HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自招防衛論の再構成（１）：「必要性」要件の再検討
Author(s)	瀧本, 京太朗
Citation	北大法学論集, 66(4), 126 [191] -63 [254]
Issue Date	2015-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60258
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no4_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

自招防衛論の再構成（１）

――「必要性」要件の再検討――

瀧　本　京太朗

目　次

序章　問題の所在
はじめに
第１節　議論の状況について
第１項　日本の議論状況
第２項　ドイツの議論状況
第２節　最高裁平成20年５月20日決定の意義
第３節「やむを得ずにした行為」の解釈について
第４節　本稿の構成
第１章　自招防衛に関する日本の学説
第１節　正当防衛・自招防衛規定の沿革
第１項　旧刑法の時代
第２項　現行刑法への改正過程と自招防衛
第３項　検討
第２節　学説の検討
第１項　戦前の学説
第２項　戦後～現在の学説：内部的解決
第１款　急迫性否定説
第２款　不正性否定説
第３款　防衛の意思否定説
第４款　防衛のための行為ではないとする見解
第５款　相当性を制限・否定する見解
第６款　正当防衛の一般論に解消させる見解
第７款　若干の検討

第３項　戦後～現在の学説：外部的解決
第１款　権利濫用説
第２款　正当防衛の基本思想を援用する見解
第３款　原因において違法な行為の理論
第４款　社会的相当性説
第５款　若干の検討―「形式的には正当防衛が成立する」ということについて―
第３節　小括　（以上、本号）
第２章　自招防衛に関する日本の判例・裁判例
第３章　ドイツにおける学説及び判例
第４章　必要性要件の再検討
終章

序章　問題の所在

はじめに

正当防衛論に関わる論点は非常に多岐にわたり、今日においてもなお多くの点で議論が展開されているところである。もちろん、過去から現在に至るまでの議論の中で通説的見解が形成された論点も多々存在する。しかし、挑発行為等によって自ら侵害を招き、これに対して防衛行為を行うという、いわゆる「自招防衛[1]」（Notwehrprovokation）論に関する問題は、旧刑法の時代から議論されてきたにもかかわらず、なお学説は一致する兆しを見せず、現在でも議論が続けられている。自招防衛においては正当防衛の成立が制限ないし否定され得るという一般論については、学説は一致して肯定的な立場に立っており、議論の対象となっているのは、その法的根拠に関する点である。すなわち、自招防衛の場合には刑法36条１項に基づく正当化が、どのような法的根拠でもって制限ないし否定されるのかという点を巡って、学説内部ではそれぞれの論者が千思万考の見解を提示し、その正当性を争っているのである。

[1]「自招侵害」「挑発防衛」「自ら招いた正当防衛」などと表記されることもあるが、すべて同義である。本稿では特段の事情がない限りは「自招防衛」の語句を用いる。

本稿は、このような状況にあって、今一度自招防衛論について考察を行った上で、「防衛行為の必要性」という観点に立脚し、自招防衛論を解決するための新しい視座を提供することを試みるものである。

第１節　議論の状況について

第１項　日本の議論状況

刑法36条１項は、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。」と規定しているが、本条文を一見しただけでは、自ら侵害を招いた者をどのように扱うかは、文言上明らかでない。むしろ自招防衛に関する具体的な規定が存在していない以上、自招防衛であっても36条１項の要件を充足している限りは正当防衛の成立を肯定するというのが自然な結論であるとも言える。しかし、通説がこのような理解をしていないということは、たったいま述べたとおりである。

ここで、なぜ通説が自招防衛を「制限ないし否定されるべきである」と考えているのか、という点については、自ら侵害を招いたにもかかわらず反撃行為が正当化されるのは不当であるという、感覚的、あるいは感情的な違和感を指摘する以上のことはできないかもしれないが、法的に考察するのであれば、旧刑法からのつながりを挙げることができるように思われる。

旧刑法では、正当防衛に関する定めは総則ではなく各則に置かれていた。正当防衛を規定していた旧刑法314条は、その第三編（身体財産ニ対スル重罪軽罪）第三節（殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不論罪）中の条文であり、「身体生命ヲ正当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為メニシ他人ノ為メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」（傍点筆者）と規定されていた。これを見ると、但書の部分は、まさに自招防衛に関する条文であることが分かる。現行刑法へと改正される過程で旧314条は総則に移され、但書は削除されることとなったが、それは自招防衛を許容するという趣旨ではなく、端的に言えば、「あえて明文で規定する必要はない」という考慮によるものであった（第１章第１節第２項参照）。

すなわち、立法経緯を参照すると、旧刑法制定当時から自招防衛に対しては否定的な価値観が共有されていたということが分かるのである（この点については第１章で論じる）。しかしながら、なぜ否定的な価値観が共有されたのか、

という点については、結局は感覚的な点に依拠せざるを得ないように思われる。旧刑法を起草したボワソナードは旧314条但書について、「他人ニ對シテ重大ナル罵詈ヲ加ヘ之レカ爲メ殴打創傷若クハ其他ノ暴行ヲ受クル㆓儘之アル可シ若シ此ノ如キ場合ニ於テ罵詈ノ本人暴行ヲ受ケ其ノ反報トシテ加ヘタル創傷或ハ又故殺ニ付テ宥恕ヲ受クル者トセンカ其結果タル實ニ言フ可ラサルモノアルニ至ラン又此如クスレハ或ハ此畏忌ス可キ手段ヲ以テ報讎ノ念ヲ満タス者アリ從ツテ豫謀ニ出テタル故殺ニシテ宥恕ノ利益ヲ受クルニ至ル可シ是レ實ニアル可ラサルノ事ナリ」[2]と述べている。このように、自招防衛に対しては古くから否定的な価値観が共有されていたという点は、これから自招防衛論を検討するための前提であり、本稿も、このような価値観を共有するものである。

以上のように、自招防衛に対する正当化を制限ないし否定しようと試みている点では、学説は一致していると言えるが、特に現行刑法に関して言えば、36条１項をどのように読めばそのような結論が導かれるのかという点が、この問題の主戦場となっているのである。36条１項は、大別すれば①急迫性、②不正性、③防衛の意思、④やむを得ずにした行為という４つの要件から構成されているが、学説は、自招防衛の問題をこれらのいずれかの要件と関連づけ、自招防衛に当たる場合にはこれらのうちのいずれかの要件が欠けるため、正当防衛の成立が制限ないし否定されると論じ、相互に批判を展開してきたのである。

しかし近時は、自招防衛の場合であっても36条１項所定の各要件は満たされているという理解を前提として、同条の要件からではなく、正当防衛がなぜ正当化されるのかという、いわゆる「正当化根拠論」や、あるいは優越的利益原理などのような「違法阻却の一般的原理」に立ち戻って考察を加え、自招防衛の場合にはこのような根拠・原理が失われるために、正当防衛の成立が制限ないし否定される、と主張する見解が有力に主張されてきている。本稿では前者のような立場を、36条１項の内部で解決を図るという意味で「内部的解決」と、後者のような立場を「外部的解決」と呼称することとする。それぞれの陣営の論者は相手方の陣営に対して批判を展開しており、さらに各陣営の内部においても相互に批判が交わされており、自招防衛論を巡る見解が一致する見通しはまったく立っていないのが現状である。

[2] ボワソナード『刑法草案註釋下巻』（司法省、1886年）350頁以下。

第２項　ドイツの議論状況

ドイツ法については第３章で検討するが、ここで、基礎的な点について簡潔に概観したい。

（１）ドイツ法の比較法的意義

自招防衛に関する議論は日本とドイツでのみ行われているわけではない。アメリカ合衆国[3]、英国[4]、カナダ[5]などでも、自招行為によって侵害を招いた者をどのように扱うかは議論の対象とされてきたが、これらの国における議論は立法論に依拠する部分が大きいように思われる。他方、ドイツでは専ら解釈論に基づく議論が展開されており、日本の議論状況と類似している。日本の学説の多くはドイツの学説に依拠しながら展開されているという事情もあり、本稿でも比較対象国としてドイツ法を選択することとした。

ドイツにおける議論は外部的解決に依拠することを前提として展開されており、日本で外部的解決を支持する見解へプラスの材料を与え得るものと言えよう。また、ドイツの判例は古くから権利濫用説を採用しつつ、具体的な挑発状況において挑発者に課される義務を日本の判例よりも詳細に論じながら事案の解決に当たっているが、この点は参考とすべきものが多いように思われる。自招防衛論を検討する際は、正当防衛権が制限される根拠を解明するのみでは不十分であり、制限の結果、挑発者がどのような不利益を負わなければならず、また、不利益を負わなくてもよいのはどのような場合かという点まで考察されなければならないのは当然である。

ドイツにおいて正当防衛を規定しているのはドイツ刑法32条である。32条１項は「正当防衛によって必要（geboten）とされる行為を行った者は、違法に行為したものではない。」と、同２項は「正当防衛とは、現在の違法な侵害から自己又は他の者を回避させるのに必要（erforderlich）な防衛である。」と規定され

---

[3] Joshua Dresslar, Understanding Criminal Law, 5th ed., 2009, 226-228.

[4] 英国の自招防衛論の研究として、岡本昌子「正当防衛と侵害回避義務～イギリスの正当防衛論における退避義務を中心に～」同志社法学57巻６号（2006年）437頁。

[5] カナダの自招防衛論の研究として、岡本昌子「カナダ刑法における正当防衛と自招侵害に関する一考察」同志社法学51巻６号（2000年）116頁、同「自招侵害と正当防衛論」『理論刑法学の探究⑦』（成文堂、2014年）13頁以下。

ている[6]。すなわち、２項が正当防衛の一般的な成立要件を定めていると言えよう。

ドイツ刑法32条各項を日本語に訳したときは、いずれの項にも「必要」という語が現れ[7]、いずれの「必要」も、日本の議論における「必要性」及び「相当性」に相当する概念であると言えるが、このうち２項の「必要」（erforderlich）は、概括的に言えば、いわゆる「武器対等の原則」の問題を扱うものである。これに対して１項の「必要」（geboten）は、２項に記載されている正当防衛の成立要件をすべて具備していたとしてもなお正当防衛の成立を制限ないし否定すべき場合があるのではないかという観点のもとで行われる「社会倫理的制限」の問題であるとされている。自招防衛はその中の一場面であるとされていることから、ドイツの学説は、日本で主張されているような正当防衛の成立要件内部での解決を志向せず、要件論の外部での解決を試みていると言える[8]。

しかし、社会倫理的制限の条文を持たない日本刑法に、ドイツの議論がどこまで同様に妥当するかはなお明らかではない。本稿は、最終的には内部的解決を志向するものであるが、外部的解決にどのような利点と難点が存在しているかを検証するためには、ドイツの議論を参照することが不可欠であろう。

（２）議論の前提

自招防衛を考える前提として、挑発行為自体が「現在の違法な攻撃」に該当し、被挑発者の反応が正当防衛である場合は自招防衛の問題とはならない[9]。これは日本でも同様である。

---

[6] ドイツ刑法典の日本語訳は、法務資料461号を参照した。

[7] 日本の文献では“geboten”(Gebotenheit) を「被要請性」と訳すのが一般的であるが、“geboten”には「望ましい」という意味も含まれていることから、本稿では“geboten”(Gebotenheit) は「妥当性」と訳すこととした。

[8] 日本においては外部的解決を志向する見解に対しては、罪刑法定主義に反するとの批判が主張されてきたが、ドイツにはドイツ刑法32条１項があるため、少なくとも罪刑法定主義違反とする主張は当たらないこととなろう。

[9] Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, 2014, §32 Rn. 54; Urs Kindhäuser, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I , 4. Auflage, 2013, §32 Rn. 117; Thomas Rönnau, JuS 2012, S. 406.

自招防衛において正当防衛権を制限する根拠に関しては、権利濫用（Rechtsmissbrauch）の観点から挑発者の正当防衛権を制限してきた判例が、学説に対して大きな影響を与えてきた。学説からは、先行行為説、危険の引き受け説、そして原因において違法な行為の理論などが主張され、特に意図的挑発の場合には防衛の意思が欠けるとする見解や、挑発者は侵害に同意しているとする見解、法確証の利益原理を援用し、正当防衛の根本思想から出発する見解などがこれまでに主張されてきたが[10]、通説は判例の立場と同様に、権利濫用説を採用している[11]。

自招防衛の問題は、挑発者の主観的側面（主観面）と、自招行為の客観的側面（客観面）という、２つの方向から議論が展開されている。

（３）挑発者の主観的側面

まず、自招防衛の場面類型は、挑発行為時に挑発者が有していた主観に従って２つに分けられる。すなわち、「意図的挑発」（Absichtsprovokation）類型と、「意図なく招いた侵害」（Unabsichtlich verschuldeter Angriff）類型である[12]。後者に該当するのは、意図は無かったが、ある行為を行えば侵害を招くだろうと認識しながら当該行為を行った場合（故意的挑発）や、過失によって侵害を招いた場合（過失的挑発）である。

ドイツにおいても意図的挑発とは、専ら正当防衛状況を利用して侵害者を害する目的で、意図的に侵害を誘発することであるとされており[13]、日本の学説で検討されてきた意図的挑発と同義である。また、意図的挑発の場合には、通

[10] Vgl. Perron, a. a. O.(Anm. 9), §32 Rn. 54.

[11] Vgl. Armin Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, §32 Rn. 51; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufgabe, 2014, §18 Rn. 86.

[12] Vgl. Perron, a. a. O.(Anm. 9), §32 Rn. 58. 意図なく招いた侵害はこのほか、“sonst schuldhaft provozierten Angriffen” などと呼ばれることもある。Vgl. Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, 2014, §32 Rn. 14.

[13] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 55; Engländer, a. a. O. (Anm. 11), §32 Rn. 51; Rengier, a. a. O. (Anm. 11), §18 Rn. 84.

説は古くから一切の正当化を拒んできたという点も日本と同様であるが[14]、その根拠については、先に述べたように権利濫用説が通説として広く支持されている点に、ドイツの議論の特徴がある。この類型に該当した場合は、挑発行為自体が適法なものであったとしても、法秩序を防衛する必要（法確証の利益）や、挑発者の法益を保護する必要がないため、正当防衛の成立が否定されると説明されている[15]。

一方、挑発行為は必ずしも意図的になされるわけではない。すなわち、意図まではしていないが行為に出れば侵害が発生するだろうということを認識していた場合や、何らかの落ち度によって侵害者を挑発してしまうという場合も考えられ、実務上問題になりやすいのはこの類型であると指摘されている[16]。通説によれば、このような場合においても正当防衛権は制限を受けるが、完全に喪失するわけではないとされている[17]。

（4）自招行為の客観的側面

自招行為の客観的側面は、意図的挑発の場合には通常問題とならない。先に述べたように、意図的に侵害を招いた場合は、自招行為が適法であっても正当防衛の成立が制限ないし否定されるからである。しかし、意図なく招いた侵害の場合には、通説はなお挑発者に正当防衛権を与える余地を残そうとしている。その際の基準として議論されているのが、自招行為の客観的性質の問題である。すなわち、正当防衛の成立を制限ないし否定するような自招行為はどのような性質を有していなければならないか、という点が問題とされている。

この点につき、挑発行為が適法行為である場合には完全な正当防衛権が認められ、違法な行為である場合には正当防衛権は原則として社会倫理的制限を受けるということについては、通説と判例は一致した見解を示している。しかし、挑発行為がこれらの中間に位置する場合、すなわち「社会倫理的に非難すべき

---

[14] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 55.

[15] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 55; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2011, §14 Rn. 555.

[16] 意図的挑発であるということが裁判で示されることはほとんどないからである、と説明されている。Rönnau, a. a. O. (Anm. 9), S. 406.

[17] Vgl. Engländer, a. a. O. (Anm. 11), §32 Rn. 52.

行為」であった場合は、判例は正当防衛権を制限しているが、通説は、完全な正当防衛権を与えるべきであると主張しており[18]、両者は厳しく対立している。

（５）正当防衛権の制限効果

侵害招致行為が（少なくとも違法な）挑発であると判断され、正当防衛権の行使が制限された場合、被侵害者（挑発者）は、自らが招いた侵害から退避しなければならないことになり、よって退避義務が生ずることになる。通説によれば、意図的挑発の場合には正当防衛権が完全に否定されるため、退避義務は無制限に課されると説明されているが[19]、近時は、侵害からの「退避可能性」の有無に応じて、異なった解決をすることが主張されている。

すなわち、意図的挑発の場合もそれ以外の場合も、第一段階として、侵害からの退避等が可能であったときは、挑発者は侵害を実際に予見していたか、あるいは予見することができたか否かに関係なく正当防衛権は制限され、挑発者には退避義務が課され、控えめな防衛行為がわずかに許されるのみであるとされる[20]。次の段階として、退避が不可能であれば、防衛の確実性や危険性の少ない手段で防衛を行うことが許容され（保護防衛＝ Schutzwehr）、侵害が軽微であればそれを受忍するか、他人に救助を求めることが要求される。そして、最後の段階として、それでも侵害を排除できなければ、完全な正当防衛権が与えられるというのである（反撃防衛＝ Trutzwehr）[21]。このような、まずは退避を試み、次に保護防衛を試み、最後に反撃防衛を許容するという構造は、判例によって構築されてきたものであり、「３段階理論」（Drei-Stufen-Theorie）と呼ばれている[22]。どのような状況になれば退避義務が解除されて保護防衛や反

[18] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 59; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 126; Rönnau, a. a. O. (Anm. 9), S. 406.

[19] Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2013, §16 Rn. 53.

[20] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 60; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 128. 控えめな防衛行為というのは、防御に徹するという趣旨であり、攻撃に出ることは許されないように思われる。

[21] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 60; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 9), §32 Rn. 128; Engländer, a. a. O. (Anm. 11), §32 Rn. 52.

[22] Vgl. Rönnau, a. a. O. (Anm. 9), 407, Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 19), §16 Rn. 53.

撃防衛に移行することができるかは個別の事例毎に決するほかないが、連邦通常裁判所は、挑発行為の重大さと侵害行為の危険性を手がかりとしながら判断していると言われている[23]。

第２節　最高裁平成20年５月20日決定の意義

自招防衛に関する判例に関して、特に日本の裁判所が、これまでに自招防衛の事案を処理してきた際は、最高裁がいわゆる「積極的加害意思論」を明示的に採用するまでは、正当防衛の成立を制限ないし否定するための理論的根拠を明らかにしてこなかったが、積極的加害意思論が採用された最決昭和52年７月21日刑集31巻４号747頁以降は、同決定の枠組みを参照し、自招防衛の事案において正当防衛の成立を否定する際は、「急迫性」が欠けるという論理構成が主に採られてきた。しかし、このほかにも侵害の不正性や防衛行為の相当性を問題とする事例も出されており、結局のところ、同決定によっても自招防衛の処理の指針は定まっていなかったと言えよう。

ところが、自招防衛が問題となった最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁の判示は、これまでの枠組みから直ちに説明がつくものではなかった。詳細な検討は第２章で行うが、事案の概要は以下の通りである。すなわち、後の侵害者（被害者）であるＡは、ごみを捨てている際通りかかった被告人の姿を不審と感じて声をかけたところ、両名は言い争いとなり、被告人はＡのほおを手けんで殴打し逃走した。Ａは自転車で被告人を追いかけ、自転車に乗ったまま、右腕を伸ばして被告人の首付近を強く殴打し、その結果被告人は転倒したが、被告人は起き上がると特殊警棒を取り出してＡの顔面や腕などを数回殴打し、傷害を負わせた。

第１審の東京地裁八王子支部[24]は、本件を喧嘩闘争の事案と捉え、喧嘩闘争の場合には正当防衛の観念を容れる余地はないとして正当防衛の成立を否定し、原審の東京高裁[25]は、被告人の不正の侵害によって招いた侵害については急迫性を欠くとして、被告人の控訴を棄却した。しかし最高裁は、正当防衛の

[23] Vgl. Krey/Esser, a. a. O. (Anm. 15), § 14 Rn 558.
[24] 東京地八王子支判平成18年７月５日刑集62巻６号1794頁参照。
[25] 東京高判平成18年11月29日刑集62巻６号1802頁参照。

成立を否定するに当たり、「急迫性」という文言を用いることなく、「被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と述べ、原審の論理構成を採用することなく、被告人の上告を棄却したのである。

言うまでもなく、学説の関心は、平成20年決定の判示が、昭和52年決定をはじめとするこれまでの判例の枠組みとどのような関係に立つのかという点に集中した。そこでは（1）従来の枠組みから逸脱するものではないとする見解と、（2）裁判員裁判制度が施行されることを踏まえ、新たに明確な基準を提示したのではないかとする見解がそれぞれ主張されることとなり、平成20年決定を契機として、自招防衛論に関する議論はさらに活発化し、新たな論考も多数発表されるに至ったのである。

第３節　「やむを得ずにした行為」の解釈について

本稿では自招防衛論を解決するための新たな視座を提供することを試みているが、具体的には、刑法36条１項の「やむを得ずにした行為」の解釈を通じて解決を図ろうとするものである。もっとも、このような見解はこれまでの先行研究によっても主張されているところであり、一見すると真新しさに欠けるが、「やむを得ずにした行為」は、解釈上２つの要素から成るとされており、先行研究が焦点を当てているのはこのうちの一方、すなわち防衛行為の「相当性」という要件である。しかし、本稿が焦点を当てようとしているのはもう一方の、防衛行為の「必要性」要件であり、この点で本稿の見解は、先行研究とは多少異なるものである。

刑法36条１項の「やむを得ずにした」という文言の解釈についても、自招防衛論の解決以上に複雑多様で、こちらも帰一するところがない。論者によって必要性、相当性の定義が微妙に異なっているということが議論を複雑化させており、さらには、必要性、あるいは相当性要件を不要とする見解も存在し、自招防衛論と同様に千思万考の様相を呈しているのである。

詳細については第４章で検討するが、必要性要件の議論の沿革を見ると、例えば旧刑法314条の「已ムコトヲ得サルニ出テ」とは防衛行為の必要性を意味し、具体的には、他に侵害から回避する方法が存在したにもかかわらず防衛行為を

行った場合には、正当防衛は成立しないという説明がなされていた[26]。これはまさに、現行刑法37条１項本文（緊急避難）の「やむを得ずにした行為」の要件の解釈として通説から主張される、いわゆる「補充性」要件を意味していると言えよう。その後、必要性要件はその解釈を変え、防衛に必要な行為であれば、軽微な利益を守るためであっても侵害者を殺害しても良いという主張がなされるようになったが、そのような行き過ぎを抑えるために相当性要件が導入されることとなった。その過程で必要性要件は次第に相当性要件に取って代わられるようになった。そして現在の解釈は、「防衛適合性」、すなわち防衛行為が防衛の役に立つかということを判断するための指標と理解されている。必要性概念の意義が広範に過ぎ不明確なため解釈論として用いることができないとの指摘もなされており[27]、必要性要件はその重要性を失いつつあるのが現状である。

ところで、自招防衛に関する学説は、侵害を自招したことを根拠として正当防衛を制限ないし否定する際、その効果として、挑発者は退避義務が課されることになると説明している。というのは、正当防衛が制限ないし否定され、侵害に立ち向かうことが許されなくなるのであれば、自らが侵害を被らずに済むために採るべき途は、侵害から退避する以外ないからである。学説はこのことを色々な表現を用いて説明しているが、「相当性の範囲に制限が課される」[28]とか「『やむを得ずにした行為』がより厳しく認定され、とりうる手段が制限される」[29]あるいは「事情によっては補充性が要求される」[30]と説明されているが、これらの説明は結局、自招防衛と認められる場合においては、通常は認められない退避義務を例外的に肯定するものであると言えよう。そして、退避義務はまさに補充性を意味するのであるから、正当防衛論の枠組みの中で補充性を要求する場合があるとしたときに、その受け皿として必要性要件を用いることは十分説得力を持ち得るのではないだろうかという着想の下で、本稿は必要性要件

---

[26] 例えば、宮城浩藏『刑法講義第二巻』（1885年）521頁、村田保『刑法註釈巻六』（1880年）17葉以下。

[27] 山口厚『刑法総論（第２版）』（有斐閣、2007年）128頁。

[28] 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻２号（1984年）211頁以下。

[29] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）288頁、同『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）172頁。

[30] 山中敬一『刑法総論（第３版）』（成文堂、2015年）523頁。

の有用性について再検討を行うこととしたのである。

第４節　本稿の構成

本稿の構成は、以下の通りである。

まず第１章では、日本における自招防衛論の沿革について検討を加えながら、先行研究の整理を行う。先に述べたように、自招防衛論は旧刑法の時代から議論の対象とされてきた論点であるが、自招防衛の制限を規定した旧314条但書は現行刑法へと改正される際に削除されている。その背景を、立法資料を参照しながら明らかにし、立法者が自招防衛をどのように捉えようとしていたかを検討する。そして、旧刑法時代の学説を参照した後、現行刑法へと改正された以降の学説――戦後から現在にかけての学説を中心に――を検討し、各見解の問題点を明らかにしていく。特に、内部的解決を志向する見解の検討に際しては、昭和52年決定において最高裁が用いた、いわゆる「積極的加害意思論」と意図的挑発類型の関係について分析し、これまでの一部学説における両者の関係の理解が適切であったかどうかを検討する（第２節第２項第５款参照）。

第２章においては、自招防衛に関するこれまでの判例、裁判例を検討し、裁判所の判断枠組みがどのように構築されてきたかを検討する。特に、積極的加害意思論を本格的に示した昭和52年決定と、日本において自招防衛論がいっそう活発に議論される契機となった平成20年決定との関係については詳細に検討を行う。先に述べたように、平成20年決定を検討する多くの評釈は昭和52年決定との関係を問題としていることから、本稿でも２つの「決定」の関係について分析しつつ、これまでに唱えられている諸見解が妥当な評価をしていると言えるかについても検討を加える。

第３章では、ドイツの学説及び判例を検討する。先に述べたように、ドイツでは外部的解決によって問題を解決することが議論の前提とされている。それに沿って、これまでの学説を検討するが、特に通説とされている権利濫用説、及び有力に主張されている「原因において違法な行為」の理論の構造については重点的に検討することとした。また、それに関連する限りで、ドイツにおける通説が正当防衛の正当化根拠として援用する法確証原理につき、その妥当性について検討する。特にドイツにおいては近年、法確証原理に関する説明が明確でなく、「一部の論者は問題の解明を完全に放棄し、直感的な理解で済ませ

ている」という指摘もなされており[31]、これまで広く受け入れられてきた法確証原理の存在基盤は、今や盤石であるとは言えないであろう。そこで、本稿において、改めて法確証原理の妥当性を検証することとした。

以上を踏まえて第４章で、本稿の私見を構築する。その際は、日本刑法36条１項における「やむを得ずにした」の解釈を巡る沿革を概観し、自招防衛が問題となる際に、一定の場合には挑発者に退避義務が生ずることを論証した上で、その退避義務を必要性要件から導き出すことにより、自招防衛における正当防衛の制限の可否を必要性要件と関連づけて論ずべきであるという私見の正当性を基礎づけることを試みる。

[31] Vgl. Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2009, S. 9.

第１章　自招防衛に関する日本の学説

本章では、日本における自招防衛に関する学説を検討する。まず第１節では、旧刑法の起草時にまで遡り、そこから現行刑法に至るまでの、自招防衛規定の沿革について考察を加える。次に第２節では、日本において過去から現在にかけて唱えられてきた学説を、順に検討していく。

第１節　正当防衛・自招防衛規定の沿革

第１項　旧刑法の時代

序章でも述べたように、明治13年に公布され、明治15年に施行された旧刑法には、現在のような正当防衛規定は存在していなかった[1]。旧刑法の第三編は「身体財産ニ対スル重罪軽罪」を規定し、その第一章「身体ニ対スル罪」の中の「殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不論罪」と題する第三節には、旧309条～316条までの８つの条文が置かれていた。すなわち、暴行を受けて直ちに怒りを発して暴行人を殺傷した場合の必要的宥恕（旧309条）、互いに殴打し合ったが、いずれの攻撃が先であったかが不明の場合の任意的宥恕（旧310条）、夫が妻の姦通現場で直ちに姦夫を殺傷した場合の必要的宥恕（旧311条）、住居侵入を防止するために殺傷した場合の必要的宥恕（旧312条）、正当防衛（旧314条）、財産に対する暴行、盗犯等、夜間に住居侵入をする者を防止するために殺傷した場合の不論罪（旧315条）、そして、やむを得ないとは言えない状況あるいは侵害終了後に暴行人を殺傷した場合の任意的宥恕（旧316条）である。このうち、但書による例外規定は、旧314条のみならず、旧309条及び旧311条にも置かれていた[2]。

ここからは旧314条に関わるものに限定して論ずることとするが、この条文は、もともとはボワソナード草案350条に置かれていたものであった。同条は、

---

[1] 旧刑法314条の編纂過程につき、岩谷十郎「旧刑法第三一四条編纂過程とその『素材的事例』の関係―「正当防衛」の摂取―」慶応義塾大学法学研究科論文集23号（1985年）181頁。

[2] 旧309条は旧314条と同様「但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」と規定されており、旧311条では、「但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ此限ニ在ラス」とされていた。旧311条但書は、侵害を自招したというよりは、同意があった場合の例外規定である。

「正當及ヒ必要ノ防衛ノ爲メ故殺若クハ故意ノ暴行ヲ爲シタル者ハ自己ノ爲メニセシト他人ノ爲メニセシトヲ問ハス其罪ヲ論セスシテ其刑ヲ免除ス然レモ故殺若クハ暴行ノ本犯自己ノ過失ニ因リ其被フリタル兇行ニ機會ヲ與ヘタルトキハ只本刑ヲ宥恕スルニ止マル可シ」と言うように、文言上、過失によって侵害を生じさせた場合に限定されており、その際は刑の宥恕が行われるにとどまるという構造である。意図的挑発・故意的挑発という場合については言及されておらず、そういった場合にどのような処理がなされることになっていかは解釈によるしかないが、過失という、規範からの逸脱がわずかな場合であっても不論罪ではなく宥恕にとどまるというのであるから、逸脱の程度が大きい意図的挑発・故意的挑発の場合であれば、条文に書かれていないという理由で正当防衛が認められるということは考えられないであろう[3]。

第２項　現行刑法への改正過程と自招防衛

ここからは、現行刑法への改正作業において、自招防衛の規定がどのような変遷をたどったかを紹介していく。

旧刑法の改正は、明治23年に帝国議会が開かれた直後から問題とされてきたが、現行刑法へと改正されるまでにおよそ17年を要し、その間、多くの改正案が提出されてきた。正当防衛に関する改正については、明治33年に刑法連合会が発表した「刑法草案」以降は、条文の配置が若干前後するものの、大きな変更は見られない。

①　明治23年改正案

旧刑法施行から10年が経過した明治23年に第１回帝国議会が開かれ、旧刑法の最初の改正案が示された。正当防衛に関する条文は、この時点で各則から総則へと移された。すなわち、旧314条は本文と但書が分離され、本文は後に36条１項となる71条へ、但書は73条に配分された。また、旧309条が72条に移され、その他の旧条文は姿を消した。第１次改正案の71条から73条は、以下のような

[3] 旧314条がこの点を考慮して、正当防衛が否定されるための条件を「不正の所為」というように、意図的挑発・故意的挑発をも含み得る文言にしたのかは明らかでない。

文言であった[4]。

71条　危急ノ暴行ニ對シ自己又ハ他人ノ身體財産ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得スシテ行ヒタル所爲ハ罪トシテ論セス
其防衛ノ度ヲ超ユルモ暴行ニ因リ激シキ感動ヲ發シ直チニ行ヒタル所爲ハ亦罪トシテ論セス
72条　自己又ハ親屬ニ暴行若クハ重大ナル侮辱ヲ受クルニ因リ怒ヲ發シ直チニ加害者ニ害ヲ加ヘタル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減ス
73条　前二條ノ規定ハ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行又ハ侮辱ヲ招キタル者ニ之ヲ適用セス但其所爲ノ性質ニ因リ第七十一條ノ場合ニ於テハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減シ第七十二條ノ場合ニ於テハ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ得

第１次改正案において特徴的であったのは、73条但書に任意的宥恕の規定が置かれていた点である。これ以降の改正案では、宥恕規定は削除されている。同条但書には、自招行為の性質に応じて２段階の減軽が規定されており、そのまま施行されていれば柔軟な運用が期待できたであろう。減軽が任意的であることや、減軽の幅が段階的であることは、自招行為には様々な態様があり、画一的な運用には適さないと判断されたためではないだろうか。現在この条文が存在していたとしたら、意図的挑発の場合には減軽をせず、故意的挑発の場合には二等を、過失的挑発の場合には三等を減軽する、というような主張もあり得たように思われる。

なお、正当防衛の規定が総則に置かれることとなった点については、明治23年に出された「刑法案説明書」が、「旧刑法が殺傷に限って正当防衛を規定していたのは､正当防衛が最も問題となりやすいのが殺傷の場合だからであったが､自由や財産に対する正当防衛も考えられるのは当然であるから総則に置くこととした」と説明している[5]。

---

[4] 条文は、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕（１）- Ⅲ　日本立法資料全集20-3』（信山社、2009年）166頁による。

[5] 原文は、「現行刑法ニ依レハ正當防衛ハ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪トシテ之ヲ第三編中ニ規定シタリ凡ソ正當防衛ノ爲メニ罪トナルヘキ所爲ヲ行フハ殺傷ノ

本改正案は、明治20年から23年にかけて、外務省から司法省へ移管された法律取調委員会によって起案されたもので、政府は第１回帝国議会に同改正案を提出したが、議決に至らず会期が終了した。

② 明治28年・30年草案

明治25年に刑法改正審査委員会が発足し、主として司法官僚が委員に命ぜられると、同委員会は明治28年に２編318条からなる刑法改正案を脱稿した。この改正案は大審院以下各裁判所及び検事局からの意見を受け、明治30年に司法省が、２編322条からなる「刑法草案」を刊行した[6]。いずれの草案においても、正当防衛の規定は49条に、同一の文言で掲載されている。

49条 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス但不正ノ行爲ニ因リ自ラ侵害ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス
若シ必要ナル程度ヲ超ヘ〔エ〕タルトキハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

本草案中48条は正当業務行為を、50条は緊急避難を規定したものであり、正当防衛に関する条文は１か条に整理されている。自招防衛に関する点を除けば、現行刑法とほぼ同内容の条文となっていることが分かる。

③ 明治33年改正案

その次の改正案は２編308条からなるもので、明治33年に提出された。この間の議論で、自招防衛に関する規定が整理され、現行刑法の規定に大きく近づくこととなった。

場合ニ於テ最モ多シト雖モ亦タ〔衍〕之カ爲メニ人ヲ制縛スルコトアリ監禁スルコトアリ其他財産ヲ毀壞スルコトアリ而シテ此何レノ場合ニ於テモ之ヲ罪トシテ論スヘカラサルハ當然ナリトス故ニ改正法ハ正當防衛ノ規定ヲ總則中ニ設ケ一般ノ場合ニ適用スルコトト爲シタリ」というものである。内田＝山火＝吉井・前掲注（４）205頁。

[6] 内田＝山火＝吉井編『刑法〔明治40年〕（２） 日本立法資料全集21』（信山社、1993年）25頁。また、吉井蒼生夫編「明治四〇年刑法制定過程略年表」（『日本立法資料全集21』別冊付録）１頁以下参照。

49条　急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス
若シ必要ノ程度ヲ超エタルトキハ情状ニ因リ其刑ヲ減經スルコトヲ得

明治28年・30年草案49条但書は、旧314条但書に相当する規定であったから、実質的には旧314条但書が削除されたということになる。その理由は、刑法改正案参考書（刑法改正案理由書）に示されている。すなわち、同書によれば、「現行法ハ防衛ス可キ侵害ノ程度ニ付キテハ其規定頗ル不十分ニシテ唯第三百十四條但書ニ於テ不正ノ行爲ニ依リ自ラ招キタル暴行ニ非サルコトヲ示スノミナルヲ以テ本案ハ亦此點ヲ明確ニシ侵害ノ急迫ニシテ不正ナルヲ要スルコトヲ規定シ従テ第三百十四條ノ但書ハ其必要ナキヲ以テ之を削除シタリ」というのである[7]。

上記資料を見ると、旧314条但書を削除する理由は、新たに急迫性の要件を置いたので同条を「置いておく必要がない」と説明されている。また、急迫性要件を置いた理由については、「どのような侵害に対して防衛行為を行ってよいのか明らかでなく、但書で、自ら招いた侵害を正当化の対象外とするのみであるから、対象を明確にするために、侵害が急迫かつ不正でなければならないと規定した」と説明されている。つまり、自招防衛は明らかに正当化の対象外であるが、その他にも対象外とすべき場合があり、それを示すために急迫性要件を採用したのだと言えよう。これらの説明を合わせると、立法者は、自招防衛は49条の「急迫不正ノ侵害」に該当しないと考えていたということが分かるのである。もちろん、過去の立法者意思がそうであったというだけで、現在の解釈論に決定的な影響を与えるわけではないことは言うまでもない。しかしながらこの点は、急迫性否定説に対し、その正当性を主張する材料を与えるものと言えよう。

④　それ以降の改正について

これ以降の改正案では、自招防衛に関して特筆すべきことはない。刑法改正案参考書の説明も、一部削除される部分もあるが、明治30年に出されたものとほぼ同内容である。したがって、これ以降の改正案については簡潔に触れるに

[7] 内田＝山火＝吉井・前掲注（６）515頁。

とどめることとする。

明治33年以降に提出された改正案としては、第15回帝国議会に提出された明治34年改正案、明治35年に開かれた２度の帝国議会に提出された改正案、明治39年改正案、そして明治40年の第23回帝国議会に提出された明治40年改正案がある。

明治34年改正案では、正当防衛の規定は46条へと移され、過剰防衛の処理について、これまでの改正案では任意的減軽のみが定められていたが、「減輕又ハ免除スルコトヲ得」というように、任意的免除の規定が付け加わった[8]。第15回帝国議会に対しては「刑法改正案参考書」が提出されたが、自招防衛に関する説明については、明治33年改正案の際に出された参考書と同一の内容が記されている[9]。

明治35年に開かれた第16回帝国議会で出された改正案では、条文の位置や内容について変更はなかったが、刑法改正案参考書では、自招防衛に関する説明のうち、これまでは記載されていた「従テ第三百十四條ノ但書ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ削除シタリ」という部分が削除されている[10]。この改正案は貴族院において修正の上可決された[11]。この修正可決案は衆議院に送付されたものの、衆議院の会期が終了したため、成立には至らなかった。そのため、同年に開かれた第17回帝国議会では、貴族院の修正可決案がほぼ全面的に採用された上で提出されている[12]。その際正当防衛の規定は45条に移動させられている[13]。そして、明治39年改正案では38条に移され[14]、明治40年改正案で、現行の36条となった

[8] 内田＝山火＝吉井編『刑法〔明治40年〕（３）- Ⅰ　日本立法資料全集22』（信山社、1994年）39頁。

[9] 内田＝山火＝吉井・前掲注（８）86頁以下。

[10] 内田＝山火＝吉井編『刑法〔明治40年〕（４）　日本立法資料全集24』（信山社、1995年）83頁。これ以降の刑法改正案参考書の記述はすべて同一である。

[11] その際、46条２項（過剰防衛）の「若シ」という部分が削除され、「防衛ニ必要ナル程度ヲ超エタルトキ」という部分は「防衛ニ必要ナル程度ヲ超エタル行爲」に改められている。内田＝山火＝吉井編『刑法〔明治40年〕（５）　日本立法資料全集25』（信山社、1995年）31頁。

[12] 内田＝山火＝吉井・前掲注（11）16頁以下。

[13] 内田＝山火＝吉井・前掲注（11）327頁。

[14] その際、過剰防衛の規定について、明治35年改正案までは「防衛ニ必要ナル

のである。

第３項　検討

明治28年以降に刑法改正案が提出された際は、議論の便宜を図るために、刑法改正案参考書[15]が配布されているが、そこでは一貫して、侵害の急迫性を要件として規定したのであるから314条但書は不要である、という論法が展開されており、自招防衛の場合は急迫性要件と結びつけて捉えられていたということが分かる。

しかしながら、そのように考える具体的根拠については明らかになっていないように思われ、急迫性否定説が直ちに優位に立つということにはならないであろう。立法者が、「不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招」いた場合をどのようなものとして想定していたかは定かでない。現在行われている議論に置き換えると、自招防衛という場面で考えられる「自招」の態様は多岐にわたり、それらをすべて急迫性と結びつけて考察することは困難であろう。

また、明治23年改正案と、それより後の改正案との間には思考方法の隔たりがある。明治23年改正案では、自招防衛の場合であっても情状により刑を減軽するという規定（73条）が置かれていたが、それ以降は削除され、急迫性要件が前面に押し出されている。しかし、73条の趣旨の規定を置かないこととした根拠は一切示されていない。「急迫性が否定される一場面として自招防衛があるから旧314条但書は不要である」という刑法改正案参考書の解説は理解できるが、自招防衛における宥恕の規定を削除したことに対する説明にはなっていないように思われる。明治23年改正案は自招防衛の多様性を正面から認め、事情に応じた減軽を許容していたのに対し、その後の改正案は自招防衛を画一的に処理する方向へと舵を切り、自招防衛に対する法律の態度は厳しくなったと言えよう。

第２節　学説の検討

程度ヲ超エタル行爲」とされていた文言が「防衛ノ程度ヲ超エタル行爲」に改められた（38条２項）。内田＝山火＝吉井編『刑法〔明治40年〕（６）　日本立法資料全集26』（信山社、1995年）129頁。

[15] 刑法改正案理由書と呼ばれることもあるが、同一のものである。

ここからは、自招防衛に関する学説の検討を行っていくこととする[16]。ここでは便宜上、戦前の学説と戦後～現在の学説とで項目を分けて検討していくが、戦前と戦後以降とで議論が断絶しているわけではない。

また、第１項では論者毎にその見解を紹介しているが、戦後以降は多くの論者が論文等を著して自招防衛に言及するようになったため、第２項からは現行刑法36条１項の要件に沿って、そこでどのような見解が主張されているかを検討することとした。

第１項　戦前の学説

（１）旧刑法314条に関するもの[17]

この時代の文献を見ると、正当防衛に関する説明は総則の中で記述されているものもある。その際は、明治23年に出された「刑法案説明書」のような説明がなされている[18]。旧刑法の時代においても、正当防衛に関する論点は現在と遜色のないほど議論されていたが、ここでは自招防衛に関連する点に限定して検討を行う。

旧刑法では明文で自招防衛に関する規定が置かれていたため、旧刑法が施行されていた時期に書かれた文献は、その多くが独立の項目立てで旧314条但書に言及している。

例えば岡田朝太郎は、「…但書ノ例トシテ常ニ人ノ引用スルハ本夫ノ襲撃ヲ受ケタル姦夫姦婦ニ防衛權アリヤト云フ問題ナリ本夫ノ此ノ如キ暴行ヲ爲スニ至レルハ姦通ト云フ一個ノ不法行爲カ其原因ヲ成スナリ而シテ本夫ノ行爲モ三一三條ニ因リテ單ニ刑ヲ減セラルルニ過キサル所ノ不正行為ナリト雖モ三一四條但書ノ制限アルカ爲メ姦夫又ハ姦婦ニ於テハ防衛權ヲ有セス」と述べ[19]、村田保も、但書の例として、「例ヘハ姦夫本夫ニ姦所ニ撞見セラレ殴撃ヲ

[16] 正当防衛全般に関する国内の議論の移り変わりについて、川端博「正当防衛権の日本的変容」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、1998年）199頁。

[17] 旧刑法の解釈につき、大越義久『刑法解釈の展開』（信山社、1992年）10頁以下、川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、1998年）79頁以下。

[18] 例えば、岡田朝太郎『刑法講義（訂正再版）』（明治大学出版部、明治38年）161頁。

[19] 岡田・前掲注（18）172頁以下。ただし、岡田は旧314条但書の適用範囲を解釈によって制限すべきとする立場の論者である。

受クルト雖モ本夫ヲ殺傷スルコトヲ得サルノ類」と述べている[20][21]。また、小疇傳も「自己ノ責任ニ歸スヘキ違法ノ行爲ニ依リ招キタル他人ノ違法ナル攻撃ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルナリ」と述べており、村田や小疇の見解からは、旧314条の適用範囲を解釈によって限定しようとする姿勢は見られない。

これに対して古賀廉造は、「我ノ不正行爲カ彼ノ生命ヲ危ウスルトキハ我ハ防衛權ヲ失ヒ之ニ反シ我ノ不正行爲ハ彼ノ生命ヲ危ウセサルトキハ我ハ常ニ防衛權を有スルナリ」というように、挑発行為の性質に応じて正当防衛権の有無を決すべきであると主張している[22]。その理由として、まず挑発行為が生命に危険な行為であるときは、被挑発者はそれに対して正当防衛をなし得ると説明されている[23][24]。次に挑発行為が危険でないときについて、古賀は旧309条や旧311条を援用し[25]、旧309条における行為者も旧312条における「本夫」も、「暴行人」ないし「姦夫又ハ姦婦」を殺傷した場合は罪を宥恕されるにとどまり、免除されることはないのであるから、行為者の所為が「既ニ犯罪ヲ構成スル以上ハ彼ハ我〔行為者＝筆者注〕カ殺傷ノ所爲ニ對シテ防衛權ヲ行フ能ハサルノ理

[20] 村田保『刑法註釋（再版）第六巻』（明治14年）18頁。

[21] このほか、高木豊三『刑法義解』（時習社、明治14年）852頁以下。

[22] 古賀廉造『刑法總論』（出版者、出版年不明）314頁。

[23] 古賀・前掲注（22）314頁以下。古賀は、旧314条但書は「正当防衛に対する正当防衛は不可能である」ということを明らかにするために設けられた規定であると理解している。そのように理解する場合、「不正ノ所爲」とは「権利のない行為全般」ではなく、「正當防衛權ノ執行ヲ促スニ足ルノ程度ニ在ル行為」と理解すべきことになる。

[24] これに類似の見解として、宮城浩藏『刑法正義　下巻（明治大学創立百周年記念学術叢書第４巻）』（明治大学、1984年）663頁以下がある。宮城は、被挑発者が旧309条に基づく宥恕を受け得る地位あるいは正当防衛が可能な地位にあるときは挑発者に正当防衛権は存しないが、被挑発者がそれらの地位にないときは、挑発者は正当防衛が可能であるとしている。

[25] 旧309条は「自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ発シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」と、旧311条は「本夫其妻ノ姦通ヲ覚知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ此限ニ在ラス」と規定していた。なお、古賀・前掲注（22）315頁は旧312条を援用しているが、直後に旧311条の事例を説明していることから、旧311条の誤りであると思われる。

ナシ」と言うのである[26]。そして、例えば姦通の事例においては、「姦通ハ不正ノ所爲タルヲ失ナハスト雖モ姦通ノ責任ハ姦夫姦婦ノ生命ヲ失ナハシムルニ至ルヘキモノニ非ス然ルニ本夫姦夫姦婦ノ生命ヲモ奪ハントスルニ付テハ姦夫姦婦ハ固ヨリ手ヲ拱シテ其死ヲ俟ツ可キモノニ非サルカ故ニ其防衛權ヲ行フヲ得ルヤ蓋シ疑ヲ容レサルナリ」として、姦夫姦婦の正当防衛権を肯定するのである[27] [28]。

古賀の見解がそうであったかは明らかでないが、旧314条但書の規定に対して否定的な見方をする論者は少なくなかった。先に引用した岡田は、姦通の事例について旧314条但書を適用することに異論はないとしているが、他人の田畑をみだりに通行しようとした者を想定して、旧314条但書を批判する。すなわち、この場合、通行行為は旧429条15号[29]の罪に該当するため、不正の行為であることは論を俟たないが、田畑の所有者が怒って通行者を殺害しようとしたときは、旧314条が適用されるので通行者に防衛権はないと言わざるを得ないことになる。しかし、それは不当であると主張しているのである[30]。その上で、旧314条但書がなければ姦通の事例を捕捉することができないという批判に対して一定の理解を示しつつ、「相手方ノ侵害ハ一個ノ犯罪タルコトヲ考ヘサル可カラス而シテ人ノ身體又ハ生命ヲ害スルト云フハ重大ナル侵害タルヲ回顧セサル可カラス初ニ不正行爲アリタル者ハ之ヲ處罰スルニ付テ國法上別ニ其途ヲ設ケタルモノナルカ故ニ其一私人ノ私ノ制裁ニ對スル防衛權ヲ奪フノ理由ヲ生

---

[26] 古賀・前掲注（22）315頁。

[27] 古賀・前掲注（22）315頁以下。この点につき、中義勝＝浅田和茂「古賀廉造の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994年）126頁は、当時は過剰防衛の観念が欠けていたために、古賀の見解は「必ずしも今日の理解とは一致しない」としているが、今日の理解からしても、姦通の事例において姦夫姦婦が本夫に対する正当防衛権は制限されないと考えることは十分可能であるように思われる。

[28] 同旨の見解として、富井政章『刑法論綱（全）』（寶文館、明治22年）227頁以下。富井は旧314条但書の規定を置いたこと自体が不当であったと指摘する。

[29] 旧刑法429条は、第４編（違警罪）中の１条文で、全18号からなる。このうちいずれかに該当する行為を行った者は５銭以上50銭以下の科料に処することとされ、18号は「通路ナキ他人ノ田圃ヲ通行シ又ハ牛馬ヲ牽入レタル者」と規定されていた。

[30] 岡田・前掲注（18）173頁。

セサルモノト云ハサル可カラス」としている[31]。

この見解は一見、軽微な不正に対して重大な侵害を加えようとする者に対してはなお正当防衛を可能とすべきであるという主張のようにも見えるが、岡田はこれ以前の論考の中で、「正当防衛権を喪失するか否かは侵害招致行為の不正性の大小によって決すべき」とする見解に対して、①法律違反の所為はすべて不正であり、不正性の小さい行為であっても法律が刑罰を科している所為を不正でないということはできない、②不正性の大小が裁判官の恣意によって決せられる虞れがある、と述べてこれを批判していることから、岡田がこのような立場に立っていないことは明らかである[32]。

岡田は、旧314条但書は、不正の所為に因り、「故意ヲ以テ」暴行を招いた者の防衛権を喪失させる趣旨であると解している[33]。ここでいう故意とは、現在の議論における「故意的挑発」のことではなく、意図的挑発を指すものである[34]。すなわち岡田は、ボワソナード草案350条但書の「過失ニ因リ」という文言と旧314条但書の「不正ノ所爲」を比較し、旧314条但書は過失の場合については規定せず、意図的挑発の場合のみを規定していると主張する。そのように解釈すると、故意（意図）をもって行われた侵害招致行為の不正性が極めて軽微であっても、法律に反する以上は防衛権を喪失するが、意図せず侵害を招いてしまった場合、当該侵害行為が権利行為でないのであれば、依然防衛権は喪失しないとされる。すなわち、姦通の事例においては、「故意ニ本夫ノ暴行ヲ迎ヘテ殺傷スルノ意ナキ場合ニハ本夫ノ襲撃ハ權利行為ナラサル（第三百十條）

---

[31] 岡田・前掲注（18）173頁以下。岡田の論述からは、姦通の場合は他人の田畑へ侵入するよりも違法の程度が高く、正当防衛権を否定すべきという主張が看取されるが、本当にそう言えるかについては検討を要する問題であろう。姦通の事例につき正当防衛権を否定すべきか肯定すべきかという点については、「不正ノ所爲」を制限的に解する見解の内部でも、結論は定まっていないように思われる。

[32] 岡田朝太郎『日本刑法論：完』（有斐閣書房、明治27年）339頁以下。

[33] 岡田・前掲注（32）341頁。

[34] 岡田はボワソナード草案の註釈を参照し、起草者は意図的挑発事例が発生するのを防止するために自招防衛を排除する規定を置いたとして、旧314条但書も同様に意図的挑発を排除する趣旨であると考えたのである。岡田・前掲注(32)341頁以下。

ヲ以テ防衛權ヲ喪失セス」と言うのである[35][36]。

次に、堀田正忠は、旧314条但書の例として、姦通の他に、他人を殴打して激怒させた場合を挙げ、旧314条但書の意義につき、自招防衛の場合でも侵害に対する正当防衛を認めると、「正當防衛ノ不論罪ヲ恃ンテ他ノ暴行ヲ招キ遂ニ其殺傷ノ目的ヲ遂ケント謀ル者」が出てくる虞れがあるため、それを防ぐための規定であるということを、高木豊三の著作を引用して説明している[37]。しかし堀田は、挑発行為が「身體生命ヲ防衛スルノ已ムヲ得サルニ非サル以上ハ人ヲ殺傷スルノ權ナシ妻ノ姦通ヲ發見シタル本夫亦然リ唯法律上其罪ヲ宥恕スルノミ決テ其罪ナシトスルモノニ非サルナリ」と主張する。その上で、被挑発者が暴行を受けて怒りを発し、あるいは姦通現場に居合わせて挑発者を殺傷した場合は法律により宥恕されるにとどまるので、被挑発者の侵害行為が正当化されるわけではないのであるから、「挑發者姦通者ハ其罪ナキニ非スト雖モ而モ非理ノ襲撃ヲ免カレンカ爲メ正當防衛ノ權ヲ行ヒタルノ點ニ至テハ之ヲ罪スルヲ得サルナリ」と述べ、意図的挑発事例が出てくる懸念はあるものの、「萬一ノ弊ヲ顧慮シテ天賦ノ防衛權ヲ妨クルカ如キハ正明ノ理論ニアラサルナリ」として、堀田は結論として旧314条但書を削除すべきであると主張している[38]。

堀田は、旧314条但書がなければ意図的挑発事例を防ぐことはできないと理解しているが、それでも但書を削除すべきことを主張している。そこでは、被挑発者であっても侵害は違法であるという点が強調され、但書のような、どのような挑発態様であっても画一的に正当防衛の成立を否定する構造に対して反対の態度が示されているのである。堀田は、自招防衛を旧314条本文から切り離して考察しているため、意図的挑発事例が発生しても、堀田の見解によれば、正当防衛の成立は否定されないこととなろう。

勝本勘三郎は、旧314条但書の意義を「自己ノ失錯、落度若クハ失行即チ自己ニ責任ヲ引ク可キ不法ノ行爲ニヨリ他人ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘサル可カラ

---

[35] 岡田・前掲注（32）344頁以下。

[36] 先の田畑にみだりに侵入した事例では、通行者は挑発意思を有していなかった事例と理解すべきことになろう。仮に挑発意思を有していた場合には、正当防衛の成立は否定されよう。

[37] 堀田正忠『刑法釋義巻之三』（明治16年）221頁、高木・前掲注（21）853頁。この説明は、立法者意思とも合致するようである。

[38] 堀田・前掲注（37）221頁以下。

サルニ至ラシメタル者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ權ヲ失フ可シト云フニ在」リとした[39]。これは、「不正ノ所爲」には広く過失も含むという趣旨であると思われるが、その理由は、意図的挑発事例が発生したときに、「假令事實上人カ豫メ謀テ人ヲ殺傷シタルモノニ非サル可シト雖モ之ヲ甄別スルコト甚タ困難ナルカ故ニ正當防衛ノ權ヲ喪失スルコトトス可シト規定」することで、人民に対し、固有の正当防衛権を失いたくなければ常に「不正ノ所爲」を行わないよう注意させるためであると説明している[40]。その際「不正ノ所爲」の解釈について、「有意ノ所爲ハ勿論過失ノ如キ無意ノ所爲ヲモ亦之ヲ包含スヘキ廣キ文字ナリト雖モ法文ニハ『因リテ自ラ暴行ヲ招キ』トアリ…暴行ヲ招ク可キコトヲ豫知スルニ足ルヘキ有意ノ行爲ヲノミ指スモノトス」というように、過失に基づく挑発については但書の適用範囲から除外されるとしている[41]。この点は、岡田朝太郎の見解と軌を一にするものと言えよう。

勝本は、自己の見解を述べる前に２つの見解を参照し、それぞれに批判を加えている。

一つ目はどの論者による見解か明らかにされていないが、旧314条但書に該当する場合というのは、挑発行為が現在で言うところの「急迫不正の侵害」に該当するものであるとするものである。そうすると、旧314条本文に言う「暴行人」こそが正当防衛に出ていることになるから、正当防衛に対して正当防衛を行うことはできないため、挑発者は防衛権を喪失するというのである。しかし勝本は、暴行人は違法に行為する者であるから不当な解釈であるとして批判している[42]。

二つ目の見解としては、先に挙げた岡田朝太郎の見解が引用されている。勝本は岡田が主張した先の見解に対し、①「過失ニ因リ」の仏語は“par sa faute”であるが、これは単に過失のみを意味するものではなく、「自己に責任を引く可き失行」を意味するのであって、過失を排除したわけではない、②論者の見解の通りに解すると、旧314条但書は「謀殺は謀殺である」ということを明言し

[39] 勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』（講法会、有斐閣書房、明治33年）120頁。
[40] 勝本・前掲注（39）120頁以下。
[41] 勝本・前掲注（39）121頁以下。
[42] 勝本・前掲注（39）112頁以下。

ただけであり、条文として記載する意味がなくなる、と批判している[43]。勝本は岡田の見解のみを引用してこれを批判しているが、ボワソナード草案との比較の点は別として、旧314条は意図的挑発を想定したものであるとする見解に対しても、この批判が向けられることとなろう。

（２）現行刑法に関するもの

まず牧野英一は、「防衛者カ侵害行為ヲ豫見シ、且正當防衛ヲ爲スノ意思ヲ以テ、違法ニ其ノ侵害者ヲ挑發シ、其ノ侵害ニ原因ヲ與ヘタルトキハ、其ノ侵害ヲ以テ急迫ナルモノト稱スルコトヲ得ルカ」と問題を提起しており、自招防衛の問題を急迫性の問題に位置づけているようである。この場合、防衛者の行為を不論罪とすることが不当である、ということについては異論が無いとしたうえで、その根拠については、①急迫性、もしくは「已ムコトヲ得サルニ出テ」という要件を欠くとする見解、②防衛行為は正当防衛であるが、その正当防衛を利用する行為が罪となるとする見解、そして③正当防衛の権利を濫用するものであるから正当防衛にはならないとする見解があり得るとした。そして牧野は、防衛者は侵害を予期したとしても退避する義務はないし、防衛者の不正行為によって侵害を招いた場合であっても、侵害が不正であったときは正当防衛が可能であるとしつつ、「然レトモ、其ノ侵害ヲ豫見シ、而モ自ラ違法ニ其ノ侵害ヲ挑發シ、且豫メ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ意思ヲ有スルトキハ、其ノ行爲ハ正當防衛ノ本来ノ使命ヲ逸脱スルモノニシテ一ノ濫用ナリト謂ハサルヘカラス」として、③の権利濫用説が妥当であると主張した[44]。ただし、不正の暴行により侵害を招いた場合であっても、「相手方が防衛者の當然豫想すべき程度を超えて不正の侵害を爲したる場合」には正当防衛が許されなければならないとし、その根拠として大判大正３年９月25日刑録20輯1648頁を引用している[45]。

---

[43] 勝本・前掲注（39）113頁以下。

[44] 牧野英一『日本刑法　上巻』（有斐閣、1938年）353頁以下。牧野は、③説は、急迫性や「已ムコトヲ得サルニ出テ」の要件を肯定する点で①説と異なり、防衛行為そのものが犯罪の実行であると考える点で②説と異なるとしている。なお、同『刑法研究　第九巻』（有斐閣、1940年）９頁。

[45] 牧野英一『刑法總論』（有斐閣、1940年）214頁。大正３年判決については第２章で検討する。

次に宮本英脩は、「〔刑法36条１項の要件〕の外に、急迫不正の侵害は防衛者に於てこれを誘發したのでないことを要するかの問題があ」るとした上で、「これは正當防衛その者としては斯かる條件は必要でないが、若し誘發の事實があれば、別に防衛の結果について全體として故意又は過失の責任があると解すべきである」と主張し、牧野が紹介した見解の中の②説を支持している[46]。その根拠として、宮本は、「元来法が一定の行爲を命じ、又は禁止するのは、その行爲を爲し、又は爲さざることが、社會の利益に適し法の目的に副ふゆゑんだからであつて、これに違反した行爲があつた場合に、法が行爲者の意思を承認して、これにその欲する効果を付與するが如きことはあるべからざることである。」と説明し、また、「…違法行為者が斯やうな関係を利用して權利を獲得し、それを行使してその目的とする一定の結果を發生せしめた場合には、その權利行使たる限りに於て、違法阻却原因の具はる場合であることは爭はれない。」としつつも、法律上の行為はすべて関係のある規範に照らして相対的に考えるべきであるから、「最初に斯やうな權利が發生するやうに仕向けた故意または過失に基づく違法な態度は、又た別に觀察されなければならない」と主張したのである[47]。これは、後述する「原因において違法な行為」の理論と概ね同内容であると考えられる。

また、泉二新熊は、甲が故意又は過失によって乙を傷害して逃走し、乙が憤って甲を追いつめて殺傷しようとした、という事例を設定し、この場合、乙の攻撃は甲に対する復讐行為であるので不法の侵害であることは免れないため、甲は乙に対して正当防衛を行うことができると説明している。しかし、「緊急防衛ニ藉口シテ人ヲ害スル目的ヲ以テ急迫ナル侵害ヲ誘致シ其侵害アルヲ待テ加害行爲ヲ爲スハ犯罪ヲ構成スルモノト解セサル可カラス蓋斯ノ如キ行爲ハ權利ノ濫用ニシテ法律秩序ノ觀念ト相容レサル不法行爲ニ外ナラサルナリ」として、牧野と同じく、③説に立って正当防衛の成立を否定している[48]。泉二の考えは

[46] 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房、1935年）97頁。

[47] 宮本・前掲注（46）85頁以下。

[48] 泉二新熊『日本刑法論上巻（總論）』（有斐閣、1933年）382頁以下。同書は旧刑法314条但書にも言及し、この規定によれば、軽微な違法行為によって被挑発者を怒らせ、被挑発者に殺害されそうになったときは、「甘シテ其犧牲ニ供セラルルカ然ラサレハ之ヲ防衛スルニ付テ刑責ヲ負擔セサルヲ得サルモノト解セラルル虞アリ」として、同規定の不当性を指摘している。

牧野と概ね同様であって、自招防衛の事例で正当防衛の成立が否定されるのは、防衛者に積極的加害意思があった場合のみであると考えているようである。従って、先の事例も、積極的加害意思が存在していないのであれば、正当防衛の成立はなお肯定され得よう。

ここまで見てきた論者の見解はいずれも自招防衛の場合は正当防衛権を制限すべきとするものであるが、大場茂馬はこれらの論者とは異なり、自招防衛の場合でも正当防衛権は制限されないと主張している。すなわち大場は、「侵害ニシテ違法且有責ナル以上ハ其侵害ハ防衛者ノ行爲ニ因リ之ヲ招キタル場合ナルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス。例ヘハ甲者ハ大ニ乙者ヲ嘲笑シタル爲メ乙者激怒シテ甲者ヲ殺害セントシタル場合ニ於テ其殺害セントスル行爲カ違法且有責ナル以上ハ甲者ハ之ニ對シ防衛行爲ヲ行フ權アルモノトス」と主張している[49][50]。また、江木衷も、旧刑法314条但書が削除されたことのみならず、「本夫ノ暴行ハ權利ニ基カサル不正ノ行爲ナルカ故ニ之ニ對シテ正當防衛ヲ為スコトヲ得ヘシ」と主張している[51][52]。

---

[49] 大場茂馬『刑法總論下卷』（中央大学、1913年）561頁。もっとも、大場はこのことを侵害の「不正性」との関係で論じており、急迫性については不正性の次の項で扱われている。そのため、いわゆる意図的挑発の場合には急迫性が否定されると解する余地もないではないが、大場は急迫性を規範的に解そうとはしておらず、また、「侵害カ違法且有責ナル以上ハ其侵害行爲は防衛者ニ於テ之ヲ豫見シ得タル場合ナルト否トハ之ヲ問フ所ニ非ス」と説明していることから、大場の見解によれば、意図的挑発の場合であっても正当防衛権は認められることになろう。急迫性については同書561頁以下。

[50] また、富田山壽『日本刑法　総論（第二巻）』（講法會、1917年）170頁以下も、「侵害カ故意、過失ニ基キタルト否ト」を問わず、客観的に違法な人の侵害に対してはおよそ正当防衛が可能であるとしている。

[51] 江木衷『日本刑法通義　全』（日本法學會、1918年）84頁。姦通以外の態様による挑発の場合の処理については述べられていないが、旧314条但書を削除したことや、本夫の侵害の不正性を指摘していることからすれば、姦通以外の場合であっても正当防衛権は認められることになろう。また、江木は、旧刑法314条但書に対しても「理論ノ正確ヲ得タルモノニアラス」と批判しており、旧刑法の時代においても姦通の場合には正当防衛権を認めるべきと主張していた。江木衷『現行刑法原論』（有斐閣書房、明治27年）191頁以下。

[52] 江木・前掲注（51）『日本刑法通義』85頁は姦通事例の解決につき、法律上

第２項　戦後～現在の学説：内部的解決

続いて、戦後以降の学説の検討に入る。本項ではまず内部的解決を図る見解から順に紹介し、次項において、外部的解決を図る見解を検討する。ただし、権利濫用説や原因において違法な行為の理論といった外部的解決の見解は、その発祥はドイツの学説であることから、詳細な検討については第３章に譲り、概観を述べるにとどめた。

第１款　急迫性否定説

（１）侵害回避義務論によって急迫性を否定する見解

このような見解を主張する論者はまず、正当防衛と緊急避難の異同について論じ、正当防衛には「現場に滞留する利益」が優越的利益として被侵害者の側に加算される点で緊急避難と異なるとする[53]。次に、正当防衛の目的は緊急避難と同様に「利益衝突状況の合理的な解消」であり、この観点を強調すれば、侵害が現実化する以前の段階において、被侵害者が侵害を確実に予期し、自らの正当な利益を犠牲にすることなく不正の侵害を事前に回避できるのであれば、被侵害者に対して利益衝突を回避する行為を要求する余地があるとし、侵害回避義務の存在を肯定する[54]。特に自招防衛においては、「挑発行為者について正当防衛が制限・否定されるのは、行為者が事前に不正の侵害を招かないように行動すべきであり、かつ、行為者の事前の主観的・客観的状況にかんがみれば、それが十分に可能であったことが理由とされていると考えるべき」であるとする[55]。

論者はまた、積極的加害意思論に対しても批判を投げかけている。すなわち、積極的加害意思とは侵害に臨むときの「心構え」のようなものであり、「心構え」自体は「内心の心情にとどまるものであり、対抗行為の客観的態様に直接的な影響を及ぼすものではない[56]。また、侵害を事前に回避する可能性を根拠付け

の議論と感情論を混同すべきではないと説いており、姦通事例において姦夫姦婦の正当防衛権を制限すべきとする見解が根強く主張されていることが看取されよう。

[53] 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）86頁。

[54] 橋爪・前掲注（53）87頁以下、305頁。

[55] 橋爪・前掲注（53）304頁。

[56] 同旨の指摘として、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985年）190頁。

るのは侵害の予期であり、積極的加害意思の存否はこれとは全く無関係である」から、「積極的加害意思とは行為の法益侵害性の評価と全く無関係な心情要素にすぎない」として、積極的加害意思が正当防衛の成否に影響を及ぼすべきではないと主張しているのである[57]。

しかし論者は、急迫性要件を純客観的に理解すべきと主張しているわけではなく、急迫性要件において主観的事情を考慮することを正面から認めている。すなわち論者は、客観的事実のみから正当防衛の成否を合理的に判断できない場合があるとし、その例として、ナイフを購入した帰路にたまたま通り魔に遭遇した場合と、喧嘩相手に呼び出され闘争目的でナイフを携帯して出かけた場合を挙げ、いずれの場合においてもナイフを実際に使用する状況になれば反撃行為の客観的態様が異なるわけではないから、前者の場合は正当防衛の成立を肯定し、後者の場合には否定しようというのであれば、「その区別の根拠は行為者の主観面に求めざるを得ないように思われる」と述べているのである[58]。

以上を前提として論者は、侵害回避義務が認められるにもかかわらず侵害が現実化したときは、「その侵害は過去において解消すべきものであり、規範的には切迫したものとはいいがたいことから、侵害の急迫性を否定して、対抗行為の正当化を否定すべきである」と主張するのである[59]。

このような論者の見解に対しては、正当防衛においていわゆる退避義務の存在を認めないという通説的な見解を採る論者から批判が提起されている。例えば、この見解は合理的な利益の有無や、特段の負担の有無という基準を用いて回避義務の範囲を制限しようとしているが、「それをしないことに特別な負担はない場合や同一の目的が達成できる場合があってもなお行動の自由に属する言動が存在しうる以上、特別な負担の有無よりも違法行為の有無により限定を図るべきである」という批判[60]や、「事前の義務違反それ自体を根拠に正当防衛を否定することは、実行行為でないものを犯罪行為として処罰することにほか

---

[57] 橋爪・前掲注（53）234頁以下、同「正当防衛における『急迫不正の侵害』」西田＝山口＝佐伯編「刑法の争点」（有斐閣、2007年）41頁。

[58] 橋爪・前掲注（53）238頁以下。

[59] 橋爪・前掲注（53）91頁以下、324頁、同・前掲注（57）41頁。

[60] 中空壽雅「自招侵害と正当防衛」現代刑事法５巻12号（2003年）30頁。

なら」ないという批判が提起されている[61][62]。

また、急迫性要件において主観的事情を考慮するという点についても、わざわざこのように主張する意義があるかはなお慎重な検討を要する。論者の挙げたような通り魔の場合と喧嘩闘争の場合とを比較すると、ナイフを使用するという防衛行為の客観的態様は確かに同一であるかもしれない。しかし、防衛行為を行うに至った「契機」を見れば、そもそも「通り魔」と「喧嘩闘争」というように、客観的事情が決定的に異なっているのであるから、裁判において当該契機に関する事実認定が行われる限り、あえて主観的事情に言及しなくとも、通り魔の場合は正当防衛の成立が肯定され、喧嘩闘争の場合は否定されるという結論を導くことは可能であるように思われる。

（2）原因において違法な行為の理論と急迫性要件を結びつける見解

原因において違法な行為の理論は外部的解決から唱えられる見解であるが、日本の学説の中には、同理論を急迫性要件と結びつけて論じているものがあるので、急迫性否定説の一つとして、この見解を紹介する。

この見解を唱える論者は、急迫性について言及する際、「急迫性が否定されるのは、おそらく、相手を挑発する行為あるいは攻撃を予想しながら相手に近づく行為が、相手の攻撃を利用してこれを傷つけようとしたとみられうる場合に限られるであろう。いわゆる『原因において違法な行為』の法理である」と述べている[63][64]。

---

[61] 林幹人『刑法総論（第２版）』（東京大学出版会、2008年）189頁、同「書評 橋爪隆著『正当防衛論の基礎』」書斎の窓573号（2008年）52頁以下。

[62] このほか、侵害回避義務論全般について批判的検討を加えるものとして、照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル９号（2011年）130頁以下、同「急迫性の判断と侵害に先行する事情」刑雑50巻２号（2011年）156頁以下。また、平成20年決定を読み解くに当たり、侵害の予期を問題とせずに自招防衛の事例を解決するという判例の論理は、退避義務論の考え方からは示されないと指摘するものとして、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻２号（2009年）18頁。

[63] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）235頁。

[64] 橋爪・前掲注（53）261頁は、中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣、1980年）133頁も原因において違法な行為の理論を急迫性要件と結びつけている旨説明

原因において違法な行為の理論に対する批判は、同理論を扱う際に紹介するが（第３章）、この理論は、防衛行為それ自体は正当防衛として扱われることを前提とするものである。それにもかかわらず急迫性が否定されるという論者の主張は、原因において違法な行為の理論と両立し得ないと思われる[65]。

（３）危険の引き受け説

危険の引き受けを根拠として正当防衛の成立を否定しようとする論者によれば、自招防衛においては「行為者に（高度の）危険の引き受けがあること」が重要であるとされる。すなわち、「相手を侵害するために、相手の攻撃が十分に予期されるにもかかわらず、自ら進んでその攻撃の危険に自分の法益をさらした場合、もはやその法益は要保護性を失ったものとして、正当防衛の『急迫性』要件の充足を否定する」と述べ、その意味において積極的加害意思を急迫性要件の内容として認めている[66]。

本稿も、積極的加害意思を急迫性要件において考慮することを認める立場に立つものである。しかし、危険の引き受けを根拠として積極的加害意思論を肯定することができるかは、なお留保を要しよう。というのは、挑発者が事実上危険を引き受けなくとも侵害者を挑発するという場合も考えられるからである。例えば、自宅から電話で侵害者を挑発し、侵害者がナイフを持って家に押し掛けてきたところを、窓から拳銃で撃つような場合である[67]。

第２款　不正性否定説

不正性否定説とは、自招した侵害は不正な侵害ではないとする見解である。すなわち、論者によれば、自招侵害の事例を解決するに際して着目すべきなの

している。同書は「相手方の攻撃を挑発し、または攻撃を予想してその機会に迎撃するといった場合には急迫性が否定されるものと思われ」るとしており、確かに平野説の表現と類似しているが、この表現のみからは、直ちに同説が平野と同様の見解であるとまでは断定し難いように思われる。

[65] 同説に対する批判として、橋爪・前掲注（53）261頁、山中・前掲注（56）187頁以下。

[66] 林・前掲注（61）『刑法総論』199頁。このほか、同書189頁も参照。

[67] 実際にも福岡高判昭和60年７月８日刑月17巻７＝８号635頁が、これと類似の事案について判断している。同裁判例の検討は第２章において行う。

は、利益衝突が現実化する前の、対立状況の発生原因であるとして、自招行為者が発端となって対立状況を発生させた場合は、侵害者との関係は「正」対「不正」ではなく「不正」対「不正」であるとして、正当防衛の要件論の中では不正性を欠くとするのが適切であると主張する[68]。そして、このような場合には、両者はいわば「どっちもどっち」というような対等の関係にあるのだから、衝突が現実化した場合には、緊急避難の限度での対抗を認めるべきであるとする[69]。

しかし、「正」対「不正」という考え方は、正当防衛を説明するための一つのスローガン的な方法に過ぎず、それ自体が解釈論に影響を与えるような性質を有しているわけではないように思われるから、この点を強調して正当防衛を否定する根拠と考えるのは困難ではないだろうか。また、仮に「不正」対「不正」の関係を肯定するとしても、侵害行為は当然「不正」であるはずである。自招行為者の利益状況が「不正」だから侵害が「不正」ではないとする点には、若干の困難が伴うであろう。というのは、36条１項において、「不正」という文言が相対的に判断され得るのか疑問であるからである。例えば、挑発者Ｘが、Ａに対して意図的挑発をする意思を有しながらＡを侮辱したところ、Ａと、傍にいた親友Ｂの２人が同時に、同様の侵害行為をしてきた時に、Ｘから見てＡの侵害は「不正」でないから防衛行為が制限されるが、Ｂの侵害は「不正」であるから正当防衛を行ってもよい、ということになるはずである。論者の見解によれば、このような状況は問題なく是認されよう。しかし、仮にＡとの相対的な関係において侵害が「不正」でないとするのであれば、Ｘに対するＡの侵害は罪に問われないと考えなければ一貫しないであろう。しかし、Ａとしては侵害を思いとどまることもできたのであり、またそうすべきであったのであるから、利益衝突状況を招いた責任は当然侵害者にも帰せられなければならないはずである。挑発された侵害者であるからといって、侵害行為が不正ではないと言うことはできないように思われる（侵害行為それ自体が正当業務行為、正当防衛、緊急救助、あるいは緊急避難に該当する場合は不正性を欠くのは当然であることは先に述べたとおりである。）。

---

[68] 髙山佳奈子「正当防衛論（下）」法教268号（2003年）70頁。

[69] 論者はまた、平成20年決定についてもこの要件による解決を試みている。髙山佳奈子「『不正』対『不正』状況の解決」研修740号３頁。

第３款　防衛の意思否定説

刑法36条１項の「防衛するため」とは「防衛の意思」を意味し、自招防衛の場合には防衛の意思が欠けるとして正当防衛の成立を否定する見解は、防衛の意思を要求しない学説からはもちろん主張されていない。このような主張をするのは、行為無価値論の立場から、防衛の意思を必要と解する論者である。

例えばある論者からは、「急迫不正の侵害が、防衛者自ら誘発したものであるばあい、これに対して正当防衛ができるか。誘発せられた侵害も急迫不正たりうるしそれに対する已むことを得ざる防衛も可能であるが、ただ最初から正當防衛による殺傷の意思をもつて侵害を誘発したばあいは、純粋に防衛の意思ということはできないから、正當防衛は成立しないと考える」として、意図的挑発の場合においては防衛の意思が否定されると解している[70] [71]。

また、別の論者は、「多くの場合は、挑発された者の攻撃は、挑発した側であらかじめ予想していることで、官憲の保護を求めるいとまがないほど切迫した加害行為があるとはいえず、また、防衛の意思を欠くという観点から、正当防衛の要件を欠くものと解せられる」と主張し、他方で、「しかし、挑発による侵害であっても、まったく予想外の不意打ちを受けたときは、正当防衛を認める余地をまったく否定し去ることはできない」と主張している[72]。この見解も、あらかじめ予想された攻撃について防衛の意思を欠くとするものであり、意図的挑発の場合を念頭に置いているものと思われる。

さて、これらの論者が論じているのは意図的挑発の場合についてのみであって、故意的挑発、過失的挑発の場合についてまで、防衛の意思を欠くとするかどうかは明らかでない。両論者とも、「意図的挑発の場合には防衛の意思を欠く」とするのみである。これは、故意的挑発、過失的挑発という場合については自招侵害の場合には当たらず、正当防衛が許されると考えていることから、このような説明の仕方になっているとも考えられるが、藤木は、前述の通り、

---

[70] 平場安治『刑法總論講義』（有信堂、1952年）78頁以下。

[71] 団藤重光も、「はじめから反撃を加える意図で故意に侵害行為を誘発したようなばあいには、正当防衛をみとめることができない。」としており、同旨の見解であると思われる。団藤重光『刑法綱要総論（第３版）』（創文社、1990年）238頁。

[72] 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）176頁以下。

自招侵害の場合でも、侵害が予想外であった場合には正当防衛が成立する余地を認めているのである。この記述の読み方は複数考えられ、積極的加害意思があっても、予想外の侵害であれば防衛を認める趣旨とも、あるいは故意的挑発、過失的挑発の場合を念頭に置いている趣旨とも考えられるであろう。

これらの見解が、意図的挑発の場合のみを念頭に置いているなら格別、故意的挑発、過失的挑発の場合にも防衛の意思に影響を及ぼすとした場合には、挑発を前提としても防衛状況は存在し、それを認識する以上は、防衛の意思が否定されるわけではない、との批判が可能であろう[73]。

第４款　防衛のための行為ではないとする見解

前款では防衛の意思必要説からの主張を見てきたが、これに対し、違法評価の対象を客観面に限定しようとする結果無価値論の立場に立つと、防衛の意思は要求されず、行為が客観的に防衛に向けられたものであればよいことになる[74]。そして、結果無価値論の立場からは、自招防衛における挑発者の防衛行為は防衛するための行為ではないとする見解が主張されている。

この見解を唱える論者によれば、①意図的挑発の場合は、挑発行為→侵害行為→防衛行為の「連関を意図しており、客観的にも因果性が強く、全体として一連の行為とみなすべきであ」り、すでに挑発行為の時点で防衛行為が始まったと評価し得るので、侵害行為に応じた「防衛するための行為」ではなく、「形式上、途中に防衛的な色彩の部分が含まれていても、はじめから一連の攻撃と評価し得る行為は、正当防衛ではない」と主張する[75]。他方、②故意的挑発については、正当防衛の制限基準は意図的挑発とは異なるとし、平成20年決定の事案を例として挙げた上で、「反撃行為に出ることが正当といえる状況か」とい

---

[73] 山中敬一『刑法総論（第３版）』（成文堂、2015年）521頁。

[74] 平野･前掲注(63)243頁、前田雅英『刑法総論講義（第６版）』（東京大学出版会、2015年）265頁以下、山口厚『刑法総論（第２版）』（有斐閣、2007年）124頁。

[75] 前田･前掲注（74）258頁以下。木村光江『刑法（第３版）』（東京大学出版会、2010年）126頁も、この見解を支持している。また、白取祐司「挑発、攻撃、『正当防衛』？」受験新報1995年２月号（1995年）36頁も、「防衛スル為メ」の要件は侵害行為と防衛行為の間の因果的連関を要求するとしつつ、挑発行為と防衛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得るときは、侵害行為と防衛行為の因果的連関は問題とされず、正当防衛は否定されるとする。

う概念よりも、「防衛のためのものなのか」と言ったほうが判断しやすいと述べるにとどまり、故意的挑発を処理するための具体的な下位基準は示されていない[76]。そして、③過失的挑発の場合も同様の基準が用いられるが、原則として正当防衛は制限されないが、「自己の行為によって侵害を招いており、防衛行為の相当性が欠け、過剰防衛になる場合が多い」と指摘している[77]。

ここで問題となるのは、「防衛のためとは言えない行為」とは具体的にどのような行為を指すのかという点であるが、論者はこれまでに積極的加害意思が問題となった判例を分析し、正当防衛の成立が否定されるのは①攻撃行為と防衛行為が同時になされたと客観的に評価し得る場合、②相互に挑発行為があり、そのうちの一方のみを攻撃行為として捉え、それに対する防衛を認めるのが不合理な場合、③攻撃に先行して防衛者が挑発行為を行っていた場合、④防衛者に十二分の攻撃準備が存在する場合、⑤防衛行為の相当性を著しく欠く場合のいずれかに該当したときであると説明している[78]。

この見解に対しては、「防衛するため」の行為と言えない根拠が十分に示されておらず[79]、これらの帰結は正当防衛の基本原理から論理的に演繹されたものではないため、恣意的な適用の危険があるのではないかという批判[80]や、挑発行為と防衛行為が密接な関連性を有しているという理由で両者を一つの行為とみなすのであれば、なぜ全体として「攻撃行為」ではなく「防衛行為」になるという結論を採ることができないのかが不明であるという批判[81]がなされている。

また、別の論者は、意図的挑発の場合、挑発者は以後の事象経過を「支配・操作」しており、自己に対する急迫不正の侵害を自己の行為の所産として意図的に生じさせているのだから、「侵害から自己の生命・身体を保全しようとい

---

[76] 前田・前掲注（74）259頁以下。

[77] 前田・前掲注（74）261頁。

[78] 前田雅英『刑法の基礎　総論』（有斐閣、1993年）208頁以下。丸山隆司「過剰防衛に関する考察」東京都立大学法学会雑誌33巻２号（1992年）225頁以下は、特に①～④は原因において違法な行為の理論に類似し、しかも解釈論的に「防衛スル為メ」という条文に基づいている点でそれよりも優れているとしている。

[79] 山口厚『問題探究　刑法総論』（有斐閣、1998年）58頁。

[80] 橋爪・前掲注（53）302頁以下。

[81] 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻２号（1984年）167頁。

うのであれば、初めからそのような事態を生じさせなければよいのであって、防衛行為のみを独立してみるのではなく、当初からの経緯を踏まえて事態を評価するのであれば、その行為は『正当防衛行為』として許容されるような性質を有していない」と言えるから、物理的には侵害から身を守るのに有用な手段であっても、規範的には「防衛のための行為」とは言えない、と主張している[82]。その上で、論者は積極的加害意思が問題となる場合についても触れ、これまでに積極的加害意思が問題となった事例の中には行為者が事前に武器等を準備して侵害を待ち受けていた事実関係を有するものがあることを指摘し、そのような場合は「相手方の襲撃を所与の前提とした上で、これを因果経過のひとつとして利用し、確実に相手方の生命・身体を侵害することが意図さ」れているから、「相手方に侵害を行わせてこれに反撃するという形で、事象経過を支配し、当初に意図していた通りの事態を実現させている」のであれば、挑発行為の存在を認定できなくても行為者の法益の要保護性は著しく減弱しており、防衛行為としての質的適性が否定されることになると解している[83]。

この見解は、積極的加害意思の事例を急迫性要件の下で解決することに対して批判的な立場に立ちつつ、意図的挑発と積極的加害意思の事例を同一の基準を用いて解決しようとしており[84]、本稿も、両者を同一の基準で解決すべきとする点については、それが妥当だと考えている。しかし、積極的加害意思の事例にはいろいろな態様があり得るところ、武器を携えていた場合のみを取り出して防衛行為性を否定するだけでは十分な解決には至っていないのではないだろうか。論者は、武器を持って侵害に臨んだという事実関係がないときは、防衛行為としての性格は直ちには排除されず、過剰防衛の成否が検討され得るとしているが[85]、積極的加害意思の事例というのは、等しく「相手方に侵害を行わ

---

[82] 照沼・前掲注（62）筑波ロー 150頁以下。

[83] 照沼・前掲注（62）筑波ロー 153頁。

[84] 照沼・前掲注（62）筑波ロー 138頁以下は、自招防衛の事案と積極的加害意思の事案は、「侵害に先行する一定の態度が存在する場合に、後の侵害現在時の段階で正当防衛の成立範囲が限定される」という点で共通しているのだから、「統一的な視座から解決が図られるべき」と指摘している。

[85] 照沼・前掲注（62）筑波ロー 154頁。ここでいう「事実関係」とは、本稿は「武器を準備していた」場合と解したが、そうではなく、「事象経過の支配」がない場合と解することも可能である。その際は、過剰防衛が成立する根拠が具

せてこれに反撃するという形で、事象経過を支配し、当初に意図していた通りの事態を実現させている」事例であると言えなければならないから、武器を準備しているケースに限定して防衛行為性を否定し、それ以外の場合は――積極的加害意思があったとしても――過剰防衛とすることには慎重にならなければならないであろう[86]。

第５款　相当性を制限・否定する見解

相当性を制限ないし否定する見解も、論者によって異なるアプローチが展開されている。以下では（1）から（5）までの項目を設定して相当性制限・否定説を検討しているが、（2）は本稿による検討である。

（1）要保護性の減少という観点から相当性を制限・否定する見解（結果無価値論の視点）

ある論者によれば、正当防衛と緊急避難における正当化根拠は、両者とも優越的利益原理から導かれるということを前提として、「具体的な状況下における利益衡量は、他にとりうる方法がなかったか否かということをも考慮に入れて判断されなければならない。」として補充性に言及した上で、正当防衛の場合には補充性ではなく相当性の原理が妥当する理由として、「他にとりうる手段があったとしても、依然として被攻撃者の利益の方に保護の必要性があると考えられているからである。」と説明する。そこから、被侵害者の法益保護の利益が減少する場合には、被侵害者の「利益の優越度が低減することによってその利益状態は緊急避難の場合に接近することになり、その結果、防衛行為の相当性の範囲に制限が課されることにな」るとして、結論としては過剰防衛の成立があり得ることを主張する[87]。

論者によれば、具体的には、挑発者の法益保護の利益は具体的な有責招致の事情によって、通常の正当防衛状況における要保護性よりも減少する。まず①

体的に示される必要があろう。

[86] 同旨の見解として、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑雑50巻２号（2011年）314頁以下。

[87] 山本・前掲注（81）211頁以下。同旨の見解として、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）163頁以下。

意図的挑発の場合においては挑発者の要保護性は侵害者の要保護性よりも「低減し､マイナスに転じてしまうと法的に認められる場合もあ」る。この場合は、「攻撃者の法益を侵害する有責者の行為は優越利益を保護したものと認めることはできないので、正当防衛ばかりでなく過剰防衛の成立する余地もなく全面的に違法性が認められる」ことになる[88][89]。②それ以外の意図なく招いた侵害の場合には、「有責者の法益保護の利益は通常の正当防衛状況の場合に比べて減少すると認められるが、なお攻撃者のそれより優越するという状態は維持しており、従って彼の防衛行為はその利益の減少の程度に応じて相当性の範囲に制限が課されるにとどまる」ため、なお正当防衛の成立の余地が残されていると説明されている[90]。

論者は、正当防衛の要件が欠けるという理由で過剰防衛の成立すら認めないという解決よりも、挑発者であっても正当防衛権を肯定し、その上で、事情によってはとり得る防衛行為に制限を加え（相当性の制限）、過剰防衛の成立の余地を広く認めるべきであるという信念の下で、以上のような見解を唱えているのである[91]。

この見解に対してはまず、同説の基礎となる正当化根拠論（要保護性の減少）につき、通常の正当防衛の場合には侵害者の要保護性が減少し、また自招防衛の場合には挑発者の要保護性が減少する根拠が不明であり、要保護性のみを理由として正当防衛において補充性が要求されないことの根拠づけもできないと批判されている[92]。

そのほか、要保護性が「否定される」場合、「減弱される」場合、及び「否定されない」場合を明確に区別できないのではないかという批判もある[93]。そのよ

---

[88] 山本・前掲注（81）213頁。ただし論者は、意図的挑発のような場合は「理論的には考えられうるが実際には稀な場合であ」るとしている。

[89] 橋田久「自招侵害」研修747号（2010年）12頁も、意図的に招致された攻撃に対する正当防衛を制限する場合は、罪刑法定主義の観点から内部的解決が望ましいとしつつ､「防衛行為の相当性を否定することが考えられて良い」とする。

[90] 山本・前掲注（81）213頁以下、同「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑雑35巻２号（1996年）215頁。

[91] 山本・前掲注（81）217頁。

[92] 中空・前掲注（60）31頁以下。

[93] 橋爪・前掲注（53）267頁。

うな批判をする論者からは例えば、通常の（有責招致がない）正当防衛の場合は侵害者による侵害の程度や態様と、これに対する防衛行為の程度が「量的」に判断される。しかし、有責招致の場合は、客観的な防衛状況は通常の正当防衛と同一であるが、そこに「防衛者の有責性の程度といういわば質的要素を加味」することになり、相当性の範囲を量的基準として示すことは難しい、と指摘され[94]、あるいは、直前に意図的挑発を行った場合にはその者の法益の価値をさらに低く評価する理由が十分に明らかでないとも批判されている[95]。

（２）本稿による検討―積極的加害意思論と意図的挑発類型の「同時存在」？―

上述の批判は、確かにこの見解に対する批判として有効であろう。しかしながら、この見解が抱えている本質的な問題点は、他のところに存しているのではないだろうか。

（１）の見解は、結果無価値論を徹底する立場から、積極的加害意思論を心情刑法に陥る危険があるとして否定しているが[96]、先に述べたように、論者は要保護性が完全に失われて過剰防衛も成立しない場合として「意図的挑発」を挙げている[97]。しかし、積極的加害意思論を否定する一方で、意図的挑発類型において、「意図」を理由として正当防衛の成立を否定するというのは、理論的に一貫していないのではないだろうか。さらにこの批判は、この見解の論者のみに対してのみならず、積極的加害意思論を否定しながら、意図的挑発の場合には正当防衛の成立を否定しようとする見解全てに対して妥当するのではないかと、本稿は考えている[98]。

---

[94] 西田典之「現代刑事法学の視点　山本輝之『自招侵害に対する正当防衛』『「喧嘩と正当防衛」をめぐる近時の判例理論』」法律時報61巻13号（1989年）103頁。

[95] 林・前掲注（61）199頁。

[96] 山本・前掲注（81）166頁、同・前掲注（90）215頁。

[97] 西田・前掲注（94）105頁（原著者コメント）。

[98] 例えば、本項中の（４）「防衛のための行為」ではないとする見解を採る論者も、意図的挑発の場合は、挑発行為→侵害行為→それに対する防衛という一連の連関を「意図」していると指摘しているが、他方で、急迫性の理解につき、積極加害「意思」があれば急迫性が欠けるとするのは解釈論としてやや不自然であると主張している。しかし、そのように理解するのであれば、「防衛するため」の要件においても「意図」を考慮することは許されないと言わなければならな

積極的加害意思の存在は、侵害の確実な予期があることを前提条件として認定され、そのような場合には侵害の急迫性を欠くとする理論が積極的加害意思論であるが（第２章参照）、それは実体において、意図的挑発として想定されている事例においても異なるところがない[99]。積極的加害意思を、「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」[100]と理解する限り、意図的挑発の場合にも、侵害を誘発する「意図」を有する挑発者にはこのような意思が存在していると言わなければならないはずである。また、挑発行為によって侵害を誘発しようとしている以上、侵害の確実な予期の存在も認められるであろう[101]。そうであるならば、積極的加害意思論を否定する立場に立つ以上は、意図的挑発の場合に正当防衛の成立を否定するに当たって、挑発者が侵害を「意図」していたという点を考慮することはもはや許されなくなると言わなければならないように思われる[102]。

いであろう。一方で、主観を排し、専ら客観的観点から「防衛するため」の要件を判断すべきと主張し、他方で、「意図」という主観的要素が、客観的な防衛行為性の判断に影響を与えるということもまた不自然であると言わざるを得ない。

[99] 岡本昌子「自招侵害と正当防衛論」川端＝浅田＝山口＝井田編『理論刑法学の探究⑦』（成文堂、2014年）29頁は、意図的挑発は「事実上、自招者が侵害を予期している場合であり、正当防衛を否定するにあたり、自招者が侵害を予期していたことが前提とされている」としている。この指摘は正当なものであると思われるが、正当防衛状況の惹起を「意図」しているという点からは、やはり意図的挑発における挑発者は積極的加害意思と同様の主観的態度を有していると言わざるを得ないであろう。

[100] 最決昭和52年７月21日刑集31巻４号749頁。同決定の詳細は第２章において検討する。

[101] むしろ意図的挑発の場合、挑発者は侵害を確実に予期していることは当然ながら、それにとどまらず、挑発行為によって自ら侵害を「作出」しようとしているのである。この点を鑑みれば、意図的挑発者の主観的態様は、（挑発行為を行わずに）積極的加害意思を有していた者に備わっている「侵害の確実な予期」よりも悪質であるとさえ言えよう。

[102] 例えば堀内捷三『刑法総論』（有斐閣、2000年）151頁以下は、急迫性の要件は客観的に判断されるべきとして、主観的要件を急迫性の中で考慮することに反対しているが、意図的挑発の場合は「積極的加害意思のある場合と異なり、…みずから意図的に招いた侵害は急迫性の要件を充たさない」とする。しかし、

あるいは、意図的挑発類型において「意図」を考慮して正当防衛の成立を否定しようとするのであれば、積極的加害意思も相当性要件で考慮するという立場に立たなければならないはずである。しかし、そのような帰結は、違法判断の対象から主観的な要素を排し、専ら客観的要素に対象を限定しようとする結果無価値論からは受け容れ難いであろう。急迫性要件は客観的に解すべきであるとして積極的加害意思論を否定しておきながら、相当性要件でこれを考慮するというのでは、本末転倒との批判を免れ得ないからである。

他方で、積極的加害意思論を肯定する立場に立った場合は、意図的挑発類型を自招防衛論として検討する必要はないと言えよう[103]。「挑発の意図」が積極的加害意思と同様の性質を帯びているのであれば、意図的挑発類型は自招防衛論において独自の意義を失い、積極的加害意思の存在によって急迫性が否定される場面類型の一つという地位に落ち着くことになるのである。そこで、（３）では、そのような論者の見解を検討する。

（３）要保護性の減少という観点から相当性を制限・否定する見解（行為無価値論の視点）

行為無価値論の視点に立ち、相当性の制限によって自招防衛の解決を主張する論者もいる。すなわち、そのような見解の論者によれば、自招侵害の場合は、「直ちに侵害の急迫性が否定されることにならないが、その者の法益を保護する必要性は減少し、逆に、相手方の法益の保護の必要性はそれほど減少しない場合がある」とした上で、「『やむを得ずにした行為』がより厳しく認定され、とりうる手段が限定されて、より緩やかに過剰防衛になると考えることができる」と主張されている[104]。また、意図的挑発の場合には、「侵害を受けた者の法

この主張が急迫性要件を客観的に判断すべきとの主張と矛盾することは明らかである。

[103] 例えば団藤・前掲注（71）235頁は、一方で、挑発者に積極的加害意思が存在している場合には急迫性要件を満たさないと説明しているが、他方で、先に述べたように自招防衛の意図的挑発の場合には防衛の意思を欠くと説明している。しかし、積極的加害意思論を肯定するのであれば、防衛の意思を欠くと説明することの積極的な意義はないであろう。

[104] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）288頁、同『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）172頁。

益の要保護性が完全に否定され、防衛すべき権利（法益）が認められないことから、36条の適用が否定され」ると説明されている。結論だけを見ると、基本的には先の山本説と決定的に異なる点はないと言えよう。

この見解は、平成20年決定について「防衛行為者側の権利性（法益性）を否定した判例として位置づけることができる」と評価しているが[105]、平成20年決定は意図的挑発の事例ではないように思われる（この点は第２章で検討する）。従って、論者の言う「より緩やかな過剰防衛の成立」まで否定されている点につき、さらなる説明が必要であるように思われる[106]。というのは、過剰防衛の成立が肯定される事案においては、刑の減免が全くなされないということは極めて稀であり、平成20年決定の事案では、被告人の第３暴行は特殊警棒を用いた暴行であり、侵害者の第２暴行であるラリアットと比較して極端に過剰とまでは言えないように思われるからである。

また、論者は積極的加害意思論について、「侵害の予期があるときでも原則として正当防衛を認めつつ、例外的に『積極的加害意思』がある限度でこれを否定するという理論構成は、正当防衛権を過度に制約しないための歯止めとなりうる点で評価できる」と述べており、積極的加害意思論に対して一定の限度で肯定的評価を下している。他方で、論者は、意図的挑発の場合には「要保護性が完全に否定される」というロジックを用いて防衛行為の相当性を否定しようとしているが、積極的加害意思論を肯定するのであれば意図的挑発類型はそれに吸収されるから、相当性を否定すると言う必要はないのではないだろうか。論者のように考えるのであれば、積極的加害意思論と意図的挑発の二つを別個に考察することの必要性が、改めて論証されなければならないであろう。具体的に言うと、積極的加害意思を有しながら防衛行為を行った場合には急迫性が否定されるが、侵害を惹起する意図を有して挑発行為を行い、その後防衛行為を行った場合には相当性が否定される、すなわち急迫性要件は肯定されるということを整合的に説明できなければならないのである。

論者は、意図的挑発の場合は「判例の立場からは急迫性の要件が否定される

[105] 井田・前掲注（104）『講義刑法学』288頁（注65）。

[106] すなわち、この見解によるのであれば、平成20年決定においては、なお過剰防衛が成立する余地が残されていたのではないか、と考えられるのである。

であろう」と述べているが[107]、論者の立場からもこのように主張することは十分可能なはずである。想像の域を出ないが、そのような理解を論者に躊躇させているのは、意図的挑発事例には「挑発」という事情が存在しているため、判例上問題となってきた積極的加害意思論とは異なるという認識があるからであろうか。しかし、「挑発」の有無がそれほど重要な相違点をもたらすとは、筆者には思えないのである。

（4）挑発と侵害の間の因果的連関を問題とする見解

この見解を採る論者は、挑発行為が急迫不正の侵害である場合には、被挑発者は正当防衛が可能であるが、挑発行為に対して均衡を失した場合は過剰防衛となるから、挑発者はそれに対する正当防衛を行うことが可能であるものの、その場合、「侵害の一般的予見があること等の関係で、防衛行為の必要性・相当性に関して厳しく制限される」と主張する。また、「挑発行為との因果的連関が強く、両者が一体の行為と看做されるような場合には、全体として防衛行為と見ることができなくなる」とし、その典型例として喧嘩闘争の事例を挙げている[108]。

論者は積極的加害意思論に対しては批判的であり、意図的挑発という説明も用いておらず、その限りでは一貫している。しかし、ここで述べられているのは、挑発が急迫不正の侵害である場合であり、すでに挑発行為時において侵害が終了していた場合の処理については述べられていない。全体として防衛行為性を否定する場合として挙げられているのは喧嘩闘争の事例であり、確かに喧嘩闘争であればそのように言うことが可能であるかもしれないが、論者の言う「因果的連関」の強弱をどのような基準で判断するのかが明らかにならなければ、自招防衛の解決にとって有用な基準と言うことには躊躇せざるを得ないように思われる。

（5）侮辱を受けた被挑発者の抗議行動が認められる限度で相当性が制限されるとする見解

[107] 井田・前掲注（104）『講義刑法学』277頁。

[108] 伊東研祐『刑法講義　総論』（日本評論社、2010年）184頁。この見解は防衛行為性を否定する本項中の見解（4）とも近似していると言えよう。

このような見解を主張する論者によれば、「挑発された侵害も違法であるなら、法はその侵害がなされないことを望んでいるのであって、これを阻止する行為は、それが必要最小限である以上、誰がやっても違法でない」ということを前提として、それにもかかわらず、自招行為者が侵害を甘受しなければならない場合というのは、「侮辱を受けた被挑発者に、自己の名誉の防衛のために、一定の限度で、挑発者に対する抗議行動が許される」場合であるというのであり[109]、この名誉の防衛が認められる限りにおいて自招行為者の利益の法的保護が消滅し、自招行為者は、自らが行った名誉侵害に応じて縮小された限度で防衛権を有する、とするのである[110]。そして、意図的でない自招侵害の場合については、名誉防衛の必要が乏しいから、自招行為者の防衛権を制限する必要性も小さいと説明している。

この見解は、自招防衛の場合は正当防衛権が「制限される」としており、36条1項の要件だと相当性の判断に影響を及ぼすものとして理解されるであろう。しかし、名誉侵害に抗議するために、生命、身体に侵害を加えようとするのは、明らかに過剰な反応である。論者は、意図的でない自招侵害の場合は名誉防衛の必要性が小さいと説明しているから、この「名誉侵害に対する抗議」というのは、意図的挑発の場合を意識しているものと思われるが、そうすると、意図的挑発の場合でも、正当防衛権は制限されこそすれ、完全に否定されない場合がある、ということになるであろう。しかしながら、意図的挑発の場合にまで正当防衛を認めると、逆に今度は正当防衛を制限することがおよそ不可能になるのではないだろうか、という疑問が生ずるのである。

第6款　正当防衛論の一般論に解消すべきとする見解

また、近時は、自招防衛の問題を正当防衛の一般論に解消させるべきとする見解も主張されているので、内部的解決の一類型として検討する。

自招防衛を正当防衛の一般論に解消する見解とは、要するに、自招防衛という独立したカテゴリーを設けなくとも問題解決を図ることが可能であるという主張であるように思われる。すなわち、この見解を主張する論者によれば、①挑発行為が急迫不正の侵害であれば、被挑発者はこれに対して正当防衛が可能

[109] 松宮孝明『刑法総論講義（第4版）』（成文堂、2009年）140頁。
[110] 松宮・前掲注（109）141頁。

であり、防衛行為が過剰であれば、挑発者も正当防衛で対抗できる。また、②挑発行為に急迫性がない場合や、挑発行為が適法行為である場合には、これに対する正当防衛は不可能であるから被挑発者は実力行使には及べず、法的救済手段によらなければならない、と主張するのである[111]。

論者は、内部的解決を志向する見解に対しては「犯罪成立要件は実行行為時を基準に判断しなければならないという刑法上の大原則に反する」[112]とし、外部的解決を志向する見解に対しては「刑法三六条の保障する不処罰範囲を不文の要件を付加することによって縮減する」ため罪刑法定主義に反する危険性が高い[113]として、内部的解決、外部的解決のいずれに対しても批判を加えた上で、「結局、挑発されたからといって、被挑発者は原則として侵害行為に出てはならないのであって、唯一の例外は、挑発行為自体が『急迫不正の侵害』を構成する場合である。」と主張している。このような論者の主張は、現在の主流的な見解とは異なり、自招侵害に対する正当防衛を広く承認する見解と言って差し支えなかろう。

しかしまず、上記①の結論についてはすでに日独いずれの学説においても広く認められており、自招防衛論の議論枠組みからは除外されている。現在は専ら②の場合を前提として議論されているが、被挑発者が挑発を受けて侵害行為に出てはならないということのみから、直ちに挑発者に正当防衛権が与えられることになるわけではないように思われる。この見解によれば、例えば意図的挑発によって侵害を招いた場合であっても、行為に急迫性がなければ、侵害に対して正当防衛を行うことが可能となるように思われるが、そのような結論が是認されるかは疑問である[114]。また、近時の論考によれば、「同時存在の原則は、形式的にすべての犯罪要素が同時に存在することが重要なのではなく、当該構成要件該当行為と無関係な事情によってその違法性を基礎づけることはできな

111 井上宜裕「自招侵害論再考」『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014年）114頁。

112 井上・前掲注（111）110頁。

113 井上・前掲注（111）110頁。

114 意図的挑発の場合には積極的加害意思論によって急迫性を否定し、あるいは防衛の意思を否定するという論法も考えられようが、その場合でも挑発行為は実行行為の前に行われていることには変わりがないはずである。

いという点にある」という指摘がなされている[115]。本稿では同時存在原則について深く論究しないが、この指摘によれば、事前の挑発行為と後の防衛行為との関連性が証明されれば、同時存在原則違反という批判は当たらないことになろう。

このほか、挑発行為を行った者は、正当防衛状況が解消された後における行為者と被害者の合算利益の最大化（すなわち、正当防衛状況発生前の利益状況に近づけること）を目指すという「配慮義務」を負うとする見解も主張されている。この見解を唱える論者によれば、平成20年決定が「自ら侵害を招いた」という点を重視し、行為者が被害者の自律的な侵害行為に関与したことを問題にするのであれば、「行為者は招致行為によって、侵害行為に対する被害者の欲求を強めたと同時に、被害者が侵害行為を行うことについて、何らかの心理的・物理的障害を取り除い」たと考えるべきであるとし、そのために正当防衛状況が生じたのであるから、行為者は上記配慮義務を課される、というのである[116]。

具体的には、「行為者と被害者の合算利益の最大化」を図るという観点を前提として、①行為者が防衛行為を差し控えれば間もなく侵害行為が終了するときは、行為者は防衛行為を差し控えなければならず、これに反して防衛行為を行ったときは過剰防衛の成立する余地もないとする。ただし、②侵害行為が生命・身体に重大な危険を及ぼすようなものであるときには、合算利益の最大化はそもそも諦めざるを得ず、その場合には、行為者に侵害の予期と積極的加害意思があり、急迫性要件が充足されない場合を除き、正当防衛あるいは過剰防衛の成立が肯定され、行為者の利益を優先させてもよいとするのである[117]。

また、配慮義務を課すためには、防衛行為時において (a) 挑発行為が被害者を侵害行為へ駆り立て、それが原因で正当防衛状況が生じたこと、(b) 防衛行為を一切差し控えれば間もなく侵害行為が終了するであろうこと、及び (c) 侵害行為の程度が重大でないであろうことの３つを認識・予見していなければな

---

115 松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014年）144頁。

116 日和田哲史「自招侵害について」『町野朔先生古稀記念　刑事法・医事法の新たな展開〔上巻〕』（信山社、2014年）116頁以下。

117 日和田・前掲注（116）118頁以下。

らないというのである。

この見解に対してはまず、物理的障害というものが具体的にどのようなものを指すのかが説明されていない点に疑問を呈することができよう。次に、上記のような配慮義務が挑発者に課される場合があるというのは一見妥当であるようにも思えるが、問題は、それがどのような法的根拠によって導出されるのかである。しかし、この点は明らかとなっておらず、直ちには配慮義務の存在を首肯し得ない。また、仮に配慮義務を法的に根拠づけられたとしても、指摘すべき点はある。すなわち、②のように侵害行為が重大なものであった場合であっても、例えばドイツにおいて議論されているように[118]、侵害から容易に退避できるのであれば、なお配慮義務の存在を肯定することも不可能でないと思われる。しかし論者は退避可能性について一切言及せずに、重大な侵害に対してはそれだけで配慮義務を解消させており、配慮義務の解消条件としては挑発者に対して寛容に過ぎるのではないだろうか。

さらに、配慮義務を課すための主観事情についても疑問がある。論者によれば、配慮義務を課すためには上記(a)～(c)の事情が必要であるとしているが、そもそも論者の主張するような主観事情を要求する意味はあるのだろうか。自招防衛の議論で通常問題とされる主観事情は挑発行為を行う時点で判断されるものであり、その内容は、挑発行為から生じ得る侵害についての「意図」又は「認識」である。これに対して、論者は主観事情の判断時点を防衛行為時まで遅らせることを主張しているようであるが、その意図は判然としない。また、不正な挑発行為を行い、それによって侵害を招いたのであれば、それのみをもって配慮義務を課すべきであり、挑発者の主観を考慮する必要はないと言うべきである。特に、配慮義務を課すためには、防衛行為の時点で挑発と侵害の因果性を認識していなければならないと要求することは、却って軽率な挑発者を保護することにもなりかねず、妥当でない。

論者は、「自招侵害の問題状況は、急迫性要件の問題状況とも相当性要件の問題状況とも異なるものということになる。差し当たっては、自招侵害を正当防衛の一般的な成立要件の問題と考えたい」と述べている[119]。しかし、配慮義

---

[118] Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, 2014, § 32 Rn. 56 ff.

[119] 日和田・前掲注（116）120頁。

務を考慮するという解決方法が具体的に「一般的な成立要件」の中のいずれの問題なのかについてはそれ以上言及するところがなく、体系上の位置づけに関しても明快さに欠ける[120]。

第７款　若干の検討

本項において特に指摘したいのは、先にも述べたが、積極的加害意思論と意図的挑発の関係についてである。違法性の実質についていわゆる法益侵害説を採用し、違法性判断において主観的な事情を除外し、従って判例が肯定してきた積極的加害意思論を批判し、侵害の急迫性を「法益侵害の危険が物理的・客観的に切迫していること」と理解する見解は、現在では学説の通説的地位を占めていると言われてきた[121]。しかし、その通説的見解を維持しながら、他方で意図的挑発の場合には「意図」を考慮して正当防衛の成立を否定するという論理構成は、極めて奇妙なものであると言わざるを得ない。

急迫性要件は客観的に判断しなければならないが、その他の要件、例えば相当性要件においては主観的事情を考慮することを許容し、意図的挑発については正当防衛の成立を制限することは可能であると主張することは、１つの見解として成立し得るかもしれない。しかしながら、法益侵害説の立場からそのような構成を採るのであれば、これまで急迫性要件との関係で議論され、そして考慮することを拒否してきた積極的加害意思を、今度は相当性要件において考慮しなければならなくなるだろう。なぜなら、意図的挑発と積極的加害意思は同内容だからである。しかしもちろん、通説はそのような構成を採っているわけではないと思われる。なにより、そのような構成を採ると、積極的加害意思論を事実上肯定することとなり、法益侵害説からは受け容れがたい結論をもたらすことになるのではないだろうか。そうすると、法益侵害説の立場から積極的加害意思論を否定する以上、意図的挑発類型においても正当防衛の成立を否

[120]「一般的な成立要件」という文言も、36条１項の要件内部で解決するという趣旨なのか、あるいは外部的解決を目指すという趣旨なのか、判然としない。

[121] 橋爪・前掲注（53）238頁、山中・前掲注（73）484頁、前田・前掲注（74）257頁、山口・前掲注（74）120頁以下、山本・前掲注（81）166頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）209頁以下、平川宗信「正当防衛論」芝原＝堀内＝町野＝西田編『刑法理論の現代的展開―総論Ⅰ』（日本評論社、1987年）133頁以下など。

定することは不可能であると言わなければならない。少なくとも、「侵害の招致を意図していた」という挑発者の主観的認識を考慮することは一切許されないはずである[122]。意図的挑発を行った者に対して正当防衛権を付与することを拒否しようとするのであれば、同時に積極的加害意思論を承認しなければ、一貫しないと言うべきである。

他方、積極的加害意思論を承認した場合にも、先に挙げたように、積極的加害意思論と意図的挑発類型を、異なる要件の中で「同時存在」させておく根拠はないのではないか、という問題が残る。というのは、両者の成立要件は共に「侵害の確実な予期」及び「積極的加害意思」であるという点で共通しているように思われるからである。意図的挑発については最高裁判例が存在しないため、「侵害の確実な予期」という要件が要求されているかは必ずしも明らかでなく、この点で両者が異なる概念であると言うことも不可能ではない。しかし、侵害発生を意図して挑発を行う以上は反撃の用意をしているのが通常であろうし、侵害の確実な予期を有さずに意図的な挑発を行うというのは矛盾であろう。また、確かに「挑発」の有無という点で両者は異なるが、それは決定的な差異をもたらすものではない。なぜなら、積極的加害意思の場合も意図的挑発の場合も、最終的には「侵害者に急迫不正の侵害を行わせること」を目的としているという点で共通しており、意図的挑発における「挑発」という先行行為は、最終的な目的を達成するための手段に過ぎないからである。そのように考えると、両概念を同時存在させておくことは、学説の混乱をもたらすと言わざるを得ない。積極的加害意思論を肯定的に捉えるのであれば、意図的挑発類型は積極的

[122] もっとも、橋爪・前掲注（53）234頁以下で主張されているように、積極的加害意思論を否定しても、行為者の主観面を急迫性要件の中で考慮するという見解は、結論の当否はさておき、必ずしも矛盾するものではないと思われる。というのは、ここで本稿が指摘しようとしているのは、「積極的加害意思論」を否定しながら「意図的挑発類型」を考慮しようとすることの矛盾であって、積極的加害意思論は否定するが、その他の主観面は必要な限度で考慮しようとする点にまで批判するものではないからである。また、論者の見解によれば、意図的挑発の事例であっても事前の侵害回避義務に違反していれば、挑発者の意図とは関係なく正当防衛の成立が否定されるため、意図的挑発類型を残す必要はない。実際に論者自身も、意図的挑発類型については自らの見解の中では言及しておらず、積極的加害意思論の否定と矛盾するものではない。

加害意思の存在が認められる一場面として、積極的加害意思論に解消させるべきなのである[123] [124]。

第３項　戦後～現在の学説：外部的解決

前項においては、内部的解決を志向する見解について検討を行った。次に本項では、外部的解決を志向する見解について考察を加えることとする。

序章でも述べたように、外部的解決とは、形式的には正当防衛が成立しているが、侵害招致行為の態様によっては実質的な違法性阻却を欠くために、正当防衛の成立が制限ないし否定されると考える見解の総称である。主に主張されているのは、主に権利濫用説、正当防衛の基本思想を援用する見解、及び原因において違法な行為の理論である。このほか、日本の論者が独自に主張している見解についても本項で検討する。

ただし、先に述べたとおり、近時主張されている外部的解決の見解は、専らドイツ法の議論に基づくものが多いため、これらの見解を検討・批判するためには、ドイツ法の議論を参照することが不可欠である。従って、本項では論者の主張の要点を述べるにとどめ、詳細な検討は第３章において、ドイツ法の議論を参照した上で行うこととした。

第１款　権利濫用説

先に述べたように、権利濫用説は早くから日本においても主張され、現在も

---

[123] 照沼・前掲注（62）筑波ロー 138頁以下。本稿の枠組みと論者の枠組みは異なるが（本稿の枠組みについては第４章参照）、意図的挑発類型を積極的加害意思論に解消すべきとする本稿の見解も、このような問題意識を部分的に共有するものである（論者は一定の「態度」に、本稿は一定の「主観面」に、それぞれ共通項を見出している）。また、山口・前掲注（62）19頁は、「意図的挑発事例について正当防衛の成立を否定するに当たっては、侵害の予期と積極的加害意思を問題とする判例の論理に依拠することが、正当防衛固有の論理を問題とするものとして優れている」としている。

[124] 川端博『現代刑法理論の現状と課題』（成文堂、2005年）158頁（山中敬一：発言）は、積極的加害意思の場合と意図的挑発の場合では、正当防衛の成立を否定する根拠が異なるとしている。

権利濫用説を唱える論者は少なくない[125]が、論考の中には「権利濫用」の内容についての詳細な検討を加えないまま自招防衛を説明するものも見られる。当然ながら、紙幅や論考の性質上立ち入った検討を許されなかったか、あるいは、権利濫用説は敢えて説明を要するものではないと言えるほどに一般化された法理論であると理解することも可能であるが、本稿では、特に権利濫用説について立ち入って検討を加えている論者の見解に焦点を当てて検討していく。

また、日本で主張されてきた権利濫用説を検討するに当たっては、ドイツの学説と比較すると特徴的な点があることを指摘できよう。それは、同説が、いわゆる法確証の利益原理に依拠しないまま展開されることがあるという点である。

ある論者は、正当防衛を個人主義的原理に基づいて自然権及び緊急権として捉える見地に立った上で、まず意図的挑発については「正当な正当防衛の行使とはいえない。これは正当防衛権の濫用とされるべきである」が、「違法な侵害を挑発し、その侵害が確実に予測され、それを圧倒するだけの迎撃態勢をととのえてこれを迎え撃ったばあいには、正当防衛の要件である侵害の『急迫性』が失われる」と主張する[126]。そして、意図なく招いた侵害については、いわゆる故意的挑発の場合は意図的挑発と同じく権利濫用とし、過失的挑発の場合や、侵害が挑発の程度を著しく上回る場合には正当防衛が許されるが、その際は退避義務が課され、被侵害法益と侵害法益との間に厳格な均衡が要求されるとする[127]。

別の論者は、正当防衛論の史的展開に従えば、正当防衛権は市民の権利であ

---

[125] 佐久間・前掲注（121）211頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第４版〕』（有斐閣、2008年）385頁、内藤謙『刑法講義　総論（中）』（高陽堂、1986年）336頁など。

[126] 川端・前掲注（17）97頁。

[127] 川端・前掲注（17）98頁。この見解を一見すると、前項（４）①で検討した、相当性制限説から主張されている見解と類似しているように思われる。両説の異同は、正当防衛の成立を制限・否定する根拠を「要保護性の欠如」に求めるか、「権利濫用」に求めるかにあると言えよう。しかし、権利濫用説の当否はここでは措くが、意図的挑発の場合、挑発者は通常迎撃態勢を整えた上で挑発行為を行うのであるから、論者の見解によれば常に急迫性が否定されることになろうから、意図的挑発について権利濫用を主張する必要はないと言うべきであろう。

り、その内在的限界を超えた防衛行為は権利の濫用であると主張する[128]。そして、自招防衛においては防衛行為の違法性が問題となるが、その違法性の原因は挑発行為であることから、両者を連結する媒体が要求されることになるとする。論者は媒介の候補として客観的側面と主観的側面を挙げる。このうち客観的側面が媒介となる場合は挑発行為自体が防衛結果惹起の具体的危険性を示していなければならないが、その認定は被挑発者の、挑発に対する対応次第であり、被挑発者の侵害を待たなければ挑発行為の具体的危険性を判断できないため妥当でないとする[129]。そして、「防衛結果へ向かう挑発者の積極的な側面に権利濫用へと結びつけられる挑発者のエネルギーを認めることができる」ため、挑発の主観的側面を重視すべきであるとした上で、意図的及び故意的挑発のみが権利濫用に当たり、また、挑発行為は客観的に違法であるか、少なくとも社会倫理に違反するものでなければならないと主張している[130]。

また、近時は、正当防衛権を制限することで、正当防衛状況を有責招致した者に「制裁」を科すという観点から権利濫用説の妥当性を主張する見解も主張されている[131]。すなわち、論者は、「一般に制裁を科すには違法性と責任が必要」とした上で、①正当防衛状況を招致することにつき正当な理由がある場合や、②急迫不正の侵害を予見し得なかったか、それを引き起こしてはならないと認識できなかった、あるいは認識し得たとしても避けられなかった場合には、正当防衛は制限されないとする[132]。そして、このような違法性・責任要件を基本として、「たとえば正当な理由として十分でないにしても少しはあったのかとか、予見を欠いたことがどれほど迂闊だったのか、あるいはそもそも予見まであったのかといったファクターにより、許される正当防衛の範囲が決定される」ことになり、このうち、「正当な理由などまったくない、他方で予見は十分にある」ような場合が、「意図的挑発とか積極的加害意思とよばれる類型なのだ

[128] 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』（成文堂、1992年）94頁。同77頁では、法確証の利益は副次的効果に過ぎないと主張されている。

[129] 吉田・前掲注（128）94頁以下。

[130] 吉田・前掲注（128）99頁。主張の際は Roxin の見解が参照されている。この見解については第３章で検討する。

[131] 小林憲太郎「自招防衛と権利濫用説」研修716号（2008年）６頁。

[132] 小林・前掲注（131）７頁。

と思われる」と説明するのである[133]。

しかし、自招防衛における正当防衛権の制限を制裁と捉えることが可能かについては検討を要しよう。正当防衛権が制限されれば、その制限された範囲内で防衛行為を行わない限りは有罪の判断がなされることになるが、その結果として行為者に与えられるのが制裁なのであって、制裁の結果として正当防衛権が制限を受けると言えるかは疑問である。また、自招行為に違法性を要求することは良いとしても、同時に有責性を要求し、「自招者の責任がその正当防衛権の成否を左右する」点で体系的に疑義があるとの指摘もなされている[134]。

第２款　正当防衛の基本思想を援用する見解

この見解は、権利濫用に言及せずに、正当防衛の基本思想を援用するものである。すなわち、論者によれば、意図的な挑発行為によって自己を違法な侵害の危険にさらした場合、自己保全原理からは、そのような者に正当防衛権を与え、これを保護する必要はないとする[135]。また、法確証原理からは、法確証は「クリーンハンドの原則に従うのであって、みずから意図的に違法な挑発をなした者には、『法』の立場に立って法秩序の擁護を行うことは許されない」ため、法確証の利益が欠落するとし、このような制限は「正当防衛規定に内在する制限」であると主張する。ただし、意図がない場合は正当防衛権が認められるが、その中でも故意的挑発の場合は法確証の利益が減少するため、事情によっては補充性が要求されるとする[136]。

また、別の論者は、ドイツの学説に依拠しつつ、まず意図的挑発の場合には、①挑発者は正当防衛状況の発生を望んでいるのであるからそれを保護する必要

---

[133] 小林・前掲注（131）８頁。この文言からは、論者は積極的加害意思と意図的挑発は同一の内容であると理解しているようにも読めるが、そのような趣旨であるとすれば正当である。

[134] 橋田・前掲注（89）５頁。

[135] 山中・前掲注（73）523頁。

[136] 山中・前掲注（73）523頁。論者は「正当防衛規定に内在する制限」と述べているが、36条１項所定の要件とは関連づけられていないため、外部的解決に属するものと評価し得よう。ただし、故意的挑発になると補充性が要求されると説明されているが、「やむを得ずにした行為」の要件とどのような関連があるのかについては述べられていない。

はなく、②「法秩序は、責任能力のある成人があらかじめ自分で用意した危険にみずから身をおいているのを保護する必要はない」と主張する。次に過失あるいは条件付き故意で挑発を行ったときは、ドイツの判例と同様の立場を採用する（序章第１節第２項参照）。その理由を論者は、「法秩序を防衛する必要は減ってくるからである」と説明し、法確証の利益を主軸に据えて議論を展開している[137]。

さらに別の論者は、基本思想から正当防衛権の制限を根拠づける際、「行為者は、先行する違法な自招行為により、法秩序を否定し、法秩序に敵対しているのであるから、その者に、法確証の利益を認める必要はない」とし、また、挑発者が単に積極的加害意思を有していたのみならず、「自らの自招行為により積極的に侵害行為を作出したと認められる事情が存在する場合には、防衛者自身が自己の利益を危険にさらしたのであり、その危険を自ら引き受けた」と言えるから、要保護性が否定され、あるいは減少すると説明している[138]。

第３款　原因において違法な行為の理論

原因において違法な行為（actio illicita in causa）の理論とは、いわゆる「原因において自由な行為（actio libera in causa）の理論」を違法論に類推する見解である。

原因において自由な行為の理論とは、実行行為時に責任無能力の状態で行為

---

[137] 斉藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版、1991年）209頁。

[138] 大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為の関連性について」北九州市立大学法政論集38巻４号（2011年）21頁。しかしながら、挑発者が正当防衛の成立を主張して争う以上は、法秩序を否定したり敵対したりしているとは考えにくい。そうではなく、挑発者は、法秩序が許容しない行為を用いて、あたかも法秩序が許容する状況が存在しているかのように偽装していると考えるべきであろう。また、単に積極的加害意思を有したまま現場に留まる行為であっても「防衛者自身が危険を自ら引き受けた」と言えるはずであるから、「自招行為により積極的に侵害を作出したという事情」があるからと言って、それが要保護性を制限する要因と言えるかは疑問である。論者は、法秩序を侵害した者はその限度において「法秩序による保護を拒否している」としているが、上述のように、挑発者は法秩序による保護をむしろ（不当に）要求していると解すべきであろう。

していたとしても、その原因となる行為を行った時点において責任能力を有していれば、当該実行行為について責任を問い得るとする理論である。この理論は責任の段階において問題とされるが、これを違法性の段階に類推すると、実行行為時に違法性阻却事由が存在する状態で行為したとしても、その原因となる行為が違法であれば、当該実行行為から発生した法益侵害結果について違法性を問い得る、という帰結が導かれることになる。

原因において違法な行為の理論を唱える論者の一人は、「惹起された利益衝突が後に適法に解消されることと、かような利益衝突状況を惹起することは、法的評価を異にする問題である」と主張する[139]。そして、Roxin による、原因において違法な行為の理論への批判に反論する形で原因において違法な行為の理論の妥当性を主張し、挑発行為が「客観的に相手方の違法な攻撃を虞れさせる様な可罰的違法性を有するもの」であった場合には、防衛結果について責任を問い得ると述べている[140]。

別の論者は、ドイツの通説である権利濫用説を批判した上で、原因行為の違法・適法は、後の因果経過に「それ自体としては適法という評価を受ける行為」が介在したからと言って直ちに変わるものではないと主張する[141]。すなわち、原因行為に最終的な法益侵害をカバーする違法阻却事由を認め得るときは原因行為の違法性は阻却されるが、違法阻却事由が存在しないときは、原因行為は違法と判断され、従って最終的な法益侵害についても違法とされることになる。これを自招防衛に当てはめると、「防衛行為の時点で正当防衛状況が存在したとしても、挑発行為の時点ではその行為について正当防衛の要件を認めることができない以上、侵害された法益の『法益性』は、防衛行為に対する関係では失われるが、挑発行為に対する関係では失われない」から、挑発者を処罰する

---

139 大嶋一泰「挑発行為と正当防衛（一）」福岡大学法学論叢17巻４号（1973年）547頁。

140 大嶋・前掲注（139）559頁。ここでは、挑発自体が急迫不正の侵害に当たるときは、正当防衛に対する正当防衛を認めない限り挑発者は防衛行為を行えない。挑発がそれに該当しないときは、挑発が可罰的違法であっても侵害は違法であるから正当防衛が可能であるが、そこで原因において違法な行為の理論の効果が発動する旨説明されている。

141 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第二巻　憲法行政法・刑事法』（有斐閣、1983年）752頁以下。

ことは不可能ではないと説明し、原因において違法な行為の理論の妥当性を主張するのである[142]。

論者はさらに、処罰範囲の限定のために、相当因果関係説の立場から、挑発行為が正当防衛状況、ひいては法益侵害を惹起する相当程度の危険性と、このような危険性が法益侵害に実現したという、因果経過の相当性も認められる必要があると主張する。この場合、被挑発者が挑発に乗り侵害に及ぶかどうかは被挑発者次第であり、侵害に対する防衛行為が法益侵害を発生させ得るかも場合によるため、多分に偶然的要素に依存している点には注意を要するとした上で、論者は結論として、挑発者の処罰を肯定し得るのは、「理論的可能性はともかく、実際上は、意図的な挑発の一部の場合」のみであるとしている[143]。

第４款　社会的相当性説

この見解は、「防衛者が、故意に相手方の侵害を挑発し、そのために誘発された侵害に対する反撃において相手方を侵害する目的で、相手方に反撃を加えたばあい」は社会的相当性を欠くため、形式的に36条１項所定の要件をすべて満たしたとしても違法性を阻却しないと理解するものである[144]。この見解に対しては従来から、社会的相当性を欠くための具体的基準が明らかでないという批判が提起されてきたが、近時は、社会的相当性説を具体化させる意図の下で、外部的解決の視点に基づく新たな見解が主張されている。寄与度概念の導入によって解決を図る見解がそれである[145]。

---

[142] 山口・前掲注（141）753頁。

[143] 山口・前掲注（141）754頁以下。但し、原因において違法な行為の理論自体の妥当性はともかくとして、被挑発者が侵害に及ぶか否かが偶然的要素に依存しているという点を考慮する必要があるかは、本稿ではなお留保したい。というのは、例えば、同一の人間に同一の意図的挑発行為を100回行い、99回目までは耐えたが、100回目で侵害に及んだという場合、論者の見解によればどのような評価が下されることになるかはなお明らかでないからである。

[144] 福田平『全訂刑法総論（第５版）』（有斐閣、2011年）158頁、大谷實『刑法講義総論（新版第４版）』（成文堂、2012年）286頁。

[145] 岡本昌子「正当防衛状況の創出と刑法三十六条」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011年）403頁。論者の以前の見解については、同「我が国における自招侵害の議論の展開について」同志社法学53巻３号（2001年）338頁以下。

このような主張をする論者は、36条1項の枠内で自招防衛を解決しようとする見解に対して批判を加え、要件外で解決すべきことを主張しているが、正当化根拠論や権利濫用には触れていない。論者は、36条1項の要件内で自招防衛を解決しようとすることについての問題を提起した上で[146]、「正当防衛が認められるためには、（防衛行為を行う必要性を自ら創出してはならないという意味で、）自己に帰責なく侵害を受けたので自己を守るために当該防衛行為を行う必要性が存在していたことを要する」という理論構造を主張する[147]。そして、この「必要性」を創出したことに対する、自招行為者と侵害者の「寄与度」を判断して自招防衛の事案を解決すべきであるとしている。すなわち、意図的挑発事例においては、自招行為者は防衛行為を行う必要性を100％の寄与度で創出しており、正当防衛は否定されることとなり、自招行為者の主観面が故意、過失となっていくと、必要性を創出した寄与度が減少することで、その限度で正当防衛は制限されることになる。

論者はこの見解について、「認定しにくい〔自招行為者の〕内心による正当防衛の成否の判断を客観面から補完することを可能にし、恣意的な判断を防止する判断基準とな」ると述べている。しかしながら、「寄与度」という判断基準からして、この見解はすでに恣意的な判断基準と化す虞れがあると言わざるを得ない。意図的挑発については100％の寄与度があるから正当防衛が否定される、という点が仮に是認されるとしても、例えば故意的挑発の事例において、99％の寄与度を有する自招行為によって侵害を招いたときは、自招行為者はどのような防衛行為を行うことが許容されるのであろうか。この見解の問題点は、寄与度概念を導入することで、却って自招行為者に対する防衛行為の制限の内容を不明確にしているというところにあるのではないかと思われる。

これに対する批判として、橋爪・前掲注（53）301頁。論者からの反論として、岡本・「正当防衛状況」432頁。

146 岡本・前掲注（145）「正当防衛状況」422頁以下。

147 岡本・前掲注（145）「正当防衛状況」428頁、同・前掲注（99）31頁。論者が言う「必要性」は、「自招侵害においても、相手から侵害を受けている以上、当該防衛行為は自己を防衛するために必要なものであるといわざるを得ない」としていることから分かるように、客観的に理解されている。すなわち、侵害を排除することが可能であるような防衛行為にはすべて必要性が備わっている、と論者は理解しているのであろう。

また、意図的挑発の場合には100％の寄与度があるという点について、根本的な疑問がある。100％の寄与度があると言うことは、すなわち「完全に自招行為者が悪い」と言うことになるはずであるが、たとえ自招行為者が意図的に侵害者を挑発した場合であっても、この挑発行為に対して侵害者が正当防衛権を有している場合や[148]、あるいは精神疾患等により責任無能力の状態であったのであれば格別として、そうでないのであれば、侵害者には挑発に乗らないことが要求されるはずである。これは、挑発に乗って侵害に出た場合であっても、侵害者が処罰され得ることからも明らかである。にもかかわらず挑発に乗って侵害行為に及んだのであれば、侵害者は、論者が言うところの「防衛行為を行う必要性」の創出の一翼を担っていることはもはや否定できないであろう。そうすると、侵害の程度が自招行為者の予期の範囲内にあったか否かにかかわらず、100％の寄与度を発生させたと考えることは不可能であるように思われる。

第５款　若干の検討―「形式的には正当防衛が成立する」ということについて―

詳細な検討は第３章において行うが、ここでは、外部的解決において一定程度共通の理解とされている命題、すなわち自招防衛の場合は、侵害行為と反撃行為だけを取り出して評価すれば、「形式的には正当防衛の要件を満たしている」という点について若干の検討を試みたい。

内部的解決の理解によれば、自招防衛の場合は正当防衛の成立要件のいずれかを欠くことになるから、挑発者の反撃行為は形式的に正当防衛にならないことになる。他方、外部的解決が以上の命題に依拠するということは、外部的解決の思考プロセスとしては、第一段階として形式的に正当防衛の成立要件を満たしているかどうかを判断し、第二段階で、実質的な制限根拠を用いて正当防衛の成立を否定するということになる。しかし、このような段階を踏む必要が本当にあるかは検討を要するのではないだろうか。

外部的解決というのは、先行する自招行為自体に正当防衛の成立が否定又は制限される根拠を見出そうとするものである[149]。その際は、自招防衛の事案の性質上当然に自招行為が侵害行為や防衛行為に先行しているのであるが、自招行為に着目して正当防衛の成立を否定するのであれば、わざわざ正当防衛の形

[148] この場合は自招防衛の問題とはならないことはすでに述べた。

[149] 大杉・前掲注（138）21頁。

式的な成立を待たずとも、自招行為の段階ですでに挑発者は正当防衛を行う資格を喪失するのであるから、第一段階の確認を行う意義は乏しいのではないだろうか。外部的解決を志向する見解すべてがこのような命題を明示しているわけではないが、もし明示するのであれば、そのように主張する意義が改めて問われなければならないであろう。

また、この問題は、特に原因において違法な行為の理論において鮮明に表れることになるように思われる。

先に述べたように、この理論も、防衛行為自体には正当防衛が成立するとした上で、原因行為の違法性を根拠として、最終的な法益侵害結果の違法性を裏づけるものである。この見解に依拠するのであれば、第一段階を考慮することはむしろ必須の手続きであるから、本稿が指摘するような批判はまったく当たらないことになろう。しかし、正当防衛が成立するということは、刑法36条1項所定の要件をすべて検討することを前提とするものである。それでは、防衛行為自体が相当性を逸脱し、「過剰防衛」とされた場合はどのように扱うべきであろうか[150]。防衛行為が相当性を逸脱し、過剰防衛であると判断された場合は、36条2項により刑が任意的にではあるが減免されることになる。そうすると、正当防衛の場合は任意的減免がなされないのに、過剰防衛の場合は任意的減免がなされ、過剰に行為した方が有利に扱われることになりはしないだろうか。過剰防衛の場合であっても任意的減免を適用しないという結論が導かれれば問題はないが、原因において違法な行為の理論からその結論が導かれるかは疑問である。

第3節　小括

本章では、第1節で自招防衛規定の沿革を、第2節で旧刑法の時代から現在にかけての自招防衛論をそれぞれ検討してきた。

まず第1節について、旧刑法314条但書に規定されていた自招防衛規定は、

[150] 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）156頁は、途中の防衛行為に完全な正当化を認めてしまうと、「その行為に対して正当防衛ができなくな」り、「防衛行為の相当性を限定することもできない」から、「防衛行為の時点の違法性もやはり問題にすべきである」としている。

現行刑法への改正の途上で様々な草案における文言上の修正を経て、最終的には削除されたが、削除の理由を端的に述べれば、「急迫不正の侵害という要件を規定すれば、自招防衛に関する規定はこれに解消されるので、明文で自招防衛規定を残しておく必要はない」というものであった。これは、立法者は自招防衛を急迫性要件と結びつけて理解していたということを端的に示すものと言えよう。しかしながら、このような立法者意思が判例において直接に結実することはなかった。この点については次章で検討する。

次に第２節について、ドイツの学説と対照させると、日本の学説は自招防衛を正当防衛の成立要件に解消させて処理を図る見解（内部的解決）が多く主張されている点に特徴があると言えよう。ドイツにおいては外部的解決が通説的地位を占め、内部的解決を主張する見解は見られないが、日独でそのような差異を生じている原因は、正当防衛規定の構造の差異に見出すことができる。すなわち、日本刑法36条はドイツ刑法32条１項の妥当性要件に示されるような「正当防衛の社会倫理的制限」規定を持たないため、36条１項所定の要件の内部で自招防衛を処理しようとしたのは至極自然な出発点であると言えよう。ただし、内部的解決、外部的解決のいずれの陣営に立っても、問題解決の視座はドイツの学説に依拠したものであるように思われる。すなわち、挑発者の主観面としては意図的挑発、故意的挑発、過失的挑発の３類型が、挑発行為の客観的性質としては侵害招致行為の違法性の有無・程度が、いずれの陣営においても――全てではなくとも、大部分の見解においては――考慮されているのである。

しかし、判例の立場に立つのであれば、日本において意図的挑発類型を自招防衛の問題として考慮する必要はないはずである。ドイツにおいては、侵害の現在性は客観的に理解されているため、挑発者の主観面を考慮して正当防衛の成立を否定しようとするときは、社会倫理的制限にその根拠を求めるほかないため、意図的挑発類型を自招防衛の枠内で考慮しなければならないが[151]、日本

[151] さらに、ドイツにおいても防衛の意思は要求されているものの、通説からは、正当防衛状況を認識していれば十分であるとされ、積極的加害意思を有した状態で防衛行為に及んだとしても防衛の意思は肯定される。したがって、挑発行為が存在していなければ、積極的加害意思を有して防衛行為に及んでも、正当防衛の成立を否定する契機はないということになる。意図的挑発のように、「意図」という主観面を考慮して正当防衛の成立を否定することは、ドイツにおいては例外的な事情であると言えよう。Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil,

では、――もちろん学説からの批判はあるが――判例上認められてきた積極的加害意思論が意図的挑発類型を包含していると言えるのであるから、あえて「挑発」という要素を重視しなくても、意図的挑発類型を捕捉することは可能なのである。

特に意図的挑発については、日本では積極的加害意思論を批判する立場の論者からも、自招防衛論において考慮する見解が少なからず主張されてきたが、意図的挑発における主観面は積極的加害意思と同内容である。従って、本稿は、一方で積極的加害意思の考慮を否定し、他方で意図的挑発における「意図」の考慮を肯定するのは矛盾しているのではないかと考える[152]。

Band I , 4. Auflage, 2006, § 14 Rn. 97.

[152] そのような見解は、積極的加害意思を「急迫性要件」との関係で考慮すべきでないというものであり、必ずしも「相当性要件」との関係でも考慮すべきでないと主張しているわけではない。しかし、意図的挑発の場合に相当性を否定するのであれば、それと同内容である積極的加害意思の事案においても、（要保護性がない等の根拠づけを用いて）相当性を否定するという議論が出てこなければならないはずである。両者を別異に取り扱うためには、両者の相違点を示す必要があろう。挑発の有無という点は相違点として考えられるところであるが、やはり両者の主観面の内容が同一である以上、意図的挑発の考慮は、積極的加害意思論を事実上認めることとなろう。本稿は、挑発の有無は重要な相違点を提供するものではないと考える。