

刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法三六条の急迫性の判断方法

島田美小妃

殺人、器物損壊被告事件、最高裁平成二八年(あ)第三〇七号、平成二九年四月二六日第二小
法廷決定、上告棄却、刑集七一巻四号二七五頁、判例時報二三四〇号一一八頁、判例タイムズ
一四三九号八〇頁

【事実の概要】

一 認定事実

第一審判決及び原判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

1 被告人(当時四六歳)は、知人であるA(当時四〇歳)から、平成二六年六月二日午後四時三〇分頃、不在中の自宅(マンション六階)の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月三日午前三時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つた

から待っつけ。はじめとつたるから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えると言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

2 被告人は、自宅にいたところ、同日午前四時二分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約一三・八センチメートル）にタオルを巻き、それをスボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

3 被告人を見付けたAがハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、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、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で一回強く突き刺して殺害した。

二 訴訟の経緯

本件は一審、二審ともに殺意の有無と正当防衛及び過剰防衛の成否が争われている⁽¹⁾。第一審大阪地裁（平成二七年九月一七日判決集七一巻四号三〇六頁）は、正当防衛及び過剰防衛の成否については、被告人はAの攻撃を「十分に想定の上で本件現場に赴いたと認めることができる」とし、被告人とAとの争いは本件現場にAが赴いた時点で鎮静化しているとはいえず、被告人がAに對して有していた腹立ちの気持ちや本件現場での被告人の行動に基づいて、被告人には、本件現場に赴く際、Aが攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを刺すなどしてやろうという攻撃意思があったこと等を踏まえて「被告人は本件攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえるから、被告人には、正当防衛も過剰防衛も成立しない」とした。

これに對し、弁護人は被告人に正当防衛が成立すると述べて控訴した。第二審大阪高裁（平成二八年二月一〇日判決刑集七一巻四号三一頁）は、被告人はAの攻撃を十分に想定していたとする原判決の認定に誤りはなく、被告人のAに對する積極的な加害意思を認めた原判決の認定についても、被告人が殺傷能力のある包丁を持ち出したこと、またAの攻撃を受けた後その包丁をAに

示すなどの示威行動を取らないまますぐにAの胸部を突き刺したことから、経験則等に照らして不合理な点はないとした。

これに対し、弁護士は、控訴趣意同様に、被告人に正当防衛を認めず有罪としたことの判例違反と、積極的加害意思を認定したことの事実誤認を主張して上告した。本決定は、弁護人の上告趣意はいずれも上告理由に当たらないとした上で、正当防衛及び過剰防衛の成否について次のような職権判断を示して上告を棄却したものである。

【決定要旨】

上告棄却。

「刑法三二六条は、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（最高裁昭和四五年（あ）第二五六三号同四六年一月一六日第三小法廷判決・刑集二五巻八号九六頁参照）、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の内容等を考慮し、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（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二二日第一小法廷決定・刑集三一巻四号七四七頁参照）など、前記のような刑法三六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。

前記一の事実関係によれば、被告人は、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

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、被告人の本件行為は、刑法三六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。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第一審判決を是認した原判断は正当である。」

【研究】

一 本件における問題点と正当防衛（刑法三六条一項）について

本件は、被告人の包丁による刺突行為について正当防衛が成立するか、それとも正当防衛は成立せず殺人罪が成立するのか、その際、過剰防衛も成立しないのが争点となっている。刑法三六条一項は正当防衛が成立する要件を規定しているが、本件では、そのうち、被告人にとって「急迫性」が認められるかが争われている。この「急迫」とは、判例によれば、「法益の侵害が間近に押し迫つたことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであって、被害の現在性を意味するものではない」と⁽²⁾とされているので、通常、過去の侵害又は将来の侵害に対して正当防衛することはできないと考えられている。しかしながら、将来の侵害との関係では、行為者が近い将来、相手から加えられる侵害を予期していることがありうる。そして、行為者が相手から加えられる侵害の内容、程度を予期して当該侵害に臨んだ場合、この侵害は行為者にとって「急迫性」があるといえるのか、すなわち、行為者に侵害の予期のあることが当該侵害の急迫性の有無に影響を及ぼしうるかが判例・学説ともに盛んに論じられてきたのである。

二 判 例

そこで、急迫性の要件と侵害の予期の関係について明示的に述べた先例⁽³⁾としては、本件でも引用されている①最高裁判昭和四六年一月一六日判決（刑集二五卷八号九六頁）がある。これは、被告人が同じ旅館に泊まっております喧嘩中のAに謝って仲直りをしようと思つて旅館に戻つてきたところ、Aから一方的に手拳で顔面を殴打され傷害を負わされた上、さらに殴打されようとしたのに対し、違う使用目的で隠していたくり小刀で左胸部を突き刺してAを死亡させた事案であるが、最高裁は以下のように述べてAの加害行為の急迫性を肯定した。すなわち、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫つてゐることを意味し、その侵害があらかじめ予期されてゐ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。」

しかしながら、本判決は、相手から加えられる侵害についてある程度予期していたといふにとどまらず、当該侵害をほぼ確実に予期していた場合には急迫性が否定されるのか、それとも、急迫性は否定されないうままであるのかについて解釈の余地が残されていた。この点について明確にした判例が、本件でも引用されている②最高裁判昭和五二年七月二一日決定（刑集三二卷四号七四七頁）である。これは、いわゆる中核派に属する被告人X、Yは同派の学生らと共に謀の上、政治集会の開催予定地において、かねて対立関係にあった革マル派に属する学生らに対して再度の攻撃があることを予期して共同加害の目的をもつて鉄パイプ等を凶器として集合し、所携の鉄パイプ等を用いて暴行を加えたという事案であるが、最高裁は以下のように述べて革マル派の学生らの攻撃の急迫性を否定した。すなわち、「刑法三六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り、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。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つ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。」本決定により、侵害の確実な予期があつた場合でも急迫性は否定されることが明示された。しかしながら、予期された侵害に対し、積極的加害意思をもつて臨んだときには急迫性が否定されるという論理（積極的加害意思論）が定立されたのである。

三 学 説

このような判例の立場に対し、学説では、急迫性要件と侵害の予期との関係については、侵害の確実な予期があつた場合でも急迫性は否定されないとする判例の考え方に与するものの、侵害を予期した上で積極的加害意思を有していた場合に急迫性が否定されるとの考え方については批判も多く存在する。すなわち、侵害が「急迫」であるかは純粹に客観的に把握可能なものであり、当該侵害が防衛行為者によつて予期されている場合であっても、防衛行為者に積極的加害意思がある場合でも、侵害が客観的に切迫していることが認められるならば急迫性があることに変わりはないというものである。⁽⁴⁾一方、判例のように「急迫性」の有無を行為者の主観的事情も含めて判断することを支持する見解も存在するが、現在では侵害を予期した上での「積極的加害意思」の有無は防衛行為者の迎撃態勢の程度によつて客観化して判断しようとする見解もある。⁽⁶⁾

四 検 討

本決定は、急迫性の有無を判断するにあたっての考慮要素を可視化した。これらの要素は並列的に挙げられているので、実務上、その相互の具体的な優劣関係を読み取るには解釈の余地がある。特に、本決定では、これまでの実務において多用されてきた「積極的加害意思」（本決定では、「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」と表現されている。）の意義についてどう解すべきかがまず問題となるように思われる。この問題に関連して、「侵害の予期」と「積極的加害意思」が急迫性の有無の判断にどのような影響を与えるのかについて、すでに最高裁の基本的な考え方を先に見た（本稿〔研究〕二部分）。また、本決定で引用されているものではないが、「侵害の予期」と「積極的加害意思」について言及した判例として、③最高裁昭和五九年一月三〇日判決（刑集三八巻一号一八五頁）がある。これは、Aに以前殴られたこともある被告人が、同僚の仲裁で話し合いに応じようと移動した際に、Aが被告人の捨てた木刀で殴りかかって来たため、最初は逃げていたものを持っていた鋏でAを刺突し死亡させたという事案である。本判決においては被害者の木刀による攻撃は被告人の予期していないものであって、急迫不正の侵害にあたるとし、侵害の予期が欠けることを理由に急迫性が肯定されており、そこにおいては、積極的加害意思の有無の検討はなされていない。このことから、「積極的加害意思」は「侵害の予期」があるときにはじめて問題となり、侵害の予期がない場合には、侵害の急迫性の有無の判断との関係では問題とならないと解することができる。

本件の第一審、第二審も、被告人に侵害の予期があったことを前提に、積極的加害意思の有無を検討していると考えられる。一方、本決定のあてはめ部分においては、積極的加害意思という文言は見られない。しかしながら、第一

審、第二審では、被告人に「積極的加害意思」が認められるかが殺意の有無とともに大きな争点になっており、これを踏まれば最高裁でも最大の争点とすることも可能であったこと、そして、本件は「積極的加害意思」を認定して、従来の積極的加害意思論によって解決することも不可能ではない事案であったことからすれば、最高裁が「積極的加害意思」という用語を使わずに急迫性を否定したことには意図があったように思われる。すなわち、第一審、第二審では、Aのハンマーによる攻撃に対し、被告人が包丁を示すなどの威嚇的行動を取らずにAに近づいて包丁でAの左側胸部を強く刺したという事実が「積極的加害意思」があることの認定に用いられているが、同じ事実が本決定では「急迫性」が認められるかを判断するための「行為者が侵害に臨んだ状況」の一事情としてのみ挙げられていると考えられる。このことは、すでに積極的加害意思論による判例実務は確立しているとも言われているが、急迫性の有無を判断するにあたり、「積極的加害意思」の役割を減じたいという最高裁の意図があったのではないだろうか。⁽⁷⁾ もちろん、積極的加害意思論の出発点となっている昭和五二年決定は本決定でも引用されており、その意義が失われたわけではない。しかし、本決定は「積極的加害意思」の認定に大きく依拠することなく、積極的加害意思を推認させる要素も含めて考慮要素を明確化し、より大きな枠組みでの解決を目指そうとしたのではないかと思われる。もともと、このような総合判断が採用されたのは最高裁が裁判員裁判を意識していることは否めないだろう。⁽⁹⁾

他方、第一審、第二審では言及されていないが、最高裁でのみ言及された急迫性の有無を判断するための考慮要素がある。すなわち、侵害の予期の時点での回避可能性の観点である。侵害の回避可能性については、前述のように、昭和五二年決定でも「刑法三六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」とされ付随的に述べられているが、本決定では急迫性の有無を判断するための要素

として明記されたことに意味があろう。もっとも、下級審のレベルでは、「回避義務」に明示的に言及して急迫性の有無が判断されたものがある。ここでは、本件と同様に、予期された侵害から回避することや警察の援助を受けることが容易であったことを急迫性を否定する根拠としたものや侵害の確実な予期がありながら積極的加害意思をもって侵害に臨んだ者には回避義務が認められるとしたもの⁽¹¹⁾がある。また、侵害の予期の時点での回避可能性が考慮された理由として、大まかな表現ではあるものの、本決定は刑法三六条の趣旨を「緊急行為を理由とした公的救助の期待可能性の欠如」と示したことも重要であるように思われる。すなわち、時間的余裕があり公的救助としての警察の援助を受けることが可能なのであれば、つまり回避可能性があれば緊急行為として例外的に私人の実力行使を認める正当防衛の趣旨に反するということであろう。この点につき、昭和五二年決定では前述のように刑法三六条が「侵害の急迫性を要件としている趣旨」とだけ述べ、その具体的な内容には言及がなかったことから参考になろう。もっとも、この「緊急行為」の性質から導出される刑法三六条の趣旨は、同じく緊急行為の緊急避難にも妥当するところである。しかしながら、正当防衛においては一般に緊急避難の場合とは異なって補充性が必要とされていないことからすると、この趣旨を急迫性の有無の判断において強く押し出して解釈していくと、侵害の回避可能性の観点から厳格なものとなって急迫性が認められなくなり、正当防衛が成立するための入口を狭めすぎるといふ危険も考えられ、この趣旨の射程はそれほど広く解すべきではないように思われる。また、「急迫性」要件と緊急避難の「現在性」要件とは判例上も学説上も一般に同義と解されているが、急迫性の有無に関する本決定の総合的な判断が今後定着するとすれば、判例の考える「急迫性」と「現在性」の解釈上の評価について齟齬が生じる可能性もあろう。

ところで、このような回避可能性を急迫性の有無の判断材料とすることについては、昭和四六年判決が「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」と述べており、行為者の侵害回避義務は侵害の急迫性の存否を判断するうえで関係がないと解していると考えられ、矛盾していないかが問題となる。しかし、昭和四六年判決で述べられている回避可能性は侵害時における事情を問題としており、侵害予期の時点における回避可能性を問題としているものではないと指摘されている。⁽¹⁴⁾ 同じような問題は、積極的加害意思と防衛の意思を判断する際に用いられる攻撃の意思との差異を考える場合にも生じる。ここでも、積極的加害意思は侵害に直面する前の、対抗行為の予備ないし準備段階における行為者の心理状態を指し、攻撃の意思または防衛の意思は侵害に直面した際の行為者の心理状態をいうことはたびたび指摘されている。⁽¹⁵⁾ この理解が正しいとすれば、急迫性の有無に影響を及ぼすのは、行為者が侵害に臨むまでの状況とその際の意思内容であると思われるが、本決定で急迫性の有無を判断する際に考慮されるべき事柄は「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」とされている。本件では被告人が包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることをしなかったことがこの「行為者が侵害に臨んだ状況」に該当すると思われる。しかしながら、この事情は不正の侵害に直面した後の事情であり、これが急迫性の有無を左右するかのよう読み取れる点は一考を要する。⁽¹⁶⁾ すなわち、先の理解によれば不正の侵害が認められる時点で、侵害の予期や回避可能性等の判断ととむすでに当該侵害に急迫性があるかが定まるのであり、不正の侵害に接した後の行為者の態度によって、一度認められた急迫性が否定されたり、認められなかった急迫性が肯定されたりすることはありえないからである。もつとも、本決定は「不正の侵害に先行する事情」ではなく、「対抗行為に先行する事情」という表現を用いているので、⁽¹⁷⁾ 不正の侵害に直面した後の行為者の態度が急迫性の有無の判断に影響を与えることを予定している可能性がある。しかし

ながら、行為者の主観的事情を含めて急迫性の有無を判断するのであれば、本決定の「行為者が侵害に臨んだ状況」の中で考慮される事情は防衛の意思で考慮されるものと区別するために侵害に直面する前の、対抗行為の予備ないし準備段階における行為者の心理状態であることが望ましいと思われる。加えて、侵害の直面後に準備していた凶器等をどう使うか、どのような態度に出るかは、実際に接した侵害の種類・程度によって変わりうるので、侵害に臨むまでに行行為者が有していた意思内容と乖離することもある。侵害の直面後の行為者の態度は、急迫性の有無の判断に行行為者の主観的事情が含まれ、それを客観的状況から推認するとしても除外されるべきであり、防衛の意思の有無の検討の際に考慮されるべきである。その他、本決定の示した急迫性の有無の判断要素の中に凶器の準備の有無や準備した凶器の性状といった具体的な例示も踏まえた「対抗行為の準備状況」が組み入れられていることは、積極的加害意思を客観化してできるだけ安定的に捉えようとするものと思われ、妥当と考える。

五 本決定の意義・射程

本決定は、刑法三六条の趣旨に立ち返り、行為者の主観的事情や対抗行為の先行事情も含めて急迫性の有無の判断が行われることを確認し、昭和五二年決定によって確立した積極的加害意思論の意義を相対化させ（侵害の予期があり、積極的加害意思が認められなくても急迫性が否定される余地がある）、積極的加害意思の位置づけを改めて行った。そして、急迫性の有無を判断するにあたっては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た総合判断によるという定式化を行い、その際に考慮すべき要素について具体化したことも実務上、重要と思われる。また、考慮すべき要素として、回避可能性の観点が明示的に組み入れられたことや考慮要素の客観化が図られていることにも本決定の

意義があろう。

加えて、本件では被告人による不正な先行行為は存在しないのでその意味では本件と事案を異にするが、自招侵害のケースで示された最高裁平成二〇年五月二〇日決定（刑集六二卷六号一七八六頁）の判断と本決定の判断との関係や、本決定で列挙された各々の考慮要素がどのように類型化されて急迫性の有無が判断されるかは明らかではなく、今後の判例の集積を待つほかはないといえよう。⁽¹⁸⁾

追記

脱稿後、非常に多くの本件の評釈および関連論文に接した。例えば、大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程——最高裁平成二九年決定を手掛かりとして」判時二三五七・三三八合併号（二〇一八年）一三頁以下、大谷實「自招侵害と正当防衛論——最高裁第二小法廷平成二九年四月二九日決定に関連して」判時二三五七・三三八合併号（二〇一八年）六頁以下、木崎峻輔「相互闘争状況における侵害の急迫性の判断基準——最決平二九・四・二六（刑集七一巻四号二七五頁）」筑波法政七四卷（二〇一八年）四一頁以下、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判時二三五七・三三八合併号（二〇一八年）一九頁以下、坂下陽輔「判評」二三六二号（二〇一八年）一六九頁以下、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文——変容する正当防衛制限論から」法教四五二号（二〇一八年）二六頁以下、高橋則夫「『急迫性』の判断構造——最高裁平成二九年決定をめぐって——」研修八三七号（二〇一八年）三頁以下、橋田久「平成二九年度重要判例解説」ジュリ臨増一五一八号（二〇一八年）一五四頁以下、波床昌則「判批」刑事法ジャーナル五四号（二〇一七年）二四八頁以下、森住信人「侵害の予期と急迫不正の侵害の判断基準」専修ロージャーナル一三三号（二〇一七年）一一三頁以下、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（一）——最高裁平成二九年四月二六日決定を契機として——」立命館法學三七四号（二〇一七年）一九六頁以下である。これらの文献では、正当防衛の趣旨および判例の急迫性の判断方法の再論、不正の侵害後の事情も急迫性判断の素材としうるまたはすべき論理、本決定の挙げる考慮事情の個別的意義づけに関する分析、平成二〇年決定で示された基準と本決定で示された基準とを関連させた考察、正当防衛の正当化根拠に立ち返った急迫性判断およびいわゆる出向き型と待ち受け型それぞれにおける判断基準の類型化の提案、比較法的研究等、本稿

では言及できなかった観点および本稿の立場とは異なる観点からの示唆に富んだ重要な指摘に触れたが本稿では検討することができなかつた。

- (1) 本稿では以下、正当防衛（および過剰防衛）の成否についてのみ論じる。
- (2) 最判昭和二十四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁。
- (3) 昭和四十六年以前の判例でも正当防衛の要件論と関連させて正当防衛を否定したものがあがるが、どの事実をとらえて各要件を否定したのが昭和四十六年判決ほど明確ではない（橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、二〇〇七年）一三八頁以下、明照博章『積極的加害意思とその射程』（成文堂、二〇一七年）七九頁）。
- (4) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第四版）』（有斐閣、二〇〇八年）三八二頁以下、大谷實『刑法講義総論（新版第四版）』（成文堂、二〇一二年）二七五頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第六版）』（東京大学出版会、二〇一五年）二五七頁。
- (5) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社、一九九〇年）二三五頁、西田典之『刑法総論（第二版）』（弘文堂、二〇一〇年）一五五頁以下。
- (6) 川端博『刑法総論講義（第三版）』（成文堂、二〇一三年）三五六頁以下。
- (7) 堀籠幸男・中山隆夫『正当防衛』『大コンメンタール刑法（第三版）第二卷』（青林書院、二〇一六年）五六六頁。
- (8) 急迫性が否定される一例としてのみの意義である（是木誠「判評」警察学論集七〇巻八号一九〇頁以下、菅原健志「判評」警察学論七三巻二号九四頁、中尾佳久「侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法三六条の急迫性の判断方法」最高裁時の判例一五一〇号一〇八頁、成瀬幸典「侵害の急迫性の要件を充たさないとされた事例」法学教室四四四号一五八頁）。例外的な役割しか果たさないとするのは前田雅英「判評」捜査研究七九九号二二頁。
- (9) 中尾・前掲注（8）一〇八頁。
- (10) 大阪高裁昭和五十六年一月二〇日判決（判時一〇〇六号一一二頁）、東京地判平成一四年一月一日（westlawjapan 文献番号 2002WTLJPCAO1119001）、東京高裁平成二二年一〇月八日判決（判タ一三八八号三七〇頁）。
- (11) 奈良地判平成一九年三月二七日（westlawjapan 文献番号 2007WTLJPCA0327901）。
- (12) 井上宜裕「正当防衛における侵害の予期と急迫性」新・判例解説 Watch 刑法 No.123（二〇一八年二月二日掲載）三頁以下。

入り口要件としての急迫性の存在を否定する判例のようなアプローチの再検討を促されるのは、照沼亮介「侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法三六条の急迫性の判断方法」法学教室四四五号五四頁。このような判例のアプローチ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を前提とされるのは門田成人「正当防衛の趣旨と『急迫性』の判断方法」法学セミナー七五〇号一〇九頁。

(13) 安田拓人「緊急避難」『大コンメンタール刑法「第三版」第二卷』（青林書院、二〇一六年）六八九頁。

(14) 栃木力「正当防衛における急迫性」『刑事事実認定重要判決50選上《第二版》』（立花書房、二〇一七年）七七頁注1。

(15) 栃木・前掲注(14)七九頁注2、橋爪隆「正当防衛」『注釈刑法』四三二頁、四四八頁、明照・前掲注(3)一六三頁。

(16) 小林憲太郎「自招侵害論の行方」判例時報二二三六号一四四頁。

(17) 安廣文夫「殺人につき防衛の意思を欠くとはいえない」とされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇昭和六〇年度一四二頁以下で、すでに本文で述べたような「積極的加害意思」と「防衛の意思」との関係について同様の区別（判断時点による区別）が述べられているが、ここでは「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」と表現されており、その内容は本決定の表現（対抗行為に先行する事情）とも親和性がある。

(18) 本決定と似た事案において、本決定の判断に従い急迫性を否定したものととして、仙台地判平成二九年九月二日（westlaw

japan 文献番号 2017WLJPC A09226003）がある。

（流通経済大学法学部専任講師）