慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	自招侵害につき正当防衛が否定された事例
Sub Title	
Author	川瀬, 雅彦(Kawase, Masahiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.20 (2011. 8) ,p.293- 308
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例評釈(刑事)
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110825-0293

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例評釈（刑事）

自招侵害につき正当防衛が否定された事例

川　瀬　雅　彦

【評釈判例】

最高裁第二小法廷平成20年５月20日決定刑集62巻６号1786頁（控訴審東京高判平成18年11月29日、第一審東京地八王子支判平成18年７月19日）

【事案の概要】

⑴　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かった被告人（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。

⑵　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。

⑶　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26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、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。

⑷　被告人は、上記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、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。

【一審判決の要旨】

「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。」と判示し、被告人に傷害罪の成立を認めて懲役10月・執行猶予３年とした。

これに対し、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。

【二審判決の要旨】

「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掛けていき、約90m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、被告人が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接着しており、事態にも継続性があり、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。」と判示した。

なお、量刑については、「被害者においても、いかに被告人から先に暴行されるなどの挑発を受けたにせよ、その場を立ち去ろうとした被告人を殊更追い掛けて、相当強烈な暴行を振るったもので、これがなければ、被告人による本件傷害事犯にまでは至らなかったと想定でき、少なからず落ち度があるとみられる。」などの事情を指摘した上、5か月余の身柄拘束、罰金前科1犯以外の前科がないことなどの事情を考慮し、「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、原判決の懲役10月・執行猶予3年を懲役6月・執行猶予3年とした。

これに対し、被告人及び弁護人は、「Aによる第二暴行に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する」旨主張して、上告した。

【最高裁の決定要旨】

「弁護人の上告趣意は、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であり、被告人本人の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない。」として本件上告を棄却した。

正当防衛の成否につき職権で判断が示されたが、その要旨は、「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。」というものであった。

【評釈】

1　はじめに

本件は、いわゆる自招侵害と正当防衛、すなわち防衛者自らが不正の侵害を招いた場合に、その防衛行為に正当防衛の成立を認めることができるかが問題となったものである。これまで自招侵害と正当防衛という事例について正面から判示した最高裁の判例はなかったものの、下級審の判例や学説等においては、おおむね正当防衛を認めることには消極的であった。しかし、正当防衛が否定される理論的根拠や要件・判断基準をめぐっては、種々の見解があって必ずしも統一されていない感があった。そうした中で、本決定は、最高裁として初めて自招侵害の事案について一定の判断枠組みを示したものであり、実務上も大いに参考になるものと思われる。

とはいえ、本決定がいかなる理論的根拠に基づいて正当防衛の成立を否定したのかについては、必ずしも明確とはいえず、その理論的根拠・要件等については、なお議論の余地があり得る。すなわち、本件では、一審、二審及び本決定を通して、いずれも被告人に正当防衛の成立を否定した結論においては一致しているものの、その理由付けについては、それぞれ異にしており、一審判決が、「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。」としたのに対し、二審判決は、「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。」とした。それらに対し、本決定は、「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。」としたのである。

端的にいえば、一審判決が本件をいわゆる喧嘩と正当防衛の問題として捉え、「喧嘩両成敗」の思想により喧嘩については正当防衛は認められないとし

た大審院の判例（大判昭7. 1. 25集11. 1）の考え方に沿って正当防衛を否定したものと思われるのに対し、二審判決は、刑法36条１項に規定する「急迫」性の要件の問題として捉え、それが欠けるとしたものと思われる。それらに対し、本決定の理由とするところは、「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」とするのみで、果たしていかなる理論的根拠によったものか、必ずしも一義的に明確でないように思われる。そこで、以下では、これまでの判例・学説などを踏まえて、本決定の理論的根拠・意義等について検討することとする。

２　自招侵害が問題となる場合

自招侵害と正当防衛の問題については、論者により、それぞれが想定している事例が必ずしも共通しているとはいえず、このように議論の前提が異なるために、正当防衛が否定されるとの結論を導く、その理論構成においても様々なことが語られる傾向があるように見受けられる。そこで、本来的に自招侵害として議論される事例は、どのようなものかを明らかにしておくことが議論を進めるうえで有益であると考えられる。なお、以下では、本決定の事例に則していえば、被告人の当初の暴行を挑発行為、それに触発されたＡの攻撃を侵害行為、それに対抗する被告人の反撃行為を防衛行為と呼ぶこととする。

一般に言われているように、挑発行為自体が過失による場合や、極めて軽微と評価されるべき挑発行為であって、相手方の軽微な反撃行為が予想されるような挑発に対して、相手方が異常に反応して重大な法益を侵害する行為をしてきた場合などには、なお「急迫不正の侵害」の要件を認めて正当防衛が許されるとしてよいであろうし（ただし、この場合には「相当性」の判断が厳格になることはあろう。）、逆に、挑発行為が暴行罪、脅迫罪等を構成するなど違法な場合であって、しかも、それらにつき侵害の継続性が肯定されるような場合には、その挑発行為自体が急迫不正の侵害となり、それに対する相手方の侵害行為は正当防衛とされることから、その侵害行為に対して被告人が正当防衛として対抗することはできないのは明らかである。したがって、そのような事例に

ついては、広義では自招侵害の一類型と位置づけることもできようが、それらについては、正当防衛の要件論の問題として解決すれば足りよう。それに対し、本来的に自招侵害と正当防衛が問題となるのは、挑発行為に対する相手方の侵害行為が「急迫不正の侵害」と認められ、それに対する防衛行為が形式的には正当防衛といえるものの、実質的にみれば、これを正当防衛として違法性阻却の効果を認めるのが相当でないと認められるような場合であろう。

本件の一審判決は、前記のように、挑発行為と防衛行為の一体性を認定して喧嘩闘争の事例であるとして正当防衛を否定しているが、果たして本件は喧嘩闘争の事例と見るべきであろうか。確かに、これまで自招侵害と正当防衛の問題は、喧嘩闘争と正当防衛の問題の一環として取り扱われることが多かったと思われるし、実際にも、挑発行為の相手方が挑発に応じた結果喧嘩闘争に発展するといった事態も容易に想定されるし、攻撃・防御の一場面のみに着目すれば、急迫不正の侵害に対して防衛行為を行ったとも見える事態に対していずれも正当防衛の成立範囲を限定しようとするものである点で共通した側面を有していることも事実で、両者に截然たる違いを見出すのは困難な面があることは否めないように思われる。

しかし、元来、喧嘩闘争の場合には、いわゆる「喧嘩」といえるほどに、当初から互いに暴行を加え合って闘争状況になるような場合、すなわち、闘争状況を現出させるに至った当初の原因につき双方いずれにも同等ないしそれに類似する帰責性（いわば、「どっちも、どっち」と言えるような場合）が存在するような場面が想定されているものと思われる。

喧嘩闘争について、いわゆる喧嘩両成敗の思想により、正当防衛の観念を容れる余地がないとした大審院の判例（大判昭7. 1. 25刑集11. 1）も、「所謂喧嘩ヲ為ス闘争者ノ闘争行為ハ互ニ相手方ニ対シ同時ニ攻撃及防禦ヲ為ス性質ヲ有スルモノニシテ」と判示しており、また、喧嘩闘争についても正当防衛の成立の可能性を認めたとされる最高裁の判例（最大判昭23. 7. 7刑集2. 8. 793）も、「互に暴行し合う所謂喧嘩は、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」と判示しているところである。

それに対し、自招侵害の場合には、一連の攻撃・防御の応酬に至った過程に客観的には挑発者の違法な挑発行為が先行していて、闘争状況を現出させるに至ったことにつき挑発者側に法が黙認し難いような帰責性（いわば、「先に手を出した」と言えるような場合）が認められるような場合が想定されているものと思われる。このように、自招侵害と正当防衛の論点と喧嘩闘争と正当防衛の論点とは、相互に共通する面を有しながらも、やはり問題の局面を異にしており、本来的には（あるいは厳密には）別個の問題として扱うべきではないかと思われる[1)]。

本決定の事例では、ごみ集積所にごみを捨てていたＡと被告人が言い争いになり、被告人がいきなりＡの左ほおを手けんで殴打するという、それまでの単なる言い争いから局面を異にする、いわば法の黙認し難い違法な暴行を被告人が先行して加えているのであるから、前記の区別に従えば本件は厳密には自招侵害の事例と見るべきであろう。そうだとすれば、一審判決が、「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」としたことには、事案の認定として異論を差し挟む余地もあるように思われる。

3　従来の学説・判例

これまでの我が国の学説においても、自招侵害に関して正当防衛の成立を否定するのが一般であると思われるが、その理由を大別すれば、（イ）刑法36条１項に規定された要件のいずれかが欠けるとして正当防衛を否定しようとするものと、（ロ）刑法36条１項の要件論を超えた、いわば正当防衛の正当化根拠に遡って正当防衛を否定しようとする見解である。前者に属するものとして

1）的場純男＝川本清巌・新実例刑法〔総論〕113頁「攻撃・防御の一場面のみに着目すれば、急迫不正の侵害に対して防衛行為を行ったとも見える事案について、正当防衛の成立範囲を限定しようとするものである点で、喧嘩闘争と正当防衛という論点と本問とは共通する面が多い。しかし、喧嘩闘争と正当防衛という論点が、互いに暴行を加え合う喧嘩闘争の状況を原型とするものであるのに対し、本問は、攻撃・防御の応酬に至る過程に客観的な挑発行為が先行していることを理由とするものであるから、両者の出発点及び問題局面は互いに異なり、一部で交差する二つの円のような関係にあるといえよう。」

は、「防衛の意思を否定する見解」、「急迫性を否定する見解」、「防衛行為の相当性を制約する見解」などが見られる。これに対し、後者に属するものとしては、「権利の濫用とする見解」、「原因において違法な行為の理論による見解」、「防衛行為の社会的相当性を否定する見解」、「挑発者には法確証の客観的利益が不存在とする見解」などが見られる[2)]。

これらの見解につき、いずれが妥当であるかについて、現時点では、いまだ統一されているとまでは言えない状況にあると思われるが、それらの見解は、必ずしも相互に排他的関係にあるとは言えず、それぞれの理由が併存していると見ることもできるのではなかろうか。しかしながら、自招侵害の問題が、当面その罪責が問題となっている被告人の防衛行為がそれだけを単独に取り出してみれば形式的には正当防衛に当たり得る場合を念頭に置いているものとすれば、それにもかかわらず、なおその防衛行為が違法であり正当防衛が成立しないとの結論を導くためには、単に刑法36条１項の要件の問題としてのみ捉えるのでは理論的説明として十分でなく、説得力にも欠けるように思われる。

例えば、「防衛の意思否定説」についてみれば、判例理論によれば、反撃の際に攻撃の意思（最判昭50. 11. 28集29. 10. 983）や、憤激・憎悪などの感情が併存したとしても防衛の意思は欠けることはないとされている（最判昭46. 11. 16集25. 8. 996）。しかも、防衛の意思の内容は、上記46年判例、50年判例によって防衛の目的・動機の程度までは必要でなく、より希薄な意思、具体的には「防衛の意識」、「対応の意識」程度で足りるとされており[3)]、また、防衛の意思必要説を採る学説においても、これらの判例に沿うように、「急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りる」[4)]、「急迫不正の侵害が加えられるということを認識しつつそれに対応する心理状態をいう」[5)] などとされているところである。さらに、防衛の意思が否定される場合

2）堀籠＝中山・大コンメ刑法第二版第２巻360頁、吉田宣之・判例時報2025号３頁等
3）安廣文夫・最判解刑事篇昭和60年度140頁
4）大塚仁・刑法概説（総論）〔第三版〕372頁等
5）大谷實・刑法講義総論〔新版第２版〕289頁等

についての判例の立場は、攻撃の意図が防衛の意図を排除し尽くし、防衛の意図がゼロとみられる場合に限ってであるとされている[6)]。

このような防衛意思に関する判例理論を前提とすれば、自招侵害の事例とはいえ、被告人の防衛行為につき防衛の意思が欠けるとして正当防衛の成立が否定される場合は、かなり限定的になろうと思われる。逆にいえば、防衛の意思は肯定せざるを得ず、その意味で理論的には正当防衛の成立を認めざるを得ない事例がかなりでてくるのではないかと思われる。つまりは、防衛の意思の問題としてすべての自招侵害の事例を合理的に解決することは困難ではないかと思われる。

また、「急迫性否定説」についてみても、判例理論によれば、単に相手方の侵害が予期されたというだけでは、ただちに急迫性が失われるわけではなく（最判昭46. 11. 16集25. 8. 996）、さらに、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され（最決昭52. 7. 21集31. 4. 747）、侵害の急迫性が失われるのは、単に予期された侵害を避けなかっ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とされている（上記52年決定）。しかも、侵害の予期があるというためには、相手の攻撃の内容を十分予想し、かつ、その攻撃を確実なものとして予期している必要があるとされる[7)]。

このような急迫性に関する判例理論によれば、やはり急迫性の要件が否定されるのは、かなり限定的な場合になってこようし、そうすると自招侵害の事例とはいえ、なお侵害の（確実な）予期と積極的加害意思があるとまでは認められないとして急迫性を肯定せざるを得ない場合がかなりでてくるのではないかと思われる。

さらに、「防衛行為の相当性制約説」は、被侵害者が侵害を自ら招致した場合には、その法益の要保護性は通常の正当防衛の場合よりは低く評価されるた

6）安廣文夫・前掲144頁

7）松浦繁・最判解刑事篇昭和59年度44頁、栃木力・刑事事実認定重要判決50選上56頁

め、侵害者と被侵害者の関係は、本来の正当防衛状況から緊急避難状況に接近し、防衛行為の相当性の範囲に制約が課されるとするものである[8)]。しかし、正当防衛と緊急避難が同じく緊急行為として違法性阻却事由と解されているとはいえ、両者は明らかに異なった原理（前者は「不正対正」の関係を、後者は「正対正」の関係を規定するものである。）に基づくものであり、結果的にその差異を相対化するような解決方法は解釈論としても実践的にも妥当でないように思われる。

このように、自招侵害について、形式的には正当防衛に当たり得るように見えながら、実質的には正当防衛の成立を認めるのが相当でないとする根拠を刑法36条１項の要件論にのみ求めるのは、理論的にも実際的にも十分なものではないように思われる。そうだとすれば、その理論的根拠は、結局、刑法36条１項の要件論を超えた、いわば正当防衛の正当化根拠に求めざるを得ないのではないかと考えられる[9)]。

なお、正当防衛の成立を否定する根拠を刑法36条１項の要件論の外に求める見解のうち、原因において違法な行為の理論は、いわゆる原因において自由な行為の理論を応用した考え方であろうが、防衛行為自体は適法としながら、それに先行する侵害を自招した挑発行為と防衛行為の結果として発生させられた法益の侵害結果とを結びつけて、いわば自己の防衛行為を道具として利用したと構成して刑事責任を問おうとすることは、やや技巧的に過ぎるように思われるし、実行の着手時期を挑発行為の時点に認めることについても、挑発をしただけで相手が何らの反応もしない場合にも未遂犯の成立を肯定せざるを得ないことになるなどのことを考慮すると、妥当でないように思われる[10)]。その他の、権利濫用説、社会的相当性否定説、法確証の利益喪失説などの見解は、その背景とする論理自体においては、それほど違いがあるわけではないように思

8）今井猛嘉ほか・刑法総論234頁

9）吉田宣之・前掲13頁も、「このような理由から、正当防衛の成否を決定する要素を刑法36条の外に求めざるを得なくなる。」とする。

10）大塚仁・前掲367頁、前田雅英・刑法総論講義〔第４版〕331頁等

われる。

次に、自招侵害と正当防衛に関するこれまでの下級審判例の傾向も、結論としては、正当防衛の成立を認めることに消極的であるとされるが、その理由としては、「誘発者の反撃行為は正当防衛とはいえない」、あるいは「防衛行為とはいえない」などとするのみで、その理論的根拠や要件については必ずしも明確でないものが多いように思われる[11)]。

なお、前記52年決定以降のものとしては、東京高判昭和60年６月20日（判時1162号168頁）が、侵害の予期と積極的加害意思を認めて侵害の急迫性を否定したのに対し、福岡高判昭和60年７月８日（刑裁月報17巻7＝8号635頁）（侵害の急迫性を否定するとともに、防衛のためのやむを得ない行為性を否定）や、東京地判昭和63年４月５日（判タ668号223頁）（相手方の反撃行為につき「不正」性の要件を否定）、東京高判平成８年２月７日（判時1568号145頁）（防衛のためのやむを得ずにした行為性を否定するとともに、急迫性も否定）などの判例は、相手方の侵害行為が、先行する自己の不法な行為により直接惹起したものであること、その侵害が通常予想される範囲内のものであることなどを重視して正当防衛を否定しているものと見られる[12)]。

11）堀籠＝中山・前掲361頁 「喧嘩闘争を誘発した場合には、誘発者の反撃行為は正当防衛とはいえないとするもの（名古屋高判昭25. 3. 9特報６号117頁、東京高判昭29. 5. 26東時５巻５号198頁等）、債権者の支払い督促に対し債務者が嘲笑的態度に出て債権者が憤激し悪口したのを機として暴行を加えるのは、防衛行為とはいえないとしたもの（仙台高判昭27. 3. 15特報22号111頁）、相手方を罵倒しその憤激を買い殴られるや積極的に攻撃を加えることは、防衛するための行為とはいえないとするもの（仙台高秋田支判昭30. 2. 22高検速報〔昭30〕25号）、組合に対する攻撃的意図の下に組合側の侵害を誘発して暴行を加えるのは防衛行為とはいえないとするもの（大阪地判昭33. 11. 20判時169号32頁）、挑発した相手から数回殴打されたので肉切包丁で傷害を与えた行為について過剰防衛の成立も否定したもの（前橋地判昭34. 9. 30下集１巻９号2077頁）三池争議にからむ乱闘につき、乱闘を誘発しまたは自ら争闘の渦中にその身をおいたとして正当防衛を否定したもの（熊本地判昭35. 7. 27判時236号６頁）、被告人が深夜鋏をもって押しかけて窓硝子を叩きわる等したため、これに憤慨した相手がバールを携えて出てきて振り上げたので、鋏で刺した行為は正当防衛とはいえないとしたもの（福岡高判昭37. 4. 11高検速報869号）がある。」

4　本決定の評価

上記のような学説や判例等を踏まえて、本決定が自招侵害につき正当防衛の成立を否定した論理や要件等については、どのように評価されるべきであろうか。

⑴　本決定は、「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」とのみ述べるだけで、刑法36条１項の要件論に踏み込むことなく正当防衛の成立を否定している。本決定が、「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。」としていることからすると、原判決の採用した「Ａによる第二暴行につき急迫性のある侵害とは認めることができない」との理由付けには与していないことがうかがえる。

確かに、本件においては、被告人にはＡによる侵害行為につき、その予見可能性は肯定し得るとしても、その侵害を確実に予期していたとか、その機会を利用して積極的にＡに対し加害行為をする意思で侵害に臨んだなどとは、直ちにはいい得ないように思われる。その意味で本決定が、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よう。また、なによりも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るとみるべきだと考えられるが、そうだとすると、本決定が被告人の侵害の予期の存否について言及することなく正当防衛の成立を否定したことは判断手法としても妥当であったと思われる。

さらに、本決定が、一審の判断のように、本件を喧嘩闘争の事例とみて正当防衛の成立を否定するという論法を用いなかったことについても、前述のように、本件が本来的な喧嘩闘争の事例とは異なると思われることからすれば、妥当であったと思われる。なお、第一審判決は、「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」として、直ちに「正当防衛の観念を入れる余地

12）堀籠＝中山・前掲362頁、的場純男＝川本清巌・前掲117頁、山口厚・「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻２号310頁等

がない」としているが、最高裁は、喧嘩闘争においても正当防衛が認められる場合があることを肯定するに至っている（最判昭32. 1. 22集11. 1. 31）上に、近時の裁判例は、単に喧嘩闘争であるとして直ちに正当防衛の成立を否定するのではなく、正当防衛の要件の有無をきめ細かく判断して、正当防衛の成否を決するのが一般である[13] ことからしても、その論理は妥当性を欠くように思われる。

このように、本決定は、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のであるが、その論理は、結局、正当防衛状況性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のではないかと思われる。本件では、被告人の防衛行為だけを取り出してみれば、形式的には正当防衛に該当するように見えても、挑発行為から防衛行為に至る一連の経過を全体として評価すれば、被告人に正当防衛を認めることが相当でないことは、ほぼ異論のないところであろうし、これを端的にいえば、正当防衛が認められるような前提を欠くというべきであろう。

このように考えると、本決定が、刑法36条１項の個別の要件論に踏み込むことなく、「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」として、いわば正当防衛の入口論で処理したことは、ある意味では簡明であり、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ように思われる。

殊に裁判員裁判においては、「裁判員にわかりやすい審理」が求められているところ、これまでの判例理論によれば、例えば、急迫性の要件に係る積極的加害意思は、不正の侵害を予期したときからその侵害に臨むに至ったときまで、すなわち現に反撃行為に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）における本人の意思内容を問題とするのに対し、防衛の意思は、不正の侵害に対し現

13）堀籠＝中山・前掲367頁、的場純男＝川本清巌・前掲110頁

に反撃行為に及ぶ時点、すなわち反撃行為の実行時における本人の意思内容を問題とするというように、それぞれ検討対象を異にし、またそれらの意思の考慮のされ方も大いに異なる[14] など、裁判員にとって、その理解は必ずしも容易ではなく、裁判員裁判の下でこれらの概念や論理がそのまま維持できるかどうか疑問なしとしないところである。

このような考慮に基づけば、裁判員裁判の下における正当防衛の成否の判断は、まずは、そもそも「正当防衛の規定の適用が問題となるような状況にあったか否か」、すなわち正当防衛状況性の存否の判断を行い、それが否定された場合には、正当防衛の要件論に踏み込むことなく正当防衛の成立が否定されるという結論を導くことになろう。それに対し、正当防衛状況性が肯定された場合には、刑法36条１項の各要件論の検討、殊に「やむを得ずにした行為か否か」、すなわち防衛行為の相当性（必要最小限度性）の判断を行うという方向に向かうのが妥当なように思う。そうすると、自招侵害をはじめ、喧嘩闘争、積極的加害意思などは正当防衛状況性の問題としてそれが欠けるものとして処理されていくべきものであろうと思われる[15]。

⑵　次に、具体的な自招侵害の事例において、どのような要件を充たすときに正当防衛状況性が否定されると考えるべきであろうか。本決定がいわゆる事例判決であり、自招侵害の事例一般について妥当する基準を一般的に示しているわけではないにしろ、本決定は、①「被告人がＡから攻撃されるに先立って暴行を加えていること」、②「Ａの攻撃が被告人の暴行に触発されたものであること」、③「Ａの攻撃が被告人の暴行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場合であること」、④「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こと」などの事情を指摘しており、自招侵害が問題となる場合における正当防衛状況性の存否の判断につき一定の重要な規準を示したものと見ることができるであろう。

14）安廣文夫・前掲142頁

15）前田雅英・「正当防衛の類型性」研修734号12頁、佐伯仁志・「裁判員裁判と刑法の難解概念」法時61巻８号2512頁等

上記①は、挑発行為につき法がもはや黙認することのできない行為といえること、すなわち違法行為によって侵害を招致したことを要求する趣旨と見ることができるのではなかろうか。つまり、挑発行為が、いまだ違法行為とまではいえない程度の単なる嘲笑や（非公然の）侮辱・面罵、非礼な言動等にとどまる場合には、それに憤慨等して侵害行為をしてきたAに対する被告人の防衛行為には、なお正当防衛状況性が否定されないと考えられる。もちろん、その場合には、相当性（必要最小限度性）の認定において、やや厳格さが要求されることになることは考えられる。

次に、被告人の挑発行為が違法である場合には、それに対する相手方の侵害行為は、それ自体が正当防衛となり得るのであり、その「不正」とは評されない侵害行為に対してなした被告人の防衛行為は、原則として正当防衛が否定されるのであるが、本決定の事案では、被告人が、Aに挑発行為たる暴行をした後に走って立ち去り、それをAが自転車で追い掛けていることから、挑発行為自体は既に終了している（侵害の継続性が否定される）と認めざるを得ない。そのことからも、本決定の事案では、Aの侵害行為は、やはり「急迫不正の侵害」といえ、それに対する被告人の防衛行為は形式的には正当防衛に当たり得る。それにもかかわらず、被告人の防衛行為が実質的には正当防衛と認められないのは、被告人がAから攻撃されるに先立って暴行を加えているからであるが、全体としてみれば自招侵害として正当防衛の成立を否定するための要素として、そのような被告人の挑発行為を考慮してよいのは、上記②及び③のような場合、すなわちAの侵害行為が被告人の挑発行為に触発されたものであり、しかも、Aの侵害行為が被告人の挑発行為の直後における近接した時間・場所での一連、一体の事態といえる場合であるということになろう。

そうではなく、仮に、Aの侵害行為が、その経緯・動機等の主観面においても、また、時間的・場所的接着性等の客観面においても、被告人の挑発行為との間に一連・一体と評しうるほどの密接な関連性が認められなければ、Aの侵害行為は、単なる違法行為であって、それに対する被告人の防衛行為につき自招侵害として正当防衛の成立を否定する根拠が失われることになろう。その意

味で、やはり上記②及び③のような要件が必要となってくるものと思われる。

さらに、被告人の挑発行為たる暴行が先行していたとしても、それに対する侵害行為として、Aが通常予想される程度を超えて重大な法益を侵害するような暴行等を加えてきたような場合には（例えば、素手で殴りかかったところ、相手が刃物で切り付けてきたような場合）、いくら被告人の挑発行為が先行していたからといって、それに対する防衛行為を法が一切許容していないとは到底いい得ないことから、被告人の防衛行為には、なお正当防衛状況性が認められなければならない。その意味で上記④のような要件が必要となってくるものと思われる。

このように、自招侵害が問題となる事例において、正当防衛状況性が否定されて正当防衛の成立が否定されるための要件として、本決定が指摘した上記①ないし④の要件は、いずれも適切なものであったと思われるし、何よりもこの種の事例を解決するにあたっての具体的な判断基準が示されたという点でも妥当なものであったと考える。

以上のように、本決定は、実務上もしばしば登場する正当防衛の成否が争点となる事例のうち、従来から論じられてきたものの、必ずしも、その論理や判断方法等について統一的なものが見られない自招侵害と正当防衛の問題につき、裁判員裁判における「分かりやすい審理」ということを見据えながら一定の実践的な判断枠組み・方向性を提示したものと評することができ、その意味でも実務上重要な意義を有するものと考えられる。