

松 山 大 学 論 集
第 27 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 1 5 年 8 月 発 行

正当防衛における「自招侵害」の処理(4・完)

明 照 博 章

正当防衛における「自招侵害」の処理(4・完)

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 判例における「侵害の急迫性」(積極的加害意思)と「防衛意思」の関係
 - 1 判例における「侵害の急迫性」の意義(以上, 21 卷1号)
 - 2 判例における「防衛意思」の意義
 - 3 判例における「積極的加害意思」と「防衛意思」との関係(以上, 21 卷2号)
- 三 最決昭和52年7月21日刑集31卷4号747頁以降において, 「自招侵害」を処理した下級審の動向
 - 1 侵害の自招性を, 正当防衛の客観的要件を否定する要素として検討する判例(以上, 21 卷3号)
 - 2 侵害の自招性を, 正当防衛の主観的要素(防衛意思)を否定する要素として検討する判例
 - 3 侵害の自招性を, 防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例
 - 4 侵害の自招性を, 喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例
- 四 結論(以上, 本号)

2 侵害の自招性を, 正当防衛の主観的要素(防衛意思)を否定する要素として検討する判例

(i) 防衛意思を否定する要件

侵害の自招性を, 正当防衛の主観的要素(防衛意思)を否定する要素として検討する判例を検討するにあたって, まず, 最高裁における防衛意思を否定する要素について, 確認する。この点に関して, ニー2において検討した結果,

次の結論を得た¹⁸⁵⁾ すなわち、最高裁は、防衛意思必要説の見地に立ち、「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たる」と解しており、防衛意思が否定されるのは、「攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為」に出たという事情、あるいは、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」に出たという事情、言い換えると、「行為が専ら攻撃の意思」に出たという事情がある場合に限られることになるとし、これらの事情は、「急迫不正の侵害が開始されてから、防衛行為が行われるまでに」存在していたかが問題となり、その存否は、被告人の（挑発的）言辭や具体的行動等から認定されることになる旨指摘したのである。

ただし、上記の最高裁の見解によれば、防衛意思が否定されるのは「きわめて稀なケース」であり¹⁸⁶⁾「きわめて例外的な事案に限られる」ことになる¹⁸⁷⁾。そして、実際の下級審の判断に対しても、「最近の下級審裁判例で防衛意思が否定された事例はごくわずかである」という指摘がなされているが¹⁸⁸⁾被告人の客観的な挑発的行為を、防衛意思を否定する要素として考慮した判例として、東京高裁昭和54年5月15日判決がある¹⁸⁹⁾。

(ii) 昭和54年東京高裁判決が対象とした事実関係及び事例判断

本件は、被告人（女性）が内縁関係にある男性を、口論のもつれから洋鋏で突き刺す等によって殺害した事案であるが、犯行の経緯が防衛意思の存否に関わる事項に関連するので、犯行に至る経緯から示すことにする。

この点に関して、原審である東京地裁は次のように判示している¹⁹⁰⁾ すなわち、「被告人は、台湾で出生した中国人であるが、昭和四九年九月ごろ、台北市内のダンスホールで働いていた際に、客として遊びに来た甲野太郎（…以下、甲野という。）と知り合い、同人に好意を抱くとともに、経済的に困つて

いた同人に同情して同人を援助し、その後しばらくして台北市内の被告人のアパートで同棲生活に入り、翌五〇年一月同人と婚姻したが、同人が帰国を望んだため、その意思に従い、同年二月に来日した。以後被告人は、東京都…の[アパート－筆者注]に甲野と同居し、当初同人とともに付近のAホテルで働いたが、被告人は、間もなく都内X区にある中華料理店に、さらに昭和五二年六月からは都内Y区の中華料理店『B』b支店に順次働き先を移し、Bでは土曜、休日を除いて午後五時ごろから同一〇時ごろまでウエイトレスとして勤務し、月収約二〇万円を得ていた。「甲野は、台湾にいた間は被告人にやさしく親切であつたが、来日後は、態度が一変して被告人に対し冷淡になり、被告人は、甲野のほか頼る者もない日本にあつて寂寥に堪え難いこともしばしばであつたが、こうした状態について不平を言えば、甲野からかえつて暴力を振るわれるため、ひとり懊悩を重ねていたところ、甲野は、昭和五二年九月ごろ、前記Aホテルをやめ、ブラジルのサンパウロ市に本社があるC旅行社に被告人の反対を押し切つて入社し、被告人を日本に残したまま約一か月間、さらに同年一二月から約二か月間にわたりブラジルに滞在し、その間にブラジルの女性二名と次々に情交関係を結び、被告人に秘して後の一名と同棲に近い生活を営むようになっていたが、このような事情を知らない被告人は、甲野が帰国する日を待ちわびていたところ、同人は昭和五三年二月一日一旦帰国した。「被告人は、甲野が、久しぶりに帰国したにもかかわらず、孤独に堪え難い思いを抱いていた被告人に対し、ほとんど思いやりを示そうとしないことにいたく失望したが、さらに同人のスーツケースの中から、ブラジル女性の恋文やその写真を発見し、これにつき甲野に問いただしたところ、同人から、『男は遊ぶのが当然だ。』などと言われるのみで、それ以上相手にされなかつたため、甲野がブラジルの女性に心を移してしまつたのではないかとの強い不安を抱くに至つた。同月一六日朝になつて、被告人は、甲野が出発の際持参した夏服を持ち帰つていないことに気づいて、甲野が間もなくブラジルに戻るつもりで、これを右の女性のもとに預けて来たのに違いないと思い、被告人との結婚生活

が破綻してしまうのではないかと感じて、一層やりきれない気持ちに陥つて行つた。「被告人は、同日、いつものように夕方からの勤めに出て、夜一時ごろ帰宅したところ、甲野は同夜三名の友人を呼んで麻雀をしており、翌一七日午前二時ごろになつて、友人らは帰つたが、その後甲野に食事をとらせ、台所で後片付けをしている際、被告人は、やりきれない気持ちから平素飲むことのないウイスキーコップ半分位を一気に飲み干した後、しばらくして同日午前三時ごろ、奥六畳間のベッドに横臥している甲野の傍らに行き、同人に対し、『子供を産んで落ちつきたい。』とか、『今の仕事をやめて商売でも始めたらどうか。』などと語りかけたが聞き入れられず、またブラジルの女性のことについて問いただしたところ、かえつて甲野から離婚を求められ、これに対し『別れないで欲しい。ブラジルに行くなら自分もついて行く。』などと懇願するうちに口論となり、甲野から頭髪を引つ張られ、顔面を殴られ、ベッドの脇の小型書棚を倒されるなどの暴行を受け、その際書棚が被告人の額に当たつたので、被告人は同室の電灯を消し、豆球がついた状態にして、洗面所に行つたが、額付近にこぶができているのを見ているうちに感情が激昂してくるのを押えることができなかつた」とした。

これを前提として、東京地裁は、「罪となるべき事実」を示した。すなわち「被告人は、同日午前三時半ごろ、台所にあつたブランデーの空びん（丸型）を右手に持つて奥六畳間に戻り、右側を下にして横臥している甲野の頭部を腹立ちまぎれに二回程殴打したところ、不意をつかれた同人は、ブランデーびんを持つ被告人の手を振り払うとともに、被告人を強く突き飛ばし、そのため被告人はベッドの反対側に位置する鏡台付近に尻もちをつくような形で倒れたが、甲野は、さらにベッドから起き上り、大声で、『精神病だ。医者に見てもらえ。』などと怒鳴りながら、被告人に近づき、倒れている被告人の頸部を左手でつかみ圧迫を加えるなどの反撃行為に及んだが、被告人は、甲野からこのような反撃を受け、手で頸部を圧迫されるや、恐怖、狼狽のあまりこのままでは首を絞められてしまうものと誤想し、たまたま近くにあつた裁縫用の洋鋏一丁（全長

約二四・三センチメートル…)に右手が届いたため、これを用いて自己の生命に対する侵害を防衛することもやむを得ないものと判断し、とつさにその鋏を逆手に持ち、同人を死に至らせるかも知れないが、そうなつてもやむを得ないと決意し、同人の上部左側部分を力まかせに突き刺し、鋏を取上げようとして必死に抵抗する同人に対し、さらに少なくとも数回、上部を力まかせに突き刺したが、その際、同人と激しく揉み合ううちに、やがて被告人は、激昂、恐怖、狼狽及びこれまでひたすら堪え忍んで来たことによる鬱積した感情が堰を切つたように迸り出たこと等により精神的に強度に興奮して情動性朦朧状態に陥るとともに、甲野を殺害する意思を抱くに至り、前記刺突行為により床に倒れた同人に対し、前記鋏でその頭部、顔面、頸部、背部、臀部等を滅多突きにし、あるいは刺し、さらには同人の陰莖を切断するなどし、結局、以上の行為により、同人に、肝臓、脾臓、腎臓、肺臓の損傷を伴う全身合計約一五〇箇所及び頭部、顔面、頸部、胸部、背部、腰部、臀部等の刺切創及び陰莖切断の各傷害を負わせ、同傷害により間もなく同所において同人を失血死させて殺害したものであるが、被告人の以上の行為は、自己の生命に対する急迫、不正の侵害があるものと誤想して、自己の生命を防衛するためにしたもので、かつ、防衛の程度を超えたものである」とした。

その上で、東京地裁は、被告人の行為は、刑法199条に該当し、さらに誤想過剰防衛行為であることも併せて肯定し、刑法36条2項及び68条3号により刑を減輕した(懲役6年)。

被告人側から、控訴された。

東京高裁は、被告人側から主張された、①殺意の不存在、②正当防衛又は誤想防衛の成立、③期待可能性の不存在及び④心神耗弱の存在という4つの事項に対して検討を加え、原判決の「被告人の本件所為を誤想に基づく過剰防衛行為と認定し、これに刑法三六条二項を適用処断した点」において「事実を誤認しかつ実体法令の解釈を誤った違法あり」とした上で、この「違法は判決に影響を及ぼすものであることが明らかである」として原判決を破棄した。そして、

「被告人の判示所為は刑法一九九条に該当する」と自判した（懲役6年）。

ここでは、本判決を、「侵害の自招性を、正当防衛の主観的要素（防衛意思）を否定する要素として検討する判例」として取り上げているから、以下では、「被告人の所為をもって正当防衛少なくとも誤想防衛に該当する」という被告人側の主張に対する東京高裁の説示を示すことにする。

東京高裁は、「原認定にかかる所論甲野の攻撃なるものは、まず被告人において、薄暗い室内のベッドに横臥中の右甲野に対し、その後方からいきなりブランデーの空瓶を揮って頭部を二、三回殴打するという先制的加害を行ったのに対し、同人が被告人の右手を払いのけて右空瓶を払い落とすとともに強く突きとばし、『精神病だ、医者にみてもらえ』などと怒鳴りながら、床上に尻もちをついて仰向けになった被告人に近づき、その頸部を左手で掴み圧迫を加えたというものである。これによってみれば、右甲野の攻撃は、被告人による急迫不正な加害並びに状況上当然予測される後続的加害に対する反撃として、自己の身体を防衛する意思並びに憤激昂奮にかられてこれとほとんど同時に併発した加害の意思とに基づき、なされたものであることは蓋し推認にかたくなく、また右攻撃は瞬時一連の一個の行為であって、その程度態様もそれが被告人の身体に対する暴行であるという以上により意図的な傷害乃至殺人の行為であったとまでは認めがたいから、右反撃をもって防衛行為としての限界を逸脱するものとすることもできない。とくに、薄暗い室内で横臥中のところを不意に、しかも頭部にかなりの重量物による打撃を連続的に二、三回も加えられたとあっては、恐怖、狼狽、逆上のあまり加害者に対してとっさに右の程度の反撃に及ぶのも通常の人間にあってはむしろ自然の反応として免れがたい成行きであるから、かかる因果の系列のもとでは、被告人が蒙った程度の反撃は、実質的には被告人がみずから作出招来^{ミツ}してもものと目されてやむをえないという事情もそこに存するものであることは、原判示のとおりである」。「してみれば、右甲野の反撃は、客観的には、被告人による急迫不正の加害に対する正当な防衛の行為なのであり、これに対する被告人の再反撃たる殺意の行為をもって正

当防衛にあたるとする余地は客観的に存しない。この点の原判断も正当である」とした。

次に、原判決が「(イ)被告人は右甲野から頸部を圧迫されるや恐怖、狼狽のあまりこのままでは殺されてしまうものと誤想し、防衛行為に出たものである、(ロ)しかし右誤想を前提としても、素手でしかも片手で頸部を圧迫する行為が始まったばかりの段階で、これに対抗するに直ちに鋭利な洋鋏で軀幹部を力任せに刺突し、かつ鋏をもぎ取ろうと抵抗する同人がついに力尽きて床上に倒れ無抵抗状態となるまでの間刺切を継続した行為は、防衛の程度を超えるものである、(ハ)そしてその後の、相手方が身動きしない状態となったあとの刺切は誤想防衛にもあたらない、(ニ)しかし、結局被告人の行為は全体として誤想過剰防衛として刑法三六条二項の適用をうける旨判示し、右法条によって刑を減輕した」点に関連して、「本件犯行の態様を被告人の捜査過程及び原審公判廷における各供述並びに死体の損傷の部位程度等に基づいていまいしく^{ママ}詳細に見てみると、そこには次のような特徴的事実を見出すことができる」とし、以下のように説示する。「(イ)前記のとおり、さしあたって当面の甲野の反撃は被告人の頸部を片手で圧迫するという暴行の行為にとどまるものであるところ、(ロ)被告人は右暴行が開始されたばかりの時点で、その右側にあった鏡台用椅子の蓋を開き、中から洋鋏を右手に取出したものであること、(ハ)被告人は、右椅子内に洋鋏を含む裁縫用具の外金槌などが収納されていることをかねて承知していたものであること、(ニ)被告人は鋏を取り出すや否や、とくに警告的示威的加害等の手段をとることもないまま、いきなり相対している右甲野の上体部を数回連続的に刺突したものであること、(ホ)右刺突を受けた甲野は被告人から離れ、立上って後退し、次いで被告人の鋏を奪い取るべく暫時もみ合ううちに床上にかがみ込むように倒れ落ちたというものであるところ、右もみ合いの間は刺突の余裕はなかった旨の被告人の言は信用できるから、してみると被告人の前記の刺突はかなりの強力なものであって、それだけで相手方に深刻な打撃を負わせる程のものであったと推認されること、(ヘ)床上に倒れ落ちた甲野は、もはや決

定的な抵抗力を失い、なお暫くは仰向けになったりうつ伏せになったりという身動きが可能であったものの、やがてまったく身動きのない状態におちいったものと認められるところ、創傷の数、態様、部位から推して、被告人は相手方が床上に倒れ落ちた後においてこそかえって執拗に、かなりの時間にわたって刺切を反覆継続したものであって、かつその加害には甲野の生命にとって重大なものも含まれていると認められること、(ト)刺突の部位は特に頭部から胸部、背部の軀幹部にかけて多く、うち特に重大な創傷は左側胸部の一群並びに背部の一群であり、かつ被告人は右甲野の下着を切り抜いたうえで陰茎を切断していること、等の諸事情がそれである」とし、「以下、右の具体的事実関係に即して原判決の事実認定と法律判断の当否を検討してみる」とした。

その上で東京高裁は、「これについては、まずもって、前提として考えておかなければならないことがある。それは被告人の所為は、同一機会場所において同一人に対し同一態様の加害行為を反覆継続したものととして、全体として一個の行為と認められるものであること原判示のとおりであるものの、そのうえで、それは時間的にかなりの幅のある行為であり、かつその時間を通じてほぼ同一態様の加害行為を多数回にわたり反覆継続しつづけたものであるという特殊性において、例えば一時の激情にかられて短時間内に相手方を一突き二突きしたというような一過的瞬間的な行為とは趣を異にするものがあるということである。後者の場合であれば、初度目の反撃によって相手方の加害若しくはその誤想が客観的に解消したとしても、これに引続く二回目の反撃は時間的になお防衛意思の全面的に解消するいとまのないうちに行われたものとして、或はいったん防衛行動を開始した者の心の動きとしていわばやむを得ぬ自然の成行きである故にその責任の減少が認められるものとして、なお全体として過剰防衛行為と評価されうることも多かろうが、前者の場合は直ちにこれと同一に考えることはできない。蓋しかかる場合、とくに本件においては、当初の誤想そのものの強弱乃至程度を勘案し、行為全体のうち誤想に基づいてなされた加害の時間的長さ、程度、態様を誤想解消後のそれと対比較量し、また、併存する

防衛・加害の両意思のいわば比重を考え、防衛意思の存在下になされた加害の時間的長さ、程度、態様を右意思の解消後もっぱら積極的加害の意思のもとでなされたそれと対比較量することによって、当該行為を全体として誤想に基づくかつ防衛意思に発する行為と認められるか否かが判断される外はないものと考えられる」としたのである。

そして、東京高裁は、「以上を前提におき本件事実関係に立ち帰ってみると、まず、被告人の先制加害に対する前記甲野の防衛的反撃をもって、初め被告人が防衛の程度を超える殺害行為であると誤想したとする点は、事実の成行上全く有り得ぬことでもないから、原認定を肯認することができる。しかしながら、右甲野の反撃はもともと素手でかつ片手で行われたものであるし、被告人はこれに対応するに洋剣をもって数回連続的にその上体を刺突し、それだけでかなりの身体的打撃を与えているのであるから、概ね右甲野が決定的抵抗力を失って床上に倒れ落ちた時点を境に、以後は前記誤想の原因となった甲野の反撃はもとより、その再開継続を予期させる事情も客観的に解消したものと認めなければならない。この間の事情について、被告人は、相手方が頭部を台所の方向に向けてうつ伏せにかがみ込んだ、相手方ははあはあと苦しそうな息をしていた旨述べているのであるから、右甲野の反撃解消の事実は被告人においてもその時点において十分認識したものと認めるにかたくなく、そうである以上は、この時点を境として自己の生命に対する加害が存し若しくはさらに継続する旨の被告人の誤想もまた解消するにいたったものと認めることができる。これより後、右甲野がまったく身動きのない無抵抗状態となるに及んで漸く誤想が解消したとする原認定はいささか合理性を欠くものである。そして、右誤想解消の時期は行為開始後比較的初期のことであるから、合計一五〇余箇所という創切傷はその大部分が右誤想解消後においてあえて加えられたものというべく、すなわち被告人は誤想のない状態において、当然被告人の加害から逃れようと転々し、或は背を向けたりしている同人に対し、なおも激しい加害行為をそれもかなりの時間にわたって反覆継続したものであると認める外

はない。かかる特別な事実関係のもとでは、被告人の前記誤想は、加害行為全体に対する関係ではその決定的原因として認めがたいばかりか、さほど意味ある原因としてさえ作用していないものと認めるべきであり、いい代えれば、被告人の本件加害行為を全体としてみる場合、それが『誤想』に基づく行為であると認めることはできないものである」。

「次に防衛意思の有無につき検討する。いうまでもなく、相手方の攻撃に対し憤激逆上して反撃を加えたからといって直ちに防衛の意思を欠くことになるものではなく、かえって、急迫不正の侵害に対抗して若しくはこれありとの誤想に基づいて行う反撃については、それが客観的に右侵害若しくは誤想された侵害に対する防衛行為の意味合いを有するものであるときは、一般に防衛意思の併存を推認することさえ可能であろう。しかし右の理は一般論であり、行為者の主観の如何によっては、例えば、行為者がかねてから相手方に憎悪の念をもち、攻撃を受けたのに乗じて積極的な加害行為に出た等特段の事情がある場合とか、あるいは防衛に名を藉りて、すなわち急迫不正の侵害若しくはその誤想があることを好機としてその機会をかり相手方に対し積極的な攻撃を加えた場合のごときにおいて、防衛の意思を欠くものとされるのはやむをえない。これを本件の具体的事実関係についてみると、まずもって、本件犯行は前記のブランドー空瓶による頭部殴打に引続いて生じたものであるから、そこには右殴打行為の動機たる事情、すなわち本件当夜右甲野から頭髪を引張られたり顔面を殴打されたりしたことを契機にかねてうっ積していた忿懣が一挙に発して加害の意思を生ずるにいたったという事情が被告人の心中に尾を引き、これが右甲野から突きとばされ頸部を圧迫されるという反撃を受けるに及んで遂に爆発的に発現して本件刺切の一つの動機として作用したものと認めるのが合理的である。そうでなくては、前記の程度の反撃に対し直ちに洋銃によるかなりの力での連続刺突をもって応じ、かつ引続いて多数回の継続加害に及んだことが必ずしも合理的に説明できない。すなわち第一に、本件加害は既にその開始の時点において、かねてから相手方に対し抱いていた加害意思の爆発的昂揚発

現という性質を濃厚に併有していたものと認められるのである。そして第二に、行為開始後比較的早い時点において相手方が反撃力を失い、被告人の誤想も解消したものと認められること前叙のとおりである以上、その時点においては誤想に基づく被告人の防衛意思も消滅するにいたり、すなわち被告人は、防衛意思がまったく解消したのちにおいて、もっぱら相手方に対する積極的加害の意思に基づいて量的にも質的にも本件加害行為の大部分を反覆継続したものと認められるのである。かかる特別な事情のある本件事実関係のもとでは、被告人の行為を全体としてみる場合、それが『防衛意思』に基づく行為であるとするとはとうていできない。してみれば、被告人の本件所為を全体として『防衛』の行為であるとは認めがたい」とした。

以上の検討の結果、東京高裁は、「被告人の所為を全体として誤想に基づく防衛の行為であると認めがたい以上は、そこに『過剰』防衛行為の成立する余地もなく、この点に関する原判決の事実認定並びに実体法の解釈適用は誤りであり違法である。行為開始当初に前記誤想が存し、かつ行為開始当初に防衛の意思が併存していたとの事情は、結局本件においては量刑にあたって参酌されるべきものであるにとどまる」としたのである。

(iii) 昭和54年東京高裁判決と最高裁との関係

本件は、被告人から甲野に対して行われた「ブランデー空瓶による頭部殴打」をきっかけとして生じた事案であるので、東京高裁は、「甲野の反撃は、客観的には、被告人による急迫不正の加害に対する正当な防衛の行為なのであり、これに対する被告人の再反撃たる殺意の行為をもって正当防衛にあたるとする余地は客観的に存しない」ことを前提としている。それゆえ、純粹な正当防衛の事案ではない。しかし、東京高裁は、「なお全体として過剰防衛行為と評価されうる」ためには「当初の誤想そのものの強弱乃至程度を勘案し、行為全体のうち誤想に基づいてなされた加害の時間的長さ、程度、態様を誤想解消後のそれと対比較量し、また、併存する防衛・加害の両意思のいわば比重を考慮、

防衛意思の存在下になされた加害の時間的長さ、程度、態様を右意思の解消後もっぱら積極的加害の意思のもとでなされたそれと対比較量することによって、当該行為を全体として誤想に基づくかつ防衛意思に発する行為と認められる」ことが必要であるとした上で、事案処理を行っている。これは、東京高裁が誤想に基づく過剰防衛の成否に関して「防衛意思」を必要としているものと解することができ、さらに、防衛意思を否定する要素として「積極的加害の意思」を挙げているから、最高裁が防衛意思を否定する要素として挙げる基準とも平仄が合う。したがって、昭和54年東京高裁判決は、最高裁判所の見地を前提として、被告人の挑発的行動を、防衛意思を否定する要素として考慮した判例として位置づけることができる。

そこで、以下では、東京高裁が被告人の挑発的行動をどのような形で防衛意思を否定する要素としたのかについて、分析することにする。

(iv) 昭和54年東京高裁判決における被告人が行った挑発的行動の位置づけ

東京高裁は、防衛意思の存否について、最高裁が示した判断基準を踏まえて¹⁹¹⁾一般論として次のように指摘する。すなわち「相手方の攻撃に対し憤激逆上して反撃を加えたからといって直ちに防衛の意思を欠くことになるものではなく、かえって、急迫不正の侵害に対抗して若しくはこれありとの誤想に基づいて行う反撃については、それが客観的に右侵害若しくは誤想された侵害に対する防衛行為の意味合いを有するものであるときは、一般に防衛意思の併存を推認することさえ可能であろう」。しかし、「行為者の主観の如何によっては、例えば、行為者がかねてから相手方に憎悪の念をもち、攻撃を受けたのに乗じて積極的な加害行為に出た等特段の事情がある場合とか、あるいは防衛に名を藉りて、すなわち急迫不正の侵害若しくはその誤想があることを好機としてその機会をかり相手方に対し積極的な攻撃を加えた場合のごときにおいて、防衛の意思を欠くものとされるのはやむをえない」とする。

そして、これを前提として事例判断を行い、防衛意思を否定したが、東京高

裁は、被告人の挑発的行為＝「ブランデー空瓶による頭部殴打」それ自体ではなく、その行為の背後に存在する被告人の動機に着目し、ブランデー空瓶による頭部殴打行為に至る動機が「本件刺切」の「一つの動機」と位置づけしている。すなわち、ブランデー空瓶による頭部殴打行為の「動機たる事情」を、「本件当夜右甲野から頭髮を引張られたり顔面を殴打されたりしたことを契機にかねてうっ積していた忿懣が一挙に発して加害の意思を生ずるにいたったという事情」と位置づけ、「甲野から突きとばされ頸部を圧迫されるという反撃を受ける」ことと相俟って、その後の「本件刺切」に至ったとしているのである。

さらに、東京高裁は、①「本件加害は既にその開始の時点において、かねてから相手方に対し抱いていた加害意思の爆発的昂揚発現という性質を濃厚に併有していた」こと、②「行為開始後比較的早い時点において相手方が反撃力を失い、被告人の誤想も解消したものと認められる…以上、その時点においては誤想に基づく被告人の防衛意思も消滅するにいたり、すなわち被告人は、防衛意思がまったく解消したのちにおいて、もっぱら相手方に対する積極的加害の意思に基づいて量的にも質的にも本件加害行為の大部分を反覆継続した」ことを、「特別な事情」と位置づけ、「かかる特別な事情のある本件事実関係のもとでは、被告人の行為を全体としてみる場合、それが『防衛意思』に基づく行為であるとすることはとうていできない」としたのである。

(v) 昭和 54 年東京高裁判決の位置づけ

最高裁において、積極的加害意思が正当防衛の要件（侵害の急迫性又は防衛意思）を否定する要素とされた後、「防衛意思を否定する意思」（積極的加害意思）と「行為者の犯行以前から犯行時まで存在した行為者と被害者の人的関係に基づく動機」を関連づけた判例として、昭和 54 年東京高裁判決を位置づけることができるが、これと同様の傾向を示す判例も散見される。

例えば、高裁レベルでは、昭和 60 年東京高裁判決がある¹⁹²⁾ 東京高裁は、被

告人の行為は、被害者の「度重なる悪態に我慢しきれず、同人が包丁を手にしたのを見て憤懣が爆発し、積極的な攻撃の意思で行った」ことが強く推認できるとして、防衛意思を否定している。

地裁レベルでは、被告人は、被害者の「言動を契機」として、振り向きざまに被害者の腹部中央めがけ果物ナイフで思い切り突き刺し、一撃で同人に致命傷を与え、さらに、「かねてからのぎに対し根強い反感を抱いていた」ことを踏まえて、昭和56年大阪地裁は、「本件犯行前あるいは犯行時の状況、犯行の動機、原因等」に徴すれば、被告人は、被害者らの「言動に対し、憤激の余り積極的に攻撃を加える意図のもとに本件犯行に及んだ」ものとして、被告人の行為は防衛行為としてなされたことを否定している¹⁹³⁾次に、昭和57年大分地裁は、「被告人の本件犯行は、単に防衛のためのみではなくそれまでの〇に対する憤懣が一時に爆発したという面があつたことも否定できない」が、被告人の供述内容及びこれに至るまでの経緯等に照らすと、「この機に乗じて専ら積極的加害の意図でなされたものとは直ちに断定し難く、右憤懣による攻撃的意思が併存していたとしてもなお、被告人の本件犯行は『防衛する為め』にした」ことを肯定している¹⁹⁴⁾さらに、昭和61年福岡地裁は、最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁、最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁、最判昭60・9・12刑集39巻6号275頁、判時1174号151頁を引用しつつ、Nからの急迫不正の侵害に対応してなされた「被告人の反撃行為の態様やその後の行動」に照らすと、「被告人がかねてNに対し抱いていた不満の念や本件刺突行為が当時の憤激の情」を考慮に入れても、「被告人が専ら攻撃の意思のみに基づき本件刺突行為を行つた」ものと解するのは困難であるとして防衛意思を肯定している¹⁹⁵⁾

ただし、昭和54年東京高裁判決は、客観的な被告人の挑発的行為＝「ブランドー空瓶による頭部殴打」行為が存在している点で、以上で示した判例と異なる。しかし、「(iv) 昭和54年東京高裁判決における被告人が行った挑発的行為の位置づけ」で示した通り、東京高裁は、被告人の挑発的行為＝「ブランドー

空瓶による頭部殴打」それ自体ではなく、その行為の背後に存在する被告人の動機に着目し、被告人のブランデー空瓶による頭部殴打行為に至る動機が、その後被告人が「本件刺切」を行う「一つの動機」と位置づけしているから、「防衛意思を否定する意思」（積極的加害意思）と「行為者の犯行以前から犯行当時まで存在した行為者と被害者の人的関係に基づく動機」を関連づけた判例として位置づけることができる。さらに、東京高裁は、客観的な被告人の挑発的行為を、「防衛意思を否定する意思」関連づけているから、「侵害の自招性を、正当防衛の主観的要素（防衛意思）を否定する要素として検討する判例」としても位置づけることができるのである¹⁹⁶⁾

注

- 185) 拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(2)」『松山大学論集』21巻2号（平21年・2009年）159頁以下。174頁。
- 186) 橋爪・前掲注（2）171頁。
- 187) 安田・前掲注（97）51頁。
- 188) 橋爪・前掲注（2）174頁。
- 189) 東京高判昭54・5・15判時937号123頁，判タ394号161頁。なお，本件は，上告取下により確定した。
- 190) 東京地判昭53・11・6・前掲注（155）。
- 191) 拙稿・前掲注（185）159頁以下参照。
- 192) 東京高判昭60・10・15東高刑38巻10～12号82頁，判時1190号138頁。
- 193) 大阪地判昭56・2・19判時1018号138頁，判タ447号155頁。
- 194) 大分地判昭57・1・28判タ466号193頁。
- 195) 福岡地判昭61・6・4刑裁月報18巻5～6号758頁，判タ607号110頁。
- 196) 本件では，被告人の客観的な挑発的行為（ブランデー空瓶による頭部殴打行為）によって，被告人には，「正当防衛が成立しない」ことが前提となっている。しかし，「4 侵害の自招性を，喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」で詳しく検討するが，「挑発的行為」は，それがあれば，特別の考慮をすることなく，正当防衛が否定されるという要件ではない。それゆえ，東京高裁の判断が，判例の一般的な傾向に合致しているかについては，疑問なしとはしない。

3 侵害の自招性を、防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例

(i) 侵害の自招性を防衛行為の相当性と関連づけた判例

侵害の自招性を、防衛行為の相当性¹⁹⁷⁾を否定する要素として検討する判例としては、昭和60年7月8日に下された福岡高裁判決がある¹⁹⁸⁾

福岡高裁は、「Aが、被告人宅の玄関戸を五分ないし一〇分間にわたって足蹴りするなどした行為」を、「不正の侵害に該当する」と解した上で、「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」、侵害の急迫性を否定すると共に、「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）にあたることもできない」という基準を提示し、これに基づき、次のような事例判断を行う。すなわち、「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、屋外から住居の平穩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てい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。）」としたのである。

次に、平成12年大阪高裁判決は、自己の先行行為がある場合、言い換えれ

ば、被害者の攻撃が被告人の行為により「誘発された」場合、侵害の急迫性は否定できなくとも、「相当性が認められる範囲がより限定される」とした¹⁹⁹⁾すなわち、大阪高裁は、「本件においては…被告人がすでに退店しようとしていた際に起こった事件であるという特段の経緯、事情があることなどから、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」とするのである。

(ii) 昭和 44 年最高裁判決と高裁判決の関係

防衛行為の相当性に関して、一般論を述べた最高裁判例として、昭和 44 年最高裁判決が重要であるが²⁰⁰⁾ここでは、「刑法三六条一項にいう『己ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであつて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである」と判示する。

大阪高裁判決は、「被害者の攻撃が被告人の行為により誘発されたこと」を「相当性を限定する要素」とする。これは、防衛行為者が挑発等の先行行為を行っている場合、昭和 44 年判決が示した「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度」の範囲をより制限する方向で作用することを示したことになるが、「侵害を自招したことにより防衛行為の相当性が制約されるか

否かについて、先例となる判例は見受けられない」という指摘があり²⁰¹⁾注目に値する判例である。

さらに、大阪高裁判決は、福岡高裁判決と比較した場合、次のことがいえる。すなわち、福岡高裁判決では、「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」、侵害の急迫性及び防衛行為の相当性を否定している²⁰²⁾これに対して、大阪高裁判決では、侵害の急迫性を肯定しつつ、「被害者の攻撃が被告人の行為により誘発されたこと」を「相当性を限定する要素」とする。それゆえ、自招侵害の事例において、侵害の急迫性が否定される場合は、同時に、防衛行為の相当性を否定することになるが、仮に、侵害の急迫性を否定できない場合であっても、防衛行為に相当性が肯定できる範囲がより限定されるという枠組みで判断していたことになる。

(iii) 行為の自招性を防衛行為の相当性と関連づける場合の視点

次に、防衛行為者の挑発等の先行行為（行為の自招性）が、いかなる見地に基づいて「防衛行為の相当性」の判断、言い換えると、「防衛行為がやむを得ない行為といえるか」の判断に影響を与えるかが問題となる。

この点に関して、参考となる判例は昭和63年東京高裁判決であるが²⁰³⁾本件は、客Aに異常な行為を強要されたホテル嬢²⁰⁴⁾が逃げ出すため客をナイフで刺殺した行為について正当防衛の成否が問題となっている。すなわち、「Aは、被告人から…ナイフを突き刺されたことにより、左肺を損傷する創洞の長さ約九センチメートルの前胸部刺創（キ創）、第五肋骨を切断し、左肺を損傷する創洞の長さ約五センチメートルの前胸部刺創（ク創）、第五肋骨に切込みを作り、心臓に刺入する創洞の長さ約七センチメートルの前胸部刺創（ケ創）、肝臓を貫通し、胃を損傷する創洞の長さ約九・六センチメートルの腹部刺創

(コ創)、同様の創洞の長さ約一センチメートルの腹部刺創(ザ創)、肝臓を貫通し、胃小彎部脂肪織を損傷する創洞の長さ約一二センチメートルの腹部刺創(サ創)を負い、その他にも前記シ創、ハ創等いくつかの刺創、刺切創、切創などを負い、午後九時二分ころ、主に心臓、左肺、肝臓等についての胸腹腔臓器刺創に基づく失血により死亡した」ものであるが²⁰⁵⁾ 本件では、このような被告人の本件行為が防衛のためやむを得ない行為といえるかが問題となっている。

この点に関して、まず、東京高裁は、Aと被告人の関係について、次のように説示する。すなわち、①「Aは、身長約一七二センチメートル、当時二八歳の男性であるのに対し、被告人は、身長約一五八センチメートル、当時二一歳の女性であって、体力的にAより劣勢であったこと」②「被告人は、本件犯行の一時間余り前にはAから、殴る、ナイフで突き刺す、ナイフを突き付けて脅すなどの強力かつ露骨な暴行や脅迫が加えられ、その後も手足を縛られて監禁状態に置かれ、わいせつ行為を強要されていたこと」③「Aは、被告人から第一撃を受けた後被告人を追い回している間、終始機敏に動いて攻勢を取り、被告人は守勢に回って、恐怖、驚き、怒り、興奮等の錯綜した心理状態の中で、必死に逃げあるいは応戦していたこと」を指摘する²⁰⁶⁾ 一方で、④「被告人の最初の刺突行為については、そのころ被告人は、監禁状態に置かれていたとはいえ、それ以上に強力な暴行を加えられていたわけではなく、そのような状況下でわいせつ行為を強要されていただけであり、被告人において、Aの言動、表情等から同人に無気味なものを感じ、更にどのようなことをされるかもしれないという不安を抱いていたことは否定し難いが、生命にまで危険を感じていたとは認められないこと」⑤「右の一撃は、先端の極めて鋭利な切出しナイフで、わいせつ行為に熱中する同人の腹部を狙いすまして強く突き刺した危険なものであること」⑥「被告人は、自らの意思により、『ホテル嬢』として四時間にわたり売春をすることを約して、Aから高額の報酬を得ており、原審検察官が主張するように、これにより被告人が性的自由及び身体的自由を

放棄していたとまではいえないが、少なくとも、Aに対し、通常の性交及びこれに付随する性的行為は許容していたものといわざるをえないから、被告人の性的自由及び身体に対する侵害の程度については、これを一般の婦女子に対する場合と同列に論ずることはできず、相当に減殺して考慮せざるをえないこと」などの事情があるとした。

次に、「その後被告人がAから追い回されている間にした刺突行為」については、⑦「それが未必的にもせよ殺意をもって、右のような危険なナイフで繰り返し強烈に行われ、同人に対しキ、ク、ケ、コ、ザ、サの各創のような重傷を負わせ、間もなく同人をその場で失神させたとえ、約一時間後には失血死させたものであること」⑧「Aは、機敏かつ一方的に被告人を追い回し続けたとはいいながら、素手であったうえ、被告人は、守勢に終始しながらも、Aに対しよく応戦していて、その間同人からナイフを奪い取られたようなことはなく、同人にナイフを取られない限り、被告人の生命までもが危険となることはなかったこと」⑨「Aの右のような執ような追撃は、被告人のAに対する前記の第一撃が、同人を刺激して激昂させ、これを誘発したといえなくもないこと」などの事情があり、「これらの事情もまた被告人の行為の違法性を判断するに当たって考慮に入れざるをえない」とした。

その上で、東京高裁は、「これらの諸事情を総合し、法秩序全体の見地からみると、確かにAの側に被告人の権利に対する侵害行為のあったことは否定し難いところであるが、本件の状況下でこれに対し前記のような凄惨な死をもって酬いることが相当であるとは認め難く、被告人の本件行為は、前後を通じ全体として社会通念上防衛行為としてやむことをえないといえる範囲を逸脱し、防衛の程度を超えたものであると認めざるをえない」としたのである。

昭和63年東京高裁判決が示した⑨の事情すなわち「Aの右のような執ような追撃は、被告人のAに対する前記の第一撃が、同人を刺激して激昂させ、これを誘発したといえなくもないこと」は、被告人による先行行為を示したものと見えるが、同判決では、⑨の事情を含めて「これらの事情もまた被告人の

行為の違法性を判断するに当たって考慮に入れざるをえない」とするから、被告人の先行行為は、正当防衛の成否の判断（ここでは、「防衛行為がやむを得ない行為といえるか」の判断に）影響を及ぼすことを示していることになる。

「防衛行為がやむを得ない行為といえるか」の判断つまり防衛行為の相当性判断について、昭和24年最高裁判決は²⁰⁷⁾「防衛行為が已むことを得ないと、当該具体的事態の下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得るものを言う」と説示するが²⁰⁸⁾この説示は、「大審院時代からの一貫した考え方に基づくもの」であると指摘されている²⁰⁹⁾そして、昭和63年東京高裁判決は、①～⑨の「諸事情を総合し、法秩序全体の見地からみると」、
「被告人の本件行為は、前後を通じ全体として社会通念上防衛行為としてやむことをえないといえる範囲を逸脱し、防衛の程度を超えたものであると認めざるをえない」と判示しているが、ここで示された判断基準は、昭和24年最高裁判決を踏まえたものとなっている。

さらに、前述の昭和44年最高裁判決が「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」つまり「やむを得ずにした行為」の意義を示すにあたり、「すなわち」という「言い換えの文言」入れた上で、「反撃行為が…防衛手段として相当性を有するもの」とする点を考慮すれば、昭和44年判決も「基本的にはそれまでの判例の考え方に従ったものと理解でき」とされる²¹⁰⁾

(iv) 小 括

以上を総合すると、「侵害の自招性を、防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例群」においては、昭和44年最高裁判決が示した基準（防衛行為が「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度」か否か）を前提として、侵害の自招性を「必要最小限度」の範囲をより制限する方向で作用させる要素として捉えており、この防衛手段の「最小限度」性を判断する視点としては、「大審院時代からの一貫した考え方に基づく」「当該具体的事態の下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得る」

か否か、言い換えると、「全体として社会通念上防衛行為としてやむことをえないといえる範囲」か否かが前提となっている。

注

- 197) 「防衛行為の相当性の有無」言い換えると「やむを得ずにした行為の意義」に関しては、拙稿「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意義」『川端博先生古稀記念論文集上巻』（平26年・2014年）157頁以下において検討を加えた。
- 198) 福岡高判昭60・7・8・前掲注（155）。この判例は、三—1—(1)—(ii)においてすでに検討している。本件事案の詳細については、拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(3)」『松山大学論集』21巻3号（平21年・2009年）122頁以下を参照。さらに、昭和60年福岡高裁判決と類似する理論を前提とした判例として、東京高判平8・2・7・前掲注（161）がある。
- 199) 大阪高判平12・6・22・前掲注（173）。
- 200) 最判昭44・12・4刑集23巻12号1573頁。
- 201) 小川・前掲注（174）27頁。ただし、平成12年大阪高裁判決は、防衛者に対する侵害が防衛者の先行行為に誘発された場合、「事案を全体として見た上」で「保護法益の均衡という視点」から、防衛行為の相当性を判断すべきであるとしている。しかし、最判昭44・12・4・前掲注（200）は、「急迫不正の侵害に対する反撃行為」が「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度」であれば、当該「反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有する」ので、「侵害に対する防衛手段として相当性を有する」場合「反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」と判示していることは上述の通りである。したがって、両者を整合的に捉えるならば、大阪高裁の示した「保護法益の均衡」は、保全法益と侵害法益の「単純な比較衡量」と解するべきではないことになる。
- 202) 昭和60年福岡高裁判決は、侵害の急迫性を否定すると同時に防衛行為の相当性を否定している。正当防衛を否定するのであれば、侵害の急迫性を否定すれば足りるはずである。それにも拘らず、防衛行為の相当性を追加的に否定している。これは、本件事案処理において、「侵害の急迫性を否定するだけでは足りない事案である」という思考が働いたことが推測されるが、仮にそうであるとすると、この時点において「要件論の領域を超える解決」への志向が示唆されていたと読むことも可能であろう。
- 203) 東京高判昭63・6・9判時1283号54頁、判タ691号249頁。
- 204) 東京高裁によれば、「ホテル嬢」とは、「事務所に所属して客の待つホテルに赴いて売春をする」者を指称するものとされる。
- 205) シ創：「ひそかに枕の下に左手を差入れてナイフを握り、同人の隙をうかがううち、同

人が被告人の右後ろに密着して電動性具で陰部をもてあそびながら、体を傾けてよそ見をした瞬間をとらえ、Aの左腹部をナイフで一回突き刺し、腸間膜及び腹膜を損傷する創洞の長さ約八センチメートルの腹部刺創（鈴木裕子ら作成の鑑定書記載のシ創、以下創傷をこの例により表示する。）。

ハ創：「Aは、ナイフで刺されるや、被告人を突き飛ばすようにしたうえ、直ちにそのあとを追い、ドアの直前で、被告人の前に回り込んで立ち塞がり、被告人ともみ合い、被告人の持つナイフで、左大腿上部に創口の長さ約七・五センチメートル、創洞の長さ約五センチメートルの刺切創」。

206) 第一撃とは「シ創」を負わせた攻撃を指す。

207) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。

208) ただし、昭和24年最高裁判決は、国家的・公共的公益のための正当防衛が問題となっていた。

209) 川口宰護「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』（平3年・1991年）343頁。

210) 川口・前掲注（209）343頁。さらに、川端・前掲注（1）155-6頁参照。

4 侵害の自招性を、喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例

(i) 喧嘩闘争と正当防衛の成否の関係

従来、わが国の判例は、喧嘩闘争の場合、正当防衛の観念を入れる余地はないとしてきたが、その後、昭和23年最高裁大法廷判決は、喧嘩の場合にも正当防衛の成立の余地があることを暗示していたところ²¹¹⁾この趣旨をさらに明確にした判例が、昭和32年1月22日判決²¹²⁾である。昭和32年最高裁判決によれば、昭和23年最高裁大法廷判決の趣旨は、「いわゆる喧嘩は、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から、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもつばら防禦に終始し、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、刑法第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」というのだから、「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ます」という両面を含むものと解することができる」とし、より明確に肯定説の立場を打ち出したのである²¹³⁾

(ii) 喧嘩闘争と挑発行為の関係

このように、判例は、喧嘩闘争の場合であっても、正当防衛の成立し得る場合のあることを肯定するに至っているが、しかし、喧嘩闘争と評価される場合は、正当防衛が成立しないことまでは否定されていない²¹⁴⁾。それゆえ、「侵害の自招性を、喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」群は、侵害の自招性と喧嘩闘争を関連づけながら、正当防衛の成立を否定し、その関連づけは、挑発と喧嘩闘争が原因と結果の関係にあることを意識して「挑発」を位置づけていることが多いといえる。

例えば、昭和53年仙台高裁判決は、「被告人の挑発に基づく闘争拡大行為」は認められるかという視点から、挑発行為と喧嘩闘争行為との関連性の存否を検討し、これを否定している²¹⁵⁾。同様の視点から、昭和60年東京高裁判決も、「B子との喧嘩口論からすでに腹を立てていた被告人が、いきなりEに怒鳴り込まれ、同人から暴言を浴びせられ、金属性のへらで攻撃する仕草をされたため、一層腹を立て興奮したあげく、自ら『上等だ、表へ出る』と挑発的な言辭を申し向けたことから、Eもこれに応じ、互いに興奮して喧嘩口論から現実の喧嘩闘争に発展する状況となり、前記の事態に立ち至った」としている²¹⁶⁾。また、平成6年東京高裁判決は、「本件犯行は、いわゆる喧嘩闘争の一環としてされたものであって、本来防衛の観念を入れる余地がないから、過剰防衛はもちろん誤想過剰防衛すら成立しない旨」の検察官の主張に対して、「確かに、本件犯行の背景事情として、被告人とAの日頃の確執があったこと、当日のAの攻撃も、被告人の同人に対する『何が気に食わないんだ。文句があるなら殺せ。』という言葉に触発されたものであり、被告人の右発言を一種の挑発とみる余地があること等は、概ね検察官の主張するとおりであると認められる。しかし、当日Aは、前夜午後九時頃から翌日午前一時過ぎ頃まで、途中被告人が一時外出していた時間を含めると延々四時間以上にわたって、被告人が寝室としている八畳間でテレビを見ながら酒を飲み、テレビの番組にかこつけて大声で被告人に対する嫌がらせを言い、翌日糖尿病の診察を受けに病院へ行く

予定で早く就寝したいと思っていた被告人を苛立たせたことが明らかであり、前記の言葉は、同人の暴言に耐えきれなくなった被告人が咄嗟に発したものと認められるから、これをことさらな挑発行為とみることに疑問がある」とする。そして、その後の闘争に言及した上で、「本件が、過剰防衛ないし誤想過剰防衛の観念を入れる余地のない喧嘩闘争の一環であるとする検察官の主張は、採用することができない」とする²¹⁷⁾ さらに、平成12年大阪高裁判決は、「被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為は、甲野に喧嘩を売ったとしか言いようのない挑発行為であって、被告人には、右行為によって、甲野の出方次第によっては同人と喧嘩闘争になっても構わないという未必的意図があったのであり、かつ、被告人は、甲野が立腹して被告人に対し何らかの反撃に出るであろうことを予期していたというべきであるから、被告人が椅子を蹴り付けたことによって、被告人と甲野との間に喧嘩闘争状態が出現したというべきである」という検察官の主張に対して、事案を検討の上「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」として²¹⁸⁾ ²¹⁹⁾ ²²⁰⁾

注

211) 最大判昭23・7・7刑集2巻8号793頁。最高裁大法廷は、喧嘩を「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」とし、闘争のある瞬間において闘争者の一方が、専ら防禦に終始する結果正当防衛を行う観を呈することがあっても、「闘争の全般からみれば、刑法第三十六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」と判示した。

212) 最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁。

213) 喧嘩闘争と正当防衛に関する判例動向については、拙稿・前掲注(24)130頁以下参照。

214) ただし、「喧嘩闘争という事態」が、「正当防衛のいかなる要件と関連しているか、それともいないのか」について、下級審判例の判断は、当事者の理論構成を前提としたものとなることも影響するのだから、「喧嘩闘争という事態」の位置づけには一致が見られない。

例えば、「喧嘩闘争と評価されれば、一般的に(要件論を超えて)、正当防衛が否定され

る」ことを前提とした判例として、仙台高判昭55・1・29判タ423号148頁、東京高判昭60・6・14高検速報(昭60)150頁、東京高判平6・7・20判時1537号181頁、判タ888号246頁[249頁]等がある。「喧嘩闘争と評価されれば、侵害の急迫性が否定される」ことを前提とした判例として、大阪高判昭53・3・8判タ369号440頁、東京高判昭60・8・20高検速報(昭60)212頁、判時1183号163頁、大阪高判昭62・4・15判時1254号140頁[144頁]、判タ653号212頁、東京地八王子支判昭62・9・18判時1256号120頁、富山地判平11・11・25判タ1050号278頁、千葉地判平14・11・27【文献番号28085223】等がある(なお、大阪高判平12・6・22判タ1067号276頁)。「喧嘩闘争と評価されれば、侵害の急迫性及び防衛意思が否定される」ことを前提とした判例として、東京高判昭55・5・29東高刑31巻5号69頁、東京地判平14・2・19判時1789号160頁等がある(なお、福岡地判昭56・10・16判タ477号215頁参照)。「喧嘩闘争と評価されれば、防衛意思が否定される」ことを前提とした判例として、大阪地判平3・4・24判タ763号284頁等がある。

さらに、仙台高判昭53・7・4判時924号136頁は、「まず本件に先立ち、被告人と相手方らとの間に喧嘩闘争が成立しているか」を検討し、その後、正当防衛の個別の成立要件について考察を加えている。防衛意思の存否に関しては、被告人の防衛意思を肯定しつつ「喧嘩闘争における劣勢挽回のための攻撃意思を有していたとは到底認められない」とし、さらに、侵害の急迫性の存否に関しては、「さきの不法攻撃とあいまって被告人に対する急迫不正の侵害と見るに十分であり、被告人の挑発に基づく闘争拡大行為とは認められない」と説示している。

215) 仙台高判昭53・7・4・前掲注(214)。

216) 東京高判昭60・8・20・前掲注(214)。本判決は、注(214)で示した通り、侵害の急迫性を否定している。

217) 東京高判平6・7・20・前掲注(214)。

218) 大阪高判平12・6・22・前掲注(214)。

219) なお、富山地判平11・11・25・前掲注(214)は、挑発と喧嘩闘争について、言及はあるが、両者の関係が原因と結果の関係にあることを意識して「挑発」を位置づけているとは必ずしもいえないものとなっている。すなわち、富山地裁は、「被告人らと太郎がもみ合いとなったのは、口論の最中で被告人Bが太郎に対し殴りかかったことがきっかけであって、被告人Bの挑発がけんか闘争を生じさせている」、言い換えると、「本件はけんか闘争であり、被告人Bが先に太郎に殴りかかって挑発したのであって、被告人らの行為を防衛行為とみることはできない」という検察官の主張に対して、「被告人Bが先に太郎に殴りかかり、その後二人がもみ合いとなったこと」を前提として、「被告人Bが殴りかかった段階においては、いわば口論の勢いが余って手を出したといえる程度のものであって、その後、太郎が一升瓶を割りその破片を凶器として攻撃してくることは予想できなかったものであるから、被告人Bの右行為をもって、太郎の右のような侵害行為を挑発したもの

ということとはできない」と判示している。

220) 最高裁によれば、喧嘩闘争を根拠に正当防衛の成立を否定する場合、「闘争の全般からみれば、刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」と評価する必要があることは前述した通りである。それゆえ、防衛者側からの挑発を契機として喧嘩闘争に発展したことを根拠として、防衛者の正当防衛の成立を否定するためには、防衛者の挑発的行為がどのような性格である必要があるかを判断する場合についても、「闘争の全般」からみた総合的判断にならざるを得ないのであろう。しかし、挑発と喧嘩闘争を関連づけて正当防衛の成否を判断する事案では、防衛者の挑発的行為が行われる前に、侵害者との関係で何らかの経緯(侵害者との口論、侵害者からの嫌がらせ等)が存在することが多い。したがって、「闘争の全般」からみた総合的判断をした結果、防衛者側からの挑発を契機として闘争に発展したと判断できるのは、如何なる場合であるかについて、非常に流動的な判断(ある意味で、場当たりの判断)とならざるを得ないのであろう。

四 結 論

以上では、平成20年最高裁決定²²¹⁾の意義を検討する前提として、判例における「侵害の急迫性」の意義、昭和52年決定によって示された侵害の「急迫性の消極的要件」としての「積極的加害意思」と「防衛の意思」の関係を整理した上で、昭和52年最高裁決定²²²⁾から平成20年最高裁決定に下された自招侵害に関する判例の動向を分析してきた。その結果、①「侵害の自招性」を、「正当防衛の客観的要件を否定する要素として検討する判例」²²³⁾、②「正当防衛の主観的要素(防衛意思)を否定する要素として検討する判例」、③「防衛行為の相当性を否定する要素として検討する判例」、④「喧嘩闘争の存在を肯定する要素として検討する判例」があることが判明した。

平成20年決定の原判決は、①の類型の昭和60年福岡高裁判決²²⁴⁾を起点とする判例群の見解を前提とした理論構成を採用していたが、平成20年最高裁決定によって、これが否定された²²⁵⁾。それゆえ、平成20年最高裁決定は、「自招侵害の事例に関して、侵害の「急迫性の問題として事案の解決を図らなかった」ことによって、「急迫性の理解・解釈に混乱が生じること」を回避したものと評価されているからであるが²²⁶⁾ そうすると、少なくとも、①の類型の昭和60

年福岡高裁判決を起点とする判例群が問題としていた事例においては、侵害の急迫性を否定することによって問題を解決する処理はされなくなるはずである。

ただし、以上で検討した通り、「侵害の自招性」が正当防衛を否定する要素（少なくとも、制限する要素）として作用するかに関しては、①～④のそれぞれの判例群において異なっている。したがって、平成20年決定は、どの判例群において拘束力をもつかについては、必ずしも明瞭ではない。そこで、「侵害の自招性」を、「理論的に」位置づけると共に、その射程を適切に限界づけた上で、判例に方向性を与えていかなければならない。

注

221) 最決平20・5・20・前掲注(20)。

222) 最決昭52・7・21・前掲注(21)。

223) この類型には、「侵害の自招性」を、「侵害の急迫性を否定する要素」として検討する判例と「侵害の不正性を否定する要素」として検討する判例がある（詳細は、拙稿・前掲注(198)101頁以下参照）。

224) 福岡高判昭60・7・8・前掲注(155)。

225) 詳細は、拙稿「判批」『判例評論』611号（平22年・2010年）27頁以下、同「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相－松山大学法学部二十周年記念論文集－』（平22年・2010年）355頁以下参照。

226) 山口厚「正当防衛論の新展開」『法曹時報』61巻2号（平21年・2009年）312頁。