



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自招防衛論の再構成（３・完）：「必要性」要件の再検討
Author(s)	瀧本, 京太郎
Citation	北大法学論集, 66(6), 316[71]-234[153]
Issue Date	2016-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/61196
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no6_06.pdf



自招防衛論の再構成（3・完）

——「必要性」要件の再検討——

瀧 本 京太郎

目 次

序章 問題の所在

第1章 自招防衛に関する日本の学説 (以上、66巻4号)

第2章 自招防衛に関する日本の判例・裁判例 (以上、66巻5号)

第3章 ドイツにおける判例及び学説

第1節 判例の展開

第1項 ライヒ裁判所の判例

第2項 連邦通常裁判所の判例

第3項 検討

第2節 学説

第1項 制限否定説

第2項 原因において違法な行為の理論

第3項 権利濫用説

第4項 先行行為説

第5項 防衛の意思否定説

第6項 危険の引き受け説、同意説

第7項 自招防衛と「緊急救助」

第8項 検討

第3節 小括

第4章 必要性要件の再検討

第1節 必要性要件の沿革

第1項 旧刑法の時代

第2項 現行刑法の時代

第1款 大正期

第2款 昭和初期～戦前

第3款 戦後～現在

第3項 検討

第2節 自招防衛の解決方法—本稿の見解—

終章

（以上、本号）

第3章 ドイツにおける判例及び学説¹

前章までは日本の議論状況を概観したが、本章ではドイツの判例及び学説を検討していく。ドイツにおいて自招防衛がどのような判断構造の中で処理されているかについては序章で概観した通りであるが、本章では、そのような構造が主にどのような判例を経て形成されてきたかを検討していく。また、ドイツの学説は外部的解決を前提としており、特に有力に主張されているのは原因において違法な行為の理論と権利濫用説であるが、これ以外の見解についても本章で取り上げる。

第1節 判例の状況

まずは、判例の状況について検討する。ドイツの判例も古くからの蓄積があり、初期の頃は挑発行為が正当防衛権を制限するかどうかは不明確であったが、次第に正当防衛の社会倫理的制限という観念が受け入れられるようになると、侵害を有責的に招致したことを根拠として、正当防衛権が制限されるようになっていったのである。序章では、判例は「3段階理論」を採用していると述べたが、この理論がどのように形成されてきたかを本章で分析していく。近時においても自招防衛に関する判例がしばしば散見されており、それらについて

¹ ドイツの判例に関しては、多くの先行研究が見られる。主要な研究として、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）171頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985年）106頁以下、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版、1991年）214頁以下、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）178頁以下など。

も検討することとした。また、意図的挑発の場合に正当防衛権が否定されるということは、ライヒ裁判所の時代からすでに示唆されていたが、侵害招致の意図がない、故意的挑発や過失的挑発の場合については、裁判所は特に客観面、すなわち自招行為の法的性質を重視して正当防衛の成否を判断しているように思われる。

第1項 ライヒ裁判所の判例

- ① RG, Urt. v. 9. 11. 1908—1 StR 926/08, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1909, 131

本件は、被告人がHに復讐するべく、侮辱したり、Hの行く手を遮ってHを怒らせ、Hが被告人にとびかかって投げ倒したので、被告人はひそかに用意していたポケットナイフでHを刺したという事案であった。原審は、Hの行為は違法な侵害とは言えないとして、正当防衛の成立を否定したが、これに対してライヒ裁判所は、「被告人の侮辱行為や路上での振る舞いが、Hに、被告人に対して暴行をはたらく権利を与えるわけではない」として、原審の理由づけを批判したが、別の根拠を用いて、結局正当防衛の成立は否定された。すなわち、「行為者が防衛の権利とともに、それと同時に、例えば報復をしようとしていたことによって、有効な正当防衛が可罰的行為になるわけではない。しかし、彼が初めから防衛をねらうのではなく、単に自分への違法な侵害をねらって、処罰されずに敵を害することができるように、外見上は真正な正当防衛のメルクマールを満たす状況をもたらし、また、彼の目的、すなわち実際に発生した違法な侵害に対して、彼の意思の向きが変わらず、例えば有効で真剣な防衛を考えるのではなく、依然として敵による違法な侵害を作り上げようとしているときは、正当防衛は存在しない」と判示し、意図的挑発の場合には正当防衛権を否定すべきことを示している。

- ② RG, Urt. v. 10. 11. 1925—2 StR 2 D 503/25, RG JW 1926, 1171²

本件の実事関係は明らかでないが、被告人は、行けば客と喧嘩になることを予期した上で仲間とともに居酒屋に赴くと、予想通り喧嘩が発生し、被告人は喧嘩相手を死亡させたという事案である。原審は、被告人の方が侵害者であっ

² 本件の評釈として、Hellmuth von Weber, JW 1926, 1171.

たとして傷害致死罪の成立を肯定した。

【判旨】

ライヒ裁判所は、原審が誤想防衛の成否について検討しなかったため、判決を維持することはできないとした上で、「たとえ被侵害者が居酒屋における闘争の危険あるいは機会に赴き、そこで暴力沙汰になるであろうことを予期していたとしても、当然に、居酒屋における情勢が進展した後に、被告人自身が真正の正当防衛状況あるいは誤想防衛状況に至る可能性が排除されたわけではない。侵害の『客観的な』違法性は、侵害が被侵害者によって有責的に惹起させられたということによって排除させられるわけではない。闘争を惹起したというのみでは、それが侵害とは評価され得ない。」と判示して、原判決を破棄した。

【検討】

この判決は、自招防衛に対する正当防衛を広く認める趣旨であると理解されている³。本件では意図的挑発の有無は検討されていないが、喧嘩を予期していたとしても、それが理由となって正当防衛状況が排除されるわけではないという点が、本判決の重要な点であろう⁴。日本でも、最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁（第2章第1節⑨事件）が同趣旨の判決を出している。

ただし、侵害の客観的違法性が挑発により排除されるわけではないという点は、挑発されたからといって挑発者に侵害を加えても良いわけではないということに鑑みれば、いわば当然のことと言えよう⁵。

③ RG, Urt. v. 1. 3. 1937—2 StR 2 D 711/36, RGSt 71, 133

【事実の概要】

被告人は昼過ぎに居酒屋の中で、従業員のJと遭遇した。被告人は1年半ほど前にJと喧嘩になったことがあり、そのとき酔っていたJは、被告人の顔を殴りつけていた。中庭で、両者の間で闘争が始まったが、その過程で被告人は拳銃を1発発砲し、Jを殺害した。原審は、Jが被告人を侵害しており、被告

³ 山本・前掲注（1）172頁、橋爪・前掲注（1）180頁。

⁴ 橋爪・前掲注（1）180頁。

⁵ 日本の裁判例には、自招防衛の場合に侵害の不正性が否定されとした東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁（第2章第3節⑫事件）がある。

人はこの侵害から身を守るために拳銃を使用せざるを得なかった。それゆえ被告人は正当防衛の中で行ったものである。被侵害者は退避によって侵害を遠ざける義務はなく、侵害者の攻撃を防ぐ権利を有しているのであるから、退避によってなお自身を救うことができるかどうかは問題とならないとして、被告人を無罪とした。

【判旨】

「陪審裁判所の、被告人は拳銃の使用によってのみ侵害の防衛が可能であるという見解には、法的に疑問がある。違法な侵害を受けた者は、陪審裁判所が考えているように、あらゆる事情の下で、被侵害者の用いることのできる全ての手段で防衛することが許されているわけではない。防衛の手段と程度はむしろ、侵害の手段と程度に向けられている。従って、手段と程度に基づけばわずかな防衛手段を用いれば足りるのに、即座により重い手段を用いたときは、被侵害者は正当化されない。確かに、被侵害者は不名誉な逃走によって侵害から逃れる義務はない。なぜなら、そのような逃走によって自らの名誉を危殆化させる必要はないからである。しかし、このことから、被侵害者があらゆる状況の下で暴力的な防衛に着手することが許容されるということにはならない。陪審裁判所は、場合によっては不名誉な逃走と暴力的な防衛との間にも、他になお、被侵害者が侵害から逃れるための途があることを看過している。被侵害者が現在の違法な侵害を、自己又は他人の正当な利益を放棄あるいは危殆化させることなく、侵害の向きをそらすことで侵害を回避できる場合には、それが侵害の防衛に必要でないときは、被侵害者が侵害者の法益を害することは正当化されない。例えば、暴力による侵害に脅かされている者に対しては、場合によっては、防衛行為を行う能力と準備のある第三者の救助を求めることが要求される。被侵害者が暴力的な防衛によってではなく、他の方法で侵害を免れることができる場合は、それによって自分の体面を傷つけたり、自己又は他人の正当な利益を危殆化させたりしないのであれば、暴力的な防衛は、——特に、暴力的な防衛が殺人以外に可能性がないときは——健全な民族観念⁶ (die gesunde Volksanschauung) と著しく矛盾するので、防衛のために必要であるとは認められ得ない。」「従って、本件においては、被侵害者に拳銃を使用する以外の手

⁶ この語句の訳出は、橋爪・前掲注(1)180頁に依拠した。また、山中敬一『正当防衛の限界』(成文堂、1985年)108頁は「健全な民族観」と訳出している。

段を要求できたかが検討されなければならなかったであろう。すなわち、例えば、被侵害者がJ' と思切った行動に出る代わりに、居酒屋の主人、その息子、あるいは近くに居合わせた他の人々の近くにとどまり、彼らの救助を確保し、身を守ることができなかったのかどうかを検討されなければならなかったであろう。」

【検討】

まず、本件で正当防衛の成立が否定される根拠として用いられている「健全な民族観念」という用語は、当時の政治情勢を反映したものであるように思われ、現在ではもちろん用いられていない。

本件は喧嘩闘争の事案であり、自招防衛は問題となっていない。また、被侵害者の主観面も問題とされていないが、喧嘩闘争の場合には、それ自体を理由として、典型的に正当防衛の観念が否定される日本とは異なり、ドイツでは「喧嘩闘争」という点は、正当防衛との関係では特段問題とされていないようである（喧嘩闘争についてはドイツ刑法231条に罰則規定が置かれている）。本件の判旨においては、有責招致というような語句は出てこないが、「場合によっては」という語句がそれを表現していると考えすることは、不可能ではないだろう。すなわち、原則としては被侵害者に退避義務は課されないが、喧嘩闘争などのように侵害を有責的に招致した場合には、「被侵害者が現在の違法な侵害を、自己又は他人の正当な利益を放棄あるいは危殆化させることなく、侵害の向きをそらすことで侵害を回避できる」のであればそうしなければならない、ということになるのである⁷。

本判決は、「社会倫理的制限」を初めて導入した判例として評価されているが、制限の根拠は「健全な民族観念」であり、理論的に制限が根拠づけられているわけではなかったと言えよう。

④ RG Urt. v. 16. 4. 1940, RG HRR 1940, Nr. 1143

この判決は、「防衛行為の際に相手を加害または殺害する目的で相手の攻撃

⁷ この「場合」が一般論として述べられていると理解することも可能であろう。そうすると、ライヒ裁判所は、有責的に侵害を招致したのではなくても容易に退避できる場合には退避しなければならないと宣言したと理解すべきことになる。

を引き起こした者は、防衛の意思を仮装しようとしているにすぎない。実際には、行為者は相手に対する攻撃の意思を巧妙に隠し持っており、従って、正当防衛を援用することはできない」と判示したものであり、意図的挑発の場合には、正当防衛権が存在しないことが明確に打ち出されている。

第2項 連邦通常裁判所の判例

ここからは、連邦通常裁判所の判例を検討していく。連邦通常裁判所の時代になると、意図的挑発の事例はあまり見られなくなり、行為者の先行行為の性質に着目して正当防衛権の範囲がどのように縮減され、その際行為者にどのように行為する義務が課されるかが問題とされるようになっていく。

また、自招防衛に関する近時の判例の中には、自招防衛に関する一般論を展開してから本案の検討に入っている事例が多い。例えば、以下のような判示である。

「連邦通常裁判所の判例によれば、防衛者が侵害者に対して義務違反的な先行行為を示し、当該先行行為が、個別の事件の全事情を合理的に評価すれば、後の侵害が被侵害者の義務違反の妥当かつ予見可能な結果であると思われるときは、正当防衛権は防衛の妥当性 (Gebotenheit) 等の観点の下で制限を受ける。そのような場合においては、防衛者は状況によっては侵害からの退避を試みなければならない、生命に危険な反撃防衛 (Trutzwehr) への移行は、その他の防衛の可能性が失われるか、その見込みがないことが確実であるときでなければ許されない (BGHSt 26, 143, 145; BGH Urt. v. 7. 2. 1991—4 StR 526/90)。さらに、社会倫理的に非難すべき先行行為であっても、当該先行行為と違法な侵害との間に密接な時間的及び場所的な原因連関 (Ursachenzusammenhang) が存在し、また、行為者も侵害を挑発することを正しく認識していたときは、すでに正当防衛権を制限し得る (vgl. BGH NStZ 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100)。これに対し、法的に妥当ないし許されている行為は、この行為によって他人が違法な侵害を行うきっかけとなり得たであろう、ということを行為者が認識していたか、認識することができたというだけでは、正当防衛の制限を導くことはできない (vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1959)。」(BGH, Beschl. v. 4. 8. 2010, NStZ 2011, 82, 83より引用)

以上の判示は、自招防衛の処理における一般論を示すにあたっての一例に過ぎないが、ここからは、自招防衛におけるさまざまなルールが浮かび上がる。

まず、自招防衛において問題となる先行行為としては①義務違反的な（違法な）先行行為、②社会倫理的に非難すべき先行行為、及び③法的に妥当ないし許されている先行行為があり、このうち制限を受け得るのは①、②の場合であるとされ、③の場合は、正当防衛権は原則として制限されない。その上で、①、②の場合において問題となる要素として、④挑発と侵害の間の相当因果関係、⑤時間的場所的接着性、⑥侵害惹起の認識といった条件が指摘されている。

次に、制限を受けた際の効果として挑発者に課される義務について、挑発者は退避→保護防衛⁸→反撃防衛の順に行うしなければならず、特に反撃防衛は、退避可能性がなく、保護防衛では効果がない場合にしか行うことができないとされている。

本章では、まず自招防衛に関する初期の判例を紹介する。次に、これまでに出された判例を「挑発行為の態様」に即して整理しながら、その際どのような要素が考慮され、また、どのような制限効果が生じたかについて検討を加えていく。挑発行為時における被告人の「主観的態度」で整理するという方法ももちろん可能ではあるが、判例の殆どは故意的挑発の事例であり、意図的挑発が問題となった事例は存在しない⁹。また、特に故意的挑発及び過失的挑発という各類型の間で、主観面に応じて正当防衛権を制限する程度に有為差を設けているわけではない。さらに、判例は事例ごとに被告人の主観面について言及しているわけでもないため、連邦通常裁判所は主観面についてそれほど重視しているわけではないことが伺えよう¹⁰。

（１）自招防衛に関する基本的事例

⑤ BGH, Urt. v. 1. 8. 1961—1 StR 197/61, NJW 1962, 308

【事実の概要】

⁸ 上記判旨では明確に述べられていないが、「その他の防衛の可能性」という文言がこれに当たるとされる。

⁹ ただし、意図的挑発と紙一重の事例であると述べた事例は存在しており、本稿でも検討する（BGHSt 39, 374）。

¹⁰ 橋爪・前掲注（１）192頁、212頁。

被告人はバラック（簡易住居）の自宅において、以前から粗暴な者として知られていた被害者と喧嘩を始めた。被害者が大暴れたため、被告人やその場に居合わせた人々は、バラックの別の住人である A の部屋に退避した。被告人はその部屋で、「被害者が来たら殴ってやる」と発言したところ、被害者が A の部屋に入ろうとして暴行を働いた。その後、一旦外に出た被告人が、再び A の部屋に入ろうとしたところ、被害者に発見され、被告人は森の方へと逃走したが、しばらくして、被害者が落ち着いたと思い、また A の部屋に入ろうとした。しかし被害者に再度発見されると、被害者は被告人に突進して被告人の衣服を破った。被告人はナイフを引き抜いて、最初は被害者の腕に突き刺したが、すぐに被害者が被告人に再び襲いかかってきたため、被告人は被害者の腹にナイフを刺して、死亡させた。この件につき、原審においては被告人に過剰防衛が成立するとして無罪が言い渡されたが¹¹、検察が上告した。

【判旨】

検察は、被告人には積極的な殺意があったと主張したが、連邦通常裁判所はこれを退けた。しかし連邦通常裁判所は、意図的な侵害意思がなくとも、被告人の主観面において故意ないし過失がある場合には被告人に対する刑法上の非難を基礎づける、と宣言した。そして、本件においては、被告人はすぐにバラックに帰ろうとせず、「そのまま待機するか、最悪の場合には、他人の救助を求めなければならなかった」と判示し、その理由については「正当防衛権の行使も、それが濫用となる場合には限界が存するからである」と述べたのである。そして、本件の事実関係に即して、「それがたとえ〔被害者〕の行為によって誘発されたと理解しうるものであったとしても、被告人は自らの発言によって〔被害者〕を挑発して激怒させ、新たな攻撃を行わせる原因を与えたのである。このような事情はすべて、被告人が新たに攻撃されたと思ったときに初めて発生したものではなく、〔被害者〕の攻撃によって正当防衛状況が生じる前にすでに予見できたかどうかが本質的に重要である。にもかかわらず、被告人が〔挑発行為〕を行った場合には、補充的な、濫用とはならない防衛行為、例えば、攻

¹¹ 旧ドイツ刑法53条3項によれば、錯乱、恐怖、ないし驚愕によって防衛行為が正当防衛の限度を超えた場合には過剰防衛となり、日本の過剰防衛とは異なり、不可罰とされていた。現行ドイツ刑法では、33条に同様の規定が置かれている。

撃者を手で押しのけて窓に登って入るような行為に甘んじた場合にのみ、被告人には正当防衛権が認められる。それに反して、…彼が防衛行為を行い、その態様及び手段によって彼の先行行為が初めから権利濫用になると評価される場合には、それには刑法〔旧＝筆者注〕53条3項も適用され得ない。…この規定は正当防衛状況が生じる前に既に行われていた、非難すべき行為を不可罰とするために用いることは許容されない。」と判示した。

【検討】

この判例は、有責的な自招行為を行った者には、とりうる防衛行為の範囲に制限が課され、それに違反して行われた防衛行為は権利濫用 (Mißbrauch der Notwehr) であるということを宣言したものである。正当防衛状況に先行して行われた「非難すべき行為」を不可罰とするために正当防衛規定が存しているのではないと明言し、防衛者の原因行為の範囲を明確にしている点で重要な判例であると思われる。

本件では、「被害者が来たら殴ってやる」という発言が侵害を招いたとされ、これが有責招致行為であるとされているが、これが法的に非難すべき行為であるのか、社会倫理的に非難すべき行為なのかは明らかにはされておらず、この時点では、正当防衛が制限され得る範囲は広範に認められていたと言えよう。また、被告人の主観面については「故意ないし過失」とされているように、この点についても具体的に解明されているわけではない。しかし、ここでは侵害の予見可能性が指摘され、挑発行為時に侵害を予見できたのであれば、その侵害に対する防衛行為は権利濫用となることが示されている¹²。その上で、制限効果としては「濫用とはならない防衛行為」に甘んじなければならぬとされているが、そのような防衛行為の効果がなかった場合に正当防衛権が回復されるかについては言及されていない。

この判例以降、ドイツにおいては権利濫用説の考え方が定着するようになったが、次の判例によって、有責的な自招行為の範囲に制限が設けられるようになったのである。

⑥ BGH, Urt. v. 14. 6. 1972—2 StR 679/71, BGHSt 24, 356

【事実の概要】

¹² 本判決に批判的な見解として、Horst Schröder, JuS 1973, 157.

被告人が自動車で駐車場を出ようとしたとき、停まっていた別の自動車と軽く接触してしまい、さらに、そこを通過しようとした被害者が運転する自動車にも衝突した。被告人は逃走を図ったが、後に衝突した自動車を運転していた被害者がそれを追跡した。被告人は、赤信号のところで自動車を降りて逃走したが被害者に追いつかれ、2人は闘争状態となったが、その際被告人はナイフで被害者を刺して死亡させた。原審は被告人を故殺罪で有罪としたが、被告人が上告した。

【判旨】

連邦通常裁判所はまず、違法な攻撃に対しては、危険を直ちに排除できる手段を選ぶことができ、より危険の少ない防衛手段であっても、その効果が疑わしいときは、そのような手段を用いる必要はないという一般論について説明し、この原則は「交通違反、事故運転者の逃走という違法な先行行為によって〔被害者〕を怒らせ、その際、予期していなかったとしても、〔被害者〕の攻撃を招いたという事情」であってもあてはまるとする。

ただし、このような場合、退避が可能であるのであれば、まずは「より少ない防衛行為の形態を見つけるために、たとえ一時的であっても、敵の攻撃から退避することが義務づけられる」として、侵害を有責的に招致した場合には退避義務が課せられ得るということを述べている。しかし、それについても限界があり、「もはや退避が不可能で、自己の身体に対する侵害が目前に迫っているため、直ちに防衛行為を行うことでしか、それを阻止することができない」というときには、自己の先行行為によって侵害を招いたとしても、ナイフを用いることも許される。」として、退避可能性を基準として、自招行為者に正当防衛を認める余地を残そうとしているのである。

そして連邦通常裁判所は、自招防衛に関する判断基準を最後に提示している。すなわち、「当刑事部は、挑発者が非難すべき挑発行為を行ったが、それによって侵害を招くことを予見していなかったり、全く意図していなかったときは、防衛行為者が退避可能であるか、又は退避に加えてより危険の少ない防衛手段を用いることができるときに限り、当該防衛行為は権利濫用とされるという見解に従うものである。それができないときは、防衛行為者には必要な防衛行為を行う権限が与えられる。もちろんこの場合にも、本件のような事例においては、被侵害者が侵害に対して非難すべき原因を全く与えなかった場合よりも厳格な基準が設けられなければならない。正当防衛権は、被侵害者の保護だけで

はなく、法確証にも役立つという思想が、刑法〔旧〕53条において正当防衛権が有効に形成される基礎となっている。被侵害者が法律上非難すべき行為によって自己を緊急状況に陥れる原因を与えた場合には、法確証という公共的利益は、強くは認められない。よって、その場合、被侵害者は敵の侵害を確実に阻止できない防衛行為を行わなければならない。すなわち、彼はいくら効果的であるとしても、生命に危険を及ぼす防衛手段を直ちに用いてはいけない。彼は保護防衛 (Schutzwehr) の可能性がある限り、反撃防衛を行ってはならず、その際、多少の侵害や損傷を被ることを受忍しなければならない。」と言うのである。

【検討】

本件において侵害を誘発する契機となったのは交通事故であり、過失的挑発ということになるが、そのように言えるためには、先行行為が侵害を誘発することを認識することができなければならないはずである。例えば、不倫現場を目撃されたという行為が過失的挑発に当たるとした高等裁判所の判例があり¹³、そのような場合であれば過失的挑発と言えるかもしれない。しかし、日常的に頻繁に起こり得る交通事故をも過失的挑発と言い得るかは議論の余地であろう。交通事故を起こせば、確かに侵害を加えてくる者もいることは否定できないが、一般的・類型的に侵害を誘発する行為であるとまでは言えないように思われる。

本件が⑤事件から一步踏みこんでいると思われるのは、自招防衛の場合には可能な限りで退避義務が課せられる、とした点である。そして、退避義務がない場合には必要な防衛が許されるが、連邦通常裁判所は、それに際しても、攻撃を完全に排除してはならず (Schutzwehr)、多少の侵害は受忍しなければならないとしているのである。また、本判決は、正当防衛に法確証の利益が存在していることを承認することで、違法な自招行為によって侵害を招いた場合には法確証の利益がなく正当防衛が制限される、という論理枠組みを正当化している。ただし、本件では、自招行為が違法行為以外である場合については論じられていない。それは、本件で問題となっていた自招行為が完全な違法行為であったためであろうが、この判決のみで、裁判所が、自招防衛の解決方針につ

¹³ OLG Hamm, Urt. v. 10. 6. 1965, NJW 1965, 1928. 同事件の評釈として、Hans-Joachim Rudolphi, JuS 1969, 461.

いて明らかにしたとまでは言えないであろう¹⁴。

⑦ BGH, Urt. v. 15. 5. 1975—4 StR 71/75, BGHSt 26, 143

【事実の概要】

1973年12月11日の夜、駅構内の食堂の店主 W が一時的に店を留守にしていた間に喧嘩が発生し、被告人もそれに関与していた。W が戻ってきてから他の関与者が、W に対し、その間に自分の家に行っていた被告人が喧嘩の張本人であると指摘した。少ししてから W が被告人方で事情を聞いたところ、被告人はすべての責任を否認し、先の出来事を他のように描写し、W に対して暴言を吐いて灰皿を投げつけ、ナイフで突いてきた。W はその場を辞したが、被告人はナイフをポケットに入れて食堂にやってきたため、W は被告人にばかな真似はやめるよう叫び、食堂のドアに鍵をかけた。ドアの前に被告人がいることが分かり、A 及び P はビリヤードの棒で武装し、先の喧嘩で特に積極的に振る舞っていた H は窓から野外に出て、一度自動車の中に退避したが、その後被告人の方に向かって行って、両手で被告人の肩をつかんで自動車に押し込もうとしたため、被告人はナイフで H の腹部を刺し、負傷させた。

陪審裁判所は、被告人の正当防衛権は制限されるとしつつも、回避可能性や、より寛大な手段が存在していなかったとして、殺人未遂罪について無罪を言い渡した。これに対して連邦通常裁判所は、自招防衛に関する一般論を論じた上で、以下のように述べて、陪審裁判所の判断を覆した。

【判旨】

「行為者が、本件被告人のように軽率に自己に対する侵害を招いた場合には、行為者がそのことを予期しておらず、あるいはまったく意図していなかったとしても、正当防衛権を無制限に行使することはできない。」

「H は被告人よりも 4 センチほどしか大きくなく、武器を持っておらず、明ら

¹⁴ 山本・前掲注（3）179頁は、この判決は「正当防衛に制限をもたらす有責行為を、『違法』であるものに限定した」と評しているが、必ずしもそうではないように思われる。しかし、少なくとも、違法行為の場合には制限が課されるということは明確に宣言されているであろう。本件の評釈として、山本輝之「有責招致の正当防衛状況」堀内＝町野＝西田編『判例によるドイツ刑法（総論）』（良書普及会、1987年）71頁以下。

かに被告人よりも酔っていた。従って、身体的な力の使用においては、もしかしたら気おくれするところはなかったかもしれないが、力をほとんどコントロールできていなかった可能性もある。店主は内側からドアに鍵をかけ、鍵自体も持ち去っていたので、少なくともこの決定的な時点では、さらに他の人間が被告人に侵害を加え、被告人の防衛状況を悪化させたであろうという危険は存在していなかった。最終的に、被告人にとって重要な予期せぬ出来事が何であったかは見当がつかない。結局被告人は、まさにそのような事件のために（予め配慮して）ナイフで武装していたのである。」「このような事情の下では、ナイフの使用がそもそも防衛のために必要であったのか、あるいは、被告人は手や足を使うだけでも効果的に侵害から身を守ることができなかったのかどうかは、すでに疑わしい。少なくとも、被告人が若干の打撃や足蹴りを被らなければならなかったとしても、ナイフを用いて、生命に危険な防衛手段に手を出す前にこのことを試さなくてよかったのかどうかを検討されなければならない。ナイフの使用以外に方法がなかったとしても、陪審裁判所が条件付きの殺意を推定するのに援用した、まさに腹部への致死的な刺突が必要であったかを熟慮しなければならない。」

【検討】

連邦通常裁判所は、自招防衛の場合は予見可能性がなくても正当防衛権が制限されるとしているが、本件は侵害の予期があったとされた事例である。被告人にとって予期せぬ出来事がどのようなものか不明であるとされているのは、被告人はHの侵害を予期し、実際そのとおりの侵害が発生したのであるから、どのような侵害が「予期できなかった」かを検討する必要はない、という趣旨であろう。また、自招防衛の主観面については、過失的挑発を示唆する判示をしているが、侵害招致行為がどのような行為であるかについては言及されていない。あり得るのは当初の喧嘩行為か、食堂に赴く行為であり、時間的場所的接着性を考慮すれば後者を招致行為と考えるべきであろう¹⁵。後に検討する事例では、現場に赴く行為のみでは正当防衛権を制限する契機にならないと判断されたものもあるが、本件ではナイフを持って現場に赴く行為に正当な理由がなかったと判断されたため、正当防衛権が制限されているものと思われる。

¹⁵ 橋爪・前掲注（1）190頁。

(2) 違法な先行行為が問題となった場合

ここからは、先行行為の客観的態様ごとに、判例を検討していく。先行行為が違法であるか社会倫理違反にとどまるかについて、判例は常に明言しているわけではないが、本稿では、先行行為が後の侵害者に対する暴行、あるいは凶器を示すなどの行為を伴うものは、違法な先行行為があったものとして扱うこととした。

⑧ BGH, Beschl. v. 12. 12. 1975— 2 StR 451/75, BGHSt 26, 256

【事実の概要】

夜の散歩に出ていたFは、いやがる少女の腕を乱暴につかんで通り過ぎ、少女に平手打ちをしていた被告人の姿を見て不快に思い、被告人に少女を放すよう言ったところ、被告人は「お前には関係ない」と言って反論し、少女の腕から手を離すことなくそのまま先へ進んでいったので、Fは被告人を追って腕をつかんだ。被告人は少女を放して振り返ると、Fの胸にぶつかり、「お前には関係ない」と繰り返した。その後、両者の間で殴り合いが生じ、Fは被告人に力負けして道路に座り込んだ(先行行為)。被告人は、自分を待っていた少女と先へ進んだが、被告人に激高したFが飛び上がり、両腕で新たに被告人を殴りつけた。被告人は15メートルほど後ずさりし、姿勢を低くしながら身を守り、何度も止めるよう要求したが、効果がなかったため、ボクサーであった被告人は左拳でFの顔面を1回殴って倒し、死亡させた。

陪審裁判所は傷害致死罪の成立を認め、1年の自由刑に処した。

【判旨】

陪審裁判所の説明は、「被告人は、事件の核心的段階においてもなお、先行する挑発的行為により特別な抑制が義務づけられていたという仮定に明らかな影響を受けているが、陪審裁判所は、違法な侵害に対して挑発者に要求される抑制が無制限に長続きし得るわけではないという点を看過している。当刑事部がBGHSt24, 356〔⑥事件—筆者注〕で述べたように、被侵害者はそのような場合には、有効かつ危険な防衛手段を即座には使用できない。しかし、ここでは被告人は防衛しながら後ずさり、同時に再三にわたる侵害の中止を要求していたように、被告人は適度の時間に渡り防衛を抑制していたのであるから、彼にはもはやそれ以上の長期に渡って、効果が薄く、侵害を終了させるのに明らかに不十分な防衛に制限することは要求され得ない。」

【検討】

本件で死亡したFに対して、被告人が当初から挑発行為を行っていたわけではない。闘争状況の端緒となったのはむしろFの行為であろう。原審も連邦通常裁判所も、被告人に退避義務を認めているが、例えば被告人がFを突き飛ばしたのはFに腕をつかまれたからであって、このことや、その後の闘争を挑発行為と捉えることが妥当であったとは、一概には言えないように思われる。

本件において特に重要なのは、⑥事件の判示事項を具体的に適用した点であろう。すなわち、被告人に退避義務があったとしても、本件のように被告人が一定の時間を用いて防御に徹し、それでも侵害が止む見込みがない場合には正当防衛権が制限されないと判示した点は、正当防衛権の制限にも限界があることを、具体的な事例を通じて実証したという意義があると考えられる。

⑨ BGH, Urt. v. 26. 10. 1993—5 StR 493/93, BGHSt 39, 374

【事実の概要】

被告人とPは居酒屋内で喧嘩になり、被告人は若干の負傷をし、ジャケットをその場に残して逃走した。その後第三者にジャケットを持ってきてもらったとき、中に入れていた16000マルクがないことに気づいた。被告人は、Pが金銭を奪うためにわざと喧嘩をしたのではないかと考え、また、Pが金銭の返還を拒否するかもしれないとも思ったので、散弾銃を入手してから喫茶店に戻った。そこには10～15人ほどの客がおり、Pはカウンターに座っていた。Pを発見すると、被告人はPの足に散弾銃を向けて金銭を返すよう求めたが、Pはカウンターに立っていたLを盾代わりにして、被告人に向けて拳銃を2回発砲してきた。そのため、被告人も散弾銃を2回発砲し、Pは軽傷を負ったにとどまったが、盾代わりになったLと、近くにいたSが死亡した。

【判旨】

「確かに、被告人は先行する喧嘩との関係では、Pの違法な侵害の被害者であった。しかしこの侵害は、被告人が1時ころに居酒屋に来店し、装てんされた散弾銃をPの足に向けた時点では現在していなかった。その際は、少なくとも刑法241条の脅迫という、違法で非難すべき行為が問題となっていた。被告人はPによる銃の使用を故意に挑発したのである。確かに被告人は、意図して正当防衛状況に至り、Pに対する致死的な発砲の機会を得たわけではない（意

図的挑発)。しかし、被告人は、自己の行為が特に危険な状況の下で撃ち合いが発生し得る可能性を認識しており、さらにこのことを認容していたのである。そのうえ、事実認定によれば、被告人は、狭くて混んでいた居酒屋の中で散弾銃を撃つことで、第三者の生命を危殆化させることも未必的に認容していた。このような『故意的挑発』は、ほとんど意図的挑発と紙一重であった。被告人の先行行為は、違法の程度や危険性から言えば、連邦通常裁判所にこれまで正当防衛権の制限の根拠を与えてきた先行行為よりも重大なものである。」

「しかし刑事部は、正当防衛状況を違法かつ有責的に、さらに故意的に挑発したのだとしても、被侵害者の正当防衛権は完全には制限されず、時間的にも無制限ではないことを確認する。しかし、正当防衛を主張しようとする行為者には、正当防衛状況の違法かつ有責的な挑発が重大であればあるほど、危険な状況を回避するための要求はより高度になる。より重大な状況下で正当防衛状況を挑発した者は、場合によっては、成功が確実に見込まれる防衛を断念し、より危険の少ない防衛手段では同様の見込みがないという危険を甘受しなければならない。」

以上のように述べた後、連邦通常裁判所は、被告人はそもそも居酒屋に戻るのを断念し、戻ったとしても銃を用いるべきではなかった。また、Pが拳銃を向けたときは逃げなければならない、時間的に無理なときは銃を捨てなければならない。脅迫行為を終えた後でもPが被告人を撃っていた可能性は排除できないが、被告人は自己の先行行為を理由として、残存するリスクを甘受しなければならないと判示し、被告人の本件行為につき正当防衛の成立を否定した。

【検討】

本件では、意図的挑発ではないが銃撃戦を覚悟した上で現場に赴いていると指摘されており、日本であれば積極的加害意思が問題となる事案であったように思われる。連邦通常裁判所も、本件は意図的挑発と紙一重の事例であると述べているが、撃ち合いを「予期」することと、撃ち合いを「意図的に招来」することは、本来紙一重とは言えないであろう。

また、本件では被告人の先行行為がこれまで以上に重大であることが指摘され、それに伴って退避義務も高度になるとされている。その上で連邦通常裁判所は、時間的理由から逃げることができず、かつ、侵害者から銃撃される危険があったとしても、先行行為を理由として防衛行為を禁じている。これは事実

上、先行行為が重大であるときは挑発者に死ぬことを命じているとも理解可能であり、極めて厳しい判決である。しかし、意図的に退避不可能な状況を作り出したのであれば格別、そうでない場合にまで死亡のリスクを負わせることは妥当であろうか。もちろん、挑発の程度が重大であればあるほど課される退避義務の程度が大きくなるということは理解できる。しかし、法秩序が挑発者に対し死を要求するのは、いきすぎであろう。挑発されたからと言って侵害を加えてよいという道理はない。この点を考慮すれば、退避可能性がない場合には、正当防衛権は復活すると考えるべきであろう。

⑩ BGH, Urt. v. 22. 11. 2000—3 StR 331/00, NStZ 2001, 143

【事実の概要】

被告人 G は過去の喧嘩により左足を負傷し、長期入院を余儀なくされたが、それを M のせいだと思っていた。G は M に自分と同様の怪我をさせて復讐しようと思い、被告人 S と同 C と共に復讐の計画を練ったが、C が、M は危険な人物であることを指摘したので、G は散弾銃を入手しておいた。事件当日、C は違法な煙草の取引という口実で M を森のはずれにおびき出した。C は散弾銃をジャケットの内側に隠し持っており、M は警棒を携行していた。C と M が集合地点に赴き、M が商品の場所を尋ねると、そのすぐ後ろに立っていた C は、M に暴行を加えてからひざを撃とうとしたが、M は警棒で C を激しく殴りつけ、後頭部を殴打された C は頭から出血した。C は完全に驚愕して仰向けに倒れた。その後すぐ M が「殺してやる」旨叫びながら走り寄ってきたので、C は殺されると思い、ジャケットから散弾銃を取り出し、30センチメートルの距離から M の胸を撃ち、M は出血多量により死亡した。

Kiel 地方裁判所は、C は正当防衛状況の発生を誘発したため、銃の使用による殺人は正当防衛では正当化されないが、狼狽、驚愕及び死の恐怖に陥った状態で発砲したのであるから、ドイツ刑法33条の過剰防衛が成立するとした。しかし同時に、C の M に対する侵害が傷害致死のきっかけであり、因果関係の起点となっているのであるから、傷害致死罪（ドイツ刑法227条）が成立し、C は故意にこの状況をもたらしたのであるから、過剰防衛は成立しないとした。連邦通常裁判所は、C の発砲行為は「現在の違法な侵害を防衛するのに適当な行為であった」として正当防衛の成立を肯定したが、同時に過失致死罪の成立を肯定した。

【判旨】

連邦通常裁判所はまず、地方裁判所の事実認定は、Cが意図的挑発でMを害する計画に基づいて行動しようとしていたことを明らかにしておらず、Cが銃を撃てるようにするために、故意に正当防衛状況の中で行為しようとしたという事実も認定されていないため、「ここで正当防衛を認めることは意図的挑発の原理と対立するものではない」と述べた。また、Cの先行行為によって正当防衛の成立が否定されるのではないかという点についても、正当防衛状況が発生したのはCの先行行為の時点ではなく、Mが「殺してやる」と叫びながらCに走り寄ってきた時点であるから、先行行為を理由として正当防衛の成立が否定されることもないと判示した。そして、過失によって侵害を誘発した行為者は、侵害を予期していなかったとしても正当防衛権を用いて即座に生命に危険な手段を用いてはならないという一般論を展開し、連邦通常裁判所が原因において違法な行為の理論を採用していないことも再確認した。しかしながら、連邦通常裁判所は以下のように判示し、過失致死罪の成立を肯定している。

「しかし、より寛大な防衛手段を用いることができないために、被害者の正当防衛行為が、正当防衛において行為する者に対する、場合によっては致死的な侵害を回避するための唯一の手段であるときは、正当防衛権の制限に関する原則は適用されない。事実認定によれば、被告人はより寛大な防衛手段、あるいはより被害の少ない代替的行為の選択肢を有していなかった。」

「事実認定によれば、被告人らは過失致死によっても¹⁶可罰的に行為していた。被告人らは自分たちに責任がある形で過失によりMの死を惹起したのである。」(中略)「死をもたらし射撃が正当防衛において行われたということが、過失致死による処罰を阻害するわけではない。確かに、適切に用いられた防衛手段に内在する危険は、過失非難を基礎づけるものではない。なぜなら、同一の行為が適法であると同時に違法でもあるということにはなり得ないからである。しかし、過失非難について、この行為の前に存在する違法な行為を考慮しなければならないときは、別のことが妥当する。違法な先行行為によって、死

¹⁶ CがMを撃とうとして、後ろから殴打しようとした行為については危険傷害未遂罪が成立するとされ、G及びSは共同正犯と判断されており、その上で過失致死罪が検討されている。橋爪・前掲注(1)209頁(注194)は、「これが正当防衛でカバーされないことは当然である」としている。

亡結果を伴う暴力的な闘争の危険を引き起こした者は、死をもたらす射撃を正当防衛において行ったとしても、過失致死罪によって処罰され得る。本件ではそのような危険が存在していた。なぜなら、被告人らの犯行計画によれば、違法な煙草の売買と称して M を人気のない場所へと誘い、散弾銃で M を撃って重傷を負わせようとしていたからである。」

【検討】

本判決では、原因において違法な行為の理論を明示的に否定する一方で、M に対する発砲を正当防衛と認めつつ、同一の行為を過失致死罪と判断しているが、事実認定のどの部分に「過失」と見るべき事実があるかは判然としない。煙草の売買にかこつけて M を現場に誘い出した行為が挙げられているが、これを過失と見るのはいささか技巧的であろう。また、過失致死罪で行為者を処罰することが可能となるためには、あくまで実行行為が過失によって行われなければならないが、より寛大な手段が存在していなかったと言う以上は、発砲行為自体に過失はなかったと考えるべきであろう。連邦通常裁判所は、「同一の行為が適法であると同時に違法でもあるということにはなり得ない」と述べているが、本件では正当防衛（適法）と過失致死罪（違法）が同一の発砲行為に組み込まれている。違法な先行行為が存在するときはこの限りでないと言うのであれば、その根拠が明らかとされる必要があろう¹⁷。

① BGH, Urt. v. 7. 3. 2002—3 StR 490/01, NStZ 2002, 425

【事実の概要】

相当程度酔っていた被告人は、２人の女友達と共に居酒屋を訪れたが、被告人が酔っている姿を見た従業員 J が被告人にビールを提供することを拒んだため、被告人は J に灰皿を投げつけたが、その後 J に頭突きをされて顔面を殴られ、被告人は鼻から出血し、唇にも傷ができた。被告人の友人 D がこれに割って入り、同 C の家に連れて行ったが、被告人は再び居酒屋へと赴いた。その際、再び J と口論になることを予期し、効果的な防御ができるようにとナイフを持って行った。

居酒屋はその間に店じまいしていたが、中では祝宴が開かれていた。被告人がドアを叩いて J を出すように求めると、店の女主人 W が対応した。闘争に

¹⁷ 橋爪・前掲注（１）210頁。

発展するのを恐れた W は被告人の要求を拒否してドアを閉めようとしたが奏功せず、被告人はドアから W を引き離した。その時被害者 S が被告人に突進し、顔を 2 回殴打した。被告人はドアのところで倒れ、起き上がると再び S に突進されて、歩道上でまた倒れた。再度立ち上がった時、S は被告人のすぐそばに立っており、被告人はさらに暴行されるのを恐れ、持っていたナイフで、事前に警告したりナイフを示して威嚇することなく S に 2 回切りつけ、生命に危険な傷害を与えた。

【判旨】

「被被害者がその状況を（共同して）引き起こしたという状況のみからは、責任なく正当防衛状況に陥った者と比べて、侵害を防衛するに当たり、彼がどの程度抑制的にならなければならないかを導き出すことはできない。このことはむしろ、個別の事件の具体的な状況に依存するものである。一方で、被被害者による正当防衛状況の惹起の違法性あるいは非難可能性が重大であればあるほど、被被害者には防衛に際して抑制的になることを要求し得る。他方で、侵害によって差し迫った害悪が重大であればあるほど、正当防衛権の制限は小さくなる。」

【検討】

先に見た⑩事件を踏まえて見てみると、本件の枠組みは、⑩事件よりもやや緩和されているように思われる。というのは、ここでは侵害の重大性が正当防衛権の制限を緩める方向で考慮されているからである。しかし、挑発行為の重大性が退避義務の程度を高めるとも——当然ながら——指摘されていることから、⑩事件を本件の枠組みに当てはめたときに結論が異なってくるかどうかは、なお明らかにならないであろう。

（３）社会倫理違反行為が問題となった場合

次に検討するのは、先行行為が社会倫理に違反すると思われる場合である。ただし、どのような行為が社会倫理に違反し、あるいは違反しないかは、当該行為を見る者によって異なる場合があるのはもちろんである。

⑫ BGH, Urt. v. 21. 3. 1996—5 StR 432/95, BGHSt 42, 97

【事実の概要】

被告人は列車の 1 等車に乗車していたが、2 等車の乗車券しか持っていない

かった被害者が、被告人と同じ車両に乗車してきた。被害者は酔っていて、酒のにおいに不快感を感じた被告人は、被害者を追い出そうとして、車両の窓を開けたところ、寒がった被害者がこれを閉めたため、被告人はまた窓を開け、被害者もまた窓を閉めるということが繰り返された。しかし、被告人が3回目に窓を開けたとき、被害者が「あと1度開けたら殴ってやる」と言って被告人を脅迫した。それでも構わずに被告人が窓を開けたため、被害者は立ち上がり、両手で被告人の顔面をつかんだため、被告人は携帯していたナイフを取り出して被害者を刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人の先行行為は、当該状況によれば、社会倫理的に非難されるべきもの（sozialethisch zu beanstanden）であった。被告人には何の権利も無かったし、所要時間が残りわずか数分であったことを考慮すれば、同乗者を、冷気を入れることで嫌気がさして車両から出て行くよう仕向けることを是認するに足りる理由は全く存在しない。このような状況では、酔っていた〔被害者〕自身の態度が、被告人が立腹するきっかけになったとしても、繰り返し窓を開けることは〔被害者〕にとっては無礼であり、そのような無礼は、その重大性に照らし、重大な侮辱である。…『法律上は非難可能』な事前の態度というものは、この事前の態度がその重要性に照らして重大な侮辱に当たる場合にも認められる。挑発者の防衛にどの程度の制限が要求されるべきであるかは、状況によるのである。」

【検討】

本件では、繰り返し窓を開けるという行為が自招行為であり、これは被害者に対する重大な侮辱である、と判示されている。ところで、犯情があまり重くない故殺の事案について定めているドイツ刑法213条には、「被殺者が、故殺者若しくは親族に対して、虐待若しくは重大な侮辱を加えたことから、故殺者が、その落ち度ではなく、怒りに掻き立てられ、それによりその場で行為を行ったとき、又は、その他犯情があまり重くない事案であるときは、刑は1年以上10年以下の自由刑とする。」と規定されており¹⁸、連邦通常裁判所は、本件自招行為がこの「重大な侮辱」に該当すると考えることで、社会倫理違反行為という概念を具体化させようとしたのであると考えられよう。すなわち、刑法典に明

¹⁸ 翻訳は法務資料461号（2009年）に依拠している。

文で記述されている文言を引用することで、社会倫理違反行為というものは、違法行為ではないが、いわば「違法行為と同じ」であるということを示そうとしたものと思われるのである。

この判決に対しては、学説からの批判が強い。すなわち、社会倫理違反行為というだけでは、依然として正当防衛権を制限する端緒とはなり得ない、とされているのである¹⁹。しかし、次の事件で見るように、判例は明文で学説の主張を退けており、理論と実務の間には深い溝ができていのである。

⑬ BGH, Urt. v. 2. 11. 2005—2 StR 237/05, NStZ 2006, 332²⁰

【事実の概要】

被告人は予告せずに以前交際していた M を訪れたが、M は新恋人の K と外出していて不在だったため、M と同居していた F が被告人を家に入れ、被告人は F に M をすぐ呼び出すよう求めたので、F は M に電話をかけた。その後 M が戻ってきて被告人と話し合ったが、被告人は K を呼ぶよう求めた。K がやってくると、K はなぜここに来たのかの説明を被告人に求め、M と K は被告人に対して穏やかな口調で、この家から去るよう求めた。しかし被告人はこれに応じなかったため、M と K との間で怒鳴り合いになった。K は警棒を引っ張り出して被告人を威嚇し、次いで被告人に平手打ちを食らわせて、M を連れて外出した。屈辱を感じた被告人は、キッチンからナイフを取り出してズボンのバンドに隠し、M と K のあとを追って近づいたため、K は被告人に向き直ると警棒を持って被告人のところに走っていった。そこで口論が起き、K は警棒で被告人の背中を殴りつけたが、特段の負傷はなかった。被告人はナイフを取り出すと、事前に警告することなく K の鎖骨の下の右胸を強く刺して殺害した。

【判旨】

¹⁹ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006, § 15 Rn. 73; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2014, § 18 Rn. 76. ただし、Kindhäuser は、社会倫理違反行為で十分とする見解を通説とし、一部の学説が違法性まで要求していると説明している。Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2013, § 16 Rn. 49.

²⁰ 本件の評釈として、Claus Roxin, StV 2006, 235.

「当刑事部は、——これまでの連邦通常裁判所の判例と明らかに一致する限り——いわゆる意図的挑発の場合でなくとも、侵害を直接的に惹起する、被侵害者の挑発行為が違法であるときに限り正当防衛が制限されるという、学説において支持されている見解には与しない。むしろ、どのような場合でも、直接的な行為状況に先行する被侵害者の行為に時間的場所的な連関があり、少なくとも社会倫理的に非難すべきとみなされ、場合によっては正当防衛を手段として防衛すべき侵害を挑発するのに適当であると行為者が認識している限り、そのようなものであっても、正当防衛の成否の判断において取り入れるべきである。」

ここからは、挑発と侵害との相当因果関係が問題となった事案について検討する。

⑭ BGH, Urt. v. 25. 11. 1980—1 StR 563/80, NStZ 1981, 138

【事実の概要】

被告人は、同居していたHの妻と不倫関係にあり、関係は、外国にいた被告人の妻が連邦共和国にやってくるまで続いたが、今度はHの息子の妻にしつこく迫るようになった。同女が夫M（Hの息子）にそのことを知らせると、Mは被告人に対して数日働けなくなるほどの暴行を加え、被告人は住居を引き払った。

しかし、その1年後、被告人が工場勤務から帰る際、門の前でH、Hの妻、息子のM及びZが待ち構えており、H夫妻が罵声を浴びせてきたため、被告人はナイフを取り出してHらに向け、自分の邪魔をしないよう叫び、すぐに家路につこうとした。しかしMとHが被告人を追いかけてきたので、暴力沙汰を恐れた被告人は再びナイフを取り出して構えて警告したが、Mは被告人の顔を拳や平手打ちで殴打してきた。さらにHもMの後ろでナイフを持って立っていたため、被告人は身を守るためにMの上半身をナイフで刺し、死亡させた。

【判旨】

「ナイフを持ったHとその息子Mが被告人のところにやってきて、Mが被告人の顔面を殴打したとき、被告人は違法に侵害を受けていた。この侵害を被告人が惹起し、あるいは共同で惹起したわけではない。工場前での闘争は、H及

びHの妻によって引き起こされ、言葉のみで行われ、双方の罵り合いの後、被告人が立ち去ったことで終了したものである。闘争の原因、経過、及び結果に徴すれば、被告人への侵害は、被告人の行為の妥当かつ予見可能な結果ではなかった。被告人がMの妻に迫ったのはかなり過去のものだったので、それは正当防衛状況の有責招致としては、時間が経過してしまっており、すでに問題とはならない。従って、被告人の正当防衛権は制限されていなかったのである。」

⑮ BGH, Urt. v. 12. 2. 2003—1 StR 403/02, BGHSt 48, 207

【事実の概要】

被告人、M、及びGが車内で話していると、被害者の弟BがMを口説こうとしたが拒否されたため、Bは車のドアを激しく叩いた。被告人はBに挑発されたと感じ、車外に出てBを殴打したが、その後Bと被害者、そしてあと1人が加わり、被告人の身体や頭に激しい暴行を加えた。被告人は車内に戻ろうとしたが、被害者がウォッカの瓶を持って殴りつけてきたため、退避できなかった。被告人はGからバタフライナイフを受け取ると、なおも殴りつけてきた被害者を刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人の正当防衛権は制限されていなかった。当刑事部は、Bに対して行われた被告人の殴打が挑発行為であったかどうかについて明らかにする。どのような場合でも、そのような挑発は、挑発と最終的な侵害までの間を止める多くの暴力的な事件経過に直面し、事件経過においては、被告人は何度も暴行を受け、被告人が挑発したわけではない被害者及びBから新たに侵害を受けたのであるから、致死的な刺突を行った時点では、挑発行為はもはや効果を表していなかったのである。」

【⑭、⑮事件の検討】

⑭事件で問題となっている行為は、工場前での口論と、1年前にMの妻に迫った行為である。口論については被告人が惹起したわけではないとされているが、それを裏付ける形で1年前の行為について触れられている。1年前の行為が有責招致行為とされなかったことについては、時間的接着性がないという点が根拠とされており、同行為が社会倫理違反かどうかについては触れられて

いないが、社会倫理違反でないのであれば、時間的接着性が問題となることもなかったであろう。1年前の行為がなければ侵害がなかったことは確かであったかもしれないが、時間的接着性という要件がなくても正当防衛権を制限することになると、過去のトラブルを気にしながら即時に防衛行為の可否を判断しなければならなくなり、防衛行為者への負担が大きくなり、妥当でなからう。

⑮事件で侵害を招く契機となった先行行為（Bへの殴打）は、時間的には接着していると言えるが、侵害者を挑発したわけではなかったことや、多数回に渡って暴行を受けたことが指摘され、正当防衛権が認められている。連邦通常裁判所は明言していないが、挑発と侵害の流れを止めるほどの侵害があったとされていることから、侵害は挑発行為の妥当かつ予見可能な帰結ではないと判断したものと考えられよう。

（4）違法行為、社会倫理違反行為に該当しない行為

ところで、正当防衛権を制限しない先行行為と評価されるためには、必ずしも積極的な価値が認められる必要はなく、禁止されている行為でなければ、連邦通常裁判所は正当防衛権を認めてきた。

⑯ BGH, Urt. v. 12. 1. 1978—4 StR 620/77, BGHSt 27, 336²¹

【事実の概要】

被告人は被害者から600マルクの借金をしていたが、これを期日に返済せず、第三者に任せため、被害者から顔面を拳で殴られ、襟をつかんで駐車してあった自動車に押さえつけられ、額を屋根に複数回ぶつけさせられた。被告人は、被害者のズボンのベルトにナイフが差さっているのを見て、それを奪い、3回ほど被害者を刺して死亡させた。

【判旨】

「…被告人は暴力的な闘争につき、『完全に有責でなかったわけではない』という理由で、被告人の防衛行為が最初から制限されていた、という上告の見解も、誤りである。被告人が被害者に600マルクの貸付金を期限通りに返済せず、第三者のところへ行くよう指示したことは、有責的な挑発という意味で非難すべき行為ではない。挑発というのはむしろ、個別の事案の全体的事情を合理的

²¹ 本件の評釈として、Diethelm Kienapfel, JR 1979, 72.

に評価して、後に生じた侵害が、被害者の義務違反の相当かつ予見可能な帰結と言えるような先行行為である。

金銭債務者が債権者に対して期限を守らず、その間に債権者と不和になり、結局、返済については第三者を立て、この第三者を返済の手段に用いようとしたとき、金銭債務者は——刑法的に見れば——なお社会的な慣例の範囲内にとどまっている。債権者が、そのような社会倫理的に非難されない行為を契機として債務者に対する暴行に及んだときは、債務者の正当防衛県は、債務者がすべての原因となった者であるというような理由で制限されることはない。というのは、違法な侵害——本件で生じたような——を予期せず、従って状況进行操作しておらず、状況の展開に驚愕している者は、保護を必要とするからである。」

【検討】

本件で先行行為と目されているのは借金返済の遅延と、返済を第三者に任せた行為であり、連邦通常裁判所が「いまだ『社会的慣例』の範囲内にとどまる」という文言を用いていることから分かるように、少なくとも積極的な合法評価は与えられていない。また、当該行為と侵害の相当因果関係も否定されており、仮に社会倫理違反行為との評価がなされたとしても、結論は変わっていないと考えられる。

このほかにも、拳銃を所持した被害者が家に接近したという状況下で、ナイフを持って扉を開けた行為を「法的に妥当、あるいは許された行為」であり、侵害の可能性を認識していただければ正当防衛権は制限されないとした事例(BGH, Beschl. v. 6. 11. 1992—2 StR 480/92, NStZ 1993, 332)があるが、日本においても最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁(本稿第2章⑨事件)がこれと類似の判断枠組みを示していると言えよう²²。

正当な行為が問題となった事案としては、夫が勝手に貯金を持ち出すことを防止しようとして引き出しに鍵をかけたため、激高した夫に殴打された事例(BGH, Urt. v. 11. 1. 1984—2 StR 541/83, NJW 1984, 986)、過去にバイクを盗まれたことがあったため、自宅の前で集まっていた少年ら4名を監視していた

²² 同事件では、現場に赴く行為の法的性質については言及されていないが、「その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」と判示されている。

ところ、それに気づいた少年らから侵害を受けた事例（BGH, Urt. v. 19. 03. 1986—2 StR 38/86, NStZ 1986, 357）、畑で作物を荒らしている被害者を咎めたところ、被害者から襲われたため、威嚇射撃をしたところ、激高した被害者がさらなる侵害を加えてきた事例（BGH, Beschl. v. 21. 6. 1989—3 StR 203/89, NStZ 1989, 474）、恐喝行為者を自宅に招き入れ、その後自宅内でも恐喝行為等が行われたため同人を殺害した事例（BGH, Urt. v. 12. 2. 2003—1 StR 403/02, BGHSt 48, 207）などがあるが、連邦通常裁判所はいずれについても、正当な行為が理由となって正当防衛が制限されることはないと評価し、正当防衛権を肯定している。

（５）近時の事例

最後に、近年に出された事例を紹介する。以下の事例は新たな判例理論を打ち出しているわけではないが、それぞれの事例において、被告人の先行行為が正当防衛権を制限する挑発行為とみなしてよいかどうかにつき、必ずしも一致した結論が出てくるとは限らないように思われる。検討は各事例を紹介した後にとまとめる。

⑰ BGH, Beschl. v. 3. 6. 2009—2 StR 163/09, HRRS 2009 Nr. 584²³

【事実の概要】

被告人 A 及び被害者 B は共同住宅の隣人同士であったが、ある夜、酔って怒りっぽくなっていた B は、体格で劣っていた A と階段で遭遇し、理由もなく拳で A の上腕を殴りつけた。A は闘争になることを回避してその場から立ち去ったが、B は A を追いかけてきたので、A は B を激しく罵倒し、B がこれ以上自分を邪魔しないよう、折り畳みナイフを用いて B を威嚇した。しかし B は A の上腕にまた襲いかかったので、A は B をナイフで刺し、重傷を負わせた。Frankfurt 地方裁判所は、被告人を危険な傷害の罪（ドイツ刑法224条1項）で有罪とした。

【判旨】

「被告人の正当防衛権は、被告人が家の前で被害者を罵倒し、それによって（新

²³ 本件及び⑱事件を分析するものとして、Mustafa Temmuz Oğlacioğlu, HRRS 2010, Heft 2, S. 106.

たな) 侵害に寄与したという理由であっても制限を受けない。被害者は身体的に劣っていた被告人を、すでに玄関で理由もなく侵害し、激しい痛みを与えていた。その侵害は目撃者 K の介入によって止められた。被告人はさらなる闘争を回避しようとしたため、K の勧めに従って家から立ち去った。被告人は家の前での口論の際に被害者を罵り、そこで初めてナイフを見せたが、その後被告人は目撃者の呼び声を聞いてナイフを再びしまい、M 街道へと進んでいったので、周囲の人々の目から見れば、状況は沈静化していた。被害者は被告人の後を追ひ、新たに被告人を突いた。被害者もさほど強く酔っていなかったので、そこから被告人の正当防衛権が制限されることにはならなかったであろう。」

⑮ BGH, Beschl. v. 25. 6. 2009—5 StR 141/09, NStZ 2009, 626²⁴

【事実の概要】

被告人は、自らの所有する大規模庭園で植物栽培や養蜂を手掛けていたが、温室では大麻を栽培し、養蜂で蜜蜂を鎮静化させることなどに用いていた。それが原因かは明らかにされていないが、被告人の温室は、2007年秋までに多数に渡り窃盗被害を受けており、E、M および Me も窃盗を行ったことがあった。

2007年10月16日午前、E は再び窃盗に入ったが、被告人に胡椒スプレーで撃退された。その際 E は現場近くに停めておいた自動車を残していったため、被告人はこの自動車を茂みに隠した。

E は M および Me に相談し、自動車の奪還、大麻の奪取及び被告人に殴打を食らわせることを決心し、M は自動車の奪還を準備して自己の自動車を現場近くに止め、E は敷地外で待機し、Me が被告人の土地へと入り、自動車と被告人を探した。すると、Me はナイフ (15センチ、刃渡り5.5センチ) を右手につかんでいる被告人と遭遇し、格闘が始まった。Me はボクシングの「クリンチ」と呼ばれる技で被告人を前からはさみつけ、被告人の息を止めさせたが、被告人はナイフを Me の左わき腹や下あごなどに激しく刺し、傷害を負わせた。

Leipzig 地方裁判所は、被告人はクリンチ (Umklammerung) から身を守り、自らの財産及び住居権を防衛したが、被告人は E の自動車を隠匿したことを含む挑発によって正当防衛状況の成立に寄与したものであるから、ナイフの激

²⁴ 本件の評釈として、Brend Hecker, JuS 2010, 172.

しい使用は、被告人の制限された正当防衛権の範囲には属していないと判示したが、連邦通常裁判所は被告人に無罪を宣告した。

【判旨】

「自動車の隠匿が、そもそも身体の完全性に対する攻撃に関する被告人の正当防衛権の制限を導くかどうかはすでに疑わしい。いずれにせよ、Me の侵害はそれとは関連がない。侵害は、E を追い払ったという理由で被告人を殴打するという、自ら及び友人らの決意に起因するものである。よって、被告人の正当防衛権は制限されていなかったのである。」

①9 BGH, Beschl. v. 4. 8. 2010—2 StR 118/10, NStZ 2011, 82

【事実の概要】

被告人の16歳の息子Mと同年代のAとの間では何回も紛争が生じていたが、ついにAは、自分の兄Hを介入させると言って脅してきた。警察から「要注意人物」と称されていたHは、特に彼の暴力性を理由として悪評高かった。Hは、Mとはすでに数回けんかを引き起こしており、Mに一度平手打ちを食らわせていた。

2008年3月22日の夜、AはMを呼び、Hの名において、今すぐ現場に来るよう要求した。Mはこれを殺害予告だと理解し、そのことを被告人に知らせた。MはHを恐れていたため、Mは被告人に、その場所に自分に同行してほしいと頼んだ。息子から、Hが暴力的で怒りやすいと聞かされていた被告人は、Hに譲歩を与えるためにMに同行することを決めたが、うまく行かなかったら身体的な抗争もあり得ると思っていた。

現場に近づき、被告人は中でHが待っているレストランの門番に対しても怒りながら、Hを外へ出すよう要求したところ、Hが重いこん棒を持って現れ、少なくとも8人の付き添いが現れ、被告人をすぐに取り囲んだ。激しい口論が短時間あった後で、Hはこん棒で被告人の左腕を激しく打ち付けた。Hが2回目を身構え、上半身もしくは頭を狙ったので、被告人はバタフライナイフを持ってHに接近し、左腕で打撃を防ぎ、同時に右からHに回り込み、後ろからHの上半身を刺した。両者は倒れ、Hは被告人の首にさらにつかみかかった。被告人はさらに攻撃を食らわせたが、著しい傷は与えなかった。Hの上半身への刺し傷は肺に命中し、生命の危険が切迫していた。

Köln 地方裁判所はバタフライナイフの使用を伴う過失傷害により、執行猶

予つきで2年の自由刑を被告人に言い渡した。

【判旨】

「地方裁判所の事実認定は、被告人が違法な、あるいはそれ以外の社会倫理的に非難すべき方法で、有責的に正当防衛状況を招致したということを裏付けていない。」「被告人は16歳の自分の息子に同行したのであり、その息子は、当裁判所が認定したように、暴力的で怒りやすいことで知られており、警察から要注意人物と称されていた年上の少年から喧嘩を要請されていた。Hはすでに以前に息子との争いを求めたことがあったため、Hは理由なくMに怒りを抱いていた。このような背景で、被告人は、Hが再び自分の息子に会って問い詰めるかどうかを成り行きに任せる必要はない。そのような被告人の行動も、社会倫理的に非難すべきで有責的な挑発とは評価され得ない。被告人が門番に対して激昂した口調でHを出すよう要求したという事情のみでは、これについて何のきっかけも与えていない。前もって被告人の息子に暴行を予告したHの弟達については特にそうである。被告人は息子とその友人らに同行したという事情を考慮すれば、被告人の行動を有責的な挑発と評価すべきでない。なぜなら、少年たちは被告人から離れて立っており、——被告人と同様に——少なくとも武器を隠し持っていたからである。」「被告人の行為は一定の限度で注意命令及び経験則（Lebensklugheit）と矛盾するかもしれない。しかし、正当防衛権の制限をもたらすような、違法な侵害の有責的な挑発は、過失非難を根拠づける義務違反と全く同様に、ほとんど見られない。」

⑳ BGH. Beschl. v. 10. 11. 2010—2 StR 483/10, NStZ-RR 2011, 75.

【事実の概要】

25歳の被告人は2009年11月15日深夜1時、飲食店の前に立っている17～19歳の証人A、Y及びTに遭遇して口論となり、酔った勢いで次第に攻撃的になっていった。証人の1人の申し出により、被告人は決闘を受けて立つことにし、その相手には17歳のAを選んだ。地面に伏した両決闘者は立ち上がると、次の瞬間、残り2人の証人のうちの一人が被告人の背中を蹴りつけ、被告人は地面に倒れた。被告人は再び立ち上がると、Y及びTはベルトを抜き取り、それを見た被告人も同じくベルトを抜き取った。それに続く殴り合いの中で、被告人は多数の外傷を負ったが、相手方は無傷のままだった。被告人はいちだんと苦境に陥り、相手方が自分に近づいてきて自分を殴り倒すだろうという危

惧を抱いた。Y 及び T がさらにベルトで被告人を打ち付けたとき、被告人は気づかれずにポケットから取り出したナイフで、左から近づいてきた T から身を守るために、力を込めて T の胸を刺して重傷を負わせた。

Aachen 地方裁判所は、「被告人は自ら挑発的に、多数の相手方との口論に関わっていったため、被告人の正当防衛権は制限される。決闘前からすでに被告人は、決闘が打ち切られることはないだろうと思っていた。にもかかわらず被告人は意図的に退避することなく、口論を求めたのである。このように制限された正当防衛権の範囲の中では、被告人の防衛は過度のものであった。被告人は2人しか相手にしていなかったのであるから、ベルトを持った侵害者と距離を取るか、ナイフをはっきりと見せつけば十分だったであろう。退避することさえ可能であった。」として、正当防衛の成立を否定した。

【判旨】

「地方裁判所の実事認定は、被告人が違法な、あるいはそれ以外の社会倫理的に非難すべき方法で、有責的に正当防衛状況を招致したということを裏付けていない。」「被告人は——彼が相手方の提案によって決闘が始まってからは誰が見ても明らかに孤立し、再び立ち上がった後は——闘争の進展に対して、口頭でも身体的にも寄与しておらず、従って、被告人に対する後の侵害を挑発していない。被告人は侵害によって明らかに驚愕させられていた。孤立した決闘を行う前の被告人の行為も、被告人に不利になるようには援用され得ない。被告人が3人の証人らと互いに侮辱しあう口論を招き、証人の1人との決闘に巻き込まれたという状況のみでは、被告人に対する後の侵害を有責的に挑発したということを根拠づけることはできない。確かに、闘争は被告人が3人の証人の態度や言葉に誤って関わってしまったことに起因している。しかし、被告人が意図的に (gezielt) そのような闘争を望んでいた、特別に挑発していたであろうというための根拠は、これまでに見当たっていない。」

② BGH. Urt. v. 25. 3. 2014—1 StR 630/13, NStZ 2014, 451.

【事実の概要】

被告人 A (20歳) とその従弟 C (15歳) 及び両者の家族は2012年のクリスマスに A 宅で共に過ごし、A は父親から折り畳み式ナイフをプレゼントされた。クリスマス休暇の初日は、A と C は正午までソファで寝ており、18時頃に、A の友人 M が A 宅を訪れたので、A は M にナイフを見せるなどし、少々の

やり取りの後、ナイフは開かれたままソファの上に置かれた。

その後 A はソファに座ってテレビゲームをしており、C と M はそれを眺めていたが、ある時 A と C の間で罵り合いが発生し、C が A を「まぬけ」(strunzdumm) 呼ばわりしたため、A は右手で C の右肩を何度も殴りつけた。C はやめるよう要求し、自らを被害者と称したが、A は C を「障害者」(Krüppel) とか「愚か者」(Spasti) と罵倒した。A は新たに C の肩を殴りつけようと思いそっぽを向いたが、その際、不意に C の顔面に拳が命中してしまった。C は立ち上がると、ソファで胡坐座りになっていた A の背後に回り込み、左手で A の長い髪をつかみ、右手で A の顔や後頭部を何度も殴りつけ、少なくとも 1 回は右のこめかみにも当たった。A が C にやめるよう言ったときも、A の後ろに上半身を押し付けて立っていた C はなおも攻撃を加えてきた。A は身を守るために、目の前にあったナイフをつかんで、「殺してやる!」と言って C の上半身を刺した。刺し傷は肺に達し、C は大量出血により死亡した。

Nürnberg 地方裁判所は、A を殺人罪により 6 年の少年刑に処した。

【判旨】

「客観的な正当防衛状況において行われた行為は、それが侵害に対して即座の、かつ最終的な防衛をもたらし、具体的状況において被侵害者が用いることのできた最も寛大な手段が問題となっているときは、刑法32条2項に基づいて正当化される。このことが正しいかどうかは、防衛行為時における事実的状況を客観的な事前的観察という観点に立って判断されなければならない。被侵害者が危険のより少ない防衛手段を用いなければならないのは、その防衛効果が現在の状況下では疑わしく、状況を評価する時間が十分にあるときのみである。武器を持っていない侵害者に対しては、その時までにはなお明らかにされていなかったナイフの使用は原則として予告をすべきである。…地方裁判所が、被告人はナイフの使用をまず予告し、あるいは少なくとも、特に C の足のような、被害者のより危険の少ない身体の部位を刺さなければならなかったであろうという点を考慮したのは妥当である。従って被告人には、侵害を防衛するのに有望な寛大な手段を用いることが可能だったのである。」

「社会倫理的に非難すべき先行行為によって侵害を有責的に挑発した者は、侵害を予期していなかったか、全く意図していなかったとしても、無思慮に自らの正当防衛権を行使し、即座に生命を危険に晒す手段を用いることは許されない。むしろ彼は可能な限り侵害から退避しなければならず、生命を危険に晒す

武器を用いた反撃防衛への移行は、保護防衛のあらゆる可能性を利用し尽くした後で初めて許される。すなわち、この可能性が閉ざされた時に限り、彼は適切な、広範囲の防衛権限を有する。——私的な方法であっても——他人の救助を求めることができるならば、そうしなければならない。…本件では、被告人と5歳年下の従弟が互いに罵り合った後で、被告人が最初に身体的な闘争を開始した。被告人に対する暴行は、被告人が自ら事前のCに対する身体的な侵害によって有責的に挑発したものである。従って、被告人が致死的な刺突を行う前に、まず直接事件に居合わせた目撃者Mか、家にいた大人に助けを求めなければならなかったという点に関する地方裁判所の検討は正当である。」

「このような状況に直面すれば、正当防衛による正当化は結果として明らかに除外されるため、地方裁判所が全体事情と被告人のCに対する事前の身体的暴力を指摘して、ここで、そもそも正当防衛状況が存在していたかどうかを未解決にしておいたことは、法的な誤りではない。」

【⑪～⑭事件の検討】

まず⑪事件では、被告人は罵声を浴びせた上に凶器を示していることから、有責招致と評価することも不可能ではない。しかし、本件では被害者が先に執拗な暴行を加えており、しかも、被告人は暴行を受けた後もその場から退避しようとしており、被害者が被告人を追いかけてきた時点で初めて先行行為を行っている点で特殊な事例である。連邦通常裁判所は、このような先行行為が侵害を招いたことを認めながらも、それでも正当防衛権は制限されないとしているが、これは、本件先行行為はさらなる干渉を防ぐために許された行為だったと評価したものと考えられよう。威嚇した後すぐにナイフをしまっているという事実も、そのような評価に寄与しているものと思われる。

⑫事件の原審では、自動車の隠匿行為が先行行為とされているが、連邦通常裁判所はそれを容れず、自動車の隠匿は侵害の端緒とは無関係であり、Eが撃退されたことに対する報復こそが核心部分であると判断している。すなわち連邦通常裁判所は、自動車の隠匿の法的性質については何らの判断もしておらず、正当防衛の成否の判断対称から除外している。そして、Eの撃退については非難すべき点はないから、正当防衛権が制限される道理はないということになる。

⑬事件では、Hの性格や事件の経緯が考慮された上で、事例判断として、正当防衛権が認められている。本件では自分の息子に危険が迫っており、息子を

守るために、息子の求めに応じて現場に同行し、話し合いでの解決を模索していたというのであり、日本の事例にも類似の事例を指摘できよう（第2章⑨事件参照）。また、レストランの門番に対する激しい口調も有責招致と言うには十分でないと判断されている。具体的な理由は示されていないが、もともとHらは闘争目的で現場に臨場していたのであり、被告人が穏やかな口調で門番に話しかけたからと言って事実経過が変化したとも考えられないから、連邦通常裁判所の判断に批判すべき点はないであろう。他方で連邦通常裁判所は、被告人の行動が経験則と矛盾する可能性があるとは指摘している。この判旨のみからは、「経験則」がどの点を指し示しているのか明らかでないが、そもそも息子の求めに応じて現場へ赴かず、息子を自宅に留め置いて警察に通報するなどの措置が、経験則上通常の行動として念頭に置かれていたのではないだろうか。

⑩事件は、喧嘩闘争を全体的観察方法によって評価し、被告人は一方的に侵害を受けていたと判断したものである。一連の闘争行為の中で、侵害行為として特定されているのは、ナイフでTを刺す直前に行われた、Y及びTによるベルトの打ち付け行為である。喧嘩闘争自体は被告人や被害者らの口論によってもたらされたものであり、被告人に責任が全くないわけではないが、被告人は闘争開始直後から始終劣勢に立たされており、このような事情に鑑み、闘争状況を惹起した責任は最終的な侵害行為にまでは及ばないと判断し、挑発行為と侵害の間の相当因果関係を否定したものである。両者の相当因果関係が問題となった事例は先にも見たが、喧嘩闘争という特殊な事情においても相当因果関係が否定され得ることを示した点で意義のある判決であると思われる。この判決の趣旨は、日本においてもすでに示されているところである（最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁＝第2章参照）。

そして、⑪事件は、違法な先行行為が問題となった事案であり、正当防衛権を否定した一事例という以上の意味合いを有していないが、本件の地裁判決では、正当防衛状況の有無が検討される前に防衛行為の必要性及び妥当性が検討されており、そのような判断方法を、連邦通常最高裁判所が承認したという点が注目されている。これに対して学説からは、正当防衛状況を先に検討すべきであるとの批判が見られる²⁵。

²⁵ Vgl. Bernd Hecker, JuS 2014, 948.

第3項 検討

ドイツにおける自招防衛の主要な判例は以上の通りであり、これらの集積が、前項の冒頭で例示したような判示となって現れているのである。日本の判例・裁判例の判断枠組みと比較したとき、その異同はどのような点に求められるだろうか。

まず概ね共通しているのは、正当防衛権を制限するための判断基準であろう。日本における判断基準は未だ確立されているとは言えないように思われるが、第2章で検討した最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁（平成20年決定）が、——事例判断ながら——現在の日本の判例の立場と仮定すると、同決定は、①挑発行為と侵害の因果関係、②時間的場所的接着性、③挑発行為の不正性、④挑発と侵害の相対的均衡（侵害が挑発を「大きく超えるものでない」こと）という要素があるときは正当防衛権を制限していると言って差し支えないであろう²⁶。そしてこれらの基準は、ドイツの基準と概ね一致していると言える。すなわち、ドイツでも、①侵害が挑発の妥当かつ予見可能な帰結であること、②時間的場所的接着性、③挑発行為が違法、又は社会倫理違反であることが要求されているのである。社会倫理違反でも正当防衛権が制限されている点は日本と異なるが、その場合には、被侵害者が侵害を予期していたことが指摘されている。日本の下級審裁判例では、被侵害者が侵害を予期していたこと、もしくは通常予期し得たことが判断枠組みに取り入れられており、その限りでは、ドイツの枠組みはむしろ日本の下級審の判断枠組みに類似していると言えよう。さらに、侵害を予期しただけで正当防衛権が制限されることにならない点も、日本と同様である。

他方で、正当防衛権が制限された際の効果については、ドイツの判例は回避可能性・他行為可能性の有無に基づいて正当防衛権を「制限」することを表明しており、この点は日本と異なるように思われる。日本の平成20年決定は正当防衛状況を否定し、その他の主要な裁判例も急迫性を否定し、正当防衛権は「否定」されているのである²⁷。日本の事例でも、他行為可能性に言及するものは存在するが、最高裁レベルで明言したものはない。また、ドイツの判例は、具体

²⁶ もっとも、最高裁は①～④「などの本件事実関係の下においては」と判示しており、事案によってはさらに基準が付加される可能性もある。

²⁷ 橋爪・前掲注（1）211頁。

的事例において被侵害者の正当防衛権が制限されるときに、実際にとった行動を踏まえつつ、「どのような行為に出なければならなかったか」を、日本よりも具体的に検討しているが、これはまさに「制限」と「否定」という判例の態度の相違が、判旨において表面化していると言えよう。

第2節 学説

ここからは、ドイツの学説を検討していく。ドイツで主に主張されているのは原因において違法な行為の理論と権利濫用説である。現在は権利濫用説が通説と目されているが、これらの他にも、過去には多様な見解が主張されてきた。本節では、それらの中でも主要な見解を順次検討する。

第1項 制限否定説

自招防衛において正当防衛の成立を否定する見解に先立って、まずは一切の制限を否定すべきことを主張する、Bockelmann の見解を検討する。

ドイツの通説的見解については序章で示したとおりであるが、論者は、通説の基準が不明確であると批判する。すなわち、通説は自招防衛が問題となる場面類型を意図的挑発と意図なく招いた侵害に区別して論じているが、そもそも意図的か否かという基準は極めて不明確であり、また、侵害が挑発行為の相当な帰結であることを要求する見解に対しても、相当な帰結という概念が不明確であると言うのである²⁸。

論者はまた、正当防衛の成立が否定されるのは自己保全の利益と法確証の利益の双方が否定される場合に限られるという前提の下で、意図的挑発の場合であっても、仮に警察官が現場にいれば被侵害者を保護すべきであるから、被侵害者の法的保護は失われていない。さらに、法秩序は挑発を受けてもこれに応じないことを期待している以上、対抗行為には法確証の利益が認められるため、意図的挑発の場合であっても自己保全の利益と法確証の利益が認められると主張するのである。

論者の通説に対する批判に一定の説得力があることは否定できないように思

²⁸ Vgl. Paul Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 20, 23, 29f.

われる。特に意図的挑発と故意的挑発の区別に際しては、この批判は一層妥当しよう。挑発を招くことを認識した上で挑発行為を行うという故意的挑発類型は、限りなく意図的挑発に近い概念である²⁹。しかし、それが制限否定説の論拠として有効かは疑わしい。すでに指摘されているように、限界づけが不明確であるということは、限界づけを放棄してよいということにはならないのである³⁰。

また、法的保護を言う点についても批判が可能であろう。自招防衛の場合に正当防衛の成立が否定される根拠は数多く主張されているが、それらの根拠の根底にあるのは、「自ら侵害を招いておいて防衛行為を行い、正当防衛を主張することは正義に反する」という法感情的な理解であると思われる。そうであれば、被侵害者自身による防衛行為が許容されるかということと、被侵害者を救助することが許容されるかということは別の問題ということになるはずである。他人防衛が可能であるから自己防衛も常に可能であるということにはならないように思われる³¹。

第2項 原因において違法な行為の理論

第1章でも述べたが、この見解は、実行行為時に違法性阻却事由が存在していたとしても、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する理論である。同理論の歴史は

²⁹ 日本の学説の中にもドイツの議論を取り入れて故意的挑発類型を意図的挑発とは区別して検討するものがあるが、そこで議論されている故意的挑発における「故意」というのは、侵害の誘発に対する故意ではなく、単に故意行為によって（思わず）侵害を誘発した場合であり、ドイツにおける故意的挑発とは微妙にニュアンスが異なっているように思われる。また、日本の判例においても、被侵害者の先行行為が侵害を誘発することは通常予想できるという判示がなされることがあるが、多くの場合では急迫性が否定されているため、故意的挑発の場合にはなお被侵害者の利益が優越するという学説の主張とは異なる結果となっている。

³⁰ 橋爪・前掲注（1）255頁。

³¹ 橋爪・前掲注（1）256頁は、警察官は職務行為として他人の救助が正当化されており、緊急救助として正当化されるわけではないとし、私人の救助者が自招防衛の事情を熟知していたのであれば、当該私人につき緊急救助を否定することは不当ではないと指摘している。

古く、1860年に、v. Buri によって主張されてきたが、本稿では近時の見解のみ検討する³²。

（１）Baumann 及び Weber の見解

まず Baumann は、自招防衛を説明するに際して、以下のように述べている。すなわち、「正当化事由による行為の正当化は、単にその行為自体と関連するのであり、例えば先行行為あるいは後行行為とは関連しない。後行の（正当防衛ではもはや正当化されない）行為が、正当化事由は永遠に続くわけではないということでカバーされないということは、明らかである。詳しく言うと、ここでは、正当化される行為に時間的に先行する行為者の行為が存在するのである。これらの行為も、違法な構成要件を充足するかを調べなければならない。先行行為に違法な構成要件の充足が見られる（正当化事由がこの行為に該当しない）のであれば、この先行行為を理由として処罰され得る。原因において違法な行為の構造は、原因において自由な行為や間接正犯という学説上の理解に類似するものである。行為者は自分自身を適法に（原因において自由な行為の場合は責任なく）行為する道具として利用しているのである。」³³

Baumann の見解は、理論的な可能性を指摘するにとどまるものであり、具体的な適用条件については言及されていない³⁴。この見解を具体化させたのが Weber であり、論者は以下のように述べている。すなわち、「構造的に説得力を有しつつ挑発者の正当化を拒否し得るのは、原因において違法な行為の理論を用いたときのみである。なぜなら、侵害を挑発する先行行為——例えば侮辱——においては、挑発者は正当防衛状況下にあるわけではなく、防衛の意思で行為しているわけでもないからである。しかしながら、原因において自由な行為の理論に類似した法形式を、さらなる事件経過が強制的に展開するのではなく、被挑発者が挑発を受けるかどうか被挑発者の判断に委ねられているような通常の場合に援用することは不成功に終わる。この理論が妥当するのは、例えば酩酊ないし精神疾患によって責任能力がないという理由で、被挑発者が答

³² v. Buri の見解を含め、原因において違法な行為の理論の歴史的展開について詳細に研究するものとして、齊藤・前掲注（１）212頁。

³³ Vgl. Jürgen Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 304.

³⁴ 橋爪・前掲注（１）281頁。

責的に行為していない場合、すなわち、被挑発者が言わば自動的に、侵害を伴って挑発に反応し、従って知らぬ間に不幸に突き進んでいる場合のみである。挑発者がこのことを認識していたのであれば、間接正犯と同様の状況が存在している。」³⁵

このように、Weber は、原因において違法な行為の理論の妥当範囲を相当狭く解していたようである。論者はその理由を、被挑発者の答責可能性に求めているが、これは、挑発を受けたからといって侵害を行ってよいわけではないという考えに基づいているものと思われる。挑発行為が侵害を自動的にもたらすと言えるのであれば、確かに間接正犯類似の状況が存在していると言えよう。しかし、責任能力を欠いていなかったとしても、挑発を受ければほぼ確実に侵害を行うであろうという場合は、十分考えられよう。例えば、凶器を所持している者を挑発した場合や、過去の経験等から挑発を行えば必ず侵害を加えてくることを知っていた場合などである。

（2）Bertel の見解

次に Bertel の見解を紹介する。論者は、「違法な侵害に対して防衛行為を行った者は、侵害を意図的に招致し、あるいはその他の方法で惹起したとしても、正当防衛で行為するものである」と述べている³⁶。その根拠について論者は、「正当防衛に関する権利というのは、被侵害者がそれに値することを証明しなければならない特典ではなく、利益衝突の解消に資するものであって、被侵害者の道徳的な性質とは何の関わりもない。法秩序は、法的安定性のために正当防衛を通じて自己を防衛するのであり、被侵害者が聖人であるか犯罪者であるかは全く重要でないのである」と言うのである³⁷。

ところで、原因において違法な行為の理論に対しては、Roxin が批判を展開しており、論者もこれを引用した上で反論を加えているので、先に Roxin の批判を紹介する。

³⁵ Vgl. Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 308 ff.

³⁶ Vgl. Christian Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 1972, S. 13.

³⁷ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 13.

Roxin は、大要以下のように述べている。すなわち、挑発行為それ自体は通常被挑発者の生命や身体を危殆化するものではなく、禁止されていないか、少なくとも生命や身体に危険だからという理由で禁止されてはいない。それにもかかわらず、挑発行為が侵害者を害したことに對する挑発者の処罰をもたらすときは、侵害と、それによって侵害者が害されたことについて因果関係があるということからしか、挑発行為の特殊な違法性を導き出すことができない。しかし、侵害者を害することと因果関係があるのは被侵害者による防衛行為のみであり、これは正当防衛によって正当化されることになる。しかし、なぜ意図や故意的招致が、禁止されていない行為を違法にするのであろうか³⁸。また、適法に行為する道具を利用した間接正犯も妥当ではない。道具とされる者の行為は多種多様であり、その主観や客観に對する、法秩序による判断は、状況によってさまざまである。すなわち、客観的には道具の行為は違法なままなのである。それに対して、挑発者はなぜ自分が正当防衛状況に陥ったかをあまりにもよく認識しているのであり、被侵害者の防衛行為は主観的にも客観的にも正当であるにもかかわらず、完全な犯罪が基礎づけられるのである³⁹。

これに對して論者は、Roxin は、「挑発者が違法な侵害を挑発し、反撃を加えるという行為の社会的意味はまったくもって多種多様であるということを見落としている」と反論し、法秩序によって好ましい方法で利益衝突を解消することと、挑発者の防衛行為によって利益衝突が解消されるという点では同じであるが、そのような利益衝突をそもそも最初に創出することは本質的に異なると主張し⁴⁰、原因において違法な行為の理論は、法秩序が自らを守るために侵害者の法益を犠牲にしなければならない状況を挑発者が創出したことを非難するものである、と説明している⁴¹。その上で論者は一般論として、故意又は過失により構成要件の結果を惹起した者が処罰されるのは、行為が社会的に妥当でなく、必要な注意を怠った場合のみであり、これが原因において違法な行為

³⁸ Vgl. Claus Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 1963, 546ff; Ulfrid Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 151.

³⁹ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 549ff.

⁴⁰ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 15.

⁴¹ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 16.

の理論にも妥当するとする⁴²。すなわち、「違法な侵害に身をさらした者は、違法な侵害を発生させた行為が、当時においてそのような侵害を危惧させ、まさにそのような危険があるので社会的に妥当でない場合にのみ、正当防衛において侵害者に与えた損害に対して責任を負う」と言うのである⁴³。

このように、論者によれば、原因において違法な行為の理論の適用範囲は社会的妥当性という限定に付されることになる。これについて論者は、挑発行為が権利行為である場合、法的に中立な行為である場合、及び違法行為の場合にそれぞれ場合分けを行い、個別に検討を加えている。

① 義務行為、権利行為が問題となる場合

まず挑発行為が義務を履行する行為である場合は、相手方を挑発することになったとしても処罰されることはないが、「自己の義務を履行して違法な侵害を惹起した者が、正当防衛における侵害者に対する加害の責任を確実に問われないのは、その者が自己の義務を社会的に一般かつ妥当な方法で履行したときのみである」と言うように⁴⁴、社会的妥当性による制限が設けられている。また、権利行為の場合も同様に、ある行為がドイツ民法226条のように権利濫用と評価できるときは、「行為者は実際には権利行使をしているのではなく、そのような権利濫用が違法な侵害を惹起し、挑発者が正当防衛で侵害者を害したときは、事情によっては処罰され得る」と説明されている⁴⁵。

② 法的に中立な行為が問題となる場合

⁴² 大量の金銭を運搬している者は強盗に遭う可能性を容易に予見できるが、だからと言って強盗に対する防衛行為を挑発行為と見なして処罰しようとは誰も考えない。侵害を誘発する可能性のあるあらゆる行為を一般的・包括的に禁止すれば社会生活が著しく困難になる、と説明されている。Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 17, 26.

⁴³ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 18.

⁴⁴ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 28. そこでは、金銭債務を負っている者が、返済を長引かせたうえ金銭を投げつけて返還するような行為が例として挙げられている。また、租税法に基づく差し押さえを行う公務員も、義務者の感情を害さないように職務を執行しなければならないとされている。

⁴⁵ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 29.

次に、日常生活上行われているような、法的に中立な行為が侵害を誘発した場合はどのように処理されるかが問題とされている⁴⁶。ここでは、他人の侵害を招くことを懸念してこのような行為を禁止すると社会への影響が大きいとして、原則として制限を行うべきではないと主張するが⁴⁷、やはり一定の例外は存在する。すなわち、「確かに、仕事中に歌ったり口笛を吹くことは禁止されていないが、多くの人が密集して働かなければならない場合は口笛や歌というのは他人を絶望的な気分させ得る。そのような場合、法秩序はたいてい自ら対策を講じる。すなわち、法秩序は、それが第三者を耐えられなくするという状況が存在しているときは、例外的に、それまで受け入れてきた行為を禁止する」のである⁴⁸。

③ 違法行為が問題となる場合

最後に検討されているのが、挑発行為が違法であり、侵害を挑発するかどうかにかかわらず禁止されている場合である。①、②を踏まえれば、この場合はもちろん社会的妥当性を満たさないが、論者は、この場合でも解決が容易でない場合があるとしている。すなわち、AがBの自動車に罵りの言葉を書いて傷つけたことが原因となって、BはAを侵害したが、Aの防衛行為によって逆に傷害を負ったという場合が例として挙げられているが、論者は、「Bの侵害は違法であり、Aの行為は正当防衛であった。それでは、AはBの自動車を傷つけ、それによってBの違法な侵害を惹起したという理由で、Bに対する傷害の責任を負うだろうか。他人の自動車を傷つけることが違法であるということはそれに対する十分な理由ではない。すなわち、他人の自動車の損傷は、まさに『他人の財産』という法益を考慮した上での違法に過ぎない。身体や生命の安全にかかわるものは、全く危惧する必要がない。身体や生命の危殆化の禁止に違反しているわけではなく、財産侵害を考慮した特有の違法性が欠けるのである。」「挑発された侵害者を害したことで挑発者が責任を負うのは、挑発

⁴⁶ 道を歩く行為、自動車を駐車する行為、レストランに行く行為、選挙の演説会を訪れる行為、映画を観に行く行為が例として挙げられている。Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 30.

⁴⁷ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 30.

⁴⁸ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 31.

行為がまさに『身体及び生命』という法益にとって危険であり、それゆえ禁止されている場合のみである」として、挑発行為が身体及び生命の侵害を招くものであることを要求する。

しかし論者は、このような限定でもなお不十分であるとして、Aが交通違反になる運転を行いBを追い越して危険に晒したため、BがAの後を追ってAを殴打しようとしたところ、Aに反撃されたという事例を挙げて、大要以下のように述べる。すなわち、ここでもBの侵害は違法であり、Aが防衛をしても非難されない。しかし、AはBを違法に追い越して、それによってその後の状況を招来したという理由でBの傷害に対して責任を負い得るだろうか。交通違反の追い越しはBを危殆化させるので違法であるし、それが最終的にBの傷害をもたらしている。しかし、交通法規は交通事故を防ぐことで身体や生命を保護するものである。立法者は交通事故から侵害が発生することを想定していない。従って、Aが交通法規に違反して追い越し運転を行ったという理由だけでは、それが侵害を招いてAが防衛行為を行ったとしても、Aは責任を負わない。挑発者が被挑発者の違法な侵害を防衛するために、被挑発者に加えた傷害に対して責任を負い得るのは、挑発行為が、まさに違法な侵害を懸念させるという理由で違法であったときのみである⁴⁹。

（3）Lencknerの見解

Lencknerの見解は、権利濫用説と原因において違法な行為の理論を併用して問題解決に当たるものである。すなわち、論者は侵害からの退避可能性の有無で対応を分け、退避可能であるときは権利濫用として処理し、退避不可能であった場合には、原因において違法な行為の理論を用いるべきことを主張している。ただし、同理論は、侵害が自由意思によらずに発生した場合でなければ妥当しないとされている。その理由について論者は、「因果関係が侵害者の自由な判断によって介在されたときは、挑発と後の結果の間に必要な帰責連関が欠けるからである」としている⁵⁰。そして、そのような場合には、防衛行為自体は合法であるが、侵害者を害さなければならないという強制状況を故意又は過

⁴⁹ Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 33ff.

⁵⁰ Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 32 Rn. 61.

失によってもたらしたかどうかによって、故意犯又は過失犯の成立が認められることになるのである⁵¹。

また、論者は、挑発者の主観面に応じた区別も行っている。意図的挑発とそれ以外の場合に区別し、いずれの場合にも退避不可能の場合には原因において違法な行為の理論を妥当させると説明されているが⁵²、退避可能な場合には異なる説明がなされている。まず、意図的挑発の場合は、かつては「法は不法に譲歩せず」という法諺があったが、それが次第に制限を受けるようになり、防衛行為が侵害者を害するための口実であるような場合は正当防衛の本来の意味を正反対に変えてしまうため、権利濫用となると言うのである⁵³。

その他の有責招致の場合は、先に挙げた Bertel のように、挑発行為の性質によってさらに区別をしている。すなわち、①挑発行為が適法である場合は、侵害を予期していた、あるいは予期しなければならなかった場合であっても原則として正当防衛権は制限されない⁵⁴。次に、②挑発行為が法的に非難すべき場合は、時間的接着性や、侵害が違法な挑発行為の妥当な結果であることが要求され、その際退避可能であれば、退避しなければならないと説明されている。

（４）原因において違法な行為の理論への批判について

原因において違法な行為の理論は、ドイツではもちろん、日本でも有力に主張されてきた見解であるが、同時に多くの批判にもさらされてきた。ドイツにおいては、先に見たように Roxin がその急先鋒であり、この批判は他の論者によっても共有されている⁵⁵。

⁵¹ Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 50) § 32 Rn. 61; Theodor Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, S. 303. Perron は、高度に危険な精神疾患を有する者に理由なく近づいて退避不可能な状況に陥った場合であっても可罰的となり得るとされている。

⁵² Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 303, 312.

⁵³ Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 302. 論者は、権利濫用説が妥当するのは意図的挑発の場合のみであるとしている。また、挑発者の予想した以上の侵害があった場合には正当防衛権は制限されず、これは意図的挑発以外の有責招致の場合にも妥当するとしている。

⁵⁴ Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 309.

⁵⁵ Vgl. Neumann, a. a. O. (Anm. 38) S. 148ff, u. a.

しかし、日本では、ドイツで展開されている批判は当たらず、理論面での問題は無いとしつつ、主に適用面において、同理論を批判する見解がある⁵⁶。すなわち、論者は、挑発行為と最終的法益侵害結果との間の相当因果関係を問題とし、その判断においては、被挑発者が不正の侵害に出たことが因果経過の介在事情として重要な問題となるとする。そして、一定の状況の下では挑発に応じて侵害に出ることが異常とは言えない場合は考えられるが、相当性判断は「規範的考慮によって判断することが必要である。そして、法は挑発に応じないことを期待しているというべきであるから、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価されるべきである」。また、多くの場合、侵害者は挑発者が防衛行為を行ってくるであろうことを認識して行為に出ていると考えられ、このような事実は相当因果連関が認められる範囲をさらに限定するため、相当因果関係を肯定し得るのは「被挑発者が挑発に応じて、侵害行為に出ることが確実であるような、ごく例外的な事態に限られる」ことになる、と言うのである⁵⁷。

第3項 権利濫用説

権利濫用説は、現在の通説と言われている見解であり、先にも見たように、判例理論に起源を有するものである。

Bitzilekis によれば、「個人権の耐えがたい行使のための基準としての権利濫用概念は、とりわけ民法学説から発生したものであり、そして刑法における正当防衛の制限という問題に入り込んだものである」として、権利濫用説は民法から転用されたものであるとされている。そして、「このような権利濫用説は、とりわけ意図的挑発事例において用いられ」とした上で、「挑発者は、正当防衛状況 (Notwehrlage) において攻撃者を害するために正当防衛状況 (Notwehrsituation) を生み出すことによって、正当防衛権を濫用するのである」と説明している⁵⁸。論者は、権利濫用説は、特に民法226条(嫌がらせの禁止)によって裏付けられると主張する。すなわち、「全ての人は、道徳や公共の福

⁵⁶ 理論面の検討につき、橋爪・前掲注（1）289頁以下。

⁵⁷ 橋爪・前掲注（1）295頁以下。

⁵⁸ Vgl. Nikolaos Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Schriften zum Strafrecht, Band 58, 1984, S. 151.

祉といった、より高度の規範の制限の中で、法秩序によって与えられた権利を得るのであるから、本来の目的に適わない、好ましくない〔権利〕行使行為は、もはや法を通じた保証はなされないのであり、それゆえ、「権利濫用は、法の正しい内容と、法の本来の目的に適わないような内容の間の不一致に起因して、任務違反の権利行使を意味する」と説明されているのである⁵⁹。

ドイツで権利濫用説を主導的に主張しているのは、Roxin である。

論者は自説を主張するに先立ち、前項で述べたように、原因において違法な行為の理論に対して批判を加えている。その上で、論者は以下のように述べる⁶⁰。

「権利濫用原理はすべての権利に内在する制限であるから、主観的権利の中で
の考慮を必要としない。しかし、正当防衛の事例の中にそのような糸口を見出
そうとするのであれば、刑法53条1項⁶¹の『妥当性』(Gebotenheit—筆者訳)の
概念が適切である。濫用的な防衛行為は、法的な意味で『妥当な』正当防衛で
はない。このような方法によって、この原理が後付けで刑法に置き換えられた
『民法上の学説』が問題となっている、という誤った理解が防止される⁶²。ここ
で実際に問題となっているのは一般的な権利概念であり、その具体的な内容は、
常に、そのたびごとの権利の要素の特殊性のみから受領するのである。従って、
不確かな一般条項というものも、私たちは持ち合わせていない(これが事実そ
の通りであるとすれば、とても曖昧な基準に対して時折主張される批判はまっ
たくもって正しいことになる)。むしろ、正当防衛状況に基礎を置く実状が
はじめて、何が権利濫用で何が権利濫用でないかを認識させるのである。」「こ
のことを考慮すれば、権利濫用概念に対する重大な異議はもはや唱えられない。
ただし権利濫用概念は、原因において違法な行為の理論とは異なり、型に当て
はめて適用可能な構造を提供するものではなく、自身で権利の要素に立ち入り、
そこからその都度、適切な解決を展開することを我々に強いるのである。従っ

⁵⁹ Vgl. Bitzilekis, a. a. O. (Anm. 58) S. 152.

⁶⁰ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 556ff.

⁶¹ 現在は刑法32条1項に規定されている。

⁶² 例えば Marxen は、民法に起源を有する権利濫用という考え方は、刑法的な意味ではとても漠然としたものである、と批判している。Vgl. Klaus Marxen, Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr, 1979, S. 57.

て我々はまず、規制のための要素を手に入れ、そして類型的な事例状況を個別に検討しなければならないのである。そうすると、挑発された正当防衛状況は、主観的なし客観的に、とても多様な前提に依拠しているということが明らかとなるのである」

論者は以上のように述べ、自招防衛は主観面と客観面でそれぞれいくつかの類型に分けて検討されていることを説明し、自招防衛の解決方法を場面ごとに提唱しているのである。

（１）意図的挑発

日本においては、意図的挑発が認められれば、挑発行為がどのような法的性質を帯びるかは検討されないまま、正当防衛の成立が否定されるが、論者は、挑発行為が適法行為である場合は、意図的挑発であっても正当防衛は成立するとしている。そこでは、警察官や執行官が合義務的行為によって意図的に相手方を挑発しても、どのような心情から人が挑発行為を行うかは、法にとっては重要ではなく、正当防衛権もそれに言及することはできないから、当該警察官等は完全な正当防衛権を有していると説明されている⁶³。

他方、挑発行為が違法であったときは、挑発者は「自らの違法な侵害がもたらした故意の自己危殆化に対して保護される必要はない」から、違法な挑発者として加害の目的のみで侵害をお膳立てするときは、挑発者は法を確証するものではないとしている⁶⁴。すなわち、ここでは、自己保全の利益も法確証の利益も共に否定されているのである。

（２）故意的挑発

論者は、以前は故意的挑発と意図的挑発を区別することは困難であるとして、故意的挑発の場合は、意図的挑発の場合の解決がそのまま妥当すると主張していたが⁶⁵、現在は両者を分離して検討している。このように考えるに至った根拠については明確に述べられていないが、論者が前説を主張したのが1963年であり、自招防衛の、特に故意的挑発事例に関する判例はそれよりも後になって

⁶³ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 65.

⁶⁴ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 65.

⁶⁵ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 574ff.

から展開されたものであったから、その後現れた多くの判例を分析する過程で、意図的挑発と故意的挑発を区別することは可能であるという結論に至ったのではないだろうか。

改説後の見解を見てみると、故意的挑発の事例においては、挑発行為が侵害の惹起を目的としていたわけではないのであるから、挑発者は違法な侵害に対して保護される必要があるが、法確証の利益は、侵害を挑発しなかった場合よりもはるかに小さいとされている。

挑発行為の性質については、基本的に意図的挑発の場合と同じであるように思われる。すなわち、論者によれば、挑発行為が権利行為ないし義務行為である場合は、正当防衛権は否定されない。他方、違法行為である場合には、連邦通常裁判所がこれまでに構築してきた「3段階理論」の制約に服することになる⁶⁶。また、判例と学説の間で見解が分かれている、社会倫理的に非難すべき行為の扱いについては、①違法ではないが社会倫理的に否認に値するものは、もはや法的なカテゴリーで捉えることはできず、それゆえあまりにも漠然としたものにとどまっており、②社会倫理的に非難されるだけの者は、それでもなお法に基づいて行為しているのであるから、正当防衛権は制限されないとして、あくまでも挑発行為に違法性がなければ正当防衛権は否定されないと主張している⁶⁷。論者は、以前は社会倫理違反行為にも正当防衛権を制限する契機を認めており⁶⁸、この点も改説されている。

（３）過失的挑発

改説後は、過失的挑発については明言されていないため、この場合の扱いは明らかではないが、判例は過失的挑発についても判断しているとして、NStZ 2002, 425（本章第1節⑪事件）を挙げている⁶⁹。このことからすれば、論者は、過失的挑発であっても正当防衛権は制限され得ると考えているのではないだろ

⁶⁶ 3段階理論という文言は用いていないが、論者は本稿でも検討した判例を引用し、3段階理論と同様の説明をしている。Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 70.

⁶⁷ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 73.

⁶⁸ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 567.

⁶⁹ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 70.

うか。なお、改説前の論者の見解は、挑発行為が適法行為等の場合は、正当防衛権の制限を認めず、違法行為又は社会倫理違反行為の場合は制限を認めていた⁷⁰。

以上の見解を見ると、権利濫用説というのは、自己保全の利益と法確証の利益という、正当防衛の基本思想に依拠するものであり、これを権利濫用と呼ぶか、あるいは日本の論者が命名したような「基本思想援用説」（本稿第1章参照）と呼ぶかは、本質的な結論の相違をもたらすものではないであろう。権利濫用説に対して、基本思想援用説からは、権利濫用という概念はきわめて曖昧であると批判されているが⁷¹、先に見た Roxin の「曖昧ではない」との主張の当否はさておき、単に自己保全・法確証の利益が存在しないから正当防衛権が制限されるというのと、自己保全・法確証の利益が存在しないから権利濫用であり、正当防衛権が制限されるというのは、基本的には同じことであるように思われる。

ここで、権利濫用説に対して展開されている批判を見てみるが、その最たるものは、正当化事由を「濫用」することがそもそも可能なのか、という疑問であると思われる。例えば、ある論者は、「刑法の正当化事由は主観的権利 (subjektive Rechte) とは異なり濫用され得ないため、権利濫用概念は刑法には転用できない。刑法における正当化事由は、合法的行為と違法行為を区別するという客観的な機能を有している。正当化事由の存在は、単に肯定されるか否定されるかである。現実存在している正当化事由が『不当に』要求されるということはありません。」また、権利濫用説は——原因において違法な行為の理論と同じく——法律的正当性を示していない、と指摘している⁷²。

第4項 先行行為説

Marxen は、危険な先行行為を行った挑発者に対しては不作為犯（ドイツ刑

⁷⁰ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 577ff. ただし、権利濫用となるのは侵害から回避することが可能であった場合のみであるとされている。

⁷¹ 山中・前掲注(1) 139頁、前田雅英『刑法総論講義(第6版)』（東京大学出版会、2015年）258頁。

⁷² Vgl. Marxen, a. a. O. (Anm. 62) S. 57ff.

法13条)における保障人的義務が課されるため、正当防衛権が制限されると説く⁷³。すなわち、「他人を危険な状況に陥れた者は、切迫する傷害を阻止しなければならない。彼は保護措置を講ずる義務を負う。挑発者は被挑発者をそそのかして侵害を行わせることで危険状況を創出しているから、挑発者には保障人的義務が発生する。挑発者は、生じた事件の進行を、被挑発者にとって危険の少ないコースへと誘導する義務を負う。挑発者は寛大な手段を用いて侵害に対応しなければならない」と言うのである⁷⁴。そして、このような正当防衛権の制限はドイツ刑法13条から導き出されるものであり、権利濫用説や原因において違法な行為のように、刑法典の条文から導き出すことのできない理論とは異なる、と主張されている。

第5項 防衛の意思否定説⁷⁵

先に見たように、ドイツの判例は一般論のレベルではあるが、意図的挑発の場合には防衛の意思を欠くとされており、通説においても、主観的正当化事由として防衛の意思の存在が要求されている。ただし、通説によって要求されているのは、正当防衛状況を認識し、侵害から身を守ることを認識して行為に及ぶことであり⁷⁶、いわゆる認識説が採用されている⁷⁷。そして、積極的加害意思のような場合には防衛の意思を欠き、正当防衛の客観的な条件はあっても主観的には正当化されないことになるのである。

具体的な見解を見てみると、例えば、意図的挑発の場合に防衛の意思を否定すべきと主張する Kratsch は、「意図的に挑発行為を行う『被侵害者』は、実

⁷³ ドイツ刑法13条1項 刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。

2項 刑は、第49条第1項により減輕することができる。(法務資料461号から引用)

⁷⁴ Vgl. Marxen, a. a. O. (Anm. 62) S. 58.

⁷⁵ 本文で紹介する学説のほか、Hermann Blei, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 144なども、防衛の意思否定説を主張している。

⁷⁶ Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 19) § 16 Rn. 37ff, u. a.

⁷⁷ 連邦通常裁判所は、通説にとどまらず、正当化の目的が行為者を動機づけることまでを要求している (Verteidigungsabsicht)。

際には防衛を望んでいるのではない。彼の『防衛』は実際には『侵害』であり、彼は単に防衛の意思を装っているだけである。彼は正当防衛状況の誘発及び『防衛』手段によって、自分自身の保護ではなく、単に『侵害者』を害することだけを意図しているのである」から、防衛の意思を欠くと述べている⁷⁸。

この見解は、基本的には、例えば Roxin の権利濫用説とも一部共通しているように思われる。先に述べたように、Roxin は、意図的挑発であっても、挑発行為が適法であれば、どのような心情から当該行為を行うかは法にとって重要でないと述べ、挑発行為が違法である場合には、加害の目的のみで侵害をお膳立てするときは法確証の利益が否定されるとしている。つまり、Roxin も、違法な挑発行為が問題となるときは、挑発者の心情を問題とすることを否定していないのであり、意図的挑発に関する Roxin の見解は、防衛の意思を否定する見解と大きな差はないことになろう。

第6項 危険の引き受け説、同意説

日本においても危険の引き受けという考え方によって自招防衛を解決しようとする見解が見られることは、第1章において述べたとおりであるが、ここではドイツの見解を概観する。また、被害者の同意の考え方をを用いて解決を図る見解についても、本項で扱う。

Zipf は、意図的挑発の場合には、「挑発者は、挑発を受けた相手方の侵害を全体計画の計算に入れているのであるから、挑発者の行為の中には同意や自覚的な危険の引き受けに類似した、自分自身が処分できる法益保護の放棄が存在している」とする⁷⁹。ただし論者は、侵害の態様が挑発者の予期とは異なっていたときは、挑発者の正当防衛権は完全には制限されないと主張している。具体的には、まずは侵害からの退避が義務付けられ、それが不可能であるときには確実な防衛手段を用いることができる、と言うのである⁸⁰。なお、意図的挑発

⁷⁸ Vgl. Dietrich Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 39. ただし、軽い程度の反撃をするつもりで挑発したところ、生命に危険な侵害を加えられたような場合には、この原則は妥当しないとされている。

⁷⁹ Vgl. Reinhard Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, 1992, § 26 Rn. 43.

⁸⁰ Vgl. Maurach/Zipf, a. a. O. (Anm. 79) § 26 Rn. 44.

でない場合は、初めから退避可能性の有無が問題とされ、退避が不可能である場合には、正当防衛権は制限されないとしている⁸¹。

また、危険の引き受け説に類する見解として、Bitzilekis、Neumann 及び Montenbruck の見解を挙げることができよう。まず Bitzilekis は、「先行行為によって創出された危険を現実化させる防衛行為は、防衛行為としての機能を失う」と述べ⁸²、Neumann は、先行する責任 (Vorverschulden) の範囲内で正当防衛の主張を拒否している⁸³。また、Montenbruck も、「挑発者の行為が任意に処分可能な利益の衝突を招いたときは、挑発者に対し、自己に対する利益侵害のリスクを (故意に) 引き受けた…ことを非難すべき」としている⁸⁴。

しかし、これらの見解に対しては、日本における見解に対するのと同様の批判が妥当することになろう。また、防衛行為時に挑発者が法益保護を放棄しているというのであれば、挑発者は公判廷において正当防衛の成否をそもそも争わないはずである。特に意図的挑発の場合は、挑発者はむしろ法益の保護を求めているのであるから、挑発行為が危険を引き受けたり法益保護を放棄しているというのは仮想に過ぎないように思われる。

次に、被害者の同意説を見てみよう。Wagner は、自招防衛における正当防衛権の制限は個人法的に基礎付けられるとした上で、特に意図的挑発の場合につき、「確かに、防衛行為の必要性については疑問の余地がない。というのは、挑発者が防衛行為を行わなかったら、被挑発者に利益を侵害されることになるからである。しかし挑発者は、侵害のリスクを故意に引き受けている。挑発者の危殆化が同意によってカバーされている限り、彼の行動の自由の制限は問題とならない。ここでも彼は防衛行為を用いて、意図的挑発で自己を危殆化させるという小さな不利益に身をさらす意図を現実化させているのである。従って、個人法的な見地からは、挑発者には正当防衛権は与えられないのである」と主張している⁸⁵。

⁸¹ Vgl. Maurach/Zipf, a. a. O. (Anm. 79) § 26 Rn. 46. その際、挑発行為の法制的性質については、先行行為が法的に拒否されるものであることを要求している。

⁸² Vgl. Bitzilekis, a. a. O. (Anm. 58) S. 174.

⁸³ Vgl. Neumann, a. a. O. (Anm. 38) S. 178.

⁸⁴ Vgl. Axel Montenbruck, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 42.

⁸⁵ Vgl. Heinz Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 71ff.

この見解に対しても、基本的には先と同じ批判が妥当しよう。挑発者が危険に身を晒すということは、すべての場合に妥当するわけではないのである⁸⁶。

第7項 自招防衛と「緊急救助」

序章からここまででは、専ら挑発者と被挑発者の2当事者関係における自招防衛論を扱ってきたが、違法な侵害を受けるのは挑発者に限られるわけではない。被挑発者が別の第三者に対して侵害を加えようとする場合は当然に考え得るところであるが、挑発者が第三者を救助するために防衛行為を行うことは、正当化されるのであろうか。すなわち、自招防衛と緊急救助（他人防衛）の問題である。日本でもこの問題に関する論考は出されており、以下で検討するが、本項ではドイツの学説を主に扱うため、ドイツの学説として扱うこととした。なお、本項では、これまで述べてきた正当防衛については「自己防衛」と表記している。

まず Mitsch は、緊急救助の挑発（Nothilfeprovokation）には、（1）緊急救助者が被侵害者に対する侵害を挑発し、それを自分で防衛した場合と、（2）被侵害者が侵害を挑発し、緊急救助者が防衛した場合があるが、問題となるのは（1）の場合であるとし、この問題は自己防衛の枠組みを用いて解決することは困難であるということを、論考全体を通して示唆している⁸⁷。論者は、同意による解決や権利濫用による解決をそれぞれ批判し⁸⁸、自己防衛の正当化根拠論による解決についても、「（自己保全の利益を欠くとする主張は）明らかに

⁸⁶ また、橋爪・前掲注（1）263頁は、同意の対象は構成要件該当行為ではなく構成要件の結果発生であり、挑発者が自己に対する法益侵害結果の発生を承諾しているわけではないと指摘している。

⁸⁷ Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 535ff. 論者は、侵害を挑発した者には被侵害者を保護するという作為義務が刑法13条（不作為犯）から導かれるが、挑発行為を原因として侵害者を害することが正当化されないことになると、そこには作為命令と作為の禁止という二つの命令が衝突し、挑発者には解決できない義務が課されることになると主張している。

⁸⁸ 論者は、挑発者は第三者への侵害を同意できないため、同意による解決は不可能であり、また、挑発行為が自己防衛権を制限するのであれば、侵害の時点ですでに自己防衛権は存在しないから、存在しない自己防衛権を濫用することはできないと批判する。Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S.536 ff.

挑発者と侵害の被害者が同一であることを基礎としており、第三者に向けられた侵害を包括しているわけではない。従って、緊急救助の挑発における個人保全の利益は無制限に与えられている」と指摘する⁸⁹。また、法確証の利益原理に対しても、不作為犯を援用し、「法秩序は危険を招来した者に対し、危殆化された法益を保護するために高度の責任を負わせている。しかし通説によれば、このことが妥当するのは、危険を招来する行為が法ないし義務に違反するときのみである。義務に沿った行為を行って危険を招来した者には保障義務は帰せられないという事実からは、違法にもたらされた危険の防衛は、『単なる』切迫した個人的利益の保護よりもいっそう重要であるということが明らかにされる。よって、第三者への侵害の違法な挑発であっても、権利を防衛するための超個人的利益を正当化するのである」と主張し、法確証の利益原理から緊急救助の制限を導くこともできないとする⁹⁰。その上で論者は、「自ら挑発した第三者への侵害を、必要な侵害によって防衛するという挑発者の権利は、あらゆる制限を受けずに存在している。従って、保証人的地位から導かれる侵害防衛義務を満たすことも法的に可能となるのである。なぜなら、構成要件に該当する防衛行為は32条によって正当化されるからである」と述べ、不作為犯における作為義務と関連させることにより、義務の衝突を解消することを主張する⁹¹。

また、Engländer も、一定の場合には緊急救助の義務があり得ることを指摘し、自招防衛との関係では、「例えば、妻が別の男と浮気しているという、事実反する物語を夫に聞かせ、かっとなって妻をナイフで攻撃するように夫を挑発した者は、先行行為によって、被侵害者を助けに駆けつける義務を負う——たとえ自らがナイフをふるっている侵害者の標的になることを恐れたとしても」としている⁹²。

このように、ドイツの学説には、不作為犯論を援用しながらこの問題に取り組むものがある。確かに、このような解決方法によれば、当為と禁止の衝突を

⁸⁹ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 540.

⁹⁰ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 541.

⁹¹ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 542.

⁹² Vgl. Armin Engländer, Die Pflicht zur Notwehrhilfe, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin/New York 2011, S. 664.

解消することは可能であろう。しかしながら、挑発者に作為義務を課し、第三者に対する侵害を排除することを法的に義務付けるということは、当然に、挑発行為によって生じた侵害の排除を正当化するということを意味するが、これは自己防衛における自招防衛の処理方法とは大きく異なっている。このような処理を是認すると、意図的挑発の場合であっても第三者に侵害が向けられている以上は作為義務を負い、緊急救助が正当化されることにもなりかねない。そうすると、挑発者はまさに自らの意図を、作為義務という法の要求の下で実現することになりはしないだろうか。そうすると、誰かを害そうとしている潜在的な挑発者は、今後は第三者に対する侵害を潜在的な侵害者にけしかけ、実際に侵害に及んだところを狙って防衛行為を行い侵害者を害するという手段が横行し、これまで議論してきた自招防衛の枠組みを骨抜きにする恐れがあり、妥当ではなかろう。

しかし、かと言って、意図的挑発の場合は挑発者に作為義務を課さないというのであれば、そのための理論的支柱を新たに建てなければならないであろう。また、仮にそれに成功したとしても、今度は結論の妥当性が問題となろう。すなわち、標的とされた第三者に防衛能力が備わっておらず、挑発者しか防衛手段を持ち合わせていないような場合に、挑発者に作為義務を課さないとすると、仮に挑発者が侵害者を害することを思いとどまったようなときは、ただ第三者が被害に遭うこととなり、第三者にとっては救助手段を奪われることとなり、被侵害者に対して厳しい結果になる恐れがある⁹³。

また、通説である権利濫用説によれば、緊急救助者は権利濫用で違法な行為に関与する者ということになるが、自招防衛の事情を知らない限り権利濫用が欠けるとされ、原因において違法な行為の理論からは故意が欠ける（事情によっては過失が認められうる）と説明されている⁹⁴。

第8項 検討

以上で見てきたように、ドイツにおける学説は、日本と同様に多数の見解を提示してきた。というよりも、ドイツの多様な見解が日本の学説に継受された

⁹³ 橋爪・前掲注（1）330頁は、作為義務という観点からではないが、同旨の主張を展開している。

⁹⁴ Vgl. Baumann, a. a. O. (Anm. 33) S. 305ff.

と言う方が正しい。特にドイツの学説において最も有力な見解は、判例の立場であると言われている権利濫用説、及び原因において違法な行為の理論であり、前者が通説とされている。

ドイツの学説は、ほぼ一致して、正当防衛の一般的成立要件（刑法32条2項）を定めた条文の外で解決を図ろうとする、いわゆる「外部的解決」という方法に依拠しているが、本稿第1章では、外部的解決を図ることに対する問題点を指摘し、罪刑法定主義との抵触を懸念する見解があることも紹介した⁹⁵。しかし、ドイツの学説に対しては、これらの指摘は当たらない。というのは、ドイツにおいて正当防衛の一般的成立要件を定めているのは刑法32条2項であるが、同条1項において、明文で、外部的解決によって正当防衛の成立を制限する可能性があることを認めており、それによって国民の予測可能性は一応確保されているからである。そうすると、条文中に規定されているという意味では、ドイツの見解は内部的解決であるということも可能であるが、この点を明らかにする必要は乏しいであろう⁹⁶。

しかし、原因において違法な行為の理論に対しては、第1章でも本章でも述べたような批判が当てはまることから、日本では採用し難いように思われる。

また、権利濫用説の実相は、基本的には正当防衛の正当化根拠である自己保全の利益と法確証の利益を欠くとするものであるが、法確証の原理を正当防衛（自己防衛）の正当化根拠として把握することに対しては、近年批判が見られるようになってきており、本稿も、批判的な立場を共有するものである。以下にその理由を示すこととする。

法確証原理（Rechtsbewährungsprinzip）とは、正当防衛の「社会法的側面」として、正当防衛は自己保存のみならず、緊急の場合であっても法秩序は揺るぎなく存在しているということを示すために認められる、と説明されているも

⁹⁵ 井上宜裕「自招侵害論再考」井田＝高橋＝只木＝中空＝山口（編）『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）114頁。

⁹⁶ 一般的な成立要件を示した条文とは異なる位置にあることから、本稿はなおドイツの見解は外部的解決であると考えているが、日本の外部的解決に対する批判の内容は、刑法36条1項に規定されていない要素を考慮して正当防衛権を制限することは不当であるというものであった。しかし、ドイツではこの批判は当たらない以上、ドイツの学説がいずれの立場かという点を問題視する必要はほとんどないであろう。

のである⁹⁷。さらに、法確証原理は一般予防の観点から根拠づけられ、潜在的な犯罪者を威嚇する機能（消極的一般予防）と、国民一般の法秩序に対する信頼感を高める機能（積極的一般予防）があると説明されているが^{98 99}、この両者については、疑問がある。

まず消極的一般予防効果についてであるが、実際の効果があるかどうか疑わしい。確かに、これから生命・身体に対する侵害を伴う犯罪を行おうとしている侵害者が、被侵害者からなされるかもしれない防衛行為を考慮して、その犯罪を思いとどまるということは、十分考えられるところである。しかし、このとき侵害者は「正当防衛の規定があるから」という理由で侵害を思いとどまっているわけではなく、単に「反撃される恐れがあるから」という理由で侵害を断念しているに過ぎない。被侵害者としても、正当防衛の規定があらうとなかろうと、侵害に対して反撃できる場合には当然反撃するのであるから、正当防衛の規定それ自体に、威嚇効果は全く存在していないと言わなければならないであろう。さらに言えば、正当防衛とは、侵害を受けた被侵害者に対して、その防衛行為を正当化するというものであり、侵害者に対して、そのような防衛行為を甘受する義務を課しているものではないから、なおさら威嚇効果を認める余地はないと言うべきである。

また、積極的一般予防効果についても、自招防衛という本稿の視点から問題を指摘できるように思われる。ここで言う積極的一般予防とは、法秩序の存在

⁹⁷ 齊藤・前掲注（1）25頁以下。論者は「法確証」という用語法ではなく、「法秩序の防衛」というように訳しているが、同義である。

⁹⁸ Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) § 15 Rn. 2.

⁹⁹ 本来の意味で用いられる「一般予防」とは、潜在的な犯罪者に対して「刑罰」で威嚇を行い、犯罪をためらわせるという「消極的一般予防」と、実際に犯罪を行った者を「刑罰」で処罰することによって、法秩序の存在を証明するという「積極的一般予防」というように説明されるものである。自招防衛の問題を議論する際に用いられている「一般予防」は、「正当防衛の規定」で威嚇を行い、実際に侵害した者に対しては「正当防衛の規定」を用いて防衛行為者を罰しないことで、正当防衛に関する法秩序の存在を証明するというもので、本来の意味に置いて用いられている用語とは異なるものであるという点に注意を要する。本来の意味の一般予防については、宮内裕「刑罰と保安処分」日本刑法学会編『刑法講座第1巻』（有斐閣、1963年）94頁以下など。

を実証するということであり、自招防衛について権利濫用説を主張する論者は、この場合には法確証の利益がないとして正当防衛を否定しようとするが、ここでは、特別予防効果という点からも明らかなように、「法秩序の存在を実証する」客体は、被侵害者ではなく、侵害者の方である。そうであるなら、ここでは、被侵害者の事情というのは本来無関係であり、被侵害者が侵害を自招したという点は問題とならないのではなかろうか¹⁰⁰。たとえ被侵害者が意図的に侵害を挑発して、その結果として違法な侵害を招いたとしても、(侵害者が行為能力者である限り)侵害の最終的な責任は侵害者の方に存在しているのであるから、この侵害は違法である。そうなれば結局、違法な侵害に対しては法秩序の存在を実証しなければならなくなるはずであり、防衛行為者にどのような事情があろうとなかろうと、防衛行為には特別予防効果が付与されることになるから、正当防衛は成立してしまうことになるであろう。違法抑止という観点からは、防衛行為者が具備すべき性質を導くことは不可能なのである。

従って、本稿は、権利濫用説に依拠して自招防衛を解決することも不可能であると解する。

第3節 小括

本章では、ドイツの判例及び学説について概観してきた。ドイツの判例の立場も日本と同様に、自招防衛の場合は原則として正当防衛の成立を否定しているが、その判断基準や制限効果については、日本とは部分的に一致し、部分的に異なっている。特にドイツの判例によれば、社会倫理違反行為であっても正当防衛権が制限されており、学説からは批判されている。この点につき、日本の判例は、挑発行為の性質として不正性を要求している。ただし、社会倫理違反行為では足りない旨を明確に述べた判例は存在しない点には、なお注意すべきであろう。

また、学説については、主要な見解である権利濫用説と原因において違法な行為の理論を検討したが、日本の法状況に適用するにはいずれの見解にも難点があり、そのまま日本の判断基準として用いることはできないように思われる。

しかし、権利濫用説は、正当防衛状況を有責招致したときは、判例の3段階

¹⁰⁰ Vgl. Wagner, a. a. O. (Anm. 85) S. 73.

理論のように、まずは退避義務を負い、回避可能性がない場合でも、状況に応じてとり得る手段が限定されると主張しており、本稿は、この点は基本的に妥当な主張であると考えている。日本の学説、特に相当性否定説や基本思想援用説、不正性否定説、及び——ドイツの学説を基礎として——日本で主張されている権利濫用説も、最も問題となり得る故意的挑発類型の場合には、より緩やかに過剰防衛の成立が認められる旨主張されているが、このような見解は、ドイツの3段階理論とも軌を一にするものであろう。

ところでドイツでは、自招防衛の制限効果を検討する際に「緊急避難」(Notstand) という文言が出てくることはほとんどないが、日本では、「とり得る手段の限定」とは「補充性」を要求することと同じように理解されていると考えられる¹⁰¹。本稿も、そのような理解に立つものであるが、正当防衛の「やむを得ずにした」という文言の解釈においては、「正」対「不正」の関係を考慮し、補充性は要求されていないと解されてきた。しかし、それにもかかわらず、これまでの先行研究は、なぜ場合によっては補充性が要求されることになるのかという、補充性を要求するための法的根拠を、必ずしも明らかにしてこなかったのではないだろうか。ドイツにおいては、制限効果については判例に依拠し、学説の関心は専ら制限根拠に置かれていたように思われるが、日本でも同様であろう。しかし、本来であれば、ドイツにおいても日本においても、とり得る手段が限定されるという点について、その法的根拠を見出さなければならないはずである¹⁰²。

本稿は、以上の問題意識の下で、補充性を要求し得る法的根拠はどこにあるかを検討した。その結果、可能性を見出したのが、刑法36条1項の「やむを得ずにした」の解釈から導き出される要素のうち、「必要性要件」と呼ばれるものである。そこで、第4章においては、そのように解すべき根拠を展開し、本稿の見解を構築することとする。

¹⁰¹ 高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003年）70頁は「緊急避難の限度」で対抗を認めるべきとし、山中敬一『刑法総論（第2版）』（成文堂、2008年）488頁は、場合によっては「補充性」が要求されると明言している。

¹⁰² 例えば、権利濫用説に立つとした場合、権利濫用であるから正当防衛権が制限・否定されるということは言えても、権利濫用であるから退避義務を負うということが必然的に導かれるわけではないように思われる。

第4章 必要性要件の再検討

本章では、正当防衛においては原則として考慮されることのない「補充性」という要素を例外的に要求する際の法的根拠として、「必要性」要件を援用することが可能かどうかを検討する。刑法36条1項の「やむを得ずにした」の解釈から出てくる必要性要件は、立法当初から学説によって多様な解釈がなされてきたが、後に、必要性の範囲を制限するために提唱された相当性要件の出現により、次第にその意義は減少しつつある。さらに、現在の解釈は立法時の解釈とは大きく異なっており、必要性要件を欠く場合というのはかなり例外的な事情に限られ、必要性を欠くとした判例・裁判例も、少なくとも相当性要件が導入されて以後は見当たらない。しかし、立法当初は、必要性とは補充性を意味するという見解があった。そのような見解を、自招防衛の際にとり得る手段が制限される根拠として援用することが可能であれば、自招防衛の場合には必要性が制限ないし否定されるという根拠によって、緊急避難の条文等に依拠することなく、正当防衛の条文の内部から補充性を導き出すことができるようになるのである。

本章ではまず必要性要件の沿革について概観し、その後、自招防衛のあるべき解決方法について提言を行う。

第1節 必要性要件の沿革

第1項 旧刑法の時代

旧刑法においては、正当防衛の規定は、総則にではなく、各則の第三編（身体財産ニ対スル重罪軽罪）の第三節（殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不諭罪）314条、および315条に規定されており、以下のような文言であった（旧314条については再掲）。

旧314条 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

旧315条 左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ

論セス

- 一 財産ニ対シ放火其他暴行ヲ為ス者ヲ防止スルニ出タル時
- 二 盗犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時
- 三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出タル時

2つの条文が別個に規定されているのは、旧315条が規定するような類型については、「不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招」くという事態は存在しないと考えられたからであると思われるが、「已ムコトヲ得サルニ出テ」という文言は共通して両者に規定されている。また、旧316条では、正当防衛が成立しない場合についての規定があり、それによれば、「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情状ニ因リ第三百十三条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」とされている。

これについて、当時の学説は、この「已ムコトヲ得サルニ出テ」という文言の意義については、「他にとるべき手段がなかったこと」という解釈をしていたのである¹。

まず、村田保は、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の例として、「暴行人ニ遇ヒ其金刃ヲ以テ刺レンコトヲ恐れ之ヲ防ヒテ殺傷シ又ハ婦女ノ輪姦セラレントスルヲ見テ為メニ暴行人ヲ殺傷スルノ類ヲ云フ」と述べている。また、旧316条の「已ムコトヲ得サルニ非スシテ」という文言の意味については、「殺傷セスシテ外ニ防ク可キ手段」がある場合がこれに当たると解している²。

次に高木豊三は、「止ムコトヲ得サルニ出テトハ之ヲ防禦セサレハ身體生命ノ危難ヲ道ルルノ方法之ヲ殺傷スルノ外他ニ術ノ施コス可キ無キニ出スルヲ云フナリ」と述べており、他に方法のない場合でなければ正当防衛はできないと

¹ 旧刑法時代における「已ムコトヲ得サルニ出テ」の解釈に関する詳細な研究として、大越義久『刑法解釈の展開』（信山社、1992年）13頁以下。同書によれば、旧刑法時代の解釈はボワソナードやオルトランの影響を受けてフランス法流の解釈が採られており、後にドイツ法が優位を占めるまでは支配的な見解であったとされている。

² 村田保『刑法註釈卷六』（明治13年）17葉以下。

説かれている³。

また、宮城浩藏も、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の意義について、「若シ已ムヲ得サルニ出テ之ヲ殺シタルニ非スシテ之ヲ殺サ、ルモ他ニ避クルノ方法アルトキハ正當防衛に非サルナリ」としており、他に方法がない場合でなければ正當防衛は成立しないと解していたのである⁴。

他に回避する手段の具体例を示している論者としては、例えば亀山貞義が挙げられよう。すなわち亀山は、「官吏若クハ隣佑ノ救助ヲ得ルノ遑アルカ又ハ其攻撃者ノ力量弱クシテ十分之ヲ制禦スルコトヲ得ル場合ニ於テ殺傷」した者は「已ムコトヲ得サルニ出タル者」ではないので、正當防衛を言うことはできない、としている⁵。

これらの見解は、現在でいうところの、緊急避難（刑法37条1項本文）における「補充性」を要求しているものと思われる⁶。旧刑法における学説は、「已ムコトヲ得サルニ出テ」を辞書の言葉通りに解釈していると言えよう。しかし、この段階では、「必要性」という用語それ自体は、まだ体系書等には現れていない。

第2項 現行刑法の時代

第1款 大正期

刑法が現行のものに改正された当時の36条1項は、「急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ヲ罰セス」という文言であった。この文言については、旧刑法と同様の解釈をし、「已ムコトヲ得サル」の意義として補充性を要求する見解や、急迫不正の侵害がある以上、退避したり、官憲の保護を求めたりすることが可能であっても、退避せずに反撃を加えてよいとする見解があった。これらの説について、岡本庄作は、まず前説については、逃避したり官憲の保護を求めたりすることができる場合には急迫性が欠けるとして批判し、後説を批判するに際しては、「侵害行

³ 高木豊三『刑法義解』（時習社、明治14年）851頁。

⁴ 宮城浩藏『刑法講義第二卷』（明治18年）521頁。

⁵ 亀山貞義『刑法講義 卷之二』（講法會、明治31年）448頁。

⁶ ただし、その際は、行為者と侵害者の年齢、男女、強弱及び行為の行われた時又は場所その他種々の状況によって決すべきであるとされている。勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』（講法會、有斐閣書房、明治33年）111頁以下。

爲ノ種類、程度及侵害者防衛者ノ體力等ヲ斟酌シ不正侵害ヲ排斥シ自己又ハ他人ノ權利ヲ全フスルニ必要ナル行爲ナラサルヘカラス」として、防衛のために「必要な行為」であることを要求している⁷。ここでは、必要性という枠組みの中で、侵害者と被侵害者の利益状況を総合考慮して、正当防衛の成否が判断されている。

しかし、この頃になると、次第に必要性の意義が増大しはじめ、必要性があれば、どのような防衛行為も行つてよいとする見解が登場した。例えば大場茂馬は、「不法ナル攻撃ヲ避クル爲メ必要已ムコトヲ得サル場合ニ於テハ之カ防衛行爲トシテ如何ナル侵害ヲモ爲スコトヲ得ルモノトス」とし、傷害を防ぐために侵害者を殺害することを許容する⁸。ただし、この説は、不名誉な方法によらずに、容易に退避できる場合には退避を要求しており、一定の場合には補充性が要求されている。

また、牧野英一は、「公ノ秩序善良ノ風俗トイフ一般的原则」によって、正当防衛の必要性を制限することを主張した。すなわち牧野は、正当防衛が権利を防衛するために行われるものであることを確認した上で、「法益ノ保全ニ付キ他ノ方法ニ依ルコトヲ得ルコトハ、正當防衛の成立ヲ妨クルコトナシ」とし、補充性の要件を否定する一方で、「容易ニ逃避シ得ルニ拘ラス逃避セスシテ殺傷ヲ爲ス」ような場合については「公ノ秩序善良ノ風俗トイフ一般的原则」によって正当防衛を否定するべきであると主張した⁹。

また、権利防衛に必要であれば、特に法益の権衡を守らなければならないわけではないと主張しつつ、軽微な侵害を行う侵害者に対して重大な法益を侵害するような場合を想定し、そのような場合は「共同生活ノ秩序ヲ全ウスル所以ニ非サルヘシ」として、公序良俗という一般原則からの制限を受けることが主張されている。ただし、現代の議論と照らし合わせたとき、これが過剰防衛となるのか、それすら否定されるのかについては明らかでない。

これに対して山岡萬之助は、必要性の優位を明確に打ち出し、「所謂必要ナル防衛ノ程度ハ侵害ノ緩急ニ因リテ定マル可ク法益の輕重ニ關係ナシ」と主張し、軽微な侵害に対して侵害者を殺害することを許容し、退避義務についても

⁷ 岡田庄作『刑法原論』（明治大學出版部、1913年）243頁以下。

⁸ 大場茂馬『刑法総論下巻』（中央大学、1918年）550頁。

⁹ 牧野英一『増訂日本刑法（第16版）』（有斐閣、1923年）291頁。

否定している¹⁰。

さらに泉二新熊も、「侵害ヲ受ケタル者ハ逃避シ得ルト官憲ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ルト將タ又侵害ヲ豫見シタルト否トニ關係ナク唯防衛ノ爲メニスル加害行爲カ現在不正ノ侵害ヲ排斥スルニ必要ナル程度内ニ於テ行ハルルトキハ之ヲ以テ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ト爲スコトヲ得ルモノトセリ」として、必要性の優位を強調している¹¹。

第2款 昭和初期～戦前

ところが、昭和に入ってから、必要性に加えて相当性を要求する見解が登場する。というのは、大正15年の臨時法制審議会が、「刑法改正ノ綱領」を発表し、その第23項は正当防衛について、「防衛行爲、避難行爲ニ付テハ其要件タル行爲ノ必要性ヲ行爲ノ相當性トスル規定ヲ設クルコト」という方針を示していたため、学説もこれに倣い相当性の議論を展開することとなったのである。

例えば宮本英脩は、「已ムコトヲ得ストハ最小限度ノ義ナリ。而シテ茲ニハ侵害ヲ排撃スルニ付テノ最小限度ナルカ故ニ、結局必要ナル程度ヲ越エサルコトヲ意味ス」と捉えた上で、「必要ナル程度ヲ越」える例として、ただ腕力で防衛すれば足りるときに生命侵害を行う場合と、威嚇で足りるのに実害を与えた場合（威嚇射撃で足りたのに侵害者を実弾で撃つ行爲）を挙げており、この要件を必要性と呼んだ。そして、正当防衛においては緊急避難とは異なり、害の均衡の要件は不要だとしながらも、一厘一銭の金を防衛するために窃盗犯を殺害するような場合については、「〔防衛〕行爲ヨリ生スル害カ其避ケントスル害ニ對シ著シク不權衡ナルトキハ許スヘカラス」として、この要件が相当性である、と説明している¹²。

また、牧野英一は、「已むを得ざる」の意味を必要性と解する一方で、「輕微な利益の保全のためにも、『已むを得ざりし』ことが證明される以上は、正當防衛が權利として承認されるわけである。換言すれば、小さな財物を保全とするためにでも、必要性を具備する行爲なる以上、人を殺傷しても、それは正當防衛だといふことにならねばならぬのである」と批判する。そして、この問題

¹⁰ 山岡萬之助『刑法原理（第16版）』（日本大学、1924年）196頁。

¹¹ 泉二新熊『日本刑法論上卷（總論）』（有斐閣、1924年）377頁以下。

¹² 宮本英脩『刑法學粹』（弘文堂書房、1931年）246頁以下。

を相当性の概念で制限することを主張したのである¹³。

第3款 戦後～現在

戦後になると、必要性を相当性によって制限するという考え方が定着していったように思われる。すなわち、江家義男は、「正當防衛は権利行為として、自己又は他人の正當なる利益を防衛するのであるから、假令、他に避くる途がある場合に於ても、其の利益の防衛をなし得なければならぬ。然し侵害を容易に逃避し得るに拘らず、逃避せずして反撃を加ふるが如きは、権利の正當なる行使とは謂ひ難い。防衛の爲の必要性も、行為當時の事情に照し相當のものでなければならぬ」としている。そして、「僅少の利益を防衛する爲に、多大の利益を犠牲に供することは、之れ亦適當なる権利の行使とは謂得ない。正當防衛に於ても、防衛せられる利益と反撃せられる利益とが比較考量せられ、社會觀念上相當なる場合でなければならぬ。之を要するに已むことを得ざるに出でたる行為とは、行為當時の状況に照し、防衛として相當なる行為といふ意味に解すべきである」と主張した¹⁴。また、井上正治も、「反撃行為は侵害の強度に應じ相當のものでなければならぬ。もとより不正を寛容する必要はないが、いちじるしく利益の均衡をはずれた反撃は通常正當防衛の手段とはなり得ない。かくて、正當防衛の必要性はその相當性に席をゆずる」と主張したのである¹⁵。

ただし、ここでも、必要性を制限すべき場合として指摘されているのは「僅少の利益を防衛する爲に、多大の利益を犠牲に供する」場合とか「いちじるしく利益の均衡をはずれた反撃」と言うように、極端な過剰の事例を解決することが念頭に置かれていたのである。

現在の学説においても、「やむを得ずにした行為」の解釈として、必要性和相当性の双方を要求する見解が通説的地位を占めているほか、いずれか一方のみを要求し、もう一方を不要とする見解も有力に主張されている。しかし、通説の中でも、必要性要件と相当性要件をどのように棲み分けるかについては論者ごとに微妙な相違があり、必ずしも統一されていない。

例えば内藤謙は、まず必要性の理解につき、「必ずしも厳密に他にとりうる

¹³ 牧野英一『刑法改正の諸問題』（良書普及會、1934年）177頁以下。

¹⁴ 江家義男『刑法（総論）』（千倉書房、1952年）103頁。

¹⁵ 井上正治『刑法學（總則）』（朝倉書店、1951年）98頁。

方法がない場合に限られることなく反撃に出ることが認められ」るため、原則として被侵害者は退避義務を負わず、退避が可能な場合であっても侵害を排除するために必要であれば反撃を加えてよいが、どのような反撃行為に出てもよいわけではなく、「侵害の強さの程度と侵害の危険性の程度、および、自己の用いる防衛手段」によって必要性の程度が決まるため、必要性要件には、相対的な意味での必要最小限度手段性が含まれていると説明している¹⁶。次に論者は、必要性の原則を満たせば常に正当防衛が成立するわけではなく、相当性の原則を満たすことも必要であるとする。論者のいう相当性の原則とは、「違法阻却事由としての性格から正当防衛に内在する制約を一般的に表現したもの」であり、具体的には、「保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失っていないこと」であると説明されている¹⁷。すなわち、わずかな価値の財物を窃取した窃盗犯から財物を取り返すためには拳銃で射殺するほかにような場合は、必要性要件は満たされるが、保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失っているため、相当性要件が満たされず、過剰防衛となる。必要最小限度手段性が必要性要件の中で要求されており、これを満たさない場合にも過剰防衛となると説明されている¹⁸ことから、相当性要件は極端な事例を捕捉するための、補的な機能を有するものと言えよう¹⁹。

中義勝も、「逃げようと思えば逃げられる場合でも、侵害を排除するために反撃を加えてもよく、その程度も厳密に攻撃に比例するものでなくてもかま」わないと述べて必要性要件を説明する一方、豆腐数丁の財産的利益を防衛するために人命を害する行為は防衛の程度を超えたものである旨判示した大判大正3年6月19日新聞2891号14頁を挙げ、無制限に正当防衛を認めることは適当で

¹⁶ 内藤謙『刑法講義 総論（中）』（有斐閣、1986年）345頁以下。論者はかつて、必要最小限度手段性を相当性の問題であると解していたが、必要性の問題の一環であるとして、必要性の問題に改めている。内藤謙「正当防衛」月刊法学教室22号（1982年）51頁参照。

¹⁷ 内藤・前掲注（16）346頁。論者は、相当性要件が否定されるのは著しく均衡を失する場合であって、厳密な均衡を要件としている緊急避難とは異なるとしている。

¹⁸ 内藤・前掲注（16）347頁は、「必要性・相当性の程度を超えたとき」に過剰防衛となるとしている。

¹⁹ 同旨の見解として、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）105頁。

ないと述べる²⁰。しかし、相当性要件は必要性による行き過ぎを抑制するためのものとして理解すべきであり、そうしなければ正当防衛が認められる範囲が著しく狭まり、防衛行為により相手を死亡させた場合は常に過剰防衛とされるおそれがあると主張している²¹。

以上の諸見解は、要するに、いわゆる「武器対等の原則」を必要性要件の中に読み込み、著しい不均衡がある場合を相当性要件で捉えようとするものであり、必要性要件に比重が置かれていると言えよう。しかし、最近は、必要性要件の限定機能に疑問を投げかけ、その機能を相当性要件に求めようとする見解が多数説となっている。

例えば西田典之は、財物を取り返すためには殺害するしかないというような場合には必要性を満たすが、社会功利的見地からは、正当防衛の成立は認められないため、相当性要件による修正が行われることになる。論者はこのような考え方を強調し、「やむを得ずにした行為」の意義は「相当性」とであると説明している²²。

次に山口厚は、必要性要件は「必ず要る」（補充性）という意味ではなく、「防衛に役立つ」という程度の曖昧な内容であり、限定性に乏しいとして批判する。しかし、相当性要件も、その内容が極めて不明確であるとして、相当性要件に対しても疑義を呈した上で、「侵害の排除のために必要不可欠な対抗行為（すなわち、侵害を回避・退避することなく、防衛するために必要最小限度の法益侵害行為）であれば、いかなる法益侵害行為であっても許される」とし、この判断に際しては、具体的な状況下における侵害排除の可能性を問題とし、侵害の強度や侵害者・被害者の身体的条件、利用可能な侵害排除手段といった要素を総合的に考慮し、何が「必要最小限度」の法益侵害行為であるかを判断すべきと主張し、相当性要件の明確化を試みている²³。

²⁰ 中義勝『口述 犯罪総論』（有斐閣、1980年）136頁。

²¹ 中・前掲注（19）136頁以下。

²² 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）173頁以下。論者は、相当性要件を強調すると、侵害者が幼児・老人・泥酔者の場合に、侵害を容易に回避できる場合には、退避義務までは認めないが、防衛行為の相当性は厳格に判断されることになるとする。

²³ 山田厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）127頁以下。

高橋則夫も、通説の見解によれば、「必要性要件は、防衛に不要でない行為、すなわち、侵害を防ぐために必要である行為であれば充足される」ことになるため、ほとんど限定機能を持たず、もっぱら相当性要件によって限定されると説明する²⁴。しかし、論者自身は、必要性要件の中にも限定機能は存在すると主張している。すなわち、必要性要件の限定機能は、正当防衛の第1の違法阻却根拠である「自己保護の原則」²⁵から生じ、「防衛する手段として必要最小限度のものであること」という判例²⁶の文言は必要性要件の内容を指すものであり、この要件は36条1項の「防衛するため」の客観的要件である（防衛の意思が主観的要件）と言うのである²⁷。これに対して、相当性要件というのは「『やむを得ずにした行為』か否かの問題である。法益の著しい不均衡の場合は、すでに必要性要件を欠くのであり、相当性要件によるその他の限定は、正当防衛の第2の違法阻却根拠である『正の確証（法秩序保護の原則）』から生じることになる」と説明されている²⁸。しかし、論者は、過剰防衛とは「正当防衛の他の要件を満たしているが、防衛行為の相当性だけを欠いている場合」（傍点筆者、以下同じ）であると説明しているところ、「スイカ泥棒を射殺する行為のように、相当性を著しく逸脱する場合には、正の確証の枠内における防衛行為とはいえないことから、正当防衛それ自体が否定されて過剰防衛にはならない」とも述べている²⁹が、「法益の著しい不均衡の場合にはすでに必要性要件を欠く」という先の説明とどのように整合性を取るのかについて、より立ち入った説明が求められよう。

また、井田良は、必要性要件は「防衛適合性」の問題であると解している。すなわち、幼児に授乳せずこれを殺そうとしている母親を殺傷する行為のように、攻撃防止のための手段として何ら役に立たない行為は「権利防衛のために無意味であるから、防衛適合性を欠き、この意味における防衛行為の必要性が

²⁴ 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2013年）277頁。論者は、相当性の判断対象は防衛行為の結果ではなく、行為態様に求められるとしている。

²⁵ 本稿では「自己保全の原則」と表記している。

²⁶ 最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁。

²⁷ 高橋・前掲注（23）280頁。

²⁸ 高橋・前掲注（23）280頁。

²⁹ 高橋・前掲注（23）287頁（脚注76）。

否定される」と言うのである^{30 31}。また、必要性要件は防衛「行為」の要件であり、行為の時点における合理的な判断として攻撃防止の効果を期待できる手段でなければならないとも説明されている³²。他方、論者によれば、相当性要件は「侵害と反撃のバランスないしはその対応関係の問題」であり、攻撃排除の適性をもつ（防衛適合性がある）複数の防衛行為の候補のうちで、最も相手にダメージを与えることが少ないと考えられるものを選ぶべきことを意味し、これが「必要最小限度手段性」である³³。この見解は、必要性要件に一定の意義を見出しているものの、必要性要件の段階で防衛適合性が否定される場合は極めて例外的であると思われるから、事実上限定機能を果たしているかについては疑問の余地がある³⁴、必要性は、「その行為が防衛のために何らかの意味で役に立ちそう」であれば認められ、初めから防衛の役に立たないことが明らかな場合以外は必要性を満たす旨説明しており、広く必要性を認める見解に立っている³⁵。

第3項 検討

最初期の学説においては、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の意義につき、「他に取るべき方法がなかった」という意味に捉え、現代で言うところの「補充性」を要求し、場合によっては防衛行為者に退避義務を課していたことから、当時の正当防衛の条文は非常に制限的に適用されていたと言えよう。しかし、次第に「防衛に必要であればいかなる防衛行為であっても行ってよい」という解釈

³⁰ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）289頁。

³¹ 防衛適合性を「防衛行為性」の内容と捉える見解として、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）154頁以下。本稿も、このように考えるのが妥当であると考えている。山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）503頁も、防衛適合性は「防衛のため」の客観的解釈であるともいえると述べている。

³² 井田・前掲注（30）289頁以下。

³³ 井田・前掲注（30）290頁以下。

³⁴ 前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会、2015年）278頁は、防衛に不要な行為（＝防衛のためでない行為）は過剰防衛にもならない旨図示していることから、同趣旨の見解であると言えよう。以前の論者の著述によれば、必要性要件には「防衛適合性」と「必要最小限性」が含まれるとされているが、最新の著述では、「防衛適合性」という文言は用いられていない。前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）390頁参照。

³⁵ 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）142頁。

がなされるようになり、必要性要件の意義は変容し、補充性は要求されなくなっていった。ところが昭和に入り、「相当性」の概念が刑法解釈に取り入れられるようになると、必要性要件は再び制限を受けはじめた。そして、戦後から現在にかけて、必要性要件は「防衛適合性」という程度の意義にまで、その価値を縮減してきたのである。

ただし、相当性要件の当初の目的が、法益の不均衡が著しい場合を処理するという点にあったということには注意を要する。確かに相当性要件は、必要性要件の行き過ぎを是正するという役割を期待されていたが、実際に、必要性要件をどの程度制限できていたかについては定かではない。というのは、当時の犯罪発生状況において、果たしてどれだけの事例が「極端な不均衡」であると判断されていたかについては不明だからである。しかし、現在の裁判所における相当性要件の運用を見ると、著しく法益が不均衡であるというような事案でなくても、防衛行為が過剰であれば相当性を否定していることから、相当性が必要性を制限する程度は、相当性要件が導入された当初に意図されていたよりも高まっていると言えよう。

また、当時の必要性の理解において議論されていたのは、一定の場合に退避を要求するかどうかという点が主であり、これを要求する見解も要求しない見解も、防衛行為がそれに必要な程度内で行われなければならない、という点では一致していたのである。この「必要な程度」の理解としては、大正時代においては、「法益の軽重には関係ない」とか「侵害者と被侵害者の周辺の事情を総合考慮する」などと説明されており、これは、すでに相当性の内容を多分に含んでいると思われる。そして、相当性の概念が明確に打ち出されるようになると、これまで必要性の枠内で説明されていた要素が相当性の枠組みに移され、必要性の枠組みには、退避義務を認めるかどうかという点が残存することとなったと言えるのではないだろうか。そして、原則として退避義務は要求されないと理解する以上は、必要性要件は当初の意義を失い、防衛適合性という、限定機能に乏しい意味合いを与えられたのである。さらに、防衛適合性という要素は、刑法36条1項の「防衛のため」の要件に解消することも可能であるように思われるから、必要性要件として議論する必要も乏しいと言えよう³⁶。そ

³⁶ 本稿は防衛の意思を必要とする立場に立つものであるが、このように解したからといって、「防衛のため」の解釈として、防衛適合性という客観的要素を

の意味では、必要性要件に限定機能を見出さない見解というのは、退避義務を肯定しない正当防衛観を適切に表していると言えるのではないだろうか。

このように、必要性要件は、議論される時代によって変容はあるものの、基本的には退避義務の有無と関連していることが分かる。現在の通説は、原則的な退避義務の存在を否定しているため、必要性要件が問題となることはまずないであろう。しかし、自招防衛の場合のように、例外的に退避義務、すなわち補充性が要求される場合があると仮定したとき、補充性の発生根拠として必要性要件が受け皿になることは、十分可能であろう。この点こそが、本稿の主張である。

本稿の見解をこのように構築すると、正当防衛の制限効果に関しては、相当性否定説や基本思想援用説などと基本的には類似の結果が得られることになる。しかし、本稿の見解は、補充性の発生根拠を刑法36条1項自体に求めることが可能となるという点で、これらの見解とは一線を画し、そこから、相当性否定説等とは異なる結論が導出されることになるのである。

第2節 自招防衛の解決方法 ―本稿の見解―

それでは、序章からここまでの検討をまとめながら、本稿の主張及び見解を述べることにする。

（1）意図的挑発類型について

まず、日本における判例理論を前提とすれば、意図的挑発類型を自招防衛の枠組みの中で考慮することは不要である。ドイツの判例は、急迫性要件を客観的に解しており、意図的挑発類型を、正当防衛権を制限する糸口として把握するためには、ドイツ刑法32条1項の妥当性要件に依拠する必要があるが、急迫性要件を規範的に解し、「積極的加害意思論」を承認する日本の判例に従えば、正当防衛に名を借りて積極的に反撃を行う意思で挑発行為を行うという意図的挑発類型は、積極的加害意思を有する一場面と言うことが可能であるから、あえて意図的挑発類型を自招防衛の枠組みで捉える必要はないと言わなければならない。

また、日本の学説には、積極的加害意思論を批判する一方で、意図的挑発の

読み込むことは、もとより排斥されていないように思われる。

場合には正当防衛権を否定する見解が主張されているが、意図的挑発が正当防衛権を否定する理由は、挑発行為を行ったという点よりも、そのような挑発を「意図」していたという点に重点が置かれている。しかし、積極的加害意思論を否定するのであれば、意図的挑発における「意図」を考慮することを同時に否定しなければ、一貫しないように思われる。

確かに、積極的加害意思論は心情刑法であるから急迫性否定の根拠とはなり得ないが、意図的挑発の場合は行為者が挑発行為を行っているという事情があることから、挑発行為が相当性を否定する方向に作用するため、積極的加害意思論を批判しつつ、意図的挑発の場合においても正当化を否定することは可能であるという反論は考えられよう。積極的加害意思が問題となる場面では、意図的挑発の場合とは異なり、挑発行為は通常想定されていない。つまり、意図的挑発の場合は、いわば「無から有を作り出す」という挑発者の先行行為が存在している点で、単なる（急迫性が否定されない）積極的加害意思よりも重い責任があるという主張は、反論としてあり得るように思われる。

しかしながら、挑発行為の有無という点で、両者の相違を説明することが本当に可能であろうか。挑発行為が存在しないとしても、侵害を確実に予期しているにもかかわらずその場に留まり、侵害が発生したら積極的に加害行為を行うという行為は、いわば「これから有が作り出されるのを準備して待つ」ものであり、実質的に、挑発行為が存在する場合とほとんど同等ではないだろうか³⁷。

また、挑発行為は、故意的挑発・過失的挑発の場合にも当然存在する。仮に、挑発行為の存在を重く評価し、意図的挑発の場合には相当性を完全に否定するが、（違法な先行行為による）故意的挑発の場合は、完全には否定せず、相当性要件を満たすかが厳格に検討されるとすると、意図的挑発と故意的挑発の取り扱いの差は、最終的には主観面の相違に求めるよりないように思われる。そうすると、仮に積極的加害意思と意図的挑発とで異なる取り扱いをすることを肯定できたとしても、意図的挑発と故意的挑発の差異を説明する際、「意図的挑発の場合、挑発者は正当防衛に名を借りて反撃しようとする意思を有しながら挑発行為を行っているから、故意的挑発の場合とは異なり、防衛行為の相当

³⁷ 本稿第1章第2節第5款において、筆者は行為無価値論の視点から相当性を制限・否定する見解に対しても、挑発の有無は重大な相違ではないのではないかと述べたが、そのように考える根拠は、以上のような点に基づく。

性は完全に否定される」と言うのであれば、それも心情刑法に陥る危険があると言わなければならないのではないだろうか。

他方、積極的加害意思論を承認する見解からは、積極的加害意思が存在する場合は急迫性を否定するが、意図的挑発の場合は相当性要件を否定するという主張が展開されている。しかし、積極的加害意思論を承認するのであれば、意図的挑発類型を自招防衛の枠組みにとどめておくメリットはない。そればかりか、挑発が存在しない場合ですら急迫性が否定されているのに、挑発が存在する意図的挑発の場合は相当性が否定される（すなわち、急迫性は肯定される）という結論に至り、妥当ではないと思われる。

従って、日本では、意図的挑発類型は積極的加害意思論に解消させるべきであり、そうすると、自招防衛論で問題となるのは意図なく招いた侵害に限定されることになるのである。

（２）平成20年決定と急迫性要件

平成20年決定は、学説によって盛んに検討されてきたが、そこでは、積極的加害意思論を初めて展開した昭和52年決定との関係が主要な論点となり、平成20年決定を、①昭和52年決定の延長線上に位置付ける（あるいは、そのように位置付けるべきであるとする）見解と、②昭和52年決定とは異なる基準を提示したとする見解が主張されている。しかし、昭和52年決定はそもそも自招防衛の事案ではないから、判断枠組みが異なっているのは当然であって、平成20年決定と昭和52年決定を比較する意義は乏しいように思われる。確かに、昭和52年決定が出される前後では、裁判所の自招防衛に対する姿勢は明らかに変化しており、その点を考慮すれば、昭和52年決定が自招防衛と何らかの関係を有していると考えのも、無理のないことかもしれない。しかし、昭和52年決定以降の自招防衛の事案において、刑法36条1項のいずれかの要件に依拠した判断がなされるようになったのは、昭和52年決定が、積極的加害意思論を通じて、正当防衛の要件を規範的に解釈することを承認したことで、裁判所の解釈の幅が拡大したためであると考えるべきであろう。すなわち、昭和52年決定が自招防衛論に提供したのは判断枠組みそれ自体ではなく、規範的解釈という方法論であったのではないだろうか。

実際、平成20年決定に示された枠組みは、福岡高判昭和60年7月8日刑裁月報17巻7＝8号635頁（第2章⑪事件）の枠組みとかなりの程度で近似するもの

であり、同判決と類似した裁判例も見られることから、最高裁が平成20年決定を出すに当たっては、昭和52年決定ではなく、福岡高裁判決を意識し、これまでの裁判例の枠組みを概ね追認したものと理解するのが自然なのではないだろうか。平成20年決定以降の裁判例を見ると、そこでは侵害の予期が正面から問題とされており、正当防衛状況という文言を急迫性の意味で理解するかのような判旨も見られることから、これらの裁判例が平成20年決定を意識して出されたものとは、直ちには思われない。本稿は、平成20年決定の言う「正当防衛状況」という文言は、裁判員裁判を見据え、急迫性要件の真の意味をわかりやすく説明したものであり、事実上この文言は急迫性を意味しているものと解すべきであると考える。また、侵害の予期について言及することなく急迫性を否定したという点で、それまでの裁判例の枠組みとは異なっていると考えられる。

しかし、仮に平成20年決定は急迫性を否定したものであると理解するとしても、本稿の見解に照らすと、それとて妥当な解決とは言えない。自招防衛は、自招行為によって生じた侵害が、規範的に急迫不正であってもなお正当防衛の成立を否定すべき場合があるのではないかという問題意識の下で討議すべきである。昭和52年決定から平成20年決定までの主な下級審は、急迫性要件を用いて自招防衛の事例を処理してきた。しかし、そこでは、一定の条件を具備する場合には急迫性が否定されるとされているものの、その具体的な根拠は、実は示されていない。すなわち、前記福岡高裁判決を例とすると、自招行為が違法であり、挑発と侵害が時間的に接着しており、侵害が通常予期可能かつ軽微であるということが、なぜ急迫性の否定につながるものであろうか。福岡高裁は、これらの条件を満たす「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」と述べるにとどまっている。その説得力が万全であると、果たして言えるだろうか。

仮に本稿の指摘するとおり、下級審の示した枠組みは説得力に欠けるとすれば、その遠因はやはり昭和52年決定にあらう。すなわち、下級審は昭和52年決定の強い影響にさらされて、自招防衛においても急迫性要件の規範的解釈を志向した結果として、以上のような条件を要求するようになったのではないだろうか。しかしながら、昭和52年決定は、急迫性が正当防衛成立の要件とされている趣旨にまで踏み込んだ上で、防衛行為者が積極的加害意思を有する場合はその趣旨を満たさないと判示しているのである。下級審がこれに倣うのであれば、少なくとも、なぜ自ら侵害を招いた場合には急迫性要件が否定されるのか

ということを、より詳細に検討すべきであったように思われる。

（3）自招防衛の制限根拠・制限条件

本稿は、ドイツの学説の検討を通じて、法確証原理に依拠する権利濫用説を批判することから、正当防衛の正当化根拠は専ら自己保全の原理に依拠することとなる。

本稿の見解は、結論としては相当性否定説と大きな差異はないことになる。すなわち、正当防衛と緊急避難の異同を優越的利益に求め、自招防衛の場合は自己保全の利益が減少することになるため、優越的利益は認められず、結果として退避義務（補充性）が課されることになるのである。では、退避義務はどのような場合に課されるのか。ドイツの議論にならい、主観面と客観面とに分けて検討する。

a) 主観面

まず主観面について問題となるのは、侵害を意図なく招いた場合のみであることは先に述べた。しかし、ドイツの判例を見ると、故意的挑発・過失的挑発というような挑発者の主観面よりも、挑発行為の法的性質（客観面）の方に重点が置かれており、侵害の予期ということが正面から議論対象となることは少ないが、このような方向性は基本的に妥当なものである。日本では多くの裁判例が侵害の予期を問題とした上で、急迫性要件を否定することで自招防衛の事例を処理しているが、本来自招防衛の問題は、先に述べたように、急迫不正の侵害があったとしても正当防衛権を制限できるかが問題とされなければならないはずである³⁸。なぜなら、侵害を予期していたとしても、侵害を誘発する行為が状況からして正当と考えられるのであれば、急迫性を否定して正当防衛権を制限することは不当であるとされるように、侵害の予期という要素は、少な

³⁸ 実際にも、例えば、臆病な被害者に対して常日頃から暴行を加えていたところ、あるとき、暴行が終了した後、被害者が激昂して突然襲いかかってきた場合のように、挑発者が、行為によって侵害を招くということを認識しない場合も十分考えられる。しかし、この場合は侵害の予期がないため故意的挑発には当たらず、正当防衛権が完全に認められるというのでは、軽率な者ほど手厚い保護を受けることとなり、不当な結論をもたらすことにならないだろうか。

くとも急迫性要件にとつては決定的ではないからである。意図的挑発の場合は侵害の予期を前提として、積極的加害意思論を用いて急迫性を欠くとする処理で問題はないが、それ以外の場合は、急迫不正の侵害が存在していることを前提とした解決を志すべきである。従って、本稿の見解によれば、自招防衛において、これまでに検討されてきた「意図的挑発」はもちろん、「故意的挑発」及び「過失的挑発」という主観面を考慮することは不要であり、専ら挑発行為の法的性質（客観面）によって正当防衛権の制限の可否を決すべきことになる³⁹。

それでは、客観面についてはどのように考えるべきだろうか。

b) 客観面

特にドイツで議論されているように、違法な挑発行為であれば正当防衛権が制限され、権利行為・義務行為の場合には制限を受けないというのは、日本の学説においても受け入れられるであろう。問題となるのは、社会倫理違反行為である。

この点につき、学説は日独いずれも、挑発行為には違法性を要求する見解が多数である。日本の判例も、正当防衛権を制限する根拠として挑発行為の不正性を挙げていることから、学説に親和的な立場であると解することも可能であるが、「社会倫理違反行為では足りない」と明言されているわけではないから、なお判例の立場は不明であると言わなければならない⁴⁰。

社会倫理違反行為が正当防衛権を制限する糸口とすることの問題点は、ドイツの学説からの主張もさることながら、社会倫理違反という概念が不明確であり、判断者によってその判断が異なり得るところにあるのではないだろうか。ある行為を複数の判断者が見たとき、ある者は「社会倫理違反」と評価するが、別の者は「違反でない」と評価するという場合は容易に考えられる⁴¹。そうすると、判断者の基準をどのように設定するかが問題となるが、人間の多

³⁹ ただし、侵害が「通常予期される」という要素はなお有用な基準であると思われる。この点については客観面の検討で説明する。

⁴⁰ ただし、第2章の⑬事件は、社会倫理的に疑わしい行為が問題となっているが、そのような行為が侵害を誘発することが社会通念上通常とは言えない旨判示されている。

⁴¹ 例えば、電車内での飲食、化粧、イヤホンの音漏れ、路上喫煙などが挙げられよう。この他にも多くの例が考えられよう。

様な倫理観を統一させることは、もとより不可能であるばかりか、社会倫理とは言ってもあくまで倫理であるから、倫理違反を（正当化を否定することによる）処罰の根拠とすることには抵抗がある。確かに、非難の程度はグラデーションであり、侵害を招致する可能性が高く、ほとんど違法と言って差し支えないような社会倫理違反行為というものは想定し得る。しかし、社会倫理違反をも制限の糸口にしてしまうと、制限の範囲は国民生活を脅かすほどに、際限なく拡大しかねない。このような場合は、制限の範囲を広めて挑発者を結果的に処罰するよりも、被挑発者に自制を求め、正当防衛権の制限は行わないことが、国民生活の安定に資するであろう。従って、本稿も、通説的見解と同様に、挑発行為の客観的な制限条件としては、挑発行為の違法性を要求すべきであると考える。

以上のように考えると、自招防衛は、専ら挑発行為の客観面に従って、正当防衛権の制限の可否が決まることとなる。制限根拠との関係では、挑発行為が違法でなければ優越的利益は損なわれず、自己保全の利益は完全な形で保持されることとなるのである。

（４）制限効果

正当防衛権が制限される場合に問題となるのが、制限効果である。本章で述べたように、本稿の見解によれば、挑発者には、必要性要件を根拠として補充性が要求され、退避義務が課されることになる。補充性の発生根拠については、これまで詳細な検討は展開されてこなかったように思われるが、本稿は必要性要件にその端緒を見出そうとするものである。

しかし、当然ながら、永続的に正当防衛権が制限されるわけではない。「補充性」と言う以上は、例えば——ドイツの判例が述べてきたように——それ以上退避できない状況に陥ったときには、正当防衛権は回復する（補充性は満たされる）ことになる⁴²。それでは、どのような場合であれば補充性が満たされると言えるのであろうか。この点が、自招防衛解決のための最後の問題点である。

自招防衛の場合において要求される補充性の程度は、挑発行為と、それによってもたらされた侵害との関係で決せられるものであると考えられる。すなわち、

⁴² それでも、侵害の程度を超えて防衛行為を行った場合に別途過剰防衛の成立があり得ることは当然である。

(違法な)挑発行為と言っても、その程度にはもちろんグラデーションがあるから、あらゆる態様の挑発行為に対して、一律に、同程度の補充性を要求することは妥当ではないのである。

まず、挑発行為の違法の程度が軽微な場合は、それによって生じた侵害も軽微であれば退避義務を負うが、重大な侵害が加えられたときは、正当防衛権は制限されないと考えてよい。というのは、挑発者は、意図的挑発の場合は別として、自らの挑発行為の程度の範囲内で補充性を要求されると考えるべきであるからである。本稿第2章では、被侵害者自身が侵害を予期していたことを前提とすれば、軽微な挑発行為から重大な侵害を発生させるということは十分考えられると述べたが、挑発を受けたという理由のみでは、被挑発者が重大な侵害を加えてよいということには決してならないから、挑発に対して侵害が均衡を著しく欠く場合は、いかに挑発者といえども、侵害の予期にかかわらず正当防衛権を保持すると言うべきである。軽微な挑発行為であっても被挑発者には自制が要求されるのは当然であるが、挑発者の正当化との関係では、自身でそのような侵害を招いたのであれば、その限度で補充性を課されるべきである。すなわち、軽微な侵害であれば、挑発者は退避義務を負い、あるいは侵害を受忍しなければならないことになろう。この発想は、まさにドイツの判例が唱えている3段階理論に依拠するものである。ただし、同理論によれば、回避可能性が失われた場合には反撃防衛に移行できるとされているが、侵害が軽微である限り、反撃防衛といえども侵害者に例えば重傷を負わせたり、殺害したりすることは許されないと言うべきである⁴³。

これに対して、挑発行為の違法の程度が重い場合は、それに対する侵害が軽微であれば当然として、仮に侵害が重大であっても侵害から退避する義務を負う。挑発行為の違法が重大であるときは、その分侵害を誘発したことに対して要求される危険負担の程度も重くなるため、ここでは厳格に3段階理論の適用が求められることになろう。

また、本稿の見解のように、自招防衛の場合には必要性要件に基いて補充性が要求されると解すると、補充性がないにも関わらず防衛行為を行ったときは、当然必要性要件が否定されることとなる。そのため、相当性要件は問題となら

⁴³ その際は、回避可能性がない以上、補充性は満たされていると言えるから、必要性要件ではなく相当性要件による処理(過剰防衛)がなされることになろう。

ないことから、過剰防衛の成立する余地はないことになる。相当性否定説と本稿の見解の相違は、この点に求められよう。

本稿の見解は相当性否定説や基本思想援用説などと比べ、挑発者に対しては厳しい態度で臨む見解と言えるかもしれない。しかし、重大な挑発行為を行った者に対してまで緩やかに過剰防衛の成立を認め、寛大に扱う必要はないのではなかろうか。また、軽微な挑発の場合においては、それに対する侵害が重大であれば正当防衛権は制限されないと解されるし、侵害が軽微であれば、課される補充性の程度も軽度なものにとどまるのであるから、それに違反して防衛行為を行った際にあえて過剰防衛としなくとも、適切な科刑を行うことは可能であろう。従って、本稿のような立場であっても、挑発者に対して、従来よりも特段重い負担を課すことにはならないのである。

そうすると、本稿の見解の中で最も重要なのは、挑発行為の違法の程度ということになる。挑発が「軽微」と判断されるか「重大」と判断されるかで、課される補充性の程度が大きく異なるからである。

この点については、自招防衛が問題となる具体的な事情に依存せざるを得ない。例えば、侮辱や軽度の暴行（軽く小突いたり、突き飛ばしたりする行為など）であっても、具体的状況の下では、挑発の程度としては、軽微であるとも重大であるとも評価できる場合があろう。先に本稿ではドイツの⑬事件を取り上げたが、当該事件のように、（後の）侵害者が刺激に反応しやすく、軽微な挑発であっても重大な侵害を加えてくるという事例は十分考えられる。すなわち、挑発が「軽微」か「重大」かは、当該挑発行為の法益侵害性それ自体の大小ではなく、「重大な侵害を招く危険性」によって決まると解するべきであろう。ここでは、挑発者と侵害者の人的関係や、凶器の所持・不所持、過去の闘争状況などのような具体的状況が判断に影響を与えることになるが、一般化させて言えば、挑発行為が有する「因果性の強弱」が、挑発行為の評価を決すると言えよう。

具体的な判断の方法であるが、まず、侵害が軽微であるような場合は、挑発行為が軽微であるか重大⁴⁴であるかは、大きな問題にはならないであろう。この場合は、挑発者にその限度で退避義務を課せば十分である。問題となるのは、

⁴⁴ 例えば、拳銃を所持した相手に平手打ち（違法な暴行）をして挑発したが、意外にも拳銃を使わず侵害をしてきた場合が挙げられよう。

重大な侵害が加えられた場合である。

重大な侵害が発生した場合は、事前の挑発行為に着目し、当該挑発行為が問題となった侵害を招く危険性があったかが問題となる。すなわち、相当因果関係の存在が、ここでは要求されているのである。先ほど本稿は、軽微な挑発に対する侵害が重大であるときは、正当防衛権は制限されない旨主張したが、「軽微な挑発」と認められるためには、重大な侵害への因果性がないことが条件となるのである。

平成20年決定を素材として、具体例を示してみよう。例えば、攻撃的な性格で、特殊警棒を所持している被挑発者に対して「平手打ち」で挑発を行ったが、被挑発者が特殊警棒を、①手で所持していた場合と、②外からは分からないように隠し持っていた場合とでは、異なる解決があり得よう。まず①の場合、平手打ちをすれば特殊警棒で殴打されることは、かなりの蓋然性をもって肯定できるであろう。つまり、①の状況における「平手打ち」は、侵害を招く因果性が高い行為であると言えるから、挑発者には、侵害を予期したかどうかにかかわらず退避義務が課されるのである。一方、②の場合は、特殊警棒を隠し持っている以上、挑発されれば特殊警棒で侵害を受けることは、客観的には確実であるが、そのような事情を認識することが——挑発者にとっても一般人にとっても——不可能であると言えるのであれば、侵害を招く相当因果関係は低いと言ふべきであるから、挑発者の正当防衛権は制限されないことになる⁴⁵。

以上のような判断方法は、因果関係論における相当因果関係説（客観説）に類似していると言えよう。自招防衛論には「行為時の事情」とか「行為後の事情」という考え方は不要であるから、完全に同一の判断構造を有するわけではないが、挑発が侵害を招くかどうかについて、特に②のような考察をするのであれば、そこでは「通常人における侵害の予期（認識）」が問題となっているのである⁴⁶。

⁴⁵ 自らの挑発行為の程度の範囲内で補充性を課されるという点からも、①、②の結論を肯定することが可能であろう。

⁴⁶ このことを「危険の現実化」と呼び、いわゆる客観的帰属論によって解決することも考えられるであろうが、基本的に行為者や通常人の認識を問題としない同説に基づいて上記①と②の場合を区別することは難しいのではないだろうか。

このように、挑発者自身の予期を問題とせず、専ら一般人基準に基づいて自招防衛を処理しようとする、通常は侵害を予期できないが本人は予期していたという場合に不当な結論がもたらされる、という批判が可能かもしれない。例えば、A が懷に拳銃を隠し持っていることを X が知っており、それにも拘わらず X が A に不正な挑発行為を行い、拳銃で撃たれそうになった場合を想定することができよう⁴⁷。しかし、X が反撃を想定して武装しているのであれば、挑発行為は意図的挑発と言えるから、本稿の見解によれば、積極的加害意思論による解決が可能である。また、何らの反撃準備もなく、凶器を所持している A を挑発するということは自殺行為そのものであり、そのような状況はそもそも考えられないであろう⁴⁸。さらに、通常予期できるが挑発者自身は予期できなかった場合であっても、挑発者が不正な挑発行為を行っていることには変わりがない。先に述べたように、自招防衛の問題は、急迫不正の侵害があったとしても正当防衛の成立を制限すべき場合について論ずるものであるから、挑発者が侵害を予期していたかどうかは関係ない。従って本稿は、通常であれば侵害を予期し得た（因果性が強かった）以上は、挑発者の防衛行為には補充性を要求することが可能であると考え^{49 50}。

⁴⁷ あえて新しい事例を出したが、先に出した②のような状況を挑発者が認識していた場合を想定してもよい。

⁴⁸ ただし、他人に自己を救助させることを想定して挑発行為を行うという場合は考えられよう。しかし、自招防衛の問題は挑発者自身の正当防衛権を問題とするものである。緊急救助に関する検討については別稿に譲り、本稿では立ち入らないこととする。

⁴⁹ 第2章で見たように、日本の裁判例も「通常予期し得る」という要素を用いているが、それは急迫性の有無を判断するために用いられていた。本稿はそうではなく、必要性による制限を志向するものである。

⁵⁰ 原因において違法な行為の理論に対する批判で見たように、橋爪・前掲注(1) 295頁以下は、相当因果関係の観点から同理論を批判していた。この批判は、相当因果関係を検討する本稿の見解に対しても、ストレートに妥当するであろう。しかし、法がそのような期待をしているというだけで、直ちにそのような結論がもたらされるのかにつき、本稿は異論を唱える。相当性判断も具体的状況を考慮して行われるものである以上、法の期待に背いて挑発を受けるという事態は十分考え得るのではないだろうか。先に見たように、論者も具体的事情の下では侵害を招くことが異常ではない場合があることを認めているが、具体的

終章

本稿の見解が従来の見解と異なっている点は、①意図的挑発事例を自招防衛の枠組みから除外したこと、②平成20年決定が自招防衛論に与えた実際の影響は限定的であると評価していること、③自招防衛論の枠組みにおいて主観面を考慮しないこと、④自招防衛の場合に補充性（退避義務）を要求する根拠を刑法36条1項の必要性要件に依拠していること、及び⑤（特に重大な侵害を招いた場合に）課される補充性の程度は、挑発行為と侵害の間の因果性の強弱を基準とし、強い因果性を有する場合には厳格に3段階理論を適用し、因果性がない場合には、自らがした挑発の程度を超えた侵害からの退避義務を負うことはないということである。

自招防衛論は古くから議論されてきた論点であり、ドイツでは権利濫用説が通説となっているが、近年はその依拠する法確証原理が批判されつつあり、通説も今や盤石とは言えない。特に日本においては内部的解決と外部的解決の両方が主張され、各陣営間はもとより、同じ陣営内においても互いに批判が展開されており、ドイツよりも議論は混迷している。さらに、現在も頻繁に独自の見解が唱えられており、本稿もそのような見解の一つであるが、本稿の見解が提示されても、なお統一の見解を形成するには至らないであろう。特に、自招防衛論の議論対象から意図的挑発類型を除外するという本稿の見解は、積極的加害意思論を承認することを前提とするものであり、主に結果無価値論を採る見解からは、およそ受け入れがたいものであると思われる。あるいは、本稿の主張がさらに議論を混迷化させてしまうかもしれないが、本稿の自己分析については他日を期し、多くの批判に晒されることを通じて、より妥当な自招防衛の解決方法を、今後も模索していきたい。

事情は場合によってさまざまである。そのような多様性を、「挑発に応じてはならない」という規範的考慮の要請のみに基づいて、原則的に侵害を「異常」と評価することは困難であろう。相当因果関係説の客観説もしくは折衷説に立つ限り、行為後の介入事情は一般人の予見可能性を判断基底とするのであるから、侵害を異常と評価できるかは、結局具体的事情に依存せざるを得ないのである。