

〔判例研究〕

# 相互闘争状況において正当防衛権の制限を 否定した事例

— BGH, Beschluss von 26. Juni 2018 - 1 StR 208/18 —

木 崎 峻 輔

- 第1 事実の概要
- 第2 判旨—破棄差戻し
- 第3 検討

## 第1 事実の概要

### 1 犯行の態様

本件犯行の数日前に、被告人及びその配偶者 G と、本件の被害者である A の間で借金の返済をめぐるトラブルが生じ、被告人らと A の間で、SMS により相互に罵倒と侮辱がなされた。犯行当日の早朝、A は被告人に電話をかけ、再び罵倒と侮辱をして、さらに、被告人方に立ち寄ることを予告した。その後、被告人は、A から自分の元に来るよう要求する内容の SMS を受け取った。被告人は、その内容から、A が路上で待ち受けており、暴力的な闘争が発生することを予測して、おそらくシャワーの柄と推測される金属の棒を持って自宅を出た。また G も、生命の危機を予測して、刃物を所持して被告人に同行した。

A は、証人 F と共に車両の中で待っていた。被告人がその車両の助手

席のドアを開けると、Aらは下車して、被告人らに乗車するよう要求した。さらに、Aは長い金属の靴ベラを持ち、被告人らに向けて殴りかかる動作をした。その後、被告人らと被害者の間で短い闘争が発生し、被告人はAの頭部をシャワーの柄で殴打した。その間に、Gは、FがAを助けに向かうのを阻止するために、Fにナイフを向けていた。

この短い闘争の後、被告人らは自宅に戻った。Aは、被告人らに対して戻ってくるよう叫び、「戻ってこないとただでは済まないぞ」と脅迫した。そこで、被告人らは、刃物で武装して、再びAらの元に戻った。被告人は、その時、暴力的闘争が進行することを明確に認識しており、それを望んでもいた。被告人らが戻ってくるまでの間に、Aも刃物とハンマーで武装していた。そして、被告人らとAの間で再び暴力的闘争が発生し、被告人が優位に立ち、被告人は、刃物でAの左胸部を突き刺し、肋骨を切断して胸腔を貫通させる傷害を負わせた。

## 2 訴訟の経緯

第1審<sup>(1)</sup>は、被告人の所為は正当防衛による正当化に値しないとして、危険な身体傷害罪により、4年3月の自由刑に処した。

すなわち、被告人がAをシャワーの柄で殴打した行為については、Aが金属の靴ベラを振り回す行為は、被告人に対する違法な侵害とは言えないので、正当防衛は成立しないとした。また、被告人がAの胸部を突き刺した行為については、被告人は正当防衛状況を自ら惹起し、Aによるさらなる暴力行為を予期して暴力的闘争に臨んでいるが、被告人はAとの争いを回避することができ、またそれを要求できることから、被告人による正当防衛は要請されたものではなかったとして、正当防衛は成立しないとした。

このような原判決に対して、被告人が上訴した。

## 第2 判旨一破棄差戻し

BGHは、原審の判断は法的な再検討に耐えられないとして、原判決を破棄して地裁に差し戻した。

まず、先行する被告人とAの短い争いについて、BGHは、被告人によるシャワーの柄での殴打行為は相手方に対する正当防衛であり、違法な攻撃にあたるとは認定できないとした。

そして、被告人がAを刃物で刺突した行為について、被告人の答責的な正当防衛状況の招致を理由とした正当防衛権の制限を認めることも、法的に誤りであるとした。BGHは、まず、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限について、「正当防衛権は、例えば、防衛行為者が侵害者に対して、個々の事例の全ての状況の分別ある評価により、引き続き侵害を被侵害者の義務違反の相当かつ予見できる結果として生じさせる、義務に違反する先行行為に出た場合に制限される。そのような事例においては、防衛行為者は、その状況の元で侵害の回避を試みなければならず、他の防衛可能性を使い果たしたか確実に見込みのない場合にのみ生命に危険を生じさせる反撃防衛に移行することが許される。さらに、先行行為と違法な侵害の間に密接な時間的・場所的連関が存在し、行為者の認識により、侵害の招致が相当である場合にのみ、社会倫理的に拒否される先行行為は正当防衛権を制限できる。」とした。その上で、被告人は、その発言により暴力的闘争の進展に全く寄与しておらず、むしろAにより暴力的闘争の継続を要求されていること、先行する最初のAとの争いにおいても、被告人は自ら現場を立ち去ることにより闘争を終結させているので、その態度に非難されるべき点はないこと、さらにその前の時点でも、Aが被告人を侮辱して、暴力的闘争を要求しているので、被告人の態度には非難されるべき点はないことを指摘して、「被告人が被害者と一前日の一相互の侮辱を伴う口論をもたらしたこと及び犯行日に被害者との闘争に関与した状況

のみでは、被告人に対する後の引き続き侵害の答責的な招致を基礎づけることはできない。」とした。さらに、被侵害者の態度が違法な侵害を招致するだろうことを単に認識するだけでは、防衛のために必要かつ要請された手段を用いる権利の制限をもたらし得ないということを理由に、「そもそも、被告人が刃物で武装して2回目の闘争に加わったことを理由としても、ここでは正当防衛権は制限を受けない。」として、これらの被告人の態度を理由とする正当防衛権の制限を否定した。

### 第3 検討

#### 1 問題の所在

本決定は、被告人が相手方の要求に応じて、刃物を所持して相手方の元に出向いて暴力的闘争が発生した事案において、正当防衛権の制限が否定された事案である<sup>(2)</sup>。本件において、被告人は相手方の元に出向く正当な理由を有しておらず、また相手方との話し合いを行うなどの対立関係を解消する目的で出向いたわけではない。むしろ、相手方との暴力的闘争の発生を予期していたにもかかわらず相手方の元に出向いており、相手方との暴力的闘争を容認する態度を認めることができる。さらに、被告人は、相手方との侵害を予期して刃物を準備しており、その刃物を使用して相手方に傷害を負わせている。このような被告人の態度は、少なからず相手方との暴力的闘争の進展に寄与していることは否定できない。それにもかかわらず、本判決は、被告人の態度には非難されるべき点はないとして、正当防衛権の制限を否定して、被告人の反撃行為の正当化を認めている。

本決定の事実関係は、わが国の近時の最高裁判例である、最決平29・4・26（刑集71巻4号275頁。以下、「平成29年決定」という。）と類似している。同決定は、以前から被告人と対立状態にあった相手方が被告人を呼び出したことから、被告人が侵害を予期して包丁を準備して出向いたところ、相手方がハンマーで攻撃してきたので、包丁で速やかに相手方の胸部

を突き刺し死亡させたという事案において、被告人が侵害を十分予期していたこと、包丁を準備して自ら相手方の元に向かったこと、相手方の要求に応じる必要がなく、公的救助を要請することが可能であったこと、直ちに強力な反撃行為に出ていることを指摘して侵害の急迫性を否定している。これらの事実関係は、本決定においても概ね認めることができる。すなわち、本決定は、その事実関係は平成29年決定と類似しているにもかかわらず、正当防衛の成否についての結論は正反対であるといえる。

このように、平成29年決定と事実関係が類似しているにもかかわらず正当防衛権の制限を否定した本決定を、わが国の平成29年決定と比較することは、相互闘争状況における正当防衛の成否に関するわが国の特徴を明らかにするために有益であるように思われる。そのために、まず、本稿においては、本決定がドイツの学説及び判例に照らしてどのような意義を有するのかを明らかにする。その上で、平成29年決定と本決定の結論が異なった理由を検討し、それに基づいて、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理についての、わが国の特徴を明らかにすることを試みる。

## 2 ドイツにおける本決定の意義

### (1) ドイツにおける相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限の概要

まず、本決定について検討する前提として、ドイツにおける相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限について概観する。ドイツにおいては、相互闘争状況における正当防衛の問題は、被侵害者が自ら相手方の侵害を招致したことを理由に正当防衛権の制限を生じさせる自招防衛の問題として議論されており<sup>(3)</sup>、ほとんどの学説も判例も、この場合の正当防衛権の制限を認めている<sup>(4)</sup>。

#### ア 学説

まず、ドイツにおける通説は、正当防衛の「社会倫理的制限」の1つとして、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限を認めている<sup>(5)</sup>。このよう

な見解は、自招防衛が問題となる事案を、正当防衛を口実として相手方に対する加害行為に出る意図で侵害招致行為に出た場合である意図的招致の事例と、それ以外の招致行為の事例に区別する<sup>(6)</sup>。意図的招致の場合は、被侵害者の正当防衛権は完全に否定されるが<sup>(7)</sup>、それ以外の招致の場合には、正当防衛権が完全に否定されるのではなく、いわゆる「三段階理論」により、被侵害者に許容される反撃行為の程度が制限されることになる<sup>(8)</sup>。すなわち、相手方の侵害の回避が可能である場合には、侵害を回避しなければならず、侵害の回避ができない場合でも、被侵害者は原則として防御的な防衛行為に出ることのみが許容され、それにより相手方の侵害を防ぎきれない場合にのみ反撃行為に出ることが許容されることになる<sup>(9)</sup>。

また、侵害招致行為を理由とする正当防衛権の制限を認めるためには、被侵害者が相手方の侵害を予期していたことや、侵害招致行為と侵害の間に時間的・場所的連関や相当な関係が存在することが必要であるとされる<sup>(10)</sup>。すなわち、被侵害者の挑発的な態度により相手方の侵害が惹起された場合であっても、被侵害者が相手方の侵害を予期していなかった場合や、侵害招致行為から時間的・場所的に離れた時点での侵害や、侵害招致行為に比して過度の侵害がなされた場合には、被侵害者の正当防衛権は制限されないことになる。

そして、通説は、正当防衛権の制限を生じさせる侵害招致行為は違法なものであることが必要であるとする<sup>(11)</sup>。すなわち、被侵害者による侵害招致行為が、権利の行使や職務権限の行使などの正当なものである場合はもちろん、侵害招致行為が、道徳やマナーに違反する態度などの、社会倫理的に拒否される行為に過ぎない場合にも、正当防衛権の制限を認めることは許されないとする<sup>(12)</sup>。

以上のような制限に反してなされた反撃行為は、刑法典32条1項に規定された、正当防衛の被要請性（Gebotenheit）を欠くものとして、正当化が認められないことになる<sup>(13)</sup>。

## イ 判例

判例も、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限について、概ね通説と同様の立場を採用している<sup>(14)</sup>。すなわち、自招防衛が問題となる事案を意図的招致とそれ以外の招致に区別した上で<sup>(15)</sup>、後者の場合には、直ちに被侵害者の正当防衛権を否定するのではなく、正当防衛として許容される反撃行為の態様が段階的に制限されるとする。また、本決定も述べているように、正当防衛権を制限するために、被侵害者の侵害の予期に加えて、時間的場所的連関や侵害招致行為と侵害行為の間の相当な関係が必要とされる。例えば、BGH 第3刑事部2003年3月13日判決（NStZ 2004, 615）は、被告人と相手方の弟の間で生じた口論が相手方の侵害のきっかけとなった事案であるが、相手方とその仲間の暴行が侵害招致行為に比して非常に強力なものであったことを指摘して正当防衛権の制限を否定した。また、BGH 第5刑事部2009年6月25日決定（NStZ 2009, 626）は、被告人が、相手方の庭から大麻草を盗もうとした仲間の自転車を隠し、その日の夜に自転車を取り戻すなどの目的で再び相手方の元に向かったところ暴力的闘争が発生した事案において、相手方は被告人を痛めつけるという自らの決定に依拠して侵害行為に出たということを指摘して、正当防衛権の制限を否定した。

もっとも、自招防衛に関する学説と判例は、正当防衛権の制限をもたらす侵害招致行為の性質の点で異なっている。前述のように、通説は、正当防衛権の制限を生じさせる侵害招致行為は違法なものでなければならないとしているが、判例は、侵害招致行為が社会倫理的に拒否されるものであれば足りるとしている<sup>(16)</sup>。例えば、BGH 第5刑事部1996年3月21日判決（BGHSt. 42, 97）は、列車のコンパートメントに入ってきた相手方を追い出すために、相手方の意に反して何度も列車の窓を開ける行為を理由として、正当防衛権の制限を認めている。また、近時の事例としては、BGH 第1刑事部2016年6月1日判決（NStZ-RR 2016, 272）は、被告人とその兄弟である相手方が喧嘩になり、被告人方から帰ろうとしている相手方の背

後を刃物を持って後をつけた行為が相手方の侵害を招いたとして、正当防衛権の制限を認めている。このように、判例は、必ずしも違法とはいえない行為により相手方の侵害が惹起された場合についても、正当防衛権の制限を認めているが、通説は、このような判例の立場に批判的である<sup>(17)</sup>。

## (2) わが国の立場との顕著な相違点

### ア 正当防衛権の制限の根拠となる被侵害者の態度

#### (ア) わが国の立場

以上のように、ドイツにおいては、少なくとも社会倫理的に非難可能な侵害招致行為がなされた場合に、被侵害者の正当防衛権は制限されることになるが、わが国の学説及び裁判実務においては、被侵害者のこのような態度以外にも正当防衛を制限する効果が認められている<sup>(18)</sup>。

すなわち、わが国においては、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題となる事案を、ドイツにおいて正当防衛権が制限される類型である自招防衛の他に、被侵害者が侵害を予期して相手方を待ち受けて暴力的闘争が発生した事案である待受け型と、被侵害者が相手方の元に出向いたことにより暴力的闘争が発生した事案である出向き型に分類する見解が、主に実務家により主張されている<sup>(19)</sup>。そして、実際に、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となった事案の多くは、上記の分類における自招防衛以外の事例である。例えば、相互闘争状況における正当防衛の事案のリーディングケースとされる最決昭52・7・21（刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。）は、学生運動における暴力的闘争に際して、被告人らが相手方らの侵害を予期して、バリケードを準備したり凶器を準備して相手方を待ち受けて暴力的闘争が発生した、待受け型の事例である。また、近時の最高裁判例である平成29年決定は、被告人が相手方の要求に応じて相手方の元に出向いて暴力的闘争が発生した出向き型の事例である。また、これらの類型以外にも、被侵害者が相手方の侵害招致行為に応じて暴力的闘争が発生した事案において、正当防衛が否定されている。例えば、高松高判平14・7・25（裁判所ウェブサイト）は、路上での酒に酔っ

た相手方の挑発に被告人が応じることで暴力的闘争が発生し、被害者が相手方を投げ飛ばして傷害を負わせたという事案において、被告人が相手方の挑発に応じて人目のつかない場所に移動しようとした態度などから侵害の予期と積極的加害意思を認定して、侵害の急迫性を否定している。

もっとも、わが国の裁判実務にも、自招防衛の類型として正当防衛権の制限を認めた事例は存在する。例えば、最決平20・5・20（刑集62巻6号1786頁。以下、「平成20年決定」という。）は、被告人と相手方が路上で口論になり、被告人が相手方の顔面を殴打したことにより暴力的闘争が発生した事案において、被侵害者の侵害招致行為を理由に反撃行為の正当化を否定している。しかし、わが国の判例・裁判例においては、自招防衛の事案として処理される事案は比較的少なく、多くの事例においては、被侵害者の侵害招致行為は、正当防衛の成否の判断に際して、相手方の元に出向く行為や反撃準備行為と総合的に考慮されている<sup>(20)</sup>。

このように、わが国の裁判実務は、被侵害者が相手方の侵害を直接的に惹起した場合だけでなく、相手方の侵害を待ち受けたり、相手方の挑発に応じるなどの、受動的な態度により暴力的闘争の発生・拡大に寄与した場合にも、正当防衛を否定している。わが国の初期の判例には、相互闘争状況における正当防衛の事案について、端的に喧嘩闘争であることを理由に正当防衛を否定した事例が複数存在するが<sup>(21)</sup>、最高裁は、前述の52年決定などの判例を通じて、このような判例理論を具体化し、より明確なものにしてきたとされる<sup>(22)</sup>。そうであるならば、喧嘩闘争を理由に正当防衛を否定した事例における、違法な私的闘争の防止という価値判断は、現在の裁判実務においても、正当防衛の成否の判断に影響しているといえる<sup>(23)</sup>。このことから、わが国の裁判実務においては、被侵害者の態度が受動的なものであっても、それが違法な私的闘争を発生・拡大されるものであると評価された場合には、このような態度は正当防衛を否定する方向に作用することになると解される。

### (イ) ドイツの立場

これに対して、ドイツにおいては、相互闘争状況において正当防衛権を制限するために、被侵害者が事前に何らかの侵害招致行為に出ることが必要とされる<sup>(24)</sup>。ドイツにおいても、わが国の分類における出向き型に該当する事案も存在するが、この場合にも、単に相手方の元に出向いたことを理由に正当防衛権の制限を認めているのではなく、相手方の元に出向いた行為が、少なくとも社会倫理的に拒否される相手方の侵害を直接的に惹起する態度として評価されることが必要とされている。

例えば、BGH 第 5 刑事部1993年10月26日判決 (BGHSt. 39, 374) は、飲食店において被告人と相手方が殴り合いになり、一旦自宅に戻った被告人が、飲食店に残してきた上着と現金を取りに戻るために、散弾銃を所持して飲食店に戻り、飲食店において相手方の足に向けて散弾銃を向けたところ撃ち合いが発生したという事案において、被告人が散弾銃を所持して飲食店に戻り、散弾銃を相手方に向ける行為の違法性及び重大性を理由に、このような被告人の態度を理由とする正当防衛権の制限を認めた。また、BGH 第 2 刑事部2005年11月 2 日決定 (NStZ 2006, 332) は、知人の家を訪ねた被告人が、知人と同居していた相手方から退去を要求されたがこれに応じなかったことから喧嘩になり、その後、相手方の家から包丁を持ち出して外出した相手方らを追って、相手方らを見つけて、煙草の火を借りる口実で接近したことから暴力的闘争が発生した事案において、被告人が相手方らに接近し、無意味な口実で相手方に接近して口論を始めたことを指摘して、正当防衛権の制限を認めている。このように、ドイツの判例においては、被侵害者が相手方の元に出向く態度についても、相手方の侵害を直接的に惹起する、少なくとも社会倫理的に拒否される態度として評価できるかが問題にされているのであり、相手方の元に出向く行為そのものを直接に正当防衛権を制限する契機として扱っているのではないと解される。

## イ 反撃準備行為に対する評価

### (ア) わが国の立場

次に、わが国の裁判実務においては、侵害を予期して武器を準備するなどの反撃準備行為が、正当防衛の成否に大きく影響している<sup>(25)</sup>。すなわち、平成29年決定は、相互闘争状況において正当防衛の成否を判断する際に考慮すべき事情として、「対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）」という事実を列挙しており、また、52年決定以降、相互闘争状況における正当防衛の成否を判断する際に用いられてきた積極的加害意思論においては、被侵害者の積極的加害意思の認定に際して、被侵害者の凶器の準備は重要な間接事実とされている<sup>(26)</sup>。このように、わが国の裁判実務においては、被侵害者が侵害を予期して反撃準備を整えていたという事実は、それ自体が正当防衛の成否を判断する上で重要な事実として扱われている。このようなわが国の裁判実務の背後には、私人による違法な武器の所持の禁止という観点からの考慮がなされているとの指摘もある<sup>(27)</sup>。

### (イ) ドイツの立場

これに対して、ドイツにおいては、相互闘争状況における正当防衛権の制限の問題は、被侵害者が相手方の侵害を直接的に惹起した場合である自招防衛の問題として議論されているので、武器の所持そのものが、正当防衛権の制限の可否を決する重要な事実とされることはない<sup>(28)</sup>。すなわち、被侵害者が予期された侵害に備えて武器を用意するなどの反撃準備を整えていた場合でも、そのような被侵害者の態度を直接の理由として、直ちに正当防衛権が制限されることはないとされる。

もっとも、ドイツにおいても、被侵害者が相手方の侵害を予期して、反撃準備行為を整えていたことを理由に正当防衛権を制限すべきとする、防衛的招致の理論という見解も主張されている<sup>(29)</sup>。このような見解としては、強力な反撃行為に出ることを意図して反撃準備を整えた場合にのみ正当防衛権の制限を認める見解<sup>(30)</sup>、強力な反撃行為に出ることを意図して

いなくても、少なくとも侵害を予期して、義務に反した「高度の武装」がなされた場合には正当防衛権の制限を認める見解<sup>(31)</sup>、そして、原因において違法な行為の理論により、被侵害者の反撃準備行為そのものの可罰性を認めるべきとする見解<sup>(32)</sup>が主張されている。しかし、通説は、防衛行為者が侵害招致行為に出ている以上は、侵害行為を惹起したということではできず、防衛行為者に対して非難を向けることはできないので、正当防衛権を制限することは許されないとか<sup>(33)</sup>、防衛行為者が侵害に備えたことと正当防衛の被要請性の問題は関係ないとして<sup>(34)</sup>、防衛的招致の理論に基づく正当防衛権の制限を否定している。

また、BGHも、被侵害者の反撃準備行為を理由とする正当防衛権の制限を否定している。例えばBGH第1刑事部1979年7月24日判決（JR 1980, 210）は、以前から同級生に暴力を振るわれていた被告人が、さらなる暴力を予期してナイフを準備して学校に行ったところ、同級生が被告人を侮辱して殴りかかってきたので、ナイフで反撃して死亡させたという事案において、原審が被告人がナイフを携帯して学校に行ったことを義務に反した行為であるとしたことは、「正当防衛の原理に逆行する」ものであり、「違法な侵害の危険を被侵害者に負わせる」ことになるとして、「被告人は、ナイフを所持していた事実そのものにより非難されない」として正当防衛権の制限を否定した。同判決は、侵害を予期して護身用に凶器を持参していたとしても、そのことを理由として正当防衛権が制限されないことを明示した代表的な判例であり<sup>(35)</sup>、防衛的招致の理論を正面から否定したものと評価することができる。また、BGH第2刑事部2010年8月4日決定（NSzZ 2011, 82）は、被告人が息子と相手方とのトラブル解決のために、相手方との暴力的闘争を予期して、バタフライナイフを所持して相手方の元に向いて相互闘争状況が発生した事案において、被告人の態度を理由とする正当防衛権の制限を否定した上で、「被侵害者が権限なく武器を所持した場合にも、侵害の防衛に相応しい自由に行使できる手段が他にない場合には、その使用は妨げられない。」として、違法な武器の所持と

反撃行為の正当化の可否に関する問題は結びつかないとした。これらの事例以外にも、被侵害者の反撃準備行為を理由とする正当防衛権の制限を否定したBGH判例は複数存在する<sup>(36)</sup>。このことから、ドイツの裁判実務も、防御的招致の理論に対しては否定的であるといえることができる。

## ウ 正当防衛権の制限の態様

### (ア) わが国の立場

また、わが国の裁判実務においては、相互闘争状況における正当防衛の問題は、侵害の急迫性、すなわち正当防衛状況の問題として扱われる<sup>(37)</sup>。そこで、相互闘争状況を理由として正当防衛権が制限される場合には、反撃行為の防衛行為性を基礎づける要件である正当防衛状況が失われることになるので、反撃行為の正当化は一切否定されることになる<sup>(38)</sup>。この場合には、相手方の侵害が非常に強力なものであったとしても、過剰防衛が成立する余地すら失われることになるので、このような裁判実務の立場を批判する見解も主張されている<sup>(39)</sup>。

### (イ) ドイツの立場

これに対して、ドイツにおいては、相互闘争状況を理由に正当防衛権が制限される場合であっても、直ちに反撃行為に出ることが一切許されないということにはならない<sup>(40)</sup>。前述のように、意図的招致の場合には被侵害者の正当防衛権は完全に否定されないが、その他の答責的な招致の場合には、被侵害者に許容される防衛行為は「三段階理論」に基づいて制限される。すなわち、意図的招致の事例以外では、被侵害者が、違法または社会倫理的に拒否される先行行為により相手方の侵害を惹起した場合であっても、相手方の侵害の回避が不可能であり、かつ防御的な防衛行為では防ぎきれないものである場合には、強力な反撃行為に出ることも許容されることになる。

### (3) ドイツにおける本決定の位置づけ

本決定は、上記のようなドイツにおける裁判実務の基本的な立場に基づいて、被告人の正当防衛権の制限を否定した事案として評価することがで

きる<sup>(41)</sup>。

#### ア 被告人の先行行為に対する評価

まず、本件犯行に先立って、被告人は、2回にわたって相手方の要求に応じて相手方の元に向かい、しかもその際に、相手方との暴力的闘争を十分に予期して武器を準備している。このような被告人の態度が、相手方との暴力的闘争の契機になっていることは否定できないように思われる。しかし、前述のように、ドイツにおいては、正当防衛権の制限を生じさせるためには、少なくとも社会倫理的に拒否される相手方の侵害を直接的に惹起する態度が必要とされる。すなわち、被侵害者が暴力的闘争を予期して相手方の元に向いた事案であっても、それが少なくとも社会倫理的に拒否される相手方の侵害を直接的に惹起する態度として評価されない限りは、正当防衛権の制限は認められないことになる。

本件における被告人の態度をみると、まず最初に相手方に元に向いた行為は、相手方の要求に応じたものに過ぎず、このような被告人の態度それ自体について、相手方の侵害を招致する違法または社会倫理的に拒否される態度とは評価されなかったと解される。そして、被告人が相手方の頭部をシャワーの柄で殴打した行為も、それが相手方の侵害に対する正当防衛と認められた以上は、違法または社会倫理的に拒否される侵害招致行為とはいえない。また、2度目に相手方の元に向いた行為については、被告人は刃物を所持して相手方の元に向いたとはいえ、自ら現場を離れた被告人に対して脅迫的な発言をして、執拗に呼び戻そうとしたのは相手方であった。このことから、本決定は、暴力的闘争の発生に意欲的であったのはむしろ相手方であったと評価している。そこで、本決定は、被告人が一連の暴力的闘争に関与した態度は、相手方との暴力的闘争の進展に十分に寄与するものとはいえず<sup>(42)</sup>、「引き続く侵害を被侵害者の義務違反の相当かつ予見できる結果として生じさせる、義務に違反する先行行為に出た場合」とは認められないとして、正当防衛権の制限を否定しているということができる。

## イ 反撃準備行為に対する評価

また、本決定は、防衛的招致の理論について明示的には言及していないが、実際には同理論を問題にしている<sup>(43)</sup>。すなわち、本決定は、被告人の態度が相手方の侵害を招くことを予期していたとしても、刃物を準備して2回目の暴力的闘争に関与したことを理由とする正当防衛権の制限を否定しているが、このような判示は、侵害を予期して反撃準備を整えた場合であっても、そのことを直接の理由として正当防衛権を制限することは許されないことを示すものである。このことから、本決定も、従来判例と同様に、防衛的招致の理論を否定しているといえる<sup>(44)</sup>。

## 3 わが国の裁判実務との比較

### (1) 平成29年決定との比較

冒頭で述べたように、近時のわが国の重要判例である平成29年決定は、以前から対立関係があった相手方に呼び出されて、武器を所持して相手方の元に向いて暴力的闘争が発生したという事実関係において、本決定と類似している。また、相手方が死亡しなかったという点では異なっているが、被告人が刃物で相手方の左胸部を突き刺し、肋骨を切断し胸腔を貫通させるという強力な反撃行為に出た点でも、平成29年決定との共通点が認められる。それにもかかわらず、本決定と平成29年決定は、正当防衛の成否についての結論が正反対のものとなっている。

#### ア 平成29年決定の特徴

##### (ア) 公的救助要請義務・侵害回避義務の考慮

平成29年決定の特徴としては、同決定が公的救助要請義務や侵害回避義務の考慮に親和的な立場をとっていることがしばしば指摘される<sup>(45)</sup>。すなわち、同決定においては、正当防衛の成否を判断する前提として、刑法36条の趣旨について、「急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。」としている。また、

判断に際して考慮すべき具体的な事実としても、「侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性」といった事情を列挙している。

このような判示内容によれば、被侵害者が警察などの公的救助を要求できる場合や、相手方の侵害を何ら負担なく回避できる場合には、自ら対抗行為に出ることを許容する必要はないということになるようにも思われる<sup>(46)</sup>。そして、これと同様の考慮は、同決定以前の相互闘争状況における正当防衛の判例・裁判例にも認められており<sup>(47)</sup>、多くの実務家は、正当防衛の成否を判断するにあたって、このような要請を重視している<sup>(48)</sup>。もっとも、平成29年決定のこのような判示に対しては、正当防衛の権利としての性質に反するとか、正当防衛が許される範囲が不当に狭められる恐れがあるといった批判が向けられている<sup>(49)</sup>。

#### (イ) 急迫性の判断方法

次に、平成29年決定は、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案の処理基準として、被侵害者が侵害を予期していた事案について、「具体的には、事案に応じ、行為者と相手方の従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に望んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないというべきである。」と判示している。このことから、平成29年決定は、被侵害者の侵害の予期に加えて、特に反撃行為の時点で存在した客観的事情を総合考慮して侵害の急迫性の存否を決するべきとしており<sup>(50)</sup>、刑法36条1項の侵害の急迫性、すなわち正当防衛状況は、規範的・総合的な判断により存否が決せられる要件であるということを明確に示しているということができ

る<sup>(51)</sup>。そして、このような判断に際しては、平成29年決定が列挙したような、相手方の元に出向く行為や反撃準備行為などの被侵害者の態度が、幅広く考慮の対象にされることになる。

### イ 本決定との比較

以上のような平成29年決定と本決定を比較すると、両者は相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限について、大きく異なる考え方に基づいているといえることができる。

#### (ア) 公的救助要請義務・侵害回避義務の考慮について

まず、公的救助要請義務や侵害回避義務について、本決定はこのような考慮を全くしていないといえることができる。すなわち、本決定も、被告人が相手方とのトラブルをきっかけとして相手方の元に出向いている事案であり、相手方の元に出向くことについて正当な理由は存在しない。また、最初に被告人が相手方の元に出向いて、短い闘争の後で一旦自宅に戻った時点で、相手方は被告人らを脅迫する言動に出ているが、この時点で被告人らが身の危険を感じた場合には、警察に通報することも可能であり、公的救助の要請が可能なる状況にあったといえることができる。それにもかかわらず、本決定においては、被告人の公的救助要請の可能性等について一切触れられていない。そもそも、ドイツにおいては、正当防衛の成否を判断する際に、公的救助要請義務が問題にされることはないとされる<sup>(52)</sup>。また、喧嘩になることが予想される相手方の元に出向くなど、たしかに禁止されてはいないが、それほど正当性が強いとはいえない行為に出て相互闘争状況を発生させた場合でも、原則として正当防衛権の制限は認められないことから、侵害回避義務も考慮されないと解される<sup>(53)</sup>。本決定と平成29年決定の事実関係が類似しているにもかかわらず、その結論が全く異なるのは、まずこの点が影響しているように思われる。

#### (イ) 正当防衛権の制限を生じさせる被侵害者の態度について

また、本決定と平成29年決定の結論が全く異なるものとなった要因としては、正当防衛権の制限を生じさせる被侵害者の態度についての理解も大

大きく影響していると解される。前述のように、ドイツにおいては、相互闘争状況において正当防衛権を制限するためには、少なくとも社会倫理的に拒否される相手方の侵害を直接的に惹起する態度が必要とされる。すなわち、単に喧嘩になることが予想される相手方の元に出向くなど、被侵害者の態度が相手方の侵害を惹起するものであっても、違法または社会倫理に反するものとはいえない場合や、侵害を予期して違法な武器を準備するなど、法律上禁止されている態度であってもそれが直接相手方の侵害を惹起するものではない場合には、正当防衛権は制限されないことになる。そして、本決定における被告人の態度は、このような見地から正当防衛権を制限するに足る侵害招致行為として認められなかったことから、正当防衛権の制限が否定されたと解される<sup>(54)</sup>。これに対して、平成29年決定は、正当防衛を制限するために必要な被侵害者の態度について、ドイツの見解のような限定を設けていない。このような立場からは、被侵害者の態度が、社会的に禁止されていない場合や、直接的に侵害を惹起するものではない場合であっても、それが正当防衛の趣旨に照らして反撃行為の正当化を認めるべきではないという価値判断に結びつくものであれば、正当防衛が制限されることになり、ドイツの見解よりも正当防衛が否定される範囲は広がると解される。

もっとも、ドイツの判例も、正当防衛権を制限するに足る侵害招致行為の存否を、例えば挑発的な言動がなされたか、相手に対する暴行がなされたかという形式的な基準で決しているわけではない。本決定が被告人の態度を理由とする正当防衛権の制限を否定する上では、本件において積極的に暴力的闘争を要求したのは相手方であり、被告人はそれに応じたに過ぎないということを指摘しており、正当防衛権の制限を認めるに足りる被侵害者の落ち度があったといえるかを規範的に判断しているように思われる<sup>(55)</sup>。すなわち、ドイツの判例においても、形式的な侵害招致行為の存否が問題にされているのではなく、犯行に至るまでの被侵害者の態度を総合的に考慮して、規範的な判断により「少なくとも社会倫理的に拒否され

る侵害招致行為」と評価できる態度が認められるかが問題にされていると思われる<sup>(56)</sup>。正当防衛成否の判断は、被告人の行為が相手方の侵害に対する防衛行為として許容されるかという相対的許容性の判断であるところ<sup>(57)</sup>、相互闘争状況の場面においてこのような判断を行う際に、事案に現れた事実を総合的に考慮した規範的な判断が行われている点では、ドイツの立場もわが国と同じであり、被侵害者の正当防衛権を制限するためにどの程度の落ち度が要求されるのかという点で、わが国と異なっていると解される。

### (3) 相互闘争状況における正当防衛の事案の処理についての立場の相違

#### ア 理論的な相違

それでは、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理について、このような相違点が生じる根拠はどこにあるのか。まず考えられるのは、わが国とドイツの相互闘争状況において正当防衛を制限する理論の違いである。わが国においても、平成20年決定をはじめとする自招防衛の事案が存在するが、これらの事案においては、必ずしも侵害の予期を考慮せずに、被侵害者が侵害招致行為に出たことを直接の理由として正当防衛状況を否定する理論が用いられており、このような理論は、52年決定や平成29年決定のような、侵害を予期して反撃準備行為に出たり、相手方の元に出向いた事案で用いられる理論とは異なるものであるとする見解が、平成29年決定を契機として有力に主張されている<sup>(58)</sup>。そこで、ドイツにおいては、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際しては、前者の理論のみが用いられていることから、わが国の裁判実務よりも正当防衛が制限される範囲が狭くなると説明することもできそうである。

しかし、ドイツにおける自招防衛を理由に正当防衛権を制限する見解は、必ず侵害の予期が必要とされている点で、上記のわが国の自招防衛の理論とは異なっており、この点ではむしろ52年決定や平成29年決定の理論と共通する。また、正当防衛権の制限の可否を判断するにあたって、被侵

害者の態度が「少なくとも社会倫理的に拒否される侵害招致行為」といえるかを判断するために、事案に現れた諸事情を総合考慮した規範的な判断がなされている点ではわが国と同じである。このことから、被侵害者が形式的・客観的な意味における侵害招致行為に出た事案のみを特別視する理論が採用されているわけではないように思われる。そもそも、わが国においては、自招防衛の事案で侵害の予期が考慮された事案や、正当防衛状況の判断に際して、侵害招致行為と反撃準備行為や相手方の元に出向く行為を並列的に考慮している事案も多数存在し、自招防衛の事案の処理で用いられる理論と、それ以外の相互闘争状況の事案の処理で用いられる理論が明確に区別されているかは疑わしい<sup>(59)</sup>。このことから、事案の処理に際して用いられる理論の違いから、ドイツとわが国の相互闘争状況を理由とする正当防衛権の制限の範囲に違いが生じているのではないように思われる。

#### イ 価値判断の相違

そこで、両者の違いの根拠となっているのは、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となる事案の処理に際してなされる、「被侵害者にどの程度の暴力的闘争に対する寄与があれば反撃行為の正当化を否定すべきか」という価値判断の違いであると解される。

前述のように、わが国においては、平成29年決定に明確に示されているように、法治国家における自力救済の禁止という原則が重視されており、また、正当防衛の成否の判断に際して、「違法な私闘の禁止」や「違法な武器の所持の禁止」といった社会的な要請も考慮されている。このことから、平成29年決定においては、相手方の要求に応じて出向いた行為、凶器の所持、相手方の元に出向く必要性の不存在といった事情が、侵害の急迫性を否定する方向に強く作用していると解される。

他方、ドイツにおいては、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して、このような要素は重視されていない。特に、「違法な武器の所持の禁止」という要請については、このような事情を理由とする正当防衛

権の制限を認める防衛的招致の理論が少数説にとどまっております、かつ判例においても明確に否定されていることや、違法な武器の所持と正当防衛権の制限は関係しないことを明言している判例が存在することからも、正当防衛の成否の判断に決定的な影響を生じさせるものではないことは明らかである。また、ドイツにおいては、正当防衛の成否を判断する際に、公的救助要請義務や侵害回避義務は考慮されないので、法治国家における自力救済の禁止という原則も、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に決定的な影響を与えることはなく、むしろ被侵害者が不正の侵害に直面している場面においては「法は不法に譲歩しない」の原則が重視されているように思われる。このことから、ドイツにおいては、相互闘争状況を理由に正当防衛権を制限するために、わが国よりも強い暴力的闘争の発生・拡大に対する寄与が被侵害者に要求されていると解される。

本決定においては、被告人の側にも、相手方の要求に応じて暴力的闘争の現場に向いたことや、その際に相手方との暴力的闘争を予期して刃物を準備したことといった、暴力的闘争の発生・拡大に少なからず寄与する態度が存在するといえる。しかし、暴力的闘争の発生・拡大にとって決定的な要因となっているのは、相手方が被告人を暴力的闘争の現場に呼び出し、さらに一旦は闘争を終了させて自宅に戻ろうとした被告人に対して執拗に暴力的闘争に応じることを要求した相手方の態度である<sup>(60)</sup>。すなわち、本決定における被告人の態度は、相手方との暴力的闘争の発生・拡大に寄与したもとはいえるが、あくまで受動的なものといえることができる。このことから、本件においては、被侵害者の暴力的闘争の発生・拡大に対する寄与の程度は、正当防衛権の制限を認めるのには足りないとして、「法は不法に譲歩しない」の原則通りに、不正の侵害に対する被告人の反撃行為の正当化が認められたものと解される。

#### 4 おわりに

わが国とドイツの相互闘争状況における正当防衛の処理についての考え

方は大きく異なっており、このことから、本決定と平成29年決定は、その事実関係が類似しているにもかかわらず、正当防衛の成否に関する結論が正反対のものになっている。このような違いは、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して用いられる理論の違いではなく、事案の処理に際してなされる価値判断の違いによるものであると解される。すなわち、わが国においては、このような事案の処理に際して、違法な武器の所持や自力救済の禁止といった社会的な要請も考慮されるが、ドイツにおいては、このような考慮と正当防衛の成否に関する判断は別物とされることから、「法は不法に譲歩しない」の原則が重視され、相互闘争状況を理由に正当防衛権を制限するためには、被侵害者に対して、わが国よりも強い暴力的闘争の発生・拡大に対する寄与が要求されているといえることができる。

このようなわが国の裁判実務に対しては、正当防衛の本質に反するものであり、政策的な要請に基づく恣意的な正当防衛権の制限を許すことに繋がりがかねないと批判することも可能である<sup>(61)</sup>。しかし、正当防衛の成否に関する判断は、不正の侵害に晒された者による、身を守るための実力行使はどの程度まで許されるかという問題であり、このような判断に際しては、不法な武器の所持や私的闘争の禁止などの要請や、社会常識を考慮する必要があるように思われる<sup>(62)</sup>。特に、近年わが国に定着した裁判員裁判の趣旨は、一般人の健全な常識を刑事裁判に反映させることにあるとされる<sup>(63)</sup>。このことから、相互闘争状況における正当防衛の判断についての、わが国の裁判実務の立場は、一概に否定すべきものではないと解される。

※本稿は、科研費若手研究「裁判員裁判を踏まえた相互闘争状況における正当防衛の判断基準の研究」(20K13351)の助成を受けたものである。

## 注

- (1) LG Traunstein, 15. Januar 2018.
- (2) 本決定に対する評釈として、Hans Kudlich, JA 2018, 872 ; Janique Brüning, ZJS 2018, 640.
- (3) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(2007年、有斐閣) 178-9頁、明照博章『積極的加害意思とその射程』(2017年、成文堂) 57頁参照。
- (4) Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl., 2020, S.802 ; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl., 2019, S. 172;Walter Perron/Jörg Eisele, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. aufl., 2019, S.670;Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 4. Aufl., 2020, S.1757;Thomas Rönnau/Kristian Hohn, Leipziger Kommentar, Band 3, 13. Aufl., 2019, S.622;Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., 2020, S.314ff.
- (5) Claus Roxin, Die„sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts — Versuch einer Bilanz —, ZStW 93, 1981, S.70 ; Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.79. 齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(1991年、多賀出版) 6頁。
- (6) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.802ff ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.172f;Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.670f ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1757f ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.623 ; Fischer, a.a.O. (Anm.4), S.315.
- (7) Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.802 ; Wessels/Beulke/Satzger, a. a.O. (Anm.4), S.172;Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.670 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1758 ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.625 ; Fischer, a.a.O. (Anm.4), S.315.
- (8) Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.804 ; Wessels/Beulke/Satzger, a. a.O. (Anm.4), S.173 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.673 ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.631 ; Fischer, a.a.O. (Anm.4), S.315.
- (9) Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.804f ; Wessels/Beulke/Satzger, a. a.O. (Anm.4), S.173f ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.673 ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.631f ; Fischer, a.a.O. (Anm.4), S.315.
- (10) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.808 ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.174 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.672;Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1763 ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.631 ; Fischer,

- a.a.O. (Anm.4), S.315.
- (11) Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.174 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1760f ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.629.
- (12) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.808 ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.174 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.671f ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1761f.
- (13) Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.169 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.667f ; Fischer, a.a.O. (Anm.4), S.313.
- (14) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.804f.
- (15) もっとも、橋爪・前掲注(3) 212頁は、判例で登場した事例は全て意図的招致事例以外の事例であると指摘する。同様の指摘として、Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.623 ; Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.802.
- (16) Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.806 ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.174 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.671 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1761 ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.630.
- (17) Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.808 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1761f ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.630.
- (18) 橋爪・前掲注(3) 211頁参照。
- (19) 香城敏麿「正当防衛における急迫性」小林充 = 香城敏麿編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—(上)』(1992年、判例タイムズ社) 272頁以下、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集・第1巻』(1998年、成文堂) 243頁以下、中川博之「正当防衛の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(2015年、成文堂) 138-9頁、波床昌則「正当防衛における急迫不正の侵害」大塚仁 = 佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院) 81頁以下。
- (20) このような事案として、東京高判昭60・8・20(判時1183号163頁)、大阪地判昭63・11・18(判タ702号265頁)、大阪高判平7・3・31(判タ887号259頁)、広島高判平15・12・22(裁判所ウェブサイトを)、新潟地判平24・3・2(LLI/DB06750094)、松江地判平26・10・24(LLI/DB06950534)、東京地判平27・5・27(LEX/DB25540605)、東京高判平27・6・5(判時2297号137頁)、和歌山地判平29・2・22(LLI/DB07250135)、前橋地判平29・9・6(LLI/DB07250773)、京都地判平31・2・12(LEX/DB25562648)など。
- (21) このような判例として、大判昭7・1・25(刑集11巻1頁)、大判昭18・5・28(刑集22巻187頁)、最判昭22・12・18(裁判集刊1号231頁)、

- 最判昭23・5・1（刑集2巻5号431頁）、最判昭23・6・22（刑集2巻7号694頁）、最大判昭23・7・7（刑集2巻8号793頁）など。
- (22) 中尾佳久「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成29年度〕』（2020年、法曹会）101-2頁、香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和52年度〕』（1980年、法曹会）246-7頁、塩見淳「喧嘩争闘と正当防衛—喧嘩両成敗の法理を手がかりとして」法学論叢182巻1=2=3号（2017年）132頁以下、橋爪・前掲注（3）134頁参照。
- (23) 斎藤信治「急迫性（刑法36条）に関する判例の新展開」法学新報112巻1=2号（2005年）393-4頁、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）83頁、和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ1365号（2012年）61頁参照。
- (24) 橋爪・前掲注（3）178-9頁。
- (25) 栃木力「正当防衛における『急迫性』」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第3版〕』（2020年、立花書房）55-6頁、安廣・前掲注（23）83-4頁、香城・前掲注（19）283頁参照、波床・前掲注（19）85頁。
- (26) 栃木・前掲注（25）56頁、中川・前掲注（19）141頁、香城・前掲注（19）283頁参照。
- (27) 斎藤・前掲注（23）399頁、安廣・前掲注（23）83-4頁。
- (28) 橋爪・前掲注（3）196頁参照。
- (29) Carl-Friedrich von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S. 207 ; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 2017, S.238 ; Roxin/Greco, a.a.O. (Anm.4), S.810f ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.173 ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.674 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1762f ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.624.
- (30) Kühl, a.a.O. (Anm.29), S. 238 ; Klaus Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104 (1992), S. 305f ; Perron/Eisele, a.a.O. (Anm.4), S.674.
- (31) Georg Küpper, Die>>Abwehrprovokation<<, JA 2001, S.440.
- (32) Gunter Arzt, Zur Frage des Notwehrrechts und der Überschreitung der Notwehr bei einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen achtzehnjährigen Schülern in einer Unterrichtspause, JR 1980, S.212 ; Michael Lindemann/Mitarbeiter Tilman Reichling, Die Behandlung der sogenannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, Jus 2009, S.500f.

- (33) Felix Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11.Lfg., 2001, S.51 ; Scherenberg, a.a.O. (Anm.29), S.210 ; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Anm.4), S.173.
- (34) Rönna/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.624 ; Erb, a.a.O. (Anm.4), S.1763.
- (35) 橋爪・前掲注(3) 196頁。
- (36) このような事例として、本文中に挙げたものの他に、BGH NStZ 1983, 117 (Beschl. v. 5. 11. 1982); BGH NStZ 1986, 357 (Urt. v. 19. 3. 1986); BGH NStZ 2006, 152 (Urt. v. 9. 8. 2005)。他方、防衛的招致の理論により正当防衛権の制限を認めた事例として、OLG Stuttgart NJW 1992, 850 (Urt.v. 7. 10.1991)。
- (37) 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕〕(2018年、成文堂) 278頁、西田典之＝橋爪隆『刑法総論〔第3版〕〕(2019年、弘文堂) 172頁以下、香城・前掲注(19) 262頁、同・前掲注(22) 246-7頁、波床・前掲注(19) 80頁など。
- (38) 香城・前掲注(19) 263-4頁、同・前掲注(22) 250頁以下参照。
- (39) このような見解として、照沼亮介「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年) 155頁、山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌35巻2号(1996年) 57頁、大嶋一泰「正当防衛権の制限について」法学47巻5号(1984年) 33頁、山中敬一『正当防衛の限界』(1985年、成文堂) 190頁、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(1992年、東京大学出版会) 159頁など。
- (40) 橋爪・前掲注(3) 211頁。
- (41) Vgl. Brüning, a.a.O. (Anm.2), S. 643.
- (42) Vgl. Kudlich, a.a.O. (Anm.2), S. 874.
- (43) Brüning, a.a.O. (Anm.2), S. 643.
- (44) Brüning, a.a.O. (Anm.2), S. 645.
- (45) 波床昌則「判批」刑事法ジャーナル54号(2017年) 151頁、坂下陽輔「判批」判例時報2362号(2018年) 170頁、大塚裕史「判批」判例時報2357 = 2358号(2018年) 15-6頁、佐伯仁志「判批」判例時報2357 = 2858号(2018年) 23頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実践—平成29年決定を踏まえて—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 106頁、橋爪隆「正当防衛論の課題」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019年、成文堂) 159-60頁、同・「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上)』(2018年、成文堂) 251頁、井田良「正当防衛をめぐる議論の状況—対抗行為に先行する事情と正当防衛状況—」季刊刑事弁護96号(2018年) 15頁、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』につ

- いて」立命館法学377号（2018年）106頁、山本和輝『正当防衛の基礎理論』（2019年、成文堂）186-7頁。
- (46) 坂下・前掲注（45）170頁、山本・前掲注（45）187頁。もっとも、判例は、このような事情を理由として直ちに侵害の急迫性を否定しているものではないと解される。この点について、三代川邦夫「正当防衛に関する最決平成29年4月26日（刑集71巻4号275頁）について」学習院法務研究13号（2019年）188-9頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方・再論」判例時報2391号（2019年）105-6頁、中尾・前掲注（22）112頁参照。
- (47) このような判例・裁判例として、大阪高判昭56・1・20（判時1006号112頁）、大阪高判平13・1・30（判時1745号150頁）、前掲注（20）・東京高判平27・6・5。
- (48) 佐藤・前掲注（19）240頁、和田ほか・前掲注（23）48頁、清野憲一「正当防衛判断枠組の再構築—4ステップ論と『やむを得ずにした行為』への焦点化—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』（2019年、成文堂）64-5頁、香城・前掲注（19）264頁、安廣・前掲注（23）83頁参照。
- (49) 山本・前掲注（45）187頁、松宮・前掲注（45）111頁以下参照。
- (50) 中尾・前掲注（22）113頁、前田雅英「正当防衛の急迫性判断と主観的違法要素」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上）』（2018年、成文堂）215頁、橋爪・前掲注（45）日高古稀243頁、佐伯・前掲注（45）21頁、大塚・前掲注（45）16頁、坂下・前掲注（45）170頁、拙稿「判批」筑波法政74号（2018年）46頁。
- (51) 中尾・前掲注（22）110頁、橋爪・前掲注（45）日高古稀243頁、波床・前掲注（45）153-4頁、坂下・前掲注（45）170頁、大塚・前掲注（45）15-6頁参照、拙稿・前掲注（50）48頁。
- (52) 山本・前掲注（45）202頁、同・「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務の是非」刑法雑誌59巻1号（2020年）50頁、坂下陽輔「事前の公的救助要請可能性が正当防衛・過剰防衛の成否に与える影響について」刑法雑誌59巻1号（2020年）30頁参照。また、事前の公的救助義務違反を理由とする正当防衛権の制限を否定するドイツの文献として、Heiko Lesch, Die Notwehr, Festschrift für Hans Dahs, 2005, S.112 ; Réne Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S.310f ; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Anm.4), S.569.
- (53) 橋爪・前掲注（3）195頁参照。
- (54) Kudlich, a.a.O. (Anm.2), S. 874は、本件における被告人の態度は社会的に普通の態度からはいくらか遠ざかっているとしつつも、侵害者は完全

に任意で侵害行為に出ていると評価している。

- (55) このような判断により正当防衛権の制限を認めたとされる事例として、BGHSt. 39, 374 (Urt. v. 26. 10. 1993); BGHSt. 42, 97 (Urt. v. 21. 3. 1996).
- (56) このような理解について、拙稿「ドイツ及びわが国の判例における自招防衛の意義」早稲田大学大学院法研論集151号（2014年）148頁以下参照。
- (57) 清野・前掲注（48）47頁。
- (58) 山本・前掲注（45）181-2頁、坂下陽輔「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』（2019年、成文堂）149頁以下。
- (59) 瀧本京太郎「判例における自招防衛の判断枠組みについて」北大法学論集69巻4号（2018年）185頁、小林憲太郎「判批」判時2336号（2017年）145頁、大塚・前掲注（45）18頁、遠藤・前掲注（45）116頁、拙稿・前掲注（50）56頁。
- (60) Vgl. Kudlich, a.a.O. (Anm.2), S. 874
- (61) このような批判として、照沼亮介「判批」法学教室445号（2017年）54頁、松宮・前掲注（45）111頁以下、山本・前掲注（45）187頁。
- (62) 和田真ほか「正当防衛について（下）」判タ1366号（2012年）59頁、遠藤・前掲注（45）121頁、波床・前掲注（19）90頁参照。
- (63) 田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（2017年、弘文堂）10頁、中谷雄二郎「刑事裁判の連続性と非連続性—裁判員裁判が刑事裁判に与える影響について」『原田國男判事退官記念論文集』（2010年、判例タイムズ社）5頁。