

相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び 類型化の試み（１）

木崎 峻輔

- 第1 はじめに
 - 1 問題関心
 - 2 検討の方法
- 第2 急迫性の解釈に関する実務と学説の対立
 - 1 問題の所在
 - 2 急迫性を客観的に解する学説
 - (1) 急迫性を客観的に解する根拠
 - (2) 判例との関係
 - 3 裁判実務における急迫性の理解
 - (1) 規範的・総合的な判断を行う必要性
 - (2) 急迫性を客観的に解した場合の事案の処理
 - 4 小括
- 第3 正当防衛状況と侵害の急迫性
 - 1 問題の所在
 - 2 平成20年決定の意義
 - (1) 平成20年決定
 - (2) 検討（以上、本号）
 - 3 平成20年決定以前の判例・裁判例
 - (1) 積極的加害意思を問題とした事例
 - (2) 積極的加害意思を問題にしなかった事例
 - (3) 自招防衛の要素も含んだ事例
 - 4 裁判実務における判断の内実
 - (1) 事例の処理に際しての価値判断
 - (2) 正当防衛状況の意義
 - 5 小括
- 第4 平成20年決定以降の裁判実務における正当防衛状況
 - 1 問題の所在
 - 2 平成20年決定から平成29年決定までの裁判例
 - (1) 裁判例
 - (2) 検討
 - 3 平成29年決定とそれ以降の裁判例
 - (1) 平成29年決定
 - (2) 平成29年決定以降の裁判例
 - 4 平成20年決定と平成29年決定
 - (1) 両者の関係
 - (2) 今後の展望
 - 5 小括

第5 相互闘争状況における正当防衛の事例の類型化

- 1 問題の所在
- 2 強力な反撃準備類型
 - (1) 理論的な根拠
 - (2) わが国の裁判実務
 - (3) 具体的な判断基準
- 3 家庭内の暴力的闘争の類型
 - (1) 事案の処理の方向性
 - (2) わが国の裁判実務
 - (3) 具体的な判断基準
- 4 通常の暴力的闘争の類型
 - (1) 待受け型
 - (2) 出向き型
 - (3) 自招防衛
- 5 具体的な判断方法
 - (1) 各類型の相互関係
 - (2) 判断の順序
 - (3) 複合的な事例の処理
 - (4) 裁判員裁判における留意点
- 6 小括

第6 おわりに

※本稿は、2018年3月15日に早稲田大学から博士(法学)の学位を授与された学位論文、「正当防衛状況における理論と実務の交錯—急迫性概念から正当防衛状況へ—」の骨子をまとめ、その後の検討を加筆したものである。

第1 はじめに

1 問題関心

正当防衛の要件である侵害の急迫性については、その解釈をめぐる様々な議論がなされている。まず、侵害の急迫性は、「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」を意味するとされるが¹、その判断方法及び機能については、実務と学説の間で大きく見解が分かれている。すなわち、裁判実務は、侵害の急迫性を、被侵害者の主観を含む諸事情を総合考慮してその存否を決する規範的・総合的な要件と解しているが²、多くの学説は、侵害の急迫性を、侵害が時間的に迫っていることのみを意味する事実に・客観的な要件であると解している³。このような学説は、かつては通説的な立場にあり、裁判

1 最判昭46・11・16(刑集25巻8号996頁)、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻』(2016年、青林書院)533頁〔堀籠=中山〕。

2 香城敏磨「正当防衛における急迫性」香城敏磨=小林充編『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)262頁、同「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)81-2頁、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号(1996年)87頁など。

3 山口厚『問題探求 刑法総論』(1998年、有斐閣)59頁、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(1992年、東京大学出版会)152頁、山中敬一『正当防衛の限界』(1985年、成文堂)189頁、同『刑法総論〔第3版〕』(2015年、成文堂)485頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(2008年、有斐閣)382頁、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』(2011年、成文堂)155頁、伊東研祐『刑法講義総論』(2010年、日本評論社)181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、大谷實『刑法総論〔新版第5版〕』(2019年、成文堂)274-5頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(1998年、成文堂)222頁、曾根威彦『刑法の重要問題総論〔第2版〕』(2005年、成文堂)88頁、同『刑法総論〔第4版〕』(2008年、弘文堂)101頁、三上正隆「正当防衛」曾根威彦=松原芳博編『重点課題 刑法総論』(2008年、成

実務の見解に対して根強い批判を続けてきた。しかし、このような批判にもかかわらず、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とされる最決昭52・7・21(刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。)から、最近の最高裁判例である最決平29・4・26(刑集71巻4号275頁。以下、「平成29年決定」という。)に至るまで、判例は一貫して急迫性を規範的・総合的な要件と解する立場を維持している。近年では、このような判例の立場に賛同する学説も有力に主張されるようになっており⁴、急迫性を事実的・客観的に解する見解は、必ずしも通説とは言えない状況になっているように思われる。

また、侵害の急迫性が争われる事案の多数を占めている、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案については、十分な侵害の予期と積極的加害意思を理由に急迫性を否定した52年決定をはじめとして、自招防衛の事案について、侵害の予期などの主観的事情を考慮せず、反撃行為時の客観的事情を理由に「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否定して、従来の判例とは異なる見地から正当防衛を否定したように見える最決平20・5・20(刑集62巻6号1786頁。以下、「平成20年決定」という。)、そして、被侵害者の侵害の予期と、相手方との従前の関係、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、反撃準備の態様、反撃行為に臨んだ状況などの反撃行為に先立つ客観的事情等を総合考慮して、積極的加害意思を認定せず端的に侵害の急迫性を否定した平成29年決定と、重要判例が次々と出されている。これらの判例は、いずれもその事実関係が異なるものであるが、対立する両当事者の暴力的闘争の場面において正当防衛の主張がなされた事案であるという点では共通する。このことから、これらの判例の意義及び相互の関係についても、様々な見解が主張されており、このような事案の処理に関する裁判所の判断の本質を理解することは困難な状況にある。

さらに、裁判員裁判が開始されて以降、法律知識を持たない一般人である裁判員にも分かりやすい判断基準が必要であるとされ⁵、特に、52年決定で判示された積極的加害意思論などの、相互闘争状況における正当防衛に関する判例理論は難解であると指摘されるようになった⁶。このことから、特に実務家を中心として、裁判員裁判における使い易さを意識した判断基準の構築が要請されている⁷。この点に関して、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案の処理に際しては、裁判員裁判を踏まえたより分かりやすい判断基準として、平成20年決定で用いられた「正当防衛状況」の基準を用いることが提唱されており⁸、実際にこの基準を用いた下級審裁判例も多数存在する⁹。このような議論状況において、侵害の急迫性に関す

文堂)82頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年、有斐閣)333頁、岡本昌子「自招防衛と正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』(2014年、成文堂)4頁、同「正当防衛状況の創出と刑法36条」『大谷實先生喜寿記念論文集』(2011年、成文堂)417頁、山本輝之「『喧嘩と正当防衛』をめぐる近時の判例理論」帝京法学16巻2号(1986年)188頁、大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学47巻5号(1984年)33-4頁、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(2019年、成文堂)225頁、中山研一『新版口述刑法総論〔補訂2版〕』(2007年、成文堂)147頁、関哲夫『講義刑法総論〔第2版〕』(2018年、成文堂)181頁など。

4 このような見解として、橋爪隆『正当防衛論の基礎』(2007年、有斐閣)238頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(2018年、成文堂)277-8頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年、有斐閣)126頁、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(2019年、東京大学出版会)255頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年、創文社)235頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』(2008年、東京大学出版会)189頁、佐久間修『刑法総論』(2009年、成文堂)209頁、西田典之=橋爪隆『刑法総論〔第3版〕』(2019年、弘文堂)176-7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)393-4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)44頁、大塚裕史「正当防衛論(1)―緊急状況性」法学セミナー739号(2016年)96頁など。

5 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(2009年、法曹会)1頁、高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈―司法研究報告書を素材に―」刑事法ジャーナル18号(2009年)2頁、橋爪隆「裁判員裁判のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号(2008年)1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)1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、和田真ほか「正当防衛について(上)」判例タイムズ1365号(2012年)46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頁など。

6 司法研修所編・前掲注(5)1頁参照。

7 司法研修所編・前掲注(5)21頁、遠藤・前掲注(5)194頁、稗田・前掲注(5)179頁。

8 司法研修所編・前掲注(5)26頁。

9 このような裁判例として、本文中に挙げたものの他、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)、東京地立川支判平29・11・21(LLI/DB07230441)、宇都宮地判平23・10・25(LLI/DB06650627)など。

る検討を行うに際して現在最も必要なことは、急迫性に関するこれまでの議論や判例理論を踏まえた、相互闘争状況における正当防衛についての、裁判員裁判を踏まえた適切かつ合理的な判断基準の構築であるといえることができる。

2 検討の方法

このような問題関心に基づく検討を進めるためには、基本原理からの論理的な演繹により条文の文言を解釈するという、刑法学において通常行われる方法だけでは不十分であるように思われる¹⁰。すなわち、このような通常の方法論においては、基本原理からの演繹により法律上の要件の意義を明らかにする要件論と、当該事案の事実関係を証拠から明らかにして、それを法律上の要件に当てはめることで当該事案における結論を導き出す認定論は、明確に区別されることになる。しかし、実際の刑事裁判においては、要件の解釈そのものよりも、むしろ事実認定が結論を導き出す上で大きな役割を占めている。そこで、実務的な要請に応えるための、実際の事案の処理の妥当性にも配慮した検討を進めるためには、認定論も考慮した検討が必要であると思われる。また、正当防衛が問題になる事案には、相互闘争状況の事案から防犯装置を仕掛けた事案まで、様々な態様の事案が存在し、さらに、相互闘争状況における正当防衛の事例の中にも、暴力団による大規模な抗争の事例から、相手方との口論をきっかけに生じた軽微な暴力沙汰の事例まで、多様な事例が存在する。このように多種多様な事例全てについて、正当防衛の本質論などの抽象的・一般的な法原理からの演繹により、正当防衛状況の有無を決する上で必要とされる具体的な事実を、それぞれの事案ごとに示すことは不可能であるように思われる。

そこで、本稿の問題関心に基づく検討の方法としては、相互闘争状況において正当防衛が問題になった判例・裁判例を詳細に検討し、その意義を具体的に明らかにすることにより、どのような事実が存在する場合に正当防衛状況の有無が決められるのかを、事例の集積から帰納的に明らかにしていく方法が妥当であるように思われる。もっとも、裁判官の使命は当該事件の妥当な解決を図ることにあり、裁判で問題となった法律問題を処理する判断基準を示すことではない。このことから、判決文に現れた文言が、必ずしも当該事案において問題となった事案の処理基準を示しているとは限らない¹¹。そこで、判例の意義を本当に明らかにするためには、判決文の文言のみにこだわらず、当該事件の判断を行った裁判官の思考を明らかにすることが必要である¹²。そのための方法としては、判例・裁判例を検討する際に、判決文の文言だけでなく、当該事案の事実関係、当該事案の判断に用いられた経験則・論理法則、当事者の主張、原審の判断、同種事案に関する下級審裁判例を考慮することが有益であると思われる。特に、最高裁判例の意義を明らかにするためには、同種事案に関する下級審裁判例を検討することが非常に有益である。というのは、下級審の判断は判例の形成について重要な役割を演じ¹³、他方、最高裁判例が出された後の同種事案に関する下級審裁判例は、最高裁判例の判示内容を具体化するものとされ¹⁴、最高裁判例と下級審判例は、相互に影響を及ぼしあう関係にあるからである。実際に、52年決定で判示された積極的加害意思の具体的なイメージは、下級審の裁判例の蓄積から生まれてきたとされる¹⁵。そこで、このような同種事案に関する下級審裁判例を検討することは、判例の意義を明らかにする上で、非常に重要であると解

10 この点に関し、松澤伸『機能主義刑法学の理論—デンマーク刑法学の思想—』（2001年、信山社）296頁は、「実際に、日本の刑法学がドイツの刑法学のように、一般的法命題を打ち立てて議論を体系化して示す方法が我が国の実務と整合するのか、使いやすい刑法理論体系を提供することになるのか、そもそもその必要性があるのかどうかは、実は極めて疑わしいのである。」と指摘する。また、清野憲一「正当防衛判断枠組の再構築—4ステップ論と『やむを得ずにした行為』への焦点化—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』（2019年、成文堂）44頁は、「原理・原則や理論を過度に強調することは、微妙な判断が求められる事案の個性への配慮を低下させると共に、裁判官と裁判員の理性的な評議が困難となり、健全な社会常識に従った結論を導くことが期待されている裁判員裁判においてはむしろ有害である。」と指摘する。

11 松澤・前掲注（10）287頁参照。

12 松澤・前掲注（10）279頁、同「機能主義刑法解釈方法論再論」早稲田法学82巻3号（2007年）149頁。

13 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（2007年、有斐閣）192頁。

14 明照博章『積極的加害意思とその射程』（2017年、成文堂）338頁。

15 遠藤・前掲注（5）191頁。

される。

本稿においては、このような方法により明らかにした相互闘争状況における正当防衛の処理についての裁判官の思考を基礎として、このような事案の処理についての裁判実務の基本的な考え方や、相互闘争状況の各類型において特に考慮されている事実を明らかにして、これらを基礎として判断基準の構築を試みる。

以上のような問題関心と検討の方法に基づき、本稿においては、まず前提として、急迫性の解釈に関する学説と判例の見解を検討し、判例が相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して用いてきた見解は、事案の適切かつ合理的な処理という観点から妥当といえるかを明らかにする。その上で、相互闘争状況における正当防衛に関する判例・裁判例を検討し、このような事案の処理についての判断基準を構築する基礎とすべき、事案の処理における裁判実務の思考プロセスを明らかにする。そして、裁判員裁判を踏まえた判断基準として提唱された正当防衛状況の基準の内実を検討して、従来の判例における事案の処理についての思考プロセスと整合する判断基準として用いることができるかを明らかにする。さらに、このような判断基準を、より実際の事案の処理のために使いやすいものにするために、相互闘争状況において正当防衛が問題となる事案を、事案の性質に応じて類型化し、それぞれの類型に応じた判断基準を提示することを試みる。

第2 急迫性の解釈に関する実務と学説の対立

1 問題の所在

冒頭で述べたように、正当防衛の成立要件の中でも、侵害の急迫性の解釈については、実務と学説の間で大きく見解が分かれており、裁判実務は、学説からの根強い批判にもかかわらず、急迫性を規範的・総合的な要件と解する見解を維持し続けている。このように、急迫性を客観的・事実に解する学説が、結局実務に受け入れられなかったことは、どのような理由に基づくものであるのか。この点を明らかにすることは、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の背後に存在する裁判実務の思考を明らかにする上で有意義であるように思われる。このような問題意識に基づき、まず、急迫性を客観的・事実にのみ解する必要性の有無を検討する。その上で、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案の処理に関する裁判実務上の要請を検討し、急迫性を客観的・事実にのみならず、規範的・総合的な要件として理解する判例の見解は妥当といえるのか、また、判例の見解のように、このような規範的・総合的な判断は、急迫性の要件に結び付けて行う必要があるのかを明らかにする。

2 急迫性を客観的に解する学説

そもそも、多くの学説が主張するように、侵害の急迫性を客観的・事実にのみ解する必要があるのか。この点を明らかにするために、侵害の急迫性を客観的に解する見解の根拠は説得的なものであるのか、また、このような見解は判例とどのような関係にあるのかを検討する。

(1) 急迫性を客観的に解する根拠

ア 学説

侵害の急迫性を客観的・事実に解する見解は、侵害の急迫性の判断として、侵害の時間的な切迫性のみを問題にすべきとする。すなわち、侵害の急迫性は、侵害者側の事情であるとして¹⁶、判例が急迫性の判断に際して被侵害者の主観的事情である侵害の予期や積極的加害意思を考慮することを批判する。このような見解は、以下のように様々な根拠から主張されている。

16 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)114-5頁、曾根・前掲注(3)総論101頁、同・前掲注(3)重要問題87-8頁、三上・前掲注(3)82頁、山中・前掲注(3)限界190頁、岡本・前掲注(3)大谷喜寿417頁。

(ア) 文言上の根拠

まず、36条1項が「急迫」という文言を用いている以上、侵害の急迫性の意義については「侵害が時間的に迫っていること」と解するのが文言上当然の解釈であるという見解が主張されている¹⁷。このような見解は、「急迫」という文言の日本語的な意味を重視するものである。すなわち、「急迫」という日本語は、第一に「物事が差し迫った状態になること」という意味を有していることから、36条1項の侵害の急迫性も、侵害が時間的に迫っていることという客観的・事実的な要件として理解すべきとするものである。

(イ) 違法性の本質論からの演繹

次に、違法性の本質について結果無価値論を採用し、主観的違法要素を認めない立場を前提に、違法性阻却事由である正当防衛の成否は客観的に判断すべきであるとして、正当防衛の要件である侵害の急迫性も、被侵害者の主観的事情である侵害の予期や積極的加害意思を含まない事実的・客観的な要件として理解すべきとする見解も主張されている¹⁸。このような見解は、違法性段階の判断では原則として主観的事情を考慮すべきではないと解するので、急迫性の判断に際して侵害の予期や積極的加害意思を考慮すべきではないとするだけではなく、正当防衛の要件としての防衛の意思も不要であるとする¹⁹。

(ウ) 判断基準の明確性の確保

他方、違法性の本質論とは関係なく、急迫性の判断を明確なものにするために主観的要素を考慮すべきではないという主張もされている。同見解は、正当防衛の判断の入り口としての要件である急迫性は、恣意的な判断を防止する必要性が特に高いとか²⁰、急迫性は将来及び過去の侵害を排除する機能を有する要件であり、判例が急迫性の判断として行っている規範的な判断をまとめて行うことは混乱を招くことになるなどとして²¹、行為者の主観等を考慮せずに、侵害が時間的に迫っているかのみを事実に判断すべきであるとする。また、犯罪の成否を判断する際の「客観から主観へ」の原則からも、正当防衛の最初の要件である急迫性の存否は客観的な判断により決すべきとする主張もされている²²。もっとも、このような主張をする見解の多くは、正当防衛の判断の入り口である侵害の急迫性の判断を明確にすべきと主張するものであり、正当防衛の判断に際して被侵害者の主観的事情を考慮したり、急迫性以外の要件で規範的な判断を行うことまで否定するものではない。すなわち、これらの見解は、相互闘争状況を理由に正当防衛を否定する場合には、防衛の意思が認められないとしたり²³、反撃行為の防衛行為性を否定したり²⁴、被侵害者の法益の要保護性や法確証の利益が減少することから反撃行為の態様が制限されるとする²⁵。

(エ) 柔軟な事案の処理の要請

同様に、違法性の本質論とは関係なく主張されている見解としては、急迫性を客観的に解して、同要件を認める余地を広げることにより、過剰防衛による柔軟な処理の余地を認めるべきとする見解も主張されている²⁶。すなわち、侵害の急迫性が否定された場合には、過剰防衛が成立する余地が失われることになるので、裁判実務の見解を前提にすると、相互闘争状況を理由として正当防衛が否定された事例において過剰防衛を認めることはできない。しかし、過剰防衛の効果は刑の任意的減免であり、過剰防衛が認められる場合には、情状に応じて減刑せずに通常の刑を科すことも刑の免除をすることも可能である。例えば、

17 大塚・前掲注(3) 382頁、前田・前掲注(3) 156頁、平川・前掲注(3) 132頁、曾根・前掲注(3) 重要問題87頁、山本・前掲注(3) 188頁。

18 内藤・前掲注(3) 333頁、曾根・前掲注(3) 重要問題95頁、山本・前掲注(3) 188頁、浅田・前掲注(3) 225頁。

19 内藤・前掲注(3) 343頁、曾根・前掲注(3) 重要問題93-4頁、浅田・前掲注(3) 232-3頁。

20 内田文昭=長井圓「判批」上智法学論集16巻3号(1973年)79頁、山中・前掲注(3) 限界190頁、内藤・前掲注(3) 333頁、岡本・前掲注(3) 大谷喜寿416頁。

21 前田・前掲注(3) 154頁、岡本・前掲注(3) 理論刑法学7頁。

22 大嶋・前掲注(3) 33-4頁。

23 大谷・前掲注(3) 281頁、大塚・前掲注(3) 383頁、福田・前掲注(3) 155頁。

24 山口・前掲注(3) 59頁、前田・前掲注(3) 157頁、岡本・前掲注(3) 理論刑法学25頁、清野・前掲注(10) 51頁。

25 野村・前掲注(3) 223頁、山本・前掲注(3) 189頁、山中・前掲注(3) 総論487頁、浅田・前掲注(3) 241頁。

26 照沼亮介「急迫性の判断と侵害に先行する事情」刑法雑誌50巻2号(2011年)155頁、山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌35巻2号(1996年)57頁、同・前掲注(3) 188頁、大嶋・前掲注(3) 33頁、内藤・前掲注(3) 334-5頁、内田=長井・前掲注(20) 79頁、山中・前掲注(3) 限界190頁、前田・前掲注(3) 159頁。

過剰防衛の成立が認められる事案のうち、事案の性質としては単なる喧嘩闘争とほとんど変わらない事例では刑の減免を認めず²⁷、他方、継続的なDVの被害者が反撃行為に出た事例など、被侵害者に特に酌むべき事情が存在する事例では、刑の免除を認めるという事案の処理が可能となる²⁸。そこで、このような見解は、侵害の予期や積極的加害意思を理由として急迫性を否定せずに、過剰防衛が成立する余地を広く認めた方が、事案の性質に応じた柔軟な処理を可能にする点で優れているとするものである。

(オ) 侵害回避義務を認めることに対する警戒

また、急迫性を客観的に解する見解の中には、急迫性の判断に際して行為者の主観を考慮することは、侵害を予期していたにもかかわらず回避しなかったことを理由に急迫性を否定することに繋がりがねないということを指摘するものも存在する²⁹。近年では、被侵害者が回避可能な侵害を回避しなかったことを理由に急迫性を否定することを認める侵害回避義務論が有力に主張されるようになってきているが³⁰、同見解に対しては、正当防衛の基本原則である「法は不法に譲歩しない」の原則に反するなどの批判がされている³¹。侵害回避義務を認める見解は、原則として被侵害者に侵害回避義務を課す前提として被侵害者が侵害を予期していたことを要求する³²。このことから、急迫性の判断に際して侵害の予期を考慮することは、侵害回避義務を認めることに繋がりをうるものであり、結果として「法は不法に譲歩しない」の原則に反する結論を招きかねないとして、急迫性の判断に際しては、侵害の予期という被侵害者の主観的状況を考慮すべきではないとするものである。

イ 検討

以上のように、急迫性を客観的に解する見解は、刑法36条1項の文言、違法性の本質論、そして事案の処理の妥当性といった様々な見地から主張されている。しかし、これらの主張は、必ずしも説得的なものということとはできず、これらの理由からは、必ずしも侵害の急迫性を事実に客観的な要件としてのみ理解しなければならないということにはならないと解される。

(ア) 文言上の根拠について

まず、「急迫」という文言を根拠とする見解については、「急迫」という言葉には、「せっぱ詰まる」という意味も存在するので、このような文言から直ちに急迫性を客観的に解するべきことにはならないと反論することができる³³。すなわち、急迫性が客観的な要件であるというのは、必ずしも刑法36条1項の文言から自明のことではないと解するべきである³⁴。もっとも、現在の判例は、平成29年決定で判示されたように、侵害の急迫性の判断に際して、侵害の予期だけではなく、反撃準備行為の有無及び態様、侵害回避

27 このような事例として、神戸地判平16・4・28(裁判所ウェブサイト)、東京高判平13・2・27(判時1811号158頁)。

28 このような事例として、名古屋地判7・7・11(判時1539号143頁)、大阪高判昭54・9・20(判時953号136頁)。

29 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』(2017年、成文堂)139頁、前田雅英「判批」警察研究49巻9号(1978年)60頁、岡本・前掲注(3)大谷喜寿416頁、平川・前掲注(3)133頁、山中・前掲注(3)総論485頁、同・前掲注(3)限界189頁。

30 橋爪・前掲注(4)305頁以下、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、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〕』(2006年、判例タイムズ社)101頁以下、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号(2009年)22頁以下。

31 侵害回避義務論に対する批判として、坂下洋輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察(5・完)」法学論叢178巻5号(2016年)80-1頁、同「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(1)」法学82巻3号(2018年)13-4頁、山本和輝『正当防衛の基礎理論』(2019年、成文堂)234-5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)16頁以下、中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」現代刑事法56号(2003年)30頁、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学65巻(2006年)67頁、杉本一敏=高橋則夫「正当防衛における負担要求可能性—侵害回避義務と退避義務」高橋則夫ほか『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方—』(2014年、日本評論社)73頁、山口厚「回避・退避義務再論」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上)』(2016年、成文堂)126頁以下、岡本・前掲注(3)大谷喜寿418頁以下など。

32 橋爪・前掲注(4)309頁、佐藤・前掲注(30)242頁、山口・前掲注(30)33頁。もっとも、佐伯・前掲注(30)105頁は、侵害を予期していなくても侵害回避義務が課される場合もあるとする。

33 前田雅英『刑法の基礎 総論』(1993年、有斐閣)199頁、川端博ほか「正当防衛の正当化の根拠と成立範囲」現代刑事法9号(2000年)14頁〔井田発言〕、橋爪隆「正当防衛状況の判断について」法学教室405号(2014年)108頁、同・前掲注(4)239頁、山中・前掲注(3)限界189頁

34 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年、有斐閣)134頁。

の可能性、侵害に臨んだ状況などの反撃行為に先立つ様々な事情を総合考慮することを認めており³⁵、このような裁判実務における判断の内実を「急迫」という文言に含めることは困難であるように思われる³⁶。しかし、正当防衛の趣旨について、平成29年決定は、不正の侵害に対して公的救助を求めることができない場合の実力行使を許容する制度であると解しており³⁷、実際の裁判実務も同様の理解を採用していると解される³⁸。このような理解を前提とするならば、同条の「急迫不正の侵害」とは、自ら反撃行為に出ることが必要となる「緊急状況」を意味する要件であると解すべきであり³⁹、このような解釈も、たしかに「急迫」という文言の日常的な意味からは離れているが、同文言の解釈としては許容できる範囲内にあると思われる⁴⁰。そうであるならば、急迫性の判断に際して、被侵害者が自ら反撃行為に出ることが許容される緊急状況にあったかを判断するために、被侵害者側の事情を含む諸事情を総合考慮することも、必ずしも刑法36条1項の文言に反するものではないといえることができる。

(イ) 違法性の本質論からの演繹について

次に、違法性の判断は客観的になされるべきであるので、侵害の急迫性も客観的に判断されるべきであるとする見解は、たしかに結果無価値論を徹底し、主観的違法要素を原則として認めない立場からは、論理的に最も自然な見解である⁴¹。しかし、このような主張は、違法性の本質からの演繹に基づくものであるため、違法性の本質について結果無価値論を徹底する見解以外に対しては説得力を持たないといえることができる。現在では、違法性の本質について行為無価値論を採用し、主観的違法要素を認める見解も多数主張されている⁴²。これらの見解に対しては、違法性の本質論を根拠に急迫性を客観的に解すべきとする主張は意味をなさないものである。また、結果無価値論を前提として、行為者の主観が法益侵害に影響を与える場合などの一定の場合には主観的違法要素を認める見解も主張されており⁴³、結果無価値論を採用する見解からも急迫性の判断に際して客観的事情以外を考慮することは不可能ではない。そこで、結果無価値論を徹底する立場以外においては、このような主張を根拠として、直ちに急迫性を客観的に解すべきということにはならないと解される。

(ウ) 判断基準の明確性の確保について

また、判断基準の明確性の確保という観点から、急迫性は客観的に解すべきとする見解の多くは、相互闘争状況を理由に正当防衛が否定される場合は防衛の意思が認められないとしたり、相互闘争状況を理由とする正当防衛の制限を防衛行為性の判断として行うべきと解している。しかし、防衛の意思のような主観的事情の認定は、反撃行為時に存在する様々な客観的事情を総合考慮して行うべきとされている⁴⁴。

35 香城・前掲注(2) 刑事事実認定283-4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、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。

36 司法修習所編・前掲注(5)1頁、遠藤・前掲注(5)191頁、岡本・前掲注(3)理論刑法学7頁、清野・前掲注(10)53頁。

37 刑集71巻4号276-7頁。

38 和田ほか・前掲注(5)49頁、清野・前掲注(10)64頁など。また、このような見解を示した裁判例として、後掲事例①、大阪高判昭56・1・20(判時1006号112頁)など。

39 この点について、近時の最高裁判例である平成29年決定は、刑法36条1項の趣旨について、「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期待できないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容したものである。」とする。

40 この点に関して、三代川邦夫「正当防衛の海域」立教法学97号(2018年)118頁は、「条文の文言の解釈は、罪刑法定主義の見地から日常用語的に可能な意味の枠を超えてはいけないという外在的制約があるのみであり、その枠内においては文言の意味内容は理論的・目的論的に決すべきものである。」と指摘する。

41 この点に関して、内藤・前掲注(3)333頁は、主観的違法要素は原則として否定すべきとする立場を前提に、「違法性判断はできるだけ客観的であるべきである」と指摘する。

42 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(2018年、有斐閣)260頁、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年、弘文堂)149頁、高橋・前掲注(4)252-3頁、団藤・前掲注(4)198頁、大塚・前掲注(3)362頁、野村・前掲注(3)102頁など。

43 このような見解として、平野龍一『刑法総論I』(1972年、有斐閣)122頁、西田=橋爪・前掲注(4)93頁、林・前掲注(4)104頁。

44 秋山敬「正当防衛における防衛の意思」小林充=植村一郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)[第2版]』(2013年、立花書房)99頁、中川・前掲注(35)149頁。

また、相互闘争状況を理由とする正当防衛の制限を防衛行為性の判断として行う見解は、防衛行為性の判断として、侵害招致行為や侵害に臨んだ状況など、判例が急迫性の判断に用いている諸事情を総合考慮して防衛行為性を否定したり⁴⁵、被侵害者の法益の要保護性が減少することを理由に正当化が認められる行為が制限されるとするものであるが⁴⁶、このような判断は、単に事実の存否を問題にするものではなく、「この場合には反撃行為の正当化を認めるべきか」という規範的な判断を含んだものにならざるを得ない⁴⁷。そうであるならば、これらの見解が、侵害の急迫性を客観的に判断したとしても、他の要件で諸事情を総合考慮した判断を行うことになるので、正当防衛の判断を全体として見た場合には、正当防衛の判断が明確なものになるということにはならないと解される。このような見解は、急迫性の判断が正当防衛の判断の入り口であることから明確な判断基準が必要であるとするが、これらの見解が目的とする、正当防衛の判断の明確化のために本当に必要なことは、正当防衛権の存否を決するための判断から規範的・総合的な判断を排除することであり、このような判断を後回しにすることではない。そもそも、誤想防衛と正当防衛・過剰防衛のどちらが成立するかが微妙な事案も存在するように⁴⁸、客観的・事実的な意味における急迫性の存否を判断する際にも、ある程度規範的な評価は必要である⁴⁹。このことから、判断基準の明確性の確保という観点から急迫性を事実的・客観的に判断することを徹底する意義は乏しいと思われる。また、犯罪の成否を判断する際には、恣意的な判断を防ぐために「客観から主観へ」を原則とすべきであるといえるが、このような判断形式は、処罰を基礎付ける構成要件該当性の段階で特に要求されるものであり、すでに処罰を基礎付ける事実が認定された後の違法性阻却事由の段階では、このような判断形式に基づく判断がなされなかったとしても、必ずしも恣意的な処罰を招くことにはならないと思われる。そこで、このような観点からも、直ちに急迫性を事実的・客観的な要件として解すべきということにはならないと解される。

(エ) 柔軟な事案の処理の要請について

そして、過剰防衛を広く認めて事案の柔軟な処理を可能にするために、急迫性を客観的に判断すべきとの主張に対しては、防衛行為として認められるものとそうではないものは区別すべきであり、形式的に相手方の侵害行為が先行している事案の全てを過剰防衛として処理すべきではないと反論することができる⁵⁰。たしかに、急迫性の判断として規範的・総合的な判断を行わず、形式的に相手方の侵害が先行している場合の反撃行為について一律に防衛行為性を認めれば、これらの事案については、事案の性質に応じて刑の減免を一切認めないことも、刑を免除することも可能となる。しかし、過剰防衛とは、反撃行為を防衛行為として認めることはできるが、その程度が行き過ぎである場合であり⁵¹、相手方の侵害を契機として積極的に加害行為に出る意図で反撃行為に出た場合など、相手方の侵害が先行していても、そもそも身を守るためになされたとは評価できない行為は、過剰防衛として認めるべきではない。そうであるならば、このような事案においても、相手方の侵害が時間的に迫っている限り急迫性を認めて、過剰防衛として刑の減免を認めなければ足りるということにはならないと解すべきである。このような事案の処理を認めることは、刑法36条2項が反撃行為の防衛行為性を要求していることに反するものであり、過剰防衛の規定を単なる量刑事情に関する規定と解することになってしまうように思われる。すなわち、不正の侵害に先行する事情の考慮によって正当防衛の成立が否定される場合があることは否定できず、そうであるならば、一定の範囲においては正当防衛権が完全に否定される場合もあり得ることを認めた上で、その範囲、

45 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)150頁以下、山口・前掲注(3)59頁、前田・前掲注(3)158-9頁、岡本・前掲注(3)理論刑法学31頁、清野・前掲注(10)72頁以下参照。

46 山本・前掲注(3)189頁、山中・前掲注(3)総論487頁、浅田・前掲注(3)241-2頁。

47 清野・前掲注(10)47-8頁参照。

48 例えば、東京高判昭62・1・19(判タ650号251頁)と大阪高判昭62・10・28(判タ662号243頁)は、事実関係が非常に類似しているにもかかわらず、前者では過剰防衛とされ、後者では誤想過剰防衛とされた。

49 前田・前掲注(33)209-10頁。

50 斎藤・前掲注(4)403頁、橋爪・前掲注(4)241頁、同・「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)173-4頁、遠藤・前掲注(5)196頁、香城・前掲注(2)判解252頁、清野・前掲注(10)47頁。

51 堀籠=中山・前掲注(1)635頁参照。

根拠をめぐって議論をしたほうが生産的である⁵²。そこで、このような理由からも、急迫性を事実に客観的な要件として解すべきということはできないと解される。

(オ) 侵害回避義務を認めることへの警戒について

さらに、急迫性を客観的に解しないことが侵害回避義務を認めることに繋がりうることを指摘する見解に対しては、急迫性を客観的に解する見解を採用しないことが直ちに侵害回避義務を認めることにはならないと反論することができる。すなわち、侵害回避義務を認める見解は、侵害の予期を前提として、現場に滞留する義務が存在しない場合や⁵³、現場を違法な暴力的闘争のために用いる意図が認められる場合⁵⁴などに侵害回避義務を認めるものであり、侵害の予期だけを理由に侵害回避義務を認めるものではない。そうであるならば、急迫性を客観的に解すべきか否かという問題と、侵害回避義務を認めることができるかという問題は、必ずしも結びつくものではないといえることができる。また、そもそもわが国の判例・裁判例には、相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限を検討する際に、侵害回避の可能性・容易性を考慮しているものも多数存在するなど⁵⁵、「法は不法に譲歩しない」の原則を徹底した解釈が採用されているとは言い難い⁵⁶。急迫性を客観的に解する見解の多くも、相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限を認めている以上、「法は不法に譲歩しない」の原則を徹底しているとはいえないように思われる。そこで、このような理由からも、急迫性を事実に客観的に解すべきということはできず、結局、急迫性を客観的に解すべきとする見解の根拠は、いずれも説得的なものとは言い難いと解される。

(2) 判例との関係

次に、急迫性を客観的に解する見解は、判例とはどのような関係にあるのかを検討する。急迫性を客観的に解する見解は、常に判例に批判的な立場にあるわけではなく、侵害の予期を理由に急迫性は否定されないと判示した最判昭46・11・16⁵⁷(刑集25巻8号996頁。以下、「46年判決」という。)を肯定的に評価している⁵⁸。しかし、同判決は、急迫性を客観的に解する見解に与する立場の判例といえることができるのか。この点を明らかにするために、46年判決の判示内容を検討し、急迫性を客観的に解する見解に与する判示内容を含んでいるといえるのかを明らかにする。

ア 46年判決

(ア) 事案の概要

旅館に宿泊していた被告人と同宿者であるAの間で言い争いが生じ、被告人は、以前Aから足蹴にされたこと等からAを畏怖していたため、同旅館を出て行こうとした。しかし、一度Aに謝ってみようと考え、Aの元に出向いたところ、Aからいきなり手拳で2回くらい殴打され、Aが立ち向かってきたので後戻りして隣の部屋に逃げ込んだが、さらにAに押されて背中を部屋の障子にぶつけた。その際に、以前同障子の鴨居の上にくり小刀を隠してあったことを思い出し、とっさに同くり小刀を取り出し、未必の殺意を持ってAの胸部を突き刺し、死亡させた。

52 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)』(2018年、成文堂)237-8頁参照。

53 橋爪・前掲注(4)314頁以下。

54 佐藤・前掲注(30)243頁。

55 このような判例・裁判例として、平成29年決定、前掲注(9)・東京高判平27・6・5、東京高判平25・2・19(東高判時報64巻1~12号55頁)、東京高判平21・10・8(東高判60巻1~12号142頁)、仙台地判平29・9・22(裁判所ウェブサイト)、静岡地浜松支判平27・7・1(LEX/DB25540736)、千葉地判平26・10・22(LEX/DB25505268)、前橋地判平24・10・11(LEX/DB25483148)。

56 橋爪・前掲注(4)78頁、同・前掲注(50)172頁、佐伯・前掲注(30)102頁参照。

57 本判決に対する評釈として、鬼塚賢太郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和46年度〕』(1972年、法曹会)242頁、内田=長井・前掲注(20)75頁、前田・前掲注(29)57頁、大越義久「判批」『刑法判例百選I』(1978年、有斐閣)82頁、莊子邦雄「判批」『昭和47年度重要判例解説』(1973年、有斐閣)111頁、大谷實=上田健二「判批」『法学セミナー204号(1972年)122頁、同「判批」』法学セミナー207号(1973年)115頁。

58 大嶋・前掲注(3)34-5頁、曾根・前掲注(3)重要問題88頁、平川・前掲注(3)132頁、内田=長井・前掲注(20)80頁。

(イ) 訴訟の経緯

第1審⁵⁹は、被告人の反撃行為は過剰防衛にあたりと判示した。これに対して、控訴審⁶⁰は、被告人がくり小刀を取り出そうとした時点では防衛の意思を認めることはできず、また、被告人はAによる侵害を予期していたこと、被告人は部屋の障子を押し倒して逃げることや、他の宿泊者等に救助を求めることも可能であったことから、侵害の急迫性も認められないとして、過剰防衛を認めた第1審判決を破棄した。

(ウ) 判旨

このような控訴審判決に対して、最高裁は、まず原審が侵害の予期を重要な理由として侵害の急迫性を否定したことについて、「刑法36条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、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。」として、「Aの侵害行為が被告人にとってある程度予期されていたものであったとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでない」とした。また、被告人が侵害を回避できたことを急迫性を否定する理由としたことについても、「法益に対する侵害を避けるために他にとるべき方法があったかどうかは、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。」として、本件の事実関係の下では侵害の急迫性を否定することはできないとした。そして、原審が防衛の意思を否定したことについても、「刑法36条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない。」とした上で、本件の事実関係の下では、被告人の防衛の意思が消滅したと認定することは著しく合理性を欠くとして、原判決を取り消し、原審に差し戻した。

イ 検討

以上のように、46年判決は、被告人の侵害の予期を理由に急迫性を否定した原審の判断を取り消していることから、急迫性を客観的に解する見解は、本判決は急迫性を客観的・事実に解する立場を明示したものと解している⁶¹。すなわち、最判昭30・10・25(刑集9巻11号2295頁。以下、「昭和30年判決」という。)などの従来判例は、侵害の予期を理由に急迫性を否定していたが、本判決は、急迫性の認定に際して侵害の予期などの主観的事情を排除し、専ら侵害の時間的切迫性という客観的事実さえ存在すれば急迫性が認められることを明らかにしたものであると評価する。もっとも、判例はその後52年決定において、侵害の予期と積極的加害意思を理由に急迫性が否定されると判示し、多くの学説は同決定に対して批判的な見解を示した⁶²。それ以降、これらの学説と判例の対立は、現在に至るまで続いている。

しかし、そもそも46年判決は、急迫性を事実に客観的に解する立場を明示した判例として理解すべきではない。たしかに、本判決は侵害の予期を理由に急迫性を否定した原判決を取り消している。しかし、本判決は、侵害の予期があっても、そのことから「ただちに」急迫性が失われるわけではないことを示したに過ぎない。すなわち、本判決は、侵害の予期のみを理由として急迫性を否定することは許されないとしているのみであり、急迫性の判断に際して侵害の予期などの主観的事情を一切排除することまで明言したのではない⁶³。昭和30年判決などの本判決に先立つ判例も、52年決定などの本判決以降の判例も、いずれも急迫性の判断に際して侵害の予期を考慮しているところ、判例は事実上の拘束力を持ち、裁判所法10条3号は、最高裁判例を変更するためには大法廷の裁判によることを必要としている。しかし、本判決

59 静岡地沼津支判昭45・3・6(刑集25巻8号1015頁)。

60 東京高判昭45・11・24(刑集25巻8号1017頁)。

61 大嶋・前掲注(3)34-5頁、同・前掲注(3)84頁、曾根・前掲注(3)重要問題86頁、平川・前掲注(3)132頁。

62 前田雅英「判批」警察研究52巻2号(1981年)74頁、同・前掲注(3)154頁、大嶋義久「判批」『刑法判例百選I〔第2版〕』(1984年、有斐閣)75頁、同・前掲注(3)84頁、安里全勝「判批」山口経済学雑誌58巻3号(2009年)156頁、平川・前掲注(3)133-4頁、曾根威彦「判批」判例時報886号(1978年)162頁、同「判批」『刑法判例百選I〔第5版〕』(2003年、有斐閣)47頁、同・前掲注(3)重要問題86頁、内藤・前掲注(3)334頁、大谷・前掲注(3)274-5頁、浅田・前掲注(3)224-5頁、野村・前掲注(3)224頁、大塚・前掲注(3)382頁、山中・前掲注(3)限界189-190頁など。

63 橋爪・前掲注(4)142-3頁、内田=長井・前掲注(20)80頁。なお、曾根・前掲注(3)重要問題86頁は、本判決は客観的事実だけによって急迫性を判定すべきことを明らかにしたと評価するが、「侵害が確実に予期されていて、しかも十分な反撃準備が準備されているような場合には急迫性が欠ける、とする余地を残したのであった。」と指摘する。

も、本判決の後に出了された52年決定も、小法廷の裁判によるものである。そうであるならば、本判決だけが、急迫性の判断方法について他の判例とは異なる見解を採用し、急迫性の判断に際して侵害の予期を排除していると解することは、判例の理解としては不自然である⁶⁴。

また、本判決の事実関係を見ると、被告人はAに謝るために出向いており、また本件犯行に用いたくり小刀も、以前隠しておいたものを発見して犯行に用いたものに過ぎず、当初から本件犯行に用いるために準備したものではない。これらの事情からすると、被告人がAによる侵害を予期していたとしても、その程度はかなり弱いものであり、被告人は積極的にAとの闘争に臨んだということとはできないと解される。そうであるならば、52年決定以降用いられるようになった積極的加害意思論を用いた場合でも、本件においては急迫性を否定することはできないと思われる。さらに、原審は、障子を押し倒して逃走することや、他の宿泊客等に助けを求めることにより侵害を回避できたことを指摘しているが、これらの事情は、Aによる侵害が生じた後に存在する事情であることから、基本的に事前の侵害回避義務を基礎付ける事情にはならない⁶⁵。仮に侵害の回避を基礎付ける事情になり得ると解したとしても、侵害を回避するために確実かつ容易に実行できる方法とは言い難いことから、近年有力になっている侵害回避義務論からも、本件の事実関係においては、侵害の急迫性を否定することはできないと思われる⁶⁶。すなわち、本判決において侵害の急迫性を否定しなかった結論は、急迫性の判断に際して侵害の予期を考慮する52年決定以降の判例理論に照らしても、肯定することができる。このことから、本判決が、他の判例とは異なり、侵害の急迫性を客観的に解する見解を採用していると解するべきではないといえることができる。

このように、46年判決は、急迫性を事実的・客観的な要件として解すべきことを判示した判例ではなく、侵害の予期を理由として直ちに急迫性が否定されることはないということを示したものに過ぎないと解される⁶⁷。すなわち、同判決は、急迫性を客観的に解する見解に与するものではなく、このような見解が同判決を引き合いに出すのも適切ではない。そこで、急迫性を事実的・客観的に解する見解は、52年決定以前の判例とも整合する見解ではなく、判例がこのような見解に与する判示をしたことはないといえるべきである。

以上のように、急迫性を客観的に解するべきとする見解の根拠は、必ずしも説得的なものではなく、また、判例がこのような立場に与したことはないといえることができる。そこで、理論的にも判例との整合性の観点からも、侵害の急迫性を客観的に解する必要性は存在しないといえることができる。

3 裁判実務における急迫性の理解

他方、裁判実務は、急迫性の判断に際して、侵害の予期などの様々な事情を総合考慮して、規範的な判断を行っている。それでは、裁判実務がこのような判断を行っているのはどのような必要性に基づくものであるのか。

(1) 規範的・総合的な判断を行う必要性

まず、判例は、急迫性の判断として侵害の予期等の被侵害者の主観的事情を考慮した規範的・総合的な判断を行っているが、正当防衛の成否が問題になる事案の処理に際して、このような判断を行う必要性について検討する。

ア 正当防衛が問題になる事案の性質

まず、正当防衛の成否が問題になる事例の中には、相互闘争状況における正当防衛の事案が数多く存在するが、このような事案においては、一連の連続的な闘争状況の中で、当事者が相互に攻撃防御を繰り返

64 川口宰護「正当防衛における防衛の意思」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院) 97-8頁。

65 波床・前掲注(2) 87頁。

66 例えば、前掲注(55)・静岡地浜松支判平27・7・1は、被告人が護身用にペティナイフを持参して相手の元に出向いた事案において、侵害の急迫性を認める上で、被告人が相手方の元に出向かざるを得ない状況にあったことを指摘している。

67 遠藤邦彦「正当防衛判断の実践」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 108頁。

す事態が発生するのが通常である。この場合には、両当事者の客観的な態度にほとんど変わりはないことから、当事者に対して客観的に侵害が切迫していたかを判断するだけでは、当事者のどちらが「急迫不正の侵害」に出ている者であるかを決することはできない⁶⁸。また、自招防衛の事案のように、形式的には当事者の一方が先に不正の侵害に出ているが、両者の闘争状況を全体的に観察すると、相手方が不正の侵害を作出していると評価できる場合も存在する。

そこで、裁判実務においては、このような事案を適切に処理するために、侵害の急迫性の判断に際して、被侵害者の主観を含む諸事情を総合考慮した規範的・総合的な判断を行っていると解される。すなわち、この場合に侵害の急迫性を事実に客観的に判断することは、常に先に攻撃に出たと評価された方が「急迫不正の侵害」に出た者として、相手方の強力な反撃行為を受忍しなければならないということになる。このことは、相互闘争状況が発生した場面において、常に「早い者負け」のルールを適用することになるが、このような結論は、常識的に受け入れられるものではない⁶⁹。また、喧嘩両成敗を理由として直ちに正当防衛を否定すべきではないことは当然であるが⁷⁰、わが国は法治国家であり、違法な暴力的闘争が禁止されていることからすると、このような事案における暴力の行使を正当防衛として認めるべきではないとする要請が社会に存在することも否定できない⁷¹。そこで、このような結論を避けるために、裁判実務においては、急迫性を判断する際に、侵害の時間的な切迫性以外の事情も考慮した規範的・総合的な判断を行い、被侵害者が相手方の侵害との関係で法的保護を受けるべき状況にあるかを決していると解される。正当防衛の成否が問題となり得る相互闘争状況においては、当事者の客観的な態度にほとんど違いはない事案も存在することや、被侵害者が相手の侵害を作出した事案においても、単なる不注意で侵害を招いた事案から意図的に暴力的闘争を発生させた事案まで存在することから、このような判断を行う際には、相互闘争状況の客観的な態様だけでなく、被侵害者の内心状況も考慮して、相互闘争状況に関する事情を全体的に考察する必要がある⁷²。急迫性を客観的に解する立場においても、多くの見解が急迫性以外の要件において相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限を認める以上、このような判断を行う必要があることは否定できないように思われる⁷³。

イ 防衛行為の無限定性

また、刑法36条1項により正当化が認められる反撃行為の手段に限定はないことから、反撃行為が防衛行為といえるかを決するために、被侵害者の内心状況や侵害行為に先立つ事情も考慮した規範的・総合的な判断を行う必要があるように思われる。すなわち、正当防衛における防衛行為としては、相手方の攻撃を防いだり、武器を払いのけるだけでなく、相手方を取り押さえたり暴行を加えることや、場合によっては殺害することも許容される⁷⁴。すなわち、事案によっては、反撃行為の客観的な外見だけを見れば通常の犯罪行為と何ら変わらないものも、防衛行為として認められることになる。そうであるならば、反撃行為を防衛行為として認められるかどうかを判断するためには、反撃行為の客観的な態様以外の事情を考慮する必要がある。そこで、どのような事情により防衛行為性が基礎付けられるかが問題になるが、この点について、裁判実務は、正当防衛における防衛行為は急迫不正の侵害に対してなされるものであることから、急迫不正の侵害が存在により防衛行為性が基礎付けられると解している。このことから、裁判

68 香城・前掲注(2)判解250頁、清野・前掲注(10)48頁。

69 西田典之「判批」『刑法判例百選〔第4版〕』(1997年、有斐閣)49頁、橋爪・前掲注(4)241頁、香城・前掲注(2)判解251-2頁。

70 喧嘩闘争の場合でも正当防衛が成立しうることを明示した判例として、最判昭32・1・22(刑集11巻1号31頁)。

71 和田真ほか「正当防衛について(下)」判例タイムズ1366号(2012年)58頁、秋山・前掲注(44)90頁、安廣・前掲注(2)83頁。

72 香城・前掲注(2)判解250-1頁、波床・前掲注(2)84頁、秋山・前掲注(44)91頁、莊子・前掲注(4)55頁、橋爪・前掲注(4)239頁以下参照。

73 この点について、内田=長井・前掲注(20)82頁は、「急迫性には侵害の予見可能性・回避可能性のないことを要せず、防衛の意思は対応の意思で足りるとし、しかも過剰防衛の成立には防衛の必要性・相当性を直接には要しないとすれば、正当防衛を限界づける機能は低下する。この機能を、『已ムコトヲ得サル』の要件がどの程度果しうるかが、まさに問題とならざるをえない。」と指摘する。

74 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)148頁参照。

実務における侵害の急迫性は、防衛行為性と切り離された要件ではなく、むしろ両者は密接な関係にあるとされる⁷⁵。

そして、急迫不正の侵害により防衛行為性が基礎付けられると解する場合には、急迫性の判断として、被侵害者の主観や侵害に先立つ事情も考慮した、規範的・総合的な判断を行うことが必要となる。というのは、このように解さない場合には、どのような経緯で侵害がなされたとしても、時間的に先に攻撃に出たとされた方が不正の侵害者とされてしまうことから、常に「早い者負け」のルールを適用することになってしまうからである。急迫性を客観的に解する見解の中には、侵害が客観的に先行する以上は過剰防衛の成立を認め、刑の任意的減免により適切な事案の処理を図るべきとする見解も存在するが、裁判実務はこのような立場を採用しておらず、また、前述のようにこのような見解は妥当ではない。このことから、いずれにせよ被侵害者の主観を含めた諸事情を総合考慮した「この場合には反撃行為の正当化を認めるべきか」という規範的な判断を、刑法36条の要件のどこかで行う必要があり、裁判実務はこのような判断を急迫性の判断の中で行っているということができる⁷⁶。学説においても、主観的正当化要素である防衛の意思により防衛行為性が基礎付けられると解する見解⁷⁷や、反撃行為に先立つ事情を考慮して相互闘争状況の一定の場合には防衛行為性が否定されるとする見解⁷⁸が主張されており、やはり防衛行為の客観的な態様のみを根拠として、反撃行為の防衛行為性を判断することはできないと解される。そこで、このような判断を急迫性の判断として行っている裁判実務においては、侵害の急迫性が有する防衛行為性の基礎付けという機能を十分に果たさせるために、侵害の急迫性を規範的・総合的な要件と解しているということができる。

以上のように、裁判実務においては、正当防衛の成否が問題になる事案を適切に処理するため、特に、常に「早い者負け」の結論になってしまうことを回避するために、侵害の急迫性の判断として、被侵害者の主観も考慮した規範的・総合的な判断を行っているということができる。また、急迫性を客観的に解する見解も、その多くが被侵害者の主観的事情に関する判断や、反撃行為に先立つ諸事情を総合考慮した判断を、防衛の意思や防衛行為性の判断として行っている。すなわち、正当防衛の成否が問題となる事案の中でもその数が多い相互闘争状況における正当防衛の事案を適切に処理するためには、36条1項に規定された要件の事実的な存否のみを判断するだけでは不十分であり、被侵害者が相手方の侵害との関係で法的保護を受けるべき状況にあるかといった規範的な判断を、36条1項の要件のどこかで行う必要があるということができる。そこで、事案の適切な処理のためには、判例が急迫性の要件として行っている、規範的・総合的な判断を行う必要性を否定することは否定できないと解される。

(2) 急迫性を客観的に解した場合の事案の処理

もっとも、相互闘争状況における正当防衛の事案を適切に処理するために規範的・総合的な判断が必要であるとしても、急迫性を事実的・客観的な要件と解する立場を維持した上で、このような判断を他の要件で行うことも不可能ではない⁷⁹。このような見解としては、防衛の意思の問題とする見解、防衛行為性の問題とする見解、そして侵害の不正性の問題とする見解が主張されている。それにもかかわらず、判例がこのような見解を採用していないのは、どのような理由に基づくものであるのか。

ア 学説

(ア) 防衛の意思の問題とする見解

まず、急迫性を客観的・事実的な要件とする見解の中で、防衛の意思必要説に立つ見解の多くは、判例が急迫性の判断として行っている侵害の予期や積極的加害意思に関する判断を、防衛の意思の問題として

75 高橋・前掲注(4) 277-8頁、莊子・前掲注(4) 55頁、波床・前掲注(4) 84頁、香城・前掲注(2) 判解247頁。

76 波床・前掲注(2) 84頁、香城・前掲注(2) 判解247頁、中川・前掲注(35) 133頁、栃木・前掲注(35) 73頁。

77 大塚・前掲注(3) 390頁、大谷・前掲注(3) 281頁、福田・前掲注(3) 158頁、野村・前掲注(3) 227頁。

78 前田・前掲注(3) 158頁以下、山口・前掲注(3) 58-9頁、岡本・前掲注(3) 理論刑法学31頁、照沼・前掲注(26) 151頁。

79 伊東研祐『「侵害の予期」、『積極的加害意思』と防衛行為の『必要性』』研修710号(2007年) 7頁。

検討すべきであるとする⁸⁰。すなわち、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となる事案においても、不正の侵害が時間的に迫っている限りは急迫性を肯定すべきであるが、積極的加害意思を理由に急迫性が否定されるような場合には、防衛の意思が否定されるので、正当防衛が成立しないことになるとする。このような見解は、判例が急迫性の問題としている積極的加害意思は、行為者の主観的事情である以上、主観的要件である防衛の意思の問題として考慮すべきとするものである。また、自招防衛の問題についても、意図的に侵害を招致する態度に出た場合には防衛の意思が否定されるとか⁸¹、権利濫用を理由に正当防衛が否定されるとしたり⁸²、意図的招致とはいえない自招防衛の事案についても、社会的相当性の欠如を理由に正当防衛が否定されるとしたり⁸³、防衛行為の相当性がより厳格に判断される⁸⁴というように、急迫性以外の要件で正当防衛権の制限を認めている。

(イ) 防衛行為性の問題とする見解

これに対して、防衛の意思不要説に立つ見解は、相互闘争状況における正当防衛の成否を、防衛行為性、すなわち「やむを得ずにした行為」の問題として検討する。このような見解としては、まず、相互闘争状況を理由に防衛行為性が完全に否定されるとする見解が主張されている。すなわち、多くの判例が相互闘争状況において正当防衛の成立を否定する場合である、①攻撃行為と防衛行為が同時になされたと評価しうる場合、②相互に「挑発」行為があり、その内の一方のみを攻撃として捉え、それに対する防衛を認めるのが不合理な場合、③攻撃に先行して防衛者が挑発を行っている場合、④防衛行為の相当性を著しく欠く場合の反撃行為は、客観的には防衛行為とはいえなくなるとする見解⁸⁵や、もっぱら相手方を侵害するために相手方の元に赴く場合や、もっぱら侵害者を逆に侵害するために待ち受ける場合など、被侵害者に保護に値する正当な利益が存在しない場合に、侵害を回避せずに反撃行為に出た場合には、防衛行為性が否定されるとする見解⁸⁶が存在する。他方、自招防衛の場合は、基本的には法確証の利益や被侵害者の法益の要保護性が減少することにより防衛行為の相当性がより厳格に判断されることになるとするが、被侵害者が意図的に侵害を招致した場合や、反撃行為に至る自招経過に対する支配が認められる場合などには、防衛行為性が完全に否定されるとする見解も主張されている⁸⁷。また、事案に即した的確な判断を安定的に行うという観点から、相互闘争状況に関する事実関係についての認定を、被告人が訴追された行為(訴追対象行為)が急迫の侵害に対して権利を防衛する対応関係にあるか、訴追対象行為に至る経緯及び行為者の主観的事情、適法又は違法性のより小さい他行為やその期待可能性を具体的に検討し、「やむを得ずにした行為」の判断として、訴追対象行為はおおよそ防衛行為とはいえない又は反撃行為に出ることが許容されないことから過剰防衛すら否定されるものか、それとも防衛の程度を超えたものとして過剰防衛が成立するかを決する見解も主張されている⁸⁸。これらの見解が防衛行為性を否定すべきとする事例は、判例が急迫性を否定している事例と共通するものである⁸⁹。そこで、これらの見解は、判例が相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となる事案の処理に際して、急迫性の判断として行っている規範的・総合的な判断とほぼ同じ内容を、防衛行為性の判断として行う見解と評価することができる。

これに対して、相互闘争状況における正当防衛が問題になる場合には、防衛行為性が完全に否定されると解するのではなく、防衛行為の相当性がより厳格に判断されるとする見解も主張されている⁹⁰。このよ

80 大塚・前掲注(3) 383頁、大谷・前掲注(3) 281頁、福田・前掲注(3) 155頁。

81 大谷・前掲注(3) 281頁。

82 大塚・前掲注(3) 385頁。

83 大谷・前掲注(3) 285-6頁。

84 大塚・前掲注(3) 385頁、福田・前掲注(3) 157頁。

85 前田・前掲注(3) 158頁以下。

86 山口・前掲注(3) 58-9頁。

87 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻2号(1984年) 212-3頁、照沼・前掲注(42) 151頁、伊東・前掲注(74) 184頁、山中・前掲注(3) 限界303頁、中空・前掲注(31) 32頁、岡本・前掲注(3) 理論刑法学31頁、中山・前掲注(3) 150-1頁、井田・前掲注(42) 312頁。

88 清野・前掲注(10) 68頁以下。

89 香城・前掲注(2) 刑事事実認定272頁以下参照。

90 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(2017年、日本評論社) 171頁、浅田・前掲注(3) 241頁、関・前掲注(3) 181頁。

うな見解は、相互闘争状況を理由に正当防衛権を制限するためには客観的な侵害招致行為が必要であるとした上で、被侵害者が侵害招致行為に出た場合には、被侵害者の法益の要保護性が減少するなどの理由から、それにより防衛行為として許容される範囲がより厳格に判断されることになるとする⁹¹。

(ウ) 侵害の不正性の問題とする見解

他方、侵害の不正性の問題とする見解は、相互闘争状況における正当防衛の問題を、侵害の不正性の問題として検討すべきとする⁹²。同見解は、このような事例においては、対立状況の発生原因に着目すべきであるとして、被侵害者が挑発行為などにより不正の侵害を作出した場合を端的に表現すると、「正対不正」ではなく、「不正対不正」であり、両者はいわば「どっちもどっち」の関係にあるとして、正当防衛の要件のうち、侵害の不正性を否定すべきとする⁹³。そして、この場合には、相互闘争状況の当事者はいずれも「不正」の関係にあり、両者は対等の関係にあるという点で緊急避難と同じであるとして、緊急避難の範囲で反撃行為の正当化が認められるとする⁹⁴。自招防衛が問題となった裁判例には、このような見解と同様に、侵害の不正性が欠けるとして正当防衛を否定した事例も存在する⁹⁵。

イ 検討

以上のような見解は、いずれも急迫性を事実的・客観的な要件と解することを前提に、相互闘争状況における正当防衛の事案を処理するために必要となる判断を、急迫性以外の要件で行うものである。しかし、これらの見解は、いずれも事案の処理のために必要な判断を急迫性の要件で行う裁判実務の見解よりも優れたものということはいえないように思われる。

(ア) 防衛の意思の問題とする見解について

まず、相互闘争状況における正当防衛の成否を防衛の意思の問題として処理する見解についてであるが、侵害に対して反撃行為に出る者は、防衛のために反撃行為に出るという明確な目的で反撃行為に出るのではなく、興奮・狼狽・憤激・逆上した状態で反撃行為に出ることが通常である⁹⁶。そこで、判例はこのような感情に基づく攻撃の意思と防衛の意思の併存を認め、専ら攻撃の意思で反撃行為に出た場合でない限り防衛の意思は否定されないとしている⁹⁷。このことから、防衛の意思の欠如を理由に正当防衛が否定されるのは、意図的に過剰な反撃行為に出た場合や、侵害を認識していなかった場合など、極めて例外的な場合に限られることになる⁹⁸。そうであるならば、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になる場合の中でも比較的その数が多い、自招防衛の事案を含む日常的に生じる相互闘争状況の事案については、防衛の意思が否定されることは事実上ほとんどありえないので⁹⁹、防衛の意思は、これらの事案の処理基準としては役に立たないといえることができる。このような見解は、防衛の意思が否定されない場合については、反撃行為の社会的相当性が欠けることを理由に正当防衛を否定することも認めるが、このような判断基準は、刑法36条1項の条文上の根拠が存在せず、どのような場合に社会的相当性が欠けるのかを判断する手掛かりも存在しないので、事案の処理基準として実際に用いることは困難である¹⁰⁰。

また、防衛の意思と攻撃の意思の併存を認めることを前提に防衛の意思の存否を決する場合には、被侵害者の内心状況において攻撃の意思が防衛の意思を排除し尽くした状況にあるといえるかを認定する必要がある。しかし、単に被侵害者に攻撃の意思が存在するかということだけではなく、その内心状況にお

91 松原・前掲注(90)171頁。この点について、浅田・前掲注(3)241頁は、被挑発者からの攻撃を待つて重要な侵害を加える場合には、通常反撃が必要でないか、攻撃に対して反撃が著しく不均衡になるという意味で、防衛行為の必要性・相当性が制限されることになるとする。

92 高山佳奈子「正当防衛論(下)」法学教室268号(2003年)70頁。

93 高山・前掲注(92)70頁。

94 高山・前掲注(92)70頁。

95 東京高判昭63・5・4(判タ668号223頁)。もっとも、同判決は、侵害の不正性が否定されることを理由に反撃行為の正当化を直ちに否定しており、緊急避難による正当化を問題にしていない。

96 秋山・前掲注(44)98頁、中川・前掲注(35)149頁、川口・前掲注(64)102頁、安廣・前掲注(74)144-5頁。

97 最判昭和50・11・28(刑集29巻10号983頁)、最判昭60・9・12(刑集39巻6号275頁)。

98 橋爪・前掲注(4)247頁。

99 橋爪・前掲注(4)246頁、香城・前掲注(2)判解251頁、同・前掲注(2)刑事事実認定265頁参照。

100 橋爪・前掲注(4)300頁。

る防衛の意思と攻撃の意思の優劣関係を明らかにして、攻撃の意思が防衛の意思を排除し尽くしているのかを認定することは非常に困難である¹⁰¹。主観的事情の認定は、様々な客観的事情からの推認により行われるべきとされているが、このような判断は、特に裁判員にとっては適切に行うことが困難であるとの指摘もされている¹⁰²。そこで、実際の事案における認定の困難さという点からも、防衛の意思を事案の処理基準として用いる見解には問題があり、このような問題を急迫性の問題として処理する判例理論よりも優れたものとはいえないと解される¹⁰³。

(イ) 防衛行為性の問題とする見解について

次に、相互闘争状況における正当防衛の問題を防衛行為性の問題とする見解のうち、防衛行為性が完全に否定されることを認める見解は、判例が急迫性の判断として行っている内容を、防衛行為性の判断に移したものと評価することができる¹⁰⁴。すなわち、このような見解は、どのような事情に基づいて正当防衛の成否を決すべきかという問題の本質的な部分においては、裁判実務の見解と大きく変わるものではない。しかし、このような見解によると、通常防衛行為に関する判断として問題になる相当性の判断と、相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限の判断の両方を防衛行為性の問題として検討することになるので、防衛行為性の判断にかかる負担が過大なものになってしまい、その判断の安定性が確保できないように思われる¹⁰⁵。すなわち、わが国の通説・判例は、刑法36条1項の「やむを得ずにした行為」は防衛行為の必要性・相当性を意味するものであり、防衛行為性の判断には相当性の判断も含まれると解しているところ¹⁰⁶、相当性の判断においては、侵害行為及び防衛行為の態様、強度、執拗性、侵害者及び防衛行為者の年齢、性別、体力の差異、力量の相違、攻撃の緩急の程度、防衛しようとした法益と侵害した法益が著しく均衡を欠いていないか等が考慮されることになる¹⁰⁷。他方、相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限を判断するためには、侵害招致行為や反撃準備といった侵害に先立つ被害者の態度、侵害の予期の有無及び程度、侵害回避の可能性、容易性などの諸事情を総合考慮する必要がある¹⁰⁸。そこで、相互闘争状況における正当防衛の成否の問題を防衛行為性の問題として処理する場合には、正当防衛に先立つ状況から反撃行為の態様に至るまでの全ての事情が防衛行為性の判断で考慮されることになる。このような判断を行うことは、客観的に相手方の侵害行為が存在することを前提に、事案に現れた全ての事情を総合考慮して「本件では正当防衛が成立するか」という判断を行うものに他ならない¹⁰⁹。急迫性を客観的に解すべきとする見解は、急迫性を規範的・総合的要件と解する判例の見解を、明確性を欠く総合判断であると批判するが¹¹⁰、このような批判は、相互闘争状況における正当防衛の成否を防衛行為性の問題として処理する見解にこそ妥当すると解される¹¹¹。それよりはむしろ、判例の立場のように、急迫性の判断として被侵害者が相手方の侵害との関係で法的保護を受けうる地位にあったか、すなわち本件で正当防衛権が発生したといえるかを検討し¹¹²、その上で防衛行為性の判断として、反撃行為が相当性の範囲内であったかを

101 前田・前掲注(33)197-8頁。

102 佐伯・前掲注(5)21頁、同・前掲注(34)157頁。

103 橋爪・前掲注(33)108頁。

104 山口・前掲注(3)59頁、照沼・前掲注(45)152頁、清野・前掲注(10)84頁参照。

105 橋爪・前掲注(33)107-8頁、同・前掲注(50)173頁。

106 堀籠=中山・前掲注(1)613頁、大塚・前掲注(3)392頁、大谷・前掲注(3)279頁、高橋・前掲注(4)289頁、西田・前掲注(4)184頁、井田・前掲注(39)313頁など

107 松井芳明「正当防衛における防衛行為の相当性」小林充=植村一郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)[第2版]』(2013年、立花書房)104頁、中川・前掲注(2)150-1頁。

108 栃木・前掲注(35)79頁、中川・前掲注(35)141頁。

109 橋爪・前掲注(4)267頁参照。この点について、岡本昌子「防衛行為の相当性に関する一考察」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上)』(2016年、成文堂)154-5頁は、防衛行為の相当性に関しては、過剰防衛に際して問題となる「防衛行為の相当性」と、正当防衛を認めるべきではない自招防衛に際して問題となる「防衛行為としての相当性」が問題になりうるとするが、このような相当性概念の微妙な使い分けは、事案の処理に困難を招くと思われる。

110 岡本・前掲注(3)理論刑法学7頁参照、山中・前掲注(3)限界187頁、内藤・前掲注(3)33頁、大嶋・前掲注(3)33頁。

111 この点について、清野・前掲注(10)68頁以下の判断基準は、正当防衛の成否に際して判断すべき事情を、判断のプロセスに沿って段階ごとに具体的に示すことにより、このような問題点に対応している点で、特に注目に値する。

112 なお、一度発生した正当防衛権が反撃行為の途中で消失する場合もあり得るが、このような事案については、量的過

検討した方が、正当防衛の成否の判断にかかる負担をバランスよく配分できるように思われる。

また、相互闘争状況を理由として正当防衛権が制限される場合でも防衛行為性が否定されることはなく、防衛行為の相当性がより厳格に判断されるようになるとする見解については、前述のように、防衛行為性を認めるべきではない行為について過剰防衛を認めることになるという点で妥当でない。さらに、防衛行為の相当性の判断に対する制限は、わが国の事案の処理において大きな意味を有するものではないと解される。前述のように、わが国の判例・通説は、防衛行為性の判断として防衛行為の相当性も判断されるとしているが、わが国の裁判例においては、防衛行為の相当性の判断に際して、防衛行為の態様や相手方の侵害との比較だけでなく、しばしば退避可能性の有無も考慮されており¹¹³、防衛行為の相当性も容易に認められるとは言い難い要件であるように思われる。すなわち、わが国の裁判実務においては、相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限が問題にならない事案においても、その多くについて過剰防衛が成立するととどまることになるので、相互闘争状況を理由として防衛行為の相当性をさらに厳格に判断することの意義は乏しいと思われる。また、防衛行為の相当性の判断は、反撃行為に関する様々な事情を総合考慮して行われるので、自招防衛の事例において正当防衛の成否を判断する際に考慮される、被侵害者の侵害招致行為の態様や、侵害招致行為と反撃行為の均衡などの事情も、事案の性質によっては防衛行為の相当性の認定に反映させることも不可能ではないと解される。自招防衛の場合に防衛行為の相当性をより厳格に判断すべきとする見解は、侵害招致行為を理由に正当防衛権が制限される場合には、反撃行為として許容される態度が厳格に解されるとするドイツの見解に由来するものと解される¹¹⁴。しかし、ドイツにおいては、防衛行為の相当性は条文上要求されておらず¹¹⁵、わが国よりも比較的容易に反撃行為の正当性が認められることになる¹¹⁶。このような規定の下では、被侵害者の態度を理由に反撃行為の態様に制限を課す解釈も有意義である。しかし、わが国のように、条文上反撃行為の態様に制限が課されており、しかもその判断が比較的厳格に行われている状況では、このような解釈を認めることの意味は乏しいように思われる¹¹⁷。

(ウ) 侵害の不正性の問題とする見解について

そして、侵害の不正性の問題とする見解に対しては、まず、相互闘争状況における正当防衛の事例を「不正対不正」として評価することは困難であると批判することができる¹¹⁸。すなわち、この場合に被侵害者の挑発などの先行行為が違法であるならば、それに対する相当な範囲内の侵害者の攻撃は「正」であるし、それを超えた場合には、侵害者の攻撃が「不正」とされ、被侵害者の反撃行為が「正」になるとも考えられる¹¹⁹。また、被侵害者が相手方の先行行為に応じたことにより相互闘争状況が発生したと解すれば、被侵害者が「不正」であると評価されることになる¹²⁰。このように、相互闘争状況の当事者が「正」であるか「不正」であるかは、相手方との関係で相対的に決せられるのであり、被侵害者が侵害の作出に寄与

剰の成否の問題として検討することも可能であると思われるが、この点については今後の検討を要する。

113 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』(2010年、有斐閣) 459-60頁参照〔橋爪〕。

114 このようなドイツの見解として、Walter Perron/Jörg Eisele, Shönke/Shröder Strafgesetzbuch Kommentar 30. Aufl., 2019, S.673; Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2. Anfl., 2011, S. 1536; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, S.690f; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S.230f; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, S.173など。

115 ドイツ刑法典は、正当防衛について、32条1項で「正当防衛によって必要とされる行為を行った者は、違法に行為したのではない。」と規定し、同条2項で「正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と規定している。なお、以下ドイツ刑法典の邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007年、法曹会)によった。

116 ドイツにおいては、防衛行為の必要性を認める上で「最も危険性の少ない防衛手段」であることが必要とされるが、同時に「危険を即時に終了させることを期待できる防衛手段」を選択することが許容されていることから、結果として防衛行為の正当性が認められる範囲は、わが国よりも広いものになると解される。この点について、Vgl. Roxin, a. a.O.(Anm.114), S.675f; Perron/Eisele, a. a.O.(Anm.114), 657ff.

117 ドイツにおける正当防衛権の制限をわが国にそのまま取り入れることの問題点について、川端博『正当防衛権の再生』(1998年、成文堂) 14頁参照。

118 橋爪・前掲注(4) 262頁。

119 中空・前掲注(31) 31頁。

120 橋爪・前掲注(4) 262頁。

したからといって直ちに「不正」と評価されることにはならないと解される。

また、同見解は、このような場合には緊急避難の限度で反撃行為の正当化が認められるとするが、緊急避難は、「正対正」の利益対立状況において、厳格な要件の下で他者の法益を侵害する行為の正当化を認めるものであり、いわばどちらの利益も保護したいがそれが不可能であることから、やむなく大きな法益を保全するために他者の法益を害する行為を罰しないとすする制度である。他方、「不正対不正」の関係においては、両者は対等の関係ではあるが、どちらの利益も保護したいという状況にはないので、両者の法益侵害を不処罰とする必要がない場合とすることができる。そうであるならば、この場合には、両者の法益侵害行為はいずれも処罰の対象とされるべきであり、緊急避難の要件を満たした場合でも正当化を認める必要はないとすることができる¹²¹。すなわち、同見解は、緊急避難の範囲内での正当化を認めるという結論においても、妥当ではないとすることができる。

以上のように、相互闘争状況における正当防衛の事案を処理するために必要な判断を、急迫性以外の要件の判断として行う見解は、むしろこのような判断を急迫性の判断として行う裁判実務の見解よりも問題が多いとすることができる。そもそも、相互闘争状況における正当防衛の問題については、正当防衛のどの要件の問題とするかではなく、どのような事実が存在する場合に正当防衛が制限されるかが重要であるとの指摘もされている¹²²。そうであるならば、相互闘争状況における正当防衛の問題については、結局は裁判実務が採用している、急迫性の要件として処理する見解が最も適切であるように思われる。

4 小括

正当防衛の要件である侵害の急迫性の解釈については、急迫性を客観的・事実的な要件と解する学説の見解と、規範的・総合的な要件と解する裁判実務の見解が対立しているが、このような対立が顕著に現れる相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案の適切かつ合理的な処理という観点からは、急迫性を客観的・事実に解する見解の方が規範的・総合的に解する見解よりも優れているとはいえない。そこで、このような事案を適切かつ合理的に処理するためには、裁判実務が採用する急迫性を規範的・総合的に解する見解を採用した上で、このような意味における侵害の急迫性の判断を、特に裁判員裁判を念頭において、より適切かつ合理的に行うことを可能にする判断基準を構築することが、現在最も必要なことであると解される。

第3 正当防衛状況と侵害の急迫性

1 問題の所在

以上のように、相互闘争状況における正当防衛の事案を適切に処理するためには、侵害の急迫性を規範的・総合的な要件として解することが必要となる。しかし、急迫性をこのように解した場合には、事案の処理において行われる判断の内実が、「急迫」という文言から離れたものになってしまうことは否定できない。また、裁判実務が採用している、積極的加害意思論などの急迫性に関する判例理論は難解であり、特に裁判員裁判において用いることは困難であるとの指摘もなされている。

このことから、特に裁判員裁判を踏まえて、相互闘争状況における正当防衛の適切な処理のために、従来用いられてきた侵害の急迫性に換えて、「正当防衛状況」という大枠としての判断枠組みを用いる見解が主張されており、平成20年決定をはじめとして、正当防衛状況の基準を用いた判例・裁判例も多数存在する。この「正当防衛状況」という判断枠組みは、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して要求される判断内容を、「急迫性」という文言よりも端的に示すものであり、特に裁判員裁判においては、急迫性の基準よりも使いやすいものであるように思われる¹²³。しかし、正当防衛状況の基準を用いた事例

121 橋爪・前掲注(4)262頁。

122 橋爪・前掲注(4)230頁。

123 司法研修所編・前掲注(5)26頁参照。

には様々な態様の事例が存在し、裁判実務においては、正当防衛状況という概念は多義的に用いられていることから、その内実はまだ確定されているとは言い難い。

そこで、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案の処理に際して、この「正当防衛状況」の基準を用いることができるかが問題になる。正当防衛状況の基準を最初に用いた平成20年決定は、自招防衛の事案であるが、その後の下級審裁判例の中には、従来であれば積極的加害意思論が用いられそうな事例において正当防衛状況が問題にされた事例も存在することから¹²⁴、正当防衛状況の基準は、自招防衛の事例だけではなく相互闘争状況における正当防衛の事案一般の判断基準として用いることも可能であるように思われる。この点を明らかにするために、まず、正当防衛状況の基準を用いた最高裁判例である平成20年決定における判断の内実を、裁判所が判断に際して考慮した事実から明らかにする。そして、正当防衛状況の基準を、相互闘争状況における正当防衛の事例一般の判断基準として用いることが可能であるというためには、自招防衛以外の相互闘争状況の事案における判断の内実を、平成20年決定の判断の内実と比較し、両者の間に共通点が認められることが必要となる。そこで、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が問題になった判例・裁判例を検討し、その判断の内実を、平成20年決定の判断の内実と比較して、相互闘争状況における正当防衛の事案一般の判断基準として、「正当防衛状況」の基準を用いることができるかを明らかにする。

2 平成20年決定の意義

(1) 平成20年決定

ア 事案の概要

本件の被害者である A が自転車にまたがった状態でごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通りかかった被告人が、その姿を不審と感じて声をかけるなどしたこと、両者の間で口論が生じた。そして、被告人が缶や瓶を入れるケースの上に乗って、A の左顔面を 1 回殴り、A は自転車もろとも路上に転倒した（第 1 暴行）。その直後、被告人は相当のスピードで走って犯行現場から立ち去った。これに対して、A は自転車で被告人を追いかけて、上記第 1 暴行の現場から約 90 メートル離れた歩道上で被告人に追いつき、自転車に乗ったまま、被告人の背後からプロレスのラリアットのように、右腕を路面に対して水平に伸ばして、被告人の背中の上部または首付近を強く殴打し、被告人は前方に倒れた（第 2 暴行）。そして、被告人は上記 A の第 2 暴行によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服のポケットから取り出し、それを振りながら伸ばして A の額に向けて振り下ろし、A の顔面や防御しようとした左手を 5 回以上殴打し、A に傷害を負わせた。

イ 訴訟の経緯

被告人は、A を殴打した行為は正当防衛にあたるとして無罪を主張したが、第一審¹²⁵は、本件犯行が一連の「喧嘩闘争」であることを理由に正当防衛を否定した。

これに対して、控訴審¹²⁶は、被告人はごみ集積所において A に対し違法な有形力を行っており、A の被告人に対する暴行は、被告人の暴行により招かれたものであること、被告人は A に暴行を加えた際はもちろん、走り去る途中でも、A が被告人の報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できること、第 2 暴行は第 1 暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があったこと、第 2 暴行は素手による 1 回限りの殴打に過ぎず、第 1 暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとまでは言い難いことから、A による第 2 暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害と認めることはできないとして、控訴を棄却した。

124 このような事例として、東京地判平29・9・22 (LEX/DB25547336)、前掲注(9)・東京地立川支判平29・11・21、前掲注(9)・東京地判平27・5・27、前掲注(55)・千葉地判平26・10・22、前掲注(9)・さいたま地判平29・12・15、前掲注(55)・仙台地判平29・9・22など。

125 東京地八王子支判平18・7・5 (刑集62巻6号1794頁)。

126 東京高判平18・11・29 (刑集62巻6号1802頁)。

ウ 判旨

最高裁は、原審が認定した事実関係を前提として、「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものではないなどの本件事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示し、原審の判断を結論において正当として、上告を棄却した。

(2) 検討

本決定は、いわゆる自招防衛の事案において、反撃行為に先立つ客観的事情を考慮し、「何らかの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が欠けることを理由に正当防衛を否定した事案である¹²⁷。本件は、正当防衛を否定するという結論では一貫しているが、正当防衛を否定する上では、第一審から最高裁までいずれも異なる論理が用いられている。すなわち、第一審は、喧嘩闘争と正当防衛に関する初期の最高裁判例¹²⁸と同じ理由で正当防衛を否定している。控訴審は、従来の自招侵害に関する裁判例と同様に、①違法な侵害招致行為、②侵害の予期、③挑発行為と侵害行為の均衡という事情から侵害の急迫性を否定することで正当防衛を否定している。わが国において自招防衛が問題にされた事例の数は少ないが、本決定以前の裁判例として、例えば、福岡高判昭60・7・8(判タ566号317頁)は、被告人とAが喧嘩になり、暴行を加えられ自宅に逃げ帰ったAが、被告人に謝罪をさせようと考え、包丁を持ち出して被告人宅に押しかけ、怒鳴りながら玄関戸を足蹴にするなどしたことに対して、被告人がサッシ窓から竹棒で被告人を殴打して傷害を負わせたという事例において、「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであって、少なくともその侵害が軽度に留まる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」として、正当防衛を否定した。また、東京高判平8・2・7(判時1568号145頁)は、駅の階段で被告人とAが口論になり、被告人がAの服をつかんで離さなかったことから、Aが被告人の顔面を平手で殴打したことに対して、被告人がAの服を引っ張って転倒させ傷害を負わせたという事例において、「Aによる反撃は、自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性にも欠けるとするのが相当である。」と判示している。これらの事例は、いずれも自招防衛の問題を、侵害の予期を考慮した上で、急迫性の問題として処理している点で、本決定の控訴審と共通するものである¹²⁹。

これに対して、本決定は、①違法な侵害招致行為、②挑発行為と侵害行為の時間的・場所的近接性、③挑発行為と侵害行為の均衡を理由に、被告人の行為は「反撃行為に出ることが正当とされる状況」における行為とはいえないとして、正当防衛を否定している。また、控訴審及び従来の裁判例とは異なり、判決文において侵害の予期の有無を問題にしていない。このことから、本決定については、自招防衛の事案に

127 本決定に対する評釈として、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)432-3頁、本田稔「判批」法学セミナー644号(2008年)135頁、橋爪隆「判批」ジュリスト1391号(2009年)159頁、橋田久「判批」法政論集244号(2012年)131頁、匿名「判批」法律時報81巻3号(2009年)129頁、赤松亨太「判批」研修723号(2008年)21頁、井上宜裕「判批」判例セレクト2008(2009年)28頁。三原憲三=大矢武史「判批」朝日法学論集39号(2010年)229頁、川瀬雅彦「判批」慶応法学20号(2011年)293頁、明照博章「判批」判例時報2057号(2010年)197頁、高山佳奈子「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』(2014年、有斐閣)54頁。また、本決定を契機とした研究として、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル19号(2009年)45頁、吉田宣之「『自招防衛』と正当防衛の制限—最高裁判所平成20年5月20日第二小法廷決定を素材にして」判例時報2025号(2009年)3頁、増田啓祐「自招防衛」池田修=杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』(2014年、青林書院)132頁、照沼・前掲注(31)13頁、前田雅英「正当防衛の類型性—判例における正当防衛の構造」研修734号(2009年)3頁、山口・前掲注(30)1頁など。

128 最判昭23・5・1(刑集2巻5号431頁)、最判昭23・6・22(刑集2巻7号694頁)、最判昭23・7・7(刑集2巻8号793頁)など。

129 前掲注(95)・東京高判昭63・4・5は、自招防衛の事例において、侵害の急迫性ではなく侵害の不正性を否定しているが、同判決も被侵害者の侵害の予期を考慮している点では、平成20年決定の控訴審判決と共通する。

ついて、侵害の予期を考慮することなく、客観的な事情を考慮して、侵害の急迫性ではなく、「正当防衛状況」という侵害の急迫性とは異なる要件を否定することで正当防衛の成立を否定したものと解する見解が有力に主張されている¹³⁰。

もっとも、本件の事実関係に照らすと、判決文で触れていないとはいえ、本当に侵害の予期を一切考慮していないのかについては慎重な検討を要する。また、本決定が考慮した事情や、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」の意義について、本決定は明確にしていない。そこで、本決定の意義を明らかにするためには、本決定が考慮している客観的事実の意義、侵害の予期の考慮の有無、そして正当防衛を否定する上で問題にした要件を明らかにする必要がある。

ア 考慮している客観的事実の意義

本決定は、①違法な侵害招致行為、②挑発行為と侵害行為の時間的・場所的接近性、③挑発行為と侵害行為の均衡を指摘して、「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否定しているが、本決定は、必ずしもこの3つの客観的事実を要件として正当防衛状況を否定しているわけではないと解される。

(ア) 違法な侵害招致行為

まず、①違法な侵害招致行為という事実は、「被告人から違法な闘争行為を開始した」という、相互闘争状況に関する客観的事実及び被告人の侵害招致行為の違法性を表している¹³¹。古い判例には、喧嘩闘争理由に正当防衛を否定したものが多数存在するところ、被侵害者の侵害招致行為は、喧嘩闘争そのものではないが、喧嘩闘争のきっかけとなる行為であることから、喧嘩闘争と正当防衛に関する判例理論に照らすと、被侵害者の正当防衛を否定する方向に作用する要素として評価することができる。

しかし、被告人の侵害招致行為という事実は、侵害の予期を認定する間接事実としての意味も有しており、その意味では侵害の予期または予期の可能性という主観的要素を考慮したことを示す事情であるようにも思われる。すなわち、喧嘩闘争の場面で、行為者が相手に攻撃を仕掛けた場合には、相手から何らかの反撃がなされることが通常の経験則であるといえることができる。そこで、行為者が相手を挑発しなければ喧嘩闘争に発展せず、かつ行為者がそのことを認識しながら挑発を行ったときには、相手の侵害は、行為者が予期しつつ自ら招いたものとされる¹³²。事実認定上の留意点としても、侵害の予期を認定する場合、行為者が相手方を挑発しているという事情が存在する場合には、侵害の確実な予期があったといえることができる場合が多いとされる¹³³。本決定においても、このような事実は、侵害の予期を推認する事実としての意義も有していると解するべきである。

(イ) 挑発行為と侵害行為の時間的・場所的接近性

次に、挑発行為と侵害行為の時間的・場所的接近性について、自招防衛が問題となる事案では、被侵害者の侵害招致行為に触発されて即座に侵害行為がなされることが通常であり、ほとんどの事案においてはこのような事実は当然に存在する。もっとも、侵害招致行為と侵害行為の間に時間的・場所的な間隔が生じる事案も存在する。このような事案においては、本当に被告人の侵害招致行為により喧嘩闘争が開始されたのかという疑問が生じることになり、そのために挑発行為と侵害行為の時間的・場所的接近性を検討する必要が生じることになる。本件では、被告人が第1暴行の後で走って逃走しており、侵害招致行為と侵害行為の間に若干の時間的・場所的間隔が生じているので、この点が問題になったものと解される¹³⁴。すなわち、このような事実は、侵害招致行為と侵害行為の間に時間的・場所的間隔が生じた特殊な事案において、被告人の侵害招致行為が喧嘩闘争を生じさせたといえるかを判断するために考慮される、侵害招致行為の存在に付随する事実であり、常に問題にすることが必要な事実ではないと解される。

130 このような見解として、三浦・前掲注(127)433頁、山口・前掲注(30)21頁、赤松・前掲注(127)27頁、明照・前掲注(127)201頁、橋爪・前掲注(52)234頁など。

131 山口・前掲注(30)22頁、林・前掲注(127)46頁。

132 香城・前掲注(2)刑事事実認定289頁。

133 栃木・前掲注(35)78頁。

134 前述の福岡高判昭60・7・8(判タ566号317頁)も、侵害招致行為と侵害行為の時間的接近性について触れているが、同事例も両者の間に約20分の時間的間隔が存在した事例である。

また、このような事情は、従来の自招防衛の事例において考慮されていた、侵害の予期を認定する間接事実としての意義も有するものと解される。すなわち、挑発行為に由来する反撃は時間的に間もない時点でなされるのが通常であり、たとえ挑発行為に及んだとしても、その行為からしばらく時間が経過し、別の場所で攻撃を受けた場合には、通常そのような攻撃を予期することは困難である。そうであるならば、この挑発行為と侵害行為の時間的・場所的接近性という事実も、侵害の予期を認定する間接事実としての意義を有するものと解される。

(ウ) 挑発行為と侵害行為の均衡

そして、挑発行為と侵害行為の均衡についてであるが、正当防衛とは、不正の侵害に晒された被侵害者が身を守るために反撃行為に出ることを許容する制度である。そうであるならば、被侵害者が「反撃行為に出ることが正当とされる状況」にあったということができるとかを検討する際に、身を守る行為に出る立場に置かれた被侵害者の視点を全く無視して被侵害者の挑発行為と侵害行為の均衡を論じる意味は乏しいように思われる。そこで、このような事情は、侵害の予期を認定する間接事実としての意味のほうが大きい事実であると解される。前述のように「相手に攻撃を仕掛けたら反撃を受けるのが通常である」というのが通常経験則であるが、挑発行為に比して過大な侵害行為がなされた場合は、この経験則に対する例外として、「このような侵害は予期しうるものではなかった」として、侵害の予期は否定されることになる¹³⁵。実際に、被告人の挑発行為に比して強度の攻撃がなされたことを理由に、被告人には侵害の予期が認められないとして急迫性を肯定した事例も存在する¹³⁶。

以上のように、本決定が指摘した客観的事実は、被告人が違法な闘争状況を作出したこと及び侵害の予期を推認する間接事実としての意味を有するものに過ぎない。また、これらの客観的事実は、被告人の上告趣意における主張に対応したものであり、最高裁は、被告人の主張に応えるために、これらの客観的事実を指摘したものと解される。すなわち、本件の被告人は、上告理由として喧嘩闘争の成否は全体的・全般的観察により決するとした最高裁判例に違反することを主張しているが、その理由として、Aによる暴行の違法性が強いものであったことや¹³⁷、被告人の第1暴行から第2暴行までの時間経過や、第2暴行時点でのAが置かれていた状況、すなわち両者の時間的・場所的接着性に関する主張をしている¹³⁸。このことから、本決定がこれらの客観的事実を指摘したのは、事件の当事者である被告人の関心事である、上告趣意での主張について特に判断を示したものに過ぎず、一般論として自招侵害の場合に正当防衛を否定する要件を示したものではないと解される¹³⁹。

なお、平成20年決定は、暴行の程度に続いて、「などの本件の事実関係」という判示をしている。このような文言の意味は不明確であるが、わざわざこのような判示をした以上は、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」を否定する要素として、これらの判示事項以外の客観的事実も考慮していると考えられる¹⁴⁰。

イ 侵害の予期の考慮

本決定は、控訴審が考慮していた侵害の予期について判決文で触れていないことから、本判決は侵害の予期やその可能性を一切考慮していないとする理解が有力である¹⁴¹。しかし、上記のように、本決定が考慮している客観的事実は、いずれも侵害の予期の推認に用いられる事実である。また、本決定の事実関係からすると、本決定は、侵害の予期、または少なくとも侵害の予期の可能性を認めることができる事案で

135 林・前掲注(127)49頁参照、中川・前掲注(35)139頁。

136 このような事例として、大阪高判平7・3・31(判タ887号259号)。

137 刑集62巻6号706頁。

138 刑集62巻6号709頁。

139 この点に関連して、中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』(2009年、有斐閣)52頁は、裁判の使命はあくまで個々の具体的事例の解決にあり、一般的な法命題を示すことではないとする。

140 照沼・前掲注(31)154頁参照。

141 このような見解として、増田・前掲注(127)141頁、三浦・前掲注(127)433頁、山口・前掲注(30)21頁、明照・前掲注(127)200頁、橋爪・前掲注(127)161頁、同・前掲注(52)234頁など。

あったと解される¹⁴²。すなわち、本件において、被告人はAの顔面を平手で殴打した直後逃走しているが、相手に対してこのような行動に出れば通常は反撃行為がなされるものと考えるのが通常であり、そうであるからこそ被告人は走ってその場から逃走したものと解することができる。もっとも、被告人は第1暴行の現場から直ちに逃走している以上、もはやAによる攻撃が加えられることはないと考えていたとして、本件において侵害の予期を認めることはできなかつたとする余地もあるように思われる¹⁴³。しかし、本決定も指摘しているように、被告人による第1暴行とAによる第2暴行の現場は、時間的・場所的に近接したものである。しかも、犯行当時Aは自転車に乗っており、走って逃げた被告人はAに追いつかれるかもしれないと考えるのが自然であるように思われる。このように、本決定が考慮している客観的事情はいずれも侵害の予期を推認させるものであり、かつ事案の性質としても侵害の予期又はその可能性を認めることができたということからすると、本決定が侵害の予期又はその可能性を考慮していると解するのが自然であると解される。

そもそも、自招防衛として議論される事例には、被侵害者が相手方の侵害を契機として相手方に攻撃を加えることを意図して侵害招致行為に出る事例から、単なる不注意や無礼な態度により相手方の侵害を招いてしまったにすぎない事案まで、様々な事案が存在する。このような自招防衛の事案を、被侵害者の主観を一切考慮せずに処理することは困難である¹⁴⁴。このことから、本決定が判決文において触れていないからといって、直ちに侵害の予期又は少なくともその可能性を一切考慮していないと解するべきではないように思われる。

ウ 正当防衛を否定する上で問題にした要件

本決定が正当防衛を否定する上で考慮している事実の意義を検討すると、本決定は判決文中で指摘した3つの客観的事情を直接の要件として正当防衛権を制限しているのではなく、実際には従来の自招防衛が問題になった事例と同様に、被侵害者が侵害招致行為に出たことと、侵害の予期を理由に正当防衛を否定したものであり、その判断の実体には、自招防衛の事案を侵害の急迫性の問題として処理した従来の裁判例との親和性・連続性を認めることができる¹⁴⁵。もし本件が侵害の予期を一切認めることができない事案であったならば、従来の裁判例に照らして侵害の急迫性を否定することはできないので、本件を急迫性とは異なる別の要件で処理する必要があることになる¹⁴⁶。しかし、上記のように、本件においては侵害の予期又は少なくともその可能性は認めることができたのであるから、自招防衛の処理に際して従来の裁判例が用いてきた基準を適用することも可能である¹⁴⁷。そうであるならば、本決定は、自招防衛の処理に際して、実質的には従来の裁判例と同じ判断を行っていると解するべきであり、本決定が判示した「反撃行為に出ることが正当とされる状況」とは、従来の裁判例が自招防衛の事案の処理に用いてきた、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件としての侵害の急迫性を意味するものと解するべきである。

また、本決定の控訴審は、自招防衛に関する従来の裁判例と同様に、侵害の予期を考慮した上で急迫性を否定しているが、本決定は、このような控訴審の認定が誤りであると指摘せずに、上告趣意の記載に応える形で原審の判断を引き継いでいる。相互闘争状況における正当防衛のリーディングケースである52年決定は、原審が侵害の予期のみを理由に急迫性を否定したことを誤りと指摘した上で、侵害の予期と積極的加害意思を理由に急迫性を否定している。もし本決定が、侵害の予期を考慮せずに、急迫性とは異なる要件で正当防衛を否定したならば、52年決定と同様に本件では侵害の急迫性を否定することはできない旨を判示したように思われる。このことから、本決定は、実際には侵害の予期を考慮した上で急迫性を否定したものに過ぎず、ただ判決文で直接侵害の予期に触れず、また「反撃行為に出ることが正当とされる状況」という表現を用いたものであり、その判断の内実は、自招防衛に関する従来の裁判例及び原審の判

142 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」北大法学論集69巻4号(2018年)148頁、三浦・前掲注(127)433頁、林・前掲注(127)49頁、橋爪・前掲注(127)163頁、清野・前掲注(10)46頁、遠藤・前掲注(67)115頁。

143 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年、判例時報社)229頁。

144 林・前掲注(127)49頁参照。

145 橋爪・前掲注(33)112頁、林・前掲注(127)52頁、遠藤・前掲注(67)116頁。

146 赤松・前掲注(127)26頁、明照・前掲注(127)21頁、山口・前掲注(30)22頁参照。

147 この点について、橋爪・前掲注(33)112頁参照。

断と変わらないものであると解される。

以上のように、平成20年決定は、実際には侵害の予期を考慮して、侵害の急迫性を否定するという従来の自招防衛に関する判例と共通する判断を行っていることが出来る。そこで、平成20年決定が判示した「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は、実際には侵害の急迫性を意味する判断基準であると解される。もっとも、自招防衛が問題となる事案と、積極的加害意思が認められる事案をはじめとするそれ以外の相互闘争状況の事案は、その態様及び性質が異なるものであり、従来の裁判実務においても両者は異なる論理を用いて処理されてきた。そうであるならば、本決定で示された正当防衛状況という判断基準は、実質的には侵害の急迫性と同じものであっても、やはり自招防衛の事案の処理にのみ用いられるべきものであり、それ以外の相互闘争状況の事例の処理に用いるべきではないようにも思われる。

しかし、自招防衛の問題と、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の問題には共通点が認められ、一部が重なった円のような関係にあるとされる¹⁴⁸。また、両者はいずれも対立する両当事者の暴力的闘争の場面において正当防衛の成立を排除すべき場合を具体化したものであるという本質においては共通している¹⁴⁹。さらに、後述のように、わが国の裁判例には、被侵害者の侵害招致行為と積極的加害意思の両方を考慮している、両者の中間に位置する事例も多数存在する。このように、自招防衛の問題とそれ以外の相互闘争状況における正当防衛の問題の間に共通点が認められるならば、本決定の「正当防衛状況」の基準を、自招防衛を含めた相互闘争状況における正当防衛の事案一般の処理に用いることも可能であるように思われる。そして、このような可能性の有無を明らかにするためには、本決定以前の、自招防衛以外の相互闘争状況における正当防衛の判例・裁判例を検討し、本決定の判断内容との共通点を明らかにする必要があると解される。

(中央学院大学法学部専任講師)

148 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年、成文堂)172頁、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頁。

149 橋爪・前掲注(127)162頁参照。