

盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律

第一条第一項における正当防衛

山 火 正 則

刑法三六条一項 急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ
權利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ之
ヲ罰セス

盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律一条一項 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 盗犯ヲ防止
シ又ハ盜賊ヲ取還セントスルトキ 二 凶器ヲ携帯シテ又
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 盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律(以下、盗犯防
止法という。)は「已ムコト
ヲ得サルニ出テタ」ことを要件とせず、正当防衛をみとめる。
刑法三六条一項の正当防衛に對し、擴張ではないかとの疑問が
ただちによせられる。しかし、立法当局はこれを否定した。司法
大臣は議會において立法理由をつぎのようにならした。「近時強窃
盜又ハ家宅侵入者等ニシテ、生命、身体、貞操ニ對シ危害ヲ加へ
ントスル者続出致シマシテ、被害者ニ於テ臨機ノ処置ニ依リ自
ラ防衛ヲ致サナケレバ重大ナル実害ヲ免ルルコト能ハザル事例
尠シト致シマセス。然ルニ刑法正当防衛ノ規定ハ措辭抽象的デ
アル為ニ其ノ適用範圍ニ付テ解釈上ノ疑義ガアリマシテ被害者
ニ於テ機宜ノ処置ニ依リ自衛ヲ完ウスルニ躊躇セザルヲ得ザル

憾ガアルノデアリマス。茲ヲ以テ法律上具體的ノ条件ヲ指示シテ此等ノ場合ニ防衛權ノ發動ヲ安固ニスル必要ガアルノデアリマス。」(三) 司法省刑罰局・「盜犯等防止及処分に關する法律理由説明」法律新聞三一三二一三號 一七頁。これは當時の司法省刑罰局長泉三新熊博士の執筆になるものと思われる。以下のものとその内容が同じである。泉二・「盜犯等の防止及処分に關する法律理由」法曹會雜誌八卷六號 一六九頁。法律時報二卷七號 二九頁。以下において、これら三つの法律理由説明を引用する(ばあ、)。立法当局は泉二博士の名のもとに、法律時報二卷七號によるものとする。立法当局はこのような趣旨で立法したのであって、「全く現行法の解釈を明示するに在って現行法の規定を擴張せんとするのでは無い」という(泉二・二九頁。なお、司法省刑罰局・「盜犯等の防止及処分に關する法律理由」官報一〇二七號雜報三四七號 一頁。同旨。栗駒・「盜犯防止法と正当防衛法」法曹會雜誌八卷九號 九一頁以下。吉田・「盜犯等の防止及処分に關する法律案解説(一)」警察研究一卷三號 五六頁。若干ニテアンスを界にするが、いちがいに正当防衛の範圍を擴張したものと斷ずることは當らないとするものとして、富田・「盜犯等の防止及処分に關する法律に就て」司法研究一四號(四)。したがって、本法一條一項を解釈するについて、つぎのよう

うにいう。「本項の冒頭に『左の各号の場合に於て』と定めたるは第一号乃至第三号に記載する急迫不正の侵害が現存し、之に對して防衛上已むを得ざる行為の行われたる場合を意味することは文理上及刑法第三十六條の一部解釈規定たる精神から觀て明白である。」(泉二・三〇頁。前掲)「……盜犯又は侵入を實質とする急迫不正侵害に對して防衛上已むを得ざるに出で犯人を殺傷したることが同時に自己又は他人の生命身体又は貞操に對する現在の危険をも排除するの必要に基きたることを条件とするのである。」(泉二・三一頁。前掲)

二しかし、學説はこれに對してつよい疑問を表明していた。牧野博士はつぎのよう

『已むを得ざる』ことがここに要件とされてゐるとおもはない。しかのみならず、さうであるとすれば、その外に、『生命、身体又は貞操に對する現在の危険』の存立の必要とされてゐることが理解できない。この法律は、如何なる意味においても、『已むを得ざる行為』といふ要件の氣兼ねから世の人人を免れしめむとする趣旨のものといはねばならぬ。」(牧野・「盜犯防止法第一〇七) 滝川(幸)博士の所説はつぎのとおり。「生命・身体・貞操(この凡ては刑法三六條の『權利』に包含される)に對する現在の危険がある場合において、『已ムコトヲ得ザル』防衛行為として殺傷の許さるべきことは、刑法三六條の解釈として如何なる學説からも、明白に承認されて居る。今更、解釋的規定を以て具體的適用を明確にするといふことは、ナンセンス以外の何ものをも意味しない。盜犯防止法そのものの文言からいふて、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、この法律は、(一)盜犯防止などの場合において、(二)生命・身体・貞操に對する現在の危険が発生したといふ条件があれば、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ふ趣旨でなければならぬ。」(滝川・「盜犯防止法における正当一九〇頁。なお、矢島・「盜犯防止法の解釋論(一)」法律新聞三一四一號 三頁、三一四二號 二頁。)

立法の動機、ことさらに「已ムコトヲ得サルニ出テタル」ことを要件としていないこと、「……刑法第三十六條第一項ノ防衛行為アリタルモノトス」という規定の形式などからみると、刑法三六條一項の正当防衛と

は異なるものであると考えるほかないであろう。

三 　しかし、その差異が本質的なものかどうかは刑法の正当防衛と盗犯防止法の正当防衛がまったく別個のものであるかどうかはさらに考えられるべき問題である。刑法は正当防衛については、「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」と規定する。この文言を解釈するかぎりでは、やむことをえないに仕方ないに他方法がないという意味において、必要性の観念が生じる。正当防衛行為は必要性を要件とするということは文理解釈上誤りではない。しかし、正当防衛は不法に對しておこなう権利防衛のための行為として違法性を阻却される。刑法は「急迫不正ノ侵害ニ對シ」ておこなう権利防衛行為を正当防衛とした。「急迫不正ノ侵害」に對した防衛行為を正当なものとした。その意味において、相当性の観念も考慮されるべきである（參照、子・刑法總論 昭和四五年 三六七、三七七頁。）。また、一方盗犯防止法において、「犯人ヲ殺傷シタル」ことが正当防衛とされる以上、それは不法に對しておこなわれる権利防衛のための行為として把握されるものでなければならぬ。ここでは「盗犯防止などのばあいにおいて」自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ對スル現在ノ危険」を排除するためにおこなった「犯人ヲ殺傷」する行為を正当防衛とした。したがって、このような「危険」と犯人「殺傷」とは對応したものでなければならぬ。防衛行為は犯人殺傷行為には相當であることが要件とされる（參照、小野・「盗犯等の防止及処分に關する法律」刑の執行論と有罪判決の宣告猶予及び其の他 昭和六年 二三五頁。大塚・特別刑法 昭和三四年 九三頁。藤本・「正当防衛における防衛手段の相当性並びに盗犯防止法の適用」警察

學論集二二卷三三。たしかに、盗犯防止法一条一項は「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」を要件としていない。そのかぎりでは、盗犯防止法は正当防衛について刑法より拡大されたといえる。しかし、相当性は要件としていない。そして、必要性も備えない行為に對して、相当性の要件が付与されることはありえないであろう。したがって、相当性を要件とするということによって、實質的に「已ムコトヲ得サルニ出テタル」ことがそこに同時に判断されていると考えることができるものと考えられる。その意味において、刑法上の正当防衛と盗犯防止法上の正当防衛は本質的に同じものであると考えられる。

四 　さて、それではこの両法域の正当防衛が相当性を要件とするとして、まったく同じものとして考えなければならないであろうか。刑法においては、「急迫不正ノ侵害」に對した防衛行為である。盗犯防止法においては、「(盗犯防止などのばあいにおいて) 自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ對スル現在ノ危険」に對した防衛行為(殺傷)である。不法な侵害という角度から考察すれば、盗犯防止法の方がその内容において特定化されている。すなわち、悪質な態様において、重大な法益を侵害するばあいに限定されている。防衛行為の相当性の要件が刑法のばあいに比較して、緩和されることが予定されている。しかし、それは刑法のばあいと異なる相当性を意味するものではない（井上、淵「正当防衛と盗犯等の防止及び処分に關する法律第一条第一項との關係」法律のひろば一九卷二号 五三頁(井上)注部分)。不法

な侵害が強度であるため、それに対応した防衛行為も強度のも
のが予定される。結果的に相当性が緩和されるにすぎない。防
衛行為の相当性という観点だけからみると、刑法上のそれに対
して、盗犯防止法のそれは拡大されているということもできよ
う。その意味において、盗犯防止法一条一項は刑法の正当防衛
を拡大したものである。

盗犯防止法一条一項の正当防衛は刑法のそれよりも、ゆるや
かな相当性を必要とする。藤木教授は盗犯防止法一条一項に相
当性を要件とするばあい、「いちじる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
するのが穏当である」(藤木・注釈刑法②、あるいは「手段が相当性
を欠くことが重大明白である場合を除き、相当性を肯定するの
が立法趣旨に適合した解釈をなすものとみるべきである」とさ
れる(藤木・前掲)掘論文)。余りにも相当性をゆるやかに解することは、こ
の法律に対して、立法当時存在したつよい批判を解釈学的にも
うけなければならぬであろう。しかし、この法律の一条一項
所定の要件を厳格に解することによってその強度の不法な侵害
に対応した防衛行為を前提としたうえで、そのように主張され
るのであれば、支持されうる主張であろう。そのように理解し
たばあい、解釈の目安として傾聴すべき見解といえよう。

五 さて、判例は盗犯防止法一条一項の正当防衛行為について、
どのようなに考えているだろうか(これについて、判例集に登載されるなど
きわめて少ない。この間の事情について、谷口・「盗犯防止」まです、防衛行
法の運用について」法律時報二三卷一〇号 三三頁注(四))。まず、防衛行

為の要件に対する判例の態度をみることにし、つぎにその具体
的事実に対する判断について検討しよう。

(1) 「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ことを要件とす
るもの

「被害者たる内田、坂本の両名は泥酔していたとはい
え、夜間一面識もない被告人の居室の扉を開いて侵入
し、飲場をぶち壊すなど大声でわめきたて、被告人
の制止もききいれず土間から居室へ土足のまま上ろう
として被告人のため両名とも屋外へ押し込まれるや、
両名で被告人に殴りかかり、内田の如きは松丸太をも
つて被告人を殴打しようとしたが、これをかわした被
告人がすばやく同人の手から右松丸太を奪いとつたの
に、内田がさらに手拳で殴りかかってきたので、被告人
もやにわにその丸太をもって内田の頭部を数回殴りつ
けてこれを転倒させ、さらに坂本が被告人の急を聞いて
駆けつけた被告人方飯場の中村繁之ともみあつてい
る背後から坂本の顔及び足を数回殴打し、内田を硬脳
膜外出血による脳圧迫症で死亡するにいたらしめ、坂
本に対しては加療二週間を要する後頭部挫創、足打撲
傷の傷害を負わせたものである。してみると被告人の
行為はその居室に侵入してきた被害者両名の暴行に対
し、その侵害を排除するため行われたものであること
は所論のとおりであるが、被告人が内田の手から奪取

した松丸太で被害者兩名を夫々一回ならず数回も殴り、しかも内田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超えたものと認めざるを得ない。ところで、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項は、その第三号所定の住居の不法侵入者を排斥せんとする場合において、自己又は他人の生命身体等に対する現在の危険を排斥するため犯人を殺傷したときは、刑法第三六条第一項の防衛行為ありたるものとすと規定しており、同条項が正当防衛に関する刑法第三六条第一項所定の要件を緩和した規定と解すべきか否かについては論議の存するところである。しかしながら、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項はその各号所定の場合においても、刑法第三六条第一項の「已むことを得ざる」にいでたことを当然に要件としているものと解するのが相当である。果してそうだとするならば、被告人の本件行為は前記の如く、不法に人の住居に侵入した者を排斥せんとして、自己の生命、身体に対する現在の危険を排除するため、被害者を殺傷したものであるから、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項第三号の要件を形式的には充足しているけれども、いわゆる相当性の要件を欠如し、防衛の程度を越えたものとして、刑法第

三六条第二項の過剰防衛と認めるほかない。(名古屋高等

七年二月四日高刑
集一五卷六六九頁。)

しかし、盗犯防止法第一条一項が刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ことを当然に要件としているものと解することは明文の規定に反する。また、このことから、相当性の要件を導きだしていることも疑問である。相当性の要件は「已ムコトヲ得サルニ出テタ」という要件から導きだされるのではない。正当防衛の本質から導きだされるものである。「已ムコトヲ得サルニ出テタ」という要件↓相当性の要件という論理過程をたどるばあい防衛行為の対応するものとしての不法な侵害の視点が欠落することになる。相当性を要件とすることは不法な侵害に対応した防衛行為を考慮したばあいに問題となる。このように考えたときに、盗犯防止法における防衛行為の相当性と刑法における防衛行為の相当性の間に差がみとめられることになる(井上、淵・前掲五三頁は「盗犯等防止法それだけに内在する相当性」という表現をとつておられる。基本的に同じ趣旨として理解されよう。)

この判例は盗犯防止法第一条一項が「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ことを当然に要件とし、相当性を要件とすると考えることによつて、盗犯防止法と刑法の正当防衛をまったく同一のものとして理解しようとするのであろうか。

(2) 単に、相当なものたることを要件とするもの

「被害者森沢が、被告人の妻妙子とその意に従がわな

いので、被告人方の障子を破壊し、その破片で同女を殴打したため、被告人は森沢に退去を求めたが同人はこれに応ずることなく、かえって被告人にたたきかかったので、妙子が中に入り兩名を引離そうとしたすきに、鉈を持ち出し森沢に切り付け同人を殺害したことは前認定の通りで、これは妻および自己の身体に対する森沢からの危険を排除する意味を含んでいるもので形式上一応同法第一条第一項の要件を充しているごとくであるが同条項はその事情に照し殺傷行為が相当と認められる場合において適用さるべきであると解すべきところ右の事実および前認定のごとく被告人が森沢の側へ行く際は既に殺意を持っており、障子の破片もなげ捨て素手で向って来た森沢に鉈を持ってし、先ず足部に切りつけ、ひるむ同人の頭部を約一〇回に亘りめった打ちに切りつけておる事情からすれば、当時被告人が森沢のこれまでににおける前判示の如き仕打から憤激しておったもので同情すべきものであるもこれを考慮するもなお被告人の右殺害行為は相当であったとすることは困難で同法第一条第一項に該当するということとはできない。(甲府地判昭和三六年五月一〇日下級刑集三卷四五三頁。)

(3) 同前

「被告人は『やまたか新篠津食堂』の調理士として住

込みで働いていたものであるところ、昭和三六年九月九日は午後一〇時半頃閉店して同店西側入口わきにある居室のベッドで就寝した。翌一〇日午前一時すぎ頃突然大きな音をたてて右入口の戸のガラスがこわされ、土工丸谷東志春、同小玉寿明の兩名がひどく酔酩して大声をあげながら玄関内に入りこみ、被告人の寢室の前の戸を蹴とばし、「おやじ出る」「酒を飲ませろ」等とどなった。被告人は驚いて起き上り、「いまだき酒を飲ませろって何んだ、時間を考えろ、帰れ、帰れ」と返答したが、右兩名は口々に「おやじ、やれるか」「酒を出さなきや、金を貸せ」等の暴言をはくので、重ねて「いまは遅いから、酒は出ないから帰れ」といつて追い返そうとした。しかし右兩名はなおも帰りそうもないので、被告人は、包丁でも見せれば逃げるだろう、もし相手がかかって来るようならば丁で防ごうと考え、ベッドの下に新聞紙に包んでおいた五、六本の包丁のうち一本を取り出し、これをもつて部屋を出たところ、右被害者らは「やるのか」といい、まず前の方にいた丸谷がいきなり被告人の頭部を手拳で数回殴打してきた。このため、被告人は興奮と憤激の余り包丁を振り廻し、なおも殴りかかってきた丸谷の胸部を突き刺したというのである。……被告人の所為と盗犯等の防止及処分に關する法律第一条と

の関係について案ずるに、(1)同条第一項の適用を受けるためには当の殺傷行為が防衛行為として相当なものでなければならぬこと、被告人の本件所為が客観的に見て相当な程度を超えた過剰行為と目すべきことは原判決説示のとおりということが出来る。」(札幌高判

昭和三九年一月二八日高刑集一七卷一一九頁。)

(2)、(3)の判決は盗犯防止法一条一項の正当防衛について、相当性を要件とするという。しかし、その理論的根拠は明らかにされていない。その位置づけが明らかでない。刑法における正当防衛のばあいの相当性と、盗犯防止法における正当防衛のばあいの相当性の関係が明らかでない。もっとも、「殺傷行為が相当」、「殺傷行為が防衛行為として相当」という以上、強度の不法な侵害を意識しているものといえよう。

(4) 盗犯防止法一条一項は刑法三六条一項の正当防

衛の範囲を拡張するものであるが、防衛行為として相当なものであることを要件とするもの

「〔被告人は……第一二明力丸の宿直警備の任に就くため……帰船の途中……当時相当酩酊状態にあった姫本が進路を蛇行して通行を妨害するためその様子にたまりかねて注意した。然るに同人は却つて所携のウイスキー瓶を振り上げて被告人に殴りかかる等し

て喧嘩を挑んできたことに端を發して同所で被告人と姫本との間に取組み合いの喧嘩が始まり、被告人は同人から右建設現場の鉄骨に頭を押しつけられる等の攻撃を加えられるに及んでその不遜な態度に憤激の余り手拳で同人の顔を数回殴打してこれを打ち負かしたが、梅崎らの制止によつて一旦その場合は納まり、被告人は再び……帰船した。被告人は、同船に戻つて後、就寝するため……消燈横臥していたところ、約三〇分を経過した同夜一〇時二〇分頃、先刻の喧嘩の余憤納らぬ姫本が更に暴行を加える目的で突如刃渡約一七センチメートルの料理庖丁を携行して右船内に侵入し、階段を下り被告人が横臥している右司厨長室前附近に至る被告人を名指して怒号しながら喧嘩を挑んで来た。然し被告人は同人が酔余猛り狂っているため相手にならず右室内で不安のうちに沈黙するうち、姫本は被告人が不在と思つたのか船尾甲板上に通ずる階段を上る気配がした。そこで被告人は姫本の動静を確認するため右司厨長室で着衣を整えて後同人の後を追つて右階段を上りかけたところ、同階段最上部にいた姫本が突然「憲やん(被告人)、おったんかい。」と叫びながら右手に前記庖丁を握り腰に擬した姿勢で右階段を一気に駆け降りて、矢庭に右庖丁を以つて被告人めがけて突刺そうとした。被告人は同人の突然の攻撃に

驚愕の余り逃げ出す余裕もなく、咄嗟に身体を左にかわしたが、同階段は傾斜約六〇度の急勾配のうえ幅員約九〇センチメートルの狭い通路であることに加えて同人と近接した距離で対峙したため、時既に遅く、同人から右庖丁で以って左前腰部に刺創を受けた。そのため被告人は姫本の追撃を阻止するため已むなく咄嗟に同人の腰にしがみ付いて同人を階段下の船室食事室に押しやったが、更に同所で同人から右庖丁を以って被告人の背中越しに右背部に刺創を加えられた。被告人はそのまま態勢を維持するにおいては自己の生命の危険を感じて一旦同人を突き離れたが、縦約六メートル、横約七・五メートルの右船室内は寢室、食卓等が設置され狭隘を極め、活動は著しく制約されているうえ唯一の逃走口たる前記階段は急勾配に加えて幅員が狭いためそこから一気に逃げ出して難をまぬかれる余裕もなく、そのためなおも右庖丁を以って突きかかろうとする同人のため身動きのとれない窮地に追い込まれた。そのため被告人は、この際身の安全を守るためには自らも何か得物をもって立ち向うより他なしと考へ、直ぐ様約四メートル離れた前記司厨長室前の下駄箱の上にあつた作業用手斧を取って右手に掴み、後を追撃して来た同人と立向い、右庖丁で以って数回にわたり猛然と突きかかる姫本に対しその都度斧を振り

廻して防戦したが、同人が被告人の右手を掴んだので手斧を放し、被告人も同人の庖丁を握った右手から左手で掴んでその追撃を阻止苦斗のすえ、左手で同人の右手から庖丁を奪い取るなり咄嗟の間右庖丁で以って同人の右胸部を一回深く突き刺し、因って同人に対し入院加療約四〇日を要する右前胸部刺創等の傷害を負せたが、右は一瞬時に敢行された事柄である」という事実に対する判決）被告人の姫本に対する所為は形式的には盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第一項第二号及び第三号に該当するが右の規定は、刑法第三六条第一項の正当防衛の範圍を拡張しているとはいへ、その構成要件を形式的に具備する場合には常に殺傷行為を正当とする趣旨とは解されず具体的事情に照し殺傷行為が防衛行為として相当と認められる場合においてのみ、これを許容したものと解すべきである。而して前に認定したごとく如何に姫本の攻撃が連続的で激しかったとはいへ、被告人が同人より前記庖丁を奪い取ってしまったえば加害者は既に素手であり、その上当夜は相当に飲酒し、頭部に数個所の切創まで受けている身であるから客観的には被告人の生命に対する危険の現存且切迫の程度は減弱したものと認められ、姫本に対して優位に立つ被告人が右庖丁で更に同人の胸部を深く突き刺し判示の如き重傷を負わせたことは当

時の情況からして許容された防衛行為としての相当な程度を逸脱したものと認められる。」(神戸地裁支判昭和四二年五月三〇日判タ二二〇号二四〇頁。)

盗犯防止法が刑法の正当防衛の範囲を拡張するものであることをみとめたるうえで、殺傷行為が防衛行為として相当かどうかを考慮すべしとする。盗犯防止法が刑法の正当防衛の範囲をどのような意味において拡張するものであるのか明らかではない。盗犯防止法一条一項が「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ことを明文で規定していないことを、単にさすのか。あるいは、刑法も盗犯防止法も正当防衛とよぶ以上、相当性を要件としており、不法な侵害との関係において、その程度に差が存在し、盗犯防止法のばあい、ゆるやかな相当性を要件としていることをさすのか。

(5) 盗犯防止法一条一項の正当防衛行為について、

とくにのべないもの

「被告人は当日佐藤某と称する友人と酒を飲み、午後一時半頃前記自宅へ帰ってきたが、悪酔して嘔吐し内妻の梶原町江から介抱されていたところへ、やはり酩酊した同僚の山崎光雄がやってきて、戸口から「そこにいるのは誰か」ときいたので、被告人が「俺や」と答えると、山崎は更に「俺とは誰か」と執拗にきいてき

たところから、被告人は悪酔して気分が悪いことも手伝って「武次じや、俺がおつたら悪いのか」と答えるや、山崎はいきなり、部屋の上り口に腰掛けていた梶原町江の膝をまたぐようにして、左足で土足のまま部屋の中に敷いてある布団のうえに踏み込み、右膝は上り口のところについた姿勢で、右手で被告人の頭髪をつかんで引張り、左手で被告人の首をのどわに押しつけて、被告人の北際にある階段に押しつけていったこと、被告人は右手で山崎の左手首をおさえ、左手で山崎の背広の襟をもって突張りながら、「お前、俺になんの恨みがあるのか」といって山崎の手をふりほどこうとしたけれども、山崎は手をゆるめようとせず力を加えて首をしめつけてきたので、被告人は息苦しくなりこのままだと死ぬかもしれないと思つて、なにかないかと左手で辺りを探つたところ、部屋の東際に、平素炊事道具をいれておく木箱が置いてあつてその中に刃渡約二三・四糎の刺身庖丁の刃を紙で包んで輪ゴムでとめたのを入れてあつたのが手に触れたので、これで足でも突けば相手が手を離すだろうと考へて、これを左手で握るとそのまま左から右へ山崎の足をめがけて突き刺したことが認められる(左大腿部内側を突き刺す左大腿動脈刺。切創により失血死に至る。一筆者注。)

……山崎は被告人に比して体格もすぐれ力に勝つてゐること、被告人は悪酔して気分がすぐれなかつたう

え、山崎の体に押さえられて足の自由を奪われ、のどわで階段に押しつけられて身動きができなかったこと、傍の梶原町江も山崎に膝のうえに乗られて動きがとれなかったこと、被告人の居室は間口一・九米（その半分は障子が立っついていて入口は約〇・九米）、奥行一・七米という極めて狭いものであつて、三方は板張りで入口は右の如く〇・九米の幅のものが一方にあるのみであるうえその入口は山崎が上りこんでいて塞がれていたこと、及び山崎は酒に酔つていて、被告人が「なんの恨みがあるのか」といつても手をゆるめず却つて被告人の首をしめにくたことなどが認められ、これらの諸点を考えると右山崎の被告人に対する暴行は、被告人の生命身体に対する現在の危険であり被告人の山崎を刺した所為は右危険を排除するために出たものであり、その際被告人は右刺突の所為をなさざるべきことを期待することは酷であつて被告人には右山崎を刺すに至つたことについてなお宥恕すべき事情があつたといわなければならぬ。次に右認定のごとく山崎光雄は被告人及び梶原町江の意に反しその承諾を得ないで、ほしいままに被告人方居室にひいてある布団のうえに土足のまま踏みこみ被告人に対して暴行に及んだものであつて、山崎は、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第一項第三号にいわゆる「故ナク人ノ住居

ニ侵入シタル者」に該る。しかして被告人の生命身体に対する現在の危険を排除するために山崎を刺した所為は、同時に不法侵入者たる同人を排斥せんとする行為に相当するから同条第一項によつて本件被告人の所為は刑法第三六条第一項の正当防衛行為に該る。」

（神戸地判昭和三年一月一〇日下級刑集四卷三九頁。）

この判決は被告人の行為について、盗犯防止法一条一項三号所定の要件をそなえるものであり、その殺傷行為をしないことを被告人に期待することが酷であつて、宥恕すべき事情があるとして、正当防衛をみとめる。殺傷行為が「已ムコトヲ得サルニ出テタ」ものかどうか、相当性をそなえているかどうかについて、直接には考慮していない。殺傷行為をしないことを被告人に期待することが酷であつて、宥恕すべき事情があることがここで正当防衛をみとめた判断基準とされている。しかし「期待することが酷」とか、「宥恕すべき事情」というのは盗犯防止法一条二項（誤想過剰防衛のばあいの責任阻却）について考えられるのが一般である（「其の場合に於ける具体的事情の下に於て行為者えらるるのが一般である（に對し其の行為に出でざることを期待し得べからざるときに於て、初めて道義的責任の理念上之を罰せざるものと為すのである。」小野・前掲論文、二四三頁以下。「これは期待可能性の理論によつて説明されるべきである。したがつて、ここにいわゆる恐怖・驚愕等は、期待可能性を排除する程度のものであることを要すると解しなければならぬ。」團藤・刑法綱要総論、昭和三年、一七〇頁注（三〇）。「本項についても、行為者に犯人を殺傷する以外の行為を期待し得たかぎり、その適用をみとめるべきではあるまい。」大塚・前掲書、九四頁。なお、大判昭和十三年七月二九日刑集一七卷六一九頁。また、これに対する評釈。草野・刑事判例研究卷四、五一頁以下。小野・刑評第一卷、二九九頁。）この判決の判断の基準は誤解にもとづくものでないとすれば、

きわめてまぎらわしいというほかない。

六 その理論的位置づけはともかく、(1)と(4)の判決は盗犯防止法第一条一項の正当防衛をみとめるについて、相当性を要件とするといった。そして各事案について、その成立を否定した。つぎに、この具体的事実に対する相当性の判断をみることにしよう。なお、(5)の判決は相当性の要件をかけることをしなかったが、これもあわせて相当性という角度から検討することによろ。事実の詳細はそれぞれ前掲(1)と(5)を参照。

この五例のうち、盗犯防止法による正当防衛をみとめられたのは(5)だけである。まず、これをみることにしよう。被告人より体格のすぐれた力のまさっている被害者が「頭髪をつかんで引張り」、「首をのどわに押し」、「力を加えて首をしめつけてきた」ものである。素手による攻撃とはいえ、その態様において強度の攻撃であった。被告人は死ぬかもしれないと思うほどのものであった。しかも、その部屋はきわめてせまく、入口は被害者によってふさがれていた。被告人はこのような被害者の侵害に対し、刺身庖丁で足でも突けば首をしめている手をはなすだろうと考えて、左大腿部内側を突き刺した。素手による暴行に対する兇器による反撃であるが、暴行の程度、反撃の部分を考慮すれば、攻撃と反撃の間に対応関係をみとめることができるところではないだろうか。相当な防衛行為とすることができよう(さらに、事実から考えれば、ことさら盗犯防止法によらなくとも、刑法三六条一項がみとめられる可能性がないとはいえないようにも考えられる。力量に富み素術を好む侵害者が実母を氣息奄々たらしめたので出刃包丁で刺し、死にいたらしめた(大判昭和五年一〇月四日裁判例四卷刑法三八頁)、二人がかりでかかっても素

手では到底敵し得ないと思われるような強暴な時ある者の攻撃に対する生木による頭部殴打致死(最判昭和二六年三月九日刑集五卷四号五〇〇頁)のばあい、刑法三六条一項の正当防衛をみとめ)。たことを思いあわせれば。

(4)は盗犯防止法の正当防衛の成立を否定された。しかし、これは(5)に類似した事案のように思われる。被告人は被害者により庖丁で左前膊部と右背部にすでに刺創をうけていた。船室の構造上、活動が制約され、また逃げ出す余裕もなかった。被害者はなおも庖丁でつきかかろうとした。このような侵害に対し、被告人は斧をとって防戦。庖丁を奪い取って咄嗟の間に被害者の右胸部を一回深く突き刺した。(5)と相違する点としては反撃部分が胸部であること、(5)においては被害者が首をしめる攻撃を継続しているうちに反撃がなされたのに対し、(4)においては攻撃手段としての庖丁を奪い取ってしまった後で、これをもって最終的な反撃がおこなわれたこと、(5)においては被害者が始終優位であったのに対し、(4)においては被害者じしん頭部に数個所の切創をうけていたことをあげることができる。判決は「客観的には被告人の生命に対する危険の現存且切迫の程度は減弱した」という。これと胸部を一回深く突き刺したことを比較して、対応関係にないと判決は考えたのであろう。しかし、被告人が被害者から庖丁を奪い取って、突き刺したのは「咄嗟の間」であり、「一瞬時に敢行された」ものだとすると、被告人の生命に対する危険の現存且切迫の程度は減弱したとただちにいえるか問題がある。たしかに、反撃が庖丁により胸部に対

してなされた点は十分考慮しなければならぬ。しかし、はげしい被害者の攻撃が一連として継続していた中で、胸部を突き刺すという反撃があったものとし、対応関係をみとめることができたのではないかと考えられる。

(4)、(5)に反し、(1)と(3)に相当性をみとめることは困難である。

(1)は二人の被害者のうちの一方が杉丸太で殴打しようとしたのを被告人が奪い取って、なおも手拳で殴りかかってくる被害者の頭部を数回殴りつけ、また同僚ともみあっている他の被害者の背後からその頭および足を数回殴打したものである(前者は死亡、後者は加療二週間の傷害)。藤木教授は前述のように、盗犯防止法による正当防衛をみとめるについて、「いちぢるしく相当性を欠くことが明白である」かどうか、あるいは「手段が相当性を欠くことが重大明白である」かどうかという基準を提示された。ところが、さらにすすんでこれを基準として、(1)のばあいに過剰防衛とすることに「疑問がなくてはならない」とされる(藤木・前掲二五六頁。また、本件と同じと思われる例題に対して、前掲論文・警(警察論集一二七頁)において、つぎのようにのべておられる。「この点からすれば本件は、過剰防衛とみるよりは、本条の(3)に提示された基準じたいは解釈の方向として示唆にとむとしても、(1)に対する具体的判断と考えあわせるとき疑問を感ぜざるをえない。(2)は素手による暴行に対し、鉈によって、まず足部にきりつけ、ひるむ被害者の頭部を約一〇回にわたりめった打ちに切りつけたものである。相当性をみとめることはできない。(3)は素手による暴行に対し、

庖丁を振り廻し、胸部を突き刺したものである。これも対応関係をみとめられえないであろう。

要するに、これらのばあいの相当性の判断にあたっては、被害者の攻撃の状況(道具、場所状況など)、防衛者の反撃の状況(道具、反撃の部分、回数など)を総合的に比較検討する必要がある。また、盗犯防止法一条一項において、「殺傷シタルトキ」は正当防衛とすると定めているが、やはり結果として殺害か、傷害かも相当性判断の重要な素材となるであろう。

(本稿は東北大学刑事判例研究会が行なっている最高裁判所破棄判例研究として報告したもののうち、「法学三七卷一号」(昭和四十八年春発行予定)に掲載されることになっている大判昭和二七年五月二日刑集六卷五号七二一頁、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第一項第三号の成否」についての研究のいわば序説にあたる部分ともいべきものである。したがって、本稿はその論稿の適切な箇所、注の形式で挿入することが望ましいものである。しかし、「法学」には紙幅割当について、制限があるため、本紙をかりて独立の総合的な判例研究とすることにした。)

昭和四十七年九月一〇日稿