

# 正当防衛の制限法理とその判断プロセス

法科大学院准教授 稲垣 悠一

- I はじめに
- II 正当防衛の制限法理
  - 1 実力行使と国家体制および近代法治国家の法思想
  - 2 判例理論の概要
  - 3 侵害回避義務論について
  - 4 正当防衛に関する基本的視座
- III 正当防衛制限の具体的判断プロセス
  - 1 「正当防衛状況性」について－実体法上の効果に着目した要件の整序
  - 2 現在の、あるいは切迫した不正の侵害の有無
  - 3 対抗行為に先行する事情による制限
- IV おわりに

## I はじめに

1 ある行為者が、外形的に第三者の法益を侵害したとしても、「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、やむを得ずにした行為」といえる場合には、当該行為は「罰しない」とされている（刑法36条1項）。犯罪論体系上、第三者の法益を侵害する構成要件の行為は、違法性が推定される。その違法性が阻却（正当化）されるのは例外的局面といえるが、正当防衛はその局面を総則規定にまで昇華したものである。かかる総則規定を国家の側から見れば、「罰しない」というのは、裁判規範として行為者を「罰してはならない」、あるいは「罰することができない」という意味を持つ。正当防衛の根拠は、緊急時における個人の自己保存権にあるとも、法の自己保存（法確証）にあるとも言われるが、いずれにせよ、正当防衛が認められれば、法治国家の刑罰権行使の根拠（違法性）が否定される。そのため、正当防衛規定には、行為者にとっての自由保障的機能が付与されている。

ところが、①喧嘩闘争、②自招侵害、③侵害を予期した上での対抗行為といった事例群において、外形的には不正の侵害が存在しているのに、判例は、「対抗行為に先行する（主として）行為者側の事情」を理由に、正当防衛はもとより過剰防衛

すら否定する法理論を展開している。そのため、これらの事例群では、上記の自由保障的機能とは逆の志向が働くことにもなる。とりわけ、急迫性の判断手法に関する近時の最高裁判例（後述）で示された諸事情には、対抗行為に先行する雑多な事情が提示され、秩序維持志向が鮮明になっており、その可能性は否定できない。判例の秩序維持志向に対しては、正当防衛の「自然権」、「個人権」としての側面を重視する立場から批判があり、両者の間では、正当防衛の制限法理の根拠、要件、その具体的な適用範囲を巡って、激しいせめぎ合いが起きている。しかし、従前の議論には、かみ合っていない議論があったり、必要性が疑われる議論があったりして、問題状況に即した必然的な議論が不足していた面も否定できない。具体的な問題状況に即した必然性のある考察をする必要がある。<sup>(1)</sup>

2 本稿の目的は、正当防衛が正当化される基本視座と正当防衛が制限される根拠を示した上で、正当防衛が制限される局面について、具体的な法的効果を見据えた明解な判断プロセスを提示することである。正当防衛は、裁判員裁判においても頻繁に問題とされることから、しばしば裁判員制度の下における判断枠組みの「分かりやすさ」が指摘されるが、重要なのは、「明解な判断プロセス」だと考える。判断プロセスが人間の行動原理を踏まえた合理的なものであれば、法律の素人であっても、ある事実を検討する意味を理解することは可能なはずである。

検討の手順として、まず、正当防衛を含む実力行使一般に対する近代法治国家の一般的姿勢を確認する(Ⅱ・1)。次いで、正当防衛を制限する我が国の判例理論の概要を確認すると共に、そこに秩序維持志向がどのように取り込まれているのかを検討する(Ⅱ・2)。さらに、近時の最高裁判例には、侵害回避義務論の影響が見られるが、かかる理論の意義と問題点について検討を加える(Ⅱ・3)。被告人の行為に犯罪が成立するか否かを問題とする際、法的事実が重要な意味を持っている。事実自体には固有の価値があるわけではなく、その価値は、一定の体系・原理との関係において決定される。これまでも、正当防衛を指導する基本原則、法思想は種々主張されてきたが、その中でも、「正(対抗者)は不正(侵害者)に譲らず」という法確証の原理は、揺るがない大原則と思われた。ところが、近時の侵害回避義務論は、優越的利益原理、滞留利益論といった基礎理論を指導原理として、対抗者に格別の負担がなければ一定限度で侵害からの退避・回避を義務付けることを正当化す

---

(1) 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号(2009年)297頁(301頁)は、正当防衛を巡る学説の議論には、「具体的な問題解決により接着した場面での、具体的な検討がさらに求められているのである。」と指摘する。

る。そこで評価される法的事実は、秩序維持志向に親和性のあるものが抽出される。この理論には、一定の説得力があるが、本来侵害者が負うべき侵害回避・除去に関する負担について、格別の負担がないということで、何故に対抗者に転嫁されて良いのか、といった疑問が生じる。そういった疑問が解消されないまま、侵害回避を対抗者に義務づけることは、対抗者に過大な義務を付与することにもなろう。そこで、侵害回避義務論とは別異の方向から、正当防衛の制限の在り方を検討するため、正当防衛の正当化と制限に関する筆者の基本的な考え方を示す(Ⅱ・4)。ここでは、対抗者と侵害者の相互関係が分析される。正当防衛が認められる場面では、侵害者が反撃結果を甘受すべきであるが、制限される局面では、対抗者の行為が違法行為として処罰されることになるため、対抗者にとっても納得のできるものでなければならぬ。そうすることで、対抗者の権利性を過度に制約していないか、自由保障的な機能をチェックすることにも繋がると思われる。

次に、上記の基本的な指針を基に、正当防衛の制限に関する具体的な判断プロセスの検討をする(Ⅲ)。ここでは、形式的違法性が推定される対抗行為について、その実質的違法性が阻却される局面であることを自覚し、実体法上の効果に着目した効率的な判断手順を提示する。この判断プロセスでは、主として、事案類型<sup>(2)</sup>の検討をすることになるが、立証活動の指針という側面からも、若干の整理を示したい。

## Ⅱ 正当防衛の制限法理

### 1 実力行使と国家体制および近代法治国家の法思想

復讐(報復)、防衛(自衛)は、いずれも相互の応酬を伴う実力行動である。現代の法律学では、これらを区別し、法的扱いを異にしているが、人間(あるいは人間集団)としての本質に照らすと、いずれも一定の侵害行為に対する反撥・反作用としての共通性がある。それは、次の指摘にも端的に表れている。

「復讐は人類の自保性に起因する反撥作用にして、人類が文化高級の域に達し、その国家的生活の組織整備するに至るまでは、実にその存在発展の一要素たりしなり。復讐は存在を害する刺戟に対する反撃にして、高等生物通有の稟性に

---

(2) 中尾佳久「判解」曹時71巻2号(2019年)464頁(483頁)は、後記平成29年決定が「争点整理や裁判員との評議が行われる際の視点となるべき考慮要素を示すことにより、当該事案において侵害の急迫性を判断するための重要な考慮要素は何かを意識した訴訟活動がされることを期待したものと思われる。」と指摘する。

起因する自衛作用なり。』<sup>(3)</sup> (傍点筆者)

これらの実力行使は、国家組織が整備されるまでは、その存在発展の一要素としての面すらあったが、上記傍点部分にもあるように、国家組織が整備されるにつれ、制限されるべき運命にあった。<sup>(4)</sup> 復讐は犯罪行為そのものとして、防衛行為は一定の要件の下で正当化され得るものとして区別されていった。そして、復讐と防衛とを意識的に区別する法制度の下にあっても、防衛行為が許容される範囲は、社会秩序の統制力の拡大と反比例して縮小する。<sup>(5)</sup> 近代法治国家の置かれた時代の社会状況、法思想および法意識、それらを反映した法政策の違いに応じて、正当化の範囲には揺らぎが見られるものの、秩序維持が重視される近代法治国家にあっては、大局的には制限の傾向にある。近代法治国家では、「正当防衛を含む自力救済は原則禁止され、例外的に許容されるに過ぎない。」という命題は否定し難く、<sup>(6)</sup> 「正当防衛の社会化」<sup>(7)</sup> も避け難い。

特定の法思想に対する評価の変化が、正当化の範囲に揺らぎをもたらすこともある。たとえば、「正は不正に譲歩せず。」という法諺に対するスタンスの違いが挙げられる。我が国に限定しても、数十年前までは、不正な侵害に対する回避・退避は、

---

(3) 穂積陳重『復讐と法律』(1982年、岩波書店) 83頁。

(4) 穂積は、法律進化論の立場から、復讐の沿革は「私力公権化の最好適例」だとして、次の3つの段階に整理している。すなわち、第1期・復讐義務時代(法律発現以前の時代：集団・団体主義の下、血族による「血報」は義務とする。)、第2期・復讐制限時代(法律発生の初期：復讐を「美德」としつつも、秩序維持の観点から制限する。)、第3期・復讐禁止時代(法律完成の時代：司法機関の整備を前提に、復讐は犯罪行為として処罰し、自力救済を禁止する。)である(穂積・前掲注(3) 93頁以下)。法律進化論に対しては種々の問題があるが、大雑把な歴史の流れとしては理解し得るし、明治期以降の我が国が、上記第3期の流れの中にあることは間違いなさであろう。

(5) 瀧川幸辰『刑法の諸問題』(1951年、有信堂) 73頁。

(6) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(1990年、創文社) 232頁、福田平『全訂刑法総論 [第5版]』(2011年、有斐閣) 152頁等。なお、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状—対抗行為に先行する事情と正当防衛状況」季刊刑事弁護96号(2018年) 10頁(14頁)は、「不正」と「正」の利益状況があるのに、それでも正当防衛の趣旨に照らし正当防衛の欠落を認める根拠として、「国家機関による保護を優先させ、私人の実力行使をできる限り抑制する必要性という公的秩序維持の観点」を指摘する。

(7) これについては、山中敬一「正当防衛の『社会倫理的』制限について(1)～(3)」関西大学法学論集32巻6号～33巻2号(1983年)、齊藤誠二「正当防衛権の根拠とその限界をめぐって」『団藤重光先生古稀祝賀論文集・第1巻』(1983年) 290頁、前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光先生古稀祝賀論文集・第1巻』(1983年) 333頁、木村光江「英米における正当防衛法の動向」都法36巻2号(1995年) 15頁等参照。

不名誉・卑怯といった論調が強く、回避・退避義務を否定することは自明の理とされた<sup>(8)</sup>。しかし、今日の我が国では、不正の侵害を構成する侵害者の法益であっても侵害しないに越したことはなく、正当な反撃で生じた結果も、平穏な法秩序の維持に反する望ましくない損失とする見解が有力である<sup>(9)</sup>。このような考えを背景とした侵害回避義務論（この検討は後記3）が有力に主張され、実務にもその考え方の一部が採用されるに至っている。そこで、正当防衛の制限法理に関する判例理論を確認すると共に、そこに底流する法思想も汲み取ってみたい。

## 2 判例理論の概要

判例は、侵害者の不正な侵害があるにも拘らず、正当防衛はもとより過剰防衛の成立すら否定することを認めている。違法性およびその阻却の判断は、すぐれて規範的・価値的な判断であり、前記の秩序維持志向も取り込まれ得る。下級審の動向を含めた判例理論の変遷については、すでに先行業績により多くの整理がなされている<sup>(10)</sup>ので、本稿ではそれを網羅的に検討しないが、判例における正当防衛を制限す

---

(8) もっとも、瀧川・前掲注(5)81～82頁は、「攻撃防衛」(Trutzwehr:被侵害者の人格軽蔑の契機を含む殺人者等の侵害者に対する防衛行為)と「防御防衛」(Schutzwehr:そのような契機を含まない錯覚防衛(誤想防衛)行為者や責任無能力者の侵害を排撃する防衛行為)とに区別して、後者については一定の限度で退避すべき局面を認めていた。すなわち、「現在の違法侵害に対し反撃を加えること、即ち正は不正に譲歩すべきではないということは正当防衛の基本条件であつて、この条件は右の二種の正当防衛に共通する。」として、攻撃防衛の局面では、「攻撃防衛の侵害者は法に挑戦したのであるから被害者は一步も譲つてはならない。一身を賭て名誉のために戦うべきである。その結果が侵害者に対し酷であるとしても、それはやむをえない。」として、防衛者の義務性すら強調する一方で、防御防衛は、「被害者は権利のために戦う人格的要素を缺く。狂人や錯誤に陥つた者の加える侵害は被害者の人格蔑視を含まないからである。狂人に反撃を加えるかわりに逃げることは賞讃すべき態度でこそあれ、決して卑屈という非難を受くべきものでない。」としていた。

(9) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年、判例時報社)220頁。

(10) 最近の整理として、木崎俊輔「近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号(2016年)37頁(平成20年決定以後の下級審裁判例における「正当防衛状況」の意味を分析する)、塩見淳「喧嘩争闘と正当防衛」法学論叢182巻1・2・3号(2017年)109頁(喧嘩争闘における喧嘩両成敗法理の法制史的意義を参照しつつ、刑法学における現代的意義について検討し、実質的に存在する紛争に防衛者の側も相応の責を負うにもかかわらず、その紛争を平和的手段ではなく、「喧嘩」という実力行使により解決することを選択したかどうかに着目)、瀧本京太郎「判例における自招防衛の判断枠組みについて」北法69巻4号(2018年)141頁(平成20年決定前後の下級審の動向と平成29年決定の下級審の動向を比較検討し、先行行為が不正な暴行の場合のみ、平成20年決定の意義が見出せるとする)などがある。

る法理は、喧嘩闘争に関する観察手法を基本形として、おおむね、2つの方向に分かれていると思われる。

### (1) 相互闘争関係に関する基本的姿勢

1) 大審院は、以下のように「喧嘩両成敗」の格言を引用して、喧嘩闘争においては正当防衛の観念を容れる余地がないとしていた。

「喧嘩ヲ爲ス鬭争者ノ鬭争行爲ハ互ニ對手方ニ對シ同時ニ攻撃及防禦ヲ爲ス性質ヲ有スルモノニシテ其ノ一方ノ行爲ノミヲ不正侵害ナリトシ他ノ一方ノ行爲ノミヲ防禦ノ爲ニスルモノト解スヘキモノニ非ス從テ喧嘩ノ際ニ於ケル鬭争者雙方ノ行爲ニ付テハ刑法第三十六條ノ正當防衛ノ觀念ヲ容ルルノ餘地ナキモノトス我國ニ於テ古來『喧嘩両成敗』ノ格言ヲ存シ喧嘩ノ鬭争者雙方ノ行爲ハ互ニ違法性ヲ阻却スヘキ性質ヲ有スルモノニ非ストシテ共ニ之ヲ處罰スヘキモノトシタル理由モ亦茲ニ存スト謂フヘシ」(大審院昭和7年1月25日第一刑事部判決〈以下、「昭和7年判決」〉)<sup>(11)</sup>

喧嘩両成敗の法理は、元来、治安的・一般予防的な動機に出たものであり<sup>(12)</sup>、「理非を問わず」鬭争関与者を処罰するものであったが、本判決では、「互ニ相手方ニ對シ同時ニ攻撃及防禦ヲ爲ス」という喧嘩闘争の「性質」に着目し、一方を不正の侵害、他方を防御行為というように分析的に評価することが否定され、「全体的考察」の下<sup>(13)</sup>、違法性阻却が排除される法理として機能している。この基本視座は最高裁に引き継がれ、喧嘩は、鬭争者双方が攻撃および防禦を繰り返す「一団の連続的鬭争行為」(最高裁昭和23年7月7日大法廷判決〈以下、「昭和23年大法廷判決」〉)<sup>(14)</sup>とも表現されている。同時に、同判決では、昭和7年判決とは異なり、

「鬭争の或る瞬間においては、鬭争者の一方がもつばら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、鬭争の全般からみれば、刑法第三十六條の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある。」

と判示されたことから、喧嘩闘争において正当防衛が一律否定されるものではない

(11) 大判昭和7年1月25日刑集11卷1頁。

(12) 小野清一郎「正当防衛と喧嘩両成敗」『刑事判例評釈集6卷』(1950年、有斐閣)89頁(92頁)。

(13) 植松正『再訂刑法概論I 総論』(1974年、勁草書房)172頁は、喧嘩鬭争行為は「鬭争者相互に不正を行うもの」、「共に法秩序に反する不正な侵害を行うもの」とされ、日高義博『刑法総論』(2015年、成文堂)232頁も「相互に不正の侵害をくり返すので、全体的に見れば正当防衛の認められない場合が多い」とする。

(14) 最大判昭和23年7月7日刑集2卷8号793頁。

ことが示された。また、同判決の直前の最高裁昭和23年6月22日第三小法廷判決<sup>(15)</sup>（以下、「昭和23年判決」）が、

「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限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」（傍点筆者）

と判示していたことも確認しておく必要がある。

もっとも、昭和23年大法廷判決の趣旨が不明瞭な点があったこともあり、後に、その趣旨が敷衍され、

「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」（最高裁昭和32年1月22日第三小法廷判決<sup>(16)</sup>〈以下「昭和32年判決」〉）

ということが明示された。

2) これらの一連の判例は、刑法における「全体的評価」と「個別的・分断的評価」の一般的視点を提供している。対抗者の複数行為について、全体的評価と分断的評価の限界が問題となる局面として、過剰防衛における行為の一体的判断の問題があるが<sup>(17)</sup>、それとは異なり、一連の判例では、「闘争関与者の相互の攻防関係の把握」が問題となっている。つまり、対抗行為の違法性阻却の可否を決する場合、瞬間的な部分の攻防の切り取りをしてはならず、①対抗者とその相手方の間の相互闘争関係について全体的な評価が必要になる。ここでは、いわば法秩序全体の見地から、「そもそも正当防衛を認めて保護すべき状況にない。」との価値判断がなされ、原則として違法性を阻却しないとの基本姿勢が確認される。昭和23年判決の「法律秩序に反するものである限り」という表現が端的に示しているといえよう。しかし、そのような全体的評価の下であっても、攻防の推移の変化などから、なお②「法秩序に反しない」として正当防衛が許容される局面が個別的に見出しうるという構造になる。重要なのは、①に止まるのか、それとも②の局面なのかを見極める具体的基準である。全体的評価という以上、闘争関与者の行為全般の状況が考慮されるこ

---

(15) 最判昭和23年6月22日刑集2巻7号694頁。

(16) 最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁。

(17) これについては、仲道祐樹『行為概念の再定位』（2013年、成文堂）213頁以下等を参照。

(18) 中尾・前掲注（2）469頁は、「相手方の侵害に対する対抗行為を防衛行為といえるためには、行為全般の状況から判断してその対抗行為が緊急状況に対処するためのものとして法秩序に反するものではないと評価される場合でなければならないとの見解に立脚しているものと解されている。」としている。

とになろうが、法秩序に反するか否かの判断には規範違反的要素が広く取り込まれ得ることから、どのような事情に着目して整序していくかがポイントとなる。

## (2) 客観的な相互闘争過程の把握から正当防衛を制限するもの

上記の点について具体的な判断基準を示したものとして、自招侵害に関する最高裁平成20年5月20日第二小法廷決定<sup>(19)</sup>(以下、「平成20年決定」)が重要である。事案は、①被告人Aの故意の暴行行為、②Xの攻撃(なお、①への反撃とは評価できない)、③Xに対するAの対抗という行為状況の下、Xに傷害を負わせたものである。これについて、最高裁は、次のように判示している。

「被告人Aは、Xから攻撃されるに先立ち、Xに対して暴行を加えているのであって、(i) Xの攻撃は、被告人A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、(ii) 被告人A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、(iii) Xの攻撃が被告人A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Aの本件傷害行為は、被告人A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」(整備番号筆者)

これによれば、(i) ないし (iii) の範囲内においては、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」(正当防衛状況性)<sup>(20)</sup>が欠けるとして、③の対抗行為には正当防衛はもとより過剰防衛も成立しないことになる。(i) では①と②の行為の一連一体性の判断が、(ii) では①による②の客観的招致関係の判断がなされており、AとXの主観的事情を排しつつ、相互闘争の全体的観察がなされている<sup>(21)</sup>。そして、(iii) は全体的観察の限界要件と解され、②が①により過大なものである場合(たとえば、①殴打行為に対して、②銃器や刃物での反撃がなされたような場合)には、

(19) 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁。

(20) この用語と裁判員裁判との関係については、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時61巻8号(2009年)2497頁(2517頁)参照。なお、木崎・前掲注(10)59～60頁は、「正当防衛状況」という用語には、「要件」としての役割(正当防衛の成否に関する判断の中核となる規範的・総合的な判断枠組みを提供)と、「争点」としての役割(自招侵害が問題になることを明確に示す機能や検察官側の主張を増やす機能)があるが、後者については実際には余り意味がないとする。

(21) 山口・前掲注(1)318頁は、「反撃行為について緊急行為性を否定する理由は、不法な相互闘争行為を始めたことであり、侵害を自らの違法な暴行によって、『一連、一体の事態として』直接的に招致したことである。」とする。

③の対抗行為が許容される余地を残している。この判断枠組みは、主観を排した全体的観察により正当防衛を一般的に否定しつつ<sup>(22)</sup>、なお正当防衛を許容しうる一定の基準を示している点で重要であり、昭和23年大法廷判決の趣旨を具体化したものとして位置づけ得る。

なお、全体的観察によって相互闘争関係を判断する場合、本事案のように対抗者の不正な行為が先行する事案ではなくとも、相互闘争性が肯定される余地があるが<sup>(23)</sup>、対抗者側の不正な先行行為がない事案では、次の「侵害の予期」を加味しない限り、相互闘争性を肯定することは困難と思われる。

### (3) 予期を起点として急迫性（緊急状況性）を否定するもの

1) 判例は、平成20年決定以前から、侵害の予期を起点とした正当防衛の制限法理を展開していた。かつての下級審には、侵害の単純な予期を以て急迫性を否定する事案<sup>(24)</sup>が見られたが、最高裁は、

「刑法三六条にいう『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。」とし、また「侵害現時に対抗者が法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない。」（最高裁昭和46年11月16日第三小法廷判決<sup>(25)</sup>〈以下、「昭和46年判決」〉）

と判示し、単なる予期があるだけでは急迫性が否定されないことを確認した。さらに、最高裁昭和52年7月21日第一小法廷決定<sup>(26)</sup>（以下、「昭和52年決定」）は、確実な予期があつたとしても直ちに急迫性は失われなかったとしたが、

---

(22) 本決定以前にも、本決定と類似する判断枠組みの下、急迫性を否定した事案として、福岡高判昭和60年7月8日刑月17巻7＝8号635頁がある。

(23) 小林・前掲注(9) 232頁は、不正な先行行為が伴わない出向型の事案（東京高判平成21年10月8日判タ1388号370頁）を取り上げ、「不正の先行行為の存在を過度に強調して独立の『型』にまで高めるのは得策とはいえないであろう。」と指摘する。

(24) 東京高判昭和34年2月26日高刑集12巻3号219頁（「予想しうる相手方の攻撃を以て急迫不正の侵害と解し難い」と判示）、東京高判昭和46年3月23日東時22巻3号106頁（「あらかじめ予期していた喧嘩の場面に遭遇」と判示し、過剰防衛も否定）など。

(25) 最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁。

(26) 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁。

「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」

と判示し、予期の存在を契機として、「プラスα」の事情として、侵害前の積極的加害意思の存在により急迫性を否定する法理を示すに至った。この理論は、侵害に先立つ特定の時点でその予期があり、かつ積極的加害意思が認定できる事案において、はじめから正当防衛で論じることを排除するための理論であり、適用場面は、本来限定的といえる。<sup>(27)</sup> 行為者の主観面で急迫性の存否を左右することへの批判<sup>(28)</sup>も見られたが、判例は、主観的側面について判示しているものの、侵害現時の事情やそれに先立つ客観的<sup>(29)</sup>事情の認定を基礎としつつ、その結論を「積極的加害意思」と表現しているに過ぎない<sup>(30)</sup>というべきであろう。

とはいえ、同決定が、意思的要素として積極的加害意思に言及していることから、防衛の意思との区別が問題となるが、判例は、侵害前は前者の問題とし、侵害現時は後者の問題として処理しているとされる。<sup>(31)</sup> 具体的には、侵害現時に、相手の加害行為に対し「憤激または逆上」して反撃を加えてもただちに防衛の意思は欠落せず（昭和46年判決）、また攻撃意思と防衛意思との併存も認められるが（最高裁

---

(27) 大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法（総論）』（2001年、青林書院）112頁〔的場純男＝川本清巖〕は、「道具立てがいささか大げさで、小回りが利きにくい嫌いもないではない」と評している。

(28) 福田・前掲注（6）154頁、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（2008年、有斐閣）382頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年、成文堂）486頁。最近でも、大谷實「自招侵害と正当防衛論」判時2357・2358合併号（2018年）6頁（7、10頁）。

(29) 実際、昭和52年決定の事案は、（イ）中核派に属する被告人ら6名が、政治集会を開催するにあたり、かねてから対立関係にあった革マル派の攻撃があることを予期して、共同加害の目的で鉄パイプなどの凶器を準備して集合し（凶器準備集合罪）、（ロ）同派らの攻撃に対し、その内1名を鉄パイプ等で滅多打ちにするなどして撃退し（被告人Aの暴力行為等処罰に関する法律違反）、（ハ）ほどなく同派の者らが態勢を整えて再び襲撃してくることは必至と考え、某教育会館ホールの入り口に机やいすでバリケードを築き、再び押しかけてきた革マル派の者達がバリケードの隙間等から鉄パイプを投げ込む等してきたのに対し、被告人らもバリケード越しに鉄棒で突き返すなどの暴行を加えた（被告人Bの暴力行為等処罰に関する法律違反）、というものであった。同決定は、（ハ）について、「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、加害の意図をもつて臨んだ」と評価している。

(30) 照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル9号（2011年）101頁（107頁）。なお、松原芳博「偶然防衛をめぐる諸観点」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集・上巻』（2018年、成文堂）87頁（104頁）は、「人の行為を言語で表現する際には、行為主体の視点からその意思を出発点として描写するのが簡明」と指摘する。

(31) 安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和60年度』（1989年）132頁（142～145頁）。

昭和50年11月28日第三小法廷判決<sup>(32)</sup>〈以下、「昭和50年判決」〉), それを越えて「専ら攻撃する意思」をもって対抗した場合には、防衛意思が否定される余地があるとされる(最高裁昭和60年9月12日第一小法廷判決<sup>(33)</sup>〈以下、「昭和60年判決」〉)。

2) ところで、昭和52年決定の射程を考える上で検討しておく必要のあるのは、同決定に関する香城敏磨調査官の解説である。同解説で示された内容が判例理論そのものではないとしても、その後の実務への影響度を考えると無視できない。これを分析すると、昭和52年決定は、後述する侵害回避義務論とは別の理論的志向性を持ちつつも、侵害回避に関する要素を完全に排斥していないことが示唆される。

まず、香城解説は、正当防衛の趣旨について、「正当防衛が官憲に対して法的保護を求める余裕のない場合に許される緊急行為」と指摘した上で、これを「極端に重視するならば、侵害が予期され、これにより官憲に対して法的保護を求める余裕が生じた場合には、急迫性の要件が失われると解することも可能であろう。」と指摘していた。しかし、「そうになると、侵害が予期される場合には、当然に侵害からの回避・逃避が義務づけられることになり、被侵害者の社会生活上の自由が不当に妨げられる結果となる。」として、回避・退避義務については否定的な評価を示していた<sup>(35)</sup>。

同解説が、「単なる予期」のみで回避義務を課すことを否定しているのは明白である。他方で、前記の下線部の点を反対に推し進めて、「行為者が侵害を十分に予期し、行為者が生活上の不利益を受けることなく侵害を容易に回避できる場合に、侵害回避を義務づける」という理論を展開することも可能であったが、そのような理論的可能性も模索されていない。検討されているのは、侵害予期+積極的加害意思による急迫性制限の理論である。具体的には、攻撃の意思および行為の積極性が強い3つの類型<sup>(36)</sup>に当てはまる場合には、「本人の加害行為は、その意思が相手からの

---

(32) 最判昭和50年11月28日刑集29巻10号983頁。

(33) 最判昭和60年9月12日刑集39巻6号275頁。

(34) 香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度』(1980年)235頁。

(35) 同上241頁。

(36) 第1類型は、相手方の侵害を予期し、その機会に積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害の臨み、機先を制して相手に攻撃を開始した場合であり、第2類型は、相手の侵害を予期し、その機会に積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨み、相手と同時に攻撃を開始した場合、そして第3類型は、相手の侵害を予期し、その機会に積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨み、相手から先に攻撃を加えられてこれに反撃した場合としている(同上243頁)。

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」のであり、「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」として急迫性が否定される理路が示されている。<sup>(37)</sup>つまり、同解説では、対抗行為それ自体の性質から正当防衛として保護に値するかを検討しているのである。これは、侵害回避義務論とは別ルート of 理論とみるのが素直である。実際、香城判事が関与した暴力団抗争事件に関する大阪高裁昭和56年1月20日第七刑事部判決は、積極的加害意思に触れる事なく、客観的事実から急迫性を否定する理論を展開し、判断のポイントも対抗行為自体の性質に置かれている。

「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せ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。」(下線部筆者)

この理論に対しては、急迫性の問題と言うよりは、「防衛行為性」が欠けるとした方が適切ではないかとの疑問が生じるが<sup>(39)</sup>、その点は措くとしても、留意する必要があるのは、被告人の対抗行為の評価要素である。すなわち、

「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い

(37) 同上247～248頁。

(38) 大阪高判昭和56年1月20日判タ441号152頁。

(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編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集・第1巻』(1998年、成文堂)237頁(245頁)。

かつたと解するのが相当である。」

と判断され、侵害回避に関する事情も取込まれている点である。昭和52年決定で形式的には否定された侵害回避義務との関係はさだかではないものの、昭和52年決定後の下級審判例は、行為全般の事情として、公的機関への援助要請の容易性など、侵害回避に関する事情を考慮していたことは確認しておく必要がある<sup>(40)</sup>。

3) 先に示した平成20年決定では、行為者の主観を排除した判断枠組みが提示されたことから、予期を起点とした昭和52年決定の判断枠組みの意義が問題となるが、近時の最高裁平成29年4月26日第二小法廷決定<sup>(41)</sup>（以下、「平成29年決定」）は、侵害の予期を起点としながらも、行為者の主観の事情に拘らない姿勢を鮮明にしている。事案は、被告人がXから身に覚えのない因縁を付けられ、しかも呼び出しを受けたことから、包丁を準備して相手方の下に赴き（いわゆる出向型）、ハンマーで殴りかかってきた相手方の攻撃を防ぎつつ、包丁で刺殺したという事案である。

「(i) 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）、(ii) 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、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、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦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）、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況及び⑩その際の内容意思等を考慮し、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

---

(40) その他、行為全般の事情の考慮要素として、侵害回避に関わる事情について言及しているものとして、東京高判60年8月20日判時1183号163頁（被告人の逃走可能性に言及し、急迫性を否定）、大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁（暴力団関係者の抗争事件につき、予期された侵害に対し、これを避けるための公的救助・退避可能性に言及し、急迫性を否定）がある。

(41) 最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁。

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。」

「被告人は、Xの呼出しに応じて現場に赴けば、X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、X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、Xの待つ場所に出向き、X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Xに近づき、X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。」(整理番号筆者)

本決定は、正当防衛の趣旨について、上記(i)のように述べて正当防衛の例外性を強調していることから、正当防衛を含む自力救済に対する消極的な評価が看取される。<sup>(42)</sup>正当防衛を権利として構成する主張もあるが、<sup>(43)</sup>最高裁は、積極的な権利としては理解していないように思われる。また、本決定のいう「正当防衛の趣旨」というのは急迫性を制限する論拠を提供するものにすぎず、刑法36条のそれ以外の要件の解釈基準を直ちに導くものではないとして、「刑法36条の趣旨」を問題にするのは、やや大げさとの指摘もある。<sup>(44)</sup>たしかに、緊急状況の下における対抗行為の例外性を強調した直後に、「したがって」として急迫性の制限法理を展開していることから、直接的には急迫性に関わるものといえる。しかし、(i)の背後には、自力救済全般を原則的に禁止する現代法治国家における秩序維持志向が暗に読み取れる。<sup>(45)</sup>

---

(42) 佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判時2357・2358合併号(2018年)19頁(23頁)。

(43) 個人と国家の権限分配という視点から、正当防衛の「権利性」の検討を行うものとして、高橋則夫「正当防衛の規範論的構造－最高裁平成29年第二小法廷決定をめぐって－」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集・上巻』(2018年、成文堂)195頁参照。

(44) 橋爪隆「正当防衛論の課題」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂)155頁(159頁)。

(45) 正当防衛の趣旨は、かつての調査官解説において、度々指摘されている。たとえば、昭和52年決定の解説は、「正当防衛が官憲に対して法的保護を求める余裕のない場合に許される緊急行為」(香城・前掲注(34)241頁)とし、さらに昭和60年判決の解説は、より具体的に、「正当防衛は、緊急避難(及び自救行為)と共に緊急行為と呼ばれるところ、そもそも、緊急行為は、法による本来の保護を受ける余裕のない緊急の場合において、すなわち、法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行ういとまがない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、このような場合以外にまで私人に広く緊急行為を許すことは、かえって法秩序を害

そして、本決定は、侵害の予期がある場合には、(ii)の「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況」を基に急迫性を判断するとしていることから、平穏な秩序に反する事情を大幅に取り込む余地を示しており、秩序維持志向を鮮明にしている。その意味では、昭和23年判決および昭和23年大法廷判決以来の「法律秩序に反するものである限り」正当防衛を認めないという基本姿勢に変更はない。

対抗者の不正な行為が先行する事案では、平成20年決定が示した簡素な基準に依拠して相互闘争性の判断が可能である。しかし、そのような明白な不正行為がない場合には、相互闘争性の判断は容易ではない。そこで、侵害を予期していたという事情に着目した緊急性の欠如という理論構成に意味が出てくる。ただ本決定は、昭和52年決定が展開した積極的加害意思論を前面に押し出しておらず、むしろ客観的諸事情を重視する方向へとシフトしている<sup>(46)</sup>。この点については、前記の下級審の動向も反映していると思われる。提示された事情は、おおむね予期に関する要素(②③⑧)、侵害回避に関わるもの(④～⑥)、対抗行為の準備と実際の客観的・主観的状況に関わるもの(⑦⑨⑩)に整理できる。本決定で示された要素は多い上、それらの相互関係も不明確という面もあるが<sup>(47)</sup>、予期という主観的事情を起点としつつも客観的な諸事情を重視する姿勢を示した意味で、昭和52年決定の意義は相対化され、急迫性を否定するためには積極的加害意思の存在は必須ではなく、急迫性は、より包括的な枠組みの下で判断されると思われる<sup>(48)</sup>。そして、本決定は、先の平成20年決定とは異なり、予期を起点とした判断枠組みを示していることから、判例は当面、この2つの判断枠組みを併用して正当防衛の制限を図るとと思われる<sup>(49)</sup>。

---

するおそれがあるのであって、法的救済方法が一応完備している近代国家においては、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度にとどめなければならない(傍点筆者)(安廣・前掲注(31)148頁)と指摘していた。同「正当防衛・過剰防衛」法教387号(2012年)14頁も参照。なお、これに対する批判として、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年)97頁(111～112頁)、同「現代刑法の理論と実務―第5回 正当防衛の正当性」法セミ763号(2018年)91頁(94頁)を参照。

(46) 中尾佳久「判批」ジュリ1510号(2017年)107頁(109頁)。

(47) 高橋直哉「正当防衛状況の判断」法教453号(2018年)10頁(13頁)。

(48) 小林憲太郎「自招侵害論の行方―平成29年決定は何がしたかったのか」判時2336号(2017年)142頁(144頁)、照沼亮介「侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法36条の急迫性の判断方法」法教445号(2017年)48頁等。

(49) 高橋・前掲注(47)13頁、佐伯・前掲注(42)21頁等。なお、橋爪隆「判批」ジュリ1391号(2009年)159頁(162頁)は、平成20年決定の評釈において、この方向性を指摘している。

### 3 侵害回避義務論について

このように、平成29年決定は判例理論の底流にある秩序維持志向を鮮明にしている。その中で注目に値するのは、急迫性の判断に際し、侵害の予期に関わる事情だけでなく、侵害回避に関わる事情(④～⑥)が挙げられていることである。前記のように、実務では、従前から侵害回避の容易性、可能性が考慮されており、本決定の調査官解説も、本決定が侵害回避(退避)義務論そのものを採用したものではないとしつつ、「侵害回避義務論の基本的な視点、すなわち、行為者が侵害を十分に予期している場合、行為者が生活上の不利益を受けることなく侵害を容易に回避できるにもかかわらず正当防衛の成立を認めてよいかとの問題提起は、常識的で合理的」として、「昭和23年判例の枠組みからすれば、侵害を予期した段階における侵害回避の容易性を、行為全般の状況の一事情として考慮することは、むしろ当然」と指摘している<sup>(50)</sup>。

しかし、昭和52年決定は、「刑法三六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」とし、香城解説でも回避義務論とは別異の方向性が示されていた。侵害の回避に関する事情を考慮するということは、侵害の回避が可能な時点でそれを回避する別の措置を講じることを義務づけることに繋がる。そうすると、昭和52年決定の基本的態度と侵害の回避に関わる事情を考慮することは両立するののかという疑問が生じる<sup>(51)</sup>。この点に関する調査官解説は、昭和52年決定について、「侵害が予期されたとしてもその侵害を避けるべき義務が直ちに課されるものではない旨を示したものと解され、侵害を予期した段階における侵害回避の容易性を急迫性判断の考慮要素とすることを否定するものではなく、高裁判例も侵害を予期した段階における侵害回避の可能性を他の事情とともに検討するという流れにあるように思われる。」<sup>(52)</sup>としているが、「直ちに」回避義務が課されないとしても、侵害回避の容易性を考慮する帰結として回避義務に繋がることは自明の理であろう<sup>(53)</sup>。

侵害回避義務論は、「侵害者の法益とはいえ、侵害しないに越したことはない」

---

(50) 中尾・前掲注(2) 483～484頁。

(51) なお、「侵害現在時」において、他に取り得る方法があったか否かは、相当性の問題であるとする昭和46年判決との関係では、ひとまず矛盾はない。

(52) 中尾・前掲注(2) 484頁。

(53) 橋田久「判解」『重要判例解説平成29年度』154頁(155頁)は、「間接的ながらいわゆる侵害回避義務を課している。」としている。

という侵害回避の法思想，優越的利益原理と繋がっている。特に前者については，判例の秩序維持志向と符合する面があり，侵害回避に向けた解釈論を展開しやすい法状況にある。この志向は，我が国の法状況に照らせば，尊重に値するものと言えるが，他方で，これにより正当防衛の自然権としての意義が没却されはしないかという懸念も生じる。また，本決定では，回避義務論の中核的要素である「生活上の不利益」の実体については直接言及されていないことから，その点について分析している侵害回避義務論について検討する必要がある<sup>(55)</sup>。

## (1) 佐藤文哉説<sup>(56)</sup>

### 1) 概要

佐藤文哉は，正当防衛を緊急状況下において利益を調整する法理として捉え，違法性阻却の根拠を正当な優越的利益の保護で説明する立場に依拠する。そして，利益衝突の起こる正当防衛状況が生じること自体，法秩序の好まないところであるとして（以下，「法秩序安定アプローチ」という。），正当防衛状況の前後を通じて，その退避・回避可能性を考慮する解釈論を展開した<sup>(57)</sup>。それらを考慮すべき場面は，①正当防衛状況の現出前の段階では，急迫性との関係で回避可能性が考慮され，②正当防衛状況の現出後においては，(i) 防衛行為性，および(ii) 防衛行為の相当性との関係で退避可能性が考慮されている。②の局面では，挑発があった場合などの例外的な場合を除き，侵害から退避する義務はないという限度では，法確証の利益も認めてよいとするが，①の局面で，侵害の予期がある場合には，法確証の原理は働かないとする。この意味で，正当防衛状況の前後で，妥当する法思想の棲み分けを図っているといえるが，退避・回避可能性を考慮する背後には，常に前記の法秩序安定アプローチが見受けられ，これが正当防衛状況の前後を通底する指導原理として機能している。

まず，①の局面では，法秩序安定アプローチが前面に出され，回避可能性の考慮を越えて，回避義務が肯定される局面が示されている。侵害の予期により回避義務

---

(54) 川端博『正当防衛権の再生』（1998年，成文堂）8頁は，正当防衛の「自然権」としての側面と「緊急権」としての側面を指摘する。

(55) 最近の分析として，坂下陽輔「防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（一）」法学82巻3号（2018年）1頁以下がある。

(56) 佐藤・前掲注（39）237頁。

(57) 佐藤・同上240頁以下。なお，検討の対象は，生命または身体を害する場合に限定されていることに留意する必要がある。

を課すことは、被侵害者の生活上の利益が制約されてしまうとして、回避義務を否定する香城解説の基本姿勢が確認されているが、確実に予期された侵害を避けたいというに止まらず、将来の侵害を受けて立つことにより、被侵害者において正当防衛状況を作り出した場合には、更に立ち入った考察を必要とするとしている。具体的には、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、予期した侵害場所に向かう場合（出向型）と予期した侵害を待ち受ける場合（待機型）には、正当防衛状況を作ってはならない侵害回避義務があるとす。これらの場合、行為者の意思内容は、侵害があれば反撃する意思で足り、住居などにいる場合を除き、積極的加害意思までは必要ではないとし、行為者側において「生活上の利益」がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行くような場合は、回避義務違反になるとする<sup>(58)</sup>。その上で出向型と待機型とで「生活上の自由・利益」の制約の有無が検討されている<sup>(59)</sup>。

また、自ら侵害を誘発する場合は、前記の二類型より更に強く、自ら緊急事態を招いたものであり、また挑発することに正当な利益がある場合は考えられないとして、侵害が予想された範囲内にある限り、急迫性を否定してよいとする<sup>(60)</sup>。逆に、挑発されてこれに応じた場合も、原則として、侵害の回避義務が肯定される<sup>(61)</sup>。

これに対して、②の(i)の局面では、一般的には退避義務は要求できないが、防衛行為の内容面では制約を課してよいとする。これは、前記の法秩序安定アプローチが指導原理として機能しているからだと思われる。その結果、通常は「防衛の程度を越えた行為」のうち、質的過剰として過剰防衛になる行為であっても、「安全確実な退避が可能であるため過剰行為に至らない防衛行為によっても法益を確実に

---

(58) 同上242～243頁。

(59) 具体的には、出向型の場合は、一定の場合（反撃する意思があってもその機会に相手方を諫めるとか、仲直りするとかの目的がある場合、約束の履行等別の用件がある場合、帰宅途中で待ち伏せされている虞があるが通常の道順で帰宅する場合）以外は、生活上の自由が制約されないとして回避義務を認めている。また、待機型の場合も、何らの負担なく侵害の予期される場所から移動できるときは、同様に扱ってよいとする。しかし、侵害の予期される場所に留まることに生活上の利益が伴うことが多いとして、自宅や勤務時間中のオフィス、集会中の会場などの場所で侵害があれば反撃する意思だけで留まっている限りにおいては、回避義務は生じないが、可能であるのに公の救助を求めることもなく、積極的加害意思をもって留まる場合には、それらの場所を私的闘争の場として利用するのであり、正当な利益とはいえないので、回避義務を認めて良いとする（同上243頁）。

(60) 同上245頁。

(61) 同上245～246頁。

守ることができる場合には、質的過剰行為は、防衛の『程度』を越えたというようなものではなく、もともと防衛のためには不必要」であり、「侵害者と被侵害者の利益の優越性という観点からみると、侵害者は、不正な侵害を加えようとしているものではあるが、過剰な対抗措置を受けないという利益の限度では法的に保護されているとみてよい」として、過剰防衛にもならないとしている<sup>(62)</sup>。また、(i)で防衛行為性が否定される以外は、(ii)の局面として防衛行為の相当性の考慮要素として、退避可能性が考慮される<sup>(63)</sup>。

## 2) 評価

本見解は、実務家に受入れられ<sup>(64)</sup>、侵害回避義務論を促進する原動力になった。また、法確証の原理が妥当する領域とそれが妥当しない領域の棲み分けを図っている点で正当防衛論に転換をもたらした重要な主張である。侵害の回避義務は、事前に「不正の侵害を感じている者」に課すことを想定されている。このような属性を備えた者は、その後<sup>(65)</sup>に現実化した侵害も予め想定された事態であって緊急性に欠くはずだとして、対抗行為を制限する法理を展開することは可能である。これは一種の「合理的人間像」を前提とした判断枠組みと解しうる。この局面では、事前に予期された侵害にあえて臨む対抗者に対し、「正は不正に譲歩せず。」との主張を認めることについては異論があろうし、判定者からは、かかるスローガンには有意性がなく、「有り難くない」ということにもなる<sup>(65)</sup>。また、佐藤説は、判例が直接言及して

---

(62) 同上249頁。

(63) 同上254頁。

(64) たとえば、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察－最二小判平成9年6月16日を題材に」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』（2006年、判例タイムズ社）59頁（80頁）は、「正は不正に譲らず」との格言から、具体的な判断基準を見出すことは困難とし、「正当防衛を緊急状況下において衝突する法益の調整原理としてとらえ、被侵害者に退避義務はないことを原則的に承認した上で、例外的に被侵害者の退避義務が認められる場合を正面から検討しようとする侵害回避義務論のアプローチは実務的にも有益」とする。また、栃木力「正当防衛における急迫性」『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）83頁も参照。

(65) 遠藤・同上80頁は、「『正は不正に譲らず』といっても、不正な侵害の危険を感じている者にとっては、それほど有り難いスローガンではないのかもしれない。従前の議論は、正当防衛状況が生じた場面だけを切り取って議論していたものであり、正当防衛状況が生じる以前は事実上退避義務を課し、正当防衛状況が生じると突然退避義務がなくなるといった法律構成は、法益侵害の危険が量的に増加し、最終的に正当防衛状況が生じるという正当防衛の現実的状况に必ずしも対応したものとは言い難い」のであり、「退避義務論は正当防衛状況が生じる前後を通じ、量的変化として議論することを可能とする点においても、優れているものといえよう。」

いない「生活上の利益・自由」の実体を正面から検討している点でも、香城解説で否定されていた侵害回避について、根拠を付して理論的方向性を示した点でも重要である。たしかに、対抗者が確実に侵害を予期しながら、それが予期される場に出向いたり待機したりする場合、「君子危うきに近寄らず」といった観点から見れば、「望ましくない行動だ」という評価は可能である。また、後述（Ⅲ・3（3）3）のように、出向行為自体、不正の侵害を誘発する危険性を帯びる場合があることから、そのような行為の反価値判断には説得力があることは否定できない。

しかし、この見解に対する根本的な疑問は、侵害者の不正性に対する考慮が薄く、法秩序安定アプローチを背景にして、対抗者が本来負担していない秩序維持の義務を負わされる結果となることである。対抗者の行動は、自ら侵害を招致・誘発したり、凶器準備集合罪（208条の2）を構成したりするのでない限り、基本的に違法な振る舞いではない<sup>(66)</sup>。また、侵害を惹起し、あるいは惹起しようとするに関するあらゆる負担（侵害の除去・回復等）を負うべき主体は侵害者である。にも拘らず、佐藤説は、その点に配慮することなく、出向型と待機型とで生活上の利益の有無を検討し、ある目的での出向・待機には生活上の利益・価値があり、別の目的にはかかる利益・価値がないと判定している。そのような判定は、秩序維持を担う「判定者」から見た一方的な価値判断に過ぎないように思われる。事実それ自体には価値は備わっておらず、一定の指導原理を持った体系の存在によって価値・反価値性が付与されるべきである。とりわけ個人の行動に対する価値判定をする場合には合理的な基準が必要になるが、明確な基準を捨象して行動の「価値」を決めることは、恣意的になるおそれがあり、終わりのない価値序列の論争を引き起こすように思われる<sup>(67)</sup>。また、佐藤説は、②の（i）の局面でも過大な法秩序維持志向が現われている。通常は質的過剰として過剰防衛の範疇に属する行為であっても、事後的に不必要な行為として過剰防衛すら認めないという結論は、「被侵害者の法益であっても、極力侵害しないに越したことはない」というレベルを超えて、「対抗者において不正の侵害者の法益を保護すること」まで要求するに等しいのではないか。これは、対抗者には酷な考え方であり、指導原理として機能している法秩序安定アプローチ

---

とするが（傍点筆者）、傍点部分を「判定者」と読み替えれば、文意がはっきりするようになる。

(66) 塩見淳『刑法の道しるべ』（2015年、有斐閣）51頁参照。

(67) これについては、三代川邦夫「正当防衛の海域」立教法学97号（2018年）184頁（164頁）参照。

の過度な適用場面といえよう。

## (2) 佐伯仁志説<sup>(68)</sup>

### 1) 概要

佐伯仁志は、そもそも法確証の原理を正当防衛の根拠とすることを否定し、被侵害者側の利益（行きたい場所に行く利益、その場に留まる利益）のみならず、侵害者側の利益をも判断要素として、退避・回避義務の有無を分析する。その際、生命に危険の高い防衛行為（致命的威力を用いた防衛行為）とそうでない防衛行為とで正当防衛の成立要件を区別するアメリカ法の知見を参照し、前者の場合は、安全に退避する等、他に侵害を避ける方法がない場合に限って正当防衛を認めるという指針を示す。そして、①侵害の予期がある場合と②ない場合（あるいは予期していても回避義務がない場合）に分けて退避・回避義務を分析する解釈論を展開している<sup>(69)</sup>。まず、①の局面では、確実な侵害の予期を前提として、その侵害から身を守るために相手の生命に対する危険の高い防衛行為が必要になることを認識している場合には、侵害の回避義務が肯定される。この際の被侵害者の利益であるが、住居や職場に適法に居る者についても、侵害に対して生命に危険の高い反撃が必要なことが予想される場合には、侵害を回避する（住居や職場から退避するか、官憲の救助を求める）義務を課すべきとする。一方、そのような危険の高くない防衛行為については、侵害を回避することに特段の負担がない場合に限って侵害の回避義務が肯定され、回避義務に違反した場合は、急迫性、あるいは防衛行為性が否定されるとする<sup>(70)</sup>。

これに対して、②の局面では、安全確実に退避できるのであれば生命に対する危険の高い防衛行為は行使できず、被侵害者は侵害から退避しなければならないが、かかる危険の高くない防衛行為については、現場に滞留する行為それ自体に要保護性が認められない場合に限って退避義務を負うとする。そして、退避義務に違反した場合の効果としては、過剰防衛の減免根拠である責任減少の観点から、過剰防衛を認める方が妥当とする<sup>(71)</sup>。

---

(68) 佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』88頁。

(69) 同上101頁以下。

(70) 同上104～105頁。

(71) 同上105～106頁。

## 2) 評価

佐伯説は、侵害をもたらした被侵害者の利益でも価値あるものとして扱う前提の下、被侵害者の対抗行為で保全される利益と対抗することで失われる利益を衡量して正当防衛の限界を図ろうとしている。優越的利益原理を最も徹底した見解といえる。しかし、佐藤説と同様、侵害者が本来負うべき負担を侵害者が負わされているという根本的疑問は解消されず、むしろそれを促進すらしている見解である。これについて受け入れ難い立場の場合には、出発点から相容れないと思われる。

また、佐伯説は、「正は不正に譲歩せず」というスローガン自体に否定的だが、「不正の侵害を事前に察していない者」にとっては、「正は不正に譲らず」というスローガンは無意味とはいえない。論者は、②の場合でも、一律に退避義務を課すことはないと反論するであろう。しかし、佐伯説の場合、①、②いずれの局面においても、基本的に人命尊重の考えが機能しており、侵害現時においても不正の侵害者の法益に配慮することを要求するかのような響き・印象が付きまとう。本来、侵害回避義務論は、侵害の確実な予期という事態を契機として、例外的に侵害に先行する事情を考慮して正当防衛の制限を図る理論だったはずである。現に佐藤説は、建前上は正当防衛状況の前後で妥当する法思想の棲み分けを行っていた。しかし、佐伯説では、そのような棲み分けすら否定され、回避・退避可能性が正当防衛状況前後を通じて常に考慮されることから、典型的な正当防衛を躊躇させるような影響を及ぼすのではなからうか。「不正の侵害を事前に察していない者」は、文字通り、突然、緊急状況に陥ったのであり、通常、退避可能性についてまで考える心理的ゆとりがないが、退避可能性がある限り、被侵害者に退避のプレッシャーをかけてしまうおそれがある。この印象は「幻影」かもしれないが、筆者としては、少なくとも、「不正の侵害を事前に察していない者」をこのような幻影に怯えさせるべきではないと考える。むしろ、かかる者には、躊躇することなく侵害に対峙することを許容すべきであり、その限度では、「正は不正に譲らず。」というスローガンに積極的な意義を認めるべきである。

### (3) 橋爪隆説

#### 1) 概要

橋爪隆は、①優越的利益原理、②正当防衛の緊急行為性、③正当防衛状況の特殊性（緊急避難との相違点）という3つの指導原理に基づいて、正当防衛の正当化の範囲を合理的かつ可視的に画することができるとする。<sup>(72)</sup>

①の優越的利益原理とは、功利主義的な観点から、複数の利益が衝突し、かつ両者ともに擁護することが不可能な状況において、より要保護性の高い利益を保護するために、それに劣後する利益の侵害を正当化する原理であるが、正当防衛も同原理に基づく違法性阻却事由として位置づけることが可能だとする。もっとも、「利益衝突状態が現実化する前に、被侵害者が正当な利益を犠牲にすることなく、その現実化を容易に回避し得た場合には、本来ならば現実化すべきではない利益衝突が生じたにすぎず、それを解消するための法益侵害行為を正当化すべきではない。」とし、それを優越的利益原理の外在的制約とする。

次に、②については、正当防衛が国家による実力独占の例外として認められているのは、「被侵害利益の重大性、実力行使の濫用の危険の軽微性、事後的な公的救済を義務づける必要性の存否などの事情を考慮した結果、私人の即座の実力行使を許容するだけの状況が存在しているから」であり、逆をいえば、「権利が不正に侵害されていても、公的救済の確実性・迅速性、被侵害利益の大小などの具体的事情にかんがみれば、権利者に当面の不利益を一時的に受忍させつつ、国家機関による正規の救済方法を採用することが義務づけられる場合もありうる。」として、このような場合には侵害の急迫性が否定され、これを正当防衛の緊急行為性に基づく限界とする。

さらに、③の正当防衛状況の特殊性は、「『現場に滞留する利益』それ自体が防衛利益に加算されている点」に求められる。かかる利益を保護する必要があるため、被侵害者は退避義務を負わないのであり、この利益には、生命・身体に比肩するような重要な価値が認められるため、この利益の加算によって、被侵害者の利益の侵害者に対する原則的優位性を説明することができるとする。

以上の指導原理の下、正当防衛状況現出前の「回避」義務に関する理路は、以下のように説明される。被侵害者が事前に不正の侵害を十分に予期しており、かつ特段の負担なく侵害を事前に回避できる場合には、その侵害は事前に解消すべきものであるから、それが現実化したとしても、侵害は急迫なものとは評価されず、対抗行為について正当防衛・過剰防衛の成立可能性が排除される。その典型例は、「相手の侵害を予期しつつ、正当な理由なく挑発的言動を行う場合」であるが、「積極的な挑発行為の存在が不可欠なわけではない」として、「侵害が予想される現場に赴いたり、あるいは、そこから退避しなかったことも、侵害回避義務違反として評

---

(72) 橋爪隆『正当防衛権の基礎』(2007年、有斐閣) 346頁以下。

価される可能性がある」とする。そしてかかる義務の検討においては、①侵害に対する対応措置を講じうる程度に十分に具体化された侵害の予期が認められるか、また、②被侵害者が正当な利益を犠牲にすることなく侵害を回避できたか、という観点からの検討が必要となる。②については複数の選択肢がありうるが、「少なくとも1つでも被侵害者に要求しうる選択肢が存在する場合には、侵害回避義務が認められ、その結果、現実化した侵害について急迫性が否定される」とする。検討の手順は、「まず、いかなる方法によって侵害の回避が可能であったかを想定し、それが行為者にとって特段の負担を意味しないか」という順序となる。被侵害者が侵害回避措置を講じたとしても、侵害を確実に回避できたことが明らかでない場合には、侵害回避義務は生じない。その他、侵害が切迫していても、なおその急迫性が否定される場合として、「私人による即座の権利実現行為を許容すべきではなく、むしろ、法定の手続による事後的な権利救済を優先させるべき状況」<sup>(73)</sup>がある。

正当防衛状況現出後の「退避」義務に関する理路は、以下のようである。「現場に滞留する利益」を防衛行為に加算することによって、正当防衛行為と緊急避難行為との相違点の説明が可能になる。かかる利益には生命・身体に比肩すべき利益性を認めるべきであり、その加算によって、被侵害者の利益の侵害者の利益に対する優越性を根拠付けることができ、同時に現場からの退避行為が義務づけられないことになる。他方、「現場に滞留する利益」に何ら要保護性が認められない場合には、正当防衛の独自性が否定され、対抗行為の正当化の範囲は、緊急避難と同様の範囲に縮減される。具体的には、①現場に滞留すること自体が他人の利益の侵害と評価されうる場合、②もっぱら他人の利益を侵害する目的で現場に滞留している場合である。<sup>(74)</sup>これらの場合、正当化の範囲が緊急避難の範囲に縮減されるというのだから、退避可能性があれば退避義務が生じるということであろう。

## 2) 評価

対抗行為により発生した法益侵害は、たとえ正当化される場合であっても、「望ましくない損失であることには変わりはない」という点に重きを置けば、対抗行為それ自体には積極的評価はなされない。優越的利益の観点から、「被侵害利益より保全利益が勝っている」ことを示すために、対抗行為に加算し得る利益を見出すこ

---

(73) 同上348～351頁。なお、①の予期については、現実の予期ではなく、後に予見可能性があれば足りると改説された（橋爪・前掲注(49)163頁）。

(74) 同上352～353頁。なお、橋爪隆「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」法教416号（2015年）79（84頁）では、被侵害者の優越性の説明において、「滞留する利益」への言及はなくなっている。

とになる。「その場に滞留する利益」などがある場合、あるいは事前に侵害を回避し得ない状況で対抗行為に臨み、侵害者に比してさしあたって対抗者にマイナスがない場合には、「被侵害利益より保全利益が勝っている」として正当化が許容される。これに反し、侵害を容易に回避出来たにも拘らず、そうせずに侵害に臨み、「望ましくない損失」を惹起した対抗者は、思慮が足りなかったとして正当化は許容されない。このような考えは、対抗行為に先行する不作為犯・過失犯に類似する侵害回避義務違反をもって正当化の恩恵を付与しないものである。<sup>(75)</sup>

この見解は、正当防衛、緊急避難ともに優越的利益原理に依拠して、対抗者の優越的地位と正当防衛状況の特殊性を説明するために、「滞留利益」に着目している。しかし、対抗者の優越的地位は、「滞留利益」なるものの加算で説明すべきものであろうか。これでは、正当防衛と緊急避難の差異が量的なものとなり、不正な侵害に対する正当なる反撃としての正当防衛の意義が矮小化されてしまうのではないかという疑問が生じる。<sup>(76)</sup>また、佐藤説の検討で指摘したように、本来不正の侵害者が負うべき侵害回避・除去の負担を、「特段の負担がない」、「滞留利益がない」という理由で、何故に被侵害者に転嫁しうるのかという疑問も解消しない。<sup>(77)</sup>

また、橋爪説は、回避義務の有無を論じる際、不作為犯、過失犯との類似性を指摘しているが、通常の故意不作為犯の場合とは異なった様相を呈しているように思われる。故意不作為犯の場合、学説の有力説に依拠すれば、問責対象行為は不作為であるものの、それに先行する行態・危険創出行為、支配の設定といった事實的・作爲的要素に着目する。いわば「作爲的要素を伴う不作為」を問題とし、先行事情は不作為の処罰限定的機能を有している。不作為自体では、作爲と不作為との等置が困難との認識が背景にあると思われる。これに対し、侵害回避義務論においては、問責対象行為である対抗行為（作爲）に先行する不作為を問題とする。いわば、「不作為を伴う作爲」の違法性判断において、行為全体の事情の一要素として先行する

---

(75) 過失犯や不作為犯との類似性については、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上巻』231頁（250頁注（34））。なお、論者は、侵害回避措置の前提として厳密な回避可能性を認定することにより、侵害回避義務が課される範囲の限定を図っている。しかし、侵害回避のための選択肢が1つでもあれば回避を義務付け得るとの指針を採る以上、その限定効果は疑わしい。

(76) 山口・前掲注（1）322頁。

(77) この点について、橋爪・前掲注（44）173頁は、「利益衝突状況を解消するためには『正』の被侵害者が一定の負担を負う可能性もある」という「前提」から出発するからだとし、「政策的判断」への言及もあるが、問題はその前提の導き方であろう。

不作為を加算的に評価しているのである。前述のように、侵害回避義務論で義務違反とされる行為は、必ずしも法的な作為義務の裏付けがあるわけではない。違法性判断が、問責対象行為そのものの評価に尽きないとしても、合理的な限定を設けない限り、対抗行為以前の必ずしも違法と言えない振る舞いが、質的に違法行為に転化され、対抗行為の不法がかさ上げ評価されることにもなるのではなかろうか。

#### 4 正当防衛に関する基本的視座

(1) 侵害回避義務論は、対抗者(被侵害者)Aにおいて侵害者Bからの侵害の予期があることを前提に、Aが生活上の不利益を受けることなく侵害を容易に回避できる場合には、同人に侵害回避義務を課そうとする。ここでは、Aにおいて侵害を回避すべき契機を見出すべしとして、A側の生活上の利益・価値(佐藤説)、滞留利益(橋爪説)といったものに着目した議論が展開されているが、対抗者側の事情に偏重した議論のように思われる。また、この理論は、A側の予期を必須としてその利益分析に偏重している故に、AとBの相互闘争状態を評価すべき類型ではあまり有効に機能しないように思われる。そこで、正当防衛の本質とABの相互関係を踏まえた理論を提示する必要があると考える。なお、正当防衛の本質を巡っては種々の立場があるが、<sup>(78)</sup>それらを網羅的に検討することは避け、筆者の基本的立場を示しておく。

(2) 構成要件該当性段階における結果帰属(因果関係)の判断は、例えば自殺のように、生じた結果が被害者自身によって直接実現されたのでない限り、原則として、被害者以外の行為者(実行行為者)と法益侵害との間の必然関係が問題とされる。この判断過程においては、実行行為者(A)と被害者(B)が異なることが当然の前提になっており、正当防衛が問題となる事案においても同様である。そして構成要件該当性が認められたAの行為および結果には、形式的違法性が推定される。正当防衛の要件が充足された場合、刑法36条1項は、あくまでAの行為を評価する側面から、行為者を「罰しない」としている。これまでは、推定された違法性が阻却される理由付けとして、自己保存、法確証の原理等の本質論が主張されてきた。このことは十分理解できるものである。しかし、この分析も、対抗者側の視点に偏重している。正当防衛が不正の侵害者と対抗者との相関関係を問題とする以上、侵害者であるBの立場から見た結果の帰属関係にも目を向ける必要があるように思わ

---

(78) これについては、三代川・前掲注(67)172頁以下で詳細な検討がなされている。

れる。

まず、Aの行為に先行するBの現在の不正な侵害、あるいはその切迫性（以下、これらをあわせて単に「不正な侵害」とする）の存在を前提に、Aの側から見れば、正当防衛は、次のように説明し得る。Aは、突然、Bからいわれのない不正の侵害を受けた。Bの行為は、社会生活において相互に他者を尊重し合い、他者の利益を侵害しないという他害行為禁止の原則に違反している。Bの法益は、この不正性によって法の保護の「埒外」にあるとまでは断定できないものの、いわれのない侵害を受けたAとの関係（さらにBの侵害からAを防衛しようとする第三者Cとの関係）において、その要保護性が減少しているというべきである。Bの他害行為性を論拠に、「防衛に必要な限度で」Bの法益を「ゼロ」とすることもできるが、この「ゼロ」評価として、「防衛に必要な限度で」という留保付きであり、「法外制」(outlawry)における「法外人」を認めるものではない。いずれにせよ、Bの法益はAに劣後し、Aが優越的な立場にあることが確認できる<sup>(80)</sup>。もっとも、それだけではAが反撃に及ぶことは直ちに正当化されず、国家がAの法益を守りたいとまがないことを示す「急迫」という緊急状況性が必要になる。このように、侵害の「不正性」と「急迫性」が、Aの反撃行為を正当化する根拠になる。

これに対して、①不正の侵害者であり、かつ②Aの反撃を受けたB側に着目した説明は、どうなるであろうか。従前は②の側面について、侵害者の「負担」において利益衝突の解消が図られるべき<sup>(81)</sup>、他害行為の結果として被侵害者からの対抗行為を「甘受」しなければならないといった説明が散発的になされていた。「負担」<sup>(82)</sup>、「甘受」という表現は本質を突いたものであるが、やや具体性に欠く。しかし、近時は、①に着目して、不正な侵害者が侵害回避・解消義務を負うとの説明が見られる<sup>(83)</sup>

---

(79) 日高・前掲注(13) 230頁は、「法益権衡の観点から言えば、防衛状況下においては、正当防衛に必要な限度において侵害者側の法益は、いわば『ゼロ』と評価される」とする。

(80) 山口・前掲注(1) 320頁は、正当防衛は「権利行為」として、「正当防衛は、不正・不法な侵害と正当な権利とが対立する場面において、正当な権利に優越的な地位を認め、それを保護するものとして認められているのである。」とし、さらに、「退避義務の不存在の原則を確認することがまずもって大切であるといえよう。」とする。山口厚「回避・退避義務再論」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2016年、成文堂) 137～138頁も参照。

(81) 山口厚『刑法総論 [第2版]』(2007年、有斐閣) 114頁（なお、第3版(2016年)ではこの記述はなくなっている）。

(82) 三代川・前掲注(67) 140頁。

(83) 同上146頁以下、坂下・前掲注(55) 21頁（同「正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）」）

ようになった。侵害回避義務論では、不正の侵害者ではない対抗者に回避義務を課すといったややアンバランスな議論がなされていたのに対し、不正な侵害者が自身に起因する侵害を除去・解消すべき義務を負うとする点は、納得のできる主張である。もっとも、①の観点と②の観点を有機的に総合する説明がやや足りないように思われる。そこで、これらの知見を参照しつつ、より踏み込んだ考察をする必要がある。

前記のように、36条1項は、あくまで対抗者Aの行為を評価する側面から規定されているが、Aの対抗行為に先行するBの不正な侵害の存在に着目すれば、次のような説明が可能である。すなわち、侵害者Bは、他害行為禁止の原則を破っていることから、自身に由来する侵害を除去する義務を負う。それにも拘らず侵害の除去をせず、逆にAから正当な反撃を受けた場合、Bが被った結果は、実際はAの手で実現されたものの、自業自得、因果応報の結果であり、法的評価としてはB自身に帰属されるべきものである。Bは、Aにとっていわれなき緊急状況を作出したが故に、Aから反撃を受けた（自らに攻撃が返ってきた）のであり、Bが被った結果は、Bの不正な侵害に由来する「反作用的」あるいは「自己回帰的」な結果である<sup>(84)</sup>。ならば、Aの実行行為とBに生じた結果との間で見出した帰属関係は、むしろAの実行行為に先行する「Bの不正な侵害行為」と「Bに生じた結果」との間の自己回帰的な帰属関係として把握されるべきである。実質的には、結果帰属関係の「組み替え」を見出し得るといえよう<sup>(85)</sup>。Bの侵害行為は、Aを介して自らに回帰したものであり、Bはそれを一身に背負わねばならない。そのため、Bに生じた結果は、Aとの関係（さらにBの侵害からAを防衛した第三者Cとの関係）では、法的に無視し得るものとなる<sup>(86)</sup>。

---

～(五)」法学論叢177巻4号〈2015年〉33頁、同6号38頁、178巻2号79頁、同3号25頁、同5号〈2016年〉69頁も参照)等。

(84) 「自己答責的」という表現もあり得るが、「有責的」に引き起こした侵害のみを意味すると受け取られる可能性がある。周知のように、正当防衛の正当化の前提である「不正の侵害」は有責である必要はないので、あくまで客観的な不正に由来することを含意させるために、「反作用」、「自己回帰」という表現をとった。

(85) このように表現すると、構成要件該当性段階に戻って因果関係判断をやり直すかのような印象を与えるかもしれないが、そうではない。この「組み替え」は、因果関係段階で考慮されるよりはるかに複雑な36条1項の要件を充たした上で可能となる法的評価であるからである。

(86) やや異なる説明だが、坂下・前掲注(55)21頁は、「自己答責性」(その用語法につき、同35頁註(84)参照)の観点から、不正の侵害者の侵害除去義務を導き出し、「正当防衛は、侵害者

(3) 問責対象行為として対抗者Aの行為を抽出し、その正当化の限界を図る局面においては、侵害者Bとの相互関係を踏まえた解釈論を展開すべきである。Aから見て、Bの侵害が不正かつ一方的なものである場合、侵害除去はBが負担すべきものであり、その反面、Aには、Bの不正性故に優越的な地位が認められ、緊急状況下において防衛に必要な限度で反撃行為が許容される。その帰結として、Bは、自己回帰的な結果を一身に引き受けなければならない。この場合、基本的には、Aの対抗行為を制限することはできない。これに対して、Aが不正な暴行でBの不正な侵害を誘発・作出するなどした場合は、他害行為を惹き起こしているため、Aには侵害の不正性と緊急性を背景とした優越的な地位を主張する資格がないというべきである。その帰結として、Aの対抗行為の結果は、Bの自己回帰的な結果とはいえないことから、Bに一身に背負わせるべきではない。このような場合には、Aの行為の正当化は制限されるのである。<sup>(87)</sup>

もっとも、以上の視点は、抽象的な指導原理に留まるものであり、正当防衛の要件論や具体的な事案を想定した認定論への反映は不十分である。そこで、次に、正当防衛の具体的な判断プロセスに反映した検討をすることとする。

### Ⅲ 正当防衛制限の具体的判断プロセス

#### 1 「正当防衛状況性」について－実体法上の効果に着目した要件の整序

(1) 急迫性は、正当防衛を認めるための「<sup>(88)</sup> 関門的要件」などと表されてきた。昭和52年決定および平成29年決定では、対抗行為に先行する事情による正当防衛の制限について、この要件との関係で判断枠組みが提示されたが、平成20年決定では、

---

の侵害除去義務を対抗行為者が代わりに行使しているだけ」としている。

(87) 塩見・前掲注(10)119, 159頁は、近世の喧嘩両成敗法の適用に関し、①「宿意の喧嘩」(両成敗の処理はなされず、防衛者において攻撃者から遺恨を抱かれることに相応の理由のある場合は、防衛者のみが処罰)と②「当座の喧嘩」(喧嘩両成敗法適用)とに区別する法制史家の分析を基にして、刑法学の下においては、①は当事者の間にもともと紛争が実質的に存在していた場合に、②はそのような紛争が存在していない場合として捉え直すことができるとする。そして、①の場合には、「狭い意味での喧嘩」、すなわち、「実質的に存在する紛争に『防衛』者の側も相応の責を負う場合」にあたるとして、正当防衛の成立が否定されるとの解釈が可能とする。防衛者が相応の責を負うということが、過去の遺恨そのものとの関係を示すとすれば妥当ではないが、「対抗行為に先行する不正の侵害に影響を与えたことの責」を示すのであれば、基本的な発想は共有しうる。

(88) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法2巻〔第3版〕』(2016年、青林書院)588頁〔堀籠幸男＝中山隆夫〕。

「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」（正当防衛状況）が問題とされている。しかし、いずれにせよ、これらが満たされない場合には、「正当防衛はもとより過剰防衛も認められない」という実体法上の効果（以下、「本効果」という。）が生じる。もっとも、本効果が生じるのは、これらだけではない。36条に照らして示せば、

- ①（対抗者にとって）急迫性なし
- ②（相手方による）不正の侵害なし
- ③（客観的に）防衛のための行為といえない（防衛行為の態を為していない）
- ④ 防衛の意思がない

という客観的状況と主観的状況があり、①ないし④のうちのひとつでも欠ければ本効果を導く点では同じである。他方で、防衛行為の相当性がない場合は、行為が過剰であり過剰防衛に止まる。<sup>(89)</sup>また、必ずしも、個々の要件論を展開していない昭和23年大法院判決の全体的観察、平成20年決定の「正当防衛状況性」の判断は、本効果に着目した総合判断として理解しうる。現実の裁判では、およそ正当防衛に馴染まないような事実関係においても正当防衛の主張をするものも見られるが、効果面に着目すれば、事案に応じて否定しやすい要件から判断すれば足りることにもなる。

ただ、要件が欠ける場合の効果が同じだとしても、④を中心に正当防衛の制限を図ることには限界がある。違法性の実質に関する根本的な価値観の対立問題はさておき、違法性阻却の当否を決する以上、行為者の主観面という不安定な要素を基軸とした判断は控えるべきであろう。また、防衛の意思を要求するのが判例だとして、昭和46年判決、昭和50年判決以降、内容が希薄化されている現状にあっては、これにより正当防衛が制限される事態は極めて限られている。<sup>(90)</sup>そうすると、客観的状況を中心に正当防衛の制限の限界を検討することになる。さらに、判断プロセスを明確化すれば、実際の立証活動にも資するものと考えられる。

（2）正当防衛の有無の立証活動の観点から示せば、次のようになろう。すなわち、

---

(89) 佐伯・前掲注(42) 20頁は、本効果が生じる要件を「正当防衛性要件」とし、防衛行為の相当性を「行為の正当防衛性」として整理している。

(90) 安廣・前掲注(31) 142頁は、「急迫不正の侵害（正当防衛状況）が認められる場合（あるいは、この要件を欠くとは認められない場合）に、防衛意思を欠くという理由により、正当防衛のみならず過剰防衛の成立をも否定しうるのは、極めて例外的な場合に限られるということになるであろう。」と指摘している。

被告人A側が相手方Bの「不正の侵害」の存在を主張し、検察官もそれを否定し難いとするならば、検察官は、Bの不正の侵害に先行する事情のうち、被告人Aの正当防衛を制限しうる事実を立証していくことになる。これを端的な主張として示すならば、実務では、「Bの侵害に対するAの対抗行為も喧嘩闘争の一部に過ぎない。」、 「Bの侵害は、Aが自ら招いたもの（自招侵害）であって、反撃として許容される状況になかった。」、 「Bの侵害はAの予期に基づく予定された事態であり、Aはそれをあえて受け入れて現場に臨んでおり、急迫性（緊急性）を欠く」、などと表現される。これらの検察官の立証活動は、「正当防衛状況になかったと認めるに足る事情」の立証活動である。検察官が、かかる事情の立証ができなければ、Aの対抗行為の正当化が現実味を帯びることになる。この場合は、せいぜい過剰防衛の余地が残るに過ぎない。

逆に、上記の点について検察官の立証が奏功した場合は、Bの不正の侵害の存在にも拘らず、Aの対抗行為を正当化することはできない。この場合、生じた結果は、Bが一身に引き受けるべき自己回帰的な結果とはいえ、36条の個々の要件との紐付けはともかく、「正当防衛はもとより、過剰防衛すら認められない」という法的効果が生じる。

## 2 現在の、あるいは切迫した不正の侵害の有無

(1) 正当防衛の場合、構成要件該当行為に付与される形式違法性を実質的違法性の観点から阻却する判断過程であることから、問責対象行為に近い事情から判断するのが効率的である。「急迫性」には、法益の侵害が現に存在していること（侵害の現在性）と侵害が間近に迫っていること（侵害の切迫性）が含まれるが（昭和46年判決）、まずは対抗者Aの問責対象行為（対抗行為）に先行するBの「現在の不正の侵害」の有無が問題となる。次に、侵害が現在していなくとも、まさに侵害が顕在化しようとしている切迫した事態があれば、Aが対抗し得る時間的範囲は拡張される。昭和46年判決に先行する判例は、侵害の急迫性とは「法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したこと」と定義づけている<sup>(91)</sup>。このような事態の有無は、事実認定の問題であり、しばしば事実審において判断が分かれることがあるが、行為当時にBが侵害に及ぶような緊迫した事態であったかの問題であることから、基本的には、AとBとの関係、直前の対峙状況等の客観的な事実の

(91) 最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁。

評価が重要となろう。また、このような局面では、「侵害の継続性」が問題とされることも多く、<sup>(92)</sup> 侵害の始期と終期の判断基準が問題となる。<sup>(93)</sup>

(2) Bの現在の不正の侵害が認められない場合、あるいはその切迫性が認められない場合は、「急迫不正の侵害」がない、あるいはそれに対する防衛行為としての外形をおよそ備えていない（「防衛するため」とはいえない）として、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」とはいえない。この場合、Aの誤信の問題があるに過ぎず、極めて例外的に、誤想防衛、誤想過剰防衛が問題になるに過ぎない。侵害の現在性、その切迫性が問題となった事案で、これらが否定された事案があるが、誤想防衛等も簡略に否定されるのが通常である。<sup>(95)</sup>

逆に、これらの事態が認められる場合は、客観的には対抗者Aの法益を侵害し得る事態は存在することになる。しかも、Aから見てBの侵害が一方的なものである場合、後述する対抗行為に先行する「特段の事情」がない限り、Aは、Bの不正性故に優越的な地位が認められ、緊急状況下において防衛に必要な限度の反撃行為が許容される。<sup>(96)</sup> この場合、少なくとも、個人の自己保存・自衛権を十分に尊重すること、および「正（対抗者A）は不正（侵害者B）に譲歩せず。」という基本姿勢が確認されるべきである。他方、Bは、Aの防衛行為の相当性が充たされる限度で、反撃による自己回帰的な結果を一身に引き受けなければならない。問題は、正当防衛を制限する「特段の事情」の中身である。

### 3 対抗行為に先行する事情による制限

前記2の事態が認められる場合であっても、A自身がBの不正の侵害を誘発する

---

(92) 侵害の継続性の判断に関する代表的判例として、最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁がある。

(93) これについては、遠藤・前掲注(64)59頁以下、山田雄大「刑法36条における侵害の始期と時間的切迫性について」法学政治学論究103号(2014年)199頁以下を参照。

(94) ここには、①Bの侵害自体が存在しない場合の他、②Bの行為がそれに先行するAの不正な侵害に対する正当防衛である場合（東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁、近時の例として、佐賀地判平成25年9月17日公刊物未登載〈LEX/DB25503819〉）が含まれる。

(95) 最近の事案として、広島地判平成24年8月1日公刊物未登載（LEX/DB25482531）、那覇地判平成30年4月9日公刊物未登載（LEX/DB25560223）等がある。

(96) 不正の侵害の有無が問題となり、侵害が肯定された後、特にそれ以上の先行情事を検討していない近時の事案として、①東京高判平成30年3月30日公刊物未登載〈LEX/DB2560316：正当防衛を肯定した原審を維持〉、②東京高判平成31年2月8日公刊物未登載〈LEX/DB25562999〉：原審を破棄して過剰防衛）がある。

などしてBの不正性を根拠とした優越的な地位を主張する資格がなかったり、Aにとって緊急性に欠けたりといった事情があり、Bに発生した結果につき、Bの自己回帰的結果として一身に背負わせることが相当でない事案の場合には、Aの対抗行為について、なお正当防衛の成立が制限される余地がある。この局面は、判例の動向で検討した複数の類型を包含し得るが、究極的には、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる客観的状況にない」という規範的判断に統合し得る。具体的には、次の3つの類型が考えられる。

### (1) 択一的な原因の特定ができない状態で相互闘争が開始される類型

この類型は、関与者A・Bが共同惹起的に相互闘争を行なうものであり、いずれもいわれのない侵害を受けたとは言えず、一方に生じた結果もその者のみが一身に背負うべきものでもない。そこで、相互闘争行為を全体的に観察することを示した昭和23年大法廷判決が想起されるが、これに対しては、「喧嘩闘争」という観念それ自体には、正当防衛を制限する機能がないとの指摘もある<sup>(97)</sup>。他方で、同判決における喧嘩闘争の観念的な把握は刑法学の視点からも支持できるとする見解もある<sup>(98)</sup>。筆者としては、相互闘争行為に対する否定的評価は、今日においても基本的には妥当するものであるから、喧嘩闘争の「性質」に着目し、相互闘争状態を概括的に把握する同判決の趣旨は、なお残すべきと考える。ただ、全体的観察の指針は示すべきであろう。これについては、Aの問責対象行為に先行するABの行動全体を観察し、ABの行為が時間的・場所的に連続する一連一体の相互闘争関係にある場合は、相互に不正な攻防をくり返すに過ぎない。この攻防が均衡関係にある限り、相互に「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」とは言えまい。相互闘争が殴る蹴るなどの暴行・傷害行為の場合が典型であろう<sup>(99)</sup>。もっとも、このような全体的観察にも拘らず、Bが均衡を失する過大な侵害に出た場合には、部分的に見てAの

(97) 松宮・前掲注(45)「正当防衛の正当性」98頁。

(98) 塩見・前掲注(10)119頁。

(99) このような場合、問責対象行為であるAの行為は、もちろん正当防衛が成立しない不正な行為であるが、相手方Bも相互闘争者の一方であることから、Aの行為のみを問責対象行為とすることはバランスを失することが多いであろう。喧嘩闘争事例で起訴される問責対象行為の多くが、致死事案であることには理由があるように思われる。なお、いわゆる「決闘罪に関する件」として、決闘および決闘への関与行為を処罰する法律(明治22年法律第34号)は依然効力を有しており、平成以降でも適用事例が散見される。同法律が適用される場合、相互闘争者は、共に処罰され得る。

反撃が許容される場合があり得ると考える。

## (2) 対抗者の先行行為によって招致された侵害に対抗する類型

AのBに対する優越的地位は、元来、Bの一方的な不正の侵害に由来する。しかし、Bの侵害が、不正ではあるもののBの一方的なものではなく、Aの先行行為によって作出された場合には、Aの優越的地位は認められないというべきである。その反面、BがAの対抗行為で受けた結果は、Bが一身に背負うべきものでもない。この類型の場合、侵害の作出関係の把握上、Aの主観的要素は重要ではなく、Aが客観的にBの侵害を惹起している関係が重要であることから、基本的に、平成20年決定の判断枠組みは有用と思われる。同決定は、(i)侵害者Bの攻撃は、対抗者A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、(ii)A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、(iii)Bの攻撃がAの前記暴行の程度を大きく超えるものでない、という事実関係の下、Aの対抗行為が正当防衛として認められないというものであった。この判断枠組みは、前記(1)の判断枠組みに類するものであり、あえて独立の判断枠組みとする必要性がないとも思えるが、Aの先行行為によりいわば相互闘争状態が開始されたことを容易に判断し得るとすれば、典型的な自招侵害類型を把握する判断枠組みとして、有用であると考えられる。

この判断枠組みに従う場合、(ii)の自招行為(先行行為)の内実が問題となる。平成20年決定では(ii)で「不正の行為」としていることから、同決定の射程としては違法行為に限定されようが、その種類は問題となりうる。暴行、傷害、脅迫、侮辱罪等のようにそれ自体犯罪を構成する場合は、いずれも「不正な行為」であろうが、脅迫や侮辱程度に止まる場合は射程外とするのが一般である<sup>(101)</sup>。他方、不正ではあるが、犯罪行為とは言えない行為も想定し得る。ここで重要なのは、AがBの不正な侵害を客観的に招致する関係性であることから、Aの行為がBの不正な侵害

---

(100) 山口・前掲注(1)318頁、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』(2012年、法曹会)404頁(438頁)は、平成20年決定の判断枠組みの射程は、違法行為に限定される旨指摘する。

(101) 山口・前掲注(1)318頁、三浦・同上438頁。

(102) 的場=川本・前掲注(27)112頁は、犯罪行為以外として、実行の着手以前の状態(けん銃を懐中から取り出したり、手にした短刀のさやを払うなど)に達した場合、公然侮辱にまで至らない嘲笑、面罵や喧嘩闘争への挑発、誘導などを挙げる。その他、脅迫罪で捕捉できない第三者脅迫なども含まれ得よう。

を誘発する危険性を内包しているかどうかが決定的と考える。そうすると、平成20年決定の判断枠組みを包摂するより上位の判断枠組みとしては、先行行為を暴行に限定する必要はなく、Bの侵害行為を誘発する高度の危険性があるかどうかという基準を設定し、それをもって相互闘争性の起点として肯定し得ると考える<sup>(103)</sup>。もっとも、相互闘争性の起点とする以上は、先行行為は故意行為に限定すべきであり、過失行為は射程外とすべきある。その他、(i)は、平成20年決定の判断枠組みを特に変更する必要はない。また、(iii)は、全体的観察の限界要件として機能し、Bの侵害の程度が、Aの先行行為で通常誘発し得る程度を逸脱した過大なものである場合には、なおAの防衛行為は許容されると考える。

### (3) 侵害が予期されるなどの事情から緊急状況性が欠ける類型

1) 前記(2)の類型は、侵害を誘発・作出する性質のある客観的な先行行為がある場合であるが、それが認められない場合は、類型(2)と同様の理由で正当防衛を制限することは困難である。あり得る制限法理は、従前、判例が予期類型として形成してきた行為類型である。正当防衛の制限の可否について、侵害者Bと対抗者Aの相互関係に着目する私見においても、「急迫性」は侵害者側の物理的事情に止まるものではなく、AがBによる侵害を確実に予期していれば、Aにとって緊急とはいえず「急迫性」が欠けるとするのは不自然ではない。したがって、「緊急状況性」の観点から、正当防衛を制限する余地はあると考える。問題は、平成29年決定で示された判断枠組みをどこまで許容するかである。平成20年決定をベースとした制限法理の適用場面は限定的であるが、平成29年決定の検討で指摘したように、判例の予期類型は、より包括的な判断枠組みとして機能しうる。しかし、私見としては、Bの不正の侵害を作出する明白な先行行為が見出せない場合には、正当防衛の制限は、より限定的であるべきと考える。ここでは秩序維持志向の過大な流入を制限すべきである。

2) 不正の侵害の存在にも拘らず、対抗者にとって侵害者の侵害が緊急でないというためには、確実な予期が必須というべきである。問題は、Aが現実に予期している必要があるか否かと予期の程度である。近時は、行為者の現実の予期までは不要であり、予期することが出来たという客観的状况に着目する見解<sup>(104)</sup>もある。たしか

(103) そうすると、相手の報復を招来する暴行行為はもとより、挑発行為(挑発防衛)も含まれる。もっとも、後者は、予期類型とも重なりうる(井田・前掲注(6)16~17頁)。

(104) 橋爪・前掲注(49)163頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実践 - 平成29年決定を踏まえて -」

に、侵害の予期といっても、純粹に行為者の主観的事情に留まるものではなく、客観的事情による裏付けが必要になる。平成29年決定で示された急迫性に関わる事情は、ほぼ時系列で示されているだけで、整序されたものではない。「事案に応じ」とあるように、事案に即して種々の組み合わせが可能であるが、恣意的にならないよう一定の合理的な判断プロセスを示す必要がある。基本的には、前記2で確認した不正の侵害を出発点として、未だ侵害が切迫する前の時点において、その侵害を必然とする程度の結びつきの有無を具体的に認定すべきである。

実際の侵害行為（事情⑧）と行為者自身が予期した内容、程度（平成29年決定の事情②、③）が一致するのであれば、予期の程度は確実であり、かつ必然的な事態であったといえよう。そして、仮に殺傷力のある凶器を持参の上（事情⑦）、あえて現場に赴き、致死的方法でかかる凶器を用いた場合には、緊急状況性が欠けると判断することは可能と思われる<sup>(105)</sup>。

これに対し、たとえ行為者が相手方の侵害を予期していたとしても、実際の侵害行為と行為者が予期した侵害の内容・程度に齟齬がある場合や、ある時点で侵害を予期していたものの、途中で事情の変更があるような場合には、上記とは異なり、緊急性を否定するのは困難になる。その場合、ある時点で凶器を持っていたとしても、現実の侵害を必然とする結びつきに欠けることがあるというべきである。これに関連して参考になるのが、不正の侵害の存在を認めた上で、侵害の予期を否定して正当防衛を肯定した最高裁昭和59年1月30日第二小法廷判決<sup>(106)</sup>（以下、「昭和59年決定」）である。

事案は、次のようなものである。被告人は、Aと仕事上のことなどで反目し合い、その間柄は険悪化しつつあったが、寮近くの酒店で口論となった際、顔面を殴打されて前歯を折られるなどし、一旦帰寮したものの憤まんが収まらず、木刀を携えズボンの後ポケットに理髪用鋏を入れて寮二階ホールに赴き、Aと相對して難詰するに至った。しかし、声を聞きつけて来た同僚の説得に従い、①手にした木刀を同ホール壁際に置かれた下駄箱の裏側に投げ入れ、寮前庭に通じる階段を先に立って

---

『刑事法の理論と実務①』106頁（116頁）。

(105) もっとも、事実の価値は固定的ではないので、凶器の準備状況およびその使用状況については、急迫性だけではなく、「防衛行為性」に関わる事実として評価することも排除すべきではない。たとえば、極端に殺傷力の高い凶器を用いる予定があり、かつ実際の使用状況も躊躇のない致命的な態様で遂行されていれば、もはや防衛行為の態を為していない行為として、防衛行為性を否定するのである。

(106) 最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁。

下り始めたところ、②Aが、いきなり右下駄箱を倒して被告人の捨てた木刀を取り上げ、それを手にして追いかけて、寮前庭で被告人に右木刀で殴りかかった。そのため、被告人は、頭、足首等を殴打され、当初は逃げ回っていたものの、そのうち鉞を取り出してAに対し刺突行為に及び、同人に胸腔内や心臓に達する刺創等を負わせ、間もなく同人を死亡させた。

このような事実関係の下、被告人は、殺人罪等で起訴された。本判決では、侵害の予期+積極的加害意思という昭和52年決定の判断枠組みを前提に急迫性の判断がなされているが、第1審から最高裁にかけて、①の状況の評価と②の寮前庭の攻防の状況の評価が揺れ動いており、<sup>(107)</sup>侵害の予期の認定の困難さが窺われる事案でもある。この事案につき、最高裁は、次のように述べて急迫性はなお認められるとし、過剰防衛（傷害致死）の成立を認めた。

「被告人は、木刀を捨てて階段を下りた時点では、Aと話し合いをする積もりであり、同人もそれに応じるものと予期していたもので、Aが被告人の捨てた木刀を取上げ攻撃してくることは予想しなかつたと認めるのが相当である。たしかに、(ア) 被告人は当夜Aに対しかなり強い憤激の情を抱いていたことであり、被告人が木刀を手にして寮二階ホールでAに相対し同人を難詰した時点までをとらえるならば、(イ) それまでのいきさつからしても、被告人はAと喧嘩になることを予期しそのため木刀を手にしていたと推認することはあながち無理とはいえない。しかしながら、その後Bが仲裁に入り、同人から喧嘩をしな

---

(107) 第1審（徳島地裁）は、①の時点では、被告人はAと穏やかに話し合いができると考えていたと認めるのが相当であり、また②については、被告人はAの攻撃を受け防戦一方であったとし、Aが木刀で殴りかかってくることは被告人にとって予想しえない出来事であったとして、急迫不正の侵害を肯定して正当防衛の成立を認め、被告人を無罪とした。これに対して、控訴審は、上記①と②の状況につき第1審判決とは異なる認定をした上で、急迫不正の侵害を否定して殺人罪の成立を認めている。まず、①は、話し合いをするについてAが進んで申出をしたり納得した様子は認められず、ただ仲裁に入った同僚の勧めに従って被告人が木刀を捨て、Aも握っていた被告人の手を離し両者が離れることになったものであり、②については、被告人がAの攻撃を受けて防戦一方であったわけではなく、被告人が立ってAに組みつき対抗した状況があり、被告人はAからの攻撃に対して劣勢を挽回し積極的に攻撃を加えた事実が認められる、とした。その上で、控訴審（高松高裁）は、「当夜のいきさつ等からして当時抑え難い憤激の情を抱いていたと推測される被告人とAとの間で話し合いが行われる状況にはなかったこと、被告人が予め鉞を用意していたこと、被告人のAに対する攻撃は激しいものであったことなどの理由から、被告人はAと喧嘩になることを予期しその機会を利用して積極的に同人を加害する意思であつたと認められる」とした。

いよう説得されたことにより、Aは、話合いの明確な意思表示まではしなかつたものの、握っていた被告人の手を離し、一方、被告人は、(ウ) 手にしていた木刀を下駄箱の裏側に投げ入れたうえ、Aに向かつて『話合いをしようではないか。』といつて、先に立つて階段を下りているのであるから、この事実から合理的に推測するならば、木刀を捨てて階段を下りた時点では、被告人としてはAは話合いに応じるものと予期し、自らもその意図であることを積極的に示す態度に出たものと認めるのが自然である。(エ)もし右の時点で被告人がAとは話合いができずなお喧嘩になるものと予測していたのであるならば、空手の心得もあるAに腕力では到底かなわないと思つている被告人が、対抗すべき有力な武器である木刀を捨てることは、いかにも不自然である。また、原判決も肯認するとおり、(オ)被告人はAから攻撃を受けるや直ちに鋏で応戦することなく、当初はAの攻撃を避けて逃げ回り、さらに鋏を取り出した後も最初の段階では、それを振り回すなどしてAを威嚇する行動に出ていたに過ぎないのであるから、これら一連の行動からすれば、原判決のように被告人は当初から木刀を捨てても喧嘩に際しては隠し持った鋏で対抗しようと思つていたと見ることは、相当でない。さらに原判決は、被告人が喧嘩を予期していたことを推認せしめる事由として、(カ)被告人が予め鋏を用意し隠し持っていたこと、被告人のAに対する攻撃の態様、すなわち刺突行為は胸腔内や心臓に達するほどの相当強力なものであり、しかもそれは木刀が折れてAの攻撃力が減じた後になされたと考えられることを挙げるのであるが、原判決がその判文中に引用する被告人の検察官に対する供述調書……の記載によつても、(キ)鋏は必ずしもAとの喧嘩に備えて用意したものといえるものではなく、また、Aに対する応戦行為は防衛の意思に憤激の情が加わつて激しくなつたものとも考えられるから、原判決の挙げる右各事由は、いずれも被告人がAとの喧嘩を予期していたことを裏付けるものということとはできない。従つて、Aの木刀による攻撃は被告人の予期しなかつたことであつて、それは被告人に対する急迫不正の侵害というべきであり、この点において、原判決が、被告人はAの攻撃を予期しており、その機会に積極的に同人を加害する意思であつたもので、Aの攻撃は侵害の急迫性に欠けるとしたのは、事実を誤認したものといわざるをえない。]  
(下線・整理番号筆者)

最高裁が考慮している事情は、行為者と相手方との従前の関係、いきさつ(ア、イが相当)、対抗行為直前の行為者の行動が喧嘩を予定したものとして自然か否か

(ウ、エが相当)、行為者が侵害に臨んだ状況(オが相当)、凶器の準備状況、使用状況(カ、キが相当)などであり、ウ、エ以外の事情は、平成29年決定が示した客観的事情とも重なるものである。同決定は、ア、イの事情から、被告人がAと喧嘩になることを予期したと推認し得るとしつつも、持っていた木刀を捨て、話し合いに応じるかの発言をするなどのウの事実から、喧嘩を予期していたとしたら採り得ない行動だと状況の変化を読み取り(エ)、侵害に臨んだ以降のオ、カ、キの事実を間接事実として、被告人は、Aの木刀による攻撃を予期していなかったと認定している。この事案のポイントは、前記①の時点での事情の変更を適切にくみ取ることであったと思われる。最高裁が指摘するウ、エの事情により、被告人は喧嘩ではなく話し合いの余地を残していたのであり、たとえ凶器と成り得る鋏を持っていたとしても、侵害を受け入れてそれに臨んだとは言い難いのである。

このように、昭和59年判決の判断は相当慎重なものであり、現実の侵害を必然的とする程度の確実な予期がなかったと判断したものである<sup>(108)</sup>。近時の学説が主張するように、客観的事情を中心に予期の有無を認定する場合、ある種の可能性判断が加わることから、それをもって「予期の可能性」と称することも出来ようが、緊急状況性を否定するストッパーは厳格にすべきであるから、予期の程度は確実・十分なものを要求すべきと考える。

3) 問題は、侵害回避に関する事情の扱いである。侵害回避義務論は、行為者の予期を前提に、事前の回避可能性を正面から取り上げ、回避可能な事情があり生活上の利益の制約がない限り、対抗者の侵害回避義務を認め、それに反して侵害に臨んだ場合には、急迫性の要件を否定する。この議論では、主として、侵害が予期される場所への出向行為などの反価値判断がなされ、一定の説得力を持っていることは否定できない。対抗行為に先行する時点において、対抗者が格別の負担や有意的な行動の制約を受けることなく、侵害が回避できる事態が存在することもまた事実である。しかし、典型的な場面はさておき、人間の行動の価値を判定することは、本来困難を伴う。前記Ⅲ・3で検討したように、生活上の利益の価値判断が、明確な基準を欠く状態でなされる限り、この手法は肯定できない。しかし、無用な価値序列論争を引き起こさない合理的な基準の提示が可能であれば、侵害回避義務論の

---

(108) 松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度』(1988年、法曹会)33頁(45、46頁)は、昭和52年決定で予定している予期は、「十分な予期、すなわち、相手の攻撃の内容を十分予想し且つその攻撃が確実なものと予期している場合を指している」とし、それらはできるだけ客観的に認定すべきとする。

知見を取り入れることも可能と考える<sup>(109)</sup>。刑法の「結果倫理的構想」の観点からは、<sup>(110)</sup>多義的な行動の価値を正面から判定するのではなく、あくまで「他害性」との関係を見据えるべきである。「他害行為」を作出・助長する関係が見出せる限度で、反価値判定が可能となると考える。

前記(2)の類型では、対抗者Aの先行行為が、Bの不正の侵害の作出に関与したことをもって、正当防衛の制限の余地が認められた。ここでは、Bの他害行為の作出にAが関与している関係が見出せる。これに対し明白な作出関係を見出すことができない本類型においては、対抗者AがBの侵害を予期しただけではなく、Bによる侵害発生の危険性を増幅させる行動に出ている限度で、Bの他害行為を助長する行動だとして反価値性の判定をすることが可能である。その際、侵害を予期しながら出向く行為や現場に待機する行為の有する危険性を具体的に検討すべきである<sup>(111)</sup>。Aの行動にBによる侵害を助長する内実が備わっているとはいえない場合には、Aの出向行為等を理由に対抗行為を制限すべきではない。また、現場に臨めば侵害を誘発する事実上の危険性があるとしても、そのような行為に及ぶ必要性や正当な理由を検討し、それがあれば、許された危険としてやはりAの対抗行為を制限することはできない。しかし、Aにおいて、確実にBから侵害を受けるであろう場所に、さしたる理由や必要性もなく出向き、侵害を助長する行動が見出せる場合には、許された危険行為とは言い難い。またAは、Bからの侵害をあえて受け入れたともいえるため、Bの侵害が予期された侵害に留まる限度では、対抗行為の緊急性を欠き、急迫性が否定される場合もあると考える。

なお、かかる行為をする理由や必要性の他、対抗者の余裕度を測る事情として、当該危険な行為とは別の行動に出ることの可能性（他行為可能性）も考慮せざるを

---

(109) 三代川・前掲注(67)164頁は、橋爪説に対し、「論者が前提としていると思しき、“法益衝突状態を作出する行為をした者は、法益衝突解消のための正当化事由を援用できない”という発想それ自体は、自然な発想」と指摘する。

(110) 日高・前掲注(13)13頁。

(111) 出向型の典型ともいえる平成29年決定の事案では、凶器を準備した上で侵害が予期される現場にあえて臨み、相手方の侵害を招致しているという点において、侵害発生の危険を増幅させていると評価できる。これに対し、侵害を予期して待機しているだけでは、原則として、侵害を惹き起こす危険性があるとはいえないだろう。なお、待機型である昭和52年決定の事案について、小林・前掲注(9)226頁は、「被告人らが、革マル派の人間を木刀や鉄パイプ等で滅多打ちすることにより、再度の襲撃のリスクを著しく高めたことが決定的だったのではなかろうか。」と指摘する。

得ない。これに関連して、裁判例では、公的機関への通報可能性が取り上げられることがあり、学説でもその当否が議論されているが<sup>(112)</sup>、あくまで1つの手段であり、回避手段として過大に評価すべきではないと考える。<sup>(113)</sup>

#### IV おわりに

以上、正当防衛の制限法理とその判断プロセスについて検討してきた。検討結果は、次のようである。

近代法治国家においては秩序維持の要請は強い(Ⅱ・1)。相互闘争関係に関する否定的姿勢を示した判例(昭和23年大法院判決)を基本として、客観的な相互闘争過程の把握から正当防衛を制限する動向(平成20年決定)や予期を起点として急迫性(緊急状況性)を否定する動向(平成29年決定)の中に、その要請は大いに反映している(Ⅱ・2)。とりわけ予期類型には、判例の秩序維持志向と親和的な侵害回避義務論の影響が見られ、対抗行為の正当化は、限定の傾向を強めている。たしかに、近代法治国家における秩序維持の要請は、十分に尊重すべきものではある。一般市民も、他害行為禁止の原則を相互に遵守する義務はある。しかし、正当防衛の局面においては、不正の侵害者の方がかかる原則に抵触(あるいは抵触しようとして)しているわけだから、侵害回避・除去についての基本的負担を負うのは、不正の侵害者というべきである。そのことは、正当防衛状況が現出する前後で変わらないはずである。侵害回避義務論は、対抗者側の分析に偏重しており、対抗者と侵害者の相互関係の分析が欠けていた。また「滞留利益」なるものを基軸とした分析手法への疑問も解消されなかった(Ⅱ・3)。そこで、本稿では、正当防衛の正当化の基礎付けとして、対抗者と侵害者の相互関係を分析し、対抗者が侵害者に優越する基本的視座を示した上で、対抗行為が制限される局面は、この基本視座を維持できない場合であるとの一般的指針を示した。その基本視座とは、「対抗者Aが侵害者Bからいわれのない侵害を受けた場合、Bが他害行為禁止の原則を破って不正かつ緊急性のある侵害を及ぼした故に、Aの優越的地位が認められる。その反面、Aの反撃により生じた侵害者の結果は、自己回帰的な結果としてBが一身に引き受けなければならず、Aとの関係では無視しうる。」というものである。そして、この基本的視座

---

(112) たとえば、山本和輝『正当防衛の基礎理論』(2018年、成文堂)229頁以下。

(113) 公的機関への通報可能性を過大に評価して、急迫性を否定した下級審裁判例(名古屋地岡崎支判平成29年10月27日公刊物未登載)に対する批判として、松宮・前掲注(45)「正当防衛における『急迫性』について」97頁以下。

が維持できないのは、抽象的にいえば、A自身がBの不正の侵害を誘発・作出するなどしてBの不正性を根拠とした優越的な地位を主張する資格がなかったり、Aにとって緊急性に欠けたりといった事情があり、Bに発生した結果を自己回帰の結果として一身に背負わせることが相当でない場合である(Ⅱ・4)。

このような指針のもと、何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況になく、「正当防衛はもとより過剰防衛も認められない」という実体法上の効果を見据えた効率的な判断プロセスについて提示した(Ⅲ・1)。具体的には、まずは、「現在の、あるいは切迫した不正な侵害」の有無に着目した判断手順を検討した(Ⅲ・2)。不正の侵害がなければ、正当防衛を論じる余地はなく、逆に不正の侵害がある場合には、対抗行為に先行する「特段の事情」がない限り、正当防衛は制限されない。問題は、その「特段の事情」の内容である(Ⅲ・3)。ここでは、対抗行為に先行する事情が考慮され、「全体的観察」が機能するが、

(1) 択一的な原因の特定ができない状態で相互闘争が開始される類型

(2) 対抗者の先行行為によって招致された侵害に対抗する類型

(3) 侵害が予期されるなどの事情から緊急状況性が欠ける類型

を抽出して、整序を図った。

類型(1)は、相互闘争性を把握する原則的視点を提示するものである。類型(2)は、客観的要素に特化して正当防衛を制限しうる局面を考察したものである。類型(2)では、対抗者の客観的な不正な行為を先行行為とする平成20年決定の判断枠組みが基本的に有用と考える。これに対して、類型(3)は、類型(2)のような明白な不正行為がない場合であるが、侵害の確実な予期を介して、緊急行為性が欠ける場合を検討した。侵害回避義務論では、対抗者の行動の価値を判断するといった手法がとられたが、そうではなく、不正の侵害発生への寄与度を測るものとして、対抗者の行動の「危険性」に着目すべきと考える。明白な違法行為と言えずとも、利益衝突状態を惹き起こす危険性のあるものに対しては反価値判断をすることが可能である。その反面、通報可能性などを過大に評価して、緊急行為性を否定することには慎重であるべきことを示した。

なお、以上の検討で示した類型(1)から(3)の分類は固定的なものではなく、より上位の判断枠組みへの統合の可能性を否定するものではないことを付言しておきたい。