

# 正当防衛の海域

三代川 邦 夫

序

第一章 原因において違法な行為

第一節 原因において違法な行為と原因において自由な行為

第二節 原因において違法な行為に対する誤解と補足

第三節 原因において違法な行為の問題点

第二章 正当防衛の本質を基礎とする従来の自招防衛論

第一節 滞留利益論および侵害回避義務論

第二節 侵害者の要保護性の欠如・減少

第三節 法確証原理説

第四節 小 括

第三章 近代法の基礎理念からみた正当防衛

第一節 侵害の不正性—侵害源の侵害回避・解消義務

第二節 侵害の急迫性—自力救済禁止原則の例外

第三節 小 括

跋

## 序

### 一 自招防衛論の眺め方

本稿は、正当防衛がなぜ許されるのか、正当化されるのか、という問題を、取り扱うものである。それにより、正当防衛の海域<sup>Paras 1)</sup>を浮かび上がらせることが、本稿の目的である。

近時、法益衝突状態を自招した場合における正当防衛の成否に関し、議論が盛んである<sup>2)</sup>が、この問題は、古くから議論されてきた。実務上は、いわゆる積極的加害意思論<sup>3)</sup>に始まり、さらに近時の判例<sup>4)</sup>において自招侵害について

1) cf. Jacques Derrida, Parages, 1986. 翻訳として、若森栄樹(訳)『境域』(書肆心水・2010)。いささか風変わりな本稿の標題は、Derridaの同書から着想を得ている。Paragesとは、船で航海できる漠然とした海の範囲を直接には指すことばであるが、“海と陸との境界に接すると船は座礁してしまふ、しかし決してその境界は明確でなく現前しない”という点に特徴がある(若森・前掲書472頁訳注1)。本稿で詳述するように、正当防衛の成立範囲は、明確ではない。しかし、“これ以上進んだら、正当防衛は成立しなくなる”という座礁に至る境域は存在する。曖昧模糊とした解釈が強えられるのは、正当防衛が、社会契約論を基礎に据える国家構想と密接に関連しており、他害原理や自力救済禁止原則といった根底的原理同士の複雑な力学の上に成り立つ制度だからである。このような、原理に根ざした解釈が要求されるがゆえに、その境界が明確化・単純化しづらい側面がある。そういった複雑な側面を照らし出すために、風変わりな標題とした次第である。

2) 以下では「自招防衛論」と称することがある。

3) 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁。

4) 最判平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁。解説として三浦透「判解」最判刑事篇平成20年度404頁、評釈として橋爪隆「判批」ジュリ1391号(2009)159頁、井上宜裕「判批」判例セレクト(法教342号別冊)28頁、高山佳奈子「自招侵害」山口厚=佐伯仁志[編]『刑法判例百選1総論〔第7版〕』(有斐閣・2014)54頁、本田稔「判批」法セミ644号(2008)135頁、赤松亨太「判批」研修723号(2008)21頁、吉田宣之「判批」判時2025号(2009)3頁、前田雅英「判批」研修734号(2009)3頁、明照博章「判批」判例評論611号(判時2057号)(2010)30頁、三原憲三=大矢武史「判批」朝日法学論集39号(2010)229頁、川瀬雅彦「判批」慶應法学20号(2011)293頁、木崎峻輔「正当防衛状況という判断基準について(1)(2・完)」法研論集(早稲田大学)140号(2011)53頁・141号(2012)53頁、橋田久「判批」研修747号(2010)3頁、同「判批」法政論集(名古屋大学)244号(2012)131頁参照。

正当防衛に関する研究は多岐にわたるが、とりわけ自招防衛を巡るわが国における研究として、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法協百年論集2巻(1983)723頁、同「自招危難について」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂・1996)213頁、同「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号(2009)297頁、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)137頁、同「喧嘩と正当防衛」をめぐる近時の判例理論『帝京法学16巻2号(1986)155頁(両論稿の書評として西田典之「書評」法時61巻13号〔1989〕101頁)、津田重憲『緊急救助の基本構造』(成文堂・1998)63頁以下、橋爪隆「不正の侵害に先行する事情と正当防衛の限界—急迫性概念の検討を中心として—」現刑9号(2000)28頁、同「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『第一巻過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂・2006)635頁、同『正当防衛論の基礎』(有斐閣・2007)(その書評として林幹人「書評」書齋の窓573号〔2008〕53頁)、同「正当防衛論」川端博ほか[編]『理論刑法学の探究①』(成文堂・2008)93頁、同「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル16号(2009)2頁、同「正当防衛状況の判断について」法教405号(2014)102頁、川端博『正当防衛権の再生(刑事法研究第5巻)』(成文堂・1998)、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」西原春夫古稀祝賀論文集第1巻(1999)245頁、岡本昌子「自招侵害について」同志社法学50巻3号(1999)285頁、同「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53巻3号(2001)299頁、同「自招侵害について」刑法雑誌47巻3号(2008)359頁、同「正当防衛状況の創出と刑法三六条」『大谷實先生喜寿記念論文集』(成文堂・2011)403頁、同「自招侵害と正当防衛論」川端ほか[編]『理論刑法学の探究⑦』(成文堂・2014)1頁、中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」現刑5巻12号(2003)28頁、高山佳奈子「正当防衛論(下)」法教268号(2003)70頁、同「「不正」対「不正」状況の解決」研修740号(2010)3頁、佐伯仁

判断が下され<sup>5)</sup>、そして最近新たな判例も登場したところである<sup>6)</sup>。他にも、緊急避難状況を自招した自招危難なども含め、学説において盛んに議論がなされているが、学説自体が多数存在するのは当然にしても、分析軸自体が多数存在するがゆえに混乱を招いているように思われる。自招防衛という変則事例を適切に捕捉するためには、分析軸を理論的に整理する必要がある。そのために、本稿では正当防衛の海域を明らかにする。

侵害を自招した場合における、正当防衛の可否を巡る議論は、大別して以下の2つの考え方がありうる。1つは、正当防衛の趣旨・根拠から、検討する考え方である。いま1つは、正当防衛に限らず、違法な事態を惹起した者に違法性阻却の効果を及ぼすべきかという見地から、検討する考え方である。前者は、正当防衛にのみ妥当する議論であり、後者は、緊急避難（自招危難）にも妥当する議論であるから、区別する必要がある<sup>7)</sup>。そして、両者は二者択一の議論ではないため、その相互の関係を意識することも必要である。

---

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』（判例タイムズ社・2006）88頁、小林憲太郎「自招防衛と権利濫用説」研修716号（2008）3頁、同「平成20年決定以降の自招侵害論について」判時2234号（2014）3頁、照沼亮介「正当防衛と自招侵害」刑事法ジャーナル16号（2009）13頁、同「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロージャーナル9号（2011）101頁、同「急迫性の判断と侵害に先行する事情」刑法雑誌50巻2号（2011）267頁、林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011）44頁、木崎峻輔「自招防衛の処理について」法研論集143号（2012）101頁、同「ドイツ及びわが国の判例における自招防衛の意義」法研論集151号（2014）131頁、同「防衛的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事案の類型化(1)(2・完)」筑波法政65号（2016）29頁・66号（2017）127頁、明照博章「正当防衛権の構造」（成文堂・2013）、大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為との関連性について」北九州市立大学法政論集38巻4号（2011）349頁、高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（成文堂・2014）66頁以下〔杉本〕、日和田哲史「自招侵害について」町野朔先生古稀記念『医事法・刑事法の新たな展開（上）』（信山社・2014）103頁、坂下陽輔「正当防衛権の制限に関する批判的考察（一）～（五・完）」法学論叢177巻4号（2015）33頁・6号38頁・178巻2号（2016）79頁・3号25頁・5号69頁、瀧本京太郎「自招防衛論の再構成(1)～(3・完)【必要性】要件の再検討」北大法学論集66巻2号（2015）312頁・5号（2016）1510頁、6号（2016）2060頁を主に参照した。

- 5) 裁判員制度施行後の裁判例の分析については、LLI/DBの電子ジャーナルとして拙稿が掲載される予定であるため、そちらを参照されたい。
- 6) 最決平成29年4月26日判時2340号118頁。評釈として、門田成人「判批」法セミ750号（2017）109頁、成瀬幸典「判批」法教444号（2017）158頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方—平成二九年決定は何がしたかったのか」判時2336号（2017）142頁、照沼亮介「判批」法教445号（2017）48頁がある。
- 7) 小林・前掲注4）「平成20年決定以降の自招侵害論について」4頁参照。

## 二 自招防衛論の不適切な眺め方

それ以外の視点は、自招防衛の問題を考えるに際し、重要とはいえない。従来の議論においては、(1)「急迫」という表現の日常用語的な語感を重視しすぎているようにみえる議論<sup>8)</sup>や、法定要件の認定を巡る議論として位置づけるべきか超法規的に正当防衛を制限すべきかで激論が繰り返されたり、(2)特に理論的根拠もないままに、侵害の自招形態を主観面から分析して、意図的挑発・故意的自招・過失的自招の3つに分類したり、あるいは主観面・客観面双方から分類・類型化することによって、議論をし始める見解が少なくなく、(3)「正は不正に譲歩する必要はない」(Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.)という法諺や、「権利行為」という概念から一定の結論を演繹する議論も多かったように思われる。しかし、これらの議論に、果たしてどれだけの意味があったのかは、疑問を禁じえない。

(1)につき、重要なのは、日常用語的な語感ではなく、あくまで正当防衛を制約する実質的根拠である。条文の文言の解釈は、罪刑法定主義の見地から日常用語的に可能な意味の枠を超えていけないという外在的制約があるのみであり<sup>9)</sup>、その枠内においては文言の意味内容は理論的・目的論的に決すべきものである<sup>10)</sup>。不文の要件を付すことによって、不可罰範囲を縮小させるのは、罪刑法定主義違反であるという常套的な指摘がある。しかし、そうであれば、法定要件の日常用語的意味を超えて過度に規範的な考慮を滑り込ませることは、罪刑法定主義の潜脱だということになる。このような水掛け論のような議論に、一体どのような実践的意義があるのかは、明らかではない。条文の要件は、上述のような外在的制約の中で、“過剰防衛という法効果さえ否定すべ

---

8) 山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂・1985）189頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣・1986）333頁、高山・前掲注4「正当防衛論（下）」69頁、岡本・前掲注4「我が国における自招侵害の議論の展開について」313頁等参照。

9) Vgl. *Richard Lange*, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935, S.15; 佐伯仁志「類推解釈の可否と限界」現刑 31号（2001）35頁。

10) 平野龍一『刑法の機能的考察』（有斐閣・1984）4頁以下参照。遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌 50巻2号（2011）186頁も指摘するように、裁判員裁判を念頭におけば、裁判員にとっての分かりやすさも重要となってくるため、法文の要件を過度に規範化させることは適切でないといえるかもしれない。しかし、それは法文の要件に過度な理論的負荷をかからしめるべきでないというだけであって、規範的考慮をしてはならないということではない。したがって、なすべき考慮自体は変わらないのであり、ただそれを法定要件において行うか、法定外の制約原理の問題として捉えるべきかという二次的な問題が残るにすぎない。

きか否か” “法律上の減軽の余地を残すべきか否か” という機能的側面と実質的考慮によって、解釈されるべきである。

(2)についても、一定の視点があればこそ、主観／客観といった区別や、主観の類型化に意味がある。主観と客観を分けることそれ自体には、意味はない。重要なのは、主観や客観が、正当防衛の成否に際しいかなる意味をもつのか、という点にある。

(3)も同様である。かかる法諺を主張したのは、Hegel 学派の Berner である<sup>11)</sup>が、Hegel の発想によれば、犯罪は法を否定するものであり、それに刑罰を科すことで法は回復されるものであるから、権利を不正に侵害する行為に対しては、法の回復＝不法の無効性の確証のためにいかなる防衛行為も許されることになる。しかし、この構想は、豆腐数丁のために相手の生命を奪う防衛行為<sup>12)</sup>をも正当防衛として許すものである。その帰結を承認するのであればともかく、そうでないにもかかわらず、都合よく自己の主張を権威付けするただけにこの法諺を用いて正当防衛を論ずるのは、適切ではない。とりわけ、この法諺は我々を暗黙のうちに強く規定しているのか、「正当防衛を認めるためには被害者が『正』でなければならない」という前提が無論証で採用されていること<sup>13)</sup>にも鑑みれば、この法諺の援用には慎重になるべきである<sup>14)</sup>。また、正当防衛の権利性を強調する見解も少なくない<sup>15)</sup>。しかし、「権利」と称されるものの背後には、さらなる実質的・究極的な利益が存在しているのであり、ただ、生の利益をすべて俎上に載せて事案ごとに逐一検討するとなると、極めて煩瑣で不安定なものとなりがちであるから、我々は「権利」という中間項・結節点を用意することによって、法的安定と思考経済に適うようにしてい

11) Vgl. *Albert Friedrich Berner*, Die Nothwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1848, S.554, S.562.

12) 大判昭和3年6月19日新聞2891号14頁。

13) この点を指摘するものとして、瀧本・前掲注4)「自招防衛論の再構成(1)」1028頁参照。

14) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013)116頁以下も参照。

15) たとえば、山口・前掲注4)「正当防衛論の新展開」320頁、坂下・前掲注4)「正当防衛権の制限に関する批判的考察(五・完)」70頁参照。結論の先取りになるが、山口も坂下も、正当防衛の権利性を強調する点では表面的には一致しているものの、そこで構想されている考え方は、まったく異なる。山口は、おそらく通常の家観に基づき正当防衛の権利性を指摘しているのに対し、坂下が基礎に据える家観は、積極的一般予防論を前提とする家論である(積極的一般予防論を前提とする家論については、拙稿「積極的一般予防論における危険の引受け」立教法学94号〔2016〕271頁以下参照)。

るはずである<sup>16)</sup>。「権利」とは、そのような技術的概念にすぎない。そうであるにもかかわらず、“正当防衛は権利であるから、逃げる必要はない”などという、その実質的根拠が覆い隠される危険がある。その背後にある実質的考慮を引きずり出すことが、肝要であろう。

### 三 本稿の構成

本稿は、以上のような点を留意し、正当防衛に限らず、違法な事態を惹起した者に違法性阻却の効果を及ぼすべきかという見地から、検討する考え方を最初に分析する（第一章）。その次に、正当防衛の本質から自招防衛を議論しようとする考え方を、分析する（第二章）。その上で、正当防衛の本質につき、私見一というよりも現在の通説的解釈と整合的な理解の分析一を論ずる（第三章）。

## 第一章 原因において違法な行為

### 第一節 原因において違法な行為と原因において自由な行為

原因において違法な行為（*actio illicita in causa*）の法理とは、正当防衛に固有の発想ではなく<sup>17)</sup>、正当防衛を含めた正当化事由全般に関し、直接的な結果惹起行為（対抗行為）それ自体は仮に正当化されるとしても、正当化状況を（客観的に）作出する行為には、正当化作用を及ぼさないという法理である<sup>18)</sup>。原因において違法な行為という発想は、原因において自由な行為（*actio libera in causa*）の類推として主張され始めた<sup>19)</sup>。ただ、ALICという概念が詰めて議論されるようになったのは戦後になってからである<sup>20)</sup>から、AICが主張され

---

16) cf. *Joseph Raz, On the Nature of Rights, Law as Authority*, 1984. 翻訳として深田三徳〔編〕『権威としての法—法理学論集』（勁草書房・1994）。さらに、長谷部恭男『憲法の論理』（有斐閣・2017）3頁以下参照。

17) このことは、山口厚が、正当防衛においても緊急避難においても、法益衝突状態を作出した場合に、原因において違法な行為の法理を援用する点から窺うことができる（山口・前掲注4）「自ら招いた正当防衛状況」751頁以下、同・前掲注4）「自招危難について」208頁以下参照）。

始めた当時の ALIC の議論は原始的であったといわざるをえず、ゆえに当時の AIIC の議論も原始的であった。したがって、当時の AIIC の議論を直接検討するのは生産的とはいえず、現在の ALIC の議論の到達点を踏まえながら、改めて AIIC という概念の意味を明らかにする必要がある。

ALIC、特にその構成要件モデルは、結果行為時は責任無能力状態であるがゆえに責任非難が不可能であるとしても、そのような責任無能力状態を作出する行為については、責任無能力による免責作用は及ぼしえないという発想に基づき、間接正犯的に原因行為の可罰性を認める理論である。同様に、正当化状況作出する行為には、正当化作用を及ぼさない、という発想が、AIIC の本質である。比喩的にいえば、AIIC は正当化作用の時的範囲・対象となる行為の範囲を問題としており<sup>21)</sup>、正当化事由の成否や正当化作用の質的範囲（正当防衛となるか過剰防衛となるか）を問題とするものではない。そして、正当化状況作出する行為と構成要件の結果との間に因果連関・責任連関が認められる

18) Vgl. *Eduard Kohlrausch – Richard Lange*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., 1961, S.191f.; *Eberhard Schmidt*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2.Bd., Allgemeiner Teil, 1958, Anhang Nr.21, S.57f.; *Jürgen Baumann*, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, Monatsschrift für Deutsches Recht 1962, S.349f.; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S.304ff.; *Christian Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84(1972), S.13ff.; *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S.360ff.; *Günther Arzt*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S.83f.; *Albin Eser/ Björn Burkhardt*, Strafrecht I Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente, 4. Aufl., 1992, S.132f. この理論を詳細に検討する近時の研究として、瀧本・前掲注4)「自招防衛論の再構成(3・完)」2023頁以下がある。

19) 齊藤誠二「正当防衛の根拠と展開」(多賀出版・1991) 213頁および233頁注43によれば、1860年に v. Buri が主張し始めたとのことであるが、当該文献を確認することはできなかった。ただ、少なくとも、Goldschmidt は、緊急避難状況を自招した場合を、準・原因において自由な行為 (quasi-actio libera in causa) と呼んでおり (Vgl. *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, Bd.4 (1913), S.181), 実質的にみて、原因において違法な行為の法理が、原因において自由な行為の類推として主張され始めたとして理解して大過ないだろう。

20) Vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1, 4. Aufl., § 20 Rn.57. 以下では同書を“Roxin, AT”と引用する。

21) Baumann は、正当化事由による行為の正当化は、単に当該行為自体に適用されるのみであり、事前や事後の行為には及ばないと明確に述べており、時間的な側面を強調する (Vgl. *Baumann*, a.a.O.(Anm.18), S.304)。他の AIIC 論者も同様に、時間的側面を強調している (Vgl. z.B. *Kohlrausch – Lange*, a.a.O.(Anm.18), S.191)。

のであれば、正当化状況を作成する行為を構成要件該当行為として処罰できることになる。

この構成に対し、防衛行為（結果行為）の正当化を認めながら原因行為の違法性を認めるのは、矛盾であるとか技巧的にすぎる、という批判<sup>22)</sup>がある。しかし、正当化という表現の意味をもう少し考える必要がある。正当防衛はたしかに正当化事由であるが、それは決して法的に望ましい事態を実現するものではない<sup>23)</sup>。治療行為のような、“部分的にみれば身体傷害が発生しているが、全体としてみればよい事態が実現されている”という正当化の場面であれば、法的に望ましい事態が実現されている。しかし、正当防衛の場合、いかなる法益も侵害されない状態に比べれば、侵害者の法益が侵害されるという点では、望ましくない事態が実現されている。侵害者といえども、その法益が損なわれない方がよいことは、いうまでもない。しかし、正当防衛状況において、侵害者の法益を侵害させないということは、被侵害者に逃げ惑わせるなどのいわれなき負担を負わせることになってしまう。不正な侵害者の利益を優先することは妥当でないと考えられているがゆえに、対抗行為を許容し、不正の侵害者の利益が損なわれることをやむなく正当化している。このように、正当化事由と一口にいても、法的に望ましい事態を積極的に実現している場合もあれば、そうでないものもある<sup>24)</sup>。侵害者の違法な行為の阻止が許されるということは、侵害者の法益が放棄されたということの意味するわけではないのである<sup>25)</sup>。したがって、結果行為に正当防衛による正当化が認められるからといって、それが事象全体としてみてよい事態が実現されているということはないのだから、当該事象を招致した原因行為を問責するというのは、矛盾でもなければ技巧的でもない。むしろ、全体としてみれば、法秩序に照らし不適切な事

---

22) 川瀬・前掲注4) 302頁参照。

23) Vgl. Bertel, aa.O.(Anm.18), S.16. また、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂・1997）189頁、佐藤・前掲注4) 240頁参照。

24) そうであるからこそ、専断の治療行為については、一定範囲で傷害罪の構成要件該当性が否定されるという議論が成り立ちうる（佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号〔2002〕188頁以下参照）。治療行為は、仮に違法性阻却事由と捉えとしても、客観的に全体としてみればよい事態が実現されているのに対し、正当防衛は、全体としてみればよくない事態が実現されている。違法性阻却とは、あくまで違法性が「阻却」されているだけであって、“全体としてみて）法の趣旨に適っている”とか“法的に望ましい事態が実現されている”という含意が、常に存在しているわけではない。

25) Vgl. Bertel, aa.O.(Anm.18), S.16.



態が惹起されているのであるから、かかる事態を惹起する行為に正当化作用を妥当させないことは、自然な発想とさえいえる。

したがって、原因において違法な行為という法理は、枠組みそれ自体としては、特に問題を孕むものではない<sup>26)</sup>。

## 第二節 原因において違法な行為に対する誤解と補足

以上の AIC に関し、誤解されやすい点を補足する必要がある。AIC と正当化事由の成立それ自体を否定する発想とは、侵害招致者と被侵害者とが同一の場面ではその相違が見えづらいため、両者はしばしば同一視されてきたきらいがある。しかし、両者は似て非なるものである。この誤解を解き、AIC を改めて正確に理解し直す必要があろう。

### 第一款 原因において違法な行為と適法行為を利用する違法行為

AIC と正当化事由の成立自体を否定する発想との相違は、侵害招致者と被侵害者とが異なる場合、たとえば「適法行為を利用する違法行為」と称されてきた問題類型では、より鮮明になる<sup>27)</sup>。

適法行為を利用する違法行為の典型例は、X は A を痛い目に遭わせたいと考え、B を攻撃するよう A に唆し、A がこれに基づき B を攻撃したところ、B は自分の身を守るために対抗行為を行い、これにより A が負傷したというような場合である。この場合に、B の対抗行為は正当化されうるにしても、かかる正当防衛状況を作成する A への教唆行為に関しては、正当防衛による正当化作用を及ぼすことができない。したがって、A に対する暴行罪が成立することになる<sup>28)</sup>。これが、適法行為を利用する違法行為という問題に対する、現在の一般的な解決法であろう。

26) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 178 頁、佐伯・前掲注 14) 156 頁参照。

27) この問題に関する代表的文献として、林幹人『刑法の現代的課題』(有斐閣・1991) 102 頁、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学 55 号 (2000) 21 頁参照。

28) B が行った対抗行為を X が幫助した場合も同様である。B が行った対抗行為が正当防衛により正当化されること自体は、異論はないであろう。B が行った対抗行為に対する X の幫助行為も、同様に正当化される。しかし、そういった問題とはかかわりなく、正当化状況を作成する X の (A に対する) 唆し行為には、いずれにせよ正当防衛による正当化の作用を及ぼすことはできない、ということであり、これが AIC である。

AICCとは、「正当化状況（正当防衛状況）を作出したXには、正当化の作用を及ぼすべきではない」という発想である。したがって、「適法行為を利用する違法行為」という問題において議論されてきたものと、完全に同一である。

このように、対抗行為それ自身が正当化されるか否かにかかわらず、正当化状況を作出する行為にはいずれにせよ正当化の作用は及ぼしえない、というのがAICCの議論であり、その問題点が顕在化する事例類型が「適法行為を利用する違法行為」である。あるいは、AICCの一適用事例が、適法行為を利用する違法行為であるともいえる。

## 第二款 「違法の連帯性」という幻影

適法行為を利用する違法行為の問題につき、共犯における「違法の連帯性」、つまり制限従属性説を適用することによって、問題自体を霧消化させる見解も有力である。しかし、このような理解には、疑問がある。

しばしば用いられる「共犯における違法の連帯」という表現は、誤解を招きかねない表現である。共犯であろうとなんでであろうと、他者の行為により生じた違法性が、そのまま自己に連帯するということは、原則としては<sup>29)</sup>ありえない。共犯の処罰根拠論で語られているように、共犯者も、法益を侵害したから処罰されるのである<sup>30)</sup>。ただ、その法益侵害が、正犯者を介するという意味で間接的であるにすぎない。したがって、正犯者の違法性が共犯者に連帯するということは、ありえない。共犯者が処罰される場合とは、正犯者を介して法益侵害を惹起した場合である<sup>31)</sup>

この意味で、純粹惹起説は本質を突いているが、共犯の二次的責任（従属性）という視点が抜け落ちている。共犯者を処罰するためには、①正犯者を介して法益侵害を惹起したというだけでは足りず、②正犯者の行為が構成要件に該当することも必要となる（最小従属性）。①は共犯の処罰根拠から導かれる要件であるのに対し、②は共犯の処罰根拠とは無関係の要件であって、共犯の二次的責任という異質の考慮から導かれる要件である<sup>32)</sup>。これらに加え、さら

---

29) 例外は、身分者を利用する非身分者に、身分犯の間接正犯が成立するか、という問題である（松宮孝明『刑事立法と犯罪論体系』〔成文堂・2003〕247頁以下、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯(1)～(4・完)」立命館法学313号〔2007〕1頁・317号〔2008〕53頁・319号〔2008〕22頁・320号〔2008〕26頁参照）。

30) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』〔成文堂・2009〕19頁以下参照。

に③正犯の違法性を要求するという制限従属性説が、かつては通説と目されてきた<sup>33)</sup>。たしかに、窃盗犯の現行犯逮捕を教唆した場合、逮捕者 A の現行犯逮捕が正当化される以上、その逮捕を教唆した X の行為も正当化されるべきであるようにも見える。しかし、正当防衛状況を事前に作出する行為を背後者 X が行い、正犯者 A が正当防衛をするような場合には、A の行為は正当防衛により正当化されるが、背後者 X は正当化されないという結論はありうる。この場合に、(i)原則として制限従属性説であるが、例外的に正犯者の違法性阻却が共犯者に及ばない場合がありうる<sup>34)</sup>、とする考えと、(ii)最小従属性説を採りつつ、共犯者においても不法の実現が認められない場合には犯罪の成立を否定する<sup>35)</sup>、とする考えがありえよう。しかし、いずれにせよ“共犯者が違

31) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）18頁、山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣・1998）242頁以下参照。

取えていえば、違法性の連帯とは、「正犯者が違法な事態を実現した場合に、第三者の行為と当該違法な事態との間に因果性を認めうる場合には、正犯者も第三者（共犯者）も違法な行為をしたといえる」ということになろう。しかし、この定式化から明らかなように、「共犯者にも正犯の違法が連帯する」というとき、そこでいう「共犯者」とは、「正犯の実現した違法な事態に因果的寄与を及ぼした第三者」である。したがって、違法性の連帯を正確に定義すれば、「正犯の実現した違法な事態に因果的寄与を及ぼした第三者にも、正犯の違法が連帯する」という、まったくもって無意味な同義反復の命題しか導けない。したがって、「違法性の連帯」という標語には何も意味はない。端的に、第三者が正犯の実現した違法な事態に対し、因果的寄与を及ぼしたと評しうるか否か、第三者は違法な事態を実現したと評しうるか否かを考えるべきである。

32) 山口・前掲注31) 243頁参照。

33) これについて、共犯が二次的責任類型であることを根拠に、制限従属性説を導く見解が主張されている（山口・前掲注31）242頁以下、同「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀祝賀論文集』〔有斐閣・2012〕292頁、橋爪隆「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」法教416号〔2015〕86頁参照）。しかし、二次的責任類型であるということから導き出せるのは、最小従属性説までであって、制限従属性説まで導くことはできないように思われる。“共犯処罰のためには、正犯者が法益侵害行為を行っているのみでは足りず、それが構成要件に該当しなければならぬ”という解釈は、刑法の謙抑性の見地に基づく。刑法は利益侵害行為をすべて処罰するのではなく、利益の要保護性や可罰範囲の明確性とといった見地に基づき、その中から一定の類型のみを処罰する姿勢を採っており、それが構成要件という概念の意味である。そのような構成要件の機能・趣旨に鑑みれば、“いかに法益侵害行為を行っているとしても構成要件に該当しなければ処罰されない以上、背後者が法益侵害行為を行っているとしても、正犯行為が構成要件に該当しないのであれば、背後者も処罰しえない”というのが、最小従属性説、あるいは共犯の二次的責任という概念の本質のはずである。そうであれば、“共犯処罰のためには、正犯に構成要件該当性が必要である”ということと、“共犯処罰のためには、正犯に違法性が必要である（違法性阻却事由が存在してはいけぬ）”ということとは、異なる議論である。

34) 鳥田・前掲注27) 53頁、橋爪・前掲注33) 86頁以下等参照。

法な事態を実現したと評しうるか”という実質的見地からの検討が、求められている。

このように考えると、適法行為を利用する違法行為と称される事例類型を、制限従属性説を形式的に適用することで解決しようとするのは、問題の本質を捉えていないことが分かる。背後者の行為が正当化されるか否かを、改めて検討する必要がある。そこで、AICのように、正当化状況を作成する行為には正当化作用を及ぼさないと解することで、問題を解決することになる<sup>36)</sup>。

### 第三節 原因において違法な行為の問題点

原因において違法な行為の帰結や構造自体には、特に問題はない。問題は、AICのみでは可罰範囲を適切に画せないのではないか、という点にある<sup>37)</sup>。

原因において違法な行為という法理によれば、原因行為には正当化作用が及ばないため、原因行為を処罰対象とすることはできる。しかし、防衛行為自体には正当防衛が成立するため、防衛行為に対し正当防衛をすることはできない。たとえば、XがAを挑発し、AがXに侵害を加え、Xがその侵害に反撃を加えた場合、Xの反撃には正当防衛が成立することになるから、Xの反撃に対する第三者Bの再反撃は、緊急避難の限度でしか正当化されず、緊急避難が成立しない場合は誤想防衛などによって可罰性阻却が図られることになる。しかし、それが果たして適切な帰結であろうか。原因において違法な行為の法理は、正当化事由の成立それ自体に、なんら効果を及ぼすものではない<sup>38)</sup>が、当該防衛行為に正当防衛が成立するか否かを、改めて検討する必要

---

35) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）358頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2010）395頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社・2014）147頁等参照。ただし、平野と西田は、通常の事例では制限従属性説を妥当であるとし、極めて例外的な場面をも視野に入れば最小従属性説が適切であるとする。

36) 正当化状況を自招した場合の解決法は、AICのみに限られず、正当化事由の成立それ自体を否定するという方途もありうる。しかし、適法行為を利用する違法行為の事例類型においては、対抗行為の正当化それ自体を否定することは困難であるため、AICによる解決以外は実質的に考え難い。

37) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』299頁以下、佐伯・前掲注14)156頁等参照。論者自身も、AICのみでの解決の不十分さを指摘する（山口・前掲注4)『正当防衛論の新展開』315頁参照）。

38) Vgl. Bertel, a.a.O.(Anm.18), S.18.

があるように思われる。

この問題構造もまた、責任無能力状態を自招した場合と同様といえる。責任無能力状態を作出する行為に責任阻却の作用を妥当させないこと（ALIC）は前提として、責任無能力状態の行為といえどもそもそも責任阻却が否定されるのではないかと、という点が、責任無能力状態を自招した場合の問題である。同様に、正当化状況を自招した場合に関しても、正当化状況を作出する行為に正当化の作用を妥当させないこと（AIC）は前提として、正当化状況下の行為といえどもそもそも正当化が否定されるのではないかと、という点が問題となっているのである。

そこで、正当化状況の行為に関し、いかなる理由で・いかなる場合に・いかなる範囲で、正当化が否定されるのかという点が、問題となってくるのである。この点を、次章で検討することにした。

## 第二章 正当防衛の本質を基礎とする従来の自招防衛論

正当防衛状況を自招した場合につき、正当防衛の本質を参酌することによって、正当防衛を否定するというのが、従来の学説の発想である。そして、その発想自体は自然なものであり、支持できる。第三節で論ずる法確証原理は、基本思想援用説と呼ばれてきたが、正当防衛の本質に鑑み解決を図る点では、どの学説もあまねく基本思想援用説である。ただ、その「基本思想」の理解が異なっているにすぎない。では、正当防衛の本質を、従来はどのように解してきたのか。この点を抑えつつ、自招防衛論の構成・解決につき、従来の議論を確認していくことにしたい。

このような視点から従来の議論を整理すると、実質的には、大別して3つの発想が存在していることが分かる。第一に、法の禁止を破り不正な侵害をなす者に対し、正当防衛を許すことによって、法の妥当が確証されるという点に、正当防衛の正当化根拠を見出す見解（法確証原理）である。この発想によれば、自ら侵害を招致した者は、自ら法の禁止を破っているのだから、この者に正当防衛を認めても法の確証がなされない、ゆえに正当防衛が認められない、と考えることになる。第二に、正当防衛において、侵害者は法の禁止を自ら破っているため要保護性が減少・欠如していることを、正当化の根拠に据える見解で

ある。これを前提として、被侵害者が侵害を招致した場合には、もはや被侵害者は法的な保護に値せず、要保護性が減少することになる。この発想は、正当防衛を優越的利益原理により捕捉する理解や、利益欠缺原理により捕捉する理解等、前提を異にするものも少なくない。また、否定する要件も、侵害の不正性であったり相当性であったり、この点においても異にするものも少なくない。しかし、“侵害する者は、法的保護に値しない”という発想自体は共通しており、それをいかに理論的に構成するかという点で異なっているにすぎないため、大きく一つに括ることは許されよう。第三に、近時有力に主張されている滞留利益論および侵害回避義務論である。これは、正当防衛は緊急避難と同様に優越的利益原理による正当化事由であると解しつつ、緊急避難とは異なり被侵害者には滞留利益という $+a$ の利益が加算されており、ゆえに退避義務の不存在などの正当防衛に固有の帰結が導かれる、とするものである。

以下では、この3つの見解を分析した上で、これらの見解を理論的に整理し、次章でこの知見を踏まえた正当防衛論を展開したい。

## 第一節 滞留利益論および侵害回避義務論

本節では、近時有力に主張されている滞留利益論および侵害回避義務論（回避義務論と呼ぶこともある。）を取り扱う。現在の代表的論者である橋爪の議論<sup>39)</sup>に沿って、ここで整理しておこう。

橋爪は、正当防衛には、緊急避難と通底する緊急行為（利益衝突状態における優越的利益実現）の側面と、緊急避難と相違する滞留利益保護の側面とがあると考える。このうち、滞留利益が否定される場合には、正当防衛としての適格性が否定されることから、正当防衛による正当化はなしえず、緊急避難によって正当化されるにとどまることになる。これに対し、緊急行為性が欠落する場合には、正当防衛はおろか緊急避難さえ否定されることになる。

ここでは、正当防衛に固有の要素である滞留利益を第一款で検討し、正当防衛および緊急避難に共通する要素である侵害回避義務を第二款で検討することにしたい。

---

39) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』91頁以下、305頁以下参照。

## 第一款 滞留利益論

### 第一目 論 旨

近時、一定の場合には被侵害者は侵害から回避<sup>40)</sup>すべきであり、その義務を怠った場合には正当防衛による正当化が否定されるという発想<sup>41)</sup>が、主張されている。具体的な内容や結論にはヴァリエーションがあるが、いずれにせよ、急迫不正の侵害が現実化した場合に、常に退避させ被害者の行動の自由を奪うのは妥当ではない反面、被害者に特段の負担を強いるのであれば、法益が損なわれないに越したことはない、というのが主要な点である。

橋爪は、この発想を「滞留利益」という利益として定式化し、優越的利益原理の組上に載せられる利益として観念する<sup>42)</sup>。この理論構成は、正当防衛を違法性阻却の一般原理に適合させることと、緊急避難との対比を可能とするためのものであろう。しかし、論者の主張内容を取えて「利益」というかたちで定式化する必要はないように思われる。このような定式化によって、“滞留利益とは具体的にどのような利益なのか”という非生産的な批判を惹き起こした感が否めない。論者の議論において本質的に重要なのは、滞留利益が利益衡量において占める地位などではなく、“被害者は特段の事由がなければ、不正な侵害から逃げ惑わねばならぬいわれはない”という点である<sup>43)</sup>。便宜上、論者の用語法に倣い「滞留利益」という表現を用いるが、滞留利益とは、論者自

40) 「退避」と「回避」は、日常用語的にはほぼ同義であろうが、正当防衛論においては、「回避」は侵害が現実化する前の問題、「退避」は侵害が現実化した後の問題として、区別して用いられている(橋爪・前掲注4)「正当防衛論の最近の動向」3頁参照)。つまり、侵害回避義務とは、あらかじめ侵害を生じさせないようにする義務であり、退避義務とは、生じた侵害に対抗せずに逃げる義務である。いずれも、“正当防衛は許されない”という点では共通するが、とりわけ橋爪のように正当防衛と緊急避難とを連続的に捉える場合には、退避義務違反は緊急避難の余地があるのに対し、回避義務違反は緊急避難の余地すらないといったかたちで、結論にも相違が生じうる。

41) この発想を支持するものとして、佐藤・前掲注4)240頁以下、佐伯・前掲注4)101頁以下(生命に対する危険の高い防衛行為の場合に限る)、橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』77頁以下、山口・前掲注4)「正当防衛論の新展開」328頁、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学65号(2006)68頁参照。法確証の見地からも支持されている(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)」法研論集125号[2008]188頁以下参照)。

42) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』70頁以下参照。

43) 林幹人の「著者の主張の最も個性的であり、重要なのが侵害回避義務論である」という指摘は、正鶴を射ている(林・前掲注4)「書評」52頁)。

身が明言するように「不法な侵害に脅えることなく、個人が自由に自律的な意思決定を行い、自己の発展可能性を自ら形成するという重要な利益を物理的な概念に還元したものである」<sup>44)</sup>から、他の利益と足したり引いたりする点に本質があるわけではない。

滞留利益が認められる場合、あるいは認められない場合とは、具体的にどのような場合であろうか。滞留利益が認められる場合とは、政治集会中に襲撃を受けた場合、自宅において突如襲撃を受けた場合、繁華街の路上で突如暴漢に絡まれたような場合である。これに対し、滞留利益が認められない場合とは、他人の住居に無断に侵入してそのまま滞留している場合や、路上の口論からエスカレートし、ただ喧嘩相手を攻撃するためだけに滞留しているような場合である。

## 第二目 分 析

### 第一項 滞留利益の内実

問題は、滞留利益の要保護性がいかなる場合に認められ、そして認められないのか、という点にある<sup>45)</sup>。橋爪は、明らかに滞留利益が認められる場合として、被侵害者の自宅や自室で侵害を受けた場合のように、生活の本拠に滞留する場合をあげ、逆に明らかに滞留利益が認められない場合として、第三者の住居に無断で侵入した場合のように、現場に滞留すること自体が不法な場合をあげる。問題となるのはその中間領域であり、当該場所に滞留することに重要な生活上の利益が認められるわけではないが、他方で違法と評価されるわけでもない、という場合である。この中間領域については、客観面および行為者の主観面（実現しようとした目的）を考慮し、滞留行為に正当な利益を認めうるかを評価すべきであるという。たとえば、もっぱら他人の利益を侵害する目的である場合には、滞留行為に正当な利益を認めることはできず、退避義務が発生する。

### 第二項 滞留利益論の問題点

しかし、この滞留利益論には、以下のような疑問がある。

第一に、滞留利益を、被侵害者の目的の重要性や客観的事情などによって測

---

44) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』75頁。

45) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』81頁以下参照。



ることは、そもそも適切なのだろうか。ここでいう滞留利益とは、個人の自律的発展の基礎をなす行動の自由である。そのような、個人の自律的発展の基礎をなす自由の価値を、第三者が客観的に“この目的は崇高で洗練された目的だから良い”“この目的は低俗で野蛮な目的だから悪い”と格付けをするということであろうか。そうであれば、個人の価値観に第三者が介入することに他ならず、まさに個人の自律を否定するものである<sup>46)</sup>。個人の自律的発展の基礎を、個人の自律を侵害するかたちで評価するというのは、許されないはずである。論者は、現場で喧嘩するためだけに滞留する場合には、滞留利益は否定されると述べるが、それは相手の法益を侵害するという他害をもたらすがゆえに、そして本人の価値観に照らし重要度が低いと思われるから滞留利益が否定されるのであって、被侵害者の有する目的そのものを理由として、滞留利益が否定されているのではない。滞留利益という概念を認めるのであれば、その要保護性は、目的の客観的重要性などによって判断すべきではなく、本人の価値観との関係でどれだけの重要性を担っているか、あるいは他害をもたらすものであるか否かといった見地から判断すべきであろう。

第二に、滞留利益が「一般的な制度的利益」であるにもかかわらず、それが個別具体的な被侵害者の保全利益に加算され、害の均衡が不要となるという点には、疑問を覚える。被侵害者の行動の自由という利益は、生命や身体といった即物的な利益とは次元の異なる利益であり、だからこそ「一般的な制度的利益」と称したのであろう。そうであれば、両者を利益衡量の俎上に載せることはできないはずである<sup>47)</sup>。論者のいう滞留利益とは、あくまで退避義務の不存在を導くものであって、具体的な防衛行為の衡量の指針となるような類のものではないはずである。滞留利益が、生命や身体にも匹敵する利益であるという橋爪の議論に対しては、滞留利益という概念を一般論としては認める佐伯仁志からも批判されている<sup>48)</sup>が、このような批判も、滞留利益を生命・身体と

46) 拙著「被害者の危険の引受けと個人の自律」(立教大学出版会・2017) 6頁以下参照。

47) この点は、山口・前掲注4)「正当防衛論の新展開」321頁以下が既に的確に指摘している。また、過失犯に関する論稿ではあるが、同「過失犯論に関する覚書」渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』(有斐閣・2006) 53頁において、許された危険の弛緩を諷める趣旨で「そうでないと、たとえば場所的移動の利益が生命侵害の危険を凌駕するなどという奇妙な判断がなされかねないことになる」と括弧書きで指摘されている。

48) 佐伯・前掲注14) 146頁以下参照。

同列の利益として定位したがゆえに生じるものであろう。

第三に、具体的な場面の解決に関しても、疑問がある。たしかに、結論としては、橋爪のあげる例は妥当であるように見える。しかし、それらはいずれも、相手方の侵害を自招する行為があらかじめ存在しているという点が、決定的に重要であろう。たとえば、ラーメン屋に入店し、ラーメンを普通に注文し、食べようとしたが、ラーメンをスープから食べなかったという理由で店長に「代金は熨斗をつけて返すから、今すぐ出ていけ！」と怒鳴られながら殴打されたとする。被侵害者が、「ラーメンをスープから食べるなんて言われていないし、なぜそんな理由で叩かれなければならないのか。」と怒り、さらに殴打してこようとする店長に反撃する場合、被侵害者は相手を攻撃するためだけに現場に滞留しており、場合によっては不退去罪になるかもしれない。表面的には、滞留利益が否定される例と近似するが、論者はこの場合に正当防衛の成立を否定はしないであろうし、そう解すべきであろう。被侵害者としては、現場に滞留する利益がないとはいえ、いわれのない攻撃から逃れる必要はないのであり、それこそが橋爪の議論の出発点だったはずである。ということは、現場での滞留利益それ自体に着目しているとはいえないし、むしろ侵害を有責に招致したという点が、正当防衛の制約に際し決定的に重要なのではないだろうか<sup>49)</sup>。

### 第三項 小 括

このように考えると、論者のいう滞留利益論は、後述の侵害回避義務にほぼ収斂されるものと思われる<sup>50)</sup>。そして、対抗行為が緊急避難として正当化される余地があるという点において、独自の意義が認められるにすぎないように

---

49) 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔初版〕』（有斐閣・2009）213頁以下〔小林〕、小林・前掲注4）「平成20年決定以降の自招侵害論について」6頁参照。

杉本は、侵害時の滞留利益といわれているものの内実は、侵害前の滞留利益に他ならないと指摘しているが（高橋＝杉本＝仲道・前掲注4）71頁以下〔杉本〕参照）、本質を失っているように思われる。杉本としては、“防衛行為をしたとしても、もはやそのような殺伐とした場所でテレビ鑑賞や演説をすることは難しい”という前提から、侵害時の滞留利益は実質的に意味をなさない＝侵害時の滞留利益自体の要保護性は（事実上）存在しない、という結論を導く趣旨であろう。しかし、橋爪のいう滞留利益とは、“正当防衛で人を殺した後に、（精神的余裕をもって）悠然とテレビを見ることは十分可能である”という類のものではない。橋爪の滞留利益論の問題は、“滞留利益が否定される場合というのは、そもそも侵害を有責に招致する行為を事前に行っている場合であり、侵害以前の時点での行動の自由が問題となっているのではないか”という点にある。

思われる<sup>51)</sup>。

## 第二款 侵害回避義務論

### 第一目 論 旨

法益衝突状態を自招した場合に、正当化事由の適用を否定するものとして、回避義務論が主張されている<sup>52)</sup>。

橋爪によれば、優越的利益原理とは、現実化した法益衝突状態がきわめて緊迫したものであり、一方当事者の利益を擁護するために対立する利益を侵害することが、利益衝突の合理的な解消方法と評価されるがゆえに、認められる正当化原理である。そうであれば、被侵害者が自ら法益衝突状態を招いた場合や、それを回避しなかった場合には、優越的利益原理を適用する基礎を欠くことになる。法益衝突状態は、存在しないに越したことはないのである。

したがって、事前の法益衝突状態を回避する義務（危険回避義務）が一定範囲で要求されることになるが、他方で、過度に要求すると、個人の行動の自由を大幅に制約することになって妥当でない。換言すれば、行為者にとって特段の負担とならない場合には、危険回避義務を認めてよいことになる。

具体的には、被侵害者が挑発的言動によって侵害を招いた場合や、侵害現場に赴くことで侵害を被った場合など、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である。被侵害者に回避義務を認めるためには、被侵害者の行為が違法であることまでは必ずしも要求されないが、被侵害者の行為を断念させても正当な利益が犠牲にされないこと<sup>53)</sup>や、被侵害者の侵害の時期・態様に関する予見可能性<sup>54)</sup>は必要である。正当な利益の存否は、侵害の予期の程度や予期された侵害の重大性と、一定の相関関係をもって判断される。

50) 小林・前掲注4)「平成20年決定以降の自招侵害論について」6頁は、準侵害回避義務論と呼ぶ。

51) 近時の論者は、正当防衛において被侵害者が侵害者に優越することを説明するに際し、滞留利益という表現を使用していない（橋爪・前掲注33）84頁参照）。

52) 現代的な意味での回避義務論を提唱したのは、佐藤・前掲注4) 240頁以下である。

53) たとえば、通勤ルートでもなんでもない公園で侵害者が待機している場合、そこに赴くことを禁じても、正当な利益を犠牲にするとはいえないから、被害者に特段の負担を強いるものではない。しかし、被害者の自宅に侵害者が待機している場合に、帰宅を禁ずることは正当な利益を犠牲にするものであり、被害者に特段の負担を強いるものである。

## 第二目 具体例

具体的に、回避義務が認められる場合と認められない場合は、どのような場合であろうか。橋爪は、まず、(1)出向き型と(2)待受け型とに分類する<sup>55)</sup>。

(1)出向き型に関し、回避義務が認められない場合とは、警察の逮捕行為や、襲われている友人の救助に向かう場合（確実な公的救助が期待できない場合に限る）などである。回避義務が認められる場合とは、スナックにおいて口論などをして険悪な雰囲気になった後に、相手の「外に出る」という挑発に応じて外に出る場合、暴力団組員が、対立中の組長宅に押しかける場合、喧嘩相手からの呼び出しを受けて赴く場合、喧嘩相手に呼び出されて飲食店に赴く場合などである。

次に(2)待受け型に関し、回避義務が認められない場合とは、自宅やオフィス、名目ではない集会場所で襲撃を受けるような場合（ただし、公的救助が容易かつ確実に得られる場合は除く）である。回避義務が認められる場合とは、路上で喧嘩相手を待ち構えるような場合である。なお、予見可能性や侵害の確実性が相関関係的な考慮要素になるという文脈で、仕事上で口論した上司と、気まずい雰囲気のまま数時間経過し、仕事が終わった後に上司から暴行を受ける場合があげられている。この場合、通常は回避義務が認められないが、かかる暴行が確実になされることを予期していた場合には、回避義務が認められるとされている。

## 第三目 分析

以上が、橋爪の回避義務論の論旨<sup>56)</sup>である。つまるところは、“個人の行動の自由を過度に制約しない限りにおいて、法益衝突状態の招致は禁じられるべ

---

54) 橋爪は、かつて現実の予期・予見を要求していた（橋爪・前掲注4）『正当防衛論の基礎』309頁、323頁参照。もっとも、橋爪・前掲注4）「正当防衛論」123頁において、理論的可能性としては予見可能性により回避義務を認めることもありうることは、既に認めていた。しかし、侵害の予期それ自体が重要なのではなく、侵害回避の契機を与えることが重要であるとし、予見可能性で足りると後に改めた（橋爪・前掲注4）「判批」163頁参照。

これに対し、山口厚は、回避義務論の構想には賛同しつつも、あくまで侵害の予期を要求している（山口・前掲注4）「正当防衛論の新展開」329頁参照。

55) 橋爪・前掲注4）『正当防衛論の基礎』316頁以下参照。この分類は、香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充＝香城敏磨〔編〕『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（上）』（判例タイムズ社・1992）263頁以下に基づくものであろう。

きであり、その禁を破って法益衝突状態を招いた場合には、正当化事由を援用することは許されない”ということであろう。

まず、論者が前提として思いしき、“法益衝突状態を作出する行為をした者は、法益衝突状態解消のための正当化事由を援用できない”という発想それ自体は、自然な発想であるように思える。しかし、具体的な要件の解釈を分析してみると、疑問が浮かび上がってくる。

まず、“行為者にとって特段の負担とならない場合には、回避義務を認めてよい”というのは、妥当なようでいて、いまひとつ不明瞭な指摘である。特段の負担でなければ、なぜ回避義務を認めてよいのだろうか<sup>57)</sup>。そもそも、なにをもって特段というのだろうか。“合理的理由がなければ負担を負わせてもよい”という趣旨なのかもしれないが、第三者からみて不合理でも、本人にとっては重要ということもありうる<sup>58)</sup>。その場合に、本人に回避義務を課してよいのだろうか<sup>59)</sup>。

56) 橋爪は、回避すべき侵害を避けることなく侵害が現実化した場合（回避義務論）と、自らの不正な行為によって侵害を惹起したと評価できる場合（自招侵害）とは、後者の方が類型的に正当防衛を否定すべき場合が多い点で、有意差があると指摘（改説？）している（橋爪・前掲注4）「正当防衛状況の判断について」112頁参照）。たしかに、事実上は有意差があると思われるが、不正に自招した侵害とは、結局は回避すべき侵害なのであるから、回避義務論で論ずべき領域の一類型、あるいは下位類型として定位する方が、理論的には適切だと思われる。

57) 橋爪は、自己の適法な利益であっても、社会全体の法益保護という観点から、例外的にその放棄が義務づけられる場合があると指摘する（橋爪・前掲注4）『正当防衛論の基礎』316頁参照）。たしかに、公共収用のような場合を考えれば、そのような場合があることは否定しえないが、それはかなり特殊で例外的な場合にすぎない。そもそも、そのような功利的発想によって収用されないがゆえに、当該利益が個人に帰属しているのであるから、一旦個人に正当な利益が認められるとしたならば、容易に功利的発想による犠牲を要求するのは適切ではなく、それ相応の根拠を要するというべきであろう（嶋津格「所有権は何のためか」現代所有論〔有斐閣・1992〕70頁以下参照）。

58) 橋爪は、出向き型の場合につき、「現場に赴くこと自体に重要な価値が認められる場合には、その断念を義務づけることはできない」としているが（橋爪・前掲注4）『正当防衛論の基礎』316頁）、そこでいう「重要な価値」を何をもって判断するかという点は、看過されるべきではない。論者があげている例をみると、客観的に判断するという趣旨であろうが、第三者からみれば瑣末でも本人にとっては重要な場合—たとえばマイノリティな宗教の確信に基づく場合など—に、“そこに赴くことに重要な利益を認めることはできない”として斬り捨てるのは妥当でないと思われるし、論者もおそらくそうは主張しないであろう。そうであれば、この「重要な価値」をどのように判断すべきかという点も、掘り下げて検討する必要がある。

59) この意味で、「『行きたい場所に行く』こと、『その場に留まる』ことは、違法でない限りそれ自体で要保護性のある『利益』ではないのか」という塩見淳の指摘は、正鵠を射ている（塩見淳『刑法の道しるべ』〔有斐閣・2015〕51頁）。

次に、行為者に要求される主観的要件は、予見可能性でよいのか、という点も疑問が残る。予見と予見可能性とは、似て非なる概念である。予見可能性で足りるということは、裏からいえば予見していなくても回避義務を課せられるということであり、予見義務を課すことと同義である。被侵害者からすれば、侵害の招致を予見していなかったにもかかわらず、“侵害の招致を予見することはできたはずだ”という理由で、防衛行為の正当化が否定されることになる。このように、予見義務を課すという点でハードルがひとつ上がるのであるから、「十分なチャンスが与えられている」<sup>60)</sup>という理由のみでは、義務を課す根拠としては不十分であろう<sup>61)</sup>。論者は、侵害の予見可能性を根拠に、危険の現実化の回避を義務づけることができるとも述べている<sup>62)</sup>。たしかに、侵害の予見可能性さえない場合には回避義務を課すことはできないであろうが、だからといって、予見可能性さえあれば回避義務を課してよいということにはならない。

そして、以上の議論は、不作為犯における作為義務論と要件が非常に近似しているが（たとえば「特段の負担」と作為容易性など）、この近似は偶然のものは思えない<sup>63)</sup>。これらは、どのような理論的關係に立つのだろうか。

#### 第四目 回避義務論の本質的な問題点

これらの疑問の原因は、“特段の負担がなければ回避義務を課してよい”“被侵害者が正当な利益を犠牲にしてまで、回避する義務はない”という最も本質的な点を、理論的に定位しきれていない点にあるように思われる。論者は、正当防衛も緊急避難も優越的利益原理に基づき理解するから、“防衛行為により生じうる侵害と、被侵害者が侵害回避に伴い担う負担・犠牲にされる利益とを、較量する”というのが、演繹されるべき帰結である。しかし、駅のホームで電車を待っていた被侵害者が、侵害者に「そこは私がさっき並ぼうとしていた場所、私の方が先に目をつけていたんだから、あなたはさっさとどきなさい。」と理不尽に絡まれ、侵害者が傘で攻撃する氣勢を見せた場合<sup>64)</sup>、被侵害

---

60) 橋爪・前掲注4)「判批」163頁。

61) 日和田・前掲注4)112頁参照。

62) 橋爪・前掲注4)「正当防衛状況の判断について」113頁参照。

63) 実質的に同一のものと理解する見解として、小林・前掲注4)「平成20年決定以降の自招侵害論について」5頁参照。

者は回避する義務があるのだろうか。侵害者が絡んできた理由に鑑みれば、被侵害者は隣の乗車位置に移れば絡んでこないはずであるから、回避に伴う負担自体は非常に軽微である。しかし、相手が興奮しながら騒いで傘を振り回してきたら、目を刺突かれて失明する危険や攻撃を避けようとして線路に転落する危険があるため、そのような侵害から防衛しようと思えば相応の有形力を行使する必要がある。そうすると、非常に軽微な負担で侵害を回避できるのだから、回避せよ、という帰結になりそうである。

しかし、その帰結が妥当とは思えないし、論者もそのような帰結を支持する趣旨ではないだろう。そもそも、論者の正当防衛論において本質的に重要な点は、“被侵害者は、不正な侵害から逃げ惑うべきいわれはない”という考慮と“正当防衛が正当化されるといっても、かかる法益衝突状態が法的に望ましいということは決してない”という考慮との相剋にある。しかし、後者を重視する余り、前者の考慮が抜け落ちているように見える。このことは、山口厚が繰り返し、被侵害者の絶対的優位性や質的な優位性、正当防衛権の権利性を強調していた<sup>65)</sup>ことと、好対照をなしている。

そこで、正当防衛の質的優位性に着目した見解を、次節で検討することにした。

## 第二節 侵害者の要保護性の欠如・減少

### 第一款 正当防衛の正当化根拠—侵害者の要保護性減少

違法性阻却の一般原理との関係では様々な議論が存在するが、正当防衛の正当化の本質を侵害者の要保護性の欠如・減少<sup>66)</sup>に見出す見解が有力である<sup>67)</sup>。これらの見解は、利益欠缺原理や優越的利益原理と結びつけられて主張されることが多い。しかし、いずれの原理から理解すべきかという点に固執することは、あまり生産的とはいえず、かえって無用な批判を招きかねない。

まず、利益欠缺原理と結びつける理解に関し、正当防衛の可罰性阻却の根拠

64) 小林・前掲注4)「平成20年決定以降の自招侵害論について」5頁の掲げる例を参照した。

65) 山口・前掲注4)「正当防衛論の新展開」319頁以下、同・前掲注31)54頁、同『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016)117頁以下参照。

66) 表記上の便宜から、以下では「減少」でまとめる。

は要保護性の欠如＝侵害者の（法的に保護されるべき）利益の欠落であるという趣旨ならば、それは首肯できるものがある。しかし、それを被害者の同意と同列に論ずるのは不適切である。被害者の同意の可罰性阻却の本質は、“被害者に処分可能とされた法益（個人的法益）の処分については、もはや国家が容喙してはならない、国家が容喙してよいのは他害を生じさせる場合だけである”という点にある<sup>68)</sup>。正当防衛に関し、可罰性阻却すべきであるとする論者の主張の本質は、この点にあるわけではなく、“自ら法の禁止を破る者は、法的保護が後退しても仕方ない”という点にある。正当防衛の原理は、被害者の同意を規律する可罰性阻却の原理とは本質的に異なる。したがって、正当防衛の可罰性阻却根拠を利益欠缺原理であるとし、被害者の同意と同列に論ずることは、無用な議論を惹き起こすため、適切でないだろう。また、利益欠缺原理と平仄を合わせるためか、この説からは「法益性の欠如」といった表現が用いられることが多い。それは単なる説明の便宜なのかもしれないが、“法益性が欠如するのではなく、法益性は認められるが、要保護性が減少するだけだ”といった批判を惹き起こしていることを想起すると、利益欠缺原理 VS 優越的利益原理という対立軸がかえって不毛な議論を惹き起こしているという印象は拭えない。

優越的利益原理と結びつける見解も、やはり無用な議論を惹き起こしかねない。“自ら法の禁止を破る者は、法的保護が後退しても仕方ない”という考慮を、優越的利益原理と結びつけようとするれば、侵害者の利益性の減少を見出し、被侵害者はそれに優越するという定式化をすることになるだろう。しかし、それはつまるところ、上記の利益欠缺原理と結びつけようとする見解と本質的には変わらない。したがって、利益欠缺原理 VS 優越的利益原理という対立軸をここに持ち込むのはあまり生産的とはいえない。

これらの学説は、おそらく、違法性阻却の原理と結びつけて論ずべきである

---

67) 平野・前掲注 35) 228 頁、山本・前掲注 4)「自招侵害に対する正当防衛」211 頁、高山佳奈子「正当防衛論（上）」法教 267 号（2002）83 頁、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（東京大学出版会・2008）187 頁、井田・前掲注 26) 159 頁、佐伯・前掲注 14) 120 頁以下、西田・前掲注 35) 155 頁、小林・前掲注 4)「自招防衛と権利濫用説」5 頁以下、同「違法性とその阻却」千葉大法学論集 23 卷 1 号（2008）395 頁以下、照沼・前掲注 4)「正当防衛と自招侵害」152 頁以下等参照。

68) 拙著・前掲注 46) 6 頁以下参照。



という発想に基づき主張されたのであろう。その発想自体は誤ったものとはいえないが、違法性阻却の原理は、優越的利益原理と利益欠缺原理に限られるわけではない。したがって、その二原理のいずれにも馴染まない場合に、無理矢理馴染ませる必要はない。むしろ、違法性阻却すべきであるという直観を、違法性阻却という法効果を説得的に説明できるように理論化することが肝要である。要保護性の欠如という発想により違法性が阻却されるというのは、それで既に説明としては足りている<sup>69)</sup>のであって、すすんで“侵害者の法益性はない”とか“侵害者にも法益性はあるが、被害者の方が優越する”と定式化して争うことに、どれだけの意味があるかは疑わしい。したがって、本稿では、優越的利益原理や利益欠缺原理といった分析軸にこだわることなく、“自ら法の禁止を破った者の法的保護は、後退しても仕方がない”という発想に注目し、自招防衛を巡る議論を整理することにしたい。

## 第二款 正当防衛権の制約根拠としての被害者の要保護性欠如

正当防衛において“侵害者は、自ら法の禁止を破ったのであるから、法的保護が後退する”と解されるのであれば、侵害を自招した者も“被害者は、自ら法の禁止を破ったのであるから、法的保護が後退する”という理解<sup>70)</sup>が主張されている。一見すると、素直な発想であるようにみえる。このような発想は、通常の正当防衛を正対不正として捉え、自招防衛を不正対不正と捉える高山の議論において、よく示されているといえよう。

### 第一目 隠れた前提—被害者の「正性」

しかし、この発想には、ひとつ隠れた前提が存在している。それは、正当防衛が「正対不正」でなければならない、という前提である。正当防衛の正当化根拠を、侵害者の要保護性欠如に求める見解は、“正当防衛は、X対不正の状況を規律する原理である”ということ論証しているだけであって、X = 正で

69) 小林は、これを保護価値制約原理と呼ぶ。

70) 山本・前掲注4)「自招侵害に対する正当防衛」211頁以下、林・前掲注67)189頁・199頁、井田・前掲注26)170頁以下、日和田・前掲注4)117頁以下等参照。高山は、もはや「正」対「不正」ではなく「不正」対「不正」であると述べているが、なぜ「不正」対「不正」だと正当防衛が適用できないのかという実質を探究すれば、突き詰めれば被害者の要保護性が欠如するからであろう(高山・前掲注4)「正当防衛論(下)」70頁参照)。

あるということは何ら論証されていない。Berner 以来の「正は不正に譲歩する必要はない」という法諺があまりに強固に我々の思考を規定しているから看過されているのかもしれないが、“被侵害者が正でなければならない”ということは、法文にも書かれていないし、侵害者の要保護性欠如説においても論証されていない前提である。“被侵害者が正でなければならない”という前提があってこそ、“不正対不正の場合には正当防衛を適用できない”という結論が導かれるのであって、かかる前提は別途論証を要する。被侵害者が不正であることから無前提で導かれる法効果は、“侵害者は、被侵害者の不正の行為に対し、（一定範囲で）正当防衛がなしうる”というところまでであって、“被侵害者は、侵害者の違法な侵害（たとえば過剰防衛等）に対し、正当防衛できない”というところまでは導けない。

被侵害者の要保護性欠如を理由に自招防衛における正当防衛を制約するという発想が、不当な結論を導くのも、叙上の不当前提に起因している。たとえば、高山は、被侵害者が侵害を客観的に招致したというだけのことで、正当防衛を否定する（緊急避難の適用のみを問題とする）。たしかに、「急迫不正の侵害」の存否において侵害者の有責性を考慮しない以上、被侵害者についても有責性を考慮しないのは一貫している<sup>71)</sup>。しかし、被侵害者に一切有責性を認めえない場合であっても、正当防衛を否定するというのは、いきすぎであるように思える<sup>72)</sup>。

---

71) 佐伯・前掲注 14) 158 頁も、基本的には同様の発想に基づくものと考えられる。高山や佐伯とは逆に、ここで侵害者に有責性を要求するのは（山本・前掲注 4）「自招侵害に対する正当防衛」211 頁以下、林・前掲注 67) 189 頁・199 頁参照）、結論的には妥当かもしれないが、論理的に一貫しない。もっとも、有責性を要求する主張が（論理的に整合しないにもかかわらず）なされているということは、被侵害者の要保護性欠如により自招防衛を論ずることの不適切さの象徴ともいえる。

なお、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2008）278 頁は「急迫不正の侵害」というために侵害者の故意・過失を要求するが、侵害者の不正性の程度によってなしうる防衛手段も変容する、つまり相当性判断に影響を及ぼすとしている（同書 273 頁参照）。この立場から、自招防衛に際しても、被侵害者が故意に侵害を招致した場合には正当防衛をおよそ認めえないが、過失による侵害の招致の場合には過剰防衛は認めようとする（同書 288 頁参照）。論者自身認めるように、一般的な理解からは離れているが、これはこれでひとつの筋の通った主張であると思われる。

72) 小林・前掲注 4) 「平成 20 年決定以降の自招侵害論について」7 頁・8 頁および 9 頁注 22 参照。

## 第二目 不明な前提—被侵害者の「正性」とはなにか

叙上の高山の見解において顕著であるが、そもそも正対不正でいうところの「正」とはなにか、あるいは侵害を招致するとなぜ要保護性が欠如するのか、その時点からして、いまひとつ判然としない議論である。

たとえば、被侵害者が機先を制して侵害者に不法な侵害をした場合は、「正」性が欠落するようにもみえる。しかし、それは被侵害者の攻撃が犯罪として問責されるであるとか、侵害者に正当防衛されるという帰結しか意味しないのであって、被侵害者の正当防衛が制約されるという帰結までは導けない。あるいは、被侵害者が、侵害者の侵害を招致したことを捉えて、「正」性が欠落し、「不正」と評しうる、と考えているのかもしれない。しかし、被侵害者（被害者）の自傷行為が「不正」とはいえない以上、第三者を介して被侵害者が自傷する行為、つまり被侵害者が自己への侵害を招致する行為もまた「不正」とはいえないはずである<sup>73)</sup>。

これらのことから窺えるように、“正当防衛の正当化根拠は、侵害者の要保護性欠如である”という出発点から、“自招侵害の場合には、被侵害者の要保護性が欠如するため、正当防衛を援用できない”という帰結を導くことはできない。このような帰結を導こうとする論者らは、「正は不正に譲歩する必要はない」という法諺が無意識に機能しているせいか、“正当防衛において、被侵害者は正でなければならない”という暗黙の前提を滑り込ませている。しかも、そこでいう被侵害者の「正」の意義も不明瞭である。

### 第三款 小 括

以上の分析から窺えるように、正当防衛の正当化根拠を、侵害者の要保護性欠如（不正性）に求めること自体は成り立ちうる発想である。しかし、自招防衛の際に、被侵害者の不正性を根拠に正当防衛を制約するというのは、結論としても妥当ではなく、理論的にも被侵害者の「正性」を無論証で一しかも内容も不明瞭のまま一要求していた点に問題があった。

73) 小林・前掲注4)「平成20年決定以降の自招侵害論について」7頁参照。刑法202条の存在に鑑みれば、生命や身体の枢要部分を侵害させる行為への関与者は、自殺関与罪や傷害罪で問責されることはありうる。しかし、それだけの話であって、正当防衛が制約されるというところまでは導けない。

### 第三節 法確証原理説

本節で紹介する法確証原理説は、“被侵害者は逃げ惑う必要はない”という、正当防衛において本質的な点を強調しつつも、その正当防衛権が制約される場合を整理し、制約する根拠を「法確証原理」に求める考え方である。

法確証原理説は、現在のわが国においては、ほぼ批判し尽くされた見解であるようにもみえる。最終的には、本稿も法確証原理説に与しないが、正当防衛権を個人保護の権利として位置づけつつ、“被侵害者は、不正な侵害から逃げ惑うべきいわれはない”という考慮と“正当防衛が正当化されるといっても、かかる法益衝突状態が法的に望ましいということは決してない”という考慮とのバランスをとろうとした見解としては、検討に値すると思われる。

#### 第一款 法確証原理の理論的内容

法確証原理は、ドイツでは通説的地位を占めるといわれる。この理解の代表的論者である Roxin の見解<sup>74)</sup>の論旨を、まずは正確に整理することにしたい。

#### 第一目 第一次的原理としての個人保護原理

正当防衛は、あくまで第一次的には個人保護のための制度であり、「個人保護は正当防衛の基礎である」<sup>75)</sup>。このことは、個人法益に対する不法が存在しない不能未遂の場合に、正当防衛を否定しているところからも、窺える。

---

74) Vgl. *Claus Roxin*, Die provozierte Norwehrlage, ZStW75 (1963), S. 541ff.; *ders.*, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts—Versuch einer Bilanz—, ZStW93 (1981), S.70f. (以下では“Einschränkungen”と略記して引用する。紹介として、振津隆行「クラウス・ロクシン『正当防衛権の「社会倫理的制限」—ある決算の試み』」商学討究 32 卷 3 号 [1982] 113 頁); *ders.*, Notwehr und Rechtsbewährung, in: Festschrift für Kristian Kühl, 2014, S.391ff.

75) *Roxin*, a.a.O.(Anm.74), Einschränkungen, S.76. 山中敬一や齊藤誠二の見解も、Roxin の発想に近似するが、法確証原理を個人保護と並置している点で、異なる（山中・前掲注 8）299 頁、齊藤・前掲注 19）57 頁参照）。川端博も、山中や齊藤とほぼ同様の理解であるといつてよいだろう（川端博『正当防衛権の再生（刑事法研究第五巻）』〔成文堂・1998〕16 頁以下参照。もつとも、山中は社会的法益や国家的法益の正当防衛を原則的に否定するのに対し、川端は社会的法益の限りで正当防衛を認めようとするようであるから、個人保護の重視の程度に微差はある。山中敬一 = 川端博「対談」正当防衛権の根拠と限界」現刑 56 号 [2003] 8 頁以下参照）。

後述のとおり、法確証原理による制約はかかってくるものの、あくまで個人保護が第一次的に優先するという点は、看過してはならない<sup>76)</sup>。

## 第二目 第二次的原理としての法確証原理

では、法確証原理とはなにか。それは、上述の個人保護のための防衛行為が、同時に、法確証＝一般予防（法秩序の安定）をも追求するものでなければならない、ということである<sup>77)</sup>。ここでいう一般予防とは、違法な侵害に対しては正当防衛による対抗行為が許容されることを示すことで、侵害者が違法な侵害に出ることを差し控えさせる、ということである。裏からいえば、防衛行為者は、対抗行為をすることによって、単に被侵害者の利益を保護しているだけでなく、侵害者により侵害されかかっている法秩序をも保護しているのである。

このような、一般予防目的をも併せ考慮することにより、防衛行為者には侵害を回避する義務はなく害の均衡も要求されない、という帰結が導かれる。

しかし、言い換えれば、一般予防目的が低い場合には、害の均衡が要求されたり、回避義務が生じることになる。特に、一般予防目的が認められなければ、正当防衛の成立自体がおよそ認められず、緊急避難による正当化しか認められないことになる。

このように、法確証原理<sup>78)</sup>とは、正当防衛行為に付随する一般予防効果に着目した原理であり、一般予防の必要性の高低に応じ、正当防衛の成立範囲を画する原理である。法確証の利益という表現もたびたび登場するが、なにか具

76) 近時の Roxin は、個人保護原理の優先性を改めて明言している (Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. 74), *Notwehr und Rechtsbewahrung*, S.392ff.)。

77) 法確証の利益と一般予防の利益がイコールであることは、明言されている (*ibid.*, S.402)。

78) 権利の確証・防衛として理解すべきだ、という指摘もある (松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』[成文堂・2017] 137頁参照)。法確証の原語は *Rechtsbewahrung* であるが、*Recht* を権利、*Bewahrung* を防衛として理解すべきとする。 *Rechtsbewahrungsprinzip* にもいくつかヴァリエーションが存在するようであるが、少なくとも Roxin のそれは、「攻撃を防衛することによって、潜在的な他の法違反者に、違法な攻撃をなす場合には常に危険がつきまとうものであることを示すことで、一般予防に資する」 (*Roxin*, a.a.O. (Anm.74), *Einschränkungen*, S.73f.) という趣旨であるから、法確証という訳語・理解でよいと思われる (より正確には、齊藤・前掲注19) 8頁が指摘するように、法秩序の保護、ないしは法秩序の確証というべきなのであろう)。もっとも、これを優越的利益原理の俎上に載せ、較量の対象となる具体的利益として捉えることは、松宮の指摘するとおり、法確証原理説の趣旨を汲んでいないものと解される。

体的な利益を数値的に問題としているというよりも、一般予防の高低を法確証の利益と言い換えているにすぎない。つまり、法確証の利益それ自体が重要というよりは、あくまで鍵を握っているのは一般予防の必要性の高低である<sup>79)</sup>。一般予防の必要性が低くなる場合に、正当防衛の成立範囲が縮減することになるが、実定法上は StGB 32 条 1 項の被要請性 (Gebotenheit) 要件<sup>80)</sup>で考慮する趣旨のようである。

### 第三目 両原理の関係

このように、正当防衛においてはこの2つの原理が作用することになる。ここで注意すべくは、両原理は、同次元で並列に存在するものではない、という点である。山中敬一も、「法確証の原理と個人保全の原理というのは別個の原理ですが、法確証とは、法のために個人がそれを意識して反撃するというのではなく、個人保全のための行為がそういう機能も持っている」と理解するほうが正確ではないかと思っています<sup>81)</sup>と明確に指摘する。つまり、個人保護原理が何よりも先立って存在する。正当防衛は、社会秩序の維持を主目的とするものではない。あくまで、個人を保護するためのものである。しかし、それが同時に社会秩序をも保護するがゆえに、正当防衛は緊急避難に比して広く成立が認められるのであり、社会秩序の保護に資さない場合には正当防衛の成立範囲が縮減することになる。このような二層構造をなしているという点は、意識する必要がある。

### 第二款 法確証原理の具体的内容

次に問題となるのは、具体的に、いかなる場合に一般予防の必要性が高くなったり低くなったりするのか、という点である。具体的に Roxin が念頭に置いているのは、①侵害の有責性が減少しているか存在していない場合、②侵害が被害者により違法に挑発された場合、③軽微な侵害である場合、④家庭内

---

79) したがって、法確証の「利益」という利益性に注目してこの説を理解するのは（内藤・前掲注 8）329 頁以下、曾根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）187 頁参照）、この説の本質を捉え損ねている。

80) 被要請性要件は、ドイツにおいて従来から認められてきた正当防衛権の社会倫理的制限 (sozialethische Einschränkungen) を、導入する趣旨である、と Roxin は考える。

81) 山中 = 川端・前掲注 75) 8 頁。

等の保障人的地位にある者への侵害である場合、の4つの類型である。以下では、具体的にみてみることにしよう。

### 第一目 有責性が減少した侵害

侵害の有責性が減少している場合であったとしても、被侵害者は、正当防衛権の行使自体は認められるため、保護はされる。しかしながら、侵害の有責性が減少した場合は、一般予防の必要性が低いいため、被侵害者の保護は限定的なものとなる

具体的には、侵害を安全に回避することや官憲の救助を求めることが可能であれば、(1)回避や(2)救助を求めなければならない。(1)(2)が不可能であれば、(3)引き伸ばすための抵抗をしたり軽微な対抗行為をすることは、許される。しかし、それらを超える対抗行為をすることは、許されない。この3種類の制限は、(正当防衛権の)3つの制限と称される<sup>82)</sup>。

### 第二目 違法に挑発された侵害

相手の侵害を違法な<sup>83)</sup>挑発によって惹き起こした場合であっても、なおも被侵害者は正当防衛により保護される。しかし、違法な挑発によって惹き起こされた侵害については、責任減少により<sup>84)</sup>一般予防の必要性が低いため、前目と同様の制限がかかり、被侵害者の保護は限定的となる。

もともと、挑発者と被侵害者が異なる場合、つまり被侵害者が挑発したのではない場合は、通常の場合と同様に正当防衛が認められる。また、意図的に挑

82) Vgl. *Roxin*, AT § 15 Rn.70.

83) かつては、有責な挑発と定式化していたが (Vgl. *Roxin*, a.a.O.(Anm.74), *Einschränkungen*, S.85), 現在は違法な挑発と定式化している (Vgl. *ders.*, AT § 15 II)。その理由は余り明瞭ではないが、有責性がおよそ認められない違法な挑発の場合において、正当防衛権を制限すべきであるという主張はなされていないし、そのような口吻も窺えないことからすると、挑発行為の有責性に関しては、特に立場を改めていないと推測される。

また、挑発行為が違法であることを要するか、それとも社会倫理的に無価値 (sozialethisch wertwidrig) であれば足りるかという点も、争いがあるが、*Roxin* は違法な行為であることを要求する (Vgl. *ders.*, a.a.O.(Anm.74), *Einschränkungen*, S.89f.)。以前は社会倫理的無価値で足りるとしていたが、改説した。その理由は、社会倫理的無価値という基準は不明確で漠然としている点、社会倫理に反しているとしても法に従っているのであれば、正当防衛権を制約すべきではない点に、求められるようである (Vgl. *Roxin*, a.a.O.(Anm.74), *Einschränkungen*, S.95; *ders.*, AT § 15 Rn.73)。

発した場合には、およそ正当防衛が成立しない。

### 第三目 軽微な侵害

軽微な侵害についても、正当防衛権は制限される。これも以上と同様に、一般予防の必要性が低いためである。

問題は、なにをもって「軽微」と呼ぶかである。Roxin は、ドイツにおいて起訴便宜主義が妥当する事件、すなわち軽微事件、私訴犯罪、秩序違反は、一般予防の必要性が減弱した証であるとみているようである。また、刑法上保護されていない法益に対する攻撃もまた、軽微であり一般予防の必要性が低いとみなしている。言い換えれば、単に損害が軽微であるかどうかを問題としているわけではなく<sup>85)</sup>、立法者が当該法益侵害を軽微と扱っていると窺われるものを「軽微」と称しているようである。

### 第四目 保障人的地位にある者への侵害

親子間や夫婦間における侵害においても、正当防衛権が縮減すると解されている。それは、保障人である以上は相手の幸福につき責任 (Verantwortung) があり、侵害者が違法な行為を行ったとしても、なおも連帯関係 (Solidaritätsverhältnis) が存続するため、作為義務 (保障人的地位) は解除されない、という理由による。

ただし、正当な理由なく、(1)侵害行為により、被侵害者が重大な傷害の危険を負う場合や、(2)継続的に虐待を受けている場合には、配慮義務 (Pflicht zur

---

84) 責任減少が理由であると、明示的に述べられているわけではない。しかし、近時の Roxin は、違法に挑発された侵害の場合に、一般予防の必要性が減少する実定法的根拠を、StGB 33 条および 213 条に求めている (Vgl. *Roxin*, a.a.O.(Anm.74), *Notwehr und Rechtsbewahrung*, S. 402)。StGB 33 条は、過剰防衛の規定であり、「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えたときには、罰せられない。」と規定する。StGB 213 条は、犯情があまり重くない故殺の事案に関する規定であり、「被殺者が、故殺者若しくは親族に対して、虐待若しくは重大な侮辱を加えたことから、故殺者が、その落ち度ではなく、怒りに掻き立てられ、それによりその場で行為を行ったとき、又はその他犯情があまり重くない事案であるとき」を対象とする。このことから、責任減少が、違法に挑発された侵害の場合の一般的予防の必要性の減少の根拠であることが窺える。この意味で、違法に挑発された侵害の場合も、前目の有責性減少の場合に実質的に含めて考えることもできよう。なお、StGB の訳は、法務省大臣官房司司法法制部『法務資料 第 461 号 ドイツ刑法典』(2007)を用いた。

85) Vgl. *Roxin*, a.a.O.(Anm.74), *Einschränkungen*, S.95.



Rücksichtnahme)・連帯義務 (Solidaritätspflicht) が解消され、完全な正当防衛が認められるという。

### 第三款 法確証原理の分析

以上が、Roxin の論旨を簡潔に整理したものである。しかし、未だ不明瞭な点が残る。そこでいう「一般予防の必要性」とは、どのような意味なのだろうか。また、「正当防衛権の制限」とは、どのような意味なのだろうか。ここでは、この両者の意味を詳らかにしたい。

#### 第一目 「一般予防の必要性」の意味

正当防衛権が縮減する (一般予防の目的が減少する) 場合とは、つまるところはどのような場合なのだろうか。

それは、侵害の違法性が小さい場合、有責性が小さい場合、被侵害者の侵害者に対する作為義務が認められる場合、と捉え直すことができる。

しかし、前二者と後者は、同じく「一般予防の必要性が減少」といっても、その内容は相当異なる。というのも、前二者は、第三者からみても違法性や有責性が減少しており一般的な問題であるのに対し、後者は、あくまで侵害者と被侵害者との関係内部での問題であり、いわば対内的な問題だからである。

もう少し敷衍しよう。軽微な侵害の場合は、(ドイツでは) 起訴便宜主義に服するという法効果が生じる。侵害の有責性が減少している場合は、責任能力が否定されるなどして、法律上の減免を受けうることになる。その意味で、一般予防の必要性が低いということはできる。しかし、夫が妻を攻撃しても、起訴便宜主義に服したり法律上の減軽を受けたりすることはない<sup>86)</sup>。ということは、同じ「一般予防の必要性が減少」といっても、その実質的内容は前二者と後者と異なるということである。そもそも、Roxin が法確証原理を採用するのは、一般理論からの演繹的帰結だからではなく、個人保護原理のみで正当防衛を規律すると、あまりにも硬直的となってしまうからである<sup>87)</sup>。客観的帰属論内部での帰責制限法理の議論がそうであるように、ここでの Roxin の

86) 財産犯であれば、わが国では親族相盗例の適用があるので、この限りでは、軽微な侵害などの場合と同様に、一般予防の必要性が減少しているといえる。しかし、DV の典型的場面などには、あてはまらない議論である。

議論も、具体的な結論を志向した上で、最後にそれらを「一般予防の必要性」という表現で括っているだけの帰納的議論であって、問題の本質は別のところにあるようにみえる。そこで、保障人的地位にある者への侵害の場合につき、その問題の本質をさらに分析してみることにしよう。

夫が妻に対し、夫婦喧嘩の末に暴行を加えた場合、当該暴行行為には、違法減少や責任減少が認められないはずである。ドイツ刑法やわが国の刑法では、家庭内での財産犯罪に関しては、政策的考慮により刑が減輕されたり親告罪とされていたりする（StGB 247 条，日本刑法 244 条，255 条）。しかし、殺人罪や傷害罪に関しては、同種の規定はみあたらない。ということは、理論的にみても、実定法的にみても、家庭内や保障人的地位にある場合に、暴行行為の一般予防の必要性が低いとはいえないことになる。このような場合、多少の量刑上の考慮はなされるのかもしれないが、少なくとも実定法上の根拠はどこにもない<sup>87)</sup>。このように考えると、保障人的地位にある者への侵害の場合、その本質は、一般予防の必要性に求められるわけではないように思える。Roxin 自身、この問題の本質を、「StGB 13 条の意味における保障者として、相手の幸福に責任がある（verantwortlich）」という点に求めており<sup>88)</sup>、そしてその実質的動機としては、1970 年前後に登場した BGH 判例<sup>90)</sup>を契機として、家庭内暴力のような場合における正当防衛の成立範囲を制限すべきである、という当罰性感覚を反映させる点にあったのではないだろうか。その結論の当否は措くとして、この類型は保障人的地位という特殊な考慮によって、防衛行為を制限する趣旨だと解される。

では、侵害の違法性や有責性が減少している場合は、どうだろうか。この点は、次目で検討したい。

---

87) Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.74), Einschränkungen; ders., a.a.O. (Anm.74), Notwehr und Rechtsbewahrung, S.400.

88) 齊藤・前掲注 19) 252 頁は、保障人的地位そのものが決定的な理由になるわけではないとしても、「こういう場合には、侵害をうけている者は、特別に法的に保護されている関係をつづけるように努力する義務がある」とする。しかし、どこからそのような義務が出てくるのか、その理由は明らかではない。そもそも、そのような倫理的義務をもって正当防衛権を制約することが妥当なのか、という疑問もある。

89) Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.74), Einschränkungen, S.101.

90) BGH NJW 1969, S.802; BGH NJW 1975, S.62.

## 第二目 「正当防衛権の制限」の意味

ここで注意する必要があるのは、Roxin が念頭に置いている事例は、侵害者を殺害する場合や、重大な傷害を与える場合、つまり強度な反撃行為を行おうとしている場合である、という点である<sup>91)</sup>。言い換えれば、重大な結果を生じさせない反撃行為に出る場合は、通常通り正当防衛の成立を認めると推測される。現に、有責性が減少した侵害の場合に、平手打ちは許されるが重傷を負わせることは許されないとする<sup>92)</sup>。あくまで、重大な結果を生じさせる場合については、一般予防の必要性が低いときに正当防衛の成立を否定するという趣旨なのであろう。法確証原理説に対しては、「このような論理の行き着く末は、責任なき侵害に対する正当防衛の否定（……）であり、また構成要件該当性のない侵害に対する正当防衛の否定（……）である」<sup>93)</sup>という批判がある。しかし、おそらくは、行き着かない。それは、Roxin が、“侵害者の生命に危険を及ぼす防衛行為を、無制約に認めるべきでない”という前提に立っていると思われるからである<sup>94)</sup>。

ただ、生命に危険が生じる防衛行為であるといっても、何の理由もなしに個人保全の権利を制約することはできない。そこで、一般予防を持ち出したのだと思われる。その意味で、「一般予防の必要性」という概念は、後付けの論理という印象を拭い難く、当罰性感覚が先行しているのではないかという疑問が残る。

## 第四款 小 括

法確証原理とは、つまるところは、侵害者に対する強度な防衛行為を制限するための原理であったように思われる。その意味で、適用範囲が限定された議論である。そして、そこでは、退避義務や官憲通報義務が認められることにな

91) 有責性が減少した侵害については *Roxin*, AT § 15 Rn.62, 違法に挑発された侵害については *idem.*, Rn.65, 69, 軽微な侵害については *idem.*, Rn.84, 保障人的地位にある者への侵害については *idem.*, Rn.94 を参照。いずれも、射殺する場合など、相手に対する生命の危険があるような場合が念頭に置かれている。

92) Vgl. *Roxin*, AT § 15 Rn.62.

93) 山口・前掲注 31) 51 頁。

94) Roxin がしばしば援用する Menschenrechtskonvention (人権協定) の 2 条 1 項が、死刑執行を除く意図的殺人を禁じていることから、本文のような理解を裏づけることができる (Vgl. *Roxin*, AT § 15 Rn.86)。

る。

しかし、そこから導かれる具体的帰結には、疑問を覚える。自分が襲いかかられている場合に、相手が完全責任能力を有しているか責任無能力者であるかによって、正当防衛の成否が左右されるというのは、やはり疑問がある。保障人的地位にある者への侵害についても、家庭内暴力であることを理由として正当防衛の成否が左右されるべきなのだろうか。このように、導かれる帰結自体に、疑問がある。

そして、用いられている論拠にも、疑問がある。正当防衛が、結果として一般予防効果をもつことはあるだろう。しかし、だからといって、一般予防効果が少ないことを理由として、正当防衛の成立範囲が狭められるべきである、ということにはならない。仮に、個人保護を理由として正当防衛を無制約に認めることが不当であるとしても、そこで一般予防の必要性という論拠に訴える必然性はないし、結局のところその論証はなされていないように思われる。保障人的地位にある者への侵害の類型に至っては、そもそも一般予防とは関係がないことに鑑みると、一般予防の必要性という論拠は、実質的論拠として機能しているか疑わしく、いわば便法として援用されているだけなのではないか、という疑問さえ生ずる。

以上から、一般予防の必要性を論拠とする法確証原理説は、理論的にも結論的にも、支持し難いと思われる。後述するように、個人保護という視点自体は支持しうる。しかし、Roxin があげる事例において、そもそも正当防衛権を制約すべきかどうかそれ自体が問題であり、仮に制約が妥当だとしても、その論拠は改めて考える必要があろう。

#### 第四節 小 括

以上の学説は、それぞれ以下のように理解されるべきであろう。

要保護性減少説は、つまるところは侵害者が不正な事態を惹起したという点に注目する見解であったといえる。しかし、この点を意識しすぎたためか、“不正の侵害といえども、ないに越したことはない”という意識が後退してしまい、不正な侵害者がすべて悪い、といった偏った解釈論が展開されたきらいは否めない。

そのような問題点を照射したのが、侵害回避義務論であったといえるだろ

う。たしかに、侵害者は不正である。しかし、その侵害が回避できるに越したことはない。この点を照射した点において、この見解には重要な意義があるといえる。しかしながら、今度は“被侵害者が、なぜ不正な侵害に気を払って行動しなければならないのか”という問題が生じてしまう。具体的には、侵害回避義務が広くなりすぎるといふかたちで問題が顕在化するが、その原因は、“侵害者の方が悪い”という意識が後退してしまった点に求められるのではないだろうか。

法確証原理説は、個人保護という見地を第一次的なものとして位置づけつつも、一般予防の名の下に侵害者の生命を一定範囲で保護する学説であったと評価できる。その点で、両者のバランスをとる試みといえるだろう。しかし、個別具体的な結論に疑問を覚えるだけでなく、正当防衛権の制約根拠として一般予防を掲げることが理論的に適切なのか、という疑問も生じる。

次章では、両者の問題意識を念頭に置きつつ、従来の学説が考えてきた正当防衛のイメージを素描し直したい。

### 第三章 近代法の基礎理念からみた正当防衛

前章の検討から明らかとなったように、正当防衛には、2つの性格がある。

まず、緊急避難等と異なり、侵害が「不正」と評価される点である。侵害が不正であるがゆえに、侵害を回避する義務はなく、補充性も要求されない。この点は、要保護性減少説において強く訴求されていた点であり、侵害回避義務論において意識が稀薄であった点である。

しかし、侵害が「不正」と評価されたからといって、直ちに對抗行為が正当防衛として正当化されるわけではない。場合によっては、被侵害者はその侵害を甘受するか、それが嫌なら侵害から回避しなければならない。急迫性要件は、このような趣旨を反映させたものであると思われる。この点は、侵害回避義務論において強く訴求されていた点であり<sup>95)</sup>、要保護性減少説において意識が稀薄であった点である。

このように、侵害が「不正」と評価されることにより、その侵害の除去に必

95) 橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』105頁以下参照。

要な限りで対抗行為を許容する契機が生じ、ただし侵害が「急迫」と評しえない場合には、対抗行為は正当化されないことになる。つまり、侵害の不正性は、対抗行為の正当化を基礎づける積極的意義を有しているのに対し、侵害の急迫性は、それが否定されることによって対抗行為の正当化が否定されるという消極的意義を有している。今まで、このように解されてきたのではないだろうか。

問題は、そのように考える根拠である。結論から述べれば、近代法の基礎理念である社会契約論から、理解されるべきである。以下では、不正性や急迫性という概念が持つ意味に注目し、その根拠を明らかにしながら、それらの概念の意味内容を具体化していくことにしたい。

## 第一節 侵害の不正性—侵害源の侵害回避・解消義務

### 第一款 侵害の不正性の意義

侵害の不正性要件は、正当防衛を特徴づける要件である、などと説かれる。しかし、問題は、それがどのような特徴をもたしているのか、そして不正性要件はいかなる意味を有する概念なのか、という点にある。以下では、まず“侵害の不正性要件が、正当防衛にどのような特徴を与えるものなのか”という機能的側面に着目し、分析する。なお、補論で後述するが、この概念は立法の際に検討された形跡がなく、立法史的見地から有益な示唆を得ることはできなかった。

そこで、正当防衛の機能に着目してみよう。正当防衛が成立する場合には、被侵害者は自己の権利・利益を守るために、侵害者に対し防衛行為をすることができる。言い換えれば、被侵害者は侵害を回避する義務を負わないし、侵害側は、侵害をした以上は反撃を甘受しなければならず、それが嫌なら侵害を自ら回避すべきことになる。つまり、正当防衛において侵害回避義務は、被侵害者ではなく侵害者が負うのである。

なぜ侵害者が侵害回避義務を負うのだろうか。この問題を考えるためには、反撃を受けるのが「侵害（者）」であるという点と、その侵害が「不正」と評価されるという点の、2点を考える必要があるだろう。そこで、第一目では「侵害」であることによりもたらされる帰結（侵害要件の機能）を、第二目では

侵害が「不正」であることによりもたらされる帰結（不正性要件の機能）を検討する。それにより、「『不正』の『侵害』」という要件の機能が、明らかになるだろう。本款で明らかにするのは、あくまで「侵害」「不正」要件の機能であり、その根拠や判断基準については、次款で検討する。

なお、急迫性に関しては次節で検討することとし、本款では、ひとまず急迫が認められることを前提とする。

### 第一目 侵害側の侵害回避・解消義務

正当防衛は個人保全のための行為である、と従来からいわれてきた。しかし、もう少しその意味を考えるべきではないだろうか。

正当防衛が個人保全のための行為として認められているのであれば、自己の権利・利益を守るためにやむをえずにした行為が、侵害とは無関係の第三者にも被害を及ぼした場合、その行為も正当化されるはずである。現在の一般的な考え方によれば、第三者の物を用いて侵害者が急迫不正の侵害を行った場合には、被侵害者が防衛行為により当該物を損壊しても正当防衛として正当化されるが、防衛行為により第三者を攻撃した場合には、正当防衛として正当化される余地はなく、緊急避難の限度で正当化されるにとどまる<sup>96)</sup>。ということは、“自己保全のための行為であれば、そこから生じた法益侵害は、すべて正当防衛として正当化される”と解されているわけではないことになる<sup>97)</sup>。つまり、正当防衛が個人の権利・利益を保全している側面は認められるが、それ以外の考慮—防衛行為を受ける客体の属性の考慮—も働いているということである。

96) 学説の諸相については、山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣・2015）6頁以下参照。第三者に波及した法益侵害についても、正当化作用を認めるべきとする見解も、少数ながら有力には主張されている（川端・前掲注4）224頁参照）。

97) ただし、防衛行為を行う以上は不可避免的に生じる法益侵害については、たとえ第三者に法益侵害が及んだとしても、なお正当化作用を認めるべきであるとする見解が有力に主張されている（島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（有斐閣・2014）146頁以下〔小林〕参照）。もっとも、この見解は、正当防衛の直接的な効果として正当化作用を認めるべきとするのではなく、“対抗行為に出ることを一旦適法化したのであれば、そこから不可避免的に生じる法益侵害についても正当化しなければ、対抗行為に出ることを適法化した意味が損なわれる”という発想に基づくものである。つまり、正当防衛であろうと緊急避難であろうと、当該行為に出ることが正当化される以上、そこから不可避免的に生じる結果についても当然に正当化作用を及ぼすべきである、というものである。したがって、この見解に拠ったとしても、無関係の第三者に生じる法益侵害を、正当防衛により直接正当化するという帰結までは導かない。

以上から明らかなことは、侵害を構成するものに対してなされた防衛行為のみが、正当防衛として正当化されるということである。たとえば、たまたま侵害がなされている場所を通りがかったAに、防衛行為の効果が及んでしまった場合には、Aに対する法益侵害を正当化することはできない。しかし、たまたま侵害者Yが、その辺に放置してあったBのバットを用いてXに襲いかかった場合には、Xがやむをえず当該バットをへし折っても、この器物損壊行為は正当化される。AもBも、たまたま巻き込まれただけの不運な第三者であるが、Aに対する法益侵害は違法評価されるのに対し、Bに対する法益侵害は違法評価されないことになる。この両者の相違は、“Aは侵害と無関係だが、Bは侵害を構成している”という点にしかない。したがって、正当防衛の成立を認めるに際し、侵害を構成しているという点こそが、本質的に重要なのである。被侵害者Xからみれば、自己の権利・利益を守るために、侵害を構成するものに対し防衛行為をなすことは許されるが、侵害を構成しないものに対し防衛行為をなすことは許されない、ということになる。

以上の分析から、正当防衛が認められるためには、単に被侵害者の権利・利益を保全するだけでなく、その対抗行為が侵害源に対するものであることを要する、という点が明らかになった。

しかし、防衛的緊急避難のことも考えると、権利・利益を保全するために行われる侵害源への対抗行為だとしても、正当防衛が成立するとは限らない。それに加えて、侵害が「不正」と評価されることが必要である。言い換えれば、「不正」と評価される侵害への対抗行為のみが、正当防衛行為として正当化されることになる。そして、重要なのは、「不正」な侵害がなされた場合、被侵害者は侵害回避義務を負わず、侵害を排除することが許されるという点である。侵害回避義務は、不正な侵害側が負うのである。この点は、緊急避難とは決定的に異なる。正当防衛においては、被侵害者に侵害回避義務は認められないのに対し、緊急避難においては、被侵害者に回避義務が当然に認められる。この点を、次目でさらに明らかにしよう。

## 第二目 回避義務の不存在—緊急避難との相違

緊急避難とは、法益衝突状態に陥ったため両法益を共に救うことが不可能であるがゆえに、劣後する法益を犠牲にして優越する法益を救助することを、やむなく正当化するものである。たとえば、Aという法益とBという法益とが



存在している状態において、論理的にありうる展開としては、(1) A・B 双方が失われる、(2) A が存続する (B が失われる)、(3) B が存続する (A が失われる)、(4) A・B 双方が存続する、の4パターンである。このうち、(4)が最も望ましい事態であり、(1)が最も望ましくない事態である。しかし、(4)という選択肢が失われ、法益 A が法益 B よりも優越する場合に、(2)と(3)とでいずれが望ましいかといえば、(2)の方が望ましい<sup>98)</sup>。そして、緊急避難とは、このような場合において、(2)を選ぶことを正当化するものである。(2)を選んだ場合であっても、法益 B を侵害していること自体は否定できない。しかし、そのような法益侵害があったとしても、(1)~(3)の選択肢の中で、(2)の選択肢が最も功利<sup>99)</sup>に適い、(1)(3)よりは良い事態を実現するものであるがゆえに、(2)を選ぶことを正当化している。

ただし、避難行為時においては(2)の選択肢が最善であるとしても、避難行為よりも前の時点で、(5) B よりも軽微な C という法益を失わせることにより A を保全するという選択肢があるならば、功利的にみて(5)の選択肢の方が(2)よりも望ましい<sup>100)</sup>。ゆえに、この場合に(2)の選択肢を選んだ場合、緊急避難は成立しない。これは、避難行為時前に侵害回避をなしうるならすべきであるという、侵害回避義務を負わせることに他ならない。

正当防衛においても、緊急避難においても、侵害者の利益は損なわれない方が望ましい<sup>101)</sup>。その意味で、侵害ないし相互闘争状態は回避されることが望ましい。功利主義の見地からすれば、より軽微な負担で侵害を回避できる者が回避すべきである。それゆえ、緊急避難においては、被侵害者に侵害回避義務が認められる。これに対し、正当防衛の場面において、その損害を回避するための負担を、被侵害者側が担うべきいわれはない<sup>102)</sup>。それは、なぜだろうか。

98) この問題を規律するのが、害の均衡要件である。

99) 功利主義の理解については、安藤馨『統治と功利 功利主義リベラリズムの擁護』(勁草書房・2007)、児玉聡『功利と直観 英米倫理想史入門』(勁草書房・2010)、W.キムリッカ〔著〕千葉眞=岡崎春輝〔訳者代表〕『新版 現代政治理論』(日本経済評論社・2005) 15 頁以下を主に参照した。

100) この問題を規律するのが、(いま避難行為にでなければ法益を救えない、という意味での) 補充性要件である (小林憲太郎「緊急避難論の近時の動向」立教法務研究 9号 [2016] 145 頁以下参照)。裁判例については、西田=山口=佐伯〔編〕『注釈刑法 第1巻』(有斐閣・2010) 483 頁以下〔深町晋也〕において紹介されている。現在性要件を問題とする裁判例が多いが、他のとりうる手段と関連して判断しているところからすると、実質的には補充性要件の問題だと理解できる。

この相違は、緊急避難とは異なり、侵害が「不正」である点に求められる。国家が「不正」と烙印を押ししたものにつき、自己の行動の自由<sup>103)</sup>を犠牲にしなければならないというのは、国家が急迫な侵害を「不正」と評したことと矛盾する。言い換えれば、急迫な侵害を「不正」と評価する時点で、“個人は、その侵害のために行動の自由を犠牲にする必要はなく、侵害側が侵害を回避・解消する義務を負う”という評価を下している<sup>104)</sup>ことになる<sup>105)</sup>。したがって、侵害を回避するためには軽微な負担で足りる場合や、侵害を回避しないことにつき個別具体的な利益が認められない場合であっても、被害者は侵害を回避する義務を負わない<sup>106)</sup>。このように、正当防衛の文脈では、自己が侵害源であることのみならず、その侵害が「不正」と評価されるような場合に、侵害回避義務を負わされるとということが明らかになる。「不正」という評価は、単に違法性があるという形式的な意義があるだけではなく、侵害回避義務を負わせるに足るものがある、という規範的評価まで含んでいることになる。

### 第三目 小 括

以上から明らかになったのは、正当防衛は侵害源に対する対抗行為にのみ成

---

101) 「侵害者」と評するために有責性を要求するものの、違法かつ有責に侵害をする者は、もはや「市民」ではなくなり、殲滅されるべき「敵」であるという発想も、成り立ちえないではない。このような発想に立つのは、特殊な個人観・国家観に立脚する Günther Jakobs である（多数の文献があるが、松宮孝明〔序〕平山幹子〔訳〕「ギュンター・ヤコブス 市民刑法と敵味方刑法」立命館法学 291 号〔2003〕459 頁以下が要領よくまとまっている。）。Jakobs によれば、（適正な）刑事手続を経ずとも、そういった「敵」は殲滅することが許され、拷問さえも適法化されるという。このような発想に対しては、そもそも適正手続による審判を経てこそ「敵」であるか否かが決定されるのではないかという疑問があるほか（前掲論文 482 頁〔鈴木茂嗣発言〕参照）、その前提をなす個人観・国家観にも疑問を禁じえない。

坂下陽輔の構想する正当防衛論も、おそらくはこのような国家観に基づいているのではないかと思われるが（坂下・前掲注 4）「正当防衛権の制限に対する批判的考察（五・完）」70 頁以下、「同（二）」52 頁以下、「同（三）」80 頁以下参照）、そもその前提が支持し難い。その他の問題点の指摘としては、玄守道「刑事法学の動き 坂下陽輔『正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）～（五）・完』法時 88 巻 12 号（2017）145 頁以下が参考になる。

102) 必ずしも趣旨は判然としないが、「利益の対立状況を作り出している原因が、本来やめさせることの望ましい無用なものである場合には、これを『不正の侵害』としてよい」「対立状況はその原因を作り出した者の負担において解決する」という不正性に関する高山の議論も（高山・前掲注 67）85 頁参照）、本稿の立場と同旨のものと思われるかもしれない。

103) cf. *Thomas Hobbs*, *Leviathan*, 1651, Part.2 § 21; *John Locke*, *Two Treatises of Government*, 1960, § 2, 9; *Jean-Jacques Rousseau*, *Du Contrat Social*, 1762, Chapitre I § 6.

立し、しかもその侵害が「不正」と評価されることが必要だ、ということである。言い換えれば、「不正な侵害」を構成するものは、侵害を回避する義務が生ずることになる。

しかし、本款で明らかにしたのは、“侵害要件および不正性要件には、侵害回避義務を侵害側に負わせる機能がある”という点にとどまる。“(不正な)侵

104) 従来、そこでいう「不正」は、違法性と同義であると解されてきたが(大判昭和8年9月27日刑集12巻1654頁)、このような理解は正確ではない。本文で述べたような理解に従えば、侵害側が“被害者の行動の自由を犠牲にするだけの利益・理由を備えていない”という点が、本質的に重要である(小林・前掲注35)49頁参照)。つまり、被害者側の行動の自由との関係において正当な利益・正当な理由が存在していないことを「不正」と称しているのである。そのような意味での「不正」と、一般的な意味での違法性とは、大体において一致するかもしれない。しかし、たとえば単なる行政法規違反は直ちには「不正」という評価を導かないし、たとえ行為無価値論に従い人の行為ではないことを理由に違法評価がなしえなかったとしても、なお「不正」という評価はなしうる。このように、違法評価と「不正」という評価との間に齟齬が生じる場面がありうることを考えれば、「不正」=違法性という定式化は、かえって混乱を招く。「不正」という評価の本質は、被害者の行動の自由を犠牲にさせるだけの正当な利益・理由が備わっていない、という点にある。

裁判例においても、「単に侵害が予期されただけでなく、被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、……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」と述べたものがある(東京高判平成21年10月8日東高刑時報60巻1~12号142頁。傍点引用者)。

105) 山口・前掲注31)53頁参照。このことを、従来は「侵害者に対する、被害者の優越」、「被害者には要保護性がない」といったかたちで表現されてきたのであろう。

なお、正当防衛において、自己保全(本能)や個人保護という点を前面に押し出す見解も有力であるが、あまり的を射た理解とはいえない。まず、自己保全に関しては、それでは第三者のための正当防衛(緊急救助)をうまく説明できない(津田重憲『緊急救助の研究』[成文堂・1994]83頁参照)。個人保護に関しては、緊急避難によっても実現しうるし(現に自己保存本能という見地から正当防衛を基礎づけるローマ法においては、正当防衛と緊急避難とが区別されていなかったという。曽根威彦『刑法における正当化の理論』[成文堂・1980]7頁参照)、また、正当防衛が正当化事由であるということも説明できない。個人保護というだけならば、責任阻却事由という理解も成り立ちうるからである(佐伯・前掲注14)120頁参照)。

106) このような発想に鑑みれば、“軽微な負担で済むなら、被害者を逃げ惑わせてもよい”という類の問題ではなく、まさに山口が指摘するように、被害者の質的優位性と称すべきものである。そもそも、橋爪が強調していた「被害者の行動の自由」であるとか、かかる制度的・一般的自由というのは、このことを指称していたはずである。したがって、このような被害者の質的優位性を、“軽微な負担であれば…”といった量的発想や、“侵害を回避しないことにつき個別具体的な利益がなければ…”といった利益衡量的発想によって乗り越えることは、不可能というべきであろう。

害側は、なぜ侵害回避義務を負うべきなのか”という実質的根拠については、検討していない。実質的根拠が明らかにならなければ、いかなる場合に侵害回避義務が認められるのか、すなわち“不正と評価できるのか”という点も明らかにならない。

そこで、次款において、侵害回避義務を侵害側に負わせる根拠について、検討する。

#### 〔補論 不正性要件の立法経緯〕

先述したように、不正性要件は、立法経緯において検討された形跡がないようであるが、どのような経緯で導入されたのかという点を補足的に触れておきたい。

明治3年の新律綱領や明治6年の改定律例にはそもそも正当防衛らしき規定はなく、初めて実定法上登場するのは明治13年の旧刑法である。旧刑法では、総論的な規定として正当防衛が置かれていたのではなく、殺傷に関する罪の可罰性阻却事由として、いわば各論の総論的な規定として置かれていた（314条、315条）。その規定をみても、「不正の侵害」という趣旨の表現はない。「不正の侵害」という表現が登場するのは、現行刑法になってからである。

立法過程においても、侵害の不正性の導入の契機については、特に語られていない<sup>107)</sup>。明治28年・30年刑法草案において、総則規定として「第四十九条 急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲己むを得ざるに出たる行爲は之を罰せず。但不正の行爲に因り自ら侵害を招きたる者は此の限に在らず」と規定されており<sup>108)</sup>、これは明治23年改正刑法草案にはなかった規定である<sup>109)</sup>。その直前の明治26年5月15日・17日に行われた第36回・37回刑法改正審査委員会決議録をみると、この新規定は旧刑法314条の規定を移したものであり、正当防衛は殺傷の場合のみならず監禁や器物損壊によっても

---

107) 内田＝山火＝吉井（編著）『日本立法資料全集 20-3 刑法〔明治40年〕(1)-Ⅲ』（信山社・2009）、同（編著）『日本立法資料全集 21 刑法〔明治40年〕(2)』（信山社・1993）および同（編著）『日本立法資料全集 22 刑法〔明治40年〕(3)』（信山社・1994）、同（編著）『日本立法資料全集 24 刑法〔明治40年〕(4)』（信山社・1995）を参照した。以下では「立法資料」と略記する。

108) 立法資料(2)138頁。

109) 明治23年改正刑法草案は、旧刑法と同様の規定ぶりであった（立法資料(1-III)187頁参照）。

なされるから、総則規定に置いたとのことである<sup>110)</sup>。これは単なる形式的な問題であるが、肝心の「不正」という用語については言及がない。これと関係がありそうなのは、明治33年刑法改正案や明治34年刑法改正案参考書において、自招防衛に関する但書が削除されている点である<sup>111)</sup>。その理由として、刑法改正案参考書は、旧刑法が防衛すべき侵害の程度につきほとんど規定しておらず、旧刑法314条但書が不正の行為により自ら招いた暴行でないことを示していたのみであったことから、この点を明確にするために、「侵害の窮迫にして不正なるを要することを規定」したとのことである<sup>112)</sup>。ただし、それ以上の説明はなく、その後においても、正当防衛の対象となる権利の範囲や過剰防衛等については種々の議論があったようだが<sup>113)</sup>、自招防衛や侵害の不正性について議論した形跡は窺えない。

ただし、既に旧刑法のときから、正当防衛の要件として、解釈論上、攻撃の不正性が要求されていた<sup>114)</sup>。この「不正」に関しては、必ずしもその意味内容は明らかではないが、逮捕行為など「攻撃が権利の実行に出でたる時は正当防衛とならず」としている<sup>115)</sup>。

以上をみると、不正性要件は、旧刑法における解釈論がそのまま条文化されたものであり、比較法的に輸入されてきた発想ということであろうか。

## 第二款 侵害源の侵害回避・解消義務

### 第一目 侵害源の他害除去義務と行政法の不利益処分

なぜ、侵害を構成するものは、被侵害者からの対抗行為を甘受しなければならないのか。それは、“他害をもたらすものは、その他害ゆえに規制されても仕方ない”という近代法の原理 (harm principle)<sup>116)</sup>によって説明するほかない

110) 立法資料(2)87頁参照。この点は、既に宮城浩蔵も指摘していた(宮城浩蔵『刑法正義〔明治大学創立百周年記念学術叢書第4巻〕〔明治大学・1984, 原著1893〕653頁以下参照)。

111) 立法資料(2)473頁。

112) 立法資料(2)515頁, 立法資料(3)86頁参照。

113) とくに明治35年2月10日貴族院刑法改正案特別委員会において、相当激しい議論が繰り上げられている(立法資料(4)325頁以下参照)。

114) 宮城浩蔵『刑法〔明治13年〕講義〔第4版〕第2巻 日本立法資料全集別巻80』(信山社・1999, 原著1887)521頁, 同・前掲注110)662頁以下参照。

115) 宮城・前掲注110)663頁。

116) cf. *J.S.Mill, on Liberty*, 1859.

であろう。井田良は、「危険源となっている物から危険な事態が生じたとき、いわれのない危難に遭遇した人には、その物を破壊することにより危難から逃れることを可能にすべきであり、他方、物の所有者には、自己の物が危険な事態を生じさせた場合にはそれが破壊されることもあるというリスクを負担させてよい」と述べている<sup>117)</sup>。まさにこのような発想であろう。たしかに、単に違法な事態を惹起したということのみをもって、制裁を科すことはできない。しかし、違法な事態を惹起したがゆえに、それをやめさせる措置を取することは許されている。その例として、食中毒事件が発生した場合の食品衛生法による営業停止・営業禁止命令（同法55条）、同法違反の食品の回収・廃棄（同法54条）<sup>118)</sup>などがあげられよう。それらは、有責性がなくとも認められる不利益処分には他ならない。食中毒事件を起こしたことにつきなんら落ち度がなかったとしても、営業停止命令は適法に発せられる。それらの不利益処分は、侵害の源・危険源が甘受すべきものとされているのである。

## 第二目 社会契約論に基づく他害除去義務

では、このような考慮は、いかにして正当化できるのだろうか。ここでもまた、社会契約論に登場を頼む必要があるだろう。人々は、自然状態を脱するために、社会契約という仮設的合意を取り交わす。人々がそこで求めたのは、自らの自由の実効的保護と、安全の享受である。つまり、人々が有していた自力救済権を国家に譲渡したのであれば、自力救済権によって排除できたはずの危害

---

117) 井田・前掲注26) 168頁（原文では太字ゴシック体で強調されているが、引用部分のほぼすべてが強調体であるため、引用に際し反映させなかった）。

118) その法的性質は、行政上の義務履行確保手段のうち、即時執行（即時強制）と呼び慣わされているものである。即時執行とは、相手方に義務を課すことなく、行政機関が直接に実力を行使し、もって行政目的の実現を図る制度である（塩野宏『行政法I〔第6版〕』〔有斐閣・2015〕277頁参照）。行政上の義務を課した上で、直接的な実力を加えて義務の実現を図る直接強制とは異なり、相手方に義務を課さずに、直ちに行政目的の実現を図る点が特徴である。直接強制がほぼ認められていない（成田新法3条6項、学校施設の確保に関する政令21条のみ）のに対し、より侵害度の高い即時執行がなぜ広く認められているのかという疑義は呈されているものの（塩野・前掲書279頁、櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第5版〕』〔弘文堂・2016〕177頁参照）、行政目的を直接実現すること自体にはあまり異論はないようである。したがって、現行法上、相手方の有責性がなくても行政目的を直ちに実現することは、適法と解されているといえよう。もっとも、それが人格の中核を構成する本来的個人的法益の侵害にまで及ぶ場合には、妥当しないことになる。

に関しては、私人の代わりに国家が除去する義務を負うべきである<sup>119)</sup>。そうすると、私人としては、他害をもたらし危険なものを排除することは許されるはずであり、他方で、その reversible な<sup>120)</sup> 交換条件として、自らが他害をもたらししている場合には、その他害を除去するために必要な不利益処分を甘受すべきことになる。他害の除去を超えた制裁であれば、責任主義が妥当するが、そうでなければ、責任主義は妥当しない。他害をもたらししたという事実ゆえに、その他害の除去に伴う不利益は甘受しなければならない<sup>121)</sup>。つまり、他害をもたらし自由など、そもそも法的に保障された自由ではないのである<sup>122)</sup>。食品衛生法違反の食品の回収や営業停止命令は、その現行法への現れの一例といえる。

### 第三目 他害除去義務としての不正性要件

翻って刑法の世界へと舞い戻ると、侵害が不正であるということは、要するに“被侵害者への侵害を、侵害側が回避・解消する義務がある”ということである。先述のとおり、他害をもたらし場合は、有責任であろうとあるまいと、その他害を除去する義務が生ずる。

しかし、他害をもたらし場合であっても、例外的に、他害を除去する義務が解除される場合がある。その例として、逮捕状に基づく逮捕などがあげられる。この場合も、外形的にみれば侵害者（警察官）が、被侵害者を逮捕することにより、被侵害者の行動の自由を侵害している。しかし、被侵害者（被逮捕者）の行動の自由が侵害されるからといって、被侵害者の対抗行為に正当防衛を成立させるべきだとは考えないだろうし、侵害者（逮捕者）に侵害回避義務を認めるべきだと考えるものもないだろう。それは、刑事訴訟法上に規定されている通常逮捕が、被侵害者の行動の自由の侵害を適法としているから、つまり侵害者の侵害回避義務を解除しているからである。このような場合、通常逮

119) 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会・2016）131頁以下参照。

120) 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会・2003）23頁以下参照。

121) これを憲法に引き直せば、切り札としての人権以外の個人の権利・利益は、公共の福祉に基づき認められるものであり、そうであるがゆえに（他害をもたらし等の）公共の福祉に反する場合にはかかる権利・利益は制約される、という説明になろう（長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社・2014）109頁以下、より詳しくは同・前掲注119）63頁、102頁参照）。

122) 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店・1999）25頁以下参照。

捕は適法な行為だから「不正性」要件が欠落する、と一般的には解するのであろう。しかし、より実質的にいえば、通常逮捕を刑法が適法化しているということには、単に手続上適法とされるという内容だけでなく、侵害側の侵害回避義務を解除するという内容も含まれており、それゆえに「不正」と評価されないのである。つまり、適法だから（＝違法でないことを理由として）、「不正」と評価されないのではなく、当該法規が、侵害回避義務を解除する趣旨も含むかたちで適法化しているからこそ、「不正」と評価しないのである。

このように、他害をもたらす行為は、社会契約論に基づき、原則として侵害を回避・解消する義務が生じる。不正性要件は、このことを要件化したものと解される。そして、侵害を回避・解消する義務がない例外的場合は、当該侵害は不正と評価されないことになる。このことから分かるように、刑法上違法であることを理由として不正と評価されるのではなく、あくまで侵害回避義務があることを理由として不正と評価される。

### 第三款 侵害の不正性と防衛行為？

もっとも、「侵害の不正性＝違法性」と理解しても、実際上は問題がないようにも思える。しかし、このように理解すると、侵害が違法であるのみならず有責性も備える必要があるとか、侵害の違法性や有責性の程度によって正当化される防衛行為の範囲が左右されるといった議論も導かれうることになる。このような議論は、後述するように“他害をもたらすものは、その他害ゆえに規制されても仕方ない”という理解からは導きえないものであるが、「侵害の不正性＝違法性」と理解するだけでは、この議論を排斥することは難しい。このような議論が有力に主張されている以上は、“他害をもたらすものは、その他害ゆえに規制されても仕方ない”という点を基礎に据えることを強調しながら、具体的な解釈論をきちんと検討すべきであろう。

そこで、本款では、“他害をもたらすものは、その他害ゆえに規制されても仕方ない”という理解に則り、正当防衛の成立のために侵害の有責性を要求する理解や、侵害の違法性や有責性の程度によってなしうる防衛行為が左右されるという理解が妥当でないということを、示したい。

#### 第一目 侵害の違法性と防衛行為とを連動させる解釈

学説において、侵害の「不正」の程度によって、なしうる防衛行為に幅を設



けるべきであるという主張が有力である<sup>123)</sup>。しかし、以上のような不正性の理解に鑑みれば、このような解釈は採り難い。不正性とは、侵害側に侵害を回避・解消する義務があるか否かにかかわる問題であり、侵害の急迫性と同様、それはあるかないかの問題に尽きる。正当防衛は、なしうるか否かの2択しかないのである。

井田としては、正当防衛をなしうるとしても、なしうる防衛行為の程度には幅がある、と主張したいのであろう。その主張自体は、賛同できる。しかし、防衛行為の幅が、侵害の違法性（不正性）の程度によって左右されるべき理由はない。むしろ、侵害の違法性（不正性）が高ければ、より強度の防衛行為をしてよいというのは、不当な解釈ではないだろうか。侵害の違法性（不正性）が高かろうと低かろうと、防衛のために必要な行為であれば、それは正当化すべきであるし、防衛のために不要な行為は、正当化すべきではない<sup>124)</sup>。それを、侵害の違法性（不正性）と連動させなければならない必然性は、見出し難いように思われる。

このような解釈論の不当性は、侵害の不正性を侵害の違法性と同視する点に起因している。叙上のとおり、侵害の不正性を侵害の違法性と同視しても、侵害の不正性が認められるか否かという結論に関し、重要な差異が導かれるわけではない。その意味では、“侵害の不正性は社会契約論に基づく”と主張する実益はないようにみえるかもしれない。しかし、侵害の不正性と違法性が同義であると短絡されると、侵害の不正性という概念が独り歩きし、防衛行為と連動するというような帰結が導かれてしまいかねないことに鑑みれば、やはり侵害の不正性という概念を正確に理解することも無用ではなからう。

## 第二目 侵害の有责性と防衛行為

前章第三節でも触れたように、ドイツでは、社会倫理的制限という名の下

123) 井田・前掲注71) 273頁、川端博 = 日高義博 = 井田良「『鼎談』正当防衛の正当化の根拠と成立範囲」現刑9号(2000)7頁以下(井田)参照。

124) このような意味での、防衛行為の必要最小限度性を主張する学説として、橋爪・前掲注4)『正当防衛論の基礎』354頁以下、山口・前掲注31)69頁以下、高山・前掲注4)「正当防衛論(下)」67頁以下、佐伯・前掲注14)140頁以下、松宮孝明「被害者による加害行為と暴行および正当防衛の成否」立命館法学310号(2007)417頁等がある。拙稿「防衛行為の相当性と目的手段審査」立教法務研究11号(2018)掲載予定において、この点を詳論したので、詳細はそちらに譲る。

で、侵害者に有責性を認めえない場合には正当防衛を制約する、という解釈が有力である<sup>125)</sup>。また、Günther Jakobs は、正当防衛は非人格者に対する対抗行為であるから対抗行為はほぼ無制約に認められるとしつつ、正当防衛が認められるためには、侵害者が違法かつ有責であることを要求する<sup>126)</sup>。

このような解釈が、理論的におよそ成り立ちえない、とまでは言い難い。そうである以上は、このような解釈がなぜ採りえないのかという点について、原理的に考察することが必要であろう。

正当防衛を認めるために、侵害の有責性が必要であるとするならば、人々は責任無能力者からの侵害を甘受しなければならないことになる。そして、同様に、国家権力もまたその侵害を阻止することはできない。なぜなら、人々は本来自然権として自己の利益を保全することが許されているところ、無責の侵害に対し正当防衛ができないということは、自然権が認められないということの意味するからである。自然権の行使としての正当防衛がなしえない以上、自然権の実効的実現を託された国家も、同様に、保護活動をできないことになる。したがって、人々は、無責の侵害を受けそうな場合、反撃することもできなければ、国家による救済を求めることもできない。しかし、そのような社会は到底維持できないであろうし、少なくとも現在一般に共有されている個人観・国家観からも大きく離れている。

これに対し、正当防衛自体は可能であるが、なしうる正当防衛が制約されるという議論については、どうだろうか。この議論については、先の井田の議論への批判が、そのまま妥当する。侵害側がその侵害を回避・解消する義務を負う以上は、その侵害を排除するために必要な限りにおいて、防衛行為はなしう

---

125) Vgl. Roxin, AT § 15 Rn.55ff., 61ff.; Baumann, aa.O. (Anm.18), Strafrecht AT, S.317ff. わが国においては、先述の井田・前掲注 71) 273 頁のほか、佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣・1968）200 頁注 2、中義勝『刑法総論』（有斐閣・1971）136 頁注 4、中山研一『刑法総論』（成文堂・1982）278 頁注 1、内藤謙「正当防衛」法教 22 号（1982）43 頁（ただし、同・前掲注 8）337 頁の立場は不明）、山中・前掲注 8）301 頁以下、齊藤・前掲注 19) 171 頁以下、大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学（東北大学）47 巻 5 号（1984）24 頁等参照。

以上とは異なり、そもそも責任のない侵害は「侵害」ではないとか、「違法」ではないという発想も主張されているが（学説の諸相については山中・前掲注 8）68 頁以下、齊藤・前掲注 19) 168 頁以下に詳しい）、これらはかなり特殊な刑法理論に立脚しているものであるため、本稿の対象から除外する。

126) ギュンター・ヤコブス〔著〕川口浩一＝飯島暢〔訳〕『法的強制と人格性』（関西大学出版局・2012）15 頁以下（川口・訳）参照。

るはずであり、他方で、不要な防衛行為については、相手の有責性が高かろうと低かろうと、正当化の余地はないはずである。むしろ、なおも有責性が認められない侵害者に対しては、なしうる防衛行為の範囲は縮減される、という解釈もありえないではない。しかし、その場合は、本稿で述べたような個人観・国家観を支持せず、上述の Jakobs のような特殊な個人観・国家観を支持するということになる。

### 第三目 適法行為に基づく損害賠償義務

以上から導かれる帰結は、侵害の違法性の程度や有責性の有無・程度によって、正当防衛の可否は左右されるべきではない、防衛行為は適法である、というものである。しかし、このことは、侵害側には法的な手当てを一切認めない、という趣旨ではない。

たとえば、一定の場合には、防衛行為者に損害賠償義務を負わせるという解釈も、十分成り立ちうる。たしかに、民法720条1項は、正当防衛の場合には不法行為に基づく損害賠償義務を負わない旨を規定している。しかし、民法720条1項でいう正当防衛は、侵害が有責である場合に限る（＝「不法行為」は無責の不法行為に限る）、という解釈も十分に成り立つ。民法720条各号の規定と、刑法36条・37条の規定とで文理的に整合していないことや、そもそも刑法と民法では法目的が異なることに鑑みれば<sup>127)</sup>、無責の侵害者に対する正当防衛により生じた損害については<sup>128)</sup>、720条1項の対象外とする理解も、可能である<sup>129)</sup>。

このような解釈を採るべきか否かは、さらに詰めて考えるべきであるが、ここで指摘しておきたいことは、“侵害の不正性の程度や有責性は、刑法上の正当化の可否・範囲において反映させなければならない”ということはない点である。刑法上は防衛行為を正当化した上で、防衛行為者に損害填補的な意味での損害賠償義務を認めるということは、理論的に十分可能であり、そのような問題解決の方途もある。

### 第四款 小 括

侵害の不正性を巡る以上の分析から、以下のことが導かれる。

127) 佐伯仁志 = 道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣・2001) 255頁以下参照。

まず、緊急避難を始めとする優越的利益原理に基づく正当化事由は、功利的正当化という発想によって完結したものである。これに対し、正当防衛は、功利的正当化という見地とは無関係であるから、緊急避難論とは切り離して考えるべきである。

では、正当防衛はどのような考慮に基づいているのか。正当防衛における侵害の不正性とは、侵害側に侵害の回避・解消義務があることを意味する。そうであるがゆえに、被侵害者は侵害を回避したり退避したりすることなく（＝行動の自由を犠牲にすることなく）、侵害を排除するための法益侵害行為をすることが許される。そして、侵害側がその法益侵害行為を甘受しなければならない。なぜ、侵害側が、たとえ侵害につき有責性が認められなくても、侵害を回避・解消しなければならないかといえ、我々は自己の自由を守り安全を享受するために社会契約を取り交わしたのであり、安全を乱し人々の自由を害する場合には、その危害を除去されて然るべきだからである。侵害側からみれば、他害の自由はないということである。

---

128) 不法行為法の機能として、損害填補の機能、損害予防の機能、制裁の機能があげられるが（平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』〔弘文堂・1992、1994部分補正〕4頁以下参照）、損害填補の機能が最も重要である（最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁）。判例および学説によれば、制裁の機能や損害予防の機能は、反射的・副次的効果にすぎないとされ、それらは（刑事・民事）制裁に委ねられているとされる（平成9年判例および山田卓生「不法行為の機能」森島昭夫教授還暦記念『不法行為法の現代的課題と展開』〔日本評論社・1995〕3頁、窪田充見『不法行為法』〔有斐閣・2007〕18頁以下参照）。したがって、このような見地に従えば、不法行為法には制裁の機能はないから、純粋に損害填補の機能に従い、無責者に対する正当防衛行為から生じた損害については、賠償責任を負わせるという解釈も成り立つ（民法720条2項の緊急避難を不当利得として理解すべきと主張する井上宜裕「緊急行為論—緊急避難論の諸相」川端＝浅田＝山口＝井田〔編〕『理論刑法学の探究①』〔成文堂・2008〕168頁も参照）。

もっとも、このような解釈に対しては、近時有力な批判がある（森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL 874号〔2008〕11頁以下参照）。曰く、損害填補の見地からは、加害者の過失は要件とすべきではなく、また被害者の過失相殺（民法722条2項）についても認めるべきではないばかりか、損害填補を目的とするのであれば保険や社会保障法の方がより実効的であるという。そこで、論者らは、最適な抑止（社会的に最も望ましい行動を惹起するためのインセンティブの設定）を不法行為の主目的と据えるべきと主張する。このように理解すると、刑法と不法行為法は連続的な制度ということになるが、それでもなお不法行為法は被害者にも損害抑止のインセンティブを担わせる点で刑事制裁から独立した意義を有しているため（森田＝小塚・前掲16頁、ステューブン・シャベル〔著〕田中亘＝飯田高〔訳〕『法と経済学』〔日本経済新聞出版社・2010〕631頁以下も参照）、このような理解の下でも適法行為に基づく損害賠償は認めうる。

129) 小林・前掲注67) 332頁以下の指摘も、同旨のものともいうる。

言い換えれば、正当防衛とは、国家の存在によって当然に認められる正当化事由である。したがって、正当防衛権を認めないことは、違憲である。これに対し、緊急避難は、そうではない。緊急避難を規律するのは、優越的利益原理という功利主義に基づく政策である。したがって、そのような政策を採用するか否かは、政策決定の問題であるから、優越的利益原理を一切認めないからといって、違憲であるということにはならない。両者は、発想が根本的に異なる。回避義務の有無につき異なった結論が導かれるのは、両者の発想が異なっているからである。

このように、正当防衛においては、侵害源であり、そしてその侵害が不正であるがゆえに、対抗行為が正当化されるのである。もっとも、侵害が不正であれば、常に対抗行為が正当防衛として正当化されるわけではない。侵害を急迫と評価できることも必要である。では、なぜこのような要件が必要なのだろうか。この点を、次節で検討することにしたい。

## 第二節 侵害の急迫性—自力救済禁止原則の例外

### 第一款 自救行為はなぜ正当化されづらいのか

侵害が「不正」と評される場合には、常に対抗行為が正当化されるのだろうか。おそらく、常に対抗行為が正当化されるとは考えられておらず、一定の場合にのみ正当化されるにとどまる、と考えられている。

たとえば、ある工場が廃液を川に垂れ流し、湾を汚染している場合に、排水管を閉鎖して廃液の流出を阻止する行為は、正当防衛にあたらないと一般に解されている<sup>130)</sup>。この場合には、然るべき民事手続を履践すべきであり、その間は侵害を甘受するか、他の場所へと回避することが求められることになる。

このような帰結は、ややもすれば不正義にみえるかもしれない。なぜ、不正な侵害を甘受しなければならないのか。そんなことを許して、なにが法治国家か、と一。しかし、むしろ、そうであってこそ法治国家なのである<sup>131)</sup>。こ

130) 高知地判昭和51年3月31日判時813号106頁。

131) 法制史的な詳細については、村上淳一『近代法の形成』（岩波書店・1979）153頁以下参照。さらに、木庭顕『法存立の歴史的基盤』（東京大学出版会・2009）参照。

のような行為を許容してしまうと、かえって社会が混乱してしまうのである<sup>132)</sup>。

この点は、自救行為を巡る議論を想起すると、理解が容易となる<sup>133)</sup>。たとえ正当な権利者であったとしても、その権利の私的実行は原則として禁じられている。たしかに、人々は自らの物を不当に奪われた場合、それを取り戻すことは本来自然権として許されるようにも思える。しかし、その行使を各人の思うがままに任せたら、行為者が自己を権利者であると錯誤するなどにより、誰が正当な権利者で誰がそうでないかといった権利関係が錯綜するだろう。また、弱者は強者から搾取され、泣き寝入りをするかもしれない。そのようなかたちで、混乱状態を招くことは必至である。そのような事態を一般に許容するよりは、権利関係を権威的かつ一義的に決定する機関を設け<sup>134)</sup>、その機関に裁定させ、それにより確定した権利関係を執行させる方が、全体としてはより良い事態が実現できるはずである<sup>135)</sup>。その場合でも、誤判の可能性を否定することはできない。しかし、それでも、私人同士で権利関係を恒久的に争わせ続けるよりは（国家を設立しない自然状態のままであるよりは）、まだましなはずである<sup>136)</sup>。このような集合行為（collective action）的発想<sup>137)</sup>により、国家に

---

132) このような危惧は、「安全 security」「平和 peace/ (Rechts-)Frieden」などと呼び慣わされてきた (cf. *Hobbs, supra* note 103, Part.2; *Locke, supra* note 103, § 9; *Rousseau, supra* note 103, Chapitre II § 4. ドイツにおける平和・安全の観念に関しては、vgl. *Hinrich Rüping/ Günter Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., 2011* (初版の邦訳として、川端博 = 曾根威彦 [訳] 『ドイツ刑法史綱要』 [成文堂・1984])). 近時の研究として、山田雄大「正当防衛の時間的制約とドイツにおける歴史的沿革」法学政治学論究（慶應義塾大学）107号（2015）137頁がある。

133) 自救行為に関しては主に、大下英希「自救行為について(1)～(3・完)」法学雑誌（大阪市立大学）52巻1号～3号〔2005〕18頁・32頁・51頁、同「占有自救について—緊急性要件をめぐって—」法学雑誌55巻1号〔2008〕183頁、小林・前掲注67) 372頁以下を参照した。

また、占有があるということは、占有者の有する物を篡奪することが許されないとという評価込みの概念である点については、木庭顕『新版ローマ法案内』（羽鳥書店・2017）47頁以下、同『現代日本法へのカタバシス』（羽鳥書店・2011）35頁以下、102頁以下、154頁以下、同『笑うケースメソッド 現代日本民法の基礎を問う』（勁草書房・2015）1頁以下を参照した。

134) 私的自治の原則から、判決の基礎をなす事実の収集・提出は当事者の権能であり（弁論主義）、事実の自由に裁判所拘束力が認められるにもかかわらず、権利自由に裁判所拘束力を認めることができない理由は、この点にあるのだろう。

135) そして、憲法や経済学で夙に指摘されているように、このようなサービスは市場メカニズムにより供給することはできない公共財である。したがって、作為として、警察サービスや司法サービスを構築する必要がある（長谷部・前掲注122）4頁以下参照）。

権利関係の確定および執行を委ねるのが、民事手続制度である<sup>138)</sup>。換言すれば、自力救済の禁止原則とは、私人が権利確定・執行において、法的手続を経ずに実力で自己の権利を実現することを禁じ、法的手続の利用を強制するもの<sup>139)</sup>であって、その間の不利益は権利者が受忍すべきものである<sup>140)</sup>。したがって、自救行為とは、民事手続<sup>141)</sup>を利用することが時間的に不可能であるがゆえに、自己の請求権の実現が不可能または著しく困難にする事態が眼前で進行している場合に、民事保全手続を私人に代行させるものである<sup>142)</sup>。

このことから窺えるように、安定した現状を実力で変更してまで権利を実現することは、私人には許されていない。たとえ相手が違法であっても、である。違法な権利侵害状態から回復する場合であっても、それを私人のなすがままに委ねてしまったら、叙上のような混乱した社会（自然状態）を招いてしまい、当該私人にとってすら不利益な事態に至ってしまう。個人の権利・利益を守りつつ、そのような社会の混乱・攪乱を防ぐために、国家を設立するのである。自力救済が原則として禁じられる理由は、この社会の混乱・攪乱を防ぐためという点に求められ<sup>143)</sup>、つまるところは法治国家ということの意味である。したがって、権利の私的实现を許すためには、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という一般論が妥当しない

136) 「まだまし」といえるためには、権威 authority、つまり私人が権利関係を確定するよりも、国家（の組織たる裁判所・裁判官）の方が権利関係の確定のための優れた能力を有しているということが必要である（ジョセフ・ラズ〔著〕深田三徳〔編〕『権威としての法』〔勁草書房・1994〕142頁以下〔深田三徳・訳〕、長谷部・前掲注119〕『憲法の理性』64頁以下参照）。

137) 飯田高『法と社会科学をつなぐ』（有斐閣・2016）74頁以下、拙著・前掲注46）40頁以下参照。

138) 民事訴訟の目的論を巡っては、旧来から激しい議論がなされているが（議論状況については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣・2013）1頁以下参照）、自力救済の禁止を前提として個人の権利の実現を目的とすること自体には、現在ではさほど争いはないといつてよいと思われる。民事訴訟の目的はそれのみには尽きない、という理解が現在共有されている理解であろうが、権利の実現が目的であること自体は、否定し難いところであろう。

139) だからこそ、盗品等を本犯被害者に処分することを有償斡旋する場合における「正常な回復」（最決平成14年7月1日刑集56巻6号265頁）とは、厳密には無償の返還請求権を意味するものではなく、民事手続の利用による負担は被害者が甘受すべきと解されているのである（高山佳奈子「判批」現刑54号〔2003〕58頁、山口・前掲注96）332頁以下参照）。

140) 橋爪・前掲注4）『正当防衛論の基礎』102頁以下参照。

141) 本案審理のみならず、仮処分等の手続も含む。

142) 大下・前掲注133）「自救行為について（2）」62頁以下参照。

例外的事情や、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害を考慮してもなお自力救済を認めないと多大な不利益が生じる、という例外的事情が必要となる<sup>144)</sup>。具体的には、先の自救行為のように、悠長に民事手続など履践していたら、もはや自己の権利・利益を回復することはほぼ不可能であり、かつ事実誤認のおそれが少ないといった事情が必要となろう。そのような場合には、かかる公共的利益の要保護性が否定される、あるいは法治国家の趣旨に反しない、といえるからである。

## 第二款 正当防衛と自救行為との違い

以上のように、自救行為における正当化が著しく狭く解されているのは、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害が生じるからである<sup>145)</sup>。そのような弊害を伴う行為を、原則として許すことはできないため、正当化の認められる範囲が非常に狭いのである。

これに対し、正当防衛は、正当化が認められやすい。たしかに、正当防衛においても、相互闘争状況と呼ぶべき混乱状態に至っており、この点では自救行為と共通する。しかし、このような状況を招来したのは被侵害者や防衛行為者ではなく<sup>146)</sup>、むしろ侵害者側である<sup>147)</sup>。被侵害者は、そのような混乱状態へと至ることを阻止しつつ、自己の利益を守っているにすぎない<sup>148)</sup>。したがって、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いて

---

143) これは一種の公共的利益といえる。この公共的利益は、究極的には個人のための利益であるが、個人に処分権限を認めることが原理的に認めえない利益である（拙著・前掲注46）28頁において「本来的非個人的法益」と称した）。これは、各種偽造罪などにおける「信頼」と同様、合理的行動を採る個人に処分権限を認めると、かえって個人の利益を損ねてしまうという、特殊な利益である。「安全」という利益も、同様に考えられる（注135およびそこで掲げた文献も参照）。

144) 本文のように考えれば、自救行為が正当化される根拠も、原理的には2種類ありうることになる。一般的禁止の趣旨が妥当しない（禁止に抵触しない）場合と、優越的利益原理に基づく場合である。

145) 以上の説明は、原理的根拠・理論的正当性を与えるために、社会契約論に依拠して行った。しかし、このような発想は単に理念的・空想的なものではない。歴史的にみても、古代ゲルマン社会における正当防衛は、平和を破壊した者に対する復讐・名誉回復という意味合いを有していたことから（曽根・前掲注105）12頁以下参照）、平和喪失という発想が必ずしも突飛でないことを窺わせる。

146) 佐伯・前掲注14）123頁、小林・前掲注67）369頁以下参照。



しまう”という弊害をもたらしていない被侵害者は、その対抗行為が正当防衛として（自救行為による場合よりも格段に広く）正当化されてきたのである。急迫性要件とは、この“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害の不存在を、具現化したものと解される<sup>149)</sup>。このことは、自救行為を含む私法的権利の実現を図る事案において、侵害の急迫性が否定されているところからも窺うことができるだろう<sup>150)</sup>。また、喧嘩両成敗という発想も、その相互闘争状態が社会の混乱を招くという見地に着目した議論とみる余地があり、わが国においてもこのような発想はそれなりに共有されてきたと評価できる（喧嘩両成敗に関しては、長くなるため、後に補論として論ずる）。

147) 中世ドイツのザクセンシュピーゲル *Sachsenspiegel* (1215-1235) において、正当防衛は、単なる自然権ではなく、平和喪失となった攻撃者に対する権利と扱われた。つまり、不正の侵害をなす時点で、もはや攻撃者は法的保護・国家的保護の網から自ら抜け出すものであると解されてきた。そして、同時に、侵害者が平和を破壊し、自己が防衛することを余儀なくされたという証明が要されてきた。このような、平和破壊に本質があると考えられてきた（曾根・前掲注 105）23 頁参照）。近代においても、このような発想は主張され続けている（Vgl. *Hellmuth Mayer*, *Der bindende Befehl im Strafrecht*, in: *Festgabe für Reinhard von Frank* Bd.I, 1930, S.612f.; *ders.*, *Strafrecht Lehrbuch Allgemeiner Teil*, 1953, S.202; *Arthur Wegner*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1951, S.122f.）。もっとも、侵害者といえども要保護性自体は認められるという点も意識され始めたため、正当防衛権を一定範囲に制約する解釈が有力化した（Vgl. *Klaus Himmelreich*, *Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit*, 1971, S.92; *ders.*, *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung, Provokation und Rechtsmißbrauch: Notwehrexzeß*, GA1966, S.131f.）。その制約根拠として法確証原理が援用されたため、話がややこしくなったきらいがあるが、正当防衛権の行使にも制限があることを明示した点が重要である（曾根・前掲注 105）83 頁以下参照）。

このような発想に鑑みれば、あくまで社会の混乱状態を招いたのは一方的に侵害者なのであり、被侵害者がこれに呼応して対抗行為をしたからとしても、混乱状態を作出したという評価にはならない。

148) “侵害者が社会を攪乱しており、それを被侵害者が阻止する”という側面だけみれば、「被侵害者の阻止行為の正当化根拠は、法を確証している点に求められる」という主張も、一面の真理を突いているようにみえる。しかし、それは偶像である。正当防衛が自救行為よりも広く正当化されるのは、法を確証するという積極的理由に基づくのではなく、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害の不存在という、消極的理由に基づく。法確証原理とは、この後者の消極的要素に、積極的意義を誤って見出した理解である。

正当防衛において本質的に重要なのは、被侵害者が不正に侵害を受けており、その利益を守るという点である。安全という公共的利益の侵害がないため、自救行為よりも正当化がされやすいだけであり、安全に対する侵害がないことが、積極的に正当防衛の正当化を基礎づけるわけではない。

このように、急迫性要件とは、「安全」という公共的利益の侵害がないことを表す要件である。「法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫した」<sup>151)</sup>といえれば、基本的には「安全」という公共的利益の侵害がないと評価でき、急迫性要件をみたまものと理解できる。しかし、法益侵害の危険が緊迫したようにみえても、「安全」侵害があるとして、急迫性が否定されるべき場面も存在する。この点について、次款で検討する。

#### 〔補論—喧嘩両成敗法について〕

喧嘩両成敗法は、かつてのわが国の判例において、全面的に採用したと思しきものがある<sup>152)</sup>。その後は、喧嘩闘争を全体的に観察し、喧嘩両成敗法的発想により正当防衛が否定される場合もあるが、正当防衛が肯定される場合もある、と解されている<sup>153)</sup>。この喧嘩両成敗法を、私闘を禁じ秩序の安定を企図したものとする理解は、三浦周行『法制史の研究』（岩波書店・1919）947頁以下<sup>154)</sup>に端を発する<sup>155)</sup>。

このような喧嘩両成敗法が発展した時代背景に鑑みると、喧嘩両成敗によっ

---

149) 裁判実務においても、この点は意識されていると思われる（和田真＝野口卓志＝増尾崇「正当防衛について（上）」判タ 1356号〔2012〕49頁以下参照）。

しばしば、正当防衛の定義に「国家的救済を得る暇がない場合に…」という要件も滑り込まされてきたが、国家的救済を得るべき理由は必ずしも明らかでない（現に、平野・前掲注35）228頁以下も、官憲通報義務に類する記述は一切行っていない）。自救行為のような場面では、国家的救済を得なければならぬ。しかし、それは私人間で権利関係を確定させたり執行させるよりは、国家が統一的かつ権威的に権利関係を確定・執行するシステムの方が、全体としてみてよいからである。しかし、正当防衛においては、その考慮は妥当しない。官憲通報義務という発想は、プロイセン一般ラント法 Preussische Allgemeines Landrecht (1794) 518条において、官憲救助が可能な場合に正当防衛を禁止されていたことに、影響されたのかもしれない。しかし、この発想は、絶対主義的な国家万能思想と功利主義的思想によるものである（曾根・前掲注105）38頁以下参照。官憲通報義務規定は、Feuerbachにより起草されたバイエルン刑法 Bayerisches Strafgesetzbuch (1813)にも活かしているが、これも同様の思想に基づくものであろう。私人が防衛するよりも国家機関が防衛する方がよい事態が実現できる、という保障はないはずだから、このような発想から官憲通報義務を導くことは難しい。もし、このような発想から官憲通報義務を導くのであれば、警察官よりも非侵害的な防衛行為を上手になしうる手練は、通報しなくてよいことになる。しかし、そのような解釈が主張されていない時点で、官憲通報義務は自力救済禁止と同旨のものと考えられていないことになる。

150) 先にあげたパルプ工場の事件のほか、団体交渉の拒否について「急迫不正の侵害」性を否定した判例（最決昭和57年5月26日刑集36巻5号609頁）などがある。

151) 最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁。

152) 大判昭和7年1月25日刑集11巻1頁。

て喧嘩を取めるというのは、それなりに合理的な策とみることができる。中世の人々は、武家や公家に限らず名誉意識・自尊心が非常に強く、単なる双六や囲碁による諍いから殺傷沙汰へと至ることも稀ではなかったようである。それどころか、復讐を正当化する社会通念、過剰なまでの衡平感覚に基づく過剰報復、そして集団への帰属意識の強さも相俟って、当事者が幕府近習の者と主従関係を結んでいたり被官であったりしたような場合には、双方が一斉蜂起する大市街戦に至ることまであったようである。このように、個人間の諍いは、自尊心、復讐を正当化する風習、敏感すぎる衡平感覚、そして集団意識との相乗効果により、合戦にまで至りうる火種だった。しかし、この敏感にすぎる衡平感覚を逆手に取って、両当事者を成敗することにより、「引き分け」「痛み分け」による紛争解決を図ることもできたのであり、当時においては相応に合理的な紛争処理法だったとみることができる<sup>156)</sup>。

しかし、喧嘩両成敗法といえども、万能の法理ではなかった。喧嘩両成敗法の他に、「本人」(先に手を出した侵害者)のみを処罰するという無為の儀(平和的解決措置)としての紛争処理法も、併存していた<sup>157)</sup>。また、戦国時代になると、喧嘩両成敗規定を設けつつも、防衛行為をせず耐え忍ぶ者を勝訴とするという但書規定も存在するようになる<sup>158)</sup>。ただ、喧嘩両成敗法というのは簡

153) 最大判昭和23年7月7日刑集2巻8号793頁, 最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁。

154) 初出:「喧嘩両成敗法」(1900)。

155) ただし、喧嘩闘争に対する中世・近世の規範を、そこまで単純化して理解してよいかという点については、近年は疑問も付されている。後掲の清水の議論のほか、国家の強権性の発露という理解の問題性については、河野恵一「戦国大名毛利氏の喧嘩処理に関する一考察—『喧嘩両成敗法』の評価をめぐって—」法制史研究50号(2000)87頁、室町後期と戦国期の非連続性については畠山亮「中世後期に於ける暴力の規制について—戦国期喧嘩両成敗法の成立まで—」法学〔東北大学〕65号(2001)74頁参照。

156) このような理解は、清水克行『喧嘩両成敗の誕生(講談社選書メチエ)』(講談社・2006)に拠る。谷口眞子「近世前期における喧嘩両成敗法の歴史的位置」早稲田大学大学院文学研究科紀要第42輯(1997)第4分冊61頁、同「近世の実力行使と喧嘩両成敗—近世の法と理—」日本史研究419号(1997)20頁も、単なる喧嘩が容易に刀傷沙汰になるという時代背景の下で、喧嘩両成敗法の平和維持機能を捉える。

157) 本人切腹制と称されている(清水克行『室町社会の騒擾と秩序』〔吉川弘文館・2004〕85頁以下参照)。

158) 今川假名目録8条、甲州法度之次第〔信玄家法〕26箇條本の12条、55箇條本の17条、長曾我部氏掟書〔長宗我部元親百箇条〕25条等。佐藤進一ほか〔編〕『中世法制史料集第三巻 武家家法I』(岩波書店・1965)所収。

便な処理法であったがゆえに、徐々にその妥当性に疑義が呈されるようになって、用いられ続けた<sup>159)</sup>。

したがって、喧嘩両成敗法を含め、中世のわが国においても、紛争当事者間の裁定に際しては単に理非を論ずるのではなく、社会の混乱・攪乱を防ぐという視点も強く前面に押し出されていることが窺える。このように、わが国においても、社会の混乱・攪乱を防ぐという発想は色濃く存在しており、自然権だとか平和だとかいうのは、必ずしも西欧固有の発想ではない。

### 第三款 安全という公共的利益が害される他の場面

安全という公共的利益が害される場面には、(a)であげた自救行為以外の場合に、いかなる場合があるだろうか。従来議論されてきた典型的場面として、国家緊急救助と正当防衛類似状況とがあげられる。この二者が、なぜ急迫性が否定されるべき、すなわち「安全」という公共的利益の侵害が認められる例外的場面にあたるのかという点を、順に検討しよう。

#### 第一目 国家緊急救助

従来、国家緊急救助の場面では、急迫性が否定されてきた。国家緊急救助とは、第三者のための正当防衛（緊急救助）の一種であり、国家的・社会的法益を保全するための正当防衛である。この場面において、個人保全原理から説明できるかという点が、しばしば問題とされてきた。しかし、この点は問題の本質ではない。国家的・社会的法益といっても、個人と無関係な法益が保護されているわけではない。国家的・社会的法益とは、個人に処分権限が認められていない法益を指すが、それは“個人を保護する趣旨ではないがゆえに、個人に処分権限が認められていない”という意味ではなく、“究極的には個人を保護する趣旨であるが、個人に処分権限を認めない方がよいので認めない”という意味の法益である<sup>160)</sup>。したがって、国家的・社会的法益といえども、正当防衛により保全される法益と解することは、個人保全原理を前提としても矛盾しない。国家的・社会的法益を、条文上の「他人の権利」に含むことは、理論上

---

159) このような理解については、河野恵一「喧嘩両成敗法成立の法史上の意義に関する一試論—戦国大名武田氏の喧嘩処理を手がかりとして—」九大法学 92号（2006）1頁も参照。

160) 詳細は、拙著・前掲注46）19頁以下参照。

は可能である。

学説において、国家緊急救助が制限的に解されている理由は、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という点にある。判例も、「本来国家的、公共的公益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする」と説示している<sup>161)</sup>。それは、国家的・社会的公益に関しては、個人に防衛行為をさせるよりも、それを封じて公的機関により保全させた方が、全体としてみればより適切である、という点にある<sup>162)</sup>。たとえば、Aが自己所有の建造物に火を放とうとしており、延焼の危険がないではないがその危険性は相当低いという場合、自己所有現住建造物放火罪の成立は認めうるものの、放火行為の阻止は制限的に解すべきということになる。具体的には、逮捕行為は現行犯逮捕として適法になしうるであろうが、放火しようとする者に対し、投石により怪我を負わせてまで阻止することは許されない、ということになる。その理由は、Aの行為は不正な侵害をもたらす行為には違いないが、このような侵害の現実化可能性が低いような場合に、私人による阻止を自由に認めると、社会が混乱してしまう、という点に求められる。つまり、ほとんどあるかないか分からないような法益侵害の危険性を根拠に、阻止行為を正当防衛として適法としてしまえば、法益侵害の危険が生じる行為が片っ端から阻止されかねない。当然、事実誤認も生じやすいし、過剰な阻止行為も横行しやすくなる。果たして、そのような事態の頻発する社会が、我々の望む社会なのだろうか、ということである。法益侵害の危険性が極めて低いような場合には、私人による阻止を認めることには慎重となるべきである。最終的には、ケース・バイ・ケースということになるだろうが、(準抽象的危険犯ではなく)抽象的危険犯のように結果発生 of 危険性が極めて低い場合や、そもそも蓄積犯(集合財犯)のように個々の行為に法益侵害の危険性が内在していないような場合には、原則として<sup>163)</sup>その阻止行為を正当防衛と

161) 最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁。

162) おそらく、小林・前掲注67)「違法性とその阻却」370頁注46も、同旨であろう。

して認めるべきではない。

このように、国家緊急救助の場面は、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害が生じる場面であり、要件としては、急迫性が否定されることになる。

## 第二目 正当防衛類似状況

以上で述べた国家緊急救助は、被侵害利益が国家的・社会的法益（非本来的非個人的法益）である点が問題の本質というよりも、法益に対する危険性が極めて低いという点が問題の本質であった。そうであれば、たとえ被侵害利益が個人的法益であったとしても、同様にその危険性が極めて低い場合には、正当防衛は否定されるべきことになる。従来、正当防衛類似状況 *notwehrähnliche Lage* と呼び慣わされてきた問題類型は、この点を照射したものと見える<sup>164)</sup>。

正当防衛類似状況とは、「辺鄙なところにあるホテルの経営者 X は、たまたまそのロビーにおいて、宿泊客 A・B が深夜に強盗をする旨の相談をしているのを立ち聞きした。それを防ぐため、A・B が注文した飲み物のなかに、X は睡眠薬を入れ、A・B を眠らせた。」というような状況である。この場合、法益侵害は時間的に切迫していないものの、公的救助を得ることは不可能であり、この時点では A・B に防衛的行為をするほかに法益侵害を阻止する行為がない。このような場合に、正当防衛規定を直接適用ないし類推適用する見解も有力であるが、緊急避難規定を直接適用ないし類推適用する見解が多数を占める<sup>165)</sup>。この場合に、緊急避難を適用する（正当防衛を否定する）見解は、急迫性を否定するが、急迫性が否定される理由は、国家緊急救助の場面と同様に、侵害の危険性が未だ現実化していない以上、“そのような対抗行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害が生じる点に求められる<sup>166)</sup>。

---

163) 例外としては、抽象的危険犯であっても、その危険性がそれなりに具体的である場合や、蓄積犯といえども、複数人が同時に一定規模で行っている場合や常習的に繰り返されている場合などがあげられるだろう。後者について敷衍すると、蓄積犯の趣旨は単独の行為では実害がないというだけであるから、複数の行為や常習的行為により実害が生じるということは充分にありうる。

164) Vgl. *Theodor Lenkner*, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, S. 102; *ders.*, in: Schönke-Schröder, *StGB*, 24. Aufl., 1991, § 32 Rn. 17; 齊藤・前掲注 19) 261 頁以下。

165) 齊藤・前掲注 19) 287 頁以下、山口・前掲注 31) 105 頁以下等参照。

したがって、正当防衛類似状況において侵害の急迫性が否定されるべき理由は、時間的に危険が切迫していない、という点に求められるのではない。法益侵害に対する危険が未だ抽象的で現実的なものとなっていないため、対抗行為を一般に許容すると社会の混乱・攪乱を招く点に、求められる。

#### 第四款 小 括

正当防衛が正当化される根拠は、前項で検討したように、侵害源であり、そしてその侵害が不正であるという点に求められる。他害をもたらず源であるがゆえに、その侵害を排除することが一たとえ侵害につき有責性がなくとも一許される。

しかし、このような侵害の排除は、常に認められるわけではない。このような侵害の排除を一般に認めてしまうと、かえって社会の混乱を招いてしまう。いわば、個々の場面をみれば対抗行為を許容した方がよいように見えるが、巨視的に全体をみれば対抗行為を認めすぎるのもよくない、という、ある種の二律背反状況に陥っているのである。このような二律背反状況を脱構築する概念が、侵害の急迫性という概念である。これにより、個々の被害者の保護と、社会的混乱の抑止とを調和させているのである。

具体的には、次のとおりである。法益の侵害が間近に押し迫っていれば、基本的には「安全」という公共的利益の侵害、すなわち“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害はないと評価でき、急迫性要件をみたすものと理解できる。しかし、自救行為のほか、国家緊急救助や正当防衛類似状況のような場面は、「安全」という公共的利益の侵害が典型的に看取できるため、急迫性要件をみたさない。

### 第三節 小 括

このようにみえてくると、正当化事由には、大別して2つあることが分かる。第一に、優越的利益原理に基づく正当化事由であり、その代表例が緊急避難

166) Roxin は、このような「予防防衛」に妥当する原理は、正当防衛の原理ではないと指摘するが、本文のような意味で理解されるべきであろう (Vgl. *Claus Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, in: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1985, S.478ff.; *ders.*, AT, § 15 Rn.27)。

や許された危険である。第二に、（安全という公共的利益の侵害がないことを前提として）「不正の侵害」から自己の権利・利益を守る行為を認める正当化事由であり、その代表例が正当防衛である。自救行為は、原則として“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害をもたらすがゆえに、後者の類型にあたらぬ。実質的にみて“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害をもたらさない場合には後者の類型として正当化され、“そのような行為を一般に許容してしまうと、社会の混乱・攪乱を招いてしまう”という弊害があっても、それに優越する利益を実現していれば、前者の優越的利益原理に基づき正当化されることになる。

そして、正当防衛に関し、以上の分析から、大きく分けて2つの考慮があることが明らかになった。①不正な侵害がある場合には、侵害側が侵害の回避・解消義務を負う結果として、被侵害者は侵害回避・解消義務を負わず、被侵害者の権利・利益を防衛するために必要な限りにおいて侵害を排除することが許される。②ただし、不正な侵害があったからといって、かかる権利・利益の私的実行を制限なく認めると、かえって社会が混乱し、本人自身も不利益を被りかねないため、国家による権威的かつ一義的裁定・執行に委ねた方が、全体としてみれば良い事態が実現できる。したがって、“国家による判断に委ねた方が良い”といえる限りにおいて、私的な権利・利益の実現は禁じられる。自力救済が原則として禁止される理由は、この点に求められ、“国家による判断に委ねた方が良い”とはいえない例外的場面に限り自救行為として正当化される。正当防衛は、そもそも“国家による判断に委ねた方が良い”という発想が妥当するような場面ではないので、原則として広く対抗行為が正当化される。

## 跋

以上で、違法性阻却一般に妥当する原理（原因において違法な行為）と、正当防衛の本質に関する検討を終える。

かつて、正当防衛権の理解を巡り、2つの主張が鏑を削っていた。第一の見解は、正当防衛権とは前国家的な固有の独立した権利であり、国家によってそれが承認されたにすぎない、というもの<sup>167)</sup>である。第二の見解は、国家によ



って与えられる後国家的権利だというもの<sup>168)</sup>である<sup>169)</sup>。思想対立に参戦するつもりはないが、本稿は、現在の法実践を整合的に分析するならば、正当防衛は第一の見解に沿うように理解されているはずである、という点を示した。緊急避難が、功利主義的考慮に基づく後国家的な正当化事由である<sup>170)</sup>点と、好対照をなす。

正当防衛において、本質的に重要なのは、①侵害者が不正であるがゆえに、法益衝突状態の解消は侵害者の負担においてなされるべきであるという点と、②混乱状態を招いたのは侵害側であり、それに対し被侵害者が反撃をしても、「安全」という公共的利益は害されない、という点である。①が不正性要件、②が急迫性要件として、具現化されている。

叙上の内容は、従来の学説が前提としてきたはずのことを、分析し、整理し直したものである。ゆえに、自招防衛論のすべてを論じ尽くすことはできていないが、自招防衛論を論じるための、足固めはできたと思われる。また、防衛行為の相当性に関しては、本稿の問題関心に照らし、論ずることはできなかったため、改めて近時上梓する予定である<sup>171)</sup>。

なお、本稿の上梓に際し、本学法学部の演習〈2年次〉参加者の有志から有益な示唆を得たことを、ここに明記して感謝したい。

本稿は、林美月子先生の退職を記念して上梓される。林先生に関しては、2つの思い出がある。

博士課程2年次の頃、判例研究会において、初めての判例研究の報告をする

167) Vgl. z.B., *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, BdI, 1885, S.733; *Karl Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S.275.

168) Vgl. z. B., *Buri*, Notstand und Notwehr, GerS 30 (1878), S. 460; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905, S.129f.

169) もっとも、これらの見解は、前者はKant的発想に基づくのに対し、後者はHegel的発想に基づいており、思想的な対立という側面が強い (Vgl. *Dohna*, a.a.O.(Anm.168), S.125)。

170) 国家が功利主義的考慮をすべき必然性はないため、緊急避難による正当化は、認めても認めなくても構わない。その意味で、立法政策の問題である。これに対し、個人を保護するために国家を設立するのであるから、個人を保護するための正当防衛権を承認することは、論理必然に国家に要求される。もっとも、いかなる範囲で正当防衛の成立を認めるかは、社会によって異なるだろう。

171) 拙稿・前掲注124) 参照。

ことになった。非常に緊張しながら報告したのだが、その際、林先生の鋭い眼光がその緊張に拍車をかけた。それ以来、林先生 = 怖い先生、というイメージが形成されていた。

その後、幸いにして、本学の助教として採用された私は、着任してすぐ、林先生の研究室にご挨拶に伺った。先のイメージがあったため、恐る恐る訪問させて頂いたのだが、アポイントメントも取らない不躰なご挨拶であったにもかかわらず、とても温かく出迎えて下さった。

私の勝手な憶測であるが、この2つのエピソードは、研究者としての先生の鋭い姿勢と、温かい人柄との両者を、端的に示すものであるように感じる。林先生に少しでも近づけるように、今後も精進し続けなければならないが、ひとまずは拙いながら本稿を上梓させて頂くこととしたい。