

松 山 大 学 論 集
第 27 卷 第 5 号 抜 刷
2 0 1 5 年 12 月 発 行

正当防衛における「急迫不正の侵害」の意義

—— 平成 21 年東京高裁判決を中心に ——

明 照 博 章

正当防衛における「急迫不正の侵害」の意義

—— 平成 21 年東京高裁判決を中心に ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 平成 21 年東京高裁判決
- 三 平成 21 年東京高裁判決の分析
- 四 平成 21 年東京高裁判決の意義
- 五 結論

一 本 稿 の 目 的

刑法 36 条における侵害の急迫性の要件に関して、例えば、昭和 24 年最高裁判決は、「『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫つたことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであつて、被害の現在性を意味するものではない」とする¹⁾。また、昭和 46 年最高裁判決は、「『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」としている²⁾。そして、昭和 46 年判決と昭和 52 年最高裁決定³⁾ の関係をめぐって、一連の「積極的加害意思論」が展開されてきていることについては、すでに論じたところである⁴⁾。

また、別稿において、判例における「侵害の急迫性」の意義⁵⁾、昭和 52 年決定によって示された侵害の「急迫性の消極的要件」としての「積極的加害意思」と「防衛の意思」の関係を整理した上で⁶⁾、昭和 52 年最高裁決定から平成 20 年最高裁決定⁷⁾ に下された自招侵害に関する判例の動向を分析してきた。その結

果、「侵害の自招性」を、①「正当防衛の客観的要件を否定する要素として検討する判例」⁸⁾ ②「正当防衛の主観的要素（防衛意思）を否定する要素として検討する判例」⁹⁾ ③「防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例」¹⁰⁾ ④「喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」¹¹⁾ があることが判明した。

その後、自招侵害の事例において平成20年最高裁決定が下されている。平成20年決定の意義は、自招侵害の事例に関しては、侵害の急迫性を否定する事例処理をしないということにある。すなわち、平成20年決定の原判決は、①の類型の昭和60年福岡高裁判決¹²⁾を起点とする判例群の见解を前提とした理論構成を採用していた¹³⁾が、平成20年最高裁決定によって、これが否定されたのである¹⁴⁾。それゆえ、①の類型の昭和60年福岡高裁判決を起点とする判例群が問題としていた事例においては、侵害の急迫性を否定することによって問題を解決する処理はされなくなるはずである。少なくとも、平成20年最高裁決定は、自招侵害の事例に関して、侵害の「急迫性の問題として事案の解決を図らなかった」ことによって、「急迫性の理解・解釈に混乱が生じること」を回避したものと評価されているからである¹⁵⁾。そして、平成20年決定は、自招侵害の処理にあたって、正当防衛の「要件論の次元を超えた領域」で解決を図っているとすれば¹⁶⁾、逆に、侵害の急迫性の判断に関しては、「端的に」防衛者の法益侵害の危険性に基づいて、その存否を判断することが要請されることになるであろう¹⁷⁾。

この点に関して、平成20年最高裁決定以降に下された侵害の急迫性に関する興味深い判例として、平成21年東京高裁判決がある¹⁸⁾。本稿では、東京高裁判決を分析した上で、その意義及びあるべき理論構成を考察したい¹⁹⁾。

注

- 1) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。なお、本稿では、判決文に旧字体が用いられている場合は、適宜、新字体に改めた。

- 2) 最判昭 46・11・16 刑集 25 卷 8 号 996 頁。
- 3) 最決昭 52・7・21 刑集 31 卷 4 号 747 頁。
- 4) 拙稿「わが国の判例における積極的加害意思の急迫性に及ぼす影響について」『法律叢』72 卷 5 号（平 12 年・2000 年）145 頁以下，同「正当防衛における『自招侵害』の処理（1）」『松山大学論集』21 卷 3 号（平 21 年・2009 年）243 頁以下。さらに，「喧嘩闘争と正当防衛」に関しては，拙稿・注（4）法論 130 頁以下参照。
- 5) 拙稿・前掲注（4）松大論集 243 頁以下。
- 6) 拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理（2）」『松山大学論集』21 卷 3 号（平 21 年・2009 年）159 頁以下。
- 7) 最決平 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁。
- 8) なお，この類型には，「侵害の自招性」を，「侵害の急迫性を否定する要素」として検討する判例と「侵害の不正性を否定する要素」として検討する判例がある（詳細は，拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理（3）」『松山大学論集』21 卷 3 号（平 21 年・2009 年）101 頁以下参照）。
- 9) 拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理（4・完）」『松山大学論集』27 卷 3 号（平 27 年・2015 年）137 頁以下。
- 10) 拙稿・前掲注（9）152 頁以下。
- 11) 拙稿・前掲注（9）159 頁以下。
- 12) 福岡高判昭 60・7・8 刑月 17 卷 7 = 8 号 635 頁，判タ 566 号 317 頁。詳細は，拙稿・前掲注（8）122 頁以下参照。）
- 13) 東京高判平 18・11・29 刑集 62 卷 6 号 1802 頁。詳細は，同「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相－松山大学法学部二十周年記念論文集－』（平 22 年・2010 年）359-60 頁参照。
- 14) 平成 20 年最高裁決定の意義については，拙稿・前掲注（13）355 頁以下，同「判批」『判例評論』611 号（平 22 年・2010 年）27 頁以下において示した。
- 15) 山口厚「正当防衛論の新展開」『法曹時報』61 卷 2 号（平 21 年・2009 年）16 頁。
- 16) 拙稿・前掲注（13）370 頁，同・前掲注（14）31 頁。
- 17) 拙稿「共同正犯と正当防衛－侵害の急迫性を中心に－」『松山大学論集』25 卷 6 号（平 26 年・2014 年）118-9 頁参照。なお，高山教授は，平成 20 年決定に関して次のように指摘しておられる。すなわち，平成 20 年決定は「被告人が自ら侵害を招いた事案で，控訴審の解決が従来の『急迫性』要件によっていたにもかかわらず，その判断枠組みを採用しなかった。判例変更がなされたわけではないが，『急迫性』を客観的に判断すべきだとする学説に一歩近づいたように思われる」とされる（高山佳奈子「実体刑法の改革」『法律時報』85 卷 8 号（平 25 年・2013 年）49-50 頁）。また，裁判官からは，同決定は「判文どおりの客観的事実があれば『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』としたもの」という指摘があり（三浦透「判批」『最高

裁判所判例解説刑事篇（平成20年度）』（平成24年・2012年）433頁）、これを「正当防衛に関する判断枠組みの明確化ないし客観化を志向したもの」とする「理解」がなされている（増田啓祐「自招侵害」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（平成26年・2014年）141頁）。

さらに、佐伯教授は、裁判員裁判の導入を契機として変化した方がよいとされる点について次のように指摘されている（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（平成21年・2009年）6-7頁）。すなわち、教授は、「裁判員裁判においてはより明確な基準が求められている」とされ（さらに、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」『法曹時報』60巻5号（平成20年・2008年）9-10頁参照）、「判例は、しばしば主観的要件を立てて、これを客観的な間接事実によって認定するという方法を用いているが、間接事実による主観的要件の認定は、裁判員にとってわかりやすいものとはいえない」と指摘される。これを踏まえて、増田判事は、平成20年最高裁決定を「裁判員裁判時代を迎え」、「侵害の予期ないしその可能性といった主観的要件を問題とすることなく正当防衛の成立を否定した」判例と位置づけておられる（増田・注（17）141頁）。

18) 東京高判平21・10・8 東高判時（刑）60巻1～12号142頁，判タ1388号370頁。

19) さらに、地裁レベルではあるが、侵害の急迫性の存否を判断する視点として、「防衛者の『法益侵害の危険性』の存否を重視する」判例①とそうではない判例②があるように思われる。

①の判例として、例えば、横浜地判平27・3・13【TKC文献番号25447224】がある。

横浜地裁は、「検察官は、これまでの経緯から、被告人は被害者が酒に酔えば暴れることを分かっているが自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった旨主張する。しかしながら、被害者は酒を飲めば必ず暴れるわけではなかったこと等の事実も考慮すると、被告人は被害者が暴れることを確実に予期していたとまでは認められないし、そもそも侵害を予期していたというだけで急迫性が失われるものでもなく、被害者を保護監督する必要がある被告人にタクシーの利用を回避する義務が課せられるわけでもない。検察官の主張は採用できない（もっとも、上記のような事情は、後述のとおり、防衛行為の相当性の判断において、一定の意味を持つものと考えられる。）」とする。

②の判例として、例えば、神戸地判平21・2・9【TKC文献番号25440853】がある。

神戸地裁は、「被害者の被告人Cに対する一連の暴行が、被告人Cに対する急迫不正の侵害に当たるか否かを検討する」とし、一般論として、「(1) そもそも正当防衛は、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状態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、予期された侵害であっても、これに直面すれば緊急状態に陥ることがあるのだから、侵害を予期していたことのみをもって直ちに侵害の急迫性が失われるとはいえない」。「しかしながら、単に侵害を予期していたのみならず、その機会を利用し、侵害者に対する積極的な加害の意思で実力行使に及んだ場合には、そもそも国家

機関に保護を求めるつもりがないのであるから、緊急状態に陥っていたとはいえないのであり、このような場合には、侵害の急迫性が認められず、正当防衛は成立しない」とする。

二 平成 21 年東京高裁判決

東京高裁は、被告人側からの事実誤認の主張に関して、まず、原判決の事実認定の当否を検討する。すなわち、「原判決は、判示第 1 として、被告人が、平成 20 年 12 月 1 日午後 9 時 47 分ころ、C 市…のマンション（以下『本件マンション』という。）出入口前スロープ上において、被告人の実母の再婚相手であり、当時 49 歳の男性である被害者に対し、死の結果が生じるかもしれないが、それもやむを得ないと考え、その左前胸部を持っていた果物ナイフ（刃体の長さ約 9.4 cm。以下『本件果物ナイフ』という。）で突き刺したが、同人に傷害を負わせたにとどまった殺人未遂の事実を認定している」。

これに対して、被告人側は、「①本件事件の凶器は本件果物ナイフではなく、キャンプ用折り畳み式ナイフ（以下『キャンプ用ナイフ』という。）であった可能性が高く、②被告人には殺意が認められず、被告人の行為は傷害罪の構成要件に該当するにとどまり、③被告人の行為については正当防衛が成立して無罪であり、仮にそれが防衛の程度を越えているとしても過剰防衛が成立するのであって、原判決のこれらの事実誤認が判決に影響を及ぼすことは明らかである」と主張する。

東京高裁は、主文において控訴を棄却し、²⁰⁾ 被告人側からの主張に対しては、「原判決が挙示する証拠によれば、原判決の事実を認めることができ、本件殺人未遂につき被告人には正当防衛も過剰防衛も成立せず、原判決が『判示第 1 の犯行における争点に対する判断』（以下『争点に対する判断』という。）の項で説示するところも、おおむね正当として是認することができる」とした上で、「補足」として「凶器」、「故意」及び「正当防衛」に言及し、結論として「原判決に判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認はなく、論旨は理由が

ない」とした。

まず「殺意」に関連して、次のように説示する。「殺意の有無及び正当防衛（ないし過剰防衛）の成否の判断の前提として、本件犯行直前から犯行時までの被告人及び被害者の行動については、原判決挙示の関係証拠により、原判示のとおり的事実が認められる（すなわち、本件当日午後9時半ころ、被害者は、本件マンション1階出入口前で、実母を訪ねて来た被告人に対し、実母はいないと告げて追い返そうとしたが、被告人がこれに応ぜず、被害者に続いて本件マンションの中に入り込もうとしたり、その場を動かなかったりした。そこで被害者は、出入口前のスロープ上にいた被告人に近寄り、帰るよう強く促したものの、被告人が無言でにらみ返すだけで立ち去ろうとしないため、右手で被告人のジャンパー左襟首をつかみ、『なめんな』『ふざけんじゃねえ』などと言いながら、左方向に3、4回強く引っ張る暴行に及び、その際、被害者の右手が被告人の頬付近に当たるなどした。その後被告人は、被害者の左前胸部を本件果物ナイフで突き刺した。）」とした。

次に、「正当防衛」に関連しては、「原判決挙示の関係証拠によれば、本件に至る経緯として、原判決の『犯行に至る経緯』のとおり的事実が認められる（概要は、次のとおりである。被告人は、長年にわたりいわゆる『引きこもり』の状態にあり、平成12年ころから自立を期待した実母や被害者の経済的援助の下にアパートで一人暮らしを始めたが、隣室居住者らとトラブルを繰り返して平成19年10月には退去せざるを得なくなり、実母にも援助を拒まれるに至った。平成19年12月に被告人は困窮して本件マンションに実母を訪ねたが、その際、実母との面会を阻もうとした被害者から殴る蹴るといった暴行を受けた。しかしそれでも被告人が実母に会うことを渴望したため、実母から約100万円の援助を受けることができた。しかし、その後、被告人の自立を促すため、携帯電話をつながないようにするなどして実母からも距離を取ろうとされたため、平成20年3月ころ被告人は実母をその職場近くで待ち伏せして暴行騒ぎを起こすに至った。このため被告人は、同年1月に実母の紹介により就

いた警備の仕事も辞めるところとなり、生活費に窮するようになった。そこで被告人は、本件当日、実母に会って更に経済的援助を求めようと本件マンションを訪れたが、本件マンション出入口前で被害者に実母はいない旨告げられ、帰るよう促され、[殺意の冒頭－筆者補足]の状況で本件犯行に至ったものである。』とした上で、「上記のような経緯中、特に平成19年12月の訪問時に被害者に暴行を加えられた状況やその後の経緯、実母が自分と会おうとしないであろうということも被告人は容易に推測し得たと考えられることなどからすると、被告人は、本件マンションを訪問する前の段階で、同マンションを被告人が訪問して実母と会うことに固執すれば、被害者が被告人を追い払おうとして暴行を加えてくることを予期していたものと推定することができる。そして、このような状況の下で、被告人は、着用していたジャンパーのポケット内に本件果物ナイフを準備した上で、本件マンションを訪れたものであるから、被害者が暴行を加えてきた際には本件果物ナイフを用いて被害者に反撃する意思を有していたものと推定することができる。被告人の捜査段階の供述には、本件マンションに行けば、被害者が出てきて、無理やり被告人を追い返そうと平成19年12月と同じように被告人に暴力を振るってくる可能性も高いと思った、被害者から暴力を振るわれたとしても、被害者を打ち負かして実母に会おうと思っていた、本件果物ナイフで被害者を切ったり刺したりすれば被害者を打ち負かすことができると考えた、などという部分がある…が、これらは被告人の予期や意思についての上記の推定を裏付けているものといえる」とし、「現実には被害者が本件殺人未遂の犯行直前に被告人に加えた暴行は、被告人の予想の範囲・程度にとどまるものであったというべきである」とした。

東京高裁は、「刑法36条1項が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えると、侵害があらかじめ予期されたものであったとしても、そのことから直ちに同条項にいう急迫性が失われるものと解すべきではない（最高裁昭和46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁等参照）」とするが、「しかし、単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことな

く容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」という一般論を述べ、事例判断として次のように説示する。すなわち、「本件においては、上記のとおり、被告人は、被害者の暴行の高い可能性を予期し、かつ、被害者や実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ容易に被害者の暴行を避けることができたにもかかわらず（なお、被告人が当時34歳の成人男性であることを踏まえて上記のような経緯をみれば、本件当時被害者や実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点で、少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである。）、被害者の暴行があれば準備した本件果物ナイフを用いて反撃する意思で、本件マンションを訪れ、予想された範囲・程度にとどまる被害者の暴行を受け、本件果物ナイフで上記のような刺突行為に及んだ、というのであって、本件においては到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない」。「そうすると、正当防衛の成立を否定し、過剰防衛も認めていない原判決は結論において正当であって、この点について事実誤認は認められない」としたのである。

注

20) なお、本件は上告されているが、最高裁によって棄却されている。

三 平成 21 年東京高裁判決の分析

1 本件の正当防衛の成否に関する争点

本件の正当防衛の成否に関する争点は、次の通りである。

被告人は、被害者から暴行を受ける可能性が高いことを予期しかつ正当な利益を損なうことなく容易に当該侵害（被害者からの暴行）を避けることができたにも拘らず、被害者からの暴行があれば準備した果物ナイフを用いて反撃をする意思で被害者方マンションを訪れ、自ら侵害が予想される状況に臨み、その予想された範囲・程度にとどまる被害者からの暴行を受けて、被害者の左前胸部を果物ナイフで突き刺す行為（反撃行為）に及んだ場合、被告人には、正当防衛が成立するか、である。より端的に言えば、本件の争点は、上記の事実関係において、「被害者からの暴行は、急迫不正の侵害といえるか」、言い換えると、「被告人は、正当防衛状況にあったか」にある。

2 東京高裁が示した基準と事例判断

(1) 基準

この問題を処理するために、東京高裁は、昭和 46 年最高裁判決²¹⁾を引用しつつ、「刑法 36 条 1 項が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えると、侵害があらかじめ予期されたものであったとしても、そのことから直ちに同条項にいう急迫性が失われるものと解すべきではない」とするが、「単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」という一般論を示した。

(2) 事例判断（あてはめ）

上記の一般論を前提として、東京高裁は、本件において「被告人は、被害者の暴行の高い可能性を予期し、かつ、被害者や実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ容易に被害者の暴行を避けることができた」にも拘らず、「被害者の暴行があれば準備した本件果物ナイフを用いて反撃する意思で、本件マンションを訪れ、予想された範囲・程度にとどまる被害者の暴行を受け、本件果物ナイフで上記のような刺突行為に及んだ」というのであって、「本件においては到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない」としたのである。

そして、東京高裁は、侵害を回避すべき時期としては、「被告人が当時34歳の成人男性であることを踏まえて」、本件における経緯をみれば、「本件当時被害者や実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点」を挙げ、この時点において、「少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである」と説示している。

注

21) 最判昭46・11・16・前掲注(2)。

四 平成21年東京高裁判決の意義

1 「侵害の急迫性と侵害の予期の関係」と侵害の急迫性の存否

平成21年東京高裁判決が引用する「昭和46年判決」は「侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する先例」とされるが²²⁾、昭和46年判決は、上記の通り「『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」とする。そして、

判例上、従来は、昭和 52 年決定を踏まえて、積極的加害意思の存否によって、侵害の急迫性の存否を判断する道筋が用意されていた。昭和 52 年決定は、「刑法三六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」である。しかし、刑法 36 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こととどまらず、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充たさない」としている。

2 昭和 52 年決定（積極的加害意思）の意義

昭和 52 年決定にいう「刑法 36 条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」に関連して、香城判事は、『最高裁判例解説』において、次のように指摘されている²³⁾。

香城判事は、「相手の侵害を予期し、自らもその機会に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨み、加害行為に及んだ場合、なぜ相手の侵害に急迫性が失われることになるのであろうか」という問題提起をされる。

これに対して「このような場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為とすこしも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は、違法であるというほかはない」①とされ、そして、「それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃が共に違法であるのと、まったく同様なのである」②と指摘される。

その上で、「前記のような場合に相手の侵害に急迫性を認めえないのは、このようにして、本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保

護を受けるべき立場にはなかったからである、と考えるべきであろう」と結論づけられる。

香城判事が昭和52年決定に関する評釈を『最高裁判例解説』において指摘していることに鑑みると、昭和52年決定が示した積極的加害意思の理論は「喧嘩闘争や私闘と同視すべく、初めから違法というべきものを正当防衛から排除するための理論」であったこと²⁴⁾は誤りではないであろう。しかし、昭和52年決定の趣旨を上のように解した場合、積極的加害意思の理論は、「道具立てがいささか大げさで、小回りが利きにくい嫌いもないではない」²⁵⁾そして、「積極的加害意思という概念は、実はその外延は必ずしも明らかではなく、その存否に関する安定した統一的判断は困難である」²⁶⁾という批判につながってくるのである。

3 香城説とは異なる理論構成を採用する判例

そこで、香城判事が示した理論構成とは異なる構成を採用する下級審判例が存在している²⁷⁾

例えば、平成元年札幌地裁判決は²⁸⁾川端説の影響を受けていると考えられるが、川端説は次の通りである²⁹⁾すなわち、ビンディングによれば、全正当防衛論にとって、この攻撃が単に正当防衛権の発生事由として「被攻撃者のために」考慮されるという事実が礎石を形成する、つまり、「不正に攻撃されていること」が正当防衛権の源泉を形成しているとされるが³⁰⁾防衛者側からの視座に着目すると、法益侵害の可能性は、単に侵害行為者側の客観的事情だけでなく、被侵害者側の対応関係によっても重大な影響を受けることを前提にすることができる。

この観点から侵害の急迫性について敷衍すると次のようになる。すなわち、侵害行為（侵害行為者側の客観的事情）の存在により、「形式的」にみれば法益侵害の可能性があったと考えられる場合であっても、その侵害が予期されていて被侵害者にとって突然のものとはいえず、それを阻止するための準備（迎

撃態勢をつくること）が可能となるならば（被侵害者側の対応関係）、被侵害者側の法益侵害の可能性は「実質的」に低下することになる。

この関係を前提にすると、侵害の急迫性に関して、次のような解釈が可能となる。防衛者が侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害する意思をもっている場合、侵害者からの侵害に対する迎撃態勢が強化されているので、防御者（迎撃者）の法益が侵害される恐れは減少し、「実質的」（ないし現実的）には、防御者の法益侵害が生じ得なくなる事態も存在することになる。それゆえ、防御者（迎撃者）の法益侵害の可能性が事実上「実質的」に失われる時は、侵害の急迫性を否定できる事態が生じる。つまり、侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的加害意思をもっていた場合、侵害の急迫性が消滅するのである。

平成元年札幌地裁判決では、昭和 52 年決定を引用した上で、急迫性の存否を判断しているが、事例判断において、まず、「被告人甲においては、共同器物損壊行為に及んだ時点で、G の性向等からみて、同人らが日本刀などの武器を持ち出して反撃して来ることは確実なこととして予期でき」、この「予想したうえでその対抗手段として予め実包装填のけん銃を準備」したとする。これにより、札幌地裁は、G の攻撃が、被告人甲にとって、突発的な事情ではなく、この確実な予期に基づいて G の攻撃を阻止する迎撃態勢を作っていたことを確認したといえる。そして、「予期どおり G が日本刀と覚しき武器を持ち出した際、外形的には攻撃に出るように見える G の侵害を避ける行動をとらないまま、G に対しけん銃を連続して発砲した」としているが、上記のような迎撃態勢が整っている場合、G の攻撃は「外形的には攻撃に出るように見える」攻撃であるとしており、このような攻撃を、本判決は、「形式的にみれば」法益侵害の可能性があるように見える事態が存在しているにすぎないと評価していると解することができる。その上で、このような「状況全体からみて、被告人甲は、その機会を利用し積極的に G に対して加害行為をする意思を有していたものと認める」とする札幌地裁は、積極的加害意思を肯定する際に、防衛

者側の迎撃態勢を考慮して、侵害の急迫性の存否を判断していると評価し得るのである³¹⁾

以上のような枠組みで、昭和52年決定を理解すれば、「防御者の法益侵害の可能性」という視点から、昭和24年最高裁判決及び昭和46年最高裁判決における「侵害の急迫性」の定義の延長上に「積極的加害意思が問題となる場面」を位置づけることができる³²⁾

4 平成21年東京高裁判決の理論構成

ところが、平成21年東京高裁判決は、川端説を踏まえた枠組みで問題解決を図っているわけではない。すなわち、本判決は、「単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということとはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」とし³³⁾一定の場合には、行為者に回避義務を課し、仮に、行為者に回避義務違反があれば、「急迫性を欠く」とする理論構成を採用している佐藤説を踏まえた基準の設定となっているからである³⁴⁾

最近、学説において「急迫不正の侵害からの退避義務についての議論」が「進展」しているが³⁵⁾回避義務論が展開される「重要な契機となった」のが³⁶⁾佐藤説である³⁷⁾佐藤教授によれば、「不正の侵害を予期したときは、これを回避することのできる場合が多い」が、「このような場合でも、一般的には、侵害を回避する義務はない。それは侵害を予期したからといって、被侵害者の生活上の自由が制約されるべきいわれはないからである…しかし、予期された侵害を避けないということとどまらず、将来の侵害を受けて立つことにより、被侵害者（以下『行為者』ともいう。）において正当防衛状況を作り出した場合には、

更に立ち入った考察を必要とする」とし、検討対象となる具体例としては、「予期した侵害を格別の負担を伴うことなく回避できるのに、侵害があれば反撃する意思をもって、予期した侵害の場所に出向く場合」（出向型）と、「予期した侵害を待ち受ける場合」（待機型）を挙げ、これらの場合には、「正当防衛状況を作ってはならない義務、すなわち侵害の回避義務を認めてよい」とする。そして、「侵害の回避義務を認めるためには、侵害の出現を確実に予期していることが必要である」ことを前提として、「行為者の意思の内容は、侵害があれば反撃する意思があれば足り」、「住居などにいる場合を除き」、「積極的加害意思までは必要ではない」ので、例えば、「生活上の利益がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行くのは、積極的加害意思がなくても、回避義務違反になる」とする。次に、「行為者側の負担」（被侵害者側の負担）に関して、「出向型の場合には、出向くことについて生活上の自由が制約される事態は少ない」ので、一定の例外を除いては、³⁸⁾「回避義務を認めてよい」が、「待受型の場合には、侵害の予期される場所に留まることに生活上の利益の伴うことが多い」ので、このような場所に「侵害があれば反撃する意思だけで留まっている限りにおいては、回避すべき義務が生じない」が、「積極的加害意思をもって留まる場合には」、滞留している場所を「私的闘争の場として利用する」ものであり、「生活上の自由」を享受しようとしていないから、その「場所に留まる正当な利益」は認められない。したがって、このように、「単に侵害を予期しただけではなく、回避義務がある場合であるのに、自らが出向きあるいは待ち受けたことにより発生した侵害は、予期した緊急事態を自ら現実化させたものとして、急迫性を欠くとみてよい」とされるのである。³⁹⁾

5 平成 21 年東京高裁判決の理論構成の妥当性

まず、平成 21 年東京高裁判決の理論構成には、昭和 46 年最高裁判決⁴⁰⁾との関係で整合性があるのかが問題となる。昭和 46 年最高裁判決は、「法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、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」と指摘しているからである。

ただし、それぞれの事実関係を分析すると、昭和46年最高裁判決が問題としている「回避可能性」は、侵害が生じた「後」の場面である⁴¹⁾のに対して、平成21年東京高裁判決が問題としている「回避可能性」は、侵害が生じる「前」の場面である。したがって、昭和46年判決と平成21年判決とは、場面を異にしているから、両者に矛盾はないという解釈も可能であろう⁴²⁾

そこで、この点は措くとして、次に、平成20年最高裁決定が、侵害の急迫性の判断に関しては、「端的に」防衛者の「実質的」な「法益侵害の危険性」の存否に基づいて判断する、という方向性を示していたことをも含意するのであれば、平成21年東京高裁判決は、平成20年決定とは方向性を異にすることになる。^{43), 44)}

6 平成21年東京高裁判決のあるべき理論構成

むしろ、平成21年東京高裁判決が前提とする事例は、「特定の正当防衛の要件」と結びつけて結論を出すという判示方法をとらない事例として位置づけるべきであり⁴⁵⁾、理論的には、防御者が正当防衛を主張することは、権利の濫用として許されないという構成をとるべきであろう⁴⁶⁾

(1) 正当防衛権の正当化根拠

ここでまず、正当防衛権の内容について示すと次のようになる。すなわち、「正当防衛権には『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの2つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」と解すべきであるが⁴⁷⁾この見地に立つと、正当防衛権を主張する者は、「不正に対する正」の立場に立っている必要がある⁴⁸⁾。それゆえ、喧嘩闘争の場合、いずれの当事者も正当防衛権を主張することができないことに

なる。いずれの当事者も、正当防衛権を主張するために必要となる「不正に対する正」の立場に立っていないからである。

(2) 喧嘩闘争の事例において、正当防衛が否定される根拠

判例によれば、喧嘩闘争は「闘争者双方が攻撃及び防御を繰り返す一団の連続的闘争行為」であり、闘争のある瞬間において闘争者の一方が、専ら防御に終始する結果正当防衛を行う観を呈することがあっても、「闘争の全般からみれば、刑法第三十六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」とされているが⁴⁹⁾ これは、いずれの当事者にとっても、「不正に対する正」の立場に立っていると主張することができないことになる。したがって、仮に、闘争のある瞬間において闘争者の一方が、専ら防御に終始する結果正当防衛を行う観を呈することがあっても、その場合に、「専ら防御に終始する」側が正当防衛を主張することは、権利の濫用であって、その主張は許されないというべきである。

そして、このように解することは、喧嘩闘争の場合、「正当防衛権を主張することが許されず」正当防衛の成立が肯定できない理由を明示することができることに加えて、挑発等の自招行為と喧嘩闘争の関係を整理することもできる⁵⁰⁾

(3) 自招侵害の事例において、正当防衛が否定される根拠

次に、平成 20 年決定において問題となったのは自招侵害の事例である⁵¹⁾。ここで本決定は、「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」が、この「A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」であって、この事態を、「被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたもの」であるから、「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」とする。

この判断基準自体は、一で示した①の類型の昭和 60 年福岡高裁判決⁵²⁾を起点とする判例群が用いていた基準の延長上にあるといえる⁵³⁾。しかし、正当防

衛を否定する根拠は、侵害の急迫性を欠くからではなく、この場合も、正当防衛の主張が権利の濫用として許されないという構成をとるべきであろう⁵⁴⁾

平成20年決定の事例において、被告人は、「形式的」には、Aからの攻撃を受けている⁵⁵⁾しかし、「Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」であって、被告人は、「不正の行為により」このような事態を「自ら侵害を招いた」ものであるから、「被告人において何らかの反撃行為に出ること」は権利の濫用であって、「正当とされる状況における行為とはいえない」と解すべきである⁵⁶⁾この場合、被告人に正当防衛を肯定することは、法益侵害行為（防衛行為）の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要が全くない場面で、「法の厳在性」を示していることになるからである⁵⁷⁾

敷衍すると次のようになる。

法的緊急における法益侵害行為（防衛行為）が正当化される理由は次の点にある。すなわち、刑法秩序による相互不可侵状態の維持が不可能であるにも拘らず、刑法秩序が個別的に行われた「個人の自己保全行為」を違法と評価するならば、それは、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」になるのである。なぜならば、国民は、刑法秩序による「相互不可侵状態の維持」を前提に、刑法秩序に暴力を独占させているからである⁵⁸⁾それゆえ、刑法秩序は、「一定の場合」法益侵害行為（防衛行為）の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要があるわけである⁵⁹⁾

逆に、刑法秩序は、「積極的」に「相互不可侵状態」を破った者＝挑発等の自招侵害行為を行った者に対して、「形式的」には、正当防衛行為を執行できる要件を充足しているという理由に基づいて、自招侵害行為を行っていない者と同様の権利を認めることも、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」となろう。「刑法秩序は、個別的に締結された相互不可侵の契約を一般的に提示し、相互不可侵状態を維持する権限を有し義務を負う」から⁶⁰⁾「積極的」に「相互不可侵状態」を破った者＝挑発等の自招侵害行為を行った者が

行った法益侵害行為（防衛行為）の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要が全くない場面で、「法の厳在性」を示すことになり、これが、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」と評価できるのである。

したがって、平成 20 年決定における自招侵害の事例においては、「A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」であって、被告人は、「不正の行為により」このような事態を「自ら侵害を招いた」者であるから、「被告人において何らかの反撃行為に出ること」は権利の濫用であって、「正当とされる状況における行為とはいえない」のである⁶¹⁾

（4）平成 21 年東京高裁判決の事例において、正当防衛が否定される根拠

ところが、平成 21 年判決の事例は、自招侵害の事例ではない。「単に侵害が予想されただけでなく、被害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合」なのである。

これは、佐藤教授が指摘されるように、「生活上の利益がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行く」場合であり、このような行動を回避することによって、行為者の「生活上の自由が制約される事態は少ない」といえる。しかし、仮に、上の行為者に「法律上」の回避義務を課すものであれば、妥当ではないであろう⁶²⁾ 人間には「誰にでも自然に帰属している」生得の権利として「自由の権利」が帰属しており、⁶³⁾ この権利を全ての者に対して主張し得るはずだからである⁶⁴⁾。そして、法律上の回避義務を課した上で、行為者（防衛者）に回避義務違反が存在する場合、「侵害の急迫性」を否定すると解するのは、あまりにも「侵害の急迫性」の「概念」を規範化するものであり、⁶⁵⁾ 平成 20 年最高裁決定が示した「侵害の急迫性」に関する取扱いと方向性を異にするものであろう。それゆえ、平成 21 年判決の事例において、被告人が侵害に臨むために反撃行為に出た場合に正当防衛を主張することは、権利の濫用であるため許されないと構成すべきである⁶⁶⁾

たしかに、平成21年判決の事例においても、被告人は、自招侵害の事例のように、「積極的」に「相互不可侵状態」を破った者とはいえ、予想された範囲・程度にとどまるとはいえ、「形式的」には、被害者の暴行を受けている。しかし、このような事態は、被告人が「被害者や実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ容易に被害者の暴行を避けることができた」ものであり、さらに、被告人は、「被害者の暴行の高い可能性を予期し」、実際に、被害者からの暴行を受け、「被害者の暴行があれば準備した本件果物ナイフを用いて反撃する意思で、本件マンションを訪れ、予想された範囲・程度にとどまる被害者の暴行を受け、本件果物ナイフで…刺突行為に及んだ」ものであるから、被害者から暴行させることによって、「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者である⁶⁷⁾。

仮に、本件において、被告人に正当防衛を肯定することは、「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者に対して、正当防衛権を認めることになるが、これは、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」となろう。「刑法秩序は、個別的に締結された相互不可侵の契約を一般的に提示し、相互不可侵状態を維持する権限を有し義務を負う」から⁶⁸⁾ 本件において、被告人に正当防衛を肯定することは、「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者が行った法益侵害行為（防衛行為）の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要が全くない場面で、「法の厳在性」を示すことになり、この場合も、自招侵害の事例と同様、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」と評価できるのである。

人間は、「いわれのない他者からの侵害を甘んじて受ける理由は存在せず、さらに、それを黙って甘受する義務もない」。それゆえ、本来自由で自己保全の行動をなし得る人間は、他者からの侵害に対して、他者の法益を侵害し得る場面がある⁶⁹⁾。しかし、仮に、自招侵害の事例のように、「積極的」に「相互不可侵状態」を破った者とはいえないとしても、他者からの侵害が「いわれのな

い」ものではない場合、「他者の法益を侵害すること」が「正当化される」という効果が生じないことがあるわけである。

さらに、平成 21 年東京高裁判決の事例では、平成 12 年大阪高裁判決⁷⁰⁾の事例において存在した「被告人がすでに退店しようとしていた際に起こった事件であるという特段の経緯、事情」は存在せず、むしろ、「単に侵害が予想されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだ」という事実関係にあるから、被告人は、「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者である。したがって、仮に、被害者からの暴行が存在する前に挑発等の自招行為がないとしても、被害者に対する果物ナイフによる刺突行為に関して被告人が正当防衛を主張することは、権利の濫用にあたり、許されないと解することが妥当な事例であったと考えられるのである。

注

22) 川端博『刑法判例演習教室』（平 7 年・1995 年）41 頁。

23) 香城敏彦「判批」『最高裁判例解説刑事篇（昭和 52 年度）』（昭 55 年・1980 年）247-8 頁。さらに、安廣教授は、昭和 52 年決定において指摘された「刑法 36 条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」に関して、上記のような香城教授の「解釈が最も理論的であり、かつ妥当な結論を導きうるように思われる」と評価しておられる（安廣文夫「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 60 年度）』（平元年・1989 年）145 頁）。

24) の場純男＝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）』（平 13 年・2001 年）111-2 頁。

25) の場＝川本・前掲注（24）112 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（平 23 年・2011 年）309 頁参照。

26) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平 19 年・2007 年）163 頁。

27) 橋爪・前掲注（26）163 頁参照。

28) 札幌地判平元・10・2 判タ 721 号 249 頁。

29) 川端説の詳細については、川端博『違法性の理論』（平 2 年・1990 年）90-4 頁参照。

30) Binding, Handbuch des Strafrechts Band I, 1885 [Neudruck1991], S. 735.

31) 平成元年札幌地裁判決の詳細は、拙稿・前掲注（4）松大論集 250-2 頁参照。

- 32) そして、このように解することが、平成20年最高裁決定の延長上にあると解される「侵害の急迫性の判断に関しては、『端的に』防衛者の法益侵害の危険性の存否に基づいて判断する」という方向性にも合致するといえる。
- 33) 東京高裁は、事例判断において「被告人が当時34歳の成人男性であることを踏まえて上記のような経緯をみれば、本件当時被害者や実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点で、少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである」とするが、この「**道義的には本件マンションから立ち去る義務**」に関する意義についての1つの意味づけとしては、後掲注(64)参照。
- 34) 尤も、東京高裁判決は、「特定の正当防衛の要件に結び付けて結論を出すという判示方法をとっていない」とする評価がある(『判例タイムズ』1388号(平25年・2013年)371頁[コメント])。
- 35) 山口・前掲注(15)6頁。
- 36) 山口・前掲注(15)27-8頁。
- 37) 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 第一巻』(平10年・1998年)242-4頁。
- 38) ここで、回避義務が認められない例外の事例としては、「反撃する意思があっても、その機会に相手方を諫めるとか、仲直りするとかの目的がある場合、約束の履行等別の要件がある場合、帰宅途中で待ち伏せされている虞があるが通常の道順で帰宅する場合」が挙げられている(佐藤・前掲注(37)243頁)。
- 39) この点に関して、佐伯教授は、「判例研究」を通じて「実際には、実務は、人を死亡させる危険性の非常に高い防衛行為が必要な場合については、その場に臨むことを回避することができた、あるいはその場から退避することができた場合には、正当防衛を否定しているのではないか」という「印象」をもっていた、と指摘しておられる(佐伯仁志「新時代の刑法解釈について」『司法研修所論集』123号(平26年・2014年)154-5頁)。さらに、教授は、「防衛行為」を、①「生命に対する危険性が高いもの」(「致命的防衛行為」)と②「そうでないもの」に2分して、①については「重大な法益を守るために、かつ、他に侵害を避ける方法がない場合に限って、許容する」というルールを「判例として確立すべき」と主張しておられる(佐伯・前掲注(17)22頁。この主張に反対するものとして、山口・前掲注(15)30-1頁)。

なお、佐伯教授は、回避義務に反して正当防衛が否定される場合、その説明として、「急迫性を欠く」という説明(佐藤・前掲注(37)244頁)でも、「急迫した侵害という緊急状況下で許容される行為ではないこと」(緊急行為性の否定)という説明(山口・前掲注(15)20-1頁)でも、「実際には、どちらでも違いはないであろう」と指摘されている(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 上巻』(平18年・2006年)105頁)。

40) 最判昭 46・11・16・前掲注 (2)。

41) 遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—最小平成九年六月一六日を題材に」『小林充先生 佐藤文哉先生 古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(平 18 年・2006 年) 84 頁。すなわち、昭和 46 年最高裁判決は、「本件広間 (八畳間) の四周に障子があつたのではなく、北側には帳場との間に板の開き戸があつただけであり、東側には廊下との間に四枚の唐紙、南側には二枚のガラス障子があるので、以上の北、東、南三方は^(ママ)ともかく出入りが可能であるが、被告人が A と向き合つたまま後退し、いわば追いつめられた地点である西側には、ガラス障子をへだてて当時物置となつていた廊下があり、ここに衣類、スーツケース等の物品がうず高く積まれていたため、とうてい『脱出することができる状況』ではなかつたこと、近くの帳場 (四畳半) にはたしかに『泊り客の一人』である B (五一才)^(ママ)がいたが、同人は A、被告人兩名と知り合いの仲でありながら、眼前で A が被告人を殴るのを制止しようとしなかつたこと、まだ、右帳場と勝手場との境付近に『旅館の若主人』である…C もいたが、女性である同人が荒つぽい A を制して被告人を助けることを期待するのは困難であつたことがうかがわれるから、原判決の…判示中、被告人が脱出できる状況にあつたとか、近くの者に救いを求めることもできたとの部分は、いずれも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係であつたとしても、法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、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」と判示していたのである。

42) 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〕』(平 13 年・2001 年) 86・7 頁。

さらに、最決昭 52・7・21・前掲注 (7) が「刑法三六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」とする点に着目して、「判例は、『回避可能性』を防衛行為の『相当性』を判断するための一要素として考慮することを想定している」とする指摘がある (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』初版 (平 20 年・2008 年) 108 頁注 (33)、第 2 版 (平 22 年・2010 年) 136 頁注 (36)、第 3 版 (平 27 年・2015 年) 146 頁注 (35))。

この点に関して、橋爪教授は、下級審の裁判例を分析した上で (橋爪・前掲注 (17) 16-20 頁)、裁判実務では「積極的加害意思」という「概念」を用いつつ、「実質的」には、「正当防衛による対抗を許すような客観的な状況にあったか否か」が問題とされる (橋爪・前掲注 (17) 20 頁)。さらに、下級審の裁判例には、積極的加害意思を認定することなく、「侵害に先行する客観的事情を基礎として侵害の急迫性を否定したものが散見される」とし (橋爪・前掲注 (17) 20 頁)、これらの裁判例は、積極的加害意思という主観面を過度に強調することなく、「侵害を事前に回避すべき客観的状況にあること」を「理由」として、「侵害の急迫性」を「否定」したものであり、「判例理論の根底にある基本的発想」を「より

端的に」示したものと指摘されている（橋爪・前掲注（17）22頁）。

その上で、橋爪教授は、上記の中川判事の指摘を踏まえて、裁判実務において「侵害を事前に回避すべき場合がある」という発想のもと侵害の急迫性の存否が判断されているという「理解」は、昭和52年最高裁決定と「整合的ではない」という解釈があり得るとされる（橋爪・前掲注（17）22-3頁）。これに対して、教授は、昭和52年決定の趣旨について「予期された侵害全てを事前に避ける義務が課されているわけではない」というように理解すべきであると主張され（橋爪・前掲注（17）23頁）、このように解すべき根拠として、「本決定の立場からも、侵害を予期して積極的加害意思を有した行為者は対抗行為によって自己の利益を保護することができないのであるから、結局のところ、事前に侵害を回避することが義務づけられているのと同じである」点を指摘しておられる（橋爪・前掲注（17）23頁）。

- 43) 安廣教授は、香城説の意義を次のように敷衍されたことがある。すなわち、教授は、正当防衛の要件を個々に検討すると共に、全体として正当防衛の成立範囲を適正妥当な範囲にとどめるという「統括調整的な観点」からの考察も重要であるとした上で、上記のような場合には「正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠け」、これを条文に即していうと「急迫不正の侵害」の中の「急迫性」が欠けることになるとされるのである（安廣・前掲注（23）148-50頁）。

平成21年東京高裁判決は、回避義務論の観点から、「侵害の急迫性」の存否を判断する思考方法を前提とするものと解されるが、そうだとすると、同判決は、「侵害の急迫性」という要件に「全体として正当防衛の成立範囲を適正妥当な範囲にとどめる」という「統括調整」機能をもたせようとした「積極的加害意思論」と、思考方法としては共通の要素を有することになってしまう。しかし、平成20年最高裁決定が、侵害の急迫性の概念を純化しようとする意図があるとすれば、平成21年東京高裁判決の思考方法は妥当とはいえない。

- 44) なお、前掲注（34）371頁〔コメント〕は、東京高裁判決が「特定の正当防衛の要件に結び付けて結論を出すという判示方法をとっていない」との評価を前提として、平成20年最高裁決定の影響を受けていると評価している。

東京高裁は、「本件においては到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない」と判示しているから、これを形式的に読んだ場合、東京高裁は、被告人（防衛者）に回避義務を課した上で、この義務に違反するときには、「侵害の急迫性」を否定するという趣旨に読める。しかし、前掲注（34）371頁〔コメント〕において、東京高裁判決は「特定の正当防衛の要件に結び付けて結論を出すという判示方法をとっていない」という指摘があるから、本判決においては、侵害の急迫性を否定することではなく、要件論を超えた処理を行うことに、その主眼があったものと推測することができる。

- 45) 前掲注（34）371頁〔コメント〕は、東京高裁判決が平成20年最高裁決定を踏まえたも

のであり、「この点に関する更なる議論の発展を待つ趣旨であるとも考えられる」と指摘している。

46) 川端博『正当防衛権の再生』(平10年・1998年)124頁参照。

47) 川端博『刑法総論講義』第3版(平25年・2013年)352頁。

48) これは、正当防衛権の「自然権としての側面」から導き出せる(拙著『正当防衛権の構造』(平25年・2013年)9-10頁)。

49) 最大判昭23・7・7刑集2巻8号793頁。ただし、昭和23年大法廷判決は、喧嘩闘争の場合であっても、正当防衛を肯定し得ることを肯定した判例とされている。

50) 拙稿・前掲注(9)159頁以下において、「侵害の自招性」を「喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」群に関する整理を行った。

51) 最決平20・5・20・前掲注(7)の事例は、自招侵害である。すなわち、「(1) 本件の被害者であるA(当時51歳)は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置された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掛かった被告人(当時41歳)が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたこと、両名は言い争いとなった」、「(2) 被告人は、いきなりAの左ほおを手で1回殴打し、直後に走って立ち去った」、「(3) Aは、『待て。』などと言いながら、自転車で被告人を追いつけ、上記殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した」、「(4) 被告人は、上記Aの攻撃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から取出し、Aに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨折の傷害を負わせた」というものである。

被告人側から「Aの前記1(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する」旨主張に対して、最高裁は、「前記の事実関係によれば、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、その直後における近接した場所での一連、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ないなどの本件の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いうべきである」とし、「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」と結論づけた。

52) 福岡高判昭60・7・8・前掲注(12)。

53) 拙稿・前掲注(13)368-9頁、同・前掲注(14)30頁。

54) なお、拙稿・前掲注(9)158頁注(202)において、昭和60年福岡高裁判決がすでに「要件論の領域を超える解決」への志向性を有していた可能性があるという指摘を行った。

55) 形式的にはあるが、被告人は、「不正に対する正」の立場を主張し得るように見える。

56) ドイツの通説によれば、被攻撃者から挑発された攻撃の場合、正当防衛の成立に制限が加えられる(Perron, Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, S. 666)。また、ドイツの判例においても正当防衛が制限されるが、その制限は、「権利の濫用」を根拠としている(Perron, a. a. O. [Anm. 56], S. 666, Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, S. 270)。ドイツの判例の動向については、拙稿「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」『法律論叢』72巻1号(平11年・1999年)66頁以下参照。

ただし、本稿において、防衛行為(法益侵害行為)を行った者が正当防衛の主張が「権利の濫用」として許されないと評価される場合には、正当防衛の成立が否定される場面に限ることとする。

57) 刑法秩序は、「一定の場合」法益侵害行為(防衛行為)の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要があるが、(刑)法秩序自体が市民の正当防衛行為を正当化することによって「法が厳然としてそこに存在していること」を積極的に示しているという意味として「法確証」を捉え得る。したがって、「緊急権としての正当防衛権」と「法の自己保存」(法確証)とが結びつくことになる(拙著・前掲注(48)12-3頁)。

58) 拙稿「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意義」『川端博先生古稀記念論文集 上巻』(平26年・2014年)168頁。

59) 川端博=日高義博=井田良「『鼎談』正当防衛の正当化の根拠と成立範囲」『現代刑事法』2巻1号(9号)(平12年・2000年)8頁[川端発言]。

60) 拙稿・前掲注(58)168頁。

61) ここでは、刑法秩序は、「一定の場合」法益侵害行為(防衛行為)の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要があるかという視点(「緊急権としての正当防衛権」という視点)から、検討を加え、これが肯定できない場合は、「形式的」には、法益侵害行為が正当防衛の要件を充足するようには見えなくても(法益侵害行為を行っている者が「不正に対する正」の立場を主張することが可能となるようには見えなくても)、その法益侵害行為を行った者が正当防衛を主張することは権利の濫用であり、許されない場面であり、それゆえ、正当防衛は成立しないことになる。

これに対して、先行する挑発行為があったとしても、法益侵害行為を行っている者が「不正に対する正」の立場を主張することが否定されず、また、法益侵害行為(防衛行為)の正当化を通じて「法の厳在性」を積極的に示す必要が完全に否定されない場合もあり得るであろう。ただし、このような場合、自招侵害行為を行っていない者と同様の権利を認めることは、上述のように、刑法秩序の存在意義を自ら否定する「一種の自己矛盾」となる。それゆえ、防衛行為の相当性が認められる範囲は、侵害の自招性が存在することによって、より制限的になるはずであるが、この関係について判示した「先例」(小川新二「判批」『研修』642号(平13年・2001年)27頁)として、大阪高判平12・6・22判タ1067号276頁がある。大阪高裁は、被告人の反撃行為が「防衛行為としての相当性を欠く」とするが、この点に関して、「本件においては…被告人がすでに退店しようとしていた際に

起こった事件であるという特段の経緯、事情があることなどから、急迫性などの正当防衛状況がなかったとまでは断定できないとしても、被告人を殴打しようとした甲野の行為が、これより先に被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為により誘発されたものであることは動かし難い事実であるから、被告人の反撃について、防衛行為としての相当性の有無を判断するに当たっては、本件事案を全体として見た上での保護法益の均衡という視点から、右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられるので、そのことをも勘案すると、右の結論は、より一層肯定されるというべきである」としたのである。

このように、一で示した③「侵害の自招性」を「防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例」群には、法益侵害者（防衛行為者）が正当防衛を主張することが権利の濫用として許されない場合から防衛行為の相当性の範囲がより制限される場合まで含まれるものといえるが、これは、「緊急権としての正当防衛権」の視点からの議論の当然の帰結といえるであろう。「緊急権としての正当防衛権」の視点からの議論は、「如何なる範囲までの行為を『許容』するか、つまり、法秩序の見地からどの程度の防衛行為を『正当化』するか」に関わるからである（拙著・前掲注（48）13頁）。

62) 平成21年東京高裁判決の事例は「殺人未遂の事例」であるが、佐伯教授は、このような「生命に危険の高い防衛行為が必要な場合」には、行為者に「回避義務」又は「退避義務」を課すべきであるとされる（佐伯・前掲注（39）司研156頁）。そして、「価値判断の問題」として、教授は、「人の生命を侵害する危険性の高い防衛行為については、なるべく避けるべきであって、容易にかつ安全に逃げられるという場合は、やはり逃げることを義務づけるべきであって、逃げずに防衛行為に出た場合には、正当防衛を否定するという処理が妥当ではないか」と言及しておられるが（佐伯・前掲注（39）司研155頁）、この価値判断「それ自体」は、妥当なものと考えられる。

63) 拙著・前掲注（48）9頁。

64) 拙稿・前掲注（58）164頁。

65) この点に関して、敷衍すると次のようになる。

東京高裁は、「侵害の急迫性」の存否を判断する前提となっている「正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができた」という基準を挙げ、さらに、事例判断の中に「被告人が当時34歳の成人男性であることを踏まえて上記のような経緯をみれば、本件当時被害者や実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点で、少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである」と言及している。そうすると、仮に、被告人（防衛者）が「34歳」ではなく、未成年者であった場合、「正当な利益」の存否を判断する際に（言い換えれば、侵害の急迫性の存否を判断する際に）、影響を及ぼす可能性があることになるという解釈も可能となる。しかし、侵害の急迫性判断において、防衛者と侵害者「側」との関係を詳細に検討する必要があるとす

るのは、あまりにも「侵害の急迫性」の「概念」を規範化するといえるのである。

- 66) 尤も、正当防衛の主張が権利の濫用にあたり許されない、という構成をとったとしても、「生活上の利益がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行く」者に対して、「事実上」正当防衛状況が生じ得る事態を回避する選択を迫ることになる。上に示した場合であっても、「形式的」には、正当防衛の成立要件を充たしているが、にも拘らず、「防衛行為者」＝「侵害を受けている者」には、正当防衛の主張が許されない。その他の犯罪阻却事由がない限り、犯罪が成立してしまう。それゆえ、事態を合理的に判断できる主体であれば、主体的な自己決定として「生活上の利益がないのに、行けば必ず侵害を受けることを予期した上で出向いて行く」ことを避けるはずだからである。ここで述べた見解によっても、正当防衛の主張が否定される場面は、佐藤説を前提とした場合の結論と重なることが多いと思われるが、なお、正当防衛の主張を否定する要件又は根拠と、「防衛行為者」に課された義務の性質の点で異なる。

防衛行為者に「法律上の義務を課すべきではない」という観点からすると、平成21年東京高裁判決が、被告人には「道義的には本件マンションから立ち去る義務があった」と言及した点は、正鵠を射たものといえる。

- 67) 「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者について、敷衍すると次のようになる。平成21年東京高裁判決において、被告人は、自招行為を行っているわけではないので、自招行為によって「事態」が発生したわけではない。しかし、被告人が「本件マンション」に赴かなければ、「事態」が発生しなかったにも拘らず、その場に赴くことによって、被害者からの暴行を受けている。「形式的」には、被害者が「相互不可侵状態」を破っているのであるが、この「被害者の暴行」の原因は、被告人が「正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができた」にも拘らず、「本件マンション」に赴いたことにある。このような意味で、被告人は「相互不可侵状態を維持する」ために障害となるような「事態」を「誘発」した者と評価できる。

ただし、どの時点において、「正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができた」にも拘らず、「本件マンション」に赴いたと評価できるのか（例えば、被告人が「34歳」ではなく、未成年者であった場合、「正当な利益」の存否を判断する際に、影響を及ぼす可能性があるのか）や、「事態」（つまり、正当防衛状況）を「誘発」した者として、正当防衛の主張が許されないと評価するためには、被告人側に、どのような事情（例えば、前掲注（38）において示された事情や被告人が「果物ナイフ」を携帯するのではなく、素手であったという事情）が存在する必要があるのか等について、さらに検討しなければならないであろう。

なお、上の「事態」を「誘発」した者に対して「法律上」の「回避義務」を課すことに関する理論上の問題点は、本文で述べた通りである。

- 68) 拙稿・前掲注（58）168頁。

- 69) 拙稿・前掲注（58）168頁。

70) 大阪高判平12・6・22・前掲注(61)。

五 結 論

本稿では、平成20年最高裁決定は、自招侵害の処理にあたって、正当防衛の「要件論の次元を超えた領域」で解決を図っているとするならば、逆に、侵害の急迫性の判断に関しては、「端的に」防衛者の「実質的」な「法益侵害の危険性」の存否に基づいて判断することを要請しているとする見地に立って、平成21年東京高裁判決を分析した上で、その意義及びあるべき理論構成を考察した。

その結果、まず、平成21年判決は、一定の場合には、防衛行為者に回避義務を課し⁷¹⁾ 仮に、行為者に回避義務違反があれば、「急迫性を欠く」とする佐藤説を踏まえた理論構成をとっていることが明らかとなった。次に、平成21年判決の理論構成の妥当性に関しては、仮に、平成20年決定を上趣旨と解した場合、平成20年決定とは方向性を異にすることとなる評価が可能であり、これを前提とすると、平成21年判決の理論構成は、妥当ではないことになる。最後に、平成20年決定において、正当防衛を否定する根拠は、侵害の急迫性を欠くからではなく、「正当防衛の主張が権利の濫用として許されない」という構成をとるべきことを前提として⁷²⁾ 平成21年判決が扱った事例も、「権利の濫用」を根拠として正当防衛の成立を否定する一場面として処理すべきであったことについて確認した。これを前提として、これからも「判例の動向」を注視していきたい⁷³⁾。

注

71) ただし、防衛行為者に課されるのが「法律上」の義務であるとするならば、妥当ではないことは、上述の通りである。

72) なお、検討の結果、「正当防衛の主張が権利の濫用として許されない」の中には、「いずれの当事者にとっても『不正に対する正』の立場に立っていると主張することができない

場面（例えば、喧嘩闘争）であるため、法益侵害行為を正当化することはできない」という意義を有する場合と、「法益侵害行為（防衛行為）の正当化を通じて『法の厳在性』を積極的に示す必要が全くない場面であるため、『法の厳在性』を示し、法益侵害行為を正当化することはできない」という意義を有する場合が存在していたことが明らかとなった。

- 73) 裁判員裁判時代を迎えて、「形式的」には、正当防衛が成立すると解される場面であっても、「実質的」には、正当防衛による防衛行為の正当化を認めるべきではない事例を類型化することは、正当防衛判断の明確化のために、非常に重要である（この点に関して、前掲注（17）参照）。しかし、類型化の過程で「正当防衛の正当化原理」との関係が希薄化することは、正当防衛判断の安定化を阻害する要因となろう。この点に留意しつつ、判例の分析及び位置づけを行っていきたいと考えている（この点に関して、さらに橋爪・前掲注（17）23頁参照）。