慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

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

はじめに

量的過剰について

量的過剰が問題となる場面

1

2 判例 学説

3

検討

侵害の継続中に行われた複数の反撃行為の問題

兀

はじめに

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 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、

藤 拓

佐

磨

173

件、シャクティパット事件などをきっかけに「一連の行為一論v(2) (3) 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、 論 の 一 シャクティパット事件などをきっかけに「一連の行為」 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) 論がクローズアップされた結果、 いわゆるベランダ転落死事件、 この クロ 間 題も、 口 ホ ル 4 同 理

は、 価 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、 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、 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、 複数 れた場面である。 の可否が問題となるようにみえても、 「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。 (以下、 の反撃行為の評価は、二つの場面で問題となる。一つは、急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず、 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、 前者においては、 不正な侵害が既に存在しないことから、 解釈論上の文脈が異なるのであれば、 しかし、同じく複数の行為の一 侵害の継続中に複数の反撃行為が行 過剰防衛の一 体的評価の可否等に関する判 認めるとすればその 種として刑法三六条 体的評 最近で 正当防

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。 本稿では、このような問題意識に基づき、 量的過剰 0 問題を中心に検討する。 紙幅の関係上、 侵害の 継続中に

の視点も異なるのではなかろうか。

量的過剰について

わ

1 量的過 剰 が問題となる場面

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 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

間的 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」を要求する一方、侵害の継続についてはそのよう 逃走したり、 そのため、 のもその範囲にとどまることになる。 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、 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、 る例は極めて限られている。すなわち、 我が国の判例は、 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、 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。 侵害の終了が認められるのは、 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、 先行する不正の侵害があった場合、その侵害の継続を広く認めており、侵害の終了が認めら 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 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 中断前までの攻撃状況、 侵害の継続を肯定しているのである。 予想される再度の攻撃までの時 量的過剰が問題になる 凶器の保持の有 だが、

過剰が 性のように緩やかに判断されるべきだという立場では、 とに変わりはない。 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。 れることが類型的に高度の確率で予想されるのであるから、 もっとも、 問題となる範囲は広がることになる。 これに対しては、侵害の継続性の問題も、 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、 しかし、先行する侵害行為がある場合には、 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 理論的には将来の侵害の急迫性の問題であり、 再度の侵害が時間的に切迫しない限り正当防衛 このうち、 通常の急迫性も侵害の 引き続き侵害行為が行 したが 量

は合理

性が認め

5

れるといえよう。

に低(8)。 性を要求せずに 防 れるおそれ」 余地を認めない 衛 0) 濫用が懸念されるのに対し、 以上の観点からすれば、 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、 のは、 一不正 不正 0) 侵害が行われるおそれ」だけで急迫性を認めてしまうと、 の侵害を受けた者にとって酷であろう。 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に 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 先行する侵害行為がない場合、 行為者が 「不正の その意味で正 時 侵害 間 は 的 相 が な 切 対 行 迫

想過剰 誤想上 13 0 迫 了後の誤想過剰防衛行為との関係が問題となる。 対して過剰だと評価されることが多いであろう。この場合、 か は存在しないことが前提だということである。 ることを回 不正 継続 以上 次に、 ような根拠に基づくのかが問われているということを改めて確認しておかなければならない。 ったとしても、 おける防 一の侵害」 P のように考えると、 防衛の問題となる。 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、 主観面 行為者の認識 〔避〕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、 衛 0) が存在しない 意思必要説でいうところの においては、 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、 の認定が困難であることから、 通常、 量的過剰が問題となる場面は極めて限定されていることがわかる。 行為者が侵害の終了を認識していることが前提となる。 場合であるにもかかわらず、 客観的に侵害が終了している以上は、 「防衛の意思」 仮に、 しかし、 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 「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 三六条二項の これは本稿でいうところの量 (急迫不正の侵害を認識しつつ、 侵害終了前の正当防衛行為または過剰防衛行為と終 行為者が侵害の終了までは認識してい 適用を認めるべきか、 理論上は、 その後の 過剰な反撃行為を行ったときは 客観的にも主観的にも 反撃行為は誤 つまり、 前 それに対応する心理 過剰 認めるとすればど 実務的には、 正当防 0 問 三題ではな |想上の侵害に の要件 状 侵害 一急 な

0

みる(なお、 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、 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) 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)。 判例の傾向を明らかにすることを試 事案につき、

2判例

(1) 肯定例

分けているのかが問題となる。 ④)が、平成に入ってからは、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 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 つ。しかし他方で、後でみるように、 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。 過剰防衛を否定した例も多数存在することから、 中には侵害が終了したといえるか どのような事情が肯否を (後出判例③) が目立

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

じた傷害により被害者を死亡させたという事案である。 防衛を認めた。 箇所の創傷を負い、 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、 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 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、 本判決は、 「防衛の程度を超越したるもの」として過剰 被害者が倒れた時点で「最早其攻撃力の 被害者が萬能につまずいて右足関節に三 同行為によって生

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、 本件では二○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 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大判大正一四年一二月一五日法律新聞二五二四号五頁

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。 場から逃走したが、 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、 本件の事案は以下 被告人はこれを追い、 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、 包丁で被害者の胸部を突き刺した。 被害者は死亡したが、 もみ合 いの末、 死亡結果は 被害者が 包丁を

衛 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玆に其の精神の平静を失ひ其行為の 逃走の時点で被害者の 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、 0) 本判決は、 範 囲を超越したるもの」として、 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。 「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、 過剰防衛を認めた。 逃走後の行為については 「被告人の行為は正当防 一被告人は生 一死の境

後で行為を分断評価している点が、 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 ている。 本件では、 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、 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、 他の肯定例とは異なっている。 本判決は、 本判決はこれを否定し 興奮状態に陥っ り精

③最判昭和三四年二月五日刑集一三巻一号一頁

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「寅ちゃんはもう来ねいよ、大したことね 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

らに一 に侵入し、 らない 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 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、 掛 「この野郎殺してしまうぞ」といって威嚇したため、被告人はじりじりと後退したが、その際に右手が付近の 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、 0 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、 いから大丈夫だ、どうせ大したことねいから」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 狼狽した結果、 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がけて斬りつけ、 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、 審判決 から、 瞬のうちに同 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、 盗犯等の防止及処分に関する法律一条二項に該当するとして、 (水戸地土浦支判昭和三二年七月一日刑集一三巻一号一二頁) すでに侵害が終了したとの認識を欠き、 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。 その現場において、 は、 無罪を言い渡した。 表に出ろ」と怒鳴りつけ、 正当防衛行為に引続き一 被害者を横転させるまでの行為 その行為は、 の行為にほか 瞬 付近に 興 のうち 区 か 0

を別 を適用したことについて、「そもそも、 であるのに、 横転前の行為について三六条一項を適用し、 これに対し、 最初の一 に適用するがごときことは、 被告人は異常の出来事により、 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 控訴審判決 (東京高判昭和三三年二月二四日刑集一三巻一号一五頁)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 同一の機会における同一人の所為を可分し、 甚だしく恐怖、 その後の行為について盗犯等の防止及処分に関する法律 驚愕、 興奮且つ狼狽したあまりとはいえ、 趣旨を異にする二つの法律 第一 審 所である」 判決が、 引きつづ

て第一

審の

無罪の判断を覆し、

連の行為全体が過剰防衛にあたるとした。

これ の情 は却つて同法条第二項にいわゆる 況に照らして、 四回に亘り追撃的行為に出 刑法第三六条一項にいわゆる たのであるから、 『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 『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』 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 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 際の情況に照らして、 正当である」として、 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、 控訴審の判断を是認した。 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』 『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 とはいえないのであつて

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。 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。 識はなかったものの、 者の横転により 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、 もしており、 の終了を認定したことによるものと思われるが、 本判決は、 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、 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、 「侵害的態勢が崩れ去つた」という表現を用いており、 少なくとも 「侵害的態勢が崩れ去つた」ことの認識はあり、 一方で、 同判決は被告人には侵害の終了の認識 侵害の終了を認めたの 被告人には侵害の終了についての認 それゆえ鉈による追撃行為の 第一 かはっきりしない 控訴審は、 が欠けていたと 審判決が侵害 したがって、 被害

④京都地判昭和五七年二月一七日判例時報一〇四八号一七六頁

ŋ 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 被告人は 日頃から些 一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

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、 イロンコードで被害者が身動きしなくなるまで約四、 たまま上半身を起こすようにして約一○秒から二○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 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、 五分間にわたって首を絞め続け、 とっさに殺意を生じ、 窒息死させたという事案 コードを手に持 再度ア

である。

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って、最初の絞頸行為の終了後も被害者に対する警戒 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、 の」といえるが、 けに基づく積極的 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、 の念を解い とみられることおよび、 間 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 あったことを理由に、 隔は 本件では、 -件の特徴は 本判決は、 前記 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、 のとおりわずか一○秒ないし二○秒にすぎず、 ……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、 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、 「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 二回 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、 な加害意思をもって本件犯行に及んだものではなく、 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、 目 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 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。 両絞頸行為の時間を合せても約六、 本判決は肯定例の中で際立っている。 むしろ防衛の意思をもって行なったも 後述するように、 同行為の時点では 事態を全体として観 本判決は、 七分の 過剰防衛を認めた。 加えて、 肯定例 憤激の念だ 間 0) 時 回 出 間 Ħ 的

から、 じる余地はないからである)。 ら、 本件を量的 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。 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、 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

⑤東京地判平成七年三月一六日 (公刊物不登載)

に出て、 を突き刺したところ(第一の刺突行為)、 の刺突行為のいずれかによって生じたものであった。 ナイフでさらに一回Gの右胸部を突き刺した Gの右肩をつかみ、 てもみ合いとなったが、 ち一名が、 自室内に隠してあったナイフを取り出して、 本件の事案は以下の通りである。 さらに、 Gの胸部からナイフを引き抜いた後、 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、 他の強盗犯人らがその場から逃げ去り、 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、 その際、 被告人は、殺意をもって、 被告人が友人と自宅にいたところ、 強盗犯人らは部屋から逃げ出した。 強盗犯人らに対して振り回し、 (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 さらに右肩をつかんで約三、 Gも攻撃する意思を失っていたにもかかわらず、 ナイフでGの右胸部を一回突き刺し(第二の G ほ 被告人はこれを追い、 四メートル引っ 殺意をもって、 か四名の強盗犯人に襲われ、 自宅アパート前 張っていき、 ナイフでGの右胸 G に 追 左手で そこで この路上 刺 つい 突行

その上で、 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。 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。 Gに対し、 本判決は、 殺意をもって、 第一、第二の刺突行為は正当防衛にあたるが、 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、 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、 第三の刺突行為の時点では急迫不正の侵害は既に消失 強盗犯人の一人である これらは、

状態には触れることなく、 続くようになる。 行為の一 本件では、 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、 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、 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。 本判決は、 被告人の心理 本判決以降

⑥富山地判平成一一年一一月二五日判例タイムズ一〇五〇号二七八頁

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、 被害者の左側 が椅子で被害者の腰付近を殴打したが、 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。 す」といってこれを受取り、 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、 本件の事案は以下の通りである。被告人AおよびBが、実父である被害者とつかみあい 胸 部、 左側腹部などを十数回突き刺した。その後、 被害者の頸部を一回突き刺した。以上の行為の結果、 被害者が攻撃をやめなかったので、 Bは被害者の抵抗が弱くなったのを感じ、 Aは包丁を持ち出し、殺意を持って、 Bが被害者を押さえつける一 被害者は失血死したが、 の喧嘩になった際 Bは 「 俺も

それに先立ち、 を特定することが困難であって、 行為を独立して取り上げるならば、 行為については、 丁による刺突という点では同態様であるほか、 人Bによる刺突行為は 本判決は Aの刺突行為については、 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、 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、 回のみである。 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、 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、 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 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、 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、 これらの事情 В 0 刺 包 穾

ら、 ような場合には、 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、 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。

えよう。 たものといえる。また、 本判決は、 行為の連続性、 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していることから侵害の終了を認 それまでに行っていた攻撃の強度からすれば、 行為態様の同一性、 Bの行為の結果への寄与度の低さ、 被告人らもそのことを認識していたとい 興奮状態の下での余勢といった

⑦東京地判平成一二年八月二九日判例時報一八一一号一五四頁

事情を根拠に行為の一連性を認めた点が注目される。

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、 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 イフは 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。 つかみかかってきたAに対しても、 一人になったBとつかみ合いながら、 って台所の方に向かったのをみて、 本件の事案は以下の通りである。 Bの腹部に根元まで刺さり、 被告人は、 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、 Bは崩れるように仰向けに倒れた。 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、 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、 深夜、 被害者AおよびBに自宅居室に押し入られた上、二人が さらに、 被告人は、 無抵抗の 台所から戻ってきて AおよびBがも Aおよび

ては、 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、 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 本判決は、 正当防衛を認める前提要件は既に消失していたとした。 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 しかし、「被告人の刺突行為全体は、 同一の確定的殺意に基づき、長くても

として刑を減免すべき事案とは認められない」とした)。 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 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、 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、 五分から二○分間という短時間に連続的に行われたことからして、 同 一態様で結果への寄与の程度も同等である本件各 特段の事情のない限り、 刑法三六条二項にいう過剰 個の過剰防衛行為に当た 行為全体を一 個 防 0

同等性、 に過剰性の程 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 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 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 る。 本判決は、 0) 同 性 寄 論 的

⑧東京高判平成一二年一一月一六日東高刑時報五一巻一=一二号一一〇頁

せ、 状態になった。 合いとなったが、 いきなり殴りかかられ、 本件の事案は以下の通りである。 被害者は路上に頭部を打ちつけた。 しかし、 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、 被告人はさらにひざ蹴りなどの暴行を継続し、 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。 被告人は、 以上の暴行により、 路上を歩行中、 被害者は傷害を負った。 被害者と肩が触れたのをきっ その後、 被害者は反撃することができな 被害者を路上に仰向けに転 かけに、 両者は車 道 上で殴

では、 続していたことを指摘 あって分断 本判決は、 そのうちに、 急迫不正の侵害が存在していたが、 的 被告人と被害者との間の闘争はかなり短い 評価には親しみにくいこと、 相手方は攻撃の気配を示さなくなっていたもの、 本件の 事態の経緯につき 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 中盤にこれが弱まり、 「被告人の反撃によって相手方による攻撃の程度は弱 時間内 (本判決の認定によれば、 終盤には終了していたものと認めるの すなわち、 被告人の一 二分程 連の本 度) 件 で :所為 0) 出 が 0 来 :相当] 事 序 7 で

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、 れる。そして、 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 だとした。その上で、「被告人が車道上において、 防衛行為ではあるが、 被告人の最後の路上に倒す暴行を含む終盤の行為も、 防衛の程度を超えたものとして、 相手方に連続的に膝蹴りを加えた行為は、 被告人の本件所為については、これを全体的に考察 過剰防衛の成立を認めるべき」とした。 相手方からの急迫不正の侵害により興奮状 それ自体が全体と

余勢」といった事情を挙げているのが目を引く。 本判決も一連の暴行を全体的に評価する根拠として、 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。 本件では、 被告人は 「途中で相手方の攻撃が弱まり、 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 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

に追撃をした事案につき、 最判平成六年一二月六日がある。 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。 から離脱したかどうかではなく、 衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の なお、 以上の Ú 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と評されるものとして、(3) 追撃に加わらなかった被告人の罪責との関係で、「侵害現在時における暴行が正当防 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、 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、 被告人の行 の者がさら 共同 一意思

2 否定例

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)。 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、 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。これらの事案は、(15) 10 ⑪、⑭)、もう一つは、故意に変化がみら 一つは、 大きく

では、 れないタイプである たは示唆されている。 興奮がおさまっていたことや、 (後出判例(3)、 15 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 <u>16</u> 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、

⑨東京高判昭和二九年——月四日裁特一巻——号四七一頁

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、首にかけた手で被害者の頸部を強く扼圧するな 気勢を示したので、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 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)。 被害者が、被告人と口論中、被告人の睾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

己の権利を防衛するために已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はでき ない」とした。 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 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、 本判決は、被害者が被告人の睾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、

⑪東京高判昭和三一年一一月二七日東高刑時報七巻一二号四四五頁

等を麺棒で強打し、 害者は一層憤慨 者から麺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、 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 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 よって被害者を死亡させたという事案である。 麺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、 素手で立ち上がろうとする被害者の 被告人は被 頭

勿論、

にはさらにBもおり、 で同人の頭部を強打し、なんら抵抗もせず、かえって戸口から逃げ出そうとする同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、 一応排除されたもの」とした。その上で、被害者が立ち上がろうとする気配がみえたとしても、「いきなり麺棒 被害者からの攻撃はAによって制止されていたこと、被告人が麺棒をすでに奪っていたこと、現場 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 到底正当防衛行為といえないのは

①福岡地判昭和三三年四月八日第一審刑集一巻四号五二三頁

わゆる過剰防衛と認めることもできない」とした。

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。 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、 組敷き、 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 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 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、 被告人の父と仲の悪かった被害者が、 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、 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 俺は命のある限りやる」と怒号しなが 付近にあった重さ約一貫の厚板で被 下駄で同人

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った。(16) 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気勢を示していたとしても、「もは 本判決は、 被害者が相当酩酊していたこと、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

⑫水戸地判昭和三三年五月二六日第一審刑集一巻五号七八九頁

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

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。 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

否定した。 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 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 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、

③東京高判昭和四四年三月三日東高刑時報二〇巻三号三七頁

め 被告人が自動車の助手席にいた際、 素早く車外に飛び出して車の後部にまわり、 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 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。

さらに切りつけていたことから、「被告人の犯行は、 過剰防衛も否定した 方に対し反撃を加え報復する意図のもとに出たもので、 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 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みて逃げ腰になっていたことから、 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、被害者はかなり略ら 相手方から切りつけられたことに憤激の余り、 ……自己防衛の意思はなかったことが明らか」だとし 日本刀で被害者を切りつけた時点では急迫不正 途に相手 酊した状

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。 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

⑭大阪地堺支判昭和四五年一一月二七日判例タイムズニ六一号ニ九二頁

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、 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、 三回殴打されたため、 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、 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 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、 被害者が「わかるようにしてやる」といいながら、 背後から頭越しにネクタイを首にひっかけて被害 £ V 状態の被害者から頭部を二、 頭髪をつかまれて顔を畳に

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

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。

たボールペン等を手に取って、殺意をもって、 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 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、 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 ⑮津地判平成五年四月二八日判例タイムズ八一九号二〇一頁 被害者をめった刺しにしたところ、 過剰防衛も否定した。 被害者が動かなくなったので、

圧迫し、

窒息死させたという事案である。

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、 による興奮状態は相当程度治まっていたことが窺われ、 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 撃に対して」行われたものだとしつつも、「被害者が動くことなく、したがって抵抗をしなくなって以降、 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 更に、 殺人の実行方法も殺傷能力に乏しいボ 61 ールペン等 わば止

判決

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、 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 れるのであって、 を刺すことへの余裕さえ認められる。そうだとすれば、 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。 右の段階では被害者による急迫不正の侵害は消失し、 余裕さえ認めら

ものではないことを根拠に、 頸部圧迫行為に及んでいるが、 本件は、 最初の反撃行為の時点から被告人に殺意があった事案である。 過剰防衛を否定した点に特徴がある。 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 被告人は侵害の終了後も殺意をもって

⑥最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八五九頁

下出 憤激のあまり、 ながら、 に打ちつけ、 けつつ、灰皿 して被害者の顔面を一発殴打した。すると、 本件の事案は以下の通りである。 足で踏みつけたりするなどの暴行を加えた(第二暴行)。 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。 「おれを甘く見ているな。 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)。 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 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 おれに勝てるつもりでいるのか」などといい、 被告人が、 被害者がアルミ製の灰皿を投げつけてきたため、 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、 被害者は頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うク 被害者の腹部等を足げにした 被害者の転倒後、 被告人はこれを避 被告人は Ŧ

は、 不正の侵害に対して防衛の意思をもってした正当防衛の性質を有するものとして始まった」 「急迫不正の侵害が終了し、 (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、 「被告人の行為は、 が、 被害者の この段階に

当初

は

急迫

して一個の過剰防衛が成立するとした。

さほどの時 侵害に対する反撃に比して、その侵害が去った後の暴行行為が質的・量的に著しく変化したり、 となどに起因する同根の暴行の故意に基づき、 至っては、 の寄与度が高いなどの事情が認められない限り、 正当防衛ない 蕳 本件では第 的 間 隔をおかない し過剰防 暴行の方が死亡結果への寄与度が高いので、 同一機会に、 **!衛の成立する基盤はなくなっていた」としながらも、** 同一場所において、 数分間という短時間で連続的に行われたのであって、 上記各行為を分断せずに一体のものとして評価することが 同一の被害者に対し、 第一 暴行と第二暴行を分断せずに全体と 「被告人の上記各行為は 灰皿を投げ付けられたこ 死の結果発生 急迫不正

明らかであり、 その間 第二行為による傷害罪のみが成立するとした。 剰になったものとは認められない」とした上で、 第二の暴行は、 暴行は、 これに対 に断絶があるというべきであって、 時間 的、 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、 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。 控訴審判決 場所的には連続しているものの、 (東京高判平成一九年一二月二五日刑集六二卷六号一八七九頁) 急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、 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、 第二の暴行の際には、 外観上、侵害が終了していることが は、 明らかに性質を異にし、 その反撃が量的に過 第 の暴行と第二 の暴行と

に過剰になっ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、 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、 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。 「その間には断絶があるというべきであって、 本決定も控訴審と同様に、 第一暴行と第二暴行は 急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、 「時間的、 場所的には連続しているものの……侵害の継続 その反撃が量的 第二暴行に 性

を除き、

侵害の終了前後で故意に変化がみられない

よる傷害罪が成立するとした。

はそれを裏づける趣旨と理解できる)を根拠に過剰防衛を否定したことが注目される。(エト) とに加え、 れに対し、 所的近接性、 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 控訴審および本決定は、 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。 第二暴行の時点で侵害が終了しており、 第一 審は、 被告人もそのことを認識 判例⑤から⑧に沿う形で、 していたこ 時 間 的

なお、本決定以降で過剰防衛を否定した例として、松山地判平成二一年七月二 一 日 18 がある。

(3) 分析

がある 区別されるべきであろう。 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 (判例③、 の中には、 ④)。しかし、このような事案は、 以下では、 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 議論の混乱を避けるためにも、 本来誤想過剰防衛として扱われるべきであり、 客観的に侵害の終了が認められ、 て、 過剰防 衛 量的過 か め 一剰とは たも

質性、 余勢」に言及するもの 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 由に全体として過剰防衛を認めたものが多い 寄与の同等性などから行為の 肯定例をみると、 (判例⑥、 古くは、 8 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 と、そのような精神状態には触れず、 連性を認めるもの (判例5~8)。 (判例⑤、 しかし、その中でも判例②と同様に 7 に分かれる。 (判例②)、 時間的場所的近接性、 最近では行為 なお、 肯定例では 興 行為態 0) 奮 連性を理 0 判 様 下 例 で 0 $\overline{(4)}$ 同

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

わ

れたといった事情が挙げられている

(判例

13

<u>16</u>

されることなく、 の場合、 侵害終了後に殺意を生じている場合が多いことである 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 過剰防衛が否定されている。これに対し、 (判例9)、 否定例でも故意に変化がみられ 10 (判例⁽¹⁵⁾) 11) <u>14</u> や、 これらの 攻撃の意思のみで追撃行為が 例では特に ない もの 理 もあ 由 ロづけが な

 $\underbrace{1}_{\circ}$ 性、 といわれることがある。 め 侵害終了後の られているといえよう。 れらの判例を統 行為態様 の同質性などが認められ、 行為が死因となるなど、 的に理解することは容易ではない 確かに、 判例(5) 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 (およびで) 結果発生にとって決定的な意味を持った場合には 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、 は限界事例に位置するものと思われる。 が、 傾向としては、 故意の同一 性や、 なお、 体性が 時 間 寄与度に が否定される(20) 量 的 場 的 過 所 的 剰 に関し、 近 が

る。 防衛の意思とは明らかに別物である。 という言葉を用いているが、 ざるを得ない。 が 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)。 であろう。 あるはずであり、 これらの だとすれば、 否定例 基準のうち、 L かし、 量的過剰の肯否の基準となる心理状態の継続とは、 の理由づけを読むと、 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 その 時間的場所的近接性は、 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」 理論的な位置づけは判例 なぜなら、 判例は、 量的過剰が問題となる事案では、 否定例の事案でも認められるから、 特に心理状態の継続を重視しているようにみえる からは明確に読み取ることができな この心理状態に関し、 それとは別の心理の 行為者には侵害の終了の 決定的なものとは 判例(16) 層の 問題であると考え ば という意味で 防 (判例) 衛 からであ いえない 0) 意思」 15 認

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

学説では、 過剰防衛の 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 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。

項を適用する前提に欠けるというのである。否定説からは、(タム) はないとする。すなわち、 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、そのどちらにおいても過剰防衛を認めるべきで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、そのどちらにおいても過剰防衛を認めるべきで 問題に解消されるべきことになる。 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、 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 量的過剰の問題は、 先行する反撃行為がない場合と、 誤想防衛または誤想過剰防衛 侵害終了前

題は、 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、 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。この問 めるには至っていない。 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 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 後述するように、 特に正当防衛部分から重 この批判に対する肯定説の対応は分かれている。 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、 i V 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 侵害終了後に追撃がされたことを理 侵害終了前

(2)肯定説

(---) 過剰 防 衛 0 刑 0) が減免根 拠論 からのアプロ 1 チ

そのような立場を前提に、 的に動揺しているという状況を考慮すれば、 過 だという考え方である。(26) 剰 防 衛の 刑 0) 減免根拠論については、 量 的過 剰を認める見解がある。 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。 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 すなわち、 「責任減少説からは、 緊急状態の 下 で精

のは、 しての性格が、 的性格」 為について、 剰防衛につい 過剰部分にも防衛事象的性格が認められる。 ては無意味であるが、 いう見解が主張されている。 また、 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」るとするのである。 最近では、 が認められるためには、 ても、 [「]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」とする。そして、「防衛事 事後的 過剰防衛と過剰避難とを対比しつつ、 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」だとし、 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、 、過剰部分においてもなお維持されていれば十分」だとし、「事後的過剰」(28) 安田拓人は、 「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 「侵害終了後の追撃行為は、 そして、この防衛事象的性格が認められるがゆえにこそ、 責任減少の見地から、 もはや正当な利益を守るための行為とし 量的過剰 防衛」 防 侵害終了後の 衛 が否定され を認めようと 事後的 た行為と 事後的 象 行 渦

がるの 減少を説明するところにある。 の場合より緩やかな期待可能性の判断を認め、 この見解の特徴は、 かが問題となるが、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) 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 不正の侵害に起因することが、 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) なぜ緩やかな期待可能性判断を許すことにつな 過 剰 責 そ 避

任

難

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うべきであろう。 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

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。

前の行為と終了後の行為との連続的一体性」 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 単 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、 剰と質的過剰とでは、「強度と時点との差異はあれ、 複数の構成要件該当行為であるものが、一 とが部分的にせよ存在する点において、 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) 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、 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、 個の行為に準じるものとして扱われる」とする。これは、「侵害終了(31) 一を根拠に違法減少を認めるものといえる。また、長井圓 両者の『不法減少』にも本質的な差異はない」とし、(33) 『急迫不正の侵害』とこれに対応した『防衛行為』 同 機会における同 複数の行為 個の行為と実 形式的には (正当防 量的

理的に一貫している。(35) らである。 違法減少に着目して量的過剰を説明する見解からは、 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。 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 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 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 これに対し、 なぜなら、 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 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 追撃行為のみが処罰を基礎づけるとし、

するというのは理論的に困難であろう。

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。 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、 しかし、 正当防衛にあたる場合だけは分断 侵害終了前の行為が過剰防

るという考え方も成り立つことになる。(37) 体的評価という考え方には必然的にはつながらない。 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、 侵害終了後の行為のみを分断して三六条二項を適用 侵害終了前 0) 行為と

二 一連の行為論からのアプローチ

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。 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 一評価の対象となるべき行為の統合

とは、 を判断すべき」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、 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ことになり、不都合だと べきであり、 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』 いうのである。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、(③) をともに 違和感があり、 なわち、 永井敏雄判事 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、 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 「量的過剰」の範疇に含めた上で、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。(38) 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 さらに、 は、 複数の反撃行為が侵害の継続中に行われた場合と、 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 侵害の終了後に追撃行為が行われた場 の内容を確定す 合

うことになる。 (41) 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いうのが論理的に一貫した帰結とい

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。 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 そこで、学説ではいくつかの考え方が示されている。 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・追撃行為があった場合は常に行為の

為の一個性の基準(すなわち「同一の行為意思」)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 ことは困難ではなかろうか。 しかし、量的過剰が問題となるのは、 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ろう。 まず、高橋則夫は、 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。 判例⑯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一 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 もちろん、侵害 個性が認められ

連の一 為の一 侵害の 見解もある。 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ような法的実体」が必要だとする。この見解は 右の見解があくまで行為の一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 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な二段階判断を主張するものと思 個の行為と見ることができるような事実的基盤」が存在しなくてはならないが、それに加えて「そのよう 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 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

われるが、量的過剰の肯否を判断するためには、(45) 最終的に過剰防衛 0 ·刑の減免根拠を考慮しなければならないこ

とを認めるものにほかならない。

4 検討

あろうか。 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

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、 定説に至ることになる。 指摘するように、 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、 が認められることになり、 底すれば、 不可欠であろう。 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 短時間の間に同種の態様の複数の行為が存在し、 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、 そこで、 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、 行為の一 個性の判断に加え、 故意の連続が認められるのであれば、 過剰防衛として評価するに値するかという法的 過剰防衛の本質論に立ち入ることが 常に量的過剰 量的過剰 ーチを徹 再三 否

るはずだからである。 するのであれば、 るように思われる。すなわち、 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、 したがって、量的過剰を認めるべきか否かは、 その範囲が広くなりすぎるし、 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。 時間的場所的近接性、 防衛の意思を考慮して分断を行うのであれば、 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。 態様の同質性、 故意の連続性を基準に行為の一個性を判断 連の行為論と同様の問題を抱え 否定説につなが

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。 対し、 揺し、 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ということである。たとえば、(46) 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 下で動揺が生じているからだと思われる。 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 そうだからである。 不正の侵害が既に過ぎ去り、 意思」の継続がなくとも、 この点について、 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、 同人を殴打したという場合、 残るのは責任減少からのアプローチである。 量的過剰 しかし、 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 責任減少を考える上で留意しなければならないのは、 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、 「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 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 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 責任面に着目すれば、 急迫不正の侵害や受忍義務のない現在 侵害の認識を前提とする 精神的動揺といっても、 絶対に発覚することが 防 0) 危難 それ でき 衛 0

定することができそうである。 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 しかし、これには以下の三つの疑問がある。 侵害の終了直後に、

動揺 侵害の終了を認識しつつ、 認めるには さに事 後的復讐であり、 継続を理 不正の侵害に対してまったく反撃行為に出ずに防御的行動に終始していた者が、 侵害終了後の行為が 由 に量的 過剰防衛を認めるべきではないであろう。 過剰が認められることになってしまうのではないかという疑問である。 平静を失った状態で侵害者に攻撃を加えた場合に、 「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。 この問題を克服する方法として、 急迫不正の侵害下で生じた精: だが、 この点、 量的 これ 量的 過

しているかにみえる。

ため」という動機面 剰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、 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) 侵害の終了前後の行為が は、 問 題を克服 防 衛

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。 する考え方の背後には、 了前の反撃が正当防衛にあたれば違法性はゼロだが、 が妥当かは疑問 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。 侵害終了後の攻撃の程度が同じだった場合) では侵害継続時に何も反撃をしていないのだから、 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、 侵害終了前に反撃が行われ、 もしかすると、 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、 正当防衛は違法性を打ち消す事情にとどまらず、 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、 その時点までの行為の違法性はゼロである。 前者より有利に扱われる根拠は見出しがたい。 違法性という観点からみても、 しかし、そのような正当防衛の 侵害終了前に反撃 法秩序にとって推奨さ 後者では侵害終 (仮に両ケースで 行為がない 両者を区別 理 前者

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) 者を過度に有利に扱うことには疑問がある。 合などに限られることを考慮すれば、 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、 その疑問はなおさら増す。 侵害の終了が認められるのが、 被害者の帰責性を二重に考慮して行為 実際上、侵害が完全に制圧された場 侵害の継続を広く

が残るのである。

法行為として評価すべきである。 剰は否定するのが妥当であろう。 以上の検討から、 量的過剰を肯定する見解にはいずれも問題があるといわざるを得ない。 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、 したがって、 単なる違 量 的 過

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。

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) 裁判例が現れた。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、 であろう。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(坐) 評 張にしたがえば、 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 説を採るとすれば、 その後に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 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。 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 i 価説 判例も、 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 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 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)。 の立場からは、 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。さら 前記の事案では傷害の部分は無罪となり、 このような場合も含めて、 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。 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。 暴行罪のみを認めるべきことになる)。 独立して正当防衛と しかし、全体評価 したがって、全体

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

衛+誤想防衛の場合、(53) には、 は可能かもしれない。 誤想過 害が継続しているのだから、 想過剰防衛行為との いう現象が起こりうることになる。 0) 全体の中で誤想に基づく部分と基づかない た場合、 行為も全体評価すべきだとするのが一貫しているから、 0) 害終了前後で分断的に評価すべきだという考え方である。 次の二つの考え方がありうるように思われる。 言及したい。 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、 ン結果、 継続中の 利防 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、 このような考え方にしたがえば、 侵害の終了前後にまたがり、 衛 複数の反撃行為を全体評価すべきだという立場からは、 この場合、 0 湯合、 関係が問題となる。 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、 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 全体を誤想過剰防衛と称するべきなのか、 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。 そのような現象が生じた場合に、 誤想に基づかない行為と誤想に基づく行為が混在することになる。 この問題はほとんど論じられることがないが、 侵害終了後に行為が継続された場合にも 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 ひとつは、 後者の考え方が妥当かもしれ この場合、 客観的に急迫不正の侵害が終了しているのだから、 過剰防衛と称するべきなのかは問題となろう。 誤想上の侵害の継続中に行われた複数 侵害終了前の行為が過剰防 それを 侵害終了前の行為が正当防衛にあたる場 行為者の認識レベルでは急迫不正 侵害終了後の誤想防衛行為または誤 「量的過剰」 「過剰防衛」 ない。 正当防衛または過剰防衛 量的過剰否定説からは、 0) この考え方を採用 ケー 一衛にあたる場合は が認められると スだと呼ぶこと れるが、 正当防 の反 侵害 の侵 そ

なくてはならない

処理に

0

7

四結語

ら、 業の際、 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。 っ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。 宮澤浩一先生には、 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。 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、 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、 本稿では、そのお言葉を思い出しなが あまりに拙い内容 演習の授

- (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巻三号一八七頁。
- (3) 最決平成一七年七月四日刑集五九巻六号四〇三頁。
- $\widehat{4}$ 題を論じるワークショップが行われた。 ○巻一号(二○一○)六七頁以下の諸論文を参照。なお、二○一一年の刑法学会大会では、 務研究三号(二〇一〇)九三頁以下など。さらに、「特集 五九卷二号(二〇〇九)四二三頁以下、 一九号(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 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 深町晋也「『一連の行為』 一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」刑法雑誌五 論について―全体的考察の意義と限界 同理論から過剰 立教法 ナル
- (5) 最判昭和四六年一一月一六日刑集二五巻八号九九六頁
- 6 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 曽根威彦 「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 上巻』(二〇〇六) 一三四頁以下参照。 過剰に
- 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、曽根・前掲注 (6) 八—九頁、 橋爪隆 判批」 ジ ユ IJ Ź

- して、 五四号 松尾・ 前揭注 <u></u>
 一九 九九) 6 一三八—一三九頁 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
- 8 解説』(一九九八) 一五〇頁以下。 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、 生古稀祝賀刑事裁判論集 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 上巻』(二〇〇六)六一頁以下および七一頁以下、 小田直樹 同 「正当防衛判 「判批」 断の実際 『平成九年度重 判 三要判例 の安定 文哉先
- (9) 遠藤「正当防衛判断の実際」前掲注(8)三〇八頁。
- $\widehat{10}$ 報九五三号一三六頁。さらに、東京地判昭和五三年一一月六日判例時報九一三号一二三頁、 一五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、 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巻八六六頁、大阪高判昭和五四年九月二〇日判例 に関する一考察(一)」法学七四巻一号(二〇一〇)一頁以下。 東京高判昭和 成瀬幸典 五四 [年五月 時
- 11 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、 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、 と位置づけている。 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、 (昭和三四年度)』 一頁以下参照。 川 口 [政明 「判解」 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 『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 寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説 かつ、同条一項、二項につき相当性 行為を分断的に評価したか全体的 に評価し の要件は 審が横転 刑 事 事 篇 案
- 12 下による。 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) 兀 頁以
- (13) 川口・前掲注(11)二二五頁。
- (4) 刑集四八巻八号五〇九頁。
- 15総和的 以下に挙げるもののほか、 作用によって被害者を死亡させたという事案につき、 急迫不正の侵害に対して過剰な反撃を行い、 侵害の終了前後の暴行を一体的に評価し、 侵害の終了後も暴行を行った結果、

- 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して、東京地判平成六年七月一五日判例タイムズ八九 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
- (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。

号二六四頁がある。

- (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) 曽根·前掲注(6) 一〇—一一頁。
- 21 月二五日刑集五一巻五号四四九頁を参照)。 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 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 (大阪高判平成八年一二
- 22 大学法科大学院紀要三号(二〇〇九)四〇五頁以下、日髙義博「判批」現代刑事法一号(一九九九)七一頁、松宮孝 「判批」法学教室二〇八号(一九九八)一一一頁など。 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」白鴎
- 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。
- として―」刑事法ジャーナル一六号 (二〇〇九) 二四頁以下。 正当防衛の限界」刑法雑誌三五巻二号(一九九六)二〇九一二一〇頁。 橋田・前掲注 (23)二二九─二三○頁、同「量的過剰防衛─最高裁平成二○年六月二五日第一小法廷決定を素材 同様に、 山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと
- (25) 橋田・前掲注(23)二三四頁、同・前掲注(24)二六頁。
- 26 (中)』(一九八六)三四八頁など。 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
- 27 安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」 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 刑法雑誌五〇巻二号(二〇一一)二九四頁。 安田の見解につ

- 28 安田 過剰 防衛 の判断と侵害終了後 0) 事 前揭注 (27) 二九七頁。
- 29 過剰防衛 0 判断と侵害終了後 の事情」 前揭注 (27) 二九八頁。
- 30 安田 過剰防 衛 0) 判断と侵害終了後の事情 前揭注 (27) 二九三一二九四 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 Щ 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 34 このほか、 長井圓 「過剰防 行為の一体性に加え、 .衛の一体的評価と分断的評価」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(二○一○)二三二頁 「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
- 衛行為の個数について— 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_ 『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察─」阪大法学六○巻六号(二○一一)
- 『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

36 山口・前掲注 (32) 五七頁。さらに、西岡正樹 「判批」法学七四卷二号 (二〇一〇) 二五五頁。

(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○頁以下。

- 37 を主張している。 安田 「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」 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。 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
- 38 うに、侵害の継続がある場合とない場合とでは、 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、 2者は区別すべきだと思われる。 永井・ 前揭注 12 一三二—一三三頁。 永井によれば、 正当防衛成立の可能性の有無という点で大きな違い 侵害の継続中に複数の反撃行為が行われる場合も、 本稿の冒頭でも述べたよ があるのだから
- 39 永井・ 前揭注 (12) 一三四頁。
- 40たものではない げるもの 前後で行為を分断すべきだとするものとして、 永井・ 0) 前揭注 ほ か、 が 豊田兼彦 12 仲道 一三五頁。 前揭注 「判批」 (4) 四二三頁以下。 このように、 法学セミナー六五三号(二〇〇九)一二三頁。 清水・前掲注 自然的な意味での行為の一 これに対し、 22 行為の一 四〇五頁以下。 個性を問題にするものとして、 個性を問題にしながらも、 量的過剰の場合のみを念頭におい 前田雅英 一正当防衛行為の 侵害の終了

には、 い」とする。 判例における正当防衛の構造」 行為の客観的 さらに、 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 川端博『正当防衛権の再生』(一九九八) 二八八頁以下参照。 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

- (41) 永井・前掲注(12)一四四頁以下。
- 42 前揭注 $\widehat{4}$ 四二頁以下。さらに、 仲道・前掲注 (4) 四六六頁、 深町 前揭注 (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○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 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、 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、 深町・前掲注 減免根拠 $\widehat{4}$
- (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

〇六頁以下を参照)。

- 47 安田「 過剰防衛において「防衛の動機ないし意図」を重視する。 事後的過剰防衛について」前掲注 (27) 二六〇頁。 平野龍 刑法 総論Ⅱ』 (一九七五) 二四 頁以下
- (48) 前掲注(8)の文献を参照。
- (49) 小田·前掲注(8) 一五二頁。
- 50 四号 最判平成九年六月一六日刑集五一巻五号四三五頁(これに批判的なものとして、 (一九九九) 一一八頁以下、橋爪・前掲注 7 一三三頁以下)。 橋田久 判 批
- 51 事案であるといえる(松田俊哉 最決平成二一年二月二四日刑集六三巻二号一頁。 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。 「判解」法律時報六二巻一一号二五三頁参照)。 同決定の控訴審判決 (大阪高判平成二〇年一〇月一 したがって、 本件は 几 質的 H 刑
- (5) 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。