

タイトル	交通トラブルの際に被害者に大声で文句を言って口論となり、被害者を暴力団関係者と誤信し逃げようとして、被害者から肩をつかまれた状態で自動車を発進させ負傷させた場合について、正当防衛、過剰防衛及び誤想過剰防衛の成立を認めなかった事例
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，51(1)：153-167
発行日	2015-06-30

〈判例研究〉 交通トラブルの際に被害者に大声で文句を言って口論となり、被害者を暴力団関係者と誤信し逃げようとして、被害者から肩をつかまれた状態で自動車を発進させ負傷させた場合について、正当防衛、過剰防衛及び誤想過剰防衛の成立を認めなかった事例

神戸地裁平成二六年二月一六日判決

(平成二六年(わ)第四五九号…傷害被告事件)
(判例集未登載)

神 元 隆 賢

【事実の概要】

被告人は、普通乗用車を運転してパチンコ店の前の道路付近を通りかかった際、対向直進してきたA運転の自動車が右

折してパチンコ店に入り、被告人はA車が被告人車とぶつかりそうになったなどとして腹を立て、A車を追ってパチンコ店に入り、同店駐車場内通路でA車を追い抜いてその右前方に被告人車を止め、A車を停止させた。被告人は即座に被告

人車を降りてA車の運転席側に行き、「危ないやないか。」などと大声で言ったところ、AもA車から降りてきてその場で口論となった。口論の最中、被告人は、Aの言動や着ていた作業着の刺繍から、Aが暴力団関係者ではないかと考え、逃げたほうがよいと思い、「もうええわ。」などと言いながら被告人車の方に戻り、運転席に乗り込んで被告人車を発進させようとした。しかし、Aは被告人の後を追いかけて被告人車の運転席側に行き、ドアが開いた状態で運転席に座った被告人の襟首や胸ぐらをつかみ、激しく揺さぶったり、エンジンキーの取り合いになるなどし、被告人はAに対し恐怖心を抱き、「ごめん、ごめん」と言うなどしていた。また、この頃、パチンコ店にてAと待ち合わせをしていたAの友人Bが携帯電話を持って被告人車の方にやって来たところ、被告人は、Aらの言動からA・Bが知人同士であることが分かったうえ、実際にそうであったか否かはともかく、A・B両名が携帯電話でさらに仲間を呼ぼうとしていたと思われる状況に至った。Aは、自己の上半身が被告人車内に入った状態で被告人の首の後ろから左腕を回してその左肩、襟の辺りをつかんだところ、被告人はその場から逃走しようと考え、別の車を避けて被告人車を後退させてから発進させ、A及び被告人車の

すぐ近くにいたBを転倒させて、Aに加療約一か月間を要する右母趾種子骨骨折等の傷害を、Bに加療約三週間を要する腰背部打撲等の傷害をそれぞれ負わせた。

以上の事案につき、弁護士は、被告人の行為は過剰防衛又は誤想過剰防衛（急迫不正の侵害がないにあると思った場合）に該当するなどと主張した。

【判旨】

有罪（懲役一年二月執行猶予三年）。

「被告人はAから襟首や胸ぐらをつかまれ激しく揺さぶられるなどし、更には仲間を呼ばれば拉致されたり袋だたきにされたりするかもしれないと考え、その場から逃走するために本件犯行に及んだと認められるが、被告人がそのような事態に陥った原因は、Aの運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチンコ店に入ったA車をわざわざ追いかけて停止させた上、自車を降りてA車の運転席付近まで行き大声で文句を言ったことによるものである。この点、前記認定のように、被告人が胸ぐらをつかむなど被告人の方から先にAに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手の

つかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Aの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず、被告人においてAに対する正当防衛をなし得る立場になかったことは明らかである。

Aが仲間を呼ぼうとしていたと思っていた点をもって、新たな攻撃があると誤信したとみる余地があるかについて、A自身、暴力団を名乗った訳でもなく、犯罪組織の関係者であることをうかがわせる客観的事情はない。住宅街にある営業中のパチンコ店の敷地内での事件であり、当時はまだ明るい時間帯で、何人もが被告人とAらの様子を見ている状況であったというのであり、このような状況は被告人にも容易に認識できたと認められる。そうすると、Aの仲間がただちに駆けつけ、その指示どおりに被告人を袋だたきにする等の現実的・具体的な危険性は高くなかった上、電話で仲間を呼び出そうとしている段階では未だ被告人の生命・身体に対する法益侵害が現在するとか、間近に押し迫っているとも認め難いのであるから、このことから直ちに通常予想できる範囲を超える新たな攻撃があったなどとは認め難い。（なお、被告人は、Aから『刺したる。』と言われたとも述べるが、Aが実際に刃物を取り出したなどとはうかがわれず、生命・身体へ

の侵害が切迫した状況はなかったと認められる。）。

そして、Bに至っては、被告人に何らの暴行も加えておらず、被告人もAとBの二人がかりで攻撃されると思つたとは述べていない。またAがBと共謀して暴行を加えたと見る余地もなく、このことは被告人も分かっていたと認められる。

結局のところ、被害者二名の関係で、被告人に急迫不正の侵害があったとか、合理的根拠に基づいてそのような侵害があると誤信したとは認められず、被告人に正当防衛はもちろん、過剰防衛や誤想過剰防衛が成立する余地はない。」

【評釈】

一 本件事案では、第一に被告人がA車を停止させてAに大声で文句を言う行為、第二に被害者が被告人の襟首や胸ぐら、左肩等を掴むなどする行為、第三に被告人が自動車を発進させAらを転倒させ負傷させる行為という、三つの行為が存在している。これは、防衛行為者が挑発するなどして自ら不正の侵害を招き（自招行為）、これに乗った被害者から攻撃される（攻撃行為）ことで正当防衛の状況を作り出し、これへの反撃として被害者を攻撃する（防衛行為）、いわゆる自招侵害（または自招防衛）に当たり、このような場合において防衛行

為者について正当防衛や過剰防衛を認めうるかが問題となる。大判大正三年九月二五日刑録二〇輯一六四八頁は、「刑法三十六条ノ規定ニ依レハ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仍ホ正当防衛權ヲ行使スルコトヲ妨ケサル」と判示し、自招行為があつたとしても正当防衛は成立しうるとの立場を採る。もつとも、自招防衛について一律に正当防衛の成立を肯定するのは妥当ではなく、正当防衛の成否の判断基準とその理論的根拠は問題となる。近年の判例は、以下のように、正当防衛の急迫性の要件を否定する要素として「積極的加害意思」を挙げ、この有無により正当防衛の成否を判断する傾向にある。

①最決昭和五二年七月二二日刑集三一巻四号七四七頁は、中核派に属する被告人らが、かねて対立関係にあつた革マル派などの学生らの生命、身体に害を加える目的で凶器を持って集合し、押しかけてきた革マル派などの者一〇数名を減多打ちにするなどして撃退後、反撃に備えてバリケードを築き、再び押しつけてきた革マル派の者達をバリケード越しに応戦した事案について、この応戦が正当防衛にあたるかが争われたところ、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、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と解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、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」として、「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」すなわち積極的加害意思が防衛行為者にある場合には急迫性が否定されたとした。

この①決定は喧嘩闘争と正当防衛の問題として理解されることが多いが、正当防衛の成否が争われた被告人のバリケード越しの応戦という防衛行為に限って見れば、これは凶器準備集合のうえ被害者を減多打ちにした被告人らの自招行為に端を発するものであるから、自招侵害の問題と見ることも可能である。そのようにして見ると、①決定は、自招行為に続く被害者の攻撃行為（侵害）が予期され、かつ防衛行為者に積極的加害意思がある場合には、防衛行為は急迫性を欠くから正当防衛にならないと判示したものと理解しうる。積極的

加害意思は被告人の主観的要素であるから、①決定が言うような急迫性の要素ではなく、むしろ防衛の意思の要素であつて、積極的加害意思（攻撃の意思）があるならば防衛の意思は併存しえず否定され、従つて正当防衛も成立しないとする余地もある。実際に、「憤激」により反撃した事案について防衛の意思を否定した判例もかつては見られた。^①しかし、その後の判例は立場を転じ、防衛の意思としては、自らの行為が防衛に向けられていることの認識、いわゆる防衛の認識があれば十分で、攻撃の意思が併存していたとしても防衛の意思は認めうるとする。^②①決定もこれを踏まえて、積極的加害意思は防衛の意思ではなく急迫性の要素であると解したのである。さらに①決定は「機会を利用」する意思を問題としているから、急迫性を決定づける「予期」の判断基準時は自招行為時となると解されよう。

②最決平成二〇年五月二〇日刑集六二巻六号一七八六頁は、被告人が路上で言い争ひとなつた被害者を殴打して立ち去つたところ、被害者が被告人を追いかけて被告人を殴打したこと、特殊警棒で被害者を殴打し負傷させた事案について、原判決が被害者の報復を「十分予期していた」ことなどから正当防衛の急迫性を否定したのに対し、「被告人は、被

害者から攻撃されるに先立ち、被害者に対して暴行を加えているのであつて、被害者の攻撃は、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、一体の事態といふことができ、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、被害者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ふべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判決は、結論において正当である。」と判示した。

②決定もまた、言い争ひから被害者を殴打した点を自招行為、その後被告人が殴打された点を攻撃行為、特殊警棒で被害者を殴打した点を防衛行為として、自招侵害の問題にかかる決定と見ることができ。もつとも、①決定は、最初から防衛行為に至る経過を予期して自招行為に出た、「機会を利用し」た場合について積極的加害意思ありとし、急迫性を否定したが、②決定は、「機会を利用し」とした、自招行為時における被告人の計画性を認定していない。これにつき、被告人は一回目の殴打の直後に立ち去っているから「被害者に対する加害を意図して積極的に準備し、攻撃した」と

というような認識が存在していたとは言い難く、まして、そのような事態の推移を見越して被害者を挑発したと評価することもできないから、最高裁が、積極的加害意思の存在を肯定して急迫性を否定した原判決を改めたのは正当であったとの指摘もある。⁽³⁾ いずれにせよ、②決定は、被告人の主観的な積極的加害意思を理由に急迫性ひいては正当防衛の成立を否定したのではなく、客観的に自招侵害であること自体を理由に正当防衛の成立を否定したのであって、正当防衛の要件のいずれを欠いているかを明確には示していない。これにつき、被告人は自招行為時において認識していなかったものの、「一連、一体の事態」という客観的な事情を理由に急迫性を欠くとすべきではなかったかとの主張もある。⁽⁴⁾ これは客観的な自招侵害性と言えようが、仮にこのような主張に拠ったならば、主観的な自招侵害性と言うべき積極的加害意思の有無を、急迫性の判断において問題とする必要はないことになる。もっとも、②決定の事案では、「被害者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」ことに加え、被害者も「一回やられて一回やり返したからそれで終わり」だと考えていたと供述している。これに鑑み、被害者がさらに被告人を殴打する可能性は客観的に低かったとして、自招侵害性から離

れて防衛行為時の急迫性を単純に否定するか、あるいはそのような客観的判断が不可能であったならば過剰防衛を認める余地もあったように思われる。

③東京高判平成二十一年一〇月八日東高刑報六〇卷一四二頁は、引きこもり状態にあった被告人が、実母及び実母の再婚相手であった被害者の援助の下にアパートで一人暮らしを始め、トラブルを起こして退去せざるを得なくなつて実母を訪ねた際、面会を阻もうとした被害者から暴行を受けたものの実母から援助を受けることができたが、実母も被告人と距離を取ろうとし、被告人は実母から経済的援助を求めようと実母と被害者の住むマンション出入口前に居座り、その際被害者が被告人に帰るよう強く促したもののこれに応じず、被害者から暴行を受けたことから、被害者を携帯していた果物ナイフで突き刺し負傷させた事案について、上記の経緯から、被告人が実母に会うことに固執すれば被害者が暴行を加えてくることを被告人は予期していたものと推定できるとしたうえで、「単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、

実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない。……被告人は、被害者の暴行の高い可能性を予期し、かつ、被害者や実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ容易に被害者の暴行を避けることができたにもかかわらず（なお、被告人が当時三四歳の成人男性であることを踏まえて上記のような経緯をみれば、本件当時被害者や実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点で、少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである。）、被害者の暴行があれば準備した本件果物ナイフを用いて反撃する意思で、本件マンションを訪れ、予想された範囲・程度にとどまる被害者の暴行を受け、本件果物ナイフで上記のような刺突行為に及んだ、というのであって、本件においては到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない。」と判示した。

この事案では、被告人は、実母を訪ねたならば被害者から

暴行を受けるであろうことを予想していたにもかかわらず、取えて果物ナイフを携帯して実母を訪ね、暴行してきた被害者を果物ナイフにより負傷させたのであるから、実母を訪ねてマンション出入り口に居座るという行為を挑発、自招行為と見て、自招侵害の事案に含めることができよう。そして③判決は、被告人が「侵害があれば反撃する意思」を有し、かつ被害者の攻撃行為が「事前の予想の範囲・程度」を大きく超えたならば、急迫不正の侵害であるから、これに対する正当防衛をなしうるが、そうでなければ急迫不正の侵害があったとは言えないと判示している。この「侵害があれば反撃する意思」が積極的加害意思を意味するかは不明であるが、③判決は、そもそも被告人には実母に強引に面会を求める正当な利益がなく、マンションから立ち去る義務さえあったとするのであるから、仮に「侵害があれば反撃する意思」がなかったとしても、客観的な自招侵害性を認めて正当防衛の成立を否定していた可能性はあろう。

④大阪地判平成二三年七月二二日判タ一三五九号二五一頁は、被告人による器物損壊等の挑発行為に対し、被害者が被告人を複数回殴打して奥歯を折る等の攻撃行為をし、揉み合いとなって被告人が被害者を背後から制止しようとして、認

識せず被害者の首を締めて死亡させた事案について、「物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、被害者の行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。……被告人が本件事件当時、被害者に対して積極的に危害を加える意思を有していたとは認められない。……被告人は、急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために……行為に及んだものといえる。……被告人に被害者の首を締めているという認識があつたと認定することはできず、被告人は被害者の首の辺りを腕で押さえ込み、被害者の動きを封じようとする認識にとどまっていたという……被告人の認識上、被告人が被害者に対してした行為は、被害者の攻撃から身を守る防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有するものと認められる。そうすると、被告人は、防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその限度を超えたものであり、防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたのであるから、被告人の行為は誤想防衛に当たり、被告人に対し、被害者に対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできない。」として、被告人を無罪とした。

④判決は、被告人の積極的加害意思を否定したうえで、「被害

害者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はない」こと等を根拠に正当防衛を否定した②決定とは逆に、攻撃行為が自招行為を「大きく超えている」ことを根拠に、客観的には正当防衛に当たると解したものと思われる。ここにおいて、自招行為と攻撃行為を比べて後者が著しい場合には、正当防衛が成立しうるとの立場が判例上改めて確認されたと見えよう。④判決では誤想防衛により無罪とされているが、理論的には故意の阻却を認めたとしても、さらに過失致死罪ないし重過失致死罪の成否は問題となりうる。「被告人の認識上、被告人が被害者に対してした行為は、……相当性を有するものと認められる」というのであるから、本件事案において、首を締めるという行為が客観的に相当性を欠いていることは疑いない。被告人の誤想防衛は、急迫不正の侵害の有無に関する誤信ではなく、防衛行為の程度の相当性に関する誤信であるから、暴行罪ないし傷害罪の限度で故意を阻却したとしても、相当性を上回る死の結果については過失責任を問う余地があつた。④判決は過失犯の成否について一切言及していないが、これについては、訴因変更の問題に起因する、あるいは被告人が被害者からの攻撃行為を阻止する際の心理的動揺を根拠に注意義務違反を構成しないと解する余

地があるとの指摘がある⁽⁵⁾。

二 本判決は、被告人が交通トラブルでAを追いかけて文句を言ったことについて、「交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Aの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず」としており、積極的加害意思があるとはしなかったものの、客観的な自招侵害性を肯定して「正当防衛をなし得る立場になかった」とした。以上から、本判決は、②決定と同様、客観的な自招侵害性を根拠に正当防衛の成立を否定し、正当防衛の要件のいずれを欠いているのかを明確に示さない立場を採ったものと思われる。

さらに本判決は、「未だ被告人の生命・身体に対する法益侵害が現在するとか、間近に押し迫っているとも認め難いのであるから、このことから直ちに通常予想できる範囲を超える新たな攻撃があったなどとは認め難い。(……生命・身体への侵害が切迫した状況はなかったと認められる。)」とするが、被告人は肩を掴まれることにより、要保護性がないとはいえ身体法益を侵害されているから、ここで問題となる急迫

性は、「通常予想できる範囲を超える新たな攻撃」についてのものであろう。すなわち、本判決は、客観的な自招侵害性がある場合について、「通常予想できる範囲」の攻撃行為に対する正当防衛を否定するが、「通常予想できる範囲を超える新たな攻撃」に限っては、正当防衛、あるいはその場合の防衛行為が過剰であれば過剰防衛を認める余地があるところ、しかし本件事案では、結局は防衛行為時において「通常予想できる範囲を超える新たな攻撃」にかかる急迫性を欠いているから、正当防衛も過剰防衛も成立しないと解したのではない。そうであるならば、本判決は、自招侵害について基本的には②決定と同じ立場を採り、さらに「通常予想できる範囲を超える新たな攻撃」を超える攻撃行為に対しては、正当防衛や過剰防衛を認める余地があることを示した点に特徴があると言えよう。

また、本判決は、「急迫不正の侵害があったとか、合理的根拠に基づいてそのような侵害があると誤信したとは認められ」ないと判示して、誤想過剰防衛の成立を否定している。Aが被告人の左肩を掴んだ行為に対しては、被告人の自招侵害性を根拠に正当防衛の成立が否定されるから、誤想過剰防衛が問題となりうるAらの攻撃行為は、「通常予想できる範

囲を超える新たな攻撃」に該当する、Aらが仲間を呼んで被告人を袋だたきにしたり、刃物を取り出して刺すなどの行為に限定される。しかし本判決は、これらの具体的・現実的危険は差し迫っておらず、急迫性を欠くとする。

急迫不正の侵害がないのにあると誤信して過剰防衛に出た場合が誤想過剰防衛であるが、従来の通説は、誤信による防衛行為が相当性を超えていることを認識していた場合には、故意犯の成立を認めて過剰防衛により第三六条第二項を適用して刑を減免し、これに対し認識していなかった場合には、急迫不正の侵害の誤信と相当性の誤信が重なった誤想過剰防衛として故意ないし責任を阻却するというように、相当性の誤信の有無によりその処理を区別している（二分説）⁽⁶⁾。本判決は相当性の誤信について言及していないが、袋だたきにされたり刃物で刺されるとの攻撃行為に対してであれば、車を発進させてAらを転倒させる防衛行為は相当性があるように思われる。すなわち、本件では被告人自身に防衛行為が相当性を超えている認識はなかったと見る余地がある。

もっとも、被告人が急迫不正の侵害について誤信していたのか、それともこれについての誤信自体がなかったのかは問題となりうる。前者であれば、本判決は、誤想防衛・誤想過

剰防衛について本判決に言う「合理的根拠」、すなわち相当な理由に基づく誤信を要求し、これが肯定されるのであれば責任を阻却する、違法性阻却事由の錯誤に関する嚴格責任説の主張⁽⁷⁾に繋がりがうる。しかし、本判決は「何人かが被告人とAらの様子を見ている状況であったというのであり、このような状況は被告人にも容易に認識できた」として、「合理的根拠に基づいてそのような侵害があると誤信したとは認められ」とない結論づけている。このことから、本判決は、被告人が、袋だたきにあつたり刃物で刺される等の「通常予想できる範囲を超える新たな攻撃」が差し迫っていないという事実についてそもそも誤信しておらず、従って誤想過剰防衛の成立を否定した、いうならば急迫不正の侵害の誤信も相当性の誤信もなかった事実と解したように思われる。

三 なお、自招侵害が正当防衛とならない理論的根拠について、学説上は非常に錯綜している。主立った学説は以下の通りである。

第一説（権限濫用説）は、自招侵害には違法性阻却事由の実質的根拠である法確証の利益がなく、正当防衛権の濫用であるから正当防衛が成立しないとする⁽⁸⁾。本説に対しては、そ

そもそも法確証の利益を独立の法益として認めて正当防衛の根拠とすることに疑問がある⁹⁾、権利濫用理論の概念は本来私法における曖昧な一般条項で、刑法解釈において直接適用するのは危険である¹⁰⁾、などの批判がある。

第二説（自招行為・防衛行為が一体説）は、自招行為と防衛行為を一体として考え、自招行為は防衛行為の実行の着手であるから、自招行為が違法であれば全体として違法となる¹¹⁾とする。本説に対しては、自招行為に応じる相手方が必ず攻撃するとは限らず、他人の規範的障害のある行為が介在しているのであるから、自招行為を即座に防衛行為の実行の着手と認めることはできないとの批判がある¹²⁾。

第三説（原因において違法な行為）の理論）は、自招侵害を「原因において自由な行為」と同様に考え、原因行為に当たる自招行為が違法であるから、その結果として適法な防衛行為を経て被害者の法益侵害を惹起したことに對し、故意・過失の責任を問うことができる¹³⁾とする。本説に対しては、もともと防衛行為とその結果が適法であるにも関わらず、なぜ原因行為が違法であれば、適法であるはずの結果が同時に既遂の違法性を基礎づけることになるのか疑問である¹⁴⁾、防衛行為が自招行為を前提とする以上、二つの行為を切り離して違

法性を評価することは許されない¹⁵⁾、などの批判がある。

第四説（社会的相当性説）は、防衛行為が社会的相当性を欠く場合は違法性阻却を認めるべきではないという前提に立ち、自招侵害は一般的に社会的相当性を欠くと言える場合があるとする。もつとも、挑発行為が過失によるなど、社会的相当性の枠を逸脱するものではないような場合には、社会的相当性を有することもあるとする¹⁶⁾。本説に対しては、そもそも正当防衛に社会的相当性の要件を加えるべきではないとの批判がある¹⁷⁾。

第五説（侵害回避義務論）は、不正の侵害者の法益であっても、それを可能な限り保護することが望ましいとの前提に立ち、被侵害者には、正当な利益を犠牲にしない限度において、侵害の事前回避が義務づけられており、事前に回避すべき状況にもかかわらず、回避されずに現実化した不正の侵害は、もはや私人の実力行使を正当化するような状況とは言えないから、正当防衛の成立が排除されるべきとする¹⁸⁾。そのうえで、自招行為（挑発行為）がなければ侵害を回避できた以上、自招行為について正当な利益が認められる場合を除いて、自招行為に出ることを差し控えて、侵害を事前に回避することが義務づけられるから、これに違反して自招行為に出たな

らば急迫性が失われるとする。⁽¹⁹⁾③判決は、「正当な利益」や「マ
ンションから立ち去る義務」等を指摘しているから、あるいは
侵害回避義務論を採用したと見る余地もあるかもしれない。
い。もつとも、本判決のように、「通常予想できる範囲を超える
新たな攻撃」を超える攻撃行為に対して正当防衛や過剰防
衛を認める前提に立つならば、自招行為に出たことをもって
攻撃行為の急迫性をすべて否定すべきではないようにも思わ
れるし、③判決も「事前の予想の範囲・程度」を問題として
いる。

第六説（要保護性喪失説）は、自招行為によって自ら進ん
で自己の法益を危険にさらした場合、その法益は要保護性を
失うから、防衛行為時において急迫性の要件を充足しないと
する。⁽²⁰⁾肩を掴まれる等のAの暴行による被告人の身体法益の
侵害は、自招侵害性が肯定されることにより、「通常予想でき
る範囲内」の限りにおいて、被告人の身体法益の要保護性が
低下すると解しうるから、自招侵害性を問題とする②決定や
本判決の立場とはほぼ一致する。もつとも、何故自招行為が法
益の要保護性を喪失させるかの理論的根拠は必要であろう。
これにつき、林教授は「行為者に（高度の）危険の引受があ
る」⁽²¹⁾点を挙げるが、一方、危険の引受では被害者の同意と同

様に構成要件該当性が否定されるとも主張されている。⁽²²⁾被害
者の攻撃行為が「通常予想できる範囲内」であれば構成要件
に該当せず、従って自招行為者の防衛行為は急迫不正の侵害
に対するものではないから違法性が阻却されないと解するの
は妥当かもしれない。しかし、被害者の同意であれば、同意
の内容が少なくとも同意を受けた行為者にとっては明確であ
るから、法益侵害が同意内容からわずかに外れた場合であつ
ても構成要件該当性を認めることには抵抗が少ないが、自招
侵害では、自招行為者が、自招行為によってどの程度の危険
を引き受けることになるのかを明確には認識していない場合
が多いかと思われる。そのような場合にも「通常予想できる
範囲」をわずかであつても超えるか否かで、構成要件該当性
の有無という二者択一の重大な判断をして良いのかは疑問が
残る。自招侵害では攻撃行為が「通常予想できる範囲内」を
超えることは容易に起こりうるが、その「範囲」は被害者の
同意と異なり必ずしも明確なものとは言い難い。結局は攻撃
行為の程度の問題である以上、自招侵害における要保護性喪
失は、構成要件該当性ではなくむしろ違法性の段階で判断す
べきではないかと思われる。さらに林教授は、被害者に同意
があり、行為者がそれを認識せずに同意の内容を實現した場

合に、構成要件該当性は阻却されるが未遂犯の成立を認める余地があるとされるが、自招侵害に置き換えるならば、被害者の攻撃行為は修正された構成要件に該当する未遂犯として違法性、責任を有する、まさに急迫不正の侵害ということになってしまふ。被害者の同意と危険の引受に加えて、自招侵害をも同一線上において論ずるのは容易でないように思われる。

四 この問題については、あるいは、自傷行為の理論と共犯の理論を併せて用いることで、解決を図ることができるかもしれない。自招行為者は自招行為に出ることで、被害者に対し「自招行為者への攻撃」を故意ないし過失⁽²⁴⁾によって教唆したと言える。これは、不可罰である自傷行為への関与として、あるいは第二〇二条に相当する規定を持たない同意傷害への関与として、やはり不可罰であると解しうる⁽²⁵⁾。近年の多数説は、第二〇二条が同意殺人を処罰する点や生命の重要性に鑑み、生命に危険を与える態様の重大な傷害については同意が無効であるとするから、これへの関与もまた違法性を生ずるが、「重大でない」傷害への関与であれば違法性を欠き不可罰であると解しうる。従って、いずれにせよ自招行為者は傷害

罪等の教唆犯に問われない。そして、自招(傷)行為者に教唆された被害者による、教唆行為から「通常予想できる範囲」を超える攻撃行為は、不可罰である自傷行為への関与であるから、あるいは自招行為者の法益の要保護性が利益欠缺の原則により消滅し違法性を欠くから、やはり不可罰となる。しかし、「通常予想できる範囲」を超える攻撃行為は、共犯の過剰として違法となり、自招行為者はこれに対する正当防衛をなしうると解するのである。これによれば、本件においても、被告人は、自招行為によって左肩を掴まれる程度を含む被告人に対する攻撃行為をAらに故意ないし過失により教唆し、Aはこれにより被告人の左肩を掴む攻撃行為に出て暴行罪の構成要件に該当するものの違法性は阻却され、従って被告人にとって急迫不正の侵害に該当しないから、これへの防衛行為に出た被告人は傷害罪の罪責に問われ、正当防衛、過剰防衛、誤想過剰防衛はいずれも成立しないことになる。

(1) 最決昭和三十三年二月二十四日刑集一二巻二九七頁。

(2) 最判昭和四十六年十一月十六日刑集二五巻八号九六頁、最判昭和五〇年一月二十八日刑集二九巻一〇号九八三頁、東京高判平成十四年六月四日判時一八二五号一五三頁など。

- (3) 照沼亮介「正当防衛と自招侵害」 刑事法ジャーナル一六号(二〇〇九年)一八頁。
- (4) 林幹人「自ら招いた正当防衛」 刑事法ジャーナル一九号(二〇〇九年)五〇頁。
- (5) 穴沢大輔「自己の違法な行為後に実弟から暴行を加えられた被告人が、実弟の背後から腕を首に回して締め付けて窒息死させたという傷害致死の事案において、被告人には防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識が欠けていたとして、誤想防衛の成立が認められ、無罪が言い渡された事例」 刑事法ジャーナル三三三号(二〇一二年)九九頁。
- (6) 福田平『刑法総論』(全訂第五版・二〇一一年)二一七頁注五、大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版・二〇〇八年)三九六頁、高橋則夫『刑法総論』(第二版・二〇一三年)二九五頁。大谷實『刑法講義総論』(新版第四版・二〇一二年)二九三頁は反対。
- (7) 大谷・前掲書三三九頁。
- (8) 大塚・前掲書三八五頁、川端博『刑法総論講義』(第三版・二〇一三年)三六二頁、高橋・前掲書二八四頁、山中敬一『刑法総論』(第二版・二〇〇八年)四八八頁。
- (9) 林『刑法総論』(第二版・二〇〇八年)一九八頁。
- (10) 前田雅英『刑法総論講義』(第五版・二〇一一年)三六八頁注一四(ただし、同『刑法総論講義』(第六版・二〇一五年)二五八頁ではこの記述が削除されている)、木村光江『刑法』(第三版・二〇一〇年)一二五頁。
- (11) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(改訂・一九四七年)九六頁、木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論』(増補版・一九七八年)二五六頁。
- (12) 山中・前掲書四八八頁。
- (13) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二三五頁、山口厚『刑法総論』(第二版・二〇〇七年)一三二頁。
- (14) 前田・前掲書(第五版)三六八頁注一五(ただし、同第六版二五八頁ではこの記述が削除されている)、山中・前掲書四八七頁。
- (15) 大谷・前掲書二八七頁、川端・前掲書三六二頁。
- (16) 福田・前掲書一六四頁、大谷・前掲書二八六頁。
- (17) 山中・前掲書四八六頁。
- (18) 橋爪隆「正当防衛論の最近の動向」 刑事法ジャーナル一六号(二〇〇九年)五頁。
- (19) 橋爪・前掲論文八頁。
- (20) 林・総論一九九頁、井田良『講義刑法学・総論』(二〇〇八年)二八八頁。
- (21) 林・総論一九九頁。
- (22) 林・総論一七五頁。
- (23) 林・総論一六一頁。
- (24) 正犯者の過失行為を過失により教唆ないし幫助した場合に、過失による共犯の成立を認めて処罰してよいかは学説上の議論がある。不可罰説の論者は、誤って範囲を生ぜしめた場合に故意の正犯と同じ法定刑の範囲で処罰する必要はない

(前田・前掲書(第六版)三七二頁注二)、第三八条第一項は過失犯を処罰する際に特別の規定を要するとしているところ、共犯規定の中には過失犯を処罰する旨の特別規定がとくに置かれていない(平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)三九三頁、大越義久『刑法総論』(第五版・二〇一二年)一九六頁)などと主張する。これに対し、可罰説の論者は、わが国の刑法典では、教唆犯は必ずしも故意犯に限定されていない(佐伯千仞『刑法講義(総論)』(第四版・一九八一年)三五四頁)、通説は結果的加重犯に対する共犯の成立を肯定するが、それならば過失犯に対する過失による共犯も肯定されて然るべきである(坂本学史「アルコールの影響による危険運転行為への二次的な関与と同乗行為」神戸学院法学四三巻四号(二〇一四年)一四八頁以下)などと主張する。もともと、自招行為者の被害者に対する「自招行為者への攻撃」の教唆が故意と過失のいずれによりなされたとしても、自傷行為への関与あるいは同意傷害を不可罰と解するのであれば、不可罰説、可罰説いずれに拠ったとしても不可罰であることに変わりはない。

(25) 前田・前掲書(第六版)二四五頁参照。

(26) 平野・前掲書二五三頁、大谷・前掲書二五四頁、西田典之『刑法総論』(第二版・二〇一〇年)一八九頁。

(27) 「重大な傷害」についても、「通常予想できる範囲」を超える攻撃行為であるし、そもそも前注(26)の見解に拠ったならば同意自体が無効となるから、やはり違法であると言える。