

防衛行為の相当性

Reasonableness of the Defensive Action

永井紹裕

- I 「やむを得ずにした行為」
- II 判例・裁判例の傾向
 - (1) 財産的利益のための防衛行為
 - (2) 防衛行為の相当性の判断基準
 - ①重大な結果の発生
 - ②防御的防衛
 - ③小括
- III 相当性が要求される理由
 - (1) 相当性要件不要説
 - (2) 相当性要件肯定説
 - ①法確証の利益を援用する見解
 - ②攻撃者の利益の要保護性の減少ないし欠如を援用する見解
 - (3) 相当性要件の根拠
- IV 致命的防衛行為の制限
 - (1) 侵害回避義務論
 - (2) 判例・裁判例
 - (3) 近時の見解
- V 制限の射程
- VI おわりに

I 「やむを得ずにした行為」

刑法36条1項は、防衛行為が「やむを得ずにした行為」であることを要件としている。この「やむを得ずにした行為」について、最判昭和24年8月18日（刑集3巻9号1465頁）によれば、「防衛行為が已むことを得ないとは、当該具体的事態の下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得るものを言う」と判示されており¹、より具体的には、最判昭和44年12月4日（刑集23巻12号1573頁）によれば「刑法36条1項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性

を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない（下線部は筆者—以下同様）」と解されている。

もっとも、昭和44年判決は必要最小限度性について述べた後に「すなわち」でつないで「反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであること」としているため、この前後の関係について問題が生じることになった。この点に関して、防衛行為者が選択可能な有効な手段のうち、文字通り最も被害が軽微なものを選択しなければならないという意味での必要最小限度性を要求し、最小限度の手段でなかった場合には過剰防衛が問題になるにすぎないとする見解²が主張されている。この見解は、後述するように侵害利益と保全利益の不均衡という意味での「相当性」を要件としない点に特徴があるといえる。

しかしながら、昭和44年以降の判例・裁判例を見ても、昭和44年判決の述べるような「必要最小限度性」を明示しているものは見られないとともに、「最小限度性」を満たさないゆえに正当防衛成立を否定しているものも見られない。相当性について重要な判断を示したと言われる最判平成元年11月13日刑集43巻10号823頁も「最小限度性」について言及していない。この点に関して、厳密な意味でもっとも侵害性の少ない手段を選択しなければならないと解されているわけではなく、「防衛行為が、侵害行為に対する反撃行為として考えられる種々の方法の中で妥当なものであったと認められれば足り」³との理解に立っていると見える。したがって、判例が文字通りの意味で必要最小限度性を要求していると解することについては疑問の余地がある⁴。

学説においても、この「やむを得ずにした行為」の要件をどのように解するかについて争いがある。この点について議論を整理した松原によれば、まず「必要性」と解するものと「相当性」と解するもの、その双方を必要とするものに分けることができる。さらに、「必要性」については、防衛に役立つという意味での防衛手段の「適合性」と解するもの、複数存在する防衛手段の中で最も侵害の軽微なものであるという意味での防衛手段の「相対的必要最小限度性」と解するものに分けることができる。「相当性」についても、攻撃の阻止のために合理的な方法の一つであるという意味での防衛手段の「合理性」と解するもの、防衛行為による侵害法益の価値が保全法益の価値を著しく上回るものでないという意味での「緩やかな均衡性」と解するものに分けることができる⁵。

「必要性」を「適合性」と理解する見解⁶については、攻撃を防止するために必要な手段であれば良いとするならば、客観的に「防衛するため」の行為に該当する場合には、常に防衛行為の必要性の要件も満たすことになり、この要件はきわめて形式的な要件にすぎなくなってしまう⁷。さらに、「必要性」を「相対的必要最小限度性」と理解したとしても、前述したように判例上も必要最小限度性を緩やかに解していることからすれば、この要件が否定される事例はさほど多くないとも考えられる。したがって、正当防衛を

無制限に許容するのでなければ⁸、相当性の要件⁹がその制約を担う要件ということになるだろう¹⁰。

この点に関して、多くの有力な見解¹¹も攻撃を排除するために必要な手段だとしても、著しく害の衡量を逸脱する場合には、「防衛の程度を超えた」ものとして過剰防衛としていいる。この見解によれば、リング1個を盗もうとしている泥棒からリングを守るために泥棒を射殺した場合に、射殺が唯一の手段であったとしても正当防衛は成立せず、過剰防衛になるにすぎないことになる。これに対して、このような場合には正当防衛による対抗は許されず、事後的な民事上の救済に処理を委ねるべきであり、「防衛するための行為」でないとして正当防衛のみならず過剰防衛すら否定する見解¹²も主張されている。リング1個といえども保護される利益を擁護する行為であることに鑑みれば、その点を全く度外視することに疑問が生じるが、過剰防衛の成立を認めるとしても、刑の減軽を認めないという処理をする¹³のであれば、どこまで相違があるかも疑問である。

本稿¹⁴は以上の議論状況を前提に、「相当性」要件が正当防衛においてどのような位置づけにあるのか、その内容はいかなるものであるべきなのかについて検討することはもとより、当該要件が正当防衛に内在する要件なのか、それとも正当防衛を横から制約する外在的原理なのかについて検討を加える。

II 判例・裁判例の傾向¹⁵

(1) 財産的利益のための防衛行為

防衛しようとした法益と侵害した法益との間に（緩やかな）均衡がとれているかいう意味での相当性を正当防衛成立の要件とする場合には、防衛行為としての必要（最小限度）性を備えていたとしても、この均衡性要件を満たさなければすくなくとも過剰防衛の成立が問題になるにすぎないことになる。例えば、財産的利益を守るために生命侵害を伴う行為をした場合には、それが必要最小限度の行為であったとしても緩やかな均衡性を満たさず正当防衛の成立が否定されることになりうる。この点に関しては、大判昭和3年6月19日（新聞2891号14頁）が、豆腐数丁を取り戻すために窃盗犯人を撲殺した事案において、防衛の程度を超えたものとして正当防衛の成立を否定している。もっとも、当然のことながら財産的権利を守るための防衛行為一般が均衡性要件を満たさないと考えられているわけではなく、最判平成21年7月16日（刑集63巻6号711頁）¹⁶も「本件暴行の程度は軽微なものであったというべきである。そうすると、本件暴行は、被告人らの主として財産的権利を防衛するために被害者の身体の安全を侵害したものであることを考慮しても、いまだ被害者らによる上記侵害に対する防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」と判示しており、この判示は、判例・学説上において、財産的権利等を防衛するために相手方の身体の安全に害を加える行為については、これまで相当性が厳しく判断される傾向にあったことを踏まえたうえでの判断であることを

示す一方、本件暴行は軽微なものであって、法益の著しい不均衡はないことから本件暴行に相当性を認めたものと解されている¹⁷。さらに、大阪高判令和5年6月14日（裁判所HP）は、大阪府が大阪労働局と共同で管理していた防犯カメラにゴム手袋や白色ビニール袋を被せて、そのレンズを塞ぎ、もって2度にわたり威力を用いて人の業務を妨害したという事案において、「大阪府等による本件カメラを用いた撮影行為は、正当な理由なく、団結小屋に出入りする者らのプライバシーを侵害し、深刻な萎縮効果をもたらす違法な行為であり、それらの者のプライバシーの権利等に対する不正の侵害に当たる」として¹⁸、防衛の対象となる利益を広く認める¹⁹に至っている。

（2）防衛行為の相当性の判断基準

①重大な結果の発生

防衛行為の相当性について初めて明示的に判断した最高裁判決は、前述の最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁²⁰である。最高裁は、傷害結果を生じさせたことから過剰防衛にとどまるとの原判決に対して、「たまたま生じた右傷害の結果にとらわれ、たやすく被告人の本件行為をもつて、そのよって生じた傷害の結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいわゆる過剰防衛であるとした原判決は、法令の解釈適用をあやまった結果、審理不尽の違法がある」と判示し、重大な結果が生じたことだけで相当性が否定されるものではないことを示している。相当性判断において、防衛行為によって生じた結果のみが判断基準とはならない²¹という点については、防衛行為によって生命侵害等の重大な侵害を生じさせた事案において正当防衛の成立を肯定した裁判例を見ても明らかである。東京高判昭和36年9月18日（東時12巻9号163頁）は、事務所に侵入しようとした者を阻止するために数人で押したところ、その者が屋外にとばされ左官用の踏み台に後頭部をぶつけたことにより死亡した事案で、正当防衛の成立を肯定している。そして、相手方を死亡させた事案である千葉地判昭和62年9月17日（判時1256号3頁）も、「被害者が死亡しているの故をもってしても、前示一連の経過の中での被告人の行為にやむを得ざるものであつたことを否定し去ったり、或は被告人の行為が防衛の程度を超えていたとするの余地は見出せない」として正当防衛の成立を肯定している。

これに対して、東京地八王子支判昭和62年9月18日判時1256号120頁²²は、括弧書きにおいて、「ちなみに、刑法36条1項にいう『行為』とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であって、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動作だけではなく、故意犯における結果と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる『相当性』の有無も、狭義の反撃行為だけではなくその結果をも包めた全体について判断されるべきものである」と判示しており、相当性判断については結果も含めて考慮の対象となるとしている。この点に関して、前述の最判昭和44年や千葉地判昭和62年判決との

関係が問題となりうるが、東京地判昭和62年の判決文は、実際には具体的検討においては、「被害者の侵害行為の態様と被告人の反撃行為の態様にウェイトが置かれて」²³ いるとの指摘があり、両判決と必ずしも矛盾するようなものではない²⁴と解される。

判例・裁判例について詳細な分析をした大越は、判例においては、防衛手段と攻撃手段の危険性の対比が重要とされており、素手、凶器などいかなる手段が攻撃や防衛に用いられているかが相当性の重要な判断基準となっているとし、しかも相互の体格差や攻撃や防衛行為の強度や執拗さなどを考慮にいたした実質的武器対等（攻撃力の差などを考慮した結果素手に対してバット等を使用した場合でも実質的に対等の武器を使用したのと同じように考えることができるとする）が肯定される場合には、相当性を肯定することを原則としながら、例外的に当該手段以外の手段をとることが期待できない場合には武器対等でない場合でも相当性を肯定している²⁵との見方を示している。

相当性判断において、防衛行為の危険性を判断の前提にする点については、「防衛行為者が左右できない事情で過大な結果が事後的に発生したことによって、防衛行為の相当性を否定し、過剰防衛とはいえ、犯罪の成立を肯定するのでは、権利者の立場をあまりにも害することになり、権利防衛の趣旨から妥当でない」²⁶との指摘が正鵠を射ていると考えられる。学説では²⁷、相当性判断に関して行為として相当性²⁸が問題になるのか、結果としての相当性²⁹が問題になるかが争われているが、上述したように判例・裁判例は行為としての相当性を問題にしていると考えられる。また、相当性判断の時点はどこに置くかにより、事前判断と事後判断³⁰に見解が分かれうる。結果の相当性を問題にする見解は必然的に事後判断に立つことになるが、行為の相当性を問題にする見解については、行為の時点での危険性を問題にするのか、事後的に明らかになったことも含めて問題にするのか相違が生じうる。判例は行為の相当性を事前判断の観点から判断していると解されているが、その背後には前述したように正当防衛権の行使を委縮させない³¹、将来の結果は左右できないといった考慮があると考えられる³²。

たしかに、千葉地判昭和62年の事案や最判昭和44年の事案のように、突き飛ばし行為によって発生した結果がたまたま重大であったという見方もできる場合（ただし後述するように異なった見方もできる）には、そのような結果から相当性を否定し、当該行為を控えさせるとするのは、防衛行為の萎縮を生じさせる可能性がある。さらに言えば、重大な結果について被害者側の寄与があった場合³³には、防衛行為自体の危険性はそれだけ低下しうると考えられる。これに加えて、被害者の行為自体が重大な結果を発生させた主たる要因であるような場合³⁴には、いっそう防衛行為の危険性は生じた結果から割り引いて考えるべきということになるだろう。

②防衛的防衛

さらに、防衛行為の危険性については、防衛行為が防衛的な目的で行われたものであ

るか、不正の侵害を排除するために攻撃を加える（攻撃的防衛）であるかという行為態様の違いを判断基準として考慮するかという問題がある。最判平成元年11月13日（刑集43巻10号823頁）は、被害者（当時39年）から自動車の駐車場所について注意されたことに立腹した被告人が、同人に対し、所携の菜切包丁を腰のあたりに構えながら、「殺すぞ」等と申し向けて同人の生命、身体に危害を加えかねない氣勢を示し、凶器を示して脅迫した事案において、「被告人は、年齢も若く体力にも優れた被害者から、『お前、殴りたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、被害者からの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」とし、防御的行動であった点を相当性判断において考慮している判示をしている³⁵。防御的行動であることが相当性判断を肯定しやすくなる理由として、攻撃者の生命・身体を積極的に害するものではない、当該行為の必要性が肯定される限り、回避手段として最小限度必要なものであると考えられる、などが挙げられている³⁶。

しかしながら、防御的行動それ自体を特別に考慮する必要はないと考えられる。その理由として、積極的に害するものではないことは行為の持つ危険性の要素に解消できるものであるという点³⁷が挙げられる。もっとも、防御的行動といってもその外延が不明確であるゆえに必ずしも危険性の程度が低いといえる手段だけが想定されるわけではない。例えば、相手の攻撃を避けるためにナイフで威嚇する最判平成元年のような場合だけでなく、ナイフを振り回して(石を投げて)相手と距離を取ろうとすること、攻撃してくる相手を組み伏せて静止すること、なども防御的行動の範疇に含まれる³⁸のだとすると、一概に危険性の程度が低いとはいえないだろう。そうだとすると、防御的行動であること自体に意味があるわけではなく、防衛行為の危険性をどのように評価するかが相当性判断にとって重要であると考えられる³⁹。

正当防衛権の行使の萎縮などの考慮からすれば、防衛手段として使用した道具が一般的に相手方に重大な侵害を生じさせるようなものである場合（バット、ナイフ、拳銃など）には、防衛行為者が左右できないような結果とは考えられないのではないか。とりわけ攻撃が素手による場合については、重大な侵害を生じさせるような武器の使用を控えるということもありうると思われる。

③小括

判例・裁判例において、防衛行為の相当性要件がどのような基準で判断されているかについては、結果それ自体から判断されるわけではなく、攻撃行為と防衛行為の危険性

が比較されていること、その際には行為の時点から当該行為の危険性を判断していること、防衛的防衛であること、すなわち防衛行為の態様、も一つの重要な要素とされている、ことなどが見受けられる。さらに、判例・裁判例においては、この相当性要件が正当防衛と過剰防衛を分ける決定的な要件ということもいうことができる。

次に問題となるのは、なぜ相当性要件が正当防衛の成立に要求されるのかということである。というのも、学説においては攻撃手段と防衛行為の危険性の比較という意味での相当性を要求しない見解も有力に主張されているからである。

Ⅲ 相当性が要求される理由

(1) 相当性要件不要説

相当性要件については、これを不要とする見解も主張されている。高山佳奈子⁴⁰は、正当防衛は「正当な権利・利益の保全」であって、悪いのは一方的に不正の侵害者であるのだから、正当な権利者である防衛者に攻撃を甘受しろというのは問題があるとする。さらに、必要最小限の防衛行為であっても、不均衡を理由に正当防衛を制限するということは、当該行為を処罰することになり、刑罰によって不正を助長する結果になるとも述べている。そのうえで、相当性要件により正当防衛の成立を制限することについて、正当防衛が正対不正の関係であることを忘れた謬見と厳しく批判を向ける。

同じく相当性要件を不要とする橋爪隆も、36条1項には、37条1項（緊急避難）の規定とは異なり、利益衡量を念頭に置いた文言が存在しないという形式的な理由とともに、高山と同様、防衛行為者の利益を守るためにより侵害性の低い手段が存在しない場合にも正当防衛の成立が否定されることになり、妥当でないとの理由を述べる⁴¹。ただし、橋爪は後述するように、正当防衛状況に固有である「現場滞留の利益」が認められない場合に、回避義務を課しているため、必要最小限度の手段であっても正当防衛の成立を制限する契機をほかの要件に見出している⁴²。

山口厚は、基本的に上述の見解と同様、防衛のための必要最小限度の侵害であれば、いかなる法益侵害であっても許容されるとしている。もっとも、前述したように、防衛手段から生じた法益侵害が予想される侵害と比較して著しい害の均衡を生じさせるような（リンゴ1個を泥棒から防衛するために、泥棒を射殺することが唯一の手段であったような）場合には、「事後的な民事上の救済にゆだねられるべきだとする見地から、防衛行為ではないとして正当防衛を否定すべき」だとしており⁴³、一定の制限を設けている。

近時、人格的存在の基本的現実条件の保障という思想を前提に、正当防衛を基礎づける立場⁴⁴から、著しい害の不均衡の場合でも正当防衛の制限を否定する見解が主張されている。この見解は、刑法の任務を、市民が自らの洞察に従って自らの生活を送ることを可能にすることとし、この実現のためには、全ての市民が自らの権利領域の不可侵性が他人によって尊重されることを信頼することが必要だとする。このことを裏からいえば、

全ての市民は相互に権利領域の不可侵性を尊重する義務を負うことになり、その代わりにほかの市民に対して自身の権利領域の尊重を要求することができる。この要求に従わない行為（義務違反行為）が不正の侵害であって、被攻撃者は防衛することで自身の法的地位を保全・回復することができる（この保全・回復を認めないことは法的地位を保障したことに反することになる）。これが正当防衛であるとする。そして、正当防衛の制限が肯定されるとしては、前述の義務違反とみなされないような場合であり、責任なき攻撃の場合が挙げられている。攻撃者が責任なく被攻撃者の権利領域を侵害しても、それは義務を無視したものと共同体は考えず、逆に防衛者は、公益の代表者として攻撃者への配慮義務を負うことになるとする。その結果、防衛者の正当防衛が制限されるのである⁴⁵。

これに対して、著しい害の不均衡の場合には、責任なき攻撃の場合とは異なり、答責的に他者の権利領域に介入しているのであるから、防衛者は配慮義務を負うことはないとする。この場合には、共同体にとっては義務を無視した事態であることに変わりなく、制限の根拠が欠けるからである⁴⁶。

（２）相当性要件肯定説

①法確証の利益を援用する見解

これに対して、相当性を要求する見解も多数主張されている。この見解のうち古くから主張されている有力なものは、正当防衛の正当化根拠を優越利益原理であると理解し、防衛行為者の利益が優越するのは、「正が不正に譲歩する必要はない」という考慮を妥当させる、いわゆる法確証の利益が防衛行為者の利益（自己保全の利益）に合わさるからだとする。著しい害の不均衡の場合には、この法確証の利益が後退するために、その正当化の範囲が制限されるとする⁴⁷。法確証の利益といえども、不均衡な害を生じさせる場合にまで守るべきものとはいえない⁴⁸というのがその理由である。法確証の利益が何を意味するかはそれ自体一つの重要な問題である⁴⁹が、少なくとも保全しようとした利益とかけ離れた侵害行為には法確証の利益が認められないということについては見解の一致があると言ってよいであろう⁵⁰。

②攻撃者の利益の要保護性の減少ないし欠如を援用する見解

この見解は、攻撃者の利益の要保護性を防衛に必要な限りに制限するものである。その理由は、防衛行為による利益保全を認めることで、当該利益が正当な利益であることが（当該利益の不可侵性）が公にされ、それにより当該利益を侵害したまたはしようとする者に対して侵害抑止の効果が期待でき、これが法秩序の安定に資するからであるとする⁵¹。この見解においても、リンゴ1個のために泥棒を射殺する事例については、正当防衛に成立が否定されており⁵²、特に理由づけはないが、当然の前提とされている。

(3) 相当性要件の根拠

以上相当性要件を肯定する見解を見てきたが、そこでは「著しい」害の均衡の場合に、防衛行為の相当性を否定し、過剰防衛の成立が肯定されるにすぎないとされていた。「著しい」害の均衡がある場合として挙げられるのが前述したリング事例⁵³である。一部の見解⁵⁴を除いては、この場合に少なくとも正当防衛の成立を否定すべきとする理解は共有されていると考えられる。もっとも、正当防衛には緊急避難と異なり均衡性は不要と解されていることからすれば、必要最小限度性を満たす手段に正当防衛の成立を否定するためには、例外的な要件を設定する必要がある。正当防衛といえどもやりすぎではないという考慮からの制限である点は共通しているのであれば、これを相当性要件のように著しい害の均衡に担わせるか、侵害回避義務論、あるいはほかの要件に担わせるかにどれだけの違いがあるかは一つ問題となる。ドイツにおいても、著しい害の均衡の場合に、正当防衛の正当化を制限する見解の特徴としては、相手の生命という個人的な利益に鑑みというよりも、個人を超えた何らかの利益や原理を想定するものが多い⁵⁵。法確証の利益の低下を持ち出す見解はその最たるものであるといえる。

これに加えて、連帯性の原理から制限を導くものがある。すなわち、防衛行為者の自身の利益を守るという観点からは、たとえ致命的な結果を生じさせる場合でも、その制限は導けないのであるが、社会に生きる市民としては、軽微な利益侵害を甘受することで、攻撃者といえども生きるための基盤を形成する利益である生命の侵害を防止できるのであればそれを甘受すべきであるとする（最低限の連帯性⁵⁶）。この見解は、ドイツ刑法34条の正当化的緊急避難の正当化、323条Cの不救助罪規定の正当化と正当防衛の制限を同じく連帯性の原理で基礎づけるものである。この見解に対しては、攻撃者は攻撃を控えることで自身の利益を守れるのであるから、連帯性を要求する根拠に欠けるのではないかという批判⁵⁷が向けられている⁵⁸。

この点についてGrecoは、正当防衛の制限は攻撃によって脅かされた利益の剥奪を意味するとし、これが正当化されるのは、公共の福祉のための特別な犠牲として要求できる限度であるとする⁵⁹。その制限の限界は、生まれたときから人間が本来有していた権利（人格という概念に直接備わるものとして挙げられる生命・身体・自由）であり、その危殆化に至る場合には制限が否定されるとする⁶⁰。

いずれの見解においても、問題としているのは防衛行為者の権利保全をどこまで制約できるか、そしてそれはどのような観点からかということであるといえる。そして、そこで想定されている事例の中心となっているのは、前述したリング事例であり、財産的利益⁶¹をまもるために致命的（あるいは重大な結果を惹き起こす）な防衛行為の事例である⁶²。そうだとすると、致命的な防衛行為⁶³が制限される理由を明らかにするということの問題の本質に触れることになる⁶⁴と考えられる。

IV 致命的防衛行為の制限

(1) 侵害回避義務論

致命的な結果を生じさせる防衛行為について、正当防衛成立に一定の制限を設ける考え方については、従来から議論されていた。佐伯仁志や橋爪隆らによって主張されている侵害回避義務論がその中心であるといえる。この侵害回避義務論については、すでに多くの論者によって分析・批判がなされているので、ここで繰り返し詳細に扱うことはせず、必要な限りで言及するにとどめる。

佐伯仁志は、生命に高い危険を生じさせる防衛行為については一定の制限が課されるとしている⁶⁵。佐伯は、生命に高い危険を生じさせる防衛行為の場合には、退避義務を否定する論拠が妥当しないことを述べ、侵害の発生を確実に予期しており、防衛行為によって相手の生命侵害が生じる可能性が高いという認識がある場合には、侵害自体の回避義務が課されるとする。侵害の予期がなく、防衛状況が発生した場合についても、安全確実に退避できるときには、侵害からの退避が義務づけられるとする。さらに、許容される防衛行為についても、生命等の重大な法益を守るためにのみ認められるとする⁶⁶。

橋爪隆は、致命的な防衛行為に限らず、特段の負担なく(正当な利益の犠牲なく)侵害を容易に回避できる場合には、その回避が義務づけられるとする。この見解の背後には、侵害を事前に回避して侵害が現実化しなければ攻撃者・防衛行為者双方の利益が侵害されずに守られることになり、その方が社会的に有益であるとの考え方がある。さらに、侵害が現実化した以降についても橋爪が正当防衛の固有性を基礎づけるために用いる「現場滞留の利益」が認められない場合には、当該利益の加算が否定されるため、侵害に対抗する行為の正当化の範囲は緊急避難の限度で認められるに過ぎなくなるとする⁶⁷。

この侵害回避義務論については、いろいろな批判が向けられているが、不正の侵害者の利益を慮って、防衛行為者に回避や退避等の一定の負担を課すことに対して否定的に評価する立場からのものが多い⁶⁸。問題の所在は、なぜ攻撃者の生命を侵害するような防衛行為について一定の限度で控える義務が課されるのかという点につきるように思われる。この点に関して、「現場滞留の利益」や「行きたいところに行く自由」などを具体的利益ではなく、制度的な利益だと構成したとしても⁶⁹問題の解決にはならない。ではそのような制度的利益が攻撃者の生命に後退すべきなのはなぜなのか、そもそもその制度的利益はどれくらいの重みをもった利益なのかを明らかにする必要があるからである。もっとも、致命的な防衛行為については一定の制限を設けるべきということはある程度一般的な理解があるように思われる。例えば、リング泥棒事例において、一歩間違えれば生命に対する高い危険を有する銃ではなく、しかも足を侵害したような事案であれば、正当防衛の成立にそれほど違和感はないと考えられる。

(2) 判例・裁判例

判例・裁判例においても、とりわけ武器を用いて致命的な結果を生じさせるような防衛行為を行った場合に、相当性を否定するものが多くみられる。これについては、武器対等の原則からすれば当然の帰結になると考えられるが、別の見方をすれば生命侵害を生じさせる場合には相当性要件を厳格に解しているとも考えることもできるのではないだろうか。

前述したように、防衛行為によって相手方が死亡した場合においても相当性を否定しない裁判例もみられる⁷⁰が、相当性を否定しているものも見られる。例えば、大判大正12年7月14日（刑集2巻655頁）、大判昭和7年12月8日（刑集11巻1804頁）、大判昭和19年10月20日（刑集23巻230頁）が、攻撃者を殺害した事案において防衛の程度を超えたものとして正当防衛の成立を否定している。また、最決平成6年6月30日（刑集48巻4号21頁）^{71 72}は、「右のような状況の下における申立人の行為は、強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、申立人の生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり、申立人一人に対し相手方の数が7名と多く、本件現場が昼間とはいえ人通りが少ない場所であることなどの事情を考慮しても、申立人の本件行為は身体に対する現在の危険を排除する手段としては、過剰なものであって、前記の相当性を欠くものであるといわざるを得ない」として相当性を否定している。さらに、近時では、横浜地判令和4年7月19日（LEX/DB25593292）⁷³は、「被告人は、自身の負ったけがについて、頭部、顔面、首から出血し、首がむち打ち状態で、全身が痛んだと供述するが、自身がプリウスを運転して現場から逃走していることや、治療のために病院に行っていないことに照らせば、けがの程度は重くはなかったと言わざるを得ず、被害者らから生命に対する危険を生じさせるほどの暴行を加えられていたとまでは認められない。また、本件は、被害者らが被告人らの車を追従し停車させてから、被告人らが逃走するまでのわずか2分弱の出来事の間起こったものであることを考えると、被告人は、暴行を受け始めて間もない時点で、包丁を勢いよく動かして被害者を刺すに至ったと認められる。被告人の行為は防衛行為としての相当性を欠くことが明らかであり、過剰防衛が成立する」とし、防衛行為の相当性が否定されている。いずれの事案においても、被告人の攻撃に生命に対する危険がなかったということが指摘されている点特徴的である。

これに対して、相手方を死亡させた事案で正当防衛の成立が肯定されているのは、結果的に相手方が死亡してしまったというものであり⁷⁴、相手方を死亡させようとしたものではない事例が多い。この点に関して、防衛行為者が故意をもって死亡結果を生じさせたのではないことを考慮要素とするかが問題となりうる⁷⁵。しかしながら、相手方の死の認識があることが当該防衛行為の危険性に直接つながるものでないとすれば、故意それ

自体が重要な要素とはなりえないと考えられる。これに対して、素手による防衛行為である事例が多いということに鑑み、行為それ自体⁷⁶の危険性がそれほど高くないとされるものと考えることができるかもしれない。しかしながら、防衛行為の危険性を考えるうえでは、どのような状況（踏み台の近く・ホーム上など）で当該手段が講じられたかも重要であるとするならば、手段それ自体の危険性だけを考慮することでは不十分であると考えられる⁷⁷。もっとも、拳銃やナイフなどはそれを用いることで典型的に重大な結果を生じさせることが多いと考えられるため、その使用自体が生命に重大な危険を生じさせると考えることができるかもしれない。したがって、拳銃やナイフなどの武器を使用して防衛行為をした場合に、攻撃の危険性についての慎重な考慮がなされているように見える（生命に対する危険があるかを考慮）ことも、この観点から理解できるかもしれない。

もっとも、素手による防衛行為であっても、場所や状況によっては生命に対する高い危険性が肯定できる場合も当然想定される。例えば、千葉地判昭和62年のようにホーム上で突き飛ばす行為の生命に対する危険性は否定しえないと考えられる。そうだとすると、この事例で相当性を肯定するためには、防衛行為者に生命侵害を許容できるような危険性が相手方の不正の侵害によって生じたと考えるほかないように思われる。その意味で千葉地判昭和62年は相当性を許容できるか否かが争われるような限界事例であると考えられるだろう⁷⁸。

（3）近時の見解

防衛行為が致命的な結果を生じさせる場合に、その行使を制限することをどのように基礎づけるかについて、わが国でも近時議論が展開されている。

松原芳博は、人はみな過ちを犯しうるという経験則からすると、われわれが社会契約を結ぶ際に、自ら不正な侵害を受けた場合に容易に退避可能でも致命的な方法で対抗してよいとする権利を得る代わりに、自ら不正な侵害をした場合に容易に退避可能な相手から致命的な方法で対抗されることを受任することを約束するよりも、容易に退避可能な状況下での致命的な方法での対抗を相互に放棄した方が、各人の生存戦略としては合理的⁷⁹であるとの前提に立つ。そして、自己保存を第一の関心事とする社会契約には、容易に退避可能な場合の致命的な対抗行為や代替可能で軽微な法益を防衛するための致命的な対抗行為の否認という正当防衛の制限が織り込まれているとみるべきであるとする。それに加えて、致命的な対抗行為に出なければ自己の法益を防衛できなくなることが事前に分かっている場合には、致命的対抗行為の制限の前倒しとして、一定の範囲における侵害回避要請が社会契約に織り込まれているとする。これらの制限は、正当防衛の権利性を否定するものではなく、正当防衛権に付随する内在的制約に位置づけられる⁸⁰との理解を示す⁸¹。

この見解に対しては、社会契約の観点からそのような考慮を導くことができるのかがまず問題となりうる⁸²。ほとんどの市民が自身を守るための訓練もしておらず、格闘技術にも長けていないというのが通常であろうから⁸³、無知のヴェールを被せたとしても「やりすぎて死亡させるよりはやりすぎないようにしてみんなが生きられるようにしよう」という戦略と、「きちんと自身の権利を守れないと困るから防衛行為は多少やりすぎても不問にふそう」という戦略のうち前者が必然的に選択されるとする根拠はあるのだろうか。

さらに、この論者は緊急避難の正当化の制限を導く際にも同様の基礎づけを援用している⁸⁴が、緊急避難のように各人が危難を転嫁する側、転嫁される側という立場の入れ替わりが想定されるのと異なり、正当防衛において攻撃者と防衛者の立場の互換性を前提にすることはできないのではないだろうか⁸⁵。そもそも、各人の生存戦略にとって合理的というのは、功利的観点からその方が社会にとって有益だと考えることとどこまでの相違があるのか疑問である。

坂下陽輔は、正当防衛の制限で問題となるのは、私人による自力救済を広範に認めることの弊害であり、「不正の侵害の存否あるいは防衛行為の必要最小限度性に関する錯誤による不必要な法益侵害の発生、あるいは暴力的風潮の蔓延に基づく社会平和秩序の危殆化」である。この自力救済による弊害との調整で正当防衛の許容される範囲が決められるとし、急迫性と防衛行為の相当性の要件がその調整要件を担うとする。現に侵害を受けている状況では、すでに社会平和秩序が部分的に破壊されていることからすれば、対抗行為を許容しても、先の社会平和秩序の危殆化にはつながらないとし、逆に対抗行為を否定することで、「暴力による強者の支配を認めることになり、むしろ法への信頼を揺るがし、社会平和秩序の危殆化が引き起こされる」⁸⁶とする。このことを示すのが「急迫性」の要件である。「急迫性」の要件を満たした侵害であっても、侵害行為と対抗行為の間に著しい不均衡がある場合には、暴力的風潮の蔓延につながり、社会平和秩序の危殆化につながる。このことを示すのが防衛行為の相当性の要件である⁸⁷さらに、対抗行為が致命的な効果を及ぼす場合には、暴力的風潮の蔓延の防止・社会平和秩序の維持の観点から、自力救済の弊害が大きいと、それに対して一時的な退避という被侵害者の負担はそれほど大きくなく、暴力的人間による支配の許容という印象はそれほど強くない。したがって、対抗行為が致命的な効果を及ぼす場合は、退避可能性を考慮して正当防衛を制限できるとする。そこから退避義務が課される状況が事前に予期できる場合には、そのような状況に出向くあるいは待ち受けるべきではないとする侵害回避義務が課されるとする⁸⁸。

この見解に対しては、自力救済の禁止は緊急避難でも問題になること（いわゆる緊急行為性）だとすると、その制限は緊急避難と共通する観点から基礎づけられることであって、正当防衛固有の問題とはならないのではないかという疑問がある。さらに、自力救

済の禁止からの基礎づけは実質的には抽象的な利益を秤に載せるという、利益衡量の要素を考慮していることになるのではないかという点も問題となりうる⁸⁹。自力救済の禁止から生じる利益を侵害するから制限されると理解するならば（回避・退避行為から生じる負担の大きさを考慮に含めているところからもそのことが伺える）、制度的利益を考慮に入れる見解との相違はあるのだろうか⁹⁰。

小林憲太郎は、致命的な結果を生じさせる防衛行為が制限される理由を以下のように述べる。この場合には、「生命侵害（・危殆化）のタブー視という意味における安全が、公共財として衡量に算入される」ゆえに、致死的防衛行為は「安全という利益に対する攻撃的緊急避難としての側面も認められる」から「純粋な正当防衛でなく、誤解を恐れずにいえば…自救行為に近い構造をもつ正当化事由が観念される」⁹¹とする。ここから、退避義務や保全利益が防衛行為者の人格を構成する利益でなければならないということを行っている。すなわち、「社会の安全と同様、（たとえ不正の侵害者のものであっても）生命はできる限り維持されることが望ましいという基底的な価値観がひとつの公共的な利益を形成して」いるのであって、この利益に対する侵害を構成するゆえに、「そのような利益を侵害せずに済ますために退避義務が生ずるとともに、そのような利益の侵害を埋め合わせるためにこそ保全利益の重大性が要求される」⁹²とする。

この見解は、生命侵害はなるべく避けられるべきものであるという考慮を安全という一つの重要な利益（公共財）にとらえ、その利益侵害を構成するゆえに正当防衛には通常要求されていない退避義務や保全利益の重大性が正当化に必要だとされている点を説明している。生命侵害のタブー視を安全という公共財として構成することの是非については、それ自体大きな問題であり筆者の能力を超えるため判断できないが、生命侵害について特別な考慮が必要とされることについては、多くの者は共通して持っている価値観であるように思われる。そして、退避義務や保全利益との均衡を要求する根拠を示すことができる点で他の見解よりも優れていると考えられる。

V 制限の射程

先に見た坂下は、「個々人の自律的生を可能にするためには、十分な予測可能性が不可欠であり、その予測可能性を確保するため、法は個々人に法領域を配分してその中で自由に行動することを許容し、さらに他者からの干渉や他者救助の要請から解放される」との考え方から、「全ての者にかかる法領域を配分するために、その反面として自己答責性の側面が現れ、全ての者は、他者への干渉を行ってはならず、自己の領域への損害は他者に転嫁せずに自己で負担しなければならない」との理解が前提になるとし、「他者の法領域で創出された自己の法領域への危険としての『不正の侵害』は当該他者（＝不正の侵害者）の負担で除去されるべきものと評価され、正当防衛は、侵害者の侵害除去義務を対抗行為者が代わりに行使している」ということになるとする。正当防衛は侵害除

去義務の履行であり、他者の法領域への干渉にはあたらないため、当然適法であり、当該侵害は侵害者の負担で解消されるべきものであるため、回避や退避、比例性といった問題は生じないとしている⁹³。このような見解においては、致命的防衛行為の制限という要素は正当化の根拠からは出てこないと考えられる。侵害除去の履行のために生命侵害が必要であれば、それを制限する理屈は先の正当化根拠からは出てこないからである。坂下は、前述したように、「不正の侵害の存否あるいは防衛行為の必要最小限度性に関する錯誤による不必要な法益侵害の発生、あるいは暴力的風潮の蔓延に基づく社会平和秩序の危殆化」を制限の規範的根拠としているが、このような根拠は正当防衛それ自体の論理からは出てこない外在的制約と考えられる。

小林は、正当防衛の正当化根拠を以下のように述べる。すなわち、「不正の侵害とは法がこの世にない方がよいと判断したものである。…そうすると不正の侵害の解消方法として、侵害をやめさせる…ことと、被侵害者に逃げ惑わせることが考えられる場合には、前者を採用することが正義にかなう。問題のコンフリクトに関しては侵害こそが一方的に悪いからである。そしてそうだとすれば退避せず侵害をやめさせるのに必要な範囲では、それを構成する利益は法によって保護される実質的価値を失うと解すべき」とし、これを保護価値制約原理と名付ける⁹⁴。この見解が主張する保護価値制約原理からしても、生命侵害を制限する根拠は導出できないと考えられる。その意味で坂下の見解と同様にこの制約は外在的制約ということになると考えられる。

そして、このような考慮は、一見すると攻撃的緊急避難のように無関係な第三者に危険を転嫁する行為についてよりよく妥当するもののように見えるが、論者はその点は異なって考えている。すなわち、緊急避難の正当化原理である優越的利益原理を「社会全体の利益状態を改善する行為を許容し、それによって生じかねない特別な犠牲は事後的な損害賠償によって救済しようという発想」と理解することを前提に、この前提からすれば、経済的な保障によって利害調整ができるものにその正当化が限定されることになる。そもそも、「個人の自律の物質的な基盤を構成するような重大な利益」は社会全体にとって有益であるからといって犠牲にすることを国家が要請できるものではなく、当該侵害を国家が是認するのは憲法違反に該当すると解している⁹⁵。

それぞれの制約の関係について一つ問題となりうるが、攻撃的緊急避難の場合には、無関係な第三者の生命侵害自体が許容されないものとして制約されるゆえに、生命侵害のタブー視という公共的利益の侵害を持ち出す必要はない（当該公共的利益の侵害も当然のことながら前提になっている）が、正当防衛の場合には、攻撃者の生命侵害自体の制限は出てこないため、先の公共的利益の侵害が前面に出てくるということになる。

これに対して、筆者は攻撃的緊急避難で生命侵害が許容されない根拠について、無関係な第三者に大きな犠牲を強いることは社会においてマイナスであることから、生命侵害（および重大な利益侵害）については義務論的観点に基づいたある意味社会的な利益

の侵害に当たり、正当化が否定されるとした。もっとも、100人の命を守るためには1人の生命を侵害するほかならないような状況において生命侵害を許容しないとすれば、生命侵害を許容した趣旨に反するため、この場合は行為功利主義的な観点から正当化が肯定されると解した⁹⁶。筆者の見解に対しては、本質的な批判が向けられている⁹⁷ところであるが、この生命侵害の禁止の考慮は致命的防衛行為の制限についても妥当するものと考えられる。不正の侵害者であってもその生命が可能な限り維持されるべきという考慮は同じように妥当すると解されるからである。もっとも、この制約は正当防衛においても、緊急避難においても当該正当化事由から内在的に導き出される制約ではないと考えられる。生命を侵害されるような状況はなるべく生じさせない方が社会的に有益であるという意味での利益として構成されるにすぎないものであるため、それ自体は外在的制約として考えることができるだろう。

なお、筆者の見解から正当防衛の制限が具体的にどのようなものかということが問題になりうるが、この場合も生命侵害の禁止という利益が制約の根拠となるため、当該利益の侵害の必要性（侵害しなければ自身の利益が保全されない）が要求され、退避義務が導かれる。さらに、生命侵害の禁止を許容できるだけの反対利益の保全が必要とされることになるかと解される。これに対して、回避義務については生命侵害の禁止とは制限の根拠が異なると考えられるため、致命的防衛行為の制限からは導けないものと解される⁹⁸。

VI おわりに

本稿では、防衛行為の相当性について、判例・裁判例でどのような要件として考えられているか、相当性要件はなぜ要求されるのかについて検討を加えた。その結果、攻撃行為と防衛行為の（緩やかな）均衡それ自体が正当防衛成立に要求されるべきというよりも、防衛行為で対抗してよいのはどこまでの範囲かということが問題であるという理解に至った。裏を返せば、防衛行為者がその攻撃から回避・退避したり、ひいては攻撃を甘受したりしなければならないのはどのような場合であり、それはなぜなのかということが問題となりうるのである。この点に関して、本稿は生命侵害の禁止の考慮が正当防衛でも妥当するという根拠を主張するものである。もっとも、このような考慮は正当防衛、緊急避難に限らず他の正当化事由にも妥当しうるものであると考えられる。これは正当化事由そのものが構成要件に該当する結果を生じさせる行為の正当化にかかるものであることが関係している。すなわち、法益侵害を正当化することが問題となっているため、当該法益侵害が生命侵害である場合には、同じような考慮を必要しうると考えられるからである。この点の検討は今後の課題としたい。

【補注】

- 1 戦前において、大判大正15年5月28日（大審院判例拾遺1巻刑法53頁）、大判昭和2年12月20日（評論17巻刑法18頁）、大判昭和3年6月1日（新聞2891号14頁）が正当防衛の成立に一定の限界があることを判示していた。
- 2 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）353頁。
- 3 川口宰護「判解」最判解平成元年度（1991年）344頁。
- 4 川口・前掲注3）344 - 5頁脚注18では、最高裁昭和44年判例の事案について、「被告人としては、Tからねじあげられている左手を手前に引くとか、横に振るとかして、Tの攻撃を排除することもできたのではないかと思われる。そうだとすると、右判決においても厳格な意味での必要最小限度性は要求されていなかったと考えられよう」と述べられている。
- 5 以上の整理について、松原芳博『刑法総論（第3版）』（日本評論社、2022年）171頁以下参照。
- 6 松宮孝明『刑法総論講義（第5版補訂版）』（成文堂、2018年）144-5頁。
- 7 橋爪隆「正当防衛（2）」警察学論集69巻5号(2016年)134頁。
- 8 「適合性」要件が否定される事例として想定されるのは、乳幼児に栄養を与えない母親を殺害する行為や誘拐犯人が誘拐場所を自白しないため殺害したなどが考えられる。
- 9 平野龍一『刑法総論（二）』（有斐閣、1975年）285頁以下は、正当防衛はとっさに行われるものであることから、後から客観的に見ればその手段よりも侵害性の少ない手段がある場合が多く、必要最小限度性を厳格に解すると正当防衛の成立の余地がほとんどなくなってしまうため、必要最小限度性を緩やかに解し、最善の手段でなくとも「相当といえる範囲」である場合には正当防衛の成立を認めている。
- 10 川端博『正当防衛の再生』（成文堂、1985年）155頁。西田典之ほか編『注釈刑法第1巻（総論）』（有斐閣、2010年）450頁（橋爪隆）は、正当防衛と過剰防衛との境界について、「相当性」要件が決定的機能を果たすと述べている。
- 11 平野・前掲注9）244頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）346頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）（曾根はこの要件を「相対的均衡性＝ソフトな均衡性」とする）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019年）173頁、松原・前掲注5）176頁など。
- 12 山口厚『問題探求刑法総論』（有斐閣、1998年）73-4頁。山口は、この場合に過剰防衛を成立させることは、侵害排除に必要な法益侵害であっても、過剰防衛になりうることを承認することになり、実際上広い範囲で過剰防衛の成立を認めることになりかねず、結局正当防衛の成立を制限しすぎることになるとしている。
- 13 実際に裁判例において過剰防衛の成立を認めながら、減軽を否定しているものも見

られ、逆に過剰防衛の成立を否定しながらも、攻撃を受けた点を量刑において考慮しているものも見られる。この点をどう考えるかは一つの大きな問題となるが、本稿の射程を超える問題であるため、詳細な検討はできない。現時点では、過剰防衛が成立する行為の中でも、正当防衛とかなり近いもの（刑の免除ではなく、不可罰という処理がふさわしいもの）とそうでないもの（かろうじて過剰防衛の成立の余地があるが、違法もしくは責任の減少の程度が著しく低く、ほとんど考慮する必要のないもの）が広く含まれていると考えている。

- 14 以下の議論において、前提となる事例を明確にするために、防衛行為者と被攻撃者が一致している状況を念頭に置くが、第三者のための正当防衛（緊急救助）の場合であっても結論に相違はない。
- 15 判例・裁判例の分析については、すでに詳細な検討がされていることから、本稿では必要な限度で言及するにとどめる。判例・裁判例についての包括的な分析として、大越義久『刑法解釈の展開』（信山社、1992年）47頁以下、香城敏磨「正当防衛における相当性」判タ777号（1992年）65頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻（第3版）』（青林書院、2016年）619頁以下（堀籠幸男＝中山隆夫）、植村立郎ほか編『刑事実認定重要判決50選（上）（第3版）』（立花書房、2020年）90頁以下（松井芳明）、など参照。
- 16 被害者が立入禁止等と記載した看板を被告人方建物に取り付けようとしたことに対して、自身が主張する建物に対する共有持分権、賃借権等や業務、名誉を守るために被告人が被害者の胸部等を両手で突いた暴行を加えた事案である。
- 17 増田啓佑「判解」最判解平成23年度（2013年）302-304頁。ただし、この判示においても、増田は財産的権利と身体の安全との法益としての重要性の相違自体は否定されていない趣旨だと述べている。
- 18 大阪地裁は、「本件カメラを破壊したり、取り外したりするのではなく、撮影、録画機能が作動した状態のまま、レンズの向きを変えることもなく、本件カメラにゴム手袋や白色ビニール袋を被せるという非暴力的、非破壊的な行為であったから、上記急迫不正の侵害に対する防衛行為としての相当性に欠けるところもない」として、防衛行為の相当性も肯定し、正当防衛の成立を肯定している。
- 19 すでに福岡高判昭和60年7月8日刑月17卷7＝8号635頁が、「刑法36条にいう権利の侵害とは、広く法律上保護に値する利益に対する侵害を含むものと解される」と判示していた。また、東京高判昭和39年7月20日判タ169号212頁（町長選挙に立候補した者の応援演説者が、その演説中で他派立候補者の名誉を毀損する言辞を弄したときに、その場に居合わせた同立候補者が右演説者を暴行した事案）において、名誉侵害に対する正当防衛が肯定されている。

- 20 自己の勤務する運送店の事務所の入口付近で、貨物自動車の買戻しの交渉のため訪ねて来た被害者と押し問答を続けているうち、同人が突然被告人の左手の中指および薬指をつかんで逆にねじあげたので、痛さのあまりこれをふりほどこうとして右手で同人の胸の辺を一回強く突き飛ばし、同人を仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に駐車していた同人の自動車の車体（後部バンパー）に打ちつけさせ、よって同人に対し治療45日間を要する頭部打撲症の傷害を負わせた事案である。
- 21 昭和44年判決のような考え方は、すでに高松高判昭和33年9月29日（裁特5巻10号423頁）、大分地判昭和34年5月11日（下刑集1巻5号1221頁）、東京高判昭和36年9月18日（東時12巻9号163頁）などで示されていたものである。
- 22 ガードレールを背にした状態で靴を持った右手を振り上げて殴りかかってきた被害者に対し、胸部付近を右手拳で力一杯突き飛ばす暴行を加え、同人を約40メートル下方の多摩川の河川敷に転落させて頭蓋内損傷、くも膜下出血、硬膜下出血、左肋骨々折、腸間膜出血等の傷害を負わせ、その場で右頭蓋内損傷等により死亡するに至らせた事案である。
- 23 「匿名コメント」判時1256号（1996年）121頁。
- 24 実際に匿名コメントにおいて、最判昭和44年の立場と「異なる見解に立脚しているとは言い難いと解する余地もあろうかと思われなくても」と述べられている。「匿名コメント」・前掲注23）121頁。
- 25 大越・前掲注15）54頁。大越の分析は「武器対等の原則」として紹介され、一般的には妥当な結論を導くものと考えられているが、防衛行為者が侵害者よりも体力的に劣り素手で防衛する余裕のない場合や、侵害者が素手で相当執拗な攻撃を加えてきた場合のように、形式的に「武器対等の原則」を当てはめると不当な結論を招いてしまうことがありうるとの批判が向けられている。相互の体力差などがある場合には形式的な武器対等の原則が妥当しないことも大越は自覚しており（実質的武器対等の原則ということを打ち立てることで問題を解消しようとしている）、武器対等の原則自体は絶対的なものではなく、一つの重要な指標であるにとどまるというのが現在の一般的な理解であると考えられる。
- 26 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009年）56頁。
- 27 以下の問題について詳細に検討したものとして、橋田久「防衛行為の相当性（2）」法学論叢137巻5号（1995年）62頁以下参照。
- 28 西田・前掲注11）187頁など。
- 29 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌35巻2号（1996年）208頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019年）272頁など。
- 30 橋田・前掲注27）72頁以下、同「防衛行為の相当性」刑法雑誌37巻3号（1998年）9頁以下など。

- 31 松宮・前掲注6) 145頁。
- 32 橋田・前掲注30) 2頁。千葉地判昭和62年判決においても、「被害者の死亡という事態の生じているが故に前示の如く被告人の所為についてこれがやむを得ないもので、かつ相応な態様のものであつたということを否定しようとするとき、それならば被告人としては、被害者の行為に対し如何なる手立てをとったらよかったのかということにつき、その対処の余地を見出し難い立場に置かれることになる」と述べられている。
- 33 被害者が酩酊状態だったために必要以上によろけてしまった場合や、通常であれば倒れるような力でないのに酩酊状態のためよろけてしまったような場合が考えられる。さらに、被害者が倒れこんだため防衛行為者が持っていたナイフに刺さってしまったような場合も考えられるが、この場合はそもそも「行為」自体が否定されるという解釈も可能であると思われる。
- 34 このような裁判例として、「自転車の運転席に座っていた人物が開いていた窓の外から不意に頭髪をつかまれ、その手を振り解くために自動車を発進させたため、頭髪をつかんだ人物が加速についてゆけずに転倒し負傷した」事例（当該裁判例については公刊物やデータベースでも突き止めることができなかった）を紹介し検討するものとして、松宮孝明「被害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否」立命館法学310号（2006年）409頁以下参照。
- 35 調査官解説においても、防御的行動であったことが本件判示にとって重要な要素であったことが指摘されている。川口・前掲注3) 351頁。
- 36 川口・前掲注3) 352 - 3頁。
- 37 成瀬幸典「防衛行為の相当性」同ほか編『判例トレーニング刑法総論』（信山社、2023年）67頁。
- 38 川口・前掲注3) 352頁は、武器を払い落とすような行為や一時的に相手を組み止めて静止するような類型を防御的防衛に含めている。
- 39 侵害回避のための最小限度必要なものであるという点については、代替的手段の有無と代替手段選択の可能性と容易性に解消できるとされている。成瀬・前掲注37) 67頁。
- 40 高山佳奈子「正当防衛（下）」法学教室268号67頁以下、近時、同様に均衡性という意味での相当性（比例性）要件を要求しない見解を主張するものとして、Renato Kramer da Fonseca Calixto, Proportionalitätserfordernis bei der Notwehr ? ,S.245ff.
- 41 橋爪・前掲注2) 354頁。
- 42 内容に多少の違いは見られるが、同様の見解として佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）149頁以下がある。
- 43 山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）138 - 9頁。

- 44 山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂、2019年）158頁。このような立場はすでに、坂下陽輔「正当防衛の制限に対する批判的考察（3）」法学論叢178巻2号（2015年）80頁以下、同「正当防衛論の再検討」刑法雑誌58巻2号（2019年）147頁以下に見られる。
- 45 山本・前掲注44）162頁。
- 46 山本・前掲注44）163頁。
- 47 内藤・前掲注11）330-1頁、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂、1980年）98頁以下、Theodor Lenckner,GA,1968,S.4f.,Claus Roxin/Luis Greco,Strafrecht Allgemeiner Teil,5.Auflage.,2020,§15 Rn.83.
- 48 内藤・前掲注11）330頁。
- 49 法確証の利益からでは退避義務の不存在や均衡要件の不存在を根拠づけることはできないとの批判が向けられている。この点に関しては、Armin Engländer,Grund und Grenzen der Nothilfe,2008,S.7.
- 50 法確証の利益を優越的利益原理に組み込んだ先駆者であるLencknerも著しい害の不均衡の場合には、当該利益が持つ価値を否定している。Lenckner,a.a.O.(Anm.47),S.4.
- 51 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』（有斐閣、2018年）204頁。
- 52 井田・前掲注51）317頁、さらに平野・前掲注9）240-1頁。
- 53 リンゴ1個を盗もうとしている泥棒からリンゴを守るために泥棒を射殺した場合に、射殺が唯一の手段であったという事案である。坂下は、「屈強な強盗犯人に財産を奪われるようとしている体格的に劣る被害者が、退避することが不可能で、財産を奪われないためにはナイフによる致命的対抗行為をするほかないが、抵抗することなく財産を渡せば被害者が暴行されることはない」という事例を、正当防衛の正当化として優越的利益原理を援用する論者への批判となるものとして挙げている。坂下陽輔「防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（1）」法学82巻3号（2018年）15頁。
- 54 この場合にも、当該手段の必要最小限度性が肯定されるのであれば、正当防衛の成立を肯定するのは高山・前掲注40）69頁。この見解は論理的には一貫しているが、結論の妥当性を求めるとき、必要最小限度性に多くのものを詰め込む危険性をはらんでいるように思われる。
- 55 例えば「権利濫用」などである。Friedrich Schaffstein,MDR.,1952,S.132ff.,Hans Joachim Rudolphi,JuS,1969,S.461ff.
- 56 Günther Jakobs,Strafrecht Allgemeiner Teil,2.Auflage.,1991,12/46.
- 57 Volker Haas,Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Güterabwägung,in Urs Kindhäuser und Michael Pawlik,Notwehr in Deutschland und China,2022,S.221.

- 58 Haas,a.a.O.(Anm.57),S.221., Calixto,a.a.O.(Anm.40) ,S.169.さらにわが国では不救助罪の規定がなく、緊急避難の正当化原理として連帯性の原理を援用する見解が支配的見解でもない状況であることからして、この考え方をそのまま援用することはできないと考えられる。
- 59 Luis Greco,GA,2018,S.678.
- 60 Greco,a.a.O.(Anm.59),S.679f.
- 61 問題を単純化するために多くの場合にその財産には高い価値がないことが前提になっている。
- 62 Engländer,a.a.O.(Anm.49) ,S.357f.,Roxin/Greco,a.a.O.(Anm.47), § 15 Rn.84ff., Christian Rückert,Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht,2017,S.463,
- 63 相当性で問題となるのは厳密には致命的な防衛行為に限られないが、中核となる部分であることは間違いない。諸外国でも生命侵害を生じさせる防衛行為については何らかの制限を考慮するところが多いとの指摘がある。Klaus Bernsmann,ZStW,1992,S.307.
- 64 近時、防衛行為の比例性の問題を詳細に検討した坂下は、ドイツ刑法やアメリカ刑法の議論を詳細に検討した結果として、比例性の問題は害の不均衡そのものが問題なのではなく、「攻撃行為の反価値性が重大でない場合には致命的有形力による対抗行為をしてはならないとの意味で理解されている」と分析している。坂下陽輔「防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（４・完）」法学86巻１・２号（2022年）71頁。
- 65 佐伯仁志「正当防衛と退避義務」龍岡資晃ほか編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀論文刑事裁判論集(上巻)』（判例タイムズ社、2006年）104頁以下。
- 66 佐伯・前掲注65）104-8頁。
- 67 橋爪・前掲注2）305頁以下、同『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）88頁以下。
- 68 この点からの批判として、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号（2009年）30頁以下、安田拓人「正当防衛（３）」法学教室495号（2021年）111頁以下、坂下・前掲注53）17頁以下など。
- 69 橋爪・前掲注2）75頁、佐伯・前掲注65）120頁。
- 70 近時のものとしては、札幌地判平成27年1月16日LEX/DB25505591は、被告人が、内縁の夫から暴力を受け、自分の身を守るために、同人（当時48歳）に対し、左肩前面を包丁（刃体の長さ約25センチメートル）で1回突き刺す暴行を加え、失血により死亡させた事案で相当性を肯定している。
- 71 被害者ら7人に殴る蹴るの暴行を受けた被告人が、所携のナイフを取出し、やられる前に刺してやれと思い、被害者が死亡することがあっても構わないという認識の下に、被害者の上半身にぶつかるようにして前に出て、その左胸部をナイフで突き

刺し、被害者を心臓刺創により失血死させた事案において、防衛行為の相当性を否定している。

- 72 本件は盗犯等防止法1条1項についてのものである。盗犯等防止法1条1項には、刑法36条に規定に規定されている「やむを得ず」という文言がないため、36条と異なり防衛行為の相当性が要求されるかが問題となっている。この点に関して本判決は、等防止法1条1項の「正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。(改行)そして、ここにいう相当性とは、同条項が刑法36条1項と異なり、防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危険の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法1条1項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』であることを要件としていないことにかんがみると、刑法36条1項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である」と判示しており、36条の正当防衛における相当性よりも緩やかなものが要求されると解している。そして、緩やかな均衡性すら満たないということになると当然それよりも厳格な36条の相当性は満たさないことになると考えられる。
- 73 路上において、被告人らが大麻を持ち逃げしたことに激高した被害者らが、金属製の長い棒、カッターナイフ等を手にして被告人らに迫り、被告人に対し、頭部を前記金属製の長い棒で殴り、顔面を殴打し、首の前部を掴んで停車中の自動車に押し付けた後、被告人が着用していたダウンジャケットのフードを頭部に深く被せて前が見えない状態にして殴る蹴るなどした際、被告人は殺意をもって被害者の左側胸部等を刺身包丁(刃体の長さ約24.3センチメートル)で突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を胸部刺創による心臓損傷に基づく失血により死亡させた事案である。
- 74 そのほか、大分地判昭和34年5月11日(下刑集1巻5号1221頁)(被害者より素手で顔面を数回殴打されたことに憤激し、同人の顔面等を手拳で殴打し同家上り框に同人の頭部を打ちつける等の暴行を加え同人を死亡させた事案)、東京地判昭和42年7月27日(下刑集9巻7号919頁)(航行中の右タンカー船内で、被害者から殴打されて傷害を負わされたうえ、同船尾甲板上に呼び出されて足蹴りされたことに憤激し、同人を殴打しようとしてその顔面付近を目がけて右手拳を振りおろし、これを避けようとした同人をして同船尾上から海中に墜落させ、同人を溺死するに至らせた事案)、東京高判昭和46年12月24日(東時22巻12号351頁)(コートを掴んでいる被害者の手を離させるために右手で同人の左肩あたりを押したことによって、同人が転倒し後頭部を打ち死亡した事案)、浦和地判昭和61年6月10日(刑月18巻5=6号764頁)(被害者から手拳で殴りかかられ両肩を強く掴まれた被告人がその顔面を手拳で3回

- 殴打して死亡させた事案) などがある。
- 75 坂下陽輔「正当防衛論の再検討」刑法雑誌58巻2号(2019年)160頁は、質疑のやり取りの中で千葉地判昭和62年の事案について、被告人が故意あるいは重過失で被害者を死亡させたものではない点を判決の妥当性を基礎づける要素として述べている。
- 76 行為の危険性についての事前判断説の考え方からすればこのように解することができるであろう。
- 77 この点に関しては、「行為者も一般人も事前には認識しえない特別な事情が存在し、…行為のもつ結果リスクに大きく影響するという場合には、それをも勘案して防衛行為の相当性を判断すべき」とするものがある。小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)259頁。
- 78 なお、東京高判昭和63年6月9日判時1283号54頁(客に異常な猥褻行為の相手を強いられたホテル嬢が逃げ出すため客をナイフで刺殺した事案)において、「被告人は、自らの意思により、『ホテル嬢』として四時間にわたり売春をすることを約して、被害者から高額報酬を得ており、…これにより被告人が性的自由及び身体自由を放棄していたとまではいえないが、少なくとも、被害者に対し、通常の性交及びこれに付随する性的行為は許容していたものといわざるをえないから、被告人の性的自由及び身体自由に対する侵害の程度については、これを一般の婦女子に対する場合と同列に論ずることはできず、相当に減殺して考慮せざるをえない」として攻撃の危険性を割り引いて考慮しており、「法秩序全体の見地からみると、確かに被害者の側に被告人の権利に対する侵害行為のあったことは否定し難いところであるが、本件の状況下でこれに対し前記のような凄惨な死をもって酬いることが相当であるとは認め難く、被告人の本件行為は、前後を通じ全体として社会通念上防衛行為としてやむことをえないといえる範囲を逸脱し、防衛の程度を超えたものである」と判示している。攻撃の危険性を割り引いて考慮した点については、現在の価値観からは到底許容できるものではなく不適切な判示であると考えられるが、仮に攻撃の危険性が割り引いて考慮されなかった場合には、相当性が肯定された可能性が示唆されていると考えられる。
- 79 松原・前掲注5)177頁以下。
- 80 松原芳博「正当防衛論の現在」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』(成文堂、2023年)703頁以下。
- 81 この見解と同様に契約論に基づく保険として生命侵害を伴う正当防衛の制限を導くものとして、細部の違いはあるが、Engländera.a.O.(Anm.49),S.357。(著しい害の不均衡の場合に防衛行為を差し控えることで、反対給付として自身が攻撃者になった場合もそのような防衛をうけることはないことが保障される),Michael Pawlik,Das Unrecht des Bürgers,2012,S.237ff。(この場合、攻撃者は過去における推定された自

らの法への忠誠に対する一種の報奨、またその者に将来期待される法への忠誠的な態度についての前払いを受け取る)がある。

- 82 高橋直哉「正当防衛を見る複数の視点」研修901号(2023年)15頁注6。
- 83 Rückert,a.a.O.(Anm.62),S.463.
- 84 松原・前掲注5)202頁。
- 85 文脈は異なるが同趣旨のことを述べるのは、Rückert,a.a.O.(Anm.62), S.461.これに対して、Engländer,a.a.O.(Anm.49) ,S.357は単なる不注意で攻撃者になってしまう可能性を指摘している。さらに、坂下・前掲注64)75頁脚注378。
- 86 坂下陽輔「広義の自招侵害に関する考察」刑事法ジャーナル62号(2019年)16頁。
- 87 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』(成文堂、2019年)135頁以下。
- 88 坂下・前掲注86)16-7頁、同・前掲注87)139-40頁。
- 89 この点に関しては、高橋・前掲注82)17-8頁注21参照。
- 90 そもそも致命的な対抗行為の容認と暴力的風潮の蔓延とがそれほど密接に結びつけられるかについても疑問がある。
- 91 小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)33頁脚注46。なお、小林は正当な権利の実現であるはずの自救行為の正当化に、正当防衛よりも厳格な要件が課されている点について、正当な権利も安定した現状を実力をもって変更されないという意味での安全という利益が衡量に算入されるからであると述べる。同32頁。
- 92 小林憲太郎『刑法総論(第2版)』(新世社、2020年)96頁。
- 93 坂下・前掲注86)21頁。
- 94 小林・前掲注91)8-9頁。
- 95 小林・前掲注92)129頁。優越的利益原理の外在的制約とする。小林・前掲注91)28頁では、「法が全体のために人を殺してよいとするのは、政治過程に対して憲法が設けた防御線を逸脱する。つまりそういう立法は社会契約の最低限度の内容を侵すものであるから、すでに憲法によって禁止されるということである」と述べられている。この点に関しては、安田拓人「緊急避難」法学教室498号(2022年)95頁参照。
- 96 拙稿「緊急避難の制約根拠について(2)」法研論集152号(2014年)268-9頁。
- 97 安田・前掲注95)95頁。筆者の見解に対して「いくら多数の生命を救うためとはいえ、生命を犠牲にする形での社会連帯などありえないというラインを一步でも後退させると、自由主義の基盤は根底から掘り崩され、全体主義国家への道が開かれることになる懸念がぬぐえないように思われる」とされる。この批判に対して本格的に答えることはできないが現時点では取り急ぎ以下のように考えている。

筆者は、自由主義の基盤といってもそれはアプリアリに前提にされるのではなく、

我々にとって有益だからそのように想定しようとしているだけではないのか。そして、本文で挙げた事例において「それでも犠牲は許されない」とし、「当該行為には正当性の要素がない」とできるかということも問題となりうる。後者の点は過剰避難の成立を認めるか否かの点に関わってくるので敷衍すると、いったん「生命まで犠牲にするような行為を犠牲にすることは許されない。そもそも相手方の生命を犠牲にするような緊急避難状況は37条の埒外である」としながらも、「もっとも自身の正当な利益を保全しようとしたことについて、減少はしているが正当性を持つだろう」ということが両立しうるのかということである。すなわち、生命法益についてはトレードオフの対象外であるとしながら、保全利益の分だけ違法性が減少するという考慮ができるのかということが問題となりうる。

この点について、過剰避難の減免根拠として責任減少説を前提にすれば問題が生じないという反論がありうるが、過剰避難がわざわざ37条に規定されていることに鑑みれば、それは緊急避難との連続性を前提にしているものと解するのが自然な解釈である。そして、生命侵害を生じさせるような利益調整は37条の埒外であるとしながら、それにも関わらず緊急状況での行為であることを理由に責任の減少を肯定することには違和感をぬぐえない。そのような解釈は緊急状況を前提にする規定を置く必要性を導けないのではないだろうか。

- 98 これに対して、坂下は侵害切迫前の段階での回避と侵害切迫後の退避の問題を分断して考えているところに問題があるとし、連続的なものとしてとらえる立場から、対抗行為が致命的な効果を及ぼす場合は、退避可能性を考慮して正当防衛を制限できるとし、そこから退避義務が課される状況が事前に予期できる場合には、そのような状況に出向くあるいは待ち受けるべきではないとする侵害回避義務が課されるとする。そして、事前の予期によって退避義務を事前に前倒しにしたのが侵害回避義務であるため、事前の段階で致命的な対抗行為に至ることの予期が要求されることになるとする。坂下・前掲注86) 14頁以下。この点に関しては、拙稿「緊急状況の自招と正当化の制限」立教法学105号(2022年)97頁以下参照。