

松 山 大 学 論 集
第 21 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 0 9 年 8 月 発 行

正当防衛における「自招侵害」の処理(3)

明 照 博 章

正当防衛における「自招侵害」の処理(3)

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, 本号)
 - 2 侵害の自招性を, 正当防衛の主観的要件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制限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

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
 - (1) 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
 - 二一 1 一(i)において検討した結果, 最高裁は, 当然またはほとんど確実に侵

害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、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、その機会を利用して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場合、もはや侵害の急迫性の要件は充たされない、としつつ、積極的加害意思を判断する前提として侵害の予期を判断する必要がある、侵害の予期があるときにはじめて積極的加害意思の問題が生じることが明らかとなった。¹³¹⁾そして、意図的挑発の場合には、「実務的には、相手方による侵害に臨むに当たりその予期と積極的加害意思ありと認められ、急迫性が否定されること」になるから、¹³²⁾その意味で、「判例の枠組みで処理できる」¹³³⁾とされている。¹³⁴⁾そこで、以下では、まず、侵害の自招性を、上記の「最高裁の判断枠組み」を意識し、侵害の急迫性の存否と関連づけて検討する判例を考察する。

注

131) 拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(1)」『松山大学論集』21巻1号(平21年・2009年)248-9頁。

132) 的場=川本・前掲注(26)113頁。

133) 栃木・前掲注(26)64頁。

134) ただし、栃木・前掲注(26)64頁は、「故意的挑発や過失的挑発の場合には…判例の枠みだけで有効に処理できるか疑問がないわけではない」とされる。さらに、的場=川本・前掲注(26)113頁には、故意的挑発や過失的挑発の事案の処理について、「判例理論を前提とする限り、少なくとも侵害の急迫性は否定されないことになるはずであるが…下級審判例には、せいぜい故意的挑発と見るほかないと思われる事案で急迫性を否定したものがあするため、その位置付けが問題となる」という指摘がある。

(i) 侵害の自招性を、「最高裁の判断枠組み」を意識し、侵害の急迫性の存否と関連づけて検討する判例

侵害の自招性を、「最高裁の判断枠組み」を前提として、侵害の急迫性の存否を検討する判例として、昭和60年6月20日に下された東京高裁判決がある。¹³⁵⁾東京高裁は、被告人側からの主張を次のように整理する。すなわち、「各

所論は、要するに、被告人は、昭和五九年八月三一日午後六時ころ、本件事件現場を通りかかったところ、Lが側の五〇歳くらいの老人に因縁をつけていじめていたので、Lを止めようとしたところ、『お前は関係ない、あつちへいけ。』と言つて、被告人の膝を数回蹴り上げたので、Lの胸ぐらを掴んだところ、Lも同時に被告人の胸ぐらを掴みながら立ち上がり、被告人の横腹を膝で二、三回蹴り上げたので、やむなく手拳でLの顔面を一回殴りつけたところ、Lが前かがみになり、次いでガラスびんを右手に持つて殴りかかり、被告人の頭頂部及び前額部を殴打し（その結果被告人は全治二週間を要する頭頂部挫傷、頭部挫創等の傷害を負った。）、ガラスびんが割れたので、身の危険を感じた被告人はLを足をかけて投げ飛ばしたが、Lが投げられても割れたガラスびんをはなさずに立ち上つて再び攻撃してくるようであつたので、被告人は手拳で数回Lを殴りつけたところLは倒れ、それでもなお割れたガラスびんをはなさなかつたので、再び攻撃を受けないように被告人は数回Lを蹴とばしたのである、右の如く攻撃はすべてLからなされており、被告人はむしろこの攻撃を止めさせるため、また自己の生命、身体を守るために反撃したものであり、仮りに喧嘩であつても、喧嘩闘争においても正当防衛が成立する余地があり、当該行為が法律秩序に反するものかどうかによつて判断されるべきであるところ、被告人は、Lの攻撃よりも常に程度態様において低い反撃しかしておらず、被告人の行為が法律秩序に反するとはいえないから、いずれにしても、被告人の本件行為は、正当防衛ないし過剰防衛にあたるか、仮りに、被告人がLを投げとばし、倒れたLにもはや攻撃の意思がなかつたとしても、被告人はLがガラスびんを持つて再び攻撃してくると誤信したのであるから、誤想防衛にあたる、したがつて、正当防衛若しくは過剰防衛又は誤想防衛の事実を認定しなかつた原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認がある、というのである」とした。

これを踏まえて証拠に基づき事実を認定した上で、次のような事例判断を行った。「被告人に対する最初のLの暴行は、座つたまゝの姿勢で被告人の膝

を一回足蹴りしたというもので、しかも被告人が弱いものいじめをするなどLに干渉したところ、Lが被告人に対し関係ないから向へ行くように言つたことに端を発したものであつて、その原因や態様に照らせば、Lの右暴行はその限りのもので、それ以上に発展する恐れはなかつたものと認められる。しかるに、被告人が憤激して、『てめえやるのか。』と言いながら、座つている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拳でLの顔を殴打し、Lがガラスびんで被告人の右前額部を殴打するや、被告人がLをコンクリート床面に投げ倒し、以後一方的に同人に対し殴打、足蹴りなどの執拗な攻撃を加えたものであるが、本件の一連の経過に照らすと、被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている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。したがつて、被告人の本件行為は正当防衛に該当しないことはもちろんのこと過剰防衛にも該当しない」とする。そして、「被告人がLを投げとばし、倒れたLにもはや攻撃の意思がなかつたと仮定しても、被告人はLがガラスびんを持つて再び攻撃してくると誤信していた」という主張について、東京高裁は、これを否定し、さらに「本件が喧嘩であつても、喧嘩闘争においても正当防衛が成立する余地があり、当該行為が法律秩序に反するものであるかどうかによつて判断されるべきである」という主張に対しては、「闘争行為全般からみても、被告人の行為は、明らかに法秩序に反し、防衛行為として許容する余地はない」とした上で、「本件について、正当防衛若しくは過剰防衛又は誤想防衛を認めなかつた原判決に所論の事実誤認はない。論旨は理由がない」とした。

本件は、「最高裁昭和52年決定に依拠して、侵害の確実な予期と積極的加害意思を根拠に侵害の急迫性を否定している」と評価されているが^{§136)} 昭和52年

決定を含む最高裁の判断枠組みでは、積極的加害意思の存否を判断する際に対象となる事情は、「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、つまり、現に反撃に及ぶ以前（反撃行為の予備ないし準備段階）の事情」であり、これらの事情を前提として積極的加害意思の存否を判断するのであることが、二一三における検討の結果、明らかとなった。¹³⁷⁾そして、このような「侵害に先行する事情として最も典型的なものが被侵害者（ないし防衛行為者）による挑発行為である」という指摘があるが、¹³⁸⁾本件は、「被告人が憤激して、『てめえやるのか。』と言いながら、座っている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」んだ挑発が存在する事例であり、このような事実関係を前提として、東京高裁は、「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に対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められる」としている。これは、「相手の反撃を予期しつつ、その際に積極的加害意思をもって相手を挑発するような場合」には、「ことさら挑発行為を問題としなくとも、積極的加害意思を理由に侵害の急迫性が否定される」ことを示しているといえる。¹³⁹⁾つまり、東京高裁は、被告人が挑発したことを前提として、これに「挑発され」たLが「攻撃してくること」を、被告人は「予期」しているとするから、被告人の挑発を、侵害の予期の存否の判断の中で検討していることになるのである。

また、必ずしも、侵害の急迫性の存否を問題としたわけではないが、挑発と侵害の予期の関係について示した判例として、昭和60年5月15日に下された東京高裁判決がある。¹⁴⁰⁾本件では、「正当防衛等に関する主張は原審においてはなされておらず、当審においてはじめて主張されている」が、この点に関して、東京高裁は、次のような事実認定を行う。「飲酒して帰宅した被告人と被害者は、被告人が奥6畳間に、被害者が表4畳半の間にいずれも畳の上にごろ寝したが、午前1時50分ころ、被告人がふと目を覚すと、何を言っているのかよくわからなかったが、被害者がぶつぶつ言っているのがうるさくて寝つか

れなくなり、同人に対し『うるさいな。』と怒鳴ったところ、被害者が起き上がり、『お前の方がよっぽどうるさいじゃないか。』と怒鳴り返ししながら被告人が寝ている6畳間に入って来たので、被告人も立ち上がり向い合ったとたん、いきなり同人が右手拳で被告人の顔面を2、3回強打し、そのため被告人の義歯が2本はずれて口外に飛び出し口腔内に負傷するとともに、左眼下部に腫れがひくまでに約2週間を要した打撲挫傷の傷害を受け、背後の襖が開かれていた押入に殴り倒されたこと、被害者はなおも被告人の前に立ち塞がり殴りかかってこようとしたので、被告人は、激昂し、立ち上がってとっさに押入の中段の棚に置いてあった千枚通しを右手に持って構えたが、被害者はひるむことなくつかみかかって来たので、右千枚通しで同人の左胸部を突き刺し、更に、同人がこれを取りあげようとしたので、取られては逆に刺されると考え、続けて何回も同人の身体を突き刺し原判示のとおり傷害を負わせたところ、被害者が逃げ出したことが認められる」とする。

このような事実関係を前提として、東京高裁は、次のような事例判断を行った。すなわち、「被告人が被害者に『うるさいな。』と怒鳴った行為は、その性質上被害者から暴行が加えられることを予想し同人の攻撃を挑発したものとは解されず、寝ていた被害者が起き上がり暴行に及ぶとは被告人としては全く予期していなかったことと考えられ、正当防衛の成立を妨げるものとは考えられない」とし、防衛意思を肯定した上で、防衛行為の相当性が欠けるものとした。それゆえ「被告人の本件行為は過剰防衛行為と認められ」、この点を看過した原判決を破棄した。

本判決は、事例判断において、「被告人が被害者に『うるさいな。』と怒鳴った行為は、その性質上被害者から暴行が加えられることを予想し同人の攻撃を挑発したものとは解されず、寝ていた被害者が起き上がり暴行に及ぶとは被告人としては全く予期していなかったことと考えられ、正当防衛の成立を妨げるものとは考えられない」としており、必ずしも、挑発と侵害の急迫性の存否を関連づけているわけではないが、被告人が「被害者に『うるさいな。』と怒鳴っ

た行為」と「被害者から暴行」の予想とを原因と結果の関係にあるか否かによって正当防衛の存否を判断しているから、前述の昭和60年6月20日東京高裁判決との類似性が認められる。すなわち、昭和60年6月20日東京高裁判決は、「被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている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」とし、挑発と侵害の予期とを、原因と結果の関係にあると位置づけていたからである。

ただし、昭和60年6月20日判決は、挑発と侵害の予期とを、原因と結果の関係にあることを前提として、積極的加害意思の存否を判断していたが、本判決では、積極的加害意思の存否を判断することなく、正当防衛の成否を検討しているので、この点に関して、両者には差異がある。それゆえ、本判決は、最高裁の判断枠組みを意識していないようにも見える。しかし、最高裁の立場によれば、積極的加害意思の判断をする前提として侵害の予期を判断する必要がある、侵害の予期があるときにはじめて積極的加害意思の問題が生じることになり¹⁴¹⁾ 逆に、侵害の予期がない場合には、積極的加害意思も問題は生じないのであるが、本件の「被告人が被害者に『うるさいな。』と怒鳴った行為」は、挑発とは解されず、「寝ていた被害者が起き上がり暴行に及ぶとは被告人としては全く予期していなかった」ので、昭和60年5月15日東京高裁判決は、侵害の予期がなかったため、そもそも正当防衛を否定する要素としての積極的加害意思を検討するまでもなく、被告人の行為が「正当防衛の成立を妨げるものとは考えられない」と解している、というように評価できる。したがって、本判決は、積極的加害意思を判断する前提としての「侵害の予期」と挑発との関係を検討することによって正当防衛の成否を判断しているという意味で、最高裁の判断枠組みを意識していると解し得るのである¹⁴²⁾。

その後、被告人の挑発によって相手方から一定の侵害の予期は認められるが

被告人の予期を超えた侵害があった事例において判断を下した判例として、平成7年3月31日の大阪高裁判決がある。¹⁴³⁾ 本件の控訴趣意では、「被告人には傷害の故意がなかったばかりか、本件では正当防衛が成立し、また、他の行為に出る期待可能性がなかったのに、原判決が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、期待可能性がないとはいえないとしたのは、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実を誤認したものである」と主張されている。

これに対して、大阪高裁は、まず、事実関係について次のように認定する。「被告人は、本件当夜、中学の後輩又は同級生のA、B、C及びDと飲酒した後、飲んだ店のあるタイシンサンセットビル前で、ア、イの本件各被害者のほか、ウ、エ、オ及びカのグループと行き合い、同人らが行き過ぎた後、後方から『こらガキ。ええかっこしやがって。くそガキ』などと罵声を浴びせた。アらは、いったんはそのまま北に進んだが、一部の者が『あいつら腹立つな』などと立腹し、これに他の者も同調して六名全員が引き返してきた」。「最初に、ウと前記ビル前路上にいたAが胸倉を掴み合つての喧嘩になり、ウがAの胸倉を掴んだまま道路東側の駐車場の中に押して行き、Aの顔面等を殴りつけ、同人を駐車場の奥まで追い詰めた。Aは、手に触れた植木鉢をウに投げつけると、これがウの顔に当たって同人は負傷した。その後駐車場の中に入ってきたイ、エ、オらは、ウがやられたなどと憤激し、Aに殴る、蹴るの暴行を加え、更に、『連れ出せ』などと叫びながら、Aを駐車場入り口付近の広い所に引き出し、カ、ウも加わって、無抵抗となったAを殴る、蹴るの袋叩きにした。このような一連の暴行により、Aは、顔面打撲、右眼部打撲、頭部打撲、頸部捻挫等の加療約一〇日間を要する傷害及び鼻骨骨折等の加療約三週間を要する傷害を負った」。「右の間被告人は、『すいません、止めてください』などと言って、揉み合っているウとAの間に手を入れたり、ウの後からその腰辺りを掴んだりして、二人を引き離そうとしたが、そうするうち、後からイら数人が近づき、イが『こいつらか』と言って、振り向いた被告人の顔面を手拳で殴った。

被告人は、このときようやく自分の罵声が原因でイらが仕返しに来たものと分かり、イを駐車場出入口の方へ押し返ししながら、『すいません。止めて下さい』と言って謝ったが、イは、被告人の首の付け根や背中 of 辺りを殴り、更に、謝り続ける被告人に『のけ、こら』と怒鳴り、首の付け根や左膝を殴ったり、蹴ったりした。被告人は、何とか謝って喧嘩を収めようとしたが、相手方の攻撃が止まないで、このままでは埒があかないなどと思い、駐車場から道路に出ると、そこにいたアが、『お前もか』と言って、被告人の口元を手拳で殴りつけ、『すいませんでした。許して下さい。勘弁して下さい』と謝る被告人に対し、一方的に、後頭部から首の辺り、太股、膝などを連続的に回し蹴りで蹴ったが、被告人が無抵抗であったので、それ以上の攻撃はしなかった。そこへ、Cは頭から血を流しながら、被告人に「甲、頭をやられた」、「このままだとAが殺されてしまう」などと言った。そこで、被告人は、空のビール中瓶2本を取り出し、両手に1本ずつ瓶の口の方を握り、道路中央付近で瓶の底を叩きつけて割り、Aがいると思われる北の駐車場に向かって、「われ、こら」と怒鳴りながら小走りに走って行った。被告人は、駐車場に至る途中、アが、ボクシングスタイルで身構えながら、近づいてきたので、ビール瓶を持った右手を大きく右斜め上に振りかぶって、同人の顔付近に向けて振り下ろし、瓶の先を同人の左顔面に当てて傷害を負わせたため、同人は逃げた。次に、被告人は、近くにきたウに対し、ビール瓶を振り下ろして左顔面を傷つけ、同人も逃げた。さらに、被告人は、アが負傷したのを見て近づいてきたイに対し、左手のビール瓶を同人の首付近に向けてほぼ水平に振り回し、瓶の先をイの首の右側に突き刺し、イは、近くに駐車中の軽四自動車にもたれかかるようにして路上に倒れ、失血死した。その後、被告人は、イをそのままにして、ビール瓶を路上に叩きつけて細かく割ったが、仲間のことを思い出して、後の駐車場の入り口辺りにいたA、C、Bらに声を掛け、同人らと共に現場を離れた。

次に、このような事実関係を前提として、大阪高裁は、傷害の故意を肯定した後、「正当防衛ないし過剰防衛の成否について判断する」が、侵害の急迫

性の存否については、「Aは、引き返してきたウ、イ、エ、オ、からから、駐車場内で殴る、蹴るなどの激しい暴行を受けたものであり、これは急迫不正の侵害に当たる。原判決も説示するように、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、特に右のウら相手方の暴行が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」とした。そして、防衛意思の存否および防衛行為の相当性について検討し、「ア、イに対する本件行為は、急迫不正の侵害に対し、Aの権利を防衛するためのものであるが、いわゆる相当性を欠くため、正当防衛は成立しないが、過剰防衛は成立するものと認められる」と結論づけ、原判決を破棄した上で、自判した。

本判決は、事例判断において、「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、特に右のウら相手方の暴行が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」とする。侵害の急迫性に関する最高裁の立場に従うと、積極的加害意思の判断をする前提として侵害の予期を判断する必要があるが、侵害の予期がある場合にはじめて積極的加害意思の問題が生じるが、本判決は、「ウら相手方の暴行が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」点を考慮して、「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」とするから、「最高裁の判断枠組みを前提として」判断を下しており、¹⁴⁴⁾「最高裁判例の趣旨に沿うもの」という評価が可能となる。¹⁴⁵⁾ここでの「予期、予測を遥かに超える」とは、侵害の予期ができないことを意味すると解し得るからである。そして、本判決では、「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」と指摘されているが、上記の理解を前提とすると、このような「挑発的な罵声」があったとしても、その後の経緯を踏まえると、侵害の急迫性を否定する際に必要となる「侵害の予期」を欠く（あるいは、欠くに至る）と判断していることになる。

その後、地裁レベルであるが、上記の判例とは異なる傾向を示す判例があ

る。例えば、昭和61年6月10日に下された浦和地裁の判決がある¹⁴⁶⁾。本件の公訴事實は、「被告人は、昭和六〇年九月一七日午前七時四五分ころ、埼玉県上尾市《番地略》A（当時四二年）方前庭において、同人に対し、被告人の通行の妨害になるような状態で自転車を駐車していたことから同人と口論となり、同人の顔面を手拳で数回殴打する暴行を加えて同人に硬膜下血腫の傷害を負わせ、よって、同月一八日ころ、同人方において、右硬膜下血腫に基づく脳圧迫により死亡するに至らせたものである」とされるが、浦和地裁は、公訴事實記載の事實の存在を肯定した上で、被告人には正当防衛が成立する、少なくとも、過剰防衛が成立する旨の弁護人からの主張の当否を検討する。そして、この主張の当否を判断するために必要となる事実関係について、次のように認定した。すなわち、「被告人と本件被害者Aとは二軒長屋に隣り合せて居住し、会えば挨拶する程度の仲であったが、被告人は、当時四八歳で、平素から飲酒闘争を好まず、比較的温厚な人柄であり、しかも、火傷による両肩・肘関節の機能障害をもつ身障者（身体障害者等級表による級別では、三級と認定されている。）であり、一方Aは、当時四二歳で、それまで鳶や土工等の職に携わっていたもので、生来の気性の荒さに加えて、一旦飲酒すると、いわゆる酒癖が悪く、悪態をついたり、人にかからむ性向があり、左右上肢に入れ墨をしていたこともあって、被告人はもとより、近隣の者からも疎まれ、怖がられていた。その上、被告人の女友達がA方の敷地を通して被告人方に入出入りするようになってからは、これを快からず思い、それまで公道に出るために互いの敷地を自由に通行していたにもかかわらず、敷地境界付近に自転車をおき、被告人らの通行を妨げるなどして嫌がらせをすることが度重なり、被告人は、少なからずAに対して不快の念をいだいていたが、同人の粗暴な性格を恐れ、何も言い出せずにいた」。「被告人は、昭和六〇年九月一七日午前七時四五分ころ、自転車で勤めに出ようとした際、折から被告人方出入口前の市道が舗装及び側溝設置工事のため通行できなかったため、やむなくA方出入口を利用すべく同人方庭を通行しようとしたところ、敷地境界付近にあたかも被告人の通行を妨

害するかのように二台の自転車が置かれていたので、これを移動しようとした」。「被告人が、一台の自転車を移動させた折、たまたまAが同人方玄関先に出ていたのを認め、それまでの同人の嫌がらせに対する不快感もあって、同人に対し、『こんな時ぐらい気をつけて置けよ。』などと言ったところ、Aは、『なにを、この野郎』などと怒号しながら、やにわに拳をふりあげ、後ずさりして逃げる被告人に迫ったうえ両手拳で数回殴りかかり、被告人は上半身を振るなどしてこれをかわし続けたが、Aがなおも殴りかかろうとしたため、Aの右顔面を左手拳で一回殴打し、その直後、Aに両肩を掴まれたままの状態、更に、その左顔面を右手拳で二回殴打した」。「その結果、Aが、被告人の肩を掴んでいた手を放したので、被告人は、その場を離れ、A方出入口から自転車を引いて公道に出たが、その際、Aは、被告人に対して、『またそっちを通るんか。後で、おとしまえをつけるからな。』などと怒号した」としたのである。

この事実関係を前提として、浦和地裁は、正当防衛ないし過剰防衛の成否について検討する。「まずAの行為が急迫不正の侵害に当たるか否かの点については、Aが、前判示のような経緯で、被告人に対して、やにわに手拳で殴りかかり、次いで、その両肩を掴んだ行為は人の身体に対する不法な有形力の行使であるから、これが不正の侵害であることは明らかである。ところで、検察官は、被告人が、本件機会を利用してAに対する日頃の憤懣を晴らそうとの意図から積極的に本件行為に及んだ旨主張するのであるが、前示のように、身障者である被告人とAの間にはかなりの体力差があると認められること、被告人は、従前からAの粗暴な性格を恐れており、同人と喧嘩にでもなれば、当然一方的にやられてしまうと考え、同人の嫌がらせに対しても、それまで何ら苦情などを言ったこともないこと、Aが拳をあげて近付いて来た際には、数歩あとずさりし、自ら積極的に立ち向かった様子が窺われないこと、その他反撃行為の態様などにかんがみると、被告人が、本件犯行当時、Aの右一連の侵害を予期ないしは挑発し、これに対して、積極的に応戦した如き事情は認められず、したがって、侵害の急迫性の要件にも欠けるところはないというべきで

ある」とする。そして、その他の正当防衛の要件も認められるとして、「被告人の本件所為は、刑法三六条一項に該当し、罪とならない」としたのである。^{147) 148)}

本件では、被告人の防衛行為の前提として、Aの攻撃に急迫性があったのが問題となるが、この点に関して、本判決は、「被告人が、本件犯行当時、Aの右一連の侵害を予期ないしは挑発し、これに対して、積極的に応戦した如き事情は認められず、したがって、侵害の急迫性の要件にも欠けるところはないというべきである」とし、侵害の「挑発」を「積極的に応戦した如き事情」と関連づけながら侵害の急迫性の存否を検討している。それゆえ、この部分については、上記の昭和60年6月20日東京高裁判決と類似している¹⁴⁹⁾しかし、「被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている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」と指摘している点から窺われるように、東京高裁は、挑発と侵害の予期の関係について、挑発があれば、攻撃してくるであろうという予期が当然成り立つということを念頭において判断している。言い換えると、ここでは、「挑発」(原因)に基づいて、「侵害の予期」が生じる(結果)という関係を肯定していることになるのである。これに対して、浦和地裁では、「被告人が、本件犯行当時、Aの右一連の侵害を予期ないしは挑発し」と指摘されているから、侵害の「予期」と、侵害の「挑発」との関係については並列関係として捉えられていることが窺われる。それゆえ、浦和地裁の枠組みを前提とすると、侵害を「予期」し、「積極的に応戦した如き事情」が認められるか、あるいは、侵害を「挑発」し、「積極的に応戦した如き事情」が認められれば、侵害の急迫性が否定されると解することができる。したがって、「挑発」を原因とし、その結果、「侵害の予期」が生じるという、東京高裁が前提とする関係にあるとはいえないので、東京高裁と浦和地裁の判断枠組みは必ずしも同一ではないと評価できる。

「平成」に入ってから、浦和地裁と同様の枠組みで判断した判例として、平成9年12月2日に下された千葉地裁の判決がある。¹⁵⁰⁾ここでは、事実関係につ

いて詳細に認定した上で、「正当防衛の成否」について、「当裁判所の判断」を示す。そして、「Aの被告人の胸倉をつかんで締め上げ続けた行為が、人の身体に対する不法な有形力の行使であることは明らかである」ことを前提として、侵害の急迫性について検討を加える。すなわち、「被告人の本件直前の行動をみると、被告人はAが走ってきた時には自室に帰るため同人方玄関に背中を向けて歩き出しており、自ら同人に積極的に立ち向かった様子が窺われず、同人に胸倉をつかまれても反撃せず、ひたすら同人を放そうとしていたことなどが認められ、これらの事実を鑑みると、被告人が本件犯行当時同人の侵害を予期し、あるいは挑発し、これに対して積極的に応戦し、加害したという事情は認められず、侵害の急迫性の要件にも欠けるところはない。なお、被告人の『自分でそういうこと云々』の言辞も当時の被告人の挙動等に照らし、被害者の攻撃を挑発したとまでいうことができない」とした。そして、防衛意思の存否および防衛行為の相当性について検討した上で、「被告人がAを殴った行為は、刑法三六条一項にいう急迫不正の侵害に対して自らの権利を防衛するため、やむを得ずにした行為と認められ、右行為は処罰されず、本件は罪とならないものである」とした。

本件においても、侵害に対して「積極的に応戦し、加害したという事情」の存否により、侵害の急迫性の存否を判断しているが、その判断に際して、「被告人が本件犯行当時同人の侵害を予期し、あるいは挑発し」ていたか否かを検討している。そして、「侵害を予期し」ていたことと、侵害を「挑発し」ていたことが、「あるいは」という接続詞によって結ばれているから、これらの要件は並列関係にある。したがって、千葉地裁は、上記の浦和地裁と同様の枠組みで判断していることになるのである。

以上の検討の結果、高裁レベルでは、侵害の急迫性の判断における最高裁の判断枠組み、具体的には、当然またはほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、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場合、もはや侵害の急迫性の要件は充たされない、としつつ、積極的加害意思を判断する前提として侵害の予期を判断する必要がある、侵害の予期があるときにはじめて積極的加害意思の問題が生じるとする枠組みを前提として、「侵害の予期を判断する過程」において「挑発」を検討していたが、地裁レベルでは、侵害の「予期」と侵害の「挑発」とを並列的に捉え、積極的加害意思の存否を判断しようとする傾向が見られた。ただし、ここで検討した判例は、「高裁」および「地裁」のいずれのレベルにおいても、侵害の急迫性を判断する場合、積極的加害意思の存否を判断することへ向けて議論を進めており、逆にいえば、積極的加害意思があれば、侵害の急迫性がなくなるとする判断が「最終的な」ものとなっている点において、共通の認識があったと評価できる。

ところが、平成 15 年 12 月 22 日に下された広島高裁判決は、¹⁵¹⁾ 積極的加害意思の存否を検討しているが、侵害の自招性と積極的加害意思との関係が上記の判例群の理解とは異なっている部分があるので、ここで考察する。

広島高裁は、「正当防衛ないし過剰防衛の成否」について、「被告人の傘による刺突行為が、被害者による急迫不正の侵害に対する防衛行為といえるか否か」に検討を加える。「まず、被告人と被害者は車の離合方法をめぐって口論となっているところ、被害者は、『下がって降りい。』と言ったが、被告人から、『下がるかいや。そっちが下がれ。』と言り返されると、被害者車両を一、二メートル後退させている。これに対し、被告人は、降車して被害者車両のほうに向かい、さらに、被害者車両が通り過ぎようとしているのに、運転席の窓に手を入れ、被害者の運転を妨害する行為をし、引き続き、被害者車両を追いかけている。他方、被害者は、左折後、直ぐに被害者車両を停車させることなく、約 70 メートル先の実母方前の路上まで運転して停車させていることから、それ以上被告人とかかわらず、実母方を訪れようとしたものとうかがわれる。ところが、被害者は、被告人が追いかけてくるのを認めて、降車し、

傘を振り回しながら、被告人に近づいたものの、約3メートル手前で立ち止まり、直ちに傘で殴りかかる行為には及んでおらず、被告人から、『警察に言うど。』などと言われると、いったんは傘を振り回すのを止めていることからすると、被害者は、被告人が運転席に手を入れるといった行為に及んだばかりでなく、被害者車両を追いかけてきたことから、被告人を威嚇して追い払う目的で、傘を手にとって振り回すなどしたが、この時点では、被告人に対し、積極的に暴行を加える意思まではなかったものと認めることができる。そして、被告人は、一連の言動により、被害者に対し、傘を持ち出して威嚇するといった行動を誘発させた上、被害者がいったんは傘を振り回すのを止めたとみるや、『やれるもんならやってみいや。』と言って、被害者を挑発しているところ、被害者が傘を振り下ろして殴りかかるのを決意させたのは、被告人の挑発行為がきっかけとなったというべきであり、しかも、被害者の侵害行為は、被告人において、十分に予期していた範囲内の事態であったというべきである。さらに、被告人は、被害者が振り下ろした傘を左手でつかみ、被害者と傘を奪い合っているが、被害者の左襟首を右手でつかんで、被害者の態勢を崩すなど、直ちに反撃行為を行っており、被告人と被害者との年齢、体格などを考慮すると、被告人のほうがやや優位な状況にあったといえる。加えて、被告人は、被害者と傘を奪い合っている際、被害者ののどに石突きが当たってからも、傘の奪い合いを止めることなく、被害者から傘を奪い取るや、直ぐさま傘の石突きを勢いよく被害者の顔面に向けて突き出しており、刺突行為後も、被害者に対し、『ふざけるな。』などとの言葉を浴びせている。これらのことからすれば、被告人は、被害者の侵害行為に対抗して、積極的かつ危険な加害行為を行っていると評価することができ、単に侵害を避けるだけでなく、積極的に加害行為をする意思があったと認めることができる」とする。そして、「本件犯行について、その前後の事情を含めて全体的に考察すると、被告人は、被害者からの侵害が予期されていながら、被告人のほうから挑発的な言動を行い、被害者が攻撃を開始するや、直ちに積極的な加害意思をもって反撃をしているのである

から、被害者の傘による殴打行為は、被告人がこれを予期しつつ自ら招いたものであって、急迫性の要件を欠くものというべきである」とした上で、「原判決が、被告人が被害者から傘を奪い取った時点では、もはや急迫不正の侵害は止んでいて存在しなかったと説示した理由付けは、必ずしも相当でないが、過剰防衛の成立を否定したのは、結論において、正当である」と結論づけた。

本判決は、上で示したとおり、積極的加害意思を肯定する際に、次のように説示している。すなわち、①「被告人は、一連の言動により、被害者に対し、傘を持ち出して威嚇するといった行動を誘発させた上、被害者がいったんは傘を振り回すのを止めたとみるや、『やれるもんならやってみいや。』と言って、被害者を挑発している」という事実に関して、「被害者が傘を振り下ろして殴りかかるのを決意させたのは、被告人の挑発行為がきっかけとなった」とし、しかも、「被害者の侵害行為は、被告人において、十分に予期していた範囲内の事態であったというべきである」と評価している。そして、②「被告人は、被害者が振り下ろした傘を左手でつかみ、被害者と傘を奪い合っているが、被害者の左襟首を右手でつかんで、被害者の態勢を崩すなど、直ちに反撃行為を行って」いる事実に関して、「被告人と被害者との年齢、体格などを考慮すると」、「被告人のほうがやや優位な状況にあった」とし、さらに、③「被告人は、被害者と傘を奪い合っている際、被害者ののどに石突きが当たってから、傘の奪い合いを止めることなく、被害者から傘を奪い取るや、直ぐさま傘の石突きを勢いよく被害者の顔面に向けて突き出しており、刺突行為後も、被害者に対し、『ふざけるな。』などとの言葉を浴びせている」という事実を指摘した上で、「被告人は、被害者の侵害行為に対抗して、積極的かつ危険な加害行為を行っていると評価することができ、単に侵害を避けるだけでなく、積極的に加害行為をする意思があったと認めることができる」としているのである。

このように、本判決では、事例判断において、「認定された事実の如何なる部分がそれぞれどのように評価されているのか」についてかなり詳細に説示されているが、これは、上記の東京高裁昭和60年判決が示した事例判断と比較

するとより一層明確となる。すなわち、東京高裁は、「本件の一連の経過に照らすと、被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている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」としており、挑発に基づいて攻撃してくることを予期した被告人に積極的加害意思があるとしている。これに対して、広島高裁は、「被告人は、被害者の侵害行為に対抗して、積極的かつ危険な加害行為を行っている」と評価することができ、単に侵害を避けるだけでなく、積極的に加害行為をする意思があったと認めることができる」とし、挑発があった事例において積極的加害意思を肯定している点で、東京高裁と同様である。ところが、広島高裁は、被告人の挑発に関する①の事実の評価として、「被害者が傘を振り下ろして殴りかかるのを決意させたのは、被告人の挑発行為がきっかけとなった」とし、しかも、「被害者の侵害行為は、被告人において、十分に予期していた範囲内の事態であったというべきである」とするが¹⁵²⁾、これに対して、東京高裁は、挑発と侵害の予期との関係について、「本件の一連の経過に照らすと、被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている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」ていたと指摘するにとどまっている。その上、広島高裁は、積極的加害意思を肯定する際に、①の事実関係を検討しているだけでなく、②および③の事実を考慮しているのに対して、東京高裁は、②および③に対応する事実を考慮している形跡はなく、考慮されるべき事実関係についても差異が生じている¹⁵³⁾。

さらに、本判決は、「被告人は、被害者からの侵害が予期されていながら、被告人のほうから挑発的な言動を行い、被害者が攻撃を開始するや、直ちに積極的な加害意思をもって反撃をしているのであるから、被害者の傘による殴打行為は、被告人がこれを予期しつつ自ら招いたものであって、急迫性の要件を

欠くものというべきである」とするが、これは、行為者に積極的加害意思があるから、「被害者の傘による殴打行為は、被告人がこれを予期しつつ自ら招いたもの」と指摘していることになる。そして、この被害者からの殴打行為について、被告人が「予期しつつ自ら招いたもの」であることを前提として、「急迫性の要件を欠くものというべきである」としており、この判示部分が上記の下級審判例と大幅に異なる点である。

侵害の急迫性の存否を判断する際、上記のとおり、最高裁は、当然またはほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、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場合、もはや侵害の急迫性の要件は充たされない、とするが、この基準に従うと、被告人に積極的加害意思があれば、侵害の急迫性の要件は充たさないと判断できるはずである。したがって、広島高裁は、積極的加害意思があると判断した段階で侵害の急迫性を否定することができ、改めて「被害者の傘による殴打行為は、被告人がこれを予期しつつ自ら招いたもの」と指摘するまでもなかったはずである。にもかかわらず、広島高裁は、被告人に積極的加害意思があったことを理由として、被害者からの殴打行為について、被告人が「予期しつつ自ら招いたもの」であることを指摘した後に、侵害の急迫性を否定しているので、侵害の自招性と積極的加害意思との関係が、上で検討した下級審判例とは非常に異なっていることになる。すなわち、高裁レベルでは、最高裁の判断枠組みを前提として、「侵害の予期を判断する過程」において「挑発」を検討するが、一方で、地裁レベルでは、侵害の「予期」と侵害の「挑発」とを並列的に捉えて、積極的加害意思の存否を判断しようとしている。それゆえ、たしかに、両者には差異が認められるが、「侵害の自招性」を、積極的加害意思の存否を検討する過程の中で考察を加えている点では共通しており、「被告人に積極的加害意思が認められれば、侵害の急迫性が否定される」とする基本的な視点において、最高裁と上記の下級審判例との間には、共通の認識が存在

していたといえる。そして、広島高裁も、侵害の予期を判断する過程において挑発を検討している点では、上記の高裁レベルの判例と類似しているが、被告人に積極的加害意思があったから、被害者からの殴打行為について、被告人が「予期しつつ自ら招いたもの」であると指摘した上で、侵害の急迫性を否定しており、積極的加害意思の存在が、「侵害の自招性」の存否を判断する材料となっている。それゆえ、本判決が「侵害の急迫性」の存否を判断した枠組みについて上記の下級審判例と比較すると、「侵害の自招性」の判断と「積極的加害意思」の判断の関係が逆転していることとなるので、この点に関して、広島高裁は、最高裁の判断枠組みを意識したものとはなっていないのである¹⁵⁴⁾

注

135) 東京高判昭60・6・20高刑集38巻2号99頁, 判時1162号168頁。

136) 橋爪・前掲注(2)160頁。

137) 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)178頁以下。

138) 橋爪・前掲注(2)166頁。

139) 橋爪・前掲注(2)166頁。なお、的場=川本・前掲注(26)117頁は、本件を「被告人に侵害の予期と積極的加害意思に基づく意図的挑発ありとして、侵害の急迫性を否定している」判決であると評価する。

140) 東京高判昭和60・5・15東時36巻4=5号28頁, 高刑速(昭60)122頁。

141) 拙稿・前掲注(131)248-9頁。

142) 橋爪・前掲注(2)156頁参照。類似する判例として、仙台高判平14・2・20【文献番号28075204】がある。ここでは、「被告人は、近づいてきたAからいきなりその顔を拳で殴打され、続けて膝蹴り等をされたものであり、被告人らのアベックに対する文句は、内容が格別相手を挑発するようなものでも、ましてやAやCに向けられたものではないから、Aの危難を自ら招いたといえないのであって、Aの被告人に対する暴行は、予期できない急迫不正の侵害に当たることは明らかである」と判示している。

143) 大阪高判平7・3・31判タ887号259頁。

144) 山本輝之「集団での喧嘩の際の緊急救助と正当防衛・過剰防衛の成否」『平成7年度重要判例解説』(平8年・1996年)133頁。

145) 橋爪・前掲注(2)156頁。

146) 浦和地判昭61・6・10刑裁月報18巻5=6号764頁, 判時1199号160頁。

147) 浦和地裁は、侵害の急迫性の存否を判断するための要素として、「身障者である被告人

と A との間にはかなりの体力差があると認められること」を挙げると共に、防衛行為の相当性を判断するための要素として、「双方の体軀・体力の違い（A は、身長一七四センチメートル、体重五一・三キログラムであるのに対して、被告人は、身長一六〇センチメートル、体重約五〇キログラム余である。）」を挙げており、両者の関係をどのように解するかが問題となる。なお、最判平元・11・13 刑集 43 卷 10 号 823 頁は、攻撃者と防衛者との体力差については、防衛行為の相当性判断の中で検討している。

148) 浦和地裁は、侵害の継続性に関して、「被告人は、A に殴りかかられた際、結果的には、それをかわして、左手拳で一回その顔を殴打しているのであるが、同人は、殴打されても、被告人を殴打しようという態勢を崩さなかったばかりか、更に、被告人の両肩を、両手で掴んでいるのであり、明らかに A の攻撃態勢が崩れ去ったことを示すような格別の事情は認められないので、被告人の右反撃行為により、A の侵害が中断したとみるべきではなく、被告人に対する侵害は相変わらず継続していたというべきである」と指摘する。

149) 『判例時報』1199 号（昭 61 年・1986 年）160 頁のコメントでは、浦和地裁が示した判断枠組みに関連づけながら、その「代表的な裁判例」として、最決昭 52・7・21 刑集 31 卷 4 号 747 頁を指摘している。昭和 52 年決定は、積極的加害意思のある場合、侵害の急迫性を否定するものであるが、上記のコメントによれば、浦和地裁は、昭和 52 年決定の判断枠組みを前提として判断されていることになる。一方、東京高裁は、「被告人は、『てめえやるか。』と言つて座っている 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」としており、積極的加害意思のある場合、侵害の急迫性を否定する立場であることは明らかである。それゆえ、浦和地裁と東京高裁は、昭和 52 年決定の判断枠組みとを関連づけているという意味において、類似性があるといえるのである。

150) 千葉地判平 9・12・2 判時 1636 号 160 頁。

151) 広島高判平 15・12・22 【文献番号 28095137】。

152) これは、次の(ii)で検討する福岡高判昭 60・7・8 刑裁月報 17 卷 7=8 号 635 頁、判タ 566 号 317 頁の影響がみられる。

153) なお、浦和地判昭 61・6・10 刑裁月報 18 卷 5=6 号 764 頁、判時 1199 号 160 頁では、積極的加害意思の存否に関連して、被告人と被害者との間の体格差が指摘されていた。

154) 被告人が積極的加害意思を有していたか否かの判断と、相手方からの侵害行為は被告人が自ら招いたものであるか否かの判断とを、明確に分けて議論している判例としては、東京地判平 8・3・12 判時 1599 号 149 頁、長崎地判平 19・11・20 判タ 1276 号 341 頁等がある。

(ii) 侵害の自招性を、「直接」、侵害の急迫性の存否と関連づけて検討する判例

侵害の自招性を、「直接」、侵害の急迫性の存否と関連づけて検討する判例として、昭和60年7月8日に下された福岡高裁判決がある。^{155) 156)} 本件では、検察官から控訴が行われているが、その主張の内容は次のとおりである。すなわち、「原判決は、本件各公訴事実中、昭和五十九年七月一七日付起訴にかかる、『被告人は、昭和五十九年五月一日午後一〇時三〇分ころ、S県T市H町〈省略〉自宅玄関において、A（当六九年）が酔余自宅玄関先で騒いでいたことに憤激し、長さ約八六・五センチメートルの竹棒でその頭部を殴打する暴行を加え、よつて、同人に対し、加療約一〇日間を要する左前頭部挫創の傷害を負わせたものである。』との公訴事実については、被告人に対して無罪の言渡しをし、その理由として、被告人の右A（以下「A」という。）に対する傷害の事実は認められるけれども、それは、被告人が、自己の住居の平穏を阻害するAの急迫不正の侵害に対しその住居の平穏を防衛するためにやむなく出た行為の結果にほかならないから、その所為は、正当防衛行為として、罪とはならない旨判示しているが、これは、刑法三六条の『権利』についての解釈を誤り（『住居の平穏』は、『権利』とまではいえない。）、かつ、正当防衛の要件となるべき事実を誤認して、同法条の適用を誤つたものであり、その誤り及び誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかである」とされる。

この主張を検討する前提として、福岡高裁は、本件の事実関係について改めて認定を行った。「被告人とAとは、S県T市H町〈省略〉内に居住して、親しく近所付き合いをしていたが、昭和五十九年五月一日の夜、被告人の妻甲女が酒に酔つてA方を訪れ、同人に対し酔余悪口雑言を述べたため、同人は、立腹の余り、右甲女の後を追つて、同日午後一〇時過ぎころ、被告人宅に上り込み、被告人に対し文句を言つたところ、かえつて、被告人から、人の嫁のことに口出しをするなどと怒鳴り返され、押入れの襖に押しつけられたうえ、無抵抗な状態で右胸部を手拳で殴打され、かつ、同部に激しく二回膝蹴りを加えられたこと（その結果約一〇日間にわたり湿布等の治療を受けた。）、ちなみ

に、被告人宅は、電気料金滞納のため、送電を停止されていて、室内にはろうそくの明かりがともされていたこと」、「Aは、右のとおり、暴行を加えられて、そのまま自宅に逃げ帰ったものの、憤懣やる方なく、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、同日午後一〇時二〇分ころ、被告人宅に引き返したが、被告人は、Aが出て行つた雰囲気から同人が引き返してくることを察知して、玄関戸に施錠しておいたため、Aは、これを開けることができず、包丁を右手に持つて下げたまま、玄関外側から『開けろ』『開けんかこの野郎』『二人で俺を馬鹿にしがつて』などと怒鳴りながら、玄関戸をさかんに足蹴にし、これに対し、被告人は、玄関内から『うるさいから帰れ』『たいがい分にして帰らんか』などと怒鳴り返して応酬していたが、Aは、五分ないし一〇分間にわたり、右のような行為を続けていたこと」、「被告人は、Aの右のような行為に立腹の度を深め、玄関脇の風呂場からサッシ窓を開けてAの様子を秘かに窺つたところ、同人が包丁を手に行っていることに気づいたが、さしあたり、同人が右以上の行為に及ぶような気配はなく、かつ、屋内にいる被告人らに対して包丁で危害を加えるような可能性もなく、そのまま放置しておけば、間もなく諦めて帰宅することが十分予想される状況にあり、自らもその認識を有していたにもかかわらず、右風呂場からAに対し攻撃を加えてうつ憤を晴らすとともに、同人を追い払うことにより侵害を排除しようと決意したこと」、「そこで、被告人は、八畳の床間に置いてあつた竹棒一本(長さ約八六・五センチメートル…)を手にして右風呂場に戻り、浴槽の縁に足をのせて立ち、サッシ窓をあけて右竹棒を構え、玄関先から後ろに下がつたA目がけていきなり右竹棒を突き出す暴行を加えたが、その先端がAの左前頭部にあたり、突かれたAは、『あ痛つ』と声をあげてその場にうずくまったこと」、「Aは、その結果、左前頭部に左右に長さ約四センチメートルにわたる挫裂創を負い、五針縫合の手術を受けたが、その加療には約一〇日間の日数を要したこと」、「右挫裂創の創口は、右のとおり左右に水平方向に生じているのであるから、同創傷は、被告人の弁解するように、被告人がAの右手に振り

かざした包丁を落とそうとして竹棒を上から下に向けて振り下ろすことによつて生じたものではなく（もし、右のように振り下ろしたとすると、その先端がたまたま左前頭部に当たつたとしても、それによる創口の方向は上下方向となるはずである。）、Aの供述するように左前頭部を突かれたために生じたものであること」、「そして、被告人は、Aがうずくまつた後、同人の左前頭部から血が流れ出してそのシャツが赤く染まつたのを見て驚き、止血のための応急措置をしたうえ、同人が病院に行くのに付き添つたこと」を認定し、原判決が行つた認定の誤りについて指摘した。

次に福岡高裁は、「刑法三六条にいう権利の侵害とは、広く法律上保護に値する利益に対する侵害を含むものと解されるところ、Aが、被告人宅の玄関戸を五分ないし一〇分間にわたつて足蹴りするなどした行為は、原判示のとおり、住居の平穩を侵害するにあたり、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」とした上で、「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、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」という一般論を説示し、これを基準として事例判断を行う。「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つ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へ、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。))。「そうすると、前記公訴事実につき、被告人に正当防衛の成立を認めて、被告人に対し無罪の言渡しをした原判決は、正当防衛に関する事実を誤認して、法令の適用を誤つたものであり、その誤認及び誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかである」として、原判決を破棄した上で、自判し、被告人を懲役一年八月に処したのである。

本判決は、急迫の侵害の不存在、および、防衛のためのやむを得ない行為(防衛行為)の不存在を理由に、被告人の正当防衛(さらに過剰防衛)の成立を否定しているが、侵害の急迫性の存否に関しては、次のような条件を示す。「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」、「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、「もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできない」としている。つまり、ここでは、①不正な自己の先行行為(挑発)とそれに誘発された相手方の侵害行為との間に、「直接かつ時間的に接着して」おり、②相手方の侵害行為が、自己の先行行為(挑発)から「通常予期される態様及び程度にとどまる」こと(「少なくともその侵害が軽度にとどまる」こと)が要求されているのである¹⁵⁷⁾。これを、上で検討した昭和60年6月20日東京高裁判決と比較すると、次のようになる。福岡高裁は、上記の①および②の要件によって、侵害の急迫性の存否を判断しているが、①は、「不正な」先行行為と「不正な」侵害行為との間に「直接かつ時間的な接着性」が存在するか否かについて判断する基準であり、

「先行行為と侵害行為との客観的な関係」に関する要件である。そして、②は、侵害行為が先行行為から「通常予期される態様及び程度」ととどまるか否かという「行為者の主観的な予期」とは異なる要件である。これに対して、東京高裁は、福岡高裁が示した①の「先行行為と侵害行為との客観的な関係」については特に触れることなく、挑発（先行行為）と「具体的に行為者が有する」侵害の予期とを、原因と結果の関係にあると位置づけ、この予期があったことを前提として「その機会を利用して、被告人自身も積極的にLに対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められる」としている。それゆえ、福岡高裁判決の理論は、「不正な先行行為時や侵害に臨む時点における意思内容に触れることなく、侵害の急迫性を否定したのは、理論的には、『自己の不正な侵害行為による相手方の侵害の惹起』と『侵害の予見可能性』という客観的事実がある場合を、『侵害の予期』と『積極的加害意思』という主観的事実がある場合と同列に扱おうとするもの」であり、積極的加害意思に関する最高裁の理論から「一步を踏み出して、侵害の急迫性が否定される新たな類型を創出したもの」という評価がなされている。^{158) 159)}

上記の「福岡高裁判決と類似の理論」を前提として、¹⁶⁰⁾ 侵害の急迫性の存否を判断した判例として、平成8年2月7日に下された東京高裁判決がある。¹⁶¹⁾ 本件では、被告人側から「原判決は、被告人がSの右上腕部をつかみ、また同人着用のシャツを引き破るなどの暴行を加えたと認定しているが、そのような事実はなく、被告人は、駅の階段を通行区分に反して逆行してきたSが被告人に衝突したのに謝罪しないで立ち去ろうとしたので、注意を与え、また駅事務室に連れて行くため、シャツの袖口を軽くつかんだところ、Sが被告人の顔面を手拳で殴打してきたので、Sのシャツの袖口を強く握りしめて暴行を制止するとともに、逃走の防止を図ったのであって、このような被告人の行為は、社会生活上相当な行為ないし正当防衛に当たり、罪とならないから、被告人を有罪とした原判決には、事実誤認及び法令適用の誤りがある」と主張されている。

これに対して、東京高裁は、まず事実関係を次のように認定する。「(1)被告人は、平成六年九月一九日午前八時二〇分ころ、JR 秋葉原駅の五番線ホームから三・四番線ホームへと通ずる階段の左側部分を下りの表示に従って下って行ったところ、同部分を逆行してきたS（当時二三歳）と衝突した。(2)被告人は、Sが謝罪しないで立ち去ろうとしたことから、階段を駆け上がって行く同人に途中の踊り場で追いつき、左手でSの右上腕を強くつかんだ上、『ちょっと待て、謝れ。』などと言って謝罪を求め、Sがこれに応じないとみるや、『駅長室に行こう。』などと言って同行を求めた。(3)Sは、急に腕を強くつかまれたことに対する反発心に加え、出勤途上で先を急いでいたことや、この程度のことでは駅長室へ行く必要はないと感じたことなどから、同行を拒み、『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。しかし、被告人は、あくまでもSを駅長室へ連行しようとして、同人の右上腕をつかんでいた左手に更に力を加えて引っ張るなどし、放そうとしなかった。(4)Sは、被告人がどうしても手を放さないで、これを振りほどくため、平手で被告人の左右顔面を押すように数回たたいたが、その際、被告人の眼鏡が飛び、被告人は全治五日間程度を要する顔面打撲の傷害を負った。(5)これに対し、被告人は、Sが着用していたポロシャツの右袖口付近をつかんで引っ張り、このため同人はその場に転倒し、その際、ポロシャツの襟の後ろ付け根部分が長さ約八センチメートルにわたって破れた。(6)秋葉原駅に近い末広町交番の警察官Kは、同駅職員から乗客同士の喧嘩事案発生の通報を受けて直ちに臨場し、同駅事務室で被告人、S及び駅職員から事情を聴取したが、その際、Sの右上腕には指の跡が三本赤くついており、その指の跡は、本件の約一時間後にも消えていなかった」とした。そして、これを前提として、原判決の認定した事実には誤りはないとする。

その上で、被告人の行為が暴行罪の構成要件に該当する点について確認した後、「正当防衛の成否」については、次のように説示した。「Sが(4)のように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(5)のようにボロ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。前記認定の事実経過によれば、被告人がS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S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S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Sによる反撃は直ちに止むのであるから、被告人がS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、S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が相当である。したがって、被告人が(5)のように暴行に及んだ行為は、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」とした。

本判決は、福岡高裁と同様、急迫の侵害の不存在、および、防衛のためのやむを得ない行為（防衛行為）の不存在を理由に、被告人の正当防衛（さらに過剰防衛）の成立を否定している。すなわち、本件の事実関係を前提とすると、「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Sによる反撃は直ちに止むのであるから、被告人がS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、S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が相当である」としているが、本件において侵害の急迫性が欠けるとする判断をなすにあたり、東京高裁は、「Sによる反撃」が、「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」点を挙げている。これを、上記の福岡高裁判決と比較すると、福岡高裁の①の要件と本判決の「自ら違法に招いたもの」という要件が対応し、¹⁶²⁾ ¹⁶³⁾ 福岡高裁の②の要件と本判決の「通常予想される範囲内にとどまる」という要件が対応している。したがって、両判決は、その「中核的な二要件」において「ほぼ共通する」と評価されることが可能となるのである。¹⁶⁴⁾

このように、福岡高裁判決および平成8年東京高裁判決は、①および②の要件を考慮して、侵害の急迫性の存否を判断する判例があるが、この判例群の中には、いずれか一方の要件を強調するものがある。①の要件を重視する判例として、例えば、昭和61年6月13日に下された大阪高裁判決がある¹⁶⁵⁾。本件では、被告人側から「被告人が菜切包丁を右手に持って腰のあたりに構え、Kを脅迫した…所為は、同人が逃げまわる被告人を追いかけて殴りかかろうとしたので、その急迫不正の侵害に対し防衛の意思をもって行われたもので、正当防衛に該当し、またその場で右包丁を携帯した…所為も、正当の理由が存在するのに、原判決が右各所為につき正当防衛の成立及び正当理由の存在を認めなかったのは、侵害の急迫性、防衛の意思等に関する事実の認定を誤った結果、事実を誤認したものである」という主張がなされていたが、これに対して、大阪高裁は、改めて事実認定を行った上で、「Kは今にも暴行に及ぼうとする言動をもって被告人の目前に迫ってきたのであるから、被告人の身体に対する侵害が間近に押し迫った状況にあったものというべく、被告人の…脅迫の所為は、このような急迫不正の侵害に対し、右暴行を免れて自己の身体を防衛する意思に出たものと認められるが、素手で殴打或いは足蹴の動作を示していたにすぎないKに対し、殺傷能力のある刃体の長さ約一七・七センチメートルの菜切包丁を構えて立ち向かい、…脅迫したことは、防衛の手段としての相当性の範囲を逸脱したものというべきである」とした。そして、「原判決は、理由中の『弁護人らの主張に対する判断』の項において、『Kは、被告人の挑発に応じて向かって行ったが、被告人が包丁を取り出すまでは素手であって、その時点で被告人が緊迫した危険を感じるような状態に陥っていたとは到底考えられず、反って被告人が喧嘩を予想して自己が優位に立たんがために包丁を手にして先制行為に出たものと認められる。したがって、被告人の…の所為は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やむことを得ざるに出たものとは認められない。』として、被告人の…脅迫行為が正当防衛に当たらない旨説示しているが、被告人は、…脅迫行為に及ぶ以前には、『言葉遣いに

気をつけろ』と言ったほかには格別 K を刺激するような言動に及んでおらず、また右言辞をもって K の侵害を挑発したとまでは証拠上認めがたく…認定事実には照らして、被告人が予め同人に対する積極的な加害意思を有していたとも認められないうえ、前示のとおり、被告人が包丁を取り出した際には、その身体に対する侵害が間近に押し迫った状況にあったというべきであるから、原判決の右認定は事実を誤認したものというべきである」とした。

本判決は、侵害の急迫性を否定した原判決の判断には、「事実を誤認したもの」であるとしているが、侵害の急迫性を判断する際に、「被告人は、…脅迫行為に及ぶ以前には、『言葉遣いに気をつけろ』と言ったほかには格別 K を刺激するような言動に及んでおらず、また右言辞をもって K の侵害を挑発したとまでは証拠上認めがたく」(a)、「認定事実には照らして、被告人が予め同人に対する積極的な加害意思を有していたとも認められない」(b)上、「被告人が包丁を取り出した際には、その身体に対する侵害が間近に押し迫った状況にあったというべきである」(c)とするので、挑発の存否を問題とする部分(a)と積極的な加害意思の存否を問題とする部分(b)とは、並列関係にあり、(a)と(b)は、共に侵害の急迫性の存否を判断する(c)を検討する前提として言及されているから、(a)は、侵害の急迫性の存否を判断する上で、(b)とは独立に検討されていると考えることができる。そして、(a)の部分の詳細にみると、ここでは、「被告人は、…脅迫行為に及ぶ以前には、『言葉遣いに気をつけろ』と言ったほかには格別 K を刺激するような言動に及んでおらず、また右言辞をもって K の侵害を挑発したとまでは証拠上認めがた (い)」とするが、これは、「言葉遣いに気をつけろ」という言動と K の侵害の関係、つまり、「先行行為と侵害行為との客観的な関係」について検討しているといえ、この意味で、福岡高裁判決が示した要件のうち、①を重視した判断枠組みであると評価できる。¹⁶⁶⁾

さらに、①の要件を重視する判例としては、平成 20 年 5 月 29 日に下された東京高裁判決を挙げることができる。¹⁶⁷⁾ 東京高裁は、「抗議は正当防衛に該当するとの主張について」、「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CやB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であるから、C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、C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。よって、その余の要件について検討するまでもなく、被告人のCらに対する抗議が正当防衛に当たるとする所論は採用できない」とした。

本判決は、「C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」とした上で、「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」とする。つまり、「Cらの退場要求」は、被告人が自ら違法に招いたものであるから、この退場要求には、侵害の急迫性が欠けるとしているのである。したがって、本件では、上記の①の要件が存在することによって、侵害の急迫性を否定したものと評価することができ¹⁶⁸⁾る。

一方で、上記の②の要件である、相手方の侵害行為が、自己の先行行為から「通常予期される態様及び程度にとどまる」か否かを基準に、侵害の急迫性の存否を判断する判例として、平成18年10月23日に下された仙台地裁判決がある¹⁶⁹⁾。ここで、仙台地裁は、「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…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く」としている¹⁷⁰⁾。また、平成19年11月20日に下された長崎地裁判決も次のように判示している¹⁷¹⁾。すなわち、長崎地裁は、「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の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」と問題提起した上で、次のように判示する。すなわち、「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」とする。そして、さらに、「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E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」と指摘し、その上で、「Aと被告人との間で、相互に身体を安全を侵害し合うという利益衝突状況を生じた第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」と結論づけた。

このように、上記の2つの判例は、侵害が自招されたと見られる事例において、被告人が有していた侵害に対する具体的な予期を問題とせず、仙台地裁では、「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」であることを、長崎地裁では、「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」ことを、侵害の急迫性の存否の判断要素としている。¹⁷²⁾

ところが、自招侵害の場合に相手方からの侵害の予期の存否に関して、行為者の具体的な予期が侵害の急迫性の存否を判断する要素としている判例もある。例えば、平成12年6月22日大阪高裁判決は、被告人の具体的に予期「していた」ことと、予期「できたこと」を並列的に扱っている。¹⁷³⁾ 大阪高裁は、「自招侵害であるから、侵害の急迫性の要件を充たさない」という主張、すなわち、「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」という主張に対して、「なるほど、甲野の行為は、被告人から、…侮辱的言辞と共に椅子を蹴り付けられたことに誘発されたものであることが明らかであるとはいえ、…ハロウィンの店内出入口付近で甲野の顔面を左拳で突いた時点においては、被告人が、甲野から反撃を受けることを予期していたこと、あるいは予期することができたことを確認することができない」から、上記の主張は、その前提を欠いているとする。逆にいえば、これは、「被告人が、甲野から反撃を受けることを予期していたこと」、あるいは、「予期することができたこと」のいずれかが確認されると、上記の主張の前提が欠けるわけではないこととなる。そして、反撃を予期「していた」ことと、予期「することができた」こととは、「あるいは」によって接続されているので、大阪高裁は、両者の関係を、並列的に捉えていたと評価できる。¹⁷⁴⁾

さらに、相手方の侵害行為が、自己の先行行為から「通常予期される」か否かに言及せず、侵害に対する被告人の具体的な予期がある点に着目した判例として、平成14年12月3日の大阪高裁判決がある。¹⁷⁵⁾ 本件では、被告人側から「被告人は、畑で野菜を採るために本件刃物を自車に積載していたもので、B

の攻撃を受けた際、これを護身用に持ち出したとしても、被告人の所為は、刑法35条の正当行為に該当するか、Bの急迫不正の侵害に対する防衛行為としてなされたもので、同法36条1項の正当防衛に該当するのに、これらに該当する事実関係を認定せず、前記両条をいずれも適用しなかった原判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認ないし法令適用の誤りがある」という主張がなされていたが、大阪高裁は、事実認定を行った上で、事例判断として次のように判示した。すなわち、「被告人が、転覆した自車のダッシュボードから本件刃物を取り出したのは、同車に、Bがその運転車両を故意に衝突させるなどした直後であり、被告人が、さらなるBの攻撃に備えて本件刃物を持ち出したという事実は認められるものの、本件以前から、被告人とBは、激しい反目状態にあり、本件と同種の刃物を含む凶器を示すなどして被告人が、Bを繰り返し脅迫していたことなどに照らすと、被告人が、Bを脅したり、同人との喧嘩抗争等に備える目的で、自車のダッシュボードに予め本件刃物を入れて保管していたことが十分にうかがえる…上、本件直前にも…カラオケ喫茶付近において、もっぱら被告人の方から、私用電話中であったBに対し…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Bが…一連の行動に出たものであり、B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Bの…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、B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から、被告人の本件刃物の所持は、何ら違法性を阻却するものといえないことは明らかである」とされている¹⁷⁶⁾ また、地裁レベルではあるが、平成8年3月12日の東京地裁判決は、¹⁷⁷⁾「Cは、被告人から強度の暴行を加えられたため、仕返しとして筋引包丁で切り掛かったものであり、Cの侵害行為は、被告人自らが招いた危害という側面もあるから、急迫性を欠く」とする検察官の主張に対して、次のように判示している。「パブプラザ戊田店内及びその付近での被告人とCとのけんかに

においては、被告人がCに対し一方的に近い状態で暴行を加えた結果となつてはいるが、このけんかのきっかけは、Cが作ったものであって、一方的に被告人のみが責められるべきものであるとはいえないし…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。¹⁷⁸⁾

以上の検討から、「相手方からの侵害行為は被告人が自ら招いた」場合、積極的加害意思に関する最高裁の理論から、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判例の中には、上記の昭和60年7月8日福岡高裁判決およびそれを踏襲した判例群以外に、福岡高裁判決が示した①の要件を重視する判例群と、②の要件を重視する判例群があることが判明した。そして、②の要件を重視する判例群は、侵害の予期が侵害の急迫性の存否を判断する上で重要な要素となると考えている点では、共通の認識があるといえるが¹⁷⁹⁾「侵害の予期」の内容については、必ずしも統一がとれていないことも明確となった。

注

155) 福岡高判昭60・7・8刑裁月報17巻7=8号635頁、判タ566号317頁。

156) 自招侵害の事例において、被告人の侵害者に対する暴行が、その「状況から見て通常予想し得る程度を超えないものであり、かつ、被告人の暴行に比して社会通念上著しく程度を超えた行為」であるか否かを基準にして、正当防衛の成否を判断した判例がある。例えば、地裁レベルであるが、東京地判昭53・11・6判時913号123頁、判タ375号153頁は、被告人側からの「正当防衛及び誤想防衛の主張」に対して、次のように判示している。「被告人は…薄暗い部屋で横臥している甲野の頭部を突如として同人の不意を衝いてかなりの重量があるブランデーの空びんで殴打したものであるから、このような場合、同人が激昂して相当激烈な反撃行為に出たとしても、被告人としてはみずからそのような行為を招いたものというべきであり、その限りにおいては防衛行為は許されないというべきであるところ、甲野の…頭部を圧迫する反撃行為は、被告人の甲野に対する右のような暴行の状況から見て通常予想し得る程度を超えないものであり、かつ、被告人の暴行に比して社

会通念上著しく程度を超えた行為でもなかったと認められるから、このような甲野の行為に対して防衛行為をすることは、同人の手を振りほどくため暴れるなどの軽度なそれは別として、本来許されるものではなかったといわなければならない。しかし、被告人がみずから招いたとはいえ、首を絞められて生命を奪われることを甘受しなければならないものではないから、そのような侵害行為に対し相当な方法で防衛行為に及ぶことはやむを得ないものとして許されると解されるところ、被告人が…反撃を受け頸部を片手で掴まれ圧迫を受けたのに対し、当時被告人がかなりの興奮状態にあって恐怖、狼狽等のあまりこのままでは殺されてしまうと誤想したとしても、これを不合理とすることはできないものであり…すなわち、被告人は、正当防衛をなし得る事情がなかったにもかかわらず、そのような事情があるものと誤想したものとして、その行為は、いわゆる誤想防衛の場合に該当するものである」としている。

157) 橋爪准教授は、本判決（および次に検討する東京高判平8・2・7東時47巻1～12号14頁、判時1568号145頁）に関して、「挑発行為と侵害行為の関連性がきわめて密接であり、かつ、侵害の程度が比較的軽微である場合に限定された判断であると考えるべきである」と指摘されている（橋爪・前掲注（2）168頁）。この評価を前提とすると、相手方の侵害行為が、自己の先行行為から「通常予期される態様及び程度にとどまる」こと（「少なくともその侵害が軽度にとどまる」こと）が要求されている②の要件の中で、後半部分の「少なくともその侵害が軽度にとどまる」点を中心に、②の要件が検討されるべきこととなる。

158) 的場＝川本・前掲注（26）118-9頁。川端教授は、福岡高裁の判決に対する評価として、「先行行為から通常予想されるような侵害行為が惹起されたとしても、法益侵害の危険が存在するかぎり、やはり侵害の『急迫』性は否定できないであろう。これは、侵害の予見可能性があれば急迫性が失われるとするものであって、最高裁の判例とは相容れない立場である」と指摘しておられる（川端・前掲注（1）119頁。さらに、橋爪・前掲注（2）168頁参照）。

159) 福岡高裁判決では、「防衛行為の相当性」に関する判断基準として、次のように説示する。すなわち、本文で述べた①および②の要件を具備する場合に「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」とされる。つまり、ここでは、第3の条件として、③対抗行為が先行行為の不法性と均衡がとれている必要があることを提示しているのであるが、これは、防衛行為の「相当性」の要件を挑発行為との関係で言い直したものであり、妥当である、とされる（川端・前掲注（1）120頁）。ただし、本件では、①および②の要件が具備されれば、「もはや相手の行為を急迫の侵害とみることはできない」から、さらに進んで、③を検討するまでもなく、正当防衛は否定されるはずであるにもかかわらず、あえて③について論及している。その根拠として、本件の事案の特徴があると考えられる。すなわち、本件の事実関

係を前提とすれば、ここでの「暴行はその場限りのものであった可能性が高く、その時点で意図的挑発ありとは認めにくいであろうし、竹棒を突き出した行為を併せて考慮しても、相手方による侵害行為に臨む時点で積極的加害意思ありとは認めにくい事案」であったと評価できる(的場＝川本・前掲注(26)118頁)。したがって、あえて③に言及したのは、「①②だけでは正当防衛の成立を否定するのは困難であるとする考慮があった」という推測が成り立つのである(川端・前掲注(1)120頁)。

160) 橋爪・前掲注(2)168頁。

161) 東京高判8・2・7東時47巻1～12号14頁,判時1568号145頁。

162) なお、①の要件では、先行行為と侵害行為との間に「直接かつ時間的な接着性」が存在するかが問題となっているが、本判決では、特に指摘がないように見えるので、問題となる。つまり、本件東京高裁は、先行行為と侵害行為との間に「直接かつ時間的な接着性」が存在するか否かに関して問題にしくなったのかについて疑問となるが、この点に関して、東京高裁は、事例判断の前提として、「被告人がS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Sが防衛の程度をわずかに超えて素手で反撃した」事実を指摘しているから、福岡高裁と同様、先行行為と侵害行為との「直接かつ時間的な接着性」が考慮されていると評価できる。

163) 東京高裁は、「Sによる反撃」が「自ら違法に招いた」ものであると判示するが、「自ら違法に招いた」の趣旨は、「客観的誘発・惹起関係を意味するにとどまるのか、少なくとも故意的挑発ありとする趣旨なのか、必ずしも明らかではない」という指摘がある(的場＝川本・前掲注(26)122頁)。

164) 的場＝川本・前掲注(26)122頁。

165) 大阪高判昭61・6・13刑集43巻10号835頁。

166) なお、本件は上告されたが、その上告審である最判平元・11・13刑集43巻10号823頁は、「職権で」次のような判断を示している。すなわち、ここでは、改めて事実を確認した上で、侵害の急迫性の存否に関して「被告人がKに対し本件菜切包丁を示した行為は、今にも身体に対し危害を加えようとする言動をもって被告人の目前に迫ってきたKからの急迫不正の侵害に対し、自己の身体を防衛する意思に出たものとみるのが相当であり、この点の原判断は正当である」とする。その上で、防衛行為の相当性に関しては、被告人の「行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」とし、この点に関して「原判決には、法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ない」としている。

上記のとおり、侵害の急迫性の存否に関して、最高裁自体は、単に、「被告人がKに対し本件菜切包丁を示した行為は、今にも身体に対し危害を加えようとする言動をもって被告人の目前に迫ってきたKからの急迫不正の侵害に対し、自己の身体を防衛する意思に出たものとみるのが相当である(る)」とするのみであり、「侵害が防衛者によって招かれたものであるか否か」、「自招侵害の場合、侵害の急迫性を否定すべきか否か」、「自招侵害と積

極的加害意思とが侵害の急迫性の存否を考える上でどのような関係にあるのか」について言及していない。しかし、特に限定をつけることなく、「この点の原判断は正当である」を説示する点を考慮すると、最高裁は、自招侵害において侵害の急迫性の存否が問題となる場合、①の要件を重視する見解に対して好意的であったと評価することができる。

167) 東京高判平 20・5・29 判時 2010 号 47 頁, 判タ 1273 号 109 頁。なお, 本判決は, 本稿では検討の対象としていない最決平 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁よりも, 時系列的には「後に」下されている。したがって, 東京高裁判決が, 最高裁決定によって, 如何なる変容を受けるのかについては, 改めて検討する必要がある。

168) 前述のとおり, 下級審判例の中には, 昭和 52 年決定のいう「趣旨」について, 防衛者の「対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い」か否かにより, 侵害の急迫性を判断すべきであるとする内容を有していると解釈する判例群があるが(拙稿・前掲注(131) 255 頁以下), 本判決は, 「防衛者が侵害行為を自らの違法な行為によって招いたもの」か否か(この意味で, 防衛者の行為が違法性を帯びるか否か)という視点から, 侵害の急迫性の存否を判断している点において, 両者には, 「共通の思考」が窺われる。

169) 仙台地判平 18・10・23 判タ 1230 号 348 頁。

170) これに続けて, 仙台地裁は, 「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」とし, 侵害の急迫性を否定すると同時に, 防衛行為の相当性も否定した上で, 過剰防衛も成立しないと結論づけており, この点においては, 昭和 60 年 7 月 8 日の福岡高裁判決の影響が窺われる。

171) 長崎地判平 19・11・20 判タ 1276 号 341 頁。

172) 平成 19 年長崎地裁判決は, 注(154)で指摘したとおり, 被告人が積極的加害意思を有していたか否かの判断と, 相手方からの侵害行為は被告人が自ら招いたものであるか否かの判断とを分けて議論しているが, 被告人の侵害に対する具体的な予期は, 積極的加害意思の存否の判断において考慮している。

173) 大阪高判平 12・6・22 判タ 1067 号 276 頁。

174) 本判決は, 「挑発行為によって侵害が誘発されたという事実から, 被侵害者の法益の要保護性の減少を認め, それによって防衛行為の相当性を制約する」ことを肯定しているが(橋爪・前掲注(2) 169-70 頁), この判断枠組みに関しては, 自招侵害の事例において「急迫性が肯定される事案について, 侵害を自招した点を考慮して相当性の範囲の限定を考えることは, よりきめ細かな判断枠組みを提供するという意味で注目すべき考え方であろう」という指摘がある(小川新二「被告人が, 被害者に向けて椅子を蹴り倒すなどした後, 背後から手拳で殴りかかってきた被害者に対し, その顔を突いて転倒させ, 脳挫傷等により死亡させた行為について, 過剰防衛を認めた事例」『研修』642 号(平 13 年・2001 年) 28 頁)。

175) 大阪高判平 14・12・3 刑集 59 卷 9 号 1467 頁。

176) 本件は上告されているが, 上告審である最決平 17・11・8 刑集 59 卷 9 号 1499 頁は,

「刑法 405 条の上告理由に当たらない」とした上で、「なお、所論は、本件刃物携帯は正当防衛等として違法性が阻却されると主張するので、職権で判断する」とし、次のように説示する。「原判決の認定及び記録によれば、被告人は、かねて激しい反目状態にあった男性とのけんか抗争等に備える目的で、本件刃物（刃体の長さ約 11cm のはさみの片刃を加工して作製した刃物）をその運転する自動車のダッシュボード内に入れておき、その男性運転の四輪駆動車に意図的に衝突されて自車が転覆した際、護身用に本件刃物をダッシュボードから取り出してズボンのポケットに入れて自車からはい出し、ゴルフクラブを所持したその男性と怒鳴り合う状態になったところ、その場にいた警察官や通行人らにより引き離され、通行人が本件刃物を被告人のズボンのポケットから取り出して警察官に渡したことから、警察官によりその場で本件刃物の不法携帯の容疑で現行犯人逮捕されたものであり、検察官は警察官が本件刃物を現認した時点における本件刃物の携帯を訴因としている」とした上で、事例判断として、次のように説示した。「以上の事実関係によれば、被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為について、違法性が阻却される余地はないと解すべきであり、原審の判断は結論において正当である」とする。それゆえ、最高裁は、原審において言及のあった自招侵害の場合における「侵害の予期」の位置づけについては触れていない。

177) 東京地判 8・3・12 判時 1599 号 149 頁。

178) 本件は、長崎地判 19・11・20 判タ 1276 号 341 頁と同様、被告人が積極的加害意思を有していたか否かの判断と、相手方からの侵害行為は被告人が自ら招いたものであるか否かの判断とを分けて議論しているが、「相手方からの侵害行為は被告人が自ら招いたものであるか否か」の判断において、具体的な被告人の予測を検討している点は、長崎地裁と異なっている。

179) なお、②の要件を重視する判例群は、侵害の急迫性の存否を検討する際に、「侵害の予期」が重要な要素となると考えているので、本稿で検討した最高裁の理論と共通の問題意識をもっていることになる（拙稿・前掲注（131）248 頁）。

（2）侵害の自招性を、侵害の不正性を否定する要素として検討する判例

次に、自招侵害の事例において「侵害の不正性」の存否を問題とした判例として、昭和 63 年 4 月 5 日に下された東京地裁判決がある¹⁸⁰⁾。東京地裁は、本件の事実関係を次のように認定した。すなわち、「被告人は」、第一「昭和六二年一二月二九日午前零時一五分ころから、東京都練馬区〈以下省略〉A（当時五

一歳)方において、同人に対して『今日来ると言っていたのに、何で会社の方に電話なんかしたんだ。Nの方にごちやごちや言われ、俺は辞めろと言われてる。足を引張られたうえて、どうして一五万円なんか払えるんだ』、『ごちやごちや言うな。俺は首になる寸前だ。何で金を返さなければならないんだ』、『俺は首と同じなんだから明日から生活できないんだ。その分金を出してくれ』などと怒鳴りつけ、同人の上着の襟元を利き手である左手で掴み、肘で同人の首を押し上げるようにしたうえ、『何だこの野郎、叩きつけてやろうか』と怒鳴りながら同人を突き飛ばして転倒させたところ、同人が傍らにあつた置物の石塊大小二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つたことに激高し、同日午前零時三〇分ころから午前一時三〇分ころまでの間、右石塊のうち大きい方の一個(長さ約一七センチメートル、幅約七センチメートル、高さ約一一センチメートル、重量一・二ないし一・三キログラム位)を左手に掴み、Aの首を右腕でねじるようにして抱え込んでその頭部を四、五回思い切り殴りつけ、同人の頭部から出血したのを見るや、『こうなつた以上、殺してやれ』と決意し、悲鳴を上げ逃げようとする同人に馬乗りになるなどしてその頭部及び顔面部を右石塊や同所にあつたラジオカセット(硬質プラスチック製、長さ四五・九センチメートル、幅一一・六センチメートル、高さ一三・二センチメートル、重量電池とも三・一四キログラム…)をあわせて約二〇回にわたり殴打し、さらにとどめをさすべく、同人に馬乗りになつたまま、同人の頸部を左手で握りつぶすようにしたうえ体重を預けるようにして締めつけ、よつて、即時同所において、同人をして、頭部、顔面打撲による失血に伴う急性循環不全により死亡させて殺害し、第二「Aを殺害して寝込み、目が覚めた後の同日午前七時ころ、逃走資金にするため、同所において、同人所有に係る現金約三万二五〇〇円及びカメラ一台(時価四万円相当)を窃取し」たものとした。

そして、弁護人の「被告人の判示第一の所為は、Aが置物の石塊を頭頂部に、続いて小型の石を右側頭部に投げつけ、さらにラジオカセットを両手に持

つて立ち向かつてきたことに対する過剰防衛である旨」の主張に関して次のように判示する。すなわち、「なるほど、被告人がAを殺害するに至った過程に同人の投石行為が存したことは判示のとおりであり、その後も被告人がAから投げつけられた石塊を持つて同人に向かつて行つた際同人がラジオカセットを持つていた旨の被告人の供述（但し、被告人もAが立ち向かつてきたとまでは供述していない。）を排斥するに足る証拠はない」。「しかしながら、A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りの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。A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Aが自分をやつつけるとか殺すとかいう感じは受けなかつ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、A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應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ない、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、A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り、弁護人の主張は採用できない」とするのである。

本件の事例判断では、「A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…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」点、「A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」点、さらに、反撃行為の「態様や程度も、被告人の受傷状況や被告人自身 A が自分をやつつけるとか殺すとかいう感じは受けなかつ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」点に言及している。これは、明言こそしていないが、内容的には、上記の福岡高裁判決が要求する①および②の要件を前提として判断していると評価できる¹⁸¹⁾。そして、東京地裁は、A の侵害の性格を判断する際に、次のような指摘をしている。すなわち、「A 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」とするが、これは、上記の平成8年東京高裁判決において示された要件（侵害行為は、「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否か）、および、平成20年東京高裁判決において示された要件（侵害行為は「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」か否か）と類似している。ところが、このような要件を充たす場合、正当防衛のいずれの成立要件が否定されるのか、つまり、いかなる法律構成をとるのかについては、異なった見解を示している。すなわち、福岡高裁および2つの東京高裁は、前述のとおり、侵害の「急迫」性が否定される要件としたのに対して、本判決は、「A 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（く）」とし、侵害の「不正」性を否定する要件としているのである。ここに、本判決の意義があるが、このような法律構成に対しては、「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するという構成を採らなかったのは、急迫性に関する判例理論との矛盾を懸念したためであろう」という指摘がなされており、¹⁸²⁾ 本判決が侵害の「急迫」性の存否の問題として、本件を処理しなかつ

た点は「正当である」という評価がなされている。^{183) 184)}

注

180) 東京地判昭 63・4・5判タ 668号 223頁。

181) 川端・前掲注(1) 122頁。

182) 的場＝川本・前掲注(26) 120頁。さらに、橋爪・前掲注(2) 169頁。

183) 川端・前掲注(1) 122頁。ただし、川端教授は、本判決が侵害の不正性の問題として事案を処理している点については、疑問がある、とされている(川端・前掲注(1) 122-3頁)。

184) 本件の事案を、侵害の急迫性の問題として処理するとしても、侵害の不正性の問題として処理するとしても、結論には全く影響を与えないように見えるが、「後者の解決によれば、なお緊急避難(ないし過剰避難)が成立する余地が、少なくとも理論的には残る」から、「侵害の不正性を否定する」という処理は、「事実上」、「防衛行為の相当性を(緊急避難と同じレベルまで)制限するという効果をもたらすことになる」という指摘がある(橋爪・前掲注(2) 169頁)。

(脱稿日：平成 21 年 6 月 9 日)