



Title	判例における自招防衛の判断枠組みについて
Author(s)	瀧本, 京太郎
Citation	北大法学論集, 69(4), 122[141]-77[186]
Issue Date	2018-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72056
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no4_05.pdf



判例における自招防衛の 判断枠組みについて

瀧 本 京太郎

目 次

序章

第1節 問題の所在

第2節 本稿の構成

第1章 平成20年決定までの判断枠組み

第1節 積極的加害意思論の影響を受けた判断枠組み

第2節 平成20年決定の判断枠組み

第1項 決定の概要

第2項 学説等の反応

第2章 平成20年決定以降の判断枠組み

第1節 裁判例の現状

第2節 検討

第1項 自招防衛の判断枠組み

第2項 要件論

第3節 小括

第1項 下級審から見た平成20年決定

第2項 「正当防衛状況」の汎用性

第3章 平成29年決定について

第1節 平成29年決定の概要

第2節 平成20年決定との棲み分け

第1項 射程の再確認

第2項 平成29年決定と自招防衛

第1款 「予期+違法な先行行為」ケースの処理

第2款 先行行為の性質

第3款 小括

第3項 正当防衛状況のゆくえ

第3節 平成29年決定以降の下級審

第4節 検討

第5節 残された課題——侵害の予期の「可能性」

終章

序章

第1節 問題の所在

いわゆる「自招防衛」の事案に関する最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁（以下、「平成20年決定」とする）は、すでに多くの先行研究によって分析されてきたように、①侵害の予期については言及せず、②急迫性ではなく「正当防衛状況」性を否定して、被告人の不正な暴行によって招いた侵害に対する正当防衛の成立を否定した。裁判員裁判が翌年から開始されることが予定されていたこともあり、①及び②の判断枠組みは、正当防衛が認められるような状況かという大枠を示しながら、専ら客観的な資料に基づき当該状況の有無を判断するというもので、裁判員にも理解の得られやすい枠組みであると評価されている。

しかし、その後の裁判員裁判において平成20年決定の判断枠組みをそのままの形で用いた裁判例は少なく、平成27年の事案では、侵害の予期が正面から認定され、また、「正当防衛状況」と「急迫性」は同義のものであるとみなされるなど、平成20年決定の射程については再考を迫られつつある。

このような状況の中、最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁¹（以下、第

¹ 本件に関する評釈・論文等として、大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程」判時2357=2358合併号（2018年）13頁以下、大谷實「自招侵害と正当防衛論」同6頁以下、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」同19頁以下、門田成人「判批」法セ750号（2017年）109頁、木崎峻輔「相互闘争状況における侵害の急迫性の判断基準」筑波法政74号（2018年）41頁以下、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年）142頁以下、是木誠「判批」警察学論集70巻8号（2017年）184頁以下、坂

3章を除き「平成29年決定」とする)が、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における急迫性の判断方法を示したことで、侵害を予期していた場合には、そうでない場合とは異なる判断が行われることが明らかとなった。また、同決定では平成20年決定が引用されなかったことから、2つの「決定」は共存し得る枠組みであると分析されているが、これらの分析における平成20年決定の射程理解は、平成20年決定が出された当時における分析と連続性を有しているか、検討の余地がある。

筆者は過去の論考²において平成20年決定及びその後の下級審裁判例の動向を分析したが、公開後新たに加わった裁判例や、平成29年決定が出された現状にあっては、再度自招防衛に関する判断枠組みを検討し直し、平成20年決定の意義を再確認すると同時に、平成29年決定が自招防衛論にいかなる影響を与えるかを分析することが必要であると考えに至った。本稿は、このような問題意識の下で執筆されたものである。

第2節 本稿の構成

本稿ではまず第1章で、平成20年決定が出されるまで用いられてきた裁判所

下陽輔「判批」判例評論711号(判時2362号)169頁以下、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文——変容する正当防衛制限論から」法教451号(2018年)26頁以下、菅原健志「判批」警察公論73巻2号(2018年)88頁以下、高橋直哉「正当防衛状況の判断」法教453号(2018年)10頁以下、高橋則夫「『急迫性』の判断構造——最高裁平成29年決定をめぐって——」研修837号(2018年)3頁以下、照沼亮介「判批」法教445号(2017年)48頁以下、中尾佳久「判解」ジュリ1510号(2017年)107頁以下、成瀬幸典「判批」法教444号(2017年)158頁、橋田久「判批」平成29年度重要判例解説(2018年)155頁以下、波床昌則「判批」刑ジャ54号(2017年)148頁以下、前田雅英「判批」捜査研究66巻7号(2017年)14頁以下、松宮孝明「正当防衛の正当性」法セ763号(2018年)91頁以下、森住信人「判批」専修ロー13号(2017年)113頁以下、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか?(1)(2・完)——最高裁平成29年4月26日決定を契機として——」立命館法学374号(2017年)196頁以下、377号(2018年)156頁以下。

² 瀧本京太郎「自招防衛論の再構成(2)——『必要性』要件の再検討」北大法学論集66巻5号(2016年)256頁以下。

の判断枠組みを紹介し、平成20年決定の枠組みについても簡潔に示す。それを踏まえ第2章では、同決定以降の下級審裁判例について検討を加え、第3章では平成29年決定の判断枠組みを分析・検討することで、平成20年決定の射程が、最高裁が当初意図した通りに理解されてきたかを明らかにし、2つの「決定」の相互関係についての考え方を示す。

第1章 平成20年決定までの判断枠組み

本章では、平成20年決定が出されるまでの自招防衛に関する判例・裁判例を概観する³。

第1節 積極的加害意思論の影響を受けた判例理論

自招防衛に関する判例・裁判例は大審院の時代からコンスタントに出されていたが⁴、戦後間もない頃までは、いかなる根拠により、また、刑法36条1項所定のいずれの要件が欠落するかについては、明確な説明はされてこなかった。しかし、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁（以下、「昭和52年決定」とする）が、被侵害者が侵害を確実に予期し、かつ、積極的加害意思を有して侵害に対抗したときは急迫性の要件を満たさないとする理論（積極的加害意思論）を提示したことで、その後の自招防衛の判例実務は変容を見せた。すなわち、裁判所は自招防衛の事案においても侵害の予期（の可能性）を認定したうえで、自招行為を行った場合には侵害の急迫性を欠き、正当防衛は成立しないという枠組みを展開するに至ったのである。

その嚆矢となったのが、福岡高判昭和60年7月8日判タ566号317頁（以下、「昭和60年判決」とする）である。本件の事案は、被告人方で被告人に暴行を加

³ すでに瀧本・前掲注（2）255頁以下で検討を行っているため、本稿では深く立ち入らない。なお、本章中の判例・裁判例の事実の概要及び判旨については同論文に記載されている。

⁴ 大判大正3年9月25日刑録20輯1648頁、大判大正14年6月3日刑集4巻354頁、名古屋高判昭和25年3月9日高刑判決特報6号117頁、仙台高判昭和27年3月15日高刑判決特報22号111頁、大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁、熊本地判昭和35年7月27日判時236号6頁。

えられた A は一度自宅へ退避したが憤懣やる方なくなり、包丁を持ち出して被告人方を再度訪れ、5～10分にわたり叫びながら玄関戸を蹴っていたところ、被告人は窓から竹棒を突き出して A の頭部を傷害したというものであった。そして福岡高裁は、「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」と判示したのである。

昭和60年判決は、自招防衛の判断枠組みを詳細に、かつ要件論にも立ち入って正当防衛の成否を判断した初の事例であると思われる。昭和52年決定以前の裁判例においても、侵害を予期していたこと⁵や、攻撃的意図があったこと⁶を、正当防衛を否定する事情として判断に取り入れる事例が見られたことから、積極的加害意思論自体は何の脈絡もなく突然現れたわけではなく、これまでの実務の知見を集積したものといえる。しかし、急迫性要件を否定するという発想は、従来の裁判例にはなかった思考方法である。

その後の裁判例においては、36条1項との関係では侵害の不正性を否定するもの⁷や、相当性を否定するもの⁸、急迫性を含む複数の要件を同時に否定するもの⁹が見られるものの、自招防衛の判断枠組みとしては、昭和60年判決の枠組みから大きく外れることなく、特に侵害の予期（の可能性）は常に裁判所の判断に取り入れられてきた。

第2節 平成20年決定の判断枠組み

以上のように、昭和52年決定以降の自招防衛に関する判例理論はほぼ一貫して、被侵害者が侵害を予期し、又はその可能性があることを、正当防衛の成立

⁵ 前掲注（4）熊本地判昭和35年7月27日判時236号6頁。

⁶ 前掲注（4）大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁。

⁷ 東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁。

⁸ 大阪高判平成12年6月22日判タ1067号276頁。

⁹ 東京高判平成8年2月7日判時1568号145頁。

を否定するための一要件として要求してきた。昭和60年判決では、それに加えて侵害招致行為の不正性、時間的接着性、侵害の軽微性が要求されており、同判決以降の裁判例においても概ね類似の判断方法が採られてきた。

しかし、平成20年決定においては、侵害の予期についての言及がなく、要件論との関係でも、急迫性ではなく「正当防衛状況」性が否定されたことで、それまでの判例理論との連続性が強く意識されることとなった。

第1項 決定の概要

【事実の概要】

被害者（侵害者）である A（当時51歳）は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時41歳）が A の姿を不審に感じて声を掛けるなどしたこと、両名は言い争いとなり、被告人はいきなり A の左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った（第1暴行）。A は、「待て」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、殴打現場から約26.5m 先を左折して約60m 進んだ歩道上で被告人に追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した（第2暴行）。被告人は A の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、A に対し、その顔面や防衛しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

第一審の東京地八王子支判平成18年7月5日刑集62巻6号1794頁（参照）は本件を喧嘩闘争の事案と位置付け、原則的に正当防衛の観念を入れる余地はないと判断した。

原審の東京高判平成18年11月29日刑集62巻6号1802頁（参照）は、「被告人は、本件集積所で A との間で言い争いを起こす中で、A に対して第1暴行を加え、その直後、走って立ち去ったのであって、被告人から A に対して挑発的な有形力を行使したと認められる。また、A に暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、A が被告人の挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できる。実際、A は、被告人から暴行を加えられたため、やられたらやり返すとの思いから、被告人を直ぐさま自転車で追い掛けて行き、約90メートル先で追いついて、第2暴行を加えており、A の被告人に対する

第2暴行は、被告人がAに対して第1暴行を加えたことによって招いたものといわざるを得ない。加えて、第2暴行は、第1暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があり、第2暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手による1回限りの殴打に過ぎず、第1暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとはまでは言い難いものである。結局、Aによる第2暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない」（下線部は筆者）と判示し、昭和60年判決の枠組みに沿って正当防衛の成立を否定した。

【決定要旨】（下線部は刑集記載の通り）

「前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」

第2項 学説等の反応

平成20年決定の判断を受け、学説等からは、今後の判断枠組みのあり方を解明することを主目的とする論考が多数公表され、大きな議論を呼ぶこととなった。本稿において同決定に関する文献の内容を分析しておくことは、後述する平成29年決定に関する文献で述べられていることとの対比を行う上で不可欠の手順である。

（1）昭和52年決定との整合的理解

まず留意しておく必要があるのは、昭和52年決定は自招防衛について判断したものではない点である¹⁰。それは、昭和60年判決が積極的加害意思論とは異

¹⁰ 橋爪隆「批判」ジュリ1391号（2009年）160頁は、「昭和52年決定の事案も、被告人らによる自招行為があったとも評価しうる事案である」としている。

なる判断枠組みを用いて自招防衛の事案を処理していることから明らかであろう。平成20年決定の評釈類では昭和52年決定との連続性が問題とされることがあるが、そこで論じられているのはあくまで両者の棲み分けの方法についてである。学説の多くは、昭和52年決定と平成20年決定は別個の論理に基づく判例であると理解しており、筆者もそのように考えている。ある論者は、今後の裁判実務においては、正当防衛の成立が否定されるためには、積極的加害意思論に基づくルートと、侵害の自招等の客観的事実それ自体に基づくルートの2通りが考えられ、後者の考え方は、最高裁が裁判員裁判を見据えて明確な判断基準を示そうとしたもの¹¹と理解することも可能であろう、と分析を加えている¹²。

（２）侵害の予期に言及しなかった意味

次に問題となるのは、平成20年決定が侵害の予期に言及しなかった点についてどのように考えるかである。同決定は侵害の予期を認定するのが困難と考えられた上で出されたものなのか、あるいは、従来の枠組みをそのまま用いることも可能であったが、あえて侵害の予期に依拠しない枠組みを創設しようとしたのであろうか。

この点に関する評価は二分されている。先の論者は、被告人がAを殴打した直後に逃走しているのであるから、Aが報復攻撃に及ぶ可能性を認識していたことは明らかであろうと述べている¹³。本件の調査官解説も、「本件のような客観的事実経過があれば、仮に侵害の予期が認定できなくても、侵害は予見可能な状態にあった」とも思われると説明している¹⁴。自招防衛における侵害の予期に関しては、被告人が実際に侵害を予期していたと認定する事例と、侵害を通常予期することができたと述べる事例とに分かれており、この点に関する立ち入った分析はあまりなされてこなかったものの、この解説からは、従来の枠組みを用いて裁判官の視点から本件を見たときは、侵害の予期（の可能性）を認定することは不可能でないことが読みとれる。意図的挑発事例は別として

¹¹ 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時61巻8号2517頁。

¹² 橋爪・前掲注（10）162頁。

¹³ 本稿も、このような見解に立つものである。

¹⁴ 三浦透「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度433頁。

も、「いかなる侵害のどのような予期があったか必ずしも明瞭でない場合があることを考えると、少なくともそうした場合には、侵害の現実の予期に依拠しない解決を探索する必要性があり、そのような解決を認める実際上の意義は高い」という見解も¹⁵、最高裁は意図的に侵害の予期に関する言及をしなかったと理解するものであろう。

これに対して、平成20年決定を「侵害の予期のない故意的な自招侵害」と位置付けたり¹⁶、同決定の「事案の性質上、被告人に侵害の予期を認めること自体がそもそも難しく、まして積極的加害意思まで認定することは不可能であった」と分析する論者¹⁷、さらには、「被告人はAから逃げ切れる、したがって、侵害は現実化しないものと考えていた可能性があ」ったため、「最高裁は侵害の予期の存在を指摘しなかったのではなく、できなかった」と指摘する見解も見られる¹⁸。

詳しくは後述するが、この点は平成29年決定との棲み分けをどのように考えるにかかわる問題である。仮に、平成20年決定は侵害の予期がなかった事案であると判断するのであれば、平成29年決定との棲み分けは、侵害招致行為の

¹⁵ 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号(2009年)312頁。佐伯・前掲注(1)20頁以下の分析も同旨。

¹⁶ 大塚・前掲注(1)17頁。ここでいう「故意的」というのは、自招防衛論に関する先行研究が検討してきた「故意的挑発」という意味ではなく、単に侵害招致行為自体を故意で行ったという意味に理解すべきであろう。

このほか、曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016年)195頁も、本決定は「侵害が予期されていない場合であっても」包括的な枠組みにより正当防衛の成立を否定したものと分析している。また、坂下・前掲注(1)174頁は、昭和52年決定や平成29年決定(後述)は「侵害の十分な予期が不可欠の前提をなす枠組みであり、それがない平成20年決定は別枠組みと見るほかない」とする。

¹⁷ 照沼・前掲注(1)52頁。大塚ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)』(青林書院、2016年)587頁(堀籠＝中山)は、本件では「被告人に反撃の予見可能性はあったが予期していたとまではいえず、かつ、逃走したところから見て積極的加害意思があったとまでは認められない」ため、昭和52年決定の枠組みには適合しなかったとする。

¹⁸ 小林憲太郎「刑法判例と実務—第9回 正当防衛(上)」判時2299号9頁。しかし、「逃げ切れる」という思考は、Aが侵害行為を行ってくる可能性を認識していなければ発想し得ないのではないだろうか。

有無ではなく、侵害の予期の有無によって決せられることとなる。そうすると、侵害の予期がある自招防衛のケースは、平成20年決定ではなく平成29年決定の射程に含まれることとなろう。そうではなく、予期の認定は可能であったが、あえてそれに依拠しない枠組みを創設したと解する場合には、平成20年決定は、侵害の予期の有無にかかわらず、不正な先行行為によって侵害を招いた事案を広く射程に収め、平成29年決定はそれ以外のケースをカバーすることとなる。

（３）正当防衛状況の内容

平成29年決定との関係でもう一点検討を要するのは、平成20年決定が「急迫性」ではなく「正当防衛状況」性を否定した点である。問題は、この文言が従来通り急迫性を意味するのか、あるいは急迫性とは異なる概念なのかという点に存するが、平成20年決定が出された当時の学説の多くは、正当防衛状況という文言は急迫性とは異なるという理解を示していた。

例えば、本決定の調査官解説では、正当防衛状況を急迫性の意味に解する見解を列举した上で、「ただ、本決定が、原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れていないことは、やはり押さえておかなければならない」とされ、また、「急迫性の問題とすることに分かりやすさ等の点において難点があり」、「客観的な間接事実によって主観的要件を推認するという方法は、裁判員裁判においては出来るだけ避けるべきであるとの指摘がある」と説明されている¹⁹。

学説からも、平成20年決定と昭和52年決定は私人による実力行使を正当化するような緊急状況性を否定したという点で共通しており、平成20年決定も急迫性要件の問題と位置付けた解決を図っても良かったのではないかという批判的検討を加えつつも、同決定の読み方としてはやはり、昭和52年決定との「理論的な抵触の可能性を回避するために、あえて急迫性要件に依拠しない問題解決を選択したもの」とする見解²⁰、平成20年決定は「正当防衛の要件論に立ち入ることなく正当防衛の成立を否定している」とする見解²¹、本決定は自招侵害の事例において侵害の急迫性の存否の問題として事案の解決を図らなかったとする

¹⁹ 三浦・前掲注（14）433頁。（判解）

²⁰ 橋爪・前掲注（10）163頁。

²¹ 川瀬雅彦「判批」慶應法学20号（2011年）304頁以下。

見解²²などは、いずれも正当防衛状況という概念は急迫性とは異なるものと理解していると考えられる²³。

第2章 平成20年決定以降の判断枠組み

第1節 裁判例の現状

以上のように、平成20年決定は、①主観的要素を自招防衛の判断枠組みから除外し、②急迫性とは異なる要素ないし要件の問題として事件を処理したものである。本決定はあくまで事例判断であるとのコメントが随所でなされてきたが、単に一般論的な枠組みを提示して当てはめを行わなかったにすぎず、裁判員裁判を視野に含めた新たな枠組みを創設しようと意図して出されたものであることは容易に推察されよう。特に②の点に関しては、これ以降の裁判例では自招防衛の事案でなくても「正当防衛状況」の存否が問題とされるようになっており、急迫性要件との関係はなお明らかではないものの、広範に用いられる文言となっている。

また、同決定の調査官解説が、最高裁は「原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れ」なかった（傍点筆者）と解説している点からは、原判決が認定した要素のうち、侵害の予期に関する部分は意図的に拾われなかったことを示唆しているように読解可能である。

しかし、平成20年決定以降の裁判例を見ると、その多くが再び侵害の予期に関する認定を正面から行っていることがわかる。さらに、正当防衛状況という言葉も、事例を重ねるごとに、次第に急迫性要件に近似する概念として理解されるようになり、平成20年決定の意義は大きく揺らいでいる。以下では、同決定以降の自招防衛に関する事例を概観した上で検討を行う²⁴。

²² 明照博章『積極的加害意思とその射程』（成文堂、2017年）262頁。

²³ 同様の分析として、城下裕二「判批」井田良＝城下裕二『刑法総論判例インデックス』（商事法務、2011年）141頁、十河ほか『刑法総論判例50！』（有斐閣、2016年）49頁（森永真綱）、高山佳奈子「判批」別ジュリ220号（2014年）54頁。

²⁴ 瀧本・前掲注（2）210頁以下、同「判批」刑事法ジャーナル51号（2017年）

① 大阪地判平成23年7月22日判タ1359号251頁（裁判員裁判）

【事実の概要】

被告人とその弟 A が喧嘩をした際、被告人は A が使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、A の携帯電話を二つに折って投げ捨てたため、A は被告人に駆け寄り、手拳で1回その顔面を殴打し、さらに、後退しつつ前かがみになった被告人の顔面等を手拳で複数回殴打し、被告人の右奥歯を1本折った。その後被告人と A はもみあいとなり、被告人は A の首を絞めて死亡させた。

【判旨】

「〔物を壊す行為が〕被害者の怒りを一定程度誘発すべき違法行為であったことは否定できない。しかし、被害者はこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、被害者の行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。」「また、本件先行行為は、上記のとおり、被害者の怒りを誘発し得るものであったが、被告人と被害者が七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人と被害者との間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、被害者が本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、被害者の攻撃を予期していたという事実は認められない。」（中略）「以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。」（下線部は筆者、以下本章中は同じ）

② 宇都宮地判平成23年10月25日 LLI/DB06650627（裁判員裁判）

【事実の概要】

ゲームセンターで働いていた同僚の A と無線を通じて口論となった被告人は、脚立の3段目の踏み板に立って作業していた A を見つけ、脚立の1段目を蹴ろうとしたが、思いがけず踏み外した。これを見た A が激昂して被告人

92頁以下、木崎峻輔「近似の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号（2016年）37頁以下も参照。

につかみかかってきたため、被告人は左手で A の身体を思い切り振り払い、その場に転倒した A は左側頭部を強打し、死亡した。

【判旨】

「このような被告人の行為は、客観的に見れば、脚立に乗っている A に恐怖を感じさせ、A を怒らせるものであることは明らかであって、A が被告人につかみ掛かった行為は、被告人の行為に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえる。そして、A は被告人の両腕につかみ掛かっただけであり、殴るなどの行為に出ていないことも認められるのであり、A の行為は、被告人の脚立の踏み板を踏み付けようとした行為の度を大きく超えるものでないといえるから、被告人の前記暴行は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」

③ 佐賀地判平成25年9月17日 LEX/DB25503819 (裁判員裁判)

【事実の概要】

路上を歩いていた被告人は、B 運転のタクシーが自分のごく近くを通過したことに腹を立て、同車の後部を足で小突いて停車させ、B を車外に引きずり出し、胸元をつかんで道路際のフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどした上、仲裁に入った C の胸元をつかんでフェンスに押しつけた。その際、C を助けるため被告人の右腕をつかんできた B の身体に向けて右腕を力強く振り、B の胸に当てて路上に転倒させ、打撃によって生じた心臓震盪に基づく心停止状態に陥らせ、死亡させた。

【判旨】

「B が被告人の腕をつかんだ行為は、これら被告人の B 及び C に対する行為があればその先に通常起きうると予想される範囲内にあり被告人の不正の行為により自ら招いたものといえるから、被告人の本件殴打は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない。また、B が被告人の腕をつかんだ行為は、被告人の C に対する攻撃から C を助ける意思に基づくものであり、相当な範囲の行為にとどまっているから、正当防衛として違法性を欠き（刑法36条1項）、被告人に対する不正の侵害とはいえない。」

④ 横浜地判平成25年10月31日 LEX/DB25446095

【事実の概要】

A～Dの4名は、被告人が店長を務めていた飲食店に入店したが、他の客とのトラブルがあったため被告人はAらに退店を促した。Aらは態度を改めることを条件として店内に戻ることを許されたが、態度が改まらなかったため、被告人はまずCに対して店から出て行くよう伝え、さらにAに近づこうとしたところ、Cからうなじの辺りを力一杯叩かれたので、Cを店から追い出すため、その腕を掴んで店外に出た。Cは階段の所で被告人に対して「殺す」と脅してきたが、意味のない言葉だと思い、「殺せるもんなら殺してみろ」などと言い返したりした。

被告人がCを店外に出したときにCが殴り掛かってきたため、被告人はこれに応戦したが、Bに首を絞められるなどして、地面に倒された。被告人が立ち上がるとAが殴り掛かってきたため、被告人はAの顔面をげんこつで多数回殴るなどして反撃し、Aに全治約1か月間を要する傷害を負わせた。

【判旨】

「(1) 急迫不正の侵害等について

本件暴行の直前に、Aが被告人に殴り掛かろうとしていたのであるから、基本的に急迫不正の侵害が存在したというべきである。

ところで、被告人は、Aの顔面を1回殴打した後、Aが全く抵抗しないのに、さらにその顔を数回殴っている。しかし、1回殴打した後、Aの反撃が全く不可能になったとも、Aの反撃意思が消失したともいえないのであるから、その後も侵害は継続していたと認められる。」

「(2) 正当防衛状況の有無について

(中略) 確かに被告人は、本件暴行の前に、Cを殴打し、Bともみ合うなどしており、さらに、その前にCの脅し文句に言い返すなどしている。しかし、本件は、酔ったAらの店内での言動が他の客とのトラブルを招きそうになったことが発端となっており、被告人は店長として、これを避けるためAらを退店させようとしたのであるから、被告人の行動に非があったといえないことは明らかである。被告人がCとの喧嘩に応じるような言葉を発したのも、Cらに退店してもらうためであったと解する余地がある。

したがって、本件暴行は、自招侵害によるものとも、単なる喧嘩闘争中のものともいえず、正当防衛が成立し得る状況にはなかったとは認められない。」

⑤ 神戸地判平成26年12月16日 LEX/DB25447069

【事実の概要】

交通トラブルでCに「危ないやないか」などと大声で怒鳴りつけた被告人は、口論の最中に、Cが暴力団関係者なのではないかと考え、「もうええわ」と言って自転車に戻ろうとしたところ、Cは被告人を追いかけてきたため両者はもみ合いになった。また、Cの仲間のDが被告人車に近づいてきたため、被告人はその場を離れようとして自転車を急後退させ、その際C及びDをはねて傷害を負わせた。

【判旨】

「被告人がそのような事態に陥った原因は、Cの運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチンコ店に入ったC車をわざわざ追いかけて停止させた上、自転車を降りてC車の運転席付近まで行き大声で文句を言ったことによるものである。この点、……被告人が胸ぐらをつかむなど被告人の方から先にCに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Cの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず、被告人においてCに対する正当防衛をなし得る立場になかったことは明らかである。」

⑥ 横浜地判平成27年3月13日 LEX/DB25447224 (裁判員裁判)

【事実の概要】

酒癖が悪く、医者から飲酒を制限されていた被告人の息子Aを不憫に思った被告人は、Aを誘い食事に出かけた。その際Aは飲酒したが、酔って他の客に絡みはじめたため、被告人はタクシーを呼び、Aと共に乗り込んだ。しかし、タクシーが発車する前後、Aが暴れ出したため、被告人はタクシー後部座席でAの身体を押さえつけたが、その際被告人はAの頸部などを圧迫し続けたため、Aは窒息死した。

【判旨】

横浜地裁は、Aの暴れる行為は「急迫不正の侵害に当たることが明らかである」とした。その上で、「……検察官は、これまでの経緯から、被告人は被害者が酒に酔えば暴れることを分かっているが自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった旨主張する。しかしながら、被害者は酒

を飲めば必ず暴れるわけではなかったこと等の事実も考慮すると、被告人は被害者が暴れることを確実に予期していたとまでは認められないし、そもそも侵害を予期していたというだけで急迫性が失われるものでもなく、被害者を保護監督する必要のある被告人にタクシーの利用を回避する義務が課せられるわけでもない……（もっとも、上記のような事情は、後述のとおり、防衛行為の相当性の判断において、一定の意味を持つものと考えられる。）」と判示し、結論として過剰防衛の成立を肯定した。

⑦ 東京高判平成27年6月5日判時2297号137頁²⁵

【事実の概要】

金銭トラブルで暴力団関係者と電話で口論となった被告人は、電話の相手方に「今すぐ来い」という趣旨の発言をしたため、被害者は仲間を連れて被告人方に赴いた。被告人は仲間のDを呼び待機していたところ、被害者らがやってきて被告人及びDに暴行を加えてきた。被告人はDが被害者に暴行されるのを見てDの身の危険を感じ、あらかじめ用意していたシースナイフを持ち出して被害者の腹部を刺し、死亡させた。

原審の千葉地判平成26年10月22日裁判所ウェブサイトは、被告人の言動は「売り言葉に買い言葉として誘発されたもの」であり、自招防衛として正当防衛状況になかったというべき根拠となるほどの落ち度とは評価できず、被害者らが被告人方に来る可能性があることを認識していたが、確実に認識していたとまでは認められないとして、過剰防衛の成立を認めた。

【判旨】

「被告人が、暴力をいとなない暴力団組織に所属している被害者らに対して、その暴力団組織を軽んずる発言をしている状況で『こっちに来い』という趣旨の発言をしたということからすると、この発言は、被告人と被害者らがけんかの会話を交わしている際に、暴力沙汰のけんかをしかけるものといえる。そ

²⁵ 本件の評釈として、瀧本・前掲注（24）90頁以下、中野浩一「判批」捜査研究65巻2号（2016年）2頁以下、橋田久「判批」平成27年度重要判例解説（2016年）147頁以下、前田雅英「判批」捜査研究65巻12号45頁以下、山下大輔「判批」警察公論72巻2号（2017年）86頁以下。

うすると、被告人が被害者らの発言によって感情を高ぶらせてそのような発言をしたものであったとしても、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招いたものである。」

「本件において、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識しながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで、被害者らとは別の暴力団に属するDを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるD及び被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことをも踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる。」

⑧ 山形地判平成27年6月22日 LLI/DB07050325

【事実の概要】

被告人は、近隣トラブルになっていたAとの口論の際、Aの足を蹴るなどしたためAから胸ぐらをつかまれ、足払いをしてAを転倒させた(第1行為)。Aはさらに被告人の胸ぐらをつかむなどしたが、被告人は再びAに同様の暴行を加えた(第2行為)。

【判旨】

「被告人は、Aと口喧嘩となり、さらに、弁護人主張のように一方的に攻撃を受けたのではなく、むしろ、Aを蹴るなどすることで自ら積極的に喧嘩に応じているのであり、その後のAの行為は、上記被告人の行為に触発されて行われた、少なくとも同行為を前提としてその流れの中で行われたものと認められる。そして、Aが胸ぐらをつかんだ行為は、被告人が足で突くように蹴るなどしたことと比較して、程度として大きく超えるものではない。そうすると、Aの行為への反撃として被告人が第1行為を行ったからといって、それが正当とされる状況は認められず、Aの上記行為は急迫性を有する侵害とは

いえない。」「また、第2行為についても、被告人とAとの間の上記一連の経過の中で行われたものであり、第1行為と同様、Aの行為は急迫性を有する侵害とは認められない。」

⑨ 静岡地浜松支判平成27年7月1日 LEX/DB25540736

【事実の概要】

被告人は、自分に仕事を斡旋していた暴力団員のBとの交際費が多額になったため、Bとの関係を断つべく仕事を辞める旨伝えたところ、Bから居酒屋へ来るよう言われたので、ホームセンターでナイフを購入してから居酒屋へ向かった。

被告人がCに到着すると、Bはいきなり右手の平で被告人の左頬を殴打したため、被告人はナイフを取り出し、Bの胸倉をつかんだ。その後両者は店外に出て、Bは自動車からゴルフクラブ3本を取り出し、1本をそばにいた友人に渡し、2本を両手で持って被告人を殴打し、傷害を負わせた。その際ゴルフクラブが折れたので、Bは友人からゴルフクラブを受け取ってさらに被告人を殴打し、自動車にゴルフクラブを取りに行こうとしたが、被告人は持っていたナイフでBの左頸部を突き刺し、傷害を負わせた。

【判旨】

「確かに、被告人がBにナイフを示すなどしたことでBの怒りを増幅させ、その後のBによる侵害を招いた側面があるところ、被告人が、自己の不正の行為により自ら相手方の侵害を招いたといえ、かつ、相手方の攻撃が被告人の行為の程度を大きく超えるものでないなどの事情が認められれば、被告人がした本件傷害行為について、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況（以下「正当防衛状況」という。）における行為とはいえず、正当防衛の成立が否定される余地が生じる……。

そこで検討するに、被告人は、Bからいきなり左頬を平手で殴打されるという急迫不正の侵害を受け、それに対応してナイフを取出して右手で右腰辺りに構えて持ち、左手でBの服の胸倉をつかんだものである。被告人の上記行為は、それ自体暴行、脅迫と評価する余地があるとしても、防衛的な行動にとどまるものであり、防衛の意思をもってなされた、防衛行為として相当性を有する行為であると認められ、正当防衛が成立するというべきである。したがって、被告人が不正の行為によりBによるその後の侵害を招いたとはいえない。そし

て、Bがゴルフクラブで被告人の頭部等を3回にわたり殴打した行為は、危険性、執拗性の点において、被告人の上記行為の程度を大きく超えるものであることは明らかである。以上からすれば、被告人がした本件傷害行為は、正当防衛状況における行為といえ、これについて正当防衛の成立は否定されない。」

⑩ さいたま地判平成29年1月11日判時2340号120頁²⁶

【事実の概要】

Bとの近隣トラブルが続いていた被告人が犬を連れて歩いていたところ、Bが被告人を発見し、被告人の前に自転車にのった状態で立ちふさがった。被告人はBにどくよう求めたが応じなかったため、自転車の前輪を軽く2、3回蹴ったところ、Bは自転車に乗っていったん姿を消したが、その後自転車を降りたBがやってきて何度も被告人に殴りかかった。その間被告人は防御の姿勢をとっていたが殴打は止まなかったため、右手でBの顔面を殴り、負傷させた。さいたま地裁は、本件は喧嘩闘争の事案とはいえないとした後、自招防衛については以下のように判示した。

【判旨】²⁷

「そこで、次に、けんか闘争行為であるとまではいえないとしても、被告人がBによる殴打行為に先立って自転車の足蹴り行為に及んでいることをもって、本件暴行時点において反撃行為に出ることが正当とされない状況だったと評価すべきかどうかを検討する。

ア たしかに、本件では、Bによる殴打行為は、被告人による自転車の足蹴り行為に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であると認められる。弁護人は、Bは被告人の進路に立ち塞がった当初から攻撃的であったのであり、その特異な性格から殴打行為に出たものであって、被告人による自転車の足蹴り行為に触発されたのではないと主張するが、Bが、過去における二度のトラブルの際……に被告人に暴行を加えたことはなく、本件で被告人の前に立ち塞がった際にも暴力的な態度に出ていなかったのに、被告人による自転車の足蹴り行為を受けた途端、自転車を止めて殴打行為に出ている。

²⁶ 本件の評釈として、坂下陽輔「判批」刑ジャ 56号（2018年）102頁以下。

²⁷ 本稿で引用している部分は、判例集では全体にわたり下線が引かれているが、本稿では一部省略している。

ること等からすれば、その殴打行為は被告人による自転車の足蹴り行為に触発されたものと認められる。

イ しかし、被告人による自転車の足蹴り行為は、もとはといえば、被告人がBとの接触を避けて通行しようとしたにもかかわらず、その進路にBがわざと立ち塞がったために行われたのであって、専ら被告人に原因があるわけではなく、かえってBの上記行為がこれを誘発・挑発した側面があるといえ、同人にも相応の原因があるといえることができる。

しかも、被告人による自転車の足蹴り行為は、これをBによる殴打行為と比較すると、後者について検察官が主張するように、素手による攻撃であること、被告人が体勢を崩すまでには至らなかったこと、当たったのは初めの一回にとどまっていることを考慮しても、威力の程度の点で看過できない差がある。加えて、前者が……Bにどいてもらうための威嚇・けん制にとどまる行為であったとみられるのに対し、後者は被告人の身体を痛めつけることを意図した直接的な有形力の行使であり、いわば文字どおりの暴行行為であって、両者は一応同じ暴行であるといっても、質的にも相当異なっているというべきである。

ウ そうすると、以上のとおり被告人による自転車の足蹴り行為に至ったのにはBの挑発的・誘発的の行為も相応の原因となっており、被告人ばかりが大きく責められるべきものではないことに加え、同足蹴り行為と比べて、その後のBによる殴打行為が量的のみならず質的にも上回っていることに鑑みると、一般の社会通念に照らし、Bによる殴打行為が被告人による自転車の足蹴り行為に触発された一連、一体の事態としてなされたとしても、なおこれに対して被告人が反撃行為に出ることが正当とされ得ない状況にまでは至っていないと評価するのが相当である。

なお、検察官は、前記のとおり、被告人が、Bの自転車を蹴った時点で、Bによる侵害行為を当然予期していたことを前提に、その点も併せ考慮して、正当防衛状況を否定すべきであると主張しているとも解される。たしかに、相手の侵害行為を招いた自己の行為が文字どおりの暴行行為より程度の弱いものである場合であっても、相手に対してある言動を向ければ相手がこれに憤激して自己に攻撃してくることを予期しながらあえて当該言動に及び、案の定相手も攻撃してきたような場合に、反撃行為に及ぶことの正当性を否定すべき場合もないではないと思われる。しかし、……被告人が、Bの自転車を蹴った時点において、殴打のような直接の暴行をBから受けることを予期できていたとは

認められないから、結局検察官の主張は成り立たない。」「したがって、被告人の本件暴行は、けんか闘争の観点からみても、自招侵害の観点からみても、正当防衛状況（急迫不正の侵害）の下における行為であることが否定されるものではないと認めるのが相当である。」

第2節 検討

本節では、以上の裁判例を踏まえ、自招侵害の判断枠組みと、要件論という2つの観点からの分析を試みる。

第1項 自招防衛の判断枠組み

繰り返しになるが、平成20年決定は侵害の予期に基づかない判断枠組みを提示した点に特徴を有する判例であった。しかし、それ以降の事案を見ると、①、③、⑤、⑥、⑦、⑨事件では、侵害を予期していなかったこと（①、⑥、⑨事件）や、挑発行為から招いた侵害が通常予想される範囲内であること（③、⑤事件）、被害者による暴行を被告人が予期していたこと（⑦事件）が明示的に認定されている。また、②事件では平成20年決定の枠組みに忠実な判断がされているように見えるが、「客観的に見れば」挑発行為が被害者を怒らせることは明らかであるという指摘は、同決定には見られない。具体的状況の下でいかなる挑発行為がいかなる侵害を招き得るかは経験則的な判断をせざるを得ないはずであり、あくまで客観的判断とはいうものの、侵害の予期やその可能性を言い換えたに過ぎないと分析することも可能であろう。

昭和60年判決の枠組みをここで今一度確認しておきたい。同判決の枠組みによれば、(i) 不正な挑発行為、(ii) 時間的接着性（直接性）、(iii) 侵害が通常予想される態様・程度であること、及び(iv) 侵害が軽度にとどまっていること（軽微性）の要件を満たした場合には急迫性が否定されることとなる。平成20年決定の決定要旨に照らしてみると、「不正の行為により自ら侵害を招いた」は(i)と、「[不正な暴行の]直後における近接した場所での一連、一体の事態」は(ii)と、「攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」は(iii)ないし(iv)と、概ね同義であると考えられる。そうすると、少なくとも自招防衛の判断方法に関する限り、侵害の予期に言及して正当防衛の成立を否定した③、⑤、⑦の各事件は、平成20年決定よりも、むしろ昭和60年判決の判断枠

組みに依拠して事案の解決を行っていると考えるのが自然な見方であるように思われる。

第2項 要件論

要件論に関する点においても、平成20年決定以降の裁判例は、正当防衛状況という文言の理解につき、苦勞しているような印象を受ける。例えば④事件では急迫性に関する判断と正当防衛状況に関する判断が個別に行われており、正当防衛状況の判断は急迫性判断の後に行われている。①事件でも「急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況」と判示されているように、「急迫不正の侵害」と「反撃が正当化される状況」は分けて書かれており、急迫不正の侵害が存在しても反撃が正当化されない状況があり得る、と理解することも可能な言い回しとなっている。

また、⑦事件においては、判決書の本文で正当防衛状況の文言は一切用いられず、正面から急迫性が否定されている。正当防衛状況という文言は、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」という見出しで用いられているのみであり、これは急迫性を否定した段落の見出しであるから、東京高裁は、急迫性と正当防衛状況を同義に解していると思われる。⑩事件でも「正当防衛状況（急迫不正の侵害）」というように、正当防衛状況とは急迫性の言い換えであると見なされている。

検察官の主張内容を見ても、正当防衛状況の扱いに苦心していることがうかがわれる。⑥事件において検察官は「被告人は……自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった」と主張しているが、⑩事件では、単に正当防衛状況がないと主張するにとどまっている。実務においても、「正当防衛状況」という概念をどのように位置づけるべきかは定まっておらず、個々の検察官の判断に任されていることが看取される。

第3節 小括

平成20年決定が示した2つの意義について、ここまでの内容を小括しておく。

第1項 下級審から見た平成20年決定

まず自招防衛の判断枠組みについて、平成20年決定の看板ともいえる客観的

判断枠組みは、——少なくとも公刊物等から明らかになる限り——その後の下級審において、そのままの形で採用されたことはほとんどない。特に、侵害が「通常起きうると予想される範囲内」であると判示した③事件は裁判員裁判であり、裁判員に分かりやすい枠組みを示そうとした平成20年決定の意義は、これに沿った枠組みを用いない下級審裁判例から疑問を投げかけられているといえよう。

ではなぜ下級審は、平成20年決定が発した強いメッセージにもかかわらず、侵害の予期に関する判示を続けてきたのであろうか。

これに対しては例えば、下級審から平成20年決定を見たとき、同決定は侵害を予期できなかった事案における判断枠組みであると判断したのではないかと、という回答が考えられよう。しかしながら、調査官解説などが指摘するとおり、平成20年決定が自招防衛に関する事案を広範に射程に含める意図があったことは否定できないように思われる。仮にそうした判断がなされていたのであれば、妥当な判例の理解に基づくものではないといわなければならない。

また、平成20年決定以降の事案において認定されてきた侵害招致行為は、自動車から相手を引きずり出したり（③事件）、交通トラブルになった相手に大声で文句を言ったり（⑤事件）、電話で相手を侮辱して被告人方に来るよう申し向けるような行為（⑦事件）であり、いずれも有形力の行使を伴う侵害行為を予期していたか、予期することができたと認定されている。それらの事案に照らすと、「平手打ち」から「ラリアット」という平成20年決定の事案においても、侵害の予期に言及することは事実認定の上からも可能であったはずである。

ただし、なお留意する必要があるのは、⑦事件において侵害招致行為とされたのは「電話による侮辱行為」であった点である。また、事実認定を見ると、被害者らは被告人に対して執拗な暴行を加えており、平成20年決定の判断枠組みをそのまま用いていれば、正当防衛状況は肯定されていたのではないだろうか²⁸。この点は先行研究においても指摘されており、かかる場合には「侵害の予期と積極的加害意思を問題とすることなど別の論理によって、正当防衛の成立を否定する必要があるように思われる」などとされている²⁹。そうすると、本稿

²⁸ 実際にも、本件原審では正当防衛状況の存在が肯定されている。

²⁹ 山口・前掲注（15）318頁。三浦・前掲注（14）438頁も、侮辱、脅迫、器物損壊により侵害を招いた場合については「本決定の射程は直ちに及ばない類型

で挙げた事例のうち⑦事件については平成20年決定の射程外に位置すると理解すべきこととなろう³⁰。

しかしながら、そのように考えたときに問題となるのは、(ア) ⑦事件のように平成20年決定の射程に含まれない事案をカバーする枠組みをどのように考えるかという点と、(イ) ③、⑤事件のように侵害の予期に言及している裁判例を、平成20年決定の延長線上に位置づけるのか、あるいは(ア)の判断枠組みの射程に含ませるのか、という点である。特に(ア)については、⑦事件はいわゆる侵害回避義務にも言及するなど、昭和60年判決の枠組みとも同一でないため、問題はより複雑となっている。

第2項「正当防衛状況」の汎用性

一方、「正当防衛状況」という文言の用いられ方としては、平成20年決定以降の裁判例においては、①この文言のみが用いられる場合、②急迫性と正当防衛状況を区別しつつ両者が用いられる場合、及び③急迫性と正当防衛状況を同義のものと見なされている場合があり、必ずしも平成20年決定が意図したとおりの用語法では用いられていないように思われる³¹。ただし、この文言自体は自招防衛が問題となった事案のみならず、正当防衛が争点となった事案において広く現れている。正当防衛状況という考え方は自招防衛の判断枠組みから切り離され、汎用性の高い概念として定着しつつあることは間違いないだろう。

しかし、そうであればなおさら、急迫性要件との異同を明確にしなければならないはずである。仮に両者が異なる概念であるのならば、使い分けをどのように行うべきかを明らかにすることは急務である。正当防衛状況という文言が

として検討される必要があると思われる」としている。

³⁰ ただし、⑥事件は積極的加害意思の認定がなされなかった事案であり、原審認定のとおり正当防衛状況の存在を肯定しても良かったのではないかという主張もあり得よう。平成20年決定は自招防衛として正当防衛の成立を否定すべき場合を広く射程に収めていると理解するのであれば、この枠組みから外れ、積極的加害意思など従来の枠組みによって正当防衛が否定されるのでもない事案について急迫性ないし正当防衛状況を否定する理由はないはずである。

³¹ 「正当防衛状況」という文言の多義性を指摘するものとして、木崎峻輔「近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号（2016年）54頁以下参照。

現れてから10年近く経過しているにもかかわらず用いられ方がなお統一されていない状況は、早急に改善する必要がある。この点は次章で検討を加える。

第3章 平成29年決定について

以上のような状況の中で、最高裁は平成29年決定（本章中では「本決定」とする）において、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における急迫性の判断方法について判示したが、この決定によって、平成20年決定の射程は見直しを迫られているのではないだろうか。

第1節 平成29年決定の概要

【事実の概要】

被告人は、知人である A（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えと言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、A から、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

被告人を見付けた A がハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、A に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて A に近づき、ハンマーで殴りかかって来た A の攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、A の左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

【決定要旨】（下線部は刑集記載のとおり）

上告棄却。

「刑法36条は、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。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、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、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、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（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）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ものというべきである。』

「……事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当である。」

第2節 平成20年決定との棲み分け

本決定で引用されている判例は昭和46年判決と昭和52年決定の2つのみであり、平成20年決定は引用されなかった。このため、本決定と平成20年決定は別の判断枠組みであると解する見解が多く見られる³²。本決定の分析を行う先行

³² 佐伯・前掲注（1）21頁、嶋矢・前掲注（1）31頁、高橋直哉・前掲注（1）

研究によれば、両者は侵害の予期の有無で線引きされるものであるとされている。しかし、その結論を得るためには、平成20年決定の射程理解について総括を行う必要がある。

第1項 射程の再確認

必ずしも統一的な見解ではないものの、平成20年決定の射程については先に述べたように、違法な先行行為により侵害を招致したケースについては、侵害の予期の有無を問わずその射程に含まれるという理解が学説・実務における多数説を形成している。しかしながら、その後の裁判例では、暴行による侵害招致行為のケースについても、通常であれば侵害を予期し得たとして正当防衛の成立を否定する事例が見られるのも先に指摘したとおりである。

先ほど本稿では、下級審がこのような判断を下してきた原因につき、下級審は平成20年決定の射程につき、侵害の予期がないケースのみを射程に含めると解釈したからだとする考え方には否定的な見解を示した。しかし、下級審が平成20年決定の枠組みを、裁判員裁判において用いることが容易でないと評価していたということは、考えられるのではないだろうか。

裁判員裁判が施行されるまでには、極めて周到な事前研究が行われ、法律の解釈や実務に関する前提知識が法曹三者と比べて劣る（ことが通常想定される）裁判員に対しては、そうした不安なく裁判に臨めるよう、特に手厚いケアが施されてきたように思われる。そのような対策は適切であった。しかしながら、実際に評議を行う過程では、被告人における侵害の予期に関する事情を抽出して説明を行う方が、かえって裁判員からの理解を得られやすかったということには十分考えられよう。客観資料から主観的認識の存否を判断するという手法には懸念が示されてきたが、例えば自招防衛の問題について説明するときは客観的資料のみから判断させるよりも、そのような侵害を招くかもしれないと分かっていたのに敢えて侵害招致行為に及んだ場合には正当防衛を否定すべきというような規範を示す方が、裁判員にとって理解しやすかったのではないだろうか。そもそも、侵害の予期に限らず、故意・過失などの主観的要素は客観的資料から推認するほかになく、かかる手法はどうしても完全には排除され得ない。

13頁、照沼・前掲注（1）54頁、橋田・前掲注（1）155頁、山本・前掲注（1）374号219頁参照。

学説・実務がこれほどまでに強いメッセージを発してきたにもかかわらず、その名宛人というべき裁判員裁判において侵害の予期に関する言及が多数見られるのは、平成20年決定の射程の理解にではなく、司法研究を代表とする先行研究³³と、評議の実情との間に齟齬が生じたことに由来しているのではないだろうか。本決定の調査官も、「裁判員制度導入後の下級審は、司法研究の提言を参考として、争点整理や裁判員への判断対象の提示につき工夫を図ろうとしてきていると感じられるが、当事者と裁判員に対して当該事案でどのような要素を検討すべきか明確にしないまま正当防衛状況性に関する審理・評議を進めても、なかなかうまくいかず、試行錯誤しているのが現状のように思われる」と述べている³⁴。

そのような状況の中で出された本決定は、侵害の予期を前提とした総合的な判断枠組みを示すものであり、注目すべき判例である。同決定で示された考慮要素はこれまでに問題となってきた事例から得られた知見を集積したものであると考えられ、この枠組み自体は完全な新規性を伴って出されたものではない。しかし、侵害の予期に基づかない判断枠組みの形成を目指した最高裁が、侵害の予期を前提とした判断枠組みを提示したことは、裁判員裁判における現状を

³³ ただし、司法研究では、侵害の予期に依拠しない判断枠組みの創設について触れられていたわけではない点には注意を要する。司法研究では平成20年決定につき、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」を判断対象として用いたもので、本研究と方向性を一にする、と述べられている。しかし、正当防衛状況とは「大きな判断対象」であり、その有無を判断する際の具体的な判断項目は事案によって異なっている。特に自招防衛についてみると、「侵害が意図的な挑発や原因行為の通常予想される範囲にとどまるものか、予想をはるかに超える激しいものであるかなど、事案に応じた検討が必要」であるとされており、司法研究においては、侵害の予期（の可能性）は自招防衛における「正当防衛状況」の判断要素から除外されていない。平成20年決定と司法研究が方向性を一にしているのは「正当防衛状況という大きな判断対象」を示した点にとどまり、侵害の予期に言及しなかった点については、司法研究の提言と平成20年決定は一致していない。この点も、下級審の自招防衛判断にばらつきが出ている一因をなすものといえる。すなわち、平成20年決定のように判断対象から侵害の予期を「排除」する枠組みと、司法研究のように「包含」させる枠組みが、下級審に対してほぼ同時期に提示されていたのである。

³⁴ 中尾・前掲注（1）108頁。

正面から受け止め、これまでの方針に修正を加えたと理解可能である。

第2項 平成29年決定と自招防衛

第1款 「予期+違法な先行行為」ケースの処理

学説からの分析では、本決定と、これが引用しなかった平成20年決定は別枠組みであるとされているが、それは、自招防衛のケースを平成20年決定ですべてカバーすべきことまでは意味しないものと解される。本決定が示す考慮要素には侵害を自ら招いたかという指標が含まれていないようにも思えるが³⁵、「行為者と相手方との従前の関係」、「行為者が侵害に臨んだ状況」が具体例として挙げられ、これらは「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして」急迫性の有無を判断するための事情である³⁶。したがって、侵害を予期しながら自招行為を行った場合は、平成29年決定の判断枠組みによって急迫性の存否が判断されると考えてよいように思われる。実際にも、後掲㊦事件（前橋地判平成29年9月6日 LLI/DB07250773）では、侵害の自招性が総合判断の考慮要素として指摘されている。

それでは、本決定により、自招防衛のケースは今後どのような棲み分けが図られていくこととなるだろうか。

最も重要な考察対象は、「侵害を予期しており、かつ不正な行為によって侵害を招いたケース」をいずれの枠組みで処理すべきか、という点である。すなわち、平成20年決定は、侵害の予期がなくても——すなわち、有無にかかわらず——、不正な行為により侵害を招いた場合は正当防衛状況性を欠くとした判例である一方で、本決定は侵害の予期がある場合の急迫性の判断方法について示した判例であって、平成20年決定以降の裁判例の状況に鑑みると、「侵害予期+自招防衛」のケースについては二つの判例の射程が重複しており、問題を複雑にしているのである³⁷。

³⁵ 照沼・前掲注（1）54頁は、本決定の「考慮要素の中に自招侵害に関する平成20年決定の要件と重複するようなものは見当たらず、むしろ両者は慎重に区別されている印象を受ける」とする。

³⁶ 決定要旨では「……等を考慮し」とされていることから、考慮要素は本決定で挙げられているものに限定されないと思われる。

³⁷ 平成20年決定を「侵害の予期がなかったケース」と考えた場合には、このような問題は生じない。本稿は、同決定については、侵害の予期を認定すること

特に考慮を要するのは、侵害を予期しながら、平成20年決定にいう「不正の行為」を行って侵害を招いた場合に、本決定の射程に含めることが妥当かという点である。不正な行為により侵害を招いたときは、侵害を予期していなくても正当防衛状況が否定されるという平成20年決定から出発すれば、侵害を予期していたのであれば、なおさら正当防衛状況を欠く。さらに、侵害の予期がない場合と比べ、侵害を予期していた場合には、平成20年決定よりも多角的な観点から急迫性の存否が判断されることとなるが、同じ「不正な行為」であるのに、予期の有無によって異なる判断枠組みが妥当することを説明するのは困難である。

しかし、平成20年決定が出された当時から、その射程については慎重に検討すべきとされていたことは、この問題を解決するヒントとなるように思われる。同決定では、被告人は侵害に先立ち被害者に暴行を加えており、侵害は被告人の暴行に触発されたものであって、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたというように、先行行為が「暴行」であるという点が強調されていた。また、学説においても、先行行為が暴行ではなく、侮辱的発言や脅迫、器物損壊等の場合には不正といえども直ちには射程が及ばない類型として検討される必要があると指摘されている³⁸。

このことを踏まえると、射程が重複している問題については、①平成20年決定における「不正の行為」は、具体的には「不正な暴行」を意味し、②侵害の予期を前提とする本決定の枠組みで問題となる先行行為は「暴行」以外の行為であると理解することによって解決を図ることが可能であると考えられる。侵害の予期の有無という観点で二つの判例を区別することは基本的に妥当であると思われるが、より厳密には、侵害の予期を前提とするか否かで区別を図って考えると考えるべきであろう。平成20年決定はこれを前提としないが、あくまで「前提としない」だけであり、暴行による自招防衛の事案では、侵害の予期があっても平成20年決定の射程に入るというべきである。

第2款 先行行為の性質

も可能であったが、あえてこれに依拠しない判断枠組みを提示しようとしたものと理解している。

³⁸ 前掲注（29）参照。

もう一点問題となり得るのが、本決定で問題となる先行行為の性質についてである。

昭和60年判決及び平成20年決定は、挑発行為が不正であることを、正当防衛の成立を否定する根拠の一つとして援用している。一方、本稿の理解に基づけば、侵害の予期があり、先行行為が「不正な暴行」以外であるときは本決定の枠組みで総合判断が行われることとなるが、先行行為は不正である必要があるか。あるいは、本決定の枠組みでは、先行行為の性質は総合判断の一要素となるにすぎず、先行行為が不正でなくても正当防衛の成立が否定され得るのであろうか。

（１）先行行為の「侵害招致行為」性

平成20年決定以降の裁判例を例に見ると、必ずしもすべてが先行行為の不正性に言及しているわけではない。②、③事件では言及があるが、⑤事件では、侵害は「被告人が自らの行為により招いた」とされ、⑦事件でも、不正性への言及は見られないまま正当防衛の成立が否定されている³⁹。

先行行為の性質を考察する際に重要な視点は、「(社会通念上)このような挑発をしたらこのような侵害を招く」といえるかどうかの線引きである。このようにいえるからこそ、自ら侵害を招いた者は自身の負担において緊急状況を解消しなければならないのであって、昭和60年判決や平成20年決定は、この線引きを「不正な暴行」に求めたというように見える。

しかしながら、社会生活の実際においては侮辱的言質や器物損壊などといった「挑発的態度」は無限に考え得るところである。また、侵害招致行為と目すべき行為は相手方とのトラブルの中で行われる場合が非常に多く、同一の性質をもつ先行行為であっても、具体的状況によって、「このような挑発からこのような侵害を招く」といえるか否かは異なる。例えば、侮辱的言質の相手方が気性の荒い人物か、あるいは日ごろから大人しい人物かでも「侵害招致行為性」の判断は異なり得るし、かかる言質がかねてからの近隣トラブルの中で生じたのか、すれ違いざまにぶつかって口論となった中で、あるいはディベートのような議論の中で生じたのかでも異なるであろう。結局のところ、侵害を招致す

³⁹ ⑧事件でも不正性が言及されていないが、先行行為が暴行であった事案であり、あえて言及するまでもなかったものと考えられよう。

るような先行行為であったか否かは総合的判断によるほかない。

（２）正当防衛を制限すべき先行行為

もっとも、侵害招致行為性と、正当防衛の成否は別の問題である。刑法36条1項の前身である旧刑法314条は、その但書で、「不正ノ所爲」によって「自ら暴行ヲ招」いた場合は正当防衛とならない旨を定めていた。後に36条1項に改められる際は、自招防衛は急迫性が否定される場合の一類型であるから、あえて自招防衛規定を明文で置く必要がないとの理由で36条1項には盛り込まれなかったという経緯⁴⁰がある。行為者の主観的要件は求められておらず、「不正」な行為という客観面のみが正当防衛否定の要件とされており、昭和60年判決及び平成20年決定で示されている客観的要件は旧刑法314条但書の趣旨と軌を一にするものである。二つの判例がこの点を意識していたかは定かでないが、正当防衛を否定すべき侵害招致行為の性質を「不正」な行為に限定していたことには理由があった。侵害の最終的な「引き金」が何だったかを特定するのは容易でないからこそ、招致行為に不正性を要求し、自招防衛とされる範囲を限定することには意義があったというべきである。挑発されたら侵害を行ってよいという規範はなく、(潜在的な) 侵害者には挑発に対する抑制を求めてよいという点を考慮すれば、後に侵害者が罪に問われる可能性があることは別論として、判断基準を挑発行為の違法性に見出すことは、市民の行動の自由を確保するという観点からも妥当であろう。

しかし、侵害を招く可能性があることを認識していたにもかかわらず、あえて挑発的行為を行うような場合にまで、招致行為が不正でなかったからといって直ちに正当防衛状況性（急迫性）を肯定することが妥当とは思われない。事前に侵害を予期していたのであれば、かかる行為を抑えるよう要求することは、行動の自由を不当に制限することにはならないというべきである。本決定が「侵害を予期していた場合における急迫性の判断方法」を示したことは、侵害の予期がある場合はそうでない場合に比べ、急迫性が認められるためのハードルが高いということを意味し、一定の場合には防衛行為を抑えることを求めているものと解される。そうすると、「暴行」以外の自招防衛のケースにおいて侵害

⁴⁰ 自招防衛規定の沿革については、瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（１）—『必要性』要件の再検討」北大法学論集66巻4号（2015年）205頁以下参照。

を予期していた場合は、先行行為が不正とまではいえないとしても、本決定の総合判断の対象とすることは妨げられないと考えられる。

第3款 小括

昭和60年判決及び平成20年決定は侵害招致行為の客観面として不正性を要求してきたが、本決定によって、侵害の予期があった場合は必ずしも不正な行為によらなくても正当防衛の成立が否定され得ることが明らかとなった。下級審においてはすでにこのような傾向があったが、本決定はこれを追認したということも可能であろう。下級審は、平成20年決定に概ね沿った判断枠組みを用いて事件を処理してきたように見えるが、侵害の予期の存否を正面から認定しようとする傾向があることに鑑みると、先行行為が「暴行」でない自招防衛の判断は今後、本決定の総合判断方法に順次移行していくのではないだろうか⁴¹。もっとも、総合判断というからには、侵害の自招性は急迫性の存否判断の一要素となる。「自招性」が他の諸要素との間で相対化されることとなることで、例えば⑤事件や⑦事件のような「予期＋暴行以外」の事例群では、自招防衛というカテゴリーの独自性が希薄化され、わが国の自招防衛論の守備範囲が狭められることもあり得よう。

先行行為が不正な暴行である場合は、当然に侵害招致行為性が認められ、平成20年決定の他の要素を満たす限り、予期の有無を問わず正当防衛を制限すべきものとして理解される。これを換言すれば、自身の行動によって予期せず侵害を招致した場合は、当該行為が不正な暴行でない限りは自招防衛とはならず、正当防衛状況性（急迫性）は原則として肯定されることとなる。

先行行為が暴行以外のケースを平成20年決定の射程に含めるべきかについては、これまでの議論において必ずしも判然としてこなかったが、本決定は、平成20年決定の射程を明確化させることに大きく寄与する判例であるといえよう。

第3項 正当防衛状況のゆくえ

平成20年決定以降の下級審では、「正当防衛状況」という文言は用語法の差異こそあれ、比較的広範に用いられてきた。しかし本決定では、この語句は用いられていない。急迫性と正当防衛状況の関係については、本決定によって何

⁴¹ 後掲⑪事件では、侵害の自招性が考慮要素とされている。

らかの方向性が示されたのであろうか。

本稿の理解に従えば、平成20年決定は不正な暴行による侵害招致の場合につき「正当防衛状況」を否定し、侵害の予期を伴うその他のケースでは、本決定の枠組みの下で総合判断が行われることとなる。しかし、侵害を自ら招いたという点で共通しているのに、侵害招致行為の性質によって判断対象が「正当防衛状況」若しくは「急迫性」というように異なることを説明するのは容易でない。二つの判例を「侵害の予期の有無」で区別したとしても、予期の有無で判断対象が異なることの説明は、やはり困難であろう。

筆者自身は平成20年決定の「正当防衛状況」は急迫性を言い換えたものであると理解してきたが⁴²、かかる理解は平成20年決定以降の下級審裁判例を踏まえて形成したものであり、平成20年決定が出された直後に出された先行研究の論者が、正当防衛状況と急迫性は別の概念であると考えたのは当然のことである。同決定のような事案においては「急迫性の有無によって正当防衛の成否を判断するのは適当でないと考えたものと思われ、その背景には、侵害の予期を前提とした急迫性判断は、急迫性要件を評価的・量的に捉えようとする技巧的な手法であり、必ずしも有効・適切ではないという指摘が調査官解説においてなされていることから⁴³、最高裁が正当防衛状況という文言を用いた意図は、急迫性要件とは異なる思考枠組みを提供することにあつたと推察できる。

しかし、そうであれば、正当防衛状況という概念が刑法36条1項所定の各要件のいずれと関係づけられるとはどのような関係に立つのかを示す作業は、少なくとも行うべきであつた。裁判員裁判が実施されたからといって、36条1項の解釈に変更が生じたわけではない。評議に際しては、少なくとも正当防衛が成立するための要件については説明するものと思われるが、36条1項に記述されている文言に関連付けられていない不文の要件の存在を説明するほうが、かえって裁判員の理解を阻害することにもつながりかねない。その後の実務において、正当防衛状況が欠けるので急迫性が存しないと検察官が主張していたことは、最高裁の意図が実務者に対して伝わりにくかったことを示唆している。

⁴² 瀧本・前掲注(2) 296頁以下。

⁴³ 三浦・前掲注(14) 428頁以下では、「本件のような事案において急迫性欠如を理由とすることの問題について」という見出しに続き、これらの指摘がなされている。

正当防衛状況を急迫性要件の問題として取り扱うという下級審の傾向の背景には、事実審、特にその第一審を担当する実務者としては、罪刑法定主義の観点からも、可能な限り条文上の要件に落とし込んで主張・立証及び判決をすべきという思考があるのではないだろうか。そして、そのような「落とし込み」に最も適しているのが急迫性要件であることにはほぼ疑いがなく、結果として正当防衛状況は、徐々に急迫性に取り込まれることとなったと考えられる。

この点について参考となるのが、平成20年決定以降、積極的加害意思が問題となったケースの裁判例である。例えば鹿児島地判平成24年2月7日 LEX/DB25444383（裁判員裁判）では、「正当防衛による対抗が許されないといえるか（急迫性等）」という項目の中で積極的加害意思の不存在が確認されている。また、さいたま地判平成24年7月4日 LEX/DB25482350（裁判員裁判）では、「被告人は、グラウンドで被害者と対峙した時点においては、被害者からの暴行を十分に予期し、それに応じて自ら積極的に被害者に暴行を加えようとの意思から、被害者の暴行を迎え撃って自ら被害者に暴行を加えたものと認められるから、被告人の本件暴行は、何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況の下における行為とはいえず、本件では正当防衛は成立しない」と判示した。平成20年決定はあくまで自招防衛の事案につき正当防衛状況を否定したもので、他のケースにも正当防衛状況という考え方が波及するかどうかは不透明であったが、昭和52年決定以来長きにわたって急迫性の問題とされてきた積極的加害意思のケースでも「正当防衛状況」が用いられている現状からは、下級審において、この文言は急迫性要件を簡潔に言い換えたものと理解されていることが強く推認されよう。

以上のように考えると、現状では「正当防衛状況」という文言も自招防衛の判断枠組みと同様に、最高裁が当初意図したとおりの運用をされているかには疑問の余地がある。もっとも、「正当防衛状況」が「急迫性」と同義と解されているに過ぎないのであれば、「正当防衛状況」という文言は、今後も裁判員裁判を中心とする下級審で用いられていくことが予想される⁴⁴。そのことで特段

⁴⁴ 高橋則夫・前掲注（1）9頁以下は、「正当防衛状況」は「急迫性」を判断する際の、裁判員のための説明の道具にすぎず、また、急迫性には規範論的な意味（ルール性）があるが、正当防衛状況にはそれがないとして、正当防衛状況は急迫性に統合されるという私見を展開しており、本稿の立場からは正当で

の問題が生じることもないであろう。しかし、下級審が「正当防衛状況」の扱いに苦慮していると指摘されている中で本決定が出たことに鑑みると、「正当防衛状況」ではなく「急迫性」の問題とした本決定は、少なくとも侵害の予期が認定し得るケースでは、あえて「正当防衛状況」という語句を用いず、急迫性要件の問題であると説明しても差し支えないことを示すものといえよう。侵害の予期がない自招防衛のケースでは、なお正当防衛状況性の問題となる余地が残されているものの、下級審の傾向からは、今後は急迫性要件への回帰が強まることが予想されよう。

第3節 平成29年決定以降の下級審

では、平成29年決定以降、下級審はどのような判断をしているだろうか。

① 前橋地判平成29年9月6日 LLI/DB07250773（裁判員裁判）

【事実の概要】

軽度の知的障害があるAと知り合いになった被告人は、Aにキャッシュカードを売却する方法を教えたところ、実際に売却をしたAは警察の事情聴取を受けることとなり、その際被告人の名前を警察に伝えた。それを知った被告人はAを被告人方に呼びつけ、供述を撤回するよう執拗に要求し、警察署に電話を掛けさせるなどしていたが、このような要求に嫌気がさしたAは被告人方のふすまを殴って破り、被告人に殴りかかった。被告人はナイフでAの胸部を複数回突き刺し、全治約2か月間の傷害を負わせた。

前橋地裁は、被告人に確定的殺意があったことを認定した上で、過剰防衛の成否については急迫性がないとして、以下のように判示した。

【判旨】

「(2) 侵害の急迫性がないと判断した主な理由

まず、被告人がAによる侵害を予期していたことである。すなわち、……被告人は、本件当日、被告人方に呼びつけたAに対し、被告人がキャッシュカードの売却方法等をAに教えたという、Aの警察官に対する供述を撤回するよう繰り返し要求し、Aの帰宅を拒んでいた事実が認められから、被告人は、本件当日、Aを精神的に追い詰めていたことを認識していたといえる。さらに、

あると解される。

被告人と A は上記供述の撤回を巡って平成28年5月に殴り合いのけんかをしていたことがあり、被告人は、本件当日、苛立った A が被告人方のふすまを殴って破った時点で、続いて、A が寝室にいた被告人に対し素手で殴り掛かってくこと（以下「本件侵害行為」という。）を十分予期できたといえる。

次に、以下の事情を考慮すると、被告人は、単に本件侵害行為を予期しただけでなく、本件侵害行為の機会を利用して積極的に A に対して加害行為をする意思で本件侵害行為に臨んだと認められる。

第1に、被告人と A との従前の関係をみると、被告人が、軽度の知的障害を有する A より知的能力において上位にあり、根拠が明確でない借用書を A に書かせたり、被告人のために買い物や掃除をさせたりしていたこと、A が被告人を国家機密を扱う公務員か暴力団関係者であると強く信じていたことが認められ、被告人は A に対して上位の立場にあったといえる。

第2に、A の証言によれば、被告人が、A を被告人宅に呼びつけ、A に対してエアガンを突き付けるなどして A を脅し、被告人に関する供述の撤回を求めて、警察に何度も電話をかけさせたり、被告人方から帰ろうとした A を強い口調で引き留めたことが認められる。このような経緯によれば、被告人が A を精神的に追い詰めたり引き留めたりしなければ、A がふすまを殴り破いたり本件侵害行為に出ることはなかったともいえるから、A による本件侵害行為は、被告人が自ら招いた面がある。さらに、本件侵害行為は、A が手拳を1回突き出しただけのものであり、被告人はこれを避けている。以上の事情によれば、被告人は、A をなだめて帰すなどの他の回避手段も容易に取り得たということができ、本件侵害行為に対抗して A を本件ナイフで突き刺す行為に出る必要性は乏しかったといえる。

第3に、確かに、本件侵害行為は突発的なものであって、被告人は、本件侵害行為に備えて本件ナイフを準備していたわけではない。しかし、被告人は、A による本件侵害行為を避けるや否や、寝室内〔に〕あった本件ナイフを手に取り、本件ナイフを A に示すなどの威嚇的行動をとることもなく、A の胸部付近に本件ナイフを突き刺しては抜くという行為を3回繰り返している。このような行為態様から、被告人には、本件行為当時、突発的とはいえ、A を激しく攻撃する意思があったと認められる。

（3）総合判断

以上検討したところによれば、被告人は本件侵害行為を予期していた上、被

告人はAに対して上位の立場にあったこと、本件侵害行為は被告人が自ら招いた面があるだけでなく、被告人が本件侵害行為に対抗してAを本件ナイフで突き刺す行為に出る必要は乏しかったこと、本件行為はAに対する激しい攻撃の意思で行われたことなど、本件以前の事情を含めた本件行為全般の状況を踏まえ、常識に従って判断すると、被告人の本件行為は、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正当防衛及び過剰防衛(刑法36条)の趣旨に照らして許容されるものとはいえない。したがって、本件において侵害の急迫性の要件は充たさず、被告人の本件行為に過剰防衛は成立しない。」(下線部は筆者、以下同じ)

⑫ 東京地判平成29年9月22日 LEX/DB25547336 (裁判員裁判)

【事実の概要】

工事現場のスタッフ同士での口論後に被害者が被告人を殴打してきたため、被告人は被害者の顔を多数回殴打して死亡させたという事件であった。検察官は、「被告人が、甲からの攻撃を予期し、同人が酔っ払って相手にならないことを分かっているながら、それに乗じて一方的に暴行を加えた」のであるから「正当防衛状況になかった」と主張したが、東京地裁は、侵害の確実な予期がなかったこと、及び被告人の暴行が一方的であったとはいえないことを指摘して、正当防衛状況性を肯定し、被告人を無罪とした⁴⁵。

【判旨】

「確かに、本件当夜、被告人と甲の間のもめ事が始まった後、当初は甲が被告人の胸ぐらをつかんでおり、その後、駐車場から被告人が1人でスタッフルームに戻った際も、もめ事が解消していたとはいえなかったこと、被告人もYに電話する際、甲が戻ってきた場合の身の危険を感じていた旨述べていることなどからすれば、甲が戻ってきた際に被告人に暴行を加えることを予期していなかったとはいえない。しかし、甲に言われて2人で駐車場へ出た後は、たとえ甲が今にも暴行を振るってきそうな剣幕であったとしても、結局、互いに暴力を振るうような場面は存在しなかったことが認められる…。また、被告人は、

⁴⁵ その後の控訴審(東京高判平成30年3月30日 LEX/DB25560316)でもこの結論が是認され、控訴棄却となった。

スタッフルームに戻った後、利き手の左手を携帯電話機でふさいだ状態で、自己のベッド上に座りながら電話していたのであって……、立ったまま甲を迎え撃つような態勢を取っておらず凶器の準備をしたともいえない。さらに、……本件暴行は一方的と評価できるものとはいえず、攻撃態様自体から被告人の予期の確実さを推し量ることには限界がある。そうすると、被告人がスタッフルームに戻った時点で、甲から攻撃を受けることを確実なものとして予期していたと認められる証拠があるとはいえない」

⑬ 仙台地判平成29年9月22日裁判所ウェブサイト(裁判員裁判)⁴⁶

【事実の概要】

かねてより仲の悪かった被害者が模造刀を持ち、マンションの階下に住んでいた被告人方を訪れ、「顔貸せ」と言って被告人を呼び出した。被告人は模造刀で切りかかれるかもしれないと思い、包丁をパンツに挟んで隠し持ち、被害者に付き従い駐車場へ向かった。駐車場で被害者が模造刀の切っ先を被告人に突き出してきたため、被告人は包丁で被害者の左腹部などを突き刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人は、被害者の呼出しに応じて被告人方居室を出て、本件駐車場に赴けば、被害者から本件模造刀で切りかかれるなどの暴行が加えられることを十分予期しながら、自室を施錠したり、警察や同僚の援助を求めることなどが容易であったにもかかわらず、本件包丁を準備してこれを携行した上、被害者に続いて自ら本件駐車場に赴き、被害者から本件模造刀を突き出されるや、殺意をもって前記刺突行為に及んだものと認められる。このような本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、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できないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容するという刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況にあったとはいえない。したがって、被告人の本件行為は、侵害の急迫性の要

⁴⁶ 本件について検討する評釈等として、井上宜裕「判批」新・判例解説 Watch【2018年4月】189頁以下、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』要件について」立命館法学377号（2018年）119頁以下。

件を充たさないものというべきである。」

⑭ 東京地立川支判平成29年11月21日 D1-Law/DB28254780（裁判員裁判）

【事実の概要】

居酒屋で口論となった被告人と被害者は、居酒屋を出て駐車場で再び口論していたが、被害者は「本気で殺してやる、ふざけんじゃないぞ、このやろう」などと言いながら殴りかかってきたため、被告人は被害者のあご付近を3回殴ったが、さらに被害者からの暴行がエスカレートしたため、再度あご付近を手拳で3回殴打した。被害者はそれによって仰向けに倒れ、その後、腹腔内出血による失血により死亡した。ただし、被告人の本件暴行から死亡までの間に、第三者による暴行が行われた可能性があった。

【判旨】

「(3) 正当防衛状況になかったか否かについて

ア 検察官は、本件居酒屋を出る時点において、被告人は、既に被害者からの侵害を予期しており、被害者からの暴行を受けるという機会を利用して被害者に暴行を加える積極的な加害の意思を有していたと主張する。

検察官は上記主張の根拠として、被告人が、被害者の額が自分の額に当たった後、それが被害者による意図的な暴行であることを確認した上で反撃に出ていることを指摘する。確かに、この点は、被害者からの暴行の機会を利用したものともみられないこともないが、他面、無駄な闘争を避けるための確認とみることも可能な多義的な事情である。

そして、被告人が、被害者の頭突きによる攻撃を確認した後においても、前記認定のとおり被告人は、一方的に苛烈な暴行を加えたわけではなく、前記認定のとおり、被告人の暴行は、被害者からの攻撃に対応する形で積極的に暴行を加えていることを考慮すれば、本件居酒屋を出る時点において、被告人がある程度被害者から暴行を受ける可能性を予期していたことは否定できないとしても、その機会を利用して被害者に暴行を加える積極的な加害の意思があったとまで認めることはできない。

イ また、検察官は、被告人が、身を守るためではなく、専ら被害者を攻撃するために暴行を加えたとも主張する。確かに、被害者に対する怒りや悔しさの感情があったことは被告人も認めており、これを否定できないが、前記のとおり、被告人の暴行は、被害者からの攻撃に対応する形で段階的になされている

ことを考慮すれば、当時の被告人の心理として、攻撃意思が併存していたことは否定できないものの、専ら被害者を攻撃する意思であったとまでは認めることができない。」

⑮ 横浜地判平成29年12月18日 LEX/DB25549389

【事実の概要】

バイクに乗っていた被告人は路上で被害者から「ミラーぶつかっただろう。」と因縁をつけられた。対面信号が青に変わったため被告人はバイクを発進させようとしたが、被害者が前に立ち両腕を前に出してきたため、バイクを少し後退させてから被害者の右横に向けて発進させた。その後、被害者はバイクの後部をつかんだが、被告人は走行を続けて被害者を転倒させ、対向車線に滑走した被害者は大型貨物自動車に轢過され、死亡した。横浜地裁は、バイクを発進させた行為と、被害者にバイクをつかまれた後も走行を続けた行為を分け、前者には正当防衛の成立を認め、後者は過剰防衛とし、急迫不正の侵害については以下のように判示した。

【判旨】

「なお、検察官は、被害者のつかまり行為は、それに先立つ発進行為という被告人自身の不法な暴行によって招いた行為であるから、侵害を自ら招いた被告人が何らかの反撃行為に出ることが正当化される状況にはない旨主張するが、……被告人の発進行為については正当防衛が成立するから、検察官の主張は前提を欠き、採用できない。

以上の検討によれば、被害者のつかまり行為は、被告人に対する急迫不正の侵害に当たる。」

第4節 検討

正当防衛状況という文言は、平成29年決定以降も引き続き検察官の主張や判決で用いられているが、その実質は急迫性要件の有無を論ずるものであり、正当防衛状況を急迫性要件とは別の概念であるということはもはや不可能であろう。

自招防衛との関係では、⑪事件の判決内容が示唆的である。同事件では、被告人がAを精神的に追い詰めなければ侵害を受けることもなかったのである

から、本件侵害は被告人自身が招いた面があると指摘され、この点が総合判断の一要素として考慮されている。本件は典型的な自招防衛のケースではなく、侵害招致行為と目された被告人の行為もいまだ違法とまでは判断できなかったため、判決でも「自ら招いた面がある」というにとどまっているが、平成29年決定の枠組みの中で侵害を自招したかという点が考慮の対象となることが示されたことは、今後の自招防衛の判断枠組みを考察するにあたり重要である。

もう一点明らかになったのは、昭和52年決定の枠組みは、なお積極的に用いられているという点である。⑪、⑭事件では、積極的加害意思の存否が正面から問題とされており、特に⑪事件では、(3)だけを見れば、平成29年決定の枠組みに沿った総合判断をしているように見えるが、(2)の判示部分では、総合判断の資料として積極的加害意思の存否を確認するというよりも、むしろ積極的加害意思の存否を確認するために、侵害の自招性や行為態様などといった総合判断を行っているように読める。積極的加害意思論は平成29年決定によってその權威性を弱められたものの、実務においてはなおこの理論が中心的な役割を果たしているといえよう。

ただし、「正当防衛状況」という語句の守備範囲は、あくまで急迫性要件にとどまるべきであることには注意を要する。⑭事件の「イ」の判示部分は、従来は「防衛の意思」の問題として扱われてきたが、ここでは正当防衛状況の判断の基礎として検討されている。しかし、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」とは、刑法36条1項所定の要件の全体的考察によって判断されるものではない。「何らかの」という文言は、正当防衛状況性の判断対象は従来急迫性に関して争点とされてきた事項に限定される趣旨と理解すべきである。裁判員に説明がしやすいという理由で正当防衛状況の判断対象を拡大させてしまうと、急迫性要件の枠内であらゆる事情を規範的に判断することとなり、過剰防衛の成立する余地を不当に狭めることにもなりかねない⁴⁷。

⁴⁷ 松宮・前掲注(46) 106頁、114頁以下は、急迫性の定義づけをしないまま、本来であれば防衛行為の相当性に関わる事情を急迫性の存否の考慮要素とすることは罪刑法定主義を骨抜きにするものであるとして、平成29年決定を批判する。ただし、坂下・前掲注(1) 173頁は、事前の予期がなく侵害が切迫した後は、退避可能性は相当性の問題であるが、侵害の予期がある侵害切迫前の段階では、回避可能性は急迫性の問題であると指摘している。

第5節 残された課題——侵害の予期の「可能性」

以上のように、平成29年決定は自招防衛と正当防衛状況に関する「軌道修正」を行う判例として評価することが可能である。もっとも、同決定の最も重要な意義は、積極的加害意思を認定し得なくとも、客観的事実に基づき急迫性を否定することは可能であり、昭和52年決定はその一類型にすぎないとしたことであろう⁴⁸。もっとも、平成29年決定が出される以前からも、積極的加害意思に言及せず、客観的な状況を手がかりとして急迫性を否定したケースは存在していたため⁴⁹、同決定の判示内容は当然のことであるともいえよう。しかし、実務が大きく依拠してきた昭和52年決定の位置づけを、急迫性を否定するために「必ず経過すべき中継点」から「一場合」へと転換させ、その基準を明示したことは、今後の実務に大きな影響を及ぼすものと思われる。積極的加害意思については、その存否は客観的事実の積み重ねによって認定されてきた⁵⁰ことに鑑みると、これまで積極的加害意思論によって処理されてきたケースの多くは平成29年決定の枠組みに包摂され、積極的加害意思の認定に用いられてきた客観的要素がダイレクトに急迫性判断の要素とされることで、将来的には積極的加害意思論自体が実務で用いられなくなる可能性も考えられるが、目下のところ、同理論の重要性はなお残存している。今後の争点整理において、特に検察官がどのような主張をするかにも影響するものと思われる。

しかし、留意しておく必要があるのは、「侵害の予期」と、その「可能性」は正しく分けて理解されているか、という点である。

平成20年決定以降の裁判例のうちいくつかは、このような挑発行為を行えば侵害を招くのは通常予期し得ると述べ、被告人が侵害を予期していたかどうかは正面から判断せず、その可能性に言及して正当防衛状況を否定するものがある。しかしながら、「可能性」という発想は、侵害を招いたきっかけとなった

⁴⁸ 中尾・前掲注（1）108頁など参照。なお、山口・前掲注（15）312頁、瀧本・前掲注（2）266頁参照。

⁴⁹ 大阪高判昭和56年1月20日判タ441号152頁、東京高判昭和60年8月20日判時1183号163頁、大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁。この点の分析として、橋爪・前掲注（10）164頁。

⁵⁰ 佐伯・前掲注（1）19頁。

行為のすべてについて急迫性を否定することにもつながりかねず、その妥当性には疑問がある。被告人の主観面という観点から類型分けを行うと、侵害を①予期していた場合、②予期していなかったが、その可能性があった場合、及び③全く予期していなかった場合に分けられるが、本決定が①を射程に含めているのは明らかであるというのが本稿の結論であり⁵¹、③は先ほど述べたように、不正な暴行を行っていない限り急迫性を肯定すべきであるから、本決定の射程に含まれないのは当然であるが、②についても最高裁が本決定の射程に含めようとしているのかは、事案の集積を待たなければ明らかにならない。しかし、本決定で問題となっているのは、あくまで被告人が実際に侵害を予期していたことを前提としたときの枠組みであって、「実際に予期していたかは判然としませんが、その可能性を認定し得る」とどまる場合には基本的に妥当しないものと考え、急迫性の存在を肯定すべきである。

また、侵害を予期できたのに、実際には不注意により予期できず侵害を招いてしまった場合には、仮に防衛行為者に何らかの落ち度を認めるべきなのであれば、相当性判断の考慮要素とするという考え方もあろう。しかし、侵害を予期できたことが相当性判断に際して防衛行為者に不利に作用すると考えると、市民は常に周囲を警戒しながら出歩かなければならないこととなる。侵害を実際に予期していた場合であっても、その事実は相当性の判断資料として用いられていないことに鑑みると、予期の可能性を相当性の判断対象とすることも避けるべきである。

終章

平成20年決定は画期的な判例であったが、その後の下級審では侵害の予期(の可能性)に言及するケースが相次いだ。このため、同決定の実務上の意義に疑義が呈される状況が続いていたが、平成29年決定が出された後で二つの判例を併せて検討すると、先行行為が不正な暴行である場合にはなお平成20年決定の意義が見いだされることが明らかとなった。ただし、裁判員裁判の評議において理解の得られやすい判断要素として「侵害の予期」があるのであれば、実務の上では、先行行為が暴行であっても侵害の予期が引き続き認定されることは

⁵¹ 平成20年決定は①～③のすべてを包含していると解される。

十分あり得るだろう。

しかし、先行行為が「暴行」であれば侵害の予期にかかわらず正当防衛の成立が否定されるということは、必ずしも実務において侵害の予期を認定してはならないことを意味することにはならない。侵害の予期が事実関係から認定可能なのであれば、これを認定することは結論の妥当性を高めることにつながる。したがって、先行行為が「暴行」のケースでは、侵害の予期を認定してもしなくても結論に影響を与えないと考えるべきであろう。理論の上では必要のない手順であっても、あえて侵害の予期を裁判において争点化しておくことで、審理がより丁寧に行われるというメリットも考えられる。

平成29年決定の下で自招防衛のケースを検討するときは、平成20年決定が考慮している要素以外のものが混入することも考えられるが、アドホックな判断が乱立して安定的な判断基準が形成されないおそれもある⁵²。総合判断であるとはいえ、侵害を自ら招いたという事実が認められたときは、退避義務・侵害回避義務論を参照するなどしながら、実務に耐え得る判断基準を定立していくべきである。

また、本稿は現在までに出示された判例を整合的に理解することに主眼を置いて検討を進めてきたが、無限に想定し得る侵害招致行為の中で、「不正な暴行」のみが平成20年決定という例外的な取り扱いを受ける根拠は明らかにできなかった。わが国の判例理論における自招防衛の判断枠組みが妥当であるかは、なお検討を要する課題である。

補遺

脱稿後、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状—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）10頁以下、及び、同『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018年）に接した。

自招防衛に関する論者の見解は概ね以下のとおりである。すなわち、正当防衛においては、侵害者と被侵害者が「不正」対「正」の関係に立つことで、被侵害利益（侵害者の法益）の要保護性が否定され、反対に保全法益（被侵害者の法益）の要保護性が認められる。しかし、積極的加害意思のケースや意図的挑発のケースは「不正」対「不正」の関係であるから保全法益の要保護性は否定さ

⁵² 橋田・前掲注（25）148頁参照。

れる。平成20年決定のようなケースは、保全法益に対する侵害が存在しているものの、自招性を理由として保全法益の要保護性が完全に否定される例外的ケースであって、安易な一般化を許すべきではなく、自招防衛論の主たる適用領域は相当性判断に限定がかかる場面である。他方で、言動によって侵害を招致したことにつき過失がある場合は直ちに「不正」対「不正」の利益状況となるわけではないが、保全法益の要保護性は減弱して「やむを得ずにした行為」の判断に際して取り得る手段が限定され、緩やかに過剰防衛の成立が肯定されやすくなる。

論者の見解によると、保全法益の要保護性は急迫性と相当性の双方で判断されている。具体的には、急迫性（正当防衛状況）では要保護性の「有無」が、相当性では「程度」が判断されることとなろう。また、自招防衛の本質的な問題は、侵害の予期がなくても招致行為を行った者の正当防衛は否定され得るかであるとしつつ、侵害を予期しながら侵害招致行為を行う場合もあることを認めている。

意図的挑発のケースは積極的加害意思論と同様の解決を行う点⁵³や、自招防衛の本質に関する点については、本稿も論者の見解に賛同するものである。しかし、なお検討を要するのは、過失による侵害招致の場合にも要保護性が減弱し得ると解することが妥当かという点である。言動による侵害招致を過失で行った場合は、「せいぜい『やむを得ずにした行為』が通常より厳しく認定されることがありうるにすぎない」としている⁵⁴ことからすると、言動以外の行為によって、過失的に侵害を招致した場合も要保護性が減弱することとなろう。例えば過失運転で相手方の自動車に追突し、怒った相手方から侵害を受けた場合や、誰もいないと思って石を適当に投げたら相手方に当たって侵害を受けたような場合も、要保護性の減弱が認められる可能性がある。しかし、いわゆる過失的挑発のケースにまで要保護性の減弱を肯定すると、その範囲は際限なく拡大するおそれがある。過失的挑発による要保護性の減弱のきっかけを、仮に「言動」に限定するのであれば、今後はその根拠が求められることとなろう。

⁵³ 井田・『講義刑法学』300頁参照。この点につき、同書初版では、意図的挑発の場合は「判例の立場からは急迫性の要件が否定されるであろう」とされていた。井田良『講義刑法学・総論（初版）』（有斐閣、2008年）277頁。

⁵⁴ 井田・『講義刑法学』312頁。