HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

| | |
|---|---|
| タイトル | 暴力団員と電話で言い合いになり「今から来い」と発言したところ、自宅敷地内に不法侵入されて弟とともに暴行されたため、弟の身体を防衛するためシースナイフで殺害した場合について、正当防衛状況を肯定したうえで、盗犯等防止法第一条第一項三号の許容する相当性の限度を超えているとして過剰防衛を認めた事例 |
| 著者 | 神元，神元；KANMOTO，Takayoshi |
| 引用 | 北海学園大学法学研究，51(2)：205-216 |
| 発行日 | 2015-09-30 |

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資　料

# 〈判例研究〉暴力団員と電話で言い合いになり「今から来い」と発言したところ、自宅敷地内に不法侵入されて弟とともに暴行されたため、弟の身体を防衛するためシースナイフで殺害した場合について、正当防衛状況を肯定したうえで、盗犯等防止法第一条第一項三号の許容する相当性の限度を超えているとして過剰防衛を認めた事例

千葉地裁平成二六年一〇月二二日判決
（平成二六年（わ）第六〇号：殺人被告事件）
（判例集未登載）

神　元　隆　賢

**【事実の概要】**

被告人は、暴力団甲一家に所属する暴力団員Aから貸していた金を返してもらおうと考え、平成二六年一月二日の午後八時四八分頃及び同日午後九時三分頃の二度にわたり、甲一家の本部事務所に電話をかけた。甲一家所属の暴力団員であ

る被害者及びBは、被告人が正月早々に本部事務所に電話をかけてきたことを聞いて腹を立て、被告人との電話で怒鳴ったところ、被告人は、被害者及びBに対し、甲一家を軽んずるような発言や「今から来い」という趣旨の発言をした。これに憤激した被害者及びBは、Aを呼び出して被告人方まで案内させ、同日午後九時三〇分頃、被告人方敷地内に普通乗用自動車で乗り入れた。一方、被告人は、被告人の弟で暴力団乙組に所属する暴力団員Cに対し、甲一家の者と電話で言い合いになり、来るかもしれない旨を伝え、Cが被告人方に来ることになった。被害者は、上記自動車から降りると、被告人方敷地内にいたCの名字を確認するやいなや、その場でCの頭部及び顔面を複数回殴りつけ、その腰や大腿部付近を蹴りつけてCを地面に倒し、さらに、その背中付近を足で踏みつけるようにして蹴るなどの暴行を加え、Cはうつぶせの状態になった。同じ頃、Bは、物音を聞きつけて勝手口に出てきた被告人の頭部及び顔面を複数回殴りつける等して被告人を地面に倒し、さらに、その左半身を殴る蹴る等の暴行を加え、うつぶせになった被告人の背中を手で押さえ、さらにBに代わってAが被告人の背中を手で押さえた。被告人は、Cが被害者から暴行を受けている状況などを見て、Cの身の危険を感じ、勝手口付近にあらかじめ置いていたシースナイフ（刃体の長さ約二〇センチメートル）を持ち出し、Cの身体を防衛するため、被害者に対し殺意をもってその右側腹部をシースナイフで突き刺し死亡させた。

以上の事案につき、正当防衛状況の有無、防衛行為の相当性等が争われ、検察官は、被害者とBが被告人及びCに暴力を振るったのは、被告人の言動が原因であること、被告人は被害者らが押しかけてくることを予期して、それに対抗するための準備をして待ち構えていたこと、被告人及びCと被害者らがけんか闘争状態にあったことを理由に、被告人は正当防衛が認められる状況にはなかったと主張した。

**【判旨】**

有罪（懲役七年六月）。

まず、正当防衛状況にあったかについては、以下のように判示してこれを肯定した。「被告人は被害者らに対して、甲一家を軽んずるような発言及び『今から来い』という趣旨の発言をしたことが認められ、かかる発言が被害者らによる暴行を招く要因となったことは明らかである。

しかし、……被告人が正月に本部事務所に電話をかけたこ

とに腹を立てた被害者らの方から先に被告人に対し荒っぽい言葉や激しい口調で被告人に絡んでいったという流れは何ら不自然ではない。これに加えて、被告人は被害者らが暴力団組員であることを認識していたとしても、それまで何ら面識もない人物であり、被告人としては、被害者らが被告人方の場所を知らないと考えても不自然ではないことも考え合わせると、被告人の上記発言は、被告人からけんかを売ったというよりは、被告人から見れば理不尽な怒りに基づく被害者らの発言に対して、いわば売り言葉に買い言葉として誘発されたものと見る余地が多分にあるというべきである。

したがって、被告人の上記発言をもって、被告人の方から被害者らに対し挑発を仕掛けたものとは認められず、自ら侵害を招いたものとして正当防衛が許される状況には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ない。

……被告人は、……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ことは明らかである。……しかし、……上記のとおり、被害者らは、被告人と面識はなく、被告人方の場所も知らないのであって、……酒に酔った勢いによる単なる脅しであってわざわざ被告人方に本当に来ることはないのではないかと被告人において考えた可能性は十分にある。また、被害者らが被告人方に到着した際、Cは特に武器等を所持することなく勝手口付近に立っていただけであり、被害者らが被告人方に押しかけて来ることを確実に予期して待ち受けていたにしては無防備であるとの感を否めない。……被告人は、被害者らが被告人方に来る可能性があることは認識しながらも、その程度としては、確実と認識していたとまでは認められず、来るかもしれないし来ないかもしれないといった程度にとどまるというべきである。このような被告人の予期の程度を前提にすれば、被告人は警察へ通報すべきであったとか、被告人の生活拠点である被告人方から逃げることをすべきであったというのは甚だ酷であり、このような行動をとらなかったが故に正当防衛が許される状況であったことを否定することは相当ではない。……被告人が本件シースナイフを勝手口付近に準備していた点についても、被告人の予期の程度は上記のとおりである上、被告人ははじめから本件シースナイフを持って被害者らに応対しているわけではないことからすると、万が一に備えて準備していたにすぎないと認めるのが相当であり、本件シースナイフを使用して積極的に被害者らに対する殺傷行為に及ぼうとしていたとも認められない。

……上記のとおり、被告人は被害者らが被告人方に来ることを強く予期していたわけではなく、また、Cに甲一家ともめたことを伝えたり、本件シースナイフを勝手口付近に準備したりしたのも、万が一に備えてのことであって、被告人及びCにおいて、被害者らが被告人方に来ることを待ち構えて被害者らとけんかをする気でいたとは認められない。確かに、……Cは、甲一家のXだと名乗った被害者に対し、乙一家のCだと名乗っていることや、被害者又はBから暴行を受けたのに対し被告人又はCが被害者らをつかんだりこぶしを突き出すような行動に出たことが認められる。しかし、Cは無防備な状態で立っていただけであり、属する暴力団組織や名前を名乗り合ったことから直ちにけんかに及ぶ気満々だったとは認め難い。また、被告人又はCの被害者らに対する上記行動は被害者らの先制攻撃に応じたものである上、その態様も被害者らの攻撃と比較して微弱であって、そのような行動から被告人及びCと被害者らが対等な立場でけんかをしていたとも認められない。

……検察官が主張する諸点はいずれも正当防衛が認められる状況にあったことを否定するようなものではない上、それらの点を総合して考慮してもなお、被告人に正当防衛が認められる状況になかったということはできない。」と。

次に、防衛行為の相当性については、以下のように判示してこれを否定し、過剰防衛の成立を認めた。「被害者らは凶器を用いてはいないものの、被害者は被告人よりも約一七センチメートルも身長が高く体格において格段に優れていたことや、現に本件刺突行為に至るまでの間、被告人及びCは被害者及びBにまともな反撃をすることもできずに一方的に殴る蹴るの暴行を受けていたこと、被告人は万が一に備えて本件シースナイフを準備していたことなどからすると、被告人が本件シースナイフを手に持って防衛行為に出たこと自体は必ずしも不当であるとはいい難い。

しかし、本件刺突行為の直前の時点では、被害者はCの背中に足を乗せているにとどまり、現に殴る蹴るの暴行を加えていたわけではなかったことを考慮すれば、被告人において、殺意をもって被害者を死亡させる可能性が極めて高い行為に及ぶことは、当時のCの身体に対する危険の切迫した状況からして必要最小限度の行為とはいえず、被害者らは被告人方敷地内に不法に侵入したものであって、本件が盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律一条一項三号に該当することから、刑法第三六条一項における防衛手段としての相当性よりも緩やか

に相当性を判断することを踏まえても、防衛行為として許容される限度を超えたものであって、正当防衛は成立しない。……被告人が被害者を殺害した行為は、正当防衛が認められる状況でなされたものではあるが、防衛行為として許容される限度を超えているといえるから、過剰防衛が成立する。」と。

## 【評釈】

一　本件で問題となるのは、以下の二点である。

第一は、本件では、被告人が被害者らに対して甲一家を軽んずるような発言及び「今から来い」という趣旨の発言をする第一行為、被害者らが被告人及びCを暴行する第二行為、被告人が被害者をシースナイフで刺殺する第三行為という三つの行為の存在が認められるところ、これが、防衛行為者が挑発するなどして自ら不正の侵害を招き（自招行為）、これに乗った被害者から攻撃される（攻撃行為）ことで正当防衛の状況を作り出し、これへの反撃として被害者を攻撃する（防衛行為）という、いわゆる自招侵害（自招防衛）に当たるとして、正当防衛や過剰防衛を否定することになるかという点である。(1)

これにつき、判例は、自招行為があったとしても正当防衛は成立しうるとするが、(2)防衛行為者が「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」すなわち積極的加害意思で侵害に臨んだ場合には、急迫性の要件を欠くとして正当防衛の成立を否定している。最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁は、中核派に属する被告人らが、かねて対立関係にあった革マル派などの学生らの生命、身体に害を加える目的で凶器を持って集合し、押しかけてきた革マル派などの者一〇数名を滅多打ちにするなどして撃退後、反撃に備えてバリケードを築き、再び押しかけてきた革マル派の者達をバリケード越しに応戦した事案について、この応戦が正当防衛にあたるかが争われたところ、「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と解するのが相当であり、……しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、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」として、正当防衛の成立を否定した。自招行為に続く被害者の攻撃行為（侵害）が予期され、かつ防衛行為者に積極的加害意思がある場合には、防衛行為は急迫性を欠くから正当防衛にならないと言うのであろう。これに対し、大阪高判平成一四年七月九日判時一七九七号一五九頁は、被害者からの攻撃行為を被告人が予期していたとしても、終始被害者の行為に対応する範囲内の防衛行為にしか出ていない場合には、積極的加害意思まで認めることはできないとして、急迫性を否定せず正当防衛の成立を認めた。積極的加害意思は被告人の主観的要素であるから、判例が言うような急迫性の要素ではなく、むしろ防衛の意思の要素であって、積極的加害意思（攻撃の意思）があるならば防衛の意思は併存しえず否定され、従って正当防衛も成立しないとする余地もある。実際に、「憤激」により反撃した事案について防衛の意思を否定した判例もかつては見られた[3]。しかし、その後の判例は立場を転じ、防衛の意思としては、自らの行為が防衛に向けられていることの認識、いわゆる防衛の認識があれば十分で、攻撃の意思が併存していたとしても防衛の意思は認めうるとしており[4]、それ故、今日の判例は、防衛の認識を前提とした積極的加害意思は、防衛の意思ではなく急迫性の要素であると解しているのであろう。もっとも、学説上は、行為者が自招行為時において自招侵害性を認識していないとしても、「一連、一体の事態」という客観的な事情があるならば急迫性を欠くとする余地があるとする主張もある[5]。積極的加害意思を、自招侵害を招来しようとする意思、言うならば主観的自招侵害性と位置づけるならば、「一連、一体の事態」という客観的自招侵害性の有無を問題とする余地も当然にあろう。すなわち、積極的加害意思を欠いていたとしても、客観的自招侵害性があるならば、過失による自招行為がなされたとして、正当防衛の成立を消極的に解するのである。

一方、本判決は、「被告人は被害者らが被告人方に来ることを強く予期していたわけではなく、……被告人及びCにおいて、被害者らが被告人方に来ることを待ち構えて被害者らとけんかをする気でいたとは認められない」として、機会を利用した攻撃の意思の欠如に加えて、そもそも予期の確実性を欠いていることを根拠に、積極的加害意思の存在を否定し、急迫性を含めた正当防衛状況にあったことを肯定している。加えて、「被告人の上記発言をもって、被告人の方から被害者らに対し挑発を仕掛けたものとは認められず、自ら侵害を招いたものとして正当防衛が許される状況にはなかったという

べき根拠となるほどの落ち度とは評価できない。」というのであるから、過失による自招行為がなされたとも解していない。すなわち、主観的にも客観的にも自招侵害には当たらないと解したのであろう。客観的自招侵害性という概念を容認するか否かはともかく、積極的加害意思とその前提となる予期の確実性を欠いていることを根拠に、正当防衛状況にあることを肯定した本判決の判断は、最決昭和五二年七月二一日の内容にも沿うものと言えよう。

二　第二は、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下「盗犯等防止法」）第一条第一項が「左ノ各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険ヲ排除スル為犯人ヲ殺傷シタルトキハ刑法第三十六条第一項ノ防衛行為アリタルモノトス」、同三号が「故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セントスルトキ」と規定するところ、本件事案において被告人方敷地内に不法侵入した被害者らは同三号における不法侵入者に該当するが、これに対する被告人の盗犯等防止法第一条第一項による防衛行為について、どこまで相当性を認めうるかという点である。

盗犯等防止法第一条第一項の規定については、刑法第三六条第一項の正当防衛における相当性を充足することを前提に事例を列挙した、いわば第三六条第一項の正当防衛の成立要件についての注意規定であるのか、あるいは防衛行為の相当性の要件自体を緩和する趣旨であるのか議論がある。さらに防衛行為者の行為が盗犯等防止法第一条第一項に形式的に該当した場合、即座に相当性の要件の充足が認められるのか、あるいはさらなる実質的違法判断を要するのかも問題となる。

判例の立場には変遷が見られる。名古屋高判昭和三七年一二月四日高刑集一五巻九号六六九頁は、夜間に泥酔して住居に不法侵入した被害者を追い出そうとした被告人が被害者から手拳で殴打されたため、被害者を丸太で殴打して死亡させた事案について、「盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項はその各号所定の場合においても、刑法第三六条第一項の『已むことを得ざる』にいでたことを当然に要件としているものと解するのが相当である。」としたうえで、「盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項第三号の要件を形式的には充足しているけれども、いわゆる相当性の要件を欠如し、防衛の程度を超えたものとして、刑法第三六条第二

項の過剰防衛と認めるほかな」いと判示した。この判決は、第三六条第一項の相当性の要件の充足を要求することから、盗犯等防止法第一条第一項を相当性に関する注意規定に過ぎないとしたうえで[6]、相当性について実質的違法判断を行ったと解されよう。

これに対し、最決平成六年六月三〇日刑集四八巻四号二一頁は、被害者ら七名が難癖を付けて金員を奪うためにメリケンサックで殴打してきたため、殺意を持って護身用ナイフで被害者の左胸部を刺して死亡させた事案について、「同条項の正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここにいう相当性とは、同条項が刑法三六条一項と異なり、防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危険の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法一条一項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』であることを要件としていないことにかんがみると、刑法三六条一項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である。」として、盗犯等防止法第一条第一項三号による相当性の要件の緩和を肯定したが、「強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、申立人の生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり、申立人一人に対し相手方の数が七名と多く、本件現場が昼間とはいえ人通りが少ない場所であることなどの事情を考慮しても、申立人の本件行為は身体に対する現在の危険を排除する手段としては、過剰なものであって、前記の相当性を欠くものであるといわざるを得ない。したがって、法一条一項の正当防衛の成立を否定し、過剰防衛の成立を認めた原判断は、正当である。」として、結局は相当性を否定した。この決定は、盗犯等防止法第一条第一項による相当性の緩和を認めたうえで、実質的違法判断をも要求したものと解される。

東京地判平成九年二月一九日判時一六一〇号一五一頁は、覆面姿で被告人方に侵入し被告人の腹部にナイフを突き付けてきた被害者に対し、被告人が自室にあった包丁を持って対峙し、被害者が背を向けて逃げ出したことからこれを追いかけて、被告人の居室から約四・五メートル離れた踊り場にて未必的殺意を持って被害者の背部を突き刺して死亡させた事

案について、居室と踊り場との距離が近く、被害者が逃げ出してから被告人がこれを刺すまでの時間もせいぜい数秒間であること、被害者が被告人にナイフを突き付けた時点での被告人の生命、身体への危険は高度なものであったこと、被害者は逃げ出したものの今後加害する意思がない旨を表明するなどの言動に出たとは認められないこと、ナイフを持ったままであったこと等から、殺害行為時において直ちに急迫不正の侵害または「現在ノ危険」が消滅したとはいえないが、ナイフを突き付けた時点と比べれば微弱なものとなっており、これに対して背中という身体の枢要部を包丁で強く突き刺す行為は防衛行為としての相当性を欠いていたとして、「被告人の行為は、防衛行為の相当性を欠き、盗犯等の防止及処分に関する法律一条一項の正当防衛の適用はなく、刑法三六条二項の過剰防衛が成立するに留まる。」と判示した。盗犯等防止法第一条第一項による相当性の緩和について直接言及してはいないものの、緩和された相当性を逸脱したものとして過剰防衛を認めたと解されよう(7)。

福岡地判平成一二年三月二三日（判例集未登載）は、被告人が、男性同士の三角関係のもつれから深夜に突然自宅に侵入してきた被害者により殴る蹴るの暴行を受け、これに対し手拳で被害者の顔面を殴打するなどして反撃しベッドの上下で揉み合ううち、偶々背後から被害者の頸部に腕を巻きつける態勢になり、被害者を頸部圧迫による窒息により死亡させた事案について、殺意の有無、盗犯等防止法上の正当防衛の成否が争われたところ、「本件扼頸行為の際に、被告人に未必的にせよ殺意があったと認めることはできない。……被告人の本件行為は傷害致死罪の構成要件的評価にとどめられるべきである。」としたうえで、「被告人が本件扼頸行為を開始した時点においても、被告人の生命、身体に対する危険はなお継続していたものと認められ」るとしたうえで、「なお、仮に、被告人が殺意をもって本件扼頸行為に及んだと評価すべきであるとしても、殺意が未必的なものにとどまるものであることからすると、本件扼頸行為は、刑法三六条一項における防衛行為の相当性に比してより緩和されていると解される盗犯等防止法一条一項における相当性の範囲内の行為であると認めるのが相当である。……以上により、本件扼頸行為については、盗犯等防止法一条一項三号所定の正当防衛が成立する。」と判示した。これは、殺意を欠いている本件被告人の行為は第三六条第一項の相当性の要件を充足するが、仮に未必的殺意があったとしても、盗犯等防止法第一条第一項により

緩和された相当性の要件を充足するとの趣旨であろうか。いずれにせよ、最決平成六年六月三〇日と同様、盗犯等防止法第一条第一項による相当性の要件の緩和を肯定していることには疑いない。

以上のようにして、今日の判例は、盗犯等防止法第一条第一項を、第三六条第一項の相当性の要件を緩和する規定であると解しつつも、正当防衛が成立するには、同法の規定に形式的に該当するだけでは足りず、緩和されるとはいえ実質的に違法性を欠くだけの相当性が必要であるとする立場を採っていると言える。そして本判決も、「刑法第三六条一項における防衛手段としての相当性よりも緩やかに相当性を判断する」として、上掲最決平成六年六月三〇日と同様、盗犯等防止法第一条第一項三号による相当性の要件の緩和を肯定したうえで実質的違法判断を行い、そのうえで相当性を否定したものと解されよう。これは東京地判平成九年二月一九日に類似するが、盗犯等防止法による相当性の緩和を明示したうえで、同法による正当防衛の成立を認めず過剰防衛とした点は、同法と第三六条第一項の相当性要件の関係を理解するうえで参考となると言える。

それでは、学説の状況はどうか。少なくとも盗犯等防止法の立法者は、第三六条第一項の正当防衛の要件が抽象的で適用範囲に解釈上の疑義があることから、同法は具体的に正当防衛が成立する具体的な条件を明示したもので、第三六条第一項の適用範囲を拡張するものではないと考えていた(8)。すなわち、盗犯等防止法第一条第一項三号は、第三六条第一項の正当防衛の成立要件を具体的に解釈して説明する規定であって(9)、同法による正当防衛の成立には、第三六条第一項の必要性、相当性の要件を充足する必要があるというのである(10)。今日でも、このような主張は少数ながら見られる(11)。

一方、盗犯等防止法第一条第一項が第三六条第一項の「已むことを得ざる」との要件を除いたことから、これを根拠に、むしろ同法の規定は必要性や相当性の要件を緩和して正当防衛の成立範囲を拡張するものであるとの主張も古くから見られた(12)。そのうえで、盗犯等防止法第一条第一項の立法に関して、同法に形式的に該当した場合、即座に相当性の要件の充足が認められるというのであれば「斬捨て御免」の規定となってしまうし、労働運動に対する弾圧にも用いられかねないとの批判が展開された(13)。これに対し、小野博士は、盗犯等防止法第一条第一項は、第三六条第一項の「已むことを得ざる」との要件を除いて正当防衛の成立範囲を拡張するものである

が、しかし第三六条ではなく違法性の一般理念に照らした相当性の存在を要求すべきと主張された[14]。盗犯等防止法第一条第一項は相当性の要件を緩和する規定であるが、実質的違法判断による相当性の要件の充足は必要であるとするのである。これは多くの論者より支持され[15]、最決平成六年六月三〇日や本判決もこれに拠るものと解される。もっとも、本説に対しては、盗犯等防止法による相当性の緩和を肯定すると正当防衛と過剰防衛の限界がなおいっそう不明確になる[16]、「已むことを得ざる」に相当性の要件が含まれると解釈するならば、これを除いた盗犯等防止法第一条第一項に、緩和されるとはいえ相当性の要件を課すというのは論理的に矛盾する[17]などの批判がある。

他方、藤木博士は、盗犯等防止法第一条第一項を立法者の意思に鑑み「正当防衛の成立要件についての解釈規定」とするものの、相当性の要件については、立法の趣旨に照らし、「いちじるしく相当性を欠くことが明白である場合のほかは、一応殺傷行為について相当性ありと解するのが穏当である」として、正当防衛の相当性要件の緩和を事実上容認されている。これは、わが国の判例が、たとえ不法侵入者であっても犯人が死亡した場合には正当防衛が否定され過剰防衛となってしまう傾向にあることに対応しようとするものである[18]。相当性の要件を形式的に判断することが可能であるか[19]、あるいは可能であるとしてもそれが妥当であるかは疑問もあるが、わが国の判例が、正当防衛の要件をあまりに厳格に適用しすぎることへの対応策として一考に値しよう。

（1）なお、自招侵害が正当防衛とならない理論的根拠に関する学説の状況については、拙著「交通トラブルの際に被害者に大声で文句を言って口論となり、被害者を暴力団関係者と誤信し逃げようとして、被害者から肩をつかまれた状態で自動車を発進させ負傷させた場合について、正当防衛、過剰防衛及び誤想過剰防衛の成立を認めなかった事例（神戸地判平成二六年一二月一六日（判例集未登載））」北海学園大学法学研究五一巻一号（二〇一五年）一六二頁以下参照。

（2）大判大正三年九月二五日刑録二〇輯一六四八頁。

（3）最決昭和三三年二月二四日刑集一二巻二号二九七頁。

（4）最判昭和四六年一一月一六日刑集二五巻八号九九六頁、最判昭和五〇年一一月二八日刑集二九巻一〇号九八三頁、東京高判平成一四年六月四日判時一八二五号一五三頁など。

（5）林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル一九号（二〇〇九年）五〇頁。

（6）山口厚『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）一三五頁。

（7）井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年）二九六、二九七

頁注八七。

（8）「盗犯等防止及処分に関する法律理由説明（司法省刑事局発表）」法律新聞三一二三号（一九三〇年）六頁、官報昭和五年五月四日号外一二五頁、小野清一郎「盗犯等の防止及処分に関する法律」同『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』（増補版・一九七〇年）二一四頁。

（9）宮本英脩『刑法大綱』（一九三五年）九七頁は、盗犯等防止法第一条第一項を「刑法の原則に対する説明的のものである」とする。

（10）山口・前掲書一三五頁参照。

（11）大谷實『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）二九四頁。

（12）瀧川幸辰『犯罪論序説』（改訂・一九四七年）九八頁、牧野英一『刑法総論上巻』（全訂版・一九五八年）四六〇頁。

（13）小野・前掲論文二一五頁参照。

（14）小野・前掲論文二三五頁。

（15）平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）二四一頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）三九五頁。

（16）山口・前掲書一三六頁。

（17）山中敬一『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）五〇六頁は、昭和五年当時は「已むことを得ざる」から必要性の要件は導かれるものの相当性の要件は導かれず、正当防衛に内在する一般的制約として解釈されていたに過ぎなかったとして、盗犯等防止法第一条第一項を、相当性ではなくむしろ必要性を緩和する規定と解すべきとする。

（18）団藤重光編『注釈刑法（二）のⅠ』（一九六八年）二五五頁（藤木英雄）。

（19）中山研一『刑法総論』（一九八二年）二八七頁注一は、客観的要件による正当防衛の範囲の拡大が困難であることを指摘する。