

防衛行為の一体性と相当性

【文 献 種 別】 判決／高松高等裁判所

【裁判年月日】 令和 1 年 6 月 18 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（う）第 223 号

【事 件 名】 傷害被告事件

【裁 判 結 果】 無罪（破棄自判）

【参 照 法 令】 刑法 204 条・36 条、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律 1 条 1 項 3 号

【掲 載 誌】 公刊物未登載

LEX/DB 文献番号 25564009

事実の概要**1 原判決の認定事実**

被告人は、平成 30 年 5 月 6 日午後 9 時 40 分頃、徳島市内の被告人方 1 階北東側寝室で、その東側肘掛け窓の外にいた父（当時 61 歳）から、窓越しに足を引っ張られて軒先に引き出された上、さらに殴り掛かれる等した。

被告人は、自己の身体を防衛するため、父の体をつかんだまま、その体重を受け流すように体を左側に回転させたところ（以下、この暴行を「第 1 行為」という。）、それにより父は、未舗装部分とコンクリート舗装部分からなる地面に、仰向けに倒れ込んで背中を打ち付け、被告人も、その右側にしゃがみ込むような体勢になった。

父がその体勢のまま被告人の顔付近を殴ろうとしたのに対し、被告人はこれをよけ、右拳で父の顔付近を狙って振り下ろした。父が再度、被告人の顔付近を殴ろうとしたので、被告人は再び右拳を父の顔付近に振り下ろした（以下、この 2 回の暴行を「第 2 行為」という。）。この際に、被告人は、右手薬指の甲側を骨折した。

被告人は、父が殴り掛かってこなくなったので立ち上がったところ、父にふくらはぎ付近を両手で抱きつくようにつかまれたので、これを振り払おうと、靴下のままの右足を思い切り力を込めて前後に動かし、右足の甲が父の腹部付近に 2 回当たって（以下、この暴行を「第 3 行為」という。）、父の手が離れた。

父は、第 1 行為により、左第 10 ないし第 12 肋骨骨折、第 1、第 2 腰椎左横突起骨折、左肺挫

傷、第 3 行為により、左第 7 ないし第 9 肋骨骨折、横行結腸損傷、横行結腸間膜損傷、大網血腫の傷害を負い、第 1 行為と第 3 行為のいずれかにより、左外傷性血気胸の傷害を負った。以上のうち、父の生命に最も危険を及ぼしたのは左外傷性血気胸であった。

なお、被告人の体格は、身長約 172cm、体重約 55kg で、父の体格は、身長約 180cm、体重は少なくとも被告人を上回っていた。

2 原判決

徳島地判平 30・11・15（LEX/DB25564008）は、第 3 行為の時点まで父の侵害行為の継続性を肯定した上で、各行為につき次のような相当性判断を下している。

「父はやや高齢で、本件当時飲酒酩酊しており、もみ合いの際の左横腹への攻撃を除いて同人の殴打等が被告人に当たっていないことなどに鑑みると、体力や運動能力は被告人の方が上回っていた可能性が高い。もっとも、体格は父が勝っており、互いに素手で争った本件において、両者の間に明白な優劣はなかった。

第 1 行為は、父から殴りかかれたのに対し、被告人が組み付いてもみ合いになる中、体格に勝る父の体重が被告人に掛かったのを受け流す形で行われており、防衛行為として相当なものである。第 2 行為は、仰向けに倒れた父の顔面に向けて拳を振り下ろすという、一見すると危険な態様であるが、父が倒れた後も殴りかかってきたのに対して行われたもので、被告人の拳が当たっているにもかかわらず、父の顔に見るべき傷害が認めら

れないことも併せ考えると、未だ防衛行為としての相当性を逸脱したものとはいえない。

しかし、第3行為については、父の攻撃がなお予想されたといっても、殴りかかる行為は一旦収まっており、倒れている者の腹部やその周辺を、靴を履いていないとはいえ足の甲で思い切り蹴るというのは、かなり危険な行為であって、防衛行為としての相当性を逸脱しているといわざるを得ない。」

このように、原判決は、第3行為の防衛行為の相当性を否定した上で、「第1ないし第3行為は、Bによる侵害行為に対し、時間的・場所的に接着してなされた、同一の防衛の意思に基づく一連一体の行為と認められるから、これを全体として判断し、1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当である」と結論づけた。

この原判決に対して、被告人は、正当防衛を主張し、控訴した。

判決の要旨

高松高裁第1部は、原判決が、第3行為につき、被告人が父の腹部やその付近を思い切り蹴り付けたと認めた点は、論理則、経験則に照らして不合理であり、それを前提として防衛行為としての相当性を逸脱したという点も是認することができず、被告人には正当防衛が成立するとした。

本判決による第3行為の認定は、次のとおりである。「被告人は、第2行為の後、仰向けの状態の父の右横に立ち上がったが、父が被告人の両足のふくらはぎ付近を両手で抱きつくようにしてつかんだので、倒されたら危ないと思い、これを振り払おうとして、靴下のままの右足を思い切り力を込めて前後に動かしたところ、右足の甲が父の腹部付近に2回当たった。被告人は、動かした右足が父の身体を蹴るという認識はあったが、父の腹部やその付近をねらって蹴り付けたものではなかった。」

以上の前提の下、本判決は、第3行為の防衛行為の相当性について次のように述べている。「父の殴打行為が一旦収まったとはいえ、それは被告人が父に対して第2行為による暴行を加えたことによるものであり、その直後にその場で父が両手で被告人の両足のふくらはぎ付近にしがみつき、被告人が倒される危険を感じたという経緯に照ら

すと、被告人が、父の両腕による拘束から逃れるため、強い力で右足を前後に動かすことは、拘束から逃れるための最も自然かつ効果的な行為であって、父からの侵害行為を回避するためのやむを得ない行為といえることができる。その結果、被告人の右足が父の身体のうち比較的弱い部分である腹部やその周辺に当たり、前記のとおり、相当の負傷を生じさせたが、被告人が意図した結果ではないから、それによって防衛行為としての相当性が損なわれるものではない。」

さらに、本判決は、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律1条1項3号について、「被告人方建物の敷地は、門扉こそないものの、その外との境界が明確になっていて、被告人及びその家族のみ立入りが許されていることが明らかであるから、囲繞地であると認められ、同号にいう住居の一部をなすものといえることができる。そして、父は、母とは離婚こそしていないものの、約25年前から別居しており、被告人方への立入りを許されていないことは明らかである。そうすると、本件においては、盗犯等防止法1条1項3号が適用されるのであって、防衛行為の相当性はより緩やかに認められるから、正当防衛の成立が認められることは明らか」としている。

判例の解説

一 はじめに

本判決は、行為の一部（第3行為）が相当性を欠くことを根拠に全体として一個の過剰防衛の成立を肯定した原判決に対して、第3行為をめぐる事実認定を修正した上で、同行為についても防衛行為の相当性を肯定し、正当防衛の成立を肯定したものである。

本件において、まず問題となるのは、行為の一体性の基準及びその評価である。原判決及び本判決の事実認定では、各行為の様態はかなり相違するように思われるが、それでもなお行為の一体性が維持されうるのかが問われる。

次に、防衛行為の相当性判断と一体性評価の関係が問題となりうる。原判決、本判決とも、各行為ごとに相当性判断を行っているが、とりわけ原判決は、第3行為が相当性を逸脱していることを根拠に、全体として一個の過剰防衛を肯定している。そもそも、このような評価方法が、行為の

一体性を肯定する立場から許容されうるのかが問われることになる。

二 行為の一体性

防衛行為の一体性に関しては、その基準を提示した、最決平 20・6・25（刑集 62 巻 6 号 1859 頁）¹⁾ が参考になる。

アルミ製灰皿を投げつけられた被告人が、これを避けつつ、灰皿を投げつけた反動で体勢を崩した被害者の顔面を殴打（第 1 暴行）したところ、被害者は頭部から落ちるように転倒し、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった。被告人は、憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れている被害者に対し、その状況を認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」等といい、被害者の腹部等を足蹴にしたり、足で踏みつけたりし、さらに、腹部に膝をぶつける等の暴行（第 2 暴行）を加えた。第 2 暴行により、被害者は、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

以上の事案につき、最高裁は、被告人の第 2 暴行は専ら攻撃の意思に基づくものとし、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、被害者による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある被害者に対して相当に激しい態様の第 2 暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない」として、第 1 暴行に正当防衛を成立させ、第 2 暴行につき傷害罪の成立を肯定した。

ここで一体性判断の基準とされているのは、①両暴行の時間的・場所的接着性、②侵害の継続性、③防衛の意思の有無（意思の連続性）、④侵害の態様・強度であり、本事案では、①は充たされるものの、②～④の要件が欠けるとして、行為の一体性が否定された²⁾。

この基準に照らして本件を見てみると、原判決によれば、第 3 行為については、「倒れている者の腹部やその周辺を、靴を履いていないとはいえ足の甲で思い切り蹴るというのは、かなり危険な行為」とされており、第 3 行為は、第 1 行為及

び第 2 行為に比して、侵害態様・強度を異にするもので、上記④の要件は充足していないように思われる。

三 防衛行為の相当性

判例によれば、「防衛行為が已むことを得ないとは、当該具体的事態の下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得るものを言う」³⁾とされ、『「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ものであることを意味する」⁴⁾とされる。

本件のような行為の一体性の有無が問題となりうるような事案において、防衛行為の相当性はいかに判断されるべきであろうか。原判決は、第 1 行為から第 3 行為まで、各行為について防衛行為の相当性を判断し、第 3 行為の相当性を否定した上で、全体を一連一体の行為として判断し、一個の過剰防衛を肯定している。本判決では、第 3 行為の事実認定を変更し、第 3 行為の相当性を肯定したことから、正当防衛の成立を肯定するに至ったが、個別に行為の相当性を判断するという枠組はここでも維持されているように思われる。

しかしながら、このような判断枠組を行為の一体的評価として許容することができるのか若干の疑問が残る。行為の一体性評価⁵⁾とは、上記要件を充足する場合、一個の行為として法的評価に服することを意味するはずである。原判決及び本判決で展開されているのは、まさに分断的评价であって、最終段階で便宜的に行為の一体性を肯定したにすぎないとの印象を受ける。

四 盗犯等防止法

本判決は、上記のとおり、盗犯等防止法⁶⁾ 1 条 1 項 3 号の適用の有無にかかわらず、防衛行為の相当性を肯定するもののように読めるが、同条の本件への適用も肯定している。

本判決が、同条適用の前提として、被告人方建物敷地への立ち入りの許諾につき、離婚していないものの約 25 年前から別居中である父に対してこれを否定し、「故ナク人ノ住居……二侵入」したものと解した点は、盗犯等防止法 1 条 1 項 3 号の適用事例として参考にならう。

五 おわりに

量的過剰防衛ないし量的過剰防衛類似の事案においては、行為の一体性評価の抱える問題性が指摘されている⁷⁾。その最大の問題は、違法評価の遡及、即ち、一旦なされた適法判断がその後の行為を根拠に遡及的に覆されてしまう点である。

本件において、とりわけ原判決に見られるように、第3行為の相当性逸脱を根拠に、全体として一個の過剰防衛を成立させる場合、本来、相当性の範囲内にとどまっている第1行為及び第2行為にまで、違法性が遡及することになる。本件では、第1行為ないし第2行為にのみ関与した者がおらず、第1行為ないし第2行為からのみ結果が生じたわけではなかったため、問題性が顕在化しなかったにすぎない⁸⁾。

さらには、ここまで各行為ごとの分断的評価を行いつつ、行為の一体性を肯定する必要があるのかが問われるべきであろう⁹⁾。原判決の認定事実の下でも、第1行為及び第2行為は正当防衛、第3行為はそれ自体過剰防衛なのであるから、原則どおり、分断的評価をしたとしても、36条2項による刑の減免は可能であり、何らの不都合もないというべきである¹⁰⁾。

本判決では、認定事実の変更により、第3行為の相当性が肯定されたが故に、違法評価の遡及という問題は生じなかったが、分断的評価と行為の一体性との不整合という問題性は依然ここにも存在するといわざるをえないであろう。

●—注

- 1) 最高裁平成20年決定については、松田俊哉・最判解刑事平成20年度(2012年)488頁以下、井上宜裕「量的過剰防衛——灰皿投げつけ事件」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』(成文堂、2011年)75頁以下等参照。
- 2) 防衛行為の一体性を肯定した近時の最高裁判例として、最決平21・2・24刑集63巻2号1頁がある。第2暴行の時点にまで侵害が継続している事案で、最高裁は、両暴行を、被害者による急迫不正の侵害に対し、時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるとし、全体として一個の過剰防衛行為とした原判決を支持し、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく一個の行為と認めることができるから、全体的に考察して一個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当」とし、傷害結果が第1暴行からのみ生じたという点については、原判決同様、「有利な情状として考慮すれば足りるというべき」とした。なお、本決定では、

侵害の態様・強度には明示的に言及されていない。最高裁平成21年決定については、松田俊哉・最判解刑事平成21年度(2013年)1頁以下、井上宜裕・速報判例解説(法セ増刊)5号(2009年)171頁以下等参照。また、最判平9・6・16刑集51巻5号435頁も、侵害が継続している事案で、一体的評価に従って過剰防衛の成立を肯定している。

- 3) 最決昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。
- 4) 最判昭44・12・4刑集23巻12号1573頁。
- 5) 防衛行為の一体性に関しては、小野晃正「防衛行為の個数について——『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察」阪法60巻6号(2011年)83頁以下、高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台26巻2号(2013年)45頁以下、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑ジャ19号(2009年)39頁以下、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系30(刑法・刑事訴訟法)』(新日本法規出版、2000年)134頁以下、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論』(成文堂、2013年)213頁以下、深町晋也『『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界』立教ロー3号(2010年)93頁以下、松原芳博「いわゆる量的過剰防衛について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念・刑事法学の未来』(信山社、2017年)41頁以下、山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑ジャ15号(2009年)50頁以下等参照。
- 6) 近時の盗犯等防止法に関する研究として、徳永元「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条について」九法114巻(2017年)1頁以下がある。
- 7) 橋田久「外延的過剰防衛」産法32巻2=3号(1998年)515頁以下。
- 8) この点、量的過剰防衛類似事案において、上記最高裁平成21年決定は、傷害結果が本来なら正当防衛である第1行為からのみ生じた点については、量刑上被告人に有利な事情として評価すれば足りるとするが、もはや理論の放棄といわざるをえない。
- 9) 近時の注目すべき見解として、松宮孝明「途中から過剰となった防衛行為と『罪を犯す意思』」立命381=382号(2019年)106頁以下がある。そこでは、正当防衛として「犯罪」とならず、従って「故意」もなかった時点での挙動も含めて「一連一体の行為」と評し、これを「一罪」に含めることの問題性が指摘されており、まさに、本件判決に妥当する批判といえる。
- 10) 典型的な量的過剰防衛の事例では、従来、一体的評価のメリットとして、全体に36条2項による刑の減免を及ぼしうる点が強調されたが、近時では、分断的評価を前提としつつ過剰防衛規定の適用可能性を示唆する見解も主張されている(安田拓人「事後の過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)243頁以下)。