HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	刑事判例研究　高松高判令和元年6月18日（2019WLJPCA06186008）（盗犯等防止法第1条第1項の相当性）
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，56(1)：87-102
発行日	2020-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

判例研究

侵入盗犯等に対する防衛行為について正当防衛か過剰防衛かが争われたところ、防衛行為としての相当性を認めたうえで、盗犯等防止法第1条第1項3号の緩やかな相当性を認めて無罪とした事例

高松高裁令和元年6月18日判決
（平30（う）223号：傷害被告事件）
（2019WLJPCA06186008）

神　元　隆　賢

【事実の概要】

被害者（被告人の父。以下、単に「父」という。）は、かねてから、被告人の母（被害者の妻。以下、単に「母」という。）に対し、酒に酔っては暴力を振るい、別居後も被告人及び母が住む原判示の被告人方に押し掛けて母に暴力を振るうことがあった。

本件当日、父は、早朝から何度か母に電話を掛けたり被告人方に押し掛けて母を蹴飛ばしたりした。父は、同日午後9時40分頃、再び被告人方を訪れ、母が帰るよう求めても、被告人方1階寝室の肘掛け窓から室内に入ろうとした。騒ぎを聞いた被告人は、前記寝室に駆け付け、窓枠付近にいた母に殴り掛かろうとする父と母の間に入り、室内に入ろうとする父を右足の裏で何回か押し返した。これに対し、父は、両手で被告人の右足をつかんで「殺してやるわ」などと叫びながら引っ張ったことにより、被告人は、窓枠から約1m下の軒先に引き出され、その勢いでブロック塀の上辺部分に腹部を打ち付けた。なお、ブロック塀の上辺から真下の道路までの高さは約3.5mであった。父は、振り向いた被告人に殴り掛かったが、被告人は、右手を父の左肩に、左手を右脇腹付近に当てて組み付き、両者はもみ合いになった。その間に、父は被告人の左

横腹に2回ほど何らかの攻撃を加えた。

被告人は、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（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、左肺挫傷の、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。

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

以上の事案につき、正当防衛の成否が争われた。

原判決は、第3行為の時点でも、父が体勢を立て直して攻撃してくることは、なお予想される状況にあったとして、第3行為の時点まで、父の侵害行為は継続していたと認めるのが相当であるとし、第1ないし第3行為は、父の急迫不正の侵害に対し、被告人が自己の身体を守るために行ったものと認めた。そのうえで、防衛行為の相当性について、年齢、体力、運動能力、体格等から、父と被告人が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とし、第1行為は、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であるとし、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とした。

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として、第３行為は過剰な防衛行為であるところ、第１ないし第３行為は、父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した。

被告人は、本件行為は、被告人方の敷地内で行われたものであるから、盗犯等の防止及び処分に関する法律（以下、「盗犯等防止法」という。）第１条第１項３号が適用され、これによれば、防衛行為の相当性はより緩やかに認められるから、正当防衛の成立は明らかであるなどと主張して控訴した。

本判決では、被告人の第３行為が、原判決が認定したように父の腹部やその周辺を、「ねらって」「思い切り蹴り付けた」ものであったか否か、さらに第３行為の防衛行為の相当性の有無が争われた。

【判旨】

無罪（破棄自判）。

第３行為が「ねらって」「思い切り蹴り付けた」ものであったかについては、「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。……父の腹部やその周辺を思い切り蹴り付けたと認定するには論理の飛躍があって、原判決の認定は、論理則、経験則に照らして不合理なものといわざるを得ない。」とした。

第3行為の防衛行為としての相当性については、「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うことができる。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。……検察官は、第3行為の時点までに父が重傷を負っており、これに伴い攻撃力も低下していたから、父が相当の傷害を負うような強度の第3行為は、防衛行為としての相当性を欠いていると主張する。確かに、父は、第1行為によって前記の傷害を負っていたことは認められるものの、その直後に被告人に殴りかかろうとし、更に両足にしがみつく暴行を加えていたのであるから、その攻撃意思は依然として強く、侵害行為として相応の強さがあったといえる。父が第3行為により相当の傷害を負ったことが被告人の意図したものでないことは前記のとおりである。……そうすると、第3行為についても、防衛行為としての相当性が認められるから、被告人には正当防衛が成立する。」とした。

盗犯等防止法第1条第1項3号の適用については、「本件各行為が行われたのは、被告人方の建物の外部であるが、建物の東方、南方、北方を囲んでいる110 cmの高さのブロック塀と建物との間の幅約168 cmの通路上であり、残る西方は山の斜面と接し、家の前の道路との間は、2 m余りの高低差があって、スロープで結ばれている。以上によれば、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うことができる。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、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。もっとも、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[1)]。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[2)]。

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[3)]。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」の関係を本件第３行為について見てみると、被告人には、「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」るとの身体の安全に対する危険、さらに言及されてはいないものの「父の両腕による拘束」による自由に対する侵害も生じていた。一方、被害者である父には、第３行為ではなく第１

1）井田良『講義刑法学・総論』（第２版・2018 年）316 頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第５版）280 頁、高橋則夫『刑法総論』（第４版・2018 年）293 頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（第３版・2019 年）185 頁、山口厚『刑法総論』（第３版・2016 年）138 頁。

2）西田・前掲書 185 頁。

3）町野朔『刑法総論』（2019 年）287 頁。もっとも、相当性の誤認があれば故意は阻却されるとする。

行為による可能性があるものの、左外傷性血気胸という「相当の傷害」を生じていた。この被告人と父それぞれの被侵害法益の程度は、父の侵害行為に「相応の強さ」があるとされ、これにより被告人の危険が現実化していたとしても、左外傷性血気胸の傷害を負った父の方が大であろう。そうすると、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ったことになる。

もっとも、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62年9月17日判時1256号3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3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をもあわせ考えると、差し迫つ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、またその状様も、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ばし、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き、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[4)]。

4）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』（2007年）45頁。

福岡高判昭和63年11月30日高刑速報昭和63年183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っ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、怒号するに至ったため、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ったというべきである。」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16年10月5日判タ1174号315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「おっちゃんはよ帰り」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のハンドルなど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衛する意図の下に、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うべきである。なお、上記被告人の行為が原因となって、被害者は、左眼眼球破裂という重大な傷害を負うに至っているのであるが、……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っていたことをも併せると、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、「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」としている。これは、父の「相当の負傷」が重い結果である

ことを認めつつ、被告人が「意図した結果ではない」、すなわち第３行為による結果は過大であるものの、行為自体は行為時において相当性の範囲内にあったと判断したものであろう。このように、本判決が行為基準説を採用したのは明らかであり、上掲した行為相当・結果不相当の事案について相当性を肯定する、従来の下級審判例の流れにも沿うものである。

なお、私は、行為と結果いずれか一方でも相当性を認めうるならば、違法二元論の観点から正当防衛の相当性を認めうると考えている[5)]。これによれば、本件は行為相当・結果不相当であるから行為無価値を欠き、従って正当防衛の相当性を認めうる。すなわち、本判決の結論と一致する。

二　第二は、本件に盗犯等防止法第１条第１項３号を適用しうるかという点である。

盗犯等防止法第１条第１項は、「左の各号の場合に於て自己又は他人の生命、身体又は貞操に対する現在の危険を排除する為犯人を殺傷したるときは刑法第三十六条第一項の防衛行為ありたるものとす」とし、さらに同項３号は「故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶に侵入したる者又は要求を受けて此等の場所より退去せざる者を排斥せんとするとき」と規定する。

この規定は、保全法益が「生命、身体又は貞操」、かつ３号では侵害者が住居侵入ないし不退去に出ていた場合の、「現在の危険を排除する為」の殺傷につき、正当防衛を認めるものであるが、防衛行為の相当性については格別言及されていない。そこで、盗犯等防止法第１条第１項が、本件で問題となる３号についてであれば侵入者への正当防衛について、防衛行為の相当性の要件を不要とする趣旨であるかが問題となる。

判例は、相当性を不要とするものは皆無であるが、相当性がどの程度要求されるのか、言い換えれば相当性要件が緩和されるか否かを巡っては変遷がある。

当初の判例の多くは、盗犯等防止法適用事案に関し、相当性要件はまったく緩和されないと解していた。

5）拙著「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（札幌地判平成30年12月３日）」北海学園大学法学研究55巻１号181頁。

名古屋高判昭和37年12月4日高刑集15巻9号669頁は、Ｙ１・２が泥酔し、夜間一面識もないＸの居宅の扉を開いて侵入し、飯場をぶち壊すなどと大声でわめきたて、Ｘの制止もききいれず土間から居室へ土足のまま上ろうとしてＸのため両名とも屋外へ押しだされるや、両名でＸに殴りかかり、Ｙ１は松丸太をもってＸを殴打しようとしたが、これをかわしたＸがすばやく同人の手から右松丸太を奪いとったのに、Ｙ１がさらに手拳で殴りかかってきたので、Ｘもやにわにその丸太をもってＹ１の頭部を数回殴りつけてこれを転倒させ、さらにＹ２がＸの急を聞いて駈けつけたＡともみあっている背後からＹ２の頭及び足を数回殴打し、Ｙ１を硬脳膜外出血による脳圧迫症で死亡するにいたらしめ、Ｙ２に対しては加療２週間を要する後頭部挫創、足打撲傷の傷害を負わせた事案について、「その反撃はやはり原認定のように相当な程度を超えたものと認めざるを得ない。ところで、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項……が正当防衛に関する刑法第三六条第一項所定の要件を緩和した規定と解すべきか否かについては論議の存するところである。しかしながら、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項はその各号所定の場合においても、刑法第三六条第一項の『已むことを得ざる』にいでたことを当然に要件としているものと解するのが相当である。果してそうだとするならば、被告人の本件行為は前記の如く、不法に人の住居に侵入した者を排斥せんとして、自己の生命、身体に対する現在の危険を排除するため、被害者を殺傷したものであるから、盗犯等の防止及び処分に関する法律第一条第一項第三号の要件を形式的には充足しているけれども、いわゆる相当性の要件を欠如し、防衛の程度を超えたものとして、刑法第三六条第二項の過剰防衛と認めるほかな」いとした。

札幌高判昭和39年1月28日高刑集17巻1号118頁は、Ｙ１・２がひどく酩酊して大声をあげながら食堂の玄関内に入りこみ、住込みの調理師Ｘと言い合いになり、Ｘは、包丁でも見せれば逃げるだろう、もし相手がかかって来るようなら包丁で防ごうと考え、包丁をもって部屋を出たところ、Ｙ１がいきなりＸの頭部を手拳で数回殴打してきたため、Ｘは興奮と憤激の余り包丁を振り廻し、なおも殴りかかってきたＹ１の胸部を突き刺し加療約８週間を要し肺損傷を伴う右胸部刺創を負わせた事案について、「同条第一項の適用を受けるためには当の殺傷行為が防衛行為として相当なものでなければならないこと、Ｘの本件所為が客

観的に見て相当な程度を超えた過剰行為と目すべきことは原判決説示のとおりということができる。」とした。

その後、判例は、盗犯等防止法適用事案に関し、相当性要件は緩和されるものの不要ではないとの立場に転じていく。

大阪高判昭和50年5月15日高刑集28巻2号249頁は、飲酒のうえX方の庭にはいりこみ、Xの飼犬2匹に向かってスコップを振り上げ「たたき殺すぞ」とわめいているYに対し、Xが早く帰るように要求したところ、Yは「お前もたたき殺してやる」といってスコップを振り上げて向ってきたことから格闘となり、XはYの手からスコップをたたき落したが、さらにYが川に面する庭の崖ふちから1.5メートル手前の地上にあった細い角棒を拾い上げようとしてXに背を向け、崖の方を向いて中腰になつたのをみて、この棒でさらに攻撃してくると思い、機先を制してその攻撃から身を守る意思でとっさにYに近寄り、殺意なしに中腰になったその臀部を背後から蹴り、Yを崖から川に転落させ溺死させた事案について、「盗犯防止法においては一定の条件の下に『己ムコトヲ得サルニ出テタル』ことの要件を除き刑法における正当防衛の範囲を拡大したものと解するのが相当である。しかるに合理的理由なくしてこれを刑法の規定する正当防衛の具体的適用の例示であると解釈し、盗犯防止法一条一項の防衛行為が『己ムコトヲ得サルニ出テタル』ことないしは相当性の範囲を逸脱しないことを要するとすることはひつきよう法律の明示しない要件を付加して刑罰の範囲を拡大するに帰し、罪刑法定主義にも反することになる。もつとも盗犯防止法一条一項による不処罰は、性質上違法性阻却の一場合であり、行為に実質的な違法性がないことを不処罰の根拠とするものと考えられるから、行為が右規定に形式的に該当しても、違法性の本質から考えて実質的に違法性を欠くとはいえないような行為、すなわち具体的事情の下でこれを処罰しないことがかえつて著しく国民の法的感情ないし社会通念に反し是認できないような行為に対してまでその適用を認めるのは相当ではない。」としたうえで、「これを盗犯防止法一条一項により処罰しないものとすることが著しく国民の法的感情ないし社会通念に反し、是認できない場合であるとは考えられない。」とし無罪とした。

最決平成6年6月30日刑集48巻4号21頁は、Yを含む中学3年生7名が、高校三年生であるXから金員を奪い取るあるいは脅し取る目的をもって、Xに対し難癖を付けて同行を要求したところ、Xも護身用

にナイフ（刃体の長さ約9.9センチメートルの果物ナイフ）を携帯していたところから、これに応じ、昼間とはいえ人通りの少ない通路へ連行し、中学生7名のうち1名は強く殴るための道具であるいわゆるメリケンサックを右手に装着して、他の者は素手で、Xに対し一方的に背中を殴ったり、足を蹴ったりするなどし、Xは、二度ほど逃げ出そうとしたものの、大声で助けを求めたり抵抗したりせず、専ら防御の姿勢に終始するうち、暴行が数分間に及んだため、所携のナイフを取り出し、前にいた中学生の足を目掛けてナイフを突き出したが、かすめた程度に終わったので、すぐ体を半回転させたところ、目前に今にも素手で殴りかかろうとしているYを見て、それまでのYの言動に対する腹立ちもあり、やられる前に刺してやれと思い、被害者が死亡することがあっても構わないという認識の下に、その左胸部をナイフで突き刺し、Yを心臓刺創により失血死させた事案について、盗犯等防止法第1条第1項1号の正当防衛の成否が争われたところ、「同条項の正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここにいう相当性とは、同条項が刑法三六条一項と異なり、防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危険の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法一条一項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』」であることを要件としていないことにかんがみると、刑法三六条一項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である。」としたうえで、「Xの行為は、強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、Xの生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり、X一人に対し相手方の数が七名と多く、本件現場が昼間とはいえ人通りが少ない場所であることなどの事情を考慮しても、Xの本件行為は身体に対する現在の危険を排除する手段としては、過剰なものであって、前記の相当性を欠くものであるといわざるを得ない。したがって、法一条一項の正当防衛の成立を否定し、過剰防衛の成立を認めた原判断は、正当である。」とした。

一方、学説上も、盗犯等防止法第1条第1項について、刑法第36条第1項からの相当性要件の緩和を認めるか否かで対立がある。

第1説は、盗犯等防止法第1条第1項は刑法第36条を当然の前提とするものであるから、第36条第1項の「やむを得ずにした」ことを要件とするものと解すべきであるとする[6]。かつての判例と同様の立場といえよう。盗犯等防止法の立法者は、第36条第1項の正当防衛の要件が抽象的で適用範囲に解釈上の疑義があることから、同法は具体的に正当防衛が成立する具体的な条件を明示したもので、第36条第1項の適用範囲を拡張するものではないと考えていた[7]。すなわち、盗犯等防止法第1条第1項3号は、第36条第1項の正当防衛の成立要件を具体的に解釈して説明する規定であって[8]、同法による正当防衛の成立には、第36条第1項の必要性、相当性の要件を充足する必要があるというのである[9]。第1説は、以上の立法者の解釈を、今日においても維持すべきとの考えに拠っている。

第2説は、盗犯等防止法第1条第1項は同項各号の状況での防衛行為について「やむを得ずにした」との要件を必要とせずに違法性を阻却する、正当防衛を拡張する規定ではあるものの、相当性がまったく要求されないわけではなく、著しく不相当な行為は過剰防衛となるとする[10]。これが、上掲した現在の判例の立場といえよう。盗犯等防止法第1条第1項が第36条第1項の「やむを得ずにした（已むことを得ざる）」との要件を除いたことを根拠に、むしろ同法の規定は必要性や相当性の要件を緩和して正当防衛の成立範囲を拡張するものであるとの主張は古くから見られた[11]。小野博士はこの主張を進めて、盗犯等防止法第1条第1項は正当防衛の成立範囲を拡張するものであるが、しかし第36条では

6）大谷・前掲書293頁、町野・前掲書283頁。

7）「盗犯等防止及処分に関する法律理由説明（司法省刑事局発表）」法律新聞3123号（1930年）6頁、官報昭和5年5月4日号外125頁、小野清一郎「盗犯等の防止及処分に関する法律」同『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』（増補版・1970年）214頁。

8）宮本英脩『刑法大綱』（1935年）97頁は、盗犯等防止法第1条第1項を「刑法の原則に対する説明的のものである」とする。

9）山口・前掲書135頁参照。

10）平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）241頁、前田雅英『刑法講義総論』（第7版・2019年）283頁。

11）瀧川幸辰『犯罪論序説』（改訂・1947年）98頁、牧野英一『刑法総論上巻』（全訂版・1958年）460頁。

なく違法性の一般理念に照らした相当性の存在を要求すべきと主張された[12]。盗犯等防止法第１条第１項は相当性の要件を緩和する規定であるが、実質的違法判断による相当性の要件の充足は必要であるとするのである。これは多くの論者より支持され[13]、最決平成６年６月30日もこれに拠るものと解される。もっとも、第２説に対しては、盗犯等防止法による相当性の緩和を肯定すると正当防衛と過剰防衛の限界がなおいっそう不明確になる[14]、「已むことを得ざる」に相当性の要件が含まれると解釈するならば、これを除いた盗犯等防止法第１条第１項に、緩和されるとはいえ相当性の要件を課すというのは論理的に矛盾する[15]などの批判がある。

第３説は、第２説と同様「やむを得ずにした」との要件を必要としないとするが、第２説と異なり盗犯等防止法第１条第１項による違法性阻却では相当性の要件の充足を不要とする[16]。すなわち、藤木博士は、盗犯等防止法第１条第１項を立法者の意思に鑑み「正当防衛の成立要件についての解釈規定」とするものの、相当性の要件については、立法の趣旨に照らし、「いちじるしく相当性を欠くことが明白である場合のほかは、一応殺傷行為について相当性ありと解するのが穏当である」として、正当防衛の相当性要件の緩和を事実上容認されている。これは、わが国の判例が、たとえ不法侵入者であつても犯人が死亡した場合には正当防衛が否定され過剰防衛となってしまう傾向にあることに対応しようとするものである[17]。相当性の要件を形式的に判断することが可能であるか[18]、あるいは可能であるとしてもそれが妥当であるかは疑問もあるが、

12）小野・前掲論文235頁。

13）平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）241頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）395頁。

14）山口・前掲書136頁。

15）山中敬一『刑法総論』（第３版・2015年）543頁は、昭和５年当時は「已むことを得ざる」から必要性の要件は導かれるものの相当性の要件は導かれず、正当防衛に内在する一般的制約として解釈されていたに過ぎなかったとして、盗犯等防止法第１条第１項を、相当性ではなくむしろ必要性を緩和する規定と解すべきとする。

16）藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）175頁。

17）団藤重光編『注釈刑法（２）のⅠ』（1968年）255頁（藤木）。

18）中山研一『刑法総論』（1982年）287頁注１は、客観的要件による正当防衛の範

わが国の判例が、正当防衛の要件をあまりに厳格に適用しすぎることへの対応策として一考に値しよう。

思うに、盗犯等防止法第１条第１項は、刑法第36条第１項の特別法と解すべきであるところ、第１説のように、刑法第36条第１項の「やむを得ずにした」ことすなわち防衛行為の相当性を前提とする規定と解すると、刑法第36条第１項の特別法としての盗犯等防止法第１条第１項の意義が失われてしまう。かつて、正当防衛に関する判例の蓄積がなかった時代であれば、正当防衛の各要件の具体的明示としての意義はあったのかもしれない。しかし、盗犯等防止法第１条第１項は保全法益を「生命、身体又は貞操」に限定し、侵害法益を「殺傷」すなわち生命または身体に限定している。正当防衛は緊急避難と異なり、保全法益は限定的でないし[19]、侵害法益はなおさらであるから、盗犯等防止法第１条第１項を具体的明示と解することは困難であろう。まして、盗犯等防止法第１条第１項が「やむを得ずにした」ことに言及しない点を具体的明示と理解すると、むしろ第36条第１項の「やむを得ずにした」の内容を空文化させるおそれさえ生じよう。盗犯等防止法第１条第１項はやはり、正当防衛の成立範囲を拡張する規定と理解すべきで、第１説は支持しがたい。

それでは、第２説と第３説のいずれが妥当であろうか。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必要とされる。この「防衛行為の相当性」は、２つの要件を内包する。すなわち、第１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２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。

盗犯等防止法第１条第１項は保全法益として「生命、身体又は貞操」を掲げ、侵害法益を「殺傷」すなわち生命または身体とする。であれば、貞操も含めて、盗犯等防止法第１条第１項適用事例における保全法益の価値は大であるから、侵害法益がやはり価値の大なる生命・身体であったとしても、法益権衡による客観的違法性の阻却を認める余地があるのではないか。身体法益は、その程度により価値に大きな差を生じうる。

囲の拡大が困難であることを指摘する。

19）刑法第37条の示す保全法益も、これに限定されるのか、それとも例示であるかで争いがあるのは言うまでもない。

しかし、盗犯等防止法第１条第１項各号の掲げる緊急状況に該当する場合すなわち１号「盗犯を防止し又は盗贓を取還せんとするとき」、２号「兇器を携帯して又は門戸牆壁等を踰越損壊し若は鎖鑰を開きて人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶に侵入する者を防止せんとするとき」そして３号「故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は船舶に侵入したる者又は要求を受けて此等の場所より退去せざる者を排斥せんとするとき」には、侵害者の法益の要保護性が大幅に低下するうえ、１号では財産法益、２号では示凶器脅迫にかかる個人の意思決定の自由、財産法益及び住居権、３号では住居権が保全法益に追加されると解しうる。であれば、上記各号に該当する場合は、軽い身体法益等を保全するために、重い身体法益あるいは生命法益を侵害したとしても、優越的利益の原則により客観的違法性の阻却を認めうるのではないか。すなわち、盗犯等防止法第１条第１項適用事例については、「防衛行為の相当性」のうち、少なくとも「防衛行為の最小限度性」は不要とするのである。もっとも、「防衛行為の必要性」については、盗犯等防止法第１条第１項が「現在の危険を排除する為」と規定し、行為が防衛に向けられている旨を明文で要求していることに鑑み、必要と考えるべきであろう。

それでは、過剰防衛を認めた最決平成６年６月30日はどうか。Ｘは当初Ｙらから難癖を付けられて同行を求められた際、ナイフを携帯していたことから応じているところ、これを予期された侵害、自招防衛と見て、身体法益を保全する正当防衛を否定する余地があるかもしれない。それでもなお、生命法益を保全する正当防衛は認められて然るべきであるが、「Ｘの行為は、強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、Ｘの生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたもの」とされているから、この事案では生命法益保全のための必要性を欠いていたのではないか。とすれば、このＸの行為は、私見に照らしてもやはり過剰防衛となるであろう。

そして本判決はどうか。「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である。」としており、近年の判例と同様、上掲第２説を採ることは疑いない。そのうえで、第３行為が「ねらって」「思い切り蹴り付けた」ものではなく、父を振り払おうとしたもので、しかも父の「攻撃意思は依然として強く、侵害行為

として相応の強さがあった」との本判決の認定に照らせば、防衛行為の必要性を認めうるから、私見に照らしてもやはり正当防衛となるであろう。

ところで、本判決は、第3行為について第36条第1項の正当防衛を相当性ありとして認めたうえで、盗犯等防止法第1条第1項3号の正当防衛を、緩やかな相当性の要件に照らして認めている。厳格な相当性要件を検討したあとで、緩やかな相当性要件を検討する意味は皆無であろう。第36条第1項と盗犯等防止法第1条第1項3号のうち、一方の正当防衛のみを検討すれば足りていたはずで、この点ははなはだ疑問が残る。