九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

正当防衛における侵害の予期 : 最決平成二九年四月二六日の及ぼす影響について

井上, 宜裕
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/2333974

出版情報：法政研究. 86 (1), pp.1-12, 2019-07-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

研究ノート

正当防衛における侵害の予期
―最決平成二九年四月二六日の及ぼす影響について―

井　上　宜　裕

序論　最高裁平成二九年四月二六日決定の下級審への影響
　1　最高裁平成二九年四月二六日決定
　2　仙台地裁平成二九年九月二二日判決
Ⅰ　正当防衛における侵害の予期
　1　侵害の予期と急迫性
　2　侵害回避義務論
Ⅱ　刑法三六条の趣旨
結論　刑法三六条と罪刑法定主義

序論　最高裁平成二九年四月二六日決定の下級審への影響

1　最高裁平成二九年四月二六日決定

正当防衛における侵害の予期に関して、最高裁は、驚くべき決定を下した。それが、最高裁平成二九年四月二六日決定（刑集七一巻四号二七五頁）である。本決定は、積極的加害意がなくても急迫性が否定される余地を肯定した上、「刑法三六条の趣旨」として、正当防衛を「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」に限定する方向性を示した。

本稿では、まず、刑法三六条の解釈論をめぐる本決定の内容を概観し、本決定が下級審に与えた影響を精査する。その上で、侵害の予期がある場合の処理について、判例の動向を批判的に分析する。(1)

まず、最決平成二九年四月二六日(2)の内容について、確認しておく。

事案の概要は、以下の通りである。

被告人は、知人であるA（当時四〇歳）から、平成二六年六月二日午後四時三〇分頃、不在中の自宅（マンション六階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同

月三日午前三時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行ったるから待っとけ。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る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、同日午前四時二分頃、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・8㎝）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一回強く突き刺して殺害した。

最高裁は以下のように判示して、正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した原審を支持している。

「刑法三六条は、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（最高裁昭和四五年（あ）第二五六三号同四六年一一月一六日第三小法廷判決・刑集二五巻八号九九六頁参照）、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（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二一日第一小法廷決定・刑集三一巻四号七四七頁参照）など、前記のような刑法三六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。」

以上が最高裁平成二九年決定の概要である。本決定で注目すべきは、侵害の予期がありかつ積極的加害意思がある場合に侵害の急迫性を否定する従来の判例の枠組を超えて、積極的加害意思の存在を急迫性が否定される一例と位

置づけた点、及び、「刑法三六条の趣旨」として、正当防衛を「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」に限定しようとしている点である。

2　仙台地裁平成二九年九月二二日判決

上述の最高裁平成二九年決定は、下級審に大きな影響を及ぼしている。中でも、仙台地判平成二九年九月二二日（裁判所ウェブサイト）[3]には、如実にその影響を看取することができる。

本件の事案は、次のようなものであった。

被告人Xは、東日本大震災復興事業工事従事者仮設施設に居住していた者であるが、同僚であるO（当時五六歳）が模造刀（全長約１００㎝、刃渡り約74㎝）を持ってX方居室を訪れ、Xに対し「顔貸せ」と言ったのに応じ、Oに追随して、前記仮設施設に隣接するD営業所東側駐車場に赴き、平成二八年八月二四日午後九時五〇分頃、同所において、Oに対し、殺意をもって、その腹部及び左側胸部を刃体の長さ約16㎝の包丁で刺すなどし、よって同日午後一一時二九分頃、T大学病院高度救命救急センターにおいて、Oを創からの出血により死亡させて殺害した。

仙台地裁は、以下のように判示して、正当防衛の成立を否定した。

「1　問題の所在

検察官は、Xの本件行為について、Xは警察などの公的機関の保護を求めることが十分できたから急迫性の要件は充たされないとし、弁護人は、本件駐車場でOが振り向きざまに突然Xに切りかかってきたものであるから、急迫不正の侵害があると主張するので、本件行為は急迫性の要件が充たされないものであるか検討する。

2　関係証拠によれば、以下の事実が認められる。

(1)　XとOとの従前からの関係等

XとOは、いずれもダンプカーの運転手として稼働しており、平成二五年一月頃に、口論から、XがOの腹部等を果物ナイフで切りつけてけがをさせるという出来事があった。その後、X及びOは、東日本大震災復興事業工事従事者仮設施設（以下「本件宿舎」という。）に転居したが、両名は、互いに傷つけ合うというようなトラブルはなかったものの、良好な間柄ではなかった。

本件当時、両名は本件宿舎に居住しており、Xの居室は本件宿舎二階の二〇一号室、Oの居室は同じく二〇五号室であった。本件宿舎には、X及びOのほかにも同僚が居住していた。

(2) 本件直前の状況

Xは、本件の前、焼酎（アルコール度数25度）をロックで三、四杯程度飲み、睡眠薬を一錠服用した。

その後、OがX方居室に来訪し、Xが同居室のドアを開けると、Oは、抜き身状態の刃体部分を肩に担ぐようにして本件模造刀を持っていた。その柄をつかんでいたOの右手にはタオルが巻き付けられていた。本件模造刀は、全長約100㎝、刃渡り約74㎝のものであった。

Oは、X方居室の外から、Xに対し『顔貸せ』と言って呼び出した。Xは、Oにけんかを売られている、本件模造刀で切りかかってくるかもしれないと思い、X方居室内にあった本件包丁をパンツに挟んで隠し持ち、Oの後ろに付き従ってX方居室を出て、階段を下りた上、本件宿舎を出て、現場となる本件駐車場に赴いた。

(3) 本件駐車場における状況

弁護人は、Oが本件駐車場において本件模造刀で突然Xに切りかかってきた旨主張するところ、Xは、Oが本件模造刀を持った右手を振り下げたとは供述するが、これで切りかかってきたとは供述しておらず、また、Xの身体にOが突然切りかかってきたことをうかがわせるような負傷が見当たらないことからすると、Oが弁護人の主張するような態様で切りかかってきたとは認められない。しかし、Xが腰の高さで本件模造刀の刃体部分を左手でつかんだ旨供述していること、本件犯行後の職務質問の際、Xが警察官に対し、本件の犯行状況に関して、Oが模造刀を向けてきた旨説明していたこと、（……）、本件時、被告人には、意識狭縮が認められ、怒り、恐怖などの強い情動が生じる事態が招来していたものと推認されることに徴すると、OがXに本件模造刀の切っ先を向けて突き出してきた疑いがあるということはできる。

（……）

3 以上の事実を前提に検討すると、Xは、Oの呼出しに応じてX方居室を出て、本件駐車場に赴けば、Oから本件模造刀で切りかから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、Oに続いて自ら本件駐車場に赴き、O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、X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三六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、Xの本件行為は、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。

4　以上の次第であるから、①Xには、本件駐車場におけるOの本件模造刀による攻撃の存否あるいは本件模造刀の殺傷能力の程度に誤想があるから、誤想防衛が成立する、②Xには過剰防衛が成立する旨の弁護人の主張について判断するまでもなく、本件について、正当防衛は成立しない。」

このように、本判決は、正当防衛を「公的機関による法的保護を求めることができないとき」の手段とする「刑法三六条の趣旨」を掲げている他、最高裁平成二九年決定が列挙した侵害の急迫性の存否を検討する際の考慮事情を縷々検討した上で、侵害の急迫性を否定しており、最高裁平成二九年決定を忠実に墨守したものといえる。

他にも、例えば、前橋地判平成二九年九月六日（法セミ七六六号一二九頁）は、侵害の予期がある事案において、被告人に積極的加害意思を認めた上で、「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（刑法三六条）の趣旨に照らして許容されるものとはいえない」として、侵害の急迫性を否定した。[4]

また、名古屋地岡崎支判平成二九年一〇月二七日（公刊物未登載）でも、上述の「刑法三六条の趣旨」に従って、侵害の急迫性が否定されているようである。[5]

以上のように、最高裁平成二九年決定の影響が着実に下級審に現れてきているのが見て取れる。

Ⅰ　正当防衛における侵害の予期

1　侵害の予期と急迫性

(1)　積極的加害意思と急迫性

上述の通り、従来の判例[6]は、侵害の予期を前提に、積極的加害意思が伴う場合に侵害の急迫性を否定するという立場を取っていた。これに対し、最高裁平成二九年決定は、さらに進んで、積極的加害意思がない場合にも侵害の急迫

性が否定される余地を認めている。

侵害の予期と急迫性をめぐっては、積極的加害意思の存在を根拠に侵害の急迫性を否定する、従来の判例の立場にそもそも問題があるといわざるを得ない。

この積極的加害意思論によれば、侵害の急迫性の存否を吟味する際、実行行為以前の状況を評価対象とすることになる。しかしながら、犯罪の構成要素は実行行為時を基準に判断されるべきであり、これは、行為主義の必然的要請である。

また、以前から指摘されているように、行為者の主観に本来客観的であるはずの急迫性の存否が依存することになる点にも疑問が残る。[7] 防衛行為の要件ではなく、正当防衛状況に関する要件が行為者の主観によって左右されることの問題性は、緊急救助の場合の処理等に鑑みれば、一目瞭然である。

やはり、侵害の急迫性とは、「法益の侵害が間近に押し迫ったこと即ち法益侵害の危険が緊迫したこと」[8]を指すのであり、判例は、「侵害があらかじめ予期されているものであるとしても、そのことから直ちに急迫性を失うものではな」[9]く、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない」[10]とする立場を堅持すべきであろう。

このように、従来の判例の拠って立つ積極的加害意思論ですら多くの問題を孕んでいるが、さらに進んで、侵害の予期がある場合に広く侵害の急迫性を否定する余地を認める最高裁平成二九年決定は、よりいっそう大きな問題を抱えているといえよう。

(2) 難解な法律概念としての正当防衛

付言すれば、司法研究報告書『難解な法律概念と裁判員裁判』[11]において、正当防衛が「難解な法律概念」と位置づけられていることにも違和感がある。[12]

侵害の予期がある場合の積極的加害意思、及び、専ら攻撃の意思について、従来の判例の立場に依拠すれば、前者は侵害の予期の時点で要求され、急迫性の存否が問題となるのに対し、後者の判断時期は防衛行為時で、防衛の意思の存否が問題になるはずである。

この点について、上記報告書は、このような類似の概念について、混乱なく裁判員に理解してもらうことは困難と

いうほかはないとし、積極的加害意思も専ら攻撃の意思も、正当防衛はもちろん過剰防衛にもならないという同一の法律効果を有すること、及び、それぞれを認定するために考慮される間接事実がかなり共通していることから、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」（正当防衛状況性）という大きな判断対象を示し、これを念頭に置いて検討を進めることが適当ではないかとする。その上で、同報告書は、裁判員に積極的加害意思や専ら攻撃の意思という用語を使用して判例理論を補足的に説明しても、「積極的」とか「専ら」という意味や基準に戸惑うだけで、却って議論が混乱するとし、裁判員は、「被告人の行為は、その行為が相手方からの侵害に触発されたという経緯があることを除けば、通常の暴行や傷害、殺人などの加害行為と異なることはないと見ることができるか、すなわち正当防衛や過剰防衛が認められる余地はないといえるか」を常識に照らして判断すれば足りるとしている。[13]

現にこの提言に従い、各要件を挙げるのではなく、「正当防衛が認められるような状況にあったかどうか」を問題とする判例[14]も散見されるが、この点に関しては、批判も強い。

まず、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」という大きな判断対象を示す点について、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」は、「大まかな印象」で判断されるべきではなく、刑法三六条の要件である「急迫不正の侵害」に即して、具体的に判断すべきであり、それを裁判員に分かるように説明した上で判断を求める以外にはないとされ、「大まかな印象」による判断は単なるラフな判断にすぎず、それと裁判員による判断とが同視されてはならないとの指摘[15]がある。

また、「正当防衛か否か」を端的に問題とすることは、印象論的に結論を導くおそれがあり、特に、無罪か有罪かという二者択一的に判断されることになると、正当防衛が違法阻却であり、責任阻却ではないという基本的な理解が崩壊すると論難[16]される。

この点、違法阻却事由の規定は被告人に不処罰を保障するものであり、その範囲を明文によらずして縮小することは、明文によらない処罰範囲の拡大と同義であって、罪刑法定主義に反することになる。「印象論」による判断が、刑法三六条の文言を踏み越えて、被告人に不利益な解釈をもたらしうるものであるとすれば、大いに問題というべきであろう。

2　侵害回避義務論

最高裁平成二九年決定には、近時有力に展開されている侵害回避義務論の影響が見られる。この主張は、次のようなものである。即ち、「侵害の予期の存在は、利益衝突状況の事前の回避可能性・容易性を根拠づけるものであり、正当防衛を許すべき状況といえるか否かを規範的に判断する一事情」とし、「たとえば、現場に向かえば拳銃や日本刀などを用いて侵害されることが必至と認識しつつ、あえて現場に向かった場合（出向き型）、喧嘩相手から『今からすぐそちらに行く』と電話で告げられ、これまでの経緯から、相手が凶器を持参して来襲することが確実と認識しつつ、迎撃態勢を整えて待機している場合（待ち受け型）などについては、侵害の時期・態様について相当に具体化された予期が認められる以上、侵害の予期があったものとして、その際に正当な利益を犠牲にすることなく侵害回避が可能であれば、侵害回避義務が課せられることになる」[17]と。

しかし、この侵害回避義務論に対しては、実行行為でない義務違反を根拠に犯罪の成立を認めるものではないかとの批判の他、次のような指摘もある。即ち、正当防衛の場合、侵害が事前に予期されていても、防衛者に退避義務、及び、警察等への事前の通報義務はないとされ、「これらの義務を認めるならば、いつもの散歩のコースに暴漢が待ち伏せていることを知った人物はお気に入りの散歩を中断して警察に駆け込まなければならないか、あるいは散歩コースを変えるかのいずれかの義務を負うことになって、このような形で不正への譲歩を強いられ、散歩を楽しむという市民の正当な権利行使や行動の自由が制限されてしまう」[18]とされる。

やはり、そもそも何ら不利益を受けるいわれのない者に義務を負わせる構成は疑問といわざるを得ない。一般的な不救助罪規定を有する法制の下ならともかく、そうでない日本においてこのような義務を肯定するのには無理があろう。[19]

Ⅱ　刑法三六条の趣旨

最高裁平成二九年決定の問題性は、刑法三六条の趣旨を「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

理解し、正当防衛を自力救済禁止の例外[20]として捉えている点にも表れている。

ここでいう「刑法三六条の趣旨」については、予期のある場合に限ってみても疑問が残るが、これを正当防衛一般に妥当するものと考えることは到底許されないであろう。

自力救済禁止の例外という説明は、本来、自救行為の際に用いられるものである。広義においては、自救行為も正当防衛や緊急避難と同様、緊急行為の一種といえるが、両者には決定的な違いがある。前者では、過去の侵害に対する救済が問題となるのに対し、後者は、侵害自体が急迫ないし現在している場合である。過去の侵害であれば、原則として法的手続による権利回復が要請されるのは当然であるが、侵害の急迫性及び危難の現在性は、これとは全く性質を異にする。

確かに、正当防衛のような緊急行為において、その趣旨は、「緊急のばあいにおいて、法による本来の保護を受ける余裕のないときに許される。すなわち法秩序の侵害の予防または回復を国家機関が行ういとまのないばあいに、補充的に私人にこれを行うことを許すものである[21]」という説明がなされることもある。

しかし、この説明が意味するところは、「国家機関が法秩序の侵害の予防または回復をはかる暇のない緊急の場合に正当防衛権を認めるというものであり、私人が『公的機関の法的保護を求めることができない』場合に限り正当防衛権を認めるものではない[22]」のである。

いずれにしても、正当防衛においては、補充性は要求されないのであって、公的機関による法的保護を求めることが期待できる場合であっても、正当防衛権の行使は可能である。例えば、突然暴漢に襲われた場合、仮に隣に警官が立っていたとしても、すぐそばに交番があったとしても、反撃は許容されうるのである。さもなければ、正当防衛権は画餅に帰することになるであろう[23]。

結論　刑法三六条と罪刑法定主義

以上、侵害の予期がある場合の正当防衛に関して、判例の動向を中心に批判的分析を試みた。最高裁平成二九年決定は、その前提とする「刑法三六条の趣旨」もさることながら、積極的加害意思論の枠を超えて、侵害の急迫性を否定するものであって、その問題性は大きいといわざるを得ない。急迫性の否定は、正当防衛のみならず、過剰防衛の

余地すら奪うことになるだけに、実際上の問題も小さくない。さらに、この決定を墨守する下級審裁判例が散見されるに至って、問題はより深刻化している。

なぜこのような判例理論が生じ、正当防衛論が複雑化していくのであろうか。条文から明確に導出し得ない判例固有の判断基準を前にすれば、正当防衛は難解な法律概念ということになるのかもしれない。しかし、翻って考えれば、正当防衛概念自体が難解なわけではなく、[24]むしろ、難解なのは正当防衛をめぐって展開されている判例理論と解することもできるのではないか。[25]

結局、一般市民である裁判員が当該条文から読み取れないような基準は、いかにこれまでの判例理論に適っていたとしても用いられてはならないのであり、裁判員裁判の導入は、罪刑法定主義に忠実な実務に回帰する契機と位置づけられるべきであろう。[26]

さらにいえば、刑事裁判に市民の多様で柔軟な意見を取り入れるという裁判員制度の意義に鑑み、立法論的には、裁判員法六条を改正し、現在、職業裁判官の専権事項とされている「法令の解釈」も「法令の適用」同様、裁判官と裁判員の合議によるとすることも一考に値するといえよう。[27]

（1）本稿は、二〇一九年一月二二日（火）、福岡高等裁判所で開催された、平成三〇年度合同判例研究会において行った、「正当防衛における侵害の予期―最決平成二九年四月二六日の及ぼす影響について―」と題する研究報告に加筆、修正したものである。当日は、裁判官三〇名を含む、四〇名以上の参加者を得て、質疑応答を通じて貴重な意見交換ができた。ご質問頂いた諸氏にはここで改めて謝意を表したい。

（2）最決平成二九年四月二六日を評釈したものとして、門田成人「判批」法セミ七五〇号（二〇一七年）一〇九頁、木崎峻輔「判批」筑波七四号（二〇一八年）四一頁、是木誠「判批」警論七〇巻八号（二〇一七年）一八四頁、坂下陽輔「判批」判時二三六二号（二〇一八年）一六九頁、島田美小妃「判批」新報一二五巻一＝二号（二〇一八年）一二九頁、照沼亮介「判批」法教四四五号（二〇一七年）四八頁、中尾佳久「判批」ジュリ一五一〇号（二〇一七年）一〇七頁、波床昌則「判批」刑ジャ五四号（二〇一七年）一四八頁、成瀬幸典「判批」法教四四四号（二〇一七年）一五八頁、橋田久「重判解」ジュリ臨時増刊一五一八号（二〇一八年）一五四頁、前田雅英「判批」捜研六六巻七号（二〇一七年）一四頁、森住信人「判批」専修ロー一三号（二〇一七年）一一三頁がある。その他、最高裁平成二九年決定を素材として正当防衛論を検討するものとして、大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程―最高裁平成二九年決定を手掛かりとして―」判時二三五七＝二三五八号（二〇一八年）一三頁以下、大谷實「自

招侵害と正当防衛論―最高裁第二小法廷平成二九年四月二九日決定に関連して―」判時二三五七＝二三五八号（二〇一八年）六頁以下、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」判時二三三六号一四二頁以下、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判時二三五七＝二三五八号（二〇一八年）一九頁以下、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」法教四五一号（二〇一八年）二六頁以下、高橋則夫「『急迫性』の判断構造―最高裁平成二九年決定をめぐって―」研修八三七号（二〇一八年）三頁以下、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？（一）・（二・完）」立命三七四号（二〇一七年）一五三六頁以下、同三七七号（二〇一八年）一五六頁以下等参照。

(3) 仙台地判平成二九年九月二二日の評釈として、井上宜裕「判批」Watch 二二号（二〇一八年）一八九頁がある。

(4) 前橋地判平成二九年九月六日の評釈として、門田成人「判批」法セミ七六六号（二〇一八年）一二九頁がある。

(5) 松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命三七七号（二〇一八年）九八頁以下参照。なお、控訴審である、名古屋高判平成三〇年三月二六日（公刊物未登載）では、「喧嘩両成敗」を根拠に「急迫性」を否定したようである（同論文九八頁注1）。

(6) 最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁等。

(7) 浅田和茂『刑法総論〔第二版〕』（成文堂、二〇一九年）二二五頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、一九八六年）三三三頁等。

(8) 最判昭和二四年八月一八日刑集三巻九号一四六五頁等。

(9) 最決昭和四六年一一月一六日刑集二五巻八号九九六頁。

(10) 上記最決昭和五二年七月二一日。

(11) 司法研修所『難解な法律概念と裁判員裁判（司法研究報告書・第六一輯第一号）』（法曹会、二〇〇九年）。

(12) 井上宜裕「裁判員裁判と難解な法律概念―正当防衛―」犯刑二一号（二〇一一年）二九頁以下参照。

(13) 司法研修所・前掲注（11）二四頁以下。

(14) 最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八五九頁等。

(15) 浅田和茂「裁判員裁判と刑法―『難解な法律概念と裁判員裁判』を読む―」立命三二七・三二八号（二〇一〇年）一四三三―一四三四頁。

(16) 高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈―司法研究報告書を素材に―」刑ジャ一八号（二〇〇九年）五頁。

(17) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、二〇〇七年）三一〇頁。また、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（第一巻）』（成文堂、一九九八年）二四二頁以下、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上巻）』（判例タイムズ社、二〇〇六年）一〇一頁以下等参照。

(18) 松宮孝明『刑法総論講義〔第五版〕』（成文堂、二〇一七年）一四五頁。

(19) 井上・前掲注（3）一九一頁。

(20) 最高裁平成二九年決定のように、正当防衛を自力救済禁

止の例外と捉える見解として、小林充＝香城敏麿編『刑事事実認定―裁判例の総合的研究（上）』（判例タイムズ社、一九九二年）二七二頁以下［香城敏麿］、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法教三八七号（二〇一二年）一四頁以下、同「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法三五巻二号二四〇頁以下等参照。

(21) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社、一九九〇年）二三二頁。

(22) 山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助義務は認められるか？（1）」前掲注（2）一五三九頁。

(23) 井上・前掲注（3）一九二頁。

(24) 小坂井久「難解な法解釈と裁判員裁判―正当防衛に関する模擬裁判を通して―弁護人の立場から―」刑ジャ一〇号（二〇〇八年）八五頁。

(25) この点に関連して、浅田・前掲注（15）一四三三頁は、積極的加害意思がある場合に急迫性を否定する判例について、「急迫性の有無は客観的に判断すべきであるという学説からの厳しい批判があり、むしろこの判例にこそ問題がある。このような判例の立場を裁判員が理解できないのは当然であり、判例の変更を要すると考えるべきであろう」と述べている。

(26) 井上・前掲注（12）四五頁。

(27) 井上・前掲注（12）四二―四三頁。