

Title	量的過剰について
Sub Title	Über den nachzeitigen extensiven Notwehrexzess
Author	佐藤, 拓磨(Sato, Takuma)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.173- 209
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0173

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

量的過剰について

佐藤拓磨

- 一 はじめに
- 二 量的過剰について
 - 1 量的過剰が問題となる場面
 - 2 判例
 - 3 学説
 - 4 検討
- 三 侵害の継続中に行われた複数の反撃行為の問題
- 四 結語

一 はじめに

急迫不正の侵害に対抗して、行為者が複数の反撃行為を行った場合、個々の反撃行為を分断して評価すべきか、全体として評価すべきかについて、近時盛んに議論がなされている。その背景として、最近この問題に関連する

最高裁判例が立て続けに現れたことが挙げられる。それに加え、いわゆるベランダ転落死事件⁽¹⁾、クロロホルム事件⁽²⁾、シヤクテイパット事件⁽³⁾などをきっかけに「一連の行為」論がクローズアップされた結果、この問題も、同理論の一適用場面として注目を集めるに至ったという事情も無視することはできない⁽⁴⁾。

複数の反撃行為の評価は、二つの場面の問題となる。一つは、急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず、その後も追撃が行われた場面である（いわゆる量的過剰の問題）。もう一つは、侵害の継続中に複数の反撃行為が行われた場面である。前者においては、不正な侵害が既に存在しないことから、過剰防衛の一種として刑法三六条二項（以下、条文のみを挙げる場合は刑法典の条文を指す）を適用する余地を認めるべきか、認めるとすればその限界をいかに定めるべきかが争われる。これに対し、後者では、反撃行為の一部を独立に取り上げれば、正当防衛にあたるものとそうではないものがある場合に、それぞれを分断して個別に相当性を判断すべきか、全体として相当性を判断すべきかが争われる。このように、両者は解釈論上の位置づけが異なるにもかかわらず、最近では、「一連の行為」という高次の視点から混然と論じられる傾向がある。しかし、同じく複数の行為の一体的評価の可否が問題となるようにみえても、解釈論上の文脈が異なるのであれば、一体的評価の可否等に関する判断の視点も異なるのではなからうか。

本稿では、このような問題意識に基づき、量的過剰の問題を中心に検討する。紙幅の関係上、侵害の継続中に行われた複数の反撃行為の相当性判断の問題は、ごく簡単に言及するにとどめざるを得ない。

二 量的過剰について

1 量的過剰が問題となる場面

量的過剰の問題に関する判例（本稿では、裁判例も含めて「判例」と表現することとする）・学説を検討するに先立ち、どのような場面でこれが問題になるのかを確認したい。

まず、前述した量的過剰の定義上、客観面において、急迫不正の侵害が終了していることが前提となる。だが、我が国の判例は、先行する不正の侵害があつた場合、その侵害の継続を広く認めており、侵害の終了が認められる例は極めて限られている。すなわち、判例は、先行する侵害行為のない通常の急迫性については、「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こと」⁽⁵⁾を要求する一方、侵害の継続についてはそのような厳格な切迫性は要求せず、不正の侵害が一時中断した場合でも、中断前までの攻撃状況、凶器の保持の有無、侵害者に攻撃意思および攻撃能力が残存しているか否か、侵害者の日頃の行状、予想される再度の攻撃までの時間的・場所的近接性などを勘案し、再度の攻撃のおそれが認められる限り、侵害の継続を肯定しているのである⁽⁶⁾。そのため、侵害の終了が認められるのは、行為者が侵害者を完全に制圧した例や、侵害者が攻撃意思を喪失して逃走したり、反撃によって受けた傷害により倒れて身動きしなくなった例などに限られ、量的過剰が問題になるのもその範囲にとどまることになる。

もっとも、これに対しては、侵害の継続性の問題も、理論的には将来の侵害の急迫性の問題であり、したがって先行する侵害がない場合と同じ基準で判断すべきだという異論もある⁽⁷⁾。このうち、通常の急迫性も侵害の継続性のように緩やかに判断されるべきだという立場では、量的過剰が問題となる範囲が前述のように限定されることに変わりはない。だが、侵害の継続性も通常の急迫性のように厳格に判断されるべきだとする立場では、量的過剰が問題となる範囲は広がることになる。しかし、先行する侵害行為がある場合には、引き続き侵害行為が行われることが典型的に高度の確率で予想されるのであるから、再度の侵害が時間的に切迫しない限り正当防衛の

余地を認めないのは、不正の侵害を受けた者にとって酷であろう。先行する侵害行為がない場合、時間的な切迫性を要求せずに「不正の侵害が行われるおそれ」だけで急迫性を認めてしまうと、行為者が「不正の侵害が行われるおそれ」を基礎づける事実を軽信した場合にも誤想防衛が認められることになってしまい、その意味で正当防衛の濫用が懸念されるのに対し、先行する侵害行為がある場合にはそのような懸念に配慮する必要性は相対的に低い⁸⁾。以上の観点からすれば、通常の急迫性の判断基準と侵害の継続性の判断基準を区別する判例の考え方は合理性が認められるといえよう。

次に、主観面においては、行為者が侵害の終了を認識していることが前提となる。つまり、正当防衛の要件論における防衛の意思必要説でいうところの「防衛の意思」(急迫不正の侵害を認識しつつ、それに対応する心理状態)は存在しないことが前提だということである。仮に、行為者に侵害の継続を基礎づける事実の誤認があった場合、誤想上の侵害に対して相当な反撃行為を行ったときは誤想防衛の問題となり、過剰な反撃行為を行ったときは誤想過剰防衛の問題となる。通常、客観的に侵害が終了している以上は、行為者が侵害の終了までは認識していなかったとしても、侵害の程度が弱まったことは認識しているであろうから、その後の反撃行為は誤想上の侵害に對して過剰だと評価されることが多いであろう。この場合、侵害終了前の正当防衛行為または過剰防衛行為と終了後の誤想過剰防衛行為との関係が問題となる。しかし、これは本稿でいうところの量的過剰の問題ではない。

以上のように考えると、量的過剰が問題となる場面は極めて限定されることがわかる。実務的には、侵害の継続や行為者の認識の認定が困難であることから、「事実認定の微妙な領域の認定で判断枠組みが大きく変わることを回避」⁹⁾するために量的過剰を認めることが有用だといわれるが、理論上は、客観的にも主観的にも「急迫不正の侵害」が存在しない場合であるにもかかわらず、三六条二項の適用を認めるべきか、認めるとすればどのような根拠に基づくのが問われているということを変更して確認しておかなければならない。

以下では、まず、実際に量的過剰が問題になったとされる（あるいは問題になったとみられる）事案につき、過剰防衛を認めた例と認めなかった例をそれぞれ可能な限り詳細に紹介し、判例の傾向を明らかにすることを試みる（なお、引用文中で旧字体の漢字が用いられている場合は、新字体に改めた⁽¹⁰⁾）。

2 判例

(1) 肯定例

侵害終了後の追撃行為について過剰防衛を認めた例は、古くからみられる。中には侵害が終了したといえるか疑わしいか、あるいは行為者に侵害の終了の認識がなかったのではないかと思われるものもある（後出判例③、④）が、平成に入ってからには、侵害の終了の認識がはっきりと認められる事案でも過剰防衛を認めたものが目立つ。しかし他方で、後でみるように、過剰防衛を否定した例も多数存在することから、どのような事情が肯否を分けているのかが問題となる。

① 東京控訴院判大正一〇年三月二五日法律新聞一八二二号六頁

被害者からの暴行に対し、被告人が鎌を取って立ち向かったところ、被害者が萬能につまづいて右足関節に三箇所の創傷を負い、水田中に倒れ込んだが、被告人は、倒れた被害者の腹部を鎌で切りつけ、同行者によって生じた傷害により被害者を死亡させたという事案である。本判決は、被害者が倒れた時点で「最早其攻撃力の中断」があったものとし、それにもかかわらず鎌で切りつけた行為は「防衛の程度を超越したるもの」として過剰防衛を認めた。

本件では二〇五条が適用されていることから、最初の反撃と転倒後の追撃のいずれにも殺意がなかった事案のようである。本判決は、「攻撃力の中断」という表現を用いているが、脚に重傷を負って水田に倒れ込んだ被害

者がその後起き上がって攻撃を加えることは考えにくいことから、侵害の終了を指すものと理解するのが自然であろう。本判決は過剰防衛を認めたが、その理論的根拠は示されていない。

② 大判大正一四年一月一日法律新聞二五二四号五頁

本件の事案は以下の通りである。被害者から出刃包丁で攻撃を加えられた被告人が、もみ合いの末、包丁を奪って被害者の胸部を突き刺した上、現場に駆けつけたAも被害者の腰部を鎌で切りつけたところ、被害者が現場から逃走したが、被告人はこれを追ひ、包丁で被害者の胸部を突き刺した。被害者は死亡したが、死亡結果は、逃走前の行為と逃走後の行為とが相俟って生じたものであった。

本判決は、被害者が逃走する前の被告人の行為については正当防衛にあたるとした。逃走後の行為については、逃走の時点で被害者の「暴行は全熄み之に対する防衛の必要は既に去りたる」としつつも、「被告人は生死の境に出入したる争闘の瞬間に於て恐怖心と憤怒の念に駆られて興奮状態に陥り茲に其の精神の平静を失ひ其行為の結果如何を顧慮するの暇なく騎虎の勢を以て最初の防衛行為を継続し」たものであり、「被告人の行為は正当防衛の範囲を超越したるもの」として、過剰防衛を認めた。

本件では、被害者の逃走後の刺突行為の時点で殺意があったか否かが問題となったが、本判決はこれを否定している。判文中の「暴行は全熄み」とは侵害の終了を意味すると考えられるが、本判決は、興奮状態に陥り精神の平静を失ったという行為者の心理状態を根拠に、侵害終了後の行為について過剰防衛を認めた。侵害終了の前後で行為を分断評価している点が、他の肯定例とは異なっている。

③ 最判昭和三四年二月五日刑集一三卷一号一頁

被告人らに喧嘩の仲裁をされたことに不満を感じた被害者が、余憤のおさまらぬまま被告人方を訪れてきたが、被告人を発見できずに立ち去ったので、これをみた被告人が、母らに「寅ちゃんはどう来ないよ、大したことね

いから大丈夫だ、どうせ大したことないから」といったところ、これを戸外で聞きつけた被害者が被告人方土間に侵入し、同所にいた被告人に対し「大したことねえちゃ、何だ、此の野郎、表に出ろ」と怒鳴りつけ、付近に置いてあった屋根ばさみを両手に持ち、その刃先を被告人の首近くに突きつけ二、三回はさみを開閉しながら、「この野郎殺してしまおうぞ」といつて威嚇したため、被告人はじりじりと後退したが、その際に右手が付近の腰掛の上にあった鉈に触れたので、とっさに殺意を生じ、その鉈で被害者の左頭部あたりをめぐがけて斬りつけ、ついでよろけながら屋根ばさみを落とした被害者の頭部を追いうちに殴りつけてその場に同人を横倒しにさせ、さらに一瞬のうちに同人の頭部、腕等を鉈で三、四回斬りつけ、これにより被害者を即死させたという事案である。

第一審判決（水戸地土浦支判昭和三三年七月一日刑集一三卷一号一二頁）は、被害者を横転させるまでの行為は正当防衛にあたるとした上で、その後の追撃は侵害の終了後に行われたと認められるが、その行為は、凶器を携えて被告人方に侵入した被害者の行為とこれに起因した異常な出来事によりはなはだしく恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽した結果、すでに侵害が終了したとの認識を欠き、その現場において、正当防衛行為に引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被害者を排除するための行為にほかならないから、盗犯等の防止及処分に關する法律一条二項に該當するとして、無罪を言い渡した。

これに対し、控訴審判決（東京高判昭和三三年二月二四日刑集一三卷一号一五頁）は、第一審判決が、被害者の横転前の行為について三六条一項を適用し、その後の行為について盗犯等の防止及処分に關する法律一条二項を適用したことについて、「そもそも、同一の機会における同一人の所為を可分し、趣旨を異にする二つの法律を別々に適用するがごときことは、立法の目的に副わない措置であつて、とうてい許されない所である」とした上で、最初の反撃行為により被害者を横転させ、「そのため同人の被告人に対する侵害的態勢が崩れ去つたわけであるのに、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、四回に亘り追撃的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、その際の情況に照らして、刑法第三六条一項にいわゆる『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とはいえないのであつて、これは却つて同法条第二項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該るものといわなくてはならない」として第一審の無罪の判断を覆し、一連の行為全体が過剰防衛にあたるとした。

最高裁も、「原審の是認した第一審の認定にかかる被告人の本件一連の行為は、それ自体が全体として、その際の情況に照らして、刑法三六条一項にいわゆる『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とはいえないのであつて、これは却つて同条二項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該るとして、これを有罪とした原審の判断は正当である」として、控訴審の判断を是認した。

本判決は、一般的に量的過剰に関するリーディングケースとして理解されている。それは、第一審判決が侵害の終了を認定したことによるものと思われるが、一方で、同判決は被告人には侵害の終了の認識が欠けていたともししており、そうだとすれば本来の量的過剰の事案ではないことになってしまう。これに対し、控訴審は、被害者の横転により「侵害的態勢が崩れ去つた」という表現を用いており、侵害の終了を認めたのかはつきりしない。本判決も侵害の終了の有無について触れていない。控訴審判決については、被告人には侵害の終了についての認識はなかつたものの、少なくとも「侵害的態勢が崩れ去つた」ことの認識はあり、それゆえ鉦による追撃行為の過剰性も認識していたとみて過剰防衛を認めたものと読むことも不可能ではないように思われる。したがつて、本判決は侵害の終了を前提とした事案ではないと読むことも可能であろう。⁽¹¹⁾

④ 京都市判昭和五七年二月一七日判例時報一〇四八号一七六頁

被告人は、日頃から些細なことで暴力をふるっていた被害者から突然アイロンで頭部を殴打され、さらに馬乗りの状態で暴行を加えられそうになったため、たまたま目の前に垂れ下がっていたアイロンのコードを被害者の

首に巻きつけて首を絞めたところ、被害者がうめき声をあげながら崩れるように倒れたので、コードを手を持ったまま上半身を起こすようにして約一〇秒から二〇秒の間被害者をみていたが、その間に被害者に対する日頃の憎悪等の感情と、被害者が息を吹き返した場合には殺されてしまうとの恐怖から、とっさに殺意を生じ、再度アイロンコードで被害者が身動きしなくなるまで約四、五分間にわたって首を絞め続け、窒息死させたという事案である。

本件では、検察官は、二回目の絞頸行為の時点では侵害が終了していたこと、また、同行為の時点では殺意があつたことを理由に、正当防衛や過剰防衛が成立する余地はないと主張した。これに対し、本判決は、二回目の絞頸行為の時点では被害者の攻撃態勢は崩れているが、「第一段の絞頸行為と第二段の絞頸行為との間の時間的間隔は前記のとおりわずか一〇秒ないし二〇秒にすぎず、両絞頸行為の時間を合せても約六、七分の間の出来事とみられることおよび、その行為は前に頸にかけられたコードを引くという同様の方法によるものであることから考えると、…両絞頸行為を載然と分けて考えるべきであるということには左担し得ない」とし、加えて、被告人が以前に被害者から何回も暴行を加えられた経験があつて、最初の絞頸行為の終了後も被害者に対する警戒の念を解いていなかったことから、「本件で両絞頸行為を分離して考えるのは相当でなく、事態を全体として観察しその正当防衛又は過剰防衛の成否を判断すべき」だとした。その上で、被告人は「殊更な憎悪、憤激の念だけにに基づく積極的な加害意思をもって本件犯行に及んだものではなく、むしろ防衛の意思をもって行なったもの」といえるが、被害者の生命を奪ったことは防衛上やむを得ないものとはいえないとして、過剰防衛を認めたと。本件の特徴は、二回目の絞頸行為の時点で被告人に殺意が生じている点である。後述するように、肯定例のほとんどは侵害の終了の前後で故意に変化がない事案であることから、本判決は肯定例の中で際立っている。しかし、本判決は、「事態を全体として観察しその正当防衛又は過剰防衛の成否を判断すべき」と述べていることか

ら、本件を量的過剰の事案に分類すべきかは微妙なところである（侵害が終了しているのであれば、正当防衛を論じる余地はないからである）。また、被告人が「被害者に対する警戒の念を解いていなかった」ともしていることから、少なくとも侵害の継続について誤認があった事案ではなかったかという疑問も残る。

⑤ 東京地判平成七年三月一六日（公刊物不登載）⁽¹²⁾

本件の事案は以下の通りである。被告人が友人と自宅にいたところ、Gほか四名の強盗犯人に襲われ、そのうち一名が、いきなり被告人の右胸に向かってナイフを突き出し、それが被告人の右腕に刺さったため、被告人は、自室内に隠してあったナイフを取り出して、強盗犯人らに対して振り回し、殺意をもって、ナイフでGの右胸部を突き刺したところ（第一の刺突行為）、強盗犯人らは部屋から逃げ出した。被告人はこれを追ひ、Gに追いついてもみ合いとなったが、その際、被告人は、殺意をもって、ナイフでGの右胸部を一回突き刺し（第二の刺突行為）、さらに、他の強盗犯人らがある場から逃げ去り、Gも攻撃する意思を失っていたにもかかわらず、左手でGの右肩をつかみ、右手でGの胸に刺さったナイフの柄をつかんでGを引っ張っていき、自宅アパート前の路上に出て、Gの胸部からナイフを引き抜いた後、さらに右肩をつかんで約三、四メートル引っ張っていき、そこでナイフでさらに一回Gの右胸部を突き刺した（第三の刺突行為）。Gは死亡したが、直接の死因は第一または第二の刺突行為のいずれかによって生じたものであった。

本判決は、被告人の各刺突行為は、「被告人が強盗犯人らに襲われるという状況の下、強盗犯人の一人であるGに対し、殺意をもって、短時間のうち、……近接した場所で反復して行った行為であるから、これらは、全体として一個の殺人行為と見るべきである」とし、正当防衛の成否も行為を全体としてみて判断すべきだとした。その上で、第一、第二の刺突行為は正当防衛にあたるが、第三の刺突行為の時点では急迫不正の侵害は既に消失していたとし、第一から第三までの行為が全体として過剰防衛にあたるとした。

本件では、第三の刺突行為の時点で被告人は侵害の終了を認識していたといえるが、本判決は、被告人の心理状態には触れることなく、全体が一個の殺人行為だという理由に基づいて過剰防衛を認めている。このように、行為の一連性ないし一個性を根拠に侵害終了の前後にまたがる行為全体に過剰防衛を認めるものが、本判決以降、続くようになる。

⑥富山地判平成一一年一月二五日判例タイムズ一〇五〇号二七八頁

本件の事案は以下の通りである。被告人AおよびBが、実父である被害者をつかみあいの喧嘩になった際に、被害者が近くに置いてあった一升瓶を割ってその破片で攻撃してきたため、Bが被害者を押さえつける一方、Aが椅子で被害者の腰付近を殴打したが、被害者が攻撃をやめなかったため、Aは包丁を持ち出し、殺意を持って、被害者の左側胸部、左側腹部などを十数回突き刺した。その後、Bは被害者の抵抗が弱くなったのを感じ、被害者を押さえつけていた腕を放したが、Aが「お前も刺すか」といってBに包丁を渡したところ、Bは「俺も刺す」といってこれを受取り、被害者の頸部を一回突き刺した。以上の行為の結果、被害者は失血死したが、死亡結果を惹起するのに大きく作用した刺創がどの行為によるものかは不明であった。

本判決は、Aの刺突行為については、侵害の継続中に行われた過剰な防衛行為にあたるとした上で、Bの刺突行為については、同行為の時点では「被告人らの身体に対する侵害の危険性はほぼ消失していたと認められ、右行為を独立して取り上げるならば、防衛行為と評価することができない」としながらも、「被告人Bの右行為は、それに先立ち、同被告人の身体を守るためされた被告人Aの刺突行為の直後に連続して行われたものであり、包丁による刺突という点では同態様であるほか、被告人Aによる刺突行為は十数回に及んでいるのに対して、被告人Bによる刺突行為は一回のみである。また……死亡の結果を惹起するのに大きく作用した刺創がどれであるかを特定することが困難であって、被告人Bの刺突行為がより重大ということはできない」とし、これらの事情か

ら、Bの行為は先行するAの行為と「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って、このような場合には、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るのが相当」とした。

本判決は、Bの行為はそれ自体では防衛行為と評価することができないとされていることから侵害の終了を認めたいものといえる。また、それまでに行っていた攻撃の強度からすれば、被告人らもそのことを認識していたといえよう。行為の連続性、行為態様の同一性、Bの行為の結果への寄与度の低さ、興奮状態の下での余勢といった事情を根拠に行為の一連性を認めた点が注目される。

⑦東京地判平成一二年八月二九日判例時報一八一号一五四頁

本件の事案は以下の通りである。被告人は、深夜、被害者AおよびBに自宅居室に押し入れられた上、二人がかりで上半身をつかまれ、さらにAが「連れ出せ。ここじゃまずいから」といった後、「包丁を持ってこい」といって台所の方に向かったのを見て、このままでは殺害されると考えると同時にAおよびBに対する殺意を生じ、一人になったBとつかみ合いながら、登山ナイフを手に取り、Bの腹部等をめがけて数回突き出したところ、ナイフはBの腹部に根元まで刺さり、Bは崩れるように仰向けに倒れた。さらに、被告人は、台所から戻ってきてつかみかかってきたAに対しても、同様にナイフを腹部等に突き刺して倒れさせた。被告人は、AおよびBがもはや起き上がってくる気配がないことを確認したが、仕返しをおそれ、とどめを刺すべく、無抵抗のAおよびBの上半身を多数回突き刺した。これらの行為によって生じた傷害により、AおよびBは死亡した。

本判決は、被害者らが倒れ込んで動かなくなった時点で侵害は終了している上、被告人もそのことを十分に認識していたと認められることから、その後の刺突行為は防衛の意思に基づくものではないとし、この時点においては、正当防衛を認める前提要件は既に消失していたとした。しかし、「被告人の刺突行為全体は、あくまで、被告人方居室内という同一の場所において、同一の二名の被害者に対し、同一の確定的殺意に基づき、長くても

一五分から二〇分間という短時間に連続的に行われたことからして、特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが自然であるといわざるを得ない」とし、同一態様で結果への寄与の程度も同等である本件各刺突行為には分断的評価をすべき「特段の事情」は存在せず、したがって「全体的に一個の過剰防衛行為に当たると評価せざるを得ない」とした（ただし、全体として過剰性の程度が著しいため、「刑法三六条二項にいう過剰防衛として刑を減免すべき事案とは認められない」とした）。

本件では侵害の終了に加え、被告人が侵害の終了を十分に認識していたと認定されている。本判決は、結論的に過剰性の程度が著しいことを理由に過剰防衛を否定しているが、時間的場所的近接性、態様の同一性、寄与の同等性、殺意の同一性等を理由に反撃行為を一個の殺人行為とみて過剰防衛を検討する余地を認めている。

⑧東京高判平成一二年一月一六日東高刑時報五一巻一〇二二頁

本件の事案は以下の通りである。被告人は、路上を歩行中、被害者と肩が触れたのをきっかけに、被害者からいきなり殴りかかれ、両肩をつかまれて車道の方向に押されるなどの暴行を加えられた。両者は車道上で殴り合いとなったが、被告人が被害者の脇腹を数回にわたりひざ蹴りしたところ、被害者は反撃することができない状態になった。しかし、被告人はさらにひざ蹴りなどの暴行を継続し、その後、被害者を路上に仰向けに転倒させ、被害者は路上に頭部を打ちつけた。以上の暴行により、被害者は傷害を負った。

本判決は、被告人と被害者との間の闘争はかなり短い時間内（本判決の認定によれば、二分程度）での出来事であって分断的評価には親しみにくいこと、両者が車道上に移動してからもしばらくの間は被害者による侵害は継続していたことを指摘し、本件の事態の経緯につき「被告人の反撃によって相手方による攻撃の程度は弱まっていき、そのうちに、相手方は攻撃の気配を示さなくなっていたもの、すなわち、被告人の一連の本件所為の序盤では、急迫不正の侵害が存在していたが、中盤にこれが弱まり、終盤には終了していたものと認めるのが相当」

だとした。その上で、「被告人が車道上において、相手方に連続的に膝蹴りを加えた行為は、それ自体が全体として相当性の範囲をやや逸脱している上、その後の被告人の暴行は明らかに相当性の範囲外にあるものと認められる。そして、被告人の最後の路上に倒す暴行を含む終盤の行為も、相手方からの急迫不正の侵害により興奮状態に陥った余勢によるものであることは明らかであるから、被告人の本件所為については、これを全体的に考察して、防衛行為ではあるが、防衛の程度を超えたものとして、過剰防衛の成立を認めるべき」とした。

本件では、被告人は「途中で相手方の攻撃が弱まり、自分が一方的に攻撃を加えるようになったことも当然に認識していた」とされている。これは文脈からみて侵害の終了の認識があったとする趣旨だといえるであろう。本判決も一連の暴行を全体的に評価する根拠として、時間的な近接性に加え判例⑥と同様に「興奮状態に陥った余勢」といった事情を挙げているのが目を引く。

なお、以上のほか、侵害終了後の追撃行為について過剰防衛が成立する余地を認めた⁽¹³⁾と評されるものとして、最判平成六年一月六日がある⁽¹⁴⁾。しかし、同判決は、複数人が共同して防衛行為を行った後に、一部の者がさらに追撃をした事案につき、追撃に加わらなかった被告人の罪責との関係で、「侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」としたものであり、被告人の行為に量的過剰としての過剰防衛を認めた例ではない。したがって、先例としての価値には疑問がある。

(2) 否定例

判例の中には、侵害終了後の行為について過剰防衛を否定したものも多数存在する⁽¹⁵⁾。これらの事案は、大きく以下の二つのタイプに分類することができる(ただし、後出判例⑫はどちらにあたるか不明である)。一つは、侵害の終了前後で故意に変化が生じているタイプである(後出判例⑨、⑩、⑪、⑭)、もう一つは、故意に変化がみら

れないタイプである（後出判例⑬、⑮、⑯）。前者のタイプでは比較的簡単に過剰防衛が否定されているが、後者では、興奮がおさまっていたことや、終了後の行為が専ら攻撃の意思に基づくものであるといった事情が指摘または示唆されている。

⑨ 東京高判昭和二九年一月四日裁特一卷一一号四七一頁

被害者が、被告人と口論中、被告人の拳丸をつかむと同時に鉈を握って被告人を殴打しようとするかのような氣勢を示したので、被告人はあわてて被害者の手を振り払うとともに、右手を被害者の首にまわしつつ後方にまわり込んで被害者をうつ伏せに倒したが、その際に殺意を生じ、首にかけて手で被害者の頸部を強く扼圧するなどして死亡させた事案である（なお、被告人は柔道経験者であった）。

本判決は、被害者が被告人の拳丸をつかんでさらに鉈を握った行為が急迫不正の侵害に該当するとしても、被害者の手を振り払って、体をかわした時点で「被告人に対する危険の緊迫性は一応消滅したと認められる」とし、さらに、被告人は新たに殺意を生じて被害者の頸部を強く締めつけたものであるから、「被告人の所為を以て自己の権利を防衛するために己むを得ざるに出でたる行為ないし防衛の程度を超えた行為であるということとはできない」とした。

⑩ 東京高判昭和三十一年一月二七日東高刑時報七卷一二号四四五頁

被告人と被害者が口論した際、被害者が火鉢にかかっていた鉄瓶を持ち上げて被告人に投げつけようとしたので、被告人は両手で五徳を持ってその鉄瓶を押し返したところ、鉄瓶の中の熱湯が被害者の手にかかったため被害者は一層憤慨し、麵棒を取って被告人に殴りかかったが、これをみたAがこれを制止するうち、被告人は被害者から麵棒をもぎ取って同人を土間に突き落とした上、殺意をもって、素手で立ち上がるうとする被害者の頭部等を麵棒で強打し、よって被害者を死亡させたという事案である。

本判決は、被害者からの攻撃はAによって制止されていたこと、被告人が麵棒をすでに奪っていたこと、現場にはさらにBもおり、いつでも被害者を制止できる状態にあったことを指摘し、「被告人に対する急迫な危険は一応排除されたもの」とした。その上で、被害者が立ち上がるうとする気配がみえたとしても、「いきなり麵棒で他人の頭部を強打し、なんら抵抗もせず、かえって戸口から逃げ出そうとする他人を追って後方からさらにその頭部等を乱打した被告人の所為は既に防衛の範囲を逸脱したものであって、到底正当防衛行為といえないのは勿論、いわゆる過剰防衛と認めることもできない」とした。

⑪ 福岡地判昭和三三年四月八日第一審刑集一卷四号五二三頁

被告人の父と仲の悪かった被害者が、飲酒の上、被告人方を訪れ、被告人の父に対し「俺も農業委員の選挙に立つからお前も立って俺と競争しろ」と申し向けたところ、同人からこれを断られたことに憤慨し、下駄で同人を殴打しようとしたので、被告人が被害者を玄関より押し出したところ、被害者がいきなり下駄で被告人の頭部を二、三回殴打し、さらに被告人の父をも殴打しようとするので、被告人はやむなく庭先に被害者を押し倒して組敷き、ただちに退去するよう要求したところ、被害者が「帰るもんか、俺は命のある限りやる」と怒号しながらなおも下駄で殴りかかろうとしたので、被告人は憤激し、殺意をもって、付近にあった重さ約一貫の厚板で被害者の頭部を数回殴打し、よって重傷を負わせたという事案である。

本判決は、被害者が相当酌量していたこと、被告人に庭先で組敷かれた後は完全にその抵抗が抑圧されていたことを指摘し、被害者がさらに被告人らに対して危害を加えるかのような氣勢を示していたとしても、「もはや急迫の侵害が存していたものということはできない」として、過剰防衛も認めなかつた。⁽¹⁶⁾

⑫ 水戸地判昭和三三年五月二六日第一審刑集一卷五号七八九頁

口論の際に、被害者が付近にあった石工用セットを手にして被告人に向かってきたので、被告人は石工道具用

の炉で焼いていた六角形の金棒を持って被害者に対抗したところ、被害者は驚いて逃げ出したが、被告人はこれを追って背後から金棒で被害者の肛門を突き刺し、よって傷害を負わせたという事案である。

本判決は、被害者が逃げ出した時点で「被告人に対する不正の侵害は既に経過したものとみるべき」だとし、したがって追撃行為の点については「急迫性の要件を欠くのみならず……被告人の行為をもって自己の権利を防衛するためやむを得ずなした防衛の程度を超えたものであるとは到底認めることができない」として過剰防衛も否定した。

⑬東京高判昭和四四年三月三日東高刑時報二〇卷三号三七頁

被告人が自動車の助手席にいた際、被害者から窓越しにいきなり果物ナイフ様の刃物であごなどを切られたため、素早く車外に飛び出して車の後部にまわり、後部トランク内にあった日本刀で被害者に切りつけた事案である。

本判決は、被害者が刃物で被告人を切りつけた行為は急迫不正の侵害にあたるが、被害者はかなり酩酊した状態で、被告人が車外に出た後もその場を立ったまま動かずに攻撃的な姿勢を示さなかったこと、さらに被告人が日本刀の鞘を払ったのを見て逃げ腰になっていたことから、日本刀で被害者を切りつけた時点では急迫不正の侵害は存在しなかったとした。また、被告人は傍らにいた者による制止を振り切り、逃げる被害者を執拗に追ってさらに切りつけていたことから、「被告人の犯行は、相手方から切りつけられたことに憤激の余り、一途に相手方に対し反撃を加え報復する意図のもとに出たもので、……自己防衛の意思はなかったことが明らか」だとし、過剰防衛も否定した。

本件では、日本刀を取り出してから切りつけるまでの行為は一連の殺人行為とみることができると思われるが、専ら報復の意思しかなかったことを理由に過剰防衛が否定されている。

⑭ 大阪地堺支判昭和四五年一月二七日判例タイムズ二六一号二九二頁

被害者である酒乱の夫から長年にわたって暴力を受けてきた被告人が、二日酔い状態の被害者から頭部を二、三回殴打されたため、殴られないように被害者の体を押さえつけたが、はね返され、頭髪をつかまれて顔を畳にこすりつけられ、それを逃れようと被告人が抵抗するうち、被害者が「わかるようにしてやる」といいながら、ふらつく足で炊事場の方へ行こうとしたので、被告人は被害者が刃物を取りに行くのではないかと思うとともに、迫害の苦しみから免れるために、被害者を殺害しようと考え、背後から頭越しにネクタイを首にひっかけて被害者をうつ伏せに倒し、首を絞めつけて窒息死させたという事案である。

本判決は、被害者がふらつく足で被告人に背を向けて炊事場の方に歩き出した段階で「急迫不正の侵害状態は一たん解消した」とし、さらに殺害行為の際に防衛の意思も認められないとして、過剰防衛も否定した。

⑮ 津地判平成五年四月二八日判例タイムズ八一九号二〇二頁

被害者から突然パン切り包丁で切りかかられた被告人が、もみ合いの間に被害者が落とした包丁や付近にあったボールペン等を手に取って、殺意をもって、被害者をめった刺しにしたところ、被害者が動かなくなったので、しばらくの間様子を見守ったが、そのうち被害者が動いた感じがしたので、前後二回にわたり両手でその頸部を圧迫し、窒息死させたという事案である。

本判決は、被害者が動かなくなるまでの行為については、「相当か否かはともかく、被害者の急迫で不正な攻撃に対して」行われたものだしつつも、「被害者が動くことなく、したがって抵抗をしなくなつて以降、少なくとも被告人が被害者の様子を見守るようになって後の段階においては、被害者から包丁で切りかけられたことによる興奮状態は相当程度治まっていたことが窺われ、更に、殺人の実行方法も殺傷能力に乏しいボールペン等で突き刺すという方法から頸部を両手で圧迫するというより確実な方法に変更しているのであって、いわば止め

を刺すことへの余裕さえ認められる。そうだとすれば、右の段階では被害者による急迫不正の侵害は消失し、もはやそれが継続している状況になかったと認めるのが相当」とした。その上で、「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らかであり、かつ興奮状態は相当治まり、余裕さえ認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は到底言い得」ないとして、過剰防衛も否定した。

本件は、最初の反撃行為の時点から被告人に殺意があつた事案である。被告人は侵害の終了後も殺意をもつて頸部圧迫行為に及んでいるが、本判決は、両行為の間の態様の違い、侵害終了後の行為が余勢によって行われたものではないことを根拠に、過剰防衛を否定した点に特徴がある。

⑯ 最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八五九頁

本件の事案は以下の通りである。被告人が、被害者から突然殴りかかられるなどの暴行を受けたため、反撃として被害者の顔面を一発殴打した。すると、被害者がアルミ製の灰皿を投げつけてきたため、被告人はこれを避けつつ、灰皿を投げつけた反動で体勢を崩した被害者の顔面を殴打したところ、被害者は転倒して後頭部を地面に打ちつけ、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった(第一暴行)。被害者の転倒後、被告人は、憤激のあまり、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れている被害者に対し、その状況を十分に認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」などといい、被害者の腹部等を足げにしたり、足で踏みつけたりするなどの暴行を加えた(第二暴行)。被害者は頭部打撲による頭蓋骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、死因となる傷害は第一暴行によって生じたものだった。

第一審判決(静岡地沼津支判平成一九年八月七日刑集六二巻六号一八六六頁)は、「被告人の行為は、当初は急迫不正の侵害に対して防衛の意思をもつてした正当防衛の性質を有するものとして始まった」が、被害者の転倒後は、「急迫不正の侵害が終了し、被告人においても専ら加害の意思で足蹴り等の暴行を加えており、この段階に

至つては、正当防衛ないし過剰防衛の成立する基盤はなくなつていた」としながらも、「被告人の上記各行為は、さほどの時間的間隔をおかない同一機会に、同一場所において、同一の被害者に対し、灰皿を投げ付けられたことなどに起因する同根の暴行の故意に基づき、数分間という短時間で連続的に行われたのであつて、急迫不正の侵害に対する反撃に比して、その侵害が去つた後の暴行行為が質的・量的に著しく変化したり、死の結果発生への寄与度が高いなどの事情が認められない限り、上記各行為を分断せず一体のものとして評価することが自然」だとし、本件では第一暴行の方が死亡結果への寄与度が高いので、第一暴行と第二暴行を分断せずに全体として一個の過剰防衛が成立するとした。

これに対し、控訴審判決（東京高判平成一九年二月二五日刑集六二卷六号一八七九頁）は、「第一の暴行と第二の暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、第二の暴行の際には、外観上、侵害が終了していることが明らかであり、被告人もそれを認識した上、攻撃の意思のみに基づいて第二の暴行に及んでいる。第一の暴行と第二の暴行は、被害者からの侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点において、明らかに性質を異にし、その間に断絶があるといふべきであつて、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つたものとは認められない」とした上で、死亡結果は正当防衛にあたる第一行為から生じたものだから、第二行為による傷害罪のみが成立するとした。

本決定も控訴審と同様に、第一暴行と第二暴行は「時間的、場所的には連続しているもの……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」、被告人が「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」と発言した上で被害者に対して相当激しい態様の暴行に及んでいることに鑑みると、「その間には断絶があるといふべきであつて、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つたものとは認められない」とし、本件暴行全体を一個の過剰防衛とみるべきではなく、第二暴行に

よる傷害罪が成立するとした。

本件も侵害の終了前後で故意に変化がみられない事案である。第一審は、判例⑤から⑧に沿う形で、時間的場所的近接性、故意の同一性、寄与度の同等性を根拠に両暴行を一体のものとして把握して過剰防衛を認めた。これに対し、控訴審および本決定は、第二暴行の時点で侵害が終了しており、被告人もそのことを認識していたことに加え、第二暴行が専ら攻撃の意思に基づいて行われたこと（本決定が侵害終了後の被告人の発言を指摘したのはそれを裏づける趣旨と理解できる⁽¹⁷⁾）を根拠に過剰防衛を否定したことが注目される。

なお、本決定以降で過剰防衛を否定した例として、松山地判平成二二年七月二四日⁽¹⁸⁾がある。

(3) 分析

まず、肯定例の中には、行為者に侵害終了の認識がなかったと思われる事案について、過剰防衛を認めたものがある（判例③、④）。しかし、このような事案は、本来誤想過剰防衛として扱われるべきであり、量的過剰とは区別されるべきであろう。以下では、議論の混乱を避けるためにも、客観的に侵害の終了が認められ、かつ、行為者にその認識がある事案だけを分析対象とする。

まず、肯定例をみると、古くは、興奮状態で精神の平静を失い勢いで攻撃を継続したという責任に関係するような事情を指摘して侵害終了後の行為に過剰防衛を認めたものもあるが（判例②）、最近では行為の一連性を理由に全体として過剰防衛を認めたものが多い（判例⑤～⑧）。しかし、その中でも判例②と同様に「興奮の下での余勢」に言及するもの（判例⑥、⑧）と、そのような精神状態には触れず、時間的場所的近接性、行為態様の同質性、寄与の同等性などから行為の一連性を認めるもの（判例⑤、⑦）に分かれる。なお、肯定例では、判例④を除き、侵害の終了前後で故意に変化がみられない。

一方、否定例をみると、まず肯定例と大きく異なるのは、侵害の終了前後で故意が変化している、具体的には

侵害終了後に殺意を生じている場合が多いことである(判例⑨、⑩、⑪、⑭)。これらの例では特に理由づけがなされることなく、過剰防衛が否定されている。これに対し、否定例でも故意に変化がみられないものもある。その場合、興奮状態がおさまっており精神的な余裕がみられること(判例⑮)や、攻撃の意思のみで追撃行為が行われたといった事情が挙げられている(判例⑬、⑯)。

これらの判例を統一的に理解することは容易ではないが、傾向としては、故意の同一性や、時間的場所的近接性、行為態様の同質性などが認められ、侵害継続中の心理状態が追撃時にも継続している場合に、量的過剰が認められているといえよう。⁽¹⁹⁾ 判例⑤(および⑦)は限界事例に位置するものと思われる。なお、寄与度に関し、「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持った場合には一体性が否定される」⁽²⁰⁾といわれることがある。確かに、その傾向はみられるが、そのような場合でも量的過剰を認めた例はある(判例①⁽²¹⁾)。

これらの基準のうち、時間的場所的近接性は、否定例の事案でも認められるから、決定的なものとはいえないであろう。否定例の理由づけを読むと、判例は、特に心理状態の継続を重視しているようにみえる(判例⑮も、行為態様の変更を心理的余裕を推認させる事情として用いている)。この心理状態に関し、判例⑯は「防衛の意思」という言葉を用いているが、これは「急迫不正の侵害を認識しつつ、それに対応する心理状態」という意味での防衛の意思とは明らかに別物である。なぜなら、量的過剰が問題となる事案では、行為者には侵害の終了の認識があるはずであり、侵害終了後の時点で、そのような意味での防衛の意思が存在することはあり得ないからである。だとすれば、量的過剰の肯否の基準となる心理状態の継続とは、それとは別の心理の層の問題であると考えるべきを得ない。しかし、その理論的な位置づけは判例からは明確に読み取ることができない。

以下では量的過剰の問題に関する学説上の議論をみることにする。

3 学説

学説では、量的過剰を認めない見解も根強く主張されているが、学説の多数はこれを認める。その根拠について、過剰防衛の刑の減免根拠論から説明するものと、一連の行為論から説明するものに分かれる。

(1) 否定説

否定説は、主に過剰防衛の刑の減免根拠を違法減少に求める立場から主張される⁽²²⁾。

橋田久は、侵害終了後の追撃行為の評価が問題となる場面を、先行する反撃行為がない場合と、侵害終了前の反撃行為が継続して終了後にも及んでいる場合とに分けた上で、⁽²³⁾ そのどちらにおいても過剰防衛を認めるべきではないとする。すなわち、侵害の終了後には「不正」の侵害が存在しないため違法減少が認められず、三六条二項を適用する前提に欠けるというのである⁽²⁴⁾。否定説からは、量的過剰の問題は、誤想防衛または誤想過剰防衛の問題に解消されるべきことになる。

しかし、違法減少説および違法減少を主とする違法責任減少説は少数であることから、否定説も広く支持を集めるには至っていない。もっとも、否定説の肯定説に対する次の批判は重要である。その批判とは、侵害終了前の反撃行為が継続して終了後にも及んでいるケースで、仮に、侵害終了前後の行為を全体として過剰防衛と評価すると、侵害終了前の行為を独立に評価すれば正当防衛にあたる場合には、侵害終了後に追撃がされたことを理由に正当防衛たるべき部分も遡及的に違法と評価されることになってしまい、不当だというものである⁽²⁵⁾。この問題は、特に正当防衛部分から重い結果が発生した場合に顕著に現れる。判例⑤は、まさにそのような事案であった。後述するように、この批判に対する肯定説の対応は分かれている。

(2) 肯定説

(一) 過剰防衛の刑の減免根拠論からのアプローチ

過剰防衛の刑の減免根拠論については、責任減少説または責任減少を主とする違法責任減少説が多数説である。そのような立場を前提に、量的過剰を認める見解がある。すなわち、「責任減少説からは、緊急状態の下で精神的に動揺しているという状況を考慮すれば、ついやりすぎたという量的過剰も過剰防衛の中に含めることが可能」⁽²⁶⁾だという考え方である。

また、最近では、過剰防衛と過剰避難とを対比しつつ、責任減少の見地から、量的過剰「防衛」を認めようという見解が主張されている。安田拓人は、「侵害終了後の追撃行為は、もはや正当な利益を守るための行為としては無意味であるが、これが不正の侵害に対して正当な利益を守る過程で生じた行きすぎである限りで、事後的過剰部分にも防衛事象的性格が認められる。そして、この防衛事象的性格が認められるがゆえにこそ、事後的過剰防衛についても、過剰避難などと比べて期待可能性の判断が緩やかに行われるべき」⁽²⁷⁾だとし、侵害終了後の行為について、「責任の減少を考慮して過剰防衛としての刑の減免を認めるのが妥当」⁽²⁷⁾とする。そして、「防衛事象的性格」が認められるためには、「当初の不正の侵害に対応する意思、すなわち防衛の意思に起動された行為としての性格が、事後的過剰部分においてもなお維持されていれば十分」⁽²⁸⁾だとし、「事後的過剰防衛が否定されるのは、侵害の終了を十分に認識しながらあえて追撃に及ぶ場合に限られ」⁽²⁹⁾るとするのである。

この見解の特徴は、侵害終了後の追撃行為が、急迫不正の侵害に起因するものだということに着目し、過剰避難の場合より緩やかな期待可能性の判断を認め、そこから追撃行為の（三六条二項の刑の任意的減免に値する）責任減少を説明するところにある。不正の侵害に起因することが、なぜ緩やかな期待可能性判断を許すことにつながるのか問題となるが、それは不正の侵害を行った者の帰責性に基づく要保護性の低下に求められている。⁽³⁰⁾

うすると、本見解のいう「責任減少」とは、実は「違法減少」（ただし、そこでいう違法減少は、直後に取り上げる見解のいう違法減少とは意味合いが異なる）に伴う責任減少だといふべきであろう。

一方、最近では、違法減少の観点から量的過剰を肯定する見解も主張されている。

たとえば、山口厚は、「急迫不正の侵害に対する、実質的に一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、一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と思われる」とし、「ここでは、意思決定の実質的一回性による責任の減少、同一の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、一個の行為に準じるものとして扱われる」とする⁽³¹⁾。これは、「侵害終了前の行為と終了後の行為との連続的一体性⁽³²⁾」を根拠に違法減少を認めるものといえる。また、長井圓も、量的過剰と質的過剰とは、「強度と時点との差異はあれ、『急迫不正の侵害』とこれに対応した『防衛行為』（正当防衛）とが部分的にせよ存在する点において、両者の『不法減少』にも本質的な差異はない⁽³³⁾」とし、複数の行為が単純一罪にあたる場合には行為全体に過剰防衛が認められるとする⁽³⁴⁾。

これらの考え方は、侵害終了前の行為との一体性を根拠に全体として違法減少が認められると主張するものであり、行為の一体的把握を論理的な前提とする。したがって、この見解は、後述する一連の行為論からのアプローチと親近性を有することになる。このことは、侵害の終了前後の行為の関係の把握の仕方にも現れる。つまり、違法減少に着目して量的過剰を説明する見解からは、両者を一体として過剰防衛を認めるべきだと考えるのが論理的に一貫している⁽³⁵⁾。なぜなら、追撃行為だけを独立に取り出せば完全な違法行為であるが、これが侵害終了前の行為と一体的に評価されることによって全体として違法性の減少が認められるというのがこの見解の発想だからである。これに対し、侵害終了前の行為が正当防衛にあたる場合には、追撃行為のみが処罰を基礎づけるとし、

追撃行為のみを分断して過剰防衛と評価すべきだとする主張もある⁽³⁶⁾。しかし、侵害終了前の行為が過剰防衛にあたる場合には、これとの一体的評価により違法減少が認められるとするのに、正当防衛にあたる場合だけは分断するというのは理論的に困難であろう。

一方、責任減少に着目する見解では、追撃行為時の行為者の心理状態が重要であるから、侵害終了前の行為との一体的評価という考え方には必然的にはつながらない。侵害終了後の行為のみを分断して三六条二項を適用するという考え方も成り立つことになる⁽³⁷⁾。

(二) 一連の行為論からのアプローチ

これに対し、近時有力となっているのが、前刑法的なレベルで刑法的評価の対象となるべき行為の統合・分断の判断を行うべきだとする一連の行為論からのアプローチである。

永井敏雄判事は、複数の反撃行為が侵害の継続中に行われた場合と、侵害の終了後に追撃行為が行われた場合とともに「量的過剰」の範疇に含めた上で⁽³⁸⁾、それらの各行為を分断的に評価する見解を次のように批判する。すなわち、人の行動についてその刑事責任を過不足なくとらえるという観点からは、各行為を分断的に評価することは、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には一つのエピソードとして存在する事態の取扱い方としては、違和感があり、さらに、立証の面からしても、重い結果が正当防衛行為によって生じたか、正当化されない行為によって生じたかわからない場合に、その重い結果を処罰に反映させることができないうことになり、不都合だとい⁽³⁹⁾のである。永井によれば、不正の侵害を起点として短時間に複数の反撃・追撃行為がなされた場合には、全体的評価をすべきであり、その具体的な方法としては、「まず判断の対象となる『一個の行為』の内容を確定すべきであり、それが確定した後に、当該『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべき⁽⁴⁰⁾」だとされる。この考え方にしたがえば、行為の一個性は前刑法的に定まっているのだから、侵害

終了前の部分が正当防衛にあたる場合も含めて、例外なく全体評価されるとというのが論理的に一貫した帰結ということになる。⁽⁴¹⁾

しかし、このようなアプローチに対しては、短時間の間に複数の反撃・追撃行為があつた場合は常に行為の個性が認められることになりかねず、あまりにも広い範囲で過剰防衛が認められてしまうのではないかという疑問が生ずる。現に、判例の中には量的過剰を否定した例があるのであり、そのこととの整合性も問題となる。

そこで、学説ではいくつかの考え方が示されている。

まず、高橋則夫は、判例⑩が「防衛の意思」に言及したのに着目し、構成要件段階で行為の個性が認められなくても、違法性段階において、防衛意思か攻撃意思かという観点から行為の分断を認めることも可能だと主張する。⁽⁴²⁾しかし、量的過剰が問題となるのは、行為者に侵害の終了の認識がある場合であるから、防衛の意思を基準とするという考え方にしたがえば、量的過剰はおよそ認められないという帰結に至ることになる。もちろん、侵害の終了の認識とは別のレベルでの心理状態の継続の有無に着目することは可能であろうが、本見解の主張する行為の個性の基準（すなわち「同一の行為意思」⁽⁴³⁾）からすれば、そのようなものによって行為の分断・統合をすることは困難ではなからうか。

右の見解があくまで行為の個性の判断によって量的過剰の問題を解決しようとしたのに対し、前刑法的な行為の個性の判断と、過剰防衛と評価するに値するかという法的判断の二段構えでこの問題を解決しようとする見解もある。すなわち、成瀬幸典は、「量的過剰防衛を認めるためには、前提として、先行行為と後行行為を一連の一個の行為と見ることができるとような事実的基盤」が存在しなくてはならないが、それに加えて「そのような事実的基盤を有する両行為の間に一個の過剰防衛と評価できるとような法的実体」が必要だとする。⁽⁴⁴⁾この見解は、侵害の継続中に複数の反撃行為が行われた場合の処理も視野に入れてこのように二段階判断を主張するものと思

われるが、量的過剰の肯否を判断するためには、最終的に過剰防衛の刑の減免根拠を考慮しなければならぬことを認めるものにはかならない。

4 検討

以上のように、量的過剰を認めるための理論的アプローチには様々なものがあるが、それらは成功しているであろうか。

まず、「一連の行為」という理由だけで量的過剰を肯定するのは妥当ではないであろう。このアプローチを徹底すれば、短時間の間に同種の態様の複数の行為が存在し、故意の連続が認められるのであれば、常に量的過剰が認められることになり、過剰防衛の範囲が広くなりすぎるからである。これに対し、一連の行為論の中には、防衛の意思を喪失した場合には行為の分断を行うことにより結論の妥当性をはかろうとするものもあるが、再三指摘するように、量的過剰の場合には侵害の継続の認識がないため防衛の意思が存在し得ないから、量的過剰否定説に至ることになる。そこで、行為の個性の判断に加え、過剰防衛として評価するに値するかという法的判断も必要だという見解もあるが、そこでいう法的判断を行うにあたっては、過剰防衛の本質論に立ち入ることが不可欠であろう。

したがって、量的過剰を認めるべきか否かは、過剰防衛の刑の減免根拠論の観点から論じるべきである。

まず、侵害終了前後の行為の一体的把握を通じて違法減少を論じる見解は、一連の行為論と同様の問題を抱えるように思われる。すなわち、時間的場所的近接性、態様の同質性、故意の連続性を基準に行為の個性を判断するのであれば、その範囲が広くなりすぎるし、防衛の意思を考慮して分断を行うのであれば、否定説につながるはずだからである。したがって、このような考え方のみで量的過剰を肯定することも妥当とはいえない。

そこで、残るのは責任減少からのアプローチである。責任面に着目すれば、侵害の認識を前提とする「防衛の意思」の継続がなくとも、このアプローチを採用する論者の多くが着目する精神的動揺といったレベルでの心理状態の継続が認められる限りで責任減少を導くことができ、ひいてはそれに基づく三六条二項の適用も説明できそうだからである。しかし、責任減少を考える上で留意しなければならないのは、精神的動揺といっても、それが責任減少を基礎づけるに値するものでなくてはならないことである。⁴⁶⁾たとえば、絶対に発覚することがないと固く信じていた不倫関係が実は自己の配偶者に知られており、同人に執拗に問い詰められたため激しく動揺し、同人を殴打したという場合、精神的な動揺を理由とする責任減少を認めるべきではないであろう。これに対し、過剰防衛や過剰避難の場合に責任減少が認められるのは、急迫不正の侵害や受忍義務のない現在の危難の下で動揺が生じているからだと思われる。だとすれば、責任減少の見地から量的過剰を認めることができるかは、不正の侵害が既に過ぎ去り、かつ、そのことを行為者が認識しているという状況の下での精神的動揺が、三六条二項による刑の任意的減免に値する責任減少を基礎づけるものかということにかかっていることになる。

この点について、量的過剰「防衛」が問題となる場合、侵害終了後の精神的動揺が急迫不正の侵害に起因するものであること、そして、精神的動揺を引き起こしたことにつき侵害者に帰責性があることに着目してこれを肯定することができそうである。しかし、これには以下の三つの疑問がある。

ひとつは、不正の侵害に対してまったく反撃行為に出ずに防衛的行動に終始していた者が、侵害の終了直後に、侵害の終了を認識しつつ、平静を失った状態で侵害者に攻撃を加えた場合に、急迫不正の侵害下で生じた精神的動揺の継続を理由に量的過剰が認められることになってしまわないかという疑問である。だが、これはまさに事後的復讐であり、過剰防衛を認めるべきではないであろう。この問題を克服する方法として、量的過剰を認めるには、侵害終了後の行為が「防衛行為的性格」を持つことを要求することが考えられる。この点、量的過

剩を論じる前提として侵害終了前の行為との一個性を要求する成瀬の見解や、侵害の終了前後の行為が「防衛のため」という動機面で同一性を保っていること（防衛事象的性格の保持）を要求する安田の見解⁽⁴⁷⁾は、問題を克服しているかにみえる。

しかし、それでもなお疑問は残る。すなわち、そのような考え方に対しては、侵害終了前に反撃行為がないケースと、侵害終了前に反撃が行われ、それが侵害終了後にも継続したケースとを比較した場合に、（仮に両ケースで侵害終了後の攻撃の程度が同じだった場合）後者の方が相手に与えたダメージの総量が大きいにもかかわらず、前者よりも有利に扱われることに実質的な根拠があるのかという疑問である。違法性という観点からみても、前者では侵害継続時に何も反撃をしていないのだから、その時点までの行為の違法性はゼロである。後者では侵害終了前の反撃が正当防衛にあれば違法性はゼロだが、前者より有利に扱われる根拠は見出しがたい。両者を区別する考え方の背後には、もしかすると、正当防衛は違法性を打ち消す事情にとどまらず、法秩序にとって推奨されるべきものだというポジティブなイメージが潜んでいるのかもしれない。しかし、そのような正当防衛の理解が妥当かは疑問が残るのである。

最後の疑問は、確かに急迫不正の侵害を行った者には帰責性があるとしても、そのことは、侵害の継続を広く認めることを根拠づける際に既に考慮済みではないかということである⁽⁴⁸⁾。被害者の帰責性を二重に考慮して行為者を過度に有利に扱うことには疑問がある。侵害の終了が認められるのが、實際上、侵害が完全に制圧された場合などに限られることを考慮すれば、その疑問はなおさら増す。

以上の検討から、量的過剰を肯定する見解にはいざい問題があるといわざるを得ない。したがって、量的過剰は否定するのが妥当であろう。侵害終了後の追撃行為は、行為者に侵害終了の認識がある場合には、単なる違法行為として評価すべきである。

三 侵害の継続中に行われた複数の反撃行為の問題

量的過剰を否定すべきだとすると、侵害の継続中に行われた複数の反撃行為の評価はどのようにすべきであろうか。

結論からいえば、この場合、それらの行為を一体として相当性の判断を行うべきだと考える。量的過剰否定説も、およそすべての行為を分断して評価すべきと主張するものではない（そのようなことは、到底不可能である）。急迫不正の侵害については、瞬間ごとに細切れに認定するのではなく、その開始時期を始点に一定の幅でその継続を認めるのであるから、それに対応する反撃行為の評価も侵害の開始時から終了時までを一体として行うべきである⁽⁴⁹⁾。また、ある瞬間の反撃行為の時点における侵害者側の状況は、先行する反撃行為がある場合には、その影響を受けているはずであるから、それぞれの反撃行為を切り離して相当性判断を行うべきではないといえる。判例も、以前から侵害継続中に行われた一連の反撃行為を全体として相当性判断をすべきだとしてきた⁽⁵⁰⁾。さらに、最近では、被告人が、それ自体独立に取り上げれば正当防衛に該当する暴行により被害者を負傷させたが、その後に変更なる暴行を行ったという事案で、それらの各暴行を全体的に考察して傷害罪の過剰防衛を認めた最高裁判例が現れた⁽⁵¹⁾。この判例を契機として、侵害の継続中に行われた複数の反撃行為のうち、独立して正当防衛と評価が可能であるものについては、処罰の対象から除外されるべきではないかという議論が生じている⁽⁵²⁾（この主張にしたがえば、前記の事案では傷害の部分は無罪となり、暴行罪のみを認めるべきことになる）。しかし、全体評価説を採用すれば、一部の反撃行為を取り出して先に相当性判断を行うのは論理矛盾である。したがって、全体評価説の立場からは、このような場合も含めて、複数の反撃行為を全体的に観察して相当性を判断すべきである。

このことに関連して、最後に、蛇足ながら、行為者が侵害の継続を誤認して追撃を行った場合の処理について言及したい。この場合、侵害終了前の正当防衛行為または過剰防衛行為と、侵害終了後の誤想防衛行為または誤想過剰防衛行為との関係が問題となる。この問題はほとんど論じられないが、量的過剰否定説からは、次の二つの考え方がありうるように思われる。ひとつは、客観的に急迫不正の侵害が終了しているのだから、侵害終了前後で断片的に評価すべきだという考え方である。この場合、侵害終了前の行為が正当防衛にあたる場合には、侵害終了後の行為についてのみ罪責が問われることになり、侵害終了前の行為が過剰防衛にあたる場合は、侵害終了後の行為との間で罪数処理が行われることになる。これに対し、行為者の認識レベルでは急迫不正の侵害が継続しているのだから、侵害終了前後の行為を一体的に捉えるべきだという考え方もありうるだろう。侵害の継続中の複数の反撃行為を全体評価すべきだという立場からは、誤想上の侵害の継続中に行われた複数の反撃行為も全体評価すべきだとするのが一貫しているから、後者の考え方が妥当かもしれない。この考え方を採用した場合、侵害の終了前後にまたがり、誤想に基づく行為と誤想に基づく行為が混在することになる。正当防衛 + 誤想防衛の場合、⁽⁵³⁾全体として過失犯が問題になることは明らかだと思われるが、正当防衛または過剰防衛 + 誤想過剰防衛の場合、全体を誤想過剰防衛と称するべきなのか、過剰防衛と称するべきなのかは問題となろう。全体の中で誤想に基づく部分と基づかない部分のどちらが主たるものかによって区別すべきだと思われるが、その結果、このような考え方にしたがえば、侵害終了後に行為が継続された場合にも「過剰防衛」が認められるという現象が起りうることになる。そのような現象が生じた場合に、それを「量的過剰」のケースだと呼ぶことは可能かもしれない。しかし、それは本稿冒頭で定義した「量的過剰」とは別のものを指していることに注意しなくてはならない。

四 結語

宮澤浩一先生には、大学院の原著購読や演習の授業でご指導を賜った。大変記憶に残っているのは、演習の授業の際、抽象的な議論を好んでしたがる私たち院生に対し、「君たちは議論の空中戦ばかりをやりたがるが、もつと地に足のついた研究をしなさい」としばしば諫められたことである。本稿では、そのお言葉を思い出しながら、まずは本稿のテーマに関連する我が国の判例から問題点を抽出することに力点を置いた。あまりに拙い内容のものになってしまったが、先生のご学恩に感謝しつつ、本稿を通じて謹んで哀悼の意を表することとしたい。

- (1) 東京高判平成一三年二月二〇日判例時報一七五六号一六二頁。
- (2) 最決平成一六年三月二二日刑集五八卷三号一八七頁。
- (3) 最決平成一七年七月四日刑集五九卷六号四〇三頁。
- (4) 高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価―複数行為における分断と統合の問題―」刑事法ジャーナル一九九号(二〇〇九)三九頁以下、仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌五九卷二号(二〇〇九)四二三頁以下、深町晋也「『一連の行為』論について―全体的考察の意義と限界―」立教法務研究三号(二〇一〇)九三頁以下など。さらに、「特集 一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」刑法雑誌五〇巻一号(二〇一〇)六七頁以下の諸論文を参照。なお、二〇一一年の刑法学会大会では、同理論から過剰防衛の問題を論じるワークショップが行われた。
- (5) 最判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁。
- (6) 曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修六五四号(二〇〇二)七頁、松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(二〇〇六)一三四頁以下参照。
- (7) 通常の急迫性の要件を緩和すべきだとするものとして、曾根・前掲注(6)八―九頁、橋爪隆「判批」ジュリス

ト一一五四号(一九九九)一三四頁。侵害の継続性の要件を通常の急迫性判断と同様に厳格にすべきだとするものとして、松尾・前掲注(6)一三八―一三九頁。

(8) 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」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(二〇〇六)六一頁以下および七二頁以下、同「正当防衛判断の実際―判断の安定化を目指して―」刑法雑誌五〇巻二号(二〇一一)三〇六頁参照。さらに、小田直樹「判批」『平成九年度重要判例解説』(一九九八)一五〇頁以下。

(9) 遠藤「正当防衛判断の実際」前掲注(8)三〇八頁。

(10) 以下に挙げるもののほか、大判昭和七年六月一六日刑集一一卷八六六頁、大阪高判昭和五四年九月二〇日判例時報九五三号一三六頁。さらに、東京地判昭和五三年一月六日判例時報九一三号一二三頁、東京高判昭和五四年五月一日判例時報九三七号一二三頁。なお、後出判例③より前の時代の判例・学説の状況については、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法学七四卷一号(二〇一〇)一頁以下。

(11) 川口政明「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇(平成六年度)』二二六頁は、本件を侵害が終了していない事案と位置づけている。なお、第一審と控訴審および上告審で有罪・無罪の結論が分かれているが、これは第一審が横転後の行為について盗犯等の防止及処分に関する法律一条二項を適用し、かつ、同条一項、二項につき相当性の要件は不要だという解釈を前提に本件行為を評価したことによるものであって、行為を分断的に評価したか全体的に評価したかによって結論が分かれたわけではない。この点については、寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇(昭和三三年度)』一頁以下参照。

(12) 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系(三〇)「刑法・刑事訴訟法」』(一九九九)一四一頁以下による。

(13) 川口・前掲注(11)二二五頁。

(14) 刑集四八卷八号五〇九頁。

(15) 以下に挙げるもののほか、急迫不正の侵害に対して過剰な反撃を行い、侵害の終了後も暴行を行った結果、それらの総和的作用によって被害者を死亡させたという事案につき、侵害の終了前後の暴行を一体的に評価し、包括して

- 一個の傷害致死罪の成立を認めるのが相当とした上で、三六条二項の適用の可否については、死亡結果の主成因が第一暴行による傷害であったことを理由にこれを否定したものととして、東京地判平成六年七月一五日判例タイムズ八九一号二六四頁がある。
- (16) なお、本件では過剰防衛の成否は争点となっていないようである。
- (17) 松田俊哉「判解」法曹時報六二巻一号(二〇一〇)三〇六頁参照。
- (18) LEX/DB【文献番号】二五四四一二九九。
- (19) 中川深雪「判批」研修七二八号(二〇〇九)二二頁。
- (20) 曾根・前掲注(6)一〇—一一頁。
- (21) 寄与の程度は、量的過剰が否定される事案で、侵害終了前の行為が過剰防衛にあたり、侵害終了後の行為が単なる違法行為にあたる場合に、両者の罪数関係を考える上で重視されるべき事情だと思われる(大阪高判平成八年一月二五日刑集五一巻五号四四九頁を参照)。
- (22) 減免根拠論に言及することなく否定説を主張するものとして、清水晴生「過剰防衛行為の一体性について」白鷗大学法科大学院紀要三号(二〇〇九)四〇五頁以下、日高義博「判批」現代刑事法一号(一九九九)七一頁、松宮孝明「判批」法学教室二〇八号(一九九八)一一一頁など。
- (23) 橋田久「外延的過剰防衛」産大法学三二巻二・三号(一九九八)二二七頁以下。
- (24) 橋田・前掲注(23)二二九—二三〇頁、同「量的過剰防衛—最高裁判平成二〇年六月二五日第一小法廷決定を素材として—」刑事法ジャーナル一六号(二〇〇九)二四頁以下。同様に、山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五巻二号(一九九六)二〇九—二一〇頁。
- (25) 橋田・前掲注(23)二三四頁、同・前掲注(24)二六頁。
- (26) 西田典之『刑法総論「第二版」』(二〇一〇)一七八—一七九頁。同様の主張として、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六)三四八頁など。
- (27) 安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑法雑誌五〇巻二号(二〇一一)二九四頁。安田の見解については、同「事後的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(二〇一〇)二四三頁以下も参照。

- (28) 安田「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」前掲注(27) 二九七頁。
- (29) 安田「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」前掲注(27) 二九八頁。
- (30) 安田「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」前掲注(27) 二九三—二九四頁参照。
- (31) 山口厚『刑法総論「第二版」』(二〇〇七) 一三四—一三五頁。
- (32) 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル一五号(二〇〇九) 五六頁。
- (33) 長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(二〇一〇) 二三二頁。
- (34) このほか、行為の一体性に加え、「防衛意思の継続性」にも違法減少の根拠を求めるものとして、小野晃正「防衛行為の個数について——正当防衛に引き続き続いた過剰防衛行為」をめぐる考察——『阪大法学六〇巻六号(二〇一一) 一一四九頁。従的なものとしてではあるが、違法減少に言及するものとして、原口伸夫「量的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(二〇一〇) 二八六—二八七頁。
- (35) 小野・前掲注(34) 一一四八頁以下、長井・前掲注(33) 二三三頁以下、原口・前掲注(34) 二九〇頁以下。
- (36) 山口・前掲注(32) 五七頁。さらに、西岡正樹「判批」法学七四巻二号(二〇一〇) 二五五頁。
- (37) 安田「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」前掲注(27) 二九四頁は、まさにこの結論を導くために責任減少説を主張している。さらに、林幹人「量的過剰について」判例時報二〇三八号(二〇〇九) 一四頁以下。
- (38) 永井・前掲注(12) 一三二—一三三頁。永井によれば、侵害の継続中に複数の反撃行為が行われる場合も、侵害の終了後に追撃が行われる場合も「事の実質にさほどの相違はない」(同一三六頁)。だが、本稿の冒頭でも述べたように、侵害の継続がある場合とない場合とは、正当防衛成立の可能性の有無という点で大きな違いがあるのだから、両者は区別すべきだと思われる。
- (39) 永井・前掲注(12) 一三四頁。
- (40) 永井・前掲注(12) 一三五頁。このように、自然的な意味での行為の個性を問題にするものとして、本文で挙げるもののほか、豊田兼彦「判批」法学セミナー六五三号(二〇〇九) 一二三頁。量的過剰の場合のみを念頭においてのものではないが、仲道・前掲注(4) 四二三頁以下。これに対し、行為の個性を問題にしながらも、侵害の終了の前後で行為を分断すべきだとするものとして、清水・前掲注(22) 四〇五頁以下。前田雅英「正当防衛行為の類型

- 性―判例における正当防衛の構造」研修七三四号（二〇〇九）五頁も、「一個の防衛行為といえるか否かは、基本的には、行為の客観的一個性と『急迫不正の侵害』との対応関係によって決定されることを確認しておかねばならない」とする。さらに、川端博『正当防衛権の再生』（一九九八）二八八頁以下参照。
- (41) 永井・前掲注(12) 一四四頁以下。
- (42) 高橋・前掲注(4) 四二頁以下。さらに、仲道・前掲注(4) 四六六頁、深町・前掲注(4) 一二三頁以下。
- (43) 高橋・前掲注(4) 四一頁、仲道・前掲注(4) 四四〇頁以下。
- (44) 成瀬幸典「判批」『判例セレクト 二〇〇一―二〇〇八』（二〇一〇）二九六頁。
- (45) つまり、侵害の継続性がある事案では、過剰防衛の刑の減免根拠論からのアプローチができないので、減免根拠論とは区別された「一連の行為」の判断を想定しておくことが必要だという主張である（なお、深町・前掲注(4) 一〇六頁以下を参照）。
- (46) 井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五）二四五―二四六頁参照。
- (47) 安田「事後的過剰防衛について」前掲注(27) 二六〇頁。平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（一九七五）二四一頁以下も、過剰防衛において「防衛の動機ないし意図」を重視する。
- (48) 前掲注(8) の文献を参照。
- (49) 小田・前掲注(8) 一五二頁。
- (50) 最判平成九年六月一六日刑集五一卷五号四三五頁（これに批判的なものとして、橋田久「判批」産大法学三三卷四号（一九九九）一一八頁以下、橋爪・前掲注(7) 一三三頁以下）。
- (51) 最決平成二一年二月二四日刑集六三卷二号一頁。同決定の控訴審判決（大阪高判平成二〇年一〇月一四日刑集同号一五頁）は、第二暴行の時点では急迫不正の侵害の終了は認められないとしている。したがって、本件は質的過剰の事案であるといえる（松田俊哉「判解」法律時報六二卷一―号二五三頁参照）。
- (52) 山口厚「判批」刑事法ジャーナル一八号（二〇〇九）八三頁。
- (53) 全体評価を前提とする場合、過剰防衛＋誤想防衛という組み合わせは存在し得ないであろう。