

侵害に先行する事情と正当防衛の限界

照 沼 亮 介

- I はじめに
- II 判例
 - 1 喧嘩と正当防衛の成否に関する判例理論
 - 2 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁
 - 3 昭和52年決定以降の判例における「積極的加害意思論」の内容
 - 4 積極的加害意思論に依拠せず急迫性を否定した裁判例
 - 5 3の議論と4の議論を併用しているようにみえる裁判例
 - 6 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁
- III 学説における侵害回避／退避義務論（特に急迫性との関係〔回避義務〕について）
 - 1 佐伯説
 - 2 山口説
 - 3 橋爪説
 - 4 検討
- IV 「挑発防衛」「自招侵害」をめぐる従来議論との関係
 - 1 問題の所在
 - 2 因果性の問題
 - 3 違法判断の相対化の問題
 - 4 正犯性の問題
 - 5 正当防衛の成立要件に関する解釈論との関係
 - 6 判例の評価について
- V 結語

I はじめに

本稿は第一に、これまで筆者が正面から検討対象にしてこなかった¹⁾、判例における「積極的加害意思論」の位置付けを根本的に見直すため、まず、後述する最決昭和52年7月21日に先立つ、いわゆる喧嘩闘争に関する判例の議論

を確認した上で（Ⅱ 1）、昭和52年決定（Ⅱ 2）とそれ以降の裁判例（Ⅱ 3）、さらに後述する最決平成20年5月20日の内容及び同決定と従来の判例理論との関係を検討する（Ⅱ 4）。第二に、主観的要件によらず防衛状況を否定する理論として近時注目されている侵害回避義務論の幾つかを取り上げてその内容を検討する（Ⅲ）。以上の考察を踏まえて、第三に、従来「挑発防衛」「自招侵害」という独自の領域として取り扱われてきた問題について、近年の議論状況を踏まえた上で検討を加える（Ⅳ）。これらを通じて、侵害に先行する事情が正当防衛の成否に与える影響につき望ましい方向性を探ってみたい。

なお、本稿では「挑発行為」とそれ以外とを分けずに、ひとまず「侵害に先行する事情」一般として取り扱うが、それは主として「挑発行為」それ自体に否定的評価が随伴して結論先取りとなるおそれを回避するためである。またこの他に、問題となる急迫不正の侵害に先立って既に侵害者の側が違法な侵害を繰り返しており、これに対する防衛のための行為がなされた場合に、そうした先行する一連の侵害の存在が防衛行為の相当性判断に与える影響に関しては、近時最判平成21年7月16日刑集63巻6号711頁が現れているが、この問題に関しては本稿の射程外とする²⁾。

Ⅱ 判例

1 喧嘩と正当防衛の成否に関する判例理論³⁾

判例はかつて、「喧嘩闘争」とされる事案類型において正当防衛の成立を全

1) 本稿は、日本刑法学会第88回大会（2010年、東北大学）分科会Ⅰ「正当防衛の判断基準」における報告を契機として執筆したものである（当日の報告内容については、刑法雑誌50巻2号〔2011年〕149頁以下参照）。同報告の準備過程においては、共同研究に参加された先生方から大変多くのことをお教え頂いた。ここに記して厚く御礼を申し上げる。なお、これに先立ち、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）143頁以下では、正当化根拠論と相当性判断を中心として検討を加えた。

2) 本判決については井上宜裕・ジュリスト平成21年度重要判例解説175頁以下、橋田久・法学教室判例セレクト2009・27頁、橋爪隆・刑事法ジャーナル21号（2010年）83頁参照。

面的に排除してきたと説明されていた。例えば、大判昭和7年1月25日刑集11巻1頁は、わが国古来の「喧嘩両成敗」の格言を引いた上で、闘争者の行為は相互に同時に攻撃防御を為す性質を有しており、一方のみを不正の侵害として、他方のみを防衛行為と解するべきではなく、正当防衛の観念を容れる余地がないとしていた。しかし、ここでは日常用語的な意味においてではなく、相互闘争状況全般の中でも正当防衛の成立がおよそ認められないとされる類型としての「喧嘩闘争事案」が問題とされていたと考えるべきであり、実際、最高裁の時代になってから、判例はより限定的な表現を用いることで、結論的に正当防衛の成立が否定される事案であっても、およそ喧嘩闘争の場合に正当防衛の成立が全面的に排斥されるわけではないことを次第に明確にするようになった。例えば、最判昭和23年6月22日刑集2巻7号694頁は、喧嘩は双方が攻撃防御を繰り返す連続的行為であるから、ある瞬間においては一方がもっぱら防御に終始しているように見える場合でも、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り」と限定した上で、正当防衛の観念を容れる余地がないとしており、また、最大判昭和23年7月7日刑集2巻8号793頁も同様の前提から「闘争の全般からみては、刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」という言い回しを用いている。そして、最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁は、上記二つの最高裁判例を引用した上で喧嘩闘争の事案であっても正当防衛が成立しうることを主張した上告趣意に応じて、「喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があります」とし、少なくとも過剰防衛の成否や量刑に対する影響を検討する必要があることを明らかにした。

これらの最高裁判例は、本稿で問題とする（自招侵害を含む）相互闘争状況

-
- 3) この問題に関しては、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）142頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻〔第2版〕』（1999年）342頁以下、359頁以下（堀籠幸男＝中山隆夫執筆）橋爪『正当防衛論の基礎』（2007年）120頁以下が詳しい。また、成瀬幸典＝安田拓人編『判例プラクティス刑法I総論』（2010年）206頁、207頁（亀井源太郎執筆）も参照。

における正当防衛の成否の判断に関し、依然として一定のレベルで先例性を有していることは否定できない。實際上、正当防衛の事案の多くは「喧嘩闘争」の一場面として現れることが多いが、こうした問題が争点となった際に少なくとも明示的に判例変更が行われたことはないからである⁴⁾。しかし、これらの判例が、いかなる事例状況において、正当防衛のどの要件が否定されるのかについては何も示していない以上、このままでは「類型」としての機能を果たさないこともまた明らかである。そこで、この問題について、正当防衛を正当防衛たらしめている要件、すなわち防衛状況・緊急行為性の有無にスポットを当てて論じることにより、大きく議論を進展させる契機となった判例である昭和52年決定に視点を移してみることにしよう。

2 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁⁵⁾

本件では、(A) 過激派の学生グループであった被告人らが集会を開こうとして会場を設営中に、対立関係にある学生らの攻撃を予知して、多数の木刀、ホッケースティック、鉄パイプ等を準備し、(B) 1回目の上記学生らからの攻撃を実力で撃退した。(C) その後、ほどなく相手方が態勢を調べて再び襲撃してくることは必至と考えた被告人らは、ホール入口に木製の長机や長椅子を使ってバリケードを築き始めたところ、再度襲撃してきた上記学生らに対して鉄パイプで突きかかるなどの共同暴行をした、という事案につき、最高裁は、正当防衛において侵害の急迫性が要件とされているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期

4) 橋爪・ジュリスト1391号（2009年）160頁は、上記昭和23年7月7日判決が大法院判決である点を強調してこのように説く。

5) 本決定に関する評釈・解説は数多いが、差し当たり、曾根威彦・判例評論233号（1978年）44頁以下、平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第3版〕』（1991年）50頁以下（西田典之執筆）、大越義久『刑法解釈の展開』（1992年）36頁以下、芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』（2003年）46頁以下（曾根執筆）、西田ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕』（2008年）48頁以下（松宮孝明執筆）などを参照。

されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかし、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない。被告人は相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく積極的攻撃、闘争、加害の意図をもって臨んだのであり、急迫性が否定される、とした。

本件は当初、暴力行為等処罰法1条違反の罪に関する事案であったと同時に、凶器準備集合罪の成否も争われていた。その際、1審判決では、前者の罪について、本件においては一部の被告人が仲間らの意向とはかかわりなく突発的に行った犯行部分を除くと、被告人らに全体として「積極的な加害・攻撃意思」を認定することには疑問があるという理由から正当防衛の成立は否定されないとされ、同時に後者についても、上記の認定事実から、相手方の襲撃からの防衛に必要な限度で相手方に危害を加えることのあることについての認識、すなわち「単なる防衛目的」のみでは同罪における「共同加害の目的」として評価できない、という評価が導かれる構造になっていた点が注目される⁶⁾。これに対して控訴審判決は、被告人らの行動は「共に相互に有機的に連繋した合目的的な行動」「統一のとれた行動」であるとし、各人について「共通の目的によって統一された意思とともに激しい攻撃意図を窺知することができる」「直ちに共同して敢然とこれに立ち向い迎襲する意図を共通にしていた」として「共同加害目的」の存在を認め、原判決を破棄し差し戻した⁷⁾。こうした本件の経緯に照らすと、最高裁としては、被告人らが計画的に「打って出る」ことを意図していたこと、すなわち当初から「積極的な加害目的」が存在していたことを強調する必要があると考えていたのではないかと推測される。

しかし、ここでの最高裁の判示事項は、暴力行為等処罰法違反の罪における

6) 刑集31巻4号778頁以下、788頁参照。結論として一名の被告人についてのみ、(B)の事実に関する暴力行為等処罰法違反の罪と、その場面における限度での凶器準備集合罪の成立が認められていた。

7) 刑集31巻4号798頁以下参照。

暴行の事実の有無や凶器準備集合罪における共同加害目的の有無についての判断ではなく、あくまで（C）の局面における前者の事実につき36条の適用が認められるか否かの判断なのであるから、後者の事実認定をも含めた文脈において用いられていた「目的」の存否を採り上げ、これを「急迫性の否定」に関する一般論として強調するまでの必要性は、本来なかったと思われる⁸⁾。現に、本決定は侵害の「十分な予期」の存在があったとしてもなおそれだけでは急迫性は否定されないことを強調しており、単純な「防衛状況の認識」とは異なった次元において急迫性が否定されるべきであることを説いている。その意味では、本決定の措辞は「積極的な加害目的」という用語に些か引き寄せられ過ぎた嫌がないわけではない。だとすれば、本件の事案を離れて「積極的加害意思」を急迫性を否定するための要件として把握し、これを広く相互闘争や自招侵害の場面一般における「判例理論」の内容であると説明するようなことは避けるべきであろう。むしろここでは、十分に予期された侵害に対して武力衝突のみを念頭に置いた準備的行動をとっていた場合には、そうした行為者（本件では人的に『閉じられた集団』でもあった被告人ら）には反撃に出ることが「許容されない」という価値判断が示されていることこそが最も重要であるように思われる⁹⁾。

8) 大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法 [総論]』（2001年）84頁以下（波床昌則執筆）は、いわゆる「出向き型」の事例において、あらかじめ凶器準備集合や銃刀法違反などの罪に当たるような用意を整えていたのであれば、積極的加害意思を問題にするまでもなく緊急状況が否定されるとしている。

9) また既に、最判昭和30年10月25日刑集9巻11号2295頁においても、相手方が攻撃してきたらこれに立ち向かうため、被告人が日本刀一振を抜身のまま携えて叢に身をひそめ様子を窺ううちに、相手方が矢庭に出刃包丁をもって突きかかってきた場合には、被告人は相手の不正の侵害について早くから「充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向かい敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて」進んで相手と対面すべく様子を窺っていたのであり、相手の攻撃は被告人にとって急迫のものとはいえないとして急迫性が肯定されているが、これも上記の文脈において整合的に理解可能である。

3 昭和52年決定以降の判例における「積極的加害意思論」の内容

昭和52年決定以降の判例のうち、積極的加害「意思」という主観面についての判示を行っているものも、結局は被害者と反撃者それぞれの態度、反撃の準備の程度などを含めた、侵害に先立つ／侵害時点における客観的状況の認定を基礎としつつ、ただその過程や結論において、「積極的加害意思」の有無を論じてきたに過ぎない、とみることができる。ここではおそらく、基本的に侵害に先立つ行為者の主観的事情は急迫性の有無の問題であり、侵害現時の行為者の主観的事情は防衛意思の有無の問題として区別されているのだろうと思われる¹⁰⁾。以下ではこのような論理から急迫性の有無を判断しているとみられる判例を採り上げる^{11) 12)}。

①大阪高判昭和53年3月8日判タ369号440頁

本件では、被告人が反撃に用いたナイフを準備携帯していたのは護身用という消極的な用途であり、当初相手方と40分間行動を共にしながら攻撃意思を示した事跡がなく、相手方の少なからぬ挑発的言辞にも冷静に対処し、円満解決を希求して第三者に仲裁を依頼したり、侵害を受けるまでは仲直りのため真摯な言動を示していることなどの一連の経過に照らすと、仮に攻撃意思が心底にあったとしてもそれは防衛意思に不可分一体のものとして併存していたもの

10) 安廣文夫・最判解刑事篇昭和60年度142頁以下、同「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号(1996年)85頁以下。このような理解に対して疑問を向けるのは、齋野彦弥『基本講義刑法総論』(2007年)145頁以下(脚注部分)。

11) 昭和52年決定以降の裁判例に関しては、齋藤信治「急迫性(刑法36条)に関する判例の新展開」法学新報112巻1・2号(2005年)387頁以下、橋爪『正当防衛論の基礎』注3)154頁以下も参照。

12) なお、最近の裁判例の中では、松山地判平成21年7月24日LEX/DB 25441299が、被告人は「専ら加害の意思をもって」暴行を加えたということについて、甲府地判平成21年10月7日LEX/DB 25462909が、被告人の暴行は「専ら積極的な加害意思に基づいてなされた」とはいえないことについてそれぞれ言及して正当防衛の成否を判断しているが、文脈上、これらはいずれも防衛の意思の有無の判断に際して検討されていると解される。

にとどまるのであって、「もっぱら積極的な攻撃意思を実現する意図」のもとにナイフを携帯していたものではない、として急迫性が肯定されている。

②大阪高判昭和53年6月14日判タ369号431頁

本件では、被告人の反撃による創傷が浅い程度にとどまり、かつ、こちらから相手方に駆け寄ったといってもわずかの距離・歩数にとどまっていたことがうかがわれるとして、被告人が相手方の不正の侵害を予期していたことは認められるものの、その機会を利用し積極的に加害行為に及ぼうとするまでの意思はなかった、として急迫性が肯定されている¹³⁾。

③福岡高判昭和57年6月3日判タ477号212頁

本件では、喧嘩闘争に際して発砲してきた相手方に対して、けん銃を発射し、脇差しで切りつけるなどした被告人らの行為につき、昭和52年決定を参照しつつ、「単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用して機先を制して積極的に相手に対して加害行為をする意思で対抗するときは、もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」という理由から¹⁴⁾、侵害の急迫性が否定されている。

④福岡高判昭和58年4月27日判タ504号176頁

本件では、被告人が、当初クラブで飲酒中に喧嘩となったのちにいったん帰宅したものの、相手が深夜自宅に来襲することを予期しながら包丁を準備し、実際に相手方が襲ってきたことを受けて玄関先に出て、相手方に脇差で切り付けられて激昂し、包丁で刺殺したという事案について、相手方の襲撃を当然予期しながら、単に逃避しなかったというだけでなく、これに対抗するため包丁

13) ただし、本判決では侵害発生後の主観的事情が検討対象とされており、こうした理解は前述した判例の基本的な態度からは逸脱しているとみられる。この問題については橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 161頁以下。

14) この判示には、後でみる^⑭や^⑳の論理に通ずる部分があるように思われる。

を準備して「積極的に一層切迫した危険状況を作り出して立ち向かい」、相手方の侵害に対して間髪を容れず反撃に出たこと、さらに、相手方を突き刺した際に¹⁵⁾ 単なる防衛の意思にとどまらず、「その機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思」で反撃したこと、を挙げて、こうした場合は「もはや法秩序に反し、権利保護の必要性を認めえない」として¹⁶⁾、急迫性が否定されている。

⑤最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁

本件では、被告人がいったん木刀を手放し、相手方に話し合いをしようと申し向けて階段を下りていること、致命傷を与えた理髪用鋏もともと「喧嘩に備えて用意したもの」とはいえないことから、相手の攻撃は「予期しなかった侵害」であり、急迫性が肯定されている。ここでは、侵害の予期が存在しないことから直ちに急迫性が否定されており、結論的に積極的加害意思の存否については判断されていない。しかし、本判決において、被告人が相手方の攻撃を予期しており「その機会に積極的に同人を加害する意思であった」ことを根拠に急迫性を否定していた原判決について「事実を誤認したものとわざるをえない」と評している¹⁷⁾ ことを踏まえるなら、やはり積極的加害意思論の枠組みを踏まえた上で、侵害の十分な予期の存在は「積極的加害意思」の前提であり、それすら存在しない場合には急迫性は当然に肯定される、という理解に基づいているものと解される¹⁸⁾。

本判決に関しては、侵害の予期や積極的加害意思といった主観的事情の認定は「できるだけ客観的事実から推認するようにすべきであろう」「いかなる攻

15) ここでも②と同様に、侵害発生後の主観的事情が問題とされているが、実際は侵害発生以前から加害意思が認定しうる事案であったと解される。橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 161頁以下。

16) ③と同様に、この部分は後の⑭や⑳の論理に通ずる。

17) 刑集38巻1号190頁。

18) 松浦繁・最判解刑事事篇昭和59年度44頁以下。

撃を予期したかが、侵害の急迫性の存否に関連して重要な意味を持って来る」としている調査官解説の指摘¹⁹⁾も重要である。ここで採り上げている一連の判例において、単なる「認識」「意思」の有無のみで急迫性の存否が判断されているわけではないことが確認できるからである²⁰⁾。

⑥東京高判昭和60年6月20日判時1162号168頁

本件では、被告人が当初相手方から受けた暴行はその場限りのもので、それ以上に発展する恐れはなかったと認められるにもかかわらず、被告人が憤激して相手の胸倉を掴んで引き立たせ喧嘩を挑んだことから、相手がこれに誘発されて喧嘩闘争に発展したものであり、さらに、その後相手が被告人から投げ飛ばされて床面に倒されてからはまったく無抵抗な状態となり、以後は被告人が一方的な攻撃に終始した、という一連の経過に照らすと、被告人は相手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積極的に加害する意思で暴行に及んだと認められるから急迫性が欠けるとされている。

⑦浦和地判昭和61年6月10日判時1199号160頁

本件では、被告人が相手方から手拳で殴りかかれ、当初これをおかしていたものの、さらに殴りかかってきたため、被告人が相手方の顔面を手拳で殴打したところ、相手方に両肩を強く掴まれたので、さらに顔面を殴打して死亡させたという事案につき、被告人が犯行当時、相手方による「一連の侵害を予期しないしは挑発し、これに対して積極的に応戦したような事情」は認められないので、急迫性が認められるとされている。その際、相手方の攻撃に対して被告人が後ずさりしていることや反撃行為の態様といった侵害発生後の事情に加え

19) 松浦・注18) 46頁。

20) さらに、安廣「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」注9) 86頁は「主観面の認定に当たっては外形的事実関係が重視されるのであり、判例が積極的加害意思を認め急迫性を否定している事案では、客観的に積極的加害行為がなされたと認定されているのである」とする。

て、身障者である被告人と相手方との間に体力差があること、かねてから被告人が相手方の粗暴な性格を恐れていたことの事情が挙げられていることから、ここでも、侵害に先立つ事実関係も踏まえた上で、積極的加害意思の有無、すなわち急迫性の有無を判断するという論理が展開されているように思われる。

⑧札幌地判平成元年10月2日判タ721号249頁

本件では、被告人が相手から得物による反撃もあり得ると予想していたこと、相手が好戦的であると認識していたことなどからすれば、少なくとも暴力団の組事務所を兼ねている相手方自宅のガラスを割るなどの違法な行動に出た段階では、相手方が日本刀などの凶器を持ち出し反撃してくることは十分予測された事態であったこと、被告人が威嚇的行動を全くとろうともせずいきなり発砲しており、さらに命中しているのを確認しながら引き続いて二発目を撃つことなどからすれば、被告人は相手方が模造日本刀を持ち出した際にその機会を利用し積極的に加害行為をする意思を有していたものと認められるとされて、急迫性の存在が否定されている。

⑨東京地判平成8年3月12日判時1599号149頁

本件では、被告人が相手方との喧嘩が一旦収まって帰宅した後も、相手からの仕返しをおそれ、護身用に包丁を携帯して外出した際に、路上で包丁を持った被害者に襲われ、これに応戦して刺殺した事案につき、被告人の侵害の予期が相当低くなっていたことに加えて、喧嘩のきっかけは相手が作ったものであり、相手の攻撃を予測して挑発するために喧嘩をしたものでもない、といった事実関係から、侵害の十分な予期と積極的加害意思が存在しなかったとされ、急迫性が肯定されている。

⑩千葉地判平成9年12月2日判時1636号160頁

本件では、被告人が夜間、アパート自室の階下に居住する相手方の部屋から騒音がしたので、相手方の全開になっている玄関先から注意しようとしたが、

相手方と口論となり、「これ以上同人にかかわらないで自室に帰ろうと決心し」て外階段の方へ歩き出したところ、相手方が突然大声で叫びながら胸倉を掴み、強く締め上げてきた。これに対して、被告人は相手方の両手首を掴んだり、平手で強く胸を突いたりしたが、相手方が手を離さず、なお締め上げ続けたため、手拳で顔面を殴打したところ、相手方が後ろ向きに倒れて、後頭部を路面に打ち付けて死亡した、という事案につき、侵害発生直前の被告人の行動が検討され、被告人が相手方の「侵害を予期し、あるいは挑発し、これに対して積極的に応戦し、加害したという事情」は認められないとした。さらに、立ち去ろうとした際の被告人の言辞についても「被告人の攻撃を挑発したとまでいうことができない」とする説明が付け加えられており、ここでは、挑発に基づく自招侵害の問題も、基本的に積極的加害意思の有無を基準とする急迫性の判断枠組みの内部で検討されていることが窺え、以後の判例との関係に照らして興味深いところである。

①東京高判平成14年6月4日判時1825号153頁

本件では、被告人はカウンターバーの店内で相手方に暴行を加えられた際に、第三者に宥められ、制止されて自席にとどまり、特に相手方を追いかけるような仕草は見せていなかったにもかかわらず、相手方の方から被告人の方向に来てさらに暴行を加えており、この間、被告人は相手方と罵りあってはいるものの、自ら暴行を加えようとするような態度には出ていない。このような経緯に徴すれば、被告人に、相手が戻ってくるのを待ち受け、その機会を利用して積極的に加害する意思があったとは認められず、急迫性は否定されないとされている。

②大阪高判平成14年7月9日判時1797号159頁²¹⁾

本件では、相手方の侵害は予想された侵害といえる面があることは否定できないが、被告人と相手方とは職場の上司と部下という関係にあり、当時ほとんど一緒に仕事をしていたことや、当初のけんかからかなりの時間が経過し、そ

の間共に仕事もしていたことを考え併せると、被告人としては話し合いでの解決を考えていたこともまた否定できないから、たとえ相手の行為が一面において予期された侵害であったとしても、被告人が終始相手の行為に対応する範囲内の行為しかとっておらず、「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」を認めることはできないので、急迫性は否定されないとされている。

⑬広島高判平成15年12月22日LEX/DB 28095137

本件では、相手方からの侵害が予期されていながら、被告人が挑発的な言動を行い、傘で殴りかかってきた相手方からこれを奪い取って頬部を突き刺すなどの暴行を加えて死亡させた事案につき、客観的に侵害の事実が存在したことを前提としつつ、被告人に侵害の「十分な予期」と「積極的に加害行為をする意思」の存在が認められて急迫性が否定されている。

4 積極的加害意思論に依拠せず急迫性を否定した裁判例

以上のような積極的加害意思論のほかにも、近時の裁判例においては、特に「自招侵害」と呼ばれるケースにおいて、こうした枠組によらずに判断したとみられるものがある。

⑭大阪高判昭和56年1月20日刑月13巻1＝2号6頁、判タ441号152頁

本件では、暴力団組員である被告人が、襲撃してきた相手方によって配下の組員が拉致されることを妨げるために、事前の十分な予期に基づいてあらかじめ用意してあったけん銃を威嚇発射したという事案について、昭和52年決定を参照しながらも、相手の侵害の性質・程度と相関的に考察し、「正当防衛制度の本旨」「法秩序全体の精神」に照らして「自らの対抗行為がそれ自体違法

21) 本判決については、齊藤彰子・判例評論538号（2003年）43頁以下、川口浩一・現代刑事法53号（2003年）63頁以下も参照。

性を帯び正当な行為と認め難い場合」には「正当防衛を認めるべき緊急の状況にはなく」急迫性が欠けるとした²²⁾上で、積極的加害意思の有無に言及することなく²³⁾、行為全体の状況からみて急迫性の要件は充たされていなかったとされている。

⑮福岡高判昭和60年7月8日刑月17巻7＝8号635頁、判タ566号317頁

本件では、夜半に被告人方に上がり込んだ相手方が、被告人から殴る蹴るの暴行を加えられていったん自宅に逃げ帰ったものの、憤懣やる方なく、謝罪させるために自宅から包丁を持ち出して被告人方に引き返したところ、これを察知していた被告人が玄関先を施錠していたため、玄関戸を足蹴にしながら怒号していた。被告人はこれに立腹し、風呂場の窓から相手が包丁を手に行っていることに気付いたが、差し当たりそれ以上の危険はなく、そのまま放置しておけば相手があきらめて帰宅することが十分予想される状況であって、自身もそうした認識を有していたにもかかわらず、窓から竹棒を突き出して被害者の頭部に傷害を負わせた、という事案につき、A) 自己の不正な侵害により、B) 相手方の不正の侵害を直接かつ時間的に接着して惹起した場合に、C) 相手方の侵害行為が通常予期される態様及び程度にとどまるものであり、D) その侵害が軽度にとどまる限り、急迫性が否定されるのであり、こ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、という前提から相手方の侵害の急迫性が否定されている。

本判決では当初の暴行の時点における積極的加害意思の有無については言及されていないが、相手方の侵害が比較的軽微なものであったことを考慮に入れて客観的事情から急迫性を否定したものと評されている²⁴⁾。しかし、既に現出している侵害が「相対的に軽微」であるかどうかという「程度」の問題を、

22) このような論理は、後でみる⑳においてより詳細に展開されている。

23) 橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 166頁は、本件が威嚇発射にとどまった事案であることを理由に積極的加害意思を認めることは困難であったとする。

24) 大塚＝佐藤編『新実例刑法〔総論〕』注8) 118頁以下（の場純男＝川本清敏執筆）。

遡ってそもその前提である急迫性の「有無」の判断に際して考慮するという論理には無理があるように思われる。

⑯大阪高判昭和62年4月15日判時1254号140頁

本件では、小柄で年少の相手が喧嘩に応じさせようと執拗に挑発してきたのを受けて、被告人が渡されたナイフで至近距離から先制攻撃を加え、胸部を刺して死亡させた事案において、被告人が「対決する意思のないことを明確にし、断固としてその場を立ち去るという態度を示せば、たとえ同人に嘲弄・罵倒される程度のことはあっても、生命・身体に対する一方的な攻撃を加えられる危険があったとまでは考えられ」なかったのだから、「一時の屈辱に甘んじてもひとまずその場を逃れるという手段を取るべきであったということが出来る」とした上で、あえて屈辱を潔しとせず喧嘩闘争を受けて立った以上、自己の生命身体に対する相手の攻撃があっても、特段の事情のない限り急迫不正の侵害とはいえない、とされている。

ここでは、違法な先行行為で誘発したものではなく、その時点における加害意思等も存在していないが、やはり客観的な事情から急迫性が否定されている。ただし、量刑理由中で、喧嘩闘争を挑まれたのもとはといえば自己の生活態度に原因がある旨の言及があり、こうした事情（あるいは、こうした状況下において「ひとまずその場を逃れるという手段」を選択しなかったという「不作為」）の存在をとらえて、自招侵害の事案の延長線上に位置付けることもできるかもしれない。

⑰東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁

本件では、被告人が深夜相手方の自宅に赴き、同人を激しく怒鳴りつけ、脅迫し、突き飛ばして転倒させたところ、相手方が傍らにあった置物の石塊二個を投げつけ、それが被告人の頭部に当たったため、激昂した被告人が投げつけられた石塊やラジオカセットで被害者を多数回殴打し、死亡させたという事案について、相手の侵害がA) 自己の脅迫や暴行により、B) 直接に惹起された

ものであり、D) その態様や程度も自己の暴行脅迫の程度と比較して過剰なものではなく、C) 自己の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、相手方の侵害は「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」「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」とした上で、相手方の侵害は被告人との関係においては「不正」性の要件を欠くとされている。

ここでもやはり同様の客観的事情を根拠に正当防衛状況の存在が否定されているが、その処理を「不正」性の要件の有無に位置付けた点に特徴があり、これは事前の段階で積極的加害意思が認定できない場合にも「急迫」性を否定すると昭和52年決定に抵触する可能性があることを懸念したものと評されている²⁵⁾。

25) 大塚=佐藤編『新実例刑法 [総論]』注8) 120頁 (的場=川本執筆)。なお、この点に関連して高山教授は、この種のケースにおいて行為者は挑発等により衝突の原因を作り出しており、相手方もその挑発に乗って攻撃に出ているため、(a)いわば「どっちもどっち」、すなわち『「不正」対『「不正』』の関係にあると定義された上で、(b)社会的損失を最小限にするためにはそれ以上の闘争の拡大を容認すべきでないとする見地から、ここでは(c)36条における「不正の侵害」の存在が否定され、行為者は緊急避難の要件が充足される限度においてのみ対抗可能だと説かれる(高山佳奈子「正当防衛論(下)」法学教室268号〔2003年〕69頁以下、同『「不正」対『「不正』』状況の解決』研修740号〔2010年〕3頁以下)。これは、本判決におけるD)やC)の要件を不問とした上で、かつ、正当防衛による対抗の余地を全面的に否定しようとするものである。しかし、(a)については、ここで問題となる先行行為が事実上、もっぱら挑発の意味しか持たない暴行のような場合に限定されるのだとしても、なおその程度には差が生じる余地があり、かつ、そうした行為によってどのような状況が招来されるのかについても幅があることからすると、自招侵害の事案すべてをこのように定義するのは過度の一般化ではないかと思われる。(b)に対しても、およそ個人の利益保全をかけ離れた次元において、換言すれば個別行為者の認識・統制能力を捨象して一律に権利行使の範囲を制約しようとするものなのではないか(この点については注45)、注46)も参照)との疑問がある一現に、論者は侵害の予期・予見可能性がない場合にも正当防衛の成立を一律に否定している一し、(c)については、逆に本来一義的であってしかるべきと思われる「不正」の有無を対抗する相手ごとに相対化して判断することが可能なかどうかについて疑問がある(橋田久「自招侵害」研修747号〔2010年〕14頁注22参照)。

⑱東京高判平成8年2月7日判時1568号145頁

本件では、通勤ラッシュ時の駅階段で被告人が相手方と喧嘩になり、被告人が相手方の腕を強くつかんで離そうとしなかったところ、相手方が平手で被告人の顔面を叩いて軽傷を負わせたため、被告人が相手方の袖口付近を引っ張って転倒させたという事案につき、違法な暴行を開始して継続中にこれから逃れるため相手方が防衛の程度をわずかに超えて（→D）？）素手で反撃した場合に、自らが違法な暴行を中止しさえすれば相手の反撃が直ちに止むという関係のあったことが明らかな場合には、相手の反撃はA) 自ら違法に招いたもので、C) 通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性が欠けるとされている。

ここでも、現実の侵害の予期や加害意思の有無を問題とせずに明示的に急迫性が否定されており、昭和52年決定とは明らかに異なる論理が展開されている。

⑲仙台地判平成18年10月23日判タ1230号348頁

本件では、被告人が暴力癖のある相手方に対して出刃包丁を持ち出して示したことを考慮すると、相手方に頸部を押さえつけられた行為はC) 被告人にとって十分に予測可能なもので、A) いわば自らの行為によって招いた結果であるから、急迫性が欠けるとされている。

5 3の議論と4の議論を併用しているように見える裁判例

以上のように、昭和52年決定以降の判例においては、同決定の用いた積極的加害意思論に依拠するもの(3)と、必ずしもそうした議論に依拠せずに客観的な事情から判断しているもの(4)がみられたが、ここではこれら双方の論拠に言及しているように見受けられる裁判例を挙げる。

⑳大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁²⁶⁾

本件では、暴力団幹部である被告人が、暴力団会長に対する襲撃を予期して、あらかじめけん銃を携帯して身辺警護の態勢を整えた上で、同会長が理髪店で

散髪中に店内の待合室で待機していたところ、他の暴力団関係者からけん銃で襲撃を受けたため、現場に駆け付けた氏名不詳者数名と共謀して発砲し相手方を殺害したという事案につき、まず(ア)「正当防衛の趣旨は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である」とし、次に(イ)「侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意味で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為はそもそも違法であるというべきである」という枠組が提示されている。その上で、本件では「被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと」、「本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったこと」(→C))などの点に照らすと、「侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のものではなかった」とされた。

本判決では、前提とされている議論のうち(ア)の部分が④、及び、急迫性の

26) 本判決については、明照博章・現代刑事法34号(2002年)82頁以下も参照。なお、照沼「正当防衛の構造」注1)192頁以下では、防衛行為としての適性の有無という観点から本判決を検討した。

有無の判断は相手方の侵害の違法性と相関的に考慮すべきであるとして、積極的加害意思に基づいて反撃したとされるような場合には「本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかった」ために急迫性が否定されるとする香城判事の見解²⁷⁾に酷似していることが注目される。もしこの部分のみを根拠として急迫性が否定されていれば、その意味で4の議論に親和的な判決であると位置付けられたように思われる。しかし、本判決ではさらに(イ)の議論が示されているため、その位置付けが問題となる。

この点については、あるいは侵害発生後の主観面に関する判示、すなわち防衛意思が存在しないことを示していると読むことも可能かもしれない。しかし、侵害に先立って公的救助を求める余地の有無に言及されている点などをも含めて考えれば、やはり前提となる防衛状況の有無に関する議論を示したものであると解されるであろう。だとすれば、この部分は、侵害に先行する部分も含めた客観的な事実関係を基礎としつつ、当該反撃が「積極的加害行為」であったか否かを判断する3の議論に親和的であるといえよう。この意味で、本判決は3、4双方の論理に言及したと解しうるように思われる。

ただ、上記の香城説に対しては、保護に値する特段の生活上の利益がないのに、確実に侵害を受けることを予期して出向いていったという関係が認められれば急迫性を否定するには十分であって、それに加えて行為者の主観面において「積極的加害意思」が存在していたことまでは必ずしも要求されないのではないかという疑問が向けられている²⁸⁾。そもそも、香城説においても、「相手の侵害の違法性と相関的に考量しても本人の攻撃の違法性を肯定せざるを得ない場合には、本人が積極的に加害意思をもって相手方に出向いたか相手の侵害を待っていたか、又は先に侵害を開始したのは相手か本人かの別なく、相手の

27) 香城敏磨・最判解刑事事篇昭和52年度248頁、さらに小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定一裁判例の総合的研究(上)』(1992年)262頁以下(香城執筆)参照。なお、香城判事は⑭に関与されている。

28) 佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』(1998年)244頁以下。なお、佐藤判事は⑰、⑱に関与されている。

侵害の急迫性及び本人の行為の防衛行為性を否定するのが正当であろう」とされており²⁹⁾、積極的加害意思が不可欠の要件とは解されていない。そうだとすれば、特に判断基準の客観化を意図する立場からは、本判決の(イ)の部分についても、せいぜい前提として侵害の予期が存在していたことのみを示しておけば足り、それ以上に3の文脈に位置付けられるような議論を援用する必要はなかった、と評される可能性がある³⁰⁾。このように、本判決は、昭和52年決定以降の判例において次第に判断基準の客観化が行われつつあった過渡期の議論を示すものとして位置付けることができるように思われる。

以上のように、本件では侵害の予期の存在が認定されているが、積極的加害意思があったとまでは認定されていない。しかし他方で、侵害が予期される際に外出し、その際に複数名でけん銃を携帯して常時周辺を見張っているという、侵害に先立つ具体的な行為態様が、ただ単に外出するだけの行動とは性質が大きく異なっていることから、正当防衛の成立が否定されているように見受けられる。そうした価値判断それ自体については、要件論としての位置付けはともかく、後で見るように支持しうるものであると思われる。

②長崎地判平成19年11月20日判タ1276号341頁

本件では、被告人が相手方に対してクスクス笑ったりボイスレコーダーを突き付けるなどの行為に出たことが発端となって、被告人が相手方から腕や胸倉を掴まれたり顔面を殴打されるなどの暴行を受け、さらに両肩を掴まれて下方向に力を加えられ、しゃがみ込むような態勢を取らされたが、被告人は相手方の力が抜けた一瞬の隙について蛙跳びのように飛び上がり、相手の胸のあたりに頭突きをする暴行を加え、打撲傷を負わせた、という事案につき、まず、そもそも暴行を開始したのは被害者であったとして、相手方からの不正な侵害が存在したことが認められた上で、(ア)被告人が被害者の暴行に先立ち、これを

29) 香城・注27) 248頁。

30) Ⅲで検討する侵害回避義務論は、こうした方向を志向するものである。

具体的に予期して、その機会を利用して積極的に加害を与えようとする意思があったとは認められないとして、積極的加害意思論の文脈から急迫性は否定されないことが示された。さらに、(イ)相手方の暴行が被告人の言動によって引き起こされたといえるかが検討対象とされ、被告人の発言は直接相手方に向けられたものではなく、発言の内容も相手方の侵害の惹起を意図したり容認したりする内容とは認められないこと(→A)?、被告人の非礼な言動の時期・内容・程度からすれば、こうした行為を受けた相手方が被告人に暴行を加えることが社会通念上通常のこととして予想されるとまではいえないこと(→D)、C)?からは、結局、被害者と被告人との間で、相互に身体の安全を侵害し合うという利益衝突状況を生じた第1次的責任は被害者にあると言わざるを得ないから、被害者の暴行が急迫不正の侵害の要件を満たさないということできない、とされた。

本判決では、積極的加害意思の有無に基づく急迫性の有無の判断という3の議論は(ア)の枠内に収められている。これに対して侵害の自招性の有無に基づく急迫性の有無の判断は、4の裁判例に類似する客観的基準を用いて(イ)の枠内で検討されており、その意味では、本判決では3、4双方の議論が併用されているものの、⑳と比較すると両者の役割分担がさらに明確化されていると評することが可能かもしれない。

6 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁³¹⁾

こうした状況において、近時、標記最高裁決定が出された。事案は、相手方が自転車でまたがったままゴミ集積所にゴミを捨てていたところ、帰宅途中で徒歩で通りがかった被告人がその姿を不審に感じて声を掛けるなどしたところ、言い争いとなった。その後、被告人がいきなり相手方の左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った。相手方は自転車で被告人を追いかけ、歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部または首付近を強く殴打した。被告人はこの攻撃によって前方に倒れたが、起き上って護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から

取り出し、被害者の顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、加療3週間を要する傷害を負わせた、というものである。最高裁は、相手方の攻撃は「被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえる」(→ A、B) から、相手方の攻撃が「被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」(→ D、C) ?) などの本件の事実関係の下においては、被告人の反撃は「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである」として、正当防衛の成立を否定した。ここでは、原判決とは異なって反撃の予期(や積極的加害意思)の存在は認定されていないこと、急迫性の存否ではなく端的に「反撃が許される状況にあったか否か」のみが問題とされていること、さらにその具体的な判断に際し

31) 本決定については、井上宜裕・法学教室判例セレクト2008・28頁、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号(2009年)1頁以下、橋爪「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル16号(2009年)2頁以下、同・ジュリスト平成20年度重要判例解説174頁以下、同・ジュリスト1391号・注4)159頁以下、照沼「正当防衛と自招侵害」刑事法ジャーナル16号(2009年)13頁以下なども参照。なお、津田重憲「迷惑防衛再論」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)182頁以下は、本決定につき、相手方が不法にゴミ出しをしているという「迷惑行為」が発端であって、正当防衛の判断に際してもそうした事実と言及する必要があるとする。しかし、第一に、夜間であって指定時間外であった可能性があるとしても、そうしたゴミ出し自体が「不法」であって、ひいては正当防衛の対象であるとしてよいかという問題を、第二に、(より重要なこととして)その延長線上の出来事とはいえ、「相手方の顔面を殴打して立ち去る」行為が相手方に対する「防衛行為」とはいえないであろうことは一見して明らかであるにもかかわらず、裁判所がこうした点に論及する必要があるのか、という問題を、それぞれ指摘し得る。本件では自招侵害の起点として「被告人が先に暴行を加えた」ことが確認できていればそれで足り、指摘されるような点は、せいぜい量刑事情において言及される性質のものにとどまると解される。本決定を離れた一般論としても、結局、それが「迷惑防衛」か否か、「些細な侵害」か否か、という形式的な名称や区分が重要なのではなく、侵害対象となった利益の具体的な性質に照らして、それが「不正の侵害」であり、実力による排除に馴染むものなのか、また現になされた実力行使が「防衛」と評価し得るのか、という点を検討すれば、それで足りるのであろう。念のためにいえば、照沼「正当防衛の構造」注1)173頁注52、187頁注70はそうした点を意識して述べられた部分である。

ては4、5の裁判例と類似するファクターが考慮されていること、が重要である。

本決定については、昭和52年決定の根底において存在していた「反撃を許容すべきでない」という価値判断が、それ以降の判例・裁判例を通じてより実際上の事実認定に適した客観的基準に置き換えられつつあった経緯の延長線上に現れたものと位置付けることができるだろう。もちろん、最高裁が「…などの本件の事実関係の下においては」という慎重な言い回しを選択していることからすれば、ただ単に形式的・客観的な利益衡量のみで結論を導いているわけではないであろうことが窺える。しかし他方で、そうしたことを考慮に入れてもなお、本決定は些か簡素化され過ぎた理由付けに依拠しているために、結果的に必要以上に抽象的な内容にとどまってしまっているように思われる。

この点、例えば昭和52年決定や判例④、⑭、⑳のように、事前に計画的に凶器を準備して反撃の機会をうかがっていたケースにおいて、結論として正当防衛の成立を否定すべき場合があることについては異論はない。これらの事案では相手方の侵害を招致する行為が存在しているわけではないが、攻撃手段となる「武器」を準備して外出するという行為がなされており、そうした行為が他の観点から正当な行動の自由として評価する余地がない事案であったと評価できるからである。このように、結論として過剰防衛の余地もない場合であれば、「急迫性で切るか防衛行為で切るか」はあまり重要ではないといえるかもしれない。しかし、以上のような「計画的反撃」の事案ではない本決定のようなケースについても防衛状況の存在を形式的・一律に否定することに対しては躊躇を覚えざるを得ない。このような形で要件論をスルーしてしまうと、個々のケースの具体的な判断における論理構造が不明瞭となり、その意義が看過され、ひいては波及効果が不必要に大きくなり過ぎるおそれが生ずるからである³²⁾。もし「反撃が許されない状況にあった」のなら、被告人には具体的に利益保全のためどのような行為が許容されていたのか。さらに、被告人が相手方から加えられた侵害は相当強度のものであったことが窺われるにもかかわらず、それがどの程度のダメージをもたらしたのかが全審級を通じて明確にされ

ていない点についても、本決定自身の論理構造に照らして疑問が残る³³⁾。

これに対して学説においては、侵害に先行する事情は正当防衛の前提条件であるから、急迫性の要件として考えるべきであり、防衛行為の評価を左右させるのは不自然であるとする見解³⁴⁾が有力であり、それには一定の理由があるようにも思われる。また、ドイツ刑法では32条2項の「必要な (erforderlich)」防衛行為であることに加え、同条1項においてはそれと区別する形で「要請される (geboten)」所為であることが要求されており、学説においても防衛行為としての性質論の中でこうした規範的な適性の有無を考慮する (特に、論者によってはこれを「社会倫理的な根拠から正当化に適しているか否か」の問題であるとして、後者の「被要請性」の中に位置付ける³⁵⁾) 傾向があるが、そうした文言を有さないわが国の36条の解釈に際しては、こうした場面において、「客観的に有用かどうか」という側面以外に、防衛行為としての「ふさわしさ (質的な適性)」を論ずる必要は、一見するとないともいえそうである。

しかし、むしろ正当防衛の前提となる要件の有無が、先行する事実関係のきわめて微妙な相違のみで一律に判断されてしまうという不安定さが、実務の側にも一種の落ち着きの悪さを感じさせ、混乱をもたらしてきたとはいえないだろうか³⁶⁾。もしこうした事情に関する考慮の結果として、許容される反撃の

32) この点、判例時報2024号160頁の匿名コメントは、自招侵害の事例が「状況を総合しての評価的な認定にならざるを得ない場合も多い」ことを理由に、本決定は「より実際的な判断の枠組みを提示したもの」と評価している。これに対して高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号(2009年)5頁は「印象論的に結論を導くおそれがあるとの懸念を示しており、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル19号(2009年)51頁も、こうした場合の正当防衛の成否もやはり個々の要件に還元させて判断されるべきものであると説く。個々の要件への位置付けは今後の類型化に委ねたのだという解釈も成り立つかもしれないが、個別具体的な事案における当事者に対して「いずれの要件を欠いたのか」を明示できないのであれば、それは刑事裁判における「判断枠組み」としてはふさわしくないとと思われる。

33) それが明確にされていないのであれば、相手方の攻撃が「被告人の暴行の程度を大きく超えるものでない」のか否か (C、D)) は判然としないからである。

34) 齊藤・注21) 46頁。

範囲を規範的に制限すべきだと考えるのであれば、むしろ防衛行為の要件において「ふさわしさ」の有無を論じた方が、そこで考慮されている内容をより直截に示し、より弾力的な解決を図ることが可能になるのではないだろうか。例えば、最決昭和33年2月24日刑集12巻2号297頁は、被告人が容易に逃避可能であったこと、成人した子供たちが隣室にいたのに救援を求めなかったこと、相手方が泥酔していたこと、被告人と相手方がかねて感情的に対立していたことなどからすれば、被告人の行為は自己の権利防衛のためにしたのではなく、むしろ日頃の憤懣を爆発させ、憤激のあまり咄嗟に被害者を殺害することを決意してなしたものであり、「正当防衛行為とはいえない」ことを述べているが、それはこうした理解にも整合的であるように思われる³⁷⁾。また、裁判員にとっては、一般的・抽象的に「正当防衛が許される状況であったか否か」を考えるよりも、「どのような手段を選択して身を守るべきだろうか」を考える方が、より現実的で、生産的な議論であろう。それは、正当防衛の解釈論が「一般私人が自己らに対する侵害に直面して心の平静を乱されている状況下において、瞬時のうちにどのような行動に出るべきかを決断しなければならない局面を対象領域とする」ものであり、「このような状況下におかれた私人に対

35) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl.2006, Band I, S.683 ff (邦訳として、山中敬一監訳『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造]【第4版】[翻訳第2分冊]』[2009年] 111頁以下〔前嶋匠、松尾誠紀訳〕)。しかし、結局は個々の事例ごとに実質的な制限の根拠を示す必要があることから (Walter Perron, in: Schönke/Schröder StGB Kommentar 28. Aufl. 2010, § 32 Rdn.44 ff.; Felix Herzog, in: Nomoskommentar Strafgesetzbuch Band1 3. Aufl. 2010, § 32 Rdn.88 ff.)、学説においては、むしろ「必要」性と「被要請性」は区別できないとして、正当防衛の正当化原理それ自体からこうした制限を導こうとする見解が有力である。Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S.344 ff. (邦訳として、西原春夫監訳『イエシェック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論第5版』[1999年] 261頁以下〔吉田宣之訳〕); Volker Erb, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1* 2003, § 32 Rdn.176 ff.

36) 大塚=佐藤編『新実例刑法 [総論]』注8) 112頁以下〔的場=川本執筆〕は、積極的加害意思論について「道具立てがいささか大げさで、小回りが利きにくい嫌いもないではない」と評する。

し、少なくともどのような行動に出るはいけないかをできる限り明瞭に示すものであるべき³⁸⁾という性質を有していることによる。結局、こうした場面においても、行為者の法益の要保護性がどの程度減少していたかを確認した上で、そうした状況に置かれた行為者にとり、利益保全のためにいかなる範囲の手段を選択することが許容されていたのかを検討していくほかはないように思われる³⁹⁾。

さらにいえば、本決定及び4、5の裁判例が、「相手の侵害と被告人の攻撃の程度の比較」（→C、D）という形で、侵害に先立つ事情のみならず、侵害が発生した後の事情をも考慮して「反撃を許容すべきか否か」を判断しているのであれば、そこでは、既に現出している「侵害」の程度に基づいて、（本来、侵害発生に先行した事実から判断されるべき）防衛状況の有無ではなく、防衛行為としての質的な適性こそが問題とされているように思われる。そうでないと、既に現出している「侵害」と「反撃」の相関関係から遡って、そもそも反撃に出てよい状況だったのか否かが（いわば後付けで）判断されることになってしまい、妥当でないからである⁴⁰⁾。

37) この点に関し、中野次雄・判例評論308号（1984年）224頁は、侵害に先立つ事情をも含めた文脈の議論において、「積極的加害意思が正当防衛性を失わせるのは、正当防衛にとって本質的な行為の防衛的性質を失わせるからだと考えなくてはならない」と説いているが、ここでも同様の理解が前提とされているように思われる。また、最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁においては、一般論として「法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があったかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」（同1004頁）とされている。確かにこの点は侵害が発生して以降の事実に関する判示ではあるが（橋爪『正当防衛論の基礎』注3）325頁注340）、侵害発生以前の事実との関係でも一定の範囲で妥当する論理ではないかと思われる。

38) 安廣「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」注10）84頁以下。

39) 詳細については照沼「正当防衛の構造」注1）151頁以下、162頁以下参照。こうした考え方に基本的に賛同するものとして、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）186頁以下、松原芳博「正当防衛（その1）」法学セミナー662号（2010年）105頁以下。

40) この点については、前掲判例4⑮の検討部分も参照。

このようにみえてくると、本件のようなケースは防衛状況の有無に関する問題としてではなく、防衛行為の質的適性の問題として解決すべきであると考えられる。ただ、なお問題となるのは、こうした場合は「自招侵害」のケースであって、侵害に先行してこれを招致するような行為が存在しているため、そうでない場合（従来、積極的加害意思論を用いて解決されてきた場合）とは異なった議論が妥当するのではないか、ということである。実際、判例も、本決定（及び4の裁判例）では、積極的加害意思論とは異なった理由付けから正当防衛の成立を否定しているように見える。そこで、以下Ⅲでは、これらの問題について統一的な視座から解決を図ろうとしている侵害回避義務論の検討を行い、その上で、Ⅳにおいてこうした「自招侵害」をめぐる議論の検討を行い、これまでに述べてきたことの妥当性を検証してみたいと思う。

Ⅲ 学説における侵害回避／退避義務論（特に急迫性との関係〔回避義務〕について）

近年、学説においては、基本的に利害対立の客観的な状況から判断する枠組みを用いて、行為者に事前の「侵害回避義務」違反が認められる場合には侵害の急迫性を否定し、侵害発生後に「侵害からの退避義務」違反が認められる場合には、防衛行為の相当性を否定する、という考え方が有力に主張されている。これによれば、こうした論理構成により、従来において積極的加害意思論に基づいて分析されてきたケースと、自招侵害の問題として分析されてきたケースの双方につき、統一的な視座から、客観的な判断枠組を用いて解決を図ることが可能だとされているのである。そこで以下では、本稿の中心的な課題となる侵害回避義務の問題に重点を置き、代表的な見解を採り上げた上で検討を加える。

1 佐伯説⁴¹⁾

佐伯仁志教授によれば、事前に侵害が発生することを確実に予期している場合には、その侵害から身を守るために相手の生命に対する危険の高い防衛行為

が必要であり、そのことを行為者が認識しているときに侵害の回避義務が課される。これに対して生命に対する危険の高くない防衛行為については、侵害を回避することに特段の負担がない場合に限って、例外的に回避義務が課される。以上のような義務に反して防衛行為を行った場合には、急迫性（ないし防衛行為性）が欠如することになり、正当防衛の成立が否定される。このような前提からは、住居や職場に適法に滞在している場合でも、一時的に住居から退避したり、官憲の救助を求めたりする負担が生命の価値を上回るとはいえないので、（緊急状況下における行為者の心理状況を前提とした上で）安全確実に回避可能であるといえれば、そうした者にも回避義務が課される。行為者の「その場に滞留する利益」や「自己の体面を守る利益」は、（侵害者の側の）生命侵害が問題となっている場合には制約を受けてしかるべきだからである。

2 山口説⁴²⁾

山口厚教授によれば、一般的には、不正な侵害に対する「権利」の優越性を十分に考慮する必要から、原則として侵害回避義務は存在しないものの、正当な利益が害されることがない場合には、侵害の予期の存在を前提とした上で、例外的にこれを課すことができる（実際には積極的加害意思が認められる場合に限られる）。平成20年決定は、反撃行為が不法な相互闘争行為の一環であるとして客観的評価により緊急状況の存在を否定したものであり、従来判例理論とは異なる方法で「正当防衛が否定される一つの類型を明確化したもの」であり、基本的に妥当である。

41) 佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集上巻』（2006年）88頁以下、同「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）1頁以下。さらに、同「正当防衛論(1)(2)」法学教室291号（2004年）75頁以下、292号（2005年）72頁以下も参照。

42) 山口「正当防衛論の展開」注31）1頁以下。

3 橋爪説⁴³⁾

橋爪隆教授によれば、侵害を招致する行為を断念させたとしても行為者の正当な利益が何ら犠牲にされない場合、侵害回避を義務づけても、それは行為者にとって特段の負担ではないのであるから、そうした状況であるにもかかわらず侵害を回避せずに正当防衛状況が現実化した場合には、そこにおける利益衝突はいわば表見的なものに過ぎず、それは本来事前に解消すべきものであったと評価できる。従って、こうした場合には、不正の侵害が物理的には切迫しているとしても、規範的な観点からは切迫したものとは評価されないとして、急迫性を否定しうる。この点、積極的加害意思とは、侵害を回避すべきであったのに回避しなかった場合に、事実上認められる意思に過ぎない。

より具体的には、いわゆる「出向き型」の場合には現場に赴くことでいかなる目的を追求しようとしていたか、いわゆる「待ち受け型」の場合にはいかなる現場滞留利益が存していたかによって、それぞれ回避義務の有無が判断される。この点、自宅や勤務時間中のオフィスなどに適法に滞在している場合には、そこに留まること自体に重要な生活上の利益が認められるため、原則として侵害回避は義務付けられない。ただし、特段の負担なく、保護が確実に期待できるような状況であれば、警察への通報による侵害回避が義務付けられる。他方、侵害の確実な予期が欠ける場合には回避は義務付けられないが、例外的に相手の報復がほぼ確実に見込まれるような状況では、十分な予期がなくとも侵害回避が期待できるので、不正な暴行を差し控える義務が課される⁴⁴⁾。平成20年決定の事案は、「違法な暴行により、直後に近接した場所で不正な侵害を自ら惹起した」とされていることからすれば、上記例外ケースに当たるとも解しうるが、実際には侵害の十分な予期を認めることが可能であった。

43) 橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 91頁以下、305頁以下、同「裁判員裁判のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号(2008年)15頁以下、同「正当防衛論」『理論刑法学の探究』1号(2008年)93頁以下、同「正当防衛論の最近の動向」注31) 2頁以下、同・ジュリスト平成20年度重要判例解説・注31) 174頁以下、同・ジュリスト1391号・注31) 159頁以下。

4 検討

①侵害回避義務論の問題点

まず、侵害回避「義務」という概念のもたらしうる問題点として、以下の三点を指摘しておきたい。

第一に、規範の観点から、「そんな所には行かなくてもよい」と評価することと、「そんな所に行ってはならない」と評価することとは、直ちには同一視できない。後者によって事前に緊急状況を避けるべき義務を課すというのは、不正な侵害者の利益に対して後見的に配慮し、事前にこれを保全すべき義務を課すことと事実上等しいのではないか。あるいは、一律に「官憲通報」「回避」という手段によって葛藤状況を解消することを刑罰で義務付けることと等しいのではないか（さらに突き詰めていうなら、「通報しなかった」「逃げなかった」という「不作為」が、正当防衛の成立を否定し、可罰的な違法性を基礎付け得るのだろうか）。この点は、特に佐伯説のように自宅に滞在している場合にも回避義務を課しうるとする見解においては最も問題になるように思われる。

また、仮に侵害回避義務違反に基づく急迫性の否定を行為者にとっての一種のサンクションとして把握すると、急迫不正の侵害が行為者にとり予見されていたこと（最低でも予見可能であったこと）という意味における「帰責性」が非難の前提として必要になるはずである⁴⁵⁾。しかし、そうだとするとそれは

44) この意味で、急迫性を否定するための要件としての事前の侵害の「予期」が、侵害の「予見可能性」にまで緩和されることになる。この点に関し、佐伯教授は「先行行為を処罰するわけではないのであるから、侵害を受けた時点で、それが自己の先行行為によって招致されたものであることが行為者に認識できれば防衛行為を制限してもかまわないように思われる」（佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41）21頁以下）とされているが、「侵害を受けた時点」での予見可能性を要件とする上記の説明からは、回避義務を課すためには「事前の」予期も予見可能性も必要でないと言われてるように解する余地がある。もしそうだとすれば、ここでは本文1で要約した個所よりもさらに判断枠組の「客観化」が志向されているように思われる。

45) この点につき、曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（2008年）80頁、83頁以下（三上正隆執筆）も参照。

結局、特別な主観的要件の存在を前提として急迫性を否定する積極的加害意思論の論理構造に接近することになる。逆に客観的判断の重要性を強調するのであれば、むしろ平成20年決定や佐伯説のように侵害の「予期」の存在を不要と解することになろうが、そうした考え方に対しては次に見るように疑問がある。

第二に、こうした立場からは基本的に、形式的に類型化された事例状況から回避義務の有無の判断が行われることから、場合によって導かれる結論の妥当性に疑問が生じ得る⁴⁶⁾ 47)。例えば、交際相手から日常的に暴力を振るわれ、既に傷害を負っている者が、今回もまた暴行を受けるであろうことが予期される場合に、その呼び出しに応じて相手のもとに赴き、予想通り再び激しい暴行を受けたので、護身用に持参していた市販のカッターナイフで重傷を負わせ死亡させたとき、「外出の上で」行為に及んだという理由から常に防衛状況の存在が否定されるのだろうか。それとも、ここでの反撃の回避は「特段の負担」になるという理由から侵害回避義務の存在が否定されるのだろうか。もし後者だとすれば、そこではむしろ個々の侵害状況に応じた手段選択の適切さ、すな

46) こうした問題は、突き詰めて考えれば、違法性阻却の根拠を優越的利益原則に求めることを前提とした上で、同原則をもっぱらマクロ的・総量配分的な視点から「社会全体の利益状態の向上」を目的とするものと位置づけていることに由来しているように思われる。また、それ以外にも、例えば「法確証」（例えば、岡本晶子「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279号〔2001年〕338頁以下、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学65号〔2006年〕67頁以下など）や、「法システムの正当性」（宿谷晃弘「正当防衛の基本原則と退避義務に関する一考察（2・完）」早稲田大学大学院法研論集125号〔2008年〕188頁以下）といったものの維持・存続を基準として回避義務の有無を判断する場合に、個人の利益保全からかけ離れた次元において「国家の利益」「法秩序」を重視するのであれば、同様の疑問が生ずる。なお、これらの見解は上記の点において実質的に同根のものであるとも思われるにもかかわらず、論者によって侵害回避義務論に対する賛否が分かれていることから伺える通り（宮川・67頁以下では一律に回避義務を否定すべきだと断定されており、これに対して宿谷・192頁以下では具体的な場面に即して場合により回避義務・退避義務の存在が肯定されるべきであることが説かれている）、その基本となる原理自体の内容がそもそも不明瞭であることも銘記されるべきであろう。これらの問題については、既に照沼「正当防衛の構造」注1）146頁以下で詳しく論じた。

わち許容された防衛行為の範疇に収まっているか否かが問題とされているのではないか。

第三に、佐伯説や橋爪説においては、「回避義務を否定し、正当防衛の成立範囲を拡張すると、社会的強者による実力行使が広く許容され、社会的弱者を切り捨てることにつながり、不当である」という理解が前提とされている⁴⁸⁾。しかし、(銃社会アメリカとは異なり) わが国の状況を前提とする限り、これに対しても以下のような疑問がある。すなわち、生命を重大な危険にさらされた弱者が身を守るために立ち向かうような場合にも正当防衛の成立が否定されているケースも目につかないわけではなく⁴⁹⁾、また、行政による救済が遅きに失したことで犯罪被害の拡大がもたらされたと評されることも増えつつあるわが国の現状では、むしろ逆に、こうした場合には「自己の利益を守る権利」

47) なお、橋田教授は、警察による救助を要請することが可能であるときに、「私人の防衛行為がより重大で有効性が同等またはより小なる場合」には、「国家の実力独占の思想」から防衛行為の必要性が否定されるとされ（橋田「警察官による救助の可能性と正当防衛」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』〔2007年〕297頁）、自招侵害に対する反撃行為が犯罪実現の過程の一環といえるような場合には、これを許容することは「法秩序として矛盾した態度」であるから、保全法益を越えた「社会的な利益」である「法確証」が否定されると説かれる（橋田「自招侵害」注25）5頁）が、これも方法論の点において同様の問題がある。臨場するであろう警察官の防衛力と自己の防衛力とを比較して「どちらがより危険性が高いか」「どちらがより有効性が高いか」を事前に判断せよというのは一般市民にとって困難であるし、仮に形式的に警察官の防衛力が高いと定義するのであれば、以後の事態の推移を捨象した形で一律に正当防衛の成立を認めないということになり、いずれにせよ疑問がある。結局、論者のように正当防衛の成否がそうした「社会的利益」の観点からのみ決定される事柄だと考えるのであれば、まさにそうした「個人に不可能を強いる」帰結が導かれても不思議ではない。

48) 佐伯「正当防衛と退避義務」注41）90頁以下（特に94頁以下）では、アメリカ法の状況、特に州法における回避義務縮小の傾向が全米ライフル協会のロビー活動の成果であるという事実を踏まえた上で、生命・重大な身体傷害の危険性が高い場合には回避義務を課すべきだとされており、橋爪「正当防衛論の最近の動向」注31）5頁もこれに賛同する。

49) 例えば大阪高判昭和54年9月20日判時953号136頁については、個人的にそうした印象を強く受ける。この点に関し、照沼「正当防衛の構造」注1）184頁、横内豪「過剰防衛における責任減少の意義」上智法学論集53巻4号（2010年）247頁以下も参照。

を国家が制度的に保障しているという関係を明確にするような解釈こそが好ましいのではないだろうか。このように解しても、計画的な準備に基づく武力衝突の状況では上述したように防衛行為としての質的な適性が否定されうるので、そうした事案の多発を招くことにはならないように思われる。

②侵害回避可能性・退避可能性の位置付け

以上のように解した場合でも、侵害の回避可能性が存在する場合には、行為者の主観面において心理的な余裕を認定できる可能性が生まれ、客観面において保全法益の安全性の向上・選択する手段の危険性減少を認定できる可能性が生まれるといえるので、裁判の場においてもそうした事実を基礎として防衛行為の成否を判断すればよいと考えられる。すなわち、「事前に安全かつ容易に移動することで、直後により適切な行動に転じられたか否か」を検討し、そうした事実を根拠として規範的な防衛行為としての適正の有無を判断するということは十分に考えられるのである。このように、防衛行為性の判断の対象には、危険性の程度に関する判断のような事實的・量的な側面のほかに、適合性の有無に関する判断のような規範的・質的な側面とが含まれるべきであり、従来の学説においてもそのように考えられてきた部分があったように思われる^{50) 51)}。もっとも危険が予期されるからといって常にそうした場所に赴く自由が否定さ

50) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）237頁以下、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（1992年）156頁以下、同「正当防衛行為の類型性——判例における正当防衛の構造」研修734号（2010年）10頁以下など参照。これに対して、高山『『不正』対『不正』状況の解決』注25）7頁は、客観的に有用である行為について防衛行為性を否定するのは「一般人にとって理解しやすいとはいえない」として批判する。しかし、「防衛するための行為」といえるか否かを判断する上では、結局のところ侵害に先行する事情を含めた総合判断が必要となる場面があることは否定し難いのであり、かつ、それは「そうした経緯を経て生じた状況下においては、どのような行為を選択すべきだったのか」という問題について判断するものであるから（この点については後述Ⅳ5、6も参照）、むしろ一般市民にとって最も関心の対象となる部分であって、防衛行為の要件に位置付けられることについても理解を得られるのではないかと考えられる。

れるわけではないから、侵害回避義務論がというような形で「どういう場所に赴くか」により一律に正当防衛の成否が判断されるべきではない。具体的には、侵害の予期の存在を前提として、例えば、もっぱら武力衝突の手段として用いられる道具を準備し、第三者の安全に配慮せずに計画的に相手を待ち伏せたような場合においては防衛行為としての適性が否定されることになろう。従って、そうした事情の認められない平成20年決定の事案においては、結論はともかく、なおこの点について検討の余地が残されていたと思われる。付け加えていえば、こうした事案においても過剰防衛の検討の余地が残されるということは、単に量刑の程度の問題にとどまるものではなく、その成否を検討する際に適切な代替手段の有無が検討されることによって、より説得的な理由付けがなされることにつながるのではないかと考えられる。

このように、事前の回避可能性が、侵害発生後における防衛行為の相当性判断に影響を及ぼすこともあり得ると解されるが、同様のことは、侵害発生後の現場からの退避可能性についてもいえるように思われる⁵²⁾。この点に関して山口教授は、退避することでかえって安全が脅かされるような場合には退避を要求することはできないが、一時退避することによって可能な防衛行為の選択の幅が広がり、より侵害性の低い反撃行為によって防衛が可能であるような場合には、「その限度で一時的な退避義務を課すことはできる」⁵³⁾が、それは

51) 近年では、例えば伊東研祐『『侵害の予期』、『積極的加害意思』と防衛行為の『必要性』』研修710号（2007年）3頁以下は、相互闘争事案の処理を防衛行為の必要性の問題として位置づけ、その範囲が限定されるか否かを考慮すべきとしており、松原「正当防衛（その2）」法学セミナー663号（2010年）92頁以下も、「防衛するため、やむを得ずにした行為」の要件として代替手段の有無（必要性）と相手の侵害との均衡性（相当性）を掲げた上で、自招侵害を含めた相互闘争状況全般の問題をここに位置付けているが、いずれも基本的に本稿と同様の方向性を志向するものように思われる。

52) この点に関して、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—最2小判平成9年6月16日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集上巻』（2006年）80頁以下、83頁以下、同「正当防衛判断の実際」刑法雑誌50巻2号（2011年）315頁以下、橋爪「相当性の判断と行為時における退避可能性」同281頁以下などを参照。既に筆者も、照沼「正当防衛の構造」注1）182頁以下で、幾つかの判例を素材として具体的に検討を加えた。

「正当な権利者である被侵害者の立場を害することなく、より侵害性の低い防衛行為で権利防衛ができるのであれば、全体として法益保護の観点からそれが望ましいというに過ぎない」⁵⁴⁾と主張されている。しかし、ここで考慮されている事柄の実質は「義務違反」の有無の問題ではなく、「実体的要件というよりも事実認定の問題である」⁵⁵⁾ように思われる。そうであれば、上述したような観点からも、「退避義務を課す」という論理に依拠する必要はないであろう⁵⁶⁾。

これに対して佐伯教授は、「退避可能性を重視して正当防衛の成立を否定するということは、結局のところ、退避義務を課しているのに等しい」⁵⁷⁾「もし退避義務がないのであれば、退避可能性の存在は防衛行為の相当性を判断する要素としてはおよそ入ってこないはずである」⁵⁸⁾とされる。しかし、判例においては、事前の回避可能性や侵害からの退避可能性の有無を部分的に考慮して、これを防衛意思の存否の判断や防衛行為の相当性判断に関する間接的な資料として用いているものが見られる。例えば前掲判例3①は、防衛意思の存否の判断に際して、「もともと急迫不正の侵害に対し、その場から退避しなかったからといって正当防衛が否定されるものではない」上、被告人が退避しようとするれば店内の奥の方に逃げるほかないが、「同所は行き止まりの狭い空間であつ

53) 山口「正当防衛論の新展開」注31) 34頁。

54) 山口「正当防衛論の新展開」注31) 31頁。

55) 佐伯「正当防衛と退避義務」注40) 106頁。

56) 岡本「正当防衛と侵害回避義務」同志社法学57巻6号(2006年)460頁も結論的に同趣旨か。また、佐藤「正当防衛における退避可能性について」注28) 248頁以下では、質的過剰行為は「性質自体からして最初から必要のないものである」ため、防衛行為の必要性が否定されるとされ、同254頁以下では、侵害発生後に退避可能性があるときは、それがなくときと比較して、相手方の侵害の客観的危険性が小さいし、反撃する側はいわば余裕のある状態にあり、「緊急の度合が緩和され、侵害から受ける危機感も少なく、より危険性の小さい防衛行為が容易となる」ため、相当性が否定されると説明されているが、このような判断枠組は回避義務論・退避義務論を前提としなくても十分に採用可能であろう。

57) 佐伯「正当防衛と退避義務」注41) 107頁。

58) 佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41) 27頁・注60。

て、退避することが容易な状況にあったとはいえない」と認定して、これを専ら攻撃意思に基づいて暴行を加えたとはいえないとする理由の一つとして挙げている⁵⁹⁾。また、大阪高判昭和62年1月27日判時1228号141頁は、正当防衛が成立するためには「必ずしも他にとるべき方法のなかったことを必要とするものでない」とする一般論を示した上で、被告人が相手方の包丁を直接叩き落とすなどより軽い打撃によって攻撃を防ぐことが客観的に可能でなかったとはいえないにしても、現実にはそのような方法をとるにはかなりの困難と危険が伴うこと、応戦中の被告人に自分の妻などを残したままその場から離脱するのを期待することも非常に困難であることなどを挙げ、相当性を肯定しているが、これは、防衛行為の判断に際して補充性を要求しない立場を堅持しつつも、具体的な状況に即して退避可能性が存在しなかったことにも触れた上で、より適切な代替手段の存否を慎重に検討したものであり、高く評価し得るように思われる⁶⁰⁾。ここでは、特段に退避「義務」の有無については検討されていない。さらに、大阪高判平成12年6月22日判タ1067号282頁は、相手の反撃についての予期を否定して急迫性を認めた上で、一般論としてはあるものの、相手の侵害が自らの挑発的な態度により誘発された場合には「右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられる」ことにも言及した上で、相当性を否定している。これは、事前の回避可能性ないし現場からの退避可能性の存在が認定できる状況においては相当性判断が限定されうるという理解に接近するものであろう。このようにみえてくると、「回避義務違反に基づく防衛状況の全面的な否定」であるとか「退避義務違反に基づく防衛行為性の全面的な否定」というような大掛かりな構成は、実務において浸透しているとはいえないように思われる。

59) 東京高判平成14年6月4日判時1825号156頁。

60) この他、福岡高判昭和63年11月30日判タ685号265頁も、相手方の執拗な攻撃に対して被告人に素手による反撃を期待することは困難であり、それによって侵害から逃れることも容易ではなかったと認められるため、より軽い打撃によって相手方の攻撃を防ぐことが客観的に可能であったとは考え難いとして、相当性を肯定している。

さらに、同様の傾向はわが国のみならず、英米法やドイツ法の領域においても見出すことができる。すなわち、英米法の議論では、州法などで原則として退避義務が課されることを承認している場合でも、例えば自宅内で侵害を受けた際には「防衛の推定」をしたり、自宅を「聖域」と位置付けて例外的に退避義務を否定する論理（いわゆる「城塞の法理」）を併用することで、結論的に正当防衛成立の余地が認められている⁶¹⁾。また、ドイツの議論においては、「法確証の原理」を根拠に原則として回避・退避義務は存在しないとしておきながら、生命に対する危険のある手段を用いた場合には「他に容易に取り得る防衛手段がなかったか否か」を考慮に入れた上で正当防衛の成否が判断されており、実質において同様の傾向を看取することができる⁶²⁾。ロクシンは一般論として、「法確証」「法的な平和——秩序」の観点からは無法者や乱暴者が自由に一般市民を追い出すことができるという帰結は承認されないことを挙げた上で、行為者に回避・退避可能性が存在している場合においても、防衛行為の存在そのものは否定されないと述べる⁶³⁾。しかし彼は他方において、事実上逃走が要求される場合があることを認める。相手方の殴打行為を身をかがめたり飛びのいて回避し、その後で相手を取り押さえることが可能であるなら、直

61) Marion Wössner, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, 2006, S.142 ff. ; Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, Sixth Edition, 2009, pp 120-123. 近年の英米の議論状況については、佐伯「アメリカの正当防衛法」ジュリスト1033号（1993年）53頁以下、ヨシユア・ドレスラー著＝星周一郎訳『アメリカ刑法』（2008年）336頁以下、364頁以下、385頁以下なども参照。

62) 連邦通常裁判所2003年1月29日決定（BGH NStZ 2003, 420）は、相互闘争の場合に防衛状況の存在が認められるか否かは総合的な考慮に基づくとした上で、Ⅳで問題となる自招侵害のケースにおいては、行為者が侵害から退避し得たか、あるいは、より危険性の低い防衛手段を用いることで退避し得たか、という事情も考慮の対象に含まれるとしている。なお、自招侵害の問題に関する近年のドイツの議論状況については、橋爪『正当防衛論の基礎』注3）253頁以下、吉田宣之『『自招防衛』と正当防衛の制限』判例時報2025号（2009年）3頁以下、橋田「自招侵害」注25）・3頁以下などを参照。

63) Roxin, a.a.O., S.680（『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻〔基礎・犯罪論の構造〕【第4版】〔翻訳第2分冊〕』107頁〔前嶋訳〕）。

ちに発砲することは防衛として必要ない行為であって許容されないのだから、同様に、身を隠すことで相手に損害を与えずに退避が可能であるのなら、まず身を隠す場所を探すべき場合があるというのである⁶⁴⁾。ここでは、わが国との条文上の差異があることに加えて⁶⁵⁾、銃器の使用そのものに対する許容の度合いが異なっているという背景を踏まえる必要はあるものの、いずれも「防衛行為」として許容されるか否かという局面において回避・退避可能性の問題が取り扱われている点が重要であると思われる。

こうして、客観的な事例状況ごとに類型化がされたとしても、それらの状況において「一律に」回避義務・退避義務違反の有無を基準として「反撃が許容されるべきか否か」を判断するというような方法や、あるいは逆に回避可能性の有無や代替手段の有無に関連する事実関係をどの要件の判断においても一切考慮しないで正当防衛の成否を判断するというような（いわば両極端の）方法は、結局いずれも採用されていないように思われる。

IV 「挑発防衛」「自招侵害」をめぐる従来の議論との関係

1 問題の所在

従来、行為者が侵害を招致ないし誘発したようなケースについては、これを「挑発防衛」「自招侵害」という独自の問題領域として扱い、主に、行為者の主観面に照らして事例を類型化して正当防衛の成否を判断するドイツの議論や、II 4に掲げられた裁判例の事例などを素材として議論されることが多かった。確かに、侵害に先行してその原因となるような行為者の態度が存在している場合には、従来積極的加害意思論の適用対象と考えられてきたケースに比して事実関係の点で異なる部分があるといえる。しかし、侵害に先行する一定の態度が存在する場合に、後の侵害現在時の段階で正当防衛の成立範囲が限定される

64) Roxin, a.a.O., S.680 (『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造] 第4版 [翻訳第2分冊]』108頁 [前嶋訳])。)

65) II 6 (及び、注35) 参照。

という点において、両者は何ら異なるものではなく、むしろ統一的な視座から解決が図られるべきだと思われる。以下では、これまでの本稿の議論を踏まえた上で、従来のこの点に関する議論につき検討を試みたい。その上で、Ⅱ6で検討した平成20年決定をこの文脈から再度検討することにする。

まず、現在では、行為者が侵害に先立ち、(A) 意図的に相手方の侵害を招致した場合（意図的挑発）と、(B) 意図的ではないが故意に招致した場合（故意による挑発）、それに (C) 不注意によって招致した場合（過失的挑発）のケースに区分した上で、(A) の場合に正当防衛の成立が否定される（さらに、過剰防衛の余地も排除される）という点では争いはないものの、(B)、さらには (C) のケースにおいてもそうした制限が可能か否か、という点が主に論じられているようである⁶⁶⁾。これは、ドイツの判例・多数説の影響を受けた議論の枠組みである⁶⁷⁾。しかし、こうした対立は、それが結論の相異を主張し合うレベルにとどまるものである限り、今後においても解決されないとと思われる。例えば、(A) 相手方が必ず怒って殴りかかってくるであろうことを理解した上で挑発した場合と、(B) 相手が殴りかかってくる可能性は分かっていて、その場合には反撃することもやむを得ないと思いつつ挑発した場合とを比較して、両者は質的に異なるから取り扱いを区別すべきだとする主張⁶⁸⁾と、相手方の侵害可能性の認識という主観面によって挑発行為と防衛行

66) わが国における議論の状況を示したものとして、差し当たり、大塚ほか編『大コンメンタール刑法第2巻 [第2版]』注3) 359頁以下（堀籠＝中山執筆）、前田『刑法総論講義 [第4版]』(2006年) 330頁以下、山中敬一『刑法総論 [第2版]』(2008年) 483頁以下、大谷實『刑法講義総論 [新版第3版]』(2009年) 292頁以下、今井猛嘉ほか『刑法総論』(2009年) 231頁以下（橋爪執筆）、高橋『刑法総論』(2010年) 275頁以下など。

67) 詳細については、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(1991年) 197頁以下のほか、注62に掲げた文献などを参照。多数説は、(A) の場合には全面的に正当防衛が否定されるが、(B) (C) の場合には、原則として退避義務が課される（補充性が要求される）が、退避し得なくなった場合にも、相対的に攻撃力の低い手段を選択する必要が生ずると解している。(B) (C) の場合におけるこうした判断の構造を指して、「退避、(より攻撃力の低い) 防衛、(より攻撃力の高い) 抵抗」という順序の三段階構造と表現することもある（例えば、Urs Kindhauser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl. 2010, S.150 f.）

為が結び付けられる点で両者は共通しており、いずれも正当防衛の成立が否定されるとする主張⁶⁹⁾とは、いかなる点で対立しているのかの実質が、理論的に不明であるといわざるを得ない。

ここで示唆的であるのは、原則として両者に事実関係の違いがあることは認めながらも、むしろ「自招者によって支配・操作された事象経過」といえるか否かが決定的であるとして、(A)の場合には全面的に正当防衛の成立を排除するが、(B)の場合には、目的に向けた事象経過の支配・操作が存在したと評価し得る場合（相手方の侵害に関する確定的認識が存在していた場合）を除いて、そのような処理はなされないとする見解⁷⁰⁾の存在である。ここでは、「意図的」挑発であったか、それとも「故意による」挑発であったか、という際は、単なる事実関係の相違としてのみ位置付けられているにとどまっている。そうだとすると、行為者の側が「事象経過を支配・操作して防衛状況を生じさせた」ということが理論的に何を意味しているのかがさらに問われることになる⁷¹⁾。

そもそもこの種のケースでは、防衛行為に先行して、防衛状況を招致する一

68) 齋藤『正当防衛権の根拠と展開』注67) 209頁以下、橋田「自招侵害」注25) 10頁以下。

69) 吉田「『自招防衛』と正当防衛の制限」注62) 12頁。

70) 岡本「我が国における自招侵害の議論の展開について」注46) 340頁以下。なお、(B)の場合には例外的に退避が要求され、より攻撃性の低い手段を選択することが求められるとされ、(C)の場合には、(B)と比較するとさらに許容される防衛行為の範囲が広がることが説かれている。結論的には妥当な方向性であると思われるが、もし、その理由付けにおいて退避義務が援用されているのであれば、その必要はないように思われる。

71) なお、そうした場合に結論的に「社会的相当性が欠ける」と表現するか、「権利濫用である」と表現するか、あるいは「法確証が欠ける」と表現するかは、それが具体的な要件解釈論のレベルに影響を及ぼさない限り大差はなく、さほど重要ではないと思われる。むしろ問題であるのは、理論的にいかなる根拠から、正当防衛の要件のうちいずれの部分の判断において制約がかけられることになるのか、その実質的な論理構造である（そうしたものを積極的に示せない／示す気がないのであれば、平成20年決定に対する説得的な批判を加えることはできないであろう）。

定の行為（以下、招致行為と呼ぶ）が存在しており、そのことを根拠に後続する正当防衛の成立が制限されるか否かが問題とされている。そこで、上記の問題を検討するにあたって、いわゆる原因において違法な行為の理論⁷²⁾によれば、正当防衛の成立自体は肯定されるものの、招致行為が防衛状況を作り出し、結果を惹起したと評価され得る場合には、招致行為自体を処罰の対象となしうると説明されていることが注目される。そして、これに対しては主に以下の理由から批判が向けられている。すなわち、①招致行為と結果との間に因果性が存在しないのではないか、②同一の結果が防衛行為との関係では適法と解され、他方で招致行為との関係では違法と解されるというのは矛盾ではないか、③招致行為について正犯性が肯定できないのではないか、といった問題である⁷³⁾。しかし、本稿の問題意識を先に示しておけば、「招致行為を独立して処罰し得るか否か」という問題は、そもそも自招侵害をめぐる議論において本質的なものではないのではないか、という疑問があるのである。以下においてはこれらについて検討を加えることにしたい。

2 因果性の問題

①に関しては、より具体的には、侵害者は「挑発」されたとはいえ、最終的には自律的な意思決定に基づいて（さらにいえば、故意に）侵害という違法行為に出ているのであるから、答責的な主体が介在事情として存在している以上、招致行為と結果との間の因果関係が認められないのではないか、という疑問が

72) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）235頁、山口『刑法総論〔第2版〕』（2007年）120頁以下など参照。より詳しい議論と適用範囲の限定の試みとして、山口「自ら招いた正当防衛状況」法学協会百周年記念論文集第2巻（1983年）751頁以下。

73) これらのほかに、招致行為について実行行為性を肯定すると着手時期が早くなり過ぎるという批判もあり得るが、形式的な構成要件該当行為の存在と未遂犯の成立とを常に連動させて解する必然性はないことから（例えば、離隔犯や間接正犯における実行の着手時期に関する議論を想起されたい）、ここでは取り上げない。さらに、正犯性の存在と未遂犯の成立とを連動させて解する必然性も存在しないことにつき、例えば照沼「共犯論」法律時報81巻6号（2009年）39頁以下参照。

示されている⁷⁴⁾。しかし、一般論としていえば、自律的な意思決定を行った行為主体が介在したとしても、それだけで因果関係が否定されるわけではない、というのが、むしろ因果関係に関する現在の一般的な理解なのではないかと思われる。まず、教唆犯が正犯者に犯罪の実行をさせた場合に、自由な判断に基づいて正犯者が実行に出たことを根拠としておよそ因果関係が否定されるわけではない。ただもちろん、共犯の因果性については通常の因果関係と異なった考慮が必要になることは確かであるから⁷⁵⁾、同時正犯の場合に話を限るべきであるかもしれない。しかし、そうだとした場合、第一行為者の行為後に、自律的な第二行為者の行為が介在したとしても、やはりそれだけで第一行為者の行為について「常に」因果関係が否定されるわけではない⁷⁶⁾。

ただし、注意を要するのは、自招侵害の事案として実際に問題とされているのは以下のようにより複雑な構造を有しているということである。すなわち、まず第一に、行為者の招致行為が存在し、第二に、これにより招致された相手方による攻撃行為が存在し、さらにそれにとどまらず、第三にこれに対する行為者自信による防衛行為がなされた上で、相手方に対する侵害結果が生じているのである。つまり、上述した議論からは、行為者による第一の招致行為後に、(一応、自律的な意思決定に基づいた)相手方による第二の攻撃行為が介在しても、それだけで直ちに因果関係が否定されるわけではないが、自招侵害のケ

74) この点については、例えば、山中『刑法総論 [第2版]』注66) 488頁、松宮孝明『刑法総論講義 [第4版]』(2009年) 140頁以下、今井ほか『刑法総論』注66) 235頁(橋爪執筆)などを参照。

75) 例えば、林『刑法の基礎理論』(1995年) 159頁以下、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(2008年) 503頁以下など参照。

76) 例えば、山口ほか『理論刑法学の最前線』(2001年) 23頁(佐伯執筆)、山口ほか『クローズアップ刑法総論』(2003年) 6頁以下(高山執筆)、辰井聡子『因果関係論』(2006年) 133頁以下、曾根=松原編『重点課題刑法総論』注45) 35頁以下(杉本一敏執筆)、西田典之『刑法総論 [第2版]』(2010年) 114頁など参照。その理論的な当否についてはここでは触れないが、大阪南港事件に関する最高裁決定(最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁)の帰結自体についてはこれに賛成する見解が多数であることも想起されたい。

ースではさらにその後、第三の防衛行為が介在しており、かつ、これが自己の構成要件に該当する自律的な行為であるといえることから、第一行為と最終的な侵害結果との間に因果関係を肯定することが、実際上の問題としてさらに困難になるのではないかが問題となる。確かに「故意行為」ないし「自律的な行為」が介在したことのみをもって因果関係は否定されないのだとしても、法的・規範的な観点からみて、介在した行為の創出した危険が明らかに当初の行為の危険とは異質であり、かつ、介在した行為の危険の方が結果の中に実現したと評価される場合には、当初の行為と結果との間の因果関係が否定される、というのが一般的な理解であるように思われる⁷⁷⁾。そうだとすると、(100% そうだというわけではないにせよ) 自招侵害の事案においては、招致行為と最終的な侵害結果との間に因果関係を肯定することが難しいという問題があり、招致行為を独立した問責対象の行為と位置付ける原因において違法な行為の理論にはこうした内在的な疑問が向けられよう⁷⁸⁾。

3 違法判断の相対化の問題

②は、より具体的にいえば、以上のような問題をいったん措くとしても、防衛行為につき正当防衛が成立するのであれば、相手方に与えた侵害結果は防衛行為との関係で適法であって、そうでありながら他方で原因行為との関係において違法と評価するようなことはできないのではないかという問題である。この点に関し、ドイツの連邦通常裁判所2000年11月22日判決(BGH JZ 2001, 664)が興味深い問題を提起している。事案は以下のようなものであった。以前に相手方に左脚に重傷を負わされたことを恨んでいた被告人が、復讐のために虚偽の口実を設けて相手方を呼び出し、散弾銃で相手方の脚を撃とうという

77) 例えば佐伯「因果関係(2)」法学教室287号(2004年)50頁以下、山口『刑法総論[第2版]』注72)58頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)115頁以下、124頁以下、高橋『刑法総論』注66)124頁以下など。

78) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(2006年)644頁以下参照。

計画を立てていたが、実際にやって来た相手方に対して、被告人はまず不意をついて手拳で殴りかかり、地面に打ち倒して傷害を与えた。それから被告人が相手方に対して発砲しようとしたところ、相手方がこれをやめさせるべく、（武器用の）棍棒で被告人に殴りかかり、頭部を強く殴打し、重い傷害を負わせた。さらに仰向けに倒れた被告人に対して、相手方が「殺してやる」などと言いながら棍棒を振りかざしたため、被告人は散弾銃を両手で構え、これを蹴飛ばそうと迫ってきた相手方の胸を狙って、約30cmの至近距離から発砲し、死亡させた。連邦通常裁判所は、傷害致死罪（227条）の成立を認めた原審の判断を退けた上で、以下の理由から過失致死罪（222条）の成立を認めた。

まず、相手方に手拳で殴りかかった時点においては、被告人は相手方の侵害＝防衛状況を意図的に惹起したわけではないので、（正当防衛の成立が排斥される）「意図的挑発」のケースに当たらない。また、相手方が棍棒で被告人の頭部を殴打した時点では、その行為は正当なものであったが、さらに「殺してやる」などと言いながら向かってきた時点では既に正当防衛ではなく急迫不正の侵害である。被告人には防衛の意思があり、さらに、故意・過失に基づく自招侵害のケースであるものの、既に重傷を負って倒れており、かつ目前に相手方が迫っている状況にあった被告人には、退避可能性、あるいはより危険性の低い手段を選択する可能性が存在しなかったため、防衛行為としての必要性・被要請性も充たされている。従って、発砲行為それ自体には正当防衛が成立する。しかし、他方において、招致行為である当初の殴打行為との関係で罪責を問い得るかが問題となる。この点、相手方の死亡という加重結果が殴打によって直接に惹起されたわけではないので、傷害致死罪は成立せず、また、重大な傷害を惹起することを意識して着手していない以上、故意も認められないので、犯情の重い傷害罪（226条）や、危険な傷害の未遂犯（224条2項）も成立しない。しかし、被告人の認識と可能性を前提とした上で、過失致死罪における注意義務違反が認められる（予見可能性に関しては、結果がその本質において予見可能であればよく、因果経過の細部に関する全事情についての予見可能性は必要ない）。また、同一の行為が、一方で適法でありながら、他方に

において違法であるということは確かにあり得ないものの、当該行為に先行する違法な行為が過失犯として罪責を問われることはあり得る。当初の被告人の計画は、口実を設けて一定の場所に相手方を呼び出し、散弾銃で重大な傷害を負わせるというものであったが、本件ではこのような危険がまさに実現したといえるからである。この点、行為後に新たに生じた事情が創出した危険のみがもたらば実現し、他方で当初の行為の寄与が完全に排除されたような場合でなければ、因果関係は否定されない。

以上のような本判例の論理は、判示ではそうした前提は否定されているものの⁷⁹⁾、正当防衛の成立を認めつつ、他方でそれに先行する招致行為のみを問責の対象として、結果との因果関係を肯定し、招致行為の主観面に対応した罪責を認めている、という構造において、完全に原因において違法な行為の論理と共通しているといえる。そして、本判決に対する評釈⁸⁰⁾の中で、ロクシンが、意図的挑発でないことを根拠に正当防衛の成立を否定しなかった点には賛成できるとしながら、上記の部分に関してはもはや従い得ないとして批判していることが、ここで重要な問題となる。すなわち、上記判決が、同一の行為が適法であると同時に違法であることはない、としつつ、第一の招致行為と第二の防衛行為とを分離しているのに対して、彼によれば、こうした分離が可能なのは、同一の「不法な結果」に向けられている場合に限られる。そして、本件においては最終的に適法な結果が生じている以上、招致行為については、法的に許容されない結果の惹起が存在せず、過失の行為無価値のみしか存在していないという。この点、本判決は、やはり原因において違法な行為の理論と類似しているが、同理論についても、正当防衛の成立を肯定しつつ、他方で招致行為に対する罪責を問うのであれば、やはり同様の批判が妥当する。(ロクシンの前提とする)客観的帰属論によれば、本件のようなケースではまさに不正な侵害行為に出た相手方が、死亡という違法な結果につながる危険を故意に、

79) JZ 2001,665.

80) Roxin, JZ 2001, S.667 f. さらに、Jörg Eisele, NStZ 2001, S.417.

かつ答責的に創出しているものであり、逆に被告人の行為には結果は帰責されない。ここでは、結果に対して単独正犯性を有する相手方が存在しており、被告人の行為には自然法則的な意味での条件関係を認めることはできず、相手方に対する心理的因果性が存在しなければ帰責は認められない。

これらの議論は、招致行為に対する結果の客観的帰属という領域で論じられており、2の問題として捉えられていることが分かる。しかし、因果関係が肯定される可能性については、2でみたように少なくとも理論的にはなお留保されている。むしろ、ここで問題となるのは、その根本において前提とされている理解、すなわち、結果の直近に位置する行為に正当防衛が成立する以上、その所産として生じた相手方の死亡は「適法な結果」であって、防衛行為に先行する招致行為には帰属すべき「違法な結果」がない、という理解である。この点に関しては、確かに、狭義の共犯に関しては、その処罰根拠に「正犯の惹起した、正犯からみて不法な結果」が含まれると解すべきである以上^{81、82}、従

81) 狭義の共犯の処罰根拠論に関しては、照沼『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）157頁以下、同「共犯の処罰根拠と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』注78）569頁以下、高橋『規範論と刑法解釈論』（2007年）152頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（2009年）3頁以下、160頁以下、小島秀夫「共犯の処罰根拠——共犯従属性の観点から——」明治大学社会科学研究所紀要48巻2号（2010年）213頁以下などを参照。

82) これに対して、従来は、いわゆる「要素従属性」の問題に関していずれの立場を前提とするかにより問題が解決される、とするスタンスが一般的であった。しかし、そうした対立軸自体が他の根本問題における態度決定を前提として導かれる「結論の相異」でしかないことについては、照沼「共犯論」注73）41頁以下参照。ここでの問題状況に即していえば、例えば正犯者につき正当防衛が成立する場合でも、教唆者とその背後で防衛状況を作出したと評価される場合には、「制限従属性を放棄して」教唆犯として処罰すべきであるとする見解（島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』〔2002年〕197頁以下）と、こうした場合にもあくまで「制限従属性を厳格に維持して」処罰を否定すべきであるとする見解（山口『刑法総論〔第2版〕』注72）341頁、橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78）655頁）の対立があるが、それは現時点においては結論の妥当性をめぐる見解の相違にとどまっており、処罰根拠に関する理論的な基礎付けを伴っているとは言い難いことが想起される。

属の対象となる行為が正当防衛で正当化される場合には、既遂結果との関係で共犯の成立を肯定することはできない。しかし、少なくとも、心理的因果性で媒介されているわけではない、単独正犯（同時正犯としての直接正犯、間接正犯）の場合には、必ずしもそうはいえない。構成要件に該当する行為によって惹起した侵害結果が存在している以上、最終的にその行為が正当防衛として正当化されるのは、急迫性をはじめとする要件がすべて具備された場合でしかなく、これに時間的に先行する行為についてはそれ自体が独自に正当防衛の要件を満たさなければ、別途違法行為として処罰の対象となる、ということ自体はおそらく否定し得ないものと思われる⁸³⁾。以上のように考えてくると、正当防衛の成立を肯定しつつ、他方で招致行為につき独立して処罰を認めるためには、究極的には、招致行為がそれ自体で単独「正犯」としての適格を備えているか否かに（少なくとも理論上は）かかっているということになろう。

4 正犯性の問題

③に関して、一般的な理解からは、正当防衛のような適法行為を介した間接正犯の成立については、事実上、因果性や故意、正犯性などを認定することの難しさはあるものの⁸⁴⁾、理論的にその成立が排除されるとまでは解されていないように思われる⁸⁵⁾。しかしここでも、自招侵害のケースにおいて、行為

83) そうでないと、その延長線上に位置する問題である、共同正犯における正当防衛の成否について、それは各関与者毎に相対的に判断されるべきであるという一般的な理解（例えば、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁を参照）に反して、「いずれかの行為について正当防衛が成立すれば全ての関与者が無罪となる」という帰結に至ってしまうことになろう。この意味で、正当防衛行為への関与者につき、関与者の行為が狭義の共犯にとどまるか、それとも正犯性を具備するかによって処罰の可否を分ける考え方は、その結論において正当であると思われる（この点については林「適法行為を利用する違法行為」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻』（1983年）244頁以下、さらにWolfgang Mitsch, *Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff* - BGH, NStZ 2001, 143, JuS 2001, S.754 f. など参照）。

84) 例えば、曾根＝松原編『重点課題刑法総論』注45) 220頁以下（田山聡美執筆）。

者が当初に行った招致行為がいかなる事態との関係で正犯性を有し得るのか、という点を検討する必要がある。より具体的には、2で示したように、招致行為後結果に至るまでの間には、相手方の攻撃と、これに対する自己の反撃とが介在しているため、問題となるのである。

理論的には、間接正犯の正犯性はあくまで個別具体的な「構成要件該当事実」との関係で、事象経過を主体的にコントロールしていたと評価し得る場合に肯定されるが、ここで、介在する行為者の行為が自律的なものである場合には「正犯としての帰属」を行うことに対して「規範的障害」が存在し、狭義の共犯としての可罰性しか認められないと解する立場⁸⁶⁾をとるのであれば、理論的に間接正犯はおおよそ成立し得ないということになるだろう。しかし、そのように解する必然性はなく⁸⁷⁾、適法行為が介在した場合においても、行為者が以後の事態の経過を事前に把握した上で、その通りに事態を推移させ、結果へと導いたといえるのであれば、間接正犯は成立し得ると考えられる。しかし、1の(C)過失的挑発のケース、また、(B)故意的挑発とされてきたケースにおいても、相手方が何らかの攻撃に出てくることは認識していたが、侵害の具体的な程度、態様などを十分事前に把握していなかったのであれば、招致行為の時点で以後の経過をコントロールするという側面が既に欠落しており、そもそもこの段階で支配性＝正犯性が否定されることになるように思われる⁸⁸⁾。

これに対して、残る(A)意図的挑発のケースにおいて、招致行為につき、相手方の侵害、さらにはそれに対する自己の防衛行為、そこから生じた結果との関係において正犯性を肯定できるだろうか。ここでは上記と異なり、行為者

85) 例えば、林『刑法総論 [第2版]』注39) 417頁、大谷『刑法講義総論 [新版第3版]』注66) 161頁。

86) 例えば、山中『刑法総論 [第2版]』注66) 822頁以下など。

87) 間接正犯の正犯性に関する判断構造につき、詳細は照沼『体系的共犯論と刑事不法論』注81) 86頁以下参照。

88) こうした観点からは、正当防衛を何らかの形で制限するためには、最低限、侵害の「予期」の存在が条件であり、これを「予見可能性」にまで緩和することは困難であると思われる。

が事象経過を意図的に操縦し、実際にその通りの形で事態が推移し、その通りに侵害がなされ、反撃し、最終的な結果を生じさせているという関係が認められる。もちろん、自招侵害における相手方の攻撃は、行為者による招致行為が存在したとはいえ、基本的に任意の判断に基づいて不正の侵害に出ていると解されることから、俗に「規範的障害」と称されているような場合が多いであろう。そこで、防衛行為に出る時点において行為者の自律性が失われているとまではいえないとすると、その点のみに着眼して判断する立場からは、やはり上記と同様に正犯性が否定されることになりそうである⁸⁹⁾。しかし、上述の通り、間接正犯の正犯性をそのように形式的に判断する理由はないのだとすれば、相手方が非常に怒りやすく、挑発的な態度をとれば確実に自分に対して殴りかかってくるであろうことを十分に把握した上で、相手方の性癖を踏まえた挑発手段を選択し、相手方から実際に想定されたような攻撃がなされたケースでは、仮にその後の防衛行為に際して自由な意思決定が存在していたとしても（相手方の急迫不正の侵害に対応するために行動せざるを得なくなっているという意味においては、「その局面における」自律性が若干損ねられているということも踏まえて考えれば）、こうした状況を意図的に創出した招致行為につき、間接正犯としての行為支配を肯定する余地は残されているように思われる⁹⁰⁾。

以上のような考え方に対しては、自招侵害の事案において正当防衛が制限されるか否かは、行為者の主観的事情に関係なく、むしろ、相手方の侵害がもはや行為者の態度の所産として「帰属」されず、行為者が当初侵害を招致したことに関する「部分的な答責性」が完全に消滅したといえるかどうかによって判断されるのであり、結論的に、意図的挑発か、故意的挑発か、過失的挑発か、という違いは影響を及ぼさないとする見解⁹¹⁾が主張されている。これはその実質において、因果関係にとどまらず、正犯性や正当防衛の成否も、当事者の

89) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78) 645頁参照。

90) 松原「正当防衛（その2）」注51) 97頁参照。

91) Annette Grünwald, Notwehrenschränkung-insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122, 2010, S.79 ff.

いずれに「管轄」や「答責性」が認められるかという問題であって、その意味において広義の「帰属」の問題として捉えるべきだとする立場を前提としていると解される。しかし、正犯性の問題にせよ、正当防衛の成否にせよ、一元的にそうした枠組みから刑事責任の有無を判断しようとするのは既に方法論として支持し得ないし⁹²⁾、広く過失的挑発の場合にも正当防衛の成立が排除されるという結論それ自体にも、また具体的にいかなる場合にそうした結論が導かれるかについての理由付けが不明であることについても、それぞれ疑問が向けられるように思われる。

5 正当防衛の成立要件に関する解釈論との関係

以上のようにみてくると、原因において違法な行為の理論によるときには、少なくとも理論的には招致行為自体を処罰対象とすることは排斥されないが、實際上、それが可能な範囲は非常に制約されるといえる。しかし、1で既に示唆した通り、防衛行為につき正当防衛が成立することを前提とした上で、あくまで招致行為のみについてこのような形で議論を展開することには、あまり意味がないようにも思える。実は、以上のような議論を踏まえた場合に、既に防衛行為について正当防衛の成立それ自体を否定し、可罰性を基礎づけることは可能であると考えられるのである。

やはり既に1において指摘したように、意図的挑発のケースでは、行為者が以後の事象経過を「支配・操作」していたとして正当防衛の成立を排除する見解があった。この帰結を、正当防衛の成立要件との関係で説明すれば以下のように考えることができるだろう。つまり上述したように、意図的挑発のケースでは、相手方の侵害が、既に行為者側のコントロールに服している（正犯性が認められる）事態であるという特徴がある。言い換えれば、行為者は自己に対する急迫不正の侵害を自己の行為の所産として意図的に生じさせているのである⁹³⁾。そうであれば、もしそうした侵害から自己の生命・身体を保全しよう

92) 詳細については、照沼「正当防衛の構造」注1) 179頁以下参照。

というのであれば、初めからそのような事態を生じさせなければよいのであって、防衛行為のみを独立してみるのではなく、当初からの経緯を踏まえて事態を評価するのであれば、その行為は「正当防衛行為」として許容されるような性質を有していない、と解することが可能であろう。つまり、物理的にみれば、相手方の不正の侵害から身を守るために有用である手段だとしても、規範的に評価すれば、それは「防衛のための行為」とはいえない。そして、このように招致行為と防衛行為とを一体的に評価することが許されるのは、まさに当初の招致行為の時点から反撃までの事象経過を意図的にコントロールし、狙い通りの結果を生じさせたことに由来している⁹⁴⁾。言い換えれば、招致行為の時点で、以後の事象経過に対する支配性＝正犯性が肯定されるようなケースにおいては、後の行為について防衛行為としての質的適性を全面的に否定することが可能だということになる⁹⁵⁾。これに対して、招致行為それ自体に、正犯性以

93) ただし、その攻撃によって自分の生命・身体が現実には侵害されることを承諾しているわけではなく、あくまでその危険性が生じる点について認識し、そのような事態を生じさせている、という趣旨である。この意味で、林『刑法総論 [第2版]』注39) 189頁が、積極的加害意思が問題とされるようなケースにつき、行為者に「(高度の) 危険の引受」があると説明しているのは、その射程の広さやそこから論者が導く帰結等については留保が必要であるものの、少なくともこの文脈における比喩としては十分理解可能である。

94) これに対して、橋田「自招侵害」注25) 5頁以下は、招致行為と反撃行為が時間的・場所的に密接している、という客観的要件と、反撃を当初から意図していたという主観的要件とが充足されれば正当防衛は制限されるとした上で、より具体的には、意図的挑発のケースにおいてこうした要件が充たされれば、「比喩的に言えば自らも不正の侵害者であるため」、法確証の観点から、防衛行為の相当性が否定されるとする。結論的に正当防衛の成立が制限される範囲については私見もほぼ同様に考えるが、①上記のような要件が充たされるときに、なぜ行為者自身が(自らに対して)不正の侵害を行ったと評価できるのが理論的になお明らかでないこと、②「法確証」概念に依拠する必要はなく、またそうすべきでもないこと、③「相当性」が否定されるにとどまるのか否かが明らかでないこと、において疑問が残る。

95) この点、意図的挑発とされたケースではないが、連邦通常裁判所2009年6月25日決定は、侵害に先立って相手方の自転車隠して置く行為があっても以後の正当防衛は否定されないという結論を導く際に、「防衛行為の必要性」を充足するか否かという次元において判断している(BGH NStZ 2009, 626)。

外の他の要件（因果性等）が認められ、最終的に可罰性が肯定できるか否かは、必ずしも後の行為についての正当防衛の成否と連動するものではない。

この点、こうした規範的考慮を行うのであれば、それは侵害の急迫性という要件の解釈に反映させるべきだとするのが従来判例や多数説の説明に馴染むのかもしれない。しかし、これまで述べてきたように、その実質は結局のところ行為者に「要保護性を一切認めない」という価値判断にとどまるものであり、かつ、そうした価値判断を急迫性ないし防衛状況に反映させて二者択一的な判断を行うことについては問題があり、むしろ、過剰防衛の成否について検討する可能性を残した上で、これを否定すべきことについてより立ち入った検討を行うことが必要であると思われる⁹⁶⁾。特に、本稿では詳しい検討を加える余裕はないが、共同正犯者間で正当防衛の成否が相対化すると一般に解されているようなケース⁹⁷⁾において、同一の不正な侵害につき、関与者の一方に「急迫性」を肯定しながら、他方において「急迫性」を否定するという処理を行うのは、日常用語に照らしても、また理論的にも数多くの問題があり⁹⁸⁾、かつ、それを各関与者の法益の「要保護性」の意味において理解するのであれば、既に急迫性の解釈論の範疇にとどめておく必然性は失われていると考えられる。

96) この点、従来、防衛行為性の要件で解決すべきだと主張する見解に対しては、それでは喧嘩闘争や積極的加害意思に基づく反撃の事案について基本的に過剰防衛として扱うことになり妥当でない、という趣旨の批判（例えば、遠藤「正当防衛判断の実際」注52）314頁など）が加えられてきたが、本文でも述べたように、防衛行為性を全面的に否定して判例と同様の結論に至るケースも多いと思われるため、このような批判は妥当しいと思われる。

97) 注83) 参照。

98) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78）639頁以下を参照。同論文640頁以下では、要保護性の減弱を考慮する見解からは侵害に直面した関与者（被侵害者）を基準として正当防衛の成否が判断され、防衛行為性を問題にする見解からは、その背後で正当防衛の成否が問題になる関与者（防衛行為者）自身を基準として正当防衛の成否が判断される傾向があると説かれている。しかし、私見の枠組みからは、要保護性の減弱は被侵害者を基準として判断し、防衛行為としての適性については防衛行為者自身を基準として判断されることになる。

6 判例の評価について

以上のような観点から改めて平成20年決定（Ⅱ6）をみると、招致行為の時点において以後の経過に関する支配・統制を認めうるかどうかの問題となるところ、そもそもいずれの時点においても、こうした部分に関する被告人の主観的な状態について積極的な事実認定がなされていない。もし正当防衛のみならず過剰防衛の余地をも排除するという結論を導くのであれば、少なくとも当初の殴打行為の時点において、被告人に以後の事象経過を招致することに関する十分な認識があり、その後の経緯が被告人の支配・統制に服していたといえることが示されなければならなかったように思われる。

それでは、こうした自招侵害以外の事案についてはどうか。確かに従来、積極的加害意思論を用いて処理されてきたケースには、少なくとも外形上、こうした明確な形で招致行為が存在していたとはいいいくいものも存在していた。しかし、Ⅱ6においても触れたように、例えば昭和52年決定や判例④、⑭、⑳などにおいては、事前に計画的に攻撃手段となる「武器」を準備して相手方の侵害を待ち受けているという事実関係が認められ、かつ、そうした行為が他の観点から正当な行動の自由として評価する余地がなかったと評価できる。特に、相手方の襲撃が十分に予想される場所に上述のような「武器」を装備して出向いているようなケースでは、もはやそうした態度は単に日常生活上の行動の自由を行使しているという域にとどまるものではなく、むしろ、相手方の襲撃を所与の前提とした上で、これを因果経過のひとつとして利用し、確実に相手方の生命・身体を侵害することが意図されており、現実はその意図に基づいて事態が推移しているといえるだろう。このように、結局は相手方に侵害を行わせてこれに反撃するという形で、事象経過を支配し、当初に意図していた通りの事態を実現させているのであれば、仮に侵害に先立って（正犯性の判断対象となり得るだけの外形を伴った）招致行為の存在を認定することができないとしても、行為者の法益の要保護性は著しく減弱しているといえ、行動規範との関係で許容される行動の選択の幅は狭まり、結論的に防衛行為としての質的適性が否定されることになるかと解される。Ⅱ6で論じたことは、こうした観点

から説明することも可能であろう。なお、以上のような事実関係が認められないのであれば、許容される行為の選択の幅が狭まるとしても、防衛行為としての性格は直ちには排除されず、少なくとも過剰防衛の成否について検討の余地が残されることになる。この場合、仮に過剰防衛が成立するとしても、一定の場合に刑の減免が認められないこともあるのは当然である⁹⁹⁾。

V 結語

本稿では、侵害に先立つ行為者側の態度に一定の事情が認められる場合に、これを防衛行為の質的適性という観点から考慮するという方向性を示した。実務的にも、裁判員裁判の時代を迎え、さらに平成20年決定が現れ、その理論的根拠がいまだ不明であることを踏まえれば、もはや「積極的加害意思論に基づく急迫性の否定」という枠組みに固執する必要はないのであるから¹⁰⁰⁾、刑法理論の側としても、単なる「事実認定のための下位基準」の説明のみに自己矮小化することなく、より広範なケースについて妥当し得る「基礎理論」を新たに深く探求していくことが必要であるように思われる。

99) 例えば、誤想過剰防衛のケースではあるが、確定的殺意を持って被害者を殺害した事案につき、刑の減免を認めなかった東京地判平成5年1月11日判時1462号159頁、並びに山口『刑法総論 [第2版]』注72) 125頁、松宮『刑法総論講義 [第4版]』注74) 145頁を参照。

100) 佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41) 18頁以下、高山『「不正」対「不正」状況の解決』注25) 5頁以下など。