正当防衛における防衛行為の相当性

【文 献 種 別】 判決／福岡高等裁判所
【裁判年月日】 令和 5 年 1 月 25 日
【事 件 番 号】 令和 4 年（う）第 277 号
【事　件　名】 傷害被告事件
【裁 判 結 果】 原判決破棄、無罪
【参 照 法 令】 刑法 204 条・36 条
【掲　載　誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25594344

九州大学教授 井上宜裕

事実の概要

原判決（福岡地小倉支判令 4・9・29（公刊物未登載、LEX/DB25594343））の認定した事実は、以下の通りである。被告人（身長 153cm、体重約 42kg、本件当時 47 歳の女性）は、A（身長 163cm、体重約 60kg、本件当時 40 歳の男性）と数年来同棲していたものであるが、令和 4 年 4 月 25 日夜、同人と 2 軒で飲酒するなどして共にタクシーを降りた同日午後 11 時頃から、自ら 119 番通報した同日午後 11 時 30 分頃までの間に、当時の居住先である上記 A 方において、同人から馬乗りになられて首を絞められたりする暴行を加えられたのに伴い、自己の身体を防衛するため、防衛の程度を超え、同人に対し、手に持ったペティナイフ（刃体の長さ約 11.8cm）で、その左腹部を 1 回、背部を 3 回刺す暴行を加え、よって、同人に加療約 43 日間を要する左腹部刺創、背部刺創、鋭的肝損傷、左外傷性血気胸、第 12 肋骨骨折及び肋間動脈損傷の傷害を負わせた。

上記事案において、原判決は、「被告人は、使い方次第で鋭利な凶器となるペティナイフを用いて、A の左腹部を 1 回、背部を 3 回刺している上、少なくとも背部を 3 回刺した際には同人が馬乗りになって首を絞めるという状況は解消されていて、同人の動きは緩慢となっていたこと、同状況の前後を通じ、同人が何らかの凶器を用いて被告人を攻撃してきた形跡はうかがえないこと、A は飲酒酩酊の状態にあり、馬乗りになって首を絞めた際の力は被告人が述べるほどに強度ではなかったこと、……彼我に生じた傷害結果の差は顕著であること等を総合して考慮すれば、……被告人による判示暴行は、防衛行為としての性格こそ失われないものの、刑法 36 条 2 項所定の防衛の程度を超えた行為、すなわち過剰防衛に該当し、被告人にその旨の認識に欠けるところもなかったものと認めるのが相当である」と述べて、傷害罪につき過剰防衛の成立を肯定した。

これに対し、「被告人の行為は、正当防衛又は誤想防衛であるのに、過剰防衛の成立を認めた原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある」と主張し、被告人が控訴した。

判決の要旨

福岡高判令 5・1・25 は、原判決には事実誤認があるとして、「被告人は、A との間でトラブルになった際、A から顔面を殴られ、髪の毛をつかまれて倒され、蹴ったり踏まれたりした後、A から馬乗りになって首を絞められ、その後、首を絞められた状態は解消したものの、なお馬乗りになられた状況下で、本件包丁差しからペティナイフを取り出した上、同ナイフを持った右手を A の背中に回して背中を 3 回刺し、背部刺創を生じさせた」と認定した上で、防衛行為の相当性につき、以下のように判示し、正当防衛の成立を肯定した。

「確かに、Ａが被告人の首を手で絞めた際のＡの力は、……それほど強度ではなかったと考えられるが、男性であるＡは、女性である被告人より、体格や力で明らかに勝っているところ、被告人が、Ａから馬乗りになられて首を絞められる状況に至る前に、相当強度な暴行を加えられていたことも踏まえると、Ａが馬乗りになって被告人の首を絞めたことは、その際の力がうっ血を生じさせるほど強いものではなかったとしても、被告人をして、自身の生命への危険を感じさせるのに十分な侵害であったといえるから、被告人が、手の届くところにあったペティナイフを取り出した上、Ａの背中を同ナイフで３回刺して背部刺創を負わせたことは、同ナイフを取り出す過程で、Ａから首を絞められる状態が解消していたとしても、防御行為としてやむを得ないものであったといえ、負わせた３か所の刺創がいずれも深さ約２ないし 4cm と比較的浅いものであったことも踏まえると、防御行為として相当な範囲に収まっていたといえる。

そして、左腹部刺創が発生した機序は、明確になっていないが、……引き続きＡから馬乗りになられていた被告人において、その状態が続けば、再度首を絞められるなどする可能性があると考えるのは自然なことであるから、そうした事態に備えるため、同ナイフを持ち続けたことは、やむを得なかったといえ、結果として、Ａにかなりの重傷である左腹部刺創を負わせたことが、防御行為の相当性を失わせるものではない。

以上によれば、被告人がＡの背部をペティナイフで刺して背部刺創を負わせた行為は、Ａの素手による侵害に対し、殺傷力の高い刃物を用いて反撃したものではあるが、当時の客観的状況に照らせば、いまだ防衛の程度を超えたものではなく、防衛行為の過程で左腹部刺創を負わせたことを踏まえても、被告人には正当防衛が成立するというべきである。」

判例の解説

一　はじめに

本判決は、傷害罪につき過剰防衛の成立を認めた原判決を破棄し、正当防衛の成立を肯定して被告人に無罪を言い渡したものである。両者の結論の差異は、被告人がＡの背部を刺突した際にＡが馬乗りになって被告人の首を絞めるという状況にあったか否かという事実認定の相違[1]に負うところが大きい。とはいえ、素手の攻撃に対し凶器を用いて反撃し、被告人に生じた傷害結果よりも重大な傷害結果が相手方に生じている場合に正当防衛を成立させた本判決は、正当防衛と過剰防衛の限界を検討する上で、極めて示唆的といえる。

二　防衛行為の相当性

１　「武器対等」原則

従来、質的過剰の例として、一般的に、素手の攻撃に対して日本刀や包丁で反撃する場合や、素手の攻撃に対して猟銃で反撃する場合等が挙げられてきたが、近時では、「武器対等」原則の形式的な適用には否定的な見解が多数を占める[2]。

判例においても、かつては、「武器対等」原則を形式的に適用したものが散見された[3]。しかし、近時では、個別事案に即して実質的に相当性判断を行う傾向が定着しつつある。

そのリーディングケースとされるのが、最判平元・11・13 刑集 43 巻 10 号 823 頁[4]である。威嚇的言動及び動作を示しながら接近してくる相手方に対して、これを遠ざけるために菜切包丁を持って威嚇等を行った事案で、示凶器脅迫罪等につき過剰防衛の成立を肯定した原判決に対し、最高裁は、「被告人は、年齢も若く体力にも優れたＢから、『お前、殴られたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけられて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手に取ったうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、Ｂからの危害を避けるための防御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の範囲を超えたものということはできない」と判示して、正当防衛の成立を肯定し、被告人を無罪とした。

この最高裁判決では、被告人が防御的な行動に終始していた点が重視されているようにも見えるが、形式的な「武器対等」原則の適用ではなく、

年齢や体力差等、具体的事情に照らして、実質的な相当性判断が行われている。

2　重大な結果が発生した場合

上述のように、体格差等、具体的事情によっては、素手の攻撃に対する凶器による対抗も許容されるとしても、そこから重大な結果、即ち、防衛行為者に発生した侵害を上回る侵害結果が相手方に発生した場合をどう捉えるかも問題となりうる。もっとも、正当防衛（36 条 1 項）には、緊急避難（37 条 1 項本文）のような害の均衡は要求されておらず、結論として、保全法益と侵害法益の間に著しい不均衡がない限り、結果も含めて正当化されるのが一般的である[5]。

この点、最判昭 44・12・4 刑集 23 巻 12 号 1573 頁[6] は、被告人が自己の勤務する運送店の事務所の入口付近で、貨物自動車の買戻しの交渉のため訪ねて来たＣと押し問答を続けているうち、同人が突然被告人の左手の中指及び薬指をつかんで逆にねじあげたので、痛さのあまりこれをふりほどこうとして右手で同人の胸の辺を 1 回強く突き飛ばし、同人を仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に駐車していた同人の自動車の車体（後部バンパー）に打ちつけさせ、よって同人に対し治療 45 日間を要する頭部打撲症の傷害を負わせたという事案で、「刑法 36 条 1 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のであつて、反撃行為が右の限度を超えず，したがつ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」として、過剰防衛の成立を認めた原判決を破棄、差し戻した。

また、重大な結果が発生しているにもかかわらず正当防衛の成立を肯定した下級審裁判例としては、千葉地判昭 62・9・17 判タ 654 号 109 頁（西船橋駅事件判決）[7]がよく知られている。ここでも、たまたま生じた結果ではなく、防衛行為時に当該行為者にどのような手段が残されていたかに着目して、防衛行為の相当性判断が行われている。

三　本判決の評価

1　本判決に類似する下級審裁判例

本判決と同様、素手の攻撃に対して凶器を用いて反撃し、相手方に重大な結果を生じさせた事案につき、正当防衛の成立を認めた下級審裁判例がある。札幌地判平 30・12・3（裁判所ウェブサイト）[8] は、Ｄ（47 歳、身長 180cm 程度、体重 80kg 程度）が被告人（76 歳、身長約 157cm、体重 51.2kg）に暴行を加えた後、ストーブの前にしゃがみ込んで大きな声で「今日はもう許さん。」「ぼこぼこにする。」と言っている状況下で、被告人が、Ｄに対し、同人の背後から頭部を手に持ったハンマー（重量 1.2kg）で数回殴打する暴行を加え、よって、同人に全治 2 週間を要する頭部裂傷の傷害を負わせたという事案で、両者の体格差等を加味した上で、「このように被告人がＤの頭部を背後から本件ハンマーで 2 回殴打した行為は、確かに危険なものではあるが、これを過剰防衛として処罰すると、結局他に有効な反撃方法がなく、被告人にＤからの急迫不正の侵害を受忍することを余儀なくさせる結果となり、刑法 36 条の趣旨に照らし不当な結論を招くことになるといわざるを得ない」として、防衛行為の相当性を肯定し、正当防衛を成立させている。

ここでは、上記最判平元・11・13 とは異なり、単なる防御的な行動にとどまらず、反撃手段として凶器を用いている場合にも相当性が肯定されている点に注目すべきである。

2　本判決の位置づけ

本判決は、上記札幌地判平 30・12・3 同様、被害者と被告人の年齢、体格差等に鑑み、素手の攻撃に対する反撃手段として凶器を用いることを許容している。これは、形式的な「武器対等」原則の適用を否定し、実質的に相当性の有無を判断したものと考えられる。その意味では、本判決は、上記最判平元・11・13 以降の判例・裁判例の流れの中に位置づけられうる。

また、素手の攻撃に対してその反撃の手段として凶器が用いられる場合、往々にして、重大な結

果が生じうる。本判決においても、被告人に生じた傷害よりもはるかに大きな傷害がAに生じている。しかしながら、本判決は、「結果として、Aにかなりの重傷である左腹部刺創を負わせたことが、防御行為の相当性を失わせるものではない」として、たまたま生じた結果によって直ちに相当性が否定されるわけではないことを確認している。この点は、上記最判昭44・12・4やその後の下級審裁判例と軌を一にするものといえる。

かくして、本判決を通して、防衛行為の相当性が具体的事案に即して実質的に判断され、その際、形式的な「武器対等」原則は適用されず、また、たまたま生じた結果の重大性にも影響を受けないとする近時の判例の傾向が看取される。これらの点は、防衛行為者による正当防衛権の行使を不当に制限しないようにとの配慮とも取れる。正当防衛においては、「不正」対「正」の関係が妥当することに鑑みれば、本判決を含めた近時の判例の傾向は、基本的に首肯されうるものといえよう[9]。

●――注

1）第一審判決における事実認定のあり方に疑問を呈するものとして、趙誠峰「判批」刑弁150号（2023年）150頁以下。

2）浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）237～238頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（成文堂、2022年）305頁、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）179頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）146頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）136～137頁ほか。

3）例えば、大判昭7・12・8刑集11巻1804頁は、酒気に乗じて粗暴な振る舞いに出た者を制止しようとしたところ、逆に組み付かれたため、これを排除するために陶器製の片口でその者の顔面を殴打した行為について、「單ニ酒氣ニ乗シテ組付キ来レル者ニ對シ器物ヲ振ツテ其ノ顔面ヲ毆打シタルモノニシテ右侵害ヲ排除スルニ必要ナル程度ヲ超エタルモノ」として、過剰防衛の成立を肯定した。なお、大越義久「正当防衛の際の実力行使――防衛行為の相当性」判タ556号（1985年）58頁以下参照。もっとも、本判決が下されたのは、喧嘩闘争に正当防衛の観念を入れる余地はないとする、いわゆる「喧嘩両成敗」の考え方が支配していた時代（例えば、大判昭7・1・25刑集11巻1頁など）であるという点に留意する必要がある。喧嘩両成敗に関しては、塩見淳「喧嘩争闘と正当防衛：喧嘩両成敗の法理を手がかりとして」論叢182巻1＝3号（2017年）109頁以下参照。

4）本最高裁判決を評釈したものとして、池田耕平「判批」警論43巻6号（1990年）146頁、大越義久「判批」重判解平成元年度（1990年）151頁、川口宰護「判批」最判解刑事篇平成元年度（1989年）1811頁、川端博「判批」法セ425号（1990年）128頁、斎藤信治「判批」法学新報97巻7＝8号（1991年）267頁、佐伯仁志「判批」セレクト'90（1991年）33頁、高橋則夫「判批」刑法百選Ⅰ〔第5版〕（2003年）50頁、髙山佳奈子「判批」刑法百選Ⅰ〔第6版〕（2008年）52頁、橋田久「判批」刑法百選Ⅰ〔第7版〕（2014年）52頁、林幹人「判批」刑法百選Ⅰ〔第4版〕（1997年）52頁、日高義博「判批」判時1346号（1990年）228頁、古田佑紀「判批」研修505号（1990年）37頁、山口厚「判批」警察研究63巻1号（1992年）28頁、山本輝之「判批」法教117号（1990年）98頁。

5）浅田・前掲注2）238～239頁ほか。

6）本最高裁判決を評釈したものとして、海老原震一「判批」最判解刑事篇昭和44年度（1970年）452頁、大嶋一泰「判批」刑法百選Ⅰ〔第2版〕（1984年）78頁、大谷実「判批」法セ173号（1970年）109頁、中谷瑾子「判批」法研45巻9号（1972年）137頁、西原春夫「判批」判タ248号（1970年）80頁、林幹人「判批」刑法百選Ⅰ〔第3版〕（1991年）54頁ほか。

7）本件は、駅のホームで、酔客E（身長165.5cm、体重約56kg、体育教諭、男性）に執拗に絡まれ、周囲の者に助けを求めても誰一人として応じない状況で、Eにコートの襟のあたりを手でつかまれ、Eにこの上どのような危害を加えられるかもしれないと考えた被告人（身長約167cm、体重65.5kg、ダンサー、女性）が、Eを突き飛ばしたところ、Eがホーム下の電車軌道敷内に転落し、折柄同駅に進入して来た電車の車体右側と同ホームとの間に挟まれ死亡したという事案である。

8）本判決を評釈したものとして、井上宜裕「正当防衛における『武器対等』（札幌地判平30・12・3）」新・判例解説Watch（法セ増刊）26号（2020年）171～174頁、神元隆賢「判批」北園55巻1号（2019年）173頁、成瀬幸典「判批」法教464号（2019年）124頁。

9）なお、侵害の予期を伴う場合については、いわゆる出向き型の事案で侵害の急迫性を否定した、最決平29・4・26刑集71巻4号275頁以降、侵害回避義務論を前提とした、公的救助要請義務を防衛行為者の側に課す傾向が顕著であるが、本来、「正」の存在である防衛行為者に義務を負担させるべきではなく、仮に退避できる場合であっても、正当防衛が可能であることをここでも確認すべきであろう。井上宜裕「正当防衛における侵害の予期――最決平成29年4月26日の及ぼす影響について」法政86巻1号（2019年）1頁以下ほか参照。