

## (判例評釈)

## ①殺人被告事件につき、過剰防衛の成立を認めて刑を免除した原判決が軽きに過ぎるとして破棄された事例

(大阪高裁平成9年8月29日第2刑事部判決、平成9年(う)第41号、殺人被告事件、判時1627号155頁、判タ983号283頁、破棄自判・確定)

## ②傷害致死罪につき過剰防衛の成立が認められた事例

(東京地裁平成9年9月5日刑事第10部判決、平成9年合(わ)第97号、傷害致死被告事件、判タ982号298頁、有罪・確定)

## 伊藤 亮吉

## 1 ①事件について

## 1 事案の概要

被告人Xは、居酒屋店内で飲酒中にAから突然背後より出刃包丁で背中を刺されたため、Aの両手首をつかんで当該包丁を奪い取り、左側頸部、前胸部、背部、左眼部などを数回にわたり突き刺すなどして、Aをそのころ同店路上前において失血死させた。

第一審判決(大阪地判平成8年11月12日判時1590号159頁)は、Xに少なくとも未必的殺意があったことを認めたとうえで、当該行為は相当性の範囲を逸脱して過剰防衛に該当するが、その逸脱の程度はわずかであるとして、刑の免除を言い渡した。これに対して検察官は確定的殺意を認めなかった点及び過剰防衛の成立を認めた点で事実誤認乃至法令適用の誤りがあるとして控訴した。

## 2 判 旨

本判決は原判決を破棄し、Xを懲役3年、執行猶予5年に処した。

「被害者が被告人を刺してから被告人が包丁を奪い、被害者に反撃を加え、最終的に周りの者から制止されるまでのことは、…極めて短い時間での出来事とい

わざるを得ず、包丁を奪い取る前後で事態が変わったというよりは、一連の流れ、一体的なものとしてみるのが相当であり、これと、被害者からの攻撃は被告人にとって全く予期しないものであったこと、被告人を刺した直後もなお、被害者には包丁を構えて向かっていく様子があったことなどを併せかんがみると、所論の指摘する被告人と被害者との間の体格差、体力差を考慮に入れても、被告人がもみ合いの上包丁を奪い取ったからといって直ちに被害者の侵害行為は終わったとらえるのは、余りにも形式的な判断であるというべきである。そして、被害者が包丁を奪われた後も被告人と対峙し続け、被害者の方で侵害の意思を放棄するような言動が認められない本件の具体的状況の下では、その侵害の程度は包丁を持っているときと比べて格段に低下したものの、なお侵害行為は続いていると判断するのが相当である」「被告人に被害者に対する腹立ち、憤り等がなかったとはいえないが、…被告人の行動は終始被害者に対する反撃であり、…包丁を奪い取った後、一方的に攻撃を加えていることは、興奮のあまりのこととして理解することも可能であ」と急迫性及び防衛の意思を肯定して、過剰防衛の成立を認めた原判決を正当とした。

量刑につき、被告人に酌むべき事情があるが、「一人の生命を奪った結果が重大であることはもとより、…被害者に対し奪い取った包丁で刺突行為に及ぶことしかとるべき方法がなかったというものではない。…被害者の遺族が被告人に対し厳罰を望んでいること、遺族に対し相応の謝罪や慰謝の措置を講じていないことなどにかんがみると、本件の犯情はよくなく、被告人の刑事責任を軽くみることはできない…原判決の量刑は、この点で軽きにすぎ、失当である」。

## 2 ②事件について

### 1 事案の概要

被告人Yは同居の父Bと酒を飲み始めたところ、口論となりBは一旦部屋から出ていった。その後Yは眠りについたが、帰宅したBから起こされたので上半身を起こそうとすると、Bから果物ナイフで左肩背部を深く刺され、さらに左後頭部を切りつけられたため、憤激するとともに身の危険を感じ、Bの頬を数回平手打ちし、顔面を数回頭突きして転倒させ、Bが仰向けに倒れてほとんど動かないような状態にあるにもかかわらず胸部乃至腹部を数回踏みつけるなどして、Bをそのころ同所において下大静脈断絶に基づき失血死させた。

### 2 判 旨

本判決は、Yを懲役2年6月に処した。

まずYの反撃行為は「Bが仰向けに転倒してほとんど動かないような状態にな

ってからも、執拗かつ強力に続けられており、Bの攻撃に対する反撃としては、その防衛に必要な程度を越えている」として、正当防衛に該当しないとした。

次にBが果物ナイフを手放した時期が断定できないとしたうえで、急迫性不正の侵害に関してはBは転倒した後でも「更に加害に出るおそれは多分にあったというべきであり、転倒後においては、そのおそれは大幅に減少したとみられるが、Bはなお果物ナイフを手にしていたとみる余地があ〔り〕、…本件が短時間のうちに終わった連続的な事態であって、転倒後の時点以降についてのみ他と切り離して断片的に異なった評価を加えるのは必ずしも相当ではないことをも考慮すれば、そのおそれが完全に消失していたと断定するにはなお足りないものが残る」「被告人がその時点で反撃行為とは別個に新たな攻撃意思の下で加害行為に出たとみるのは相当でなく、…当初の防衛意思を継承して攻撃を続けたものと認めるのが相当である。」と急迫性及び防衛の意思を肯定して、過剰防衛の成立を認めた。

### 3 評 釈

#### 1 凶器奪取後及び転倒後における急迫不正の侵害の継続

正当防衛における急迫性とは、法益の侵害が現に存在しているか間近に押し迫っていることをいうが、<sup>(1)</sup>防衛者が攻撃者から凶器を奪取したり（①事件）、反撃して攻撃者を転倒させた（②事件）としても、急迫性が継続することもあり、その判断をするにあたり①事件では事件が極めて短時間の間の出来事であり、一連の流れ、一体的なものとみるべきで、Xが凶器を奪取した後でもAには侵害の意思を放棄するような言動が認められないこと、②事件でも同様にBが転倒後でも凶器を持っており（判決ではそう考える余地があるとしている）その後も加害に出るおそれが多分にあり、事件が短時間のうちに終わった連続的な事態であることをあげている。つまり事態が短時間のうちに生じた一連の出来事であることと凶器奪取後や転倒後において攻撃者がさらなる加害行為<sup>(2)</sup>に出る危険性があることが急迫性継続のための二要件であるといえる。

まず攻撃再開の危険性について、急迫性は防衛行為を行う際に存在しなければならないものであるが、防衛行為は一回の反撃で完成乃至終了するとは限らず、数回反撃して初めて防衛行為として功を奏することもある。その意味で急迫性は時間的に幅のある概念であるから、防衛行為は事実上なされる一回一回ごとの反撃行為が急迫不正の侵害に対する防衛行為であったかを判断するのではなく、全体として一個の行為として正当防衛に該当するかを判断するものである。しかし、防衛行為により急迫性が消滅すれば、その後の行為は防衛行為とはいえない

ので、どこまでが全体として評価されるべき防衛行為なのかも問題となる。攻撃者が防衛者の反撃を受けて攻撃をやめたり逃げ出した場合には事態に変化が生じたものであり急迫不正の侵害は終了するが、攻撃が一時的にやんでいても間もなく攻撃が再開されることが確実であれば、その攻撃は一度終了した後新たに別個の侵害が行われたとみるよりは、当初からの侵害が引き続いて行われたものと考えられる。正当防衛の防衛者が攻撃者の凶器を奪取した場合、通常力関係は大きく変わるから、奪取後は侵害が終了することもあるが、他方攻撃者が凶器を奪取されてもお立ち向かってきたり凶器を奪い返そうとした場合には攻撃者がさらなる加害行為に出る危険があるから侵害は継続するものと考えられる<sup>(3)</sup>。さらに奪った凶器で攻撃者を刺しても急迫性が肯定されることがあるが、それは急迫性は凶器奪取の有無だけで判断するものではなく、凶器で攻撃者を刺すに至るまでの経過など具体的事情を総合勘案して判断されるからである。①事件では、Xが包丁を奪取した後ではAが包丁による攻撃を行う危険性は格段に低下したものといえるが、Aは積極的に凶器を奪い返そうとしたり素手の攻撃を続けようとする姿勢はみられないものの、その後もXに対峙し続けて、逃げるなど侵害意思を放棄するような言動が認められないのであるから、Aがさらに攻撃を加える危険性がないとはいえない。また②事件では、Bが転倒した後で体勢を立て直せば、さらに凶器を用いて攻撃が加えられることは十分考えられるから、転倒の一事で攻撃再開の危険性がなくなるものではない。しかしBが凶器を有するとはいえ、Yが反撃を続けている「ほとんど動かないような状態」については、事態の一体性要件同様に、Bがどの程度負傷しているのか、意識を失っているのかなどその時点でもしYが反撃をやめたとしたらBが攻撃を再開するだけの能力を保持し続けていたのか、その意味するところは不明であるが、「ほとんど動かない」状態であれば一般的にはすでに攻撃再開のための余力はなく、その危険性は失われている場合が多いといえるであろう。

攻撃再開の危険性があれば将来攻撃者により不正な侵害がなされることは十分考えられるが、だからといってそれが現在の侵害を意味するものではない。過去の時点でなされた侵害が引き続き現在でもその危険が認められれば、現在攻撃が一時的に休止されていても急迫性を認めることができる。そこで事態の一体性について、本二事件のように短時間の出来事であれば、防衛者や一般人の見地から短時間のうちに生じた一連の出来事についてどこまでは急迫性がありどこから急迫性がなくなったかを判別することはおよそ不可能であるから、事態が変化したとするのは難しいであろう。①事件ではXが凶器を奪取した直後にAを刺していることから、事態の一体性を認めるのに問題はないものとおもわれる。②事件では、Bが「転倒してほとんど動かないような状態」になってからもYは反撃を続

けているが、これについて、Bは転倒と同時にほとんど動かなくなったのか、それとも転倒後のYの反撃によってほとんど動かなくなったなどある程度の時間的間隔があったのかは不明であるが、事態が短時間のうちに行われたと判示することから、時間的間隔があったとしても非常に短時間のことと考えられ、Yの反撃が純粹の防衛行為として継続しているのかある時点から単なる加害行為に転じたのかをYの主観だけでなく一般人の観点からみても厳密に区別できないほど短時間の出来事であって、事態を一体的にみることができなはいえない。

## 2 急迫性と防衛行為の必要性及び相当性の関係

正当防衛における防衛行為は「やむを得ずにした」ものでなければならないが、緊急避難のように補充の原則及び法益権衡の原則が厳格に要求されてはならず、防衛行為の必要性及び相当性は緩やかに解されている。しかし攻撃者の凶器を奪えば急迫不正の侵害が継続していても防衛者の方が優勢になるから、その凶器で反撃すれば相当性の程度を超えると認められる場合が多い<sup>(5)</sup>。①事件では、第一審判決では奪取後は包丁を投げ捨てたりAの身体に組みつくなど代替手段を例示して、Xは危険の程度の軽い防衛行為を他に選択することができたので防衛に必要な程度を超えたとする。②事件ではBが転倒してほとんど動かなくなった後もさらにYが反撃していることから防衛に必要な程度を超えたとするが、これも①事件同様に反撃をやめたり、逃げたりするなど他の手段をとるべきであったのに、Yはこれをしなかったことを理由に正当防衛を否定したといつてよいだろう。

防衛行為の必要性和相当性の関係については争いのあるところである<sup>(6)</sup>が、必要性を防衛行為が法益保全に必要であるということ、相当性を保全法益と侵害法益間に著しい不均衡がないことと解すれば、X、Yは急迫不正の侵害にさらされており防衛行為を講じなければ自己の法益が侵害される危険性があったといえるから必要性が認められ、本二判決のいう「防衛に必要な程度を超えた」とは相当性を逸脱したことを考えられる。正当防衛の防衛者が凶器で攻撃された場合、当該攻撃に死の危険があれば防衛者がそれに対応した反撃をして攻撃者を死亡させたとしても、一概に相当性を逸脱したことはない。本二事件のように急迫性が継続しているとすれば、凶器奪取後や転倒後であっても依然として奪取前や転倒前における危険すなわち生命の危険に対する防衛行為が肯定され、防衛者はより大きな反撃をしても相当性の原則に違反せず、これが許される場合もあると考えられる。しかし、本二判決は「侵害の程度は包丁を持っているときと比べて格段に低下した」「転倒後においては、そのおそれは大幅に減少した」と凶器奪取後及び転倒後において攻撃者による侵害の程度は格段に低下した旨判示するが、これは急迫性が継続することだけでなく、防衛行為の相当性についても、凶器奪

取前や転倒前の侵害がそのままの状態<sup>(7)</sup>で急迫性は継続しているのではなく、その後の侵害の程度はすでに死の危険はなくなったもので、そのような状況に対応した反撃だけが許されることを意味するといえる。

つまり急迫性の継続が認められるとしても、それは急迫性が存在するかどうかの問題であって、どの程度の危険に防衛者がさらされているかは別個の問題と考えられ、相当性については防衛行為の一こま一こまで相当する行為を判断すべきことになる。ところで、攻撃者の攻撃自体が死の危険を伴うものであれば、他に危険の少なくかつ有効な防衛措置があったとは認められないと考えられるので、防衛者は特段の事情のない限り自己の法益に対するリスクを冒してまで攻撃者のために危険の少ない防衛措置を選択する義務はないことを理由にして、攻撃の一時的減弱と防衛行為の危険性から相当性を否定することを疑問とする見解がある。正当防衛の防衛者が侵害を回避するためにはどんな行為をとっても構わないというのではなく、わざわざ強度の防衛措置をとる必要もないので、回避行為と防衛行為の間にあくまでも著しい不均衡がある場合に相当性の逸脱を認めることができる<sup>(8)</sup>と考えられるが、その一方で正当防衛は緊急避難とは異なるから、他行為可能性があればそれだけで防衛行為の必要性及び相当性が否定されるのではなく、防衛者はあえて軽度の防衛行為を選択する義務はない。したがってこの見解は拝聴に値するものであるが、ただこの見解は本二判決に類似の事案で過剰防衛を認めた最判平成 9 年 6 月 16 日刑集 51 卷 5 号 435 頁についての考察であって、これは攻撃者が凶器を保持して間もなく攻撃を再開することが確実であったので、防衛者が死の危険にさらされている点でその批判は妥当するが、本二判決は凶器奪取や転倒してほとんど動かないという事実がみられる以上、攻撃力が著しく減退したもので防衛者にはもはや死の危険は認められず、事情は異なるものであり、これを本二判決にそのまま適用して相当性を肯定するのは難しいと考えられる。

こうして①事件では、凶器奪取前には X は生命の危険にさらされているが、奪取後は A は素手の状態にあるから身体的危険があるにすぎず、相当性原則から防衛行為としてもその時点での侵害行為に対応した行為だけが許容されるのであり、第一審の例示は犯行態様すなわち殺害の危険のある行為を選択すべきではないという行為自体の他行為可能性をあげている。また②事件では、B がほとんど動かなくなっても Y がさらに胸部や腹部を強く踏みつけるといった反撃を続けたという行為自体の危険性を考慮したものと考えられる (B の死を惹起したことを理由に正当防衛を否定することを判決は直接には示していない)。そこで本二判決は他行為可能性の存在を前提として、行為の危険性から防衛行為の相当性を否定したものと位置づけることができる<sup>(9)</sup>。

### 3 過剰防衛と刑の免除

過剰防衛における刑の減免の根拠については、我が国の有力な見解である違法責任減少説から違法性及び責任の強弱などを総合して犯情が軽微と認められるかどうかの観点から判断されるべきであるとされる。過剰防衛における刑の免除が言い渡された事案は少なくないが、そのうち親族関係にある者の殺人につき刑が免除されたものとしては近年は、日常的に夫から虐待されてきた被告人が暴行を受け首を締められたため、咄嗟にタオルで夫の首を締め続けて殺害した場合<sup>(11)</sup>や、酒乱の傾向のある内縁の夫である被害者から断続的かつ執拗な強度の暴行を受けた被告人が、被害者が暴行を加えず布団に3分間仰向けになっていたところ、ナイフで頸部を突き刺して殺害した場合などがみられる。これらは防衛行為の相当性を肯定して正当防衛を認めてもおかしくなかった事案であるだけでなく、犯行時に被告人は被害者から断続的に強度の暴行を受けて死に至る危険があったこと、被告人自身もこのままでは自分が死んでしまうかもしれないという恐怖心を抱いていたこと、被害者と被告人の体力差、日常的に理不尽な暴行をはたらく被害者の行状が非難されるべきこと、被害者の遺族も寛大な処置を望んでいることなど、被告人の犯情が非常に軽いと判断したものといえる。それに対して、①事件第一審のように親族関係にない者の殺害につき刑の免除が言い渡されたのは珍しく、被害者に胸部を包丁で刺されたのでこれを取りあげて被害者を突刺して死亡させた場合<sup>(13)</sup>に、被告人の温厚な性格、被害者の一方的攻撃に非があることを考慮して刑を免除した傷害致死事例でみられる程度である。

①事件で第一審と控訴審で量刑に差が出た大きな理由は、相当性の逸脱の程度とXがAの遺族に対して謝罪や慰謝の措置を講じていない点について両判決の評価が異なることである。前者については第一審がXは場合によっては自らが死亡するかもしれない理不尽な攻撃に対する恐怖心から本件犯行を犯したとして相当性の逸脱をわずかとするのに対して、控訴審ではこれらの事情をXにとって酌むべき事情としているが、XとAの体格差、体力差からXに地位の優越性を認め、相当性の逸脱の程度はわずかではないと判断している。後者については第一審ではAの親族の心情や交友関係を考慮したためと判断したのに対して、控訴審ではそれゆえに犯情がよくないと判断した。このような控訴審判決の態度は、従来の判例の量刑に対する考え方から逸脱するものとおもわれないが、第一審の相当性に関する寛大な態度を批判したのみで何らの理由も付さないのは極めて不親切と評されるが、両判決<sup>(14)</sup>の相違はこれからの量刑のあり方を考えるうえで参考になるものとおもわれる。

(1) 最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁。

(2) 同様の事例において本二判決で示される二要件を要求するものに、大阪地判平成2年8月

- 25日判タ758号281頁、名古屋地判平成7年7月11日判時1539号143頁がある。
- (3) 判例の整理は、堀籠幸男＝中山隆夫（大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編）『大コメンタール刑法（第二版）第二巻』324—326頁（平成11年）が詳細である。
  - (4) 堀籠＝中山・前掲注（3）326頁。
  - (5) 堀籠＝中山・前掲注（3）405頁。
  - (6) 川端博＝日高義博＝井田良「正当防衛の正当化の根拠と成立範囲」現代刑事法25頁（井田発言部分）（平成12年）参照。
  - (7) 松宮孝明「判批」法学教室208号111頁（平成10年）、なお小田直樹「判批」平成九年度重要判例解説152頁（平成10年）参照。
  - (8) 堀籠＝中山・前掲注（3）384—385頁も回避可能性があることだけで防衛行為の相当性が否定されるものではないとしている。なお佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』237頁以下（平成10年）参照。
  - (9) 最判平成9年6月16日も同様に、攻撃行為の危険性の方が防衛により発生した結果よりも大きかったにもかかわらず、防衛行為の相当性を否定したものであるが、それは防衛行為が「一歩間違えば…死亡の結果すら発生しかねない危険なもの」として、防衛行為それ自体の危険性に着目している。
  - (10) 藤木英雄（団藤重光編）『注釈刑法(2)のI』253頁（昭和43年）。なお最近の過剰防衛における刑の減免に論じたものとして、岡本勝「過剰防衛における情状による減免」前掲注（8）『西原古稀』259頁以下、津田重憲「過剰防衛と刑の減免の法的根拠」東亜法学論叢第4号129頁以下（平成11年）、さらに改正刑法草案14条3項参照。
  - (11) 大阪高判昭和54年9月20日判時953号136頁。
  - (12) 前掲注（2）名古屋地判平成7年7月11日。
  - (13) 大阪地判昭和34年4月15日下刑集一卷4号1026頁。
  - (14) 津田・前掲注（10）139頁。また津田重憲「判批」東亜大学研究論叢23巻1号35、37頁（平成10年）は、控訴審が第一審の刑の免除につき「被告人に余りにも寛大な態度といわざるを得ない」とするのは不親切きわまりなく、その理由を十二分に説明すべきであり、判決として雑であると批判する。

## 本二判決の評釈

### ①事件につき、

津田重憲・東亜大学研究論叢23巻1号27頁以下（平成10年）

勝亦藤彦・受験新報586号別冊付録30頁（平成11年）

なお①事件第一審判決につき、

小名木明宏・法学教室210号別冊判例セレクト'97 31頁（平成10年）