

3. 正当業務行為（35 後段）

(1) 意義

法令に直接の規定がなくても、社会観念上正当なものと認められる業務上の行為（35 後段）

(2) 類型

「業務」は、必ずしも職業として行われることを要しない

ex. ①スポーツ行為

②取材活動

「真に報道の目的から出たものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会通念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為となる」（最決昭 53.5.31【百選 I 18】）

第 4. 正当防衛

1. 総説

(1) 意義

「急迫不正の侵害に対し、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」（36 I）

→正当防衛の効果は、「罰しない」であり、それは違法性阻却を意味する

(2) 違法性阻却の根拠

ア 個人の自己保全

違法侵害に対して反撃を加えることは人間の自衛本能であるから、法律上、これを許す

イ 法確証の利益（優越的利益原理を重視する立場から）

正当防衛行為の行為者は自己の生命・身体などの利益を保護するのみならず、違法な行為が貫徹できないことを示すことによって、法秩序が実効的に存在していることを確証している

ウ 法益性の欠如（法益性の欠如を重視する立場から）

不正な侵害者の利益は、防衛に必要な限度で、保護に値しない

エ 社会的相当性

歴史的に形成された社会秩序の枠内にある（いわゆる社会的に相当なもの）とされる



侵害回避義務論

近時、自己の生命・身体などの利益を保護するのみならず、正当な理由に基づいて「現場に滞留する利益」それ自体を保護していると理解する見解も主張されている

→法確証の利益を図るなら、逃亡した後、制裁を加えればよい

2. 要件

- ①「急迫」性
- ②「不正の侵害」
- ③「防衛するため」(防衛の意思)
- ④「やむを得ずにした行為」(防衛行為の相当性)

(1) ①「急迫」性

ア 意義

「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」(最判昭 46.11.16)  予H24-2-1

論点 侵害の開始時期と終了時期

 第8問  13頁

I 侵害の開始時期

→過去の侵害に対しての仕返しや、将来予想される侵害に対して先手を打つような場合は、急迫性ありとはいえないが、実行の着手まで至る必要はなく、未遂に接した予備行為の段階に至っていればよい  司H22-4-1

(理由) 侵害の急迫性が認められるためには、法益侵害の危険が具体的に切迫していることが必要であるが、正当防衛は被害者に対する処罰ではない

ex. ①拳銃をポケットから取り出す行為、包丁を手を取る行為→急迫性あり

②刃びなところのホテル経営者が、宿泊客が強盗の相談をしているのを聞き、これを防ぐために飲み物の中に睡眠薬を入れて客を眠らせた場合→急迫性なし(緊急避難や自衛行為の成立可能性があるのみ)

II 侵害の終了時期 司H23,旧H9-1 予H23-1-1/3

→侵害を加えられるおそれが継続しているか否か(侵害の開始時期より緩やかに判断されると解するのが一般的)により判断する

被害者に加害の意欲があり、また凶器を奪い返される危険性があれば侵害の継続性は肯定される(最判平 9.6.16 参照)

ex. 被害者が凶器を奪われた場合

 侵害行為終了後も、量的過剰防衛の成立可能性がある点に注意 → 後述

最判平 9.6.16

事案：64頁参照

要旨：「甲を鉄パイプで殴打した上逃げ出した後を追いかけて殴り掛かろうとしていたAを、甲が二階通路から外側の通路に転落させる行為に及んだ当時、Aにおいて、勢い余って二階手すりの外側に上半身を前のめりに乗り出した姿勢となったものの、なお鉄パイプを握りつづけるなどその加害の意欲がおう盛かつ強固であり、間もなく態勢を立て直して再度の攻撃に及ぶことが可能であったと認められるなど判示の事実関係の下においては、Aの甲に対する急迫不正の侵害は終了してはならず、なお継続していたといえることができる」

論点 行為者の主観面と急迫性 【司】H18,旧H6-1,H14-1

事 例：甲はAの攻撃を予期し、その機会を利用して積極的に反撃してAをやっつけてしまう意思で待機していたところ、案の定Aが殴りかかってきたので、殴り返してAに傷害を負わせた

判例 (最決昭 52.7.21【百選 I 23】) = 当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかし、侵害の予期がありながら、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、侵害の急迫性を欠く 【短】司H20-3-1,H22-4-2,H25-13[予3]-1 予H23-1-5

(理由) このような場合には、殺人、暴行などの通常の加害行為と何ら異なるものでなく、単なる違法行為にすぎないため、相手方との関係で特に法的保護を受ける地位にない(緊急行為性が欠ける)

(批判) 防衛者の主観面たる侵害の予期や積極的加害意思の問題を、客観的要件たる急迫性要件と結び付けるべきではない

→防衛意思の存否の問題として位置付けるべきである

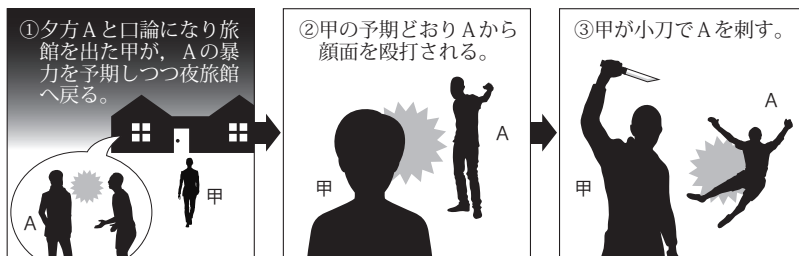
(反論) 防衛行為時の意思内容である防衛意思の存否において、事前の意思内容である積極的加害意思を考慮しようとするものであり、両者を混同するものである

**Point** 積極的加害意思の意義

- a 「積極的加害意思」は、行為者と相手方の従前の関係、侵害の予期の程度、行為者の反撃の準備の状況、侵害に臨んだ理由、相手方が反撃に至るまでの経緯、反撃の態様等の客観的事情も併せて考慮する
ここでいう、積極的加害意思は「自分から喧嘩を仕掛けて相手を徹底的に痛めつけてやろう」といった強い動機が必要とされているわけではない
→喧嘩になることがわかっていながら(他に正当な理由もなく)現場に赴いた、相手方の攻撃が予想されながら、迎撃の準備を整えて現場に滞留した場合には、そのような事情から積極的加害意思が推認される
→積極的加害意思とは、予期された侵害を容易に避けることができたのに、それを避けなかった場合に事実上生じ得る意思にすぎないこととなる
- b 侵害の予期は、本人がその侵害から退避する可能性、事前に公的扶助を求める可能性・容易性といった要素から判断される
- c 「侵害の予期」と「積極的加害意思」は相関的に判断される
→「侵害の予期」の程度が低いと認められる場合には、より強い「積極的加害意思」がなければ急迫性は否定されない
ex. 家庭内暴力の事案では、周囲の者は侵害を避けられない

判例 ①最判昭 46.11.16

事案：同宿のAと口論の末、一旦宿を出た甲が、謝って仲直りしようと思い宿に戻ったところ、いきなり手拳で2回くらい強く殴打され、更に立ち向かわれて後退し、押されて背中を障子にぶつけた際、そこの鴨居の上にくり小刀を隠してあったことを思い出し、とっさにこれを取って、殴りかかってきたAの左胸部を突き刺し、死亡させた



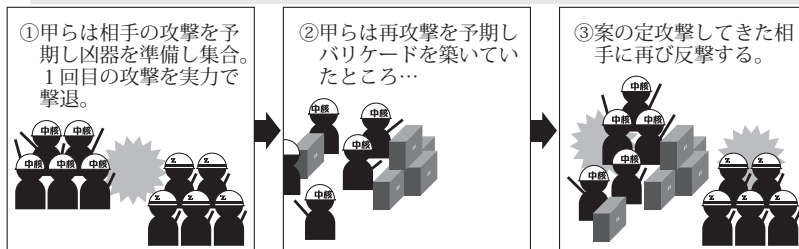
要旨：「刑法36条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予想されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。」

「これを本件についてみると、甲はAと口論の末いったん止宿先の旅館を立ち退いたが、同人にあやまって仲直りをしようと思い、旅館に戻ってきたところ、Aは甲に対し、『甲、われはまたきたのか。』などとからみ、立ち上がりざま手拳で2回ぐらい甲の顔面を殴打し、後退する甲に更に立ち向かったことは原判決も認めているところであり、その際Aは甲に対し、加療10日間を要する顔面挫傷および右結膜下出血の傷害を負わせたうえ、更に殴りかかったものであることが記録上うかがわれるから、もしそうであるとすれば、このAの加害行為が甲の身体にとって『急迫不正ノ侵害』にあたることはいうまでもない。」

「原判決は、前記のように、『甲が旅館を出ていった前記経緯からすると、若し甲が再び旅館に戻ってくるようなことがあると、必ずや被害者との間にひと悶着があり、場合によっては被害者から手荒な仕打ちをうけることがあるかもしれない位のことは、十分に予測されたことであり、甲としてもそのことを覚悟したうえで、酒の勢いにのり、旅館に戻ったものと考えられるので、たとえ被害者から立上りざま手拳で殴打されるということがあり、その後被害者が甲に向ってゆく体勢をとることがあったとしても、そのことは甲の全く予想しないことではなかったものであり、その他証拠によって認められるその殴打がなされる直前に、扇風機のことなどで、旅館の若主人と被害者との間にはげしい言葉のやりとりがかわされて、その殴打が全く意表をついてなされたというものではなかったこと』をAの侵害行為につき急迫性が認められない有力な理由としている。……かりにそのような事実関係があり、Aの侵害行為が甲にとってある程度予想されていたものであったとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでないことは、前に説示したとおりである。」

②最決昭52.7.21【百選123】

事案：いわゆる中核派に属する甲は、同派の学生ら数名と集会を開こうとしていた際、いわゆる革マル派の学生らから攻撃を受け、いったん実力でこれを撃退したが、ほどなく再度の攻撃のあることを予想して鉄パイプなどを準備し、再度の攻撃をしてきた革マル派に対して鉄パイプで突くなどの共同暴行をした



要旨：「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、予想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想されたとしても、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……。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、単に予想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。そうして、……甲は、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもって臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさない」

ウ 相互闘争状況

以下のような類型が考えられる

- (ア) 正当防衛に名を借りて相手方を侵害しようとして、故意に相手を挑発したような場合

積極的加害意思があるものとして急迫性を欠く

- (イ) 被侵害者の過失によって相手方の侵害を挑発する結果となった場合

→ 56 頁 **論点** 自招侵害

- (ウ) 闘争者双方が攻撃及び防御を繰り返す一団の連続的闘争行為

→ 56 頁 **論点** 喧嘩闘争

問題 第 9 問, 第 12 問

論点 自招侵害 **論** 司H18,H23,予H26 **短** 司H22-4-3,H25-13[予3]-3

問題の所在：被侵害者の過失によって相手方の侵害を挑発する結果となった場合、どのように処理すべきか？

I 体系的位置付け

→ 急迫性の問題とする見解、防衛の意思の問題であるとする見解、防衛行為の相当性の問題であるとする見解、権利の濫用であるとする見解、社会的相当性を欠くとする見解、原因において違法な行為とする見解等がある

II 判断基準

→ 挑発行為における過失の程度、侵害の予期の有無、予期の可能性の有無とその程度、予期し又は予測可能であった侵害の内容と実際の侵害の異同等の具体的事情の総合判断となる

論点 喧嘩闘争 **短** 司H22-4-4,予H24-2-5

事 例：手拳で殴り合っていたところ、突然一方が包丁を持って切りかかってきたので、これに対して野球用のバットで反撃する場合

自ら招いた侵害であっても、その侵害態様が予期されたものより重大であり、それに対する反撃行為が過度のものでない場合のように、喧嘩においても闘争の全般からみて社会的相当性を逸脱しない場合がある（基本的には自招侵害と同様の判断）

✓ 判例（最大判昭 23.7.7）は「闘争の全般からみては、刑法第 36 条の正当防衛の観念を容れる余地のない場合がある」としている

判例 最決平 20.5.20【百選 I 26】

事案：道路上において、自転車にまたがっていた A と、たまたま徒歩で通り掛かった甲とが、言い争いとなり、甲は、いきなり A の左ほおを手けんで 1 回殴打し、直後に走って立ち去った。A は、自転車で甲を追い掛け、上記殴打現場から 90 m 弱先の歩道上で追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、プロレスのラリアットのような形で甲を強く殴打した。甲は、前方に倒れたが、起き上がり、携帯していた特殊警棒で A の顔面を数回殴打し、傷害を負わせた。

原審は、正当防衛の成立を否定したが、その理由として、甲は、初めに A を手けんで殴打する暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、A が甲の挑発を受けて報復に出ることを十分予期していたと推認でき、A の攻撃は、甲の当初の暴行によって招いたものといわざるを得ないなどとした上で、結論として、A による攻撃は「不正な侵害であるとしても、これが甲にとって急迫性のある侵害と認めることはできない」と判示した



要旨：①Aの侵害行為が、「甲の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」ということができ、甲は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえ」②相手方（A）の「攻撃が甲の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件事実関係の下においては」
「甲において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」として正当防衛の成立を否定した

Point 判例を読み解く（最決平 20.5.20【百選 I 26】）

- a 本決定は、原審のような主観的要素に言及していない点特徴的
→①のような客観的状況の下では、②のような事情が認められない限り、「正対不正」の関係という正当防衛を基礎付ける前提を基本的に欠いたものとなる
- b 甲にそもそも正当防衛は成立し得るのか？
甲もそのリアットをもろに食らって転倒しており、Aが更に暴行に及ぶような氣勢を示すなどしていたとの事実は認定されていない（このリアットは自転車の速力も利用したもので、この技を連続して繰り出せる状況にあったとは考えられない）
→甲の本件行為も、すでに過去の侵害となったリアットに対する事後的な報復攻撃であり、およそ防衛行為とはいえないのでは？
- c 本決定の射程が、故意による暴行を超えてどこまで及ぶかは明らかではない
→挑発行為による場合など

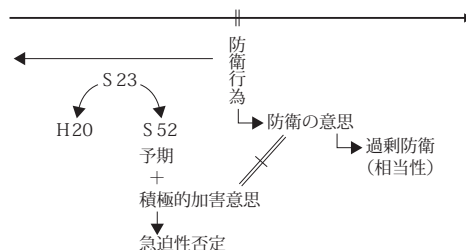
Point 積極的加害意思論と自招侵害論の異同

- a 共通点
→およそ正当防衛（過剰防衛も）の成立を否定する効果を持つ
どちらも、侵害に先行する事情を考慮して正当防衛の成立を否定するという点で、昭和23年判例の「闘争の全般からみては、刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地のない場合がある」という判示を具体化したもの
- b 相違点
→前者は急迫性の要件の問題、後者はどの要件の問題なのか不明
前者は主観的事情を考慮するが、後者は客観的事情（侵害の自招）しか考慮しない（ただし、前者も客観的な利益状況を考慮して、主観面を推認するという手法が採られている）

Point 昭和23年判例の具体化を巡る今後の展望

積極的加害意思論（昭和52年決定）と自招侵害論（平成20年決定）以外の新たな類型があり得るのか？

- ex. Aは以前から不和であったBを殺害しようとして、Bが就寝中に同人の寝室に立ち入った。AはBが眠っているうちに同人を殺害しようと考えており、Bからの反撃を全く想定していなかった。ところが、BはAの侵入の気配で目を覚まし、Aの意図を察するや激昂し、Aに対する激烈な暴行を開始するに至った
→Aが不正の暴行等によって侵害を自ら招いたという「一連一体」の関係があるわけではない
→また、AはBの侵害を予期していたわけではない

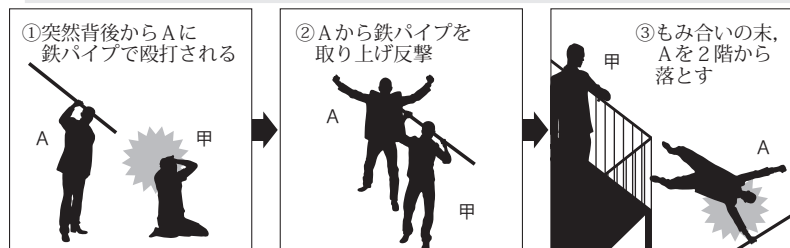


を思い出し、とっさに、これでAを脅してその接近を防ぎ、同人からの危害を免れようと考え、甲車のまわりをほぼ一周して運転席付近に至るや、開けていたドアの窓から手を入れて刃体の長さ約17・7センチメートルの本件菜切包丁を取り出し、右手で腰のあたりに構えたうえ、約3メートル離れて対峙しているAに対し『殴れるのなら殴ってみい。』と言い、これに動じないで「刺すんやったら刺してみい。」と言いながら2、3歩近づいてきた同人に対し、さらに『切られたいんか。』と申し向けた。

「右の認定事実によれば、甲は、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て目に迫られたため、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御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。」

判例 ②最判平 9.6.16

事案：甲は、Aが鉄パイプで攻撃してきたため、Aの鉄パイプを取り上げこれで同人を1回殴打した。さらに、勢い余って2階通路端の手すりに身を乗り出したAの片足を持ち上げ階下の道路上に転落させた



要旨：「Aの甲に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かるうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、甲の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む甲の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。」

判例 ③最判平 21.7.16 短 司H25-13[予3]-4

事案：本件建物については、甲（74歳・女性）の夫DがE不動産と共有し、甲らが代表者であるF宅建がE不動産に対抗し得る賃借権を有しており、甲は共有権者Dの妻又は賃借権者F宅建の代表者として本件建物を占有していた。このことは、E不動産が申し立てた仮処分事件の即時抗告棄却決定においても認められたところである。それにもかかわらず、E不動産は、本件の1年余り前から、甲らが建設会社に請け負わせて本件建物の原状回復等の工事を行うに際し、本件建物のガラスを割ったり作業員を威圧したりすることによってこれを中止に追い込んだ上、本件建物への第三者の出入りを妨害する行為を繰り返し、上記即時抗告棄却決定の後においても、立入禁止等と記載した看板を本件建物に設置するなどした。そのような状況の下、本件当日、B（48歳・男性）らが立入禁止等と記載した看板を本件建物に取り付けようとしていたところ、甲が、Bに対して、本件建物前の歩道上から車道の方に向かって、その胸部を両手で約10回押し、Bが約2m後退して背中から転倒したというのが本件暴行である。Bが転倒したのは、甲の力のみによるものではなく、大げさに後退したことなどもあいまってバランスを崩したためである可能性が否定できないとされている