

〔論 説〕

# 正当防衛と退避義務

—— イギリス法の変化 ——

木 村 光 江

- 1 はじめに
  - (1) 平成29年決定の登場と退避可能性
  - (2) 英米法における「退避義務」
- 2 コモン・ロー上の正当防衛
  - (1) 公的防衛と私的防衛
  - (2) 正当防衛における必要性・相当性の要件
- 3 退避義務の相対化
  - (1) 1967年刑事法（The Criminal Law Act 1967）
  - (2) 私的防衛における退避義務
- 4 2008年法76条による正当防衛の判断基準
- 5 2013年犯罪及び裁判所法等による2つの修正
  - (1) 76条（6A）項の追加
  - (2) 住居侵入者に対する防衛の拡大
- 6 平成29年決定における退避可能性の意義
  - (1) 侵害回避の容易性
  - (2) 「法益侵害の最小化」か「公的保護の要請」か
  - (3) 類型ごとの判断の可能性
- 7 退避可能性と過剰防衛
- 8 まとめに代えて

ていても急迫性は失われないが、積極的加害意図がある場合には、「急迫性が欠ける」という判断が長く定着してきた<sup>(1)</sup>。これに対し、平成29年4月26日決定は、「積極的加害意思論での解決に必ずしも馴染まないとされる事例でも、積極的加害意思論に引き付けた争点整理が行われたり、『積極的加害意思が認められなければ侵害の急迫性は否定されない』との誤った理解のもとで審理が行われたりしているのではないかと懸念があった<sup>(2)</sup>」との理由で、侵害の急迫性の要件をより広範な事情から判断するという、新たな枠組みを提示した。

特に、「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」に例外的に許容されるとし、従来は正面から議論されてこなかった「退避可能性」（「侵害回避の容易性、侵害場所に向く必要性、侵害場所にとどまる相当性」）も判断要素として取り入れた<sup>(3)</sup>。

本決定の退避可能性の考慮に関しては、学説から強い批判もなされている。「一般市民が、身の危険を感じて警察に相談したとしても、おそらく大したことは何もしてもらえないであろうということであ

## 1 はじめに

- (1) 平成29年決定の登場と退避可能性  
正当防衛の「急迫性」の要件は、「侵害を予期し

(1) 前田雅英「侵害の予見と急迫性」捜査研究799号（2017年）16頁参照。

(2) 中尾佳久「侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法36条の急迫性の判断」ジュリスト1015号（2017年）108頁。

(3) ただし、早い段階から退避義務の必要性を指摘したものとして、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）』（1998年）237頁以下。なお、旧刑法における正当防衛の各要件について、星周一郎「『急迫性』要件の加重負担と『不正性』要件の過疎」都立大法学会雑誌66巻2号（2025年）71頁以下。旧刑法時の解釈では、退避義務があるとする見解が有力だったとされる（米田泰邦「正当防衛と反撃回避義務」『平場安治博士還暦祝賀論文集（上）』1977年208頁参照）。

る。・・・本気で、官憲への救助要請義務を論じるのであれば、救助を要請していれば、確実な保護が受けられ、無傷で助かったであろうことが合理的な疑いを超えて確実に証明できなければならないが、果たしてそのような証明が可能な事案がどれだけあるのかは実際問題として疑問である。にもかかわらず、安易に『警察に救助を求めることなく』と摘示して、要請義務に反したことをネガティブに捉え、これを積極的攻撃的意思の徴表とみて、ただちに正当防衛の制限を導くのは、完全な誤りである。<sup>(4)</sup>とする批判である。

また、平成29年決定の総合的判断を肯定するものの、果たして「退避可能性の有無」を「急迫性」要件とするのが適切かについても議論がある。「たとえば、侵害場所に向く必要性・侵害場所にとどまる相当性という要素について、『侵害場所に向く必要がないのに敢えて出向き、相手方から侵害を受けた場合には、急迫性が欠ける』とする理解が、裁判員となる一般国民にとって分かりやすい説明となっているのであろうか。<sup>(5)</sup>」という疑問である。

## (2) 英米法における「退避義務」

英米法は正当防衛が広く認められると言われることが多い。特に我が国で衝撃を持って受け止められたのが、1992年の日本人留学生死亡事件（服部君事件）であろう。ハローウィーンの行事として被告人宅を訪れた高校生留学生であったH君を、住人が射殺した事件であったが、1993年に出されたアメリカ・ルイジアナ州の陪審裁判では、正当防衛として無罪の評決が出された。<sup>(6)</sup>

しかし、実はコモン・ローの正当防衛では、侵入者等に対する例外はあるものの、一般的に退避義務<sup>(7)</sup>があるとされてきた。「警察に通報する時間的余裕があれば、個人的な防衛は行うべきではない」と考えられてきたのである。<sup>(8)</sup> アメリカ法でも同様で、模範刑法典（The Model Penal Code, 1962）は、原則として退避義務があることを認めている。<sup>(9)</sup>

ところが、イギリス（本稿ではイングランド及びウェールズを指すものとする）では1900年代の後半から退避義務まで要求することはできないとする判例が登場し、それを受けて2008年には正当防衛に関し、退避義務を要件としない判断基準が成文法とし

(4) 安田拓人『基礎から考える刑法総論』（2024年）163頁。「保護を求めても警察が確実に守ってくれる保証はない。そうすると、襲われた被害者は、法的には、おとなしく殺されることが正しいということになりそうである。」とする批判（松宮孝明『先端刑法総論』（2019年）77頁）、さらに、退避義務を認めることは、不正な侵害を許容し、被侵害者に不利益を甘受することを強いるものであって、少なくとも一般的には許容されないとする見解もある（山口厚「回避・退避義務再論」『犯罪論の基底と展開』（2023年）118頁参照）。

(5) 星・前掲注(3)90頁。「不正」の要件に、より着目すべきであると指摘する。

(6) 日本経済新聞1993年5月25日付朝刊。酒巻匡「日本人留学生射殺事件とアメリカ刑事司法」法学教室160号（1994年）105頁以下、拙著『刑事法入門（第2版）』（2001年）133頁参照。もっとも、民事上の損害賠償裁判では、賠償責任が認められている（日本経済新聞2017年10月16日付）。

(7) 本稿では、コモン・ロー上の“duty to retreat”を「退避義務」とする。その場から去ることを含め、闘争を避けようとすることを指す。Cf. Cf.D.ORMEROD, K.LAIRD AND M.GIBSON, SMITH, HOGAN, & ORMEROD'S CRIMINAL LAW 430-431 (17th ed.) (2024), F.LEVERICK, KILLING IN SELF-DEFENCE, at 69 (2006).

(8) J.HORDER, ASHWORTH'S PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 148 (10th ed.) (2022).もっとも、イギリスでも17世紀、18世紀頃の著作では、「誰も盗人に譲歩する必要はない」とされていた（拙稿「英米刑法における根拠づけと防衛意思」刑法雑誌35巻2号（1996年）230頁参照）。

(9) 模範刑法典第3.04条「正当防衛のための有形力行使」は、違法阻却が認められない場合として、「行為者が、その場から退避し、物件について権利を主張する者にその占有を引渡し、又は行う義務のない行為についてその回避を求める相手方の要求に応ずることにより、有形力の行使に出なくても何らの危害を受けないことを知っていたとき」が挙げられている（ただし、自己の住居や職場からの退避義務まではないとする）。アメリカの正当防衛における退避義務について、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充=佐藤文哉先生古稀祝賀論文集』（2006年）88頁以下参照、拙稿「英米における正当防衛法の動向」都立大法学会雑誌36巻2号（1995年）45頁参照。

て示された（2008年刑事司法及び移民法<sup>(10)</sup>）。さらに、2013年には、2008年法が改正され、より広く正当防衛を認めようとする規定が設けられた（後述5）。アメリカでも、20世紀後半に退避義務を認める州法が増えたのに対し、その後退避義務を限定する、あるいは否定する州が登場していると指摘されている<sup>(11)</sup>。

2000年代に入り、日本で「公的機関による法的保護を求める」ことが求められ、正当防衛を限定的に解釈しようとする動きがあるのに対し、英米法では「退避義務を限定する」、すなわち正当防衛を拡大しようとする傾向が見られることについて、それぞれの背景を含めて検討することとした。

## 2 コモン・ロー上の正当防衛

### (1) 公的防衛と私的防衛

我が国の、特に実務では、相当性の要件に比べ、必要性についてはあまり重点が置かれていないように見える<sup>(12)</sup>。それと比較し、英米では退避義務の有無、つまり侵害に対してまずは闘争を回避すべきであるという形で、必要性がしばしば議論されてきた。

退避義務につき、イギリスの伝統的見解は、侵害行為が暴力的な重罪である場合（例えば、侵入強盗など）には、その侵害者を殺害しても許容される

が、重罪以外の侵害行為に対しては、防衛者は可能な限り退避する義務があるとしてきた<sup>(13)</sup>。しかし、現在では、正当防衛の判断基準に関する成文法が制定され、コモン・ローのような厳格な退避義務は原則として不要であると考えられている（後述3）。

コモン・ロー上、正当防衛（Self-Defence）は、公的防衛（public defence）と私的防衛（private defence）に分かれていた<sup>(14)</sup>。公的防衛は、歴史的には正当殺人（justifiable homicide）に由来するもので、死刑執行や犯罪者の逮捕行為に伴う殺害を正当化し、処罰しないことを意味した<sup>(15)</sup>。これを私人が替わって行うのが公的防衛の原型である。公的防衛は、現在では1967年刑事法（The Criminal Law Act 1967）により成文法として規定されている（後述3(1)）。

公的防衛に対し、コモン・ロー上、有罪ではあるが恩赦により免責されるに過ぎない殺人である「免責殺人（excusable homicide）」を起源とするのが、私的防衛である<sup>(16)</sup>。元々は、殺人・強盗に対する防衛行為を正当化するものであったが、次第に重罪犯人一般に対する防衛行為が無罪とされ、17世紀にはその他の犯罪にも正当防衛が認められるようになった<sup>(17)</sup>。現在では、私的防衛に、①自己防衛（self-defence）、②他人のための防衛（defence of another）、③財産防衛（defence of property）が含

(10) The Criminal Justice and Immigration Act 2008, Section 76（後述4参照）。

(11) 佐伯・前掲注(9)93頁、拙稿・前掲注(9)45頁参照。

(12) 香城敏磨「正当防衛における相当性」判タ777号（1992年）65頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第8版）』（2024年）291-2頁参照。

(13) 1 RUSSELL ON CRIME 436（J.W.C.Turner, 12th ed. 1964）. 拙稿・前掲注(9)41頁以下。

(14) J.CHILD AND D.ORMEROD, SMITH, HOGAN AND ORMEROD'S ESSENTIALS OF CRIMINAL LAW 636（6th ed）（2025）.

(15) 正当殺人の概念は、少なくとも14世紀には形成されていたとされる。Cf. Brown, *Self-Defence in Homicide from Strict Liability to Complete Exculpation*, [1958] Crim LR 583. 拙稿・前掲注(9)17頁参照。

(16) 免責殺人について、スチュアート（大谷實＝熊谷蒸佑訳）『現代イギリス刑法』（1974年）173頁参照。

(17) 私的防衛の歴史的経緯について、拙稿・前掲注(9)17-18頁参照。現在では重罪と軽罪の区別は廃止されている（後掲注(24)参照）。

まれる。<sup>(18)</sup>もともと、侵害行為を受けた者が、自ら防衛する行為は、事実上犯罪を防止する行為でもある。よって、公的防衛・私的防衛は重なり合うことも多いが、実際にはいずれかの抗弁を主張することになる。<sup>(19)</sup>

私的防衛は、1967年刑事法で公的防衛が成文化された後も、コモン・ローの原則が適用されている。ただし、コモン・ロー上の正当防衛の判断基準について、より明確化する必要があるとして、現在では2008年刑事司法及び移民法が制定されている(後述4)。

## (2) 正当防衛における必要性・相当性の要件

コモン・ローの正当防衛は、①当該状況で有形力の行使に合理性ないし必要性があること、及び②その有形力の行使が均衡性ないし合理性があることを要件とする。<sup>(20)</sup>①は我が国でいえば急迫性の要件に当たり、②は防衛行為の相当性に<sup>(21)</sup>当たるといえよう。

コモン・ローにおける必要性の要件でも、侵害の現在性が<sup>(22)</sup>必要である。ただし、その議論の中心は退避可能性の有無であった。暴力的な重罪に対する防衛行為の場合には、退避義務はなく、致命的有形力を行使しても正当化されるものの、重罪犯人でない者に対して致命的有形力を行使する場合には、退

- 
- (18) いずれもコモン・ローで規律されるが、防衛としての財物毀棄行為については、1971年毀棄罪法 (Criminal Damage Act 1971) 5条が正当化の特別規定を定めている。3条(2)項(b)「自己又は第三者に属する、あるいは属するとその者が信ずる財物、利益について、緊急に保護する必要があると信じ、その方法に合理性があるとその者が信ずる限りは、損壊行為につき法的免責 (lawful excuse) が認められる」。ただし、損壊により他人の生命に危険が生ずる可能性があることを認識している場合は除かれる (同条(1)項)。例えば、犬が、自分の羊を襲おうとしているので、その犬を殺害した場合や、原発の危険性から、自己や第三者の身体、財産を守るために、原発を阻止しようとして原発施設のフェンスを破る行為などがこれに当たるとされ、毀棄罪は成立しない。Cf. J.C.SMITH & B.HOGAN, CRIMINAL LAW, CASES & MATERIALS 318 (5th ed. 1993). 対物防衛に関する正当防衛の特別規定といえよう。
- (19) 具体的には、他人による犯罪を防止するために、無実の第三者に対する有形力の行使が為されたような場合に、両抗弁を主張することが可能であるとされる。例えば、Yによる犯罪を防止するために、Xに対して有形力の行使をするような場合には、理論的には私的防衛、公的防衛の両方の抗弁が可能であるとする (Cf. D.ORMEROD, *supra* note (7), at 409)。ただし、現実には両方の抗弁を主張することはできないので、制定法上の根拠のある公的抗弁を主張することになろう (Cf. J.C.SMITH & B.HOGAN, CRIMINAL LAW 257 (9th ed.) (1999))。なお、いずれの抗弁を適用すべきかが問題となったヒチェンズ・ケース (Hichens [2011] EWCA Crim 1626) では、以前から暴行を加えていたVがやってくるのが、1時間ほど前から分かっていたDが、家に留まり、やってきたVに暴行を加えた場合、公的防衛も私的防衛も主張することはできないとされた。拙稿・前掲注(9)20頁参照。
- (20) D.ORMEROD, *supra* note (7), at 410. 防衛の意思については、事実上問題とならない。英米の正当防衛法では、誤想防衛も完全な正当防衛であると解されており、防衛の意思が必要であることは当然の前提となっている。ただし、その誤信が合理的といえるかについては議論がある (拙稿・前掲注(9)) 28頁以下、拙稿・前掲注(8)231頁。
- (21) 防衛行為の相当性では、比例性 (proportionality) が必要であるとされてきた。侵害者が殴り掛かったのに対しナイフで刺殺したり (R v Hewlett (1858) 175 ER 640. 深夜道路上で言い争いがあり、被害者が殴り掛かったのに対し、被告人がナイフで刺し、重傷を負わせた。判事は、被告人が、被害者を強盗などの重大犯罪であると思っていなかった限り、正当防衛としてナイフを使用することは認められないと説示した)、自己の土地を無断で通行する者を射殺する行為 (R v Moir (1858). 自分の畑地を横切られるのに腹を立て、通れば撃つと脅していた被告人が、実際に通行人を射殺した事案につき、謀殺罪の成立が認められた。Cf. 1 RUSSELL ON CRIME, *supra* note (13), at 441) は、合理的な有形力の行使とはみなされない。
- (22) 予想された攻撃に対して、それが行われるまで待っている必要はないが、予想される攻撃には切迫性 (imminence) がなければならない (D.ORMEROD, *supra* note (7), at 461)。予想できる攻撃について、待っているのは有効な反撃ができない場合があるからである (Cf. J.J.CHILD, AP.SIMESTER, JR.SPENCER, F.STARK AND GJ VIRGO, SEMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW 893 (8th ed.) (2022))。特に家庭内暴力における防衛行為等について、退避可能性との関係で重要な論点となる (Cf. F.LEVERICK, *supra* note (7), at 89-93)。

退避義務があると考えられていた<sup>(23)</sup>のである。もっとも、重罪と軽罪の区別がなくなり<sup>(24)</sup>、現在では退避可能性の扱いも変化している。退避義務は単にあるかないかではなく、状況に応じて相対的に考えられるようになってきている。判例上も、退避する「義務」があるとまで強い要件として認めることは妥当でないと考えられるようになり、事実上、必要性、相当性を判断する要素の1つとして位置づけられるようになる<sup>(25)</sup>。

### 3 退避義務の相対化

#### (1) 1967年刑事法（The Criminal Law Act 1967）

このように、退避義務を、独立の絶対的な要件ではなく、有形力行使の合理性判断全体の中に位置づけ、相対的に評価しようとする動きがある中、公的防衛について、退避義務を要求しないとする成文法が制定された。コモン・ローでは、私的防衛と公的防衛は峻別されずに議論されてきたが、このうち公的防衛についてのみ、1967年刑事法3条1項において明文の根拠規定が置かれることとなった。

#### 1967年法3条1項

犯罪防止のため、あるいは犯罪者または犯罪を行ったと疑われる者、もしくは不法に逮捕されずに

いる者を、適法に逮捕する、あるいはそれを補助するために、当該状況において合理的な有形力は、これを行行使することができる。

本条では、退避義務が規定されていないことが重要である。「合理的な有形力」のみを問題としているため、有形力の程度（相当性）だけを議論しているようにもみえる。ただし、有形力の行使に関するコモン・ロー上の原則は、本条にも適用されるから、有形力は当該犯罪の防止にとって必要であり、かつ相当であること（均衡が取れていること）が必要である。それが認められて初めて「合理的」な有形力となる<sup>(26)</sup>。

これに対し、私的防衛はなおコモン・ローで規律されており<sup>(27)</sup>、退避義務の要件も残ることとなった。そこで、公的防衛と私的防衛とのこのような相違は不当であるとの批判もあった<sup>(28)</sup>。

#### (2) 私的防衛における退避義務

公的防衛が退避義務を要求しなくなってからも、私的防衛は、少なくとも形式的にはコモン・ロー上の退避義務を要求していた。しかし、判例は次第にコモン・ローのように「退避したか否か」という形式的な要件ではなく、当該有形力の行使が必要性・

(23) 1 RUSSELL ON CRIME, *supra* note (13), at 436; J.C.SMITH, JUSTIFICATION AND EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW 123 (1989).

(24) 1967年刑事法（The Criminal Law Act 1967）により廃止された。重罪には、謀殺罪、故殺罪をはじめ放火、強姦、強盗、窃盗等が含まれ、軽罪には共謀罪、独立教唆罪、未遂罪といった未完成犯罪のほか、偽造罪等が含まれていた。拙稿「イギリスにおける共犯の従属性に関する一考察」都立大法学会雑誌35巻2号（1994年）72頁。

(25) D.ORMEROD, *supra* note (7), at 429.

(26) Cf. R.CARD & J.MOLLOY, CARD, CROSS & JONES, CRIMINAL LAW, at 679 (22th ed.) (2016).

(27) ただし、防衛としての財物機器行為については、1971年毀棄罪法（Criminal Damage Act 1971）5条が正当化の特別規定を定めている。3条(2)項(b)「自己又は第三者に属する、あるいは属するとその者が信ずる財物、利益について、緊急に保護する必要があると信じ、その方法が合理性があるとその者が信ずる限りは、損壊行為につき法的免責（lawful excuse）が認められる」。ただし、損壊により他人の生命に危険が生ずる可能性があることを認識している場合は除かれる（同条(1)項）。例えば、犬が、自分の羊を襲おうとしているので、その犬を殺害した場合や、原発の危険性から、自己や第三者の身体、財産を守るために、原発を阻止しようとして原発工場のフェンスを破る行為などがこれに当たるとされ、毀棄罪は成立しない。Cf. J.C.SMITH & B.HOGAN, CRIMINAL LAW, CASES & MATERIALS 318 (5th ed. 1993)。対物防衛に関する正当防衛の特別規定といえよう。

(28) 拙稿・前掲注(9)20頁参照。

相当性の観点から合理的であるか否かを問題とし、  
 その中で退避の有無を考慮するようになっていく。

退避義務の変化に関する判例として重要なのが、  
 ジュリアン・ケース (R v Julien [1969] 2 All ER  
 856) である。Xが、喧嘩の際に、包丁を持っている  
 相手に対し牛乳瓶を投げつけ傷害を負わせたとい  
 う事案について、事実審判事が陪審員に対し、退避  
 義務があることを説示し、そのため正当防衛の抗弁  
 が認められなかった。控訴院では、この説示の妥当  
 性が争われ、退避義務が課されるのは謀殺罪での訴  
 追に限るべきだとするXの主張を退け、より軽い  
 傷害罪に該当する防衛行為の場合であっても、有形  
 力を行使する前に、戦う意思のないことを相手に示  
 すことが必要であるとして、原審の判断が維持され  
 た。

ジュリアン・ケースでは、退避義務は広く認めら  
 れるべきであるとされたものの、<sup>(29)</sup>控訴審は、物理  
 的にその場から退避するという意味での退避義務で  
 はなく、「戦う意思のないことを相手に示すこと」  
 が必要だとしており、退避義務が緩和され、より軽  
 度の「退避」でも義務を果たしたと認められたこと  
 になり、より広く正当防衛の成立を認める余地が生  
 じたことになる。<sup>(30)</sup>

その後、退避義務はより相対化され、退避可能性  
 があったことは、それ自体独立の要件として評価さ  
 れるものではなく、必要性ないし相当性が合理的か  
 否かの判断の一要素と考えられるようになる。1971

年のマキネス・ケース (R v McInnes [1971] 3 All  
 ER 295) は、街頭での若者のギャング同士の喧嘩  
 の最中に、飛びかかれたXが、相手をナイフで  
 刺殺した事案であった。事実審判事が、「防衛者に  
 は退避義務があったか否かが問題であり、もしなけ  
 れば重大な有形力の行使も許される」と説示したの  
 に対し、控訴審では、「退避しなかったことは、当  
 該有形力が必要かつ合理的であったか否かの判断の  
 際に考慮に入れられるべき要素に過ぎない」と述べ  
 られている。

また、バード・ケース (R v Bird [1985] 1  
 W.L.R.816.) は、パーティーの席上、殴るなどの暴  
 行を加えられた女性が、防衛のためにグラスを持  
 った手で相手の顔面を殴ったところ、グラスが割れて  
 相手が失明したという事件であった。事実審では、  
 防衛行為に出る前に争う意思がないことを示す義務  
 があるとされ、傷害罪で有罪となったが、控訴院で  
 は、このような事実関係では退避義務はないとし  
 て、有罪が破棄されている。

このように、判例はコモン・ローのような退避し  
 たか否かという形式的な要件ではなく、当該有形力  
 の行使が必要かつ相当であったか否かを問題にし、  
 その中で退避の有無を考慮するようになっていっ  
 た。

さらに、1993年に公表された刑事法草案では、<sup>(31)</sup>  
 私的防衛・公的防衛を統合した上で、正当防衛を規  
 定した。そこでは、退避の有無は問題とされず、有

(29) このように、原則として「退避義務」を要求することを、「完全な退避義務」と呼ぶ見解もある。Cf. F.LEVERICK, *supra* note (7) at 69-70.

(30) 岡本昌子「正当防衛と侵害回避義務」同志社法学57巻6号(2006年)446-447頁参照。

(31) THE LAW COMMISSION, LEGISLATION THE CRIMINAL CODE: OFFENCES AGAINST THE PERSON AND GENERAL PRINCIPLES (LAW COM. No.218), para. 38.6 (1993). 拙稿・前掲注(9)32頁参照。

形力の行使が合理的であるか否かが判断基準とされ、<sup>(32)</sup> 退避義務も含めた「総合的な判断」を認める規定となっている。ただし、同草案は現在に至るまで立法化されていない。

#### 4 2008年法76条による正当防衛の判断基準

その後も、公的防衛が1967年法3条を根拠とし、私的防衛がコモン・ローを根拠とする状態は変わらないものの、この両方の正当防衛を「確認」し、より明確とする目的で、2008年刑事司法及び移民法（The Criminal Justice and Immigration Act 2008、CJIA2008と略される）が制定された。内容は変更しないまま、これらを明文で「確認」する趣旨であったが、制定の背景には、正当防衛をより広く認めるべきであるとする国民からの強い要請があった（後掲5(2)参照）。

76条では、まず、私的防衛も公的防衛も、正当防衛の抗弁が可能であることを規定した上で、その要件としての有形力の行使の合理性について、判断基準を示そうとした。

CJIA2008 76条は下記のように規定する。

##### 76条 正当防衛における有形力の行使の合理性

(1) 本条は下記の場合に適用される

- (a) 犯罪により訴追された者（D）が、以下の(2)項に該当する抗弁を主張することができるか否かが争点となる場合であり、かつ

(b) Dの、相手方（V）に対する有形力の行使の程度が、その時の状況に応じて合理的か否かが問題となった場合

(2) 本条は以下の抗弁に適用される

(a) コモン・ロー上の正当防衛（self-defence）の抗弁

(aa) コモン・ロー上の財産防衛の抗弁、及び

(b) 1967年刑事法3条(1)、あるいは1967年刑事法（北アイルランド）3条(1)項（犯罪の防止ないし犯人逮捕における有形力の行使）に規定された抗弁

(3) Dが使用した有形力の行使が当該状況において合理的であったか否かの問題は、Dが認識していた状況を参照して決定されるべきであり、後記(4)項から(8)項も、その問題の決定に関連して適用される。

(4) Dが、何らかの状況の存在に関して特定の確信を持っていたと主張した場合、

(a) その確信の合理性などは、Dが真実そのように確信していたか否かの判断にとって重要であるが、

(b) Dが真実その確信を有していたと判断された場合には、Dは、以下のいずれの条件の有無に関わらず、(3)項の目的のためにそれに<sup>(33)</sup> 依拠する権利を有する。

(i) 誤信していた、あるいは

(ii) （誤信したとしても）その誤信は合理的なものであった

(32) 草案27条（私的及び公的防衛における有形力の行使）は、私的・公的防衛を統合した上で、下記のように規定する。

(1) ある者による以下の目的のためになされた有形力の行使が、その者の信ずる状況において、合理的である場合に限り、犯罪とはならない

(a) その者自身あるいは他人を、犯罪行為による傷害、暴行ないし拘束から防衛するため

(b) その者自身あるいは（その他人の許可を得て）他人を、不法行為から防衛するため

(c) その者の財産を、犯罪行為あるいは不法行為ないし法規違反による領得、破壊ないし損壊から防衛するため

(d) 他人に属する財産を、犯罪行為による領得、破壊ないし損壊から防衛し、あるいは（その他人の許可を得て）不法行為ないし法規違反から防衛するため

(e) 犯罪ないし秩序違反を防止するため

(33) イギリス法では、正当防衛と誤想防衛とは区別されず、行為者が正当防衛状況であると誠実に信じていれば、正当防衛の主張が可能である。前掲注(20)参照。

- (5) ただし、上記(4)項(b)は、Dが自発的に導いた  
 酩酊に起因する誤信の場合には、主張することが  
 できない。
- (6) Dにより行使される有形力の程度は、Dが存  
 在すると確信した状況下において不均衡  
 (disproportionate)である場合には、合理的で  
 あるとはみなされない。
- (7) (3)項に記載された問題を決定するに当たって  
 は、(当該事件の状況において関連する限度で)  
 以下の事項が考慮されるべきである。
- (a) 正当な目的のために行動する者が、必要  
 な行為についての正確な程度について、正確  
 に評価することは困難であること。
- (b) 正当な目的のために必要であると、誠実  
 かつ直感的に考えたことのみを行ったという  
 証拠は、その者がその目的のために合理的な  
 行動のみをとったことを示す強力な証拠とな  
 ること。
- (8) (7)項(後記2013年法により「(6A)項およ  
 び(7)項」に変更)は、(3)項で言及された問題の  
 決定に関連する他の事項について考慮すること  
 を、妨げるものではない。
- (9) 本条は、(2)項で示された現に存在する抗弁の  
 運用を明確にすることを目的とする。
- (10) 本条において、
- (a) 「正当な目的 (legitimate purpose)」と  
 は、以下を意味する。
- (i) コモンローに基づく正当防衛の目的、  
 又は
- (ia) コモンローに基づく財産の防衛の目  
 的、又は
- (ii) (2)項(b)に規定された、犯罪の防止又は  
 適法な逮捕を遂行する若しくは支援するこ

と

- (b) 正当防衛には、他人を防衛するための行  
 為が含まれる。そして
- (c) 行使された有形力の程度は、用いられた  
 力の種類および量を指す。

76条(9)項が示すように、本条は、これまでのコモ  
 ン・ロー上の私的防衛及び、1967年法による公的防  
 衛の考え方を、明確化するために条文化したもので  
 ある。<sup>(34)</sup>

76条制定の背景には、特に住居侵入者に対する防  
 衛行為が不当に重く処罰されているという国民の不  
 満があった(後述・マーティン・ケース(後掲5  
 (2))。もっとも、76条自体は、その不満に直接答  
 るものではなかった。私的防衛に関して、従来の判  
 例が蓄積してきた、「退避義務はなく、退避でき  
 る場合に退避したか否かは、必要性・相当性の判断に  
 おいて考慮される要素でしかない」とする文言は、  
 同条項に盛り込まれなかったのである。<sup>(35)</sup>この点の  
 改正は、2013年まで待つことになった。

## 5 2013年犯罪及び裁判所法等による2 つの修正

2012年及び2013年の法改正により、76条の判断基  
 準に関して重要な2つの修正がなされた。1つは、  
 私的防衛に関しても「退避義務」がないことを明示  
 する規定(6A項)の新設であり、もう1つは、特  
 に住居侵入者に対し居住者が防衛する場合に限り、  
 より強力な有形力の行使を認めるとする(5A項)  
 の創設である。いずれも、正当防衛をより広く認め  
 ることを、議会が認めたことになる。

(34) ただし、当初より、これまで判例が蓄積してきた法解釈の、ごく一部分しか規定されていないとする批判  
 があった。Cf. Dennis, *Pointless Exercise*, [2008] CrimLR 507.

(35) A・アシュワース=J・ホーダー(同志社大学イギリス刑事法研究会訳)『イギリス刑法の原理(第7版)』  
 (2021年)171頁参照。

## (1) 76条（6 A）項の追加

2012年法律扶助、量刑および犯罪者処罰法（The Legal Aid, Sentencing and Punishment Act 2012）148条(3)項は、76条(6)の後に（6 A）を挿入する改正を行った（2013年施行）。（6 A）項は、下記のように規定する。

（6 A）項：76条(3)項で言及された問題（有形力の合理性）の判断に当たっては、Dが退避することができたであろうことは、（関連性がある限りにおいて）考慮すべき要素となるが、退避義務を生じさせるものではない。

148条は有形力行使の合理性判断の規定であるから、退避可能性があったことは有形力の合理性判断の一要素に過ぎないとされたことになる。

この考え方は、既に前述の一連の判例、すなわちジュリアン、マキネス、バードにおいて認められてきたものであり、文字通り明文化したに過ぎない。しかし、コモン・ロー上で長年認められてきた「退避義務」を、明示的に否定した意義は大きい。

政府が成文法として「退避義務がないこと」を宣言せざるを得なくなった背景には、後述のマーティン・ケース（R v Martin [2001] EWCA Crim 2245）（後掲5(2)(ii)）に対する世論の反発があったことが見逃せない。住居侵入者に対する防衛が否定されたことが問題となった事案であるが、「より広く正当防衛を認めるべきである」とする社会的要請に応える必要が生じたのである。

さらに、退避可能性があったことを、有形力の「合理性」判断の一要素と明確に位置づけた点も重要である。退避可能性が正当防衛の要件である①必要性、②相当性それぞれの合理性判断に影響を及ぼ

すことになる。我が国でも、退避可能性を含めて、全体として「急迫性」の総合的判断に影響するとするのが平成29年決定であるが、諸事情を総合判断するという意味で、共通する面がある。

## (2) 住居侵入者に対する防衛の拡大

## (i) （5 A）項の新設

2013年犯罪及び裁判所法（The Criminal Court Act 2013）43条は、76条(6)項の前に、（5 A）項を挿入した。（5 A）項は以下のように規定する。

（5 A）：居住者の事案において、Dにより行使される有形力の程度が、当該状況下において著しく不均衡である場合には、Dが合理的であると信じたとしても、合理的であるとはみなされない。

本項の新設に伴い、76条(6)項の冒頭に、「居住者の事案を除き」を挿入し、侵入者に対する防衛を特別に扱うことが明らかにされた。<sup>(36)</sup>

（5 A）項では、住居侵入者に対する防衛の場合には、単に「不均衡」でなく「著しく不均衡」な場合に限って、有形力の程度が合理的でないとみなされることとなった。このような改正の背景には、社会的に大きな反響を呼んだ重大事件の発生と、それに対する政府の、必ずしも適切とはいえない対応があった。<sup>(37)</sup>

## (ii) （5 A）項立法の経緯

本項新設の背景には、不法侵入者を殺害した者が、謀殺罪で有罪となったマーティン・ケース（R v Martin [2001] EWCA Crim 2245）に対し、マスコミや市民から強い反発が起こったという事情があった。

(36) (6)項：居住者の事案を除き、Dにより行使される有形力の程度は、Dが存在すると確信した状況下において不均衡である場合には、合理的であるとはみなされない。

(37) 最も適切でない、ポピュリズムによる法改正であるとの指摘がある。Cf. ORMEROD, *supra* note (14) 655. この改正が労働党政権により推進されたものである点について、川崎友巳『『家主による正当防衛』の成立要件』判時2608号（2025年）25頁以下。

この事件は、ノーフォークの農家に2人の犯人が侵入したところ、家人である被告人Mが銃を発砲し、1人を射殺し1人に傷害を負わせたものであった。第1審で、Mは正当防衛を主張したが、謀殺罪で有罪となり、控訴審でも有罪が維持された（ただし、精神障害により責任が軽減され故殺罪での有罪となり、最低5年の拘禁刑とされた）。

この判決に対し、マスコミはこぞってMを英雄視し、Mの有罪判決を批判したため、当初法改正の必要がないと考えていた労働党政権も、2007年に法の見直しを公表するに至った。その結果、2008年刑事司法及び移民法76条が新設されることとなった。

76条は、コモン・ローの正当防衛を「明確化」したに過ぎなかったが、必要性和相当性の要件の基準が明確に示された。もっとも、2013年による改正前の(6)項は、前述のように「(6)項：Dにより行使される有形力の程度は、Dが存在すると確信した状況下において不均衡（disproportionate）である場合には、合理的であるとはみなされない」とする。逆説的な表現となっているが、当該事情に関する被告人の主観を前提に、それを一般人からみて合理的といえるかを判断するという趣旨である。退避可能性についての言及はなく（コモン・ローの判断基準が生きていたことになる）、また、マーティン・ケースで問題となった「住居侵入者に対する正当防衛権」の問題も、直接76条に持ち込まれることはなかった。

これに対し、2012年に成立した連立政権の法務大臣を務めた保守党のグレイリングが、マーティン・ケースに対して国民やマスコミが主張した「居住者

には侵入者を攻撃する権利」があるはずだとの主張を受け、<sup>(38)</sup> (6A) 項及び (5A) 項を新設する改正を行うこととなった。その結果、原則として退避可能性の有無は、防衛行為の有形力の合理性、すなわち必要性・相当性の判断の一要素に過ぎないことが明確化され、退避義務は否定された。さらに、住居侵入者に対する防衛の場合、少なくとも条文の文言上は、著しく相当でない場合を除き、合理性があるとみなされるようになった。

### (iii) 法改正に対する判例の反応

(5A) 項が、居住者の侵入者に対する防衛について、相当性を広く認める改正をしたにもかかわらず、その後の判例は必ずしもそれに従っていないと<sup>(39)</sup>考えられている。

コリンズ・ケース（Collins v Secretary of State for Justice [2016] EWHC 33 (Admin)）<sup>(40)</sup>によれば、76条（5A）項は、第76条(3)項および正当防衛に関するコモン・ローとともに解釈されるべきとされている。すなわち、居住者による侵入者に対する防衛の事案については、判事は陪審員に2つの質問を説示する必要があるとした。

被告人（居住者）が、有形力行使が必要であると確信していることを前提として、

- (i) 被告人が使用した有形力の程度は、その者が信じていた状況において著しく不均衡か。これが肯定されれば、正当防衛の余地はない。これが否定された場合には、次に
- (ii) 被告人が使用した有形力の程度は、その者が信じていた状況において合理的だったか。これが肯定されれば、正当防衛が認められる。これが否定

(38) Spencer, *Using force on burglars*, Arch.Rev, 2016-2-6, at8.「居住者の防衛権の拡大」が政治問題化し、それが2013年改正に繋がった。強盗犯人を追撃し、路上でクリケットのバットで殴り重傷を負わせた事件について、控訴院が重傷害罪で有罪判決を出したことに對し、保守党選挙公約で「侵入者に対する居住者の保護を強化すべきである」との主張をしているとされている。Cf. *Defending self-defence*, [2010] Crim LR 167.

(39) Spencer, *supra* note (38), at 9.

(40) 居住者が不法侵入者に対し、暴行を加えて意識を失わせる重傷を負わせた行為について、正当防衛が認められるかが争われた事案。

されれば、正当防衛は認められない。

76条（5A）項のこの解釈は、改正時に議会が考え、メディアが想定したよりは抑制的であり、侵入者に対して居住者が従来よりもより強力な防衛を行使しようという結論を、直ちに採用するものではなかった。したがって、少なくとも現在の判例の基準は、コモン・ローの判断基準から大きな変更はなく、住居侵入者に対する防衛であっても、有形力の程度が合理的であることが要求されることになる。

同じくレイ・ケース（R v Ray [2017] EWCA Crim1391<sup>(41)</sup>）では、住居侵入者に対し、ナイフで殺害した事案について、弁護側が（5A）項を根拠に、「著しく不均衡」でない限り正当防衛の合理性があると主張したが、裁判所はコリンズ・ケースを踏襲し、この主張を認めなかった。

結論として、侵入者に対して致命的な防衛手段が許容されることがあるとしても、それは住居が聖域であるという理由からではなく、あくまでも有形力の行使が相当なものであり、妥当な防衛手段といえることが前提となる。重大事件の発生により、居住者の権利をより強化しようとする制定法が新設されたものの、裁判所は依然として、状況に応じて相当な有形力の行使といえるか否かとの要件を維持しているのである。

このように、2013年の法改正によってもコモン・ローの判断基準は依然として維持されており、退避可能性は必要性、相当性に合理性があるかの判断基準の一要素であること、また、原則として退避義務が考えにくい居住者による侵入者に対する防衛行為

であっても、有形力の行使に合理性が必要であることが認められていることになる。我が国の平成29年決定が、当該状況に応じた退避可能性や、有形力の程度の総合的判断を採用した考え方と類似した側面があると考えられる。<sup>(42)</sup>

## 6 平成29年決定における退避可能性の意義

### (1) 侵害回避の容易性

平成29年決定は、正当防衛を「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」であるとしており、これは「不正の侵害に対して、徹底して反撃すべきで、侵害者の法益の保全は考慮する必要はない」とする法確証の原理を採用するものではない。我が国の判例は、従来からこのように考えてきたといえよう。<sup>(43)</sup>しかし、この事情を、具体的にどの要件で、いかに判断するかについては、いくつかの選択肢があるように思われる。

従来は、「積極的加害意思」が重視されてきたが、<sup>(44)</sup>裁判員裁判の導入にあたり、これが裁判員には必ずしも明解であるとはいえないとして、裁判所は「裁判員に対しては、急迫性の要件を段階的思考に沿って検討したり、積極的加害意思と専ら攻撃の意思を殊更に区別して検討することを求めるのではなく、<sup>(45)</sup>まずは前記①と④の要件をあわせた形でもって、『正当防衛が認められるような状況にあったか否か』（正当防衛状況性）という大きな判断対象を提示し、これを念頭に置いて検討を求めることが適当ではな

(41) レイ・ケースについて、川崎・前掲注(37)参照。

(42) 拙稿・前掲注(9)42頁。

(43) 平成29年決定の急迫性判断は、「従来の判例の流れからは自然なものであ」って（前田・前掲注(1)16頁）、「急迫性の判断構造を大きく改めるものではない」（橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（2020年）99頁）とされる。

(44) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法教387号（2012年）14頁以下参照。

(45) ①は「侵害が急迫していること（急迫性）」、④は「防衛するために行ったものであること（防衛の意思）」を指す。司法研修所『難解な法律概念と裁判員裁判（司法研究報告書61輯1号）』（2009年）21頁。

いか<sup>(46)</sup>』という見解を提示した。

ここで示された「正当防衛状況性」による判断がなされたのが、最決平成20年5月20日（刑集62巻6号1786頁）である。しかし、同決定が示した「反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為」か否かという判断基準に対しては、厳しい批判が加えられることになる。すなわち、「積極的加害意思が認められ、急迫性の要件自体が否定されるかどうかといった・・・類型について、『正当防衛が認められるような状況にあったか否か』（正当防衛状況性）というようなざっくりとした説明だけで、果たして、裁判員は本質的なところを理解して意見を述べられるであろうか。」<sup>(47)</sup>という批判である。さらに、実際の裁判員裁判を行う下級審でも、具体的な判断要素を明確にしないまま「正当防衛状況性」に関する審理・評議を行うことが困難であるという状況が生じたとされる。<sup>(48)</sup>

これを受けて、平成29年決定は、急迫性の判断が、過度に積極加害意図の有無に依拠しているとして、より具体的な判断要素を示すこととなった。また、その前提として、正当防衛は、「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」に限られることも明記した。

同決定は、具体的判断要素として、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の重大性、蓋然性、③侵害回避の容易性、④侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、⑤対抗行為の準備の状況（武器等）、⑥予期された侵害と実際の侵害の異同、⑦行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容等内容を挙げている。

このうち、③④は実質的に退避する可能性を意味している。判例は従来から退避可能性を考慮していたと考えられるが、それを明示的に示した意義は大きい。<sup>(49)</sup>従来は、むしろ「退避義務は認められない」とする主張が有力だったからである。<sup>(50)</sup>たしかに、本決定の調査官解説によれば、「学説が提唱する侵害回避（退避）義務論によって急迫性の有無を判断するという立場を採用したもの」ではないとされるが、「行為者が侵害を十分に予期している場合、行為者が生活上の不利益を受けることなく侵害を容易に回避できるにもかかわらず正当防衛の成立を認めてよいかとの問題提起は、常識的で合理的なもの」と<sup>(51)</sup>とされている。退避可能性は、「日本の正当防衛判断の最大の特徴」<sup>(52)</sup>であるともいえるのである。

(2) 「法益侵害の最小化」か「公的保護の要請」か  
もともと、回避容易性を正当防衛の判断基準に導入し、可能な限り衝突を避けようとする見解の根拠については、いくつかの考え方があり得る。いわゆる正当防衛の社会化に関し、「①社会全体の利益の確保・増大という観点から、なるべく防衛行為を回避させ法益の減少を少なくするという要請」、さらに「②法制度の整備に伴い、紛争処理をできる限り私人の手から公的機関に移すべきだとの要請」<sup>(53)</sup>もありうる。

①の「法益侵害最小化」の考え方は、現在のイギリスでも大きな議論となっている。侵入者に対する過度な防衛について、ヨーロッパ人権条約（European Convention on Human Rights）2条の生命に対する権利に反するのではないかという主張

(46) 司法研修所・同26頁。

(47) 大塚仁他編『大コメンタール刑法（第2巻）』（第3版）（中山隆夫）（2016年）528頁。

(48) 中尾・前掲注(2)108頁参照。

(49) 退避可能性について、従来の判例がどのように扱っているかについて、佐藤・前掲注(3)242頁以下。

(50) 橋爪隆「相当性の判断と行為時における退避可能性」刑法雑誌50巻2号（2011年）161頁参照。

(51) 中尾佳久・最高裁判例解説（刑事篇）平成29年度114頁。

(52) 前田・前掲注(1)16頁。

(53) 前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集（第一巻）』（1983年）355頁。

がなされるからである。<sup>(54)</sup>

特に、住居侵入者に対する過剰な（特に致命的な）防衛行為について、正当防衛を認めるとすれば、被害者（侵入者）の人権を軽んずるもので、ヨーロッパ人権条約2条に違反すると主張されることがある。<sup>(55)</sup>特に法益侵害を最小限化しようとする見解からは、イギリス法は、(5A)項を導入したことにより、重大な人権侵害を行っていることになるとの指摘すらある。<sup>(56)</sup>

我が国でも、特に法益侵害性を重視する見解からは、主として防衛行為の最小化という観点から、「安全確実に退避できるのであれば、生命に対する危険の高い防衛行為は行使できず、被侵害者は侵害から退避しなければならない<sup>(57)</sup>」とする主張がある。

これに対し、平成29年決定は、正当防衛を「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」に限って例外的に認められるとしていることから、「②法制度の整備に伴い、紛争処理をできる限り私人の手から公的機関に移すべきだとの要請」を重視する立場に親和的であると理解できる。<sup>(58)</sup>

### (3) 類型ごとの判断の可能性

では、紛争処理をできる限り私人の手から公的機関に移すべきだとする考え方を前提にした場合、退避の容易性はいかなる要件で、どのように判断されるべきか。

まず、そもそも退避可能性の有無は、侵害の予期があった場合に限るべきかが問題となる。この点、平成29年決定の射程につき、予期があった場合に限られ、予期がない場合には妥当しないとする見解が有力に主張されている。「平成29年判例はあくまでも侵害の予期が認められる場合に限った判断であり、侵害の予期を要件としない平成20年判例とは大きく異なる<sup>(59)</sup>」とする主張である。

このような見解に対しては、「事案類型毎の判断枠組みは、特に裁判員裁判において正当防衛の判断を実践していく上で極めて有益なもの」だが、予期の有無は、「正当防衛状況の分水嶺となるものではない」<sup>(60)</sup>との指摘がある。たしかに、予期があったか否かは相対的なもので、平成20年決定でも、自ら先に殴打した上で逃走している事情があり、相手か

(54) J.HORDER, *supra* note (8), at 143.

ヨーロッパ人権条約2条（生命に対する権利）は下記のように規定する。

1 すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない。ただし、法律で死刑を定める犯罪について有罪の判決の後に裁判所の刑の言い渡しを執行する場合は、この限りでない。

2 生命の剥奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反して行われたものとみなされない。

(a) 不法な暴力から人を守るため

(b) 合法的な逮捕を行い又は合法的に拘禁した者の逃亡を防ぐため

(c) 暴力又は反乱を鎮圧するために合法的にとった行為のため

(55) F.LEVERICK, *supra* note (7), at 177- 参照。コリンズ・ケース（前掲注(40)）では、侵入者に重傷を負わせた被告人について、当該行為はヨーロッパ人権条約2条に違反し、正当防衛を認めることができないのではないかが論じられた。ヨーロッパ人権条約は、1998年人権法（The Human Rights Act 1998）により、イギリスの裁判において直接適用されることになった（Cf. ORMEROD'S, *supra* note (14), at 19-20. ヨーロッパ人権条約のイギリス国内法化について、江島昌子『人権保障の新局面』（2002年）225頁以下。

(56) J.HORDER, *supra* note (8), at 150.

(57) 佐伯・前掲注(9)105頁。

(58) そしてイギリスにおいても、原則として「警察を呼ぶ余裕があれば、私的な防衛をすべきではない」とする主張も有力である。Cf. J.HORDER, *supra* note (8), at 148, Attorney-General's Reference (No2 of 1983) [1984] QB456. 将来の攻撃に備えて銃器を所持する行為は、現実には攻撃があった場合に銃器の使用が認められるような状況であっても、なお銃器所持として違法だとされる（Evans v Hughes [1972] 3 All ER 412）。

(59) 橋爪・前掲注(43)100頁。橋爪教授は、「侵害の予期が欠ける事例についての正当防衛の成否は、本決定の射程外である」とする（橋爪「正当防衛論の課題」佐伯他編『刑事法の理論と実務①』（2019年）161頁参照）。さらに、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状」季刊刑事弁護96号（2018年）11頁参照。

(60) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実践」佐伯他編・前掲注(59)『刑事法の理論と実務①』115頁参照。

らの反撃を「予期」したからこそ、その場から逃走したとも評価できるからである。

また、平成29年決定で議論された退避可能性の有無も、平成20年のような路上闘争の事案にあてはめるのは難しいかもしれないが、<sup>(61)</sup>最高裁も、上記の各事情を、その事案に応じて適用する必要があると指摘し、事案の態様により考慮すべき事情が異なることを前提としている。<sup>(62)</sup>

平成29年決定が登場した背景に、平成20年決定で示された「正当防衛状況性」の運用が困難であったという事情があった。<sup>(63)</sup> そうだとすれば、平成29年決定が挙げる諸事情は、「正当防衛状況性」をより具体的に、かみ砕いて示したものであって、予期がある場合か否かにかかわらず、正当防衛が問題となる事例に一般的に適用されるものとして、最高裁は示していると理解するのが合理的であろう。

従来は、「積極加害意図がある場合」と「ない場合」という「類型」に分けて論じようとしてきたと考えられるが、平成29年決定は、そのような類型化による判断よりも、退避可能性、有形力の程度を含めた総合判断が裁判員による審理には適していると考えたことになる。<sup>(64)</sup>

また、できる限り公的保護を要請すべきとする考え方は、私人による防衛を抑制しようとするものであるから、急迫性要件で総合判断し、早い段階で正当防衛を否定する処理に馴染むといえる。それに対し、法益侵害の最小化を重視する考え方は、侵害者にも人権があるとする考え方に親和性があり、防衛行為の程度をできる限り抑制しようとする理解を導くこととなり、総合判断を相当性要件で処理する見

解に馴染みやすいようにみえる。<sup>(65)</sup>

ただ、退避可能性を「いずれかの要件に振り分け」考え方は、必ずしも妥当とはいえない。「急迫性」「相当性」それぞれの場面で、退避可能性が問題となりうると考えられるからである。

## 7 退避可能性と過剰防衛

前述のように、イギリスの近年の正当防衛に関する裁判例では、退避可能性が「有形力の行使の合理性」として判断される傾向が認められた。イギリスの正当防衛でも、①当該有形力が必要で、かつ②当該有形力が合理的であることが必要とされているが、退避可能であったか否かは、原則として①の「必要性」の判断要素とされつつ、判例では、それも含めて②の合理性判断としての総合判断がなされているのが実情である（前述5(2)）。

我が国で平成29年決定が、種々の事情を勘案した「総合判断」で結論を導こうとしているのと同様、イギリスでも、必要性、有形力の程度も含めて「合理性」判断を行おうとしている。平成29年決定が、裁判員裁判を強く意識しており、イギリスの判例における陪審員の「合理性判断」と共通する点が多くなるのは必然と思われる。もっとも、いずれも総合判断を行うという意味では類似するが、その方向性は逆を向いているように思われる。

すなわち、マーティン・ケースに対する世論の大きな反発を受けて、イギリスでは正当防衛を「拡大」する努力がなされている。退避可能性を独立の判断基準とせず、総合判断としての「合理性」で処理しようとする動きも、そのような社会的要請の中

(61) 事案による相違として、例えば佐藤・前掲注(3)は、「自宅だとそもそも退避はありえない」とする（同243頁参照）。

(62) 中尾・前掲注(2)109頁。

(63) 中尾・同108頁。

(64) 正当防衛の事案の類型化と総合判断について、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判時2357・2358合併号（2018年）23頁参照。

(65) 松原芳博『刑法総論（第3版）』（2022年）177頁参照。「防衛のために必要な防衛手段により著しく過大な法益侵害が生ずるという場合には、被侵害者は侵害からの退避ないし侵害の受忍を余儀なくされることになる」とする。

で形成されてきたものであった。実質的には、正当防衛をより広く認めようとする方向を向いている。

それに対し、平成29年決定のように、総合判断を「急迫性」で行うことになると、ひと度急迫性が否定されれば、そこから先、とりわけ「相当性」の判断まで進めないことになる。平成29年決定では、「侵害回避の容易性」だけでなく、「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」といった、従来は過剰防衛の成否で判断されていたであろう事情も「急迫性」に取り込んだことになる。逆に言えば、できる限り「急迫性」要件で処理する（その要件で切る）ことにより、実質的には相当性判断にまで持ち込ませないことを目指しているように思われる。<sup>(66)</sup>

実際に、遠藤裁判官は、「報告（照沼報告―筆者注）の趣旨が、正当防衛状況を肯定した上で、過剰防衛による保護の余地を残そうという趣旨であれば、武器を用意した計画的な反撃という態様をとらない喧嘩の多くが過剰防衛になるようにも考えられるが、そのような価値判断にはやや疑問の余地がある。」と指摘する。<sup>(67)</sup> もちろん事案ごとの具体的判断となろうが、喧嘩闘争のような事案が、広く「過剰防衛」となることを懸念されていると理解できる。

しかし、イギリスと我が国の正当防衛の大きな相違は、イギリスには過剰防衛が存在しないという事実である。イギリスでは、我が国の「過剰防衛」に相当する制度が、コモン・ロー上も制定法上も存在していないため、有形力の行使が合理的でないとされれば、正当防衛の抗弁は一切認められないことに

<sup>(68)</sup>なる。特に謀殺罪については終身拘禁刑しか選択肢がないため、過剰な防衛については故殺罪に減軽するという見解もあるが、現在のイギリスの判例ではそのような処理は必ずしも受け入れられていない。<sup>(69)</sup> このような有罪か無罪かしか認められない「All or Nothing」という不合理性は、<sup>(70)</sup>退避可能性や有形力の行使についての陪審員の「合理性判断」次第で、正当防衛が極端に拡大したり、逆に縮小したりする現象をもたらしかねない。

それに対し我が国では、過剰防衛という選択肢がある。たしかに「急迫性」要件で多くの事情を勘案して処理することは、その他の要件の判断を不要とするもので、効率的だといえるのかもしれない。また、裁判員にとっては、諸事情を細かな要件に「分割」して判断するよりも、「急迫性」（事実上の正当防衛状況性）で判断した方が、理解し易いというメリットもあるのかもしれない。

しかし、過剰防衛規定があり、イギリスのように有罪か、さもなければ無罪かという二者択一の選択を迫られることのない我が国で、敢えて「一本化」する必要があるかは疑問の余地がある。たしかに、「『急迫性』で処理するか『正当防衛が認められるような状況にあったか否か』で扱うかは、結論にとっては必ずしも、重要ではない」<sup>(71)</sup>といえるが、そもそも「一本化」すべきか否かは、別の考慮が必要ないように思われる。

退避可能性は、「急迫性」要件と「相当性」要件のいずれでも問題とする余地があると考えるべきで

(66) ただし、中尾・前掲注(51)は、平成29年決定は正当防衛の成立範囲を狭める方向性を示すものではないとする(同112頁)。

(67) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌20巻2号(2011年)196頁。

(68) ORMEROD, *supra* note (14), at 642. 有形力が合理的か否かは、被告人が存在すると信じた(誤信である場合も含む)状況を前提として、その状況において客観的に合理的な有形力の程度といえるかにより判断される。*Ibid.*

(69) 例えば、R v Palmer [1971] AC814参照。過剰な有形力の行使の場合につき、陪審に「故殺罪」を検討するよう説示しなかったことは違法ではないとされた。Cf. ORMEROD, *supra* note (14), at 456. なお、刑事法改訂委員会は、謀殺罪の正当防衛について、故殺罪に減軽すべきとする方向性を打ち出している(CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, OFFENCES AGAINST PERSON, 14th REPORT (Cmnd7844), para.288 (1980))。同報告書については、拙稿・前掲注(24)57頁以下参照。

(70) ムスラスキ・甲斐克則=日山恵美訳「過剰防衛と刑事責任」比較法学39巻3号(2011年)230頁参照。

(71) 前田・前掲注(1)799頁。

あろう。具体的には、予期があるような場合、挑発行為があるような場合には、退避可能性は「急迫性」要件で問題となり得る。それに対し、急迫性は認められるものの、その場から退避することが可能であるにもかかわらず、敢えて反撃に出るような場合には、相当性要件の「必要最小限度性」に反するとして過剰性を認める余地があると考えられるのである。<sup>(72)</sup><sup>(73)</sup>

佐藤判事は、退避可能性のある事案について、それが「急迫性」、「防衛の意思」、「相当性」のそれぞれの要件で問題となることを示された。確実に侵害を予期し、侵害内容まで分かっているが留まって反撃するような場合は「急迫性」が欠ける。加えて、「退避可能性の有無、程度は、相当性の判断において必ず考慮されるべき重要な事情」とされ、「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」が認められるとされる。<sup>(74)</sup>

平成29年決定の示した基準の多くは、「急迫性」の判断基準に当たると理解できるが、「相当性」の判断に落とし込むことが可能である部分もあるように思われる。例えば、女性に暴行を加えているVに対し、女性を助けるためにVを殴打して死亡させた事案について、その場から逃げずに応戦したこ

とを含めて過剰防衛とした事案や、<sup>(75)</sup>駅のホーム上でVから絡まれた女性が、Vの肩を突いたところ、Vが線路に転落し侵入してきた電車と衝突して死亡した事案について、敢えてかかわらない、すなわち退避することも可能であったかもしれないが、その点も含めて相当性ありとした判決などがある。<sup>(76)</sup>このように、退避可能性も含めた相当性判断が意味を持つ事案も、少なからず存在するように思われる。

## 8 まとめを代えて

イギリスでは「居住者の防衛権の拡大」が政治問題化し、それが2013年改正に繋がった。侵入強盗犯人を殺害したり、侵入強盗犯人を追撃し路上で重傷を負わせた事件について、控訴院が重傷害罪で有罪判決を出したことに對し、世論からの反発があり、退避可能性を弱める法改正がなされた（前掲5参照）。その背景には、イギリスの犯罪率の高さが影響しているといわざるを得ない（次頁・図参照）。<sup>(77)</sup>それでも、イギリスの裁判所は、何とか「合理性」判断を維持することにより、私的防衛の過剰な拡大を防ごうとしている。<sup>(78)</sup>そのためには、正当防衛の判断において、陪審員の「合理性」に基づく柔軟な判断を重視することが有効に機能していると指摘されている。<sup>(79)</sup>

(72) 橋爪・前掲注(50)163頁参照。

(73) 安全な退避が可能な場合には退避すべき義務を認め、過剰防衛の余地があるとするものとして、坂下陽輔「防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（四・完）」法学86巻1. 2合併号（2022年）81頁。

(74) 佐藤・前掲注(3)254頁。

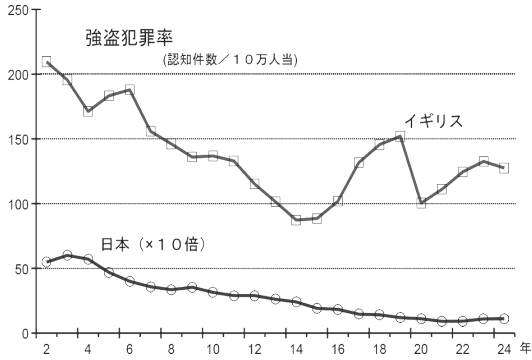
(75) 浦和地判昭和61年6月10日（判時1199号160頁）。

(76) 千葉地判昭和62年9月17日（判時1256号3頁）。イギリスでも、レイ・ケース判決（前掲注(41)）のように、退避可能性を相当性で判断しているものがある。

(77) 犯罪率（人口10万人当たりの認知件数）の比較であるが、2024年の日本の強盗犯罪率は1.1であり、同年のイギリス（イングランドとウェールズ）の犯罪率127.5との差が余りにも大きいのでそのままではグラフでの比較が難しい。そのため、グラフでは日本の犯罪率を10倍して表示した。イギリスでは刑務所の過密状態が問題となっており、比較的短期の収容者1,000人を釈放することとなったと報道されている（BBC 2025年5月15日、<https://www.bbc.com/japanese/articles/cwywgpwlqg3o>）。

(78) 2013年法改正後も、控訴審は「合理性判断」を駆使して、不当な防衛権の拡大を防止しようとしている（前掲5参照）。

(79) *Defending self-defence, supra* note (38). 著しく過剰な有形力を行使する反撃者であっても、陪審員が同情的となり無罪を宣告する可能性があるところ、判例が合理性基準を維持することにより、様々な状況で柔軟かつ適切な判断が可能となるとされている。



それに対し現在の我が国の刑法犯は、2002年前後の犯罪率の約1/5にまで減少した。このように治安が安定している状況では、「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」に限って正当防衛を認めるとし、できる限り正当防衛を制限すべきであるとする理解は説得的なものであった（なお、2022年以降は、犯罪の増加に転じており、犯罪発生状況の変化を慎重に見ていく必要がある）。ただし、勘案すべき事情をすべて「急迫性」に閉じ込めることにより、事実上、過剰防衛の成立範囲が極めて狭くなるおそれがあるというデメリットには留意すべきであろう。

