

盜犯等の防止及び処分に関する法律一条一項
の正当防衛の成立要件

奈 良 俊 夫

平成六年六月三十日最高裁第二小法廷決定

(平成六年(シ)第七一号、中等少年院送致決定に対する抗告棄却決定に対する再抗告事件) 刑集四八卷四号二一頁

参照条文

盜犯等の防止及び処分に関する法律

第一条 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

タルトキハ刑法第三十六条第一項ノ防衛行為アリタルモノトス

一 盜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

一 事 実

(一) 本件の事実はい下のとおりである。

被害者を含む中学三年生七名は、高校三年生である申立人から金員を奪い取る、あるいは、脅し取る目的をもって、申立人に対し難癖を付けて同行を要求したところ、申立人も護身用にナイフ（刃体の長さ約九・九センチメートルの果物ナイフ）を携帯していたところから、これに応じ、昼間とはいえ人通りの少ない飲食店街のビル玄関前の通路（最大幅約一・四メートル）へ連行された。同所において、中学生七名は、こもごも申立人に対して一方的に暴行を加え始め、うち一名は強く殴るため道具であるいわゆるメリケンサックを右手に装着して、他の者は素手で、背中を殴ったり、足を蹴ったりするなどした。申立人は、二度ほどその場から脱出しようとしたものの（そのつど通路出入口附近にいた中学生に捕まり、押し戻された）、大声で助けを求めたり抵抗したりせず、専ら防禦の姿勢（両腕で顔をガードする姿勢など）に終始するうち、暴行が数分に及んだため、やむなく所携のナイフを制服の内ポケットから取り出し、ナイフを右手に持って身をかがめたまま前にいた中学生の足を目掛けて突き出したが、かすめた程度に終わったので、すぐ体を半回転させたところ、目前に今にも素手（拳骨）で殴りかかろうとしている被害者を見て、それまでの被害者の言動に対する憤激と興奮のあまり、やられる前に刺してやれと思ひ、被害者が死亡することがあっても構わないという認識の下に、被害者の上半身にぶつかるとして前に出て、その左

胸部をナイフで突き刺し、被害者を心臓刺創により失血死させた。

(二) 原原決定は、右の事実につき、刑法一九九条(殺人罪)、三六条二項(過剰防衛)および銃砲刀剣類所持等取締法三二条三号、二二条を適用したうえ、申立人を中等少年院に送致する旨の決定を下したが、殺意を否認し、また、申立人の行為は盗犯等の防止及び処分に関する法律(以下盗犯等防止法という)一条一項ないし刑法三六条一項に該当し、正当防衛である旨の申立人および付添人の主張に対し、大略以下のような判断を示した。

まず、殺意の点については、攻撃の部位(胸腹部を狙う)、創傷の程度(刺創の深さ八ないし九センチメートルで心臓左心室後壁に達していて致命的)、凶器の種類・用法(被害者に勢いよくぶつかるとして胸部を突き刺す)、被害者への強い反感などを総合的に考えれば、申立人には少くとも未必的殺意のあったことを優に認定することができるとした。次に、正当防衛の主張については、申立に置かれていた状況は、盗犯等防止法一条一項にいわたる自己の身体に対する「現在の危難」若しくは刑法三六条一項にいう「急迫不正の侵害」に当たるとしたうえで、以下のように説示した。申立人の行為が、「盗犯等防止法一条一項に該当して正当防衛にあたるかどうかについて検討すると、同条項は、刑法三六条一項と対比して明らかのように、侵害を受ける対象である法益が生命、身体、貞操に限られ、急迫とされる場合も同条項各号に規定される場合に限定されるものの、防衛の程度は『已ムコトヲ得サルニ出テタル』ことまでを要しないで、殺傷の程度に至ることを許容する範囲での正当防衛を認めたものと解されるが、もとより、同法条は違法性阻却の一場合としてその行為に実質的な違法性がないことを、不処罰の根拠とするものであるから、同法条の適用については、当該行為が単に形式的に規定上の要件を充たすばかりでなく、その行為の際の具体的状況その他の諸般の事情を根拠に入れ、法秩序全体に照らしてみてもその許容されるべきものと認められる場合にそれが是認されるべきものと解するのが相当である」。本件についてみると、「(申立人は)

中学生らに人気がないところに連れ込まれ……一方的に殴る蹴るの暴行を受けており、攻撃に出たときも暴行が現に継続されていた状況であり、……相手は中学三年生ではあるが多勢に無勢であって(被害者らの中には申立人に体格の優る者もいた)、なかなか逃げられない状況に追い詰められていたが……被害者らは……恐喝が最終目的であったこと……二名がメリケンサックを所持していた(実際に使用したのは一名)他は素手であったこと、……(申立人の)傷害は全治約五日間という診断であったこと、……大声を上げる等の手段を講ずれば人に助けてもらうことも期待できたのではないかと思われること等の事情からみると、未だ、(申立人が)生命の危険を感じるほどの緊迫した状況にはなかつたと思われ、それにもかかわらず、形勢次第では相手に対し殺傷の結果を招くおそれのある前記ナイフを持ち出した行為の相当性には疑問を感じる」。また、仮にナイフを持ち出すことがやむを得なかつたとしても、「言葉で相手の注意を喚起する等の威嚇行為もしないまま……いきなりナイフで反撃に及んだ行為については……もし威嚇行為があつたならば、被害者らがひるみ、その隙に逃げることのできた可能性が否定できないことからみて、その行為の相当性には更に大きな疑問がある」。「結局、(申立人の)反撃行為は、少なくとも、殺害行為であつた点において、相当な程度を超えたものと認めざるを得ない」。なお、「刑法上の正当防衛についても、相当性の無いことは明らかである」。

(三) 原決定は、抗告趣意が主張する二点、すなわち、未必的故意を認めた点には事実誤認がある、過剰防衛を認めた点には盗犯等防止法一条一項の法令の解釈に誤りがある、との主張に対し、原原決定の判断を支持したが、特に、付添人が指摘した「盗犯等防止法一条一項の適用については……著しく不相当でない限り違法性は阻却されると解すべきである」という解釈に関し、仮に所論のように解釈したとしても、「やにわに被害者に対しぶつかるようにしてナイフを身体の枢要部に突き刺すことは明らかに相当性を欠くものである」との見解を示した。

（四）右の決定に対し、付添人は、盗犯等防止法一条一項は正当防衛の成立要件についての緩和規定であり、防衛行為の相当性に関しては「著しく相当性を欠くことが明白である場合のほかは一応殺傷行為について相当性ありと解すべきであり」、この点で原決定は、実体法の内容の正当性を保障する憲法三一条に違反し、また、未必的殺意を認めたことは、著しく正義に反する事実誤認であると主張して再抗告したが、本決定は、抗告趣意の主張は少年法三五条一項の抗告理由に当たらないとし、抗告を棄却した。しかし、右抗告趣意の第一点に関し、職権による判断として、大要以下のように判示した。

二 決定要旨

「〔盗犯等防止法一条一項の〕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満たすだけでなく、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、ここにいう相当性とは、同条項が刑法三六条一項と異なり、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一条一項各号に規定する場合に限定するとともに、それが『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』であることを要件としないことにかんがみると、刑法三六条一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」。

「申立人の行為は、強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、申立人の生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり、申立人一人に対し相手方の数が七名と多く、本件現場が昼間とはい

え人通りが少ない場所であるなどの事情を考慮しても、申立人の本件行為は身体に対する危険を排除する手段としては、過剰なものであって、前記の相当性を欠くものであるといわざるを得ない。したがって、法一条一項の正当防衛の成立を否定し、過剰防衛の成立を認めた原判断は、正当である。」

三 研 究

(一) 本決定は、(1)盗犯等防止法(以下、単に法と記す)一条一項における正当防衛が認められるためには、当該行為が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り、その「相当性」は、刑法三六条一項における防衛行為の相当性より緩和されたものを意味する旨を明らかにし、(2)右の意味での相当性の判断の具体例を示した、という二点において意義を有するものと思われる。

従来の下級審判例は、概ね法一条一項の成立には防衛行為の相当性を要するとしてきたが(後出①の判例のように、「已ムコトヲ得サルニ出タル」こと、ないし、相当性の要件を充す必要はないという表現をするものも見られる)、この相当性と刑法三六条一項における相当性との関係については、統一された解釈基準を示して来なかったといえるので、本件再抗告趣意が述べるように、「最高裁判所が積極的に解釈基準を示す」ことが期待されていたところであり、本決定はこれに応えたものと評しえよう。また、法一条一項における防衛行為の相当性が刑法三六条一項のそれより緩和されるとすれば、後者について示されて来た裁判の集積から読み取れる基準との対比で、後者の基準は、いかなる事情・要素を考慮に入れてどの程度まで緩和されるかという実際上の適用の問題が重要となるが、本決定は、この問題にかかわる一つの具体的事例を提示したことになろう。下級審によって法一条一項が適

用された場合が最高裁で争われることは稀であろうから、この問題が最高裁の判例に現われるのは、下級審が同条項の適用を否定した事案に限られるという指摘もあるが、⁽¹⁾本件はまさにこの場合に該当する。

(二) 法一条一項は、刑法上の正当防衛の規定と異なり、「已ムコトヲ得サルニ出タル」ことをその要件として明示していない。したがって、学説においては、同条項は「文言からいふて、また、一般に法律の制定を意義あらしめるためからいふて、……(一) 盗犯防止などの場合において、(二) 生命・身体・貞操に対する現在の危険が発生したという条件があれば、已むことを得ざると否とに拘らず、正当防衛としての殺傷を是認するという趣旨でなければならぬ」、⁽²⁾あるいは、「市民が正当防衛権を躊躇なく行使できるようにするという本来の立法理由からすれば、本条の要件を形式上充足するかぎり正当防衛とみなされると解するのが、正しい理解のあり方である」⁽³⁾という主張もみられるが、判例はほぼ一致して、いわゆる「相当性」の存在を前提として本条項を解釈しているといえよう。ただ、①大阪高判昭和五〇・五・一五(判時七九七号一五七頁)は、法一条一項の防衛行為が「已ムコトヲ得サルニ出タル」ことないしは相当性の範囲を逸脱しないことを要するとすることは、ひつきよう法律の明示しない要件を付加して刑罰の範囲を拡大するに帰し、罪刑法定主義にも反することになると述べ、文言上は判例の大勢と異なる立場を表明しているようでもある。しかし、同判決は、続いて、「具体的事情の下でこれを処罰しないことがかえって著しく国民の法的感情ないし社会通念に反し是認できないような行為に対してまでその適用を認めるのは相当でない」と付言しており、結局において、緩かな相当性は必要だとする立場に帰着する。⁽⁴⁾本決定は、こうした下級審判例の傾向を確認したものといえよう。

しからば、右にいう「相当性」の基準はどのように画すのか、すなわち、刑法上の正当防衛行為の相当性と異なるという問題については、従来の下級審判例の立場は必ずしも統一されていなかった。②名古屋高判昭和三七・一

二・四(高刑集一五卷九号六六九頁)は、法一条一項は、「その各号所定の場合においても、刑法三六条の『已むことを得ざる』にいでたことを当然の要件としているものと解するのが相当である」と判示し、③大判昭和七・一二・八(刑集一一卷一八〇四頁)も、形式的には法一条一項三号の要件を満たしていると考えられる事案について、その点に触れることなく過剰防衛を認めており、これは暗黙のうちに法一条一項が「已ムコトヲ得サル」限度でのみ適用されることを前提としてしていると解されている。^⑤一方、④東京高判昭和五六・一・一三(判時一〇一四号一三八頁)は、法一条一項は、「防衛の程度は『已ムコトヲ得サルニ出テタル』ことまでを要しないで殺傷の程度に至ることを許容する範囲での正当防衛を認めたものと解される」との立場をとって、同条項が正当防衛の要件を緩和する規定であることを示し、なお、「同法条の適用については当該行為が単に形式的に規定上の要件を充たすばかりでなく、その行為の際の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、法秩序全体に照らしてみても許容されるべきものと認められる場合、すなわち相当性のある場合にそれが是認されるものと解する」と敷衍している。前出①の判例も、文言上は法一条一項の適用には相当性の要件すら不要とするが如き表現をとっているが、その実質的に意味するところはこの判決と同様であり、この系譜に連なるものであるともいえる。このように高裁判例の見解が必ずしも統一されていない状況の中で、本決定は、後者の立場(刑法上の正当防衛より緩和された手段としての相当性)を採用する旨を明らかにしたものと位置づけることができよう。

右のような理論的枠組みの構成の違いもさることながら、実際上の重要問題は、判例が法一条一項の要件とされる所謂「相当性」の有無を具体的事案においていかに判断しているかという点に関する基準の分析であろう。まず、法一条一項の適用には刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出タ」ことあるいは、相当性を要しないと表現する①の判例についてみると、飲酒のうへ被告人方の庭に入り、スコップを振り上げてわめいている被害者に早く

帰るよう要求したところ、被害者が「お前もたたき殺してやる」といってスコップを振り上げて向ってきたことから格闘になり、その間に被害者が庭の崖ふち近くにあった角棒（二ないし三センチメートル角の木材で長さ約七センチメートル）を拾いあげようとしているときに、被告人が中腰になった被害者の臀部を背後から押し出すように蹴り、同人を高さ約一一・五メートル下の岩石の多い川に転落させ、胸骨骨折等の傷害を負わせたりえ溺死させたという事実につき、判決は過剰防衛を認めた原判決を破棄し、法一条一項三号を適用して無罪を言い渡している。その理由は、被害者の「執拗にして危険な攻撃の態様、被告人に軽傷を負わせた事実、被告人方は一軒家で家族も不在であったため他に援助を求めることもできず、被告人は終始素手で対抗していたこと、被告人は被害者の死の結果を認識しなかったこと」などを考慮すると、これを法一条一項の正当防衛として処罰しないものとすることは、「著しく国民の法的感情ないし社会通念に反し、是認されない場合であるとは考えられない」と説明されている。一方、法一条一項の相当性を刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出テタ」と同様に解する②および③の判例についてみると、②は、夜間一面識もない被告人の居室に泥酔して侵入して大声でわめきたてる被害者二名が、被告人によって屋外に押し出されるや、一名は手拳で一名は松丸太をもって被告人に殴りかかってきたので、被告人は、右丸太を奪い取り、右兩名の頭部などを数回なぐりつけ、一名を死亡させ（硬脳膜外出血）、一名に加療二週間を要する後頭部挫創等の傷害を負わせたという事案について、判決は、「松丸太で被害者兩名を夫々数回も殴り、しかも（内一名に対しては）頭部をめぐけて殴打していることなどの具体的事情からみて、その反撃はやはり原認定のように相当な程度を越えたものと認めざるを得ない」という判断を示している。また③の判例は、被告人が酒気に乗じ粗暴な振舞いに出た被害者を制止しようとしたことから喧嘩となり、被告人が陶器製片口で被害者の顔を殴打して戸外に突き出したところ、被害者が再度家内に侵入して怒号しながら被告人の袖を引張ったの

で、被告人が燭台で被害者の頭部・顔面を殴打し、これに治療四、五〇日を要する数個の打撲傷を負わせたという事案に対し、「単に酒気に乗じて組みついてきた者に対し器物を振ってその顔面を殴打したものであって、右侵害を排除するに必要な程度を超えたものというべく已むことを得ざるに出でたものと認めることはできない」との判断を示している。さらに、「已ムコトヲ得サルニ出タル」ことまでは要しないが、法秩序全体に照らして許容されるという意味での相当性は必要であるとの立場をとる④の判例は、被告人（アメリカ人）が、深夜酩酊して故なく台所に侵入した被害者から殴る蹴るの暴行をくり返されたうえ、流し台前まで押し飛ばされた際、たまたま流し台の上にあった文化包丁を認めてこれを手にし、威嚇の意図の下に刃先を上に向けて英語で「帰れ」といったが被害者はひるむ様子がないので、刃先を同人に向けたところ、同人が急速に接近し足蹴りの動作をして右肩を内側に振ったため、包丁が右鎖骨下部に突き刺さり、失血等により同人が死亡したという事案について、「(被告人が)包丁を持つようになったのは、被害者の攻撃によって押し飛ばされた際に流し台にたまたまこれを認めたからに過ぎず……その用法についても……尋常な手段では(被害者の)排斥が困難であり……仮りに逃走しようとしても前を塞がれて逃げ場のない状況の下では、威嚇のために包丁を突き出すことはやむを得なかったといえること……他方……(被害者の)酩酊度や彼我の体格差などからみて刺傷以外に取りうるる手段がないわけではなかったこと等の事情が存するとしても、……本件行為は……(法一条一項の)……相当性の範囲を逸脱するものでないと認めるべき余地が多分にある」と判断している。

右にみたように、法一条一項の相当性の具体的判断と相当性の理論的枠組（刑法三六条より緩和するか否か）との相関関係は、それぞれに事実を異にする事案にかゝわる判例を対比しただけでは、必ずしも明らかにならないように思われる。ただ、相当性の枠を最も緩かに解する①の判例が、スコップをもって攻撃的態度をとる被害者から

この凶器を奪取できる程の力量差のある被告人が、細い棒を取ろうとして背中を見せている被害者を、下方が岩石である地形を熟知している場所から一〇メートル以上も転落させて死亡させたにもかゝらず、被告人の防衛行為に相当性を認めているのに対し、二名の攻撃者に向い、奪った松丸太で反撃して一名を死亡させ一名を負傷させた事案に相当性を認めなかった②の判例が、相当性を「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ことと同様に解する前提から、相当性なしという結論を導いていることを対置すると、各々の場合における諸事情の相違を考慮に入れるとしても、相当性の枠組みとそれによる具体的判断の間には、ある程度の相関関係を認めようといえなくもない。本決定が①と②の中間に位置するとみられる④の判例とはほぼ同様の立場を明示している点から考えると、少くとも②の立場より緩和された相当性判断、すなわち、従来の判例が集積してきた「已ムコトヲ得サルニ出テタ」の解釈の基準よりも緩かな相当性が法一条一項の適用についての今後の実務を指導することになると思われるが、果して、本決定がこのような意味を持ちうるのかは、刑法三六条一項の正当防衛における相当性の判断基準をめぐる従来の動向との対比において検討する必要がある。なお、法一条一項の相当性を問題とし、これを肯定したものとして、神戸地判昭和三七・一・一〇下刑集四・一…二合併号三九頁、東京高判平成五・一・二六判タ八〇八号二三七頁があり、他方、これを否定的に解したものとして、甲府地判昭和三六・五・一〇下刑集三・五…六合併号四五三頁、札幌高判昭和三九・一・二八判時三七二号一二頁がある。

(三) ここで、本決定が法一条一項の相当性を刑法三六条一項のそれに比し、より緩和されたものとして当該事案に適用したという点と、後者に関する従来の判断の流れとの対比において検討しておきたい。本決定が相当性判断のために考慮した要素は、(1)相手方がメリケンサック以外の凶器を用いておらず素手であったのに対し、反撃者はナイフを用いたという、いわゆる「武器対等」の観点からの比較、(2)相手方が七名である（体格が同

等以上の者を含む)のに対し、反撃者は一名であるという事実(武器対等の観点を含めた総合的力量的差)、(3)相手方の攻撃が身体への危険を及ぼす程度なのに被害者が死亡している事実(法益の比較)、(4)ナイフで左胸部を突き刺している事実(武器の使用方法)、(5)ナイフを用いて威嚇行為をせず、いきなり突刺し行為に出ている事実(より緩かな代替的反撃手段の可能性)、(6)人通りは少いが、大声で助けを求める等の行動をとっていない事実(他からの救助可能性)、(7)反撃者に未必的殺意が認められること(反撃者の主観面)、であろう。決定は右の各要素のいずれに重点を置いて判断したかを明示しておらず、当然のことながら、諸要素の総合的評価の形式をとっているが、いかに自由心証主義を前提にするとはいえ、経験的直観にのみ依拠した判断に頼り過ぎることは、客観的で公平な処理という観点からは、問題があらう(将来の陪審制度の復活を考えるとすれば、なおのこと価値基準に差のある陪審員に対する説示の客観性を担保するうえで、論理的な分析の手法は重視すべきではあるまいか)。

まず、(1)の点についてみると、大越判事によれば、判例は正当防衛の相当性を一般的には武器対等の原則に従って判断しているとされる。⁶⁾たとえば、三名の相手に素手またはサンダルで暴行を加えられたため、所持していた飛出しナイフで三名の胸部を刺し、一名を死亡させ、二名に重傷を負わせた場合(東京高判昭和三七・九・一九下刑集四・九・一〇・七九九頁)、二名から手拳で顔面を殴打され、腹部を足蹴りにされたうえ、路上に引き倒され、一人の上に乗りかかれ、他の一人に足蹴り等の暴行を加えられたため、所持していたナイフで一人の左胸部等、他の一人の腰部等を刺し、一名を死亡させ一名に傷害(加療八日)を負わせた事案(横浜地川崎支判昭和五三・八・一〇刑裁月報一〇・六・七・八・一一七二)などについては、いずれも過剰防衛を認めているが、⁵⁾二人から暴行を受け最初は抵抗しないで苦痛に耐えていたが、最後に威嚇の目的で七首を取り出したところ、一人が飛びかゝってきたので、二人に傷害を負わせた(一名は死亡)という事案では、正当防衛を認めている(東京控判昭和

六・五・一三新聞三二七八・一五）。前二者は、攻撃側の人数にかゝらず、素手に対する凶器での反撃という武器の不对等という点が重視されているようにみえるが、判例⑤は、必ずしもこの点のみを強調しているといえない。もし、本決定が武器対等の見地に力点を置くものであるとしても、相当性を緩和するというのであれば、⑤と同様の結論に達する可能性はあったといえる。次に、本決定は攻撃側と防衛側との総合的力量が七名対一名と大きく開いている事実而言及してはいるが、この点を相当性の積極的認定の方向で評価しているとは思われず、上記の武器対等に引きずられ、この要素（前出②）を相当性緩和の点で考慮していないようにみえる。

さらに、(3)の法益の比較という側面からの本決定の態度を検討する。判例は一般に防衛行為の相当性の判断において狭義の行為自体の程度・態様・意図を重視し、生じた結果にはさほど重きを置かないといわれている⁷⁾。たとえば⑥最判昭和四四・一二・四（刑集二三・一二・一五七三）は、「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サルニ出タル行為』とは、……反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、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、その反撃行為によって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でなくなるものではない」と判示しており、近時の高裁判例の中にも、⑦少年が鉄パイプ等をもった多数の暴走族から暴行を受け、袋小路に追いつめられて更にひどい暴行を受けそうな状況下に、防衛のため未必的殺意をもって相手方二名の腹部を刺し、一名に重傷を負わせ一名を死亡させたという事案について、「防衛行為が相当性のあるものである以上、その結果が重大であっても、正当防衛であることを妨げるものではない……このような危機的状況下においては……ナイフを使用して抵抗することを……許さないとすることはできない。……さらに……腹部を刺すにしても手加減をして刺すようにするような余裕はなかった」（東京高決平成元・九・一八高刑集四二・三・一五一）と述

べているような流れもある。しかし、こうした立場は、相当性判断にとって結果は全く無意味だという趣旨を表すものではなく、法益の均衡は原則として不必要という点を強調しているものとみるのが妥当であろう。法益の著しい不均衡が認められれば、相当性が失われるとする考え方が判例の基礎にあると思われる^⑧。本決定は、被害者の生命と反撃者の身体の安全を衡量しているが、それは死亡との傷害との単純な比較になっているようにみえる。もし、このように推測することが許されるとすれば、本件の場合は判例の従来の相当性判断と同レベルの基準に依ったことになるが、この基準を緩和するというのであれば、被害者らの背部・腰部に対する殴打・足蹴りが脊椎などに損傷を与え、重大の障害を生じさせるおそれを認定できた場合は、法益の不均衡は法一条一項の相当性を欠くに至るほど著しくはないと結論づけてよかつたのではなからうか。この点では、本決定は、相当性の緩和という方向をとっているとはいいい切れない。前記(4)の要素としてあげた武器の使用方法についてみると、本決定は、被害者の上半身にぶつかるとして前に出て、その左胸部をナイフで突き刺した点を強調しているが、判例⑦の例が示すとおり、申立人の置かれた状況下で、多数の攻撃者(たとえ素手であっても)の包围を破って脱出し、身体の安全を図るためには、ナイフを奪い取られず効果的に反撃する手段としては、同人に目標の大きい上半身に反撃を指向する以外の方法は残されていなかったのであって、判例⑤との対比からしても、この点に関する本決定の判断は、相当性の緩和の方向に沿ったものになっていないように思われる。(5)の、より緩かな代替的反撃手段の可能性の要素に関し、本決定は、「威嚇することもなく」と述べ、ナイフを用いて攻撃者を威嚇することにより、攻撃の抑制あるいは脱出路の確保が可能であったことを示唆しており、⑧相手が暴行に出ようとしているときに、殺傷能力のある菜切包丁(刃体の長さ約一七・七センチメートル)を相手の侵害を止めさせる脅迫手段として腰のあたりに構える行為は、身体的有形力等を用いる防衛行為より危険性の少ない手段とみて、相当性の範囲内にあるとした判例

（最判平成元・一一・一三刑集四三・一〇・八二三）に近い立場をとっているが、武器は積極的反撃の代替手段として、防禦的威嚇という形で使用すべきであるとするならば、武器による反撃行為の相当性が認められる場合は非常に限定されるであろう。実際的にみても、本件のような多人数による暴行に対し、小型の刃物を単に威嚇のためのみ使用すべきだという見地は現実と遊離しているのではないであろうか。

本決定が問題にしている(7)の故意（未必的殺意）の観点は、判文中では、「被害者が死亡することがあっても構わないという認識の下に」とする事実認定を前提に、「被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり」と説かれているが、これは、死の結果を強調する文脈でなからうか。本件のような状況の下で、何らの訓練をも受けていないと思われる少年が、小型ナイフで左胸部を狙った反撃に出ることは通常考えにくいのであって、この場合、申立人に傷害の限度で故意を認めて事案を傷害致死と構成することも可能であったと思われるが、本決定の示は、被害者の死が殺意に基く行為の結果であるという点で、殺意が相当性の判断に影響を与えることを示したのであろう（仮りに、被害者が死亡しなかったとすれば、殺意の有無は相当性判断の過程で問題とされなかったのではなからうか）。殺意の認定がほとんど法一条一項の相当性判断に影響を与えなかった例として、⑨東京高判平成五・一・二六判タ八〇八・二三七がある。事案は、深夜、飲酒のうえ刃体の長さ約二三センチメートルの包丁を持って姪の室に侵入してきた被害者を排除すべく格闘している間に、被告人が、奪取した包丁で、未必的殺意をもって被害者を多数回刺突し、これを死亡させたというものであるが、判決は相当性について、「被告人が、手にした包丁をいわばやみくもに振り回して（被害者）の攻撃を排除しようとしたことは、特に身体の枢要部を狙ったものでなく……相当性の限度を超えない」と判示している。なお、この事案は、被害者の創傷が、深さ二四センチメートルに及ぶ、左右肺、心臓、胸部大動脈等の損傷を含むものであり、判決は、法一条一項の相当性を、「已む

を得ない行為であることを否定できない」という基準で判断しているのであって、本決定の基準と比較してみると、解釈(具体的な相当性判断の帰結)に関し、両者に大きな隔りがあるように思われる。

以上要するに、本決定は、法一条一項における相当性は刑法三六条一項の相当性より緩かなものと解する旨を判示するけれども、従来の下級審の動向からみると、実際には、本件において相当性を緩和しているとはいえないように思われる。

(四) 従来からの判例の流れの中での本決定の位置づけは、これまでに見てきたとおりであるが、ここで、本決定の妥当性、すなわち、(1)法一条一項の正当防衛における相当性は刑法三六条一項の場合より緩和されたものと解することの当否、および、(2)本事実案のような場合に、法一条一項の相当性を否定した本決定の結論の当否、について考察してみたい。

本法(盗犯等の防止及び処分に關する法律)は、昭和初年、東京市内で頻発した凶悪な侵入強盗・侵入窃盗など(「説強強盗」などと呼ばれた犯行が著名である)に対処するために立法されたもので、昭和五年の制定以来、改正されることなく今日に至っている。本法は四ヶ条より成り、常習強窃盗犯等に対する刑の加重規定を含むが、ここで問題とする一条一項の立法趣旨は、「近時強窃盗又は家宅侵入者等にして、生命、身体、貞操等に対し危害を加へんとする者続出致しまして、被害者に於て臨機の処置に依り自ら防衛を致さなければ重大なる実害を免るること能はざる事例尠しと致しませぬ。然るに刑法正当防衛の規定は措辞抽象的である為に其の適用範圍に付テ解釈上の疑義がありまして被害者に於て機宜の処置に依り自衛を完うするに躊躇せざるを得ざる憾があるのであります。茲を以て法律上具体的の条件を指示して此等の場合に防衛権の発動を安固にする必要があるのであります」と説明されている。泉二博士は、この点を、「本項第一号乃至第二号の正当防衛を行うに当り生命身体貞操に対する現在の

危険あり之を排除する為に必要な場合に殺傷することは刑法第三十六条第一項の防衛行為に包含せられるといふ注意的の解釈を興へるのが本項の趣旨である。即ち特に第三十六条の防衛行為ありたるものとすと云ふ文句を用ひたるは本項の条件具備する場合には殺傷と云ふ結果の重大なるを理由とし防衛の程度を超えたる行為なりとして第三十六条二項を適用すべからざることを示すのが本項の眼目である」と説明しておられる。⁹しかし、こうした立法者の意思に対しては有力な反対論も多く、滝川博士は、「盗犯防止法は犯人を殺傷することが、常に正当防衛とした許容されるという点に意義があり、また、それが正当防衛の拡大化を包含して居るのである」と主張し、小野博士も、「刑法三六条の『已むことを得ざるに出でたる』という窮屈な要件を除くところにこそ今次の立法の特別法として実際に役立つ所以が存するのではないか」と指摘されていたのである。¹⁰

立法目的の当否の問題を離れ、制定された法規の合理的な文理解釈という観点からみると、刑法三六条一項と法一条一項を比較した場合、第一に、保護されるべき利益が、刑法では広く法益一般を含むのに対し、本法では生命・身体・貞操に限定されており、第二に、防衛行為が認められる状況が、刑法では法益に対する急迫の侵害がある一切の場合を包含するのに対し、本法では盗犯の防止など一条一項に規定された特殊な場合に限定されていて、第三に、防衛の程度は、刑法においては「已ムコトヲ得サルニ出テタル」ことが必要とされるのに対し、本法ではこの要件が明文化されていない、という諸点を考慮すると、上記のように防衛条件（第一および第二の点）に關し刑法より厳しい制限に服する本法の正当防衛について、違法性を阻却する防衛の程度が刑法と同等とみることは、不合理であろう。法一条一項は、所定の条件が存在する場合に刑法より緩和された程度の防衛行為を許容すると解するのが妥当であると思われる。学説のほとんどは、本条項を正当防衛の擴張・緩和の規定と解しており（木村博士、団藤博士は、本条項を旧フランス刑法三二九条の系統をひく、正当防衛の——反証を許す——推定規定とみて

おられる)、本決定もこの立場を採用したのであるが、その論旨は是認しうるものである。

しかし、本決定は、いかなる事情・要素を考慮して、相当性をどの程度まで緩和するかという点に関しては、何らの枠組をも提示していない。下級審判例は、前に見たように、「具体的事情の下で……国民の法的感情ないし社会通念に反し」ているかどうか(判例①)、あるいは、「行為の際の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、法秩序全体に照らしてみても許容されるべきものと認められる」か否か(判例4)、という抽象的な説明を述べるに止まっており、しかも、その根底にある思考は、一方は、法感情・社会通念という情緒的側面の重視であり、他方は、法秩序という客観的・規範的側面の強調である。学説においては、法一条一項による正当化の限界について、小野博士が「違法性の一般理念に求むべきであり、而してこれを解り易く云い現はせば『相当なる』ということに帰着する」と述べ、平野博士が「違法性の根底にある相当性の要求から」、中谷教授が「違法性の本質から」判断すべきだと指摘されるように、判断者の実質的違法観に基づく総合的評価によって決定されると説く立場が一般的であるが、違法性の本質そのものの理解の最大公約数的見地は特定できない。本決定は、盗犯等防止法という適用場面の少い法条にかゝる判例であるから、ここで正当防衛一般に対する判断基準に影響する理論構成を軽々に説示するのは適当でないという考慮が働いて、具体的結論の前提に言及しなかったのであるが、最高裁判例としては(多くの場合がそうであるが、国民に対する説明という点では)、やゝ不親切の感を免れないと思う。仮りに、本決定が、違法性阻却の基本原則を法秩序全体の見地から説明していたとすれば(したがって、法益保護の観点のみを考慮するものでないことを指摘していたとすれば)、本件事案においては、申立人の少年の行為は身体に対する重大な侵害を排除すべき反撃の面では必ずしも相当性を欠くといえないにもかゝらず、凶器を常時携帯していた事実が法秩序の観点からは是認しがたいことを示すことによって、被害者の死という重大の結果の発生とこの

事実との総合的評価として、相当性の否定という結論を説得しえたように思われる。

相当性の具体的判断に際しては、いかなる要素をどの程度に考慮すべきかという問題を、類型的基準を設定することによって解決することは、極めて困難である。¹⁷⁾ここでは、判例研究の性質上、正当防衛の基本思想は、個人の正当な権利の保全および法確証の原理の統合に求められること、「相当性」の要件は「己ムコトラ得サルニ出タル」という法文の解釈の問題ではなく（この文言の解釈が必要性と相当性を含むものと解釈されるようになったのは一九二〇年代のドイツの立法論の影響であるといわれており、必ずしも自明のことではない）、正当防衛に内在する制限原理であること、の二点を通説的前提として、法一条一項の適用に関係する限度で相当性を考えてみたい。

(1)まず、本決定が重視したと思われる結果の重大性（人の死）と相当性判断との関連を検討してみる。通常、正当防衛には法益衡量を考慮しないといわれているが、これは、「正は不正に譲歩する必要はない」という思想からは当然の帰結であっても、法益保護の視点からは必ずしもそうではない。法は「殺傷」と單純に併記しているが、人の生命は本来的に絶対的に保護されるべき根本的法益であって、不正な侵害者の生命であろうと、これを奪う行為をたやすく正当化することはできないのである。生命に対する現実的危険を排除するためにのみ、侵害者の生命を奪うことが許されるとするのが原則であり、身体に重大な（回復不可能で日常生活に大きな支障をきたす程度の）障害を生ずる危険のある場合もなお同様であると解するのが、相当性の一般的限界の理解ではなからうか。然りとすれば、この要件を緩和して適用する本法においては、一定期間、日常生活の大きな支障をきたすおそれのある侵害が加えられたときにも、相手の死の結果の招来が許容されることになるが、この点、本決定は単に「申立人の生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに」とのみ論じており、説明に不十分なところがあるといえよう。

(2)次に、本決定が強調する、代替的反撃（本件では威嚇）の可能性の意味を考えると、これは、相手方の死と

いう結果との結びつきで重要な要素となりうる。正当防衛には補充性は不要と解されているが、代償性のない生命を侵害しての自己利益の保全は、保護法益が生命であるときにのみ他手段の可能性を考えずに許容されるのが原則であって、これを緩和するとしても、身体に対する重大な侵害の危険の存在する場合までが限界であろう。死の結果が生じたから代替手段が必要であったとすることはできないと同時に、身体に対する重大な侵害の危険が存在すれば、この要件は考慮しないで済むものである。本決定についてみると、この点に関しては(1)と同様に説明に十分なところが残るように思われる。

(3)本決定が問題とする他の要素、すなわち、素手(メリケンサックを含む)と小型ナイフという武器の対比、一人対七名という総合的力量的比較、場所的・時間的狀況なども、相当性の考察に当たって必要的に配慮される要素とあってよいであろうが、ここでは、むしろ、判文で「申立人も護身にナイフを携帯していたところ」と事実を述べる所で触れられている部分の持つ意味に注目したい。もし、本件を正当防衛と認めるとすれば、護身用と称し常時武器を携帯し、安易にそれを使用する風潮を助長しかねないという危惧感をいだくのは、本決定ばかりではあるまい。たまたま身边にあった武器を用いて反撃した場合と本件の如き場合とは、法秩序の観点からの評価は大きく異なって当然である。法的確証の面から正当防衛を考えたときに、反撃行為にはいわばクリーン・ハンドの性格もあたる程度要求されるとすれば、本決定が暗黙のうちに反撃手段全体の不法性を相当性判断の要素に加えた点は、首肯しうるものである。

以上を総括してみると、本決定は、判示するように、刑法三六条一項の相当性より緩和した相当性を基準に本法一条一項の正当防衛を否定したと明確にはいいえないが、申立人の身体に対する攻撃が重大な障害を生じさせる程度のものではなかったと認定できるとすれば、その結論において妥当であったと評しうる。

注

- (1) 谷口正孝 「盗犯防止法の運用について——施行二十年判例の回顧——」法律時報二三卷一〇号三二頁以下
- (2) 滝川幸辰 「盗犯防止法における正当防衛権の拡大化」法学論叢二四卷二号一九〇頁
- (3) 藤木英雄 『刑法講義総論』一七五頁
- (4) 中谷瑾子 「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」『特別刑法』二七七頁
- (5) 谷口・前掲論文三五頁
- (6) 大越義久 「正当防衛の際の實力行使——防衛行為の相当性——」判例タイムズ五五六号六一頁
- (7) 名古屋刑事実務研究会 「防衛行為相当性の判断基準」判例タイムズ七六六号六六頁
- (8) 香城敏磨 「正当防衛における相当性」刑事実務事実認定論三一九頁以下
- (9) 泉二新態 「盗犯等の防止及処分に關する法律理由」法曹会雜誌八卷六号一七〇頁
- (10) 滝川・前掲論文一八九頁
- (11) 小野清一郎 「盗犯等の防止及処分に關する法律」『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予その他』二三三五頁
- (12) 滝川・前掲論文一八八頁
- (13) 中谷・前掲論文二七六頁
- (14) 小野・前掲論文二三五頁以下
- (15) 平野龍一 『刑法総論Ⅱ』二四一頁
- (16) 中谷・前掲論文二七七頁
- (17) 前田雅英・丸山隆司 「殺人につき防衛行為の相当性が認められた事例」東京都立大法学会雜誌三五卷一号四四五頁以下

参照