

○論説:正当防衛に関する最決平成29年4月26日（刑集71巻4号275頁）について

三代川邦夫*

1. 事実関係および判旨

本稿で取り扱うのは、最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁（以下、「平成29年決定」という。）である。

本決定は、後にみるように、正当防衛の趣旨および急迫性の考慮要素に関する一般的説示を行っている。原審および原々審は、ともに積極的加害意思を認め、急迫性を否定しており、本決定も「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」と判示しているのだから、事案の解決としては、そのような一般的説示を行う必要はなかったはずである。しかし、そうであるにもかかわらず下記のような一般的説示を行ったことから、本決定は判例として重要な意義があると考えられる。

そこで、本稿では、平成29年決定が行ったこのような説示の意義について、検討を加えたい。

【事実関係】

本件は、殺人および器物損壊の事案であるが、器物損壊被告事件は正当防衛の成否とは無関係であるから、殺人被告事件にかかる最高裁の事実認定を引用する。

- (1) 被告人は、知人であるA（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行

* 立教大学法学部助教

ったるから待っつけ。けじめとったるから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えると言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

- (2) 被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。
- (3) 被告人を見付けたAがハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

【各審級の判断】

第1審（大阪地判平成27年9月17日刑集306頁）

殺意の有無および正当防衛・過剰防衛の成否が争われた。

裁判所は、強い殺意があったと認定した上で、正当防衛および過剰防衛の成否につき、「被告人は、Aが武器を使用するなど、被告人に相当な危険のある攻撃をしてくることを十分に想定の上で本件現場に赴いたと認めることができる。そして、被告人は、理解できない理由に基づくAの行動や言動に立腹していたことや、本件現場で威嚇的な行動等を一切取ることなく、短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを考えると、被告人は、本件現場に赴いた時点から、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強い加害の意思があったと認められる。」として、積極的加害意思を認定し、「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。」とした。

これに対し、弁護人は、被告人に殺意を認め正当防衛の成立を否定した原判決に事実誤認があるとして控訴した。

第2審（大阪高判平成28年2月10日刑集311頁）

裁判所は、殺意を認定した原判決に事実誤認はないとした上で、正当防衛の成否につき、「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、「本件当時、このような被告人の攻撃が正当化される状況にはなく、正当防衛や過剰防衛は成立しないとされた原判決の判断は正当であり、原判決が争点に対する判断として説示する内容も相当であるから、原判決に事実誤認はない。」とした。

これに対し、弁護人は、判例違反および重大な事実誤認があることを理由として上告したが、最高裁は、下記のとおり職権判断で上告を棄却した。

【決定要旨】

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味内容等を考慮し、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。

前記1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。

2. 従来の判例理論の潮流

(1) 関門的要件としての急迫性要件

平成29年決定の判例としての意義を理解するために、まずはこれまでの判例理論の流れを整理する。

まず、最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁は、「刑法36条にいわゆる急迫の侵害における『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」と説示した。このことから窺えるように、急迫性要件は、法益侵害の危険性が差し迫っているか否かという見地から客観的に判断するのが、本来のあり方であろう。

しかし、最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁は「刑法36条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。」と判示し、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁（以下、「昭和52年決定」という。）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ったというにとどまらず、その機会を利用して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。」と判示した。このように、判例は、急迫性判断において、行為者の主観をも加味していることが分かる。

その当否は措くとして、裁判実務は、侵害の急迫性の要件を正当防衛を論じる前提としてのいわば関門の要件として機能させてきており、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ていると評価できよう¹。

（２）裁判員制度における積極的加害意思論の問題点

このように、裁判実務は、行為者の主観を加味して急迫性の有無を判断してきたが、学説からは、積極的加害意思論に対し様々な批判がなされてきた。伝統的には、積極的加害意思という主観によって、正当防衛の成否や急迫性の有無を判断することに対する批判が強かったが、近時、積極的加害意思論という考え方の難解さが問題とされてきた。きっかけとなったのは、裁判員制度である。

裁判員制度の施行を前にした司法研究において、積極的加害意思論は裁判員にとって理解困難な理論ではないか、と問題視された²。すなわち、急迫性の判断方法につき、客観的な侵害の存在→これに対する侵害の予期→積極的加害意思の有無という階層的な判断手法を裁判員に求めることが適切なのか、積極的加害意思と専ら攻撃の意思との関係を裁判員に説明し理解を求めることは困難ではないか、という疑問が提起された。その上で、「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すべきであるとされた。

さらに、平成29年決定の担当調査官によれば、裁判員制度導入後の下級審においてではあるが、積極的加害意思論での解決になじまない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

1 大塚仁ほか〔編著〕『大コメンタール刑法第2巻〔第3版〕』（青林書院・2016）550頁以下〔堀籠幸男＝中山隆夫〕参照。

2 佐伯仁志ほか『難解な法律概念と裁判員裁判（司法研究報告書61輯1号）』（法曹会・2009）19頁以下参照。

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で審理が行われたりしていた、とのことである³。

このように、急迫性要件を規範的に判断することの難解さが問題視されていたところ、裁判員制度の施行を翌日に控えた平成20年5月20日に、新たな最高裁判例が登場することになる（以下、「平成20年決定」という。）。

（3）平成20年決定（最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁）

平成20年決定は、自転車にまたがったまま歩道上のごみ集積場にごみを捨てていたAと、徒歩で通りかかった被告人とが、言い争いとなり、被告人はいきなりAの左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去ったところ、Aは被告人を自転車で追い掛け、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または首付近を強く殴打し、これに対し、被告人は護身用に携帯していた特殊警棒を取り出し、Aに暴行を加えたという傷害の事案である。最高裁は、正当防衛の成否につき、「前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、①A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、②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、③Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」と判示した（符号は引用者による）。

同決定については、（1）昭和52年決定との関係や、（2）個々の考慮要素の意味内容といった点も議論されたが、（3）急迫性という法定の要件に言及することなく「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」という判示をした点も注目された⁴。以下では、

3 中尾佳久「判解」ジュリ1510号（2017）108頁、同旨の指摘として波床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号（2017）154頁注12参照。

4 三浦透「判解」最判解刑事篇平成20年度431頁以下参照。

これら3点について、簡潔に議論状況を整理する。

(a) 昭和52年決定との関係

平成20年決定は、原審が侵害の予期を認定しているにもかかわらず、最高裁が侵害の予期を認定していない点が注目された。そこから、昭和52年決定は侵害の予期を前提とした判例であるのに対し、平成20年決定は侵害の予期を前提としない判例である点で、事案および射程を異にするという理解が有力になっている。

また、昭和52年決定は行為者の主観を重視しているのに対し、平成20年決定が列挙している要件は、いずれも客観的なものであるから、客観面を重視した判例であるといえる⁵。

(b) 個々の考慮要素の意味内容

平成20年決定は、前記①～③の要件を示したが、特に議論があるのは②③の要件である。

まず、②要件につき、「不正」ということばの意味が問題となった。そこでは、「不正」は「違法」という意味であると理解されている。したがって、行為者の自招行為が違法とまでは評価できない場合には、平成20年決定の射程が及ばないことになる⁶。現に、そのような見地から平成20年決定の枠組みを採らなかった裁判例がある⁷。

次に、③要件につき、侵害者の攻撃が行為者の暴行の程度を大きく超える場合には、やはり平成20年決定の射程が及ばないことになる⁸。現に、そのよ

5 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号（2009）313頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂・2018）300頁等参照。

6 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌50巻2号（2011）195頁参照。

7 東京高判平成21年10月8日判タ1388号370頁。いわゆる引きこもり状態にあった被告人は、自立を期待した実母やその再婚相手である被害者から約8年間にわたり経済的援助を受けてきたものの、近隣トラブルを起こして実母らから援助を拒まれるに至り、犯行の1年前に実母方を訪れたが実母との面会を阻止しようとする被害者から暴行を受け、それにもかかわらず果物ナイフを携行した上で実母方に訪れ被害者をナイフで刺突したという殺人未遂および銃刀法違反の事案である。当該状況において、実母方を訪れることを正当な行為とは評価できないが、他方で不正な行為とまではいえず、それゆえに本判決は平成20年決定の枠組みを採らなかったものと解される。

8 山口・前掲注5）313頁参照。

うな見地から急迫性を認めた裁判例もある⁹。

（c）正当防衛状況という判示

平成20年決定が、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示した点につき、佐伯仁志は「本決定が急迫性の要件を用いなかったのは、裁判員裁判の開始を前にして、積極的加害意思や防衛の意思といった主観的要件によって正当防衛の限界を画する従来の解釈から最高裁が距離を置こうとした可能性もあるように思われる。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判断手法は、裁判員にとって理解しやすいものではない。故意のように主観的要件であることが不可欠なものであればともかく、そうでないのであれば、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い。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ろう。本決定がそのような方向性を示しているのだとすれば、支持できるように思われる。」¹⁰と積極的に評価する。しかし、学説においては、被告人の実行行為は傷害罪の構成要件に該当し、正当防衛の要件も一応充足しているようにみえる以上、「正当防衛にならないというのであれば、正当防衛のどの要件が欠けるのかを明らかにするべきであったと思われる」¹¹という指摘があるほか、実務家からも「条文の文理を離れた解釈により、正当防衛等の成立を否定し、処罰の範囲を拡張することは、罪刑法定主義との関係もあり、必要最小限度にとどめるべきであろう。」¹²という指摘がなされている。

このように、法定の要件に言及することなく正当防衛の成立を否定したことについては、積極的に評価する向きはあるものの、批判的な評価も有力である。

9 大阪地判平成23年7月22日判タ1359号251頁。被告人は被害者と口論になり、被害者の携帯電話を2つに折って投げ捨てるという先行行為を行ったところ、被害者から顔を拳で殴打されるなどの暴行を加えられたため、反撃行為を行ったという傷害致死の事案である。

10 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時61巻8号（2009）2517頁。

11 林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011）51頁。

12 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法教387号（2012）18頁。

（４）小括と本稿の検討事項

このように、昭和52年決定→平成20年決定という流れの中で、様々な議論が展開されてきた。改めて雑駁にまとめるのであれば、（１）積極的加害意思論という、裁判員にとって理解しづらい急迫性判断をどうすべきか、（２）積極的加害意思論からも自招侵害論からも漏れる事例をどのように判断すべきか、（３）急迫性要件の中で規範的判断をすべきか、といった点が主に議論されていたように思われる。

そのような中で登場した平成29年決定には、どのような意義があるのだろうか。平成29年決定の説示に応じ、以下では、公的救助要請義務論（３）、考慮要素の整理（４）、急迫性要件に言及するか否か（５）、平成29年決定の射程（６）について、それぞれ分析していくことにする。

３．公的救助要請義務論

（１）平成29年決定の説示の意味

平成29年決定は、刑法36条の趣旨につき、「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。」と説示した。最高裁が、正当防衛につきこのような「そもそも論」に関する説示を行ったのは、管見の限り初めてである。

もっとも、安廣文夫は、最判昭和60年9月12日刑集39巻6号275頁の調査官解説において、「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」¹³という記述をしている。そして、当該箇所につけられた注において、「この緊急行為についての本文の説明は、団藤・前掲総

13 安廣文夫「判解」昭和60年度最判解刑事篇148頁。

論改訂版213頁に従ったものであるが、他の多くの教科書において同旨の説明がなされている。」と書かれている¹⁴。団藤重光の体系書の改訂版を紐解くと、「正当防衛・緊急避難および自救行為を緊急行為という。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。」¹⁵という記述がある。また、近時の教科書を参照してみると、たとえば山口厚は「公的機関の保護を求める余裕がなく、侵害の脅威にさらされた法益を保護するためには、実力を行使することが必要となるのである。ここに、正当防衛が緊急状態において例外的に許容される理由があるといえる」¹⁶と述べている。

このようにみてくると、平成29年決定は、従来の裁判実務と学説を最大公約数的に説示した¹⁷と解すべきであろう。そして、大局的な視点を示すことにより、解釈の指針を示したものと理解できる。

（2）公的救助要請義務を認めやすい判断構造？

しかし、最高裁の上記説示に対しては、公的救助要請義務を認めやすい判断構造を作り上げるものである、として批判する議論が登場している¹⁸。すなわち、従来の学説は、国家機関が侵害の予防・回復を図る暇のない緊急状況に限って正当防衛権を認めているという説明をしていたところ、平成29年決定は、私人が公的救助を要請できない場合に限り正当防衛権を認めるとしている。したがって、従来の学説は私人に公的救助要請義務を認めてきたわけではないにもかかわらず、平成29年決定は私人に公的救助要請義務を認めやすくするものである、というのである。

しかし、国家の側から「どのような場合に正当防衛権を許容するか」とい

14 安廣・前掲注13) 160頁注17。

15 団藤重光『刑法綱要総論〔改訂版〕』（創文社・1979）213頁。

16 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）123頁。

17 波床・前掲注3)150頁以下、小林憲太郎「自招侵害論の行方—平成二九年決定は何かしなかったのか」判時2336号（2017）143頁参照。

18 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（2017）1536頁参照。

う観点により表現すれば「国家が公的救助をなしえない場合に限り、正当防衛を認める」となり、私人の側から「どのような場合に正当防衛が許容されるか」という観点により表現すれば「国家の公的救助が期待できない（＝要請できない）場合に限り、正当防衛を認める」ということになる、というだけの話だと思われる。たとえば、佐伯千仞は、「事態が切迫していて、公務員の保護を求める余裕または方法がない場合には、例外的に、個人がみずから実力を用いて切迫した不正侵害を排撃することを許さざるをえない。」¹⁹としているが、とりたてて公的救助要請義務を認める趣旨ではないだろう。

そして、公的救助要請義務や官憲通報義務は、判例上も学説上²⁰もこれまで一般には要求されてきていない。公的救助の要請を求めるかのような記述はたしかに散見されるが、それは、字義通り侵害に直面した際に原則として公的救助を要請しなければならないという趣旨ではなく、対抗行為に出ることを禁じたとしても他に利益を保全する手段があったのであるから不可能を強いるものではないとする趣旨、言い換えれば対抗行為に出ることが許されないという結論を単に言い換えたものであり²¹、急迫性が否定されることによる反射的效果にすぎないと解される。

たしかに、最高裁の当該説示が独り歩きして、公的救助要請義務を一般に許容する風潮が登場する危険がないとはいえない。その意味で、警鐘を鳴らすことにも意義はあろう。しかし、判例の読み方としては、公的救助要請義務を認める趣旨でもなければ、公的救助要請義務を認めやすくしたものとして読むべきでもないと思われる²²。つまり、具体的な解釈論が引き出されるような説示ではないだろう。

19 佐伯千仞『刑法の理論と体系（佐伯千仞著作選集第1巻）』（信山社・2014）196頁〔初出：『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（有斐閣・1981）〕。

20 詳細は拙稿「正当防衛の海域」立教法学97号（2018）172頁注149参照。

21 たとえば、山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣・1998）59頁は、表面的にみれば公的救助要請義務を認めるかのような表現を多用しているが、積極的加害意思が認められるような、急迫性がほぼ異論なく否定されるような事案において、対抗行為は許容されないから公的救助を求めよという話であって、私人は一般に公的救助要請義務を負うという話をしているわけではない。

22 井上宜裕「判批：仙台地判平成29年9月22日」新・判例解説Watch22号（2018）192頁も参照。

4. 平成29年決定が掲げた考慮要素の整理

平成29年決定は、急迫性判断に際しては「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。」とした上で、「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内容意思等を考慮し」と考慮要素を列挙する。その上で、「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。」というように、積極的加害意思論に関する昭和52年決定を引用している。

この判示には、(1)「行為全般の状況」という表現の意味、(2)「侵害回避の容易性」という要素の意義、(3)積極的加害意思論との関係について、それぞれ問題がある。以下では、順に検討したい。

(1) 行為全般の状況

平成29年決定は、急迫性要件の判断に際し、「不正な侵害に先行する事情」のみをもって判断するのではなく、「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況」に照らして判断されるべきであるとした。すなわち、不正な侵害が時間的に切迫した後の、反撃行為時の状況をも考慮し、急迫性が判断されることになる。

本件に即していえば、「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」という事実関係が摘示されており、平成29年決定が示した考慮要素である「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意思」に対応するものと考えられる。すなわち、防衛行為の態様をも考慮して、急迫性が判断されることになる。

学説の中には、防衛行為の態様を急迫性の主要事実として掲げることは「致命的な誤り」であるとして、強く批判するものがある²³。これに対しては、防衛行為の態様から、侵害前の意思内容等を推認する間接事実としては、特に不当なものではない、との異論がある²⁴。

問題は、防衛行為の態様が、主要事実なのかそれとも単なる考慮要素なのか、という点にある。たしかに、事案の解決としては主要事実的に用いており、その点には疑問があるが、平成29年決定が上記考慮要素を列挙した上で「…を考慮し」と表現していることや、急迫性要件が先述のとおり規範的な要件であることに鑑みれば、防衛行為の態様を考慮要素として捉えるべきであろう。

（2）侵害回避の容易性

平成29年決定は、考慮要素の1つとして、侵害回避の容易性について言及している。この点を捉えて、平成29年決定は侵害回避義務論を間接的に認めたものである、とする評価がある²⁵。そこで、(a) 侵害回避義務論とはなにか、そして (b) 平成29年決定は侵害回避義務論を認めたといえるか、を検討する。

（a）侵害回避義務論

侵害回避義務論と一口にいても、論者によって具体的内容は異なるが、その嚆矢をなす代表的な議論は、佐藤文哉による議論である²⁶。佐藤は、正当防衛状況はもともと法秩序の好まないところであり、正当防衛状況が生じたとしても、そこから安全確実に被侵害者の利益を害することなく退避できるのであれば、法秩序にとって望ましい帰結であるとする。もちろん、不正の侵害を予期したからといって、直ちに回避義務を負うというのでは、被侵害

23 小林・前掲注17) 144頁参照。また、防衛行為の相当性要件と急迫性要件との「区別を十分に意識していない嫌いがある」とする評価もある（橋田久「判批」平成29年度重要判例解説〔2018〕155頁参照。同旨、門田成人「判批」法セミ750号〔2017〕109頁、島田美小妃「判批」法学新報125巻1=2号〔2018〕138頁以下参照）。

24 大塚裕史「判批」判時2357=2358合併号（2018）16頁参照。

25 橋田・前掲注23) 155頁参照。

26 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』（成文堂・1998）237頁参照。

者の生活上の自由がいわれもなく害されることになるから、不当である。しかし、予期した侵害を格別の負担を伴うことなく回避できるのに、侵害があれば反撃する意思をもって、予期した侵害の場所に出向く場合や待ち受けるような場合には、侵害回避義務を認め急迫性を否定してよいとする。

橋爪隆も、同様の発想を優越的利益原理から基礎づけ、行為者にとって特段の負担とならない限りにおいて、事前の法益衝突状態を回避する義務を負わせるべきだと主張する。具体的には、被侵害者が挑発的言動によって侵害を招いた場合等、①侵害招致行為を断念させたとしても行為者の正当な利益が何ら犠牲にされない場合で、②侵害の時期・態様についての予見可能性が認められる場合に、侵害回避義務を負うとする²⁷。

また、佐伯仁志²⁸は、生命に対する危険の高い防衛行為（致命的防衛）とそれ以外の防衛行為とに区別する。その上で、侵害を確実に予期している場合、致命的防衛については回避義務を一般に肯定し、その他の防衛行為については侵害回避に特段の負担がない場合に限り回避義務を肯定する。そして、侵害の予期がない場合には、致命的防衛については安全確実に回避可能な場合に限り回避義務が肯定され、その他の防衛行為については現場滞留の利益が認められない場合に限り回避義務が肯定される。この佐伯の議論の特色は、行動の自由といったものは、侵害者の生命を上回るものではない、という点にある。

以上のように論者によって内容が異なる面もあるが、最大公約数的にいえば、侵害回避義務論とは、正当防衛状況は互いに利益を毀滅し合うという法的にみて本来望ましくない状況であることを出発点として、正当防衛状況の現出を、特段の負担にならない限りで回避させる義務を被侵害者に負わせる議論である。

（b）裁判実務と侵害回避義務論

では、平成29年決定は、これらのような侵害回避義務論を採用したと読む

27 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣・2007）34頁参照。

28 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』（判例タイムズ社・2006）88頁以下参照。

べきであろうか。結論から述べれば、そう読むべきではないだろう。

たしかに、過去の裁判例においても、侵害回避が容易であったことに触れながら、急迫性を否定した例は散見される²⁹。しかし、平成29年決定以前の裁判例を概観する限り、侵害回避の容易性のみをもって急迫性を否定した事例は見当たらない。裁判例において侵害回避の容易性に言及されている事例は、被告人が侵害を招くような行為を行っている事例³⁰や、赴く必要がないにもかかわらず侵害が予期される場所にわざわざ赴くような事例³¹である。そして、前出注29の平成25年東京高判は、反撃行為に出なければ自身や妻の身を守ることができなかったとの弁護人の主張に反論するという文脈で、侵害回避の容易性について言及している。おそらく、他の裁判例においても、侵害からの回避を一般に要求する趣旨で侵害回避の容易性に言及されているのではなく、反撃行為に出る以外の選択肢があったことを示す趣旨で言及されているのではないかと思われる。このような下級審実務に鑑みれば、侵害回避の容易性に言及したことをもって、侵害回避義務論を採用したと理解すべきではないだろう。

また、これとは別に、侵害回避義務論に親和的な裁判例も登場してきている³²。しかし、後述する平成20年決定が提示した自招侵害類型とどのような理論的關係に立つかも不明確である³³し、平成29年決定ないし裁判例が侵害回避義務論を採用したと理解するのは現時点においては難しいだろう。もちろん、侵害回避の容易性判断に際し、慎重な運用が望まれることはいうまでもない³⁴。

29 たとえば、東京高判平成27年6月5日判時2297号137頁、新潟地判平成24年3月2日判例秘書L06750094、東京高判平成25年2月19日高検速報64巻1～12号55頁など。

30 前出平成27年東京高判、前出平成24年新潟地判など。

31 前出平成25年東京高判など。

32 たとえば、東京高判平成21年10月8日判タ1388号370頁、前出平成27年東京高判など。佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判時2357・2358合併号（2018）22頁は、平成21年東京高判を「明確に侵害回避義務論を採用するもの」と理解する。

33 照沼亮介「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」法教445号（2017）53頁参照。

34 橋田・前掲注23)155頁参照。佐伯・前掲注32)22頁も、侵害回避の容易性判断を慎重になすべき旨の指摘している。ただし、佐伯は、急迫性要件判断にかかる間接事実を主要事実化した上で（21頁参照）、利益原則を適用させることにより、侵害回避の容易性

（3）積極的加害意思論

平成29年決定は、考慮要素を列挙した上で、積極的加害意思論に関する昭和52年決定を、急迫性が否定される一例として位置づけている。この判示には、どのような意味があるのだろうか。その意味を明らかにするために、(a) 積極的加害意思論の今後について論じた上で、(b) 積極的加害意思論を例示したことの意味について、検討する。

（a）積極的加害意思論の今後

先述のとおり、積極的加害意思論には種々の問題点が指摘されていた。このような状況において、平成29年決定は、積極的加害意思類型を、急迫性が否定される一事例として位置づけたことの意義は、小さくないと思われる。

というのも、(1) 平成29年決定が、積極的加害意思を認定できる事案であり、現に1審も2審も積極的加害意思を認定している³⁵にもかかわらず、事案の解決としては積極的加害意思論に拠っていないこと³⁶、(2) 従来の下級審裁判例において、積極的加害意思論への誤解に基づく争点整理・審理がなされてきたこと、(3) 平成29年決定が掲げた考慮要素は、積極的加害意思を認定する際に考慮すべきとされている間接事実³⁷とほぼ同一であること等に鑑みれば、最高裁としては、積極的加害意思論を、平成29年決定が示した判断枠組みの中に解消しようとしていると考えられる³⁸からである。そうであれば、今後、積極的加害意思という用語が、争点整理および判文に直接現れることは少なく

判断を慎重化させようとしており、その点は本稿と異なる。佐伯のこの議論の背景には、積極的加害意思という概念が単なる説明概念ないし中間項にすぎないという理解があると窺われるが、積極的加害意思は実体的概念として考えられてきたと解されるし、間接事実は間接事実として位置づけた上で、諸事実から評価への推認過程を合理化・言語化していくべきであるように思われる。

35 刑集71巻4号310頁、314頁参照。

36 島田・前掲注23) 136頁。

37 栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村一郎郎〔編〕『刑事事実認定重要判決50選上〔第2版〕』（立花書房・2013）79頁参照。

38 島田・前掲注23)136頁参照。小林・前掲注17)145頁は、平成29年決定により昭和52年決定の意義が「『かなり』相対化された」とする。なお、高橋則夫「『急迫性』の判断構造—最高裁平成29年決定をめぐって—」研修837号（2018）10頁は、「侵害予期類型に関する急迫性否定の上位基準が変更されたわけであるから、実質的には判例変更された」と評価することも可能であろう。」とする。

なっていくのではないかとされる³⁹。上記のように、積極的加害意思という概念が誤導的な側面を有していたことに鑑みると、平成29年決定が掲げた判断枠組みに従って争点整理および判示がなされることになっていくであろうし、積極的加害意思への言及があってもそこに重要な意味はないと解される⁴⁰。

(b) 例示の意味

このように、平成29年決定は、積極的加害意思論を、同決定が示した判断枠組みの中に解消させようとしていると考えられる。他方で、同決定は、昭和52年決定を引用した後に「など」という一言を入れている。この「など」には、どのような意味があるだろうか。平成29年決定の枠組みに含まれる事例類型として、積極的加害意思論以外のものを何か想定しているのだろうか。

1つの読み方としては、特に具体的なものを想定しているわけではなく、修辭的に付されたにすぎない、という理解がありうる。このように理解するのが、素直かもしれない。

しかし、判例の読解としては読み込みすぎとの謗りを受けるかもしれないが、平成29年決定が示した判断枠組みの中に、積極的加害意思類型以外の事例類型も含まれるように思われる。後述するように、平成29年決定の当該判示は、あくまで侵害の予期が認められる事例に関するものであるから、侵害の予期がない平成20年決定のような事例は、ここに含まれない。しかし、下級審裁判例において、積極的加害意思がわずかに認められないながら、侵害の自招性を併せ考慮することにより、いわばハイブリッド的に急迫性を否定する事例が登場してきている⁴¹。このように、侵害の予期および積極的加害意思に準ずるものが認められ、侵害の自招性も認められるような事案も、平成29年決定が示した判断枠組みの中に取り込まれる余地は十分にあると思われる。同決定が、刑法36条の趣旨を説示していることをも併せ考えるならば、広い射程を有すると解する余地もあろう。

39 木崎峻輔「判批」筑波法政74号（2018）56頁参照。

40 平成29年決定の判断枠組みに拠って急迫性が判断された裁判例として、前橋地判平成29年9月6日判例秘書L07250773、仙台地判平29年9月22日判例秘書L07250772など参照。

41 注32で紹介した裁判例参照。

5. 「急迫性」要件論

平成29年決定は、「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。」と判示している。先述したように、司法研究において、「急迫性」という要件を用いずに、正当防衛状況という枠組みで正当防衛の成否を判断していくべきことが提案されていた。そして、先述したように、平成20年決定も急迫性要件に言及しないまま正当防衛の成立を否定している。にもかかわらず、平成29年決定は、急迫性要件に再び言及している。これは、どのように理解すればよいのだろうか。

学説では、両判例が侵害の予期の有無という点で事案を異にすることから、侵害の予期がない事例では急迫性要件に触れず、侵害の予期がある事例では急迫性要件に触れるといったかたちで、両判例が棲み分けられるとの理解が有力である⁴²。このような理解は、判例の射程を厳密に精査する点で傾聴に値する。しかし、昭和52年決定→平成20年決定→平成29年決定という一連の流れを軽視すべきではないだろう。平成29年決定は、司法研究や平成20年決定に対する前記議論を踏まえた上で登場しているのであり、厳密には事案を異にするといえども、急迫性要件に再び言及したことの意義は小さくない。今後は、侵害の予期のない自招侵害類型においても、急迫性要件の下で判断されることになっていくと思われる⁴³。

念のため付言するが、平成29年決定と平成20年決定が統合されるということ述べているのではない。両者の判断枠組み・判断方法は異なるものであり、判例理論としては別物であるから、両者は併存していくものであろう⁴⁴。ただ、「急迫性」という要件の下で検討するのか、それとも正当防衛状況という概念

42 照沼・前掲注33)54頁、橋田・前掲注23)155頁、坂下陽輔「判批」判評711号（2018）28頁（判時2362号）参照。

43 大塚・前掲注24) 18頁や木崎・前掲注39) 56頁は、両事例類型のいずれも急迫性要件の下で取り扱われるべき旨を論じており、この点では本稿も同様の理解に立つ。ただし、大塚および木崎は、平成20年決定と平成29年決定を統一的に理解・解決できる旨を述べており、それが判例の射程という意味で統一的に理解されるという趣旨なのであれば、その点では本稿は理解を異にする。

44 佐伯・前掲注32) 21頁参照。

において検討するののかといった議論に対し、平成29年決定は「急迫性」という要件の下で判断することを明示し、この議論に終止符を打ったと理解すべきである、ということである。

6. 平成29年決定の射程と判断枠組み

(1) 自招侵害類型との関係

平成29年決定は、考慮要素を列挙し一般的な説示を行っているが、急迫性が問題となる事例すべてに妥当する判例と理解すべきではない。

平成29年決定が「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」と述べているように、あくまで侵害の予期があることを前提とした説示である。上記平成20年決定は、侵害の予期がない事例であるし、平成20年決定が示した考慮要素と平成29年決定が示した考慮要素とは、重複していない⁴⁵。平成29年決定が意識的に書き分けたと読むべきであろう。

したがって、平成29年決定の説示は、侵害の予期がある事例に妥当するものであって、侵害の予期のない事例にまでは射程は及ばない。その意味で、平成20年決定とは事案を異にする判例として理解すべきである。

(2) 判断枠組み

(a) 積極的加害意思論の意義

平成29年決定は、多数の考慮要素を並列的に列挙している。このような手法に対しては、裁判員制度施行直後から既に、「裁判員裁判における判断のぶれを少なくするためには、できるだけ明確な基準を示すことが必要である。そのためには、正当防衛の事例を類型化して基準を示すことが有益であると思われる。」⁴⁶とし、「一般条項に基づく判断方法や、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は、裁判員裁判における判断基準としては、あまり適切ではないように思われる。」⁴⁷という指摘が既になされていたところ

45 照沼・前掲注33) 54頁参照。

46 佐伯・前掲注10) 18頁。

47 佐伯・前掲注10) 6頁以下。

である。

平成29年決定は、考慮要素を列挙する直前において、「事案に応じ」との留保を付している。それは、すべての考慮要素を常に俎上に載せて検討するのではなく、事案に応じて俎上に載せるべき考慮要素を選出せよという趣旨であろう⁴⁸。しかし、どのような事案でどのような考慮要素を俎上に載せるべきなのかという、肝心の点については何ら説示がなされていない。その点を捉え、ブラックボックス化の危険性を指摘するものもある⁴⁹。しかし、「そのような類型化の作業は、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。」⁵⁰。そうすると、今後は、事案の類型化および考慮要素の整理を行うことが必要となる。ただ、そうはいっても、徒手空拳で類型化を試みるには無理がある。

このように考えてくると、積極的加害意思論にも、なお意義があると考えられる。すなわち、積極的加害意思論は、概念として分かりづらいという問題点はあったにせよ、急迫性が否定される典型例を示すものとして、急迫性が否定されるべき事例群を排除する役割を果たしてきた。そうであれば、急迫性が否定される事例の類型化作業において、なおも意義を認めうるはずである⁵¹。

(b) 平成29年決定が示唆する1つの事例類型

このような視点から平成29年決定を改めて読み返してみたい。この事案は、積極的加害意思が問題なく認められる事案であり、現に1審も2審も積極的加害意思を認定している。そうであるにもかかわらず、平成29年決定は、事案の解決としては、積極的加害意思に言及することなく急迫性を否定しており、しかも「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」と括っている。「結論において正当である」などと

48 中尾・前掲注3) 109頁参照。

49 森住信人「判批」専修ロージャーナル13号（2017）117頁参照

50 佐伯・前掲注32) 23頁。

51 嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文—変容する正当防衛制限論から」法教451号（2018）31頁、拙稿「裁判員裁判と正当防衛の成否に関する急迫性の判断の構造について」判例秘書ジャーナルHJ200011（2018）16頁参照。

いった表現を採っていないことに鑑みれば、平成29年決定の判示は、積極的加害意思論を、最高裁流に読み替えたものとして理解すべきであろう。したがって、平成29年決定は、従来であれば積極的加害意思を認め急迫性を否定してきた事例につき、今後どのように急迫性を否定していくべきかの指針を示すものといえる。

そこで、まず決定文を読んでみると、最高裁は、本件を十分な予期のある事案だと考えていることになる。この点は、決定的に重要だと考えられる⁵²。というのも、積極的加害意思と侵害の予期は、単に並列的な要件として存在しているのではなく、『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⁵³と解されてきた。したがって、侵害の予期が認められる事例の中でも、侵害の予期の高低というのは、最も重要な要素であるといえる。平成29年決定が示した「侵害の予期の程度」という第3の考慮要素こそが、最も重要であり、「行為者と相手方との従前の関係」という考慮要素が侵害の予期の程度を推認するものとして位置づけられる。そして、平成29年決定は、事案の解決としては、侵害の十分な予期のある事例に関する事例判例であると解される。

平成29年決定は、続いて、(1)「Aの呼出しに応じる必要がなく」、(2)「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」、(3)包丁を準備した、(4)「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に近づいた」、(5)「Aの左側胸部を強く刺突した」、といった諸事実を摘示している。これらの事実に対応する考慮要素は、それぞれ、(1)は「侵害場所に出向く必要性」、(2)は「侵害回避の容易性」、(3)は「対抗行為の準備の状況」、(4)は「実際の侵害行為の内容と予期された侵害の異

52 木崎・前掲注39) 49頁は、「侵害の予期は侵害の急迫性を判断する一要素に過ぎないという、実際の裁判実務における侵害の予期の扱いを示したものであると思われる。」とする。

53 安廣・前掲注13) 151頁以下参照。なお、安廣判事は、『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あったかという面から判断されるべきことになる(同151頁)としている。

同」および「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容」、(5)は「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容」、であろう。事実関係を分解すると以上ようになるが、要するに、被告人はAに対し加害をする意思がなく、わざわざ呼び出しに応じて出向いた上で、当該意思をそのまま現実化したということであろう。そうすると、そのような評価を支える事実としては、(3)(5)など、凶器を準備し使用したという点が特に重視されると考えられる。

このように、あくまでひとつの事例判断にすぎないが、侵害の十分な予期のある事例において、殺傷能力の高い武器を携えてスムーズに力強く身体の枢要部を刺突した点、侵害場所に出向く必要性もなければ出向かないという選択肢も存在していた点、が急迫性の判断に際し重視されるということではきょう。

(3) 事実認定のあり方

筆者は実体法研究者であるから、事実認定については門外漢ではあるものの、平成29年決定の事実認定ないしその摘示方法に疑問がある⁵⁴。

平成29年決定は、「包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま」という事実を摘示している。しかし、この事実は、ハンマーで攻撃してきたとか包丁を準備したといった事実とは異なり、「威嚇的行動をとるべきであったにもかかわらず、しなかった」という意味の「評価」である。そうであれば、そのような評価を基礎づける評価根拠事実を摘示すべきであるように思われる。具体的には、両者の年齢差や体格差といった事実を認定すべきだと思われるが、原審においても原々審においても、これらの事実は認定されていない。裁判所としては、当然に積極的加害意思が認められ急迫性が否定されるという趣旨なのかもしれないが、やはりそのような評価を支える事実を認定し、判文中に示すべきであるように思われる。

54 この点は、植村立郎本学前教授からご指摘頂いた。

7. 結語

本稿の要点は、①平成29年決定は公的救助要請義務を認めやすくするものと解すべきでない、②平成29年決定は侵害回避義務論を認めるものでもない、③平成29年決定は、積極的加害意思論を、平成29年決定が示した判断枠組みの中に解消する趣旨に出たものである、④平成29年決定の示した判断枠組みは、あくまで侵害の予期が認められる事例にのみ妥当する、⑤平成29年決定は、侵害の予期の有無にかかわらず「急迫性」要件の下で正当防衛状況性を判断することを示した、⑥平成29年決定は、侵害の十分な予期を前提として、殺傷能力の高い武器を携えてスムーズに力強く身体の枢要部を刺突した点、侵害場所に向く必要性がまったくなかった点を重視して（従来であれば積極的加害意思が認められたような事例につき、このような判断枠組みを示して）、急迫性を否定した事例判例でもある、という点にある。

※本稿は、LICの刑事裁判例研究会での議論を基礎として、学習院大学法務研究科の第68回法務研究会（2018年7月6日）における議論を踏まえて執筆されたものである。それぞれの研究会における先生方のご指摘・ご意見に、厚く感謝申し上げたい。もちろん、頂戴した指摘の思わぬ誤解を含め、文責は筆者にのみある。

