

松 山 大 学 論 集  
第 33 卷 第 3 号 抜 刷  
2 0 2 1 年 8 月 発 行

正当防衛における侵害の急迫性概念と  
平成 29 年決定の位置づけ

明 照 博 章

# 正当防衛における侵害の急迫性概念と 平成 29 年決定の位置づけ

明 照 博 章

## 目 次

- 一 本稿の目的
- 二 正当防衛における侵害の急迫性の概念整理
- 三 侵害の急迫性に関する判例の枠組み－侵害の急迫性と防衛者の  
の法益侵害／法益保護
- 四 平成 29 年決定の位置づけ
- 五 結論

## 一 本 稿 の 目 的

正当防衛は、緊急行為の一つとされるが、「緊急」とは、「速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる危険状態<sup>ママ</sup>」をいい、「法的緊急」とは、「法益に対するこのような状態」を指すとされる<sup>1)</sup>。それゆえ、正当防衛は、刑法上、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の管理を防衛するため、やむを得ずにした行為」とされるが（刑法 36 条 1 項）、刑法は、「法的緊急」を「急迫不正の侵害」という要件で表現していると考えられる。「急迫不正の侵害」は、速やかに救済方法を講じなければ「生活利益」の失われる危険状態を法的に読み替えた状態（法的緊急）であり、速やかに救済方法を講じなければ「法益」が失われる危険状態のことを指すと考えられる。

この点に関して、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って、被害の現在性を意味するものではない」とし<sup>2)</sup>、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」する<sup>3)</sup>としている。

一方で、昭和52年最高裁決定は、「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。しかし、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充たさないものと解するのが相当である」とする<sup>4)</sup>。そして、正当防衛の成否が問題となる事例において、昭和52年決定を踏まえて平成29年最高裁決定が下されている<sup>5)</sup>。すなわち、平成29年決定は、最高裁レベルでは「初めて」刑法36条の趣旨について具体的に言及した上で<sup>6)</sup>、侵害の急迫性の存否を判断するための詳細な考慮要素を列挙している。

そこで、本稿では、「緊急」は「速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる」危険状態であり、「法的緊急」は（これが肯定できれば正当防衛における侵害の急迫性の要件を満たす）「法益に対する」上記の危険「状態」と解することを前提として、昭和52年決定が（防衛）「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」侵害の急迫性を欠くに至ると解し得ることを確認した上で<sup>7)</sup>、平成29年決定が示した（侵害の急迫性に関する）「刑法36条の趣旨」と「考慮要素」の関係について考察する。

## 注

1) 平場安治『刑法における行為概念の研究』（昭41年・1966年）137頁。

2) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。以下、「昭和24年判決」という。

- 3) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。以下、「昭和46年判決」という。
- 4) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁。以下、「昭和52年決定」という。
- 5) 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。判例評釈として、門田成人「判批」『法学セミナー』750号（平29年・2017年）109頁、是木誠「判批」『警察学論集』70巻8号（平29年・2017年）184頁以下、照沼亮介「判批」『法学教室』445号（平29年・2017年）48頁以下、中尾佳久「判批」『ジュリスト』1510号（平29年・2017年）107頁以下、同「判批」『最高裁判所判例解説 刑事篇（平成29年度）』（令2年・2020年）95頁以下、成瀬幸典「判批」『法学教室』444号（平29年・2017年）158頁、波床昌則「判批」『刑事法ジャーナル』54号（平29年・2017年）148頁以下、前田雅英「判批」『捜査研究』799号（平29年・2017年）14頁以下、木崎峻輔「判批」『筑波法政』74号（平30年・2018年）41頁以下、坂下陽輔「判批」『判例評論』711号（平30年・2018年）23頁以下、島田美小妃「判批」『法学新報』125巻1=2号（平30年・2018年）129頁以下、菅原健志「判批」『警察公論』73巻2号（平30年・2018年）88頁、橋田久「判批」『平成29年度重要判例解説』（平30年・2018年）154頁以下、橋爪隆「判批」『論究ジュリスト』29号（平31年・2019年）198頁以下、川崎友巳「判批」『同志社法学』71巻3号（令元年・2019年）251頁以下等参照。平成29年決定を起点として公刊された研究論文はさらに多数にのぼる。
- 6) 大谷實「自招侵害と正当防衛論」『判例時報』2357=2358号（平30年・2018年）12頁、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」『判例時報』2357=2358号（平30年・2018年）23頁、橋爪隆「正当防衛論の課題」『刑事法の理論と実務①』（令元年・2019年）159頁。
- 7) この点に関しては、拙著『積極的加害意思とその射程』（平29年・2017年）78頁以下参照。

## 二 正当防衛における侵害の急迫性の概念整理

上記のように、刑法36条1項にいう「急迫不正の侵害」という要件によって、「法的緊急」を表現していると考えられる。それゆえ、「急迫不正の侵害」は、速やかに救済方法を講じなければ「生活利益」の失われる危険状態を法的に読み替えた状態（法的緊急）であり、速やかに救済方法を講じなければ「法益」の失われる危険状態のことを指す。侵害の急迫性に関する定義として、例えば、藤木博士は、急迫とは、「侵害が過去または未来に属せず現在し、または侵害の危険が間近に緊迫しており、これを排除するために反撃的に防衛行為

に出る外はない緊急状態にあること」とし<sup>8)</sup>、橋爪教授は、「法益侵害の危険が時間的に切迫していることが必要」であるとされている<sup>9)</sup>。

一方、ドイツでは、正当防衛の要件として「攻撃の現在性」(die Gegenwärtigkeit des Angriffs)を予定しており(ドイツ刑法32条1項)に関して、その定義として、「攻撃」は、よく利用される公式に従えば、それが「直接さし迫っている、まさに行われている、又はまだ継続している」場合に「現在している」とされる<sup>10)</sup>。Kindhäuser/Hilgendorfは、端的に「財の侵害」が「直接さし迫っていた、すでに始まった、又はまだ継続している場合」に攻撃が現在しているとし<sup>11)</sup>、Rönnau/Hohnは、法益の侵害が「実際に差し迫って」(tatsächlich drohen)いなければならないとする<sup>12)</sup>。そして、Kindhäuser/Hilgendorfは、「攻撃は、関係する法益が攻撃によって(客観的視点から)具体的に危殆化されている時点から現在している。その際、攻撃行為は、未遂の段階にまだ到達している必要はない。むしろ、さらにじっと待機することによって、財を保持することが成功する見込みが(著しく)悪化するかどうかが決定的である」とする<sup>13)</sup>。

このように、ドイツでは、「攻撃の現在性」(侵害の急迫性)の存否に関して、「法益侵害の時間的切迫性」に加えて「防衛者の法益保護の効率性」を考慮しているが<sup>14)</sup>、昭和52年決定(日本)は、さらに(防衛)「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」侵害の急迫性を欠くとする。そこで、侵害の急迫性の存否に関して、「防衛者の法益侵害/法益保護」という観点から、昭和52年決定を含めた判例の枠組みを整理することにする。

## 注

8) 団藤重光責任編集 [藤木英雄]『注釈刑法(2)のI総則(2)』(昭43年・1968年)225頁。

9) 西田典之=山口厚=佐伯仁志編 [橋爪隆]『注釈刑法 第1巻 総論』(平22年・2010年)423頁。

10) Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I 5. Aufl., 2020, S. 780.

11) Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch 8. Aufl., 2020, S. 309.

12) Rönnau / Hohn, Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 3. 13. Aufl., 2019, S. 500.

13) Kindhäuser / Hilgendorf, a. a. O. [Anm. 11], S. 309.

14) ドイツの議論状況については、拙著『正当防衛権の構造』（平 25 年・2013 年）14-8 頁、24 頁以下を参照。

### 三 侵害の急迫性に関する判例の枠組み

#### 一 侵害の急迫性と防衛者の法益侵害／法益保護

##### 1. 侵害の急迫性と侵害の予期

昭和 24 年判決は、「『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫っ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」とし、昭和 46 年判決は、「『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」するので<sup>15)</sup> 上記の判例によれば、侵害が急迫している状態は、「法益侵害の危険が時間的に切迫している」必要がある<sup>16)</sup> それゆえ、昭和 46 年判決が指摘するように「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」ことになる。

このように、昭和 46 年判決は、急迫性と侵害前の関係（侵害の予期）との関係を示しているが、これを踏まえて、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」とし、その後、昭和 59 年最高裁決定は、侵害を予期していなかったことを理由に急迫性を肯定している<sup>17)</sup> そうすると、判例上、防衛者が侵害を予期していないことは、侵害の急迫性を肯定する要素になっている。

一方、上記の通り、昭和 24 年判決及び昭和 46 年判決は、侵害の急迫性の存否について、防衛者の法益侵害の存否を基準とする。そして、ドイツでは、

防衛者の法益侵害／法益保護に関して、「法益侵害の時間的切迫性」に加えて「防衛者の法益保護の効率性」を考慮する。つまり「攻撃は、関係する法益が攻撃によって（客観的視点から）具体的に危殆化されている時点から現在している。その際、攻撃行為は、未遂の段階にまだ到達している必要はない。むしろ、さらにじっと待機することによって、財を保持することが成功する見込みが（著しく）悪化するかどうかが決定的である」とする。そうすると、ドイツでは、「攻撃の現在性」を判断する際に「防衛者の法益侵害／法益保護」を判断指標としていることになる。しかし、その際に重要となるのは、「どの時点で攻撃者の攻撃が現実化しているのか」である。つまり、攻撃者の攻撃態勢が固まってそのまま放置すれば、防衛者の法益保護に支障が出るかという視点である<sup>18)</sup>したがって、ドイツの議論では、侵害の急迫性を判断する上で、「防衛者の法益侵害／法益保護」が重要な視点となるので、この点に関して、侵害の急迫性判断に「防衛者の法益侵害／法益保護」の視点を重視する日本の判例を位置づけるために、援用することはできる。しかし、防衛者の攻撃の予期は前景化されていないので、「防衛者の侵害予期」と「防衛者の法益侵害／法益保護」の関係に接点をもたせるための「説明の筋道」（理論構成）が問題となる。

この点に関して、川端博士は、フェルネックの「危険発生の突発性が危険の重大性ないし強度を補充しうる」という指摘を前提として、「緊急行為としての正当防衛についても、このことは妥当する」とした上で「突発性・突然性の程度が低いばあいには、法益侵害の危険の程度も低くなるので、侵害が予期されているばあい、被侵害者にとって侵害は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）が可能となり、法益侵害の可能性はそれだけ低下することになる」とする<sup>19)</sup>

上記のような文脈において、「防衛者の侵害予期」が存する場合「防衛者の法益侵害／法益保護」に影響を及ぼす関係を肯定できることになる。昭和59年決定は、防衛者が侵害を予期していなかったことを理由に侵害の急迫性を肯定するが、これは、防衛者に侵害の予期がない場合、防衛者にとっては侵害の

「突発性・突然性」が存するので、形式的に侵害が存在していれば、「防衛者の法益侵害」の可能性が肯定できるので、「法益保護」の必要性を肯定でき、「防衛者の法益侵害」の可能性と「法益保護」の必要性に関して実質的に評価する必要がないことを示しているものと位置づけることができる。

以上から、「防衛者の侵害予期」と「防衛者の法益侵害／法益保護」の關係に接点をもたせるためには、次の「説明の筋道」（理論構成）を提示することができる。すなわち、「防衛者の侵害予期」は、「防衛者」にとっての「侵害」の「突発性・突然性」に影響を及ぼすので、侵害の実質的な「防衛者の法益侵害」の可能性と「法益保護」の必要性に影響を及ぼすという「説明の筋道」（理論構成）である。

## 2. 侵害の急迫性と積極的加害意思

### (一) 昭和 52 年決定

昭和 52 年決定は、防衛者が侵害の急迫性を予期していたにとどまらない場合、侵害の急迫性が否定される要件を提示し、事例判断として、侵害の急迫性を否定した。すなわち、昭和 52 年決定は、「(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充たさないものと解するのが相当である」とし、「原判決によると、被告人 X 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」とした。

「積極的加害意思」と「防衛者の法益侵害／法益保護」の關係について、川端博士は、侵害の予期がある場合、防衛者は「迎撃態勢をつくること」が可能となるので、法益侵害の可能性はそれだけ減少することを前提として、実際に

「迎撃態勢が強化されればされるほど、迎撃者（防御者）の法益が侵害されるおそれは減少するので、防御者が、たんに防御するにとどまらず積極的に加害する意思を有しているばあいには、防御者の法益が侵害される可能性は失なわれ、むしろ逆に、防御者の方が侵害者としての性格さえ帯びてくる」とする<sup>20)</sup>

次に、急迫性が欠ける場面として、次のように指摘する。すなわち「侵害の急迫性は、法益侵害の危険の問題であるから、その存否の判断は具体的になされなければならない。いいかえると、ここにいう危険は、いわば具合的危険であって抽象的危険ではないのである。たんなる可能性からきわめて高度の蓋然性まで包含し得る危険概念としての急迫性は、法益侵害の『現実的』可能性の観点から考慮されるべきであるから、攻撃者と被攻撃者との対応関係に応じて、法益侵害の可能性は決まることになる。防御者に積極的な加害意思があるばあいには、急迫性の程度に変化が生じる。その加害意思は、客観的な迎撃態勢（否、むしろ攻撃態勢）によって推測されることが多いであろう。このように客観化された加害意思があるばあいには、侵害の急迫性は消滅すると解すべきである」とする<sup>21)</sup>

上記のように「危険概念としての急迫性は、法益侵害の『現実的』可能性の観点から考慮されるべきであるから、攻撃者と被攻撃者との対応関係に応じて、法益侵害の可能性は決まる」とすると、防衛者（被攻撃者）が「客観的な迎撃態勢（攻撃態勢）」を敷いていることが重要であり、防衛者の準備が侵害に対する「客観的な迎撃態勢（攻撃態勢）」であると意味づけるためには、積極的加害意思が必要であるといえる。

ただし、昭和52年決定が侵害の急迫性を否定するために考慮した事実関係は、「被告人X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」というものである。たしかに、同決定が示した「急迫性を否定する」基準を前提とすると、これで十分であるといえる。しかし、侵害の急迫性を危険概念として捉え、防衛者の法益侵害が「実質的に」消滅した場合、防衛者に対する侵害の急迫性が欠けるこ

とになることを肯定する見地からすると、同決定が認定した事実関係だけでは十分ではない。客観的な迎撃態勢が考慮されているかについては必ずしも明らかではないからである。そこで、昭和 52 年決定の侵害の急迫性と積極的加害意思の関係を分析するために、同決定が前提とした原判決<sup>22)</sup>を確認する。

## (二) 昭和 51 年福岡高裁判決（原判決）

昭和 52 年決定の原判決である昭和 51 年福岡高裁判決は「被告人 X については、他の相被告人らならびにその他の中核派の者らと同様に、革マル派の者が中核派主催の政治集会を妨害しようとして来襲すれば、共同してこれを迎撃し、その身体に対し害を加えるべき積極的闘争加害の意図をもつて兇器を準備し、…県教育会館三階大ホールに結集していたのであり、革マル派の者の第一の襲来に対し、被告人ら中核派の者は全員周章狼狽することもなく、各自直ちに木刀、鉄パイプ等を手に取り、一部の者はホール内に留まつて会場を守り革マル派との応戦に備えたが、被告人 Y らと被告人 X らは二群に分れて革マル派の者らに立ち向い、被告人 Y、Z らは、革マル派一名に所携の木刀、鉄パイプ等を振つてその頭部、腕等を滅多打して仮借のない攻撃を加え、被告人 X らは革マル派の者らを一階まで追いかけて居り、これらの行為は、明かにかねて予期していた攻撃、加害の意図の具体的顕現と見得るところであつて、偶発的なものと見ることはできない」。「右のように、革マル派の者らの第一の来襲に対処した直後、被告人ら中核派の者は全員協力して三階大ホールの南側出入口および西側出入口の各内側にバリケードを構築しているが、これは明かに革マル派の再度の来襲を意識した行動であつて、前記のように、革マル派の第一の来襲に際しても、被告人ら中核派の者は全員周章狼狽するところがなく、かねて革マル派の来襲を予期していた態度とも併せて、考察し、かつ前記のような共同加害の意図の存在することにかんがみると、革マル派の第二の攻撃は、被告人らが当然に予想していたものといわねばならない」。「しかもバリケードの構築については、被告人らは政治集会の開催を控えていたのであり、県教育会館の

建物の全体的構造や、三階大ホールの占めている位置、その広さ、窓、壁、出入口等の構造の状態から、守るに易く、攻めるに難い地の利に着目するとき、バリケードを築いて一応守勢に回るのが得策と考え得るところであつて、しかしたとい守勢に回つたとしても、何時でもバリケードの一端（片隅）を開いて一挙に撃つて出で、攻勢に転ずることは比較的容易になし得るところであるから、被告人らがかかるとの状況判断に疎い筈はなく、また地の利を利するに吝かである筈もないので、被告人らがバリケードを築いて、応戦していた事態から、防衛目的に終始していたと判断するのは、早計のそしりを免れ難いところといわねばならない。蓋し、被告人らは政治集会を開催する企図の裏には、…ピラに用いている文言が示すように革マル派に対する並ならぬ敵がい（愾）心に燃えていたのであり、政治集会には凡そ不つり合いな木刀、ホツケーステック、鋏の柄、鉄パイプ等を会場に予定された場所に持ち込んで居り、革マル派が来襲すれば直ちにこれらの物を手にして、一部の者は革マル派の者に立ち向い、残部の者は武装して会場を守り、会場が立て籠るに有利と見るや、これにバリケードを築いて守勢に転じ、革マル派の第二の攻撃に対しては、ホールの内部から応戦し、或は鉄パイプを投げ、或は投げ込まれた工事中の棒で突き返すなど、これら一連の行動は相互に連関、牽連しているのであつて、これを各別に切り離して観察することを許さないものである。しかも原審証人甲の供述によれば、相被告人Wは、駈けつけた警察官甲に対し、もし再び革マル派が攻めて来れば自分達は武器を持つて戦うんだと言明しており、これは、当時三階ホール内に居た中核派の者全員に共通する意気込み、意図を語つたものとい得るところであつて、もとより被告人Xもその例外ではなく、以上の諸点を総合すると、被告人らに積極的攻撃ないし加害の意思はなく、専ら防衛意思のみであつたとは、到底認め難いところであつて、寧ろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はないものといわねばならない。原審において取り調べた証拠によつては勿

論、当審における事実取り調べの結果を参照しても右認定を覆し得る証拠はない。「しかるときは、被告人Xらが、革マル派のA、B、CおよびDらの攻撃に対し、鉄パイプを投げ、工事中鉄パイプで突き返す等の攻撃行為について、社会的相当性すなわち已むを得ざるに出でた行為であるか否かを論ずる余地はなく、正当防衛の成立を否定するのが相当というべ（きである）」とする。

その上で、「以上の諸点を総合すると、被告人らに積極的攻撃ないし加害の意思はなく、専ら防衛意思のみであつたとはいへ、到底認め難いところであつて、寧ろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はなかつたものといわねばならない」とする。

昭和 51 年福岡高裁判決は、上記の事実関係（「以上の諸点」）において、被告人らが政治集会の予定される場所に「木刀、ホッケーステック、鋏の柄、鉄パイプ」など武器を持ち込んでいたことや「バリケード」を構築していたという事実関係を認定しているが、この事実関係は、「客観的な迎撃態勢（攻撃態勢）」があつたものと評価できる<sup>23)</sup> そうすると、昭和 51 年福岡高裁判決は、「客観的な迎撃態勢（攻撃態勢）」という事実関係を間接事実として、「積極的攻撃、闘争、加害の意図」（という事実）を推認していることになる。そして、「積極的攻撃、闘争、加害の意図」に基づき攻撃に対応するために「臨んだ」という事実関係と「革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していた」という事実関係の 2 つの事実関係を肯定できれば、防衛者に対する「不正の侵害であつても、急迫性はなかつたもの」と評価することにしていると解することができる<sup>24)</sup> したがって、昭和 51 年福岡高裁判決は、侵害の急迫性を否定する場合防衛者の「客観的な迎撃態勢が考慮されている」と解することができる。

### 3. 小括

以上のように、川端博士の見解に従えば、侵害の急迫性を「危険概念」と位置づけたとしても<sup>25)</sup> 「実質的」な「防衛者の法益侵害」の可能性／「法益保護」

の必要性の観点から、昭和52年決定が示した「積極的加害意思に基づき侵害に臨んだ場合侵害の急迫性を欠く」という枠組みを説明することができる。そして、昭和52年決定の原判決である昭和51年福岡高裁判決の認定した事実関係を前提とすると、同判決が侵害の急迫性を否定する場合防衛者の「客観的な迎撃態勢が考慮されている」と解することができる。しかし、昭和52年決定以降、下級審が下した判断を分析すると、川端博士の見解に従った枠組みで判断する判例ばかりではないことがわかる<sup>26)</sup>

さらに、最高裁レベルにおいても、比較的最近になって、昭和46年判決及び昭和52年決定を踏まえた平成29年決定が下されているが<sup>27)</sup> 同決定は、上述の通り、最高裁レベルでは刑法36条の趣旨について「初めて」具体的に言及した上で、侵害の急迫性の存否を判断するための詳細な考慮要素を列挙する。しかし、列挙された考慮要素は、「常に」すべてを検討するのではなく、「事案に応じ」て検討することが予定されている<sup>28)</sup> そして、「前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである」とするから、どのような事実関係を前提とした場合、いずれの考慮要素を検討するかについては、刑法36条の趣旨の解釈を踏まえる必要がある<sup>29)</sup>

そこで、以下では、平成29年決定が示した「刑法36条の趣旨」について検討し、「刑法36条の趣旨」と「考慮要素」の関係について考察する。

## 注

15) 松宮教授は、昭和46年判決が示した急迫性の定義を「オーソドックスなものである」と評価する(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(平成30年・2018年)113頁)。

16) 西田=山口=佐伯編『橋爪』・前掲注(9)423頁。

17) 最判昭59・1・30刑集38巻1号185頁。以下、「昭和59年決定」という。殺人における正当防衛の成否に関し、被告人に対するHの木刀による攻撃が被告人にとって予測できなかった急迫な侵害にあたるか否かについて、昭和59年決定は、「被告人は、木刀を捨てて階段を下りた時点では、Hと話し合いをする積もりであり、同人もそれに応じるものと予

期していたもので、Hが被告人の捨てた木刀を取り上げて攻撃してくることは予想しなかつたと認めるのが相当」であるとした上で、「Hの木刀による攻撃は被告人の予想しなかつたことであつて、それは被告人に対する急迫不正の侵害というべきであり」、この点に関して、「原判決が、被告人はHの攻撃を予期しており、その機会に積極的にHを加害する意思であつたもので、Hの攻撃は侵害の急迫性に欠けるとしたのは、事実を誤認したものとわざるをえない」と判示する。

18) 拙著・前掲注(14) 31-2頁。

19) 川端博『刑法総論講義』第3版(平25年・2013年) 356頁。

20) 川端・前掲注(19) 356頁。

21) 川端・前掲注(19) 356-7頁。これは、積極的加害意思を推認するための事実として、「客観的な迎撃態勢(否、むしろ攻撃態勢)」を要求しているものと解することができる。

22) 福岡高判昭51・2・9刑集31巻4号788頁。以下、「昭和51年福岡高裁判決」という。

23) 昭和51年福岡高裁判決は、侵害の急迫性を否定する事実関係について「兇器準備集合の公訴事実に関し既に詳細に検討した」事実関係と重なるものと評価する。

24) そうすると、昭和51年福岡高裁判決は、「積極的攻撃、闘争、加害の意図」に基づき攻撃に対応するために「臨んだ」という事実)を要証事実として、法律要件である侵害の急迫性を欠く効果を認めていると解することができるであろう。

25) この位置づけは、昭和24年判決・昭和46年判決が採用している。

26) 下級審判例の動向については、拙著・前掲注(7) 122頁以下参照。判例上、規範的判断が侵害の急迫性の判断において行われているのは、昭和52年決定に関する判例評釈として、香城教授が最高裁調査官時代に示した理論構成に起因しているといえる。教授は、防衛者が侵害の予期がありそれに基づき積極的加害意思をもって臨んだ場合「相手の侵害に急迫性を認めえない」のは、防衛者の「攻撃が違法」であつて、「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つた」とし(香城敏磨「判批」『法曹時報』32巻4号(昭55年・1980年)[後に、同『最高裁判所判例解説 刑事篇(昭和52年度)』(昭55年・1980年)、同『刑法と行政刑法 香城敏磨著作集Ⅲ』(平17年・2005年)に収録] 31-2頁[引用は『著作集』による])、規範的判断を場面として侵害の急迫性を判断する場面で行うことを肯定したのである。そして、実務家から、「裁判実務においては、急迫性を規範的・評価的判断を包含する事実的要素として把握し、侵害の予期と積極的加害意思がともに存在する場合には、侵害の急迫性が否定されるという、いわば『急迫性』の要件に正当防衛(過剰防衛)を検討するに足る事案かどうかの関門的な役割を与える判断方式…は、基本的にすっかり定着した」という指摘がなされている(大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀編『堀籠幸男=中山隆夫』『大コメンタール刑法 第2巻』第3版(平28年・2016年) 565-6頁。中尾・前掲注(5) 最判解109頁参照)。このように、香城教授の理論構成によって、正当防衛の要件とは無関係に「喧嘩闘争」を理由として正当防衛を否定することの不都合性を回避できるようになったが、予期と積極的加害意思の関係が整

理されていく中で、かえって、急迫性の概念を混乱させることになった（山口厚「正当防衛論の新展開」『法曹時報』61巻2号（平21年・2009年）16頁参照）。

- 27) 成瀬教授は、平成29年決定が昭和46年判決及び昭和52年決定を参照している点を踏まえて「本決定は新たな枠組みを提示したのではなく、従来の立場を踏襲した上で、その背後にあった思考を（客観面をやや重視する形で）一般化・定式化したものとみるのが妥当であろう」とする（成瀬・前掲注(5)158頁）。
- 28) は木検事は、正当防衛が問題となる事案では、「当初の侵害者と被侵害者の立場が一連の経過の中で入れ替わったり、場所的な移動を伴ったり、互いに凶器を使用する状況になったりする」等、様々な展開が生じることがあり、急迫性の点だけではなく、防衛行為の一体性等が問題となることも多い。こういった事案においては「一連の事実経過をどのように法的に分析するか」が重要であるが、その前提として、「そもそも事実経過がいかなるものであったのか」を明らかにする必要性が極めて高い。平成29年決定において判示された諸要素は、「事実経過を解明していく上でどのような点に留意していくべきか」を示唆するものといえ、かかる観点からも実務上参考になるとする（是木・前掲注(5)191頁）。
- 29) 佐伯教授は、平成29年決定が「大審院、最高裁を通じておそらく初めて正当防衛の趣旨を明示したことも、明確な基準を示すかわりに、裁判員に制度の趣旨を明確にして、その趣旨に基づいて総合的に判断してもらおうという最高裁の姿勢を示しているであろう」と指摘する（佐伯・前掲注(6)23頁）。一方、松原教授は、上記の最高裁の態度に対して、平成29年決定の示した「法理」は「列挙された多様な事情から刑法36条の趣旨に合致するかどうかを判断せよというものであって、事案ごとに裸の価値判断を求めるのに近い」と指摘する（松原芳博「刑事判例を読んでみよう」『法学教室』461号（平31年・2019年）43-4頁）。さらに、大塚教授は「急迫性の要件の有無を『刑法三六条の趣旨に照らし許容される』か否かという一般的基準により様々な要素を考慮して総合的に判断するとなると、基準としての曖昧さが残り、正当防衛・過剰防衛の成立を著しく制限する恐れがある」とする（大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程」『判例時報』2357=2358号（平30年・2018年）16頁。照沼・前掲注(5)54頁参照）。

## 四 平成29年決定の位置づけ

### 1. 平成29年決定の判断基準及び事例判断

平成29年決定は、正当防衛における「侵害の急迫性」の存否の判断基準として次のように説示した。すなわち、「刑法36条は、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。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、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べきではなく（最高裁昭和 45 年(あ)第 2563 号同 46 年 11 月 16 日第三小法廷判決・刑集 25 卷 8 号 996 頁参照）、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。具体的には、事案に応じ、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦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）、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、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（最高裁昭和 51 年(あ)第 671 号同 52 年 7 月 21 日第一小法廷決定・刑集 31 卷 4 号 747 頁参照)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ものというべきである。」とした<sup>30)</sup>

そして、事例判断としては次のように説示した。すなわち、本件の「事実関係によれば、被告人は、A の呼出しに応じて現場に赴けば、A から凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、A の呼出しに応じる必要がなく、自宅にとど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、包丁を準備した上、A の待つ場所に出向き、A がハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま A に近づき、A の左側胸部を強く刺突したものと認められる。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。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第 1 審判決を是認した原判断は正当である」とした<sup>31)</sup>

## 2. 平成29年決定が示した「刑法36条の趣旨」

平成29年決定は「刑法36条は、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」とする。「刑法36条の趣旨」は、昭和52年決定においても言及があるが、具体的な内容については明らかではなかった。そこで、平成29年決定は「刑法36条の趣旨」の具体的な内容について最高裁レベルでは初めて指摘したものであり、佐伯教授によれば「その内容は従来から学説・裁判例で広く認められてきたものである」とされるが<sup>32)</sup>平成29年決定は、刑法36条の趣旨に言及した昭和52年決定を参照しており、昭和52年決定を下した裁判体の裁判長は、団藤博士であったので、博士の見解を分析の出発点とする<sup>33)</sup>

## 3. 平成29年決定が示した「刑法36条の趣旨」の分析

### (一) 団藤博士の見解

団藤博士は、正当防衛を「緊急行為」の一部とし<sup>34)</sup>「緊急のばあいにおいて、法による本来の保護を受ける余裕のないときに許される。すなわち法秩序の侵害の予防または回復を国家機関が行ういとまのないばあいに、補充的に私人にこれを行うことを許すものである。かようにして、これらは法の自己保全であり、その意味で違法性阻却の原由と考えられるのである。しかし、私人にかような機能を営むのをひろく許すことは、かえって秩序を害するおそれがある。法的救済方法が一応完備している近代国家においては、とくにそうである。かようにして、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度にとどめなければならない。現行法が自救行為を許すなんらの規定を設けず、また、正当防衛・緊急避難について厳格な要件を規定しているのは、かような点に由来するとおもわれる」とする<sup>35)</sup>

## (二) 団藤博士の見解に基づく分析

団藤博士の見解を前提として、平成 29 年決定が示した「刑法 36 条は、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」を分析すると次のようになる<sup>36)</sup>

④「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」(平成 29 年決定)とは、団藤博士によれば「緊急のばあいにおいて、法による本来の保護を受ける」こと、言い換えると「法秩序の侵害の予防または回復を国家機関が行う」ことである。それゆえ、「急迫不正の侵害」は「防衛者の法益保護」に係る概念であることが示されていることになる<sup>37)</sup>

⑤「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」(平成 29 年決定)とは、団藤博士によれば「緊急のばあいにおいて、法による本来の保護を受ける余裕のないとき」言い換えれば「法秩序の侵害の予防または回復を国家機関が行ういとまのないばあいに」に対応するので、「期待できないとき」とは「時間的緊迫性」を意味すると解することができる。

⑥「刑法 36 条」は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」(平成 29 年決定)が、「侵害を排除するための私人による対抗行為」が「例外的」に「許容」される範囲は、団藤博士によれば、私人による対抗行為を「ひろく許すことは、かえって秩序を害するおそれがある。法的救済方法が一応完備している近代国家においては、とくにそうである。かようにして、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度にとどめなければならない」ことになる<sup>38), 39), 40)</sup>

#### 4. 平成29年決定にいう刑法36条の趣旨と考慮要素の関係

##### (一) 考慮要素①～③, ⑧ (「防衛者の侵害予期」に関わる事情)

侵害の急迫性の意義を「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」(昭和24年判決)、「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」(昭和46年判決)と解した場合、侵害の急迫性は、上記の④(「急迫不正の侵害」は「防衛者の法益保護」に係る概念である)又は⑤(「期待できないとき」(平成29年決定)とは「時間的緊迫性」を意味する)に関連する概念となる。そして、昭和52年決定は、「(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」という事実(状況)が存在した場合「侵害の急迫性の要件を充たさない」とするが、「防衛者の侵害予期」が(防衛者の法益侵害の危険が迫っている(上記④)という意味での)侵害の急迫性に影響を及ぼす「説明の筋道」(理論構成)については上述した通りである。すなわち、これは、「防衛者の侵害予期」が「防衛者」にとっての「侵害」の「突発性・突然性」に影響を及ぼすので、侵害の実質的な「防衛者の法益侵害」の可能性と「法益保護」の必要性に影響を及ぼすという「説明の筋道」である。この「説明の筋道」において、「防衛者の侵害予期」が(防衛者の法益侵害の危険が迫っている(上記④)という意味での)侵害の急迫性に影響を及ぼすことになる。

上記の説明を前提とすると、平成29年決定の考慮要素のうち、「防衛者の侵害予期」に係る考慮要素(①～③, ⑧)については、侵害の急迫性との関連性を肯定できる<sup>41)</sup>

##### (二) 考慮要素⑦ (対抗行為の準備に関わる事情)

上述の通り、「危険概念としての急迫性は、法益侵害の『現実的』可能性の観点から考慮されるべきであるから、攻撃者と被攻撃者との対応関係に応じて、

法益侵害の可能性は決まる」(上記④)とすると、防衛者(被攻撃者)が「客観的な迎撃態勢(攻撃態勢)」を敷いていることが重要であり、防衛者の準備が侵害に対する「客観的な迎撃態勢(攻撃態勢)」であると意味づけるためには、積極的加害意思が必要であるといえる。

上記の説明を前提とすると、平成 29 年決定における考慮要素のうち、⑦「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、侵害の急迫性との関連性を肯定できる。

### (三) 考慮要素④～⑥(侵害の事前回避に関わる事情)

考慮要素④～⑥は、それぞれ④「侵害回避の容易性」、⑤「侵害場所に出向く必要性」、⑥「侵害場所にとどまる相当性」であり、これらの考慮要素は、上に示した平成 29 年決定の分析では、③の視点から導出できる。

ところが、刑法 36 条は、正当防衛・過剰防衛の成立要件を規定しているのであって、侵害の急迫性に特化した条文ではないので、<sup>42)</sup> ③の視点から考慮要素④～⑥を導くことができることと、侵害の急迫性と関連性を肯定できることは別問題であると解される。

考慮要素④～⑥は、「防衛者の法益侵害の危険が存在し、法益保護が必要である状況」にあること(「危険概念」としての「侵害の急迫性」が肯定できること)を前提として、「防衛者がどのような状況でどの程度正当防衛権を行使できるか」という視点から検討されるべき事項であると解されるが、そうすると、考慮要素⑥～⑧は、「危険概念」としての「侵害の急迫性」という視点からは導くことができない考慮要素となる<sup>43)</sup>。

### (四) 考慮要素⑨(行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容)

考慮要素⑨「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容」に関して、「致命的な誤りが含まれている」という指摘がある<sup>44)</sup>。そこで、考慮要素⑨の内容について検討する。

### (1) 考慮要素⑨が対象とする事実関係の範囲

行為者が「侵害に臨んだ状況」という表現は昭和52年決定の「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」に対応すると解されるが<sup>45)</sup>、これは、積極的加害意思が侵害に先行する事前の意思内容であることに鑑みれば、この「侵害に臨んだ状況及びその際の内容」は「侵害に先行する客観的・主観的状況一般を問題にしている」と理解できる<sup>46)</sup>。そして、このように解すれば「対抗行為に先行する状況全般をカバーするものとして、①ないし⑧の考慮要素の『受け皿』としての意義を有するにすぎない」ことになる<sup>47)</sup>。

しかし、平成29年決定は、侵害の急迫性の判断について「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況」に照らした検討が必要であると説示しており、考慮要素とされるべき「行為全般の状況」には、「対抗行為に先行する事情」以外の事情、すなわち、「現実の対抗行為段階の状況」が含まれているように読むことができる<sup>48)</sup>。そして、同決定は、事例判断において、考慮要素⑨に対応する事実として、被告人が「Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突した」点をあげるが<sup>49)</sup>、これは、「現実の対抗行為の態様」を指摘するものである。

そうすると、平成29年決定は、「現実の対抗行為の状況」も侵害の急迫性判断において「考慮される余地があることを認めている」と解することができる<sup>50)</sup>。

### (2) 考慮要素⑨が「現実の対抗行為の状況」を評価の対象としていると解した場合の問題点の存否

仮に、平成29年決定が「現実の対抗行為の状況」も侵害の急迫性判断において「考慮される余地があることを認めている」と評価した場合、次の小林教授の批判が妥当する。すなわち、「不正の侵害が時間的に切迫した段階におい

ては、すでに侵害者と被侵害者の利益状況に関する法的な決着がついているはずであって、そのあとの事情がこれをひっくり返すことはありえない。たとえば、侵害の予期がまったく存在せず、急迫性が認められるものとされたならば、反撃の段階でいかなる心理状態にあらうと、さかのぼって急迫性が否定されることはありえない反面、侵害の十分な予期があり、その必要もないのにみずから向かっていったことから急迫性が否定されたならば、退避可能性は失われたとか、防御的行動にとどまったことを理由に、さかのぼって急迫性が肯定されることもありえないのである」とする<sup>51)</sup>

これに対して、佐伯教授は、次のように反論する。教授は、「正当防衛性の判断において、不正の侵害が始まるまでの事情と始まった後の事情を画然と分けることは、形式的に過ぎて妥当でない」とする<sup>52)</sup>そして、小林教授の批判を受けて、「正当防衛性の判断枠組みとして、防衛行為の態様も考慮に入れて判断することを認めるべきだとしても、そのような考慮を、侵害の急迫性の要件で行うのが適切かという問題は残る。防衛行為に出るまでは急迫であった侵害が許容されない防衛行為に出ると急迫ではなくなるのは不自然ではないかと思われるからである」とし、「同じ問題は正当防衛状況の要件にもあるので、代案としては、『防衛のための行為』（防衛行為）の要件の問題とすることも考えられる。しかし、この点も、急迫性要件は規範的・評価的なものであって、どのような防衛行為に出たかを考慮に入れるまで浮動的な状態にあると考えればよいのかもしれない」とし、「実質的に判断方法が同じであれば、どの要件で扱うかはあまり重要でない」する<sup>53)</sup>また、井田教授は、『『正当防衛状況』と『防衛行為』とは、正当防衛の2つの要件というに過ぎず、時間的な前後の関係にあって相互に他と切り離して独立に判定しなければならないというものではない」とする<sup>54)</sup>さらに、中尾判事は、「急迫性の要件は、行為全般の状況に照らして判断させる規範的・評価的なものであり、対抗行為の態様も含めて判断することが妥当性を欠くとはいえない」とする<sup>55)</sup>

以上の理解からすると、「急迫性の要件」は、単に侵害行為の属性に尽きる

わけではなく、「対抗行為を許容するか否かを判断する規範的要件として、現実の対抗行為との関係で相関的に判断される」ことになるが、これを徹底すると、「急迫性の存否の判断は、正当防衛を認めるべきか否かという結論の言い換えになってしまい、防衛意思や防衛行為の相当性の判断との区別が失われることにもなりかねない」ことになる<sup>56), 57)</sup>

積極的加害意思をもって侵害に臨んだときに「侵害の急迫性」の要件を欠くとした昭和52年決定以降の下級審において、前田教授は「正当防衛における積極的加害意図の取り扱いについて、かなりの混乱状態にある」と評価され<sup>58)</sup> その原因を、昭和46年判決、昭和50年最高裁判決<sup>59)</sup> 及び昭和52年決定の3つの「最高裁判例の複雑な関係」に求める<sup>60)</sup> すなわち、昭和52年決定は「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充たさない」とする。一方で、昭和46年判決は「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつ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つて、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、事例判断として「被告人がGに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当である」とし、昭和50年判決は「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く」とする。

前田教授が指摘する判例の「混乱状態」は、判例が積極的加害意思（侵害の急迫性）の存否を判断する際に対象となる時期と防衛の意思の存否を判断する際に対象となる時期を区別していると評価することを通じて<sup>61)</sup> 解消できる。すなわち、前者の判断対象は「不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで」<sup>62)</sup> つまり「現に反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）」<sup>63)</sup> までの事情であるのに対して、後者の判断対象は「不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点」<sup>64)</sup> つまり「反撃行為の実行時」<sup>65)</sup> の事情で

ある。それゆえ、判例上、正当防衛の成否を検討する場合、侵害の急迫性（積極的加害意思）の存否を判断するために対象となる事実関係と、防衛意思の存否を判断するために対象となる事実関係は、厳格に区別する必要がある<sup>66)</sup>。そうでなければ、前田教授の「正当防衛における積極的加害意図の取り扱いについて、かなりの混乱状態にある」という指摘が妥当してしまうのである。平成 29 年決定は、昭和 52 年決定を参照しつつ「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」には、「侵害の急迫性の要件を充たさない」関係を維持している。そうすると、判例の連続性・統一性を前提とした場合、法律要件としての「侵害の急迫性」の存否を検討する際に対象とすべき事実関係は、「不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで」つまり「現に反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）」に限定する必要があることになる<sup>67)</sup>。

### (3) 平成 29 年決定が「現実の対抗行為の状況」（考慮要素⑨）を評価対象とすることの意義

平成 29 年決定は、侵害の急迫性の存否を判断するために、少なくとも事例判断において、被告人による防御的行動の欠如を指摘するが、これは、現実の対抗行為の状況であり、「不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点」つまり「反撃行為の実行時」の事実関係である。そうすると、判例の枠組みでは、判断の対象としてはならない事実関係を対象としているという評価が可能であるが、この「現実の対抗行為の状況」は、現実の対抗行為が始まる以前の事実関係を推認する要素として考慮する以上の意義を肯定すべきかが問題となる。

#### I. 「現実の対抗行為の状況」をそれ以前の事実関係を推認する要素として考慮する見解

この点に関して、小林教授は、「それが単なる事実経過の記述であったり、他のなんらかの実体的な要件を認定するための間接事実であったりするのでは

ればよいが、そうではなく、対抗行為の正当化を制限・否定する先行事情のひとつとして掲げられているのであれば適当でない」とする<sup>68)</sup>大塚教授は、「たしかに、正当防衛が許される状況（緊急状況）か否かの判断は、不正の侵害が時間的に切迫した時点を基準として事後判断すべきである。しかし、その判断資料としては不正の侵害に時間的に先行する事情だけでなく、不正の侵害が切迫した後の事情を排除すべき理由はない。なぜなら、事後の事情であっても基準時の事情を推認させることは可能であるからである。本件で、もし被告人がハンマーの攻撃に対して包丁を示すなどの示威的な行動をとっていたとすれば、包丁を準備してAの持つ場所に向いたという事実があっても、不正の侵害が時間的に切迫していた時点において緊急状況性を否定できなかった可能性もある。逆に、そのような行動をとらなかったことが、不正の侵害が切迫した時点で正当防衛が許される状況（緊急状況）ではなかったことを推認される一事情になっている」とする<sup>69)</sup>

## Ⅱ. 「現実の対抗行為の状況」をそれ以前の事実関係を推認する以上の （独立の）要素として考慮する見解

この点に関して、佐伯教授は「本決定が急迫性判断の客観化を志向しているとするならば、独立の考慮要素として認めていると理解すべきであろう」とする<sup>70)</sup>橋爪教授は、平成29年決定が「あえて『対抗行為に先行する事情』だけではなく『行為全般の状況』を考慮すべきと判示していることを考慮すると、本決定は、対抗行為段階の事情それ自体が急迫性判断における独立の考慮要素となることを認めたものと解した方が自然であろう」とし<sup>71)</sup>「予期された侵害を事前に回避すべき状況にもかかわらず、侵害が現実化した状況であっても、その後、行為者が攻撃意思を喪失し、防御的な防衛行為に終始した場合などは、侵害回避義務の例外として、正当防衛の成立を認める余地がある」とする<sup>72)</sup>

### Ⅲ. 考察

たしかに、「行為全般の状況」は、喧嘩闘争における正当防衛の成否に関連して言及がある視点つまり昭和 23 年最高裁判決<sup>73)</sup>では、「闘争の全般からみて」、昭和 32 年最高裁判決<sup>74)</sup>では、「闘争の全般からみて」に類似し、昭和 32 年判決が言及する「法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によって事を判断してはならないということ」によれば、喧嘩闘争による正当防衛の否定は、その判断が個別要件に収まりきれない性格を有することになるが<sup>75)</sup>このような文脈において「行為全般の状況」の内容を考えるとすれば、対抗行為開始後の要素を含めて考慮する要素を独立の考慮要素とすることも可能となるであろう<sup>76)</sup>

しかし、考慮要素⑨を「独立」の考慮要素と解した場合、橋爪教授自身が指摘するように、「急迫性の要件」は、単に侵害行為の属性に尽きるわけではなく、「対抗行為を許容するか否かを判断する規範的要件として、現実の対抗行為との関係で相関的に判断される」ことになるが、これを徹底すると、「急迫性の存否の判断は、正当防衛を認めるべきか否かという結論の言い換えになってしまい、防衛意思や防衛行為の相当性の判断との区別が失われることにもなりかねない」ことになる<sup>77), 78)</sup>

それゆえ、考慮要素⑨に関して、平成 29 年決定が喧嘩闘争の事例を処理するために用いる「行為全般の状況」という「文言」に言及している点を強調し、「対抗行為段階の事情それ自体が急迫性判断における独立の考慮要素となることを認めた」と解すると、その判断が個別要件に収まりきれない性格を有する「喧嘩闘争と正当防衛」における議論に接近する。考慮要素⑨は、少なくとも、「侵害の急迫性の存否を判断する要素」として「議論する」ことが「必ずしも適切ではない」ことになる。

これを整理すると次のようになる。

考慮要素⑨を「侵害の急迫性の存否を判断する要素」と解する場合には、「現実の対抗行為の状況」をそれが始まる以前の事実関係を推認する要素とし

て考慮すべきであり、逆に、考慮要素⑨を「対抗行為段階の事情それ自体」を正当防衛の成否を判断する「独立の考慮要素」と解する場合には、侵害の急迫性の存否を判断するのではなく、認定された事実関係が「喧嘩闘争」と評価されるために「正当防衛」の成立を否定する場面において議論されるべきことになる。

#### (4) 「現実の対抗行為の状況」を（独立の）要素として考慮できる可能性

上記の通り、考慮要素⑨に関して、平成29年決定が「行為全般の状況」に言及している点を強調し、「対抗行為段階の事情それ自体が急迫性判断における独立の考慮要素となることを認めた」と解すると、その判断が個別要件に収まりきらない性格を有する「喧嘩闘争と正当防衛」における議論に接近する。

ところが、認定された事実関係が「喧嘩闘争」と評価されるために「正当防衛」の成立を否定する場面（「喧嘩闘争と正当防衛」における議論の場面）では、「総合的・全体的判断にとりあえず36条の要件論の衣をかぶせた」と評価できる判例も存在する<sup>79)</sup>。さらに、正当防衛を実際に判断する場面では、総合判断となることが多いという指摘がある。すなわち、佐伯教授は、平成29年決定が「多くの要素を並列的に並べて総合的に考慮する判断方法を明示した」ことを受けて「裁判官と裁判員が、制度趣旨を考慮しながら正当防衛の成否について議論を交わすというのが、最高裁が考える裁判員裁判のあるべき姿なのだろう」とする<sup>80)</sup>。また、稗田教授は、裁判官の立場から「正当防衛に関する判例理論は、最終的に総合評価となることが多く、法令の解釈から一義的に結論を導きにくいことから、総合判断を法令の適用として裁判員と共に判断することになる」とする<sup>81)</sup>。

そこで、稗田教授は、「これを適切に行うためには、判断の大きな枠組み・考え方を提示する必要があるが、司法研究はこのような提案をしているが、個別の事件の内容に応じた説明を適切に行い、適切に総合判断を行うためには、裁判例や想定される事例を類型化するとともに、考慮すべき要素とその位置づけ

を整理する必要がある」とする<sup>82)</sup> また、佐伯教授は、「類型化の作業は、判例の役割ではなく、研究者と実務家の共同作業によって形成される学説の役割だと最高裁は考えているのかもしれない」とする<sup>83)</sup>

そうすると、考慮要素⑨を独立の考慮要素（対抗行為の正当化を制限・否定する独立の事情）と解する場合、その判断を適切に行うためには、認定された事実関係が「喧嘩闘争」と評価されるために「正当防衛」の成立を否定する場面の処理について「大きな枠組み・考え方を提示する」必要があると解される<sup>84)、85)</sup>

## 注

30) 決定要旨の引用中「①～⑨」の記号は、筆者が挿入した。

31) 平成 29 年決定の原判決（大阪高判平 28・2・10 刑集 71 卷 4 号 311 頁。「正当防衛の成否について、所論は、⑤本件当時、被告人は被害者と話し合えば問題が解決できる状態であると認識していたのであり、被害者の攻撃を十分に想定していたとする原判決の認定は誤っている、⑥被告人に積極的な加害意思があったのであれば、より殺傷能力の高い凶器を選び、被害者が駆け寄ってきた時点で凶器を手にしたはずなのに、被告人はそのような行動をとっていない、として、正当防衛の成立を否定した原判決の認定を批判する。」「しかし、⑤本件犯行の約 2 時間前には、被害者が電話で被告人に対し『今から行つたから待って。けじめとつたから。』などと怒鳴っていたことや…、その後も被告人と被害者との間で 1 分間に満たない通話が何度も繰り返されていたという通話状況…などからすると、早朝、被害者から電話で呼び出された被告人が、被害者と容易に話し合えるような状態であると認識していたとみることはできない。このような状況の中で、被告人は、攻撃を受けた場合に備えて包丁を持ち出したのであるから、被害者の攻撃を十分に想定していたと認められるのであり、原判決の認定に誤りはない。⑥被告人が本件犯行に用いた包丁は殺傷能力のある凶器であるから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的な加害意思を推認させる事情といえ、より大きな刃物等を凶器として選ぶ余地があったとしても、上記の推認が妨げられるわけではない。また、被告人は、被害者の攻撃を受けてから、わずか 5 秒程度という短時間で被害者の胸部を深く突き刺しているのであり、この間、取り出した包丁を被害者に示すなどの示威行動をとらなかったという被告人の一連の行動からも、その積極的な加害意思が推認できる。被告人の被害者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」とした）及び第 1 審判決（大阪地判平成 27・9・17 刑集 71 卷 4 号 306 頁。「被告人には、本件現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的な感情にとどまらず、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、Aを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、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、「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」と結論づけている）では、積極的加害意思を認定した上で、正当防衛の成立を否定しているが、平成29年決定は、「積極的加害意思で侵害に臨んだ」ことを認定せず、侵害の急迫性を否定している。平成29年決定は、「積極的加害意思で侵害に臨んだ」「など」とするので、侵害の急迫性を否定するために、積極的加害意思の認定を「経ず」に行うことは「論理的に」可能であり、実際の事例判断でも積極的加害意思の認定を「経ていない」。したがって、平成29年決定が下されたことによって、積極的加害意思の役割の「変化の有無」について、改めて検討する必要がある（この点に関して坂下・前掲注(5)26頁、中尾・前掲注(5)最判解109-13頁、波床・前掲注(5)154頁、佐伯・前掲注(6)21頁、橋爪・前掲注(6)161頁、同「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 上巻』（平30年・2018年）241-4頁、同『刑法総論の悩みどころ』（令2年・2020年）99-100頁、大塚・前掲注(29)14-6頁、松原・前掲注(29)44頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方」『判例時報』2336号（平29年・2017年）144-5頁、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文」『法学教室』451号（平30年・2018年）31-2頁、高橋直哉「正当防衛状況の判断」『法学教室』453号（平30年・2018年）12-3頁、高橋則夫「『急迫性』の判断構造」『研修』837号（平30年・2018年）9-12頁、同「正当防衛の規範論的構造」『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（平30年・2018年）208-11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 上巻』（平30年・2018年）214-7頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実践」『刑事法の理論と実務①』（令元年・2019年）114-7頁等参照。

遠藤判事は、「『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もの」とするが（遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」『刑法雑誌』50巻2号（平23年・2011年）191頁）、そうすると、上記の検討に際しては、平成29年決定以降の下級審判例の動向を踏まえる必要があろう。平成29年決定以降の下級審の判断に関しては、橋爪・前掲注(6)174-9頁、松宮・前掲注(15)119-22頁、木崎峻輔「平成29年決定以降の裁判例における侵害の急迫性の意義及び機能」『中央学院大学法学論叢』33巻2号（令2年・2020年）15頁以下、同「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（3・完）」『筑波法政』82号（令2年・2020年）2-6頁等参照。

32) 佐伯・前掲注(6)23頁。

33) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版（平2年・1990年）232頁。団藤博士の見解を分析の前提とするものとして、波床・前掲注(5)151頁がある。

34) 団藤博士は、その他、「緊急避難」及び「自救行為」をあげる（団藤・前掲注(33)232頁）。

35) 佐伯教授は、平成29年決定が「正当防衛制度は、自力救済の原則的禁止の下であくま

でも例外的に認められるものであるとされ、法確証とか違法行為の抑止といった積極的意義付けが正当防衛制度になされていないことは、注目すべきことである」とし、その根拠として「正当防衛に積極的意義付けがなされれば、その許容範囲は（論理必然ではないとしても）必ずと広がっていく」ことをあげた上で、正当防衛制度の積極的な意義づけをしなかった点に関して、「本決定は、一つの重要な判断を示したと言える」とする（佐伯・前掲注(6) 23 頁）。

- 36) なお、嶋矢教授は、侵害の急迫性に関する制度理解として、次の 4 点を指摘する。すなわち、制度理解①（侵害の開始時期との関係における）「過度の自力救済の禁止」、制度理解②（侵害の終了時期との関係における）「不必要な反撃の禁止」、制度理解③（侵害を予期した者であっても）「正は不正に譲歩する必要はない」、制度理解④「苛酷な受忍要求の禁止」をあげる（嶋矢・前掲注(31) 27-9 頁）。
- 37) これは、侵害の急迫性を「危険概念」と位置づけることにつながる。実際に、昭和 24 年判決・昭和 46 年判決は、この位置づけを採用している。
- 38) ただし、刑法 36 条は、「急迫不正の侵害」だけが規定されているのではなく、正当防衛・過剰防衛の成立要件全体が規定されている。©の部分を含めて、侵害の急迫性の解釈基準とすることができるかについては、疑問の余地がある。なお、松宮教授は、平成 29 年決定における正当防衛の位置づけ自体を強烈に非難する（松宮・前掲注(15) 111-2 頁）。
- 39) 平成 29 年決定が示した「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」という趣旨の前提に、団藤博士が指摘する「法的救済方法が一応完備している近代国家」があり、近代国家には日本が含まれているとすると、日本は、どの地域も「例外なく」「法治国家」であり、「法治国家においては、紛争の解決は公的機関に委ねられており、自己の正当な権利を守るためであっても、相手を傷つけるなどの実力を行使して自力でこれを守ることは、原則として禁止されている」ことを明示した点にも、平成 29 年決定の意義があると解される。
- 40) 佐伯教授は「正当防衛を広く認めることは、国家刑罰権を限定することではあるが、同時に私人の実力行使を広く許容することでもあり、単純に、正当防衛を広く許容する社会が自由で望ましい社会であると言うことはできない。正当防衛の問題は、社会のあり方の問題として、慎重に判断されるべきことである」とする（佐伯・前掲注(6) 23 頁）。一方で、門田教授は「対抗行為の例外的な許容からは、公的機関のみが事前防止行為または対抗行為をなす権限を有し、私人がその保護を求めるという義務を怠れば、身に迫る危険に対抗することを認めず、犯罪の遂行か危険の甘受化を迫ることとなる。法益が侵害される危険が切迫しているにもかかわらず、保護を求めよとの期待や対抗行為までの先行事情により『急迫性』を否定し犯罪行為とするには、公的機関による十全な法益保護が機能していること前提であろう。少なくともそれが制度的にも現実にも整っていない状況（被害者が警察に保護を求めても功を奏しなかった殺人事件もある）では、不正な侵害から身を守

る最低限の反撃は当然に私人に権利として認められるべきである」とする(門田・前掲注(5)109頁。さらに、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか? (1)」『立命館法学』374号(平29年・2017年)199頁は、「私人が『公的機関の法的保護を求めることができない』場合に限り正当防衛権を認めるものではない」とする)。

41) 判例上、規範的判断が侵害の急迫性の判断において行われているが、この見地からすると、「侵害の予期」の位置づけは違うものとなるであろう。この分析は別稿で行うことにするが、例えば、橋爪教授は、侵害回避義務論の見地から次のように位置づける。すなわち、教授は「急迫性の判断においては、積極的加害意思それ自体ではなく、その背後に認められる客観的な利益状況が決定的である」とし、「被侵害者が正当な利益を犠牲にすることなく、予期された侵害を容易に回避できた場合には、回避すべき危険が現実化しているにすぎないとして、侵害の急迫性を否定すべきである」とする(橋爪・前掲注(31)総論89-90頁、同「正当防衛状況の判断について」『法学教室』405号(平26年・2014年)109頁)。

42) 刑法36条の趣旨に関して、団藤編[藤木]・前掲注(8)225頁は「切迫した不法な侵害行為に当面して、権利を防衛するために、官憲の保護を求めるいとまのない場合に、私人が実力行動で侵害を排除する行為につき、それが通常の事情の下においては犯罪を構成するものであっても罪とならないことをあきらかにしたもので、緊急行為としての違法性阻却事由を定めたものである」とする。次に、西田=山口=佐伯編[橋爪]・前掲注(9)421頁は「構成要件該当行為であっても、『急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにしたい行為』は正当防衛に該当し、処罰されない。これが違法性阻却事由であることについては、現在では見解の一致がある」とする。さらに、前田雅英代表編集『条解刑法』第4版(令2年・2020年)120頁は「自己又は他人の法益に対する違法な侵害が現に存在し、又は間近に押し迫っているという緊急状況の下において、その法益を防衛するため、侵害者に対しやむを得ずに反撃する行為を、正当防衛(行為)という。特定の構成要件に該当し、実行行為性を有する行為であっても、本条の要件を具備する限り、違法性が阻却され、犯罪の成立は否定される」とする。ドイツ刑法32条の要件に関して、Kindhäuser/Hilgendorf, a. a. O. [Anm. 11], S. 307は、正当化される正当防衛の要件は3つあるとし、①正当防衛状況(Notwehrlage): 正当防衛の条件(das „Ob“ der Notwehr), ②正当防衛行為(Notwehrhandlung): 正当防衛の方法(das „Wie“ der Notwehr), ③防衛の認識(Verteidigungskennntnis) 防衛意思: 正当防衛の主観的側面(„Verteidigungswille“, die subjektive Seite der Notwehr)をあげる。そして、正当防衛状況に、(攻撃の)現在性(Gegenwärtigkeit)を位置づけている(さらに、Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil 50. Aufl., 2020 S. 164は、「正当防衛状況は、現在の違法な攻撃によって根拠づけられる」とする)。

43) ただし、考慮要素⑥~⑧は、防衛者に「回避義務」を肯定した上で、侵害の急迫性の存

否を判断するという有力に主張されている見地（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）237 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 上巻』（平 18 年・2006 年）88 頁以下、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平 19 年・2007 年）305 頁以下等）を前提とすれば、説明可能である。考慮要素⑥～⑧の位置づけは改めて検討する機会をもちたい。

- 44) 小林・前掲注(31) 144 頁。
- 45) 橋爪・前掲注(5) 202 頁。橋田・前掲注(5) 155 頁参照。
- 46) 橋爪・前掲注(5) 202 頁。
- 47) 橋爪・前掲注(5) 202 頁。仮に、このように解することが妥当であるとすれば、小林教授の指摘は杞憂にすぎなくなる。
- 48) 橋爪・前掲注(5) 202 頁。
- 49) 坂下・前掲注(5) 25 頁、橋爪・前掲注(5) 202 頁。
- 50) 橋爪・前掲注(5) 202 頁。さらに、橋爪教授は、平成 29 年決定が「現実の対抗行為の状況」を侵害の急迫性判断において考慮することを肯定していると解することが「自然であろう」とする（橋爪・前掲注(5) 202 頁）。
- 51) 小林・前掲注(31) 144 頁。
- 52) 佐伯・前掲注(6) 22 頁。
- 53) 佐伯・前掲注(6) 23 頁。
- 54) 井田良「正当防衛をめぐる議論の現状」『季刊刑事弁護』96 号（平 30 年・2018 年）16 頁。
- 55) 中尾・前掲注(5) 最判解 116 頁。
- 56) 橋爪・前掲注(5) 203 頁。
- 57) このような結論に至る原因は、侵害の急迫性要件を「対抗行為を許容するか否かを判断する規範的要件として、現実の対抗行為との関係で相関的に判断される」と解した点にある。このように解する論理的前提は、刑法 36 条の趣旨として◎を導出した上で、◎の観点から侵害の急迫性要件を規範的要件と解した点にあると解される。◎を刑法 36 条の趣旨と解することに問題はないが、◎を前提として、「侵害の急迫性」の要件を規範的要件とすると解することには問題があったといえるであろう。
- 58) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（平 4 年・1992 年）142 頁。
- 59) 最判昭 50・11・28 刑集 29 卷 10 号 983 頁。以下、「昭和 50 年判決」という。
- 60) 前田・前掲注(58) 142 頁。
- 61) 川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編 [井田良]『裁判例コンメンタール刑法 第 1 巻』（平 18 年・2006 年）258 頁参照。
- 62) 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）142 頁、150 頁。

- 63) 安廣・前掲注(62) 142頁, 150頁。
- 64) 安廣・前掲注(62) 142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(平8年・1996年) 85頁。
- 65) 安廣・前掲注(62) 142頁, 安廣・前掲注(64) 85頁。
- 66) 前田・前掲注(5) 20頁は, 判例の合理的な説明として, ここで指摘した区別に言及する。詳細は, 拙著・前掲注(7) 91-7頁, 159-61頁参照。
- 67) 平成28(2016)年時点において, 正当防衛の成否に関する判例の姿勢に関して, 嶋矢教授は「積極的加害意思論と防衛の意思を区別しないという対応はとられず, その意味で『従来の類型化』を解体・融合するような状態は生じていない」とする(嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」『刑法雑誌』55巻2号(平28年・2016年) 135頁注(15))。
- 68) 小林・前掲注(31) 146頁。
- 69) 大塚・前掲注(29) 16頁。
- 70) 佐伯・前掲注(6) 22頁。佐伯教授は, 急迫性判断の客観性志向について次のように指摘する。教授は, 本稿では, 考慮要素⑨とした要素を⑨「行為者が侵害に臨んだ状況」と⑩「行為者が侵害に臨んだ際の内容意内容」に細分化した上で, 考慮要素のうち「①④⑤⑥⑦⑧⑨」は基本的には客観的事情であり, ②③も, 主観的事情とは言っても, 客観的事情の認識・予見であって『積極的加害意思』のような心情要素ではない。また, ②③は④⑤⑥⑧に関係する事情であって純粋に主観的事情とはいえない。その意味で, 考慮要素の客観化が相当程度なされたといつてよいであろう」とする(佐伯・前掲注(6) 21頁)。
- 71) 橋爪・前掲注(5) 203頁。橋爪・前掲注(6) 169頁, 同・前掲注(31) 日高古稀 255頁, 中尾・前掲注(5) 最判解 116頁参照。
- 72) 橋爪・前掲注(31) 総論 103頁。中尾・前掲注(5) 最判解 116頁参照。
- 73) 最大判昭23・7・7刑集2巻8号793頁。以下, 「昭和23年判決」という。
- 74) 最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁。以下, 「昭和32年判決」という。
- 75) 喧嘩闘争の事例において正当防衛の成立を否定する処理をする場合に「従来の総合的・全体的判断にとりあえず36条の要件論の衣をかぶせた」と評価し得る最判昭24・11・17刑集3巻11号1801頁(橋爪・前掲注(43) 139頁, 拙著・前掲注(7) 79頁参照)が存在していた。これは, 喧嘩闘争の事例において認定された事実を正当防衛の個別の成立要件の充足を判断するという処理をすることの困難性を示すものともいえる。
- 76) 「行為全般の状況」に関して, 橋爪教授は, 昭和52年決定以降の下された昭和56年大阪高裁判決との類似性を強調する(大阪高判昭56・1・20判タ441号152頁。本判決の概要と位置づけについては, 拙著・前掲注(7) 127-32頁参照)。
- 77) もちろん, 橋爪教授は, 侵害の急迫性の規範的要件化を徹底することを肯定する趣旨ではない。仮に, これを徹底すると, 喧嘩闘争の事例において正当防衛の成立を否定する処理をする場合に「従来の総合的・全体的判断にとりあえず36条の要件論の衣をかぶせた」判例, 例えば, 最判昭24・11・17・前掲注(75)(橋爪・前掲注(43) 139頁, 拙著・前掲注

(7) 79 頁参照) に先祖返りしてしまう可能性があるからである。橋爪教授は「急迫性の存否の判断が現実の対抗行為時の状況によって変更される余地を認めるとしても、それは、行為者が防衛的な行為に終始していた場合や、侵害現場において局面が大きく変化し、喧嘩闘争が一旦終了したと評価できるような例外的な場合にとどまるべきである」とし(橋爪・前掲注(5) 203 頁)、侵害の急迫性の規範的要件化を徹底することを回避するのである。

78) 正当防衛の成否に関して「対抗行為段階の事情」を考慮することはむしろ当然である。

正当防衛の成立要件としての防衛意思の存否に関して、判例上、防衛意思の判断対象は、積極的加害意思の判断対象と区別することによって、両者の差別化を図っていることは、すでに指摘した通りである。

また、正当防衛が成立するためには、対抗行為が「やむを得ずした行為」であることを要件とする(刑法 36 条 1 項)が(やむを得ずにした行為とはいえない場合、過剰防衛(刑法 36 条 2 項)と評価される)。

この点に関して、最判昭 44・12・4 刑集 23 卷 12 号 1573 頁によれば、やむを得ずにした行為(相当性を有する行為)とは「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する」が、その後、最判平元・11・13 刑集 43 卷 10 号 823 頁は、「被告人は、年齢も若く体力にも優れた A から、『お前、殴られたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうへ腰のあたりに構え、『切られたいのか。』などと言ったというものであって、A からの危害を避けるための防衛的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」としており、相手方からの自己の身体に対する急迫不正の侵害を避けるために「防衛的な行動に終始していた」事実関係が、「やむを得ずにした行為」(相当性を有する行為)であるという評価に影響を与えることを肯定している。

正当防衛の成立要件と「対抗行為段階の事情」の関係をどのように位置づけるかについては、正当防衛の成否に対して個別の成立要件が有する機能を考慮して決定すべきである。

79) 最判昭 24・11・17・前掲注(75)。

80) 佐伯・前掲注(6) 23 頁。

81) 稗田雅洋「裁判員裁判と刑法理論」『刑法雑誌』55 卷 2 号(平 28 年・2016 年) 179 頁。

左記の論文執筆当時、稗田教授は東京地方裁判所判事であった。

82) 稗田・前掲注(80) 179 頁。なお、「司法研究」は、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(平 21 年・2009 年)を指す。稗田教授は、「全体として整合した分析を適切に行う上で、刑法理論家による分析や提言をお願いしたい」とする(稗田・前掲注(80) 179 頁)。この点に関して、さらに、嶋矢・前掲注(67) 135-9 頁参照。

- 83) 佐伯・前掲注(6) 23頁。
- 84) 喧嘩闘争と正当防衛に関して、日本とドイツの判例の状況の比較として、木崎峻輔「相互闘争状況において正当防衛権の制限を否定した事例」『中央学院大学法学論叢』34巻2号(令3年・2021年)107頁以下がある。
- 85) 喧嘩闘争と正当防衛に関して、比較的最近、塩見教授は近世の喧嘩両成敗法に遡り、その意義を再構成するが(塩見淳「喧嘩闘争と正当防衛」『法学論叢』182巻1=2=3号(平29年・2017年)109頁以下)、「制度」(規範を含む)とは、「具体的な個人々人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という理解である」とし、「各人にとって私的な制度(了解)が超越的で普遍的な制度(了解)となるのは、ある人(各人それぞれ)が「これが『超越的で普遍的な性質を持った集合的实在の観念』である」と「信じている」ことによって、「現れる」にすぎないとする見地(盛山和夫「制度論の構図」(平7年・1995年)262-3頁参照)からすると、ここで問題となっている「正当防衛の成否」が「日本社会」を前提とする以上、非常に重要な再構成である。日本社会に「歴史的に存在した」と解される「喧嘩両成敗の法理」(「超越的で普遍的な性質を持った集合的实在の観念」)を踏まえることによって、少なくとも、判例上、明示的に否定されていない同法理の解釈の起点とできるからである。

喧嘩闘争と正当防衛に関して、まず、塩見教授は「近世の喧嘩両成敗法は原則として『当座の喧嘩』に適用された、ただし、乱心や酔狂による攻撃や強盗行為に対して防衛に出た場合はお構いなしとされた、遺恨による攻撃から生じた『宿意の喧嘩』については両成敗の処理は行われず、相手方の遺恨が筋違いかどうかを吟味して行為者の責任が判断された、となろう。喧嘩両成敗法は、遅くとも近世において、理のある者にまで常に適用されたわけではなく、とりわけ『宿意の喧嘩』では、遺恨を抱かれるだけの理由のある防衛者のみが処罰(成敗)された(刑法的に表現すれば、正当防衛の適用が排除された)のである」とし、その根拠として「当座の喧嘩と同様、『避けられる紛争』であって『むしろ平和的に解決すべき』こと」をあげる(塩見・注(85)118-9頁)。

そして、教授は、上記の関係が刑法学に示唆を与えるものとして、次のように指摘する。まず、喧嘩闘争の観念的把握である。喧嘩両成敗の法理は「殴り合いや斬り合いのレベルではなく、『紛争解決の手段としての実力行使』という観念化されたレベル」で捉えることが前提となっているが、これは、判例上の喧嘩闘争の捉え方にもみられる。判例上、喧嘩闘争は「同時ニ攻撃及防禦ヲ爲ス性質ヲ有スル」もの(大判昭7・1・25刑集11巻1頁)、又は、「闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連続的闘争行為」(昭和23年判決)と捉えられているが、教授は、「喧嘩闘争の観念的な把握は刑法学の視点からも支持されるように思われる」とする(塩見・注(85)119頁)。次に、教授は、「喧嘩両成敗の法理」には、「自力救済としての『喧嘩』を理念的にも存在すべきでないとして排除するという積極的な意義」が認められる点、及び、その「妥当範囲」が「宿意の喧嘩と当座の喧嘩」の区別という基準が現れている点を指摘する。そして、「宿意」か「当座」かの区別は、「刑

法学の立場」から、これを「当事者の間にもともと紛争が実質的に存在した場合とそうでない場合」として捉え直すならば、意義をもつとし、「従前より存在する紛争に『防衛』者も責を負う（例えば、遺恨を抱かれるだけの理由がある）にもかかわらず、その紛争を実行行使により解決しようとするのは、許されない自力救済、換言すれば『狭い意味での喧嘩』に当たり、正当防衛の成立が否定されるとの解釈は十分な説得力をもつと解されるからである」とする（塩見・注(85) 119-20 頁）。

最後に、教授は、判例の分析を踏まえて、次のように指摘する。喧嘩両成敗の法理は、昭和 23 年判決によって「刑法学から駆逐された観」がある。しかし「喧嘩両成敗を支える思想を自力救済の禁止に求め、喧嘩に至った経緯に鑑みて、正当防衛がなお許される喧嘩と許されない『狭い意味での喧嘩』を区別し、両成敗の取扱を後者の『喧嘩』に限るといのように喧嘩両成敗の法理を再構成するならば、異なる考え方の筋道も見えてくる」とし、「自力救済が許されないのは、従前より（単なる不伸といったものを超えて）実質的に存在する紛争に『防衛』者の側も相応の責を負うにもかかわらず、その紛争を平和的手段ではなく『喧嘩』という実行行使により解決することを選択した点に理由が求められよう。このような視点からは、確実に予期された侵害の機会を利用し積極的に相手に対して害を加えるという積極的加害意思論が想定する事態や、相手方の侵害行為をそれと時間的・場所的に一連・一体の関係にある（それ自体として）不正な行為によって招致するという自招侵害論の掲げる要件も、同法理が妥当する一つの類型ないし要素と位置づけられることになる」とする（塩見・注(85) 158-9 頁）。

以前、喧嘩闘争と正当防衛に関しては、拙著・前掲注(7) 64 頁以下において検討し、平成 20 年最高裁決定（最決平 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁）とその後下された平成 21 年東京高裁判決（東京高判平 21・10・8 東高刑 60 卷 1~12 号 142 頁）に関しては、拙著・前掲注(7) 245 頁以下において検討を加えたが、塩見教授の見解を踏まえて改めて検討する機会をもちたい（さらに、拙稿・前掲注(7) 78 頁注(50) 参照）。

## 五 結 論

本稿では、「緊急」は「速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる」危険状態であり、「法的緊急」は（これが肯定できれば正当防衛における侵害の急迫性の要件を満たす）「法益に対する」上記の危険「状態」と解することを前提として、昭和 52 年決定が（防衛）「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」侵害の急迫性を欠くに至ると解し得ることを確認した上で、平成 29 年決定が示した（侵害の

急迫性に関する)「刑法36条の趣旨」と「考慮要素」の関係について考察した。

その結果、侵害の急迫性を判断する上で重要となる法的緊急の存否に関連させながら、「考慮要素①～③, ⑧(侵害の予期に関わる事情)」及び「考慮要素⑦(対抗行為の準備に関わる事情)」を考慮することはできるが、「考慮要素④～⑥(侵害の事前回避に関わる事情)」を考慮することはできないことが明らかとなった。そして、「考慮要素⑨(行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容)」については、平成29年決定が考慮要素⑨に関連して「現実の対抗行為の状況」を考慮していると解した場合「侵害の急迫性」の存否を検討するための「独立」要素として位置づけることは困難である。むしろ、侵害の急迫性要件とは異なる要件の考慮要素として位置づけるべきであり、この位置づけに際しては、「喧嘩闘争と正当防衛の関係」を再構成することを通じて行うべきであることが明確となった。

ただし、平成29年決定は、多数の論点が存在するため、本稿では、すべての論点に関して検討できなかった。残された論点に関しては、他日を期したい。

(本稿は、2019年度松山大学特別研究助成の成果の一部である。)