
防衛行為の相当性と目的手段審査

三代川 邦 夫

序

第一章 憲法学における目的手段審査

第一節 比例原則

第二節 事例類型別の基準論

第三節 2つの目的手段審査の異同

第二章 従来の学説に対する不満

第一節 正当防衛制度の趣旨に基づく解釈

第二節 近時の裁判例の潮流

補論 豆腐数丁の防衛のために死亡させてもよいか

第三章 正当防衛と目的手段審査

第一節 目的手段審査の機能

第二節 目的手段審査の適用

第三節 小 括

跋

序

裁判員裁判の時代になり、正当防衛の実務も、変容してきたと思われる。正当防衛状況性（侵害の急迫性）に関し、重要な判例が相次いで登場しているが、防衛行為の相当性判断についても、重要判例こそ登場していないが、徐々に変

化が生じてきているのではないかと思われる。つまり、行為の相当性 VS 結果の相当性¹⁾であるとか、武器対等の原則²⁾といった従来の判断枠組みは、現在の裁判実務において重要性が低下し、その代わりに、“防衛行為者は、具体的状況において、いかなる防衛手段をとりえたか”という視点が強調されるようになってきていると思われる（その一例は、第二章第二節で紹介する）。そして、それは裁判実務が理論的に誤った方向に進んでいるということではなく、むしろ理論的にみて好ましい方向に進んでいるのではないかと、というのが、本稿の出発点である。

本稿では、(1)「それがなぜ好ましいのか」という点を論ずると同時に、(2)そのような判断手法の補助線として、憲法学における憲法適合性審査基準、具体的にいえば目的手段審査を参考にすべきである、という点を論じたい。それにより、防衛行為の相当性判断が、理論的にも実践的にも、より充実した中身を伴って、なされるようになっていくと思われる。

しかし、そのように結論づけるためには、まず、憲法学における目的手段審査を正確に理解する必要がある。そこで、最初に憲法学における目的手段審査について学び（第一章）、その判断枠組みがなぜ相当性判断において参照されるべきかを論じ（第二章）、実際に相当性判断においてどのように目的手段審査を参照すべきなのかを、示すことにしたい（第三章）。

第一章 憲法学における目的手段審査

本稿は、憲法学における目的手段審査に着想を得ている。しかし、目的手段審査と一口にいっても、大別して2つの異なる潮流が存在しているようである。1つは、ドイツにおける比例原則を基礎とするものであり、いま1つは、アメ

1) このような分析軸によって、問題を整理するものとして、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2010）174頁参照。

2) あくまで裁判例の分析という趣旨ではあるが、大越義久『刑法解釈の展開』（信山社・1992）58頁参照。

リカにおける事例類型別の基準論を基礎とするものである。以下では、順にみてみよう。

第一節 比例原則

比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) とは、①手段の合理性 (Geeignetheit)、②手段の必要性 (Erforderlichkeit / Notwendigkeit)、③利益の均衡性³⁾ (Angemessenheit / Zumutbarkeit) という3つの要件によって、国家による過剰規制を制御する考え方である⁴⁾。歴史的には、特に警察法の分野で発展してきた (BVerfGE 3, 383)。それは、「公共の安全のため」といえば、どのような権力的行為も往々にして容認されがちだからであり、この発想は「警察は雀をカノン砲で撃ってはならない」⁵⁾ということばに集約されている。この比例原則を、Peter Lerche が過剰規制禁止 Übermaßverbot として包括的に検討し⁶⁾、その後はBGH判例の採用するところとなっている⁷⁾。

この比例原則は、しばしばパレート最適という発想により説明されるようである⁸⁾。何ら状態・条件を悪化させることなく、より良い事態を実現できることを、パレート効率と呼ぶ⁹⁾。そして、より良い事態を実現しようとする、何かしらのマイナスを伴わざるをえない状態、つまり犠牲なしには改善するこ

3) 「狭義の比例原則」といわれることもある。

4) 以下は、主に宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂・2015) 213頁以下に拠る。なお、全通中郵事件判決においても、この枠組みが参照されていることが窺える(石川健治「30年越しの問い—判例に整合的なドグマティックとは」法教332号〔2008〕61頁注11参照)。

5) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., 1928, S.404.

6) Vgl. Peter Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 1961, S.21.

7) さらに、この判断手法は、わが国においても徐々に浸透しつつある(渡辺=宍戸=松本=工藤『憲法I基本権』〔日本評論社・2016〕58頁以下参照)。これに対し、「ドイツ判例理論が日本版Vulgataになるどこかで致命的に希釈されたとの合理的な疑いを払拭しえない」という指摘もある(木庭顕『笑うケースメソッドII現代日本公法の基礎を問う』〔勁草書房・2017〕87頁注18参照)。本稿では、日本の判例法理との関係等には踏み込まず、ドイツにおける目的手段審査の紹介・検討にとどめる。

8) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社・2016) 71頁以下参照。

とがもはや不可能な限界状態を、パレート最適と呼ぶ。上記①～③をみたとす場合は、犠牲なしに改善することは不可能であり、犠牲なしに改善することができる場合は、①～③のいずれかが欠ける、ということの意味する。

第二節 事例類型別の基準論

事例類型別の基準論とは、被侵害人権¹⁰⁾の性格や規制の手法に応じて、異なる審査基準を用いるというものである¹¹⁾。精神活動規制立法と経済活動規制立法とで審査基準を分ける、二重の基準論が、最も有名であろう。

この事例類型別の基準論では、3つの審査基準が用いられる。①厳格審査基準、②中間審査基準、③合理性基準である。①は、目的がcompelling interestを保護するための規制であるか否か、手段が目的に対し厳格に裁断された(narrowly tailored)ものであるか否かを判断する。②は、目的の重要性・実質性を判断し、手段が目的に対し実質的に関連しているか否か(Less Restrictive Alternatives = LRAの有無)を判断する。③は、目的が憲法により禁止されていない(legitimate)か否か、手段が目的との合理的関連性を有するか否かを判断する。

この審査基準によって弾き出された解は、何を意味するのか。たとえば、手

9) cf. *Joseph E. Stiglitz / Calr E. Walsh*, *Introductory Economics* (4th edition), 2006, § 5 Part.4. 翻訳として、藪下史郎ほか〔訳〕『スティグリッツ入門経済学〔第4版〕』（東洋経済新報社・2012）。

10) 筆者は、「人権」と「憲法上の権利」とは区別すべきだと考えているが（樋口陽一『国法学〔補訂〕〕〔有斐閣・2007〕43頁以下、長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会・2016）77頁以下、さらに拙著『被害者の危険の引受けと個人の自律』（立教大学出版会・2017）18頁以下参照）、本稿ではその区別に拘らず「人権」と括ることとする。

11) 以下は、高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリ1363号（2008）68頁以下参照。なお、小山・前掲注8）72頁以下は、比例原則の「審査密度」というかたちで、事例類型別の基準論を位置づけ、統合しているようである。つまり、比例原則を適用するに際し、先述の①～③をどの程度厳格に審査するによって、憲法適合性に関する結論は左右される。この審査の厳格度に関する議論として、事例類型別の基準論を参照するようである。

手段審査をパスしないということは、どのような意味で違憲ということになるのだろうか。それは、おそらく、“侵害される人権に見合うだけの公共的利益の実現がない”という、優越的利益の不存在を意味する。なぜなら、目的実現に対し、過剰に利益を侵害する手段を用いているということであり、被侵害人権と公益との均衡が取れていないということになるからである。このように、目的手段審査をパスしないということは、被侵害人権の制約を正当化するに足る、被侵害人権に優越する公益の実現が認められないことを意味している¹²⁾。

第三節 2つの目的手段審査の異同

第一款 相違点

この2つの目的手段審査は、形式的には似ているが、実質的にはだいぶ異なっている。

アメリカの審査基準は、まずどの審査基準に振り分けるかという篩分けが先行し、その後3つの審査基準を使い分けることになる。篩分け作業により、憲法適合性はある程度予測されるところではあるが、それでもあくまでこの審査基準へのあてはめによって、合憲／違憲が決せられる。

これに対し、ドイツの目的手段審査には、2つの特徴がある。それは、第一に、目的そのものの審査は、この比例原則の中に含まれていない点である¹³⁾。つまり、目的の正当性は所与の前提とされている¹⁴⁾。これはおそらく、比例原則の出自が警察比例の原則である、つまり行政活動の目的は法律により与えられているのが通常であり、法律により与えられた目的である以上は正当であることが常態であるから、わざわざ審査する必要がない、ということである

12) 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」曹時61巻12号(2009)7頁以下参照。

13) 高橋・前掲注12)10頁参照。ただし、目的審査を行う判例が皆無なわけではない、という指摘もある(青柳幸一「人権保障と憲法訴訟」戸松秀典=野坂泰司〔編〕『憲法訴訟の現状分析』〔有斐閣・2012〕130頁以下参照)。

14) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会・2001)55頁以下参照。

う¹⁵⁾。第二に、目的・手段の関係を離れた利益衡量を行っているように見える点である。ここで生じる疑問は、適合性判断や必要性判断を行った後に、なぜさらに利益衡量を行う必要があるのか、という点である。この利益衡量については、あくまで目的と手段の均衡を意味するという理解と、目的・手段の関係を離れた利益衡量を意味するという理解とがありうるが、両者を実質的に同旨と理解する考え方¹⁶⁾と、あくまで両者を別物と捉える考え方¹⁷⁾とが対立している。基本的には、目的・手段の枠内で位置づけられる要件である、という点では一致しているようであり、その限りではアメリカの審査基準論と本質的に相違ないのかもしれないが、利益衡量の仕方次第では、アメリカの審査基準論からは導けない結論も導かれる可能性はある。

この両審査方法は、余り区別されずに、日本に輸入されてきたものと思われる¹⁸⁾。最高裁判例に関しても、両審査方法の違いは意識されておらず、基本的には、「利益衡量と総合判断手法を『堅持』してきている」¹⁹⁾という評価がなされている。

第二款 共通点

このように、両者は異なる基礎をもつものである以上、安易に混同することは諷められるべきであろう²⁰⁾。しかし、両審査方法が担う共通の実質的機能に注目することも、有益だと思われる。つまり、いずれの審査方法においても、

15) 高橋・前掲注12) 10頁以下参照。これに対しては、憲法適合性審査においては、目的審査もすべきである、との指摘がある（高橋・同11頁参照）。すなわち、法律や法律により与えられた目的の正当性それ自体が問題となっている以上、この点を看過すべきではなく、何らかのかたちで目的審査をする必要がある、という。

16) 松本・前掲注14) 61頁、新正幸『憲法訴訟〔第2版〕』（信山社・2010）518頁参照。

17) 高橋・前掲注12) 12頁参照。

18) 高橋和之「憲法判断の思考プロセス—総合判断の手法と分節判断の手法—」曹時64巻5号（2012）2頁は、「審査基準論と比例原則がどう違い、どう同じなのかについての研究は、まだ緒に就いたばかりであ」と評する。

19) 高橋・前掲注18) 1頁以下。さらに、高橋は、最高裁は審査基準論の発想そのものを受け容れていないと指摘する（高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号〔2009〕113頁参照）。

20) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011）664頁以下参照。

目的手段審査は、(1)被侵害人権を制約するに足る正当性を備えない目的でなされた規制²¹⁾と、(2)正当な目的を有するものの不必要に過大な権利侵害を伴う規制とを、炙り出す機能を有している²²⁾。このような判断手法は、憲法理論から論理必然に導出される手法ではないと思われるが、比較的汎用性の高い手法であるがゆえに、用いられているのであろう²³⁾。

本稿が、防衛行為の相当性判断において参照したいのも、まさにこの点である。しかし、この意味での目的手段審査を、防衛行為の相当性判断に援用するためには、防衛行為の相当性判断において、なぜこの審査手法が有用なのかを示す必要がある。この点を、次章で論ずる。

第二章 従来の学説に対する不満

第一節 正当防衛制度の趣旨に基づく解釈

従来、防衛行為の相当性を巡っては、行為の相当性 VS 結果の相当性という分析軸が用いられたり、武器対等の原則という学説が主張されたりした。その

21) 消極目的（警察目的）を掲げる経済活動規制立法に関する、長谷部恭男の指摘が示唆的である（長谷部恭男『Interactive 憲法』〔有斐閣・2006〕182頁以下参照）。つまり、本来は特定の利益集団の便益を図るための経済活動規制立法であるにもかかわらず、警察目的というもっともらしい目的を掲げることで、「公衆の安全のためならば仕方がない」と人々が騙されて、その規制立法を承認してしまう危険がある。そのように幻惑されないために、警察目的というもっともらしい目的が掲げられた場合には、背後に別の隠れた目的があるかを炙り出すために、厳格な審査基準を用いる、という。このような指摘から示唆されることは、手段の目的との合理的関連性がない場合は、そもそも真の目的は別にある、ということがありうるということである。このような、隠れた目的を炙り出すという機能を、目的手段審査は備えていると解される。宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社・2014）55頁、渡辺ほか・前掲注7）75頁〔松本和彦〕も参照。

22) 宍戸・前掲注21）48頁以下参照。

23) 渡辺ほか・前掲注7）75頁〔松本和彦〕参照。

背景には、行為無価値論 VS 結果無価値論という理論対立もあったのであろう²⁴⁾。

しかし、正当防衛論を、行為無価値論とか結果無価値論といった理論から演繹して片付けることは、適切ではない。違法論に関わる論点であればすべてこの〇〇無価値論によって解決する、というわけではない。特に正当防衛は、社会契約論という、行為無価値論であろうと結果無価値論であろうと前提とすべき理論から導かれる違法性阻却事由である²⁵⁾。

むしろ、防衛行為の相当性を考えるに際し、重要なのは、制度趣旨に立ち返った解釈論である。正当防衛は、なぜ認められるのか。それは、違法に脅かされた被侵害法益を、保全するためである。そうであれば、被侵害法益を保全するために必要な行為は、許容されるべきである。被侵害法益を保全できない行為しか認めないのであれば、それは結局のところ、正当防衛を否定することと変わらない²⁶⁾。自己の身を守るために²⁷⁾必要な防衛行為であれば、その法益侵害が大きくても認めるべきであるし、逆に、不必要な防衛行為は、たとえその法益侵害が小さかったとしても認めるべきではない。重要なのは、法益侵害の大小そのものや行為の不法性そのものではなく、“当該法益侵害が、自己の身を守るために必要か否か”のはずである²⁸⁾。この点で、ドイツのBGH判例が、「防衛者は、複数の可能な防衛方法のうち、攻撃者に最小の被害を与えるものを選択しなければならない。しかし、この場合、防衛者は、自らの所有物の被害や自己の身体的傷害を甘受する必要はない。その者は、危険の除去を確実に期待させるような、防衛手段として客観的に有効な手段を用いる権利がある」と述べていることが、示唆的である²⁹⁾。

24) 特にこの見地を強調するものとして、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）163頁以下参照。

25) 拙稿「正当防衛の海域」立教法学 97号（2018）第三章参照。

26) それは、防衛行為に出てもよいといいながら、実際に自分の身を守ろうとすると処罰するという、アンフェアな解釈であるから、戒められるべきである（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』〔有斐閣・2013〕160頁参照）。

27) 以下の記述は、緊急救助をも念頭に置いているが、表現の複雑化を避けるため、自らが自らの法益を保全する場合を念頭に置いた記述を行う。

かつての最高裁判例³⁰⁾の「『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである」という判示も、このような趣旨で理解すべきである³¹⁾。その後の裁判例においては、必要最小限度性という表現はあまりみられない³²⁾が、その理由として、学説では、(1)「必要最小限度」という表現が、正当防衛の成立範囲を過度に限定するような印象を与える点³³⁾、(2)必要最小限度性による判断は、現実の防衛行為よりも軽微な手段により確実に防衛できたかという仮定的判断

28) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣・2007) 354頁、高山佳奈子「正当防衛論(下)」法教 268号(2003) 67頁以下、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016) 137頁(および同『問題探究刑法総論』〔有斐閣・1998〕 69頁以下)、佐伯・前掲注26) 147頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』(成文堂・2017) 144頁以下、小林憲太郎『刑法総論』(新世社・2014) 52頁参照。松宮が述べるように、軽微な法益に対する攻撃の場合は、通常は軽微な防衛行為で防衛目的を達成できるはずであり、その意味で、均衡性要件が企図していたことは、必要性要件によって実現可能であろう(松宮・前掲書 145頁参照)。

このような考え方によれば、防衛行為が功を奏しなかった場合(失敗した正当防衛)であっても、防衛行為の相当性は認めることになる(必要性を否定する見解として、山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌 35巻2号〔1996〕 53頁以下参照)。

29) BGH GA1956, S.49.

30) 最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁。

31) 橋爪・前掲注28) 354頁以下参照。

32) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法教 387号(2012) 19頁。「必要最小限度」という表現を用いていない判例としては、最決昭和62年3月26日刑集41巻2号182頁、最判平成元年11月13日刑集43巻10号823頁、最決平成6年6月30日刑集48巻4号231頁、最判平成9年6月16日刑集51巻4号435頁など。思いのほか数は多い。

33) 敷衍すると、「必要最小限度」という表現を字義通り理解すると、威嚇の行動や相手の武器を払い落とすという防御的防衛行為によって防衛目的を実現できる場合には、反撃行為に出たら相当性が否定されるということになってしまい、正当防衛が認められる範囲が過度に狭められる、という考慮が働いているのではないか、ということである。

を伴うため、その判断が必ずしも容易ではない点、の2点が指摘されている³⁴⁾。たしかに、必要最小限度という表現には、このような問題があるかもしれない。しかし、その実質的考慮が、以上のように“法益保全に必要な防衛行為は許すべきであり、不必要な防衛行為は認めない”という点にあるならば、必要最小限度性という発想を、現在の裁判例と沿うような適切な枠組みに組み替えていくべきだと思われる。

第二節 近時の裁判例の潮流

そして、近時の裁判例においても、興味を惹くものが登場している（札幌地判平成27年1月16日判例秘書L07050014）。

被告人は、内縁の夫である被害者から、10分から15分程度暴行を受け続けており、たまたま目についた柳刃包丁で被害者の左肩付近を刺突しようとしたところ、被害者が殴りかかってきたことも相俟って、予想外に深く刺さってしまい、その結果として被害者を死亡させた、という傷害致死の事案である。

そこでは、①素手による対抗は可能であったか、②包丁以外の道具でもって対抗することは可能であったか、③包丁を用いるにしても威嚇によって対抗することは可能であったか、④包丁で攻撃するにしても、腕や脚などを狙うことは可能であったか、といった点を、具体的状況に鑑み検討している。そして、その結果として、「およそ他の手段をとることが不可能であったとまでは言えないかもしれないが、これまで見たように、本件の具体的な状況の下においては、被告人が他の手段によって夫から更に暴力を受けるのを簡単に止めることができたとも言えないのであって、被告人がとっさに包丁で突き刺すという手段を選んだことも結局やむを得ない」と判示し、正当防衛の成立を認めた。

このように、本判決は、本件状況に置かれた被告人において、どのような防衛手段に出ることが期待できるかという点を、法益侵害性が軽微な手段から順に検討している。そして、そこでの判断も、“事後的にみれば、このような行

34) 橋爪・前掲注31) 140頁参照。

為によって防衛目的を実現することができた”というような無理を強いるようなものではなく、切迫した状況下において、安全に自己の身を守ることができたかどうかという見地から、なされているようである。

この裁判例が、現在の実務の一般的潮流である、と総括することは難しい。しかし、このように丁寧に判断・判示している裁判例も、裁判員制度施行以後は徐々に増えてきているように思われる³⁵⁾。このような判断の仕方は、きめ細やかな判断であるのみならず、被告人や被害者などの事件関係者にも説得的なものであるから、判決文が不必要に冗長にならない限りでは、歓迎すべき動きである。そして、この裁判例は、先述の必要最小限度性という発想を、具現化したものと評価できるだろう。

なお、弁護人の控訴趣意に応えるかたちではあるが、相当性判断に際し、単に被告人が認識した事情のみを基礎として考えるべきではなく、通常人であれば認識しえた事情をも基礎として、相当性を検討すべきである旨の説示をした高裁判例がある³⁶⁾。上記裁判例と異なることをいう趣旨に出たものではなく、“当該状況における被告人として、どのような手段を期待できるか”という見地から考えるべき旨を述べたものであろう。

補論 豆腐数丁の防衛のために死亡させてもよいか

以上では、防衛行為に必要な手段であれば、侵害行為と防衛行為の比較や法益侵害性を考慮せず、防衛行為の相当性を認めるべきであると述べた。悩ましいのは、軽微な利益を保全するために必要な手段であれば、いかなる法益侵害を生じさせてもよいか、という問題である³⁷⁾。このような場合には、相当性を否定し、過剰防衛とする見解が有力である³⁸⁾。

35) 例として、東京地立川支判平成28年9月16日L07131780、福岡地判平成25年2月1日L06850042などがあげられる。

36) 東京高判平成25年3月27日判タ1415号180頁。

37) 大判昭和3年6月19日新聞2891号14頁参照。

38) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣・1975)244頁、曾根威彦『刑法原論』(成文堂・2016)205頁、西田・前掲注1)173頁等参照。

この論点は、その意味するところが多義的であるために、問題が一層複雑になっている。つまり、この論点の名の下に、意味の異なる複数の問題が混在しているように思われる。そこで、この論点を、①財産的権利の私的実行の場合、②軽微な利益を保全するために生命に対する危険性の高い防衛行為を行う場合（①の場合を除く）、③軽微な利益を保全するために強度な利益侵害を行う場合（①②の場合を除く）、に区別したい。

①については、正当防衛による対抗を認めるべきではない。侵害の急迫性が否定されるべきであり、自救行為＝緊急避難の限度でのみ正当化される。このような私法的権利の実現行為を否定する点こそが、急迫性要件の意義だからである³⁹⁾。事後的な民事上の救済に委ねるべきであり、防衛行為に出ること自体否定すべきであるとする学説⁴⁰⁾も、このような理解に基づいていると解される。判例も、明示はしていないが、同様の発想に立っているように思われる⁴¹⁾。

②については、重要なのは生命危殆化行為だという点である。この点は後述するが、生命危殆化行為に関しては、保全利益が生命や生命に準じる利益でなければ正当化されないと解すべきであるから、それを理由として防衛行為の相当性を否定し、過剰防衛とすべきである。つまり、保全利益が軽微であることを理由として相当性が否定されるのではなく、保全利益が生命や生命に準じる利益であるという特殊事情がないために、相当性を肯定することができない、ということである。

③については、特別な考慮をする必要はなく、以下で精緻化する判断枠組みに則り、判断されるべきである。したがって、事案によっては、相当性が肯定されたり否定されたりすることになるであろう。

39) その理由については、拙稿・前掲注25)第三章第二節参照。

40) 山口・前掲注28)139頁参照。

41) 最決昭和57年5月26日刑集36巻5号609頁、高知地判昭和51年3月31日判時813号106頁参照。

第三章 正当防衛と目的手段審査

改めて強調しておくが、本稿は、憲法学における目的手段審査を、そのまま防衛行為の相当性判断に援用すべきである、と主張する趣旨ではない。仮に、正当防衛が、国家刑罰権の代理行使であると理解するならば、警察比例原則をそのまま援用することは、理に適っている。しかし、本稿は、正当防衛を国家刑罰権の代理行使だとは理解しない。あくまで、憲法学において発展してきたこの判断枠組みが、参考になるため、補助線として援用するという趣旨である⁴²⁾。

では、正当防衛という文脈においては、どのように目的手段審査を参考にしていけばよいのだろうか。本章では、この点を素描していくことにしたい。

第一節 目的手段審査の機能

先述のように、目的手段審査には、(1)被侵害利益を制約するに足る正当性を有しない目的でなされた行為と、(2)正当な目的を有するものの不必要に過大な権利侵害を伴う行為とを、炙り出す機能があることになる。これを正当防衛の文脈に引き直せば、以下のように理解されることになる。

(1)については、濫用的な防衛行為についてはそもそも防衛の意思が否定されるだろうが、防衛の意思が認められる場合であっても、当該防衛行為が生命を

42) ドイツの正当防衛論においても、先の比例原則に関する①手段の合理性 (Geeignetheit)、②手段の必要性 (Erforderlichkeit)、③利益の均衡性 (Angemessenheit / Zumutbarkeit) という3要件に類似した基準が用いられる。すなわち、正当防衛においては、防衛行為の(1)必要性 (Erforderlichkeit) と(2)被要請性 (Gebotenheit) が要件であり、(1)必要性の下位基準として、(1-1) 適格性 (Geeignetheit) や (1-2) 最小限度性がある (BGH GA1956, 49; *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.1, 4.Aufl., § 15 Rn.42)。その意味内容や根拠、位置づけは措くとしても、要求される基準が近似しているのは、偶然ではないだろう。

保全する目的でなされたのか、それとも身体を保全する目的でなされたのかなど、どのような利益を保全する目的でなされた行為であるかを特定する機能が認められる。後述するように、侵害者の生命を危殆化する防衛行為においては、当該防衛行為が生命保全目的であったか否かが特に重視される。このように、防衛行為の目的を炙り出す機能が認められることになる。

(2)については、防衛行為の相当性判断において、まさに求められている機能といえる。

第二節 目的手段審査の適用

第一款 目的審査

第一目 理論的・機能的意義

侵害の急迫性および防衛の意思さえ認められれば、利益を保全する目的は認められるであろうから、目的審査はクリアされるように思えるかもしれない。たしかに、憲法における目的審査のように、目的審査によって防衛行為の相当性が否定される、といったことは考え難い。しかし、そうであっても、防衛行為の目的が何であったかを正確に認定することは、必要である。というのも、先述したように、正当防衛行為と一口にいても、生命を保全する目的でなされる場合もあれば、身体を保全する目的でなされる場合もあるからである。たとえば、防衛行為者の生命に危険が及んでいるのであれば、「生命を防衛する目的」と認定され、その関係で防衛行為の手段としての適切さが問われることになる。これに対し、防衛行為者の生命に危険が及んでおらず、身体に対する危険しか生じていないのであれば、その防衛行為の目的は「身体を防衛する目的」と認定され、身体を防衛する目的との関係で、防衛行為の手段としての適切さが問われることになる。このように、目的との関係で手段の適切性を論ずる以上、いかなる目的で防衛行為がなされたのかという点の認定は、重要である⁴³⁾。

裁判実務においても、いかなる利益を保全する目的でなされた行為なのかと

いう点は、慎重に認定されていると解される。たとえば、鹿児島地判平成24年2月7日L06750086は、急迫不正の侵害の存在自体は認めたものの、生命に対する侵害(包丁で攻撃を受ける危険)は認めておらず、殺意をもって金属バットで多数回殴打して被害者を殺した行為につき、「手足による差し迫った危険に対する防衛としては、……防衛として許される限度を超えている」と判断する⁴⁴⁾。あくまで身体に対する危険があるのみで、生命に対する危険はないことを認定している⁴⁵⁾。

理論的にみても、生命を保全する目的でないにもかかわらず、相手の生命を侵害するような防衛行為は、原則として相当性を認めることはできない、という学説⁴⁶⁾が有力であり、かつ妥当だと思われる。さらに、学説においては、生命、身体、行動の自由に対する重大な侵害に対しては必要最小限度性でもって相当性を判断し、財産・名誉などの利益に対する侵害行為には必要最小限度性に加えて緩やかな利益の均衡性によって判断すべきである、という主張もある⁴⁷⁾。

43) 念のため付言すると、防衛行為の目的を、主観的違法要素として要求する、という趣旨ではない。あくまで、手段の適切性を評価するために、いかなる利益を保全するためになされたのか、という点の分析は必要であり重要である、という趣旨である。

44) 同裁判例は、裁判員裁判であったと推察されるが、このような精緻かつ仔細な判断は、裁判員裁判ならではのものだと思われ、歓迎すべき潮流だと解される。もっとも、チョコレート缶事件判決(最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁)以後、実質的に重要でない争点に関しても冗長な判断がなされているように見受けられるものもある。あくまで、防衛行為の相当性判断が実質的争点である場合に、このような精緻な判断が求められる、という趣旨である。

45) 同様の判断枠組みに拠っていると思しき裁判例は、近時多数散見される。例として、名古屋高金沢支判平成23年9月20日L06620444、岡山地判平成23年9月9日L06650515、千葉地判平成21年11月9日L06450805などがある。事実関係や判旨の詳細に関しては、LLI/DBの電子ジャーナルとして拙稿が掲載される予定であるため、そちらを参照されたい。

46) 佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古希祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社・2006)107頁以下、同・前掲注26)145頁以下、小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉大法学論集23巻1号(2008)384頁、372頁以下参照。また、別稿において論じたように、Roxinが主張する法確証原理も、実質的には生命・身体に対する重大な危険が生じる防衛行為を制限する理論であると考えられるため(拙稿・前掲注25)第二章第三節参照)、発想としては近似している。

これらのような理解に拠るならば、防衛目的が、生命を保全する目的なのか、身体を保全する目的なのかなど、いかなる利益を保全する目的でなされたのか、という点の分析は、とりうる防衛行為を判断するためにも、必要である。

第二目 認定手法

ここでいう「目的」とは、営利目的といった主観的要件とは異なり、あくまで防衛手段の適切性を問う趣旨の概念である。したがって、防衛行為者の主観そのものが重要なわけではない⁴⁸⁾。防衛行為の目的を認定するに際し、より重要なのは、いかなる利益に対する危険が生じていたのか、その危険性はどの程度か、という点である。具体的な事実関係を基礎として、防衛行為者の主観や供述も参考にしながら、当該防衛行為がいかなる利益を保全する目的でなされたのかを、認定すべきことになる。

第二款 手段審査

防衛行為の目的が認定されたのであれば、次に、当該目的との関係で、当該防衛手段が適切だったか否かを判断することになる⁴⁹⁾。その際、以下でみるように、3つの点に注意する必要がある。

第一に、憲法における議論とは異なり、利益衡量は不要だという点である。先述したように、憲法における利益衡量を巡り種々議論があるようだが、少なくとも正当防衛に関しては、上述のとおり利益衡量を本質とするものではなく、あくまで被侵害者の利益の保全を本質とする。したがって、利益衡量は、正当

47) 橋爪・前掲注31) 359頁参照。

48) 憲法適合性審査においても、法令の合憲性を支える事実（立法事実）は重要であるが（芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』〔有斐閣・1981〕19頁以下、高橋和之『体系憲法訴訟』〔岩波書店・2017〕180頁以下など参照）、立法者の意図そのものは二次的な位置づけとされている。このことから、ここでいう「目的」が、当事者の主観的意図そのものを問題としているのではなく、あくまで手段の適切性を問うという文脈における概念であることが、理解できる。

49) 憲法においては、そもそも特定の手段をとった時点で違憲とされる場合がある。たとえば、検閲（憲法21条2項）や、奴隷的拘束（憲法18条）である。しかし、正当防衛の文脈においては、特定の手段が直ちに相当性を欠く、ということは考え難い。

防衛における内在的要請ではない。利益衡量には、相当性判断の簡易テストとしての機能は認めうると思われるが(詳細は第三款参照)、手段審査において本質的に重要なのは、①目的実現のために手段が合理的である(適合している)ことと、②目的実現のために手段が必要であること、である。

第二に、上記①②に関し、防衛手段が、厳格に裁断された narrowly tailored 手段であることは、求めるべきでないという点である。正当防衛状況において、必要以上の防衛行為が認められるべきでないことは、論を俟たない。しかし、急迫の侵害を受けた者としては、恐怖・驚愕するなど、精神的に動揺している場合が多く、冷静かつ的確な防衛手段をとることは期待し難い⁵⁰⁾。厳密に必要な最小限の防衛行為を求めるとなれば、かえって防衛行為を萎縮させることになり、正当防衛を認めた意義が大幅に失われるだろう。この点で、学説上主張されている「防衛者を顕著な危険にさらすことなく比較的容易にとることのできる有効性のある最小限の措置」⁵¹⁾という基準は、参考になる。

第三に、先述のとおり、防衛の目的との関係で手段の適切性を判断することになるため、防衛の目的に応じて、手段審査をすべきことになるという点である。

第一目 原則的な判断枠組み

1. 一般論

防衛手段が目的と適合しているとか、必要であるとは、そもそもどういうことなのだろうか。適合性がないということは、役に立たないという意味であり、正当防衛の文脈でいえば、防衛効果がおよそ達成できないということであろう。必要性がないということは、不必要ということであり、より軽微な防衛手段が他に存在するということである⁵²⁾。つまり、防衛手段の適否を判断するに際

50) このことは、(違法・)責任減少説的な理解における刑法36条2項の存在によって、裏づけられる。

51) 藤木英雄『新版刑法』(弘文堂・1978)73頁。

52) 論理的には、そもそも防衛行為をする必要がないという場合もありうるが、その場合は急迫不正の侵害そのものが否定されると思われるため、ここでは考慮する必要はないだろう。

しては、防衛目的を達成するためにどのような手段をとりえたか、という点を考慮することが重要になると考えられる⁵³⁾。実際に正当防衛の事件が係属する場合を念頭に置くならば、“当該状況において、他にとりえた手段は何があったか”を検討することになる。

憲法でいう LRA の基準に近似するようにもみえるが、正当防衛状況は心理的にも物理的にも切迫した状況であるから、そのような特殊事情を踏まえて基準を設定する必要がある。正当防衛の文脈において、「とりえた」とは、①当該状況において防衛目的を実現できる、②当該状況において防衛行為者がその選択肢を行使できる、ということの意味する。そして、特に②に関しては、物理的な可能性と心理的な可能性とに分けて整理する⁵⁴⁾と、より精緻な判断が可能になると思われる。

2. 実 例

以上のような一般論を、先の札幌地判を例にとってみてみよう。

逃げる事ができたかという点につき、「被告人は、顔や頭の右側を集中的に殴られ、右目がかすむ状態にまでなっていたというのである。また、現に逃げようとして二度失敗して引きずり戻されているのであるから、反撃しないまま逃げる事など、物理的にも心理的にも相当難しかったと考えられる。」と判示する。主に②に関する判断として参考になるが、逃げようとして2度失敗していることに鑑みれば、そもそも逃げる事が不可能だった、つまり退避行動をとったとしても当該状況において防衛目的が実現できなかった(①)ということも窺える。

素手による対抗手段をとりえたかという点については、「被告人は、体格的にも大きくまさる夫から、一定時間暴力を受け続け、一方的に痛めつけられていたのであり、いくら相手が素手の攻撃であるからといって、同じように素手で対抗できたかという、とても対抗することなどはできなかった」と判示する。これも、②に関する判断として参考になるうが、そもそも被告人が反撃と

53) 橋爪隆「判批」ジュリ 1154 号 (1999) 136 頁参照。

54) 共犯の因果性判断において、物理的因果性と心理的因果性とに分けて整理することが有用であると同様に、この場面でも、両者に分けることが有用だと思われる。

して素手で殴打したところで、防衛目的を達成できたといえるかは疑わしい。そうすると、そもそも①も否定されることになろう。

さらに、凶器を用いるにしても、身体の末端部分を攻撃すればよかつたのではないか、という点については、「仮に被告人がそうした手段をとったとしても、相手をかえって逆上させ、更に暴行を受けたり、悪くすれば、相手に包丁を取り上げられ、逆に包丁で傷付けられたりする危険性もなかつたとはいえないように思われる。」と判示する。①に関する判示と理解できよう。また、同判決は「座ったまま包丁をスムーズに抜き取ることができたかは不明であるし、仮にできたとしても、相手が前傾姿勢になってまさに殴りかかってきていたというのであるから、そもそも脚が一番近くにあったのかどうかも疑わしい。」とか「拳や腕などについて考えてみても、夫は被告人に暴力を振るおうと勢いを付けて動いていたのであるから、そうした相手に対し、狙った部位だけにとどめて傷付け、更に攻撃を受けるのを止めることが簡単にできたとも考えられない。現に、被告人は左の肩口付近を刺そうとしたというが、実際には若干それた左肩前面部を傷付けている。」と判示する。②に関する判示と理解できるが、心理的な可能性と物理的な可能性の双方を考慮していることが窺われる。

以上のように、上記①②の点に関し、物理的可能性と心理的可能性とを意識しながら分析することによって、より実践的な判断が可能になると思われる。

第二目 生命・身体の枢要部分を侵害する場合の特殊な考慮

1. 一般論

先述したように、生命や身体の枢要部分を侵害するような防衛行為（以下では「致命的防衛」と呼ぶ。）を行った場合、相当性判断は実務上厳格になされてきたと思われる。このような帰結は、防衛行為者の生命に危険が生じていない場合には、原則として致命的防衛を認めるべきではないという発想⁵⁵⁾から導くことができるだろう。

問題は、具体的にどのようなかたちで、特殊な考慮を行うのかという点である。前目の原則的判断枠組みとの関係でいえば、致命的防衛は、通常は防衛効果が達成できる防衛手段であるから、①はほぼ常にみだすものと理解してよく、

①を独自に検討する意義は乏しい。したがって、致命的防衛の際に重要なのは、②である。

②に関しては、(1)防衛行為者の生命に対する危険性が生じていたかという点をまず検討すべきである。防衛行為者の生命に危険が生じているのであれば、通常どおり審査し、防衛行為の相当性を判断することになる。これに対し、防衛行為者の生命に危険が生じていないのであれば、(2)他にとりうる手段はなかったかという点（上記②）は、通常の場合よりも厳格に審査すべきである。具体的には、容易に退避可能な場合には退避義務を認めるべきである。通常の場合であれば、“他の手段をとりえたか否か”は比較的緩やかに認めてよく、退避義務を認めるべきでないと思われるが、致命的防衛の場面では、先述のとおり生命尊重の見地から、比較的厳しく審査し、退避義務も認めるべきである。そして、後にもるように、裁判例においては、生命に対する危険性の高い手段を意図的にとったか否かという視点が重視されているようであり、有用な指標だと思われる。

2. 実 際 例

では、以上のような判断枠組みは、具体的にどのように実践されているのだろうか。

まず、高松地判平成21年4月10日L06450292は、「被告人の身体等に対する侵害の危険性が完全にはないものとはいえないとしても、全体としてその危険の程度はかなり低いものであった」という事実関係の下で、「ドライバーで脅して加害の意思を放棄させたり、それを投げ捨てて逃げたり、あるいは被害者と素手で格闘したりする行為等、他に取り得るより軽度な防御の手段は十分あり得た」とし、被告人が取った「ドライバーの金属部分を被害者の首付け根付

55) 裏からいえば、いかに致命的防衛を差し控えるべきだといっても、自己の生命を犠牲にしてまで相手の生命を尊重する必要はない。そこまでの生命尊重の要求は、社会契約論を超えるものだからである。したがって、生命に対する危険があれば致命的防衛に出ることは許される。同様に、他にとりうる手段がないにもかかわらず致命的防衛を違法と評価するのであれば、自己の生命を犠牲にして相手の生命を尊重することになってしまうため、他にとりうる手段がないのであれば、致命的防衛は相当性が認められ適法となる。

近に2回、背中右上付近に1回、続けざまに根元まで突き刺すもので、生命に対する危険性が著しく高い」防衛行為は、明らかに相当性の程度を超えていると判示した。ここでは、あくまで「身体等に対する侵害の危険性」が問題とされており、そもそも生命に対する侵害の危険性は認定されていない。しかも、身体に対する侵害の危険性に関しても、相当低いものとされている。その上で、他にとりうる手段について具体的な判示(例示)を行っている。

次に、岡山地判平成23年9月9日L06650515は、殺人の事案であるが、被害者の背部を包丁で力強く刺突した防衛行為につき、「本件当時、現実に危険にさらされており、被告人が守ろうとした法益は、被告人やAの身体であり、被告人に過去にひどい暴行を受けて負傷した体験があることなどを考慮しても、直ちに生命が害される危険が差し迫っている状況と思い込むような事情もなく、さし当りは身体が害される危険があり、その法益を守るつもりであった」として、あくまで身体に対する危険があるのみで、生命に対する危険まではなかったことを前提とする。その上で、「被害者の隙を見てポケットの携帯電話で110番通報をするなど第三者に助けを求めることも可能だったといえるし、本件包丁よりも危険性の低い道具を用いて被害者の暴行を防ぐことを試みたり、本件包丁などの危険な道具を使用するにしても、被害者に示して脅迫し、暴行を思いとどまらせ、あるいは、Aとともに店外へ逃げるための手段として用いるにとどめたりするなど、他に選択可能で、かつ実行が容易といえる手段があった。」としている。ここでも、身体に対する危険があるのみで、生命に対する危険性は認定されていない。そして、他にとりうる手段について、第三者の救助を求める可能性等を示しており、具体的な判示を行っている。

生命に対する危険性の高い手段を意図的にとったか否かに関する判示を行ったものとしては、以下の裁判例があげられる。

まず、札幌地判平成25年10月11日L06850534は、傷害致死の事案であるが、被告人の行為が「客観的にみると、Aの鼻と口を塞いでAを窒息させる行為であり、危険性が高い行為である」「不注意であったことは否めない」としつつも、防御的になされた行為である点や、Aの口と鼻が塞がることを意図していたものではない点を重視し、相当性を認めた。次に、福岡地判平成

25年2月1日L06850042は、被告人が、長男（25歳）の急迫不正の侵害に対し、ソファの上にうつ伏せの姿勢に押し倒し、襟首付近を掴んで押さえつけるという反撃行為を行ったところ、意図せずに被害者が着用しているネクタイで首を締めるに至り、窒息に伴う低酸素脳症により死亡させたという傷害致死の事案である。客観的にみれば非常に危険な反撃行為といえるが、当該状況において被害者を押さえつけることはやむを得なかったことと、被害者の首をネクタイで締めていることを自覚していなかったことを踏まえ、相当性を認めた。いずれにおいても、自己の防衛行為が、生命に対する危険を意図的に生じさせたものではない点が、1つの考慮要素とされていることが窺える。

第三款 利益衡量の位置づけ

先述のとおり、憲法学における審査基準論では、利益衡量の位置づけは未だ確定していないようであった。正当防衛は緊急避難と異なるから、利益衡量を行うべき内在的根拠は存在しない。したがって、利益衡量による結果を直接の根拠として、正当防衛の成否を決するのは適切ではない。

しかし、利益衡量は、いわば簡易テストとしては、なお意義を認めうるように思われる。防衛行為によって侵害する利益と、それによって保全される利益とを較量した際に、極端に均衡を失っているような場合は、よほどの特段の事情がなければ、他にとりうる手段があったと評価されやすくなるだろう。これに対し、おおよそ均衡を保っているような場合や、侵害利益の方が小さいような場合は、基本的には適切な手段を選んだと評価することができると思われる。

もちろん、最終的には個々の事例に応じ、上記の目的手段審査を経るべきだと思われる。しかし、上記審査は、精緻である反面、審査に際し多大な時間と労力を伴うことが予想される。そこで、利益衡量によっておおよその見通しを立てつつ、さらに目的手段審査をするという思考順序が、人間の認知システムに照らし合理的といえるかもしれない⁵⁶⁾。

第三節 小 括

正当防衛の防衛行為の相当性判断において、憲法学における目的手段審査を参照しつつ、そして実際の裁判例も参照しつつ、得られた結論は以下のとおりである。

まず、防衛行為がいかなる利益を保全する目的でなされたのかを、明らかにする必要がある。防衛行為が生命を保全する目的であったのか、それとも身体を保全する目的にとどまるのかは、特に致命的防衛を行った場合に問題となる。主観的構成要件要素としての「目的」などとは異なり、あくまで防衛手段の適格性を判断する趣旨であるから、防衛行為者の主観を重視するのではなく、防衛行為者が危険にさらされた利益を中心としながら、防衛目的を判断すべきである。

次に、当該目的を達成する手段として、他にとりうる手段があったか否かを検討する。具体的には、①当該状況において防衛目的を実現できるか否か、②当該状況において防衛行為者がその選択肢を行使できるか否かを検討することになる。ただし、致命的防衛の場合は、生命に対する危険が生じている場合以外は、相当性は厳格に審理されることになり、その際は生命に対する危険性の高い行為を意図的に行ったのか否かという点が事実上有用だと思われる。

跋

本稿の目的は、防衛行為の相当性判断を、妥当かつ実効的になすための視点を提供することである。かつては、「結果無価値論からみた正当防衛論」と

56) 比喩的にいえば、利益衡量をシステム1、目的手段審査をシステム2というようなイメージで位置づけるとよいかもしれない (cf. *Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow*, 2011, Part I. 翻訳として、村井章子〔訳〕『ファスト&スロー (ハヤカワ・ノンフィクション文庫)』〔早川書房・2014〕)。

「行為無価値論からみた正当防衛論」を対置させ、さながら宗教戦争のような様相を呈していた時期もあった。しかし、そのような分析は、理論的に適切でないと考えられるばかりでなく、複雑な状況を背景として生起する正当防衛の事案を分析するに際し、そもそも有用でないと考えられる。重要なのは、複雑系としての現実を捉えつつも、適切に規律するという姿勢のほずであり、多様な考慮要素と正当防衛の規律とを反照的に均衡させていくことが求められる。

実際に正当防衛に関する裁判例を眺めてみると、①どのような危険が被告人（防衛行為者）に差し迫っていたのか、②具体的状況において、当該危険から法益を保全するために適切な手段であったか、という点が重視されているように思われる。そして、「正当防衛は、法益を保全するために行われる行為を正当化する」という本来の機能に鑑みれば、むしろそのような思考過程こそが、適切であるように思われる。

①②の分析に際し、憲法学における目的手段審査が有用な補助線となるのではないかと考え、目的手段審査を補助線としつつ、①②の分析軸を示した。繰り返しになるが、正当防衛は憲法適合性審査の一環であるとか、警察比例原則は正当防衛にも妥当する、という趣旨ではない。「目的と手段との関係で、手段の過剰性を審査する」という機能面を、参考にするということである。

以上のように本稿は、正当防衛の制度趣旨に基づき、実践的な解釈論を展開することに努めた。そして、本稿が成るに際し、本学法学部において2016年度・2017年度に開設された、法学基礎演習に参加された学生の貢献を無視することはできない。感受性豊かで優れた洞察力を有する学生同士の議論が、大いに参考になった。このことをここに明記して感謝しつつ、筆を擱く次第である。