については争いがある。

(2) 防衛の意思

ア 防衛の意思の必要性の有無



論点24

正当防衛の成立に防衛の意思が必要か。

A 行為無価値論からのアプローチ

防衛の意思必要説（判例・団藤，大塚，大谷等）

（理由）

- ① 刑法における行為は主観的要素と客観的要素から構成されており、その社会的相当性を判断するには主観的要素を考慮することは不可欠である。

- ② 逆に偶然に防衛の結果が生じた場合や、明らかに犯罪的意図をもってした場合にまで正当防衛を認めると、不正な者を保護することとなり、正当防衛の趣旨に反する。
- ③ 36条1項は「防衛するため」と規定しており、これは防衛の意思を必要とする趣旨と考えられる。

B 結果無価値論からのアプローチ

B1 防衛の意思不要説（前田，平野）

（理由）

- ① 防衛行為は反射的に行われる場合が多いから、防衛の意思を必要とする、正当防衛の範囲を著しく狭める。
- ② 36条1項の「防衛するため」とは客観的防衛行為を意味すると解するべき。
- ③ 防衛の意思を必要としても、必ずしもその内容は明確ではない。

B2 防衛の意思必要説（曾根）

（理由）

防衛の意思がない行為にあつては、「不正」対「不正」の関係が存在するにすぎず、法確証の利益をもたない。

イ 防衛の意思の内容



論点25

防衛の意思が必要として、その内容はどのように解するべきか。

A 目的説

防衛の意思とは、行為の動機・目的・意図が専ら防衛のためであったことをいう。

（批判）

正当防衛行為は憤激・興奮した状態でなされる場合が多く、かかる場合に正当防衛の成立を否定するのは不当である。

B 認識説（通説）

防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で足りる。

（理由）

正当防衛は本能的な自衛行動という側面を有し、防衛の目的・意図を厳格に要求することはできない。

ウ 予期された侵害に対する防衛行為（積極的加害意思ある場合）



論点26

単に、侵害行為を予期していたにすぎない場合に正当防衛が成立する点は問題ない。問題とされるのは、相手方の侵害を予期し、その機会を利用して積極的に相手方を加害する意思がある場合である。

A 急迫性を欠くとする説（最決昭52.7.21, 百選I No.23, 団藤）

（理由）

積極的加害意図がある場合、本人の加害行為は、その意思が相手方からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの侵害行為と少しも異なるところはない。

（批判）

急迫性の要件は客観的に定められるべきであり、被侵害者の意思と結びつけて理解すべきでない。

B 防衛の意思を欠くとする説（大塚, 大谷等）

（理由）

防衛の意思は、もともと反撃の意思を含むが積極的加害意思とは一線を画すると解するべきである。

（批判）

防衛の意思の内容について、認識説に立つならばかかる積極的加害意図ある場合もなお、防衛の意思が認められるはずである。

（反論）

もともと犯罪的意図を達成するために行われる場合、「不正の侵害」の認識それ自体が認められない。相手方の攻撃が不正なものであるとの認識は、積極的加害意図をもっている者には生じ得ないからである。

C 客観的に「防衛するため」に該当しないとする説（前田）

（理由）

積極的加害意図が積極的な攻撃行動となって外部に現れた場合には、それは客観的にみて「防衛するため」の行為とはいえない。

□判例 最判昭46.11.16

【事案】

被告人が以前足蹴にされたことのある同宿人と言い争いとなり、その後しばらくして被告人がAのいる旅館帳場に入ったところ、Aからいきなり殴打されたので、被告人がAに反撃しAを刺殺した事案。

【判旨】

①「相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではなく、「殴打され逆上して反撃に転じた

からといって、ただちに防衛の意思を欠くものとはいえない。」②かねてから被告人が、攻撃者に対して「憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり」、被告人の反撃行為は、「防衛の意思をもってなされたものと認めるのが相当である」とした。

□判例 最判昭50.11.28, 百選 I No.24

「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても、正当防衛のためにした行為にあたりと判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである。」

□判例 最決昭52.7.21, 百選 I No.23

被告人が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である。」「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こととどまらず、そ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、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。

□判例 最判昭60.9.12

自己の経営するスナック店内で相手から激しい暴行を受けているうち、憎悪と怒りから調理場にあった文化包丁を持ち出して、相手から「逃げる気か」といって肩をつかまれるなどしたため、振り向きざまに相手の胸部を一突きにして殺害したという事案につき、「たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであっても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当である」とした（この判決は、「防衛の意思と併存しうる程度の攻撃の意思」であれば、専ら攻撃の意思に出たものではないとしたものであると解されている）。

※ 以上のように、積極的加害の意思がある場合につき、防衛の意思の存否で処理する判例（46年、50年、60年判例）、急迫性の存否により処理する判例（52年判例）が存在する。

これらの判例の合理的な説明として、(イ)不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点、すなわち防衛（反撃）行為の実行時における本人の意思内容については防衛意思の問題であり、(ロ)不正の侵害を予期した事前の時点、すなわち反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の準備段階）における意思内容が問題とされる場合は、急迫性の問題であるという見解が示されている。しかし、被害者（攻撃者）に前から恨みをもっていたような場合、加害意思が防衛時に生じたか否かの区別は微妙である（前田）。

エ 偶然防衛

急迫不正の侵害が現実存在するが、これを知らずに防衛行為に出て、結果的に正当防衛と同じ事態を生じさせた場合



論点 27

偶然防衛は、正当防衛として違法性が阻却されるか。

A 防衛の意思必要説

A1 未遂説（中）（←未遂処罰規定欠けば不可罰）

（理由）

防衛の意思が欠けるので正当防衛は成立しないが、結果的に防衛結果が生じた以上は結果無価値がなくなる。

A2 既遂説（大塚、大谷等）

（理由）

違法性阻却の対象は構成要件に該当する事実全体であるから、行為と結果を分離して評価すべきでなく、防衛の意思を欠く以上正当防衛は成立しない。

B 防衛の意思不要説

B1 無罪説（前田）

（理由）

客観的に法益侵害行為に対する反撃行為と認められる以上、優越的利益が認められ正当防衛が成立する。

B2 未遂説（平野）（←未遂処罰規定欠けば不可罰）

（理由）

不正の侵害に対する防衛行為として結果は正当化されるが、行為の危険性は正当化されていない。

オ 過失行為と正当防衛



論点 28

過失行為によって、結果的に正当防衛を実現した場合に正当防衛が成立するか。

- ex. (ア)警察官甲が拳銃を掃除中に暴発し、Aに命中したが、Aは丁度甲に襲いかかるところだった場合（過失による偶然防衛）
(イ)警察官甲が襲いかかってきた犯人Aに対して威嚇のため拳銃を向けたが、誤って引き金を引いてしまいAに命中した場合

A 旧過失論

旧過失論によれば、構成要件・違法性の段階では故意犯と過失犯は異なることになり、過失行為による正当防衛も認められる。

B 新過失論・修正された旧過失論

新過失論・修正された旧過失論によれば構成要件・違法性の段階で故意犯と過失犯とは異なることになり、理論的には過失行為による正当防衛を否定することも可能となる。

B1 過失行為による正当防衛否定説

(理由)

防衛の意思必要説から、過失行為には防衛の意思が認められず、正当防衛は成立しない(但し、防衛の意思必要説で未遂を成立させる説は、(i)の場合、未遂となりそうであるが、過失犯に未遂処罰はなく不可罰となる)。

B2 過失行為による正当防衛肯定説

(理由)

- ① 防衛の意思不要説から、過失行為であっても客観的に防衛行為といえるのであれば正当防衛が成立する。
- ② 防衛の意思必要説から、防衛の意思は急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で足り、過失行為においてもかかる認識が認められる以上、正当防衛が認められる(但し、(i)の事例は防衛の意思がなく、正当防衛は不成立)。

※ 旧過失論・新過失論・修正された旧過失論については、過失犯の章

□判例 大阪地判平24.3.16**【事案】**

被告人は、普通自動車を運転中、歩行中のAらを追い抜く際にクラクションを鳴らした。これに立腹したAは、被告人の自動車を損壊しようとして運転席側のドアノブをつかむなどの攻撃を継続して行った。そこで、被告人は、これを逃れるため、加速しつつ走行したが、この際、過失によりAを轢過して死亡させた。この行為につき、被告人が自動車運転過失致死罪〔現：過失運転致死罪〕に問われた。

【判旨】

裁判所は、被告人に過失を認めたが、①当初の時点では「生命や身体に対する危険が現に存在」し「A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」が存在しており「なお継続していた」。②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」。また、③Aの行為は「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て」、④被告人の認識を前提とすれば、Aから遠ざかるために加速した被告人の行為は「Aの身体に具体的な危険が生じるような行為」であったとはいえない。さらに、⑤このような被告人の認識からすれば、加速行為も「逃げようとしている者が取る行動として十分あり得る」ものであり、⑥Aは「そのような危険な状況を自ら作出したといえる」から被告人の行為は、相当性の範囲を逸脱していたとすることはできないとして正当防衛が成立すると判断した。

カ 防衛行為が第三者に生じた場合

侵害行為に対して反撃をなしたところ、防衛行為の結果が第三者に生じた場合に正当防衛が成立するか。

(ア) 甲は乙が襲いかかってきたので、第三者Aの花瓶を投げつけたところ、花瓶が損壊した。

－第三者の物による防衛行為

乙に対しては正当防衛が成立。

Aに対しては緊急避難が成立。

(理由)

第三者との関係では、「正」対「正」の関係が認められるにすぎない。

(イ) 甲に対して乙がAの犬をけしかけてきたので、犬を撲殺した。

－侵害行為が他人の物でなされた場合



論点 29

上記の場合、緊急避難が成立するか、それとも正当防衛が成立するか。

A 緊急避難説 (大塚, 大谷)

(理由)

第三者との関係では「正」対「正」の関係があるにすぎない。

B 正当防衛説 (通説)

(理由)

- ① この場合には第三者の物は侵害者 (乙) の侵害行為の一部を構成するので「正」対「不正」の関係が認められる。
- ② 侵害行為に用いられた物が、第三者の物が侵害者の物かで異なる取扱いをする必要はない。

(ウ) 甲は乙が襲いかかってきたので石を投げたら第三者Aに命中してしまった場合



論点 30

上記の場合、緊急避難、正当防衛、誤想防衛のいずれが成立するか。

A 緊急避難説 (大塚, 大谷)

(理由)

- ① 第三者は何ら不正の侵害を行っておらず、「正」対「正」の関係があるにすぎない。
- ② 行為者 (甲) は第三者 (A) に傷害を与えることで「現在の危険」を回避し得たのであり、また、侵害者 (乙) に対し、石を投げることによって、自己の身体を守るという防衛の意思は、同時に避難の意思をも含むというべきである。

(批判)

特に避難の意思を要求すると、たまたま意外な第三者（A）に命中した行為は、「危難」を避けるための行為とはいいいにくい。

B 正当防衛説（川端）

(理由)

行為時において完全な正当防衛状況が認められる以上、正当防衛として違法性阻却を認めるべきである。

(批判)

「不正の侵害」をまったく行っていない第三者（A）に対する正当防衛を認めるのは無理である。

C 誤想防衛説（団藤，前田）

(理由)

主観として正当防衛だと思い、結果的に正当防衛にならなかったのだから、誤想防衛の一場合として処理すべき。

(批判)

正当防衛として行われたにもかかわらず、結果として、その行為が違法となってしまうのは妥当でない。

6 やむを得ずにした行為（要件⑥）

(1) 意義

36条1項の「やむを得ずにした行為」の要件を「必要性」と解するのか「相当性」と解するのかについて争いがあるが、「必要性」と「相当性」の概念が多義的なため、「必要性」「相当性」という概念自体を軸に判例・学説を整理すると混乱する。そこで、「必要性」や「相当性」等と呼ばれているところの中身に着目して判例や近時の学説（大谷，曾根，前田，林，木村）を検討すると、「やむを得ずにした行為」という要件が、基本的には①法益の相対的均衡（若しくは不均衡ではないこと）、②防衛手段の相当性（必要最小限度性）という2つの面を中心に判断されている点でおおむね一致していることが分かる。ただ、細部の要件や理由付けが微妙に異なるので、以下大谷説と前田説に分けて検討する。

A 大谷説

正当防衛は、不正対正の関係に基づいて、「正は不正に譲歩しない」という見地から違法性が阻却されるのであるから、「やむを得ずにした」の意味を他に採るべき手段がないという意味で理解すべきではない。

しかし、行き過ぎた防衛行為はかえって刑法の社会秩序維持機能を害する。

そこで、防衛行為が①侵害を排除するのに必要な限度であり、②その行為が自己または他人の権利を防衛する手段としての法益侵害・危険が最小限度

のものである場合に（両者合わせて相当性と呼ぶ）、「やむを得ずにした行為」といえると解する。

そして、正当防衛は不正対正の関係に基づくものだから、反撃により生じた結果がたまたま侵害されようとしていた法益よりも大きくても相当性が認められるが、正当防衛が法秩序の存在を確証し社会秩序を守るために認められるものであるから、侵害法益と保全法益とが著しく均衡を欠く場合には相当性は認められない。

B 前田説

「やむを得ず」といえるためには、相当性が認められること、すなわち、①法益の相対的均衡と、②防衛手段の相当性が必要である。

すなわち、正当防衛の正当化根拠も法益の比較衡量にあるが、侵害者の法益は「不正」のゆえに縮小して評価されるが消滅するのではない。そこで、「やむを得ず」といえるためには、法益の均衡は必要ないが、①保全すべき法益に比し、防衛行為がもたらした侵害が著しく不均衡ではないことが必要である。

次に、同様の結果でも行為の有する危険性に差がある場合には、違法性判断において考慮されるべきである。そこで、「やむを得ず」といえるためには、②用いられた防衛手段が侵害に対して相当（必要最小限度）なものでなければならない。

そして、防衛行為が必要最小限度のものであれば、重大な結果が生じた場合にも、相当性が認められる。なぜなら、より危険の少ない行為を選択した以上、これを違法判断において評価すべきであるし、防衛者がより危険性の低い行為を選ぶことを促すためにもこのように解するのが合理的だからである。

※ 前田説は、上記①、②を補うファクターとして、③攻撃者の不正の度合いを加味する。また、②の「必要最小限性」とは、防衛者を顕著な危険にさらすことなく比較的容易にとることのできる最小限の措置（藤木）という意味であるとされる。さらに、防衛のために不要でない行為という必要性判断は、「防衛するため」という要件の中で検討する。

□判例 最判昭44.12.4

指をねじり上げられたので、相手を突き飛ばしたところ転倒し重傷を負わせた事案で、やむこと得ざる行為とは、自己又は他人の権利を防衛する手段として、必要最小限度の行為であること、すなわち反撃行為が急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を有することが必要であるとして正当防衛の成立を認めた。すなわち、防衛行為が必要最小限度のものであれば、重大な結果が生じた場合にも正当防衛となることを認めている。

□判例 最判平元.11.13. 百選 I No.25

年齢も若く体力にも優れた被害者が手拳を突き出し近寄ってきたのに対して、包丁を構え「切られたいんか」と申し向けた行為について、被害者からの危害を避けるための防衛的行為に終始していたことから防衛手段としての相当性の範囲を超えたということとはできないとして、正当防衛の成立を認めた。

□判例 最判平21. 7. 26

財産的権利を防衛するために暴行を加えた事案において、侵害行為の態様・暴行の程度等の具体的事情を判断した上で防衛行為の相当性を認めて、正当防衛の成立を肯定した。

□判例 大阪高判平21. 10. 22

自らの挑発的言論をきっかけとして暴行を受けた者が、暴行から身を守るために相手の顔面を一発殴打した事案において、約15分間に及ぶ終わりのない不当な謝罪要求からくる執拗で一方的な暴行・脅迫という全体としての侵害行為と侵害行為から逃れるための1回限りの暴行とを比較して、防衛行為の相当性を判断すべきであり、被告人の行為は、防衛行為としてその程度を超えていないとして、正当防衛の成立を肯定した。

第4 過剰防衛（36条2項）**（正当防衛）**

第36条 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は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

1 意義

防衛行為がやむを得ない程度を超えた場合

2 類型**(1) 質的過剰**

通常の過剰防衛（必要性と相当性を超えている場合）

ex. 素手で反撃すべきところを凶器を使って反撃したような場合

(2) 量的過剰

防衛の必要がなくなっているのに、攻撃を続ける場合

ex. 侵害行為が終了しているのに、なおも反撃行為を継続するような場合

この場合に、急迫性が欠落した以後の行為は過剰防衛となる。

□判例 最判平9. 6. 16**【事案】**

アパート2階で甲がAからいきなり鉄パイプで殴打されてもみ合いになり、いったんは甲が鉄パイプを取り上げて1回殴打したが、Aがこれを取り戻して殴りかかろうとし、その際、勢い余って2階手すりに上半身を乗り出してしまった。そこで、甲がAの片足を持ち上げてAを階下のコンクリート道路上に転落させ重傷を負わせた。

【判旨】

「Aは甲に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の甲に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、甲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」として、甲のAに対する急迫不正の侵害の継続を肯定した上で、ただ「鉄パイプでAの頭部を1回殴打した行為を含む甲の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであった」として、過剰防衛に当たるとした。

【評価】

本判決は、被告人の暴行は全体として相当性の範囲を超えていたという判断を示しているが、過剰防衛の結論を導き出すには、相手方を2階から転落させた行為の危険性が決め手になったと思われる。

□判例 最決平4. 6. 5, 百選 I No.88

【決定要旨】

共同正犯が成立する場合の過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれの要件を検討して決すべきであって、積極的な加害の意思がなかった共同正犯者の1人について過剰防衛が成立したとしても、被害者の攻撃を予期し積極的な加害の意思で侵害に臨んだ他の共同正犯者については侵害の急迫性が否定され、過剰防衛は成立しない。

【評価】

大塚教授は、責任減少説の立場から、「共同正犯の成立は共同者全員に一体的であるが、過剰防衛が少なくとも行為者の責任減少を内容とするものである以上、その成否が共同正犯者の各人に個別に考慮されることは当然であろう」とする。

□判例 最判平6. 12. 6, 百選 I No.96

防衛のために共同して暴行した者の一部が、侵害行為終了後も暴行を続けた事案で、侵害行為終了後には暴行を継続しなかった者は、侵害行為時における暴行が正当防衛と認められる場合には侵害行為終了後の行為については、新たな共謀の成立が認められる場合でない限り正当防衛が成立するとした。

□判例 最決平20. 6. 25, 百選 I No.27

【事案】

被告人（当時64歳）は、屋外喫煙所において甲（当時76歳）に「ちょっと待て。話がある。」と被告人に呼び掛けられた。被告人は、以前にも甲から因縁を付けられて暴行を加えられたことがあり、今回も因縁を付けられて殴られるのではないかと考えたものの、同人の呼び掛けに応じて、共に移動した。

被告人は、甲からいきなり殴り掛かれ、これをかわしたものの、腰付近を持たれて付近のフェンスまで押し込まれた。甲は、更に被告人を自己の体とフェンスとの間に挟むようにして両手でフェンスをつかみ、被告人をフェンスに押し付けながら、ひざや足で数回けたため、被告人も甲の体を抱えながら足を絡めたり、けり返したりした。そのころ、二人がもみ合っている現場に乙及び丙が近付くなどしたため、被告人は、1対3の関係にならないように、乙らに対し「おれはやくざ

だ。」などと述べて威嚇した。そして、被告人をフェンスに押さえ付けていた甲を離すようにしながら、その顔面を1回殴打した。

すると、甲は、その場にあったアルミ製灰皿を持ち上げ、被告人に向けて投げ付けた。被告人は、投げ付けられた同灰皿を避けながら、甲の顔面を右手で殴打すると、甲は、頭部から落ちるように転倒して、後頭部を地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった（第1暴行）。

被告人は、憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れている甲に対し、その状況を十分に認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたし、さらに、腹部にひざをぶつけるなどの暴行を加えた（第2暴行）が、甲は、第2暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

甲は、6時間余り後に、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。

裁判では、第1暴行と第2暴行を一体に評価して過剰防衛による傷害致死を認める（第1審の判断）か、第1暴行と第2暴行を分けて第1暴行に正当防衛の成立を認めて第2暴行につき傷害罪の限度で責任を生じるとする（控訴審の判断）か問題となった。

【決定要旨】

「事実関係の下では、第1暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。」

【評価】

本決定は、2つの暴行を1つの防衛行為と見ることができるかについて、具体的事情のもと時間的・場所的な連続のみならず侵害の継続性、防衛の意思、暴行の態様などを全体的に考察して判断している。

□判例 最決平21.2.24, 重判平21刑法No.2

被告人は、被害者が折り畳み机を被告人に向けて押し倒してきたのに対し、自己の身体を防衛するため、防衛の程度を超え、同机を被害者に向けて押し返した上、これにより転倒した同人の顔面を手げんで数回殴打する暴行を加えて、同人に本件傷害を負わせたという事実のもとで、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当とした。

3 処分

情状により、その刑を軽減または免除することができる（任意的減免）。

4 刑の減免の法的性質



論点31

刑の減免の法的性質について、どのように解すべきか。

A 責任減少説（平野，福田，大塚等）

（理由）

- ① 過剰防衛は必要性・相当性を欠く以上，違法性阻却事由と解することはできない。
- ② 過剰防衛は急迫不正の侵害という緊急時になされるものであるから，驚愕・狼狽等で過剰な反撃があったとしても，強く非難できない場合があるから，刑が任意的に減免される。

B 違法減少説（町野）

（理由）

正当防衛の要件を完全には満たさないにせよ，単純な法益侵害行為と異なり，不正な侵害に対する反撃行為である以上，違法性が減少していると解すべきである。

C 違法・責任減少説（団藤，大谷，曾根，前田等）

（理由）

過剰防衛も不正な侵害に対する反撃である以上，法確証の効果はなお残存し，違法性の減少があることは否定できず，他方で，緊急時における反撃行為者の心理的動揺も考慮すべきである。

第5 誤想防衛

急迫不正の侵害がないのにあると誤信して，これに対してなされた防衛行為

ex. 甲は，Aが木刀で殴りかかってくると誤信して，竹刀で反撃し，Aに傷害を負わせた。

※ 大谷教授は，この場合の他にも，急迫不正の侵害はあるが，防衛行為自体について防衛のため相当の行為をするつもりで誤って不相当な行為をした場合，更に急迫不正の侵害がないのにあると誤信し，その誤信した事実に対し，不相当な防衛行為をした場合を含め，誤想防衛とされている。しかし，これらは，次に述べる誤想過剰防衛に含めて議論をする。

**論点32**

正当防衛状況が存在しないのに存在すると誤信した点をどう扱うかが問題となる。

A 事実の錯誤説（違法性の意識不要説・制限故意説・制限責任説）（団藤，曾根，前田）

正当化事由があると信じた以上，規範に関する問題が与えられないから，故意は阻却される。その錯誤について過失があるときは，過失犯が成立するにすぎない。

（理由）

違法性判断を基礎づける事実の認識に関する錯誤である。

B 法律の錯誤説（厳格責任説）（大谷）

違法性阻却事由が構成要件事実でない以上構成要件の錯誤ではあり得ず，犯罪事実を認識して行為した以上，法的に許されるか否かを誤ったにすぎない。法律の錯誤の問題となる。

C 第三の錯誤説（大塚）

構成要件的事実の錯誤でも違法性に関する錯誤でもないから，違法性に関する事実の錯誤と呼ぶべきで，責任故意は阻却される。過失が認められるときは，過失犯の成立があり得る。

※ なお，判例は，誤想防衛は故意を阻却すると解する立場をとる（大判昭8.6.29，東京高判昭59.11.22，大阪高判平14.9.4，百選I No.28）。

第6 誤想過剰防衛

1 伝統的議論

(1) 意義

誤想過剰防衛とは，急迫不正の侵害がないのにあると誤信して防衛行為に出たが，その防衛行為が，行為者の誤信した侵害に対する防衛として過剰であった場合をいう。

(2) 学説

**論点33**

誤想過剰防衛について，どのように解すべきか。

A 誤想防衛説

誤想過剰防衛は，誤想防衛の一種である。したがって，その処理にあっても，誤想防衛の処理に準じることになる。

(理由)

誤想過剰防衛は、第一段階の侵害の急迫性についての誤認に基づき、第二段階の防衛行為についての過剰行為も生じさせたものであり、第一段階の誤認がなければ過剰行為も生じなかったといえる。その意味で、本質的には誤想防衛である。

A1 (誤想防衛についての事実の錯誤説から)

故意は阻却され、過失犯の成否が問題となるのみである。(団藤)

(批判)

急迫不正の侵害が現に存在する通常の過剰防衛の場合には、故意犯が成立し、情状によって刑の任意的減免が問題となるにすぎないが(36条2項)、急迫不正の侵害の存在しない誤想過剰防衛の場合には、過失犯しか成立しないことになり、均衡を失する。

A2 (誤想防衛についての法律の錯誤説, 違法性の意識についての責任説から)

故意は阻却されないため、故意犯が成立する。ただし、誤想が避け得なかった場合には、責任を阻却する。(大谷)

B 過剰防衛説

誤想過剰防衛は、過剰な行為である以上過剰防衛の一種である。したがって故意犯が成立し、36条2項による刑の任意的減免の余地がある。

(理由)

急迫不正の侵害に対して誤認がなくても、相当性を超えれば、過剰防衛となり刑の減免を受け得ることとの均衡を重視すべきである。

(批判)

防衛行為の過剰性を認識していない場合にも故意があるとすることは、故意の概念を逸脱するものである。

C 二分説(通説)

誤想した侵害に対する防衛行為の過剰性について、認識のない場合とある場合とでは問題状況が異なる。

過剰性の認識がない場合には、全体として誤想防衛である。誤想防衛についての事実の錯誤説を前提とすれば、故意が阻却され、過失犯の成立の余地があるのみである。

これに対し、過剰性の認識がある場合には、故意は阻却されない。このとき、過剰行為について責任を減少させる情状がみられるときは、36条2項の規定を準用して、刑の減免をなし得る。

2 近時の理論的展開

(1) 近時、このような問題の立て方自体に疑問があるとして、新しい視点からの判断の枠組みを提示する見解もある(前田)。

これによれば、過剰防衛(故意犯)と誤想防衛(過失犯)は必ずしも対立するものではなく、故意犯が否定されて過失犯が成立する場合にも過剰防衛としての刑の減免の余地は考えられるとして、①故意犯

の成否の問題と②36条2項の減免の効果を認めるか否かの問題は、次元が異なるものであるから別個に論じる必要があるとする。

(2) 判断の枠組み

ア 急迫不正の侵害が存在しないのに、存在すると誤信し、しかも誤信した侵害に対する防衛行為としての相当性の程度を超えた場合（狭義の誤想過剰防衛）は、二分説のいうように行為者の認識により以下の2つの場面に分けて検討すべきである。

・相当な行為と認識した場合－Ⅱ

ex. 相手が殴りかかってきていないのに、殴りかかってきていると誤信し、側にあった斧を棒と思って手にして反撃した場合

・不相当な行為と認識した場合－Ⅲ

ex. 相手が殴りかかってきていないのに、殴りかかってきていると誤信し、側にあった斧でこれを斧と認識しつつ反撃した場合

イ これに加え、以下の類型も含めて検討する。

・急迫不正の侵害は存在するが、防衛行為が相当性の程度を超え、しかもその認識を欠く場合－Ⅰ

ex. 相手が棒で殴りかかってきたので、側にあった斧を、それと気付かず棒と思って手にして反撃した場合

ウ 上記3類型の位置づけを明らかにするために、正当防衛、過剰防衛、誤想防衛との関係も含め、以下のように分類・整理する。

	客観的事情		主観的認識		
	急迫不正	相当	急迫不正	相当	
①正当防衛	急迫不正	相当	急迫不正	相当	無罪
②誤想過剰防衛Ⅰ	急迫不正	不相当	急迫不正	相当	過失犯
③過剰防衛	急迫不正	不相当	急迫不正	不相当	故意犯
④誤想防衛		相当	急迫不正	相当	過失犯
⑤誤想過剰防衛Ⅱ		不相当	急迫不正	相当	過失犯
⑥誤想過剰防衛Ⅲ		不相当	急迫不正	不相当	故意犯

※ 上記の表は、前田教授の分類方法である。以下、この前田教授の表にしたがって説明する。上記の表を右表のように置き換えてみると、理解の助けになるであろう。

	急迫不正の侵害		相当性		罪責
	客観	主観	客観	主観	
①正当防衛	存在	存在	相当	相当	無罪
③過剰防衛	存在	存在	不相当	不相当	故意犯
④誤想防衛	不存在	存在	相当	相当	過失犯
②誤想過剰防衛Ⅰ	存在	存在	不相当	相当	過失犯
⑤誤想過剰防衛Ⅱ	不存在	存在	不相当	相当	過失犯
⑥誤想過剰防衛Ⅲ	不存在	存在	不相当	不相当	故意犯

エ 帰結

(ア)故意犯の成否について

・ I, IIの場合

行為者の主観面は完全に正当防衛の認識なので、故意非難は不可能である。

行為を相当だと誤信したことにつき過失があれば過失犯の成立を認める。

・ IIIの場合

過剰性の認識が存在する以上、正当防衛の主観面を備えているとはいえないので故意犯が成立する。

(イ)36条2項の適用の有無



論点34

36条2項の適用の有無について、どのように解すべきか。

A 責任減少説によれば、急迫性が客観的に存在しようがしまいが、主観的に急迫であると思ってあわてている以上、責任は軽くなる。したがって、②から⑥はすべて刑の減免を認めるべきこととなる。過失犯についても36条2項の適用は考え得る。

ただし、過剰防衛の形式的要件（過剰結果の発生）を充たさなければならぬから、過剰結果の発生していない④に同条項を適用することはできず、結局、②③⑤⑥につき刑の減免が認められる。

もっとも、これでは主観的にはまったく同じ事情を認識している④と⑤において、より重大な侵害を惹き起こした⑤の方が刑が免除され得ることになり不合理である。

そこで、責任減少説の論者も、⑤は④より軽く処罰し得ないとする（平野）。

B 違法減少説を徹底すれば、「過剰結果を生ぜしめようと、不正な侵害に対して防衛行為を行っている以上、違法性は減少する」と考えるため、急迫不正の侵害が存在する①②③について減免を認めるべきだということになる。そして、そのうち過剰結果の生じている②と③に36条2項が適用されることになる。

C 狭義の誤想過剰防衛（⑤、⑥）については、責任減少説と違法減少説とで結論に差が生じる。では、違法・責任減少説からはどのように解するか。

この点、違法性の減少を基本とし、責任の減少を加味する立場では、⑤と⑥の場合には、客観的違法性の減少がまったくない以上、形の免除まで認めるべきではないと考える。ただ、責任の減少が存在することも否定できない以上、刑の減輕をいっさい認めないことも不合理である。そこで、⑤と⑥に

については、36条2項の適用はあるとしつつ、刑の任意的減軽にとどめるべきとする（前田）。

	A責任減少説	B違法減少説	C違法・責任減少説 (前田)
①正当防衛	無罪	無罪	無罪
②誤想過剰防衛Ⅰ	過失犯 →36条2項	過失犯 →36条2項	過失犯 →36条2項
③過剰防衛	故意犯 →36条2項	故意犯 →36条2項	故意犯 →36条2項
④誤想防衛	過失犯	過失犯	過失犯
⑤誤想過剰防衛Ⅱ	過失犯 →36条2項	過失犯	過失犯 →36条2項 (減軽のみ)
⑥誤想過剰防衛Ⅲ	故意犯 →36条2項	故意犯	故意犯 →36条2項 (減軽のみ)

※ 誤想過剰防衛については36条2項は適用されず、準用が問題となるのみとする立場もある。結論的には、上記と何ら異ならない。

□判例 最判昭24.4.5

【事案】 (②または③のいずれの類型であるかが争われた)

甲はA（当時74歳）に棒様のもので打ちかかってこられたので、自己の身体を防御するため、その場にあった斧を斧と気付かず何か棒様のもので思い込み、これを手にしてAに反撃を加え重傷を負わせ、死亡するに至らした。

【判旨】

「原審は斧とは気付かず棒様のものでと思ったと認定しただけでたゞの木の棒と思ったと認定したのではない、斧はたゞの木の棒とは比べものにならない重量の有るものだからいくら昂奮して居たからといってもこれを手に持って殴打する為め振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である、当時74歳（原審認定）の老父（原審は被害者が実父Aであることの認識があったと認定して居るのである）が棒を持って打ってかゝって来たのに対し斧だけの重量のある棒様のもので頭部を原審認定の様に乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかつたとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とはいえない」として、尊属傷害致死罪（平7改正前）の成立を認め、36条2項により刑を減軽した。

□判例 勘違い騎士道事件 最決昭62.3.26, 百選ⅠNo.29

【事案】 (⑥の類型)

空手三段の在日イギリス人甲が、酔酩したA女とこれをなだめていたB男とがみ合ううちA女が尻もちをついたのを目撃して、B男から暴行を受けているものと誤信しA女を助けるべく両者の間に割って入ったところ、B男が防御のため両こぶしを胸の前辺りに挙げたのを自分に殴りかかってくるものと誤信し、自己及びA女の身体を防御しようと回し蹴りをB男の顔面付近に当て路上に転倒させ、その結果後日死亡するに至らせた。

【決定要旨】

「本件回し蹴り行為は、被告人が誤信したB男による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法36条2項により刑を減軽した原判断は、正当である」とした。

【評価】

本決定は、誤想過剰防衛の成立を認めた最高裁判例として重要な意義を有する。

□判例 東京地判平5.1.11

【事案】 (㊦の類型)

甲はAとの間に金銭上のトラブルを抱えており、一連のいざこざがあった直後にAの店の中で、甲がAの後ろを通りすぎようとしたところ、Aが後ろに向きを変えようとしたので、Aが自己を殴ろうとしているものと誤信し、自己の身体を防衛する目的と同時に、Aに対する憤まんの高まり、とっさにAを携帯中の文化包丁で突き刺して殺害しようとしたと決意し、Aを背後から刺して失血死させた。

【判旨】

「被告人は、被害者からの素手による攻撃を誤信していたにもかかわらず、確定的殺意を持って、文化包丁(刃体の長さ約20.9センチメートル)で被害者の背中を相当強く突き刺しており、この行為は被告人が誤信した急迫・不正の侵害に対する防衛行為としては、明らかにその程度を大幅に超えた行為であり、また、被告人自身自己の行為の意味を十分認識し、この点に錯誤はないから、誤想防衛として故意を阻却することはない。もっとも、いわゆる誤想過剰防衛に該当するが、既に述べてきた事情に鑑み、刑法36条2項を適用して刑を減免することはしない。」

【評価】

本判決は誤想過剰防衛につき故意が阻却される場合があり得ることを認めたものといえるが、確定的殺意をもっていることや、防衛の程度をはるかに超えていることから刑の減免を認めなかった。

第7 盗犯等防止法と正当防衛

◎盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律

【正当防衛の特例】

- 第1条 左ノ各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険ヲ排除スル為犯人ヲ殺傷シタルトキハ刑法第36条第1項ノ防衛行為アリタルモノトス
- 一 盗犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還セントスルトキ
 - 二 兇器ヲ携帯シテ又ハ門戸牆壁等ヲ踰越損壞シ若ハ鎖鑰ヲ開キテ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入スル者ヲ防止セントスルトキ
 - 三 故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セントスルトキ
- 2 前項各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ之ヲ罰セズ



論点35

盗犯等防止法1条1項は、刑法36条1項の「やむを得ずに」という要件を条文上要求していない。

そこで、同条項の規定の形式的要件を充足すれば、常に正当防衛が成立する余地があるので、両規定の関係をいかに解するかについて、判例・学説が対立している。

A 盗犯等防止法1条1項は、刑法36条1項の正当防衛の要件を具体的に示した注意規定にすぎず、刑法36条1項の要件と何ら異なるところはないとする立場

B 盗犯等防止法1条1項は、刑法36条1項の要件を緩和したものであるとする立場

B1 防衛手段としての「相当性」も不要であるとする立場（藤木）

B2 刑法36条1項よりも緩和された「相当性」は必要であるとする立場（最決平6.6.30・大谷、前田）

□判例 最決平6.6.30

盗犯等防止法1条1項の「正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を充たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここでいう相当性とは、同条項が刑法36条1項と異なり防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危険の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法1条1項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが『やむを得ずにした行為』であることを要件としていないことにかんがみると、刑法36条1項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である。」

【評価】

本決定は、盗犯等防止法1条1項の正当防衛と刑法36条1項の正当防衛の関係をいかに解釈するかという、学説、裁判例で見解の分かれていた論点について、最高裁としての判断を示したものとして、重要な意義を有する。