

# 我が国における自招侵害の議論の展開について

岡 本 昌 子

## 一 問題の所在

(1) 自招侵害とは、防衛者が自ら侵害を招き正当防衛状況を作り出すことをいう。例えば、甲（以下、自招者と呼ぶ）が、乙（以下、被挑発者と呼ぶ）を正当防衛の名のもと侵害しようとして意図して乙に対して挑発などの自招行為を行ったところ、甲の意図したとおりに乙が侵害してきたので、これに対して甲が防衛行為を行い乙を侵害した場合などが挙げられる。この場合、甲の防衛行為の時点促えると、正当防衛の要件を満たしているように見える。しかし、そもそもこのような正当防衛状況を創出したのは防衛者自身であり、攻撃と無関係である通常の防衛者と同様に正当防衛を認め無罪としたのでは、国民の法感情に反すると思われる。そこで、このような場合をいかに取扱うべきかというのが、自招侵害の問題である。

我が国における自招侵害の議論は、ドイツにおける議論の影響を受けてきた。これは、両国が自招侵害を解釈論で

扱っているからであるが、両国の正当防衛の規定には違いが存在し、そこから生じる「正当防衛権の社会倫理的制限」の存在を念頭において考察、検討されなければならず、ドイツの議論をそのまま我が国に導入することは妥当でない。<sup>(1)</sup>したがって、自招侵害の問題を、あくまで我が国の正当防衛論における問題として検討することが重要である。

(2) 我が国の自招侵害の議論は、正当防衛の要件論の枠内で解決するのか、それとも要件論を超えて解決するのかという次元で対立してきたといえる。たしかに、自招侵害は、正当防衛の要件である急迫性や防衛の意思などを欠く場合が多いであろうが、後述するように決して自招侵害の全ての場合を正当防衛の要件論で解決できるわけではない。冒頭に挙げた例のように、正当防衛の要件を形式的には満たしている場合に自招者に正当防衛の成立を認めてもよいのか、また認めるべきでないのならばその根拠は何かが自招侵害の問題の核心なのである。<sup>(2)</sup>このことが、今一度認識されるべきであると思われる。

自招侵害については、一九七〇年・八〇年代に論文が盛んに発表されるとともに、自招侵害に関する判例研究も行われた。<sup>(3)</sup>しかし、現在も、依然として通説と断言できる学説は確立されておらず、さらにその後、新たな見解も主張され、ドイツに劣らず多くの学説が主張されるに至り、議論は複雑化を呈している。また、平成に入ってから自招行為や攻撃の自招性に着目し、正当防衛の要件を欠くという理由で正当防衛の成立を否定する判例があり、自招侵害について再考する必要性があると思われる。

そこで、本稿では、我が国における自招侵害の議論について考察し、妥当な解決策の指針を示すことにしたい。

(1) 川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、一九九八）九四頁、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（東京大学出版会、一九

九二) 一四〇頁。

(2) 大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂、二〇〇〇)三〇六頁。なお、拙稿「自招侵害について」同志社法学二六一号(一九九九)二八五頁以下を参照されたい。

(3) 一九八五年の学会のワークショップでも取り上げられており、当時の関心の強さがうかがえる(刑法雑誌二七卷三号(一九八六)七〇九頁)。

## 二 自招侵害と旧刑法

(1) 我が国の現行刑法は、自招侵害に関する規定を有していないが、旧刑法は自招侵害に関して規定を設けていた。そこで、我が国における自招侵害の議論の展開を考察するにあたり、旧刑法下での議論を概観しておきたい。

周知のように、旧刑法は、各則で生命身体に対する正当防衛を認めた三・四条に「但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者此限ニ存ラス」と但書を定めていた。これは、法制史の流れからみて「当時の立法として異色あるもの」<sup>(1)</sup>とされている。<sup>(2)</sup>

当時の学説は、同条但書の解釈について見解が分れていた。例えば、井上正一博士は、文言どおりに「不正ノ所爲ニ因リ自カラ暴行ヲ招キタルキハ決シテ正當防衛ノ所爲ト謂フヘカラス」<sup>(3)</sup>と解し、例えば、本夫が妻の姦通を察知し、その姦夫姦婦を殴撃したので、姦夫姦婦が自己を守るために本夫を殺傷したという、いわゆる姦夫姦婦事例について、姦夫姦婦の行為が自己の身体を防衛するためのものであったとはいえ決して不倫罪とすべきでない<sup>(4)</sup>とされている。

(2) これに対して、学説の多くは同条但書を制限的に解することを試みており、具体的には以下のような見解が主

張<sup>(4)</sup>されていた。

第一の見解は、同条但書は正当防衛に対して正当防衛権は存在しないということの規定したものであるとする見解である。<sup>(5)</sup>この見解によると、自招者の不正な自招行為を原因とする攻撃であったとしても、その攻撃が正当防衛権の実行でない限りはこれに対して自招者は正当防衛権を失わないと解することになる。しかし、古賀廉造博士によって主張されたこの見解に対しては、①正当防衛に対して正当防衛権がないということは「正當防衛其モノ、性質上自明ノ原則」であること、そして、②旧三一四条本文に「暴行人ヲ殺傷シタル者」と規定されており、正当防衛は不正の行為をなす者に対してのみ行われるものであるということが明言されていることから、この見解のように同条但書を解すると同条但書の「『不正ノ所爲ニ依リ云々』ノ文字ハ全ク無用ノモノト爲リ了ス可シ」<sup>(6)</sup>と批判されていた。

富井政章博士も、自招侵害の場合、自招した攻撃が被挑発者の権利の実行となる場合は権利の実行に抵抗する権利はないことから自招者に防衛権は存在しないが、相手の攻撃が不法な暴行である場合にはそれに抵抗する権利を自招者は有していると解されており、先の見解と同一線上にあるといえよう。富井博士は、いわゆる姦夫姦婦事例については、本夫の行為は旧三一一条に「其罪ヲ宥恕ス」とあることから明らかであるように権利の実行ではなく、告訴という方法をとらずに腕力でもって憤情を満足させようとしたものであるから、当該行為は不法の侵害という他なく、これに対して姦夫姦婦に防衛権が存在することは当然とされ、したがって、姦夫が自己を守るために本夫に対して行った行為は正当防衛といえる<sup>(7)</sup>とされる。しかし、このような解釈に対しては、旧三一四条但書が存在することに<sup>(8)</sup>よって「不文ノ法理上如何ニ有力ナルモ之ヲ以テ明文ノ規定ト正反對ノ解釋論ヲ出タスニ足ラサルヲ奈何セン」と批

判されており、富井博士も「本条但書ヲ設クルノ當ヲ得サルヲ信ス」<sup>(9)</sup>と指摘されているところである。

宮城浩蔵博士も、被挑発者が自招者に対して旧三〇九条の宥恕を得る地位にあるときや正当防衛の地位にあるときは自招者に正当防衛権はないとされる。もともと、宮城博士の見解で注目すべきは、不正の所為について、「刑法罰する所の所為は悉く不正の所為ならず」<sup>(10)</sup>とされ、自招者の自招行為が「他人をして吾の身体又は生命を害せんとする迄に至らしめたる不正の場合には」<sup>(11)</sup>「正当防衛権を有さないとされている点である。

(3) 第二の見解として、岡田朝太郎博士の見解、そして第三の見解として、勝本勘三郎博士の見解が挙げられる。旧刑法下における自招侵害の議論、つまり、旧三二四条但書の解釈について、両博士は以下に述べるように詳細な検討を行っておられ、その議論からは、同条但書とそれに相当する草案（三五〇条二項）との関係を考察することができらる。

旧三二四条但書に相当する草案三五〇条二項は、「若シ自己ノ罪過ニ因リ (Par sa Faute) 非理ノ兇行ヲ受ケ故殺毆傷シタル者ハ不論ノ限ニ在ラス但前条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕ス」<sup>(12)</sup>と定めていた。しかし、必ずしもその立法経緯は明らかにされていないが、確定法文では、「Par sa Faute」という文言が削除され、そして「其罪ヲ宥恕ス」という箇所は「此限ニ在ラス」と修正された。これらのことから、岡田博士は次の点を指摘される。第一点は、宥恕とは犯罪が成立しているにもかかわらず刑の全部または一部を免除するものであるから明文を要するが、旧刑法では草案からこの文言を削除し単に正当防衛にあらずとしたことから、不正の所為により自ら暴行を招いた者がもし相手を殺傷した場合は通常の殺傷罪に問われることになるということである。<sup>(13)</sup>第二点は、法律違反の所為は不正であることから、

罪状のいかんにかかわらずまた重罪か軽罪かにかかわらず全て旧三一四條但書の「不正」という文言にふくまれることになり、「暴行ヲ招キタル所爲ニシテ苟モ法律ニ反スル以上ハ故ニ之ヲ招カサルモ其所爲如何ニ輕微ナルモ防衛權ヲ失フトセンカ瑣小ノ犯罪ニ因リ暴行ヲ招ケハ遂ニ殺傷罪ヲ犯サ、レハ一身ヲ全ウスル能ハス殺傷罪ノ犯人トナルヲ欲セサレハ暴行ヲ甘受スルノ已ムヲ得サルニ至リ」<sup>(14)</sup> 奇妙な結果となることである。

そこで、岡田博士は、この草案（三五〇條二項）と確定法文（旧三一四條但書）との文言の相違から、旧三一四條但書は「防衛ヲ名トシ刑ヲ免レン爲ニ故意ニ暴行ヲ招キタル者ハ假令身體生命ニ危險アリシト雖モ正當防衛トナル能ハス」<sup>(15)</sup>と解すべきであるとされる。つまり、①「故意ニ」暴行を招いた者は、自招行為が極めて輕微であるといえども不正、すなわち法律に反する以上は防衛權を喪失し、これに対して、②「意外ニ」暴行を招いた場合は、自招した相手の攻撃が権利行為でないならば依然として自招者は防衛權を喪失しないと主張されるのである。なお、①の者は、「豫メ謀リテ殺傷シタル者ナリ」<sup>(16)</sup>とされている。

以上のような岡田博士の見解を、勝本博士は以下の三点にわたって批判されている。第一点は、岡田博士が草案の“Par sa Faute”を「過失ニ因テ」の意味で解しているのは誤りであると指摘される<sup>(17)</sup>。第二点は、仮にこれが誤訳でなかったとしても、旧三一四條但書の文言は「不正ノ所爲」とあり、これは普通の意味においては不法の行為を意味し過失を包含することは争いのないところであり、故意に限定することは理論上おかしいとされる。第三点は、岡田博士の見解によると「究意本條但書ハ正當防衛ヲ口實トシテ謀殺傷ヲ爲ス者換言スレハ謀殺傷ハ謀殺傷ナリト云フ事ヲ明言シタルニ外ナラサルコト、ナリテ……無用ノ文字タラン！」<sup>(18)</sup>と批判されている。

そこで、勝本博士は、旧三一四条但書の意義を「自己ノ失錯、落度若クハ失行即チ自己ニ責任ヲ引ク可キ不法ノ行為ニヨリ他人ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘサル可カラサルニ至ラシメタル者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ權ヲ失フ可シ<sup>(19)</sup>」ということであると解される。そして、同条但書は、国民は正當防衛権を有するが不正の所為により正當防衛状況を招いた場合はその権利を法律は剝奪するのであり、正當防衛権を失いたくなければ常に不正の行為を行わないようにと国民に対して警告しているのとされる。したがって、姦夫姦婦事例については、姦夫姦婦の不正行為が本夫の攻撃を招いたのであるから姦夫姦婦は本夫に対して正當防衛権を失うと主張される。もつとも、不正の所為とは故意のみでなく過失も含むべきであると解される勝本博士も、旧三一四条但書の文言が「因リテ自ラ暴行ヲ招キ」<sup>(20)</sup>となっていることから、「暴行ヲ招ク可キコトヲ豫知スルニ足ルヘキ有意ノ行為ヲノミ指スモノトス」と<sup>(20)</sup>とされている。

(4) これらの見解以外に、自招行為の不正が大きいか否かによって決まるとする見解も主張されていた。旧三一四条但書の文言に拘泥すると、不正の所為すなわち法律違反の所為によって暴行を招いた者はことごとく防衛権を失うことになってしまうが、極めてささいな言動によって防衛権を失うと解釈することは極端であるとして、「本條ノ精神ニ戻ラン姦通ノ如キ大ナル不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルモノハ固ヨリ防衛権ヲ失フ<sup>(21)</sup>」と解するのである。この見解は、草案注釈において、自招者が防衛権を失う一例として人を甚だしく侮辱した場合が挙げられていたこと由来するとされるが、「法律違反ノ所爲ハ盡ク不正ナリ事小ナリト雖モ苟モ法律カ刑ヲ科シタル所爲ハ不正ニアラストイフ克ハス<sup>(22)</sup>」と批判されている。

(5) 以上、考察してきたように、自招侵害に関する規定を設けていた旧刑法下においても、学説の多くは旧三一四

条但書を文言どおり端的に解することに慎重な態度を示しており、自招者に妥当な正当防衛の範囲を画そうと議論を重ねていたことがうかがえる。このような学説の議論の中には、同条但書を削除すべきという主張もなされており、また、旧刑法における正当防衛規定の不備も指摘され、これらが現行刑法の立案に影響を与えた可能性も指摘されている。<sup>(23)</sup> かくして、現行刑法では、この自招侵害に関する規定は削除され、議論は趣きを変えたこととなった。<sup>(24)</sup>

- (1) 米田泰邦『犯罪と可罰的評価 刑事法研究第一巻』（成文堂、一九八三）一二四頁。
- (2) 旧刑法下の正当防衛規定および立法過程については、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、一九八五）一七〇頁以下、大越義久「正当防衛について」警察研究五五巻七号（一九八四）七頁以下等が詳しい。なお、旧刑法までの法状態については、米田・同書一二二頁以下を参照のこと。
- (3) 井上正一『訂正日本刑法講義』（明法堂、一九九三）一九二頁。
- (4) 旧刑法下の議論については、山中・前掲注(2)書一七三頁以下、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集二七巻二号一三八頁以下が詳しい。
- (5) 古賀廉造『刑法新論総論之部』（和佛法律學校、改版、一九〇三）三六二頁。
- (6) 勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』（有斐閣、一九〇〇）一一三頁。
- (7) 富井政章『刑法論綱全』（岡島賓文館、一八八九）二二七頁以下。
- (8) 岡田朝太郎『日本刑法論總則之部』（有斐閣、一九九五）三四五頁。
- (9) 富井・前掲注(7)二二二頁。
- (10) 宮城浩藏『刑法正義』（明治大学創立百周年記念学術叢書出版委員会、複製版、一九八四）六六三頁。
- (11) 宮城・同書六六三頁。
- (12) 『日本刑法草案会議筆記 第三分冊』（早稲田大学出版部、一九七七）一七〇九頁。
- (13) 岡田・前掲注(8)三四八頁。



- (14) 岡田・前掲注(8)三四九頁。
- (15) 岡田・前掲注(8)三四九頁。
- (16) 岡田・前掲注(8)三五二頁。
- (17) 勝本・前掲注(6)一一六頁。
- (18) 勝本・前掲注(6)一一九頁。
- (19) 勝本・前掲注(6)一二〇頁。
- (20) 勝本・前掲注(6)一二二頁。
- (21) 岡田・前掲注(8)三四六頁。
- (22) 岡田・前掲注(8)三四六頁。
- (23) 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』司法研究報告書一九輯二号(一九六七)五二頁注(1)、山中・前掲注(2)一七七頁、橋爪隆「正当防衛論の再構成(2)」法学協会雑誌一一六卷四号(一九九九)六二八頁。
- (24) 現行刑法が旧三二四條但書を削除したことは、判例にも影響を与えている(長崎控判明治四一年一月一八日法律新聞五三五号二二頁)。

### 三 自招侵害に関する判例の流れ

(1) 自招侵害に関する規定を削除した現行刑法下において、判例は、自招侵害についてどのように取り扱ってきたのであろうか。

自招侵害について判示した古いものとして、大審院大正三年九月二五日判決<sup>(1)</sup>が挙げられる。本判決で裁判所は、「不正ノ行爲ニ因リ自ラ侵害ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テモ仍ホ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ妨ケス」とし、自招

侵害でも正当防衛を行うことができる」と判示した。しかし、これ以降の判例は、自招侵害の事案に対して正当防衛の成立を否定している。例えば、大阪控訴院大正一四年一〇月二三日判決<sup>(2)</sup>は、「被告人ノ暴行カ相手方ノ攻撃ヲ誘致シタルモノナルトキハ其攻撃ニ對スル被告人ノ反撃ハ素ヨリ正當防衛行爲ニアラス」としている。

昭和に入ると、名古屋高裁昭和二五年三月九日判決<sup>(3)</sup>が「被告人の方で争闘を誘発し、相手方と喧嘩して、相手方に傷害を興えたような場合は、急迫不正の侵害に対し、自己を防衛するため、やむことを得ず爲した反撃とは、認められない」と判示し、先に挙げた大正一四年判決が単に正当防衛行為ではないと判示したのに対して、本判決は正当防衛の要件を満たさないことを理由に正当防衛の成立を否定したものとみることができよう<sup>(4)</sup>。さらに、仙台高裁昭和二七年三月一五日判決<sup>(5)</sup>は、「債権者より支払の請求を受けて拒絶する場合には相手方が納得するに足る誠意ある言動に出づべきが条理上当然であるのに却つて嘲笑的態度に出で敢て相手方の憤激を誘致し、之が為相手方に畜生呼ばわりをされたからとて、直ちに之に対し暴力に出るに至つては到底止むを得ざるに出でたる防衛権の行使とは認め難い。」とし、三六条の「やむを得ず」の要件を根拠に正当防衛の成立を否定している。

(2) 昭和三〇年代に入っても、「被告人からけしかけた喧嘩であつてみれば、……急迫不正の侵害を受けたとはいえないのである。従つて、被告人が……同人（被害者、筆者注）を……死に至らしめた行為を、……身の安全を守るためやむを得ずなした正当防衛ないしその防衛の程度を超えたものとみることとはできない<sup>(6)</sup>」と正当防衛の要件論で判断している。

一方、正当防衛の要件の欠如ではなく、自招者による防衛行為が「自らの挑発に基因した攻撃に対する予定された

反撃行為<sup>(7)</sup>」であったことや、「侵害が不正なものであつたとしてもこれを未然に防ぎ得たにも拘らず……自らを危険にさらしたものである<sup>(8)</sup>」ことを理由に正当防衛の成立を否定するものが現われている。

この昭和三〇年代には、自招侵害について貴重な判断を示すものがいくつか存在する。例えば、自招者に自招した攻撃を「回避せんとする意思があれば充分その余裕ありたるもの<sup>(9)</sup>」と認められる場合は、過剰防衛も認められないとして、自招者に自招行為を根拠に回避義務をかす判例が挙げられる。そして、自招侵害における事象のつながりについて、以下のような事案に対して判示した甲府地裁昭和三六年七月一九日判決<sup>(10)</sup>が注目される。被告人Xは、屋台でYZを挑発したことからYZから屋台前で攻撃を受け、両名と喧嘩をはじめたが、敵対できないとみて逃げだした。しかし、YZは、これを知りながらなおもXを捕まえて離さず、隙をみて逃げ出したXをなおも追いかけて、同場所から約一四〇メートル離れた場所でXを捕まえ、一方的に殴った。裁判所は、Xが逃げ出した後における抗争も屋台内におけるXの「挑発に基因するもの」ではあるとした上で、しかしXが屋台前から逃げる際にはただ両名から逃げ去ろうとするのみで既にけんか闘争の意思を放棄しており、YZもこのことを知りつつなお追跡して暴行を加えたことは明らかであり、このような場合は、「前後者はこれを区別して観察すべき」であるとして、YZの暴行は急迫不正の侵害であつてXはこれに対して正当防衛をなし得ると判示している。

(3) 昭和六〇年代以降の判例は、自招性に着目しつつ正当防衛の要件の欠如を理由に正当防衛の成立を否定している。その多くが、急迫性の要件を欠くとするものであり、例えば、東京高裁昭和六〇年六月二〇日判決<sup>(11)</sup>は、「李(被挑発者、筆者注)が……挑発されて攻撃してくるであろうことを予期し、その機会を利用して、被告人自身も積極的

に李に対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められる」場合には、「正当防衛における侵害の急迫性に欠ける」と判示している<sup>(12)</sup>。また、福岡高裁昭和六〇年七月八日判決では、自招行為と急迫性の要件が否定される相手方の侵害との関係について以下のように述べている。「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」。そして、「そのような場合に積極的に対抗行為をすることは、先行する自己の侵害行為の不法性との均衡上許されないものというべきである」とし、防衛行為にあたることもできないとしている。

地裁レベルでは、東京地裁昭和六三年四月五日判決が、三六条の侵害の「不正」の要件を欠くとして自招者の正当防衛（そして過剰防衛）の成立を否定している<sup>(14)</sup>。被挑発者の攻撃が、自招行為に対して「直接惹起された反撃行為」であり、「被告人の先行行為に対して通常予想される範囲内のものであるにとどまる」場合、それは「被告人自らの故意による違法な行為から生じた相応の結果として自らが作り出した状況とみななければならず、被告人が防衛行為に出ることを正当化するほどの違法性をもたないというべきである。したがつて、甲野（被挑発者、筆者注）の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法三六条における『不正』の要件を欠き、これに対しては正当防衛はもとより過剰防衛も成立する余地はないと解するのが相当」であると判示している。

平成に入ってから、被挑発者による攻撃は自招者「自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるか

ら、急迫性にも欠ける<sup>(15)</sup>」と判示しており、自招侵害について正当防衛の成立を否定した判例は、最近ではもっぱら正当防衛の要件論で根拠づけられているといえよう。

- (1) 大審院刑事判決録二〇輯一六四八頁。
- (2) 法律新聞二四七九号一四頁。
- (3) 高等裁判所刑事判決特報六号一一七頁。
- (4) もっとも、本判決は、「正当防衛のどの要件が欠けることになるのかということについては、何も述べていない（川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、一九九八）一〇三頁）」と指摘されている。
- (5) 高等裁判所刑事判決特報二二号一一一頁。
- (6) 東京高判昭和三六年八月三一日東京高等裁判所（刑事）判決時報一二卷八号一五八頁。
- (7) 広島高判昭和三〇年一月一四日高等裁判所刑事裁判特報二卷二二号一一六七頁。
- (8) 熊本地判昭和三五年七月二七日判例時報二三六号八頁。
- (9) 前橋地判昭和三四年九月三〇日下級裁判所刑事裁判例集一卷九号二〇七九頁。
- (10) 下級裁判所刑事裁判例集三卷七・八号七一五頁。
- (11) 判例時報一一六二号一六八頁。
- (12) 浦和地裁昭和六一年六月一〇日判決は、被告人が被害者による侵害を予期ないしは挑発し、これに対して積極的に応戦した如き事情は認められないとした事案に対して、「したがって、侵害の急迫性の要件にも欠けるところはないといふべきである（判例時報一一九九号一六一頁）」としていることから、本判決も自招侵害を急迫性の要件で判断する立場にたつものと思われる。
- (13) 刑事裁判月報一七卷七〇八号六三五頁。
- (14) 判例タイムズ六六八号二二三頁。

我が国における自招侵害の議論の展開について

(15) 東京高判平成八年二月七日判例時報一五六八号一四五頁。なお、平成の判例については、拙稿「自招侵害について」同志社法学五〇卷三号(一九九九)三一六頁以下を参照されたい。

#### 四 自招侵害と正当防衛の要件論

(1) 自招侵害について主張されている見解は、次の二つに大きく分類することができる。自招侵害を正当防衛の要件論で解決する見解と、要件論以外の理論で解決する見解である。前者、つまり正当防衛の要件を否定することで解決する見解には、①急迫性の要件を否定する見解、②不正な侵害の要件を否定する見解、③防衛の意思の要件を否定する見解、④相当性(または必要性・相当性)の要件を否定する見解などが存在する。ここでは、まず、これらの正当防衛の要件論で自招侵害を解決する見解を考察し、妥当な見解かどうか検討していくこととしよう。

(2) ①の見解は、正田満三郎博士、中義勝博士、莊子邦雄博士などによって主張されている。正田博士、中博士は、急迫性に欠けると述べるにとどめられているが、<sup>(1)</sup>莊子博士は急迫性の要件が否定される場合とその根拠について以下のように述べられている。急迫性の要件とは、「単なる事実的要素として把握すべきではなく、法益侵害を忍受したくない意思をも考慮して法益保護の必要性と関連させ、防衛行為を許容し得るか否かという評価判断を包含する事実的要素として吟味しなければ」<sup>(2)</sup>ならず、この立場からは、自招侵害の場合、自招行為に対する「相手方の攻撃が本人の責任を超過する不正なものである限り、本人に対する法益保護の必要性を認め、急迫不正の侵害を肯定すべきである。……しかし、相手方が侮辱に即応する程度の軽い暴行を加えてきた時には、急迫性を認め得ないし、防衛行為も

認め得ない<sup>(3)</sup>」とされ、具体的には、いわゆる意図的場合は、「侵害が著しく予期を超えない限り、侵害を待つて加害行為を行なったとしても、急迫性を認める必要はない<sup>(4)</sup>」と主張されている<sup>(5)</sup>。

しかし、急迫性の要件が認められるか否かは、自招侵害かどうかによって決まるわけではなく、客観的に攻撃が切迫しているかどうかによって判断されるべきものである。したがって、自招者自ら招いた攻撃であったとしても客観的に切迫している限りは、その攻撃に急迫性を認めるべきであり、自招侵害だからといって必ずしも急迫性が否定されるとは限らないのである。自招侵害の場合でも、形式的には正当防衛の要件を満たす場合があることは、すでに昭和一三年に瀧川幸辰博士によって主張されているところである<sup>(6)</sup>。

なお、木村光江教授も、「挑発者は法的保護を受ける地位にないので、『急迫性』が欠けるとすることもできよう<sup>(7)</sup>」と急迫性の要件による解決の可能性を指摘されている。しかし、挑発していたことから自招者が法的保護を受ける地位にないとしても、それがなぜ急迫性の要件に影響を及ぼすのかが明らかにされていないように思われる。

②の見解は、正当防衛が緊急行為であることからその成立要件として第一に要求されている「急迫不正な侵害」の「不正な侵害」という要件に着目して自招侵害を解決すべきとする見解である。例えば、柏木千秋博士は、自招侵害とは「侵害が違法かどうかの問題となる」<sup>(8)</sup>場合であるとされている。また、森下忠博士は、自ら招いた侵害が急迫不正の侵害であるならば、自招者といえども一般には正当防衛をすることができるが、意図の場合には「もはやこれを『不正の侵害』ということができない<sup>(9)</sup>」とされている。もちろん、被挑発者による攻撃が自招行為に対して正当防衛となる場合は、それに対する正当防衛は認められないことはいうまでもない。しかし、自招行為に対して被挑発者に

よる攻撃が正当防衛とならない場合は、自招者により意図的に招かれたものとはいえず、被挑発者が自招者に対して加えた侵害は不正の侵害といわざるを得ないであろう。

③の見解を主張されているのは、平場安治博士、団藤重光博士である。平場博士は、「最初から正当防衛による殺傷の意思をもつて侵害を誘発したばあいは、純粋に防衛の意思ということはできない<sup>(10)</sup>」として正当防衛の成立を否定されている。団藤博士も、意図の場合には、防衛の意思を欠き正当防衛を認めることはできないとされている<sup>(11)</sup>。

しかし、「防衛の意思は、ほとんど反射的に生じることもありうる<sup>(12)</sup>」と団藤博士自身も認められているように、現在、防衛の意思の内容は、かつての「防衛の意図や目的」といった厳格な内容から「急迫不正の侵害が加えられるということを認識しつつそれに対応する心理状態<sup>(13)</sup>」へと緩和され、もっぱら攻撃の意図・動機に基づいて防衛行為が行われたのでない限り、防衛の意思は認められる傾向にあり、たとえ自招行為の時点で積極的加害意思を有していたとしても、防衛行為の時点では（被挑発者による急迫な侵害に対抗する）自招者に防衛の意思が認められる場合もあり得る。自招侵害だからといって、直ちに防衛の意思が否定されるというわけではないのである。

④の見解は、自招侵害を三六条の「已むを得ず<sup>(14)</sup>」の要件に関わる問題ととらえるもので、青柳文雄博士のように「已むを得ないとの要件を欠く<sup>(14)</sup>」とされるものや、佐伯千仞博士<sup>(15)</sup>や吉川経夫博士のように、一般論としては防衛が可能であるが「相当性の要件を欠くことが少なくないであろう<sup>(16)</sup>」とされるもの等である。柏木博士も、自招行為に基づく攻撃であったとしても、攻撃自体が急迫不正であるとみるべき場合が多いであろうこと、また、自招行為にはさまざまな態様があることを認めた上で、「結局、全体を総合的に観察して侵害行為の違法性、あるいは、むしろ反撃行



為の相当性を判断しなければならぬ<sup>(17)</sup>」とされている。また、中山研一博士は、「問題は、挑発行為の性質と程度、および、攻撃との関連性を念頭において、必要性（補充性）および相当性（均衡性）への影響を具体的に検証する点にあり、その程度が著しければ反撃行為は違法となり、正当防衛は否定されることになるであろう<sup>(18)</sup>」とされている。

しかし、④の見解は、侵害法益と保全法益、被挑発者による侵害行為（攻撃）と自招者による防衛行為などを総合的に照らし合せて、防衛行為が客観的に相当性の枠内にある場合に、なぜ自招侵害だと相当性が否定されるのか疑問の残るところである。また、自招者が被挑発者による攻撃から身を守るために必要な防衛行為である限り、自招者による防衛行為も必要性の要件を具備し得るはずである。

(3) 以上の①から④の見解に対して、自招侵害は「形式上は正当防衛の要件を満たす<sup>(19)</sup>」としたうえで、三六条の「防衛するため」の要件で解決すべきとする見解もある。前田雅英教授は、自招行為と防衛行為の「因果的連関が強く、全体として一連の行為とみなしうる<sup>(20)</sup>」場合、既に自招行為の時点で防衛行為が始まったと評価し得るとされ、そのような行為は、客観的に「防衛するため」の行為ではなく、正当防衛でないと主張される。

この見解は、従来、防衛の意思の要件の文言上の根拠とされてきた「防衛するため」を客観的外枠を画する要件としてとらえるのであるが、自招侵害における防衛行為も不正な侵害に対応した反撃である以上、客観的には「防衛するため」の行為といわざるを得ないであろう<sup>(21)</sup>。また、前田教授は「防衛するため」の行為でないものとして四つの場合を提示されているが、これは正当防衛の成立を認めるべきでない行為を「防衛するため」の行為でないと述べるだけであり、なんら自招侵害の解決策を示すものではないと批判されている<sup>(22)</sup>。

我が国における自招侵害の議論の展開について

同志社法学 五三卷三号 三一六 (一〇八八)

- (1) 正田満三郎『刑法体系総論』(良書普及会、一九七九)二三〇頁、中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣、一九八〇)一三三頁。
- (2) 莊子邦雄『刑法総論』(青林書院、第三版、一九九七)一二六頁。
- (3) 莊子・同書二二八頁。
- (4) 莊子・同書二二八頁。
- (5) 齊藤信治教授は、自招侵害のように「わざわざ挑発するなどして平地に波瀾を巻き起すのは、概して、法秩序のむしろ嫌うところである。こうした観点からすると、『好争的行動で予定したような侵害を招来した』とみられる場合であれば、既に『急迫』性を欠くと解すべきであろう(刑法雑誌三五卷二号(一九九六)二二四頁)」とされている。
- (6) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(文友堂書店、一九三八)一二六頁。
- (7) 木村光江『刑法』(東京大学出版会、一九九七)七七頁。
- (8) 柏木千秋『刑法総論』(有斐閣、一九八二)一六九頁。もともと、本文で後述するように、「侵害行為の違法性、あるいは、むしろ反撃行為の相当性を判断しなければならない(二六九頁)」とされている。
- (9) 森下忠『刑法総論』(悠々社、一九九三)九七頁。
- (10) 平場安治『刑法総論講義』(有信堂、一九七〇)七八頁。
- (11) 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第三版、一九九七)二三八頁。
- (12) 団藤・同書二三八頁。
- (13) 大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂、二〇〇〇)三〇四頁。
- (14) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』(泉文堂、一九七八)二〇三頁。
- (15) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(有斐閣、四訂、一九八一)二〇三頁。
- (16) 吉川経夫『刑法総論』(法律文化社、三訂、一九九六)一三九頁。もともと、「このような場合を、『原因において違法な行為』(actio illicita in causa)という(二四〇頁注(6))」とされている。
- (17) 柏木・前掲注(8)一六九頁。

(18) 中山研一『概説刑法Ⅰ』（成文堂、第二版、二〇〇〇）一〇九頁。

(19) 前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第三版、一九九八）二二九頁、Lesson 刑法37（立花書房、一九九八）三〇頁。

(20) 前田・『刑法総論講義』一三三頁。前田教授は、この見解を「文言の解釈としても自然であろう（一三三頁）」とされている。

(21) 平川教授も、同旨から、「『防衛スル為メ』のものではないとして行為の『防衛性』が否定される場合は、かなり限られると思われる（芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編平川宗信著『刑法理論の現代的展開——総論』（日本評論社、一九八八）一四二頁）」とされている。

(22) 橋爪隆「正当防衛論の再構成(2)」法学協会雑誌一一六巻四号（一九九九）六七頁。

## 五 自招侵害と正当防衛の要件論以外の理論

### 一 諸説の展開

既に指摘したように、自招侵害を正当防衛の要件論で解決する見解は、各々問題点を含んでいるといえる。そこで、現在は、自招侵害を正当防衛の要件論の枠を超えた問題としてとらえ、正当防衛の要件論以外の理論で解決する見解が有力に主張されている。

そもそも、自招侵害の場合でも、正当防衛の要件を形式的に満たしうることは先述したように古くから認識されていたところであり、したがって権利濫用説や原因において違法な行為の理論、社会的相当性説など、正当防衛の要件論以外の理論で自招侵害を解決する見解が、古くから主張されてきた。これらの学説は、理論をより深化・緻密化さ

せてきた。例えば、権利濫用説では、自招侵害の一定の場合に行われる防衛行為を単に権利の濫用であると主張するのではなく、正当防衛の正当化原理に遡って権利の濫用を主張したり、ドイツの議論を考察することにより自招侵害を意図の場合、故意による場合、過失その他による場合に分類し、かつては見解が明らかにされてこなかった意図の場合以外の場合についても見解を明らかにすることを試みている。

このような「理論の深化・緻密化」という点以外に、次のような特徴が指摘できる。それは、違法性阻却原理や正当防衛の正当化原理に立脚した解決策、そして、例えば名誉防衛権という表現にみられるように、正当防衛ならびに自招侵害の特徴に重点をおいた解決策が主張される傾向がみられることである。もっとも、自招侵害の特徴は、先の理論の深化・緻密化でも考慮されていることはいうまでもない。

そこで、正当防衛の要件論の枠を超えて解決するこれらの見解が、自招侵害の議論をどのように展開・発展させてきたか考察することとする。

## 二 権利濫用説

(1) 古くから自招侵害の主要学説として主張されてきたのが、権利濫用説である。大正時代、泉二新熊博士は、旧三二四条但書が不当であることを指摘した上で、自招者が急迫不正の侵害を不正な行為によって挑発したとしても、被挑発者の攻撃は不法の侵害であることを免れず自招者は防衛行為を行えるべきであるが、「緊急防衛ニ藉口シテ人ヲ害スル目的ヲ以テ急迫ナル侵害ヲ誘致シ其侵害アルヲ待テ加害行為ヲ爲スハ犯罪ヲ構成スルモノ<sup>(2)</sup>」であるとされ、

その理由として「斯ノ如キ行爲ハ權利ノ濫用ニシテ法律秩序ノ觀念ト相容レサル所ナレハナリ」<sup>(3)</sup>と主張されている。

昭和に入っても、牧野英一博士が権利濫用説に立ち、現行刑法が旧三一四條但書を削除したことから、防衛者が不正の行為により他人の侵害を招いた場合といえども、その侵害が不正ならばそれに対して正当防衛を行い得るとされた上で、「其ノ侵害ヲ豫見シ、而モ自ラ違法ニ其ノ侵害ヲ挑シ、且豫メ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ意思ヲ有スルトキハ、其ノ行爲ハ正當防衛ノ本來ノ使命ヲ逸脱スルモノニシテ一ノ濫用ナリト謂ハサルヘカラス」<sup>(4)</sup>とされ、権利の一般濫用であると主張されている。その後も、永井勘太郎博士や草野豹一郎博士が、そのようないわゆる意図の場合には「緊急防衛權の本來の使命を逸脱したものであつて、寧ろ防衛權の濫用を以つて」<sup>(5)</sup>論じるべきであると主張されている。<sup>(6)</sup>

(2) ところで、我が国では、既に大正時代に島田武夫博士等が自招した場合といえども正当防衛は行い得るが意図の場合に相手方（被挑発者）に危害を加えることは不法であると述べておられること<sup>(7)</sup>から、自招侵害に意図の場合以外の場合があることが認識されていたと推察されるものの、自招侵害の議論は、専ら意図の場合に焦点を当ててきたと指摘されている。しかし、近年は、先に触れたように意図の場合以外の場合についても見解を明らかにすることが試みられている。権利濫用説もこれにしかり、現在は、権利濫用法理によって意図の場合に限らず自招者の正当防衛権を制限しようとするドイツの議論の影響を受けて、意図の場合以外の場合についても権利濫用の理論に立った見解が展開されている。例えば、大塚仁博士は、「正当防衛に藉口して相手方を侵害しようとし、故意に挑発するような場合は、権利の濫用であつて、正当防衛とは解し難い」<sup>(8)</sup>とされるが、自招侵害だからといって、全く正当防衛の成立

が不可能であるとはいえず、過失による場合で、「その過失が軽微なものであるときや、相手方の軽微な反撃行為が予測される挑発に対して、相手方が異常に重大な法益を侵害する反撃行為をした場合」<sup>(9)</sup>は正当防衛が許される余地があろうとされている。もっとも、この場合、「防衛行為がやむをえずにしたものといえるかについては、一般の場合と比べてかなりな制限を伴うべきである」<sup>(10)</sup>とされている。この「かなりな制限」について、川端博教授は、「逃げられるばあいには逃げる必要があるし、また、侵害される法益と防衛される法益との間に厳格な均衡が要求されることになる」<sup>(11)</sup>とされている。

(3) 権利濫用説は、従来から、「どのような挑発が存在した場合に、またいかなる『防衛』行為をしたときに濫用になるのか必ずしも明確ではない」<sup>(12)</sup>と批判されてきた。そこで、この問題点を克服すべく、①正当防衛の正当化原理に遡って権利濫用説を説く見解や、②ドイツの議論の詳細な検討から権利濫用理論によって正当防衛が制限される限界を明らかにすることを試みる見解などが展開されてきた。

①の例として、権利濫用説と正当防衛の正当化原理である法確証の利益の存在の有無とを関連づけて解決する見解が挙げられる。内藤謙博士は、権利濫用説に立ち、意図的に違法な自招行為を行った場合に正当防衛が否定されるのは、法確証の客観的利益が存在しないからであるとされる。これに対して、他の場合、例えば、「はじめ身体に軽度の攻撃を加えた者が、生命に危険なほどに強度の、急迫の反撃を受けた場合」<sup>(13)</sup>には、自招侵害というだけの理由で正当防衛の余地が完全に否定されるわけではないが、自招行為によって「法確証の客観的利益が減少」<sup>(14)</sup>することから、「侵害を回避することが可能なときは退避すべきだ」という意味の退避義務が生ずる。したがって、防衛行為の必要性

の程度は、通常の場合よりも低くな<sup>(15)</sup>るとされる。また、曾根威彦教授も同旨を主張されている<sup>(16)</sup>。

②の例として、ドイツの議論を考察した上で、権利濫用説の代表的論者とされるロクシンの見解を基本的に支持し、自招行為の主観面・客観面による分類から自招侵害において正当防衛が制限される限界を画そうと試みられる斉藤誠二教授の見解が挙げられる。斉藤教授は、自招行為をいわゆる「意図の場合」と「過失か条件付きの故意でおこなわれた場合」に分け、前者の「意図の場合」の自招者は、自招行為によりつくりだした「危険な状態を望んでいるのであるから、それを保護する必要はないし、……かりに、それが危険な状態を望んでいるとまではいえないにしても、法秩序は、責任能力のある成人があらかじめ自分で用意した危険にみずから身をおいているのを保護する必要はない<sup>(17)</sup>」として、自招者は正当防衛権を行うことができず、その反撃行為は処罰されるとする。一方、「過失か条件付きの故意でおこなわれた場合」には、自招者を「保護する必要はあるが、法秩序を防衛する必要は減ってくる<sup>(18)</sup>」ので、被挑発者による侵害を回避できるならば回避しなければならぬとし、ドイツの判例にならぬ、「防御的な防衛」でまかなえる場合にはそれにより、そうでない場合には「攻撃的な防衛」を行うことができるとされる。また、自招行為の客観面については、「法的に違法な行為」の場合にのみ正当防衛権を制限されるとする。なぜなら、「かりに社会的（社会倫理的）には好ましくない行為であっても、それが法律で禁止されていない場合には、それがひき金となつて急迫不正の侵害が起きたときには、この侵害に対して法秩序を防衛する必要があるからである<sup>(19)</sup>」とされている。

吉田宣之教授は、ロクシンとベルテルの見解を中心に検討を加え、行為無価値概念を媒介とした自招侵害の解決策を試みられている。吉田教授は、正当防衛権とは市民の主観的法、すなわち、権利であるにとらえ、その内在的限界

を越えた防衛行為は権利の濫用であるとされる。この見地から、自招侵害は挑発を理由に権利の濫用であるとされる。そして、権利濫用説において重要となるのは、自招行為と防衛行為を「連結する媒体を何に求めるか」<sup>(20)</sup>であるとされ、「防衛結果へ向かう挑発者の積極的な側面に権利濫用へと結びつけられる挑発者のエネルギーを認めることができるのである。このような意思の現実化と見られることによって、形式的には要件のそろっている防衛行為がその濫用へと転化せしめられるのである。この意味で挑発の主観的側面が重要視されなければならない」<sup>(21)</sup>とされる。そこで、挑発（自招行為）の主観的側面については、自招行為に実行の着手時期を認めることができな以上、自招行為は行為無価値しか有していないことになり、「過失の行為無価値は未遂及び予備のように単独で可罰性を基礎づけるものではないので、それによって正当防衛権の濫用を認めるべきではない」<sup>(22)</sup>とされ、結論として権利の濫用が問われるのは意図の場合と故意的の場合に限られなければならないと主張される。また、挑発（自招行為）の客観的性質については、(ア)法的に命ぜられている場合、(イ)客観的に合法的であると宣言されている場合、(ウ)違法な場合、(エ)社会倫理的価値違反の場合に分類し、(ア)(イ)の場合には、「法は不法に屈する必要はない」という正当防衛の本質に合致するものであるが、「実質的に考察して違法、すなわち、権利の濫用を基礎づけるような場合」<sup>(23)</sup>、つまり、当該行為が「社会的相当性を越える場合には権利の濫用が考えられる」<sup>(24)</sup>とされる。そして、(ウ)(エ)については、そのような場合の自招者は、「侵害者に対し法秩序の代表者あるいは守護者として対抗することができず」<sup>(25)</sup>、また、先に述べたように、主観的側面については意図的および故意による場合に限定されていることから、「個人的に法秩序による保護の必要もないと考えられる」<sup>(26)</sup>とされる。さらに、(ウ)(エ)を同一に取扱う理由については、「違法性の領域が『開かれた法領域』であ



ることによる<sup>(27)</sup>」とされ、自招侵害で「解決されるべき権利とその濫用の問題は、まさに、……実質的違法性の問題であったのである。それ故、このような問題領域では法を支える社会倫理的価値が尊重されなければならないのである<sup>(28)</sup>」とされる。

(4) 以上、考察してきた権利濫用説は、自招侵害を正当防衛の要件論で解決するのではなく、要件論の枠外で解決しようとするものであり、その基本姿勢は妥当であると思われる。そして、従来から批判されてきた点を受けて理論を深化させてきた点は評価すべきであろう。しかし、憲法一二条や民法一条三項に由来する一般法則である権利濫用という概念を刑法理論の解釈に用いることが妥当なのかどうか、そして、「正当化事由は存在するかしないかであり、濫用ということはありえない<sup>(29)</sup>」等の問題点がある。

### 三 原因において違法な行為の理論

(1) ドイツの学説の影響を受けて、権利濫用説に対して有力に主張されてきたのが原因において違法な行為の理論である。原因において違法な行為の理論とは、「たとえ自らの行為によって有責に招致されたとはいえ、正当防衛状況の下で行なった防衛行為の違法性は——正当防衛として——阻却されるが、自らの行為によってそのような正当防衛状況を惹起し、その下で法益侵害を発生させたことについての責任は問うことができる<sup>(30)</sup>」とする見解である。

我が国における同理論の流れを考察すると、古くは宮本英脩博士によって同理論が主張されたが、その後、同理論により可罰的であるとされる範囲に制限を加えることが試みられてきたといえる。例えば、中野次雄教授は、自招者

は正当防衛をしなければならぬような法秩序の好まない状態を惹起する原因を作ったのであるから、自招者の防衛行為には「ある程度の制限が認められてもよいであろう」とされ、いわゆる意図の場合について、原因において違法な行為の理論を用いて自招者の行った防衛行為は違法性を阻却されないと主張される。意図の場合に限って可罰的であるとする根拠としては、「ある法益侵害行為が一定の事情の存在するためそれだけをみれば違法性を欠くとみられる場合でも、行為者が違法な目的を遂げるためその事情を作り出したときは、その行為は結局違法になるといわなければならぬ<sup>(32)</sup>」からであるとされている。

平野龍一博士は、「『原因において違法な行為』の法理」という表現を用いられているが、「急迫性が否定されるのは、おそらく、相手を挑発する行為あるいは攻撃を予想しながら相手に近づく行為が、相手の攻撃を利用してこれを傷けようとしたとみられうる場合に限られるであろう。いわゆる『原因において違法な行為』の法理である<sup>(33)</sup>。」とされていることから、これは原因において違法な行為の理論として一般に理解されている理論とは異なった理論として用いられていると指摘されている<sup>(34)</sup>。また、平野博士は、「正当防衛の濫用とみられる場合はすでに急迫性がなくなる」という考え方もありうる<sup>(35)</sup>とされ、自招侵害について、権利濫用説、急迫性の要件否定説、原因において違法な行為の理論と複数の理論を駆使して解決することを主張されている<sup>(36)</sup>。しかし、権利濫用説と原因において違法な行為の理論は自招侵害を正当防衛の要件論を超えて解決するものであるのに対して、急迫性の要件否定説は正当防衛の要件論で自招侵害を解決することを試みる見解であること、また、権利濫用説と原因において違法な行為の理論は正当防衛のとらえ方が異なっていること等<sup>(37)</sup>、各々の見解の拠って立つ考え方は異なっており、これらの理論を全て用いて自招

侵害を解決することは妥当でないと思われる。

(2) 大嶋一泰教授は、原因において違法な行為の理論が自招侵害における正当防衛の許される範囲を適切に限定するのに優れているとされたうえで、権利濫用説ならびにロクシンが指摘した原因において違法な行為の理論の問題点について検討を加え、「法が、同一人の防衛行為を正当化する一方、他の挑発行為を否定することは、矛盾とは言えないと思う。……惹起された利益衝突が後に適法に解消されることと、かような利益衝突状況を惹起することとは、法的評価を異にする問題である<sup>(38)</sup>」と主張される。

そして、具体的には以下のように述べられている。まず、意図的に違法な自招行為が行われた場合は、「被挑発者が違法な挑発行為に相応する必要な防衛の程度を逸脱して過剰防衛をなし、挑発者にとって予期に反した重大な法益侵害、例えば生命や身体の重大な危険にさらされ、攻撃の回避可能性もないのであれば<sup>(39)</sup>」過剰防衛の過剰部分に対しては、自己保護のために正当防衛が認められるとされる。しかし、「そのような正当防衛状況を招来した挑発行為者の責任が問われなければならない<sup>(40)</sup>」とされ、「自己の違法な挑発行為に基因する過剰防衛に対する正当防衛において生じた法益侵害の結果については、それが相当因果関係説の見地から原因たる当初の違法な挑発の相当の結果とみなしうる限り、完全に正当防衛として違法性阻却の機能を果しえず、生じた結果について故意犯の罪責を追求すべきである<sup>(41)</sup>」と解される。しかし、「防衛行為として行われたという事情を考慮して刑法三六条二項を準用し、刑の裁量的な減輕・免除をなしうると解すべきである<sup>(42)</sup>」とされている。

次に、故意または過失による場合は、「挑発者の過去の違法行為が原因となって被挑発者の現在の違法な攻撃が惹

起され、両者の攻撃の間に客観的に相当の因果関係が存在する場合には、被挑発者の正当防衛権は先行する自己の違法行為によって制限を受けると考えなければならない。すなわち、攻撃を受けた挑発者は、もしその攻撃を回避する可能性があるならば、まず回避によって自己保護の目的を達成すべきであり、回避可能性があるにも拘わらず、法の代理人もしくは擁護者として自己保護の目的を越えて法の確証のために防衛行為にでることは許されない<sup>(43)</sup>とされる。したがって、回避可能であるにもかかわらず防衛行為によって被挑発者を侵害したならば、いわゆる故意による場合ならば故意犯の、過失による場合ならば過失犯の罪責を追求すべきとし、回避が不可能であるならば、たとえ相手の攻撃が自招行為によって招かれたものであるとしてもそれは正当防衛とは評価しえない違法な攻撃なのであるから、自己の法益を守るために必要な最小限度の防衛が許されるとする。しかし、この防衛の程度を逸脱すれば過剰防衛の責任を自招者は負わなければならないし、「また、行為者が故意または過失によって正当防衛の強制状況を招いた責任が追求されなければならない。……相手の違法な攻撃が相当因果関係説の見地に立って挑発者の先行する違法行為の相当の結果であると客観的に認めることができ、挑発者に正当防衛状況を招来した責任を帰することができるならば、当該の防衛行為には原因たる挑発行為の違法性が尾を引いて附着しいわゆる『原因において違法な行為』として完全にこれを正当化しえないこととなる<sup>(44)</sup>」とされ、正当防衛状況を故意的に惹起したならば故意犯、過失的に惹起したならば過失犯の罪責を追求すべきであるとされる。しかし、量刑については、意図の場合と同様、刑の裁量的減輕・免除をはかるべきであるとされている。

- (3) 原因において違法な行為の理論は、パウマンが述べているように、原因において自由な行為の理論や間接正犯

の理論と類似した考え方である。しかし、ロクシンが指摘したように、間接正犯の理論を自招侵害の解決策に用いることは困難である。<sup>(45)</sup>そして、自招行為を前提とする自招侵害において、自招行為と防衛行為とを切り離して自招者に對する違法性の評価を与えることは妥当でないと思われる。<sup>(46)</sup>さらに、原因において違法な行為の理論は、実行行為の開始時期に関しても問題が指摘されている。<sup>(47)</sup>

しかし、山口厚教授は、ロクシンが行った原因において違法な行為の理論に対する批判について以下のように反論されている。違法性の判断は個別的であるから、「因果経過の一部に（それ自体として）適法（という評価を受ける）行為が介入したことの一事をもって、直ちにすべてのそれ以前の行為の終局的な結果を発生させたことを理由とする違法性が失なわれるものではないのである。……防衛行為の時点で正当防衛状況が存在したとしても、挑発行為の時点ではその行為について正当防衛の要件を認めることができない以上、侵害された法益の『法益性』は、防衛行為に對する関係では失なわれるが、挑発行為に對する関係では失なわれないことになるのである。そうである以上、挑発行為について、発生させた法益侵害に關し、挑発行為者を罰することは不可能ではないということになる」<sup>(48)</sup>と主張される。さらに、山口教授は、同理論に立って処罰範囲をいかに限定するかが問題であるとして、日独の因果関係論の相違に着目した処罰範囲の限界づけを試みられている。もっとも、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、理論的可能性はともかく、実際は意図の場合の一部のみ可罰性を肯定し得ることになるであろうとされている。<sup>(49)</sup>

もっとも、現在、山口教授は、自招危難については原因において違法な行為の理論による解決を主張されているも

の、自招侵害については同理論によらずにすでに解決が可能であろうとされている。<sup>(50)</sup>つまり、自招侵害の場合は、防衛者が侵害を回避するという事により保護に値する正当な利益が侵害されないので、防衛者である自招者に侵害を回避する義務を肯定することができるとされ、そのような場合の攻撃に対する自招者の対抗行為は「防衛するため」の行為ではないと主張されるのである。<sup>(51)</sup>しかし、そうすると、先述の「防衛するため」の行為でないとする見解に対する批判が再登場することになるであろう。

#### 四 違法性阻却原理や正当防衛の正当化原理、自招侵害の特徴に着目した見解

(1) 自招侵害を違法性阻却原理に立脚して解決しようとする見解として、社会的相当性説が挙げられる。福田平博士は、正当防衛も類型化されたものであるから、形式的に正当防衛の要件を具備していても、社会的相当性を欠く場合は違法性を阻却すべきでない<sup>(52)</sup>とされる。したがって、自招侵害の中でも、過失による場合や、「故意に招来された侵害でも、その侵害がはじめに予期していた程度をはるかにこえた大きな侵害であったばあい」<sup>(52)</sup>には、正当防衛が認められることがあり得るが、いわゆる意図の場合には、社会的相当性を欠き違法性を阻却しないとされるのである。

さらに、大谷實教授は、自招侵害の一定の場合に社会的相当性が欠ける根拠を示すべく、正当防衛が不可罰とされる趣旨にたちかえって自招侵害を検討されている。そして、結論としては、「みずから正当防衛の状況を故意に招きながら正当防衛を行い相手方の法益を侵害する行為は、一般的には社会的相当性を欠く<sup>(53)</sup>といつてよい」<sup>(53)</sup>が、いわゆる過失による場合などは「社会的相当性の枠をそれほど逸脱するものではなく、また、相手方の軽微な侵害が予測され

るような挑発に対して極めて重大かつ異常な法益侵害を伴う攻撃がなされた場合<sup>(54)</sup>には、それに対する正当防衛を認めることは可能であろうとされる。

社会的相当性説は、実質的には権利濫用説と似た発想をしていると指摘されているが、違法性阻却原理（正当防衛の正当化原理）に遡って自招侵害を解決しようとする点で、先に挙げたこれまでの見解と大きく異なると言えよう。

(2) 我が国では、この社会的相当性説のように、自招侵害を実質的違法論の問題、または違法性阻却事由の一つである正当防衛の問題としてとらえ、違法性阻却原理や正当防衛の正当化原理に立脚した解決策や自招侵害の特徴に着目した解決策が、権利濫用説や原因において違法な行為の理論に対して主張されている。具体的には、以下のような見解が挙げられる。

第一の見解として、自招侵害を違法性阻却原理と表裏一体である「違法論（実質的違法性）の一展開」と解される津田重憲教授の見解が挙げられる。津田教授は、人的不法論の立場から、自招行為という「『原因の不法』の現象を、違法性における行為無価値と結果無価値の観点から把握し、以てその違法性の強弱の度合いを決定<sup>(56)</sup>」することにより、自招侵害の問題を解決することを試みられる。例えば、「特に、『意図（目的）ある挑発』などは、典型的な行為無価値および結果無価値の範疇に入るので、即ち違法である<sup>(57)</sup>」とされ、そのような自招行為によって惹起された被挑発者による侵害に対する自招者の正当防衛は、客観的に防衛行為の観を呈しても、「その適法性は、先に下された行為無価値および結果無価値の価値判断を解消（または減弱）することができず、違法という判断が下され、原則として正当（適法）化されることはない<sup>(58)</sup>」とされる。もっとも、自招行為には、その態様・方法・種類により、行為無価値お

よび結果無価値の強弱の度合いが存在するとし、その度合いが極めて低い、または弱い状態が原因となって惹起された侵害に対しては正当防衛権を主張できるとされる。また、たとえ意図の場合であっても、被挑発者による侵害が予想以上に大きなものであった場合には、自招行為について先のように行為無価値・結果無価値の判断が下され得るとしても正当防衛権を主張できるとされる<sup>(59)</sup>。

第二の見解として、自招侵害において正当防衛が制限される根拠を「正当防衛の基本思想」に求められる山中敬一教授の見解が挙げられる。ここでいう「正当防衛の基本思想」とは、個人保全原理と法確証原理であり、個人保全原理からは、意図の場合といえども自招者は自分が侵害されることは望んでいないので、相手方の攻撃に対する同意を与えたのではなく、したがって被挑発者による攻撃は違法であるが、自招者は自招行為により攻撃に身をさらすという危険を自ら創出したのであるから、この攻撃から守るために正当防衛権を与えて自招者を保護する必要はなく、攻撃の原因を与え、それを意図していたのであるから、正当防衛権を行使して自らを守ることも許されないとされる<sup>(60)</sup>。また、後者の法確証原理からは、「法確証は、いわばクリーンハンドの原則に従うのであって、みずから意図的に違法な挑発をなした者には、『法』の立場に立って法秩序の擁護を行うことは許されない<sup>(61)</sup>」とされる。このような制限を、山中教授は、「正当防衛規定に内在する制限である<sup>(62)</sup>」とされている。なお、過失による場合は原則として正当防衛が認められるが、故意による場合は法確証の利益が減少するので、「事情によって補充性の原則が適用され、他に侵害を回避する方法がなかった場合にのみ、正当防衛が許されると解すべきであろう<sup>(63)</sup>」とされる。

第三の見解として、自招侵害の問題も正当防衛の違法性阻却原理に遡って検討されるべきであるという考えの下、



優越的利益説に立ち、自招者の法益の減少を理由に正当防衛の成立を制限する見解が挙げられる。山本輝之助教授は、まず、正当防衛では緊急避難と異なり法益の均衡や補充性が要求されないのは、「通常の正当防衛状況においては違法に人を攻撃する者の法益の要保護性は法的に低く評価され、その分だけ被攻撃者の法益の要保護性が高く評価されることになる」<sup>(64)</sup>からであるとされる。しかし、これは、正当防衛状況の具体的事情によって変動するとされ、法的観点からして、被攻撃者の法益保護の利益が通常の正当防衛の場合よりも減少すると考えられる場合には、「被攻撃者側の利益の優越度が低減することによって……防衛行為の相当性の範囲に制限が課されることになる」と考えられる。そして、このように制限された相当性の範囲を逸脱した行為は、優越利益の原理を充足しているとはいえず、違法行為と評価されることになるが、それには過剰防衛規定の適用があるものと考えられる<sup>(65)</sup>とされる。以上のような考えの下、自招侵害について以下のように主張される。自招者の法益保護の利益の方が攻撃者（被挑発者）の法益保護の利益よりも低減し、マイナスに転じると法的に認められる場合には、「攻撃者の法益を侵害する有責者の行為は優越利益を保護したものと認めることはできないので、正当防衛ばかりでなく過剰防衛の成立する余地もなく全面的に違法性が認められる」<sup>(66)</sup>とされる。もっとも、このような場合は、意図的場合の一部の場合のみに限られるであろうとされている。それ以外の場合には、自招者の法益保護の利益は通常の正当防衛の場合に比べて減少するが、攻撃者（被挑発者）のそれよりも優越しており、このような場合には、先に述べたように、自招者の防衛行為は利益の減少の程度に応じて相当性の範囲に制限が課されるにとどまり、その範囲内の行為であれば正当防衛の成立が認められるとされる<sup>(67)</sup>。

さらに、違法性阻却原理について優越的利益の理論を支持される平川宗信教授は、正当防衛の場合、攻撃者が「法益衝突の事態を作り出した原因者」<sup>(68)</sup>であることから法益の要保護性が失われ、緊急避難のような補充性は要求されないものであるとされ、そこで、自招侵害をみてみると、「防衛者にも原因者性が認められ、その程度に応じて防衛者の法益も要保護性が減少し、その程度に応じて正当防衛が制限されると考えられるのではあるまいか」<sup>(69)</sup>と主張される。もつとも、具体的基準については留保されている。

第四の見解として、被挑発者の「名誉防衛」という観点から自招侵害を解決する見解が挙げられる。松宮孝明教授は、挑発された侵害も違法であるならば、それを阻止する必要最小限の行為は、たとえ自招者によってその行為が行われたとしても違法ではないはずであるという考えから出發される。それにもかかわらず自招者が一定の範囲で被挑発者からの侵害を甘受しなければならぬとすれば、それは被挑発者に自己の名誉の防衛権が認められるからであり、したがって、被挑発者の「『名誉』の防衛権が認められる限りで、挑発者の利益の法的保護は消滅する」<sup>(70)</sup>とされる。もつとも、被挑発者による反撃は広範囲に許されるものではないとされ、その許される範囲を越えた被挑発者による攻撃に対しては、自招者もそれに応じて減小された防衛権を有するとされる。しかし、この見解は、「たとえ被挑発者による名誉に対する防衛行為を認めたとしても、それによって生命・身体に対する侵害行為が正当化されるという事態はまず観念できないであろう」<sup>(71)</sup>という指摘を受けている。

第五の見解として、許された危険の法理を転用される林幹人教授の見解が挙げられる。これは、自招者は相手の攻撃が十分に予測されるにもかかわらず、相手を侵害するために自ら進んでその攻撃の危険に自分の法益をさらすとい

う自招侵害の特徴に着目するものであり、そのような場合は、「もはやその法益は要保護性を失ったものとして、『反撃行為』について正当防衛を否定する」とされる<sup>(72)</sup>。林教授は、「自ら進んでその攻撃の危険に自分の法益をさらす」という表現からいわゆる意図の場合を想定されていると思われるが、過失などによる場合をいかに解されるのかという点、そして、「そこまでの危険を引き受けてはいなかった」という<sup>(73)</sup>「そこまで」という表現が恣意的な判断を招かないのかという点で疑問が残る。

- (1) 川端博『正当防衛権の再生』(成文堂、一九九八)九一頁。
- (2) 泉二新熊『日本刑法論』(有斐閣、改訂増補第二版、一九一六)三二七頁。
- (3) 泉二・同書三二八頁。
- (4) 牧野英一『日本刑法上巻』(有斐閣、重訂第六一版、一九三七)三五四頁。
- (5) 永井勘太郎『詳解 刑法總論』(有斐閣、一九五六)一一五頁。
- (6) 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣、一九五八)五九頁。
- (7) 島田武夫『日本刑法新論總論』(松華堂、一九二四)三〇七頁。
- (8) 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、第三版、一九九七)三六七頁。
- (9) 大塚・同書三六七頁。
- (10) 大塚・同書三六七頁。
- (11) 川端博『刑法総論講義』(成文堂、一九九七)三三三九頁。
- (12) 前田雅英『刑法の基礎 総論』(有斐閣、一九九三)二〇四頁。なお、芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編平川宗信著『刑法理論の現代的展開——総論』(日本評論社、一九八八)一四四頁。
- (13) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、一九八六)三三三六頁。

我が国における自招侵害の議論の展開について

同志社法学 五三卷三号

三三三三 (一一〇五)

- (14) 内藤・同書三三六頁。
- (15) 内藤・同書三三六頁。
- (16) 曾根威彦『刑法総論』(弘文堂、第三版、二〇〇〇)一一四頁。
- (17) 齊藤誠二『正当防衛権の根拠と限界』(多賀出版、一九九一)二〇九頁。
- (18) 齊藤・同書二〇九頁。
- (19) 齊藤・同書二〇九頁。
- (20) 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(成文堂、一九九二)九四頁。
- (21) 吉田・同書九五頁。
- (22) 吉田・同書九七頁。
- (23) 吉田・同書九八頁。
- (24) 吉田・同書九九頁。
- (25) 吉田・同書九八頁。
- (26) 吉田・同書九八頁。
- (27) 吉田・同書九八頁。
- (28) 吉田・同書九九頁。
- (29) 山中敬一『正当防衛の限界』(成文堂、一九八五)一三九頁、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集二七卷二号(一九八四)二〇五頁。
- (30) 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法学協会百周年記念論文集第二卷(有斐閣、一九八三)七三二頁。なお、井田良「緊急避難の本質をめぐって」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集』第二卷(二〇〇〇)二七七頁以下も参照。
- (31) 宮本英脩『刑法学粹』(弘文堂書房、第五版、一九三五)二五一頁。
- (32) 中野次雄『刑法総論概要』(成文堂、第三版補訂版、一九九七)三三三頁。なお、一八九頁も参照のこと。

- (33) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(有斐閣、一九九八)二三五頁。
- (34) 前田雅英「正当防衛に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第一卷(一九八三)三五―五二頁。
- (35) 平野・前掲注(33)二三―三五頁。
- (36) 山中・前掲注(29)一八―七頁。
- (37) 拙稿「自招侵害について」同志社法学五〇巻二号(一九九九)三〇九頁以下を参照されたい。
- (38) 大嶋一泰「挑発行為と正当防衛(一)」福岡大学法学論叢一七巻四号(一九七三)五四―六頁。
- (39) 大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学(東北大学法学会)四七巻五号(一九八四)二九頁。
- (40) 大嶋・同論文三〇頁。
- (41) 大嶋・同論文三〇頁。
- (42) 大嶋・同論文三〇頁。
- (43) 大嶋・同論文三一頁。
- (44) 大嶋・同論文三二頁。
- (45) 拙稿・前掲注(37)二九九頁以下を参照されたい。
- (46) 大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂、二〇〇〇)三〇七頁、福田平・大塚仁『対談刑法総論(中)』(有斐閣、一九八六)四六頁、板倉宏『刑法総論』(勁草書房、一九九八)二〇五頁。
- (47) 山中・前掲注(29)一八―五頁、前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第三版、一九九八)二三〇頁。なお、拙稿・前掲注(37)三〇七頁を参照されたい。
- (48) 山口・前掲注(30)七五―三頁。
- (49) 旧山口説については、拙稿・前掲注(37)三一〇頁以下を参照されたい。
- (50) 山口厚「自招危難について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(成文堂、一九九六)二二三頁。
- (51) 山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣、一九九八)五八頁。

我が国における自招侵害の議論の展開について

同志社法学 五三巻二号

三三五 (二一〇七)

- (52) 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、第三版、一九九八)一五三頁注(八)。
- (53) 大谷・前掲注(46)三〇七頁。
- (54) 大谷・前掲注(46)三〇七頁。
- (55) 大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法「総論」』(有斐閣、一九九九)九六頁。
- (56) 津田重憲「自招侵害に対する正当防衛」経済と法一〇号(一九七九)一頁。
- (57) 津田・同論文三四頁。
- (58) 津田・同論文三四頁。
- (59) 津田・同論文三五頁。なお、誤想防衛や誤想過剰防衛の問題となり、「責任論の分野に移される可能性が強くなる(三五頁)」とされている。
- (60) 山中敬一『刑法総論I』(成文堂、一九九九)四六〇頁。
- (61) 山中・前掲注(60)四六〇頁。
- (62) 山中・前掲注(60)四六一頁。
- (63) 山中・前掲注(60)四六一頁。
- (64) 山本・前掲注(29)二二二頁。
- (65) 山本・前掲注(29)二二二頁。
- (66) 山本・前掲注(29)二二三頁。
- (67) 西田典之「現代刑事法学の視点」(法律時報六一巻一三三号一〇一頁)の原著者コメントにおいて、「私の見解と、『権利濫用説』および『法確証の利益を含む優越利益説』とは、単に説明の仕方の相違であるだけでなく、具体的に異なった帰結ももたらすものである。(二〇五頁)」とされているので、ここで紹介する次第である。
- (68) 平川・前掲注(12)一四四頁。
- (69) 平川宗信「正当防衛論(下)」法学セミナー三八八号(一九八七)四六頁。

- (70) 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第二版、一九九九）一一九頁。
- (71) 橋爪隆「正当防衛論の再構成(2)」法学協会雑誌一一六巻四号（一九九九）六六五頁。
- (72) 林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、二〇〇〇）二〇五頁。
- (73) 林・同書二〇五頁。

## 六 自招侵害の解決策

(1) それでは、自招侵害をいかに解決すべきであろうか。本稿で考察してきたように、自招侵害については、大きく分けて、正当防衛の要件論で解決する見解と、それ以外の理論で解決する見解が主張されている。しかし、正当防衛の要件論で解決する見解には問題点があり、自招侵害の解決策として妥当でないことは既述のとおりである。

そもそも、自招者が招いた被挑発者による攻撃が切迫したものでなかったならば、急迫性の要件を否定することにより、また、自招者に防衛の意思がなく、専ら加害意思のみで防衛行為を行っていたのであれば、防衛の意思必要説からは防衛の意思を否定することにより正当防衛の成立を否定すればよいのであり、このような事例はことさら自招侵害の事例としてとりあげるまでもないのである。これら正当防衛の要件を形式的には満たしている場合をいかに扱うべきかというのが自招侵害の問題の本質なのであり、したがって正当防衛の要件論で解決する見解は妥当でないと考えらる。

思うに、正当防衛状況における自招者による防衛行為が正当防衛の要件を満たしているかを検討し、要件を満たし

ている限りは形式的には正当防衛と認めざるをえない。しかし、形式的にはそうであるとしても、実質的に正当防衛の正当化原理に反している場合は実質的違法性を有する行為として違法性阻却を認めることはできない。以上が、自招侵害の解決策の基本的視座として妥当であると考ええる。

このような解釈は、罪刑法定主義に反しないであろう。我が国では、現在、意図の場合に関して正当防衛の成立を否定するという結論においては、学説の見解は一致していると言っても過言ではないが、実行行為である防衛行為の時点で正当防衛の要件をみたしている自招者に対して、正当防衛の成立を否定あるいは制限することが罪刑法定主義に反しない理由についてはあまり触れられてこなかったように思われる。<sup>(1)</sup> 罪刑法定主義とは、「自由主義を根幹とした人権尊重主義を根拠にするもの」<sup>(2)</sup>であり、刑罰権の恣意的行使から国民の人権を保障することをその目的とするものである。この趣旨の下、刑法典で何が犯罪となるのかを事前に明示し、そしてその範囲においてのみ処罰することを要する。したがって、「二六条に定める要件を満たしているならば正当防衛となり罰せられない」わけであるが、自招者が刑罰を免れるために同条を利用した場合には、形式的には三六条の要件を満たしていても正当防衛の成立を否定または制限することは、先の罪刑法定主義の趣旨・目的には抵触しないと考える。

(2) それでは、この正当防衛の成立の否定または制限はいかなる根拠から導き出されるべきなのであろうか。先のような自招侵害の解決策の基本的視座からは、正当防衛の正当化原理ないし違法性阻却原理に基づいて検討すべきこととなる。

ここで正当防衛の違法性阻却の根拠について詳述することは控えるが、法益侵害の予防・回復を法的手続によって



行うことが困難である緊急状態における侵害に対して反撃することは、自己を保全する行為であると共に法を確証するものであり、それゆえに当該行為と結果は社会的相当性を有し、違法性を阻却されると解すべきである。したがって、自招侵害の場合も、自招者の防衛行為によって攻撃者（被挑発者）の法益が侵害されたという結果が発生したことを前提に、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り、それゆえに社会的相当性を有するものとして健全な社会通念によって許容されるかどう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である。以上のように、「権利濫用」という一般概念を援用するのではなく、正当防衛の正当化原理・違法性阻却原理に立脚して自招者の行った防衛行為が実質的違法性を有するか否かを判断するという理論構成が最もスムーズであると思われる。

(3) しかし、社会的相当性説に対しては、その概念が不明確であり、具体的な基準を示していないと批判されている。<sup>(3)</sup> もちろん、社会的相当性という概念が裁判官の恣意的判断を導くものとして使われることは許されない。したがって、「どのような場合に社会的に相当でないと判断されるべきなのか」、その具体的基準を示さなければならない。自招侵害の事案には、①自招者による自招行為、②被挑発者による攻撃、③自招者による防衛行為が存在する。自招侵害における実行行為は、あくまで自招者の行った防衛行為③であるが、これは自招行為①を前提とするものであり、①と正当防衛状況②、③とが、時間的・場所的に密接に関わり、相互に因果関係が存在して初めて自招侵害の問題となる。つまり、自招行為①からの相当な帰結とされるような事象のつながりが必要なのである。このように解すると、自招行為①の客観面と主観面からの分析が具体的基準を示すにあたり有意義であると思わ

れる。

まず、客観面についてであるが、自招行為が「違法な行為」である場合に正当防衛が制限されるという点については異論がないと思われる。問題となるのは、「違法な行為ではないが、社会倫理的にのみ非難される行為」の場合にも正当防衛の成立を制限すべきかという点である。「社会倫理的にのみ非難される行為」の教壇事例として挙げられるのは、無礼やあてこすり、無神経な言動などであるが、思うに、このような社会倫理的にのみ非難される行為を行う者は、違法な行為を行っていないという点でいまだ法の基盤の上で行動している。したがって、自招行為の客観面において正当防衛を制限するのは「違法な行為」の場合であると解する。ちなみに、自招行為(①)に対する被挑発者の攻撃(②)が正当防衛となる場合は、当然のことながら、正当防衛に対してはもはや自招者は正当防衛を行い得ない。

一方、主観面についてであるが、これは「意図の場合」、「故意による場合」、「過失による場合」に分けられる。

「意図の場合」とは、攻撃者を正当防衛の名の下に侵害しようとする意図して攻撃をねらいどおりに招致した場合であり、自招行為(①)によって招かれた被挑発者による攻撃(②)が通常予想される範囲内の攻撃であったならば、それに対して行われた防衛行為(③)は法確証のためになされた行為とはいえない。このような防衛行為を正当と認めると、法秩序をかえって混乱させることになる。したがって、それ(③)は社会的相当性を有さず、法益侵害の結果もあり、実質的違法性を有するものとして違法性を阻却すべきでないと考える。もっとも、自招行為に対して通常予想される範囲を超えて極めて重大な法益侵害を伴う攻撃が被挑発者によってなされた場合は、意図の場合だからといって一律

に正当防衛を認めないとすることは妥当でないと解する。なぜなら、このような場合は、意図的場合の定義である、自招者によって支配・操作された事象経過とはいえないからである。

このような「意図的場合」に対して、自招者が正当防衛の名の下に侵害しようとして意図していない「故意による場合」と「過失による場合」は、基本的には正当防衛を認めるべきであると解する。なぜなら、「故意」や「過失」による場合の自招者は、「意図的場合」の自招者と違い、意図した「被挑発者による攻撃(②)」という目的に向けて事象経過を支配・操作していないからである。この点で、「意図的場合」とそれ以外の場合(「故意」や「過失」による場合)は大きく相違するのであり、両者で自招者の取り扱い異なるべきである。それゆえに、このような大きな相違の存在しない場合、つまり、故意による場合でも、被挑発者が攻撃してくることを確定的に認識していたなど、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場合には、意図の場合と同様に正当防衛が否定され得ると解する。

しかし、「故意による場合」は、被挑発者による攻撃を意図していないとはいえず、自招行為を行うことにより被挑発者が攻撃してくることを認識しているのにあえて自招行為を行っているのであるから、攻撃の招致に関与していない通常の防衛者と同じように正当防衛が認められるとするのは妥当でない。したがって、正当防衛では本来、防衛者が攻撃を避ける義務は要求されていないが、「故意による場合」は、被挑発者による攻撃を可能な限り避けた上で、やむなく穏やかな防衛行為を行ったのであるならば、その行為は自己保全と法を確証するものとして、社会的相当性を有すると判断すべきと考える。

最後に、「過失による場合」であるが、これには以下の二つの場合が存在すると思われる。一つは、正当防衛状況を招致することに過失があった場合、つまり、自招行為を行うことにより攻撃を受けるであろうことが予見可能であったにもかかわらず不注意にも予見しなかった場合などである。もう一つは、正当防衛状況の招致だけでなく、自招行為を行ったこと自体についても過失があった場合である。例えば、過失行為により相手を傷害し、その相手が興奮して攻撃してきたことから正当防衛状況となった場合などが挙げられよう。「故意による場合」と「過失による場合」との間にも、規範の問題が与えられているかいないかで、正当防衛と認められる防衛行為の範囲に相違が存在すると考える。それゆえに、故意による場合には社会的に相当な行為でないとして違法性阻却が認められなかった防衛行為も、過失による場合には同様の行為が社会的に相当な行為であるとされ得る場合があるのである。

(1) 大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学(東北大学法学会)四七卷五号(一九八四)一九頁は、正当防衛の社会倫理的制限が罪刑法定主義の要請と矛盾しないかという点を検討されている。

(2) 大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂、二〇〇〇)五五頁。

(3) 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇)二〇五頁、橋爪隆「正当防衛論の再構成(2)」法学協会雑誌一一六卷四号(一九九九)六六〇頁他。