

現在の裁判実務における平成20年決定 及び自招防衛の理論の意義

木 崎 峻 輔

- 第1 はじめに
- 第2 下級審裁判例における平成20年決定の扱い
- 第3 平成20年決定と平成29年決定の理論的な相違
- 第4 現在の裁判実務における平成20年決定及び自招防衛の理論の意義
- 第5 おわりに

第1 はじめに

現在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について、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。）と最決平29・4・26（刑集71巻4号275頁。以下、「平成29年決定」という。）が、事案の処理の指針として重要な役割を果たしている。

まず、平成20年決定は、路上での口論をきっかけとして突発的に生じた暴力的闘争の事案において、相手方の顔面を平手打ちするという被告人の不正な暴行が相手方の侵害を招致したことを理由に、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」、すなわち正当防衛状況を否定した。同決定については、被侵害者が不正な暴行により相手方の侵害を招致した場合に、被侵害者の侵害の予期などの主観的事情を考慮せずに正当防衛を制限したものと解する見解が一般的である⁽¹⁾。そして、同決定で示された判断枠組みは、事実関係を同じくする、いわゆる自招防衛の事案の処理に用いられる

ことになった。他方、平成29年決定は、前日からトラブルが生じていた相手方に呼び出された被告人が、相手方の攻撃に備えて包丁を所持して出向いたところ、相手方が攻撃してきたので包丁で反撃した事案において、被侵害者が侵害を予期して反撃行為に出た場合に考慮すべき事情を具体的に列挙して、被告人が凶器を所持して相手方の元に出向いたこと、公的救助の要請が可能であったこと、相手方の侵害を十分予期していたこと等を理由として侵害の急迫性を否定した。同決定の判断枠組みは、被侵害者が侵害を予期して反撃行為に臨んだ事例の処理に用いられ⁽²⁾、平成20年決定の判断枠組みとは、事案の性質に応じて使い分けられるとされる⁽³⁾。そして、両判例の判断枠組みは、平成20年決定においては相手方の侵害を招致した「不正の暴行」を、平成29年決定においては急迫性を否定するための決定的な要素となる「侵害の予期」を起点とする、それぞれ異なる理論に基づいて正当防衛を制限するものであると解されている⁽⁴⁾。すなわち、平成20年決定は、被侵害者の侵害招致行為を直接の理由として正当防衛を制限する特別な理論としての自招防衛の理論を用いたものであり、このような理論は、侵害の予期を起点として正当防衛を制限する平成29年決定の論理や、最決昭52・7・21（刑集31巻4号747頁。以下、「昭和52年決定」という。）以降事案の処理に広く用いられてきた積極的加害意思論とは明確に区別されるものとされる。

しかし、平成20年決定で示された自招防衛の理論を、それ以外の相互闘争状況事例の処理に用いられる論理と明確に区別することには本当に意味があるのか。たしかに、近時の下級審裁判例の中には、平成20年決定の判断枠組みを用いた事例は複数存在する。しかし、そのような事例においても、平成20年決定で示された判断枠組みがそのまま用いられているわけではない。すなわち、平成20年決定は、侵害の予期などの被侵害者の主観的事情を考慮しない判断枠組みを示したとされるが、同決定の判断枠組みを用いた下級審裁判例は、いずれも少なくとも侵害の予期の可能性を考慮しているように見える。また、平成29年決定以降の下級審裁判例には、平成

20年決定の判断枠組みを用いる中で、平成29年決定と同様の、事案に現れた諸事情の規範的・総合的判断を行っているように見える事例も存在する。そして、両判例の理論を区別する立場が根拠とする、侵害招致行為としての「不正な暴行」をその他の被侵害者の態度と区別された特別なものと解する見解や、平成29年決定が、侵害の急迫性の判断に際して侵害の予期を決定的な要素としているとする見解の当否についても疑問が残っている⁵⁾。そうであるならば、このような理解を前提とする、両決定は理論的にも明確に区別されるという見解の当否についても、未だ検討の余地が残っていると思われる。

本稿においては、このような問題意識に基づき、現在の裁判実務において、平成20年決定の判断枠組み及び同決定で示された自招防衛の理論がどのような意義を有しているのかを明らかにする。まず、平成20年決定以降の自招防衛が問題になった下級審裁判例を検討し、実際の裁判実務において同決定がどのように扱われているのかを明らかにする。次に、平成20年決定と平成29年決定は本当に全く異なる論理を用いているのか、すなわち、侵害招致行為、特に不正な暴行を直接の理由として正当防衛を制限するという自招防衛の理論は、平成29年決定の論理とは本質的に異なるものであるのかについて、両判例を異なる理論に基づくものとして理解する近時の見解を手がかりに検討する。その上で、現在の裁判実務において平成20年決定の判断枠組みと自招防衛の理論を用いることの意義、すなわち、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して、自招防衛という特別な理論を用いることは、現実にとどのような形で役立っているのかを明らかにして、より適切かつ合理的な事案の処理の方法を示すことも試みる。

第2 下級審裁判例における平成20年決定の扱い

1 問題の所在

平成20年決定は、同決定以降の下級審裁判例において、自招防衛が問題になる事案の処理の指針として用いられているが、最高裁判例の意義を明らかにするためには、その最高裁判例の影響を受けた下級審裁判例を詳細に検討することが非常に重要である。というのは、最高裁判例の判示内容はしばしば抽象的なものであり、同種事案の処理に際してその内容を具体化して適用する下級審裁判例によって、その内容は具体化されるからである⁶⁾。そこで、現在の裁判実務における平成20年決定及び自招防衛の理論の意義を検討する前提として、まず、平成20年決定の判示内容を事案の処理に際して具体化した同決定以降の下級審裁判例の判断の内実から、同決定は、実際の事案の処理においてどのように用いられているのか、特に、同決定の判断枠組みは、平成29年決定の判断枠組みとは明確に区別されて用いられているのかを明らかにする。

2 平成29年決定以前の下級審裁判例

平成29年決定が出されて以降、平成20年決定で示された自招防衛の判断枠組みと平成29年決定をはじめとする自招防衛以外の相互闘争事例の処理に用いられる判断枠組みの区別が明確に意識されるようになった。それでは、このような区別が明確に意識されるようになる前、すなわち平成29年決定が出される前においては、平成20年決定の判断枠組みは、裁判実務においてどのように扱われてきたのか。

(1) 裁判例

平成29年決定が出される前の時点においては、平成20年決定の判断枠組みを用いた下級審裁判例はそれほど多くはない。むしろ、被侵害者が何ら

かの侵害招致行為に出たと評価しうる事例であっても、自招防衛の論理を用いずに正当防衛の成否を判断している事例の方が多い⁽⁷⁾。例えば、広島高松江支判平25・11・22(LLI/DB06820678)は、被告人が、深夜泥酔して別居中の内縁の妻の住居に押し掛けて、同住居にいた内縁の妻の交際相手である相手方に挑発的な言動をしたことから暴力的闘争が発生した事案において、被告人の挑発行為を理由に侵害の予期と積極的加害意思が認められるとして、侵害の急迫性を認めた原審⁽⁸⁾には審理不尽の違法があるとした⁽⁹⁾。また、新潟地判平24・3・2(LLI/DB06750094)は、飲み会の席上で相手方から文句を言われて顔面を殴打された被告人が、飲み会の終了後に文句を言うべく相手方を探し回り、相手方を発見して呼び止めたところ口論が発生し、さらに暴力的闘争に発展した事案において、被告人が挑発的言動に出たことを指摘して、被告人の暴行は喧嘩の機会を利用した加害行為というべきであり、正当防衛は成立しないとした。これらの裁判例をみると、平成20年決定の判断枠組みは、事案の処理のために積極的に用いられるものではなかったように思われる。

そして、平成20年決定の判断枠組みが用いられた数少ない裁判例も、同決定の判決文で示された内容とは異なる判断を行っている。

①宇都宮地判平23・10・25(LLI/DB06650627)

ア 事実の概要

ゲームセンターのアルバイト店員である被告人は、同僚であるAの清掃業者への態度に文句をつけ、インカム越しにAとの間で口論になった。被告人は、Aが口論を一方的に打ち切ったことに腹を立て、Aを捜した上、脚立に乗って作業をしているAを見つけると、怒りの気持ちをぶつけるためにAに近付き、Aが乗っている脚立の1段目の踏み板を踏みつけるように蹴ろうとしたが踏み外してしまった。Aは、そのような被告人の行為に腹を立て、「何だてめえ」などと怒鳴りながら脚立から降りて、被告人の両腕に掴みかかった。これに対して、被告人は、とっさにAの

右腕のつけ根辺りを掴み、体をひねりながら全力で A を左から右に振り払うように投げて転倒させ、それにより頭部を強打した A を死亡させた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、被告人が脚立を蹴ろうとした行為について、「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、一体の事態といえることができ、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。」とした。その上で、「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程度を大きく超えるものではない」ことを理由として、被告人の反撃行為は、「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。」として、正当防衛の成立を否定した。

ウ 検討

本判決は、口論をきっかけとして突発的に生じた暴力的闘争の事案において、被告人が脚立を蹴ろうとする侵害招致行為に出たこと、被告人の侵害招致行為と A の侵害行為が一連・一体の事態といえること、A の侵害行為が被告人の侵害招致行為の程度を大きく超えるものではないことを理由に、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」、すなわち正当防衛状況を否定した事案であり、判決文において被告人の侵害の予期などの主観的事情には触れていない。このことから、本判決は、平成20年決定を事案の処理に際して忠実に適用したものであるようにも見える。

もっとも、本件の事実関係や説示内容には、平成20年決定とは異なる点も存在する。まず、平成20年決定における侵害招致行為は、相手方の顔面を平手打ちするという不正な暴行である。このことから、同決定の判断枠

組みは、不正な暴行により相手方の侵害を招致した場合にのみ適用されるとする見解が一般的である⁽¹⁰⁾。しかし、本件における侵害招致行為は、Aが乗っていた脚立を踏みつけるように蹴ろうとした行為であるが、このような行為は、直接にAの身体に向けられたものではない上に、実際に脚立に命中もしていない。このことから、本件における被告人の侵害招致行為は、必ずしも平成20年決定と同じ不正な暴行とは言い難いものであり、単にAを怒らせる言動に過ぎないようにも見える。

また、たしかに本判決は、判決文中で直接に被害者の主観的事情には触れておらず、被告人の行為の「Aに恐怖心を与えるもの」という客観的な性質のみを問題にしているように見える。しかし、この部分の説示は、被告人とAの間に口論が発生しており、被告人がAに怒りをぶつけるために接近したという両者の関係を前提として、被害者の行為が相手方にどのような心理的な作用を及ぼすかを問題にするものである。すなわち、結局ここで問題にされていることは、被告人の行為はAとの関係で侵害を招致するものであったということである。そうであるならば、この部分の説示は、被告人には少なくとも侵害の予期の可能性があったことを認めるものであると解される⁽¹¹⁾。このことから、本決定は、被害者の侵害の予期の可能性を考慮して正当防衛状況を否定したものと解することができ、この点において、必ずしも平成20年決定の判断枠組みを忠実に適用したとはいえないと評価することができる。

②神戸地判平26・12・16（裁判所ウェブサイト）

ア 事実の概要

被告人は、自動車を運転してパチンコ店の前を通りかかった際、対向直進してきたA車両が右折してパチンコ店に入った際に自車とぶつかりそうになったとして腹を立てた。そこで、A車を追ってパチンコ店に入り、A車を追い抜いてその右前方に自車を止め、A車を停止させた。そして、即座に自車を降りてA車の運転席側に行き、「危ないやないか」などと大

声で言ったところ、Aも自動車から降りてきて、両者の間で口論が発生した。口論の最中、被告人はAが暴力団関係者ではないかと考え、逃げた方がよいと思い、「もうええわ」などと言いながら自車の方に戻り、運転席に乗り込んで自車を発進させようとした。しかし、Aは被告人の後を追いかけて被告人車の運転席側に行き、ドアが開いた状態で運転席に座った被告人の襟首や胸ぐらを掴み、激しく揺さぶったりエンジンキーの取り合いになるなどした。さらに、Aの友人であるBが被告人車の方にやってきたが、Bは携帯電話を持っていたことから、被告人はBが仲間を呼ぼうとしていると思った。そこで、被告人はその場から逃げようと考え、自車を発進・後退させ、Aらを転倒させて傷害を負わせた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まず、被告人はAから胸ぐらを掴まれ、激しく揺さぶられるなどし、さらには仲間を呼ばれば拉致されたり袋叩きにされたりするかも知れないと考え、その場から逃走するために本件犯行に及んだと認められるとした。しかし、被告人がこのような事態に陥った原因は、Aの運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチンコ店に入ったA車をわざわざ追いかけて停止させた上、自車を降りてA車の運転席付近まで行きわざわざ大声で文句を言ったことによるものであるとした。そして、被告人の方から先にAに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるとして、Aの攻撃は被告人が自らの行為で招いたものといわざるを得ず、「被告人においてAに対する正当防衛をなしうる立場になかったことは明らかである。」として、正当防衛の成立を否定した。

ウ 検討

本判決も、被告人の侵害招致行為を理由に正当防衛状況を否定するとい

う基本的な部分では平成20年決定と共通し、同決定の影響を受けていることは明らかである。しかし、本件における被告人の侵害招致行為は、Aの自動車を追いかけて停止させ、大声で文句を言うというものであり、明らかに平成20年決定と同じ不正な暴行とはいえないものである。また、本判決は、被告人の態度が相手方との暴力的闘争に発展することは通常予測できる範囲内であるとしており、判決文において少なくとも侵害の予期の可能性を考慮している。前述のように、平成20年決定については、被害者の主観的事情を考慮せず客観的な事情のみを理由として正当防衛を制限したものと解されているが、自招防衛の事案の処理について、本判決は、少なくとも侵害の予期の可能性を考慮しているという点で、平成20年決定の判断枠組みを、その判決文に忠実な形で用いてはいないと評価することができる。

本判決と同様に、平成20年決定の影響を受けていることが明らかであるが、判決文中で侵害の予期の可能性を考慮している事例としては、佐賀地判平25・9・17 (LEX/DB25503819) を挙げることができる。同判決は、相手方が運転するタクシーがごく近くを通過したことに腹を立てた被告人が、同タクシーの後部を足で小突いて停車させ、運転席に座る相手方を車外に引きずり出し暴行を加えたことをきっかけに暴力的闘争が発生した事案において、相手方の侵害行為は被告人の行為があれば通常予測しうる範囲内であることを指摘して正当防衛状況を否定している。同判決も、基本的には平成20年決定と共通する判断をしているが、判決文中で侵害の予期の可能性を考慮している。このように、平成20年決定以降の自招防衛に関する下級審裁判例は、同決定の影響を受けていることが明らかであるにもかかわらず、被害者の主観的事情を考慮している点において、同決定の判決文とは異なる判断をしていると評価することができる。

(2) 検討

まず、平成20年決定以降も、被害者の侵害招致行為により暴力的闘争

が発生した事案について、自招防衛の論理を用いずに、従来から用いられてきた積極的加害意思論により侵害の急迫性を判断した事例が複数存在するが、積極的加害意思論において問題になる侵害の予期や積極的加害意思の認定に際しては、被侵害者の侵害招致行為も考慮すべき間接事実に含まれる⁽¹²⁾。このような事実認定のルールは、平成20年決定という判例が出されたことにより変化するものではない。そうであるならば、同決定以降も、侵害招致行為が侵害の予期や積極的加害意思の認定に用いられるのは当然であり、相互闘争状況事例の処理における侵害招致行為の扱いが大きく変わるといえることはないといえることができる。

もっとも、平成20年決定以降の下級審裁判例の中には、被侵害者が侵害招致行為に出た事案において、このような被侵害者の態度を直接の根拠として正当防衛を制限する自招防衛の理論を用いた事例も存在する。このような事例においては、従来の自招防衛に関する裁判例で問題にされてきた「侵害の急迫性」ではなく、同決定で示された「反撃行為に出ることが正当とされる状況」に類する文言、すなわち正当防衛状況が問題にされている。この点においては、平成20年決定は、同決定以降の下級審裁判例に影響を生じさせたといえることができる。

しかし、同決定は、自招防衛の事案における判断の内実には大きな影響を及ぼしたとはいえない。というのは、同決定以降の下級審裁判例において、同決定の判断枠組みは、判決文そのままの形では用いられていないからである⁽¹³⁾。すなわち、平成20年決定の判決文は、不正な暴行により相手方の侵害を招致した場合に、行為者の主観的事情を考慮せずに正当防衛を制限する説示をしているが、同決定以降の下級審裁判例は、侵害招致行為が不正な暴行でない場合でも正当防衛を制限しており、少なくとも侵害の予期の可能性を考慮している。このような立場は、平成20年決定以前の自招防衛が問題になった裁判例と共通するものであり⁽¹⁴⁾、この点において、同決定以降の自招防衛に関する下級審裁判例は、むしろ同決定以前の下級審裁判例に近いものである。この点において、平成20年決定によっ

て、自招防衛の事案の処理に際してなされる判断の内実が、客観的事情のみを理由に正当防衛の制限の可否を判断するというものに変更されたということはないということが出来る。

以上のように、平成20年決定が出されたことによって、自招防衛の事案の処理についての裁判実務が大きく変わったということ是不可能的。平成20年決定で示された判断は、あくまで同決定の事実関係に応じた事例判断に過ぎないとされる⁽¹⁵⁾。そうであるならば、いわゆる自招防衛が問題となる事案であっても、常に平成20年決定の判断枠組みがそのまま用いられることにはならないので⁽¹⁶⁾、同決定により、自招防衛に関する裁判実務が大きく変わることがないのも当然であることになる。

3 平成29年決定以降の裁判実務

その後、被侵害者が侵害を予期して暴力的闘争に臨んだ事例についての最高裁判例である平成29年決定が出されたことにより、被侵害者が侵害を予期していた事例では平成29年決定の判断枠組みが、侵害を予期していなかった事例については平成20年決定の判断枠組みが用いられるとする見解が一般的になった。たしかに、平成29年決定は、平成20年決定を引用していないし、判決文中に列挙された考慮すべき事実の中には侵害招致行為は含まれていない⁽¹⁷⁾。そうであるならば、やはり同決定の判断枠組みを自招防衛の事案に適用することは不可能であり、平成20年決定の判断枠組みとの使い分けが必要になるようにも思われる。しかし、平成29年決定以降の下級審裁判例をみると、このような使い分けが明確になされているとはいえない状況にある。

(1) 裁判例

③横浜地判令3・3・19⁽¹⁸⁾ (LEX/DB25568999)

ア 事実の概要

被告人は、仕事を終えて帰宅するため、上着のポケットに両手を入れた

状態で歩いていたら、本件まで一切の面識がなかった A が自分の方に歩いてきた。被告人は、A が自分の方に歩いてくことに気付いたが、特段進路を変えることなく歩き続け、道路標識のある辺りで A と接触しそうな距離まで近付くと、両者は一旦立ち止まった。そこで被告人は、A と道路標識の間に自分の体を割り込ませ、上半身を A の方に向けながら無言で通過したが、その直後 A から「なんだてめえ、このやろう」と言われたので、「何」と言い返した。その約 1 秒後、A が右手拳で被告人の右頬上部付近を 1 回殴打した。これに対して、被告人が A の顔面を 2 回殴打し、転倒させて傷害を負わせた。

イ 裁判所の判断

裁判所は、まず被告人が A による侵害を予期していたとは認められず、積極的加害意思などの相手からの侵害の予期を前提とする理由に基づいて急迫性がなかったとは認められないとした。その上で、被告人と A が接近した際に、被告人のみが進路を大きく変えて道を譲るなどの行動に出ることが当然に求められるとはいえないこと、両者が対峙した直後には被告人の方が A を避けて通過しており、被告人の方が A とのトラブルを回避したものとみることができ、むしろ被告人に因縁を付けた Aの方が責められるべきであること、被告人の対応は、A による殴打行為を自ら招いたとして非難されるほどのものとはいえず、これに対し、A の殴打行為は明らかに不正の侵害である上、その程度の点において被告人の対応を大きく超えていることを指摘して、被告人が A による殴打行為を自ら招いたといえるほどの事情は認められず、「本件時の状況が、被告人において反撃行為に出ることが正当とされない状況であったとは認められない。」とした。その上で、防衛の意思及び防衛行為の相当性も認められるとして、被告人の反撃行為について正当防衛を認めた。

ウ 検討

本判決は、路上で突発的に生じた暴力的闘争の事案において、被告人には侵害の予期が認められないことを前提に、平成20年決定の判断枠組みを用いて被告人の正当防衛状況が否定されないとした事例であるように見える。しかし、その判断の実質的な内容は、平成20年決定とは異なるものになっている。平成20年決定は、①違法な侵害招致行為、②侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的関連性、③侵害招致行為と侵害行為の緩やかな均衡という客観的事情の存在を理由に正当防衛状況を否定しているが、本判決は、これらの客観的事実を順次検討するのではなく、両者の間で発生した暴力的闘争の一連の経過において、どちらにより多くの非があるのかを規範的に検討し、その規範的な検討の結果を侵害招致行為の有無と結びつけて判示している⁽¹⁹⁾。また、この規範的な検討に際しては、平成29年決定で列挙された考慮要素である侵害の回避可能性に関する事情や、相手方の言動への対応という侵害に臨んだ状況に関する事情も考慮されている。本判決においても述べられているように、平成20年決定は事例判断の判例であり、必ずしも同決定で示された3つの客観的事実が認められる場合に初めて正当防衛状況が否定されることを示したわけではない⁽²⁰⁾。そうであるならば、平成20年決定の判断枠組みの本質は、同決定の判示内容を同種事案の処理に際して具体化した本判決で示されたような、被侵害者と侵害者のどちらにより大きな落ち度があるかという規範的な判断として理解することも可能であると解される。

本判決と同様の判断をした事例としては、富山地判令2・9・15 (LEX/DB25566757) を挙げることができる。同判決は、被告人と相手方の自動車の運転に際して生じたトラブルをきっかけに生じた暴力的闘争の事案において、被侵害者の侵害招致行為、侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的接近性、侵害招致行為と侵害行為の均衡性を考慮して正当防衛状況の存否を判断しており、平成20年決定の判断枠組みを用いた事例である。しかし、本判決は、侵害招致行為である自動車を発進させた行為と侵

害行為の均衡性を判断するに際して、「発進行為と本件侵害行為の内容、両者の意図、その違法性及び被告人の置かれた状況等を総合すると、Aの本件侵害行為は、被告人の発進行為の程度を大きく超えるものである」としており、ここでは、侵害招致行為と侵害の均衡性の判断として、被侵害者の内心状況や、侵害に臨んだ状況等の諸事情を総合考慮した規範的な判断がなされている。このような判断は、被侵害者の侵害招致行為と相手方の侵害行為の客観的態様を単純に比較して、「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はない」ことのみを指摘した平成20年決定の判断とは性質が異なるものである。すなわち、同判決の判断の内実も、事案に現れた諸事情を総合考慮して正当防衛状況の存否についての規範的判断を行うものであり、平成20年決定の判決文で示された判断枠組みをそのまま用いているわけではないと解される。

④静岡地令3・12・15(LLI/DB07651447)

ア 事実の概要

被告人は、本件工場において冷凍マグロ等の解体加工の作業に従事していたが、犯行当日、同じ作業に従事していた同僚のAから「仕事ができないなら帰れ」、「喧嘩できる」などと言われたことに腹を立て、まっすぐAに近付き、両腕を胸の高さに構えてAと向き合い、両腕を前に出してAを押し、後方にのけぞらせた。そして、Aが被告人に殴りかかり、被告人の顔面付近に左腕を伸ばし、右腕で被告人の左腕を掴んだ。これに対して、被告人がAの胸付近を殴打したところ、Aは転倒して首から背中付近をカツオ・マグロ整形機のグラインダーに接触させ、その後死亡した。

イ 裁判所の判断

裁判所は、本件において、被告人は、Aから「仕事ができないなら帰れ」などと言われた後、Aがのけぞって後退するほどの力で両腕で押す行為に及んでおり、Aはこのような被告人の行為により後方によるけた

直後、反撃する形で被告人に殴りかかっているのが、本件侵害行為は、被告人がAに加えた本件先行行為により直接引き起こされた関係にあるとした。また、被告人は、Aから「けんかできる」という喧嘩をすることを前提とする発言をされた直後に、Aが後方にのけぞるほど強く押していると認められるから、Aが直後に手で殴るなどの反撃行為をしてくることは当然予想したといえるので、本件侵害行為は、被告人の先行行為との関係で通常予想される範囲内のものであると認められるとした。そして、被告人は本件侵害行為を、予期された侵害として回避すべきであって、本件侵害行為は急迫性を欠くとして、正当防衛を否定した。

ウ 検討

本件は、同僚との間で突発的に生じた暴力的闘争の事案において、Aを強く押すという被告人の侵害招致行為を理由に侵害の急迫性を否定した事案であり、平成20年決定と同じ自招防衛の理論を用いていることは明らかである。しかし、その判断の内実は、平成20年決定とは大きく異なっている。すなわち、本判決は、侵害招致行為と侵害の間の時間的・場所的接近性や、両者の緩やかな均衡には触れておらず、その代わりに、被告人の侵害の予期と、Aからの侵害を回避すべきであったことを指摘している。これらの事情は、平成29年決定の判決文に列挙された、侵害の急迫性の判断に際して考慮すべき事情に含まれているものである。そこで、本判決は、被告人の侵害の予期や回避すべき侵害を回避しなかったことを理由に侵害の急迫性を否定している点では、むしろ平成29年決定及び同決定の影響を受けた裁判例⁽²¹⁾との共通点が認められる。

本判決と同様に、自招防衛を問題にしているにもかかわらず、判断に際して考慮した事情の点で平成29年決定との共通点が認められる事案としては、さいたま地判令4・2・9（LEX/DB25592073）が存在する。同事案は、被告人が酔いつぶれた知人の女性Bと自室で2人っきりになっていることについてAに注意したところ口論になり、被告人が台所から包丁

を持ち出したところ A に包丁を取り上げられ、さらに台所から別の包丁を持ち出して A と対峙して暴力的闘争が発生した事案において、被告人が自ら A の侵害を招いたことを理由に正当防衛状況を否定しているが、その判断に際して、被告人が包丁という殺傷能力の高い凶器を持ち出したことや、A に包丁を奪われると間を置かずに別の包丁を取り出して A と対峙し続けた末、そのまま刺突行為に及んでいることを指摘している。すなわち、同判決も、自招防衛を理由に正当防衛状況を否定する際に、被告人による凶器の準備行為や侵害に臨んだ状況を総合的に考慮しており、その判断の内実としては、平成29年決定との共通点を認めることができる。

⑤甲府地判令 2・11・4 (LEX/DB25567311)

ア 事実の概要

被告人は、本件ホテルにチェックインした後に仕事に出かけ、深夜ホテルに戻ったところ、本件ホテルの従業員の不手際によりフロントに被告人が泊まるはずの客室のルームキーが置かれていなかった。そこで、被告人は、本件ホテルの従業員を呼ぶために火災報知機を鳴らした。その後、火災報知器が鳴ったため、本件ホテルのオーナーである A がマスターキーを持って本件ホテルに向かった。被告人は、本件ホテルのフロント付近で A を待ち構えており、火災報知機を止めようとした A と被告人の間で何らかの暴力的闘争が発生した。そして被告人が A に暴行を加えて転倒させ、A は後頭部を床に強打して死亡した。

イ 裁判所の判断

裁判所は、A が被告人に対して何らかの暴行に出たことは否定できないとした。しかし、被告人は、火災報知機を止めようとする A に対して何らかの悪態をついたと認められ、また、ホテルのフロントに来る従業員に積極的に暴行を加える意思を有していたとまでは認められないが、和やかに迎えるつもりであったとは認められないとした。また、被告人がホテ

ルの従業員を呼ぶために火災報知機を鳴らした行為は、身勝手に常識的に避けるべき行為であり、他に選択の余地がない行動であるとはいえ、このような行為に出れば、ホテルの従業員から胸ぐらを掴まれる程度のことはされると予見可能であったとした。そして、被告人が先立って、火災報知機を鳴らしたり A に対して悪態をつくなどしなければ、A の侵害行為はなかったといえるとして、被告人が自ら侵害を招いたということができるとした。さらに、A からの侵害行為は軽微なものであったと想定でき、被告人は A からの攻撃を容易に避けることができたとして、結論において、被告人は A に対する反撃行為に及ぶことが正当とされる状況にはなかったというべきであるとした。

ウ 検討

本判決は、被告人が宿泊したホテルの火災報知機を鳴らし、火災報知機を止めに来た A に悪態をつくという先行行為が A の侵害を招いたことを理由として、正当防衛状況を否定した事例である。このような判断も、平成20年決定と同じ自招防衛の理論に基づくものであることは明らかである。しかし、その判断の内実は、平成20年決定とは大きく異なるものになっている。すなわち、本件における被告人の侵害招致行為は不正な暴行ではなく、侵害招致行為と侵害の間の時間的・場所的接性や、両者の均衡性についても触れられていない。その代わりに、被告人の侵害の予期の可能性や、A を迎えた際の内心状況、侵害の回避可能性について触れられている。これらの事情は、平成29年決定において考慮すべき事情として列挙された事情であり、本判決は、これらの事情を総合的に考慮して正当防衛状況を否定している。この点において、本判決は、自招防衛を問題にしているが、その判断の内実はむしろ平成29年決定に近いものとして評価することもできる。また、本判決は、これらの事情を総合考慮して、本件における暴力的闘争について、被告人と相手方のどちらにより大きな落ち度があるかを判断していると評価することができ、このような判断の内実に

においては事例③と共通する。すなわち、本判決は、自招防衛の理論が問題にされていることは疑いないが、その考慮要素の点でも、行為者と相手方のどちらの落ち度が大きいかという規範的な判断を行っている点でも、平成20年決定とは大きく異なる判断をしていると評価することができる。

⑥鹿兒島地判令2・12・11 (LEX/DB25568327)

ア 事実の概要

被告人は、テレビを見るために祖母であるB方を訪れたところ、Bから母方の祖父の悪口などを言われたため激昂し、Bを3回程度殴った。これを見た被告人の父であるAが、被告人を制止しようとしたところ、被告人はAを左腕で押さえ込みながら、床に倒れこんだBの顔面を右手で10回から20回殴打して重傷を負わせた。Aは、被告人に帰るよう言ったが、被告人は自宅に帰ろうとしなかった。そして、Bへの暴行終了後30分から1時間経過後、Aが台所から包丁を2本取り出し、それを両手に持って腰の高さくらいに構え、「殺すぞ。」と言って被告人に歩いて向かった。被告人は、とっさにAとの距離を詰め、正対するAの手をつかんで、背後に回ってAの首を絞めて殺害した。

イ 裁判所の判断

裁判所は、Aの侵害行為までの間に30分から1時間が経過していたとしても、被告人のBに対する強度の暴行に触発された、その直後における同一の場所での一連・一体の事態であり、被告人は、不正の行為により自らAの侵害を招いたというほかないとした。そして、被告人とAの年齢差、体格差、体力差も踏まえると、Aの行為は被告人のBに対する暴行の程度を大きく超えるものではなかったといえるとした。また、被告人は、B方を退去して危険を回避することも十分可能であったとして、被告人の行為は、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した。

ウ 検討

本判決は、被告人の侵害招致行為、侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的近接性、侵害招致行為と侵害行為の均衡性を指摘して正当防衛状況を否定した事案であり、平成20年決定の判断枠組みをそのまま用いた事案である。しかし、本件の事実関係は、平成20年決定とは大きく異なるものであり、同決定の判断枠組みを用いるべき事案であるかについては疑問が残る。すなわち、本件においては、侵害招致行為と侵害行為の間に30分から1時間の時間的間隔が存在し、時間的には必ずしも「一連・一体の事態」とはいえないように思われる⁽²²⁾。また、本判決は、被告人が侵害を回避可能であったとしており、このような侵害の回避可能性は、侵害の予期または少なくとも侵害の予期の可能性を前提とするものであるが⁽²³⁾、実際に、被告人がBに対して強力な暴行を加えた上で、Aから帰るよう言われたにもかかわらず帰らなかったという本件の事実関係からは、侵害の予期を認めることができる事案であると解される。また、Bに対して強力な暴行を加え、Aの侵害に対する反撃行為として即座に首を絞めて殺害するという被告人の一連の行動からは、非常に強力な加害意思を認めることができる。

このことから、本件は、平成20年決定のような突発的に生じた暴力的闘争の事案ではなく、Aによる侵害を契機とする積極的な加害行為に出た事案であり、むしろ平成29年決定の判断枠組みや、積極的加害意思論で処理すべきであるといえることができる。それにもかかわらず、本判決においては、被告人がBに対する不正な暴行という侵害招致行為に出ていることから、無理に平成20年決定の判断枠組みに押し込んで事案の処理を図った事案であるように思われる。

(2) 検討

ア 判断の内実

以上のように、平成29年決定以降の自招防衛が問題にされた裁判例も、

その多くが平成20年決定の判断枠組みには従っていない。すなわち、被侵害者の侵害招致行為を理由に正当防衛を制限した事例であっても、平成20年決定で考慮された、侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的接近性や、両者の均衡性について触れていない事案や（事例③、④、⑤）、侵害の予期またはその可能性を考慮している事例（事例④、⑤）、侵害の回避可能性について考慮している事例（事例③、④、⑤、⑥）が存在する。これらの事情の中では、特に侵害の回避可能性に関する事情が多く事例で考慮されているが、侵害の回避可能性の認定は、少なくとも侵害の予期の可能性を前提とする。そこで、侵害の回避可能性を考慮している事案は、判決文において明示的に触れられてなくとも、必然的に侵害の予期またはその可能性を考慮していると解することができる。これらの裁判例が、侵害の回避可能性や侵害の予期またはその可能性を考慮していたり、規範的な総合判断を行っていることは、むしろ平成29年決定の判断と共通するものである。

もっとも、平成20年決定と同様に、侵害招致行為、侵害招致行為と侵害行為の時間的・場所的接近性、両者の均衡性を考慮して正当防衛状況の存否を決している事案も存在する（事例③、⑥）。しかし、このような判断を行っている事例も、平成20年決定で示された客観的事情の存否のみを判断しているわけではない。特に、事例③においては、侵害招致行為の判断として、暴力的闘争の発生について被告人と相手方のどちらにより大きな落ち度が存在するかという規範的な判断を行っているところ、自招防衛が問題になる事案の性質に照らすと、自招防衛を理由とする正当防衛の制限に関する判断の本質は、平成20年決定で示された3つの考慮要素の存否に関する判断にとどまるのではなく、このような両当事者の落ち度の大小についての規範的判断であると解される⁽²⁴⁾。すなわち、平成20年決定の判断枠組みを用いたように見える事例も、同決定の判断枠組みを判決文そのままに用いた事案とはいえないと評価することができる。

イ 平成29年決定との関係

他方、平成29年決定以降においても、被侵害者が侵害招致行為に出ているにもかかわらず、自招防衛の論理を用いずに、同決定の判断枠組みの中で侵害招致行為を考慮して侵害の急迫性を否定した事案も複数存在する。例えば、京都地判平31・2・12 (LEX/DB25562648) は⁽²⁵⁾、Aが自分の娘と被告人の間で生じた金銭トラブルの解決のために仲間を引き連れて被告人の元に向かい、Aらを待ち受けていた被告人との間で暴力的闘争が発生した事案において、被告人がAらの侵害に先立って小刀を示した行為を、正当防衛状況の判断に用いる一事情として考慮したが、結論において侵害の急迫性を肯定した⁽²⁶⁾。また、前橋地判平29・9・6 (LLI/DB07250773) は、被告人がAに対して警察で取り調べを受けた際の供述を撤回するよう迫ったことをきっかけとして両者の間で暴力的闘争が発生した事案において、被告人の上記先行行為を理由に侵害の予期を認定し、その上で、Aによる侵害行為は被告人が自ら招いた面があることを指摘して侵害の急迫性を否定した。最近の事例としては、長野地判令4・3・16 (LLI/DB07750370) は、被告人が、A及びその甥であるEらと4人で飲酒していたところ、被告人がEに説教して服の襟首を引くなどの行動に出たことをきっかけに被告人とEが喧嘩になり、被告人の発言に憤激したAとの間でも暴力的闘争が発生した事案において、被告人は自身の挑発的な言動から侵害を予期していたにもかかわらず、その場を立ち去らずにAに対峙して本件殴打に及んだのであるから、積極的に応戦しようとする意図に基づいて本件殴打に及んだと見るべきであるとして、侵害の急迫性を否定した。

たしかに、平成29年決定の判決文は、急迫性の判断に際して考慮すべきとして侵害招致行為は挙げていない。しかし、前述のように、被侵害者の侵害招致行為という事実は、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理に際して問題となる侵害の予期や積極的加害意思の認定のために用いられるとされており、このような事実認定におけるルールは、新たな判例が出

されることによって変わることはない。そうであるならば、平成29年決定が侵害招致行為を考慮すべき事実として列挙していなくても、同決定の判断枠組みで処理すべきとされる侵害の予期や積極的加害意思が問題にされるような事案においては、当然に被侵害者の侵害招致行為も考慮されるべきであり、必ずしも侵害招致行為を特別扱いする理論を用いるべきことにはならないと解される⁽²⁷⁾。

以上のように、平成29年決定以降も、自招防衛が問題にされた事例において、侵害の予期及びその可能性や侵害回避義務に関する事実などの、平成29年決定の判断枠組みで用いられる事実を考慮している事例も存在する。他方、被侵害者の侵害招致行為という事実は、自招防衛の論理を用いていない、平成29年決定の判断枠組みで処理された事案においても考慮されている。このような状況は、平成20年決定以前と変わらないものである。そうであるならば、平成29年決定が出されたことによって、平成20年決定と平成29年決定のそれぞれの判断枠組みの使い分けが明確化されたとはいえない。むしろ、自招防衛の事案の処理基準も、平成29年決定の影響を受けており、両判例の区別は、より相対的なものになっているように思われる。

第3 平成20年決定と平成29年決定の理論的な相違

1 問題の所在

以上のように、裁判実務においては、平成20年決定の判断枠組みと平成29年決定の判断枠組みは明確に区別されて用いられているわけではなく、むしろ自招防衛の事案の処理基準が平成29年決定の影響を受けている状況にある。しかし、冒頭で述べたように、多くの学説は、平成20年決定と平成29年決定の判断枠組みは、理論的に明確に区別されるものと解している。このような立場からは、自招防衛の判断の中で、侵害の予期またはそ

の可能性や侵害の回避可能性を考慮している事案といった、両判例の判断枠組みを明確に区別せずに用いている裁判例は、批判の対象とすべきことになると思われる。

しかし、そもそも両判例を理論的に区別する見解は、これらの判例における判断の内実を適切に捉えたものといえるのか。たしかに、わが国の学説においては、自招防衛の問題とそれ以外の相互闘争状況における正当防衛の問題は、一部が重なる2つの円のような関係にあるとして区別されており⁽²⁸⁾、裁判実務においても、平成20年決定に代表される、その他の相互闘争状況における正当防衛の事例とは区別された自招防衛の理論を用いた判例の流れが存在する⁽²⁹⁾。しかし、両者は、いずれも相互闘争状況における正当防衛が問題となった事案という本質的な部分では共通する⁽³⁰⁾。そうであるならば、本当に両者を理論的に異なるものとして明確に区別する必要はあるのか。このような問題意識に基づき、平成29年決定と平成20年決定を理論的に区別する近時の見解を検討し、両判例を理論的に異なるものとして扱うことの当否を明らかにする。

2 学説

(1) 平成20年決定についての理解

まず、平成20年決定と平成29年決定を理論的に区別する見解は、平成20年決定が、従来の自招防衛に関する下級審裁判例とは異なり、その判決文において侵害の予期やその可能性などの被侵害者の主観的事情に一切触れていないことに着目し、平成20年決定は、侵害招致行為という被侵害者の客観的態度を直接の根拠として、侵害招致行為との時間的・場所的接近性及び均衡性が認められる範囲で正当防衛を制限したものと解している⁽³¹⁾。すなわち、自招防衛以外の相互闘争状況事例の処理に際しては、被侵害者の侵害招致行為も、侵害の予期や積極的加害意思の認定などに際して、反撃準備行為や侵害の回避可能性と同列の一事情として総合的に考慮され⁽³²⁾、正当防衛を否定する直接の根拠として扱われることはないが、平

成20年決定の論理においては、被侵害者の侵害招致行為は、他の事情とは区別される正当防衛を制限する直接の根拠として扱われることになる。この点において、同決定の論理は、自招防衛以外の相互闘争状況事例の処理基準の論理とは、決定的な差異が存在することになる。

そこで、平成20年決定と平成29年決定を理論的に区別する見解は、この場合に正当防衛を制限する直接かつ唯一の根拠となる被侵害者の侵害招致行為を、反撃準備行為や侵害の回避可能性に関する事情とは異なる特別な作用を有するものとして理解する。このような見解としては、被侵害者の不正の暴行が不正の侵害を誘発・作出することで他害行為を惹き起こしているため、被侵害者には侵害の不正性と緊急性を背景とした優越的な地位を主張する資格が失われることになり、被侵害者の対抗行為の正当化が制限されるとする見解⁽³³⁾、自招行為を行った被侵害者につき、正当防衛状況作出についての共犯的関与は否定できず、それゆえ正当防衛状況を解消する一定の負担としての退避負担や自招行為相応の侵害甘受負担を負うべきことになり、その限りで正当防衛の制限が許容されるとする見解⁽³⁴⁾、被侵害者の不正の暴行により、時間的・場所的に接着して、被侵害者の暴行との緩やかな均衡が失われない程度の侵害行為が作出された場合には、被侵害者が不正な方法で利益対立状況を作成したことを理由に、刑法36条が予定する「正」対「不正」の関係が欠け、被告人の対抗行為の権利行為性が失われるとする見解⁽³⁵⁾が主張されている。また、平成20年決定において正当防衛状況が否定された根拠は、最初の殴打によって生じた「紛争への対処として相手方に一方的な暴行を加えたという状態」をさらなる暴力によって維持することになる被告人の反撃行為の正当化を否定したことにあるとして、このような結論は、平成29年決定で問題にされた「刑法36条の趣旨」から導き出されたものであるというよりも、さらに一般的な違法性（阻却）判断から導き出されたものと理解すべきとする見解⁽³⁶⁾も存在する。

これらの見解は、被侵害者の侵害招致行為を正当防衛状況を否定する直

接かつ唯一の根拠と解するので、侵害招致行為として評価される被侵害者の態度は特に重大なものであることが必要になる。そこで、これらの見解は、侵害招致行為を理由に正当防衛を制限するためには、侵害招致行為が「不正な暴行」であることや⁽³⁷⁾、相手方の侵害行為を誘発する高度の危険性を有する行為⁽³⁸⁾であることが必要であるとする。

(2) 平成29年決定についての理解

次に、平成20年決定と平成29年決定を理論的に区別して理解する見解は、平成29年決定の判断枠組みは、被侵害者が侵害を予期していた場合にのみ適用されると解する。すなわち、自招防衛以外の相互闘争状況事例については、昭和52年決定で示された積極的加害意思論や、平成29年決定で示されたような事案に現れた諸事情を総合考慮して端的に急迫性の存否を決する処理基準が用いられるが、これらの事案は、しばしば「侵害予期類型」などと説明されるように⁽³⁹⁾、その処理に際して、必ず侵害の予期または少なくともその可能性が考慮される。そこで、同決定の論理により侵害の急迫性を否定するためには、まず被侵害者に侵害の予期が認められることが必要であるとされる⁽⁴⁰⁾。

その上で、同決定が判決文において列举している事情の総合考慮により、刑法36条の趣旨に照らして被侵害者の「緊急状況性」の存否が判断されるとする⁽⁴¹⁾。このような見解としては、被侵害者が侵害を確実に予期していた場合においては、相手方の侵害は対抗者にとって緊急とはいえ、⁽⁴²⁾「緊急状況性」の観点から正当防衛を制限する余地があるとする見解⁽⁴²⁾、同決定が近年有力になっている侵害回避義務論に親和的な立場を採用しているとして、被侵害者が行為者に事前の侵害回避が期待できる状況といえるかなどの事情を重視して、行為者にとっての緊急状況性が判断されるとする見解⁽⁴³⁾、被侵害者の侵害の予期を前提とする致命的有形力による事前の対抗行為意思を現実化させた場合には正当防衛が否定されると解する見解⁽⁴⁴⁾、公的機関による法的保護を期待すべき時に実力行使を

行うことは、「刑法36条の趣旨」に照らしてこれを認めることはできないのであり、「正当防衛権の濫用」というべきであるとして正当防衛を制限する見解⁽⁴⁵⁾、被侵害者が侵害の予期に基づいて、利益衝突状況をあえて作出している場合又は利益衝突状況の流れをコントロールしている場合には、利益衝突状況における国家機関による介入・保護を排除しているといえることができるので、実力行使により紛争を解決する権限が例外的に個人に委譲するために必要な緊急行為性が認められず正当防衛が否定されると解する見解⁽⁴⁶⁾、被侵害者が侵害の予期を前提に「公的機関による法的保護を除外・排斥した行動」に出た場合には、刑法36条の趣旨に照らして正当防衛が不成立とされるとする見解⁽⁴⁷⁾が主張されている。

2 検討

たしかに、平成20年決定と平成29年決定は、態様が異なる相互闘争状況における正当防衛の事案について、それぞれの事案の性質に応じた異なる判断枠組みを示した判例であることは疑いない。しかし、両判例を理論的にも全く異なるものとして扱うことは、これらの判例における判断の実体に沿うものではない。

(1) 平成20年決定の理解について

まず、平成20年決定を平成29年決定と理論的に区別する見解からは、被侵害者の侵害招致行為が、そのみで正当防衛状況を否定するに足る特別に重大なものであることが必要になる。しかし、相手方の侵害行為に先行する被侵害者の態度の客観的な判断による「不正な暴行」や「相手方の侵害行為を誘発する高度の危険性を有する行為」のみを、このような重大な効果を有する特別なものとして扱うことは極めて困難である。

まず、被侵害者の態度のうち、「不正な暴行」のみを特別に重大な侵害招致行為として扱う見解には、十分な根拠がないといえることができる。すなわち、刑法上の暴行概念は1つではなく⁽⁴⁸⁾、ここで問題になると思わ

れる暴行罪における暴行は、「人に対する物理力の行使」を意味するところ⁽⁴⁹⁾、このような意味における暴行概念には非常に広範な態様の行為が含まれる⁽⁵⁰⁾。このように様々な態様の行為が含まれる「不正な暴行」を、一律に侮辱的な発言などのその他の侵害招致行為よりも重大なものとして扱う理由は明らかではない⁽⁵¹⁾。このような理解は、「不正な暴行」という被害者の態度を、その具体的な内容を問わず重大なものとして取り扱う点で、判断の硬直化をもたらし、不当な結論を招くことになる。例えば、相手方の肩に手をかける、腕を掴むなどの、軽微な「不正な暴行」に出た被害者の正当防衛状況を否定しながら、相手方に対して執拗かつ悪質な侮辱を繰り返して侵害を招致した被害者について正当防衛状況を否定しないという判断は、明らかに均衡を欠く不当なものである。平成20年決定を理論的に特別なものと解する見解は、正当防衛の成否の判断に際して相手方の侵害を積極的に招致する態度を特別視する点で、相互闘争状況における正当防衛の事案一般の処理に自招防衛の理論を用いるドイツの見解と共通するものである。しかし、ドイツにおいては、侵害招致行為は違法なものである必要があるか否かについては争いはあるが⁽⁵²⁾、侵害招致行為が暴行かそれ以外かは問題にされていない⁽⁵³⁾。このことから、不正な暴行をそれ以外の侵害招致行為と区別する根拠はないと解される。

また、侵害招致行為は相手方の侵害行為を誘発する高度の危険性を有する行為であれば足りると解した場合には、侵害招致行為の客観的な態様のみに基づいて正当防衛の制限の可否を判断することは不可能になる。すなわち、客観的に相手方の侵害を招致しうる行為には、不正な暴行だけでなく、侮辱的な言動や侵害を予期して相手方の元に出向く行為も含まれる。しかし、このような被害者の態度には、社会生活において許容されるべき態度も数多く含まれるので⁽⁵⁴⁾、このような態度に出た場合の全てについて正当防衛の制限を認めることはできない。そこで、このような態度を理由に正当防衛の制限の可否を判断するためには、行為者と相手方の関係、そのような態度に出る必要性、そして行為者の内心状況などの具体的

な事情を総合的に考慮することが必要不可欠になる⁽⁵⁵⁾。例えば、同じ内容の侮辱的な発言であっても、親しい友人の間での冗談として発言した場合と、陰悪な関係にある相手方に対して悪意を持って発言した場合とでは、その意味は全く異なるものになる。このことから、自招防衛の事案の処理に際して、正当防衛の制限をもたらす相手方の侵害行為を誘発する高度の危険性を有する行為があったといえるかを判断することは、事案に現れた事情を総合考慮して反撃行為の正当化を認めるべきかという、平成29年決定と同様の規範的・総合的な判断を行っているということができ⁽⁵⁶⁾、もはや侵害招致行為という客観的態度を理由として正当防衛を制限する特別な論理を用いているとはいえないと解するべきである。

このように、暴力的闘争を志向する被侵害者の態度の客観的な判断による「不正な暴行」や「積極的な作為による侵害招致行為」のみを特別に重大なものとして扱うことができない以上、平成20年決定の論理を、このような被侵害者の客観的な態度を直接の理由として正当防衛を制限する特別なものと解することは困難である。前述のように、平成20年決定以降の、同決定の影響を受けた自招防衛の事例では、その全てにおいて少なくとも侵害の予期の可能性は考慮されており、そもそも平成20年決定も、事実関係としては少なくとも侵害の予期の可能性は認めることはできる事案であったことから⁽⁵⁷⁾、同決定が本当に被侵害者の主観的事情を一切考慮していないのかは疑わしい。このことから、平成20年決定の論理を、被侵害者の主観的事情を一切考慮しない、平成29年決定の論理とは明確に区別された特別なものと解することは、困難であると思われる。

(2) 平成29年決定についての理解

次に、平成20年決定を平成29年決定と理論的に全く異なるものとして理解する見解は、平成29年決定が「侵害の予期」を起点として正当防衛を制限する論理を用いている点において、侵害の予期を考慮せずに正当防衛を制限した平成20年決定とは異なる論理が用いられていると解する。しか

し、そもそも平成29年決定が、「侵害の予期」を起点とする理論、すなわち侵害の予期を正当防衛を制限するための必要不可欠な前提として要求する理論を用いているとは言い難い⁽⁵⁸⁾。

たしかに、平成29年決定の判決文からすると、同決定は、侵害を予期した場合の判断枠組みを示しているように見える。しかし、同決定は、侵害の予期に関する事情を、反撃準備行為や侵害回避可能性に関する事実と同列の、侵害の急迫性の考慮要素の1つとして扱っており、他の考慮要素とは区別された特別な事情としては扱っていない。このような侵害の予期の扱いからすると、たとえ侵害の予期が弱いものであっても、反撃準備行為や侵害回避可能性に関する事情との総合考慮により、侵害の急迫性が否定されることもあり得ることになり、裁判実務は、実際にこのような立場を採用しているとされる⁽⁵⁹⁾。

そうであるならば、平成29年決定の論理においても、侵害の予期そのものが認められない場合に、侵害の予期の可能性をその他の事情と総合的に考慮することにより、侵害の急迫性が否定されることも十分ありえたと解される。というのは、侵害の予期のような主観的事情は、行為時の客観的事情からの推認により認定すべきとされているところ⁽⁶⁰⁾、このような認定のプロセスからすると、侵害の予期が認められる場合とは、行為者が侵害を予期していたと考えるのが自然な状況にあった場合、すなわち侵害の予期の可能性が強く認められる場合であり、両者の間には「侵害の予期を推認させる事情がどれだけ存在するか」という量的な差異があるに過ぎないからである。そこで、侵害の予期そのものと、その可能性を決定的に異なるものとして扱う必要はないといえることができる⁽⁶¹⁾。このことは、平成29年決定以降の裁判例にも、平成29年決定の判断枠組みの中で侵害の予期の可能性のみを指摘して侵害の急迫性を否定した事案や⁽⁶²⁾、侵害の予期の可能性が認められることから直ちに侵害の予期を認定している事案⁽⁶³⁾が実際に存在することからも裏付けられる。

そもそも、裁判員裁判の導入に伴い、認定が困難かつ不安定な主観的事

情を重視する判断基準を用いるべきではないという要請は、平成29年決定が出された時点においても何ら変わらない。このことから、同決定が侵害の予期を特に重視した理論を用いているとは考え難い。このように、侵害の予期とその可能性の区別が重要なものではない以上、平成29年決定は侵害の予期を不可欠な前提として侵害の急迫性を否定する論理を用いていると解することも困難であるように思われる。

(3) 両判例の比較

ア 「利益対立状況の作出」という共通点からの理解

以上のように、平成20年決定と平成29年決定がそれぞれ全く異なる理論を用いていると解する見解は、その前提となる判例の理解において、いずれも問題があるということが出来る。他方、平成20年決定と平成29年決定を理論的に区別しつつ、両判例における正当防衛を制限する根拠を「利益対立状況の作出」から理解する見解も存在する⁽⁶⁴⁾。この利益対立状況の作出という観点からは、いわば不作為により相手方との暴力的闘争を発生させる侵害回避義務や公的救助要請義務に反する態度も、相手方との対立状況を致命的な結果をもたらし得るものに拡大させる反撃準備行為も、大きく異なるものではない⁽⁶⁵⁾。たしかに、ドイツにおいては、正当防衛権を制限するために被侵害者の作為による積極的な侵害招致行為を要求しており、反撃準備行為や侵害を回避しなかったことのみを理由に正当防衛権を制限することは認められていない⁽⁶⁶⁾。しかし、わが国においては、裁判実務だけでなく、学説においても、これらの態度を理由に正当防衛を制限することが広く認められている⁽⁶⁷⁾。そうであるならば、この場合に正当防衛を制限する根拠となる「利益対立状況の作出」という効果の点では異ならない、侵害招致行為とそれ以外の暴力的闘争を志向する態度を、殊更に区別する根拠はないと解される。

もっとも、両判例の論理は、「利益作出状況の作出」という点では共通しているとしても、平成20年決定の論理は、同決定が考慮している事実関

係が存在する場合には、被侵害者の緊急状況性は否定されないが、侵害者との「正」対「不正」の関係が欠け、権利行為としての性格が失われて正当防衛が制限されるというものであるのに対し、平成29年決定の論理は、「利益対立状況の作出」により被告人の反撃行為に緊急行為としての性格が見出せなくなる場合には、緊急行為に出る権限が国家から移譲されないもので正当防衛が制限されるものであるというように、両判例は「利益対立状況の作出」がどのように作用して正当防衛の制限という効果が生じるのかという点で異なっていると見る見解も主張されている⁽⁶⁸⁾。たしかに、自招防衛が問題となる事例では、侵害招致行為と侵害行為の均衡性が考慮されるなど、相手方との関係が重視されている。しかし、自招防衛の事案でこのような判断がされるのは、被侵害者が侵害招致行為に出た事案においては、相手方にも侵害招致行為に応じて侵害行為に出たという落ち度があり、正当防衛の成否を判断する上では、両者の落ち度を比較して相手方との関係で保護に値するかを考慮する必要があるからであり⁽⁶⁹⁾、このような判断が必要とされることも、自招防衛が問題になる事案の性質に基づくものと解される。また、被侵害者が不正の暴行に出た場合には、緊急状況性は否定されないが権利行為性が否定されるのならば、自招防衛が問題にされる事案も、一般的に被侵害者の緊急状況性を示す侵害の急迫性ないし正当防衛状況の問題とされていることを説明できない。そこで、このような観点から両判例を理論的に異なるものとして扱うことも、困難であるように思われる。

そもそも、相互闘争状況における正当防衛の問題については、当初は「喧嘩闘争」を理由として端的に正当防衛を否定するという処理がなされていたところ⁽⁷⁰⁾、このような事案の処理を、刑法36条の要件論に結び付けた唯一とあっていい判例理論が、52年決定で示された積極的加害意思論であった⁽⁷¹⁾。そして、喧嘩闘争の事案のうち、この積極的加害意思論の適用が困難な事案について、自招防衛の理論が用いられるようになり⁽⁷²⁾、これにより侵害の予期を起点として正当防衛を制限する判例の流れと、不

正な暴行などの侵害招致行為を起点として正当防衛を制限する自招防衛の理論を用いた判例の流れが生まれることになった。そうであるならば、これらの判例の流れは、いずれも「喧嘩闘争」を理由に正当防衛を否定するという考え方を基盤としている点では、その本質は同じものである。結局は、正当防衛の成否が問題となる相互闘争状況全体について、「喧嘩闘争」と評価される態度や、積極的加害意思を認定する際に考慮されるような被侵害者の暴力的闘争を志向する態度を理由として、正当防衛の趣旨に照らして反撃行為にであることを許容すべき「緊急状況性」が認められるかという判断を行うという本質においては、被侵害者が侵害招致行為に出た事例も、それ以外の暴力的闘争を志向する態度に出た事例も変わらないと解するべきである⁽⁷³⁾。

イ 相互闘争状況の態様の相違

もっとも、両判例の間に、理論的に決定的な相違は認められないとしても、それぞれの判例の判断枠組みで処理される正当防衛の事案は、その事案の性質が大きく異なるものであることは否定できない。このことから、正当防衛の成否の判断に際して考慮される事実が異なったものになり、その結果、両者は異なる理論が用いられているように見えることになったと解される。

まず、平成20年決定で用いられた自招防衛の理論は、従来から事案の処理に用いられてきた積極的加害意思論で処理することが困難な事例で用いられてきたとされる。この積極的加害意思論は、被侵害者の侵害の予期を前提に、積極的に加害行為に出る意思で反撃行為に出た場合に侵害の急迫性を否定する理論と解されており⁽⁷⁴⁾、ここでは被侵害者の主観的事情が重視される。しかし、このような被侵害者の主観的事情は、被侵害者の反撃準備行為、暴力的闘争に至る経緯、侵害の回避可能性などの客観的事情からの推認により認定されるどころ、突発的に生じた比較的小規模な暴力的闘争の事案では、このような事実関係はほとんど問題にできないので、

被侵害者の主観的事情を具体的に認定することは困難である。

そこで、このような態様の暴力的闘争の事案においては、被侵害者の暴力的闘争を志向する態度のうち最も顕著なものである、被侵害者の侵害招致行為を直接の根拠として正当防衛を制限するという説明がなされたものと解される。そして、このような判断の内実を理論的に説明したのが、自招防衛の理論であると解される。他方、被侵害者が反撃準備を整えていた事案や、相手方の元に向いて暴力的闘争が発生した事案においては、被侵害者の侵害の予期や積極的加害意思などの主観的事情を認定するために必要な事実が十分に存在する。そこで、このような事案においては、積極的加害意思論に代表される被侵害者の侵害の予期などの主観的事情を考慮して正当防衛を制限するという説明がなされたと解される。

すなわち、平成20年決定をはじめとする自招防衛の事案と、平成29年決定をはじめとするそれ以外の暴力的闘争の事案は、事案の性質に応じて現れる事情が異なることから、正当防衛を制限する際に異なる論理を用いているように見えるようになったに過ぎないと評価することができる。このように解するのであれば、平成29年決定の判断枠組みの中で侵害招致行為が考慮されている事例や、平成20年決定の判断枠組みの中で侵害の予期の可能性や侵害回避可能性が考慮されている事例も、そのことのみを理由として理論的に問題のある判断をしていると解するべきではない。

以上のように、平成20年決定と平成29年決定を、理論的に全く異なるものとして解することは、これらの判例における判断の内実に照らして妥当ではないといえることができる。両判例を異なる理論で理解する見解の中にも、それぞれの判例で用いられている理論を同一の原理の元に位置づけることを否定しない見解も存在することは⁽⁷⁵⁾、このような理解を裏付けるものである。すなわち、両判例は、被侵害者の主観的事情や暴力的闘争を志向する客観的態度の総合考慮により、正当防衛という制度の趣旨に照らして反撃行為の正当化を認めるべきか否かという規範的判断を行うという本質的な点では、共通する論理を用いていると解するべきである。

第4 現在の裁判実務における平成20年決定及び自招防衛の理論の意義

1 問題の所在

ここまでの検討によれば、現在の裁判実務においては、平成20年決定と平成29年決定の判断枠組みは明確に区別されて用いられているわけではなく、また、両判例の判断枠組みを明確に区別する理論的な根拠も存在しない。そうであるならば、この平成20年決定の判断枠組みと同決定で示された自招防衛の理論を、事案の処理のためにわざわざ用いる必要はなく、自招防衛の事案も、平成29年決定の判断枠組みの中で侵害招致行為などの事実関係を考慮して処理すれば足りるようにも思われる。それにもかかわらず、現在の裁判実務においても、平成20年決定の判断枠組みは、そのままの形ではないものの事案の処理に用いられている。

それでは、このように平成20年決定の判断枠組みと同決定で示された自招防衛の理論を事案の処理に用いることには、どのような意義があるのか。この点を明らかにするためには、純粋な刑法理論の視点以外からの検討、すなわち、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、現在の裁判実務における実務的な要請も考慮する必要があると解される。

2 裁判員裁判の導入と刑事裁判実務の変化

近年の刑事裁判実務における最も重大な変化は、法律知識を持たない一般市民が刑事裁判に参加し、裁判官と協働して事件を審理するようになった裁判員裁判の導入である。この裁判員裁判の導入は、裁判実務のみならず、刑法理論に対しても大きな影響を及ぼすことになり、相互闘争状況における正当防衛の判例の流れについて検討する際にも、裁判員裁判の影響を考慮することは不可欠である。

(1) 平成20年決定と裁判員裁判

まず、裁判員裁判開始の少し前に出された平成20年決定の判示内容は、裁判員裁判の導入からの要請に基づくものとされる⁽⁷⁶⁾。まず、同決定は、判決文においては侵害の予期などの被侵害者の主観的事情に触れていないが、侵害の予期のような主観的事情は、客観的事実からの推認により認定されるべきとされるところ、このような方法による認定を一般市民が行うことは困難であり、また判断の安定性を欠くとされる⁽⁷⁷⁾。そこで、裁判員裁判においては、行為者の主観的事情に依拠した判断枠組みを用いることは避けるべきとされ、同決定においても、判決文において被侵害者の侵害の予期等の主観的事情に触れない説示がされたと解される⁽⁷⁸⁾。

また、平成20年決定においては、従来から事案の処理に用いられてきた積極的加害意思論も用いられていない。このことは、そもそも同決定は積極的加害意思を認定することが困難な事例であることや、前述の主観的事情の認定が有する問題点に加えて⁽⁷⁹⁾、積極的加害意思論は難解な理論であり、法律知識を持たない裁判員が理解することは困難であるという考慮もされたためであるとされる⁽⁸⁰⁾。また、積極的加害意思論が用いられた昭和52年決定は、学生運動に伴う大規模な暴力的闘争の事案であったことから、日常的に起こりうる小規模な暴力的闘争の事案の処理のためには使にくいとの指摘もあり⁽⁸¹⁾、従来から積極的加害意思論に依拠しない裁判例の流れも存在した⁽⁸²⁾。このことから、突発的に生じた小規模な暴力的闘争の事案である平成20年決定において、積極的加害意思論に依拠しない事案の処理基準が示されることになったと解される。

そして、平成20年決定においては、侵害の急迫性ではなく、「反撃行為に出ることが正当とされる状況」、すなわち正当防衛状況が問題にされている。このことは、裁判員裁判においては、刑法36条1項に規定された要件を逐一検討するよりも、大枠としての判断枠組みで正当防衛の成否を判断する方が適しているという考慮に基づくものとされる⁽⁸³⁾。また、裁判実務における「侵害の急迫性」は、被侵害者の主観的事情、反撃準備行

為、侵害回避や公的救助要請の可否も考慮して判断される、正当防衛を基礎づける規範的・総合的要件であるとされるが⁽⁸⁴⁾、このような判断を、「急迫」という文言に結びつけて行うことには無理があるとの指摘もある⁽⁸⁵⁾。このことから、裁判員に対して侵害の急迫性の判断の内実を説明する場合には、この場合の判断の内実を端的に示す「反撃行為に出ることが正当とされる状況」という文言を用いる方が適切であるということも考慮されていると思われる。

以上のように、平成20年決定は、十分な侵害の予期や積極的加害意思を認定することが困難な、突発的に生じた小規模な暴力的闘争の事例において、法律知識を持たない一般市民である裁判員のために、認定が困難な主観的事情や、難解な理論である積極的加害意思論を避けて、判断の内実を説明しやすい大枠としての判断枠組みを示したものであると評価することができる。

(2) 平成29年決定と裁判員裁判

もっとも、平成20年決定の判断枠組みは、実際に裁判員裁判において用いる上で、全く問題がないというものではなかった。すなわち、「正当防衛状況」という大枠としての判断枠組みを示すだけでは、具体的にどのような事実に着目して正当防衛の成否を判断すべきかが示されないので、実際の事案の処理には使いにくい面もあるとされる⁽⁸⁶⁾。このことから、実際の裁判実務においては、この「正当防衛状況」の判断枠組みが、そのままの形で用いられることはそれほど多くなかったとの指摘もされている⁽⁸⁷⁾。また、平成20年決定は、突発的に生じた素手による小規模な暴力的闘争の事案なので、被侵害者が相手方の攻撃に備えて凶器を準備して暴力的闘争に臨んだ事案において考慮すべき事実は、当然に平成20年決定で考慮された事実とは異なるものになる。そこで、相互闘争状況における正当防衛の事案の処理のための、裁判員裁判を踏まえたより適切な判断枠組みとして、事案の処理のために考慮すべき具体的な事実を示し、被侵害者

が侵害を予期して反撃準備を整えて対抗行為に出た事例に対応しうる判断枠組みが要請されるようになったと解される。

平成29年決定は、このような要請を満たす判断枠組みを示したものと評価することができる。すなわち、同決定は、被侵害者が侵害を予期して、凶器を準備して相手方の元に出向いて暴力的闘争が発生した事案であるが、昭和52年決定のような大規模かつ特殊性の強い事案ではない⁽⁸⁸⁾。そこで、このような事案において、事案の処理に際して考慮すべき事情を具体的に示す説示をして、特に裁判員裁判においてより使いやすい判断枠組みを示したのが、平成29年決定である⁽⁸⁹⁾。また、事案の処理に際して考慮すべき具体的な考慮要素を示して、裁判員と裁判官の議論によって正当防衛の成否を決するという方法は、裁判員裁判の理想的な形であるとの指摘もある⁽⁹⁰⁾。このことから、平成29年決定は、同決定以降の相互闘争状況における正当防衛が問題になった事案の処理基準として、非常に積極的に用いられるようになったと解される。

3 自招防衛の理論の役割

以上のように、平成20年決定から現在に至る判例の流れは、裁判員裁判からの要請という影響を大きく受けたものである。そして、現在の裁判実務においては、平成29年決定の判断枠組みが、このような要請に十分応えた使いやすいものであるとして、事案の処理のために広く用いられるようになってきている⁽⁹¹⁾。それでは、このような状況において、平成20年決定の判断枠組みと同決定で示された自招防衛の理論を事案の処理のために用いることには、どのような意味があるのか。

(1) 類型化の要請と平成20年決定

平成29年決定の判断枠組みは、相互闘争状況における正当防衛における事案の処理に際して考慮すべき事情を具体的に示している点で、実際の事案の処理のために使いやすいものである。しかし、同決定の判断枠組みに

対しては、事案に現れた雑多な事実関係の総合考慮による印象的な判断による恣意的な判断を招いてしまう危険性があるとの批判もなされている⁽⁹²⁾。また、同決定は、様々な事情を考慮要素として列挙しているが、事案の処理に際して常にこれらの全ての事情を考慮する必要がないことも当然である⁽⁹³⁾。このことから、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案の全てについて、一律に平成29年決定の判断枠組みをそのままの形で用いて処理することには問題もあるということが出来る。そして、このような問題点に対処するためには、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案を類型化し、各類型ごとに考慮すべき要素を具体的に示すことが有益であるとされる⁽⁹⁴⁾。

このような見地からは、平成20年決定の判断枠組みを用いることも、相互闘争状況における正当防衛の事案の一類型における具体的な判断基準を示すという役割を果たしていると評価することが出来る⁽⁹⁵⁾。たしかに、平成29年決定と平成20年決定においては、それぞれ異なる理論が問題になっているわけではないことからすると、平成29年決定の判断枠組みにより、自招防衛が問題になる事案を処理することも不可能ではない。しかし、上記のような平成29年決定の問題点からすると、あらゆる相互闘争状況における正当防衛の事案を、一律に平成29年決定の事案で処理することも、必ずしも妥当とは言い難い。そこで、事実関係が平成20年決定に近い自招防衛が問題になる事例を1つの事例類型として扱い、同決定で示された具体的な判断枠組みで処理することにも、事案の適切な処理という観点からは十分な意義があると思われる。すなわち、突発的な暴力的闘争の事案においては、侵害の予期に基づく反撃準備やわざわざ相手方の元に出向く行為が存在しないので、この場合の最も顕著な利益対立状況を生じさせる態度である、被侵害者による相手方の侵害を招致しうる言動を中心に正当防衛の成否を判断すべきことになる。このように、考慮すべき事情が明確に示された判断枠組みを用いることは、正当防衛の成否に際して考慮されうる要素を適切に限定するという点において、事案の処理にとって有益

なものである⁽⁹⁶⁾。

(2) 今後の展望

ア 両判例を理論的に異なるものとして理解することの弊害

たしかに、相互闘争状況において正当防衛が問題になる事案を類型化し、それぞれの類型ごとの判断基準を示すことは、恣意的な判断を防ぎ、より適切な事案の処理を実現するためには非常に有益である。しかし、実際には理論的に重要な違いは存在しないにもかかわらず、理論的に全く異なるものとしての判断枠組みの使い分けを要求することは、事案の処理に混乱を生じさせるおそれがある⁽⁹⁷⁾。

まず、相互闘争状況において正当防衛が問題となる事案には、被侵害者が反撃準備を整えて相手方の元に出向き、さらに挑発的な言動に出た事案などの、事実関係において平成20年決定と平成29年決定の中間に位置する事例が多数存在する⁽⁹⁸⁾。このような事案の処理についてはあまり議論がされていないが⁽⁹⁹⁾、事案の処理の指針となる両判例の判断枠組みが全く異なる理論に基づいていると解した場合には、2つの異なる理論に基づく判断を別個に行うことになるとされる⁽¹⁰⁰⁾。しかし、同一の事実関係について同一の目的の判断を重複して行うことは、合理的とはいえない。また、被侵害者の侵害の予期は十分なものとはいえず、明確に不正な侵害招致行為に出ているともいえないが、事態の推移を全体的にみれば、暴力的闘争の発生・拡大について被侵害者側に重大な帰責性が認められる事案のように、正当防衛の成否を判断する上で、特定の理論にこだわることなく、事案に現れた事情を総合考慮する必要がある事案も存在しうる⁽¹⁰¹⁾。

さらに、両決定の判断基準を理論的に全く異なるものと解した場合には、侵害招致行為としての「不正な暴行」が存在すれば、平成20年決定の論理における正当防衛を制限する直接の根拠が存在することになる。そこで、被侵害者が「不正の侵害」に出ている事案については、かつて52年決定とは事実関係が大きく異なる事案も無理に積極的加害意思論で処理され

ることがしばしばなされたのと同じように⁽¹⁰²⁾、平成20年決定の判断枠組みを用いて、その他の事実関係を見逃した無理な認定がなされてしまうことになりかねない⁽¹⁰³⁾。他方、平成29年決定の判断枠組みにおいては、侵害の予期は特別に重要なものとなるので、事案の処理に際して、侵害の予期が過度に重視されることにもなりかねない。前述のように、裁判員裁判の導入に伴い、正当防衛が問題になる事案の処理に際して、侵害の予期などの被侵害者の主観的事情の認定に依存しない判断枠組みが求められるようになってきている。それにもかかわらず、平成29年決定が侵害の予期を特に重視していると解することは、このような要請に反するものであり、主観的事情の認定の困難さゆえに判断を不安定なものにしたり、被侵害者の内心状況を無理に認定して正当防衛の制限を認めることに繋がるおそれもある⁽¹⁰⁴⁾。

このように、正当防衛の成否が問題となる事案において、「本件は平成20年決定の決定と平成29年決定のどちらの判断枠組みを用いるべきか」とか「本件は自招防衛の理論を用いる事案か」といった命題設定の当否自体を争点化することは、個別事案の特徴や他の重要な考慮要素を見過ごして、事案の適正妥当な解決が図られない事態をもたらすおそれがある⁽¹⁰⁵⁾。そこで、相互闘争状況における正当防衛の事案の適切な処理を図るためには、判例で示された判断枠組みの理論的な相違にこだわらずに、個別具体的な事案ごとに現れた事実関係を適切に考慮する判断を目指すべきである。

イ 「突発型」としての類型化の試み

このことから、平成20年決定の判断枠組みを事案の処理のために用いる場合には、他の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理の場合と異なる理論が用いられているわけではないということ意識する必要がある。すなわち、同決定の判断枠組みが用いられるのは、正当防衛の成否が問題になる暴力的闘争が突発的に発生したものであり、被侵害者の主観的事情

を十分に認定するための事情が存在しないことから、被侵害者の侵害招致行為という顕著な暴力的闘争を志向する態度に着目して正当防衛の成否が判断されたに過ぎないものであると解するべきである。

しかし、突発的に生じた暴力的闘争という類型を処理するのであれば、被侵害者が侵害招致行為に出た事例のみを特別に扱う必要はない。そこで、このような事例を処理するための類型としては、突発的に生じた暴力的闘争の事案における被侵害者の態度として、侵害招致行為と同様に典型的なものである、被侵害者が相手方の侵害招致行為に積極的に応じた事例を合わせた類型として理解すべきである。前述のように、自招防衛の事案における判断の本質は、被侵害者と相手方の落ち度を比較して相手方との関係で保護に値するかを検討することである。そうであるならば、被侵害者が相手方の侵害招致に応じる態度に出た事例についても、相手方にも侵害招致行為に出たという落ち度があり、両者の落ち度を比較して相手方との関係で保護に値するかを問題にすべきことになるので、その判断の本質においては、自招防衛の判断と異なるところはない⁽¹⁰⁶⁾。そこで、これまで自招防衛の事案として扱われてきた事案については、同じように突発的な暴力的闘争の事案において問題になり、かつその判断の本質も共通する、被侵害者が相手方の侵害に応じた事案と合わせて、「突発型」として類型化すべきである⁽¹⁰⁷⁾。このように解するならば、平成20年決定の判断枠組みと同決定で示された自招防衛の理論は、事例類型を示すという意味においても、わざわざ用いる必要がないことになる。

第5 おわりに

本稿は、相互闘争状況における正当防衛の裁判実務の指針として用いられている平成20年決定の判断枠組みと同決定で示された自招防衛の理論を、それ以外の相互闘争状況における正当防衛の事案の処理基準及び理論とは区別された特別なものとして扱う必要があるのかについて、自招防衛

が問題になった近時の裁判例や、両者を理論的に区別して扱う見解についての検討を手がかりとして明らかにすることを試みたものである。

本稿の検討は、平成20年決定の論理について、その理論的な構造に着目して、その特殊性を強調するのではなく、同決定の判断枠組みを用いた裁判例における判断の内実や、裁判員制度の導入をはじめとする裁判実務からの要請も考慮して、自招防衛以外の相互闘争状況事例の処理に際して用いられる理論との共通性を重視するものである。このような検討に対しては、相互闘争状況における正当防衛の問題についての理論的に緻密な検討を放棄するものであり、事案の処理のためだけの大雑把な理論を是認するものであるとの批判が予想される。しかし、事案の処理に際して、複雑な理論を組み合わせることは、理解を困難にするだけではなく、少しずつ緩んだ理論構成が積み重ねられる結果、問題状況の全体について大きな間隙を気付かずに生じさせてしまう恐れがある⁽¹⁰⁸⁾。平成20年決定と平成29年決定の中間に位置する事案をどのように処理すべきかということについて十分な検討がなされていないことは、まさにこのような間隙にあたるということが出来る。本稿における、平成20年決定の理論の特殊性よりも、他の事案の処理に用いられる理論との共通性を重視する検討は、このような理論の間隙に対応するものであるという点でも、有意義なものということができる。

注

- (1) このような見解として、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成20年度〕』（2012年、法曹会）433頁、橋爪隆「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）234頁、同「判批」ジュリ1391号（2009年）161頁、増田啓祐「自招防衛」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（2014年、青林書院）141頁、山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号（2009年）21頁、赤松亨太「判批」研修723号（2008年）26頁、明照博章「判批」判時2057号（2010年）201頁、稲垣悠一「正当防衛の制限法理とその判断プロセス」専修ロージャーナル15号（2019年）57頁、安田拓人「正当防衛（2）」法教494号（2021年）112

- 頁、伊藤嘉亮「正当防衛の制限原理」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集（上）』（2022年、成文堂）441頁など。
- (2) 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）110頁、橋爪・前掲注（1）日高古稀241頁、同・「判批」論ジュリ29号（2019年）203頁、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）15頁、坂下陽輔「判批」判時2362号（2018年）173頁、波床昌則「判批」刑ジャ54号（2017年）154頁、稲垣・前掲注（1）63頁など。
- (3) このような見解として、司法研修所編『裁判員裁判と裁判官——裁判員との実質的な協働の実現をめざして——』（2019年、法曹会）66-7頁、山本和輝『正当防衛の基礎理論』（2019年、成文堂）186頁、橋爪・前掲注（1）日高古稀244頁、照沼亮介「判批」法教445号（2017年）54頁、高橋直哉「正当防衛状況の判断」法教453号（2018年）13頁、高橋則夫「『急迫性』の判断構造——最高裁平成29年決定をめぐる——」研修837号（2018年）9頁、井田・前掲注（2）18頁、坂下・前掲注（2）174頁、同「広義の自招侵害に対する考察——自招侵害への対抗行為を中心に——」刑ジャ62号（2019年）19頁以下、佐伯仁志「判批」判時2357=2358号（2018年）21頁、稲垣・前掲注（1）63頁、伊藤・前掲注（1）442-3頁など。
- (4) 橋爪・前掲注（1）日高古稀244頁、坂下・前掲注（3）19-20頁、井田・前掲注（2）18頁、稲垣・前掲注（1）82頁以下、伊藤・前掲注（1）442頁以下など。
- (5) 不正な暴行を特別扱いすることに対する疑問として、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。侵害の予期を決定的な要素として扱うことに対する疑問として、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）115頁、大塚裕史「判批」判時2357=2358号（2018年）18頁。
- (6) 明照博章『積極的加害意思とその射程』（2017年、成文堂）338頁
- (7) このような事例として、本文中に挙げたものの他に、東京高判平21・10・8（判タ1388号370頁）、福岡高判平25・10・22（LEX/DB25502251）、東京地判平27・5・27（LEX/DB25540605）、千葉地判平26・10・22（裁判所ウェブサイト）、東京高判平27・6・5（判時2297号137頁）、山形地判平27・6・22（LLI/DB07050325）、千葉地判平28・5・30（LEX/DB25543119）。
- (8) 松江地判平25・5・24（LLI/DB06850318）。
- (9) なお、同判決の侵害の急迫性を否定した判断は、差戻審の松江地判平

- 26・10・24 (LLI/DB06950534) でも維持されている。
- (10) 山口・前掲注(1) 22頁、三浦・前掲注(1) 437-8頁、橋爪・前掲注(1) ジュリ162頁。
- (11) 瀧本・前掲注(5) 161頁参照。
- (12) 栃木力「正当防衛における『急迫性』」植村一郎編『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、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) 141頁、香城敏磨「正当防衛における急迫性」香城敏磨=小林充編『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) 289頁。
- (13) 瀧本・前掲注(5) 162-3頁。
- (14) 例えば、福岡高判昭60・7・8(判タ566号317頁)は、「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」であるから侵害の急迫性を否定しており、東京高判平8・2・7(判時1568号145頁)は、相手方による侵害が「自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性にも欠けるとするのが相当である。」として侵害の急迫性を否定している。同様の指摘として、瀧本・前掲注(5) 161-2頁。
- (15) 三浦・前掲注(1) 437頁。また、後掲事例③は、判決文の中でこのような理解を明確に示している。
- (16) この点について瀧本・前掲注(5) 185頁は、「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。」と指摘する。
- (17) 照沼亮介「判批」法教445号(2017年) 54頁、橋爪・前掲注(2) 200頁。
- (18) 本判決に対する評釈として、十河太朗「判批」法教492号(2021年) 132頁。
- (19) この点について、十河・前掲注(18) 132頁は、本判決は被侵害者の言動が脅迫や侮辱といった不正な言動ではないことを理由に正当防衛状況が否定されなかったとするが、本判決における判断の内実は、単に被侵害者の侵害招致行為が違法なものであったか否かという形式的な判断にとどまるのではないと解される。
- (20) 照沼亮介「正当防衛と自招侵害——最高裁平成20年5月20日第二小法廷決定を素材として——」刑ジャ16号(2009年) 19頁参照。
- (21) このような裁判例として、仙台地判平29・9・22(裁判所ウェブサイト

- ト)、京都地判平31・2・12 (LEX/DB25562648)、長崎地判令元・9・13 (LEX/DB25564016)、甲府地判令2・3・18 (LEX/DB25565666)、長崎地判令3・7・8 (LEX/DB25590387)、名古屋地岡崎支判平31・3・1 (裁判所ウェブサイト)、札幌地判平30・12・3 (裁判所ウェブサイト) など。
- (22) 自招防衛を理由とする正当防衛の制限が認められた従来の事案のうち、最も長い侵害招致行為と侵害行為の時間的間隔が存在する前掲注(14)・福岡高判昭60・7・8でも、両者の間隔は10～20分程度とされる。
- (23) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(2007年、有斐閣)308頁以下、杉本一敏「自招侵害のメタ理論的考察」刑ジャ62号(2019年)45頁参照。
- (24) 拙稿「相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び類型化の試み(3・完)」筑波法政82号(2020年)25-6頁。また、安田・前掲注(1)112頁参照。
- (25) 同判決に対する評釈として、成瀬幸隆「判批」法教466号(2019年)126頁。
- (26) 同判決の判断は、控訴審の大阪高判令元・9・18(LLI/DB07420460)において是認されている。
- (27) 小林憲太郎「自招侵害・危難論の視角」刑ジャ62号(2019年)5頁参照。また、香城・前掲注(12)263頁は、自招防衛の事案を、出向き型や待受け型と同じ相互闘争状況を理由に急迫性が否定される類型の1つとして分類する。
- (28) 的場純男＝川本清巖「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院)111頁、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年、成文堂)172頁。
- (29) 明照博章「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相～法学部開設20周年記念論文集～』(2010年、ぎょうせい)365頁以下、杉本・前掲注(23)41頁。
- (30) 小林・前掲注(27)5頁、遠藤・前掲注(5)116頁、大塚・前掲注(5)18頁参照。
- (31) 山口・前掲注(1)21頁、三浦・前掲注(1)433頁、橋爪・前掲注(1)ジュリ161-2頁、稲垣・前掲注(1)56-7頁、伊藤・前掲注(1)440-1頁、坂下・前掲注(2)174頁。
- (32) 栃木・前掲注(12)55-6頁、中川・前掲注(12)141頁参照。
- (33) 稲垣・前掲注(1)77頁。
- (34) 坂下・前掲注(3)13頁。
- (35) 伊藤・前掲注(1)441頁。同様の見解として、井田・前掲注(2)17

頁。

- (36) 鈴木左斗志「正当防衛論と最高裁平成29年4月26日決定——最高裁平成20年5月20日決定はどのように理解されるべきか——」慶應法学47号(2022年)278頁以下。
- (37) 山口・前掲注(1)22頁、三浦・前掲注(1)437-8頁、橋爪・前掲注(1)ジュリ162頁、井田・前掲注(2)17頁、鈴木・前掲注(37)235頁。また、杉本・前掲注(23)41頁は、わが国の判例における自招侵害の法理は、「暴行型」と「暴行以外型」に分類されるとする。
- (38) 稲垣・前掲注(1)83頁、安田・前掲注(1)112頁。
- (39) 伊藤・前掲注(1)431頁以下、井田・前掲注(2)12頁、遠藤・前掲注(5)115頁、杉本・前掲注(23)37頁以下参照。
- (40) 橋爪・前掲注(1)日高古稀246頁、稲垣・前掲注(1)63頁、井田・前掲注(2)12頁、坂下・前掲注(2)173頁、同・前掲注(3)18頁、伊藤・前掲注(1)439頁。
- (41) 橋爪・前掲注(1)日高古稀256-7頁、稲垣・前掲注(1)83頁、坂下・前掲注(2)170頁、伊藤・前掲注(1)439頁。
- (42) 稲垣・前掲注(1)83頁。
- (43) 橋爪・前掲注(1)日高古稀256-7頁。
- (44) 坂下・前掲注(2)173頁。
- (45) 井田・前掲注(2)15頁。
- (46) 伊藤・前掲注(1)439頁。
- (47) 鈴木・前掲注(36)256頁。
- (48) 刑法上の暴行概念について、高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』(2022年、成文堂)43頁。
- (49) 高橋・前掲注(48)43頁。
- (50) 例えば、福岡高判昭46・10・11(判時655号98頁)は食塩を振りかける行為について、最判昭29・8・20(刑集8巻8号1277頁)は大太鼓や鉦を連打する行為について暴行罪が成立するとしている。
- (51) 瀧本・前掲注(5)185頁。
- (52) Claus Roxin/Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Aufl., 2020, S.808; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51. Aufl., 2021, S.182; Walter Perron/Jörg Eisele, Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, S.672; Volker Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I*, 4. Aufl., 2020, S.1760ff.

- (53) 例えば、BGH 第5刑事部1996年3月21日判決 (BGHSt 42, 97) は、相手方の要求に応じず繰り返し列車の窓を開ける行為を理由として正当防衛権を制限している。
- (54) 例えば、勤務態度に問題のある部下を叱責することや、険悪な関係にある相手方に対して謝罪に向かうことは、それが相手方の侵害を招致する可能性を含んでいても、基本的には許容されるべきである。
- (55) このような見地から、自招防衛の判断に際して、少なくとも侵害の予期の可能性を考慮する必要があるとする見解とする見解として、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑ジャ19号 (2009年) 49頁。
- (56) 杉本・前掲注 (23) 41頁は、自招防衛の事案のうち「暴行以外型」については、昭和52年決定や平成29年決定と同じ「予期の法理」に統合されるとする。
- (57) 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) 46頁、遠藤・前掲注 (5) 115頁、瀧本・前掲注 (5) 148頁、三浦・前掲注 (1) 433頁、林・前掲注 (55) 49頁、橋爪・前掲注 (1) ジュリ163頁。
- (58) 大塚・前掲注 (5) 18頁、遠藤・前掲注 (5) 116頁。
- (59) 安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 [昭和60年度]』(1989年、法曹会) 151-2頁、中川・前掲注 (12) 140頁。
- (60) 栃木・前掲注 (12) 55-6頁、中川・前掲注 (12) 141頁参照。
- (61) 遠藤・前掲注 (5) 115頁。
- (62) このような事例として、宮崎地判平30・2・22 (LEX/DB25549886)。
- (63) このような事例として、事例④、前橋地判平29・9・6 (LLI/DB07250773)、甲府地判令2・3・18 (LEX/DB25565666)。
- (64) このような見解として、稲垣・前掲注 (1) 82頁以下、伊藤・前掲注 (1) 439頁以下、坂下・前掲注 (3) 17頁以下。
- (65) 拙稿「相互闘争状況における正当防衛の処理基準及び類型化の試み (2)」筑波法政81号 (2020年) 15頁参照。
- (66) 橋爪・前掲注 (23) 195-6頁、山本・前掲注 (3) 202頁。
- (67) このような見解として、橋爪・前掲注 (23) 305頁以下、井田・前掲注 (2) 15-6頁、坂下・前掲注 (3) 12頁以下、大塚・前掲注 (5) 15-6頁など。
- (68) 伊藤・前掲注 (1) 442頁以下。
- (69) 安田・前掲注 (1) 112頁参照。

- (70) このような判例として、大判大14・3・6（刑集4巻354頁）、大判昭7・1・25（刑集11巻1頁）、大判昭18・5・28（刑集22巻187頁）など。
- (71) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際——判断の安定化を目指して——」刑雑50巻2号（2011年）191頁参照。
- (72) 的場＝川本・前掲注（28）111-2頁。
- (73) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年、判例時報社）232頁、山崎学『公判前整理手続の実務〔第2版〕』（2020年、弘文堂）184-5頁、大塚・前掲注（5）18頁参照。
- (74) 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）247頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（2022年、成文堂）292頁。もっとも、積極的加害意思の本質は被侵害者の内心状況そのものではなく、反撃準備行為や相手方に元に出向く行為などの「積極的加害態勢」というべき被侵害者の客観的な態度であると解される。このような見解として、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年、有斐閣）155頁、橋爪・前掲注（23）237頁、清野・前掲注（57）57頁など。
- (75) このような見解として、井田・前掲注（2）18頁、稲垣・前掲注（1）90頁。
- (76) 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時61巻8号（2009年）21頁、嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑雑55巻2号（2016年）133頁、瀧本・前掲注（5）151頁、橋爪・前掲注（1）ジュリ162頁、増田・前掲注（1）141頁参照。
- (77) 遠藤・前掲注（71）186頁、清野・前掲注（57）55頁、中尾・前掲注（2）109頁。
- (78) 橋爪・前掲注（1）ジュリ162頁、佐伯・前掲注（76）21頁参照。
- (79) 増田・前掲注（1）141頁、照沼・前掲注（20）18頁、橋爪・前掲注（1）ジュリ160頁。
- (80) 中尾・前掲注（2）109頁。また、このような問題点の指摘として、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年、法曹会）20頁。
- (81) 的場＝川本・前掲注（28）111-2頁、遠藤・前掲注（71）191頁参照。
- (82) 遠藤・前掲注（71）191-2頁、明照・前掲注（29）364頁以下、杉本・前掲注（23）35頁以下参照。
- (83) 司法研修所編・前掲注（80）30頁参照。
- (84) 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）84頁、香城・前掲注（12）262頁など。

- (85) 岡本昌子「自招侵害と正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（2014年、成文堂）7頁、遠藤・前掲注（71）191頁、清野・前掲注（57）53頁。
- (86) 司法研修所編・前掲注（3）65頁。
- (87) 司法研修所編・前掲注（3）64-5頁参照。
- (88) 昭和52年決定の事案の特殊性について、拙稿・前掲注（65）4頁参照。
- (89) 品田智史「刑法の解釈方法と判例」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』（2021年、有斐閣）374-5頁、遠藤・前掲注（5）121頁、中尾・前掲注（2）109-10頁、佐伯・前掲注（3）23頁。
- (90) 佐伯・前掲注（3）23頁。
- (91) 拙稿「平成29年決定以降の裁判例における侵害の急迫性の意義及び機能」中央学院大学法学論叢53巻（2020年）30頁参照。
- (92) 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）122-3頁、照沼・前掲注（3）54頁、山本・前掲注（3）187頁、井田・前掲注（2）18頁参照。
- (93) 司法修習所編・前掲注（3）70頁、山崎・前掲注（73）184頁参照。
- (94) 遠藤・前掲注（71）194頁、清野・前掲注（57）83頁、拙稿・前掲注（91）36頁など。
- (95) 佐伯・前掲注（3）21頁参照。
- (96) この点について、杉本・前掲注（23）43頁は、判例が行為者の暴行または侵害の予期を起点として正当防衛状況の成否を判断していることは、正当防衛の状況の成否に影響を及ぼしえる先行行為として、さしあたり「暴行」の存在か行為者自身の「予期」だけが問題とされることにより、無限に広がり得る先行行為の参照範囲に明確な限界線が引かれていることに他ならないとして、事件をあくまで「刑法的問題」として構成・処理するための理論構成として非常に高く評価できるとする。
- (97) 橋田久「判批」『平成27年度重要判例解説』（2016年、有斐閣）148頁、大塚・前掲注（5）17頁。
- (98) このような事例として、本文中に挙げたものの他、東京高判昭37・10・20（東高刑時報13巻10号246頁）、東京高判昭46・10・26（判タ275号273頁）、大阪地判昭63・11・18（判タ702号265頁）、広島高判平15・12・22（裁判所ウェブサイト）、長崎地判平19・11・20（判タ1276号341頁）、前掲注（7）・東京高判平27・6・5、東京地判平29・9・22（LEX/DB25547336）、大阪高判平7・3・31（判タ887号259頁）、和歌山地判平29・2・22（LLI/DB07250135）、神戸地判平21・2・9（裁判所ウェブサイト）

イト) など。

- (99) このような問題についての指摘として、遠藤・前掲注(71)196頁、同・前掲注(5)116頁。
- (100) 山本・前掲注(3)184頁参照。
- (101) 遠藤・前掲注(71)196頁。また、このような近時の事例として、事例⑤、前掲注(7)・東京高判平27・6・5、長野地判令4・3・16(LLI/DB07750370)、前掲注(62)・宮崎地判平30・2・22、前掲注(21)・名古屋地岡崎支判平31・3・1など。
- (102) このような問題点の指摘として、波床・前掲注(2)154頁。
- (103) 事実関係が平成20年決定とは大きく異なっており、かつ侵害招致行為と侵害行為の間の時間的間隔が「一連一体」とは言い難いにもかかわらず、平成20年決定の判断枠組みにより正当防衛状況が否定された事例⑥には、このような弊害が現れていると評価することができる。
- (104) 路上で突発的に発生した暴力的闘争の事案であり、被侵害者が侵害を十分に予期していないことが明らかな事例③において、侵害の急迫性を否定するために被侵害者の侵害を予期を重視する検察官の主張には、このような弊害が現れているということが出来る。同判決における検察官の主張の問題点について、南竹要「講学事例そのものの事件でしっかり正当防衛を勝ち取った事例」季刊刑事弁護108号(2021年)164-5頁。
- (105) 清野・前掲注(57)82-3頁。
- (106) 拙稿・前掲注(24)25頁。
- (107) 拙稿・前掲注(24)25-6頁。
- (108) 松澤伸「機能的刑法解釈方法論再論」早稲田法学82巻3号(2007年)164頁参照。