

家庭内での暴力的闘争における 正当防衛状況の判断基準

木崎 峻輔

- 第1 はじめに
- 第2 家庭内での正当防衛に関するドイツ及びアメリカの見解
 - 1 問題の所在
 - 2 家庭内での正当防衛に関する議論の概要
 - (1) ドイツの見解
 - ア 学説
 - イ 判例
 - (2) アメリカの見解
 - ア 学説
 - イ 判例
 - 3 検討
 - (1) これらの見解の当否
 - ア ドイツの見解
 - イ アメリカの見解
 - (2) わが国の議論の参考にすることの可否
- 第3 家庭内での正当防衛に関する判例・裁判例
 - 1 問題の所在
 - 2 判例・裁判例
 - (1) 正当防衛状況を肯定した事例
 - (2) 正当防衛状況を否定した事例
 - 3 検討
 - (1) 正当防衛状況を否定する根拠となる事実
 - (2) 正当防衛状況の制限に関する傾向

第4 家庭内での暴力的闘争における正当防衛状況の判断基準

1 問題の所在

2 家庭内での暴力的闘争の特徴

- (1) 暴力的闘争の回避が困難であること
- (2) 暴力的闘争の回避を要求しえないこと

3 家庭内で正当防衛が問題になる事例の処理

(1) 正当防衛状況を否定すべき事案

- ア 正当防衛状況の判断基準
- イ 侵害回避義務論との関係

(2) 判断のプロセス

第5 おわりに

第1 はじめに

近年導入された裁判員裁判においては、正当防衛が問題になる事案の処理について、法律知識を持たない裁判員にも分かりやすい判断基準として正当防衛状況の基準を用いることが提唱されており¹、実際にこのような基準を用いた裁判例も多数存在する²。もっとも、この正当防衛状況という判断基準は、そのままでは使いつらいとして、正当防衛状況の存否が問題となる事案の性質に応じた類型分けが要請されている³。

このような類型化の試みの1つとして、家庭内での正当防衛という類型が指摘さ

1 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、和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ1365号（2012年）59頁。

2 このような裁判例として、東京地判平27・5・27（LEX/DB25540605）、東京高判平27・6・5（判時2297号137頁）、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）、大阪地判平24・3・16（判タ1404号352頁）、神戸地判平26・12・16（LEX/DB25447069）、佐賀地判平25・9・17（LEX/DB25503819）、長崎簡判平26・3・28（LEX/DB25541581）、長崎地判平26・2・12（LEX/DB25503177）、宇都宮地判平26・3・5（LEX/DB25503281）、横浜地判平25・10・31（裁判所ウェブサイト）など。

3 和田ほか・前掲注（1）55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、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）194頁、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）18頁、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、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。

れている⁴。同類型に該当する事案の典型例としては、まず家庭内暴力、いわゆるドメスティック・バイオレンス（DV）の被害者が反撃行為に出たことにつき正当防衛の成否が問題となる事例を挙げることができる。しかし、家庭内で正当防衛が問題となる事案はそれだけではなく、家族間で何らかの暴力的闘争が発生し、その中でなされた攻撃について正当防衛の成否が問題となった事例も数多く存在する。それにもかかわらず、わが国においては、この問題について積極的な検討がなされているとはいえない。前者の事例については、DVの問題を正当防衛の可否という視点から検討を加えた文献も複数存在するが⁵、後者の事例について直接論じたわが国の文献は存在しない。すなわち、家庭内で暴力的闘争が発生し、その中でなされた攻撃について正当防衛の主張がなされた場合には、通常の相互闘争状況の事例における正当防衛の成否とは異なった扱いがなされるのか、また、仮に異なった扱いがなされるとすれば、正当防衛の成立範囲はより狭められるのか、それとも広げられるのかについては、ほとんど検討がなされていない状態にある。正当防衛が問題になる事例としては、一方的に急迫不正の侵害がなされる事案よりも、むしろ暴力的闘争に際して正当防衛が問題になる事案の方が多いことから、このような事例をどのように処理すべきかを明らかにしない限りは、家庭内での正当防衛を正当防衛状況が問題になる類型の1つとして類型化することは不可能であると言わざるを得ない。

他方、外国においては、家庭内での正当防衛の問題について、DV事例に限らず積極的に議論がなされている。まず、ドイツにおいては、「正当防衛の社会倫理的制限」の1つとしての「密接な人的関係における正当防衛権の制限」が、主に家族間で正当防衛の成否が問題になる事例を念頭において議論されている⁶。また、ア

4 嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑法雑誌55巻2号（2016年）138頁。

5 このような文献として、林美月子「家庭内暴力と正当防衛」神奈川法学43巻1号（2011年）43頁、森川恭剛「DV被害者の反撃と正当防衛—侵害の急迫性について—」琉大法学80号（2008年）1頁、前田忠弘「ドメスティック・バイオレンス（DV）と刑法学の課題—被虐待女性の正当防衛に関する覚書—」愛媛大学教育学部紀要 人文・社会科学33巻1号（2000年）25頁、矢野恵美「正当防衛成立要件の再考—継続するドメスティック・バイオレンスと急迫不正の侵害—」法学77巻6号（2013年）215頁、宿谷晃弘「ドメスティック・バイオレンスにおける正当防衛と法の中立性に関する一考察—アメリカにおけるフェミニストの議論を中心に—」早稲田大学大学院法研論集108号（2003年）111頁など。また、DV事例における殺人について、緊急避難の見地から検討を加えた文献として、深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題—緊急避難論を中心として」『山口厚先生献呈論文集』（2014年、成文堂）95頁。

6 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Aufl., 2006, S.701ff; ders., *Die*

アメリカにおいては、生活の本拠地となる住居においては、侵害から退避することが可能な場合でも生命に関わる有形力の行使が許容されるとする「城塞の法理」の適用範囲の問題として、家族などの同居人から攻撃を受けた場合に侵害からの退避は要求されるのかという形で、家庭内での正当防衛の成否について議論がなされている⁷。そこで、わが国において家庭内での正当防衛をどのように処理すべきかを検討する上では、これらの外国における議論を手掛かりにすることもできるように思われる。

以上のような問題意識に基づき、本稿では、正当防衛状況が問題になる事例類型の1つとしての、家庭内での暴力的闘争において正当防衛の成否が問題になった事案をどのように処理すべきかを明らかにする。まず、そもそも家庭内での正当防衛の成否についてどのように扱うべきかについて、外国の議論を参考にしつつ検討する。すなわち、家庭内での正当防衛の成立範囲を通常よりも広げるべきか、それとも狭めるべきかについて、この問題に関するドイツ及びアメリカの見解のどちらを参考にすべきかという観点から明らかにする。次に、わが国の判例・裁判例においては、具体的にどのような事実が存在する場合に家庭内での暴力的闘争における正当防衛権が制限されるのかを検討する。すなわち、わが国の裁判実務において、通常の相互闘争状況における正当防衛の事案とその扱いに違いはあるのか、また、通常正当防衛を否定する根拠となる事実はどのように扱われるのかを、わが国の判例・裁判例を検討して明らかにする。以上を踏まえて、家庭内での正当防衛という類型においては、どのような基準で正当防衛状況の存否が判断されるのか、すなわち、その判断の上で特に重要な事実及び判断のプロセスを明らかにする。

„sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts—Versuch einer Bilanz—, ZStW Bd. 93, 1981, S.100ff; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2012, S.209ff; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43.Aufl. 2013, S.132; Urt Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, S.151; Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2011, S.1534f; Walter Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29.auf., 2014, S.665f; Tomas Rönnau/Kristean Hohn, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, S.523f; Felix Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11.Lfg., 2001, S.48f. また、このような議論を我が国に紹介する文献として、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（1991年、多賀出版）248頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』（1985年、成文堂）264頁以下、大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学47巻5号（1984年）48頁以下、岩間康夫「保護義務者による正当防衛の制限について—特に夫婦間の事例を素材に—」『山中敬一先生古稀祝賀論文集（上）』（2017年、成文堂）197頁以下。

7 Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 230f (7th ed. 2015); Wayne R. Lafave, CRIMINAL LAW, 579 (5th ed. 2010); 佐伯仁志「アメリカの正当防衛法」ジュリスト1033号（1993年）54頁。

第2 家庭内での正当防衛に関するドイツ及びアメリカの議論

1 問題の所在

冒頭で述べたように、わが国ではほとんど議論されていない家庭内での正当防衛について、ドイツ及びアメリカでは積極的な議論がなされている。しかし、このような議論における正当防衛の成立範囲に関する両者の結論は、ほとんど正反対であるといえることができる。すなわち、ドイツにおいては、家庭内での正当防衛について、正当防衛の社会倫理的制限の1つとして、その成立範囲を制限する方向で議論されており⁸、これに対してアメリカにおいては、家庭内での正当防衛権の行使についても「城塞の法理」を適用し、生命に関わる有形力の行使に関する正当防衛権の制限を排除する方向での議論がなされている⁹。

そこで、まずわが国において家庭内での正当防衛の成否が問題になる事案の処理の方向性を定める上では、どちらの議論を参考にすべきか、すなわち、正当防衛を認める範囲を広げるべきか狭めるべきかが問題となる。この点を明らかにするために、ドイツとアメリカのそれぞれの見解の理論的根拠や、実際の事案における結論の妥当性を考慮して、両者のいずれの見解がより妥当であり、またそのような見解をわが国における事案の処理の参考にすることは可能といえるかを明らかにする。

2 家庭内での正当防衛に関する議論の概要

(1) ドイツの見解

ア 学説

まず、ドイツにおいては、正当防衛権の社会倫理的制限の1つとして、「密接な人的関係」を理由として正当防衛権が制限されるとする立場が通説的な見解とされている¹⁰。このような立場によれば、家族などの「密接な人的関係」にある者により侵害行為がなされた場合には、生命ないし身体に重大な危険を生じさせる攻撃でない限り、いきなり強力な反撃行為に出ることは許されず、侵害の回避又は軽微な

8 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.701; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.100; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.210; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.132; 齊藤・前掲注(6) 250-1頁、山中・前掲注(6) 275頁、大嶋・前掲注(6) 50頁。

9 See Dressler, *supra* note 7, at 230.

10 Vgl. Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.523.

侵害の甘受が要請される¹¹。そして、このような義務に反した反撃行為については、正当防衛の「被要請性（Gebotenheit）」が欠けることを理由に、正当化が否定されることになる¹²。

このような正当防衛権の制限の根拠については、複数の見解が主張されている。まず、家族のような密接な人的関係にある者は、相互に相手方に対する「保証人的義務（Garantenpflicht）」を有しており、相手方による不正の侵害に晒された場合であっても、共同体関係の存続を顧慮し、相手方の生命や身体に対する重大な侵害から守らなければならないとして、直ちに強力な反撃行為に出ることは許されないとする立場が主張されている¹³。これに対して、密接な人的関係にある者の間で侵害がなされた場合には、「法は家庭に入らず」の思想や、共同体の存続義務により、正当防衛の正当化根拠である「法確証の利益（Rechtsbewährungsinteresse）」が減少するとして、この場合に正当防衛を行使できる範囲が減少するという見解も主張されている¹⁴。また、上記の見解を併せて考慮して、密接な人的関係にある者の間で正当防衛が問題になる場合には、相互の保証人的義務を理由に法確証の利益が減少するという見解も主張されている¹⁵。

イ 判例

また、BGH判例も、基本的にはこのような理由に基づく正当防衛権の制限を認めている。まず、BGH第3刑事部1969年2月26日判決¹⁶（BGH NJW 1969, 802）は、被告人が自分の子供に暴力を振るう夫に抵抗したことから、夫が被告人を何度も殴打したので、被告人が身を守るために傘で被告人の頭部を突き刺して死亡させたという事案において、「侵害者と被侵害者の間の婚姻関係に着目すると、防衛手段の

11 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.701f; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.100f; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.211; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.132; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1534; Perron, a.a.O. (Anm.6), S.665; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.523.

12 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.683ff; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.196; Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre, 2 Aufl., 2008, S.116f.

13 Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.523; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1534; Kindhäuser, a.a.O. (Anm.6), S.151; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.132; 大嶋・前掲注（6）50頁。また、岩間・前掲注（7）213-4頁参照。

14 Perron, a.a.O. (Anm.6), S.665; Herzok, a.a.O. (Anm.6), S.48; 齊藤・前掲注（6）252-3頁。

15 Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.701; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.101f; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.210.

16 同判決に対する評釈として、Karl Deubner, AJW 1969, 1184.

要件に関する厳格な要件が設けられるべきである」とした上で、「被告人は、たとえ穏当な手段を適用することが危険を除去することを確実に期待させなかったとしても、致命的な防衛手段を選択することは許されない」として、被告人の反撃行為の正当化を否定した。また、BGH 第 3 刑事部1974年 9 月25日判決¹⁷（BGH NJW 1975, 62）は、被告人が、夫との暴力的な闘争の最中に、ナイフで夫の左胸を突き刺し死亡させたという事案において、上記の1969年判決を前提として、被告人に対しては「穏当な防衛手段をとり、いずれにせよ手足に対して生命に危険を生じさせない態様でのナイフの使用に限定することが要求される」として、正当防衛を否定した。

しかし、その後の BGH 判例は、このような見解に距離を置いているか¹⁸、少なくともその適用に慎重な態度を示している¹⁹ように思われる。すなわち、まず BGH 第 2 刑事部1984年 1 月11日判決²⁰（BGH NJW 1984, 986）は、被告人の自宅において妊娠中の被告人とその夫の間で争いが生じ、夫が被告人を殴打した上で突き飛ばし、これに対して被告人がナイフで夫の心臓を突き刺して死亡させたという事案において、被告人が妊娠していたことや、夫による暴行の態様が予測できなかったことなどを理由に、密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限について、「いずれにせよ、ここではこのような制限は問題にならない」として、被告人と夫の婚姻関係を理由とする正当防衛権の制限を認めた原判決を破棄して、被告人の行為は正当防衛として正当化されるとした。また、BGH 第 3 刑事部2002年 4 月18日判決²¹（BGH NSStZ-RR 2002, 203）は、繰り返し暴力を振るった夫と別居中の被告人が、娘を連れて夫の家に行ったところ、夫との間で争いが生じ、夫が娘の方に近づいたのを見た被告人が、夫の左胸を包丁で突き刺して死亡させたという事案において、密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限を認めた上記の1969年判決及び1974年判決について、「これらの判例が維持されうるかについて、刑事部は決定する必要

17 同判決に対する評釈として、Gerd Geilen, JR 1976, 314.

18 このような見解として、Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.523; Günter Spendel, JZ 1984, 509; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil 4 Aufl., 2015, S.204. また、岩間・前掲注（7）205頁参照。

19 このような見解として、Axel Montenbruck, JR 1985, 116; 齊藤・前掲注（6）250頁。

20 同判決に対する評釈として、Spendel, a.a.O. (Anm.18), S.507; Montenbruck, a.a.O. (Anm.19), S.115; Fritz Loos, Jus 1985, 859; Ulrich Schroth, NJW 1984, 2562; Jutta Bahr-Jendges, Streit 1984, 44.

21 同判決に対する評釈として、Joachim Kretschmer, JA 2015, 589; Susanne Walther, JMBI LSA 2003, 52.

はない。」として、本件では被告人と夫の婚姻関係を理由に正当防衛権が制限されるかについて明確な判断を下さなかった。もっとも、最近のBGH判例には、1969年判決や1974年判決を引用して、密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限を認めた事案も存在する²²。しかし、これらの判例は、いずれも防衛行為の必要性(Erforderlichkeit)の欠如や自招防衛を理由に正当防衛を否定した上で、補足的に密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限に触れているにすぎず、実際にこのような制限を理由として正当防衛を否定する結論を導き出しているわけではない。そこで、このようなBGH判例の傾向からすると、現在でもBGHが密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限を実際に考慮しているかは、かなり疑わしいように思われる。

(2) アメリカの見解

ア 学説

次に、アメリカにおける家庭内での正当防衛に関する議論は、防衛行為として生命に関わる有形力を行使する際の退避義務に関する議論を前提とする²³。すなわち、アメリカのいくつかの法域においては、被侵害者が侵害から全く安全に退避できることを認識している場合には、侵害から退避する義務が課され、このような義務に反して生命に関わる有形力を行使することは許されないとされる²⁴。模範刑法典も、このような退避義務について規定している²⁵。もっとも、このような退避義務を課す法域は少数派であり²⁶、多数の法域では、被侵害者が侵害から全く安全に退避できることを認識していた場合でも、生命に関わる有形力を行使することが許容され

22 このような事案として、BGH NStZ 2014, 451 (Urt. v. 25. 3. 2014); BGH NStZ-RR 2016, 272 (Urt. v. 1. 6. 2016)。

23 See Dressler, *supra* note 7, at 228ff.

24 Dressler, *supra* note 7, at 228; Lafave, *supra* note 7, at 578.

25 模範刑法典3.04条(2)(b)(ii)は、生命に関わる有形力の行使が正当化されない場合として、「行為者が、その場から退避し、物件について権利を主張するものにその占有を引渡し、又は行う義務のない行為についてその回避を求める相手方の要求に応ずることにより、威力の行使に出なくても何らの危害を受けないことを知っていたとき」を規定している。なお、以下アメリカ模範刑法典の邦訳は、法務省刑事局『刑事基本法令改正資料第8号アメリカ法律協会模範刑法典(1962年)』(1964年)によった。

26 See Dressler, *supra* note 7, at 230; Lafave, *supra* note 7, at 580. なお、2013年の時点で被侵害者に退避義務を課している州として、コネティカット、デラウエア、メイン、メリーランド、マサチューセッツ、ニュージャージー、ニューヨーク、ペンシルベニア、ロードアイランド、アーカンソー、アイオワ、ミネソタ、ミズーリ、ネブラスカ、ノースダコタ、オハイオ、ウィスコンシン、ハワイ、ワイオミング。

ている²⁷。また、近時では退避義務を要求しない立場がより支持を集め、被侵害者に退避義務を課さずに生命に関わる有形力の行使を認める法域がさらに拡大しているとされる²⁸。

しかし、退避義務を認める法域でも、侵害を受けた場所が自宅である場合には、退避義務の例外として、いわゆる「城塞の法理（Castle doctrine）」が一般的に認められており²⁹、この場合には自宅からの退避は要求されず、直ちに生命に関わる有形力を行使することが許容される³⁰。模範刑法典も、このような退避義務の例外を認めている³¹。このような例外を認める根拠は、この場合の反撃行為は、自宅の尊厳を守るために居住者は侵入者を殺害することも許されるとする「住居防衛」の一形態と解されることと³²、人間にとっては自宅こそが最も安全な聖域であり、自宅からさらに退避することは要求できないとする考え方に求められている³³。

そして、同法理は、同居人から侵害を受けた場合であっても適用されるとする立場が有力である³⁴。このような立場によれば、家庭内において同居人から侵害を受けた場合も、侵害からの退避が要求されることはなく、反撃行為として直ちに生命に関わる有形力の行使が許容されることになる。すなわち、家庭内で同居人から侵害を受けた場合には、屋外で他人から侵害を受けた場合と比較して、正当防衛として許容される範囲が拡大されることになる。このような立場の根拠としては、まず城塞の法理を同居人からの侵害の場合にのみ否定する理由はないということ、すなわち、何ら落ち度のない被侵害者が、侵害者が見知らぬ他人ではなく同居人であるというだけで、本来最も安全な場所であるはずの自宅からの退避を要求するのは不当であるということが指摘されている³⁵。また、同居人からの侵害の場合に自宅からの退避を要求することは、DVの被害者に不利な影響を与えることになるという

27 Dressler, *supra* note 7, at 229; Lafave, *supra* note 7, at 578f.

28 See Dressler, *supra* note 7, at 229; Lafave, *supra* note 7, at 580.

29 Dressler, *supra* note 7, at 230.

30 *Id.*

31 模範刑法典3.04条（2）（b）（ii）（1）は、退避義務の例外として、「何人も、みずから最初に他人に攻撃を加え、又は自己の業務の場所と同一の場所を業務の場所としていることの知られている他人からその場所で侵害を受けた場合を除き、自居の住居又は業務の場所から退避する義務を負わない。」と規定する。

32 Dressler, *supra* note 7, at 230f.

33 Dressler, *supra* note 7, at 231.

34 See *id.*

35 *Id.*

ことも指摘されている³⁶。近年では、特にDVの被害者となっている女性への配慮を理由に、このような見解が主張されるようになってきている³⁷。

イ 判例

また、家庭内で同居人により侵害行為がなされ、それに対する反撃行為について正当防衛の成否が問題になった判例には、被侵害者に退避義務を課したものも存在するが³⁸、多くの判例は、この場合にも城塞の法理を適用して、退避義務の例外を認める判断をしている³⁹。まず、Weiland v. State 判決⁴⁰は、継続的に夫から虐待を受けていた被告人が、自宅アパートでの夫との暴力的な争いの中で夫を射殺したという事案において、住居が究極の聖域であるという伝統的な原則と、DVの被害者に対する配慮を理由として、自宅の共同占有者からの攻撃の場合も退避は必要ないと判示した。次に、State v. Glowacki 判決⁴¹は、被告人の自宅において、被告人と、近いうちに被告人と結婚を予定しておりしばしば被告人の家に滞在していた交際相手の間で暴力的な争いが生じ、交際相手が被告人の肩を殴打したので、被告人が交際相手を蹴って床に倒したという事案において、この場合に被告人に退避を要求するのは、特にDVの場合に不公平であることを指摘して、退避義務を否定した。また、State v. Warren 判決⁴²は、被告人と妻の間で口論が生じ、それが被告人の家族と同居している被告人の友人との暴力的な争いに発展し、被告人が友人の心臓を突き刺して死亡させたという事案において、ここでもDVの事例に配慮して、侵害者が同居人の場合であっても退避義務は生じないと判示した。これらの判例は、攻撃に出る人間が被侵害者の同居人という立場を有していることを問題にせずに、被侵害者には退避する安全な場所がないという事実を考慮して退避義務を否定しているとされ

36 *Id.*

37 *See id.*

38 このような判例として、State v. Shaw, 185 Conn. 372, 441 A.2d 561 (1981); State v. Gartland, 149 N.J. 456, 694 A.2d 564 (1997); State v. Ordway, 619 A.2d 819 (R.I.1992); State v. Pontery, 19 N.J. 457, 117 A.2d. 473 (1955).

39 *See Lafave, supra* note 7, at 579. また、本文中に挙げたものの他にこの場合の退避義務を否定した判例として、People v. Lenkevich, 394 Mich. 117, 229 N.W.2d 298 (1975); State v. Thomas, 77 Ohio St.3d 323, 673 N.E.2d 1339 (1997); State v. Sales, 285 S.C.113, 328 S.E.2d 619 (1985).

40 Weiland v. State, 732 So.2d 1044 (Fla.1999).

41 State v. Glowacki, 630 N.W.2d 392 (Minn.2011).

42 State v. Warren, 147 N.H 567, 794 A.2d 790 (2002).

るが⁴³、特に家庭内での正当防衛の問題において重要な考慮要素となる、DV 被害者への配慮に基づく判断がなされているといえることができる。

3 検討

(1) これらの見解の当否

ア ドイツの見解

まず、家庭内での正当防衛について、正当防衛の成立範囲を通常の場合よりも制限するドイツの見解は、理論的にも実際の結論の点でも妥当ではない。前述のように、BGH 判例もこのような見解からは距離を置くようになっており、また、このような理由に基づく正当防衛権の制限は全面的に否定されるべきとする見解も有力に主張されている⁴⁴。

(ア) 理論的な問題点

まず、理論的な問題点として、この場合に「密接な人的関係」を理由に正当防衛権を制限する見解は、いずれもその理論的根拠が不十分であるといえることができる。

すなわち、この場合の正当防衛権の制限について、密接な人的関係にある者がお互いに保証人的義務を有していることを根拠とする見解に対しては、まず保証人的義務を正当防衛権の制限の根拠とするならば、「密接な人的関係」の場合だけでなく、契約当事者などの場合にも正当防衛権の制限が及ぶことになると批判することができる⁴⁵。このような見解によれば、医師が患者から侵害を受けた場合や、教師が生徒から侵害を受けた場合にも、保証人的義務を理由として正当防衛権が制限されるはずである。しかし、このような制限を認める見解の大多数は、保証人的義務を理由とする正当防衛権の制限が認められるのは、家族や内縁関係などの「密接な人的関係」に限定されるとしている⁴⁶、現実的にもこのように制限の範囲を広げ

43 Lafave, *supra* note 7, at 579.

44 このような見解として、Gropp, a.a.O. (Anm.18),S.204; Freund, a.a.O. (Anm.12), S.116; Dieter Engels, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, S.112ff; Helmut Frister, Die Notwehr im System der Notrecht, GA 1988, S.309; Wolfgang Wohlers, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, S.441f; Raquel Montaner Fernández/Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen? Zu den Garantenstellungen im Rahmen Persönlicher Beziehungen, GA 2013, S.648.

45 Vgl. Engels, a.a.O. (Anm.43), S.113; 山中・前掲注(6) 280頁参照。

46 Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.703; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.101; Kühl, a.a.O. (Anm.6),

るのは妥当ではない⁴⁷。また、より決定的な問題点として、なぜ不正な侵害行為により相互の保証関係を破られた被侵害者が、それでも相手方に対する保証人的義務を果たさなければならないのかという点を指摘することができる⁴⁸。このような批判に対しては、保証関係が破られるのは継続的な虐待が行われる事案や重大な侵害が差し迫っている事案に限られ、軽微な侵害がなされたに過ぎない場合には未だ保証関係は破られていないとの反論もなされている⁴⁹。しかし、密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限が認められる事案をこのような場合に限定すると、わざわざ密接な人的関係を理由とする正当防衛権の制限を認める必要性は乏しいことになるように思われる。すなわち、継続的な虐待の事例ではなく、当事者双方に落ち度があって闘争状況が発生した事案の多くは、同じ正当防衛の社会倫理的制限の1つである挑発行為を理由とする正当防衛権の制限⁵⁰で対応でき、また軽微な侵害がなされたに過ぎない場合の多くは、やはり正当防衛権の社会倫理的制限の1つである軽微な侵害を理由とする正当防衛権の制限⁵¹で対応できると思われるので、わざわざ密接な人的関係を理由として正当防衛権の制限を図る必要はほとんどないと思われる⁵²。

次に、密接な人的関係を有する者の間で侵害がなされた場合には、正当防衛の正当化根拠である法確証の利益が減少するという見解に対しては、このような者の間でなされた暴力行為も通常の場合と何ら変わらない違法な法益侵害行為である以上、このような関係が存在することを理由に法確証の利益が減少するということはいくつか批判することができる。「法は家庭に入らず」の思想が立法化されてい

S.212; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1534f; Perron, a.a.O. (Anm.6), S.665f; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.524; Herzok, a.a.O. (Anm.6), S.48.

47 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.101.

48 Vgl. Perron, a.a.O. (Anm.6), S.665; Gropp, a.a.O. (Anm.18), S.204; Freund, a.a.O. (Anm.12), S.116; Engels, a.a.O. (Anm.44), S.113; Fernández/Gimeno, a.a.O. (Anm.44), S.648; 山中・前掲注(6) 288頁。

49 Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.704.

50 このような制限について、Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.687ff; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.85ff; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.212; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.132ff; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1536ff; Perron, a.a.O. (Anm.6), S.666ff; 齊藤・前掲注(6) 197頁以下、大嶋・前掲注(6) 25頁以下、山中・前掲注(6) 96頁以下など。

51 このような制限について、Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.696ff; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.94ff; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.199; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.131; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1530ff; Perron, a.a.O. (Anm.6), S.664f; 齊藤・前掲注(6) 240頁以下、大嶋・前掲注(6) 44頁以下、山中・前掲注(6) 211頁以下など。

52 Vgl. Wohlers, a.a.O. (Anm.44), S.442.

るのは財産犯についてのみであり⁵³、正当防衛の事案で問題になることが多い傷害や殺人についてこのような思想を引き合いに出すことはできない。また、正当防衛が問題になる事案では、生命や身体といった法益を保護するために防衛行為がなされることが多いが、これらの法益の重要性に照らすと、生命や身体より価値が低いことに疑いがない共同体を存続させる利益を理由として、正当防衛権を制限することもできないように思われる。

以上のように、密接な人的関係を理由として正当防衛権の制限を認める見解の理論的根拠は、いずれも不十分であるということが出来る。結局、このような見解は、「家族はお互いに理解と思いやりを示すべき」という単なる道徳的な主張を理由として、正当防衛権を制限するものに過ぎないと解される。

(イ) 実際の結論上の問題点

また、このような理由に基づく正当防衛権の制限を認めることは、DVの温床になる危険性が非常に高いという点でも妥当ではないと解される。前述のように、このような見解の中には、継続的な虐待や重大な侵害行為がなされた場合には、正当防衛権の制限を認めないとする立場も主張されている。しかし、DV事例には、軽微な暴力行為から重大な暴力行為に発展し、被害者に対する暴力行為が続く時期とそれが沈静する時期が周期的に繰り返される事案がしばしば存在するとされる⁵⁴。そうであるならば、軽微な暴力行為がなされている時期や、暴力行為が沈静している時期に被害者の正当防衛権を制限し、侵害に対する回避や甘受を義務付けることで、DV被害が拡大する可能性は十分に考えられる。実際に、このような理由に基づく正当防衛権の制限を認める見解のほとんどが、DVの温床になる危険性を指摘している⁵⁵。そうであるならば、理論的な根拠も不十分であり、結論上の妥当性も欠くこのような理由に基づく正当防衛権の制限を認める必要はないように思われる。

53 ドイツ刑法典247条は、家庭内又は家族間での窃盗又は横領は親告罪とされると規定しており、わが国の刑法244条、251条、255条も、家庭内又は家族間での窃盗、詐欺又は恐喝、横領について、刑の免除又は親告罪とされることを規定している。

54 Dressler, *supra* note 7, at 245; 林・前掲注(5) 45頁、前田・前掲注(5) 33頁。

55 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), AT, S.704; Roxin, a.a.O. (Anm.6), ZStW, S.103; Wessels/Beulke/Satzgar, a.a.O. (Anm.6), S.132; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1535; Rönau/Hohn, a.a.O. (Anm.6), S.524.

イ アメリカの見解

これに対して、家庭内で正当防衛が問題になる事案において、同居人による侵害がなされた場合にも城塞の法理を適用することで、正当防衛として許容される範囲を拡大するアメリカの見解は、基本的に妥当であると解される。

まず、このような見解は、人間にとって自宅が最も安全な聖域であるということ根拠としているが、生活の本拠地である自宅に留まる権利を重要な権利として尊重すべきであることは疑いが無い。そして、この自宅に留まる権利を侵害する相手が、見知らぬ侵入者である場合と、同居人である場合とで区別を設ける理由はないといえる⁵⁶。重要なのはあくまで住居権者は「住居に留まる権利」を有しているということであり、また侵害行為に出た同居人が有するのも、その住居に留まる権利であり、被侵害者を住居から追い出す権利ではない。そうであるならば、たとえ同居人から侵害がなされた場合であっても、被侵害者が住居に留まる権利を有している以上は、被侵害者に住居からの退避を要求すべきではないと解すべきである。

また、このような見解は、家庭内で正当防衛が問題になる事案において特に重要なDVの問題に配慮している点でも妥当である。前述のように、DVが問題になる事例では、常に強度の暴力行為がなされるのではなく、軽微な暴力行為から重大な暴力行為へと発展し、また暴力行為がなされる時期と暴力行為が沈静する時期を繰り返す場合もしばしば存在するとされる。また、一度住居から逃げ出したDV被害者が自宅に連れ戻されて、さらに暴力を振るわれるという事案も存在し、このような場合にまで被侵害者に退避義務を課するのは明らかに不合理である⁵⁷。そうであるならば、潜在的に重大なDVに発展する危険性を含んでいる家庭内での暴力的闘争の事案においては、通常的事例よりも正当防衛として許容される範囲を拡大すべきであるように思われる。

（2）わが国の議論の参考にする事の可否

それでは、以上のようなアメリカにおける議論を、わが国における家庭内での正当防衛に関する議論の参考にする事は可能であるといえるか。たしかに、わが国とアメリカの正当防衛法は大きく異なるものである。すなわち、アメリカ法では正

56 Dressler, *supra* note 7, at 231.

57 *Id.*

正当防衛は明確に違法性阻却事由とされているわけではなく⁵⁸、また客観的には侵害が存在しない場合であっても、相当な理由により侵害行為の存在を確信した場合には反撃行為の正当化が認められる⁵⁹という点で、わが国の正当防衛に関する規定とは基本的に異なっている。そうであるならば、アメリカ法の正当防衛に関する議論を、直ちにわが国の議論の参考にすることは困難であるようにも思われる。

しかし、正当防衛に関する基本的な考え方は異なっているとしても、家庭内での正当防衛に関する議論において考慮されている事情は、わが国にも共通するものであるように思われる。すなわち、この場合に正当防衛として許容される範囲を拡大する根拠となる城塞の法理は、住居が人間にとって最も安全な聖域であることを根拠とするものであるが、このような住居に留まる権利の重要性は、わが国でも変わることはない。わが国においても、盗犯等防止法により、住居への侵入者に対しては正当防衛が許容される範囲が通常よりも拡大されており⁶⁰、近時の正当防衛に関する議論においては、被侵害者の「現場に滞留する利益」、すなわち住居等に留まる生活上の利益を考慮して正当防衛の成否を決する侵害回避義務論が有力に主張されている⁶¹。また、アメリカにおける家庭内での正当防衛に関する議論においては、DVの問題が積極的に考慮されているが、このような問題は、わが国にも共通するものである。すなわち、わが国でもDVの事案で正当防衛の成否が問題になった事例は複数存在し⁶²、このような場合に正当防衛として許容される範囲を拡大すべきという主張もなされている⁶³。わが国でも正当防衛の問題とDVの問題が関連性を有しているならば、両者を密接に関連させた議論がなされているアメリカ法の知見を参考にすることも許されるように思われる。なお、家庭内で暴力行為がなされる事

58 佐伯・前掲注（7）56頁、木村光江『主観的犯罪要素の研究—英米法と日本法』（1992年、東京大学出版会）165頁。

59 Dressler, *supra* note 7, at 224f; Lafave, *supra* note 7, at 573f; 佐伯・前掲注（7）55頁、伊藤嘉亮「正当防衛—比較刑法ノート（4）」*刑事法ジャーナル*47号（2016年）56頁。

60 盗犯等防止法1条1項2号及び3号は、住居に侵入しようとする者に対して防衛行為の相当性を欠く反撃行為に出た場合も正当防衛が成立すると規定しており、また同条2項はこの場合に客観的に急迫不正の侵害が存在しない場合でも正当防衛が成立する余地を認めている。

61 侵害回避義務論について、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007年、有斐閣）305頁以下参照。

62 このような事案として、大阪地堺支判昭45・11・27（判タ261号292頁）、大阪高判昭54・9・20（判時953号136頁）、大阪高判昭53・6・14（判タ369号431頁）、東京高判平6・5・31（判時1534号141頁）、名古屋地判平7・7・11（判時1539号143頁）、東京高判平13・9・19（判時1809号153頁）など。

63 森川・前掲注（5）25頁、矢野・前掲注（5）229-30頁。

案には、一見すると被害者が一方的に強度の暴行を受けているように見えるが、被害者にも暴力行為を生じさせたことについて落ち度が存在し、家庭内での相互闘争状況の事案として評価することも可能な事案も存在する⁶⁴。そうであるならば、DV事例だけをそれ以外の家庭内で正当防衛が問題になる事例から区別して問題にすることは困難であり、潜在的にDVの問題を含んでいる家庭内での正当防衛の事案一般について、このような問題に配慮しているアメリカ法の議論を参考にすべきである。

以上のように、わが国においても、アメリカ法における家庭内での正当防衛に関する議論を参考にすることが可能であると解される。そこで、このような事案をどのように処理すべきかについては、アメリカ法の見解を参考にして、被侵害者の住居に留まる権利やDVの問題を考慮して、主に正当防衛として許容される範囲を拡大する方向での解釈をすべきである。

第3 家庭内での正当防衛に関する判例・裁判例

1 問題の所在

もっとも、家庭内で正当防衛が問題になった事案においては、正当防衛として許容される範囲を拡大すべきとする価値判断は、わが国の判例実務における価値判断に沿うものといえるのか。もしこのような価値判断がわが国の判例実務における価値判断に反するものであるならば、家庭内で正当防衛が問題となった判例・裁判例において考慮されている事情を基礎として、このような事案を処理するための判断基準を構築することは不可能であることになる。

そこで、この点を明らかにするために、わが国の家庭内で正当防衛が問題になった判例・裁判例を検討し、このような事案においてはどのような事実関係がある場合に正当防衛状況を否定しているのかを明らかにする。その上で、このような事案に関するわが国の判例・裁判例における価値判断は、上記の見解に沿うものであり、わが国の判例・裁判例で考慮された事実から、このような事案に関する判断基準を構築できるのかを明らかにする。

64 このような事案として、後掲事例①、前掲注（62）・東京高判平13・9・19、東京地判平20・10・27（判タ1299号313頁）。

2 判例・裁判例

(1) 正当防衛状況を肯定した事例

①前橋地判平24・10・11（LEX/DB25483148）

ア 事実の概要

被告人とその妻であるAは、しばしば暴力的な喧嘩になり、本件犯行の約1週間前にも、被告人はAから果物ナイフで刺されたので、被告人は身を守るためにナイフを鞘を抜いたまま自室の毛布の下に隠しておいた。犯行当日、Aは被告人がAの分まで飯を食べてしまったことで立腹し、さほど強くない力で被告人の右手小指付け根付近を包丁で突いた。これに対して、被告人は部屋にあった本件ナイフをポケットに入れ、包丁を持っていたAと向き合って口論した。Aは、被告人を黙らせようとして、それほど強くない力で被告人の左肩を包丁で突き、被告人の頬に包丁の刃を当てて何度か叩いた。そこで被告人は、Aに対して包丁を離すよう言ったが、Aは包丁を放さず、「脳梗塞のばか。」と言ってきたので、被告人はカットとなってAの腹部を本件ナイフで突き刺した。しかし、それでもAは包丁を放さなかったので、被告人は同じようにナイフで被告人の腹部を突き刺し、傷害を負わせた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まずAが被告人の左肩を包丁で突き、包丁で被告人の頬を何度か叩いた行為は被告人の身体に対する急迫不正の侵害に当たるとした。その上で、被告人とAはしばしば喧嘩はするものの敵対関係にはなかったこと、被告人は機先を制してAを攻撃する意図を有しておらず、Aを刺す直前にも包丁による攻撃を止めさせようとしていること、被告人が本件ナイフを自室に隠し、本件ナイフをポケットに入れてAと向き合ったのは、あくまでAの刃物による攻撃に対して防御するためと考えられることから、Aには積極的加害意思は認められないとして、侵害の急迫性を肯定した。また、被告人が公的救助を要請しなかったことについても、このような事情を理由に正当防衛状況が否定されることはないとして、被告人の反撃行為を過剰防衛とした。

ウ 検討

本判決は、家庭内での刃物を用いた暴力的闘争の場面で正当防衛が問題になった事案であるが、被告人があらかじめ侵害に備えて反撃準備を整えていたにもかかわらず、正当防衛状況が否定されなかった点に特徴がある。通常、被侵害者が侵害を予期した上で反撃準備を整えていたという事情は、正当防衛状況を否定する方向に

強く作用する⁶⁵。それにもかかわらず、本判決において正当防衛状況が認められた理由としては、従来からAによる侵害が継続していたという事情が特に重要であるように思われる。すなわち、以前から継続して侵害がなされている場合には、被侵害者が武器を準備する行為は、積極的に闘争状況を拡大するためのものではなく、自分の身体の安全を守るために必要な行為であると評価される。そこで、このような場合には、被侵害者が侵害を予期して武器を準備していた場合であっても、正当防衛状況は否定されないという判断がなされることになると思われる。

同様の判断をした事例としては、大阪地裁平成20年9月19日判決（裁判所ウェブサイト）を挙げることができる。同事案は、長年引きこもり生活を送ってきた被告人が、しばしば被告人に暴力を振るう父親の攻撃に備えてスチール製のテーブルの足を自室に保管していたところ、父親が被告人の自室に侵入しようとしてきたので、被告人は父親が自分を殺そうとしていると思い込み、テーブルの足で父親の頭部を殴打して傷害を負わせ、さらに台所から持ち出した包丁で突き刺すなどして死亡させたという事案であるが、被告人が父親の頭部を殴打した行為については、被告人がテーブルの足を準備していた行為は、あくまで父親の攻撃に対し防御するためのものであったなどとして、侵害の急迫性を否定せずに正当防衛を認めている。このように、家庭内で継続的に侵害を受けていた被侵害者については、通常であれば正当防衛状況を否定する方向に強く作用する、侵害を予期した上での反撃準備行為という事情が存在する場合であっても、正当防衛状況が認められる余地が生じることになると解される。

②鹿児島地判平24・2・7（裁判所ウェブサイト）

ア 事実の概要

被告人が、自宅において長男であるAを諫めようと考えてAの部屋に向かうと、Aが包丁を手にしていたので、金属バットを持ち出してAの部屋に立ち入った。被告人は、Aと口論をしながらAの部屋の中を移動し、Aが包丁を持って近づいてきても、部屋の外に逃げ出すことなく、Aの部屋の奥に回り込むなどした。そして、被告人がAの部屋のベッドの段差に足を取られて片膝を付く体勢になったと

65 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）283頁、栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）80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。

ころをAから蹴られそうになったので、身の危険を感じて、金属バットを2、3回振り上げて対抗し、さらにAの頭部や腕部等を金属バットで多数回殴打するなどして、Aを死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、本件は相互に攻撃を予定したような喧嘩とはいえないことに加えて、被告人が金属バットを持ち出したのはあくまで説得目的であり、積極的にAを返り討ちにするつもりはなかったこと、被告人が金属バットを持ち出したのは、Aが包丁を持っているのを見たからであり、また部屋の奥に回りこんだのも、主にAを説得しようとしたためと見る余地があるとして、正当防衛状況を否定せずに、被告人の反撃行為を過剰防衛とした。

ウ 検討

本件は、被告人が武器を持って相手方の下に向かっていてもかかわらず、正当防衛状況が否定されなかった点に特徴がある事案である。通常、被告人が武器を持って相手方の下に向かった場合には、正当防衛状況が否定される場合が非常に多い⁶⁶。しかし、本件において正当防衛状況が否定されなかった理由としては、被告人は、あくまでAを説得するためにAの元に出向いたということが重要であるように思われる。すなわち、特に家族間においては、良好な関係にない相手方と話をする必要が生じる場合もあり、そのような場合には、たとえ相手方の下に出向くことが相互闘争状況を生じさせる危険性があっても、このような態度に出たことを被告人の落ち度として扱うべきではなく、このことを理由に正当防衛権を制限すべきではないという判断がなされたように思われる。

同様の判断をした事案としては、東京高裁昭和62年1月19日判決（判タ650号251頁）が存在する。同事案は、日頃から暴力的な被告人の父親が、「お前から先に殺してやる」などと言って被告人を睨み付け、ペティナイフを持って肩を回すなどしていたので、被告人が攻撃に備えて水道栓ハンドルを持って様子を見に行ったところ、いきなり父親が襲い掛かってきたので、水道栓ハンドルで頭部を殴打して死亡させたという事案において、被告人は父親に対して積極的に害を加える意思で攻撃に及んだとはいえないとして、侵害の急迫性を肯定した。このように、家庭内で相互闘争状況を生じさせる危険性がある行為に出ざるを得ない場合には、被告人が武

66 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）85頁、香城・前掲注（65）273頁、栃木・前掲注（65）80頁。

器を持って相手の下に出向くなどの行為に出た場合であっても、裁判所は、それを被告人にとって不利な事情として扱うべきではないという判断をしているように思われる。

（２）正当防衛状況を否定した事例

③仙台地判平18・10・23（判タ1230号348頁）

ア 事実の概要

被告人は、Aの長男であり、Aが経営する建設会社の役員として勤務していたが、以前からAが家族に暴力を振るったり、暴言を吐いたりすることに憎悪を募らせており、また犯行の数ヶ月前から借金の返済に充てるためにAの会社の工事代金を着服していた。犯行当日、被告人はAから工事代金の回収について問い詰められ、工事代金を着服したことを打ち明けると、激怒したAから平手打ちをされるなどした。その後、被告人がAから離れて玄関の方に向かうと、Aは被告人の首の辺りを押さえつけて1階居間に連れ戻したが、再びAから離れて玄関に向かおうとすると、Aが後を追ってきたので、家の中を逃げ回り、台所から洋出刃包丁を持ち出し、利き手に革手袋をはめて包丁を持った。Aは、2階居間で被告人が包丁を手に行っていることに気づくと、被告人に対して「やる気か、この野郎。」と怒鳴りつけたが、これに対して被告人はAに怒鳴り返し、1階に向かおうとした。そして、Aが階段を下りてきた被告人に頸部を押さえつけられると、被告人は包丁でAの背部等を複数回突き刺し、死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まずAが被告人の頸部を押さえつけて1階居間に連れ戻し、自宅内を逃げ回る被告人を追いかけた行為は、被告人の生命や身体に直ちに危険が生じるような侵害行為とまでは認められないとした。その上で、被告人がAに追いかけられている間に洋出刃包丁を持ち出しAに示した行為は、Aの行為と比べて明らかに質的に過剰であり、またAの行為は被告人にとって十分に予測可能なものであることから、Aが2回目に被告人の頸部を押さえつけた行為は、いわば自らの行為により招いた結果であるとして、被告人の行為は侵害の急迫性を欠き、正当防衛も過剰防衛も認められないとした。

ウ 検討

本件は、家庭内での相互闘争状況の場面で正当防衛の成否が問題になった事案に

において、被告人が相手方に凶器を示す態度に出たことを理由として、自招防衛の論理を用いて侵害の急迫性を否定したものである。本件において、被告人は単に侮辱的な言動等により侵害を招致したのではなく、素手の相手方に凶器を示すという態度に出ており、このような態度は、侵害招致行為としてはかなり強度のものであるといえる。もっとも、闘争状況において相手方に対して凶器を示す行為に出ているという点は、正当防衛状況を肯定した事例①と同じである。しかし、そもそも闘争状況の発生が、被告人がAの会社の金を着服したことを発端とするものであり、Aにはそのことについて被告人を問い詰める正当な理由があったことから、被告人がAに包丁を示すという行為には、何ら正当な理由や必要性はないという点で異なっている。そこで、本判決が被告人の正当防衛状況を否定する上では、被告人が侵害招致行為に出たことにつき何らの正当な理由や必要性がなかったという点を重視しているように思われる。

④東京高判昭60・8・20（判時1183号163頁）

ア 事実の概要

被告人とその内妻が喧嘩になり、内妻がその弟であるAを電話で呼び加勢を求めたことから、被告人とAの間で怒鳴り合いになり、被告人が「上等だ、表へ出ろ。」などと怒鳴ると、両者は喧嘩を始める気配となった。そして、Aが玄関脇の傘立てからビニール傘を手にとると、被告人はこれに対抗するため、隣の部屋から刃体の長さ約21.5センチメートルの丹刃を手にとった。被告人が丹刃を持って元の部屋に戻ると、Aが「てめえ、この野郎。」などと怒鳴りながら傘の先端を小刻みに突き出すようにして被告人に向かってきたので、被告人はAに立ち向かい、丹刃でAの胸部を突き刺し、死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人は自ら「表へ出ろ」と言って闘争の直接のきっかけを作ったものであること、Aが傘を手を持ったことを現認しており侵害を十分予期していたこと、台所の方に逃げる余地があったにもかかわらず逃げることなく、殺傷力の強い丹刃を手に取り被告人を迎え撃つ行動に出たこと、比較的ゆっくり向かってきたAに対して胸部めがけて一気に丹刃を突き刺す行為に出ていることを指摘し、被告人は予期された侵害に対して機先を制して相手を打倒する意思で反撃行為に及んだものであるとして、侵害の急迫性を否定し、被告人の反撃行為について正当防衛も過剰防衛も認めなかった。

ウ 検討

本件は、同居の家族間で正当防衛が問題になった事案ではないが、家庭内での内妻との争いを契機とする、内妻の弟との相互闘争状況の場面で正当防衛が問題になった事案である。本判決は、主に被告人の侵害招致行為と凶器の準備を根拠として正当防衛状況を否定しているが、このような被告人の態度は、相互闘争状況を拡大する態度として非常に強度のものであるといえることができる。事例②の被告人も、凶器を準備した上で相手の下に出向くという行動に出ているが、本件の被告人とは異なり、相手方の下に向かう正当な理由が存在している。そこで、本件は、このような正当な理由がないにもかかわらず、専ら相手との暴力的闘争に積極的に応じる意思でなされた、強度の相互闘争状況を拡大する態度を理由として、正当防衛状況を否定しているものと解することができる。

3 検討

（1）正当防衛状況を否定する根拠となる事実

まず、家庭内で正当防衛が問題となった事案のうち、正当防衛状況が否定された事例をみると、相手の侵害を予期した上で凶器を準備した場合や、相手に凶器を向けたり、暴力的闘争を挑むような言動に出たことを理由に正当防衛状況が否定されている。通常の正当防衛が問題になった事例においても、このような事情を理由に正当防衛状況を否定した事例は数多く存在し⁶⁷、その意味では通常の事例と変わらないといえることができる。

しかし、このような事情が存在する場合であっても、良好な関係にない家族と話をする必要がある場合や、家庭内で日常的に侵害を受けていたなどの事情が存在する場合には、被侵害者に正当防衛状況が認められている。これらの特別な事情が存在する場合には、通常であれば正当防衛状況を否定する方向に作用する被侵害者の態度も許容されることになり、このような態度を理由として正当防衛状況を否定しないという判断がなされていると解される。すなわち、事例①のあらかじめ武器を準備しておく行為や、事例②の武器を持って相手方の下に出向く行為は、通常の事案においては、強度の相互闘争状況を拡大する態度であると評価され、正当防衛状況を否定する方向に強く作用する。それにもかかわらず、これらの事案においては

67 香城・前掲注（65）263頁、栃木・前掲注（65）80頁、中川・前掲注（65）138-9頁、波床・前掲注（66）84頁以下。

被害者の正当防衛状況は否定されておらず、家庭内においてこのような態度に出る必要性が認められる場合には、相互闘争状況を拡大する態度も、かなり広い範囲で許容されることになると思われる。

（２）正当防衛状況の制限に関する傾向

このように、家庭内で正当防衛が問題になった事案においては、被害者が相互闘争状況を拡大すると評価される態度に出た場合であっても、そのような態度に出る必要性が認められれば正当防衛状況が否定されないという判断がなされている。そして、このような態度が許容される必要性は、正当防衛が問題となった場所が家庭内であることに由来するものである。その意味では、通常の事案よりも正当防衛状況が認められる範囲が広がっていると解することができる。しかし、この場合の正当防衛状況の判断において考慮される基本的な事実や、その判断のプロセスは、通常の事案と何ら変わらない。また、通常の正当防衛が問題になった事案においても、被害者が相互闘争状況を拡大させる態度に出ている場合に、そのような態度に出る必要性が存在したことを理由に正当防衛状況を肯定している事例が存在する⁶⁸。そこで、裁判所は、家庭内で正当防衛が問題になった事案を、通常の事案と異なる論理を用いて正当防衛状況の存否を判断しているのではないと思われる。すなわち、家庭内で正当防衛の成否が問題になった事案においては、正当防衛の成否が問題になった場所が家庭内であるということから生じた特段の事情を考慮した結果、事実上正当防衛状況が認められる範囲が広がることになったものと思われる。

もっとも、家庭内で正当防衛の成否が問題になった事案には、侵害を招く可能性はあるが、それ自体は非難に値しない態度を理由として正当防衛状況を否定した事案も存在する。すなわち、鹿児島地裁平成26年5月16日判決⁶⁹（裁判所ウェブサイト）は、被告人の実家において被告人とその父親が喧嘩になり、一度は闘争状況が収まったものの、被告人が父親のいる居間に戻ると闘争状況が再発し、被告人が父

68 このような事例として、静岡地浜松支判平27・7・1（LEX/DB25540736）、大津地判平26・7・24（LEX/DB25504506）、東京地判平8・3・12（判時1599号149頁）など。また、栃木・前掲注（65）81頁は、「侵害を確実に予期し、これに対抗するために凶器を準備した場合でも、その動機が護身目的、防衛目的であるときは、積極的加害意思は否定される。」とする。

69 同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。

親を突き飛ばしたという事案であるが、裁判所は被告人が侵害を予期しつつ居間に戻ったことを理由に正当防衛状況を否定している。しかし、実家の居間に戻るといふ行為は何ら非難される態度ではなく、また、上記のように、家庭内で正当防衛が問題になった事案においては、かなり強度の相互闘争状況を拡大し得る態度も許容されていることに照らすと、同判決は、このような事案の処理に関する基本的な考え方とは異なる判断をした事例であるように思われる⁷⁰。

以上のように、家庭内で正当防衛が問題になった事案においては、家庭内で生じた事案であることから生じる特段の事情を考慮した結果、正当防衛状況が認められる範囲は、通常の事例よりも事実上上げられているといえることができる。その意味では、わが国の判例実務の基本的な価値判断は、家庭内では正当防衛として許容される範囲を広げるべきとする、前述のアメリカ法の価値判断にも沿うものであり、これらの事案で考慮されている事情を基礎として判断基準を構築することも可能であると解される。

第4 家庭内での暴力的闘争における正当防衛状況の判断基準

1 問題の所在

それでは、家庭内での暴力的闘争において正当防衛の成否が問題になった事案は、このような事案の特質を踏まえた上で、どのように処理すべきか。この点を明らかにするために、まず、家庭内で正当防衛が問題になった判例・裁判例で考慮されている事実を基礎として、このような事案における正当防衛状況の判断基準の構築を試みる。その際には、家庭内で生じる暴力的闘争の特徴を考慮する必要がある。その上で、家庭内での相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になった事案は、具体的にどのような手順で処理されるべきか、特に、裁判員に対してはどのように判断の対象を示せばよいのかを検討する。

2 家庭内での暴力的闘争の特徴

家庭内で正当防衛が問題になる事案においては、通常の事案よりも暴力的闘争の発生を回避することが困難であり、また被侵害者がこのような事態を予期していた

70 また、同判決は、正当防衛を否定しつつ結局被告人には暴行罪による罰金10万円というごく軽い刑が科されたのみである点でも特殊な事例である。

としても、直ちに回避を要求すべきでもないという特徴が存在するということができる。

（１）暴力的闘争の回避が困難であること

まず、家庭内で正当防衛が問題になる事案においては、家庭内で同居している人間の間で、暴力的闘争に発展しうるトラブルが生じた場合でも、当事者が自らトラブル解消のために行動しなければならない場合が多数存在するという点で、通常的事案とは異なっていると解される⁷¹。このような必要性が生じる状況としては、例えば、家庭生活において問題がある家族との対話や説得⁷²、トラブルを起こした家族への詰問⁷³などを挙げることができる。たしかに、わが国においては、紛争の解決については自力救済の禁止を原則としている⁷⁴。しかし、家庭内で生じたトラブルについては、それが密接な人間関係にある者の間で生じるものである以上、まずは当事者間での解決を図ろうとするのが自然な態度であり、また家庭内でのトラブルに未だ事件性が認められない場合には、警察などの公権力が動くことも事実上困難であると解される。このような行動に出る必要性は、当事者間が密接な人的関係を有しているだけではなく、直ちにトラブル解決のために行動することが可能であり、また早急にトラブルを解決して平穏な状況を取り戻すことが強く求められる家庭内で同居している当事者間でトラブルが生じた場合に特に強く認められる。そうであるならば、このような事案については、たとえ当事者が自らトラブルの解決のために動くことが暴力的闘争を招きうる場合であっても、このような行動に出たことを、正当防衛の成否を判断する上で不利益に扱うべきではないと解される。

また、家庭内で良好とはいえない人間関係が生じている場合には、このような関係にある人間と日常的に共同で生活している以上、暴力的闘争が発生する危険性が通常よりも高いということができる。例えば、DV事例などの日常的に暴力的な攻撃がなされている場合⁷⁵や、暴力的で危険な性格の人間と同居している場合⁷⁶には、

71 嶋矢・前掲注（４）138頁。

72 このような事例として、事例②、大阪地判平20・9・19（裁判所ウェブサイト）。

73 このような事例として、事例③。

74 大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第3版〕第2巻』（2016年、青林書院）530頁〔堀籠＝中山〕、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）232頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）153頁、井田良『講義刑法学・総論』（2008年、有斐閣）270頁。

75 このような事例として、事例①、前掲注（62）・大阪地堺支判昭45・11・27、前掲注（62）・名古屋地判平7・7・11。

76 このような事例として、東京高判昭62・1・19（判タ650号251頁）。

被害者の、必ずしも闘争状況を志向するものではないささいな言動をきっかけに暴力的な闘争が発生する可能性が高く、被害者が意図せずに暴力的な闘争状況に巻き込まれる危険性が高いといえることができる。実際に、殺人及び傷害致死の約半数は親族間で生じており⁷⁷、判例も、特にDVの場面で正当防衛が問題となった事案においては、このような特徴に配慮しているように思われる⁷⁸。そこで、家族間で正当防衛が問題となる事案については、被害者に迫っている法益侵害の危険性が通常よりも高く、被害者が自ら反撃行為に出る必要性が高いことから、被害者の態度を理由とする正当防衛権の制限について、より限定的に解すべきである。

（2）暴力的闘争の回避を要求し得ないこと

また、家庭内で正当防衛が問題になる事案においては、その性質上相互闘争状況の回避が困難であるだけでなく、そもそも回避を要求すべきではないといえることができる⁷⁹。すなわち、家庭は生活の本拠地であり、居住者はその場所に留まることについて生活上の重要な利益を有しているため、暴力的な闘争を回避するためとはいえ、直ちにそこからの退去を要求すべきではない。この家庭内に留まる利益は、前述のアメリカにおける城塞の法理と同様に、わが国で近時有力となっている侵害回避義務論においても重視されており⁸⁰、家庭内での正当防衛が問題になる事案の処理においては、このような利益に配慮すべきであるように思われる。実際に、正当防衛状況の有無を判断する際に、このような利益に配慮した裁判例も存在する。例えば、前述の事例①は、被告人が公的救助を要求しなかったことを理由に正当防衛状況が否定されることはないとしており、また、大阪地裁平成20年9月19日判決は、被告人が父親の頭部を殴打した行為を正当防衛と認める上で、「一般的に自室や居室に留まっている場合に侵害回避義務を課することには慎重であらねばならない」と判示している。

もっとも、家庭内で正当防衛が問題になる事案の中でも特に重要なDV事例においては、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律（以下、「DV

77 法務総合研究所編『家庭内の重大犯罪に関する研究』（2012年、法務総合研究所）6頁。

78 前掲注（62）・名古屋地判平7・7・11は、侵害が止んだ数分後に被告人が被害者を殺害した事例において、被害者である内縁の夫の執拗な暴行の態様を考慮して、侵害の急迫性を認めている。

79 嶋矢・前掲注（4）138頁。

80 橋爪・前掲注（61）318頁。

防止法」という。) 10条の保護命令による被害者の保護が本来予定された制度であるということが出来る。このような制度が用意されている以上は、家庭内での暴力的闘争の当事者が、侵害を回避せずに自ら反撃行為に出る必要性を重要視すべきではないようにも思われる。しかし、同法の対象となるのは、内縁関係を含む配偶者及び配偶者であった者からの暴力に限られており⁸¹、親子や兄弟間での暴力行為は同法の保護命令の対象とはされていない⁸²。また、同法による保護命令を請求するには、書面による申立てと、基本的には事前の配偶者暴力支援センター又は警察への相談が必要であり⁸³、必ずしも家庭内での暴力行為に即座に対応できるとは言いがたい。また、そもそもDV被害者等には、このような手続きが存在することを知らない者も存在するように思われる。これらの理由から、DV防止法の保護命令は、家庭内における暴力行為の被害者の救済措置として万全なものということとはできない。そうであるならば、やはり家庭内で正当防衛が問題になる事例においては、被侵害者の住居に留まる利益を考慮して、正当防衛が認められる範囲をより広げて解すべきであるように思われる。

3 家庭内で正当防衛が問題になる事例の処理

(1) 正当防衛状況を否定すべき事案

ア 正当防衛状況の判断基準

このような特徴を踏まえると、家庭内の暴力的闘争の事案において正当防衛の成否が問題になった事案においては、正当防衛が認められる範囲を通常の事例よりも広く解するべきであり、そのために相互闘争状況を理由として正当防衛状況を否定する範囲については、より制限的に解するべきである。

ところで、判例実務における正当防衛状況、すなわち侵害の急迫性は、正当防衛の成否に関する判断の中核となる、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件であり⁸⁴、その存否を判断する際には、被侵害者の主観、侵害行為の態様、行為時

81 DV防止法1条参照。

82 親子間で正当防衛が問題になった事例として、事例②、事例③、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）、大阪地判平20・9・19（裁判所ウェブサイト）など。また、兄弟間で正当防衛が問題になった事例として、前掲注（2）・長崎地判平26・2・12、前掲注（62）・大阪高判昭53・6・14、東京高判平6・7・20（判タ888号249頁）など。

83 DV防止法12条参照。

84 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、法曹会）250頁、西田・前掲注（74）160頁、波床・前掲注（66）90頁。

の状況などの諸事情を総合的に考慮し、反撃行為を正当防衛行為として認めるべきかという判断がなされる⁸⁵。そして、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になった事案を検討すると、反撃行為に出る前の時点において、相互闘争状況を拡大させるような態度が認められる場合に正当防衛状況が否定されており⁸⁶、積極的加害意思や侵害招致行為は、このような態度を認定する契機として指摘された事実には過ぎないと解される⁸⁷。このような正当防衛状況の規範的・総合的な要件としての性質に照らすと、正当防衛状況の有無を認定する際には、正当防衛の成否が問題になった場面に応じた特徴を反映させることが可能であり、むしろ反映させるべきであるといえることができる。そこで、家庭内で正当防衛が問題になった事例については、上記のような家庭内の事案の特徴を反映させ、通常であれば正当防衛権が制限される相互闘争状況の場合であっても、一定の範囲内で正当防衛状況を認めるべきである。

このような場面で正当防衛の成否が問題になった判例・裁判例は、被侵害者に闘争状況を拡大させる態度が認められる場合であっても、そのような態度に出る必要性が存在する場合には正当防衛状況を否定しないという判断をしている。そして、このような事情が認められる場合には、かなり強度の相互闘争状況を拡大させる態度が認められる場合であっても、正当防衛状況が認められている。また、このような判断に際しては、被侵害者の住居に留まる利益の重要性にも配慮していると思われる。これらの判断内容を総合的に考慮すると、家庭内で正当防衛の成否が問題になった事例においては、被侵害者が、何ら必要なく特に強度の相互闘争状況を拡大する態度に出た場合、すなわち、「家庭内を意図的に不法な暴力的闘争の場所として利用した場合」に限って、正当防衛状況を否定すべきであると解される。このような場合には、被侵害者は家庭という生活の本拠地に留まる権利を享受しているとはいえ、家庭内でのトラブルの解決のために必要な行動に出ているということもできない。すなわち、家庭を違法な暴力的闘争という単なる犯罪行為の場所として利用しているにすぎないので、被侵害者の行為を正当防衛権の行使として認めるべきではないといえることができる⁸⁸。このような場合としては、まず侵害を予

85 香城・前掲注（84）250頁、波床・前掲注（66）84頁、栃木・前掲注（65）83頁。

86 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）149頁以下。

87 拙稿・前掲注（86）151頁。

88 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』

期した上で、護身用として相当な範囲を超える、強力な反撃準備を整えて反撃行為に臨んだ場合を挙げることができる⁸⁹。また、何ら正当な理由なく、相手に対して凶器を示したり、執拗な挑発的態度に出た場合にも、正当防衛状況を否定すべきであると解される。これに対して、家庭内での日常的な暴力行為に備えて武器を準備していたに過ぎない場合や、単に相手方を怒らせる可能性がある言動に出るなどの、暴力的な闘争を発生させる可能性がある行為に出たに過ぎない場合には、正当防衛状況を否定すべきではないと解される。

このような基準は、通常の事例と異なる論理を用いるものではなく、通常の事例における正当防衛状況の判断基準に、家庭内で正当防衛が問題になる事案の特徴に基づく修正を加えたものに過ぎない。そこで、このような判断基準は、通常の事案における正当防衛状況の判断基準と統一的に理解することが可能である。

イ 侵害回避義務論との関係

また、このような判断基準は、居住者が家庭内に留まる利益に配慮したものであることから、近時有力となっている侵害回避義務論から説明することも可能であると思われる。すなわち、侵害回避義務論は、被侵害者が現場に滞留する「正当な利益」を有している場合には、原則として侵害を回避せずに反撃行為に出ることが許されるとするものであるが⁹⁰、家庭内に留まることには重要な生活上の利益が認められることから、この場合には基本的に侵害回避義務は生じないことになり⁹¹、反撃行為が正当防衛として許容される範囲は通常よりも広がることになる。また、同見解は、被侵害者が現場に滞留する「正当な利益」を有している場合であっても、被侵害者が特段の負担なしに公的救助を要請し、容易に侵害を回避できるにもかかわらず反撃行為に出た場合には正当防衛状況を否定すべきとするが⁹²、家庭内での暴力的闘争の事案においては、前述のように侵害の回避が困難であることからすると、公的救助の要請を義務付けることは被侵害者にとって特段の負担となる場合が多く、このような理由から正当防衛として許容される範囲が狭められることは比較

(1998年、成文堂) 243頁、波床・前掲注(66) 82頁。

89 このような場合を正当防衛状況が否定される典型的な事例であるとする見解について、拙稿「防衛的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事案の類型化(1)(2・完)」筑波法政65号(2016年)29頁、筑波法政66号(2016年)127頁。

90 橋爪・前掲注(61) 314-5頁参照。

91 橋爪・前掲注(61) 318頁。

92 橋爪・前掲注(61) 319頁。

的少ないと解される。

もっとも、侵害回避義務論の立場からは、「現場に滞留する利益」が認められる職場等で急迫不正の侵害がなされた場合も、正当防衛権の制限につき自宅での侵害の場合と同様に扱われることになる⁹³と解されるが、本稿の基準は、家庭内での正当防衛の事案の特徴を踏まえて構築したものであり、それ以外の場所において正当防衛が問題になる事案には適用されない。すなわち、たしかに職場等についても被侵害者が現場に留まる利益は認められるが、その重要性は生活の本拠地である自宅に留まる利益よりは小さいと解される。また、密接かつ閉鎖的な人間関係の内部で暴力的闘争が発生する家庭内の事案と比較すれば、職場や学校での暴力的闘争の場合には、第三者への相談や公的救助の要請も容易であり、侵害の回避を期待することができる。そこで、本稿の判断基準は、あくまで家庭内での事案についてのみ適用され、職場や学校などの家庭以外の場所での正当防衛の成否については、本稿の基準とは異なる基準により判断されることになる。

（2）判断のプロセス

以上のように、家庭内で正当防衛が問題になった事案においては、被侵害者が「家庭内を意図的に不法な暴力的闘争の場所として利用した場合」に限って正当防衛状況が否定される。このような事案における正当防衛の成否は、具体的には以下のようなプロセスで判断される。

まず、正当防衛の成否が問題になる事件が、家庭内で生じた事件といえるかを検討する。その際には、急迫不正の侵害がなされた場所が被侵害者の生活の本拠地であるかだけでなく、共同で生活している者や、それと同視し得るものによる侵害がなされているかを検討する必要がある⁹⁴。例えば、事例④のAのように、同居の親族ではないが、同居人の要請に応じて暴力的態度に出ることも辞さない者による侵害がなされた場合も、家庭内で生じた事件といえることができる。また、このような場合における正当防衛状況の有無を決する上では、家庭内で侵害行為に出る人間との法律上の親族関係の有無は問題にならないので、被侵害者と同居している人間であれば、内縁の妻はもちろん、同棲相手や同居の友人による侵害がなされた場合

93 橋爪・前掲注（61）318頁参照。

94 被侵害者が生活の本拠地としている場所で、見ず知らずの他人から侵害を受けた場合には、本稿の基準は適用されないが、多くの場合は盗犯等防止法1条2号又は3号による正当防衛が認められ、比較的広い範囲で正当防衛が認められることになる⁹⁵と解される。

も、家庭内で生じた事件として扱うべきである。また、このような争いは場所を移動しながら継続することも考えられるので、必ずしも居住している建物内での暴力的闘争だけではなく、それに付随する敷地等で争いが生じた場合も、家庭内で生じた事件として扱うべきである。

その上で、家庭内で正当防衛が問題になった事案と判断された場合には、被侵害者が「家庭内を意図的に不法な暴力的闘争の場所として利用した場合」と認められない限り、正当防衛状況が認められる。すなわち、DV 事例などの相手方から一方的に攻撃を受けている場合はもちろん、被侵害者が意図せずに相手方を怒らせてしまった場合や、相手方が暴力的闘争を挑んできたのでやむなくそれに応じた場合などには、正当防衛状況は否定されず、原則として防衛行為の相当性の判断に進むことになる⁹⁵。これに対して、被侵害者が日常的な侵害から身を守る手段としては不相当な強力な反撃準備を整えていた場合や、執拗に相手に闘争行為を挑むような態度に出た場合には、正当防衛状況が否定されることになる。

このような判断においては、被侵害者が家庭内という生活の本拠地に留まる利益や家庭内の問題を自ら解決する利益と、不法な暴力的闘争を防ぐ社会的な必要性を比較衡量することが要求される。このような比較衡量は、一般人の日常生活と密接に関連したものであるため、まさに裁判員という一般人の常識的な価値判断に委ねられるべき事項であると解される。そこで、家庭内で正当防衛が問題になる事案について、このような判断基準を裁判員に提示することは、一般国民の健全な常識を裁判に反映させるという裁判員制度の趣旨⁹⁶に沿うものであるということが出来る。

第5 おわりに

本稿は、近年強く要請されている、正当防衛状況の判断基準の事案の性質に応じた類型化の1つとして、家庭内で正当防衛が問題になった事案における正当防衛状況の判断基準の構築を試みたものである。そして、このような問題意識に基づき、

95 正当防衛の要件としては防衛の意思も必要になると解されるが、防衛の意思の存在は正当防衛状況により基礎付けられ、防衛の意思が独立して問題になる事案は非常に少ないことから、通常は正当防衛状況が認定された後には防衛行為の相当性のみが問題になる事案がほとんどであるように思われる。この点について、司法研修所編・前掲注(1)22頁参照。

96 田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』(2017年、弘文堂)10頁。

家庭内で正当防衛の成否が問題になる場合には正当防衛の成立範囲を拡大すべきであること、家庭内で正当防衛の成否が問題になった事案においては、「家庭内を意図的に不法な暴力的闘争の場所として利用した場合」に限って正当防衛状況を否定すべきこと、このような基準は、通常の事例における正当防衛状況の判断基準に、家庭内で正当防衛が問題になる事案の特徴に基づく修正を加えたものに過ぎず、近時有力に主張されている侵害回避義務論とも整合的であることを明らかにした。

家庭内で正当防衛が問題になる事案は、比較的件数が多く、またこのような事案においては、被侵害者の住居にとどまる利益や、通常に事案よりも公的救助の要請を期待し得ないこと、そしてDVの問題などの、様々な要素を考慮する必要がある。本稿は、これらの要素を考慮した上で、実務上問題になることが比較的多い事案の処理の指針を示すものであり、実務上有益なものであると解される。

（人文社会系助教）