

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（四・完）

坂 下 陽 輔

- 第一章 本稿の課題（以上，82 卷 3 号）
- 第二章 ドイツにおける議論（以上，82 卷 5 号）
- 第三章 アメリカにおける議論
 - 第一節 アメリカ正当防衛法の概観
 - 第二節 比例性の問題
 - 第三節 退避義務の問題（以上，83 卷 2 号）
 - 第四節 侵害回避義務及び自招侵害の問題
 - 第五節 小括
- 第四章 わが国における解釈論
- 終 章

第三章 アメリカにおける議論

第四節 侵害回避義務及び自招侵害の問題

退避義務に関する議論に続き，本節ではアメリカ正当防衛法における侵害回避義務に関する議論の検討に移る。もっとも，先行研究において指摘されているように⁽³³⁸⁾，アメリカにおいては，退避義務と侵害回避義務との区別は曖昧であり，その議論状況はやや不明瞭である。

第一款 退避義務は認めつつ侵害回避義務は認めない立場

たとえば，模範刑法典 § 3.04 (2) (b) (ii) に退避義務に関する規定があるが，文言上⁽³³⁹⁾明示的には，その適用範囲は侵害切迫後に限定されてお

(338) 佐伯・前掲注 8・96 頁注 4。

らず、そのため模範刑法典は侵害回避義務をも課すものとの理解もある⁽³⁴⁰⁾。しかし、その直前の（i）において、「行為者が、その機会を利用して相手を死に至らしめ、またはこれに重大な身体傷害を加える目的で、自己に対する威力の行使を誘発した the actor, with the purpose of causing death or serious bodily injury, provoked the use of force against himself in the same encounter」場合には、対抗行為としての致命的有形力の行使は違法性を阻却されない、と規定されている⁽³⁴¹⁾。仮に、（ii）において侵害回避義務も想定されているならば、（i）の規定は不要であろう。というのも、そのような致命的有形力行使の意図・目的で⁽³⁴²⁾攻撃を誘発する場合、その誘発行為さえしなければ致命的有形力の行使をする必要性を避けることが出来ることの予見が当然あるはずであるからである。（i）の規定が認識的要素のみで足りるとせず、目的という意思的要素をあえて要求している点に鑑みれば、（ii）は侵害切迫後の退避義務のみに関する規定であり、先行情情による正当防衛制限の問題は専ら（i）で規律されることが予定さ

(339) 前掲注 242 参照。

(340) Margaret Raymond, *Looking for Trouble: Framing and the Dignitary Interest in the Law of Self-Defense*, 71 OHIO ST. L. J. 287, 321-324 (2010) は、同条項が純然たる退避のみならず「行う義務のない行為についてそれを行わないよう求める相手方の要求に応ずること」も求めていること、また、模範刑法典草案理由書において、「(攻撃者からの) 要求がなくとも、行為者が、ある場所に現れたら攻撃されることを認識し、その対抗行為として致命的有形力を行使しなければならないことを認識している場合には、その場所に行くことを差し控えなければならないと記述されている (See, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE, TENTATIVE DRAFT No. 8, 27) ことから、模範刑法典が事前の侵害回避義務も要求しているとの解釈もあり得るとする (AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 61 は、「要求がなくとも」という記述はなくなっているものの、同様の記述をする。)

(341) 訳出は法務省刑事局・前掲注 235 に依拠した。

(342) 「目的」の意味は、模範刑法典 § 1.13 (11) 及び § 2.02 (2) (a) によれば、「行為者がその行為の実行または結果の惹起を意識的な目的として行為」することとされている。

れている、と理解する方が自然であろう。

そして、模範刑法典の注釈書は、(i)をいわゆる「最初に攻撃をした者 initial aggressor⁽³⁴³⁾」ないし「挑発 provocation」(以下では併せて「自招侵害」とする⁽³⁴⁴⁾)の場合の正当防衛制限の規定と位置づけている⁽³⁴⁵⁾。自招侵害の

(343) 訳出は、比較刑法研究会「外国刑事法研究 ヴィクトリア・ノース『自己防衛 (Self-defense)』—比較刑法ノート(22)」刑事法ジャーナル 65号(2020年) 85頁[竹川俊也]に依拠した。

(344) 「最初に攻撃をした者」の問題と「挑発」の問題とは、厳密には異なるものであるともされる。一方で、前者の問題は、たとえば⑦Aが急迫不正の侵害としての暴行をBに対して行ったのに対し、それへの対抗行為としてBがAに対する暴行等を行った場合に、Aは、正当防衛であるため違法でないBによる暴行に対しては、正当防衛をすることが出来ない(Aが侵害を終了することを明示したにも拘らずBが暴行を継続する場合には、もはやBの行為は正当防衛ではなく急迫不正の侵害へと転化するため、Aに正当防衛権が復活する)、という当然のことを示すに過ぎず(See, AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 49-50)、他方で、後者の問題は、④AがBに対する挑発的言動を行ったことにより、BがAに対する暴行を行った場合のAの正当防衛権の制限を議論するものであり、その際のBの行為はAに対する対抗行為ですらないことから、別問題である、ということである(See, Kimberly Kessler Ferzan, *Provocateurs*, 7 CRIM. L. & PHILOS. 597, 608-9 (2013)。なおFerzan自身は、両者を厳密には異なる根拠に基づくが連続性のあるものとし、挑発による正当防衛制限も認められるとする。*Id.* at 615)。

しかし、多くの法域では、⑦の事例でBの対抗行為が不当に過剰なものとなっている場合でも(そうであればBの対抗行為は急迫不正の侵害となっているため、Aに正当防衛権が直ちに復活するのが自然とも思われるにも拘らず)、Aは正当防衛権を再取得するには(原則的には退避義務がないとしても)退避等を行わなければならないとされており、その限りでは④の問題に足を踏み入れている(See, AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 50-1; DRESSLER, *supra* note 234, at 215-6)。また、模範刑法典の注釈書も、「最初に攻撃をした者」の場合を把握していると自己認識する§ 3.04(2)(b)(i)が、暴行のみならず侮辱その他の手段を先行行為として闘争を挑発した場合を含むとしており(AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 51)、相手方の行為が対抗行為としての性質すら有していない場合が同規定の適用範囲に含まれることを当然の前提としているといえる(See also, DRESSLER, *supra* note 234, at 214; Raymond, *supra* note 340 at 294-5)。このように見れば、両者を連続的なものとみておく方が自然であろう。

(345) AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 49.

場合の正当防衛制限とは、衝突状況の作出につき帰責性がある者が、衝突状況から退避しかつその退避意思を相手方に明示することが可能であるにも拘らずそれをしない場合には、なされる対抗行為は正当防衛としては認められない、という「権利喪失⁽³⁴⁶⁾法理 forfeiture rule」が妥当するというものであり、多くの法域において採用されている⁽³⁴⁷⁾。この場合には被侵害者（＝自招行為者）は住居等からの退避義務も課される⁽³⁴⁸⁾。この法理の理論的根拠について、必ずしも議論の蓄積は豊富ではないが、Ferzan は、自分自身が侵害行為を受けるリスクを正当化されない形で作り出した者は、このリスクが現実化した場合、当該闘争を開始させている（initial aggressor ではないが、stealth aggressor である）といえ、侵害者の侵害行為が正当化されるわけではないものの、自招行為者も不正の者 wrongdoer であり、その侵害行為に対する道徳的不服 moral complaint を喪失する、との説明を与えている⁽³⁴⁹⁾。この説明と、侵害行為が自招行為に比して不均衡に大きい場合であって退避やその意思表示が不可能な場合には、正当防衛権限が認められるとの理解⁽³⁵⁰⁾を合わせると、自招侵害の場面における正当防衛制限は以下のように理解されよう。すなわち、まず、侵害行為が自招行為に比して不均衡でない場合には、当該侵害を受忍する負担を負うべきであり、その負担を解除するためには退避等（住居等からのものも含む）を現実に行わなければならない⁽³⁵¹⁾。つぎに、侵害行為が自招行為に比して不均衡である場合には、当該

(346) 訳出は、前掲注 343・85 頁 [竹川] に依拠した。

(347) AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 50-1. See also, Robinson et al., *supra* note 222, at 53.

(348) 模範刑法典 § 3.04 (2) (b) (ii) (A) 及び前掲注 313 参照。

(349) Ferzan, *supra* note 344 at 615.

(350) AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 51. もっとも、注釈書の記述は前掲注 344 で述べた㊦の場面を主として念頭に置いているためやや不明瞭ではある。

(351) 退避等を現実に行ったにも拘らず侵害がなお継続する場合には、もはや負うべき負担は果たしたとして、正当防衛権限が復活する。

侵害自体を受忍する負担を負う必要はないが、可能である限りで退避等の負担を負わなければならない、可能であるにも拘らずその負担を負わなかった場合には正当防衛が認められない⁽³⁵²⁾。その上で、模範刑法典 § 3.04 (2) (b) (i) の規定は、自招行為が侮辱などであり侵害行為が自招行為に比して不均衡であるように一見見える場合であっても、当初から致命的有形力による対抗行為を行うことを目的としていた意図的挑発の場合には、まさに当初の意図通りである以上、当該侵害自体を受忍する負担を負う必要があり、その負担を解除するためには（可能であるか否かに拘わらず）退避等を現実に行わなければならない⁽³⁵³⁾、との観点から規定されたということになる⁽³⁵⁴⁾。そ

(352) もっとも、この場合には正当防衛は認められないとしても、不完全正当防衛 imperfect self-defense として減輕され得る（謀殺ではなく故殺とされる）という理解もある（See, DRESSLER, *supra* note 234, at 216, 222）。

(353) もはや「その機会 the same encounter」ではないと評価しうる場合にのみ、再び正当防衛権が復活し得る（AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 220, § 3.04 at 52）。

(354) *Ib.* at 51-2. なお、模範刑法典は自招侵害一般の場合の権利喪失法理については何ら規定を置いていない。注釈書によれば、その法理自体は支持しつつ、模範刑法典では一般的な退避義務規定を置いているため特別ルールの設定は必要ないとの理解によるようだが（*Ib.* at 51）、対抗行為が致命的有形力にならない場合であっても退避義務を課すのが自招侵害類型のポイントの一つである以上、不十分の誘りは免れまい（See, DRESSLER, *supra* note 234, at 240）。実際、各州の制定法においては、自招侵害の場合の権利喪失法理についての一般的規定に加えて、模範刑法典 § 3.04 (2) (b) (i) に相応する規定を置くもの（11 Del. Code. § 464; Haw. Rev. Stat. § 703-304; Ky. Rev. Stat. Ann. § 503.060; N. J. Stat. Ann. § 2 C: 3-4; 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 505; Wis. Stat. Ann. § 939.48）、あるいはさらに致命的有形力を行使する目的に限定せず傷害を加える目的にまで広げた規定を置くもの（Ala. Code § 13 A-3-23; Alaska Stat. § 11.81.330; Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-404; Ark. Code Ann. § 5-2-606; Colo. Rev. Stat. Ann. § 18-1-704; Conn. Gen. Stat. Ann. § 53 a-19; Ga. Code Ann. § 16-3-21; Ill. Comp. Stat. Ann. ch. 720, § 7-4; Ind. Code Ann. § 35-41-3-2; Iowa Code Ann. § 704.6; Kan. Stat. Ann. § 21-5226; La. Rev. Stat. Ann. § 14: 21; Me. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 108; Mont. Code Ann. § 45-3-105; N. H. Rev. Stat. Ann. § 627: 4; N. Y. Penal Law § 35.15; N. D. Cent. Code § 12.1-05-03; Or. Rev. Stat. § 161.215; Tenn. Code. Ann. § 39-11-611; Tex. Penal Code Ann. § 9.31;

して、「目的」を要求しているのは、侵害及び対抗行為が致命的有形力の行使になるであろうことを単に予期していたが回避しなかったというだけでは、衝突状況を許されない形で作出したとまでは評価できず、自招侵害類型としては把握し得ない、ということと理解されよう。このように見れば、少なくとも模範刑法典においては、退避義務と侵害回避義務とは区別され、退避義務のみが念頭に置かれていたと理解するのが穏当であり、先行事情に基づく正当防衛制限は自招侵害の類型に限定され、単なる侵害回避義務違反は、自招侵害による正当防衛制限にも服さないものと位置付けられていたものと理解される。

このように退避義務と侵害回避義務とを別異に取り扱う理由は何であろうか。わが国においては、侵害回避義務の方が退避義務よりも認めやすいとの主張もあるが⁽³⁵⁵⁾、それとは反対の価値判断がなされていることになる。この点に関して、模範刑法典の注釈書における説明は存在しないが、Margaret Raymond 及び Nourse による以下のような指摘が存在する。すなわち、まず Raymond は、侵害回避義務を被侵害者に課すことは、違法な攻撃者が被侵害者の「尊厳利益 dignitary interest」すなわち「他の行為者の不法な要求に服従することなく、自由に動き回り、自由な社会にとって基本的な活動を追求することが許されるという行為者の利益」を軽視し、違法な攻撃者による潜在的被侵害者への服従要求を可能にすることを意味し、適切でないとする⁽³⁵⁶⁾。また Nourse は、衝突状況が既に一旦始まった段階に関する問題である退避要求とそれ以前の段階で衝突状況を避けるという問題である侵害回避要求は、全く異なる要求 an entirely different requirement であ

Utah Code Ann. § 76-2-402) が多い（模範刑法典の規定ぶりを踏襲するものとしては、Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1409）。

(355) 橋爪・前掲注 6・94-95 頁、佐藤・前掲注 15・240 頁。

(356) Raymond, *supra* note 340, at 323-31.

り、後者の要求の方がはるかに過酷 far more severe であるとする⁽³⁵⁷⁾。前節における検討⁽³⁵⁸⁾と両者の主張を合わせて理解すれば、仮に退避義務を認めるとしても、侵害回避義務はその前倒しであるがゆえにそれ以上に被害者の行動の自由を制約し、それに伴い暴力的強者による支配是認のメッセージが強力となってしまうため、侵害回避義務を課すことはできない、ということになろう。その上で、自招侵害の場合に正当防衛権限が失われることとの相違の説明としては、侵害を回避せずに自由に行動することは完全に適法 entirely lawful であるという点で自招侵害の場合とは異なる、との指摘がされる⁽³⁵⁹⁾。

第二款 退避義務と連続的に侵害回避義務も認める立場

しかし、侵害回避義務は課せられないと明示する判例がかつては多数見られたのに対して⁽³⁶⁰⁾、比較的近時においては「必要性 necessity」要件の判断において、実質的に侵害回避を求める判例が現れている⁽³⁶¹⁾。その特徴を明瞭に表す *Andrews v. United States* 125 A.3d 316 (D.C.2015) は、「自分の存在 presence が自己防衛のために致命的有形力を行使する必要を生じさせる侵害を誘発するであろうと確信する理由がある場所に、自分の意思で一認識し、かつ不必要に knowingly and unnecessarily 一身を置いた被告人は、自己防衛の正当な主張をすることができない。……たとえ、その場所に身を置く被告人の目的が穏当なものであっても、またその衝突の場所が公道あるいは被告人がそこに存在する権利を有する場所であっても、(正当防衛権の)喪失は生じる。」とし、その根拠として、自招行為による権利喪失法理の存

(357) Nourse, *supra* note 268 at 1284.

(358) 拙稿「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(三)」法学83巻2号(2019年)187-191頁。

(359) Raymond, *supra* note 340 at 336-7.

(360) *Ib.* at 295-8.

(361) *Ib.* at 300, 306-13.

在と、「防衛の殺害はそれを要する事態が避けられたであろう場合には不必要」である点を挙げている。

根拠の一つ目については、侵害回避義務の問題は先行行為が完全に適法な行為であるという点で自招侵害の問題とは異なるという、前款で挙げたRaymondの指摘を踏まえれば、疑問が残ることは確かである。しかし、本判例は、先行事情に基づいて正当防衛権が否定される場面を広く包摂する概念としていわば形式的に自招行為による権利喪失法理を挙げたに留まるとも理解可能であり⁽³⁶²⁾、とすれば正当防衛を否定する実質的根拠となったのは、根拠の二つ目であると理解される。そしてここには、退避義務を課す価値判断⁽³⁶³⁾の延長線上で侵害回避義務をも課しうるとの考え方が示唆されているといえる。

たしかに、退避義務と侵害回避義務との間にはその負担に関する量的な差があるとの指摘は理解可能である。しかし、Raymond自身、退避義務を認めるという価値判断からは侵害回避義務を認めることになりかねないとし、その上で侵害回避義務を認めることには上記の尊厳利益制約の問題があるため、退避義務を認めるという価値判断をも含めて批判している⁽³⁶⁴⁾ことから

(362) Ferzan, *supra* note 344 at 620-1 は、自招行為による権利喪失法理の妥当領域の一つとして、自招行為が自警的目的である場合を挙げている（特殊な例ではあるが、強盗に制裁を与えるために、自ら弱者を装って強盗をおびき寄せ、それに対して正当防衛として致命的有形力行使する場合が挙げられている）。これは、正当化されない自招行為によりリスクを創出したことによる正当防衛権喪失とは異なり、国家の役割を篡奪することになる行為は正当防衛とは認めないとの含意であり、実質的には別類型といえよう。彼女のように、自招行為による権利喪失法理の中に2つの類型が存在すると整理するのであれば、名称はそれほど問題ではない。

(363) なお、拙稿・前掲注358・190頁注337で述べたとおり、District of Columbiaは退避義務を課さない法域とされることもあるが、実際には「退避義務を課しはしないが、退避しなかったことを、他の事情全てとともに、当該事例が真の自己防衛の場面であったか否かを判断する際に陪審が考慮することを許容する」法域である。See also, Raymond *supra* note 340 at 314-5.

(364) *Ib.* at 320-3.

も窺えるように、退避義務と侵害回避義務との間に質的な差異はない。とすれば、退避義務を肯定するのであれば、侵害回避義務を一律に排斥する論拠は存在せず、むしろ、その量的な負担が過度のものにならないよう慎重に限定するのであれば、侵害回避義務を肯定する立場にも十分な合理性があるといえるように思われる。

第五節 小括

本章ではアメリカにおける比例性、退避義務及び侵害回避義務に関する議論を概観した。

アメリカ正当防衛法を概観（第一節）した後、比例性の問題を検討した第二節においては、アメリカにおける比例性の問題も、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ではなく、攻撃行為の反価値性と対抗行為との比例性の問題とされていることを示した（第一款）。続いて、比例性の観点に基づく正当防衛制限の規範的根拠としては、自律原理により正当防衛の正当化を基礎づけつつ、自力救済禁止原理との調整、具体的には錯誤リスク及び社会平和秩序の危殆化の可及的排除という観点との調整が必要であることを示唆する見解を紹介し（第二款）、それによれば上記内容の比例性が要求されることの説明が可能であることを示した（第三款）。

次に、退避義務の問題を検討した第三節では、退避義務が議論される問題状況が、比例性は失っていないものの対抗行為が致命的有形力となる場合であることを確認した上で（第一款）、退避義務に否定的な立場と肯定的な立場の論拠を紹介し（第二款）、前者の立場は、既に攻撃行為の反価値性が重大になっている以上、被害者に屈服は要求し得ないとの理解に基づくもので一定の説得力があることを確認しつつ、しかし、住居等以外における現場に滞留する利益の価値の相対的低さに鑑みて、比例性に基づく正当防衛制限に加

えて退避義務を肯定する見解にも一定の合理性があることを確認した（第三款）。

最後に、侵害回避義務の問題を検討した第四節では、退避義務を認めつつ侵害回避義務は認めないとの立場が存在すること、それは後者を課すことが前者を課すより被侵害者の行動の自由への制約が大きくなることをその理由としていることを紹介しつつ（第一款）、しかしその相違は量的なものに過ぎず、むしろ価値判断としては連続的な同質のものであり、前者を肯定するのであれば、その量的な負担が過度のものにならないように慎重に限定する形で後者をも肯定することにも合理性があることを示した（第二款）。

第四章 わが国における解釈論

本章では、これまでの比較法的検討から得られた知見を踏まえて、わが国において、比例性、退避可能性及び侵害回避可能性という観点から、正当防衛の成否にいかなる意味を持ち得るかについて、検討を行う。

第一節 比例性の考慮

比例性に関して、ドイツ及びアメリカの調査から判明したことは以下のことである。まず、いずれにおいても正当防衛として許容されるためには比例性が要求され、その比例性は、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が不均衡であってはならないとの意味ではなく、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⁽³⁶⁵⁾。そして、その意味の比例性に基づいて正当防衛が制限される規範的根拠としては、正当防衛の成立要件として時間的切迫性が要求されていることとの連続的な理解の下、

(365) 優越的利益原理からは、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を要求するのが自然であろう。

自力救済の許容により生じる弊害，具体的には錯誤リスク及び社会平和秩序危殆化リスクの可及的排除という観点が指摘される。この観点からは，錯誤リスク及び社会平和秩序危殆化リスクが特に重大である致命的有形力による対抗行為の場合に正当防衛制限が発動しうること，及び攻撃行為の反価値性が重大である場合にはそれに対する正当防衛を制限する方がむしろ社会平和秩序危殆化リスクが大きいため，比例性に基づく正当防衛制限が可能であるのは攻撃行為の反価値性が低い場合に限られること，を説明できる⁽³⁶⁶⁾。

わが国においても，既に急迫性要件に関しては，自力救済の許容により生じる弊害の可及的排除という観点からの議論が行われている。すなわち，急迫性が要求される根拠に関しては，侵害の切迫により既に平和で安定した秩序が部分的に否定されているためこの場合に実力行使を認めることの弊害は大きくないと指摘⁽³⁶⁷⁾や，急迫の侵害があることにより侵害の存否の判断を間違えるおそれが少なく権利が濫用されるおそれも少ないとの指摘⁽³⁶⁸⁾がなされており，正当防衛の許容範囲に関して，錯誤リスク及び社会平和秩序危殆化リスクとの調整が必要であることが意識されている⁽³⁶⁹⁾。また具体的にも，窃盗に対する現場での正当防衛は認められるが窃盗行為の数日後の窃盗犯人からの実力による取戻しは正当防衛としては認められないこと，さらに債務不履行は民事上違法であっても正当防衛は認められないことから，社会平和秩序危殆化性に関わる侵害の質・態様による正当防衛の許容範囲の一定の限定が急迫性要件においてなされているといえる⁽³⁷⁰⁾。このように，急

(366) 以上につき，拙稿・前掲注 310・501-515 頁，同・前掲注 358・154-180 頁。

(367) 井田良「緊急権の法体系上の位置づけ」現代刑事法 62 卷（2004 年）5-6 頁。

(368) 遠藤・前掲注 32・64-65 頁。

(369) 山口・前掲注 76・123 頁，佐伯・前掲注 9・123 頁，橋爪・前掲注 6・109 頁も参照。

(370) 山口・前掲注 76・121-123 頁，佐伯・前掲注 9・130-131 頁（この議論を急迫性と不正性のいずれの要件に位置づけるかの争いはあるが，本稿の議論にとっては重要ではない）。最決昭和 57 年 5 月 26 日刑集 36 卷 5 号 609 頁も参照。

迫性要件は、正当防衛の権利行為性を出発点に据えたとしても、自力救済の許容により生じる弊害との調整のために設定されたものであると、わが国でも理解されている。

そして、急迫性要件において侵害の質・態様の一定の限定を行い、それを超えれば無制限の峻厳な正当防衛が認められる、というように、正当防衛の権利行為性と自力救済の許容により生じる弊害との調整を急迫性要件のみで行うことは、必然的ではなくまた適切でもなかろう⁽³⁷¹⁾。というのも、第一に、自力救済の許容が孕む錯誤リスクには、侵害の存否に関する誤りのリスクのみならず、対抗行為の必要最小限度性に関する誤りのリスクも含まれ⁽³⁷²⁾、対抗行為が致命的有形力による場合にはその錯誤は取返しのつかない結果を生ぜしめるため、急迫性が認められる程度の不正の質を当該侵害が有するとしても、なお一定の制限を付す必要性は残るからである。また、第二に、自力救済の実行それ自体が暴力的風潮を高めて社会平和秩序を危殆化し得るならば、その程度は対抗行為の重大性によって変動し得るはずであり、急迫性を認めるには足る程度の質の不正の侵害の中でも相対的に反価値性が低い侵害に対する致命的有形力による対抗行為の行使は、更なる暴力的事態の作出・拡大であり、むしろ暴力的風潮を高め社会平和秩序を危殆化するとの評価に行き着き得るからである⁽³⁷³⁾。とすれば、ドイツおよびアメリカと同様、正当防衛の権利行為性と自力救済の許容により生じる弊害の可及的排除という観点との調整を、防衛行為の相当性の要件においても行うことが必要かつ合理的であろう。実際、わが国において、正当防衛の権利行為性を強調する立場も、侵害行為と対抗行為との間の比例性に過度の不均衡がある場合には正当防衛が認められず、事後的な民事上の救済に委ねられるべき

(371) 橋爪・前掲注6・105-107頁参照。

(372) 井田・前掲注367・5頁。

(373) 中森・前掲注101・142頁、佐伯・前掲注9・115-116頁参照。

であるとし⁽³⁷⁴⁾、上記調整を防衛行為の相当性の段階でも行っているといえる。

かくして、本稿の比例性に関する結論は、以下のとおりである。正当防衛の権利行為性に着目してその正当化の根拠とする見解からも、自力救済の許容により生じる弊害の可及的排除という観点に基づいて、比例性に基づく正当防衛の制限が、防衛行為の相当性の段階においてなされるべきである。そして、その理解から帰結される比例性の内容は、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いうものであり、強盗事例⁽³⁷⁵⁾においては（後述する退避可能性の考慮により生じる可能性はあるが）比例性に基づいて正当防衛が制限されることはない。この検討を「防衛行為の相当性」の要件においてなすべきとしているのは、この要件を充足しない場合にも過剰防衛の余地を残すべきとの理解に基づく。というのも、違法な侵害が切迫又は現在した状況は存在するのであり、全く対抗行為が許容されない状況ではなく⁽³⁷⁶⁾、致命的有形力以外の方法での対抗行為は許容される状況である以上、その過程での「行き過ぎ」であり、過剰防衛固有の責任減少は観念し得るためである⁽³⁷⁷⁾。

なお、自力救済の許容により生じる弊害の可及的排除という観点は、侵害者が被侵害者に連帯を求めるものではなく、誤った許されない他者加害の防止及び社会平和秩序という全ての者の正当な権利・利益をより適切に保護す

(374) 平野・前掲注 75・228-229 頁、山口・前掲注 75・138-139 頁。異なる見解に対する筆者の評価については、拙稿「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）138 頁注 47 参照。

(375) 拙稿・前掲注 130・231 頁。

(376) この点で、急迫性が認められる程度の不正の質を当該侵害が有していないために急迫性要件が充足されない場合とは異なる。

(377) 平野・前掲注 75・245-246 頁、中森・前掲注 101・142 頁。これに対して、山口・前掲注 75・139 頁は、過剰防衛にもならないとする。

るための制度的前提の危殆化の防止を目指すものであり、正当防衛の権利行為性に着目する立場からも援用可能な規範的根拠といえることから、このような理解は本稿の立場からも支持可能と思われる⁽³⁷⁸⁾。

第二節 退避可能性及び侵害回避可能性の考慮

第一款 退避可能性の考慮と侵害回避可能性の考慮との関係

つぎに、退避可能性及び侵害回避可能性の考慮について検討するが、まず、両者を連続的に把握するか否かが問題となる。第一章第二節⁽³⁷⁹⁾でも見たように、わが国では、「正対不正」の構図がなお現実化していない段階における侵害回避可能性の考慮による正当防衛制限の方が、より容易に認められるかのように論じる立場も存在するが、ドイツおよびアメリカにおいてはむしろ、退避可能性の考慮を許容するとしても侵害回避可能性の考慮には躊躇を示すという立場は存在するが、その逆は存在しない⁽³⁸⁰⁾。既に述べたように、侵害切迫以前であれ予期される侵害は「不正」であり⁽³⁸¹⁾、両者は異

(378) この点、松原芳博『刑法総論 [第3版]』（成文堂、2022年）176-178頁（特に注49）は、本文で述べた説明に代えて、「人はみな過ちを犯しうる」（誰もが侵害者になり得る、という趣旨であろう）ことに鑑み、「侵害者に対する最低限の配慮」は「自己保存にとっても合理的な戦略」であるとの説明をする。本稿がこのような説明をしないのは、同様の考慮からは、一般的な不救助罪の採用も肯定されかねない（むしろ落ち度なく事故に陥った者の方がより保護に値するように思われる）が、それは肯定されていないこととの相違を言語化しようとするためである（拙稿・前掲注130・237-238頁、同・前掲注1・（五）完）79頁参照）。また、論者は、上記説明により退避可能性の考慮までも認めていることから、この「過ち」には反価値性が高度な侵害も含まれることになろうが、そのような侵害をも「人はみな犯しうる」ということが出来るのか、それを理由に正当防衛を制限することが「自己保存にとっても合理的な戦略」といえるのか、という点には疑問がある。

(379) 拙稿・前掲注130・221頁。

(380) 第二章第二節第三款（拙稿・前掲注310・524-525頁）、第三章第四節第一款参照。

(381) 佐伯・前掲注9・122,133頁参照。

質の問題というべきではない。むしろ量的には、侵害回避可能性の考慮の方が行動の自由への大きな制約である以上、退避可能性の考慮が可能となって初めて侵害回避可能性の考慮が可能となる、という形で、両者を連続的に把握するべきであろう。その上で、侵害回避可能性については、過度な行動の自由の制約とならぬよう、退避可能性の考慮の場合以上に慎重な形で考慮をすることが要請されるといえよう。

第二款 退避可能性の考慮の当否

まずは、退避可能性の考慮が認められるかを検討する。この点に関しては、ドイツにおいては多数の見解が消極的な態度を示しており、アメリカの多数の法域においても同様の状況であることを確認した。そしてそれは、上述の比例性の延長線上で考えるとしても、既に侵害の質が高度に暴力的なものに至っている以上、それから退避すること、すなわち現場に滞留する利益・行為自由の放棄を要求することは、弱者に暴力的強者への屈服を要求することを意味し、法への信頼を掘り崩し、社会平和秩序を危殆化するからである、という形で説明可能であった⁽³⁸²⁾。しかし、アメリカにおいては、退避義務を課す少数の法域も存在し⁽³⁸³⁾、ドイツにおいても退避義務を課す立場が少数ながら主張されており、その論拠は以下のように理解された。すなわち、一時的な退避による被侵害者側の負担は（当該場所が、自宅などそこに留まること自体に重要な利益が認められる場所を除いて）非常に小さいものであり、それは排他的な主観的権利である財産権侵害の甘受を求めることよりも負担が小さいといえ、とすれば、致命的有形力行使による自力救済の許容により生ずる弊害に鑑みて正当防衛を制限することがより是認されやすい、と⁽³⁸⁴⁾。

(382) 拙稿・前掲注 310・515-519 頁，同・前掲注 358・185-187 頁。

(383) さらに、拙稿・前掲注 358・190 頁注 337。

(384) 拙稿・前掲注 310・519-524 頁，同・前掲注 358・183-185, 187-191 頁。

一 退避可能性の考慮に否定的な立場

もっとも、わが国では退避可能性を考慮することに警鐘を鳴らす見解が近時でも多数とあってよい。その代表的論者である山口は、上記のような形で退避可能性を考慮すると、対抗行為が致命的有形力行使とならざるを得ないのは通常は侵害行為が重大なものである場合であり、とすると、軽微な利益への侵害の場合には被侵害者に退避が義務づけられないにも拘らず、侵害行為が重大なものである場合には被侵害者に退避が義務づけられる、という一種の評価矛盾を生じ適切でないとする⁽³⁸⁵⁾。また、安田拓人は、①正の側が逃げ回ることを余儀なくされ行動の自由が侵害されることは正当化できないこと、②正当防衛状況は追い込まれた状況である以上、事後的観点から退避可能であったと批判的分析を行うのは妥当でないこと、たとえその分析の際に緊急状況における被侵害者の心理的状况を考慮するとしても⁽³⁸⁶⁾なお不当に退避可能と事後的に判断される懸念が払拭し得ないこと、を挙げる⁽³⁸⁷⁾。

まず、山口の指摘については、たしかに評価矛盾であるかのようにも一見思われるが、そうではないと反論し得る。たしかに、対抗行為が致命的有形力とならざるを得なくなるのは、侵害行為が重大なものである場合が多いであろうが、侵害行為が財産侵害のみに向けられた軽微な場合でもあり得ることであり、その場合には当該被侵害法益を守ることさえ制限され、それを失いたくなければ被侵害者は退避するほかなく、侵害受忍か退避かという形で二者択一の形で退避も要求されている。つまり、侵害行為が軽微であろうと重大であろうと、対抗行為が致命的有形力になる場合には正当防衛の制限があり得、軽微な侵害の場合には当該法益自体の放棄か退避が求められ、重大な侵害の場合には当該法益自体の放棄は求められず可能な限りで退避のみ求

(385) 山口・前掲注 47・326 頁。

(386) 佐伯・前掲注 9・152-153 頁。

(387) 安田拓人「正当防衛 (3)」法学教室 495 号 (2021 年) 111-112 頁。

められるのである。このように、理論上は侵害行為が重大な場合の方が軽微な場合より広く対抗行為が許容されているのであり、価値判断としては矛盾していない⁽³⁸⁸⁾。

次に、安田の指摘②は、アメリカにおける退避義務否定論者の主張を彷彿とさせるものであり、一定の説得力がある⁽³⁸⁹⁾。しかし、その際に論じたように、これは結局認定の問題であり、完全に安全な退避が可能であったかを被侵害者の心理状態をも考慮して判断し、明らかにそういえる場合にのみ退避可能性を考慮し、そうでない疑いが残る場面では利益原則に従って退避不可能であったとして正当防衛制約的には考慮しない、とすれば足りよう。論者は、防衛行為の相当性に関しても、「急迫不正の侵害を受け、追い込まれた精神状態にあり、状況認識も確かではない状態でのとっさの判断である」以上、厳格な必要最小限度性を要求するのは、不正の侵害を受けた正の側に十全な保護を与える観点からは不適切とし、その際、正当防衛が違法性阻却事由であることから被侵害者の精神状態を勘案することが困難である、とする⁽³⁹⁰⁾。退避可能性を考慮すべきではないとするのも同様の懸念に基づくのであろう。しかし、そのような懸念のみから、行為者が必要最小限度でないことを十分に認識している場合であっても相当性が認められ得るような形で要件を設定することは、過剰対応であるように思われ、同じことは退避可能性の考慮についてもいえよう⁽³⁹¹⁾。不当な認定が生じるリスクを可及的に排

(388) もちろん、対抗行為が致命的有形力に至らない場合には、比例性による制限も退避可能性の考慮も生じないのであり、ここでも評価矛盾は生じていない。

(389) 拙稿・前掲注 358・185-187 頁。

(390) 安田・前掲注 387・113-115 頁。

(391) 論者が、行為者が必要最小限度でないことを十分に認識している場合にも比例性の観点で問題がなければ相当性を肯定するのは必ずしも明らかでない。一方で、これを肯定するとすればその結論には疑問を覚える。他方で、これを否定するとすれば、論者は、「誰が見ても不相当といえる行為をも許すべきいわれはない」として「誰が見ても行き過ぎだ」という場合には相当性が欠けるとする（安田・前掲注 387・115-116 頁）ため、上記の場合にはこの観点

除しようとする論者の問題意識は傾聴に値するが、違法性阻却判断においても被侵害者の精神状態を勘案することは不可能ではなく⁽³⁹²⁾、実体法的基準として退避可能性の考慮を完全に排除する論拠とはなり難いだろう。

最後に安田の指摘①に関してだが、論者は比例性の観点からの正当防衛の制限は認めている⁽³⁹³⁾ため、正が不正に譲歩すべき場面があることは認めていると思われる⁽³⁹⁴⁾。とすると、にも拘らず退避可能性の考慮を排斥する根拠として①が機能する必要があるが、仮に、行為自由の放棄の方が例えば財産法益の放棄よりも負担が大きいの理解であるとすれば、それは支持し難い。たしかに我が国においては行為自由ないし現場に滞留する利益を、物理的・場所的な利益に尽きるものではなく、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重要な利益を物理的な概念に還元したもものとして、生命・身体に比肩する非常に

から不相当とすることになろう。しかし、とすれば、その相当性判断の際に、行為者の精神状態・状況認識を踏まえた必要最小限度性が結局のところ考慮されていることになろう。そして同様のことは退避可能性の考慮についても妥当するはずであり、容易に安全に退避可能であることを被侵害者が十分に認識している場合には、それにも拘らず致命的有形力の行使を行うことが「誰が見ても行き過ぎだ」と評価される可能性が残ることになり、結局退避可能性を考慮する余地が残ることになる。やはり、論者の指摘②の観点は実体法上の基準を定立する際には決定的にはなり得ないと思われる。

(392) 中森・前掲注 101・145-146 頁参照。

(393) 安田・前掲注 387・115-118 頁。

(394) もっとも、安田拓人「正当防衛（1）」法学教室 493 号（2021 年）107-109 頁は、本稿が依拠する自力救済の許容により生じる弊害との調整という観点には批判的であることから、その理論的根拠は必ずしも明らかでない。そのため、比例性が問題となる場面（あるいは不正の質が不十分であり急迫性が認められるに至らない場面）においては、国家による救済が実効的に行われているため、国家実力独占の原則が妥当するにすぎず、正が不正に譲歩しているわけではない、との理解がなされている可能性もある。しかし、その場合の救済は時間的間隔をおいた後での事後的救済に過ぎないのであり、その限りでは正が不正に譲歩することを要求していると言わざるを得ないと思われる（拙稿「事前の公的救助要請可能性が正当防衛・過剰防衛の成否に与える影響について」刑法雑誌 59 卷 1 号（2020 年）28-33 頁参照）。

高度の保護に値するものとする理解もある⁽³⁹⁵⁾。しかし、これは、正当防衛を緊急避難の延長線上に理解する立場から、被侵害者側の利益をいわば「かさ上げ」するために主張された論理であり、本稿のように、正当防衛の権利行為性に着目する出発点に立てば、両者の非対等性、被侵害者の優位性を原則とする形で既にその考慮が取り込まれている⁽³⁹⁶⁾。とすると、退避可能性の考慮の当否の検討の段階では、物理的・場所的な利益のみを念頭に置けばよく、自宅などそこに留まること自体に重要な利益が認められる場所を除けば、それは「そこに留まることが不正ではない場所に留まる利益」であって、排他的な主観的権利には及ばないという評価の方が自然であろう⁽³⁹⁷⁾。とすると、論者の指摘①は、たとえ現場に滞留する利益が排他的主観的権利には及ばないものであるとしても、既に侵害行為が高度に暴力的なものとなっている以上、それから被侵害者が逃げ回らなければならないということ自体が、弱者に暴力的強者への屈服を要求することによる法への信頼の低下の危険を招くがゆえに、退避を要求することは正当化できない、との価値判断

(395) 橋爪・前掲注6・74-75頁。

(396) 橋爪・前掲注6・75頁においては、「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」とするが、比例性による正当防衛制限を認めるとすれば、不正の侵害に直面すればそれを放棄せねばならない場合があるということになり、同様の萎縮が生じるはずである。このように、この問題は、退避義務のみの問題ではなく、不正の侵害に対して対抗行為により自己の正当な権利利益を防衛できない場合があるということにより一般的に生じる事柄である。そしてそのことを正当防衛の権利行為性という原則に取り込んだのが本稿の出発点であり、そうである以上、退避可能性の考慮の当否の検討の段階では、利益としては物理的・場所的な利益のみを想定すればよいと思われる。

(397) 林・前掲注7・186頁。わが国の刑法37条の緊急避難において、まず補充性が問題となり、危難からの退避が可能であればそれが求められ、その退避が不可能である場合に初めて害の衡量が問題となることに鑑みれば、現場に留まる利益は財産権等に比してより価値の低い法益と理解されているといえ、このような序列は我が国の刑法典においても共有されているといえよう。

の表明として受け止められることになる。

二 本稿の立場

このように見ると、退避可能性の考慮に否定的な立場の論者の主張は、必ずしも決定的なものとはいえず、最終的に結論を決するのは、否定的な立場の上記価値判断を是とするか、それとも、現場に滞留する利益が排他的主観的権利には及ばないものであることから、その点につき一定の譲歩を被侵害者にさらに要求することは許容される、との価値判断を是とするかによる。そのため、いずれもあり得る立場であり、最終的にはわが国での実証研究等を踏まえたより緻密な検討により決されるべきということになるだろうが、アメリカにおける実証研究⁽³⁹⁸⁾及び銃社会でないわが国においては（錯誤による不必要な銃殺発生リスクは低い）致命的有形力という最も強度の暴力同士の衝突が暴力的風潮を蔓延させるものとしてより否定的に評価されると思われることに鑑みれば、現状では後者の価値判断の方がより説得的ではなかろうか。このような認識から、本稿は、被侵害者の心理状態をも考慮した上で完全に安全な退避が可能である場合には、致命的有形力による対抗行為をせずに退避をするよう要求することが許される、と結論する⁽³⁹⁹⁾。

その上で、にも拘らず退避することなく致命的有形力による対抗行為がなされた場合、正当防衛及び過剰防衛のいずれをも排斥するのではなく、防衛行為の相当性の要件充足が否定され過剰防衛とされる、と解すべきであろう。やはり違法な侵害が切迫又は現在した状況はあり、全く対抗行為が許容されない状況ではなく⁽⁴⁰⁰⁾、致命的有形力以外の対抗行為は許容される状況である以上、その過程での「行き過ぎ」であり、過剰防衛固有の責任減少は

(398) 拙稿・前掲注 358・188-189 頁参照。

(399) このような理解からは、昭和 46 年判決が、傍論ながら、侵害切迫後の退避可能性が防衛行為の相当性の判断に影響を与えることを示唆した点（拙稿・前掲注 130・218 頁）は、肯定的に評価される。

(400) 前掲注 376 と同様である。

観念し得るためである⁽⁴⁰¹⁾。

第三款 侵害回避可能性の考慮

以上のように、退避可能性を考慮することが可能であるとすれば、侵害を事前に予期している場合には、退避可能性考慮という観点が前倒され、侵害回避可能性考慮に至るのは自然なことであろう。ドイツ及びアメリカのいずれにおいても、退避可能性考慮は認めつつ侵害回避可能性考慮には懐疑的な立場は存在したが、その際に論じたように、自力救済の許容により生じる弊害の可及的排除の観点から一定の行為自由への制約が正当化されるのであれば、その価値判断は侵害回避可能性の考慮にも及ぶと考える方が自然であり、実際にそのような立場も両国において存在する。もちろん、行為自由の制約の程度が量的に大きくなるため、過度な制約にならぬよう慎重を期する必要はあるが、理論的には考慮が認められよう⁽⁴⁰²⁾。

(401) 佐伯・前掲注8・106頁。

(402) 安田拓人「正当防衛(2)」法学教室494号(2021年)113-118頁は、侵害回避可能性の考慮による正当防衛制限を、「侵害を予期しながら回避しなかったというだけで、その者を不正の側に移し替え、回避義務違反をとらえて犯罪者扱いすることは、到底できない」と強く批判する。これは、論者の退避可能性考慮否定という立場を前提とすれば、その延長線上において初めて認められる侵害回避可能性考慮は当然否定され、とすれば、先行事情に基づく正当防衛制限を導く法理は自招侵害法理のみとなり、「予期した侵害に対し積極的加害意思でもってこれに臨む場合には、それは侵害をいわば引き寄せ、自らの反撃＝攻撃の手段の機会として利用しているのであり、このことによりこの者は不正の側に移行する」とはいえるが、そのような「意図的な手段・目的関係の下での利用意思という積極的加害意思」が認められない場合には、自招侵害の場面と等価とは言えない、ということであり、一貫した主張である。

以下で述べる本稿の趣旨は、侵害回避可能性の考慮が自招侵害の場面とは等価でないことは正面から認めつつ、しかし、それとは別の観点からの正当防衛制限として、退避可能性考慮の前倒しとしての侵害回避可能性の考慮があり得るのではないかと、いうものである。ゆえに、本稿の主張に対しては上記批判は妥当せず、本稿への批判はそもそも退避可能性考慮を可能とする点に向けられることにならう。

一 正当防衛制限の要件

侵害回避可能性の考慮が、退避可能性の考慮の前倒しである以上、その内容は退避可能性の考慮の際のそれに依存することになり、かつそのような前倒しにより行為自由の過度の制約となることを避けるために⁽⁴⁰³⁾、自らが許されない対抗行為を行うことになることを確実に予期していることが要求されるべきであろう⁽⁴⁰⁴⁾。すなわち、侵害を事前に確実に予期し、また不正の侵害が切迫・現実化すれば自らが行うことになる対抗行為が致命的なものになることを事前に確実に予期し、さらに現場に赴いたり留まることに重要な利益がなく、事前回避が容易かつ確実に可能であることを十分に認識した上であえて現場に赴いたり留まったりした場合にのみ、侵害回避可能性の考慮が可能になると解されるべきであろう⁽⁴⁰⁵⁾。この点、平成29年決定は、侵害の予期がある場合についての判例であるが、既に指摘もあるとおり⁽⁴⁰⁶⁾、「侵害の予期の程度」が考慮要素に留められており、確実な予期を必須としていない点は問題となり得るが⁽⁴⁰⁷⁾、後述のように⁽⁴⁰⁸⁾侵害の予期の程度が相対的に低くてよい場合が観念できるため、その場合を想定してのものであれば理解可能である。それに対して、そのような場合に当たらない場合に

(403) この限りで、橋爪・前掲注6・92-93, 308-310頁。

(404) 最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁及び松浦繁「判解」最判解刑事篇昭和59年度44-45頁参照。この判例については、拙稿・前掲注374・147頁注82も参照。

(405) なお、橋爪隆「正当防衛論の課題」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』（成文堂、2019年）171頁注32は、侵害回避可能性が客観的には存在したが、行為者がその認識を欠いた場合を、誤想防衛・誤想過剰防衛として処理するとされているが、本稿は端的に正当防衛・過剰防衛として処理することになる（その場合、過剰か否かの判断は侵害の切迫・現実化以降の事情のみを基礎に判断される）。

(406) 橋爪隆「侵害の急迫性の判断について」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、2018年）246頁。

(407) この点を批判するものとして、安田・前掲注402・118頁。

(408) 第四款参照。

は、確実な予期が要求されるべきである。

このような内容・程度の予期に加えて、現実に行われた対抗行為が致命的有形力によるものであることも不可欠と解される。というのも、ここでの正当防衛制限は、自力救済がもたらす弊害に鑑みたものであり、その弊害は対抗行為が致命的有形力に至る場合にのみ無視できないものになるとの理解が前提とされており、現実には致命的有形力による対抗行為がなされなければ、正当防衛制限の根拠が妥当しないからである⁽⁴⁰⁹⁾。平成29年決定が、侵害現実化後の対抗行為の内容・態様をも考慮要素とした点に対しては、学説上は批判も存在する⁽⁴¹⁰⁾が、本稿の立場からはむしろ積極的に評価される。

なお、平成29年決定が「予期された侵害の内容」や「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」を考慮要素に挙げている点については、本稿の立場からは、侵害回避可能性の考慮という観点からの正当防衛制限との関係では⁽⁴¹¹⁾、それ自体としては必ずしも重要でないと思われる。というのも、侵害回避可能性の考慮との関係で重要なのは、「致命的有形力による対抗行為をすること」の確実な予期であり、予期された侵害の内容は、予期された侵害の内容が重大であればあるほど、致命的対抗行為を行うことになる確実な予期が生じたと推認されやすくなるという、間接事実としての役割を果たすに留まると思われるからである。それゆえ、予期された侵害の内容は軽微であったが、重大な対抗行為を行うことの確実な予期は事前に形成されていた、という認定が可能である場合⁽⁴¹²⁾、たとえ実際の侵害内容が軽微でなくとも、「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」は重要ではなく、侵害回避が容易かつ確実でありそのことを確実に認識していたのであ

(409) 侵害回避義務論からの説明であるが、橋爪・前掲注406・256頁。

(410) 小林憲太郎「自招侵害論の行方」判例時報2336号(2017年)144頁など。

(411) それに対して、後述する第四款一の「過剰防衛の事前準備型」ではそれ自体重要となり得る。

(412) この場合には、後述の第四款の類型ともいえよう。

れば、（実際に重大な対抗行為を行えば）正当防衛としては認められない、ということになる。やや検討が必要なのは、その異同の程度が著しく、予定されていた対抗行為との関係でも想定され難いような⁽⁴¹³⁾過大な侵害行為が現実に行われた場合には、もはや事前に侵害回避が期待された場面とは別の場面との評価から、時間的前倒しは不可能とされ⁽⁴¹⁴⁾、正当防衛として許容され得るとの理解もあり得ると思われる点であるが、本款の問題状況では、既に致命的有形力による対抗行為を行為者が想定しているため、その異同から別の場面との評価に至ることは考え難いだろう⁽⁴¹⁵⁾。

二 正当防衛制限の法的効果

さらに、重要な問題は法的効果である。本稿のこれまでの検討から自然なのは、退避可能性の考慮による正当防衛制限の場合と同様、侵害回避可能性の考慮による正当防衛制限の場合も、過剰防衛とすることであろう。やはり違法な侵害が切迫又は現在した状況はあり、全く対抗行為が許容されない状況ではなく、致命的対抗行為以外の方法での対抗行為は許容される状況である以上、その過程での「行き過ぎ」として過剰防衛とするのが自然とも思わ

(413) ここで「予定されていた対抗行為との関係でも想定され難い」としているのは、自らが許されない対抗行為を行った際に相手方から生じることが想定されるさらなる侵害行為については、なお同一の侵害事象の枠内に留まっていると思われ、それを含めて被侵害者に事前の侵害回避を期待し得ると考えられるためである。

(414) 時間的な前倒しをするには、そのような内容の侵害が想定され得ることが最低限度の必要条件になる、という理解になろう。

(415) 他には、侵害が現実的に切迫・現在化した時点で事前の予定を放棄して、退避や対話、防御的防衛等に終始して、事態の鎮静化に努めたものの、なお相手方が侵害をしてくる場合につき、どのように考えるかも問題であるが、（その努力の程度によっては異なる評価の余地も完全には否定できないかもしれないが）侵害の程度が予期されたものあるいは予定されていた対抗行為との関係で想定され得るものに留まっている場合には、なお同一の場面という評価になり、現実的に致命的な対抗行為に及んだ場合には正当防衛及び過剰防衛が排斥されることになると思われる（橋爪・前掲注 405・170 頁も同趣旨であろう）。

れるからである。現にそのような主張をする松原芳博は、「過剰防衛は刑の任意的減免にとどまること、事前の回避要請が認められる場合に刑の減免が常に不当ともいいきれないことから、防衛行為の必要性・相当性判断の補充・拡張としての事前の回避要請は、その機能・根拠に照らして防衛行為の必要性・相当性に位置づけられるべき」とする⁽⁴¹⁶⁾。

しかし、機能・根拠において本来的には防衛行為の相当性の問題であることはその通りであるが、「刑の減免が常に不当ともいいきれない」との点には議論の余地があると思われる。論者の主張は、過剰防衛における刑の減免根拠を違法又は責任の減少に求めた上で、今回の問題状況においては違法減少が認められるため、過剰防衛の余地を認めるべきとの趣旨と理解される⁽⁴¹⁷⁾。しかし、過剰防衛の成立には責任減少が不可欠とする立場⁽⁴¹⁸⁾からは違法減少のみでは不十分であるのは勿論のこと、仮に論者の減免根拠論を前提としても⁽⁴¹⁹⁾、侵害回避可能性の考慮の場合、本来望まれる行為は侵害回避又は致命的有形力によらない穏当な対抗行為であり、それにも拘らず致命的有形力による対抗行為を行った場合に、そのみで刑の減輕に値するような違法減少があるかは疑わしい⁽⁴²⁰⁾。また、論者もおそらく認めるように、侵害回避可能性の考慮の場合、侵害の切迫以前という時間的余裕のある「いまだ冷静であり得る時点」⁽⁴²¹⁾において許されない致命的対抗行為を行う確実な予期がなされ、その上で現実にその種の対抗行為をしている以上、責任減少も観念しがたいだろう。それゆえ、過剰防衛による刑の減免が認めら

(416) 松原・前掲注 378・186 頁注 61。

(417) 松原・前掲注 378・189-190 頁。

(418) 平野・前掲注 75・245 頁、佐伯・前掲注 9・164-165 頁。

(419) 過剰防衛の刑の減免根拠論に関するより詳細な検討は他日を期したい。

(420) 松原・前掲注 378・189 頁も、違法減少のみで刑の減輕がある場合として「わずかな行き過ぎがあった場合」を想定しており、今回の問題状況ではそのような「わずかな行き過ぎ」に留まるものとは評価し難いように思われる。

(421) 安廣・前掲注 2・149 頁。佐伯・前掲注 8・106 頁も参照。

れるべき場面は想定されず、完全な犯罪を認めてよいと思われる。

なお、このような責任減少の側面に関する理解に対しては、（例えば事前の段階では重大な傷害を負わせる故意に留まったが、侵害切迫・現実化後に殺意に変化した場合を想定して）現実に対抗行為を行った時点での故意に対応した犯罪ではなく、事前の段階での故意に対応した犯罪を検討すべきである、との指摘が予想される。たしかに、いわゆる責任能力に関する「原因において自由な行為」の議論においては、いわゆる責任モデルを採用する論者であってもそのほとんどは、いわゆる原因行為時における故意の内容での犯罪についてのみ完全責任能力での処罰を可能としている⁽⁴²²⁾。しかし、そもそもそのような理解に異議を唱える有力説が存在する⁽⁴²³⁾ばかりでなく、そのような有力説を批判する立場の中にも、その批判の理由として「責任能力はその存在自体が39条によって要求されている」との点を挙げ、そもそも「可能性」を問題とする違法性の意識の可能性に関しては、事前の回避可能性を考慮して最終行為時の非難可能性を肯定する余地を認める含みを残す見解も存在する⁽⁴²⁴⁾。これらの理解によれば、少なくとも「可能性」を問題とする期待可能性に関しては、事前の回避可能性がある以上、それ自体違法な対抗行為をする時点で完全な期待可能性があると評価する余地が生じよう⁽⁴²⁵⁾⁽⁴²⁶⁾。も

(422) 山口・前掲注75・277頁など参照。

(423) 安田拓人「原因において自由な行為」法学教室501号（2022年）107-108頁。責任能力判断に解消することで同一の結論を導くものとして、竹川俊也「自招性精神障害の刑法的評価：『原因において自由な行為』論の再定位（2・完）」北大法学論集70巻1号（2019年）18頁（なお、後掲注426も参照）。

(424) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）263頁。もっとも、このような理解を批判するものとして、山口・前掲注75・268-269頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）337頁以下。

(425) 期待可能性判断において、「行為をもたらした事情が行為者自身の招いたものであり、彼が自ら責任を負うべきものかどうか」が「重要な判断材料」となるとするものとして、中森喜彦「期待可能性」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第3巻）』（法学書院、1994年）282頁。

(426) その際、事前の段階で後の犯行をその種類において予見し得たことは要求さ

もちろん、違法性の意識に関しては、その可能性はあったものの現実に違法性の意識を欠いている場合に、38条3項ただし書による任意的減軽が認められており⁽⁴²⁷⁾、とすれば、対抗行為時点で現実に恐怖・狼狽等を感じている場合には同様に任意的減軽の余地を認めるべきではないか、それゆえ（免除までは認めないとしても）過剰防衛の適用の余地を残しておくべきではないか、との指摘もあり得るかもしれない。しかし、今回の問題状況においては、行為者は侵害を事前に確実に予期し、回避が容易であることも致命的有形力行使をすることになることも事前に確実に予期した上で、侵害状況に入っており、上記心理状態において許されない致命的有形力行使を行うことを確実に予期した上であえてその心理状態に陥っている以上、減軽の余地は類型的にないとしてよからう⁽⁴²⁸⁾。

最後に残る問題は、この場合に刑法36条1項のいかなる要件の充足を否

れよう（安田・前掲注423・107-108頁）が、今回の問題状況においては致命的有形力行使というその種類を確実に予見している以上、問題ない。なお、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、2006年）57頁注122は、論者の採用する回避可能性説の厳密な射程は「認識・制御主体が完全に損なわれていた場合」に限られ、そのような「主体が完全に損なわれていない場合」には「期待可能性の観点からの可能性判断の枠内において、自ら招いたという事情は考慮されうる」（同123-133頁も参照。この限りで、本稿の問題領域との関係では、前掲注423の竹川の立場との相違はないといえる。）としており、その場合にも事前の段階で後の犯行をその種類において予見得たことが要求されるのかは必ずしも明らかでないが、個別行為責任原則との調和（安田・前掲注423・108頁）の観点からは要求されるのが自然であろう。

(427) 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二）・完」法学論叢142巻2号47-48頁、竹川・前掲注423・32頁も参照。

(428) なお、時間的に余裕があるとはいえ、事前の段階で既に恐怖・狼狽等が生じ、それゆえに適切な事前回避措置をとることが困難であった、という場合を想定し、やはり過剰防衛の余地を認めるべきである、との主張もあり得るかもしれない。しかし、本稿は、侵害回避可能性の考慮の前提として、完全に安全な回避が容易に可能であることの認識も要求している以上、回避選択を期待することは問題がないと思われる（やや異なる立場からではあるが、橋爪・前掲注405・168-169頁も参照）。

定するかであるが、理論的には、本稿の理解からは致命的有形力によらない対抗行為に終始すれば正当防衛が認められる余地がある以上、正当防衛状況性を否定する意味をもつ急迫性の否定によるべきではない⁽⁴²⁹⁾。そもそも侵害回避の問題が退避の問題の延長線上で考えられるとすれば、その考慮の本籍地は防衛行為の相当性であり、法的効果として過剰防衛の余地も排斥することを示すのであれば、端的に防衛行為性を否定する方が自然であろう。その意味で、平成 29 年決定がこの問題を「急迫」性の問題と位置付けたことは、本稿からは疑問が残る⁽⁴³⁰⁾。

第四款 さらなる問題領域の検討

一 「過剰防衛の事前準備」型⁽⁴³¹⁾

以上の議論は、侵害回避可能性のみの観点から、正当防衛が制限されるとすればいかなる場合であるか、という点に焦点を当てたものであった。もっとも、その際に行なったのは、正当防衛判断の時間的前倒しであり、この時

(429) 「急迫」性の問題と位置付ければ、侵害切迫・現実化後の事情である対抗行為の内容により「急迫」性の存否が左右されることになるが、そのことに違和感が表明されていることは周知のとおりである。

(430) もっとも、機能としてはいずれの要件としても異ならないことから、これ以上の検討はしない。拙稿・前掲注 374・153 頁も参照。

(431) 伊藤嘉亮「正当防衛の制限原理」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、2022 年）435-439 頁は、「過剰な反撃準備」による「利益衝突状況の支配」とのカテゴリを設定して正当防衛及び過剰防衛が認められない領域としており、以下で論じることと同様の議論を行っているようにも思われる。しかし、論者のいう「過剰な反撃準備」とは、「過剰防衛に当たる行為を行う準備」に留まらず、「致命的有形力による対抗行為を行う準備」をも含めているように思われる点で、正当防衛及び過剰防衛が排除される領域を、本稿の立場より広く捉えている点に注意が必要である。なお、論者の挙げるもう一つの正当防衛及び過剰防衛排除カテゴリである「原因・結果型」の「利益衝突状況の作出」においては、（従前の侵害回避義務論と同様、予定された対抗行為の内容に拘わらず）予期に加えて侵害回避に特段の負担がないということのみで正当防衛制限を認めていると思われるため、この点でも、正当防衛及び過剰防衛が排除される領域を本稿の立場より広く捉えているといえよう。

間的前倒しという考え方は、退避可能性・侵害回避可能性の考慮のみにしか妥当しないものではなからう。正当防衛判断の時間的前倒しという考え方をより一般化すれば、当該対抗行為が許容されるか否かの判断は、本来、不正の侵害が切迫・現実化した段階で初めてなされ、その段階で存在する選択可能な手段の中で最も穏当な手段といえるか否かが問題とされるが⁽⁴³²⁾、不正の侵害が切迫する以前の段階において侵害を予期している場合には、その時点で既に手段選択の余地が生まれていると言え、そしてその手段を選択することが期待できる場合には、その時点まで時間的に前倒された形で対抗行為の許容性判断を行うことが認められる、ということである。

とすれば、事前に予期された侵害に対して、その事前の段階においてより穏当な手段を選択することが容易に可能でありそのことを認識していたにも拘らず、その選択肢を放棄してより侵害性の高い対抗行為を選択して侵害に臨んだという場合、より穏当な手段を放棄したがゆえに侵害切迫・現実化時点のみを見れば当該手段が必要最小限度のものであろうと、正当防衛としては許容されないというべきであらう⁽⁴³³⁾。この場合には侵害回避可能性は重要でないと思われる。侵害回避可能性がなからうと、より穏当な手段の選択が容易に可能でありそのことの認識もあったのであれば、より侵害性の高い対抗行為の選択は許されないといえるからである。また、この場合に必要な侵害の予期の程度としては、第三款とは異なり、確実な予期までは要しないとする余地があらう。というのも、過剰な対抗行為をあえて選択したと評価し得るためには、侵害及びその内容の認識は必要であらうが⁽⁴³⁴⁾、この場合

(432) 必要最小限度性を要求する考え方には批判もある（たとえば、平野・前掲注 75・239-240 頁、安田・前掲注 387・113-115 頁）が、筆者はこれを要求する立場を支持している（前掲注 391 も参照）。

(433) 塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015 年）49-50 頁参照。

(434) これがなければ、いかなる侵害を想定して過剰か否かを判断すればよいのか不明であらう。

に被侵害者に求められているのは、より穏当な選択肢を放棄しないことに留まり、行為自由の制約とは言えないため、確実な予期までは不要であると思われるのである。なお、このような場合でも、予期された侵害と実際の侵害行為とが異なり、それゆえに事前の段階で放棄した対抗行為では対抗不可能であった場合には、結局、実際に行使した侵害性の高い対抗行為が必要最小限度となることから、正当防衛として認められてよいであろう⁽⁴³⁵⁾。

残る問題は、この場合の法的効果である。具体的には、当該許されない対抗行為を行った場合に、過剰防衛の余地が残るのか単なる犯罪とすべきなのかであるが⁽⁴³⁶⁾、これは過剰防衛の刑の減免根拠論に関していかなる立場を採用するかによる。責任減少を必須とする立場からはこの場合も責任減少は観念し得ないため単なる犯罪とすることになるのに対して、違法減少のみでも足りるとする立場からは、どの程度過大となっているかに依存するであろうから、過剰防衛の余地を残しておくということになろう⁽⁴³⁷⁾。

二 「積極的加害意思ないし意図的挑発」型

さらに、必ずしも過剰な対抗行為や致命的有形力による対抗行為を事前に予定していたわけではないものの、侵害を予期してそれを事前に回避しなかったに留まらず、いわゆる積極的加害意思で侵害に臨んだ場合、すなわち「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする」という意図的な手段・目的関係が存在する場合⁽⁴³⁸⁾には、もはやその出向きまたは待受けは

(435) それゆえこの類型では、平成 29 年決定で考慮要素として挙げられている「予期された侵害の内容」や「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」はそれ自体重要となり得る。前掲注 411 及びそれが付された本文と比較されたい。

(436) 塩見・前掲注 433・49-50 頁は過剰防衛の余地を残している。

(437) もっとも、このように過剰な対抗行為をあえて選択している場合であって、かつ事前に回避可能でもある場合には、後述二の「積極的加害意思」型として把握されるのが通常と思われ、その場合には違法減少も観念し得ず、過剰防衛も認められなくすべきであろう。

(438) 安田・前掲注 402・115 頁、伊藤・前掲注 431・431-432 頁参照。

行為自由の枠内の行為とはいええないことから、そのことにより侵害からの回避が要求可能であり、にも拘らず回避せずに予定された対抗行為を行った場合には、正当防衛として認められないとしてよからう。いわゆる意図的挑発に関しても同様のことがいえよう⁽⁴³⁹⁾。この場合にも、必要な侵害の予期の程度としては、確実な予期までは要しないとする余地があろう。この場合に被侵害者に求められているのは、攻撃のための手段として利用するとの目的のみしかない場所に留まったり赴いたりすることをやめることのみであり、行為自由の制約とは言えないため、確実な予期までは不要であると思われるためである⁽⁴⁴⁰⁾。

この場合の法的効果としては、過剰防衛の刑の減免根拠においていかなる立場を採用しようと、過剰防衛の余地を排除してよいと解される。というのも、責任減少はこれまでと同様認められず、また違法減少も、端的に事前の出向き・待受け行為又は意図的挑発行為をしないことが求められるにも拘らず対抗行為を行っている以上、観念し難いからである。

終章

本稿は、比例性、退避可能性及び侵害回避可能性に基づく正当防衛の制限に関するドイツ及びアメリカの議論を比較参照することで、正当防衛の正当化根拠についてその権利行為性に着目する出発点に立ちつつも、そのような

(439) この限りで、いわゆる自招侵害の法理と重なり合うといえる。本稿では紙幅の関係上自招侵害について詳論することはできないが、筆者の理解については、拙稿・前掲注 374・149-152 頁を参照。

(440) もっとも、安田・前掲注 402・118 頁は、この場合にも確実な予期を要求する。なお、予期された侵害と実際の侵害行為とが異なった場合については、その異同が微々たるものに留まらず、予定されていた対抗行為（を騙った攻撃行為）との関係でも想定され難いような過大な侵害行為が現実に行われた場合には、もはや別の場面との評価になり、正当防衛として許容されるとの理解もあり得ると思われる。前掲注 413-415 及びそれが付された本文も参照。

制限が認められる規範的根拠を明らかにし、それに基づき生じる制限の具体的内容を示すことを試みたものである。現在に至るまで、正当防衛の権利行為性を強調することで正当防衛の制限に強く反対する立場と、優越的利益原理を出発点とするがゆえに正当防衛をやや制限し過ぎる懸念も生じ得る立場とが、過度に対立する傾向が生じていたと思われるところ、本稿は、出発点としては前者を支持しつつ、しかし修正原理を導入することで、行き過ぎない形で正当防衛の制限を可能にする立場の探究に努めた。本稿が前稿⁽⁴⁴¹⁾で不十分に留まっていた検討を少しでも補うことが出来ていれば幸いである。

※本稿は、科研費若手研究 B「自招防衛論の再検討－要件・制限内容の具体化を目指して－」（17K13631）及び科研費若手研究「刑事違法論の再検討－生命侵害場面における功利主義的考慮導入の是非・限界を中心に－」（20K13342）の助成を受けたものである。

(441) 拙稿・前掲注 1。