

# 量的過剰防衛の周辺問題

植 田 博

1 最近、注目すべき2つの最高裁判所の決定が出された。いずれも量的過剰防衛の事案ではない。一つは、最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁<sup>1)</sup>で、「第1暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明かである。」とし、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、…その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。」と判示し、被害者の侵害行為の継続性を否定すると共に、被告人の行為の一体性を否定した。他の一つは、最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁<sup>2)</sup>で、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛として傷害罪の成立を認めるのが相

- 1) 事案は、被害者から侵害を受けた被告人が、防衛行為として、顔面を殴打するなど暴行を加えたところ、被害者は転倒して後頭部を地面に打ち付け、動かなくなったが、被告人は、さらに被害者を足蹴にしたり、足で踏みつけたり、腹部に膝をぶつけたりするなどの暴行を加えたところ、被害者が6時間余り後、搬送先の病院で死亡したものである。
- 2) 事案は、被告人が覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘留所に勾留されていたところ、同室にいた被害者が被告人に対して折り畳み机を押ししてきたので、被告人はその反撃としてその机を押し返し（第1暴行）、さらに、机に当り押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態となった被害者に対して、その顔面を手けんで殴打し、被害者に傷害を加えたが、その傷害は、違法性のない第1暴行によって生じたものである。

当」とした。ここで、被害者の侵害行為の継続性を肯定した上で、被告人の反撃行為の一連一体性を肯定している。

量的過剰は、被害者の侵害行為の継続性が否定され、つまり侵害行為の終了後に、被告人の対抗行為が引きつづき行なわれる場合である。そして、対抗行為は、侵害行為の継続中になされる「反撃行為」と、侵害行為の終了後になされる「追撃行為」に分けることができるが、それら対抗行為が一連一体性を持つ場面で、量的過剰の成否が問題となる。旧刑法316条は、「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖已ムコトヲ得サルニ非シテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限りニ在ラス但情状ニ因リ第313条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」と規定している。この条文の規定する「勢ニ乗シ」という表現は、量的過剰を取り扱ったいくつかの裁判例において、「余勢に駆られた」という形で現れている。たとえば、津地判平成5年4月28日判タ819号201頁<sup>3)</sup>は、「被告人自身も被害者が直ちに攻撃してくる気配がないことを認識していたことは明かであり、かつ興奮状態は相当弱まり、余裕さえみとめられるのであって、前記の頸部圧迫が余勢に駆られた行為と到底言い得ず。」と判示し、過剰防衛の成立を否定している。また、富山地判平成11年11月25日判タ1050号278頁<sup>4)</sup>は、被害者の侵害の危険性がほぼ消失していた

3) 事案は、被害者がいきなりパン切り包丁を右手に持って切りかかって来たので、被告人が被害者の右手を両手で押え、しばらくもみ合っているうち、被害者が包丁を落としたので、これを拾い上げ、被害者を押し倒して馬乗りになるや、とっさに被害者を殺害しようと決意し、包丁及び散乱していたボールペン等で被害者の顔面、頭部等を数十回突き刺した。さらに、動かなくなった被害者が動く気配したので、被告人は前後二回にわたり被害者の頸部を圧迫し同所において窒息により扼殺したというものである。津地裁は、「被告人が急迫不正の侵害が続いているものと誤想して頸部扼殺に及んだとは到底認められない。また、被告人の一連の実行行為を全体的に観察して、過剰か否かはともかく、急迫不正に対する防衛行為であると判断するのも…本件の経緯及び状況等に照らして相当でない。」と判示した。

4) 事案は、被害者が一升瓶の破片を被告人Bの左膝付近に押しつけて続けたことから、被害者に対して憤激の念を抱くとともに、身体を守るために被害者に反撃

段階での「被告人Bの右行為は、それ以前の、同被告人と意思を通じてされた被告人Aの防衛行為に引き続き、同じ興奮状態の下で余勢に駆られた一連の行為とみるべきである。」と判示し、行為全体を一個の殺人行為とみた上で過剰防衛の成立を認めた。判決が、「余勢に駆られた」と評価すべき事態、これが量的過剰において被告人の行為の一連一体性として問題となる事態である。

2 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁の判決要旨は、「本件のごとくたとえ当初は急迫不正の侵害に対して防衛行為としてやむことをえざるに出たものであっても、最初の一撃によって相手方の侵害態勢が崩れ去った後、引続きなお追撃の行為に出て相手方を殺傷したような場合は、それ自体が全体としてその際の情況に照らし正当防衛とはいえず、過剰防衛にあたりとみとめるべきである。」と記載されている。事案は、被害者により屋根鉄を首近くに突き付けられて後退した被告人が、鉈で被害者の頭部めがけて切りつけて一撃を加え、それにより被害者に屋根鉄を落とさせ、相手の侵害態勢を崩れさせた上で、さらに追撃し同部を鉈で斬りつけ被害者を死亡させたというものである。

第1審（水戸地土浦支部判昭和32年7月1日刑集13巻1号12頁）は、「右は、兇器たる屋根鉄を携え夜間故なく被告人方に侵入した小倉（被害者）の不法行為とこれに基因した異常の出来事により甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽した余り、既に危険が去ったことの認識を欠き、その現場に於て、前記正当防衛行為に引き続き一瞬のうちに継続した防衛のための追撃行為であって、これは同時に不法侵入者たる小倉を排斥せんとする行為に外ならないから前記法条（「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」第一条）第二

しようとし、被告人Bが被害者の上半身を押さえつけたまま、被告人Aに対して包丁で被害者を刺すように指示し、被害者Aが包丁を台所から持ち出し、被害者を十数回突き刺し、さらに、Aから包丁を受け取ったBが、ほとんど動かなくなった被害者を一回突き刺し、同所で被害者を窒息死させた。

項第一項第三号に該当する行為と解する」として、被告人を無罪とした。これに対して、控訴審（東京高判昭和33年2月24日刑集13巻1号15頁は、第1審が同一機会における被告人の行為を可分し、趣旨を異にする「刑法」と「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」を別々適用したことを批判した上で、「被告人は小倉の急迫不正の侵害に対し、自己の生命身体を防衛するため、鉦をもって反撃の態度に出たのであるが、最初の一撃によって同人が横転し、そのために同人の被告人に対する侵害的態勢が崩れ去ったわけであるのに、被告人は異常の出来事により、甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽したあまりとはいえ、引きつづき三、四回に亘り追撃行為に出たのであるから、被告人のこの一連の行為は、それ自体が全体として、その際の場合に照らして、刑法三六条第一項にいわゆる『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とはいえないのであって、これは却って同条第二項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該るもの」と判示し、原判決を破棄した。

本件については、この事案が、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」の適用の対象となりうる事案であるかという点で疑義がある<sup>5)</sup>。さらに、最決平成6年6月30日刑集48巻4号21頁が、盗犯等防止法上の正当防衛について「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。」と判示し、ただ、刑法36条1項における防衛手段としての相当性より緩やかなもので足りると述べていることから、現在では、いずれの法を適用した場合でも、防衛行為の相当性の判断が不可避となる。

本件最高裁決定及び控訴審判決とも事実認定について、第1審の認定に依拠している。第1審は、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」の第二条第二項を適用し、「右小倉が横転する迄の被告人の反撃行為は、小倉の急迫不正の侵害行為に対し自己の生命身体を防衛するため已むなく行ったものであって、刑法第三六条第一項にいわゆる正当防衛行為と解するを相当とすべく、又小倉が横転した後の被告人の追撃行為は、自己の生命身体の対す

---

5) 寺尾正二『最判解刑事篇 昭和34年度』1頁以下、5頁。

る同項にいわゆる急迫不正の侵害乃至は盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条に所謂現在の危険が既に去った後に於て行われたものである。」と事実を認定している。

控訴審判決では、反撃行為が正当防衛であることを前提として、反撃行為と追撃行為の一連の行為が全体として過剰防衛となるという構成がとられている。したがって、本件は、被害者の死亡が追撃行為により生じていることが明らかな場合につき、量的過剰防衛を認めた裁判例であり、上告審である最判昭和34年2月5日は、なお書判決で、本件一連の行為は、それ自体全体として、過剰防衛となるという原審の判断を正当として、上告を棄却し、量的過剰と明示しているわけではないが、最高裁としてもそれを認めた先例と解してよいと思われる。

本件で量的過剰防衛の成立が認められた根拠は、第1審判決の認定した事実関係によれば、①被告人が恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽した状態に陥り、②既に危険が去ったことの認識を欠いた、以上の2点にあると考えられる。前者は、過剰防衛の刑の減免の根拠に関する責任減少説に親和的な事実であり、後者は誤想防衛を基礎づける事実である。

3 量的過剰について最も詳細に概念内容を規定された山口厚教授によれば、量的過剰とは、「急迫不正の侵害に対する、実質的に1個の意思決定に担われた、同一機会における同種の法益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しうる限度において、過剰防衛を拡張的に解釈し、1個の行為と実質的に同視しうる一連の行為の全体が過剰防衛になると解しうるもの」であり、さらに、「意思決定の実質的1回性による責任減少、同一法益に対する侵害であることによる違法性の減少により、形式的には複数の構成要件該当行為であるものが、1個の行為に準じるものとして扱われる。」<sup>6)</sup>のである。

6) 山口厚『刑法総論 [第2版]』(有斐閣, 2007年) 134頁。高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 2010年) 279頁は、「量的過剰は、当初は防衛の程度の範囲内にある反撃であったが、反撃を続けるうちに、相手方の侵害が終了あるいは侵害の程度が著

量的過剰は質的過剰と対比された概念である。刑法36条2項に規定される過剰防衛が成立するためには、「防衛の程度を超えた行為」であること（質的過剰）、すなわち、客観的に防衛行為自体が侵害排除に必要とされる程度以上のものであること、故意の過剰防衛では、主観的にその過剰性の認識があることが要件となる。質的過剰は客観的に侵害排除行為であるが故に、違法性が減少すると解される。ところが、量的過剰においては、客観的には侵害が終了しているが故に、侵害に対する「対抗」行為でありえず、また、主観的には行為者に侵害の終了の認識はなく（それがあれば、もはや「対抗」行為の認識に欠けることになる。）、したがって、侵害が継続しているとの認識（錯誤）のもと「対抗」行為をおこなっているに過ぎない。せいぜい、侵害終了後については、誤想防衛、あるいは誤想過剰防衛の主張が成り立つに過ぎない。それが、なぜ、形式的には複数の構成要件該当行為であるのに、「1個の行為と実質的に同視しうる一連の行為」であるが故に、過剰防衛の評価を受けるのか、これが量的過剰防衛のかかえる基本問題である。

過剰防衛の刑の減免の根拠について責任減少説に立脚すれば、心理的に圧迫されていることを根拠に、「侵害の終了」の前後問題を重要視することなく、過剰防衛を拡張して解釈することは可能である。ここで、一連の行為が行なわれたこと自体が、心理的圧迫の継続を認めることの証拠として作用する。しかし、違法減少説あるいは違法・責任減少説の立脚した場合、違法減少の説明は容易ではない。侵害終了後の「対抗」行為であるが故に、そもそも正当防衛状況を欠くことになる。違法減少を説明する方策の一つとして、錯誤ではあるが、「防衛の意思」が継続していることが、違法減少を根拠づけることはできる。しかし、「防衛の意思」を承認し、さらにそれが主観的違法要素であることを承認しないとすれば、違法減少に  
 ↓  
 しく弱まったにもかかわらず、引き続き反撃を加えた場合であることから、前半は正当防衛行為、後半は違法行為というような二段階構造を有するものである。したがって、この場合に、二つの行為を分断して評価するか、一連の行為として評価するかが問題となる。」という。

ついてどのような可能な説明が他にあるか、さらに検討しよう。

山口教授は、「同一法益に対する侵害である」ことを違法減少の根拠とされる。それは、侵害終了前の時点では、正当防衛状況が存在し、その限りで侵害者の法益は、対抗行為との関係では、法益性を欠如している、それ故に、そのような法益性を欠いた「法益」に対する侵害であることが、違法性の減少を根拠づけるということなのか。それとも、一連の行為と把握された「対抗行為」の全体が、同一法益に向けられているが故に、侵害の終了前に存在した正当防衛状況を根拠として、その法益との関連でのみ、侵害終了後の「対抗」行為もふくめて、一連の行為に全体として「法益保全」機能を担わせるということか。

この点に関して、橋田久教授は、山口教授が、「正当防衛の正当化根拠を、侵害利益の不正性故に保全利益がこれに絶対的に優越することに求めるので、量的過剰においては攻撃者の利益が侵害終了後もなお不正と解されているように思われる。これは、不正の侵害を行なったという悪しき人格のみからその行為の違法性を根拠付けるものではあるまいか。』<sup>7)</sup>と疑問を提示される。いずれにしても違法減少を理論的根拠づける説明としては、山口教授の所説の内容は判然としない。

山口教授は、別の論稿<sup>8)</sup>において、「量的過剰とは、『急迫不正の侵害に

7) 橋田久「量的過剰——最高裁平成20年6月25日第一小法廷決定を素材として——」刑事法ジャーナル16号21頁以下、25頁。なお、橋田教授は、過剰防衛の刑の減免に関する責任減少説に立脚しても、「一体説」を維持するのは困難であるとされる。つまり、一体説は、本来の正当防衛たる反撃行為について、その後の追撃行為と併せて犯罪の成立を認めるものであるが、侵害終了後の前後に互る一連の暴行の結果、攻撃者に死傷の加重結果が発生し、その原因が反撃行為にあった時、一体説を採るならば重い罪の過剰防衛を認めることになり、本来なら正当化される筈の結果についての罪責を負わせることには疑問があるといわれる。そして、最決平成21年2月24日は、まさにその結論を認めるに至った。一体説はこの結論を回避するための理論的論拠を示す必要がある、と教授は主張される。これについては、山口「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009年）50頁以下、57頁参照。

8) 山口厚「刑事裁判例批評（111）防衛手段としての相当性が認められた暴行か

対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になった』場合（最決平成20・6・25参照）をいう。過剰な行為が急迫不正の侵害終了後になされたときでもなお過剰防衛となる場合が重要であるが、量的過剰の概念はその場合のみならず、急迫不正の侵害下でなされた反撃行為総体が量的に過剰になる場合を含みうるものである。」と述べられている。従来の用語法では、量的過剰とは、侵害終了後に「対抗」行為がなされた場合に、一連の対抗行為全体が過剰防衛になることを示すために、侵害終了後の時間的に「はみだした」部分を含む全体が、侵害との関係で、過剰防衛として扱われることを示す概念であった（時間的あるいは外延的過剰防衛ともいわれる。）。そうであるとすれば、「急迫不正の侵害下でなされた反撃行為総体が量的に過剰になる場合」という記述は、「急迫不正の侵害」と「反撃行為総体（侵害終了後の行為も含む）」とが比較考量されて、客観的に過剰な、誤りを恐れずにいえば、個々の対抗行為が防衛行為の相当性を欠くということではなく、対抗行為の総体が、相当性を欠いたという意味で、「質的」過剰となる、という主張であると、解することも可能である。そしてそれを支えるのが、反撃行為と追撃行為を併せた対抗行為、あるいは反撃行為の総体の一連一体性ということになる。そうすると、量的過剰とは、時間的に過剰な部分を、反撃行為総体のもつ一連一体性を根拠に圧

ら傷害の結果が発生した場合における過剰防衛による傷害罪の成否」刑事法ジャーナル18号（2009年）76頁以下、80頁註（9）。この論文で、山口教授は、判例が「一連一体のもの」として防衛行為の相当性を判断する個別行為の範囲ないしその幅を、個別行為が同一の態様で連続してなされる場合を超えて、ある程度まで広く捉えているという認識を示された上で、「一連一体」と「認めることができる」とはいえ、個別行為がそれぞれ「第1暴行」「第2暴行」という形で、暴行の態様において区別され、それぞれ個別に防衛手段の相当性を判断することが可能となり、そのうちの一部について「適法」という評価が可能となる場合が生じるとされ、一体的評価が一種の評価である以上、そこには限界があると指摘される。後述の本文5でも検討するように、一連一体性の認定と罪数処理は類似の判断構造をもつが、両者は区別可能な判断であり、個々の行為の構成要件該当性が認められた上での違法性阻却・減少の判断の場面において、一連一体性という視点が考慮されるのではないかと思われる。



縮し、侵害行為との比較において、反撃行為総体（追撃行為を含む）が防衛行為の相当性を超えると判断された事態ということになる。

4 曾根教授は、「侵害の継続性と量的過剰」<sup>9)</sup>とテーマで判例・裁判例を分析され、それぞれの判断基準を提示された。一旦攻撃が中断した後の侵害の継続性については、①攻撃の中断後も攻撃者による再度の攻撃の可能性が客観的に存在すること、②防衛者側の防衛力が相当程度に打撃を受けている一方で、攻撃者側は依然として攻撃能力を保持していること、③当初の攻撃が中断してから予想される再度の攻撃に対する防衛行為に至るまでの時間的場所的接性、が挙げられている。その上で、侵害の開始時点の急迫性の判断と継続性の判断との基準の同一性を主張され、侵害の緊迫性より緩和された「侵害（攻撃）の相当程度の蓋然性」基準を提示された。量的過剰に関しては、侵害の終了後の行為をそれ以前の行為と一体化して全体とみるか、それとも独立した違法行為とみるかを判断する基準として次の基準を提示される。客観的要件として、①侵害終了時とその後の行為との時間的間隔がわずかであること（判例のいう「余勢に駆られた行為」）、②手段の同一性、③侵害終了後の行為が死因となるなど、結果発生にとって決定的な意味をもった場合には一体性は否定される。主観的要件として、④行為者の特殊な心理状態が、攻撃者の侵害終了前後の行為において一貫していること（心理状態の継続性、この要件は責任減少説からの要請であり、この要件を考慮しない違法減少説からは量的過剰において件の減免を認めることは困難となる、とされる。）。

侵害の継続性（再度の攻撃可能）は、現在しないが、将来起こりうる攻撃の可能性を基礎として侵害の継続性が肯定されるかという問題で、起こりうる攻撃とそれまでの侵害行為との一体性の問題であり、量的過剰は、防衛者の行為の一連性・一体性の問題である。両者には、行為の一連性・

9) 曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修第654号（2002年）3頁以下。なお、曾根『刑法の重要問題〔総論〕第2版』（成文堂、2005年）114頁以下参照。

一体性把握という視点が内在しており、両者を対比して考察され点を留意すべきである。

曾根教授が提示された判断基準については、以下の2点について疑問がある。第1点は、侵害の継続性の基準を「侵害（攻撃）の相当程度の蓋然性」とされる点については、すでに急迫不正の侵害が行なわれた後の判断であるが故に、急迫不正の侵害の判断基準より緩和されざるを得ない点は理解できる。しかし、そのために、急迫不正の侵害の「切迫性」の判断を同一基準で緩和すべきであるという点は必然ではない。次に、最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁の事案では、対抗行為である、第1行為（鉄パイプでの殴打）と第2行為（2階手すりからの突き落とし行為）は、同種の反撃行為とは評価できないにもかかわらず一体性が肯定され、侵害行為の継続が認められた結果、過剰防衛が認められた。このことに関して、侵害の継続性の判断が緩やかすぎるのではないかという疑問があり、むしろ、侵害行為は終了したとして、量的過剰防衛の事案として処理すべきではないのかと思われる<sup>10)</sup>。その視点からすると、提示された「侵害（攻撃）」

- 10) 飯田喜信「最判解刑事篇 平成9年度」91頁以下は、「一審判決及び原判決が主に相手方の不自由な姿勢に着目して侵害終了の結論を導いたのに対して、本判決は、事態の推移に照らしながら、相手方の加害意欲が存続していたこと、態勢立て直しによる再度の攻撃が可能であったことを認め、これらを総合すると、侵害はせいぜい中断しただけで終了したとはいえ、継続性を肯定することができるという判断を下したためであると考えられる。」と述べ、同99頁註(3)において、「本件でも、いったん鉄パイプを奪ってそれで相手方の頭部を殴打するという反撃がおこなわれているが、相手方の攻撃力の減弱は、自ら勢い余って手すりに前のめりになるという自滅行為に負うところが大きいとみることができる。」として、本件の特殊性を強調している。また、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—最二小判平成九年六月一六日を題材に」『小林先生・佐藤文哉先生古稀祝贺刑事裁判論集 上巻』(2006年)58頁以下、71、72頁は、「平成九年判決は、被害者が再度の攻撃に及ぶことが『間もなく』可能であったとするが、一方で、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったとしていることや、単に『間もなく可能であった』とするだけでそれ以上の具体的判示をしていないことからすると、被害者が直ちに手すりの内側の廊下に佇立して被告人に攻撃を加え得る状況ではなかったことを前提に、急迫不正の侵害に関して判例、通説が要求している時間的接着性の程度より緩やかなものを想定し、それを『間もなく』と判示し、

の相当程度の蓋然性」(下線筆者)は十分な基準なのか、という点が検討されるべきであろう。

第2点は、量的過剰の基準③についてである。事案を量的過剰として処理し、刑法36条2項を拡張して解釈する所以は、侵害終了後の追撃行為、から過剰な結果が発生した場合に、反撃行為と追撃行為の一体性を根拠に全体として過剰防衛とすることに意義があるからであって、反撃行為から過剰な結果が発生しても、それが防衛行為の相当性を具備する限り、追撃行為を含めて全体を過剰防衛として処理することの意義は少ないといわねばならない。最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁は、まさに追撃行為から過剰な結果(被害者の死亡)が発生した事案であり、これを量的過剰として過剰防衛を認めた先例である。

5 松尾昭一判事は、侵害の急迫性の意義を緩やかな解釈に変更しなければならない理由はないとされ、「侵害の継続性が問題になる場合にも、反撃が防衛行為いえるためには、急迫性の要件を具備していることが必要で」、「侵害の継続性は、独立の要件ではなく、あくまでも、急迫性の前提となる状況というべきである。」<sup>11)</sup>とされる。その上で、「いったん侵害が開始されたという状況が存する場合には、急迫性の要件も比較的容易に認めることができ」、それが否定された場合には、量的過剰の成否を論ずべき

ているものと考えられる。」と述べている。

学説として、侵害の急迫性の判断と侵害の継続性の判断は異なつてよいと積極的に主張するものに、小田直樹『『急迫不正の侵害』の継続と防衛行為の相当性』平成9年重要判例解説150頁以下、152頁がある。いわく、「継続性」では、「一方で、危険の消失が認定されぬ限り防衛状況を肯定できるという意味で、その存否の判断は緩和されてよいし、他方では、特段に事情がない限り、具体的局面に拘泥せずに「当初のそれ以上の危険」を顧慮すべきだという意味で、その程度(侵害の強度)の判断でも特殊性を認めてよい。」この主張の実質は、「継続性」では、先行する侵害を行った侵害者に危険(つまり、要件の緩和に伴う危険)を負わせてよいとするところにある。

11) 松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(2006年)126頁以下、138頁。

であると主張される。侵害の継続性の関する判例・裁判例は、最判平成9年6月16日の事例もそうであるように、継続性を認めるのが困難な事例であり、むしろ量的過剰の成否を論ずべしという見解は説得力がある。ただ、この見解は、侵害の継続性を緩やかに認め、その侵害に対する防衛行為の相当性を判断することを可能とする見解に比べると、次のような場合に難点が生じる。たとえば、第1暴行が正当防衛として評価でき、それが傷害結果を招致し、第1暴行と一連一体性のある第2暴行が引きつづき行なわれた場合に、侵害の継続性判断を緩和し、両者を侵害に対する反撃行為と把握した場合には、全体としての反撃行為を正当防衛として評価するか、あるいは、個別行為につきそれぞれ防衛行為の相当性を判断し、第1暴行を正当防衛、第2暴行を過剰防衛とする余地があるが、継続性を厳格に判断し、それを否定し量的過剰防衛として取り扱おうと、せいぜい全体として傷害罪の過剰防衛が成立するにすぎないことになる。この結論が妥当でないとすれば、継続性の判断を緩和するか、あるいは、侵害行為の終了の前後で、両暴行を独立のものとして扱い、第1暴行について正当防衛、第2暴行について暴行罪の成立を認める、いわゆる「分断説」<sup>12)</sup>の主張にいたることになる。

松尾判事は、量的過剰の罪数処理に関して、①一連の行為を一個の行為と実質的に同視しうるかどうか種々の事情の総合判断であるとされつつ、

12) 分断説を主張するのは、橋田教授・前掲註(7)のほか、松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂、2009年)145頁、葛原・塩見・橋田・安田『テキストブック刑法総論』(有斐閣、2009年)144頁である。なお、林幹人『刑法総論[第2版]』(東京大学出版会、2008年)202頁以下は、「急迫性がある段階での行為が正当防衛だとすれば、後の行為が過剰防衛であったとしても、正当防衛でなくなることはありえない。むしろ原則としては、個々の行為、そして、それぞれの行為から生じた個々の結果について、正当防衛・過剰防衛の成否を問題としなければならない。一連の防衛行為から死の結果が生じたとしても、急迫性がなくなった後の行為から死の結果が生じたことについて疑いがあるときには、その点について責任を負わせて過剰防衛とすることはできない。過剰防衛は、犯罪の成立を前提とするのだから、実行行為と結果との間の因果関係が証明されなければならないのである。」と述べる。

②侵害継続中の防衛行為（前段の反撃行為）による構成要件の充足と侵害が中断した後の反撃行為（後段の反撃行為）によるそれとの関係は、その一体性、統一性からみて、一個の行為に準じて、全体を単純一罪とみるか、包括一罪とみるかにかかわらず、一罪として過剰防衛に当る、とされる。それを踏まえて、量的過剰と評価できない場合にも、前段の反撃行為と後段の反撃行為を併合罪として処理するのではなく、同一機会に行なわれた同一人に対する一連の行為であることから、両者は包括一罪として処理することになるのではないか、といわれる<sup>13)</sup>。

松尾判事の見解は、量的過剰が肯定された場合は、全体が一罪として、構成要件該当性、違法性減少判断の対象となり、量的過剰が否定された場合には、個々独立に、構成要件該当性、違法性減少判断が行なわれて、その後、包括一罪の処理がなされると帰結に至るのであろうか。

「量的過剰と罪数問題」の指摘は重要である。量的過剰と包括一罪の関連性を山口教授の所説にしたがい検討すると、量的過剰とは、前に引用したように、「急迫不正の侵害に対する、実質的に1個の意思決定に担われた、同一機会における同種の法益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しうる限度において、過剰防衛を拡張的に解釈し、1個の行為と実質的に同視しうる一連の行為の全体が過剰防衛になると解しうるもの」であり、さらに、「意思決定の実質的1回性による責任減少、同一法益に対する侵害であることによる違法性の減少により、形式的には複数の構成要件該当行為であるものが、1個の行為に準じるものとして扱われる。」これに対して、包括一罪は、「複数の法益侵害事実が惹起されたが、①主たる法益侵害惹起に従たる法益侵害惹起を含めて評価しうるか、又は、同一の法益侵害事実としてまとめて評価しうる場合であって、②法益侵害事実惹起行為が1個の行為であるか、又は、1個の行為に準じる場合に認められる」。すなわち、「包括一罪は、①法益侵害事実惹起の一体性（法益侵害の一体性）と②法益

---

13) 松尾・前掲註(11)142-143頁。

侵害事実惹起行為の一体性（行為の一体性）を要件として認められる」<sup>14)</sup>。

以上の対比から理解されるように、量的過剰は、違法減少の判断において、形式的には複数の侵害行為が1個の行為として扱われる場合であるが、その実質は、包括一罪の根拠事実である、「法益侵害の一体性と行為の一体性である。」ともいえる。そうであるとすれば、量的過剰とは、包括一罪と判断すべき事態を違法性減少段階に先取りした判断ということになるのであろうか。しかし、量的過剰とは、構成要件該当行為に対する違法性減少の判断であり、包括一罪とは、成立した犯罪に対する罪数処理の問題である。したがって、両者は、犯罪体系上明確に区別される必要がある。とはいえ、その判断の実質において、類似の判断構造を有しているといえる。

6 量的過剰の成立は認められないが、包括的一罪として処理された事例として、東京地判平成6年7月15日判タ891号264頁<sup>15)</sup>が取り上げられている。事案は、被害者から右手で襟首をつかむ暴行を受けた被告人が、酩酊で足元がおぼつかなくなった被害者に対して、憤激の情と防衛の意思の併存状態で、被害者の胸部を両手で思い切り突き飛ばしてコンクリート路面上に仰向けに転倒させ（第1暴行）、1、2分後に見動きしなくなった被害者に焼酎をかけるなどしたところ、被害者が半身を起こした状態で、「てめえ、この野郎、勝負しちゃうぞ。」と言いながら、ズボンのポケットを右手で探るような仕草を示したことから、被告人は、被害者がナイフでも取り出そうとしているのではないかと誤信し、被害者による急迫不正の侵害はすでになくなっているにもかかわらず、憤激の情を再燃させて被害者をこの際に徹底的に痛めてつけておこうと考え、付近にあった木の棒で多数回殴打した（第2暴行）ものである。被害者は一連の暴行により生じた傷害の総和的作用により生じた外傷性ショックにより死亡したが、この外傷

14) 山口・前掲註(6)372頁。

15) 判例評釈として、丸山隆司「時間的過剰防衛の構造とその限界」東京都立大学法学会雑誌37巻1号337頁以下がある。

性ショック死の惹起に大きく作用した傷害は、木の棒による頭部以外への暴行によって直接生じた傷害であると認定されている。

前述した曽根教授により裁判例から抽出された、量的過剰の判断基準に従えば、①第1暴行と第2暴行との時間的間隔はわずかなものであるが、「余勢に駆られた」といえるかは微妙である。というのは、誤信ではあるが、「ナイフによる攻撃」に対する新たな対抗行為という側面があり、被害者の侵害行為が、被告人の認識によれば、素手による攻撃から凶器による攻撃へエスカレートしているからである。②被告人の対抗行為も素手から木の棒へと変化しており、手段の同一性の点でも基準を充たしていない。また、③死因が、侵害終了後の第2暴行により形成されており、一体性が否定される。④被告人の心理状態については、恐怖・驚愕等の特殊な心理状態ではなく、むしろ、第2暴行の時点では攻撃の意思が主たるものとなっている。そうであるとすれば、本件はそもそも被告人の行為には一体性がなく、量的過剰防衛の事案ではないと言わざるを得ない。したがって、東京地判が本件について刑法36条2項を適用しなかったのは当然のことであり、両暴行を動機面において共通性、連続性があり認められ点から、一体的に評価し、包括して1個の傷害致死罪を認めた点については、①法益侵害の一体性と、②行為の一体性が肯定される以上、妥当な結論である。そうすると、本事案は、量的過剰の成立が否定されたが、包括一罪が認められたものというよりは、そもそも、量的過剰判断の前提となる、被告人の行為の一連一体性が否定され、そもそも量的過剰の事案ではなかったと考えられる。

7 量的過剰については、そもそも刑法36条2項は適用できないという見解も有力である。とくに、最高裁平成21年2月24日に対しては第1暴行につき正当防衛が成立している点は量刑における有利な情状として考慮すれば足りるという判示に対して、裁判所の、行為の一体的把握という事案解決の手法について疑念が提示されている。しかし、前述したように、行

為の一連一体性の把握は、違法阻却・減少判断の視点を提供するものであって、罪数論的な一罪性を所与のものとして前提するわけではない。

量的過剰は、被告人に有利な過剰防衛の拡張解釈である。違法阻却・減少事由の拡張解釈は、それが、刑法36条2項の適用、あるいは準用であれ、場合によっては、新たな類型（一種の誤想過剰防衛）の超法規的違法阻却事由としての承認であれ、それが、被告人に有利な解釈であるが故に許されると考える。従って、侵害に対する反撃行為（正当防衛、過剰防衛）に引き続く、侵害終了後の被告人の追撃行為の評価に当たっては、それが、客観的・主観的に行為の一連一体性（「侵害終了の認識の欠如」を含めて）についての判断基準を充足する限り、とくに、被害者に生じた重大な結果が、第2暴行である追撃行為から生じた場合にも、量的過剰防衛を肯定する余地がある。分断説は、この余地を全く否定する点において賛同できない。この意味で、最判昭和34年2月5日进行评估すべきであり、今後の判例・裁判例の集積を受け、量的過剰の成否にかかる精緻な判断基準の構築が期待される。

（2010年5月31日脱稿）

〈追記〉

脱稿後、2010年6月5日に開催された第88回刑法学会における共同研究において、安田拓人教授の「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」と題する報告に接した。