

過剰防衛における行為把握

仲道 祐樹

目次

はじめに

第1章 違法評価における行為の把握

第1節 判例にいう「一連の行為」の根拠

第1款 平成20年決定と平成21年決定

第2款 平成20年決定以前の裁判例

第2節 学説による基礎付け

第1款 過剰防衛の減免根拠

第2款 複数行為の一体性

第2章 全体的評価と分析的評価—ヨコの問題とタテの問題—

第1節 事実認定と法適用

第2節 構成要件該当性と違法性

第1款 通説的な枠組

第2款 違法性解消説／消極的構成要件要素の理論

第3節 タテの問題の解決

第3章 防衛行為とは何か

第1節 違法論と防衛行為

第2節 行為論と防衛行為

第3節 防衛行為の一体性の基準

第4章 過剰防衛における2段階の行為把握

第1節 構成要件段階における一連の行為の機能と根拠

第2節 構成要件段階での一体性

第3節 構成要件段階での統合と違法性阻却段階での分断

第4節 構成要件段階での分断と違法性阻却段階での統合

おわりに

はじめに

本稿の目的は、過剰防衛における行為の一体性判断はどのように行われるかを、違法論・行為論の観点から明らかにすることである¹⁾。

1) 本稿は、2011年5月29日に法政大学において行われた第89回日本刑法学会大会ワークショップ「過剰防衛」における報告原稿に加筆修正を加えたものである。オーガナイザーの小田直樹教授（神

刑法36条2項にいう過剰防衛には、反撃が当初から質的に過剰性を帯びていた類型（いわゆる質的過剰防衛）と、当初は反撃が相当性の範囲内にあったが、同様の反撃を継続するうち、やがて反撃が量的に過剰となった類型（いわゆる量的過剰防衛）が存在する²⁾。量的過剰防衛においては、複数の行為が行われ、それらが「時の経過と共に正当防衛から過剰防衛へ、そして時には単なる犯罪行為へと変化していく」ことから³⁾、複数行為の相互関係が問題となる⁴⁾。また、質的過剰防衛においても、急迫不正の侵害が終了する前に、これに対して追撃を行った類型がありうることから、量的過剰防衛と同じく、複数行為の相互関係が問題となる⁵⁾。その意味で、過剰防衛における行為の一体性判断の問題は、量的過剰防衛に特殊なものではなく、量的過剰防衛と追撃型の質的過剰防衛を含んだ「複数行為による過剰防衛」一般において問題となる。

複数行為による過剰防衛における行為把握については、全体的評価と分析的評価という2つの思考方法があることが指摘されている。全体的評価とは、まず判断の対象となる「1個の行為」の内容を確定し、その後、当該「1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であるとするものである。これに対して、分析的評価とは、行為者の行為が、正当防衛に相当する段階、過剰防衛に相当する段階、単なる犯罪行為と目される段階のどの段階にあるかを区別し、正当防衛部分を起訴の対象から外して、過剰防衛以降の部分のみを処罰対象とすべきであるとするものである⁶⁾。

判例では、最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁が「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、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」としており、全体的評価が「確立した判例の立場」であると評価されている⁷⁾。学説上も、第1行為と第2行為とが一連の行為と見られる場合には、全体を過剰防衛とする見解がある⁸⁾。

戸大学)、話題提供者の成瀬幸典教授(東北大学)との議論はもちろん、フロアの先生方からも多くを学ばせていただいた。心より感謝申し上げます。

2) 永井敏雄「量的過剰防衛」『現代裁判法体系30〔刑法・刑事訴訟法〕』（新日本法規出版、1999年）132頁以下。

3) 永井・前掲注(2)133頁。

4) 高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2010年）279頁参照。

5) 深町晋也「判批」平成21年度重要判例解説（2010年）177頁、松田俊哉「判解」法曹時報62巻11号（2010年）260頁以下。

6) 永井・前掲注(2)133頁以下。全体的評価そのものに批判的なものとして、清水晴生「判批」白鷗大学法科大学院紀要3号（2009年）416頁以下、井上宜裕「判批」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2011年）88頁。

7) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）246頁。

8) 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）141頁、曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第4版、2008年）107頁、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第3版、2009年）295頁。

このような状況の中で、近時の最高裁決定が、過剰防衛における行為把握について新たな問題を提起した。最決平成 20 年 6 月 25 日刑集 62 卷 6 号 1859 頁（以下、「平成 20 年決定」とする）と最決平成 21 年 2 月 24 日刑集 63 卷 2 号 1 頁（以下、「平成 21 年決定」とする）がこれである。

後述するように、両決定は、急迫不正の侵害に対する複数の行為のうち、第 1 行為から死傷結果を生じさせた点では共通する事案であるが、行為の把握に関しては異なる結論に至っている。両決定の結論の相違は、侵害が終了していたか否か、防衛の意思が継続していたか否かに影響されているとの評価もある⁹⁾。しかし、なぜ行為の一体性判断が防衛の意思の継続性に影響を受けるのかは必ずしも明らかではない。

また、ここで一体性が問題とされるべき「行為」とは、いかなる「行為」であるかも明らかではない。遠藤邦彦は、「過剰防衛として評価する以上、防衛行為としての評価ができないのであれば、過剰防衛とすることはできないであろう」とする¹⁰⁾。これは「防衛行為」としての一体性を問題とする理解である。しかし、全体的評価を前提にすれば、防衛行為としての評価とは無関係に、構成要件該当性のレベルでの行為の一体性が認められれば、全体を過剰防衛と評価するという理解も成り立ちうる。いずれの段階の「行為」が問題であるか、それ自体が明らかではないのである。

そこで本稿は、まず、判例・学説において、過剰防衛における「一連の行為」においてはいかなる「行為」が問題となっているかを検討する（第 1 章、第 2 章）。次に、違法論・行為論の観点から、過剰防衛における行為の把握方法についての基準を提示し（第 3 章）、これに基づき過剰防衛における行為把握について解決策を提示する（第 4 章）。

第 1 章 違法評価における行為の把握

第 1 節 判例にいう「一連の行為」の根拠

第 1 款 平成 20 年決定と平成 21 年決定

平成 20 年決定の事案は以下の通りである。被告人は、L プラザの屋外喫煙所の外階段下で喫煙し、屋内に戻ろうとしたところ、A から呼び掛けられて、共に屋外喫煙所の外階段西側へ移動した。被告人は、同所において、A からいきなり殴り掛かれ、フェンスに押さえ付けられていたが、A を離すようにしながら、その顔面を 1 回殴打した。すると、A は、その場にあったアルミ製灰皿を持ち上げ、被告人に向けて投げ付けた。被告人は、投げ付けられた同灰皿を避けながら、同灰皿を投げ付けた反動で体勢を崩した A の顔面

9) 高橋・前掲注 (4) 281 頁。西田典之『刑法総論』(弘文堂、第 2 版、2010 年) 180 頁以下参照。

10) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際—判断の安定化を目指して—」刑法雑誌 50 卷 2 号 (2011 年) 316 頁。

を右手で殴打すると、Aは、頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、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1暴行）。被告人は、憤激の余り、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A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、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつけるなどの暴行を加えた（第2暴行）。Aは、第2暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。Aは、病院へ搬送されたものの、6時間余り後に、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。

以上の事実関係の下で、最高裁は、「第1暴行により転倒したAが、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、Aによる侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にあるA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かんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、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なく、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暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これによりAに負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。」と判示した。

平成21年決定の事案は以下の通りである。被告人は、拘置所の居室において、同室者のAが折りたたみ机を被告人に向けて押し倒してきたのに対し、同机をAに向けて押し返した上（第1暴行）、これにより転倒した同人の顔面を手拳で数回殴打する暴行を加え（第2暴行）、よって、同人に加療約3週間を要する左中指腱断裂及び左中指挫創の傷害を負わせたが、被害者の傷害と直接の因果関係を存するのは第1暴行のみであった。

以上の事実関係の下で、最高裁は、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである。」と判示した。

平成20年決定が、両暴行を分断した根拠は、第2行為時点では、Aによる侵害の継続性、および被告人の防衛の意思がなく、第2行為の態様が相当に激しいものに転化してい

た点にある¹¹⁾。これに対して、平成 21 年決定が複数行為を全体的に考察した根拠は、急迫不正の侵害がなお存在しており¹²⁾、同一の防衛の意思に基づいていたという点にある。

第 2 款 平成 20 年決定以前の裁判例

平成 20 年決定以前の裁判例において、第 2 行為を含めた行為全体に対する過剰防衛の成否が問題となる場面では、急迫不正の侵害の存否、防衛の意思の存否を検討した上で、第 1 行為と第 2 行為が一連の行為であることを理由に、全体として過剰防衛を肯定するという手法が一般的に採用されている。その際、一連の行為を肯定する根拠は、①正当防衛に関わる観点、②行為の性質の観点、③結果帰属の観点に大別することができる。

①正当防衛に関わる観点として、正当防衛規定の立法目的、被告人の恐怖・狼狽（東京高判昭和 33 年 2 月 24 日刑集 13 卷 1 号 12 頁：前掲最高裁昭和 34 年判決の原審）、防衛行為の余勢にかられている点（東京地判昭和 53 年 11 月 6 日判時 913 号 123 頁、富山地判平成 11 年 11 月 25 日判タ 1050 号 278 頁）がある。

②行為の性質の観点として、時間的近接性（福岡高判昭和 34 年 5 月 22 日判時 193 号 33 頁、札幌高判昭和 51 年 5 月 25 日判時 833 号 127 頁、東京高判昭和 54 年 5 月 15 日判タ 395 号 161 頁、京都地判昭和 57 年 2 月 17 日判時 1048 号 176 頁）、急迫不正の侵害に対する対応であること（前掲福岡高裁昭和 34 年判決）、行為態様の共通性（前掲札幌高裁昭和 51 年判決、前掲東京高裁昭和 54 年判決、前掲京都地裁昭和 57 年判決、前掲富山地裁平成 11 年判決）、防衛の意思の存在（東京高判昭和 55 年 11 月 12 日判時 1023 号 134 頁、前掲京都地裁昭和 57 年判決）、場所、法益、手段の共通性（東京地判平成 6 年 7 月 15 日判タ 891 号 264 頁、東京地判平成 12 年 8 月 29 日判時 1811 号 154 頁）、動機の連続性（前掲東京地裁平成 6 年判決）などがある¹³⁾。

③結果帰属の観点として、複数行為が総和的に作用したこと（前掲東京地裁平成 6 年判決）や、第 1 行為、第 2 行為ともに結果への寄与度が高いこと（前掲富山地裁平成 11 年判決、前掲東京地裁平成 12 年判決）などがある。

これとは逆に、行為の一体性を否定した津地判平成 5 年 4 月 28 日判タ 819 号 201 頁は、恐怖狼狽が治まっており、反撃方法もより確実な方法に変更していることから、急迫不正の侵害が途中で消失したことを認めた上で、事件の経緯および状況から、全体的評価を否定し、第 2 行為を防衛行為と認めなかった。また、「一連の行為」に直接言及するものではないが、裁判例には、急迫不正の侵害が終了・解消したことに加えて、行為が「防衛す

11) 早川真崇「判批」警察公論 63 卷 11 号（2008 年）119 頁、中川深雪「判批」研修 728 号（2009 年）23 頁以下参照。その先例的意義について、井上・前掲注（6）87 頁参照。

12) 原審（大阪高判平成 20 年 10 月 14 日刑集 63 卷 2 号 77 頁）は、第 2 行為時点での急迫不正の侵害の存在を肯定している。

13) 最判平成 9 年 6 月 16 日刑集 51 卷 5 号 435 頁は、第 1 行為・第 2 行為いずれの時点でも急迫不正の侵害が消失しておらず、防衛の意思も存在したことを指摘した上で、被告人の一連の暴行を過剰防衛とした。

るためにやむをえずにした」ものとは認められないこと、防衛の意思が存在しないことを理由に過剰防衛を否定したものが存在する（東京高判昭和29年11月4日東高刑時報5巻11号424頁、水戸地判昭和33年5月26日第一審刑集1巻5号789頁、東京高判昭和44年3月3日東高刑時報20巻3号37頁、大阪地判支判昭和45年11月27日判タ261号292頁など¹⁴⁾）。

判例では、上記のような多様な事実から、「一連の行為」の存否、過剰防衛の成否を判断している。しかし、その理論的根拠は明らかではない。この点、学説は過剰防衛の減免根拠論や罪数論、行為の一体性から、この問題の理論的基礎付けを試みている。次節では、従来の学説を検討する。

第2節 学説による基礎付け

第1款 過剰防衛の減免根拠

過剰防衛の減免根拠から行為の一体性を判断する見解は、行為を統合するか分断するかを決定する理論的な根拠は、「犯罪の実質である違法・責任の判断」にあるとの理解に立ち¹⁵⁾、過剰防衛の減免根拠が、過剰防衛の成立範囲に影響するとして¹⁶⁾、量的過剰防衛における行為の統合と分断の問題を次のように整理する。すなわち、責任減少説を採れば、行為者が恐怖、驚愕などによって動揺している点では質的過剰も量的過剰も同じであり、責任減少が認められるから、過剰防衛の成立が認められる。これに対して、違法減少説を採れば、量的過剰の場合には、攻撃者の急迫不正の侵害から被害者の正当な利益を守ったという違法減少の前提が認められないから、過剰防衛の成立は認められない、と¹⁷⁾。違法責任減少説の中には、違法阻却の前提たる急迫不正の侵害が存在しない状況下での追撃行為には違法減少も存在せず、過剰防衛が成立しないとするものと¹⁸⁾、第2の暴行が恐怖・驚愕などの心理的異常状態において、急迫不正の侵害に対応する第1の暴行に連続して行われたときは一連の行為を過剰防衛と見ることができるとするものがある¹⁹⁾。

もっとも、減免根拠論から量的過剰防衛における行為把握の問題がただちに解決されるわけではない。心理的動揺状態にあったとしても、当該状態において行われた行為が、急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するための行為であってはじめて、36

14) 裁判例には、急迫不正の侵害の終了のみを理由としたと読めるものも存在する（東京高判昭和31年11月27日東高刑時報7巻12号445頁、福岡地判昭和33年4月8日第一審刑集1巻4号523頁）。

15) 林幹人「量的過剰について」『判例刑法』（東京大学出版会、2011年）75頁。安田拓人「事後的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）249頁参照。

16) 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35巻2号（1996年）210頁。

17) 山本・前掲注（16）210頁。

18) 橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2・3号（1998年）229頁、233頁以下、同「量的過剰防衛—最高裁平成20年6月25日決定を素材として—」刑事法ジャーナル16号（2009年）25頁、松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第4版、2009年）145頁。

19) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）348頁、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』（成文堂、2010年）286頁以下。

条2項の適用が考慮されるのであるから、責任減少の有無を検討する前提として、当該行為が防衛行為といえるかが検討されなければならないように思われる²⁰⁾。

また、違法減少説に対しても、急迫不正の侵害が終了した後に、先行する防衛行為と一体となった防衛行為がなお観念でき、防衛行為の連続性を理由とした違法減少がありうるのではないかという疑問がある²¹⁾。

さらに、判例が採用する基準の1つである防衛の意思の存否は直ちに責任減少の有無と連動しないし、第1行為と第2行為とが一連の行為であれば違法減少が認められるとはいっても、違法減少が認められるから一連の行為となると解することはできないことから、一連の行為の判断要素を過剰防衛の減免根拠論から導くことはできないとする指摘もある²²⁾。結局、過剰防衛の減免根拠についていかなる見解を採用したとしても、行為把握の問題は残るのであるから²³⁾、過剰防衛における行為の把握方法を検討対象とする必要がある。

第2款 複数行為の一体性

減免根拠からのアプローチに対して、違法減少・責任減少という「規範的評価には、その前提事実による拘束がある」と批判し²⁴⁾、自然的・法的な一体性の観点から、防衛行為の一体性を判断する見解がある。これはさらに、①一体性を罪数論と関連付ける見解と、②罪数論とは切り離して一体性の基準を提示する見解に分けられる。以下、順に検討する。

1 罪数論との関連

長井圓は、「まずは法的評価を離れて自然的に観察し、社会的に見て全体を一個の行為と評価しようという『自然的一体性』が前提となり、次に『法的評価』で犯罪の個数が決まる」という認識から、平成20年決定では、急迫不正の侵害と防衛の意思がともに欠けるという法的評価での断絶が行為の分断をもたらし、平成21年決定では、両者ともに認められるという法的評価により、全体的評価がなされたとする。長井の「自然的一体性」

20) 安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑法雑誌50巻2号(2011年)295頁は、「恐怖・驚愕といった精神状態の存在だけでは、過剰防衛に固有の期待可能性の減少は認められない」として、事後的過剰部分に「防衛事象的性格」の存在を要求する。

21) 井上宜裕「判批」速報判例解説vol.5(2009年)173頁、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頁参照。

22) 深町・前掲注(5)178頁。

23) 成瀬幸典「演習」法学教室343号(2009年)181頁は、量的過剰防衛の問題は、「先行行為と後行為の一体的把握の可否を問うものであるから、両行為の連続的一体性を基準とすることは、問いに対して問いで答えることに他ならない」とする。

24) 長井圓「過剰防衛の一体的評価と断断的评价」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)234頁。

と「法的評価」の区別は、罪数論における単純一罪（自然的・法的一体性が認められる一罪）と包括一罪を含んだ科刑上一罪（自然的一体性の認められない、法的評価による一罪）の区別に対応する。そして、包括一罪が問題となる場合には分析的評価をするべきであるのに対して、自然的・法的一体性がともに認められる単純一罪の場合には、当該行為の全体について正当防衛・過剰防衛の成否を検討することになる²⁵⁾。

しかし、この見解には疑問がある。同一機会に同一法益主体に対して複数回暴行を加えた場合には単純一罪となるが、その場合でも、個別の行為について暴行罪の構成要件に該当しており、これが法的評価として1個の行為ととらえられているにすぎないという指摘がある通り²⁶⁾、単純一罪といえども、構成要件という法的な型を通して「自然的な一体性」を考慮しているのである。それゆえ、自然的・法的一体性が肯定される場合には全体的評価、自然的一体性が否定されるが法的一体性が肯定される場合は分析的評価とする区別の限界は流動的になり²⁷⁾、判断の明確性が担保できないように思われる。

2 自然的・法的一体性の基準

これに対して、行為の一体性の問題を減免根拠論や罪数論と切り離した上で、その基準を提示する見解がある。

成瀬幸典は、量的過剰防衛を認める前提として、「先行行為と後行行為を一連の1個の行為と見ることができるとする事実的基盤」が必要であり、それは「両行為の時間的・場所的近接性、後行行為が行われるに至った経緯、後行行為の客観的主観的態様の異同等を基礎に社会通念に従って」判断されるとする²⁸⁾。豊田兼彦も、「まずは法的評価を離れて自然的に観察し、社会的に見て全体を1個の行為と評価しうる」という意味での自然的一体性が必要であるとし、それは、「行為の時間的・場所的接着性、意思決定の1個性・連続性が有力な判断材料となる」とする。その上で「法的に見て1個の防衛行為と評価できること」という意味での法的一体性が必要であるとし、それは、「防衛の意思の有無・内容が重要な判断材料」となるとする²⁹⁾。

これらの見解とは異なり、防衛行為の一体性を問題とする見解がある。山口厚は、「急迫不正の侵害に対する、実質的に1個の意思決定に担われた、同一機会における同種の法

25) 長井・前掲注(24) 234頁以下。

26) 山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(2009年)82頁。

27) 山口・前掲注(26) 82頁注12は、単純一罪と包括一罪の限界が流動的であることを指摘する。この批判に対する反論として、長井・前掲注(24) 237頁以下参照。罪数論は成立した犯罪の個数の問題であり、行為の一体性の基準とはならないと指摘するものとして、川端博『正当防衛権の再生』(成文堂、1998年)289頁、橋田・前掲注(18)「外延的」234頁以下。植田博「量的過剰防衛の周辺問題」修道法学33巻1号(2010年)68頁参照。

28) 成瀬・前掲注(23) 181頁、同「判批」判例セレクト2008(2009年)29頁。小名木明宏「判批」判例セレクト2009(2010年)28頁参照。

29) 豊田兼彦「判批」法学セミナー653号(2009年)123頁。

益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しうる限度において、過剰防衛を拡張的に解釈し、1個の行為と実質的に同視しうる一連の行為の全体が過剰防衛になる」とし³⁰⁾、その根拠を「意思決定の実質的1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、1個の行為に準じるものとして扱われる」点に求めている³¹⁾。また、西岡正樹は、量的過剰防衛の肯否は、過剰防衛の減免根拠からではなく、その成立根拠から導かれるべきであるとして、急迫不正の侵害が存在しない場合であっても、「客観的に追撃行為を反撃行為の延長行為と見做し得るかという点で、両行為間に時間的連続性と行為態様の同質性が存在し、かつ、主観的に行為者の心理的な異常状態に基づく行き過ぎの側面を持つかという点で、両行為間に行行為者の心理状態の連続性が認められる場合に、追撃行為は『主観的・客観的に反撃行為の延長線上に位置する防衛行為』」と評価されるとする³²⁾。さらに前田雅英は、防衛行為の個数を「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」とし、実質的には、①攻撃者の攻撃が一応中断するに至った経緯、②攻撃者と防衛者の力関係、③中断前に行った防衛行為と中断後に行った「防衛行為」の侵害の重大性などを中心に判断されるものとする³³⁾。小野晃正も、違法・責任減少説を前提に、①複数の防衛行為の時間的緊密性と②防衛の意思の継続性を基準として違法減少が認められる場合に、1個の防衛行為が認められるとする³⁴⁾。

これらの見解は、過剰防衛と評価される対象としての行為の基準と限界を検討している点で、妥当なアプローチである。もっとも、前者が問題とするのが、事実に社会的な行為であるのに対して、後者が問題とするのは防衛行為であるという差異は看過することができない。「過剰防衛における行為把握の問題では、いかなる行為が問題となるのか」についてコンセンサスが形成されていないのである。行為の一体性判断を行うアプローチは妥当であるが、それに先立ち、過剰防衛で一体性が問題となる行為とは何かを先に解決しなければならない³⁵⁾。次章では、全体的評価と分析的評価の対立を補助線にこの点を検討する。

30) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第2版、2007年)134頁。

31) 山口・前掲注(30)135頁注10。なお、山口の見解は、その包括一罪理解と類似しており(同372頁参照)、罪数から切り離されたものではない。山口・前掲注(26)82頁も参照。

32) 西岡正樹「判批」法学74巻2号(2010年)147頁。

33) 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734号(2009年)5頁。

34) 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頁以下。

35) 山崎耕史「判批」警察学論集64巻3号(2011年)157頁は、行為の外延を定める指標をどのようなものにするのか、外延が定まった行為を単位とする考え方をどこまで徹底するが問題であるとする。

第2章 全体的評価と分析的評価—ヨコの問題とタテの問題—

自然的・事実的な行為が問題なのか、防衛行為が問題なのかという軸は、すでに全体的評価と分析的評価の対立の中にあらわれている。全体的評価は、判断の対象となる「1個の行為」の全体に構成要件該当性や違法性阻却事由の判断が加えられるという思考方法であるのに対して、分析的評価は、結果帰属等の観点も含めて確定した構成要件段階の行為を前提に、違法性阻却事由の存否に応じた再度の行為把握を行うという思考方法である。すなわち、全体的評価は、認定した事実の範囲がのちの評価を拘束すると考えるのに対して、分析的評価は、違法評価が認定した事実の範囲を変更すると考えるのである。本稿の問題意識によって言い換えれば、前者が一体性を問題とするのは「自然的・事実的な行為」であり、後者が問題とするのは「防衛行為」であることになる。すなわち、全体的評価と分析的評価の対立は、「行為の統合と分断」の問題と、「1個の行為」による違法事実の拘束の可否という異なる問題を含んでいるのである。

前者の問題を、時系列上の「ヨコの問題」とするならば、後者の問題は、犯罪論体系における事実と評価にかかわる体系上の「タテの問題」であるといえることができる。従来の学説が、行為の一体性を論じてきたアプローチそのものは妥当であるが、それがヨコの問題の議論にとどまる限り、「一体性が問題となるのは防衛行為か、事実的行為か」という問いに答えるには不十分であり、これに加えて、タテの問題を議論する必要がある。

さらにタテの問題には、2つの異なる分析軸がありうる。1つは、構成要件該当性と違法性の関係であり、いま1つは、事実認定と法適用の関係である。以下では、まず、過剰防衛における行為把握の問題が事実認定の問題なのか法適用の問題なのかを論じた上で、構成要件該当性と違法性に関する議論を手がかりに、タテの問題の分析を行う。

第1節 事実認定と法適用

全体的評価の背景には、判断対象となる「1個の行為」の範囲を認定した上で、これに対して法的評価を加えるという思考方法が見てとれる。この場合、1個の行為の範囲は、問題となる構成要件や違法性阻却事由を視野に入れながら、関係証拠によって定められることになる³⁶⁾。平成20年、21年決定が、行為を把握するにあたり、防衛の意思の存否等に言及した点には、この思考方法があらわれているとも評価できる。

この思考方法では、構成要件のみを見据えて事実認定を行った場合に1個の行為と見えたものが、違法性阻却事由をも見通すことにより、複数の行為として認定され、翻って、複数の構成要件該当性・違法性が認められる、ということがありうる。このような「視線

36) 松尾・前掲注(8)137頁。

の往復」は、事実認定の実際において行われるところであろうし³⁷⁾、法適用の前提事実を、適用すべき条文とは無関係に認定することはできないという意味では不可欠な思考方法ともいえる³⁸⁾。その意味で、行為の把握は「法適用を見据えた事実認定」の問題であると理解することができる。

もっとも、このような思考方法は、構成要件該当性と違法性阻却事由とで行為の範囲が異なることがあることを前提としている。そのため、構成要件段階での行為とは異なる、違法性阻却段階での「行為」とは何かという問題は残る。また、違法性阻却段階での「行為」の範囲が、構成要件段階での「行為」の範囲を修正することが可能であるというためには、構成要件該当性判断が、違法性阻却事由の判断を拘束しないということが前提となる。行為把握の問題を「法適用を見据えた事実認定」の枠組で理解するとしても、構成要件該当性と違法性の関係は解決されなければならないのである。

第2節 構成要件該当性と違法性

第1款 通説的な枠組

通説によれば、違法性判断は、「構成要件に該当する事実そのもの」、すなわち、「構成要件該当の判断を受けた事実を対象として、さらにそれが違法性を具備するかどうかの評価を与える」ものである³⁹⁾。これは構成要件該当事実に対して、違法評価を加えるという枠組であり、全体的評価の思考方法と類似する。

もっとも、通説においても、「違法性判断の対象となる事実」と、「違法性の存否・強弱に影響を与える事実」が区別されており、違法性阻却事由となる事実は、ほとんどが後者であるとされている⁴⁰⁾。すなわち、構成要件該当事実を判断対象とするとしても、それが違法性を具備するかを判断するためには、構成要件要素以外的事実を、違法性の要素として考慮しなければならない場合が存在するというのである⁴¹⁾。

このような理解の下では、正当防衛の要件である防衛行為の存否は、当該構成要件該当事実の違法性の存否・強弱に影響を与える要素であることになる。そして、防衛行為が存在する範囲と存在しない範囲では、違法性の存否・強弱が異なるのであるから、構成要件該当事実として1個の行為であることを前提にしても、防衛行為をそれとは独立に検討することは、論理的には妨げられない。全体的評価の背景にこのような通説的な枠組があるとしても、構成要件段階（あるいはそれ以前）の事実的な一連の行為が、ただちに、のち

37) 松尾・前掲注(8)137頁。

38) 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法學74巻1号(2010年)5頁参照。

39) 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第3版、1990年)197頁。大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、第4版、2008年)375頁以下、小野・前掲注(34)106頁参照。

40) 団藤・前掲注(39)197頁。大塚・前掲注(39)376頁参照。

41) 大塚・前掲注(39)361頁。

の違法性阻却事由の判断を拘束するわけではない。構成要件該当事実による違法評価の拘束を否定すれば、通説的な体系を前提としても、構成要件該当事実としては1個の行為を認めつつ、違法性阻却段階において防衛の意思を基準に行為を分断する見解に至る⁴²⁾。

第2款 違法性解消説／消極的構成要件要素の理論

通説の枠組が、構成要件該当性と違法性とを区別するものであるのに対して、行為規範は、「『正当な理由なく人を殺すな』というような構造をもち、正当事由（前段）と構成要件（後段）の両者から認識されるのであって、行為の規範違反性すなわち違法性の判断には、構成要件該当性と、正当事由の不存在の判断とが含まれる」とする理解の下、違法性判断の内部で、構成要件該当性判断を違法性判断に包摂する見解⁴³⁾、あるいは類似の規範理解から、正当防衛を消極的構成要件要素と位置付ける見解がある⁴⁴⁾。

これは、犯罪論体系を不法と責任という2段階構造に組み替えることにより、タテの問題を解消する見解であると評価することができる。もっとも、この見解によれば、規範によって許容される防衛行為は、すでに禁止規範に違反するものではない。量的過剰防衛の場合には、正当事由が不存在となった時点以後において、禁止規範の発動を受けて、規範違反行為が出現することになるように思われる。そして、このような規範理解によれば、量的過剰防衛の事例においては、正当防衛にとどまる第1行為は規範違反の行為ではなく、急迫不正の侵害が終了した後の第2行為は単なる攻撃であるから、第2行為のみが評価対象となり、量的過剰防衛は36条2項の射程外ということになって⁴⁵⁾、量的過剰防衛のヨコの問題も、分断説で解決することになると思われる。

第3節 タテの問題の解決

以上概観したように、構成要件と違法性の関係を通説的に理解した場合には、全体的評価と分析的評価のいずれもが導出され、消極的構成要件要素の理論などを前提にすれば、分析的評価が導出される。論理的には、いずれの思考方法も可能なのである。では、タテの問題はどのように解決されるべきなのであろうか。

タテの問題における全体的評価は、認定された1個の行為の全体に対して正当防衛・過剰防衛の成否を検討するものである。このような理解に対して、第1暴行についての正当防衛という評価を、その後の行為者の行為によって事後的に変更するものであるとする批

42) 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（2009年）43頁。

43) 西原春夫『刑法総論改訂版（上巻）』（成文堂、1998年）161頁以下。

44) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）130頁以下。

45) 西原・前掲注（43）244頁は、「過剰防衛は、急迫不正の侵害があり、その程度を誤認した場合、および防衛手段の相当性を誤信した場合にかぎられることになる」とする。

判は⁴⁶⁾、必ずしも有効ではない。なぜならば、全体的評価は、構成要件段階の一連の行為を分断することなく、全体について36条の適用の可否を問題とするため、「第1暴行について正当防衛が成立する」という評価を介在させることがなく、その事後の変更も思考プロセスの上では行っていないからである。それゆえ、違法評価の事後の変更という論理によって、全体的評価を不当とすることはできない。

しかし、全体的評価が構成要件該当事実による違法評価の拘束を認める論拠も、また明らかではない。たしかに、全体的評価の根拠として「刑罰権の存否及び範囲は、1個の行為につき、①構成要件該当性、②違法性、③有責性の順序に従って判断される」という点が挙げられている⁴⁷⁾。しかし、刑罰権の発動には当該行為に違法性と有責性が認められることが要件とされているのであるから、「刑罰権の存否及び範囲」の判断が、違法性・有責性の存否に影響されず、固定された「1個の行為」という対象に対してのみ許されるとする理由はない。仮に、違法段階・責任段階での行為の統合・分断の余地を認めないのであれば、そのロジックは、刑罰権の存否及び範囲を、犯罪要素とは無関係な「1個の行為」によってあらかじめ決定することを意味する。しかし、そのような強い実体を、論者の想定する「1個の行為」が有しているかは明らかとはいえない。また、上述したように、通説的枠組は分析的評価を論理的に排斥するものではない。

むしろ、1個の行為の中に、分析的に見て正当防衛となる部分（防衛行為）と単純な攻撃部分とが混在している場合に、前者を含めた形で違法評価を行うことには疑問がある⁴⁸⁾。違法行為と区別可能である限り、正当防衛の成立する行為は処罰の対象から除外されるべきであろう⁴⁹⁾。

したがって、タテの問題においては、事実上の「1個の行為」がのちの違法性判断を拘束するという思考方法の根拠は明らかではなく、分析的評価を採用することに理論的な障壁はない。もっとも、分析的評価の採用は、次なる問題を提起する。分析的評価を前提とすると、違法性解消説などを除き、構成要件段階での行為把握を行ったのちに、違法性阻却段階で防衛行為の把握を行うことになる。しかし、ここでいう防衛行為の内実が明らかではないのである。次章では、違法論・行為論の観点から、防衛行為の内容規定を行う。

第3章 防衛行為とは何か

第1節 違法論と防衛行為

防衛行為は、本来、刑法36条の要件の1つとして挙げられてきたものである。以下で

46) 山口・前掲注(21)57頁、橋田・前掲注(18)「量的過剰」26頁、井上・前掲注(6)81頁以下。

47) 松田・前掲注(5)261頁。

48) 林・前掲注(15)77頁、山口・前掲注(26)83頁参照。

49) 山口・前掲注(26)83頁。

は、まず、違法性の本質に関する立場の相違から、防衛行為がどのように定義されているかを検討する。

違法性の本質をめぐっては、これを法益侵害ないしその危険と解する結果無価値論と、行為の規範違反性と解する行為無価値論とが対立している。図式的には、前者は違法性を客観的なものととらえることから、主観的違法要素を不要とし、後者は、行為者の意思を考慮しなければ行為の違法性は定まらないととらえることから、主観的違法要素を必要とする、と整理することができる。この対立は、防衛の意思の要否の問題にかかわり、そこから、防衛行為を防衛の意思によって定義するか否かの相違をもたらす。

行為無価値論からは、当該行為に防衛の意思が備わることによって、防衛行為としての意味が付与され⁵⁰⁾、防衛の意思が連続する範囲で防衛行為の範囲を特定することになる。

これに対して、結果無価値論からは、防衛行為としての意味は、防衛効果によって付与されることになる⁵¹⁾。すなわち、防衛効果と因果関係ないし客観的帰属関係にある行為が防衛行為とされることになろう。しかし、複数行為による過剰防衛の場合には、防衛効果と因果関係を有する行為の範囲がさらに問題になることから、行為の一体性を判断する基準が必要となる。その基準として「不正侵害の惹起者または、その道具に向けられる」ことが考えられる⁵²⁾。たしかに、結果無価値論の立場から主観的違法要素を肯定する場合には、この基準にいう「向けられた」を意思の方向性を意味するものととらえ、その意思の連続性によって行為の範囲を特定することも可能であろう。しかし、主観的違法要素を否定した上で、同様の基準を用いることは、行為の作用が侵害者に及んでいたかを問うことに等しく、「防衛効果のある場合」と述べている以上のものではないように思われる。

もっとも、この見解が、違法性段階とは別に、行為把握の基準を提示できるならば、違法性段階で主観的要素を考慮する見解と結論に大きな差は生じない。その際、行為の一体性判断が問題となっている以上、論者の行為概念から一体性判断を検討することが必要である。次節では、行為論の観点から、防衛行為の基準を検証する。

第2節 行為論と防衛行為

行為を「意思に基づく身体の動静」と定義する因果的行為論は、意思と身体の動静とが原因と結果の関係に立つことが必要であるとする⁵³⁾。その際、意思内容は行為論においては問題とならず、故意の問題として扱われる⁵⁴⁾。

50) 例えば、高橋・前掲注(4) 264頁など。

51) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年) 246頁、山本・前掲注(16) 211頁以下、西田・前掲注(9) 168頁以下。

52) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣、1981年) 201頁。

53) Edmund Mezger, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 2. Aufl., 1933, S. 108.

54) 山口・前掲注(30) 42頁など。

因果的行為論による行為の特定においては、この見解が、行為の段階では意思内容を考慮しないことから、防衛の意思の有無という意思内容は行為の範囲の決定には影響せず、1つの意思決定と、それが起動した因果関係の続く範囲が、行為の一体性判断にとって重要となる。第2行為が、当初の意思決定に基づく因果の流れを遮断するような新たな意思決定に基づくと見られる場合には、一連の行為の断絶を認めることになる。

これに対して、行為を自ら設定した目的の実現に向けて因果的過程を制御する目的追求活動ととらえ、目的として結果を設定する意思を重要とする目的的行為論⁵⁵⁾、および、意思による支配の可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止と定義する社会的行為論⁵⁶⁾、意思内容を重視して行為の社会的意味を確定することになる。

これらの行為論における行為把握では、行為の主観的意味が重要となる。防衛行為の把握においては、「防衛するための行為」という意味は、行為者の意思が防衛効果という結果に向けられている場合に認められるのであるから、防衛の意思に担われ、これに統制・支配される範囲で、防衛行為の範囲を決定することになる。自然的に観察した場合に複数の行為が存在するように見える場合でも、複数行為が同一の防衛の意思に担われている限り、「一連の防衛行為」としてとらえられることになる。この結論は行為無価値論と一致する。

もっとも、社会的行為論の一形態として、社会的意味は意思のみならず結果からも付与されるとする見解からは⁵⁷⁾、結果発生が第1行為によるものか、第2行為によるものかが、行為の意味付与に影響しうる。死因となる傷害が正当防衛たる第1行為から発生した平成20年決定の事案では、結果による意味付与の観点から行為の一体性を否定する余地がある。

第3節 防衛行為の一体性の基準

上述したように、違法論の対立と行為論の対立は、それぞれ防衛行為のとらえ方に影響を与えている⁵⁸⁾。では、防衛行為をどのようなものと理解し、どのような基準でその一体性を判断すべきなのであろうか。

まず、因果的行為論は、1つの意思決定と因果関係にあるかを基準として、行為の一体性を判断することになる。そして、新たな意思決定に基づくと見られる行為は、先行する行為との間の因果関係が遮断され、別個の行為として扱われると思われる。

このように特定された行為は、防衛効果の帰属先として十分なものである。しかし、問

55) 井田・前掲注(44)25頁、福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、第5版、2011年)59頁以下。

56) 西原・前掲注(43)89頁など。

57) Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 75, Anm. 29.

58) 井田・前掲注(44)26頁以下の指摘するように、違法論の対立の基礎に行為論の対立があるとするれば、両者ともに防衛行為の内容に影響を与えていることは当然ではある。

題は、判断基準の明確性の点にある。例えば、第1行為が防衛の意思で、第2行為がもっぱら攻撃の意思で行われ、かつ、両者がともに結果発生に寄与した場合、因果的行為論の基準から、断絶を認めるのかは明らかではない。当初の意思決定によって起動された因果の一部として、防衛の意思が攻撃の意思に転化したと見るのであれば、その間に断絶は存在しないことになる。反対に、防衛の意思から攻撃の意思に転化したことにより、新たな意思決定が介在したと見るのであれば、そこに断絶が存在することになる。しかし、そのいずれの理解を採用するのかは、因果的行為論の記述のみからは明らかではない。

前者の基準を採用するならば、一旦行為が開始された以上は、防衛の意思から攻撃の意思への転化は問題とならず、原則として行為の一体性が肯定されることになる。この場合、攻撃の意思への転化によっても認められない「新たな意思決定」の内容がさらに問題となる。後者の基準を採用し、攻撃の意思への転化があることは、すなわち新たな意思決定であると解するのであれば、それはすでに意思内容を行為の段階（少なくとも違法性段階）で考慮しているのであり、因果的行為論の前提に反することになる⁵⁹⁾。

これに対して、行為段階で意思内容を考慮する見解によれば、防衛の意思の有無によって防衛行為の一体性を判断することになる。それゆえ、防衛の意思から攻撃の意思に転化した場合には、防衛行為の断絶が認められることになる。明確性の点では、意思内容を考慮する見解に利点があるように思われる。この立場を前提とすると、防衛行為は「防衛の意思に担われた行為」と定義され、その本質的要素は防衛の意思であることになる。

もっとも、以上のように防衛行為の内容を確定しただけでは、過剰防衛における行為把握の問題を解決することはできない。過剰防衛は、構成要件該当性の問題をクリアした後に、違法性段階で問題となるものである。したがって、防衛行為の問題に先立って、構成要件該当性段階での行為（以下、「構成要件該当行為」とする）の問題を解決しなければならない。その上で、構成要件該当行為と防衛行為との関係が違法性段階で問題となるのである。次章では、両者がどのような関係に立つかを検討する。

第4章 過剰防衛における2段階の行為把握

第1節 構成要件段階における一連の行為の機能と根拠

複数行為が存在すると見られる事例（過剰防衛も含まれる）において、構成要件段階での行為把握を行う際には、複数行為の相互関係、とりわけ、判例上用いられる「一連の行為」が認められる基準と限界が問題となる。

学説上、問責対象としての「一連の行為」には、「第1行為と第2行為とが相俟って結

59) この点につき、小野・前掲注(34)105頁も参照。

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』であると記述し、『一連の行為』のどの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませる」という機能があるとされている⁶⁰⁾。その限界は、犯意の連続性・同一性⁶¹⁾、あるいは危険の同質性に求められている⁶²⁾。

その規範的根拠は次の点に求められる。構成要件該当行為は、人間が行った事柄に対して、一定の意味の範囲でこれを事象から切り取ることで特定される。その意味付与の構造については、次の2つのアプローチが認められる。1つは、意思内容などを手がかりに行為者が行為に「与えた意味」を問題とするアプローチであり、いま1つは、行為が外界に「及ぼした意味」を問題とするアプローチである。そして、狭義の行為の特定のためには、行為者の主観的意味を重視することが必要となる。もっとも、そこでいう「行為者主観」の内容は、法的なものから社会的・生理的なものまで様々な記述のレベルを有しうる。そこで刑法の役割という観点からこれを縮減し、刑法が行為者に対して発する行為規範の禁止・命令内容を受け止めうる程度に抽象化された意思を基準とすることになる⁶³⁾。

もっとも、行為者主観によるアプローチは、結果（及ぼした意味）との関係で修正を受ける。例えば、XがAを殺害しようという意思を持ち、ピストルを撃つなどの行為をしたとする。この場合、Xの「人の生命侵害を志向する行為」からAの「死亡」という結果が発生しない限り、Xの行為全体は「殺人」という意味には到達しない。同様に、傷害の意思に担われた行為から、人の死が惹起されない限り、その行為全体は「傷害致死」という意味には到達しない。当該行為（出来事）全体が「傷害致死」という意味に到達していなければ、傷害致死の構成要件に該当しないのであるから、行為者の与えた意味による行為把握は、単独では構成要件を充足せず、当該行為が社会にもたらした意味によって、法的なりアクションを必要とする事態であることの裏打ちが必要となるのである⁶⁴⁾。

第2節 構成要件段階での一体性

以上のような構成要件該当行為の理解から、過剰防衛の事案における行為把握はどのように行われるであろうか。

従来、この点は必ずしも意識的に論じられていないようであるが⁶⁵⁾、たとえば、平成

60) 深町晋也「『一連の行為』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）118頁。

61) 深町・前掲注（60）123頁。同126頁以下は、客観的要素としての時間的場所的接近性や行為態様の同一性は、一連の行為の限界を画する消極的機能を有するにすぎないとする。

62) 小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為—『一連の行為』をめぐる考察—」阪大法学60巻1号（2010年）175頁。

63) 拙稿「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59巻2号（2009年）441頁以下。

64) 拙稿「行為概念と回避可能性の関係（2・完）—ドイツにおける否定的行為論を中心に—」比較法学43巻3号（2010年）133頁以下。

65) 安達光治「判批」速報判例解説vol.8（2011年）197頁以下に、客観的帰属との関係で、平成21

20年決定の事案について、構成要件段階では傷害致死罪としつつ、違法性阻却段階で防衛の意思の有無を考慮して、行為を分断することも可能であるとする見解⁶⁶⁾、構成要件段階で「一連の行為」あるいは「1個の行為」が存在することを前提としているように思われる。また、平成21年決定も、全体を傷害罪とする前提として、構成要件段階での「一連の行為」を想定しているようにも思われる。

しかし、これらの事案に一連の行為を適用することは「過剰適用」であるとする理解も考えられる。すなわち、一連の行為の機能からは、「第1行為のみ、あるいは第2行為のみを記述すれば足りる場合には、当該結果を惹起した第1行為、あるいは第2行為のみが構成要件該当性の判断の対象として切り取られることになり、そもそも『一連の行為』論に基づく全体的考察を行うべき基礎が存在しないことになる」というのである⁶⁷⁾。この見解は、第1暴行から傷害結果が発生しているにもかかわらず、第1暴行と第2暴行とを全体的に評価し、1個の傷害罪の成立を認め、それに対して過剰防衛を適用した平成21年決定の帰結は、第2暴行が結果発生に相当程度寄与している従来の裁判例とは異質であり、「平成21年決定は、『一連の行為』論をいわば過剰適用しているのではないか」との疑問を提起する⁶⁸⁾。このような一連の行為の機能的理解からは、平成21年決定はもちろん、第1行為が死因を形成した事例である平成20年決定も、構成要件段階で一連の行為を肯定することができない事案であることになると思われる。

では、両決定をどのようにとらえるべきであろうか。たしかに、意思内容が行為に意味を与え、行為意思の範囲で行為の範囲が定まるとの立場からは⁶⁹⁾、死傷結果が第1行為から発生したことが明らかであっても、「傷害の意思」が継続している以上、一連の行為を肯定することが可能であるとも考えられる。しかし、上述したように、平成20年決定の事案で問題となる傷害致死罪の場合、傷害行為が死亡結果を惹起した場合が、全体としての「傷害致死行為」であり、傷害結果を惹起した場合が、「傷害行為」であるとすることは可能である⁷⁰⁾。そして、帰属されるべき結果が発生した以後の行為に、当該結果が帰属されることはないのであるから、別個の行為と把握すべきことになる。したがって、「傷害致死行為」と認められるのは、第1行為のみであるということになる。

また、平成21年決定の事案も、傷害結果が第1暴行から発生しているとしても、暴行または傷害の意思が連続している以上、傷害行為としても1個の行為が存在すると評価することが可能であるとも思われる。しかし、平成20年決定と同様に、第1暴行のみが

年決定が第1行為と第2行為の断絶を認めた判断を適切とする記述が見られる。

66) 高橋・前掲注(42)43頁。

67) 深町・前掲注(60)121頁。

68) 深町・前掲注(60)109頁以下。同・前掲注(5)178頁も参照。

69) 拙稿・前掲注(63)441頁。

70) 拙稿・前掲注(64)133頁。

「傷害」という意味として把握され⁷¹⁾、第2暴行は「暴行」以上の意味を有しないのであるから、平成21年決定の事案においても、構成要件該当行為は複数存在したことになる。

このように考えると、平成20年、21年決定はいずれも、構成要件段階で行為が分断されるべき事案であり、防衛行為の一体性の判断が前面に出るべき事案ではないことになる。

第3節 構成要件段階での統合と違法性阻却段階での分断

これに対して、従来の裁判例において、一連の行為を根拠に過剰防衛を認めたものは、第2行為の方が結果への寄与度が高い、あるいは両者が相俟って結果が発生した事案に関するものであり、平成20年、21年決定のように、結果帰属の観点から行為を分断する根拠は見受けられない。したがって、構成要件段階で一連の行為が、防衛行為としての一連性をも有しているかが問題となる。

上述したように、構成要件該当事実が違法評価を拘束する必然性はない。構成要件該当行為としては同一の行為意思に担われた一連の行為が特定された場合であっても、それらが防衛の意思に担われた部分と、もっぱら攻撃の意思に担われた部分とでは、防衛行為の有無という点で、36条適用の前提となる事実としての意味を異にする。したがって、防衛の意思の存否により、違法性阻却段階での行為の分断が起こりうる。

もっとも、このような論理に対しては、暴行が「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」との批判が向けられる⁷²⁾。では、この批判は有効であろうか。

構成要件段階で一連の行為を用いて、第1行為と第2行為のいずれかから結果が発生したと認定した場合、違法性阻却段階で行為を分断する際の評価には以下のパターンがありうる。①防衛行為に帰属させ、当該結果について正当防衛とする、②単なる犯罪行為に帰属させ、当該結果について正当化を認めない、③全体に帰属させ、全体を過剰防衛にするというのがこれである。しかし、③については、36条の要件を満たしていない単なる犯罪行為について36条2項を適用する点に疑問があるし、また、正当防衛となるべき第1行為の違法評価が、第2行為によって影響を受けるのは妥当ではない⁷³⁾。②については、どちらから発生したかわからない結果を被告人に不利益な行為に帰属させる点に疑問がある。タテの問題における分析的評価からは、違法性阻却段階で36条が適用できる範囲は

71) 山本輝之「判批」平成20年度重要判例解説（2009年）177頁。

72) 松田俊哉「時の判例」ジュリスト1385号（2009年）115頁。

73) 山口・前掲注（26）83頁。

別途確定しなければならず、そのような検討を経て、なおもいずれの行為から結果が発生したかを特定できない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、防衛行為から結果が発生したと考えるほかにないように思われる。

第4節 構成要件段階での分断と違法性阻却段階での統合

では、これまで裁判例で争われてきた事案とは異なり、構成要件段階で分断を認め、違法性阻却段階で統合を認めるという思考方法は可能であろうか⁷⁴⁾。

平成21年決定の事案は、第1暴行のみが傷害罪の構成要件に該当し、第2暴行は暴行罪の構成要件に該当するべきものであった。このような事実関係の下、防衛の意思の連続性を理由に、全体を統合して過剰防衛とすることができるかが問題となる。

上述した防衛行為の理解からは、構成要件該当行為としては別々の行為意思に担われ、あるいは別々の結果をもたらした複数の行為が特定された場合であっても、それらが1つの防衛の意思に担われ、全体として「攻撃者の侵害に対する防衛行為」という意味を付与された場合には、36条適用の前提事実として、構成要件該当行為とは異なる範囲の防衛行為が特定されるとの思考方法は直ちに排除されるわけではない。このような理解の下では、平成21年決定が侵害の継続性と防衛の意思の存在に言及したのは、違法性阻却段階での統合を可能にするためであったと解釈することになる。

しかし、このような行為把握の方法は、構成要件を違法類型ととらえる限り、妥当ではない。違法類型説にとっての構成要件は、「当該犯罪類型の予定する不法内容の記述」である。それゆえ、「当該犯罪としての可罰性を積極的に基礎づける違法性〔中略〕は、構成要件の内容をなす事実に基づくものに尽きると考えねばなら」ず、構成要件段階で基礎付けられた違法性が存在しないこと、あるいは、少なくとも可罰的な程度に至っていないことを判断するのが違法性阻却事由の判断である。このように理解された違法類型説は、「構成要件該当性判断以外の積極的違法性判断を排し、一般的・非類型的違法が処罰の積極的な根拠づけに混入するのを阻止することによって、不法内容の個別性・類型性を保持し、実質的な意味での罪刑法定主義を担保」するものである⁷⁵⁾。仮に、構成要件段階で分断された事実を、違法性阻却段階で統合するとすれば、構成要件段階で排除された事情を基礎に、当該構成要件に対する違法性阻却を否定することになる。これは、構成要件外の事情により、行為の違法性を肯定する論理であり、違法類型説の見地からは採用しえないと考える。

74) 高橋・前掲注(42)44頁は、このような構成を示唆する。

75) 以上の点につき、松原芳博「犯罪論における『構成要件』の概念について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第一巻』(成文堂、1998年)54頁。

おわりに

過剰防衛における行為の一体性をめぐる議論は、一体性を判断すべき「行為」が何かを明らかにしないままに行われている点で不十分なものであった。本稿は、「全体的評価」と「分析的評価」の対立を、行為の統合か分断かという「ヨコの問題」と、「1個の行為」という事実への評価が拘束されるかという「タテの問題」に区別した上で、過剰防衛において問題となるのは、第1に構成要件該当行為であり、第2に防衛行為であるという結論を導出した。さらに、そこでいう「防衛行為」の内実がなお明らかではないことから、これを違法論と行為論の観点から分析し、「防衛の意思に担われた行為」という内容を得た。その上で、複数行為による過剰防衛の事例群では、構成要件該当行為による行為把握を行い、その後に防衛行為による行為把握を行うことにより、ヨコの問題としての行為の統合・分断の問題を処理すべきことを示した。

