

〔論
説〕

刑法総論覚書(1)

―過剰防衛の質と量―

伊藤 司

一 はじめに

本校に着任後、「刑法覚書」シリーズ三回目^①の今回は、「刑法総論」のテーマについて執筆することにした。本稿においては、「過剰防衛の質と量」に関する従来の議論を確認するとともに、近時の最高裁判例についての妥当な理解を示すことができばと思う。

① 一回目は「成蹊法学」68・69合併号（二〇〇八）四三―九頁、二回目は同72号（二〇一〇）一一五―一四頁である。

二 過剰防衛の質と量

(1) 刑法三六条二項に規定されている、いわゆる過剰防衛については、三六条一項の正当防衛の要件を前提に、「やむを得ずにした行為」を超えた場合、すなわち、「防衛の程度を超えた行為」の場合、ということになるが、理論上、質的過剰と量的過剰という視座から捉えられてきた。

(2) 質的過剰については、「防衛行為自体が侵害排除に必要とされる程度以上の侵害性を備えた場合」という定義が見られ^②、この場合、過剰防衛となりうることに疑いはないとされるのが一般的である。確かに、正当防衛としてのその他の要件を充たす限り（このような状態を以下では、「防衛行為性」と称する）、防衛の程度を超えた行為の点で逸脱したにすぎないものとすれば、過剰防衛の条文要件を充たすことになる。

他方、量的過剰については、「過剰な行為が急迫不正の侵害終了後になされたとき」のほか、「急迫不正の侵害下でなされた反撃行為の総体が量的に過剰となる場合」も含む^③か否か^④、理解に対立が見られる。

(3) しかし、過剰防衛とはどういう事態を指すかを問題とする場合、急迫不正の侵害の継続の有無を「質的」に違ふと見るか、防衛行為が直ちに過剰であった場合を「質的」に過剰と見るかの視座の相違がうかがえ、視座が違う以上「過剰防衛」の理論分析としてはいずれも成り立ちうるものであろう。

すなわち、防衛行為が直ちに過剰であった場合、確かに行為・手段に着目すると、素手で足りたのにナイフを使用したなど、「質的」に違うようでもあるが、これは「正当防衛」と比較して質的に違うということであり、はじめは正当防衛であったが、その後集積的に過剰になった場合と質的に違いはないであろう。一時的に過剰になった場合と

継続的な形で過剰になった場合とで、「過剰」という意味で「質的」な違いはないであろうし、継続的な形で過剰になった場合も「正当防衛」とは「質的」に異なるとも言えよう（「量的」に多数回に渡ったというにとどまる）。「質的」な違いを強調するならば、急迫不正の侵害の継続性の有無で区別する方がより用語にマッチしているとも言えようが、これらの場合も、「正当防衛」とは「質的」に違ったものとも言えよう⁵⁾。

いずれにせよ、やはり一連の事態として捉えうることであれば、ひとまとめに「過剰防衛」と捉えた方が簡明であることは否めないであろう。

(4) 近時、傷害致死に対する正当防衛と単純傷害の複合体が問題となった事例について、最一小決二〇〇八・六・二五刑集六二巻六号一八五九頁が、本件事案は「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。」（一八六二頁）と判示しているのは注目に値する。「時間的、場所的には連続している」場合、一連一体の防衛行為として捉えるのが原則的ではあるが、本件の場合、被害者はすでに意識を喪失していたので、その「侵害の継続性」は客観的に存在しないととも、行為者は「専ら攻撃の意思」に基づいて第二暴行に及んでおり、従って、「防衛の意思」という主観面も欠如しており、両面からして第一暴行と第二暴行との間には「断絶」があるという訳である。論者が指摘されるように、急迫不正の侵害が継続していなくても「過剰防衛」の成立を認めることがあるのが判例の傾向であろうところ、今回の判例では特に「防衛の意思」を否定できる、従って、「防衛行為性」を欠如すると認定できる事例判例であったということになる⁶⁾。

これに先立つ判例についても論者によってすでに検討されているところであるが、例えば、津地判一九九三・四・二判例タイムズ八一九号二〇一頁においては、被害者の死因とはなっていないパン切り包丁及びボールペン等での同

人の顔面、頭部等への数十回にわたる突き刺し行為により、同人が動かなくなり、従って抵抗しなくなったので、一旦は様子を見守ったが、同人が動いた感じがしたので前後二回にわたりその頸部を両手で圧迫し、同人を顔面・頭部刺切創を伴う窒息により扼殺して殺害したという事案につき、包丁・ボールペン等で被害者の頭部・顔面を突き刺したところまでは、急迫不正の侵害に対する防衛行為だが、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、急迫不正の侵害は消失し、継続している状況になかったとし、また頸部圧迫も余勢に駆られた行為とは言えず、急迫不正の侵害継続誤想による頸部扼殺とも言えないとして、正当防衛も過剰防衛も否定されているが、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こと、そして被害者の様子を見守るようになって後の段階では興奮状態は相当治まり、余裕さえ認められることが理由として挙げられている。興奮が治まり比較的冷静に考えることが出来たということで、すでに客観的にも急迫不正の侵害状態は消失しており、かつそのことを認識していたのであるから、違法・責任減少説ないし責任減少説の観点から量的過剰を否定したことになろう。しかも、頸部圧迫が決定的な意味を持ち、かつ止めを刺すような形で余裕を持って行われているところから、一連の殺人実行行為を全体的に観察して、急迫不正の侵害に対する防衛行為であることも否定されているのである。本件の場合、正当防衛・過剰防衛が否定されておき、また「死」の結果は後半部分に起因するという点で二〇〇八年決定と構造的に違う面があるが、理論的には前半部分と後半部分に分けて考えることもでき、その際前半は少なくとも「防衛行為性」はあるであろうし、また現実に適用したのは後半部分の犯罪と言えようから、二〇〇八年決定と同様な面がある。

他方、これに遡る東京高判一九七九・五・一五判例タイムズ三九四号一六一頁においては、一審が行為全体を一個の殺人行為と見たうえ、誤想過剰防衛行為を理由に刑法三六条二項の適用を認めたとの破棄自判して、本件の場合、

同一機会場所において同一人に対し同一態様の加害行為を反覆継続したものととして、全体として一個の行為と認められるものであること原判示のとおりであるとするものの、時間的にかんりの幅のある行為であることを理由に、防衛意思の存在下になされた行為と積極的加害意思のもとでなされた行為とを対比較量すべきであるとするのである。従って、これも二〇〇八年決定と同日に論じられない面があるが、生命侵害を誤想して洋銃をもって数回連続的に被害者の上体を刺突したことにより、かなりの身体的打撃を与えて、被害者は概ね決定的抵抗力を失って床上に倒れ落ちたというのであるから、意識喪失の状態まで至らなくても、この段階で、誤想の原因となった反撃はもとより、その再開継続を予期させる事情も客観的に解消したし、被告人も被害者の反撃解消の事実を十分認識し得たものと認定し直した点が重要であろう。一審はこの段階以降の被告人の行為も「余勢に駆られた一連の行為」と見ていたのである。従って、ここでも、前半部分が例え誤想防衛として不可罰であるとしても、後半部分は積極的加害意思による行為として、しかも誤想解消の時期は行為開始後比較的初期のことであり、合計一五〇余個所という創切傷の大部分は誤想解消後に加えられたものとして、やはり「殺人罪」の後半部分が通用した訳である。

(5) これに対し、周知のように、同じ第一小法廷が色合いを異にする判例を出した（共通の裁判官は二名）。最一小決二〇〇九・二・二四刑集六三巻二号一頁がそれであるが、今度は、被告人が被害者に対して加えた暴行の前半（これは傷害に至っている）が正当防衛であっても、後半を含めた全体が「急迫不正の侵害に対する一連一体のもの」である場合、「全体的に考察して一個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認める」べきであるとするのである。ここでも、「同一の防衛の意思に基づく一個の行為と認めることができる」ことを理由としているので（三三頁）、全体としての「防衛行為性」を前提に、しかし「防衛の程度を超えた行為」にまで及んだ以上、例え分析的に見た場合前半が正

当防衛であったとしても、結局全体的には「過剰防衛」になったのであるという趣旨が示されているものと言えよう¹⁰。そして、前半でとどめていけば「傷害罪」について「正当防衛」であったとしても、その後も暴行を継続して、全体として「傷害罪」の「過剰防衛」として評価される以上、正当防衛に相当する部分は「有利な情状として考慮すれば足りるという」のである。本件一番は二審と事実認定を異にしたこともあり、急迫した侵害も防衛の意思も否定して、「傷害罪」として、懲役一〇月に処したのに対し、二審は第一暴行が急迫不正の侵害に対するものであるとともに、第二暴行の時点においてもその侵害が終了したとは認められず、従って本件暴行はいずれも「防衛の意思」を持ってなされたものであるが、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したとして、「傷害罪」の過剰防衛の成立を認めて、懲役四月に処したが、最高裁は被告人の上告を棄却しているので、原審の量刑判断についても正当と見たことになる。確かに、刑法二〇八条暴行罪の法定刑だけでも、この宣告刑はありうるところではあろう。

本件事案は第一暴行で足りたにもかかわらず、第二暴行にまで及んだという意味では「量的」過剰とも言えよう¹¹が、ここでも、急迫不正の侵害継続中は「質的」過剰と解すべきとする見解が散見される。確かに、急迫不正の侵害の継続中ないしまだ終了していないという評価を前提とすると、客観的にも違法行為に対する防衛行為ということにもなりそうであり、すでに侵害の継続中ではなく終了していた場合と比べ、「過剰防衛」の範囲内にはあるという判断に有利に作用することになる。この意味では、「過剰防衛」自体をどう捉えるかという観点からも、侵害の継続中ないしまだ終了せず、を基準として「質的」過剰とするのも、明確な捉え方とも言えよう。もっとも、侵害の継続中でもなくすでに終了していた場合も、「余勢」の範囲内であれば「過剰防衛」と認定せざるをえないとすると、これを「量的」過剰と称するのは用語の問題のほか、より慎重な判断を要するという意味合いもあるが、継続中ない

しいまだ終了せずという判断自体その認定がかなり微妙なところもあり、この段階でも慎重な判断を要する場合もある¹³。いずれにせよ、「過剰防衛」ということであれば、刑法三六条二項の「防衛の程度を超えた行為」の範囲内にはあるという条文理解になる点では、違いはない訳である¹⁴。この場合やはり、三六条一項の「防衛行為性」が存在するという点が重要となろうから、「防衛の意思」の有無に着目するのも無理からぬところと言えよう。

一連一体として捉える捉え方はむしろ「過剰防衛」の原則型とも言え、多数の判例が散見される¹⁵。例えば、東京高判一九八〇・一一・一二判例時報一〇二三号一三四頁においては、原審が前半の暴行については正当防衛と認めたが、後半の傷害致死については相手方の急迫不正の侵害行為が存在しない場合におけるものであるとして、過剰防衛の成立も認めない形での判示をしたのに対し、高裁は、一連の行為全体を刑法二〇五条（一項）傷害致死罪の過剰防衛と認定した事例になっている。従って、ここでも、前半の暴行が正当防衛に相当したとしても、その後も暴行を続けて過度に渡った場合、全体として過剰防衛となる一例が示されていたことになる。本件では、正当防衛的に被害者の顔面中央辺を手けんで強く一回殴り返したところ、同人が床にしりもちをつく格好で転倒したが、その状態で被告人の方に向かって両手のこぶしを振り上げ、「この野郎」などと言ったという点により、被告人に対する攻撃を継続する意図を抱き、その現われとみられる動作をしていたものとみることができるとされたものである。従って、被告人に対する急迫不正の侵害がなお継続していたものと認められないわけではない。ここでも、かねて酒癖の悪い粗暴な被害者に対する反感からの攻撃的な意思とともに、「防衛の意思」を欠いたものとするところとされている。

また、周知の著名な先例として、最二小判一九九七・六・一六刑集五一卷五号四三五頁がある。ここでも、特に二審は明確に、被害者から取り上げた鉄パイプでその頭部を一回殴打したという第一の暴行をすでに過剰防衛とする

ともに、被害者の左足を持ち上げて約四メートル下の道路上に転落させたという第二の暴行については、一・二審ともに、「急迫不正の侵害」も「防衛の意思」も欠けていたと認定し、この点も含め特に二審は明確に、この第二の暴行による傷害の方が第一の暴行による傷害よりも重大かつ主要な部分を占めるとして、全体として一個の傷害罪が成立し、過剰防衛を認める余地はないと判示したのに対し、最高裁は、「急迫不正の侵害」の「継続」を認めるとともに、「防衛の意思」もあつたとして、破棄自判した訳である。すなわち、「被告人の一連の暴行は、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」（四四〇頁）であると。「第一の暴行」につき、最高裁は、「急迫不正の侵害及び防衛の意思の存在が認められることは明らか」（四三九頁）とするのみであるが、同種先例（最一小判一九五一・三・九刑集五卷四号五〇〇頁）の存在に鑑み、また二審は「第一の暴行による頭部の傷害はそれほど重篤なものではなかったと推認」（四五〇頁）していたのであり、従つて、むしろ「正当防衛」と見ることも可能であろうから、ここにすでに、第一の暴行が正当防衛でも第二の暴行が行き過ぎる「過剰防衛」という事案が存在していたとも言えよう。

(2) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（二〇〇七）一三四頁。

(3) 山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号（二〇〇九）八〇頁注（9）。

(4) 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）九頁・一二頁注(9)。

(5) この点、旧刑法典三二六条が「已ムヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ」た者と、「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」とを同列視していた点が注目される（丸山隆司「判批」東京都立大学法学会雑誌三七卷一号（一九九六）三四三・三四五頁注（17）、西岡正樹「判批」東北大学法学七四卷二号（二〇一〇）一四四頁下段・一四九頁下段以下注（2）、安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博ほか編著『立石二六先生古稀祝賀論文集』（二〇一〇）二四七頁参

- 照)。この分け方によると、前者が「質的」過剰で後者が「量的」過剰という理解が妥当であるようでもあるが、いずれも「正当防衛」とは「質的」に異なるとも言えようし、また「量的」な過剰としても説明できるということであろう。この点、林幹人『刑法総論「第2版」』(二〇〇八)二〇二頁参照。
- (6) 橋田久「量的過剰防衛―最高裁判成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(二〇〇九)二八頁左、二九頁右。
- (7) さしあたり、最一小判一九五九・二・五刑集一三卷一号一頁を参照。
- (8) 例えば、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃ほか編著『現代裁判法大系 刑法』(一九九九)一三三頁以下、一三五頁、山中敬一「判批」法学セミナー四六八号(一九九三)五四頁、などを参照。
- (9) なお、この点、内田文昭「判批」判例評論二四七号(判時九三二号)(一九七九)四八頁上段参照。
- (10) 前田雅英『最新重要判例250刑法第8版』(二〇一一)六〇頁右。
- (11) 山口・前掲注(3)八〇頁注(9)、八一頁左。
- (12) 松田俊哉「判批」法曹時報六二卷一号(二〇一〇)二九一頁(註)、同「判批」同六二卷一号(同)二六〇頁、二六一頁、山崎耕史「判批」警察学論集六四卷三号(二〇一一)一五五頁・一五九頁注10、一五六頁、などを参照。
- (13) 過剰防衛の認定の仕方につき、前田雅英『刑法総論講義「第5版」』(二〇一一)三九四頁参照。
- (14) この点、伊東研祐『刑法講義総論』(二〇一〇)一九三頁、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端ほか編著・前掲注(5)二四〇頁、安田・前掲注(5)二六〇頁以下、安達光治「判批」速報判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊速報判例解説 vol.8/2011.4』(二〇一一)一九六頁右参照。
- なお、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学三三卷二・三号(一九九八)一三七頁以下は、「急迫不正の侵害が存在しないにも拘らず、「防衛」を行った場合」を「外延的過剰」と称し、刑法三六条二項の枠組を超えた超法規的なものとして捉えるようであるが、急迫不正の侵害の継続が認められない時点まで及んだとしても、それまでの違法の減少とともに、興奮等により行動を直ちに静止できない場合もあるという一貫した責任減少の観点から、そのようなはみ出し部分も取り込んで捉えられているものと言え、これも三六条二項の範囲内ということであろう。
- (15) 永井・前掲注(8)一三三頁以下のほか、堀籠幸男・中山隆夫「正当防衛」大塚仁ほか編著『大コンメンタール刑法 第二版 第2巻(35条〜37条)』(一九九九・二刷、二〇〇五・四刷)三三二頁以下、松尾昭一「防衛行為における量的過剰について

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刊行会編『小林充先生 古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(二〇〇六・一刷、二〇〇七・四刷)三六頁以下、岡本勝「過剰防衛における「情状」と減免根拠」同『犯罪論と刑法思想』(二〇〇〇)二九五頁以下、原口伸夫「量的過剰防衛について」川端ほか編著・前掲注(5)二七一頁以下、などを参照。

三 おわりに

以上のように、近時の判例では「過剰防衛」か否かを認定するに際し、「防衛の意思」の有無を指摘・強調するような傾向にあるように見えないでもないが、これは「防衛行為性」が前提とされるため、防衛の意思必要説の観点から必要な要件として言及されているものと見ることもできようから、「防衛の意思があれば統合し、攻撃の意思があれば分断する手法」¹⁶⁾という程の強い意味を有するとまでは言えず、要するに、一連一体の「過剰防衛」とは捉え切れない「断絶」的な要素として「防衛の意思」の欠如等の事由を掲げたものであろう。全体が過剰防衛とされる場合、「傷害致死罪」の「構成要件」に該当するという判断が前提にあり、かつそれが違法でもあるということであらうが、「防衛の意思」を欠くような、その意味では「質的」に異なるような行為がなされたら判断されるような場合は、それまでの「防衛行為性」を維持・存続できないので、すでに急迫不正の侵害の継続性が全く認められないこともあり、一連一体の過剰防衛と捉えることができず、それ以前の行為とその後の行為という形で別個に捉えざるをえないということであろう。すなわち、全体が「傷害致死罪」の「構成要件」に該当するとも思われたが、良く検討してみると、「防衛行為性」の連続を認め難い異質な要素があるため、それぞれの「構成要件」該当性及び「違法性」を考えざるをえないということであらう。

他方、第一暴行が「正当防衛」であるにもかかわらず、後の第二暴行を加えて「過剰防衛」とするのは不当ではないかとする批判も強い¹⁸が、前述のように、第一暴行だけにとどめておけば正当防衛であったとしても、現実には第二暴行にまで及んでいるのであるから、事象全体としては過剰になったという判断も必ずしも不当とは言えないであろう¹⁹。「過剰防衛」に当たるか否かは「法律要件」該当性を確定するにとどまり、直ちに「法律効果」まで決定した訳ではないから、近時の「自首」をめぐる判例の動向や、罪数論と量刑論の関係（例えば、いわゆるかすがい現象の事例²²）などを見ても、法律要件に該当するからといって、直ちに法律効果まで保証するものとも言えず、逆に法律要件に該当しないからといって、「量刑」上考慮に入れられないという訳でもないので、法定刑・処断刑・宣告刑という判断過程を経るに際し、「過剰防衛」も刑法七二条二号の任意的減免事由として取り扱われることになり、従って、その法律要件の確定に際しては被告人に不利益になるように見えても²³、「過剰防衛」の論理の一貫上そう見える場合もあるということであり、「過剰防衛」の「枠」の認定とともに、最終的には法律効果の確定が重要ということになる。

(16) 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19号（二〇〇九）四三頁右。

(17) 前田雅英「第5講実行行為の特定と正当防衛」警察学論集六三巻二号（二〇一〇）一六五頁は、この点を強調される。

(18) 山口・前掲注（3）八三頁以下、深町晋也「判批」平成21年度重要判例解説（二〇一〇）一七八頁、林幹人「量的過剰について」判例時報二〇三八号（二〇〇九）一八頁二段、などを参照。

(19) この場合、第二暴行の第一暴行への遡及適用という訳でもなからう。
ちなみに、最三小判一九九四・一二・六刑集四八巻八号五〇九頁の事例についても、これは追撃行為についての新たな共謀

いかんが問われたものであるが、追撃行為に出た者については一連の「過剰防衛」と見うる事案であろう。従って、これもむしろ、反撃行為が正当防衛でも追撃行為まで及べば、過剰防衛という先例ということになる。

(20) なお、この点、川端博「判批」判例評論六〇八号〔判時二〇四八号〕(二〇〇九) 二二頁中段、丸山・前掲注(5) 三四三頁下段以下、安田・前掲注(5) 二五五頁参照。

(21) さしあたり、最二小決一九八五・二・八刑集三九卷一号一頁を参照。

(22) さしあたり、最二小決一九五四・五・二七刑集八卷五号七四一頁を参照。

(23) 林・前掲注(18) 一八頁が指摘されるように、正当防衛の疑いのある場合やそのための事実認定について疑いのある場合などは、「被告人の利益に」判断されるべきであろうが、「過剰防衛」と認定しうる場合は、その中に「正当防衛」事由が含まれていても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するものとは言えないであろう。