

〈判例研究〉

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛
の成立が否定された事例

最高裁平成 20 年 5 月 20 日第二小法廷決定

平成 18 年（あ）第 2618 号，傷害被告事件，上告棄却

刑集 62 卷 6 号 1786 頁，判時 2024 号 159 頁

三原 憲 三
大矢 武 史

【事実の概要】

(1) 本件の被害者である 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った被告人（当時 41 歳）が，その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから，両名は言い争いとなった。

(2) 被告人は，いきなり A の左頬を手拳で 1 回殴打し，直後に走って立ち去った（以下，「第 1 暴行」という）。

(3) A は，「待て」などと言いながら，自転車で被告人を追い掛け，上記殴打現場から約 26.5 m 先を左折して約 60 m 進んだ歩道上で被告人に追い付き，自転車に乗ったまま，プロレスのラリアットのよう形で，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（以下，「第 2 暴行」という）。

(4) 被告人は，右 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

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例
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、よって、同
人に加療約3週を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせ
た。

第一審判決（東京地八王子支判平成18・7・19刑集62巻6号1794
頁）は、傷害罪の成立を認め、被告人を懲役10月（執行猶予3年）の
刑に処した。弁護人は正当防衛が成立すると主張したが、同判決は「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…全体的にみると、本件は一連の喧嘩闘争というべきであり、「原
則的に正当防衛の観念を入れる余地はない」と判示した。

第二審判決（東京高判平成18・11・29刑集62巻6号1802頁）は、
被告人の控訴に対して、量刑不当を理由に原判決を破棄したが（懲役6
月執行猶予3年）、第1審同様、弁護人の正当防衛が成立する旨の主張
は排斥した。第二審判決は、①被告人が第1暴行を行った際にAの報
復攻撃を十分に予期していたこと、②Aの第2暴行は被告人が第1暴
行によって自招していること、③第1暴行と第2暴行の間に時間的場所
的接着性、事態の継続性があり、第2暴行の内容も第1暴行との関係で
通常予想される範囲を超えるものではないことなどを根拠に、「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
のある侵害とはみとめることはできない」と判示した。

これに対して、被告人が上告を申し立てた。弁護人の上告趣意は判例
違反を主張するものであるが、その実質は、Aによる第2暴行が、被
告人にとっては「不意打ちの危険な加害行為」であり、その急迫性を否
定すべきではないというものである。

【決定要旨】

最高裁第二小法廷は、被告人及び弁護人の上告趣意は適法な上告理由
に当たらないとして同人らの上告を棄却したが、職権で本件における事

実関係を前提として、「正当防衛の成否」について、次のような判断を示した。

「本件の公訴事実は、被告人の前記一(4)の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、Aの前記一(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判決は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。しかしながら、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、一体の事態といえることができ、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決は、結論において正当である。」

【評釈】

一 問題の所在

本件は、被告人が相手方から攻撃され、それに対する反撃として加えた傷害行為について、正当防衛の成否が問題となった事例であるが、被告人が相手方の攻撃に先立って相手方に対して故意に暴行を加えていたことなどから、不正な侵害行為により自ら侵害を招いており、自ら故意に招いた侵害に対する正当防衛の成否が問題となった事案である。

侵害者の侵害（挑発）行為が被侵害者の侵害（反撃）行為を誘発する結果となった場合、侵害者は、被侵害者の侵害行為に対して正当防衛を成しうるかという問題は、「自招侵害に対する正当防衛」という形で議論されている。もっとも自招侵害といっても、その招致行為の態様は、先行行為者の主観によって、①意図的な挑発（正当防衛の名に藉口し、相手の侵害に対する反撃という形式を利用して加害する意図で、ことさ

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例らに挑発してその侵害を招く場合）、②故意的な（未必的故意による）挑発（自己の先行行為に対して相手方が反撃行為をしてくるかもしれないことを予見している場合）、③過失的な挑発（自己の行為に対して相手方が反撃行為をしてくるかもしれないことを予見できたのに予見しなかった場合）の三つに大別できる。学説上、①の意図的挑発の場合、および、②の故意的挑発の場合においては、正当防衛の成立が否定、あるいは、制限されるという結論においてはほぼ一致をみている。しかし、自ら被挑発者の侵害を招いたことによって正当防衛の成立が否定、あるいは、制限されうるとする場合には、いかなる要件の下で否定、あるいは、制限されうるかという正当化根拠をめぐっては、鋭い対立がみられる。その理論的対立は、必然的に、正当防衛の制限に関する正当化根拠の問題へとフィードバックされることとなる。

この自招侵害と正当防衛の問題は、喧嘩闘争と正当防衛という問題の一環として古くから論じられてきたが、現在では、ドイツの判例・学説の影響を受けて、正当防衛論における重要な論点の一つとして盛んに議論されている。ドイツでは、学説上、侵害の予期がある場合はどうかという形では議論されず、判例から出発して、「正当防衛権の社会倫理的制限」というテーマの下、防衛状況に至ったことについて自己に何らかの落度のあるケースに首尾一貫した解決を与えようとされる⁽¹⁾⁽²⁾。これに対して、わが国では、①の意図的な挑発を中心に議論が展開されてきた。そこでは、侵害が予期されたにもかかわらず回避せず進んでその状況に身を置いたということが重視され、行為者の落度や原因行為の性格は必ずしも正面から問題とされてこなかった⁽³⁾。

自招侵害と正当防衛という問題は、一部の例外を除き、侵害の急迫性及び防衛意思に関する最高裁の一連の判例理論に従って解決されることが多く、自招侵害と正当防衛の問題につき正面から判示した裁判例は多いとはいえない⁽⁴⁾。そして、自招侵害と正当防衛に関する判例は、概ね正当防衛を認めることに消極的であるが、どのような場合に正当防衛が否

定されうるのか、刑法 36 条に規定されるどの要件が否定されるのかについて一致した判断枠組みが確立されていない。

そのような中、本決定は、自招侵害に際して正当防衛が否定される基準、すなわち、①不正な行為により侵害を招いたこと、②被害者の攻撃と被告人の暴行とが時間的・場所的に一連一体の事態といえること、③被害者の攻撃が被告人の暴行の程度を大きく超えるものでないこと、という 3 つの基準を示したものとして注目に値する⁽⁵⁾。とりわけ、「不正な行為により自ら侵害を招いたものといえること」という基準によって正当防衛の成立を否定した点に、本決定の新しさと問題がある。また、急迫性を否定した第二審判決との判断枠組みとの相違も見られる。そのため、以下において、判例の動向を概観したうえで、本件第一審、第二審判決および最高裁決定について検討し、その位置付けを行いたい。

二 わが国の判例

(1) 従前の判例

自招侵害に関して、当初、大審院は、「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当防衛ヲ行使スルコトヲ妨ケサル」と判示し、傍論ではあるが、自ら招いた侵害に対しても正当防衛を行使しうることを明らかにしていた⁽⁶⁾。下級審判例には、喧嘩闘争であること、故意に侵害を誘致したことを理由に正当防衛を否定するものが現れた⁽⁷⁾が、その後は、喧嘩闘争と正当防衛の問題を「喧嘩両成敗」の原則によって処理し、正当防衛の成立を否定する立場をとるに至った⁽⁸⁾。

最高裁も当初この原則を継承し、相互闘争状況においては、たとえ闘争者の一方がもっぱら防衛行為を行っているように見えても、闘争の全般を全体的に観察することで正当防衛の成否を決するという立場にあった⁽⁹⁾。しかし、最判昭和 23 年 7 月 7 日大法廷判決は、「いわゆる喧嘩は、……闘争の全般からみては、刑法 36 条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」と判示し、喧嘩闘争の場合であっても正当防衛成立

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例の余地があることを認めるに至った。昭和32年1月22日の最高裁判決も「所謂引用の大法廷の判例の趣旨とするところは、……喧嘩闘争はこれを全体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様態によっ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ますという両面を含むものと解することができる」として、喧嘩闘争の場合においても正当防衛成立の余地があることを認めた。

こうして、当初の最高裁判例によって、闘争の全体的観察という評価によって正当防衛の成否を判断するという一定の枠組みは示されたが、正当防衛の成否を決する具体的な判断基準は示されなかった。そのため、その後の最高裁判例では、喧嘩闘争と正当防衛の問題を刑法36条の具体的な要件論から制限していくようになる。⁽¹⁰⁾ その中で、侵害の急迫性概念が、侵害に先行する諸事情を考慮すべき要件として位置付けられるに至った。⁽¹¹⁾

喧嘩と正当防衛に関する判例理論の到達点と評される最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁は、「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」（傍点筆者）と判示し、予期された侵害に対して積極的加害意思をもって対峙した場合には侵害の急迫性が否定されるとした。同決定における積極的加害意思とは、侵害の予期を前提として生ずる対抗行為以前の段階における意識内容であると解される。⁽¹³⁾ そのため、同決定は結局のところ、侵害に先行する時点における防衛行為者の主観的状況を根拠として、正当防衛の成立を否定したものと評価される。⁽¹⁴⁾

その後の判例は、上記最高裁昭和52年決定が示した判断枠組みに従い急迫不正の侵害が存在しないことを根拠として正当防衛の成立を判断する傾向にあった。侵害行為に急迫性が存在しないというためには、被告人において侵害行為を事前に予期していたことが重要な意味を有する

こととなる。すなわち、喧嘩が中断し、新たな局面において新たな侵害があったと認められる場合に、一般的に新たな侵害を予期していたというだけでは急迫性は失われない。被侵害者の攻撃を具体的に予期し、闘争の準備を行い、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）で侵害に及んだ場合に、急迫性が失われ、結果として、正当防衛の成立が否定されることになる。また、軽微な攻撃に対して予測外の重大な反撃があった場合などに応戦したような場合には、なお急迫性が認められるということになる。⁽¹⁵⁾ これらの場合に、喧嘩両成敗の原則を適用すれば不当な結果を招くこととなる。

(2) 近時の判例

従前の下級審判例は、刑法 36 条に規定される要件によって正当防衛を制限する手法を採用し、一部の例外を除いて、侵害の予期と積極的加害意思という主観的な事情を基礎として侵害の急迫性を否定する最高裁の判断枠組みに依拠して、自招侵害と正当防衛の問題を処理してきた。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

たとえば、東京高裁昭和 60 年 6 月 20 日判決は、⁽¹⁸⁾「被告人が憤激して、『てめえやるのか。』と言いながら、坐っている L の胸ぐらを掴んで引き立たせ、L に喧嘩を挑んだため、L はこれに誘発されて被告人の腹部を膝蹴りする暴行に」及び、被告人もこれに対して手けんで L の顔面を殴打し、L がガラスびんで被告人を殴打するや、被告人が L をコンクリート床面に投げ倒し、以後 L に対し一方的に執拗な攻撃を加えたという事案について、「L の胸ぐらを掴んで同人を引き立たせた際、L 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 L に対して加害の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」と判示し、正当防衛・過剰防衛の成立を否定している。同判決は、L の反撃を予期しつつ、積極的加害意思をもって挑発に及んだことを根拠として、侵害の急迫性を否定している。⁽¹⁹⁾

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例

一方、近時の下級審判例の中には、自招侵害の場合に積極的加害意思がなくとも、一定の場合には正当防衛を否定するものもある。その中には、先立つ行為の違法性、あるいは、被害者の不正侵害が「通常」予測可能であるといった、客観的な基準を基礎として侵害の急迫性を判断するものがある。⁽²⁰⁾

福岡高裁昭和60年7月8日判決は、⁽²¹⁾夜半被告人方に上がり込んで文句を言った被害者が、被告人から激しい暴行を受けたことから、謝罪を迫るため約20分後、包丁を持って被告人宅に来て、5分ないし10分の間、玄関戸外側から怒鳴りながら足蹴にしたので、被告人は、そのまま放置すれば被害者があきらめて帰宅するであろうと認識しながら、鬱憤を晴らすとともに、同人を追い払おうと企て、竹棒を突き出して傷害を与えたという事案について、「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って、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、これをもって防衛のための已むを得ない行為（防衛行為）にあたることもできないものと解するのが相当である」と判示した。同判決は、①侵害が不正な侵害行為により直接、時間的に接着して惹起されたこと、②侵害行為が通常予期される態様・程度にとどまり、少なくとも侵害が軽度にとどまっていること、という二つの客観的な基準を基礎として侵害の急迫性を否定している。そのため、同判決が、先行する暴行時の被告人の意思内容について言及せず、先行行為と侵害行為との間の客観的な関係ないし侵害行為の予見可能性に着目し、侵害が軽度かつ継続的なものであることを併せ考慮して、急迫性を否定したことは、従来の最高裁の判断枠組みから「一步踏み出して、侵害の急迫性が否定される新たな類型を創出したもの」と評価されている。⁽²²⁾

(23)

東京地裁 63 年 4 月 5 日判決は、被害者から借金の清算を迫られている被告人が、深夜被害者方に赴いてその減免を求め、「何だこの野郎、叩きつけてやろうか。」などと怒鳴りながら被害者を突き飛ばして転倒させたところ、被害者が傍らにあった石塊を投げつけ、それが頭部に当たったため、被告人が激高して被害者を殴打などして殺害したという事案について、「被害者の被告人に対するこれらの侵害行為は、A 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、被告人の受傷状況や被告人自身被害者が自分をやっつけるとか殺すとかいう感じは受けなかった旨供述していることからみても、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作り出した状況とみなしなければならず、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」として、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 36 条における『不正』の要件を欠くから、これに対して正当防衛および過剰防衛は成立しないと判示した。同判決は、故意による違法な行為によって招致された侵害が、その程度において被告人による暴行等と比較して過剰なものではなく、通常予想される範囲内のものであったことを理由として、侵害の不正性を否定している。すなわち、被告人の故意の違法行為により侵害が招致されたという先行行為と侵害行為との客観的な関係を挙げつつも、侵害が通常予想される範囲内のものであったことという要件により侵害

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例の不正性を否定することによって正当防衛状況自体を否定している。このように、侵害の予期と積極的加害意思により急迫性の要件を否定するのではなく、あえて不正性を否定する理論構成を採ったのは、先行行為がそれ自体で完結している可能性があり、侵害に臨む時点において被害者の攻撃を予期してそれと同等以上の攻撃を加えるという積極的加害意思があるとは認め難かったものと、また、先行行為と侵害行為との間の客観的な関係を理由に侵害の急迫性を否定しなかったのは、急迫性に関する判例理論との矛盾を懸念したものと考えられている。⁽²⁴⁾ 先行行為と侵害行為との間の客観的な関係ないし侵害行為の予見可能性に着目し、侵害が軽度かつ継続的なものであることを併せ考慮して、急迫性を否定した前記福岡高裁判決とも異なる理論構成により正当防衛の成立を否定していることが注目される。

次に、東京高裁平成8年2月7日判決は、⁽²⁵⁾ ラッシュ時の駅のホーム階段で被告人に衝突したAと被告人とが争いとなり、被告人が駅長室に同行を求めためAの腕を掴んだところ、Aは被告人の顔面を平手打ちして軽傷を負わせたので、被告人はAが着用していたポロシャツの袖口付近を掴んで引っ張り同人を転倒させたという事案において、「被告人がA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A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A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Aによる反撃は直ちに止むのであるから、被告人がA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、A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、急迫性に欠けると解するのが相当である」と判示して、正当防衛・過剰防衛の成立を否定した。ここでは、「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」侵害に対しては、侵害の急迫性が欠けて、正当防衛ができない

とされていることが重要である。

以上から、近時の判例は、被告人における侵害の予期と積極的加害意思を問題として急迫性の有無によって正当防衛の成否を判断するという最高裁判例の立場に依拠するのではなく、①自己の不法な行為により侵害を招致したこと、②招致された侵害が通常予想される範囲内にとどまっていること、を根拠として正当防衛を否定する傾向にあるといえる。

以下、本決定について、その意義と問題点を検討したい。

三 本件第一審判決及び第二審判決の概要とその評価

1 第一審判決の概要と評価

(1) 第一審判決⁽²⁶⁾

弁護士および被告人は、被告人がAに対して第一暴行を行っていないのであるから、被告人の第三暴行は、Aのラリアット攻撃に対する正当防衛であるとして無罪を主張した。しかし、第一審東京地方裁判所八王子支部は、「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、甲は、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。」と判示し、被告人に懲役10月執行猶予3年を言い渡した。

本件第一審判決は、第一暴行の存在を認定し、さらに、第一暴行から第三暴行を一連の喧嘩闘争であると位置づけて、原則的に正当防衛は認められないとした。これは、喧嘩と正当防衛の問題を「喧嘩両成敗」の原則によって全面的に否定する立場に従ったものといえる。しかし、前

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例述のように、最高裁判例により喧嘩闘争の場合であっても正当防衛成立の余地が認められるに至った現在においては、事案をより詳細に検討する必要があったように思われる。

(2) 第二審判決⁽²⁷⁾

第一審の判決を受け、弁護人は、「被告人の本件現場での殴打行為は正当防衛に該当し、被告人は無罪であるのに、喧嘩闘争で原則的に正当防衛の観念を入れる余地はないなどとした原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認、ひいては、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある」として控訴した。

第二審東京高等裁判所第11刑事部は、第一審判決を破棄し、以下のように判示した。

「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に対して第一暴行を加え、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かけて行き、約90メートル先で追い付いて、第二暴行を加えており、Aの被告人に対する第二暴行は、甲がAに対して第一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、第二暴行は、第一暴行と時間的にも場所的にも継続性があり、第二暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手による一回限りの殴打に過ぎず、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認めることはできない。したがって、これに対応した甲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

い。」と判示した。ただし、量刑について、「原判決の量刑は刑期の点においていささか重きに過ぎるといわざるを得ない。」として、被告人に懲役6月執行猶予3年を言い渡した。

本件第二審判決は、①挑発行為により相手が報復攻撃に出ることを被告人が十分予期していたこと、②Aの第二暴行は被告人の第一暴行により招いたものであること、③Aの第二暴行は、第一暴行と時間的・場所的に継続性があること、④第二暴行は、第一暴行との関係で通常予想される範囲を超えるものとははいえないこと、を理由として、侵害の急迫性を否定している⁽²⁸⁾。

被告人は、第一暴行後直ちに逃走しており、Aの侵害を積極的に迎撃したわけではないので、積極的加害意思を認定することは困難であった⁽²⁹⁾。第二審判決は、積極的加害意思という表現は用いていないものの、侵害の予期を基準の一つとして挙げて急迫性の要件を検討し、正当防衛の成立を否定していることから、従前の最高裁の判断枠組みを踏襲あるいは意識したものといえる。

四. 本決定の検討

(1) 本決定の意義

本決定は、第一審判決および第二審判決と結論を同じにするものであるが、自招侵害と正当防衛に関して、最高裁が正当防衛の否定される基準を示したものととして注目に値する。

すなわち、本決定は、Aの侵害（第二暴行）について、「被告人の暴行（第一暴行）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」であるとし、さらに、Aの攻撃は被告人の第一暴行の程度を大きく超えるものでないとしたうえで、「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」にはないと判示している。つまり、そこで示された要件は、①相手の侵害を不正の行為により自ら招いたといえること、②相手の侵害が一連、一体の事態といえること、③

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例相手の攻撃が被告人の先行行為の程度を大きく超えるものでないこと、である。

前述のように、第二審判決は、被告人がAの侵害を予期していたことを要件の一つとして挙げて侵害の急迫性を否定したという点において、最高裁判例の判断枠組みを踏襲あるいは意識したものと評価することがでる。

これに対して、本判決は、侵害の予期の存否について一切言及することなく、上記3つの一連の事態についての客観的な事実により正当防衛の成立を否定しており、第二審判決との相違が際立っている。正当防衛の要件論についても、「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」と述べるにとどまっている。このことから、本決定は、昭和52年決定とは異なる論理によって、正当防衛の成立を否定していることが明らかであり、①自己の不法な行為により侵害を招致したこと、②招致された侵害が通常予想される範囲内にとどまっていることによって正当防衛を否定する近時の判例の流れの延長線上に位置づけることができると考える。

(2) 本決定の問題点

もっとも、本決定は、正当防衛の成立を否定した原判断を支持したにすぎず、しかも、「反撃行為が正当とされる状況における行為とはいえない」ことを理由として正当防衛の成立を否定しているのであって、正当防衛の要件のうちいずれが欠けるとの理由付けを示していない⁽³¹⁾。本決定が、侵害の急迫性を否定する趣旨か否かは定かでないが、少なくとも本件のような事実関係の下においては、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。最高裁の判断枠組みとは明らかに異なる判断基準を用いているところに本決定の新しいさと同時に問題点がある。

すなわち、本決定は、第三暴行に対する正当防衛を否定する基準とし

て、不正な自招行為という新たな基準を用いているのであるが、これは、刑法 36 条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。刑法 36 条は、急迫不正な侵害行為と正当防衛行為という対立軸を規定しているにすぎないのであり、侵害を自ら招いたことが正当防衛の客観的要件を否定する要素となりうるかが問題となる。

被挑発者の攻撃が挑発行為に対する正当防衛に当たる以上、挑発者はそれに対して反撃することは許されない。しかし、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ないであろう。したがって、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り、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。自らの不正の行為によって被挑発者の侵害を招いたとしても、被挑発者の行為が防衛行為とは認められない場合、あるいは、通常予期される程度を超えた過大な反撃は急迫性を有するものと考ええる。意図的挑発においても、本来的に、被挑発者は挑発されたからといって侵害に及ぶことが許されるわけではなく、あくまで、挑発行為が「急迫不正の侵害」に該当すれば、その侵害に応じた反撃が許容されるにすぎない。挑発がそもそも「急迫不正の侵害」に該当しない場合や、挑発は「急迫不正の侵害」に該当するが、通常予期される程度を超えた反撃がなされた場合には、被挑発者の行為は違法であって、それに対して正当防衛をすることは可能である。過失による自招侵害においてはなおのことである。

本事案においても、端的に、A の攻撃との関係で被告人の傷害行為を評価すれば足り、少なくとも過剰防衛（質的過剰ないしは量的過剰）の成立を検討する余地は十分にあったといえる。本決定では、被告人は A に暴行した後、逃走しており、挑発行為それ自体は既に終了してい

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例るので、A のリアット攻撃がたとえ被告人の先行行為に触発され、一連の事態ということができたとしても、被告人の暴行によって触発される攻撃として通常予想されるのは、例えば被告人に対する現行犯逮捕に付随する程度の有形力の行使であって、しかもそれが正当化されるのは、既に行われた被告人の暴行に対する攻撃として相当だからではなく、現行犯逮捕の要件を備えている場合だけである。したがって、A のリアット攻撃がそのような有形力の程度を超えていると判断できる場合、その部分についてA の攻撃は急迫不正の侵害であり、被告人の反撃が正当防衛に当たる余地は残されていると考えられる。

ただし、A の攻撃が急迫不正の侵害にあたり、被告人は防衛状況にあったとしても、被害者に加療3週間を要する傷害を負わせたことは、防衛の程度を超えており、過剰防衛にあたると考える。

五 おわりに

いわゆる自招侵害が問題となる事案は、比較的頻繁に生じるものと考えられるが、これまで最高裁の判例はなく、下級審判例・学説等においては一定の蓄積があるにもかかわらず、その考え方、判断方法等については必ずしもまとまっていなかった。本決定は、このような状況下で、自招侵害の事案における実際的な判断の枠組みを提示したのとして重要な意義を有する。今後の判例の展開を待ちたい。

- (1) ドイツにおける自招侵害に関する判例については、原田保「自招侵害に対する正当防衛」判タ383号34—35頁、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻2号（1984年）171頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985年）106頁以下、明章博章「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」法律論叢72巻1号（1999年）66頁以下、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）178頁以下、吉田宣之「『自招侵害』と正当防衛の制限—最高裁判所平成20年5月20日第二小法廷決定（本誌2024号159頁）を素材にして」判時2025号（2009年）5頁以下等参照。

- (2) ドイツにおける自招侵害に関する学説については、大嶋一泰「挑発行為と正当防衛」福岡大学法学論叢 17 卷 4 号 (1973 年) 537 頁以下、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法学協会編『法学協会雑誌百周年記念論文集』第二卷 (有斐閣, 1983 年) 730 頁以下、山本・前掲論文 182 頁以下、山中・前掲書 119 頁以下、津田重憲『正当防衛の研究』(時潮社, 1985 年) 189 頁以下、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(多賀出版, 1991 年) 197 頁以下、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(1992 年) 61 頁以下、同・前掲論文 5 頁以下、岡本昌子「自招侵害について」同志社法学 261 号 (1999 年) 1083 頁以下、橋爪・前掲書 253 頁以下等を参照。なお、小林憲太郎「自招防衛と権利乱濫用説」研修 716 号 (2008 年) 3 頁以下も参照。
- (3) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005 年) 172 頁参照。
- (4) 自招侵害と正当防衛に関する判例を検討するものとして、川端博『正当防衛権の再生』(成文堂, 1998 年) 93 頁以下、明照博章「正当防衛における『自招侵害』の処理(1)～(2)」松山大学論集 21 卷 1 号 (2009 年) 237 頁以下、2 号 (2009 年) 159 頁以下等がある。
- (5) 本判決の評釈として、赤松亨太・研修 723 号 (2008 年) 21 頁以下、本田稔・法セミ 644 号 (2008 年) 135 頁、橋爪隆・平成 20 年度重判解 (2009 年) 174—175 頁、同・ジュリ 1391 号 (2009 年) 159 頁以下、井上宜裕・判セ 2008 (2009 年) 28 頁、明照博明・判評 611 号 (2010 年) 197 頁以下がある。なお、本判決を素材とした研究として、照沼亮介「正当防衛と自招侵害—最高裁平成 20 年 5 月 20 日第二小法廷決定を素材として—」刑事法ジャーナル 16 号 (2009 年) 13 頁以下、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル 19 号 (2009 年) 45 頁以下、山口厚「正当防衛論の新展開」曹時 61 卷 2 号 (2009 年) 297 頁、吉田・前掲論文 3 頁以下等がある。なお、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 734 号 (2009 年) 3 頁以下、とくに、8 頁以下も参照。
- (6) 大判大正 3 年 9 月 25 日刑録 20 輯 1648 頁。同判決については、川端・前掲書 99 頁以下参照。
- (7) 大阪控判大正 14 年 10 月 22 日法律新聞 2479 号 6016 頁 (14 頁) は、被告人が貸座敷で遊興中、Y からその同伴者 I に挨拶することを求められたが、それに応じなかったため、両者は口論となり、被告人が Y を殴打するに至ったところ、I は憤って屋外に立ち去ったが、その後出刃包丁を携帯して引き返してきて、突然被告人に切りかかったため、被告人は所持していた匕首で I を殺

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例

害したという事案において、正当防衛の成立を否定した。なお、後に、大判大正15年4月6日大審院判例拾遺1巻刑事判例26頁は、Iの侵害を「突如」の侵害であり、それゆえ「急迫不正の侵害」に当たるとして、大阪控訴院の判決を破棄し、正当防衛の成立を認めた（橋爪・前掲書130頁）。

- (8) 大判大正14年6月3日刑集4巻6号354頁、大判昭和5年9月27日刑集9巻10号691頁、大判昭和7年1月25日刑集11巻1号1頁、大判昭和8年10月14日刑集12巻19号1776頁、大判昭和14年3月6日刑集18巻3号81頁など。なお、草野豹一郎博士は、「一口に喧嘩闘争といっても、事情如何によっては、正当防衛と解すべき場合があり得るのではあるまいかと、疑ふのである」と批判されていた（同「喧嘩と正当防衛」同『刑事判例研究』第一巻（巖松堂1934年）20頁）。

故意による自招侵害の場合に正当防衛を否定する戦後の下級審判例として、名古屋高判昭和25年3月9日特報6号117頁、東京高判昭和29年5月26日東時5巻5号198頁、広島高判昭和30年11月14日裁特2巻22号1165頁、東京高判昭和36年8月31日東時12巻8号156頁がある。なお、堀籠幸男＝中山隆夫「正当防衛」大塚仁ほか『大コンメンタール刑法』第二巻〔第二版〕（青林書院、1999年）361頁参照。

- (9) 最判昭和23年5月1日刑集2巻5号431頁、最大判昭和23年7月7日刑集2巻8号793頁、最判昭和24年10月15日裁判集刑12号211頁、最判昭和26年2月20日刑集5巻3号410頁、最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁。
- (10) 予期された侵害には急迫性が欠けるとしたものとして、最判昭和30年10月25日刑集9巻11号2295頁がある。同旨、最判昭和24年11月17日刑集3巻11号1801頁。憤激して反撃した場合には防衛の意思が欠けるとしたものとして、最決昭和33年2月24日刑集12巻2号297頁がある。
- (11) 前掲・最判昭和24年11月17日、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁。
- (12) 本判決については、香城敏磨「刑法36条における侵害の急迫性」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和52年度）』（法曹会、1980年）235頁以下、西田典之「侵害の急迫性」『別冊ジュリスト刑法判例百選I総論』（第四版）（有斐閣、1997年）48—49頁等を参照。
- (13) 安廣文夫「殺人につき防衛の意思を欠くとはいえないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和60年度）』（法曹会、1989年）150頁参照。

- (14) 橋爪・前掲判批ジュリ 1391 号 160 頁。
- (15) 大阪高判昭和 53 年 6 月 14 日判タ 369 号 431 頁は、実弟から暴行を受けた被告人が、いったん暴行が終了した後も実弟がさらに暴行をふるうことが予期されたところ、実際に実弟が被告人の居室に乗り込んで暴行に出ようとしたため、包丁で応戦したという事案について、侵害を予期していたが、被告人にはその機会を利用し積極的に加害行為に及ぼうとするまでの意思はなかったとして侵害の急迫性を肯定し、過剰防衛の成立を認めている。また、最判昭和 59 年 1 月 30 日刑集 38 卷 1 号 185 頁は、以前から不和であった寮仲間の H から酒店で暴行を受けた被告人が、帰寮した後も憤懣が収まらず、木刀と理髪鉋を持って、帰寮した H に対峙したが、他の寮仲間が仲裁に入ったため、H と話し合いをするために木刀を下駄箱の裏に投げ捨てたところ、H がその木刀を取り上げて襲ってきたため、最初は逃げ回っていたが、そのうち持っていた理髪鉋で H の胸部等を突き刺して死亡させたという事案について、被告人が H の攻撃を予期していたものとは認められないという理由で侵害の急迫性を認め、過剰防衛として処断している。前者は、積極的加害意思が欠けることを根拠として侵害の急迫性を否定している。後者は、侵害の（確実な）予期が欠けることを根拠に急迫性を肯定しており、最高裁判例の立場を前提としたものである。同様に、侵害の予期と積極的加害意思を否定して正当防衛の成立を認めたものとして、東京地判平成 8 年 3 月 12 日判時 1599 号 149 頁がある。同判決は、「被告人としても、C 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とはできない」としている。なお、金澤真理「正当防衛における積極的加害意思と侵害の急迫性」法学 57 卷 5 号（1993 年）709 頁以下、明照博明「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」法律論叢 72 卷 1 号（1999 年）45 頁以下、同「わが国の判例における積極的加害意思の急迫性に及ぼす影響について」法律論叢 72 卷 5 号（2000 年）127 頁以下等参照。
- (16) 最高裁昭和 52 年決定以降の下級審判例に関して詳細な検討を加えるものとして、山本輝之「『喧嘩と正当防衛』をめぐる近時の判例理論」帝京法学 16 卷 2 号（1987 年）155 頁以下、斎藤信治「急迫性（刑法 36 条）に関する判例の新展開」法学新報 112 卷 1 = 2 号（2005 年）、橋爪・前掲書 154 頁以下がある。

自招侵害（自ら招いた正当防衛状況）において正当防衛の成立が否定された事例

- (17) 侵害の予期と積極的加害意思の存在を理由として、正当防衛の成立を否定したものとして、東京高判昭和55年5月29日東時31巻5号69頁、東京高判昭和60年5月15日東時36巻4＝5号28頁、東京高判昭和60年8月20日判時1183号163頁、札幌地判平成元年10月2日判タ721号249頁、大阪高判平成7年3月31日判タ887号259頁がある。
- (18) 高刑集38巻2号99頁。
- (19) 橋爪・前掲書166頁参照。
- (20) 東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁など。
- (21) 刑月17巻7＝8号635頁。
- (22) 的場純男＝川本清巖「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2001年）118—119頁。
- (23) 判タ668号223頁。
- (24) 的場＝川本・前掲論文120頁。
- (25) 東京高判平成8年2月7日判時1508号145頁。評釈として、吉田宣之・判評463号（1997年）69頁以下がある。
- (26) 刑集62巻6号1794頁以下。
- (27) 刑集62巻6号1802頁以下。
- (28) 山口厚教授は、「a）侵害の予期・招致と、b）招致された暴行が通常予想される範囲を超えたものでないことであり、侵害の招致について、時間的・場所的接着性、事態の継続性による限定がなされていると理解できる」とされている（山口・前掲論文「正当防衛論の新展開」305頁）。
- (29) 照沼・前掲論文18頁。
- (31) 本田・前掲判批135頁、林・前掲論文46頁。