

## 正当防衛の成立が認められた事例

(大阪地裁平成二年(わ)第三三六〇号平成三年四月二四日判決、  
判例タイムズ七六三号二八四頁)

十 河 太 朗

### 【事実の概要】

被告人Xは、ある飲食店の常連客であったが、以前、同飲食店の他の常連客であるAの子供が店内で騒いだ際にXが子供の頭を叩くなどしたことからAと口論となり、これを知ったAの内縁の夫B(当時四五歳)がXの胸ぐらをつかんで路上に倒すなどの暴行を加えたことがあった。後日、Xが職場の同僚三名と同飲食店で飲食していたところ、子供を連れて来店したAとの間で再びいさかいとなり、Xは、一旦は同僚と共に同飲食店を出たが、同僚を送った後に同飲食店に再び戻った。ほどなくして、Aの訴えを聞きつけて立腹したBが同飲食店に来店し、Bは、店の奥のカウンターで飲食をしていたXの姿を見かけると、すぐにXの方へ歩み寄り、「またお前か、なんで悪口ばかりいうねん」などといいながら、両手でXの胸ぐらをつかんで締め上げた。このとき、Xは、カウンターに左手をつき、カウンターのまな板の上に置かれていた刺身包丁の柄に左手が触れた。BがXの胸ぐらを締めつける力を

正当防衛の成立が認められた事例

緩めようとしなかったため、Xは、それを振り放そうとして、「やめんかい」と怒鳴りながら、Bの右肩の付近を左手にもった右刺身包丁で斜め下から上へ一回殴打し、この結果、Bに加療約三二日間を要する右肩切創等の傷害を負わせた。このような事案について弁護士は、Xは手にした物が包丁であるとは認識しておらず、Xの本件行為には正当防衛が成立すると主張したのに対し、検察官は、Xは意識的かつ積極的に包丁を手に取って切りつけており、本件行為は防衛の意思にもとづくものではないから、正当防衛はもちろん過剰防衛にも当たらないと主張した。

大阪地裁は、殴打行為当時Xには棒のような物をつかんだという認識しかなく、手にした物が包丁であるとXが気づいたのは殴打行為後のことであると認定した上で、次のように判示し、正当防衛の成立を認め、Xを無罪とした。

#### 【判決要旨】

「被告人の行った行為それ自体は、刺身包丁で一回殴打し、加療約三二日間を要する傷害を負わせたというものであり、Bの被告人に対する攻撃が素手によるものであることを考慮すれば、相当性の範囲を超えたものと評価されてもやむをえないものである。しかし、前記のとおり、被告人には反撃の手段が棒のような物という認識しかなかったため、本件のように、防衛行為の手段について客観的事実と行為者の認識との間に食い違いがある場合には、行為者の認識を基準として防衛行為の相当性を判断すべきである。そうすると、被告人が認識したような棒のような物でBの右肩付近を一回殴打する行為は、被告人の胸ぐらを両手で締めつけるBの攻撃に対する反撃として、社会通念上相当な範囲にあると評価することができる。」

#### 【研究】

##### 一 問題の所在

本件は、被害者にいきなり胸ぐらを両手で締めつけられた際に、手にした刺身包丁を棒様の物と誤認し、反撃のためこれで被害者を殴打して傷害を負わせたという事案について、正当防衛の成否が争わ

れたものである。本判決の認定によれば、Bは、飲食店においていきなり両手でXの胸ぐらをつかんで締め上げるとともにXをカウンターに押さえつけており、本件において急迫不正の侵害が存在することは明らかである。また、前述したようないきさつによりBに対して多少の憤激はあったとしても、Xはもっぱら、胸ぐらを締めつけるBの手を振り払おうとしてとっさに反撃に出たというのであるから、Xの行為は防衛の意思にもとづいた反撃行為であるといつてよい。<sup>(1)</sup>問題は、Xの反撃行為が防衛行為として相当性を有するといえるかである。確かに、本件の客観的な事実関係をもとに相当性を判断すれば、Xは素手によるBの攻撃に対し現実には刺身包丁で反撃したのであるから、Xの行為は防衛行為としての相当性の程度を超えているように見える。しかし、行為当時Xには棒様の物で反撃したとの認識しかなく、このような認識を相当性判断の基礎に加えると、本件における防衛行為の相当性を肯定することも可能となってくるであろう。

このように、本件において争点となったのは、防衛行為の相当性判断の基礎を客観的に存在した事情に求めるべきか、それとも行為者の認識した事情をも相当性判断の基礎として考慮すべきかである。従来、この「防衛行為の相当性判断における基礎事情」の問題について自覚的に展開された議論はほとんどなかったといつてよく、本判決が、「本件のように、防衛行為の手段について客観的事実と行為者の認識との間に食い違いがある場合には、行為者の認識を基準として防衛行為の相当性を判断すべきである」との見解を示したことは注目に値する。そこで以下では、防衛行為の相当性判断の基礎としてどのような事情を考慮すべきかについて検討し、本判決の問題点を探ることにした。

## 二 学説

(1) 防衛行為の相当性を判断するための基礎となる事情は客観的に存在した事情であるのか、それとも行為者の認識した事情なのであろうか。この問題について学説及び判例がどのような立場を採るのかは、従来必ずしも明らかにはされてこなかった。<sup>(2)</sup>しかし、学説は一般に、防衛行為の相当性は客観的に存在した事情をもとに判断されると考えてきたように思われる。このことは、「防衛行為の相当性に関する誤認」の事例を学説がどう取り扱っているかを見れば明らかになるであろう。<sup>(3)</sup>現実に行われた防衛行為の手段が侵害に対して過剰であるのに相当な防衛手段だと誤認した場合については、これを過剰防衛と見るか誤想防衛と捉えるかに関し争いがあるものの、<sup>(4)</sup>学説はほぼ一致して、正当防衛による違法性阻却を認めず、もっぱら故意及び過失の成否の問題として処理してきた。<sup>(5)</sup>このような学説の対応は、客観的な事実関係をもとにすれば過剰な防衛行為だといえる以上もはや相当性の要件は満たさないとの理解を当然の前提としたものといえるのである。この通説の考え方を本件に適用すると、素手で攻撃してきたBに対し刺身包丁で反撃したという客観的に存在した事情をもとに防衛行為の相当性が判断されることになり、本件において相当性の要件は充足しないとの結論に至るであろう。

他方、客観的事実のみを基準として防衛行為の相当性を判断する通説の考え方に否定的な見解が、これまで全く主張されてこなかったわけではない。たとえば、藤木英雄博士は、防衛行為の相当性を基礎づける事実が存在しないの存在すると誤信した場合、行為者の立場に置かれた平均的な思慮分別をそなえた一般市民を標準として、そのような誤信を避けることができなかった、すなわち相当性の要件が存在すると信ずることにつき客観的に首肯しうる合理的な根拠があったといえるときには、正当防衛そのものとして扱われるべきであると主張された。<sup>(6)</sup>また、川端博教授

は、人的不法論の立場から、違法阻却事由の客観的要件の有無は行為時を基準とする「事前的判断」によるとされ、一般人の見地から正当防衛を基礎づける事実の錯誤が避けられなかったといえる場合には、正当防衛による違法阻却を認めるべきだといわれる。<sup>(7)</sup> さらに野村稔教授は、違法性の内容を「行為自体の違法性」と「結果の違法性」とに區別し、前者は事前判断、後者は事後判断を基礎とするとされた上で、防衛行為の相当性を基礎づける事実の誤認につき客観的な過失が存在しない場合には、確かに結果の違法性は阻却されないものの、行為自体の違法性判断においては防衛行為は相当であったものとして考えるべきであるから行為自体の違法性が阻却されることになり、結局犯罪は成立しないと説かれる。<sup>(8)</sup> これらの見解はいずれも、防衛手段に関する誤認が一般人を基準としても避けられなかった場合に限り、行為者の認識した事情を相当性判断の基礎としてよいとするものであり、換言すると、防衛行為の相当性判断の基礎を、行為時に一般人であれば認識しえたであろう事情に求める立場なのである。<sup>(9)</sup> この立場によると、本件においては、一般人であっても刺身包丁を棒様の物と誤認したといえるかどうかを検討され、仮にこの点が肯定されれば、棒様の物で反撃したという事情が相当性判断の基礎となり、おそらく相当性は肯定されることになるであろう。

一般人が認識しえた事情を相当性判断の基礎とする立場に従うと、通説に比べて正当防衛の成立範囲が拡大することになる。この点について藤木博士は、もし正当防衛の要件が存在すると誤信したことにつき相当な理由があるような場合をも違法であるとする、市民に、不正に対抗することを躊躇させ、かわりあいを恐れて社会的不正を見逃す気風を生ぜしめ、間接的に不正者を援助することになりかねないとされる。<sup>(10)</sup> しかし、このような主張に対しては、

正当防衛の成立が認められた事例

防衛行為が不相当であるのに相当であると誤信したことについて客観的に相当な理由がある場合には、たとえ違法性阻却が認められなくても、故意責任及び過失責任が否定されるか、あるいは刑法三六条二項による刑の減免が適用されうるから不都合は生じないとの反論が、通説の立場からは加えられるであろう。<sup>(11)</sup> 逆に通説は、藤木博士らの見解によると、相当な防衛手段だと誤認したことが一般人でも避けられなかった場合には違法性が阻却されるから、防衛行為の相手方はそのような「誤想による防衛行為」に対し正当防衛を行えないことになって不合理であるし、仮にこの場合に正当防衛が可能であるというのであれば、「正当防衛対正当防衛」という状況が生じ、正対不正という正当防衛の基本構造が破綻する、と反対説を攻撃するのである。<sup>(12)</sup>

(2) このような見解の違いが生ずる理論的な背景として、違法性判断をどの時点に立って行うのかという問題がある。これまでは一般に、違法性の有無及び程度は原則として、裁判時に明らかになった全資料を基礎に事後的に判断されると考えられてきた。<sup>(13)</sup> 通説は、この事後判断説を前提に、防衛行為の相当性判断の基礎を客観的に存在した事実<sup>(14)</sup>に求めてきたといつてよい。しかし、最近、違法性は行為時を基準にして事前的に判断すべきであるとする事前判断説が有力に主張されるに至っている。<sup>(15)</sup> 右に述べたところからも明らかのように、行為時に一般人が知りえた事情を相当性判断の基礎とする立場は、事前判断説に立脚しているのである。

この違法性判断の基準時をめぐる議論は、違法性の本質をどう見るかという問題とも関連して複雑な様相を見せている。確かに、一般には結果無価値論を徹底すると事後判断説に至るといえる。しかし、結果無価値論の立場からも、許された危険等の違法性阻却事由においては事前判断が入らざるをえないとして、正当防衛の要件である急迫不正の

侵害及び防衛行為の相当性を、許された危険の観点から一般人の事前判断として構成する可能性も全く否定はできないという見解が唱えられている。<sup>(16)</sup>

一方、行為無価値を重要視する立場は事前判断説に馴染むといえよう。<sup>(17)</sup> もっとも、違法性判断に事前判断の観点を要求される野村教授及び川端教授は、行為無価値二元論に立たれるわけではなく、違法性の本質として結果無価値と行為無価値の両者を併せて考慮すべきだとする違法二元論を採用されているのである。<sup>(18)</sup> しかし、事前判断説に対しては、正当防衛の要件に該当する事実が現実には存在しないにもかかわらず行為者の認識した事情をもとに正当防衛の成立する余地を認める点で、違法性判断において過度に行為無価値を強調するものだとの批判が加えられている。<sup>(19)</sup> また、違法二元論に立つとしても、違法性の判断はまず法益侵害の有無・程度を基礎とし、それとの関連で行為無価値を論ずるべきであるから、結局は行為と結果を総合した事後的判断とならざるをえないとの見解も主張されており、<sup>(20)</sup> 事前判断説が違法二元論の立場と調和するものかについては議論のあるところであろう。

### 三 判例

それでは、防衛行為の相当性判断における基礎事情の問題について判例はどのような立場を採ってきたのであろうか。本件と類似の事案について過剰防衛を認めた最高裁判例として、最高裁昭和二十四年四月五日判決<sup>(21)</sup>がある。事案は、老父が棒様の物を手にして打ちかかってきたのに対し、その場にあつた斧を斧とは気づかず棒様の物<sup>(22)</sup> と思い、これを手にして老父に反撃を加えたところ、昂奮のため防衛の程度を超え、その斧の峯及び刃で老父の頭部を数回殴りつけて老父を死に致したというものであつた。この最高裁昭和二十四年判決は「老父……が棒を持って打つてかか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

正当防衛の成立が認められた事例

なかっ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」としていているところから、最高裁は、過剰性の有無は行為者の主観にかかわりなく客観的事実をもとに決せられるとの理解に立っているようにも思われる。<sup>(22)</sup> もつとも、この最高裁判決は他方で、「斧はただ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」と判示しており、この判示部分は、被告人に過剰性の認識があつたことを認定したものと一般に理解されている。<sup>(23)</sup> もしそうだとすると、この最高裁昭和二四年判決の事案は、行為者の認識した事情をもとに判断しても防衛行為の相当性が認められなかったという点で、本件とは事案が異なつていともいえる。

これに対し、本件と同様に、現実には過剰な防衛行為であるのに行為者がそれを認識していなかった場合の罪責の問題を正面から扱つたのは、盛岡地裁一関支部昭和三六年三月一五日判決である。<sup>(24)</sup> 相手が鉄製の火挟みを突きつけて被告人に立ち向かってきたのでこれを羽交い締めにしたが、さらに乱暴を働くので右腕を相手の頸部にまわして締める体勢をとり、腕の力を緩めたり入れたりしているうちに、誤つてこれを強く締めたため、相手を死亡させるに至つたという事案について、盛岡地裁一関支部は、防衛のため相当な行為をするつもりで誤つてその程度を超えたのであるから誤想防衛であり、過失責任を問うことは格別、故意責任を問うことはできないとした。この判決の基礎にあるのは、客観的事実をもとにすれば過剰な防衛行為だといえる以上もはや相当性の要件は満たさないとする考え方であろう。そうすると、この判決の立場は通説と同じく、防衛行為の相当性判断の基礎を客観的に存在した事情に求めるものといえる。<sup>(25)</sup> いずれにしても、従来の判例には、行為者の認識した事情を防衛行為の相当性判断の基礎として考慮



すべきだとしたものは見当たらないことに注意する必要がある。

#### 四 本判決の立場

以上のような議論状況にあつて、本判決は、「本件のように、防衛行為の手段について客観的事実と行為者の認識との間に食い違いがある場合には、行為者の認識を基準として防衛行為の相当性を判断すべきである」と判示した。そして本判決は、本件の事案においては、Xが棒のような物でBを殴打したという事情を相当性判断の基礎とすべきであり、Xの反撃行為は防衛行為として相当性を有するとしたのである。本判決の判示を素直に解釈すると、防衛行為の相当性は常に行為者の認識した事情を基礎として判断すべきだとする趣旨のようにもとれる。そこで本判決に対しては、違法性判断をあまりに主観化するものだと批判が寄せられている。<sup>(26)</sup>確かに、本判決の趣旨が、相当性判断の基礎を常に行為者の認識に求めるというものだとすれば、それは客観的違法論に明らかに反し、妥当ではない。もしそのような考え方を徹底すれば、たとえば相当な反撃行為を行うつもりで誤って過剰な行為を行った場合、その誤認がどんなに軽率なものであろうと、行為者が相当な反撃行為だと思っている以上正当防衛が成立し、過失犯の成立さえ認められないということになるであろう。また、現実には相当な反撃行為であったが行為者は過剰な反撃行為だと思つていたという場合にまで、行為者の認識によれば相当性の程度を超えていたのであるから過剰防衛であるということにもなりかねないのである。<sup>(27)</sup>

しかし、本判決もそこまで徹底するつもりはなく、実質的には、一般人であれば認識しえたであろう事情を相当性判断の基礎とする見解に本判決は立っている、と解する余地もないではない。本判決は、本件の客観的状況について「本件の包丁の柄が、単なる木の棒に比して、明らかに重さや形状の点で異なるものではないと認められるから、こ

れで何回も殴打したのであればともかく、被告人が殴打したのは、一回だけであり、しかも、被告人がこれを手にしてからBを殴るまでは、ほんの一瞬の間の出来事であったから、被告人がこれを包丁だと気付かなかつたとしても、不自然ではない」と認定している。本件の客観的状況が右のようなものであつたとすれば、被告人が自らの反撃行為を相当な防衛手段だと誤信したことには合理的な根拠があつたということになり、それゆえ本件は、一般人が認識しえた事情を相当性判断の基礎に置く立場からも相当性を肯定しうる事案であつたともいえる。<sup>(28)</sup> そうすると本判決は、被告人の誤認が一般人を基準としても避けられないものであつたことに着目し、本件のような事案に限った判断として、行為者の認識した事情を相当性判断の基礎とすべきだとしたのかもしれない。仮に、本判決の真意がこのような点にあるとすれば、本判決が客観的違法論に反するとの批判は必ずしも当たらないことになる。しかし、もしそうだととしても、違法性判断の基礎を行為者の主観のみに求めるものとも見うる判示を本判決が行つたという点で、表現が不適切だとの批判は免れないであろう。

## 五 本判決の意義

いずれにしても、本判決は、行為者の認識した事情を防衛行為の相当性判断の基礎とする余地を認めた点に特徴がある。これまでの一般的な考え方によれば、本件のような事案は、防衛行為の相当性に関する誤認の事例として、故意責任及び過失責任の成否、あるいは刑法三六条二項による刑の減免の適用が問題となるにすぎない。本判決は、これを正当防衛の成否の問題として捉え直したのである。従来の判例には、このような判断を示したものはなく、学説上も、客観的に存在した事情に相当性判断の基礎を求める立場が支配的であることから、本判決は重要な意義を有するといえる。また、本判決のような考え方によると、現実には急迫不正の侵害が存在しないの

に存在すると誤信したという典型的な誤想防衛の場合にも、行為者の認識した事情をもとに急迫不正の侵害の要件を肯定することが可能となり、<sup>(29)</sup>この点においても、本判決の判断は興味深いものといえよう。

ただ、判例も違法性判断において主観的要素を考慮する余地を完全に否定しているわけではない。<sup>(30)</sup>そうすると、将来判例が、特に当該事案の具体的帰結の妥当性という観点から、行為者の認識した事情を防衛行為の相当性判断の基礎に加える可能性も皆無ではないともいえよう。学説上も、一定の場合には行為者の認識した事情を防衛行為の相当性判断の基礎としてもよいとする見解が有力に主張されているところである。今後、本判決を契機として、行為者の認識した事情を防衛行為の相当性判断の基礎とする余地があるのかについてさらに議論を深めていく必要がある。

(1) 最判昭和四六年二月一六日刑集二五卷八号九九六頁、最判昭和六〇年九月二二日刑集三九卷六号二七五頁。

(2) 確かに、判例は「防衛ノ程度ヲ超ユル行為ナルヤ否ヤハ客観的觀察ニ依リ決スヘキ事項ニシテ行為者ノ主観的觀察如何ニ依リ定ムヘキモノニアラス」としている。大判大正九年六月二六日刑録二六輯四〇五頁。同旨、広島高判昭和二六年三月八日判特二〇号一二頁。また、学説も一般に、防衛行為の相当性は客観的観点において判定されると説明している。内藤謙『刑法講義総論(中)』(昭和六一年)三四九頁、福田平『全訂刑法総論(増補版)』(平成四年)一四八頁注(二)、大塚仁『刑法概説(総論)(改訂増補版)』(平成四年)三四一頁など。しかし、このような判例及び学説による説明は、社会一般の見地から相当性判断を行うべきだという「相当性判断の基準」の客観性について述べたものにすぎず、必ずしも「相当性判断の基礎事情」が客観的であることまで要求しているわけではないといえる。

(3) 佐伯仁志「防衛行為の相当性判断における基礎事情」判例セレクト91(平成四年)三三二頁。なお、林幹人「防衛行為の相当性」平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編『刑法判例百選I総論(第三版)』(平成三年)五五頁参照。

(4) 現実に存在する急迫不正の侵害に対して相当な防衛行為をするつもりで、誤って不相当な防衛行為を行った場合を過剰防

正当防衛の成立が認められた事例

衛と見るのは、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(昭和六一年)二〇二頁、香川達夫『刑法講義(総論)第二版』(昭和六二年)一六九頁注(32)、曾根威彦『刑法総論[新版]』(平成五年)一一〇頁など。これに対して、これを誤想防衛と捉えるのは、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)二四七頁、福田・前掲注(2)一四九頁注(三)など。団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)二四二頁注(二九)、内藤・前掲注(2)三六五―三六六頁は、そのような場合は過剰防衛であると同時に誤想防衛でもあるとする。

(5) 過剰事実を認識していなかった場合の故意及び過失の成否は、違法性阻却を基礎づける事実の錯誤をいかに取り扱うかの問題であり、これを事実の錯誤と解する通説の立場によると、この場合には故意を阻却し、過失の成否が問題となるにすぎない。これに対して厳格責任説は、違法性阻却を基礎づける事実の錯誤を法律の錯誤と捉えるから、この場合には傷害の故意の成立を肯定した上で、違法性の意識の可能性があったかどうかを検討することになるであろう。一方、故意責任もしくは過失責任が肯定された場合に、刑法三六条二項による刑の減免が適用されることについてはほとんど異論がない。もっとも、その説明の仕方には論者により若干の違いが見られる。団藤・前掲注(4)二四二頁注(二九)は、過剰事実につき認識がない場合は誤想防衛であると同時に過剰防衛でもあるとし、事実の錯誤として故意の成立を否定しつつ、刑法三六条二項の適用を肯定する。香川・前掲注(4)一六九頁注(32)は、防衛行為が相当だと誤認した場合は誤想防衛でなく故意犯が成立するとしながら、端的に過剰防衛として刑法三六条二項による刑の減免を適用すべきだと主張する。内田文昭「過剰防衛について」同『刑法解釈論集(総論Ⅰ)』(昭和五七年)二五九頁以下は、「過剰部分」につき過失があった場合を誤想防衛ではなく「過失の過剰防衛」として構成し、過失犯の成立を認めた上で刑を減免すべきだとする。これに対し、平野・前掲注(4)二四七頁は、過剰防衛は過剰事実を認識していた場合に限られるとしながらも、故意による過剰防衛には刑の減免の余地があるのに、過失によって過剰な結果が発生した場合に刑の減免の適用がないとすると不均衡が生ずるとして、結局は、過剰事実を認識しなかったことにつき過失があった場合にも、刑法三六条二項が適用されるとする。

(6) 藤本英雄「誤想防衛と違法性の阻却」法学協会雑誌八九卷七号(昭和四七年)七七二頁。

(7) 川端博『正当化事情の錯誤』(昭和六三年)二五頁以下。

- (8) 野村稔『刑法総論』(平成二年)一五八頁、二三二頁。
- (9) 佐伯仁志・前掲注(3)三二頁。
- (10) 藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)一七二―一七三頁。
- (11) 内藤・前掲注(2)三六四頁参照。
- (12) 内藤・前掲注(2)三六四頁、曾根・前掲注(4)一一一頁。
- (13) 佐伯千仞「違法性の理論」同『刑法における違法性の理論』(昭和四九年)三七―三八頁。
- (14) もつとも、防衛行為の相当性判断の基礎を客観的事実に求めつつ、行為時を基準として相当性を判断するという立場もありえよう。前田雅英『刑法総論講義[第二版]』(平成六年)三〇三頁参照。
- (15) 川端博『集中講義刑法総論』(平成四年)一五八頁。
- (16) 佐伯仁志・前掲注(3)三二頁。
- (17) 大谷實『刑法講義総論第三版』(平成三年)二四八頁参照。
- (18) 川端博「実質的違法性論」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』(昭和六三年)一〇四頁、一一〇―一一一頁、野村稔『未遂犯の研究』(昭和五九年)一四五頁。もつとも、野村教授は、違法二元論の帰結として、違法性の判断方法を二元的に構成され、結果無価値には事後判断、行為無価値には事前判断を要求されるのに対して、川端教授は、刑法規範は第一次的には「行為」規範であり、違法性判断にあっても一般人を対象とする「行為」規範という性格が重要な意味を有するとの理解から、違法性判断は原則として事前判断であるとされている。
- (19) 内藤・前掲注(2)三六四頁。なお、前田雅英「行為無価値と結果無価値」同『現代社会と実質的犯罪論』(平成四年)一〇一頁参照。
- (20) 大谷・前掲注(17)二四八頁。
- (21) 刑集三卷四号四二二頁。
- (22) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇卷九号(昭和五四年)三九―四〇頁。

正当防衛の成立が認められた事例

正当防衛の成立が認められた事例

同志社法学 四五巻五号 一五六（八九四）

(23) 町野・前掲注(22)三九頁、内藤・前掲注(2)三六二―三六三頁。なお、伊達秋雄「過剰防衛の場合」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集』二巻(昭和一九年)一四六頁以下参照。

(24) 下刑集三巻三〇四号二五二頁。

(25) 佐伯仁志・前掲注(3)三二頁参照。

(26) 山中敬一「防衛行為の『相当性』の錯誤」法学セミナー四四四号(平成三年)二二六頁。

(27) 岩間康夫「正当防衛の成立が認められた事例」平成三年度重要判例解説(平成四年)一五〇頁、佐伯仁志・前掲注(3)三二頁。なお、莊子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五七年)二二二―二三三頁参照。

(28) 佐伯仁志・前掲注(3)三二頁参照。

(29) 藤木・前掲注(6)七四九頁以下参照。

(30) 判例は、主観的違法要素を正面から認めている。大判昭和十四年二月二二日刑集一八巻二二五―二二六頁、最決昭和四五年七月二日刑集二四巻七号四二二頁。そして判例は、防衛の意思を正当防衛の要件としている。大判昭和十一年二月七日刑集一五巻二二二号一五六―一五七頁、最判昭和四六年一月二六日刑集二五巻八号九九六頁。さらに最高裁の判例には、相手の侵害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侵害の急迫性の要件を満たさないとし、加害意思の有無が急迫性の存否の判断に影響を及ぼすことを認めるものもある。最決昭和五二年七月二二日刑集三一巻四号七四七頁。

本判決評釈として、山中敬一「防衛行為の『相当性』の錯誤」法学セミナー四四四号(平成三年)二二六頁、岩間康夫「正当防衛の成立が認められた事例」平成三年度重要判例解説(平成四年)一四九頁、佐伯仁志「防衛行為の相当性判断における基礎事情」判例セレクト91(平成四年)三三二頁がある。