慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	正当防衛論と最高裁平成29年4月26日決定： 最高裁平成20年5月20日決定はどのように理解されるべきか
Sub Title	Self-defense
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.47 (2022. 1) ,p.221- 280
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220117-0221

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

正当防衛論と最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定

――最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定はどのように理解されるべきか――

鈴　木　左斗志

1　本稿の目的
1.1　4 つの最高裁判例
1.2　平成 27 年度司法研究の「試案」
1.3　本稿における検討
2　「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」か否かは、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」には、どのように判断されるのか
2.1　問題点
2.2　取押事例と関係修復事例（付、防御的態様に留まる行為）
2.3　最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定
2.3.1　問題点
2.3.1.1　調査官解説（最決昭和 52 年 7 月 21 日）の理解と最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定の関係
2.3.1.2　調査官解説（最決昭和 52 年 7 月 21 日）における検討の焦点
2.3.2　「状況」の趣旨を実質的に検討する見解
2.3.2.1　香城判事の見解
2.3.2.2　調査官解説（最判昭和 60 年 9 月 12 日）の見解
2.3.2.3　基本的なところからの検討の必要性を示唆する見解
2.3.3　最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定から見た最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定
2.4　判断の枠組み
2.4.1　判断の内容
2.4.2　侵害の急迫性の要件
2.4.3　補論：侵害回避義務論について
3　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定はどのように理解されるべきか
3.1　問題点
3.2　「喧嘩」（最高裁昭和 23 年 7 月 7 日大法廷判決）との関係
3.2.1　「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」は、客観的定義か？
3.2.2　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定は、「不法な相互闘争行為」という客観的事態を根拠にして示された判断か？
3.2.3　最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定と最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定の意義
3.3　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定はどのように理解されるべきか
3.3.1　実質的根拠
3.3.2　最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定との理論的関係

慶應法学第 47 号（2022：1）

1　本稿の目的

1.1　4つの最高裁判例

（1）　最高裁平成29年4月26日決定（刑集71巻4号275頁。以下では「平成29年決定」と引用する）は、つぎのような判断を示した。「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。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巻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、行為者と相手方との従前の関係、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巻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」。

上記の判断の中で参照を指示されている最高裁昭和52年7月21日決定（刑集31巻4号747頁。以下では「昭和52年決定」と引用する）では、つぎのような判断が示されていた。「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〔る。〕……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を充たさないものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、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〔る〕」。

(2)(a)　平成 29 年決定以前、「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）を検討するに足りる事案かどうかの関門的な役割を与える判断方式〔が〕……、基本的にはすっかり定着し〔ている〕」[1] とされていた。

もっとも、「正当防衛（過剰防衛）を検討するに足りる事案かどうか」の判断については、昭和 52 年決定による「急迫性」以外に、それを補う役割を担うものも存在していた。

(b)　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定（刑集 62 巻 6 号 1786 頁。以下では「平成 20 年決定」と引用する）は、つぎのような判断を示していた。「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」。

前掲注 1）の文献では、平成 20 年決定と昭和 52 年決定の関係について、つぎのような理解が示されていた。「〔平成 20 年決定の事実関係〕の実質は、相手

1）『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 2 巻』（2016）565-6 頁〔堀籠幸男・中山隆夫〕。

を殴ったところ、直ちに相手から殴り返され、これに対してさらに殴り返すといった、自招侵害を契機としてその場で喧嘩闘争になった事態とほとんど同視できるように思われる。したがって、急迫性を論じるまでもなく、正当防衛が観念されるようなものではないという意味で、『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』としたのではなかろうか。これまで裁判実務では、昭和 52 年決定を拠り所として、『急迫性』の要件に正当防衛（過剰防衛）を検討するに足りる事案かどうか、正当防衛状況（正当防衛の本質的属性である緊急行為性）が認められるかどうかという関門的役割（行為の状況上の要件）を与えて判断してきたが、正当防衛状況性が基本的には認め難い喧嘩闘争では、急迫性の要件に触れるまでもなく、これが否定されるということを改めて明らかにしたものといえるのではなかろうか」[2)]。

（c） 上記で平成 20 年決定が「改めて明らかにした」とされている判例法理のリーディングケースは、最高裁昭和 23 年 7 月 7 日大法廷判決（刑集 2 巻 8 号 793 頁。以下では「昭和 23 年判決」と引用する）である。「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正當防衞を行う觀を呈することがあつても、闘争の全般から見ては、刑法第 36 條の正當防衞の觀念を容れる餘地がない場合がある」。

平成 29 年決定の調査官解説（以下では「調査官解説（平成 29 年決定）」と指示することもある）では、昭和 23 年判決が「現在まで変更されていないことに留意すべきである」[3)] とされたうえで、つぎのように述べられている。「最高裁判例を概観してみると、昭和 23 年判例において、『闘争の過程を全般的に観察

2）前掲注 1）大コンメンタール刑法 587-8 頁〔堀籠・中山〕。

3）『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成 29 年度』102 頁（注 5）〔中尾佳久〕（以下では同解説を「最判解刑（平 29）〔中尾〕」と引用する）。なお、前掲注 1）大コンメンタール刑法 563 頁〔堀籠・中山〕ではつぎのように述べられている。「最高裁昭和 23 年 7 月 7 日大法廷判決がその後変更されていないことに注意する必要があるのであって、最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定……も、このような判例の軌道上にあるものと理解されるべきである」。

して、正当防衛の観念を容れる余地がない場合か検討すべき』との判断の在り方が示され、これを具体化するものとして、積極的加害意思論（昭和 52 年判例）……〔という〕判例理論、さらには、故意の自招侵害の一類型に関する判断（平成 20 年判例）が示されてきていると理解できるように思われる」[4) 5)]。

（3） 以上のような昭和 52 年決定・平成 20 年決定の役割分担についての理解は、昭和 52 年決定に示された判断が「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……趣旨」にもとづいているということを、その前提にしている。

ところが平成 29 年決定は、「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〔という〕……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」か否かを基準にして判断することを要求している。これは、その内容から考えて、正当防衛に関する問題全般に対して、その解決についての一定の指針を与えうるものだと解される。実際に平成 29 年決定は、昭和 52 年決定に示された判断を、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」についての上記基準の一適用例として位置づけている。

このような平成 29 年決定の考え方を前提にした場合、平成 20 年決定に示された判断はどのように位置づけられ、理解されるべきか（付随して、昭和 23 年判決はどのように理解されるべきか）。この点を検討することが、本稿の主たる目的である。

（4） ところで、平成 29 年決定によって示された判断の背景には、裁判員制度の導入があったと指摘されている。「『急迫性』の要件に関する判例理論であ

4）前掲注 3）最判解刑（平 29）101-2 頁〔中尾〕。なお、引用中に省略を施した部分では「専ら攻撃の意思論（昭和 60 年判例）」が指示されている。

5）さらに、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（2006）241 頁では、「喧嘩闘争につ〔いての〕……大審院以来の判例は、最高裁に受け継がれ現在まで変更されてはいない。……最高裁判例は条文に即して厳密に説明するようになっただけといってよい」とされていた。

る積極的加害意思論については、裁判員制度の導入を受け、裁判員に正確に伝え、理解してもらうことの困難性が問題とされ、主観的要件を間接事実の積み重ねによって認定するという手法は、裁判員にとって理解しやすいものではなく、故意のように主観的要件であることが不可欠なものでないのに、解釈でわざわざ認定の困難な主観的要件を設ける必要はなく、間接事実が実質的な要件を示しているのであれば、端的にそれを要件化すべきであるとの指摘がなされている。このような指摘を踏まえ、平成 19 年度司法研究〔引用者注 —— 司法研究報告書 60 輯 1 号「難解な法律概念と裁判員裁判」〕では、〔被告人〕の加害意思が争点となる類型については、『正当防衛が認められるような状況にあったか否か』（正当防衛状況性）という大きな判断対象を提示してはどうかとの提言がされている。しかし、これに対しては、正当防衛状況性というざっくりとした説明だけで、裁判員は本質的なところを理解して意見を述べられるかという疑問が投げ掛けられている〔引用者注 —— 前掲注 1）大コンメンタール刑法 528 頁〔堀籠・中山〕の参照が指示されている〕。裁判員制度導入後の下級審は、平成 19 年度司法研究の提言を参考にして、争点整理や裁判員への判断対象の提示につき工夫を図ろうとしてきていると感じられるが、当事者と裁判員に対して当該事案でどのような要素を検討すべきか明確にしないまま正当防衛状況性に関する審理・評議を進めても、なかなかうまくいかず、試行錯誤しているのが現状のように思われる。……本決定は、以上の諸状況を考慮して、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における侵害の急迫性の要件については、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況から、刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものといえるかどうかで決すべきとの判断枠組みを示したものと考えられる」[6)]。さらに、平成 20 年決定に示された判断も、裁判員制度導入を見据えたものであった可能性があると指摘されている[7)]。

もっとも、「裁判官が作成する判決書では、評議においてどのような事実関係が重視されて結論が導き出されたか、判例理論に沿った形で記載する」[8)] のであるから、①平成 29 年決定・平成 20 年決定の趣旨を理論的にどのように理解するべきかという問題と、②そのような理論的内容を裁判員にどのように説

明すれば充実した評議につながるかという「評議の方法」[9] の問題は、基本的に区別されうることになる[10]。

そうだとしても、平成 29 年決定・平成 20 年決定の趣旨を理論的に検討するにあたっても、まずは「我が国の裁判員裁判における……評議の実像と課題」[11] について研究報告されている内容を踏まえたうえで、検討されるべき

6）前掲注 3）最判解刑（平 29）109-10 頁〔中尾〕。なお、引用中に省略を施した部分にはつぎのような記述があった。「また、本件のように侵害の予期がある場合における正当防衛の成否が問題とされる事例においては、積極的加害意思論が判例理論として示されていることから、積極的加害意思論での解決に必ずしも馴染まないと思われる事例でも、積極的加害意思論に引き付けた争点整理が行われたり、『積極的加害意思が認められなければ侵害の急迫性は否定されない』との誤った理解の下に審理が行われたりしているのではないかとの懸念があったように思われる」。ここに示されている「懸念」は、裁判員制度導入にともなうものであるというよりも、むしろ裁判実務そのものに対する「懸念」であるように思われる。そのため、後掲注 72）で取り上げた。

7）前掲注 1）大コンメンタール刑法 528、588 頁〔堀籠・中山〕。なお、『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成 20 年度』433 頁〔三浦透〕参照（以下では同解説を「最判解刑（平 20）〔三浦〕」と引用する）。

8）『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 10 巻』（2021）306 頁〔金築誠志〕。この引用部分は、前掲注 6）に対応する引用中の「平成 19 年度司法研究の提言」について、その位置づけを明確にされたものである。なお、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009）28 頁を参照。

9）前掲注 8）大コンメンタール刑法 306 頁〔金築〕。

10）これに対して、遠藤邦彦「正当防衛判断の実践 —— 平成 29 年決定を踏まえて——」『刑事法の理論と実務①』（2019）121 頁では、平成 29 年決定の判示内容が、「急迫性に関し、解釈の起点となる正当防衛の制度趣旨について明示し種々の考慮要素を指摘しているが、それらの要素をどのように考慮すべきかには触れず、判断の基準としてはあまり具体的なものになっていない」という点に注目されて、つぎのように述べられている。「平成 29 年決定が裁判員裁判対象事件であり、法令の適用については裁判員の権限でもあって（裁判員 6 Ⅰ）、規範的な概念についての法令の解釈と法令の適用とは峻別できないことを考えると、平成 29 年決定は、急迫性要件の趣旨を明示した上で、法令の適用の在り様は当該事案を担当する法曹三者の実践に委ねる趣旨で総合考慮型の判示をしたという理解も可能である」。また、「平成 19 年度司法研究の提言」の作成に実際に関与された立場からの平成 29 年決定に対するコメントとして、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判例時報 2357・2358 合併号（2018）23 頁を参照。

問題はそこから探り出さなければならないと思われる[12)]。

1.2　平成 27 年度司法研究の「試案」

（1）　平成 27 年度司法研究「裁判員裁判と裁判官 —— 裁判員との実質的な協働の実現をめざして ——」[13)]（以下では司法研究「裁判員裁判と裁判官」と引用する）では、前掲注 11）の「サイクルを通じ〔た〕」検討の結果として、平成 29 年決定と平成 20 年決定の関係についてつぎのような理解が示されている。「平成 29 年決定は、侵害を予期した場合に、（それにもかかわらず）公的機関に

11）司法研修所編『裁判員裁判と裁判官 —— 裁判員との実質的な協働の実現をめざして ——』（法曹会、2019）「はじめに」2 頁。なお、同書は後掲注 13）の司法研究が頒布されたものであるが、同研究は、「実際の事件の記録及び判決書を取り寄せ、これに即して実際の評議で起こりがちな問題事象を研究員において検討した〔のちに、〕……裁判員裁判を担当した経験のある裁判官を対象として、……実際に評議で苦労した点や工夫した点、実践の結果等について守秘義務に反しない範囲で直接ヒヤリングを行い、……評議の実情とその課題について検討し、……その上で、……評議の課題を抽出し、裁判官と裁判員の協働の在り方について検討を加え、……さらに、このような検討を通じて見えてきた評議についての考え方に基づいて、もう一度……具体的な問題状況に立ち戻って再検討を加え〔る〕……というサイクルを通じて」成立したものであり、「全国で実際に行われた評議の情報を集積したものをベースに、裁判員法が予定しているあるべき裁判員裁判という規範的な観点から分析し、……検討」したものであると説明されている（同 1-2 頁）。

12）なお、前注の文献では、前掲注 6）に対応する引用中の「平成 19 年度司法研究の提言」について、「ヒヤリング等によると、……採用している例は少数であった」（60 頁）と報告されている。その理由についてつぎのように述べられている。「ヒヤリング等では、包括的な問題提起をしても、裁判員には『正当防衛が成立するか』という問い立てしか与えられないに等しく、当事者の主張があることを踏まえても、何について意見を述べればよいか戸惑ってしまい、裁判員から意見が出にくいとの意見が聞かれた。正当防衛のように要件が積み重なった法令の当てはめについては、段階的な思考を裁判員に要求するのは難しいのではないかという懸念が従来指摘されていたが、司会進行役である裁判官が適切に順序立てて進めていけば、裁判員もこれに従って思考することは可能であり、むしろ、そのように段階を踏んだ方が、裁判員の意見が活発に出やすく、当てはめが困難になるという問題も特段生じていないように見受けられる」（60-1 頁）。さらに 65 頁も参照。

13）司法研究報告書 70 輯 1 号。なお、本稿での以下の引用箇所指示は、前掲注 11）の文献による。

よる法的保護を求めることが期待できず、自ら対抗行為に出ることが許容される状況であったかという観点からの検討を要求する趣旨であると解されるのに対し、平成 20 年 5 月決定は、……不正の行為により自ら侵害を招いたかどうかという、公的機関により法的保護を求め得るかどうかとは異なる観点からの検討を要求するものと思われる。両決定は、いずれも裁判員裁判時代において従前の判断枠組みの再構成を試みたものと評価することができ、この点では軌を一にするものの、対象とした事案の違いに応じて、正当防衛の成否を判断する際の基本的な価値判断や判断枠組みが異なっている」[14]。そのうえで、「平成 29 年決定が意味するところを裁判員に説明する」場合の「具体的な説明の在り方」として、つぎのような「試案」[15] が示されている。「相手の侵害が差し迫る前にあらかじめ予期された場合には、一般的には、現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが可能な状況にあったはずであるから、被告人の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し、具体的事情の下では、そのような保護を求めることが期待できず、自ら対抗行為に出ることが許されるといえる場合であってこそ、その侵害が被告人にとって『急に迫ってきた侵害』と評価できる」[16]。

司法研究「裁判員裁判と裁判官」は、「本研究中に……平成 29 年決定が出された」[17] という時期に遂行されたものであるため、「本研究の時点において、平成 29 年決定を踏まえた評議の実情を分析して検討できる状況には至っていない」[18] という制約があったと認められている [19]。そうだとしても、上記の

14）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」66 頁以下。同 67 頁・脚注 140 では、この引用部分が依拠している学説として橋爪隆「正当防衛（1）―― 緊急状況性判断」警察学論集 69 巻 3 号 155 頁を参照するように指示されている。この点との関係で、後掲注 22）とそれに対応する本文を参照。

15）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」68 頁。

16）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」68 頁。

17）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」53 頁。

18）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」63 頁。なお、同研究の成り立ちについては前掲注 11）を参照。

引用部分に示された見解に対しては、つぎのような疑問を書きとどめざるをえない。

(2)(a)　平成29年決定が「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」と述べているのは、「刑法36条の趣旨」を説明するためである。つまり、「急迫不正の侵害という緊急状況の下」について述べられたものである。そのため、「侵害を予期していた」という場合について、平成29年決定は、「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」（圏点は引用者）か否かを判断するように求めている。

具体的に考えてみよう。

(b)　つぎのような事例はどのように取り扱われることになるのだろうか。「会社員Aが自宅への帰り道の途中でBが待ち伏せして襲撃して来ることを十二分に予期したが、空手の心得があるので、Bの攻撃をかわし傷付けることなく取り押さえることができると考え、回り道をしないで帰途につき、Bの襲撃を受けるや予定通りに取り押さえ、警察に引き渡した」[20]。「侵害があれば反撃する意思〔で〕、……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〔ったが〕……、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」[21]。

前掲の「試案」（前掲注15）16）に対応する本文）の考え方を素直に適用すると、上記の事例については、「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが可能な状況にあ」り、また、「被告人の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し、具体的事情の下では、そのような保護を求めることが期待でき〔ない〕」とは言えないから[22]、「侵害が被告人にとって『急に迫ってきた侵害』と評価」できない。このような結

19）前掲注16）に対応する引用の「試案」についても、「あくまでも試案であり、具体的な説明の在り方は今後の集積を待ちたい」（前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」68頁）とされている。

20）安廣・前掲注5）「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」244頁。

21）佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』（1998）243頁。

論に至るのが自然なのではないだろうか（とりわけ裁判員が「試案」の説明に従って判断するように求められた場合には）[23]。

しかし、平成 29 年決定は、必ずしもそのような判断を求めているわけではないのではなかろうか。このことは、平成 29 年決定が、判断にあたって考慮されるべき事情の 1 つとして「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」をあげていることに表れているように思われる。つまり、かりに「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」。この内容についての注意点として前掲注 22）を参照）とはいえない場合であったとしても、「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思

22）なお、引用部分の「期待でき〔ない〕」（原文については前掲注 16）に対応する引用を参照）とは、被告人の立場からの判断（ただし「被告人の立場に立ちつつ一般的観点から判断すべきもの」〔前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」62 頁・脚注 138〕）であり、裁判所の立場からの被告人に対する「期待」が問題にされているわけではないことに注意を要する。すくなくとも平成 29 年決定が「刑法 36 条の趣旨」として「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」と述べているのは、上記の意味だと解される。

これに対して、「侵害回避義務論」という学説の支持者の中には、つぎのような異なる理解を示す見解もある（以下の引用と「試案」の関係について前掲注 14）を参照）。「私は、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考えた（侵害回避義務論）。……侵害回避義務論は、予期された侵害の事前回避が可能であり、かつ、これを行為者に期待できる場合に限って急迫性を否定するものである」（橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』〔2020〕90 頁）。このような立場から、平成 29 年決定の趣旨をつぎのように説明している。「本決定は、侵害回避の容易性を判断要素に掲げており、事前の侵害回避が容易な場合には、それにもかかわらず、侵害を回避しなかったという事実を、急迫性を否定する方向で考慮するのである。侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性は、いわゆる出向き型、迎撃型の事例に即して、行為者に侵害の事前回避が期待できるかを問題にするものといえよう。これらの観点は、まさに侵害回避義務論が急迫性の判断において重視してきた事情である。本決定は侵害回避義務論を正面から採用しているわけではないが、行為者にとって侵害を事前に回避すべき状況といえるか否かが、少なくとも間接的には侵害の急迫性の判断を左右しうることを認めたものである（侵害回避義務を主張してきた者として、このことをささやかに喜びたい）」（同 101-2 頁）。なお、侵害回避義務論については 2.4.3 での検討を参照。

23）なお、前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」62 頁も参照。

内容」を考慮することによって、結論として正当防衛を認める余地を残す趣旨である（前掲注 20）21）のような場合の評価が裁判員の判断に委ねられることを否定する趣旨ではない）ように思われる。

（c）　また平成 29 年決定は、「侵害の急迫性の要件を充たさない」場合の具体例として、「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 巻 4 号 747 頁参照）」を指示している。これは、「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」）という場合であったとしても、たとえば「予期された侵害の内容」に比して「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）」がきわめて過剰であり、また、「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」も極度に過剰な加害を最初から意図している行動だと評価されうるような場合[24]などには、「侵害の急迫性の要件を充たさない」という判断がありうることを認める趣旨[25][26]だと解される[27]。

（d）　このように考えてくると、平成 29 年決定を「試案」のように理解して裁判員に説明することは、必ずしも同決定の趣旨に沿ったものとはいえないのではないだろうか。いいかえれば、平成 29 年決定が「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」（圏点は引用者）と述べている内容は、「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」か否かだけに直

24）「相手の侵害の違法性と相関的に考量しても本人の攻撃の違法性を肯定せざるを得ない場合」（『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 52 年度』248 頁〔香城敏麿〕。以下では同解説を「最判解刑（昭 52）〔香城〕」と引用する）。

25）もっとも、「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」が考慮される余地はあると思われる。この点については前掲注 3）最判解刑（平 29）114 頁〔中尾〕のほか、前掲注 24）最判解刑（昭 52）247 頁（さらに 248 頁）〔香城〕、前掲注 1）大コンメンタール刑法 572-3 頁〔堀籠・中山〕等を参照。

26）なお、昭和 52 年決定の具体的な事実関係は、「公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」）とは必ずしも言えない場合だったように思われる。しかし平成 29 年決定は、そのような場合に限定する趣旨で昭和 52 年決定を指示しているわけではないと解される。

結させて理解・説明されるべきではないように思われる。

(3)(a)　一方、平成 20 年決定について、司法研究「裁判員裁判と裁判官」では、同じく前掲注 14）に対応する引用に示された考え方にもとづいて、つぎのような理解・説明が提案されている。「平成 20 年 5 月決定の根底には、『相手を殺傷しなければならない状況を自ら作り出したような場合には、正当防衛を認めない』という価値判断があると考えられ、これは法解釈の一環として裁判官が説明可能な事項であり、また、それ自体は裁判員にも分かりやすいと思われる。そして、このような価値判断に基づいて正当防衛状況を否定する以上、侵害の予期は問題にならないと考えられる」[28]。

しかし、平成 20 年決定をこのように理解して裁判員に説明することについても、疑問の余地がありうるように思われる。

(b)　具体的に考えてみよう。上記の説明に従って判断すると、「被告人の先行行為が暴行ではなく、挑発的な言動にとどまる場合」[29] は、どのよう

27）なお、前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」63 頁・脚注 140 では、つぎのように述べられている。「平成 29 年決定が出現する前は、法律家において、ややもすると、当該事案の問題を積極的加害意思論に引き付けて処理しようとしていたきらいがあったようにも思われる（同旨の指摘として、中尾佳久「侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法 36 条の急迫性の判断方法」ジュリスト 1510 号 107 頁）。今後は、予期が必ずしも十分でなかったり、攻撃意思が積極的であると証明できない事案であっても、全体を観察して公的機関による法的保護を求めることが期待できたといえるような場合には、急迫性の要件を満たさないという判断もあり得ることになる」。しかし、本文で問題にしているのは、これとは反対に、①「公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」）という場合であったとしても、②「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」によっては、①②の相関的考量（前掲注 24）のほか、『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 60 年度』151-2 頁〔安廣文夫〕、前掲注 1）大コンメンタール刑法 566 頁〔堀籠・中山〕等も参照）から、「侵害の急迫性の要件を充たさない」という判断がありうるのではないかという点である（なお、上記引用中で参照を指示されている中尾調査官の解説では、「試案」とは異なって、平成 29 年決定が「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」〔圏点は引用者〕と述べている内容を「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」か否かだけに直結させて理解しているわけではない点に注意を要する）。

28）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」72 頁。

に取り扱われることになるのだろうか[30]。

この場合について司法研究「裁判員裁判と裁判官」では、「当該言動が『不正な』行為に当たり、相手の不正な侵害を『招いた』と認められるかについては、慎重な検討が必要であるように思われる。むしろ、そのような被告人の挑発的な言動が認められる事案の中には、平成29年決定やけんか闘争の判断枠組みで処理すべきものも少なくないのではないだろうか」[31]とされている。つまり、原則としては、「『相手を殺傷しなければならない状況を自ら作り出したような場合には、正当防衛を認めない』という価値判断」が堅持されるべきだと解されているようである。

しかしここで、平成20年決定の判示内容をあらためて確認してみると（1.1(2)(b)第1段落を参照）、被告人の先行行為が暴行であった場合についてさえ、「被告人は不正の行為により自ら侵害を招いた」と認められたとしても、「Aの攻撃が被告人の……暴行の程度を大きく超えるもの」であるという場合には、その判断枠組みの適用は留保されているように思われる。そうだとすると、「被告人の……挑発的な言動」に対して、相手が「殺傷しなければならない状況」を作り出すほどの暴行等の侵害で応じてきたという場合については、かりに「慎重な検討」[32]の結果として「当該言動が『不正な』行為に当たり、相手の不正な侵害を『招いた』と認められ」[33]たとしても、それだけで平成20年決定の判断枠組みの適用を肯定して「侵害の予期は問題にならない」[34]と解することは、必ずしもその趣旨に沿ったものとはいえないのではないだろうか。

29）前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」71頁・脚注157。

30）前掲注28）に対応する引用と類似した主張に対して、前掲注29）に対応する本文のような場合を取り上げて批判するのは、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号314-5頁。この見解の内容については3.1、その検討については3.2を参照。

31）前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」71頁・脚注157。

32）前掲注31）に対応する引用を参照。

33）前掲注31）に対応する引用を参照。

34）前掲注28）に対応する引用を参照。

(c)　以上の検討を前提にして考えた場合、平成 20 年決定は、先行行為が暴行であったことを重視して示された判断だと解さざるをえないように思われる[35]。そのため、平成 20 年決定の趣旨を「『相手を殺傷しなければならない状況を自ら作り出したような場合には、正当防衛を認めない』という価値判断」と総括してしまうことには、やはり問題があるように思われる（このような総括にもとづく説明は「裁判員にも分かりやすい」[36] からこそ、その及ぼす影響も大きいと考えられる。そのため、その妥当性・適切性の検討には一層の慎重さが要請されるのではないだろうか）。

(4)(a)　以上の(2)(3)で検討したのは、平成 29 年決定・平成 20 年決定それぞれの判断枠組みをどのように理解して説明するべきか、という問題であった。司法研究「裁判員裁判と裁判官」では、これとは別に、つぎのような「難しい課題」[37] が存在すると指摘されている。「実際の事案においては〔、〕……侵害予期の程度が必ずしも高いとはいえず、自招行為も軽い部類に属するものの、それらを総合してみると急迫性ないし正当防衛状況が認め難いというよう〔な〕……事案[38] もあろう。この場合、従前の判断枠組みをそのままの形では用いることができないから、生の事実関係の中から急迫性や正当防衛状況の判断にとって意味があると思われる事情を抽出し、各事情が急迫性や正当防衛状況の判断に影響する理由や影響の度合いを検討した上で、それらを総合して、急迫性や正当防衛状況が否定されることになるのか、それはどのような価値判断に基づくのか、といった判断を迫られることになる。説明事項としては、こ

35）前掲注 7）最判解刑（平 20）437-8 頁〔三浦〕では、「自招行為が故意の暴行による場合は、基本的に本決定に即して考えていくべきであると思われる」とされる一方、「〔それ以外の〕場合については、本決定の射程は直ちには及ばない類型として検討される必要があると思われる」と述べられている。

36）前掲注 28）に対応する引用を参照。

37）前掲注 11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」74 頁。

38）原文では「狭義のけんか闘争が問題となる事案」（司法研究「裁判員裁判と裁判官」72 頁以下）という類型も含めたうえで、「3 類型の判断枠組みが必ずしもそのまま当てはまらない事案もあろう」（同 74 頁）とされている。上記の「狭義のけんか闘争」については **3.2** での検討を参照。

のような事案においても、事案の内容に応じて、侵害の予期が考慮要素となる場合には平成29年決定の、自招行為が考慮要素となる場合には平成20年5月決定の……前述したような各説明を行い、裁判体において当該類型において要求される価値判断を共有しておく必要はあると考えられる。……その上で、最終的に論告・弁論における主張を議論の土俵にしながら、諸事情の抽出とその評価を行い、当該事案における急迫性や正当防衛状況の有無にとって真に重視すべき事情を抽出した上で、最終的にそれらを総合して当該事案の特徴・個性を捉えた時に、どのような根拠から正当防衛が成立する（しない）といえるのかを議論していくほかはないであろう。この場合、裁判員からはその経験・感覚に基づく様々な意見が出されることが予想されるが、繰り返し論じているように、裁判官は、その意見が侵害の急迫性や正当防衛状況等の判断枠組みとの関係でどのような意味を有するといえるのかを的確に把握し、これを裁判内容に適切に反映させるよう心がける姿勢が求められる。言い換えると、上記のような判断は、裁判員の自然な感覚等を反映して、急迫性や正当防衛状況に関する従前の判断枠組みを見直す作業であるということもできる。裁判官としては、正当防衛類型にはこのような難しい課題が内在していることを理解した上で、争点整理や審理・評議に柔軟に臨む必要があるといえよう。」[39]「そして、そのような裁判員の自然な感覚等を反映した評議・判決を積み重ねていくことにより、刑法36条の当てはめが社会の実相をより反映したものとなっていくことが期待されているともいえよう」[40]。

しかし、当該の問題状況を以上のように理解することについても、疑問の余地がありうるように思われる。

(b)　上記で取り上げられている「侵害予期の程度が必ずしも高いとはいえず、自招行為も軽い部類に属するものの、それらを総合してみると急迫性ないし正当防衛状況が認め難いというよう〔な〕……事案」については、必ずしも「従前の判断枠組みをそのままの形では用いることができない」というわけ

39）前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」73頁以下。

40）前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」75頁・脚注166。

ではないように思われる。なぜなら、平成 29 年決定の判断枠組みでは「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」することが求められており、しかも考慮される事情・状況は「事案に応じ」て決められるべきだとされているのであるから、これによれば「侵害の予期の程度」（平成 29 年決定）とともに（軽い部類に属する）自招行為が存在したという事情・状況を取り上げる余地はありうるように思われる[41]。さらにいえば、平成 29 年決定が「事案に応じ」と述べているのは、まさに「当該事案における急迫性や正当防衛状況の有無にとって真に重視すべき事情を抽出した上で、最終的にそれらを総合して当該事案の特徴・個性を捉えた時」[42] のことを指示しているとすれば、むしろ（軽い部類に属する）自招行為が存在したという事情・状況を上記のように考慮するのは当然であり、そうすることこそが平成 29 年決定の趣旨に沿っているのではないかとさえ考えられなくもない。

しかし、このような考え方は、司法研究「裁判員裁判と裁判官」の採るところではない。その理由は、おそらく、同研究が、平成 29 年決定の判断枠組みの適用範囲を前記(2)(3)で検討したような理解にもとづいて限界づけているからだと思われる。すなわち、同研究によれば、平成 29 年決定の判断枠組みで判断されるのは「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」[43] か否かなのであり、とりわけ「『相手を殺傷しなければならない状況を自ら作り出したような場合には、正当防衛を認めない』という価値判断」は平成 20 年決定の判断枠組みでこそ考慮されなければならない（「侵害の予期は問題にならない」[44]）ということであった。こ

41）山崎学『公判前整理手続の実務〔第 2 版〕』（2020）187-8 頁では、司法研究「裁判員裁判と裁判官」による問題提起を受けて、「現在のところは、急迫性を否定する類型としては、積極的加害類型と自招侵害類型があり、どちらかの類型にも当てはまるとはいえない事案については、29 年決定が例示した諸事情を勘案し、急迫性を否定するのが相当であるか否かで判断する以外ないと考える」と述べられている。

42）前掲注 39）に対応する引用を参照。

43）前掲注 16）に対応する引用を参照。

44）前掲注 28）に対応する引用を参照。

のような理解を前提にすれば、たしかに、「侵害予期の程度が必ずしも高いとはいえず、自招行為も軽い部類に属するものの、それらを総合してみると急迫性ないし正当防衛状況が認め難いというよう〔な〕……事案……の場合、従前の判断枠組みをそのままの形では用いることができない」という帰結に至らざるをえないであろう。

しかし、かりに上記のような平成29年決定・平成20年決定に対する理解そのものに問題がありうるとすれば（(2)(b)(c)と(3)(b)での検討を参照）、平成29年決定の判断枠組みの適用範囲についても異なる理解に至る可能性はあるように思われる。

(c)　もっとも、以上のような指摘に対しては、単に事案の振り分け（「類型化」[45]）の巧拙を問題としているにすぎないのではないか。このような疑念が生じるかもしれない。

しかし、重要なのは、そのような類型化の背後にある実質的な考慮の内容を正確に裁判員に伝えることであり、そうすることによってこそ、その先にさらにありうるかもしれない「裁判員の自然な感覚等を反映して、急迫性や正当防衛状況に関する従前の判断枠組みを見直す作業」[46] が実りあるものになるのではないかと思われる。

1.3　本稿における検討

すでに**1.1**(3)で述べたように、平成29年決定に示された考え方は、昭和52年決定による「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……趣旨」とは異なり、正当防衛に関する問題全般に対して、その解決についての一定の指針を与えうるものだと解される。そのことを前提にした場合に、平成20年決定はどのように位置づけられ、理解されるべきかを検討するのが、本稿の主たる目的である。

上記の検討にあたっては、まずは平成29年決定に示された考え方の内容を

45）前掲注11）司法研究「裁判員裁判と裁判官」68頁・脚注152。

46）前掲注39）に対応する引用を参照。

明確化することが先決だと思われる。この点については、**1.2** での検討を踏まえると、平成 29 年決定が「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」（圏点は引用者）と述べている内容を明らかにすることが重要だと解された。そこで **2** では、この問題を「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」について検討する。それを踏まえて、平成 20 年決定がどのように位置づけられ、理解されるべきかを **3** で検討することにしたい。

2　「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」か否かは、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」には、どのように判断されるのか

2.1　問題点

1.2(2)での検討によれば、平成 29 年決定は、一方で、かりに「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」＝前掲注 15）16）に対応する本文）とはいえない場合であったとしても、つぎのような事例、「会社員 A が自宅への帰り道の途中で B が待ち伏せして襲撃して来ることを十二分に予期したが、空手の心得があるので、B の攻撃をかわし傷付けることなく取り押さえることができると考え、回り道をしないで帰途につき、B の襲撃を受けるや予定通りに取り押さえ、警察に引き渡した、というような場合」[47]「侵害があれば反撃する意思〔で〕、……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〔ったが〕……、その機会に相手方を諌めるとか、仲直りするとかの目的がある場合」[48] については、「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」を考慮することによって、正当防衛成立の余地を残す趣旨（裁判員に判断を委ねる趣旨）であると解された（**1.2**(2)(b)）。また他方で、かりに「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」（「試案」）という場合であったとしても、「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

47）前掲注 20）。

48）前掲注 21）。

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 巻 4 号 747 頁参照）」については、「侵害の急迫性の要件を充たさない」という判断がありうることを認める趣旨だと解された（**1.2**(2)(c)）。

以上のような結論は、「刑法 36 条の趣旨に照らし」の内容をどのように理解することで裏づけられうるだろうか。

2.2　取押事例と関係修復事例（付、防御的態様に留まる行為）

（1）　上記のうち、注 47）48）に対応する事例（以下ではそれぞれ「取押事例」「関係修復事例」と引用する）については、その内容をつぎのように解することができるのではないかと思われる。すなわち、取押事例の会社員 A の行動は、「公的機関による法的保護」（平成 29 年決定）に解決を委ねることが前提にされているものである。また、関係修復事例では、そもそも「公的機関による法的保護」が必要となるような事態を生じさせないことが目的にされている。

もっとも、上記のような事情が認められる事例類型の中にも、「行為者と相手方との従前の関係」などから推認される「予期された侵害の内容」や相手方が関係修復に応じる見込み等と、それに対応して行使せざるをえなくなる実力の内容・程度等によっては、むしろ直截に「公的機関による法的保護」を求めるべきだと判断されるような場合もありうるかもしれない[49]。しかし、そのような場合がありうるからといって、そのことから直ちに、上記のような〈紛争解決への主体的な関与・取組み〉は一律に排除されるべきだということにはならないように思われる。むしろ平成 29 年決定は、そのような関与・取組みとして許容されるものであるか否かを「行為全般の状況に照らして検討すべき」だと指示しているのではないか（この点についての判断が裁判員に委ねられることを排除しようとまでは意図していないのではないか）。このように解することも、一つの理解としてありうるのではないだろうか。

49）たとえば、東京高判平 10・2・20 高等裁判所刑事裁判速報集（平成 10 年）43 頁を参照。

平成 29 年決定の立場から取押事例・関係修復事例を以上のように解することを前提にして考えると、「刑法 36 条の趣旨に照らし」た判断にあたっては、かりに「現に侵害が切迫するまでの間に、公的機関による法的保護を求めることが……期待でき〔ない〕」(「試案」) とはいえない場合であったとしても、なお、被告人の行動は〈紛争解決への主体的な関与・取組み〉として許容される余地があるのではないかをさらに検討する必要がある。平成 29 年決定が考慮要素の 1 つとして「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」を挙げている趣旨の中には、このような配慮があると理解することも不可能ではないように思われる。

(2) 調査官解説(平成 29 年決定)では、「侵害に臨んだ状況」(平成 29 年決定)のうち、とくに「対抗行為の態様」についてつぎのように述べられている。「本決定は、『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』との事情を指摘しており、対抗行為の態様を独立の考慮要素としているものとみられる。対抗行為の態様については、急迫性の判断は対抗行為前の事情から判断すべきであり、対抗行為の態様をそれ以前の事情を推知させる間接事実として用いるのはともかく、独立の考慮要素とすることは妥当でないとの考えもあると思われる。しかし、急迫性の要件は、行為全般の状況に照らして判断される規範的・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思われる。本件においても、包丁を持って侵害場所に出向いたという事情があるとしても、被告人の行為が防御的態様に留まったような場合には、正当防衛の成立を認める余地が全くないとはいえないように思われる」[50)]。

上記引用中で「被告人の行為が防御的態様に留まったような場合」に言及されたのは、相手に対する積極的加害によって紛争を解決してしまうのではなく、「公的機関による法的保護」に解決を委ねることが前提にされている行動だとする評価を基礎づける方向に働く事情として取り上げる余地があることを示唆

50) 前掲注 3) 最判解刑(平 29) 116 頁〔中尾〕。

されたのではないか。このように理解することも不可能ではないように思われる[51]。

2.3　最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定

2.3.1　問題点

2.3.1.1　調査官解説（最決昭和 52 年 7 月 21 日）の理解と最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定の関係

（1）　昭和 52 年決定が「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を充たさないものと解するのが相当である」と述べている趣旨をどのように理解するべきかについては、同決定の調査官解説（以下では「調査官解説（昭和 52 年決定）」と指示することもある）に示されているつぎのような説明が「定着している」[52] とされている。「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、……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。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。したがって、前記のような場合に

51）もっとも、一般論を離れて、平成 29 年決定の具体的事案について、「包丁を示すなどの威嚇的行動を取」ったけれども、それでも相手が向かってきたために刺殺したという場合に、正当防衛が認められる余地はあるのだろうか（かりにそのような余地が認められないとした場合、平成 29 年決定において上記の点が言及されたことを根拠にして「本決定は……対抗行為の態様を独立の考慮要素としているものとみられる」と主張することは、難しいのではないだろうか）。

52）前掲注 3）最判解刑（平 29）112 頁（注 17）〔中尾〕。前掲注 1）大コンメンタール刑法 564 頁〔堀籠・中山〕も参照。

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」[53]。

もっとも、このような考え方による場合には、「行為者の行為が積極的に加害の意思に基づくものであるか防御の意思に基づくものであるかを判別することが肝要になる」[54] とされている。その「判別」にあたっては、「相手方に出向いて積極的に加害をする出向き型の積極的加害と相手の攻撃を待ち受けてその機会に積極的に加害をする待ち受け型の積極的加害」[55] とに大別したうえで、このうち「出向き型」については、「積極的に相手方に出向くという行動自体から積極的な加害の意思が認められる場合が多い。そして、その意思が認められる限り、たとえ行為者の攻撃に先立って相手から攻撃が仕掛けられた場合であっても、明らかな積極的侵害である」[56] とされる。一方、「待ち受け型」の場合には、「行為者の反撃準備の有無・性質・程度、行為者の反撃の時期・性質・程度、相手・行為者の前後の行動経過、相手からの侵害の予期の確実性、官憲に援助を求めることの有無・難易などが重要な間接証拠になる。例えば、兇器を大量に準備していたこと、行為者の攻撃とほぼ時を同じくして激しい攻撃を行ったこと、従来から反目し合って暴力的行動に出ていたこと、確実な根拠により相手からの侵害を予期していたこと、容易に警察に援助を求めることができたのにそうせずに自力で反撃を行っていたことなどの事情があるときは、その反撃は、明らかに防御のためには不必要なものであり、積極的加害の意思で行った積極的侵害であると認定することがきよう」[57]。

(2)　昭和 52 年決定についての以上のような理解と平成 29 年決定に示され

53）前掲注 24）最判解刑（昭 52）247-8 頁〔香城〕。

54）香城敏麿「正当防衛における急迫性」小林充・香城敏麿編『刑事事実認定（上）――裁判例の総合的研究――』（1992）283 頁。なお、前掲注 24）最判解刑（昭 52）245 頁〔香城〕も参照。

55）香城・前掲注 54）「正当防衛における急迫性」273 頁。

56）香城・前掲注 54）「正当防衛における急迫性」273 頁。

57）香城・前掲注 54）「正当防衛における急迫性」283-4 頁。

た判断を比較してみると、考慮されるべき事情・状況（あるいは間接証拠）として列挙されているものには、一見したところ、大きな違いはないように思われる[58]。しかし、そのような事情・状況にもとづいて判断されるべき内容については、一方は「積極的加害の意思で行った積極的侵害」か否か、他方は「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〔という〕……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」（平成 29 年決定）か否かと、一見して異なっている。

もっとも平成 29 年決定は、「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」の具体例として、「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 巻 4 号 747 頁参照）」と明示している（1.1(1)第 1 段落を参照）。しかし、「刑法 36 条の趣旨」として説示された前記の内容が、「積極的加害の意思で行った積極的侵害」の許容性判断とどのような意味で結びつくのかは、必ずしも明解とはいえないのではないだろうか。すくなくとも、「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」[59] とする前記の説明だけでは、必ずしも十分とはいえないように思われる[60]。

58）①「侵害場所に出向く必要性」「侵害場所にとどまる相当性」は、「出向き型」「待ち受け型」の区別と取扱いの違いに対応していると理解できる（前掲注 3）最判解刑（平 29）115 頁〔中尾〕を参照）。②「侵害回避の容易性」については、「官憲に援助を求めることの……難易」として考慮されている。③「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」については前掲注 24）最判解刑（昭 52）247 頁〔香城〕を参照。

もっとも上記①②は、「侵害回避義務論」と総称される学説と強く結びつけられて理解されてきた（前掲注 22）第 2 段落後半部分に引用した侵害回避義務論支持者による平成 29 年決定の説明を参照）。この点については 2.4.3 での検討を参照。

59）前掲注 53）に対応する引用を参照。

2.3.1.2　調査官解説（最決昭和 52 年 7 月 21 日）における検討の焦点

（1）　実は、調査官解説（昭和 52 年決定）でも、刑法 36 条の趣旨について「正当防衛〔は〕……官憲に対して法的保護を求める余裕のない場合に許される緊急行為である」[61] と言及されている。しかし、それを「極端に重視するならば、侵害が予期され、これにより官憲に対して法的保護を求める余裕が生じた場合には、急迫性が失われると解すること」になり、「被侵害者に関し、権利侵害を受けている状況を斟酌せずに回避義務の不履行のみを責めることになり、あまりにも均衡を失〔する〕」[62] とされている。そのうえで、改めて、「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」[63] と問題を提起され、その根拠を、前記のように「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……である」[64] という点に求められている。そのために、上記の趣旨との関係が必ずしも明解とはいえなくなってしまったのではないかと思われる。

（2）　さかのぼって、調査官解説（昭和 52 年決定）では、「侵害を予期したにとどまらず、侵害の機会を利用して積極的に相手に加害行為をする意思で侵害に臨んだような場合」[65] という「状況」について、それが「従来の大審院又は最高裁の判例ことに喧嘩闘争の判例にしばしば登場し、ほとんどの場合に正当防衛を否定する理由とされてきた」[66] ということは、そもそも前提として

60）前掲注 53）に対応する引用では、「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」という留保が付されている。しかし、まさにその点こそが、「通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為」とは異なる点として、ここでの問題の焦点なのではないだろうか。

61）前掲注 24）最判解刑（昭 52）241 頁〔香城〕。

62）前掲注 24）最判解刑（昭 52）241 頁〔香城〕。

63）前掲注 24）最判解刑（昭 52）247 頁〔香城〕。

64）前掲注 53）に対応する引用を参照。

65）前掲注 24）最判解刑（昭 52）242 頁〔香城〕。

66）前掲注 24）最判解刑（昭 52）242 頁〔香城〕。

承認されている。そのうえで、多くの判例が「右の状況が刑法36条の要件のいずれと関連するかを明らかにすることなく、……正当防衛の成立を結論的に否定していた」[67] 点を問題視され、「これらの……判例も、問題となる行為の防衛行為性を否定する趣旨である点では本件決定の立場とまったく同一であって、急迫性の要件を欠くとする趣旨であると理解することもできるし、すくなくともその角度からこれらを再構成することは十分に可能である」[68] という立場から議論されている。つまり、調査官解説（昭和52年決定）での検討の焦点は、上記の「状況」が刑法36条の趣旨とどのように関係するのかについての実質的検討にあるというよりも、むしろ上記の「状況」を、そのまま、刑法36条の「急迫性の要件」に組み込めることを示す点にあったと考えられる[69]。

（3） 喧嘩闘争の判例に示されてきた「理由」をそのまま受け入れられたうえで、それを「急迫性の要件を欠くと……再構成」された調査官解説（昭和52年決定）の上記見解に対しては、つぎのような厳しい批判がなげかけられた。「この様な政策的な急迫性概念が、侵害が間近に迫っているという意味での本来の急迫性概念と併存することにより、解釈上の混乱を招くことに……なる〔とと も〕……に、そもそも防衛（加害）行為が違法である場合を『急迫性を欠く』と表現するのは、あまりに通常の語義からはなれた用法と言わねばならな

67）前掲注24）最判解刑（昭52）242-3頁〔香城〕。

68）前掲注24）最判解刑（昭52）243頁〔香城〕。

69）実際に、調査官解説（昭和52年決定）に示されている論証は、「判例は、予期された侵害の機会を利用して積極的に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、相手に対する行為を防衛行為とは認めないという立場であ〔る〕」（前掲注24）最判解刑（昭52）246頁〔香城〕）ということを前提にされたうえで、つぎのような「防衛行為性と急迫性との関係」（同247頁）を確認することにその核心部分があったように思われる。「本人の行為を防衛行為にあたるものとすれば、必然的に相手の行為を急迫な侵害と認めることになり、反対に、本人の行為を防衛行為にあたらないものとすれば、必然的に相手の行為を急迫の侵害と認めないことになる。すなわち、本人の行為を防衛行為と認めうるか否かは、相手の行為を急迫な侵害と認めうるか否かの問題にほかならないのである」（同247頁）。「相手の侵害に急迫性を認めえないのは、……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」（同248頁）。

い。」[70]「『積極加害性』は主として防衛者の側の事情であり、攻撃者の侵害の属性である『急迫性』でそれを判断するのはもともと無理があるのである」[71]。

上記の批判のうち、「解釈上の混乱」とされている点については、つぎのように評価されている。「確かに、……〔昭和 52 年決定〕を受けての裁判実務は、一時、混乱したように思われる。そして、それは、それまで『急迫』を単なる事実的要素と考えていた層が多かったことにほかならない。しかし、その後、判例理論が、基本的に定着した」[72]。

70）前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第 1 巻』（1983）349 頁。なお、引用した部分以外で、つぎのようにも述べられている。「主観的に不当だから『不正』対『不正』の関係になり、正当防衛ではないとする訳であ〔り〕……、客観的防衛状況のいかんにかかわりなく、まさに積極加害意図という心情要素のみによって可罰性がみとめられることになり……問題だ」（同所）。

71）前田・前掲注 70）「正当防衛に関する一考察」351 頁。もっとも、前田教授はつぎのように述べられている。「ただ、香城判事の問題とされた『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様な典型的な喧嘩闘争』と同視しうる事案については、それを正当防衛から排除する説明が必要なのは言うまでもない。そしてそのような行為は香城判事の指摘の通り『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立場にない』と言えよう。しかし、その様な事案は、主観面が不当だから違法なのではなく、客観的にみて『防衛行為』と言うより『攻撃行為』と評価されるから正当防衛に該当しないのではないかと思われる」（同 350 頁）。そのうえで、つぎのように述べられる。「そもそも我国の刑法 36 条には、より似つかわしい要件が存するのである。……積極的攻撃行為は『防衛スル為メ』の行為ではないと考えられる」（同 351-2 頁）。しかし、これに対しては、「一方が機先を制し、他方が応戦するという形を採る……場合、応戦者の側は客観的には一見防衛のための行為を行っているように見えなくもない。この場合、防衛行為との区別は、応戦者側もその機会に積極的に相手に攻撃を加える意思で臨んでいるという点にある」（前掲注 8）大コンメンタール刑法 309 頁〔金築〕）とする反論がある。

72）前掲注 1）大コンメンタール刑法 568 頁〔堀籠・中山〕。もっとも前掲注 3）最判解刑（平 29）110 頁〔中尾〕では、平成 29 年決定以前の裁判実務について、つぎのような「懸念」があったと指摘されている。「侵害の予期がある場合における正当防衛の成否が問題とされる事例においては、積極的加害意思論が判例理論として示されていることから、積極的加害意思論での解決に必ずしも馴染まないと思われる事例でも、積極的加害意思論に引き付けた争点整理が行われたり、『積極的加害意思が認められなければ侵害の急迫性は否定されない』との誤った理解の下に審理が行われたりしているのではないかとの懸念があったように思われる」。

そうだとしても、「通常の語義からはなれた用法」であり、「主として防衛者の側の事情〔を〕……、攻撃者の侵害の属性である『急迫性』で……判断するのはもともと無理がある」という批判は、調査官解説（昭和 52 年決定）に示された説明にとどまるかぎりは、免れ難いのではないだろうか。そして、この批判に応じるためには、前記の「状況」が刑法 36 条の趣旨とどのように関係するのかについて、その実質的検討に取り組むことが不可欠であるように思われる。

2.3.2 「状況」の趣旨を実質的に検討する見解

2.3.2.1 香城判事の見解

（1） 昭和 52 年決定の担当調査官であった香城判事は、その後に書かれた論文で、つぎのような見解を主張されている。「正当防衛は、刑法 36 条の文言から明らかなように、急迫不正の侵害から権利を防衛するためにした行為について認められるものであって、その趣旨は、急迫不正の侵害が加えられて、官憲の保護を求めることができない緊急状態にあるときに、私人に対し自力による権利の防衛を認めることにある。したがって、……敢えて侵害を受け入れて積極的侵害をした場合……には、正当防衛として、自力による防衛行為にでることは許されないことになる。判例は、このような立場に立ち、……急迫性の要件を欠くとしている」[73]。この点を、さらにつぎのように詳述される。「相手の侵害を事前に避けることができたのに、積極的加害をする意思で敢えて相手の侵害に臨み、加害行為に出た……場合には、たとえ当の時点においては侵害が急迫しているように見えても、それは積極的加害の意思があったために行為者が敢えてこれを受け入れた結果であるから、行為者にその結果を甘受させるべきであり、相手の侵害は、防衛を正当化するための急迫性の要件を欠くものと解すべきである。広く喧嘩闘争と呼ばれるものがこの場合に当たる」[74]。

上記で詳述されているところによれば、「行為者が敢えてこれ〔侵害〕を受

73）香城・前掲注 54）「正当防衛における急迫性」262 頁。

け入れた」ということこそが、侵害の「急迫性」を失わせ、「官憲の保護を求めることができない緊急状態」であることを否定し、延いては正当防衛が否定される（「行為者にその結果を甘受させるべき」）実質的な根拠になる。「積極的加害の意思があった」ということは、むしろ「行為者が敢えてこれ〔侵害〕を受け入れた」という点を裏づける事情として位置づけられるにとどまっている。そして、「広く喧嘩闘争と呼ばれるもの」について判例が正当防衛を否定していることも、上記のような根拠によって説明されると解されている。

(2)　以上の見解は、**2.3.1.2**(3)の批判に対応して、「急迫性の要件を欠く」ことの実質的根拠を示そうとされたものであると解される。

しかし、喧嘩闘争について判例が、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第 36 條の正當防衛の觀念を容れる餘地がない」[75]「闘争の全般から見ては、刑法第 36 條の正當防衛の觀念を容れる餘地がない場合がある」[76] と判示してきたのは、「行為者が敢えて侵害を受け入れた」という点に着目してのことであるというよりも、やはり「予期された侵害……の機会を利用し積極的に相手に加害行為をする意思で侵害に臨んだ」（昭和 52 年決定）ということの方に根拠があるように思われる。

さらにいえば、「行為者が敢えてこれ〔侵害〕を受け入れた」という場合には「行為者にその結果を甘受させるべきであり、相手の侵害は、防衛を正当化するための急迫性の要件を欠く」とする主張をつきつめれば、**2.2** で検討したような場合についても正当防衛は認められなくなるのではないだろうか。しかし、このような結論が適切とはいえないとすれば、香城判事の見解を支持することは難しいように思われる[77]。

74）香城・前掲注 54）「正当防衛における急迫性」262–3 頁。つぎのようにも述べられている。「相手の侵害を予期しながら、官憲の保護を求めず、……敢えて侵害を受け入れ、その機会を利用して積極的に加害するのであるから、その侵害は、行為者にとって予定どおりのものであって、急迫したものではない」（同 264 頁）。

75）最判昭 23・6・22 刑集 2 巻 7 号 697-8 頁。

76）最大判昭 23・7・7 刑集 2 巻 8 号 794 頁。

2.3.2.2　調査官解説（最判昭和 60 年 9 月 12 日）の見解

昭和 52 年決定に示された考え方が「裁判実務において……基本的にはすっかり定着」[78] するにあたって、調査官解説（昭和 52 年決定）とともに「問題点の整理、理論づけ等に多大な貢献をした」[79] と評価されているのが、最高裁昭和 60 年 9 月 12 日判決（刑集 39 巻 6 号 275 頁）の調査官解説である（以下では「調査官解説（昭和 60 年判決）」と指示することもある）。

（1）　調査官解説（昭和 60 年判決）では、前掲注 70）71）の見解を意識されて、「正当防衛の成立要件を数個に分けて、個々に細かく検討することも重要なことではあるが、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を忘れてはならない」[80] と強調されている。そのうえで、「このような観点から重要なこと」として、①「緊急行為」としての性格と、②「防衛行為の中には、……強弱様々な態様のものがある」ということを指摘されている。

まず、上記①についてつぎのように述べられる。「正当防衛は、緊急避難（及び自救行為）と共に緊急行為と呼ばれるところ、そもそも、緊急行為は、法による本来の保護を受ける余裕のない緊急の場合において、すなわち、法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行ういとまがない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、このような場合以外にまで私人に広く緊急行為を許すことは、かえって法秩序を害するおそれがあるのであって、法的救済方法が一応完備している近代国家においては、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」[81]。

つぎに、上記②についてはつぎのように述べられている。「一般に侵害が事

77）これに対して、前掲注 3）最判解刑（平 29）115 頁〔中尾〕では、「相手方の侵害を受け入れて対抗行為に及んだものとして、急迫性が否定される」とする論拠を認められるようである。

78）前掲注 1）大コンメンタール刑法 565-6 頁〔堀籠・中山〕。

79）前掲注 1）大コンメンタール刑法 566 頁〔堀籠・中山〕。

80）前掲注 27）最判解刑（昭 60）148 頁〔安廣〕。

81）前掲注 27）最判解刑（昭 60）148 頁〔安廣〕。

前に確実に予期される場合には、これから退避するか、公的救助を求めるか、私的に防衛措置をとるかのいずれかを選択することが可能であるし、私的な防衛措置についても、正当防衛の解釈論においては、侵害者に対し、不正侵害を即座に止めさせるに足る反撃を加える攻撃防衛がよく取り上げられるが、防衛行為の中には、侵害自体を防ぐのではなく、それによる被害発生だけを防ぐ防御防衛という類型もあり、強弱様々な態様のものがあるのである。身をかわして攻撃を避けるという消極的なものから、物理的実力を伴わない反撃として、攻撃を中止させるために脅迫・強要罪の犯罪類型にあたりうるような威嚇的言動に出ることもあるし、物理的実力を行使するものでも、殴打を腕や板きれなどで受けとめたり、払いのけたり、武器を払いおとすような暴行罪類型もあるし、相手方を組み止めて制止するという逮捕罪類型に当たるものもある。これらは、必ずしも侵害を即効的にやめさせるものではなく、侵害の継続を完全には防ぎえない場合もあるが、このような防御防衛のみで事態が鎮静化することも多いであろう。そして、警察官は、可能な限り防御防衛の手段により侵害を制止・排除することを職業的に訓練されているのであり、また、そのために有効な拳銃、警棒等を携帯しているのであって、少なくとも、私人が、公的救助を求める十分な余裕があるのに、（法が所持・携帯を禁止する拳銃等を準備して）侵害者に対し、その生命・身体などに現状回復不能な永続的被害を与えるような攻撃防衛を行うことについては、侵害主体もまた人間であるという視角からの制約をも考えなければならないであろう」[82)]。

以上の①②を踏まえられたうえで、昭和 52 年決定に示された考え方をつぎのように理解されている。「不正の侵害が予期されていることから、その侵害を避けるためには、公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、侵害が差し迫る以前の未だ冷静でありうる時点において、はじめから同種同等の反撃を相手方に加えるという苛烈な行為（それが防衛行為と認め

82）前掲注 27）最判解刑（昭 60）148-9 頁〔安廣〕。なお、引用部分の「攻撃防衛、防御防衛等の記述」については、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（1983）131 頁以下に「負うところが大きい」（同解説 160 頁（注 18））とされている。

られるときには攻撃防衛といわれるような行為）に出ることを決意し、成行き如何によっては防衛の程度を超える過剰行為に出ることも辞さないという意思で、侵害に臨み、相手方に対し加害行為に及んだ場合には、たとえ相手方から先に攻撃を加えられたときであっても、そこに現出されているのは、法治国家においては厳に禁じられるべき私闘であって、原則として、本人の加害行為もはじめから違法というべきであり、正当防衛・過剰防衛が成立する余地はないと解すべきである。……このような場合に過剰防衛すら成立する余地がないと解される理由は、前述したところからも明らかなように、正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠けているということなのであり、これを刑法36条の条文に即していうと、『急迫不正ノ侵害』のうちの『急迫性』を欠くということになるわけである（52年判例が『刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨』といっているのは、以上のような意味に理解される。）」[83]。

（2）　以上に示された見解に対しては、つぎのような疑問がありうるように思われる。すなわち、上記の見解によれば、本人が侵害を予期した時点では「公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能」とはいえない状況[84]であった場合、「正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠けている」「『急迫性』を欠く」とは認められないことになるのではないだろうか[85]。そうだすると、そのような状況下で、かりに本人が、単なる攻撃防衛を超えて極度に過剰な行為に出ることを最初から意図して侵害に臨んだ（「外形的事実関係」[86]からもそのことが裏づけられる）としても、「急迫性」は認められざるをえなくなってしまうのではないか。

このような疑問に対して、調査官解説（昭和60年判決）の立場からはつぎのように応えられることになるのではないかと思われる。すなわち、「ここでいう『侵害の予期』は、本人がその侵害から退避するとか、事前に公的救助を求めることなどが可能であったかどうか、可能であるとしてもどの程度容易で

83）前掲注27）最判解刑（昭60）149-50頁〔安廣〕。

84）なお、このような状況は「侵害が差し迫る以前」（前注に対応する引用を参照）についても生じうるように思われる。

あったかという面から判断されるべき〔ものである〕」[87] という理解を前提にしたうえで、このような意味での「『侵害の予期』の程度が低いと認められる場合には、これと相関的に考えて、急迫性を否定するためにはより強い『積極的加害意思』が認められなければならない」[88]。つまり、かりに侵害を予期した時点では「公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能」とはいえない状況であったとしても、「積極的加害意思」の強度に応じて、相関的に「急迫性」否定の余地はありうる、と。

たしかに「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」[89] 考えた場合、上記のような「相関的」な考量が必要になることは否定できないと思われる[90]。しかし、そのことと、そのような結論を「正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠けている」[91] とい

85）この点に関係して、つぎのように述べる見解もある。「事前の積極的加害意思をもって相手の侵害行為に臨むとき、本人から見て、その侵害行為は、撃退されるべき対象であるより、むしろ自己の側からの積極的攻撃の機会となるのであって、緊急事態における法としての正当防衛（その正当化の根拠を、個人の保全、法正義の保全、社会秩序の維持保全のいずれに求めるにせよ）の働きを認めるべき場面ではないといわなければならない。……防衛者が確実に侵害を予期しても急迫だが、積極的加害意思で侵害に臨んだときは急迫でないとするのは無理があるという見解もあるが、その場に臨む者の主観的態度によって、状況の性格が変わるということはあり得るのであって、結局は『急迫性』の概念規定の問題であろう」（前掲注 8）大コンメンタール刑法 303 頁〔金築〕）。たしかに、①正当防衛は「緊急事態における法」であり、また、②「事前の積極的加害意思をもって相手の侵害行為に臨むとき」は、「正当防衛の働きを認めるべき場面ではない」と考えられる。しかし問題は、上記②が認められるからといって、そのことから、「事前の積極的加害意思をもって相手の侵害行為に臨むとき」が「緊急事態」ではないという結論は、必然的には導き出されないのではないだろうか。いいかえれば、上記の「状況の性格が変わるということ」がどのような意味で「緊急事態」の否定に結びつくのかについては、さらに踏み込んだ検討が必要になるのではないだろうか（そのような検討を試みられたのが、香城判事による前掲注 73）74）に対応する引用部分、安廣調査官による前掲注 83）に対応する引用部分だと考えられる）。

86）前掲注 27）最判解刑（昭 60）151 頁〔安廣〕。

87）前掲注 27）最判解刑（昭 60）151 頁〔安廣〕。

88）前掲注 27）最判解刑（昭 60）151-2 頁〔安廣〕。

89）前掲注 80）に対応する引用を参照。

う理由によって説明できるのかは、別問題なのではないだろうか。

2.3.2.3　基本的なところからの検討の必要性を示唆する見解

以上のような問題状況を踏まえたうえで、平成29年決定以前には、つぎのような見解が主張されていた。すなわち、「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）を検討するに足りる事案かどうかの関門的な役割を与える判断方式〔が〕……、基本的にはすっかり定着し〔ている〕」[92] ということを前提にしたうえで、「『予期』の程度と『積極的加害意思』の程度を相関させ、対比衡量する中で、全体として正当防衛状況が認められるかどうか、規範的・評価的に考えていけばよいと思われる」[93]。その「規範的・評価的判断」の内容については、「侵害に対するものとして防衛行為が法秩序全体の見地から許容されるか否かという規範的・評価的な判断」[94] と理解されていた。

上記の見解では、「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……趣旨」（昭和52年決定）ということにとどまるのではなく、それよりもさらに基本的なところから検討されなければならない問題であるということが示唆されているように思われる[95]。そして、平成29年決定に示された判断は、このような考え方を推し進め、上記の「規範的・評価的」の内容を具体化

90）このような相関的考量が必要であることは、そもそも調査官解説（昭和52年決定）において香城判事が指摘されていた（前掲注24）を参照）。

91）前掲注83）に対応する引用を参照。

92）前掲注1）大コンメンタール刑法565-6頁〔堀籠・中山〕。

93）前掲注1）大コンメンタール刑法566頁〔堀籠・中山〕。

94）前掲注1）大コンメンタール刑法563頁〔堀籠・中山〕。引用部分の前提として、つぎのように述べられている。「判例は、相手方の侵害に対する対抗行為が防衛行為といい得るためには、行為全般の状況から判断してその対抗行為が緊急状況に対処するためのものとして法秩序に反するものではないと評価される場合でなければならない、との見解に立脚している」（同562-3頁）。

したものとして理解できるのではないかと思われる。

2.3.3　最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定から見た最高裁昭和 52 年 7 月 21 日決定

平成 29 年決定によって示された「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〕……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」か否かという判断基準の下で、昭和 52 年決定に示された「予期された侵害……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」がどのように評価され、理解されるべきかを考えるにあたっては、**2.3.2.2**(1)で引用した調査官解説（昭和 60 年判決）の見解が重要な手がかりとなるように思われる。

調査官解説（昭和 60 年判決）の見解によれば、「予期された侵害……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」（昭和 52 年決定）とは、「それが防衛行為と認められるときには攻撃防衛といわれるような行為」以上の行為に「はじめから」出る意思で侵害に臨んだ場合のことだと理解されていた[96]。注目されるのは、その理由として、「公的機関による法的保護」の担い手の代表である警察に言及されて、「警察官は、可能な限り防御防衛の手段により侵害を制止・排除することを職業的に訓練されているのであり、また、そのために有効な拳銃、警棒等を携帯している」[97] と指摘されている点である。

95）前掲注 1）大コンメンタール刑法 572 頁〔堀籠・中山〕では、大阪高判平 13・1・30 判時 1745 号 150 頁が（原審である京都地判平 12・1・20 判時 1702 号 170 頁とは異なって）「積極的加害意思に触れずに急迫性を否定した」理由について、「概括的な侵害の予期では積極的加害意思を検討する前提が充たされていないと考えた結果であろうか」と述べられたうえで、「急迫性を超えた上位概念としての正当防衛状況を否定したその一場面と見ることもできよう」とされている。

96）前掲注 83）に対応する引用を参照。

97）前掲注 82）に対応する引用を参照。

上記の見解を前提にして考えると、昭和 52 年決定の判断は、「刑法 36 条の趣旨」として平成 29 年決定によって示された内容との関係では、つぎのように解されうるのではないかと思われる。すなわち、「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」という場合には、その行為者の行動は、「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動であるがゆえに、「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」（平成 29 年決定）にあたる[98]。

2.4　判断の枠組み

2.2 と 2.3.3 での検討を踏まえると、平成 29 年決定は、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」における対抗行為の許容性について、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉と評価されるか否かを基準にして判断するように求めている。このように理解することもできるのではないだろうか。

かりにこのような理解を前提にして考えた場合、判断のより具体的な内容はどのように解されることになり（2.4.1 で検討する）、また、「侵害の急迫性の要件」はどのように理解されることになるだろうか（2.4.2 で検討する）。

2.4.1　判断の内容

（1）「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」には、まず、侵害前に「公的機関による法的保護」を求めることが期待できなかったのかが問われる[99]。その判断にあたっては、「行為者と相手方との従前の関係」を前提にしたうえで、「予期された侵害の内容」「侵害の予期の程度」「実際の侵害行

98）前掲注 97）に対応する引用のような内容を前提にしたうえで、そのような「公的機関による法的保護」を最初から考慮の外に置いた行動であり、あるいは、「公的機関による法的保護」を考慮の外に置いた行動となったと評価され、または、その介入を忌避する行動であると評価されるような場合。

99）この判断についての注意点として前掲注 22）を参照。

為の内容と予期された侵害との異同」等が考慮されることになる（ただし(2)(c)と(4)を参照）。

(2)(a)　上記(1)について、侵害前に「公的機関による法的保護」を求めることが期待できたと判断された場合であっても、問題の対抗行為が、そこに至るまでの行為者の行動も踏まえて判断したときに、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉とは評価されないのであれば、なお許容されることになる。

(b)　上記の評価にあたっては、とくにつぎの点が問題になると思われる。

(ｱ)「暴力団員などが、仮に、どのような事態になろうとも防衛の程度を超えたとみられるような行為にまでは出ないと決意していたとしても、対抗手段として……拳銃や日本刀などを取り揃えて準備〔し〕……、引き続きこれを現実に使用して加害に及ぶ行為」[100] は、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉と評価されることになると解される[101]。

(ｲ)「行為者と相手方との従前の関係」「予期された侵害の内容」「侵害の予期の程度」等を考慮して、「侵害者に対し、その生命・身体などに現状回復不能な永続的被害を与える」[102] といった事態が生じる可能性が高い場合には、直截に「公的機関による法的保護」を求めるべきだと解されることが多いのではないかと思われる[103]。そのため、そのような状況であることを認識しながら対抗行為に出ることは、原則として〈「公的機関による法的保護」を

100）前掲注 27）最判解刑（昭 60）150 頁〔安廣〕。大阪高判昭 56・1・20 刑裁月報 13 巻 1=2 号 6 頁、大阪高判平 13・1・30 判時 1745 号 150 頁（ただし本文の(ｲ)にも該当する）を参照（これらの判例は、前掲注 3）最判解刑（平 29）103-4 頁〔中尾〕で、「昭和 52 年判例以降の主な高裁判例を見ると、……『積極的加害意思』、『専ら攻撃の意思』という用語を用いず、あるいは、そこに重きを置かずに、行為全般の状況から正当防衛の成否を判断しているものも見られる」ことの具体例として指示されている）。

101）ただし、前掲注 27）最判解刑（昭 60）150 頁〔安廣〕では、「法が所持・携帯を禁止する兇器を用いて相手方の生命を奪ったり、身体に重大な侵害を加える意思を有しているときは、そのような意思自体を『積極的加害意思』とみて急迫性を否定してよい」とされている。この点については前掲注 95）を参照。

102）前掲注 82）に対応する引用を参照。

103）前掲注 82）に対応する引用の一部を再掲すると、「警察官は、可能な限り防御防衛の手段により侵害を制止・排除することを職業的に訓練されているのであり、また、そのために有効な拳銃、警棒等を携帯しているのであって、少なくとも、私人が、公的救助を求める十分な余裕があるのに、（法が所持・携帯を禁止する拳銃等を準備して）侵害者に対し、その生命・身体などに現状回復不能な永続的被害を与えるような攻撃防衛を行うことについては、侵害主体もまた人間であるという視角からの制約をも考えなければならないであろう」。

なお、学説の中には、アメリカ法の検討にもとづいて、しかも退避義務の観点から、「侵害者＝被害者の生命の価値を考慮すれば、アメリカ法の有力な立場のように、生命に危険の高い防衛行為については、安全に退避する等他に侵害を避ける方法がない場合に限って認められる、と解すべきである」（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』〔2006〕102 頁）と主張する見解があった。しかし、この見解に対しては、「正当防衛を単なる利益衡量で解決しようとすること、すなわち、『正 対 不正』という正当防衛の価値構造を単なる利益衡量に転換することは、正当防衛の基本的な特質を見失うことになるのではないか」（山口厚「回避・退避義務再論」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上）』〔2016〕137 頁）とする基本的な批判がなげかけられるとともに、「異なった社会で妥当するルールをそれと前提条件が異なる社会に妥当させることが適切かについては、慎重な検討が必要となると思われる。……『生命の最大限の尊重』という理由だけによって、それを直ちに肯定することはできないように思われるのである」（同 137 頁）とする基本的な疑問が提起されていた（なお、佐伯・上掲 112-3 頁では、「アメリカは、銃社会であり、銃を使用した凶悪犯罪はわが国と比較にならないくらい多い。また、アメリカの社会がわが国よりも権利意識の強い社会であることも、異論のないところであろう。これらの事情は、いずれも正当防衛を広く解する方向に働くものであるが、そのアメリカでさえ退避義務を認める立場が有力なのである。わが国でアメリカよりも広い正当防衛が認められているなどということは、ありえないことのように思われる」と述べられている。しかし、事情はそれほど単線的ではないのではないかと思われる点について、つぎに引用する見解を参照）。この点を踏まえて、ドイツ法・アメリカ法との比較法的視点から、つぎのような多角的検討を展開する見解が主張されている。「（自宅などそこに留まること自体に重要な利益が認められる場所を除いて）一時的な退避や侵害回避による被害者側の負担は非常に小さいものであり、それは排他的な主観的利益である財産権侵害の甘受を求めること〔引用者注 ――「たとえば、『その物を渡さなければ痛めつけてやる』と脅迫する強盗犯人に対し、財物を渡さずに自らを防衛するためには侵害者である強盗犯人の生命侵害にまで及ぶ反撃が必要となる場合〔について、〕……要求された物を引渡すことが被侵害者に義務づけられること」〕とは大きく異なる……。そして、そのことを前提とすれば、致命的有形力行使による自力救済を広く認めることの弊害に鑑みて正当防衛を制限することが、より是認されやすい……。たしかに、銃社会であり、不必要な銃殺発生の可及的阻止という観点がより鮮明に妥当するアメリカに比べれば、〔侵

除外・排斥した行動〉と評価されることになるのではないかと思われる[104)]。

害の存否に関する〕錯誤リスクの問題はわが国ではそれほど重視する必要はないといえるかもしれない。しかし、そのリスクは皆無ではなく、また暴力的風潮蔓延の阻止・社会的平和秩序の維持という観点からは、むしろ銃社会でないわが国の方が、致命的有形力という最も強度な暴力同士の衝突をより否定的に評価することになろう。問題は、このような正当防衛の制限を認めた場合に生じる法への信頼の低下の危険であるが、排他的な主観的利益である財産権侵害の甘受を求めることに比すれば、一時的な退避・侵害回避といった相対的により軽い負担を求めることによる法信頼低下の危険（暴力的強者による支配の許容という印象）は相対的に低いといえよう。このように考えることができるとすれば、たとえ不正の侵害が高度に暴力的な……ものであったとしても、対抗行為が致命的有形力による場合には、退避可能性を考慮して正当防衛を制限することができる、と考えることも可能といえよう。そしてそうであれば、そのような退避を求められる状況が生じることを事前に認識している場合には、退避可能性考慮という観点が前倒しされ、そのような状況に赴くあるいは留まるべきでないという形で侵害回避可能性考慮に至るのは自然なことであろう」（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」『刑事法の理論と実務①』〔2019〕140-1 頁。途中に〔引用者注〕として挿入した部分は同 134 頁）。

104）正当防衛・過剰防衛が認められた裁判例のうち、東京高判昭 62・1・19 判タ 650 号 251 頁（さらに大阪高判昭 53・6・14 判タ 369 号 431 頁も参照）では、「いわゆる家庭内暴力や近隣暴力のように、周囲の者においては、問題の乱暴者との接触・遭遇を避けることもできず、警察の援助にも限界があるという場合」（前掲注 27）最判解刑（昭 60）151 頁〔安廣〕。この内容を敷衍したものとして嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑法雑誌 55 巻 2 号〔2016〕326-7 頁、木崎峻輔「家庭内での暴力的闘争における正当防衛状況の判断基準」筑波法政 71 巻〔2017〕93-5 頁）であることが考慮されたのではないかと解される。その意味で、本文の(4)で後述するように、(3)に近い判断がなされることになるのではないかと思われる（なお、安廣調査官は、上記のような場合には「『侵害の予期』はなかったとみてよい場合も多いであろうし、『侵害の予期』があるといっても、その程度の差に応じた解釈がなされてしかるべきであろう。……『侵害の予期』の程度が低いと認められる場合には、これと相関的に考えて、急迫性を否定するためにはより強い『積極的加害意思』が認められなければならないと解すべきであろう」という解釈を示されている）。

また、東京地判平 8・3・12 判時 1599 号 149 頁（被害者との喧嘩が一旦は収まった後、過去の経験から被害者が包丁を持って仕返しにくるのではないかと不安になった被告人が、被害者の兄弟分である G に仲裁を依頼に行ったところ、被害者が被告人を捜し回っていると知らされた。G から、「明日おれが〔被害者〕に話を付けてやる。今日は、お前の家に泊まってやるから大丈夫だよ」と言われたものの、家に居ては危険だと考えた被告人は、外出することにした。しかし、どこかで被害者と出会うかもしれないという不安な気持ちもあったことから、護身用に骨スキ包丁を携帯した。被告人は、被害者が被告人宅に

もっとも、かりに上記のような状況であったとしても、行為者の「行為が防御的態様に留まったような場合」[105]には、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉とは評価されないこともありえないわけではないように思われる[106]。

(ウ)「侵害場所に出向く必要性」「侵害場所にとどまる相当性」は、その「必要性」「相当性」を基礎づけている事情の内容に応じて、評価に直結する場合（2.2(1)で検討した「取押事例」「関係修復事例」のような場合）と直結しない場合（「約束の履行等別の用件がある場合」「自宅〔に〕……留まる場合」[107]）がありうる点に注意を要すると思われる。この点については2.4.3(2)での検

来るかもしれない方向とは逆方向に向かっていたところ、「4、5メートル先に、『〔被告人の名前〕、てめえ、この野郎』などと怒鳴りながら、右手に持った筋引包丁を振り上げて、被告人の方に小走りに向かってくる〔被害者〕を認めた。そして、その直後、〔被害者〕は、筋引包丁で被告人に切り掛かった。被告人は、逃げる余裕もなくその場に立ちすくみ、体を右に傾けて〔被害者〕の攻撃を避けようとしたが、左首筋を切られ、さらに、〔被害者〕が再度包丁を振りかざして被告人に切りつけようとしたため、このままでは殺されてしまうと思い、自己の身を守るため、とっさに、左手で骨スキ包丁を取り出し、少なくとも未必の故意をもって、〔被害者〕の腹部を1回突き刺した」〔同152頁〕）は、つぎのような判断を示している。「被告人は、そもそも〔被害者〕と遭遇することをでき得る限り避けようとしていたものであって、その意味では、本件は、侵害の予期の程度が相当少なくなっていたというべき事案である上、ただ、被告人としては、万一〔被害者〕と遭遇した場合、刃物でもって仕返しされるかもしれないという不安な気持ちを依然として抱いていたため、護身用に骨スキ包丁を持ち出したにすぎないから、〔被害者〕と遭遇して、〔被害者〕から刃物で攻撃されれば、身を守るため万やむを得ず骨スキ包丁を使用する意思があったからといって、被告人が積極的加害意思を有していたとまで認めることはできないというべきである」（ただし、銃砲刀剣類所持等取締法違反の罪の成立は認められている）。

105）前掲注3）最判解刑（平29）116頁〔中尾〕。

106）2.2(2)を参照。坂下・前掲注103）「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」142頁では、前掲注103）に引用した考え方を前提にしたうえで、正当防衛成立の余地をつぎのような理由によって認めている。「対抗行為が致命的有形力によるものになることが阻止されるべきことであるので、現実に致命的有形力による対抗行為がなされなければ、自力救済がもたらす弊害に鑑みた正当防衛制限論の射程外というべきである」。

107）いずれも佐藤・前掲注21）「正当防衛における退避可能性について」243頁からの引用。

討を参照。

(c)　なお、上記(b)(ア)・(イ)のような場合については、さかのぼって前記(1)の判断にあたって、侵害回避により保護を求める機会が広がることも、「侵害回避の容易性」が認められる限りで、考慮されるべきだと解される。

(3)　一方、前記(1)について、侵害前に「公的機関による法的保護」を求めることは期待できなかったと判断された場合、行為者は自ら侵害に対応せざるをえない状況に置かれていたことになる。そうすると、一般に、そのような状況に対応することを「職業的に訓練されている」[108] というわけでもない行為者の場合、「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）」「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」については、「予期された侵害の内容」に比して、緩やかに許容されうるのではないかと考えられる。また、その判断にあたっては、「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」も考慮されることになると思われる。

もっとも、かりに上記のように考えられたとしても、なお、極度に過剰な加害を最初から意図している行動だと評価されるような場合などには、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉と評価される[109] ことはありうるように思われる。

(4)　以上の(2)(3)の区別は相対的なものであり、(1)での「期待」の程度との相関的考量が必要だと解される。

2.4.2　侵害の急迫性の要件

昭和 52 年決定は、「予期された侵害……の機会を利用し積極的に相手に対し

108）前掲注 97）に対応する引用を参照。

109）「予期された侵害の内容」に比した「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）」を、「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」も踏まえて判断しても、「公的機関による法的保護」に解決を委ねるような対応をすることが容易で、しかもそうすることが現実にも行為者の（心理面も含めた）負担にならないような場合であったにもかかわらず、最初から意図的に極度に過剰な対抗行為に出たと評価できるような場合等。

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を充たさない」という結論を、「刑法 36 条が……侵害の急迫性を要件としている趣旨」によって根拠づけていた。そのために、このような昭和 52 年決定の立場を理論的に基礎づけようとする場合、《「予期された侵害……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」には、「侵害の急迫性」が実質的に失われる》ということを理屈づける必要が生じる。しかし、そのような試みは、必ずしも成功しているとはいえないように思われた（**2.3.2.1**(2)第 3 段落では、刑法 36 条適用否定の範囲が広がりすぎてしまいかねないように思われた。反対に、**2.3.2.2**(2)の場合には、適用を否定することが難しくなってしまうように思われた。さらに後掲注 120）も参照）。

これに対して平成 29 年決定は、「刑法 36 条の趣旨」にもとづいて「侵害の急迫性の要件を充たさない」という結論が導き出されるとする。つまり、刑法 36 条の適用が否定される実質的根拠は、必ずしも「刑法 36 条が……侵害の急迫性を要件としている趣旨」を失わせるような内容でなければならないわけではなくなった。これによって、一方では、「侵害の急迫性」が失われるということを無理に理屈づける必要はなくなった。しかし他方では、上記のような内容の許容性判断が、どうして「侵害の急迫性の要件」に位置づけられなければならないのかという理由は、あらためて問われざるをえなくなる[110)]。

2.4.3　補論：侵害回避義務論について

平成 29 年決定が考慮要素として列挙しているもののうち「侵害回避の容易

110）その理由として、つぎのようなことが考えられるのではないだろうか。①「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」には、一般的に、侵害を予期した時点で「公的機関による法的保護を求めること」が期待できたのではないかが問題となり得て、しかも、それが判断内容に影響を与える事情の 1 つとなることには違いがない点。② **2.3.2.3** での検討を前提にすると、判断内容は、これまで「急迫性」で考慮されてきた「規範的・評価的判断」と重なっている点（他の要件に位置づけたとしても、その要件に「規範的・評価的判断」が持ち込まれることとなるにすぎない。また、既存の要件とは別の新たな要件を解釈で作り出すことも考えられるが、そのこと自体の適切性が問題にならざるをえない）。

性」は、「侵害回避義務論」と総称される立場と強く結びつけられて理解されてきた[111]。

(1)(a)　侵害回避義務論の提唱者によれば、「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〔「侵害を受けて立つ」〕意思をもって、予期した侵害の場所に出向く場合と、予期した侵害を待ち受ける場合……には、侵害の回避義務を認めてよい」[112] とされ、「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」[113] とされる。そのうえで、「単に侵害を予期しただけでなく、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」[114] と解されている。

以上のような立場から、**2.2**(1)で検討した関係修復事例（前掲注 48）に対応する引用を参照）については、「生活上の利益」が認められる（「出向くことについて生活上の自由が制約される事態」である）ことを理由にして、回避義務を否定するべきだと解されている[115]。

(b)　もっとも、たとえば「約束の履行等別の用件がある場合」「自宅〔に〕……留まる場合」[116] のように「生活上の利益」が存在する場合でも、同時に「積極的加害意思」が認められれば、結論として正当防衛の成立を否定されるようである[117]。しかし、《積極的加害意思があるから、侵害を回避する

111）前掲注 22）第 2 段落後半部分に引用した侵害回避義務論支持者による平成 29 年決定の説明を参照。また、前掲注 3）最判解刑（平 29）114 頁〔中尾〕でも、平成 29 年決定が「侵害回避の容易性」を取り上げた趣旨を解説されるにあたって、「本決定は、学説が提唱する侵害回避（退避）義務論によって急迫性の有無を判断するという立場を採用したものとはみられない」という断り書きから始められている。

112）佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」242-3 頁。途中に挿入した部分は同 242 頁。

113）佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」243 頁。

114）佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」244 頁。

115）佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」243 頁を参照。

116）いずれの場合も佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」243 頁。

義務がある》とする構成は、迂遠なものなのではないだろうか。むしろ直截に、積極的加害意思で侵害に臨んだから正当防衛は認められないと解するべきなのではないだろうか。

以上の点については、つぎのように解されている。「積極的加害意思をもって〔自宅に〕留まる場合には、……〔自宅〕を私的闘争の場として利用するのであり、生活上の自由をそれとして享受しようとしているのではないから、……〔自宅〕に留まる正当な利益を認めなくてもよい」[118]。つまり、積極的加害意思で侵害に臨んだという点を直接の理由にするのではなく、「生活上の利益（自由）」が否定される点を理由にすることで、侵害回避義務違反という構成を維持しようとされるのである。しかし、「約束の履行等別の用件がある場合」について考えてみると、このような構成を採用することが常に実態に適しているとは言い難いように思われる。さかのぼって、「自宅〔に〕……留まる場合」についても、むしろ直截な構成の方が相応しいのではないだろうか。

(c)　以上の(b)での検討を踏まえて考えると、(a)で引用した侵害回避義務論の主張についても、〈「生活上の利益（自由）」が存在しないにもかかわらず、「行けば必ず侵害を受けることを予期した上で」「侵害があれば反撃する〔「侵害を受けて立つ」〕意思をもって」侵害に臨んだのであれば、たとえ積極的加害意思は認められなくても、刑法36条の適用は否定されるべきだ〉という価値判断にこそ核心部分があり[119]、侵害回避義務違反という理論構成の採用そのものは、本質的なことがらではないように思われる[120]。

さらに考えてみると、そもそも「生活上の利益（自由）」が存在しないにも

117）佐藤・前掲注21）「正当防衛における退避可能性について」243頁を参照。

118）佐藤・前掲注21）「正当防衛における退避可能性について」243頁。

119）前掲注3）最判解刑（平29）114頁〔中尾〕では、「〔平成29年〕決定は、学説が提唱する侵害回避（退避）義務論によって急迫性の有無を判断するという立場を採用したものとはみられない。しかし、侵害回避義務論の基本的な視点、すなわち、行為者が侵害を十分に予期している場合、行為者が生活上の不利益を受けることなく侵害を容易に回避できるにもかかわらず正当防衛の成立を認めてよいかとの問題提起は、常識的で合理的なものと思われる」と述べられている。

かかわらず「行けば必ず侵害を受けることを予期した上で」「侵害があれば反撃する〔「侵害を受けて立つ」〕意思をもって」侵害に臨む者とは、「はじめから同種同等の反撃を相手方に加えるという苛烈な行為（それが防衛行為と認められるときには攻撃防衛といわれるような行為）に出ることを決意」[121] したうえで侵害に臨んでいると推認されてしかるべきなのではないだろうか[122]。そうだとすると、侵害回避義務論を採用しない立場からも、単なる予期ではなく「行けば必ず侵害を受けることを予期した上で」の行動であること[123] を(も)考慮すると、相関的考量[124] から、通常は急迫性が否定されうるのではないだろうか。

かりに以上のように理解することが許されるとした場合、真に検討されなければならないのは、「生活上の利益（自由）」として指示されている個別的事情の存否が、それぞれどのような意味で刑法 36 条適用肯定・否定の結論に結びつくのかの具体的理由ではないかと思われる。

(2)　上記のような観点から、あらためて「生活上の利益（自由）」として取り上げられている事情について考えてみよう。

(a)　まず、関係修復事例では、すでに **2.2**(1)で検討したように、〈行為者がどのような趣旨で侵害に臨んだのか〉ということが問題にされている。このように解されうるように思われた。

(b)　これに対して、「約束の履行等別の用件がある場合」「自宅〔に〕

120）「急迫性に欠ける点の積極的理由づけ」（佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」245 頁）として考えても、積極的加害意思を根拠にする刑法 36 条適用否定を認められる以上は、必ずしも十分な理由づけにはならないのではないだろうか。

121）前掲注 27）最判解刑（昭 60）149 頁〔安廣〕。

122）さらには、「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）」「行為者が侵害に臨んだ状況」等の事情に応じて、「成行き如何によっては防衛の程度を超える過剰行為に出ることも辞さないという意思」（前掲注 27）最判解刑（昭 60）149 頁〔安廣〕）さえも推認されえないではないように思われる。

123）なお、佐藤・前掲注 21）「正当防衛における退避可能性について」243 頁を参照。

124）前掲注 27）最判解刑（昭 60）152 頁〔安廣〕、前掲注 1）大コンメンタール刑法 566、572 頁〔堀籠・中山〕等。

……留まる場合」については、一方で、かりにそのような事情が存在したとしても、行為者が積極的加害意思で侵害に臨んだというときには、刑法36条の適用は否定されることになる。しかし他方で、かりにそのような事情が存在しなかったとしても、たとえば関係修復事例のような事情が存在すれば、なお刑法36条適用の余地はありうることになると解される。

上記のような働き方から判断すると、「約束の履行等別の用件がある場合」「自宅〔に〕……留まる場合」といった事情は、その存否が直接的に刑法36条の適用を左右するものであるというよりも、〈行為者がどのような趣旨で侵害に臨んだのか〉ということを推認させる（①そのような事情が存在すれば、審理は〈例外的に刑法36条の適用を否定させるような趣旨だった可能性はないか〉の確認へと方向づけられ、②そのような事情が存在しないにもかかわらず侵害に臨んだのであれば、刑法36条の適用否定に結びつくような趣旨を推認させ、審理を〈例外的に刑法36条の適用を肯定させるような趣旨だった可能性はないか〉の確認へと方向づける）事情として位置づけ、理解することが適切なのではないだろうか（2.4.1(2)(b)(ウ)を参照）。

(3)　以上の(1)(c)・(2)での検討を踏まえて考えると、(1)(a)で引用した侵害回避義務論の提唱者による主張は、実質的には、従来の実務で相関的考量として議論されてきた内容と重なり合っている。このように解することもできるのではないだろうか。

(4)　以上に対して、侵害回避義務論の主唱者の中には、つぎのように述べる見解もある。「正当防衛によって被侵害者を保護する必要性が重要なのであれば、それは被侵害者の置かれた客観的な利益状況から判断すべきであり、判例のように喧嘩闘争意思という主観的な意図だけを過度に重視することは妥当ではないと思われる。たとえば、自宅の前にやってきた喧嘩相手から電話があり、『今から行く、待ってろ』と言われた場合、その直後の襲撃が予期されるとしても、行為者にとっては自宅にとどまって侵害を迎撃する以外には選択肢はないだろう。警察に通報したとしても間に合いようがないし、かといって自宅から逃げ出すことを要求すべきではない（施錠して待機していても確実に安全

とはいえない状況を前提にする)。この場合に、行為者が落ち着いて護身目的で待機していれば正当防衛だが、激高して、積極的加害意思を有していると正当防衛が成立しないという区別は、行為者の心情を過度に重視するものであり、妥当ではないように思われる〔引用者注 ——「もちろん、被侵害者の利益状況を判断するときには、行為者の目的などの主観的事情も考慮される場合があるが、積極的加害意思という純然たる心情要素によって被侵害者の利益状況が左右されるべきではない」〕。安廣〔調査官〕……は、侵害の回避が困難であったり、警察の援助にも限界があるような場合には積極的加害意思論をそのまま適用するのは相当ではないとされるが〔引用者注 —— 前掲注 27) 最判解刑 (昭 60) 151 頁〔安廣〕の参照が指示されている。その内容については前掲注 104) 第 1 段落末尾の括弧書き注記、**2.3.2.2**(2) 第 2 段落を参照〕、このような指摘自体が、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ことを物語るものであろう。行為者が自宅にとどまっており、しかも、事前に侵害を回避することが期待できない状況にあることが、侵害の急迫性が否定されないという結論を導く上で重要なのではないだろうか。このような問題意識から、私は、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考えた (侵害回避義務論)」[125]。

しかし、上記で素描されているような考え方を判例・実務が採用してきたわけではないことは、本稿におけるここまでの検討からも明らかであるように思われる (安廣調査官は、上記で参照を指示されている部分で、相関的考量の必要性を説かれている[126])。

(5) 以上のように侵害回避義務論の支持者各々の主張内容には「相当のば

125) 橋爪・前掲注 22)『刑法総論の悩みどころ』89-90 頁 (途中に〔引用者注〕として挿入した部分は、同 88 頁 注 35) と同 89 頁 注 36))。もっとも、同趣旨の批判はすでに前田教授によって主張されており (前掲注 70) を参照)、本稿で検討してきた判例・実務の見解は、それをも踏まえたうえで展開されてきたものであった。

らつき」[127] があるものの、〈行為者がどのような趣旨で侵害に臨んだのか〉ということとは切り離された「客観的な利益状況」[128] から刑法 36 条の適用・不適用を導き出すのか否かという点に、基本的な考え方の分かれ目が見出されうるように思われる。

調査官解説（平成 29 年決定）では、平成 29 年決定が「侵害回避の容易性」を考慮要素として取り上げた趣旨を解説する項の冒頭で、「本決定は、……侵害回避（退避）義務論によって急迫性の有無を判断するという立場を採用したものとはみられない。しかし、侵害回避義務論の基本的な視点……は、常識的で合理的なものと思われる」[129] と述べられている。そのうえで、「安易な利益衡量に流れないように留意すべきものと考えられる」[130] と述べて、その項の解説を締め括られている。これは、侵害回避義務論の内部における上記のような分かれ目を意識されたためではないかとも推察される [131]。

126）なお、橋爪隆「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上）』（2018）256 頁・257 頁注 45）では、つぎのように述べられている。「侵害者に対する重大な法益侵害を伴わない防御的な防衛については、一般的には侵害回避義務が課される場合であっても、なお例外的に私人による対抗行為の正当化を認める余地があるように思われる。防御的な防衛に伴う法益侵害・危険は、警察や第三者の助力を要請した場合であっても同様に生じうる事態にすぎないし、また、行為者が防御的防衛に終始している場合、それは私的闘争の現実化とまでは評価できないからである。」「私自身、これまでの論稿においては防御的防衛に終始した場合についての検討が不十分であったが、……この点に限って理解を改めた次第である」。これは、参照指示はされていないものの、実質的には前掲注 82）83）に対応する引用の安廣調査官の見解に依拠されているのではないかと考えられる。いずれにしても、〈行為者がどのような趣旨で侵害に臨んだのか〉ということが決定的に重要であることを承認されるに至ったものと解される。

127）前掲注 1）大コンメンタール刑法 556 頁〔堀籠・中山〕。なお、前掲注 103）第 2 段落も参照。

128）前掲注 125）に対応する引用を参照。

129）前掲注 3）最判解刑（平 29）114 頁〔中尾〕。なお、前掲注 119）とそれに対応する本文を参照。

130）前掲注 3）最判解刑（平 29）115 頁〔中尾〕。

131）なお、裁判例の中で「侵害回避義務論に親和的な判断枠組みを示して正当防衛及び過剰防衛の成立を否定している」（前掲注 3）最判解刑（平 29）113 頁（注 18）〔中尾〕）とされる東京高判平 21・10・8 判タ 1388 号 370 頁は、つぎのように判示している。「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。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〔引用者注 ――「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」〕を受け、本件果物ナイフで上記のような刺突行為〔引用者注 ―― 左前胸部へ「刃体の長さが約 9.4cm の果物ナイフを、深さ約 6cm の傷を生じさせるまで刺し込んでいる」〕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」（判タ 1388 号 374 頁。途中に〔引用者注〕として挿入した部分はいずれも同 372 頁）。

しかし、本件の場合、刑法 36 条の適用を判断するにあたっての焦点は、「正当な利益を認めることができ〔ない〕」「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」といったことにあるわけではないのではなかろうか。むしろ、「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」、「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、……〔それ〕を用いて被害者に反撃する意思を有していた」ということ（「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推定を裏付けているものといえる」）こそが、焦点なのではないだろうか（引用部分はいずれも判タ 1388 号 373-4 頁）。いいかえれば、かりに被告人の行為が、本件とは異なり、ナイフ等は用いずに被害者の暴行を制止する範囲の実力の行使にとどまるものであったとすれば、刑法 36 条適用の余地もありえなくはなかったの

3　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定はどのように理解されるべきか

3.1　問題点

（1）　**1.2**(3)での検討によれば、平成 20 年決定は、被告人の先行行為が暴行であったことを重視して示された判断であると解された。そのため、平成 20 年決定の趣旨を「『相手を殺傷しなければならない状況を自ら作り出したような場合には、正当防衛を認めない』という価値判断」[132] と総括してしまう司法研究「裁判員裁判と裁判官」の立場には問題があるように思われた。

（2）　他方で、学説の中には、平成 20 年決定の趣旨をつぎのように理解する見解もある。「従来の判例の基礎にあるのは、……侵害の急迫性と積極的加害意思を問題にすることで、反撃行為の緊急行為性を否定する方法」[133] であり、「判例においては、反撃行為者の主観が問題とされており、客観的事実もそれを通じて評価されることになるといえよう。これに対し、……〔平成 20 年決定〕の事案で問題となっているのは、客観的な事実自体による正当防衛の制限なのである。……〔平成 20 年決定〕は、反撃行為について〔「客観的事実自体によって」〕緊急行為性を否定することによって、正当防衛の成立を認めなかったものと理解することができよう。では、客観的に緊急行為性が否定されるのは、どのような理由によってなのであろうか。ここで考えられることが、先行行為

ではないだろうか（あるいは反対に、もしも「正当な利益」があって「立ち去る義務」はなかったとしても、本件のような被告人の行動について刑法 36 条の適用が認められるというのは、かりにそういうことがありえたとしても、きわめて例外的な場合に限られるのではないだろうか）。

たしかに被告人の目的は実母に会うことであるから、被害者に対して「その機会を利用し積極的に……加害行為をする意思で侵害に臨んだ」（昭和 52 年決定）とは、厳密には言い難いのかもしれない（判タ 1388 号 371 頁の匿名解説を参照）。しかし、そのことから、問題の焦点を「正当な利益を認めることができ〔ない〕」「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」といったことに移してしまうのは、必ずしも事案の核心をとらえたものとはいえないのではないだろうか。

132）前掲注 28）に対応する引用を参照。

133）山口・前掲注 30）「正当防衛論の新展開」315-6 頁。

の段階で、すでに不法な相互闘争行為が始まったとみることができるということである。被告人の第 1 暴行に接続して A の第 2 暴行が『一連、一体の事態』として行われた本件事案においては、正しく、第 1 暴行の時点ですでに不法な相互闘争行為が開始されたと、事後的に評価しうるのである。そのため、第 2 暴行に対する反撃行為は、不法な相互闘争行為の一環としてなされたものであり、違法性阻却の対象となるような緊急行為性をそなえたものではないという判断がなされることになるといえよう。」[134)]「反撃行為について緊急行為性を否定する理由は、不法な相互闘争行為を始めたことであり、侵害を自らの違法な暴行によって『一連、一体の事態として』直接的に招致したことである。したがって、まず、第 1 に、侵害の招致行為は違法なものである必要があろう。……次に、第 2 に、招致された侵害が先行行為を大きく上回る侵害性をそなえたものである場合には、反撃行為は不法な相互闘争行為の一環として行われたものというよりは、侵害者の強度の侵害という緊急事態下でなされた行為としての性格をそれになお付与する余地があると思われるから、反撃について緊急行為性は否定されるべきでないであろう」[135)]。

上記の見解は、昭和 23 年判決に示された「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正當防衛を行う觀を呈することがあつても、闘争の全般から見ては、刑法第 36 條の正當防衛の觀念を容れる餘地がない場合がある」[136)] とする判断を前提にしたうえで、その「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」への「客観的」該当性から平成 20 年決定を理解しようとするものである [137)]。

(3)　結論から述べれば、上記のような理解は、そもそも昭和 23 年判決の趣旨には適さないのではないかと思われる（3.2.1(2)）とともに、その後の判例

134）山口・前掲注 30)「正当防衛論の新展開」317 頁。途中の括弧内に挿入した部分も同所からの引用。

135）山口・前掲注 30)「正当防衛論の新展開」318 頁。

136）刑集 2 巻 8 号 794 頁。

の展開との関係で考えても必ずしも適切とは言い難いように思われる（3.2.3）。

もっとも、以上の点については、理論的に厳密な検討が避けられない。

3.2 「喧嘩」（最高裁昭和 23 年 7 月 7 日大法廷判決）との関係

3.2.1 「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」は、客観的定義か？

（1） まず問題になるのは、「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」（昭和 23 年判決）という記述は、正当防衛が（原則としては）否定される根拠となる「喧嘩」の客観的定義を示したものと理解されるべきなのか、という点である。

理論的に厳密に考えると、このような理解は支持できないように思われる。なぜなら、第 1 に、相手からの最初の一撃に対して、それを回避・防御することなく一撃で対応して相手を死亡させたというような場合を想定すると、厳密には上記の記述には該当しないことになるのではないかと思われる。しかし、このような場合が「喧嘩」から除外されてしまうことは適切とは言えないように思われる。また、第 2 に、上記の記述に対応するような客観的事態は、最初から正当防衛が認められる事案においても、状況の推移によっては現出しうるのではないかと思われる[138]。そのため、かりに上記の記述に該当するような客観的事態が認められたとしても、それだけで「喧嘩」だと判断することはできないように思われる。

結局、理論的に厳密に考えると、上記の記述は、「喧嘩」についての（客観的な）必要条件にも十分条件にもならないのではないかと思われる。

（2） 昭和 23 年判決は「被告人は……〔被害者〕と口論の末、互に殴り合い

137）山口・前掲注 30）「正当防衛論の新展開」では、前注に対応する昭和 23 年判決の判断を最初に引用（同 297 頁）されたうえで、その判断を前提にすると「どのような基準で、正当防衛とそうでない単なる闘争行為とを区別するのかが重要な課題となる」（同 298 頁）と問題を設定し、前掲注 133）～ 135）に対応する引用のような結論を導き出されている。

138）刑法 36 条の適用は、「急迫不正の侵害は、……継続していた」（最判平 9・6・16 刑集 51 巻 5 号 439 頁）という理由によっても認められることがある。

となり」[139] と認定しており、この認定が「喧嘩」[140] という判断を裏づけているものと解される。そのうえで、昭和 23 年判決の事案では、まさに「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」が現出し、そのうちの一部について弁護人の上告趣意で正当防衛の成立が主張されたのに対して、最高裁は前掲注 136）に対応する引用のような判断を示したものである。つまり、昭和 23 年判決によるこの判断は、「喧嘩」であることの認定を前提にしたうえで、そこから現出した事態に正当防衛が適用されない理由を述べたものであるにすぎず、「喧嘩」そのものがどのように定義・認定されるべきものであるのかを述べたものではないと解される。その意味で、昭和 23 年判決の趣旨としても、(1)の冒頭に引用した記述が「喧嘩」についての客観的定義を述べたものだとは解されないように思われる。

3.2.2　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定は、「不法な相互闘争行為」という客観的事態を根拠にして示された判断か？

（1）　前掲注 134）に対応する引用の見解は、とくに 3.2.1(1)第 2 段落で第 2 点として指摘した内容を意識して、「不法な」相互闘争行為ということを強調している。

しかし、このような考え方によって平成 20 年決定を理解することについても、理論的に厳密に考えると、やはり問題があるように思われる。

（2）　かりに平成 20 年決定の事案とは異なって、被告人の第 1 暴行が複数回に亘るものであり、それに対する相手方の反撃が正当防衛と認められるものであったとしたら、と仮定してみよう。その仮定の下で、被告人としては反撃を受けることを予期しておらず、これに対して再反撃をしたという場合、この被告人の再反撃に平成 20 年決定の判断は適用されないのだろうか。

上記の事例の場合、一般的には、相手方の反撃が正当防衛と認められる以上は、そのこと自体によって、被告人の再反撃は「不正の侵害」（刑法 36 条 1 項）

139）刑集 2 巻 8 号 794 頁。

140）前掲注 136）に対応する引用を参照。

に対するものとは認められなくなり、刑法36条の適用は否定されることになると思われる。しかし、そのこととは独立に、被告人の先行行為が暴行であったことを理由にする平成20年決定の判断も、重畳的に正当防衛の成立を否定する根拠として認められてしかるべきなのではないだろうか。ところが、「不法な相互闘争行為」として平成20年決定を理解する見解によれば、理論的に厳密に考えると、上記のような事例に対する平成20年決定の判断の適用は否定されることにならざるをえないように思われる。

3.2.3　最高裁昭和52年7月21日決定と最高裁平成29年4月26日決定の意義

（1）　以上の3.2.1と3.2.2での検討は、瑣事に拘りすぎているように感じられるかもしれない。しかし、以上の検討に表れた個別の疑問点の背後には、つぎのような根本的な問題が存在しているように思われる。すなわち、〈先行行為が一方的な暴行である場合について、被告人による正当防衛を否定するために、どうして「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」という迂路を経る必要があるのか。端的に、被告人が先行行為として一方的な暴行を加えていたことを取り上げればよいのではないか？〉。

（2）　実は、昭和23年判決以降の最高裁による「喧嘩」の捉え方、とりわけ昭和52年決定に示された考え方には、上記のような問題意識と類似した内容が含まれているのではないだろうか[141)]。すなわち、昭和52年決定によれば、

141）なお、前掲注1）大コンメンタール刑法593-4頁〔堀籠・中山〕ではつぎのように述べられている（途中に〔引用者注〕として挿入した部分は同593頁）。「前記最判〔引用者注――「最高裁昭和32年1月22日判決（集11巻1号31頁）は、……『所論引用の大法廷の判例の趣旨とするところは、……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と、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含むものと解することができる』と判示し、喧嘩闘争につき正当防衛の観念を容れる余地がないとした原判決を破棄して差し戻した」〕以後の裁判例は、単に喧嘩闘争であるとして括らずに、正当防衛の要件の有無をきめ細かく判断して、正当防衛の成否を決するのが一般であるが、喧嘩の概念が、必ずしも一義的ではないことを考えると、望ましい判断方法といえよう」。

正当防衛が否定されるのは、「予期された侵害……の機会を利用し積極的に相手に加害行為をする意思で侵害に臨んだ」という場合であるが、ここには、「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」という迂路を経ることなく、端的に〈問題の対抗行為は、そこに至るまでの被告人の行動も踏まえて判断したときに、正当防衛を成立させて然るべきものであったのか〉を判断する態度が示されていると理解することもできるように思われる。

もっとも昭和 52 年決定に対しては、つぎのような問題が指摘されていた。「一方当事者による何らかの先行行為が発端となり、両者間の感情的対立が高まった結果、攻撃・防御の応酬に発展したという事案の中には、特定の時点で……〔昭和 52 年決定に示された意味での〕侵害の予期及び積極的加害意思があったとまでは認め難い場合も少なくない。そのような場合に、たまたま先に手を出したかどうかで正当防衛の成否を決するのが適当でない事案もあるとすれば、……〔昭和 52 年決定に示されたもの〕とは別個の理由付けが必要となろう。また、もともと急迫性に関する……判例理論は、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るから、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」[142)]。さらに進んで、昭和 23 年判決の事案についてつぎのように述べる見解もあった。「要するに、被告人と被害者が口論となって殴り合いとなり、劣勢となった被告人が小刀で斬り付けたというものであって、〔引用者注 ――「積極的加害意思、防衛の意思、自招侵害等に関する」〕一連の判例理論では正当防衛の成立を否定できないと思われる。しかし、このような場合に被告人にのみ正当防衛の成立を肯定するのは相当でないと思われるし、実際、……〔昭和 23 年判決〕は正当防衛の成立を否定している。そうすると、『けんかの事例の中で、一連の判例理論では正当防衛の成立を否定できないが、なおも正当防衛の成立を否定すべ

142）的場純男・川本清巌「自招侵害と正当防衛」大塚仁・佐藤文哉編『新実例刑法［総論］』（2001）110 頁。なお、引用部分は自招侵害についての記述であり、引用部分に続けてつぎのように述べられている。「自招侵害の取扱いが実務上大きな問題となるのは、主としてこのような周辺領域においてであると思われる」。

きもの』という類型が残っていることを率直に認めた上で、正当防衛の成立を否定すべき実質的理由を突き詰めるとともに、その射程範囲を画していくことが、今後の課題となる」[143]。

これに対して平成 29 年決定は、「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」ことを前提にしたうえで、「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」か否かを判断するべきだとする立場を示した。

(3)　昭和 23 年判決以降の判例に示されている考え方を、かりに以上のように理解することが許されるとした場合、「従来の判例の基礎にある……論理で解決できない……事例の解決が問題とな〔り〕……、事案に即した別の解決方法が求められている」[144] というときに、採用されるべきなのは、「双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連續的闘争行爲」に逆戻りすることではないのではなかろうか。そうではなく、〈被告人が先行行為として一方的な暴行を加えた〉ということそのものについて、それがどのような意味で正当防衛の成否に

143）和田真・野口卓志・増尾崇「正当防衛について（上）」判例タイムズ 1365 号（2012）60 頁（途中に〔引用者注〕として挿入した部分も同所）。さらに、つぎのような踏み込んだ議論が展開されている。「一連の判例理論以外の類型として本類型〔引用者注 ――「『けんかの事例の中で、一連の判例理論では正当防衛の成立を否定できないが、なおも正当防衛の成立を否定すべきもの』という類型」〕を設定した場合、本類型と一連の判例理論の類型とが接する部分が生じてきて、理論的な統一性の問題が生じることになる。例えば、……本類型のうち、挑発に応じた類型を想定した場合、その類型と自招侵害類型との 1 つの境界として、侵害招致行為が違法かどうか、という基準があると考えられるが、この基準に当てはまっても当てはまらなくても結局は正当防衛が否定される、ということになると、自招侵害理論の要件を厳格に画することにどれだけの意味があるのか、という疑問が生じてくる。実務上は、本類型と一連の判例理論とは一般法と特別法のような関係にあると解することにより両者の関係について一応の説明をつけることが可能であるが、理論的統一性という点では問題が残っている。非常に大きな問題であり、本稿の目的を超えることにもなるので、ここでは問題提起するにとどめたい」（同 60-1 頁。途中に〔引用者注〕として挿入した部分は同 60 頁）。本稿の立場から平成 29 年決定と平成 20 年決定の関係が理論的にどのように理解されるかについては 3.3.2 を参照。

144）山口・前掲注 30）「正当防衛論の新展開」315-6 頁。

影響を及ぼすのかを正面から検討するべきであるように思われる。

3.3　最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定はどのように理解されるべきか

3.3.1　実質的根拠

（1）　まず、平成 20 年決定の事実関係をあらためて確認すると、「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から、両名は言い争いとなった。被告人は、いきなり A の左ほほを手けんで 1 回殴打し、直後に走って立ち去った。A は、『待て。』などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、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付き、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。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り出し、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、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた」[145]。

（2）　上記の被告人による傷害行為に対して示された平成 20 年決定の判断（**1.1**(2)(b)第 1 段落を参照）について、注目されるのは、「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」（圏点は引用者）とされている点である。これは、「防御防衛」[146] としての反撃すらも許容されない（暴行罪等の処罰対象になる）とする趣旨だと解さざるをえないのではないだろうか[147]。

145）刑集 62 巻 6 号 1787 頁。

146）前掲注 82）に対応する引用を参照。なお、同所では「身をかわして攻撃を避ける」ということもあげられているが、これは「反撃」にはあたらないと解される（もっとも、特殊な状況下においては例外もありうるかもしれないので、厳密には、「反撃」にあたりうるが〔通常の場合は〕構成要件に該当しないので不可罰になると解しておくべきかもしれない）。

昭和23年判決の事案[148]では、被告人は一貫して〈紛争に暴力で決着をつけるしかない〉という態度で臨んでいると認定できるとすれば、〈「公的機関による法的保護」を除外・排斥した行動〉だとする評価がふさわしいと解される（前掲注143）に対応する引用で提起された「今後の課題」を参照）。これに対して平成20年決定の被告人の場合、最初の殴打の「直後に走って立ち去っ」ており、むしろそれ以上の暴力的な事態を回避しようとしている。かりにAが自転車で追い掛けなかったとすれば、その後の暴力的な事態は生じなかったものと解される。このような状況において、「防御防衛」さえ許容されないとする判断は、どのような実質的考慮によって裏づけられうるのだろうか。

（3） つぎのように考えることもできるのではないだろうか。すなわち、かりに被告人について「何らかの反撃行為に出ること」が正当化されると、被告人は、最初の殴打によって生じた状態、つまり〈紛争への対処として相手方に一方的な暴行を加えたという状態〉を、さらなる暴力によって維持することを正当化されうることになる[149]。しかし、そもそも紛争への対処として一方的

147）もっとも安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号（2012）18頁では、「〔被告人〕においてはAのラリアットから身をかわすか、それが困難であれば、これを甘受するしかない、ということまで意味するものではなく、〔被告人〕には……防御防衛に属する制止行為は許容されるが、攻撃防衛に属する反撃行為は許されず、そのような反撃行為に出れば、正当防衛はもとより過剰防衛も認める余地もないというものと解すべきであろう」とされている（前掲注82）に対応する引用とは「反撃」の意味が異なって使用されているように思われる）。しかし、本文で後述するように、〈紛争への対処として相手方に一方的な暴行を加えた者〉が、その後の相手方の攻撃に対して、実力による制止行為を常に正当化され（て暴行罪等による処罰を免れ）るというのは、適切なことなのだろうか。

148）「原判決の確定した事實によれば、被告人は〔被害者〕と口論の末、互に毆り合となり、被告人はたちまち〔被害者〕のために毆られ乍ら後方へ押されて鐵條網に仰向けに押しつけられた上睾丸等を蹴られたので、憤激の餘り所持していた小刀で〔被害者〕に斬りつけ創傷を負わせた結果、同人を……死亡するに至らしめた」（刑集2巻8号794頁）。さらに原審の認定によると、「〔被害者〕と被告人との間に口論のあつた末〔被害者〕が上衣を捨てて遣るかと言つて叩いて來たので被告人は〔被害者〕を先に毆ろうとしたが相手が避けた爲毆れず反對に相手から顔面を毆られ續いて被告人も拳骨で毆つて行き互に毆り合とな〔つた〕」（同800頁参照）。

149）ただし、最初の殴打は、それ自体として暴行罪処罰の対象にはなる。

な暴行を行使することは認められるべきではない以上、上記のような正当化が生じてしまうことも回避されなければならない。このような実質的考慮が平成 20 年決定に示された判断を裏づけている。このように理解することも、1 つの考え方としてありうるのではないだろうか。

かりに以上のような理解を前提にして考えた場合、平成 20 年決定に示された判断の適用対象となる「攻撃」は、〈被告人が、A との間の紛争への対処として、A に対して一方的な暴行を加えたという状態〉に対して向けられたものであることが必要（だが、あらかじめ「攻撃」を予期していることは不要）だと解される。平成 20 年決定によって認定されたつぎの事情、「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」という事情は、上記の点を裏づけるに足りるもの（十分条件）として示されたと理解できるのではないだろうか。

また、「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」という条件は、かりにそれが充足されなければ、被告人の反撃行為について〈A の攻撃からの防御に向けられているとする評価〉を基礎づける主要な根拠となりうるものである。そのため、上記の条件が充足されていることを確認すれば、裏側から、〈先行する暴行によって生じた状態の維持に向けられたものだとする評価〉が妨げられないことが示される。このような考慮にもとづいていると理解することも不可能ではないように思われる。

3.3.2　最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定との理論的関係

平成 20 年決定の判断を裏づけている実質的根拠について、その内容を 3.3.1(3)のように理解することを前提にして考えた場合、平成 29 年決定に示された判断との関係はどのように解されることになるだろうか。

(1)　3.3.1(3)での検討によれば、平成 20 年決定の根底にあるのは〈紛争への対処として相手方に一方的な暴行を加えること〉に対する否定的評価であり、そのような評価と相容れないと判断される行為が正当化されることを回避する

ために、正当防衛の成立が否定されたものと解された。このような理解を前提にして考えると、平成 20 年決定における正当防衛不成立という結論は、「刑法 36 条の趣旨」（平成 29 年決定）から導き出されたものであるというよりも、さらに一般的な違法性（阻却）判断から導き出されたものであると理解し、位置づけることが適切なのではないかと思われる。

平成 20 年決定が、正当防衛不成立という結論を導き出すにあたって、刑法 36 条 1 項に定められた個別の成立要件を否定するのではなく、「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」という理由を示した趣旨[150] は、以上のような理解によって説明できるのではないだろうか。

(2)　平成 20 年決定の趣旨を以上のように理解することが許されるとした場合、「被告人は不正の行為により自ら侵害を招いた」（平成 20 年決定）という点については、「刑法 36 条の趣旨」（平成 29 年決定）からの許容性判断も別立てで両立しうることになると解される。そのため、かりに平成 20 年決定の判断枠組みの下では許容されるような事案[151] であったとしても、さらに平成 29 年決定の判断枠組みによって許容性が判断されることになると解される。

司法研究「裁判員裁判と裁判官」によって提起された「難しい課題」[152] が対象としている事案は、理論的には、上記のように位置づけられるのではないかと思われる（1.2(4)(b)を参照）。*

150）この点についてはさまざまな理解がありうることについて、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論 第 3 版』（2019）173-4 頁を参照。

151）もっとも、平成 20 年決定の判断枠組みが、同決定の具体的事案における「暴行」以外に、どのような場合にまで適用されるのかは問題になる（なお、関係する裁判例である宇都宮地判平 23・10・25LLI/DB06650627 は、平成 29 年決定以前のものである点に注意を要する）。

152）前掲注 37)。

＊本稿を、謹んで山崎学先生に献呈申し上げます。貴重な御教示を賜りましたことに深く感謝申し上げます。