

## 相互闘争状況における侵害の急迫性の判断基準

—最決平29・4・26（刑集71巻4号275頁）—

木崎 峻輔

### 第1 判例

#### 1 事実の概要

#### 2 訴訟の経緯

(1) 第1審：大阪地判平27・9・17（刑集71巻4号306頁）

(2) 控訴審：大阪高判平28・2・10（刑集71巻4号311頁）

#### 3 判旨—上告棄却

### 第2 評釈

#### 1 問題の所在

#### 2 本決定の判断内容の意義及び当否

(1) 本決定の判断基準の意義

(2) 本決定の判断内容の当否

#### 3 52年決定との関係

(1) 積極的加害意思と急迫性の関係

(2) 本決定の判示内容

#### 4 平成20年決定との関係

(1) 正当防衛状況と侵害の急迫性

(2) 本決定の判示内容

#### 5 おわりに

## 第1 判例

### 1 事実の概要

被告人は、犯行の前日に、知人である A から不在の自室の玄関扉を消火器で殴打されたり、その頃から犯行当日の午前3時頃までの間に、十数回にわたり電話で身に覚えのない因縁をつけられたり怒鳴られるなどしており、そのような A の態度に立腹していた。そして、犯行当日の午前4時頃、被告人は、A から被告人方マンション前に来ているから降りてくるよう電話で呼び出された。このような A の呼び出しに応じて、被告人は、A が武器等で攻撃してきたら、その機会に A を包丁で刺すなどしてやろうという意思を持って、自宅にあった三徳包丁（刃体の長さ約13.8センチメートル）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し込んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

A が被告人を見つけると、ハンマーを持って被告人に向かって駆け寄り、被告人の頭部を目掛けてハンマーの柄で殴りかかってきたり、被告人の腰部付近目掛けてハンマーのヘッド部分を振り回すなどした。これに対して、被告人は、A に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて A に近付き、A のハンマーによる攻撃を、腕を出し、腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出し、殺意を持って A の左側胸部を強く突き刺し、A を死亡させた。

### 2 訴訟の経緯

#### （1）第1審：大阪地判平27・9・17（刑集71巻4号306頁）

本件では、被告人の殺意の有無と、被告人の反撃行為についての正当防衛の成否が争点となった。これらの争点について、第1審の大阪地裁は、まず被告人が包丁で A を突き刺した行為には強い殺意が認められるとした。そして、正当防衛の成否については、本件犯行に先立つやり取りを踏まえると、被告人と A の争いは沈静化しておらず、A の求めに応じて被告人が現場に赴けば A が武器等で攻撃してくることは十分に想定できる状態にあったこと、そのような状況下で、被告人は自宅にあった三徳包丁を持参して犯行現場に赴いたこと、A がハンマーで被告人に殴りかかってから被告人が A を突き刺すまでは約5秒という極めて短い時間であり、この間被告人は包丁を A に示すなどの威嚇的行動や、切りつけるなどの行動は一切取っていないことから、被告人は「A が武器を使用するなど、被告人に相当な危

険のある攻撃をしてくることを十分に想定の上で犯行現場に赴いたと認めることができる」とした。その上で、被告人がAの理解できない言動に立腹していたことや、威嚇的な行動を一切取ることなく、短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部を突き刺していることから、被告人には、「Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、被告人を包丁で刺すなどしてやろうとする攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であったと認められる。」として、「被告人は本件攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえるから、被告人には正当防衛も過剰防衛も成立しない。」とした。

## （2）控訴審：大阪高判平28・2・10（刑集71巻4号311頁）

第1審判決に対して、弁護人は、本件犯行当時、被告人はAと話し合えば問題が解決できる状況にあったと認識していたこと、被告人に積極的加害意思があればより殺傷能力の高い凶器を選び、Aが駆け寄ってきた時点で凶器を手にしたはずであること等を主張して控訴した。

このような主張に対して、控訴審の大阪高裁は、本件犯行に先立つ被告人とAのやりとりからすると、被告人はAと容易に話し合えるような状態であると認識していたとみることはできず、このような状況下で包丁を持ち出していることから、Aの攻撃を十分に想定していたと認められること、被告人が本件犯行に用いた包丁は殺傷能力を有する凶器であることから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的加害意思を推認させる事情であること、被告人はAの攻撃を受けてからわずか5秒程度の短時間でAの胸部を突き刺しており、包丁を示すなどの示威行動を取らなかったことから積極的加害意思を推認できることを指摘して、「被告人のAに対する積極的な加害意思を認めた原判決の認定に、経験則等に照らして不合理な点はない。」として、控訴を棄却した。

## 3 判旨一上告棄却

これに対して、弁護人は、被告人はAの懐に踏み込んで勢いよく包丁を突き刺したのではなく、無我夢中で反撃する過程で包丁を前に突き刺したに過ぎないこと、積極的加害意思とは、相手方が攻撃してくるのに「かこつけて」相手を痛めつけてやろうとか殺そうと思う意思をいうので、このような意思を認めるためには、相手方に積極的に攻撃を加えることについて一般人が了解可能な相当程度の動機を

要するところ、被告人にはAを殺害しようとする積極的な動機は認められないこと、被告人は、Aが凶器を持って攻撃してくるについて確実な予期は有していなかったこと、Aによる攻撃は生命が脅かされる急迫した事態であるため、被告人に威嚇的行動を義務付けることはできないこと等を理由に上告した。

このような主張に対して、最高裁は、被告人の主張は上告理由に当たらないとした上で、正当防衛及び過剰防衛の成否について職権で判断を加えた。まず、刑法36条の趣旨について、「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。」とした。そして、最判昭46・11・16(刑集25巻8号996頁)を引用して、「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るべきではなく、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。」と判示した。その上で、最決昭52・7・21(刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。)を引用した上で、「具体的には、事案に応じ、行為者と相手方の従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に向向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況(特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等)、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に望んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないというべきである。」とした。そして、本件の事実関係について、被告人は、Aの呼び出しに応じて現場に赴けばAによる暴行を受けることを十分予期しながら、Aの呼び出しに応じる必要もなく、自宅に留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、包丁を準備して現場に向向き、Aに対して威嚇的行動に出ることなく左胸部を強く刺突したと認められるとして、「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。」として、上告を棄却した

## 第2 評釈

### 1 問題の所在

本決定は、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について、従来の判例と同様に、事案の全般の状況を考慮して正当防衛の成否を決すべきことを前提として<sup>1</sup>、特に客観的事情を重視した具体的な判断基準を示し、侵害の急迫性を否定した事例である<sup>2</sup>。すなわち、急迫性の判断に関する従来の判例における基本的な考え方を前提とした上で、急迫性の判断に際して考慮すべき事情を具体的に列挙した判断基準を示している点で、今後の裁判実務の指針として重要な判断を示すものであると解される。

このような本決定の判示内容に関連して、以下の点が問題になる。まず、①本決定の判断内容の意義及び当否、すなわち、本決定が主に客観的事情を考慮要素として列挙していること及び侵害の急迫性を否定すべき場合である「刑法36条の意義に照らし許容できない場合」の意義、そして、このような判断基準を用いること及び本件において侵害の急迫性を否定したことの当否が問題になる。次に、②52年決定との関係、すなわち、相互闘争状況に関する正当防衛に関するリーディングケースであり、本決定も引用している52年決定は、被侵害者に侵害の予期と積極的加害意思が認められる場合に急迫性が否定されるとしているが、本決定は急迫性が否定される場合につき、「積極的加害意思を有する場合など」としており、急迫性が否定されるのは積極的加害意思を有する場合に限られないように見えることの意義が問題となる。そして、③最決平20・5・20（刑集62巻6号1786頁。以下、「平成20年決定」という。）との関係、すなわち、近時の自招防衛に関する重要判例である平成20年決定では「反撃行為に出ることが正当とされる状況（＝正当防衛状況）」の基準が用いられたのに対して、本決定では従来の判例と同様の「急迫性」の基準が用いられたことから、本決定で急迫性の基準が用いられたことの意義及び今後の事案における正当防衛状況と急迫性の使い分けの要否が問題となる。

1 このような立場を示した最高裁判例として、最決昭32・1・22（刑集11巻1号31頁）。

2 本決定に対する評釈として、門田成人「判批」法学セミナー750号（2017年）109頁、前田雅英「判批」捜査研究799号（2017年）14頁、成瀬幸典「判批」法学教室444号（2017年）158頁、中尾佳久「判批」ジュリスト1510号（2017年）107頁、是木誠「判批」警察学論集70巻8号（2017年）185頁、小林憲太郎「判批」判例時報2336号（2017年）142頁、照沼亮介「判批」法学教室445号（2017年）48頁、波床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号（2017年）148頁、菅原健志「判批」警察公論73巻2号（2018年）88頁。

## 2 本決定の判断内容の意義及び当否

### （1）本決定の判断基準の意義

本決定は、主に客観的事情を中心とした諸事情を総合考慮して、「前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合」には侵害の急迫性が否定されると判示している。このような判断基準の特徴としては、①客観的事情を重視していること、②十分な侵害の予期を必ずしも要求していないこと、③急迫性の判断が価値判断であることの明示ということを指摘することができる。そこで、本決定の判断基準の意義を明らかにする上では、これらの特徴がどのような意義を有しているのかを明らかにする必要がある。

#### ア 客観的事情を重視していること

まず、本決定が列挙している急迫性の考慮要素には、侵害の予期などの主観的事情も含まれているが、それよりも凶器の準備などの対抗行為の準備の状況、侵害回避の容易性、侵害場所に向向く必要性などの客観的事情が数多く含まれている。このことから、本決定は、侵害の急迫性の判断に際しては、客観的事情の総合考慮が重要であることを示しているといえることができる。

本決定が列挙している客観的事情は、従来の相互闘争状況において正当防衛が問題になった事例でも、積極的加害意思を推認する間接事実や、急迫性の存否を判断する際の考慮要素として用いられているものである。まず、凶器の準備などの対抗行為の準備の状況については、本決定が引用している52年決定においても、積極的加害意思を認定する上で、被告人らが相手方の攻撃に備えてバリケードを築いていたことや、鉄パイプ等の凶器を準備していたことが考慮されている<sup>3</sup>。また、暴力団同士の拳銃を用いた抗争の場面において正当防衛の成否が問題になった大阪高判平13・1・30（判時1745号150頁。以下、「大阪高裁平成13年判決」という。）においても、侵害の急迫性を否定する上で、被告人らが複数人で拳銃を所持して警備体制を敷いていたことが考慮されている。次に、侵害回避の容易性や相手方の元に向向

---

3 拙稿「正当防衛状況という判断基準について（1）—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—」早稲田大学大学院法研論集140号（2011年）71-2頁。この点について、林幹人「正当防衛」町野朔ほか編『考える刑法』（1986年、弘文堂）100頁は、急迫性を認めた52年決定の第1審と、急迫性を否定した控訴審の判断が分かれた理由は、被告人らが使用した鉄パイプが持ち込まれた経緯や、バリケードの意味及び機能などについての認定の相違にあると指摘している。

う必要性については、近時の裁判例で考慮されることが多く、例えば、東京高判平25・2・19（東高刑時報64巻1～12号55頁）は、自動車を運転中に口論になった被害者が被告人を追いかけてきたので、被告人が、近付いて声をかけると、被害者から闘争を挑まれたのでこれに応じたことにより相互闘争状況が発生した事案において、被害者との殴り合いの回避が容易であったことを根拠に積極的加害意思を認定している。他方、静岡地浜松支判平27・7・1（LEX/DB25540736）は、話し合いのために相手方の元に出向かざるを得ない状況に置かれた被告人が、相手方の攻撃に備えてペティナイフを準備して相手方の元に出向いたところ相互闘争状況が発生した事案において、侵害の急迫性を認める上で、被告人が相手方の元に出向いたことにはやむを得ない理由が存在したことを考慮している。また、侵害に臨んだ状況については、大阪地判昭63・11・18（判タ702号265頁）は、暴力団員である被告人と別の組の暴力団員である被害者らがスナックで喧嘩になり、被害者に闘争を挑まれて外に出た被告人と被害者らの間で相互闘争状況が発生した事案において、積極的加害意思を認定する上で、被告人が拳銃を身に着けた状態で被害者との闘争に臨んだことを考慮している。

以上のように、相互闘争状況において正当防衛が問題になった事例においては、積極的加害意思や侵害の急迫性の存否を判断する上で、行為時に存在した客観的事情が考慮されている。特に、このような事案でしばしば問題になる積極的加害意思の認定については、行為者と相手方の従前の関係、相手方の行状や相手方の行為に至るまでの事情、行為者の反撃準備の程度や反撃の態様及び強度、行為中や行為前後における行為者及び相手方の言動等の客観的事情を総合して推認すべきとされており<sup>4</sup>、実際に52年決定においても、積極的加害意思を認定する上では、反撃準備行為などの客観的事情が重視されている。このことから、積極的加害意思の実体は行為者の主観的事情ではなく、「積極的加害態勢」というべき被侵害者の客観的事情であると解される<sup>5</sup>。すなわち、相互闘争状況において侵害の急迫性の存否を決する上では、積極的加害意思を問題にしたか否かにかかわらず、反撃準備行為の態

4 栃木力「正当防衛における急迫不正の侵害」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）79-80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。

5 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年、有斐閣）155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1＝2号（2005年）393頁以下、橋爪隆「正当防衛状況について」法学教室405号（2014年）106頁、拙稿・前掲注（3）72頁。



様や、侵害回避の可能性、容易性などの、反撃行為時に存在した客観的事情を総合考慮することが重要であるといえることができる。

本決定は、このような侵害の急迫性の認定方法に関する従来の裁判実務の理解を明確に示すために、客観的事情を重視した判断基準を示したものと解される。本決定の弁護人は、原審及び第1審において急迫性を否定する根拠として指摘された積極的加害意思とは「相手方が攻撃してくるのに『かこつけて』相手を痛めつけてやろうとか殺そうと思う意思」を意味するものであり、その認定に際しては被侵害者が積極的に攻撃を加える動機が重要であるとしていることから<sup>6</sup>、積極的加害意思を純然たる被侵害者の主観的事情と解しており、侵害の急迫性の存否を決する上では被侵害者の内心状況が決定的な事情となることを前提に主張を展開している。本決定のように、最高裁が職権で判断を示している場合であっても、その論点は実質的には上告趣意書によって提示されたものとされる<sup>7</sup>。そこで、本決定は、このような弁護人の主張により提示された「急迫性の認定方法」という論点について、相互闘争状況における侵害の急迫性の存否は、主に反撃行為時に存在する客観的事情の総合考慮により決められるという、従来の裁判実務が実際に採用している見解を明示したものと解される。

#### イ 十分な侵害の予期を必ずしも必要とはしないこと

次に、本決定は、侵害の予期について、急迫性の考慮要素の1つとして、上記の客観的事情と並列して列挙している。このことは、侵害の予期も急迫性の判断の1要素としては考慮されるが、急迫性を否定する上では、「十分な侵害の予期」が必須の前提として要求されるのではないことを示しているといえることができる。

すなわち、相互闘争状況における正当防衛に関するリーディングケースである52年決定については、「十分な侵害の予期」を前提に積極的加害意思が認められる場合に急迫性を否定するものであるという理解が多数であり<sup>8</sup>、このような理解によれば、十分な侵害の予期が認められない限り、積極的加害意思を理由に急迫性を否定することはできないことになる。しかし、52年決定以降の裁判例においては、十

6 刑集71巻4号288頁。

7 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（2009年、有斐閣）122頁。

8 松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇〔昭和59年度〕』（1988年、法曹会）44頁、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（2016年、成文堂）277頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年、東京大学出版会）189頁など。



分な侵害の予期が認められないにもかかわらず、相互闘争状況において侵害の急迫性を否定した事案が多数存在する。例えば、前述の大阪高裁判平成13年判決においては、被告人らは相手方による攻撃を確実に予期していたとはいえないにもかかわらず、侵害の急迫性が否定されている<sup>9</sup>。また、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）は、被告人とその父親である被害者が居間で飲酒中に喧嘩になり、闘争状況が一旦収まった後被告人が居間に戻ると闘争状況が再発した事案において、本件当時の状況下で被告人が居間に戻れば闘争状況が再発することを予期していたはずであることを指摘して緊急状況性を否定しており、同判決は、相互闘争状況を理由に正当防衛を否定する上では、侵害の予期の可能性があれば十分であると解しているように思われる。これらの裁判例は、いずれも積極的加害意思論を用いて侵害の急迫性を否定したのではないという点で52年決定とは異なるが、後述のように、相互闘争状況を理由に侵害の急迫性を否定する上で積極的加害意思論を用いたか否かということは重要な問題ではない。そうであるならば、裁判実務は相互闘争状況を理由に侵害の急迫性を否定する上で、侵害の予期が十分なものであることは問題にしておらず、実際には、必ずしも十分なものであるのではない侵害の予期と、反撃準備行為や侵害行為の程度などのその他の事情を総合考慮して、全体として侵害の急迫性を否定すべき場合といえるかを問題にしていると解される<sup>10</sup>。

本決定が、侵害の予期をその他の客観的事情と並列して列挙したことは、このような裁判実務における侵害の予期の扱いを明確に示すものであると解される。本決定の弁護人は、上告趣意において被告人が凶器による侵害を受けることについて確実な予期を有していなかったと主張している<sup>11</sup>。本決定は、弁護人のこのような主張に応じて、侵害の予期は侵害の急迫性を判断する一要素に過ぎないという、実際の裁判実務における侵害の予期の扱いを示したものであると思われる。侵害の予期のような主観的事情の認定は困難であり、その有無だけでなく程度にまで依存した基準を用いることは、判断を困難なものにするおそれがあり<sup>12</sup>、特に裁判員裁判においては、このような微妙な認定を必要とする基準を用いるべきではないとの指

9 橋爪隆「判批」刑事法ジャーナル8号（2007年）130頁参照。

10 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）151-2頁、中川・前掲注（4）140頁。

11 刑集71巻4号294頁。

12 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）429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頁参照。

摘もされている<sup>13</sup>。このような十分な侵害の予期を急迫性を否定する必須の前提とすることの問題点からも、本決定は侵害の予期を急迫性を判断する一要素に過ぎないということを示したように思われる。

#### ウ 急迫性の判断が価値判断であることの明示

そして、本決定は、以上のような要素を総合考慮して、「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」ないとして、侵害の急迫性を否定している。このような判示は、侵害の急迫性が単なる事実的要件ではなく、裁判官の価値判断によりその存否が決められる規範的要件であることを示したものであるとすることができる<sup>14</sup>。

このような理解も、従来判例における侵害の急迫性に関する理解を踏襲するものである。52年決定をはじめとする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例においては、急迫性の判断として、不正の侵害が時間的に切迫していたことに加えて、被害者の主観的事情を含む諸事情を総合考慮して、「この場合に反撃行為の正当化を認めるべきか」という価値判断が行われていると解される。例えば、前述の大阪高裁平成13年判決においては、被告人らが強力な反撃準備を整えていたこと等を指摘して、「本件襲撃は、それのみを客観的に見ると切迫した事態であったけれども、（中略）本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のもではなかったと解するのが相当である。」という価値判断により侵害の急迫性を否定している。すなわち、裁判実務は、侵害の急迫性を、防衛行為を基礎付ける規範的・総合的要件と解しており<sup>15</sup>、このことから、侵害の急迫性は実務上最も重要な要件であるとされる<sup>16</sup>。本決定の判示内容は、このような急迫性の規範的・総合的要件としての性質を、明確に示したものであるとすることができる。

もっとも、本決定は、このような価値判断の内容について、「刑法36条の趣旨に

---

13 三浦・前掲注（12）433頁、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頁参照。

14 波床・前掲注（2）153-4頁参照。

15 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、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）84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（1979年）37頁、栃木・前掲注（4）73頁、中川・前掲注（4）133頁など。

16 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）160頁。

照らし許容される」か否かを問題にしており、また刑法36条の趣旨についても、「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。」と判示するのみである。このような判示内容は、急迫性の判断に際して行われる価値判断の具体的な内容を明確に示すものとはいえない。そこで、本決定が急迫性の存否を決する上で行っている価値判断の具体的な内容が問題になるが、まず、このような価値判断の核心部分は、被侵害者が侵害を回避することが可能かつ容易であるのに、敢えて防衛状況の場に臨んだ場合や防衛状況を自ら惹起した場合に侵害の急迫性を否定することにあるという理解が考えられる<sup>17</sup>。たしかに、多くの裁判例において、急迫性の存否を検討する際に侵害の回避が可能かつ容易であったことが考慮されており<sup>18</sup>、近年では、相互闘争状況において被侵害者が侵害回避義務に違反したことを根拠に急迫性が否定されると解する侵害回避義務論が有力に主張されている<sup>19</sup>。しかし、本決定は、侵害の回避が可能かつ容易であったことを、急迫性を否定する考慮要素の1つとして列挙しているに過ぎず、このような事情を含む多様な要素を総合考慮して、被侵害者にとっての緊急状況性の高低と、緊急状況の創出に関する被侵害者の帰責性の大小を比較して急迫性の存否を決しているといえることができる<sup>20</sup>。そして、このように緊急状況性の大小とその創出についての帰責性を比較することによりなされる価値判断の内容については、「被侵害者の態度が相互闘争状況を拡大させる状況にあったか」と説明することも可能であるように思われる<sup>21</sup>。すなわち、相手方の予想される侵害に比して過大な反撃準備を整えて反撃行為に及んだり、侵害を回避することが可能かつ容易であるのに侵害の現場に赴いた場合には、被侵害者の行動は、身を守るための防衛行為ではなく、逆に自分の身を危険に晒して不法な闘争状況を拡大する行為と評価することができ、刑法36条1項による正当化の対象ではないといえることができる。従来判例が相互闘争状況において急迫性を否定してきたことも、このような見地から理解する

17 前田・前掲注（2）16頁。

18 このような裁判例として、本文中に挙げたものの他、東京地判平8・3・12（判時1599号149頁）、東京地判平14・1・11（裁判所ウェブサイト）、前橋地判平14・10・11（LEX/DB25483148）、大阪地判平20・9・19（裁判所ウェブサイト）。

19 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）72頁以下。

20 成瀬・前掲注（2）158頁。

21 このような理解について、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頁以下参照。

ことが可能であり、本決定も、そのような価値判断を踏襲したものと解される。

## （２）本決定の判断内容の当否

以上のように、本決定の判断基準は、従来の判例における急迫性に関する立場を踏襲し、その背後に存在する思考を示したものである<sup>22</sup>。その上で、このような判断基準を用いて、侵害の急迫性を否定したものである。それでは、このような本決定の判断は妥当なものといえるか。

### ア 本決定の判断基準について

まず、本決定の判断基準の当否について、このような判断基準に対しては、まず、急迫性の判断に際して、防衛の意思や防衛行為性の判断で考慮されるべき事実も考慮されることになってしまい、36条1項が正当防衛の要件を分けて規定した趣旨が失われてしまうとの批判が予想される<sup>23</sup>。しかし、正当防衛として正当化される防衛行為には、文字通りに相手方の攻撃を防ぐ行為だけでなく、相手方を取り押さえたり、機先を制して攻撃を加える行為も含まれることから、正当防衛における防衛行為には、その行為の客観的態様だけを見れば、通常の犯罪行為と何ら変わらないものも含まれることになる。そうであるならば、反撃行為の防衛行為性は、自ら反撃行為に出る必要がある状況下で反撃行為に及んだか否かという、反撃行為時の状況により決するしかないと思われる<sup>24</sup>。そこで、急迫性の判断においては、当該状況においては反撃行為を防衛行為として正当化すべきかという、規範的・総合的な判断が要求されることになり、本決定で判示されたような、反撃行為に先立つ事情も含む諸事情を総合考慮して決する必要があると解される。

次に、本決定の判断基準は、急迫性の判断に用いられる考慮要素を列挙して、「刑法36条の趣旨に照らし」た判断を行うことを示すのみであり、具体的にどのような場合に急迫性が否定されるかを示していないことから、判断基準として不明確であるとの批判も予想される。しかし、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事

---

22 成瀬・前掲注（2）158頁。

23 門田・前掲注（2）109頁参照。また、急迫性を規範的な要件として理解することに対する批判として、岡本昌子「自招侵害と正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（2014年、成文堂）7頁。

24 香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）—裁判例の総合的研究—』（1992年、判例タイムズ社）265頁、香城・前掲注（15）250頁。

例には、大規模な暴力的闘争の事案から、些細なきっかけから暴力沙汰が生じてしまった事案まで様々な事案が存在する<sup>25</sup>。このように様々な事案の処理に対応するためには、常に一義的に明確な基準を要求すべきではない。本決定が要求する価値判断の内容や、列挙した事情のうちどれが特に重要であるかを具体的に示していないのは、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案の処理に際して、判断の硬直化を招くことを防ぐためであるように思われる<sup>26</sup>。また、前述のように、本決定の判断基準は、従来の判例における急迫性に関する立場を踏襲し、その背後に存在する思考を具体的に示したものである。そうであるならば、このような判断基準を用いたとしても、恣意的に急迫性の存否を決することにはならず、従来の判例の立場に従った結論を導き出すことができると解される。

以上のように、本決定の判断基準は、従来の判例が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の処理のために必要としてきた判断の内容を端的に示すものであり、事案の適切かつ迅速な処理という観点から妥当なものといえる。そこで、本決定の判断基準は、今後の実務における事案の処理基準として活用されるべきである。

#### イ 急迫性の存否に関する判断について

また、本決定がこのような判断基準を用いて、被告人の反撃行為について侵害の急迫性を否定した判断も、妥当なものであると解される<sup>27</sup>。すなわち、本件において、被告人はAによる侵害を予期して、わざわざAの元に向かう必要もなかったにもかかわらず、凶器を所持してAの元に向かい、さらに、Aの攻撃に対して即座にAの左胸部を突き刺すという強力な反撃行為に出ている。このようなAの行動は、相互闘争状況の拡大を強く志向するものであり、積極的加害意思を強く推認するものであるといえる<sup>28</sup>。そこで、本件は、52年決定をはじめ

---

25 前者の事例の代表として、52年決定や大阪高裁平成13年判決、後者の事例の代表として、平成20年決定や東京高判平8・2・7（判時1568号145頁）。

26 この点に関し、中尾・前掲注（2）109頁は、「本決定は、列挙された考慮要素すべてを常に検討する必要があるとしているものではなく、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事情を示すことにより、下級審において、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。

27 成瀬・前掲注（2）158頁、小林・前掲注（2）145頁。

28 栃木・前掲注（4）80頁、香城・前掲注（24）283頁参照。

とする従来の相互闘争状況における正当防衛に関する判例に照らせば、まさに侵害の急迫性を否定すべき事案であるといえることができる。

さらに、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案を、出向き型、待受け型、自招防衛といった類型に分類することを試みる見解が、主に実務家により主張されている<sup>29</sup>。このような見解においては、わざわざ相手方の元に出向いて相互闘争状況を発生させた出向き型の事例や、侵害を予期した上で強力な反撃準備を整えて反撃行為に及んだ待受け型の事例が、侵害の急迫性を否定すべき事例の典型とされているところ<sup>30</sup>、本件における被告人の行動をこのような類型に当てはめると、まさに出向き型に該当するといえることができる<sup>31</sup>。そこで、このような見地からも、本決定が被告人について侵害の急迫性を否定した判断は、妥当なものであるといえることができる。

### 3 52年決定との関係

本決定の原審及び第1審は、被告人に積極的加害意思が認められることを理由に正当防衛を否定している。これに対して、本決定は、被侵害者の積極的加害意思を理由に侵害の急迫性を否定した52年決定を引用しているが、「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など」に侵害の急迫性が否定されるという例示の形で52年決定の判示内容を用いている。また、本件において被告人に積極的加害意思を認めることができるかについても明示していない。そこで、本決定は、相互闘争状況において侵害の急迫性が否定されるのは被侵害者が積極的加害意思を有する場合に限られないという見解を採用していると解される<sup>32</sup>。

---

29 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』（1998年、成文堂）242頁以下、香城・前掲注（24）272頁以下、波床・前掲注（15）81頁以下、中川・前掲注（4）138-9頁、橋爪隆「正当防衛（1）—緊急状況性の判断」警察学論集69巻3号（2016年）157頁以下、拙稿「被侵害者の態度に応じた正当防衛状況が問題となる事案の類型化」筑波法政72号（2017年）78頁以下。

30 香城・前掲注（24）263頁参照。

31 波床・前掲注（2）152頁。

32 成瀬・前掲注（2）158頁、中尾・前掲注（2）108頁、菅原・前掲注（2）94頁、是木・前掲注（2）190-1頁。



### （１）積極的加害意思と急迫性の関係

このような理解も、52年決定を含む、従来の相互闘争状況における正当防衛に関する判例の立場を踏襲したものである。すなわち、従来の判例は、積極的加害意思を相互闘争状況において急迫性を否定するための必須の要件とは解していないと解される<sup>33</sup>。例えば、52年決定の理論を具体化したものと評価されている<sup>34</sup>大阪高判昭56・1・20（判時1006号112頁）は、暴力団員である被告人が、敵対する暴力団との抗争に備えて拳銃を携帯していたところ、相手方暴力団の組員により自分の組の組員が拉致されそうになっていたため、威嚇のために相手方組員に対して拳銃を発砲したという事案において、52年決定を引用しつつ、積極的加害意思の有無を問題にせず急迫性を否定している。また、前述の大阪高裁平成13年判決も、暴力団同士の大規模な抗争という、過激派同士の大規模な抗争の事案である52年決定に類似した事案において、被告人の積極的加害意思を認定せずに急迫性を否定している。これらの裁判例の存在からすると、52年決定において示された積極的加害意思が認められる場合とは、相互闘争状況を理由に急迫性が否定される場合の一例に過ぎず、積極的加害意思の存否は、実際には急迫性の認定に際してそれほど重要な問題ではないということができる。

### （２）本決定の判示内容

本決定は、このような従来の判例における積極的加害意思についての理解を明言したものと評価することができる。本決定の弁護人は、被告人の行動態様に関する事実認定の誤りを指摘した上で、第1審及び原審が積極的加害意思を認定したことは誤りであると主張している<sup>35</sup>。そこで、本決定は、このような主張に応じて、そもそも相互闘争状況において急迫性が否定されるのは、積極的加害意思が認められる場合には限られないことを示したと解される。たしかに、52年決定で示された積極的加害意思論は、その後の多くの裁判例で用いられることになり、相互闘争状況において正当防衛が問題になった事例の処理に大きく貢献してきた。しかし、積極的加害意思論に対しては、日常的な喧嘩闘争の事案に対して用いるには、道具立てがいささか大げさで、小回りが利きにくい嫌いがあるとされ<sup>36</sup>、52年決定とは大き

33 波床・前掲注（15）84頁、栃木・前掲注（4）83頁。

34 判時1006号112頁匿名コメント。

35 刑集71巻4号282頁以下。

36 的場純男＝川本清蔵「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』



く性質が異なる事案に対して適用することには、種々の問題があるとの指摘もされてきた<sup>37</sup>。本決定は、このような積極的加害意思論が有する問題点を考慮して、積極的加害意思が認められない場合でも急迫性が否定されうることを示し、今後の事案の処理における積極的加害意思の役割を後退させる意図も有していたように思われる<sup>38</sup>。そこで、本決定の見解によれば、今後の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際しては、わざわざ積極的加害意思の存否を認定する必要はなく、端的に急迫性の有無を問題にすれば足りるものと解される<sup>39</sup>。

#### 4 平成20年決定との関係

本決定は、被告人の反撃行為について正当防衛の成否を判断する上で、侵害の急迫性の存否を問題にしている。他方、近時の自招防衛に関する最高裁判例である平成20年決定は、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」、すなわち正当防衛状況を問題にしており、本決定とは異なる要件を問題にしているように見える。しかし、本決定で用いられた急迫性の要件と、平成20年決定で用いられた正当防衛状況の要件は、実質的には同じものであり、本決定と平成20年決定を統一的に理解することも可能であると解される。

##### （1）正当防衛状況と急迫性

たしかに、平成20年決定で問題とされた自招防衛の事案は、本決定のような事案を含むその他の相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案とは共通点も認められるが、基本的には区別して議論されてきた<sup>40</sup>。そうであるならば、平成20年決定で用いられた正当防衛状況の基準は、自招防衛が問題になる事案の処理に用いられ、本決定で用いられた急迫性の基準は、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に用いられると解するのが自然であるようにも思われる。

しかし、従来の裁判例においては、自招防衛の問題も急迫性の要件で処理されて

---

（2001年、青林書院）111-2頁。

37 三浦・前掲注（12）429頁、遠藤・前掲注（12）192-3頁。

38 中尾・前掲注（2）109頁、波床・前掲注（2）152頁参照。

39 この点に関して、高山佳奈子「『不正』対『不正』状況の解決」研修704号（2010年）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。

40 この点について、井田良『刑法総論の理論構造』（2005年、成文堂）172頁は、両者は「一部が重なる二つの円」の関係にあるとする。

きた<sup>41</sup>。また、平成20年決定も原審までは侵害の急迫性を問題にしており、上告審の段階でいきなり急迫性とは異なる要件を問題にする解釈論上の必要性は存在しない<sup>42</sup>。さらに、平成20年決定以降の下級審裁判例の多くは、正当防衛状況の要件と急迫性の要件を区別していない。例えば、東京地判平27・5・27(LEX/DB25540605)は、被害者らに因縁をつけられ、寝床として使っていたダンボールを移動させられるなどした被告人が、被害者らに文句を言ったことをきっかけに相互闘争状況が発生した事案において、被告人の発言内容、侵害の予期、反撃行為に用いた刃物の準備状況などの事情を総合考慮して、「反撃することが許される状況」、すなわち正当防衛状況を肯定している。また、東京高判平27・6・5(判時2297号137頁。以下、「東京高裁平成27年判決」という。)は、被告人が暴力団員である被害者に対して電話で挑発的な発言をした上で、被害者らが押しかけてくることを予期して凶器を準備するなどしていたところ、相手方が被告人方に押しかけてきて相互闘争状況が発生した事案において、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」として、被告人の挑発行為、侵害の予期、侵害の回避が可能であったこと、反撃準備の態様などを総合考慮して、「侵害の急迫性」を否定している。これらの裁判例で考慮されている事情とはほぼ同じである<sup>43</sup>。そうであるならば、これらの裁判例が「正当防衛状況」の存否を決するために行っている判断と、従来の判例及び本決定が「急迫性」の存否を決するために行っている判断は、実質的に同じものであるということが出来る<sup>44</sup>。特に、東京高裁平成27年判決は、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」として「侵害の急迫性」を否定しており、両者を全く同じものとして検討している。最高裁判例の意義を明らかにする上では、最高裁の判断を具体化したその後の下級審裁判例

---

41 このような裁判例として、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)。

42 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(2016年)297-8頁、拙稿「正当防衛状況という判断基準について(2・完)―最高裁平成20年5月20日決定を契機として―」早稲田大学大学院法研論集141号(2012年)69頁参照。

43 このような判断をした平成20年決定以降の裁判例として、その他に千葉地判平26・10・22(LEX/DB2550268)、鹿児島地判平26・5・16(裁判所ウェブサイト)、東京高判平21・10・8(判タ1388号370頁)、東京地判平29・9・22(LEX/DB25547336)、さいたま地判平29・12・15(LEX/DB25548983)、仙台地判平29・9・22(LEX/DB25547815)など。

44 拙稿「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)53頁参照。

を検討することが重要であるとされるが<sup>45</sup>、これらの正当防衛状況に関する裁判例を検討すると、平成20年決定で判示され、それ以降用いられるようになった正当防衛状況の基準の内実は、従来の判例における、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的要件としての侵害の急迫性と実質的に同じものであると解される<sup>46</sup>。

前述のように、平成20年決定が、従来自招防衛の事案の処理のために用いてきた急迫性の基準を、正当防衛状況の基準に変更する解釈論上の必要性は存在しない。そこで、同決定が正当防衛状況の基準を用いたのは、解釈論上の必要性からではなく、特に裁判員裁判を念頭に置いた、裁判実務上の要請に基づくものであると解される<sup>47</sup>。すなわち、侵害の急迫性と積極的加害意思を用いた判断基準には、前述の問題点に加えて、理論として難解であり、特に裁判員裁判で用いるのは困難であることや、「急迫」という日本語のイメージから離れたものになってしまっているという問題点が指摘されてきた<sup>48</sup>。そこで、今後の自招防衛を含む相互闘争状況における正当防衛の事案についての、裁判員裁判を踏まえた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るようになった<sup>49</sup>。平成20年決定が、従来用いられてきた急迫性の基準ではなく正当防衛状況の基準を用いたのも、このような裁判実務上の必要性に基づくものであり、侵害の急迫性とは解釈論上別個の要件を示す意図はなかったと解される。前述の東京高裁平成27年判決は侵害の急迫性を問題にしているが、その原審であり、裁判員裁判により判断された千葉地判平26・10・22（LEX/DB2550268）は正当防衛状況を問題にしていることは、このような見地から理解することができる。このことから、平成20年決定で判示された正当防衛状況の要件を、従来用いられてきた侵害の急迫性の要件と解釈論上別個のものと解する必要はないと解される。

## （2）本決定の判示内容

以上のように、平成20年決定以降用いられるようになった正当防衛状況の基準

---

45 明照博章『積極的加害意思とその射程』（2017年、成文堂）338頁。

46 拙稿・前掲注（42）68頁。

47 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）142頁、拙稿・前掲注（42）69頁以下、拙稿・前掲注（44）62頁。

48 司法修習所編・前掲注（13）25頁、遠藤・前掲注（12）191頁以下。

49 司法修習所編・前掲注（13）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。

と、従来の判例で用いられてきた急迫性の基準が実質的には同一のものであるならば、本決定が侵害の急迫性を問題にしていることは、必ずしも平成20年決定とは別の要件を問題にすべきことを意図したものではないように思われる。本決定の第1審では、被告人の反撃行為について、「本件攻撃に出ることが正当化される状況」、すなわち正当防衛状況を否定しており、控訴審もこのような判断を是認している。これに対して、本決定においては、第1審が正当防衛状況を問題にしたことには全く触れずに、第1審及び控訴審の判断を是認して侵害の急迫性を否定している。すなわち、本件の第1審から上告審に至る判断を全体として見ると、正当防衛状況と侵害の急迫性は実質的に同じ要件として扱われているとすることができる。本決定の弁護人は、上告趣意の中で一貫して侵害の急迫性の存否を争っており、正当防衛状況という文言は一切用いていない。前述のように、最高裁判例においてもその論点は上告趣意書により提示されるどころ、本件の弁護人は、上告趣意書の中で自然に「急迫性」という文言を用いているのみであり、第1審判決が正当防衛状況を問題にしたことには一切触れていない。そうであるならば、本決定においては、本件のような事案で急迫性と正当防衛状況の基準のどちらを使うべきかということは論点として提示されていないと解される。そこで、本決定が正当防衛状況ではなく侵害の急迫性を問題にしているのは、単に上告趣意書の記載に応じた判示をしたに過ぎず、殊更に平成20年決定とは別の要件で判断すべきことを示したのではないように思われる。また、下級審の判断は現実に根を下ろしたものであり、上級審も軽視することができないものであることから、判例の形成においても重要な役割を演じているとされるが<sup>50</sup>、すでに検討してきたように、本決定も、従来の相互闘争状況における正当防衛についての下級審裁判例の影響を受けている。そして、前述のように、平成20年決定以降の下級審裁判例の多くは、本決定が列挙しているような事情を総合考慮して行う判断に際して、急迫性と正当防衛状況を区別していない。そうであるならば、本決定も、その判示内容の背後に存在する思考においては、このような平成20年決定以降の下級審裁判例の影響を受け、侵害の急迫性と正当防衛状況を実質的に同一のものと解しているように思われる。このような理解の裏付けとして、被告人が「反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況」にあったとはいえないとして「侵害の急迫性」を否定した仙台地判平29・9・22（LEX/DB

---

50 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（2007年、有斐閣）192頁。

25547815) のように、本決定以降の下級審裁判例にも、侵害の急迫性と正当防衛状況を区別していない事例が複数存在する。そもそも、本決定が示した判断基準を用いて、急迫性の判断に際して反撃行為に先立つ事情も全体として考慮するならば、自招防衛の事案で問題とされる侵害招致行為の態様・性質や、相手方の侵害が予想の範囲内であったかという事情も、急迫性の判断に際して考慮されることになる。そうであるならば、本決定の判断基準は、52年決定に近い事例だけでなく、平成20年決定に近い事案も統合的に処理することを可能とするものであり<sup>51</sup>、本決定で示された基準を用いる限り、自招防衛の事案について別個の判断基準を用いる必要性は全く存在しないといえることができる。そこで、本決定の判断基準は、平成20年決定で問題とされた自招防衛の事案も含めた、相互闘争状況における正当防衛の事案一般についての判断基準として用いることもできるように思われる。

もっとも、急迫性の基準と正当防衛状況の基準の実質的な内容を同一のものと解することは、必ずしも相互闘争状況における正当防衛の事案をいずれか一方の基準で統一的に処理しなければならないということの意味するものではない。そこで、今後の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際しては、当該事案の性質に応じて使いやすい方の基準が用いられるようになると解される。すなわち、裁判員裁判により判断される事案や、事案の性質が平成20年決定に近い事案においては正当防衛状況の基準が用いられ、裁判員が判断に関与しない控訴審・上告審での判断や、事案の性質が52年決定や本決定に近い事案においては急迫性の基準が用いられることが予想される<sup>52</sup>。しかし、このような実質的には同じ内容であるにもかかわらず、別個のものであるように見える基準を並列的に用いることは、判例の意義を理解する上での混乱を招く可能性がある<sup>53</sup>。また、相互闘争状況における正当防衛の事例には、積極的加害意思が問題になる事例と自招防衛の事例の両方の要素を持った事案が多数存在するが<sup>54</sup>、このような事案においては特に両基準の使い分け

---

51 小林・前掲注（2）145頁参照。

52 橋爪隆「判批」ジュリスト1391号（2009年）162頁、三浦・前掲注（12）440頁、拙稿・前掲注（44）62頁。

53 橋田久「判批」『平成27年度重要判例解説』（2016年、有斐閣）148頁、拙稿・前掲注（44）62頁。

54 このような事例として、東京高裁平成27年判決、大阪地判昭63・11・18（判タ702号265頁）、東京高判昭60・6・20（判時1162号168頁）、神戸地判平21・2・9（裁判所ウェブサイト）、東京地判平27・5・27（LEX/DB25540605）など。

は困難であると解される<sup>55</sup>。そこで、今後の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際しては、判断基準の実質的な内容としては本決定が用いた基準を用いるべきであるが、その基準の提示方法としては、このような事案全てについて统一的に、事案の処理に際して求められる判断の内容を端的に示し、裁判員にとっては分かりやすい基準であると思われる、正当防衛状況の基準という形で提示すべきである<sup>56</sup>。もっとも、正当防衛状況の判断基準は、本決定が示したように事案に現れた諸事情の総合考慮を必要とするものであるから、このような基準をそのまま裁判員裁判で用いる場合には、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>57</sup>。そこで、今後の適切かつ合理的な事案の処理のためには、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事例を類型化して、それぞれの類型における正当防衛状況の判断の指針を示すことが必要になると解される<sup>58</sup>。

## 5 おわりに

以上のように、本決定は、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ついて、反撃行為に先立つ事情を含む様々な客観的事情と、必ずしも確実なものであることを要しない侵害の予期を総合的に考慮して、当該事案における反撃行為の正当化を許容すべきかという価値判断により、侵害の急迫性を判断すべきことを示した判例である。このような判断基準は、侵害の急迫性の正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件としての性質に照らせば妥当なものであり、このような基準を用いて、本件の被告人につき侵害の急迫性を否定した判断も妥当である。また、同決定の理解によれば、52年決定により判示された積極的加害意思が認められる場合でなくても、侵害の急迫性は否定されることになる。そして、本決定は、侵害の急迫性の存否を問題にしているが、同決定で問題にされた侵害の急迫性と、平成20年決定で判示された正当防衛状況を、実質的には同じものであると解している

55 遠藤・前掲注(12) 196頁参照。

56 拙稿・前掲注(42) 72-3頁、同・前掲注(44) 63頁。

57 高橋剛夫「裁判員裁判と刑法解釈—司法研究報告書を素材に一」刑事法ジャーナル18号(2009年) 5頁。

58 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(12) 194頁、司法研修所編・前掲注(13) 21頁以下、橋爪・前掲注(9) 113頁、佐伯・前掲注(47) 18頁、高橋・前掲注(57) 5頁。また、このような類型化の試みとして、拙稿「防御的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事例の類型化(1)(2・完)」筑波法政65号(2016年) 26頁、66号(2016年) 127頁、同「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」筑波法政71号(2017年) 69頁、同・前掲注(29) 77頁。

ということができる。

このような本決定の判示内容は、52年決定や大阪高裁平成13年判決をはじめとする、従来の相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案における裁判実務の基本的な考え方を引き継いで、その背後に存在する基本的な考え方を端的に示すものである。また、本決定の判断基準は、従来の判例における侵害の予期や積極的加害意思を用いた基準が有する問題点にも対応したものであり、平成20年決定のような自招防衛の事案も統一的に処理しうるものである。そこで、本決定で示された判断基準は、今後の相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案の処理基準として、積極的に活用されるべきである。

（人文社会系助教）