

判例研究

「急迫不正の侵害」の継続と防衛行為の相当性

——最高裁平成9年6月16日第二小法廷判決(刑集51巻5号435頁)——

山本光英

- 《判決要旨》 1 刑法36条1項にいう「急迫不正の侵害」が終了していないとされた事例
- 2 過剰防衛に当たるとされた事例

《事実の概要》被告人は、文化住宅A荘2階の一室に居住していたが、同荘2階の別室に居住する被害者(当時56歳)と日頃から折り合いが悪かったところ、平成8年5月30日午後2時13分頃、同荘2階の北側奥にある共同便所で小用を足していた際、突然背後から被害者に長さ約81センチメートル、重さ約2キログラムの鉄パイプ(以下「鉄パイプ」という)で頭部を1回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶった被害者に対し、被告人は、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、同人ともみ合いになったまま、同荘2階の通路に移動し、その間2回にわたり大声で助けを求めたが、だれも現われなかった。その直後に、被告人は、被害者から鉄パイプを取り上げたが、同人が両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで1回殴打した(第1暴行)。そして、再度、もみ合いになって、被害者が、被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、被告人は、同通路の南側にある一階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人は、階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、被害者は、通路南側に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、被害者がなおも鉄パイプを握っているのを見て、被告人は、同人に近づいてその左足を持ち上げ、同人を手すりの外側に追い落とし(第2暴行)、その結果、

同人は、1階のひさしに当たった後、手すりの上端から約4メートル下のコンクリート道路上に転落した。被害者は、被告人の右の一連の暴行により、入院加療約3箇月を要する前頭、頭頂部打撲挫創、第2および第4腰椎圧迫骨折等の傷害を負った。

第1審判決および原判決は、被告人が、被害者に対してその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人は手すりの外側に上半身を乗り出した状態になり、容易には外に戻りにくい姿勢となっていたのであって、被告人は容易にその場から逃げ出すことができる状況にあったというべきであるから、その時点で被害者の急迫不正の侵害は終了するとともに、被告人の防衛の意思も消失していたとして、被告人の行為は正当防衛にも過剰防衛にも当たらないとし、被告人を懲役1年2月の実刑に処した。

これに対して、本判決は、原判決およびその是認する第1審判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認および法令違反があるとして、原判決および第1審判決を破棄して、次のように自判した。

《判旨》「(被害者)は、被告人に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、(被害者)は、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく姿勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、(被害者)の被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もなお継続していたといわなければならない」として被害者側の急迫不正の侵害の継続性を肯定したが、「しかしながら、(被害者)の被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を1回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたものであり、同人が手す

りに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一步間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を1回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない」として防衛行為の相当性を否定して過剰防衛の成立を認め、懲役1年、執行猶予3年に処した。

《研究》

1. 本件事案において、まず、問題となるのは、第1暴行が正当防衛であるか、それとも過剰防衛となるかという点である。

この点について、第1審判決は明確には判示していないが、原判決は過剰防衛であるとしている。これに対して、本判決は、第2暴行と合わせた一連の暴行が相当性を超えたものとしており、第1暴行を切り離れた判断はしていない。

本件事案において、第1暴行の際に急迫不正の侵害と防衛の意思があったことについては疑問はなかろう。すなわち、被害者は鉄パイプを取り上げられても、なお両手を前に出して被告人に向かっていったのであるから、これが「急迫不正の侵害」であることは明らかであり、これに対して取り上げた鉄パイプで被害者を殴打した被告人の行為が「防衛の意思」に基づくものであることも明らかだからである。もっとも、被告人が一旦は被害者から鉄パイプを奪い取ったことで、侵害が終了したといえるか否かは若干問題になろう。被告人が攻撃者の武器を奪い取ったときには、侵害は終了したとってよい場合が多いが、勿論、具体的状況により侵害の継続性が認められる場合がある。判例においては、たとえば、相手が生木を奪い取られてもなお素手で組み付こうとした事例(最判昭26.3.9刑集5巻4号500頁)、突き掛かってきた肉切包丁を奪い取り、それで相手の腹部を一回刺して重傷を負わせた事例(広

島高判昭31.6.18高裁刑事判決特報3巻12号625頁),相手の短刀をもぎ取ったが,相手が短刀を奪い返そうとしてなお攻撃を加えたという事例(広島高判昭45.4.30判例時報624号91頁)などについて,侵害の継続性が認められている(その他,福岡高判昭34.5.22判例時報193号33頁,名古屋高判昭46.12.8刑裁月報3巻12号1593頁等多数)。本件事案においては,被告人が被害者から鉄パイプを一旦は奪い取り,立ち向かってくる被害者を鉄パイプで殴打したが,再度もみ合いになって鉄パイプを取り戻され,逃げ出した段階までは,侵害が継続しているといつてよい。

問題は防衛行為の相当性の有無であるが,本件事案においては,既に被害者は素手になっており,被告人が兇器である鉄パイプで被害者の頭部を殴打したことが,「防衛行為の相当性」を欠くのではないかとの問題がある。

侵害者の兇器を奪ってこれで反撃する場合は,通常被告人の側が優位に立つので,防衛行為の相当性が認められるためには,特別の事情が必要とされる(堀籠幸男「大コンメンタール刑法第二巻」361頁以下参照)。判例上,相当性が否定された事例として,突き掛かってきた肉切包丁を奪い取り,それで相手の腹部を一回刺して重傷を負わせた事例(広島高判昭31.6.18高裁刑事判決特報3巻12号625頁),仕繰斧で切り掛かれて眉間を切られたため,これを取り上げ,仰向けに倒れていた相手の頭部を切り付けて傷害を負わせた事例(福岡高判昭34.5.22判例時報193号33頁)などがあり,これに対して,相当性が肯定された事例として,相手から生木で攻撃されて,これを奪い,その生木で相手を殴打して死亡させた前述の事例(最判昭26.3.9刑集5巻4号500頁),相手からいきなり山刀で右前胸部を突き刺されたので,これを奪い取り,そのはずみで倒れ掛かった相手の上腹部等を突き刺して殺害した事例(札幌地判昭34.7.11下級刑集1巻7号1610頁)などがある。本件事案について,原判決は,第1暴行だけでも相当性を欠いているとしている。しかしながら,第1暴行は被害者の攻撃を抑止するに至らず,現にその直後に被害者に鉄パイプを取り戻されている程度のものであることから,第1暴行には相当性が認められるべきである(小山太士「刑法36条1項にいう『急迫不正の侵害』が終了していないとき

れる一方で、行為がやむを得ない程度を超えたとして過剰防衛を認めた事例」警察公論53巻3号104頁参照)。

2. さて、本件事案において、重要な問題点は、「侵害の継続性」についてである。というのも、暴行の時点で侵害が終了していた場合には正当防衛ないし過剰防衛の余地はなく、第2暴行の時点で侵害が継続していた場合にのみ正当防衛ないし過剰防衛が問題になるからである。この点、第1審判決および原判決は侵害は終了していたとするが、これに対して、本判決は侵害は継続していたとする。

もともと、この点につき、急迫不正の侵害の終了直後の追撃行為につき、「量的過剰」の一類型と捉えて、過剰防衛を肯定する見解が近時有力になりつつある(大谷実「刑法講義総論第四版」273頁、前田雅英「刑法総論講義[第3版]」250頁等参照)。しかしながら、正当防衛ないし過剰防衛は、急迫不正の侵害という正当防衛状況が存在することを前提とするから、客観的に侵害が終了した時点においては正当防衛状況は消失したと見るべきで、過剰防衛を認めることは困難であると思われる。侵害の終了後は、誤想防衛ないし誤想過剰防衛として処理すべきである(日高義博「『急迫不正の侵害』の継続と防衛行為の相当性」現代刑事法1号70頁、佐久間修「正当防衛における侵害の『急迫』性と防衛行為の相当性」最新判例ハンドブック<刑法>(受験新報1998年12月号別冊付録)34頁参照)。

ところで、侵害の継続性の存否に関して、本件事案においては、被害者が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になったことで、侵害が終了したとみるべきか否かが問題となる。第1審判決および原判決は、この時点では侵害は終了しており、防衛の意思も消失していたとする。すなわち、第1審判決は、第2暴行の時点では、「被害者の被告人に対する攻撃は止んだ状態であって、被告人としては無難にその場を立ち去ることもでき……被告人の右行為は被害者を専ら攻撃する意思に基づいたもの」であったとし、原判決も、「被害者が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になり、容易に元に戻り

にくい姿勢となっていたのであって、被告人は自由にその場から逃げ出すことのできる状況にあった」とする。そこで、被告人が逃げ出せる状態にあったことが侵害の急迫性に影響を与えるか否かが問題となるが、正当防衛が許される根拠として、いわゆる「自己保存の本能」の外、「法（秩序）の確証」ないし「法（秩序）の保護」という点を考慮する立場からは、侵害を受けた被告人に退避義務があるわけではないから、退避可能性は侵害の急迫性に影響を与えないと解すべきである。したがって、退避可能性のあったことを理由として侵害が終了したとし、防衛の意思も消失していたとする第1審判決および原判決は妥当ではなく、被害者の被告人に対する加害の意欲は旺盛かつ強固であり、「ただちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく姿勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であった」として侵害の継続性を認め、防衛の意思の存在も認めた本判決は、この点においては妥当である。

さらに、被害者が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になった時点で被害者の攻撃が一旦減弱したことで、侵害は終了したといえるか否かも問題となる。この点につき、本件事案は、被害者の加害の意欲は旺盛かつ強固であり、間もなく姿勢を立て直して被告人に追い付き、再度攻撃してくる可能性が高かったというのであるから、被害者の攻撃が一旦減弱したとはいえ、未だ侵害は終了したといえず、継続していたものと認められる。したがって、侵害の継続性を認めた本判決は、この点についても妥当である。

3. しかしながら、問題となるのは、防衛行為の相当性である。本件事案においては、第2暴行、すなわち被害者の片足を持ち上げて道路上に転落させる行為が、防衛行為の相当性を有するか否かが問題となる。

防衛行為の相当性に関しては、判例上、「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必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有することを必要とするものである」とされ、反撃行為が相当性を有する以上、その反

撃行為から生じた結果が、侵害されようとした法益よりも大であったとしても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるわけではないものとされている（最判昭44.12.4刑集23巻12号1573頁参照）。すなわち、ここで問題となる防衛行為の相当性とは、侵害されようとした法益と反撃行為との間の相当性（反撃行為の相当性）であって、生じた結果との間の相当性（結果の相当性）ではない。この点につき、本判決は、被害者は道路上に転落したことにより入院加療3箇月を要する傷害を負っていることを踏まえて、第2暴行の時点では被害者の攻撃力はかなり減弱していたこと、これに対して、道路上に転落させる行為は死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことを理由として、防衛行為の相当性を否定し、第1暴行を含む被告人の一連の暴行は防衛の程度を超えたものとして、過剰防衛であるとしている。

しかしながら、被害者が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になって、被害者の攻撃が一旦減弱したとしても、それまでの一連の事態に鑑みれば、被害者の被告人に対する攻撃意思は極めて旺盛かつ強固であり、被害者は直ちに体勢を立て直した上で被告人を追跡し、手にしている鉄パイプで再度攻撃してくることは明らかである。本判決もそのように認定している。長さ約81センチメートル、重さ約2キログラムの鉄パイプによる攻撃は、優に被告人の生命に危険を生ぜしめるに足りるものであるから、被告人の反撃行為（第2暴行）が、たとえ被害者の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったとしても、反撃行為の相当性を認めるべきである。したがって、防衛行為の相当性を否定し、過剰防衛を認めた本判決は、この点については不当である。

そもそも、被害者は、小用を足している被告人を背後から鉄パイプで襲撃し、一旦は被告人に鉄パイプを奪い取られたにもかかわらず、鉄パイプを手にした被告人に素手で立ち向かい、これを再度奪い返して、逃げる被告人を追跡しているのであるから、そのような被害者であれば、手すりの外側に上半身を乗り出した状態になって、その攻撃が一旦減弱したとはいえ、そのまま放置すれば、まもなく体勢を立て直し、被告人を追跡し、一度は被告人に

鉄パイプで頭部を殴打されていることもあり、再度、鉄パイプで以前にも増して激しい攻撃を加えてくることは明らかである。そして、その攻撃は、体力的にも劣る（このことは、原判決も認めており、弁護人の主張によれば、被告人は関節リュウマチであったという）被告人の生命に対して危険を生ぜしめるに十分なものであったと推測できる。そのような場合に、被告人の行った反撃行為（第2暴行）が防衛の程度を超え、過剰であるとするなら、この場合に素手である被告人には、被害者の攻撃を効果的に抑止するために、はたしてどのような反撃が残されていたのであろうか（橋爪隆「攻撃が中断した場合の『急迫不正の侵害』の存否」判例セレクト1997（法学教室別冊付録）30頁は、「過剰防衛という結論を正当化するためには、少なくとも裁判所は『相当』な行為、すなわち正当化する防衛手段を認定し、それを被告人に示すべきであろう」とし、小田直樹「『急迫不正の侵害』の継続と防衛行為の相当性」平成9年度重要判例解説（ジュリスト別冊）152頁も、「それでも過剰だというなら、分析的に『より軽い手段の選択可能性』を示すべきである」としている）。本判決は、被害者側の被告人に対する「急迫不正な」攻撃の危険性、換言すると、防衛行為によって侵害され得る攻撃者の法益に対して比較されるべき防衛行為者の失われる得る法益、すなわち生命に対する危険があったことを余りに過小評価し過ぎではないかと思われる（この点につき、本判決に疑問を呈するものとして、松宮孝明「『急迫不正の侵害』の終了時期と防衛行為の相当性」法学教室208号111頁、橋爪隆・前掲30頁、川端博「1 刑法36条1項にいう『急迫不正の侵害』が終了していないとされた事例、2 過剰防衛にあたりとされた事例」判例評論481号（判例時報1661号）48頁等参照。これに対して、過剰防衛とする本判決に賛意を表するものと思われるものとして、飯田喜信「時の判例」ジュリスト1122号77頁、河村博「防衛意思を認めた一事例について」研修596号20頁、前田雅英「正当防衛の急迫性と過剰防衛」警察学論集51巻12号191頁以下、小山太士・前掲103頁等参照）。

従来、正当防衛が許される根拠として、自己保全の本能とともに、「法（秩序）の確証」ないし「法（秩序）の保護」ということがいわれている。この観点からすると、本件のような場合に、過剰防衛を認めて正当防衛を否定す

ることは、急迫不正の侵害を受けた者に対して防衛行為にでることを萎縮、躊躇させ、ひいては、「法（秩序）の確証」ないし「法（秩序）の保護」に全きを得ない結果となるのではなかろうか。防衛行為は、不正な侵害に対して「法（秩序）の確証」ないし「法（秩序）の保護」のために許されているということ、そして、それは何といても緊急行為であるということをも十分に考慮する必要があるだろう。

4. ちなみに、本判決は、第1暴行と第2暴行とを切り離さず、一連の暴行を全体として捉えて、相当性を超えたものであるとしている。そこで、当初は正当防衛の要件を備えていたが、その後正当防衛の要件を欠くに至った場合につき、これらを切り離して考えるか、一連のものとして全体的に評価するか、すなわち第1暴行と第2暴行との関係も問題となる。この点について、判例は、後者の立場を採る。たとえば、相手が刃体の長さ約17センチメートルの屋根鋏を開閉させながら被告人の首の近くに突き付けてきたため、後退した後、ナタで左頭部を一撃して相手は屋根鋏を取り落としたが、さらに殴り付けて死亡させた事案につき、全体として過剰防衛に当たるとしている（最判昭34.2.5刑集13巻1号1頁）。

本判決は、従来判例に従い、「鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む一連の暴行は、全体として防衛のためにやむをえない程度を超えたものであったといわざるを得ない」として、全体として過剰防衛に当たるとする。この点は、従来判例を踏襲したものといえよう。