

論 説

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（一）

坂 下 陽 輔

第一章 本稿の課題

第一節 本稿の検討対象

第二節 退避義務・侵害回避義務

第三節 比例性

第四節 正当防衛に基づく違法性阻却の理論的根拠

第五節 刑罰との類比による正当防衛制限の基礎づけについて

第六節 本稿の課題と検討の方法（以上、本号）

第二章 ドイツにおける議論

第三章 アメリカにおける議論

第四章 わが国における解釈論

終 章

第一章 本稿の課題

第一節 本稿の検討対象

正当防衛が問題となる状況において、不正の侵害者に対して被侵害者が何らかの譲歩をせねばならない場合はあるか、あるとすればその規範的根拠はいかなるもので、いかなる範囲で譲歩をせねばならないのか。これが本稿により扱われる課題である⁽¹⁾。

第一款 侵害回避義務と退避義務

最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 卷 4 号 275 頁（以下、「平成 29 年決定」とする）は、被告人が、従前からトラブルのあった被害者からの不正の侵害を事

(217)

前に十分予期しており、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備して被害者の待つ場所に出向き、被害者が侵害してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動をとることもせずに被害者に近づき、被害者の左側胸部を強く刺突して殺害したという事案において、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合」についての正当防衛の成否は「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべき」であるとした上で、侵害の十分な予期と侵害回避可能性・公的救助要請可能性等を指摘して、そのような状況で行われた対抗行為は、「刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさない」として、正当防衛・過剰防衛の成立を否定した。そして、刑法 36 条の趣旨について、「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」⁽²⁾とした。ここからは、一定の場合には私人による自力救済は避けられるべきであり、侵害回避や公的救助要請による衝突解消が求められる、との価値判断が読み取られ、いわゆる侵害回避義務論に親和的な説示といえる⁽³⁾。

また、同決定において参照されている最判昭和 46 年 11 月 16 日刑集 25 巻 8 号 996 頁（以下、「昭和 46 年判決」とする）は、原判決が行為者による退避可能性や救助要求可能性を根拠に急迫性を否定したのに対して、そもそもそのような事実認定自体首肯できないとしつつ、「かりにそのような事実関係であつたとしても、法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない。」としていた。ここでは、当該事案との関係では傍論に留まるものの、侵害切迫後の退避可能性等が、防衛行為の相当性の判断には影響を与えうることが示唆されている。

両判例は、退避可能性・事前回避可能性を理由に正当防衛を否定する余地

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（一）

を認めるものといえ、「行きたい場所に行く自由」、「その場に留まる自由」という行動の自由を侵害者のために犠牲とすること、すなわち、不正の侵害者に対して一定の譲歩を行うことを、被侵害者に要求する結果となっているといえる。

第二款 比例性の問題

さらに、最判平成21年7月16日刑集63巻6号711頁（以下、「平成21年判決」とする）は、被告人らが共有持分権・賃借権等を有する建物に、被害者Bらが立入禁止等と記載した看板を取り付けるという不正の侵害を行っていたところ、被告人が、これを阻止しようとして、被害者の胸部等を両手で突いて転倒させ、加療約1週間を要する後頭部打撲等の傷害を負わせたという事案において、正当防衛の成立を認めたものだが、その際、被告人の暴行の程度が「軽微なものであった」ことを指摘し、「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B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。」と判示した。ここには、財産権を防衛するために侵害者の身体の安全を侵害する場合、一定の場合には（必要最小限度の対抗行為であったとしても）防衛手段としての相当性の範囲を超える場合があることが示唆されているように思われる⁽⁴⁾。とすれば、財産権に対する急迫不正の侵害があったとしても、一定の場合にはその財産侵害を一旦甘受し、後の民事訴訟による損害回復に委ねることが被侵害者に求められ、不正の侵害者に対して一定の譲歩を行うことを被侵害者が要求される余地があることになる。

第三款 問題状況の整理

以上の問題は、前者が退避義務・侵害回避義務の問題、後者が対抗行為と侵害行為との比例性の問題として、扱われてきた。両問題状況は、不正の侵害者との関係で被侵害者が一定の譲歩を要求される状況という形で、大きく

は包摂することができ⁽⁵⁾、共通の視座からの検討が求められよう。

もっとも、両問題状況には、相違点も存在することに留意する必要があるのは当然である。まず、比例性の問題は、平成 21 年判決の事案のように、生命侵害のような重大なものには至っていない侵害行為との関係で譲歩が要求されるものに過ぎないのが典型であるが、それに対して退避・侵害回避の問題は、生命侵害のような重大な侵害行為との関係で譲歩が要求されるのが典型である、という相違が指摘できる。侵害行為の重大性に関するこの相違に着目すれば、退避義務・侵害回避義務の賦課の方が、被侵害者にとってより大きな譲歩といえよう。また、比例性の問題領域では、退避が不可能（あるいは意味をなさない場合）であったとしても対抗行為が認められないので、直接的に侵害にさらされた法益自体の一時的放棄が被侵害者に求められることがありうるが、それに対して退避義務・侵害回避義務の問題領域では、直接的に侵害にさらされた法益（生命・身体など）は確実に安全に守られることを前提に、行為自由の一時的放棄のみが被侵害者に求められる、という形で相違点を把握することも可能である。このように被侵害者が侵害者のために犠牲にする具体的利益の相違に着目すると、一方で、「現場に滞留する利益」に生命・身体にも比肩する高度の要保護性を認めれば⁽⁶⁾、財産侵害の一時的受忍より、退避を義務づけられる方が負担の大きい譲歩になろうが、他方で、「現場に滞留する利益」をそれほど高度なものとして評価しなければ⁽⁷⁾、財産侵害の一時的受忍の方が被侵害者にとって負担の大きい譲歩になろう。

このように、両問題状況には相違点も存在し、その相違点の把握の仕方の一つではない。とすると、共通の視座から検討したとしても、一方は是認できるが、他方は是認できない、ということもありうる。両問題状況の共通する側面と異なる側面を十分に意識しながら分析を行う必要がある。

第二節 退避義務・侵害回避義務

まず、近時議論がより盛んである、退避義務論・侵害回避義務論についての議論状況を確認する。退避義務・侵害回避義務論を積極的に主張した論者として、佐藤文哉、橋爪隆、佐伯仁志が挙げられる。すでに指摘もある通り、この三者の見解は、基本的に被侵害者の正当な利益を害するか否かという観点のみに焦点を当てる前二者の立場と、対抗行為により侵害者が被る不利益にも目を向ける佐伯の立場に大きく区別される⁽⁸⁾。もっとも、子細に見ればこれらの見解にはかなり共通する部分もあることがわかる。

第一款 佐伯仁志の見解

佐伯は、「侵害の回避義務や退避義務が一般的に課されてしまうと、侵害が予期されると行きたい場所にも行けなくなるし、侵害を受けるといつも逃げ回っていなければならなくなってしまう」ことになり、「そのような社会が自由で望ましい社会と言い得ない」ことを根拠に、一般的・制度的利益としての「現場に滞留する利益」を重要視し⁽⁹⁾、致命的でない対抗行為の場合には、侵害回避に特段の負担がない場合に限り侵害回避義務が肯定され、退避義務も、現場に滞留する行為それ自体に要保護性が認められない場合に限り課されうるとする⁽¹⁰⁾。しかし、現場に滞留する利益は、侵害者の生命の保護に優先するものではないとし、侵害発生を確実に予期し、それへの対抗のために致命的な対抗行為が必要となる場合には、侵害回避義務が肯定されるべきであり、一時的に住居から逃れることも求められるとし、退避義務についても、安全確実に退避できるのであれば、致命的な対抗行為は行使できない、とする⁽¹¹⁾。

なお、佐伯は、致命的でない対抗行為に関して侵害回避義務・退避義務が課される場合につき、「侵害を回避することに特段の負担がない場合」と「現場に滞留する行為それ自体に要保護性が認められない場合」という異なる表現を使用している⁽¹²⁾。しかし、前述のとおり佐伯は、「侵害の回避義務

や退避義務が一般的に課されてしまう……社会が自由で望ましい社会と
言い得ない」とし、侵害回避義務と退避義務を別異に扱っていない。また、致命的
の対抗行為の場合の両者の扱いも異ならないことに鑑みると、両者を質的に
異なるものと理解しているわけではないと思われる。

これに対し、橋爪は、「現場に滞留する利益」の要保護性の判断に、利益
衝突状況現実化以前の事情は直結しないとし、侵害回避義務を、優越的利益
原理の「社会全体の利益状態の向上」という究極的目的に鑑みて課される、
正当防衛・緊急避難に共通の外在的制約とする⁽¹³⁾。正対不正の対立構造は
不正の侵害が切迫した段階で初めて現実化するもので、それ以前の段階で侵害
の不正性という属性が確定的に付与されているわけではないとして⁽¹⁴⁾、侵
害回避義務を退避義務とは異なる判断枠組みで検討するのである⁽¹⁵⁾。しか
し、この主張には疑問がある。橋爪は、「現場に滞留する利益」を、「不正の
侵害に直面した場合には常に侵害から逃げ回らなければいけないということ
になると、そもそも危険な場所に行くのを控えるなど、その行動がどんどん
萎縮していくことになる」点に鑑みた、一般的・制度的利益であるとしてい
た⁽¹⁶⁾。「そもそも危険な場所に行くのを控えるなど」の萎縮効果の除去に主
眼があるならば、それはいずれにせよ侵害急迫以前の潜在的被侵害者への萎
縮効果を問題としており、とすれば侵害回避義務の賦課も同様の萎縮効果
をもたらす以上⁽¹⁷⁾、別異に扱うべきではないだろう。また、侵害回避義務の
観点から正当防衛が否定されるのは、侵害を回避せずに実際に不正の侵害が
現実化し、それに対して対抗行為をした場合なのだから、事後的に現実化し
た不正の侵害との関係で正の被侵害者の行動の自由が制限されているとの構
図は質的には変わらない。そもそも侵害急迫以前であっても、予想される侵
害を不正と評価することは可能であろう⁽¹⁸⁾。ゆえに、退避義務論と侵害回
避義務論を異質の問題と考えるべきではない⁽¹⁹⁾。後述のように、橋爪自身、
結論においては、退避義務と侵害回避義務をそれほど違えて判断していない

ように思われる⁽²⁰⁾。

第二款 佐藤文哉の見解

佐藤は、「正当防衛の本質的属性である緊急行為性」に着目して、回避・退避可能性が正当防衛の成否に影響を与えるべきであるとする。「正当防衛状況の生ずることは、もともと法秩序の好まないところである」として侵害回避義務の可能性を指摘し、退避義務についても「安全確実に、被侵害者側の利益を害することなく、退避できれば、被侵害者の法益は守られるし、侵害者の法益も害されなくてすむ」のであり、それこそが「法秩序の望むところといえる」とするのである⁽²¹⁾。

そして、侵害回避義務について、「侵害を予期したからといって、被侵害者の生活上の自由が制約されるべきいわれはないから」、「不正の侵害を予期した……場合でも、一般的には、侵害を回避する義務はない」が、「予期した侵害を格別の負担を伴うことなく回避できるのに、侵害があれば反撃する意思をもって、予期した侵害の場所に出向く場合……と、予期した侵害を待ち受ける場合」は、「予期された侵害を避けないというにとどまらず、将来の侵害を受けて立つことにより、被侵害者……において正当防衛状況を作り出した場合」といえ、侵害回避義務を認めてよい、とされる。そして、侵害回避義務を認めるために侵害の予期に加えて必要な被侵害者の意思内容としては、原則としては、「侵害があれば反撃する意思があれば足り」、「積極的加害意思までは必要でない」とする。それに対して、「自宅や勤務時間中のオフィス、集会中の会場など……の場所では、侵害があれば反撃する意思だけで留まっている限りにおいては、回避すべき義務は生じ」ないが、「可能であるのに公の救助を求めることもなく、積極的加害意思をもって留まる場合には、それらの場所を私的闘争の場として利用するのであり、生活上の自由をそれとして享受しようとしているのではないから、それらの場所に留まる正当な利益を認めなくてよい」とする⁽²²⁾。

(223)

以上のように佐藤は、基本的には、被害者の回避に伴う負担が甘受させる程度にとどまるか否かのみ焦点を当て、甘受させる場合には常に、(公的救助要請を含む)侵害回避義務を課すもののように思われる。もっとも、佐藤の検討が、「侵害、反撃とも、生命または身体を害する場合」に限定されていること⁽²³⁾は注目すべきである⁽²⁴⁾。すなわち、佐藤は、負担なく侵害回避が可能である場合に常に侵害回避を要求するとは確言しておらず、特に対抗行為が重大なものである場合に、議論の射程を慎重に限定しているように思われるのである⁽²⁵⁾。

なお、佐藤は退避義務につき、「被害者に対し一般的に退避義務を課すことは、退避が行動の自由など正当な利益を制約する最たるものである」ので、「いわれのない侵害に対し、そのような義務を要求することはできない」としつつ、「防衛行為の内容面では制約を課してよい」とし、「安全確実に退避できるのに質的過剰行為に出ることは、……過剰防衛にもならない」とする。また、退避可能であったことは、直ちに防衛行為の相当性を失わせるわけではないが、「退避可能性がなければ相当性のある防衛行為であっても、その可能性があるために過剰防衛と評価すべき場合があってよい」とする⁽²⁶⁾。すでに多くの指摘があるように、佐藤の退避義務論は、やや適切さを欠いているというべきであろう。前者の点については、退避可能性のあるのにあえて質的過剰行為に出た場合に過剰防衛も認められないのは、防衛の意思が認められ難い類型であるからにすぎない⁽²⁷⁾。後者の点についても、退避可能性に鑑みて正当防衛を否定する以上は退避義務を課しているのと同様であろう⁽²⁸⁾。そもそも前述のように、侵害回避義務と退避義務に質的な違いはなく、区別する理由もない。

第三款 橋爪隆の見解

一 退避義務

橋爪は、正当防衛において退避義務が原則的に課されない根拠を、市民の

(224)

行動の自由は萎縮させられるべきではないという価値判断を凝縮した概念としての「現場に滞留する利益」という一般的・制度的利益が被侵害者に存する点に見出し、現場に滞留する利益が保護に値しない場合にのみ退避義務を課することができるとする⁽²⁹⁾。そして、被侵害者が自宅等で侵害を受けた場合には、「生活の本拠に留まることについては、行為者が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べき」として退避義務を否定する⁽³⁰⁾。それに対して、「そこに留まること自体に重要な生活上の利益が認められるわけでもないが、それが違法と評価されるわけでもない場合」については、「もっぱら他人の利益を侵害する目的で現場に滞留する場合には、もはや『現場に滞留する行為』は保護に値しない」とする。また、「①そもそも現場に留まることに関する客観的利益が被侵害者にとってはそれほど大きくはない状況において、②ある程度の場所的移動を要求しても、被侵害者にとって、それほど負担とはならない場合であれば、（防衛行為として）被侵害者を殺害しなければいけない可能性を認識しつつ現場に留まる行為は、もっぱら他人の利益を侵害する目的で現場に滞留する場合の一類型と考えることができる」とする⁽³¹⁾。さらに、橋爪は、「相手を殺害せざるを得ないことがわかっていながらも、追求する価値のある目的というものあまり考えられない」とも述べており、ここでは明らかに、対抗行為により侵害者が被る不利益と被侵害者の現場に滞留する利益との価値衡量が行われている⁽³²⁾。

このようにみれば、橋爪は、佐伯が現場に滞留する利益を侵害者の生命の価値に優先しないと評価して退避義務を肯定することを批判しているが⁽³³⁾、実質的には類似の判断枠組みに拠っていると評価できるように思われる⁽³⁴⁾。

二 侵害回避義務

橋爪は、侵害回避義務につき、前述のように、優越的利益原理の外在的制約として論ずるが、実際は退避義務に関する検討と類似の検討を行っている。すなわち、「危険回避義務を一般的に広く要請すること」は「個人の自

由な行動を大幅に制約することを意味する」ので不当であり、「とすれば、逆に、たとえ事前の危険回避行為を要求したとしても、それが行為者にとって特段の負担を意味しないような場合には、その限りにおいて危険回避を義務づけることが正当化できる」とする⁽³⁵⁾。そして、一定の回避措置を可能とする程度に具体化された侵害の予期の存在を前提に⁽³⁶⁾、行為者が正当な利益を犠牲にすることなく侵害を回避できるかを問題とし、自宅などの「そこに留まること自体に重要な生活上の利益」が認められるべき場所からの逃避は義務づけられず、公的救助要請義務が認められるにすぎないのに対して⁽³⁷⁾、そのような場所以外においては、現場に赴くあるいは滞留する目的が正当な利益の存否の判断において重要になり⁽³⁸⁾、しかも「自宅や居室に滞留する場合と異なり、行為の利益・要保護性がそれほど強くない場合には、正当な利益性は絶対的な判断ではなく、侵害の予期や予期された侵害の危険性の程度と、相関的に判断される」とする⁽³⁹⁾。ここでは侵害の重大性や予期の程度が問題とされているが、これらにより侵害回避が義務づけられやすくなる実質的な理由は、これらが高度である場合には重大な対抗行為がなされる可能性が高いからであろう⁽⁴⁰⁾。とすれば、対抗行為により侵害者が被る不利益と被侵害者の行動の自由との価値衡量が行われているのであり、結論においては、退避義務に関する「現場に滞留する利益」の判断枠組みと、侵害回避義務に関する「正当な利益」の判断枠組みとは、ほぼ一致するといつてよからう。

第四款 検討

一 退避義務・侵害回避義務論の現状と平成 29 年決定

以上のように見ると、三者の立場は、出発点を異にしているので重点の置き方に濃淡はある（ゆえに退避義務・侵害回避義務が課される範囲に相違が生じる）ものの、対抗行為の重大性と現場に留まる利益の両方を考慮して、退避義務・侵害回避義務の存否を判断していると評価できる。三者とも、対抗行

為が重大でない場合には、基本的に退避義務・侵害回避義務を課していない⁽⁴¹⁾。対抗行為が重大である場合についても、自宅等以外の場所が問題となっている場合には、退避義務・侵害回避義務を課するという方向性で概ね一致している。相違点は、対抗行為が重大なものである場合に、自宅等からの退避義務・侵害回避義務を認めるか否かに尽きているといえよう⁽⁴²⁾。このように、対抗行為の重大性を退避義務・侵害回避義務の存否を判断する際に考慮することは、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁（以下、「昭和52年決定」とする）以降の議論とも整合的である。

昭和52年決定は、「予期+積極的加害意思」により急迫性を否定するとの判断を示したものであるが、同決定の調査官解説において香城敏磨は、「予期+積極的加害意思」により急迫性が否定される根拠につき、「このような場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為と少しも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は違法であるというほかはない。それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃がともに違法であるのと、まったく同様なのである。」と述べていた⁽⁴³⁾。この記述の真意はやや不明瞭であったが、香城が関与した大阪高判昭和56年1月20日刑月13巻1・2号6頁が、昭和52年決定を参照しつつ、積極的加害意思の認定はせず、警察の援助を受けることの容易性や、それにも拘らず拳銃を準備し、実際に発砲したことを指摘するのみで急迫性を否定していることと併せ読めば、侵害回避可能性・容易性と重大な対抗行為の準備・実現が重視されていたと理解できる。

また、安廣文夫は、昭和52年決定のいう積極的加害意思について、「私人が、公的救助を求める十分な余裕があるのに、……侵害者に対し、その生

命・身体などに原状回復不能な永続的被害を与えるような攻撃防衛を行うことについては、侵害主体もまた人間であるという視角からの制約も考えなければならぬ」とし、「相手方の攻撃とのバランスを欠く過剰行為にまで及ぶという意味が認められないとしても、法が所持・携帯を禁止する凶器を用いて相手方の生命を奪ったり、身体に重大な侵害を加える意思を有しているときは、そのような意思自体を『積極的加害意思』と見て急迫性を否定してよい……。また、たとえ法が所持・携帯を禁止する凶器を用いなくても、事前に殺意をもちながらあえて侵害に臨んだと認められる場合についても同様に解してよいであろう。」⁽⁴⁴⁾としており、ここでも、侵害回避可能性・容易性と、対抗行為としての生命侵害・重大な身体侵害の事前の意思及びその実現が重視されていることが窺える。

さらに、平成 29 年決定は、急迫性を検討する際の考慮事情として、侵害の予期に関する事情や侵害回避可能性・容易性に関する事情に加えて、「対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）」や「行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容」という対抗行為の内容に関する事情を挙げており、具体的あてはめにおいても、「被告人は、A〔筆者注：被害者〕の呼出しに応じて現場に赴けば、A から凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、A の呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、A の待つ場所に出向き、A がハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま A に近づき、A の左側胸部を強く刺突した」としており、侵害の予期や現場に赴くことの不必要性、公的救助要請の容易性に加え、重大な対抗行為の準備とその実現を挙げている⁽⁴⁵⁾。

とすれば、結局、自宅等からの退避義務・侵害回避義務の存否については争いがあるものの、それを除けば、退避・侵害回避が容易・可能であれば、

それをせず重大な対抗行為を行うことは許されない、という価値判断が、上記学説と判例で共有されているとってよからう。

二 批判的見解

このように、対抗行為の重大性（侵害者の法益の重要性）を考慮して、正当防衛を制限する立場に対しては、山口厚からの厳しい批判がある。すなわち、侵害者の生命法益の重要性を強調することが、なぜ正当防衛の制限を基礎づけるのかが不明である、との批判である⁽⁴⁶⁾。そして、侵害者の法益の重要性を考慮して、退避義務・侵害回避義務を想定する立場は、「被侵害者と侵害者の法益とを同列に具体的な衡量の対象とする」ものと理解せざるを得ず、正当防衛を緊急避難と連続的なものと把握することとなる点で不当である、とする⁽⁴⁷⁾。実際、橋爪は、正当防衛を緊急避難と同様の優越的利益原理の下で把握すると明言している⁽⁴⁸⁾。また、佐伯も正当防衛と緊急避難との連続性を否定せず⁽⁴⁹⁾、正当防衛の制限を認める際に侵害者の生命法益の重大性のみを根拠として挙げているため⁽⁵⁰⁾、やはり優越的利益原理に依拠し、正当防衛と緊急避難との連続性が前提とされているといえよう。

しかし、これらの見解は、正当防衛を緊急避難の延長線上で考えているにも拘らず、山口が正当に指摘するように、「緊急避難と全く同じ要件で正当防衛の成否を判断しようとしているわけではな」く、「侵害者の生命保護の観点から、正当防衛の成立要件を厳格化すべきだとしているにとどまる」ものであり、理論的な不明瞭さが残る⁽⁵¹⁾。特に問題になるのは橋爪の立場であろう。橋爪は、正当防衛と緊急避難との相違は、被侵害者側に加算される「現場に滞留する利益」に求められるとしつつ⁽⁵²⁾、「現場に滞留する利益それだけの価値が生命の価値に優越するものではない」ということを認めている⁽⁵³⁾。しかし、そうであれば佐伯が指摘するように、対抗行為が致命的なものになる場合には、たとえ不正の侵害が生命に対する危険を有するものであっても、安全確実に退避が可能であれば、生命と生命の間には利益衝突

はなく、真の利益衝突は「現場に滞留する利益」と侵害者の生命との間のみ存するので、退避義務を課すことが一貫する⁽⁵⁴⁾。これに対して橋爪は、「現場から退避した場合、被侵害者は自己の生命を保護することができるが、その代わりに『現場に滞留する利益』を犠牲にすることになる。両者の利益がともに正当な価値を有するのであれば、行為者に一方の利益を犠牲にする形で、利益衝突の解消を命ずるべきではない。このように考えれば、被侵害者には生命・身体と『現場に滞留する利益』を同時に防衛する可能性が認められるべきであり、現場に滞留する利益それだけの価値が生命の価値に優越するものではないとしても、そのことを理由として、被侵害者の退避義務を導くことはできない」と反論する⁽⁵⁵⁾。しかし、緊急避難の延長線上に正当防衛を位置づけている橋爪の立場からすれば、被侵害者に生命・身体と現場に滞留する利益を同時に防衛する可能性が認められるべき、との規範的価値判断を先取りすることは不可能であろう。橋爪の前提からは、社会全体の法益を最大化することのみが重要なはずであり、被侵害者の生命・身体と現場に滞留する利益が同時に防衛されるべきであるとすれば、それは、退避させた場合に唯一失われる被侵害者の現場に滞留する利益の方が、対抗行為を許した場合に唯一失われる侵害者の生命法益よりも価値が上回ると評価される場合のみであろう。そして、たとえ自宅等の生活上の重要な利益がある場所に留まることであっても、侵害者の生命法益に勝ることはないとするれば、自宅からの退避も義務づけられるという方が論理的である。正当防衛を緊急避難の延長線上で理解する立場からは、佐伯の見解が最も一貫したものであり、自宅等からの退避・侵害回避を（可能な公的救助要請を除いて）認めない橋爪の結論を導くためには、むしろ正当防衛と緊急避難の質的相違を明確にした理論構成を採用した上で、例外的に正が不正に譲歩しなければならない場面をより積極的に基礎づけるべきであろう⁽⁵⁶⁾。

第三節 比例性

また、正当防衛を緊急避難の延長線上に理解する立場を額面通りに貫けば、比例性に関しても問題が生じる。最も大きな問題と思われるのが、強盗事例である。屈強な強盗犯人に財産を奪われようとしている体格的に劣る被侵害者が、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侵害者が暴行されることはない、という事案を想定し⁽⁵⁷⁾、正当防衛を緊急避難の延長線上に理解すればいかなる結論になるかを見てみたい。

第一款 佐伯・橋爪の見解

佐伯は、生命の最大限の尊重を強調し、殺人・生命に危険のある傷害について被害者の同意によって違法性阻却が認められないとの通説的理解を前提とすれば、致命的対抗行為については、大まかな均衡性を要求すべきとし⁽⁵⁸⁾、「生命や身体の重大な侵害が正当防衛として許容されるのは、生命や身体などの重大な法益を守るために限られる」としていることから⁽⁵⁹⁾、上記強盗事例においては、財産的利益の侵害さえ受忍すれば強盗犯人の生命も被侵害者の生命もいずれも維持される以上、財物の引渡しが被侵害者に義務づけられることになろう⁽⁶⁰⁾。

橋爪は、やや異なる観点から次のように述べる⁽⁶¹⁾。緊急避難の延長線上に正当防衛を理解し、現場に滞留する利益を防衛利益に加算することで正当防衛の特殊性を説明するという前提から、「被侵害者の生命、身体、意思決定の自由などが直接的に侵害されている場面においては、『現場に滞留する利益』も同時に危殆化されている」が、「財産や名誉に対する侵害の場合、それによって『現場に滞留する利益』が直接的に危殆化されているわけではない」⁽⁶²⁾。「所有物を窃盗犯人に奪取された場合でも、被侵害者は何の問題もなく、その場に留まることが可能である。もちろん、『財産や名誉などの利益を享受しつつ、その場に留まり続ける』という利益状態は侵害されてい

ることができるが、その侵害はいわば間接的なものであり、生命や身体に対する重大な侵害にさらされた場合とは質的に異なる」とする⁽⁶³⁾。つまり、橋爪は、現場に滞留する利益が直接的に危殆化される類型と間接的に危殆化されるに過ぎない類型とを区別し、後者の場合には対抗行為者側への加算利益が減少するので、緩やかな害の均衡が要求されるとする。この立場からも、上記強盗事例においては、財物の引渡しに被侵害者に義務づけられるとするのが論理的である。というのも、橋爪の言葉を借りれば、財物を引渡しせば「被侵害者は何の問題もなく、その場に留まり続けることが可能」であり、「財産……利益を享受しつつ、その場に留まり続ける」という利益状態の侵害は認められるものの、その侵害は「間接的なもの」に過ぎないことになるからである。

このように両者は、論理構成は異なるが、同様の結論に至る。しかも、以下の理由から、橋爪の主張は実質的には佐伯の主張と異ならないといえるように思われる。たしかに、生命や身体に対する重大な侵害にさらされた場合、被侵害者がそれを甘受しつつその場に留まり続けることは（そのままでは重大な侵害を被ってしまうので）通常は考えられないのに対して、財産侵害を甘受しつつその場に留まり続けることは想定可能である。しかし、そのように事実として留まり得るということは、橋爪のいう現場に滞留する利益という概念においては重要でないはずである。橋爪は、現場に滞留する利益を、単に物理的・場所的な利益に尽きるわけではなく、「不法な侵害におびえることなく、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」としていた⁽⁶⁴⁾。とすれば、「利益を享受しつつ、その場に留まり続ける」ことこそが「現場に滞留する利益」の本質的内容であり、利益享受なき現場滞留が可能でも、不法な利益侵害におびえなければならない以上、現場に滞留する利益は直接的に危殆化されているというべきであろう⁽⁶⁵⁾。とすれば、橋爪が比

例性の問題で指摘していることは、対抗行為により生じる侵害者への重大な侵害との関係で、生命侵害・重大な傷害の甘受は被侵害者に要求しえないが、財産侵害の甘受は要求しうる、との価値判断に尽きているというべきであろう⁽⁶⁶⁾。

第二款 検討

正当防衛を緊急避難の延長線上に理解する場合、緊急避難における害の衡量が避難行為により生じた利益侵害と避難行為に出なかった場合に生じたであろう利益侵害との間でなされることに鑑みれば⁽⁶⁷⁾、正当防衛の比例性の問題も、対抗行為により生じた利益侵害と対抗行為に出なかった場合に生じたであろう利益侵害との比例性が問題になると考えるのが自然である⁽⁶⁸⁾。とすると、上記強盗事例においても、対抗行為を行えば被侵害者の生命と財産は維持されるものの侵害者の生命は失われるのに対し、対抗行為を行わずに財産を引渡せば被侵害者の財産は失われるものの両者の生命はいずれも維持されるので⁽⁶⁹⁾、対抗行為に出ることは正当化されず、財産を引渡すべきとすることが一貫する。

しかし、このような帰結は受け入れ難いであろう⁽⁷⁰⁾。佐伯は別の箇所では、「正当防衛を広く認めることは、守るべき財産を有する社会の強者を弱者に対して保護する側面も有している」⁽⁷¹⁾と正当防衛の過度の拡大に警鐘を鳴らしており、このこと自体は傾聴に値する。しかし、上記強盗事例においては、明らかに（守るべき財産の量という意味ではないが）被侵害者こそが社会的弱者であり、自らの正当な権利・利益を強度の暴力により奪われようとしている社会的弱者に刑事処罰が向けられることに、やはり違和感が拭いきれない⁽⁷²⁾。また、窃盗に対しては対抗行為以外の自衛がある程度可能であるのに対して、強盗に対してはそれがより困難であることから、正当防衛を否定した場合の潜在的被侵害者への萎縮効果は重大なものになると思われ、やはり正当防衛を否定することには違和感が残る。

もちろん、正当防衛を緊急避難の延長線上で理解する立場が、上述の例において正当防衛を制限すべきとの主張を明示的に行っているわけではないが、緊急避難論との同質性・生命法益の最大限の尊重という観点が組み合わされば、正当防衛の制限に至るのが一貫するのであり、かかる帰結を否定するのであれば、別の論証が必要であろう。すなわち、正当防衛と緊急避難の質的相違を明確にした理論構成を採用した上で、例外的に正が不正に譲歩しなければならない場面をより積極的に基礎づける必要があるだろう。

第四節 正当防衛に基づく違法性阻却の理論的根拠

それでは、正当防衛と緊急避難の質的相違を明確にした理論構成とはいかなるものであろうか。この点については、正当防衛に基づく違法性阻却の理論的根拠からの検討が必須である。

第一款 従来の議論

正当防衛により対抗行為の違法性が阻却される根拠については、従来多様な議論があるものの、それらは利益衡量的枠組みによる立場と正当防衛の権利行為性に着目する立場に大きく分けることができる。前者は、法確証の利益の存在に着目する立場⁽⁷³⁾と、現場に滞留する利益の存在に着目する立場⁽⁷⁴⁾とに分かれるが、対抗行為により侵害者の法益が侵害されている以上、その結果反価値が、法確証の利益や現場に滞留する利益という結果価値で補填されなければ、対抗行為は正当化されえない、という利益衡量的発想が窺える点で共通する。これに対して後者は、法によって正当と認められた権利・利益を防衛することは、それ自体を理由として原則的に許容されるとする立場であり、正当な権利・利益と評価される被侵害者の法益が不正の侵害者のために犠牲にされることは容易には正当化され得ず、仮に被侵害者が不正の侵害に譲歩しなければならないとすれば、当該法益を正当な権利・利益と評価したことと矛盾する、という点を強調する⁽⁷⁵⁾。この二つの考え方は、

(234)

正当防衛状況における侵害者と被侵害者を対等と見るか、被侵害者に質的な優越性を見出すか、という点で出発点を異にする⁽⁷⁶⁾。前者は、侵害者と被侵害者を対等と見るがゆえに、侵害者の重大な法益を維持するためであれば、被侵害者に一定の侵害受忍を要求してもよい、という発想に至る傾向があるのに対し、後者は、正当な権利・利益を防衛する被侵害者と不正な侵害を行う侵害者は対等な関係ではなく、正当防衛状況を解消する負担を負うべきは原則的には侵害者であり、被侵害者は何ら負担を負うことなく正当防衛状況から脱出できるべきであると考え、正当防衛の制限に警戒を示す傾向がある⁽⁷⁷⁾。

第二款 利益衡量的枠組みによる立場への疑問

利益衡量的枠組みによる立場は、言うまでもなく、正当防衛を緊急避難の延長線上に把握する見解に対応する。しかし、このように正当防衛を緊急避難の延長線上で理解する見解には、根本的な疑問がある。

まず、緊急避難においては、生命の衡量は不可能とされることが少なくないにも拘らず⁽⁷⁸⁾、正当防衛においては、たとえば、被侵害者が複数人からなる強盗犯人からの生命に危険な侵害を受けようとしていて、退避することも不可能であり、対抗行為としてはその複数の強盗犯人をいずれも殺害するほかに方法がない場合でも、当然正当化されることに鑑みれば、正当防衛と緊急避難との連続性が維持できないことは明白であろう。そもそも緊急避難は、危難の原因でない無関係の第三者に、避難行為者が不利益を転嫁するものであり、正当防衛とは想定される場面が大きく異なっている。それゆえに、危難に陥った者は、本来その運命を甘受するか危険源への対抗により免れるべきであり、無関係の第三者に転嫁をすることは原則として許されないとの見方も有力であり⁽⁷⁹⁾、緊急避難を純然たる正当化事由と位置づけることに学説上今日でも根強い批判があることには相応の理由があろう⁽⁸⁰⁾。

また、正当防衛を緊急避難の延長線上で理解する立場は、緊急避難を「両

立不可能な利益衝突の場面においては、いずれか一方を犠牲にせざるを得ない」場合に「より保護の必要性の高い利益を保全するため、それに劣後する利益を侵害することを許容する」ものと理解するので⁽⁸¹⁾、正当防衛においても、具体的法益衝突場面において維持される法益の最大化が強調されることになる。しかし、具体的法益衝突場面において維持される法益の最大化は、違法性を検討する上で無視しえない観点ではあるが、違法性を基礎づける決定的な唯一の観点ではない。このことは不作為犯の議論に目を向ければ明らかである。たとえば、ある者が散歩をしている際に、偶然、無関係の幼児が池で溺れているところに通りかかったが、周囲には誰もおらず、その幼児を救助できるのがその者一人であり、かつ水に濡れることを厭わなければ、簡単に助けることができた、という事例⁽⁸²⁾において、この散歩者に殺人罪が成立するとする論者はいないだろう。不作為の惹起力を認めるとすれば、この場合にも散歩者は、社会全体の立場から見た法益の最大化に反した行為をしているといえる。それにも拘らず、自由主義原理との調和の観点から、たとえ無関係の第三者の重大な法益をいかに少ない負担で守ることができるとしても、保障人的地位が認められない者の不作為は違法とは評価されない。すなわち、違法性評価においては、具体的法益衝突場面において維持される法益の最大化のみを重視すべきではなく、自由主義的なものの方との調和、当該利益衝突が誰の負担で解消されるべきかという規範的観点も重要なのである⁽⁸³⁾。

第三款 正当防衛の権利行為性に着目する見解の正当性

このような規範的観点と調和する優れた見解が、正当防衛の権利行為性に着目する見解である。この見解の背景には、刑法の任務は全ての者が自己の人生を自己の洞察に従って送ることができるようにする前提条件を整える点にある、との理解がある。敷衍すると、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、

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（一）

法は個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こととしている。そして、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いう帰結が導かれる、との理解である。かかる理解を前提とすると、他者の法領域で創出された自己の法領域への危難としての「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だけ、ということになる。そのため、対抗行為は、当該侵害者の法領域への干渉を含まないことになり、正当防衛の適法性は当然ということになる。そして、当該危険が侵害者の負担で、被侵害者に負担なく解消されるべきものである以上、緊急避難におけるような、退避・回避の問題や、対抗行為に出なかった場合に生じたであろう法益侵害と対抗行為による法益侵害との比例性の問題は基本的に生じない。正当防衛の範囲は、侵害者の法的保護の必要性が完全に失われるわけではないので必要以上の対抗行為は許されない、ということを根拠とする、必要最小限度性の基準によってのみ限界づけられうるというのが、基本的な考え方になる⁽⁸⁴⁾。

第四款 正当防衛の権利行為性に着目する見解からの正当防衛制限の困難性

もちろん、我が国においても緊急避難の規定が存在することから明らかのように、このような極端な自由主義的観点のみで法秩序が成り立っているわけではない。例外的場合には自己の法領域に属さない損害を他者に代わって負担すべきという連帯原理が、「自律的生の現実化のための条件の保障」という観点により基礎づけられる。つまり、上述のような自由主義・自己答責性を貫徹した法制度のみでは自律的生を送ることを可能にする条件は充足さ

れず、いわば保険・社会インフラ的な前提条件を整備することが、自律的生を保護するために例外的に要請される場面があり、緊急避難はそのような制度の一つと位置づけられる⁽⁸⁵⁾。

問題は、この修正の文脈で正当防衛の制限を正当化できるのかであるが、それは困難である。連帯原理はあくまでも例外的な位置づけであり、緊急避難において補充性が要求されるのもその現れである。すなわち、緊急避難においては、他者に転嫁することなく危難を免れ得る場合には、連帯を他者に要求することができないとされている。この観点を正当防衛の場面に移すと次のようになる。不正の侵害は、侵害者の負担で原則的に解消されるべきものであり、必要最小限度の対抗行為は原則的に許容されるという、自由主義的出发点に立つと、正当防衛の制限という問題状況は、不正の侵害者が被害者に対して連帯を要求するという構図と理解される⁽⁸⁶⁾。とすると、不正の侵害者は、典型的には窃盗行為や強盗行為といった不正の侵害行為を中止すれば対抗行為を受けずに済むにも拘らずそれを継続しているので、被害者に連帯を要求することができないはずである。責任無能力の侵害者のように規範的に見れば侵害を中止することができない侵害者に対する正当防衛が制限される余地は残るものの⁽⁸⁷⁾、主として問題となる故意・有責の不正の侵害者との関係での正当防衛の制限は、この観点からは正当化されえない。

とすると、正当防衛の権利行為性に着目する見解から、連帯原理とは異なる、正当防衛を制限する規範的根拠が存在するかが、今後の検討の課題となる。

第五節 刑罰との類比による正当防衛制限の基礎づけについて

そのような規範的根拠の一つの可能性を提示する注目に値する見解を述べるのは、飯島暢である。飯島は、正当防衛と刑罰の類似性という観点を前面に押し出し、比例性をその中核的な要素とする正当防衛論を展開し、注目す

べき帰結を導いている。

第一款 主張の骨子

飯島は、まず、正当防衛と国家刑罰を「共に法秩序の構成者の自由の領域を保障するための法制度」として「類似のものと捉える」べきとする。すなわち、「刑罰は、具体的な被害者の自由の領域の侵害の程度と法秩序の規範的効力の侵害の程度に価値的に相応した自由の制限として、規範の効力を犯罪以前の状態に回復させ、それによって被害者の自由の領域そのものを回復させる役割を果たす」ものであるとの理解を示した上で、正当防衛の問題状況も、「急迫不正の侵害によって具体的な被害者の自由の領域（法益）が侵害を受け、そして、同時にそれを保障している法秩序の規範的効力が動揺を受ける」のであり、「国家権力による保護がかなわない状況下で、このような動揺に晒された法秩序の規範的効力を維持し、同時に自己の自由の領域を維持するための強制力の行使が正当防衛であり、規範の効力に対する侵害の程度及び自由の領域に対する侵害の程度に見合った自由の制限を攻撃者に与えるものである。」とするのである。そして、「正当防衛が、応報刑と類似した、規範の効力とそれが保障する自由の領域を維持するための制度である限り、均衡性も正当防衛の要件となる。つまり、防衛行為は、急迫不正の侵害に均衡したものでなければならない。」とする。具体的には、「軽微な財産侵害に対して、攻撃者の殺害に至りうるような危険な防衛手段をとることは均衡性の要件を満たさない」とする。さらに、「攻撃者の主観面が故意或いは過失のいずれであるのかに応じて、法秩序の規範的効力に対する侵害の程度も異ならざるを得ない」とし、また「犯罪と刑罰の文脈で語られる法秩序の規範的効力の侵害については、責任能力が完全にある場合が原則として本来想定されており、責任能力があつて初めて、この規範的効力の侵害も完全に認められる」として、均衡性・比例性の判断は、「攻撃者の帰責性の有無・程度によって影響を受ける」とする⁽⁸⁸⁾。

このように一方で飯島は、正当防衛においても比例性・均衡性が重要な要素であることを指摘しつつ、他方で、退避義務の賦課には否定的な態度をとる。すなわち、「退避により、より効果的に自由の領域（法益）を守ることができたとしても、急迫不正の侵害それ自体を放置するのでは、当該の法益を保障する法秩序の規範的効力の動揺を無視することに他ならず、単に事実上法益を（財として）維持できたとしても、それを自由に行使する可能性が防衛者から奪われてしまう」⁽⁸⁹⁾とする。これは、退避可能性があろうと、被侵害者の当該法益の自由な行使が侵害されている以上、対抗行為が侵害者の行為責任に比例している限りは、対抗行為が許容され退避義務は観念しえない、という趣旨であろう⁽⁹⁰⁾。対抗行為が侵害者の行為責任との比例性を失うがゆえに、対抗行為が認められない結果として、被侵害者は、侵害を受忍したくなければ退避せざるを得ない、ということはあるが、かかる間接的義務づけの場合を除いて、退避義務は基礎づけられないとするのである。飯島は明言していないが、この理解からは、侵害回避義務にも批判的な立場をとることになる。

第二款 検討

このように飯島は、正当防衛と刑罰とを類比することで、対抗行為として許容される範囲を侵害者の行為責任（侵害の違法・有責性）との比例性により画そうとする。正当防衛を緊急避難の延長線上で把握する理解のように、対抗行為により生じた利益侵害と対抗行為に出なかった場合に生じたであろう利益侵害との比例性を問題とするのではないのである。飯島の立場からは、上述強盗事例について、侵害者の行為責任が重大であるがゆえに、たとえ財産侵害を甘受すれば侵害者の生命・身体への対抗行為は不要であるとしても、正当防衛の制限は認められず、対抗行為としての生命・身体侵害は正当化される、ということになりえよう。我が国において、必要最小限度の対抗行為でも比例性の観点から許容されない例として典型的に挙げられるのは、

(240)

リング1個の窃盗を阻止するために、窃盗犯人を殺害する以外に方法がないというような場合であり⁽⁹¹⁾、侵害者の行為責任が重大でない場面が想定されてきたように思われる⁽⁹²⁾。飯島の立場は、上記強盗事例において正当防衛を制限することへの違和感を免れつつ、従来の学説が主として念頭に置いていた、比例性による正当防衛制限が必要な事例についての正当防衛制限の余地を残すものとして、非常に魅力的なものといえよう。しかし、以下で述べるように、この飯島の立場には多くの疑問が残る。

一 正当防衛と刑罰とを類比することへの疑問

まず、正当防衛と刑罰とを類比する論理構成に疑問を覚える。たしかに、飯島が指摘するように、従来の「個人主義的に正当防衛を構成する見解」が、「それ自体では単なる自然的・事実的な財」にすぎないものにのみ目を向けており、「他者からの妨害を受けない各人の自由の領域として規範的に捉えられる」べき被侵害者の権利領域への侵害という観点を軽視してきた⁽⁹³⁾、とするのは、正当防衛の権利行為性に着目する見解と軌を一にする問題意識であり、正当である⁽⁹⁴⁾。飯島が、そのように規範的に捉えられた権利にはその「妨害を阻むために強制力を行使する権能が含まれる」⁽⁹⁵⁾とするのも、同様の趣旨として理解可能である。

しかし、このことから正当防衛と刑罰との同視を導くのは論理の飛躍であろう⁽⁹⁶⁾。仮に、正当防衛の問題がすでに動揺した規範的効力を維持・回復するという問題であれば、すでに指摘されているように⁽⁹⁷⁾、事後的に侵害者を処罰して、国家刑罰による規範妥当の回復を図ればよいはずである⁽⁹⁸⁾。そう解すべきでないのは、正当防衛には、まさに侵害されようとし、それゆえいまだ侵害されたわけではない、正当な権利・利益と評価された被侵害者の具体的法益が侵害されないようにするための対抗行為であるという、刑罰付科とは決定的に異なる点があるからである。たしかに、具体的法益を現実

などにより正当化される必要があるかもしれない。しかし、正当防衛は、（飯島自身も支持していると思われる）その権利行為性に着目すれば、法により正当な権利・利益と評価された被侵害者の具体的法益を不正の侵害者の負担で現実には防衛するものとして、自由主義原理に基づく法秩序に原則的に違反するものではなく、例外を基礎づける規範的根拠がない限り、そもそもそれ自体法秩序の規範的効力を動揺させるものではないので、法秩序の規範的効力の維持・回復という観点から正当化される必要がない。逆に、刑罰において罪刑均衡を求めても、犯罪被害者に不利益を課すことを意味しないのに対して、正当防衛の制限を行うことは、これから行われる正当な権利・利益の侵害の甘受を被侵害者に刑罰により強制することを意味するので、その正当化こそが必要になろう。ゆえに正当防衛と刑罰とを類比して、罪刑均衡と同様の観点から正当防衛の制限を基礎づけることは適切ではないだろう⁽⁹⁹⁾。

二 飯島の見解からの帰結への疑問

さらに、正当防衛と刑罰との類似性を強調することで、飯島の立場は首肯しがたい二つの帰結にも至る。

一つは、飯島が、判例⁽¹⁰⁰⁾・学説上⁽¹⁰¹⁾一般的に要求される、対抗行為の必要最小限度性の要件を「攻撃者側の利益状況を配慮した事実上の限定要件」にすぎない不要のものであると切り捨て、「攻撃者に対する配慮は、均衡性の範囲内で足りる」とする点である⁽¹⁰²⁾。これは、正当防衛と刑罰の類似性を強調するあまり、行為責任に応じた対抗行為を侵害者は受忍すべきである、という発想に至っていることの現れであろう。しかし、正当防衛は被侵害者の権利・利益を防衛するためのものであり、侵害者に当該衝突状況を解消するために必要な程度以上の負担を負わせることを正当化する理由はなく、かかる帰結は首肯し難い。

もう一つは、（最終的に飯島もその帰結を否定するが⁽¹⁰³⁾）飯島の主張を素直

(242)

に受け取れば、責任無能力者に対しては正当防衛ができなくなる、という点である。責任なき侵害者に対しては正当防衛ができず刑法 37 条の緊急避難ができるに留まるという主張は、我が国で支持を集めることは考えにくい⁽¹⁰⁴⁾、刑罰と正当防衛の同視を強調すれば、その帰結を免れることはできないであろう⁽¹⁰⁵⁾。

以上の点に鑑みると、やはり飯島の正当防衛理解には首肯しえない。正当防衛の制限は、刑罰との類似性からは正当化されえず、別の規範的根拠を必要とする。

第六節 本稿の課題と検討の方法

以上のように、正当防衛の権利行為性に着目する立場が出発点としては適切であるとすれば、正当防衛の制限を基礎づけることは必ずしも容易ではない。それにも拘らず、我が国においては、害の著しい不均衡を引き起こす対抗行為が正当化されるとする立場⁽¹⁰⁶⁾は極めて少数に留まり、害の著しい不均衡の場合には対抗行為は必要最小限度であったとしても許されないとして、一定の比例性を要求するのが圧倒的多数の立場であるのが現状である。しかも、正当防衛を緊急避難の延長線上に把握する立場だけでなく⁽¹⁰⁷⁾、権利行為性に着目して正当防衛を理解する立場でさえ、一定の比例性を求める立場が多数なのである⁽¹⁰⁸⁾。また、第一節でみたように、侵害回避義務・退避義務・比例性の観点から、正が不正に譲歩する場面が存在することを想定するのが、現在の判例の立場であるといえる。

しかし、権利行為性にに基づき正当防衛を理解する立場からは、その出発点と整合的な、正当防衛の制限を認めるべき規範的根拠は、必ずしも明確には提示されてこなかったように思われる。そのような規範的根拠は果たして存在するのか、これを探求することが本稿の第一の課題である。そして、そのような規範的根拠が明らかになった場合、その規範的根拠から、いかなる意

味の比例性が求められるのか、退避義務・侵害回避義務までも基礎づけられるのか、それはいかなる場合か、をも明らかにする必要がある。これが本稿の第二の課題である。その際、糸口となりうるのは、「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。」という平成 29 年決定の説示である。これは、安廣が「正当防衛の本質的屬性である緊急行為性」という観点を指摘し、「緊急行為は、……法秩序の侵害の予防又は回復を国家機関が行ういとまがない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、このような場合以外にまで私人に広く緊急行為を許すことは、かえって法秩序を害するおそれがあるのであって、法的救済方法が一応完備している近代国家においては、緊急行為という理由による違法性の阻却は、なるべく最小限度にとどめなければならない」とし、その観点から、侵害の予期、侵害回避可能性・容易性、対抗行為の重大性の考慮により正当防衛を制限する判例理論を理解していた⁽¹⁰⁹⁾ことと併せ考えれば、自力救済禁止原理に基づく正当防衛の制限可能性を示唆したものといえる。正当防衛の制限は、正当防衛を緊急避難の延長線上で理解することでしか基礎づけられないものではなく、自力救済禁止原理と正当防衛との関係をより深く吟味することで、正当防衛の権利行為性に着目する見解からも、一定の限度での正当防衛の制限が許容される余地が生じることが示唆されているのであり、この観点からの検討が有益であろう。

以上の課題に取り組むため、まずドイツにおける議論の再検討を行う。前稿においては、正当防衛を過度に制限する危険を孕む、正当防衛を緊急避難の延長線上に把握する立場を批判的に検討することに重点が置かれ、正当防衛の権利行為性に着目する出発点を採用した場合の正当防衛制限の可能性に関する吟味が必ずしも十分ではなかった。ドイツにおける正当防衛の権利行為性に着目する立場においても、少なくとも比例性による正当防衛の制限を

認める立場が多数であり、その規範的根拠をより慎重に探究することは筆者に残されていた課題といえる。そのため、第二章において、ドイツにおける比例性・退避義務・侵害回避義務に関する議論を検討する。続いて、第三章において、アメリカにおける議論の検討を行う。近時、アメリカ正当防衛法からの知見を参照して、比例性・退避可能性に基づく正当防衛の制限を、従前の理解に比してより広く要求する立場が有力に主張されていることに鑑みれば⁽¹¹⁰⁾、アメリカ正当防衛法の検討から、正当防衛制限の規範的根拠に関する知見が得られると期待されるからである。また、そこで得られた知見から、論者が主張するような広範な正当防衛の制限が真に基礎づけられ得るのかを吟味する必要もあろう。最後に、以上で得られた知見を踏まえて、第四章において、比例性、退避義務・侵害回避義務の賦課による正当防衛制限に関する、我が国における解釈論を提示したいと思う。

- (1) 本稿は、拙稿「正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）～（五）・完」法学論叢 177 巻 4 号 33 頁，177 巻 6 号 38 頁，178 巻 2 号 79 頁，178 巻 3 号（2015 年）25 頁，178 巻 5 号（2016 年）69 頁において、不十分に留まった検討を補充するものである。
- (2) この説示に対しては、「警察官に助けを求めうる場合に侵害の急迫性が欠けるとすれば、私人が警察官とともに正当防衛を行えなくなるにとどまらず、急迫性がない以上、助けを求められた警察官による正当防衛すら否定されかねない。」との批判がある（井上宜裕「判批」新・判例解説 Watch 22 号（2018 年）192 頁注 13，豊田兼彦「演習」法学教室 451 号（2018 年）133 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）107-109，112 頁。

まず、後段部分は失当だろう。本決定の同説示は正当防衛が「私人による対抗行為」のみに関わるもの（松宮・前掲 112 頁）という趣旨ではなく、当該事案で「私人による対抗行為」の当否のみが問題となっていることから「私人による対抗行為」が許容されるのがいかなる場面かについての説示をしたにすぎず、公的機関による対抗行為を排除する趣旨ではないと理解すべきである。むしろ、公的機関による法的保護を求めることを私人に要求しつ

つ、その公的機関が到着しても対抗行為ができないとする価値判断はありえず、本来的に対抗行為を行うべき主体である公的機関が対抗行為を行えることは本説示の当然の前提であろう。本決定は「急迫性」が主体ごとに異なると判断され得ることを認めていると理解されるべきである（もちろん、公的機関の行為が刑法 36 条により直接的に正当化されるか警職法 7 条を介するかについて争いがあるのは周知のとおりである。大塚仁ほか『大コンメンタール第 2 巻 [第三版]』（青林書院、2016 年）680 頁 [堀籠幸男＝中山孝夫] 参照）。

前段部分は問題状況を 3 つに分けるべきである。まず、①警察官の対抗行為の方が私人のそれより穏当であり、警察官の対抗行為により私人の法益が十全に守られ得る場合、私人の対抗行為は必要最小限度の対抗行為でない以上、すでに正当化されない（もっとも、最終的には③と同様の扱いとなろう）。次に、②警察官の対抗行為では不十分であり、私人も共に対抗行為を行わなければ自身の法益を十全に守ることができない場合、十全な保護が得られないという意味で「公的機関による法的保護を求めることが期待できない」一場面といえ、当該私人との関係でも侵害は「急迫」のみであり、私人の対抗行為は正当化されよう。やや議論が複雑になるのは、③警察官の対抗行為のみで私人の法益は十全に守られるものの、私人の方がより穏当な対抗行為を行うことができるという例外的な場合であり、この場合には私人の自力救済と国家実力独占との関係が正面から問題になる。この問題について、橋田久「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]』（成文堂 2007 年）288-289 頁は、私人の対抗行為こそが必要最小限度であり、警察官による救助は許容されないとする。これに対して、（もちろん射程外だが）本決定の説示は、私人による対抗行為の例外性を強調していることから、この場合にも私人による正当防衛を否定する立場により親和的であるかもしれない。上述の批判が当たりうるとすればこの箇所のみである。さらなる検討を要するが、私人による自力救済は公的機関に比して専門性が低く、たとえ例外的に私人による対抗行為の方が穏当な場面がありうるとしても、現実には穏当な手段を選択できるとも限らず、またより穏当な手段であると誤信して対抗行為に出る危険もある（安廣文夫「判解」最判解刑事篇昭和 60 年度 148-149 頁参照）ことから、私人の自力救済が常に孕むかかる危険を可及的に排除するために、典型的に公的機関による対抗行為を優先させる方が適切であるとの理解は十分にあり得よう（ドイツにおける議論として、*Armin Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*,

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（一）

- 2008, S.166f. 参照。さらに山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（2・完）」立命館法学 377号（2018年）186頁注197も参照。このような理解に批判的なのは、松生光正「国家と緊急救助」『法の理論 35』（成文堂、2017年）57-59頁）。もっとも、この問題を急迫性要件に位置づけるべきかについてはさらに検討を要する。というのも、現実には侵害が時間的に切迫あるいは現在しているという咄嗟の状況において、警察官の対抗行為により私人の法益が十全に守られ得るのか否かの判断が求められる以上、過剰防衛の余地を残しておくべきであるとすれば、急迫性要件の問題ではなく、防衛行為の相当性の要件に位置づけるのが適切との理解に至り得るからである（この限りで橋田・前掲 292頁参照）。
- (3) 佐伯仁志「判批」判例時報 2357・2358号（2018年）22頁。
 - (4) 増田啓祐「判解」最判解刑事篇平成 21年度 304頁。
 - (5) 山口厚「回避・退避義務再論」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）135頁。
 - (6) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）74-75頁。
 - (7) 林幹人『刑法総論 [第2版]』（東京大学出版会、2008年）186頁。
 - (8) 山口・前掲注 5・133頁。佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006年）102頁も参照。
 - (9) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）146頁。
 - (10) 佐伯・前掲注 8・104-106頁。
 - (11) 佐伯・前掲注 8・103-106頁，同・前掲注 9・146頁。
 - (12) 佐伯・前掲注 8・105頁。
 - (13) 橋爪・前掲注 6・89-92頁。
 - (14) 佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、1998年）240頁も参照。
 - (15) 橋爪・前掲注 6・94-96頁。さらに同「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル 16号（2009年）10頁。
 - (16) 橋爪・前掲注 6・75頁。
 - (17) 退避義務は可能な場合には退避しなければならないというものであるのに対し、侵害回避義務は（侵害現実化後には）退避不可能であったとしても正当防衛が認められないとするものとするれば、侵害回避義務を課す方が萎縮効果は大きいとさえいえるかもしれない。
 - (18) 佐伯・前掲注 9・122, 136頁参照。

- (19) 橋爪・前掲注 6・95 頁は、侵害の確実な予期により、正当防衛は認められるが、緊急避難は認められないという問題解決は不合理であるから、正当防衛と緊急避難に共通する統一的解決の枠組みが必要である、ともする。しかし、後述のように、正当防衛と緊急避難が異なる理論の根拠に基づくものであるとすれば、別異取扱いすることも不合理ではあるまい。
- (20) 山口・前掲注 5・129-130 頁参照。さらに橋爪・前掲注 15・12 頁も、侵害回避義務と退避義務との連続的把握の方向性を示唆している。
- (21) 佐藤・前掲注 14・237-238, 240 頁。
- (22) 佐藤・前掲注 14・242-243 頁。
- (23) 佐藤・前掲注 14・238 頁。
- (24) 佐伯・前掲注 8・110 頁注 41 参照。
- (25) 退避義務に関する箇所ではあるが、佐藤・前掲注 14・250 頁が、侵害者の生命を被侵害者の行動の自由より重く見るという価値判断を肯定的に紹介していることから、このような態度が窺える。
- (26) 佐藤・前掲注 14・249, 254 頁。
- (27) 山口・前掲注 5・132 頁。
- (28) 佐伯・前掲注 8・106 頁。
- (29) 橋爪・前掲注 6・75-76 頁。
- (30) 橋爪・前掲注 6・81-82 頁。
- (31) 橋爪・前掲注 6・82-85 頁。
- (32) 橋爪・前掲注 6・84-85 頁。橋爪が自身と同様の立場として挙げている遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—最二判平成九年六月十六日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006 年）83 頁も参照。
- (33) 橋爪・前掲注 6・84 頁。
- (34) 橋爪と佐伯の対立点は、価値衡量の有無ではなく、「生活上の重要な利益」がある場所に留まる利益を特別視するか否かという点に尽きるように思われる。
- (35) 橋爪・前掲注 6・93, 305 頁。
- (36) 橋爪・前掲注 6・312 頁。
- (37) 橋爪・前掲注 6・318-319 頁。
- (38) 橋爪・前掲注 6・316-317 頁。
- (39) 橋爪・前掲注 6・321-322 頁。
- (40) 実際に、橋爪・前掲注 6・322 頁注 333 においては、被侵害者が包丁を

持参して被害者である侵害者方に出向いた事例が具体例として挙げられている。

- (41) 山口・前掲注 5・134-135 頁は、対抗行為が重大でない場合につき、佐伯の立場が橋爪の立場より広い退避義務を課していると評価しているようである。しかし、佐伯・前掲注 8・105 頁は、対抗行為が重大でない場合に退避義務が課されうるのは「ごく狭い範囲（例えば、違法に侵入した場所で侵害を受けたような場合）に限定すべき」としており、これは橋爪の理解においても退避義務が当然に肯定されている場面であり（橋爪・前掲注 6・82 頁）、両者の帰結に大きな違いはないと思われる。
- (42) 前述のように佐藤・前掲注 14・243 頁は、可能な公的救助要請もせずに積極的加害意思で留まる場合にのみ自宅等からの侵害回避義務を肯定するが、「積極的加害意思」の内容は必ずしも明らかでない。可能な公的救助要請をせずに自宅に留まれば、直ちに「積極的加害意思」が認められるとすれば、橋爪の結論と異ならないが、さらなるプラス α により初めて「積極的加害意思」が認められるとすれば、より限定的な立場になる。
- (43) 香城敏麿「判解」最判解刑事篇昭和 52 年度 247-248 頁。
- (44) 安廣・前掲注 2・148-151 頁。
- (45) より詳細な分析については、拙稿「判批」判例評論 711 号（2018 年）25-26 頁参照。
- (46) 山口・前掲注 5・135 頁。
- (47) 山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61 巻 2 号（2009 年）30-31 頁（24-27 頁も参照）、同・前掲注 5・134, 137-138 頁。
- (48) 橋爪・前掲注 6・34 頁。
- (49) 佐伯・前掲注 9・121 頁。
- (50) 佐伯・前掲注 9・145 頁。
- (51) 山口・前掲注 5・135 頁。
- (52) 橋爪・前掲注 6・72-73 頁。
- (53) 橋爪・前掲注 6・84 頁。
- (54) 佐伯・前掲注 9・146 頁注 24。
- (55) 橋爪・前掲注 6・84 頁。
- (56) 山口・前掲注 5・138 頁。
- (57) 拙稿・前掲注 1・（一）43 頁、山口・前掲注 5・135 頁、*Heiko Hartmut Lesch*, Die Notwehr, in: Gunter Widmaier/Heiko Hartmut Lesch/Bernd Müssig/Rochus Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005,

S.106f. 参照。

- (58) 佐伯・前掲注 9・145 頁。
- (59) 佐伯・前掲注 8・108 頁。
- (60) 山口・前掲注 5・135 頁も参照。
- (61) もっとも、橋爪は以下の検討のほかに、橋爪・前掲注 6・108 頁以下において、自力救済禁止原理との関係に関する検討も行っている。この点に関する検討は、第四章で行う。
- (62) 同様のことを述べるものとして、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学 65 号（2006 年）40 頁。山本和輝「正当防衛の正当化根拠について（1）」立命館法学 365 号（2016 年）246 頁も参照。
- (63) 橋爪・前掲注 6・358 頁。
- (64) 橋爪・前掲注 6・74-75 頁。
- (65) すでに拙稿・前掲注 1・（一）50 頁注 22。
- (66) 橋爪・前掲注 6・360 頁も参照。
- (67) 大塚仁ほか・前掲注 2・695 頁 [安田拓人]、松原芳博『刑法総論 [第 2 版]』（日本評論社，2017 年）193 頁、遠藤聡太「緊急避難論の再検討（3）」法学協会雑誌 131 巻 6 号（2014 年）1100-1101 頁。
- (68) 松原・前掲注 67・160 頁参照。
- (69) 橋爪の理解からは、現場に滞留する利益も問題になるが、侵害者の生命利益を凌駕するものとは評価されえないだろう。
- (70) 山口・前掲注 5・135 頁。
- (71) 佐伯・前掲注 9・116 頁。
- (72) Vgl., *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S.244f.
- (73) 曾根威彦『刑法総論 [第 4 版]』（弘文堂，2008 年）99-100 頁，内藤謙『刑法総論（中）』（有斐閣，1986 年）330 頁，井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008 年）272-273 頁，山中敬一『刑法総論 [第 3 版]』（成文堂，2015 年）480 頁，齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版，1991 年）55-56 頁。
- (74) 橋爪・前掲注 6・12-34，66-87 頁，佐伯・前掲注 9・117-124 頁。
- (75) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣，1975 年）228 頁，西田典之『刑法総論 [第 2 版]』（弘文堂，2010 年）153-155 頁，山口厚『刑法総論 [第 3 版]』（有斐閣，2016 年）114-119 頁，高山佳奈子「正当防衛（上）」法学教室 267 号（2002 年）81-83 頁，川端博『刑法総論講義 [第 3 版]』（成文堂，2013 年）343-344，349-35 頁，松宮孝明『刑法総論講義 [第 5 版]』（成文堂，

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（一）

2017年）136-137頁，照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）151-154頁（松原・前掲注67・150-151頁は照沼の立場に類似するが，最終的に優越的利益原理の論理に組み込んでいる）。

- (76) 山口・前掲注5・137-138頁。
- (77) 拙稿・前掲注1・(一) 35-43頁参照。
- (78) 山口・前掲注75・148頁など参照。
- (79) 井田・前掲注73・301頁。
- (80) 我が国の緊急避難についての筆者の理解については，拙稿・前掲注1・(四) 43-45頁参照。
- (81) 橋爪・前掲注6・25-26頁。
- (82) 佐伯・前掲注9・80頁の事例を参照した。
- (83) 拙稿・前掲注1・(一) 44-48頁，(二) 57-59頁。
- (84) 拙稿・前掲注1・(三) 80-86頁，(五)・70-78頁。拙稿に対しては，違法・有責な侵害者とはもはや市民ではなく殲滅されるべき敵であるとの特殊な発想に基づくもので支持し難いとの批判がある（三代川邦夫「正当防衛の海域」立教法学97号（2018年）156頁注101）。私見は侵害者の有責性を求めるものではないので，この批判の主眼は，私見の考え方からは侵害者の有責性が要求されるべきである（玄守道「刑事法学の動き 坂下陽輔『正当防衛権の制限に関する批判的考察（一）～（五・完）』」法律時報88巻12号（2016年）146頁参照）が，それを基礎づける上述のような特殊な発想は支持しがたい，という点にあらう。しかし，自由主義的観点を貫徹した場合，落ち度なく事故状況に陥った者が無関係の第三者の救助を受けられないのと同様，たとえ落ち度がなくとも他者の法領域への介入を行った者は，その危険を自己の負担で中立化することが求められ，その表れが正当防衛であると理解でき，侵害者の有責性は問われない（私見が使用する自己答責性という用語は *Joachim Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 178ff. における用語法を参照している）。ドイツにおいて有責性に関する議論があるのは，ドイツでは，正当防衛と，被害者の侵害者に対する連帯の観点から被害者に退避・比例性が要求される防衛的緊急避難との区別がなされ，防衛的緊急避難の問題領域は，それが連帯の観点に基づく以上，侵害者が規範的に見れば侵害をやめることができない場合に限られる，との理解に基づく（三代川・前掲164頁注126が批判的に引用するギュンター・ヤコプス（川口浩一＝飯島暢訳）『法的強制と人格性』関西大学出版局，2012年）22頁以下にもこのことは明晰に述べられている）。その上で，我が国の刑法が連

帯原理に対して示している態度（ドイツ刑法 323 条 c のような不救助罪が存在せず、連帯を刑罰によって義務づけていないこと）に鑑みると、連帯原理に基づいて正当防衛を制限することは、我が国においては正当化されない。以上が私見の趣旨である。私見は、違法・有責な侵害者はもはや市民ではなく殲滅されるべき敵であるという特殊な発想に基づくものではなく、自由主義的観点に基づいて（ドイツに比して連帯原理を弱めた形で）市民間の規律を行うものであり、このことは対抗行為が被侵害法益の防衛のために必要最小限度のものでなければならぬ点に表れている（ヤコブス・前掲 15-16 頁も参照。三代川・前掲 164 頁本文が Jakobs の見解を、対抗行為をほぼ無制約に認めるものと評価するのは表現が強すぎよう）。

- (85) 拙稿・前掲注 1・(三) 86-94 頁。
- (86) 山口・前掲注 5・136-137 頁も参照。
- (87) もっとも、前掲注 84 参照。
- (88) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（2016 年、成文堂）168-171 頁。
- (89) 飯島・前掲注 88・169 頁。
- (90) 飯島・前掲注 88・209 頁注 111 も参照。
- (91) 西田・前掲注 75・154 頁，山口・前掲注 75・138-139 頁，井田・前掲注 73・292 頁，平野・前掲注 75・243 頁。傍論に過ぎないものの対抗行為の比例性について判示したとされる大判昭和 3 年 6 月 19 日法律新聞 2891 号 14 頁も参照。
- (92) 法確証の利益に基づいて正当防衛の正当化を基礎づけ、その利益の減少に基づいて比例性による正当防衛制限を認めていた見解も、利益衡量的枠組みに基づいているとはいえ、同様の場面を念頭においてきたように思われる（山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985 年）299 頁，井田・前掲注 73・273 頁。内藤・前掲注 73・330-331 頁もその趣旨か）。もっとも、強盗事例を念頭に置くと、被侵害者側の利益として財産的利益と法確証の利益、侵害者側の利益として生命が衡量されるのであろうが、その衡量結果が一義的に明らかでないわけではない。
- (93) 飯島・前掲注 88・167 頁。
- (94) しかしそうであれば、飯島・前掲注 88・166 頁が、Johannes Kaspar の見解をある程度肯定的に評価し、自身の見解を導いている点には疑問を覚える。たしかに、Kaspar は正当防衛と刑罰とを機能的に類似するとし（ders., “Rechtserhaltung” als Grundprinzip der Notwehr?, RW Heft 1,

2013, S. 51f.), その観点から正当防衛は比例性による制限に服するとする (*ders.*, a. a. O., S. 57f.). しかし, Kaspar の見解は, いわゆる二元主義的アプローチ (これについては, 山本和輝「正当防衛の正当化根拠について (2)」立命館法学 367 号 (2016 年) 115 頁以下参照) に基づくものであり (*ders.*, a. a. O., S. 41f.), まさに飯島が批判した「それ自体では単なる自然的・事実的な財」にすぎないもののみ目を向けた立場を前提に, 経験的に理解された一般予防効という事実的な利益を加算することで, 正当防衛の基礎づけを行うものである (*ders.*, a. a. O., S. 52ff.). 飯島の出発点と Kaspar の出発点とは相容れず, 共通するのは, 刑罰と正当防衛を類似のものとする, という帰結部分のみでしかない。

(95) 飯島・前掲注 88・167 頁。

(96) 飯島・前掲注 88・162-166 頁が参照している Urs Kindhäuser の見解は, 飯島の立場を補強するものではない。そもそも Kindhäuser は正当防衛と刑罰の類似性を認めていない (*ders.*, Zur Genese der Formel “das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen”, in: Georg Freund/Uwe Murrmann/Rene Bloy/Walter Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 504.). たしかに Kindhäuser は, 対抗行為に一定の比例性を求め, 正当防衛を起動させる違法な侵害に有責性を求める。しかし, 比例性については刑罰における罪刑均衡のようなものが問題とされているのではなく, (その論証が成功しているかは措くとして), 最低限度の連帯 Mindestsolidarität という連帯原理の観点から被侵害者に受忍を要求できるかが問われているに過ぎない。有責性についても, 正当防衛と防衛的緊急避難の区別 (前掲注 84 参照) が問題とされているに過ぎない (*ders.*, a. a. O., S. 506ff.). Kindhäuser の見解は, 正当防衛と刑罰との類似性という観点とは無関係である。

(97) 山口・前掲注 75・116 頁, 佐伯・前掲注 9・118 頁。さらに山本・前掲注 62・256-257 頁も参照。飯島自身, 刑罰と正当防衛を類比することの困難性を部分的に認めている (飯島・前掲注 88・207-209 頁, 212 頁注 123)。

(98) 飯島・前掲注 88・169 頁注 59 は, 「正当防衛が国家の成立以前の段階で本来的に防衛者に認められている法的強制の権能であるという点を無視するものである」と反論する。しかし, 同 167-168 頁は, 「法的強制の権能は, 法秩序が形成されてから以降は, ……国家に譲渡され, ……国家刑罰という形態で国家によって行使される」のであり, 「国家がその任を果たせない場

合には、強制権限は例外的にその本来の持ち主である各人に返還され」としており、そうであれば規範妥当の回復については事後的に国家がその任を果たせるのであるから、その権限は国家に譲渡されたまま、というのが論理的帰結であろう。

- (99) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 72), S. 268 が、正当防衛・防衛的緊急避難を刑罰と類比するのではなく、むしろ保安処分と共通性を有するものとするのは示唆的である。飯島・前掲注 88・171 頁注 66 も参照。
- (100) 最判昭和 44 年 12 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1573 頁。
- (101) 中森喜彦「防衛行為の相当、過剰、その認識」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開上巻町野朔先生古稀記念』（信山社、2014 年）141-142 頁，山口・前掲注 75・137-138 頁，佐伯・前掲注 9・148 頁，井田・前掲注 73・290 頁。
- (102) 飯島・前掲注 88・170 頁注 62。
- (103) 飯島・前掲注 88・171 頁。
- (104) ドイツにおける議論については前掲注 84 参照。
- (105) 他にも、急迫不正の侵害は刑事上違法なものであることを要しない（山口・前掲注 75・121-122 頁参照）とされることとの整合性も問題になりうる。
- (106) 高山佳奈子「正当防衛（下）」法学教室 268 号（2003 年）68-69 頁，松宮・前掲注 75・145-146 頁，山本和輝「正当防衛の正当化根拠について（4・完）」立命館法学 371 号（2017 年）138 頁。
- (107) 佐伯・前掲注 9・145-148 頁，橋爪・前掲注 6・357-361 頁，井田・前掲注 73・290 頁注 72，292 頁，内藤・前掲注 73・330 頁，曾根・前掲注 73・105 頁，山中・前掲注 73・523-526 頁，齊藤・前掲注 73・99 頁。
- (108) 平野・前掲注 75・228-229，243 頁，西田・前掲注 75・154-155，173 頁，山口・前掲注 75・138-139 頁，松原・前掲注 67・165-166 頁（松原の立場の位置づけの難しさについては前掲注 75）。
- (109) 安廣・前掲注 2・148-150 頁。
- (110) 佐伯・前掲注 8・90-98 頁。