

## 侵害の予期と正当防衛

- 【文献種別】 判決／静岡地方裁判所浜松支部  
【裁判年月日】 平成27年7月1日  
【事件番号】 平成26年（わ）第433号  
【事件名】 傷害、銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件  
【裁判結果】 有罪（一部無罪）  
【参照法令】 銃砲刀剣類所持等取締法31条の18第3号・22条、刑法205条・36条  
【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25540736

### 事実の概要

被告人は、暴力団員であるAと知り合い、仕事や家庭の悩みを相談し、本件当時まで勤めていた会社を紹介してもらっていたが、その会社で働き始めた頃から、Aから誘われる飲み会等で多額の出費を余儀なくされたことなどから、次第にAとの関係を絶ちたいと思うようになった。前日にAに対し仕事をやめる旨話した被告人は、犯行当日、Aから居酒屋Bに呼び出された。その後、被告人は、ホームセンターで刃体の長さ10.5cmのペティナイフ1本を購入し、着ていた長袖シャツの左袖の中に隠し入れて所持した。

被告人が居酒屋Bに到着し、Aに対し「お疲れ様です。」などと声をかけたところ、Aは、「お疲れ様ですじゃねえよ。」などと言いながら、いきなり右手の平で被告人の左頬を殴打した。これに対し、被告人は、「痛えな、このやろう。」などと言いながら、右手で左袖に隠し持っていたナイフを取り出し、右腰辺りに構えて持ち、左手でAの服の胸倉辺りをつかんだ。Aはそれを見て一旦後ろに下がった。居酒屋Bの店長Cが止めに入り、被告人は、ナイフをズボンの膝ポケットの中に入れた。怒鳴りながら一升瓶を持ち被告人に対して罵声を浴びせるAを見て、被告人は、再びナイフを取り出し、右手で持った。Aは、一升瓶を置いた後、駐車中の自動車のトランクからゴルフクラブ3本を取り出し、片手で1本ずつ、合計2本を持ち、1本をそばにいた友人に渡した。Aは、

2本のゴルフクラブを振り回しながら、被告人のいる方に向かって歩いた。被告人は、このようなAの様子を見て、ナイフを右手に持ちながら、Cの制止を振りほどいて前に出て、道路の中央付近まで進んだ。その後、Aは、片手に1本ずつ持っていたゴルフクラブを束ねるようにして両手に持ち、2回にわたり、被告人の身体に向けて右から左に振るようにして殴打した。被告人は、それを2回とも曲げた左腕でガードし、その結果、ゴルフクラブは2本とも折れ、被告人は左上腕に裂傷を負った。Aは、そばにいた友人からもう1本のゴルフクラブを受け取って両手で持ち、同様に振るようにして被告人の頭部めがけて殴り、その左下顎付近に当たった。Aがゴルフクラブを取りに行くため、そこから10m程度離れた自動車の方に向かう素振りを見せたところ、被告人は、右手に持っていたナイフを突き出して、Aの左頸部を刺した。

Aは、本件傷害行為により、全治約2週間を要する傷害を負い、被告人は、Aにゴルフクラブで殴打されたことにより、全治3カ月を要する、左下顎骨折、左上腕裂創、同打撲の傷害を負った。

### 判決の要旨

静岡地裁浜松支部は、被告人が本件ナイフを携帯した点につき、罰金20万円に処し、本件ナイフを没収したが、傷害の点については、侵害の急迫性、防衛の意思<sup>1)</sup>、防衛の相当性<sup>2)</sup>などを認

定した上で、正当防衛の成立を肯定し、無罪とした（求刑：懲役3年、没収）。本判決は、正当防衛における侵害の予期と急迫性の関係について、以下のように判示している。

### 1 客観的な急迫性の有無について

「本件において、被告人がAからゴルフクラブで頭部等を3回にわたり殴打されたことが客観的に見て不正の侵害に当たることは明らか」で、また、「Aが引き続きゴルフクラブで殴る暴行を反復する危険が現存していたことは明らかであり、Aによる侵害は、なお継続していたものと認められる。」

### 2 積極的加害意思の有無について

「被告人の侵害の予期の有無、内容、程度について検討するに、〔1〕被告人が、居酒屋Bに行くまでのAとのやり取りで、Aが被告人に対して怒りを覚えていることが分かっていたこと、〔2〕被告人がナイフを購入した上でAの下を訪れたことから、被告人がAによる何らかの侵害を予期していたものと認められる。しかし、前記認定の事実関係からすると、被告人が認識していたのは、Aが前日の出来事を含め、何らかの理由で被告人に対して怒りを覚えているということだけである。被告人は、その述べるところによると、拉致される可能性、殴られる可能性などを想定していたようであるが……、このような被告人の侵害の予期は、『何かされるかもしれない。』などといった、不確かかつ漠然としたものであったといえ、被告人がゴルフクラブで頭部を殴打されるなどの生命の危険があるほどの暴行を受けることを確実に予期していたとは到底いえない。……居酒屋Bに着いた後、本件傷害行為までの被告人の行動をみると、被告人は、出会い頭にAから左頬を平手で殴打される暴行を受けたにもかかわらず、ナイフを右手に持って腰の辺りに構えてAに示すなどしたものの、それで切りつけたり、殊更それをAに近付けるなどの攻撃、挑発行為に出でず、その後、Aが、後ろに下がり、Cが止めに入った際には、ナイフをしまっている。このことは、護身目的でナイフを所持した旨の被告人の供述を裏付けるものである。検察官が主張するとおり、被告人

が積極的加害意思、すなわち、予期された侵害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をもって侵害に臨んだのであれば、遅くともAから平手で殴打されるという不正の侵害を受けた時に素手のAに対して攻撃を仕掛けたはずである。わざわざAがゴルフクラブを持ち出すのを待つ必要はない。この事情だけからしても、被告人に積極的加害意思があったと認めるには大いに疑問が残るといわざるを得ない。」

### 3 小括

「以上によれば、本件の客観的状況から、被告人には、本件傷害行為当時、Aからゴルフクラブで頭部等を複数回殴打され、引き続き別のゴルフクラブで殴打される危険があるという急迫不正の侵害が継続していたものと認められ、かつ、被告人に積極的加害意思があったとは認められない。したがって、侵害の急迫性が認められる。」

## 判例の解説

### 一 はじめに

本判決は、被告人に侵害の予期が存する場合につき、正当防衛の成立を肯定したものである。侵害の予期は、従来、侵害の急迫性との関係で議論されてきたが、近時では、この問題を侵害回避義務との関係で論じる見解も存在する。

### 二 侵害の急迫性

#### 1 侵害の予期と急迫性

侵害の急迫性とは、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていること」<sup>3)</sup>をいう。

侵害の予期と侵害の急迫性につき、判例は、侵害の予期が必ずしも侵害の急迫性を否定するわけではないとする態度を示している<sup>4)</sup>。最判昭46・11・16（刑集25巻8号996頁）は、被害者と口論の末、一旦止宿先の旅館を立ち退いたが、同人に謝って仲直りをしようと思い旅館に戻ってきたところ、被害者に絡まれ、立ち上がりざま手拳で2回ぐらい顔面を殴打され、さらに殴りかかられた被告人が、かねて障子の鴨居の上にくり小刀を隠してあったことを思い出して、咄嗟にこの小刀で

被害者を刺突し殺害したという事案で、「侵害があらかじ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」と判示して、殺人罪につき過剰防衛の成立を肯定した<sup>5)</sup>。

この判決以降、侵害の予期と侵害の急迫性の両立可能性を肯定する立場が判例において基本的に維持されることになるが、積極的加害意思を伴う場合については事情が異なる。

## 2 積極的加害意思

判例は、侵害を予期した上でその機会を利用して積極的に相手方を加害する意思、すなわち、積極的加害意思が存する場合、侵害の急迫性を否定する。最判昭 52・7・21 (刑集 31 巻 4 号 747 頁) は、対立する政治団体の襲撃を予期し、そのための闘争用の道具を準備して応戦した事案で、侵害の予期が直ちに刑法 36 条の侵害の急迫性を失わせるわけではないとしつつ、「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、その機会を利用して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」と判示した<sup>6)</sup>。

判例の立場を支持する見解<sup>7)</sup> もあるが、この理論構成については、後述の通り、批判も根強い<sup>8)</sup>。

ところで、積極的加害意思と防衛の意思との関係が問題とされることもあるが、両者の判断時点は本来的に異なるという点には注意を要する。前者の判断が行われるのが侵害を予期した時点であるのに対して、後者のそれは反撃行為に出た時点である。侵害を予期した時点で積極的加害意思が存する場合であっても、反撃行為に防衛の意思が伴うという事態は、理論上の可能性にとどまらず、実際上も頻繁に起こりうる。

## 3 侵害回避義務論

いわゆる侵害回避義務論は、侵害の予期について、「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」とした上で、「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」<sup>9)</sup> とする。

この主張に対しては、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疑問<sup>10)</sup> や、正当な者が不正への譲歩を強いられることになるとの指摘<sup>11)</sup> もある。

## 4 まとめ

下級審裁判例には、本件と類似する事案で、本判決と同様の判断をしたものがある。東京地判平 8・3・12 (判時 1599 号 149 頁) は、被告人が、侵害を予期して護身用に骨スキ包丁を携帯して外出したところ、被害者に遭遇し筋引包丁で斬りかかられたため、体を右に向けて被害者の攻撃を避けようとしたが左首筋を切られ、さらに、被害者が再度包丁を振りかざして切りつけようとしたため、未必の故意をもって被害者を刺突し、同人を殺害したという事案で、「被告人としては、万一被害者と遭遇した場合、刃物でもって仕返しされるかもしれないという不安な気持ちを依然として抱いていたため、護身用に骨スキ包丁を持ち出したにすぎないから、被害者と遭遇して、被害者から刃物で攻撃されれば、身を守るため万やむを得ず骨スキ包丁を使用するという意思があったからといって、被告人が積極的加害意思を有していたとまで認めることはできない」として、侵害の急迫性を肯定し、殺人につき正当防衛を成立させ、銃砲刀剣類所持等取締法違反のみ有罪とした<sup>12)</sup>。

このように見てくると、侵害の予期があり、さらに、積極的加害意思が存する場合には、侵害の急迫性が否定されるとの前提の下、積極的加害意思の存在を否定し、正当防衛の成立を肯定した本

判決は、上述の判例及び裁判例の流れに沿うものであるといえる<sup>13)</sup>。

もっとも、積極的加害意思がある場合に侵害の急迫性を否定すること自体、行為者の意思という主観面によって、本来客観的に確定されるべき、侵害の急迫性の存否が左右されることになるとする批判が有力である<sup>14)</sup>。このような理論構成は、積極的加害意思と専ら攻撃の意思の関係如何といったさらなる問題も提起するなど、正当防衛概念をいたずらに複雑化することになりかねない。速やかな判例変更が望まれる。

●—注

- 1) 本判決では、「被告人がAからゴルフクラブで殴られるうちに攻撃意思を有するに至り、本件傷害行為当時にも攻撃意思を有していた」とされたが、他方で、「本件傷害行為は、被告人がAから引き続き更に暴行を加えられることを防ぐためのものであった」として、防衛の意思が肯定されている。この判断は、攻撃意思と防衛の意思の併存を認める、従来の判例の流れに沿ったものといえる（最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁、最判昭60・9・12刑集39巻6号275頁など）。
- 2) 防衛行為の相当性について、本判決は、「Aによる侵害と被告人の本件傷害行為との間で、危険性の程度にさしたる違いはないというべきであり、被告人がした本件傷害行為は、防衛行為として相当性を有する」とした上で、「確かに、本件傷害行為の瞬間だけを捉えれば、Aは、凶器を所持しておらず、攻撃力が減弱していたのであるが、……Aがゴルフクラブを取りに行き、引き続きそれで殴る暴行を反復する危険が現存していたことを踏まえると、被告人がそれと同程度の危険性を有する本件傷害行為に及んだことをもって、防衛行為として相当な範囲を超えたものとはいえない」と判示している。
- 3) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。
- 4) 侵害の予期と侵害の急迫性につき、最判昭30・10・25刑集9巻11号2295頁は、被害者の不正の侵害について「早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んで被害者と対面すべく」近くで被害者の様子を窺っていた被告人が、出刃包丁で襲ってきた被害者に対して、あらかじめ用意した抜き身の日本刀で反撃し同人を死亡させた事案で、侵害の急迫性を否定し、正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した。この点、今井猛嘉「侵害の急迫性」刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕（有斐閣、2014年）48頁は、端的に、侵害を充分に予期していた者との関係で、当該侵害の急迫性が否定された判例として、この昭和30年最高裁判決を挙げているが、「進んで被害者と対面すべく」とする判示まで踏まえれば、そこまで単純化して理解するわけにはいかないであろう。また、最判

- 昭23・6・22刑集2巻7号694頁参照。
- 5) 大阪高判14・7・9判時1797号159頁も参照。
- 6) なお、その後の下級審裁判例には、暴力団の抗争の事案で、侵害の予期を前提しつつ、事前にけん銃を準備して使用した点（大阪高判昭56・1・20刑月13巻1＝2号6頁）や、被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為自体（大阪高判13・1・30判時1745号150頁）が違法性を帯びたものであるなどとして、侵害の急迫性を否定したものもある。
- 7) 例えば、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）167頁などがある。なお、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）235頁も、積極的加害意思が存する場合、侵害の急迫性が否定される余地を認める。
- 8) ちなみに、意図的挑発に関しては、学説も正当防衛を否定する点では一致を見ているが、その理論構成は多岐に分かれる。例えば、権利濫用説として、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（有斐閣、2008年）385頁、相当性判断説として、佐伯千伊『刑法講義総論〔4訂版〕』（有斐閣、1981年）203頁、防衛の意思否定説として、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）238頁などがある。なお、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、2008年）195頁参照。
- 9) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）310頁。
- 10) 林・前掲注8）195頁。
- 11) 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）143頁は、正当防衛の場合、侵害が事前に予期されていても、防衛者の側に退避義務、及び、警察等への事前の通報義務はないとし、「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」とする。
- 12) 大阪高判昭53・6・14判タ369号431頁も参照。
- 13) いわゆる侵害回避義務論も、「侵害の確実な予期が欠ける場合には、侵害回避行為は行為者にとって特段の負担となる以上、この場合には侵害回避行為は義務づけられない」（橋爪・前掲注9）309頁）としており、本件事案では、正当防衛を肯定することになろう。
- 14) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）333頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）220頁ほか。

九州大学教授 井上宜裕