

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（2）

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、80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にした事例
 - (2) 積極的加害意思を問題にしていない事例
 - (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（以上、本号）
 - (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。

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にした事例

まず、相互闘争状況において正当防衛が問題となる事例のリーディングケースとされる52年決定は、十分な侵害の予期と積極的加害意思という被侵害者の主観的事情を理由に急迫性を否定している。しかし、同決定が本当に被侵害者の主観的事情のみを理由として急迫性を否定しているかについては、慎重に検討する必要がある。

ア 52年決定

(ア) 事案の概要

被告人らは中核派の学生であり、Aら革マル派の学生との対立抗争下において、集会のための会場を設営中、Aらの攻撃を予期して、ヘルメット、ホッケースティック、鉄パイプなどを準備していた。被告人らが会場設営を進めていると、Aらが押しかけて攻撃してきたので、準備していた鉄パイプ等でAらに反撃して撃退した。そして、被告人らは、Aらの再度の攻撃を予期してバリケードを築いていたところ、案の定Aらが鉄パイプを持って再度押し寄せ、被告人らを攻撃してきた。これに対して、被告人らは、Aらに対して、バリケードの隙間等から鉄パイプを投げ込んだり、Aらに投げ込まれた工事用の鉄棒で突くなどの共同暴行を加え、傷害を負わせた。

(イ) 訴訟の経緯

第一審¹⁵⁰は、被告人らの正当防衛の主張を認め、暴力行為等処罰に関する法律違反の事実については無罪とした。

150 福岡地判昭49・10・15(刑集31巻4号765頁)。

これに対して、検察官が控訴したところ、控訴審¹⁵¹は、検察官の控訴を容れ、Aらの第二の攻撃は、被告人らが当然に予想してきたところであって、不正の侵害ではあっても急迫性はなかったとして、正当防衛の成立を否定した。

(ウ) 裁判所の判断

最高裁は、まず、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。」として、侵害の予期を理由に急迫性を否定した原審の判断を誤りとした。その上で、「同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を満たさないものと解するのが相当である。」として、本件の被告人は、「相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであつて、その旨の原判断は、結論において正当である。」として、上告を棄却した。

イ 検討

(ア) 積極的加害意思の意義

本決定が用いた積極的加害意思論は、以後の喧嘩闘争と正当防衛が問題となった多くの事例の判断基準として用いられることになった¹⁵²。しかし、この積極的加害意思を、文字通りの「意思」、すなわち防衛行為者の純然たる内心状態と解するべきではない。すなわち、積極的加害意思を純然たる内心状態と解する見解は、積極的加害意思という内心状態を理由に、反撃行為の正当性が失われるとする¹⁵³。しかし、積極的加害意思を純粹に内心状況と解するならば、このような要素は反撃行為に及ぶ際の心構えに過ぎず、行為の法益侵害性とは全く無関係な心情的要素に過ぎない。このような意思内容を違法性の判断に直接考慮することは、心情刑法につながりかねないという問題がある¹⁵⁴。

また、積極的加害意思の認定は、一般に、外部的・客観的事情からなされることが多く、実務における積極的加害意思が、本当に内心状況を示す要素であるのかは極めて疑わしい¹⁵⁵。この点について、52年決定が積極的加害意思を認定する上で重視した事情に着目すると、まず同決定の控訴審は、第一審判決に対する検察官の控訴を容れて急迫性を否定しているが、この検察官の控訴理由においては、被告人らによる凶器の準備、バリケードを築いていたこと、そして警察の援助を求めることが可能であったことなどの反撃行為に先立つ客観的事情について特に丁寧指摘されている¹⁵⁶。このことから、控訴審が急迫性を否定する上では、このような客観的事情に関する主張が少なからず影響したものであると思われる。また、実際に急迫性を肯定した第一審と、否定した控訴審の間では、犯行時の客観的事情について判断が分かれている。すなわち、被告人が反撃に使用した鉄パイプは被告人ら自身が現場に持ち込んだものか否か、被告人らが築いたバリケードの意味・機能は消極的な応戦に終始するためのものであったか否か、第一攻撃と第二攻撃の間の約5分間により、第一攻撃に対する反撃と第二攻撃に対する反撃が切断されたか否か、被告人らがバリケードを築いてから逮捕されるまで現場から一歩も出ていないことの重要性について判断が分かれ

151 福岡高判昭51・2・9(刑集31巻4号788頁)。

152 本決定に対する評釈として、香城・前掲注(2)判解250頁、東條伸一郎「判批」研修357号(1978年)59頁、安富潔「判批」法学研究51巻4号(1978年)80頁、西田・前掲注(69)48頁、曾根・前掲注(62)判時158頁、同・前掲注(62)百選46頁、小暮得雄「判批」ジュリスト693号(1979年)159頁、松宮孝明「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』(2008年、有斐閣)48頁、今井猛嘉「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』(2014年、有斐閣)48頁、前田・前掲注(62)警察研究66頁、安里・前掲注(62)143頁、大越・前掲注(62)72頁など。

153 香城・前掲注(2)判解247頁、莊子・前掲注(4)52頁。

154 橋爪・前掲注(4)236頁。

155 橋爪・前掲注(4)237頁、佐伯・前掲注(34)155頁、斎藤・前掲注(4)395頁、清野・前掲注(10)56頁、遠藤・前掲注(67)111頁。

156 香城・前掲注(2)刑事事実認定284頁。

ており¹⁵⁷、控訴審において、原審の判断を覆して急迫性が否定される結論に至った上では、客観的事情に関する認定の相違が、特に大きな役割を有していると思われる。このように、積極的加害意思を認定する上では、客観的事情が重要な役割を果たしており¹⁵⁸、積極的加害意思の本質は「積極的加害態勢」というべき客観的要素であると思われる¹⁵⁹。

また、本件は学生運動における大規模な抗争事件という社会的影響の大きい事案であり、同決定の被告人らは公共危険犯としての性質を有する犯罪である¹⁶⁰凶器準備集合罪でも起訴されていることからすると、本決定が正当防衛を否定する結論を導く上では、社会生活の平穏に対する危険という要素も考慮されているように思われる。そこで、本決定が積極的加害意思を認めた判断には、本件が社会秩序に照らして正当化を認めるべきではないという、法秩序に関する要素も含まれているように思われる¹⁶¹。後述のように、積極的加害意思を理由に侵害の急迫性を否定した判例には、わざわざ法秩序との関係について触れたものも存在する。

以上のように、52年決定においては、客観的な迎撃態勢に加えて、社会秩序に照らして正当化を否定すべき事情が存在する場合を、「積極的加害意思」という文言で説明したものであると解される。すなわち、「積極的加害意思」とは、急迫性を否定する主観的要件そのものではなく、正当防衛を否定すべき要素である「客観的な迎撃態勢が整っていたこと」及び「社会秩序に照らして正当化を認めるべきではないこと」を包括した、それ自体は意味を持たない、説明のための概念に過ぎないと思われる¹⁶²。人の行為を言語で表現する際には、行為主体の視点からその意思を出発点として描写するのが簡明な方法である¹⁶³。そこで、上記のような急迫性を否定する方向に作用する複数の事情を簡明に説明するために、「積極的加害意思」という反撃行為者の内心という形をとった説明がなされたものと解される。そして、このような「積極的加害意思」という概念で包括される内容が、急迫性の有無に関する主観的要素である「侵害の予期」を前提に認められる場合に急迫性を否定したのが、52年決定の理論であると思われる。

(イ) 52年決定以降の裁判例

52年決定で判示された積極的加害意思論は、その後の相互闘争状況における正当防衛の事案の判断基準として広く用いられることになった。同決定は、相互闘争状況における正当防衛の問題を急迫性の問題として解決することを示した点で重要な意義を有し、その点については妥当な判断をしたと解される¹⁶⁴。

しかし、52年決定以降の裁判例の中には、52年決定とは事案の性質が大きく異なる、比較的小規模な暴力的闘争の事例においても、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事案が多数存在する¹⁶⁵。例えば、東京高判昭60・6・20(判時1162号168頁)は、被告人とその友人に因縁をつけていたAを止めようとしたところ、Aが被告人を足蹴にし、被告人がAの胸倉を掴んで立ち上がらせたところ、Aが被告人の腹部を膝蹴りする暴行に及んだので、被告人がAを手拳で殴打し、投げ飛ばした上で一方的に暴行を加えて傷害を負わせたという事案において、Aの暴行の原因や態様に照らせばAの暴行はその場限りのものでそれ以上に発展する恐れはなかったことから、「本件の一連の経過に照らすと、被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つているAの胸ぐらを掴んで同人を引き立たせた際、Aがこれに挑発されて攻撃してく

157 林幹人「正当防衛」町野朔ほか『考える刑法』(1986年、弘文堂)100頁。

158 栃木・前掲注(35)79-80頁、中川・前掲注(35)141頁。

159 この点に関し、斎藤・前掲注(3)393頁は、被侵害者の「好争的行動」により急迫性が否定されるとする。

160 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻』518頁〔渡辺〕。

161 香城・前掲注(2)247-8頁、安廣・前掲注(2)83頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』(2017年、成文堂)139頁参照。

162 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)73頁、清野・前掲注(10)53頁、遠藤・前掲注(67)111頁。

163 松原芳博「偶然防衛をめぐる諸観点」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上)』(2018年、成文堂)104頁。

164 香城・前掲注(2)判解249頁以下参照。

165 このような事例として、本文中に挙げたもの他に、福岡高判昭58・4・27(判タ504号176頁)、東京高判昭61・1・21(高刑速(昭61)号51頁)、横浜地判平2・1・30(判時1344号171頁)、大阪高判平2・6・5(判タ767号262頁)、最決平4・6・5(刑集46巻4号245頁)、東京高判平8・2・21(東高刑時報47巻1~12号21頁)、東京高判平10・2・20(高刑速(平10)号43頁)、広島高松江支判平14・3・18(裁判所ウェブサイト)、神戸地判平21・2・9(裁判所ウェブサイト)、前掲注(55)・前橋地判平24・10・11、前掲注(55)・東京高判平25・2・19、前橋地判平29・9・6(LLI/DB07250773)。

るであろうことを予期し、その機会を利用して、被告人自身も積極的にAに対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められるから、本件は、正当防衛における侵害の急迫性に欠けるというべきである。」として、さらに、Aの行動は明らかに法秩序に反するものであることから、「防衛行為として許容する余地はない。」と判示した。また、高松高判平14・7・25(裁判所ウェブサイト)は、酒に酔った被害者が被告人に絡んだことがきっかけで両者の間で喧嘩になり、被告人がAの挑発に応じて犯行現場となる駐車場の奥に向かったところ、Aが被告人の衣服を強く引っ張ったので、被告人がAを投げ飛ばして傷害を負わせたという事案において、被告人がAの要求に応じて駐車場の奥に向かったことや、Aに対する発言内容から、被告人の反撃行為は、「たとえ、それに先立ってAから衣服をつかむなどの攻撃が仕掛けられたとしても、予期された相手方の侵害の機会に、積極的な加害意思をもって行われたものというべきである。」として、侵害の急迫性を否定した。

これらの事例は、いずれも学生運動における大規模な抗争事件に関する52年決定の事案とは異なる、突発的に生じた小規模な暴力的闘争の事案である。それにもかかわらず、これらの事案においても、52年決定と同様に、被侵害者の侵害の予期を前提に、反撃行為に先立つ態度や社会秩序との関係などを総合考慮して積極的加害意思を認定することで、侵害の急迫性が否定されている。このように、52年決定とはその性質が全く異なる事案の処理に際して、同決定で用いられた積極的加害意思論を用いることは、積極的加害意思の内容の具体的な理解を困難にするおそれがある。その意味では、52年決定は、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事件一般のリーディングケースとするにはふさわしくない事案であったようにも思われる¹⁶⁶。

(2) 積極的加害意思を問題にしていない事例

他方、相互闘争状況において正当防衛が問題になった事例には、52年決定と同種の事情を考慮して、積極的加害意思を問題にせずに急迫性を否定した事例も多数存在する。そこで、相互闘争状況における正当防衛の事案における急迫性の判断の実態を明らかにするためには、これらの事例と、52年決定をはじめとする積極的加害意思論を用いた事例の関係を明らかにする必要がある。

ア 判例・裁判例

①大阪高判平13・1・30(判時1745号150頁)

(ア) 事案の概要

暴力団員である被告人は、暴力団組長のボディガードとして、本件襲撃の発生前から、敵対組織による拳銃等を使用した組長の生命・身体等を狙った襲撃の可能性を予期し、警護用車両2台を使用し、拳銃を携帯して組長の身辺警護をし、組長が襲撃を受けたときには組長を守ると共に、襲撃者に対して拳銃を発砲する旨の謀議を遂げていた。本件犯行当時も理髪店で散髪中の組長を護衛していたところ、敵対する暴力団関係者であるAら7～8名が拳銃を所持して組長を襲撃し、散髪中の組長に対して一斉に発砲した。これに対し、被告人は即座に拳銃で反撃し、近くで組長を警護していた車両2台も駆けつけ、前述の謀議に基づきAらに対して拳銃で反撃し、Aらのうち2名を殺害した。

(イ) 裁判所の判断

第1審¹⁶⁷は、被告人らはAらによる襲撃があり得ることを予期していたが、警察等に救援を求めることもしなかったこと、Aらが拳銃を携帯するなど厳重な警護態勢を敷いていたこと、Aらの襲撃に対して直ちに強力な反撃行為に出ていることから、被告人らは積極的加害意思でAらを殺害したものと評価しうるとして、侵害の急迫性を否定した。これに対して、本判決は、侵害を予期している場合に、同種同等の反撃を加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える實力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、「いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法であるというべきである。」として、被告人らは本件のような襲撃がありうることを予期しており、その襲撃に対抗しうるだけの迎撃態勢を整

166 的場=川本・前掲注(148)112頁、照沼・前掲注(45)151頁。

167 京都地判平12・1・20(判時1702号170頁)。同判決に対する評釈として、渋谷卓司「判批」研修634号(2001年)13頁、大山弘「判批」法学セミナー549号(2000年)107頁。

えていたこと、拳銃の所持及び発射は違法行為であることから、「本件襲撃は、そのみを客観的に見ると切迫した事態であったけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対する被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったことなどの点に照らすと、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。」として、第1審の判断を是認し、侵害の急迫性を否定した。

(ウ) 検討

本件は、拳銃を使用した暴力団抗争という大規模な暴力的闘争の事案であり、事案の性質は学生運動における暴力抗争の事案である52年決定と基本的に共通する¹⁶⁸。しかし、本判決は、被告人らによる侵害の予期が必ずしも十分なものではなかった点や、積極的加害意思の存否に言及せずに侵害の急迫性を否定している点で、52年決定とは異なっている¹⁶⁹。もっとも、その判断の内実は、侵害の予期や、客観的迎撃態勢を考慮している点で52年決定と共通する。本判決は原審の事実認定に誤りはないとしているが¹⁷⁰、原審は52年決定を引用し、被告人の侵害の予期、公的救助を要請しなかったこと、客観的迎撃態勢などの事実関係を理由に¹⁷¹、積極的加害意思を認めて急迫性を否定している。また、前述のように、52年決定は、反撃行為の正当化を認めることと法秩序の関係についても考慮していると解されるが、本判決も、被告人らによる拳銃を所持しての嚴重な警備体制が法秩序の観点から許容されるものではないことを、急迫性を否定する根拠として指摘している。そこで、本件は積極的加害意思という文言は使っていないが、基本的には52年決定と同じ考え方に立った判例であり、52年決定との違いは、侵害の予期が十分なものではなかったという点のみであると思われる。

本判決と同様に、暴力団の拳銃を用いた抗争事件において、積極的加害意思を問題にせずに急迫性を否定した事例としては、大阪高判昭56・1・20(判時1006号112頁)が存在する。同事例は、暴力団同士の抗争が継続する中で、相手方との衝突を予想して拳銃を携帯していた被告人が、相手方組員らによる追跡を察知し組事務所に駆け込んだところ、相手方組員であるAらにより仲間のBが拉致されそうになっていたため、Aらに向け拳銃を発砲したという事案において、52年決定を引用し、被告人は警察の救助を受けることが容易であったこと¹⁷²や拳銃の準備及び使用という行為の違法性を根拠として、急迫性を否定している。同判決は、52年決定の考え方を具体化した事例と評価されており¹⁷³、積極的加害意思という文言を使っていないが、被告人が侵害を予期して反撃準備を整えた上で、違法性の強い反撃行為に出たことを理由に急迫性を否定していることから、52年決定と同じ考え方に立っていると解される。

②千葉地判平14・11・27(裁判所ウェブサイト)

(ア) 事実の概要

車を運転していた被告人が、すれ違った車に乗っていたAから怒鳴られたことに対して怒鳴り返したところ、Aが車外に出てきて、両者の間で喧嘩になった。被告人は、Aから顔面を殴打され、さらにAの仲間のBと二人掛かりで被告人車両に押し付けられ、路上に倒され左胸付近を多数回足蹴にされるなどしたので、隙を見て被告人車両に戻り、同車運転席のドアポケットに入れていた練り小刀を持ち出し、Aらに対して練り小刀を示すなどしたが、Aらがひるまず被告人を被告人車両に押し付けてきたので、A

168 同判決に対する評釈として、明照博章「判批」現代刑事法34号(2002年)82頁、橋爪隆「判批」刑事法ジャーナル8号(2007年)126頁。

169 橋爪・前掲注(168)129頁。

170 判時1745号158頁。

171 同判決が指摘した事実関係について、渋谷・前掲注(167)27頁参照。

172 もっとも、現実には暴力団員である被告人にとって警察の援助を求めることは、容易ではないように思われる。しかし、この場合に暴力団の論理などの被侵害者側の不法な要素を正当防衛を肯定する方向に働く要素として考慮することは、いわば法が不法を認めることにもつながりうるので認めるべきではなく、このような判断はあくまで一般人を基準として行うべきであると解される。この点について、清野・前掲注(10)67頁参照。

173 判時1006号112頁匿名コメント。

の左脇腹付近を2回繰り返し小刀で突き刺し、死亡させた。

(イ) 裁判所の判断

裁判所は、被告人は当初から喧嘩をするために下車したのであり、本件は一連の喧嘩闘争の継続中に行われた犯行といえることができること、被告人はAらが二人掛かりで攻撃を加えるであろうことを予測していた上、Aらの攻撃は素手によるものであり、被告人の予期を超えるものではなかったことを理由に、侵害の急迫性が欠けるとして、被告人の行為には正当防衛も過剰防衛も成立しないとした。

(ウ) 検討

本判決は、突発的に生じた暴力的闘争の事案であり、事案の性質は52年決定とは大きく異なるものである。しかし、前述のように、52年決定以降の下級審裁判例には、本件のような突発的に生じた暴力的闘争の事案においても、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例が多数存在する。本判決は、喧嘩をするために下車した被告人の行為が一連の喧嘩闘争における行為であることと、Aらによる侵害が被告人の予期の範囲内であることを理由に急迫性を否定している。また、被告人らは車を運転している際に生じたトラブルをきっかけに相手方と喧嘩になっており、また「売られたけんかは買わなければならないなどの気持ちから車外に出た」旨を供述していることから、車で逃げようと思えば容易に逃げられたにもかかわらず、積極的に相手方との暴力的闘争に応じたということも、急迫性の判断に影響を及ぼしているように思われる。本判決も、侵害の予期と、喧嘩のために出向くという被告人の態度を理由に急迫性を否定しているが、被侵害者が自ら相手方の元に出向くという態度は、積極的加害意思を認定する上で重要な事実とされる¹⁷⁴。そこで、本判決も、積極的加害意思という文言は用いていないが、その判断の内実は、突発的に生じた暴力的闘争の事例において、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例と同じものであると解される。もっとも、本件においては、被告人車両の同乗者が加勢して2人对2人の戦いになることを期待していたが、同乗者の加勢を得られず、1人对2人の喧嘩になってしまったという事情が存在し、Aらの侵害の態様は被告人の予期と完全に一致するものではなかったという事情が存在する。その意味では、本件の被告人も、侵害の十分な予期を有していたとまではいえないと評価することもできるように思われる。

イ 検討

以上のように、52年決定以降の相互闘争状況における正当防衛が問題になった裁判例の中には、積極的加害意思論を用いずに急迫性を否定した事例が多数存在する。このような事例においても、裁判所は、被侵害者の主観的事実としての侵害の予期に加えて、反撃準備行為の態様、侵害に臨んだ態度、公的救助を要請しなかったことなどの客観的事実を総合的に考慮しており、また、事例①のような暴力団による抗争事件においては、法秩序との関係についても判示されている。すなわち、これらの事例における判断の内実は、52年決定をはじめとする積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例と実質的には同じものであると解される。そうであるならば、積極的加害意思が認められる事例は、自招防衛以外の相互闘争状況における正当防衛が問題となる事例の一例に過ぎず、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案において急迫性を否定するためには、必ずしも積極的加害意思が認定されることは要しないと解される¹⁷⁵。

もっとも、積極的加害意思論を用いずに急迫性を否定した事例は、被侵害者が有していた侵害の予期の程度という点において、積極的加害意思論を用いた事例とは異なっているように思われる。すなわち、52年決定においては、被告人らは、集会の会場設営中に、従来から対立関係にあった相手方による1度目の攻撃を撃退した後、再度の攻撃に備えていたことから、集会の開催中に侵害がなされることを確実に予期していたといえることができる。そして、同決定以降の判例・裁判例の中には、急迫性を肯定する上で、侵害の予期を欠いていたか、又は十分ではないことを指摘した事例が多数存在することから¹⁷⁶、積極的加害

174 香城・前掲注(2) 刑事事実認定273頁、栃木・前掲注(35) 79-80頁。

175 波床・前掲注(35) 84頁、栃木・前掲注(35) 83頁、清野・前掲注(10) 54頁、遠藤・前掲注(67) 114頁。

176 橋爪・前掲注(4) 155頁。また、このような事例として、最判昭59・1・30(刑集38巻1号185頁)、仙台高秋田支判昭55・1・29(判タ423号148頁)、東京高判昭62・1・19(判タ650号251頁)、和歌山地判昭50・4・23(刑月7巻4号564頁)、東京地判平8・3・12(判時1599号149頁)、大阪高判平7・3・31(判タ887号259頁)、奈良地判平19・3・27(裁判所ウエ

意思の前提となる侵害の予期は、十分な予期であることを要すると解する見解が有力となった¹⁷⁷。これに対して、事例①においては、被告人らは敵対する暴力団による侵害に備えて厳重な警備体制を敷いていたが、侵害の日時及び場所を具体的に予期していたわけではない。このことから、事例①のように侵害の予期は認められるが、それが確実なものとはいえない事例においては、52年決定によれば十分な侵害の予期を前提とする積極的加害意思を認定せずに急迫性が否定されたものと思われる。しかし、侵害の予期が確実なものではない場合であっても、積極的加害意思が認められる場合と同様に、反撃行為に先立つ諸事情との総合考慮により急迫性を否定していることからすると、侵害の予期が十分なものであったか否かという問題は、必ずしも重要なものではない¹⁷⁸。さらに、侵害の予期を被侵害者の反撃準備等の他の事情との総合考慮の一要素として扱うならば、侵害の予期が認定できる場合と、侵害の予期そのものは認定できないが、予期の可能性は認定できる場合の区別すら重要な問題ではないように思われる¹⁷⁹。というのは、侵害の予期のような主観的事情は、行為時の客観的事情からの推認により認定すべきとされるが¹⁸⁰、そうであるならば、侵害の予期そのものを認定できる場合と、その可能性が認定できるに過ぎない場合の違いは、侵害の予期をどれだけ強く推認できるかという程度の差によるものに過ぎず、総合考慮の一要素として扱う上では両者の間に決定的な違いを認める根拠は乏しいからである。そこで、裁判実務が相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案を処理する上では、実際には必ずしも確実なものではない侵害の予期（場合によってはその可能性）と、反撃行為に先立つ事情を含む客観的事情を総合考慮して、急迫性の有無を決していると解するべきであり¹⁸¹、このような判断の本質は、積極的加害意思を理由に急迫性が否定されたか否かにより変わるものではないといえることができる。

他方、これらの事例が考慮している事情のうち、法秩序との関係については、事案の特殊性や当事者の主張に応じて補足的に判示されたものであり、このような事情は急迫性を否定する直接の根拠となっているわけではないように思われる。すなわち、このような事情について特に詳細に述べられているのは、事例①のような、拳銃が使用された暴力団同士の抗争という、特に社会秩序に反する態様の暴力的抗争が生じた事件であり、同判決においては、被告人の主張に答える形で法秩序との関係について判示されている。そもそも、反撃行為の態様が法秩序に反することを直接の理由として急迫性を否定することを認めるのは、かつての判例が単純に喧嘩両成敗を理由に正当防衛を否定したことと実質的には同じであり¹⁸²、恣意的な判断を許すことにもなりかねない。このことから、急迫性の判断に際して考慮されている事情のうち、法秩序との関係については、これに関する事情が事案の性質に応じて急迫性を否定する方向に作用することは否定できないが、急迫性を否定する直接の根拠となる事実と解するべきではなく、急迫性の判断に際して考慮すべき事情は、基本的には反撃行為に先立つ時点で存在する客観的な事実であると解される。

（3）自招防衛の要素も含んだ事例

以上の事例は、被侵害者が侵害を予期して反撃準備を整えて侵害に臨んだ事例や、相手方の要求に応じて積極的に暴力的闘争に出向いた事例であり、被侵害者の行為により相手方の侵害を招致した自招防衛の事例とは事案の性質が異なるものである。しかし、自招防衛の論理を用いずに処理された事例の中には、被侵害者の侵害招致行為を積極的加害意思を認定する事情として考慮している事例など、自招防衛の要素も含んだ事例も多数存在する。

プサイト)、東京地判平23・10・24 (LEX/DB25473594) など。

177 松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和59年度〕』（1988年、法曹会）44頁、栃木・前掲注（35）78頁、高橋・前掲注（4）279頁、林・前掲注（4）189頁など。

178 清野・前掲注（10）54頁。

179 遠藤・前掲注（67）115-6頁。

180 栃木・前掲注（35）80頁、中川・前掲注（35）138-9頁。

181 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（35）140頁。

182 このような判例として、大判昭7・1・25（刑集11巻1頁）、大判昭14・3・6（刑集4巻354頁）、大判昭18・5・28（刑集9巻115頁）など。

ア 裁判例

③大阪地判昭63・11・18(判タ702号265頁)

(ア) 事実の概要

暴力団員である被告人らがスナックで飲酒していたところ、被告人の仲間が別の暴力団の組員である B に嫌味を言うなどしたことから、両者の間で険悪な雰囲気が生じ、B は、被告人らと喧嘩になった場合に備えて、仲間の暴力団員である A らを呼び寄せた。B は、仲間が来たことからますます意を大きくして被告人らに絡み、A が被告人に対して、「外に出んかい。」と言ったことから、喧嘩になることを察知して、ズボン内側に拳銃を隠し持って店外に出た。A らは、被告人が拳銃を所持しているのを知ると、拳銃を取り上げようとして一斉に飛び掛り、さらに特殊警棒や金属バットで殴りかかってきたので、被告人は、所持していた拳銃を A の胸部に向けて発射し、A を死亡させた。

(イ) 裁判所の判断

裁判所は、「正当防衛における急迫性の要件は、相手の不正な侵害に対する本人の攻撃意思を正当と評価するために必要な行為上の要件であるから、攻撃時に侵害が現在していると認められるような場合であっても、行為の状況全体から見てなお急迫性を否定すべき場合がある。」とした上で、被告人の仲間は A がカラオケを歌うに際して嫌味を言っており、これが A らによる侵害の原因の1つとなったこと、被告人らはスナックの店内での A らの言動から金属バットなどの喧嘩の道具が使われることを十分予期していたといえること、被告人らの言動は喧嘩を避けるようなものではなく、店外に出る段階においては凶器が用いられる喧嘩に応じる意思を有していたこと、A らの侵害が強まったのは被告人の拳銃所持に誘発された面があること、被告人らは情勢が不利になるとスナックのマスターに仲間を呼ぶよう指示していること、被告人はうずくまった A の仲間に対して拳銃を示して威嚇することも可能であったにもかかわらず無抵抗の相手方を射殺していることから、「被告人は、A らとの間に喧嘩が生じ、相当の凶器による攻撃が十分に予期されるにもかかわらず、けん銃を携帯したまま喧嘩に臨み、状況が不利になるや、機先を制し相手を打倒するために、所持していたけん銃を用いて積極的に相手方に攻撃を加えるべく、判示第1の行為に及んだものと認められるのであるから、右の状況全体から見て、正当防衛における急迫性の要件は満たされていないと認められるのが相当である。」とした。

(ウ) 検討

本件は、暴力団である被告人が、拳銃を所持して相手方との暴力的闘争に出向いた事例であるが、凶器の所持も相手方に応じて闘争に出向く行為も、積極的加害意思を認定する上で重要な事実であることから¹⁸³、積極的加害意思を理由に急迫性が否定される典型的な事例として評価することができる。しかし、本判決においては、急迫性を否定する上で、被告人の仲間が A の仲間に対して嫌味を言うという挑発行為に出ていることが A らによる侵害の原因の1つとなっていることや、被告人の拳銃所持が A らによる強度の侵害を誘発したことも指摘されていることから、積極的加害意思が問題になる事案と、自招防衛が問題になる事案の両方の要素を有しているといえることができる。このような事案においては、被告人らの侵害招致行為を捉えて自招防衛の理論で急迫性を否定することも、積極的加害意思の存否とは別個に自招防衛について検討を加えることも可能であるように思われる。それにもかかわらず、本決定においては、被告人による侵害招致行為を、侵害の予期及び積極的加害意思を認定する一事情として用いている。これまで見てきたように、侵害の予期及び積極的加害意思を認定する上では、相手方が攻撃に出るまでの経緯も考慮されることから、被告人が侵害招致行為に出たという事情も、当然に侵害の予期や積極的加害意思の認定に用いられることになる¹⁸⁴。その意味においては、裁判実務は、被侵害者が侵害招致行為に出た事例を、積極的加害意思が問題になる事例などの自招防衛の論理が用いられていない相互闘争状況の事例と完全に区別されたものとして扱っているのではないといえることができる。

183 栃木・前掲注(35)80頁、香城・前掲注(2)刑事事実認定273頁参照。

184 栃木・前掲注(35)80頁、中川・前掲注(35)138-9頁。

④広島高判平15・12・22 (裁判所ウェブサイト)

(ア) 事実の概要

車両を運転していた被告人と A が、道路をすれ違う際に口論となり、被告人が降車して A の車両に向かったところ、A が車両を発進させたので、A 車両が通過する際、被告人は A 車両の運転席の窓から右手を差し入れて、A の運転を妨害しようとした。その後、被告人は車両をその場に停止させたまま、A 車両を追いかけて犯行現場の路上まで行ったところ、A は降車しており、傘を頭の上で振り回しながら被告人のほうに走ってきた。被告人の前に立ち止まった A に対して、被告人が「やれるもんならやってみや。」などと言うと、A は被告人に対して傘を振り下ろしたので、被告人は、A の傘を左手で受け止めて掴んで奪い取り、A の顔面付近に傘を相当の力を持って突き刺し、死亡させた。

(イ) 裁判所の判断

裁判所は、被告人は一連の言動により A に対し傘を持ち出して威嚇するといった言動を誘発させた上、さらに A を挑発していること、A による侵害行為は、被告人が十分に予期していた範囲内であったこと、被告人は A に対して直ちに反撃行為に出ており、年齢や体格からすると被告人のほうがやや優勢な状況にあったこと、被告人は A から傘を奪い取ると直ちに A の顔面に突き刺していることから、被告人には積極的加害意思が認められるとして、「本件犯行について、その前後の事情を含めて全体的に考察すると、被告人は、被害者からの侵害が予期されいながら、被告人のほうから挑発的な言動を行い、被害者が攻撃を開始するや、直ちに積極的な加害意思をもって反撃をしているのであるから、被害者の傘による殴打行為は、被告人はこれを予期しつつ自ら招いたものであって、急迫性の要件を欠くものというべきである。」と判示した。

(ウ) 検討

本件は、被告人と相手方の中で突発的に生じた暴力的闘争の事案であり、被告人は相手方に対する挑発的な言動に出ているが、本判決も、被告人のこのような態度を捉えて、自招防衛の論理を用いるという判断は行っていない。すなわち、本判決は、被告人に侵害の予期と積極的加害意思が認められることを理由に急迫性を否定しているが、被告人の侵害招致行為を、このような判断に用いる一事情として扱い、その他の事情と合わせて考慮することで急迫性を否定するという判断を行っている。

本判決と同様に、突発的に生じた暴力的闘争の事例において、被侵害者が侵害招致行為に出ているが、自招防衛の論理を用いずに、このような被侵害者の事情を急迫性を否定する一事情として考慮している事例は、本判決以外にも複数存在する。例えば、前述の東京高判昭60・6・20 (判時1162号168頁) は、被告人が知人に因縁を付けていた A に立ち向かい、A の胸倉を掴んで立ち上がらせたところ、A との間で闘争状況が生じ、A が近くにあったガラス瓶で被告人の頭部を殴打したので、被告人が A を投げ飛ばした上で、手拳で殴打したり足蹴にするなどの一方的な暴行を加えて、傷害を負わせたという事案において、被告人が A の胸倉を掴んで引き立たせたという侵害招致行為を、積極的加害意思を認定する事情として用いている。また、東京高判昭60・8・20 (判時1183号163頁) は、被告人とその内妻の弟である A が喧嘩になり、被告人が A に「上等だ、表へ出る」と怒鳴ると、A が洋傘を手にとったので、被告人がこれに対抗するために丹刃を持ち出すと、A が洋傘を小刻みに動かしながら向かってきたので、被告人が丹刃で A の胸部を突き刺して死亡させたという事案において、被告人の挑発的な言動を、積極的加害意思を認定する事情として用いている。これらの事例は、いずれも突発的に生じた喧嘩闘争の事例であるが、このような事例においては、被告人が凶器を持ち出す行為や、相手方の元に出向く行為と共に、挑発的な言動に出ることがしばしば行われると思われる。そうであるならば、被侵害者の侵害招致行為を、その他の事情と合わせて積極的加害意思を認定するという判断は、事案の性質に照らして自然なものであると解される。

イ 検討

以上のように、相互闘争状況における正当防衛が問題になった事例には、自招防衛の論理を用いて処理することも可能であるにもかかわらず、侵害招致行為を積極的加害意思の認定に際して考慮するなど、急

迫性の判断の一事情として扱っている事情が多数存在する¹⁸⁵。たしかに、自招防衛の論理による事案の処理を認めた最高裁判例は平成20年決定が最初であるが、それ以前にも、前述の福岡高判昭60・7・8(判タ566号317頁)が、自招防衛の論理を用いており、同判決が出された時期には、被侵害者の挑発行為を契機とした正当防衛権の制限に関する文献は複数存在していたことからすると¹⁸⁶、裁判所が事案の性質に着目して、積極的加害意思論を用いずに事案の処理を図ることも可能であったはずである。それにもかかわらず、被侵害者の侵害招致行為が、凶器の準備や公的救助を要請しなかったことなどの事実と並列して積極的加害意思の認定などに用いられていることからすると、侵害招致行為と、凶器の準備や相手方の元に向く行為などの事実は、急迫性を否定する方向に作用するという点において、同じ性質を有するものであるといえる¹⁸⁷。もっとも、これらの事例で考慮されている侵害招致行為の多くは、相手方に闘争を挑むような発言などであり、必ずしも平成20年決定のような違法な暴行ではないことから、正当防衛権を制限するための特別な法理が用いられるのは、侵害招致行為が違法な暴行である場合に限られると解することもできるように思われる¹⁸⁸。しかし、このような事例における被侵害者の態度を、相手方の侵害を招致したという点に着目して問題にする以上は、被侵害者が違法な暴行に出た場合とそれ以外の場合を明確に区別する合理的な根拠は存在しない¹⁸⁹。そこで、自招防衛の論理において考慮される侵害招致行為は、このような事実を直接の契機として急迫性が否定されるという点において、自招防衛以外の相互闘争状況における正当防衛の事案において考慮される反撃準備行為や公的救助を要請しなかったこととは異なっているが、これらの事情と並列的に考慮され得るものである以上は、急迫性の判断に際してどのような形で考慮されるかという点のみが異なっており、急迫性の存否に関する判断に与える影響という点では同じであるといえることができる。

そうであるならば、自招防衛の事例と、自招防衛以外の相互闘争状況における正当防衛の事例は、事案の処理に際して用いられる論理はそれぞれ別個のものであるが、侵害の予期またはその可能性と、急迫性を否定する方向に作用する客観的事情を総合考慮して急迫性の有無を決しているという点において、共通点が認められるといえることができる。そこで、このような両者の共通点を捉えて、自招防衛の事案とそれ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案に共通する判断基準を構築することも可能であるように思われる。

4 裁判実務における判断の内実

ここまで検討してきたように、平成20年決定をはじめとする自招防衛の事例と、52年決定をはじめとする自招防衛以外の相互闘争状況における正当防衛の事案は、いずれも急迫性の存否が問題にされている点及び侵害の予期またはその可能性が問題にされている点で共通し、また急迫性の判断に際して考慮される客観的事情にも共通点が認められる。それでは、これらの事情を用いてなされる裁判実務における価値判断の内実はどのようなものであるのか。もしこれらの価値判断が同一のものであるならば、両事例の処理に際して用いられる判断基準は、実質的には同一のものであるといえることができる。

185 このような事例として、ここで列挙したもの他に、後掲事例⑤、後掲事例⑧、後掲事例⑨、前掲注(165)・前橋地判平29・9・6、大阪高判平7・3・31(判タ887号259頁)、前掲注(165)・神戸地判平21・2・9、和歌山地判平29・2・22(LLI/DB07250135)、新潟地判平24・3・2(LLI/DB06750094)、松江地判平26・10・24(LLI/DB06950534)。

186 このような文献として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年、有斐閣)235頁、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集第2巻』(1983年、有斐閣)721頁、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)137頁、津田重憲「自招侵害に対する正当防衛一人の不法論による展開」『経済と法』10号(1979年)1頁、大嶋・前掲注(3)25頁以下、山中・前掲注(3)96頁以下など。

187 香城・前掲注(2)刑事事実認定263頁参照。

188 この点について、杉本一敏「自招侵害のメタ理論的考察」『刑事法ジャーナル』62号(2019年)41頁は、判例における自招侵害の法理は、「暴行型」と「暴行以外型」とでその考慮要素を異にしており、前者は相互闘争状況の客観的状況から正当防衛の成否を決する「喧嘩闘争の法理」に、後者は侵害の予期を考慮して正当防衛の成否を決する「予期の法理」に統合され得ると分析する。

189 瀧本・前掲注(142)185頁参照。

(1) 事案の処理に際しての価値判断

ア 相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に内在する価値判断

(ア) 自招防衛以外の相互闘争状況の事案における価値判断

まず、52年決定をはじめとする積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例及び事例①をはじめとする積極的加害意思論を用いず実質的にこれと同じ判断をして急迫性を否定した事例は、必ずしも確実なものではない侵害の予期と、被侵害者の反撃準備行為、相手方の元に出向いた行為、公的救助を要請しなかったことなどの客観的事情を総合考慮して急迫性を否定している。このような事情が有する意味を検討すると、まず被侵害者が侵害の予期を有している場合には、被侵害者は相手方の侵害に備えて、反撃準備を整えたり、落ち着いて速やかに反撃行為に出ることや、相手方に勝てそうもない場合には逃走したり公的救助を要請するという選択肢を選ぶことも可能になるので、その予期が確実なものでもなかったとしても、被侵害者による反撃行為を具体的に予期していない相手方と比較すれば、心理的に優位な状態にあるといえる。すなわち、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、相手方の侵害を予期していたという事情は、反撃行為に出た時点において、相手方よりも心理的な面で優勢な状態にあったことを意味するものと解される。

もっとも、被侵害者が侵害を予期していたことのみを理由に急迫性は否定されないということは、46年判決以降の確立した最高裁判例であるので、このような事案において急迫性を否定する判断の内実を明らかにするためには、侵害の予期と共に考慮される客観的事情の意味を明らかにすることが必要になるが、この場合に急迫性の判断に際して考慮される客観的事情の中でも特に重視されているのは、被侵害者が反撃準備を整えていたことであるように思われる¹⁹⁰。前述のように、相互闘争状況における正当防衛の事案のリーディングケースとなった52年決定においては、急迫性を否定する上で、被告人らが鉄パイプを準備したり、バリケードを築くなどの反撃準備行為が特に重視されている。また、52年決定と同種の大規模な暴力的闘争の事案である事例①も、急迫性を否定する上で、被告人らが拳銃を所持して厳重な警備体制を敷いていたという反撃準備行為を重視している。このような大規模な暴力的闘争とはその性質が異なる、比較的小規模な暴力的闘争の事例においても、しばしば急迫性を否定する際に被侵害者による凶器の準備が考慮されており¹⁹¹、最近の最高裁判例である平成29年決定においても、被侵害者による凶器の準備が考慮されている。また、裁判実務においては、相互闘争状況の事例において急迫性の存否を判断する上で、「銃砲刀剣類の所持・携帯の禁止との関係」という視点も考慮されるとされる¹⁹²。このことから、侵害の予期と共に急迫性の判断に際して考慮される事情の中でも、凶器の準備などの反撃準備行為は、特に重要な客観的事実であると解される。凶器の準備は、反撃準備行為の典型的なものであるが、これと同じ意味を有する行為としては、闘争に備えて仲間を呼び寄せる行為や、胸ぐらを掴む、相手を取り囲む、馬乗りになるなどの相手方に対して有利な姿勢を取る行為などを挙げることができる¹⁹³。被侵害者が相手方の侵害に先立ってこのような姿勢をとることも、相手方よりも物理的に有利な態勢の作出という意味において、凶器の準備などの反撃準備行為と同じ意味を有するものと解することができる。このような事例においては、反撃準備態勢と並んで、被侵害者が相手方の元に出向いたことや、公的救助を求めなかったことも、急迫性を否定する上で重要な事実として考慮されているが、相手方との暴力的闘争を予想して相手方の元に出向く際には、予想される相手方の侵害に対応できる状態で出向くのが通常であり、このような状態で相手方の元に出向いた場合には、機先を制して強力な攻撃に出ることが可能になることが多いと解される。また、被侵害者が侵害回避のために公的救助を要請しなかったという事実も、被侵害者の実力で侵

190 平成29年決定について同様の指摘をする見解として、遠藤・前掲注(67)121頁。

191 このような事例として、後掲事例⑤、東京高判昭60・8・20(判時1183号163頁)、前掲注(55)・東京高判平21・10・8、前掲注(55)・仙台地判平29・9・22、前掲注(165)・福岡高判昭58・4・27、前掲注(165)・東京高判平8・2・21、大阪高判昭62・10・28(判タ662号243頁)、仙台地判平18・10・23(判タ1230号348頁)など。

192 安廣・前掲注(2)83-4頁。

193 このような事情を考慮した事例として、前掲事例③、前掲事例④、後掲事例⑤、前掲注(9)・東京高判平27・6・5(判時2297号137頁)、前掲注(185)・新潟地判平24・3・2、東京高判昭60・6・20(判時1162号168頁)、さいたま地判平28・2・21(LEX/DB25544374)など。

害者を撃退できる状況にあるからこそ、公的救助を要請せずに実力で侵害を撃退することを試みるものと解される。このことは、被侵害者が相手方に対して挑発行為に出た場合にもあてはまる。そうであるならば、これらの事実も、基本的には被侵害者が相手方よりも物理的に有利な態勢にあることを示す事実として評価することができるように思われる。

他方、判例が考慮している客観的事情の中でも、被侵害者と相手方の従来との関係や、被侵害者が強力な反撃行為に出ていることは、このような見地から理解することは困難である。そこで、このような事実については、急迫性の判断に際して独自の意味を有するものではなく、侵害の予期や、被侵害者が相手方よりも有利な状況にあったことを推認するために用いられる間接事実であると解される。特に、被侵害者が強力な反撃行為に出ていることは、防衛行為の態様に関する事情であるので、それに先行する侵害の急迫性を認定する上で考慮することは許されないようにも思われる¹⁹⁴。しかし、被侵害者が相手方の侵害を予期して反撃準備を整えていたなど、相手方よりも有利な状況にあったからこそ、相手方に対して強力な反撃行為に出ることができたというように、被侵害者の反撃行為の態様は、被侵害者の反撃行為に先立つ時点での侵害の予期や、反撃準備行為が有する意味を認定する上で重要な間接事実となる¹⁹⁵。また、正当防衛状況と防衛行為は完全に切り離された要件ではなく、正当防衛状況により防衛行為性が基礎付けられるという密接な関係にある以上、時間的な先後関係を理由に防衛行為に関する事情を正当防衛状況の判断から完全に除外しなければならないと解すべきではない¹⁹⁶。そこで、このような事情も、侵害の急迫性を認定する上で考慮することが可能な事実であるということが出来る。

以上のように、自招防衛以外の相互闘争状況の事案の多くが急迫性を否定する上では、基本的には被侵害者が心理的に有利な状況にあることを示す侵害の予期と、被侵害者が物理的に有利な状況にあることを示す反撃準備行為などの客観的事情が総合考慮されている。そうであるならば、このような事例においては、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況にあるにもかかわらず、敢えて強力な反撃行為に出た場合には、急迫性を否定するという価値判断を行っているものと解される¹⁹⁷。すなわち、相手よりも心理的・物理的に有利な状況にある被侵害者は、反撃行為に出る前に相手方に警告したり、なるべく傷害を負わせない方法で相手方を取り押さえるなどの方法を取ることが可能である。それにもかかわらず、あらかじめ準備した凶器や有利な態勢を利用して、積極的に強力な反撃行為に出た場合には、被侵害者は身を守るために本来必要ではない反撃行為に出たということが出来る。このような判断は、被侵害者の心理的な要素と物理的な要素を相関的に考慮して被侵害者が相手方よりも優勢な状況にあったかを問題にするものであり、必ずしもそれぞれの要素が一定の水準を超えていることを要するものではない。そこで、被侵害者の侵害の予期が弱いものであったり、または予期の可能性を有するに過ぎない場合であっても、非常に強力な反撃準備を整えていた場合には、最初から相手方よりも優勢な状況にあったとして急迫性を否定する判断がなされることもあり得ると解される。事例①は、相互闘争状況における正当防衛の事案において急迫性を否定する判断の前提として、「正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外に適法として許容する制度である」と判示しており、後述のように、相互闘争状況における正当防衛に関する近時の最高裁判例である平成29年決定も、同様の判示をしている。すなわち、積極的加害意思が認められる場合のように、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況にあるにもかかわらず敢えて強力な反撃行為に出た場合は、形式的には被侵害者に不正の侵害が迫っているということが出来るが、実質的には強力な反撃行為を認める必要はないので、「法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態」とはいえないとし

194 小林憲太郎「判批」判例時報2336号(2017年)144頁。

195 大塚裕史「判批」判例時報2357=2358号(2018年)16頁。

196 中尾佳久「判解」法曹時報71巻2号(2019年)253頁、佐伯仁志「判批」判例時報2357=2358号(2018年)22頁、遠藤・前掲注(67)119頁。

197 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)72頁

て、反撃行為の防衛行為性を基礎付ける要件である、侵害の急迫性を否定しているものと解される。

もっとも、被侵害者が相手方の元に出向く行為や、公的救助を要請しなかったことは、反撃準備行為とは異なり、被侵害者が相手方よりも優勢な状態にあることを直接示す事実ではない。そこで、このような事情が存在する事例の全てにおいて、被侵害者が相手方よりも物理的に優勢な状況にあるわけではない。このことから、相手方の元に出向く行為や、相手方の挑発に積極的に応じるなどの侵害回避を試みない態度には、相手方よりも優勢な状況を示す以外にも、正当防衛権を制限する方向に作用する意味があると思われる。この点について検討すると、被侵害者が暴力的闘争の発生が予想される相手方の元に出向いた場合には、たとえ被侵害者が侵害に対する十分な反撃準備をしていなかったとしても、それにより相手方との間で生じていた何らかのトラブルや対立関係をきっかけとする暴力的闘争が発生することになる。このような効果は、被侵害者が積極的に挑発に応じるなどの態度に出て、回避すべき侵害を回避しなかった場合も同様である。このような意味において、これらの被侵害者の暴力的闘争を志向する態度は、一種の侵害招致行為として理解することができる。そこで、このような事例は、自招防衛の一類型として理解することができ、これらの事例については、後述の自招防衛を理由とする正当防衛権の制限がなされる事例と同様の価値判断に基づいて、事案の処理がなされていると解することができる。

(イ) 自招防衛の事案における価値判断

これに対して、自招防衛を理由に急迫性を否定した事例における価値判断を検討すると、まず、平成20年決定を含む自招侵害の事例はいずれも侵害の予期又はその可能性を考慮しており、被侵害者が侵害招致行為に出る場合には、多くの場合は相手方よりも物理的に有利な状況にあるのでこのような態度に出たといえるので、自招防衛を理由に急迫性を否定した事例においても、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況にあるにもかかわらず敢えて強力な反撃行為に出た場合には急迫性を否定するという価値判断が行われているように思われる。自招防衛が問題とされた事例の中でも、特に被侵害者が何らかの凶器を所持していた事例や、体格や年齢で劣る相手方を挑発した事例については、このような価値判断により急迫性が否定されていると解される。

しかし、侵害招致行為に出たということは、反撃準備行為とは異なり、相手方よりも物理的に有利な状況にあることを直接示すものではなく、自招防衛が問題になる場合には、常にこのような見地から急迫性を否定する価値判断がなされているとは限らない。そこで、自招侵害を理由に急迫性が否定される場合には、積極的加害意思を理由に急迫性が否定される場合や、実質的にこれと同じ判断により急迫性が否定される場合とは異なる価値判断も含まれていると解される¹⁹⁸。すなわち、自招防衛が問題になる事案においては、被侵害者の侵害招致行為により直接に相手方の侵害行為が惹起されており、被侵害者は自ら不必要な暴力的闘争を作出して反撃行為に及んだといえる。このような場合には、形式的には被侵害者に不正の侵害が迫っていても、その侵害は被侵害者が不必要に招いたものである以上、これに対して反撃行為に出ることは、相手方との関係を全体として見れば、単なる一連の暴力的闘争として評価することができる。そこで、この場合の反撃行為は、被侵害者が作出した違法な暴力的闘争として評価される以上、国家機関が緊急事態において行う実力行使とはその性質が全く異なるものになることから、反撃行為の正当化を許容すべき緊急状況にあるとはいえないとして、侵害の急迫性を否定するという判断が行われているものと解される¹⁹⁹。前述のように、このような価値判断は、自招防衛以外の相互闘争状況の事案においても、被侵害者が相手方の元に出向いた事例や侵害を回避しなかった事例の一部においてもなされているものと解される。これらの事例においては、相手方を侮辱したり、相手方に先行して暴行を加えるなど明確な侵害招致行為がないことから、被侵害者が相手方の元に出向く行為や、相手方の挑発に応じる態度を積極的加害意思の認定に用いるなどの形で考慮され、自招防衛の論理が用いられない事案として扱われることになると思われる。しかし、その事案の処理に内在する価値判断に着目すると、このような事案は、

198 なお、拙稿・前掲注(197)68頁は、平成20年決定をはじめとする自招防衛の事案についても、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況にあることを理由に急迫性を否定する価値判断がなされるとしていたが、自招侵害の全ての事例においてこのような価値判断がなされるわけではないという点について、旧稿の見解を改める。

199 三浦・前掲注(127)434頁参照。

むしろ自招防衛に分類されるべきである。

イ 両者の比較

(ア) 価値判断の内実

以上のように、積極的加害意思が認められる場合などの自招防衛以外の相互闘争状況の事案の多くにおいては、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況を作り出しながら敢えて反撃行為に出た場合には、急迫性を否定するという価値判断が行われている。他方、自招防衛の事例と、被侵害者が相手方の元に出向いたり、侵害を回避せずに暴力的闘争が発生した事案の一部においては、被侵害者が不必要な暴力的闘争を発生させた場合には侵害の急迫性を否定するという価値判断が行われている。この点について、相互闘争状況を理由とする正当防衛が問題となった判例・裁判例は、52年決定をはじめとする被侵害者の侵害の予期に着目して事案の処理を図るグループと、平成20年決定をはじめとする喧嘩闘争の法理により事案の処理を図るグループに分類することができるとの分析もなされている²⁰⁰。このように、両グループにおいては、それぞれ異なる価値判断により事案の処理がなされていることから、両者は異なる理論的基礎により正当防衛を制限するものであり、本質的に異なる問題として、明確に区別して扱うべきであるようにも思われる²⁰¹。

しかし、両事例の処理に際してなされる価値判断は、全く異質なものではない。すなわち、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事例は、被侵害者が心理的・物理的に有利な状況にあるにもかかわらず敢えて反撃行為に出た場合も、被侵害者が侵害招致行為に出た場合も、このような被侵害者の暴力的闘争を志向する態度により、相手方との何らかのトラブルや対立関係を、相互に重大な被害を被る危険性のある重大な暴力的闘争に拡大させたり、不法な暴力的闘争の発生を確定的なものにするという意味における「相互闘争状況の拡大」をもたらすことになる点で共通している。すなわち、被侵害者が侵害を予期して反撃準備を整えた上で反撃行為に出た場合には、相手方はより強力な反撃行為を受けることになり、暴力的闘争の態様はより重大なものとなる²⁰²。他方、被侵害者の侵害招致行為により相手方が侵害行為に出た場合には、相手方との間で生じていた何らかのトラブルや対立関係が、感情的対立や口論の段階から確定的に暴力的闘争の段階へと発展することになる²⁰³。このように、被侵害者がこれらの暴力的闘争を志向する態度を前提として反撃行為に出た場合には、事実関係を全体的に評価すると、被侵害者の反撃行為は、単に相手方の不正の侵害から身を守るためになされるものではなく、被侵害者の暴力的闘争を志向する態度により相手方とのトラブルや対立関係が不法な暴力的闘争に発展することになるという意味における「相互闘争状況の拡大」を生じさせるものとして評価することができる。このような本質においては、自招防衛の事例も、それ以外の相互闘争状況の事例も何ら違いはない。そうであるならば、いずれの事例においても、裁判実務が被侵害者の緊急状況性を否定する判断の根拠となるのは、両事例における価値判断に共通する本質的な部分である、被侵害者が相互闘争状況の拡大を生じさせたことであると解するべきである²⁰⁴。すなわち、裁判実務は、自招防衛の事例を含む相互闘争状況における正当防衛の事例一般について、被侵害者の態度により相互闘争状況の拡大が生じる場合には、侵害の急迫性を否定するという価値判断を行っているのであり、その制限の契機となる事情により、急迫性を否定する論理に差異が生じているに過ぎないと解される²⁰⁵。まず、被侵害者が相手方の侵害を十分に予期した状態で、物理的に有利な態勢を作り出して反撃行為に出た場合や、必ずしも相手型よりも優勢な状況にあるとはいえない場合であって

200 杉本・前掲注(188)43頁。

201 山本和輝『正当防衛の基礎理論』(2019年、成文堂)190頁、坂下陽輔「広義の自招侵害に関する考察—自招侵害への対抗行為を中心に—」刑事法ジャーナル62号(2019年)43頁、杉本・前掲注(188)43頁参照。

202 例えば、52年決定においては、被告人らが凶器を準備して組織的な反撃行為に出たことにより、相手方との暴力的闘争はより大規模なものになったと評価することができる。

203 例えば、平成20年決定においては、被告人が相手方の顔面を殴打したことにより、両者の間の口論が暴力的な闘争に発展することになったと評価することができる。

204 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。また、両事例における正当防衛権を否定する価値判断に共通点が認められるとする見解として、小林・前掲注(143)232頁、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状—対抗行為に先行する事情と正当防衛状況」季刊刑事弁護96号(2018年)18頁参照。

205 拙稿・前掲注(204)151頁。また、清野・前掲注(10)49頁参照。

も、暴力的闘争の発生が予想される相手方の元にわざわざ出向くなど、被侵害者の意図的に加害行為に出ようとする内心状態を推認する事情が揃っている場合には、積極的加害意思を理由に急迫性が否定される²⁰⁶。他方、心理的・物理的に有利な態勢を作り出して反撃行為に出るなどの被侵害者の態度により相互闘争状況の拡大が生じていることは疑いないが、侵害の予期が確実なものではないなど、被侵害者の意図的に加害行為に出ようとする内心状態を推認するには足りない場合には、端的に急迫性が否定される²⁰⁷。これに対して、被侵害者が心理的・物理的に有利な態勢にあるとはいえないが、侵害招致行為として評価しうる明確な態度が存在する場合には、自招防衛の論理により急迫性が否定されることになる。このように、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となる事例の処理においては、いずれも侵害の急迫性を否定する際になされている判断の本質部分は同じであり、単にその判断を説明するために着目した事実が異なっているに過ぎないといえることができる。そうであるならば、自招防衛の事例について、不正の先行行為の存在を過度に強調し、それ以外の相互闘争状況の事例とは独立したものとして扱う必要はないと解される²⁰⁸。

前述のように、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例においても、被侵害者の侵害招致行為が積極的加害意思を判断する上で考慮されており、また、被侵害者により侵害招致行為がなされる事例の多くは、相手方よりも有利な状態にあるというように、侵害招致行為と相手方よりも有利な態勢にあることの間には、事実上の密接な結び付きが存在する。平成20年決定においても、被告人はあらかじめ特殊警棒という凶器を所持しており、最初から素手の被告人よりも物理的に有利な態勢にあった。このような事情も、同決定の正当防衛状況を否定する判断に影響を与えていたように思われる。また、被侵害者が相手方の元に出向いた事例は、積極的加害意思を理由に急迫性が否定されることが多いとされるが、このような事実に基づいてなされる価値判断の内実は、自招防衛の事案でなされる価値判断とも共通するものであり、相手方の元に出向く行為を侵害招致行為として捉えることもできるように、自招防衛の事例とそれ以外の相互闘争状況の事例の区別は相対的なものに過ぎない²⁰⁹。実際に、ドイツにおいては、被侵害者が凶器を所持して相手方の元に出向いた事例、すなわちわが国であれば多くの場合に積極的加害意思が問題になりそうな事例も、相手方の元に出向いた行為を侵害招致行為と捉えて、自招防衛の論理を用いて処理されている²¹⁰。このように、急迫性の判断に際して考慮される事情は、正当防衛権を制限すべきかという判断に際して多義的に用いられているのであり、事実関係に応じて上記のいずれの価値判断がなされているのかを明確に分類することは不可能である。そして、相手方よりも有利な状況を作り出して反撃行為に出たことから正当防衛権を制限するという価値判断と、不必要な暴力的闘争を作出したことから正当防衛権を制限するという価値判断は、排他的な関係にあるものではなく、両方の価値判断が併存してなされたことにより正当防衛権が制限される事例も存在しうる²¹¹。事案の処理に際して上記のどちらの価値判断が求められるのかを問題にすることは、事例③や④のような自招防衛の事例と積極的加害意思が問題になる事例の中間に位置する事例の処理に際してどちらの価値判断を用いるべきかという困難な問題を生じさせることになる。このことから、自招防衛の事例と、それ以外の相互闘争状況の事例は、全く異なる価値判断により処理されていると解するのではなく、両者を包括するより上位の視点からの、共通の価値判断に

206 清野・前掲注(10) 56頁参照。

207 この点について、この点に関し、杉本・前掲注(188) 39頁は、侵害の予期を考慮して正当防衛の制限がなされる事例は、被侵害者に喧嘩闘争についての事前の意図が存在する「事前意図型」と、行為者に事前の予期が認められるに過ぎない「事前認識型」に分けることができると分析するが、このような分類は、積極的加害意思を認めて急迫性を否定した事例と、積極的加害意思を認めず端的に急迫性を否定した事例に概ね対応するように思われる。

208 小林憲太郎「自招侵害・危難論の視角」刑事法ジャーナル62号(2019年) 5頁、同・前掲注(143) 230頁、遠藤・前掲注(67) 116頁。

209 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) 88頁、小林・前掲注(143) 232頁参照。

210 このようなドイツの判例として、BGHSt. 39, 374 (Urt. v. 26. 10. 1993); BGH NStZ 2011, 82 (Beschl. 4. 8. 2010); BGH NStZ 2006, 332 (Beschl. 2. 11. 2005); BGH JR 1980, 210 (Urt. v. 24. 7. 1979) など。

211 前述の侵害招致行為と被侵害者の反撃準備が両方存在する事例において、被侵害者の凶器の準備と相手方に対する挑発的な言動の両方が考慮されていることは、このような見地からも理解することができる。

より処理されていると解するべきである²¹²。そこで、裁判実務においては、自招防衛の事例もそれ以外の相互闘争状況の事例も、「被侵害者の態度により相互闘争状況の拡大が生じる場合には急迫性が否定される」という、共通の価値判断により処理されていると解するべきである。

(イ) 刑法36条の趣旨との関係

このような理解は、刑法36条の趣旨に沿うものである。すなわち、正当防衛のような緊急行為は、法による本来の保護を受ける余裕のない場合に、補充的に私人が実力行使に出ることを許容した制度であり²¹³、刑法36条の解釈としては、このような緊急行為といい得る行為のみを防衛行為とする結論を導くべきであるとされる²¹⁴。最近の最高裁判例である平成29年決定も、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。」と判示しており、このような理解を明確に示している。そして、被侵害者が不正の侵害が先行する場合であっても、それに対する反撃行為が相互闘争状況を拡大させるものである場合には、被侵害者の反撃行為は、刑法36条で正当化を認めるべき緊急行為とは正反対の性質になるということが出来る。なぜなら、相手方との間で暴力的闘争が発生した、又は発生しそうな状況に、警察などの公的機関が介入する場合、その任務は法秩序に沿った形で、なるべく両者の法益が害されない形で闘争状況を収拾することにあるからである²¹⁵。そうであるならば、被侵害者の反撃行為が、相手方との何らかの対立関係やトラブルを不法な暴力的闘争へと発展させるという意味における「相互闘争状況の拡大」を生じさせる場合には、被侵害者の行為は、この場合に公的機関に期待されるものとは正反対のものとなるので、緊急行為としての正当化を認めるべきではないことになる。このことから、裁判実務は、このような場合には被侵害者の反撃行為は緊急行為とはいえないとして、反撃行為の正当化を否定しているものと解することができ、平成29年決定も、このような見地から侵害の急迫性を否定したものと解される。

(2) 正当防衛状況の意義

ア 「反撃行為に出ることが正当とされる状況」の内実

以上のように、自招防衛の事案も、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案も、実際には「被侵害者の態度により相互闘争状況の拡大が生じる場合には急迫性が否定される」という共通の価値判断により急迫性の有無を決している。そこで、自招防衛が問題となった平成20年決定における「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の基準は、両事例に共通するこのような価値判断を端的に示す判断基準として理解することができる²¹⁶。すなわち、前述のように、平成20年決定も、判決文には現れていないが、実際には侵害の予期または少なくともその可能性を考慮していると解する余地があり、事案の処理に際して侵害の予期そのものとその可能性の違いは重要なものではない。また同決定の「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は、実際には侵害の急迫性を示すものである。そして、正当防衛状況の基準が用いられた平成20年決定のような自招防衛の事案の処理においてなされる価値判断と、急迫性の基準が用いられた52年決定をはじめとする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おいてなされる価値判断は、本質的な点で共通するものである。そうであるならば、平成20年決定における価値判断の内実は、相互闘争状況における正当防衛において正当防衛の成否が問題になった事例を、侵害の急迫性の問題として処理してきた従来の判例・裁判例における価値判断と共通するものとして理解することも可能である。また、同決定は、相手方から客観的に侵害行為がなされたことを前提に、このような価値判断を行っている。このことから、同決定が判示した正当防衛状況の内実には、客観的に侵害が切迫していることも含まれていると解することができ、客観的に侵害が切迫して

212 侵害予期類型と侵害自招類型を包括するより上位の視点の存在についての指摘として、遠藤・前掲注(67) 116頁参照。

213 団藤・前掲注(4) 232頁。

214 安廣・前掲注(2) 83頁、大塚・前掲注(195) 15頁、清野・前掲注(10) 47頁。

215 例えば、警察官職務執行法5条は、警察官の職務としての犯罪の予防及び制止について規定しており、また同法7条は武器の使用について規定しているが、武器の使用及びそれにより人に危害を加えることの制限についても規定している。

216 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) 59頁参照。

いるかに関する問題も、正当防衛状況の存否の問題として処理することができるかと解される。すなわち、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」とは、従来の判例における正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件としての侵害の急迫性を意味するものであり、その内実は、「相手方の侵害が切迫しており、反撃行為に出ることが相互闘争状況の拡大を生じさせるとはいえない状況」を意味するものと解することができる。

平成20年決定で判示された正当防衛状況の内実をこのように解するならば、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事例は、「正当防衛状況」の基準を用いて統一的に処理すべきである²¹⁷。すなわち、このような事例においては、従来であれば積極的加害意思が問題とされた事例も、自招防衛の事例も、被侵害者の必ずしも確実であることを要しない侵害の予期と、凶器の所持などの反撃準備行為、侵害招致行為、相手方の元に出向く行為などの侵害に臨んだ状況などの客観的事情を総合考慮して、反撃行為に出ることが相互闘争状況の拡大を生じさせる場合には、正当防衛状況を否定して、反撃行為について正当防衛及び過剰防衛の成立を認めないとするべきである。重要なのは、このような価値判断により被侵害者の正当防衛権を否定するという点であり、判断基準の名称が急迫性か正当防衛状況かということではない。従来の裁判実務は、この場合に「急迫性」を否定することで、被侵害者の正当防衛権を否定してきたが、今後は、このような事案の処理に際してなされる価値判断の内実を端的に示す「正当防衛状況」の基準を用いるべきである。

イ 平成20年決定の意図

それでは、なぜ平成20年決定は、従来の判例・裁判例と同じ侵害の急迫性の基準ではなく、正当防衛状況の基準を用いたのか。この点については、刑法36条が規定する正当防衛の要件に関する解釈論を根拠とするのではなく、特に裁判員裁判への対応などの、外在的な理由に基づくものであると解される。

(ア) 52年決定の難解さの克服

まず、平成20年決定が従来の急迫性の基準を用いなかったことには、特に裁判員裁判の実施を踏まえて、積極的加害意思論の難解さの克服という意図があるものと思われる。すなわち、52年決定をはじめとする判例が採用している積極的加害意思論の、「積極的加害意思があると急迫性が無くなる」という説明は、日本語としてやや難解でイメージしにくいものであり、また、この理論にのみ依拠していた従来の判例理論が、積極的加害意思論をさらに不明確なものにしてきたことは否定できない²¹⁸。積極的加害意思を理由に急迫性が否定された事案には、52年決定のような大規模な暴力的闘争の事案から、高松高判平14・7・25（裁判所ウェブサイト）のような日常的な暴力沙汰の事例まで、犯行の態様や社会に対する影響の点で大きく異なる事例が含まれる。このように全く異なる事案で同じように用いられている「積極的加害意思」という概念は不明確なものとなっており、その内容を具体的に理解することは困難であると言わざるを得ない。また、この「積極的加害意思」と似た表現であるが、判例理論によれば異なる内容の概念として扱われている、防衛の意思との関係で問題となる「攻撃の意思」の存在も、積極的加害意思の理解をさらに困難にしていると解される。このような類似の概念を、裁判員に混乱なく理解してもらうことは、困難というほかはない²¹⁹。また、前述のように積極的加害意思論は、52年決定の事案の特殊性に大きく影響を受けており、法秩序からの要請を含んだ基準であることから、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²²⁰。このことから、52年決定とは大きく性質が異なる平成20年決定のような事案に対して、積極的加害意思論を適用したり、これに準じた急迫性欠如との理論構成をすることには、種々の問題があったとの指摘もされている²²¹。

そこで、平成20年決定は、特に裁判員裁判を意識して、52年決定などの従来の相互闘争状況における正当防衛に関する判例の論理の背景にある本質を、より分かりやすい形で再構成することを意図したものと

217 拙稿・前掲注(197) 72頁。

218 遠藤・前掲注(5) 192-3頁。

219 司法研修所編・前掲注(5) 25頁。

220 的場=川本・前掲注(148) 112頁。

221 三浦・前掲注(127) 292頁。

解することができる²²²。すなわち、従来の判例理論によれば急迫性が否定される状況について、「積極的加害意思」という、その具体的な内容も、どのように作用して急迫性を失わせるのかも不明確な文言を用いずに、端的に「反撃行為に出ることが正当とされる状況」が失われると判示することで、積極的加害意思論の難解さという問題を克服したものと解される。実際に、平成20年決定以降の裁判例である、後述の事例⑥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。

(イ) 急迫性という文言の限界

次に、平成20年決定が、侵害の急迫性という文言を用いなかったことについては、喧嘩闘争と正当防衛の問題を、急迫性という文言で処理することについて、最高裁が限界を感じたためであるものと思われる。前述のように、判例実務においては、侵害の始期及び終期を示す時的要素だけではなく、侵害の予期、侵害者や防衛行為者の客観的行為態様、さらには法秩序からの要請も考慮して急迫性の有無が判断されており、本来の「急迫」という日本語の意味、すなわち「物事が差し迫った状態になること、せっぱつまること」から離れてしまったといえる²²³。前述のように、判例は、急迫性を検討する中でこれらの要素を規範的・総合的に考慮し、正当防衛行為に出ることが許される状況にあったか否かを検討しているのであり、急迫性は正当防衛を基礎付ける重要な機能を有している。そこで、最高裁はこのような機能を端的に示した「正当防衛状況」という文言を用いることで、「急迫」という文言と離れた内容の判断をすることにより生じる混乱を回避したものと思われる。

また、判決文において侵害の予期について判示しなかったことは、急迫性を判断する際の侵害の予期の考慮方法を理由とするように思われる。前述のように、裁判実務は、侵害の予期として確実な予期を要求せず、予期の程度が弱いものであっても、客観的事情と連関させ総合的に考慮している。平成20年決定が侵害の予期について明文で触れなかったのは、侵害の予期は他の事情と総合的に考慮されるべき要素の1つに過ぎないことを示したものと思われる。侵害の予期のような主観的要件は、事実認定が意外に微妙で、事実認定の精度が高いとは必ずしもいえず²²⁴、このような要素に大きく依拠して急迫性の存否を決することは、判断の安定化の要請に大きく反するおそれがある。平成20年決定が侵害の予期について判示しなかったことは、このような要請に基づき、これまで目立ちすぎていた侵害の予期の地位を大きく後退させたことを意味するように思われる。

5 小括

自招防衛の事案に関する最高裁判例である平成20年決定は、実際には侵害の予期または少なくともその可能性を考慮して、従来の自招防衛に関する判例・裁判例と同じ考え方にに基づき急迫性を否定したものであり、同決定における「正当防衛状況」とは、実際には従来の判例理論における侵害の急迫性を意味するものである。他方、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、実際には必ずしも確実であることを要しない侵害の予期と、被害者の反撃準備行為や侵害に臨んだ状況等の客観的事情を総合考慮して急迫性の有無を決しており、このような判断は、積極的加害意思論を用いずに端的に急迫性を否定した事例にも共通する。そして、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例の中には、積極的加害意思を認定する事情として侵害招致行為を考慮した事例も存在する。このような判例・裁判例をみると、自招防衛が問題になる事例も、積極的加害意思が問題になる事例をはじめとするそれ以外の相互闘争状況の事例も、いずれも必ずしも確実なものではない侵害の予期またはその可能性と、反撃行為に

222 瀧本京太郎「自招防衛論の再構成(2)―『必要性』要件の再検討―」北大法学論集66巻5号297-8頁、同・前掲注(142)151頁参照。また、平成20年決定の判示内容について裁判員制度との関連性を指摘する文献として、嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑法雑誌55巻2号(2016年)133頁、三浦・前掲注(127)430頁、川瀬・前掲注(127)305-6頁、橋爪・前掲注(127)162頁、増田・前掲注(127)141頁、佐伯・前掲注(5)21頁。

223 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。

224 遠藤・前掲注(5)186頁、清野・前掲注(10)53頁。また、三浦・前掲注(127)292-3頁参照。

先立つ客観的事情を総合考慮して、被侵害者が反撃行為に出ることが、相手方との何らかのトラブルや対立関係を不法な暴力的闘争に発展させるという意味における「相互闘争状況の拡大」を生じさせる場合には、侵害の急迫性を否定するという価値判断により、反撃行為の正当化の可否を決していると説明することができる。そこで、自招防衛が問題となる事案も、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案も、このような共通の価値判断に基づいて処理されていると解することができる。平成20年決定で示された正当防衛状況の基準は、客観的に侵害が迫っていることを前提に、このような価値判断を端的に示すものであり、「相手方の侵害が切迫しており、反撃行為に出ることが相互闘争状況の拡大を生じさせるとはいえない状況」を意味するものである。

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

以上のように、平成20年決定で判示された「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とは、「相手方の侵害が切迫しており、反撃行為に出ることが相互闘争状況の拡大を生じさせるとはいえない状況」を意味するものであり、今後の自招防衛の事例を含む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ができるものである。

しかし、最近の最高裁判例である平成29年決定は、相互闘争状況における正当防衛が問題となる事案のうち、いわゆる「出向き型」とされる事例について、侵害の予期を含む反撃行為に先立つ諸事情を総合考慮して、「侵害の急迫性」を否定することで正当防衛の成立を否定する判断を行っている。このことから、今後の裁判実務においては、平成20年決定の「正当防衛状況」の基準と、52年決定や平成29年決定の「侵害の急迫性」の基準を使い分けられることになると解する見解が有力となっている。しかし、平成20年決定以降、また平成29年決定以降の相互闘争状況における正当防衛に関する下級審裁判例には、この「正当防衛状況」の基準と、「侵害の急迫性」の基準を区別せずに用いている事案が多数存在する。また、これまでの検討によれば、自招防衛の事案も、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案も、いずれも「反撃行為に出ることが相互闘争状況の拡大を生じさせる場合には、正当防衛権を否定する」という価値判断に基づくものである点では、本質的には同じものである。そうであるならば、これらの基準を区別して使い分ける必要性は乏しく、この場合の判断内容を端的に示す「正当防衛状況」の基準を統一的に用いることも可能であるように思われる。

そこで、相互闘争状況における正当防衛の事案を、この「正当防衛状況」の基準で統一的に処理することの可否を明らかにするために、平成29年決定をはじめとする、平成20年決定以降の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、これらの事案の処理において、裁判実務が「正当防衛状況」及び「侵害の急迫性」の意義をどのように解しているのかを検討し、現在の裁判実務に照らして、「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案に関する統一的な判断基準として用いることが可能であるかを明らかにする。

2 平成20年決定から平成29年決定までの裁判例

まず、平成20年決定から平成29年決定までの間に出された、相互闘争状況における正当防衛が問題になった事例を検討する。この時期に出された裁判例の中には、平成20年決定の影響を受けて正当防衛状況の基準を用いた事例が多数存在する。しかし、正当防衛状況という文言は、これらの事例の処理に際して一義的には用いられていないように思われる。そこで、このような事案の処理における、正当防衛状況の意義に関する裁判実務の理解を明らかにするために、平成20年決定から平成29年決定まで正当防衛状況の基準を用いた事例を検討する。

(1) 裁判例

⑤東京高判平27・6・5 (LEX/DB25540577)

ア 事案の概要

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

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

イ 裁判所の判断

原審²²⁵は、被告人の反撃行為に正当防衛が成立するかを判断するに際して、まず「正当防衛状況の有無」として、A らによる暴行を招く要因となった被告人の電話での発言は、A らの発言に対して売り言葉に買い言葉として誘発されたものとみる余地があること、被告人は A らが来る可能性を確実に認識していたとはいえないこと、被告人がシースナイフを準備したことや、D に A らが来ることを伝えたのは万一に備えてのことであり、積極的に A らに対する殺傷行為に及ぼうとしていたわけではないことを指摘して、「被告人が正当防衛が認められる状況がなかったということはできない。」と判示した。その上で、被告人の反撃行為は防衛行為として許容される限度を超えるものであり、被告人の行為には過剰防衛が成立するとした。

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

ウ 検討

本判決は、被告人による侵害招致行為と反撃準備行為の両方が併存している事例であり、平成20年決定と52年決定の中間に位置する事例であるように思われる²²⁶。すなわち、本判決が正当防衛の成否に関する判断を行う上では、平成20年決定で指摘された、被侵害者による侵害招致行為及び侵害招致行為と侵害行為の均衡性という事情が考慮されている。しかし、それだけではなく、被侵害者による侵害の予期や、反

225 千葉地判平26・10・22 (LEX/DB25505268)。

226 本判決に対する評釈として、橋田久「判批」『平成27年度重要判例解説』(2016年、有斐閣)147頁、瀧本京太郎「判批」『刑事法ジャーナル51号(2017年)91頁。

撃準備行為などの事情も考慮されており、特に原審では十分に考慮されていなかった、被告人が準備したシーズナイフが取り出しやすい場所に置かれていたことや、その殺傷能力が高いものであることについて、丁寧に検討を加えている。前述のように、凶器の準備などの反撃準備の態様という事実は、積極的加害意思を認定する上で重要な事実であるとされる。そこで、本判決は、実質的には52年決定や、その影響を受けた多くの下級審裁判例と共通する判断を行っている²²⁷と評価することができる。また、本判決は、「正当防衛状況に関する当審の判断」として、本件における被告人の反撃行為には侵害の急迫性が認められないことを判示している。すなわち、本判決は、「正当防衛状況」の判断として、「侵害の急迫性」を問題にしているのであり、正当防衛状況は急迫性要件に解消されている²²⁸。このことから、本判決は、正当防衛状況の判断と侵害の急迫性の判断を同じものとして扱っているということができる。

本判決と同様の判断を行い、被侵害者の正当防衛状況を肯定した事例としては、東京地判平27・5・27 (LEX/DB25540605) を挙げることができる。同判決は、屋外に段ボールで作った寝床に寝ていた被告人が、被害者らに因縁をつけられたので、トラブルを避けるために立ち去ろうとした際に、「今度は私も黙らないよ」などと言ったことをきっかけに被害者らと喧嘩になり、A が被告人に馬乗りになり顔面を殴打し、これに対して被告人が所持していたナイフでA を突き刺し傷害を負わせたという事案において、被告人の発言はそれ自体挑発的なものとは認められないこと、相手方の侵害を予期していたとは認められないこと、被告人が何らかの暴行を予期して刃物を準備していたとも認められないこと、被告人がA とつかみ合いになった時点の行動はA からの暴行に対する抵抗の範囲内の行動と認められ、典型的な喧嘩闘争と認めることはできないことから、「被告人が、A を刃物で突き刺した際には、被告人が反撃することが許される状況にあったことは否定できない。」と判示した。同事案も、被侵害者による侵害招致行為と反撃準備行為の両方が存在するという点で、平成20年決定と52年決定の中間に位置する事案であるということができる。そして、「反撃することが許される状況」、すなわち正当防衛状況を判断するに際して、被侵害者の侵害の予期に加えて、侵害招致行為や反撃準備行為の態様といった客観的事情を総合的に考慮しており、その判断の内実も、本判決と共通するものである。すなわち、同判決も正当防衛状況の判断と急迫性の判断を同じものとして扱っており、これらの事例における侵害の急迫性ないし正当防衛状況の判断の内実は、従来の相互闘争状況における正当防衛の問題を処理する際に用いられてきた、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であると解することができる。

⑥さいたま地判平29・1・11 (判時2340号120頁)

ア 事実の概要

被告人とA の間には、以前にも被告人の犬の散歩をきっかけとしてトラブルが生じたことがあったが、本件犯行当日、被告人が犬を2匹散歩させていたところ、A が自転車に乗って被告人のほうに走ってきて、被告人を呼びつけた上で自転車に跨ったまま被告人の前に立ちふさがった。被告人は、A に対してどいて欲しい旨を告げたが、A はどかなかつたので、A の自転車の前輪を2、3回軽く蹴ったところ、A は自転車を置いて被告人に近付き、被告人の顔面を殴打した。A はさらに被告人に向かって殴りかかってきたので、被告人はA の攻撃を避けつつ、A に向かって足を出した。しかし、それでもA の攻撃が止まないため、被告人は、右手に持っていた犬のリードを左手に持ち替え、A の顔面に向けて右手を突き出したところ、A の顔面にあたり、それによりA は転倒して傷害を負った。

イ 裁判所の判断

裁判所は、本件の争点は、本件暴行が喧嘩闘争の一環として行われたものであるかという点及び被告人が自転車を蹴った行為から反撃行為に出ることが正当とされる状況でなかったと評価できるかという点にあるとした。まず、前者については、被告人がA に対して回避行動を取らなかったとしても、自転車を蹴った際に喧嘩闘争の意思を有していたとはいえないこと、被告人がA に対して足を出した時点でも相互に暴行を加え合う喧嘩闘争の状態ではなかったこと、被告人がA の自転車を蹴った時点では、A による侵

227 この点について、瀧本・前掲注 (226) 94頁参照。

228 瀧本・前掲注 (226) 94頁。

害を予期していたとは認定できないことを指摘して、「被告人による本件暴行をけんか闘争の一環の行為であるということはできず、この観点から正当防衛の成立を否定することはできない。」とした。また、後者については、Aの侵害は被告人がAの自転車を蹴った行為により誘発されたものといえるが、被告人がこのような行為に出たことはAがこれを誘発・挑発した側面があること、このような被告人の行為とAによる殴打行為は質的に相当異なっていることを指摘して、「一般の社会通念に照らし、Aによる殴打行為が被告人による自転車の足蹴り行為に触発された一連、一体の事態としてなされたとしても、なおこれに対して被告人が反撃行為に出ることが正当とされ得ない状況にまで至っていないとするのが相当である。」とした。そして、結論として「被告人の本件暴行は、けんか闘争の観点からみても、自招侵害の観点からみても、正当防衛状況（急迫不正の侵害）の下における行為であることが否定されるものではないと認めるのが相当である。」として、被告人の反撃行為について正当防衛を認めた。

ウ 検討

本判決は、突発的に生じた素手による暴力的闘争の事案において、正当防衛の成否が問題となった事案である²²⁹。本判決も、被告人の正当防衛を否定する際に、「正当防衛状況（急迫不正の侵害）の下における行為であること」を否定していることから、正当防衛状況と侵害の急迫性を同一のものとして解していると思われる。そして、正当防衛状況（急迫不正の侵害）の存否に関する争点として、被告人の行為が喧嘩闘争の一環として行われたことと、自招防衛の問題を問題としているが、まず喧嘩闘争に関する判断としては、被侵害者が回避行動を取らなかったこと、喧嘩闘争の意思の有無、被告人がAの自転車を蹴った行為の態様、侵害の予期を考慮している。このような判断は、従来の相互闘争状況における正当防衛の事例における、侵害の急迫性の存否の判断と共通するものである。他方、自招防衛に関する判断としては、侵害の予期を考慮せずに、侵害招致行為の態様及び侵害招致行為と侵害行為の質的な相違を考慮しているが、このような判断は、平成20年決定の判断と共通性が認められる²³⁰。このことから、本判決は、従来の相互闘争状況における正当防衛が問題となった判例における急迫性の判断と、平成20年決定で示されたような、自招侵害を理由とする正当防衛の制限についての判断の両方を、「正当防衛状況（急迫不正の侵害）」の判断として行っており、正当防衛状況の判断基準に複数の意味を持たせ、自招防衛の事案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のために用いる判断基準として用いているということが出来る。

本判決と同様に、正当防衛状況に複数の意味を持たせている裁判例としては、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）を挙げることができる²³¹。同判決は、被告人とその父である被害者が飲酒しているうちに喧嘩になり、被害者が被告人を押し倒して押さえつけてきたので、被害者の顔や胸を複数回手拳で殴打し（第1暴行）、模造刀を持ち出し振り回すなどした後、一旦退出して模造刀を隠して部屋に戻り、被害者に文句を述べたところ被害者が被告人につかみかかってきたので、被害者を強く押して転倒させたところ（第2暴行）、被害者は被告人の第1暴行に起因する左右硬膜下血腫等により死亡したという事案において、まず第1暴行については、被害者の暴行により緊急状態が生じていたとして正当防衛の成立を認め、第2暴行については、被害者が興奮状態にあったにもかかわらず部屋に戻ったことや、被侵害者の侵害を予期していたはずであったことを指摘して、「互いに興奮した状態で始めた喧嘩の中での行動であって、正当防衛によって保護すべきような緊急状態は生じていないと認められる。」として、正当防衛の成立を否定した。同判決においては、侵害の急迫性を意味する文言として²³²、「緊急状態」という文言が用いられているが²³³、この「緊急状態」という文言は、2つの意味で用いられている。すなわち、第1暴

229 本判決に対する評釈として、坂下陽輔「判批」刑事法ジャーナル56号（2018年）102頁。

230 本判決の判断と平成20年決定の判断基準の関係について、坂下・前掲注（229）106-7頁。

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

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

233 この点について、橋爪・前掲注（5）35頁は、正当防衛の成否を決する大枠としての判断基準として「緊急状況」という基準を提示しており、この「緊急状況」の意味は正当防衛状況とおなじものであるということが出来る。

行においては、「緊急状態」の判断として、客観的な侵害の存否が問題にされている。これに対して、第2暴行においては、わざわざ興奮状態の被害者がいる部屋に戻るという侵害招致行為や、侵害の予期を理由に「緊急状態」が否定されており、ここでは自招侵害を理由とする正当防衛権の制限が問題とされている。そこで、同判決も、緊急状態、すなわち正当防衛状況に複数の意味を持たせ、自招防衛を理由とする正当防衛の制限だけではなく、相互闘争状況における正当防衛の問題を処理するための大枠としての判断基準として用いているということが出来る。

⑦横浜地判平25・10・31(裁判所ウェブサイト)

ア 事案の概要

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

イ 裁判所の判断

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

ウ 検討

本判決は、これまでの事例とは異なり、「急迫不正の侵害」と「正当防衛状況」を明確に区別している。すなわち、客観的・事実的な侵害の存否を「急迫不正の侵害」の問題として、その上で自招防衛や喧嘩闘争を理由とする正当防衛権の制限を「正当防衛状況」の問題としており、両者の内実を全く異なるものと解している。また、本判決は急迫不正の侵害の問題と正当防衛状況の問題を区別した結果、急迫性の問題としては、客観的・事実的な侵害の存否の問題のみが考慮されることになったが、このような理解は、急迫不正の侵害を規範的・総合的な要件として理解してきた従来の判例の立場とは異なるものである。このことから、本判決は、正当防衛状況を急迫不正の侵害とは区別した結果、急迫不正の侵害の意義についても従来の裁判実務における見解とは異なる理解を採用することになった事案であるということが出来る。

(2) 検討

ア 要件としての正当防衛状況

以上のように、平成20年決定から平成29年決定までの相互闘争状況における正当防衛に関する裁判例の多くは、正当防衛状況を、従来の裁判実務における侵害の急迫性と同一ものとして扱い、平成20年決定のような自招防衛の事案以外についても、正当防衛状況を問題にしている²³⁴。すなわち、これらの裁判例においては、「正当防衛状況」の判断として、平成20年決定で考慮された客観的事情だけではなく、侵害の予期や、従来の判例が積極的加害意思を判断する際に考慮してきた、被侵害者の反撃準備の有無及びその

234 このような事例として、本文中に挙げたもの他に、前掲注(9)・長崎地判平26・2・12、前掲注(9)・大阪地判平24・3・16、前掲注(9)・鹿児島地判平26・5・16、前掲注(9)・宇都宮地判平26・3・5など。

程度や、客観的・事実的な侵害の存在及びその継続性が考慮されており、その判断の内実は、従来の判例における侵害の急迫性や積極的加害意思に関する判断と同じものであるといえることができる。

もっとも、平成20年決定以後の裁判例の中にも、従来の判例と同様に積極的加害意思論を用いて急迫性を否定した事例が複数存在する²³⁵。例えば、東京高判平25・2・19(東高刑時64巻1～12号55頁)は、口論をきっかけに被告人と相手方間で暴力的闘争が発生し、被告人が挑発行為に応じて相手方と対峙し、相手方から顔面を殴打されたので顔面を殴り返したところ、相手方がその場に倒れて死亡したという事案において、被告人の一連の行動及びAとの殴り合いの回避が容易であったことを理由に、被告人には十分な侵害の予期と積極的加害意思が認められるとして、侵害の急迫性を否定した。しかし、このような事例における判断の内実も、侵害の予期に加えて、反撃行為に先立つ被害者の客観的態度を総合考慮するものであり、上記の正当防衛状況を問題にした事例における判断と共通する。このことから、平成20年決定以降も、積極的加害意思や侵害の急迫性を問題にした事例が存在することを理由に、裁判実務は正当防衛状況と侵害の急迫性を異なるものとして扱っているということとはできないと解される。

そこで、これらの裁判例における「正当防衛状況」の意義は、従来の裁判実務における侵害の急迫性を言い換えたものであるといえる²³⁶。すなわち、これらの事例においては、「正当防衛状況」という文言は、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して問題になる、正当防衛権を基礎づける規範的・総合的要件としての侵害の急迫性を言い換えたものとして用いられており、自招防衛の事案だけではなく、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案に共通する処理基準として用いられるべき要件として用いられていると解される。

イ 争点としての正当防衛状況

他方、事例⑦のように、侵害の急迫性の問題と正当防衛状況の問題を区別した事例も存在する。例えば、静岡地浜松支判平27・7・1(LEX/DB25540736)は、被害者に呼び出された被告人が、被害者から暴行を受けることを予期して、護身用にペティナイフを用意して被害者が待つ居酒屋に赴いたところ、被害者からゴルフクラブで殴打されたため、ペティナイフを用いて反撃に出て、被害者に傷害を負わせたという事案において、「急迫性について」の問題と、「その他の検察官の主張について」としての正当防衛状況の問題を区別しており、裁判所は、正当防衛状況の存否を検討する上で、平成20年決定を引用し、被告人の侵害招致行為の有無と、侵害招致行為と侵害行為の均衡性を考慮している。また、神戸地判平26・12・16(LEX/DB25447069)は、被告人が運転する自動車が相手方の自動車と衝突しそうなことから、被告人が相手方に文句を言ったことをきっかけとして暴力的闘争が発生したという事案において、被告人の侵害招致行為や侵害の予期の可能性を根拠として正当防衛状況を否定している。これらの事例も、正当防衛状況の判断として、平成20年決定の判断を踏まえた自招防衛の問題のみを検討していることから、侵害の急迫性の問題と正当防衛状況の問題を区別しているといえる²³⁷。

これらの事例においては、正当防衛状況の問題は、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件の存否の問題として検討されているのではなく、被告人の侵害招致行為を理由に正当防衛を否定する根拠として検討されているといえることができる。すなわち、これらの事例においては、「正当防衛状況」という文言は、相互闘争状況において正当防衛が問題となる事案のうち、自招防衛が争点となることを示すために用いられているといえることができる。

ウ 正当防衛状況に求められる役割

以上のように、平成20年決定から平成29年決定までの相互闘争状況における正当防衛に関する裁判例に

235 このような事例として、本文中に挙げたものの他に、大津地判平26・7・24(LEX/DB25504506)、前掲注(55)・前橋地判平24・10・1、前掲注(176)・東京地判平23・10・24、前掲注(176)・さいたま地判平28・2・21、大分地判平28・8・1(LLI/DB07151139)、前掲注(185)・和歌山地判平29・2・22。

236 瀧本・前掲注(142)151頁参照。

237 もっとも、静岡地浜松支判平27・7・1(LEX/DB25540736)における急迫性に関する判断と正当防衛状況には重複する部分があり、また神戸地判平26・12・16(LEX/DB25447069)は、正当防衛状況の問題とは区別された侵害の急迫性の存否については判示していないことから、これらの事例は前掲事例⑦ほど徹底して侵害の急迫性と正当防衛状況を区別しているわけではないと解される。

においては、正当防衛状況という文言は、正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的な要件としての正当防衛状況と、自招防衛が問題になる事例における争点としての正当防衛状況という2つの意味で用いられているといえる。両者は、いずれも相互闘争状況の場面において反撃行為の正当化が許容されるかについての規範的な判断という点では同じであるが、前者は刑法36条1項の「侵害の急迫性」という要件の認定が問題になっており、後者は刑法36条1項の要件とは無関係に、自招侵害を理由とする正当防衛の制限の可否という論点が問題になっている点で区別することが可能である。しかし、正当防衛状況という文言を、後者の意味で用いる必要性は乏しいように思われる。すなわち、平成20年決定以前から、自招防衛を理由に急迫性を否定した下級審裁判例は複数存在していたので、わざわざ正当防衛状況という判断基準を持ち出さなくても、自招防衛の問題を処理することは可能である。また、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つ事例も多数存在することから、自招防衛の事案を「急迫性」ではなく「正当防衛状況」が問題になる事案として独立させることは、当該事案を急迫性の問題とすべきか正当防衛状況の問題とすべきかという新たな問題を生じさせることになり、事案の円滑かつ適切な処理にとって有益なものではないように思われる。そこで、平成20年決定で示された正当防衛状況という文言に求めるべき役割は、同決定以降の多くの裁判例が採用している、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言い換えた要件としての役割であり、その意味で侵害の急迫性と正当防衛状況を使い分ける必要はない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の事案の処理に際して、正当防衛状況の基準を用いる場合には、自招防衛以外の事案についても、従来の判例における侵害の急迫性を言い換えたものとして用いるべきであり、自招防衛の事案を処理するための特別な基準として用いる必要はないと解される。

3 平成29年決定とそれ以降の裁判例

もっとも、平成29年決定は、相互闘争状況における正当防衛の事案のうち、いわゆる「出向き型」の事案につき侵害の急迫性を問題にしていることから、今後の裁判実務においては、急迫性の基準と正当防衛状況の基準が使い分けられるようになると解する見解が有力に主張されている。しかし、平成29年決定がこのような判示をしたことから、直ちに急迫性の基準と正当防衛状況の基準を使い分けるべきと解する必要があるのか。この点を明らかにするために、平成29年決定とそれ以降の同種事案に関する下級審裁判例を検討する。

(1) 平成29年決定

ア 判例

(ア) 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。

(イ) 訴訟の経緯

第1審²³⁸は、本件犯行に先立つ被告人の態度や、反撃行為の態様から、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。」と判示した。

これに対して、控訴審²³⁹は、被告人はAの攻撃を十分に想定していたと認められること、包丁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、被告人の反撃行為の態様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。

(ウ) 判旨

最高裁は、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、昭和46年判決を引用して、「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、52年決定を引用した上で、行為者が侵害を予期して対抗行為に及んだ場合について、「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、侵害場所に出向く必要性、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内容意内容等を考慮し、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出向き、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、原審の判断を是認し、上告を棄却した。

イ 検討

(ア) 本決定の特徴

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、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している²⁴⁰。その特徴としては、①客観的事情を重

238 大阪地判平27・9・17（刑集71巻4号306頁）。

239 大阪高判平28・2・10（刑集71巻4号311頁）。

240 本決定に対する評釈として、中尾佳久「判批」ジュリスト1510号（2017年）107頁、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、是木誠「判批」警察学論集70巻8号（2017年）184頁、照沼亮介「判批」法学教室445号（2017年）48頁、橋田久「判批」『平成29年度重要判例解説』（2018年、有斐閣）154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、島田美小妃「判批」法学新報125巻1=2号（2018年）129頁、坂下陽輔「判批」判例時報2362号（2018年）169頁、大谷實「判批」判例時報2357=2358号（2018年）6頁、橋爪隆「判批」論究ジュリスト29号（2019年）198頁、拙稿「判批」筑波法政74号（2018年）41頁、中尾・前掲注（196）232頁、小林・前掲注（194）142頁、大塚・前掲注（195）13頁、佐伯・前掲注（196）19頁など。また、本決定を契機とした研究として、高橋則夫「『急迫性』の判断構造—最高裁平成29年決定をめぐって—」研修837号（2018年）3頁、同「正当防衛の規範的構造—最高裁平成29年第二小法廷決定をめぐって—」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上）』（2018年、成文堂）195頁、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文—変容する正当防衛制限論から」法学教室451号（2018年）26頁、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学377号（2018年）97頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方・再論」判例時報2391号（2019年）103頁、前田雅英「正当防衛の急迫性判断と主観的違法要素」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上）』（2018

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積極的加害意思を必ずしも要求しないことを指摘することができる。

①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等の対抗行為の準備の状況、侵害回避の容易性、侵害場所に出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²⁴¹。本決定が列挙している客観的事情は、従来の事例においても、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²⁴²。まず、凶器の準備等の対抗行為の準備の状況については、52年決定をはじめとする多くの判例・裁判例において、積極的加害意思や急迫性の存否を認定する上で重要な事実とされている。次に、侵害回避の容易性や相手方の元に向か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い²⁴³。また、侵害に臨んだ状況についても、多くの事例において、被告人が武器を身に付けていたことや、攻撃を受けた時の態勢、相手方との体格差や人数の差などが考慮されている²⁴⁴。

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²⁴⁵。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²⁴⁶、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²⁴⁷、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、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。

このことから、本決定は、裁判実務における急迫性の存否に関する価値判断を変更するものではなく、相互闘争状況において急迫性が否定される範囲を拡大し、正当防衛の成立範囲を狭めるものではないと解される²⁴⁸。これに対して、平成29年決定の刑法36条の趣旨に関する判示を理由に、本決定は、急迫不正の侵害に晒された被侵害者に公的救助要請義務を課すものであり、このような義務に反して反撃行為に出た場合には急迫性が否定されることになる²⁴⁹として、正当防衛の成立範囲が狭められることを警戒する見解も

年、成文堂) 213頁、三代川邦夫「正当防衛に関する最決平成29年4月26日(刑集71巻4号275頁)について」学習院法務研究13号(2019年)179頁、井田・前掲注(204)10頁、山本・前掲注(201)167頁以下、橋爪・前掲注(52)231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)155頁、遠藤・前掲注(67)105頁、坂下陽輔「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂)127頁、井上宜裕「正当防衛における侵害の予期—最決平成29年4月26日の及ぼす影響について—」法政研究86巻1号(2019年)1頁など。

241 高橋直哉「正当防衛状況の判断」法学教室453号(2018年)13頁、橋爪・前掲注(52)243頁、佐伯・前掲注(196)21頁、前田・前掲注(240)日高古稀215頁、大塚・前掲注(195)16頁、坂下・前掲注(240)170頁、拙稿・前掲注(240)46頁。

242 橋爪・前掲注(240)199頁参照。

243 このような事情を考慮した裁判例として、前掲事例⑥、大阪地判平20・9・19(裁判所ウェブサイト)、静岡地浜松支判平27・7・1(LEX/DB25540736)、前掲注(55)・東京高判平25・2・19、前掲注(55)・東京高判平21・10・8、前掲注(55)・前橋地判平24・10・1など。

244 このような事情を考慮した裁判例として、前掲事例⑥、後掲事例⑨、前掲注(185)・新潟地判平24・3・2、前掲注(235)・大津地判平26・7・24など。

245 三代川・前掲注(240)188頁参照。

246 刑集71巻4号288頁。

247 この点について、中野・前掲注(139)122頁は、最高裁判例における論点は実質的には上告趣意書によって示されるとする。

248 中尾・前掲注(196)249頁、遠藤・前掲注(67)114頁、橋爪・前掲注(240)243頁。

主張されている²⁴⁹。しかし、このような本決定の判示は、どのような場合に正当防衛が認められるかという問題について、「国家が救助をなし得ない場合に私人による正当防衛が認められる。」という、私人の側から見た正当防衛の性質について判示したものに過ぎず、本決定が明示した裁判実務の見解は、被侵害者が相手方の元に自ら出向いたり、凶器を準備して侵害に臨んで反撃行為に臨んだ場合に正当防衛状況を否定するものであり、単に公的救助を要請しなかったことのみを理由に正当防衛状況を否定するものではない²⁵⁰。このことから、同決定は、被侵害者に対して一般的な公的救助要請義務を課すものではなく、正当防衛の成立範囲を狭めるものではないと解するべきである。

②十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一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²⁵¹。前述のように、相互闘争状況における正当防衛に関する下級審裁判例の中には、十分な侵害の予期が認められないにもかかわらず侵害の急迫性を否定した事案が多数存在することから、実際の裁判実務は、必ずしも十分なものではない侵害の予期（またはその可能性）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、当該事案が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。

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。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²⁵²、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摘もされている²⁵³。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ことを示したように思われる。

③積極的加害意思を必ずしも要求しないこと

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²⁵⁴。

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。前述のように、裁判実務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おらず、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ない。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。たしかに、52年決定で示された積極的加害意思論は、そ

249 山本・前掲注(201)187頁、松宮・前掲注(240)111頁以下参照。

250 三代川・前掲注(240)189頁、小林・前掲注(240)判時2391号105-6頁、井上・前掲注(240)9頁、照沼・前掲注(240)54頁参照。

251 橋爪・前掲注(52)246頁、嶋矢・前掲注(240)31頁、坂下・前掲注(240)刑事法147頁、拙稿・前掲注(240)48頁など。

252 三浦・前掲注(127)429頁、遠藤・前掲注(5)192頁、清野・前掲注(10)55頁。

253 三浦・前掲注(127)433頁、司法研修所編・前掲注(5)26頁、清野・前掲注(10)52-3頁参照。

254 鎮目征樹「正当防衛」法学教室465号(2019年)108頁、成瀬・前掲注(240)158頁、菅原・前掲注(240)94頁、是木・前掲注(240)190頁、嶋矢・前掲注(240)31頁、高橋・前掲注(240)研修10頁、高橋・前掲注(241)13頁、井田・前掲注(204)15頁、橋爪・前掲注(52)241頁、同・前掲注(240)199頁、波床・前掲注(240)154頁、照沼・前掲注(240)54頁、大塚・前掲注(195)15頁、佐伯・前掲注(196)21頁、山本・前掲注(201)168頁、小林・前掲注(177)145頁、中尾・前掲注(196)247頁、橋田・前掲注(240)155頁、三代川・前掲注(240)194頁、井上・前掲注(240)1頁、拙稿・前掲注(240)54頁。

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が、日常的な喧嘩闘争の事案に対しては使いにくく、52年決定とは大き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ことは否定できない。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²⁵⁵。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²⁵⁶。

(イ) 価値判断の内実

本決定は、事案に現れた諸事情を総合考慮して、「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²⁵⁷。もっとも、本決定は、正当防衛の成否を決する上でなされる価値判断の具体的な内容を明確に示してはいない。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、この点については、被侵害者の侵害回避可能性から説明する見解や²⁵⁸、事前の対抗行為意思の現実化という観点から説明する見解²⁵⁹も主張されている。しかし、これらの見解から正当防衛権の制限を説明する場合には、いずれも前提としての十分な侵害の予期が必要になると解されるが²⁶⁰、平成29年決定は侵害の予期に特別な地位を認めておらず、あくまで総合考慮の一要素として扱っている。同決定は、特定の要素を重視して急迫性を判断しているのではなく、凶器の準備や回避可能な侵害を回避しなかったことといった、個々の事案の態様に応じた被侵害者の暴力的闘争を志向する態度を総合的に考慮し、被侵害者の反撃行為を単なる犯罪行為として扱うべき場合に急迫性を否定しているとすることができる。このような判断の内実については、「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」という価値判断がなされていると理解することも可能であるように思われる。

すなわち、本決定が急迫性の判断に際して考慮すべき事情のうち、「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）」については、被侵害者があらかじめ反撃準備を整えて反撃行為に出た場合には、被侵害者は相手方との対立関係を当事者の法益がより大きく害される大規模な暴力的闘争へと拡大したとすることができる。同様に、「侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性」についても、侵害回避が容易であったり、侵害場所に出向いたり、とどまる必要がないにもかかわらず相手方と対峙することも、不必要な暴力的闘争を生じさせるという意味で相互闘争状況の拡大を生じさせるとすることができる。そして、本決定が急迫性を否定する上では、被告人が包丁を所持してわざわざ被告人の自宅マンションの前に待ち構えている相手方の元に出向いて、相手方の攻撃に対して直ちに強力な反撃行為に出たという態度を指摘している。このような被告人の態度は、相手方との対立関係を、口論や嫌がらせの段階から、生命にかかわる暴力の行使を伴う重大な相互闘争状況へと拡大したものと評価することができる。このように、平成29年決定が指摘している急迫性の判断に際して考慮すべき事情や、実際に同決定が急迫性を否定する上で考慮している事情に照らすと、本決定においてなされた価値判断の内実を、相互闘争状況の拡大という見地から理解することも可能であると思われる。

(中央学院大学法学部専任講師)

255 波床・前掲注(240)152頁、橋爪・前掲注(52)244頁、同・前掲注(240)199頁、中尾・前掲注(196)254頁、小林・前掲注(194)144頁。

256 橋爪・前掲注(52)244頁、高橋・前掲注(240)13頁、三代川・前掲注(240)194-5頁。

257 橋爪・前掲注(52)251頁、井田・前掲注(204)15頁、大塚・前掲注(195)15-6頁、波床・前掲注(240)153-4頁、清野・前掲注(10)49頁参照。

258 橋爪・前掲注(52)249頁、前田・前掲注(1)捜査研究16頁。

259 坂下・前掲注(240)判時173頁。

260 橋爪・前掲注(240)刑事法163-4頁、坂下・前掲注(240)判時173頁、同・前掲注(201)45頁参照。