

自招侵害に対する正当防衛の成立が否定された事例

最決平成二〇年五月二〇日（刑集六二卷六号一七八六頁）

橋田 久

I 事実の概要と審理経過

A（男、五十一歳）が、本件当日夜、自転車にまたがった儘（男、四十一歳）が不審に感じて声を掛ける等したことから、両者は言い争いになった。その拳句の果てに、甲はいきなりAの左頬を手拳で一回殴打し、その直後に走り去った（第一暴行）。Aは「待て」等と言いながら、自転車で甲を追い掛け、右殴打現場から約九十メートル進んだ歩道上で追い付き、自転車に乗った儘、水平に伸ばした右腕で、後方から甲の背中の上部分または首付近を強く殴打した（第二暴行）。これによって甲は前方に倒れたが、起き上がると、護身用に携帯していた特殊警棒⁽¹⁾でAの顔面や防禦しようとした左手を数回殴打する暴行を

加え、加療約三週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨折の傷害を負わせた。

第一審（東京地八王子支判平成一八年七月一九日刑集六二卷六号一七九四頁）は、警棒による殴打につき、甲に傷害罪の成立を認めた（懲役十月、執行猶予三年）。弁護人による正当防衛の主張に対しては、甲は第一暴行後にAが追って来る可能性を認識していたので、第一暴行と第二暴行の間の九十メートルという場所的離隔にも関わらず、「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。」と述べると共に、Aの攻撃は強烈とは言え素手で行われたに過ぎず、甲はこれに武器で対抗した点からも正当防衛ではないと説いて、これを斥けた。

控訴審（東京高判平成一八年一月二九日刑集六二卷六号一八〇二頁）は、第一審判決を量刑不当の故に破棄自判したが、正当防衛の成立については次の如く消極的に解した。甲は第一暴行によって「Aに対して挑発的な有形力を行使」し、またAが「報復攻撃に出ることを十分予期していた」。Aの第二暴行は甲が第一暴行によって招いたものである。「加えて、第二暴行は、第一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、第二暴行の内容も……第一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による第二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することはできない。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（懲役六月、執行猶予三年）。これに対して弁護側は、改めて正当防衛の成立を主張して上告した。

II 決定要旨

上告棄却。

「……前記の事実関係によれば、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。」

III 研究

一 総説

本決定は、自招侵害の事例において、攻撃の自招性を理由に正当防衛の成立を否定した最初の最高裁判例である。しかも、事例判断の形を取っているとは言え、攻撃を招致する行為の違法性、招致行為と攻撃行為の時間的及び場所的関連性、招致された攻撃の程度が招致行為による侵害の程度を大きく超えないこと、の三点が正当防衛を否定する事情として掲げられており、大いに注目に値する。

以下では、二において先ず、Aによる攻撃行為が現在のものしは切迫した違法なものであつたかを検討する。これが否定さ

れば、自招侵害の問題に立ち入るまでもなく、甲の行為に正当防衛が成立する余地はなくなるからである。

なお、自招侵害においては、先行する自招行為、それに誘発された「急迫不正の侵害」行為、これに対する防衛行為という三つの行為が問題になる。本評釈では、それぞれ招致行為、攻撃行為、反撃行為と呼ぶことにする。

二 攻撃行為の評価

(一) 攻撃行為の現在性

本決定は触れていないが、原審の認定によれば、攻撃者Aが甲を打ち倒したのは「素手による一回限りの殴打に過ぎず」（刑集六二巻六号一八〇九頁）、その弾みでAの自転車も倒れており、甲は自転車を起こそうとしていたAに対して「反撃」としての暴行を加えたとのことである（同一一八〇四頁）。さらに第一審の認定によれば、Aは倒れた甲を見て、「一回やられて一回やり返したから、もうそれで終わりだと思った」ということでもあった（同一七九八頁）。甲が反撃して来ることはあるまいと考えたのか、A自身の気が済んだということなのかは判然としないが、いずれにせよ甲が倒れた時点でAの攻撃意思は消失したと言える。それ故、甲の反撃行為時においては、既にA

による侵害が終了していたと見る余地が残るのである。⁽³⁾

尤も、攻撃が終了した観を呈する場合においてもその継続を認めた先例が存在する。最判平成九年六月一六日（刑集五一巻五号四三三五頁）は、攻撃を開始した後、これを続行し得ない不自由な態勢に陥った攻撃者の加害の意欲が存続していたことと、客観的にも間もなく攻撃の再開される可能性があったことから、急迫不正の侵害の継続を肯定した。⁽⁴⁾しかし、このような主観的及び客観的事情は、本件の事実審の認定には何われなない。自転車を起こすというAの動作は、客観的に見ればこれに乗ってその場を立ち去るための準備であって、甲を加害することに向けられたものではなく、Aの更なる攻撃意思の存在も前述の如く疑わしいからである。それにも拘らず、Aの攻撃の現在性を前提にした判断を行った本決定は、一旦開始された攻撃は特段の事情なき限り継続するものと認める立場に立っているように思われる。⁽⁴⁾

(二) 攻撃行為の違法性

後に三（二）でも見る如く、甲の招致行為は違法であったから、仮にその継続中にAが甲に「反撃」したのであれば、Aの行為は甲の「急迫不正の侵害」に対する正当防衛に当り、これ

に対する甲の反撃行為は直ちに違法となる⁽⁵⁾。しかし甲は、Aを殴打するや否や走り去っており、Aは甲を追ってその背後から殴打しているので、(一)で見た判例の立場を前提としても、甲の招致行為は過去のものであつて急迫性を欠き、Aに正当防衛が成立する余地はないであろう。

次に、甲は招致行為が構成する暴行罪について「現に罪を行ひ終わつた者」(刑訴二二二条一項)に当たるため、Aの行為には現行犯逮捕(同法二三三条)による正当化の可能性がある⁽⁶⁾。逮捕行為の必要性、相当性を肯定することは考えられなくはない。ただ、原審によれば、甲に頬を殴られたAは、「腹を立て、やられたらやり返すとの気持ちから」(刑集六二巻六号一八〇四頁)甲を追つたのであつた。従来の下級審裁判例は、主観的正当化要素としての逮捕意思を要求しており、この意思と報復感情の併存は認めているが(東京高判昭和五十一年一月八日判時八三六号一二四頁、東京高判平成一〇年三月一日判時一六六〇号一五五頁)、逮捕を行った私人が被逮捕者を司直に引き渡す意思を有さず、脅迫して金員を喝取できるかも知れないと考えていた事案では逮捕意思の存在を否定している(仙台高判昭和二十六年二月二日判特二三号六頁)。これを前提とすれば、専ら報復の意思に出たと見られるAの行為を現行犯逮捕

捕として正当化するのには困難であろう。

さらに、Aの行為は自救行為として正当化されないか。これまでにも、器物損壊の犯人を被害者に代つて追跡し、捕えて暴行する行為は、現行犯逮捕行為であると同時に、被害者が犯人に対して行うべき「自救行為の代行として社会的相当性を有し、違法性を阻却する正当行為の一面をも帶有する」と述べた裁判例(大阪地判昭和四〇年四月二三日下刑集七巻四号六二八頁)がある。本件でも、Aの甲に対する損害賠償請求権乃至慰謝料請求権が存在し、請求権を保全する他のより軽微な手段がなかつたとすれば、自救行為の客観的成立要件は満していると言えよう⁽⁷⁾が、自救の意思を正当化の要件とし、ここでも専ら報復の意思の場合を除くならば、正当化は否定的に解されよう。

(三) 小括

以上より、Aの攻撃行為の終了を認めて急迫性を否定し、或いは現行犯逮捕乃至自救行為として不正性を否定する余地がないではない。その時、これに対する甲の反撃行為に正当防衛が成立することはなくなる。その可能性を留保しつつも、以下では、一先ずAの攻撃行為の継続性と、正当化事情の不存在を前提として、正当防衛の成否を自招侵害の観点から検討すること

にする。

三 本決定の論理

本項では、本決定が正当防衛の成立を否定する際に考慮しなかった事情（一）、考慮した事情（二）乃至（四）について考察を加え、然る後に正当防衛の成立要件への当てはめに一瞥を与える（五）。

（一）招致者の主観の不考慮

1 招致者の主観を考慮した裁判例

これまでの下級審裁判例には、招致者の主観に言及したものが多かったように思われる。

（一）積極的加害意思

攻撃の単なる予期を越えて、予期した攻撃に対し正当防衛に藉口して反撃することを意図していたいわゆる意図的招致の場合、判例実務においては最決昭和五二年七月二一日（刑集三一巻四号七四七頁）に従い、積極的加害意思という行為者の主観を根拠として、招致した侵害の急迫性が否定されることになるのではないかと推測される⁸⁾。同決定は自招侵害の事案に関する

ものではないが、そのような事案に限定しない一般的な判示をしているからである。現実に、自招侵害の事案で積極的加害意思の存在を理由に急迫性を否定したと思しき例もある（東京高判昭和六〇年六月二〇日高刑集三八巻二号九九頁、東京高判昭和六〇年八月二〇日判時一一八三号一六三頁、札幌地判平成元年一〇月二日判タ七二二号二四九頁）。

（二）攻撃の予期

本件の原審は、甲がAによる攻撃を「十分予期していた」ことを、正当防衛を否定する事情の一つとして掲げていた（刑集六二巻六号一八〇八頁）。逆に、従来の裁判例には、攻撃を自招したがその予期がなかったことを手懸りに完全な正当防衛権を肯定したものもある（東京地判平成八年三月二二日判時一五九九号一四九頁）。そこでは、「C「攻撃者」が包丁で攻撃してくるであろうことを予測して、Cを挑発するためにけんかしたものでないことも明らかであるから、Cの侵害行為が被告人にとって自ら招いた危害であるとまではいえず、急迫性に欠ける」ということはできない。」と判示された⁹⁾。

(3) 攻撃の予見可能性

攻撃が「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」と説いた裁判例(仙台地判平成一八年一〇月二三日判タ一二三〇号三四八頁)は、正当防衛を否定する理由を、招致された攻撃が予見可能であったことに求めるものである。⁽¹⁰⁾

2 本決定

本件では、招致行為後直ちに逃走している甲に積極的加害意思があったとは考えられず、その認定も為されていないため、⁽¹¹⁾
1 (一)で見た五二年決定の手法を用いることは考えられなかった。⁽¹²⁾

他方、控訴審が認定していた攻撃の予期に最高裁は言及せず、甲の主観面を一切考慮することなく、(二)以下に見る客観的な事情のみから正当防衛の成立を斥けた。⁽¹³⁾これは、侵害の単なる予期しか存しない場合には急迫性、そして正当防衛の成立を否定しないという確固たる判例の立場(「最判昭和四六年十一月一六日刑集二五巻八号九六頁及び前掲最決昭和五二

年)との整合性を考えたものであろう。これらの判例とは侵害招致行為が行われていたという事案の違いこそあれど、本件で予期が存在したことを正当防衛の成立を否定する理由として掲げるならば、判例の態度として一貫性が疑われる事態に立ち至るからである。⁽¹⁴⁾自招侵害の事案で専ら客観面に着目する判断方法を逸早く採用したと見られる福岡高裁昭和六〇年七月八日判決(刑月一七巻七・八号六三五頁)は、昭和五二年決定の「判例理論から一歩踏み出して、侵害の急迫性が否定される新たな類型を創出したもの」と評されていたが、本決定は福岡高裁判決の延長線上に位置しつつも、解決の手懸りを急迫性要件に求めない点で、昭和五二年決定以来の確立された判例とも下級審とも異なる判断枠組を最高裁が採用することを明らかにしたものである。⁽¹⁵⁾

しかしその結果——飽くまでも本決定の射程外と言って良いであろうが——攻撃の予見乃至予見可能性を欠く自招侵害の事例でも正当防衛の成立が制限される余地を生ずる。⁽¹⁶⁾現に下級審には、攻撃の予見可能性すらなかった事案で、そのことから侵害の急迫性は肯定しつつ、「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」と述べて客観的な招致行為の存在のみを理由に防衛行為の相当性を厳格に解し、

過剰防衛としたものがある（大阪高判平成二二年六月二二日判タ一〇六七号二七六頁）。この帰結の妥当性には疑問があり得よう。本決定が（二）以下で挙げる客観的事情の中には、主観的要件を考慮しないことによる不都合を避けることを意図したものもあるように思われる。

（二）招致行為の違法性

本決定が正当防衛の成立を否定するために用いた客観的事情として、先ず招致行為の違法性を挙げ得る。甲が口論の相手方Aの頬をいきなり手拳で一回殴打した行為の違法性には疑いを容れないであろう。侵害の自招を理由に正当防衛の成立を否定したこれまでの裁判例にも、招致行為の違法性を正当防衛権制限の要件として明示し、或いは招致行為が違法であることに言及したものは少なからず存在した（前掲福岡高判昭和六〇年七月八日、東京地判昭和六三年四月五日判タ六六八号二二三頁、札幌地判平成元年一〇月二日判タ七二二号二四九頁、東京高判平成八年二月七日判時一五六八号一四五頁。本決定後のものとして、東京高判平成二〇年五月二九日判時二〇一〇号四七頁）。正当防衛の成立が否定的に解された事案で招致行為が適法である例も見当たらない。そうすると、招致行為が適法であることを

理由に正当防衛の制限を否定すると明言したものが無い点を斟酌しても、これまで判例は招致行為の違法性を要求して来ており、それが今回の最高裁によって確認されたと見て良からう。その考え方は支持し得るものであり、学説の多くが承認しているところでもある。

（三）招致行為と攻撃行為の時間的、場所的密接関連性

最高裁は、Aの攻撃が「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」であるという、招致行為と攻撃行為の間の強い結び付きを指摘した。控訴審も同様であった。前掲の福岡高判昭和六〇年七月八日も、攻撃行為が「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」ことから侵害の急迫性を否定していたが、本決定はこの上にさらに場所的な絞りを明示的に要求したのである。

なお、ここでは甲とAという別人の行為の一体性が問題となっており、行為者の複数の（実行）行為の一体性が問われているのではない。従って主観の連続性は問題とならず、専ら客観的な一体性に言及されているのである。

さて、凡そ「自招」侵害と呼び得るためには、招致行為と攻

撃行為の間の一定のつながりを要する。そして、それが条件関係、或いは攻撃が招致行為に「触発された」という関係では足りないことに恐らく異論はなかる。侮辱を受けた者がこれを根に持ち、年月を経た後に仕返しとして行った攻撃に対する反撃について正当防衛の成立を制限するのは、正義に反する。よって、本決定が時間的場所的連続性という、これを超える結び付きを要求したのは、支持できよう。²⁴⁾

尤も、斯様に招致行為と攻撃行為の関連性を問うことで足り、招致行為と反撃行為の関連性までは必要ないのかについては、議論の余地がある。²⁵⁾ もし後者を要求するならば、両行為の主体の同一性故に、主観の連続性を考慮すべきではないかが問題となる。招致行為の関連対象についてのこの対立は、攻撃行為と反撃行為の近接性が急迫性要件によって担保されていること²⁶⁾もあって、通常は表面化しないと思われる。しかし、招致者甲に積極的加害意思がなく、招致行為後に逃走し、Aに追い付かれて受けた攻撃に対して反撃している本件では、この対立が実際の意味を持つであろう。と言うのも、共にAの法益侵害に向けられた招致行為と反撃行為の間に、自己の法益保全のみに向けられた逃走行為が介入することによって、招致行為と反撃行為の主観的な一体性に疑問が生じ、これを必要とする立場か

らは正当防衛権の制限が困難になると思われるからである。²⁷⁾

(四) 攻撃行為と招致行為の一定の均衡

最高裁は、「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」という事情にも言及した。このような、攻撃行為、即ちAによる甲の背中または首の強打と、招致行為、即ち甲がAの顔面を手拳で一回殴打したこととの均衡の判断について、判断の基準時と衡量の量的基準の二つの角度から検討し、然る後に斯かる要件を課す理由があるかにも思いを致す。

1 事前判断と事後判断

— 先ず、判断の時点に目を向ける。過去の裁判例にも、攻撃行為と招致行為の間の均衡を要求したものがあつた。その中には、現に招致された攻撃が客観的に予見可能な攻撃の範囲内に止まるかを問うたものが散見される。そのような例として、前掲東京地判昭和六三年四月五日は、攻撃行為が、「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……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」と述べた（後段同旨、前掲福岡高判昭和六〇年七月八日、前掲東京高判平成八年二月七日）。前述の通

り、本件の控訴審も同様に、「第二暴行の内容も……第一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」と判示していた。これらは、事前の一般人の観点から予想される攻撃行為の程度を考えた上で、これと現実の攻撃行為を比較するという判断構造を採るものと思われる。

他方、攻撃が「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」から急迫不正の侵害を肯定した大阪高判平成七年三月三十一日（判タ八八七号二五九頁）²⁰¹は、一般人ではなく招致者の事前の主観を基準として判断を行うものである。

これに対して最高裁は、均衡の判断を専ら事後的に行う義であると考えられ、この場面でも客観的判断を貫いている。本決定後の下級審にも同様の判断をしたと見られるものがあることから（大阪地判平成二三年七月二二日判タ一三五九号二五一頁）、これが判例の基準となつて行くことも考えられる。但し、最高裁が客観的、事後的な判断方法を取つた理由は明らかでない。²⁰²

斯様にして、本決定を含む若干の判例は攻撃行為と招致行為の均衡を要求していること、その判断方法としては、事後判断によるもの、攻撃行為の程度について一般人を基準とする事前判断を行うもの、行為者を基準とする事前判断を用いるもの

三つが見られることを知り得るのである。

事前判断によるか否かによる結論の違いは、攻撃が為されたことは予想外であるが、それが例えば招致行為と同程度の暴行であったため両行為の間の均衡は維持されている場合に現れる。事前判断をする説は、凡そ攻撃が為されることについての予見可能性を均衡判断の前提とするため、予見不可能とされれば均衡を肯定することができなくなり、正当防衛の制限が斥けられることになる。²⁰³ 他方、事後的に判断する説では、そこでも均衡が肯定されることにならう。最高裁はこのような場合も含めて正当防衛権を制限すべしと考えているのかも知れない。殊に招致者の主観を問題にしない本決定の立場では、攻撃自体が予見不可能であることを主観面において考慮することもできず、招致者の正当防衛権を広く制限する姿勢が窺われる。²⁰⁴ 尤も、本件の事案については、両説の帰結は異ならないであろう。最高裁が認めたように招致行為と攻撃行為の事後的な均衡は取れていると思われると共に、現実の攻撃は事後的に予想される攻撃の程度を大きく逸脱するものでもないからである。²⁰⁵

2 均衡の量的基準

次に、招致行為と攻撃行為のどの程度の均衡が求められてい

るかを探る。本決定は、正当防衛を制限するための事情として、後者が前者を「大きく」超えていないことを挙げた。これとは基準を同じくすると考えられるのは、罵声による招致に対して生命を危殆化する暴行が行われた事案について、後者が前者を「遙かに」超えるとして自招侵害を理由とする正当防衛の制限を認めなかった前掲大阪高判平成七年、相手方の所有物を破壊する招致行為に対して相手が顔面を拳で殴打する等の暴行による攻撃を加えて来た場合に、「物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば」後者は前者の「違法性の程度を大きく超えている」と見て同じ結論に到った前掲大阪地判平成二三年である。

正当防衛の制限を肯定する1に挙げたその他の下級審は、優越の程度に関する表現を用いていない。それらの事案では招致行為も攻撃行為も暴行であり、いずれも攻撃行為が大きく優越しているとは言えなかった。即ち、東京地判昭和六三年の事案では、突き飛ばして転倒させる招致行為に対して頭部に大小二個の石塊を投げ付けて命中させる攻撃行為（傷害の有無は不明）、東京高判平成八年では、上腕部を強く掴んで引張り転倒させて衣服を破る招致行為に対して顔面を数回平手打ちし傷害を負わせる攻撃行為（傷害の程度は不明）が為されている。福

岡高判昭和六〇年の事案に至っては、「理不尽かつ相当強い暴行」に憤った者が怒鳴りながら暴行者の家の扉を足蹴にする攻撃をしたに止まり、むしろ招致行為の程度が攻撃行為を上回ると評し得る。そうすると、正当防衛の成立を制限したものは、いずれも招致行為が攻撃行為に優るとも劣らず重大な事案であったと言って良い。

よって、従来のもも含めた判例の立場は、最高裁が今回示した、攻撃行為が程度において招致行為を大きく上回らないことを正当防衛の制限の要件とするという基準を採るものとの評価が可能であろう。

3 均衡要件の根拠

均衡の要件を課す理由は、本決定の判示からは窺われない。その理論的な説明の手懸りを求めて下級審に目を向けると、前掲の東京地判昭和六三年四月五日が、通常予想される範囲内の攻撃は、「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（傍点は引用者）」と述べているのが目を惹く。これは、学説における、自招侵害について招致者と攻撃者に共同の答責性を認

める主張⁽³⁵⁾に連なるものと見受けられる。しかし、攻撃についての答責性を考慮する前提は攻撃者の有責性の要求であろうから、与することはできない。また、如何に通常予想可能な攻撃であっても、これについて招致者に共同の答責性に止まらず昭和六三年判決の言うような単独の答責性を負わせることは、攻撃者の責任が欠けるという事情でもない限り不可能と考えられる。本件のAにそのような事情は窺われない⁽³⁶⁾。

さらに本決定の評釈においては、攻撃招致兩行為の程度の比較は「両者の行為態様や法益侵害性が基本的に同質であることが前提」と考え、本決定の射程は攻撃としての暴行を招致したのが暴行、脅迫等の「実力行使」である場合にのみ及び、侮辱や不法侵入による招致の場合においては均衡を問題にできないために正当防衛を制限しないのが最高裁の趣旨ではないかとも言われている⁽³⁷⁾。しかし、実力行使を伴わない招致行為による自招侵害の事案で正当防衛の否定された裁判例が本決定の前後を問わず存在することから、斯様な推測には疑問がある。招致を実力行使によるものに限定する必要も疑わしい。学説においても、相手を侮辱して怒らせるのは招致行為の典型例と考えられて来たのである⁽³⁸⁾。

よって、攻撃行為と招致行為の均衡を要求する十分な理由は

見出し難いように思われる。実は本決定も、この要件にはさして重きを置いていないのではあるまいか。と言うのも、決定理由においては、違法な暴行によつて時間的場所的に近接した攻撃を触発したことを以て「自ら侵害を招いたもの」と捉えた上で、均衡はその場合に正当防衛を否定する一事情に止めるかの表現がされており、重要度においては招致行為の違法性、招致行為と攻撃行為の時間的場所的接近性に劣ると考えられている⁽³⁹⁾。観があるからである。

（五）正当防衛の要件論

本決定は、正当防衛の成立を否定するに当り、「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（傍点は引用者）と述べて、正当防衛の前提状況の存在を否定したとも⁽⁴⁰⁾、防衛行為の要件を否定したとも取れる曖昧な言回しを用い、要件論に背を向けている。斯様な判示は本決定後の下級審においても見られるが、総合的、直観的判断を排し、分析的に思考するためには、従来行われて来たような要件毎の検討が必須であろう⁽⁴¹⁾。

そこで、個々の要件の存否につき、本件最高裁が採った可能性のある考え方を、先ず正当防衛状況から吟味する。侵害の急

迫性要件については、原審がこれを明示的に否定したのに対し、上告審は「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当」とのみ判示し、急迫性の肯否については沈黙している。恐らく、この要件の問題とはしない趣旨であろう。⁽⁴⁴⁾ 最高裁がそのような態度を執る理由としては、積極的加害意思という主観によって急迫性を否定する判例が確立している現状において、客観的事情のみを挙げて急迫性要件を否定するならば、理論的混乱を招きかねないことが第一に考えられる。⁽⁴⁵⁾ 勿論、急迫性の判断資料は本来客観的なのであるが、攻撃以前の事情としては専ら主観が考慮されていたからである。さらには、攻撃行為の程度を招致行為の程度と比較する本決定の立場は、程度の比較の前提たる凡そ攻撃が存在することに関わる急迫性を否定することに馴染まないこと、⁽⁴⁶⁾ 急迫性概念を比較という形で量的に捉えるのは技巧的であることが指摘されている。これに対して不正の要件については、原判決がこれを肯定しているにも拘らず最高裁においては言及されていないことから、否定したと見る余地はなお存しよう。本決定と同じく招致行為の違法性に着目した前掲東京地判昭和六三年四月五日も、「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」の要件を欠く」と判示していた。

次に防衛行為の要件については、最高裁が「防衛するため」の行為の要件を客観面から否定したものと見ることは可能であるが、⁽⁴⁷⁾ 主観面たる防衛の意思については、検討した形跡がないのみならず、専ら攻撃の意図であった場合に限りて防衛の意思を否定する判例の立場からすると、本件のような事案において防衛の意思を否定することは困難であろう。⁽⁴⁸⁾ 防衛行為の必要性、相当性に関しても、その具体的な判断を行っていないこと、これらの要件を否定するなら、自招性故に相当性を厳格に判断して過剰防衛とした例（前掲大阪高判平成一二年六月二二日）におけるように過剰防衛の成否が検討されることになると思われるが、本決定はそれを行っていないことから、反対の口吻を匂わせるものと見られる。⁽⁴⁹⁾

そうすると、不正性が防衛するための行為という客観的要件を否定したものと見る理論的可能性が残ろう。最高裁の考え方についてそれ以上推及することは難しい。

IV 終わりに

一 本決定の総括

本決定は、自招侵害の事例において、昭和六〇年の福岡高裁判決が先駆的に示したものに近い理論構成によって、正当防衛

の成立を否定した。即ち、招致者の主観を問題とせず、招致行為が違法であること、招致行為と攻撃行為の時間的及び場所的関連性、招致された攻撃の程度が招致行為による侵害の程度を大きく超えないこと、という客観的事情を手懸りとしたのである。しかし、その理論的根拠は、右福岡高裁と異り正当防衛の成立要件への言及がないことも相俟って、不明と言わざるを得ない。また、これらの客観的事情を備えていれば、攻撃の予見や予見可能性なき場合にも正当防衛の成立が制限されるのか、逆に積極的加害意思も備わっている場合には急迫性が否定されるのかについては、今後の判例の展開に委ねられている。

二 本事実の解決

本事実のあるべき解決としては、Aによる侵害の継続に疑問があり得るところから急迫性要件を否定し、自招侵害の問題とすることなく正当防衛乃至過剰防衛の成立を斥けるのが筋であったと思われる。最高裁には結論においてのみ賛同することができる。

仮に侵害の継続を認める時には自招侵害の事実となるが、正当防衛の制限のためには反撃を意図した上での招致を要求する立場からすると、甲が斯かる意図を欠くことから最高裁が目をも

背けた点には与し難い。また、招致行為と反撃行為の一体性を要求するとすれば、その存在は本件では疑わしい。自招を理由に正当防衛を制限すべきではなく、急迫不正の侵害に対するものとして、正当防衛が少なくとも過剰防衛を認むべきであろう。

本決定の評釈として、本田稔・法セミ六四四号（平成二〇年）一三五頁、橋爪隆・平成二〇年度重要判例解説（平成二二年）一七四頁、同・ジュリスト一三九一号（平成二一年）一五九頁、井上宜裕・判例セレクト2008（平成二一年）二八頁、明照博章・判評六一一号（平成二二年）二七頁、三原憲三・大矢武史・朝日法学論集三九号（平成二二年）二二九頁、亀井源太郎「判批」『判例プラクティス刑法I総論』（成瀬幸典・安田拓人編、平成二二年）所収二四頁、前田雅英「最新重要判例200刑法（第8版）」（平成二三年）五六頁、岡本昌子「判批」『刑法の判例（総論）』（松原芳博編、平成二三年）所収五五頁、城下裕二「判批」『刑法総論判例インデックス』（井田良・城下編、平成二三年）所収一四〇頁。調査官解説として、三浦透・曹時六三卷一一号（平成二三年）二八三八頁、同・ジュリスト一四三六号（平成二四年）一〇二頁。檢察実務家によるものと

して、赤松亨太・研修七三三号（平成二〇年）二二頁、川瀬雅彦・慶應法学二〇号（平成二三年）二九三頁。

本決定に言及する論説として、山口厚「正当防衛論の新展開」曹時六一巻二号（平成二一年）二九七頁、照沼亮介「正当防衛と自招侵害——最高裁判平成二〇年五月二〇日第二小法廷決定を素材として——」刑事法ジャーナル一六号（平成二一年）一三頁、同「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル九号（平成二三年）一〇一頁、同「急迫性の判断と侵害に先行する事情」刑雑五〇巻二号（平成二三年）二六七頁、林幹人「自ら招いた正当防衛」『判例刑法』（平成二三年）所収四四頁（初出、刑事法ジャーナル一九号（平成二二年）四五頁）、前田雅英「正当防衛行為の類型性——判例における正当防衛の構造」研修七三四号（平成二一年）三頁、吉田宣之「『自招防衛』と正当防衛の制限——最高裁判所平成二〇年五月二〇日第二小法廷決定（本誌二〇二四号一五九頁）を素材にして」判時二〇二五号（平成二一年）三頁、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時六一巻八号（平成二一年）二四九七頁、津田重憲「迷惑防衛再論」立石古稀（平成二二年）一六五頁、拙稿「自招侵害」研修七四七号（平成二二年）三頁、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」

ついて」北九州市立大学法政論集三八巻四号（平成二三年）一頁、岡本昌子「正当防衛状況の創出と刑法三六条」大谷喜壽（平成二三年）四〇三頁、井上宜裕「裁判員裁判と難解な法律概念——正当防衛——」犯罪と刑罰二二号（平成二三年）二九頁、木崎峻輔「正当防衛状況という判断基準について——最高裁判平成二〇年五月二〇日決定を契機として——（一）、（二・完）」早研一四〇号（平成二四年）五三頁、一四一号（平成二四年）五三頁。実務家によるものとして、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際——判断の安定化を目指して——」刑雑五〇巻二号（平成二三年）三〇三頁。

註

- (1) 第一審判決によると、金属製で長さ約五十六センチメートルの物であった（刑集六二巻六号一八〇一頁）。
- (2) 照沼・前掲一九頁参照。
- (3) 事案は、Sにいきなり鉄棒で殴られた被告人乙が、鉄棒を取り上げ、なおも向って来たSをこれで一撃したが、Sは鉄棒を奪い返し、逃げる乙を追跡したものの、勢い余って建物の二階手摺から外に上半身を乗り出してしまい、それでも鉄棒を離さなかつ

たので、乙がSを道路上に転落させて傷害を負わせたというものである。最高裁は、「Sは……手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Sは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、Sの被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もおお継続していたといわなければならない。」と判示した。

(4) 本決定後にも、攻撃が終了したと思われる事案で侵害の継続性を認めたと見られなくもない例がある。最決平成二二年二月二四日（刑集六三卷二号一頁）がそれであり、Bが机を丙に向けて押し倒してきたため、丙がこれを押し返したところ、Bは押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になったが、丙がこれに対してさらに暴行を加えた事案において、丙による両暴行を「急迫不正の侵害に対する一連一体のもの」と評価して、Bが倒れた後も侵害の急迫性を肯定するかの判示をしている。控訴審は平成九年判決と

同様の事情、即ち、Bは先制攻撃を行って来たものであるから、押し倒されたことよって直ちに攻撃意思を失ったとは言えないこと、丙のさらなる暴行がなければBが再度の攻撃に及ぶことは客観的に可能であったこと、を摘示していたにも拘らず、最高裁はこれらの点に言及しなかった。

(5) 東京高判平成八年二月七日（判時一五六八号一四五頁）参照。丁がSの腕を掴んで放さないという「違法な暴行を開始して継続中」、Sが丁を殴り、これに対して丁がSを引き倒した行為につき、Sの行為は丁の急迫不正の侵害に対するものではあるが防衛の程度を超えたものとされつつ、丁の行為は自招侵害に対するものとして正当防衛も過剰防衛も否定された。

(6) 本田・前掲一三五頁参照。
(7) 本田・前掲一三五頁参照。

(8) 山口・前掲三二一頁、三浦・前掲曹時二八六二頁。

(9) いわゆる故意的招致の事例に当ると言えよう（橋爪・前掲ジュリスト一六〇頁、吉田・前掲一四頁、井上・前掲判例セレクト二八頁）。これに対し、本件で予期を否定するのは、西田典之「刑法総論（第二版）」（平成二二年）一六四頁。慎重に、攻撃は少なくとも予見可能であったと述べるに止めるのは、三浦・前掲曹時二八六七頁。

(10) さらに、招致行為と招致者の予想した攻撃行為の均衡の問題に

した、後述(四) 1に挙げる裁判例も、攻撃の予期の存在を前提にしていると思われる。

- (11) 三浦・前掲曹時二八六四頁註三四は、福岡高判昭和六〇年七月八日(刑月一七卷七・八号六三五頁)、前掲東京高判平成八年二月七日、大阪高判平成二二年六月二日(判タ一〇六七号二七六頁)を、攻撃の予見可能性があるに止まった自招侵害の事案で急迫性を否定した例として挙げる。しかし第一のものは、攻撃の態様と程度が予見可能と言うのみで、攻撃それ自体に対する現実の予見がなかったのかは明らかでない。第二のものが、攻撃が通常予想される「範囲内」に止まると述べるのも、むしろ攻撃それ自体の予見があったことを前提にしているとも解し得る。反対に第三のものは、2で見るように攻撃についての予見可能性すらなかった事案である。
- (12) 照沼・前掲一八頁、橋爪・前掲ジュリスト一六〇頁、前田・前掲最新重要判例五六頁、三原・大矢・前掲二四一頁、岡本・前掲大谷喜壽四一〇、四二二頁、川瀬・前掲三〇四頁。
- (13) 三浦・前掲曹時二八六二頁。
- (14) 橋爪・前掲ジュリスト一六一頁、林・前掲判例刑法四五、四九頁。山口教授は、本決定が客観的要件によって判断したことを好意的に評価する(山口・前掲三二七頁以下)。本決定が主観も考慮しているとするのは、木崎・前掲早研一四〇号六三頁以下。
- (15) 山口・前掲三二二頁、橋爪・前掲重判解一七五頁。
- (16) 的場純男・川本清巖「自招侵害と正当防衛」『新実例刑法』(総論)(大塚仁・佐藤文哉編、平成一三年)所収一一九頁。その後の同様の判断として、東京地判昭和六三年四月五日(判タ六六八号二二三頁)、前掲東京高判平成八年二月七日、東京高判平成二〇年五月二九日(判時二〇一〇号四七頁)。
- (17) 橋爪・前掲ジュリスト一六一、一六三頁、山口・前掲三一〇、三二三、三一六、三二七頁、明照・前掲三〇頁、三原・大矢・前掲二四二頁参照。但し橋爪一六三頁は、二つの最高裁判定の共通性にも言及する。
- (18) 橋爪・前掲重判解一七五頁、岡本・前掲刑法の判例七三頁、同・前掲大谷喜壽四〇六頁。
- (19) 仮にAによるごみ捨てが「迷惑行為」(津田・前掲立石古稀一八三頁)であったとしても(照沼・前掲筑波二二二頁註三一参照)。但し仮に——現実にはそのような事情は存在しなかったであろうであるが——口論の過程でAが甲に対する侮辱的な言辞を弄し、それに対する反撃として甲がAを殴打したのであれば、甲の第一暴行は違法な名誉侵害に対する正当防衛に当る可能性がある。なお、甲の暴行は「刑法上違法な行為」であり、本決定の「直接的な射程」はそのような招致行為の場合であると言う者、遠藤・前掲三二三頁。

- (20) 前掲拙稿六頁。
- (21) 二十分弱の時間的間隔のある事案であった。
- (22) 尤も、福岡高判昭和六〇年の事案は場所的同一性を認め得るものであった。
- (23) これは因果関係よりも強い、「先行行為から侵害が直接的に惹起される」関係との評価がある（橋田・前掲重判解一七四頁）。
- (24) 攻撃を招致したことに對する一種の制裁として正当防衛権を制限するのであれば——例えば、攻撃の原因を作った招致者の法益の保護相当性が減少するとの立場（井田良『講義刑法学・総論』（平成二〇年）二八八頁）からは——招致行為と攻撃行為のつながりが肯定できれば足りることになるように思われる。本決定の調査官解説は、同じ結論を、違法な招致行為と違法な攻撃行為が時間的場所的に非常に密接な関係にあれば「不正対不正の状況」が認められ、「正対不正の関係」である正当防衛の前提が欠けると説明する（三浦・前掲曹時二八六七頁以下）。しかし、後者の「正」が正当化される反撃行為を指しているものとするれば前者においてもそうでなければならず、そのためには招致行為と反撃行為が一体の不法を成すと言う必要があるように思われる。違法な招致行為に接続して攻撃行為が行われれば招致行為の段階で不法な相互闘争行為が始まっており、反撃行為は「不法な相互闘争行為の一環」になると説く山口教授の見解（山口・前掲三七七頁。また吉田・前掲四頁）にも、反撃行為との接続を考えるべきではないかとの疑問がある。これに對して、招致行為と反撃行為の因果的関連性が強ければ全体を一連の行為と見得るため、既に招致行為の時点で反撃行為が始まったと評価し得るので、「防衛するため」の行為の要件が否定されると言うのは、前田・前掲掲修一頁、同『刑法総論講義「第5版」』（平成三年）三七〇頁。
- (25) 吉田・前掲四頁は、最高裁が招致行為と反撃行為の一体性を認定したと述べるが、疑問である。
- (26) 前掲拙稿八頁。
- (27) 招致者が招致行為後に逃走し、追ってきた攻撃者に対して反撃した場合についての従来の下級審には、「被告人からしかけた喧嘩であつてみれば、それに負けそうな状況にあつたとしても、これをもつて急迫不正の侵害を受けたとはいえない」と判示したものの（東京高判昭和三六年八月三一日東高刑時報一二卷八号一五六頁）があつた。また、攻撃の招致後の退避に意味を見出す見解として、甲の退避を理由にAから甲に対する「客観的な意味での利益侵害状況の存在」を肯定するものがある（照沼・前掲刑事法ジャーナル一九頁）。
- (28) 反撃行為として過剰であつたため過剰防衛とされた。
- (29) 林・前掲判例刑法五一頁も、招致者に予期が可能であれば客観的に過大な攻撃でも急迫性を否定する。

- (30) 照沼・前掲筑波二二六頁参照。
- (31) これに対して、攻撃の程度を問題にするためにはその予見可能性が必要と説くのは、林・前掲判例刑法五〇頁。
- (32) 例えば、攻撃が招致されることは「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」との理由から正当防衛の成立を肯定したものがあつた(長崎地判平成一九年一月二〇日判タ一二七六号三四一頁)。通常は予想できない攻撃が行われた場合、「A〔攻撃者〕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」と説いた。
- (33) 橋爪・前掲ジュリスト一六三頁参照。
- (34) 橋爪・前註。これに対し、Aの攻撃行為として通常予想されるのは、甲を現行犯逮捕する際に付随する程度の有形力の行使に止まるとの見方(本田・前掲一三五頁、三原・大矢・前掲二四四頁)は、「通常」を規範的に、Aが適法に為し得る程度の義に解しているようである。
- (35) 例えば井田教授は、攻撃者の有責性を正当防衛の成立要件とする前提に立って、有責性故に攻撃者の法益の保護相当性が減少することを正当防衛の正当化根拠の一つとして挙げた上で、自招侵害では招致者の法益を保護する必要も減少し、「やむを得ずにした行為」の要件が厳しく認定されると説いている(井田・前掲
- 総論二七二、二八八頁)。招致者も有責であれば利益衝突状態について攻撃者と共同答責的であるから、答責性の割合に応じて正当防衛権が縮減されるとの趣旨であろう。松原芳博教授も、招致者が不正の侵害を攻撃者と客観的に「共同形成している」ことから招致者の利益の減少を導いて、防衛行為の必要性、相当性を厳格に解する(松原芳博「正当防衛(その2)」法セミ六三三号(平成二二年)九六頁)。
- (36) 前註の井田教授の見解。
- (37) 週及禁止の考え方から、招致された攻撃についても、責任能力がある限り攻撃者が責任を負うと説くのは、松宮孝明『刑法総論講義』第4版(平成二二年)一四〇頁以下。
- (38) 第一審公判廷で、甲はAが事件当時酒に酔っていたと供述したが、Aはこれを否定している(刑集六二巻六号一七九六頁)。この点についての認定はない。
- (39) 橋爪・前掲ジュリスト一六二頁、同・前掲重判解一七五頁。結論は同旨、山口・前掲三一八頁。
- (40) 前掲東京高判昭和六〇年八月二〇日(罵声)、前掲東京高判平成二〇年五月二九日(卒業式の出席者に対する国歌斉唱時の着席の呼び掛け)。林・前掲判例刑法四六頁。
- (41) 橋爪・前掲重判解一七五頁。
- (42) 加えて、両行為の法益侵害の同質性が重視されていないこと

は、前出の大阪地判平成二三年において示されている。そこでは、招致行為と攻撃行為が財産と身体という異なる法益に向けられている場合にも両行為の程度が比較されている。恐らく、それぞれの行為の侵害法益の大小や侵害の量が衡量の要素とされているのであろう。その結果、異質な法益に対する行為の間で均衡の判断を行う余地を一般論として肯定するものと言って良い。なお、緊急避難の害の均衡の判断においては、生命、身体に対する危険を免れるために交通法規に違反した事案で、個人的法益と超個人的法益の衡量すら行われている（長崎家佐世保支決昭和四九年四月一日家月二七卷一六五頁、東京高判昭和五七年一月二九日刑月一四卷一一・一二号八〇四頁等）。

(43) 明照・前掲三〇頁、三浦・前掲曹時二八六七頁参照。反対、橋爪・前掲ジュリスト一六二頁。なお控訴審は、挑発的な有形力の行使と攻撃の十分な予期を以て自招性を認めた上で、攻撃行為と招致行為の一定の均衡を、招致行為と攻撃行為の時間的場所的接近性と並ぶ急迫性を否定する事情と捉えていた。

(44) 川瀬・前掲三〇五頁、大杉・前掲七頁。緊急避難による正当性も否定したものと見るのは、山口・前掲三〇六頁註一八。

(45) 林・前掲判例刑法四五頁、西田・前掲総論一六四頁。

(46) 前掲大阪地判平成二三年七月二二日は、「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」反撃行為に及んだものと認めた。

(47) 最高裁が要件を明示しなかったことに対して遺憾の意を表するのは、浅田和茂「不親切な最高裁判例」速報判例解説八号（平成二三年）一八六頁。さらに、林・前掲判例刑法五一頁、照沼・前掲刑事法ジャーナル一九頁註一六。尤も学説の中には、行為が刑法三六条一項の要件を満しているにも拘らず文言を超えた正当防衛の制限を行うものもある。

(48) 三浦・前掲曹時二八六三頁、赤松・前掲二四頁、明照・前掲三一頁、岡本・前掲刑法の判例七一、七二頁、同・前掲大谷喜壽四〇五頁、木崎・前掲六七頁、川瀬・前掲三〇四頁。なお、急迫性の否定例として、前掲福岡高判昭和六〇年七月八日、前掲仙台地判平成一八年一〇月二三日。

(49) 赤松・前掲二五頁以下、山口・前掲三一〇頁以下、橋爪・前掲ジュリスト一六三頁。

(50) 照沼・前掲筑波一一四、一二六頁。

(51) 三浦・前掲曹時二八六三頁。

(52) 照沼・前掲筑波一二六頁。

(53) 最判昭和五〇年一月二八日（刑集二九卷一〇号九八三頁）。

(54) 山口・前掲三一二頁以下。

(55) 過剰防衛の成立可能性を正当防衛の成立要件との関係で確認しておく、正当防衛状況や「防衛するため」の要件を否定すれば

過剰防衛の余地は一切なくなるが、例えば自招を理由に退避義務を課す等、防衛行為の必要性や相当性の要件を厳格に解するに止めるならば、過剰防衛の成立可能性が残る。本決定は防衛行為の必要性、相当性に言及していないので、初めから過剰防衛にもなり得ないと考えたのであろう。しかし、自招侵害一般について過剰防衛を認めないものと断ずることはできず、本件事案限りでの判断と見ることは可能であると思われる。これまでの下級審にも、自招侵害の事案で過剰防衛の成立を認めた例がある。攻撃の程度が自招者の予測を遥かに上回っていた事案（前掲大阪高判平成七年三月三一日）、攻撃自体の予見可能性なき事案（前掲大阪高判平成一二年六月三二日）に関するものであった。

(56) 前掲Ⅲ二(一)。

(57) 前掲拙稿一〇頁。

(58) 前掲拙稿六頁以下。

(59) 照沼・前掲刑事法ジャーナル二〇頁も同じ帰結を指向するようである（前掲註④も参照）。井上・前掲判例セレクト二八頁は、恐らく自招侵害に対する正当防衛の制限を一般的に否定する立場から、本件では少なくとも過剰防衛の成立可能性を示唆する。本田・前掲一三五頁も同旨か。

本稿の内容につき、刑事判例研究会（平成二十二年六月二十六日於同志社大学）及び刑事法総合研究会（平成二十四年二月二十八日於名古屋大学）において報告を行い、多くの御教示を賜った。記して謝意を表する。