

タイトル	札幌地判平成30年12月3日（武器対等の原則の例外、防衛行為の相当性の判断基準時）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，55(1)：173-183
発行日	2019-06-30

殴る、蹴るの暴行を受け、反撃として背後から頭部をハンマーで殴打し負傷させた場合について、正当防衛の成立を認めた事例

札幌地裁平成三〇年一二月三日判決

(平三〇(わ)一九八号・傷害被告事件)

(判例集未登載)

神 元 隆 賢

【事実の概要】

被告人は被害者から複数回にわたって金を借りたものの、被害者に約束した利息や元本の支払いが滞ったため、担保として自身の土地(以下「本件土地」)や倉庫(以下「本件倉庫」)等を提供し、また、被害者の依頼に応じて本件倉庫の修理や除雪等の作業も行い、本件当日の頃には週四回は被害者の依

頼で作業を行っていた。しかし、被害者は、被告人が利息や元本の支払いをしないこと、本件土地の境界に隣地の所有者とトラブルになったこと、被告人が被害者の依頼で行っていた作業のスピードが遅かったことなどから、被告人に対して立腹することがあり、被告人に対し本件土地の登記簿謄本、印鑑証明書、委任状を渡すよう要求するようになったが、被告人はこれに応じなかった。

平成三〇年三月四日、被害者は被告人のいる本件土地に行つた際に腹を立て、被告人の胸倉を掴み、右手で被告人の左胸又は左肩を一回正拳突きした。その後、被害者はいったん自宅に帰つたが、二回目として再び本件土地に赴いた。その際、被告人が上記登記簿謄本等を出さなかつたことから、被害者は立腹し、被告人の胸倉を掴み、被告人の股間付近を一回膝蹴りした。

同月五日、被害者は本件倉庫の中で、本件土地と隣地との境界トラブルについての話をして被告人を強い口調で責め、被告人の襟首を掴み、左腕の肘辺りを殴り、さらに右手で被告人の脇腹、おなか、胸を殴り、それから両肩を掴んで膝蹴りをし、太ももや膝、股間に当たつて、被告人はうづくまつた。被害者は「今日はもう許さん。」「ほこぼこにする。」と言ひ、大きな声で罵りながらストーブの前に被告人に背を向けてしゃがみ込んだところ、被告人は今反撃しないとやられると思ひ、うづくまつた状態から近くにあつたハンマー（以下「本件ハンマー」）を手に取り、被害者の背後から頭部を二回殴打し、被害者は負傷（全治約二週間を要する頭部裂傷）した。

以上の事案につき、被告人の正当防衛の成否、とくに急迫

性と防衛行為の相当性の有無が争われ、弁護人は、「一見すると武器対等の原則に反するようにも見えるが、被告人と被害者との年齢差、体格差からすれば、被告人が被害者の侵害行為を素手で回避することは不可能であり、たまたま目の前にあつた本件ハンマーを用いたとしても過剰とはいえない」と主張した。

【判旨】

無罪。

急迫不正の侵害について、「検察官は、…被害者は被告人に背を向けてストーブの前にしゃがみ込んでおり、被告人に危害を加える状況になかつたことや、捜査段階で被告人は被害者から暴行を受けて一分、二分程度うづくまつていたと述べていることから、被告人が本件ハンマーで被害者の頭部を殴打した時点では被告人に対する急迫不正の侵害はなかつたと主張する。しかしながら、厳密な時間経過を確定することはできず、現実には一分、二分という時間経過があつたとまでは認められない上、いずれにせよ短時間であり、また、被害者は被告人に背を向けてしゃがみ込んでいたとはいへ、『今日ではもう許さん。』『ほこぼこにする。』と言つていたというの

であるから、さらなる攻撃の意思を示していたとみることができ、急迫不正の侵害が終了していたとみることはできない。また、検察官は、被告人は被害者より本件倉庫の出口に近い位置にいたことから、本件倉庫を出て被害者のさらなる攻撃を回避することが容易にできる状況にあり、本件倉庫内にとどまる相当性はなかったとも主張するが、被告人が被害者から上記の暴行を受け、その衝撃でうずくまったこと、被告人の方が本件倉庫の出口に近かったとはいえ、被害者も被告人のほぼ目の前におり、近い位置にいたこと、被害者は被告人に背を向けてしゃがんでいたとはいえ、被告人が本件倉庫から逃げるような行動に出ればそれに気づくことは十分に考えられることからすると、被告人が本件倉庫から出て回避行動に出ることが容易な状況にあったとはいえず、刑法三六条の趣旨に照らして防衛行為に出ることが許容されない状況にあったとはいえない。

したがって、被告人に対する急迫不正の侵害の存在は認められ、被告人が被害者の頭部を本件ハンマーで殴打したのはそれに対する防衛行為であったというべきである（なお、防衛の意思を否定する事情はなく、これも認められる。）とした。

防衛行為の相当性について、「検討するに、まず、被害者からの被告人に対する暴行の程度については、被告人の左肘には皮膚変色が認められ（これが被害者の殴打による可能性が否定できないことは既に検討したとおりである）、骨折等の傷害までは生じていないとはいえず強度のものであったとみることができ、…また、被害者が被告人に背を向けてしゃがみ込んだとはいえ、さらに『今日はもう許さん。』『ぼこぼこにする。』と言っていたということも考ええると、被害者の被告人に対する暴行がさらに継続する可能性もあった。

これに対し、被告人は先端が金属製で重量一・二キログラムの本件ハンマーを用いて反撃をしている。もともと、被害者が四七歳、身長一八〇センチメートル程度、体重八〇キログラム程度に対し、被告人が七六歳、身長約一五七センチメートル、体重約五一・二キログラムと年齢、体格に大きな差があることからすると、被告人が武器を利用せずに有効な反撃をすることは、被害者が被告人に背を向けてしゃがみ込んでいた状況を利用したとしても困難であったことは容易に想定できる。被告人が手にした本件ハンマーは、先端が金属製で重量も一・二キログラムのものであるが、金属性とはいって刃物や、鋭利なものといった小さな力でも致命傷を負わせ

る可能性があるものではなく、その硬さ、重さ、振り回しやすさといった点で、それを用いるものの打撃力を量的に増大させるものであり、もともと相対的に被害者に劣る被告人の力を補うものとして相当性を逸脱するものとは断じがたい。しゃがみ込んでいる被害者に対して背後から殴打に及んだ点も、他に有効かつ合理的な反撃のタイミングがあつたかは疑問があり、必ずしも相当性を逸脱しているとはいいがたい。頭部を二回殴打した点は、確かに危険なものであつたといふべきである。しかしながら、実際に被害者が負った傷害は全治約二週間の頭部裂傷で、骨折等には至っていないところ、これは被告人と被害者との年齢、体格の差からもともと被告人の力が劣っていたことによるものと考える余地が十分あり（被告人が意識的に手加減したか否かにかかわらず、そのように考える余地がある）、そのことを考えると著しく法益の均衡を欠いているとまではいえず、また、より危険性の低い方法として中途半端に被害者の四肢等の人体の枢要部以外の部分を殴打するなどしても、被害者の暴行を止められないばかりか、かえって被害者の怒りを増す事態になることも十分想定されるのであるから、被害者の暴行を止めさせるための反撃行為として不相当とは断定しがたい（実際、被告人が被

害者の頭部を殴った後の状況として、被害者の怒りを招き、逃走を試みるも追いつかれて馬乗りになられ、頭部を路面に打ち付けられるなどした経緯があることからすると、被告人の反撃行為は被害者からの侵害を排除するのに十分なものでなかつたと考える余地もある。なお、二回殴打している点も、一回目の殴打に対して被害者は痛いと言いながら起き上がるうとし、被告人はそれを見て効いていないと感じたというのであり、被害者がその前にさらなる攻撃の意思を示していたとみられることからすると、一回の殴打のみで急迫不正の侵害を回避するに十分であつたとも断じがたい。

このように被告人が被害者の頭部を背後から本件ハンマーで二回殴打した行為は、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、被告人に被害者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、刑法三六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。

したがって、被告人の反撃が過剰であつたとはいえず、なお相当性を有していたといふべきである。」とした。

【評釈】

一 本件で問題となるのは、以下の点である。

第一は、本件では、素手による侵害に対する本件ハンマーでの防衛行為について、これは武器対等の原則から外れているものと思われるが、それでもなお防衛行為の相当性を認めるかという点である。

正当防衛では、「やむを得ずにした」という文言から、防衛行為の相当性が要件として必要とされる。この「防衛行為の相当性」は、以下の二つの要件を内包する。すなわち、第一は、防衛行為が不正の侵害を排除するために必要であること、すなわち「防衛行為の必要性」である。第二は、権利を防衛するために惹起した法益侵害・危険の程度が最小限度であることである。

このうち、防衛行為の必要性について、本件では、被告人はしゃがみ込んでいる被害者に対して背後から殴打に及んでいるものの、他に有効かつ合理的な反撃のタイミングがあったかは疑問があり、必ずしも相当性を逸脱しているとはいえない」として肯定されている。

そして防衛行為の最小限度性については、被害者の「素手」

の侵害に対し、被告人が本件ハンマーで防衛したところ、これが武器対等の原則に抵触するかが問題となるのである。

武器対等の原則は、防衛行為の相当性判断について、「素手」に対しては「素手」、「凶器」に対しては「凶器」で防衛した場合に、相当性を肯定するとの原則である。しかしこれは、判例上必ずしも明示されたものではなく、判例の分析において、大越教授によりその傾向が指摘されたものである。すなわち、大越教授は、「判例は、多くの事例において、どのような結果が生じたのかというよりも、むしろどのような手段がとられたのかという点に着目して、判断している。」とし、これを「武器対等の原則」と呼んだ¹⁾。もっとも、大越教授はこの原則を全面的に支持しているわけではない。すなわち、判例は、「素手」に対して「凶器」で反撃した場合、「素手」対「素手」であるが攻撃者が非常に酩酊し身体の安定を著しく欠く場合、「凶器」対「凶器」であるが攻撃者一人に対し三人で反撃した場合、棒に対し斧で反撃した場合などについて相当性を否定し過剰防衛とするところ、大越教授はこれについて、「相当性の枠を狭く捉えすぎている」のではないかとの疑問を呈している²⁾。

そもそも、近年の判例には、侵害者と比べて防衛者が年齢、

体格において劣っている場合には、必ずしも武器対等の原則に拘束されずに防衛行為の相当性を判断したものがみられる。最判平成元年一月三日刑集四三卷一〇号八二三頁は、交通トラブルにおいて被告人が被害者に対して「言葉遣いに気をつける」と言ったところ、被害者が「お前、殴りたいのか」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来たため、被告人は、年齢も若く体格にも優れた被害者から本当に殴られるかもしれないと思っ怖くなり後ずさりしたところ、被害者がさらに目前まで迫って来るので、自車内にあった果物の皮むき用の菜切包丁を取り出して腰のあたりに構えたうえ、約三メートル離れて対峙している被害者に対して「切られたいんか」と申し向けた示し器脅迫（暴力行為等処罰二関スル法律一条）の事案について、原判決が過剰防衛としたのに対し、「原判決が、素手で殴打しあるいは足蹴りの動作を示していたにすぎない被害者に対し、被告人が殺傷能力のある菜切包丁を構えて脅迫したのは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであると判断したのは、刑法三六条一項の『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。すなわち、右の認定事実によれば、被告人は、……被害者から

の危害を避けるための防衛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。」として破棄自判し、正当防衛を認めて無罪とした。

そして本判決も、被害者（四七歳、身長一八〇センチメートル程度、体重八〇キログラム程度）と被告人（七六歳、身長約一五七センチメートル、体重約五一・二キログラム）について、「年齢、体格に大きな差があることからすると、被告人が武器を利用せずに有効な反撃をすることは、被害者が被告人に背を向けてしゃがみ込んでいる状況を利用したとしても困難であったことは容易に想定できる」とし、「もともと相対的に被害者に劣る被告人の力を補うものとして相当性を逸脱するものとは断じがたい」として、やはり防衛行為の相当性を肯定している。

もともと、武器対等の原則は上述したように判例の傾向の分析の末に見いだされた「法則」であって、必ずしも確固たる理論的な根拠や、法律上の文言から導かれた原則ではない。大越教授は、武器対等の原則の根拠のひとつが、「三六条一項の『やむを得ずにした行為』という文言が三七条にも用いられているという点」にあり、「文言の上からは、防衛行為の相

当性は避難行為の相当性に近づけて理解されやすくなる」と指摘する。もつとも、第三七条の「やむを得ずにした行為」の文言は、緊急避難の補充性の要件、すなわち、当該避難行為が法益保全のための唯一の方法であることを要求するための根拠である³。補充性の要件に相当する正当防衛の要件は、防衛行為の相当性のうちの上掲した「防衛行為の必要性」であつて、最小限度性ではない。正当防衛における最小限度性の要件に相当する緊急避難の要件は、保全法益の価値が侵害法益と同等ないしそれ以上であることを要求する「法益権衡性」である。これは、第三七条の「これによって生じた害がその避けようとした害の程度を超えなかつた場合」との文言から導かれ、正当防衛の最小限度性より明らかに厳格な要件であるが、防衛行為の必要性ないし緊急避難の補充性とは要件の内容を異にする。とすれば、理論的には、正当防衛であれ緊急避難であれ、防衛・避難行為がたとえ「武器対等」ではなかつたとしても、当該行為が法益保全のための必要ないし唯一の方法であるならば、最小限度性あるいは法益権衡性はともかく、「やむを得ずにした行為」であることは肯定されるはずである。

以上のように、武器対等の原則は、必ずしも明確な根拠が

あるわけではなく、侵害者（攻撃者）と防衛者の年齢、体格等のそれぞれの状況が同等である場合に限つて成立しうる「法則」であつて、「素手」か「武器」かは最小限度性の判断の一要素に過ぎないと解すべきである。

そして最判平成元年一月二三日の菜切包丁は、示凶器脅迫のために用いられた「凶器」であるものの、実際に被告人が示凶器以上の、実際に凶器を物理的に用いる行為に出た事案ではなかつた。これに対し本判決の事案では、被告人は事件ハンマーを二回にわたつて被害者の頭部に振り下ろしており、実際に「凶器」を打撃武器として物理的に用いていることから、最判平成元年一月二三日と比べ相当性判断は困難となる可能性があつた。にもかかわらず、本判決が「武器対等の原則」の存在を、弁護人の主張の引用からではあるが一応は念頭に置きつつ、しかもそれにとらわれずに、被害者と被告人のそれぞれの年齢、体格等の諸事情を考慮した柔軟な相当性判断をした点は、妥当であり支持すべきと思われる。

二 第二は、防衛行為の相当性の判断の基準時をどの時点とすべきかという点である。

防衛行為の相当性の判断に際しては、第一に、法益の均衡、

すなわち保全法益と侵害法益とが著しく不均衡でないことが要求される。これは優越的利益の原則から導かれる。第二に、相当な手段、防衛行為の危険性と侵害行為の危険性を比較することが必要であるとされている。もつとも、相当性の判断基準時については、行為時判断か事後的判断かで学説上の争いがある。

行為基準説は、行為としての相当性を基準に判断すべきとする。⁽⁴⁾すなわち、防衛行為が「行為」として相当であるならば、それにより発生した「結果」が重大であったとしても、相当性が充足されるから正当防衛が成立すると解する。本説の論者は、急迫不正の侵害を受けた者に要求しうるのは、その具体的状況の下でとりうる防衛手段のうち可能な限り侵害性の弱い防衛行為を選択せよというにとどまるべきであるなどと主張する。⁽⁵⁾

これに対し、結果（事後的）基準説は、結果としての相当性を基準に判断すべきとする。⁽⁶⁾すなわち、防衛行為が「行為」として相当であったとしても、それにより発生した「結果」が重大であったならば、相当性は充足されず過剰防衛となるとする。

この「行為」と「結果」の関係を本件について見てみると、

被告人は「骨折等の傷害までは生じていないとはいえ強度の」暴行を受け、「さらに継続する可能性もあった」。一方、被害者は全治約二週間を要する頭部裂傷を負っており、これが「著しく法益の均衡を欠いているとまではいえ」ないとされたものの、「著しく」はないが被告人と被害者それぞれの被侵害法益すなわち負傷という結果の程度は、明らかに被害者の方が大である。したがって、事後的判断において結果のみを比較した場合、相当性が充足されず過剰防衛となる可能性がある。もつとも、判例は、下級審であるが、多くは行為基準説により相当性を判断している。

千葉地判昭和六二年九月一七日判時一二五六号三頁は、駅のホームにおいて、被告人は酒酔いした被害者に絡まれ続け、手出しを受けたほか、馬鹿女などといわれ、さらに被害者から首筋のあたりを手でつかまれたため、被害者をわが身から離そうとし、右手に左手を添える形で被害者の右肩付近に手のひらを拡げて突き出して被害者を突いたところ、被害者がよろめいて三メートルほど後ずさりして線路上に転落し、侵入してきた電車とホームの間に挟まれて死亡した事案について、「被告人が……被害者を両手で突く所為に出たことは、自制心を欠いたかの如き酒酔いの者にいわれもなくふらふらと

近寄られ、更には手をかけられたときに生じる気味の悪さ、嫌らしさ、どのようなことをされるかも知れないという不安ないしは恐怖にも通じる気持が日常生活上において経験し理解され得るところであることもあわせ考えると、差し迫った危害に対するやむを得ない行為であつたといわなければならず、またその状態も、前叙の如く被告人に手をかける状態になつている被害者に対し、これを離させるため、曲げた両腕を前にのぼし、その際右手に左手を添える形で、手のひらで突いたというもので、……つかんでいる相手方を離すという所為としてみると、女性にとつて相応の形態で、かつ通常とられる手立てとして首肯し得る態様のものであり、……これらの諸事情に照らせば、被告人の被害者を突いた所為が被告人自身から被害者を離すに必要にして相応な程度を越えていたとは到底いえないところである。」として、正当防衛の成立を認め被告人を無罪とした。これは、結果としては過剰と言わざるを得ない事案について、行為を基準に相当性を肯定したものと解される。

福岡高判昭和六三年一月三〇日高刑速報昭和六三年一八三頁は、交通トラブルで憤激した被害者が、被告人車を執拗に追跡し停車させて下車し、被告人車運転席ドアを開け、怒

号しながら被告人の右腕をつかんだので、被告人が被害者の手をふりほどき、運転席ドアを閉めたものの、さらに被害者が運転席外側ステップ等に乗って全開状態となつていた運転席の窓から右手を差し入れ、被告人の右肩をわしづかみにしながら、怒号するに至つたため、被告人が被告人車を急発進させ、これにより被害者が被告人車から振り落とされて死亡した事案について、「本件の結果はまことに重大であるが、被告人は被害者の死の結果の発生を予見したうえであえて右の行為に及んだものではなく（本件訴因も殺人ではなく傷害致死である）、……その結果の発生を理由に被告人の行為が防衛の程度を超えたものとすることはできない。……被告人の行為は防衛行為としての相当性の範囲を逸脱してはいなかつたといふべきである。」として、正当防衛の成立を認め被告人を無罪とした。

大阪高判平成一六年一〇月五日判タ一一七四号三一五頁は、居酒屋において、相当酩酊したうえで店主に嫌がらせをしてトラブルを起こした被害者に対し、被告人が店外にて「おっちゃんはや帰り」などと申し向けたところ、被害者が乗ってきた自転車のハンドルを持ち上げるような動作をし、被告人がこれに対応して、故意に手で被害者の胸か肩の辺り

を数回突き、それにより被害者が身体の安定性を失って転倒し、その際、被害者が自分の握っていた自転車ハンドルの部分によって左眼を突き左眼球破裂の傷害を負った事案について、「被害者の胸（か肩）の辺りを手で数回突いたという被告人の行為は、上記被害者の行為内容と対比しても、そのような被害者の急迫不正の侵害に対し、自己の身体の安全を防御する意図の下に、必要最小限度の範囲内でやむを得ず行われたものと評価することが十分に可能といふべきである。なお、上記被告人の行為が原因となつて、被害者は、左眼球破裂という重大な傷害を負うに至つていたのであるが、……被告人の行為が、防衛行為の手段として必要最小限度に止まつていたことを併せると、上記のような結果の重大性は、防衛行為の相当性の判断に格別の影響を及ぼすものではないと考えられる。」として、正当防衛の成立を認め被告人を無罪とした。

そして本判決も、本件防衛行為について、「より危険性の低い方法として中途半端に被害者の四肢等の人体の枢要部以外の部分を殴打するなどしても、被害者の暴行を止められないばかりか、かえつて被害者の怒りを増す事態になることも十分想定されるのであるから、被害者の暴行を止めさせるため

の反撃行為として不相当とは断定しがたい（実際、被告人が被害者の頭部を殴つた後の状況として、被害者の怒りを招き、逃走を試みるも追いつかれて馬乗りになられ、頭部を路面に打ち付けられるなどした経緯があることからすると、被告人の反撃行為は被害者からの侵害を排除するのに十分なものでなかつたと考える余地もある。）として、本件ハンマーでの二度にわたる殴打行為もなお、行為時において相当性の範囲内にあつたと判断している。このように、本判決は明らかに行為基準説を採用しており、それは従来の下級審判例の流れにも沿うものである。

さらに付言して、行為基準説と結果基準説のいずれが妥当であるかを検討するに、この二説の対立は言うまでもなく、行為無価値論と結果無価値論の対立に基礎を置くものである。もつとも、わが国の一般的な「行為無価値論」、すなわち行為無価値論と結果無価値論の折衷説である違法二元論に基づいて、正当防衛が行為の違法性と結果の違法性をいずれも阻却する事由であるとすると前提に立つならば、行為と結果のいずれか一方のみを、相当性判断の基準とすべきではなく、むしろ両方を判断の基準とすべきではないか。すなわち、行為の相当性が充足されてさえいれば行為無価値の消滅を認

め、行為の違法性阻却により正当防衛が成立すると解する。さらに、行為の相当性が充足されなかったとしても、結果の相当性が充足されたのであれば、結果無価値の消滅を認め、やはり正当防衛が成立すると解するのである。このように解すれば、防衛行為の相当性は行為基準説及び結果基準説と比べても容易に肯定しうることから、正当防衛の成立範囲を、具体的妥当性を維持しつつ拡大することができる。

なお、林教授は、事前的に見ても事後的に見ても過剰な防衛行為だけが、一般予防上処罰の必要性を生ぜしめるとして、行為基準説と結果基準説の両者を採用する。⁽⁸⁾この主張に対しては、過剰な防衛行為から相当な結果しか発生しなかった場合に事後的判断を行い相当性を肯定することと、一般予防を強調する出発点とが両立するのは疑わしいとの批判がある。⁽⁹⁾しかし、一般予防を強調するのではなく、単に行為無価値と結果無価値が両立する場合にのみ違法性を認め、行為と結果の両者が相当でない場合にのみ、防衛行為の相当性の要件が充足されないと解すれば足りるのではないかと考える。⁽¹⁰⁾

- (1) 大越義久『刑法総論』（第五版・二〇一二年）八五頁。
- (2) 大越・前掲書八六頁。

(3) 大谷實『刑法講義総論』（新版第五版・二〇一九年）二九八頁。

(4) 井田良『講義刑法学・総論』（第二版・二〇一八年）三一九頁、大谷・前掲書一八〇頁、高橋則夫『刑法総論』（第四版・二〇一八年）二九三頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（第三版・二〇一九年）一八五頁、山口厚『刑法総論』（第三版・二〇一六年）一三八頁。

(5) 西田・前掲書一八五頁。

(6) 町野朔『ブレイク刑法』（第三版・二〇〇四年）一七三頁。

(7) 橋田久『正当防衛における防衛行為の相当性』西田他編『刑法の争点』（二〇〇七年）四五頁。

(8) 林幹人『正当防衛における防衛行為の相当性』松尾浩也他編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第四版・一九九七年）五三頁。

(9) 橋田・争点四五頁。

(10) なお、林『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）三三三、一九四頁も行為基準説と結果基準説の両者を採用するが、一般予防の観点は格別強調されていない。

