

財産的権利のための正当防衛

（最高裁平成二二年七月一六日第一小法廷判決平成二〇年（あ）第一八七〇号、暴行被告事件、
刑集六三卷六号七一頁、判例時報二〇九七号一五四頁、判例タイムズ一三三六号六一頁）

奥 村 正 雄

【事実の概要】

1. 被告人A（当時七四歳、女性）は、平成一八年二月三日午後七時二〇分頃、A方前路上において、侵害者であるE不動産勤務のB（当時四八歳、男性）と、Bの依頼を受けたCが、A方住居兼事務所（以下、「本件建物」という）の壁面に「立入り禁止」の看板を取り付けようとするのを阻止するため、Bに対し、その胸部等を両手で約一〇回突いて転倒させ（以下、「本件暴行」という）、加療約一週間を要する後頭部打撲等の傷害を負わせた。Aは傷害罪で起訴された。

2. なお、AがBに対する本件暴行に及んだ背景には、両者間で本件建物に係る民事上の争いがあった。最高裁が原審

の認定及び記録から認定した事実関係は、以下のとおりである。

(1) 本件建物及びその敷地は、Dの亡父が所有していたところ、その持分の一部は、同人から贈与又は相続により取得した者を経て、E不動産が強制競売又は売買により取得した。本件当時、登記上、本件建物については、D及びE不動産がそれぞれ二分の一ずつの持分を有する一方、その敷地については、E不動産、被告人、Dほかが共有しており、そのうちE不動産は二六四分の八三の持分を有していた。E不動産は、これらの持分を平成一五年一二月ころまでに取得したものである。

(2) F宅建は、平成三年に本件建物の賃借人の地位を取得し、平成一七年九月、それまで他の会社に転貸されていた本件建物の明渡しを受けた。そして、F宅建は、同年一〇月ころ、建設会社に本件建物の原状回復及び改修の工事を請け負わせた。また、そのころ、被告人及びDは、本件建物の一部に居住し始めるとともに、これをF宅建の事務所としても使用するようになった。ところが、その後、E不動産の関連不動産会社である株式会社Gの従業員が上記建設会社の作業員らに対して上記工事を中止するように申入れ、同年一月には、本件建物に取り付けられたばかりのサッシのガラス一〇枚すべてをE不動産関係者が割るなどしたことから、上記建設会社は、工事を中止した。

そこで、F宅建は、同年一二月、改めて別の建設会社を上記工事の残工事を請け負わせたところ、E不動産の従業員であるBがほとんど毎日工事現場に来ては、上記建設会社の作業員に対し、本件建物の工事差止めを求めて裁判で争っているから工事をしてはならない旨申し向けて威圧的に工事の中止を求め、その工事を妨害した。また、E不動産は、上記建設会社に対し、工事の中止を求める内容証明郵便を送付したり、F宅建から支払われる請負代金額の三倍の保証金を支払うので工事から手を引くよう求めたりして、上記建設会社がこれを断ると、E不動産関係者は、今後、広島で無事に仕事をする事ができると思うなどと申し向けて脅迫した。平成一八年に入ると、Bのほかにも、E不動産の従

業員と称する者が、毎日、工事開始から終了まで本件建物前に車を止めて張り付き、作業員らにすこむなどしたため、上記建設会社も工事を中止した。

そして、E不動産は、その工事が続行されないように、本件建物の周囲に残っていた工所用足場をG名義で買い取ったうえ、本件建物の入口付近に鉄パイプを何本も取り付けて出入り困難な状態とし、「足場使用厳禁」等と記載した看板を取り付けるなどした。その後も、E不動産関係者は、本件建物の前に車を止めて、F宅建を訪れる客に対して立入禁止である旨を告げるなどした。

また、E不動産は、同年一月ころ以降、建設業者が本件建物に立ち入らないようにするため、その立入りを禁止する旨表示した看板を本件建物の壁面等に取り付けたところ、被告人らに外されたりしたため、その都度、同様の看板を本件建物に取り付けることを七、八回繰り返し返した。

(3) 一方、E不動産は、平成一七年一月、本件建物の二分の一の共有持分権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、D、被告人及びF宅建を相手方として、本件建物の増改築工事の中止及び続行禁止並びに明渡し断行を求める仮処分を申し立てたが、却下され、即時抗告を申し立てた。広島高等裁判所は、平成一八年九月、F宅建はE不動産が本件建物の持分を取得する以前から本件建物について賃借権を有しており、Dは本件建物の共有持分権を有し、被告人はF宅建の代表者又はDの妻として本件建物を占有しているから、E不動産は、F宅建に対しても、D及び被告人に対しても、本件建物の明渡しを請求できない旨、F宅建は賃貸借契約において本件建物の大修繕や改良工事の権限が与えられているから、E不動産はF宅建による工事の中止や続行禁止を求めることもできない旨判示して、E不動産の上記即時抗告を棄却し、これが確定した。

(4) Bは、平成一八年一月二〇日に本件建物の壁に取り付けた立入禁止の看板の一部が同月二一日朝にはがされたり

ちぎられたりし、同日夜にはなくなっているのを発見したので、同月二二日午後七時一〇分ごろ、立入禁止の看板三枚を本件建物に取り付けるため、看板製作・取付会社の取締役であるC及び同社従業員のHほか一名と共に本件建物前に行った。Bの依頼により、C及びHは、立入禁止の看板一枚(以下「本件看板」という。)を自動車から下ろし、その裏面全面に接着剤であるコーキングを付け、はしごを本件建物西側の壁面に立て掛けるなど、本件看板を取り付ける作業を開始した。

本件看板は、縦九一センチ・メートル、横一一九・九センチ・メートル、厚さ〇・三センチ・メートル、重さ二・五キログラムのものであり、「立入禁止 広島地方裁判所においてD、Aおよび(有)F宅建と係争中のため本件建物への立入を禁ずる。所有者株式会社E不動産」等と記載され、「立入禁止」の文字は赤色で他の文字より大きく、「広島地方裁判所」及び「係争中」の文字もそれぞれ赤色で表示され、その他の文言は黒色で表示されている(なお、E不動産が、F宅建及びDを被告として、本件建物について共有物分割訴訟等を提起したのは、平成一九年一月一日になってからである)。

また、本件建物は、その西側が南北方向に走る市道に面し、その境界から約二メートル離れて建てられており、その西壁は南北の長さが約一八メートルある。上記市道は車道幅員が約五メートルであり、その東側には幅員約一・九メートルの歩道が設けられている。上記市道は、夜間、交通が閑散である。

(5) 前記のとおりCらが本件看板を本件建物の壁面に取り付ける作業を開始したところ、被告人及びDがやってきて、何をするんだなどと大声で怒鳴り、被告人は、Cの持つていた本件看板を強引に引つ張って取り上げ、裏面を下にして、本件建物西側敷地と上記歩道にまたがる地面へ投げ付け、その上に乗って踏み付けた。Bは、被告人が本件看板から降りた後、これを持ち上げ、コーキングの付いた裏面を自らの方に向け、その体から前へ一〇センチ・メートルないし一

五センチ・メートル離して本件看板を両手で持ち、付けてくれと言ってこれをCに渡そうとした。そこで、被告人は、これを阻止するため、Bに対し、上記市道の車道の方に向かって、その胸部を両手で約一〇回にわたり押したところ、Bは、約二メートル後退し、最後に被告人がBの体を右手で突いた際、本件看板を左前方に落として、背中から落ちるようになり転倒した（本件暴行）。

なお、Bが被告人に押されて後退し、転倒したのは、被告人の力のみによるものではなく、Bが大げさに後退したことから本件看板を持っていたことがあいまつて、バランスを崩したためである可能性が否定できない。

(6) Bは、本件当時四八歳で、身長約一七五センチ・メートルの男性であり、被告人は、本件当時七四歳で、身長約一四九センチ・メートルの女性である。被告人は、本件以前に受けた手術の影響による右上肢運動障害のほか、左肩関節運動障害や左肩鎖関節の脱臼を有し、要介護一の認定を受けていた。

3. Aは、一貫して、本件暴行を加えたという事実自体を否定したが、第一審（広島地判平成二〇・一・一八）^①は、公訴事実に沿った事実認定をし、傷害罪の成立を認め、罰金一五万円を言い渡した。一方、第二審（広島高判平成二〇・九・四）^②は、Aの本件暴行により後頭部打撲等の傷害を負ったというBの供述は信用し難いとして一審判決を破棄し、本件暴行を加えた限度で暴行罪が成立し、本件の発端はBによる本件看板の設置という違法な行為であって嫌がらせに起因する点を量刑上考慮すべきであると、科料九、九〇〇円を言い渡した。これに対し、A側は上告して、本件暴行の事実を争うとともに、仮にAによる本件暴行があったとしても、それは正当防衛に当たると主張した。

最高裁は、弁論を開き、判決において上告を棄却し、職権で以下のように判示して正当防衛の成立を認め、Aを無罪とした。

【判旨】破棄自判

「Bらが立入禁止等と記載した本件看板を本件建物に設置することは、被告人らの本件建物に対する前記2(3)の共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、F宅建の業務を妨害し、被告人らの名誉を害するものといわなければならない。そして、Bの依頼を受けたCらは、本件建物のすぐ前において本件看板を取り付ける作業を開始し、被告人がこれを取り上げて踏み付けた後も、Bがこれを持ち上げ、付けてくれと言つてCに渡そうとしていたのであるから、本件暴行の際、Bらはなおも本件看板を本件建物に取り付けようとしていたものと認められ、その行為は、被告人らの上記権利や業務、名誉に対する急迫不正の侵害に当たるといふべきである。

そして、被告人は、BがCに対して本件看板を渡そうとしたのに対し、これを阻止しようとして本件暴行に及び、Bを本件建物から遠ざける方向に押したのであるから、Bらによる上記侵害から被告人らの上記権利等を防衛するために本件暴行を行ったものと認められる。

さらに、Bらは、前記2(2)及び(4)のとおり、本件建物のガラスを割つたり作業員を威圧したりすることによって被告人らが請け負わせた本件建物の原状回復等の工事を中止に追い込んだ上、本件建物への第三者の出入りを妨害し、同(3)の即時抗告棄却決定の後においても、立入禁止等と記載した看板を本件建物に設置するなど、本件以前から継続的に被告人らの本件建物に対する権利等を実力で侵害する行為を繰り返しており、本件における上記不正の侵害はその一環をなすものである。一方、被告人とBとの間には同(6)のような体格差等があることや、同(5)のとおりBが後退して転倒したのは被告人の力のみによるものとは認め難いことなどからすれば、本件暴行の程度は軽微なものであったといふべきである。そうすると、本件暴行は、被告人らの主として財産的権利を防衛するためにBの身体の安全を侵害したものであることを考慮しても、いまだBらによる上記侵害に対する防衛手段としての相当性の範囲を超えたものといふことは

できない。

以上によれば、本件暴行については、刑法三六条一項の正当防衛として違法性が阻却されるから、これに正当防衛の成立を認めなかった原判決は、事実を誤認したか、同項の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない」。

【評 釈】

一 はじめに

正当防衛とは「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」をいい、構成要件に該当する行為でも違法性阻却事由として、法は、これを罰しないとしている（刑三六条一項）。防衛の対象となる「自己又は他人の権利」は法の保護する利益であれば足りることから、生命、身体、自由に限定されず、人の名誉や財産等も意味することに異論はない。もともと、通常、正当防衛の成否が問題となるケースは、生命や身体に対する急迫不正の侵害がある場合が一般であり、それ以外の非身体的利益の侵害が問題となった最高裁の事例は少数にとどまるところ³⁾、本件では、被害者Bらが本件看板を本件建物に設置する行為によつて被告人Aらの共有持分権・賃借権等の主として財産的権利等に対して加えた侵害に対して、これを実力により阻止することは正当防衛となりうるかが問われた。なお、一・二審ではAの暴行や傷害の有無がもっぱら争点となっていたが、弁護側が上告趣意においてAの本件暴行につき正当防衛である旨主張したため、その成否は上告審において初めて判断されることとなった。

そこで、最高裁は、本件の背景事情となった被告人と侵害者との間の民事上の争いに係る事実関係を詳細に認定したうえで、財産的権利等を防衛するために侵害者に対する暴行が正当防衛となりうるかについて検討し、Bらの行為はA

らの本件建物に対する共有持分権や賃借権等を侵害するとともに、F宅建の業務を妨害し、Aらの名誉を害するものであること、Bらは過去にも同様の行為を繰り返していること、AとBとの年齢・性別・体格差等があることを考慮すれば、本件暴行の程度は軽微なものであった等と判示して正当防衛の成立を認め、Aに無罪を言い渡した。

本判決の意義は、最高裁が財産的権利の他、業務や名誉を加えた非身体的利益に対する不正な侵害を防衛するための暴行について、「相当性の範囲を超えたものということはできない」として防衛行為の相当性を認めた点にある。従来、一般に財産に対する不正な侵害を排除するために侵害者の生命・身体に対する実力行使による正当防衛の成立については慎重な見解が有力なだけに、本判決が正当防衛の成否を正面から論じ肯定したことは注目される。「やむを得ずにした行為」の意義に係る防衛行為の相当性と必要性の関係や相当性判断の方法については見解の対立があるところ、これらの点を本判決がどのように解しているかについて、検討の必要がある。

二 「自己又は他人の権利」と「急迫不正の侵害」

(1) 本件はAとDが経営するF宅建とBが勤務するE不動産との間で生じた民事上の紛争が背景に起きた事件であり、Aらの財産的権利等を防衛するために行った実力行使であることから、本判決は、本件暴行につき正当防衛の成否に係る「自己又は他人の権利」に対する「急迫不正の侵害」の存否の判断に際し、両者間の民事上の権利関係に関する検討を詳細に行っている。そして、本判決は、本件「事実関係を踏まえて検討」した結果として、被害者Bらが本件看板を本件建物に取り付ける行為が被告人Aらの本件建物に対する共有持分権・賃借権等を侵害するとともに、F宅建の業務を妨害し、Aらの名誉を害すると判示したのである。

なお、こうした民事上の権利関係については、本件一・二審でも言及がみられる。一審では両者間に「民事裁判が提起されるといった深刻な紛争状況にあった」こと、E不動産がAらを相手に申し立てた本件建物の増改築禁止等の仮処分申立の却下決定に対する即時抗告が棄却されたことが指摘されている。しかし、一審では、既述のように正当防衛の成否が問題とならなかったこともあり、これらの指摘事実は、裁判に勝訴し本件建物の正当な使用権限が認められたと考えたAらがBらにこれまで以上の強い憤りを覚えても不自然ではないとして、暴行の動機の補強証拠として位置づけられている。⁽⁴⁾一方、二審では、両者の間で民事上の紛争が生じており、本件看板を取り付ける「Bの行動は、F宅建の賃借権や、Dの本件建物についての共有権ならびに同人および被告人の占有権や居住権に対する侵害以外の何物でもなく、違法というほかない」等と判示したが、一審と同様に正当防衛の成否が争われなかったことから、被害者側による財産的権利侵害は量刑上の考慮にとどまった。⁽⁵⁾

これに対し、最高裁は、本判決において、Aらの財産的権利等について民事上の権利関係の存在が明確であることを前提に、Bらによる本件看板を本件建物に取り付けようとしている行為が財産的権利に加えて業務、名誉も含む非身体的利益に対する急迫不正の侵害にあたりと判断している。もともと、Bらの本件看板取り付け行為によってAらの本件建物の共有持分権や賃借権等の存否が影響を受けるものではなく、Aらの本件建物の利用等が不可能になるわけではない。しかし、「侵害」は、他人の権利に対して実害または危険をもたらす行為であるから、本件看板取り付け行為はBらの財産的権利に危害を及ぼしていることは明らかである。また、「事実関係」において認定されているように、「業務に対する侵害」は、Bらが本件看板を本件建物の壁面に設置すればAらが使用権限等のない建物を使用している外観が作り出されることにより、F宅建の業務を侵害するとともに、Aらの社会的評価の低下を招く点で名誉の侵害も明らかであろう。⁽⁷⁾

(2) 侵害の急迫性については、本件の「事実関係」によると、Bらが本件看板を取り付けたところ、Aらがこれを取り外し、その度にまた取り付けるという行為が過去数回繰り返されていた事実が認定されている。そうだとすると、過去から断続的に行われてきた侵害に対する法益の回復行為ということになり、侵害の急迫性に関する判例・通説が示す「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っている」という基準に照らすと、急迫性は否定され、自衛行為の対象にしかなりえないのであろうか。

非身体的利益に係る事例において侵害の急迫性が問題となった従来の裁判例では、急迫性の否定例として、①団体交渉の申入れに応じない使用者側に対し労組の組合員がガラスを割って会議室に侵入しドアや机を損壊した行為につき、「申入れに応じないという単なる不作為が存するにすぎない場合には」急迫不正の侵害があるといえないとした事例がある。これに対し、急迫性の肯定例として、②土地の所有者がその地上に他人が無断で既に設置した板塀を損壊したが板塀全体が未完成の状態にある場合に急迫性があるとして正当防衛の成立を認めた事例や、③いわゆる街宣車の街宣活動の停止を求める仮処分申請者が証拠収集のために使用した集音マイクを街宣活動家から違法に奪い取られたのを取り返す際に傷害を負わせた行為につき集音マイクに対する占有侵害が確定していないことを理由に急迫不正の侵害があるとして正当防衛の成立を認めている事例等がある。これらは、違法な状態が継続し安定していない事例と捉えることができる。

では、本件はどうか。たしかに、本件では、過去の妨害が急迫不正の侵害内容になるわけではない。あくまで、Bらの本件看板取り付けという不正行為により急迫性が肯定されているといえる。しかし、上述の「事実関係」で認定されたように、Bらは「本件以前から継続的にAらの本件建物等に対する権利等を実力で侵害する行為を繰り返しており、上記不正の侵害はその一環をなすものである」と判示して、過去の妨害行為に言及することにより本件侵害の意義を明

確化する事情として重要な役割を果たしている。⁽¹³⁾

また、本判決は、Aが本件看板をいったん取り上げて踏み付けた後でも、本件暴行の際、Bらが本件看板をお取り付けしようとしたのは急迫不正の侵害にあたりと認定している。この点については侵害の継続性の存否が問題となるが、最高裁平成九年六月一六日判決は、⁽¹⁴⁾侵害者の加害意欲の強さと再攻撃の可能性を基準に判断している。またこの場合、「侵害の継続性」における侵害の急迫性は、「侵害の始期」におけるそれと同じであるかが問題となるが、判例は前者の方を後者より緩やかに判断していると解されている。前者では侵害意思が既に現実化しており侵害の誤認による正当防衛濫用のおそれがなく、侵害によって平穏が既に害されていることにより、私人による実力行使が認めやすくなるからである。⁽¹⁵⁾本件においても、「事実関係」で認定されているように、Bらによる本件看板の取り付け行為により既に侵害意思が現実化し平穏が害されていることから、Aが本件看板を取り上げて踏み付け看板から降りた後、Bがこれを持ち上げ再度取り付ようとCに渡そうとした行為が、侵害事実の継続性があり急迫不正の侵害が終了していないことの理由となっていると解しうる。

なお、本判決は、非身体的利益の防衛について、Aらの財産的権利について民事裁判所が既に確定した判断を示していることを前提に、その権利を防衛するための暴行による正当防衛を肯定したわけであるが、現実には多いのは民事上の権利が確定していないケースであろう。そのような場合にも、暴行による実力行使が正当防衛と認められる余地があるだろうか。この点については、積極説と消極説の対立がある。積極説は、民事上の権利関係についての民事裁判所の判断がなくても、被告人らに存在する実体的な財産権は防衛に値するとする。その理由は、このような場合に正当防衛を否定するのは、民事裁判所という国家的法益の正当防衛を認めることに他ならないからとする。⁽¹⁶⁾これに対し、消極説は、正当防衛は「権利の存在する蓋然性」ではなく、「権利」それ自体を保護するために私人の実力行使を例外的に許容す

るものであるため、裁判所が「権利」の存在を認定できる場合に限り正当防衛による対抗が可能とする考え方である¹⁷⁾。防衛行為として実力行使は「権利」を保護するために例外的に許容されるのであるから、財産権の存否が不明確な場合は、民事訴訟による解決を優先すべきではないかと思われ、消極説が妥当であろう。

三 防衛行為の相当性

(1) 正当防衛は「不正対正」の関係にあり、正は不正に譲歩する必要はないから、防衛のために「やむを得ずにした行為」は、緊急避難のそれと異なり、補充性は要求されない。ただ、いかなる反撃行為でも許容されるわけではなく、正当化される防衛行為の範囲を明確に画する必要がある。とりわけ、生命・身体の安全が侵害された場合と異なり、本件のように非身体的利益を防衛するための身体に対する実力行使の許容の限界については、従来、「防衛の対象となる法益が財産であることから、相当性の判断の基準としては、生命・身体に対する侵害の排除の場合と比較すると、ある程度において厳格とならざるを得ない。」¹⁸⁾という指摘や、さらには「一般論としては、防衛者の生命・身体に対する侵害がないのに、侵害者の生命・身体に対して危険を及ぼすような方法で反撃を加えることは、防衛の手段としての相当性を欠く¹⁹⁾」という指摘がなされてきた。非身体的利益の防衛目的による実力行使は、前者の指摘に従えば、正当防衛の成立は限定的にせよ認められる余地がある。後者の指摘も、前者と同趣旨であろうが、「一般論としては」防衛行為の相当性を欠くとしており、正当防衛の成立余地は極めて限定されたものであることが強調されている。

本判決は、このような指摘に対応する形で、本件暴行による反撃行為の相当性判断に際し、「被告人らの主として財産的権利を防衛するためにBの身体の安全を侵害したものであることを考慮しても」としつつ、本件暴行は「相当性の

範囲を超えたものということではできない」と判示し、「やむを得ずにした行為」にあたることを認めた。では、本判決は、この成立要件をどのように判断したのか。

(2) ところで、「やむを得ずにした行為」の意義に関するリーディング・ケースとして、最高裁昭和四四年二月四日判決⁽²⁰⁾は、被告人が侵害者Vと押し問答しているうち指をねじ上げられたので、Vの胸の辺りを突いたところ、Vが自動車のバンパーに後頭部を打ち傷害を負ったという事案につき、正当防衛の成立を認めた。最高裁は、「『已むことを得ざるに出でたる行為』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」と判示したうえで、「反撃行為が右の限度を超えず、したがっ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っても、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である」とした。ここでは、反撃行為が防衛手段として「必要最小限度」のものであれば「相当性」を有するとされ、両者は同義に解されているが、その意味内容は必ずしも明確ではない。

そこで、昭和四四年判決を契機に、「やむを得ずにした行為」の意義に関する防衛行為の「必要最小限度」と「相当性」の関係や「相当性」の判断方法の解釈をめぐり、見解の対立が生じることになった⁽²¹⁾。学説は、大別すると、(a)防衛行為必要最小限度説⁽²²⁾、(b)防衛効果説⁽²³⁾、(c)比較衡量不要説⁽²⁴⁾に分かれる。(a)説は、「やむを得ずにした行為」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なものであり、法益侵害・危険が最小限度の行為をいうと解している。ここでは、「必要最小限度」が「必要性」と「最小限度性」に分化され、防衛行為が侵害排除に必要かつその手段として最小限の法益侵害・危険であることが求められ、両要素を併せて「相当性」が充たされると理解されている⁽²⁵⁾。「最小限度性」の内容は、防衛行為者の年齢や体力、周囲の状況等を考慮し、侵害排除のために

効果のある手段のうち侵害性が最も軽微で他の手段を取ることが困難な行為ということになる。ただし、(a)説は、防衛行為の相当性が認められるためには、緊急避難に求められる法益の均衡は不要であるが、保全法益と侵害法益とのある程度の均衡が必要であるとしている。昭和四四年判決も、「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」正当防衛が認められると判示している。問題は、どの程度法益の均衡が求められるのかであるが、その例として店先のリング一つを守るために窃盗犯人を射殺するのが唯一の手段であるという事例のように、侵害法益と保全法益とについて「著しく害の均衡を欠く」場合には相当性を欠くとされる。このように、(a)説によれば、極端な法益の不均衡の場合だけが想定されているため、法益均衡性は相当性の極めて限定的な要素としての機能しか果たしていないといえよう。

これに対し、限定的にせよ法益の均衡を考慮することに対しては、このような結果の重大性の判断を防衛行為の相当性に取り込むことは相当性の概念や判断基準が曖昧になると批判し、軽微な法益を守るために著しく均衡を失する法益侵害行為を行う必要がある場合には正当防衛による対抗は認めるべきではないとする見解がある。たしかに、そのような極端な場合に限定するにせよ、結果の重大性が相当性判断にどの程度影響するかと比較衡量は必ずしも容易ではなく、そのような場合は法益の不均衡の問題なのか、防衛手段の「最小限度性」の問題なのか明らかではないという疑問もある。しかし、「著しく害の均衡を欠く」場合に限定して相当性を否定することは、正当防衛が法益保全のために行う実力行使を法秩序維持の観点から許容する違法性阻却事由であることからの最低限の要請であろう。

一方、昭和四四年判決が結果の大小は重要ではなく反撃行為の相当性が重要であると判示している趣旨について、「防衛手段」それ自体が決定的要素であり、侵害行為と防衛行為との比較衡量による相当性判断を行い「武器対等の原則」を適用したものと解する見解⁽²⁷⁾もある。しかし、最高裁平成元年十一月二三日判決⁽²⁸⁾が、「殴られたいのか」と言つて手拳

を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示しながら近付き、後退りするも追い掛け目前に迫ったVに対し、「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とったうえ腰のあたりに構え『切らしたいんか』などと言った」という凶器脅迫罪の事例につき、「V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ではできない」と判示し、防衛行為の相当性を認めた。ここでは、「武器対等の原則」ではなく、侵害者と被告人の年齢差、体力差、武器の使用方法を考慮して、侵害行為と防衛行為の危険性の比較衡量を実質的観点から行っていると解されている。⁽²⁹⁾ 同判決は、これらを考慮し、他の防衛手段の選択が困難であった点で最小限度性の要件を充たし相当性の範囲内であると判断したのであろう。

以上のように、判例・通説は、「相当性」の内容として防衛行為の「必要最小限度性」を要求し、「相当性」の判断方法については、侵害者と防衛者の性別、年齢差、体力差等を比較衡量して、防衛手段としての法益侵害・危険が最小限度の行為か否かに求めている。こうして、権利防衛のための行為が相当である以上は、結果的に権利防衛に失敗した場合や重大な結果が発生した場合でも正当化されることになる。反対に、たとえば侵害者から手拳で殴打されたためけん銃の発砲で対抗したが命中しなかったように行為は不相当であるが重大な結果が発生しなかった場合、権利防衛のための行為の危険性が高ければ、重大な法益侵害が発生しなかった場合でも相当性が否定されることになる。これは、行為態様の危険性ととも事前判断により防衛行為の相当性を判断する立場に立脚した論理である。もつとも、正当防衛の成否に係る違法性判断は非類型的・実質的な事後判断により行うべきであると解すれば、正当防衛の成立を認める余地があるようにみえるが、⁽³⁰⁾ 重大な結果の危険性が発生している以上、その余地はないであろう。

これに対し、「防衛効果」を重視する(b)説は、相当性の存否を、結果の重さや、緊急避難のような厳密でないが保全法益と侵害法益との均衡等の比較衡量によって判断することになる。⁽³¹⁾ この見解によれば、防衛行為の「相当性」は保全

法益を結果的に守る「防衛効果」の存在することを事後判断に基づいて行う結果判断である。これは、結果無価値論に徹した考え方であるが、たとえば、AがBを防衛するため、侵害者Cに認識されずに、Cの射殺を図ったが、弾丸が命中しなかった場合には、Aの行為には防衛効果がないため、正当防衛を認めず、誤想防衛の対象となることになる⁽³²⁾。しかし、緊急救助である正当防衛の成否が、必要最小限の行為を選択しているにもかかわらず、防衛効果の有無により決まるとするのは不当であろう。

他方、以上の(a)、(b)説と異なり、行為または結果の比較衡量を不要とし、防衛のために侵害の最も軽微な手段を選択した場合に限り、「必要最小限」の行為として「やむを得ない行為」にあたりと解する(c)説が近時有力になりつつある。(c)説は、比較衡量を不要とする理由につき、比較衡量の観点から相当性の有無を判断すると、保全法益の防衛のため他に有効な手段がない場合でも侵害者との比較において不均衡な防衛手段であることだけを理由として正当防衛が否定されてしまうことになり、被侵害者の利益保護に欠けることになるからであるとする。ただ、この見解によれば、上記のリング窃盗犯人の射殺事例のように、利益を守るためには唯一の方法であるが「著しく害の均衡を欠く」場合には、およそ正当防衛を否定して民事的救済に委ねるべきであるとする立場⁽³³⁾と、刑法の正当防衛には「害の均衡」は不要であるから可罰的違法性を欠くとする立場⁽³⁴⁾があり、いずれにせよ過剰防衛の成立余地はないことになる。たしかに、刑法三六一条一項は法益の均衡を要件としていない。しかし、不正だからという理由で刑法の法益保護機能が侵害者には一切働かないわけではないから、少なくとも「著しく害の均衡を欠く」場合には被侵害者の正当防衛の権利は後退し、過剰防衛の対象になると解すべきであろう。

(3) 以上のように、防衛行為の必要性と相当性の関係、及び相当性の判断基準につき学説が分かれ、特に「著しい害の均衡を欠く」場合の処理をめぐり対立がみられるところであるが、本件のように非身体的利益を守るための身体の安全

を侵害する行為が「著しく害の均衡を害する」かが問われる。

従来の判例をみると、非身体的利益の保護目的による身体の安全に対する実力行使につき相当性の有無が問われた事案は少ない。⑦豆腐の貸し売りを迫った相手を角材で殴打する行為につき、大審院昭和三年八月一九日判決³⁵⁾、「当該不正の侵害に対比して其の適当性を保有する限り必ずしも他に採るべき方法の存したりしや否の如きは問う所に非ず」と判示して、豆腐数丁の財産的利益を防衛するため人命を害することは防衛の手段とは認められないとして、正当防衛の成立を否定した。下級審では、⑧建物所有者が使用者に無断で建物の屋根を引き剥がすのを止めさせるため丸太で殴打して傷害を負わせた行為について、大阪高裁昭和三五年一月四日判決³⁶⁾は、「已むことを得ないか否かは具体的状況に照し通常何人も執るべき程度の行為であるか否か換言すれば相当性があるか否かによつて決すべく」とし、被告人の本件行為は、屋根に上っている使用者に対し「屋根の取りこわしを制止すべき交渉をすることなく、いきなり丸太棒をもつてしかも背後から同人の頭と肩とを殴打したもので、かくのごときは已むことを得なかつたものとするとはとうていできない」と判示して、正当防衛の成立を否定した。このように、いずれも非身体的利益を保護するための必要最小限の手段とは言い難い事例であった。

(4) では、非身体的利益を守るための身体を害する暴行行為について、本判決は、防衛行為の相当性をどのように判断したのであろうか。

本判決は、相当性の判断の要素として、①Bらは本件看板の取り付け以前から継続的に本件建物に対する権利等を実力で侵害する行為を繰り返しており、本件不正の侵害はその一環をなすこと、②AとBの間には体格差があること、③本件暴行の程度が軽微なものであったことの三点を挙げている。

①の本件侵害が従前からの侵害行為の一環であることの指摘については、実行行為に先行する一連の侵害が相当性判

断にどのように影響を与えるかが明確ではないとする批判がある。これに対しては、既述のように、正当防衛の対象となる行為は、Bらによる現在の本件侵害につきるのであるが、本判決は従前の侵害の繰り返しに言及することにより、本件侵害の程度や執拗さを推認させる事情として位置づけているという理解が妥当であろう。たしかに財産権侵害に対して人の身体に向けた暴行行為による対抗は法益侵害・危険の「最小限度」の要請から抑制的であるべきであり、被害回復は民事的救済に訴えるか仮に実力行使による場合でも暴行ではなく「看板を奪い取ればよい」という指摘もある。しかし、①を挙げたのは、本件「事実関係」で詳細に認定されたように、本件侵害がそれらの手段では対抗困難な程度にBらによる繰り返し行われた執拗な侵害であることを示す必要があったためと考えられる。

次に、②防衛者A（七四歳、身長一四九センチ・メートルの女子で要介護一）と侵害者B（四八歳、身長約一七八センチ・メートルの男子）との体格差が、本件防衛行為の相当性にどのように影響するのか。この問題に関する先例として、前掲最判平成元年一月一三日は、年齢も若く体力も優れた侵害者に手拳を前に突き出され、足を蹴り上げる動作を示されながら近付かれた事情を前提に、やむなく菜切包丁を取り出して侵害者を脅迫する防衛者の行為は、もっぱら侵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として、防衛手段として相当性の範囲を超えたものといえないとした。同事件では、「侵害行為と防衛行為との比較という観点から体格差等の事実が示されている。これに対し、本判決では、財産権等への侵害行為が問題であり、侵害者Bが暴行・傷害等の危険を及ぼしているわけではないから、体力差に関する判示は侵害行為と防衛行為の危険性の比較衡量にはなじまない。本件での体力差は、AがBの侵害を阻止することは相当困難であり、Bを押すくらいしか有効な防衛手段はなかったという趣旨と解すべきであろう。」⁴⁰

③本件暴行の軽微性については、以下の事実が認定されている。すなわち、AはBの胸部を両手で約一〇回突いてBを転倒させたが、第一に、Aの暴行により転倒した際に後頭部打撲等の傷害を負ったというBの証言は信用できないと

した原審判断を是認している点、第二に、Bが転倒したのは大げさに後退したと本件看板を持っていたことが相俟ってバランスを崩した可能性がある点が、指摘されている。

本判決は、AがAやDの財産的権利等を守るために、これを侵害する①の性質をもったBの侵害行為への対抗措置としてBの身体の安全を侵害する暴行行為は、②と③を考慮すれば、Aとしては他に適当な手段を採ることが困難であったといえることから、「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」と解したものとしよう。こうして、本件は「著しく害の均衡を欠く」事例とは異なるから、上記の(a)、(b)、(c)のいずれの説からも、正当防衛の成立を導くことが可能であろう。

(5) ところで、本判決の評釈は、防衛者Aの行為につき看板を奪い取ればよく暴行は必要なかったとする既述の批判以外、概ね結論的には支持しているが、「やむを得ずにした行為」の判断の理論構成について、以下の二点の指摘がみられる。第一に、本判決が防衛行為の相当性のみを問題とし、必要最小限度性を問題としていないとする指摘⁽⁴¹⁾である。第二に、本判決の相当性の判断方法について、「法益の価値序列に配慮しつつ、具体的状況下での侵害法益と保全法益との衡量を行い、正当防衛の成立を肯定している」とする評価⁽⁴²⁾と、むしろこれとは反対に行為態様や侵害法益が全く異なるものを比較するのではなく、必要最小限度の枠組みで判断したとする評価⁽⁴³⁾に分かれる。

第一点については、なるほど「必要最小限度性」という文言は使われていない。しかし、判例上、前掲最高裁昭和四四年判決が「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」とし、相当性と必要最小限度を同義に解する立場を確立している。それゆえ、本判決も相当性の判断の中で、必要性と最小従属性に係る上記の三要素を実質的に判断したことになる。第二点については、前者の評価は、本判決が保全法益と侵害法益との比較衡量を重視する観

点から相当性の存否を判断したものと解する趣旨であれば、妥当ではないであろう。一方、後者の評価は、本件のように被害者の非身体的利益を防衛するために被害者の身体の安全に対する侵害が問題となる場合には比較衡量は困難であり、前掲最高裁昭和四四年判決の趣旨に従い必要性を結果の大小ではなく「権利を防衛する手段として必要最小限のものかどうか」で判断することであると解するものである。しかし、本判決は、Aらの財産権等に対しBらが実力で本件看板の取り付けという侵害行為を繰り返し返していることに対するAの暴行による反撃行為の程度が軽微であり、「財産的権利を防衛するためにBの身体の安全を侵害したものであることを考慮しても」相当性の範囲内にあるとしており、そこでは行為の比較衡量を基軸にして保全法益と侵害法益との比較衡量も行われているものと解される。

四 おわりに

本判決において、最高裁は、財産的権利を防衛するために私人による実力行使として侵害者の身体の安全を害する暴行行為を正当化した。このことについて、私人による「正義の実現」に関して最高裁が一步前に出たものであるという評価⁴⁴や、従来の正当防衛論に再考を迫るものであるという評価⁴⁵がある。たしかに、本判決が、財産権の防衛のために身体の安全を害する行為に正当防衛を認めたのは例外的であり、しかもその対象を、財産権に限らず、業務、名誉も含まれるとしていることは注目すべきである。しかし、本判決の結論自体は、最高裁の昭和四四年判決、平成元年判決、平成九年判決等の先例に従い導き出しているものであり、格別の新しい法理が展開されたわけではない。本件の「事実関係」で明示されているように、被告人らの財産権は既に民事裁判により確定していたことが相当性判断の前提となり、侵害行為の執拗性、侵害者と防衛者の性別・年齢差・体力差、暴行行為の軽微性という条件が揃った上で正当防衛が肯定さ

れている。

それゆえ、財産権の侵害が民事裁判で未確定な場合や、違法な権利侵害であっても権利保護は民事救済に委ねるべきことが期待される場合⁽⁶⁾、また身体の安全の侵害が暴行の程度にとどまらず傷害の結果を惹起した場合は、本判決の射程範囲に入れるのは困難であろう。

《本件評釈》

井上宜裕「財産的権利等を防衛するためにした暴行と正当防衛」平成二二年度重要判例（二〇一〇年）一七五頁。門田成人「正当防衛行為の相当性」法学セミナー一六五八号（二〇〇九年）一一九頁、坂田正史「非身体的利益を防衛するために他人の身体の安全を侵害した被告人の行為につき正当防衛の成立が認められた事例」研修七四九号（二〇一〇年）一五頁、橋田久「財産的権利等を保全するための暴行に正当防衛が認められた事例」判例セレクト二〇〇九年二七頁、橋爪隆「財産的権利のための正当防衛の成否」刑事法ジャーナル二一号（二〇一〇年）八三頁、林幹人『判例刑法』（二〇一一年）五七頁、前田雅英「実行行為の特定と正当防衛」警察学論集六三三巻二号（二〇一〇年）一六七頁、山口厚「財産的権利と正当防衛」NBL九一八号（二〇〇九年）六八頁、山口貴亮「実務刑事判例評釈」警察公論二〇〇九年一月号一二〇頁。

(1) 刑集六三巻六号七二六頁。

(2) 刑集六三巻六号七四一頁。

(3) 賃借した家屋を不法占拠し営業する者に対し明渡を求め威力を用いて業務妨害した行為につき侵害排除は国家機関の保護によるべきであるとして

自救行為を認めなかった最決昭和二十七年三月四日刑集六巻三三四五頁、警察官による人物確認のためのひそかな写真撮影の対象とされた者とともに撮影された者がそのフィルム装填のカメラを強取した行為につき、その撮影行為は違法でないとして正当防衛の主張を斥けた最判昭和三十三年七月九日刑集一七巻六号五七九頁の他、使用者側が団体交渉の申し入れに応じない不作為は急迫不正の侵害に当たらないとした最決昭和五十七年五月二六日刑集三六巻五号六〇九頁等。

- (4) 刑集六三巻六号七三三五頁。
- (5) 刑集六三巻六号七五四頁、七六〇頁。
- (6) 大谷實『刑法講義総論新版第四版』（成文堂、二〇二二年）二七七頁。
- (7) 坂田正史「判批」研修七四九号（二〇二〇年）二二二頁。
- (8) 最判昭和四十六年一月一六日刑集二五巻八号九九六頁。
- (9) 前掲最決昭和五十七年五月二六日。
- (10) 名古屋高判昭和三十五年九月二七日高刑集二三巻七号五二六頁。他に、名古屋高判昭和三十六年三月一四日高刑集一四巻三号一三二頁等。下関忠義「判批」判タ一五四号四八頁参照。
- (11) 高松高判平成二二年一〇月一九日判時一七四五号一五九頁。
- (12) 橋田久「判批」判例セレクト二〇〇九年二七頁、橋爪隆「財産的権利のための正当防衛の成立」刑事法ジャーナル二二二号（二〇一〇年）八六頁等。
- (13) 山口教授は、本判決で注目される点は「過去の妨害行為に言及されていることであり、本件侵害がその一環をなすものとされていることである。過去の妨害行為が急迫不正の侵害の内容となるものでないことは当然ではあるが、本件侵害の意義を適切に理解・評価するためには欠くことのできない背景事情」を、正当防衛を積極的に認める方向で考慮しているとされる。山口厚「財産的権利と正当防衛」NBL九八号（二〇〇九年）七四頁。
- (14) 侵害の継続性・終了時期について、最判平成九年六月一六日刑集五一巻五号四三五頁は、アパート二階の通路で鉄パイプを奪い取り被告人を殴打しようとしたVが、勢い余って通路の手すりの外側に前のめりに乗り出した姿勢になったため、被告人がVの足を持ち地上に転落させ、重傷を負わせた事案について、「同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していた」こと、被告人の右行為がなければ、Vは「間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であった」と判示して、侵害の継続性を肯定した。

(15) 山口厚『基本判例に学ぶ刑法総論』（成文堂、二〇一〇年）六一頁以下参照。

- (16) 林幹人『判例刑法』（東京大学出版会、二〇一二年）六三頁。
- (17) 橋爪・前注（12）八〇頁。
- (18) 団藤重光編『注釈刑法(2)のI』（有斐閣、一九六八年）二四四頁（藤木英雄）。
- (19) 大塚仁ほか編『天コンメンタール刑法第二卷（二版）』（青林書院、一九九九年）三九九頁（堀籠幸男・中山隆夫）。
- (20) 刑集三三卷二二一・二五七三頁。大谷實編『判例講義I総論』（奥村正雄）（成文堂、二〇〇一年）八〇頁。
- (21) 「必要性」と「相当性」に関するわが国の学説史について、川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、一九九八年）一五五頁以下参照。
- (22) 大塚仁『刑法概説（総論）第三版』（有斐閣、一九九七年）三七三頁、大谷・前掲注（6）二八〇頁、川端博『刑法総論講義第二版』（成文堂、二〇〇六年）三五四頁、西田典之『刑法総論第二版』（弘文堂、二〇一〇年）一七五頁、林幹人『刑法総論「第二版」』（東京大学出版会、二〇〇八年）一九三頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、二〇〇九年）二二八頁、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、二〇一〇年）二七一頁等。
- (23) 町野朔『プレマップ刑法（第三版）』（弘文堂、二〇〇四年）一七一頁、橋田久『防衛行為の相当性（二・三）』（法学論叢一三七巻五号（一九九五年）七二頁、山本輝之『防衛行為の相当性と過剰防衛』現代刑事法九号（二〇〇〇年）五五頁等。
- (24) 山口厚『刑法総論「第二版」』（有斐閣、二〇〇七年）一三一頁、橋爪隆『判批』ジュリスト一一五四号（一九九九年）一三六頁、高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室二六八号（二〇〇三年）六七頁以下、佐伯仁志「正当防衛論（二）」法学教室二九二号（二〇〇四年）七四頁以下。井田良「講義刑法学・総論」（有斐閣、二〇〇八年）二八九頁も同旨か。
- (25) 大谷・前掲注（6）二八〇頁。
- (26) 山口・前掲注（24）一三二頁。
- (27) 大越義久『刑法解釈の展開』（信山社、一九九二年）五五頁。
- (28) 刑集四三卷一〇号八三三頁。
- (29) 川口幸護「判批」平成元年度最高裁判所判例解説（一九八九年）三五〇頁、大越義久「判批」平成元年度重要判例解説（一九八九年）一五二頁、西田ほか編『注釈刑法第一巻総論』（橋爪隆）（有斐閣、二〇一〇年）四五二頁。
- (30) 西田・前掲注（22）一七六頁は、正当防衛の成立余地を認める。
- (31) 東京地八王子支判昭和六二年九月一八日判時一二五六号二〇〇頁は、通り掛かりに侵害者から暴行を受けたので、同人の胸倉を突き飛ばしたところ、同人が約四〇メートル下の河川敷に転落して死亡した事案につき、「相当性」は「反撃行為だけではなく結果をも含めた全体について判断され

るべきであ」と判示して結果の相当性を重視し、過剰防衛を認めた。

- (32) 山本・前掲注(23) 五二頁。
- (33) 山口・前掲注(24) 一三二頁。
- (34) 高山・前掲注(24) 六九頁。
- (35) 新聞二八九一号一四頁。
- (36) 高刑集一三卷八号六二〇頁。
- (37) 井上宜裕「判批」平成二一年度重要判例解説(二〇一〇年) 一七六頁。
- (38) 本件匿名解説・判時二〇九七号一五六頁。橋爪・前掲注(12) 八八頁は、侵害者の侵害意欲の強固さを示すものであるとする。
- (39) 門田成人「判批」法学セミナー六五八号(二〇〇九年) 一一九頁。
- (40) 橋爪・前掲注(12) 八九頁。
- (41) 林・前掲注(16) 五八頁。
- (42) 井上・前掲注(37) 一七六頁。
- (43) 橋爪・前掲注(12) 八九頁。
- (44) 前田雅英「実行為の特定と正当防衛」警察学論集六三三卷二号(二〇一〇年) 一七二頁。
- (45) 林・前掲注(16) 六五頁。
- (46) 橋田・前掲注(12) 二七頁は、賃借権について、賃貸人が正当な理由なく引渡しを拒む物を賃借人が実力で奪うような事例は射程範囲外になるとする。
- (47) 坂田・前掲注(7) 二六頁は、仮にBに傷害を負わせた場合、比較すべき法益が財産権等と身体の安全であるうえ、身体の安全が傷害という形で現に害されているから、法益の権衡についての評価や傷害結果をもたらす防衛行為の態様の危険性の評価によっては異なる判断が示される余地があるとする。

[追記] 校正段階において、本件評釈として増田啓祐「判批」法曹時報六四卷一―号(二〇一二年) 三二〇頁以下を得た。