

◆同志社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侵害の急迫性

（最高裁平成29年4月29日第2小法廷決定
平成28年（あ）第307号：殺人、器物損壊被告事件
刑集71巻4号275頁、判時2340号118頁、判タ1439号80頁）

川崎友巳

I 事実の概要と訴訟の経過

1 事実の概要

被告人は、知人であるV（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3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て。けじめとつたから。」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。被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、V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13.8cm）にタオルを巻き、それをズ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。

被告人を見つけたV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、Vに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてVに近づき、ハンマーで殴りかかって来たV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、Vの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。このため被告人は、殺人罪（刑法199条）で起訴された。

2 訴訟の経緯

(1) **第1審** 第1審の大阪地判平成27年9月12日¹⁾は、次のように述べ、正当防衛が成立するという被告人の主張を斥け、殺人罪で有罪とし、懲役9年を言い渡した。

「被告人の行動状況から見て、被告人は、Aが武器を使用するなど、被告人に相当な危険のある攻撃をしてくること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。そして、被告人は、理解できない理由に基づくAの行動や言動に立腹していたことや、本件現場で威嚇的な行動等を一切取ることなく、短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを考えると、被告人は、本件現場に赴いた時点から、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを包丁で刺すなどしてやろうという強い加害の意思があったと認められる」。

「被告人には、本件現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的な感情にとどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であったと認められる」。「よって、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」。

(2) **控訴審** 被告人弁護人は、判決に影響を及ぼす重大な事実誤認を理由に控訴したが、大阪高判平成28年2月10日²⁾は、次のように述べ、原判決

1) 刑集71巻4号306頁。

2) 刑集71巻4号311頁。

を支持し、控訴を棄却した。

「本件犯行の約2時間前には、被害者が電話で被告人に対し『今から行つたから待って。はじめとつたから。』などと怒鳴っていたことや……その後も被告人と被害者との間で1分間に満たない通話が何度も繰り返されていたという通話状況……などからすると、早朝、被害者から電話で呼び出された被告人が、被害者と容易に話し合えるような状態であると認識していたとみることはできない。このような状況の中で、被告人は、攻撃を受けた場合に備えて包丁を持ち出したのであるから、被害者の攻撃を十分に想定していたと認められるのであり、原判決の認定に誤りはない」。「被告人が本件犯行に用いた包丁は殺傷能力のある凶器であるから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的な加害意思を推認させる事情といえ、より大きな刃物等を凶器として選ぶ余地があったとしても、上記の推認が妨げられるわけではない。また、被告人は、被害者の攻撃を受けてから、わずか5秒程度という短時間で被害者の胸部を深く突き刺しているものであり、この間、取り出した包丁を被害者に示すなどの示威行動をとらなかったという被告人の一連の行動からも、その積極的な加害意思が推認できる。被告人の被害者に対する積極的な加害意思を認めた原判決の認定に、経験則等に照らして不合理な点はない」。

II 決定要旨

そこで、被告人弁護人は、判例違反・判決に影響を及ぼす重大な事実誤認を理由に、上告した。これを受けた最高裁判所は、弁護人の上告趣意は、判例違反をいう点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらないとして棄却した上で、職権で次のように判示した。

「刑法36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45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996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、侵害場所に出向く必要性、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意味内容等を考慮し、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51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）など、前記のような刑法36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」。

本件「の事実関係によれば、被告人は、Vの呼出しに応じて現場に赴けば、V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、V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、包丁を準備した上、Vの待つ場所に出向き、V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Vに近づき、V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36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1審判決を是認した原判断は正当である」。

Ⅲ 研 究

1 問題の所在

(1) 実務の観点からの評価 本件では、侵害を予期した上で、「防衛行為」(対抗行為)に及んだ場合において、正当防衛の成立要件である「急迫性」が認められるのかが争われた。従来の判例は、その存否を、「積極的加害意思」の有無によって判断してきた。これに対して、本決定は、「積極的加害意思」を認定することなく、「急迫性」を否定する結論を導き出した。このように「急迫性」の存否について、新たな判断方法を提示した本決定については、「裁判員裁判を意識して実体法上の判断の方向性を示したもの³⁾」との位置づけがなされている。というのも、近時、裁判員裁判における「積極的加害意思」の判断の困難さが意識される一方で⁴⁾、「積極的加害意思」の存否を争点とするのにはなじまない事例までが不当にその検討対象とされていることや、「積極的加害意思がないこと」＝「急迫性の肯定」といった誤った裏解釈がなされていることへの懸念が広がっており⁵⁾、こうした「急迫性」判断の混乱への対応が、実務上も必要とされていたのである。そして、ここから、本決定に対しては、①「侵害の予期+対抗行為」が認められる場合の「急迫性」について、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、事案に応じて、総合考慮によって判断すべきであることを明言し、②総合考慮の考慮要素を具体的に列挙し、さらに、③「積極的加害意思」がない場合にも、「急迫性」を否定する可能性を肯定することで、従来の判例の立場と矛盾せず、これまで判断を示していなかった事案(侵害の予期あり、積極的加害意思なし)について、「新たな」正当防衛の成否の判断枠組みや判断基準を

3) 「匿名解説」判例タイムズ1439号(2017)81頁。

4) 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号(2009)21頁。

5) 「匿名解説」前掲注3)81頁。

提示したといった評価がなされている。たしかに、こうした評価は、客観的かつ説得的である。しかし、問題は、なぜ、本決定の提示した新たな判断枠組みや判断基準が用いられるべきなのかであろう。本決定には、新たな「急迫性」の判断基準や枠組みを用いることについて、説得的な理由づけは見当たらない。というよりも、そもそも、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースについて、「急迫性」が否定されるという従来の判断枠組みや基準についても説得的な理由付けはなされてこなかった。

(2) 学説における反応 他方、本決定をめぐる学説の反応に目を転じると、本決定の理解について議論の錯綜が見られる。学説では、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースについて、正当防衛の成立を否定する結論自体は、広く支持されてきたものの、「急迫性」を否定するという判例の立場には、否定的な見解が根強く、これに代わって、いかなる要件において処理するのかについて複数の見解が対立してきた。その上、こうした論点を、自招侵害や喧嘩闘争との関係でどう位置づけるのかについても、さまざまな理解が示されてきた。そして、その延長線上にある本決定の位置づけについても、各自の前提とする犯罪論体系にしたがって落とし込まれてしまっているため、同じ土俵上での噛み合った議論が十分に戦わされておらず、実務にとって参考となる建設的意見が生み出されにくい状況にある。

(3) 本研究の検討課題 したがって、本決定の検討に当たっては、こうした状況を少しでも改善することを目指した考察が求められる。具体的には、まず本決定と関連性が指摘される複数の判例の流れを整理する。次に、学説についても、上述したような錯綜状況の原因となっている見解の相違を意識しながら概観する。その上で、本決定における、①判断枠組みの相当性、②過去の判例との整合性、③例示列举された考慮要素の妥当性について、これまでの判例評釈などで示された見解を踏まえた上で、検討することにした。

2 判例の推移

本決定とこれまでの判例との関係を検討するためには、まず、本決定が、

何に関する判例なのかが確認されなければならない。ところが、これまでの判例評釈などでは、この点についても、評者の立場による相違が見られる。そこで、以下では、そうした相違を超えて、本決定を多角的に位置づけることができるよう、複数の観点から関連判例を整理しておきたい。

(1) 行為者の主観と正当防衛 まず、侵害の予期や積極的加害意思といった行為者の主観と正当防衛の関係で、本決定を位置づけようとする評釈が多数見受けられる。そこで、こうした観点から判例の推移について見てみると、最判昭和46年11月16日⁶⁾は、次のように述べ、正当防衛における「急迫性」を定義するとともに、侵害の予期と「急迫性」の関係を整理し、侵害の予期があっても、「急迫性」の要件を充足しうることを確認した。「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期されていたものとしても、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」。

また、最決昭和52年7月21日⁷⁾は、次のように述べ、積極的加害意思と「急迫性」の関係を整理し、積極的加害意思が存在すれば、「急迫性」は否定されるとの判断を下した。「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。そうして、原判決によると、被告人は、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、

6) 刑集25巻8号996頁。

7) 刑集31巻4号747頁。

闘争、加害の意図をもつ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ものというべきであつて、その旨の原判断は、結論において正当である」。

さらに、最判昭和60年9月12日⁸⁾は、次のように述べ、「攻撃意思」は、防衛の意思の存否を検討する際にも考慮され、防衛意思と併存可能であり、したがって、「攻撃意思」が認められる場合でも、正当防衛が肯定される可能性があることを明らかにした。「刑法36条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、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にした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当であるところ」。「原判決が認定した前記事実自体から、被告人の本件行為が、松本から第三暴行に引続き更に暴行を加えられることを防ぐためのものでもあつたことは明らかであると思われるし、原判決が指摘する被告人の松本に対する憎悪、怒り、攻撃の意思は、それだけで直ちに本件行為を防衛のための行為とみる妨げになるものでないことは、右に述べたとおりである」。

(2) 喧嘩闘争と正当防衛 次に、相手方の侵害を予期しているケースは、喧嘩闘争の一場面であることが多いことから、本決定は、喧嘩闘争と正当防衛の問題としても位置づけられている。そこで、この点についての判例の動向を整理すると、最判昭和23年6月22日⁹⁾は、次のように述べ、闘争全般から見て、法秩序に反する場合（喧嘩）に、正当防衛の適用が否定される可能性があることを明言した。「互に暴行し合う所謂喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては闘争者の一方がもつばら防禦に終始し正当防衛を行うの観を呈することがあつても、闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである

8) 刑集39巻6号275頁。

9) 刑集2巻7号694頁。

限り刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地がないものと言わなければならない」。この点は、最判昭和23年7月7日¹⁰⁾でも、「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、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がない場合がある」と述べられた。

他方で、最判昭和32年1月22日¹¹⁾は、次のように述べ、喧嘩について正当防衛の成否を検討する際に、闘争全般からみる必要性を再確認すると同時に、喧嘩の場合にも、個別判断において、正当防衛が成立する可能性が残ることを示した。「いわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、闘争の全般からみては、刑法36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によつて事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合がありますという両面を含むものと解することができる」。

(3) 下級審裁判例の動向 このように、判例は、正当防衛の成立要件としての「急迫性」について、「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」と客観的に判断可能なものとして定義する一方で、行為時の主観を、防衛の意思の存否で、行為前の主観を、急迫性の存否で考慮し、「急迫性」を規範的・評価的判断を包含する事実的要素として把握してきた¹²⁾。また、喧嘩闘争の場合も含めて、侵害予期がない場合や侵害が予期を上回った場合は、少なくとも、「急迫性」の要件は、自動的に否定され

10) 刑集2巻8号793頁。

11) 刑集11巻1号31頁。

12) 堀籠幸男・中山隆夫「第36条(正当防衛)」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(2)』(青林書院、第3版、2016)343頁。

ないものとして扱ってきたのである。

こうした「急迫性」の判断枠組みは、下級審裁判例でも踏襲されてきたが、他方では、積極的加害意思を認定せずに「急迫性」を否定する裁判例が散見される。たとえば、大阪高判昭和56年1月20日¹³⁾は、次のように述べ、侵害の回避が容易であったのに、そうしなかった点や違法な拳銃が所持・使用されたことから、直接、急迫性を否定する結論を導いた。「正当防衛における侵害の急迫性の要件は、相手の侵害に対する本人の対抗行為を緊急事態における正当防衛行為と評価するために必要とされている行為の状況上の要件であるから、行為の状況からみて、右の対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い場合には、たとえ相手の侵害がその時点で現在し又は切迫していたときでも、正当防衛を認めるべき緊急の状況にはなく、侵害の急迫性の要件を欠くものと解するのが相当である」。「そして、このような本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によつてその有無及び程度が決められるものであるから、これに関連するものである限り相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合にそれが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相關的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。ことに、相手からの侵害が避けられないと予想し、これに備えてけん銃を用意したうえ、相手の侵害が現実となつた際にけん銃を発砲してこれに対抗するような場合、あらかじめ兇器を準備したことについては、正当防衛行為の一環として正当視すべき例外的な場合を除き、これを違法と評価するほかはなく、したがつてまた、準備した兇器を使用して相手の侵害に対抗した行為も、相手の侵害の性質、程度などからみて特にこれを正当視すべき例外的な場合を除き、正当防衛の急迫性の要件を欠くものとしてこれを違法と評価するのが相当である。すなわち、もし法の禁止する兇器を用いて相手の侵害に対抗する行為を正当防衛と評価

13) 刑月13巻1 = 2号6頁。

すべきものとすれば、手段たる兇器の所持をも一定の範囲で正当と評価すべきこととなり、正当防衛の本旨ひいては法秩序全体の精神に反することとなるからである。」「本件についてこれを見るに、被告人は、相手の侵害を避けるため警察の援助を受けることが容易であつたのに、敢えて自ら相手の侵害に対抗する意図でけん銃を準備したうえ、これを発砲して侵害に対抗したものであるから、けん銃の所持はもとより、その使用も違法なものであり、行為全般の状況からみて正当防衛の急迫性の要件は充たされていなかつたと解するのが相当である」。

また、大阪高判昭和62年4月15日¹⁴⁾は、次のように述べ、被告人が、相手方の挑発に応じずに、その場を立ち去るという選択をせずに、喧嘩闘争を受けたという事実から、直接、急迫性を否定する結論を導き出した。「ナイフを所持した被告人と対峙するまでの被害者の言動が、あくまで被告人を喧嘩に応じさせようとするものであったことも明らかとなっており、同人は、直ちに無抵抗の被告人の生命を一方向的に奪おうとしたりその身体に重大な危害を加えようとしたわけではないのであるから、被告人が、対決する意思のないことを明確にし、断固としてその場を立ち去るという態度を示せば、たとえ同人に嘲弄・罵倒される程度のことはあっても、生命・身体に対する一方的な攻撃を加えられる危険があったとまでは考えられず、そのこと自体は、被告人自身もこれを認識していたものである（被告人も、当審公判廷において、逃げようと思えば逃げることができたことを認めている。）。もっとも、被告人は、その場をいったん逃れても、後刻自宅へ押しかけて来られることは必定であったから、ナイフを持っての闘争に応ずるのもやむを得なかったとの趣旨に帰着する供述をしているが、もし後刻自宅へ押しかけられることがあるとしても、その際に臨機適切な対応をして大事に至らせないことが不可能であったとは考えられない。しかも、相手は自分よりはるかに小柄な中学三年生であるから、被告人としては、一時の屈辱に甘んじてひとま

14) 判時1254号140頁。

ずその場を逃れるという手段を取るべきであったといえることができる。従ってそれにもかかわらず、被告人はあえて右屈辱を潔しとせず喧嘩闘争を受けて立ったものである以上、その後の闘争の過程において自己の生命身体を相手の攻撃にさらすことになったとしても、特段の事情のない限り、右攻撃をもって刑法36条にいう『急迫不正ノ侵害』ということとはできない。本件においては、互いに対峙して以後は、双方が相手に対する兇器による攻撃の機をうかがいつつ緊迫した態勢で経過し、被告人が一瞬の機会をねらって攻撃したものであり、本件につき正当防衛の成立する余地はなく、また、前記の事実関係に照らせば、ナイフを所持して対峙の姿勢に入ったのちにおける被告人の認識の如何にかかわりなく、誤想防衛も成立しないことが明らかである」。

さらに、大阪高判平成13年1月30日¹⁵⁾は、次のように述べ、迎撃行為が違法であることを根拠に、急迫性を否定した。「正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決められるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。そして、侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだとい

15) 判時1745号150頁。

う場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法であるというべきである。」「被告人らが普段から取っていた前記認定のC会長の身辺警護の態勢は、けん銃を携帯した被告人が外出時のC会長に同行し、けん銃を携帯した者が乗り込んだ乗用車二台でC会長の周辺を見張るといふものであり、そのこと自体、法の許容しない凶器を所持した態様の迎撃態勢であったといふべきである。」「そして、本件襲撃が被告人らの予期していた程度を超えた予想外のものではなかったことは、既に述べたとおりであり、被告人らは、これと同種同等の反撃を相手方に加え、場合によっては防衛の程度を超える実力行使をも辞さないとの意思で本件犯行に及んだものといふべきである。したがって、本件襲撃は、そのみを客観的に見ると切迫した事態であったけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対する被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったことなどの点に照らすと、本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のもではなかったと解するのが相当である。』

なお、長崎地判平成19年11月20日¹⁶⁾は、次のように述べ、被告人に対する侵害行為の原因が、被告人自身にある場合には、急迫性が否定される可能性があるとした上で、本件では、原因が、相手方にあるとして、急迫性を肯定した。「そもそも暴行という身体の安全を害する行為を開始したのはAであり、被告人が本件暴行を加えるまでに、Aの暴行に対抗して腕や胸ぐらを掴み、瞬間的にAの暴行から逃れた場面もあったものの、Aの被告人に対する暴行はなおも続き、本件暴行を加える直前、被告人は、現にAからの違法な暴行によって自らの身体の安全が侵害されている状況にあったといえる。なお、本件全証拠によっても、被告人が、Aから暴行を受けるに先だって、

16) 判タ1276号341頁。

そのことを具体的に予期しており、しかも、その機会を利用して積極的にAに加害行為をする意思があったとは認められない。「したがって、本件暴行については、『急迫不正の侵害』という要件を満たす。「もっとも、Aが被告人に暴行を加えるきっかけとなったのは、被告人がHの車にぶつかった際に、『あっ当たった』とあたかも妻Eに押されて当たったかのような発言（以下「本件発言」という。）をしたことで、被告人に対する怒りを爆発させたからである。すると、Aの被告人に対する暴行は、被告人の言動によって引き起こされたものであるから、なお『急迫不正の侵害』の要件を満たさないのではないか一応問題となり得る。「しかしながら、被告人は、本件発言をする際、Aが自宅から出てきていることに気が付いていなかったのであり、本件発言はAに直接向けられたものではなかった。また、本件発言の内容が、被告人に対する侵害行為の惹起を意図したり、容認したりする内容とも認められない。さらに、被告人は平成18年1月ころ及び同年8月ころAに対して同人の神経を逆なでする非礼な言動をとってはいるものの（前提となる事実(3)）、その非礼な言動の時期・内容・程度からすれば、そのことを考慮しても、本件発言を聞いたAにおいて被告人に暴行を加えることが、社会通念上、通常のこととして予想されるとまで認めることはできない。（なお、A自身は目撃していないものの、被告人は、本件発言の前に、妻Eらの方に向かってクスクス笑ったり、本件ボイスレコーダーを突きつけたりしており、これらは他人の神経を逆なでする行為と評価できる。しかし、これらの行為を受けた相手方において被告人の身体への侵害行為に及ぶことが、社会通念上、通常のこととして予想できるとまではいえない。）そうすると、Aと被告人との間で、相互に身体の安全を侵害し合うという利益衝突状況を作出した第1次の責任はAにあると言わざるを得ないから、本件暴行について『急迫不正の侵害』の要件を満たさないということはいえない」。

(4) 自招侵害に関する新たな判例の登場 さらに、「対抗行為」の時点よりも以前の事情を踏まえて正当防衛の成否の決定がなされている本決定は、自招侵害に関する判例とも関連づけて論じられている。とくに、最高裁

が、正当防衛の成否について、それまでと異なる枠組みを提示した最決平成20年5月20日¹⁷⁾との関係にしばしば言及されている。同決定は、次のように述べ、「侵害の予期+積極的加害意思」の認められるケースとして、急迫性を否定するという下級審判決を採用せず、「反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為かどうか」を検討し、正当とされる状況における行為でない場合は、形式的に、正当防衛の成立要件を充足する場合でも、その成立を否定するという新たな判断基準を提示した¹⁸⁾。「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人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、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人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の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人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いうべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」。

3 学説の動向

前述したように、本決定に対する学説の反応を正しく理解するためには、その前提として、学説上、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケース、喧嘩闘争のケース、自招侵害のケース、さらには、侵害を容易に回避可能なケースが、いかなる論点に関連する問題として位置づけられ、どのように処理すべきと考えられてきたのかを整理しておかなければならない。

(1) 「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケース かつては、

17) 刑集62巻6号1786頁。

18) なお、本決定に対しては、条文の文理を離れた解釈により、正当防衛等の成立を否定し、処罰範囲を拡張することは、罪刑法定主義に抵触するとの批判が加えられている（安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号〔2012〕18頁）。しかし、そうであれば、侵害の予期+積極的加害意思が認められる事案などにおいて、「急迫性」を、規範的・評価的な要件として解するもの、文言の通常の意味からかけ離れており、罪刑法定主義上、問題であるといえよう。

積極的加害意思を急迫性と防衛の意思の二つの場面で考慮する判例を矛盾と捉え、急迫性の場面での考慮を、「『急迫』は、客観的事態として危険が差し迫っていることを意味するから、加害の意思の有無によってその存否を判断すべきではな¹⁹⁾」いなどとして批判する見解が有力であり、「少なくとも防衛の意思の認識説から積極的加害意思の扱いが急迫性の否定に至るという流れは、判例のみに特徴的なところ²⁰⁾」と理解されていた。

これに対して、近時は、判例に対する理解として、侵害前に、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースが「急迫性」の問題であり、侵害時に積極的加害意思を生じたケースが「防衛の意思」の問題であるとした上で、本決定との関係で問題となる侵害前のケースについて、①「急迫性」で考慮する判例を支持する見解²¹⁾が存する一方、これとは異なる見解も多様なものが唱えられている(表参照)。そうした判例とは異なる見解の概要を確認しておく、②「防衛の意思」で考慮すべきとする見解²²⁾、③「防衛の

表 近時の学説の整理

	判 例	「防衛の意思」必要説	「防衛の意思」不要説
侵害時	「防衛の意思」で考慮	「防衛の意思」で考慮	「防衛のため」で考慮
侵害前	①「急迫性」で考慮	②「防衛の意思」で考慮	③「防衛のため」で考慮
		④「必要性」「相当性」で考慮	
		⑤要件外で考慮	

19) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第4版、2012)275-276頁。

20) 中山研一ほか『レヴィジョン刑法3構成要件・違法性・責任』(成文堂、2009)155-156頁[浅田和茂]。

21) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、第2版、2018)298頁、川端博『刑法総論講義』(成文堂、第3版、2013)6頁、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第4版、2018)279頁、団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第3版、1990)235頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論』(弘文堂、第3版、2019)156頁、山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016)126頁。

22) 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、第4版、2008)383頁、大谷・前掲注19)276頁、中野次雄『刑法総論概要』(成文堂、第3版補訂版、1997)192頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015)133頁、福田平『刑法総論』(有斐閣、全訂第5版、2011)155頁。

意思」不要説から、「防衛のため」の要件で考慮する見解²³⁾、④防衛行為の「必要性」・「相当性」で考慮する見解²⁴⁾、⑤正当防衛の成立要件の外で考慮する見解²⁵⁾ などがある。

(2) **喧嘩闘争** これに対して、対抗行為よりも前の段階から、双方が闘争状態にある喧嘩闘争の場合については、今日の学説上は、「喧嘩両成敗」という理由で、自動的に正当防衛の成立が否定される訳ではないとした最高裁昭和32年判決を支持するものが多数であるといえよう。ただし、「両成敗」になる可能性も認められるが、その際の基準については、「侵害予期」を上回った場合が例示されることが多いものの、一般的な基準は提示されていない（位置づけも不統一）というのが実際のところである²⁶⁾。

(3) **自招侵害** さらに、本決定は、対抗行為よりもかなり前の段階の事情をも、正当防衛の成否の判断に当たって考慮していることから、前述したように、学説上、そうした事例の典型例である「自招侵害」への対応との関係でも論じられている。自招侵害の処理は、今なお学説上の対立が最も激しい論点の1つであるが、概略すると、自招侵害も、正当防衛の成立要件に当てはめて、その成否を判断すべきであるとの立場からは、①急迫性で考慮する見解²⁷⁾、②防衛の意思で考慮する見解²⁸⁾、③防衛の意思不要説に立ち、「防

23) 木村光江『刑法』（東京大学出版会、第4版、2018）94頁、堀内捷三『刑法総論』（有斐閣、第2版、2004）151頁、前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第6版、2015）257頁。

24) 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010）184頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009）217頁、塩見淳①『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015）49頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986）333頁、野村稔『刑法総論』（成文堂、補訂版、1998）222頁、関哲夫『講義刑法総論』（成文堂、第2版、2018）181頁、曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第4版、2008）105頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第2版、2017）171頁、松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第4版、2018）161頁、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第2版、2008）454頁。

25) 大谷實「自招侵害と正当防衛論」判例時報2357・2358号（2018）9頁（社会的相当性説）、齋野彦弥『刑法総論』（新世社、2007）141頁（原因において違法な行為の理論）、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、第2版、2008）189頁（危険の引受け）。

26) 喧嘩闘争と正当防衛に関する最新の論考として、塩見淳「喧嘩闘争と正当防衛」法学論叢182巻1・2・3号（2017）109-159頁がある。

27) 高橋則・前掲注21）300頁。

28) 団藤・前掲注21）238頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）176頁。

衛のため」の要件で考慮する見解²⁹⁾、④必要性・相当性で考慮する見解³⁰⁾が唱えられている。これに対して、自招侵害は、正当防衛の成立要件に形式上該当する行為のうち、違法性を阻却することが妥当でない事案であると理解し、成立要件の外で正当防衛の成立を否定する根拠を示すものとして、⑤権利濫用説³¹⁾、⑥原因において違法な行為説³²⁾、⑦社会的相当性説³³⁾などが主張されている。興味深いのは、こうした自招侵害の処理が、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースと同じ基準に従っているもの（広い意味では、2つを同質の論点と解しているもの）と、異なる基準に従っているものが混在していることである。ここからは、最初に述べたように、論者による「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースや自招侵害のケースに包含される範囲の相違があるために、議論がかみ合っていないことが分かる。

(4) 退避義務論 加えて、こうした錯綜した学説上の議論を、さらに難しくしているのが、近時、注目を集めている侵害を受けた側が、その侵害を回避可能である場合には、一定の範囲で退避義務を課し、退避せずに行った反撃行為が、構成要件に該当するときには、正当防衛の成立を認めるべきでないという「退避義務論」の台頭である。たとえば、「防衛行為を生命に対する危険の高い行為とそうでない行為に分けて、前者については、補充性と

29) 木村・前掲注23) 95頁、前田・前掲注23) 261頁。

30) 関哲夫『講義刑法総論』（成文堂、第2版、2018）202頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）176頁、山中・前掲注24) 488頁、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、第2版、2019）241頁。

31) 大塚・前掲注22) 385頁、内藤・前掲注24) 336頁、川端・前掲注21) 362頁、曾根・前掲注24) 102頁、佐久間・注24) 211頁。

32) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）235頁、齋野・前掲注25) 141頁。

33) このほか、「保全法益の要保護性の減弱」を理由とする説（井田・前掲注21) 312頁）、正当防衛が前提とする「正」対「不正」ではなく、「不正」対「不正」の事案であることを理由とする説（高山佳奈子『「不正」対「不正」状況の解決』研修740号（2010）8頁）、法確証の否定を理由とする説（橋田久②『自招侵害』研修747号（2010）10頁）、危険の引受けを理由とする説（林・前掲注25) 199頁）、正当防衛の正当化根拠の欠如を理由とする説（松原久利『犯罪論における同時存在の原則と自招侵害』『川端博先生古稀記念論文集上巻』（成文堂、2014）144頁）、緊急行為性の否定を理由とする説（山口・前掲注21) 128頁）、正当防衛に内在する限界を理由とする説（山中・前掲注24) 460頁）などがある。

大まかな法益均衡性を要求する、すなわち、生命に対する危険の高い防衛行為は、重大な法益を守るため、かつ、他に侵害を避ける方法がない場合に限って許容すべきである³⁴⁾」としたり、あるいは、「利益衝突状況が現実化する以前の段階において、利益衝突を回避する行為を義務づければ、それによって対立利益の両者がともに擁護できるわけであるから、優越的利益原理の究極的な目的にかがみれば、事前回避を義務づけ、両者の利益をともに擁護することが利益衝突のより合理的な解決である」し、「行為者が特段の負担を負うことなく、不正の侵害を事前に回避することができるのであれば、かりにそれが適法行為の断念であっても、これを義務づけることによって不正の侵害の現実化を防ぎ、ひいては正当防衛状況における侵害者の生命・身体への侵害を回避する方が、より合理的な調整方法」であり、「侵害を回避せずに正当防衛状況が現実化した場合には、そこにおける利益衝突はいわば表面的なものにすぎず、それは本来、事前に解消すべきものであったと評価でき」、「それゆえ、このような場合には、不正の侵害が物理的には切迫しているとしても、規範的な観点からは切迫したものと評価されないとして、侵害の急迫性を否定」したりするのである³⁵⁾。

もちろん、こうした侵害回避義務肯定論に対しては、「正対不正」という構造、不正な侵害に対する権利の優越性から、原則、侵害回避義務を否定する見解も有力に唱えられている。ただし、そうした見解も、正当な利益が侵害されない場合、侵害予期の存在を前提に、例外的に侵害回避義務を肯定している点には、留意が必要であろう³⁶⁾。

(5) 再考を迫られる学説の状況　このように本決定に関連性が認められる論点としてあげられている「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースの処理、喧嘩闘争のケースの処理および自招侵害のケースの処理という3つの論点の相互関係について、学説には統一的な理解はなく、3つの論

34) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）149頁。

35) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007）92-93・120頁。

36) 山口厚『回避・退避義務再論』『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上）』（成文堂、2016）137頁。

点を共通する問題として、同一（または統一的）基準で解決を図る見解と、それらを別個の問題として（さらには、より現象ごとに細分化して）個別に解決策を探る見解が併存するのが実情である。

さらに、こうした学説の混迷状況を深めさせているのが、退避義務論への評価である。現実的に考えても、侵害される危険を承知で、必要性がないのに、その場に赴く者によるあらゆる対抗行為が正当防衛となり得るとまで主張するような、強固な否定的な見解も想定しにくいことから、今や、侵害回避義務は広く受け入れられており、その範囲について争いが残っていると解するのが、学説の現状認識として妥当であろう。問題は、想定している事象がかみ合っていないため、正当防衛における退避義務の位置づけや要件について、議論が煮詰まらないことである。学説は、本決定の登場を受けて、自説との整合性に執着するのではなく、それとは別に、判例を客観的に分析し、その問題点を指摘するためのプラットフォームを共有する必要があるのではないだろうか。

4 若干の検討

(1) 本決定の「急迫性」の判断枠組み 以上のような判例・学説の整理をふまえて、本決定について若干の検討を加えておきたい。昭和52年判決以降、判例は、正当防衛の要件としての「急迫性」を、規範的・評価的要素を包含した要件として把握してきた。前述の通り、こうした判例の姿勢は徹底されたものであった。本決定は、原審までで用いられていた「積極的加害意思」を認定せずに、正当防衛の成立を否定する結論を導き出した。こうした本決定が示した正当防衛の成否に関する判断枠組みは、従来の判例の流れの中で、どのように位置づけられ、また、今後の判例に対して、いかなる射程を有しているのだろうか。さらに、本決定によって、従来の判例に対して向けられてきた批判や問題点は解消されたのだろうか。これらの点について検討するためには、まず、従来の判例が、なぜ、「急迫性」を規範的・評価的要素を包含した要件として把握してきたのかから確認しておく必要があ

ろう。

この点について、判例は明確な根拠を示していないが、学説においては、複数の見解が提示されている。第1に、「侵害の予期＋積極的加害意思」が存在することによって、対抗行為が違法化する、あるいは防衛行為性を欠くことになり、その結果として「急迫性」が否定されることになるとの理解が示されている。つまり、「侵害の予期＋積極的加害意思」の「場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為とすこしも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は違法であるというほかはない。それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃が共に違法であるのと、まったく同様なのである。したがって、前記のような場合に相手の侵害に急迫性を認めえないのは、このようにして、本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場になかったからである、と考えるべきであろう³⁷⁾」と説かれるのである。「不正の侵害が予期されていることから、その侵害を避けるためには、公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、侵害が差し迫る以前の未だ冷静でありうる時点において、はじめから同種同等の反撃を相手に加えるという苛烈な行為（それが防衛行為と認められるときには攻撃防衛と言われるような行為）に出ることを決意し、成行き如何によっては防衛の程度を越える過剰行為に出ることも辞さないという意志で、侵害に臨み、相手方に対し加害行為に及んだ場合には、たとえ相手方から先に攻撃が加えられたときであっても、そこに現出されているのは、法治国家においては厳に禁じられるべき私闘であって、原則として、本人の加害行為もはじめから違法というべきであり、正当防衛・過剰防衛が成立する余地はないと解すべき³⁸⁾」との解説も、軌を一

37) 香城敏磨「判解」『最高裁判例解説刑事篇（昭和52年度）』（法曹会、1980）247-48頁。

38) 安廣文夫「判解」『最高裁判例解説刑事篇（昭和60年度）』（法曹会、1989）149頁。

にするものと把握できよう。ただし、こうした理解に対しては、防衛行為でないなら、「防衛行為性に欠けるという理由で正当防衛を否定すべき³⁹⁾」との指摘がなされてきた。

また、積極的加害意思を「防衛の意思」で考慮することが困難であることから、「急迫性」で考慮したという消極的理由付けも見られる。たとえば、「防衛の意思必要説によれば、積極的加害意思がある場合には、防衛意思を欠くという説明になろう。もっとも、判例は、……防衛の意思の内容を形骸化し、防衛状況の認識があれば良いとしていることから、積極的加害意思を防衛の意思の要件で処理するのは困難である。そこで、積極的加害意思を急迫性で処理したものと思われる⁴⁰⁾」などと論じられているのである。しかし、こうした説明は、現状分析でしかなく、急迫性が、規範的・評価的要素となる合理的説明にはなっていないといえよう。

そこで、近時、有力化しているのが、「侵害の予期+積極的加害意思」の認められるケースでは、侵害回避義務が発生することを根拠に、「急迫性」を否定するという説明である。つまり、次のように説くのである。「予期した侵害を格別の負担を伴うことなく回避できるのに、侵害があれば反撃する意思をもって、予期した侵害の場所に出向く場合（以下「出向型」という。）と、予期した侵害を待ち受ける場合（以下、「待機型」という。）」「には、正当防衛状況を作ってはならない義務、すなわち侵害の回避義務を認めて良いように思われる」。「単に侵害を予期しただけでなく、回避義務がある場合であるのに、自らが出向きあるいは待ち受けたことにより発生した侵害は、予期した緊急事態を自ら現実化させたものとして、急迫性を欠くとみて良いように思われる⁴¹⁾」。しかし、こうした説明に対しても、緊急行為性は、国家が法的保護を行えないことによって基礎づけられるのであって、私人が公

39) 佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、1998）245頁。

40) 日高義博『刑法総論』（成文堂、2015）233頁。同旨、山口・前掲注21）125頁。

41) 佐藤・前掲注39）242-44頁。

的機関による保護を求めることができないことによってではないといった批判が加えられている⁴²⁾。

このように、判例は、「急迫性」を規範的・評価的要素を包含した要件とする説得的な理由付けを、なお十分に提示できておらず、これに代わってその役割を果たすべき学説によっても合理的な解釈は導き出されていないのである。このため、下級審裁判例においては、諸々の客観的事情を考慮した上で、結論として積極的加害意思を認めるという「急迫性」解釈の誤った形骸化・規範化が進んでいるとの危惧も示されてきた⁴³⁾。

本決定は、こうした従来判例に対する批判や危惧をふまえて、侵害を予期した上で、対抗行為に出た場合には、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況から、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものといえるかどうかで「急迫性」の有無を決するという判断枠組みを提示する一方で、昭和52年決定以降、踏襲されてきた「侵害の予期+積極的加害意思」の認められるケースを、今回の判断枠組みの中で、「急迫性」が否定される一場面であると位置づけることで、両者を矛盾なく説明することに成功した。このため本決定の提示した枠組みについては、肯定的な評価が多数示されている。

しかし、本決定は、「侵害の予期+積極的加害意思」の認められるケースについて、「急迫性」を否定するという昭和52年決定以降の判例の立場を否定しなかったことで、かえって大きな問題を残してしまったのではないだろうか。それは、単に、「急迫性」を客観的な見地から決定すべきとの立場からすれば、なお判例の立場は承服し難いという問題にとどまらない。そうした本決定の判断枠組みがもたらす効果・帰結について、次のような見過ごすことのできない2つの問題が残されるのである。

第1に、本決定が提示した判断枠組みでは、「急迫性」が対抗行為者ごと

42) 山本和輝①「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? (1)」立命館法学374号(2017)199頁。

43) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌50巻2号(2011)193頁。

に相対化することになる。たとえば、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められるケースで、「急迫性」を否定される者が、対抗行為を行う直前に、第三者によって、権利を防衛された場合、第三者には、侵害の予期も、積極的加害意思もない以上、「急迫性」は認められることになる。しかし、これでは、「急迫性」の要件が、行為者ごとに相対化することになる。もっとも、行為者の主観面や個別事情を考慮すれば、相対化するのは当然であり、判例やこれを支持する論者は、こうした帰結自体を受け入れているのであろう。しかし、これでは、刑法36条の文言が予定しているはずの侵害行為の性質を限定するという機能を、「急迫性」の要件が果たせなくなってしまうのではないかと疑問が残る。もちろん、被侵害者に、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められる以上、「急迫性」は認められず、防衛行為に出た第三者については、誤想防衛と解することで処罰を回避できるという処理もあり得ようが、こうしたケースで「防衛行為」を行った第三者について、正当防衛状況を「誤認した」と評価することは、現行刑法が認める正当防衛を適正な範囲に画するうえで、妥当とは言いがたいように思われる。

第2に、「急迫性」の役割が、拡張することになる。本決定が、さまざまな事情を総合判断して、「急迫性」の有無を決するとしている以上、正当防衛の成否を判断する際に、「急迫性」が否定される場面は、これまでの前提よりも当然広がることになる。本決定の示した「急迫性」の判断枠組みは、対抗行為を始める前に、侵害の予期を有していたケースについてであるが、それならば、侵害の予期を有しながら、対抗行為に出た後に積極的加害意思を生じた場合も、その時点で、「急迫性」を否定しない理由は存在しないのではないだろうか。もし、この仮定が正しければ、「急迫性」は、対抗行為の実行中にも、正当防衛の成立を否定する役割を担うことになり、正当防衛の成立要件としては、正当防衛が許容される開始時点を確定する機能を失うことになる。もちろん、本決定の射程としては、「侵害予期」があり、なお対抗行為に及んでいない場面に限定されるという理解もありえようが、それならば、そもそも、なぜ、そうした場面に限定されるのかが問われることに

なろう。そして、その問いに対する説得的な答えは存在しないように思われる。

(2) 本決定が示した侵害予期がある場合の「急迫性」判断考慮要素 次に、本決定が明示列挙した、侵害の予期がある場合に「急迫性」の有無を決するに当たって考慮される要素について検討しておきたい。本決定は、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性・侵害場所にとどまる相当性、⑥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）、⑦実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑧行為者が侵害に臨んだ状況、⑨行為者が侵害に臨んだ際の内容をあげた。これらの考慮要素についての全体的な評価としては、「裁判員裁判を意識して実体法上の判断の方向性を示したものとみることができる⁴⁴⁾」、「考慮要素の客観化が相当程度なされたといつてよいであろう⁴⁵⁾」といった肯定的なものが大部分であるが、一部には、問題点も指摘されている。たとえば、④・⑤について、要求内容によっては（とくに⑤の後段）、正当防衛権の過度な制限につながる⁴⁶⁾、⑥・⑧について、対抗行為者の悪しき心情要素を基礎づける事情として用いられると不当である⁴⁷⁾といった声が聞かれる。これらの声は、考慮要素の使い方への警鐘と捉えることができよう。これに対して、⑧について、時間的に切迫した段階で侵害者と被侵害者の利益状況は決着しているはず⁴⁸⁾との指摘は、考慮要素に内在する本質的な問題を提起しており、検討を要する。

そこで、改めて、本決定が示した考慮要素について考察を加えてみると、対抗行為前の客観的状況の総合的判断は、これまでの裁判例においても、「積

44) 中尾佳久「判解」ジュリスト1510号（2017）109頁。

45) 佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判例時報2357・2358号（2018）21頁。

46) 橋田久「判批」ジュリスト1518号・平成29年度重要判例解説（2018）155頁。

47) 坂下陽輔「判解」判例評論711号（2018）172頁。

48) 小林憲太郎「自招侵害論の行方」判例時報2336号（2017）。

極的加害意思」の有無の事実認定ですでに採用されてきたもの⁴⁹⁾を、「積極的加害意思」の認定ではなく、「急迫性」の認定に直結させたと評価することが許されよう。また、今回列挙された考慮要素は、論理的な帰結でなく、経験則から導かれたもので、その主要なものの例示と解するのが妥当であろう。しかも、9つの要素は、並列の関係ではなく、正当防衛の成否にあたって考慮されるレベルも異なる。たとえば、⑥は、④・⑤の侵害回避可能性・容易性を判断する際に考慮すべき間接的事実にとどまる⁵⁰⁾。問題は、⑧の理解である。これまでに示された本決定に対する評釈の中には、不正の侵害前の事情と侵害後の事情を画然と分けるのは、形式的に過ぎる⁵¹⁾との見解も見られるが、かといって、「急迫性」を緩やかに解しすぎると、「急迫性」の有無だけで、正当防衛の成否を決することになりかねない。⑧も、対抗行為よりも前の時点での積極的加害意思の存在を判断する際に考慮すべき間接的事実と解するにとどめるべきと思われる⁵²⁾。

(3) 本決定の位置づけ 本決定が、従来判例の中で、どのように位置づけられるのかについても確認しておきたい。第1に、昭和52年決定との関係について、本決定は、「侵害の予期+積極的加害意思」で「急迫性」を否定するという枠組みを包摂し、「急迫性」判断の一要素に「格下げ」したと解する見解が多数を占めている。たしかに、このように解するのが、決定の素直な受け取り方であろうし、何より、判例変更とはされていない点とも整合的であり、妥当である⁵³⁾。

また、喧嘩闘争に関する判例との関係では、喧嘩であるという理由で、一律に正当防衛の成立を否定しなかった点で、従来判例と整合的であると言えよう。

49) 香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充・香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社、1992)283頁。

50) 坂下・前掲注47)171頁。

51) 佐伯・前掲注45)22頁。

52) 小林・前掲注48)144頁、坂下・前掲注47)171頁、橋爪隆「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2018)255頁。

53) 小林・前掲注48)144頁、照沼亮介「判批」法学教室445号(2017)48頁。

さらに、正当防衛の成否に関する最高裁の判断であり、原審までは、「侵害の予期＋積極的加害意思」の認められるケースとして、「急迫性」を否定していたが、最高裁が、その枠組みを採用しなかったという点でも共通する平成20年決定との関係については、両決定は、侵害前の事情を考慮して、正当防衛の成否を判断する点で共通するが、平成20年決定が、侵害行為を自招したが、予期していなかったケースについてのものであるのに対して、本決定は、侵害を予期していたケースについてのものであり、両者は、事例を異にしているというのが一般的な理解である⁵⁴⁾。こうした理解によれば、今後は、これら2つの判断枠組みは、事例に応じて併用されることになる。たしかに、平成20年決定と本決定は、侵害時の事情だけで正当防衛の成否を判断するのが妥当でないケースについて、それ以前の事情も考慮して総合判断した結果、正当防衛の成立を否定したものと共通している。ただし、その具体的な根拠を、本決定は、「公的機関による法的保護を求めることが期待できる」点に求めたのに対して、平成20年決定は、「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」といえない点に求めたのであり、適用される事案は異なる。したがって、これら2つの決定が示した判断枠組みは、今後も、併存可能であるといえよう。

なお、前述したように、侵害の予期がある場合に、「積極的加害意思」の有無を認定せず、複数の事情を総合的に考慮して、「急迫性」の存否を判断するという本決定と同様の方向性を示す判決は、すでに下級審で散見されていた。その意味で、本決定は、そうしたこれまでの裁判例の蓄積を追認し、判例としての意義を付与したものと解することもできよう。

(4) **本決定の意義と評価**　本決定は、大審院、最高裁を通じておそらく初めて正当防衛の趣旨を明示したものとして重要な意義が認められる。また、

54) 坂下・前掲注47) 174頁、橋爪・前掲注52) 244頁。これに対して、両決定は、「実質的に同じもの」と評価するものとして、木崎峻輔「判批」筑波法政74号(2018)56頁。また、平成20年決定も、正当防衛の入口要件である「急迫性」に統合できるとの見解として、高橋則夫「『急迫性』の判断構造」研修837号(2018)9頁。

侵害の予期がある場合について、「刑法36条の趣旨に照らして許容されるか否か」をさまざまな事情を考慮して総合判断するという判断基準を提示し、その考慮要素を明示列挙した点も、今後の正当防衛判断の指針としての価値が認められる⁵⁵⁾。

これらの意義が広く認められていることから、本決定に対しては、①「犯罪捜査において、正当防衛の成否の判断を行う際の視点として、実務上、参考になる⁵⁶⁾」、②「急迫性や防衛行為の一体性などが問題となる事案で、重要となる一連の事実経過の法的分析において留意すべき点を示唆している⁵⁷⁾」、③「『裁判官と裁判員が、制度趣旨を考慮しながら正当防衛の成否について議論を交わす』という裁判員裁判のあるべき姿を示唆している⁵⁸⁾」など、肯定的な評価が多数を占めている。しかし、他方において、①「『刑法36条の趣旨に照らし許容されるものといえるか』というごく抽象的な基準から急迫性要件を判断することは、正当防衛だけでなく、過剰防衛の成立可能性をも大幅に狭めるリスクを孕む⁵⁹⁾」、②「制度の本旨」「法秩序全体の精神」といった一般原理に依拠した基準では、「明瞭さを欠き、結果として正当防衛・過剰防衛の成立範囲を過度に制約するおそれがある⁶⁰⁾」、③「正当防衛の成立を完全に否定すべきであるとの価値判断を先行させる結果、被告人に要求している義務が、『侵害を回避せよ』、『官権に救助を求めよ』といったものではなく、『より危険の低い手段を行え』というものに過ぎないはずという

55) このほか、積極的加害意思へ過度に収斂を図る傾向を示してきた裁判例に対して、判断の幅を提供した点を指摘するものとして、(嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文」法学教室451号(2018)32頁、浪床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号(2017)154頁)、侵害回避義務論に親和的であると説くものとして(大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程」判例時報2357・2358号(2018)26頁、佐伯・前掲注44)22頁、坂下・前掲注46)170頁、橋爪・前掲注51)257頁、前田雅英「侵害の予見と急迫性」捜査研究799号(2017)16頁)がある。

56) 菅原健志「判批」警察公論73巻2号(2018)95頁。

57) 是木誠「判批」警察学論集70巻8号(2017)191頁。

58) 佐伯・前掲注45)23頁。

59) 山本・前掲注42)199頁。

60) 照沼・前掲注53)54頁。

実態を覆い隠してしまっている⁶¹⁾」、④「平成29年決定の理解は、正当防衛と自救行為の混同に由来する謬見である⁶²⁾」、⑤公的機関による十全な法益保護が「制度的にも現実的にも整っていない状況（被害者が警察に保護を求めても功を奏さなかった殺人事件もある）では、不正な侵害から身を守る最低限の反撃は当然に私人に権利として認められるべきである⁶³⁾」、⑥先に防衛の行動をとらなかったことを考慮して急迫性を否定したの「では急迫性判断が、防衛行為評価も含めた全体評価に陥る⁶⁴⁾」、⑦種々の考慮要素をどのように総合判断すべきかという点に関する基準はほとんど示されておらず、結局最後は緊急行為性という36条の趣旨に全てが収斂する構造となっており、判断プロセスがはっきりしないという意味ではかえってわかりにくい⁶⁵⁾」などといった否定的な評価も加えられている。

本決定の評価をする場合、結論の妥当性、提示された判断枠組み、考慮要素を切り離す必要がある。このうち、本決定が正当防衛の成立を否定した結論そのものについては妥当であり、これまでに公表された評釈においても異論は見られない。また、対抗行為に先立つ事情を考慮し、刑法36条の趣旨に照らして許容されるか否かという総合判断から正当防衛の成否を決した判断枠組みも、そうした判断枠組みを用いなければ妥当な正当防衛の範囲を画せなかった以上、基本的には妥当である。ただし、その効果として、「急迫性」を否定した点については、根拠が不明確で疑問が残る。むしろ、平成20年決定と同様、正当防衛の趣旨に反することから、直接、正当防衛の成立を否定する方が明快であるように思われる。本決定の評釈の中には、「実質的に判断方法が同じであれば、どの要件で扱うかは余り重要でないであろう⁶⁶⁾」という、いささか乱暴な見解も見られるが、「急迫性」が否定されれば、過剰

61) 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？（2・完）」立命館法学377号（2018）196頁。

62) 松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学377号（2018）122頁。

63) 門田成人「判批」法学セミナー750号（2017）109頁。

64) 門田・前掲注63）109頁。同旨、小林・前掲注48）146頁。

65) 高橋直哉「正当防衛状況の判断」法学教室453号（2018）13頁。

66) 佐伯・前掲注45）23頁。同旨、前田・前掲注55）23頁。

防衛の余地がなくなることを軽視すべきではないであろう。さらに、明示された考慮要素の妥当性については、列挙の末尾に、「等」と記されており、あくまで例示であり、その他の要素も考慮可能であることを前提にすれば、それ自体は、軽重の差こそあれ、36条の趣旨に照らして許容されるか否かの総合判断の要素として妥当であるといえよう⁶⁷⁾。

なお、侵害の予期が認められる事案において、対抗行為前の事情も含めてさまざまな事情の総合判断で、「急迫性」を判断するという本決定が示した判断枠組みについて、裁判員裁判を前提にしたものとして肯定的に受け止める評価が少なからず見られる。しかし、本決定の枠組みは、これまでの昭和52年決定が示した「侵害の予期+積極的加害意思」の認められるケースについて、「急迫性」を否定するという枠組みや、『難解な法律概念と裁判員裁判』で提案されたような、被害者の加害意思が争点になる事案について、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」(正当防衛状況性)を問うという判断枠組みと同じぐらい、裁判員にとって明確性を欠き、難解な印象を受ける。裁判員裁判に適切に対応するためには、正当防衛が成立するのが妥当かという結論を決めるのと変わらない実質的な判断ではなく、そうした結論を導くために必要な形式的な要件の組み合わせが、説得的な根拠と併せて提示されるべきではないだろうか。

本決定の判例解説として、中尾佳久「判解」ジュリスト1510号(2017)107-109頁がある。また、判例批評など本決定を論じたものとして、大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程」判例時報2357・2358号(2018)13-18頁、大谷實「自招侵害と正当防衛論」判例時報2357・2358号(2018)6-12頁、門田成人「判批」法学セミナー750号(2017)109頁、木崎峻輔「判批」筑波法政74号(2018)41-62頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方」判例時報2336号(2017)142-146頁、是木誠「判批」警察学論集70巻8号(2017)184-191頁、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判例時報2357・2358号(2018)19-24頁、坂下陽輔「判解」判例評論711号(2018)169-175頁、島田美小妃「判批」法学新報125巻

67) 「急迫性」の判断要素として、「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容」を考慮することは妥当でなく、「包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま…」は「相当性」で考慮すべきと説くものとして、小林・前掲注48)144頁。

1・2号(2018)129-142頁、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文」法学教室451号(2018)26-33頁、菅原健志「判批」警察公論73巻2号(2018)88-95頁、高橋直哉「正当防衛状況の判断」法学教室453号(2018)10-13頁、高橋則夫「『急迫性』の判断構造」研修837号(2018)3-14頁、同「正当防衛の規範論的構造」『日高義博先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2018)195-212頁、照沼亮介「判批」法学教室445号(2017)48-54頁、成瀬幸典「判批」法学教室444号(2017)158頁、橋田久「判批」平29年度重要判例解説(2018)154-155頁、橋爪隆「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2018)231-258頁、浪床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号(2017)148-155頁、前田雅英「侵害の予見と急迫性」捜査研究799号(2017)14-24頁、同「正当防衛の急迫性判断と主観的違法要素」『日高義博先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2018)、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学377号(2018)97-123頁、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?(1)・(2・完)」立命館法学374号(2017)196-238頁・377号(2018)156-197頁がある。