

防衛行為による第三者の法益侵害について（三・完）  
——違法性判断枠組についての解釈論的一考察——

百合草 浩 治

目次

- 第一章 問題の所在と考察の視座の設定
- 第二章 学説の現状とそれらについての違法性判断の観点からの検討（以上、一九四号）
  - 補説 ドイツにおける現在の議論状況
- 第三章 若干の考察（以上、一九七号）
- 第四章 試論の展開
  - 第一節 問題の再設定
  - 第二節 防衛行為の必要性・相当性（近時の理論動向とその検討）
    - （一） 山本輝之教授の見解について
    - （二） 橋田久助教授の見解について
    - （三） 阿部純二教授の見解について
    - （四） 林幹人教授の見解について

(五) 松宮孝明教授の見解について

(六) 山口厚教授の見解について

(七) 井田良教授の見解について

第三節 試験の提示

第五章 おわりに (以上、本号)

第四章 試験の展開

## 第一節 問題の再設定

第三章で述べたように、第三者に生じた結果が防衛行為に客観的に帰属しない場合には、行為は正当防衛規定によつて正当化され、行為者は無罪となる。

そうではない場合には、緊急避難の適用の可否が問題となる。

しかしながら、このような解決はなお十分な問題の解決とはいえない。なぜなら、そこで判断される正当防衛の要件が明らかにされていないからである。

従来の要件論をただ、そのまま当てはめただけでは、第三者侵害の問題を議論してきた意味が実際は半減してしまふのである。なぜなら、従来の要件論は、行為に着目するか、あるいは、結果に着目するか、の二者択一的な議論がなされてきたからである。

このような問題意識のもとに、本章では正当防衛の要件論についての試論を展開してみたい。特に、防衛行為のいわゆる「必要性・相当性」という要件について論ずることとする。

## 第二節 防衛行為の必要性・相当性（近時の理論動向とその検討）

三六条によれば、防衛行為は「やむを得ずにした行為」でなければならない。通説は、この文言を「必要性」の他に「相当性」をも含むものとして解している<sup>1)</sup>。

しかしながら、その「必要性」及び「相当性」をそれぞれのよう理解すべきであるのか、それらの関係をどのように捉えるべきであるのかという点については、学説上、激しい争いのあるところであり、さらに、そもそも「相当性」という要件を「必要性」要件に加えて要求することが、条文解釈として妥当であるのかという疑問も近時、提起されている。

団藤重光博士は、「緊急避難のばあいのように、かならずしもその防衛行為が唯一の方法であることを要せず、また、厳格な法益の権衡は要求されないが、少なくとも相手に最少の損害を与える方法を選ぶことを要するものと考えるのが妥当であろう。」<sup>3)</sup>と説かれている。

これは、正当防衛と緊急避難とを対比し、急迫不正の侵害者に対する防衛行為である正当防衛は、典型的には正当な第三者への危難の転嫁行為である緊急避難よりも、その要件においても緩やかに解されるべきである、という趣旨によるものである。

また、判例においても、最高裁判所は著名な昭和四四年判決において「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サ

ルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである。」と判示した。<sup>(4)</sup>

従来、この判決の解釈をめぐつて多少の議論はあつたものの、「やむを得ずにした行為」という要件の解釈について、学説上大きな争いがあったわけではないといつてよい。<sup>(6)</sup>

しかしながら、同じく最高裁判所によつて平成元年に出された判決を契機として、学説において、この要件の意義をめぐつて激しい解釈上の争いを生ずることとなつた。<sup>(7)</sup>

以下では、山本輝之教授、橋田久助教授、阿部純二教授、林幹人教授、松宮孝明教授、山口厚教授、井田良教授の各見解を順に見ていこうと思う。

## (一) 山本輝之教授の見解について

山本輝之教授は、「防衛行為の『必要性』とは、その行為に『防衛効果』が存在すること、すなわち、危殆化されている利益を結果的に守るといふ効果があることをいうと解すべきであるように思われる。」<sup>(8)</sup>そして、相当性の判断基準に関しては、「被攻撃者の法益の要保護性と攻撃者の法益の要保護性とを比較衡量して、攻撃者にどの程度の法益侵害結果を生じさせることが妥当かという観点から判断されることになる。そして、両者の要保護性の比較衡量に際しては、正当防衛状況における両者の具体的事情を考慮する必要がある。攻撃者の利益と被攻撃者の利益

とが衝突する正当防衛状況においては、両者の事情を具体的に考察して、どちらの利益にどの程度の保護を与えることが法的観点から見た場合妥当であるかを決めるべきだからである。」<sup>(9)</sup>と説かれる。<sup>(10)</sup>

たしかに、この見解は結果無価値論からの立論としては極めて一貫した議論を展開しているように思われる。しかしながら、生じた結果が正当化されるとしても、それは、既遂結果が正当化されたに過ぎず、なお、行為の違法性ないし未遂の違法性は残っているはずなのである。山本教授も未遂犯の処罰そのものを否定するわけではないであろうから、この点の違法性あるいは違法性阻却をどのように解するのであるうか。ただし、既遂結果の正当化に関する議論としては、極めて傾聴に値する見解であると思われる。

（二） 橋田久助教授の見解について

橋田助教教授は、「例えば、攻撃者甲が殴打しようと乙に近付いて来たので、背後に階段があることを知らない乙が甲を軽く突き飛ばそうとしたが、甲の転落死という過剰な結果を阻止するために、第三者丙が乙を押し止める、という事例」の場合を考えると、「この時、乙の反撃行為は、甲にとっては攻撃行為である。そして、乙の行為を防衛行為として見ると、事前判断すれば相当であるが事後的には過剰なので、事前判断説によれば正当防衛になるが、丙の救助行為も乙の事後的には過剰即ち違法な攻撃に対する正当防衛ということになり、乙と丙の正当防衛権が衝突するのである。「原文改行」この弊は、事後判断説を採用することによってのみ避けることができる。（中略）正当防衛対正当防衛という事態は生じない。このように、正当防衛権の衝突の回避という考え方を防衛行為の相当性の解決にも貫くならば、その判断基準として事後判断が導かれるのである。」<sup>(11)</sup>と説かれる。

橋田助教も徹底した事後的判断を主張される。しかしながら、その論拠とされる正当防衛権の衝突の回避という点については、疑問がある。それは、橋田助教のあげられる例における丙は、本来の正当防衛権ではなく、第三者として緊急救助を行っているに過ぎないのである。つまり、丙はこの緊急状況の当事者ではないのである。したがって、丙が正当防衛権をもっている、という表現は若干不正確な（いささか誇張された）ものであるといわねばならない。なぜなら、緊急救助の正当化根拠については、わが国ではあまり論じられていないし、橋田助教も積極的に論証されてはいないからである。また、当事者ではない以上、丙の採りうる手段も甲自らが採りうる手段と同一のものとするのは妥当とは思われない。<sup>12)</sup>

結局、この見解は事後的にみたとき、防衛結果に量的な過剰があつたかどうかを問題とすることに帰着することと思われ、やはり、防衛行為の行為に対する評価の側面が看過されていると言わざるをえない。さらに、いわゆる偶然防衛の問題をどのように解することになるのか、明らかにもされていない。この点で、仮に、正当防衛の成立を認め、不可罰と解するのであれば、正当防衛の正当化根拠を「法確証原理」に求めることと矛盾するように思われるのである。

また、法的评价の矛盾回避という視点も、実際に正当防衛権が衝突してしまう、というよりもむしろ仮定的な判断に基づいて、「衝突することにならう」というものにとどまるのであり、個別事案の解決においては、当該具体的な諸事情を考慮に入れば、現実には正当防衛権が衝突するということはないのである。

ただ、第三者による救助という仮定的場合を持ち出すことの適否は別にして、事後的な判断を強調することにより、違法評価（特に、既遂不法の存否・程度判断）に際して、防衛行為者側の事情だけを特別に扱うのは妥当ではなく、侵害者側の事情にも着目すべきである、という点を明らかにしたことは、(一)の山本教授の見解と同様に高

く評価されるべきであろう。

（三） 阿部純二教授の見解について

阿部教授は、「客観的にはいくつかの防衛手段が存在したとしても、軽微なものを選択する時間的・心理的余裕がなく、手近にあるより強力な手段を用いた場合とか、軽微な防衛手段の有効性が不確実であり、防衛者を危険にさらすことになるため、当初からより強力な手段を用いる必要がある場合には、なお防衛行為は相当といふべきである。防衛手段が最小限のものであるときは、通常防衛行為は相当であるといえるであろうが、最小限度を超える場合でも相当性を認むべき場合がある。」と説かれる。<sup>14)</sup>

たしかに、防衛行為者側の事情に鑑みれば、「やむを得ない」という場合には、正当防衛を認めるべきであるように思われる。しかしながら、違法評価は、単に行為についてだけの評価ではなく、あくまで生じた結果も含めた判断であるはずである。従って、行為の相当性だけに基づいた解釈は適切ではないと思われるのである。

（四） 林幹人教授の見解について

林幹人教授は、「防衛行為の相当性を判断するにあたっては、行為自体について事前的な危険の衡量を行わなければならぬが、それだけでは不十分である。行為自体が不相当であっても、結果として法益の侵害を減殺する他の利益の保護が認められるときには、やはり、正当防衛の相当性は認められなければならない。（中略）行為自体が

相当でない場合、その時点でなされるべきでない行為がなされたのであり、規範はたしかに違反されたといえる。しかし、この場合を違法として処罰しなくても、違反された規範の効力を将来にわたって損なうことはないと考えられる。なぜなら、将来同じ状況が生じたとき、神ならぬ人間には、攻撃者の利益を侵害する危険性の方が被攻撃者の利益を保護する可能性より大きく見えるのであるから、そのような行為が抑止されるのは、侵害された攻撃者の利益が保護された被攻撃者の利益よりも現実にも重大であった場合を処罰することによってなのであって、現実にはそうでなかった場合には、その場合の処罰を行わなくても、そのことによって人は行為に出るべく動機づけられることはないと考えられるのである。」と説かれる。<sup>167)</sup>

たしかに、違法評価である以上、行為と結果の両方が評価の対象とされねばならない。しかしながら、既遂結果が正当化された場合であっても、なお、未遂の不法は残っているはずである。この点について、林教授は、「抑止」の観点から未遂不法の正当化を主張されるが、実際に成立している未遂犯を「抑止」という抽象的なものでその違法性を阻却しうるかには疑問が残る。やはり、行為が行為時において過剰であった（語弊を覚悟の上で、敢えて言いかえれば、「不適切であった」と評価された場合には、原則的には、未遂不法の限度で処罰されるべきであるように思われる。

(五) 松宮孝明教授の見解について

松宮教授は、『必要性』は、その行為が防衛のために何らかの意味で役に立ちそうであれば、認められる。抵抗によって少しでも侵害が弱まる可能性があれば、それは『必要』であったといえるし、結果的に防衛に失敗しても、



その行為は許される（でない）と、弱者には防衛が許されないことになる。」「もつとも、はじめから防衛の役に立たないことが明らかな行為は、侵害者に向けられたものであっても、許されない。侵害者の利益に対する法的保護の消滅は、それが防衛に必要な限度にとどまるからである。」「防衛行為の『相当性』は、それが防衛のために必要最小限の加害である限りで認められる。この『必要最小限』の範囲は、防衛者の置かれている具体的事情や実際に利用できた防衛手段、彼の能力などを考慮して、防衛権の行使を萎縮させない程度に広く認めるべきである。また、……、それが侵害に対する防衛手段として『必要最小限』である以上、それによって生じた結果が侵害されようとした法益より大きくても、『相当性』は否定されない。」と説かれる。

たしかに、攻撃者側の利益ないし要保護性が被侵害者側の利益ないし要保護性に比して、低いものであるという論拠から、防禦に必要な範囲で攻撃者側の利益が消滅するから、防禦にとつて必要最小限であるといえれば、正当防衛として行為を正当化しうると解する点は、理論構成として極めて明快であり、高く評価されるべきであるように思われる。

しかしながら、仮に行為時において必要最小限の手段を選んだとしても、事後の展開は実際には予測不能であるから、著しく重大な結果をもたらす場合がありえないわけではないし、逆に、必要最小限とはいえないけども、確実に防禦できる手段としてそれよりもある程度、強度の高い手段を選んだ場合などのように、「必要最小限」基準でも、場合によっては、具体的に妥当な結論が導き出せないように思われるのである。

## (六) 山口厚教授の見解について

山口教授は、「侵害の排除のために必要不可欠な対抗行為であれば、いかなる法益侵害行為であつても許されるというのが基本的な考え方になる。そうでなければ、法益侵害を回避するために退避することが要求されることになってしまい、まさに『正は不正に譲歩する必要がない』という考え方に反する事態を容認することになり妥当でないからである。」「侵害排除に必要な、許される防衛行為か否かの判断は、侵害からの退避を被侵害者に迫ることになつてはならないから、急迫不正の侵害を排除するために防衛行為に出ることが必要な段階においてなされなければならぬ。したがつて、この段階で侵害を排除するために必要であると被侵害者の具体的な能力を考慮した上で、客観的に認められる行為であれば、それが結果的に過剰な結果をもたらしても、また、侵害排除に不十分であっても、侵害排除のために必要な行為として、違法性の阻却が認められるべきであると思われる。」<sup>19)</sup>と説かれる。<sup>20)</sup>

たしかに、侵害排除のために必要であるかどうかを基準とするのは、通常の場合には、適当な基準であるように思われる。しかし、山口教授の基本的な立場から、上記のような基準がどうして、いかなる根拠に基づいて提示されるのか、極めて疑問である。もし、それが「正は不正に譲歩する必要がない」という点に求められるとすれば、それは、発生した結果が事後的に見ても過剰な場合に正当化という結論を導くことになる。実際に、山口教授はこの結論を承認される。しかしながら、結果が過剰であることを認めつつ、正当化されるというのは、やはり、説明としては甚だ疑問なのである。

（七） 井田良教授の見解について

井田教授は「攻撃者の利益については法による保護が一定限度で否定されると考えなければならぬ。（中略）正当防衛の正当化根拠の核心は、攻撃者に『帰責性』（少なくとも故意または過失）があることから、保全法益との関係において攻撃者の法益の要保護性が減弱しないしは否定されるというように行為無価値論的に理解されなければならぬ。（中略）許容される防衛手段がどのようなものであるのかは、攻撃の物理的な危険性や反復の可能性等によって単純に決せられるのではなく、攻撃者の『帰責性』の程度によって大きく左右されるといふことである。（中略）本質的な問題は、利益対立の客観的状況のもとで、行為時の判断として被攻撃者の権利保護のためにどの程度の危険行為を許容し、逆に、不正な攻撃者側にとどの程度のリスクを負わせるかである。図式的に言えば、急迫不正の侵害の存在と攻撃者の法益の侵害という要件については客観的に決められるべきであるが、防衛行為の必要性・相当性の判断においては行為の時点において攻撃者と被攻撃者のそれぞれにどれだけのリスクを負わせるかという危険の分配の考慮が入らざるを得ないのである。（中略）防衛行為は、行為の時点で正当な権利保護のために期待し得る必要最小限度の防衛行為にとどまるものでなければならぬ。（中略）防衛行為の必要性・相当性の判断については、ふつうの市民が行為の時点で必要・相当だと考える行為を行うかぎり、要件はみだされると考えられる（事前判断説）。」<sup>21)</sup>と説かれる。<sup>22)</sup>

井田教授の議論は、正当防衛の正当化根拠と要件論が整合的に対応しており、結論も妥当なものであるように思われる。ただ、やはり、「必要最小限」基準は、確実な防衛の実現という観点からはなお、疑問であり、正当にも「どのような結果が生ずるかかわらない」という不確実性から生ずるリスクは不法な攻撃者の側に負わせよと考

えられるのである」<sup>23</sup>とされているのであるから、その観点から、防衛手段の選択の可否も決せられてよいように思われるのである。

また、防衛行為が正当化された場合になぜ、結果まで含めて正当化されるのかという点に関しては、体系論的に見てやはり、疑問が残るのである。

### 第三節 試論の提示

以上、近時、有力に主張されている諸見解を概観し、検討を加えてきた。

結論としては、まず、生じた結果を事後的に見て、それが、なお侵害者の側で引き受けるべき損害であつたかどうか、その範囲内にとどまっているものであるかどうかを慎重に確かめ、(この際に、行為者側の事情は、二次的なものと考えるべきである。)既遂結果が実質的にも不法とされるべきであるかどうかを検討すべきである。

次に、既遂不法の存否に関わらず、防衛行為の行為としての違法性の存否判断をすべきである。しかしながら、これは、事前的な判断というよりは、違法評価である以上、やはりどのような結果に至り得たのかということも考慮に入れて、客観的な事後予測をせざるを得ないように思われる。この際、行為者側がとり得た手段と攻撃者側で引き受けるべき損害の限界などを比較衡量したうえで、判断すべきである。<sup>24</sup>

本稿は、このような判断を正当防衛が問題となつた際には行うべきであるということを試論の域を出ないが提案するものである。

第三者侵害が発生した場合にも、行為者が第三者の結果の発生を認識していなかった、あるいは、その可能性が

行為時には極めて低かったという場合には、以上のような基準の下にその違法性阻却判断（＝正当防衛の成否の判断）をすべきである。このように解してこそ、第三者侵害が客観的に帰属しない場合を認めることと防衛行為の必要性・相当性判断が整合的となるように思われるのである。

註

(1) 具体的な判断方法・判断基準については、大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀」編『大コンメンタール刑法（第二版）第二卷』（一九九九年）〔堀籠幸男「中山隆夫」三三三頁以下、林小径「正当防衛における防衛行為の必要性・相当性」法学研究（慶應義塾大学）七三卷八号（二〇〇〇年）七九頁以下、香城敏磨「正当防衛における相当性」小林充「香城敏磨」編『刑事事実認定－裁判例の総合的研究－（上巻）』（一九九二年）三二七頁以下〔初出、判例タイムズ七七号（一九九二年）〕などを参照されたい。本稿では、体系的な位置付け及び当該要件の意義について論じるので、具体的な判断方法・判断基準については、論じない。

(2) 山中敬一『正当防衛の限界』（一九八五年）二九八頁以下〔初出、法学論集（関西大学）三三卷二号（一九八三年）〕、山口厚『問題探究刑法総論』（一九九八年）七三頁以下〔初出、法学教室一八〇号（一九九五年）〕。

(3) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）二三八頁。

(4) 最高裁判所昭和四四年二月四日第一小法廷判決（刑集三三卷二二号一五七三頁）。

(5) 平野龍一「過失の過剰防衛」同『犯罪論の諸問題（上）』（一九八一年）六一頁〔初出、警察研究四二卷七号（一九七一年）〕

(6) 団藤重光（責任編集）『注釈刑法（2）のⅠ・総則（2）』（一九六八年）〔藤木英雄〕二三八頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）三四五頁以下を参照されたい。

- (7) なお、最高裁判所は、「危害を避けるための防衛的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性を超えたものということはできない。」(最高裁判所平成元年一月二三日第二小法廷判決、刑集四三卷一〇号八二三頁)と述べただけなのである。
- (8) 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五卷二号(一九九六年)二二一頁。同旨、同「防衛行為の相当性と過剰防衛」現代刑事法二卷一号(通号九号)(二〇〇〇年)五三頁以下。
- (9) 山本(前掲註(8))「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」二二四頁。同旨、同「防衛行為の相当性と過剰防衛」(前掲註(8))五四頁以下。
- (10) なお、島伸一(編)『たのしい刑法』(一九九八年)(山本輝之)一一七頁。
- (11) 橋田久「防衛行為の相当性―防衛行為の危険性判断の基準時をめぐって―」刑法雑誌三七卷三号(一九九八年)二六五頁。同旨、同「防衛行為の相当性」(二)完「法学論叢(京都大学)(一九九五年)七五頁以下、同「正当防衛―相当性」法学教室二〇二号(一九九七年)二二二頁、同「正当防衛における防衛行為の相当性」西田典之・山口厚(編)『刑法の争点(第三版)』四九頁。
- (12) 橋田助教教授の見解に対する阿部教授(研修五八二号(一九九六年)七頁以下)及び井田教授(現代刑事法二卷三号(二〇〇〇年)八七頁以下)の批判的分析も併せて参照されたい。
- (13) 内田教授によれば、「正当防衛とは、必然的に「過剰性」を伴うことになる」。内田文昭「正当防衛か過剰防衛か」同『犯罪概念と犯罪論の体系』(一九九〇年)九六頁以下(初出、判例タイムズ五四五号(一九八五年))。
- (14) 阿部(前掲註(12))「防衛行為の相当性」三頁以下。
- (15) なお、阿部純二「刑法総論」(一九九七年)頁以下も参照。
- (16) 林幹人「防衛行為の相当性」松尾浩也・芝原邦爾・西田典之(編)『刑法判例百選Ⅰ総論(第四版)(別冊ジュリスト一四二号)』(一九九七年)四三頁。また、同『刑法総論』(二〇〇〇年)一九九頁以下。

- (17) なお、林幹人「防衛行為の相当性」平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾（編）『刑法判例百選Ⅰ総論（第三版）』（別冊ジュリスト一  
一一号）（一九九一年）五四頁も参照されたい。
- (18) 松宮孝明『刑法総論講義（第二版）』（一九九九年）一三二頁。なお、高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室二六八号（二  
〇〇三年）六七頁以下も参照。
- (19) 山口厚『刑法総論』（二〇〇一年）一一〇頁。
- (20) また、山口（前掲註②）『問題探究刑法総論』六五頁以下、同「正当防衛における防衛行為の相当性」警察研究六三卷一号  
（一九九〇年）二八頁以下も併せて参照されたい。
- (21) 井田良「正当防衛論」現代刑事法二卷三号（通号二二号）（二〇〇〇年）八五頁以下。
- (22) また、井田良「正当防衛」井田良・丸山雅夫『ケーススタディ刑法』（一九九七年）一四五頁、井田良「違法性阻却事由」山  
口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（二〇〇一年）六三頁以下、川端博・日高義博・井田良「鼎談」正当防衛の正  
当化の根拠と成立範囲」現代刑事法二卷一号（通号九号）（二〇〇〇年）二五頁以下も併せて参照されたい。
- (23) 井田（前掲註②）「正当防衛論」八七頁。
- (24) これらの判断の順序は本質的な問題ではないと思われる。それらを並列して判断すべきであるという点が本主張の核心なの  
である。つまり、若干、乱暴な言い方をすれば、従来の必要性要件は未遂不法の存否判断に、従来の相当性判断は既遂不法の存  
否判断にそれぞれ対応しよう。
- このような考え方をとる理由は、表面的には、既遂犯の構成要件該当性が充足されているからである。あえていえば、既遂犯の  
構成要件該当性の前提として、未遂犯の構成要件該当性の充足を前提とする立場（この点に関して、従来の通説的見解において  
は、未遂犯の構成要件該当性の判断という形ではなく、実行行為性の判断という形で、この部分の実質的判断は行われてきたと

いえよう。)と、判断の順序がいわば逆になっていただけといえよう。

なお、私見のとする未遂概念は、別稿でさらに詳細に論じる予定であるが、山口厚教授の未遂概念と伊東研祐教授の中止犯における未遂犯成立についての議論がその背景となっていることをここでは付言しておきたい。

## 第五章 おわりに

本稿では、故意<sup>1)</sup>、誤想防衛、打撃の錯誤<sup>2)</sup>、因果関係の錯誤<sup>3)</sup>、客観的帰属の理論ないし相当因果関係<sup>4)</sup>、正当化根拠、緊急避難の正当化根拠、違法性阻却原理、「法の確証」の意義、優越的利益の原理、社会的相当性、緊急避難の法的性格、緊急避難の成立要件である「害の衡量」・「補充性」の要件<sup>5)</sup>、民法の規定(七二〇条、特に一項但書き)との関係などについての問題は論じ得なかった。

これらの検討なくしては、「防衛行為による第三者の法益侵害」という問題は十全には解決され得ない<sup>6)</sup>。今後、これらの問題について一つずつ丹念にこれらの問題を検討していくことにしたい。

### 註

- (1) 伊東研祐「故意の内実と結果の帰属範囲についての一考察」『平野龍一先生古稀祝賀論文集・上巻』(一九九〇年)二六九頁以下、同「故意の内実について―再論」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』(一九九八年)二五七頁以下を参照されたい。
- (2) 鈴木左斗志「方法の錯誤」金沢法学三七卷一号(一九九五年)六九頁以下を参照されたい。
- (3) 伊東研祐「演習」法学教室二二九号(一九九一年)一〇五頁を参照されたい。



- (4) 伊東研祐「相当因果関係説の危機」の意味と「客観的帰属論」試論『現代刑事法一卷四号（通号四号）（一九九九年）一六頁以下、同「演習」法学教室二二八号（一九九一年）一〇四頁を参照されたい。
- (5) 伊東研祐「違法性」田宮裕||板倉宏（編）『ホーンブック刑法総論（改訂新版）』（二〇〇三年）九九頁以下を参照されたい。
- (6) 統一的な「緊急行為」に関する判断基準の再構築という最終的な課題の解決については、その前提となる上述の諸問題を検討・解決した上で、別稿における議論を予定している。なお、本稿の課題と密接に関する事例を扱った大阪高裁平成一四年九月四日判決、判例タイムズ一一一四号二九三頁以下が公刊されたが、その検討は別の機会に行いたい。