

刑法36条1項における 「やむを得ずにした行為」に関する一考察

谷脇 真渡

桐蔭横浜大学法学部

2009年9月15日 受理

1. はじめに
2. やむを得ずにした行為の検討
 - ①通説的見解
 - ②「法益の権衡」を考慮しないとする見解
 - ③相対性判断と主観的事情
3. むすびにかえて

1. はじめに

刑法36条によれば、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛するため、「やむを得ずにした行為」であった場合、正当防衛として違法性が阻却され犯罪は成立しないが(1項)、その行為が「防衛の程度を超えた」、すなわち「やむを得ずにした行為」とはいえない場合、正当防衛は成立せず過剰防衛として刑が任意的に減免されるにすぎない(2項)。したがって、正当防衛か過剰防衛かは、反撃行為が「やむを得ずにした行為」といえるか否かによって区別されることになる。もっとも、その前提として、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため」という要件が認められなければ、正当防衛はもちろんのこと過

剰防衛すら問題とはならない。

この「やむを得ずにした行為」は、学説においては「必要性」と「相当性」の2つの要件を意味するという見解が有力ではあるものの、それぞれの関係および内容については見解の一致をみていない。他方、判例は「刑法三六条一項にいう『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度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する」¹としている。ここから「防衛手段として必要最小限度のものであること」を相当性と呼んでいることは明らかであるが、必要性との関係については必ずしも明らかではない。

ところで、「やむを得ずにした行為」は、緊急避難においても要件となっているが、ここでは「補充性」、すなわち「手段の唯一性」を意味するものとして、また正当防衛との関係では、一般に必要性に対応するものとして理解されている。正当防衛においては必要性、緊急避難においては補充性と概念(用語)が異なっているものの、条文上は同じ文言

を根拠とするものであり、また、本来の字義からすれば、必要とは「必ず要る」、「なくてはならないもの」という意味であるから、手段の唯一性の意味で把握されてしかるべきである。それにもかかわらず、学説・判例のいずれも、必要性を手段の唯一性の意味では解しておらず、しかも補充性よりも緩やかに解すべきであるとしている。さらに、緊急避難においては、「やむを得ずにした行為」に加えて、「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」、すなわち「法益の権衡」についても条文上規定されているが、正当防衛においてはそのような規定はない。しかし、後述するように、学説・判例のいずれも、緊急避難ほど厳格ではないものの「法益の権衡」を、「やむを得ずにした行為」、より具体的には相当性判断において考慮している。

そこで本稿では、緊急避難との比較を中心に、学説・判例²を参照しながら、刑法36条1項における「やむを得ずにした行為」の内容について検討を加えることにする。

2. やむを得ずにした行為の検討

上述したように、正当防衛における「やむを得ずにした行為」をめぐっては、必要性和相当性の2つの要件を意味するという見解が有力ではあるが、それぞれの関係および内容については議論が錯綜している。そこでまず、学説を概観する。

①通説的見解

必要性和相当性の2つの要件からなるという見解が通説的見解³とあってよいが、この内部においてもいくつかのバリエーションがある。たとえば藤木英雄博士は、必要性については「権利保全のために侵害行為を排除するのに必要な手段と認められることで足りる。不可欠である必要はない。退避し、あるいは侵害者の要求に一旦服従することによってそれ以上の侵害を避けることができる場合

であっても、逃避、あるいは犯人への服従は義務づけられない。いわゆる補充の原則は、要求されない。」とし、相当性については「防衛行為が相当と認められる要件は、実質的違法性の一般的基準にてらし、具体的な状況を考慮の上、保全しようとする権利ないし利益と、防衛行為によって害される侵害者側の利益との比較考量、並びに防衛行為による侵害者に対する加害の態様のふたつの方向を総合して判断すべきである。ただ、正当行為一般、あるいは緊急避難の場合と異なり、加害者側がみずからの不法行為によって防衛行為を招いたものであることから、厳密な意味での法益権衡は要求されず、いちじるしく法益権衡を欠くことがなければよい。また、加害の態様—例えば、実力行動に先立つ事前の警告・説得を経たか否か等—いかんによっても、不正の侵害者に対するものであるから、正当防衛一般、労働争議行為、あるいは緊急避難の際に要求されるものよりは緩和されるものと解すべきである」⁴とする。

また、内藤謙博士は、必要性について「急迫不正の侵害を排除するために必要であれば、必ずしも厳密に他にとりうる方法がない場合に限られることなく反撃に出ることが認められ、その意味で、原則として退避しなければならない義務はないことを表現している。…もつとも、…防衛のために必要でさえあれば、どのような反撃行為に出てもよいということを意味しない。」⁵と、補充性までは要求されないことを認めるとともに、さらに独自の意義を認めようと「いくつかの防衛手段がある場合に、その選択をする余裕があり、かつ、いくつかの手段が同様に有効である限りは、それらのうち、できるだけ、損害を加えることが少なく、または危険が少ない手段が選択されなければならない」とする「相対的必要最小限度手段性」とし、相当性を「違法性阻却事由としての性格から正当防衛に内在する制約を一般的に表現したものとみるべきであるが、その類型的な内容は、保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失っていないこ

と」とする「法益の均衡」とする⁶。

両博士の見解からも明らかなように、通説の見解においては、「加害態様」「相対的最小限手段性」といった「行為態様」を「必要性」「相当性」のいずれに位置づけるかについては争いがあるものの、第 1 に、必要性につき少なくとも補充性までは要求されず、「反撃することが権利防衛上ひとつの合理的手段であると認められる限り、必要性は肯定される」⁷という点、また第 2 に、緊急避難ほど厳格ではないものの、正当防衛では条文上要求されていない「法益の均衡」を相当性判断において考慮するという点では見解の一致をみている。

第 1 点の正当防衛が緊急避難に比して緩やかに取り扱われる理由は、両者の構造上の違いに由来する。そもそも正当防衛の正当化根拠は、「自己保護の原理」および「法確証の原理」に求められる。前者は、「書かれた法でなく生まれた法である」といわれるように、自然法的観点から自己保存本能を基礎として、急迫不正の侵害によって、自己の権利が侵害の危険にさらされたとき、これを守ろうとするのは人間の自然な行動であり、これを処罰することは法治国家制度が自己矛盾に陥るだけでなく、一般的法感情にも反することになるということ、また後者は、「法は不法に屈する必要はない」として、不正の侵害行為を防衛行為によって反撃することによって、本来ならば国家機関によって達成されるべき法秩序の維持機能を代わって果たしているということを内容とする。このうち、自己保護という観点は緊急避難と共通の正当化根拠であるが、法確証の原理は正当防衛固有の正当化根拠である。自然権としての正当防衛が法秩序内の一制度として採用され存続する以上、法秩序の整備と正当防衛権の範囲は反比例の関係にあるといわれるように、法秩序との調和を考えることもまたやむを得ないことで、ここでは法確証の原理が制限的に機能するのであり、したがって、防衛行為の必要性を緊急避難における補充性と同様に他に方法がない場合であると把握することも、

相当性を防衛行為が公序良俗に反せず、かつ「法益の均衡」を保つものであると把握することも妥当ではないのである⁸。第 2 点の「法益の均衡」を考慮する点については、「正当防衛は緊急避難と異なり、守るべき権利を超えた侵害も正当化するが、それは無制限ではなく一定の法益のバランスが必要である。…正当防衛の成否は、当該結果を生ぜしめた行為を正当化し得るか否かの判断」⁹であると説明され、具体的には、財物を守るため相手を殺害してしまったような場合において、正当防衛の成立を否定するために考慮されている。

判例も、補充性との関係については、「凡ソ正当防衛ハ不正ノ侵害ニ対スル権利行為ナレハ防衛行為カ已ムヲ得サリシト為スニハ必スシモ他ニ執ルヘキ方法ノ存シタリシヤ否ハ問ウ所ニ非ス」¹⁰とするものや、「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」¹¹とするものがあり、補充性までは要求していない。また「法益の均衡」については、傍論ではあるが「豆腐数丁ノ財産的利益ヲ防衛スル為至重ノ法律利益タル人命ヲ害スルカ如キハ当ニ防衛ノ程度ヲ超エタルモノト謂ハサルヘカラス」¹²とするものや、「侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により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行為でなくなるものではないと解すべきである。」¹³とするものがあり、正当防衛の成立を否定する際はもちろんのこと、肯定する際にも少なからず「法益の均衡」を考慮している。しかし、緊急避難ほど厳格ではないとはいえ、そもそも正当防衛において条文上要求されていない「法益の均衡」を考慮することが、果たして妥当なのであろうか。

②「法益の均衡」を考慮しないとする見解

この点、「法益の均衡」を中心とする曖昧な概念である相当性を導入することでかえって正当防衛の限界が不明確になるとの理由か

らこれを認めず、「やむを得ずした行為」とは必要性のみを意味するという見解が主張されている。山中敬一教授は、「防衛行為の『相当性』といった社会相当性の理論を彷彿させるような法原理が、利益衡量説や、結果無価値論の立場からの防衛行為の解釈として正当かどうかは大いに疑問であり、『やむを得ずにした』行為とは、たんに『必要性』を指すと解すべきである」とし、それを「相対的最小限手段性」の意味で理解する。そして、「必要性の要件には、法益の均衡性の要請は含まれていない」から、「侵害に脅かされる法益の価値と防衛によって侵害された法益の価値との比較は、必要性の判断の対象にはならない」¹⁴とする。また、山口厚教授も、相当性という「明文にない、基準の不明確な要件がいかんして導き出されるのかには問題がある」として、「原則として、急迫不正の侵害に対して対抗することにより侵害の排除を行うことが許されることから、侵害の排除に必要（ここでは、緊急避難における補充性と同様に、『不可欠性』という意味である）な対抗行為であれば、いかなる法益侵害行為であっても許容されるということが基本的な考え方となる（防衛行為の必要性）」として、「法益侵害行為の侵害排除のための（退避義務の不存在を前提とした）『必要性』が問題なのであって、緊急避難におけるような『害の衡量』を要件とすることなく、必要な法益侵害は許容される」¹⁵とする。

上述したように、通説的見解が「法益の権衡」を考慮するのは、保全法益と侵害法益との不均衡が著しい場合に正当防衛の成立を否定するためである。たとえばリング1個を泥棒から防衛するために泥棒を射殺した場合、通説的見解によれば、泥棒を射殺する行為がリングを防衛するための唯一の手段であったとしても、相当性が欠けるとして正当防衛の成立を否定する。しかし、一見妥当に思えるこの結論をさらに推し進めると、リング事例とは反対の、生命を守るために相手の財産を侵害した場合において、たとえ容易にとり得

る代替手段があったとしても正当防衛の成立を認める余地を残している。

そもそもここで問題となっているのは、「必要性」「相当性」自体ではなく「やむを得ずした行為」という要件である。正当防衛・緊急避難ともに規定されている「やむを得ずにした行為」という文言の解釈ではあるものの、両者が構造を異にする以上その内容においても差異が生ずることは否定できないが、一方で「行為態様」と「法益の権衡」、他方で「行為態様」のみと、それぞれ判断対象が異なると解することを認めるべきではない。「やむを得ずにした行為」という文言を素直に解釈すれば、「法益の権衡」の観点が出てこないこと、緊急避難においては「法益の権衡」が別個の要件として条文上規定されていることを踏まえると、やはり「やむを得ずにした行為」としては行為態様のみを判断対象とすると解すべきである¹⁶。何より、「法は不法に屈する必要はない」という正当防衛の性格からしても「法益の権衡」にはなじまないのであるから¹⁷、「やむを得ずにした行為」の判断において「法益の権衡」は一切考慮すべきではない。したがって、「やむを得ずにした行為」は、「法益の権衡」を考慮することなく、端的に「当該状況において、社会通念上そのような行為に出ることがやむを得ない」といえるかどうかの観点から判断されるべきであると思われる¹⁸。判例も、「防衛行為が已むことを得ないとは、当該具体的事態の下において社会通念が防衛行為の当然性、妥当性を認め得るものを言う」¹⁹としており、具体的には「防衛手段の必要最小限度性」を意味するとしている²⁰。判例の用語例にしたがえば、これを「防衛行為の相当性」²¹と呼ぶことになる。

問題は、緊急避難との関係であるが、上述したように、正当防衛においては「やむを得ずにした行為」を「手段の唯一性」で理解することまでは要求されない。「法は不法に屈する必要はない」からである。それゆえ、「代替行為があった場合でも、それを採ることの

困難性、侵害の性質、程度、急迫の程度などからみて、社会通念上、それをとらなかつたことが不当といえないときは、敢えて危険の大きい行為を選んだというような特別の事情がない限り、相当性が認められる²²ことになる。このことは裏を返せば、当該状況において、容易にとり得る代替手段があつたにもかかわらず、あえて危険の大きい行為を選択したという事情が認められる場合には、相当性が否定されることを意味する。そうすると、防衛行為の相当性判断において重要なのは、防衛行為の性格というよりはむしろ、当該状況との関係、つまり当該状況と防衛行為の権衡ということになる。

以上のことから、本稿においては、さきほどのリング事例においては、泥棒を射殺することが唯一の手段である以上、それは「やむを得ない行為」であり、原則として、正当防衛の成立が認められることになる²³。反対に、保全法益が生命で侵害法益が財物であるからといって、直ちに正当防衛は成立しないことになる。正当防衛が成立するためには、あくまで防衛行為が相当性を有していなければならないからである。

③相当性判断と主観的事情

行為態様のみを判断対象とする以上、判断基準は行為時²⁴であるとともに、防衛行為者の主観的事情も考慮せざるを得ないことになる。判例においては、「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」²⁵としたものがあり、「この点については異論は見当たらない」²⁶と評する見解もあるが、判例においても主観的事情を考慮して相当性を判断したものがあつた²⁷。

たとえば、押し問答を続けているうち、A が突然被告人の左手の中指と薬指を握んで逆にねじあげたので、被告人が痛さのあまりふりほどこうとして右手でAの胸あたりを1回強くついたところ、Aは仰向けに倒れ、たま

たま付近に駐車していた自動車の後部バンパーに後頭部を打ち付け、治療約45日を要する傷害を負ったという事案²⁸において正当防衛の成立を認めたのであるが、その際「Aが仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、Aは思いがけぬ判示傷害を蒙った」と判示している。この「たまたま運悪く」や「思いがけぬ」という文言からすると、傷害の故意がなかつたという防衛行為者の主観的事情が相当性を肯定する判断に影響しているとみることができる²⁹。

また、駅のホームでしつこくからむ酔っ払いを突き飛ばしたところ、思いがけず被害者がホームから転落して、入線してきた電車との間に挟まれて死亡したという事案（いわゆる「西船橋駅事件」）において、「被告人は身長167センチ、体重65.6キログラム、他方Aは身長165.5センチ、体重56キログラムであるところ、Aは高校で体育の教諭をしていた者であり、被告人は40歳になろうとする女性であつて、必ずしも被告人が体力的に優っているとはいえない上、Aが酒に酔っている者によく見られるところの、自制心が働かず、その行動が制御されずに相手方に立ち向かうような状況にあつたことが看取され、そのようなAから離れるためには被告人なりに力を入れて突く必要があつたとみられること、これらの諸事情に照らせば、被告人のAを突いた所為が被告人自身からAを離すに必要にして相応な程度を越えていたとは到底いえない。」³⁰と判示して正当防衛の成立を認めたのであるが、その際「被告人はもとより死の結果の発生を認識したうえでそれでもなお右の所為に及んだというものでは全くなく」と、やはり防衛行為者の主観的事情が相当性を肯定する際に考慮されている。

しかし、主観的事情を考慮することについては、「殺す意思がなかつた場合、行為は客観的に見て殺す危険の小さいものであることが多いであろう。しかし、殺す意思がなくても行為の危険は大きいということはある。反対に、『殺す意思』（その内容は、も

しかしたまたま死ぬかもしれないというものである)があっても、その危険はかなり小さいということはありうるのである。危険がかなり小さく、急迫する危険と衡量して客観的に相当とされる場合に、『殺す意思』があることを理由として過剰とすることは、結局意思そのものを処罰の対象とすることにほかならないように思われる。」とする批判がある。

たしかに、故意の有無や内面の悪さを基礎に、防衛行為の相当性を否定するのであれば、それは主観刑法であり到底許されない。しかし、正当防衛の成立を過度に制限すべきではないとの見地から、防衛行為者の有利に、すなわち相当性を肯定できるかどうかを判断するために考慮するのであれば、この批判は当たらないと解する。というのは、そもそも相当性が問題になっているということは、少なくとも過剰防衛の成立は認められているのであり³¹、そのような正当防衛状況に置かれた防衛行為者の事情を酌んで相当性判断に反映させることは許されると思われるからである。先に掲げた判例も、相当性を肯定する際に主観的事情を考慮しているのであって、相当性を否定するためではないのである。もっとも、判例の中には、主観的事情が相当性を否定する際に考慮されたとみられるものがある³²。

なお、ここでいう主観的事情は、客観的な相当性の存否の判断において考慮されているのであって、その結果客観的に相当性が認められた場合には、主観的には「相当だと思っていた」としても、防衛行為の過剰性を否定する理由とはなりえず、少なくとも客観的には過剰防衛が成立することになる。この「相当だと思っていた」という主観的事情は、相当性についての錯誤として問題となるのである³³。

3. むすびにかえて

以上の検討から、正当防衛は緊急避難とは異なり、「法は不法に屈する必要はない」のであるから、まず、「やむを得ずにした行為」

は、補充性までは要求されない。また、条文上「法益の権衡」について規定されていないのであるから、防衛行為の相当性判断においてこれを考慮する必要はなく、端的に「当該状況において、社会通念上そのような行為に出ることがやむを得ない」といえるかどうかの観点から判断すべきことになる。そして、防衛行為を問題とする以上、相当性判断においては、防衛行為者に有利な形でその主観的事情も考慮すべきである。

ところで、「正当防衛は、緊急状況下で行われる例外的行為である。したがってその行為の許容性については、慎重に判断されなければならないことは当然のことである。しかし、慎重且つ厳格すぎるとこの制度の本質が損なわれることになる。正当防衛は、自己保護本能という人間の本性に基づく権利行為であり、同時に、法秩序の維持にも役立っているとの理解を前提に、侵害者の人権よりも防衛者の人権により多くの配慮がなされなければならないのではなからうか。」³⁴との指摘がある。従来、正当防衛の成否が問題となる事案において、判例実務はその多くを過剰防衛としている。しかし、過剰防衛としたものの中には、正当防衛を認めてもよいと思われるものが少なからず存在する³⁵。とはいえ、広く認められすぎるともまた問題であり、そのバランス感覚が重要なのであるから、この点について今後もさらなる議論が必要であることを指摘してむすびにかえたい。

【注】

- 1 最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁。
- 2 本稿では触れられないが、近時、正当防衛をめぐっては、注目すべき重要な判例がある(たとえば、最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁、最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁など)。
- 3 たとえば、大塚仁・刑法概説(総論)[第4版](2008)374頁など。なお、大谷教授は、両者を併せて「相当性」と呼ぶ(大谷實・刑法講義総論[新版第2版](2009)

- 301 頁。)
- 4 藤木英雄・団藤重光編・注釈刑法 (2) の I (1965) 238 頁以下。
 - 5 内藤謙・刑法講義総論 (中) (1986) 345 頁。
 - 6 内藤・前掲書 346 頁。なお、前田雅英教授は、必要性を独立の要件とはせず、その内容をなす「必要最小限性」を相当性判断において考慮するとする (前田雅英・刑法講義総論 [第 4 版] (200) 347 頁)。
 - 7 藤木英雄・刑法講義総論 (1975) 166 頁以下。なお、藤木博士は、「必要性」について「最近では、必要性は、独立の要件としてよりは、むしろ、相当性の判断をする際のひとつの要素と考えられるようになってきている」とも述べられている。
 - 8 吉田宣之「正当防衛」福田平＝大塚仁編『刑法総論』〔改訂版〕(1997) 123 頁以下。
 - 9 前田・前掲書 348 頁以下。
 - 10 大判昭和 2 年 12 月 20 日評論 17 卷刑法 18 頁。
 - 11 最判昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 卷 4 号 747 頁。
 - 12 大判昭和 3 年 6 月 19 日新聞 2891 号 14 頁。
 - 13 前掲最判昭和 44 年 12 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1573 頁。
 - 14 山中敬一・刑法総論 [第 2 版] (2008) 470 頁以下。
 - 15 山口厚・問題探求刑法総論 (1998) 69 頁、同・刑法総論 [第 2 版] (2007) 120 頁。
 - 16 この点、東京地裁八王子支部判昭和 62 年 9 月 18 日判時 1256 号 120 頁は、「刑法三六条一項にいう『行為』とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であって、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動作だけでなく、故意犯における結果と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる『相当性』の有無も、狭義の反撃行為だけではなくその結果を含めた全体について判断されるべきものである。」とする。たしかに、通常は結果を含む「広義の行為」として理解されているが、しかしここでは、本文で述べたとおり緊急避難との関係で、「狭義の行為」のみを意味すると解するべきである。このように解すると、この事案においても事情によっては正当防衛が成立する余地がある。
 - 17 山口・前掲書 (問題探求) 69 頁。
 - 18 そもそも「やむを得ずにした行為」につき、かつては「防衛行為は、逃避しうるか、官憲の保護を求めうるか、侵害を予見しえたかを問わず、急迫不正の侵害を排除するのに必要な程度において可能であるとし、また、侵害行為から生じたであろう害と、防衛行為から発生した害とは、均衡することを要しない」とする見解も存在した (泉二新熊・改訂刑法大要 [第 5 版] (1916) 106 頁以下。)。現行刑法典の立法担当者も、着物 1 枚を保護するために犯人を殺傷することもやむを得ないことであると考えていた (松尾浩也解題 / 倉富雄三郎他監修・刑法沿革綜覧 [増補] (1989) 883 頁。)
 - 19 最判昭和 24 年 8 月 18 日刑集 3 卷 9 号 1465 頁。
 - 20 さらに、具体的基準として、「原判決が、素手で殴りしめるは足蹴りの動作を示していたにすぎない A に対し、被告人が殺傷能力のある菜切包丁を構えて脅迫したのは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであると判断したのは、刑法三六条一項の『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。すなわち、右の認定事実によれば、被告人は、年齢も若く体力にも優れた A から、『お前、殴られたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけられて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、A からの危害を避けるための防衛的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない。」と、年齢差や体力差などの事情を考慮して総合的に判断している (最判平成元年 11 月 13 日は刑集 43 卷 10 号 823 頁。)
 - 21 この点、「刑法の目的は法益の保護にあり、その目的を他の利益との衡量においてどこまで追求すべきかを問題とするのが違法論の内容であると考えられる以上、行為の相当性の判断は、「その行為が、結果発生のどの程度の危険をもっており、それが、急迫している危険と衡量して、許容されるべきか、という観点からなされるべきである」として、「社会倫理」「社会的相当性」の観点を批判する見解があるが (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 [第 3 版] (1991) 55 頁。)、刑法の目的は、法益の保護に尽きるものではなく、また「社会的相当性」と

- いう観点を否定することはできないと考える。
- 22 香城敏磨「正当防衛における相当性」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（1992）320頁。
- 23 もっとも、「法益の比較衡量」を考慮しない山口教授は、「軽微な法益を擁護するために著しく均衡を失する法益侵害行為を行うことが必要である場合には、そのような侵害は正当防衛による対抗は許されず、事後的な民事上の救済に処理が委ねられるべきだとする観点から、『防衛するための行為』でないとして正当防衛を否定すると解したい（したがって過剰防衛も不成立である。）」とされる（山口・前掲書（問題探求）73頁）。また、山中教授は、「正当防衛の制限の根拠は、法確証の利益の減少と侵害の不法との均衡性の要請であり、さらに個人保全の利益の社会的要請である」から、正当防衛の内在的制限として、この場合、攻撃と防衛行為の「法益侵害の危険性は著しく不均衡であり、過剰防衛になる」とする（山中・前掲書489頁以下。）。すなわち、両教授とも正当防衛は成立しないとす。
- 24 事後判断説をとる見解として、橋田久「正当防衛における防衛行為の相当性」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点（2007）』44頁以下、山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法2巻1号（2000）55頁など。
- 25 大判大9年6月26日刑録26輯405頁。
- 26 香城・前掲書318頁。
- 27 本文にあげたもののほか、広島地昭和62年6月12日判タ655号252頁、福岡高判昭和63年11月30日判タ685号265頁、東京地八王子支決平成4年4月30日判タ809号226頁がある。
- 28 前掲最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁。
- 29 もっとも、本件においては、「相手の胸を突いて、自分の行為を完全になし終わった段階では、その行為にどの程度の危険があったかは、突いた強さ・方向・（相手の）部位・体力・自動車の位置などの客観的な要素のみによって決まるのであって、行為者がどのような意思をもっていたかは、危険の大小に全く影響をもたない」とする見解もある（林・前掲書55頁。）。
- 30 千葉地判昭和62年9月17日判時1256号3頁。なお、この判決に対しては、「酔っ払いをホームに突き飛ばすような危険な行為を適法視するのは（繰り返してもよく、人々が做ってもよい、とするに等しく）、疑問であろう」として「客観的には過剰防衛であり（略）、このタイプの誤想防衛と捉えて、故意の阻却を認め（略）、状況に照らし過失もなく、無罪とするのが、最も適切であったように思われる」とする見解がある（斎藤信治「違法阻却事由の錯誤」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点（2007）』60頁。）。
- 31 もちろん、防衛の意思を正当防衛の成立要件とみるか（これに関連して、いわゆる積極的加害意思をいかなる要件の問題としてみるか）によっては、事情が異なってくる。
- 32 たとえば、前掲東京地裁八王子支部判昭和62年9月18日判時1256号120頁。
- 33 林・前掲書55頁。
- 34 吉田宣之・判例時報1661号210頁（判例評論481号41頁）。
- 35 たとえば、前掲東京地裁八王子支部判昭和62年9月18日判時1256号120頁。前掲注16参照。
- 上で掲げたもののほか
- ・橋爪隆・正当防衛論の基礎（2007）
 - ・高山佳奈子「防衛行為の相当性」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ（総論）』（第6版）（2008）52頁以下。