

## 判例研究

# 侵害の予期と急迫不正の侵害の判断基準

法学部准教授 森住 信人

最高裁平成29年4月26日第二小法廷決定・刑集71巻4号275頁

### 【事実の概要】

(1) 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、「今から行ったから待っとけ。けじめとったるから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えられられたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

(2) 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、自宅にあった三徳包丁(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。

(3) 被告人を見つけた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。

第1審(大阪地裁)は、上記事実関係を認め、「被告人には、本件現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的感情にとどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用してAを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であったと認められる」とした。その結果、「被告人には本件攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえるから、被告人には、正当防衛も過剰防衛も成立しない」とし、殺人罪の成立を認め、懲役9年とした。

第2審（大阪高裁）では、被告弁護人は殺害意思と積極的加害意思について争ったが、いずれも第1審事実認定が維持され、控訴棄却となった。

被告弁護人は、第1, 2審には事実誤認があり、正当防衛を認めなかったことについて判例違反であるなどと主張して上告した。

これに対し、最高裁は、被告弁護人の主張が上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、正当防衛及び過剰防衛の成否について、職権で以下のように判示した。

## 【決定要旨】

「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。

前記…の事実関係によれば、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。」

## 【研究】

### 1 本決定の意義

(1) 本決定は、正当防衛における急迫不正の侵害<sup>(1)</sup>について、行為者が侵害を予期している場合、「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」た上で、「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」として「侵害の急迫性」を否定して正当防衛の成立を否定した事例判決である。行為者が侵害を予期している事案において、急迫不正の侵害の有無について、具体的な基準を示したものとして意義が認められる。

また、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められ」ない場合に「侵害の急迫性の要件を充たさない」との表現は、侵害の予期によって急迫不正の侵害を認めない根拠を明示している点でも意義が認められよう。とはいえ、この理由付けが正当防衛の成否の基準の一つとして、正当防衛の成立範囲を不当に制限する場合が生じることも懸念される。今後の判例の動向に注目する必要がある。

### 2 1審の判断と本決定の判断基準との相違

(1) 1審は、被告人が被害者の呼出に応じて出向いた際、「単なる怒りや攻撃的感情にとどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用してAを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であった」とし、「被告人には本件攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえる」として、正当防衛の成立を否定している。1審の判断構造は、被告人が侵害を予期して、その機会を積極的に利用する意思で行われた加害行為のために「正当化される状況にはなかった」としている。急迫不正の侵害が認められないとしない点に違和感を持つが、とはいえ、侵害の予期と積極的加害意思とが認められる場合に急迫不正の侵害を認めない従来の判例の立場に沿うものと考えられる。2審は、1審の事実認定が争われただけで、判断構造については言及していない。

(2) これに対し、本決定は、侵害を予期していながら反撃に出た場合に、急迫不正の侵害の有無をどのように判断するかについて、以下のような基準を提示した。

まず、刑法36条の趣旨を「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」とする。

その上で、「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況を照らして検討すべき」とし、具体的要件として、事案毎に、①「行為者と相手方との従前の関係」、②「予期された侵害の内容」、③「侵害の予期の程度」、④「侵害回避の容易性」、⑤「侵害場所に出向く必要性」、⑥「侵害場所にとどまる相当性」、⑦「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）」、⑧「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」、⑨「行為者が侵害に臨んだ状況」及び⑩「その際の意味内容」等を考慮し、⑪「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」などに、これが前述の「刑法36条の趣旨に照らし許容される」かどうかによって判断するとしている。

本決定で提示された個々の具体的内容の関連・関係性については明らかではないし、これらを「急迫不正の侵害」の判断事情として認めて良いかを検討する必要がある。また、これらの具体的事情を「刑法36条の趣旨に照らし許容される」という基準によって急迫不正の侵害を判断して良いのかという点についても検討を要する。

### 3 過去の判例との整合性と本決定の具体的基準の検討

(1) 行為者が侵害を予期しながらも退避せずに反撃行為を行った場合について、正当防衛の成否は個々の事案によって結論が分かれるのであるが、最高裁昭和46年11月16日判決（刑集25巻8号996頁）（以下、昭和46年判決という）は、「侵害が予め予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」とした。<sup>(2)</sup>

その後、最高裁昭和52年7月21日決定（刑集31巻4号747頁）（以下、昭和52年決定という）は、「単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」として、急迫不正の侵害が認められない場合の要件として、侵害の予期に加えて「積極的加害意思」を示した。しかし、ここでいう「積極的加害意思」が防衛の意思において問題とされる積極的加害意思と内容が異なるのか、<sup>(3)</sup>内容が同じ場合にはどのように取扱いを区別するのかといった点が明らかとは言い難く、昭和52年決定以降の実務に混乱が見られるとの指摘もある。<sup>(4)</sup>とはいえ、実務上は、昭和52年決定によって侵害の予期と積極的加害意思の両方が認められる場合には、急迫不正の侵害が否定されること

になったといえよう。

本決定は、昭和46年判決、昭和52年決定を引用し、侵害を予期しただけで急迫不正の侵害を否定するものではないという点で一致する。また、過去の判例を考察すると積極的加害意思に注目しがちだが、個々の判例においては、本決定が挙げている具体的事情が事案によって考慮されている<sup>(5)</sup>。これらのことから、本決定は、過去の判例において侵害の予期があった場合に、急迫不正の侵害を否定する理由となりうるものをまとめたものといえよう。

(2) 本決定では、具体的事情の関連・関係性が分かりづらい点に問題がある。①～⑩までの要素が⑪積極的加害意思を基礎づけるための事情を列挙したのであれば、侵害の予期と積極的加害意思とが認められる場合が「刑法36条の趣旨に照らし許容」されない場合となり、過去の判例の基準を明確化し、根拠を提示したものと いえよう。ところが、具体的事情の全てが積極的加害意思と係わる事情とも言えない。③「侵害の予期の程度」はそのまま侵害の予期の問題であるし、④「侵害回避の容易性」などは積極的加害意思とは直接的に関係しないであろう。

侵害が回避可能だとしても、昭和52年決定は防衛者の回避義務を否定しており、回避が容易であったからといって回避義務が生じることはないと考えられる。ところが、本決定では、「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」ことも急迫不正の侵害を否定する理由の一つとなっている。回避が容易な場合には回避義務を課すことになる場合、本決定は、従来判例よりも急迫不正の侵害を制限しうる基準を立てているものといえよう。

また、⑦「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）」、⑧「実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同」は、急迫不正の侵害の要件というより、防衛行為の相当性と親和性が高いように思われる。

本決定の個々の要件は必ずしも従来判例で示された積極的加害意思と直接的に関連するとは言い難く、積極的加害意思ではない要素が急迫不正の侵害の判断に影響を及ぼすことになっているようである。これは、良く言えば客観的要素も取り入れて多角的視点から急迫不正の侵害の有無を判断するものといえようが、悪く解すれば個々の事情がどのように結論に影響するかを判然とさせないまま、総合判断の名の下に判断過程をブラックボックスに入れてしまう危険性を孕んでいる。

#### 4 学説の状況との比較

(1) 侵害を予期していた場合における侵害の急迫性の判断について、学説は侵害

が予期されたとしても防衛者に回避義務はない<sup>(6)</sup>として、急迫不正の侵害の存在を肯定し、結果、侵害を予期していても正当防衛が可能となる。もちろん、急迫不正の侵害が認められたとしても防衛の意思や防衛行為の必要性・相当性が認められるかは別の問題である。

侵害の予期と積極的加害意思が認められる場合には「急迫不正の侵害」が認められないとする判例に対して、学説は積極的加害意思といった主観的要件によって客観的防衛状況を判断すべきではないという批判が強い<sup>(7)</sup>。とはいえ、防衛の意思必要説の論者からは、積極的加害意思は防衛の意思を否定する要素として考慮すれば足りるとされ<sup>(8)</sup>、正当防衛の成立を否定するという結論は同じである。しかし、判例は防衛の意思を「防衛状況の認識」と解しているとされる<sup>(9)</sup>ことから、この意味における防衛意思と積極的加害意思とが併存する場合に、どのように処理されるのか判然としないという問題が生じよう。このことから、判例は積極的加害意思を防衛の意思の問題ではなく、急迫不正の侵害の要件としているとの指摘もある<sup>(10)</sup>。これに対し、防衛の意思は攻撃の意図までは併存を認めるが、積極的加害意思がある場合には認められないという主張もある<sup>(11)</sup>。さらには、積極的加害意思は必ずしも主観的要件として自明ではないといった指摘<sup>(12)</sup>もあり、防衛の意思に関する判例の評価に争いがある。

一方、少数ではあるが、判例の立場を肯定するものもある<sup>(13)</sup>。また、積極的加害意思によって急迫性を否定する判例を単に肯定・否定するのではなく、侵害を予期した場合には退避可能性という観点から一定の場合に回避義務を認め、急迫性を否定しないし正当防衛の成立を制限すべきとの主張もある<sup>(14)</sup>。

単に侵害を予期した場合ではないが、自招侵害においては正当防衛の成立を否定しないし制限する見解<sup>(15)</sup>は、一般化していると指摘されている<sup>(16)</sup>。自招侵害も将来の侵害を予期した事案の一類型とすると、積極的加害意思によらずに正当防衛を否定・制限する理論が、翻って侵害を予期した事案に適用可能とする見解が主張される可能性もあろう。

(2) 学説は、積極的加害意思を急迫不正の侵害の判断基準とすることに否定的な見解が多いが、同様の事案であれば防衛の意思必要説からは防衛の意思が欠けるとして正当防衛が否定されることとなる。また、防衛の意思不要説からも積極的加害意思を客観的要素として捉え、正当防衛の成立範囲を制限するという主張<sup>(17)</sup>が見られることから、侵害の予期と積極的加害意思が認められることによって正当防衛が否定される事案については結論的には支持する学説が多いといえよう。

本決定が積極的加害意思のみを要件とすることなく、種々の客観的要素を急迫不正の侵害を判断する具体的事情として取り入れていることが、侵害を予期した事案における急迫不正の侵害の判断を客観化することを意図したものだとする、学説に歩み寄ったものと解することもできよう。

## 5 本決定の結論についての検討

本決定の具体的基準を事案にあてはめた結論を考察すると、いくつかの疑問が生じる。

本決定では、結論として、「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」として、「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」とされている。正当防衛が否定されるための要件を十分に充たしているようにも思われるが、侵害を予期していたとしても実際に攻撃を受けている以上、安易に正当防衛を否定すれば、行為者に逃げるか、反撃して犯罪者になるか、攻撃を受けるかを強いることになることから、慎重な検討が必要である。

結果としては、被告人はAの呼出しに応じて出向き、殺意ある攻撃を加えて、Aを死亡させている。本決定が要求することを被告人が実際に行った場合にどのような事態が予想されるかという観点から、正当防衛の適否を検討するべきである。刑法は行為者に不可能を要求してはならないのである。

被告人がAの呼出しに応じずに家に閉じこもっていれば、Aが被告人の家に押しかけることは、事前のAの行動から明らかである。場合によっては、ドアや窓が壊された上で暴行を振るわれることが予想される。これを回避するためにAの下に赴くと急迫不正の侵害が認められないのであれば、侵害を予期した防衛者の利益を損なうことを法が強制することになりかねない。

当時の状況からは被告人が警察に助けを求めることは可能であったと思われるが、警察の協力での機会においてはAからの攻撃を回避できたとしても、Aからの攻撃を終局的に回避できる可能性は低いように思われる。警察官が現場にいれば、Aは機会をあらためるだけであろう。その後、Aからの攻撃が具体的に予想で

きなかった場合に、警察は被告人からの依頼で防衛しに来るであろうか。また、執拗に攻撃を予告された場合、毎回、警察が必ず救援に来るという保証があるのだろうか。<sup>(18)</sup>

また、防衛時に防衛者は武器を相手に示さなければならないのであろうか。威嚇によって相手が攻撃を断念する場合には武器の示威行動は有効な手段となるが、攻撃者が武器を警戒して攻撃するのであれば状況を悪化させるだけである。不正な攻撃者が手加減せずに攻撃するのに対し、防衛者は攻撃者の生命・身体に配慮して反撃しなければならないとすると、法は不正な侵害者を保護し、防衛者に無理を強いることにならないだろうか。Aのハンマーに対して、被告人が包丁を使用したことが防衛行為として相当ではないと判断されたとしても、それは正当防衛を否定するものではなく、過剰防衛と判断される要素であろう。

## 6 結語

まず、侵害を予期した防衛者の正当防衛の成立を積極的加害意思によって急迫不正の侵害を否定することには反対である。急迫不正の侵害は客観的要素であり、行為者の意思によってその評価が変化するべきではなからう。

また、本決定が示す、諸々の具体的事情を検討して刑法36条の趣旨に照らして急迫不正の侵害を判断するという構造には不安を感じる。本決定では、刑法36条の趣旨を「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」としている。文言上はその通りであるが、実際の判断として「犯罪を予期した場合には警察を呼ばなければならない」ことを意味するのであれば、正当防衛の成立を相当程度に狭めることになりかねないという懸念が生じる。

個々の具体的事情が客観的要件としての急迫不正の侵害と必ずしも直接的に関連するとは思えない点には、正当防衛の成立要件の異なる事情を急迫不正の判断基準にしているように思える。前述したように、防衛行為の相当性を逸脱するかどうかという判断と係わりそうな事情によって、急迫不正の侵害が否定されるのであれば、正当防衛（過剰防衛）の成立を不当に狭めることになる。

また、回避の容易性に依じて回避義務を肯定するという判断構造であれば、回避の容易性を求めるべきではないように思われる。私人の闘争は生じない方が好ましいが、不当な攻撃を被る側に回避義務を課すことには疑問を感じる。被攻撃者は逃げても良いし反撃しても良いという状況は、侵害を予期していても変わらないはず



である。

侵害を予期した場合には、不正な攻撃者にとって危険な防衛行為を禁止し、正当防衛を認めないと判断することになるとするならば、これも認めるべきではない。<sup>(20)</sup> 法が保護すべきなのは、不正な攻撃者ではなく、被攻撃者である。そもそも被攻撃者は防衛できた方が好ましいのであって、侵害を予期したことによって防衛が困難にならなければならないとする方がおかしい要求である。緊急時の防衛のために準備すると正当防衛を認めないとすれば、法は防衛するなどと主張していることと同義ではなかろうか。

本決定の事案では、確かに被告人の悪意もうかがえるが、正当防衛状況が生じた原因を考えると、元々Aの威嚇・攻撃に起因していることを失念すべきではない。<sup>(21)</sup> 被告人が侵害を予期していたとしても、急迫不正の侵害があったことを認めた上で、被告人の行為に正当防衛を否定する、あるいは過剰防衛の成立を認めるといった理論を構成すべきである。

#### 註

- (1) 本決定の評釈として、門田成人「正当防衛の趣旨と『急迫性』の判断方法」法学セミナー750号109頁がある。
- (2) 昭和46年判決は、侵害の予期を急迫不正の侵害の問題とし、積極的加害意思については防衛の意思の問題として捉えている。
- (3) 最高裁昭和50年11月28日判決（刑集29巻10号983頁）は、積極的加害意思で防衛行為に及んだ場合に「防衛の意思を欠く」として正当防衛の成立を否定している。
- (4) 大塚仁＝川上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第2版〕』（青林書院、1999年）347頁（堀越幸男＝中山隆夫）。
- (5) 例えば、昭和46年判決においては「助けを求められたかどうか」や、「回避が容易であったかどうか」が考慮されているし、昭和52年決定はそもそも凶器準備集合罪が問題となっている。また、侵害を予期した上で、その場に待機した事案、攻撃者の下へ出向いた事案と分類し、積極的加害意思との関係を考察するものとして、香城稔磨「正当防衛における急迫性」『刑事事実認定（上）』（立花書房、1992年）263頁以下参照。
- (6) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）235頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）235頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）275頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）155頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）118頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）485頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）210頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）275頁。なお、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）292頁参照。
- (7) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）382頁、大谷・前掲註（6）276頁、山中・前掲註（6）、佐久間・前掲註（6）210頁、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）233頁。
- (8) 大塚・前掲註（8）383頁註（4）、大谷・前掲註（6）282頁。

- (9) 前出註(2)昭和46年判決は、「相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたから」といって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とした。その後、前出註(3)昭和50年11月28日決定は、「急迫不正の侵害に対し自己又は他人」の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても、正当防衛のための行為にあたる」と判示した。
- (10) 山口・前掲註(6)125頁以下。
- (11) 大谷・前掲註(6)282頁。
- (12) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年)134頁。
- (13) 団藤・前掲註(6)235頁, 高橋・前掲註(6)277頁。また、客観的な迎撃態勢によって推測された客観化された積極的加害意思がある場合に侵害の急迫性を否定するという主張もある(川端博『刑法総論[第3版]』(成文堂, 2013年)357頁)。
- (14) 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』(成文堂, 1998年)242頁以下, 248頁以下。さらに、退避可能性ないし容易性によって正当防衛の成立を制限する見解として、前田雅英『刑法総論講義[第6版]』(東京大学出版会, 2015年)254頁, 佐伯・前掲註(12)135頁, 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(2007年)305頁以下参照。
- (15) 論者によってその根拠は異なるが、例えば、大塚・前掲註(8)385頁, 大谷・前掲註(6), 西田・前掲註(6)163頁, 山口・前掲註(6)126, 127頁, 松原芳博『刑法総論[第2版]』(成文堂, 2017年)171頁, 橋爪・前掲註(14)305頁以下, 325頁, 高山佳奈子「正当防衛論(下)」法学教室268号(2003年)70頁, 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学27巻2号(1984年)211頁以下など。
- (16) 山口・前掲註(6)126頁以下, 松原・前掲註(15)170頁。
- (17) 積極的加害意思に基づく十分な迎撃態勢を準備でき、かつ迎撃可能であったことによって、急迫不正の侵害が認められないとする(山中・前掲註(6)486頁, 前田・前掲註(14)254頁, 山口・前掲註(6)127頁以下, 松宮孝明『刑法総論講義[第5版]』(成文堂, 2017年)139頁)。なお、このような判断としても急迫不正の侵害を否定することに反対するものとして、曾根威彦『刑法の重要問題[総論]第2版』(成文堂, 2005年)96頁, 佐伯・前掲註(12)135頁。
- (18) 門田・前掲註(1)109頁は、「公的機関による十全な法益保護が機能していることが前提であるとし、それは適わないのであれば「不正な侵害から身を守る最低限の反撃は当然に私人に権利として認められるべき」とする。
- (19) 防衛者に危険な防衛行為を制限するとしたら、防衛者が攻撃者よりも圧倒的に優位な場合だけであろう。
- (20) 正当防衛状況の作出という点で自招侵害と侵害の予期とは区別され、この相違が正当防衛の成立を制限する根拠になるものと考えられる。