

自招侵害について

岡 本 昌 子

はじめに

二 ベルテルの見解

第一章 ドイツにおける自招侵害の議論

(1) 基本的な考え方

第一節 正当防衛の社会倫理的制限と自招侵害の位置づけ

(2) ロクシンによる批判とベルテルの反論

第二節 判例の対応

(3) 処罰の限界づけの試み

第三節 学説の流れ

(4) 問題点

第二章 自招侵害に関する諸説

三 レンクナーの見解

第一節 権利濫用説

四 日本における原因において違法な行為の理論

第二節 危険な先行行為説と攻撃者の興奮状態説

第三節 原因において違法な行為の理論

第三章 自招侵害に関する私見
おわりに

一 バウマンの見解

はじめに

犯罪の成立要件の一つである違法性は、結果無価値論と違法二元論との間で大きく対立しており、この見解の対立

自招侵害について

同志社法学 五〇巻三号 二八五（二〇八三）

は、刑法の数多くの論点に波及している。その一つに自招侵害が存在する。旧刑法では自招侵害に関する規定が置かれていたが、現行刑法では同規定が削除され、我が国もドイツ同様、自招侵害は解釈論としてのみ論じられることとなった。⁽¹⁾ 自招侵害は、その実態に即して考察すると、正当防衛の成立要件を満たしていない場合と、満たしている場合に分けられる。前者の場合は、そもそも正当防衛は問題となり得ず、後者の場合をいかに取り扱うべきかが自招侵害の本来の問題である。⁽²⁾ 従って本稿はこの後者に限って論じるものである。このように自招侵害を捉えると、その取り扱いは違法性阻却原理における立場、ひいては違法論における立場を反映するものといえる。このように重要な論点であるにも関わらず、我が国ではいわゆる意図の場合に焦点を当てて自招侵害を議論している。しかし自招侵害には意図の場合以外に様々な事例が存在するのであり、本問題は検討の余地を残しているといえる。本稿ではその点を踏まえ、従来の「挑発防衛」という表現に対し、あえて「自招侵害」という表現を用いる次第である。⁽³⁾

以上のような問題意識を前提として、本稿は自招侵害の妥当な解決策を導くことを目的とする。それにあたり、まず、従来の学説が果たして自招侵害の解決策として妥当なのか、活発かつ詳細な議論がなされているドイツの議論を考察する。特に、通説である権利濫用説に対して有力に主張されている原因において違法な行為の理論が、我が国においても近年有力に主張されていることから、この理論を詳細に検討する。そして、我が国では十分に検討がなされてこなかった自招行為の限定、正当防衛の制限される範囲について私見を導き出すことを試みる。そして、最終的に本稿を違法論における対立の解消を目指すものとした。

(1) 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集第二七巻第二号一三八頁以下(一九八四年)、山中敬一「正当防衛

の限界』一六九頁以下（成文堂、一九八五年）。

(2) 大谷實『刑法講義総論「第四版補訂版」』二七〇頁以下（成文堂、一九九五年）、川端博「自招侵害と正当防衛」法曹時報 第四七卷第一〇号五頁（一九九五年）。

(3) ただし、翻訳上、挑発という表現も用いている。

第一章 ドイツにおける自招侵害の議論

第一節 正当防衛の社会倫理的制限と自招侵害の位置づけ

ドイツの正当防衛の規定には、我が国の正当防衛の規定における「やむを得ずにした」に該当する文言は存在しないことから、二〇世紀におけるドイツの正当防衛権の歴史は、社会倫理的な観点からのその制限の歴史であったといわれる。⁽¹⁾ この正当防衛の社会倫理的制限の解釈論の一つに自招侵害が存在する。⁽²⁾

正当防衛の社会倫理的制限に関し、ドイツでは一般に「必要性 (Erforderlichkeit)」と「被要請性 (Gebotenheit)」の二つの要件が設けられている。⁽³⁾ もっとも、社会倫理的制限は罪刑法定主義に反し違憲だとする見解も若干存在するが、これに対しロクシン (Clause Roxin) は、二つの点から批判する。第一に、刑法の補充性および可罰的違法性を根拠にして、正当化の基礎をなしている社会秩序原理によって正当防衛を制限すべきであるとする。第二に、立法資料に「被要請性」の要件が正当防衛権の制限を担保するものと明記されていることから、社会倫理的制限は妥当で

あると主張する。⁽⁵⁾これに関しシュペンデル (Günter Spendel) は、「正当防衛権の社会倫理的制限は……正当防衛権の弱体化と不安定のみを導くものであり、否認されるべきである」⁽⁶⁾と主張する。しかしロクシンは、「被要請性」の判断は、正当防衛権を支えている原理そのものからのみ導き出されるとし、これは諸事例を挙げるにより明確になるとする。⁽⁷⁾その諸事例の一つとして自招侵害が検討されているのである。

第二節 判例の対応

自招侵害に関する初期の判例は、自招侵害であっても攻撃の違法性は失われるものではないとして、自招者の正当防衛権の行使を認めていた。⁽⁸⁾しかしその後、ライヒ裁判所は、自招者にも原則的には正当防衛権を認めるが、「必要性」の要件で制限されると改め、この判例の見解は、その後、連邦通常裁判所にも受け継がれた。⁽¹⁰⁾

しかし、正当防衛が制限される自招行為の性質、そして正当防衛が制限される根拠については明らかにせず、連邦通常裁判所一九六一年八月一日判決⁽¹¹⁾で、ようやく自招行為の主観面について触れ、意図の場合以外でも防衛行為には制限が課されるとし、その制限を越える防衛行為は正当防衛権の濫用となると判示した。しかし、客観面に関して、裁判所が「法律上非難すべきものではない」場合でも防衛行為に制限を課すとしたことに対して、学説は、適正な権利を行使する者はその権利の過度の行使により他人を挑発していると感じる感じないに関わらず、その権利を無制限に守ることが許されなければならないと批判した。⁽¹²⁾そこで、連邦通常裁判所は一九七二年六月一四日判決⁽¹³⁾で自招行為の範囲を限定し、かつ正当防衛権制限の内容を明確にすることとなったのである。

一九七二年判決には、従来の判例とは異なる種々の注目すべき点が存在する。第一点は、正当防衛権について、「被攻撃者の保護だけでなく、同時に、法秩序の確証にも役立つという思想が」その基礎となっているとしたことである。第二点は、防衛行為が制限される根拠について、「被攻撃者が法律上非難され得る行為によって、自己を緊急状態に陥れる原因を与えたために、法秩序の確証の利益が弱められる」からであるとしたことである。第三点は、正当防衛の制限される内容について、被攻撃者の回避可能性、より危険性の少ない手段の使用可能性が存在する場合のみ権利濫用と評価したことである。これに対し、これらの可能性が存在しない場合は、「必要な防衛を行う権限は有するが、……敵の攻撃の続行を阻止し得ると確実にはいえない保護的防衛 (Schutzwehr) の見込みがある限り、より有効ではあるが場合によっては生命に危険を及ぼす反抗的防衛 (Tutzwehr) を直ちに用いてはならない」とした。第四点は、正当防衛を制限する自招行為として、「法律上非難され得る行為」、つまり違法な先行行為を要求したことである。この判例は、今日の裁判所の見解の立場を築き、基本的にその後の連邦通常裁判所によって踏襲されている。⁽¹⁴⁾ また、いわゆる「自己抑制の義務」については、その後一九七五年一月二二日判決⁽¹⁵⁾で更に、「有責者であっても重大な侵害を被るおそれのある場合にまで、防衛行為の抑制義務が無限に継続するものではなく、自招侵害の場合、最も有効で危険な防衛手段を直ちに用いてはならないが、保護的防衛が依然として効を奏さなかったなら、その自己抑制の義務は消滅する」としている。

同判決以降、制限される内容に関しては詳細に示されるようになったが、自招行為の性質については明らかにされてこなかったと批判されている。⁽¹⁶⁾ この点に関し、一九七八年一月二二日判決は、⁽¹⁷⁾ 「有責な挑発とは、個々の事例のあ

らゆる諸事情を総合的に評価した際、挑発に続く攻撃が、被攻撃者の義務違反の相当な、そして予見可能な結果と思われるような先行行為である」と定義づけ、自招行為に関する議論の部分的な終了をもたらしたと評価されている。しかし、他の判例は自招行為の性質に関し不明確であり、その立場を明らかにしていないと総括されている。⁽¹⁸⁾

第三節 学説の流れ

ドイツの学説は、判例の粗雑な見解を批判し、どのような自招行為が正当防衛を制限するのかを、その主観面・客観面で細分化して分析すべきであると主張する。通説は自招行為を主観面から、①意図の場合、②故意による場合、

③過失・その他有責に招致された行為の場合に分けている。①の場合とは、「攻撃者を正当防衛という隠れ蓑の下で侵害可能にするために、行為者が攻撃をねらいどおりに招致する場合」⁽¹⁹⁾等と説明されている。この場合、ほとんどの見解が、その根拠づけは異なっているが、正当防衛権を否定するという結論においては一致している。⁽²⁰⁾②の場合、

少なくとも挑発の際に傷害の故意は存在していなければならず、武器の故意の携帯が間接証拠となるとされる。⁽²¹⁾ただ

し、自招者は何等かの制限は受けるが全く正当防衛権を失うわけではないと解されている。なぜなら、古典的事例である、自招者が攻撃者を侮辱したことにより正当防衛状況を招致した場合、攻撃の招致は侮辱の目的ではなかったし、自招者の侮辱には現在性が存在しないので、彼は違法な攻撃からの保護を要するからであるとする。⁽²²⁾最後に③である

が、これには次の三つの場合が存在する。第一は、自招者自らが正当防衛状況に陥ることになることを過失により予期しなかった場合である。例えば、プライベートなことを盗み聞きするために、夜、愛人の所にこっそり近寄って

行ったところ、発見され正当防衛状況になった場合である。第二は、正当防衛状況の招致だけでなく、自招行為を行ったことについても過失があった場合で、例として、過失行為により衝突を引き起こし、それにより損傷を受けた車の運転手が興奮して暴力を振るい、正当防衛状況をもたらした場合が挙げられる。第三は、比較的悪意のない暴力（例えば、殴り合いの最初のような暴力）をさせるために意図的に挑発したが、相手が予期しない激しさ（例えば、ナイフによる攻撃）で反応したので、自招者は予期していない強度の侵害行為を強いられたような場合である。⁽²³⁾

この細分化において②を①と同様に扱うべきかという問題についてロクシンの見解を考察する。彼は初め、挑発の場合、両者は無価値の實質において互いに近接しており、そして防衛の意図と侵害の意図はしばしば並行して現われるため区別し得ず、その細分化は無意味であること、また事後的に裏づけができないことを挙げて両者を同様に考えればよいとしていた。⁽²⁴⁾ これに対しクラツチュ（Dietrich Kratzsch）は、①では行為事象を完全に支配しており、意図的自招者の全注意と意思は正当防衛の下、後の攻撃者を侵害しようという目的に向けられているが、②では「行為支配」が欠けているので、①と②は本質的に異なっており両者を区別すべきであると主張した。⁽²⁵⁾ これを受けてロクシンは、後の論文で「制限された故意」という表現を用い、被攻撃者が危険状況を確かに引き起こしたが意図的に操作していない場合は、彼には保護が必要であると説を改めるに至った。

更に、回避可能性を考慮すべきかが問題となる。イエシエック（Hans-Heinrich Jescheck）は、①であっても回避不可能であるなら正当防衛を行い得なければならないとする。なぜなら、それが認められなければ、生命・身体を攻撃者に抵抗なく委ねるか、または刑罰を受けなければならないから、そのような絶望的な状況に陥れられてはならないから

であるとする⁽²⁷⁾。これに対しロクシンは、自招者は状況を「絶望的な」ものとしてではなく、「彼の操作している計画の望み通りの帰結として認識している⁽²⁸⁾」と批判し、意図的自招者は、初めから回避することを望んでいないのであり、回避し得ないという理由だけで正当防衛を維持し続けるとするのは目的論的に適切でないと指摘する⁽²⁹⁾。

客観面からは、(ア)法的に要請された行為⁽³⁰⁾、(イ)立法者によって明らかに適法と認められている行為⁽³¹⁾、(ウ)正当防衛を根拠づける行為ではないが違法であり得る行為⁽³²⁾、(エ)社会倫理的には反価値であるかもしれないが法的には禁止されていない行為⁽³³⁾に分類される。ここで特に問題となるのは、(ウ)および(エ)の場合も正当防衛は制限されるのかである。(ウ)の教壇事例としては、AはBの妻と姦通しそれを見つけた嫉妬深いBが襲ってくることを予期して、正当防衛によって彼を殺害するために前もってポケットに入れておいた凶器でBを殺害した場合が挙げられ、(エ)の場合とは、傍若無人な態度をとることによって他人の攻撃を惹起した場合である。通説は、(ウ)の場合にのみ正当防衛は制限されると解する。その理由として、ロクシンは、社会倫理的な非難のみを受ける者はいまだ法の基盤の上で行動しているのであり、禁じられていないことは本来甘受しなければならないからであると述べている⁽³⁴⁾。

- (1) Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl., 1997, § 15. II, S. 552f.; § 15. VIII, S. 575ff. 社会倫理的制限の歴史について邦語文献では、山中敬一「正当防衛の『社会倫理的』制限について(一)」関西大学法学論集第三二巻第六号七六頁以下(一九八三年)、斎藤誠二「正当防衛権の根拠と限界」一四三頁以下(多賀出版、一九九一年)、曾根威彦『刑法における正当化の理論』三六頁以下(成文堂、一九八〇年)、津田重憲『正当防衛の研究』一一三頁以下(時潮社、一九八五年)等が詳しい。

(2) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 579ff., Rdnr. 61.

- (3) Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 133, Rdnr. A 22.
- (4) Marxen, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, S. 27ff.; Kratzsch, „§ 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege“, GA 1971, S. 65.
- (5) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 576, Rdnr. 54.
- (6) Spendel, Strafgesetzbuch, LK Großkommentar, 11. Aufl., 1992, S. 137f., § 32 Rdnr. 308.
- (7) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 576f., Rdnr. 55.
- (8) RG JW 1926, 1171 (Urt. v. 10. 11. 1925).
- (9) RGSt 71, 133 (Urt. v. 1. 3. 1937).
- (10) OLG Braunschweig NdsRpfl. 1953, 166 (Urt. v. 8. 5. 1953); BGH MDR (D) 1958, 12 (Urt. v. 6. 9. 1957) 判°.
- (11) BGH NJW 1962, 308 (Urt. v. 1. 8. 1961).
- (12) Schröder, “Für den, der sich mit der bestimmten Vorstellung einer mißbrauchlichen Verteidigung in eine Notwehrlage begibt, kann § 53 Abs. 3 StGB nicht in Betracht kommen”, JR 1962, 187ff.
- (13) BGHSt 24, 356=NJW 1972, 1821 (Urt. v. 14. 6. 1972).
- (14) BGH NStZ 1988, 269 (Urt. v. 29. 12. 1987); BGH NStZ 1992, 327 (Urt. v. 14. 2. 1992); BGH NStZ 1993, 133 (Urt. v. 22. 10. 1992); BGH NStZ 1996, 380 (Urt. v. 21. 3. 1996).
- (15) BGHSt 26, 256 (Urt. v. 12. 12. 1975).
- (16) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 583f., Rdnr. 67f.
- (17) BGHSt 27, 336 (Urt. v. 12. 1. 1978).
- (18) BGH StrV 1996, 87; Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 584, Rdnr. 68.
- (19) Eser/Burkhardt, a. a. O. (Anm. 3), S. 132, Rdnr. A 15.
- (20) Bockelmann, “Notwehr gegen verschuldete Angriffe”, FS für Honig, 1970, S. 28ff.; Hassemer, “Die provozierte Pro-

vokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts”, FS für Bockelmann, 1979, S. 243f.; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 125ff. 等の主張は、正当防衛権制限否定説を現在では少数説とする。

- (21) Roxin, “Die provozierte Notwehrlage”, ZStW, Bd. 75, 1963, S. 572.
- (22) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 581, Rdnr. 65.
- (23) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 577f.
- (24) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 574ff.
- (25) Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 207f.
- (26) Roxin, “Die ‚sozialethischen Einschränkungen‘ des Notwehrrechts”, ZStW, Bd. 93, 1981, S. 87.
- (27) Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 32 III. 3a), S. 345ff.
- (28) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 580f., Rdnr. 63.
- (29) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 580f., Rdnr. 63; ders., a. a. O. (Anm. 26), S. 86f. 及び、彼も回避可能性に関し、ders., a. O. (Anm. 21), S. 580 及び見解を異にしている。
- (30) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 559f. 例として、裁判所の執行官の差押え行為、警察官の犯人逮捕等。
- (31) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 560ff. 例として、違法性阻却事由に基づく行為、公権や私権の行使等。
- (32) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 566ff.
- (33) Roxin, a. a. O. (Anm. 21), S. 570ff.; ders., a. a. O. (Anm. 1), S. 583f., Rdnr. 68. 例として、ひきかき、からから等。
- (34) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 584, Rdnr. 69; ders., a. a. O. (Anm. 26), S. 89ff. 及び、ders., a. a. O. (Anm. 21), S. 570ff. 及び見解を異にしている。

第二章 自招侵害に関する諸説

第一節 権利濫用説

通説である権利濫用説は、いわゆる結合説に立った上で自招侵害を検討し、形式的には正当防衛の要件が存在するようにみえるが、実質的には自招者に法確証が失われて（または減少して）いるので違法性阻却原理に欠け、自招者の防衛行為は権利の濫用となるとする。同説の代表的論者であるロクシンは、権利濫用という概念は、あらゆる権利に内在する制限を意味するものであり、市民権を得た思想であると評価する⁽¹⁾。従って、同説は「原因において違法な行為の理論 (Die actio illicita in causa. 以降、a. i. i. c. の理論と略称する) のように形式的な理論構成を提供するのではなく、権利の要素自体を追求することによって、問題となるそれぞれの事情に適応した妥当な解決策を示すことができる⁽²⁾」と主張する。このような立場から、自招侵害の事例を第一章第三節で述べた分類に従い、相互の組み合わせから、正当防衛の許容される範囲の限定を試みている。以下、彼の見解を要約する。

第一に意図の場合⁽³⁾について、自招行為が法的に要請された行為の場合には、権利濫用とはならないとされる。なぜなら、もし、この場合にも権利の濫用となるならば、自招者の悪しき意図を根拠とすることになってしまい、またこの場合、彼は義務を遂行しているのであり、彼の行為の職務的意味内容は彼の個人的な願望ないし動機によって変更されるものではないからであるとする。自招行為が適法と認められている行為の場合も、権利の濫用ではないとさ

れる。なぜなら、彼の行為はあくまで法秩序を守ったものであり、理論的に彼の防衛行為には「正は不正に譲歩すべきではない」という命題が妥当するからであるとする。しかし、自招行為が違法であり得る行為の場合は、権利濫用となるとされる。その理由は、自招者は法の範囲外で活動しており、法秩序の擁護者とはなり得ず、彼の防衛行為には正当防衛権の根本思想が妥当しないからである。また、意図的に攻撃者を侵害するために違法な自招行為を行い、自らを正当防衛状況に陥れた者は、違法な攻撃に対する保護を法秩序に要求することはできないとする。自招行為が社会倫理的には反価値であるかもしれないが法的には禁止されていない行為の場合は、先述のように権利濫用とならないとされる。

第二に故意による場合⁽⁴⁾については、先述のように改説し、自招者が相手の攻撃を望んでいない場合、そして自招行為に隣接する結果として起こりそうにないと考えていた場合は、彼の計画の実現として生じた状態ではないので、彼を保護する必要があるとされる。このような場合は、誰も被挑発者の反応を完全に確実視し得ない場合であり、意図の場合と異なる取り扱いをすべきである。これに対し、挑発者が攻撃を望んでいる場合、自招行為に対し相手が反撃してくることを確実なものと予測する直接的故意をもって挑発した場合は、意図の場合と実質的に同一に評価される実態を備えているので意図の場合と同様に扱うとされる。

第三に過失・その他有責に招致された行為の場合⁽⁵⁾については、意図の場合とその事象が決定的に異なり、違法な攻撃を前もって計算しない者、つまり状況を細工しなかった者、事象の発展に驚かされる者は、正当防衛の根本原理から保護を必要とはするが、法確証の利益は減少しているので、そのような法益侵害は濫用であるとされる。

では、権利濫用説に対してはどのような問題点が指摘されているのであろうか。まず「権利濫用」という概念自体に対して、その不明確性が問題とされている。つまり、すべての権利の内在的限界という形象は不明確であり、個別具体的な事例における正当防衛の制限を解決する明確な基準ではないと批判される⁽⁶⁾。これに対して、権利濫用説の論者は、先述のように自招行為を主観面・客観面で類型化して分析することにより権利濫用概念を具体化することができ、明確性の要請に反することはないと主張する⁽⁷⁾。

他に、濫用とは民法上の概念であり刑法理論の解釈には適さないのではないか、正当化事由は存在するか否かで濫用ということはあり得ないのではないか、権利濫用という概念は意図の場合以外にも適切か等、指摘されている⁽⁸⁾。

第二節 危険な先行行為説と攻撃者の興奮状態説

ドイツにおける興味深い見解として、危険な先行行為説⁽⁹⁾が挙げられる。提唱者マルクセン (Klaus Marxen) は、「危殆化する先行行為による損害の発生の回避を怠る」ということによって可罰性が根拠づけられるべきであるとし、不作為犯との類似性を指摘する。つまり、自招者は、被挑発者を攻撃へとそそのかすことにより被挑発者にとって危険な状況を創出することになり、それによって彼に保障人的義務が発生し、一連の法的事象経過を被挑発者にとって危険のない軌道へと導くことが義務づけられるとするのである。そして、不作為犯の保障人的義務に関する議論は徹底的に行われているので、その議論を自招侵害にも用いて明確な限界を設定すべきであると主張する。

しかし、そもそも不作為犯と自招侵害の両事案はパラレルではなく、そのうえ、不作為犯における保障人的義務と、

正当防衛における配慮義務とは、前者は救助、後者は思いやりある防衛行為と全く別の性質を有しているので、(類推禁止は別として) 不作為の犯の解釈論を自招侵害に転用することはできないと批判されている。⁽¹⁰⁾

自招侵害では、一般に攻撃に先立つ自招者の行為が問題とされるのに対し、シェーネボルン (Christian Schöneborn) の見解は⁽¹¹⁾被挑発者の立場からアプローチする点で注目される。彼は、自招侵害の際、たしかに違法ではあるが罪にならない先行行為を基礎として、いかにして刑法規範の確証の利益が弱められるのかと指摘し、正当防衛権制限の基本思考は被挑発者の「興奮状態 (Gemütsregung)」にあると主張する。従って、被挑発者が挑発によってそれに反発するほどの心理的な状態に陥ったかどうか、そして自招者が、先行行為の結果を予見し得たかではなく、彼に対する攻撃者の興奮状態を予見し得たかという問題をすることが自招侵害では妥当であるとす。もっとも、この見解は、責任無能力者または限定責任能力者による攻撃に対する正当防衛についての見解を自招侵害に援用したものであり、自招侵害の見解としては支持できないと批判されている。なぜなら、最も危険な身体への攻撃はたいてい興奮状態から発生するので、同理論では全く不確実な正当防衛権が与えられるであろうからである。⁽¹²⁾

第三節 原因において違法な行為の理論

一 バウマンの見解

a. i. i. c. の理論を最初に確立したのはバウマン (Jurgen Baumann) である。彼は、正当化事由による行為の正当化は、当該行為のみに関するものであり、永久にその正当化という効果を後に及ぼすものではないとして、自招侵害

において詳しく考察されるべきは、行為者の正当化された行為に時間的に先行する行為態様であるとする。そして、被挑発者の攻撃も違法な攻撃であり、それに対して防衛のために行われた行為者の侵害行為は必要性の範囲内のものである限り正当化されるが、そのことによって防衛行為に先行して行われた行為者の挑発行為までもが正当化されるわけではないとして、故意または過失として処罰されると主張する⁽¹³⁾。また、パウマンは、「a.i.i.c.の理論構成は、原因において自由な行為の理論 (actio libera in causa. 以降、a.i.i.c.の理論と略称する。) や間接正犯の理論と類似している⁽¹⁴⁾」と主張する。

a.i.i.c.の理論との関係について⁽¹⁵⁾、レンクナー (Theodor Lenckner) は、a.i.i.c.の理論では、酩酊者が計画どおりに反応するか計算し得ず、確実ではないのに対し、a.i.i.c.の理論は、もし挑発が希望どおりの結果を得るなら、自招者は実際、正当防衛を行うよう強いられるので、両者は異なると指摘する⁽¹⁶⁾。しかし、自招行為が「希望どおりの結果」を得るかどうかという点で、この指摘も的を得ていない。なぜなら、完全な責任能力者である被挑発者の行為は、一層予測できないとも考えられるからである。また、「行為の違法性」というのは、一定の具体的な行為に対する評価であるから、結果行為時に責任能力が欠けていても原因行為時の意思決定に基づいてそれが行われたなら完全な責任を行為者に問えるとする a.i.i.c.の理論⁽¹⁷⁾を援用するということは困難である。

次に、間接正犯と類似しているとする見解⁽¹⁸⁾については、ロクシンが挙げる以下の四点でもって批判できる。まず第一に、間接正犯の場合は客観的・主観的に異なった評価に服する別個の人の行為が問題であるのに対し、a.i.i.c.の理論の場合は主体が同一であり異なる点、第二に、a.i.i.c.の理論の場合、正当防衛の行為者は自らがどのようにし

てその状況に陥ったのかをあまりにもよく認識しているので、間接正犯のような道具というアナロジーが破綻している点、第三に、a.i.c.の理論では、間接正犯の場合と異なり、防衛行為と結果が客観的だけでなく主観的にも正当である点、そして第四に、間接正犯では黒幕である行為者が仲介者に対し行為支配を有するのに対し、a.i.c.の理論では被挑発者が攻撃へと挑発されるかどうかは専ら彼次第であり、自招者はそれを期待し、望み得るだけであることから、行為者の行為支配に関し本質的に異なるという点である。⁽¹⁹⁾

以上から、バウマンが主張するように、a.i.c.の理論を間接正犯と類似するもの、またはa.i.c.の理論の応用と捉えることは妥当でない。

二 ベルテルの見解

(1) 基本的な考え方 a.i.c.の理論を更におし進めたのがベルテル (Christian Bertel)⁽²⁰⁾である。彼は、正当防衛の正当化原理において最も重要なのは法秩序の維持の利益であるとし、被攻撃者の保護はその中に含まれるにすぎないとする。そしてこの法秩序維持の利益は、攻撃の惹起について被攻撃者に責任がある場合にも、決して小さくなるものではないとし、被攻撃者も完全な正当防衛権が認められ、彼の行為は正当化されるが、攻撃を招致した被攻撃者の行為態様までもが正当化されるわけではないとする。すなわち、法秩序維持のために攻撃者の利益を犠牲にしななければならぬという状況を有責に創り出した行為が、責任を問われるとするのである。しかし、具体的にどのような招致行為が責任を問われるべきなのかは、簡単に決定できないとする。なぜなら、違法な攻撃を招致し得る行為を

すべて一般的、包括的に禁止することは、社会生活を耐えられない程妨害することになるからである。従って、法秩序は、一方においては攻撃者の利益を保護するために、正当防衛状況を招致し得る自招行為を可能な限り禁止しなければならぬが、他方ではこの自招行為を過度に禁止することで個人の生活権を制限してはならないとし、この双方の利益を衡量して納得し得る解決を見出さなければならぬと主張する。

(2) ロクシンによる批判とベルテルの反論　ベルテルは、バウマンの理論に厳密な限定を加えることにより *Art. 33* の理論を擁護し、ロクシンの批判に反駁を試みている。そこで、ベルテルの理論を理解するために、ロクシンとベルテルの論争を考察する。ロクシンは、以下の四点を挙げて *Art. 33* の理論の問題点を指摘する。

第一は、原因の違法性の根拠づけ⁽²¹⁾ についてである。*Art. 33* の理論が、自招行為自体が違法であることを要しないとしていることから、刑罰を根拠づける原因の違法性は、結果からのみ導き出し得ることとなるが、そのような違法性の根拠づけは困難である。なぜなら、防衛行為の結果は、同理論によって形式的にそして実質的には認められているからであると主張する。また、*Art. 33* の理論では、自招行為は結果に対する原因の違法の設定であり、そうすれば、自招行為には未遂を根拠づける現在の攻撃が存在することになる。すると、被挑発者は、それに立ち向かうことが許されなければならない。しかし、そうすると、自招者が攻撃に対して正当防衛を行うことは、原因においてだけでなく、行為においても違法となり許されず、*Art. 33* の理論は不要となってしまうであろう。もし、反対に、被挑発者の行為がたとえ自招行為の除去のために必要であったとしても違法でありつづけるといふのなら、当然の帰結として、自招行為に対し違法な犯罪の未遂の性格を否定しなければならぬであろうが、しかし、そうすると、事象のいかな

る局面においてもなんら違法性を有していない行為が可罰的な行為として現われるという奇妙な結果になると批判する。

これに対しベルテルは、一切の謀殺未遂が、同時に、正当防衛論での現在の違法な攻撃でもあるということにはならないとする。つまり、防衛行為を必要とする違法な攻撃であるかどうかは、客観的予測によると反論する。そして、自招侵害においては、「被挑発者が挑発に乗り、そして攻撃へと引つ張られた場合にのみ、その挑発は被挑発者の生命と健康を危険にさらし得る⁽²²⁾」とする。

第二は、行為における正当化⁽²³⁾に関するものである。P. I. C. の理論は、有責に正当防衛状況を招致した行為は正当化され、そして結果も正当化されるとする。しかし同じ結果が、同時に、殺人罪や傷害罪または過失犯の根拠づけにも役立つとする。この事情だけでは、間接正犯の事例において仲介者の行為が正当化されると同様であり大きな問題は生じないが、間接正犯と a. i. c. の理論は全く異なるものである。また、挑発はそれにより創出された状況とその結果からのみ否認されうるので、原因の無価値を第一に根拠づけるべき結果を、同時に明らかに是認するならば矛盾していると批判する。

これに対しベルテルは、自招者の防衛行為によって解消されるべき利益衝突をそもそも創り出した自招行為と、利益衝突を法秩序の望む方法で解決する防衛行為とは、社会的意味が全く異なっていると反論する。そして、教義的偏見のない目的論的考察において、法秩序はある行為がより大きな害悪を避けるためにそれより微小な害悪を惹起することを正当化するが、同じ行為者の行為をその状況へと導くが故に否認するとき、それはなんら矛盾し

ないとする。⁽²⁴⁾

第三は、正犯と共犯⁽²⁵⁾に関するものである。ロクシンによると、通説が故意犯の正犯性を事象経過の支配により根拠づけることから、Perrin⁽²⁶⁾の理論は事象経過の支配に欠けるので、正犯の要件に欠けることになる。また、共犯者の処罰においても問題がある。同理論によると、他人に挑発をすすめる者や正当防衛状況の創設を助ける者は、教唆または幫助として罰せられるのに対し、後に正当防衛状況で緊急救助者として登場する者は、正当化された行為を遂行（または関与）するので、無罪とされる。しかし、自招者が共犯者に正当防衛規定の形式的保護の下、両者一緒に被挑発者を打ちのめすという計画を打ち明けたような場合、共同作業で犯罪計画を実現した両者に対し異なった取り扱いをするのは納得できない。確かに、自招者は構造上、傷害のためではなく、自招行為のために処罰されるが、実際、彼は共犯者と共同して犯した行為によって初めて彼の目的を達成したのであり、この目的のために責任を問われるのである。それゆえ、このような状況において共犯者を無罪とするのは不合理である。もちろん、後に参加する緊急救助者が、自招者による正当防衛状況の意思的招致を知らない場合は別である。しかし、この場合に緊急救助者を処罰しないということのためにPerrin⁽²⁶⁾の理論は別に必要ない。なぜなら、客観的に正当防衛状況は存在しており、彼は主観的にも法を守って行動しているからであるとする。

第四は、未遂⁽²⁶⁾についてである。Perrin⁽²⁶⁾の理論によると、自招行為の開始で実行行為の開始を認めなければならぬ。レンクナーは、この点に関し「実行行為の開始はすでに、行為者が敵意をもって意図的に他人を攻撃へと挑発し始める時点⁽²⁷⁾」で存在するとするが、現在の絶対的通説は、実行行為の開始に法益を直接的に危殆化するということを

要求しているので、自招行為の時点で実行行為の開始について決して語ることはできず、このレンクナーの見解も賛成すべきでないとする。⁽²⁸⁾

ロクシンが未遂の早期化だけでなく、中止犯の可能性の早期遮断も問題であると批判するのに対し、ベルテルは、未遂の開始は、行為者の行為が計画によって保護法益を直接的に危殆化する時、すなわち行為者が事象経過をいまだ完全には支配していないが、次の瞬間には支配するであろうという時点で初めて存在すると反論する。⁽²⁹⁾

(3) 処罰の限界づけの試み　ベルテルは自招侵害を自招行為の客観的性質に従って以下の三つの場合に分類し、処罰の限界づけを試みる。第一は、自招行為が権利行使または義務の履行の場合である。⁽³⁰⁾ベルテルは、義務の履行は、人間の共同生活を秩序づけるという法秩序の任務であるから、被挑発者が違法な攻撃で反応するであろうということを経由し、法秩序により承認された当該行為を禁止してはならないが、通例、義務の履行は様々な方法で果し得るので、義務の履行の性質とその履行方法を検討しなければならぬとする。つまり、義務履行者は、義務を「社会的に通例で適切なやり方 (eine sozial übliche, angemessene Weise)⁽³¹⁾」で履行する場合にのみ確実に責任を問われないとし、他人を挑発するために義務の履行を企てる場合はこれが欠如しているとするのである。

このことは、権利行使に関しても、本質的には異ならぬとする。もちろん行為者の意図が権利の行使において他人を怒らせるということはあるが、その場合は権利濫用に関する規定 (民法二二六条) が役立つのであり、当該行為が権利濫用と評価されたら、もはやそれは権利の行使ではなく、違法な攻撃を惹起したので処罰の対象となる。例えば、他人の土地の通行権を有する者が、他人の土地に立ち入ることは決して違法ではないが、彼が隣人を怒らせ

るためにのみそこに立ち入った場合は権利濫用になるとする。

第二は、自招行為が日常生活の中で一般に行われている法的に中立な行為の場合である。⁽³²⁾ 道路の通行等、法的に中立な行為は、全く社会的に罪がなく、そして法秩序が明らかに前もって想定しているものであるから、法秩序が各人に承認している自由領域 (Freiheitsraum) に属するとする。しかし、もちろんその行為態様を無視することは許されず、法秩序は、「他人を耐えられなくする一定の事情」が存在する場合、そのような行為態様を禁止するとする。

第三は、自招行為がすでにそれ自体、禁止されている場合⁽³³⁾ である。自招行為がまさに生命と身体にとって危険であり、それを顧慮して禁止される場合のみ、責任を負うとする。しかし、この決まり文句も依然としてあいまいであり、追越しの事例を挙げて補足する。自招者の行為が、まさに交通事故を懸念させるなら、それは「社会的にふさわしくなく」、そのような交通規則違反の追越しは、被挑発者の生命と身体を危険にさらし、そして最後に被挑発者への侵害という結果を導いたので違法であるとする。また、違法な行為を行う自由は法的に認められていないので、第三の場合は、法秩序が個々市民の行動の自由を更に制限することなく法益保護の利益を追求し得るとする。

このように分析し、自招者の責任は自招行為の時点で違法な攻撃の危険を摘示する事情が存在する場合に問題となるにすぎないとし、それを判断するためには、「法秩序が、被挑発者に攻撃や復讐を行う衝動を抑えることを期待しており、この期待が日常生活において十分かなえられていることを前提としなければならない。……しかし、一定の挑発行為を行ったら、相手方が違法な攻撃を行ってくると予測し得る状況がある。この場合にのみ、違法であったり、社会的に迷惑な挑発行為を禁止することによって、攻撃を行う可能性のある者を保護する必要がある」と主張する。⁽³⁴⁾

以上のようにベルテルは a.i.i.c. の理論を擁護するのであるが、ロクシンはその後、「a.i.i.c. の理論の解決策は、結論の上では自分の主張する見解と一致するが、その構成上、納得させ得ない。というのも、例えば、挑発者が計画どおりの攻撃に対する防衛のために被挑発者を射殺する場合、同一の行為（発砲）が違法であると同時に適法でもある」という想定を強いるからである。……それは、矛盾したそして構成上混乱した回り道である」と再批判している。⁽³⁵⁾

(4) 問題点 ここで a.i.i.c. の理論の問題点を指摘しておこう。

第一に、a.i.i.c. の理論によると、自招行為自体はなんら防衛行為による侵害結果の構成要件を満たさないのであるから、ロクシンが指摘するように、自招行為の違法性は結果から導き出さざるを得ない。もつとも、a.i.i.c. の理論の論者も、必ずしも常に自招行為が単独で違法であることは要求していない。⁽³⁶⁾ 従って、自招行為の違法性は結局、侵害結果から生じると考えるわけであるが、原因の無価値性を根拠づけるべきこの侵害結果を、正当防衛によるものとして是認するなら、それは完全に矛盾している。もちろん、違法性は個別具体的に検討されるべきものであるから、自招行為に欠けている違法性を後の違法性で補うという理論展開もできない。

第二に、意図の場合とはもかくとして、過失による場合、a.i.i.c. の理論をそのまま転用することはできないのではないかというエーザー (Albin Eser) の指摘である。なぜなら、「ただ一定の危険を認識しただけの過失の場合では、a.i.i.c. の理論における違法性は、いまだ直ちには認められない」⁽³⁷⁾ からである。

第三に、a.i.i.c. の理論の「理論構成自体の矛盾」が挙げられる。まず、バウマンが述べるように、a.i.i.c. の理論を a.i.i.c. の理論や間接正犯に類似したものとして理論構成することは、先程立証したように妥当でない。また、

a.i.i.c.の理論は「自招行為と防衛行為を切り離して違法性の評価を加えることは許されない⁽³⁸⁾」と批判されるような理論構成を採るが、間接正犯はあくまで利用行為と被利用行為とを一体として利用者の行為として評価するという理論構成を採る。従って、a.i.i.c.の理論の理論構成は一貫していないといえるであろう。また、ドイツにおける正当防衛権の社会倫理的制限は、まさに正当防衛を認めることへの抵抗であり、刑事政策的な処罰要求がその背後に存在するといえ、ロクシンも自招侵害において一般予防効果の存在を考慮すべきであるとしている⁽³⁹⁾。これを根底としてドイツで提唱されたa.i.i.c.の理論は、処罰の必要性から無理な理論構成がなされたのではないかと思われる。

最後に、「実行行為の開始」の問題である。a.i.i.c.の理論は、自招行為の時点で実行行為の開始を認めるのであろうか。しかし、a.i.i.c.の理論は自招行為自体が違法であることを必ずしも必要としていない。もっとも自招行為自体が違法であるなら、それに対して被挑発者には正当防衛権が与えられることになり、そもそも自招侵害の問題は存在しなくなってしまう。しかし、a.i.i.c.の理論を理論立てるためには、自招行為が違法な行為であると考えなければ無理であり、もはや説明がつかなくなってしまう。もっとも、自招行為の時点で実行行為の開始を認めてしまうレンクナーの見解に対しては、先述のように強い批判が存在する。あくまで自招侵害において問題となる実行行為は、自招者による防衛行為であることを忘れてはならない。従って、この問題を克服しない限り、a.i.i.c.の理論を自招侵害の解決策として用いることはできないのである。

三 レンクナーの見解

自招侵害について

a. i. c. の理論を、回避可能性が存在しない場合にのみ適用するレンクナーの見解⁽⁴⁰⁾を考察する。

彼はまず意図の場合⁽⁴¹⁾について、権利が法倫理的かつ社会的機能からみて、その権利を認められた目的やその権利の機能に反して使用される場合には、その行為を許さないとするのが一般的な法原則であるとして、自招行為が違法な場合は、権利濫用として正当防衛を否定する。しかし、更に詳しく検討すべき状況があるとし、それは行為者に攻撃の回避ができない場合、または重大な危険をおかしてのみ回避可能である場合であるとして論を進める⁽⁴²⁾。

まず、行為者が攻撃を回避し得た場合の防衛行為が権利濫用であることは疑いないとする。たしかに、誰も違法な攻撃を回避することを要しないが、防衛がもはや最初から自招者によって計画された攻撃者への侵害の口実や方法にすぎない場合にはそれは制限されるとする。なぜなら、正当防衛の本来の意味が全く逆転してしまうからであり、正当防衛権の濫用となるとする。ただし、自招者の予期に反して、性質または強度において危険な攻撃が惹起された場合は、権利濫用とはならないとする。一方、自招者が攻撃から回避不可能、または重大な危険をおかしてのみ回避が可能である場合は、自招者も違法な侵害に耐える必要はないので、必要な範囲の防衛行為である限り、権利の濫用とはならないとする。しかし、その防衛行為を行為者の意図を追求する事象全体と切り離して考えることはできないとし、自招者の行為は、攻撃を招致した原因行為の時点に遡って法的評価がなされるべきであり、a. i. c. の理論によって自招者は可罰的となるとする。

次に、その他の招致された攻撃の場合⁽⁴³⁾は、個人の利益の保護と共に正当防衛権限を支えている全法秩序の維持そして確証の考えに基づくことにより解決が得られるとする。まず、自招行為が法的に是認されている場合、そして社会

的生活秩序の範囲内にある場合は、原則的に完全な正当防衛権があるとする。なぜなら、攻撃者側の不正に対し、自招者側に正の固有価値が明らかに存在するからであるとする。これに対し、自招行為が法的に是認されていない場合は、被攻撃者が攻撃を危険なく回避できる可能性を有したなら、防衛行為自体、すでに許されないとする。一方、回避不可能な場合は、意図の場合のそれと同様に正当防衛権は否定され得ない。ただし、これは最終的な判断ではなく、自招者は自己の行為によって窮地の原因を設定したので、*Principle*の理論によって処罰すべきであるとする。

レンクナーは以上のように、自招侵害は複雑であるから権利濫用説と *Principle* の理論を折衷して解決を試みる。しかし、権利濫用説は正当防衛権を市民の私的権利と捉えるのに対し、*Principle* の理論は法秩序維持のための有効な手段と捉える。⁽⁴⁶⁾ この相違を基盤として、前者は権利の内在的限界を認め、正当防衛権を行使し得るのは正当な市民だけであるとするのに対し、後者は秩序維持のために権利の絶対性を主張し誰でも正当防衛権を行使し得るとする。

これを受けて自招侵害の解決策は以下のように異なってくる。権利濫用説は、正当防衛状況においてなされた行為を刑法上重要な事象経過であると考え、正当防衛権制限は自招者のそれ以前の行為またはそれによって追求された目的からのみ根拠づけられるとするが、自招行為がそれ自体は可罰的ではないとし、防衛行為の正当化を否定して正当防衛権を制限する。これに対し、*Principle* の理論は、自招者自身が攻撃を違法な行為によって惹起した場合でも違法な侵害に対し自力で防衛する者の防衛行為は、立法者にとってそのような侵害の発生頻度を耐え得る限度内に保つための最も有効な手段であり、更にまた法秩序を保護するものであるから形式的だけでなく実質的にも正当化するが、攻撃を招致した被攻撃者の行為態様までもが正当化されるわけではないとして、そのような状況へと導いた自招行為に

着目して正当防衛権を制限するのである。

四 日本における原因において違法な行為の理論

我が国においても、a.i.r.c.の理論は有力に主張されているが、同理論により可罰的であるとする範囲に制限を加えようとする傾向が強まっている⁽⁴⁷⁾。その現われの一つに、山口説⁽⁴⁸⁾が挙げられる。

同説は、a.i.r.c.の理論に対する最も重要な批判は、先述のロクシンによる批判の中の原因の違法性の根拠づけと、行為における正当化であるとして反論を試みる。自招侵害の場合、防衛行為の時点で正当防衛状況が存在したとしても、自招行為に対し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なわれるが、挑発行為に対する関係では失なわれない⁽⁴⁹⁾」とし、従って、自招行為について、発生させた法益侵害に関して行為者（自招者）を罰することは不可能ではないとする。もっとも、因果関係において条件説を採るドイツでは、a.i.r.c.の理論によると正当防衛による犯罪不成立の余地がほとんどなくなってしまふという実質的考慮が、同理論への批判の背後にあるのではないかと指摘し、問題は、同理論を採りつついかに処罰範囲を限定するかにあるとする。また、偶然的要素に依存するところが大きいという自招侵害の性質から、「挑発行為の危険性は未遂を成立せしめる程度のものである必要はないが、相当程度のものであることは必要⁽⁵⁰⁾」であるとされ、理論的可能性はともかく、実際は、意図の場合の一部にのみ可罰性を肯定し得ることになるであろうという結論に至っている。

しかし、山口説については、次のような問題点がある。第一に、挑発行為に「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が認められ……このような危険性が、法益侵害へと『実現した』という、因果経過の相当性が認められることが必要となる⁽⁵¹⁾とすることから、a.i.i.c.の理論と「結果無価値論との結びつき」を指摘することができる。厳密な意味における結果無価値論に立った場合、正当防衛権制限否定説に結びつきやすいといえるが、自招侵害に対する実質的考慮から無罪とするには抵抗があり、防衛行為による結果自体は正当であるとするa.i.i.c.の理論と結びつきやすいと指摘できよう。

第二に、「処罰範囲の限定」に関して更なる問題点が明らかとなる。山口説においては、自招行為と正当防衛状況との間には、因果関係が要求される。これは、不正に自招者の正当防衛権を制限しないために当然の要件として主張されているのであるが、我が国では相当因果関係説が通説であるから、この因果関係が処罰範囲の限定に役立つと山口教授は主張する。しかし、第一の問題点「結果無価値論との結びつき」から、結果無価値論は相当因果関係説の中でも客観説を採るので、結局制限することは不可能であろう。もっとも、自招行為と正当防衛状況の間に、時間的そして場所的つながりが存在して初めて自招侵害となるのであり、処罰範囲の限定と銘打つ程のことではない。

最後に、我が国においてもa.i.i.c.の理論における重大な問題点である「実行行為の開始」の問題が挙げられる。この問題の解明は同理論にとって困難なものであり、山口説に対し「最も重要な論点である『実行行為』の時点をめぐる議論には全く触れられていない⁽⁵²⁾」と指摘されているのは、その現われといえるであろう。

(1) Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl., 1997, S. 577, Rdnr. 56.

(2) Roxin, "Die provozierte Notwehrlage", *ZStW*, Bd. 75, 1963, S. 557.

- (3) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 558ff.
- (4) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 572ff. 「あ」と「あ」 後者の場合は実際にはほとんどなっていない」と述べている。
- (5) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 577ff.
- (6) Naucke, “Mißbrauch‘ des Strafantrags?”, FS für Mayer, 1966, S. 571ff.
- (7) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 557f.
- (8) Schmidhäuser, “Über die Wertstruktur der Notwehr”, FS für Honig, 1970, S. 188f.; Naucke, a. a. O. (Anm. 6), S. 571ff. 吉田宣之『憲法性の本質と行為無価値』八二頁以下 (成文堂一九九二年)。
- (9) Marxen, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, S. 56ff.
- (10) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 585, Rdnr. 71; ders, “Die ‚sozialethischer Einschränkungen‘ des Notwehrrechts”, ZStW, Bd. 93, 1981, S. 92ff.
- (11) Schöneborn, “Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation”, NStZ 1981, S. 201ff.
- (12) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 585f., Rdnr. 72.
- (13) Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 304ff. ただし Baumann/Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 307 参照のり。
- (14) Baumann, a. a. O. (Anm. 13), S. 304ff.
- (15) a. i. i. c. の理論と a. l. i. c. の理論との関連性を指摘するものとして他に Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 133, Rdnr. A 18.
- (16) Lenckner, “Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff”, GA 1961, S. 304f.; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 550f. und S. 554f.
- (17) 大谷實・『刑法講義総論 [第四版補訂版]』二二二六頁 (成文堂、一九九五年)。
- (18) a. i. i. c. の理論と間接正犯との関連性を指摘するものとして他に Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 303.

- (19) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 549f. und S. 554f.
- (20) Bertel, "Notwehr gegen verschuldete Angriffe", ZStW. Bd. 84, 1972, S. 1ff.
- (21) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 546ff.
- (22) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 22.
- (23) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 549ff.
- (24) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 15f.
- (25) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 551ff.
- (26) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 553ff.
- (27) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 305.
- (28) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 553f.
- (29) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 22ff.
- (30) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 27ff. 義務の履行の例として、債務者が借金を債権者の足元にたたきつける行為等。
- (31) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 28.
- (32) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 30ff. 例として他に、駐車余地への進入、選挙演説会への出席等。
- (33) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 32ff.
- (34) Bertel, a. a. O. (Anm. 20), S. 35.
- (35) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 581, Rdnr. 64.
- (36) Roxin, a. a. O. (Anm. 2), S. 546. 前田雅英『刑法の基礎 総論』二〇六頁(有斐閣、一九九三年)、山中研一『正当防衛の限界』一四一頁(成文堂、一九八五年)。
- (37) Eser/Burkhardt, a. a. O. (Anm. 15), S. 133, Rdnr. A 20.
- (38) 大谷實・前掲註(17)書二七一頁。

- (39) Roxin, a. a. O. (Anm. 1), S. 582, Rdnr. 65.
(40) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 299ff.
(41) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 299ff.
(42) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 301ff.
(43) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 307ff.
(44) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 309f.
(45) Lenckner, a. a. O. (Anm. 16), S. 310ff.
(46) 上記では権利濫用説と a. i. i. c. の理論の代表的論者である Roxin と Bertel の見解の比較検討を行うこととする。
(47) 大嶋一泰「挑発行為と正当防衛(一)」福岡大学法学論叢第一七巻第四号五三七頁以下(一九七三年)、他。
(48) 山口厚「みずから招いた正当防衛状況」法学協会百周年記念論文集第二巻七二三頁以下(有斐閣、一九八三年)。
(49) 山口厚・前掲註(48)論文七五三頁。
(50) 山口厚・前掲註(48)論文七五五頁。
(51) 山口厚・前掲註(48)論文七五五頁。
(52) 山中敬一・前掲註(36)書一八五頁。

第三章 自招侵害に関する私見

一 基本的視点

本稿での考察から、以上の学説はいずれも自招侵害の解決策として妥当でないといえる。防衛行為が違法であるか否かは、違法性阻却原理と表裏一体である違法性の本質と深く関わっている。違法論においては結果無価値論と違法

二元論で対立しているが、本稿で考察したように結果から危険の創出へと遡る理論構成を採り、結果無価値だけを重視する結果無価値論では自招侵害の解決は困難である。従って、結果無価値だけでなく行為無価値をも考慮する違法二元論に立って解決策を導き出すべきであると考ええる。そして、行為無価値も判断資料とすることにより、違法二元論を採るドイツの議論のように、自招行為の主観面・客観面による分類・検討を可能とし、自招侵害の具体的解決策を示すことができるであろう。

従って、違法二元論を根底に、自招者の防衛行為による被挑発者への侵害という結果が発生した上で、その防衛行為が自己保全のためであることはもちろん、法を確証するものであるかどうか、すなわち社会的に相当な行為といえるかを判断することにより、その違法性の有無を判断すべきと考ええる。しかし、社会的相当性にはいろいろな要素が存在するので、その内容はできるだけ具体的に述べるべきである。そこで、本稿で考察・検討してきた議論を踏まえ、この一般論から一歩踏み出した自招侵害の解決指針を示しておきたい。

まず、自招侵害の実行行為は、あくまで自招者の行った「防衛行為」である。そして、*Art. 32*の理論のように自招行為と防衛行為とを分けて考察するのではなく、事象経過における自招行為と防衛行為を一連の行為として評価することが必要となるであろう。

ところで、「行為」は、客観面と主観面を有するのであるから、ドイツの議論のようにそれぞれに分析することが具体的な解決策として実際の事例解決に役立つといえる。自招行為を客観面からドイツの例にならって分類した場合、考えなければならないのは、刑法が一体どこまでを規制するものなのかということである。社会倫理的に非難される

行為の場合の多くは、また実際に起こるのは、人格権を侵害する行為であり、刑法はここまでは保護していない。従って、この分類によると自招行為の客観面において問題となるのは、正当防衛を根拠づけるものではないが違法な行為の場合ということになる。一方、自招行為の主観面については、社会的相当性の枠からの逸脱の程度から、意図的または故意による場合と、過失による等その他の有責な場合とに大きく二分できる。前者の場合に行われる防衛行為を正当と認めると、かえって法秩序を混乱させることになり、法確証のためになされた行為とはいえないから、社会的相当性を有さず、従って違法性を阻却すべきでない。また、正当防衛状況が起ることを意図していなかったとしても、被挑発者が攻撃してくることを望んでおり、実質的に意図の場合と同一に評価され得る実態を備えているような故意による場合も、自招者に正当防衛権を認めるべきではないと解する。問題なのは、後者の場合である。自招者であるからといって、いかなる場合も正当防衛が否定されるわけではないというのは、判例および学説の認めるところであるが、どの範囲まで認めてよいのか、その判断は困難である。過失、言い換えると不注意で被挑発者の攻撃を招いた場合にも、一切正当防衛が認められず攻撃を全て甘受すべきとするのは余りにも不合理である。そこで、私見によると、正当防衛が認められるかは、当該行為を正当と認めるとかえって法秩序を乱すことになるか、いいかえると、その防衛行為が法確証のためのものであり社会的相当性を有するものであるかどうかということに係ってくる。

二 二つの判例

自招侵害においては、まず、実行行為である防衛行為とそれによる侵害結果が確定された後、どの行為を自招行為

とみるかが第一の問題となる。なぜなら、自招行為の性質を考慮して自招行為と自招者の防衛行為とを一体として評価し、その違法性を判断するからである。また、構成要件に該当する結果が発生したら、前後一連の行為を考察しなければならぬ。例えば、人が殺害された場合、それが殺人罪の実行行為によるものなのか、それとも正当防衛によるものなのかは、前後一連の行為をみななければわからないからである。自招侵害は、まさにこの典型例である。

この点に関し、自招性について特に触れている東京地裁平成八年三月一二日判決⁽¹⁾を考察する。事実の概要は、被告人が被害者Cからの金の無心等に応じなかったため、被告人とCは喧嘩となったが、一旦は収ったものの、その二時間後、Cからの仕返しを恐れ逃げていた被告人はCが走ってくるのを確認したが、逃げる余地もなくCに切りつけられ更に切りつけられそうになったので、自分の身を守るためCを一回突き刺したというものである。裁判所は、正当防衛の要件を満たしているとした上で、更に被告人の自招性について検討を加えている。検察官が、攻撃者Cの侵害行為は「被告人自らが招いた危害という側面もある」と主張したのに対し、裁判所は、「被告人としても、……Cを挑発するためにけんかしたものでないことも明らかであるから、Cの侵害行為が被告人にとって自ら招いた危害である」とまではいえないとした。かくして、自招性は否定されたのである。

自招行為と被挑発者による攻撃、そしてそれに対する自招者による防衛行為との間に因果関係が存在しなければならぬことは、全学説が要求するところであり、この因果関係が存在して初めて自招侵害の問題となり、自招行為と防衛行為を一体として評価し得るのである。本件の場合、招致された正当防衛状況は、初めの喧嘩が収った二時間以上後の別の場所であり、自招行為と防衛行為とが密接に関係しあっているとはいえない。もっとも、本件の事実を見

る限り、そもそも被告人に自招行為は認められないであろう。

これに対し、自招行為が確定され、自招侵害に関する判例として捉えられている東京高裁平成八年二月七日判決⁽²⁾を挙げて私見をまとめる。本件は、被告人Xが駅の階段を表示に逆行してきたSと衝突したことに始まる。Xは、謝らないSを追いかけて上腕をつかみ謝罪を求めたが、それに応じないとみるや駅長室へと同行を求めた。しかし、Sはそれを拒み、Xの手を振り解こうとしたが離さないの、振り解くためXをたたいたところ、それに対しXはSを引っぱり転倒させた。この事案に対し裁判所は、Sの逆行という経緯があるとしても、ポロシャツをつかんで引っぱり張る等したXの行為は暴行罪を構成するとした上で、正当防衛の成否を検討し、「Sによる反撃は、自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから」その更なる反撃、すなわち自招者による防衛行為は正当防衛とは認められないとした。本件の場合、その経緯から意図の場合とはいえないであろうが、Sが振り解こうとした時、あくまでXが離さなかった行為は、それ以後のSの反撃を招いた自招行為といえ、過失による等その他の有責な自招の場合といえるであろう。そこで、この場合の自招者Xの正当防衛の是非を検討すると、Sが一度振り解こうと前後に腕を振るという行為をしてもその手を離さなかったXに対し、Sが顔面を押すように叩いている。このSの行為は、裁判所により防衛の程度をわずかに越えていると判断されたので、自招侵害の前提条件である正当防衛状況が認められ、Sの行為に対するXの正当防衛の成否を検討することができるといえる。自招者といえども、過失による自招行為に対して全治五日間程度を要する顔面打撲の傷害という著しく重大なかつ異常な法益侵害を伴う攻撃がなされた場合、一切防衛できずに攻撃を全て甘受すべきというのは、あまりに不合理であり、その攻撃に対して正当防衛を行うことは、正当防衛

の正当化根拠に鑑みて認められてしかるべきである。従って、本件では自招行為を行ったXのポロシャツを引っ張り、その場にSを転倒させるような行為を防衛行為と認めると、法秩序をかえって乱すことになるか、当該行為は社会的相当性を有する行為といえるのかを判断することとなるが、しかし、これはあくまでXの防衛行為が正当防衛の要件を具備している場合の判断である。自招行為が存在するからといって、直ちに自招侵害として取り扱うことは妥当でない。自招侵害とは、形式的に正当防衛の要件を満たしているが、実質的に違法性を備えているので違法性を阻却すべきでないという場合である。従って、本件ではXが「違法な暴行を中止しさえすればSによる反撃が直ちに止むという関係のあったことが明らかである」と判示されているので必要性の要件の欠如を理由に正当防衛を否定すれば足りるはずであるという結論になる。

(1) 判例時報一五九九号一四九頁以下。

(2) 判例時報一五六八号一四五頁以下、判例評論四六三号(判例時報一六〇六号)二三一頁以下。

おわりに

本稿において、自招侵害の解決策を導くために、ドイツと我が国における議論を検討し、それぞれの見解の問題点を指摘し、考察してきた。その結果、いずれの見解によっても自招侵害を解決できないことが明らかとなり、違法二元論による解決が妥当であるという結論を得た。

我が国では、正当防衛の規定がドイツのそれに比べ厳格であることから、正当防衛の要件を充足するか否か検討す

ることにより、ある程度、違法性阻却が不相当な防衛行為を排除できると考えられ、そのために、我が国の自招侵害に関する議論はドイツに比べあまり活発ではなかったと言えよう。しかし、自招侵害は正当防衛の要件を満たしている場合であり、それを正当防衛として違法性阻却の対象とすべきかどうかの問題の本質なのである。そうすれば本考察からもわかるように、自招侵害は、違法論における違法二元論と結果無価値論の根本的な対立が反映するものとして、有意義な論点を含んでいるのである。