

# 正当防衛における「急迫不正の侵害」の終了

小野寺 一 浩\*

- 1 はじめに
- 2 「急迫不正の侵害」の終了についての判断方法
- 3 具体的事案の解決
  - (1) 攻撃者と被攻撃者とが対峙している場合
  - (2) 攻撃者が転倒するなどした場合。
- 4 結び

## 1 はじめに

正当防衛が成立するためには、「急迫不正の侵害」が存在しなければならない。「急迫不正の侵害」の存在については、開始、継続、終了とその段階を分けることができる。「急迫不正の侵害」の開始時に関する議論に比べ、終了についてのそれはさほど活発とは言い難い<sup>\*1</sup>。本稿では、一般理論からの「理論的」考察によってではなく、具体的事案の分析から出発するという手法によって、「急迫不正の侵害」の終了を判断するための一つの視座を示

---

\*福岡大学法学部教授

<sup>\*1</sup> 「急迫不正の侵害」の終了に関し近時議論を喚起した判例として、最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁がある。判例の詳細な分析として、大塚他騙（堀籠＝中山）・大コンメンタール〈第2版〉第2巻〈2001年〉321頁以下がある。

したい。

## 2 「急迫不正の侵害」の終了についての判断方法

「急迫不正の侵害」が終了する典型的な形態として、攻撃者が逃避行動を開始した場合が考えられる。この場合には、攻撃者は攻撃する意思を失い、攻撃が不能な状態に自らの身を置いているため、攻撃が終了し、それ故、「急迫不正の侵害」が終了したといえる。このように「急迫不正の侵害」の終了は、攻撃意思の喪失と物理的な攻撃の不可能性によって決定される。

攻撃者が気絶をした場合には、意思を喪失することにより攻撃意思を喪失していると言える。それに対して、攻撃者がロープで縛られる等により身動きできなくなった場合には、攻撃意思を未だ有しているとしても、攻撃が物理的に不可能な状態となったと言える。このように攻撃意思か物理的攻撃可能性のいずれかが全く欠けた場合にも、攻撃は不能となり、「急迫不正の侵害」は終了したと言えよう。

ところで、そもそも、正当防衛において「急迫不正の侵害」の終了を判断する実際的意味は、結局は被攻撃者の構成要件に該当する行為を正当防衛として違法阻却すべきかどうかということにある。法は、被攻撃者が侵害を受けないために反撃行為をすることを認めている。このような角度から「急迫不正の侵害」の終了を捉えるならば、被攻撃者が反撃行為をしなかったならば、攻撃されていたであろうと言える場合には、「急迫不正の侵害」は未だ終了していないと言えよう。「急迫不正の侵害」の終了を判断するためには、このように言えるかどうかを、攻撃意思と物理的攻撃可能性とに着目して検討することが必要となる。

「急迫不正の侵害」の終了時期をめぐって実際に問題となるのは、攻撃意思と物理的攻撃可能性のいずれとも完全に喪失していない場合である。例えば、攻撃者が被攻撃者からの反撃を受け、当初の攻撃は止めているが相手方

が隙を見せるならば攻撃しようとしているという形態、あるいは、攻撃者が攻撃中に転倒したというような形態である。これらの形態について、被攻撃者が反撃行為をしなかったならば、攻撃されていたであろうと言えるかどうかを、攻撃意思と物理的な攻撃可能性とに着目して検討し、「急迫不正の侵害」の終了を判断するための手法をより明らかなものとしたい。

### 3 具体的事案の解決

「急迫不正の侵害」の終了が問題となる形態は二つに分けることができる。攻撃者に被攻撃者が反撃し、攻撃者の攻撃は一旦おさまっているが、なお、攻撃者と被攻撃者が対峙している形態と被攻撃者の反撃などによって攻撃者が転倒するなどし攻撃が一時的に物理的に不可能となっている形態とにである。

#### (1) 攻撃者と被攻撃者とが対峙している場合

甲が乙に殴りかかったが、乙はこれに反撃し、甲と乙とがにらみ合っているという場合について考えてみよう。この場合に、甲が乙をさらに殴打しようとしなのは、殴打した場合には、甲自身が逆に害を被るからである。乙が優勢な状態にある限り、甲が乙に対して殴打することはないと言える。

乙が、甲と対峙しつつも優勢な状態となった後に、甲に対して殴打した場合には、乙の甲に対する殴打は、「急迫不正の侵害」の終了後に行われたと評価されるべきであろうか。

このような場合について、前にあげた判断手法——被攻撃者が反撃行為をしなかったならば、被攻撃者は害を被っていたかどうかを、攻撃者の攻撃意思と物理的攻撃可能性とに着目して判断するという手法——を用いて検討してみよう。乙が甲を殴打しなくとも乙の方が優勢な状態にあるので、この状態が続くならば、甲の攻撃意思は次第に弱まっていき、攻撃されること

はない。そうすると、乙が甲を殴打した時点においては、乙に対して「急迫不正の侵害」は存在していないということになるのであろうか。

しかし、乙が甲を殴打した時点において、甲が乙を殴打しようとしないうちは、乙に威圧されているからである。乙の威圧行為を前提として、甲からは攻撃を受けない状態にあるといえよう。法は、市民が社会生活上通常の行動をとることを守ろうとしているのであるから、「急迫不正の侵害」の存否は、被攻撃者が現に行っている防衛行為ではなく、被攻撃者が社会生活上通常である行動をとることを前提として、考えるべきである

乙が甲を殴打した時点において、威圧していなければ、すなわち、社会生活上通常の行動をとっていたならば、乙は甲から殴打されていたのであり、乙に対する「急迫不正の侵害」は存在していると言えよう\*<sup>2</sup>。

もとより、乙の殴打行為が防衛の程度を超えているかどうかは「急迫不正の侵害」の存否とは別の問題である。このようにして論定された急迫不正の侵害を前提として、自らの権利を守るために必要最小限のものと言えるかどうかを検討することとなる\*<sup>3</sup>。必要最小限の判断は、被攻撃者は攻撃を甘受する必要はないということを前提とし、基本的には自らの権利を守るためにいかなる行為をとり得たか、実際には、攻撃者に対し、実際に行われた反撃行為より低い程度の法益侵害を惹起する行為をとり得たかどうかによって判断すべきであらう。まずは「急迫不正の侵害」の存否を的確に判断することが要請される。

---

\*<sup>2</sup> 最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁は、Xら4名が、Vから仲間の女性が髪をつかまれたため、髪から手を放させようとしてVを殴る蹴るなどしたが、Vはなかなか手を放そうとせず、20メートル以上も女性を引っ張っていきようやく手を放し、その後Vは応戦する気配を示しながら後ずさりするようにして移動しているという状況下で、Xらのうち一部の者が暴行を加えたという事案について、後の暴行を侵害終了後に行われたものと判断している。もっとも、この判決での争点は、後の暴行を加えていない者について共犯者として後の暴行についての刑責を負わせるべきかにあった。厳密に考えると「急迫不正の侵害」は、その内容を変化させつつも未だ終了していなかったと言えるのではないだろうか。

## (2) 攻撃者が転倒するなどした場合

攻撃者が転倒した後に被攻撃者が攻撃者を殴打した場合について考えてみよう。攻撃者は転倒しているため、この時点において攻撃を行うことは物理的に不可能である。被攻撃者が殴打した時点において被攻撃者に対する「急迫不正の侵害」は存在せず、被攻撃者の殴打行為は、正当防衛として違法阻却される余地はないと解すべきであろうか。

確かに、攻撃者が攻撃意思を喪失している場合、あるいは転倒により傷害を負い物理的に攻撃が不可能な場合には、「急迫不正の侵害」は存在せず、正当防衛を認めることはできまい<sup>\*4</sup>。しかし、攻撃者の攻撃意思が強固であ

---

<sup>\*3</sup> 最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁は、Xは、Vと押し問答を続けているうち、Vが突然Xの左手中指および薬指をつかんで逆にねじ上げたので、痛さのあまりこれを振りほどこうとして右手でVの胸の辺りを1回突き飛ばし、Vを仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に停車していた自動車の後部バンパーに打ち付けさせ、よってVに対し治療45日間を要する頭部打撲傷の傷害を負わせたという事案について、「刑法36条1項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、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のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する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解すべきである。」と判示している。松宮孝明「急迫性の侵害の終了時期と防衛行為の相当性」(法学教室208号〈1998年〉110頁以下)は、過剰防衛の判断に際しては、他により危険が少なくかつ有効な防衛措置があったかを示すべきだと指摘する。なお、G.Jakobs, *Strfatrecht Allgemeiner Teil*, 2 Aufl. 1993 S.392ff. 参照。

<sup>\*4</sup> 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁では、被告人は、被害者からアルミ製灰皿を投げつけられたが、それを避けながら灰皿を投げつけた反動で体勢を崩した被害者の顔面を右手で殴打した(第1暴行)ところ、被害者は、頭部から落ちるように転倒した後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、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ものの、被告人は、憤激の余り、意識を失っている被害者に対し、腹部等を足蹴にしたり足で踏みつけるなどの暴行を加えた(第2暴行)という事案について、「量的過剰」が問題となったが、本判決は、その前提として、第1暴行により転倒した被害者が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったと指摘し、「急迫不正の侵害」は終了していると判断している。

り、立ち上がりざま被攻撃者に対し攻撃を加えるであろう場合には、「急迫不正の侵害」が終了したと直ちには言えまい。では、このような場合には、攻撃者の攻撃可能性、すなわち被攻撃者の権利が侵害される可能性をどのように判断すべきであろうか。

まず問題となるのは、被攻撃者がどのような行動をとることを前提として「急迫不正の侵害」の終了を判断すべきかということである。例えば、被攻撃者が逃走中に攻撃者が転倒した場合、被攻撃者はそのまま逃走するということを前提とすべきか、それともその時点において立ち止まることを前提とすべきか<sup>\*5</sup>。正当防衛において、被攻撃者には逃避義務はない<sup>\*6</sup>。被攻撃者が逃走することを前提として判断すべきではない。被攻撃者がその場に立ち止まった場合を前提として攻撃者によりどのような攻撃を受け、いかなる権利を侵害される可能性があるかを判断すべきである。

それでは、攻撃者が転倒後攻撃を受けるまでにどの程度の時間的間隔がある場合に急迫性を認めるべきであろうか。正当防衛は国家による救済の暇がない場合に認められる緊急行為であるということからすれば、そのような暇

---

<sup>\*5</sup> 攻撃者の反撃や抵抗が困難になったという表現は、度々判例において用いられるが、それを認定するためには、被攻撃者がどのような場所に存在していると想定しているのかを明らかにする必要がある。

<sup>\*6</sup> 最高裁昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁は、原判決が、被告人が攻撃を加えられそうになっている場所から脱出することができる状況にあったこと、近くにいる者に救いを求めることができたことから、被害者による法益の侵害が切迫しており、急迫性があったものとは到底認められないと判示したことにつき、このような事実はいずれも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係であつたとしても、「法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」と判示する。

最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁は、「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」と判示する。

がない場合には急迫性を認めるべきである。

例えば、Xは、Yから鉄パイプで殴られそうになったため、二階の通路南側にある一階に通じる階段の方に向かって逃げ出したが、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、Yは通路南端に設置されていた転落防止用手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていたものの、Xは、Yがなおも鉄パイプを握ってるのを見て、Yに近づいてその左足を持ち上げ、手すりの外側に追い落とし道路上に転落させたという事案<sup>\*7</sup>についてはどのように考えるべきか。

XがYを手すりから外側に追い落とした時点において、Xが立ち止まった場所に居たとすれば、どの程度の時間経過後に、どのような攻撃を受け、いかなる被害を蒙る可能性があり、その可能性がどの程度であったかを検討し、「急迫不正の侵害」の終了につき判断すべきである。Yの攻撃意思が旺盛であり、Yが前のめりの状態から態勢を立て直すことが容易である場合には、前のめりになっている時点においては、XはYから鉄パイプによる殴打という攻撃を受けなかったであろうとしても、Xの追い落とし行為がなければ、追い落とし行為を行った時点の直後に、XがYから鉄パイプで殴打される可能性は高く、侵害は間近に迫っていると言え、急迫不正の侵害は依然終了していないと解すべきであろう<sup>\*8</sup>。

これに対して、XがYを手すりから外側に追い落とした時点において、例えば、Yが鉄パイプを離しており、Xとの体格差などから素手での攻撃を行う意思がないというような場合には、当然「急迫不正の侵害」は終了したと言えよう。

---

<sup>\*7</sup> 平成9年6月16日刑集51巻5号435頁の事案である。

#### 4 結び

本稿においては、具体的事案を分析することから出発し、どのように「急迫不正の侵害」の終了を判断すべきかを検討してきた。

「急迫不正の侵害」の終了については、被攻撃者の構成要件該当行為が行われた時点において、攻撃者の攻撃意思、物理的攻撃可能性に着目し、被攻撃者のその行為がなかったならば被攻撃者は権利侵害を受けていたかどうかにより判断すべきである。

「急迫不正の侵害」の終了が問題となる形態は、攻撃者の攻撃後、被攻撃

---

\*8 最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁（事案については本文参照のこと。）の第一審は、「被告人が被害者に対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及ぶ当時、被害者の被告人に対する攻撃は止んだ状態にあって、被告人としては無難にその場を立ち去ることもできたものといえるのみならず、被告人の右行為は被害者を専ら攻撃する意思に基づいたものといえるから、本件は、正当防衛ないし過剰防衛の成立要件である被害者の『急迫不正の侵害』や被告人の『防衛意思』を欠くことが明らかである」とし、原審は、「被害者が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になり、容易には元に戻りにくい姿勢となっていたのであって、被告人は自由にその場から逃げ出すことができる状況にあったと言ふべきであるから、右時点で被害者の被告人に対する急迫不正の侵害は終了するとともに、被告人の防衛の意思も消失したと解するのが相当である。」とし、いずれも被告人の逃避可能性を根拠に「急迫不正の侵害」は終了しているとした。これに対し、最高裁は、「A（被害者）は、被告人に対し執拗な攻撃に及び、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、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人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認めるのが相当である。また、Aは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、Aの被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時も継続していたといわなければならない。」と判示し、被告人の行為がなければ、被害者が被告人に追いつき再度の攻撃に及ぶことが可能であったとして、「急迫不正の侵害」が継続しているとした。飯田義信・最高裁判例解説（刑事篇）平成9年度（2000年）97頁は、本判決は、本件では逃げ切れる状況になかったから結局はその逃避可能性は否定されるという事実判断がなされ、それ以上に法律的評価を示す必要はないと考えられたのではないかと推測されると指摘する。そうだとすると、逃げ切れる状況という事実判断が第一審、原審と最高裁とで異なるということになるのであろうか。

者の反撃などにより、攻撃者と被攻撃者とが対峙しているという場合と攻撃者が攻撃後転倒するなどにより一時的に攻撃不可能な状態となっている場合とに分けることができる。

前者の場合には、被攻撃者が構成要件該当行為を行った時点において、その行為がなく被攻撃者が社会生活上通常の行動をとっていたとすれば、被攻撃者の権利が侵害される可能性が高かったのかどうかにより\*9、「急迫不正の侵害」の終了を判断すべきである。後者の場合には、被攻撃者が構成要件該当行為を行った時点において、その行為がなく被攻撃者がその場に立ち止まっていたとすれば、被攻撃者の権利が侵害される可能性が高かったのかどうかにより判断されるべきである。

このような考え方に対しては、「急迫不正の侵害」の継続を余りに長く認めすぎるという批判があろう。しかし、問題は、被攻撃者が攻撃することを推奨するかどうかにあるのではなく、現に構成要件該当行為を行った被攻撃者に刑事責任を負わせるべきかどうか、正当防衛ないし過剰防衛を認めるべきかどうかにある。被攻撃者には逃避義務がないということからは、「急迫不正の侵害」をあまりに長く認めすぎるとは言えないであろう。

「急迫不正の侵害」の特定は、とりわけ、防衛行為の相当性判断（「やむを得ずにした行為」と言えるかどうかの判断）との関係で意味を持ち、さらに「量的過剰」の問題と密接に関連する。今後、これらの問題を検討したい。

---

\*9 被攻撃者の構成要件該当行為とその行為がなければ被攻撃者が受けていたであろう攻撃との時間的間隔も当然判断の資料とすべきである。ただ、「急迫不正の侵害」の終了の判断において、時間的間隔が独立して問題となるのではない。攻撃可能性と関連させて考える必要がある。攻撃可能性が高い場合には、ある程度の時間的間隔があったとしても、「急迫不正の侵害」は終了していないと言える。本文における後者の場合も同様である。