

複数の反撃行為と過剰防衛の成否

高橋直哉

I はじめに

過剰防衛に関する議論は、かつては刑の減免根拠をめぐる見解の対立が中心であった。しかし、現在では、(減免根拠論との関連も当然意識されてはいるものの) 防衛行為に関する全体的評価と分析的評価の対立という点へと問題関心がシフトしてきているようである。このような議論動向を誘発したのは、二つの最高裁判例、すなわち、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。平成20年決定は、量的過剰防衛の肯否を中心的な問題としつつも、量的過剰防衛の限界づけとの関係で防衛行為に関する全体的評価と分析的評価の対立という論点を内に包蔵するものであった。更に、平成21年決定では、この点がより鮮明な形で問題となったこともあり、全体的評価と分析的評価という問題が量的過剰の場合に限らず過剰防衛全般に渡る問題として意識されるようになってきたといえよう^①。

この全体的評価と分析的評価の対立には、二つの次元の異なる問題が含まれているように思われる。すなわち、一つは、どのような場合まで過剰防衛の成立を認めるのかという過剰防衛の成否・限界に関わる問題である。この点が最も顕著な形で現れるのは急迫不正の侵害が終了した後も反撃行為を継続した場合に過剰防衛を認めることができるかという量的過剰防衛の肯否においてであるが、質的過剰の場合であっても反撃行為が複数に及ぶ場合にどこまで過剰防衛を認めるべきかという形で同様の問題が生じ得る。いずれにせよ、ここで問題なのは、過剰防衛が成立するのか、それとも通常の犯罪が成立するのかの区別である。

他の一つは、過剰防衛が成立する場合、何を過剰防衛の対象行為とすべきかという問題である。ここでは、反撃行為が複数に及ぶ場合、それが質的過剰防

衛に当たるのであれ、量的過剰防衛に当たるのであれ、どの行為に過剰防衛（すなわち犯罪）の成立を認めるべきかということが問題となる。

以下では、この二つの問題を念頭に置いて若干の検討を加えてみたい。

II 過剰防衛の成否・限界

1 急迫不正の侵害に対する反撃行為が複数に及ぶ場合、どこまで過剰防衛を認めるべきかという問題が典型的な形で現れるのは、いわゆる量的過剰防衛というものを認めるか否かという場面である。例えば、急迫不正の侵害に対し、当初は防衛手段として相当な暴行で対抗した（第1暴行）が、急迫不正の侵害が終了した後も更に暴行を加えた（第2暴行）というような場合に過剰防衛が認められるか否かという問題がそれである。

このような場合にも過剰防衛を認めることはできる（量的過剰防衛）とするのが通説⁽²⁾・判例⁽³⁾であるが、急迫不正の侵害が終了した後は過剰防衛を認めることはできないとする見解も主張されている。否定説は、①刑の減免根拠に関する違法減少説の立場からすれば「『量的過剰』の場合には、攻撃者の急迫不正の侵害から被攻撃者の正当な利益を守ったという違法減少の前提が存在しない」⁽⁴⁾、②侵害が終了しているので相手方は「正」である、③量的過剰の実体は復讐であって凡そ防衛に値せず、「防衛」の程度を越えたとはいえない、④量的過剰に36条2項を適用するならば、事前の予防的防衛についても同様でなければならないが、その実体は先制攻撃に他ならない、⑤量的過剰の場合に36条2項の適用を認める立場も、適用を否定すべき場合を認めるはずであるが、その限界は曖昧である、といったことを論拠とする⁽⁵⁾。

しかし、これらはいずれも量的過剰防衛を否定する決定的な理由とはいえないであろう。①についてはそもそも前提とする違法減少説それ自体に看過し難い難点があると思われる⁽⁶⁾。また、②③は、量的過剰の場合は急迫不正の侵害が終了しているとはいえ直前までは存在しているという点を軽視するものであり、そのような不正の侵害者に対してなされる行為であるという点でなお不正な侵害に対する行為という構造を保持していると見ることは可能である⁽⁷⁾。④については、事前の予防的防衛の場合には急迫不正の侵害がまだ全く現前していないという点で正当防衛状況が存在しないのであるから、

量的過剰防衛の場合とは事情が異なるというべきである⁽⁸⁾。区別基準が曖昧であることは、区別そのものが不必要だとか無意味であるだかということの意味するものではないから、⑤も決め手とはならない。実質的に考えてみても、量的過剰防衛を一切認めないという価値判断には、防衛行為者が過剰な行為をとってしまうような事態を招いた（決して小さいとはいえない）一因が侵害者側にもあることを軽視している嫌いがあり妥当とは言い難いように思われる⁽⁹⁾。

- 2 このように量的過剰防衛というカテゴリーを認めたとしても、当然のことながらその成立範囲には限界がある。一旦、急迫不正の侵害が加えられたならば、その終了後になされたいかなる反撃・追撃行為も過剰「防衛行為」になると考えることはできない。過剰防衛は、急迫不正の侵害に対してなされた行為についてしか認めることはできないのであるから、急迫不正の侵害が終了した後になされた行為がなお終了以前の急迫不正の侵害に対してなされた行為といえるような関係が認められなければならない。この点で、急迫不正の侵害が存在していた時点からそれが終了した後になお反撃行為がなされた時点までの一連の事態を一つの防衛事象として捉えることが可能でなければならない。急迫不正の侵害終了の前後で形式的に分断せず、全体を一連の事態として捉えるという意味で、ここでは全体的考察が不可欠である。

このように考える場合には、急迫不正の侵害終了前後の事態を全体として一連の防衛事象と捉えることができるかどうかの判断基準をどこに求めるかが問題となる。この点、例えば、平成20年決定は、第1暴行と第2暴行は、「侵害の継続性」及び「防衛の意思」の有無という点で、明らかに性質を異にしているということを指摘して、その間には断絶があるとし、過剰防衛の成立を否定している。問題が防衛事象性の有無にあることからすれば、このように、客観的には急迫不正の侵害の有無、主観的には防衛の意思の有無を基準とすることには相応の理由があるといえる。ただ、量的過剰防衛も認められるという前提に立つのであれば、急迫不正の侵害が終了した後でも過剰防衛は成立し得るのであるから、急迫不正の侵害の有無はそれ自体で結論を左右し得るような要素ではなく、より決定的なのは防衛の意思の有無だということになる⁽¹⁰⁾。

このように防衛の意思の有無を全体を一連の防衛事象と見得るかどうかの

判断基準とすることは、基本的に支持し得ると思われる。そのことは、質的過剰の場合、急迫不正の侵害は継続していても途中から防衛の意思が欠ければ過剰防衛の成立は否定されるであろうことによっても傍証されているといえよう。

ただ、ここで防衛の意思という場合、その内容がどのようなものかは問題である。これを正当防衛の成立要件としての防衛の意思と同視すると、急迫不正の侵害が終了したことを認識しながら反撃行為を継続する場合には、急迫不正の侵害に関する認識が欠けるため防衛の意思は否定されるということになるが⁽¹¹⁾、そうだとすれば、量的過剰の場合には、急迫不正の侵害が終了したのにまだ継続しているものと誤信していたというような場合を除き過剰防衛は認められないということにもなりかねず、量的過剰防衛を認める範囲が狭くなり過ぎるように思われる。

むしろここで重要なのは、認識の側面よりも意思の側面ではなからうか。平成20年決定も、相手方が更なる侵害行為に出る可能性がないことを認識していたということだけでなく、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に出たという点も指摘しており、前者の認識の点だけで防衛の意思を否定する趣旨であるとは思われない。また、質的過剰の事案で、急迫不正の侵害が継続しており、行為者にその認識があったとしても、途中から専ら攻撃の意思しかなかったような場合に過剰防衛の成立が否定される⁽¹²⁾とすれば、決定的なのは急迫不正の侵害を認識していたかどうかではなく、専ら攻撃の意思であったかどうかという点だと考えるのが妥当であるように思われる⁽¹³⁾。だとすれば、このような意味で理解された防衛の意思の継続性は、急迫不正の侵害に対して反撃行為が複数に及ぶ場合の過剰防衛の限界を画する基準として量的過剰・質的過剰いずれの事案においても共通して妥当するものだとすることができるであろう。

III 過剰防衛の対象行為

- 1 このように急迫不正の侵害に対して複数の反撃行為がなされた場合、防衛の意思の継続性という点で一連の防衛事象だと考えることができる範囲で過剰防衛が成立するとして、どの行為をもって過剰防衛だと評価すべきである

うか？通説・判例は、その一連の行為が全体として過剰防衛に当たるとする。従って、急迫不正の侵害に対し、当初は防衛手段として相当な暴行で対抗した（第1暴行）が、急迫不正の侵害が終了した後も更に暴行を加えた（第2暴行）という量的過剰の場合も、第2暴行の時点において急迫不正の侵害が継続している質的過剰の場合も、いずれも第1暴行と第2暴行を併せた一連の行為が過剰防衛と評価されることになる。このような理解は、反撃行為が複数行われた場合における過剰防衛の限界という問題について、全体を一連のものとして捉える全体的評価方法を過剰防衛の対象行為を決定する場面でも徹底するものであり、ひとつの一貫性のある見方だといえることができる。

- 2 ところで、このような考え方に対して、かねてより、橋田教授は、これによるとそれ自体としては正当防衛として正当化されるはずの第1暴行がその後の第2暴行と一体となることによって違法と評価されることになり、これは遡及的な犯罪の成立を認めるものだとする批判を向けていた⁽¹⁴⁾。教授自身は、分析的評価を徹底し、急迫不正の侵害終了前後で行為を分断して、急迫不正の侵害が存在する時点での手段として相当な反撃行為は正当防衛、急迫不正の侵害終了後の追撃行為は単なる違法行為と考えるべきだとする。前述のとおり量的過剰防衛というカテゴリーを認めないことには賛同し兼ねるが、遡及的な犯罪の成立を認めるものだとする批判は重要である。

例えば、平成20年決定の事案で、仮に一連の暴行を一体のものとして全体的に評価したならば、過剰防衛による傷害致死罪が成立することになる。また、平成21年決定では、分断して考えれば第1暴行は傷害を含めて正当防衛として正当化され、第2暴行についてのみ暴行罪が成立するはずのところ、一連の暴行を一体のものとして全体について過剰防衛が認められた結果、全体について過剰防衛による傷害罪が成立するものとされた。これらの事案では、全体的に考察して過剰防衛の成立を肯定した方が、少なくとも罪名の点ではむしろ罪責が重くなるという結論に至るのである⁽¹⁵⁾。これは直ちには承服し難い結論であるように思われる。

- 3 この点に関連して、過剰防衛の成否・限界という点では全体的評価を支持しつつも、そこに一定の制約を設けようとする見解が主張されていることは極めて興味深い。この点を特に強調されるのは、山口教授である。教授は、「第1暴行について正当防衛が成立する場合に限って考えると、第1暴行に

よって惹起された法益侵害に対応する分だけ、違法性の減少を認めることができることになるはずである。……第1暴行について正当防衛が成立するという評価は、その後の行為者の行為によって事後的に変更されえないはずである……。そうだとすると、第1暴行については傷害致死罪（ただし正当防衛となる）が成立し、第2暴行については傷害罪が成立する事例で、両者を一体的に捉えて量的過剰防衛を認める場合、傷害致死に対応する違法性の減少を認めることになる。その結果、傷害致死罪ではなく、傷害罪として過剰防衛の成立を肯定すべきではないであろうか。量的過剰防衛においては、第1暴行と第2暴行は連続的・一体的なものとして捉えられるのであるが、第1行為だけをみれば正当防衛が成立する場合、両者の法益侵害は区別されて、過剰となった第2暴行のみが処罰を基礎づけることになる⁽¹⁶⁾、「複数行為について、全体として過剰防衛になると結論づけるとしても、正当防衛が成立すると区別した評価が可能である以上、処罰の対象から除外されるべきではないであろうか。その行為が行われた時点では正当防衛として違法性が阻却されるのに、その後に違法行為が行われると、適法行為が遡って違法になるいわれはないということも指摘し得るであろう。処罰の対象となる行為に適法行為が含まれてはならないという原則は、この場合についてもやはり妥当させるべきではないかと思われる。」⁽¹⁷⁾と主張されるのである。

これは過剰防衛の成否・限界の点では全体的評価を支持しつつも、違法評価の段階では分析的評価を認める見解だということができるであろう⁽¹⁸⁾。筆者は基本的にこのような方向性には正しいものがあると考えている。しかし、そうだとすれば、このような全体的評価と分析的評価の使い分けに矛盾がなく、それを合理的に説明することができなければならない。以下では、その点について若干の検討を加えてみたい。

IV 過剰防衛の成否・限界の問題において全体的評価がもつ意味

- 1 前述のように、量的過剰防衛を肯定する場合には、急迫不正の侵害終了後になされた行為をなお終了前の急迫不正の侵害に対する防衛行為として理解するために、急迫不正の侵害終了前後の事態を一連の防衛事象として理解することができなければならない。その点で、一連の事態を全体的に評価する

ことは不可欠である。

しかし、そのことが直ちに、急迫不正の侵害終了前後の複数の反撃行為を1個の防衛行為として見ることを必然的に要請するものなのかは検討の余地がある。なぜならば、量的過剰防衛の肯否にとって重要なことは、急迫不正の侵害終了後になされた行為もなお終了以前の急迫不正の侵害に対する反撃行為として評価することができるかという点であり、このこと自体は、急迫不正の侵害終了前後にまたがる複数の行為を1個の防衛行為と見ることができるかという問題とは区別して考えることが可能だからである⁽¹⁹⁾。

- 2 結論から言えば、筆者は、この二つの問題は区別するべきではないかと考える。というのも、急迫不正の侵害終了後になされた行為をなお終了以前の急迫不正の侵害に対する防衛行為と評価することができるかどうかを判断するに際して、急迫不正の侵害終了以前に反撃行為が行なわれていたことは必ずしも必要ないと思われるからである。例えば、急迫不正の侵害が継続していた時点では反撃行為に出ず専ら退避・回避行動に終始しており、侵害終了後に反撃行為が行なわれた場合について考えてみよう。この場合、反撃行為の性質が、侵害終了以前に既に反撃行為が行なわれていた場合と比較して本質的に異なるとは考えにくい。相手方が棒で殴りかかってきたのに対し、自己の身を守るために素手で殴打したが（この行為は防衛手段としての相当性を有するものとする）、相手方がなお攻撃してくるのでこれを回避しようとして逃げたところ、相手方が転倒し体勢を崩して客観的には急迫不正の侵害は終了したところで暴行を加えたという場合に量的過剰防衛が成立する可能性があるとして、このとき、侵害継続時における素手での反撃行為の有無により、侵害終了後の暴行の意味が全く変わってしまうとは思われない。侵害継続時に反撃行為が行なわれていたか否かに関わらず、専ら攻撃の意思によるものではないという意味では侵害終了前後を通じて防衛の意思は継続していると考えることは可能であり、むしろ、反撃行為が先行していない場合の方が攻撃性は小さいのであるから、侵害継続時に反撃行為が先行する場合に量的過剰防衛が認められ得るのであれば、それが先行していない場合にはなおさら過剰防衛を肯定すべきであるとさえ言い得るように思われる⁽²⁰⁾。

ここで、もし、侵害継続時に反撃行為が行なわれていなかった場合にも量的過剰防衛が認められるのであれば、その場合の過剰防衛の対象となる行為

は侵害終了後になされた行為しかあり得ない。それ以前の退避・回避行動も含めて一連の行為が過剰防衛になるとすることは（退避・回避行動も違法だとすることになりかねず）不当であろう。量的過剰防衛の成否にとって重要なことは、侵害終了前後の事態を一連の防衛事象としてみることができるかどうかであり、侵害終了前後にまたがって1個の防衛行為が認められるかどうかではないように思われる⁽²¹⁾。

3 同様のことは、質的過剰防衛の場合にも当てはまるといえよう。例えば、最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁では、相手方から鉄パイプで殴打され、一旦その鉄パイプを取り上げそれで相手の頭部を1回殴打し（第1暴行）たが、相手方が再度鉄パイプを取り戻して殴り掛かってきたので、逃げ出したところ、追ってきた相手方が通路端の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ているのに気づき、同人の右足を持ち上げ、手すりの外側に落として（第2暴行）傷害を負わせたという事案に関し、第1暴行を含む一連の暴行は、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いわざるを得ない、として過剰防衛の成立を認めている。しかし、この事案の場合には、仮に第1暴行がなかったとしても（あるいは第1暴行を捨象して考えたとしても）、第2暴行には過剰防衛が成立し得ると思われる。結局、反撃行為が複数に及ぶ質的過剰の場合でも、過剰防衛になるかどうかの判断にとって重要なことは一連の事態を防衛事象として見るかどうかであり、一連の反撃行為全体を1個の防衛行為として理解することができるかどうかではないといえよう。

4 要するに、反撃行為が複数に及ぶ場合の過剰防衛の成否にとって重要なことは、防衛事象性が継続しているかどうかであり、その点で全体的評価が行なわれるのであって、そのことから直ちに一連の行為を1個の防衛行為としなければならないという結論が引き出されるわけではないように思われる。

V 全体的評価の問題点

1 これまでは、反撃行為が複数に及ぶ場合の過剰防衛の成否を判断するためには、一連の反撃行為を1個の防衛行為と考える必要性はないということを論じてきた。しかし、それだけではまだ、そのように考える必要はないとい

うことはいえても、そのように考えてはならないとか、そのように考えることは不当であるということを示すものではない。一連の反撃行為を1個の防衛行為と考えずとも説明はできるが、1個の防衛行為と考えた方がより妥当な結論に至る、という見方もあり得る。現に、通説・判例の基礎にはそのような見方があるように思われる。例えば、分析的評価方法にも一理あるとしながらも、「分析的評価方法は、社会事象を人為的に分断しすぎる傾向があり、同一の機会に連続して行なわれた行為を評価するための手法としては必ずしも合理的ではなく、一連の行為は、これを全体として評価すべき」であり、「刑事責任の問い方という実体法的な問題及び立証の実際という手続法的な問題を考慮すれば、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については、全体的評価をする手法が相当である」といった見方がそれである⁽²²⁾。確かに、全体を1個の防衛行為として理解した方が妥当な結論に至るのであれば、敢えてそれに異を唱える必要はないであろう。しかしながら、筆者の見るところ、そのような理解には問題があるように思われる。

- 2 一連の反撃行為を1個の防衛行為として理解する場合には、一連の反撃行為全体について過剰防衛が成立することになる。このように解することの利点としては、例えば、当初は手段として相当な反撃である暴行（第1暴行）が行われ、後に過剰な反撃である暴行（第2暴行）が加えられ、傷害結果が発生したが、それが第1暴行によるものか第2暴行によるものか判明しない場合でも、全体について過剰防衛による傷害罪の成立を認めることができるということがよく指摘される⁽²³⁾。この結論が妥当かどうか自体検討を要する1個の問題であるが、論理的にはこの問題以前に、一連の反撃行為全体について過剰防衛が成立するという判断それ自体が正当化できるかどうかを検討する必要がある。なぜならば、そもそも一連の反撃行為全体について過剰防衛が成立するという判断が理論的に正当化できなければ、そのような実際上の利点も結局のところは取り扱い上の便宜を指摘する以上のものではないということになるだろうからである。従って、そのような実際上の利点があることはひとまず措き、因果関係が判明している場合においても全体について過剰防衛が成立するという判断を正当化できるのかどうか、まずは検討されなければならない。

3 当初は手段として相当な反撃である暴行（第1暴行）が行われたが、後に過剰な反撃である暴行（第2暴行）が加えられたという場合、全体的評価方法を徹底する立場によれば、第1暴行及び第2暴行を併せた一連の暴行について過剰防衛が成立することになる。従って、このような見方によれば、第2暴行によって傷害が発生した場合はもとより、第1暴行によって傷害が発生した場合であっても、過剰防衛による傷害罪が成立することになる。平成21年決定は、まさにこの後者の場合であった。しかし、これに対しては、前述のように、それ自体としては反撃手段として相当な、従って、正当防衛となるはずの第1暴行が、その後過剰な第2暴行が付け加わることによって事後的に違法な行為になってしまうとの批判が加えられている。

この批判に対して、全体的評価方法を徹底する立場は、構成要件該当性判断や違法性阻却事由の有無等を判断する対象となる「1個の行為」をまず確定し、それが確定した後に、その「1個の行為」全体について構成要件該当性判断や違法性阻却事由の有無等を判断すべきであるという点を強調する⁽²⁴⁾。そのように考えるならば、「複数の暴行を加えた事案でも、その全体が1個の傷害罪の構成要件に当たるのであれば、その該当性を認めた上、次の違法性の判断の段階で、その全体が正当防衛に当たるか、過剰防衛に当たるかなどを判断するのが論理的に一貫して」おり、「全体を1個の行為と見るべきである以上、その一部に、防衛手段としての相当性があり、いわば『正当防衛的な行為』と見られるものが存在しても、それに引き続いて過剰な防衛行為を行えば、全体として過剰防衛が成立する」とされるのである⁽²⁵⁾。これによれば、批判説がいうところの第1暴行は正当防衛になるはずだとの前提そのものが否定されることになる⁽²⁶⁾。

しかし、このような考え方によれば、平成20年決定の事案においても、一連の行為の全体について傷害致死罪の構成要件該当性を肯定すること自体は可能であろうから、その全体について違法性判断を下すということも否定されないはずである。ここで急迫不正の侵害の有無や防衛の意思の有無という点に着目して行為を分断するということは、違法性阻却事由の有無の判断それ自体ではないとしても、少なくとも構成要件に該当するかどうかを判断するという観点から見た場合には過剰な要素を含んでいるように思われる。これを1個の行為を確定するための「中間的な検討」⁽²⁷⁾と捉え、あくまで構成

要件該当性判断の前に位置づけられるものとするならば、そのような判断方法には、構成要件該当性判断や違法性の判断の対象となる行為をまず確定するとしながら、実際上はその判断の中で違法性や責任に関する判断が先取りされているのではないかという疑念がある⁽²⁸⁾。

平成20年決定の事案では、まずは一連の行為が傷害致死罪の構成要件に該当すると考えたとしても、違法性判断の段階で急迫不正の侵害の有無や防衛の意思の有無という点で一連の行為を1個の行為として取り扱うことはできないということから、第1暴行と第2暴行が分断されることになり、それぞれについて改めて構成要件該当性、違法性、有責性を判断することにより、第1暴行は傷害致死罪の構成要件に該当するが正当防衛となり無罪、第2暴行は単なる傷害罪が成立する、と解する方が体系的思考としては問題が少ないのではなかろうか。しかし、そうであるとすれば、違法性判断の段階で防衛手段としての相当性の有無という点で一連の行為を1個の行為として取り扱うことはできないから行為を分断するというのも理論的には否定されないように思われる⁽²⁹⁾。

- 4 また、違法性の判断は構成要件に該当する行為に対して下されるものであるが、このこととの関係で全体的評価方法には問題が生ずるように思われる。

例えば、相手方が殴りかかって来るような動作をして近づいてきたので、自己の身を守るために脅迫したが(これは防衛手段としては相当といい得る)、相手方がひるまずに殴りかかってきたので近くにあったバットで殴り重傷を負わせ、これは防衛手段としては相当とはいえないため過剰防衛になるという事例を考えてみよう。この事例では、全体的評価を徹底する立場でも、脅迫以後の一連の行為を1個の行為とは考えないであろう。なぜならば、複数の行為の間に同一の構成要件該当性を認めることができないからである。従って、結論としては脅迫罪の構成要件該当性と傷害罪の構成要件該当性を肯定した上で、過剰防衛による傷害罪の成立を認めることになろう。その場合でも、先行する脅迫については正当防衛が成立すると解さざるを得ないと思われる。なぜならば、脅迫罪の構成要件該当性を認める以上、その違法性判断は脅迫の点に限定されるからである⁽³⁰⁾。

しかし、もしそうだとすれば、相手方が殴りかかってきたので相当な反撃として暴行を加えたが、相手方がなおも殴りかかって来るので近くにあった

バットで殴り重傷を負わせたという場合と刑法上の評価の点で何か本質的な違いがあるのかが問題である。違いがあるとすれば、一連の行為の全体について1個の構成要件該当性を認めることが可能かどうかという点だけであろう⁽³¹⁾。しかし、この違いだけで、後者の場合には全体的評価をして一連の行為の全体について過剰防衛による傷害罪を認めるとすれば、それは、(二つの暴行それぞれについて別個に構成要件該当性を認めることができるのにそれを回避することによって)構成要件該当性判断がもつ違法性判断の対象を限定する機能を不当に弛緩させる危険性があるように思われる。

5 以上のことから、全体的評価を徹底することには疑問がある。むしろ、個々の行為それぞれについて構成要件該当性を認めることが可能であるならば、まずはそれを単位にして犯罪の成否を検討するという分析的評価が基本であり、それを貫くことが不合理であるような場合に複数の行為をどこまで一連の1個の行為として評価することができるかを考えるという全体的評価を補充的に用いるのが妥当なのではなかろうか⁽³²⁾。

また、全体的評価を強調する論者も、分析的評価それ自体が不可能であるとするよりは、分析的評価を徹底した場合に生ずる不都合を回避するということにその主張の力点が置かれているようにも思われる。そこで、最後に、その点について検討してみることにする。

VI 分析的評価の限界

1 分析的評価を徹底した場合の結論が妥当性を欠くという批判には、大別して二つのものが考えられる。

一つは、行為を分断することが不自然であるという批判である。例えば、反撃行為として連続して3発殴打し、3発目で重傷を負わせ過剰防衛とするのが適当であると考えられるが、1発目、2発目の殴打行為自体を個別に取り出して判断すれば反撃手段として相当だということができるような場合に、3発目のみが過剰防衛で2発目までは正当防衛だとするのは実態にそぐわないといったことである。確かにこのような場合は全体を1個の行為と見て全体について過剰防衛が成立すると考えるのが妥当であるように思われる。そして、そのように考えることができるならば、手段としては相当とも見得る

1 発目で傷害結果が発生し、2 発目以降は相当性を欠くが傷害結果は生じなかったという場合や、どの段階で傷害結果が発生したのかが不明である場合でも、過剰防衛による傷害罪の成立を認めることができることになる。

結論から言えば、分析的評価を原則としても、一連の行為を1個の行為と評価すべき場合があることは否定できないと思われる。まず、最初から重い結果が生じることを認識して複数の行為を行う場合には、一連の行為を1個の行為と評価すべきである。例えば、最初から死の結果が生ずることを認識・予見しながら、殴打行為を繰り返す場合がそれにあたる。この場合、仮に1個1個の殴打行為を取り出してみれば反撃手段として相当と見る余地があるとしても、それは最終的に過剰な結果を生じさせるための手段として行われているものであるから、個別に評価すべきではなく、全体を1個の行為として評価すべきである。従って、予想外に（それだけ個別に見れば相当と見る余地もある）1回目の殴打行為で死の結果が発生した場合であっても、また、どの段階で死の結果が発生したのかが不明であっても、過剰防衛による殺人罪が成立すると解すべきである（そもそも、この場合は、1発目から殺人の実行行為が行われていると考えられるので、その時点で既に手段として相当ではないと評価することができる）。

また、重い結果の発生を認識・予見してはいないが、一連の行為が密着しているため、事実上、各行為間に任意に中断の生ずる可能性が最初から乏しいような場合にも一連の行為を1個の行為と評価すべきであるように思う。例えば、反撃行為の際、興奮して夢中で殴り続けたが、ある段階以降の暴行は相当性を欠く状態になっていたというような場合である。この場合には、行為の意思決定は実質的に1個であると見ることができるし、行為を抑制することが困難な状態にあるためいつ過剰な結果が生じてもおかしくないという意味で最初から行き過ぎた法益侵害が生ずる危険性のある行為を行っていると考えることができよう。そのような危険性のある行為だという点を禁止の根拠とすることは、必ずしも不合理ではないように思われる。この場合も、（それだけ個別に見れば相当と見る余地もある）1回目の殴打行為で死傷結果が発生した場合、また、どの段階で死傷結果が発生したのかが不明な場合であっても、過剰防衛による傷害（致死）罪が成立すると解してよいであろう⁽³³⁾。

これに対し、各行為間に任意に中断する可能性があった場合は、基本的に全体を1個の行為とすべきではないように思う。例えば、急迫不正の侵害に対し相当な反撃行為を行い、もしそれで相手方が攻撃をやめていけばそれ以上の行為には出ていなかった可能性があるのに、相手方が攻撃を継続したためこれに対して過剰な反撃に出たという場合には、行為の意思決定は実質的に2個あると見られるし、反撃行為を継続した主たる要因は侵害者側の方にあるのに、それによって防衛行為者側を不利益に扱ふ（相当な反撃行為をも含めて一連の行為の全体について過剰防衛とする）のは適切ではないであろう⁽³⁴⁾。

- 2 もうひとつの批判は、分析的評価を徹底すると、不当・不合理な結論に至るとするものであり、全体的評価を支持する論者は、特にこの点を強調する。

例えば、当初は防衛手段として相当な暴行を加えたが、後に過剰な暴行を加えるに至り、相手方に死傷結果を生じたが、その死傷結果がどの段階での暴行から生じたか判明しない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により⁽³⁵⁾、死傷結果について刑責を問うことができなくなり妥当でないとするのである⁽³⁶⁾。

しかし、この結論が妥当でないのかは、議論のあるところであろう⁽³⁵⁾。筆者としては、このような場合に重い結果について罪責を問うことができないという結論を一概に不当だと断ずることには躊躇いを憶える。違法な行為と重い結果との間の因果関係が不明なのであれば、やはり重い結果についての罪責を問うことは控えるべきであるという判断は、刑事責任追及の限界として尊重されるべきではなからうか⁽³⁷⁾。従って、先の例でいえば、死傷結果の帰責は否定され、当初の相当な暴行については正当防衛として無罪、後の過剰な暴行については過剰防衛として暴行罪が成立すると解するのが妥当であるように思う⁽³⁸⁾。

注

- (1) 平成20年決定以前の先駆的な議論としては、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2 = 3号(1998年)227頁以下、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資明編『現代裁判法大系³⁰ [刑法・刑事訴訟法]』(1999年)132頁以下、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』(2006年)126頁以下などがある。同決定後は、植田博「量的過剰防衛の周辺問題」*修道法学*33巻1号(2010年)55頁以下、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*第60巻第6号(2011年)83頁以下、佐藤拓磨「量的過剰について」*法学研究*第84巻第9号(2011年)87頁以下、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)215頁以下、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」*法学*74巻1号(2010年)1頁以下、同「量的過剰に関する一考察(二・完)」*法学*75巻6号(2011年)48頁以下、橋田久「量的過剰防衛—最高裁判平成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(2009年)21頁以下、橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁・西巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012年)93頁以下、林幹人「量的過剰について」*判例時報*2038号(2009年)14頁以下、原口伸夫「量的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)271頁以下、日和田哲史「防衛行為の一体性について」*上智法学論集*第55巻第2号(2011年)37頁以下、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)173頁以下、同「事後的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)243頁以下、山口厚「正当防衛と過剰防衛」*刑事法ジャーナル*15号(2009年)50頁以下などのほか、判例評釈を含め多数の論稿がある。更に、全体的評価と分析的評価という問題との関わりでは、いわゆる「一連の行為」論も注目されるが、この点に関しては、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)39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*59巻2号(2009年)423頁以下、深町晋也「『一連の行為』論について—全体的考察の意義と限界—」*立教法務研究*3号(2010年)93頁以下などのほか、「特集 一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」*刑法雑誌*第50巻第1号(2010年)67頁以下の諸論稿がある。
- (2) 井田良『講義刑法学・総論』(2008年)294頁、伊東研祐『刑法講義総論』(2010年)193頁、大谷實『新版刑法講義総論第4版』(2012年)289頁、川端博『刑法総論講義第2版』(2006年)355頁、斎藤信治『刑法総論第6版』(2008年)188頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年)348頁、西田典之『刑法総論第2版』(2010年)178頁以下、堀内捷三『刑法総論第2版』(2004年)160頁、前田雅英『刑法総論講義第5版』(2011年)394頁、山口厚『刑法総論第2版』(2009年)134頁、山中敬一『刑法総論第2版』(2008年)493頁など。
- (3) 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁(なお、最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁は、共同行為者には量的過剰防衛が成立するというを前提としているのではないと思われる)。なお、山本(輝)教授は、これまで最高裁の判例で、量的過剰につき過剰防衛の成立を認めたものはないとされるが(山本輝之「量的過剰防衛についての覚書」*研修*761号[2011年]17頁以下)、一般的な理解ではなからう。
- (4) 山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」*現代刑事法*9号(2000年)56頁。
- (5) ②～⑤に関しては、橋田・前掲注(1)229頁以下参照。

- (6) 夙に指摘されるように、責任減少の側面を全く考慮しないのは妥当ではなからう。なお、違法減少一元説に対する詳細な批判として、長井・前掲注(1)222頁以下参照。
- (7) 安田・前掲注(1)「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」292頁参照。
- (8) 林(幹)教授は、予防的防衛の場合にも過剰防衛が成立する余地を認めるが(林幹人『刑法総論第2版』[2008年]202頁)、妥当とは思われない。
- (9) 安田教授は、規定の沿革に照らしても36条2項に量的過剰の場合が含まれないとするのは不自然であると指摘される(安田・前掲注(1)「事後の過剰防衛について」247頁)。なお、過剰防衛に関する旧刑法下及び現行法編纂過程における議論に関しては、成瀬・前掲注(1)「量的過剰に関する一考察(一)」6頁以下参照。
- (10) 平成20年決定は、他に、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」と発言した上で抵抗不能の状態にある相手方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も指摘している。学説には、この点を過剰防衛における刑の減免根拠、就中、違法減少と関連づけて、このような客観的な連続性・一体性が認められることによって初めて違法減少の側面も肯定することができるというものもある(山口・前掲注(1)56頁)。確かに、行為態様の変化は、全体を一連の事象と見てよいかどうかを判断する際の重要なファクターではあると思われるが、行為態様の変化といってもその度合いは様々であり、また、質的過剰の場合には急迫不正の侵害が継続し、防衛の意思も認められる場合であっても、行為態様に変化するようなことは考えられるところであり、そのような場合に行為態様の変化だけで過剰防衛の成立を否定するのは行き過ぎであるように思われる。行為態様の変化は、それだけで一連の防衛事象か否かを左右するファクターではなく、防衛の意思が消失していることを裏付けるファクターとして考慮されるべきではなからうか。
- なお、各行為間の時間的・場所的接着性は、それ自体が全体を一連の事象として理解するための積極的な要因になるというよりは、むしろ各行為間にあまりに懸隔がある場合には全体を一連の事象と理解し難くなるという形で消極的に作用する要因であるとみるべきであろう(深町・前掲注(1)127頁。また、成瀬・前掲注(1)「量的過剰に関する一考察(二・完)」52頁、安田・前掲注(1)295頁以下参照)。
- (11) 佐藤(拓)准教授は、平成20年決定がいう「防衛の意思」は「急迫不正の侵害を認識しつつ、それに対応する心理状態」という意味での防衛の意思とは明らかに別物だとし(佐藤・前掲注(1)194頁)、量的過剰の事案では行為者に侵害の終了の認識があるから防衛の意思を基準とすれ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とされる(同199頁)。また、成瀬教授は、この点に留意され、防衛の意思ではなく「防衛的な心理状態」という言葉を用いられている(成瀬・前掲注(1)「量的過剰に関する一考察(二)」79頁注(85))。なお、橋爪・前掲注(1)100頁以下も参照。
- (12) 判例が、「『防衛の意思』イコール『急迫不正の侵害の事実の認識』ではなく、更に『侵害に対する意思』等と表現されるような意思的要素を要求」している(安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号[2012年]16頁)とすれば、このような理解に至るものと思われる。

(13) この点に関しては、安田・前掲注(1)「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」297頁も参照。なお、防衛の意思の内容をこのように考えると、これを犯意と連動させて考えることはできないように思われる。深町教授は、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態から完全な犯罪性の認識が存在する状態に変化した」ことが犯意の同一性を否定することになり、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態」とは正当防衛の認識がある場合や過剰防衛の認識がある場合だとされる（深町・前掲注(1)125頁参照）が、正当防衛の場合には故意が否定される（誤想防衛において故意を否定する通説の立場を前提とすれば当然そうなるであろう）とすれば、故意の過剰防衛との間には故意の存否という点で違いが生ずる（いわば「犯罪性の認識が存在しない状態から不完全な犯罪性の認識が存在する状態に変化した」）ことになろうから、犯意の同一性を基準とすると平成21年決定の場合にも全体を一連の行為と見ることはできなくなるように思われる。

他方で、過剰防衛における刑の減免根拠について責任減少説に立ち、精神的動揺状態の継続を必要とする（西田・前掲注(2)180頁参照）のも過度の要求であると思われる。過剰防衛の効果は任意的減免にとどまるのであるから、概念的に過剰防衛に該当する行為の全てに実際に減免に値する事情が存在することまでは必要ないであろう。専ら攻撃の意思である場合に防衛事象性が否定されるのは、そのような場合には急迫不正の侵害に遭遇したこと由来する責任減少を考慮する余地が端からないからであるとするれば、そのような場合は、いわば典型的に過剰防衛の範疇から除外されるということになろう。従って、専ら攻撃の意思であるとはいえないとして防衛の意思が肯定され防衛事象性が認められて過剰防衛が成立するとしても、実際に心理的圧迫状態などが認められなければ刑の減免は認められないことになる。

(14) 橋田・前掲注(1)234頁。

(15) 平成21年決定が、傷害結果が防衛行為の相当性をそなえた暴行によって生じた点は「有利な情状として考慮すれば足りる」としたこととの関係で、実質的な量刑が不合理かどうかをめぐる議論がなされている（深町・前掲注(1)122頁、松田俊哉「判例解説」法曹時報62巻11号〔2010年〕266頁など）。重要な問題ではあるが、適切な量刑が確保できれば成立罪名は問題ではないとか、いわんや適法な行為についても犯罪の成立を認めてよい、といったことはいえない以上、犯罪の成立を認めることができるかどうかが先決問題であろう。

(16) 山口・前掲注(1)57頁

(17) 山口厚「判例批評」刑事法ジャーナル18号（2009年）83頁。

(18) 橋田教授は、山口教授の見解を「両行為の違法評価を峻別し、それを構成要件該当性の評価に反映させるものであり、分断説との差は紙一重ではないかと思われる」と評されている（橋田久「量的過剰防衛—最高裁平成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〔2009年〕26頁）。

(19) 山口教授は、量的過剰防衛を肯定することと、行為を分割して個別に評価することとは矛盾しないとされる（山口・前掲注(1)784頁）。

(20) 佐藤（拓）准教授は、侵害終了前に反撃行為がないケースと反撃行為があったケー

スと比較して、後者を前者よりも有利に扱うことに実質的な根拠があるか疑問であるとされており、その点では筆者と見方を同じくしているように思われるが、准教授は前者の場合は事後の復讐であり過剰防衛を認めるべきではないとされる点で、筆者とは見解を異にする（佐藤・前掲注(1)201頁以下。また、橋爪・前掲注(1)108頁注(11)も参照）。なお、井田・前掲注(2)294頁は、量的過剰を「既に最初の反撃等により侵害者のそれ以上の攻撃が不可能になっている（か、著しくその程度を弱めた）のに、さらに追撃を加えた場合」と定義しているが、ここで反撃「等」とされているのは、侵害終了前に反撃行為はなく他の原因で侵害が終了した場合でも量的過剰防衛を肯定することができるという趣旨を含むものであろうか、それとも、侵害終了前に反撃行為があることは必要であり、単に侵害が終了した原因は反撃行為によるものでなくともよいということを述べたものであろうか。

- (21) このように考えた場合、量的過剰防衛における刑の減免根拠は責任減少に限られることになろう。ただ、この場合の責任減少は、急迫不正の侵害に対して自己の正当な利益を守ろうとする状況において生ずる心理的圧迫状態などを考慮するものであるという点で限定された性質をもつと考えることができる（この点に関しては、安田・前掲注(1)「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」293頁以下参照）。これに対し、質的過剰防衛の場合は、違法性と責任の両面の減少を考えることができる。
- (22) 永井・前掲注(1)134頁以下。
- (23) 永井・前掲注(1)134頁、松田・前掲注(5)262頁など。
- (24) 永井・前掲注(1)135頁。
- (25) 松田・前掲注(5)261頁以下。
- (26) 過剰防衛の場合には、適法な部分と違法な部分とを切り分けることはできないとされる場合がある（原口・前掲注(1)291頁）。確かに、反撃行為が物理的に1個の行為である場合には、そのとおりであろう。傷害までが相当なところで殺人を行なったという場合(1)、傷害までは適法だが殺人は違法であると判断されるのではない（林美月子「過剰防衛と違法減少」神奈川法学32巻1号〔1998年〕3頁参照）。しかし、反撃行為が物理的に複数存在している場合も同様であるとは直ちには言えない。反撃行為が複数に及ぶ場合、例えば、複数の暴行がなされた場合には、少なくともそれぞれの暴行について構成要件該当性を考えることは可能であり、従って、各個の暴行について違法性判断をすることが理論的に否定されるわけではない。
- (27) 永井・前掲注(1)135頁。
- (28) もっとも、構成要件を違法類型（更には違法有責類型）と考えた場合、構成要件該当性判断の段階で典型的な違法要素（また責任要素）を考慮することは妨げられない（むしろ、当然考慮されるべきである）。しかし、個別的な違法性阻却・減少事由（や責任阻却・減少事由）に関する要素まで構成要件該当性判断の段階で考慮することは体系的思考を混乱させることになるであろう。なお、仮に消極的構成要件要素の理論を採ったとしても、構成要件該当性に関する判断→違法性阻却事由の存否に関する判断という思考の順序は維持されるはずである（井田・前掲注(2)92頁）。
- (29) 高橋（則）教授は、構成要件該当性段階では行為を統合しながら、違法阻却段階

では行為を分断することも可能だとする（高橋（則）・前掲注(1)43頁）。構成要件該当性段階では1個の行為とされたものが違法性段階で分断されることに違和感を覚える向きもあるかもしれないが、最初から数個の行為のそれぞれについて構成要件該当性→違法性→責任と考えていくことも可能であり（これが不可能なのであればそもそも分析的評価の前提に欠ける）、それと全体を1個の行為としてそれについて構成要件該当性→違法性→責任と考えていく見方のどちらが妥当なのかの選択が問われているのだとしても実質的には変わりがないから、特段の問題はないように思われる。

- (30) 包丁を手にした脅迫が相当性の範囲を超えていないとされた最判平成元年11月13日刑集43巻10号823頁の事案を修正し、相手方がひるまずに殴りかかってきたので包丁で刺し傷害を負わせ、これは防衛手段としては相当とはいえないため過剰防衛になるという事例を考えてみよう。この場合も、示兇器脅迫罪（暴力行為等処罰に関する法律1条）の構成要件該当性と傷害罪若しくは加重傷害罪（暴力行為等処罰に関する法律1条）の構成要件該当性を肯定した上で、過剰防衛による（加重）傷害罪の成立を認めることになる。しかし、その場合でも、示兇器脅迫については正当防衛が成立すると解さざるを得ないと思われる。
- (31) 脅迫から暴行に移行した場合は行為態様が変化しているので数回の暴行が行われた場合と同列に論ずることはできないという見方もあるかもしれない。しかし、第1暴行（反撃手段として相当）の時点では殺意はなかったが、第2暴行（反撃手段として不相当）の時点では殺意が生じ、第2暴行によって相手方を死亡させたという場合（例えば、最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁の事案で、手すりから突き落とした時点では殺人の未必の故意が生じていた場合などを考えてみてもよいだろう）、行為態様に変化がなくとも、第1暴行は暴行罪の構成要件に該当し、第2暴行は殺人罪の構成要件に該当すると解さざるを得ないであろう。罪数の問題としては包括して殺人罪1罪の成立が認められるかもしれないが、第1暴行の時点では殺意がない以上、この行為が殺人罪の構成要件に該当するとはいえないから、構成要件該当性段階で行為は分断されざるを得ないであろう。従って、全体的評価をする立場でも、第1暴行については正当防衛が成立するとせざるを得ないと思われる。
- (32) もっとも、これは、複数の行為を一連の行為として把握することが一般に疑問視されない場合にも、常に分析的評価から出発すべきであるとする趣旨ではない。構成要件該当性判断において一連の行為を1個の行為とすることに実質的な理由があり、その理由を疑問視させるような要因が違法性阻却や責任阻却を考える段階において出てこない場合にはそのまま全体を1個の行為として取り扱ってよい。しかし、それを疑問視させるような要因が出てきた場合には、一旦構成要件段階に戻って個別の行為毎に犯罪の成否を検討するという作業を常に行い、その帰結を全体を1個の行為として取り扱った場合と比較して優劣を決めるべきであるということを主張しているに過ぎない。
- (33) 平成21年決定の事案では、行為者が当初は第1暴行だけを行う意思であったのか

明らかではなく(むしろ、最初から更に暴行を継続する意思であったと見るのが自然であるようにも思われる)、また、第1暴行と第2暴行との間に任意に中断する可能性があったといえるのかには疑問の余地があり、一連の暴行を1個の行為と見ることも可能な事案であったように思われる。

- 34) 一連の行為の全体について過剰防衛の成立を認める場合には、一連の行為の最初の段階からその行為を禁止することに正当な理由がなければならぬであろう。相当性を有する段階(第1行為)から相当性を逸脱する段階(第2行為)へと移行する過程において、その間に任意に中断する可能性が乏しいと見られる関係がある場合には、既に第1行為の段階で過剰な結果が発生する危険性があったといえるから、その危険性を根拠に第1行為自体が既に禁止の対象となっていると解することができるのではなかろうか(なお、この関連で、日和田・前掲注(1)66頁が「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に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」としているのは、[過剰結果抑止の必要性を強調する点には疑問があるものの]一連の行為の最初の段階からその行為が違法であるということ論証しようとする試みとして興味深い)。

それに対し、第1行為から第2行為への移行が、相手方の出方(相手方がひるまず攻撃を継続したなど)や自らの心理状態の変化(徐々に興奮の度合いを高めていったなど)といった要因に左右されるような状況である場合には、第1行為自体に過剰な結果を発生させる危険性があったとは言えないので、第1行為が既に禁止の対象となっていたと解することはできないように思われる。

なお、このように第1行為の段階で既に過剰な結果が発生する危険性があった場合に限定して一連の行為を1個の行為とすることには、故意との関係でも意味があるように思われる。というのも、誤想防衛の場合に故意を阻却するのであれば、正当防衛の場合にも故意は認められないはずであるが、そうだとすると、一連の事態が防衛行為として相当な手段である反撃行為から過剰な反撃行為に移行した場合、相当な手段としての反撃行為を行っている段階での行為者の認識は正当防衛と同じである以上、少なくともその時点においては故意が否定されざるを得ないのではないかと思われるからである。その後の過剰行為に関する認識を根拠にして全体について故意を認めるのであれば、一種の事後的な故意を認めることになるのではないかという疑問が生じよう。これに対して、そもそも最初から過剰な結果を発生させる危険性のある行為を行っていたということになれば、その行為はそもそも最初から違法性が阻却される行為ではないのだから、そのような行為を行っている認識があれば違法性を基礎づける事実の認識としては十分であり、仮に行為者が正当防衛に当たると思っていたとしても、それは違法性の錯誤に過ぎず、原則として故意は認められるということになるであろう。

- 34) 相当な第1行為と不相当な第2行為が相俟って結果が発生した場合、分析的評価

によれば結果の帰責が否定されて妥当でないといわれることがある（深町・前掲注(1)120頁）が、「相俟って結果が発生した」ということが判明しているのであれば第2行為も結果と因果性を有していたということになるから、行為を分断しても重い結果に関する罪責を問うことは可能であるように思われる（なお、日和田・前掲注(1)60頁参照）。複数の個別に見れば相当といえなくもない行為が累積して過剰な結果を生じさせたという場合も、累積して過剰な結果に至ったことが明らかとなっているのであれば、同様に解することができる。

- (35) 利益原則の適用範囲に関しては、大久保隆志『「一連の行為」と訴訟的評価』刑法雑誌第50巻第1号（2010年）101頁以下参照。
- (36) このような場合に一連の行為を全体的に捉えて過剰防衛の成立を認めるべきだとするものとしては、永井・前掲注(1)134頁、松田・前掲注(4)262頁、原口・前掲注(1)291頁、深町・前掲注(1)120頁、長井・前掲注(1)235頁、成瀬・前掲注(1)「量的過剰に関する一考察（二・完）」64頁などがあり、これに疑問を呈し分断的に捉えて重い結果の帰責を否定するものとしては、井上宜裕「量的過剰防衛—灰皿投げつけ事件—」松原芳博編『刑法の判例 総論』（2011年）88頁、林・前掲注(1)18頁、山口・前掲注(1)783頁以下、安田・前掲注(1)「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」299頁以下などがある。
- (37) 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に複数の傷害が生じたが、一つ一つの傷害がいずれの段階から発生したのかが不明であるという場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によれば、甲は傷害罪の刑責を負わないことになり妥当でないとする批判がある（松田・前掲注(4)266頁）。私見によれば、基本的にはその結論もやむなしと思われるが、例えば、暴行が2個で傷害が2個あり、どちらの暴行からどちらの傷害が発生したのかという点だけが不明であるというような場合であれば、軽い傷害の限度で傷害罪の成立を認めることは可能であろう。
- (38) 仮に因果関係不明の場合については結論の妥当性に疑問の余地があるとしても、その場合の具体的妥当性を担保するために全体的評価をすることを理由に、因果関係が判明している場合（特に相当な反撃行為から重い結果が発生している場合）についてまで全体的評価を行うべきだとするのは、何としても行き過ぎであると思う（同時傷害の規定[207条]でさえ、因果関係が特定されている場合には適用されないことにも留意すべきであろう）。

[追記] 脱稿後、仲道祐樹『行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—』（2013年）に接した。同書第5章「防衛行為の構造と過剰防衛」で、仲道准教授は、全体的評価と分析的評価の対立を、「行為と統合と分断」の問題（「ヨコの問題」）と「1個行為」による違法事実の拘束の可否の問題（「タテの問題」）という視点から捉え、興味深い議論を展開している。