
種 別： 論説

タイトル： 防衛行為の一体性について

著 者： 日和田 哲史

所 収： 『上智法学論集』第55巻2号（平成23年12月）37-67頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

防衛行為の一体性について

日和田 哲史

- 一 問題の所在
 - 1 最決平成 20 年 6 月 25 日刑集 62 卷 6 号 1859 頁と最決平成 21 年 2 月 24 日刑集 63 卷 2 号 1 頁
 - (1) 平成 20 年決定
 - (2) 平成 21 年決定
 - 2 判例における「防衛行為の一体性」
 - (1) 昭和 34 年判決
 - (2) 平成 9 年判決
 - 3 小括
- 二 「防衛行為の一体性」と相当性判断
- 三 学説における「防衛行為の一体性」
 - 1 構成要件に先立つ行為の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解
 - 2 構成要件の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解
 - 3 違法性阻却事由の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解
- 四 「防衛行為の一体性」と「疑わしきは被告人の利益に」
 - 1 分断的評価の問題点
 - 2 利益原則の観点から「防衛行為の一体性」を考える見解
 - 3 分断的評価を躊躇させる事情とは何か？

一 問題の所在

1 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁と 最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁

急迫不正の侵害に対して、複数の行為によって防衛がなされたとき、そうした行為をどのように評価すべきなのか。個々の行為について、正当防衛や過剰防衛、あるいは単なる違法行為であるとの評価を加えなくてはならないのだろうか。それとも、ある一定の範囲で複数の行為を一括して、評価を加えるべきなのだろうか。

後述するように、我が国の判例は基本的に後者の考え方を採ってきた。すなわち、一連の行為が認められる範囲において、またその限りにおいて、複数の防衛行為について全体として過剰防衛が成立するという枠組みを採用してきたのである（以下、複数の防衛行為について全体として過剰防衛が成立しうる場合を「防衛行為の一体性」という）。

近時、この「防衛行為の一体性」の範囲とその限界について、新たな判例が登場した。それが最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁（以下、「平成20年決定」という）と最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁（以下、「平成21年決定」という）である。

(1) 平成20年決定

まず、平成20年決定の事案は次のようなものである。

被告人は、被害者からその生命・身体に対する急迫不正の侵害を受けただために、被害者の顔面を殴打するなどの暴行を加えたところ（以下、「第1暴行」という）、被害者が転倒して後頭部を地面に打ちつけ動かなくなってしまった。そのような状態の被害者に対して、被告人はさらに被害者を足蹴にする等の暴行を加え（以下、「第2暴行」という）、死亡さ

せた。被害者の死亡結果は第1暴行に起因するものであり、第2暴行は傷害結果を生じさせたに過ぎなかった。

原々審⁽¹⁾は、「被告人の行為の評価」として、第1暴行と第2暴行は、分断して評価せずに被害者の侵害に対する一連の反撃行為としてみることが自然であり、第1暴行と第2暴行とを全体的に観察して正当防衛ないし過剰防衛の成否を判断するのが相当であるとした。その上で、第1暴行は正当防衛の成立する状況下にあったが、第2暴行は無抵抗の被害者に対して執拗に加えられたもので、脾臓挫滅等の高度な傷害を負わせており、被告人による反撃行為全体をみると、防衛に必要な程度を逸脱し、防衛手段としての相当性を欠くものとした。そうして、第1暴行と第2暴行の全体につき過剰防衛による傷害致死罪の成立が認められるとしたのである。

他方、原審⁽²⁾は、第1暴行と第2暴行は「時間的、場所的には連続しているものの、第2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2暴行に及んでいる」のであり、「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、第1暴行と第2暴行は明らかに性質を異にし、その間に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」とした。そのため、第1暴行には正当防衛が成立するが、第2暴行は単なる犯罪としての傷害罪が成立するとしたのである。

そこで上告趣意は、第1暴行と第2暴行は分断せず一体のものとして評価すべきであり、その上で、全体について正当防衛を認めるべきであると主張した。

この主張に対して、最高裁は原審の判断を維持し、本件事案につき、

-
- (1) 静岡地沼津支判平成19年8月7日刑集62巻6号1866頁。
 - (2) 東京高判平成19年12月25日刑集62巻6号1879頁。

第1暴行と第2暴行を「全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当ではな」として、「防衛行為の一体性」を認めず、正当防衛に当たる第1暴行については罪に問うことはできないが、第2暴行について単なる犯罪としての傷害罪が成立するとした。

「防衛行為の一体性」を否定する理由について、最高裁は、第1暴行と第2暴行は時間的、場所的には連続しているものの、第1暴行により転倒した被害者が被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなく、被告人はそれを認識した上で、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のは明らかであり、第1暴行と第2暴行は、被害者による侵害の継続性及び被告人の防衛意思の有無という点で明らかに性質が異なり、第2暴行の際における被告人の発言内容や、抵抗不能の状態にある被害者に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにも鑑みると、第1暴行と第2暴行との間には断絶があり、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ず、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当ではないとした。

ここで、第2暴行の際における被告人の発言内容や、それが激しい態様のものではあったという事情は、第2暴行は正当防衛でも過剰防衛でもないということを根拠付けると共に、「防衛行為の一体性」を否定する事情ともなっているように思われる。しかし、本件類似の事案において、仮に被告人において第2暴行の際の発言がなく、かつ、それが相当に激しい態様でなかったとしても、侵害の継続性・防衛意思の有無という点で明らかに行為の性質が異なるとされているならば、「防衛行為の一体性」は認められないであろう。そうすると、それらの事情はあくまで行為の一体性を判断するための副次的要素であったと考えられる⁽³⁾。

(3) 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3号(2010年)127頁は、判例における「時間的場所的接着性や行為態様の同一性

(2) 平成 21 年決定

以上のように、平成 20 年決定は、侵害の継続性・防衛意思の有無という観点から、「防衛行為の一体性」を判断し、これを否定した。他方で、これと基本的に同様の枠組みに依拠しながらも、「防衛行為の一体性」を判断し、肯定したのが平成 21 年決定である。

平成 21 年決定の事案は次のようなものである。

被害者が被告人に向けて折り畳み机を押し倒してきたところ、被告人はその反撃として同机を押し返した（以下、「第 1 暴行」という）。さらに被告人は、これによって転倒し反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打した（以下、「第 2 暴行」という）。本件事案においては、傷害結果を惹起した行為は第 1 暴行であり、第 2 暴行は暴行にとどまるものであった。

原々審⁽⁴⁾は、第 1 暴行と第 2 暴行の両時点において、侵害の急迫性も防衛の意思も認められないために、傷害罪について過剰防衛が成立するとしていた。

他方、原審⁽⁵⁾は、原々審の認定を覆し、第 1 暴行と第 2 暴行の両時点において、侵害の急迫性と防衛意思が認められるとした。しかし、第 2 暴行の時点では被害者による侵害はさほど切迫したものではなく、それにも関わらず、被告人は、攻撃に有利な体勢から、ある程度暴行を継続する意思の下に、一方的に第 2 暴行に及んでいることから、第 2 暴行それ自体は相当性の範囲を逸脱したものであるとした。そして、第 1 暴行と第 2 暴行は、被害者による急迫不正の侵害に対し、「時間的・場所的に接着してなされた一連・一体の行為であるから、正当防衛にあたる

は、積極的に『一連の行為』を基礎付ける要素であるというよりは、むしろ時間的場所的に余りに離隔した場合や行為態様が余りにも異なる場合には、『一連の行為』であることを認めることに消極的に働く（限界確定）要素に過ぎないと解するべき」と指摘する。

(4) 大阪地判平成 20 年 6 月 16 日刑集 63 卷 2 号 8 頁。

(5) 大阪高判平成 20 年 10 月 14 日刑集 63 卷 2 号 15 頁。

か過剰防衛にあたるかは全体として判断すべき」であるとした上で、両暴行は全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったから、1個の過剰防衛行為と評価すべきとした。結論として、過剰防衛としての傷害罪の成立を認めたのである。

そこで上告趣意は、仮に第2暴行が相当性の範囲を逸脱したものであったとしても、傷害結果を生じさせた第1暴行には正当防衛が成立するために傷害罪は成立せず、第2暴行には過剰防衛としての暴行罪が成立するのみであるから、第1暴行と第2暴行とを1個の防衛行為として捉え、過剰防衛としての傷害罪の成立を認めた原審判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があると主張した。

この主張に対して、最高裁は原審の判断を維持し、第1暴行と第2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の傷害罪の成立を認めるのが相当」とした。そして、第1暴行が正当防衛の要件を満たしていることについては、「有利な情状として考慮すれば足りる」としたのである。

本件は、追撃行為である第2暴行について、侵害の継続性と防衛の意思が認められている点で、平成20年決定とは事案が異なる。その点を踏まえると、次の2点が指摘できる。

まず、平成21年決定は「侵害の継続性」という文言を用いているが、平成20年決定と異なり、第1暴行と第2暴行という一連の行為について侵害の継続性が認められたのは、本件においては侵害の急迫性が第1暴行と第2暴行の時点で認められるからであろう。

次に、平成20年決定の事案では、第1暴行に防衛意思は認められたが、第2暴行には認められていなかった。しかし、本決定の事案では、第1暴行と第2暴行の両時点で防衛意思が認められているのみならず、それらの防衛意思が「同一」のものであるとされている。これは、単に両行為の時点でいずれも防衛意思が認められるだけでなく、それらが

連続性ある「同一」のものであることが、両暴行を一体と評価するため
に必要とされていると理解することができよう。

この平成 21 年決定によれば、第 1 暴行と第 2 暴行のそれぞれについて
違法性判断を加えた場合よりも、結論において罪名が重いものとなる
場合が認められることになる。すなわち、もし両者を分断して判断すれ
ば、第 1 暴行は正当防衛により無罪、第 2 暴行は暴行罪の過剰防衛とな
るはずだが、最高裁は傷害罪の過剰防衛を認めているのである。この点
に対しては、後述のように、学説から厳しい批判が向けられている。

さて、以上のような平成 20 年決定や平成 21 年決定の採る「防衛行為
の一体性」という考え方は、突然現れたものではない。過剰防衛の成否
に関する最判昭和 34 年 2 月 5 日刑集 13 卷 1 号 1 頁（以下、「昭和 34 年
判決」という）、最判平成 9 年 6 月 16 日刑集 51 卷 5 号 435 頁（以下、
「平成 9 年判決」という）が前提となっている。

2 判例における「防衛行為の一体性」

(1) 昭和 34 年判決

まず、「防衛行為の一体性」のリーディングケースとして昭和 34 年判
決がある。

その事案は次のようなものである。

被害者が屋根鉋を被告人に突き付け「この野郎殺してしまうぞ」など
と威嚇したところ、被告人が手元にあった鉋で被害者の頭部を複数回切
りつけ（以下、「第 1 暴行」という）、屋根鉋を落とした被害者が転倒した
後も続けて 3、4 回切りつけた（以下、「第 2 暴行」という）。なお、被害
者は第 1 暴行のみによって致命傷を受けたのではなかった⁽⁶⁾。

最高裁は、このような事案につき、第 1 暴行と第 2 暴行を合わせて、
一連の行為であるとし、その際の情況に照らして「防衛ノ程度ヲ超エタ

(6) 寺尾正二「判解（最判昭和 34 年 2 月 5 日刑集 13 卷 1 号 1 頁）」最高裁判所判例解説
刑事篇昭和 34 年度 8 頁。

ル行為」にあたりとし、全体として過剰防衛としての殺人罪が成立するとした。

もっとも、本件事案では、被告人の第2暴行の時点で、侵害の急迫性が認められるかどうかについて疑問があった。この点につき判文において言及はなされていないが、現在では、被害者が横転した後の第2暴行の時点においては、もはや侵害の急迫性は認められないと評価されることが多い⁽⁷⁾。それゆえ、殺人罪について正当防衛が認められないという結論は当然ではある。とはいえ、侵害の急迫性が認められない部分が含まれているのに過剰防衛の成立を認めてよいのか、さらに疑問が生じることになる。

ここでは、当初、急迫不正の侵害に対して防衛行為が行われたものの、その防衛行為を継続するうちに途中で侵害の急迫性が失われた場合、侵害終了後の行為に過剰防衛が成立するかという、いわゆる量的過剰(時間的過剰)が問題となる。

過剰防衛に関するいわゆる責任減少説からは、本件事案のように急迫性が認められない場合であっても、行為者に恐怖・驚愕・興奮・狼狽などの心理的圧迫状態があれば、責任減少を根拠とする過剰防衛の成立を認めることができる⁽⁸⁾。しかし、そのように過剰防衛の成立根拠を責任減少にのみ求めると、過剰防衛と誤想過剰防衛とが区別できなくなる。客観的な侵害行為の存在という重要な事実を軽視することになりかねない点で、この見解には疑問がある⁽⁹⁾。

(7) 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資見編『現代裁判法体系 30 (刑法・刑事訴訟法)』(新日本法規出版、1999年)141頁、橋田久「判批」産大法学32巻4号(1999年)122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』(判例タイムズ社、2006年)133頁、林幹人「量的過剰について」判例時報2038号(2009年)15頁。

(8) 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、第2版、2008年)201頁、西田典之『刑法総論』(弘文堂、第二版、2010年)177頁、安田拓人「事後の過剰防衛について」立石二六先生古稀祝賀論文集(成文堂、2010年)255頁、長井圓「過剰防衛の一体的評価と断片的評価」立石二六先生古稀祝賀論文集(成文堂、2010年)220頁。

この点、本件事案の第2暴行それ自体を取り出すならば、客観的に侵害の急迫性が認められない以上、誤想過剰防衛であったと解する余地がある。しかし、それが判例の唯一の解釈というわけではない。平成20年決定が「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」を量的過剰として理解しているとするならば、少なくとも本判例の理解としては、本件事案の第2暴行に責任減少が認められるのみならず、第1暴行と第2暴行に客観的な連続性・一体性があることから、第2暴行に違法減少が認められると解する余地もある⁽¹⁰⁾。

いずれにせよ、この判例は、第1暴行、第2暴行を一連の行為と構成し、全体として過剰防衛を認めることによって、第2暴行のみを単独で誤想過剰防衛として、あるいは量的過剰として処理することなく、殺人罪について過剰防衛の成立を認めたものという見方も可能と思われる。

そして、本件事案における第2暴行の時点で侵害の急迫性（継続性）が認められないと考えるならば、第1暴行と第2暴行とが1個の防衛行為とされた理由は、平成20年決定を踏まえると、第1暴行と第2暴行に時間的接着性と防衛意思の同一性が認められるところに求められるだろう。

(2) 平成9年判決

このような昭和34年判決を、「複数の個別行為を一連の行為として捉

-
- (9) 誤想過剰防衛においては誤想防衛との均衡を考慮しなくてはならず、これを過剰防衛とまったく同一に扱うことはできない。平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）247頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第2版、2007年）133頁。また、最決62年3月26日刑集41巻2号182頁は、誤想過剰防衛として刑法36条2項の「準用」を認めた原審の判断を正当なものとしているのであり、この点からも、判例が責任減少説を採用するものという理解には疑問がある。
- (10) 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009年）56頁。この点、「侵害終了前の行為と終了後の行為との連続的一体性」により違法減少を認めることに対する批判として、安田・前掲註（8）253頁。

え、それについて一括して相当性を判断する」という意味で捉え直したと考えられるのが、平成9年判決である。

その事案は次のようなものである。

被告人は、被害者から突然背後から鉄パイプで頭部を1回殴打されたところ、被害者からその鉄パイプを取り上げたが、なお被害者が向かってきたために、その頭部を鉄パイプで1回殴打した(以下、「第1暴行」という)。しかし、被告人はさらに被害者により鉄パイプを取り返されたため、逃げ出したところ、それを追ってきた被害者が転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になった。そのような状態になってもなお被害者が鉄パイプを手握っているのを見た被告人は、被害者を手すりの外側に追い落とし(以下、「第2暴行」という)、その結果、被害者は手すり上端から約4メートル下のコンクリート道路上に転落したというものである。

この事案においても、被告人の第2暴行の時点で侵害の急迫性が認められるかという点がまず問題となり、最高裁は第2暴行の時点で侵害の急迫性が認められるとした。

その上で、本件事案においては、第1暴行と第2暴行にそれぞれ侵害の急迫性と防衛意思が認められるため、「一連の暴行は全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであった」とし、傷害罪につき全体として過剰防衛が成立するとしたのである。

ここでは、第1暴行と第2暴行についてそれぞれ相当性の範囲を逸脱するものであったか否かについて、少なくとも判文上は明示されていない。そうすると、判例としては、第1暴行と第2暴行という一連の行為について、相当性を一括して判断し、相当性の範囲の逸脱を認めたものと理解すべきようにも思われる⁽¹¹⁾が、それについては後述のようにさ

(11) このように本判例を理解するのとして、橋爪隆「判批」ジュリスト1154号(1999年)136頁。ただし、本件の調査官解説である飯田喜信「判解(最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁)」最高裁判所判例解説刑事篇平成9年度98頁は、「防衛行為と

らに検討の余地がある。

3 小 括

さて、ここまで見た「防衛行為の一体性」に関する最高裁判例を総合すると、次のように言うことができるように思われる。

平成 20 年決定の第 1 暴行と第 2 暴行は時間的接着性が認められているものの、第 2 暴行に侵害の継続性・防衛意思が認められないことによって「防衛行為の一体性」が否定されている。他方で、平成 9 年判決・平成 21 年決定の第 1 暴行と第 2 暴行には、侵害の急迫性（継続性）・防衛意思の同一性が認められること、昭和 34 年判決の第 1 暴行と第 2 暴行は、防衛意思の一体性が認められることによって「防衛行為の一体性」が肯定されているものと思われる。そして、「防衛行為の一体性」が肯定された判例においては、すべて、一連の行為に時間的接着性が認められている。

そうすると、判例は一貫して、個別行為の時間的接着性を前提に、侵害の急迫性（継続性）・防衛意思の同一性を考慮することによって「防衛行為の一体性」を判断していると見ることができる。

二 「防衛行為の一体性」と相当性判断

前述のように、判例は、複数の個別行為が 1 個の防衛行為として認められる範囲で、相当性判断をその 1 個の防衛行為について一括して行っているように見える。仮にそうであるとすると、「防衛行為の一体性」の要件が満たされることにより、相当性の一括判断という効果が生じていることになる。

そこで、1 個の防衛行為についてどのようにして相当性の判断がなさ

して行われた一連の暴行については、正当防衛に当たるか過剰防衛に当たるかを、全体として判断すべきである」ことが判例の考え方であると指摘するに止まる。

れているのかという点を分析しておく必要がある。「防衛行為の一体性」の要件が充足された場合に生じる効果を明らかにすることによって、そのような効果と要件との論理的な関係を推測することができる可能性があるからである。

1個の防衛行為全体につき、判例がどのようにして相当性判断を行っているかを分析しようとするとき、まず、一連の防衛行為の途中における侵害者の攻撃力の減弱や、その攻撃力の減弱が認められる状況下での侵害の程度・個別行為の危険性が、相当性の考慮要素に含められていることが手がかりとなる。

例えば、平成9年判決の事案において、第1暴行の時点では、被害者による被告人の生命・身体に対する急迫不正の侵害が認められ、それに対して被告人は被害者の頭部を鉄パイプで1回殴打するという第1暴行を行っている。この第1暴行のみに着目するならば、第1暴行には侵害の急迫性・防衛意思・相当性が認められ、正当防衛の要件を備えているように思われる⁽¹²⁾。仮にそうだとすると、判例が、第1暴行と第2暴行について全体として相当性の範囲を逸脱するものとした理由は、第2暴行の時点で生命・身体に対する急迫不正の侵害、それに対する防衛意思は認められるものの、被害者の攻撃力に減弱が認められるのに対して、第2暴行が被害者の「死亡の結果すら発生しかねない危険なものであった」ところに求めることになろう⁽¹³⁾。

このように判例を理解するならば、判例が1個の防衛行為について一括して相当性を判断するという枠組みを採っているように見えても、そこではそれぞれの個別行為の個性までもが完全に失われていないということになる。つまり、1個の防衛行為全体につき相当性を一括判断する

(12) 防衛意思必要説だけではなく、不要説からもこの点は肯定できるだろう。橋田・前掲註(7)126頁参照。

(13) 侵害者の攻撃力の減弱を相当性の考慮要素とした上で過剰防衛の成立を認めた判例として、最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁。

ためのいわば予備段階として、それぞれの個別行為の相当性が検討されているのである。この予備段階においては、個別行為のそれぞれについて、急迫不正の侵害の有無・程度、侵害者の攻撃力の減弱、行為の危険性、惹起した結果の重大性等が考慮されているものと思われる⁽¹⁴⁾。

このようにして、それぞれの個別行為の相当性が判断された後に、「防衛行為の一体性」が判断されている。平成20年決定の言う侵害の継続性や防衛意思の有無が検討された後であるから、「防衛行為の一体性」の考慮要素は、個別行為の時間的接着性と防衛意思の同一性ということになるのではないだろうか。そして、「防衛行為の一体性」が認められる範囲において、相当性の範囲を逸脱する個別行為があり、かつ、その個別行為が過剰防衛の要件を備えているときに、全体として過剰防衛が成立するとされているように思われる。

以上のように、判例の言う「防衛行為の一体性」という枠組みにおいて実際に行われているのは、複数の個別行為の相当性判断を前提にした「過剰防衛としての一括評価」であると思われる。このような考え方を採ることによって得られる実益は次のようなものである。

すなわち、「防衛行為の一体性」が認められる場合、それぞれの個別行為がどのような結果を生じさせたのかという事情は、前述の予備段階としての個別行為の相当性判断においては意味を持ちうるものの、過剰防衛の一括評価には影響を与えない。そのため、仮にどの個別行為からどのような結果が生じたのかが不明であっても、①1個の防衛行為と結果とに因果性が認められること、②1個の防衛行為を構成する個別行為に相当性の範囲を逸脱するものがあることさえ証明されれば、1個の防衛行為から生じた結果に対応した犯罪につき全体として過剰防衛の成立を認めることができるという実益である。このような実益が「防衛行為

(14) 誤想過剰防衛の場合であっても、仮定的とはいえ、行為者が誤信した急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性の範囲を逸脱したものであるという形での相当性判断は可能と思われる。

の一体性」の効果であると思われる。

このような構成によれば、それぞれの個別行為と結果との因果性が不明の場合であっても、1個の防衛行為から生じた結果に対応した犯罪につき全体として過剰防衛の成立を認めることができるのであるから、それぞれの個別行為と結果との因果性が明らかであっても、同様の結論を導くことができることになるはずである。例えば、平成21年決定の事案では、第1暴行から傷害結果が生じ、第2暴行は暴行にとどまることが明らかである。しかし、正当防衛の要件を備える第1暴行と過剰防衛の要件を備える第2暴行について、「防衛行為の一体性」が認められる以上、過剰防衛の一括評価を行う段階では、第1暴行と第2暴行のそれぞれがどのような結果を惹起したのかという事実は影響しないために、結局、傷害罪について全体として過剰防衛の成立を認めることになったのではないと思われる。

判例の言う「防衛行為の一体性」が認められることにより生じる効果は以上のようなものではある。もっとも、以上のように理解しても、個別行為の時間的接着性・防衛意思の同一性が認められることにより、なぜ、このような効果の発生を認めることができるのかという理論的根拠はなお明らかではない。

ある一定の範囲において「防衛行為の一体性」を認め、全体として過剰防衛の成立を認めるという構成は一部の学説においても既に見られるところであるから、その理論的根拠を探るため、一旦、学説に検討を加えることとしよう。

三 学説における「防衛行為の一体性」

従来から、「防衛行為の一体性」については様々な見解が主張されていた。なぜ、そのような事態が生じたかと言えば、それは、この問題を犯罪論のどの場面に位置づけるべきかについて、学説が一致していなか

ったからである。

正当防衛・過剰防衛の成立に関わる「行為の一体性」が議論されうる段階は、構成要件に先立つ行為の段階、構成要件の段階、違法阻却事由の段階の3つがありえる。

以下では、上記3つの分類から各見解の理論構成を確認する。

1 構成要件に先立つ行為の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解

構成要件に先立つ行為の段階で「防衛行為の一体性」を考えるならば、侵害の急迫性が認められる場合は勿論、侵害の急迫性が消失した後であっても、「防衛行為の一体性」が認められる余地がある。

この見解の論者は、「人の行った行為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るに当たっては、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阻却事由の有無等を判断すべきものである」と指摘している⁽¹⁵⁾。

この見解によれば、「防衛行為の一体性」を判断するにあたって、侵害の急迫性（継続性）や防衛意思の一体性と共に、行為の時間的・場所的接着性や行為態様の類似性も考慮要素に含まれる。構成要件に先立つ行為の段階で「防衛行為の一体性」を考えるため、正当防衛・過剰防衛と直接の関係を持たない時間的・場所的接着性や行為態様という要素が含まれる余地が認められるのである⁽¹⁶⁾。

(15) 永井・前掲註(7) 135頁。

(16) 初又且敏「判批」捜査研究 691号(2009年) 11頁。この点、中川深雪「判批」研修728号(2009年) 22頁は、前後の行為の間に時間的連続性のあること、前後の攻撃行為に同質性が認められること、行為者の心理状態に継続性が認められることの3要素によって、判例は防衛行為の一体性を判断していると指摘する。侵害の継続性が認められない場合における行為の一体性に限ってはあながち、複数の考慮要素による総合評価を行う見解として、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修(2002年) 10頁。

また、防衛行為の一体性を判断する際に、行為態様の同一性を考慮要素とした下級審

しかし、「防衛行為の一体性」の範囲がこれらの諸要素の総合評価として得られるものであるとするならば、その判断は不明確なものとならざるをえない⁽¹⁷⁾。そして、このような不明確さは、諸考慮要素と正当防衛・過剰防衛との理論的関連性が明らかではないところに起因している。少なくとも、「防衛行為の一体性が犯罪の成否に直結するものである以上、違法・責任の判断とは無関係に行為の一体性・連続性を独立に問題とするのは不当である」との批判⁽¹⁸⁾に対して、何らかの応答が必要なものと思われる。

2 構成要件の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解

構成要件の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解には2つある。

まず、前述した構成要件に先立つ行為の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解の指摘した諸事情を踏まえて、複数の個別行為の全体が1個の構成要件に該当する場合に「防衛行為の一体性」を認めるべきと言う見解である⁽¹⁹⁾。

しかし、そのように言い換えたとしても、どのような場合に複数の個別行為の全体が1個の構成要件に該当するかはなお明らかではない。確かに、行為者が連続して被害者を殴打したような場合、狭義の包括一罪、特にいわゆる接続犯として、単純一罪と「同視できる」と言われることはある⁽²⁰⁾。しかし、それはあくまで罪数論の観点から「同視できる」だけであって、複数回の構成要件充足を1個の構成要件と「看做

裁判例として、京都地判昭和57年2月17日判タ468号173頁、大阪高判昭和58年10月21日判時1113号142頁、津地判平成5年4月28日判タ819号201頁等。なお、罪数処理の後、包括1罪の範囲で相当性を判断した東京地判平成6年7月15日判タ891号264頁がある。

- (17) 橋田久「量的過剰防衛——最高裁平成20年6月25日第一小法定決定を素材として——」刑事法ジャーナル16号(2009年)26頁参照。
- (18) 林・前掲註(7)18頁。
- (19) 松田俊哉「判批」ジュリリスト1385号(2009年)115頁。
- (20) 平野・前掲註(9)418頁、山口・前掲註(9)377頁。

す」ことはできない⁽²¹⁾。平成 20 年決定の事案のみならず、昭和 34 年判決、平成 9 年判決、平成 21 年決定の事案においても、行為者の一連の行為は構成要件を複数回充足しているものと言わざるを得ないように思われる。

次に、相当性の判断対象は、「区別して相当性を評価することが可能な行為」であるという見解である⁽²²⁾。

この見解は、正当防衛行為と過剰防衛行為がそれぞれ区別して評価可能であったならば、それらに「防衛行為の一体性」を認めることはできず、区別して「適法」と評価することが可能な正当防衛行為まで含めて、処罰対象に取り込むことは許されないとする。

しかし、この見解の言う「区別して相当性を評価することが可能な行為」が何を意味するのかは必ずしも明らかではない。

この点、「区別して相当性を評価することが可能な行為」が 1 回の構成要件充足を意味するならば、構成要件は違法性阻却事由の評価基盤であるから、構成要件の充足ごとに正当防衛・過剰防衛の成否を検討しなくてはならないという根拠づけがありえる。「正当防衛、過剰防衛においては、個々の行為によって生じた結果について違法阻却、違法減少が認められるかが問題なのであるから、個々の結果ごとにそれらの成否を判断すべき」という指摘はこの趣旨であろう⁽²³⁾。

しかし、仮にこのように理由付けたしても問題は残る。相当性の判断対象の範囲を 1 回の構成要件充足と考えたとしても、例えば、行為者が防衛行為として侵害者の頸部を圧迫し同人を殺害したが、その頸部圧迫行為の途中で、侵害者に攻撃力の減弱が生じ、それ以降の頸部圧迫行為には侵害の急迫性が認められないような場合に、どのようにして相当性を判断するのか⁽²⁴⁾。この頸部圧迫行為は、殺人罪の構成要件を 1 回充

(21) 平野・前掲註(9) 412 頁、山口厚「判批」刑事法ジャーナル 18 号(2009 年) 82 頁。

(22) 山口・前掲註(21) 83 頁。

(23) 山本輝之「判批」ジュリスト 1376 号(2009 年) 177 頁。

足するものと見ざるをえないように思われるが、急迫不正の侵害が失われる前の頸部圧迫行為が正当防衛の要件を満たすことも明らかである。このとき仮に、適法な部分まで含めて、行為者の頸部圧迫行為全体に過剰防衛が成立すると言うならば、「行為者の頸部圧迫行為は殺人罪の構成要件を1回充足するものであるから」という説明で十分なのだろうか。

この点に関連して、この見解の論者は、「個別行為が同一の態様で連続してなされている場合」には、それらにつき相当性を一括判断する余地を認めている⁽²⁴⁾。しかし、なぜ、「個別行為が同一の態様で連続してなされている場合」に複数の個別行為について相当性を一括して判断することが可能なのかという理由も明らかではない。「急迫不正の侵害に対して反撃行為を繰り返していくうちに過剰になったような場合、防衛行為の相当性を判断するためには、複数の反撃行為が一体として急迫不正の侵害に対する防衛行為としての意味を有していることから、反撃行為を全体として捉えることが必要になる」としても、そのとき、なぜ、複数の個別行為を一体として捉えるべきなのだろうか。その限界はどこにあるのだろうか。

3 違法性阻却事由の段階で「防衛行為の一体性」を考える見解

違法性阻却事由の根拠論から、「防衛行為の一体性」を考えるのが次の見解である。

すなわち、正当防衛結果と過剰防衛結果とは、前者が適法であり後者が違法であるという点で明らかに性質が異なるのであり、正当防衛結果

(24) この点、橋爪・前掲註(11)136頁は、平成9年判決のように「切迫する危険の内容・程度が変化している場合には、その全体について一括した判断をすることはできない」と指摘する。

(25) 山口・前掲註(21)82頁。

を惹起する行為と過剰防衛結果を惹起する行為とを1個の防衛行為とすることはできないと考えるのである⁽²⁶⁾。

この考え方は、正当防衛・過剰防衛の根拠論の観点から行為を切り分けるものとも言え、相当性の判断対象の範囲を独立して問題にするのではなく、端的に、正当防衛の要件を備える行為と過剰防衛の要件を備える行為を峻別するものである。先に挙げた頸部圧迫事案においては、急迫不正の侵害が消失した時点から、被告人の頸部圧迫行為は過剰防衛あるいは単なる犯罪ということになる。

我が国のように「防衛行為の一体性」として議論されているわけではないが、ドイツにおいても基本的に同様の考え方が採られているものと思われる。

もっとも、ドイツ判例においては、正当防衛行為に引き続いて行われた行為であっても、侵害の現在性が認められない以上、過剰防衛が成立する余地はないとされている⁽²⁷⁾。これは、形式的には、正当防衛状況になれば、その限界を超えたものである過剰防衛を観念できないという理由付けによるものではあるが、実質的には、ドイツ刑法33条が過剰防衛の効果として無罪を規定しているために、その適用によって不処罰となる場合を限定的に解すべきとの考慮が働いているものと思われる。その反面、正当防衛・過剰防衛の要件である侵害の現在性は、行為者が侵害者による攻撃の危険を終局的に除去するまで認められている。そのため、侵害の現在性がなお認められつつも、必要性の限度を超えたものとして、正当防衛行為に引き続いて行われた行為が過剰防衛と認定されることは想定し難い。したがって、過剰防衛を限度としつつも重大な結果に対応する犯罪の成立を認めようとする「防衛行為の一体性」の議論は、ドイツにおいては実益に乏しいものと推測される。

(26) 林・前掲註(7) 18頁、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2・3号(1998年) 235頁。

(27) BGH NStZ 1987, 20.

他方、ドイツ学説においては、正当防衛行為に引き続いて行われた行為ならば、侵害の現在性が認められなくとも、量的過剰として過剰防衛が成立する余地があるのではないかという議論もある⁽²⁸⁾。しかし、その議論も、正当防衛行為まで含めて複数の行為につき過剰防衛が成立するというものではない。あくまで、侵害の現在性が認められない追撃行為自体に過剰防衛が成立するかという観点からなされているものである。

例えば、被告人が、懐の拳銃に手をかけた被害者を、ナイフで複数回連続して刺突し重傷を負わせたという事案において、連邦通常裁判所は、被害者が倒れ込むまでの被告人の刺突行為を処罰することはできないとしている⁽²⁹⁾。そして、この判決の評釈においては、被害者が倒れ込むまでの刺突行為には正当防衛が成立し、過剰防衛の成立が問題となる余地はないとされている⁽³⁰⁾。

我が国でも、「事後的過剰防衛を肯定することは、事後的過剰部分が違法とされた場合に、全体を一体として違法と評価することを必然的に意味するわけではない」との指摘がある⁽³¹⁾。

(28) 量的過剰に関するドイツ学説に詳細な検討を加えたものとして、安田・前掲註(8) 249頁、長井・前掲註(8) 229頁。

(29) BGH, Urt. v. 24. 10. 2001-3 StR 272/01. なお、同判決は、被害者が倒れ込んだ後の被告人の刺突行為につき、侵害の現在性が認められないために過剰防衛となることはないとした上で、消極的構成要件の錯誤(Erlaubnistatbestandsirrtum)があるために故意責任を問うことはできないが、なお過失犯の成否が問題となるとしている。

また、BGH, Urt. v. 24. 11. 1992-5 StR 561/92は、急迫不正の侵害に対する反撃としての頸部圧迫行為の途中、被害者が凶器を取り落としたという事案において、被害者が凶器を取り落とすまでの頸部圧迫行為には正当防衛が成立するが、それ以降の頸部圧迫行為は、侵害の現在性が認められず、また、被告人はそれを認識していたのであるから、単なる犯罪であるとしている。

この点、我が国における類似事案である東京高判昭和49年8月1日刑事裁判月報6巻8号873頁は、単に、殺人罪につき過剰防衛が成立するとしている。

(30) Klaus Geppert, Jura-Rechtsprechungskartei (Beilage der Zeitschrift Jura), 9/02.

(31) 安田・前掲註(8) 252頁。これに対して、小野晃正「防衛行為の個数について——『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察——」阪大法学60巻6号(2011年)113頁は、複数行為が、緊密な時間的接着性により1つの違法減少・責任減少に基

この指摘自体は、急迫不正の侵害消失後の行為に責任減少が認められるためには、急迫不正の侵害消失前後の行為に、「当初の不正の侵害に対応する意思に起動された行為としての性格が維持されている」という意味での防衛事象的性格が認められなくてはならないことを前提とするものである。過剰防衛の減免根拠を責任減少に求めることの当否はあくとしても、急迫不正の侵害消失前の行為の存在が、急迫不正の侵害消失後の追撃行為に責任減少を認める根拠の一部となっていたからといって、急迫不正の侵害消失前の行為と消失後の追撃行為とを、一体的に過剰防衛として評価しなければならないというわけではないとの指摘は妥当なものであろう。

この点については、過剰防衛の根拠を責任減少と共に違法減少に求める立場からも、違法減少を「侵害の終了前の行為と侵害終了後の行為との連続的一体性」に求めつつ、同様に考えることは不可能ではないように思われる。確かに、侵害終了前後の行為を区別しつつ、単に侵害の終了前の行為によって実現された違法減少のみを理由として、侵害終了後の行為の違法減少までも基礎付けることは困難であろう。しかし、侵害終了後の追撃行為は、あくまで侵害終了前の行為に付随するもの、付随することが異常とは言えないものなのであれば、なおその点を根拠として違法減少を認める余地もあるのではないか。

いずれにせよ、複数の行為に、過剰防衛の根拠となる違法減少と責任減少の点で異なるものが混在しているならば、それらを一括して、正当防衛なのか過剰防衛なのかを判断することは、そもそも不可能である。

そうすると、どこからどの時点までが、正当防衛だったのか、過剰防衛だったのか、それとも単なる犯罪だったのかという観点から、行為を分けて検討する他ない。この考え方によれば、従来、1個の構成要件と認識されていた行為についても、この観点から切り分けた上で正当防衛

礎づけられている場合には、その複数行為に防衛行為の一個性を認め、全体として過剰防衛の成立を認めるべきであると指摘する。

ないし過剰防衛の規定を適用することとなる。しかし、少なくとも、正当防衛・過剰防衛の根拠論から行為を切り分ける限りにおいては、従来、1個の構成要件該当行為として認識されていた行為を切り分けることになったとしても、不都合はないように思われる。

以上のように、正当防衛・過剰防衛の根拠論に忠実である点で、基本的にこの見解が妥当というべきである。しかし、適法結果と違法結果を一括して違法と評価することは許されないという考え方は、後述のように「疑わしきは被告人の利益に」という原則との関係で問題を孕む余地がある。その意味で、この見解に何らかの修正を加えなくて良いのかについては、なお問題が残る。

四 「防衛行為の一体性」と「疑わしきは被告人の利益に」

1 分断的評価の問題点

ここまで見てきたように、複数の行為について正当防衛・過剰防衛の成否を検討する際には、急迫不正の侵害の内容やそれに対する防衛行為の危険性、被害者における侵害の攻撃力の減弱等、相当性判断に影響を与える事実の変化を無視することはできない。それは、正当防衛・過剰防衛の要件を判断するために必要だからである。そのため、そもそも相当性や違法減少・責任減少の存否を判断するに当たって、まずその判断の対象となる「1個の行為」の内容を確定するということはできず、その意味で、相当性の判断対象を所与のものとして考えるべきではない⁽³²⁾。

しかし、以上の観点から、複数の行為を分断して相当性や違法減少・

(32) 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法学74巻1号(2010年)4頁。

責任減少を判断すべきだとしても、過剰防衛の一括評価まで否定すべきかについては、なお、次のような問題が残る。

「防衛行為の一体性」を認める見解は、「防衛行為の一体性」という考え方を否定すると、「疑わしきは被告人の利益に」といういわゆる利益原則の適用ゆえに、不当な結論を招きかねないから、分断を制限すべきであるとしてきた。すなわち、「当初は防衛手段としての相当な反撃を加えたところ、これが高じて過剰な反撃になったが、いずれの段階の暴行から重い結果が発生したのかを検察官が立証し得ない場合、『疑わしきは被告人の利益に』の原則によれば、『正当防衛的な行為』から重い結果が発生したものと取り扱われるため、重い結果について刑責を負う余地がないことになってしまい、妥当性を欠く」と指摘するのである⁽³³⁾。

例えば、甲が乙に対し、当初は防衛行為として相当な反撃を加えていたところ、これが高じて過剰になり、一連の行為によって、乙の上半身に重大な傷害 X・下半身に軽微な傷害 Y が生じたが、傷害 X・Y のそれぞれがいずれの段階から生じたのかが不明であるような事例⁽³⁴⁾が挙げられる。

このときでも、正当防衛・過剰防衛の根拠論から考えることを徹底するならば、利益原則が妥当することになる。そうすると、傷害 X・Y はそれぞれ防衛行為として相当な反撃により生じたものと扱われ、甲は傷害罪の刑責を負わない⁽³⁵⁾。

しかし、瞬間的に複数の反撃行為が行われたとき、どの行為からどのような結果が生じたのかが真偽不明になってしまう上記事例のような事案はいつでも起こりうる。このような場合の解決を、実体法解釈に工夫

(33) 松田・前掲註(19) 115頁。なお、訴訟法的観点からこの問題を論じるものとして、大久保隆志「『一連の行為』と訴訟法的評価」刑法雑誌 50巻1号(2010年) 101頁。

(34) 本事例は松田「判解(最判平成21年2月24日刑集63巻2号1頁)」法曹時報 62巻11号(2010年) 265頁以下で挙げられている事例を参考とした。

(35) 林・前掲註(7) 18頁参照。

を凝らすことなく、利益原則に委ねてしまうのは、いささか安易に過ぎるのではないだろうか。

2 利益原則の観点から「防衛行為の一体性」を考える 見解

以上の問題意識から「防衛行為の一体性」を論じるのが次の見解である。

すなわち、「一連の行為」論の意義は、「第1行為のみから、あるいは第2行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第1行為及び第2行為からなる『一連の行為』であると記述する機能」にあるとし、「一連の行為」か否かは、「行為意思の同一性」あるいは「意思決定の同一性」によって判断されるという考え方である⁽³⁶⁾。これによれば、平成21年決定のように、それぞれの反撃行為と結果の因果性が明らかであり、傷害という重大な法益侵害結果の根拠として第1暴行のみを記述することで足りるような場合は「一連の行為」として認めることはできないということになる。

この見解は、実行行為の解釈から「防衛行為の一体性」の問題を解明しようとするものであるが、そもそもそこで前提となっている「一連の行為」としての実行行為の考え方に問題があるように思われる。

まず、複数の行為が相俟って結果が発生した言える場合とは、それぞれの行為と当該結果との間に因果性が認められるに過ぎないのであって、そこで「一連の行為」として複数の行為を実行行為として包括的に捉えることには、本来、固有の意味はないように思われる⁽³⁷⁾。仮に、個々の行為が単体では実行行為として認められず、「一連の行為」と認

(36) 深町・前掲註(3)131頁。

(37) 島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻2号(2006年)228頁参照。

められることによって初めて実行行為として認めることができると考えるならば、そこで言う実行行為とは何かが問われるはずである。しかし、この見解は、複数行為が相俟って結果が生じたことや行為意思の同一性を要求するのみであり、そこで想定されている実行行為の概念が明らかではない。

この点を置くとしても、次のような問題もある。この見解によれば、最終的な結果が発生しない限り、「一連の行為」として認められる行為は1個の構成要件該当行為ということとなり、当該結果が発生するまでは構成要件該当性が継続することになる。そのため、構成要件該当性の判断においては、「一連の行為」と結果との間の因果性を検討することで足りることになる。しかし、それでは、本来、個々の行為について検討されるはずであった因果性の存否についての判断が、実行行為の確定の問題に取り込まれることとなってしまう。そうすると、構成要件該当行為が続く間に生じる事態の変化を介入事情として検討する機会が失われてしまうこととなり、結果が相俟って発生することを要求したとしても、因果性の検討が不明確となるおそれがあるのではないだろうか。

3 分断的評価を躊躇させる事情とは何か？

分断的評価を躊躇する考え方の根底には、行為者が複数の連続した行為によって、侵害を排除しようとするのは通常ありえることであり、また、行為者の一連の反撃行為は、通常、侵害者の攻撃力の減弱等に関りなく、一貫して侵害を排除する目的の下で行われるものであるため、重大な結果が防衛行為として相当な行為から生じたのか、それとも相当性の範囲を逸脱した行為から生じたのかは多分に偶発的なものに過ぎず、行為を分断して考察した上で、利益原則を適用することに合理性はないという発想があるように思われる。

これは、正当防衛・過剰防衛の根拠論とはやはり別の問題ではないだろうか。すなわち、質的過剰・量的過剰においては、あくまでその行為

の時点で認められる違法減少や責任減少が問題となっているのに対して、ここでは、相当性や違法減少・責任減少を基礎付ける事実の範囲、言い換えれば、相当性や違法減少・責任減少の前提となる事実が問題となっている。実は、先に挙げた重大な結果がどの行為から生じたのか真偽不明であるという事例において、行為を分断しない考え方は、傷害X・Yがどの行為から生じているのか不明であるにも関わらず、「これが高じて過剰」になったとして違法減少ないし責任減少を認めているものと思われる。これは、侵害者の攻撃力の減弱があった後の行為から生じたのが、傷害X・Yのどちらであったとしても、その行為にはいずれにせよ過剰防衛の成立が認められることが前提となっているのである。

さて、ここで問題となっている「重大な結果が防衛行為として相当な行為から生じたか否か」という偶然には、次の2つの捉え方がある。すなわち、①単に、どの行為から重大な結果が発生したのかは偶然であるから、重大な結果を行為者に帰責してもよいという捉え方と、②相当性の範囲の逸脱の前に重大な結果が生じたのか、それとも、相当性の範囲の逸脱の後に重大な結果が生じたのかは偶然であるから、重大な結果を行為者に帰責してもよいという捉え方である。

まず、①の捉え方から「防衛行為の一体性」を認め、重大な結果を帰責することはできるだろうか。

実体法の観点からは、正当防衛・過剰防衛等が特に問題とならない事案において、複数の行為のいずれから重大な結果が生じているのか不明であったとしても、そこでは複数の構成要件該当行為が認められる以上、重大な結果といずれかの構成要件該当行為との間の因果性の有無が検討されなければならない。しかし、その因果性の有無が真偽不明である場合には、利益原則が適用され、実体法上、重大な結果について犯罪の成立を認めることはできないことになる。

それでも、重大な結果を行為者に帰責しようとするならば、手続法上の処理として、択一的認定の手法を用いることになる。そこでは、複数

の行為のいずれから重大な結果が生じたとしても、行為者にその刑責を問うことができるときに、重大な結果について犯罪の成立を認めることができる⁽³⁸⁾。

しかし、正当防衛・過剰防衛の成否が問題となる「防衛行為の一体性」の事案においては、防衛行為としての相当性が認められる行為から重大な結果が生じた可能性がある以上、「いずれにしても彼に帰属する」ということは言えない。少なくとも、正当防衛・過剰防衛が問題とならない事案と同様に択一的認定を行うならば、両事案において「どの行為から重大な結果が生じたのか」に関わる事実には違いはないため、防衛行為としての相当性が認められる行為から重大な結果が生じたと取り扱わなければならないはずである。

このように、実体法上も手続法上も、①の捉え方から重大な結果を行為者に帰責することはできない⁽³⁹⁾。

問題は、②の捉え方である。

通常、防衛行為は違法な攻撃を排除するために侵害者の法益を侵害しようとするものである。そして、その法益侵害は、侵害者の攻撃力の減弱を伴うことが多く、それに対応して正当防衛として許容される行為の危険性も変動しうる。つまり、侵害の排除を複数の行為によって行おうとするならば、その途中において、正当防衛・過剰防衛の成立を基礎付ける事実に変動があるのは当然とも言える。

他方で、複数の行為によって侵害を排除しようとする場合、行為者が適法に行動しようとするならば、行為者は侵害者の攻撃力に対応して、複数の行為の途中で反撃行為を相当な範囲に止めなくてはならない。そのため、行為者は反撃行為を続行する中で、侵害者の攻撃力の減弱を認

(38) 大久保・前掲註(33)98頁。

(39) この点、松田・前掲註(34)266頁も、「防衛行為の一体性」を認めつつ、利益原則を理由として、単独で見れば防衛行為としての相当性が認められる行為から重大な結果が生じたものと取り扱うべきであるとしている。

識し、それに応じて相当な反撃行為を選択しなければならないことになる。過剰防衛の効果として免除まで予定されているとはいえ、過剰な反撃行為を処罰しうるものとする以上、行為者にはこのような意味での義務があるはずである。

しかし、前述したように、正当防衛・過剰防衛の成立を基礎付ける事実の変動があることは当然とも言うることを考え合わせると、複数の反撃行為が連続している場合、行為者が反撃中における侵害者の攻撃力の減弱を認識し、それに対応する相当な反撃行為を選択することは困難となりうる。つまり、行為者が、複数の連続した行為によって侵害を排除する方法を選択することにより、変動しやすい正当防衛・過剰防衛を基礎付ける事実に対応して行動することが行為者において困難となるという意味で、行為者は自己の行為をコントロールすることができない状態に置かれうるのである。「重大な結果が防衛行為として相当な行為から生じたのか否か」が偶然に左右されるというのはこのためであろう。

それでは、このような偶然を理由として、行為者に重大な結果を帰責することは妥当なのであろうか。

これを妥当とするならば、その根拠は、先行する正当防衛の要件を備えている行為までを含めて過剰防衛と評価しなければ、過剰結果の発生を抑止できないところに求めなくてはならないように思われる。ここまで見てきたように、正当防衛の要件を備える行為と過剰防衛の要件を備える行為とが、何らかの意味で連続しているというだけでは、正当防衛の要件を備える行為を違法と評価すべきではない。むしろ、連続性のみを理由とするならば、正当防衛の要件を備えている行為については正当防衛として違法阻却され、違法と評価される余地はないということになるだろう。分断的評価を躊躇する考え方が合理的なものとしてありえるためには、先行する正当防衛の要件を備えている「ように見える」行為までも含めて、過剰防衛の成立を認め、任意的減免の対象にしなければ、過剰結果の発生を抑止できず、そのために、先行する正当防衛の要件を

備える「ように見える」行為に違法阻却を認めるべきではないということが言えなくてはならない。

前述したように、連続する複数の行為によって侵害を排除しようとする場合、相当な反撃に止めるよう配慮すべき義務があるにもかかわらず、行為者はこの義務に違反し、反撃行為を続行して過剰な結果を惹起している。確かに、行為者がこの義務に違反した時点から犯罪の成立を認めれば、過剰結果の抑止には十分であるという考え方もあろう。しかし、行為者が連続する複数の行為によって侵害を排除しようとするとき、過剰な反撃行為の時点で行為者は既にこの義務の履行をいわば放棄している場合があり、その場合には、過剰な反撃行為のみを処罰対象としても、それによって惹起される過剰な法益侵害を抑止することはできないのではないだろうか。つまり、相当性の範囲を逸脱する過剰な反撃行為が行われる時点では、既に行行為者は自己の行為をコントロールすることが困難となっているのであるから、行為者に対して、その時点から反撃行為を相当性の範囲内に止めるよう動機付けることは難しいのである。このとき、過剰結果の発生を抑止しようとするならば、行為者において反撃行為のコントロールが困難となった時点（ほとんどの場合、それは反撃行為の開始時点であろう）から、反撃行為が相当性の範囲の逸脱に至らないよう行為者に対して動機付けるしかない。利益原則によって、行為者の犯情に有利に、重大な結果は正当防衛の要件を備える「ように見える」行為から生じたと認定すべきではあるが、それについて正当防衛の成立を否定し、犯罪の成立を認めることは、相当性の範囲を逸脱した反撃行為から生じた過剰結果を抑止するために必要である。

このように、侵害排除は、例えば1回の構成要件の充足を単位として捉えられるべきではなく、行為者が行為のコントロールを取り戻すまでを単位として捉えられるべきである。前述の意味での連続性が複数行為に認められるときには、過剰な反撃行為はそれ単独で存在するわけではなく、不適切な侵害排除の方法として、過剰な反撃行為より前の行為と

一体化していると言えるように思われる。そのため、過剰な法益侵害を抑止しようとする観点からは、反撃行為の途中で行為のコントロールが困難となってしまうような侵害排除の方法によって過剰結果が生じるに至った場合には、その侵害排除の方法を全体として違法と評価すべきことになる。そして、正当防衛の要件を備える「ように見える」行為を違法と評価するという点で、これは違法に関わるものであるから、前述の意味での複数行為の連続性はあくまで客観的に判断されるべきである。

このときに限って、一連の行為は、侵害排除の方法として一体であるから、全体として過剰防衛であると評価することができ、結果として、行為者に重大な結果を帰責することができるように思われる。

結論として、正当防衛・過剰防衛を基礎付ける事実の変動に対応して、相当な程度に攻撃を緩めるよう配慮することが一般的に困難と言える程度に、複数の行為が時間的に連続し、かつ、その複数の行為のうち過剰防衛に当たる行為があったならば、全体として過剰防衛と評価し、そのような態様による侵害排除を違法と評価すべきである。

このように考えるならば、平成9年判決、平成20年決定、平成21年決定の事案は、いずれも、相当な程度に攻撃を緩めるよう配慮することが一般的に困難と言える程度の連続性が第1暴行と第2暴行にはなかったために、そもそも「防衛行為の一体性」を認めるべき事案ではないことになる。

特に、平成20年決定と平成21年決定との関係は問題である。「防衛行為の一体性」という論理は、正当防衛の要件を備える「ように見える」行為を違法と評価することを効果とするものではあるが、前述したように、判例の指摘する侵害の継続性、防衛意思の一体性は「防衛行為の一体性」を認める根拠とはなりえない。平成20年決定の事案において、被告人の行為を一体として評価することが明らかに不当であるとするならば、平成21年決定の事案においても同様に行為を分断して評価すべきであったように思われる。

他方、昭和34年判決の事案は、第1暴行と第2暴行の時間的接着性が必ずしも明らかではない。特に、被害者が倒れこむという事情に伴い、被告人において身体の移動があったため、被告人の第1暴行と第2暴行には本稿の主張するような連続性を認め難いようにも思われる。しかし、仮に、第1暴行と第2暴行に前述の意味での連続性が認められ、かつ、第2暴行に過剰防衛の要件が備わっているのであれば、全体として過剰防衛と評価することができるように思われる。このとき、第2暴行が、それ自体として取り出せば誤想過剰防衛であったとしても、第1暴行と第2暴行が前述の意味で連続しているならば、全体として刑法36条2項の準用を認めることも可能と思われる。

(本学法学部特別研究員)