

タイトル	正当防衛(3)
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(154)： 23-40
発行日	2012-12-25

正 当 防 衛 (3)

吉 田 敏 雄

目次

一 沿革

二 正当防衛の基本思想

三 正当防衛の構造

1 正当防衛の状況

A 侵害

- (a) 客観的判断
- (b) 人の行為
- (c) 不作為
- (d) 「侵害者」と「被侵害者」の区別の明確性

(152 号)

B 違法性

- (a) 総説
- (b) 行為無価値と結果無価値

C 防衛されうる保護法益

D 急迫性

2 正当防衛の行為

A 総説

B 防衛行為の必要性

- (a) やむを得ずした行為
- (b) 予測判断
- (c) 防衛手段
- (d) 退避義務
- (e) 第三者の助力
- (f) 質的過剰

(153 号)

C 正当防衛行為の限界

(a) 社会法的ないし社会倫理的限界

- (aa) 責任無能力者及び責任能力の著しく低下している責任能力者
- (bb) 酩酊者及び薬物の影響下にある者
- (cc) 保障人義務者

(b) 自招侵害

- (aa) 社会的適合行為
- (bb) 意図的挑発防衛
 - ① 法確証理論
 - ② 自己防衛理論
 - ③ 承諾理論
 - ④ 不真正不作為犯類推論
 - ⑤ 原因において違法な行為の理論
 - ⑥ 権利濫用理論
 - ⑦ 「防衛の意思」不存在理論
- (cc) 意図的でない故意又は過失による誘発
- (dd) 挑発防衛の挑発

(c) 防禦挑発

(154号)

C 正当防衛行為の限界

(a) 社会法的ないし社会倫理的限界

侵害が特殊であるため、法秩序の法確証への利益が減少して、通常の防禦を必要としなくなる状況というのもありうる。すなわち、法益を社会とのつながりで捉える必要性が増大したこと、及び、市民の社会的連帯の必要性が増大したことから、苛烈な正当防衛の社会法的ないし社会倫理的限界が認識されるようになったのである⁽¹¹³⁾。

(aa) 責任無能力者及び責任能力の著しく低下している責任能力者 基本的には、こういった者からの侵害があっても、自己保護の観点から防衛は正当化される。正当防衛は侵害者が有責であることを要求していないからである。しかし、こういった場合、侵害者は処罰されないか、刑が減輕される(刑法第三十九条)。すなわち、法確証の利益は責任能力のある者による侵害の場合に比してはるかに低下している。したがって、こういった侵害にあっては、社会法上の限界が認められるべきなのである⁽¹¹⁴⁾。実定法上の根拠は民法第五条の未成年者の法律行為、同第七条以下の定める後見・保佐・補助制度である。侵害者がこういった法律の特別の保護の下におかれうると

きには、そのことは防衛行為の可否の判断に当たって、「やむを得ない」という要素への包摂においても考慮されるべきである⁽¹¹⁵⁾。

こういった侵害に対しては、被侵害者は、自己の重大な利益が侵害される危険を冒すことなく、防禦以外の方法でも侵害を回避でき、しかも、防禦行為に出たなら、侵害者に重大な損傷を与えざるを得ない場合、攻撃防禦(Trutzwehr)は適切でなく、保護防禦(Schutzwehr)にとどまるべきである。**逃走・退避、保護防禦**、それから**攻撃防禦**という三段階が踏まれるべきである。例えば、逃避することで回避できるとき、侵害者を脇へ突き飛ばすのは許されるが⁽¹¹⁶⁾、撲殺したり射殺したりすることは許されない。この例外的状況下では正当防衛権の社会法的限界として、退避義務が生ずることもある⁽¹¹⁷⁾。

社会法的考慮からの相応の限定の前提は、その前提要件が状況からどう見ても明らかであるということである。状況が不明確であることから生ずる危険を、適法な防衛のすべての要件を充足している者に負わしてはならず、危険負担は侵害者が負うべきである。ただし、子どもや責任無能力者からの侵害であるか否かは状況から容易に認識できよう⁽¹¹⁸⁾。

なお、侵害者の責任は低下しているが、しかし、その精神状態に起因するものでないときは、防衛の必要性に関する一般準則にしたがって判断されるべきである。例えば、侵害者が錯誤に陥っていて被侵害者を自己の標的と取り違えていることが見てとれるとき、被侵害者は、自己に危険のない限り、先ずこの錯誤を説明すべきである。そうして初めて、状況に応じて、防禦措置が許される⁽¹¹⁹⁾。

(bb) **酩酊者及び薬物の影響下にある者** これらの者に対する正当防衛権の行使は特別の限定を受けることはない。これらの者に対して、法秩序は特別の保護規定を設けていない。酩酊、薬物に起因する責任無能力者には原因において自由な行為の理論の適用がある。さらに、目的論的には、酩酊者や薬物乱用中の者には危険性が高まっているといえる。攻撃欲がアルコールやその他の薬物によって簡単に自制を失い、それ故、被侵害者は容易に興奮しやすい「敵」に晒されるからである。自己の責任で酩酊する者は社会害悪的であり、それ故、酩酊者に対する法秩序の確証への利益は本質的に後退しない⁽¹²⁰⁾。

(cc) **保障人義務者** 不真正不作為犯において保障人の地位を基礎付ける人的関係がある場合、とりわけ、親子関係、夫婦関係の場合にも、正当防衛権の社会倫理的限界が認められねばならない。相互の損害の発生を回避すべき相互扶助(保護)義務のある者は相互に保護義務の履行を信頼してよいのであるから、一方が他方に侵害を加えるときでも、人的配慮の観点から相互扶

助義務が正当防衛権を減少させるのである。すなわち、当事者間になお連帯関係が存続する限り、人の連帯義務が前面に出てきて、法確証の利益は後退すると云える⁽¹²¹⁾。

被侵害者は、勿論、基本的には侵害に対して防衛することは許されるのだが、しかし、完全な防衛権を何が何でも貫徹するということが許されてはならない。例えば、正常な結婚生活においても時に生ずる夫婦間の衝突に際して、一方（甲）が怒りから他方（乙）を殴ろうとすると、乙は、殴り返すあるいはその他の方法で（自分が傷害を負ってでも）侵害を回避することが許される限りで、正当防衛権を行使できる。しかし、被侵害者（乙）の保障人の地位は侵害者（甲）の侵害行為によってもまだ消滅しないのであるから、被侵害者（乙）に防衛権と保護義務が並存することになるので、被侵害者（乙）は侵害者（甲）の生命に危険な防禦措置を採るべきでないという正当防衛の内在的限界が生ぜざるを得ない。すなわち、被侵害者（乙）は侵害者（甲）に直ちに反撃して重い傷害を与えよとか、ましてや殺害することは許されない。むしろ、被侵害者（乙）は逃避するとか、自ら比較的軽い傷を負う危険を冒しても、それほど危険でない防禦手段で満足すべきである。長期間続いている深刻な争いの場合でも同じことが云える。もっとも、被侵害者の自棄までも要求されるわけのものではないから、侵害者（甲）を配慮すると云うのは、「侵害の態様が被侵害者の連帯義務を消滅させない限り」でのことである。この連帯は被侵害者（乙）が医師の治療を要するほどの重い障害の危険を冒すことになる（例えば、甲が重い鈍器で乙の頭を殴ろうとしている場合）とか、それ自体としてみれば軽度の虐待であっても、長期に及んでいる場合に消滅する⁽¹²²⁾。

夫婦関係がうまくいかず別居生活中であるとか、離婚したという場合、正当防衛権は制限されない。これに対して、正式の婚姻関係にはないが、同居生活をしているときは、相互配慮義務があるので、正当防衛権は制限される。

学説には、相互保護義務のある者の間での正当防衛権の制限を一切認めない見解も見られる。自己の利益を犠牲にすることがもはや期待できないとき（身体刑が廃止されて以来、誰も虐待されるに及ばない）、保護義務は終了するのみならず、侵害者が他人を侵害しながらこの者から保護を期待できるというのは矛盾している。さらに、侵害者は侵害を止めることによって自己を保護することができるので、侵害者を助ける必要はないので、侵害者が被侵害者の連带的犠牲を要求することはできないということも論拠として挙げられる⁽¹²³⁾。しかし、これは厳格に過ぎる。夫婦間の「脱線事故」を他人間の襲撃と同値することは適切でない。たしかに、虐待行為が継続しているとか、重い侵害が迫っている場合には、正当防衛権に制限はない。しかし、比較的軽度の侵害行為に対しては相互の連帯義務を消滅させることは無い。相手方の「失態」に節度と一定程度の寛容さをもって対応しないなら、婚姻関係は存続しないであろう。刑法が争いを刃物で解決す

ることに利してはならないのである⁽¹²⁴⁾。

同じ団体、同じ会社に所属するといった場合のように、人的関係はあるものの、保障人義務を基礎付ける人的関係ではないとき、正当防衛権の社会倫理的制限は生じない。学校の同級生間でも、正当防衛権は制限されない⁽¹²⁵⁾。

(b) 自招侵害

自招侵害というのは広義では、被侵害者が自己の行為によって攻撃を招来、誘発ないし挑発したあらゆる事態を指す。招来、誘発、挑発それ自体が違法行為であり、まだ終了していないとき、相手方の侵害行為自体が正当防衛であり、格別の問題は生じない。問題となるのは、適法又は違法な招来、誘発ないし挑発行為が終了してから、相手方が侵害行為に出たとき、挑発者に正当防衛が認められるかである。招来、誘発ないし挑発行為は終了しているから、相手方に正当防衛権は認められない。したがって、この場合、挑発等の事態は、正当防衛状況の存否に影響を及ぼさない⁽¹²⁶⁾。「自招侵害」においても被侵害者には基本的には正当防衛権が認められる⁽¹²⁷⁾。しかし、正当防衛権は制約され、その程度如何は侵害に対する被侵害者の個人的答責によって判断されるべきではないのかという問題が生ずる。この個人的答責は挑発等の社会的意味及び及びその強度によって異なった評価を受ける⁽¹²⁸⁾。

(aa) 社会的適合行為 被侵害者の行為によって、侵害者が挑発されたと感ずるあるいはその他、侵害への根拠を与えると考えても、被侵害者の行為が社会倫理的に是認できるとか、それどころか、違法でないとき、被侵害者にこの事象に対する法的答責は生じない。法秩序は、挑発行為が違法でないとき、「被挑発者」に対して攻撃行動をとらないように要求することができる。被挑発者の攻撃は違法な侵害であり、これに対する挑発者の正当防衛権は無制限に妥当する。例えば、居酒屋で喧嘩した後でそこを一旦立ち去ったが、追い払われたと思われたくないために又そこに舞い戻ったところ、そこに残っていた喧嘩の相手が挑発されたと感ずるとか、他人が高級車を所有していることをひけらかすとかで挑発されたと感ずる場合である⁽¹²⁹⁾。

(bb) 意図的挑発防衛 被侵害者が侵害者の攻撃に対して法的に答責されうるとき、正当防衛権は制限されるのではないかが問題となる(狭義の自招侵害)。滅多に生ずることのない事例であるが、甲が乙を挑発して自分に向けて暴行をさせ、そうなれば乙に暴行を加える意図で公然と侮辱し、その侮辱が終了して、もはや侵害の「現在性」が認められなくなった段階で、乙が暴行行為に及んだので甲がこれを撃退したというのが意図的挑発防衛(Absichtsprovokation)の典型的事例である。大まかに分類すると、以下の学説が展開されている⁽¹³⁰⁾。

① **法確証理論** 本説によれば、意図的な違法な挑発によって正当防衛状況を誘発する者であっても、防衛行為は正当防衛として正当化される。正当防衛の基礎には、法は不法に譲歩する必要はないという思想がある。侵害へと挑発された者であっても、自己の違法な行為によって法秩序を侵害している限り、この者に対して法確証を示す必要がある。挑発行為それ自体が違法な侵害の前提要件を充足していない限り、挑発者といえども自己の行為によって法秩序を擁護する権利を失うものではない。侵害者には、挑発に乗らない義務がある、つまり、他人の法益を侵害してはならないにもかかわらず、侵害者は自己答責的意思決定から侵害したのである。被侵害者には挑発された違法な侵害に対して完全な正当防衛権が認められる。「挑発によって、侵害者自身の侵害を止めるとか、少なくとも適宜に打ち切る能力が毀損されていない限り、侵害者を保護するために正当防衛権を制限する必要はない。侵害者は、侵害行為をしないと、侵害行為を止めることによって、自分自身を保護できる。挑発の存在が、侵害者の行為を人間としてはもっともなことと思わせるかもしれないが、しかし、挑発によって上記のことが変わるわけのものでもない。極めてひどい挑発を受けても、法的に是認できない、それ故、違法な侵害の前提要件を充足する反応をしてはならない。自制せず、挑発者を侵害する者は、自己の危険において行為をする。侵害者は被侵害者の正当防衛権の帰結を忍受せねばならない。但し、被挑発者が、挑発によって侵害者の制禦能力が著しく毀損されていて、情動的過剰反応に抗して侵害それ自体をしないと、止めることによって適切な対応をすることがもはやできないときは別である。正当防衛の基礎にある自己保護という論拠は、刑法が行為者に自己抑制のできないことを認めるとき、その正当性を失う」⁽¹³¹⁾。しかし、本説は、正当防衛権を意図的に濫用する者は、正当防衛権の行使を装った違法な防衛行為をしているのであって、被侵害者の「策略」に法的効力をあたえる何等の理由もないとして批判されるのである⁽¹³²⁾。

② **自己防衛理論** 本説は、正当防衛の基礎にある自己防衛が他の方法では遂行できない、とくに、回避できないとき、挑発者には正当防衛権の行使が認められると説く。侵害された挑発者が、防禦することなく生命、身体を犠牲にするか、刑罰を引き受けねばならないという法的に逃げ道のない状況におかれるのは許されないのであって、それが許されるとするなら、それは自己防衛原理に矛盾する。挑発者が侵害を避けることができないとき、それは逃げ道のない状況であり、この場合、挑発者は正当防衛が許される。法確証原理は挑発防衛においては逆転する、つまり、挑発者は法秩序の確証それ自体のために刑罰に値するので、挑発者は、自己防衛という観点の下でのみでしか、正当防衛に訴えることができない。挑発行為それ自体が違法行為（例えば、侮辱）である限り、刑罰は挑発行為それ自体を理由としてのみ適切である⁽¹³³⁾。本説に対しては、侵害者が防衛者の予期した侵害を超えた行為をしないと、挑発者は生じた状況を「逃げ道が無い」とは感ぜず、自分の策略の望ましい結果と感ずるのであり、逃避の可能性があったか否かを規準とすることは目的論的に不適切である、というのも、挑発者がそもそも望まないこと（逃げ

ること) をできないからといって、なぜ挑発者に正当防衛権が認められるのかが分からないからだと批判がなされる⁽¹³⁴⁾。

③ 承諾理論 本説は、他の説とは異なり、挑発者が挑発することによって法益保護を放棄しており、したがって、違法な侵害はなく、防衛は正当防衛とはならないと論ずる。被侵害者は相手方の行なう侵害を初めから全体計画の中に入れているから、被侵害者は自分の処分できる法益を放棄しているという推断ができる。それ故、被挑発者の侵害には行為不法は認められるが、結果不法が欠如し、したがって、挑発者への違法な侵害が欠如する。挑発者の身体という処分可能な法益が問題となる限り、挑発者は被挑発者に対する既遂罪で処罰される。挑発者が自分の処分可能でない法益を賭すとき、挑発者は処罰されないことになるが、これはこの理論の弱点ではない。こういったことは実際には起こりそうもないからである⁽¹³⁵⁾。本説に対しては、実際のところ、挑発者が被挑発者による侵害を受け入れている、つまり、承諾しているとはいえないとの批判ができる⁽¹³⁶⁾。

④ 不真正不作為犯類推論 本説によれば、挑発者は、挑発行為によって被挑発者に侵害行為をするようにそそのかすことによって、挑発者の反撃を受けるという危険な状態を作出したのであり、いわば不真正不作為犯の先行行為に基づき被挑発者に対して保障人義務を有する。挑発者には、動き始めた事象を被挑発者に危険でないようにすすめる義務がある。挑発者は侵害に対し穏やかな方法で対処しなければならない⁽¹³⁷⁾。本説には次のような批判がなされる。被挑発者は、違法な侵害によって、防衛行為の被害者になる危険を自ら冒しているのである。さらに、正当防衛の限定は、正当防衛に内在する原理、つまり、法確証からしか導出できないのであり、まったく異なった生活事態に関わる不作為犯理論からは導出できない。先行行為からの保障人義務は救助に向いているが、挑発者の保障人義務は穏やかに損傷を与える権能を行使することに向いている⁽¹³⁸⁾。

⑤ 原因において違法な行為の理論 本説によれば、挑発防衛は原因において違法な行為(actio illicita in causa) の法形象を用いて解決される。被侵害者の可罰性を判断するためには、本来的防衛行為ではなく、先行する、侵害を挑発する行為が判断対象となる。他人を侵害へと挑発して、それから、正当防衛で相手方に危害を加える者は、結局適法な行為(正当防衛によって正当化される行為)を行なっているが、しかし、その前に、後に侵害者となる者を違法に挑発しており、これにより、侵害を惹起したばかりか、その他人への危害も惹起した。後続する違法な侵害が客観的に予見可能であるが故に、且つ、侵害とそこから生ずる結果が客観的に挑発者に帰属できる限り、行為不法は実現しており、先行行為は違法である。後続する侵害及び(適法な)防衛は結果への因果連鎖の中間肢に過ぎない。原因において違法な行為は意図的挑発防衛に限定

されない。挑発行為が後続する結果との関連で経験的に危険であり、規範的に甘受されない、つまり、社会的に不当である限り、挑発者が未必の故意で挑発したにすぎないとか、それどころか過失で挑発したという場合でも、原因において違法な行為の法形象は適用可能である⁽¹³⁹⁾。

本説にも理論的矛盾が指摘される。すなわち、挑発者が侵害を防禦するために被挑発者を計画通り射殺するとき、射撃という同一の行為が正当防衛としては適法であり、挑発という違法な原因設定行為によって起動された故意の殺人既遂罪としては違法だということになるが、これは矛盾であり、混乱を招く回り道をさせる理論構成である。意図的挑発を故意犯の廉で処罰するとき、正当防衛を肯定することはどの道虚構にすぎない。ドイツ連邦通常裁判所は、実質的に、原因において違法な行為の理論に基づき、挑発者に過失犯が成立するとしたが⁽¹⁴⁰⁾、これも無理である。過失犯が成立するためには、違法な行為から不法結果が生じなければならない。しかし、挑発者の被挑発者への防衛行為が適法であるとき、結果不法も存在しない。挑発行為に過失の行為不法があっても、結果不法は存在しない。結果は適法に招来されたのであり、同一の結果が適法でもあり、違法でもあるということはあるまい。そもそも、被挑発者は挑発されていても自己答責的に危殆化行為をしたのであり、ここから生ずる損害は自ら負わねばならないから、結果の客観的帰属が認められないのである⁽¹⁴¹⁾。

⑥ **権利濫用理論** 意図的挑発においては、挑発行為、侵害行為、反撃行為という一連の全体事象が仕組まれている。挑発者への侵害は**違法な行為**によって意図的に招来されるのである。挑発目的は、処罰されることなく、他人に危害を加えるために、その他人に基本的に禁止された攻撃をさせることによって「正当防衛」という法的隠れ蓑を得るところにある⁽¹⁴²⁾。こういったやり方は**権利濫用**であり、一般法原則からして禁止されている⁽¹⁴³⁾。「防衛行為」は実際には違法な侵害である。正当防衛の基本思想である法秩序の確証、自己防衛という観点からも、挑発者には正当防衛は認められない。違法な挑発者として専ら相手に損害を加える目的で侵害を演出するのであるから、挑発者は法秩序の代表者としてそして番人としての資格を欠いている。挑発者は法確証行為をしているわけではない。違法な行為によって意図的に侵害へと挑発する者は、規範的にも実際にも自ら惹起した自己危殆化にたいする保護を要しない。被侵害者の防衛行為は正当化されることなく、故意犯で処罰される⁽¹⁴⁴⁾。

⑦ **「防衛の意思」不存在理論** 正当防衛の成立要件として防衛の意思が必要であるが、防衛を口実にして他の目的のために行なう行為は防衛行為とはいえず、したがって、はじめから反撃を加える意図で故意に侵害行為を誘発したような場合、正当防衛は認められない⁽¹⁴⁵⁾。本説に対しては、防衛の意思というものを正当防衛状況の認識で足りるとすれば、挑発者には防衛の意思は存在するし、防衛の意思が正当防衛状況の認識に加えて防衛行為を行なう目的で防衛行為をする意

思を必要と解しても、侵害を受け入れるという意味はないので、やはり正当防衛の意思は認められると批判される⁽¹⁴⁶⁾。

以上、諸理論を概観したが、権利濫用理論が基本的に正当である。挑発行為は社会倫理的に認できない場合でもよいとする学説もあるが⁽¹⁴⁷⁾、しかし、正当防衛を制限する挑発という先行行為は違法に他人の法益を侵害するものであることを要する。先行行為が、違法ではないが、社会倫理的に認できないもので足りるとするならば、その判断規準が曖昧になりすぎることになる⁽¹⁴⁸⁾。先行行為が違法であることのほかに、先行行為と侵害の間に**近接した時間的連関**のあることも必要である。侵害がかなりの時間の経過後に行なわれるとき、正当防衛権は無制限に認められる。このような場合、侵害は「応報」にしか役立っていないのである。さらに、先行行為は侵害と**相当関係**になければならない。すなわち、侵害は、その方法、強度に関しても、先行行為の相当な結果である必要がある。なぜなら、相当関係にある場合にだけ、「防衛行為それ自体が先行した自分自身の不法となお一体関係にある」からである。違法な侵害へ意図的に挑発された者が挑発者の予期した以上に明らかに過剰な侵害をするとき、意図的挑発であっても、挑発者に正当防衛が拒まれるべきでない。挑発者は意図的挑発においても重い傷害やそれどころかもっと重い結果を無為に耐える必要はない。例えば、甲が、「正当防衛」に藉口して乙を殴り倒すつもりで、体格において劣る乙に暴力を振るうように挑発したところ、乙が甲の予期に反して拳銃を抜いたといった場合である⁽¹⁴⁹⁾。

(cc) **意図的でない故意又は過失による誘発** 侵害者を挑発して侵害行為をさせ、「正当防衛」をすることを意図しているのではないが、違法な侵害を誘発した場合が問題となる。その典型として、甲は乙を公然と侮辱した（**違法行為**）後、乙は甲を打ちのめそうと思い、違法な侵害に及ぶという事例が挙げられる。甲の誹謗にはもはや急迫性がなく、乙には正当防衛が成立しないのである。甲の反撃行為に正当防衛が成立するかが問題となるのである。この場合、誘発者（甲）に正当防衛権を完全に否定することはできないが、責任無能力者が侵害者であった場合のように、その正当防衛権は限定されるべきである。侵害を誘発することが違法行為（侮辱行為）の目的ではないので、誘発者は違法な攻撃に対する保護を必要とする。もっとも、法確証の利益は、違法な誘発行為がなかった場合におけるよりも低下している。違法な誘発行為がなかった場合と比較すると、誘発された侵害は人々の間にそれほど危険感を生じさせない。というのも、この侵害は挑発者と被挑発者双方の落ち度に由来する。一般の人々は平穏且つ実態に即した行動をとることによってこういった状況を避けられと考えるからである⁽¹⁵⁰⁾。

したがって、まず、被侵害者の逃走などの退避行為が先ず要求されるべきである⁽¹⁵¹⁾。次いで、これができないとき、被侵害者は、期待できる範囲内ではあるが、保護防禦にとどまらねばなら

ない⁽¹⁵²⁾。これでも充分でないとか期待できないとき、最後に、被侵害者は短刀などを用いた攻撃防禦、つまり、反撃にでもよい(三段階)⁽¹⁵³⁾。いずれにせよ、具体的事案における侵害の種類・程度の詳細な検討が必要である⁽¹⁵⁴⁾。

最決平成二〇・五・二〇刑集六二・六・一七八六は、〔被告人が、自らの暴行により相手方の攻撃を招き、これに対する反撃行為を行なったという事案〕において、正当防衛の成立を否定した。「1.....(1) 本件の被害者である甲(当時51歳)は、本件当日7時30分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人(当時41歳)が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった。(2) 被告人は、いきなり甲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。(3) 甲は、「待て。」等と言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追いつき、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又は首付近を強く殴打した。(4) 被告人は、上記甲の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取出し、甲に対し、そ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、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。2 本件の公訴事実、被告人の前記1(4)の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、甲の前記1(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。しかしながら、前記の事実関係によれば、被告人は、甲から攻撃されるに先立ち、甲に対して暴行を加えているのであって、甲の攻撃は、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から、甲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などの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」。本決定は、被告人の「退避行為」の可能性に触れることなく、たやすく被告人の先行行為(暴行という触発行為)と相手方の侵害行為とが「一連、一体の事態」にあること、「甲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」ことを説示して、正当防衛の成立を否定した⁽¹⁵⁵⁾。

同種事案として、ドイツ連邦通常裁判所の判例に、〔甲は、乙が甲の女性友達である丙を虐待しているのを目撃し、丙を助けようとして乙を攻撃したものの、乙によって地面にたたきつけられた。甲は、乙と丙が仲良くそこから立ち去るのを、怪訝な気持ちで見なければならなかった。甲は改めて乙を攻撃した。乙は甲に保護防禦をして、甲に攻撃を止めるように繰り返し要求した。これが功を奏しなかったため、乙は甲の顔面を殴った。甲は転倒して、頭部に傷害を負い死亡し

たという事案]がある⁽¹⁵⁶⁾。甲が乙に再度攻撃したとき、甲は丙のための緊急救助はできない。乙の丙への侵害は既に終了しているからである。したがって、甲の乙への攻撃によって、乙の正当防衛状況が基礎づけられる。但し、乙の正当防衛権は先ず制限される。乙は、丙のための緊急救助行為をする甲を地面にたたきつけたという違法行為によって、甲を過失によって激怒からの再攻撃を誘発したのである。乙は先ず逃走するか、期待可能な範囲内で保護防衛をするべきであり、これで不十分であるとき初めて攻撃防衛が許される⁽¹⁵⁷⁾。

(dd) **挑発防衛の挑発** 挑発防衛の挑発 (Provokation der Notwehrprovokation) とは、侵害者自身 (甲) が被侵害者 (乙) に事前に違法な行為によって挑発していた場合のことを云う。例えば、侵害者 (甲) が防衛者 (乙) を誹謗したことが (挑発の挑発)、今度は、防衛者 (乙) が侵害者 (甲) を誹謗すること (侵害の挑発) に繋がった場合、二つの挑発の間に密接な時間的・場所的連関があり、防衛者の挑発が侵害者に対する相当の応答と見られるとき、防衛者に正当防衛権が認められる。後の侵害者の方が先に違法行為に出ているから、後の防衛者の挑発行為に正当防衛権を否定する効果を与えるべきでない⁽¹⁵⁸⁾。

(c) 防禦挑発

自招侵害から区別されるべきなのがいわゆる「防禦挑発 (Abwehrprovokation)」である。これは、後に防衛行為に出る者が正当防衛状況の発生を予期して、それに備え、他の温和な手段があるにもかかわらず、意識的に危険な防衛手段 (拳銃、短刀) を用意し、現実には正当防衛状況が生じたとき、他の防衛手段がないので、その危険な防衛手段を利用する場合である。例えば、甲は、毎日校庭で乙にいじめられ、殴られていたところ、翌日、難を逃れるには胡椒噴霧器で充分であるにもかかわらず、乙をガッツリやっつけて当然と考え、胡椒噴霧器は家に置いたままにして、銃器を携行した場合が問題となる。正当防衛者は意識的に「重装備」したことによって予期された侵害への過剰な防禦へと挑発されるのである。このような場合、「具体的な正当防衛状況が生じたことについて正当防衛者が非難されるいわれはないから、個人保護の利益も法確証の利益も完全な正当防衛権の承認されることを要求する」⁽¹⁵⁹⁾ という見解が見られる。たしかに、将来の侵害の程度が確実には予測できない場合には、意図的な「重装備」があっても、現実には用意していなかったより温和な手段で防衛できたとしても、なお「重装備」を用いた防衛は正当化されよう。しかし、将来の侵害をより温和な手段で防禦できることを本気で予期している者はこれを準備し、使用しなければならない。防衛者は防衛手段の義務違反選択をしたのであり、これが非難に値するのである。これは正当防衛権の制限の問題でなく、必要性判断の時点が事前におかれたに過ぎない。防衛者は危険の拡大を避けるべきであるから、逃避・回避、保護防禦、攻撃防禦の段階を踏むべきである⁽¹⁶⁰⁾。

注

- (113) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 55 ff.; *ders.*, (Fn. 16), 68 ff.; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 44; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 159. 163; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 84; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 18; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 64.

ドイツでは、一九七五年の刑法総則立法者は、一九六二年草案で削除された許容性 (Gebotenheit) を刑法第三二条第一項に復活させた。これにより、同条第二項の必要性 (Erfordernis) が社会倫理的理由から制限される実定法上の根拠が明確になった。その対象は子ども、精神病患者、侵害の軽微性及び自招侵害に及ぶ。BSG JZ 2000, 96 (97) 「専ら事実与件、特に、侵害の方法、強度に依存する防衛行為の必要性とは異なり、防衛の許容性は規範的及び社会倫理的考慮によって判断される」。社会倫理的理由からの正当防衛の制限をドイツ基本法第一〇三条第二項に違反するとして認めない見解として、*B. Koch*, *Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen*, ZStW 104 (1992), 785 ff.; *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 308; *Erb*, (Fn. 25), § 32 Rn 179 f.

オーストリアでは、社会法的不いし社会倫理的理由からの正当防衛権の限定を許す見解が一般的である。これに対して、刑法第三条第一項第二文の定める軽微防衛を別とすれば、法文に明文の規定がないこと、及び、ドイツの立法過程とは逆に、侵害者に思いやりの必要がある (*schonungsbedürftig*) とき、相当性の規準によって正当防衛行為を制限すべきとの刑法委員会の提案が政府草案には受け入れられなかったことを理由に、社会倫理的理由からの正当防衛権の限定を一切否定する見解もみられる。*Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 10.; *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 95 ff., 97; *Lewis*, (Fn. 25), § 3 Rn 113 ff. (レーヴィシュは「やむを得ない」の問題として解決する。§ 3 Rn 109 ff.)。しかし、本説に対しては、防衛行為が「已むを得ない」というのは法確証の必要性として規範的に捉えることができること、社会倫理的観点からの防衛行為の制限には、部分的であっても、実定法上の根拠もあるとの批判がなされる。*Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 86.

- (114) 責任無能力者による「侵害」に対する正当防衛認めず、緊急避難の問題だとするのが、*Otto*, (Fn. 49), § 8 Rn 20; *Frister*, (Fn. 22), 305 f.; *R. Haas*, *Notwehr und Nothilfe*, 1978, 236; *Hruschka*, (Fn. 25), 140 ff.; *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 17 ff. しかし、本説はドイツ刑法第三二条第一項「正当防衛によって許される行為を行つた者は違法に行為をしたことにならない」と矛盾するし、そもそもこういう侵害に正当防衛が許されないというのは、正当防衛の基本思想である自己保護からも問題がある。我が国では、宮本英脩『刑法学粹』一九三一年・二三九頁「一般違法行為能力者ノ違法類型的ナル故意又ハ過失ニ基ク行為ノミ獨リ違法ト謂フコトヲ得」、莊子邦雄『刑法総論』[新版]一九八一年・二三〇頁。

- (115) オーストリアにおける実定法の根拠は民法第二一条第一項の定める「未成年者及び未成年者のそれとは異なった理由から自己の用事の全部又は一部を自ら存分に配慮できない者」は、法律の特別の保護の下におかれるにある。*Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 66.; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 86; *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 44; *H. Steininger*, *Die Notwehr in der neueren Rechtsprechung des OGH*, ÖJZ 1980, 225 ff., 231.

- (116) BayObLG NStZ 1991, 433 (外国人への誹謗から防禦するために子どもに平手打ちをすることは許される)。

- (117) オーストリア高等法院は、退避の可能性があるとき、基本的にそれを利用し尽かさなければならぬ、なぜなら、それによって攻撃的防禦の必要性がなくなる、それどころか正当防衛の状況がなくなるからだとして示す (OGH JBl 1973, 273 u. 1976, 441; ÖJZ-LSK 1979/19 u. 21)。しかし、この一般的に退避義務を課する見解は適切でないと批判される。被侵害者は基本的には侵害から逃れる必要はないからである。侵害者が、被侵害者による防衛を恐れる必要がなく、被侵害者に退避を強制することができるというようなことはあってはならない。退避義務は一般的ではなく、正当防衛権の社

会倫理的限定として例外的にのみ認められるべきであると。Triffterer, (Fn. 30), 11. Kap Rn 85. vgl. Lewisch, (Fn. 25), § 3 Rn 113; Fuchs, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 46.

(118) Triffterer, (Fn. 30), 11. Kap Rn 88.; Steininger, (Fn. 30), § 3 Rn 68.

(119) Steininger, (Fn. 30), § 3 Rn 73; Fuchs, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 46.

(120) 東京地判平成八・三・一二判時一五九九・一四九（被害者は事件当時第一度酩酊に相当する状態にあったが、相当程度運動能力や平衡感覚が失われるほど酔っていたわけではなく、被告人も事件前日から当日にかけて相当量の酒を飲んでいた上、被告人は被害者の姿を認めた直後に被害者に切り掛かかれたため、被告人にとっても被害者の攻撃をよけることが容易であったとはいえ、現に切創を負っていることからすると、被害者による攻撃の危険性が高くなかったとはいえ、さらに、被告人が被害者から筋引包丁でなおも切り掛けられようとしている状況下では、被告人に、より危険度の低い反撃行為を期待することはできなかった。殺人について正当防衛成立）。

OGH EvBl 1987/158（自ら招いた酩酊は社会害悪であり、それ故、酩酊者に対する法秩序の確証への利益が著しく減退することはない）。オーストリア刑法第三五条（酩酊）「行為者が責任能力を阻却しない酩酊状態において行為したとき、このことは、これに因る責任能力の低下が、麻酔剤の飲用又は使用を理由とする状況次第で下される非難によっても埋め合わせられない場合に限り、減輕的なものとする」。Steininger, (Fn. 115), 231; Nowakowski, (Fn. 31), § 3 Rn 10.; Fuchs, (Fn. 25. Grundfragen), 16 f.; ders., (Fn. 25. Strafrecht), 17 Kap Rn 45; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 30), Z 11 Rn 19; Steininger, (Fn. 30), § 3 Rn 69; Lewisch, (Fn. 25), § 3 Rn 109 f. これに対して、トリフテラーは「責任能力を損なう酩酊に陥る者を、その酩酊が自ら招いたときでも、子どもや精神病患者と等しく扱う」。Triffterer, (Fn. 30), 11. Kap Rn 87. vgl. OGH, EvBl 1987, 158.

(121) Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 83; Steininger, (Fn. 15), 11. Kap Rn 34; ders., (Fn. 30), § 3 Rn 70.

(122) ドイツの関連裁判例に、①BGH NJW 1969, 802（妻は夫の暴力に対して傘の軸先で夫の頭部を思い切り何度も刺して殺害したという事案。連邦通常裁判所は、夫が武器を使用したわけでもなく、両者は「基本的には相互に敵意を抱く関係になかった」のだから、この防禦態様は必要でなかった、それ故、妻は、より温和な手段を用いれば、確実に危険を除去することができなくなる場合でも、致死の可能性のある防禦手段を採ることは許されないと説示した）。

②BGH NJW 1975, 62 f.（妻は侵害してくる夫の心臓を刃物で刺して殺害したという事案。連邦通常裁判所の説示によると、正当防衛状況は存在するが、妻の行為を正当化することはできない。なぜなら、「相互に敵意を抱いているもの同士が一緒に生活しているのでなく、選択された防衛が侵害者の死を意味しかねないとき」、「防禦行為の必要性」には高い規準が要請されるべきである。但し、「確実に効き目のある、しかし、致死の防衛手段を放棄するというのは軽い傷害の虞がある場合に対してのみ期待できることである）。

③BGH JZ 1984, 529 f.（妻は、既に暴力が振るわれていて喧嘩の最中に「夫に威嚇しながら」包丁を向けた。夫は何度も妻に向かってこう叫んだ、「お前なんかやれはしない。お前は俺をやっぱり好きなんだ」。夫はまたもや殴る構えをとった。それで、妻は包丁で突き刺し、夫の心臓に当たったという事案。連邦通常裁判所は正当防衛の成立を肯定した。軽い傷害の虞しかなかったとは確実に云えないし、他の如何なる手段が侵害を少なくとも高い蓋然性をもって終了させることができたのかははっきりしない）。

④BGH NSTZ-RR 2002, 203（夫によって間断なく虐待された妻が逃避と帰宅を繰り返した後ついに刃物で夫を殺害したという事案。連邦通常裁判所は、夫婦関係の領域における正当防衛の限界に固執されうるか否かを判断するには及ばない。というのは、妻は「好ましくない経験にもかかわらず」繰り返し夫のところに帰り、そのことで、さらなる虐待のきっかけを「自ら作った」のであるから、すでにそれだけでも自制せねばならなかったのだと）。参照、斉藤（注 15. 正当防衛権の根拠）二四八頁以下。

ロクスイーン（Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 97）によれば、①と②は自説に近いが、③は、夫が妻の愛

を信頼しているところからすると、夫婦間の絆はまだ壊れておらず、夫にそれ以上の重い侵害の予定はなかったようであるが、侵害の程度がはっきりしない、④は支持できない、というのは、夫に間断なく虐待されていたことからすると、正当防衛の限定というのは初めから問題とならず、妻が再三夫婦の家に戻ってきたということも正当防衛の限定の理由とはならない、家に戻るといのは妻の当たり前の権利であるし、違法な又は社会倫理的に非難に値する挑発でもない。

(123) *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 310.; *W. Gropp*, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2005, § 6 B Rn 87.; *Frister*, (Fn. 22), 308 f.; *Lewis*, (Fn. 25), § 3 Rn 111; *Fuchs*, (Fn. 25. *Strafrecht*), 17. Kap Rn 46.

(124) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 99.; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 203.

(125) BGH NJW 1980, 2263 (18歳の生徒が襲ってきた同級生を短刀で突き殺したという事案。連邦通常裁判所は、被害者が先生に状況を気づかせることをしなかったことは已むを得ず、「こういったしり込みする態度は期待できなかったし、屈辱的逃避となったことだろう」と説示した)。もっとも、本判例は行き過ぎである、つまり、正等防衛権は認められるが、侵害を先生の手を借りて阻止でき、法を守ることができるなら、粗暴な名誉観念のために人の生命を毀滅することは許されなかったと批判される。*Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 50.

(126) *Steininger*, (Fn. 115), 232.

(127) 参照、大判大三・九・二五刑録二〇・一六四八「不正ノ行為ニ因リ自ラ侵害ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テモイ乃ホ正当防衛ヲ行使スルコトヲ妨ケサル」。

(128) *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 74.

(129) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 71; *Erb*, (Fn. 25), § 32 Rn 234; *Rönnau/Hohn*, (Fn. 14), § 32 Rn 255; *Lenckner/Perron*, § 32 Rn 59. 齊藤(注14. 正当防衛権の根拠)二一〇頁。これに対して、*Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 348「非難可能な先行行為は違法である必要はないが、しかし、少なくとも社会倫理的に是認できないものでなければならない」。

BGH NJW 1962, 308 (家の所有者が、自分の家に入るのを力ずくで拒んだ侵害者に短刀で立ち向かったという事案で、家の所有者は、自分の家に入ろうとしたこと、力ずくでも入ると前もって伝えていたことによって、侵害を挑発したから、その正当防衛権は制限されたとした事案)。BGH NStZ-RR 2002, 203 (再三夫から殴られていた妻がその夫のところに戻ってきたとき、妻の正当防衛権は制限されたとした事案)は学説によって批判された。前者に関しては、*H. Schröder*, *Anmerkung zum BGH, Urteil v. 1.8.61*, JR 1962, 187 ff.; *A. Gutmann*, *Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtmißbrauch?*, NJW 1962, 286 ff.; *C. Roxin*, *Die provozierte Notwehrlage*, ZStW 75 (1963), 564 ff. 後者に関しては、*S. Walther*, *Anmerkung zum BGH, Urteil v. 18.4.2002*, JZ 2003, 52; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 59. これらの判例に対して、BGHSt 27, 336 m. Anm. *Kienapfel* JR 79, 72「被侵害者社会倫理的に是認されえないわけではない先行行為はその正当防衛権能を制限することができない」。BGHSt 48, 207 m. Anm. *Roxin*, JZ 2003, 966 u. Bespr. *Zaczyk*, JuS 2004, 750.

なお、学説には、挑発行為が適法であっても被挑発者の反応がもっともであると思われるとき、挑発者の正当防衛は制限されたとの見解が見られる。*Ch. Schöneborn*, *Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation*, NStZ 1981, 201 ff. これによれば、挑発行為によって被挑発者が、責任無能力や著しく責任が減少するほどではないが、当然報われるべき心理状態(honorierungswürdige Gemütslage)に陥ることが認識可能なとき、挑発者は被挑発者を配慮する必要がある。被挑発者の違法な侵害にもかかわらず、被挑発者とのある程度の連帯が要求されると。しかし、本説にはほとんど支持者が見られない。興奮状態を問題とするなら、挑発されないときでも問題とせざるを得ないことになるし、そうなると、正当防衛権能の存否が不安定になる。一般予防の見地からは、侵害が違法である限り、法確証を示す必要がある。自己答責の原則からは、法秩序は侵害者に挑発に乗らないように自制することを要求するのである。侵害者には刑の減軽で対応すれば足りる。*Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 79; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 237.

(130) Vgl. *Th. Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, 12 ff.; *B. Heinrich*,

Strafrecht AT, 3. Aufl., 2012, Rn 374 ff.

- (131) *J. Baumann, U. Weber u. W. Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn 38; *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 41; *Hassemer*, (Fn. 16), 243; *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 281 ff.; *H.-U. Paeffgen*, NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Vor § 32 Rn 146; *H. Matt*, Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht, NStZ 1993, 271 ff.; *J. Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, 111 ff., 302 ff.

なお、我が国では、岡田庄『刑法原論総論』一九三四年・二六七頁は挑発者に正当防衛を肯定する。旧刑法第三一四条但書「不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」として、挑発者に正当防衛を認めていなかったが、現行法にはこの規定がなく、このことは挑発者に正当防衛を認める趣旨であると。

- (132) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 66; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 347.
 (133) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 III 3 a; *Lenckner/Peron*, (Fn. 15), § 32 Rn 57; *U. Berz*, An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation, JuS 1984, 340.
 (134) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 67.
 (135) *R. Maurach, H. Zipf*, Strafrecht AT, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 26 Rn 43 ff.; *Wagner*, (Fn. 25), 71 f.; *A. Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983, 42.
 (136) *Th. Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, 129; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 233.
 (137) *K. Marxen*, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, 56 ff.
 (138) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 78.
 (139) *Ch. Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), 1 ff., 13 ff.; *Trifflerer*, 11. Kap Rn 92 ff. ノヴァコフスキーは原因において違法な行為の理論を意図的挑発の場合に限定して適用するが、その根拠として、オーストリア民法典第一二九五条の他人に損害を加える目的での権利行使の禁止 (Schikaneverbot) を挙げる。Nowakowski, (Fn. 31), § 3 Rn 28; ders., Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 57, 97. 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法協百周年記念論文集二巻』一九八三年・七五一頁以下。

なお、平野 (注 26) 二三五頁は、甲が乙と口論の末、一度家の外に出たが、謝って仲直りしようと思って再び家の中に入ったところ、乙が甲を殴打したという場合、乙の侵害がある程度は予想され、したがって、事前に避けようと思えば避けられた場合であっても、「急迫性」を失うわけではないが、「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り」、「急迫性」が否定される、これがいわゆる「原因において違法な行為」の法理であると論ずる。しかし、平野説はドイツ刑法学で一般に理解されている「原因において違法な行為の理論」とは異なっている。高橋 (注 15) 二七五頁も意図的挑発防衛の場合には積極的加害意思が認められるという理由で「急迫性」を否定する。林 (注 20) 一九九頁は、挑発者には高度の危険の引き受けがあり、その法益は要保護性を失い、「急迫性」要件を欠くと論ずる。しかし、「急迫性」の要件が挑発者の主観に左右されるところに問題がある。

- (140) 過失によって正当防衛を誘発した場合につき、原因において違法な行為の法形象を採用した判例に、BGH JZ 2001, 664 mit Anm. *Roxin* [甲は乙の膝を散弾銃で撃つつもりだったが、確実にその目的を達成するために、先ず、拳で打ちのめそうとした。乙は侵害を防禦し、終了させた。激怒した乙は棍棒を持って改めて甲を殺害しようとした。傷を負い意識朦朧とした甲は避けることができなかった。窮した甲は乙の胸を撃ったため、乙は死亡した。乙とは約 30 センチメートルの間隔しかなかったため、甲は自分の生命を守るために威嚇射撃をするとか、肩を撃つとかいったより温和な方法は採れなかったという事案] (連邦通常裁判所は甲が乙を殺害した行為については正当防衛を認めた。誘発者 (甲) がさもなくば被誘発者 (乙) の復讐行為によって殺されそうな場合、甲が乙を違法に誘発したことをもって正当防衛権を制限することはできない。しかし、同裁判所は甲の違法な先行行為、つまり、乙への最初の侵害行為に着目して過失致死罪の成立を認めた。違法な先行行為によって死の

結果を伴う争いの危険を誘発した者は、射殺行為に正当防衛が認められても、過失致死罪の成立を免れないと)。

(141) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 68, 74 u. 77; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 255. 齊藤 (注 15. 特別講義) 九八頁, 福田 (注 34) 一五六頁注 8。

(142) 違法な侵害についての確定的認識がある場合も意図ある場合と同様に扱われるべきである。*K. Kühl*, Die „Notwehrprovokation“, Jura 1991, 157.

挑発行為は違法でなければならぬとするのが, *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 65 「人には適法な行為だけが要求されるのであって, 如何なる心情から行為をしたかは法にとってはどうでもよいことであって, 正当防衛権もこれによって影響を受けない」。 *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 215; *G. Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, AT § 3 Rn 117. 挑発行為は違法である必要はなく, 社会倫理的には認できない場合でもよいとするのが, *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 347; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 55.

(143) BGH JZ 2001, 665 (行為者に正当防衛が認められないのは, 「防衛の意思を装うが, 実際には, 攻撃するつもりであることによって, 権利濫用の行為をする」からである)。

(144) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 65; *Gropp*, (Fn. 123), 6/92; *H.-J. Rudolphi*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Arm. Kaufmann-GS, 1989, 395; *Wagner*, (Fn. 25), 69 ff.; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 78. 齊藤 (注 15. 正当防衛権の根拠) 二〇九頁, 同 (注 15. 特別講義) 九六頁以下, 大塚 (注 34) 三八五頁, 内藤 (注 26) 三三六頁, 井田 (注 20) 二八八頁。参照, 山中 (注 15. 総論) 四八八頁。

川端 (注 15) 三四六頁も, 権利 (権限) 濫用説を主張するが, 挑発者に未必の故意がある場合も意図的挑発と同様に扱い, しかも, 「違法な挑発行為によって相手方の侵害行為を招いたときは, その侵害行為自体が正当防衛であるから, これに対して, さらに正当防衛をなし得ない」と主張するので, ドイツ刑法学で一般に説かれている権利濫用説とは異なる。

なお, 我が国では, **社会的相当説**も主張されている。大谷 (注 34) 二九二頁「防衛行為の時点において正当防衛の要件を満たしたとしても, その防衛行為が法確証の利益に反し社会的相当性を欠くものであるときは, 実質的に違法性を有するものであり, そのような行為を正当防衛として正当化すれば, かえって社会秩序を乱す結果となるから, 正当防衛行為が社会的相当性を欠く場合には, 正当防衛の要件をすべて満たしていても正当防衛の成立を認めるべきではない」, 福田 (注 25) 一五六頁注 8。本説は, 防衛行為が法確証行為とはいえないこと, しかも, 違法行為であることを指摘する点で, 実質的には権利濫用説と云ってよい。

(145) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 31 IV 1 mit Fn. 25, *H.-J. Hirsch*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Vor § 32 Rn 50 ff.; *Th. Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., 2008, § 32 Rn 25 f.; *Gropp*, (Fn. 123), § 6 Rn 32; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 13 Rn 454 ff. 團藤 (注 21) 二三八頁, 藤木 (注 34) 一七六頁。

(146) 齊藤 (注 15. 正当防衛権の根拠) 二一一頁。

(147) *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 347; *Roxin*, (Fn. 129), 570 ff. [旧説]。大塚 (注 34) 三八五頁, 大谷 (注 34) 二九三頁, 福田 (注 25) 一五七頁注六。

(148) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 65, 73 [改説]; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 215; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 59; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 559. 齊藤 (注 15. 特別講義) 九九頁以下。

(149) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 73; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 59; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 226; *U. Eisenberg*, Ableben von Neffen und Onkel, Jura 1989, 45 Fn. 53; *Trifflerer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 95; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 97; 大塚 (注 34) 三八五頁。

(150) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 69. 齊藤 (注 15. 正当防衛権の根拠) 二〇九頁。

(151) BGH NSTz 1988, 269 f. u. 450 f.; NSTz 1992, 327; BGHSt 42, 97 (100); BGH JZ 2001, 664 (665); NSTz 2002, 425 (427)。

(152) *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 348; BGHSt 24, 356 (359); BGH NSTz 1988, 269 f.; JZ 2001, 664 (665); BGHSt 24, 356 (359); 26, 145 (被被害者は些細な傷害を受忍しなければならない)。

(153) *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 348; BGH NStZ 1988, 269 f.; JZ 2001, 664 (665 f.). *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 70 (被害者は、危険な手段を用いて防衛をする前に、他人の助けをかりて侵害を免れることができる、あるいは、より温和な防禦ができる場合には、誘発者はその助けを求めねばならない)。BGHSt 42, 97 (100). 齊藤 (注 15. 特別講義) 九八頁以下。

(154) BGH StV 2006, 234 (235) m. Anm. *Roxin*.

(155) 従来、自招侵害について正当防衛を否定する論拠として、①最決昭和五二・七・二一 (積極的加害意思があれば急迫性が否定される) に依拠して、急迫性を検討する判例 (東京高判昭和六〇・六・二〇高刑集三八巻二号九九頁)、②積極的加害意思に依拠することなく直接的に急迫性と関連付けて検討する判例 (後掲福岡高判昭和六〇・七・八刑月一七・七=八・六三五、東京高判平成八・二・七東時四七・一〜一二・一四、仙台地判平成一八・一〇・二三判ター二三〇・三四八)、③侵害の不法性の存否の問題として検討する判例 (東京地判昭和六三・四・五判タ六六八・二二三) があった。

本決定の原審 (東京高判) 平成一八・一一・二九は、「被告人は、本件集積所で甲との間で言い争いを起こす中で、甲に対して第一暴行を加え、その直後、走って立ち去ったのであって、被告人から甲に対して挑発的な有形力行使したと認められる。また、甲に暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、甲が被告人の挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できる。実際、甲は、被告人から暴行を加えられたため、やられたらやり返すとの思いから、被告人を直ぐさま自転車で追い掛けて行き、約九〇メートル先で追いついて、第二暴行を加えており、甲の被告人に対する第二暴行は、被告人が甲に対して第一暴行を加えたことによって招いたものといわざるを得ない。加えて、第二暴行は、第一暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があり、第二暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手のよる一回限りの殴打に過ぎず、第一暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとまで言い難いものである。結局、甲による第二暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない。したがって、これに対応した被告人の本件特殊警棒による殴打行為について正当防衛は成立しない」と説示して、甲の行為の「急迫性」を否定している。

なお、ほぼ同旨、福岡高判昭和六〇・七・八刑月一七・七=八・六三五 (被告人は、自宅で甲の右胸部を手拳で殴打し、同部に膝蹴りを加えた。甲は逃げ帰ったが、憤懣やるかたなく、被告人に謝罪させるため、同人方へ引き返し、「開けろ」と怒鳴りながら、施錠されていた玄関戸を五分余にわたってさかんに足蹴にしていたところ、被告人は玄関脇の風呂場の窓から甲の様子を窺い、甲が包丁を手に行っていることに気づいたが、甲が右以上の行為に及ぶ気配はないことを認識しながらも、その窓を開けていきなり竹棒を突き出し、甲の左前頭部に加療約一〇日間の傷害を負わせたという事案)「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想される態様及び程度にとどまるものであって、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とともに、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から、これをもって防衛のための已むを得ない行為 (防衛行為) にあたるとすることもできないと解するのが相当である」。

参照、明照博章「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相 松山大学法学部二十周年記念論文集』二〇一〇年・三五五頁以下、同「正当防衛における『自招侵害』の処理 (3)」松山法学論集第二巻三号 (二〇〇九年) 一〇一頁以下、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル・一九九 (二〇〇九年) 四六頁、吉田宣之「『自招防衛』と正当防衛の制限—最高裁判所平成二〇年五月二〇日第二小法廷 (本誌二〇二四号) 一五九頁) を素材にして」判時二〇二五号 (二〇〇九年) 一三頁。

(156) BGHSt 26, 256 ff. (ドイツ連邦通常裁判所は、傷害致死罪の成立を認めた地方裁判所判決を、「誘発された侵害に対する防禦時の自制義務」の時間的限界を見過したとして破棄差戻した。自制義務

には時間的限定がある。乙の比較的温和な防禦が持続的效果を有しないとき、侵害者をいたわる義務は「いわば使い尽くされている」。正当防衛権は再生し、しかも、誘発に基づく何等の限定も付かない。

(157) *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 562.

(158) *Roxin*, (Fn. 16), 91; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 559; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 262; BGH Beschl. v. 4.8.2010 - 2 StR 118/10; Beschl. v. 11.8.2010 - 1 StR 35/10.

(159) *Herzog*, (Fn. 60), § 32 Rn 119; BGH StV 2006, 234 m. Anm. *Roxin*.

(160) *G. Küpper*, Die „Abwehrprovokation“, JA 2001, 438 ff.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 82; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 61b; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 564.