

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

木 崎 峻 輔

- 第1 はじめに
- 第2 平成29年決定以降の下級審裁判例
- 第3 平成29年決定以降の裁判例における急迫性の意義及び機能
- 第4 おわりに

第1 はじめに

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。）は、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案について新たな判断枠組みを示した⁽¹⁾。同決定は、以前から対立関係にあった被害者に呼び出された被告人が、被告人方マンションの下で被告人を待ち受けていた被害者の元に包丁を持って出向いたところ、被害者がハンマーで殴りかかってきたので、胸部を包丁で突き刺し死亡させたという事案において、まず、「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。」とした上で、侵害の急迫性は、「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」であり、被告人が侵害を予期していた場合について、「具体的には、事案に応じ、行為者と相手方の従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所に

とどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に望んだ状況及びその際の内容意思等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないというべきである。」と判示した。そして、被告人は、侵害を十分予期しながら、呼び出しに応じる必要もなく、自宅に留まって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備して現場に出向き、威嚇的行動に出ることなく左胸部を強く刺突したことを指摘して、侵害の急迫性を否定した。

同決定の特徴としては、最決昭52・7・21（刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。）で示された積極的加害意思が認定されない場合でも急迫性が否定されることを認めたこと⁽²⁾、急迫性を否定するために必ずしも十分な侵害の予期を要求しないこと⁽³⁾、特に客観的事情を重視した総合考慮により急迫性の存否を決していること⁽⁴⁾、最決平20・5・20（刑集62巻6号1786頁。以下、「平成20年決定」という。）で示された「反撃行為に出ることが正当とされる状況」、すなわち「正当防衛状況」ではなく、「侵害の急迫性」を問題にしたこと⁽⁵⁾を指摘することができる。そして、これらの特徴に関連して、例えば、同決定は被侵害者に公的救助要請義務を認めるような判示をしていることから、従来よりも正当防衛が制限される範囲が広がることにならないか⁽⁶⁾、急迫性の具体的な判断方法については述べていないことから、正当防衛の成否についての恣意的な判断を招いてしまうのではないか⁽⁷⁾、同決定が相手方の侵害がなされた後の事情や反撃行為の態様を考慮していることの意義及び当否⁽⁸⁾、同決定が平成20年決定を引用せず正当防衛状況の基準を用いなかったことから、平成20年決定と同決定はどのような関係にあるのか⁽⁹⁾等について、活発な議論がなされている。このような現在の議論状況からすると、同決定が出されたことによって、相互闘争状況における正当防衛の事例の処理についての裁判実務の見

解が明確に示されたとはいえないといえることができる。

ところで、平成29年決定が出されてからしばらく経過したが、その間に、同決定の影響を受けた下級審裁判例が多数出されている。下級審の判断は判例の形成に重要な役割を演じ、最高裁判例が出された後の下級審裁判例は、最高裁判例の判示内容を具体化するものとされ⁽¹⁰⁾、最高裁判例と下級審裁判例は、相互に影響を及ぼし合う関係にある⁽¹¹⁾。そうであるならば、平成29年決定以降の下級審裁判例には、同決定の判示内容が具体化されており、これらの裁判例を詳細に検討することで、相互闘争状況における正当防衛に関する現在の裁判実務の見解を明らかにすることができるように思われる。

本稿は、このような問題意識に基づき、平成29年決定以降の相互闘争状況における正当防衛に関する下級審裁判例の検討により⁽¹²⁾、相互闘争状況における正当防衛が問題となる事案の処理基準に関する現在の裁判実務の見解を具体的に明らかにすることを試みるものである。まず、平成29年決定以降の下級審裁判例を、特にその認定に際して考慮した事実に着目して検討し、下級審裁判例に対する影響の範囲及び程度を明らかにする。そして、これらの下級審裁判例の判示内容から、特に平成29年決定に関して議論されている点を中心に、相互闘争状況における正当防衛に関する現在の裁判実務の見解を具体的に明らかにする。

第2 平成29年決定以降の下級審裁判例

1 問題の所在

平成29年決定は、被侵害者が相手方の侵害を十分に予期していた事案であることからすると、その射程は、被侵害者が侵害を予期していた事例に限られると解するべきであるようにも思われる⁽¹³⁾。また、同決定は、考慮すべき要素の中から、侵害招致行為などの自招防衛に関する要素を除外しており⁽¹⁴⁾、また平成20年決定の「正当防衛状況」ではなく「急迫性」

を問題にしていることから、平成20年決定の理論と平成29年決定の理論は明確に区別されると解する見解が有力である⁽¹⁵⁾。しかし、同決定以降の下級審裁判例をみると、被侵害者が十分に侵害を予期していたとは言い難い事例や、予期の可能性を有していたに過ぎない事例においても、同決定の影響が認められる。また、同決定の影響を受けたと思われる下級審裁判例の中には、被侵害者が侵害招致行為に出ていることから、自招防衛の理論で処理することも可能な事案や、急迫性ではなく正当防衛状況を問題にした事例も含まれている。このように、平成29年決定の影響は、相互闘争状況における正当防衛に関する事案の、かなり広い範囲に及んでいるように思われる。

そこで、平成29年決定以降の現在の裁判実務における、相互闘争状況における正当防衛に関する裁判実務の見解を明らかにするためには、まずは平成29年決定の影響が及ぶ事案の範囲と、その影響の程度を検討することが必要であると思われる。この点を明らかにするために、平成29年決定以降の下級審裁判例を分析し、その判断の内実を平成29年決定の判示内容と比較し、同決定の影響の範囲及び程度を明らかにする。

2 裁判例

①仙台地判平29・9・22（裁判所ウェブサイト）

ア 事実の概要

工事従事者の宿舎に居住していた被告人とAは、同宿舎に転居する前に、口論をきっかけに被告人がAの腹部を果物ナイフで切りつけるという事件があったことから、お互い良好な関係にはなかった。犯行当日、Aが被告人方に来訪し、被告人が同居室のドアを開けると、Aが模造刀を持って立っており、被告人に対して「顔貸せ」と言って呼び出した。被告人は、Aに喧嘩を売られている、模造刀で切りかかってくるかもしれないと思い、被告人方居室にあった包丁をパンツにはさんで隠し持ち、Aの後ろに付き従って同宿舎に隣接する駐車場に赴いた。同駐車場に着くと、Aが

被告人に対して模造刀の切っ先を向けて突き出してきたので、被告人は、Aの腹部、左胸部を包丁で突き刺し、死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人はAの呼出しに応じて駐車場に赴けば、Aから模造刀で切りかかれるなどの暴行が加えられることを十分に予期していたこと、自室を施錠したり警察や同僚の援助を求めることが容易であったこと、それにもかかわらず包丁を準備して、これを携行した上で、Aに続いて自ら駐車場に赴き、Aから模造刀を突き出されるや殺意を持って刺突行為に及んでいることを指摘して、「このような本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、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できないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容するという刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況にあったとはいえない。」として、「被告人の本件行為は、侵害の急迫性の要件を満たさないものというべきである。」とした。

ウ 検討

本判決は、被告人が相手方の要求に応じて、凶器を所持して暴力的闘争の現場に向向いた事例であり、その事実関係は平成29年決定に非常に類似している⁽¹⁶⁾。また、本判決が正当防衛の成否を判断する際に考慮した、侵害の予期、侵害回避及び公的救助要請の容易性、凶器の準備、相手方の元に向向く行為、反撃行為の態様という事情は、平成29年決定で列挙された事情と共通するものであり、刑法36条の趣旨についても、平成29年決定と同様の見解を示している。すなわち、本判決は、平成29年決定の論理を同種事案に忠実に適用した事例であると評価することができる。もっとも、本判決は、急迫性を否定する結論を示す上で、被告人が「反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況」にあることを否定しているが、この文言は、平成20年決定で示された「反撃行為に出ることが正当とされる状況」とほとんど同じである。そこで、本判決は、平成29年で問題にされ

た侵害の急迫性と、平成20年決定で問題にされた「反撃行為に出ることが正当とされる状況」すなわち正当防衛状況を、実質的には同じものとして扱っているように思われる。

②宮崎地判平30・2・22 (LEX/DB25549886)

ア 事実の概要

被告人が所属する暴力団 a 組と、A が所属する暴力団 b 組は、以前から対立緊張関係にあった。犯行当日、被告人ら a 組の組員が、A の運転車両を発見し、不審車両と考えて追尾したところ、A は犯行現場となった駐車場に車両を停止させ、仲間と共に降車し、被告人らと対峙した。また、「不審車両を追いかけて本件現場でもめている」との連絡を受けた被告人の仲間 5 名が乗った車両も現場に到着した。被告人は、一旦 a 組事務所に戻り、刃物様の凶器を持ち出して本件現場に戻った。本件現場に戻った被告人が、A に対して「早く引いてもらえんですか」と言ったところ、A がいきなり被告人に殴りかかってきた。被告人は、A の攻撃を払いのけようとしたが、A が立て続けに殴りかかってきて、肩や腕を何発か殴られたので、ズボンの後ろに挟んでいた包丁を取り出し、右手に持って A の腹部を突き刺し、死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人は A らとの一触即発の状態になり、わざわざ組事務所まで戻って本件凶器を持ち出していること、本件凶器は十分な殺傷能力を備えたものであること、A らと a 組関係者が一触即発の状態にあり、場合によっては暴力沙汰になることも十分予測できたので、興奮した A が暴力行為に出ることも予想できたはずであり、その場合には本件凶器を用いて A に危害を加えることも想定していたと考えられること、被告人は自ら A に近付き、A から暴行を加えられると、威嚇的行動をとることなく A の腹部を突き刺しており、本件は強固な殺意に基づく犯行と認められることを指摘し、「このような被告人の刺突行為に及ぶまでの経緯や実際の犯行状況を含めた被告人の行為全般の状況に照らすと、被告人の行為は、正当防

衛行為として許容されるものではないことは明らかであるから、被告人の行為については、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。」として、被告人の反撃行為には過剰防衛も成立しないとした⁽¹⁷⁾。

ウ 検討

本件は、暴力団同士の凶器を用いた抗争の事例であるが、被告人が凶器を準備して現場に戻った後の暴力的闘争が問題となっていることから、平成29年決定と同じ「出向き型」に分類できる事案である⁽¹⁸⁾。本判決も、被告人が凶器を準備して現場に戻った行為、凶器の性状、Aによる侵害の予期の可能性、そして反撃行為の態様といった行為全般の状況に基づく価値判断により急迫性を否定しており、平成29年決定の判断枠組みを用いた事例であると評価することができる⁽¹⁹⁾。本判決は、「正当防衛行為として許容されるものではないことは明らかである」として侵害の急迫性を否定しており、急迫性の判断を正当防衛を許容すべきか否かという価値判断そのものとして扱っていることから、平成29年決定が急迫性の判断を正当防衛の趣旨に基づく価値判断として理解していることを率直に示していると解することができる⁽²⁰⁾。この「正当防衛行為として許容されるもの」という判示も、平成20年決定における正当防衛状況に関する判示と類似しており、本判決も、急迫性と正当防衛状況を意識して区別する見解を採用していないように思われる。また、本判決は、急迫性を否定するに際して被告人の侵害の予期の可能性を指摘するにとどまるが、侵害の予期はあくまで総合考慮の一要素であることからすると、侵害の予期を有する場合と予期の可能性を有するに過ぎない場合を明確に区別する必要は乏しいと思われる。そうであるならば、侵害の予期の可能性が認められるに過ぎない場合であっても、急迫性が否定される場合もあり得ると解するべきであり⁽²¹⁾、本判決はそのような事案に該当するということができるが、この点には批判も向けられている⁽²²⁾。さらに、本判決は、被告人の反撃行為の態様を考慮して急迫性を否定しているが、このような判断も平成29年決定と共通するものである。この点に関して、本判決は、被告人の行為が強

固な殺意に基づく犯行であることを指摘するなど、反撃行為の態様を特に重視しており、正当防衛状況の問題と防衛行為性の問題を明確に区別せず扱っているように見える点も批判されている⁽²³⁾。

③前橋地判平29・9・6 (LLI/DB07250773)

ア 事実の概要

被告人は、軽度の知的障害があるAに対して預金口座のキャッシュカードを売却する方法を教えたところ、被告人から教えられた通りにキャッシュカードを売却したAが警察で事情聴取を受けることになり、被告人からキャッシュカードを売却する方法を教わったことなどを供述した。被告人は、Aに対して上記供述を撤回するよう迫り、警察署に電話を掛けさせたり自ら警察署に電話をかけるなどして、犯行当日もAを自宅に呼び出し、何度も警察署に電話を掛けさせるなどした。Aは、このような被告人の要求に嫌気が差し、苛立って被告人方の居間と寝室の間のふすまを殴って破り、寝室にいた被告人に近付いて殴りかかった。これに対して、被告人が室内に置いてあったナイフでAの胸部を数回突き刺したが、死亡させるには至らなかった。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人はAに対して警察官に対する供述を撤回することを繰り返し要求しており、Aを精神的に追い詰めていたことを認識していたこと、被告人とAは供述の撤回をめぐる殴り合いの喧嘩をしたことがあり、Aがふすまを殴って破った時点で殴りかかってくることを十分予期できたことから、被告人はAの侵害を予期していたとした。その上で、被告人はAに対して上位の立場にあったこと、被告人がAを精神的に追い詰めたりしなければAが侵害行為に出ることはなかったため、Aによる侵害行為は被告人が自ら招いた面があること、Aの侵害行為は手拳を一回突き出しただけであり、反撃行為に出る必要性は乏しかったこと、被告人は侵害に備えてナイフを準備していたわけではないが、Aに対して威嚇行為に出ることなくAの胸部にナイフを3回突き刺していることから、被告人はA

に対して積極的に加害行為に出る意思で加害行為に及んだとした。そして、「以上のような本件以前の状況を含めた本件行為全般の状況からすると、被告人の本件行為は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関に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正当防衛及び過剰防衛（刑法36条）の趣旨に照らして許容されるものとはいえない。」として、本件においては侵害の急迫性の要件を充たさず、過剰防衛は成立しないとした。

ウ 検討

本判決も、刑法36条の趣旨についての平成29年決定の判示内容を引用していることから、平成29年決定の影響を受けた裁判例であることは明らかである。また、本判決は、被告人の態度を原因として突発的にAが攻撃に出た事案であることから、事案の性質としては自招防衛の事案に近いものであるが、積極的加害意思を理由に急迫性を否定している⁽²⁴⁾。そして、その認定に際してAによる侵害行為は被告人が自ら招いた面もあることを指摘しており、被侵害者の侵害招致行為という事実を、平成29年決定と同様の総合判断の中で考慮している⁽²⁵⁾。たしかに、平成29年決定が列挙している考慮すべき事情の中には、被侵害者の侵害招致行為は含まれていない。しかし、平成29年決定は、判決文に列挙した諸事情「等」の総合考慮により急迫性の存否を判断すべきことを示しており、同決定の判示内容に照らしても、列挙されていない被侵害者の侵害招致行為を考慮することは可能である。また、従来の裁判実務においても、被侵害者の侵害招致行為は積極的加害意思の認定に際して考慮すべき事実であるとされてきた⁽²⁶⁾。そして、平成29年決定は、積極的加害意思が認められる場合を、急迫性が否定される場合の一例としている。そうであるならば、平成29年決定の論理からも、被侵害者の侵害招致行為という事実を考慮することも当然に可能であることになる。また、本判決は、被告人に侵害の予期の可能性があったことから侵害の予期を認めており、両者を明確に区別していないように見える点にも特徴がある。

④京都地判平31・2・12 (LEX/DB25562648)

ア 事実の概要

被告人は、Aの娘の元勤務先の上司であり、Aの娘が以前被告人との間で生じた金銭トラブル等の解決についてAに相談したところ、Aはトラブル解決のために動くことを承諾した。そこで、Aの娘が被告人に対してこれから出向く旨を連絡して、Aが娘や知人であるBらと4人で被告人方に出向き、被告人の自宅マンションの駐車場で被告人と対面した。その後、被告人とAの間で口論が生じ、被告人とのやり取りに憤慨したAは、被告人の右襟付近を掴んで引っ張り、道路を西側に向けて移動した。これに対して、被告人がAらに対して、あらかじめ用意しておいた小刀を示したところ、Aは仲間に武器を持ってくるよう言い、それを受けた仲間が一度現場を離れてコンテナやビニール傘を持って現場に戻ってきた。この間、Aが被告人に対して「こいつやったるわ」などと言ったのに対し、被告人も「お前ら殺したる」などと言り返した。そして、Aが被告人をコンテナで3回ほど殴打し、Bが被告人を捕まえようと中腰で突っ込むような動きを見せた。これに対して、被告人は小刀を突き出してBの左肩付近を1回刺し、さらにAの左腕を3回刺し、さらに近付いてくるような動きを見せたBの胸部を2回刺し、結果としてAに傷害を負わせ、Bを死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まず被告人にはAらによる侵害が客観的に差し迫っていたとした。そして、被告人は当初から一貫して数的に不利な状況にあり、Aらは被告人が小刀を示してもその場を離れず、携帯電話を取り出して警察に通報することが困難な状況にあったことから、被告人は侵害の回避や警察への通報が容易な状況にあったとは認められないこと、被告人はAの娘が1人で来ると考えており、仮にAが来ても小刀を示せばその場は収まるだろうと安易に考えていたので、Aらの攻撃は想定外の出来事であったといえること、被告人は、Aにコンテナで殴打されるまで小刀を突き出してお

らず、攻撃的な言動も A らに触発されたものとみることができるので、被告人には小刀を示した時点から積極的に加害行為を行う意思があったとはいえず、また本件各行為のいずれの時点でも自己の身を守る意思を失ったとはいえないこと、被告人が小刀を示したことが A らの攻撃を招いた面はあるものの、それも直前の A らの言動に誘発されたとみてよいことを指摘し、「行為全般の事情に照らしても、被告人が反撃行為に出ることが許されない状況にあったとは認められない。」として、侵害の急迫性を肯定した。その上で、A に対する反撃行為には相当性が認められ正当防衛が成立するが、B に対する反撃行為は相当性を欠き過剰防衛が成立するにとどまるとした。

ウ 検討

本判決は、トラブルの相手方から連絡を受け、自宅マンションの駐車場で相手方を待ち受けていた被告人の元に A らが出向いて暴力的闘争が発生した事案であり、いわゆる「待受け型」の事案に分類することができる⁽²⁷⁾。平成29年決定の判断枠組みは、出向き型だけではなく待受け型にも妥当するとされるが⁽²⁸⁾、本判決も、被告人の侵害回避可能性、侵害の予期、侵害に臨んだ状況等の行為全般の事情を総合考慮して急迫性の存否を決しており、平成29年決定の影響を受けていることは明らかである⁽²⁹⁾。前述のように、平成29年決定の判示内容からも、同決定の判断基準を用いる際に被侵害者の侵害招致行為を考慮することは可能であり、本判決も、事例③と同様に、被告人の相手方に小刀を示すという侵害招致行為を、被告人の心理状態の認定及び総合考慮のために用いている。そうであるならば、平成29年決定の判断枠組みは、本件や事例③のような自招防衛の要素を含んだ事案の処理にも用いることが可能であり⁽³⁰⁾、適用可能な事例の範囲はかなり広いと解される。また、本判決は、急迫性の判断に際して積極的加害意思の存否も問題にしている点でも事例③と共通する。さらに、急迫性を認める判断を示す上で、「被告人が反撃行為に出ることが許されない状況」、すなわち正当防衛状況を意味する文言を用いており、本判決

も急迫性と正当防衛状況を同一のものとして理解しているものと解される。

⑤東京地判平29・9・22 (LEX/DB25547336)

ア 事実の概要

被告人とAは、配管工事の現場で作業員として働いており、寮のスタッフルームで寝起きしていたが、就寝中の被告人が物音を聞いて目を覚ますと、Aが壁を殴るなどして騒音を立てていた。被告人がAに文句を言うと、Aは被告人の胸ぐらを掴むなどした後、「文句があるなら表に出ろ。」などと言ってきたので、被告人はAの後について屋外の駐車場に向かった。駐車場において、被告人とAの間で口論が生じたが、ここではお互いに手を出すことはなく、被告人はAを残して部屋に戻った。そして、部屋に戻った被告人が、ベッドに座って携帯電話で通話していると、いきなり部屋に入ってきたAから胸ぐらを掴まれ殴打された。これに対して、被告人がAの顔面及び下顎部を複数回殴打したところ、Aは部屋を出て行ったが、その後被告人の暴行により生じたくも膜下出血により死亡した。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人とAが2人で駐車場に向かった後に結局互いに暴力を振るう場面はなかったこと、被告人はAを迎え撃つ準備や凶器の準備をしていなかったこと、被告人の暴行は一方的と評価できるものではなかったことから、被告人はAの攻撃を確実なものとして予期していたとは認められないとした。その上で、犯行当時のAの酩酊状況や運動能力、被告人とAの体格差、被告人の犯行前後の言動を理由に、被告人が、Aが酔っていてまともに相手にならない状況に乗じて一方的に暴行を加えたと認められるに足る証拠があるとはいえないことから、「本件暴行の直前の被告人について正当防衛状況になかったと認めるに足る証拠があるとはいえない」とした。そして、被告人の反撃行為は防衛行為の相当性を欠くものではないとして、正当防衛が成立するとした。

ウ 検討

本判決は、自室にいた被告人がいきなり相手方の攻撃を受けた事案であり、平成29年決定とは異なる突発的に生じた暴力的闘争の事案である⁽³¹⁾。裁判所は、被告人の侵害の予期が確実なものではないことを指摘して正当防衛状況を否定しているが、侵害の予期を判断をする上で、被告人の反撃行為に先立つ言動、反撃準備の有無、被告人による暴行の態様といった客観的事情を考慮している。これらの事情は、侵害の予期を推認するための間接事実として扱われているが、平成29年決定で列挙された考慮事情と共通するものであり、その判断の実質においては、平成29年決定と共通するものである。また、本判決は、被告人の侵害の予期が確実でないことから直ちに急迫性を否定しているのではなく、犯行時のAの状況や被告人とAの体格差といった他の事情との総合考慮により急迫性を否定しており、侵害の予期を考慮事情の1つとして扱っているという点でも平成29年決定と共通する。このように、平成29年決定の判断基準は、本判決のような平成29年決定とは異なる態様の事案にも影響を及ぼしている。また、平成29年決定と共通する判断枠組みを用いた上で、侵害の急迫性ではなく正当防衛状況の存否を問題にしていることから、本判決も両者を同一のものとして理解していると解されるとされる⁽³²⁾。

3 検討

(1) 平成29年決定の影響

ア 影響の範囲

まず、平成29年決定の影響は、同決定と同じ出向き型の事例（事例①、②）だけではなく、待受け型の事例（事例④）や、自招防衛の要素を含む事例（事例③、④）や突発的に生じた暴力的闘争の事例（事例③、⑤）など、相互闘争状況における正当防衛が問題になる事例全般に及んでいるといえる。平成29年決定は、被侵害者の反撃行為に先立つ事情の総合考慮により急迫性の存否を決すべきとしているが、このような判断基

準は、特定の態様の相互闘争状況に対してのみ適用しうるものではなく、あらゆる態様の相互闘争状況の事案に適用することが可能である。たしかに、平成29年決定は、自招防衛の事案で考慮される事情は列挙していない。しかし、自招防衛が問題となる事案も相互闘争状況の一態様に過ぎない以上は⁽³³⁾、この場合に考慮される事情を出向き型や待受け型の事案で考慮される事情と区別する合理的な理由は存在しない⁽³⁴⁾。そうであるならば、平成29年決定の判断枠組みは、自招防衛の事例を含めた、相互闘争状況における正当防衛が問題となる事例全般で用いられることになると解される。

また、平成29年決定は、侵害の予期を考慮要素の1つとして扱い、必ずしも十分な侵害の予期を要求していない。このような判断枠組みを示した以上は、同決定の影響は、自然と十分な侵害の予期が認められない事例や、侵害の予期の可能性が認められるに過ぎない事例にも及ぶことになる⁽³⁵⁾と解される（事例②、③）。侵害の予期に関する事情を一切考慮していないように見える平成20年決定の事案も、少なくとも侵害の予期の可能性を認めることはできるように⁽³⁵⁾、被侵害者に侵害の予期の可能性すら認められない事案で正当防衛が制限されることはほとんど考えられない⁽³⁶⁾。そうであるならば、侵害の予期を、考慮の前提としてではなく一要素として扱い、その内容として十分な予期を要求しない平成29年決定の判断枠組みは、侵害の予期を明確に認定できる事案以外にも適用可能であることになる。

イ 影響の程度

平成29年決定以降の下級審裁判例の多くは、事案に現れた諸事情の総合考慮により急迫性又は正当防衛状況の存否を決している。そして、このような総合考慮の中で考慮されている事情は、被侵害者の反撃準備態勢に関する事情（事例①、②、③、④、⑤）や、被侵害者の侵害回避可能性に関する事情（事例①、④）など、平成29年決定で列挙された事情と共通する。また、平成29年決定と同様に、反撃行為の態様を根拠として急迫性又は正

当防衛状況の存否を決している事例も複数存在する（事例①、②、③、⑤）。このように、平成29年決定以降の裁判例の多くは、同決定で考慮された事情の総合考慮により急迫性又は正当防衛状況の存否を決していることから、同決定は、その後の下級審裁判例の判断の内実に強い影響を及ぼしているといえることができる。

もっとも、平成29年決定以降も、従来の判例と同様に積極的加害意思を問題にした事例も複数存在する（事例③、④）。平成29年決定が、積極的加害意思が認められる場合を、急迫性が否定される一例として位置づけていることからすると、積極的加害意思の有無をわざわざ争点として示す必要はないはずである⁽³⁷⁾。それにもかかわらず、同決定以降の裁判例の中にも、積極的加害意思を問題にした事例が存在するということから、現在においても、52年決定で示された積極的加害意思論は事案の処理のための機能を失ってはいないといえることができる⁽³⁸⁾。

（２）急迫性と正当防衛状況の関係

前述のように、平成29年決定は正当防衛状況ではなく急迫性を問題にしたことから、今後は両決定の基準が使い分けられることになるという見解が有力に主張されている。たしかに平成29年決定以降の下級審裁判例をみると、同決定以前と比較して、正当防衛状況を問題にした事例は減少しているように思われる⁽³⁹⁾。しかし、同決定以降の急迫性を問題にした裁判例の多くは、「反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況」（事例①）、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」（事例④）など、正当防衛状況が認められないことを指摘して急迫性を否定しており、正当防衛状況と急迫性を同一のものと解している⁽⁴⁰⁾。言い換えれば、これらの裁判例は、正当防衛状況の存否に関する判断を、刑法36条に規定された急迫性の要件に結び付けて行っているに過ぎないといえることができる。平成29年決定の判断枠組みが、自招防衛の要素を含んだ事案にも適用可能であるならば、自招防衛の事例について示された正当防衛状況の基準と、それ以外の相互闘争状況の事案において用いられるべきとされる急迫性の基準を区

別する必要はないことになる⁽⁴¹⁾。また、正当防衛状況という文言は多義的に用いられており、裁判実務においては、正当防衛状況を刑法36条1項の要件にどのように位置づけるべきかについて苦勞してきたとされる⁽⁴²⁾。このことから、平成29年決定以降の下級審裁判例は、同決定を契機として、正当防衛状況の基準を、刑法36条1項の侵害の急迫性と結び付けることで事案の処理に用いていると解される。そこで、現在の裁判実務においては、かつて主張されていた正当防衛状況と急迫性は異なる要件であるという見解は、もはや主張しえないものであり⁽⁴³⁾、両者の使い分けは、意味を持たないものになったといえることができる。

第3 平成29年決定以降の裁判例における急迫性の意義及び機能

1 問題の所在

以上のように、平成29年決定の影響は、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になる事例全般に強く及んでおり、また、これらの裁判例の多くは、平成20年決定で示された正当防衛状況と侵害の急迫性を同じものとして扱っている。それでは、これらの事例における判断枠組みの内実は、どのようなものであるのか。この点を明らかにするために、平成29年決定以降の、同決定の影響を受けた裁判例における事案の処理の内実を具体的に分析する。その上で、現在の裁判実務において急迫性すなわち正当防衛状況の意義はどのように解されており、また事案の処理に際してどのような機能を有しているのかを検討する。

2 判断枠組みの内実

(1) 正当防衛の制限範囲

まず、平成29年決定が公的救助要請義務を認めるような判示をしたことから、正当防衛が制限される範囲が広げられることを懸念する見解も主張

されているが、同決定以降の裁判例をみても、同決定の判断基準により正当防衛が制限される範囲が広げられたとはいえない⁽⁴⁴⁾。すなわち、同決定以降の下級審裁判例には、急迫性又は正当防衛状況の判断に際して、被侵害者の侵害回避可能性に関する事情を考慮したものが複数存在するが、このような事情はあくまで総合考慮の一要素として扱われており、侵害の回避が可能であったことや、公的救助を要請すべきであったことから直ちに正当防衛の制限を認めている事例は存在しない。他方、同決定以前の裁判例の中にも、急迫性または正当防衛状況を否定する際に、被侵害者の侵害回避可能性に関する事情を考慮した事例は複数存在する⁽⁴⁵⁾。このことから、平成29年決定が示した判断基準により、正当防衛が制限される範囲が広げられることはないと解される。また、平成29年決定が、積極的加害意思がない場合でも急迫性が否定されることを認めたことについても、同決定以前の裁判実務も、積極的加害意思が認められる場合に限って急迫性が否定されるとは解してはならず、同決定によって初めて積極的加害意思が認められない場合についても急迫性が否定されるようになったのではない⁽⁴⁶⁾。そこで、このような見地からも、従来よりも正当防衛が制限される範囲が広がったわけではないといえることができる。

(2) 主観的事情

ア 侵害の予期

平成29年決定以降の裁判例の多くは、侵害の予期を総合考慮の一要素として扱っており⁽⁴⁷⁾、侵害の予期の可能性と侵害の予期を同列のものとして扱っているように見える事例も存在する（事例②、③）。すなわち、平成29年決定は、被侵害者が侵害を予期している事案において急迫性の判断基準を示した判例ではあるが、同決定の判断基準は、考慮要素としての侵害の予期を特別に重要視するものではないといえることができる⁽⁴⁸⁾。

このような侵害の予期の扱いは、行為者の主観的事情に依拠した判断基準が有する問題点に基づくものであると解される。すなわち、侵害の予期のような行為者の主観的事情は、間接事実からの推認により認定すること

が要求され、安定した判断を行うことが困難であるので、このような主観的事情に依拠した判断基準は、特に裁判員裁判においては妥当とはいえないとの指摘がされてきた⁽⁴⁹⁾。平成20年決定が、敢えて判決文において侵害の予期について述べなかったことも、このような考慮に基づくものと解される。そこで、平成29年決定以降の下級審裁判例においても、侵害の予期の有無及び程度に応じて判断基準を使い分けたり、急迫性の判断に際して侵害の予期を特に重視することには抵抗があり、このことから、侵害の予期及びその可能性については、あくまで総合考慮の一要素として扱われていると思われる。

イ 積極的加害意思

他方、積極的加害意思については、平成29年決定の判示によれば、急迫性の認定に際して積極的加害意思の存否をわざわざ認定する必要はなくなったにもかかわらず、積極的加害意思の存否を問題にした事例が複数存在する⁽⁵⁰⁾。これらの事例は、相互闘争状況を理由に急迫性が否定されることを説明するために、従来判例において広く用いられていた積極的加害意思論を用いたものと思われる。すなわち、平成29年決定は、積極的加害意思が認められる場合を、相互闘争状況を理由に急迫性が否定される一例として挙げているが、積極的加害意思が認められる場合は、相互闘争状況において正当防衛が否定される事案の典型例として扱われてきた⁽⁵¹⁾。そこで、事案の性質上、積極的加害意思を理由として相互闘争状況を理由とする正当防衛の制限を説明することが容易と考えられる事案においては、正当防衛の制限を説明する手段として、積極的加害意思という文言が用いられていると解される⁽⁵²⁾。

(3) 客観的事情

ア 反撃行為に先立つ事情

まず、平成29年決定以降の裁判例においては、侵害回避可能性に関する事情を考慮している事案が多数存在する⁽⁵³⁾。このような事例も、平成29年決定と同様に近年有力となっている侵害回避義務論に親和的であるとい

えるが⁽⁵⁴⁾、あくまで考慮要素の1つとして用いていることから、侵害回避義務論そのものを採用したものではない⁽⁵⁵⁾。他方、被侵害者が凶器を用いて反撃行為に出た事例においては、凶器の所持の有無だけでなく、凶器の種類、態様、所持の目的等について考慮されている⁽⁵⁶⁾。また、被侵害者が凶器を使用しなかった事例においては、被侵害者が侵害に対応した状況について考慮されている（事例⑤）。このことから、これらの裁判例が考慮している客観的事情の中では、特に凶器の準備等の反撃準備に関する事情が重視されているように思われる⁽⁵⁷⁾。また、平成29年決定では列挙されていない被侵害者の侵害招致行為を考慮した事例も複数存在する（事例③、④）。このことから、現在の裁判実務は、被侵害者の侵害招致行為も、相互闘争状況における被侵害者の態度の一態様として扱っており、凶器の準備などのその他の事情と異質なものとして扱っているのではないと解される。

イ 反撃行為の態様

平成29年決定及びそれ以降の下級審裁判例の多くは、急迫性又は正当防衛状況の判断に際して、反撃行為に先立つ事情だけでなく、反撃行為の態様そのものを考慮している（事例①、②、③、⑤）。この点については学説から強い批判がなされているが、同決定の判断基準が侵害の予期や反撃準備態勢を考慮すべきことを示した以上は、反撃行為の態様を考慮することは避けられないように思われる⁽⁵⁸⁾。すなわち、相手方の攻撃をたやすく防いで強力な反撃行為に出た場合には、相手方の攻撃を十分に予期していたことができるし、無我夢中で反撃行為に出てたまた相手方に重大な結果を生じさせた場合には、相手方の攻撃は被侵害者にとって予期せぬものであったと認定することができるように、被侵害者の内心状況を推認する間接事実としては、実際に侵害に対してどのような行動に出たのかということが特に重要である⁽⁵⁹⁾。また、被侵害者の反撃準備態勢が、予想される侵害に対してどのような意味を有するかを検討する際にも、現実の反撃行為の態様を考慮することは有益であると思われる⁽⁶⁰⁾。そして、

反撃行為の態様を間接事実として考慮した場合と、急迫性の判断に際して直接考慮した場合を明確に区別して評議を行うことは、刑事裁判における事実認定についての専門的な知識を要するので、特に裁判員裁判においては困難である。そうであるならば、結局は急迫性の判断に際して、総合考慮の中で反撃行為の態様そのものが考慮されることは避けられないと思われる。しかし、侵害の急迫性は防衛行為に先立つ状況について問題となる要件である以上、基本的には反撃行為に先立つ事情から判断されるべきであり、反撃行為に先立つ事情からは急迫性を認めるべき事案において、反撃行為の悪質性を直接の理由として急迫性を否定することは許されないと解すべきである⁽⁶¹⁾。

もっとも、このような考慮を許容した場合には、急迫性または正当防衛状況の問題と反撃行為時の内心状況である防衛の意思の認定に関する問題が同一のものとされてしまい⁽⁶²⁾、刑法36条1項に規定された要件の区別が失われてしまうことにもなりかねない。しかし、反撃行為の防衛行為性は正当防衛状況の存在により基礎付けられることから⁽⁶³⁾、反撃行為時の内心である防衛の意思の問題も正当防衛状況の存否と密接に結び付いており、必ずしも刑法36条1項が別個の要件として定めていることを理由に、両者を完全に区別して検討すべきとはいえないように思われる⁽⁶⁴⁾。また、わが国の裁判実務においては、防衛の意思は事案の処理のための実務的な意義をほとんど失っているとされ⁽⁶⁵⁾、同要件は正当防衛状況の問題に含めて検討すれば足りるとする見解も主張されている⁽⁶⁶⁾。そこで、このような考慮を許容することによる防衛の意思の扱いの変化についても、一概に否定すべきではなく、今後の検討を要すると解される。

3 侵害の急迫性に関する現在の裁判実務

(1) 急迫性の意義

以上を総合すると、平成29年決定の影響を受けた現在の裁判実務においては、必ずしも十分なものではない侵害の予期または予期の可能性と、被

侵害者の侵害招致行為や反撃行為の態様を含む事案に現れた客観的事情を総合考慮して、反撃行為の正当化を認めるべきかという価値判断を行い、このような価値判断の結論を刑法36条1項の急迫性の存否と結び付けて示すことが行われているということができる。

もっとも、平成29年決定も同決定の影響を受けた裁判例も、この場合に行われる価値判断の内実を具体的には示していない。この点については、被侵害者の侵害回避可能性から説明する見解⁽⁶⁷⁾、事前の対抗行為意思の現実化という観点から説明する見解⁽⁶⁸⁾も主張されている。しかし、これらの見解から正当防衛権の制限を説明する場合には、いずれも前提としての十分な侵害の予期が必要になると解されるが⁽⁶⁹⁾、前述のように、平成29年決定とその影響を受けた裁判例は、侵害の予期に特別な地位を認めておらず、あくまで総合考慮の一要素として扱っており、また侵害の予期の可能性を有するに過ぎない場合であっても急迫性を否定している。すなわち、現在の裁判実務は、特定の要素を重視して急迫性を判断しているのではなく、凶器の準備や回避可能な侵害を回避しなかったことといった、個々の事案の態様に応じた被侵害者の暴力的闘争を志向する態度を総合的に考慮し、被侵害者の反撃行為を単なる犯罪行為として扱うべき場合に急迫性を否定しているということができる。このような判断の内実は、被侵害者の態度が、相手方との何らかのトラブルや対立関係を違法な暴力的闘争へと発展させたという意味での、相互闘争状況の拡大を生じさせた場合に正当防衛を制限するという価値判断として説明可能であるように思われる⁽⁷⁰⁾。このように解する場合には、侵害の予期の可能性を有するに過ぎないが、強力な反撃準備を整えて反撃行為に出た場合にも、被侵害者が「相互闘争状況の拡大を生じさせた」として、正当防衛を制限すべきことになるが、このような結論は、急迫性の判断に際して、反撃行為時の客観的事情を重視する現在の裁判実務に合致するものと解される。

(2) 急迫性の機能

また、現在の裁判実務における侵害の急迫性も、従来の裁判実務と同様

に、被侵害者の正当防衛権を基礎付ける規範的・総合的要件としての機能を有しているということが出来る。すなわち、侵害の急迫性が認められた場合には、基本的に被侵害者の反撃行為は防衛行為としての性質を有することになり、防衛行為の相当性が認められる限度で正当防衛として扱われることになる。このことから、現在の裁判実務においても、侵害の急迫性が事案の処理のために最も重要な要件とされることになる⁽⁷¹⁾。前述のように、このような意味における侵害の急迫性の基準は、自招防衛の事案の処理にも用いることが可能であり、相互闘争状況における正当防衛の事案全般について用いられることになるので、平成20年決定で示された正当防衛状況の基準との使い分けは問題にならないと解される。ここで重要なのは、事案に現れた諸事情を総合考慮した価値判断により急迫性を決するということであり、急迫性という名称の判断基準を使うことではない⁽⁷²⁾。そこで、例えば裁判員に対する説明の便宜という観点から、この場合の判断を正当防衛状況の判断として行うことも当然可能であると解される⁽⁷³⁾。

もっとも、このような判断は、事案に現れた事実関係を羅列した印象的・感覚的な判断により正当防衛の成否が決められてしまう危険性を含んでいることは否定できない⁽⁷⁴⁾。そこで、事案の適切な処理のためには、当該事案において侵害の急迫性を判断するために重要な考慮要素を適切に選択した上で、それを具体的に示すことが必要になると思われる⁽⁷⁵⁾。そのためには、急迫性の判断に段階を設けて、各段階ごとに考慮すべき事情を示すことや⁽⁷⁶⁾、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事例を類型化し、各類型ごとの判断基準を示すという方法が考えられる⁽⁷⁷⁾。これにより、当該事案において要求される急迫性の判断の内実を具体的に示すことが可能になり、印象的・感覚的な判断により正当防衛の成否が決められてしまう危険を防止することができると思われる。

第 4 おわりに

平成29年決定の裁判実務に対する影響は大きいですが、同決定の判断枠組みは、従来の裁判実務の見解に従ったものであり、同決定は、従来とは全く異なる見解を示すものでも、正当防衛の制限範囲を拡大するものでもない。もっとも、同決定の判断枠組みが、判断基準としての明確性を欠いていることも否定できない。

しかし、相互闘争状況において正当防衛が問題となる事例は、典型的に事実認定に困難が伴うことが多く⁽⁷⁸⁾、また暴力団同士の大規模な抗争から突発的に生じたささいな暴力沙汰の事例まで、様々な態様の事例が存在する。このような事例を、事案の性質に応じて適切に処理するためには、事案に現れた諸事情を総合的に考慮し、この場合には正当防衛を認めるべきかという価値判断を行うことが不可欠であると思われる⁽⁷⁹⁾。このような見地から現在必要とされていることは、事案に現れた諸事情の総合考慮を行う判断枠組みを拒絶することではなく、このような判断枠組みをより適切に運用する方法を検討することである⁽⁸⁰⁾。そこで、今後の検討課題としては、相互闘争状況における正当防衛が問題となる事案について、実際の刑事裁判の手続きを踏まえつつ、事案の性質に応じた具体的な判断基準を示すことが特に重要であり、そのためには、研究者と実務家で協同して検討を進めていくことも必要になると解される⁽⁸¹⁾。

注

- (1) 本決定に対する評釈として、中尾佳久「判解」法曹時報71巻2号(2019年)232頁、門田成人「判批」法学セミナー750号(2017年)109頁、前田雅英「判批」捜査研究799号(2017年)14頁、成瀬幸典「判批」法学教室444号(2017年)158頁、是木誠「判批」警察学論集70巻8号(2017年)184頁、照沼亮介「判批」法学教室445号(2017年)48頁、橋田久「判批」『平成29年度重要判例解説』(2018年、有斐閣)154頁、波床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号(2017年)148頁、菅原健志「判批」警察公論73巻2号

(2018年) 88頁、島田美小妃「判批」法学新報125巻1 = 2号(2018年) 129頁、坂下陽輔「判批」判例時報2362号(2018年) 169頁、大谷實「判批」判例時報2357 = 2358号(2018年) 6頁、橋爪隆「判批」論究ジュリスト29号(2019年) 198頁、小林憲太郎「判批」判例時報2336号(2017年) 142頁、大塚裕史「判批」判例時報2357 = 2358号(2018年) 13頁、佐伯仁志「判批」判例時報2357 = 2358号(2018年) 19頁、拙稿「判批」筑波法政74号(2018年) 41頁など。また、本決定を契機とした研究として、高橋則夫「『急迫性』の判断構造—最高裁平成29年決定をめぐる—」研修837号(2018年) 3頁、同「正当防衛の規範論的構造—最高裁平成29年第二小法廷決定をめぐる—」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上)』(2018年、成文堂) 195頁、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文—変容する正当防衛制限論から」法学教室451号(2018年) 26頁、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学377号(2018年) 97頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方・再論」判例時報2391号(2019年) 103頁、前田雅英「正当防衛の急迫性判断と主観的違法要素」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上)』(2018年、成文堂) 213頁、三代川邦夫「正当防衛に関する最決平成29年4月26日(刑集71巻4号275頁)について」学習院法務研究13号(2019年) 179頁、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状—対抗行為に先行する事情と正当防衛状況」季刊刑事弁護96号(2018年) 10頁、山本和輝『正当防衛の基礎理論』(2019年、成文堂) 167頁以下、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年、成文堂) 231頁、同「正当防衛論の課題」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 155頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実践—平成29年決定を踏まえて—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 105頁、坂下陽輔「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 127頁、井上宜裕「正当防衛における侵害の予期—最決平成29年4月26日の及ぼす影響について—」法政研究86巻1号(2019年) 1頁など。

- (2) 鎮目征樹「正当防衛」法学教室465号(2019年) 108頁、高橋直哉「正当防衛状況の判断」法学教室453号(2018年) 13頁、成瀬・前掲注(1) 158頁、菅原・前掲注(1) 94頁、是木・前掲注(1) 190-1頁、嶋矢・前掲注(1) 31頁、高橋・前掲注(1) 研修10頁、井田・前掲注(1) 15頁、橋爪・前掲注(1) 日高古稀241頁、波床・前掲注(1) 154頁、照沼・前掲注(1) 54頁、大塚・前掲注(1) 15頁、佐伯・前掲注(1) 21頁、山本・前掲注(1) 168頁、小林・前掲注(1) 判時2336号145頁、中尾・前

- 掲注(1) 247-8 頁、橋田・前掲注(1) 155頁、三代川・前掲注(1) 194頁、井上・前掲注(1) 1 頁、拙稿・前掲注(1) 54頁など。
- (3) 橋爪・前掲注(1) 日高古稀246頁、嶋矢・前掲注(1) 31頁、坂下・前掲注(1) 刑事法147頁、拙稿・前掲注(1) 48頁など。
- (4) 橋爪・前掲注(1) 日高古稀243頁、佐伯・前掲注(1) 21頁、高橋・前掲注(2) 13頁、大塚・前掲注(1) 16頁、坂下・前掲注(1) 判時170頁、拙稿・前掲注(1) 46頁など。
- (5) 橋爪・前掲注(1) 日高古稀244頁、照沼・前掲注(1) 54頁、佐伯・前掲注(1) 21頁、高橋・前掲注(1) 研修9 頁など。
- (6) 松宮・前掲注(1) 110頁以下、山本・前掲注(1) 168-9 頁、照沼・前掲注(1) 54頁、井上・前掲注(1) 9 頁。
- (7) 照沼・前掲注(1) 54頁、松宮・前掲注(1) 122頁、大塚・前掲注(1) 16頁、高橋・前掲注(2) 13頁。
- (8) この点を批判する見解として、小林・前掲注(1) 判時2336号144頁、門田・前掲注(1) 109頁、橋田・前掲注(1) 155頁。他方、この点を肯定的に解する見解として、中尾・前掲注(1) 253頁、佐伯・前掲注(1) 22頁、遠藤・前掲注(1) 119頁。
- (9) 両決定の判断枠組みの違いを重視する見解として、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—』(2019年、法曹会) 66-7 頁、橋爪・前掲注(1) 日高古稀244頁、照沼・前掲注(1) 54頁、高橋・前掲注(2) 13頁、山本・前掲注(1) 186頁、高橋・前掲注(1) 研修9 頁、坂下・前掲注(1) 判時174頁、佐伯・前掲注(1) 21頁など。他方、両決定の判断枠組みの共通性に着目する見解として、瀧本京太郎「判例における自招防衛の判断枠組みについて」北大法学論集69巻4号(2018年) 173頁以下、前田・前掲注(1) 日高古稀229-30頁、小林・前掲注(1) 判時2336号145頁、大塚・前掲注(1) 18頁、遠藤・前掲注(1) 115頁、拙稿・前掲注(1) 56頁など。
- (10) 団藤重光『法学の基礎 [第2版]』(2007年、有斐閣) 192頁。また、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際—判断の安定化を目指して—」刑法雑誌50巻2号(2011年) 191頁は、「『積極的加害意思』の具体的イメージは、下級審の裁判例の蓄積から生まれてきたものともいえる。」と指摘する。
- (11) 明照博章『積極的加害意思とその射程』(2017年、成文堂) 338頁。
- (12) 平成29年決定以降の裁判例に関する検討として、瀧本・前掲注(9) 176頁以下、橋爪・前掲注(1) 刑事法174頁以下、小林・前掲注(1) 判時2391号107-8 頁、松宮・前掲注(1) 119頁以下。

- (13) このような見解として、井田・前掲注(1)18頁、橋爪・前掲注(1)日高古稀244頁、坂下・前掲注(1)判時173頁、三代川・前掲注(1)197頁など。
- (14) 照沼・前掲注(1)54頁参照。
- (15) このような見解として、橋爪・前掲注(1)日高古稀244頁、照沼・前掲注(1)54頁、高橋・前掲注(2)13頁、山本・前掲注(1)186頁、高橋・前掲注(1)研修9頁、坂下・前掲注(1)判時174頁、同・「正当防衛論の再検討」刑法雑誌58巻2号(2019年)16頁、佐伯・前掲注(1)21頁、司法研修所編・前掲注(9)67頁など。
- (16) 小林・前掲注(1)判時2391号107-8頁、橋爪・前掲注(1)刑事法177頁参照。
- (17) 本判決は、控訴審の福岡高宮崎支判平30・11・1(裁判所ウェブサイト)において、共同被告人について共同正犯も教唆犯も認められないとして破棄されているが、正当防衛の成否に関する判断は破棄されておらず、この部分については参考にすることができると思われる。
- (18) 「出向き型」や「待ち受け型」などの相互闘争状況における正当防衛が問題になる事案の態様に応じた分類について、香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充=香城敏磨『刑事事実認定(上)―裁判例の総合的研究―』(1992年、判例タイムズ社)272頁以下、拙稿「被侵害者の態度に応じた正当防衛状況が問題となる事例の類型化」筑波法政72号(2017年)77頁以下参照。
- (19) 本判決と同様に、集団による凶器を用いた出向き型の暴力的闘争の事例において急迫性を否定した平成29年決定以降の事例として、名古屋地岡崎支判平31・3・1(裁判所ウェブサイト)。
- (20) この点に対する批判として、小林・前掲注(1)判時2391号108頁。
- (21) この点について、遠藤・前掲注(1)115-6頁は、「正当防衛状況に関し問題となるのは、当該対抗行為を緊急行為として保護する必要があるのかという観点であるから、予期した上での対抗行為と、十分に予期できる状況で予期すべきなのにしなかった上での対抗行為とで、保護の必要性に質の違いがあるとは考えにくい。」と指摘する。
- (22) この点について、橋爪・前掲注(1)刑事法178頁は、平成29年決定が侵害の予期が認められる事案に関する判例である以上、本件においても侵害の予期の存否やその内容を具体的に認定することが重要であるとする。
- (23) 橋爪・前掲注(1)刑事法178頁参照。
- (24) 平成29年決定以降の積極的加害意思を問題にした裁判例として、後掲

- 事例③、④、東京地立川支判平29・11・21（LLI/DB07230441）。
- (25) 瀧本・前掲注（9）182頁参照。
- (26) 栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村一郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）80頁、中川博之「正当防衛の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』（2015年、成文堂）138-9頁。
- (27) 本判決に対する評釈として、成瀬幸隆「判批」法学教室466号（2019年）126頁。
- (28) 波床・前掲注（1）155頁、橋爪・前掲注（1）日高古稀249頁。
- (29) 成瀬・前掲注（27）126頁。
- (30) 瀧本・前掲注（9）169頁、大塚・前掲注（1）18頁、拙稿・前掲注（1）56頁。
- (31) 本判決と同様に、突発的に生じた相互闘争状況において正当防衛状況の存否が問題とされた平成29年決定以降の裁判例として、さいたま地判平29・12・15（LEX/DB25548983）、前掲注（24）・東京地立川支判平29・11・21。
- (32) 本判決の控訴審である東京高判平30・3・30（LEX/DB25560316）は、正当防衛状況の存否に関する本決定の判断を是認していることから、正当防衛状況と急迫性の関係についても本判決と同様の理解を示しているように思われる。
- (33) この点に関して、小林憲太郎「自招侵害・危難論の視角」刑事法ジャーナル62号（2019年）5頁参照。また、香城・前掲注（18）263頁は、自招防衛の事案を、出向き型や待受け型と同じ相互闘争状況を理由に急迫性が否定される類型の1つとして分類する。
- (34) 瀧本・前掲注（9）185頁、小林・前掲注（33）5頁参照。また、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年、判例時報社）230頁は、自招防衛が問題となる事案について、「不正の先行行為の存在を過度に強調して独立の『型』にまで高めるのは得策とはいえないであろう。」とする。
- (35) このような見解として、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成20年度〕』（2012年、法曹会）433頁、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル19号（2009年）49頁、橋爪隆「判批」ジュリスト1391号（2009年）163頁、清野憲一「正当防衛判断枠組の再構築—4ステップ論と『やむを得ずにした行為』への焦点化—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』（2019年、成文堂）46頁、遠藤・前掲注（1）115頁、瀧本・前掲注（9）148頁。

- (36) この点について、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007年、有斐閣）155頁は、「急迫性肯定例においてもっとも特徴的な点は、裁判例の多くは、積極的加害意思の存否を検討する前に、そもそも行為者に侵害の予期が欠けるとして、侵害の急迫性を肯定している点である。」と指摘する。
- (37) 橋爪・前掲注（1）日高古稀244頁、高橋・前掲注（2）13頁、三代川・前掲注（1）194-5頁参照。
- (38) 三代川・前掲注（1）198頁参照。
- (39) 平成29年決定以前の正当防衛状況を問題とした裁判例として、千葉地判平26・10・22（裁判所ウェブサイト）、東京地判平27・5・27（LEX/DB25540605）、さいたま地判平29・1・11（判時2340号120頁）、鹿児島地判平26・5・16（裁判所ウェブサイト）、大阪地判平24・3・16（判タ1404号352頁）、神戸地判平26・12・16（裁判所ウェブサイト）、佐賀地判平25・9・17（LEX/DB25503819）、長崎簡判平26・3・28（LEX/DB25541581）、長崎地判平26・2・12（LEX/DB25503177）、宇都宮地判平26・3・5（LEX/DB25503281）、宇都宮地判平23・10・25（LLI/DB06650627）など。これに対して、正当防衛状況を問題にした平成29年決定以降の裁判例として、事例⑤、前掲注（24）・東京地立川支判平29・11・21、前掲注（32）・東京高判平30・3・30、札幌地判平30・12・3（裁判所ウェブサイト）、横浜地小田原支判平30・7・27（LLI/DB07350778）、金沢地判平31・3・18（LEX/DB25563068）。
- (40) 瀧本・前掲注（9）175頁。また、平成29年決定以前の裁判例の多くがこのような見解を採用していることについて、拙稿「近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号（2016年）55頁参照。
- (41) 大塚・前掲注（1）18頁、拙稿・前掲注（1）56頁以下。これに対して、司法研修所編・前掲注（9）68頁は、侵害の急迫性と正当防衛状況が異なる概念であるとの理解を前提に、侵害の急迫性について、「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、具体的状況の下では、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。」との説明案を提示するが、このような説明案は、「自ら対抗行為に出ることが許されるといえる場合」という、平成20年決定の「自ら反撃行為に出ることが正当とされる状況」という正当防衛状況を示す文言と類似した表現を含んでおり、やはり侵害の急迫性と正当防衛状況を別個の概念として使い分ける説明を行うことは困難であると思われる。

- (42) 瀧本・前掲注(9) 162頁参照。
- (43) 瀧本・前掲注(9) 181頁。
- (44) 中尾・前掲注(1) 249頁、橋爪・前掲注(1) 日高古稀243頁、遠藤・前掲注(1) 114-5頁参照。
- (45) このような事例として、東京高判平27・6・5(判時2297号137頁)、東京高判平21・10・8(判タ1388号370頁)、東京高判平25・2・19(東高刑時報64巻1~12巻55頁)、前掲注(39)・鹿児島地判平26・5・16など。
- (46) 拙稿・前掲注(1) 55頁、橋爪・前掲注(1) 刑事法161頁、遠藤・前掲注(1) 114頁、清野・前掲注(35) 54頁など参照。
- (47) このような事例として、本文中に挙げた事例①~⑤の他に、前掲注(31)・さいたま地判平29・12・15、前掲注(19)・名古屋地岡崎支判平31・3・1、京都地判平29・7・14(LEX/DB25547335)。
- (48) 遠藤・前掲注(1) 115頁、大塚・前掲注(1) 18頁参照。
- (49) 中尾・前掲注(1) 246-7頁、遠藤・前掲注(10) 186頁。
- (50) このような事例として、本文中に挙げた事例③、④の他に、前掲注(24)・東京地立川支判平29・11・21。
- (51) 中尾・前掲注(1) 248頁、三代川・前掲注(1) 198頁、拙稿・前掲注(1) 55頁参照。
- (52) 三代川・前掲注(1) 198頁参照。
- (53) このような事例として、本文中に挙げた事例①、④の他に、前掲注(19)・名古屋地岡崎支判平31・3・1、前掲注(39)・札幌地判平30・12・3。
- (54) 橋爪・前掲注(1) 日高古稀257頁、前田・前掲注(1) 捜査研究16頁、大塚・前掲注(1) 16頁、佐伯・前掲注(1) 22頁参照。
- (55) 中尾・前掲注(1) 251頁、橋爪・前掲注(1) 日高古稀249頁、波床・前掲注(1) 154頁参照。
- (56) このような事例として、本文中に挙げた事例①~④の他に、前掲注(19)・名古屋地岡崎支判平31・3・1。
- (57) 三代川・前掲注(1) 200頁、遠藤・前掲注(1) 121頁参照。
- (58) 大塚・前掲注(1) 16頁参照。
- (59) 栃木・前掲注(26) 78頁、中川・前掲注(26) 141頁。
- (60) 例えば、被侵害者が相手方に対して迅速かつ容易に強力な反撃を加えた場合には、被侵害者の反撃準備は当初から相手方よりも優勢な状態を作り出す性質のものと認定することができ、他方軽微な侵害を負わせたに過ぎない、または偶然重大な結果が発生した場合には、万一に備えて凶器の

準備をしていたに過ぎないと認定することができる。

- (61) 遠藤・前掲注(1) 120頁、橋爪・前掲注(1) 日高古稀255頁。
- (62) 防衛の意思の認定について、秋山敬「正当防衛における防衛の意思」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〕』(2013年、立花書房) 98-9頁、中川・前掲注(26) 149頁。
- (63) 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(2018年、成文堂) 277-8頁、香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和52年度〕』(1979年、法曹会) 250頁、波床昌則「正当防衛における急迫不正の侵害」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院) 84頁、栃木・前掲注(26) 73頁、中川・前掲注(26) 133頁など。
- (64) 中尾・前掲注(1) 253頁、佐伯・前掲注(1) 22頁。遠藤・前掲注(1) 119頁。また、清野・前掲注(35) 57頁参照。
- (65) 橋爪・前掲注(36) 246-7頁参照。
- (66) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(2009年、法曹会) 28頁。これに対して、司法研修所編・前掲注(9) 76頁は、裁判員裁判においては正当防衛状況と防衛の意思を区別した方が評議がしやすいとする。
- (67) 橋爪・前掲注(1) 日高古稀249頁、前田・前掲注(1) 捜査研究16頁。
- (68) 坂下・前掲注(1) 判時173頁。
- (69) 橋爪・前掲注(1) 刑事法163-4頁、坂下・前掲注(1) 判時173頁、同・「広義の自招侵害に関する考察—自招侵害への対抗行為を中心に—」刑事法ジャーナル62号(2019年) 18頁参照。もっとも、杉本一敏「自招侵害のメタ理論的考察」刑事法ジャーナル62号(2019年) 45頁は、侵害回避義務論を採用した場合には、侵害の予期の可能性が認められるに過ぎない場合でも正当防衛の制限がなされる可能性があることを指摘する。
- (70) 拙稿・前掲注(1) 51頁。
- (71) 西田典之＝橋爪隆『刑法総論〔第3版〕』(2019年、弘文堂) 169頁。
- (72) 前田・前掲注(1) 日高古稀230頁、拙稿・前掲注(1) 60-1頁参照。
- (73) なお、現在の裁判実務における急迫性の判断の内実が「急迫」という文言から離れてしまっていることは否定できず、裁判員に対する説明の便宜という観点からは、この場合に求められる判断の内実を端的に示す「正当防衛状況」という文言を用いる方が妥当であるように思われる。この点について、拙稿・前掲注(40) 59頁以下参照。
- (74) 照沼・前掲注(1) 54頁、松宮・前掲注(1) 122-3頁、山本・前掲注(1) 187頁、井田・前掲注(1) 18頁参照。

- (75) 中尾・前掲注（1）250頁参照。
- (76) 清野・前掲注（35）68頁以下参照。
- (77) 遠藤・前掲注（10）194頁、清野・前掲注（35）83頁、拙稿・前掲注（1）61頁など。
- (78) 清野・前掲注（35）41頁、遠藤・前掲注（10）186頁。
- (79) 清野・前掲注（35）47-8頁。
- (80) この点について、橋爪・前掲注（1）刑事法172-3頁参照。
- (81) 遠藤・前掲注（1）122頁以下参照。