

論 説

反撃準備行為を理由とする正当防衛権の 制限について

橋 田 久

はじめに

第一章 正当防衛権制限否定説

第二章 攻撃の回避——侵害回避義務論

第一節 主張

第二節 検討

第一項 攻撃者の利益の要保護性

第二項 被攻撃者への義務付け

第三項 優越的利益原理

第四項 侵害回避義務の要件

第五項 小結

第三章 反撃の準備

第一節 心的準備——積極的加害意思

第二節 物的準備

第一項 迎撃態勢

第二項 より軽微な手段による反撃の可能性

第三項 闘争状況の作出

一 闘争志向的態度

二 決闘との対比

第四章 検討

第一節 総説

第二節 事前の段階でのより軽微な反撃手段

第三節 準備行為の作為性

第一項 総説

第二項 作為的準備行為の限定

第三項 公的救助の不要請

第四節 準備行為の違法性の要否

第五節 行為者の主観

第六節 帰結

結びに代えて

はじめに

一 法益に切迫した不正の侵害に反撃する行為が、その場面だけを取り出せば正当防衛の成立要件を満していても、侵害が現実化乃至対立が激化した一因を被攻撃者の事前の態度に求め得る場合には、そのことを考慮して正当防衛権を制限すべきではないかが、従来から争われている。

二 そのような場合の中で、被攻撃者が攻撃を招致する具体的な先行行為を行った自招侵害に関しては、正当防衛の制限例が判例上は枚挙に暇がなく¹⁾、学説でも制限の可能性を遍く否定する主張は殆ど見られない。尤も、その理論構成については甲論乙駁の観を呈している。私見によれば、招致行為が違法であり、招致行為と反撃行為が時間的場所的に近接しており、正当防衛を口実とした相手方の侵害を当初から意図していたという三つの要件が備わる場合、第二と第三の要件によって招致行為と反撃行為の間に客観的にも主観的にも強い関連性が認められる結果、第一の要件によって根拠付けられた招致行為の不法が反撃行為に連帯するため、防衛行為者が不正の側に立つことになる。これによって正対不正の構図が崩れ、その状況において反撃に出ることは法秩序の立場から正当と成し得ない²⁾。その際、過剰防衛が成立する余地もないと考えるべきであろう。過剰防衛の刑の減免根拠としての違法減少が類型的に認められないからである。

三 自招侵害に優るとも劣らず活発な議論が行われているのは、具体的な攻撃招致行為とは言えない事前の態度を理由に正当防衛を制限し得るかという問題である。例えば、攻撃を予期した者が反撃用の武器を準備して待ち構え、或いは攻撃者の呼出しに応じてその許に向いたところ、攻撃

1) 最高裁のものとして、最決平成20年5月20日(刑集62巻6号1786頁)。

2) 拙稿「自招侵害」研修747号(平成二二)5頁以下。

者が襲い掛かって来たため、反撃を行った等である。

判例はここでも正当防衛の制限を肯定する判断を積み重ねて来た。現時点での判例の到達点とも言うべきは、最決平成 29 年 4 月 26 日（刑集 71 卷 4 号 275 頁）である。これは、自宅にいた被告人が攻撃者に呼び出されて、暴行を受けることを予期しながら包丁を手に出向き、攻撃者がハンマーで殴打して来たのに対して、威嚇的行動を取ることなく、所携の包丁で左側胸部を強く刺突して殺害した事案に関する。最高裁は、刑法 36 条の趣旨を、「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」と捉えた上で、予期された攻撃への反撃を行った場合には、先の正当防衛の趣旨に鑑みると、「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」急迫性が否定されることがあると説いた。そこで列挙された考慮要素は、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性乃至侵害場所に留まる相当性、⑥対抗行為の準備状況、特に凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等、⑦実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑧行為者が侵害に臨んだ状況、⑨その際の意味内容、等である。

学説の多くも、斯かる事例における正当防衛の制限を認める。しかし、制限の根拠は何か、制限の手懸りとしてどこまでの事情を考慮し得るか、正当防衛のどの要件に位置付けるかにつき、一致するところを見ない。

四 そこで本稿は、攻撃招致行為以外の被攻撃者の事前の態度が正当防衛の成立に与える影響如何に焦点を絞り、正当防衛の制限を凡そ否定する見解に触れた（第一章）後で、制限肯定説を、攻撃を回避しなかったこと（第二章）と反撃の準備をしたこと（第三章）のいずれに制限の手懸りを求めるかで二分して概観し³⁾、そこで得られた知見を踏まえて、反撃準備行為が正当防衛の成否にとってそもそも、そして如何なる意味を持ち得るかを考察する（第四章）。なお本稿では、被攻撃者が自らの法益を守る自己防衛の場合において、その者自身が事前に何等かの態度を取った事例を念頭に置くものとする。

3) このような二分法を示唆するものとして、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平成一九）303 頁以下。

第一章 正当防衛権制限否定説

一 自招侵害の場合を含めて、被攻撃者の事前の態度を理由とする正当防衛権の制限を遍く否定する立場が、我国では少数ながら主張されている。浅田博士は、自招侵害への反撃について、「通常、反撃が必要でないか、攻撃に対して反撃が著しく不均衡になるであろうから、必要性・相当性に欠ける」¹⁾と述べるに止め、攻撃を自招したことに規範的意味を認めていない。従って、攻撃招致行為以外の事前の行為の場合にも同様に解するものと思われる。

ドイツでは、本稿の問題状況と一部重なる „Abwehrprovokation“ と呼ばれる場合について、正当防衛の成否が議論されている。これは、より軽微な反撃手段を準備し得たにも拘らず、過剰な装備を行って為された反撃を指し、例としては、襲撃されることが確実な場所に赴く際に、手近にあり防衛効果もある杖や模造銃ではなく刃物や銃を携行して反撃に使用した等がある。この術語の定訳は未だ存在しないため²⁾、本稿では「武装防衛」と訳しておく。この場合については、我国と異って完全な正当防衛権を認める見解が彼国では多数を占めており、自招侵害の場合には日本におけると同様に限定的な正当防衛権しか与えられていないことと際立った対照を成している³⁾。

以下では、日独の制限否定説を支える三つの根拠を検討する。

二 ドイツで武装防衛について正当防衛が認められている主たる根拠は、武装防衛では自招侵害とは異り、専ら攻撃者が正当防衛状況の生成に

1) 浅田和茂『刑法総論 [第2版]』(平成三一) 241頁。

2) 「より強度の反撃手段の招致」(小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉23巻1号(平成二〇)389頁)、「防衛のための挑発」(クラウス・ロクシン(山中敬一監訳)『クラウス・ロクシン刑法総論第1巻(第4版)(翻訳第2分冊)』(平成二一)126頁[前嶋匠訳])、「防禦挑発」(吉田敏雄『刑法理論の基礎(第3版)』(平成二五)220頁)、「防衛的招致」(木崎峻輔「防衛的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事案の類型化(1)、(2・完)」筑波65号(平成二八)29頁、66号(平成二八)127頁、同「相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び類型化の試み(3・完)」筑波82号(令和二)9頁)等。

3) ドイツの状況につき、さらに坂下陽輔「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=高橋則夫=只木誠=松宮孝明編『刑事法の理論と実務①』(令和元)所収133頁註28、山本和輝『正当防衛の基礎理論』(平成三一)191頁、木崎・筑波65号33頁以下。

ついて答責的であることに求められている⁴⁾。確かに、二つの場合が闘争状況に関する攻撃者、被攻撃者の事前の関与の仕方において異なることは否定できず、この点は両場合の取扱いの違いにも反映さるべきである⁵⁾。しかし、武装を行う者も、攻撃と反撃を包摂する全体としての闘争状況の一因を形成している。不正の攻撃とこれに対抗する防衛を安易に一体視してはならないことは論を俟たないが、武装行為に後の反撃行為との関係で違法な要素を見出し得るならば、武装を行った者に正当防衛の制限という形で不利益を負わせることが凡そ許されないとまでは言えないであろう。

三 更なる論拠として、レナウ／ホーンは言う。「武装」の禁止は適切な反撃の準備の命令と同義である。この命令は、万人が法共同体に帰属することによって斯様な配慮（Vor- und Umsicht）を免れたことを灰燼に帰せしめて、前法的状態への逆戻りを招来するため、規範の妥当への信頼を強化するという法秩序の目的に背馳する、と⁶⁾。敷衍すると次の如くなるうか。人々は国家を形成し、これに実力を独占させることによって万人の万人に対する闘争を終結せしめた。その結果、平常時の市民は、自ら実力を行使して法益を保護する権利を失った代わりに、法益を守ることに関わる一切の義務から解放される。他方、緊急時には市民に自力救済権が与えられるが、それと引き替えに、防衛行為の必要性要件の形で、最も軽微な防衛手段を選択する義務を課される。然るに、防衛行為に先立つ平常時において、市民に適切な準備を求めるならば、市民はそこでは自力救済の権利がないに

4) Heinrich, Strafrecht AT, 5.Aufl., 2016, Rn380a; NK-StGB-Kindhäuser, 5.Aufl., 2007, § 32 Rn.125; LK-StGB-Rönnau/Hohn, 12.Aufl., Band 2, 2006, § 32 Rn.190; von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S.209f.; Engländer, Wolter-FS, 2013, S.328ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 49.Aufl., 2019, Rn536; Matt/Rezikowski/Engländer, StGB, 2013, § 32 Rn55; Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S.301. このことから、個人保護の利益からも法確証の利益からも完全な正当防衛権を承認せよと説くのは、von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, S.210. 権利濫用の不存在を説くのは、Wessels/Beulke/Satzger, aaO. 防衛者の利益が攻撃者の利益に著しく優越すると説くのは、LK-StGB-Rönnau/Hohn, aaO.

なお、自招侵害においても、攻撃者こそが答責的とする我国の見解として、安達光治「因果主義の限界と客観的帰属論の意義」刑雑 48 卷 2 号（平成二一）232 頁、山本・正当防衛の基礎理論 160、233 頁。

5) 橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」（令和二）95 頁、坂下・刑事法の理論と実務① 149 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（令和元）19 頁。

6) LK-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn.190.

も拘らず負担のみを負うことになり、斯様に権利と義務を適切に配分しなかった国家法秩序への信頼が失われる、と。

これは、国家の実力独占の考え方に一見すると忠実な解釈とも見える。しかし、かなり観念的な議論であるため、そこから一義的な結論を導くことは必ずしも容易でない。以下の如く、上述と正反対の結論に到達することすら可能であろう。即ち、市民は自力救済権を原則的に放棄したのであり、緊急事態においてこれを取り戻すのは例外的であることから、取戻しに適切な反撃の準備という条件を付すことは不当でない。加えて、後に見る肯定説が主張するように、事前の時点で被攻撃者に義務を課すことに市民が納得する理由があるならば、義務付けによって市民から国家法への信頼が損なわれることはない、と。

四 正当防衛権の存否を緊急時の事情のみに基いて判断すべきことを主張する我国の否定説もある。井上教授は、いわゆる積極的加害意思によって侵害の急迫性を否定する見解（後述第三章第一節）が、「実行行為以前の状況を評価対象とすること」に疑問を呈し、「行為主義の必然的要請」として、「犯罪の構成要素は実行行為時を基準に判断されるべき」ことを力説する⁷⁾。自招侵害に対する正当防衛の制限にも、同じ理由から消極的である⁸⁾。防衛行為時において要件を具備すれば直ちに正当防衛を認める主張と見受けられるため、次章以下で紹介、検討する、被攻撃者の事前の態度を手懸りに正当防衛を制限する凡ての見解に反対するものであろう。

しかし、攻守が絶えず変化する喧嘩において、攻防の一場面のみを取り出して正当防衛を論ずることの弊は夙に指摘されている。事態の全体的把握の要請は、急迫以前の事情にも推し及ぼせよう⁹⁾。被攻撃者が攻撃の原因を作り出したり、攻防の拡大に与って力を持ったりした場合には、その事情を考慮することなく正当防衛の成否を事案に即して適切に判断することはできない。例えば、木刀を所持する者が、木刀での対応が可能な攻撃を予期しつつ、攻撃者を過大に侵害するために日本刀を準備しこれを携えて攻撃者の許に向いた場合に、攻撃の場面では日本刀が必要最小の手段

7) 井上宜裕「正当防衛における侵害の予期——最決平成二九年四月二六日の及ぼす影響について——」法政 86 卷 1 号（令和元）6 頁。

8) 井上宜裕「自招侵害論再考」『川端博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（平成二六）所収 98、110、114 頁。

9) 橋爪・刑法総論の悩みどころ 79 頁参照。

であればこれで反撃する行為に正当防衛を認める結論が妥当とは思われない¹⁰⁾。また、木刀で反撃可能な攻撃に予期せず直面した者が、現場に木刀と日本刀があるにも拘らず日本刀を使って過大な反撃をする行為は疑いなく過剰、違法であることと対比しても、過剰な準備を行った先の例の行為者を優遇することには躊躇を覚えるのである。勿論、考慮し得る事前の事情が無限定であってはならないのは当然であるが、そうであるからと言ってこれを一切等閑に付すのは行き過ぎであろう。

五 以上の如く、否定説の主張には十分な根拠が見出せなかった。そこで、我々は方向を転じ、制限肯定説の諸相を窺うことにする。

10) 否定説は「典型的な喧嘩闘争」でも正当防衛や過剰防衛の余地を認めるに帰し不当と述べるのは、橋爪・刑法総論の悩みどころ 86 頁。

第二章 攻撃の回避——侵害回避義務論

第一節 主張

一 被攻撃者が攻撃を予期しながら回避しなかったことを理由に、現実化した攻撃に対抗する行為について正当防衛の成立を否定するのが、所謂侵害回避義務論である。以下では、代表的な論者である橋爪教授の見解を取り上げる¹⁾。同説の狙いは、従来の判例が採用していた積極的加害意思論の帰結を大筋で承認しつつ、同理論が着目する主観面を「侵害を事前に回避すべき状況」へと客観化することにある²⁾。

二 「社会の共同生活における利益充足を最大化するという、全ての法の根底にある最上位の目的に合致する」ことから、社会全体の利益状態の最大化を目的とし、「優越する利益を保護するために反対利益を侵害すること」を正当化する功利主義的な考え方が、優越的利益原理である³⁾。橋

1) 本文二以下に註記する文献の他、主張をまとめたものとして、橋爪・刑法総論の悩みどころ 88 頁。

先駆的な主張として、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（昭和五八）119 頁（尤も、「不正侵害主体への積極的な攻撃を制限する……反撃回避義務」（同書 131 頁）であり、正当防衛の制限に関する一般理論）、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』（平成一〇）所収 237 頁。橋爪説を支持するものとして、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第三版）』（平成三一）141、174、175 頁、小林憲太郎「平成 20 年決定以降の自招侵害論について」判時 2234 号（平成二六）5 頁。平成 29 年最高裁決定の調査官解釈も、侵害回避義務論に好意的である（中尾佳久「判解」曹時 71 巻 2 号（平成三一）483 頁）。生命を最大限に尊重すべしとの憲法上の要請から、攻撃者の生命に対する危険性の高い防衛行為は、「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」と主張するのは、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（平成二五）149 頁、同「正当防衛と退避義務」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（平成一八）所収 102 頁、同「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時 61 巻 8 号（平成二一）2518 頁、同「判批」判時 2357・2358 合併号（平成三〇）22 頁（これを支持するのは、町野朔『刑法総論』（令和元）288 頁）。なお鈴木博士は、予期した攻撃を特段の負担なく事前に回避し得たにも拘らず、これを回避せず反撃に出た者は、「やむを得ずに」ではなく「あえて」反撃行為を選択したとして、「正当防衛としての主観的相当性」を否定する（鈴木茂嗣『刑法総論 [第 2 版]』（平成二三）73 頁以下）。橋爪説より広く「退避義務（侵害回避義務・退避義務）」を認めるのは、宿谷晃弘「正当防衛の基本原則と退避義務に関する一考察（1）」早研 124 号（平成一九）48 頁、「同（2・完）」早研 125 号（平成二〇）185、192 頁。

2) 橋爪隆「正当防衛論の課題」『刑事法の理論と実務①』（令和元）所収 157 頁。判例より正当防衛状況を限定する意図に出たものではないとも言う（164 頁註 20）。

3) 橋爪・正当防衛論の基礎 26 頁。

爪教授はこれを、「違法性阻却の統一的原理」として採用する⁴⁾。対立する利益を共に保護することが社会にとって最も望ましい以上、この原理を適用するための「絶対的な前提要件」は、対立利益の両立不能性である⁵⁾。

さて、正当防衛では害の均衡は不要であり、防衛行為によって直接的に守られる法益が、これによって侵害される攻撃者の法益に劣後していても正当化される。論者は、このことを優越的利益原理によって説明するために、保全法益に被攻撃者の別の利益を加算するのである。

橋爪教授は、従来のような種々の試みを渉猟した結果、攻撃による被攻撃者の行動の自由の侵害に着目するヴァーグナーの見解を比較的優れたものと評し、これを「出発点」として自説を展開する⁶⁾。曰く、攻撃の現場から退避すれば確実に法益を守れるとしても、個人には「好きなところに留まり、好きなことをする自由」があることに鑑みると、退避を強いることは「個人の自由を大幅に制約するものであり、それ自体が重大な利益の侵害として評価されるべき」である⁷⁾。斯かる考慮から、正当防衛の保全利益に、攻撃の直接向けられた具体的な法益に加えて、攻撃を受けた場所から逃げることなくその場に滞留する「現場滞留利益」も数える。これは、そこに留まる物理的、場所的利益に尽きるものではない⁸⁾。「個人が自由な活動を行うことを保障する一般的・制度的な利益」⁹⁾、「不法な侵害に脅えることなく、個人が自由に自律的な意思決定を行い、自己の発展可能性を自ら形成するという重要な利益を物理的な概念に還元したもの」であって、生命や身体にも比肩する重要な価値を有する¹⁰⁾。

現場滞留利益の要保護性は、滞留の場所や目的等の被攻撃者の具体的事情に基いて、「きわめて総合的」に判断される¹¹⁾。但し、滞留場所に関しては、他人の住居に無断で侵入した等、「現場に滞留すること自体が不法な場合には」、現場滞留利益の要保護性が直ちに否定される一方、自宅や自

4) 橋爪・正当防衛論の基礎 14 頁。

5) 橋爪・正当防衛論の基礎 26 頁。また、同書 28 頁。

6) 橋爪・正当防衛論の基礎 71 頁。

7) 橋爪・正当防衛論の基礎 72 頁。

8) そのことは、監禁に対する正当防衛を考えれば明らかとされる（橋爪隆「正当防衛論」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究①』（平成二〇）所収 101 頁註 23）。

9) 橋爪・理論刑法学の探究① 101 頁。

10) 橋爪・正当防衛論の基礎 75 頁。

11) 橋爪・正当防衛論の基礎 75 頁。

室という生活の本拠に滞留することには、「いかなる目的を有しているとしても、重要な生活上の利益を認める」¹²⁾。

不正の侵害を行う自由はない以上、それを継続することを目的とする攻撃者の現場滞留利益は、たとえ自宅で攻撃を行う場合であっても保護されない。よって、正当防衛状況において現場滞留利益が保護され得るのは被攻撃者だけである¹³⁾。他方、正対正の緊急避難状況では、避難行為者と避難行為の相手方の双方の現場滞留利益が等しく保護されるため、この利益は利益衡量における意味を失う。斯様に、緊急状況に置かれた者についてのみ現場滞留利益が保護されることが、「正当防衛状況の緊急避難状況との決定的な相違点」である¹⁴⁾。

三 さて、被攻撃者の現場滞留利益の「要保護性の存否は原則として、侵害切迫時以降の事情から判断されるべきである」。この利益は切迫状況下のものであること、事前の事情を判断資料として取込むと利益の要保護性の判断が不明確になることによる。斯様に、利益衝突以前の事情が優越利益性の判断には無関係であるとする、急迫性が認められる時点で現場滞留利益を加算した保全利益が侵害利益に優越すれば、直ちに正当防衛の成立が認められるようにも見える¹⁵⁾。

しかし、切迫時における攻撃者の利益は、「他に方法がない場合に限ってその保護が断念されている」ように、完全には要保護性を失わない¹⁶⁾。そのため、反撃を許してこの利益の犠牲の上に被攻撃者のより大なる利益を守るよりも、被攻撃者に攻撃を事前に回避することを要求して両者の利益を共に保全することが、「優越的利益原理の究極的な目的」である利益の最大化をもたらす、利益衝突のより合理的な解決であり得る¹⁷⁾。また、正対不正の関係が現実化している侵害の急迫時においては、正たる被攻撃者に不正の侵害からの退避義務を課すことは原則として否定されるが、不正の侵害も急迫以前の段階では未だ不正と評し得ないため、そこで侵害を

12) 橋爪・正当防衛論の基礎 81 頁以下。

13) 橋爪・正当防衛論の基礎 74 頁。

14) 橋爪・正当防衛論の基礎 72 頁以下、347 頁。

15) 橋爪・正当防衛論の基礎 89 頁以下。

16) 橋爪・正当防衛論の基礎 91、305 頁、同「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』（平成三〇）所収 236 頁。

17) 橋爪・正当防衛論の基礎 92 頁。

回避する義務はより容易に課し得る¹⁸⁾。それ故、優越的利益原理の「外在的な制約」¹⁹⁾として、事前の事情を考慮することを認め、被攻撃者が自ら利益衝突を招き或いは回避しなかった等、侵害回避義務を尽さなかったことによって正当防衛状況が現実化した場合には、切迫時に利益が優越するにも拘らず正当化を拒む²⁰⁾。そこでの利益衝突は表見的に過ぎないことから、規範的見地から侵害の急迫性が否定される²¹⁾。

斯様に正の被攻撃者に不正の侵害の回避を義務付けるのは、正が不正に譲歩することを意味する²²⁾。しかし、正当防衛状況において、自己の適法な利益の放棄が社会全体の法益保護のために義務付けられる場面は他にもある。林檎一個を取戻す唯一の方法として窃盗犯人を重大に傷害する行為について正当防衛を否定するのが通説である²³⁾。

四 侵害回避義務を課すには、以下の要件が必要とされる²⁴⁾。

第一に、「侵害の確実な予期」乃至、侵害の中味やその回避可能性についての「十分な認識」²⁵⁾。侵害があるかも知れないとの不安感では足りない²⁶⁾。予期がない者に回避を要求するのは不可能を強いるものである²⁷⁾。また、予期が不十分であるにも拘らず侵害の回避を要求するなら、行動に出る前に他人の攻撃を誘発する虞がないかを常に慎重に吟味する「特段の負担」を課すことになり、過度の行動の制約を生むからである²⁸⁾。

18) 橋爪隆「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル 16号（平成二一）11、12頁。

19) 橋爪・正当防衛論の基礎 92頁。正当化を制限する意味で「制約」なのであろう（92頁註 259）。

20) 侵害の切迫時を基準にして優越的利益原理を貫くならば、侵害回避義務の不履行を理由に正当防衛が成立しないのは、自分が不法に滞在している場所に攻撃者が襲って来ると知りながら立ち退かない等、侵害を回避しないことによって被攻撃者の得る利益が不当であるが故に、その分保全利益が減少して侵害利益を下回る場合のみである。しかし論者は、保全利益の減少がなく、正当防衛状況下におけるその優越が維持されている場合であっても、被攻撃者の正当な利益が犠牲にされることさえなければ、全体利益向上のために侵害回避義務を課し、保全利益を守ることを許さないのである。

21) 橋爪・正当防衛論の基礎 93、305頁。橋爪教授は、侵害回避義務論を、「正当防衛状況の判断基準」と位置付ける（同・日高古稀上巻 236頁）。

22) 橋爪・正当防衛論の基礎 315頁。

23) 橋爪・正当防衛論の基礎 106頁。

24) 橋爪・刑事法の理論と実務① 163頁。

25) 橋爪・正当防衛論の基礎 309頁。

26) 橋爪・刑事法の理論と実務① 164頁。

27) 橋爪・正当防衛論の基礎 310頁。

28) 尤も、「違法な暴行行為等が先行しており、侵害を招致することが確実といえ

第二に、侵害を回避することによって被攻撃者の「正当な利益が何ら犠牲にされない」こと、即ち侵害の回避が被攻撃者にとって「特段の負担」ではないこと。この要件を課すのは、事前に遡れば殆どの攻撃は回避し得るが、それを例外なく義務付けるのは「個人の行動の自由を大幅に制約するものであり、不当な帰結」だからである²⁹⁾。

「特段の負担の存否は、侵害回避を義務づける際の実質的な不利益、侵害現場の場所的状況、被侵害者の有していた目的、侵害の予期の程度などを考慮して判断される」³⁰⁾。攻撃を予期しつつ現場に向向く類型では、赴くことによって追求される目的が「重要な考慮要素」となり、これに重大な価値があれば侵害回避義務は認められない³¹⁾。他方、一定の場所に留まって攻撃者を待ち受ける類型では、滞留場所が重要な意味を持つ。自宅や勤務時間中の職場等の「生活上の本拠」³²⁾に適法に所在していれば、そこに留まる重要な生活上の利益が認められるため、侵害回避義務はない。正当な集会を開く目的で会場に滞留することも同様である³³⁾。正当な利益が否定されるのは、喧嘩相手に呼び出されて出掛けたり、飲食店で喧嘩闘争の目的を以て相手待ち受けたりする場合であり、そこでは侵害回避義務を課して良い。いずれの類型についても、「先行行為の違法性という形式的な判断に全面的に依拠する必要はない」ため³⁴⁾、侵害の回避が違法である必要はない³⁵⁾。即ち、赴く行為や待ち受ける行為が適法であるとしても、これを思い止まるよう義務付けることができる。

第三に、「不正の侵害を確実に回避する措置を講ずることが可能」でなければならない。例えば、自宅の目前に迫った喧嘩相手から直ちに来襲す

るような例外的な場面」では、「侵害惹起の高度の予見可能性」によって侵害回避義務を課し得る（橋爪・刑事法ジャーナル 16号 9頁、同「判批」ジュリ 1391号（平成二一）163頁、同・刑事法の理論と実務① 163頁註 19）。

また、侵害の高度の蓋然性の認識があれば、その時期や場所についての確定的な予期が欠ける場合でも、回避措置を要求し得る（同・正当防衛論の基礎 311頁）。

29) 橋爪・正当防衛論の基礎 92頁。

30) 橋爪・正当防衛論の基礎 364頁。

31) 橋爪・正当防衛論の基礎 316頁、同・理論刑法学の探究① 123頁。

32) 橋爪・刑事法ジャーナル 16号 6頁。

33) 橋爪・正当防衛論の基礎 318頁、同・理論刑法学の探究① 124頁、同・刑事法ジャーナル 16号 6頁。

34) 橋爪・正当防衛論の基礎 316頁以下、同・理論刑法学の探究① 120頁。

35) 橋爪・正当防衛論の基礎 314頁、同・刑事法ジャーナル 16号 6頁。本文でも記したように、例えば公道や飲食店に専ら反撃の目的で滞留する利益の要保護性を否定する（同・正当防衛論の基礎 86頁）。

る旨を電話で告げられた者には侵害回避義務を課し得ず、たとえ「凶器を準備して、積極的な加害目的をもって侵害に臨んだとしても」正当防衛が成立し得る³⁶⁾。また、口論になった相手の挑発に応じて別の場所へ移動し、そこで攻撃を受けた場合、仮に移動せずその場に留まっていたとしてもそこで相手が攻撃に出ている可能性があれば、移動しないことによる「侵害の事前回避可能性」は否定される³⁷⁾。

第二節 検討

第一項 攻撃者の利益の要保護性

橋爪説の一個の特徴は、攻撃者にも保護すべき利益があることを正面から肯定する点にある。攻撃者の利益の保護を拒めるのは他に方法がない場合に限定されていることが根拠とされており、これは防衛行為の必要性要件を指すものであろう³⁸⁾。この要件の趣旨が攻撃者の法益と雖も防衛のために不可欠な程度を越えて侵害されてはならない点に存すること、その背後にある攻撃者の利益の要保護性には、争いがないものと思われる。それ故、橋爪教授の主張もこの限りでは異論なく受け入れられよう³⁹⁾。

橋爪教授はさらに、攻撃者の利益を保護すべき理由として、切迫以前の侵害は不正でないとも主張している。その正偽はさて措くも、反撃は侵害が切迫して不正になった時点で行われるため、正当防衛権を制限した時に保護されるのはいずれにしても不正の侵害者の利益である⁴⁰⁾から、この理由付けには疑問がある。

第二項 被攻撃者への義務付け

一 橋爪教授は、攻撃者の利益を保護すべきことを前提にすると、正当防衛状況が招来されてから反撃による負担を攻撃者に負わせるよりも、被攻撃者に事前の侵害回避という負担を負わせる方が、利益衝突の解決としてより合理的な場合があると言う。確かに、侵害を回避することによって

36) 橋爪・正当防衛論の基礎 307 頁。

37) 橋爪・日高古稀上巻 238 頁。

38) 橋爪・理論刑法学の探究① 129 頁参照。

39) 前田雅英『刑事法判例の最前線』（令和元）58 頁、宿谷・早研 125 号 191 頁。

40) 坂下・刑事法の理論と実務① 131 頁、同・刑事法ジャーナル 62 号 14 頁。

被攻撃者の正当な利益が害されないとすれば、回避によって対立利益が共に保全され、保全される利益の総和が最大化されることは否定できない。

二 斯かる被攻撃者への義務付けに対しては批判が提起されている。その一は言う。橋爪教授も認めるように、「不正の侵害惹起についての最終的な責任」、「第一次的な責任」を有するのは攻撃者である⁴¹⁾。先に見たドイツの学説も強調していた如く（第一章二）、「武装防衛」の事例では攻撃を自招した訳ではないからである。それ故、禁止すべきは攻撃であって、被攻撃者に負担を負わせるのは筋違いである、と⁴²⁾。しかしながら、「不正の侵害」については、不正という法的評価に伴い、それを行わない、場合によっては履行を刑罰によって威嚇された不作為義務が依然として攻撃者に課されていることは言うまでもない。論者はそれに加えて、攻撃者の保護という支持に値する別の考慮から、被攻撃者に侵害回避義務を課すものであり、直ちに不当とは成し得ないであろう。

さらに、侵害回避義務は被攻撃者に攻撃者への連帯を理由なく義務付けるものとの批判がある⁴³⁾。即ち、侵害が切迫するより前の段階では、攻撃者に対する実力行使は禁止されるとしても、侵害が現実のものとなって攻撃者に反撃せざるを得ない状況に陥ることを回避する義務まで課すのは、実力行使の禁止を超えて、攻撃者の法益に配慮する連帯義務を課すものであり、根拠がない、ということであろう。しかし、防衛行為の必要性も攻撃者を保護するためのものであるから、この批判をそのまま受け取るなら、必要性要件を課すこともできなくなってしまう。この意味で行き過ぎた批判であると思われる。

三 被攻撃者に侵害の回避を義務付けることの問題は、論者が出向型と待受型の区別につき、前者では出向く目的、後者では滞留場所を重視することで、侵害回避によって被攻撃者が受ける「特段の負担」の判断方法を

41) 橋爪・正当防衛論の基礎 304 頁。

42) 山本・正当防衛の基礎理論 235 頁、三代川邦夫「正当防衛の海域」立教 97 号（平成三〇）154 頁以下、井上・川端古稀上巻 113 頁、同・法政 86 巻 1 号 8 頁。ドイツの正当防衛制限否定説の論者にも、他人が自分を正当防衛状況に陥れるかも知れないというだけの理由で、携行品等の選択についての事前の配慮（Vorsicht und Zurückhaltung）を求むべきではないとするものがある（Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn536; s. auch Murmann, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl., 2019, 25/102）。

43) 照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル 9 号（平成二三）130 頁、同「急迫性の判断と侵害に先行する事情」刑雑 50 巻 2 号（平成二三）276 頁。山本・正当防衛の基礎理論 162、231 頁も同旨か。

違えはするものの、両者の間に負担の程度の大小という事実的な相違しか認めない点にある。確かに、いずれの負担も共に、本来は被攻撃者に課されるべきでないが⁴⁴⁾、この二つの型において義務付けられる行為には、現場に赴かない不作為か、襲来する攻撃者から身を隠すためにその場を離れる等の作為かという無視し得ない違いがある。後者の作為義務は、その違反が犯罪の成立に直結する不作為犯の作為義務ではないものの、ここでの不作為は正当防衛の援用を拒まれるという不利益が課される前提である以上、作為を義務付けて攻撃者を保護させるに相応しい特別の法的地位が不作為者に必要であることに変わりはないと思われる⁴⁵⁾。そこで、被攻撃者が斯様な地位に立つかが問われるべきである。攻撃者が侵害について答責的であることを理由にこれを否定する見解があるが⁴⁶⁾、正当防衛と同じく行為の相手方に危険が由来する防禦的緊急避難では、避難行為の補充性要件によって、危険を作為によると不作為によるとを問わず回避することが要求されていることの説明に窮する。斯かる緊急避難との取扱の違いも視野に収めるならば、攻撃者が「不正」に侵害を行う者であることが重要であろう。我国では無関係の正の他人の生命を救助する一般的な緊急救助義務が課されていないことに鑑みれば、不正の侵害者の、場合によっては生命に劣化する法益を守る作為義務は、尚更承認できないと思われる⁴⁷⁾⁴⁸⁾。よっ

44) 坂下准教授も、「作為か不作為かという現象形態」を重視することへの違和感を表明する（坂下・刑事法ジャーナル 62 号 15 頁註 24）。

45) Vgl. *Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr*, S.297; 小林・判時 2234 号 5 頁、同『刑法総論の理論と実務』（平成三〇）221 頁註 8、同・千葉 23 卷 1 号 16 頁も同旨か。杉本教授は、侵害回避義務論を、防衛行為に出ざるを得なくなる事態を回避しない不作為犯の可罰性を問うものとする（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（令和元）44 頁）。

　　莊子博士も言う。「ことさらに相手方の不法な侵害を誘発した」場合と「ただ単に手を拱いて阻止・回避の手段を講じなかった」場合は同列に論ぜられない。「不作為」によって法益侵害を招いたばあいには法益保護の必要性を奪うためには、積極的に誘発したばあいと同視すべき具体的事情が存在しなければならない。」博士はこのように述べ、斯かる具体的な事情は存在しないとして、侵害の回避を理由に急迫性を否定することを拒否する。尤も、「ばあいにより、相当性ないしは情状の問題に影響をおよぼすこともあろう」とも述べている（莊子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思」司研 62 号（昭和五四）37 頁以下）。

46) *Engländer, Wolter-FS*, S.329f.

47) 井上教授はより広く、不救犯罪規定がない以上は、作為も不作為も義務付けられないと説く（井上・法政 86 卷 1 号 8 頁）。

48) 被攻撃者が攻撃者の保障人である場合につき、岩間康夫「保護義務者による正当防衛の制限について——特に夫婦間の事例を素材に——」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（平成二九）所収 213 頁参照。

て、作為義務としての侵害回避義務を課すことは失当である。

第三項 優越的利益原理

論者は、優越的利益原理を侵害回避義務論の支柱とする。同原理の「究極的な目的」は、社会全体の利益の総和の最大化に求められており、これをより良く達成するためには、侵害の切迫以前の段階まで遡ってその回避を義務付けることに合理性がある。しかし、同原理は侵害の回避という事前の事情を本来は考慮できないとされるため、論者はこれを可とすべく、同原理に「外在的な制約」を課す。それは、同原理の適用の前提である対立利益の両立不能性を、行為時のみならず事前の段階にも要求するものと言えよう。事前に侵害回避が期待できたとすれば、対立利益は両立可能と評し得るため、切迫時に優越利益が守られていても正当化を否定するのである。

しかし、衡量さるべき事情を利益衝突時のものに限定しながら⁴⁹⁾、衡量を行う前提としての利益衝突の存在を事前の段階において要求する根拠が不明である。しかも、優越的利益原理が事前の事情を考慮しない理由の一つとして、論者は法益の保護相当性とは無縁の事情を排除する必要性を挙げているが、侵害の回避という事前の事情を考慮することによって、次項三で見ると、本来排除さるべき事情が正当防衛の成否の判断に取込まれてしまっている。

第四項 侵害回避義務の要件

一 侵害回避義務を課す前提として、侵害の回避が被攻撃者にとって特段の負担でないこと、回避によってその正当な利益が何等犠牲にされないことが要求されている。この要件は、幾つかの問題点を抱えている。

二 先ず、その余の主張との不整合を来しているように思われる。

一つは、論者が行為を優越的利益原理に基いて正当化する前提として、対立利益の両立不能性を厳しく要求することに関わる。その理由とされるのは、両利益を共に維持し得るなら、そうすることが社会全体の利益の最大化にとって最も望ましいと言うにある。しかしそうであれば、被攻撃者

49) そもそも「現場滞留利益」それ自体が、危険な場所に行くことを控えない等の事前の利益も含んでいるとの指摘として、坂下・刑事法の理論と実務① 131 頁。

にとって可能である限り、その負担を凡そ考慮することなく、常に侵害回避を要求すべきである。論者は、侵害回避義務を基礎付ける際には攻撃者を含む社会全体の利益の保護を、義務を制限する際には被攻撃者の行動の自由の保護を強調するが、場面によって使い分けを行う根拠、基準は示されていないと言えよう⁵⁰⁾。

さらに、論者は切迫前の侵害を正と見て、そのことから攻撃者の要保護性を導いていた。さて、そこでの対立利益の関係は、緊急避難と同じく正対正となる。その結果、攻撃者の法益は可能な限り保護さるべきことになるため、被攻撃者には侵害回避義務が常に課されることになる。従って、緊急避難におけると同様、回避によって被攻撃者の正当な利益が害されないことを考慮する余地はやはり存しないのである。

三 同要件の内容にも問題がある。論者は、攻撃の予期された場所に行く乃至留まる利益が保護に値しなければ、被攻撃者がそこに行かないこと乃至はそこからの立退きを内容とする侵害回避義務を課す。利益の保護相当性の大小は、出向く目的如何や、滞留場所が生活上の本拠か否か等の諸事情を勘案した上で論定されているが、先行行為が適法か違法かは考慮されない。即ち、適法な行為であっても、それを行う正当な利益が否定され得る。例えば、適法に滞留している飲食店においてであっても、攻撃者を迎撃目的で待受ける利益には要保護性を認めず、攻撃者が襲って来た場合にも急迫性を否定している⁵¹⁾。

しかし、行く乃至留まる利益の要保護性は、その行為が住居権侵害等の故に違法でない限り、等しく肯定さるべきである⁵²⁾。要保護性に差を付けて正当防衛による保護の大小に反映させるのは、正当防衛権限の有無を具体的な利益対立とは無縁の事情によって決するものであろう。殊に、迎撃

50) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（平成一四）253頁参照。

51) 要保護性を段階付けようとする杉本教授は、攻撃を予期したにも拘らず回避しない理由には、法的義務の存在と禁止規定の不存在があるとし、前者では常に、そして許容が弱い後者では、回避措置による社会生活上の支障を避けることが予期の程度と相関的に考えて重要である場合に限り、「正当な対抗理由」を認めている（杉本・刑事法ジャーナル62号40頁）。

52) 生田・行為原理と刑事違法論250、253頁、中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」現刑56号（平成一五）30頁、塩見淳『刑法の道しるべ』（平成二七）51頁、三代川・立教97号135頁註59。行かなくとも良いことと行ってはならないことは規範的に別異であるとの批判として、照沼・筑波ロー・ジャーナル9号130頁、同・刑雑50巻2号276頁。

目的故に被攻撃者の正当な利益を否定するに到っては、客観的な利益状況を否定する装いを纏いながら内心の悪さに決定的な意味を見出しており、論者が排撃する積極的加害意思論と紙一重ではあるまいか。その問題は、次の事例における結論の不当性からも明らかである。甲が、飲食店に適法に滞留していたところ、仇敵乙が来店し、十分以内にこの店を立ち去らなければ力づくで追い出すと告げて一旦立ち去った。乙による十分後の攻撃を予期しながら乙を迎え撃つ以外の目的なく滞留を続ける甲には侵害回避義務が課されようから、警察に通報しても救助が見込めないならば、自ら退去するか、そうしなかったため十分後に無抵抗のまま乙によって強制的に退去させられるかの選択を迫られることになる。乙はいずれにしても、店に滞留する権利を持つ甲を追い出すという違法な目的を実現し得るのである⁵³⁾。

侵害回避義務論へのこの批判を推し進めると、仮に或る場所に居ることが違法であって、留まる利益が保護に値しないとしても、その違法は滞留自体による侵害との関係でのみ⁵⁴⁾、不退去罪規定（刑法 130 条後段）の適用等によって評価すべき事柄であり、そこに留まって行った反撃行為を違法たらしむるものではない。赴く行為の違法性についても同様である。留まり、或いは赴くという事前の行為は、防衛行為とは別の行為である以上、違法評価も各々独立に行われるべきなのである。

加えて、そこにいる被攻撃者には回避義務を課し得ないとされる「生活上の本拠」の範囲等の、回避を義務付けるか否かの判断基準も不明確である⁵⁵⁾。

四 斯様にして、被攻撃者の事前の態度の保護相当性によって正当防衛の成否を左右する主張に与することはできない。正当防衛権を否定するのであれば、それが被攻撃者にとって負担であることを正面から認めた上で行うべきであろう。

53) 乙に強要罪（刑法 223 条）が成立し、現行犯逮捕（刑訴 213 条）が可能なのは別論である。更なる事例を挙げて侵害回避義務論を批判するのは、小林・判時 2234 号 5 頁、三代川・立教 97 号 136 頁。

54) 小林・千葉 23 卷 1 号 17 頁。

55) 宿谷・早研 125 号 185 頁、照沼亮介「正当防衛の構造」岡法 56 卷 2 号（平成一九）149 頁。

第五項 小結

以上によって、侵害回避義務論における回避義務の根拠、その要件のいずれも問題を孕むことが明らかになったと思われる。

なお、侵害回避義務論にはその後修正が加えられ、侵害回避義務を尽さなかったとしても急迫性が否定されない場合が認められるに到った。即ち、現実化した攻撃に対する防禦的防衛に終始した場合には、侵害回避義務論の例外として正当防衛が肯定されている。防禦的防衛に伴う攻撃者の法益の侵害や危険は侵害回避義務を履行して救助を要請した場合にも生じ得ること、防禦的防衛は「不法な私的闘争の現実化とまでは評価できない」ことを理由とする⁵⁶⁾。

しかし、理由の第一は、攻撃的防衛の場合にも妥当する。理由の第二も、何故攻撃的防衛の場合と異なる評価に到るのが明らかでない。そもそも、防禦的防衛と攻撃的防衛の区別は明確でない。また、防衛行為の態様によって急迫性の有無の判断が左右されるなら、急迫性の確定時期が遅くなるという問題が生じよう⁵⁷⁾。

56) 橋爪・日高古稀上巻 256 頁。また、同・刑法総論の悩みどころ 103 頁。

57) 本稿の対象外ではあるが、攻撃が切迫した時点で被攻撃者より先に防衛行為に出る第三者についての正当防衛の判断に窮することになろう。

第三章 反撃の準備

本章では、単に攻撃を回避しなかったことではなく、予期した攻撃に対する心的乃至物的な反撃の準備を行ったことを根拠として反撃行為についての正当防衛の成立に制限を加える見解に、目を向けることにする。

第一節 心的準備——積極的加害意思

一 最決昭和52年7月21日（刑集31巻4号747頁）においては、攻撃の予期を前提とした積極的加害意思という行為者の事前の主観を根拠に、急迫性が否定された。同様の判断はその後続出しており¹⁾、前述の平成29年最高裁決定も、積極的加害意思が急迫性を失わせる一要因であることは認めている。尤も、積極的加害意思に言及した判例の多くにおいて、その存在は客観的な事実から認定されており、重点は事態の主観面にはないとの評価が固まりつつある。しかし以下では、積極的加害意思を純粋な主観的要件と捉える見解について検討する。

二 実務家の間で今日なお有力な主張によると、積極的加害意思を伴う反撃行為と通常の犯罪行為の違いは、加害の意思が攻撃の予期に触発されて生じたか当初から存したかに尽き、不法は同じである²⁾。攻撃は、積極的加害意思を行為へと客観化させる契機、「自らの犯罪意図を実現する機会に過ぎない」³⁾。積極的加害意思を有する行為者の法益の要保護性は攻撃者との関係で否定され、急迫性が失われる⁴⁾。

ここでは、積極的加害意思が他にもない攻撃の予期によって生じたという動機形成過程、即ち心情要素としての側面が重視されている。そのこと

-
- 1) 最高裁のものとして、最決平成4年6月5日（刑集46巻4号245頁）。
 - 2) 香城敏磨『刑法と行政刑法』（平成一七）31頁以下。これを支持するのは、安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和六十年』（平成元）145頁。山口教授も、積極的加害意思を有する者の反撃は「単に相手を侵害する場合と同視できる」と述べる（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（平成二八）126頁、同「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号（平成二一）329頁）。
 - 3) 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〕』（平成一三）所収82頁。
 - 4) 町野博士は、攻撃の有無に関係なく攻撃者を侵害したであろう事情があれば、「自己又は他人の権利を防衛するため」の要件を否定する、（町野・総論275、276、278、283頁）。

を自認する実務家は、攻撃を予期した場合の急迫性判断にとつては、「侵害を避けずに積極的に加害行為を行ったという加害への積極性」が重要とし⁵⁾、予期した「抗争状態を沈静化させる目的」しかなければ、凶器を携えて現場に赴き、そのような対抗行為を行ったとしても、「加害への積極性」なしとして急迫性を肯定する⁶⁾。しかし、不正の侵害に行為の動機付け要因としての意味しか認めず、これに対抗する防衛行為を心情の悪さの故のみを以て違法とするのは理解に苦しむ⁷⁾。しかも、保全法益が保護されないのであれば、これに対する攻撃は不正でなくなり、犯罪の成立が否定されてしまおう⁸⁾。

三 これに対して、積極的加害意思を主観的違法要素と捉える口吻を匂わせるのは井田教授である。即ち、積極的加害意思がある場合には、加害目的が明白で「目的と手段の連関が際立つ」ことから、「『不正』対『不正』の対抗関係」を認め、急迫性を否定する⁹⁾。これは、攻撃が予期された場所に赴き或いは留まる等の準備行為を手段、反撃による攻撃者への侵害を目的と捉え、積極的加害意思はこの両者を関連付ける、「防衛行為者の以後の行動に影響を与えて法益侵害性を強化する」主観¹⁰⁾と捉えられているように思われる。しかし、行為者の主観のみを理由として正当防衛を制限するのは、違法判断のあり方として疑問を免れないであろう¹¹⁾。

5) 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』（令和元）所収116、117、119、120頁。

6) 遠藤・刑事法の理論と実務①119頁。さらに、坂下・同書148頁註87。

7) 橋爪・正当防衛論の基礎235頁以下、同・刑事法ジャーナル16号7頁、同・刑法総論の悩むどころ88頁註35、89頁、佐伯・刑法総論の考え方・楽しみ方154頁、同「判批」判時2357・2358合併号（平成三〇）21頁、曾根威彦『刑法原論』（平成二八）194頁、松原芳博「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論【第7版】』（平成二六）所収179頁、小林・刑法総論の理論と実務235頁、木崎峻輔「相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び類型化の試み（2）」筑波81号（令和二）3頁。

8) 橋爪・正当防衛論の基礎235頁。また、警察官の逮捕行為、執行官の強制執行等に際して、相手の抵抗を予期した行為者が積極的加害意思を有していたとしても、行為者の生命身体及び逮捕行為等の要保護性は否定できない（橋爪・同書237頁）。

9) 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（平成三〇）11頁。また、同『講義刑法学・総論【第2版】』（平成三〇）298頁。

10) 松原・百選Ⅰ総論第7版179頁参照。なお、林教授は、積極的加害意思が「高度の主観的違法要素」であると明言する（林幹人『判例刑法』（平成二三）54頁）が、根拠が示されていないのみならず、これを防衛行為時の主観と捉えている点にも疑問がある。

11) 少なくとも既遂不法は認められないと思われる。

四 大塚博士は、積極的加害意思がある場合に防衛の意思を否定する¹²⁾。しかし、前者は防衛行為以前、後者は防衛行為時の意思であって、存在時期を異にすることから疑問がある。また博士は、積極的加害意思を「犯罪としての攻撃の意思、つまり、故意」と解して、積極的加害意思と故意を同視している¹³⁾。その背景には、構成要件の故意を「本来的に責任要素とされた故意を類型化して捉えたもの」と解し¹⁴⁾、その内容を「認識的・情緒的な心情」¹⁵⁾に止める博士の考え方があろう。その結果、主観的違法要素としての故意は、「違法故意」として違法性の段階で初めて検討されることになり¹⁶⁾、正当防衛の成立を主観面から否定する積極的加害意思として姿を現すものと思われる。しかしながら、故意は防衛の意思と同じく実行行為時に存在するため、積極的加害意思と故意は存在の時点を異にする。しかも、構成要件該当性が肯定された後の違法性の段階で故意不法を根拠付けるとすれば、構成要件と違法阻却を体系的に分けた意味が没却されるのではなかろうか。他方、これを避けて、仮に主観的違法要素としての故意が既に構成要件段階において不法を根拠付けるとするならば、違法性の段階で正当化を否定するために故意を再度持ち出すのは、行為者に不利益の方向で同一の要素を二重に考慮することを意味し、やはり首肯し難いのである。

五 林教授は言う。積極的加害意思を有する防衛行為者は進んで自己の法益を攻撃の危険に曝しているため、「(高度の)危険の引受があり、もはやその法益は要保護性を失った」ため、急迫性が否定される、と¹⁷⁾。斯かる行為者は、自らの法益が侵害される前に相手方を加害することを意図しているのが通常と思われるが、その場合であっても確かに、侵害の危険ま

12) 大塚仁『刑法概説(総論)[第四版]』(平成二〇)383頁註4。結論同旨、大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(平成三一)281頁。

13) 福田平=大塚仁『対談刑法総論(中)』(昭和六一)25頁[大塚]。

14) 大塚・総論178頁。

15) 大塚仁「故意の体系的地位」『香川達夫博士古稀祝賀』(平成八)所収25頁。

16) 大塚・総論363頁、同・香川古稀28頁はその趣旨ではないかと思われる。

17) 林幹人『刑法総論[第2版]』(平成二〇)189頁。香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充=香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(平成四)263頁以下も同旨か。なお、相手方からの法益侵害に現実に同意していた喧嘩闘争の場合に急迫性を否定するのは、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(平成八)227頁。双方合意の上での喧嘩では、同意に加えて「場合により必要以上の害を加える」意図もあるため、不正対不正の関係を認め、積極的加害意思の存在により急迫性を否定するのは、井田・総論300頁。

では引受けていると認めて良い場合もあろう。しかし、被害者の同意よりも法益の放棄に対する被害者の自己決定が間接的である危険の引受によって行為の違法性を阻却するために、行為の社会的有用性という被害者の同意にはない要件を追加するならば¹⁸⁾、攻撃者による侵害行為の社会的有用性は否定されるため、正当化は認められない¹⁹⁾。のみならず、危険の引受けに基く行為の主観的正当化要素として行為者にその認識を要求するなら、攻撃者にはこれが欠けることもあろう。

さらに、防衛行為者側に、攻撃者に法益を侵害させた上で相手にそれ以上の打撃を与える、謂わば肉を切らせて骨を切る覚悟がある場合には、侵害への現実の同意が認められることもあり得る。しかしここでも、防衛行為者の同意を攻撃者が認識している事例は少ないと思われる。

そして、積極的加害意思を考慮する立場に立つと否とを問わず、仮に被攻撃者の同意や危険の引受による行為の正当化の要件が満たされる場合があるとすれば、攻撃行為は不正の侵害と認められなくなる。斯かる例外的事例において、これに対する正当防衛が許されなくなるのは已むを得ないであろう。

第二節 物的準備

本節では、攻撃に対する客観的な反撃準備行為を理由とする正当防衛の制限論を取り上げる²⁰⁾。

第一項 迎撃態勢

小暮博士は、攻撃による「侵害発生の危険性すら解消するほどの、過大な¹⁾ 邀撃・加害の準備」によって、侵害の急迫性が欠落すると説いた²¹⁾。川

18) 佐伯・刑法総論の考え方・楽しみ方 234 頁、松原芳博『刑法総論 [第 2 版]』(平成二九) 145 頁。

19) その他、被害者の追求する目的の正当性を危険の引受に基く行為の正当化の要件とする見解（島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編『クローズアップ刑法総論』(平成一五) 所収 163 頁) によっても、積極的加害目的の正当性が否定されるため、同じ結論になろう（橋爪・正当防衛論の基礎 66 頁）。

20) 我国の裁判実務は、反撃準備行為を重視して正当防衛状況を判断しているとの指摘として、木崎・筑波 81 号 12 頁、同 82 号 12 頁。

21) 小暮得雄「判批」『昭和五三年度重要判例解説』(昭和五四) 所収 161 頁。後述する昭和 52 年決定が、積極的加害意思と共に、積極的加害意思によって担われ、

端博士も同じく反撃の物的準備状況に着目する。曰く、急迫性とは法益が侵害される危険性であり、それは被攻撃者の対応如何によっても左右される。攻撃を予期すれば迎撃態勢を作ることができ、攻撃による法益侵害の可能性は減少する。防衛行為者が防禦するに止まらず積極的に加害する意思を有する場合には、法益侵害の可能性即ち急迫性は消滅するに到ると²²⁾。

しかし、迎撃態勢を整えただけで攻撃による法益侵害の可能性が減少、消滅するのは、銃撃に備えて防弾素材で囲まれた箱の中に入ったような稀有の場合に限られ、通常は迎撃態勢を発動させて防衛に出るのを俟たねばならないため、主張の前提に疑問がある²³⁾。ただ、攻撃を予期した者の意思が防禦か加害かの違いを、迎撃態勢が防禦的防衛か攻撃的防衛かの違いに客観化するものと見れば、事前の時点における反撃手段の強度に関心を寄せる次項の見解に連なるとも言えよう。

第二項 より軽微な手段による反撃の可能性

一 これまで取り上げて来た侵害回避義務論、積極的加害意思論、そして前項の見解が、本稿の問題についていずれも急迫性を否定していたのに対し、防衛行為の必要性による解決を図る見解がある。改めて確認するまでもないが、この要件は刑法 36 条 1 項の「やむを得ずにした」行為の内容である。有効な防衛手段が複数ある場合、それぞれの防衛効果と攻撃者に対する侵害の大小を勘案して、有効な防衛が妨げられない限りで、侵害性が可及的に小さな防衛手段を取ることを内容とする。

二 さて、内藤博士は、「侵害を予期しえた場合には、その侵害の強さに対応する防衛手段を準備する余裕がありうるが、そのような場合には相

その顕現したものである迎撃態勢を併せて考慮していると捉え、これを支持する。
 22) 川端博『刑法総論講義（第3版）』（平成二五）356頁、同『正当防衛権の再生』（平成一〇）24頁、明照博章『積極的加害意思とその射程』（平成二九）55頁以下。なお、川端博士は、昭和52年決定は迎撃態勢を問うていない点で失当とする（再生25頁）。その他、迎撃態勢による危険の減少を認めるのは、斎藤信治「急迫性（刑法三六条）に関する判例の新展開」新報112巻1・2号（平成一七）396頁。
 23) 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（平成二七）486頁、佐伯・刑法総論の考え方・案し方135頁、橋爪・正当防衛論の基礎252頁、松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」井田良他編『川端博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（平成二六）所収129頁。しかも、急迫性を否定すれば防衛行為に出ることは凡そ許されなくなる。

対的な意味での必要最小限度手段性がまもらなければならない」と説いていた²⁴⁾。伊東教授も防衛行為の必要性要件に目を向け、判例が積極的加害意思によって処理する事案では、「法益の要保護性の喪失ないし減弱の故に当該危険を排撃する上で必要不可欠と判断される行為が（防衛行為としての必要性が）極度に限定される」と述べた²⁵⁾。塩見教授も内藤説への支持を表明して次のように言う。「相手方の侵害が時期及び程度において十分に予想される場合、被侵害者は自らを守りうる手段のうちで、侵害者にとっても損害・危険のより少ないものを選択」し得るため、予期なき場合に比して「防衛行為の相当性が厳格に判断され、ときには補充性の限度にまで縮減」し、過剰防衛とされるかそれですらない単なる違法行為となる余地が広がる、と²⁶⁾。さらに、「相手方との闘争を予期してそれに対する十分な迎撃準備をしていた、いわゆる喧嘩闘争の場合」について、「攻撃を予想して迎撃準備をしていたから……防衛が許されないというのでは、個人の生存権を否定するに等しい」と述べる松宮教授も、攻撃者に対する行為が過剰であれば防衛行為の相当性を否定する²⁷⁾。そして、「『相当性』の範囲が狭まる」場合として、攻撃を「予期していたことで、防衛者にもっと加害の程度の少ない防衛手段選択の余裕があった」場合を挙げている²⁸⁾。また照沼教授は、問題を「防衛行為としての適性」の要件に位置付けてはいるが、攻撃が事前に回避可能であれば、主観的には「心理的な余裕」、客観的には「保全法益の安全性の向上・選択する手段の危険性減少を認定できる可能性が生まれる」と述べる²⁹⁾。後三者も、別の要件の名の下にはあるが、実質的には、一において定義した防衛行為の必要最小限度性に着目するものと言って良からう。

塩見教授はその主張を具体化して、予期された襲撃を防塞の構築によって確実に防禦できたにも拘らずこれを怠り、そのために侵入を許した攻撃者に強い暴行を加えて反撃した場合には、「相当な防衛行為からの逸脱の程度が大きい」ため過剰防衛すら認めない³⁰⁾。照沼教授は、武器を準備し

24) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（昭和六一）346、333頁。

25) 伊東・研修710号9、7頁。

26) 塩見・刑法の道しるべ49頁（圈点原文）。

27) 松宮孝明『刑法総論講義【第5版補訂版】』（平成三〇）138頁以下。

28) 松宮・総論145頁。

29) 照沼・筑波ロー・ジャーナル9号133頁、同・刑雑50巻2号277頁。

30) 塩見・刑法の道しるべ50頁。

て計画的に攻撃者を待ち伏せた場合に防衛行為としての適性を否定する³¹⁾。それぞれの事例は、より軽微な防禦的防衛の措置を講じない不作為、乃至は攻撃的防衛の手段を準備する作為を行ったものである。

これらの見解が防衛行為の必要性を否定する理由は、その判断対象を切迫時の事情に限定しつつ、事前に防衛手段を準備、選択する余裕があれば切迫時に取り得る手段の幅も事実上広がることにあるのか、それとも必要性の判断対象を事前の事情に拡張して、現実を用いた反撃手段が切迫時に利用可能な手段の中では最も軽微であったとしても事前にはより軽微な手段を準備し得たことにあるのか。もし前者であれば³²⁾、防衛行為の必要性について特段の主張を行うものではない。しかし、内藤博士が適切な防衛手段の準備に言及していること、塩見教授が先の例で防塞の不構築という事前の態度に着目していること、照沼教授が事前の攻撃回避可能性を問題とし、また「侵害に先行する事情を含めた総合判断が必要となる場面があることは否定し難い」³³⁾と註記することから、少なくともこれらは後者の主張に配して良いと思われる。以下では、この見解を念頭に置いて論ずる。

三 本見解が、防衛行為に先立つ態度を考慮する際、これを急迫性ではなく防衛行為の必要性に位置付けるのは、防衛行為の侵害性の大小が問題とされていることから、妥当と言えよう。

尤も、先行行為は、防衛行為と一体の行為とは評価できない。防衛目的の連続性は肯定できるとしても、防衛行為たるには攻撃の因果の進行を直接に阻止するものでなければならぬであろう。従って、先行行為を理由に防衛行為の必要性を否定することに対して批判が向けられている³⁴⁾のも、全く故なきことではない。しかし、刑法36条の文理上は可能な解釈であり、実質的に見ても、攻撃者の法益と雖も能う限り保護し、その損失を最小化すべきであるから、この目的を実現するために防衛行為の必要性の判断資料を防衛行為時のものから事前の時点にまで拡張することは正当化されよう³⁵⁾。

31) 照沼・筑波ロー・ジャーナル9号134頁、同・刑雑50巻2号277頁。

32) そう捉えるものとして、橋爪・刑法総論の悩みどころ86頁及び註29。

33) 照沼・筑波ロー・ジャーナル9号133頁註50。

34) 橋爪・正当防衛論の基礎89頁、同・刑法総論の悩みどころ87頁、齊藤彰子「判批」判評538号(平成一五)46頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方・再論」判時2391号(平成三一)105頁。

35) 照沼教授も、「事前の回避可能性が、侵害発生後における防衛行為の相当性判

斯様にして、この見解には基本的に賛同し得る。しかし、論者が、事前の態度が重大な反撃手段を準備した作為か、軽微な反撃手段を準備しなかった不作為かの違いに意を払わないようであるのは、侵害回避義務論への批判として前述（第二章第二節第二項三）した通り疑問である。また、事前の不作為には公的救助の不要請も数えられるが、これを被攻撃者の不利益に考慮することには慎重さが求められよう。このように、防衛行為の必要性を否定する先行行為の内実については、更なる検討を要すると思われる。また、行為者の主観への要求も、論者の中で帰一するところを見ておらず、この点にも考察を及ぼす必要がある。

第三項 闘争状況の作出

一 闘争志向的態度

（一）ドイツには、正当防衛状況に備えて十分な武装（hochrüsten）をすれば、拡大を前以て計画（eine Eskalation vorprogrammieren）したものと見て正当防衛権の制限を肯定する見解がある³⁶⁾。これに示唆を得て³⁷⁾、被攻撃者の事前の態度が闘争を志向するものであった場合に正当防衛を制限する見解が我国で主張されている。木崎講師は、「予想される侵害に比して過大な反撃準備を整えて反撃行為に及んだり、侵害を回避することが可能かつ容易であるのに侵害の現場に赴いた場合には、被侵害者の行動は、身を守るための防衛行為ではなく、逆に自分の身を危険に晒して不法な闘争状況を拡大する行為と評価することができ、刑法36条1項による正当化の対象ではない」と説く³⁸⁾。これは、積極的加害意思を客観化した、「強力な反撃行為に出ることを可能ならしめる客観的な迎撃態勢などの闘争を志向する態度、すなわち積極的加害態勢」に着目するものである³⁹⁾。

斯様な相互闘争状況の拡大は、侵害の自招とそれ以外の事前の態度のいずれによってももたらされると言う。後者につき、「反撃準備が、護身を

断に影響を及ぼすこともあり得る」と説く（照沼・筑波ロー・ジャーナル9号134頁）。

36) Schmidt, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 2017, Rn 376.

37) 木崎・筑波65号31頁、同・筑波66号139頁。

38) 木崎峻輔「判批」筑波74号（平成三〇）51頁。これに賛意を表し、相互闘争状況の拡大が収束かに着目するものとして、遠藤邦彦（発言）「正当防衛の成否は何で決まるのか（座談会）」季刊刑事弁護96号（平成三〇）54頁。

39) 木崎・筑波66号133頁。

目的としたものではなく、積極的に暴力的闘争を志向する」場合、即ち「護身のために相当な程度を超えた反撃準備行為」を行った場合には、正当防衛状況を否定し得る。その判断に際しては、「準備した凶器の性状に加えて、所持の態様、被侵害者が置かれていた状況、凶器を使用した態様、被侵害者の行動態様などの諸事情」が考慮さるべきである⁴⁰⁾。攻撃の予期や反撃の準備によって、被攻撃者は攻撃者よりも心理的、物理的に有利な地位に立つ。そのため、反撃に出る前に攻撃者に警告したり、「なるべく傷害を負わせない方法で……取り押さえる」等の方法を取り得る。それにも拘らず、「あらかじめ準備した凶器や有利な態勢を利用して、積極的に強力な反撃行為に出た場合には、……本来必要ではない反撃行為に出たということが出来る。」⁴¹⁾。これを正当防衛の正当化根拠に関連付けると次のようになる。相手方の攻撃を契機に闘争を拡大する防衛行為者は、自己保存の利益を放棄乃至減少させ、その反撃行為も法秩序を維持するものではないことから、「正当防衛の正当化原理とされる自己保存の利益及び法確証の利益は、いずれも減少ないし消失する」、と^{42) 43)}。

(二) この見解が、正当防衛の成立を否定する防衛行為者の事前の態度として反撃準備行為に着目するのは、前項の見解と同様であり、支持し得

40) 木崎・筑波 82 号 14 頁。

41) 木崎・筑波 81 号 12 頁以下。なお、闘争への志向を防衛行為者の人格の属性として把える傾向を示す見解として、「主に暴力団・過激派・喧嘩好きの類についてのみ想定し得るところの、『好争的行動で予定したような侵害を招来した』場合には、防衛行為が法秩序を維持せず紊乱すると認め、急迫性を否定するもの（斎藤・新報 112 巻 1・2 号 397 頁）、襲撃をほぼ確実に予期しながら自力で対処しようとする善良な一般市民はいないが、暴力団員ならやりかねないとの含みを持たせるもの（安廣・最判解刑事篇昭和六十年 150 頁、同「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑雑 35 巻 2 号（平成八）242 頁）。

42) 闘争状況の拡大と評し得るためには、攻撃の予期が必要であるが、これは確定的であることを要しない（木崎・筑波 66 号 140 頁以下。また同・筑波 82 号 41 頁）。武器の所持の態様は考慮される。反撃準備行為の違法性は無関係である。反撃の場所も問わないため、「護身のために相当な態様を超えた武器の準備をして」自宅で攻撃者を迎え撃った場合にも「闘争状況を拡大したものと評価」し、正当防衛を否定する（同・筑波 66 号 141 頁以下）。防衛行為以前の事情を考慮することも可（同 146 頁以下）。以上は自招侵害における招致行為にも妥当する（同・筑波 65 号 42 頁以下、また同・筑波 74 号 56 頁以下）。

43) 従前より実質的に存在する紛争に被攻撃者も相応の責を負う場合、これを実力行使によって解決する行為は正当防衛の名に値しないという塩見教授の「喧嘩両成敗の法理」にも、類似の思考を看取することができようか（塩見淳「喧嘩争闘と正当防衛——喧嘩両成敗の法理を手がかりとして」論叢 182 巻 1・2・3 号（平成二九）158 頁）。

る。また、過大な準備に基いて行われた反撃が「必要ではない」との評価も妥当であろう。

しかし、被攻撃者が攻撃者より有利な状況にあるとの評価は首肯し難い。心理的には、反撃を予期していない攻撃者の不意を突くことができると言えるかも知れないが、特に物理的な有利の意味が不明である。正当防衛では攻撃と防衛の厳格な均衡が要求されない以上、被攻撃者が物理的に有利であることが武器の優越の意味であればそれは正当防衛を否定する理由にならず、結局はより軽微な反撃手段があったという防衛行為の必要性の欠如に尽きるのではあるまいか。

二 決闘との対比

生田博士は、「関連する行為事情を全体として客観的に考察し、積極的攻撃行為の一環として当該反撃行為がなされた」、「機会利用・積極加害行為意思、つまり口実防衛」の場合に、正当防衛を否定する。その根拠は、決闘との対比に求められている。双方が闘争に合意する決闘は、「近代的な『国家法による平和』に対する侵犯」故に処罰されているが、口実防衛は、「合意なしに私的闘争状態を作出する」、「決闘よりたちが悪い」ものであるため、当然に違法である、と。正当防衛の成立要件については、防衛行為の相当性を否定する。相当性要件は、「正当防衛の本質からする内在的制約」を示すものとされているようである。攻撃に先立つ事情を防衛行為の判断資料に取込むことについては、刑法36条の法文が「急迫不正の侵害に対して、……、やむを得ずにした行為」となっており、「対して」の後に読点が付されていることから、これを可とする⁴⁴⁾。

議論を防衛行為の要件に位置付けることが文言上は可能なのは、主張の通りである。しかし、闘争についての合意の存在は、合意した個人に対する法益侵害を減少、消滅させ得る反面、博士が問題にする平和への侵犯という国家に対する侵害を拡大する。それ故、望まぬ私的闘争状態の作出に一方の当事者しか合意していない「口実防衛」の方が、双方の合意する決闘より悪質さにおいてはむしろ小とも言えるのではなからうか。そうであれば、決闘との対比による違法性の根拠付けが瓦解してしまう。ま

44) 生田・行為原理と刑事違法論 250、255 頁、270 頁註 7。

論 説

た、関連する行為事情の全体的客観的考察の詳細が、なお不明であるように思われる。

第四章 検討

第一節 総説

一 ここまで取り上げた見解の中では、事前にはより軽微な手段による反撃の可能性があったことに着目するもの（第三章第二節第二項）に比較的大きな説得力が見受けられた。そこで本章においては、この説を深化することに努めたい。

二 それに先立ち、この見解を持ち出すまでもなく正当防衛を否定し得る場合に言及しておく。攻撃者を待ち受ける形態よりはその許に出向く形態に多いと思われるが、事前の行為が攻撃を招致したとまでは言えないものの、攻撃の一因を成す場合がそれである。そこでは、自招侵害に対する正当防衛を制限するための要件（はじめに二）が満たされれば、正当防衛も過剰防衛も否定されて良い。尤も、先行行為の違法性の要件を備える例は少ないと思われる。殊に待受型において、その場に留まることが違法とされる事例は稀有であろう。

斯かる例外的場合を除けば、事前により軽微な反撃手段が存在した事例では、防衛行為の必要性の否定という別の観点から、過剰防衛が成立するに止まることがあるのである。

三 防衛行為の必要性を否定するために事前に存在すべき、より軽微な反撃手段の詳細については、次節以下で検討する。それに先立って一言しておく、ここでは自招侵害におけるような事前の態度と防衛行為の密接な関連性を要求して両者を一体視する必要はない。事前の事情を考慮して正当防衛の成立を否定するのは自招侵害の場合と同じであるが、ここでの前倒しは、事前にはより軽微な反撃手段が存在しなかったかを確認することのみを目的とするからである。尤も、正当防衛制限否定説による、正当防衛の成否は防衛行為時の事情を基礎に判断すべしとの主張（第一章四）には、耳を傾ける必要がある。防衛行為に対する違法評価を左右するに相応しい一体性は要求さるべきであり、無制限の遡及による正当防衛権の過大な制限も避けねばならない。そこで、少なくとも先行行為と防衛行為が時間的に大きく隔たっていないと思われる。

第二節 事前の段階でのより軽微な反撃手段

一 防衛行為以前により軽微な反撃手段があったと問題なく認め得るのは、事前に有効かつより軽微な反撃手段を準備し得たにも拘らず、より重大な反撃手段を準備して、これを急迫した侵害に対して予定通りの過大な態様で用いた場合である。例えば、木刀で十分に対抗し得る攻撃を予期した丸腰の被攻撃者が、木刀ではなく日本刀を準備してそれで反撃した等。なお、反撃の強度は武器の使い方にもよるのであり、日本刀による反撃が木刀による反撃より重大と一概に言うことはできないが、通常の用法を想定すれば右のようになろう。

また、より軽微な反撃手段を侵害急迫時に利用する可能性を事前に断ち、急迫時にはより重大な手段しかない状況を作成した場合も、同様に扱えよう。例えば、木刀と日本刀を所持する者が、木刀で対抗できる攻撃を予期しながら、木刀を破壊して使用不能にしたり、日本刀のみを携えて現場に赴いたりした上で、日本刀による反撃を行った場合¹⁾。

二 他方、過剰な反撃の意図で準備した対抗手段を、予定した過剰な態様で用いなかった場合、事前に不必要な準備行為を行ったことのみを理由として防衛行為の必要性を否定すべきではないと思われる。例えば、攻撃者を威嚇するだけで反撃できるにも拘らず、殴打に用いるつもりで木刀を準備したが、実際はこれを威嚇に用いるに止まった場合である。木刀で対処可能な攻撃を予期したにも拘らず、相手を不必要に加害する意思で日本刀を携行したところ、現実の攻撃は日本刀でないと太刀打ちできないものであった場合も、事後的、客観的には過大な準備ではなかったことになるため、同様に解し得る。これらにおいて正当防衛を否定するのは、謂わば「過剰防衛の未遂」を過剰防衛として扱うものであって不当であろう。

三 手段が不必要に重大か否かは、防衛行為の必要性の一般的判断基準に従って判定される。即ち、攻撃の現場で木刀と日本刀が反撃手段として与えられており、どちらによっても有効な防衛を為し得る場合に日本刀を使用することが過剰なら、同じ攻撃を予期した者が、自宅にある木刀と日本刀の内後者のみを携えて攻撃者の許に赴くのも過剰である。このように

1) 小林・判時 2234 号 9 頁註 25 の挙げる例。

考えれば、判断が不明瞭に流れるとの批判²⁾には十分な理由がないことになるだろう。

第三節 準備行為の作為性

第一項 総説

一 攻撃者の保護の観点からすると、現実には用いられたものより軽微な反撃手段が事前の段階で存在したにも拘らず急迫時にはそれより重大な手段を用いて反撃したのであれば、事前の態度が作為であれ不作為であれ、正当防衛の成否は同等に扱われるべきことになるのかも知れない。しかし、既に縷説したように（第二章第二節第二項三、第三章第二節第二項三）、攻撃者の法益を保護すべき特別の地位に立たない被攻撃者に、攻撃者への侵害をより軽微ならしむる作為を義務付けることはできない³⁾。それ故、準備行為が作為であることを、正当防衛権制限の要件とすべきである。よって、攻撃者の襲来を予期した者がその場に留まって迎撃した場合に正当防衛を否定するには、過大な反撃手段を準備した等の作為が必要であり、相手を待ち受けただけでは足りない⁴⁾。例えば、所持していた日本刀で攻撃者を迎撃したが、木刀によっても十分に防衛できたとしても、木刀を用意しなかった不作為を理由に正当防衛権を制限することは許されない⁵⁾。

二 なお、防衛行為の必要性の典型的な内容は、侵害の急迫時において最も軽微な反撃手段を用いるべきことであるが、その際には作為義務も課されているようにも見える。例えば、日本刀を携帯する者に攻撃が切迫した時、近くに捨てられていた木刀で十分な反撃ができるならこれを拾って反撃に用いるべきであろうし、被攻撃者自身は刃物を使ってしか攻撃者に立ち向えない一方、その場にいるが攻撃に気付いていない屈強の通行人は攻撃者を素手で取り押さえることができるなら、この者に救助を要請すべ

2) 橋爪・刑法総論の悩みどころ 87 頁。

3) 同じ方向にあるものとして、照沼・筑波ロー・ジャーナル 9 号 130 頁。

4) 木崎・筑波 82 号 22 頁。

5) 但し、作為義務のある事前の不作為は、作為と同価値と見得る以上、これによって正当防衛が制限される。例えば、攻撃者の保護的保障人である被攻撃者が、木刀で対抗し得る攻撃を予期した時、もし反撃に出ることが許されるのであれば、手許に日本刀があっても木刀を準備すべきであろう。

きであろう⁶⁾。そうであれば、急迫以前の、攻撃に対応する時間的余裕がより大である時点では、作為を要求することへの障害がより小であるとの見方もあり得るかも知れない。

しかし、急迫時とそれ以前の単純な比較には疑問がある。急迫時には、より軽微な反撃手段を利用しない不作為と反撃という作為は、その同時性から一体の作為と見るのが自然である。先の最初の例で「木刀を拾わず日本刀で反撃する」ことが過剰、違法とされる時、そこでは「日本刀で反撃すること」を禁止する不作為義務が課されるのであって、「木刀を拾う」作為義務が課されるのではない。他方、急迫以前の不作為の準備行為と急迫時の反撃行為には斯かる同時性は要求されないため、両行為を一つの作為と評価することは通常はできず、事前の不作為は独立の行為として扱われるべきである。よって、この事前の不作為的態度を理由として、攻撃者を保護すべき特別の地位に立たない被攻撃者の正当防衛権を制限するのは、やはり不当と言わねばならない。同時性を肯定し得る例外的場合にのみ、異なる取扱が可能である。

第二項 作為的準備行為の限定

一 不必要に重大な反撃手段を調達し、これを現場に携行して実際に利用すれば、準備行為を手懸りに正当防衛を制限することに異論はあるまい。

二 しかし、被攻撃者による事前の積極的な態度の凡てを前項の意味での作為と捉えるべきではない。特に、攻撃者の許に出向いたことによって直ちに正当防衛が制限される訳ではなく⁷⁾、大小二つの反撃手段が手許にありながら大なる手段のみを携行する等、出向くことによって、事前に可能であった、より軽微な反撃手段を利用し得なくなることを要する。

比較のために、攻撃を予期した者が攻撃者の心を鎮めるために平和的に話合うつもりで攻撃者の許に素手で赴いたところ、説得に失敗して攻撃を受けた例を考えると、ここで完全な正当防衛権が認められることに異論は

6) 第二例につき、拙稿「警察官による救助の可能性と正当防衛」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（平成一九）所収 294 頁参照。通行人に救助意思のあることが前提である。

7) 出向いた事実を重視することへの疑問として、照沼・筑波ロー・ジャーナル 9 号 131 頁、同・刑雑 50 卷 2 号 276 頁。逆に、出向型を凡て作為による準備と捉え、一律に正当防衛を制限するのは、小林・判時 2234 号 6 頁。岩間教授もその結論に好意的である（岩間・山中古稀上巻 214 頁註 46）。

なかろう⁸⁾。そうであれば、攻撃について同程度の予期を抱きつつ、襲われた時に反撃することを当初から目論んでいたとしても、斯かる謂わば積極的加害意思のみを行為の違法性の根拠とは成し得ないため、正当防衛の成否については同じ帰結を認むべきである。さらに進んで、凶器を携行して反撃に用いた場合、例えば、自宅に包丁を所持する者が、包丁でのみ対処可能な攻撃を予期して、包丁を反撃用に携えて攻撃者の許に赴いた事例でも、結論が変わるべきではないであろう。この結論に違和感があると思えば⁹⁾、その淵源は、包丁の使用が銃刀法違反に当り得るところにあると思われ、同法による対応で足りるのではなかろうか¹⁰⁾。

また、甲が乙への殺意を抱いて乙宅に赴いたところ、甲の意図を察した乙が先手を打って激烈な暴行を開始したため、甲が反撃して乙を殺害した事例¹¹⁾でも、乙の行為が正当防衛に当たらないこと、甲の反撃行為がそれ自体として見れば正当防衛であること、自招侵害の事例ではないことを前提とすると、出向いた甲に正当防衛を認めて良い。攻撃を予期せずとも、加害意思を以て現場に臨み、反撃行為がその意思の現実化と言える限り、正当防衛は愚か過剰防衛の余地も否定する¹²⁾のは、加害意思に重きを置き過ぎではあるまいか。

第三項 公的救助の不要請

一 「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……そのために有効な拳銃、警棒等を携帯している」¹³⁾ ため、警察官をして攻撃に対処させることによって、「対立当事者双方ともより軽い負傷あるいは負傷なしで事態の沈静化が図られる。」¹⁴⁾と

8) 井田・季刊刑事弁護 96号 11頁。なお、攻撃者の許に出向く正当な理由があることから正当防衛の制限を否定すること（木崎・筑波 82号 23頁）への批判は、第二章第二節第四項三。

9) 橋爪・刑法総論の悩みどころ 86頁以下、同・日高古稀上 238頁註 12。さらに、同・正当防衛論の基礎 252頁。

10) さらに、正当防衛論を超えた違法の統一性の観点を導入すれば、防衛行為の違法適法を左右するものと見る余地があり得る（拙稿「違法の統一性の一断面」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（平成二八）所収 119頁）。

11) 橋爪隆「正当防衛状況の判断について」法教 405号（平成二六）113頁、同「正当防衛（1）——緊急状況性の判断」警論 69巻 3号（平成二八）165頁註 7による。橋爪教授は結論を明記していない。

12) 坂下・刑事法の理論と実務① 148頁註 84。

13) 安廣・最判解刑事篇昭和六十年 148頁。

14) 遠藤・刑事法の理論と実務① 106頁。

言うものがある。これが正しいとすると、仮に攻撃を予期した事前の段階で警察による有効な保護が確実に得られ¹⁵⁾、それによって自らが反撃するよりも攻撃者に対する侵害が軽微になるのであれば、警察の救助は、事前に利用し得た、より軽微な反撃手段に当たるため、救助の要請を義務付けることが、被攻撃者と攻撃者の双方の法益が総和としてより良く保護されるという帰結をもたらすことは否めない。

しかし、救助要請という作為を義務付けるには、特別の事情が必要である。上で述べられていたのは、事前の作為によって攻撃者が保護されるという、被攻撃者の事前の不作为の他の場合について言われていることと同工異曲であって、作為義務を支えるには足りないであろう¹⁶⁾。

二 これに対して、「国家機関による保護を優先させ、私人の実力行使をできる限り抑制する必要性という公的秩序維持の観点」という公的救助固有の論拠を挙げる論者もいる¹⁷⁾。これは、正当防衛の緊急行為性に遡るものであり、次のように敷衍できよう。平常時においては国家が実力を独占するが、国家による救助が得られない緊急事態に限っては、正当防衛等の私人の実力行使が例外的に認められている。そうすると、国家による救助が可能である場合には、自力救済禁止の原則に立返って救助の要請を義務付けることができる、と。殊に、侵害が未だ切迫していない事前の段階はなお通常状態にあるため、益々以て緊急権の行使は認められないようにも見える¹⁸⁾。

15) 公的救助の要請を義務付ける見解も、このことを要件としている（橋爪・正当防衛論の基礎 319、350 頁、同・日高古稀上巻 252 頁註 36）。救助を求められた警察が出動しなかったために侵害が現実化した実例につき、松宮孝明『先端刑法総論』（令和元）76 頁、照沼・筑波ロー・ジャーナル 9 号 132 頁。

16) 侵害回避義務論も、公的救助の要請を特別視することなく、攻撃を事前に回避する手段の一つと位置付ける。即ち、公的救助の要請は、攻撃を十分に予期した行為者が容易に行え、それによって攻撃を確実に回避し得る場合に義務付けられることになり、これを怠れば急迫性が否定される（橋爪・正当防衛論の基礎 319、350 頁、同・理論刑法学の探究① 125 頁、同・日高古稀上巻 251 頁、同・刑事法の理論と実務① 165 頁）。

17) 井田・季刊刑事弁護 96 号 14 頁。さらに、「実力行使の恣意性を排除しつつ、法システムの正当性の喪失を免れるという観点」から公的救助要請義務を認めるのは、宿谷・早研 125 号 192 頁以下。

18) 緊急状態下で警察の救助を要請させながら、それ以前の通常状態ではこれを不要とするこの不整合につき、飯島暢「書評」法時 91 巻 5 号（令和元）149 頁も参照。その他、公的救助の不要請は、被攻撃者が自力で反撃できること、即ち攻撃者よりも「物理的に有利な態勢にあることを示す」と述べるものもあるが（木崎・筑波 81 号 13 頁）、被攻撃者の主観においてそうであるに過ぎない。

しかし、正当防衛が国家の実力独占の例外であることから導けるのは、国家による救助が現在する場合には、侵害が現在または切迫していても正当防衛権が制限されることのみである。国家の救助が不在の場合に、直ちに正当防衛を認めるか、それとも救助要請を義務付けた上で義務を尽しても救助が得られなかった時に初めて正当防衛を認めるかは、別途考慮を要する¹⁹⁾。公的救助の提供は国家の義務であり、しかも実力を独占して市民による実力行使を禁じていることからすると、国家が自律的に救助を提供すべきであって、市民がそれを促す筋合ではない²⁰⁾。よって、事前の段階においては、警察への通報という作為を行ってまで攻撃者を保護する義務は認められない²¹⁾。公的救助を要請することは「市民の権利であって、かつ権利は放棄もできる」²²⁾。攻撃が切迫するに到った段階では、より軽微な防衛手段の一つとしての公的救助を要請すべきこともあり得るが²³⁾、それは別論である（第一項二）。

また、警察官を攻撃の現場に呼び寄せることの弊害も存する。その顕著な例が、集会の開催を妨害する旨の予告があった場合である。警察への通報を要求するなら、警察官の臨場する下での集会を強いることになり、集会の自由の制約が懸念される²⁴⁾。集会のような言論活動以外の日常生活であっても、警察の監視下で営ませることは個人の自由な活動を萎縮させるに帰す。斯かる憂慮すべき事態をもたらす公的救助の要請を義務付けることは、愈々以て慎むべきであろう。

三 従って、事前の不作為的態度を理由に正当防衛を否定しない立場をここでも貫き、公的救助要請義務は否定すべきである。それ故、他の事前

19) 山本・正当防衛の基礎理論 169 頁。

20) 小林・判時 2391 号 105 頁。

21) 既に山本講師は、事前の公的救助要請義務を課すことは、本来自らの権利領域内で自由に行動し得る被攻撃者に対して、自らの行動を変更までして攻撃者に配慮することを求めるものであって、自由の許されない制約であると述べている（山本・正当防衛の基礎理論 230 頁以下、238 頁）。その他、公的救助要請義務を否定するのは、林幹人「書評」書斎の窓 573 号（平成二〇）53 頁。

22) 松宮孝明「刑事立法と犯罪体系」（平成一五）9 頁。また、同・先端刑法総論 76 頁以下、同・総論 145 頁。

23) 拙稿・鈴木古稀上巻 289 頁以下。

24) 昭和 52 年決定の事案についてそのように述べるのは、松原芳博「刑事判例を読んでみよう」法教 461 号（平成三一）40 頁。これに対して、公の場所で政治的な意見の表明等の表現活動をする場合、そこから逃げたりそこに出向くことを控えたりすることは、特段の負担がなくとも義務付けられないと述べながら、公的救助を要請する義務を認めるのは、宿谷・早研 125 号 195 頁。

の不作为の場合と同様に、攻撃を予期しつつ警察に通報して救助を求めなかった事実を被攻撃者の不利益に考慮して正当防衛権を制限するのは、許されないことになる²⁵⁾。

第四節 準備行為の違法性の要否

侵害を自招した場合、そのことを理由に正当防衛を制限するには、招致行為の違法性を要求すべきである。それは、前述（はじめに二）の通り、招致行為と防衛行為の強い関連性が認められることを前提に、前者の違法性を後者に連帯させ、以て不正対不正の関係を認めるためであった。

これに対し、招致行為のない本稿の事例で防衛行為を違法たらしむるのは、準備行為時に取り得た他の手段と比較勘案すれば、現に取った手段の侵害性の方が大きいという事実である。よって、そこに準備行為の違法性評価が入り込む余地はない。準備行為が適法であっても過大であれば、正当防衛を制限することは可能である。必要以上に強力な武器を準備したり、手元にある自己所有の、防衛にとって十分な威力のある武器を処分してより強大な武器を残したりする先行行為は適法であるとしても、正当防衛は否定されて良い。

尤も、適法な筈の準備行為を理由として正当防衛権を剥奪し、反撃行為を違法とすることについては疑問も生じ得る。しかし、適法な自己危殆化行為によって招致した危難を免れるための緊急避難を違法とすべき場合があることや、正当防衛の制限は反撃行為の法的評価に関わり、準備行為と反撃行為は行為として異なること²⁶⁾からすると、この疑問は重大視するに及ばないであろう²⁷⁾。

従って、準備行為の違法性は、防衛行為の必要性を否定するための要件ではない。

25) これに対して坂下准教授は、公的救助を要請する作為と攻撃の現場に赴かない等の不作为は、いずれも「本来は被侵害者に課されない負担であり、……規範的には同質である。」との立場から、「保障人的地位類似の特別な事情がなくとも、公的救助要請可能性を考慮することは可能」とする（坂下・刑事法の理論と実務① 142頁）。

26) 坂下・刑事法の理論と実務① 150頁註93参照。

27) 自招侵害の場合につき、拙稿・研修747号6頁。

第五節 行為者の主観

前述の如く、本稿と同じく防衛行為の必要性要件に着目する論者の間では、何についての予見乃至予見可能性を求めるかの争いがあった²⁸⁾。斯かる主観は、それなくしては必要最小の反撃手段を準備し得ないが故に要求されるものであろう²⁹⁾。そうであれば、予見の対象としては、攻撃の態様に加えて、それに対処するための必要最小の反撃手段の態様、現に行った反撃準備行為が必要最小でないことを根拠付ける事情も挙げられるべきである。これらはいずれも、過剰性の前提事実、行為の違法性の基礎事情と言って良い。そこで、その現実の予見が必要と解すべきである³⁰⁾。

尤も、これは侵害切迫前の主観であり、武器の有無、種類、用法を含む攻撃の具体的な態様の予見に到達するのが困難なこともあるが³¹⁾、攻撃の詳細の認識までは要求されず、類型的事実の予見で足りよう。これも認められない場合には、被攻撃者が想定していた攻撃の上限が基準となる。例えば、攻撃が凶器を伴うことはないと考えていれば、その攻撃者が素手で為し得る最も強力な攻撃、凶器の使用もあり得ると思っていれば、予想した最も強力な凶器による攻撃を基準として、それに対応するのに必要最小の反撃手段と、自分が利用する手段がより重大であることを根拠付ける事情の認識を要する。また例えば、複数所持する有効な反撃手段の中でより軽微な物を不注意で損壊した者が、残された重大な手段を用いて行った反撃行為について、正当防衛を否定するのは躊躇される。このことに鑑みれば、より重大な手段の利用の認識の中には、それを利用せざるを得ない状況が生ずることの認識も含まれると解すべきであろう³²⁾。

28) 伊東教授は、侵害の予期を不要とするようである（伊東・研修710号7頁）。

29) 坂下陽輔「判批」判評711号（平成三〇）27頁参照。

30) よって、危険な攻撃を予期しながら現場に赴いた者が、自分の腕力を過信したため凶器を準備しなかったか、慎重さ故に庖丁を持参したかでは、客観的な防衛行為の必要性の有無を異にするとしても、反撃の過剰性を基礎付ける事情を欠く点において相違はない。橋爪教授は、侵害回避義務論の立場から、「凶器の準備それ自体に独自の意義を認めるべきではない」と述べ、この二つの事例で急迫性の判断を異にしない（橋爪・日高古稀上巻253頁）。

31) 宿谷・早研125号184頁。

32) 包丁で威嚇することによって対抗できる攻撃を予期しながら、相手が襲って来たら刺す目的で包丁を持ち出したが、相手が予想以上に激しい攻撃を加えて来たためこの包丁で相手を刺し、それがその場における必要最小限度の防衛手段であったとすれば、事前の違法な過剰事実の認識によって正当防衛を否定すること

第六節 帰結

一 以上の考察の結果、作為によって過大な反撃手段を準備した場合には、防衛行為の必要性が否定され³³⁾、過剰防衛が成立する。これによる刑の減免の可否については、違法責任減少説に立つ場合、違法と責任の両面からの考察を要する。

自招侵害の場合と異り、ここでの準備行為に違法性は不要であり、これが違法であったとしてもその違法が反撃行為に連帯する程の強い結び付きは両行為の間に存しない。そこで、反撃行為それ自体に目を向けるべきことになるが、これは急迫不正の侵害から法益を保全するものである点に鑑みると、急迫時に防衛行為の必要性を欠く事例と同程度の違法減少を肯定できよう。責任については、急迫以前の心理的切迫性が認められないか弱い時点で過剰な反撃への意思決定を行っていることから、その減少は、防衛行為時に相対的の最小限度性を欠いた事案におけるよりも認め難い³⁴⁾。よって、刑が減免される余地は相当程度限定されよう。

二 反撃を準備する本稿の場合と自招侵害を比べると、一般的に見て、侵害を招致する後者は、攻撃への関与の強さ故に、前者よりも厳格な法的評価に値する（第一章二）。自招侵害に対する反撃行為には過剰防衛も成立せず単なる違法行為と成すべき所以である。そして、正当防衛を制限するための要件も、後者のものの方がより厳格である。その結果、招致行為を行った事例で、それが適法である等の理由により自招侵害を理由とする正当防衛権制限の要件を満さないとしても、本稿の場合に当るために過剰防衛しか認められなくなる余地は残る。他方、招致には至らない準備行為でも、自招侵害の要件を満せばそれとして扱われ、過剰防衛すら成立しなくなる（前述第一節二）。

三 最後に、本稿の主張を、最高裁の代表的な判例に照らして検証しておく。

はできないと思われる（第二節二）。

33) 準備した手段にこの意味での必要性が存すれば、手段それ自体は重大であっても正当防衛が認められる。禍根は、そのような手段でないに対処できない攻撃手段を用いた側にある。手段の重大性は、銃刀法違反等の別の観点から問題にさるべきであろう。

34) 坂下・刑事法ジャーナル 62号 20頁、同・判評 711号 27頁参照。

（一）先ず、最判昭和30年10月25日（刑集9巻11号2295頁）を取り上げる。某日午後11時頃、被告人甲等は、某飲食店付近でT等から立ち向かわれたために（第一の攻撃）一旦逃避したが、翌日午前2時頃、T等に謝罪させ、攻撃されれば立ち向うため、「即ち単なる受働的防衛のためではなく敏速有力にこれに反撃を加えるため」（2296頁）、日本刀一振を抜身のまま携え、仲間と共に同飲食店付近に赴き、道路上で叢に身を潜め、傍に日本刀を置いて様子を窺っていた。するとTが現れ、甲等を認めるや矢庭に出刃庖丁で甲に突き掛かって来たため（第二の攻撃）、甲はこれに対して日本刀で数回斬り掛かったという、傷害致死の事案に関する。最高裁は次の如く判示した。「被告人が数時間内に更にTらと対面するにおいては更に攻撃を受ける蓋然性が多い状況にあつたものというべく」、しかも甲は、第二の「不正の侵害については早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んでTと対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺っていた訳であるから、Tのこの不正の侵害は被告人にとつては急迫のものというべからざるものであり、又被告人がTに加えた判示傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである。〔改行〕であるから、被告人の……所為は正当防衛とならないのは勿論、所論の過剰防衛（防衛の程度を超えた行為）を構成することもなく、誤想防衛（急迫不正の侵害がないのに拘らずかような侵害があると誤想してなされた防衛行為）にも当らず刑法二〇五条一項に当るものである。」

第二の攻防の場面だけを取り出せば、甲に正当防衛が認められよう。そこで事前の段階に目を転ずると、甲は日本刀を準備している。しかし、Tの庖丁による攻撃に効果的に対抗し得る、日本刀より軽微な手段を甲が有していたかは不明である。それ故、Tと対峙すべく店に再び出向いたことも、より軽微な反撃手段の利用を不可能にする行為ではない。従って、これらは防衛行為の必要性を否定する理由にならない。また、店に出向くことは適法であるから、これを攻撃招致行為と見るとしても自招侵害の事案として正当防衛を否定することもできない。

甲の行為に正当防衛を認める斯かる結論が不都合と感じられるとすれば、その印象は甲の使用した武器が日本刀であったことに依拠するところ大と思われる。しかし、日本刀でないと対処できない強力な攻撃を行った

のはTである。これに対する必要最小限の反撃を行った甲については、銃刀法による処断が先ずは考えられるべきであろう（前述第三節第二項二）。

（二）次に、積極的加害意思の項でも言及した最決昭和52年7月21日について検討する。中核派所属の被告人六名は、政治集会の開催を企画し、木刀や鉄棒を準備した上で会場を設営していたところ、対立する革マル派十数名が押し寄せて来たため、これらの凶器で内一名を滅多打ちにして撃退した。しかし、同派が態勢を立て直して再び襲って来るのは必至と考え、入口に防塞を築いていると、時を移さず同派が来襲して鉄棒を投げ込んだり突き出したりして来たので、被告人等はこれに応戦した。暴力行為等処罰ニ関スル法律1条に該当する第二の行為につき、最高裁は積極的加害意思の存在を理由に急迫性を否定した。

本稿の立場からは、相手方を待受けていた行為者に、その場から立去る作為義務は課せないため、立ち去らない不作為を理由に正当防衛権を制限することはできない。しかし、当初から準備していた武器が客観的には迎撃用として不必要に重大であり、これを準備した時点で相手方による攻撃を具体的に予期していたなら、防衛行為の必要性を否定して過剰防衛とすることが可能であったと思われる。

（三）平成29年4月26日最高裁決定については、既に事案と決定要旨を本稿冒頭（はじめに三）で紹介した。この事案の被告人は、接近して来た攻撃者に対して直ちにその急所を刺突しているが、包丁による威嚇や生命の危険のない部位の刺突という、より軽微な方法に一定の防衛効果を見込め、これを取ることが攻撃の現場において可能であったことは、最高裁も前提としていると思われる。それ故、急迫時を基準にしても防衛行為の必要性を欠く事案であった。よって、本稿のように事前の事情を考慮しても防衛行為の必要性を否定するに止めるならば、考慮の有無に拘らず過剰防衛となる。より軽微な手段を現に取ったが功を奏しなかったために包丁で急所を刺した、反撃の場面では正当防衛を認め得る事案に修正すれば初めて本稿の本来の問題になり、次のように考えるべきであろう。被告人が、包丁より軽微で有効な反撃手段が自宅にあったにも拘らず包丁を携えて攻撃者の待つ場所に向いたならば、事前の作為的準備行為の故に防衛行為の必要性が否定される。そのための主観面については、攻撃者から「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た」と判示され

ているが、この予期が有効かつ必要最小限度の反撃手段に想到し得る程度に具体的であり、かつ現実の反撃手段がそれより強大であることを根拠付ける事情を認識している必要がある。その時、過剰防衛の余地のみが残る³⁵⁾。

他方、先の修正に加えて、事前の段階でも包丁より軽微な反撃手段がなかったとすれば、単にこれを携えて出向いた事実のみによって正当防衛を否定すべきではない³⁶⁾。被告人が包丁を威嚇に用いるために持ち出し、防衛行為も示刃器脅迫罪（暴行行為等処罰法1条）に止まった場合も、正当防衛である³⁷⁾。また、威嚇すれば足りるにも拘らず刺突目的で包丁を持ち出したが、現場ではこれを用いて威嚇するに止まったならば、客観的には最軽微の準備を行ったことになるため、やはり正当防衛を認めて良い。

同決定が侵害の予期を前提に急迫性を否定する手懸りにしているのは、侵害の予期に関する事情（②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、⑦実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同）、侵害の回避に関する事情（④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性乃至侵害場所に留まる相当性）、予定乃至現実化された反撃行為に関する事情（⑥対抗行為の準備状況、特に凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等、⑧行為者が侵害に臨んだ状況、⑨その際の意味内容）、その他の事情（①行為者と相手方との従前の関係）に分類できよう³⁸⁾。本稿の立場からは、第三群、

35) 松宮教授は、急迫不正の侵害を肯定しつつ、反撃が防衛の程度を超えており、しかも「必要もないのに被害者の下に出向いて威嚇もせずいきなり致命傷を負わせるのは情状が悪」として、過剰防衛による刑の減免も認めないようである（松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命377号（平成三〇）105頁。同・先端刑法総論86頁も同旨）。

36) しかし小林教授は、警察に通報もせず敢て包丁を携えて攻撃者に向って行ったのは、価値的に見て積極的に相手の居所に赴いたに等しいとして、急迫性を否定する（小林憲太郎「判批」判時2336号（平成二九）145頁）。

37) 包丁を携行した被告人が防禦的防衛に止まっていれば正当防衛の余地を認めるのは、中尾・曹時71巻2号485頁、佐伯仁志「判批」判時2357・2358合併号（平成三〇）22頁、橋爪・日高古稀上巻255頁、井田・季刊刑事弁護96号16頁。逆に、示刃器脅迫（暴行行為1条）に止まったとしても、「正当防衛も過剰防衛も成立しない、というのが通常感覚ではないかと思われる」と述べるのは、小林・判時2336号144頁。被告人がハンマーを携行し、攻撃者の腕を骨折させるに止まっていれば許されると見るのは、井田良（発言）「正当防衛の成否は何で決まるのか（座談会）」季刊刑事弁護96号（平成三〇）46頁。

38) 坂下・判評711号25頁以下。類似の分類として、橋爪・日高古稀上巻245頁、同・刑法総論の悩みどころ101頁、遠藤・刑事法の理論と実務①117頁。本文の番号は、決定理由に挙げられた順を示す（はじめに三参照）。

殊に⑥が重要であり、その主観における反映として第一群も有意義であるが、第二群は意味を持たないことになる。第二群に関して最高裁は、「A [攻撃者] 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」事実を摘示した。これが、警察の救助を要請しなかったことを被攻撃者の不利に扱う趣旨であるとすれば³⁹⁾、疑問である⁴⁰⁾。

39) 坂下・判評 711 号 29 頁註 6。これに対して小林教授は、最高裁は呼出しに応ずることを禁ずるに止まり、応じない場合の典型的な他の選択肢として警察への通報を挙げるに過ぎず、「公的救助の要請が義務づけられているわけではない」可能性を示唆する（小林・判時 2391 号 105 頁）。

40) 山本・正当防衛の基礎理論 238 頁。逆に、被告人は警察の救助を求むべきであったと主張するのは、井田・季刊刑事弁護 96 号 48 頁。

結びに代えて

本稿では、急迫不正の侵害に反撃する行為が、それ自体として見れば正当防衛の要件を満しているとしても、被攻撃者の事前の態度に鑑みて正当防衛の成立を否定すべき場合はあるか、という問題につき、自招侵害以外の場合について検討を加えた。その結果、過大な反撃手段を作為によって準備した場合に、防衛行為の必要性の判断対象を事前に遡らせることによって同要件を否定するに到った。その場合に過剰防衛は成立するが、刑の減免が認められるかは事案による。また、防衛行為の必要性が肯定されても、防衛行為の相当性が否定されて過剰防衛となる可能性はなお開かれている。必要最小限とされた防衛行為が、攻撃行為と著しく均衡を失って大であるような場合である。

本稿の事例で急迫性を否定する判例や学説には与し得ないとしても、急迫性の意義が時間的切迫性に尽きず、正当防衛による対抗が例外的に許される対立状況という規範的意味を凡そ有しないと切り切ってしまうかは一問の問題である。この点も含め、本稿で論じ尽くせなかった点については、今後の課題とせざるを得ない。

