



|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 自招防衛論の再構成（２）：「必要性」要件の再検討                                                          |
| Author(s)        | 瀧本, 京太郎                                                                           |
| Citation         | 北大法学論集, 66(5), 256 [231] -188 [299]                                               |
| Issue Date       | 2016-01-29                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/60599">https://hdl.handle.net/2115/60599</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | lawreview_vol66no5_09.pdf                                                         |



## 自招防衛論の再構成（２）

——「必要性」要件の再検討——

瀧 本 京太郎

### 目 次

|                              |            |
|------------------------------|------------|
| 序章 問題の所在                     |            |
| 第１章 自招防衛に関する日本の学説            | （以上、66巻４号） |
| 第２章 自招防衛に関する日本の判例・裁判例        |            |
| 第１節 昭和52年決定以前の判例・裁判例         |            |
| 第２節 最決昭和52年７月21日刑集31巻４号747頁  |            |
| 第１項 事実の概要                    |            |
| 第２項 決定要旨                     |            |
| 第３項 検討                       |            |
| 第３節 昭和52年決定から平成20年決定までの裁判例   |            |
| 第１項 事例の紹介・検討                 |            |
| 第２項 ⑩～⑱事件から読み解けること           |            |
| 第４節 最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁 |            |
| 第１項 事実の概要                    |            |
| 第２項 裁判の展開                    |            |
| 第３項 学説による分析・検討               |            |
| 第５節 平成20年決定以降の裁判例            |            |
| 第１項 自招防衛に関する事例               |            |
| 第２項 積極的加害意思及び喧嘩闘争に関する事例      |            |
| 第３項 検討——判断枠組みは変わったか——        |            |
| 第６節 小括                       | （以上、本号）    |
| 第３章 ドイツにおける学説及び判例            |            |
| 第４章 必要性要件の再検討                |            |
| 終章                           |            |

## 第2章 自招防衛に関する日本の判例・裁判例

第1章では、自招防衛に関する刑法の条文の変遷と、旧刑法時代から現在までに唱えられてきた日本の学説について概観してきた。続く本章では、これまでに自招防衛が問題とされた、日本の判例・裁判例について検討を加える。大審院時代から平成27年現在までに出了された事例を検討していくが、自招防衛論を考える上で特に重要と思われる最決昭和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)及び最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁(以下、「平成20年決定」とする)については、節を改めて検討する。

本章の本来の目的は自招防衛に関する事例を検討することであるが、昭和52年決定は積極的加害意思が問題とされた事案について判断したものであり、自招防衛が問題となっているわけではない。しかし、昭和52年決定が出される前と後とは、自招防衛の事案に対する裁判所の態度は明らかに変化しており、同決定が自招防衛の判断枠組みに何らかの影響を与えたことは否定できないと本稿は考えているため、この点について説明することとした。また、平成20年決定を分析する文献の多くが昭和52年決定を参照し、2つの「決定」がどのような関係にあるのかを検討していることから、本稿でも昭和52年決定を分析・検討し、平成20年決定に対する学説・実務の分析が妥当であるかを論ずることは必須であると考え、昭和52年決定についても検討することとした。

さらに、平成20年決定の第1審判決は、同決定の事案を「喧嘩闘争」の事案であると述べていることから、本章では喧嘩闘争に関する事例も簡潔に紹介している。

なお、本稿内の下線や傍点はすべて筆者によるものである。

### 第1節 昭和52年決定以前の判例・裁判例

まずは、昭和52年決定が出されるまでの事案を検討する。この時期の判例・裁判例の特徴として指摘できるのは、裁判所は、侵害を自招したという事情を、刑法36条1項の要件とは結びつけずに正当防衛の成否を判断しているということである。

① 大判大正3年9月25日刑録20輯1648頁

本件の事実関係は明らかではないが、被告人と被害者の闘争状況が問題となっている。被告人は傷害致死罪で起訴されたが、先に被害者が首を絞めてきたので、これに対抗するために、持っていた箸で被害者の右眼下を刺し、手が緩んだ間隙を縫って被害者を突き飛ばして逃走したと主張した。しかし大審院は、被害者が先に手を出したという事実は原審では認定されていないとして被告人の主張を退け、傷害致死罪の成立を肯定した。そして、その際傍論として、「刑法第三十六條ノ規定ニ依レハ不正ノ行為ニ因リ自ラ侵害ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テモ仍ホ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ妨ケサル」と判示している。傍論ではあるが、この文を素直に読む限り、自招行為があったとしても急迫性が否定されることはない、ということが読み取れよう<sup>1</sup>。もっとも、この事件では、被害者による急迫不正の侵害の存在がすでに疑われている。すなわち、本件は単なる傷害致死の事案であり、正当防衛の成否ははじめから問題とされていない。

また、本判決は刑法改正があつてから間もない時期に出されたものであるが、この頃から早くも、自招防衛に関する立法者意思とは異なる解釈がなされることが分かる。第1章で述べたように、立法者は不正の行為により自ら招いた侵害については「急迫不正の侵害」の要件を欠くとしていたのである。

## ② 大判大正14年6月3日刑集4巻354頁

### 【事実の概要】

以前から被告人甲及び同乙に恨みを抱いていた被害者が、両被告人を殴打して痛めつける計画を立てていたところ、それが被告人らにばれて口論となり、甲は被害者を殴打した。被害者はますます憤激し、その翌日夜、夜学に通っていた乙を棒で殴打して「今夜は待っているから来い」と言って、闘争を挑んだ。乙は直ちに甲のもとへ赴いて事情を告げ、被告人らはそれぞれ凶器を携えて現場へと赴き、被害者と闘争を開始した。闘争の途中、被害者が乙を押し倒して、匕首で乙の腹部を斬りつけたため、甲は乙を守るために、所持していた匕首で被害者の頸部を斬り付け、出血多量で死亡させ、被告人らは傷害致死罪に問わ

<sup>1</sup> 急迫性について明言しているわけではないが、正当防衛は急迫不正の侵害に対する防衛行為の違法性を阻却するものであるから、正当防衛権の行使が妨げられないというとき、少なくとも急迫性は肯定されると考えられよう。

れた。

【判旨】

「被告〔甲〕ハ被告〔乙〕ト共ニ當初ヨリ争鬭ヲ爲シテ相手方ニ暴行ヲ加フル意思ニ出テ之ヲ實行シテ終ニ相手方ヲ死ニ致シタルモノニ外ナラス其ノ争鬭ノ行爲ハ總テ防衛上ノ必要ニ出タルモノニ非シテ相手方ニ暴行ヲ加ヘンカ爲各自己ヲ危険ニ曝シタルモノナルカ故ニ共同暴行者ノ一人カ危険ニ瀕シタリトスルモ之カ爲他ノ一人ノ相手方ニ對スル暴行カ直ニ正當防衛ト爲ルヘキモノニ非ス」

【検討】

本件は、いわゆる喧嘩闘争として処理された事案であると思われる。

喧嘩闘争については、判例の態度は以下のような変遷が見られる。まず、最判昭和23年6月22日刑集2巻7号694頁は、喧嘩闘争について「闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し正当防衛を行うの観を呈することがあつても、闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がないものと言わなければならない。」として、喧嘩闘争についてはおよそ正当防衛が成立しないと解されていた。しかし、最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁は、「闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、闘争の全般からみては、刑法三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によつて事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含むものと解することができる。」と判示し、喧嘩闘争の場合でも正当防衛の余地があることを認めるようになった。

このほか、③名古屋高判昭和25年3月9日高等裁判所刑事判決特報6号117頁は、被告人と被害者が路上でぶつかり、被告人が「何か文句があるか」などと怒鳴って被害者を脅迫し、さらに連行しようとしたため、被害者が被告人に殴り掛かったところ、被告人は被害者を突き飛ばしたり蹴ったりして傷害を負わせたという事案である。名古屋高裁は、「被告人の方で争闘を誘発し、相手

方と喧嘩して、相手方に傷害を與えたような場合は、急迫不正の侵害に対し、自己を防衛するため、やむことを得ず爲した反撃とは、認められないので、原審が被告人の右所為を正当防衛と認定しなかつたのは正当と謂うべく、論旨は、理由がない。」と判示した。判旨からも分かるように、本件も喧嘩闘争の事案であると判断されている<sup>2</sup>。また、名古屋高裁は、正当防衛の成立要件をすべて列挙した上で正当防衛の成立を否定しており、これらの中で特にどの要件が欠けるのかを明示していない。喧嘩闘争においても正当防衛が認められる余地があると判示されたのは昭和32年であることや、掲載誌の表題をも併せて考慮すると、典型的に正当防衛の観念を容れる余地がないと判断したと考えるのが自然であろう。

次に④仙台高判昭和27年3月15日高等裁判所刑事判決特報22号111頁は、傷害罪が問題となった事案において、「債権者より支払の請求を受けて拒絶する場合には相手方が納得するに足る誠意ある言動に出づべきが条理上当然であるのに却つて嘲笑的態度に出で敢て相手方の憤激を誘致し、之が爲相手方に畜生呼ばわりをされたからとて、直ちに之に対し暴力に出るに至つては到底止むを得ざるに出でたる防衛権の行使とは認め難い。」旨判示した。「止むを得ざるに出でたる防衛権の行使」という文言があるが、そのように解する根拠は示されていないため、36条1項との結びつきは依然として不明である。また、本件では被害者の行為は畜生呼ばわりというような、侵害性がまったく存在しないと言っても構わないようなものであり、現に仙台高裁も、被告人の態度が誘致したのは「憤激」であつて、「侵害」とは述べていないことからすれば、本件ではそもそも正当防衛について判断する余地が全く存在しないと判断したと解することも可能であろう。

⑤大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁は、労働争議において組合員らが待機場所として使用していた工場を閉鎖しようと企図したXが、雇った警備員らに指示して組合員を追い出そうとしたが、抵抗した組合員がスクラムを組んでXおよび警備員らに反撃し、その過程で複数人が傷害を負ったという事案である。裁判ではXのみならず組合員らも被告人とされ、Xは組合員の抵抗に対する正当防衛を、組合員らも「会社側が、組合側を挑発し、組合幹部を現場から外す目的で、事前通告もなく、突然判示工場の閉鎖を敢行しようと

<sup>2</sup> 判例集の表題にも、「喧嘩と正当防衛」と表記されている。

したので、右工場に生活の本拠を有する組合員として、その居住権を防衛するため行つた正当防衛行為である」と主張した。大阪地裁はまず、会社側の立場にあった被告人及び警備員らの主張に対しては、工場を閉鎖する理由がないにもかかわらず突如閉鎖したために反撃を受けたのであるから、「いわば自ら組合員等の前示行動を誘発したもの」であり、「被告人等の当時の立場、その行動等に徴すれば、被告人等は単に工場の占有を確保するためよりは、むしろ本件労働争議に際し組合側に対抗するためのみの会社側への過大な忠誠心…にかられ、攻撃的意図をもつて判示所為に及んだことが窺知せられるから、同被告人等の所為は到底正当防衛行為とは認め難い。」と判示し、正当防衛の成立を否定した。また、組合員らの行為についても、閉鎖行為が急迫不正の侵害であるとしても工場にとどまり続ける利益はなかったし、組合員らの行為は「会社側の挑発によるものとは言え、結局その挑発行為に反発し、あくまで右工場の確保を企図して、会社側の前記暴力に対し等しく暴力をもつて対抗し、互に為した斗争行為の一環を為すものと考えられるから、防衛行為としての適格性を欠くものと解せざるを得ない」と判示した。本件でも、組合員の抵抗は被告人が誘発したものであると指摘されている。さらに、被告人には攻撃的意図があったということが認定され、組合員の抵抗を誘発したことと併せて「到底正当防衛行為とは認め難い」とされており、36条1項の具体的要件との関連は明らかでない。また、工場の閉鎖行為自体は刑法上の犯罪に問われるような違法行為ではないように思われるが、大阪地裁はこれを急迫不正の侵害と仮定した上で、組合員側の正当防衛の成否を判断している<sup>3</sup>。

<sup>3</sup> また、攻撃的意図については、「何故同工場を閉鎖したか」というと、組合員がこの工場で寝起きしていたので、この南門を閉じて夜にでも組合員が其処から入ってくれば不法侵入なり或は立入禁止の裁判沙汰にするための餌をやつたものとしか私としては考えられません」という警備員の供述が援用されていることからすれば、Xらの行った工場閉鎖行為は、組合員らによる急迫不正の侵害を意図的に引き起こす狙いがあったと言え、本事案は意図的挑発類型に属するものであると言えよう。組合員らの行為については「防衛行為としての適格性を欠く」という表現があり、一見するとこれは「防衛ノ為メ」の要件を否定しているようにも読めるが、闘争行為の一環を為すという理由で正当防衛の成立を否定していることや、Xらについて判断する際にも正当防衛の要件を特に示していないことからすれば、ここでも類型的に正当防衛の観念を容れる余地が

最後に、⑥熊本地判昭和35年7月27日判時236号6頁は、労働争議の激化に伴い、炭坑の旧労組の組員が新労組の組員やその家族に対して暴力行為を行うという事件が急増したため、被告人らは協議の上、自動車で行進を宣伝行進する計画を立て、120～130名ほどで行進を執行し、旧労組員らに対しては暴力中止の勧告、争議解決への説得を、新労組員らに対しては支持激励の宣伝を行いながら行進したが、行進中に、旧労組のピケ隊に遭遇し、悪罵の応酬に至った。その際被告人らは、つるはしを持って、乗っていた自動車から降りたため、ピケ隊と衝突して紛争となり、ピケ隊のうち数名に傷害を負わせたという事案である。熊本地裁は、「…被告人らは…ピケ隊との悪罵の応酬、…争議激化の実情…等からして被告人らの右行動がピケ隊側との争闘を惹起するに至ることは当然予期していたものと認められるので、被告人らは他の自動車行進参加者らと共に自ら本件乱闘を誘発し、又は自ら争闘の禍中にその身をおいたものというのほかはない。してみると被告人らは、その各々に加えられたピケ隊側の侵害が不正なものであつたとしてもこれを未然に防ぎ得たにも拘らずいずれも自らを危険にさらしたものであるから、右被告人らの所為の一駒が前記のとおりあたかも防衛行為の観を呈することがあつたとしても、事案の全般からみてこれをもつて正当防衛行為とみることは到底不可能である<sup>4</sup>。」と判示し、ここでも36条1項との関連を明らかにしないまま正当防衛の成立を否定している。

### 【検討】

以上のように、昭和52年決定以前の判例・裁判例の流れを見ると、嘲笑的態度により侵害を誘致したという事情を考慮した④事件や、「攻撃的意図」があったことを理由として正当防衛を否定した⑤事件、そして自らの行動が侵害を惹起することを「当然予期していた」と指摘した⑥事件は、現在の議論枠組みに対して、多分に示唆的な判示をしていることが分かる。すなわち、④事件は社会倫理的に非難すべき挑発行為であれば正当防衛の成立を制限することが可能であることを示唆しており、⑤、⑥事件の各文言は、この後に検討する積極的加害意思の一内容となっているのである。積極的加害意思論は昭和52年決定に

---

ないと判断されているものと思われる。

<sup>4</sup> この判示部分は、喧嘩闘争に関する昭和23年判決及び昭和32年判決の流れを引くものである。

において突如現れたわけではなく、このような事例の集積によって体系化されたと見えよう。

大審院においては、侵害を自招した場合でも、これに対する正当防衛権が認められる可能性がある」と判示されていたが、実際には、この時期に自招防衛の事案において正当防衛の成立が認められた事例は見当たらない。また、③～⑥事件において正当防衛を否定するに際して、「誘発」や「誘致」という文言が共通して用いられており、被告人が侵害を惹起したという点が強調されているが、この点は現在の議論においても同様である。しかし、①～⑥事件のいずれにおいても、各事例における被告人の行為が、刑法36条1項のいずれの要件を欠くことになるかは明らかにされていない。

ここで、昭和52年決定の検討に移る前に、急迫性要件に関する判例の基本的理解について概観する。昭和52年決定以前にも、大審院及び最高裁は急迫性要件に関する判例を出しており、同決定を理解するためにはこれらの先例を検討することが不可欠なのである。

まず、⑦大判大正14年6月27日法律新聞2423号5頁は、過去のAとのトラブルから、再びAの襲撃を受けることを恐れた被告人が、事前に匕首を購入して侵害に備えていたところ、果たして実際にAが被告人を背後から出刃包丁で突き刺してきたため、被告人は予め準備していた匕首でAを殺害したという事案であった。予め侵害に備えていたことが法的にどのように評価されるかが問題となったが、大審院は、未来の侵害に対して予め防衛行為を行うことは違法であるが、「未来ノ侵害ヲ慮リテ防衛ノ準備ヲ爲スコトハ固ヨリ正當」であり、襲撃に備えて匕首を準備することはまさに未来の侵害を憂慮して行った防衛の準備に他ならないから、本件のような事案ではAによる侵害はもちろん急迫不正のものであると判示した。

次に⑧最終昭和30年10月25日刑集9巻11号2295頁は、飲食店でトラブルとなり一旦は退避した被告人が、被害者Bに対して謝罪させるために現場に立ち戻り、その際Bが再び攻撃してきたときに備えて日本刀を準備していた。被告人が飲食店の外の叢で様子をうかがっているとBが現れ、被告人を見るなり出刃包丁で襲いかかってきたため、被告人はBを日本刀で数回斬りつけて死亡させたという事案である。最高裁は、「被告人が右の叢に身をひそめ様子を窺ううちBが出て来て矢庭に出刃庖丁をもつて被告人に突きかかつて来た

際においては、被告人はこのBの不正の侵害については早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んでBと対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺っていた訳であるから、Bのこの不正の侵害は被告人にとっては急迫のものというべからざるものであり、又被告人がBに加えた判示傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである。」と判示し、正当防衛の主張を退けた。弁護人は⑦事件を援用して判例違反を主張したが、最高裁は、⑦事件は匕首を携えていた事案ではあるものの、被告人が被害者からの飲酒強要を拒否して立ち去った時点では、「被告人は最早被害者が襲撃して来るであろうことの予想を持っていたとは認められないのに、意外にも被害者が背後から突如突刺した」という事案であり、Bによる不正の侵害を早くから充分に予期して日本刀を携えていた本件とは異なるとして、この点の主張も退けた。

また、⑨最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁は、止宿先で同宿人のCとトラブルになった被告人は一旦宿を立ち去ったが、仲直りしようと思い再び宿に立ち戻ったところ、Cから加療約10日を要するほどの暴行を受けた。被告人は後ずさりして宿の一室に入った際、同室にくり小刀を隠していたのを思い出し、とっさにくり小刀を取り出してCの胸部に突き刺して殺害したという事案であった。原審では、被告人はCの侵害を予期していたのであるから急迫性が欠けるとして正当防衛の成立を否定したが、最高裁は急迫性の判断方法につき、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」と判示した。

⑦事件については⑧事件の最高裁が言及するように、侵害を予期していなかった事案である。⑧事件と⑨事件はいずれも侵害を予期していた事案であるが、急迫性の認定に関する結論は分かれている。判断の分かれ目となったのは、予期された侵害に対して予め準備をした上で現場に赴いたかどうかであろう。⑧事件では日本刀を準備して侵害に備えていたが、⑨事件では、被告人は侵害を受けている最中にくり小刀の存在を思い出したとされており、侵害を予期してくり小刀を準備したわけではなかった。

## 第2節 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁<sup>5</sup>

以上のような判例・裁判例の流れの中、最高裁はいわゆる「積極的加害意思」という概念を用いて、予期された侵害に対して積極的加害の意思で臨んだときは、侵害の急迫性の要件を欠くとして、正当防衛の成立を否定するに至ったのである。

### 第1項 事実の概要

被告人らはいわゆる中核派に属する者達であったが、福岡県教育会館において政治集会を開催するにあたって、同派の学生ら約10数名と共謀して、同会館内において、かねてより対立関係にあった革マル派の学生らの生命、身体に対して共同して加害する目的を持って、中核派の学生らと共に多数の木刀、鍬の柄、ホッケーのスティック、鉄パイプ等を凶器として集合し、押し掛けてきた革マル派学生10数名を、凶器を用いて撃退した。しかし、被告人らは、革マル派の学生らが体制を整えて再び襲撃してくることは必至であると考え、集会場の出入口に机や椅子でバリケードを構築した。果たして革マル派の学生らは再び集会場を襲撃し、バリケードのすき間から鉄パイプを投げ込んだり、工事用の、長さ2メートルほどの鉄棒を突き出したり投げ込んだりするのに対し、被告人らもバリケード越しに鉄パイプを投げたり、投げ込まれた鉄棒で突き返す

---

<sup>5</sup> 本件の評釈として、香城敏磨「判解」ジュリスト653号（1977年）79頁、東條伸一郎「判批」研修357号（1978年）59頁、安富潔「判批」法研51巻4号（1978年）80頁、曾根威彦「判批」判例評論233号（1978年）44頁、小暮得雄「判批」ジュリスト693号（1979年）159頁、香城敏磨「判解」法曹時報32巻4号（1980年）133頁、前田雅英「判批」警察研究52巻2号（1981年）66頁、香川達夫「判批」LS53号18頁、大越義久「判批」別冊ジュリスト82号（1984年）72頁、西田典之「判批」別冊ジュリスト111号（1991年）50頁、同「判批」別冊ジュリスト142号（1997年）48頁、曾根威彦「判批」別冊ジュリスト166号（2003年）46頁、遠藤浩一「判批」研修694号（2006年）107頁、松宮孝明「判批」別冊ジュリスト189号（2008年）48頁、安里全勝「判批」山口経済学雑誌58巻3号（2009年）143頁、今井猛嘉「判批」別冊ジュリスト220号（2014年）48頁、香城敏磨「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度235頁がある。なお、本稿における調査官解説の引用は、すべて最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度からのものである。

などして応戦した。

第1審の福岡地裁<sup>6</sup>は、「本件においては、被告人らが現実に本件革マル派の者らに対しとつた行動が正当防衛の要件を備えていると認めうる一応の根拠があり、本件全証拠によるもその要件の欠けることを積極的に認定しうだけの資料はないというべきである。」として、一部の者について正当防衛の成立を認めたが、控訴審の福岡高裁<sup>7</sup>は、被告人らについて、「革マル派の者が中核派主催の政治集会を妨害しようとして来襲すれば、共同してこれを迎撃し、その身体に対し害を加えるべき積極的闘争加害の意図をもつて兇器を準備し、前記県教育会館三階大ホールに結集し」ており、革マル派の者の第一の襲来に対しては誰も周章狼狽せずに立ち向かい、特に被告人らは「革マル派の者らを一階まで追いかけて居り、これらの行為は、明かにかねて予期していた攻撃、加害の意図の具体的顕現と見得るところであつて、偶発的なものと見ることはできない。」と指摘した。さらに、バリケードの構築についても、「これは明かに革マル派の再度の来襲を意識した行動であつて、…前記のような共同加害の意図の存在することにかんがみると、革マル派の第二の攻撃は、被告人らが当然に予想していたものといわねばならない。」とした上で、「被告人らに積極的攻撃ないし加害の意思はなく、専ら防衛意思のみであつたとは、到底認め難いところであつて、寧ろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はなかつたものといわねばならない。」と判示して正当防衛の成立を否定し、原判決を破棄し、福岡地裁に差し戻した。これに対して、被告人らが上告した。

## 第2項 決定要旨

「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣

<sup>6</sup> 福岡地判昭和49年10月15日刑集31巻4号765頁参照。

<sup>7</sup> 福岡高判昭和51年2月9日刑集31巻4号788頁参照。

旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、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意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人…は、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであつて、その旨の原判断は、結論において正当である。」

### 第３項 検討

まず指摘しなければならないのは、本件は、被告人らが侵害を自招したという事案ではないという点である。先に述べたように、本決定も自招防衛の事案であるとする学説からの指摘もあるが<sup>8</sup>、妥当でないように思われる（本章第４節第３項参照）。

本決定は⑨事件の要旨を用いて、侵害の確実な予期がただちに急迫性の否定を導くわけではないとしつつ、それに「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意思」（積極的加害意思）が加わった場合は、急迫性が否定されるとしたのである。

ここでは、同じく急迫性を否定した⑧事件との関係が問題となり得よう。⑧事件では侵害の予期と、「反撃の傷害を加え得べき充分の用意」という客観的な状況が根拠とされているが、仮にこのような客観的状況から積極的加害意思の存在を判断するのであれば、⑧事件と本決定は基本的には大きく異なるものではないとも考えられる。そうであればわざわざ本決定で積極的加害意思という概念を用いず、十分な反撃準備という客観的状況を指摘しさえすれば事案の解決にとっては必要十分なはずであるが、本決定の調査官解説は、過去の判例を検討した上で、「判例は、予期された侵害の機会を利用して積極的に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、相手に対する行為を防衛行為とは認めないという立場であり、本最高裁決定は、この立場を急迫性の要件の

---

<sup>8</sup> 橋爪隆「判批」ジュリスト1391号（2009年）160頁。また、大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為との関連性について」北九州市立大学法政論集38巻4号（2011年）5頁も、「これまでの最高裁判例は、自招侵害の事案を積極的加害意思という被害者の主観的要素の問題と捉え」ているとしている。

点から総括したものと理解することができると思う」と説明している<sup>9</sup>。すなわち、例えば⑧事件においても、明確な説明はなされていないが、侵害の予期と、それに対する客観的な準備状況が認められれば、積極的加害意思の存在が推認されるということになろう。

しかし、次節で紹介するように、これ以降の裁判例においては、突発的に生じた喧嘩のような、事前の反撃準備がないような事案であっても積極的加害意思が認定された事例があり、必ずしも客観的な準備状況が積極的加害意思の認定にとって必須の要件とはされていないように思われるから、調査官解説を完全に鵜呑みにすることには慎重になるべきであろう。

また、本項の冒頭で述べたとおり、⑦～⑨事件や昭和52年決定は自招防衛が問題となったものではないから、本来、これらの判例が自招防衛の解決に指針を与えているわけではないはずである<sup>10 11</sup>。にもかかわらず、特にこれ以降の裁判例では、自招防衛の事案を解決するときは、これまでのように要件論に立ち入らずに正当防衛の成立を否定するのではなく、刑法36条1項所定の要件のいずれかと関連付けた上で正当防衛の成否が判断されるようになったのである。

もちろん、昭和52年決定がそのような傾向に直接影響を及ぼしたかは定かでない。なぜなら、同決定を契機としなくても、自然と裁判所の自招防衛に対する姿勢が変化していったということも十分考えられるからである。しかしながら、昭和52年決定が、「急迫不正の侵害」という要件を規範的に解釈したという点は、重要な示唆を与えているように思われる。すなわち、昭和52年決定以降の裁判例が刑法36条1項の要件論に立ち入って解釈をするようになったのは、昭和52年決定において最高裁が、急迫性要件について規範的な解釈を行っ

<sup>9</sup> 香城・前掲注（5）246頁以下。

<sup>10</sup> 本件の調査官解説でも、積極的加害意思が問題となる場面類型として、①侵害の予期のみで急迫性が失われるか、②積極的加害意思で侵害に臨んだ場合はどうか、③侵害を挑発又は誘導した場合はどうか、という3つの場面が考えられるとしつつ、本件で問題となるのは①と②であるとされている。このことから、調査官解説も、本件は自招防衛の事案ではないとみなしていることが窺える。香城・前掲注（5）239頁以下。

<sup>11</sup> 本稿は、意図的挑発の場合は積極的加害意思論に解消させるべきであり、自招防衛の枠組みで意図的挑発を考慮する必要はないと解している（第1章第2節第5款、同章第3節参照）。

たために、そのような「方法論」が下級審裁判所にも浸透していった結果として、自招防衛に関しても内部的解決が図られるようになったと考えることは可能ではないだろうか。そして、このように考えるのであれば、昭和52年決定が自招防衛論に対して与えたインパクトというのは、積極的加害意思論それ自体ではなく、そのような概念を案出した方法論であると言えよう。すなわち、昭和52年決定の枠組みそれ自体は自招防衛の解決に対して特別な影響力を有していなかったのではないか、という仮説が立つのである。

### 第３節 昭和52年決定から平成20年決定までの裁判例<sup>12</sup>

#### 第１項 事例の紹介・検討

昭和52年決定以降、自招防衛の事案について判断した裁判所は、これまでとは異なり、刑法36条１項の要件と自招防衛を結び付けるようになった。そこで共通しているのは、被告人あるいは一般人における侵害の予期を前提とし、挑発行為が不正であると指摘されていることである。侵害を自ら招いている点で昭和52年決定とは事案が異なり、従って、そこで用いられている判断枠組みも当然、昭和52年決定とは異なるものである<sup>13</sup>。しかし、裁判例に多く見られるのは急迫性を否定した事例であるが、そのみならず、少数ではあるが、侵害の不正性を否定するものや相当性を制限した事例も見られ、結局のところ、判断枠組みは統一されていない。

#### ⑩ 東京高判昭和60年６月20日判時1162号168頁

##### 【事実の概要】

被告人は、以前から知っていた被害者と口論となり、被害者が被告人の膝を１回蹴ったことから、「てめえやるか。」と言って、被害者の胸ぐらをつかみ、喧嘩闘争に発展した。その過程で被告人は被害者を投げ飛ばし、被害者が無抵抗となっても暴行を加え続けた。

<sup>12</sup> 自招防衛が問題となった最高裁判例として確認できるのは、平成20年決定のみである（平成27年現在）。

<sup>13</sup> ⑦～⑨事件で見たように、侵害の予期という要素は、昭和52年決定に特有のものではない。

## 【判旨】

「被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている被害者の胸ぐらを掴んで同人を引き立たせた際、被害者がこれに挑発されて攻撃してくるであろうことを予期し、その機会を利用して、被告人自身も積極的に被害者に対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められるから、本件は、正当防衛における侵害の急迫性に欠けるというべきである。」

## 【検討】

本件は、積極的加害意思論を用いて自招防衛を処理した事案である。昭和52年決定と若干の相違があるのは、被害者が被告人の行為に「挑発されて」攻撃してくるであろうことを予期していたと指摘している点であり、意図的挑発類型に属する事例であると思われる<sup>14</sup>。本件では、被害者が先に攻撃を加えているが<sup>15</sup>、この点について東京高裁は特に問題としていない。

本件の正当防衛状況は突発的に生じた口論に端を発して生じたものであり、被告人があらかじめ反撃のための準備を整えていたという事情は認定されていない。そのため、本件は⑧事件の枠組みから正当防衛の成立を否定することは不可能であると思われ、積極的加害意思論があつてはじめて正当防衛の成立を否定し得た事例であると言えよう。また、積極的加害意思論を否定的に解する立場からは、急迫性は認められることとなろうが、本件を意図的挑発の事案と捉えるのであれば、第1章で検討した各見解に基づいて、正当防衛の成立は否定されよう。

この他に、挑発的な言動のあった事案で積極的加害意思論による解決が図られた事案としては、東京高判昭和60年8月20日判時1183号163頁などがある。

<sup>14</sup> ただし、意図的挑発の意思が挑発行為時以前に生じていなければならないのか、あるいは本件のように挑発行為を行った時点で生じていればよいのかという点については、これまで自覚的な議論はされてこなかったように思われる。積極的加害意思論を肯定するのであれば、いずれにせよ急迫性が否定されることになるであろうが、積極的加害意思論に批判的な立場がどのように答えるのであろうか。

<sup>15</sup> 東京高裁は、被害者の攻撃は1回きりで、それ以上の暴行に発展する可能性は無かったと指摘し、その後の被告人の行為を自招行為であるというような認定をしているが、「それ以上の暴行に発展する可能性」の有無で、これに続く行為すべてが自招行為となるわけではないと思われる。

この事件でも、被告人は被害者に「表へ出ろ」と言って挑発し、凶器を予め所持して侵害に臨んでおり、東京高裁は積極的加害意思の存在を指摘し、急迫性を否定している。

⑪ 福岡高判昭和60年7月8日刑裁月報17巻7＝8号635頁

【事実の概要】

被告人の妻Bから悪口を浴びせられた被害者Aは、午後10時頃、Bを追って被告人方へ上がり込んだところ、被告人に暴行を加えられ、その間無抵抗であったAは一旦自宅へと退避した。ところがAは憤懣やる方なくなり、被告人に謝罪させるため、万一の用意に自宅から包丁を持ち出して、同日午後10時20分頃、被告人宅に引き返したが、被告人は、Aが戻ってくることを予測した上で玄関を施錠していた。このためAは被告人方に入ることが出来ず、5～10分間にわたって「開けろ」「開けんかこの野郎」「二人で俺を馬鹿にしようが」などと怒鳴りながら、玄関戸を蹴っていた。被告人は、Aが包丁を所持していることに気づいたが、このまま放置しておけばAは勝手に帰るだろうと認識していた。しかし、日頃の鬱憤をはらすべく、被告人は窓から竹棒を突き出して、Aの頭部に傷害を負わせた。

【判旨】

「[Aの行為は]住居の平穏を侵害する行為にあたり、その行為に正当性を認めることはできないから、右は不正の侵害に該当するものと解すべきである。しかし、相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきであるとともに、そのような場合に積極的に対抗行為をすることは、先行する自己の侵害行為の不法性との均衡上許されないものというべきであるから、これをもつて防衛のための已むを得ない行為（防衛行為）にあたるとすることもできないものと解するのが相当である。これを右各認定事実について見ると、Aの行為に先行する被告人の行為が理不尽かつ相当強い暴行、すなわち身体に対する侵害であるのに対し、それに対するAの行為は、屋内にいる被告人に向けて、屋外から住居の平穏を害する行為を五分ないし一〇分間にわたって続けたに過

ぎないものであつて、Aにおいて包丁を所持していたとはいえ、未だ、それによつて被告人らの身体等に危害が及ぶという危険が切迫した状態にもなかつたことを考慮すると、Aの右行為については、未だこれを被告人に対する急迫の侵害にあたるものと認めることはできないし、右状況の下で、Aの身体に対し竹棒で突くという、傷害を負わせる危険性の高い暴行を加えて対抗することは、Aの行為を排除する目的を併せ有するものであることを考慮しても、自己の先行行為のもつ不法性との均衡上、これを防衛のための已むを得ない行為（防衛行為）にあたるものと評価することもできない（従つて、過剰防衛にもあたらない。）。」

### 【検討】

本件では、被告人が最初に被害者を暴行し、それに憤激した被害者が被告人に侵害を加えようとした事案であり、昭和52年決定以降に出された、意図的挑発ではない自招防衛の事例としては最初の事例であると思われる。福岡高裁は、本件の解決に際しては、積極的加害意思論には依拠せずに、①自招行為の違法性、②時間的接着性、③自招行為と予期される侵害の均衡、そして④侵害の軽微性という4つの要素を指摘して、侵害の急迫性が否定されると判示したのであるが、これらの要素は昭和52年決定の枠組みから導かれるものではないであろう。

本件では、まず①自招行為は理不尽かつ強い暴行であるとされており、自招行為に対して正当防衛をすることも可能であつただろう。②時間的接着性については、自招行為が行われてから侵害行為が行われるまでに20分ほどの時間が空いているが、福岡高裁は自ら規範を定立したにもかかわらず、あてはめを行っていないことから、時間的接着性の存在は本件においては所与の前提であると考えられているのであろう。次に③自招行為と予期された侵害の均衡については、「通常予期される態様及び程度」という判示からすれば、どのような自招行為からどのような侵害行為が予想されるかは客観的に決まると解されているように思われ、具体的な行為者の主観面が考慮されるのかどうか、また、考慮されるとしても、どの程度なされるかは、ここからは明らかにならない<sup>16</sup>。そ

<sup>16</sup> また、どのような自招行為がどのような侵害をもたすか、というのは、単に類型化できるようなものではなく、個別具体的に判断されるべきであろう。同一の自招行為であっても、侵害者が素手であつた場合と、凶器を所持してい

して、④侵害の輕微性を要件として入れたのは、おそらく、予期された侵害が生命侵害、あるいは身体の重大な傷害などであったような場合を考慮したためであると思われる。すなわち、自招行為が生命侵害を招致するようなものであり、実際に生命侵害行為が行われた場合にまで、自招行為者に防衛行為を許さないという趣旨ではない、ということであろう。

本件では、①～④に該当する場合には防衛行為性も否定されると述べられているが、すでに急迫性が否定される以上、防衛行為性に関する判示は不要だったように思われる。この点の福岡高裁の意図は明らかでないが<sup>17</sup>、侵害が急迫性を欠く以上、防衛行為が「やむを得ずにした」と言えないのは当然である、という趣旨を示したと考えることは可能であろう<sup>18</sup>。また、そこでは「積極的に」対抗行為をすることは許されないと判示されているが、「積極的に」というのは、積極的加害意思のことを指すのではなく、ドイツで言うところの「反撃防衛（Trutzwehr）」のような意味に理解すべきであろう。

⑫ 東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁

【事実の概要】

新聞拡張員をしていた被告人は、雇い主であった被害者から借金の清算を迫られたが、被害者を脅迫して借金を棒引きさせようと思って被害者宅へ上がり込み、被害者を怒鳴りつけ、突き飛ばして転倒させたところ、被害者が傍らにあった置物の石塊大小2個を続けざまに投げつけてきて、これらが被告人の頭部に当たった。被告人はこれに激高して、被害者を殺害した。

---

た場合とでは、予想しうる侵害行為は異なると思われるからである。

<sup>17</sup> 「先行する自己の侵害行為の不法性との均衡」を超えるような侵害が発生した場合は侵害の輕微性が失われることになり、急迫性が認められることになるが、自招行為との関係で過剰防衛の成立が認められやすくなるという趣旨と理解することも不可能ではない。しかし、福岡高裁は「このような場合」（①～④）が満たされ、急迫性が否定される場合）には防衛行為性がないとするにとどめており、急迫性が認められる場合に防衛行為の範囲が制限を受けるかについては何も述べていない。

<sup>18</sup> 本件以降の事例でも、急迫性と「やむを得ずにした行為」の両方に言及する事例が少なくない。しかし、理論面での検討は深くなされていないことからすれば、本文で述べたような趣旨に理解するのが自然であろう。

## 【判旨】

「…しかしながら、被害者の被告人に対するこれらの侵害行為は、被害者に対し被告人が判示のとおり脅迫や暴行を加えたことに対して、直接惹起された反撃行為であることは明らかである。被害者は、被告人に対しあらかじめ敵対心を抱いていたわけではなく、深夜一人でいるところで、何の落度もないのに思いもかけず、一方的に脅迫されたうえかなり強い暴行を受けたのであるから、被告人に対して反撃行為に出るのは無理もないところである。また、その態様や程度も、…被告人がそれまで加えていた暴行脅迫の程度と比較して過剰なものではなく、投石という手段によるかどうかはともかく、被告人の先行行為に対して通常予想される範囲内のものであるにとどまる。そうすると、被害者から受けた侵害は、被告人自らの故意による違法な行為から生じた相応の結果として自らが作り出した状況とみななければならず、被告人が防衛行為に出ることを正当化するほどの違法性をもたないというべきである。」「したがって、被害者の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法三六条における『不正』の要件を欠き、これに対しては正当防衛はもとより過剰防衛も成立する余地はないと解するのが相当である」。

## 【検討】

本件の特徴は、正当防衛の成立を否定するに際して、侵害の不正性を欠くとした点である。自招防衛を検討する際の枠組みとしては、自招行為と侵害行為の均衡の観点のみが挙げられているが、時間的接着性が存在していたことについては自明であるし、侵害が重大なものでなかったため、前記⑪事件において設定されていた要件②と④については特に触れなかったものと思われ、判断構造としては⑪事件とほぼ同様であると言えよう。

本件において、東京地裁が侵害の急迫性ではなく不正性を否定した理由については、被告人には積極的加害意思が認められず、また、急迫性に関する判例との矛盾を避けるためであろうと分析されている<sup>19</sup>。しかし、被害者の行為が正当防衛に該当するのであれば格別、そうでないのに不正性の要件を否定するのは困難ではなからうか。「不正」の侵害とは、単に、違法な侵害のことであ

<sup>19</sup> 大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2001年）120頁（的場＝川本執筆）。

ると解されており<sup>20</sup>、相対的に決せられるものではないと思われるからである（第１章第２節第２項参照）。また、確かにこの事件において積極的加害意思を認めることはできないという点は正しいが、本件で用いられている判断枠組みは、先の⑪事件のものと大差はないように思われる。従って、本件でも急迫性を否定することは十分可能であっただろう。

⑬ 大阪高判平成７年３月31日判タ887号259頁

【事実の概要】

友人らと飲酒し、路上を歩いていた被告人は、行き会った被害者ら数名に対して罵声を浴びせたところ、つかみ合いの喧嘩に発展した。被害者らは、被告人の友人Ａに対して激しい暴行を加えたため、被告人は「すいません、止めてください」などと言って謝罪したが、逆に被告人が無抵抗のまま暴行を受けることとなった。その後被告人は一旦現場から退避し、周囲の人間に警察を呼ぶよう要請したが断られ、このままではＡが死んでしまうので、近くにあったビール瓶の底を割って凶器にし、Ａが暴行を受けている現場へと向かった。その途中で被害者と遭遇した被告人は、割れたビール瓶で被害者の首を刺し、失血死させた。第１審は、被告人につき傷害の故意を認めた上、正当防衛も過剰防衛も否定し、さらに期待可能性についてもないとはいえないとした。

【判旨】

「…本件の発端は、被告人が挑発的な罵声を発したことにあるが、その後の経緯、特に…相手方の暴行がＡや被告人らの予期、予測を遥かに超える激しいものであったことなどを考えると、Ａに対する急迫不正の侵害があったと認めることができる。」

【検討】

本件でも、自招行為と侵害行為の均衡が第一に考えられている。しかし本件では、「通常予期される」とか「通常予想される」という文言ではなく「被告人らの予期、予測」という文言が用いられているように、被告人自身がどのような侵害を予測していたかが問題とされている。「通常予期される」というような、一般人を基準として判断していると思われる前記⑪事件とは、微細ではあるが異なっていると言えよう。また、本件では最終的に相当性が否定され、過

<sup>20</sup> 大判昭和８年９月27日大審院刑事判例集12巻1654頁参照。

剩防衛の成立が肯定されているが、その判断に際しては、侵害を自招した点には触れられておらず、相当性判断に影響があったかは不明である。

しかし、——自招防衛が問題となるかどうかにかかわらず——そもそも「予期される侵害の程度」という量的な事情を、どのような人物を基準として判断すべきかという点は、必ずしも深く検討されてはこなかったと言えよう。

この点については、⑪、⑫事件のように通常人を基準として「通常予期される」かどうかを判断するものと、⑩、⑬事件のように挑発者自身を基準とするものに分かれているが、事例を一見すると、いずれの基準を用いても各裁判例の結論に達することが可能であるように思われる。すなわち、⑩～⑬事件では、挑発者自身と通常人の間には、質的な差は無いと考えられる。その限りでは、いずれを基準とすべきかについて検討する意義は乏しいと言えるかもしれない。しかし、(1) 通常人であれば予期できるような侵害を挑発者自身が予期できなかった場合や、(2) 通常人は予期できないが、挑発者自身は予期していたという場合はもちろん考えられる。

本稿は、自招防衛が問題となる際、侵害の予期という要素は、少なくとも急迫性要件との関連においては不要であると解している<sup>21</sup>が、仮に判例の枠組みに従うのであれば、いずれを基準とすべきかが問題となる。その際、侵害の予期を急迫性要件の下で考慮するという前提に立つのであれば、被害者（自招防衛の場合は挑発者）を基準とするのが自然な考え方であろう。すなわち、挑発者といえども、自身が予期していなかったというのであれば、侵害はまさに切迫していると言えるから急迫性は肯定されるが、通常人は予期できたとして急迫性を否定するのは不当である。自招防衛の事案と否にかかわらず、侵害は通常人ではなく被害者そのものに及んでいるのであるから、——たとえ挑発者の軽率さが原因となって侵害を予期できなかったのだとしても——侵害の予期は挑発者自身を基準にして判断すべきである。また、(2) のように、挑発者自身が侵害を予期していたのであれば、急迫性を否定すべき事情として考

<sup>21</sup> 自招防衛論とは本来、侵害を予期できなかった（侵害の急迫性が肯定される）としても正当防衛の成立を制限ないし否定すべき場合を検討すべきものと理解すべきであろう。従って、自招防衛論において、侵害の予期と急迫性を結び付けるべきではない。ただし、本稿は、急迫性以外の要件の中で「通常人の予見可能性」を考慮するものである。本稿の見解については第4章で明らかにする。

慮しても差し支えないように思われる<sup>22</sup>。もっとも、先に述べたとおり、特別な事情のない限りは通常人と挑発者の「侵害の予期」に差異はない場合がほとんどであろう。⑭～⑮事件でも侵害の予期に関する言及がなされているが、「特別な事情」はないように思われる。

⑭ 東京高判平成8年2月7日判時1568号145頁

【事実の概要】

被告人は、JRの駅構内を移動中、階段で衝突した被害者に謝罪を求めたが、被害者がこれに応じずに立ち去ろうとしたため、被害者を追って「ちょっと待て、謝れ」などと言って謝罪を求め、被害者の腕を強くつかみながら駅長室へ連行しようとした（第1暴行）。先を急いでいた被害者は「放せ、放せ」などと言いながら力を込めて右腕を前後に振り、被告人の手を振りほどこうとしたが、被告人は放そうとしなかった。被害者はそのため、平手で被告人の左右顔面を押すように数回叩き、被告人は全治5日間程度の傷害を負った。これに対して被告人は、被害者が着用していた Polo シャツの右袖口付近をつかんで引っ張り転倒させ（第2暴行）、被告人は暴行罪に問われた。

【判旨】

東京高裁はまず、第1暴行について暴行罪が成立すると判示し、次いで、第2暴行における正当防衛の成否について、「被害者が…被告人の左右顔面を平手でたたいて反撃したのは、若干行過ぎであるが、これに対し、被告人が…Polo シャツをつかんで引っ張るなどした行為についても、暴行罪が成立するものといわざるを得ない。…被告人が被害者に対し違法な暴行を開始して継続中、これから逃れるため被害者が防衛の程度をわずかに超えて素手で反撃したが、被告人が違法な暴行を中止しさえすれば被害者による反撃が直ちに止むという関係のあったことが明らかである。このような場合には、更に反撃に出なくても被告人が暴行を中止しさえすれば被害者による反撃は直ちに止むのであるから、被告人が被害者に新たな暴行を加える行為は、防衛のためやむを得ずにした行為とは認められないばかりでなく、被害者による反撃は、自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性にも欠けると解するの

<sup>22</sup> ただし、侵害を予期していただけだけでは急迫性は否定されないことは、先に見たとおりである。

が相当である。したがって、〔被告人の第2暴行は〕正当防衛に当たらず、また過剰防衛にも当たらないというべきである。」と判示した。

なお、被害者には傷害罪により罰金10万円の、被告人には暴行罪により罰金8万円の刑がそれぞれ科せられている。

### 【検討】

本件では被告人よりも被害者の方が重く処罰されており、被害者からの侵害の程度が大きかったということが窺われる。東京高裁は、第1暴行に対する被害者の反撃が過剰防衛になることを示唆しつつも、被告人が第1暴行を継続していたことを考慮して正当防衛の成否を判断しているが、そこではやむを得ずにした行為と急迫性の双方が否定されている。⑪事件でも述べたが、刑法36条1項のいずれか1つの要件を欠けば正当防衛は成立しなくなるから、複数の要件を否定する必要は本来ないはずであり、東京高裁がいずれを重視して正当防衛の成立を否定したかは明らかでない。ただし、やむを得ずにした行為を否定する根拠は被告人が第1暴行を継続していたという点に、そして、急迫性を否定する根拠は通常予想される範囲内の侵害（反撃）を自招したという点に求められており、本件におけるどの事情がどの要件と結びつくのかは明らかになっている。しかし、東京高裁のように複数の要件を検討するのであれば、少なくとも⑪事件のように、正当防衛の成立要件の順に検討を行い、まずは急迫性の要件が否定されることを確認し、次に、仮に急迫性が肯定されてもやむを得ずにした行為とは言えないと判示するべきであったらう。

本件で急迫性を否定する際も、東京高裁は⑪事件で示された要件のうち、②時間的接着性、④侵害の軽微性については触れておらず、要件①、③のみを理由としているが、⑫事件と同様、事案を見れば時間的接着性（要件②）があるのは明らかであり、要件④についても、被害者の反撃は過剰防衛であるものの、反撃は素手でなされているものであることから、特に言及する必要がなかったものと考えられる<sup>23</sup>。

### ⑮ 大阪高判平成12年6月22日判タ1067号276頁

<sup>23</sup> もちろん⑪事件が他の事例に対して拘束力を有しているわけではないが、本件も含め多くの裁判例は⑪事件と類似の文言を用いて事案を処理しており、一定の説得力を有していることは否定できないように思われる。

【事実の概要】

被告人は、行きつけのバブで飲酒中、相客であった被害者（酩酊状態）の言動にいら立ち、「男だったら、はっきりせんかい」などと言って、傍らにあった椅子を被害者の方に向けて蹴りつけ、これにより椅子2脚が被害者の方に向けて将棋倒しになった。その直後、被告人は店主から促されて店を出ようとしたが、出入り口付近で背後から迫ってくる人の気配を感じて振り向くと、被害者が身体をやや前屈みにした体勢で左手拳を力なく突き出し、被告人に殴り掛かろうとしていた。そこで、被告人は、その手拳をかわしながら左掌を突き出し、被害者の顔面を一回突いたところ、被害者は尻餅を突きながら後方に転倒し、頭部を床面等で強打したことにより、死亡した。第1審の大阪地裁は、「被告人が被害者の攻撃を予測していたというには合理的な疑いが残る。」として、被害者の攻撃は急迫不正の侵害に該当すると認めた上、防衛の意思及び防衛行為としての相当性も肯定し、正当防衛の成立を認めて被告人を無罪とした。これに対して検察が控訴し、急迫性について「甲野は、被告人から椅子を蹴り付けられるという暴行を加えられ、そのような違法な先制攻撃を受けたことに誘発されて被告人に殴り掛かったものであり、しかも、甲野による暴行の態様及び程度は、椅子を蹴り付けるという暴行を加えられた者の反撃行為として通常予期し得る態様及び程度に止まるものであったから、これをもって被告人に対する急迫の侵害と認めることはできない」と主張した。

【判旨】

大阪高裁は、まず急迫性の認定について、「被告人が前記のように侮辱的な言辞とともに椅子を蹴り付けた行為が、通常、他人を立腹させるのに十分な行為であることに照らせば、被告人が、いくら甲野はその痩せた体つきや、大人しそうな人柄から、とても反撃してくるような人物には見えなかった旨供述しているとはいえ、甲野に向けて椅子を蹴り付けた時点においては、甲野が右行為に対し何らかの反撃をしてくるかも知れないと認識したとしても、何ら不自然ではなかったものと推認される。」としたが、被告人と被害者の間にはこれまでに遺恨や因縁はなかったこと、被告人の攻撃は椅子を蹴るという間接的なもので、一回限りのものであったこと、先行行為を行った際に被害者が何ら反撃、反論をしてこなかったことに加え、両者の間で一触即発の緊迫した状況には至らなかったことを考慮すると、「被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為が、所論の主張するような積極的な挑発行為であり、これにより両名の間

に喧嘩闘争状態が出現したとまでは認められない。」と判示した上で、「被告人が退店を決意して出入口の方に歩いて行った時点以降については、甲野が反撃してくることは予期していなかった旨の被告人の弁解を無下に排斥することはできないというべきである。そして、この判断は、右のように被告人が退店しようとしていたことなどの事実関係に照らすと、被告人が椅子を蹴り付けてから甲野を突き倒すに至るまでの経過が…時間的、場所的に一連のものであったことによっても変わらないといえることができる。そうすると、右時点以降においては、被告人が甲野の反撃を予期していたとは認められず、かつ、その反撃を予期することが可能であったとも断定できない。」として、侵害の急迫性を肯定した。

次に相当性については、被告人の行為は危険性の高いものであったと指摘した上で、「しかも、被告人は、前記のとおり、甲野に比べ、体格及び攻撃防衛能力において格段に勝っていた上、被告人が甲野から受けた攻撃は弱いものであったから、これを容易に回避することができたのに、手加減を加えることもなく、同人をかなり強く突き倒したものである」から、相当性を欠くと判示した。さらに、本件においては「急迫性などの正当防衛状況がなかったとまでは断定できないとしても、被告人を殴打しようとした甲野の行為が、これより先に被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為により誘発されたものであることは動かし難い事実であるから、被告人の反撃について、防衛行為としての相当性の有無を判断するに当たっては、本件事案を全体として見た上での保護法益の均衡という視点から、右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられるので、そのことをも勘案すると、右の結論は、より一層肯定されるというべきである。」と指摘して相当性を否定し、過剰防衛の成立を肯定した。

#### 【検討】

本件は、自招防衛において相当性を制限することによって正当防衛の成立を否定した事案である。大阪高裁は、被告人の先行行為は通常他人を立腹させるのに十分な行為であると指摘し、先行行為の時点では、被告人は侵害を予期していた可能性があったとしている。従って、仮に被害者が先行行為の直後に侵害を加えていた場合には、急迫性が否定されていたものと考えられる。しかし、被告人が退店しようとした時点以降は、侵害の予期や、予期の可能性はなかったとされ、急迫性が肯定されているのである。判決によれば、先行行為と侵害

は時間的、場所的に一連のものであったとされており、この点はむしろ急迫性を否定する事情として考慮すべきようにも思われるが、先行行為の時点で一旦状況が収まったことを重視して、時間的に一連であったとしても、先行行為時と侵害時を区別して、異なる判断をしたのであろう<sup>24</sup>。

次に相当性の判断にあたっては自招防衛が問題とされているものの、被告人が侵害を自招したことを考慮すると過剰防衛の結論は「より一層肯定される」とされているように、大阪高裁は、自招防衛の点を中心的な根拠として、相当性の制限を導いているわけではないと言わなければならない。甲野の侵害と被告人の防衛行為はそもそも均衡を欠いているため、侵害を自招した点を強調しなくても過剰防衛の結論を導くことは可能である。実際に大阪高裁も、主に被告人と被害者の体格差や、防衛行為の強度を考慮して相当性を否定しているのである。自招防衛の点は、本件では過剰防衛という結論を補強する意図で言及されていると言えよう。

⑬ 大阪高判平成14年12月3日刑集59巻9号1467頁参照<sup>25</sup>

【事実の概要】

被告人と被害者は以前から反目し合っていたが、ある日被害者が駐車場で電話していたところ、被告人運転の自動車がいきなり突っ込んできた。被害者が身かわすと、被告人は凶器を持って自動車を降りてきたため、被害者は身の危険を感じたが、被告人は自動車に戻り、数十メートル進んでから、被害者に「こっち来い」と言って手招きした。被害者は被告人に挑発されたと思い憤慨して、自動車で被告人車を追跡し、故意に数回追突させて、被告人車を横転させた。被告人は身の危険を感じ、ダッシュボードにあったナイフを取り出したが、駆けつけた警察官に発見され、銃刀法違反の容疑で現行犯逮捕された。

【判旨】

「〔侵害の背景は、〕もっぱら被告人の方から、私用電話中であった被害者に対

<sup>24</sup> 本件の匿名解説は、先行行為と侵害行為の時点が「ごくわずかな時間的間隔であることからすれば、事実認定上微妙な事案であったとの見方もできよう」と述べている。判タ1067号（2001年）277頁。

<sup>25</sup> 本件は上告審まで進んだ事案であるが、上告審では自招防衛の点については争われていない。

し、…激しく挑発する行動に出たことから、これに我慢し切れなくなった被害者が…一連の行動に出たものであり、被害者の被告人に対する攻撃は、被告人が自ら招いたもので、その予期するところであったというべきである。してみると、車を衝突させた被害者の前記攻撃は、被告人にとっては、正当防衛における急迫性の要件に欠けるものであり、被害者との喧嘩闘争に備えた被告人の本件刃物の持ち出し行為が、正当行為であるとも到底認められな」い。

#### 【検討】

本件では、自動車で被害者に突進するという非常に違法性の高いと思われる先行行為が存在していた。その後被告人はさらに挑発的な言動をしており、——実際に防衛行為は行われていないが——意図的挑発に近い事例であると言える。大阪高裁は、侵害は「被告人が自ら招いたもので、その予期するところであった」としており、侵害の予期は挑発者自身を基準として判断されている。しかし、侵害行為においては、被告人車が横転させられており、本当にそこまでの予期が可能であったかについては、論者によって見解の分かれるところであろう。

#### ⑰ 仙台地判平成18年10月23日判タ1230号348頁

##### 【事実の概要】

被告人は、以前から暴力癖のあった父親である被害者との金銭問題で、自宅内で口論となり、出刃包丁を被害者に向けたところ、被害者から「やる気か、この野郎」などと怒鳴られ、被告人は階段で下に降りようとした。被告人が階段を数段下りたとき、被害者が被告人の襟首を後ろから左手でつかんで押さえ込み、さらに右手を被告人の頸部を押さえつけたところ、被告人は、包丁を被害者に多数回突き刺して殺害した。

##### 【判旨】

「被告人が、被害者に追いかけている間に、洋出刃包丁を持ち出して被害者に示した行為は、上記被告人を捕まえようとした被害者の行為に比べて、明らかに質的に過剰な行為であり、被告人が被害者の暴力癖を熟知していたことを併せ考慮すると、被害者が2度目に被告人の頸部を押さえつけた行為は、被告人にとって十分に予測可能なもので、いわば自らの行為によって招いた結果であるから、被害者の行為は急迫性を欠き、これに対する被告人の行為は、防衛のためにやむを得ずにした行為とは認め難い。」

⑬ 長崎地判平成19年11月20日判タ1276号341頁

【事実の概要】

被告人が被害者 A の妻 E と次女 F に対してくすくす笑いをし、E らが被告人に詰め寄ったところ、被告人は E らにボイスレコーダーを突きつけたことで、被告人らは口論になった。A は長女 G に呼ばれて現場に駆け付けたが、その際被告人は、近隣住民の H が運転する車にわざとぶつかり、「あっ当たった」と言ったのを目撃した。被告人が自分で勝手に車にぶつかったにもかかわらず、E に押されて車に当たったかのように振る舞ったと考えた A は激怒し、被告人の腕や胸ぐらをつかみ、顔面を殴打するなどの暴行を行い、さらに両肩をつかんで下に押し付け、被告人はしゃがむような体勢をとらされた。その際被告人は、A の力が抜けたすきに飛び上がり、A の胸の辺りに頭突きをして、打撲傷を負わせた。

なお、被告人は過去に A と目が合った際、「おじさん、あんまり人を見るとストーカーになるよ」と言ったり、タクシー待ちをしていた A に懐中電灯で顔を照らされたりしたことがあった。

【判旨】

長崎地裁はまず急迫性の存否について検討を加え、被告人につき積極的加害意思がなかったことを認めてこれを肯定し、その次に、自招防衛の点を検討している。

「A が被告人に暴行を加えるきっかけとなったのは、被告人が H 車にぶつかった際に、『あっ当たった』とあたかも妻 E に押されて当たったかのような発言（以下『本件発言』という。）をしたことで、被告人に対する怒りを爆発させたからである。すると、A の被告人に対する暴行は、被告人の言動によって引き起こされたものであるから、なお『急迫不正の侵害』の要件を満たさないのではないか一応問題となり得る。」「しかしながら、被告人は、本件発言をする際、A が自宅から出てきていることに気が付いていなかったのであり、本件発言は A に直接向けられたものではなかった。また、本件発言の内容が、被告人に対する侵害行為の惹起を意図したり、容認したりする内容とも認められない。さらに、被告人は平成18年1月ころ及び同年8月ころ A に対して同人の神経を逆なでする非礼な言動をとってはいるものの、その非礼な言動の時期・内容・程度からすれば、そのことを考慮しても、本件発言を聞いた A において被告人に暴行を加えることが、社会通念上、通常のこととして予想されるとま

で認めることはできない。」「なお、A 自身は目撃していないものの、被告人は、本件発言の前に、妻らの方に向かってクスクス笑ったり、本件ボイスレコーダーを突きつけたりしており、これらは他人の神経を逆なでする行為と評価できる。しかし、これらの行為を受けた相手方において被告人の身体への侵害行為に及ぶことが、社会通念上、通常のこととして予想できるとまではいえない。」「そうすると、A と被告人との間で、相互に身体の安全を侵害し合うという利益衝突状況を作出した第1 次的責任は A にあると言わざるを得ないから、本件暴行について『急迫不正の侵害』の要件を満たさないということはいえない。」

その後、長崎地裁は相当性についても肯定し、正当防衛の成立を肯定した。

### 【検討】

本件では、急迫性の判断が2段階に分けられており、示唆的な裁判例である。長崎地裁は、まず積極的加害意思論に基づいた判断を行い、次に自招防衛によって急迫性が否定されないかを検証しているのである。この判示からは、長崎地裁は、積極的加害意思論と自招防衛論は別個の枠組みによって解決されるものと理解しているということが読み取れよう。また、侵害を招く契機となった被告人の行為は A の存在を認識せずに行われたものであり、被告人の主観面は過失的挑発に近いと言えよう。挑発的言動の内容が「被告人に対する侵害行為の惹起を意図したり、容認したりする内容とも認められない」という判示は、意図的挑発と故意的挑発を否定する趣旨と理解することが可能である。

自招防衛の判断基準については、ここでも⑪事件の要件③（自招行為と予期された侵害の均衡）が中心となっている。本件においては、自招行為は非礼な言動にとどまり、違法な行為ではない。これは、ドイツにおいては「社会倫理に違反する行為」と評価されるものと考えられる。ドイツの判例によれば、社会倫理違反行為であれば自招防衛として正当防衛権を制限する契機となり得るが（第3章参照）、本件行為は、制限の契機とはされなかった<sup>26</sup>。そして、挑発的言動に対する侵害行為は身体への侵害行為であり、そのような言動が身体への侵害をもたらすことは通常予期されないとして、長崎地裁は急迫性を肯定して正当防衛の成立を肯定しているが、「これらの行為を受けた相手方において

<sup>26</sup> ドイツの判例においても、社会倫理違反の程度は高度のものが求められており、ほとんど違法と言える程度でなければならないとされているから、本件の程度ではなお正当防衛権を制限するには十分でないと判断される余地もあろう。

被告人の身体への侵害行為に及ぶことが」社会通念上通常予想できるとは言えない旨判示しているように、これは事例判断である。挑発的言動から身体への暴行を招来することはままある事態であり、長崎地裁は一般論として非礼な言行から侵害を招いた場合はおよそ急迫性が肯定されるという規範を立てているわけではない。

## 第2項 ⑩～⑱事件から読み解けること

以上の事例はすべて自招防衛が問題となった事案であるが、この中で積極的加害意思論を用いて解決したとみられるのは⑩事件のみである<sup>27</sup>。その他の事例では、特に急迫性を否定する場合には、挑発行為から発生した侵害が通常、あるいは挑発者において予期されるものかどうかが問われているが、そのような判断方法は昭和52年決定から導き出されたものではないと言わなければならない。なぜなら同決定は、被告人が挑発行為を行ったとは認定されていない事案であり、挑発行為と侵害の関係については何も述べていないからである。

もっとも、昭和52年決定の事例においても、例えば被告人が予期していたよりも重大な侵害が発生していたら、なお急迫性を肯定することもあり得たであろう。そのように解するなら、昭和52年決定における「予期」と、前項で検討した事例の「予期」の内容は大きく異なるわけではないことになる。昭和52年決定の事例において、被告人らはバリケードを構築するなどして侵害に備えているが、その際被告人らは、相手方がどのような侵害をしてくるかを当然予想した上で、それに対抗しうるような防衛手段を整えていたと考えるのが自然であろう。なので、相手方が、例えば戦車や装甲車などのような、被告人らの構築した防衛手段では到底防ぐことのできない手段で侵害をしてきたのであれば、積極的加害意思があっても、なお急迫性が肯定される余地は十分あったであろう。

しかし、前項で検討した事例は防衛の準備を整えていた事案ではなく、⑩事件以外は積極的加害意思を有していた事案でもない。そもそも、侵害の予期という要素は昭和52年決定に特有のものではないはずである。⑦事件から⑨事件

---

<sup>27</sup> ⑩事件では、被告人が被害者の胸ぐらを掴んだのは被害者に蹴られたからという喧嘩闘争の事案であるから、自招防衛の事案としてよいかについては見解の分かれるところであろう。

にかけての判例において、すでに侵害の予期への言及があるのであるから、昭和52年決定が自招防衛に対して特別の影響を与えていると言うことはできないのではないだろうか。さらに、⑪事件が挙げたような、挑発行為の違法性、挑発と侵害の間の時間的接着性や侵害の軽微性という基準は、昭和52年決定からは明らかに出てこない基準であろう。

⑪事件は、①挑発行為の違法性、②挑発と侵害の間の時間的接着性、③挑発と予期される侵害の均衡性、及び④侵害の軽微性という4つの要素を示して自招防衛の事案を処理したが、それ以降の裁判例は概ねこれに追従しているように思われ、特に挑発と侵害の均衡性については明文で言及されている。①については、自招行為の違法性を明言するものと、明言しないまま、先行行為が侵害を自招するものであることを指摘するものに分かれている。しかし、明言しない裁判例においても、少なくとも被害者の身体に対する有形力の行使が見られる。③と④は同様のことを述べているようにも思われるが、例えば、拳銃を所持している者を挑発したために拳銃による侵害を招いたというような場合には、③は満たされるが④が否定され、正当防衛権が認められるということも考えられよう。その際、①～④の関係、すなわちどの要素が最も重要なのが問題となるが、⑪事件の判旨を読む限り、4つの要素をすべて満たしていなければ急迫性は否定されないと理解すべきであろう。

このような状況の中で平成20年決定が出され、自招防衛に関する議論はさらに活発化したのである。次節では、平成20年決定の詳細について分析・検討する。

#### 第4節 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁<sup>28</sup>

<sup>28</sup> 本件の評釈等として、本田稔「判批」法学セミナー644号（2008年）135頁、赤松亨太「判批」研修723号（2008年）21頁、吉田宣之「判批」判時2025号（2009年）5頁、井上宜裕「判批」法教342号（判例セレクト2008）（2009年）28頁、「最高裁判例紹介」法律時報81巻3号（2009年）129頁、橋爪隆「判批」ジュリスト臨時増刊1376号（平成20年度重要判例解説）（2009年）174頁、照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル16号（2009年）13頁、林幹人「判批」刑事法ジャーナル19号（2009年）45頁、橋爪・前掲注（8）159頁、明沼博明「判批」判時2057号（2010年）197頁（判例評論611号27頁）、三原憲三＝大矢武史「判批」朝日法学論集39巻（2010年）229頁、川瀬雅彦「判批」慶應法学20巻（2011年）293頁、三浦透「判解」ジュリスト1436号（2012年）102頁、木崎峻輔「正当防衛状況という判断基準につ

## 第1項 事実の概要

最高裁が認定した詳細な事実関係は、概ね以下の通りである。

被害者（侵害者）である A（当時51歳）は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時41歳）が A の姿を不審に感じて声を掛けるなどしたこと、両名は言い争いとなり、被告人はいきなり A の左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った（第1暴行）。A は、「待て」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、殴打現場から約26.5m 先を左折して約60m 進んだ歩道上で被告人に追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した（第2暴行）。被告人は A の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、A に対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え（第3暴行）、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

## 第2項 裁判の展開

（1）東京地八王子支判平成18年7月5日刑集62巻6号1794頁参照

第1審では、弁護人は、被告人が行ったとされる第1暴行の事実を否認したが、裁判所は、「A が先行する被告人を追いかけ、これほど強烈な暴行を加えるとは通常考えられない。本件集積所と本件犯行現場は、90メートル近く離れており、A が自転車で追いかけたことも併せ考えると、被告人は相当のスピードで逃げ出したことを窺わせる。被告人自身、全速力ではないが小走りより速い速度で走り始めた」と自認している。このことは、A が追いかけてくることを予期していたものと推認するのが相当である。すなわち、被告人は A との口論で立腹し、A に対し、暴行を加えたため、A が反撃するかも知れないと

---

いて（1）（2・完）—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—」早稲田大学大学院法研論集140号（2011年）53頁、141号（2012年）53頁、橋田久「判批」名古屋大学法政論集244号（2012年）131頁、三浦透「判解」最高裁判所判例解説刑事事篇（平成20年度）404頁、高山佳奈子「判批」別冊ジュリスト220号（刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕）（2014年）54頁、岸洋介「正当防衛に関する近時の判例の動向及び捜査実務上の留意点（第1回）」捜査研究771号（2015年）2頁がある。

考えていたと認定して誤りないというべきである。」として第1暴行の事実を認定した。また、弁護人は正当防衛を主張したが、裁判所は「被告人は、自分が先に手を出して逃走中に殴打されたものであり、被告人自身もAが追いかけてくる可能性を認識していたものと推認されるから、たとえ、本件集積所と本件犯行現場が約90メートル離れていたとしても、全体的にみると、本件は一連の喧嘩闘争というべきである。したがって、原則的に正当防衛の観念を入れる余地はない。そして、Aの攻撃が強烈なものであったとしても、素手での攻撃に過ぎず、これに対し、被告人は、いわゆる武器である特殊警棒を用いているのであるから、この点からも正当防衛を論ずることはできない。」として、正当防衛の成立を否定した。

## （2）東京高判平成18年11月29日刑集62巻6号1802頁参照

原審の東京高裁は、弁護人が提起した事実誤認の主張をすべて退けた。また、正当防衛の主張については、「被告人は、本件集積所でAとの間で言い争いを起こす中で、Aに対して第1暴行を加え、その直後、走って立ち去ったのであって、被告人からAに対して挑発的な有形力を行使したと認められる。また、Aに暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、Aが被告人の挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できる。実際、Aは、被告人から暴行を加えられたため、やられたらやり返すとの思いから、被告人を直ぐさま自転車で追い掛けて行き、約90メートル先で追い付いて、第2暴行を加えており、Aの被告人に対する第2暴行は、被告人がAに対して第1暴行を加えたことによって招いたものといわざるを得ない。加えて、第2暴行は、第1暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があり、第2暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手による1回限りの殴打に過ぎず、第1暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとまでは言い難いものである。結局、Aによる第2暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない。したがって、これに対応した被告人の本件特殊警棒による殴打行為について正当防衛は成立しないといわなければならない。」と判示し、第1審の判断を維持し、控訴を棄却した。

## （3）最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁

最高裁は先の事実関係を認定した上で、「被告人は、Aから攻撃されるに先

立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と判示し、上告を棄却した。

### 第3項 学説による分析・検討

本決定の問題点は、最高裁がこの事案で正当防衛の成立を否定するにあたり、いかなる判断枠組みを用いたのが不明確であるという点である。学説は、従来の判例の判断枠組みと本決定をどのように整合させるかという視点から、様々な見解を主張している。それらを大別すると、平成20年決定は、（１）昭和52年決定や従来の判例理論の延長線上にあるとする見解と、（２）従来の判例理論とは異なり、自招防衛の解決につき新たな基準を示したとする見解というように、2つの方向に分けることができる。以下、これらの見解を順に検討していく。

#### （１）従来の判例理論の延長線上に位置づける見解

平成20年決定は従来の判断枠組みの延長線上にあるとする見解は、その中でもさらに2つの見解に分かれている。それぞれ具体的内容も異なるので、個別に検討を加えることとする。

#### ① 客観的違法性が主観面の認定を「免除」とする考える見解

一つ目の見解は、客観的違法性が主観面の認定を「免除」とする考えるものである<sup>29</sup>。この見解は、昭和52年決定の事案は、被告人らによる自招行為があったとも評価し得るという理解に立ち、平成20年決定の事案も、基本的には昭和52年決定の枠組みを適用することが可能だったという前提の下で構成されている。すなわち、この見解を唱える論者は、平成20年決定は積極的加害意思を認

---

<sup>29</sup> 橋爪・前掲注（８）160頁。

定していないが、過去の下級審裁判例の中には、積極的加害意思が認定されずとも、予期された侵害を回避すべき状況にもかかわらず、あえてこれを受け入れて対抗行為に及んだという事実関係に着目して侵害の急迫性を否定した事例があるとする<sup>30</sup>。その上で論者は、積極的加害意思の存否も客観的事情から判断されるものであり、結局、侵害に敢えて立ち向かったという客観的状況が急迫性を否定するための要素で、積極的加害意思というものは、あえて侵害に対峙するときに事実上認められる意思に過ぎないと指摘する。そのような事情を踏まえ、論者は、昭和52年決定は主観面を重視したものではあるが、下級審裁判例の傾向に鑑みれば、昭和52年決定と平成20年決定の距離はそれほど遠いものではなく、平成20年決定は「違法な暴行行為によって直接的に相手の侵害を招致したという密接な関連性にかんがみ、被告人の主観面の認定をいわば『免除』したものとして、昭和52年決定の適用に関する特別ルールの特1つ」と理解できるとした上で、2つの判例の異同について、「ともに、私人による実力行使を正当化するような緊急状況性を否定したものとして、同一の要件論、すなわち急迫性の問題に位置づけることも十分に可能であり、むしろ、それが好ましかったようにも思われる」として、本決定を急迫性要件と結びつけて分析すべきことを主張している。

もっとも、この見解の論者は、平成20年決定は「昭和52年決定の具体化ではなく、それとは別の論理によって、正当防衛の成立を否定しようとしたことは明らかである」と分析しており、以上の見解は平成20年決定の批判的検討という観点の下で展開されているものであることには留意しておかねばならないだろう。つまり、論者自身は昭和52年決定と平成20年決定は異なる判断枠組みを用いていると分析した上で、それを批判し、後者を前者の延長線上に位置づけるべきであると主張しているのである。

しかし、昭和52年決定を自招防衛の事案と解することには慎重にならなければならない。昭和52年決定では、被告人らが侵害を自招したという点は一切認定されておらず、この見解の前提に賛同することには困難があるように思われる。平成20年決定と昭和52年決定はそもそも異なる論点を問題とするものであ

---

<sup>30</sup> そのような例として、大阪高判昭和56年1月20日判タ441号152頁、大阪高判昭和62年4月15日判時1254号140頁、大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁等が挙げられている。

り、前者を後者に対する特例と解することはできないのではないだろうか。

また、侵害に取えて立ち向かったという客観的状况が急迫性を否定するための要素であるとの主張には説得力があるように思われるが、⑧事件のような、侵害の予期を超えた積極的加害意思が認定されずとも、客観的な迎撃準備状況から急迫性が否定されている事例に鑑みれば、このことは、言わば当然のことであるとも言えよう。すなわち、①積極的加害意思の存在が認められる事例というのは、あくまで急迫性が否定される場面類型の一つに過ぎず、②積極的加害意思の存在が認められなくとも、迎撃準備状況の存在が客観的に認められる場合には、積極的加害意思論を経由することなく急迫性が否定されると理解することは十分可能であるし、実際にもそう解すべきではないだろうか<sup>31</sup>。

確かに、昭和52年決定以降は客観的な迎撃態勢が積極的加害意思を認定する手がかりとされる傾向が強いという指摘は、実情を精確に指摘するものであると本稿は考えるが<sup>32</sup>、これまでの学説（や判例）は、昭和52年決定を必要以上に意識したあまり、規範的観点から急迫性を否定しようとするときは必ず積極的加害意思論を経由しなければならないと考え、その結果として、積極的加害意思は主に客観的状况を手がかりとして判断されるようになったのではないだろうか。しかし、そこへと至る道筋が妥当であると、果たして言うことができるであろうか。

上記のような「結果」自体に誤りはない。なぜなら、本稿の見解を前提としても、積極的加害意思の存在を肯定するためには、被告人の供述等が得られなければ、客観的な状況を手がかりとしなければならないことは当然であるからである。しかしながら、そこでいう客観的状况とは、必ずしも「迎撃態勢」を一義的に意味するものではない。迎撃態勢が客観的に認められなくとも、防衛行為へと至る契機や被告人の言動等から積極的加害意思が肯定されることは考えられよう。他方で、被告人が積極的加害意思を有していたとまでは認定でき

<sup>31</sup> 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号（2009年）312頁も、「もちろん、侵害の急迫性は、侵害の予期に加えて積極的加害意思がある場合にだけ否定されるというのは、その必然的な解釈だというわけではなく、他に侵害の急迫性が否定される場合を認めることが全く不可能というわけではない」と指摘している。

<sup>32</sup> 栃木力「正当防衛における急迫性」小林＝植村編『刑事事実認定重要判決50選（上）（第2版）』（立花書房、2013年）79頁以下。

なかったとしても、⑧事件に鑑み、侵害の予期に加えて客観的な迎撃態勢が認められるのであれば、敢えてこれを「積極的加害意思」と呼ばずとも、具体的事情を勘案しつつ急迫性を否定することは可能であるように思われる。

侵害の確実な予期を前提としても、客観的な迎撃準備状況が存在していることと、積極的加害意思が存在していることは、イコールではない。例えば、——退避義務に関しては措き——自宅宛てに襲撃の予告があり迎撃準備を整えたところ、実際に襲撃があったような場合に、迎撃準備状況の存在のみから積極的加害意思を肯定することは不可能である。これを肯定するためには、——まさに結果無価値論の立場から批判されている点であるが——防衛行為者の主観面（心情）を立証するのに十分な、迎撃準備状況とは別の客観的証拠が求められよう。本稿ではこれ以上立ち入らないが、迎撃準備状況の存在を基に積極的加害意思を認定するという手法が妥当であるかについては、議論の余地があるように思われる。本稿は積極的加害意思論を承認することを前提として、上記の①と②は場合分けして検討すべきものと理解しているが、積極的加害意思は一定の客観的状況が存する場合に「事実上」認められるものに過ぎないという論者の見解を前提としたときは、急迫性の存否を判断する際は、もっぱら②の判断手法を採るべきこととなろう。

## ② 侵害の予期の可能性を要求する見解

二つ目の見解は、挑発行為時に侵害の予期の可能性があることを要求するものである。このような見解を主張する論者は、平成20年決定と昭和52年決定の棲み分けを考えるに当たり、積極的加害意思論との均衡を主張している。すなわち論者は、行為者が積極的加害意思を有している場合は、行為者と被害者の事前の事情を前提として、被害者による不正な侵害の予期が存在しているが、自招防衛の場合は、「積極的加害意思まで認められないとしても、相手の侵害を不正に自招したという、同じく事前の事情を理由として正当防衛を否定すべきものであるからには、この2つの場合は、整合性を有するものであるべき」と言うのである。そして、そのための条件として、自招防衛の場合には、自招行為時において「少なくとも被害者の不正侵害について、予期の可能性を要件とするべきものと思われる」と主張する<sup>33</sup>。その理由としては、積極的加害意思

<sup>33</sup> 林・前掲注（28）49頁。

があるときは、被告人には「高度の主観的違法性」が認められるため、客観的違法性（自招行為）がない場合でも急迫性が否定されるが、自招防衛の場合には「高度の客観的違法性」が認められることから、「主観的には予期の可能性で足りるということになる」と説明されている<sup>34</sup>。

平成20年決定について見ると、論者は、同決定が認定した「Aの暴行の程度が、被告人の暴行の程度を大きく超えるものでないという事情」は、言い換えれば「相手から同じ程度の暴行が返ってくるということが予測できるということ」であると理解している。そして論者は、被告人には自招行為という客観的違法性と侵害の予期の可能性という主観的違法性が存在しているため、昭和52年決定との整合的理解という視点に立てば、本決定においても急迫性が否定されていると分析している。

この見解に対しては、まず、客観的違法性が高いと主観的違法性の要求されるレベルが低くてもよいという点につき、より詳細な説明が要求されることになる。また、論者としても、あらゆる挑発行為に高度の客観的違法性を肯定するという趣旨でこの見解を主張しているわけではないであろう。そうであれば、どの程度の挑発があれば高度の客観的違法性が肯定されるのかという点と、客観的違法性の程度と主観的違法性の相関関係、すなわち、挑発の程度が弱ければ、それだけ高度の主観的違法性が要求されることになるのか、さらに、客観的違法性や主観的違法性を定量的に観念することが可能なのか、という点についても明らかにする必要がある。

また、論者は最高裁の認定した先行行為と侵害の程度の釣り合いを、被告人自身が侵害を予期していたというような言い換えをしているが、そうであれば最高裁は、これまでの下級審裁判例で判示してきたように「予期」という文言をどこかで用いていたであろう。しかし、そのような文言を用いなかった以上、最高裁は自招防衛の判断枠組みから主観的な要素を排したと考えなければならぬように思われる。侵害の予期の「可能性」という概念はそのような点を考慮したことから出てきたと評価することも可能であるが、最高裁は予期すらも問題としていないと考えるべきではないだろうか。

## （２）従来の判断枠組みとは異なる基準を示したとする見解

---

<sup>34</sup> 林・前掲注（28）52頁。

次に検討するのは、平成20年決定はこれまでの自招防衛に関する判断枠組みとは異なる、新たな基準を提示したと考える見解である。平成20年決定に関する論考を見る限りでは、このような見解が多数であると思われる。

多くの学説がこのように考える根拠としては、原判決との関係における、決定要旨の文言を理由とするものが多い。というのは、原判決は「Aによる第2暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない。」と判示し、被害者による侵害行為は急迫性を欠くということを明示しているが、それに対して平成20年決定は「正当防衛の成立を否定した原判決は、結論において正当である。」と判示し、急迫性については何ら言及していないことから、最高裁は原判決の判断枠組みを是認していないと理解することが可能であるからである。

それでは、具体的にはどのような見解が主張されているのであろうか。

#### ① 裁判員裁判との関連性を指摘する見解

まず、同決定が出された翌年から始まった、いわゆる「裁判員裁判制度」との関連性を指摘する見解が、複数の論者から主張されている。

例えば本決定の調査官解説は、本決定を急迫性の問題に位置づけようとする見解に触れつつ、「ただ、本決定が、原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れていないことは、やはり押さえておかなければならない」と述べており、さらに、「急迫性の問題とすることに分かりやすさ等の点において難点があり」、「客観的な間接事実によって主観的要件を推認するという方法は、裁判員裁判においては出来るだけ避けるべきであるとの指摘がある」ことについても言及している<sup>35</sup>。このように、裁判員裁判との関連において本決定を理解しようとする見解は、従来見られなかった、新しいものであると思われる。

また、ある論者は、平成20年決定が昭和52年決定の趣旨を顕在化させたものであるとしつつ、本決定が従来の判例と異なる論理によって正当防衛を否定した理由につき、「積極的加害意思論の難解さを克服する」という意図があると指摘する。すなわち、この論者も、平成20年決定は裁判員裁判を踏まえ、「従来の判例理論によれば急迫性が否定される状況について、『積極的加害意思』

<sup>35</sup> 三浦・前掲注（28）最高裁判所判例解説433頁。

という、その具体的な内容も、どのように作用して急迫性を失わせるのかも不明確な文言を用いずに、端的に『反撃行為に出ることが正当とされる状況』が失われると判示することで、積極的加害意思論の難解さという問題を克服したものの<sup>36</sup>であるとしているのである。

さらに別の論者は、本件では被告人について侵害の予見可能性は肯定し得るとしても、侵害を確実に予期していたとか、積極的加害意思まで有していたとは言えないため、「本決定が侵害の予期について言及せず、侵害の急迫性を否定するという論法を用いなかったことは理解でき」とした上で、「自招侵害の問題の本質は、侵害を予期していたかどうかではなく、自ら招致した侵害に対して正当防衛をもって対抗することが不当だと評価されることにあり」という理由で、最高裁が侵害の予期について言及せずに正当防衛の成立を否定した点については好意的に受け止めている。そして、平成20年決定の採用した論理については、同決定が「正当防衛の要件論に立ち入ることなく正当防衛の成立を否定している」とし、「その論理は、結局、正当防衛状況の不存在ないし緊急行為性の不存在、つまりは、そもそも正当防衛の規定の適用が問題となるような前提状況を欠くということに帰する」と指摘している。ここで、「正当防衛の要件論に立ち入ることなく」というのは、「正当防衛の入口論」で処理したということであり、論者は「裁判員裁判を前提とした場合に裁判員にも理解しやすい思考方法であって、今後裁判員裁判における正当防衛の成否の判断手法につき一定の方向性を示している」と評価している<sup>37</sup>。この見解の背景にも、積極的加害意思という概念が裁判員にとって理解しがたいものであるという懸念があり、裁判員裁判という裁判形態が、最高裁の法解釈に一定の影響を与えて

<sup>36</sup> 木崎・前掲注（28）（2・完）69頁以下。また、裁判員裁判の開始を前にして、「積極的加害意思や防衛の意思といった主観的要件によって正当防衛の限界を画する従来の解釈から最高裁が距離を置こうとしている可能性もあるように思われる。…故意のように主観的要件であることが不可欠なものであればともかく、そうでないのであれば、解釈でわざわざ認定の困難な主観的要件を設ける必要はない」と述べ、平成20年決定がそのような方向性を示しているのであれば積極的に評価すべきとする見解として、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）157頁以下。

<sup>37</sup> 川瀬・前掲注（28）304頁以下。

いる、という分析がなされているのである<sup>38</sup>。

もっとも、「裁判員裁判」という説明は、本決定を分析するに際して必須のものというわけではない。この点を指摘せずとも、昭和52年決定とは異なる基準を立てたとする帰結を導き出すことは十分可能である。また、裁判員裁判制度が判決の文言にある程度影響を与えるのはやむを得ないとしても、法解釈とは本来関係のない裁判制度が法解釈を変更させ得るかについては議論があらう。

## ② 上記以外の見解

もちろん、裁判員裁判制度に特に言及することなく、決定要旨の文言等から昭和52年決定との異同を検討する見解も提唱されている。

ある論者は、本決定が侵害の急迫性を否定する趣旨かは不明であるとしつつも、「侵害の予期が認められなくとも正当防衛の成立が否定されることを明示したものとして理解することができる」と指摘する。論者は次に、本決定は正当防衛を否定する基準として「不正な自招行為」という基準を新たに用いたが、これは「刑法36条1項の規定する要件の範囲を超え、正当防衛の要件論の次元を超えた領域において解決を図ろうとするものである」と言うのである<sup>39</sup>。その適否についての具体的な記述はなされていないが、本決定については、「少なくとも過剰防衛…の成立を検討する余地は十分にあったといえる」という疑問を呈しており、その論理は刑法36条1項の急迫性要件に類似したものとなっている。すなわち論者は、「挑発者による行為が終了している場合、被挑発者の攻撃がそれに触発され、時間的・場所的に見て一連の事態をなしていようと、被挑発者は過去の挑発に対して正当防衛をすることは許され」ず、「挑発行為が終了した後の被挑発者の攻撃は、それが自救行為や現行犯逮捕などによって正当化される場合を除いて違法であ」とし、そのような場合には、「挑発者は防衛のための行為に出ることが正当とされる状況にあるといえる」と主張す

<sup>38</sup> ただし、井上宜裕「正当防衛論」法教418号（2015年）8頁は、そもそも正当防衛が「難解な法律概念」かどうかは定かではなく、「急迫不正の侵害に対する反撃という事象は単純かつ明瞭で、容易に理解されうるものである。いうなれば、難解なのは正当防衛概念それ自体ではなく、正当防衛をめぐる裁判実務ではなかろうか」と指摘している。

<sup>39</sup> 三原＝大矢・前掲注（28）242頁以下。

るのである<sup>40</sup>。これは、本件における被告人はAに暴行を加えた後に逃走していることから、Aが侵害を加える時点では、被告人の不正な挑発行為はすでに終了していたという点を捉えて主張されているものと思われる。

実務家の見解も、本決定と昭和52年決定とは異なるものであるという理解を示している。すなわち、検察官の立場からは、積極的加害意思論とは「被侵害者が防衛行為をなす時点におけるその者の主観的意思等を問題とするものであり、これに対して自招防衛とは、「防衛行為がなされる以前の時間的段階でなされた挑発行為者による行為を理由として正当防衛の成立を否定することができるかの問題である」から、両者は別の問題であるとする。その上で、本決定の事実関係を分析するにあたっては、Aによる侵害をみると、急迫性に欠けるとすることはできないと指摘し、これはこれまでの判例の考え方からすれば整合的であるとしている。そして、本決定は、自招防衛の解決につき、「けんか闘争に関する従前の判例・裁判例の中で採られていたものに近い考え方によったものであるように思われる」と考察している<sup>41</sup>。

昭和52年決定との関係について学説上見解が分かれているのは、本決定の「読み方」の相違に原因があると言えよう。すなわち、平成20年決定を昭和52年決定の延長線上に位置づける見解は、これまでの裁判実務で問題とされてきた「侵害の予期（の可能性）」について本決定が触れていないのは、事実関係を分析すれば、侵害の予期（の可能性）が被告人に存在したのは、いわば「自明」であると評価しているのに対して、平成20年決定に新たな意義を見出そうとする見解は、最高裁が侵害の予期（の可能性）に一切言及しなかったという点を強調して、「侵害の予期（の可能性）がなくとも正当防衛を否定したということは、それまでの判例理論とは異なる判断を示したということである」と理解しているのである。

#### 第4項 本稿の見解

（1）昭和52年決定との関係性——延長線上か、別物か？——

平成20年決定を考えるにあたってまず問題となるのは昭和52年決定との関係

<sup>40</sup> 同旨の見解として、井上・前掲注（28）28頁、本田・前掲注（28）135頁。

<sup>41</sup> 赤松・前掲注（28）25頁以下。

であるが、本稿は、平成20年決定を昭和52年決定の延長線上のものと位置づけるのは困難であり、平成20年決定は昭和52年決定の枠組みとは異なる論理構成で本件の事案を解決しているものとする。延長線上に位置づける見解は、「事前の事情」の類似性という観点から、積極的加害意思が問題となる事案と整合的な解決をすべきであると主張しており、確かにこの主張は軽々に否定できないであろう。侵害の発生がほぼ確実であり、かつ積極的加害意思を有していた場合には高度の違法性があると言え、急迫性が否定されるという点に異論はない。しかし、先に述べたように、自招行為には様々な行為態様が考えられるところであり、侵害を自招したからと言って、ただちに高度の違法性が認められるわけではないように思われる。また、積極的加害意思と整合させるための要素として「侵害の予期の可能性」という概念を設定することについても、その概念の不明確さを指摘し、批判することが可能であろう。

さらに、事前の事情に着目しているという点のみを強調して、積極的加害意思の事案と自招防衛の事案をパラレルに考えるという必然性も乏しいように思われる。積極的加害意思の事案では、事前の事情というものが、必ずしもいわゆる「相互闘争状況」にあるわけではない。予期された侵害の機会を利用して、積極的に相手方に対して加害行為をする意思が被害者に備わっていれば、事前の事情がどのようなものであれ、積極的加害意思は少なくとも理論上は認められるのであるから、（自招行為という）事前の事情が必ず存在している自招防衛の事案とは、性質を異にするとすることも可能である。また、客観的違法性が備わっていれば主観的違法性の立証が免除されるという点についても、その具体的な根拠については、より詳細な説明が必要であろう。主観面の認定をせずに正当防衛を否定するという構造は、すでに積極的加害意思論の理論構造からは相当遠ざかっており、仮に本決定が急迫性を欠くことを理由として正当防衛の成立を否定したのだとしても、本決定が昭和52年決定の「延長線上」に位置していると解する必然性は無いであろう。

以上の理由から、平成20年決定が昭和52年決定の延長線上にあるという見解を採ることは難しいように思われる。

しかしながら、平成20年決定に新たな意義を見出そうとする見解のうち、裁判員裁判という裁判形態に言及して、同決定における最高裁の判断を肯定的に捉える見解については疑問が残る。確かに、法律に馴染みの薄い裁判員にとって「急迫性」や「積極的加害意思」といった概念は容易に理解しがたく、裁判員

にわかりやすい説明の仕方が求められているという事情は十分に理解し得るところである。しかし、だからと言って、そのために最高裁がわざわざこのような表現を用いることで、裁判員裁判に配慮したのだとしても、さらに進んで法解釈を変更したとまで考えるべきではないであろう。先に述べたように、刑事裁判のあり方と法解釈は本来異なる次元で議論されなければならないものであるから、裁判員裁判という裁判形態が法解釈の議論に影響を及ぼしたと考えることは妥当ではない。

この点につき、学説・実務においては早くから、裁判員裁判の実施に際し、裁判員にとって難解な法律概念をどのように説明を行っていくべきかについて入念な検討が繰り返されてきたのは周知の通りである。これにつき最も重要な資料として参照されているのが、2009年に公刊された司法研究報告書「難解な法律概念と裁判員裁判」である<sup>42</sup>。そこでは、裁判員に分かりやすい審理とは「単に専門用語をわかりやすい言葉に置き換えた審理をすることを意味しない」とされ、「本研究は、裁判員に分かりやすい審理の実現のために、専門用語の平易化という道を選ぶのではなく、各用語・法律概念の本当に意味するところを、刑事法に関するこれまでの研究成果と裁判例を分析することによって検討するものであり」、「…これまで実務で蓄積された判断の内容や手法について、なぜそのように判断してきたのかという実質的なところを説明することによって、実務において用いられてきた物差しを示した上、…場合によってはその物差しの当否をも検討する」ことで、充実した審理・評議を目指すとして述べられているのである<sup>43</sup>。

その上で、正当防衛に関しては、特に侵害の予期や積極的加害意思といった概念が問題とされ、裁判員に説明する際は、「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、…『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」であると述べられている<sup>44</sup>。また、喧嘩闘争や自招防衛の場合においても、正当防衛状況性という判断対象を示すことが適当であるとさ

<sup>42</sup> 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）。

<sup>43</sup> 前掲注（42）「はじめに～研究の目的と趣旨」参照。

<sup>44</sup> 前掲注（42）26頁。

れている<sup>45</sup>。

上記司法研究は、専門用語を平易化させることは目的ではないとし、法律概念の真の意味を明らかにしようとするものであるが、これがこれまでの法解釈に変更を迫るものであるかは、なお明らかではない。というのは、「真の意味」を明らかにするというのであれば、それは解釈を変更したことにはならないと言えるが、他方で、実際に判決書等で用いられる表現が従来と異なっていることからすれば、事実上解釈が変わっているものとも考えることも可能であるからである。いずれの考え方を採るかは論者によって異なるであろうが、本稿は、先に述べたような理由から、裁判員裁判によってもなお法解釈に変更はなされていないと考えている。

また、そもそも、平成20年決定を検討する際に、積極的加害意思論を参照することに意味があるのだろうか。平成20年決定は積極的加害意思が問題となった事案ではないのであるから、同決定に「積極的加害意思論の難解さを克服する」意図があるとは到底思われない。そのような意図は、積極的加害意思が問題となった事案において、平成20年決定のような文言が採用されて初めて看取できるものであろう。例えば⑪事件などで見てきたように、平成20年決定類似の枠組みはこれまでの裁判例においても示されてきたのであるから、最高裁がそのような裁判例の状況を踏まえて判断したと考えることも十分可能であろうし、本稿もそのように考えている。裁判員裁判を見据えた決定であることは否定できないとしても、必ずしもそのみが理由であるわけではないように思われる。

本件においては自招行為が、急迫性との関係では既に終了しているという理由で過剰防衛を検討する余地があったと主張する見解については、確かにそのように考えることは可能である。しかし、自招行為が常に違法な行為であるべきかという点については、必ずしも見解が一致しているわけではない。また、自招防衛においては、侵害者の行為が違法であったとしても、それに対する防衛行為を許さないということがあり得るかどうかがまさに問題となっているのであるから、自招行為それ自体の急迫性が終了したかどうかという点は、自招

<sup>45</sup> 前掲注(42) 30頁。和田＝野口＝増尾「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題⑪ 大阪刑事実務研究会 正当防衛について(上)」判タ1365号(2012年) 59頁も、司法研究の立場を支持している。

防衛を考えるにあたっては問題とならないことは、先に述べたとおりである。

（2）平成20年決定と刑法36条1項

しかしながら、平成20年決定が昭和52年決定とは別物であると述べただけでは、平成20年決定が刑法36条1項所定の要件とどのような関係にあるかを検討したことにはならない。本稿の見解によれば、2つの「決定」はそもそも事案を異にする以上、平成20年決定が昭和52年決定とは異なる枠組みで急迫性を否定したと考えることは可能だからである。

最高裁は「被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示し、正当防衛状況性を否定することで正当防衛の成立を否定している。これまでの判断枠組みが主に急迫性を否定してきたことや、最高裁が原審の判断を「結論において相当」としていることからすれば、平成20年決定が急迫性とは異なる要件を否定したということは明らかであろう。平成20年決定の読み方としては、前項（2）で見たような見解が妥当であると思われる。しかし、最高裁が示した枠組みのいずれかを欠き、正当防衛状況が認められる場合にはどのように判断されるのだろうか。この点については学説においても詳細に検討されていないが、もし急迫性が肯定されるというのであれば、最高裁が否定した正当防衛状況とは急迫性を言い換えたものということになり、入口論で正当防衛を否定したという見解は否定されるべきこととなろう<sup>46</sup>。刑法36条1項が正当防衛成立の要件を明文で定めている以上、正当防衛を成立させようとするのであれば当然すべての要件が満たされることを明らかにしなければならない。従って、自招防衛の場合において、例えば挑発をはるかに上回る侵害が生じた場合には、仮に裁判所が「正当防衛状況が存在する」と判示したとしても、そこには当然「急迫性」

<sup>46</sup> これに対しては、「入口」論と急迫性を別物として考え、「入口」が開いた場合には急迫性の有無が検討される、という反論もあるかもしれないが、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」があるにもかかわらず急迫性が否定されるという場合はあり得ないであろう。ただし、最高裁の思考方法からいったん離れ、急迫性要件から規範的要素を除外し、客観的に急迫性の有無を判断することを前提とすれば、「急迫性は肯定されるが正当防衛状況性は否定される」という場合は考えられよう。この点については、次節第1項の㊟事件及び㊠事件において検討する。

の要素が含まれていると理解しなければならないであろう。

正当防衛の成立を否定する際は、論理構造さえ明確になっていれば、要件論に立ち入らずに「正当防衛状況」がないとして処理することも、あるいは不可能ではないのかもしれない。しかし、正当防衛の成立を肯定するときには急迫性要件が要求されていることに鑑みるならば、成立を否定する際も急迫性要件が考慮されていると考えなければ一貫しないのではないだろうか。従って本稿は、平成20年決定の読み方としては入口論で正当防衛を否定したのではなく、「正当防衛状況」という文言を用いて「急迫性」を否定したものと解すべきである<sup>47</sup>。

ただし、本稿の主張を前提として、平成20年決定が急迫性を否定したものと理解したとしても、急迫性を否定するための判断構造までもがこれまでの事例と同一であると解しているわけではない。これまでの裁判例の多くは、主に被侵害者が侵害を予期していたという事情を考慮した上で急迫性を否定してきたが、平成20年決定では、予期については一切触れられていない。この点に、平成20年決定の特徴的な点があり、本稿も、自招防衛の判断枠組みにおいて侵害の予期を検討せずに正当防衛の成否を判断することについては支持し得るものと解している<sup>48</sup>。

## 第5節 平成20年決定以降の裁判例

平成20年決定が出されてから平成27年現在までの間、自招防衛に関する最高裁の判例は出されていない。しかし、下級審レベルでは、自招防衛に言及した若干の裁判例が出されている。これらの事例を検討すると、平成20年決定が裁判実務にどのような影響を与えたかを読み取ることができよう。

また、先に見た司法研究によれば、「正当防衛状況」という考え方は、積極

<sup>47</sup> ただし、本稿のような主張を前提としても、最高裁があえて「急迫性」という文言を「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」と言い換えていることは、無視することはできないであろう。この点については次節第2項で述べる。

<sup>48</sup> あくまで自招防衛論において予期を考慮しなかった点を評価しているのであり、あらゆる場合に、急迫性要件において侵害の予期を考慮すべきでない<sup>49</sup>と解しているわけではない。

的加害意思や喧嘩闘争が問題となる事案に妥当するとされているが、平成20年決定以降、これらの事案はどのような枠組みで判断されているのであろうか。本節では第１項で自招防衛の、第２項では積極的加害意思及び喧嘩闘争の裁判例について見ていくこととする。そして第３項で、平成20年決定が及ぼした影響について検討する。

## 第１項 自招防衛に関する事例

⑬ 東京高判平成20年５月29日判時2010号47頁<sup>49</sup>

### 【事実の概要】

都立高校の教諭であった被告人は、平成16年３月に行われる予定であった高校の卒業式への参列を希望し、これが認められたため、卒業式に来賓として招かれたが、東京都では、都教育委員会から通達が発出されており、同通達によれば、「同校の卒業式において、国歌斉唱の際、生徒、教職員を始め、来賓や保護者にも起立を求める」こととなっていた。被告人は当日午前９時30分頃に、本件卒業式が実施される体育館に赴いた。そして、本件卒業式の開式前に、体育館の中央付近に配置された保護者席を歩いて回り、ビラを配り始めた。それを知った教頭が被告人にビラ配布を止めるよう求めたが、被告人はそれに応じず、国歌斉唱の際は着席してほしいなどと保護者席に向かって叫び、教頭が被告人を移動させようとしたところ、被告人は怒鳴り声を上げながら抵抗した。このような騒動によって、同校の卒業式の開式が２分ほど遅れることとなり、被告人は威力業務妨害罪の嫌疑で起訴された。

公判では、被告人は自身の行為が「教職員及び保護者の思想良心の自由を、都教委及びdによる侵害行為から防衛するためになされたもの」であるから正当防衛に当たる、と主張した。

### 【判旨】

「被告人の保護者に対する呼びかけは、威力業務妨害罪の構成要件に該当する上、正当行為とも正当防衛とも認められず、したがって、違法な行為である。そして、被告人がdやcから退場要求を受けたのは、被告人が、cの制止にもかかわらず、上記のとおり、違法な保護者への呼びかけを行ったことによるの

---

<sup>49</sup> 本件は上告審まで進んだ事案であるが、そこでは正当防衛については論じられていない。最決平成23年７月７日判時2130号144頁。

であるから、dらの退場要求は、被告人が自らの違法な行為によって招いたものと評価するのが相当である。結局、dらによる退場要求は、仮にそれが被告人の何らかの権利・利益に対する「侵害」であるとしても、被告人が自ら招いたものであるから急迫性を欠くことは明らかである。」

### 【検討】

本件は、平成20年決定の9日後に出された裁判例であるため、判旨の文言が平成20年決定の影響を受けたかどうか、直ちには判断できない。判旨を見ると、刑法36条1項との関係では急迫性を欠くとされており、平成20年決定の判断枠組みとは異なっていることが分かるが、被告人において侵害を予期していたとか、予期の可能性があったとかというような主観面については触れられていないという点では、平成20年決定の判断手法と類似していると言えよう。もっとも、本件においてはそもそも「退場要求が急迫不正の侵害である」という点から否定されており、自招防衛の点についての判示は、ほとんど傍論に近いものであると言えよう。

## ② 大阪地判平成23年7月22日判タ1359号251頁<sup>50</sup>（裁判員裁判）

### 【事実の概要】

被告人とその弟Aが喧嘩をした際、被告人はAが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Aの携帯電話を二つに折って投げ捨てたため、Aは被告人に駆け寄り、手拳で1回その顔面を殴打し、さらに、後退しつつ前かがみになった被告人の顔面等を手拳で複数回殴打し、被告人の右奥歯を1本折った。その後被告人とAはもみあいとなり、被告人はAの首を絞めて死亡させた。公判ではAの首を絞めているという認識の有無と正当防衛ないし誤想防衛の成否が争われたが、前者についてはその認識は無かったとされ、後者については以下のように判示し、誤想防衛の成立を肯定し、被告人を無罪とした。

### 【判旨】

「被告人は、被害者が使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、被害者の携帯電話を二つに折って投げ捨てており（以

<sup>50</sup> 穴沢大輔「判批」刑事法ジャーナル33号（2012年）95頁、前田雅英「誤想過剰防衛」警察学論集65巻5号（2012年）156頁。

下、これら被告人の一連の行為を「本件先行行為」という。）、これが被害者の怒りを一定程度誘発すべき違法行為であったことは否定できない。しかし、被害者はこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、被害者の行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の度を大きく超えているといえる。」「また、本件先行行為は、上記のとおり、被害者の怒りを誘発し得るものであったが、被告人と被害者が七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人と被害者との間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、被害者が本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、被害者の攻撃を予期していたという事実は認められない。」（中略）「以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。」

#### 【検討】

本件では自招行為と侵害の程度が比較され、侵害の程度が自招行為の度を大きく超えているとされた。従って、平成20年決定の枠組みによれば、この時点で正当防衛状況が肯定されることになる。しかし大阪地裁は侵害の予期についても言及しており、平成20年決定の枠組みと完全に軌を一にしているわけではない。

さらに本件では、急迫不正の侵害と正当防衛状況が区別されている点が注目し値しよう。判示を読む限り、急迫不正の侵害があったとしてもなお反撃が正当化される状況にない場合というものがあることが考えられることになる。大阪地裁は判旨のどの部分がどの要素と関連付けられるかを明言していないが、過去の事例から考えれば、侵害が先行行為の違法性を大きく超える点は正当防衛状況と、侵害の予期がなかった点は急迫性と、それぞれ関連を有していると言えよう。

このように急迫性と正当防衛状況を区別するのであれば、本件において被告人が侵害を予期していた場合には、急迫性が否定される余地も残されていると考えられる。すなわち、侵害の違法の程度が先行行為のそれを「大きく超える」場合であっても、そのような侵害を予期していたのであれば、急迫性が否定される余地もあるのではないだろうか。つまり、自招防衛の場合に、①侵害の予期はなかったが侵害が先行行為の度を「大きく超えるものでない」ときは正

当防衛状況が否定され、②侵害が先行行為の程度を「大きく超える」ものだったが、そのような侵害を予期していたときは急迫性が否定されるということも考えられよう<sup>51 52</sup>。ただし、どれだけの程度差があれば「大きく超える」場合と言えるかについては、学説によってもなお深い検討がなされておらず、容易に結論は出ないように思われる。本件においても、目の前で他人の物を損壊すれば他人の暴行を招くことは一般的に予期し得るということも可能であっただろう。最終的には事例ごとの判断に委ねられることになろうが、個別の事例において、防衛行為者がどのような侵害を予期していたかという点を明らかにすることも容易ではなかろう。

② 佐賀地判平成25年9月17日 LEX/DB25503819 (裁判員裁判)

【事実の概要】

被告人は、平成24年10月27日午前2時40分頃、佐賀県内の路上において、B

<sup>51</sup> 穴沢・前掲注(50) 97頁、山口・前掲注(31) 315頁以下。

<sup>52</sup> 例えば東京高判平成21年10月8日東京高等裁判所刑事判決時報60巻142頁は、被告人は、自分が実母のいるマンションへ赴けば実母の再婚相手である被害者から暴行を受けることを予期しながら、果物ナイフを準備してマンションへ赴き、予想どおりの暴行を受けたため果物ナイフで被害者を刺し、殺人未遂罪に問われたという事件であるが、東京高裁は「現実には被害者が本件殺人未遂の犯行直前に被告人に加えた暴行は、被告人の予想の範囲・程度にとどまるものであった」としてから、「単に侵害が予期されただけでなく、被害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということとはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」と判示して、正当防衛の成立を否定している（本件においては専ら正当防衛状況性が実質的に問題とされていると分析するものとして、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える（第3版）』（有斐閣、2014年）227頁（執筆：小林）。）ここでは平成20年決定とは異なり、被告人自身の「予想の範囲・程度」を大きく超えていなかったことが指摘されている。

また、本件の意義としては、積極的加害意思を有している場合であっても、予想を大きく超える侵害がなされた場合には急迫性を肯定する余地があることを認めたという点を挙げることができよう。

の運転するタクシーが歩いていた被告人のごく近くを通過したとして腹を立て、同車の後部を足で小突いて同車を停車させ、運転席に座るBを車外に引きずり出し、Bの胸元をつかんで道路際のフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどした上、仲裁に入ったCの胸元をつかんでフェンスに押しつけた。その際、Cを助けるため被告人の右腕をつかみCから引き離そうとしたBに対し、その手を振りほどいて他人をはね除けるため、Bの体めがけ右腕を力強く振り同人の胸に当てて殴打する暴行を加えて同人を路上に転倒させ、腕による胸への打撃によって生じた心臓震盪に基づく心停止状態に陥らせ、大孔ヘルニアによる脳機能障害により死亡させた。

本件は裁判員裁判によって審理され、公判では因果関係等のほか、正当防衛状況の有無が争われた。

### 【判旨】

「…現場目撃者の公判廷における各供述によれば、被告人は、Bがタクシーの内側から開かれまいと押さえていたにもかかわらずドア内側の取っ手が外れるほどの強い力でドアを無理やり開け、Bの体をつかんで車内から引きずり出し、Bの胸元をつかんでフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどし、Bの助けに入ったCに対しても、胸元をつかんで傷跡が残るほど強い力でフェンスに押し付けたと認められる。そして、Bは、なお被告人の攻撃下にあるCを助けるため、被告人とCの間に割って入り、被告人の腕をつかんだものと認められる。」「Bが被告人の腕をつかんだ行為は、これら被告人のB及びCに対する行為があればその先に通常起きうと予想される範囲内にあり被告人の不正の行為により自ら招いたものといえるから、被告人の本件殴打は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない。また、Bが被告人の腕をつかんだ行為は、被告人のCに対する攻撃からCを助ける意思に基づくものであり、相当な範囲の行為にとどまっているから、正当防衛として違法性を欠き（刑法36条1項）、被告人に対する不正の侵害とはいえない。」

### 【検討】

本件の判示は、平成20年決定の枠組みにある程度沿って判断したものであることが分かるが、「通常起きうと予想される範囲内」というように侵害の予期についても言及しており、平成20年決定と完全に同一の枠組みを用いているわけではない。時間的・場所的接着性については一切述べられていないが、事

案の性質上明らかに接着性が認められると判断されたからであろう。

もっとも、Bの行為が正当防衛——厳密に言えば他人防衛（緊急救助＝Nothilfe）——であるということは、被告人の本件暴行によるCに対する急迫不正の侵害が継続していたということを意味するものである。そうすると、正当防衛に対する正当防衛は許容されないのであるから<sup>53</sup>、そもそも自招侵害の点について言及する必要はなかったとも考えられよう。

## ② 横浜地判平成25年10月31日 LEX/DB25446095

### 【事実の概要】

A、B、C、Dらは、被告人が店長を務めていた飲食店に入店したが、店にいたイラン人グループがAらの態度について苦情を述べてきた。被告人はAと知り合いの従業員Eを通じて注意してビールをおごったが、それでも態度を改めなかったため、被告人自らAらに退店を要求し、Aらは一時退店したが、態度を改めることを条件として店内に戻ることを許した。しかし、Aらの態度は改まらなかったため、被告人はまずCに対して店から出て行くよう伝え、さらにAに近づこうとしたところ、Cからうなじの辺りを力一杯叩かれたので、Cを店から追い出すため、その腕を掴んで店外に出た。Cは階段の所で被告人に対して「殺す」と脅してきたが、意味のない言葉だと思い、「殺せるもんなら殺してみろ」などと言い返したりした。

Cを店外に出したときにCが殴り掛かってきたため、被告人はこれに応戦したが、Bに首を絞められるなどして、地面に倒された。被告人が立ち上がるとAが殴り掛かってきたため、被告人はこれに反応し、Aの顔面をげんこつで多数回殴るなどし、よって、同人に全治約1か月間を要する右前頭骨骨折、右眼窩骨折の傷害を負わせた。

被告人はAに対する傷害罪として起訴され、公判では正当防衛の成否が争点となったが、横浜地裁は急迫性と正当防衛状況の存在を区別した上で両方肯定し、被告人を無罪とした。

### 【判旨】

<sup>53</sup> 挑発行為自体が急迫不正の侵害である場合は、被挑発者の侵害は正当防衛行為と捉えられるから、それに対する反撃が正当防衛にならないことは、すでに第1章で指摘した通りである。

「（１）急迫不正の侵害等について

本件暴行の直前に、Ａが被告人に殴り掛かろうとしていたのであるから、基本的に急迫不正の侵害が存在したというべきである。

ところで、被告人は、Ａの顔面を１回殴打した後、Ａが全く抵抗しないのに、さらにその顔を数回殴っている。しかし、１回殴打した後、Ａの反撃が全く不可能になったとも、Ａの反撃意思が消失したともいえないのであるから、その後も侵害は継続していたと認められる。

（２）正当防衛状況の有無について

被告人は、客同士のトラブルを避けるため、Ａらを退店させようとしたところ、店内でＣから暴行を受け、さらに路上でもＣから殴られそうになったため、Ｃの顔面を殴り、その後にＢに押し倒されて起き上がったところ、Ａから暴行を受けそうになったため、本件暴行に及んだものである。

確かに被告人は、本件暴行の前に、Ｃを殴打し、Ｂともみ合うなどしており、さらに、その前にＣの脅し文句に言い返すなどしている。しかし、本件は、酔ったＡらの店内での言動が他の客とのトラブルを招きそうになったことが発端となっており、被告人は店長として、これを避けるためＡらを退店させようとしたのであるから、被告人の行動に非があったといえないことは明らかである。被告人がＣとの喧嘩に応じるような言葉を発したのも、Ｃらに退店してもらうためであったと解する余地がある。

したがって、本件暴行は、自招侵害によるものとも、単なる喧嘩闘争中のものともいえず、正当防衛が成立し得る状況にはなかったとは認められない。」

【検討】

本件は、急迫性と正当防衛状況を、㊟事件よりも明確に区別している点で、示唆的な裁判例である。急迫不正の侵害が「基本的に」存在していたと述べ、その後正当防衛状況について判断していることからすれば、急迫性が存在している場合であっても、正当防衛状況が存在せず、正当防衛の成立が否定されるという場合が考えられることになる。横浜地裁が行った急迫性判断について見ると、事実として侵害が現在ないし切迫していたかどうかを客観的に判断しており、規範的な考慮は専ら「正当防衛状況」の判断の中で行われているのである。このような判断枠組みから平成20年決定を見たときは、同決定は入口論で正当防衛を否定したわけではなく、急迫性については肯定した上で、正当防衛状況性を否定したと理解すべきことになる。

急迫性要件から規範的考慮を除外すべきと考えるのであれば、このような判断手法は有効であると評する余地もあろう。しかし、新たに正当防衛状況性という要件を擁するのであれば、刑法36条1項のいずれの要件の問題であるかが別途問題となることには注意を要する。おそらく横浜地裁も、急迫性と正当防衛状況性を区別してはいるものの、急迫性の判断対象を純客観的なものに限定し、正当防衛状況性を新たな要件として捉えているのではなく、正当防衛状況性をいわば「規範的な急迫性」として捉え、その有無を判断しているのではないだろうか。

②③ 千葉地判平成26年10月22日 LEX/DB25505268 (裁判員裁判)

【事実の概要】

暴力団員であったCに金銭を貸していた被告人は、平成26年1月2日午後8時48分頃、Cに金銭の返還を求めて暴力団事務所に電話したところ、暴力団員のD(被害者)及びEは被告人が正月早々電話してきたことに立腹し、電話で被告人を怒鳴りつけたところ、被告人はD及びEに対し、両名の所属するB一家を軽んずるような発言や「今から来い」という趣旨の発言をした。これに憤激したD及びEは、Cを呼び出して被告人方まで案内させ、到着するや否や、Dは被告人方敷地内にいたMに激しい暴行を加え、その物音を聞きつけてやってきた被告人に対しては、E及びCが同様の暴行を加えた。被告人はMの受傷状況を見てMの身の危険を感じ、家屋内に予め置いてあったシースナイフを持ち出し、Dの右腹部を突き刺して殺害した。

【判旨】

検察官は、被告人の言動が侵害を招いたこと、被告人は侵害を予期していたこと、及び本件は喧嘩闘争の事案であるから正当防衛状況が存在しなかったと主張した。しかし千葉地裁は、「被告人は被害者らに対して、B一家を軽んずるような発言及び「今から来い」という趣旨の発言をしたことが認められ、かかる発言が被害者らによる暴行を招く要因となったことは明らかである。」「しかし、被害者らは本件当時相当酒に酔っていたと証拠上うかがえること、本件電話の直前に被害者側から被告人に電話がかけられていること、被告人はUとの電話での会話の中では特にけんか腰の対応をしていたとは認められないことに照らすと、被告人が正月に本部事務所に電話をかけたことに腹を立てた被害者らの方から先に被告人に対し荒っぽい言葉や激しい口調で被告人に絡んで

いったという流れは何ら不自然ではない。これに加えて、被告人は被害者らが暴力団組員であることを認識していたとしても、それまで何ら面識もない人物であり、被告人としては、被害者らが被告人方の場所を知らないと考えても不自然ではないことも考え合わせると、被告人の上記発言は、被告人からけんかを売ったというよりは、被告人から見れば理不尽な怒りに基づく被害者らの発言に対して、いわば売り言葉に買い言葉として誘発されたものと見る余地が多分にあるというべきである。」「したがって、被告人の上記発言をもって、被告人の方から被害者らに対し挑発を仕掛けたものとは認められず、自ら侵害を招いたものとして正当防衛が許される状況にはなかったというべき根拠となるほどの落ち度とは評価できない。」と判示した。また、侵害の予期や喧嘩闘争の主張についても順次退け、結論として過剰防衛の成立を肯定し、被告人を懲役7年6月に処した。

#### 【検討】

本件で問題となる条文はもちろん刑法36条1項であるが、本件は㊶事件と同じく、自己防衛ではなく、他人防衛（緊急救助）の事案である。もっとも、千葉地裁はこの点を特に重視しているわけではなく、自己防衛であると他人防衛であるとを問わず、自招防衛に関しては同一の判断枠組みが用いられるということが前提とされているように思われる。

しかし、自己防衛の場合と他人防衛の場合を同一に扱ってよいかどうかは、議論の余地があろう。本件では自招性が否定されているため問題とならなかったが、仮にこれが肯定された場合であっても、他人を救助するのであれば正当化の余地が残されていると考えることは可能であろう。本件の事例を例にすれば、被告人の先行行為が原因となってMに対する侵害が生じたような場合に、侵害を自招したという理由で被告人がMを救助することが正当化されないというのでは、Mは何らの落ち度もないにもかかわらず侵害に晒され、あまつさえ、最も救助してくれる可能性のある者からも救助されないという結果となり、不当な結論をもたらすこととなろう。先行行為に自招性があるときに、自己防衛権が制限されることには異論がないが、そこから直ちに緊急救助権までもが制限されるということにはならないように思われる<sup>54</sup>。

<sup>54</sup> むしろ、一定の場合には緊急救助を行うことが義務となる場合も考えられよう。Vgl. Armin Engländer, Die Pflicht zur Notwehrhilfe, in: Manfred Heinrich u.a.

自招防衛と緊急救助の関係については、日本では積極的な検討がなされていない。ドイツの学説においては若干の先行研究が見られるが<sup>55</sup>、それらの概要に関しては第3章で検討する。

②4 神戸地判平成26年12月16日 LEX/DB25447069<sup>56</sup>

【事実の概要】

被告人が自転車を運転していたところ、C 運転の自動車とぶつかりそうになり、これに腹を立てた被告人はC車を追い抜いて停止させ、「危ないやないか」などと大声で言ったところ、Cも自動車から降りてきてその場で口論となった。口論の最中、被告人はCの言動や着ていた作業着の「E」との刺繍を見て、Cが暴力団関係者ではないかと考え、逃げたほうがよいと思い、「もうええわ」などと言いながら自転車の方に戻り、運転席に乗り込んで自転車を発進させようとした。しかし、Cは被告人の後を追いかけて被告人車の運転席側に行き、ドアが開いた状態で運転席に座った被告人の襟首や胸ぐらをつかみ、激しく揺さぶったり、エンジンキーの取り合いになるなどした。この時点では被告人はCに対し恐怖心を抱き、「ごめん、ごめん」と言うなどしていた。また、この頃、Dが被告人車の方にやって来たが、被告人は、Cらの言動から同人らが知人同士であることが分かった。被告人はその場から逃走しようと考え自転車を発進させようとしたが、進路前方に別の車両が止まっていたため自転車を後退させて発進し、その際C及びDに傷害を負わせた。

【判旨】

「被告人はCから襟首や胸ぐらをつかまれ激しく揺さぶられるなどし、更には仲間と呼ばれれば拉致されたり袋だたきにされたりするかもしれないと考え、その場から逃走するために本件犯行に及んだと認められるが、被告人がそのような事態に陥った原因は、Cの運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチ

(Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin/New York, 2011, S. 664.

<sup>55</sup> Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S.533-546; Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, 2014, § 32 Rn. 61a.

<sup>56</sup> 門田成人「判批」法学セミナー 726号(2015年)129頁、警察公論78巻8号(2015年)付録「平成27年版警察実務重要裁判例」79頁。

ンコ店に入ったＣ車をわざわざ追いかけて停止させた上、自車を降りてＣ車の運転席付近まで行き大声で文句を言ったことによるものである。この点、…被告人が胸ぐらをつかむなど被告人の方から先にＣに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Ｃの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず、被告人においてＣに対する正当防衛をなし得る立場になかったことは明らかである。」

#### 【検討】

本件でも「通常予想できる範囲内」という文言が用いられており、平成20年決定とは表現が異なるが、②事件でも同様の判示がなされていることからすれば、下級審は、平成20年決定の「大きく超えるものでない」という部分は「通常の予期」と同内容であると理解しているように思われる。しかし、通常予期されるかどうかという判断の方法それ自体に明確な基準があるわけではなく、場合によってはその判断が困難になることもあろう。本件の実事関係を見ても、被告人はＣに対して暴行を行ったわけではなく、先行行為は口論にとどまる。それに対してＣは「襟首や胸ぐらをつかみ、激しく揺さぶったり、エンジンキーの取り合い」をしたというのであって、誰もが「通常予期される」と考えるかは疑問の余地がある。これに対して平成20年決定の枠組みであれば、予期という主観的要素を排し、専ら先行行為と侵害の程度を比較考量した上で「大きく超えるものでない」かが判断される。先にも挙げたが、拳銃を所持している者を侮辱して拳銃による侵害を招いた場合は、当該侵害行為は通常予期されると言えるが、先行行為の程度を大きく超えることになるから、急迫性は肯定されると判断することができよう。

もっとも、通常の予期を指摘した①事件は、それに加えて侵害の軽微性を指摘しているため、上記の例では通常の予期があっても侵害の軽微性が否定され、結局急迫性は肯定されることになる。しかし、本件では軽微性について言及がなく、判断枠組みとして考慮されているのか明らかでない。通常の予期を指摘するのであれば、同時に侵害の軽微性にまで言及すべきであろう。

② 横浜地判平成27年 3月13日 LEX/DB25447224（裁判員裁判）

#### 【事実の概要】

医者から飲酒を制限されていた息子 A は、平成25年頃から暴行事件、タクシー内でのトラブル、自傷行為を繰り返すようになったため、家族は A に飲酒させないように申し合わせていたが、あるとき、A を不憫に思った被告人は、A を誘い食事に出かけた。その際 A は飲酒をしたが、酔って他の客に絡みはじめたため、被告人はタクシーを呼び、A と共に乗り込んだ。しかし、タクシーが発車する前後、A が暴れ出したため、被告人はタクシー後部座席で A の身体を押さえつけたが、その際被告人は A の頸部などを圧迫し続けたため、A は窒息死し、被告人は傷害致死罪に問われた。

### 【判旨】

横浜地裁はまず、A の暴れる行為は「急迫不正の侵害に当たることが明らかである」とし、「…検察官は、これまでの経緯から、被告人は被害者が酒に酔えば暴れることを分かっていたが自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった旨主張する。しかしながら、被害者は酒を飲めば必ず暴れるわけではなかったこと等の事実も考慮すると、被告人は被害者が暴れることを確実に予期していたとまでは認められないし、そもそも侵害を予期していたというだけで急迫性が失われるものでもなく、被害者を保護監督する必要のある被告人にタクシーの利用を回避する義務が課せられるわけでもない…（もっとも、上記のような事情は、後述のとおり、防衛行為の相当性の判断において、一定の意味を持つものと考えられる。）」と判示した。

次に相当性については、「正当防衛の判断にあっては、緊急状況下の行為であるが故に、防衛行為の相当性を厳格に判断するのは酷であると解されているところであるが、本件では、犯行に至る経緯において示したとおり、被告人は、飲酒に関し重大な問題を抱える被害者を、それと知りながらあえて飲酒に連れ出し、自ら積極的に飲ませこそしないものの、同人が好きなように飲むに任せ、その結果、被害者は自傷他害行為を行う具体的なおそれのある泥酔状態に至ったという事情がある。すなわち、被告人は、単に、被害者による自傷他害行為を相応に予期していたのみならず、そのような状況を引き起こすについて少なからぬ責任があったというべきであって、このような被告人が、被害者の急迫不正の侵害に対して自己又は第三者の権利を防衛するためにした行為について、その相当性を判断するに当たっては、そのような事情のない通常の場合に比して、より厳格な判断が求められるものと解される。」とした上で、本件では「あえてそのような危険性の高い行為に出ずとも、被害者の胸など上半身の

別の部位を押さえるなど、より危険性の低い方法で対応することは十分に可能であった」などとして、被告人につき過剰防衛の成立を肯定した。

【検討】

本件の被告人の行為は「挑発」と呼べるようなものではないが、あえて挑発と言うなら、過失的挑発に近いものと言えよう。酒を飲ませることについては勿論認識していたであろうが、そこから侵害を生ずることまで認容していたとは言えないため、故意的挑発類型には当たらない。

本件では急迫性判断に際し、被告人がAの侵害を確実に予期していたとは認められず、予期していたとしても急迫性は失われないと判断されるにとどまっており、侵害を自招した点は相当性の問題であるとされ、明らかに平成20年決定の枠組みからは外れている。そして、相当性の検討に際しては、Aの酒癖の悪さを知りながら飲酒させて侵害を招いたことから、被告人は自招他害行為を相応に予期し、かつ侵害惹起に対する責任があると判断されている。相応の予期と確実な予期がどの程度異なるのかは明らかでないが、相当性判断の中心になっているのは被告人がAに飲酒させたという事情であることは間違いないだろう。そのような事情が相当性判断を厳格にし、本件では過剰防衛の成立が肯定されたのである。

②⑥ 東京高判平成27年6月5日 LEX/DB25540577

本件は、先に検討した②③事件の控訴審であり、同様の事実認定がなされている。原審では過剰防衛の成立が認められたが、東京高裁は、原判決は経験則等に照らして不合理であるとして、被告人を懲役7年6月とした原判決を破棄し、懲役13年の判決を言い渡した。

【判旨】

「被告人が、暴力をいとわない暴力団組織に所属している被害者らに対して、その暴力団組織を軽んずる発言をしている状況で『こっちに来い』という趣旨の発言をしたということからすると、この発言は、被告人と被害者らがけんか腰の会話を交わしている際に、暴力沙汰のけんかをしかけるものといえる。そうすると、被告人が被害者らの発言によって感情を高ぶらせてそのような発言をしたものであったとしても、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招いたものである。」

「本件電話における被告人の上記発言は、上記のとおり、被害者らに対して暴

力沙汰のけんかをしかけるものであり、被告人に暴力を加えるために被告人方に来るよう被害者らを挑発したものと見えるから、被告人としては、暴力団員である被害者らがこれに応じて被告人方に来て暴力を加えてくる可能性が高いと認識していたと推認できる。」「しかも、被告人は、被害者らが被告人方に来るのに対処するために、本件電話後直ちに、被害者らとは別の暴力団に所属するEに電話をかけ、折り返し電話をかけてきたEに事情を伝えて被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを外から戻って取りやすい勝手口付近に置いて準備しており、これらのことからしても、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと被告人が認識していたとの上記推認が補強されているといえる。」

「上記のとおり、本件において、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識しながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで、被害者らとは別の暴力団に属するEを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるE及び被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことをも踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる。」

#### 【検討】

東京高裁の解釈によれば、本件は意図的挑発類型にかなり近いものと解されるが、そもそもB一家に電話をかけたのは、金銭の返還を要求するためであったことからすれば、意図的挑発というよりは突発的に生じた喧嘩闘争と理解するほうが分かりやすいであろう。本件では積極的加害意思という文言は用いられていないものの、反撃するつもりでEを呼び、シースナイフを準備しているという事情は、積極的加害意思を認定するには十分な事情であっただろう。

本件では、被告人自身の予期が問題とされ、その程度を超える暴行がなかったことから、被告人の防衛行為は急迫性を欠くと判断されていることからすれ

ば、平成20年決定の枠組みと本件の枠組みが同一でないことは明らかである。また、挑発行為の不正性についても特に言及されていないことに鑑みると、侵害に先行する挑発行為が不正でなくとも正当防衛を制限しようと判断したと考えることも不可能ではないが、本件では喧嘩闘争（あるいは意図的挑発）という側面があることからすれば、挑発行為の法的性質を深く検討する必要はなかったと言えよう。

特に本件では、平成20年決定や原審が用いた「正当防衛状況」という文言すら用いられておらず、これまでの枠組みのように、「急迫性」という文言に立ち戻ってしまっている。このことからすれば、東京高裁は「正当防衛状況」を「急迫性」と同義とみなしているのではないだろうか。

② 静岡地裁松支判平成27年7月1日 LEX/DB25540736

【事実の概要】

暴力団員であるBと知り合った被告人は、Bの斡旋で建築作業の仕事をすることになったが、Bとの交際費が多額になっていったことから、Bとの関係を絶つことを決意した。被告人がBに仕事を辞める旨伝えたところ、その翌日に、Bから電話で居酒屋Cに来るよう要求された。被告人はホームセンターでナイフを購入して衣服の中に隠し持ってCへと向かった。

被告人がCに到着すると、Bはいきなり右手の平で被告人の左頬を殴打したため、被告人はナイフを取り出し、Bの胸倉をつかんだ。その後両者は店外に出て、Bは自動車からゴルフクラブ3本を取り出し、1本をそばにいた友人に渡し、2本を両手で持って被告人を殴打し、傷害を負わせた。その際ゴルフクラブが折れたので、Bは友人からゴルフクラブを受け取ってさらに被告人を殴打し、自動車にゴルフクラブを取りに行こうとしたが、被告人は持っていたナイフでBの左頸部を突き刺し、傷害を負わせた。

【判旨】

静岡地裁浜松支部は、まず急迫性について検討し、本件傷害行為がなければBが残りのゴルフクラブを用いてさらなる攻撃行為に出ることが可能であったとして客観的な急迫性を肯定し、次に検察官が主張した積極的加害意思の点についても、積極的加害意思があったのであれば、Bが素手で平手打ちをした時点でナイフを用いて攻撃していたはずであると判示するなどして、検察官の主張を退けた。また、防衛の意思や相当性についても肯定されとした上で、最

後に、検察官が主張した、本件は喧嘩闘争であるとの点に関しては以下のように判示し、被告人を銃刀法違反により罰金20万円に処し、傷害罪については無罪とした。

「確かに、被告人がBにナイフを示すなどしたことでBの怒りを増幅させ、その後のBによる侵害を招いた側面があるところ、被告人が、自己の不正の行為により自ら相手方の侵害を招いたといえ、かつ、相手方の攻撃が被告人の行為の度を大きく超えるものでないなどの事情が認められれば、被告人がした本件傷害行為について、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況（以下「正当防衛状況」という。）における行為とはいえ、正当防衛の成立が否定される余地が生じる（最高裁平成18年（あ）第2618号平成20年5月20日第二小法廷決定・刑集62巻6号1786頁参照）。

そこで検討するに、被告人は、Bからいきなり左頬を平手で殴打されるといふ急迫不正の侵害を受け、それに対応してナイフを取出して右手で右腰辺りに構えて持ち、左手でBの服の胸倉をつかんだものである。被告人の上記行為は、それ自体暴行、脅迫と評価する余地があるとしても、防衛的な行動にとどまるものであり、防衛の意思をもってなされた、防衛行為として相当性を有する行為であると認められ、正当防衛が成立するというべきである。したがって、被告人が不正の行為によりBによるその後の侵害を招いたとはいえない。そして、Bがゴルフクラブで被告人の頭部等を3回にわたり殴打した行為は、危険性、執拗性の点において、被告人の上記行為の度を大きく超えるものであることは明らかである。以上からすれば、被告人がした本件傷害行為は、正当防衛状況における行為といえ、これについて正当防衛の成立は否定されない。」

#### 【検討】

検察官は、本件は喧嘩闘争の事案であると主張したが、静岡地裁浜松支部は、被告人がナイフを持って胸倉をつかんだことが自招防衛における先行行為と言えるかを問題としており、本件は自招防衛の問題と理解されているようである。同支部は平成20年決定の判断枠組みに沿って、先行行為が不正であったか、侵害行為の程度が先行行為の度を大きく超えるものであったかを検討している。さらに、被告人自身、あるいは一般人における侵害の予期についても言及されておらず、平成20年決定の影響が色濃く現れていると言えよう。

しかし、自招防衛の点は、正当防衛の一般的成立要件が検討された後で、最後に判断されている。このような判断枠組みは、刑法36条1項所定の要件に関

して言及しなかった平成20年決定とは明らかに異なっており、また、同決定が「入口論」で正当防衛の成立を否定したとする見解とも相容れないであろう。「入口」で正当防衛の成立を否定するのであれば、刑法36条1項所定の要件について検討する必要はないからである。他方、権利濫用説の一部で主張されているように、形式的には正当防衛が成立するというを前置きした上で実質的な観点から正当防衛の成立を否定する見解からは、肯定的に捉えられることになる。結局、本件は、自招防衛の判断方法は平成20年決定と同一であるが、その体系的理解については、同決定とは異なっているように思われる。

## 第2項 積極的加害意思及び喧嘩闘争に関する事例

本項では、平成20年決定以降、裁判所が積極的加害意思や喧嘩闘争が問題となった事例をどのように判断しているかを概観する。

まず、鹿児島地判平成24年2月7日 LEX/DB25444383（裁判員裁判）は、包丁を所持していたAに蹴られそうになった被告人が、所持していた金属バットでAを多数回殴打して殺害したという事例であった。検察官は、本件は喧嘩闘争であるなどと主張したが、鹿児島地裁は「正当防衛による対抗が許されないといえるか（急迫性等）」という項目の下で、「〈1〉本件は相互に攻撃を予定したような喧嘩とはいえないから、金属バットによる暴行が喧嘩相手に対する攻撃にすぎないとみることはできない。また、〈2〉被告人が金属バットを持ち出したのはあくまで説得目的であり、包丁を手にして近付いてくる被害者と相対しても、金属バットを構えることすらしていないことがうかがえ、被告人が積極的に被害者を『返り討ち』にするつもりだったと決めつけることもできない（積極的加害意図の不存在）。」と判示し、結論としては過剰防衛の成立を肯定し、被告人を懲役3年に処した。

次に前橋地判平成24年10月11日 LEX/DB25483148は、かねてより妻Bから、トラブルがある度に包丁で肩や腕などを突かれ、多数の刺し傷を負っていた被告人が、あるときBと再びトラブルになり、Bに小指を包丁で突かれて立腹し、ナイフをジャンパーのポケットに入れて口論したが、Bに侮辱されたことで被告人は怒りを発し、Bをナイフで刺して傷害を負わせたという事案である。検察官は、被告人に積極的加害意思があったため急迫性が否定されると主張したが、前橋地裁は、被告人とBが敵対関係にあったわけではなく、被告人はBの機先を制するためにナイフを用意していたわけではないから、「本件ナイフ

をポケットに入れてBと向き合ったのは、あくまでもBの刃物による攻撃に対して防御をするためと考えられる。したがって、被告人にBからの攻撃の機会を利用して積極的にBに対して加害行為を加えるという積極的加害意思があったものとは認められない。」として積極的加害意思の存在を否定し、結論としては過剰防衛の成立を肯定した。

最後にさいたま地判平成24年7月4日 LEX/DB25482350（裁判員裁判）は、被告人が自動車でA公園に向かう際、被害者運転の対向車とすれ違い、どちらが道を譲るべきかで口論となった。被告人は口論を打ち切ってA公園へ向かったが、被害者も被告人を追跡してA公園に赴き、被告人に「けんかをしにきた」などと言ったため、両者はグラウンドへ移動して喧嘩闘争状態となった。被告人は被害者から顔面を1回殴られた後、被害者の顔面を1回殴り、被害者が倒れて起き上がれなくなったのを見て現場を立ち去り、被害者は急性硬膜下血腫により脂死亡したという事案である。さいたま地裁は、「被告人は、グラウンドで被害者と対峙した時点においては、被害者からの暴行を十分に予期し、それに応じて自ら積極的に被害者に暴行を加えようとの意思から、被害者の暴行を迎え撃って自ら被害者に暴行を加えたものと認められるから、被告人の本件暴行は、何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況の下における行為とはいえ、本件では正当防衛は成立しない。」と判示し、控訴審の東京高判平成25年2月19日 LEX/DB25540327も、さいたま地裁の判断を是認した。特に控訴審では、弁護人は、平成19年度司法研究が「裁判例を見ると、上記二つの意思〔積極的加害意思と専らの攻撃意思：筆者注〕が認められる場合の多くは、正当な理由もないのに殺傷能力のある凶器を持参して侵害に臨んだ例や軽微な侵害を怖いとも思わず意図的に過剰な行為に及んだ例である。…これらは、いづれも相手方の行為をきっかけとした単なる加害意思というべきもので、被告人の行為が正当防衛であるとして法的な保護を及ぼすのが相当でないと考えられるような場合であるといえる」と記載している箇所<sup>57</sup>を捉え、本件では積極的加害意思を否定すべきと主張したが、東京高裁は「本件は典型的なけんか闘争であって、弁護人が引用した箇所の記述は本件には当てはまらない。むしろ、平成19年度司法研究29頁には、『典型的なけんか闘争についていえば、双方が相手方の侵害を予期していて、相手方に対してその機会を利用して相互に単な

<sup>57</sup> 前掲注（42）26頁。

る加害行為に及ぶものであるから、正当防衛、過剰防衛の成立する余地がない。』との記述があるが、当裁判所が是認する原判決の見解も、この記述と同趣旨を説いたに過ぎないと判示して、この主張を退けている。

平成20年決定が出されてからも、積極的加害意思論は、以上のように用語の上でも用いられ続けており、また、体系的位置づけの上でも、主に急迫性要件との関連において論じられていることが分かる。

3件目の事例では、さいたま地裁は積極的加害意思の存在を肯定して、正当防衛状況性を否定している。さいたま地裁も東京高裁も、本件を喧嘩闘争の事案と捉えており、従来の枠組みとは異なり正当防衛状況を否定したことからすれば、平成20年決定の影響を考慮することも不可能ではないが、積極的加害意思や喧嘩闘争という状況を認めておらず、行為者の主観面についても言及していない同決定が、積極的加害意思や喧嘩闘争の事例に影響を与えたとは考え難いであろう。司法研究においても、喧嘩闘争の場合にも正当防衛状況性が欠けると考えられており、仮に平成20年決定が存在していなくとも、本件のような判示は十分あり得たであろう<sup>58</sup>。従って、やはり、平成20年決定の射程は自招防衛が問題となる事案に限られていると理解すべきである。

### 第3項 検討——判断枠組みは変わったか——

本節では平成20年決定以降に出された⑬～⑳事件、及び積極的加害意思や喧嘩闘争が問題となったいくつかの事例を検討してきたが、これらの事例は平成20年決定の影響をどの程度受けているのであろうか。

ここで注目すべきなのは、正当防衛状況に関する点である。㉑、㉒、㉓事件では、それぞれ「急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況」、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」、「被告人においてCに対する正当防衛をなし得る立場」という文言が用いられており、特に㉒、㉓事件では平成20年決定と同様に、急迫性について明言することなく正当防衛の成立を否定している。平成20年決定以前の事例では明文で急迫性が否定されていたことに鑑みれば、これらの裁判例は明らかに平成

<sup>58</sup> 前掲東京高判平成21年10月8日も、積極的加害意思が問題となった事案において、（急迫性ととも）正当防衛状況性を否定している。

20年決定の影響を受けていると言わなければならないであろう。

しかし、その他の点が変化したと言えるかについては疑問符がつく。

平成20年決定の文言をいくつかの要素に分解すると、決定要旨には①先行行為の違法性、②先行行為と侵害の一体性、及び③先行行為と侵害の程度の均衡、の3つの要素が含まれていると言えるが、これらはいずれも、すでに⑩事件で指摘されている要素である。同事件の判旨は「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできない」とされているが、平成20年決定の枠組みとの違いは、「通常予期される態様及び程度」という文言が「[Aの] 攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」という文言に、そして先に述べたように「急迫性」が、「正当防衛状況」に変わったのみである。さらに、平成20年決定以降の裁判例にあっても侵害の予期という概念がなお用いられている点に鑑みれば、最高裁が示した③に関する客観的な判断基準も、下級審から見れば「通常予期される」という基準とほぼ同義とみなされているのだとすると、平成20年決定の「真新しさ」は一層失われる結果となろう。さらに本稿は、先に指摘したように、平成20年決定における「正当防衛状況」は「急迫性」の意味に解すべきと主張しているのであるから、そうすると、平成20年決定はこれまでの下級審裁判例の基準を追認し、最高裁レベルで自招防衛について判断した事例という以上の意味を持たないことになる。従って、本稿の理解によれば、平成20年決定は、これまでの自招防衛の判断枠組みを大きく変えるものではなかったということになろう。実際にも、㉔事件では被告人自身の予期が問題とされ、そこでは「正当防衛状況」ではなく「急迫性」が否定されている。この点も、本稿の理解を補強しているように思われるのである。

ただし、本稿の主張はさておき、最高裁が「急迫性」という文言を用いなかったことは重く受け止めるべきであろう。前節第3項において、本稿は、平成20年決定の文言が裁判員裁判を考慮して出されたとする見解に疑問を呈したが、本稿のように「正当防衛状況」に特別な意味を見出さず、急迫性要件を否定することを言い換えたものであると理解すれば、なぜ言い換えを行ったのかについて理由がなければならないことになろう。その際、急迫性という難解な概念

を裁判員に分かりやすく説明する必要があるというのであれば、「裁判員裁判への配慮」という説明は、一応は可能であるように思われる。また、前記司法研究のように、急迫性という要件に内在する真の意味を明らかにするために、正当防衛状況という文言を用いたと説明することも可能であろう。

## 第6節 小括

本章では、古くは大正時代の大審院判例から平成27年現在までの、主に自招防衛に関する事例を分析・検討した。昭和52年決定が出されるまでは、自招防衛が問題となった事例で正当防衛の成立が否定されるときは刑法36条1項のいずれの要件が否定されるのかが明示されず、喧嘩闘争のように、類型的に正当防衛の観念を容れる余地がないとか、全体的に正当防衛でないという趣旨の判示がなされてきた。その後、昭和52年決定が出されてからは、自招防衛の事案を処理した裁判例は、違法な先行行為によって侵害を自ら招いた点を指摘し、刑法36条1項所定の要件のいずれかと関連づけて正当防衛の成否を判断するようになった。昭和52年決定を契機として判断の傾向に変化が見られたのは、昭和52年決定が急迫性要件を規範的に解釈したことから、そのような規範的解釈という方法論が下級審にも浸透したためであると本稿は考える。

昭和52年決定以降の裁判例は、急迫性のみならず不正性や相当性といった要件と自招防衛を結びつけてきたが、それらの中で自招防衛に関する枠組みについて詳細な規範を定立したのは、前掲福岡高判昭和60年7月8日刑裁月報17巻7＝8号635頁（㊟事件）であった。そこでは、①先行行為の違法性、②挑発と侵害の間の時間的接着性、③挑発と予期される侵害の均衡性、及び④侵害の軽微性という要素が示され、これらを満たした場合には急迫性が否定されるとされた。その後出された平成20年決定では、このうち③についてはより客観的に判断されるようになり、④については言及されていないが<sup>59</sup>、平成20年決定はこの㊟事件の判断枠組みと、かなりの程度で類似していると言えよう。

<sup>59</sup> 仮に最高裁が④を考慮しているとしても、この要素は、平成20年決定の「大きく超えるものでない」という文言に解消されることになる。なぜなら、違法な先行行為の程度を大きく超えるものでなければ通常侵害は軽微であると言えるであろうからである。

また、平成20年決定の分析に際しては昭和52年決定との関係が問題とされ、そこでは2つの「決定」が同趣旨に立つものか否かが問われてきた。学説の多数は、平成20年決定は昭和52年決定と異なる枠組みを示したと考えているようであるが、そもそも両者は事案をまったく異にするものであるから枠組みが異なるのは当然であり、平成20年決定を分析する際に昭和52年決定を参考とすること自体の妥当性が問われなければならないであろう。両決定に共通する部分があるとしても、事案を異にする以上は個別に判断すべきである。すなわち、平成20年決定が出されたからといって、積極的加害意思が問題となる事案も正当防衛状況というような文言が用いられるかは、まったく明らかにならないであろう。積極的加害意思論が今後どのように変容していくかを、平成20年決定を用いて占うことはできない。積極的加害意思論の難解さの克服は、積極的加害意思が問題となった事案を解決する中で行うべきであろう。

さらに、平成20年決定の「正当防衛状況」という文言が何を意味するかについても問題となった。原審は「急迫性」という文言を用いて正当防衛の成立を否定したが、最高裁は、あえてこの文言を用いず、原審を「結論において正当」と評価していることに鑑みれば、最高裁が本件を急迫性要件の中で処理しようとしていないことは明らかであると思われるが、本稿は、平成20年決定と昭和52年決定はそれぞれ異なる次元に位置する判例ではあるものの、平成20年決定は「正当防衛状況」という文言を用いて、侵害の予期という主観的事情を考慮することなく、専ら客観的事情に基いて急迫性要件を否定したものと解すべきであると考ええる。