

8. 侵害の急迫性～最決平 29.4.26 【百選 | 23】

【論述例】

- 1 甲は、Aの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害している（以下「本件行為」という。）。そこで、殺人罪（199条）が成立しないか。
 - 2 甲は、本件行為により「人を殺した」（同条）といえる。また、甲は、殺意をもっているから、「罪を犯す意思」（38条1項本文）も認められる。したがって、殺人罪の構成要件に該当する。
 - 3 もっとも、甲は、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、本件行為を行っている。となると、正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却されないか。
- (1) まず、「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることを意味するところ、上記のとおり、Aは、ハンマーで殴りかかって来ているから、身体という法益の侵害が間近に押し迫っており、「侵害」の「急迫」性（同項）の要件を充たすとも思える。

しかし、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、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、侵害場所に出向く必要性、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、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際意思内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し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など、前記のような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。

- (2) 甲は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、甲の本件行為は、36条の趣旨に照らし許容さ

れるものとは認められず、「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。

(3) よって、正当防衛は成立しない。

4 以上より、殺人罪が成立する。

注1) 本決定の実際の事件名は、「殺人、器物損壊被告事件」であるが、論述例では前者は省略している。

注2) 論述例3(1)第1段落については最判昭46.11.16を参照。

注3) 論述例3(1)について、前掲・最判昭46.11.16は、「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、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」と判示していた。また、最決昭52.7.21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である」が、「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」と判示していた（本決定は、前掲・最判昭46.11.16及び前掲・最決昭52.7.21を引用している。）。

なお、安廣文夫・最判解刑事篇昭和60年度142頁は、「防衛意思の存否の検討は、不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点すなわち反撃行為の実行時における本人の意思内容についてなされるものであるが、『急迫性』の有無の検討の際には、不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで、すなわち現に反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）における本人の意思内容が問題とされるのであり、両要件において攻撃意思ないし積極的加害意思が問題とされるのではあるが、検討の対象が右のように異なるし、また、これらの意思の考慮のされ方も大いに異なるのである」と述べている。