

自招の侵害

原口 伸夫

- 一、はじめに
- 二、最高裁平成二〇年決定の判例上の位置づけ——積極的加害意思論とは異なる新たな判断枠組み
- 三、最高裁平成二〇年決定後の積極的加害意思論
- 四、故意的挑発・過失的挑発の場合 ——（厳格な）相当性（判断）での限定
- 五、最高裁平成二〇年決定の判示内容の検討
- 六、まとめ

一、はじめに

正当防衛に関して、近時、重要な最高裁の判断が示され、それをめぐり活発な議論がなされている。一つは量的過剰防衛に関連する判断¹であり、もう一つは自招の侵害に関する判断である。後者に関して、判例は、これまで、侵害の自招性そのものを直接問題にするのではなく、侵害を予期し、「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」場合に「急迫性」を否定するという考え方（以下、「積極的加害意思論」という）を発展させてきた²³。積極的加害意思論で問題となる事例群と自招の侵害として議論される事例群は一致するわけではないが、

反撃を意図して挑発的な言動を行う者は、自己の挑発に対する相手方の反応を予期し、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でいるといえる場合が多いであろうから、意図的な挑発の類型（正当防衛に名を藉りて相手方を侵害する意図で挑発する場合）は、判例の積極的加害意思論によっておおむね解決することが可能であろう⁴。しかし、それ以外の、故意的挑発の類型（相手方の侵害がありうるものと認識しながら挑発する場合）や過失的挑発の類型（挑発に基づく相手方の侵害が予見可能であった場合）については、判例がどのように解決するのかは必ずしも明確ではなかった⁵。

そのような中で、最決平成二〇年五月二〇日刑集六二巻六号一七八六頁（以下、「最高裁平成二〇年決定」という）は、次のような事案に関して、「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」として侵害を自招した者について正当防衛の成立を否定する判断を示した。すなわち、XとAがごみ集積所でのごみ捨てに関して言い争いになったところ、①XがいきなりAのほおを手けんで一回殴打し（以下、「Xの第一暴行」という）、走って立ち去り、②Aが、自転車でこれを追いかけて、九〇メートルくらい先の歩道上でX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Xの背中の上部または首付近を強く殴打し（以下、「Aの侵害行為」という）、これに対して、③Xが、携帯していた特殊警棒でAの顔面や左手を数回殴打し（以下、「Xの第二暴行」という）、よって、Aに加療約三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という事案において、最高裁平成二〇年決定は、「X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、X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、X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X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、Xの本件傷害行為は、X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」と判示し、正当防衛の成立を否定した原判断を是認するという注目すべき判断を下した。

本稿では、この自招の侵害に関する最高裁の新たな判断、それをめぐる議論の検討を通じて、自招の侵害の問題について考えてみたい。

二、最高裁平成二〇年決定の判例上の位置づけ——積極的加害意思論とは異なる新たな判断枠組み

ここでの議論の出発点として、この最高裁平成二〇年決定が正当防衛に関するこれまでの判例の中においてどのように位置づけられるべきかを整理し、確認することが重要であろう。これに関して、最高裁平成二〇年決定は、①積極的加害意思論とは異なる判断枠組みを示したものであり、②喧嘩闘争に関する判例の延長線上に位置づけられるところの、しかし、自招の侵害に関する新たな判断を示したものだとの理解が示されている⁶。このような理解が妥当であろう。

①の点であるが、最高裁平成二〇年決定は、積極的加害意思論で問題になるところの侵害の予期の存否について言及せず、(ア) XがAの侵害を自招したという客観的事実（Aの侵害行為がXの第一暴行に触発されたその直後、近接した場所での一連・一体の事態であること、Xの第一暴行とAの侵害行為の均衡）から正当防衛否定の根拠を導きだしており、かつ、(イ)「Aによる……暴行は不正な侵害であるにしても、これがXにとって急迫性のある侵害とは認めることができない」と判示して正当防衛の成立を否定した原判決（東京高判平成一八年十一月二九日刑集六二卷六号一八〇二頁）の判断を、「結論において正当である」とするのみで、「急迫性」の要件を欠くとはせず、かえって、「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」と判示しているからである。

②の点について、これまでの判例をみると、喧嘩闘争に関する判例の流れが現在でも続いていることがわかる。最高裁は、昭和二三年大法廷判決⁷において、「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一團の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、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、刑法第三十六條の

正當防衛の觀念を容れる餘地がない場合がある」と判示し、それを踏まえて、最高裁昭和三二年判決⁸が、「法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に觀察することを要し、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當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」と判示しており、これらは現在においても判例変更されていない⁹。もっとも、判例が問題とする「喧嘩闘争」、あるいは、「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」にあたる事態は十分に明確なわけではなく、さらに、問題の事態が判例のいう「喧嘩闘争」にあつたとしても、判例の立場からも、そのことによりただちに正當防衛の成立が否定されることにはならないから、具体的にどのような場合が正當防衛の成立の制限に至る「喧嘩闘争」にあたるのか、その判断基準を明確にする必要があつたといえよう。そして、これを明確にした一つの判断が、最高裁昭和五二年決定の積極的加害意思論であつたといえよう¹⁰。しかし、最高裁昭和五二年決定以降の下級審判決において、それとは別に、行為者が侵害を招いた場合に積極的加害意思論とは異なる判断枠組みを用いて正當防衛の成立を否定する判例の流れが形成されつつあつた。

すなわち、福岡高判昭和六〇年七月八日刑月一七卷七=八号六三五頁は、隣家のB宅でBから暴行を受けたことに憤慨したCが、約二〇分後自宅から包丁をもって引き返し、施錠されたB宅の玄関戸を怒鳴りながら足蹴にした（ただし、包丁を使ってそれ以上の行為に出る気配はなかつた。）のに対して、Bが玄関横の窓からCめがけて竹棒を突き出し、Cに暴行を加えたという事案において、「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ふべきであるから、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ものと解するのが相当である」と判示し、侵害の予期ではなく、自己の暴行により侵害を惹起した点や、相手の侵害が「通常予期される態様及び程度」であることを指摘して急迫性を否定している。また、同じように、東京高判平成八年二月七日判例時報一五六八号一四五頁¹¹は、通勤ラッシュ時の駅の階段で、下りの表示に従って階段を下りていったDと、そこを逆行して上ってきたEとが衝突したことから、Dが謝罪や駅長室への同行を求めるなどEの腕を強くつかんではなそうとせず、これに対しEが平手でDの顔面をたたいて全治五日程度を要する顔面打撲の傷害を負わせ、これに対しDがEのポロシャツのそで口付近をつかんで引っ張りEをその場に転倒させたという事案において、Dの「正当防衛の成否についてみると、Eが……Dの左右顔面を平手でたたいて反撃したのは、若干行き過ぎであるが、これに対し、Dが……ポ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。……認定の事実経過によれば、DがE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Eが防衛の程度をわずかに超えて素手で反撃したが、Dが違法な暴行を中止しさえすればE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Dが暴行を中止しさえすればEによる反撃は直ちに止むのであるから、DがE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、E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り、Dの行為は、正当防衛にもまた過剰防衛にもあたらないと判示している¹²。

さらに、東京地判昭和六三年四月五日判例タイムズ六六八号二二三頁は、新聞拡張員Fが、Gから借金の清算を迫られたため、G宅に赴き、その減免を求めて「なんで銭を返さなければならないんだ」などと怒鳴りつけながらGを突き飛ばして転倒させたところ、Gが傍らにあった置物の石塊二個を投げつけ、これらがFの頭部に当たったことから、Fが激高し、投げつけられた石塊や硬質プラスチック製ラジオカセットでGの頭部等

を二〇数回殴打してGを殺害したという事案において、「GのFに対するこれらの侵害行為は、Gに対しF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。Gは、F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、F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……F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、F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、Gから受けた侵害は、F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ない、F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、Gの侵害は、違法な先行行為をしたF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る」と判示し、Gの侵害の「不正性」を否定することにより正当防衛・過剰防衛を否定した^{13,14}。

最高裁平成二〇年決定は、積極的加害意思とは別の判断枠組みにおいて先行事情が正当防衛の成否に影響する一つの場合として、「喧嘩闘争」に関する判例の流れの中で正当防衛の成立を否定するその判断基準を具体化したものと考えられ、とりわけ、①自己の違法な先行（自招）行為の存在、②相手方の侵害行為がその先行行為から「直接かつ時間的に接着して惹起された」もの、もしくは先行行為により「直接惹起された反撃行為」であること、そして、③相手方の侵害行為が「通常予期される態様及び程度」もしくは「通常予想される範囲内のものである」ことを問題として正当防衛の成立を否定した（否定した要件は同じではない）ところの、前述の一連の下級審判例の延長線上に位置づけられるとあってよいと思われる¹⁵。

三、最高裁平成二〇年決定後の積極加害意思論

最高裁平成二〇年決定による新たな判断枠組みが示されたことにより、これと最高裁昭和五二年決定との関係が問題になりうるところ、最高裁昭和五二年決定の今後の判例としての重要性の低下を指摘する見方もある。すなわち、「最高裁は本件〔＝最高裁平成二〇年決定〕で判例変更を行ったものではない。……しかしながら、控訴審が52年決定の線で事案を解決しようとしているにもかかわらず、最高裁がそれを是認せず別の理由づけを行ったということは、従来の基準による解決が少なくとも『使い勝手の悪い』ものであることを最高裁も自認しつつあることと表れてはいただろうか」¹⁶。侵害の急迫性に関して「処罰範囲を広げる方向でその例外を認めるにあたって、従来の判例理論のような複雑な解釈を導入することは、『刑罰法規の明確性の原則』の点からも疑問がある。積極的加害意思による急迫性の否定という基準は、裁判員裁判の開始によって、その歴史的役割を終えたのではないだろうか」¹⁷とする見方である。

しかし、論者の立場から望まれる判例の方向性ではなく、現在の判例の評価（位置づけ）を問題にする場合、このような見方は適切でないように思われる。積極的加害意思論により「急迫性」が否定される場合と、最高裁平成二〇年決定の自招侵害（の一定の場合）により正当防衛の成立が否定される場合とは、重なる場合はあるとしても、それぞれ別の事例類型（局面）を問題としており¹⁸、今後両者の基準がそれぞれの事例類型に応じて併用されるという見方¹⁹の方が適切であろう。

もちろん、現在の判例の理解ではなく、あるべき法解釈を問題にすることは可能であり、学説においては、これまでも、「客観的」な要件である（べき）「急迫性」の要件の中に積極的加害意思という主観的要素をもちこむのは妥当でないとして判例の積極的加害意思論に批判的な見解が多かった²⁰。しかし、積極的加害意思論は、実質的にみても、事案を処理するうえでも一定の合理性を有するものといえよう。というのは、「急迫性」が「客観的な」要件であるということは必ずしも自明のことではない²¹。うえ、緊急状態下で公的機関による救助を求める余裕のないときに例外的に自力救済を許容するという正当防衛の基本的性格（緊急行為性）

に照らして、そして、正当防衛の正当化根拠の一つである法確証の利益²²の観点からみて、侵害を予期し、「その機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき」に、より厳密には、「好争的行動で予定したような侵害を招来した」とみられる場合²³に、「急迫性」の要件（に具現化されている「緊急行為性」）を否定するのは、十分に理由があると考えられるからである^{24,25}。

さらに、現在の学説において意図的挑発の場合とそれ以外の挑発の場合を区別して扱う見解が多いところ、意図的挑発と故意的挑発との区別が必ずしも明確にはできないのではないかという指摘もある。すなわち、「学説は……意図の場合、故意による場合、過失による場合に分類して検討する傾向にあり、意図の場合に限って正当防衛を否定し、他の場合は制限されるとする見解が多い。そうすると、自招者が正当防衛状況を招き、正当防衛の名の下、相手を侵害しようとして意図していた場合か否かが重要な分水嶺となる」。しかし、「自招侵害には、口げんかに端を發し、高揚するケースから、教壇事例で意図の場合と称されるような計画的なケースまで様々なケースがあるが、判例の事案を見る限り、その多くは前者のケースであり、意図の場合か故意による場合か判然としないものが多い。……ドイツの議論の影響もあり、先のような分類がなされてきたが、実際の事例において功を奏しないのであれば無用の長物であろう。意図の場合等の分類は実際上意味のある分類なのか、再検討を要するに思われる」²⁶と。このような指摘が適切なものであり、かつ、意図的挑発かどうかで区別して取り扱う——後述のように本稿もそう考える——のが妥当だとするならば、意図的挑発の場合をおおむね処理しうる積極的加害意思論で処理する方が、実際のなうえ²⁷、実務との調和もはかれよう。

このようなことから、積極的加害意思論で解決されうる²⁸意図的挑発の類型は、積極的加害意思論で解決するのが妥当であろう。このような理解からは、それ以外の自招侵害（の一部）の処理に関して判断を示したのが最高裁平成二〇年決定ということになる。そこで、故意的挑発・過失的挑発（の一部）の処理として、そこで示された解決が妥当なものなのか、この点を次に検討する。

四、 故意的挑発・過失的挑発の場合——（厳格な）相当性（判断）での限定

故意的挑発・過失的挑発の場合には、意図的挑発の場合（本稿の立場からは積極的加害意思のある場合、好争的行動の場合）と異なって、「侵害の自招」ゆえにただちに正当防衛による対抗の余地を認めず、過剰防衛にもなりえないとするのは、原則論としては妥当でないと思われる。積極的加害意思の認められないこれらの場合にはなお急迫性を認め、「侵害の自招」という先行する事情に基づく相手方の侵害の予期から、侵害に対応する措置の選択肢がひろがり、また、侵害の予見可能性にとどまるとしても、自己の違法な先行行為との関係（均衡）から、とりうる選択肢の中で、自招の侵害でない場合と比べてより穏やかな対応措置を要求してよいと考えられることから、「やむを得ずにした行為」の判断が厳格になると解するのが妥当であろう²⁹。正当防衛の正当化根拠からも、この場合、法確証の利益は減少するとしてもなお残っており、自己保存の利益の観点からいづれにせよ防御的な範囲の対応（自招行為の態様・程度とのバランスを考慮したうえでのより穏やかな対抗措置）は認められるべきであろう。具体的に最高裁平成二〇年決定の事案をもとにして考えた場合、もしXがAの侵害に対して防御的な対応にとどまったのであれば、その限りで「正当防衛状況」を否定するのではなく、なお許容されてよいように思われる。したがって、次の指摘は妥当なものとする。すなわち、判例は、①Xの第一暴行と②Aの侵害行為との「関係だけで、正当防衛状況を否定しているので」、Xの第二暴行の「態様は問題にしていけないようにも思われる。しかし、暴行にも様々な態様があるから、①と②の関係だけで、一律に正当防衛を否定すべきかについては疑問がある。例えば、Aが殴打してきたのに気づいたXがAの腕を掴んで取り押さえる行為は、Aに対する暴行（あるいは逮捕）に当たるが、一時的な自由の拘束に留まる限り、正当防衛として許容されてよいと思われる。Xは、Aに暴行を加えた以上、同じだけの暴行を甘受しなければならない、と

は言えないであろう」³⁰との指摘である。積極的加害意思の認められない場合に、自招行為を行った者の反撃の態様・程度を考慮に入れることのできない理論構成は問題があるといわざるをえない。

意図的挑発の場合に正当防衛を否定する理由づけは多岐にわたるとしても、意図的挑発以外の場合には相当性の限定で対応し、なお正当防衛・過剰防衛の余地を残す見解は、これまでの学説において比較的多数の理解であったといえよう。とくに正当防衛の正当化根拠の一つとして法確証の利益を考え、意図的挑発の場合にはその法確証の利益がなくなるため正当防衛は認められない、または権利濫用であるとする見解も、意図的挑発でない場合には、対抗行為の制限にとどめきた。たとえば、意図的挑発の場合には要保護性がないとして正当防衛を否定したうえで、(未必の) 故意的挑発・過失的挑発の場合には、「①急迫不正の侵害を避けようとおもえば避けられる場合には避けなければならないし、②いわゆる『防御的な防衛』でまかなえる場合には、それをおこない、③そうでない場合には、いわゆる『攻撃的な防衛』をおこなうことができる……。この場合には、挑発行為をした者は、意図的に危険な状態をつくりだしたのではないので、それを保護する必要はあるが、法秩序を防衛する必要は減ってくるからである」³¹とか、「正当防衛状況を利用して他人を侵害する意図をもった挑発行為の場合は、正当防衛権の濫用であっておよそ法確証の客観的利益は存在しないから、正当防衛が成立する余地はない(権利濫用説)」が、そうでない場合、「自ら挑発行為をして違法な攻撃を有責に招いた……場合も、……直ちに正当防衛ができなくなるわけではないが、挑発行為によって法確証の利益が減少するから、防衛行為の必要性の範囲は狭くなり、侵害を回避することが可能なきは退避義務が生ずる」³²と論じられてきた。意図的挑発の場合を権利濫用として(ないしは基本思想を援用することによって) 処理するか、積極的加害意思論で処理するかの違いはあるが、基本的な考え方において同様である。

五、最高裁平成二〇年決定の判示内容の検討

（１）「自招」の侵害の限定 1——「違法な」先行行為の存在

前節で示した見解から、最高裁平成二〇年決定はどのように評価されるべきか。まず、正当防衛の成立の制限に至る「自招」行為をどのように考えるのが問題になる。自招行為は、違法な行為でなければならないのか、社会倫理的に非難されるべきものであればよい³³のかが議論されている。前述二で示した下級審判例における「自招行為」はいずれも違法な行為であり、最高裁平成二〇年決定もXの殴打（暴行）という「不正な行為により自ら侵害を招いた」という事実が前提となっている。これらは、問題となったそれぞれの事案が、被告人の違法な行為に端を発した事案（ないしは自招行為として違法な行為が問題とされた事案）であっただけであり、判例が「自招」行為により正当防衛を制限する場合に違法な自招行為を要求しているとまではいえない。最高裁平成二〇年決定の射程も、「自招侵害の典型例として、相手を侮辱して暴行行為を招致する事例が挙げられているが、このような場合まで本決定の射程が及ぶわけではなく……、むしろ先行行為が暴行・脅迫や傷害行為である場合に限られた判断と解することもできよう」³⁴とみるのが穏当であり、その事案を前提とした限定的な判断とみるべきであろう。しかし、判例の射程の理解を超えて、正当防衛の制限に至りうる「挑発」、「自招行為」を考えた場合、（可罰的ではないとしても）違法な行為であること要すると解すべきであるように思われる。なぜなら、「法律で禁止されていないことは、……法的には耐えなければならないことなので、かりに社会的（社会倫理的）には好ましくない行為であっても、それが法律で禁止されていない場合には、それがひき金となって急迫不正の侵害が起きたときには、この侵害に対して法秩序を防衛する必要があるからである」³⁵。それに加えて、「自招」を広くとらえた場合のその広がり³⁶、そして、それが正当防衛の制限という可罰性を広げる方向の議論であることも考えれば、議論の出発点となる「自招」性については限定的に捉えた方がよいと思われるからである（もとより、正当防衛の要件の判断において考慮されない先行事情も、量刑判断において考慮されうる）。

(2) 「自招」の侵害の限定 2——時間的・場所的に一連・一体の事態

「自招」侵害といえるために、問題となる行為と相手方の反撃（侵害）行為との間の因果関係、客観的帰属があれば足りるという見解もありえないではないであろうが、最高裁平成二〇年決定は、「Aの攻撃は、Xの暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」であるというように、時間的・場所的な近接性を要求した。前述二で示した下級審判例も基本的には同方向にあるといえ、このような時間的・場所的な近接性の要求には特段異論はないものと思われる。

なお、この関係で留意を要することは、最高裁平成二〇年決定ではXの第一暴行とAの侵害行為とが「一連、一体の事態」であることが問題とされているのであり、たとえば、量的過剰の場合の侵害現時の反撃行為と侵害終了後の追撃行為について「一体的評価されて全体として過剰防衛となる」といった判断とは異なるということである。このことは、Xの自招行為（Xの第一暴行）とXの第二暴行との一連・一体性を問題としたとしても同じである。意図的挑発の場合と異なり、故意的挑発・過失的挑発の場合、自招行為の時点で、相手方の侵害に対して反撃する意思（決定）はなく、量的過剰の場合の防衛的な心理状態の継続や心理的動揺の継続のような、一体的評価をする基盤がないからである。したがって、最高裁平成二〇年決定の事案での「実行行為」（構成要件該当行為）はXの第二行為に限定されることになる。もちろん、自招行為からすでに実行行為（ないしは一団の連続的闘争行為）がはじまったとみられる事態もありえようが、それは最高裁平成二〇年決定の事態とは異なり、その射程の及ぶものではないといえよう。

これに対して、「挑発行為により一連の行為が開始されたと評価できる場合には、『防衛行為』には当たらない。挑発行為と不可分に結びついた防衛行為は、客観的に単なる加害行為だからである」³⁷。「客観的挑発行為を伴う③の積極的加害行為」（＝挑発者の防衛行為）は、①の行為（＝挑発者の挑発行為）と③の行為の「因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなしうるため、既に①の時点で防衛行為が始まったと評価し得る場合には、客観的に『防衛するため』の行為ではないと解される」。最

高裁平成二〇年決定の判示は「そのような考慮を表現したものといえよう」³⁸と論ずる見解があるが、これがXの第一暴行と第二暴行を（量的過剰防衛と同様の意味での）「一連の行為」と理解しているのであれば、前述の意味で妥当でなかろう。「一連の行為」としてなにを考えているのかは問題になりうるが、「因果的連関」（の強さ）だけで「一連の行為」とするのは疑問である³⁹。

（3）侵害の予期（予見）ないし予見可能性の要否

最高裁平成二〇年決定が被告人の主観面に触れず、客観的な要件を示して「正当防衛状況」を否定したこととの関係で、相手方の侵害の予期、少なくともその予見可能性は必要ではないのかということも議論されている。このことは、最高裁平成二〇年決定における「Aの攻撃が、前記暴行の程度を大きく超えるものでない」という事情の指摘の理解にもかかわってくる。

侵害の予期（予見）ないし予見可能性を不要とする見解は、「先行行為を処罰するわけではないのであるから、相手の侵害がなされた時点で、それが自分の先行行為に対する反撃であることが認識できれば、先行行為の時点で事前にそのような反撃があることまで認識している必要はないと思われる。相手に暴行を加えても自分を怖がって反撃してこないだろうと思っている自信家は正当防衛権を制限されないが、相手に暴行を加えたら反撃してくるだろうと思っている者は正当防衛権を制限される」という結論は妥当でない。さらに、侵害が行為者に予見可能であったことまで不要とすべきかについては議論の余地があるが、理論的には不要ではないかと思われる」と論ずる⁴⁰。

これに対して、侵害の予見可能性が必要であるとする見解は次のように論ずる。最高裁平成二〇年決定が「Aの攻撃が、Xの前記暴行の程度を大きく超えるものでない」という事情を指摘しているところ、「このような事情が問題とされるべき根拠は、初めに暴行した以上は、相手から同じ程度の暴行が返ってくるということが予測できるということにあると思われる。相手の侵害が自招のものであっても、予期を超えた反撃は急

迫性を有するという理解は、これまでも度々示されてきたものである。同じ程度の反撃なら許されるなどとはいえない以上は、どの程度までなら正当防衛を否定するかを、客観的に判断する理論的な根拠に乏しい。相手の侵害が客観的には過大のように見えても、被告人には予期が可能であったならば、急迫性を否定してよいと思われる⁴¹。自招行為に過失を要しないとする見解もあるが、「落ち度のない行為から侵害を招いても正当防衛が制限を受けなければならない理由は明らかでない、というよりもそのような帰結は不当ではないかと思われる⁴²、などである。

もっとも、最高裁平成二〇年決定のように、「A の攻撃が、X の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」ということを要件とする限りで、両者の見解の結論に大きな違いはないといえよう。ここでの予見可能性不要性からも、「判例の立場から『一体の事態』というためには、被挑発者が侵害行為に出ることが十分あり得るような密接な関連性が必要になると考えるべきであり、そのような場合は、通常、被挑発者が侵害行為に出ることが行為者に予見可能であろうから、実際の適用において差が出ることはまれであろう。また、相手の侵害行為が一般人にとっても予見不可能な場合には、先行行為と侵害行為との間の法的因果関係が否定され、自招侵害の問題は生じないであろう⁴³と指摘されている。

たしかに、積極的加害意思の認められる場合以外の状況を問題にしているここでの場合、侵害の現実の予期まで要求しなくてよいであろう。また、判例のように、自招行為と相手方の侵害行為との均衡を要件とする限りで、結論に（大きな）違いがないのは確かであろう。しかし、前述のように自招の侵害のゆえに相当性が厳格に判断されるべき理由を考える場合、侵害の予見可能性は必要と解すべきであろう⁴⁴。前述二で示した下級審判決でも「通常予期される態様及び程度」、「通常予想される範囲内」であることが問題とされてきており、最高裁平成二〇年決定における X の第一暴行と A の侵害行為の均衡、両者の時間的・場所的・近接性の指摘も、A の侵害行為が予見可能性の範囲内にあったことを問題にしていると考えられることもできよう⁴⁵。

（４）自招侵害であることの効果——「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」という判示

前述四で論じたように、積極的加害意思が認められない場合の自招侵害の事例（故意的挑発・過失的挑発の場合）において、正当防衛・過剰防衛の余地を認めないのは妥当でなく、したがって、最高裁平成二〇年決定の「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」という判示が、①Xの違法な自招行為の存在、②「Aの攻撃は、Xの暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態」であること、③「Aの攻撃が甲の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」ことを要件として、その要件を充たせば正当防衛・過剰防衛の余地を認めないということの意味するのであれば⁴⁶妥当ではなかろう。もっとも、「判例は『反撃行為に出ること』を問題にしているので、侵害を阻止するだけの行為は『反撃行為』ではないと解すれば」、判例も、Aの取り押さえのような防御的な対応は正当防衛として許容されると理解することも可能であるとの指摘もある⁴⁷。判例が「積極的な反撃行為」の場合に限って正当防衛・過剰防衛の余地を認めないとするのであれば、その限りで支持しえよう。

最高裁平成二〇年決定の「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」という判示は、前述の留保が必要であるが、具体的な事案の解決として、正当防衛・過剰防衛を認めなかった結論は、Xの第二暴行の際にAの侵害は終了していたのではないかと考えられることから支持しえよう。すなわち、最高裁平成二〇年決定の事案の場合、「Aが更に暴行に及ぶような氣勢を示すなどしていたとの事実は認定されていないので（このリアットは自転車の速力も利用したもので、この技を連続して繰り返せる状況にあったとは考えられない）」、Xの第二暴行も、「すでに過去の侵害となったリアットに対する事後的な報復攻撃であり、およそ防衛行為とはいえないように思われる」⁴⁸のであり、「XはAの更なる暴行等からわが身を守るために本件行為に出たようには窺われない」。「1 審判決……によると、Aは『1回やられて1回やり返したから、もうそれで終わりだと思っていたのに、Xから警棒で殴

られた』旨供述しているようであり、原判決はAの供述を基本的には信用できるとしている。『侵害の継続性』を緩やかに認めた」最判平成九年六月一六日刑集五一卷五号四三五頁等と「比較しても、上記の疑問は必ずしも解消されない」⁴⁹のである。

なお、Aの侵害が継続していたと仮定した場合、積極的加害意思が認められない場合に(厳格な)相当性(判断)で限定する立場からも、自招行為の態様・程度、相手方の侵害行為の態様・程度、とくに最高裁平成二〇年決定の事案のように(侵害が継続していたと考えたとしても)侵害行為の減弱の程度も考慮したうえで、自招行為を行った者の反撃行為の相当性の逸脱が著しいとみられる場合には、過剰防衛にもなりえないと考えるのが妥当であると思われる⁵⁰、このような場合の解決を示したのが(判示の表現には前述のように難があるが)最高裁平成二〇年決定であったとみうるように思われる⁵¹。

(5) 自招侵害と侵害回避義務

橋爪教授は、侵害回避義務論⁵²から、最高裁平成二〇年決定を次のように理解し、これを基本的に支持する。すなわち、「従来の実務における急迫性否定例のほとんどが被告人の侵害の予期を要求していたのは、予期された侵害であれば、それが現実化しないように侵害を事前に回避することが期待できるという実質的考慮が前提にあったように思われる。つまり、侵害の予期は侵害を事前に回避する契機を与える点に意味があり、そのチャンスをあえて見逃して、喧嘩闘争を辞さずに侵害に直面したことを理由として、侵害の急迫性が否定されるのである。……このように侵害の予期がそれ自体重要なのではなく、侵害回避の契機を与える機能を有することを重視するのであれば、当事者間に既に対立状態があり、自分が暴行行為に出れば相手の報復攻撃がほぼ確実に見込まれるような事情があれば、暴行行為に出れば相手の不正の侵害を惹起することは当然に予測可能であり、行為者には喧嘩闘争を回避するための十分なチャンスが与えられているといえる。したがって、このような状況については、侵害の予期を具体的に認定しなくても、正当防衛を否定することは可能

であるように思われる」。最高裁平成二〇年決定においても、「被告人が第1暴行に出れば、Aが自転車を追跡して侵害行為に出ることは、当然に予想できた事態であるし、また、第2暴行の具体的な程度や態様も一般的に予測できる程度を超えるものではない。このような事実関係が、本決定〔＝最高裁平成二十年決定〕の結論を正当化の上では、やはり決定的に重要であるように思われる」。最高裁昭和五二年決定と最高裁平成二〇年決定との間の「距離は実はそれほど遠いものではなく、本決定〔＝最高裁平成二十年決定〕は、違法な暴行行為によって直接的に相手の侵害を招致したという密接な関連性にかんがみ、被告人の主観面の認定をいわば『免除』したものと」、最高裁昭和五二年決定の「適用に関する特別ルールの1つとして位置づけることもできるのである。そうであれば、両判例はともに、私人により実行使を正当化するような緊急状況性を否定したものと、同一の要件論、すなわち急迫性の問題に位置づけることも十分に可能であり、むしろ、それが好ましかったようにも思われる」⁵³。

侵害回避義務論は、注目すべき議論であり、また、有益な視点を提供している面もある。しかし、本稿で問題にしてきた自招侵害に関していえば⁵⁴、利益衝突状況の合理的解消をはかるため実行行為に先行する事情から事前に侵害回避義務を課すとするその理論構造からは、実行行為（防衛行為）の態様・（相当性逸脱の）程度を考慮に入れることはできず、いったん（事前に）侵害回避義務が課された場合、その後侵害を回避せずに正当防衛状況を現実化すれば一律に「急迫性」が否定されることになり、かりに相手方の攻撃に対して防御的な対応をしたとしても、急迫性が否定され、正当防衛・過剰防衛の余地がなくなってしまうように思われ⁵⁵、前述の最高裁平成二〇年決定に対する疑問と同様反撃行為の態様・程度を考慮することができない点で疑問が残らざるをえない。

六 まとめ

自招侵害の解決は、その主観面の区別で整理すれば、意図的挑発の場合は、積極的加害意思論で処理するのが妥当であり（前述三）、積極的加害

意思の認められない故意的挑発、過失による挑発の場合には、侵害の自招ゆえに厳格に判断されるべき「やむを得ずにした行為」の問題として処理されるべきである（前述四）。したがって、積極的加害意思の認められない最高裁平成二〇年決定の事案においてその示す要件を充たす場合に一律に「正当防衛状況」を否定することにより、防御的な対応も認めないのであれば、それには与しえない（前述四、五（4））。また、相手方の侵害の予見可能性を問題とせず、客観的事情のみを問題として正当防衛の制限を意図するものであるとすれば、それも妥当でないといえよう（前述五（3））。しかし、その具体的事案においてはAの侵害はすでに終了していたと考えられ、かりに侵害が継続していたとしても、自招行為の態様・程度、相手方の侵害行為の態様・程度、侵害行為の減弱の程度等も考慮しXのといった反撃行為を考えると、許容性がせばめられた相当性判断においてその相当性の逸脱が著しいとみられ、正当防衛も過剰防衛も認めなかったその結論は支持しえよう（前述五（4））。もちろん、（厳格な）相当性（判断）で自招の侵害を処理する場合、「やむを得ずにした行為」の判断⁽⁵⁶⁾の一層の具体化・明確化が自招の侵害の場合に限られないが一必要である。今後の課題である。

【註】

- 1 最決平成二〇年六月二五刑集六二卷六号一八五九頁、最決平成二一年二月二四日刑集六三卷二号一頁。これらに関しては、原口伸夫「量的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』二七一頁以下（成文堂、二〇一〇年）、同「正当防衛にみる『正』と『不正』——量的過剰の観点から」『法の基層と変容——桐蔭横浜大学法学部二〇周年記念論文集』〇〇頁以下（信山社、二〇一四年）参照。なお、同「先行する殴打行為について誤想防衛を認め、後述する包丁での刺突行為について殺人未遂罪の成立を認めた事例」『速報判例解説 vol.5』一五九頁以下（日本評論社、二〇〇九年）も参照。
- 2 最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁（以下、「最高裁昭和五二年決定」という）。

- 3 旧刑法三一四条は、「身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」と規定していたが、現行法ではこのような自招侵害に関する規定を設けなかった。このことから現行法は自招侵害の場合も正当防衛の成立は制限されないとする趣旨の判決（大判大正三年九月二五日刑録二〇輯一六四八頁）もあったが、現在では、自招の侵害（の一定）の場合、とりわけ意図的な挑発の場合に、正当防衛の成立を制限する見解が一般的である。旧刑法下の正当防衛規定および現行法の制定過程について、川端博『正当防衛権の再生』七九頁以下（成文堂、一九九八年）、橋爪隆『正当防衛論の基礎』二一三頁以下（有斐閣、二〇〇七年）、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学七四卷一号六頁以下（二〇一〇年）、米田泰邦「正当防衛と反撃回避義務」『犯罪と可罰の評価』一二一頁以下、一二四頁（成文堂、一九八三年）など参照。
- 4 参照、栃木力「正当防衛における急迫性」小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決五〇選（上）〔第二版〕』八四頁（立花書房、二〇一三年）、中川博之「正当防衛の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題（第二版）』一三四頁（成文堂、二〇一〇年）、橋爪隆「判例批評」『平成二〇年度重要判例解説』一七四頁（有斐閣、二〇〇九年）、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『新実判例法（総論）』一一三頁（青林書院、二〇〇一年）、三浦透「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成二〇年度）』四二八頁（法曹会、二〇一二年）、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報六一巻二号一五頁、一八頁（二〇〇九年）など。
- 5 なお、香城敏磨「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五二年度）』二四九頁（法曹会、一九八〇年）は、「相手の侵害を挑発、誘導してこれに反撃を加えた場合」、「適切な先例も見当たらないが、学説の大勢は、……正当防衛の成立を否定しており、判例もこれを否定することは確実なように思われる。……右の場合、侵害に対する反撃を防衛行為として承認するとなると、自ら違法に招いた侵害を理由として新たな法益侵害

を正当と認めることになって、矛盾であり、挑発、誘導されて侵害行為に出た相手の立場と比較してあまりに均衡を失する結果ともなるからである」と指摘している。また、安廣文夫「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和六〇年度）』一五五頁（法曹会、一九八九年）。

- 6 赤松亨太「判例批評」研修七二三号二四頁、二七頁（二〇〇八年）、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌五〇巻二号一九三頁以下（二〇一一年）、中川・前掲注(4)一三七頁、橋田久「判例批評」名古屋大学法政論集二四四号一三六頁、一四二頁（二〇一二年）、橋爪・前掲注(4)平成二〇年度重要判例解説一七四頁以下、同「判例批評」ジュリスト一三九一号一六一頁以下（二〇〇九年）、三浦・前掲注(4)四三二頁以下、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室三八七号一八頁（二〇一二年）、山口・前掲注(4)一四頁など。
- 7 最大判昭和二三年七月七日刑集二卷八号七九三頁。
- 8 最判昭和三年一月二二日刑集一一卷一号三一頁。
- 9 安廣・前掲注(6)法学教室三八七号一五頁、橋爪・前掲注(4)平成二〇年度重要判例解説一七五頁、同・前掲注(6)ジュリスト一三九一号一六〇頁。
- 10 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第二版）第二巻』三四四頁〔堀籠幸男＝中山隆夫〕（青林書院、一九九九年）、香城・前掲注(5)二四二頁以下。最高裁昭和五二年決定以後、積極的加害意思論の枠組みを用いて自招の侵害の事案を解決しているのは、東京高判昭和六〇年六月二〇日高刑集三三卷二号九九頁〔急迫性否定〕、札幌地判平成元年一〇月二日判例タイムズ七二一号二四九頁〔急迫性を否定し、誤想防衛・誤想過剰防衛を否定〕、東京地判平成八年三月一二日判例時報一五九九号一四九頁〔積極的加害意思の存在を否定し、また、「自招」の侵害であることを否定し、殺人被告事件において正当防衛を肯定〕、大阪高判平成一四年七月九日判例時報一七九七号一五九頁〔積極的加害意思の存在を否定し、正当防衛を肯定〕など。近時の積極的加害意思論に関する判例について、斎藤信治「急迫性（刑法三六条）に関する判例の新展開」法学新報一一二巻一＝二号三八五頁以下（二〇〇五年）を参照。岡本昌子「正当防衛状況の創出と刑法三六条」『大谷實先生喜寿記念論文集』四〇九

頁以下（成文堂、二〇一一年）は、「自招侵害に対する判例の多くは、急迫性を否定することによって正当防衛の成立を否定しており、その多くは、自招者が自招行為により相手方が侵害してくることを予期し、その機会を利用して積極的加害意思で侵害に臨んでいたことを理由に急迫性を否定しており、最決昭五二年七月二日を踏襲しているといえよう」とする。

- 11 本件の判例評釈として、吉田宣之「判例批評」判例評論四六三号六九頁以下（二〇〇七年）。
- 12 Dは暴行罪で罰金八万円に処され、一方で、Eも傷害罪で罰金一〇万円に処された。参照、判例時報一五六八号一四五頁。
- 13 Fの侵害の「不正性」を否定したことに対しては批判がなされている。参照、川端・『正当防衛権の再生』前掲注(3)一二三頁。
- 14 なお、仙台地判平成一八年一〇月二三日判例タイムズ一三〇号三四八頁。的場＝川本・前掲注(4)一一九頁は、前掲福岡高裁昭和六〇年七月八日判決について、積極的加害意思論から「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」と評価している。
- 15 遠藤・前掲注(6)一九三頁以下、橋爪・前掲注(4)平成二〇年度重要判例解説一七五頁〔最高裁昭和二三年大法廷判決は「現在においても変更されてはいない。そして、本決定は（昭和52年決定とは別のかたちで）大法廷判決の内容を具体化したものということができよう〕。なお、最高裁平成二〇年決定後、積極的加害意思論とは異なる判断枠組み（とりわけ、後述五（5）の侵害回避義務論と親和的）で、『急迫不正の侵害』があるということとはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」とするのは、東京高判平成二一年一〇月八日判例タイムズ一三八八号三七〇頁。
- 16 高山佳奈子『『不正』対『不正』状況の解決』研修七四〇号四頁以下（二〇一〇年）。
- 17 高山・前掲注(6)五頁以下。なお、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』一五七頁以下（有斐閣、二〇一三年）は、最高裁平成二〇年決定は、「裁判員裁判の開始を前にして（裁判員法施行は平成21年5月21日であっ

た)、積極的加害意思や防衛の意思といった主観的要件によって正当防衛の限界を画する従来の解釈から最高裁が距離を置こうとしている可能性もあるように思われる。主観的要件を間接事実の積み重ねによって認定するという判断手法は、裁判員にとって理解しやすいものではない。故意のように主観的要件であることが不可欠なものであればともかく、そうでないのであれば、解釈でわざわざ認定の困難な主観的要件を設ける必要はない。間接事実が実質的な要件を示しているのであれば、端的にそれを要件化すべきである。本決定がそのような方向性を示しているだとすれば、積極的に評価すべきである」としている。また、川瀬雅彦「判例批評」慶應法学二〇号三〇五頁以下(二〇一一年)。

- 18 最高裁昭和五二年決定では、「先行情形の違法性は要求されておらず、侵害の自招性は必要ではない。ここで重要な判断要素は、加害への積極性である」。それに対して、最高裁平成二〇年決定では、「不正な行為で相手方の侵害行為を自招したといえるかどうか重要であるから、先行行為の違法性の有無、程度が重要となる」(遠藤・前掲注(6)一九五頁)。
- 19 中川・前掲注(4)一三七頁、三浦・前掲注(4)四四〇頁など。
- 20 大塚仁『刑法概説総論(第四版)』三八二頁(有斐閣、二〇〇八年)、大谷實『刑法講義総論(新版第四版)』二七五頁以下(成文堂、二〇一二年)、曾根威彦『刑法総論(第四版)』一〇一頁以下(弘文堂、二〇〇八年)など。なお、井田良『刑法総論の理論構造』一七〇頁(成文堂、二〇〇五年)は、積極的加害意思論に批判的である一方で、「例外的な実力行使という正当防衛の制度趣旨が『急迫性』という要件に『結晶化』していると解釈することは高度の説得力を持つ。……その機会を利用して加害する意思で現場に赴いたとき、その限りで相手方の攻撃は「急迫的な侵害」とはいえないとすることは解釈論的にすぐれた解釈といえるであろう」ともしている。また、同『講義刑法学・総論』二七六頁(有斐閣、二〇〇八年)。伊東研祐『侵害の予期』、『積極的加害意思』と防衛行為の『必要性』研修七一〇号六頁(二〇〇七年)。
- 21 香城・前掲注(5)二五〇頁以下、栃木・前掲注(4)七三頁、中川・前掲注(4)一二九頁、橋爪・前掲注(3)『正当防衛論の基礎』二三八頁以下など。なお、

積極的加害意思論の判例の用いる表現は、「一見、反撃者の認識・心構えの如何のみにより急迫性の有無が左右されるかのような表現であるが、……刃物等を持ってわざわざ出かけて行く、挑発的態度をとるなどの『争いを好むような態度（好争的行動）をとって、予定したような侵害を招いた』と認められる場合に、急迫性を否定する」のが判例の立場である（斎藤信治・前掲注(10)法学新報一一二巻一＝二号三九三頁。また、三九五頁。同『刑法総論（第六版）』一七八頁〔有斐閣、二〇〇八年〕とみることができよう。また、「積極的加害意思」において純粹な主観や心情要素のみが問われているわけではなく、その認定においては客観的な事実関係（行為者と相手方の従前の関係、相手方が攻撃に至るまでの事情、行為者の反撃準備の状況、反撃の態度・強度、行為中や行為前後の言動等）が重視されるべきであるとするのは、栃木・前掲注(4)七九頁、中川・前掲注(4)一二九頁、一三一頁。また、安廣・前掲注(6)法学教室三八七号一六頁。

- 22 本稿は、正当防衛の正当化根拠について、現在の多くの見解と同様に、法確証の利益（法秩序維持への貢献）と自己保存の利益（反撃による法益保全）を軸に考えている。これらにつき、斎藤信治『法の確証』、正当防衛・過剰防衛の法的性格」刑法雑誌三五巻二号五九頁以下（一九九六年）、同・前掲注(21)『刑法総論』一七四頁以下、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』五四頁（多賀出版、一九九一年）など参照。
- 23 斎藤信治・前掲注(21)『刑法総論』一七七頁。この場合、「侵害は殊更に招かれたものであるから、反撃による法益保全のプラスは結局認められず、また、法秩序維持に貢献するどころか、わざわざ平地に波瀾を巻き起し無用の闘争に及ぶ点でむしろマイナスであって、反撃による法益侵害（脅威）自体のマイナスを埋め合せ得る余地はなく、初めから違法と決まっていると考えられるし、過剰防衛……における刑の任意的減免の根拠となるような責任減少を認める余地もなからう」（斎藤信治・前掲注(21)『刑法総論』一七七頁。また、斎藤信治・前掲注(10)法学新報一一二巻一＝二号三九四頁、四〇六頁注一六）。侵害を予期しつつ積極的加害意思をもってこれに臨む場合、その「加害行為は、その意思

が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為とすこしも異なるところはない。……右の加害行為は、違法であるというほかはない」とするのは、香城・前掲注(5)二四七頁。また、栃木・前掲注(4)七七頁、中川・前掲注(4)一二九頁。原口・前掲注(1)『速報判例解説 vol.5』一六一頁も参照。

- 24 理由づけは必ずしも同じではないが、判例の積極的加害意思論を基本的に支持する見解は次第に増えつつある。たとえば、林幹人『判例刑法』五五頁(東京大学出版会、二〇一一年)は、「積極的加害意思がある場合、高度の主観的違法性が認められ、……急迫性は否定される」とし、川端博『刑法総論講義(第三版)』三五六頁以下(成文堂、二〇一三年)は、侵害の「急迫性」の内容が「法益侵害の危険性」を意味するとし、「侵害が予期されているばあい、……それを阻止するための準備(迎撃態勢をつくること)が可能となり、法益侵害の可能性はそれだけ低下することになり、「客観化された加害意思があるばあいに、侵害の急迫性は消滅すると解すべきである」とする。また、高橋則夫『刑法総論(第二版)』二六七頁以下、二八四頁(成文堂、二〇一三年)、団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』二三五頁(創文社、一九九〇年)。「正当防衛とは、違法な攻撃をした者の責任・負担において利益衝突状況を解消するという法制度である」との理解から、「利益衝突状況を作り出した者=侵害の創出者が正当防衛権を行使することは否定されるべき」であるとし、急迫性を否定するのは、西田典之『刑法総論(第二版)』一六三頁(弘文堂、二〇一〇年)。同「侵害の急迫性」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論(第四版)』四九頁(有斐閣、一九九七年)も参照。侵害を十分に予見しており、かつ、被侵害者が特段の負担なく侵害を事前に回避できる場合には、被侵害者は侵害を事前に回避すべきであり、このような状況下であえて侵害を回避することなく、不正の侵害が現実化した場合には、過去において回避すべき侵害が現実化しているにすぎないとし、侵害の急迫性を否定するのは、橋爪・前掲注(3)『正当防衛論の基礎』九一頁以下、三〇五頁、同(今井猛嘉ほか)『刑法総論(第二版)』二二一頁(有斐閣、二〇一二年)。なお、山口・前掲注(4)

三二頁以下。

- 25 積極的加害意思のある場合に防衛の意思を否定する見解（大塚・前掲注(20)三八三頁注四、大谷・前掲注(20)二七六頁、藤木英雄『刑法講義総論』一七六頁〔弘文堂、一九七五年〕など）は、防衛の意思の内容を侵害に対応する意思（認識）のように解する場合にはその意思を否定できないという問題点のほか、「防衛行為時の意識内容である防衛意思の存否において、事前の意識内容である積極的加害意思を考慮しようとするものであり、両者を混同するものであろう」（橋爪・前掲注(24)『刑法総論』二一八頁）という問題点もあるが、それらの問題点を別にすれば、「急迫性を否定しても、防衛意思を否定しても、実質的には結論は異ならないのであるから、判例に対する実質的な批判とはいいがた」く（橋爪・前掲注(24)『刑法総論』二一八頁）、「実質的には判例の立場と同一の見解と評価することができる」（橋爪・前掲注(24)『刑法総論』二一九頁以下）との見方もありえよう。
- 26 岡本・前掲注(10)四三九頁。また、四〇五頁以下。
- 27 意図的招致の場合のみ正当防衛の成立を否定し、その他の場合に制限を認めない橋田教授が、その立場について「自招侵害の事案で正当防衛を認めること広きに失するとの懸念があり得ないではない。ドイツでは、侵害招致の意図を証明することの困難さ故か、意図的招致の事案は公判された判例には見当たらないと言われているところでもある。しかし我国では、積極的加害意思の認定された例は少なからず存在し、自招侵害の裁判例の中にも意図的招致と思しきものが皆無ではないため、不当な結論に到ることはあるまい（橋田久「自招侵害」研修七四七号一一頁〔二〇一〇年〕）と論じているのは、意図的挑発での処理よりも積極的加害意思論での処理の相対的優位性を裏づけているともいえよう。
- 28 注4参照。
- 29 参照、斎藤信治・前掲注(21)『刑法総論』一七九頁以下。大阪高判平成一二年六月二日判例タイムズ一〇六七号二七六頁は、傷害致死事件において、「被告人を殴打しようとしたHの行為が、これより先に被告人がH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……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」とし、被告人の行為は「防衛行為としての相当性を欠いていることが明らかというべきである」と判示している。

- 30 佐伯・前掲注(17)一五九頁。安廣・前掲注(6)法学教室三八七号一八頁、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——」刑事法ジャーナル一六号一九頁 (二〇〇九年)も参照。前述二で引用した福岡高裁昭和六〇年判決も、「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」とするにとどまっている。
- 31 齊藤誠二・前掲注(22)二〇九頁。また、中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」現代刑事法五六号三二頁 (二〇〇三年)、山中敬一『刑法総論 (第二版)』四八八頁 (成文堂、二〇〇八年)。
- 32 曾根・前掲注(20)一〇二頁以下。同『刑法の重要問題 (総論) 第二版』九〇頁 (成文堂、二〇〇五年)。また、大塚・前掲注(20)三八五頁、内藤謙『刑法講義総論 (中)』三三六頁 (有斐閣、一九九一年)。なお、故意的挑発の場合を意図的挑発の場合と同様に扱い、過失的挑発の場合に相当性判断を厳格に考えるのは、川端・前掲注(3)九〇頁以下、九七頁以下、同・前掲注(24)『刑法総論講義』三六二頁以下、塩見淳「侵害に先行する事情と正当防衛」法学教室三八二号八四頁 (二〇一二年)。法益の要保護性の減少。否定という観点から、井田・前掲注(20)『刑法総論の理論構造』一七二頁以下、同・前掲注(20)『講義刑法学・総論』二八八頁。
- 33 吉田宣之「『自招防衛』と正当防衛の制限」判例時報二〇二五号一一頁 (二〇〇九年)。
- 34 橋爪・前掲注(4)平成二〇年度重要判例解説一七五頁。
- 35 齊藤誠二・前掲注(22)二一〇頁。大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為との関連性について」北九州市立大学法政論集三八巻四号二二頁 (二〇一一年)、塩見・前掲注(32)八四頁、橋田・前掲注(27)研

修七四七号六頁、山中・前掲注(31)四八五頁なども参照。「単なる非礼行為だけで侵害の予期ありと認め得る事案がさほど多いとは思われない上、社会生活を送る上では、違法な侵害行為や面罵、嘲笑などの積極的な挑発行為に出てならないのは当然としても、右のような予期を持ちつつ非礼行為に及ぶことも一概に避けられない面があるとすれば、直ちに正当防衛自体を否定するのは行き過ぎのように思われる。(の場=川本前掲注(4)一二七頁)との指摘も重要である。

- 36 「正当防衛が問題となる事例は、いずれかの当事者による何らかの先行行為が発端となり、これをめぐって両者間の感情的対立が高まった結果、攻撃・防禦の応酬に発展したという場合が多い」とするのは、の場=川本・前掲注(4)一〇九頁。また、橋爪・前掲注(24)『刑法総論』二一六頁。
- 37 前田雅英「正当防衛行為の類型性——判例における正当防衛の構造」研修七三四号一〇頁（二〇〇九年）。
- 38 前田・前掲注(37)一一頁。
- 39 橋田教授は、「正当防衛の正当化根拠として法確証原理を採用し、反撃行為が招致行為に始まる犯罪実現の一過程と言える場合に法確証を否定する立場」（橋田・前掲注(27)研修七四七号七頁）に立ち、「招致行為と反撃行為の一体性を要求するとすれば、その存在は」最高裁平成二〇年決定の場合「疑わしい」（橋田・前掲注(6)名古屋大学法政論集二四四号一四三頁）とする。
- 40 佐伯・前掲注(17)一五八頁。また、高山・前掲注(16)八頁。
- 41 林・前掲注(24)五〇頁以下。
- 42 塩見・前掲注(32)八三頁。
- 43 佐伯・前掲注(17)一五八頁以下。
- 44 栃木・前掲注(4)八五頁も、「自ら相手方の侵害行為を招いた場合、その侵害行為が自己の先行行為の当然の反動と認められるようなときには、正当防衛をもって対抗することはできないと解すべきであろう」とし、「行為者の先行行為と相手方の侵害行為との間に、先行行為が侵害行為を直接惹起したと認められる関係があり、かつ、相手方の侵害行為が先

行行為との関係で通常予想される範囲内のものであるならば、それは自己の先行行為の当然の反動であり、自らが違法に招いた侵害として、相手方の侵害行為に防衛行為をもって対抗することは許されないと解すべきであろう」としている。事象経過の支配・操作が必要であるとする立場からであるが、岡本・前掲注(10)四三六頁以下。

- 45 橋爪・前掲注(6)ジュリスト一三九一号一六三頁は、最高裁平成二〇年決定が「第1暴行と第2暴行の間に『一連、一体の事態』と評価できるような密接な関連性があること、また、第2暴行が第1暴行の程度を大きく超えるものではないことを重視していることから、これらの認定において、第2暴行の招致が予測可能な事態であったということが既に織り込まれていると解することも可能であろう」としつつ、「しかしながら、前者の『一連、一体の事態』という表現は、やや拡張的に理解するのであれば、時間的場所的な連続性があれば、それだけで肯定されるような可能性もある。また、後者の暴行の程度の比較については、たとえ均衡を保った侵害行為であってもおよそ予見不可能な場合がありうるし、また逆に、きわめて危険な侵害行為であっても、それを事前に十分に予測できる場合もあるから、これが予測可能性とは異なる次元の判断であることは明らかである。このように考えるのであれば」、最高裁平成二〇年決定において「さらに一步踏み込んで、第1暴行から第2暴行が招致されることが通常予想される事態であることについて、何らかの言及がなされた方がより適切であったように思われる」とする。
- 46 山口・前掲注(4)一〇頁注一八は、「正当防衛の要件を否定するのではなく、反撃行為はおおよそ『正当とされる状況』にないというのであるから、それは緊急避難としても違法性阻却されないことを意味するものと理解しうるように思われる」とする。
- 47 佐伯・前掲注(17)一五九頁。
- 48 安廣・前掲注(6)法学教室三八七号一七頁。
- 49 安廣・前掲注(6)法学教室一八頁。また、橋田・前掲注(6)名古屋大学法政論集二四四号一三三頁、一四三頁。
- 50 塩見・前掲注(32)八〇頁、八四頁。安廣・前掲注(6)一八頁は、「『Xに

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」ということは、XにおいてはAのライアットから身をかかわすか、それが困難であれば、これを甘受するしかない、ということまで意味するものではなく、Xには……防御防衛に属する制止行為は許容されるが、攻撃防衛に属する反撃行為は許されず、そのような反撃行為に出れば、正当防衛はもとより過剰防衛を認める余地もないというものと解すべきである」とし、斎藤信治『刑法各論（第四版）』三四六頁（有斐閣、二〇一四年）は、最高裁平成二〇年決定は「挑発的侵害をなした者は、社会生活上ほぼ自然視される態様、程度内の報復的侵害に対しては、単なる防御はともかく、積極的な反撃は（相当性を欠くため）できない、との趣旨に解され、妥当といえよう」とする。

- 51 これに対して、最高裁平成二〇年決定が過剰防衛も認めなかったことに対して批判的なのは、井上宣裕「判例批評」『判例セレクト 2002-2008』二九五頁（有斐閣、二〇一〇年）、本田稔「判例批評」法学セミナー六四四号一三五頁（二〇〇八年）など。なお、浅田一茂『刑法総論（補正版）』二三五頁（成文堂、二〇〇七年）。
- 52 注 24 参照。
- 53 橋爪・前掲注(6)ジュリスト一三九一号一六二頁以下。
- 54 侵害回避義務論全体については十分な検討が必要であると考え、侵害回避義務論が、「一種理性的に行動する人間のみを容認し、急迫不正の侵害に直面して感情的になったり動揺・興奮したりして、回避するどころか、過剰な反撃に出てしまったという典型的な過剰防衛（予め侵害を回避するのが合理的だったとされる限り）……過剰防衛と認めず、……更に、客観的に過剰な反撃に出るに至らなかった場合ですら……可罰的とするもので……予めの積極的加害意思がなくても過剰防衛・正当防衛を否定するので、まさに『大鉈を振う』ものになっている」（斎藤信治・前掲注(10)法学新報一一二巻一＝二号三九七頁）との指摘も重要である。
- 55 岡本・前掲注(10)四一八頁以下は異なる批判であるが、回避義務が「事前に」課されることの問題点を指摘している。すなわち、侵害回避義務論

の前提からは、「相手からの侵害（攻撃）がどのような規模のものであれ（つまり、自招者 X が予期していた範囲内の侵害であれ、予期した以上に甚大な侵害であれ）、同見解からは、自招行為によって侵害を招き、それを予期していた以上、X には侵害回避義務が発生し、正当防衛は否定されることになるのではないだろうか」。「実際にどのような攻撃がなされようと、同見解からは、X が侵害されることについて確実な予期があった場合、事前の侵害回避義務を認めざるを得なくなってしまうであろう」と。

56 不十分であるが、原口・前掲注 (1) 『速報判例解説 voll.5』 一六一頁。

(はらぐち・のおお 駒澤大学法学部教授)