

防衛的招致の理論と正当防衛状況が 問題となる事案の類型化（１）

木崎 峻輔

第１ はじめに

第２ ドイツにおける防衛的招致の理論

１ 問題の所在

２ 学説と判例の概要

（１）学説

ア 概要

イ 検討

（２）判例

ア 防衛的招致による正当防衛権の制限を肯定した事例

イ 防衛的招致による正当防衛権の制限を否定した事例

３ 検討

（１）わが国への導入の可能性

（２）わが国に導入すべき見解

第３ わが国の判例と防衛的招致の理論

１ 問題の所在

２ 判例

（１）急迫性を否定した判例

ア 被侵害者が凶器を準備していた事例（以上本号）

イ 被侵害者が凶器を準備していなかった事例

（２）急迫性を肯定した判例

３ 検討

（１）武器の準備と侵害の急迫性の関係

ア 積極的加害意思を問題にした事例

イ 積極的加害意思を問題にしなかった事例

（2）急迫性の認定と防衛的招致の理論

第4 防衛的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事案の類型化

1 問題の所在

2 事例類型としての防衛的招致の理論

（1）被侵害者が武器を準備していた事例の意義

（2）同類型に該当する事例

ア 侵害の予期

イ 武器の所持の態様

ウ 反撃準備の違法性

エ 反撃行為に出た場所

3 同類型における判断内容と機能

（1）判断内容

（2）機能

第5 おわりに

第1 はじめに

近年、裁判員裁判を踏まえた一般市民にも分かりやすい刑法理論の構築についてしばしば議論がなされているところ、相互闘争状況における正当防衛の判断基準として、いわゆる正当防衛状況の基準を用いることが提唱されている¹。すなわち、従来相互闘争状況の場面における正当防衛の判断基準として用いられてきた、最高裁昭和52年7月21日決定（刑集31巻4号747頁。以下、「52年決定」という。）で判示された積極的加害意思論²は、「侵害の十分な予期」と「その機会を利用して積

1 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年、法曹会）26頁、和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ1365号（2012年）59頁。

2 積極的加害意思論について詳細に論じた文献として、橋爪隆『正当防衛権の基礎』有斐閣（2007年）232頁以下、香城敏磨「正当防衛における急迫性」香城敏磨＝小林充編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（上）』（1992年、判例タイムズ社）262頁以下、斎藤信治「急迫性（刑法36条）に関する判例の新展開」法学新報112巻1＝2号（2005年）393頁以下、荘子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思」司法研修所論集62号（1974年）42頁以下、香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和52年度〕』（1980年、法曹会）242頁以下、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）86-7頁など。

極的に加害行為に出る意思」を有して反撃に出た場合には侵害の急迫性が否定されるとするものであるが、同理論は一般市民には難解な理論であるとして³、それに代わって最高裁平成20年5月20日決定（刑集63巻6号1786頁）で判示された、「反撃行為に出ることが正当とはいえない状況」における反撃行為について、端的に正当防衛が否定されるとする、いわゆる正当防衛状況の基準を用いるべきであるとする見解が主張されている。もっとも、この正当防衛状況という判断基準は、明確な基準とは言い難いので、正当防衛状況の有無が問題になる事案に共通する大枠としての理論を構築し、その上で、事案の態様ごとに類型化した基準を用いる必要があるとされる⁴。しかし、現状においてこのような事案の態様ごとの類型化はほとんどなされていないと思われる。近時の下級審裁判例を見ても、正当防衛状況の扱いについて見解の一致を認めることはできず⁵、正当防衛状況という判断基準についてはさらなる検討が必要な状況にあると思われる。

ところで、ドイツにおける正当防衛権を制限する理論として、防衛的招致（Abwehrprovokation）の理論という見解が一部で主張されている⁶。同見解は、被侵害者が答責的な侵害招致行為により侵害を招致した場合だけでなく、侵害を予期して過剰な防御態勢を整えていた場合にも、自招防衛の場合と同様に正当防衛行為の被要請性（Gebotenheit）が減少するとして、正当防衛権の制限を認めるものである⁷。もっとも、同見解は、防御態勢を整えたことによっては侵害が招致されるこ

3 司法研修所編・前掲注（1）20頁、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際—判断の安定化を目指して—」刑法雑誌50巻2号（2011年）192頁、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）16頁。

4 和田ほか・前掲注（1）55頁、橋爪隆「正当防衛状況の判断について」法学教室405号（2014年）113頁、佐伯・前掲注（3）18頁、遠藤・前掲注（2）194頁。

5 例えば、東京高判平27・6・5（公刊物未掲載）においては、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」として侵害の急迫性を否定しているのに対して、横浜地裁平25・10・31（裁判所ウェブサイト）は、侵害の急迫性と正当防衛状況を並列的に判断している。

6 Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2012, S.234; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, S.695f; Walter Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29.auf., 2014, S.670; Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2003, S.1331; Georg Küper, Die >>Abwehrprovokation<<, JA 2001, S.438; Gunter Arzt, Zur Frage des Notwehrrechts und der Überschreitung der Notwehr bei einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen achtzehnjährigen Schülern in einer Unterrichtspause, JR 1980, 210.

7 防衛的招致について論じた文献は、いずれも被要請性の問題とされる自招防衛に関する議論に付随して防衛的招致について述べていることから、防衛的招致も自招防衛と同じく被要請性の減少による正当防衛権の制限が問題になっているといえる。もっとも、Roxin, a.a.O. (Anm.6) S.696は、防衛的招致の問題はむしろ防衛行為の必要性（erforderlichkeit）の判断の早期化に関する問題であるとする。

とはならない等と批判され⁸、少数説にとどまっている。しかし、わが国の喧嘩闘争の場面で積極的加害意思等を理由に侵害の急迫性が否定された判例・裁判例には、被侵害者が侵害を予期した上で、あらかじめ凶器を準備するなどの強力な防御態勢を整えていた事案が多数存在する⁹。また、積極的加害意思が認められた事例は、実際には被侵害者の主観面よりも反撃行為時の客観的状況を重視しているとの指摘もあり¹⁰、このようなわが国の判例の状況は、上記の防御的招致の理論と整合するものであるように思われる¹¹。

そこで、もしこのようなドイツの学説とわが国の判例の間に整合性が認められるならば、正当防衛状況が問題となる事案の類型化の指針として、防御的招致の理論を用いることはできないか。たしかに、防御的招致の理論はドイツでは少数説だが、わが国では被侵害者が凶器を所持していた場合に正当防衛が否定される判例が多数存在することからすると、むしろわが国においては受け入れられやすい理論であるように思われる。そうであるならば、同理論により正当防衛が成立しないことを説明することができるような事例、すなわち、防衛行為者があらかじめ武器を準備して反撃行為に及んだ場合を、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される事例の典型的な類型として構成することも可能であるように思われる¹²。積極的加害意思論や喧嘩闘争と正当防衛の理論は、防衛行為者が侵害を予期して武器を準備した

8 Felix Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Lfg., 2001, S.51.

9 わが国の判例における武器の所持と正当防衛の関係について、安廣・前掲（2）83-4頁参照。

10 橋爪・前掲注（2）237頁、安廣・前掲注（2）86頁、佐伯仁志「正当防衛論（1）」法学教室291号（2004年）86頁、齋藤・前掲注（2）395頁、拙稿「正当防衛状況という判断基準について（1）—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—」早稲田大学法研論集140号（2011年）71頁以下。

11 もっとも、防御的招致を理由に正当防衛権の制限を認める見解の多くは、ドイツにおける自招防衛に関する学説と同様に、防御的招致を理由に正当防衛権を直ちに否定するのではなく、防衛行為として許容できる範囲が制限されると解するものであり、この点で積極的加害意思や自招防衛を理由として過剰防衛の成立も否定するわが国の判例とは異なっている。しかし、どのような場合に正当防衛権が制限されるべきかを検討する上では、正当防衛権の制限の程度が違っていても、このようなドイツの学説を参考にすることも可能であると思われる。この点に関し、拙稿「ドイツ及びわが国の判例における自招防衛の意義」早稲田大学法研論集151号（2014年）132-3頁参照。

12 なお、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）』（2006年、判例タイムズ社）101頁以下は、防衛行為者が強力な武器を所持していた場合に退避義務を課すことにより、正当防衛権を制限すべきとするが、同見解は生命という法益の重大性を根拠とするものであり、武器の所持を相互闘争状況の一類型として検討を加える本稿とは視点が異なる。

ことを直接の理由として急迫性を否定しているわけではなく、これらの理論から急迫性の否定を説明できる事案と、防衛的招致の理論で正当防衛権の制限が説明できる事案には、完全に重なり合いが認められるわけではない。そこで、「武器の所持」という比較的外形から分かりやすい事実を考慮して正当防衛権の制限を認める同理論を参考にして、正当防衛状況が問題になる事案を整理し直すことには十分な意義があるように思われる。

このような問題意識に基づき、本稿においては、まず防衛的招致に関するドイツの学説・判例を概観した上で、このような見解が少数説にとどまっている理由を検討し、わが国で同見解を採用することができるかを明らかにする。そして、わが国における侵害の急迫性の有無が問題となった判例・裁判例を検討し、これらの判例・裁判例の判断内容は防衛的招致の理論と整合するものであるか、すなわち同理論はわが国の判例実務に沿うものといえるかを明らかにする。その上で、もし防衛的挑発の理論をわが国の正当防衛状況が問題となる事案の類型化の指針として使うことが可能であるならば、どのような事案を正当防衛状況が問題となる事例の一類型として構成すべきかを明らかにする。

第2 ドイツにおける防衛的招致の理論

1 問題の所在

まず、防衛的招致の理論を正当防衛状況が問題となる事案の類型化の指針として用いることができるかを検討する前提として、ドイツにおける防衛的招致の理論に関する学説・判例を概観する。防衛的招致の理論について論じた文献はそれほど多くはないが、同理論を理由とする正当防衛権の制限を認める立場の中にも、複数の見解が存在する¹³。また、ほとんどの判例は同理論に対して否定的であるが、同理論を肯定している判例もごく僅かながら存在する。次に、防衛的挑発の理論に対する批判を検討し、このような批判はわが国でも通用するものであるか、すなわち、わが国に防衛的招致の理論を導入することは可能であるかを明らかにする。そして、もし同理論をわが国に採用することが可能であるならば、ドイツで主張されて

13 防衛的招致の理論に関する学説を分類・整理した文献として、Michael Lindemann/Mitarbeiter Tilman Reichling, *Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa*, Jus 2009, S.496.

いる防衛的招致の理論に関する見解のうち、いずれの見解が適切であるのかを明らかにする。

2 学説と判例の概要

(1) 学説

ア 概要

(ア) 意図的な防衛的招致の場合にのみ正当防衛権を制限する見解

まず、自らが予期した闘争において、危険が少ない防衛手段でも身を守ることが可能であったにもかかわらず、危険な武器を使用する意図で危険性が高い防衛手段を準備して、それを使用できる状態になるまで待っていた場合には、自招防衛における意図的招致の場合と同様に、正当防衛権が否定されるとする見解がある¹⁴。これらの見解は、原則として侵害を予期して武器を準備しただけでは正当防衛権を制限すべきではないとするが、例外としてこのような場合については、自招防衛における意図的招致の場合と同視できるとするものである¹⁵。このような見解は、侵害者をできるだけ重大に、又は徹底して傷害することを狙った意図と、武器法への違反などの武装の違法性が重疊的に一緒になった場合にのみ正当防衛権の制限が許される¹⁶とか、武装の態様について、社会的に相当な防衛準備と危険を伴う「強力な武装」を区別し、後者の場合にのみ正当防衛権が制限される¹⁷としており、被侵害者の武装という事実を、その程度・態様を問わず一律に取り扱うものではない。また、致死的な正当防衛権の行使に対する制限の要請から、このような場合における正当防衛権を制限すべきとする見解も存在する¹⁸。

(イ) その他の答責的な防衛的招致の場合にも正当防衛権を制限する見解

次に、意図的な防衛的招致の場合だけでなく、防衛行為者が、少なくとも侵害を予期しながら、義務に反して侵害に対する「高度の武装 (hochrüstet)」をした場合には、社会倫理的な考慮が防衛行為者に何らかの配慮を要求すると主張する見解

14 Perron, a.a.O. (Anm.6), S.670; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.234; Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1331; Klaus Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104 (1992), S.305f. なお、Erb は、Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2 Aufl., 2012, S.1540f.において、否定説に改説している。

15 Vgl. Perron, a.a.O. (Anm.6), S.670.

16 Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1331.

17 Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.234.

18 Bernsmann, a.a.O. (Anm.14), S.305.

が存在する¹⁹。同見解によれば、このような場合における防衛行為者は、より危険の少ない防衛手段が有するリスクを甘受しなければならないとして、反撃行為として許容される手段が制限されることになる。このような見解は、防衛行為者が「高度の武装」をした場合には、危険の増大（Eskaration）は前もって予定されているということができ、このような危険を創出する又は増大させる義務に反した先行行為は、行為者に保証義務を発生させるということを根拠とする²⁰。同見解は、被侵害者の武装が「高度の武装」である場合に限り正当防衛権の制限を認めるものであり、意図的な防衛的招致の場合にのみ正当防衛権を制限する見解と同様に、被侵害者の武装という事実を、その程度・態様を問わず一律に取り扱うものではないといえる。

（ウ）原因において違法な行為の理論と同視する見解

また、防衛的招致を理由とする正当防衛権の制限を否定しつつ、義務に反して反撃準備をしたことを理由として、発生した結果について刑事責任を問うべきであるとする見解も存在する²¹。同見解は、このような場合における防衛準備は、侵害の招致と同様に非難を向けることが相当であるとして、義務に反した武装を、侵害者に対する挑発と同様に、原因において違法な行為における原因行為として扱うものである²²。このような見解は、防衛準備を理由とする正当防衛権の制限を認めるものではないが、この場合の被侵害者の態度を非難の対象として処罰の根拠としている点では、上記の見解と共通するものである。

（エ）否定説

これらの見解に対して、多くの学説は、防衛的招致を理由とする正当防衛権の制限を一切否定する²³。このような見解は、この場合は防衛行為者が侵害招致行為に出ている以上、侵害行為を惹起したということはできず、防衛行為者に対して非難を向けることはできないので、正当防衛権を制限することは許されないなどとして²⁴、この場合の正当防衛権の制限を否定するものである。

19 Küper, a.a.O. (Anm.6), S.440; Roxin, a.a.O. (Anm.6), S.695f.

20 Küper, a.a.O. (Anm.6), S.440.

21 Arzt, a.a.O. (Anm.6), S.212; Lindemann/Reichling, a.a.O. (Anm.13), S.500f.

22 Arzt, a.a.O. (Anm.6), S.212.

23 Lindemann/Reichling, a.a.O. (Anm.13), S.497.

24 Herzog, a.a.O. (Anm.8), S.51.

イ 検討

以上のような学説の概要を見ると、防衛的招致を理由とする正当防衛権の制限を肯定する見解は、いずれも義務に反した武器の準備を自招防衛における侵害招致行為と同視することにより、正当防衛権の制限や反撃行為の処罰を試みるものであるといえる。これらの見解が、いずれも武器の準備につき義務違反性を要求するのは、侵害招致行為が正当行為及び権利行為である場合には正当防衛権の制限を認めないという通説的見解²⁵からは当然の要請である。もっとも、これらの見解は、義務に違反した武器の所持を常に侵害招致行為と同視しているわけではなく、武器の準備が「強力な武装」や「高度の武装」であることを要求している。これらの見解からは、武器になり得る道具を所持していたにすぎない場合や、護身のために相当と認められる程度の武器を所持していた場合には正当防衛権の制限は認められないことになると思われる。このことから、これらの見解は、正当防衛権の制限の可否を判断する上で、武器の準備の有無だけでなく、その態様も考慮していると解される。すなわち、このような見解は、武器の準備がなされたという事実を形式的に判断して正当防衛権を制限しているのではなく、実質的にみて武器の準備が侵害招致行為と同等の非難に値する場合に正当防衛権を制限すべきであると解しているといえることができる。そこで、防衛的招致を理由に正当防衛権の制限を認める見解は、被侵害者の先行行為を理由とする正当防衛権の制限の可否を判断する上で、被侵害者の先行行為の態様について実質的な判断を行うべきとする見解であると評価することができる。

これに対して、否定説は、防衛的招致の場合における武器の準備と、自招防衛の場合における侵害招致行為は、その性質が異なっていることを理由とする。すなわち、そもそも侵害者が侵害行為に出なければ、被侵害者が準備した武器を用いて反撃行為に出ることもなかったのであり、この場合に侵害者が侵害行為に出るか否かは、侵害者の自由な意思決定に完全に委ねられていたといえる。この点において、防衛的招致が問題になる事例は、侵害による結果を「拡大する」ものに過ぎず、被侵害者の侵害招致行為により侵害を「発生させる」自招防衛の場合とは質的に異なることになる。このような見解は、自招防衛が違法な行為により侵害を「招致した」

25 Vgl. Perron, a.a.O. (Anm.6), S.667f; Erb, a.a.O. (Anm.14), S.1539; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.215; Roxin, a.a.O. (Anm.6), S.691; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43.Aufl. 2013, S.133.

場合に正当防衛の社会倫理的制限の一類型として正当防衛の被要請性が減少するという²⁶、自招防衛の形式面を重視したものであるといえることができる。

（2）判例

ア 防衛的招致による正当防衛権の制限を肯定した事例

①シュトゥットガルト上級地裁第3刑事部1991年10月7日判決（NJW 1992, 850）

a) 事案の概要

合唱団のイベントにおいて、Aが突き飛ばされて被告人にぶつかり転倒したことをきっかけとして、被告人とAがつかみ合いになった。周囲の人間の仲裁により、その場は一度は納まったものの、その後イベント会場においてさらなる暴力沙汰に巻き込まれて、持ち物を奪われるなどしたAは、帰宅する際に再び被告人を発見し、体格が劣っていて弱々しく見える被告人を痛めつけようと決心して、被告人に集会場の前に来るよう要求した。被告人がAの後について集会場の前まで来ると、Aは被告人の右頬を手拳で殴打した。これに対して、被告人はAの左脛を激しく蹴り、脛骨を骨折させるなどの傷害を負わせた。なお、被告人を危険な傷害罪（ドイツ刑法典223条a）により有罪とした区裁判所は、被告人は犯行時に金属で補強した安全靴を履いていたと認定したが、原審はこのような事実を認めなかった。

b) 裁判所の判断

原審は、被告人の行為は正当防衛にあたるとして、被告人を無罪とした。これに対して本判決は、被告人が犯行当時安全靴を履いていたか否か等についての原審の事実認定が不十分であるとしてこれを破棄し、原裁判所に差し戻した。その上で、本件における正当防衛権の制限について、被告人がAの要求に応じて集会場の前に行ったことについて、「防衛手段の選択において、強力な反撃防衛（Trutzwehr）を強要される状況を作り出した。」として、「この状況は、『自招防衛』の枠内で、『防衛的招致』と呼ばれる。」と述べた。そして、このような状況における正当防衛権の制限について、「被告人は、侵害者に対していっそう強力な行動に出るために、増大した危険な状況を待ち受けてはならない。もちろん、自招防衛者又は防衛的招致者は、全ての防衛権限を失わない。しかし彼は、必要な防衛手段の選択において、より大きな自制を義務付けられ、特に、さらなる侵害の前にできる限りの回避が義

26 Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.6), S.683.

務付けられる。」として、「被告人の事例においては、集会場から戻ることを考慮しなければならない。」と判示して、防御的招致を理由とする被告人の正当防衛権の制限を肯定した。

c) 検討

本判決は、防御的招致を理由とする正当防衛権の制限を認めた極めて数少ない判例の1つである。本件の被告人は、Aに対して何ら挑発的な態度を取っておらず、Aの闘争の要求に応じて集会場の前まで後について行っただけである。本判決は、被告人のこのような行動を、「防衛手段の選択において、強力な反撃防衛(Trutzwehr)を強要される状況を作り出した。」として、非難の対象としている。また、本判決は、被告人が安全靴を履いていたとは認められないとする原審の事実認定を破棄した上で正当防衛権の制限について述べていることから、被告人が闘争行為に応じたことに加えて、安全靴という強力な武器にもなりうるものを身に付けていた点も考慮しているように思われる。被告人は、当初からAとの闘争を予期して安全靴を身に付けてきたわけではないが、このような強力な武器にもなりうる安全靴を身につけた状態でAとの闘争に応じた場合も、強力な武装をして反撃行為に望んだことにより「危険の増大」を生じさせたということが出来る。同判決は、このような状況下で相手方による闘争行為の要求に応じる行為を、自招防衛の事案における積極的な侵害招致行為と同一視して、正当防衛権の制限を認めているように思われる。

イ 防御的招致による正当防衛権の制限を否定した事例

② BGH 第1刑事部1979年7月24日判決²⁷ (JR 1980, 210)

a) 事案の概要

被告人は、以前から被告人よりも体格が優れていた同級生のAにより暴力を振るわれていたところ、犯行当日、Aによるさらなる暴力を予期してズボンのベルトに刃渡り10センチメートルのナイフを差し込んで学校に行った。学校の教室において、Aは被告人を侮辱し、腕を掴んだ上で、ボクシングの態勢で激しく殴打した。これに対して、被告人はナイフでAの心臓を突き刺し、死亡させた。

b) 裁判所の判断

原審の少年裁判所は、被告人がナイフを携帯して学校に行ったことは義務に反し

27 本判決に対する評釈として、Arzt, a.a.O. (Anm.6), S.211; Winfried Hassemer, Jus 1981, S.151.

た行為であり、被告人は侵害を回避するための行動を取らなければならなかったとして、被告人の行為は正当防衛により正当化されないとした²⁸。BGHは、原判決を破棄し、被告人は、さらなる危険を即時かつ最終的に排除するために、ナイフを使って反撃することが許されるとして、同級生や教師に救助を求めることは、「要求できない回避であり、恥ずべき逃走」であり、要求されないとした。その上で、原審が被告人がナイフを携帯して学校に行ったことを義務に反した行為であるとしたことは、「正当防衛の原理に逆行する」ものであり、「違法な侵害の危険を被侵害者に負わせる」ことになると判示した。そして、「被告人は、ナイフを所持していた事実そのものにより非難されない」として正当防衛権の制限を否定し、被告人の行為は正当防衛により正当化されるとして、被告人を無罪とした。

c) 検討

本判決は、侵害行為があり得ることを予期しつつ、護身用に凶器を持参していたとしても、そのことを理由として正当防衛権が制限されないことを判示した代表的な判例であり²⁹、事例①で認められた防衛的招致の理論を正面から否定したものといえることができる。すなわち、本判決は、被告人が侵害を予期して防御準備を整えることと、侵害招致行為に出ることは、その性質において全く異なるものであるとして、被侵害者に正当防衛権が認められている以上は、被侵害者が侵害を予期して反撃の準備を整えることは非難され得ないと解していると思われる。このような判断に関連して、本判決は、被告人が教師や同級生の救助を求めることを「要求できない回避であり、恥ずべき逃走」と評価しており³⁰、正当防衛の基本原則とされる「法は不法に譲歩しない」という原則を極めて重視しているものと解される。

③ BGH 第3刑事部1982年11月5日決定（NStZ 1983, 117）

a) 事案の概要

被告人は、犯行当日に、仕事仲間であるAに襲撃されて傷害を負った。被告人は、Aによる再度の侵害を予期して、刃物を携帯した。その少し後、Aは被告人を路上で再び襲撃した。Aが被告人を殴打し始めると、被告人はナイフを抜いて、Aが転

28 このような原審の判断は、防衛的招致の理論により正当防衛権の制限を認めたものであるように思われる。

29 橋爪・前掲注（2）196頁。

30 これに対して、Arzt, a.a.O. (Anm.6), S.212は、被告人が護身用にナイフを携帯したことは義務に反するとして、「防衛的挑発」の標語の下で、防衛行為者に非難を向けることが相当であるとする。この点に関し、橋爪・前掲注（2）196頁参照。

倒するまで突き刺した。Aは14ヶ所の刺し傷を受け、そのうちの2つが致命傷となって死亡した。

b) 裁判所の判断

BGHは、被告人を故殺罪（ドイツ刑法典212条）で有罪とした原判決を破棄し、原審に差し戻した。その際に、正当防衛の成否に関連して、「被告人は、さらにひどく打ちのめされることに対して安全措置を講じたことから非難されない」として、被告人が路上でAを回避しなかったことにより正当防衛権が制限されることは自明ではないとした。そして、「結局、被告人が先行行為によりAの再度の侵害を招致したことは認定されていない」として、被告人の正当防衛権は制限されないと判示した。

c) 検討

本判決も、事例②と同様に、被侵害者が侵害を予期して武器を準備したことを理由とする正当防衛権の制限を否定しており³¹、防御的招致の理論を否定するものであるといえる。本判決は、被告人が侵害を予期して刃物を準備したことを認定しながら、被告人が侵害を招致したとは認定されていないことを理由に、正当防衛権の制限を否定しており、侵害を予期した上での武器の準備と侵害招致行為を明確に区別している。また、本件の被告人は、路上で侵害を受けており、毎日通わねばならない学校で侵害を受けた事例②の被告人よりも侵害の回避は容易であったように思われる。しかし、それでも本判決は正当防衛権の制限を否定しており、本判決においても、「法は不法に譲歩しない」という基本原則が重視されているように思われる。

④ BGH 第2刑事部1986年3月19日判決³² (NStZ 1986, 357)

a) 事案の概要

被告人は、違法に取得した7.65ミリ口径の拳銃を犯行当日も所持していた。その日の夜、Aら4人の少年が、被告人の自宅の前まで後に付いてきたので、被告人は、Aらが何を企てているのか監視しようとしたところ、両者の間で口論が生じた。被告人は、Aらがさらに近付いてきたので、Aらに対して拳銃を向けたところ、Aらは一度は引き下がったものの、再度石を投げつつ近付いてきた。Aらが投げた石が被告人の足や背中に命中し、頭をかすめると、被告人はAに向けて拳銃を発射して、

31 橋爪・前掲注(2)196頁。

32 本判決に対する評釈として、Winfried Hassemer, Jus 1986, S.913.

Aの脊柱に命中させ、重大な傷害を生じさせた。

b) 裁判所の判断

BGHは、被告人の行動には侵害の意図的招致も正当防衛権の制限をもたらすその他の有責的な招致も認められないとした。そして、被告人が違法に入手した拳銃を所持していたことについては、「被告人は、拳銃を無許可で持っていたことのみを理由として、一その都度の状況に相当な一防衛目的での拳銃の使用を妨げられない。」として、このことを理由に正当防衛権を制限することはできないと判示し、被告人の行為は正当防衛により正当化されるとした。

c) 検討

本件は、上記の事例とは異なり、被告人がAによる侵害を具体的に予期していたとはいえない。もっとも、本件の被告人が所持していた武器は違法に入手した拳銃であり、防衛手段の違法性及び危険性は上記の事例を大きく上回っている。しかし、このような事例においても、BGHは違法な武器の所持を理由として正当防衛権が制限されることはないと判示している。本件において、被告人はAに重大な傷害を負わせたことについては無罪とされているが、拳銃の所持については武器法違反で有罪とされていることから、本判決においては、武器の所持の違法性と反撃行為の違法性は、明確に区別されていると解される。

3 検討

(1) わが国への導入の可能性

以上のように、ドイツにおける学説も判例も、防衛的招致の理論に対しては否定的である。このような傾向は、わが国の判例理論が、被侵害者が侵害を予期して武器を準備していた事例について、積極的加害意思が認められれば侵害の急迫性を否定していることとの重大な相違点である³³。ドイツの学説及び判例がこのような立場を採用している理由としては、まず、防衛的招致の場合における武器の準備と自招防衛の場合における侵害招致行為の性質の違いが挙げられる。すなわち、多くの学説は、侵害を「発生させる」侵害招致行為と、侵害による結果を「拡大させる」武器の準備は質的に異なる行為であると解しており、このような理解からは、積極的に侵害招致行為に出ていない以上は、被侵害者による武器の準備がどれほど非難

33 橋爪・前掲注（2）196頁。

されるべきものであっても、これを理由とする正当防衛権の制限を認めるべきではないということになる。次に、予期した侵害に備える行為を理由に正当防衛権を制限することは、被侵害者に侵害を回避する負担を課すことになるということも理由として挙げることができる。このような理由は、被侵害者が侵害に対して反撃行為に出る権利を強く保障すべきであるという価値判断に基づき、「法は不法に譲歩しない」の基本原則を重視し、侵害に備えて武器を準備しただけでは「不正」に対する「正」としての地位は失われないと解するものである。なお、比較的近時のBGH判例においても、防御的招致の理論を直接問題にはしていないものの、結論においてこのような場合の正当防衛権の制限を否定した事例が複数存在する。例えば、BGH第1刑事部2005年8月9日判決³⁴ (NStZ 2006, 152) は、銃剣を2本所持した被告人が予想される闘争を回避せずに反撃行為に及んだ事例について、正当防衛権の制限を否定している。また、BGH第2刑事部2010年8月4日判決³⁵ (NStZ 2011, 82) は、被告人が、用心のためにバタフライナイフを所持し、自分の息子が直面していたトラブルの解決のため相手方の元に話し合いに出向いたところ、相手方が複数人で攻撃してきたので反撃行為に出たという事例において、正当防衛権の制限を否定している。このように、ドイツの学説及び判例においては、防御的招致の理論が一般的に受け入れられることは困難であるように思われる。

しかし、このような防御的招致の理論がドイツにおいて受け入れられない理由が、わが国でもそのまま妥当するとは言い難い。まず、前者の理由については、たしかにわが国においても、自招防衛を理由に侵害の急迫性が否定される事案と武器を準備して喧嘩闘争に望んだことを理由に急迫性が否定される事案は、一部で交差する2つの円のような関係にあるとして、両者を区別する見解が一般的である³⁶。しかし、わが国ではドイツと異なり、いずれの場合にも侵害を急迫性を否定する効果が認められている。また、侵害招致行為と武器の所持が並列的に検討の対象とされ、これらの事情を総合考慮して急迫性を否定した裁判例も存在する³⁷。そうであ

34 同判決に対する評釈として、Jürgen Vahle, *Kriminalistik* 2006, 115.

35 同判決に対する評釈として、Bernhard Kretschmer, *Jura* 2012, 189; Lea Voigt/Klaus Hoffmann-Holland, *NStZ* 2012, S.362. また、同決定をわが国に紹介する文献として、拙稿「正当防衛：法的に要請された行動による侵害の誘発」早稲田法学89巻4号169頁。

36 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年、成文堂) 172頁、的場純男＝川本清巖「自招侵害と正当防衛」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』(2001年、青林書院) 111頁。

37 このような判例として、大阪地判昭63・11・18 (判タ702号265頁)、東京高判昭60・8・20 (判時1183号163頁)、広島高判平15・12・22 (裁判所ウェブサイト)。

るならば、わが国においては、自招防衛の場合における侵害招致行為と、被侵害者が侵害を予期して武器を準備していた事例を含むその他の相互闘争状況の場面に於いて急迫性が否定される原因となった被侵害者の態度を、その効果の面で殊更に区別する必要性は乏しいといえる³⁸。

また、そもそもドイツの判例においても、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限を認める上で、実際にはかなり実質的な判断を行っており、侵害招致行為と、侵害を予期して武器を準備した行為の形式的な違いのみを理由に、両者を区別しているわけではないと思われる。すなわち、BGH判例は、正当防衛権を制限する侵害招致行為は「社会倫理的に拒否される」行為であれば足りると解しているが³⁹、このような判例の立場は、判断基準として不明確であるなどと批判されているように⁴⁰、侵害招致行為の性質について実質的な判断を要求するものである。実際にこのような基準で正当防衛権を制限した判例としては、自招防衛に関するリーディングケースであるBGH第5刑事部1996年3月21日判決⁴¹（BGHSt 42, 97）を挙げることができる。同判決は、被告人がコンパートメントに入ってきた被害者を追い出すために窓を開けたことを、「社会倫理的に拒否される」侵害招致行為と判断し、このような被告人の態度を理由に正当防衛権の制限を認めている。もっとも、同判決の判例評釈が批判するように、窓を開ける行為そのものは何ら社会倫理的に非難されるものではない⁴²。しかし、同事案において被告人は、被害者の再三の警告にかかわらず何度も窓を開ける、持っていたナイフを見せつけようとする、寝そべるような姿勢になってコンパートメントの座席を占拠するなどの行為に出ており、これらの行為を併せて考慮すると、被告人は被侵害者に闘争行為を挑むような態度、すなわち社会倫理的に拒否される態度に出たと評価することができる。そこで、本判決が被告人の態度を「社会倫理的に拒否される」侵害招致行為と判断する上では、窓を開ける行為に先立つ、被告人の被侵害者との闘争を志向・容認するような一連の態度を考慮しているものと解することができ、必ずしも侵害行為を因果的に惹起

38 拙稿「自招防衛の処理について」早稲田大学法研論集143号（2012年）120頁、同・前掲注（11）152頁。また、橋爪・前掲注（2）322頁参照。

39 Erb, a.a.O. (Anm.14), S.1539f; Perron, a.a.O. (Anm.6), S.667.

40 Erb, a.a.O. (Anm.14), S.1540.

41 同判決に対する評釈として、Heiko H Lesch, JA 1996, S.833; Ralf Krack, JR 1996, S.468; Sigmund P Martin, JuS 1997, S.177; Kristian Kühl, StV 1997, S.298. また、同判決を紹介するわが国の文献として、大杉一之「正当防衛の制限」比較法雑誌31巻4号（1998年）202頁。

42 Krack, a.a.O. (Anm.40), S.469; Kühl, a.a.O. (Anm.40), S.299.

した侵害招致行為のみを考慮しているわけではないと解される⁴³。このような実質的な判断により正当防衛権の制限の可否を判断しているという点では、自招防衛を理由とする正当防衛権の制限を認めた判例における判断内容は、被侵害者の「強度の武装」や「高度の武装」を、侵害招致行為と同視することで正当防衛権の制限を認める見解と共通しているように思われる。そこで、多くの判例が侵害を予期して武器を準備した事例において正当防衛権の制限を否定しているのは、自招防衛における侵害招致行為と防衛的招致における武器の準備が形式的に異なることを理由としているのではなく、これらの事案における被告人の行動が、正当防衛権を制限すべき程度に闘争行為を志向・容認するものではないと評価されたためであり、判例が防衛的招致の理論に否定的であるのは、結局は正当防衛権の行使の可否についての価値判断の問題、すなわち、「法は不法に譲歩しない」という基本原則をどの程度重視すべきかという問題に帰着するものであると解される。

そこで、後者の理由、すなわち「法は不法に譲歩しない」という基本原則を重視する価値判断について検討すると、わが国の判例においては違法に武器を所持していたことは正当防衛の成否を判断する上で重要な事実であるとされているなど⁴⁴、ドイツの判例と比較して、このような基本原則を重視する価値判断を採用しているとはいえない。すなわち、わが国の正当防衛の解釈においては「法は不法に譲歩しない」という基本原則が絶対視されているとはいえ⁴⁵、被侵害者に対して侵害の発生や闘争の拡大を回避する義務を、ドイツよりも広く課すことも許されると思われる。

以上のように、防衛的招致の理論がドイツにおいて受け入れられない理由は、いずれもわが国の議論状況においては説得力が乏しいものである。そこで、わが国に防衛的招致の理論を導入し、同理論を用いて正当防衛権の制限を説明することも、可能であると解される。

（2）わが国に導入すべき見解

それでは、仮にわが国に防衛的招致の理論を導入するならば、前述の3つの見解

43 拙稿・前掲注（11）140頁参照。

44 安廣・前掲（2）83-4頁、栃木力「正当防衛における急迫性」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）80頁、波床昌則「正当防衛における急迫不正の侵害」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（2001年、青林書院）85頁。また、斎藤・前掲注（2）399頁参照。

45 橋爪・前掲注（2）78頁、佐伯・前掲注（12）102頁以下参照。

のうちいずれの見解が妥当であるといえるか。

まず、防御的招致の理論を原因において違法な行為の理論と同視する見解は、侵害を予期して武器を所持していた場合でも正当防衛権を制限せずに、正当化された反撃行為とは別に生じた結果を処罰するものであり、この場合の反撃行為の正当化を否定するわが国の判例の立場とは大きく異なるものである。また、意図的防御的招致の場合にのみ正当防衛権を制限する見解については、ドイツの判例において意図的招致が認められた事案は現実には存在しないことから⁴⁶、このような場合にのみ正当防衛権の制限を制限する見解をわが国に導入し、事案の類型化の指針として用いることは困難である。

そこで、わが国に防御的招致の理論を導入するならば、その他の答責的な防御的招致の場合にも正当防衛権を制限する見解が妥当である。わが国の相互闘争状況における正当防衛の成否が問題となった判例も、正当防衛権を制限する上で必ずしも反撃の機会を利用して相手を攻撃する意図を要求していないことに照らしても⁴⁷、事案の類型化の指針として用いるには、このような見解が最も妥当であると解される。

第3 わが国の判例と防御的招致の理論

1 問題の所在

以上のように、わが国に防御的招致の理論を導入することは可能であると解されるが、このことから直ちに同理論を正当防衛状況が問題となる事案の類型化の指針として用いるべきであるということにはならない。もし同理論を用いて得られる結論が、わが国の判例実務における基本的な考え方と相違するものであるならば、このような理論を判例で問題となる事案の類型化の指針とすることはできない。そこで、防御的招致の理論が、わが国の判例実務における正当防衛状況の有無に関する判断に沿うものであるといえるかを明らかにするために、相互闘争状況において正

46 橋爪・前掲注（2）212頁参照。

47 わが国における自招防衛を理由に急迫性を否定した判例である東京高判平8・2・7（判時1568号145頁）や最決平20・5・20（刑集62巻6号1786頁）は、いずれも駅の階段や路上でのささいなきっかけから闘争状況が発生した事案であり、このような意図が認められる事案とはいえない。

当防衛の成否が問題になった事案における侵害の急迫性、すなわち正当防衛状況⁴⁸の有無に関する結論を防衛的招致の理論で説明できる判例・裁判例はどの程度存在するか、また、その判断のプロセスにおいて、武器の準備という事実はどのような意義を有しているのかを検討する。

2 判例

（1）急迫性を否定した判例

ア 被侵害者が凶器を準備していた事例

相互闘争状況の場面において侵害の急迫性が否定された事案の重要判例である52年決定や、大阪高裁平成13年1月30日判決（判時1745号150頁。以下、「平成13年判決」という。）も、被侵害者が侵害を予期して凶器を準備していた事案である。すなわち、前者においては、被告人が革マル派の襲撃を予期して鉄パイプ等を準備し、バリケードを築いた上で行った反撃行為につき、積極的加害意思を理由に侵害の急迫性が否定されている。また、後者においては、対立組織の襲撃を警戒し、拳銃を所持した上で暴力団の組長を護衛していた被告人が、対立組織の組員から拳銃で襲撃を受けたので、現場に駆けつけた仲間と共に拳銃で反撃した行為につき、積極的加害意思論を用いることなく、直接に侵害の急迫性が否定されている。両者は、積極的加害意思論を用いたか否かという点で相違はあるが、いずれも侵害を予期して強力な反撃準備を整えている点では共通しており、まさに防衛的招致の理論を用いた場合でも正当防衛権が制限される事例であるといえる。そして、下級審裁判例にも、これと同様の事実関係において侵害の急迫性を否定した事例が多数存在する⁴⁹。

⑤大阪高判昭56・1・20（判時1006号112頁）

a) 事案の概要

被告人が所属する暴力団と敵対組織の抗争が継続する中で、敵対組織が被告人の所属する暴力団の組員 B を拉致することが予想されていた。被告人は、B が拉致

48 侵害の急迫性と正当防衛状況の関係について、現在のところ見解の一致は認められないが、本稿においては、正当防衛状況とは、正当防衛権を基礎づける総合的・規範的要件としての侵害の急迫性をいうとする見解を前提として検討を加える。この点について、拙稿「正当防衛状況という判断基準について（2・完）—最高裁平成20年5月20日決定を契機として—」早稲田大学法研論集141号（2012年）70頁以下参照。

49 判例の意義を明らかにするために下級審裁判例の検討が有用であることについて、明照博章「刑法における判例研究の意義—正当防衛の判例を素材として—」松山大学論集22巻2号（2010年）227-8頁参照。

される危険があると考え、敵対組織との衝突を予想して拳銃を携帯していた。犯行当日、被告人はBを組事務所に保護するために自動車で出発したが、敵対組織の組員による追跡を察知して闘争の準備のために組事務所へ駆け込んだ。その直後、予想した通り敵対組織の組員であるAらの車が到着し、Bの代わりに被告人が所属する暴力団の組員Cを拉致しようとして、車の中にいたCを引きずり出し、2、3回殴打した後Aらの車の方に引っ張っていった。この光景を組事務所があるビルの3階の窓から目撃した被告人は、Cが拉致されるのを防ぐ目的で、Aらの車が停まっていた駐車場わきのブロック塀に向けて拳銃を3発威嚇発射し、その結果AらはCをその場に残して逃走した。

b) 裁判所の判断

原審は、被告人が拳銃を発射した行為は正当防衛により正当化されるとした。これに対して本判決は、52年決定を引用し、「行為の状況からみて、右の対抗行為がそれ自体違法性を帯び正当な防衛行為と認め難い場合には、たとえ相手の侵害がその時点で存在し又は切迫していたときでも、正当防衛を認めるべき緊急の状況にはなく、侵害の急迫性の要件を欠くものと解するのが相当である。」として、対抗行為の違法性は「行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当」であるとした。そして、対抗行為の違法性が侵害の急迫性を失わせるか否かは、「相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である」とした上で、相手の攻撃に備えて拳銃を用意して、これを使用した場合には、「相手の侵害の性質、程度などからみて特にこれを正当化すべき例外的な場合を除き、正当防衛の急迫性の要件を欠くものとしてこれを違法と評価するのが相当である。」として、その理由については、「もし法の禁止する兇器を用いて相手の侵害に対抗する行為を正当防衛と評価すべきものとするれば、手段たる兇器の所持をも一定の範囲で正当と評価すべきことになり、正当防衛の本旨ひいては法秩序全体の精神に反することとなるからである。」と判示した。その上で、被告人の行為については、「相手の侵害を避けるため警察の援助を受けることが容易であったのに、敢えて自ら相手の侵害に対抗する意図で拳銃を準備した上、これを発砲して侵害に対抗したもの」であり、行為全般の状況からみて急迫性の要件は充たされていなかったとして、原判決を破棄し、被告人を脅迫罪等で有罪とした。

c) 検討

本判決は、積極的加害意思という文言は用いていないが、52年決定を引用して、侵害の急迫性の有無は行為の状況全体から決せられると判示しており、同決定の判例理論の1つの適用場面を示したものと評価することができる⁵⁰。本判決は、被告人が侵害を予期してあらかじめ拳銃を準備したことを理由に急迫性を否定しており⁵¹、拳銃などの違法な武器で反撃行為に及んだ場合には原則として急迫性が否定されることを明言している。このような立場は、前述のドイツにおける事例④とは対照的なものであり、侵害を予期して義務に反した防御準備を整えた場合に正当防衛権の制限を認める防御的招致の理論に整合的であることから、同理論からも本判決の結論を説明することは可能であると思われる。もっとも、防御的招致の理論において重視される武器の準備が高度の危険性を有していることよりも、違法な武器の所持が法秩序に反することを重視している点で⁵²、防御的招致の理論との相違点が認められる。

⑥福岡高判昭58・4・27（判タ504号176頁）

a) 事案の概要

仲間と酒を飲みに出かけた被告人が、クラブで元暴力団員であるAと殴り合いの喧嘩になった。被告人の仲間がAから被告人を引き離したことでその場は収まったが、帰宅途中のタクシーの中でAは元暴力団員であり、被告人宅に押しかけてくるかもしれないという話を聞かされたことにより、被告人はAが押しかけてくることを予想した。そこで、被告人は、帰宅すると包丁を2本（刃渡り19.3センチメートルの出刃包丁と刃渡り17.4センチメートルの刺身包丁）用意して玄関の靴箱の上においてAを待ち受けていたところ、仲間を引き連れたAが、脇差を所持して被告人宅に押しかけて来た。Aが被告人宅のドアを叩くなどすると、被告人は両手に包丁を持って玄関の外に飛び出してAらに包丁を向けた。これに対して、Aが脇差で被告人の頭部を切りつけてきたので、被告人はAの胸部を包丁で突き刺し、死亡させた。

b) 裁判所の判断

原審は、被告人の行為は正当防衛により正当化されるとして、被告人を無罪とし

50 判時1006号112頁匿名コメント。

51 橋爪・前掲注（2）164頁参照。

52 侵害の急迫性を判断する際に行為態様の違法性を重視する見解として、斎藤・前掲注（2）393-4頁。

た。これに対して本判決は、被告人はAが5、6人で刃物を持って押しかけてくる可能性を予測していたこと、台所から包丁を2本取り出して玄関の靴箱の上に置いたこと、タクシーの車内で被告人の仲間からAとの闘争を避けるよう説得されており、自宅で妻からも同様の説得をされていたにもかかわらずAとの闘争を避けようとはしなかったこと、Aらが被告人宅に押しかけて来た際も自分から包丁を持って外に出てAらに包丁を向けることにより、一層緊迫した状況を作り出していること、Aの胸部に力を込めて包丁を突き刺していることなどの事実を総合し、被告人は「この機に乗じ積極的にAを殺害する意思で対抗し、喧嘩闘争を認めることができる。」として、52年決定を引用し、被告人の積極的加害意思を理由に侵害の急迫性を否定し、原判決を破棄し、被告人を有罪とした。

c) 検討

本判決においても、事例⑤と同様に、侵害の急迫性を否定する上で被告人が侵害を予期して武器を準備した点が考慮されている。しかし、これらの事情と併せて、被告人が説得を受けても侵害を回避しようとしなかったことや、反撃行為の態様なども考慮されており、これらの事情を総合的に考慮して、「積極的加害意思」を認定して急迫性を否定している点で、反撃行為の違法性から端的に急迫性を否定している事例⑤とは異なる論理を用いているように見える。すなわち、本判決においては、武器の所持を直接の根拠として急迫性を否定しているのではなく、急迫性を否定する主観的要素である積極的加害意思を認定する一要素として用いられているといえる。もっとも、被告人が、その形状から高い殺傷能力を持つと解される包丁を2本用意した上で、それを両手に持って飛び出す行為には違法性が認められる上に⁵³、闘争行為における「危険の増大」を生じさせるものであることから、防衛的挑発の理論によっても、正当防衛権の制限が認められる事例であると解される。

⑦東京高判平8・2・21（東高刑47巻1～12号21頁）

a) 事案の概要

被告人は、自らをヤクザと吹聴していたAに、不当に金銭を要求されたり、飲食代の肩代わりをさせられるなどしていたが、Aが知人に貸した金を肩代わりして

53 刃物を持って玄関から飛び出している以上、銃砲刀剣類所持等取締法22条による刃物の携帯の禁止に違反していると解され、また被告人は殺人罪で有罪とされていることから、このような行為は殺人予備罪に該当するものと解される。

返済するよう要求されたことなどから、A に対して強い怒りの感情を持った。被告人は、これ以上 A が理不尽なことを言った場合にははじめをつけなければならないと思ひ、粗暴で日頃から千枚通しなどを持ち歩いている A との喧嘩に備えて、刃渡り14センチメートルのサバイバルナイフをコートのポケットに入れて携帯した。犯行当日、被告人と A が喧嘩になり、A の怒鳴り声を聞いた被告人がコートのポケットの中でナイフを握り A に向き直ると、A が頭を下げて突っ込んできたので、被告人は A の頭部を突き刺し、仰向けに倒れこんだ A の左頸部を突き刺し、さらに A がナイフをつかんで離さないののでそのままナイフを A の喉元に突き刺し、死亡させた。

b) 裁判所の判断

裁判所は、被告人があらかじめ A との喧嘩になることを覚悟してナイフを用意していたこと、被告人はかねてから A に対し憎悪の念を抱いていたところ、本件の直前に A から怒鳴られたことにより怒りが極限に達していたこと、A に向き直る前、すなわち A による侵害行為がなされる前に、すでにコートのポケット内でナイフの柄を握っていたこと、A の侵害に対し直ちにナイフを取り出し A を突き刺しており、その加害行為の態様は防衛行為として著しく相当性を欠いてことを理由に、「被告人は、A から侵害を受けることを予想してただけではなく、その機会を利用し積極的に被害者に対して加害行為をする意思で侵害に望んだと認めのが相当である。」として、侵害の急迫性を否定し、被告人の行為に正当防衛は成立しないとした。

c) 検討

本件は、日頃から粗暴な相手との闘争を予期して刃物を携帯し、闘争が生じたら刃物を使って反撃行為に及んだという事例であり、ドイツにおける事例②と類似しているが、その結論は正反対である。両者の結論が正反対である理由は、侵害を用意して武器を準備し闘争に臨むという行為に対する評価の違いによるところが大きいように思われる。すなわち、本判決においては、このような行為は、急迫性を否定する積極的加害意思を認定する事情として評価されている。これに対して、事例②においては、このような場合に予想される侵害を回避することは、「要求できない回避であり、恥ずべき逃走」とであると評価されている。前述のように、事例②は、防衛的招致の理論を正面から否定した判例であると解されるが、これと類似した事例で正反対の結論を導き出した同判例は、防衛的招致の理論に整合するものである

ということが出来る。

⑧東京地判平14・1・11（裁判所ウェブサイト）

a) 事案の概要

被告人が会長を務める右翼団体と、Aが所属する暴力団の間で温泉権の販売などを巡る金銭トラブルが生じ、被告人はAらが押しかけてくることを予想して、拳銃を用意するなどした。Aらの要求に対する返答期限である犯行当日、被告人はAらに対して自分たちが事務所にいる旨を電話したところ、Aらは多人数で被告人の事務所に押しかけてきた。被告人は、Aらに拳銃を向けたにもかかわらず、Aらは特殊警棒で被告人に殴りかかってきたり椅子を振り上げたりしたので、被告人らがAらに向けて拳銃を発射したり、ナイフで切り付けるなどして、Aら数名を死亡させた。

b) 裁判所の判断

裁判所は、Aらが多人数で被告人の事務所に押しかけて来たことから、反撃行為の時点で被告人らが極めて緊迫した状況にあった事情は認められるとした。しかし、被告人はあらかじめ拳銃を用意したり、事務所出入口ドアを取り囲むように待機していたことから、Aらが多人数で押しかけてくる可能性を予期していたと認められること、Aらの侵害が予想される時刻までに時間的余裕があったにもかかわらず、事務所を離れたり警察の救援を求めたりしていないこと、被告人らの反撃準備は拳銃を用意するなど違法な手段であったこと、Aらの侵害行為は被告人が予想していた以上のものではなく、これに対して被告人らの反撃行為はAらの攻撃よりもはるかに強烈なものであったこと、被告人らの行為は、そもそも社会的に許容し得ない違法性の高い私的闘争であることを総合考慮して、「正当防衛が、相手方の攻撃に対して国家機関等の保護を受けることができないような緊急の事態の際に、実力行為に及ぶこともやむを得ないとして、例外的に当該行為の違法性を阻却する制度であることに照らせば、たとえ、本件Aらの攻撃が被告人らにとって緊迫した状況であったとしても、本件では、正当防衛の成立が認められるような急迫性があったとみることはできない。」として、正当防衛の成立を否定した。

c) 検討

本件は、暴力団が関係する拳銃が使用された抗争において、積極的加害意思論を用いずに急迫性を否定している点で、事例⑤と同種の事案である。本判決が侵害の急迫性を否定する上でも、被告人らの反撃準備及び反撃行為が高度の違法性を有し

ていることが指摘されている。すなわち、同判決においても、事例⑤と同様に、違法な武器の所持が法秩序に反することが重視されており、これらの事例を見ると、積極的加害意思を理由とせずに急迫性を否定した事案においては、武器の準備や反撃行為の違法性を直接の理由として急迫性が否定されているようにも思われる。しかし、本判決は、侵害の予期や凶器の準備に加えて、被告人が侵害を回避しなかったことや、反撃行為が強力であったことなど、積極的加害意思を認めて急迫性を否定した事例⑥と同じ事実も考慮していることから⁵⁴、判断の実質としては、積極的加害意思論を用いた事例と何ら変わらないと解される。

（人文社会系助教）

54 橋爪・前掲注（2）165頁参照。