

## 近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能

木崎 峻輔

### 第1 はじめに

### 第2 平成20年5月20日決定以後の裁判例

#### 1 問題の所在

#### 2 裁判例

- (1) 正当防衛状況の判断と急迫性の判断を区別していない裁判例
- (2) 正当防衛状況の判断と急迫性の判断を区別している裁判例

#### 3 検討

- (1) 正当防衛状況に関する裁判例の現状
- (2) 正当防衛状況の二義性
  - ア 「要件」としての正当防衛状況
  - イ 「争点」としての正当防衛状況

### 第3 近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能

#### 1 問題の所在

#### 2 裁判例における正当防衛状況の機能

- (1) 「要件」としての機能
- (2) 「争点」としての機能

#### 3 正当防衛状況に求められる役割

- (1) 「要件」としての役割
- (2) 「争点」としての役割
- (3) 今後の展望

### 第4 おわりに

## 第1 はじめに

最高裁平成20年5月20日決定（刑集62巻6号1786頁。以下、「平成20年決定」という。）は、相互闘争状況における正当防衛の成否について、従来の判例とは異なる新たな判断枠組みを示した。すなわち、相互闘争状況における正当防衛の成否についてのリーディングケースである最高裁昭和52年7月21日決定（刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。）は、「侵害の十分な予期」と「積極的加害意思」という、被侵害者の主観的事情を理由として、「侵害の急迫性」を否定したとされる<sup>1</sup>。これに対して、平成20年決定は、「違法な侵害招致行為」、「侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的近接性」、「侵害招致行為と侵害行為の緩やかな均衡」という客観的な事情を理由として、被告人の行為は、「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）」における反撃行為ではないとして、正当防衛の成立を否定したとされる<sup>2</sup>。このような平成20年決定の判示内容については、①侵害の予期を考慮せずに、客観的な事情のみを理由に被侵害者の正当防衛権を制限した、②侵害の急迫性を問題にしたのではなく、36条1項の要件の枠外で正当防衛権を制限した、③本決定の判断枠組みは自招侵害の場合にのみ用いられる、と理解するのが学説の一般的な傾向である<sup>3</sup>。

しかし、平成20年決定以後の、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になった下級審裁判例をみると、必ずしもこのような理解に従って正当防衛状況に関する判断を行っているとはいえない事例が散見される。例えば、侵害の急迫性が問題になっている中で正当防衛状況という文言が用いられている事例や、正当防衛状況が検討されている中で、侵害の予期などの行為者の主観的事情も考慮されている

---

1 香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和52年〕』（1980年、法曹会）246頁以下。

2 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）437頁以下。

3 このような見解として、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号（2009年）17頁、赤松亨太「判批」研修723号（2008年）26頁、橋爪隆「判批」ジュリスト1391号（2009年）161頁、照沼亮介「正当防衛と自招侵害—最高裁平成20年5月20日第二小法廷決定を素材として—」刑事法ジャーナル16号（2009年）18頁、明照博章「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相—法学部開設20周年記念論文集—』（2010年）369頁、三浦・前掲注（2）432-3頁、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（2014年、有斐閣）228頁、和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ1365号（2012年）58頁、川瀬雅彦「判批」慶応法学20号（2011年）305頁、橋田久「判批」法政論集244号（2012年）136頁以下、原口伸夫「自招の侵害」桐蔭法学20巻2号（2014年）28頁など。

事例などが存在する。他方、急迫性の判断と正当防衛状況の判断を明確に区別している事例や、積極的加害意思の判断と正当防衛状況の判断を区別して、正当防衛状況の判断として自招防衛の問題のみを検討している事例など、平成20年決定に対する学説の一般的な理解に従った判断を行っているように見える裁判例の存在も認められる。

このような近時の裁判例を概観すると、平成20年決定以後の裁判例においては、「正当防衛状況」という文言に2つの意義が生じているように思われる。すなわち、一方においては侵害の急迫性や侵害の予期の判断も含んだ、正当防衛権を基礎づける要件として「正当防衛状況」という文言が用いられており<sup>4</sup>、他方では、侵害の急迫性の問題とは区別して、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限のみを判断するために「正当防衛状況」という文言が用いられている<sup>5</sup>。たしかに、いずれも相互闘争状況における被害者の正当防衛権の有無を判断するために「正当防衛状況」という文言が用いられている点では違いはない。しかし、両者の「正当防衛状況」という文言の下で行われている判断の対象や、その内容は異なるものであり、現在の裁判例においては、「正当防衛状況」の意義が2つに分裂しているといえることができる。このように、ある文言の意義が、裁判例において確定されないうまま2つの意義で用いられていることは、正当防衛状況に関する争点整理やその存否の判断において混乱を招くおそれがある。そこで、裁判例における「正当防衛状況」という文言は、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題となる事例の処理において、どのような意義で用いられるべきかを明らかにして、その意義を確定する必要がある。

本稿は、このような問題意識に基づき、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になった裁判例における「正当防衛状況」という文言は、どのような意義で用いられるべきかについて検討を加えるものである。検討の方法としては、まず平成

---

4 正当防衛状況をこのように理解する見解として、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年、法曹会）26頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007年、有斐閣）348頁以下、和田ほか・前掲注（3）51頁、拙稿「正当防衛状況という判断基準について—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—（2・完）」早稲田大学大学院法研論集141号（2012年）72頁など。

5 本稿は、このような見解について、事案の処理における機能・役割という観点から検討を加えるものである。被害者の侵害招致行為を理由として正当防衛権を否定することの理論的な妥当性については、拙稿「自招防衛の処理について」早稲田大学大学院法研論集143号（2012年）101頁以下参照。

20年決定以後の相互闘争状況における正当防衛が問題になった下級審裁判例を検討し、これらの裁判例において「正当防衛状況」という文言がどのような意義で使われているか、すなわち正当防衛状況の判断としてどのような事実が考慮されており、また、正当防衛状況の判断が正当防衛の成否を決する上でどのような機能を有しているかを明らかにする。その上で、このような事案を処理するために正当防衛状況の判断に求められる役割に照らして、今後の裁判例においては、「正当防衛状況」という文言は、どのような意義を有するものとして用いられるべきかを明らかにする。

## 第 2 平成20年 5 月20日決定以後の裁判例

### 1 問題の所在

平成20年決定が出されてから約8年が経過し、その間に相互闘争状況における正当防衛の成否が問題となった下級審裁判例も相当数蓄積してきた<sup>6</sup>。これらの裁判例の中には、判決文の中で「正当防衛状況」及びこれと同義の文言を用いたものが少なからず存在する<sup>7</sup>。しかし、冒頭に述べたように、これらの裁判例における「正当防衛状況」の意義は一義的なものではなく、正当防衛状況の判断と急迫性の判断を区別していない事案が存在する一方で、両者を明確に区別している事案も存在する。

そこで、まずは「正当防衛状況」という文言はどのような意義で用いられるべきかを検討する前提として、平成20年決定以後の相互闘争状況における正当防衛が問題になった下級審裁判例を検討し、これらの裁判例における「正当防衛状況」という文言の実質的な内容や、その機能を明らかにする。

---

6 LEX/DB 判例データベースによると、平成20年決定以降の相互闘争状況において正当防衛が問題となった事例は44件存在する。

7 LEX/DB 判例データベースによると、判決文中で正当防衛状況、緊急性、緊急状況、緊急状態という文言が用いられた事例は26件存在する。

## 2 裁判例

### （1）正当防衛状況の判断と急迫性の判断を区別していない裁判例

#### ①東京地判平27・5・27（LEX/DB25540605）

##### ア 事案の概要

被告人は、東京都の区立勤労福祉会館の正面玄関右奥辺りで、段ボールで作った寢床に寝ていたが、Aらに因縁をつけられ、寢床として使っていた段ボールを移動させられるなどした。被告人は、Aらとのトラブルを避けるために、段ボールや全財産を入れていたビジネスバッグをまとめて立ち去ろうとしたが、その際Aに対して「今度は私も黙ってないよ」などと言った。これに対して、Aは「何をこら」と言い、被告人に駆け寄り、被告人の胸倉をつかんだところ、両者はつかみ合いになって、共にその場に倒れた。そしてAが、仰向けになった被告人の腰の辺りに乗り、上半身を被告人に覆い被せるような態勢で、被告人の顔面をげんこつで殴打するなどした。これに対して被告人は、ビジネスバッグのサイドポケットから取り出したナイフで、Aの側胸部及び胸背部を突き刺し、傷害を負わせた。

##### イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人の反撃行為に正当防衛又は過剰防衛が成立するかを判断するにあたって、被告人はAに対して「今度は私も黙ってないよ」と言ったことが認められるが、その言葉を見てもそれ自体挑発的なものとは認められないこと、そのときの被告人の心境に照らしても、Aらと暴力を伴うトラブルに発展する可能性を認識していたとまでは認められないこと、被告人が犯行に使用した刃物は、被告人の全財産を入れていたビジネスバッグのサイドポケットから取り出したものであり、被告人が何らかの暴行を予期して刃物を準備していたとも認められないこと、被告人がAとつかみ合いになった時点でとった行動は、Aからの暴行に対する抵抗の範囲内の行動と認められることを指摘した。そして、これらの事実を理由に、「本件は、互いに侵害を予期し、その機会を利用して相手を傷つけようとする典型的なけんか闘争とは認められず、Aの被告人に対する殴るなどの暴行については、被告人の予期していない差し迫った不正な暴行と見るほかない。」として、「被告人が、Aを刃物で突き刺した際には、被告人が反撃することが許される状況にあったことは否定できない。」と判示した。その上で、被告人の反撃行為はいずれも防衛の程度を超えたものであり、被告人の反撃行為には過剰防衛が成立するとした。

## ウ 検討

本判決は、偶発的に生じた相互闘争状況における正当防衛又は過剰防衛の成否について、裁判員裁判による判断がなされた事例である。本判決においては、被告人の反撃行為が「反撃することが許される状況」、すなわち正当防衛状況における行為であったことが認められている。この「反撃することが許される状況」という判決文の文言は、平成20年決定の「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」という文言とほとんど同じである。しかし、本判決が被告人の反撃行為を正当防衛状況における行為と認める上で行った判断は、平成20年決定においてなされた判断とは全く異なるものである。すなわち、本判決においては、正当防衛状況の存否を判断するに際して、被告人の侵害招致行為の態様のみならず、被告人の侵害の予期や、反撃に使用した武器の準備の態様という事情も考慮されている。前述のように、平成20年決定においては侵害の予期という被害者の主観的事情は考慮されていないと解するのが同決定に対する一般的な理解であるが、本判決においては、正当防衛状況を認定する上で、被告人が侵害の予期を有していなかったことが考慮されている。

その上で本判決は、被告人は当初から侵害を予期して反撃行為に用いた刃物を準備していたとは認められないことを指摘して、本件が「互いに侵害を予期し、その機会を利用して相手を傷つけようとする典型的なけんか闘争」の事案ではないとしているが、このような判示は、侵害の急迫性と積極的加害意思が問題にされる事例における判示と共通するものである。すなわち、積極的加害意思は行為者が反撃行為に及ぶ以前の段階における主観的事情であると一般的に解されているが<sup>8</sup>、その判断に際しては凶器の準備などの客観的事情が重要であるとされる<sup>9</sup>。また、積極的加

8 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—裁判例の総合的研究—(上)』(1992年、判例タイムズ社)264頁、同・前掲注(1)246-7頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(2013年、成文堂)268-9頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年、有斐閣)125頁、波床昌則「正当防衛における急迫不正の侵害」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院)81-2頁、莊子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思」司法研修所論集62号(1972年)52頁、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、法曹会)149頁など。もっとも、後述のように、積極的加害意思が本主に被害者の主観的事情であるかは、かなり疑わしいといえる。

9 香城・前掲注(8)283-4頁、中川博之「正当防衛の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(2015年、成文堂)141頁、栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村一郎編『刑事事実認定重要判例50選(上)〔第2版〕』(2013年、立花書房)79-80頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年、有斐閣)155頁、橋爪・前掲注(4)237頁。

害意思を理由に急迫性を否定した昭和52年決定は、「単に侵害を予期するにとどまらず、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」に侵害の急迫性は否定されるとしているが、「侵害の予期」及び「その機会の利用」という事情を考慮している点で、本判決の判示内容と共通するものである。そこで、本判決における正当防衛状況に関する判断は、積極的加害意思という文言こそ用いていないものの、実質的には積極的加害意思が認められないことを理由に侵害の急迫性を肯定するという判断を行ったものであると解することができる。すなわち本判決は、平成20年決定で判示された「正当防衛状況」の判断として、実質的には昭和52年決定の「積極的加害意思論」に関する判断を行っている事案であるといえる。

## ②東京高判平27・6・5（LEX/DB25540577）

### ア 事案の概要

被告人は、指定暴力団 A 会 b 一家の暴力団員 B に貸した金を返してもらおうとして、b 一家の本部事務所に電話をかけた。b 一家の暴力団員である A 及び C は、被告人が正月早々に本部事務所に電話をかけてきたことを聞いて腹を立て、被告人に対して電話で怒鳴ったところ、被告人は、A 及び C に対して、b 一家を軽んじるような発言や、「今から来い」という趣旨の発言をし、これに憤激した A 及び C は、B を呼び出して被告人方まで案内させ、被告人方敷地に車で乗り入れた。一方被告人は、A らとは別の暴力団に属する弟の D に対し、A らと電話で言い合いになり、A らが来るかもしれない旨を伝えたところ、D が被告人方に来ることになった。また被告人は、被告人方家屋内の勝手口付近に刃渡り20センチメートルのシーズナイフを準備しておいた。

A は車から降りると D に近づき、D の名字を確認すると、D の顔面及び頭部を殴打するなどの暴行を加え、うつ伏せに倒れた D の背を足で押さえた。また C は、被告人の顔面及び頭部を殴打するなどの暴行を加え、倒れた被告人をうつ伏せにして、背中を手で押さえた後、C に代わって B が被告人の背中を押さえた。被告人は、うつ伏せで B に押さえつけられた状態で、ほふく前進で勝手口付近に進み、B が被告人の背中から手を放すと、勝手口付近に用意してあったシーズナイフをつかんで、D の背中付近に足を乗せて立っていた A の方に向かい、A の右脇腹を突き刺し、死亡させた。

## イ 裁判所の判断

原審<sup>10</sup>は、被告人の反撃行為に正当防衛が成立するかを判断するに際して、まず「正当防衛状況の有無」として、Aらによる暴行を招く要因となった被告人の電話での発言は、Aらの発言に対して売り言葉に買い言葉として誘発されたものとみる余地があること、被告人はAらが来る可能性を確実に認識していたとはいえないこと、被告人がシースナイフを準備したことや、DにAらが来ることを伝えたのは万一に備えてのことであり、積極的にAらに対する殺傷行為に及ぼうとしていたわけではないことを指摘して、「被告人が正当防衛が認められる状況がなかったということはできない。」と判示した。その上で、被告人の反撃行為は防衛行為をとして許容される限度を超えるものであり、被告人の行為には過剰防衛が成立するとした。

これに対して、本判決は、被告人が正当防衛状況になかったとは認められないとした原審の判断は、経験則等に照らして不合理であって支持できないとした。その上で、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」として、被告人はAらを挑発して、被告人に暴力を加えるためにAらが被告人方に来る事態を招いたこと、Aらが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識していたこと、そのような事態を招いた自己の発言についてAらに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう伝えたり、警察に救助を求めたりするようなことが可能であったのにそのような対応を取らなかったこと、Aらが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりでAとは別の暴力団に属するDを被告人方に呼んだり、殺傷能力の高いシースナイフを持ち出しやすい場所に準備して対応したこと、Aらによる暴行は、被告人らの予期していた暴行の内容・程度を超えるものではないことを理由に、被告人の反撃行為について、「正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる」として、被告人の反撃行為につき過剰防衛を認めた原判決を破棄した。

## ウ 検討

本判決は、被告人が自ら招いた侵害に対して、反撃の準備をして待ち構えて反撃行為に及んだ事案につき、裁判員裁判により正当防衛状況を認めた原審の判断を覆した事案である。本判決が正当防衛状況の存否に関する判断を行う上では、平成20年決定で指摘された、被侵害者による侵害招致行為及び侵害招致行為と侵害行為の

---

10 千葉地判平26・10・22（LEX/DB25505268）。



均衡性という事情が考慮されている。しかし、それだけではなく、被侵害者による侵害の予期や、反撃準備行為などの事情も考慮されており、特に原審では十分に考慮されていなかった、被告人が準備したシーズナイフが取り出しやすい場所に置かれていたことや、その殺傷能力が高いものであることについて、丁寧に検討を加えている。前述のように、凶器の準備などの反撃準備の態様という事実は、積極的加害意思を認定する上で重要な事実であるとされる。そこで、本判決も、実質的には事例①と同様に、52年決定と同様の、積極的加害意思と侵害の急迫性に関する判断を行っているものと評価することができる。

また、本判決は、「正当防衛状況に関する当審の判断」として、本件における被告人の反撃行為には侵害の急迫性が認められないことを判示している。すなわち、本判決は、「正当防衛状況」の判断として、「侵害の急迫性」を問題にしているのであり、両者の判断に区別を設けていないといえることができる。前述のように、平成20年決定は侵害の急迫性とは区別された外部的要件としての正当防衛状況についての判断を示したとするのが学説の一般的な理解であるが、このような理解の根拠としては、平成20年決定の原判決<sup>11</sup>が侵害の急迫性を問題にしているにもかかわらず、平成20年決定は敢えて侵害の急迫性という文言を用いていないことが指摘されている<sup>12</sup>。本判決においては、平成20年決定とは逆に、原審では用いられなかった「急迫性」という文言が使われているが、その判断は「正当防衛状況に関する当審の判断」として行われている。このことから、本判決における正当防衛状況の判断は、侵害の急迫性の判断と区別されないものであるといえることができ、この点で平成20年決定に対する一般的な理解における正当防衛状況の判断とは異なるものであると解することができる。

### ③東京高判平21・10・8（判タ1388号370頁）

#### ア 事案の概要

被告人は、長年引きこもり生活をしてきたが、1人暮らしを始めたところ生活に困窮し、実母に金銭的援助を求めたものの、実母と被告人の面会を拒もうとする実母の再婚相手であるAから暴行を受けるなどした。また、被告人の実母も被告人と距離を置こうとしたため、被告人は実母をその職場付近で待ち伏せて暴行騒ぎを

11 東京高判平18・11・29（刑集62巻6号1802頁）。

12 山口・前掲注（3）15-6頁、明照・前掲注（3）369頁、橋田・前掲注（3）141-2頁、三浦・前掲注（2）431-2頁参照。

起こしたこともあった。犯行当日、被告人はAが暴行を加えてくることを予期して果物ナイフを持って実母を訪ねると、Aが被告人に対して実母はいないと告げて追い返そうとしたが、被告人は帰ろうとしなかったので、Aは被告人に帰るよう強く促した。Aは、帰ろうとしない被告人の左襟首をつかみ、「なめんな」「ぶざけんじゃねえ」などと言いながら、左方向に3、4回引っ張る暴行に及び、その際、Aの右手が被告人の頬付近に当たるなどした。これに対して、被告人はAの左前胸部を果物ナイフで突き刺し、傷害を負わせた。

### イ 裁判所の判断

原審<sup>13</sup>は、被告人の行為には正当防衛も過剰防衛も成立しないと判示した。本判決も、原審の判断は正当として是認できるとして、その上で正当防衛の成否について以下のように判示した。まず、「単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に望んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということとはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない。」とした。その上で、被告人は、マンションを訪問する前の段階で、実母と会うことに固執すればAが暴行を加えてくると予期していたと推定できること、このような状況の下で、果物ナイフを準備してAのマンションを訪れたのであるから、Aが暴行を加えてきた際には本件果物ナイフを用いてAに反撃する意思を有していたものと推定できること、現実にAが被告人に対して加えた暴行は、Aの予想の範囲・程度にとどまるものであったこと、被告人はAや実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ用意にAの暴行を避けることができたにもかかわらず本件マンションを訪れており、かつ本件マンションを訪れる正当な理由も認められないことから、「本件においては、到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない。」と判示した。

### ウ 検討

本判決は、被告人がトラブルが予想される場面に自ら出向いたことにより相互闘

---

13 千葉地判平21・6・3（公刊物未掲載）。

争状況が生じた事案につき、原審の判断を是認して正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した事例である。本判決も、判決文の中で「急迫不正の侵害」と「反撃行為に出ることが正当とされる状況（＝正当防衛状況）」が否定される場合を区別して判示していないことから、両者を実質的には同一のものとして扱っていると解される。このような判示をした事例としては、本判決のほかに長崎簡裁平成26年3月28日判決（LEX/DB25541581）を挙げることができる。同判決は、一緒に酒を飲みに行った被告人と被害者の間で口論が生じて殴り合いに発展した場面で正当防衛の成否が問題になった事案であるが、同判決は「急迫不正の侵害について」の判断において、「急迫不正の侵害」という文言と「正当防衛として許される状況（＝正当防衛状況）」という文言を混在させて用いており、両者を区別して取り扱っていないと解することができる。

また、本判決も積極的加害意思という文言は用いていないものの、被告人が侵害を予期していたことにとどまらず、被告人が凶器を準備して回避可能な侵害の現場に向いた点を理由に、侵害の急迫性を否定している。凶器の準備と同様に、自ら侵害が予想される現場に向いたという事実も、積極的加害意思を認定する上で重要な事実と解されていることからすると<sup>14</sup>、本判決も、実質的には積極的加害意思を理由に急迫性を否定するという判断を行っているものと解される。すなわち、本判決も、判決文中に「反撃行為に出ることが正当とされる状況」という平成20年決定で用いられた文言を用いてはいるが、実質的には52年決定と同様の、積極的加害意思と侵害の急迫性に関する判断を行っていると解することができる。

#### ④鹿児島地判平26・5・16<sup>15</sup>（裁判所ウェブサイト）

##### ア 事案の概要

被告人とその父であるAは、A方の6畳間で飲酒していたが、Aが被告人に対して愚痴を繰り返すと共に、飲酒した際にいつもするように、被告人の体をだんだん強くつかんできた。そこで、被告人が「やめろ」と文句を言ったことをきっかけに、被告人とAの間で口論が生じた。口論の最中、Aはいきなり右手で被告人の首の後ろをつかみ、前方に仰向けになるように押し倒し、怒鳴りながら右手で被告人ののど仏付近を上へ押し上げるように押さえ、左手で被告人の体を押さえつけた。被告人は、自分を押さえつけてきたAを平手で振り払おうとしたができず、A

14 香城・前掲注（8）273頁。

15 本判決に対する評釈として、仲道祐樹「判批」判例セレクト2014〔I〕（2015年）27頁。

の顔や胸を複数回手拳で殴打した（第1暴行）。第1暴行の後、被告人は模造刀を持ち出し6畳間で振り回し、テレビや壁に叩き付けるなどしたが、Aはひるむことなく、「やるんだったらやれ」などと述べて、被告人を睨みつけていた。被告人は、一旦6畳間から退出すると、模造刀をクローゼットに隠して6畳間に戻り、Aに文句を述べた。そして、被告人が文句を述べたことをきっかけにAが立ち上がり、被告人につかみかかった。これに対して、被告人はつかみかかってきたAを強く押し倒させた（第2暴行）。翌日Aは、被告人の第1暴行を原因とする左右硬膜下血腫等により死亡した。

### イ 裁判所の判断

裁判所は、まず第1暴行については、Aが被告人との口論の最中、突然一方的に被告人に暴行を加えていることから、Aの暴行により緊急状態が生じていたことは誤りがないとして正当防衛の成立を認めた。その上で、第2暴行については、被告人が模造刀を持ち出して振り回したことにより、第1暴行の際Aの暴行により生じていた緊急状態が終了したことは明らかであること、被告人が模造刀を振り回した時点で、被告人もAも強い興奮状態にあったこと、そのような状況下で6畳間に戻ってAに文句を言った被告人は、再びAの被告人に対する暴行が始まることを予期していたはずであること、実際、被告人は立ち上がってつかみかかってくるAにすぐ対応し、ほぼ同時につかみ合う姿勢になって第2暴行に及んでいることを指摘し、「第2暴行は、互いに興奮した状態で始めた喧嘩の中での行動であって、正当防衛によって保護すべきような緊急状態は生じていないと認められる。」として、正当防衛の成立を否定した。

### ウ 検討

本判決においては、被告人の第1暴行と第2暴行についてそれぞれ正当防衛の成否が問題になっているが、侵害の急迫性を意味する文言として、「緊急状態」という文言が用いられている<sup>16</sup>。この「緊急状態」という文言も、裁判員裁判において正当防衛の成否を判断する大枠としての判断枠組みとして提唱されているものであるが<sup>17</sup>、ここで用いられている「緊急状態」という文言は、2つの内容を含んでいる。

16 本判決は、その冒頭部分において、36条1項の要件について、「以下、急迫性を『緊急状態』といい、防衛の意思があることを『自分の身を守ろうとする気持ち』といい、防衛行為としての相当性があることを「反撃として妥当で許される範囲にとどまる」という。」と付言している。

17 橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号（2008年）35頁参照。

すなわち、第1暴行においては、Aがいきなり被告人に暴行を加えたことから「緊急状態」が生じていたことに誤りはないとしており、ここでは「緊急状態」の内容として、「客観的・事実に侵害が間近に迫っていること」が問題にされている。これに対して、第2暴行においては、被告人が興奮状態で6畳間に戻ったことがAの暴行を招いたことや、Aの暴行を予期していたことを理由に、「緊急状態」が否定されており、ここでは自招侵害を理由とする正当防衛権の制限が問題とされている。すなわち、本判決は、「緊急状態」という文言の下で、客観的な意味における急迫不正の侵害の有無と、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限を問題としており、「緊急状態」という文言は、従来の判例実務における理解をそのまま引き継いだ、客観的に侵害が存在することに加えて、被害者の正当防衛権を制限する特段の事情が存在しないことという、正当防衛権を基礎づける規範的・総合的な要件としての侵害の急迫性<sup>18</sup>を意味する文言として用いられている。

同様の裁判例としては、長崎地裁平成26年2月12日判決（LEX/DB25503177）を挙げることができる。同事案も、本判決と同じく家庭内のトラブルの事案であり、被告人が実弟からの暴行に対して包丁で反撃するなどの行為について正当防衛の成否が問題となった事案であるが、同事案においては「緊急性」の要件の下で、客観的・事実に侵害の存否と、喧嘩闘争を理由として正当防衛権が否定されるかの両方が検討されている。すなわち、これらの裁判例においては、判例実務で一般に用いられている、規範的・総合的要件としての「侵害の急迫性」の言いかえとして、「緊急状態」や「緊急性」という文言が用いられていると解される。

⑤大阪地判平24・3・16<sup>19</sup>（判タ1404号352頁）

ア 事案の概要

被告人が自動車運転している際に、前方を歩いているAの仲間に対してクラクションを鳴らしたところ、Aらが怒って被告人の自動車を追いかけて、被告人の車両が停止した時点で追いついた。Aは、低速で走行する被告人の車両と共に移動し

18 侵害の急迫性をこのように理解する見解として、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）167-8頁、高橋・前掲注（8）267頁、香城・前掲注（1）250頁、安廣・前掲注（8）149頁以下、橋爪・前掲注（4）238頁以下、波床・前掲注（8）84頁、荘子・前掲注（8）37頁、栃木・前掲注（9）73頁、中川・前掲注（9）133頁など。

19 本判決に対する評釈として、照沼亮介「判批」判例セレクト2012〔I〕（2013年）31頁、古川原明子「判批」龍谷法学45巻3号（2012年）283頁、清水晴生「判批」白鷗法学20巻2号（2014年）350頁、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル44号（2015年）74頁、坂下陽輔「判批」立命館法学359号（2015年）313頁。

ながら、大声で「殺すぞ」などと怒鳴り、運転席側窓ガラスを何度も手拳で殴打したり、運転席側ドアノブを引っ張る、蹴りつけるなどの行動に出たり、路上の自転車を持ち上げてドア付近に当てようとするなどした。さらに、Aは交差点で被告人の車両から一旦離れたにもかかわらず、被告人の車両を追いかけ、運転席側のドアを殴ったり、大声で怒鳴るなどした。これに対して、被告人は、Aがさらに追いかけてくるのを認識し、Aから逃げるために交差点から車を発進させ、多少左右に転把しながら時速37キロメートルまで加速して走行し、ドアノブ付近をつかんで併走していたAの右前胸部、右側頭部及び右顔面部を右後輪で轢下して、死亡させた。

### イ 裁判所の判断

裁判所は、Aは窓ガラスやドアを損壊して被告人を引きずり出そうとしていたことから、Aが交差点で被告人の車両から一旦離れるまでは、被告人の生命や身体に対する危険が現に存在し、「被告人がAに対して何らかの反撃行為に出ることが正当化される緊急状態」が存在するとした。また、被告人の車両が交差点を通過した後もAは被告人の車両に対する攻撃を継続していたことから、本件犯行現場付近においても、「被告人がAに対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状況は継続していたといえる。」として、被告人が車両を発進させてAを死亡させた行為は、正当防衛により正当化されるとした。

### ウ 検討

本判決は、事例④とほぼ同じ「緊急状況」という文言を用いて正当防衛の成否を判断しているが、その判断の内容はこれまで指摘してきた事案とは異なるものである。すなわち、これまで指摘してきた事案においては「正当防衛状況」や「緊急状態」などの文言の下で、主に自招侵害や積極的加害意思などを理由とする正当防衛権の制限に関する判断がなされてきたが、本判決においては、侵害の発生の有無と、侵害の継続性に関する判断という、客観的・事実的な侵害の存否に関する判断がなされている<sup>20</sup>。平成20年決定に関する一般的な理解における「正当防衛状況」は、急迫性から区別された正当防衛権を制限する要件であるとされるが、本判決における「緊急状態」の内容は、客観的な侵害の存在及びその継続性という、かつての通

---

20 司法研習所編・前掲注（4）26頁は、被告人の加害意思が争点になる類型の判断基準としての「正当防衛状況」と、このような事情が争点にならない類型における判断基準としての「緊急状態性」を区別することを主張しており、本判決が「緊急状況」という文言を用いたのは、このような理解に沿うものである。

説の理解における侵害の急迫性を意味するものであり<sup>21</sup>、両者の意義は全く異なるものである。

同様の裁判例としては、宇都宮地裁平成26年3月5日判決（LEX/DB25503281）を挙げることができる。同判決は、交際相手から執拗な暴行を受けていた被告人が、このままでは殺されてしまうと考え、被害者の胸部を果物ナイフで突き刺して死亡させた事案であるが、本件犯行の時点においては被害者の暴行が止んでいたことを理由に、「被害者に対する反撃行為に出ることが正当化される緊急状態」が否定されている。すなわち、これらの裁判例においては、「緊急状態」という文言は、客観的・事実に侵害が迫っていることという、まさに36条1項の「急迫不正の侵害」の中核的な内容を意味するものであるということが出来る。

## （2）正当防衛状況の判断と急迫性の判断を区別している裁判例

### ⑥横浜地判平25・10・31（裁判所ウェブサイト）

#### ア 事案の概要

飲食店の店長である被告人は、店内での行状が悪く他の客とトラブルになりかけたAらを退店させた。被告人がAらを店の外に出そうとすると、Aの仲間が脅し文句を発してきたので、被告人がこれに言い返すなどしたところ、店の外でAの仲間が被告人に殴りかかってきた。これに対して、被告人はAの仲間の顔面を殴り返したところ、Aの仲間から首を絞められ転倒した。被告人が起き上がると、Aが被告人に殴りかかろうとした。そこで、被告人はAの顔面を1回殴打し、さらにAの首の辺りを抱えて顔を5、6回殴打し、傷害を負わせた。

#### イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人の行為に正当防衛が成立するかを判断するに際して、まず「急迫不正の侵害等について」として、被告人の暴行の直前にAが被告人に殴りかか

21 侵害の急迫性をこのように理解する見解として、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年、成文堂）485頁、同『正当防衛の限界』（1985年、成文堂）189頁、平川宗信「正当防衛論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論I』（1988年、日本評論社）133頁、佐久間修『刑法総論』（2009年、成文堂）209-10頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年、有斐閣）382頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（1998年、成文堂）222頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年、有斐閣）333頁、曾根威彦『刑法の重要問題・総論〔第2版〕』（2005年、成文堂）87-8頁、同『刑法総論〔第4版〕』（2008年、弘文堂）101頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年、成文堂）275-6頁、前田雅英『刑法講義総論〔第6版〕』（2015年、東京大学出版会）257頁、伊東研祐『刑法講義総論』（2010年、日本評論社）181頁など。

ろうとしていたことから、基本的に急迫不正の侵害が存在したというべきであり、また被告人がAの顔面を殴打した後もAの反撃意志が消失したとはいえないので、その後も侵害は継続していたと判示した。その上で、「正当防衛状況の有無について」として、たしかに被告人は本件暴行の前にAの仲間を殴打するなどしているが、本件はAらの店内での言動がトラブルを招きそうなことが発端となっており、被告人は店長としてこれらを守るためにAらを退店させようとしたのであるから、被告人の行動に非があったとはいえないことは明白であること、被告人がAの仲間との喧嘩に応じるような言葉を発したのも、Aの仲間へ退店してもらうためであったと解する余地があることを指摘して、「本件暴行は自招侵害によるものとも、単なる喧嘩闘争中のものともいえず、正当防衛状況が成立し得る状況にはなかったものとは認められない。」として、被告人の行為につき正当防衛が成立すると判示した。

#### ウ 検討

本判決は、これまでの事例とは異なり、「急迫不正の侵害」と「正当防衛状況」を明確に区別している。すなわち、客観的・事実的な侵害の存否を「急迫不正の侵害」の問題として、その上で自招防衛や喧嘩闘争を理由とする正当防衛権の制限を「正当防衛状況」の問題としている。このような理解は、平成20年決定に対する学説の一般的な理解に沿うものである<sup>22</sup>。また、本判決は急迫不正の侵害の問題と正当防衛状況の問題を区別し、急迫不正の侵害を客観的・事実的な侵害の存否の問題として捉えているが、このような理解は、急迫不正の侵害を規範的・総合的な要件として理解してきた従来の判例の立場とは異なるものである。すなわち、本判決は、正当防衛状況を急迫不正の侵害から独立した要件と解した結果、急迫不正の侵害の意義についても従来の見解とは異なる理解を採用することになった事案であるといえることができる。

このように、急迫不正の侵害の問題と正当防衛状況の問題を明確に区別した裁判例の数は多くはないが、このような裁判例としては、静岡地裁浜松支部平成27年7月1日判決（LEX/DB25540736）を挙げることができる。同判決は、被害者に呼び出された被告人が、被害者から暴行を受けることを予期して、護身用にペティナイ

<sup>22</sup> また、本判決のように侵害の急迫性と正当防衛状況の問題を明確に区別はしていないが、正当防衛状況の問題として専ら自招防衛の問題のみを検討しているという点においては平成20年決定に対する一般的な理解に沿う裁判例も存在する。このような裁判例として、神戸地判平26・12・16（LEX/DB25447069）、佐賀地判平25・9・17（LEX/DB25503819）。



フを用意して被害者が待つ居酒屋に赴いたところ、被害者からゴルフクラブで殴打されたため、ペティナイフを用いて反撃に出て、被害者に傷害を負わせたという事案において、被告人の反撃行為について正当防衛の成否が争われた事例であるが、「急迫性について」の問題と、「その他の検察官の主張について」としての、正当防衛状況の問題を区別して検討している。同事案における正当防衛状況に関する主張は、本件が喧嘩闘争事案であることから正当防衛が成立しないとするものであるが、裁判所は、正当防衛状況の有無を検討する上で、平成20年決定を引用し、被告人の侵害招致行為の有無と、侵害招致行為と侵害行為の均衡性を考慮している。そこで、同判決も、正当防衛状況の問題として、喧嘩闘争の問題ではなく、自招防衛の問題のみを検討している事案として評価することができる<sup>23</sup>。もっとも、同判決は、急迫性の問題として被告人の積極的加害意思の有無も問題にしていることから、急迫性を客観的・事実的な侵害の存否の問題として理解しているとはいえず、この点で本判決とは異なる見解に立っていると解される。

### 3 検討

#### (1) 正当防衛状況に関する裁判例の現状

以上のように、平成20年決定以降の下級審裁判例には、「正当防衛状況」ないし「緊急状況」という文言を、平成20年決定に対する一般的な学説の理解とは異なる意義で用いている判例が多数存在する。これらの裁判例においては、「正当防衛状況」の判断として、自招侵害の問題だけではなく、侵害の予期や、従来判例が積極的加害意思を判断する際に考慮してきた、被侵害者の反撃準備の有無及びその程度や、客観的・事実的な侵害の存在及びその継続性が考慮されている。これらの裁判例における「正当防衛状況」の意義は、従来判例実務における侵害の急迫性の意義、すなわち、客観的・事実に侵害が迫っていることだけではなく、被侵害者の主観も考慮して正当防衛権を基礎づける規範的・総合的要件としての侵害の急迫性と同じであるといえることができる。

もっとも、平成20年決定以降の相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になった裁判例には、従来判例と同様に、侵害の急迫性や積極的加害意思を問題に

---

23 最判昭23・7・7（刑集2巻8号793頁）は、喧嘩闘争について「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」と定義しており、このような定義に従えば、喧嘩闘争の事例と自招防衛の事例は区別されることになる。

したのも複数存在する<sup>24</sup>。平成20年決定は、あくまで自招防衛を理由とする正当防衛権の制限に関する事例判断であるとされ<sup>25</sup>、同決定が自招防衛の問題を従来の裁判例<sup>26</sup>とは異なり急迫性の問題とはしなかったからといって、判例における「侵害の急迫性」の意義が変更されたと解することはできない。そうであるならば、上記の裁判例がわざわざ「急迫不正の侵害」を「正当防衛状況」と言い換える解釈論上の必要性は存在しないことになる。そこで、平成20年決定やその後の下級審裁判例が、わざわざ従来の裁判例における「侵害の急迫性」を「正当防衛状況」ないし「緊急状況」と言い換えているのは、36条1項の解釈論とは別の、例えば裁判員裁判からの要請といった、外在的な理由に基づくものであるように思われる<sup>27</sup>。

他方、「正当防衛状況」という文言を、平成20年決定の学説の一般的な理解に従って用いている裁判例も存在する。このような裁判例の中でも、特に事例⑥は、急迫不正の侵害と正当防衛状況を明確に区別している点で注目に値する<sup>28</sup>。同事例は、自招防衛の問題を急迫不正の侵害から切り離して検討した結果、急迫不正の侵害の有無について、かつての通説と同様に、事実に客観的に侵害が迫っていることのみを検討することになっている。この点でも、同判決は他の裁判例とは大きく異なるものである。

## （2）正当防衛状況の二義性

このような平成20年5月決定以後の下級審裁判例の現状をみると、「正当防衛状況」という文言は、裁判例において2つの異なる意義で用いられているといえることができる。

---

24 このような裁判例として、東京地判平23・10・24（LEX/DB25473594）、前橋地判平24・10・11（LEX/DB25483148）、東京高判平25・2・19（東高判64巻1～12号55頁）、大津地判平26・7・24（LEX/DB25504506）。

25 三浦・前掲注（2）437頁。

26 自招防衛を急迫性の問題として処理した裁判例として、福岡高判昭60・7・8（判タ566号317頁）、東京高判平8・2・7（判時1568号145頁）、前掲注（10）・東京高判平18・11・29。

27 瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（2）—『必要性』要件の再検討—」北大法学論集66巻5号297～8頁参照。また、平成20年決定の判示内容について裁判員制度との関連性を指摘する文献として、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年）21頁、増田啓祐「自招侵害」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（2014年、青林書院）141頁、三浦・前掲注（2）430頁、川瀬・前掲注（3）305～6頁、橋爪・前掲注（3）162頁、嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑法雑誌55巻2号（2016年）133頁、拙稿・前掲注（4）69頁以下。

28 瀧本・前掲注（27）284頁参照。

## ア 「要件」としての正当防衛状況

まず、多くの裁判例は、「正当防衛状況」ないしそれと同義の「緊急状態」などの文言の下で、自招防衛の問題のみならず、侵害の予期、積極的加害意思、客観的・事実的な侵害の存否及び継続性の問題を検討している。このような意義における「正当防衛状況」は、従来の判例における、正当防衛を基礎づける規範的・総合的要件としての侵害の急迫性を言い換えたものに他ならない。そこで、これらの裁判例においては、「正当防衛状況」という文言は、従来の判例における侵害の急迫性と同様の、正当防衛の成否に関する判断の中核となる、正当防衛権を基礎づける規範的・総合的な「要件」としての意義を有しているといえることができる。

それゆえに、正当防衛状況の意義についてこのような理解を採用している裁判例においては、正当防衛状況の判断として、被侵害者の主観的事情も含んだ、当該事案に現れた事実関係を総合考慮する複雑な判断が要求されることになる。その代わりに、正当防衛の成否に関する判断の全体像はかなり単純化されることになる。例えば、前述の長崎地裁平成26年2月12日判決においては、客観的・事実的な侵害の存否及び喧嘩闘争を理由とする正当防衛権の制限を「緊急性」の問題として検討し、その上で反撃行為の程度について「相当性」の問題として判断することで、正当防衛の成否を決している。すなわち、このような意義で「正当防衛状況」という文言を用いた場合には、正当防衛の成否を決する上で考慮されるべき事実の大半が、「正当防衛状況」の判断として考慮されることになるので、正当防衛の成否に関する判断の全体像は、かなり単純化されることになる<sup>29</sup>。

## イ 「争点」としての正当防衛状況

これに対して、「正当防衛状況」の文言の下で、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限の有無のみを検討している裁判例においては、従来の判例実務が侵害の急迫性の中で検討してきた事実の大半は、正当防衛状況の判断の中では考慮されないことになる。すなわち、このような裁判例においては、正当防衛状況の判断の中で考慮される事実は、侵害招致行為の存否や、侵害招致行為と侵害行為の比較などの事実に限られ、客観的な侵害の存否、侵害の予期などの事実は考慮されない。この場合には、正当防衛状況は正当防衛を基礎づける要件としてではなく、当該事案に

29 もっとも、事例③は正当防衛状況、防衛の意思、防衛行為の相当性という3段階の判断を行っている。裁判員裁判における防衛の意思の扱いについて、司法研習所編・前掲注(4)24頁以下参照。

において正当防衛権を制限する根拠の1つとして問題にされることになる。そこで、このような意味における正当防衛状況は、正当防衛の成否を判断する上で問題となる1つの「争点」としての意義を有するに過ぎないことになる。

それゆえに、正当防衛状況の意義についてこのような理解を採用した裁判例においては、正当防衛状況の判断の内容は、「要件」としての正当防衛状況の判断の場合と比較して単純なものになる。その代わりに、正当防衛の成否を決する上で、正当防衛状況の有無だけでなく、それとは別個に急迫不正の侵害に関する事情を検討しなければならないことになる。例えば、前述の静岡地裁浜松支部平成27年7月1日判決においては、正当防衛状況の判断と、客観的な侵害及び積極的加害意思の有無を、それぞれ別々に検討している。すなわち、このような意義で「正当防衛状況」という文言を用いた場合には、正当防衛の成否に関する判断の全体像は、より複雑なものになる。

### 第3 近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能

#### 1 問題の所在

以上のように、平成20年決定以後の相互闘争状況における正当防衛の成否が問題となった裁判例における「正当防衛状況」という文言は、「要件」としての正当防衛状況と、「争点」としての正当防衛状況という、2つの意義を有しているといえる。このように、特定の事例で用いられる1つの文言が2つの意義を有することは、このような文言が問題となる事例の処理や、裁判例の理解に混乱を招くことにもなりかねない。そこで、今後の裁判例においては、正当防衛状況という文言は統一的に用いられるべきであるが、いずれの理解がより妥当であるといえるのか。この点について、正当防衛状況という文言が、相互闘争状況における正当防衛状況が問題になる事例の処理において、どのような役割を果たすべきかという観点から検討を加える。

#### 2 裁判例における正当防衛状況の機能

##### (1) 「要件」としての機能

まず、近時の下級審裁判例の多数が採用している「要件」としての正当防衛状況

の判断においては、客観的な侵害行為の有無及び侵害の継続性<sup>30</sup>、自招防衛が問題になる事案で考慮される侵害招致行為の有無及び侵害招致行為と侵害行為の均衡性<sup>31</sup>、積極的加害意思が問題となる事案で考慮される侵害の予期及び被害者の反撃準備行為等<sup>32</sup>、そしてその他の喧嘩闘争に関する事情<sup>33</sup>が、全て正当防衛状況の判断の下で考慮される。そこで、このような理解を採用した場合には、客観的な侵害の存否及びその急迫性だけでなく、判例理論において正当防衛を制限する事情として考慮されてきた積極的加害意思、自招防衛、喧嘩闘争に関する判断が、全て一括して正当防衛状況の判断として行われることになる。また、36条1項の文言上は侵害の急迫性と区別された正当防衛の要件である防衛の意思についても、判例は防衛の意思の内容を「侵害の認識し、それに対応する意思」という程度にまで希薄化して考えており<sup>34</sup>、このような意思は、通常は正当防衛状況の認識により基礎づけられる<sup>35</sup>。それゆえに、正当防衛状況が認められる場合には、防衛行為の相当性を著しく欠いている場合や意図的な過剰行為に出た場合を除いて原則として防衛の意思も認められることになり<sup>36</sup>、防衛の意思を独立して問題にする必要性はかなり乏しいとされる<sup>37</sup>。

そこで、このような意味における正当防衛状況が認められる場合には、侵害が客観的に存在し、それが反撃行為の時点まで継続しており、積極的加害意思や自招防衛といった正当防衛権を制限する事情は存在しないと認められ、さらに防衛の意思が推定されることになる。これにより、通常は少なくとも過剰防衛は認められることになり、正当防衛の判断は、正当防衛状況と防衛行為の相当性という2段階の判断にまで単純化されることになる。すなわち、正当防衛の成否に関する検討の大部分は、「正当防衛状況の有無」の判断に集約されることになり、このような意味における正当防衛状況は、ここで正当防衛の成否がおおよそ決せられることになる、正当防衛の成否に関する判断の中核としての規範的・総合的な判断枠組みを提供す

30 事例④、事例⑤において、このような事情が考慮されている。

31 事例①、事例②、事例③、事例④において、このような事情が考慮されている。

32 事例①、事例②、事例③において、このような事情が考慮されている。

33 事例②、事例③、事例④において、このような事情が考慮されている。

34 西田・前掲注（18）172頁。

35 香城敏磨「正当防衛における防衛の意思」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定一裁判例の総合的研究—（上）』（1992年、判例タイムズ社）305-6頁。

36 安廣・前掲注（8）145頁、高橋・前掲注（8）275頁。

37 司法研修所編・前掲注（4）25-6頁参照。

る機能を有することになる。

## （２）「争点」としての機能

これに対して、「争点」としての正当防衛状況の判断においては、侵害招致行為の有無や、侵害招致行為と侵害行為の均衡性といった事情のみが考慮され、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限の有無のみが判断されることになる。このような意味における正当防衛状況が問題になる場合には、当該事案においては自招防衛による正当防衛権の制限が問題になることが明確に示されることになる。従来、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題にされた判例の多くは、積極的加害意思の存在を理由とする急迫性の否定を問題にしてきた。しかし、判例は積極的加害意思が存在する場合に限って侵害の急迫性を否定するという立場は採用しておらず<sup>38</sup>、自招防衛の理論により急迫性を否定した下級審裁判例も存在する。そして、平成20年決定は、このような自招防衛を理由に正当防衛権の制限を認めた一連の判例の流れにあるものと理解されており<sup>39</sup>、このような意味における正当防衛状況は、自招防衛を理由とする正当防衛の制限という、積極的加害意思の問題とは区別された争点を示す機能を有するということができる。

また、積極的加害意思を理由に急迫性が否定される事例は、被告人があらかじめ武器を準備していた場合や、意図的に過剰な反撃行為に出た場合などがほとんどであり、突発的に発生した比較的軽微な相互闘争状況における正当防衛の成否を判断するためには、積極的加害意思論は使いにくいという指摘もある<sup>40</sup>。そうであるならば、積極的加害意思を認めることができるか微妙な事例において、被侵害者が反撃行為に先立ち何らかの行為に出ている場合には、いわば積極的加害意思の主張に対する予備的主張として、検察官側からこのような意味における正当防衛状況の主張がなされることになるとと思われる。前述の静岡地裁浜松支部平成27年7月1日判決において、積極的加害意思の主張とは区別された正当防衛状況に関する主張がなされているのは、このような意図に基づくものであると解される。そこで、このような意味における正当防衛状況には、当該事案において自招防衛が問題となること

---

38 波床・前掲注（8）84頁。

39 山口・前掲注（3）14頁、明照・前掲注（3）368頁。

40 的場純男＝川本清巖「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（2001年、青林書院）111-2頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際―判断の安定化を目指して―」刑法雑誌50巻2号（2011年）192-3頁。

を明確に示すことだけでなく、正当防衛を否定するための検察官側の主張を増やす機能も有していると解される。

### 3 正当防衛状況に求められる役割

#### (1) 「要件」としての役割

まず、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するという、「要件」としての正当防衛状況の機能は、まさに近時の裁判員裁判を念頭においた、裁判員にも分かりやすい判断枠組みという要請に応えるものである。すなわち、正当防衛に関する判例理論は難解であることから、法律知識を持たない裁判員にも理解しやすい大枠としての判断枠組みが求められているところ<sup>41</sup>、このような意味における正当防衛状況の判断は、事案に現れた事情を総合考慮することにより正当防衛の成否を判断することを可能にするものである。このような判断方法は、裁判員に対する「この場合には身を守る行為に出ることを許すべき状況にあったか」という端的な問題提起を可能にするものであり、裁判員裁判にはより適した判断基準であると解される。このような問題提起をするにあたっては、従来用いられてきた「侵害の急迫性」という文言よりも、「正当防衛状況」という文言の方が、裁判員に求める判断の内容を率直に示す、より適切な文言であるように思われる。このような意味における正当防衛状況を問題にした裁判例の多くが裁判員裁判によるものであったこと<sup>42</sup>は、このような配慮に基づくものであると解される。

特に、従来の相互闘争状況における正当防衛の事案で用いられてきた積極的加害意思論は、侵害の予期があるだけでは急迫性は否定されないが、積極的加害意思を認めるためには侵害の予期が必要である<sup>43</sup>、積極的加害意思と防衛の意思との関係で問題となる攻撃の意思は異なる概念である<sup>44</sup>など、類似した複数の概念が問題となり、それらの意義や相互の関係を理解することが必要になるという極めて難解な

41 司法研習所編・前掲注（4）26頁、和田ほか・前掲注（3）55頁、橋爪・前掲注（17）35頁。

42 本稿で検討した裁判例のうち、事例①、事例②の原審、事例④、事例⑤が裁判員裁判によるものである。

43 山口・前掲注（8）125頁、高橋・前掲注（8）268頁、香城・前掲注（1）246-7頁、波床・前掲注（8）88-9頁など

44 高橋・前掲注（8）268-9頁、西田・前掲注（18）173頁、安廣・前掲注（8）150頁、波床・前掲注（8）89頁、山口・前掲注（8）134頁など。

理論である。しかし、事案に現れた事情を総合考慮するという判断枠組みを用いた場合には、侵害の予期と積極的加害意思、積極的加害意思と攻撃の意思といった、正当防衛の成否に関する概念相互の関係を気にかけることなく、正当防衛の成否を判断することができる。本稿で検討した事例①～③のように、積極的加害意思の判断の際に問題にされる侵害の予期や反撃準備行為といった事情を考慮しながら、積極的加害意思という文言を用いずに正当防衛状況を否定している事例や、裁判員裁判により行われる第一審判決<sup>45</sup>では急迫性や積極的加害意思という文言を用いていないにもかかわらず、控訴審判決ではこれらの文言を用いている事例<sup>46</sup>は、このような見地から理解することができる。

## (2)「争点」としての役割

これに対して、「争点」としての正当防衛状況が有する、当該事案において自招防衛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は、実際にはあまり意味がないものであると解される。というのは、前述のように、平成20年決定以前から、自招防衛を理由に急迫性を否定した下級審裁判例は複数存在している。そうであるならば、自招防衛の問題については、わざわざ正当防衛状況という判断基準を持ち出さなくても、積極的加害意思以外の急迫性を否定する事情の問題として、独立して検討の対象にすることも可能であり、検察官も積極的加害意思の主張と並列してこれを主張することが可能である。また、そもそも積極的加害意思を理由に急迫性を否定する上で、被害者の侵害招致行為が考慮されている事案も存在するなど<sup>47</sup>、積極的加害意思が問題になる事例と、自招防衛が問題になる事例を明確に区別することは困難であり<sup>48</sup>、これらの要素が重畳する事例の処理方法についても議論がなされている<sup>49</sup>。そうであるならば、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限が争点となる事案を、「正当防衛状況」が問題になる事案として独立さ

45 裁判員法2条1項は、地方裁判所で取り扱う事件を裁判員裁判の対象とすることを規定しているので、裁判員裁判によりなされるのは第一審判決のみということになる。

46 このような事例として、前掲注(24)・東京高判平25・2・19と、その原審であるさいたま地判平24・7・4 (LEX/DB25482350)。

47 このような事例として、東京高判昭60・8・20 (判時1183号163頁)、大阪地判昭63・11・18 (判タ702号265頁)、広島高判平15・12・22 (LEX/DB28095137)。

48 橋爪・前掲注(4)241頁、和田ほか・前掲注(3)60頁。また、拙稿「ドイツ及びわが国の判例における自招防衛の意義」早稲田大学大学院法研論集151号(2014年)151-2頁参照。

49 遠藤・前掲注(40)196頁、橋爪隆「正当防衛状況の判断について」法学教室405号(2014年)113頁。



せることは、当該事案を急迫性の問題とすべきか正当防衛状況の問題とすべきかという新たな問題を生じさせるだけであり、事案の円滑かつ適切な処理にとって有益なものではないように思われる。

もっとも、このような評価は、侵害の急迫性を正当防衛権を基礎づける規範的・総合的要件として理解する判例の見解を前提とするものである。これに対して、急迫性の過度の規範化の防止という観点から、自招防衛の問題を侵害の急迫性から分離すべきとする見解も主張されている<sup>50</sup>。同見解は、急迫性の過度の規範化により、急迫性という文言の日本語のイメージから離れてしまうことや、各成立要件を形骸化させてしまうことを指摘して<sup>51</sup>、自招防衛の問題を急迫性から切り離すことを主張するものである。しかし、前述のように平成20年決定以後の下級審裁判例にも、積極的加害意思と侵害の急迫性を問題にした裁判例は複数存在しており、自招防衛の問題を急迫性の問題から切り離したとしても、侵害の急迫性を規範的・総合的要件として理解する判例の立場は何ら変わらない。正当防衛状況の問題を急迫性の問題から切り離すことで、かつての通説の理解に従って、侵害の急迫性を事実的・客観的な要件として再構築するならば、このような主張にも意味はあると思われる。しかし、急迫性を規範的・総合的要件として理解する立場は判例上確立した見解となっており、基本的に受け入れられていることから<sup>52</sup>、このような急迫性の理解についての変更がなされる可能性は無く、このような変更は大きな混乱を招くことが予想されるので、なされるべきでもない。また、相互闘争状況における正当防衛状況が問題となる事案の処理のための判断基準を考える上では、どの要件で処理するかというのではなく、どのような事実が存在する場合に正当防衛権を制限すべきかが重要な問題である<sup>53</sup>。そうであるならば、事案の適切な処理のためには、従来の判例実務における理解を大きく動かすことなく、ただ「侵害の急迫性」という文言を、その実体に照らしてより適切にその内容を表している「正当防衛状況」という文言に言い換えてそのまま用いるのが、最も適切であるように思われる。

---

50 岡本昌子「自招侵害と正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑦』（2014年、成文堂）25頁以下。

51 岡本・前掲注（50）7頁。

52 山口・前掲注（8）126頁、中川・前掲注（9）133頁、栃木・前掲注（9）73頁。また、橋爪・前掲注（4）325頁参照。

53 橋爪・前掲注（4）229-30頁。

### (3) 今後の展望

以上のように、近時の裁判例において2つの意義で用いられている「正当防衛状況」という文言が有する機能を検討すると、現在の相互闘争状況における正当防衛の成否の判断において求められているのは、近時の裁判例の多数が採用している「要件」としての正当防衛状況であり、今後の裁判例においては、正当防衛状況という文言は、このような意義で用いられるべきである。それでは、今後の相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になる事案において、この「要件」としての正当防衛状況は、どのように用いられることになるのか。

前述のように、このような意義で「正当防衛状況」という文言を用いている事案の多くは裁判員裁判によるものであり、正当防衛状況という判断基準は、裁判員による判断を容易にするために用いられていると思われる。そうであるならば、今後も裁判員裁判においては、このような「要件」としての正当防衛状況が積極的に用いられることになると予想される。これに対して、それ以外の事例、特に裁判員が関わることのない控訴審判決においては、従来通りの積極的加害意思論が用いられている事案が散見される。このような裁判員に対する配慮が求められない事例においては、従来どおりに、裁判官にとっては慣れ親しんだものである積極的加害意思論が用いられることが予想される<sup>54</sup>。そこで、今後も正当防衛状況の判断基準と積極的加害意思論による判断基準は、並列的に用いられることが予想される<sup>55</sup>。

もっとも、たとえその判断の内実が同じものであるとしても、一見すると異なる理論によって同一の事案が処理されることは、判例理論を理解する上で混乱を招くおそれがある。また、現在の正当防衛権を基礎づける規範的・総合的要件としての急迫性の内実をより端的に表しているのは、「急迫性」よりもむしろ「正当防衛状況」という文言であることや、積極的加害意思論とはいっても、実際に被害者の内心状況を根拠に正当防衛が否定されているかは疑わしいこと<sup>56</sup>からも、相互闘争状況

54 実務家の見解には、積極的加害意思論のおおよその骨子を説明すれば、裁判員にとってもそれほど理解に困難を伴うとは考えられないとするものも見られることから、正当防衛状況の基準よりも積極的加害意思論を用いたほうが事案の処理がしやすいと考える実務家も多数存在すると思われる。このような見解として、和田ほか・前掲注(3)56頁、中川・前掲注(9)155-6頁参照。

55 三浦・前掲注(2)440頁、橋爪・前掲注(49)113頁、原口・前掲注(3)29頁。また、遠藤・前掲注(40)195頁参照。

56 佐伯・前掲注(9)154-5頁、橋爪・前掲注(4)237頁、斎藤信治「急迫性(刑法36条)に関する判例の新展開」法学新報112巻1=2号(2005年)395頁、拙稿「正当防衛状況という判断基準について—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—(1)」早稲田大学大学

における正当防衛の成否を判断する上で、積極的加害意思論を維持し続ける必要性は乏しい。たしかに、平成20年決定と52年決定の事案の性質は異なるものであり、平成20年決定によって52年決定の理論が否定されたと解することはできない<sup>57</sup>。しかし、このような積極的加害意思論を用いることの問題点を考慮すると、今後は裁判員裁判以外においても、積極的加害意思論は用いられるべきではなく、この「要件」としての正当防衛状況を用いた判断を行うべきである<sup>58</sup>。そして、わざわざ積極的加害意思論を用いる必要性が乏しいならば、裁判員裁判においてこのような判断基準が定着したことの影響を受けて<sup>59</sup>、控訴審など裁判員裁判によらない事案においても、正当防衛状況による判断が定着し、今後は積極的加害意思論は用いられなくなるといえる可能性も、否定はできないように思われる<sup>60</sup>。

#### 第4 おわりに

以上のように、平成20年決定以降の裁判例においては、正当防衛状況という文言は、従来の判例における規範的・総合的要件としての侵害の急迫性を言い換えた「要件」としての正当防衛状況と、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限の可否を検討するための「争点」としての正当防衛状況という、2つの意義で用いられているといえることができる。そして、それぞれの意義における正当防衛状況のうち、現在の相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になる事案の処理において求められているのは、裁判員裁判における分かりやすい判断を可能にするという機能を有する、「要件」としての正当防衛状況であり、今後の裁判実務においては、正当防衛状況という文言は、このような意義で用いられるべきである。そして、当分の間はこの「正当防衛状況」の判断基準と、従来の積極的加害意思論が並列的に用い

---

院法研論集140号（2011年）70頁。

57 中川・前掲注（9）147頁、高山佳奈子「『不正』対『不正』状況の解決」研修740号（2010年）4頁。

58 拙稿・前掲注（4）72-3頁。

59 安廣文夫「刑事裁判の歴史と展望あれこれ—自分の歩みと重ねつつ—」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（2015年、成文堂）25頁は、「裁判員裁判に対する控訴審の在り方も、控訴審裁判官がすべて裁判員裁判経験者で占められる時代になると、かなり変わってくるのではないかと予測している。」とする。

60 佐伯・前掲注（27）4頁。また、高山・前掲注（57）5-6頁は、「積極的加害意思による急迫性の否定という基準は、裁判員裁判の開始によって、その歴史的役割を終えたのではないだろうか。」と指摘する。

られることになると予想されるが、今後は積極的加害意思論が用いられなくなり、正当防衛状況の基準に一本化される可能性も否定できない。

もっとも、この「要件」としての正当防衛状況は、事案に現れた様々な事情の総合考慮を必要とするものであり、このような判断を裁判員にそのまま求めることは、印象論による判断を招いてしまう危険性があることは否定できない<sup>61</sup>。そこで、このような判断を裁判員に求める際には、判断の指針となるものが必要であると解される。このような判断の指針としては、特に正当防衛状況が問題となる事案の類型化が強く要請されている<sup>62</sup>。すなわち、相互闘争状況には、暴力団などの組織による大規模な抗争から、家庭内のささいなトラブルをきっかけとするつかみ合いまで様々な事例が存在するが<sup>63</sup>、このような相互闘争状況の類型ごとに、どのような事実が存在する場合に正当防衛状況の制限が認められているのかを明らかにする必要がある。このような相互闘争状況の類型としては、例えばあらかじめ武器を準備して反撃行為に及んだという類型が考えられるが<sup>64</sup>、それ以外の状況についても、さらに類型化が必要である<sup>65</sup>。そこで、今後の正当防衛状況に関する研究においては、正当防衛状況の有無が問題となる相互闘争状況の類型化こそが、強く求められているというべきである。

---

61 高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈—司法研究報告書を題材に—」刑事法ジャーナル18号（2009年）5頁。また、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル19号（2009年）51頁参照。

62 稗田雅洋「裁判員裁判と刑法理論—裁判官の視点から—」刑法雑誌55巻2号（2016年）179頁、遠藤・前掲注（40）194頁、佐伯・前掲注（27）18頁、司法研修所編・前掲注（4）21頁以下、高橋・前掲注（61）5頁。

63 本稿で検討した事案の中では、事例②は複数の暴力団員が関与し、あらかじめ準備したあった殺傷能力の強い凶器が用いられたことから、相互闘争状況の中でも比較的重大な事案であると評価できるが、事例④は、たまたま被害者の死亡という結果が生じているが、家庭内でのささいなトラブルをきっかけに暴力沙汰が生じてしまった比較的軽微な事案であると評価でき、両者はそれぞれ別の類型に分類されるべきである。

64 拙稿「防衛的招致の理論と正当防衛状況が問題になる事案の類型化（1）（2・完）」筑波法政65号（2016年）29頁以下、筑波法政66号（2016年）127頁以下参照。

65 嶋矢・前掲注（27）138頁は、家庭内での家人に対する実力行使という事情に着目した類型化の可能性を指摘する。