

過剰防衛における責任減少に関する判例・学説の分析

徳 永 元

第一章 序論

第一節 問題設定

第二節 検討課題

第二章 判例

第一節 事後的時間的過剰

第二節 行為者の内的状態

第三節 小括

第三章 学説

第一節 事後的時間的過剰

第二節 行為者の内的状態

第三節 小括

第四章 結論と今後の展望

第一章 序論

第一節 問題設定

本稿は、過剰防衛に固有の責任減少を明らかにするために、判例・学説における過剰防衛の理解・処理を分析する。

前稿において検討したように¹、現行刑法の立法者は、第三六条第二項に定められる過剰防衛につき、明確な制度構想を示さなかつた。また、学説が論じてきた過剰防衛における責任減少は、通常の犯罪に見られるような一般的な興奮・動揺を根拠とするものであり、正当防衛・過剰防衛という法制度の意義を反映させたものではなかつた。わが国において独自に発展した適法行為の期待可能性論（以下、期待可能性論）、すなわち、期待する法秩序と期待される行為者との緊張関係を把握する責任理解にあつては、法定の責任阻却・減少事由の制度趣旨を解釈論に取り入れることが本来的に可能であるために、このような問題状況には改善の余地が残されている。

そして、直接的に論じられることは少ないとはいえ、判例・学説における過剰防衛の扱いから、過剰防衛に固有の責任減少を基礎付けるものと考えられている事情を推論することは可能である。本稿は、過剰防衛において問題とされている主観的事情を、責任減少に関係する考慮であると仮定して、その内容や性質を分析する。確かに、ここで明らかとなるのは、過剰防衛において、責任減少が、実際上どのようなかたちで明示的・黙示的に考慮されているかであり、ここに明瞭な結論を求めるのは困難だろう。しかし、見出された考慮について理論的補強や批判を行う、あるいは比較法研究の基礎を整えることは、なお有益であるように思われる。

第二節 検討課題

そこで、判例・学説を検討するために、分析視角を定めることになる。過剰防衛に固有の責任減少を考えるにあたっては、まず、その法的・制度的側面を念頭に置く必要がある。すると、第三六条第二項の過剰防衛が、同第一項の正当防衛を受けて規定されているという事実が、たちまち明らかとなる。それゆえ、過剰防衛に固有の責任減少は、正当防衛の性質と関連付けられる必要がある。そして、正当防衛の性質は、その要件から、防衛状況と防衛行為とに分けられる。防衛状況の側面では、急迫不正の侵害が主題となる。この側面では、従来から、事後的時間的過剰防衛（量的過剰防衛）の扱いが問題とされてきた。また、防衛行為の側面で過剰防衛にとつて重要な要素は、防衛の必要性・相当性は充たされないのがその前提であるため、防衛の意思ないし防衛行為性である。この点は、責任減少が基本的に行為者の主観面の問題であることにかんがみても、当然に検討の必要性がある。また、従来からの議論としては、ドイツ刑法との関連において、激怒などの強壮性情動から出た行為についても、過剰防衛の優遇を認めるべきかという論点がある。これらの各点について、正当防衛に接続するという過剰防衛の制度的特徴から、ここで責任減少として特に考慮されるべき事情を括り出すことができる。

以上の法的・制度的側面と並行して、分析視角としては、行為者側に生じる情動に着目することができる。すなわち、過剰防衛における行為者の内心を、心理学的に考察するのである。前提として、情動とは、辞書的説明によれば、「感情 (emotion) の動的側面が強調される場合に用いられてきた用語であり、急激に生起し、短時間で終結する反応的振幅の大きい一過性の感情状態または感情体験をさす」とされ、必ずしも学問的に厳密な用語ではない。本稿においても、情動という語を、興奮・動揺と互換しながら広い意味で用いることとする。

情動の生起についての有力な立場である、認知的評価理論によれば、情動の生起は、半ば自動的・無意識に進行する

最小限の情報処理のプロセスと、やや意識的でより高次の情報処理のプロセスに大別される。前者は、直面する状況に対する瞬間的なものであり、認知される状況が主体にとって否定的である場合、激怒や恐怖などの情動が生じる。これに対して、後者は、さらに、誰に責任や原因があるのか、この先どうなりそうかといった点がチェックされる、評価的な要素を多分に含む高次のプロセスである。ここでは、情動もより複雑なものとなりうる。³⁾このようなモデルに従えば、過剰防衛における行為者の精神状態は、観念的に、次のように描写される。まず、急迫不正の侵害の認識により、ほぼ無意識・自動的にこれに対応するための回避行動が行われる。ここでは、恐怖や激怒などの情動が伴われることもありうるが、無意識で瞬間的なものでもありうる。このような瞬時の対応に続いて、防衛の継続中または防衛を終了した後、急迫不正の侵害(者)に対するより意識的で高次の評価が行われる。ここでは、攻撃者自身やその攻撃手段の認識に対して、当事者間の従来の関係や、過剰防衛行為者自身の経験に則した評価がなされ、激怒・恐怖といった情動が生じる。この場面では、認識された状況を行為者が再度評価する中で情動が高じ、その結果行為の制御が失われることになる。一連の首絞め行為による過剰防衛を例にとると、急迫不正の侵害を受けて、とっさに侵害者を倒し、暴れるのを押さえつけて首を絞める段階では、ほぼ無意識・自動的な回避行動であったが、首を絞め続けている段階で、侵害者の抵抗から「まだ降参しないのか」と激怒が高じたり、これまで虐待されてきた経験から「今ここで事を決しなければ、後できつとひどい目に遭う」と恐怖が高じたりして、侵害者の抵抗がなくなつた後も首を絞め続け、死亡させるということが考えられる。要するに、正当防衛状況下におけるほぼ無意識かつ自動的な「自己保存本能の発露」としての情動と、状況の認識のさらに高次の評価から生じる恐怖・激怒等の情動は、心理学的に見ても区別されうるのである。

これに加えて、情動の観点では、ドイツ刑法に定められる過剰防衛の不処罰要件としての、虚弱性情動 (*asthenische Affekte*) と強壮性情動 (*sthenische Affekte*) の区別がある。⁴⁾ただし、ドイツ刑法学においても、情動は必ずしも厳密な意味で用いられているわけではない。⁵⁾本稿では、特に断らない限り、虚弱性情動というときは、「ぞつとして」

という意味での恐怖を、強壯性情動というときは、「かつとなつて」という意味での激怒を念頭に置く。

以上を踏まえて、本稿の検討課題を次のように定める。第一に、事後的時間的過剰の処理から、判例・学説において、過剰防衛に固有の責任減少の基礎となる事情を分析する。ここでは、事後的時間的過剰の持つ限界事例としての性格が、過剰防衛における情動の特徴を浮き彫りにする。第二に、同じく、過剰防衛行為者の内的状態に対する直接の言及から、そのような事情を検討する。ここで「内的状態」としたのは、行為者側において責任減少の基礎となる事情は、心理的なものに限られず、生理的ないし身体的なものでもありうるからである。

具体的には、次の順序で検討を行う。まず、事後的時間的過剰防衛について、最高裁の態度を確認した上で、下級審の裁判例を、事後的時間的過剰が問題となる三つの行為類型に整理する（第二章第一節）。この整理により、下級審における実際の判断の傾向をおおまかに把握し、過剰防衛における責任の考慮をある程度明らかにする。次いで、行為者の内的状態に関する裁判例を検討する（第二節）。ここでは、まず、正当防衛・過剰防衛の成否の場面に關する主観面の判断について検討を行う（第一款）。すなわち、過剰防衛を認める前提としての行為者の内的状態に焦点を当てる。続いて、過剰防衛と認められた場合における、行為者の攻撃的な意思・心情の扱いについて検討を行う（第二款）。すなわち、過剰防衛が認められた場合の行為者の内的状態の扱いに焦点を当てる。最後に、これらの問題に関する学説の議論状況を概観した上で（第三章）、得られた知見から過剰防衛に固有の責任減少の内容を明らかにする（第四章）。

第二章 判例

第一節 事後的時間的過剰

ここでは、まず、事後的時間的過剰の事例に対する最高裁判例の基本的な態度を確認した上で、下級審裁判例を、後述の三つの行為類型に分けて検討する。これらの各類型において特に考慮されている事情、および、各類型間の判断の傾向を概観することで、不法減少の側面が弱まる事後的時間的過剰の事例における、責任減少に対する裁判所の態度を探る。なお、過剰防衛を認めた事件においては、「罪となるべき事実」の中で「自己を防衛するため、その防衛の程度を超えて」といった判示が慣例となっているが、これは法的評価の側面を多分に含んでいるため、本稿では事案の概要に際して表記しないこともある。

第一款 大審院および最高裁の裁判例

旧刑法典の下では、第三一六条後段により明文で事後的時間的過剰防衛に対する裁量的宥恕が認められていたため、規定を適用すれば足りた。⁶⁾これに対して、現行刑法典の下では、時間的過剰に規定を適用しうるかは、少なくとも第三条六条第二項の文言だけでは分明ではない。

一般論としては、大判昭和五年九月二七日刑集九卷六九一頁において、闘争行為として結論的に正当防衛・過剰防衛を認めなかったものの、大審院は以下のように述べた。侵害の急迫性は、侵害的行為を断片的に見るのではなく、行為時の客観的事情をもとに総合的に判断すべきである。「一個ノ侵害所作カ無結果ニ終リタル場合ト雖当事ノ客観的事情カ一般の見解ヨリシテ被侵害者ヲシテ防衛行為ヲトラシムルニ必然ナル客観的状态ニアリシ場合ニ於テハ例ヘ侵害者ニ

第二回目ノ具体的侵害の所作ナシト雖モ尚急迫ノ侵害アリト謂ハサルヘカラス所謂過超防衛ノ規定ハ斯ル場合ヲ当然ニ予想シタル規定ナリト信ス。ここでの「客観的事情カ一般の見解ヨリシテ被侵害者ヲシテ防衛行為ヲトラシムルニ必然ナル客観的状況ニアリシ場合」には再度の侵害が見込まれる場合も含まれるが、ここでは事後的時間的過剰防衛が承認されていると見ることもできるだろう。⁷⁾

急迫不正の侵害の排除を明確に認定した上で、その後の追撃行為について過剰防衛を認めたものとして、大判大正一四年一月二五日評論一五卷下八三頁がある。本件では、弟である被告人が、包丁を手にした被害者Y（被告人の兄）から襲われ、格闘の上、Yにより組み敷かれたものの何とかその包丁を取り上げた。しかし、Yがなおこれを奪還しようとし、包丁がまさにその手に移ろうとしたため、被告人はこの包丁でYを突き刺した。その際、被告人への父の加勢もあって、Yは現場から逃走したのだが、被告人はこれを追撃して、隣家の裏手でさらに胸部を突き刺し、両創傷があらまわってYは死亡した。大審院は、最初の衝突につき、まさしく正当防衛であるとした上で、追撃行為については、「被告人カスカル危急ノ際ニ於テ公訴事実ニ於ケル如ク放埒ナル兄ヲ殺害シテ一家ノ患ヲ除カント決意スルノ余裕ヲ有シタリトハ」到底信じられないのであって、殺意の否認は信用に足り、「被告人ハ生死ノ境ニ出入リシタル争鬪ノ瞬間ニ於テ恐怖心ト憤怒ノ念ニ駆ラレテ興奮状態ニ陥リ茲ニ其ノ精神ノ平静ヲ失ヒ其行為ノ結果如何ヲ顧慮スルノ暇ナク騎虎ノ勢ヲ以テ最初ノ防衛行為ヲ継続シ終ニ兄Yヲ傷害シテ知ラス識ラス之ヲ死ニ致スニ至リタルモノナリト推測シ得ヘク被告人ノ行為ハ正当防衛ノ範囲ヲ超越シタルモノト認ムルヲ相当トス」と判断し、被告人の前段の行為は正当防衛、後段の行為は過剰防衛と認定した。⁸⁾

また、大判大正一二年七月一日四日刑集二卷六五五頁では、被害者Yとの口論の後に現場を立ち去った被告人に対して、Yが追跡し、執拗に組み付いてきたため、被告人がYを打ち倒して上から金篋で頭部を二、三度突き刺し、Yに組み敷かれるや下から後頭部を刺して死亡させた行為について、被告人はYより「追跡セラレ再三再四勝負ヲ挑マレ同人カ執

拗ニモ被告ニ組ミ付き来リシヲ以テ同人ヨリ殺害セラルルヤモ知レスト思惟シ其ノ機先ヲ制シ」行為に出たのであるとして、「正当防衛ノ行使ニ非スシテ防衛ノ程度ヲ超ヘタルモノ」とされた。本件は、客観的に急迫不正の侵害が存在しうる場合であるため、時間的過剰を認めたものとは必ずしも言えないものの、「機先ヲ制シ」という表現には、この時点の侵害の不存在が暗示されているように思われる。⁹⁾

これに対して、事後的時間的過剰を否定したように見える大審院裁判例もある。大判昭和七年六月一六日刑集一巻一八六六頁では、酒宴の席での諍いの後、被告人方で執拗に問難してきた被害者Yが、火箸で左足背を殴打してきたのに対し、被告人が憤ってその場にあった十能で被害者の頭部を強打し死亡させたという事件について、「被告人ハ所論ノ如ク急迫不正ノ侵害又ハ現在ノ危険ヲ排除スル為防衛行為ヲ為シタルニ非スシテYヨリ足部ヲ殴打セラレタル後即Yノ侵害行為ニ依ル危険ノ去リタル後ニ於テ十能ヲ以テYノ頭部ヲ強打シ之ニ傷害ヲ加ヘテ死ニ致シタルモノト認ムルヲ相当トスル」として、正当防衛・過剰防衛および盗犯等防止法第一条第一項にあたる行為ではないと判断された。¹⁰⁾ 最高裁としては、昭和三四年二月五日判決において、事後的時間的過剰防衛に明確な態度を示した。¹¹⁾

【最判昭和三四年二月五日刑集一三巻一号一頁】

被告人は、共に酒を飲んでいた被害者Yが別の者と殴り合いの喧嘩を始めたのでこれを仲裁したところ、これに不満を感じたYが業務用屋根鋏を持ち出し被告人方に赴いた。Yは、被告人の左手を掴んで土間入り口まで引きずり、屋根鋏を両手に持ち、刃先を被告人の首に近づけて開閉しながら「この野郎殺してしまうぞ」と威嚇しつつ、被告人を土間の一隅に追い詰めた。被告人は、このままでは本当に殺されてしまうと考え、とっさに右手で鋏を掴み、左手で目前の屋根鋏を払いのけて、Yの左頭部付近を鋏で斬りつけ、よろけながら屋根鋏を落とした同人の同部を追い討ちに殴りつけ、横倒しにさせた（第一行為）。被告人は、甚だしく恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽していたため、さらに一瞬のうちにYの頭部、腕などを三、四回斬りつけ（第二行為）、頭部切創による左大脳損傷のため死亡させた。

第一審の水戸地裁は、第一行為に正当防衛の成立を、第二行為に盗犯等防止法第一条第二項の適用を認め、無罪とした。これに対して、原審東京高裁は、第一審の事実認定を支持しつつ、法律の解釈適用について誤りがあるとし、「そもそも、同一の機会における同一人の所為を可分し、趣旨を異にする二つの法律を別々に適用するがごときことは、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所である」と批判した。続けて、「被告人のこの一連の行為は、それ自体が全体として、その際の情況に照らして、刑法第三十六条第一項にいわゆる『已ムコトヲ得ザルニ出デタル行為』とはいえないのであつて、これは却つて同法第二項にいわゆる『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」として、原判決を破棄し有罪判決を下した。最高裁はこれを維持し、被告人・弁護人側の上告を棄却した。

本件は、第二行為について急迫不正の侵害が存在しないことを認めつつ、第一行為とあわせて一連の行為と構成し、その全体について過剰防衛を認めたものと位置付けられている。¹²⁾

近年、一見すると対立する判断を下した二つの裁判例が注目を集めた。

【最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八五九頁】

被告人は、以前にも暴行を加えられたことのある被害者Yから呼びかけられ、これに応じて共に移動したところ、いきなり殴りかかれ、被告人はこれをおわしたものの、付近のフェンスまで押し込まれた。その後互いに蹴り合うなどしていたが、二人が揉みあっている現場にYの知人が近づくなどしたため、被告人は「おれはやくざだ」などと威嚇し、被告人をフェンスに押さえつけていたYを離すようにしながらその顔を一回殴打した。Yが、円柱形のアルミ製灰皿を投げつけたところ、被告人は、同灰皿を投げつけた反動で体制を崩したYの顔を右手で殴打した。Yは頭部から落ちるように転倒して、後頭部を地面に打ちつけ、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（第一暴行）。被告人は、憤激のあまり、Y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」などと言い、その腹部を足蹴にし、ひざをぶつける等の暴行を加えた(第二暴行)。Yは、六時間あまり後に死亡したが、この死因となる傷害は第一暴行によって生じたものであった。

第一審が全体について一つの過剰防衛の成立を認めたのに対して、原審は、被告人の第一暴行については正当防衛が成立するが、第二暴行については、Yの侵害は明らかに終了している上、防衛の意思も認められず、正当防衛ないし過剰防衛が成立する余地はないから、これにつき責任を負うべきであり傷害罪が成立するとした。最高裁は、全体として正当防衛を認めるべきなどとする弁護人の主張に対し、「第一暴行により転倒したY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、専ら攻撃の意思にもとづいて第二暴行に及んでいるのであるから、第二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、Yによる侵害の継続性およ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Yに対して相当に激しい態様の第二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った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、正当防衛に当たる第一暴行については、罪に問うことはできないが、第二暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないとして、原審の判断を維持した。

【最決平成二二年二月二四日刑集六三卷二号一頁】

被告人は、覚せい剤取締法違反の罪で起訴され拘留所で勾留されていたところ、同房者の被害者Yとの口論の後、腹を立てたYが折りたたみ机を押し倒したのに対し、防衛するために同机をYに対して押し返した上で(第一暴行)、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た(第二暴行)。Yは傷害を負ったが、これと直接の因果関係を存するのは第一暴行だけであった。

原審は、第一暴行について、Yの行為に急迫不正の侵害を認め、それ自体として見れば防衛手段として相当性が認め

られるとしつつ、第二暴行について、その時点ではYによる暴行はさほど切迫した状況にあつたとはいえず、防衛手段として相当性の範囲を逸脱したものとした。その上で、第一暴行と第二暴行は、Y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、正当防衛に当たるか過剰防衛に当たるかについては全体として判断すべきであり、そうすると、本件各暴行は全体として防衛のためにやむをえない程度を超えたものであつたとして、一個の過剰防衛の成立を認めた。これに対し、弁護人は、全体について正当防衛が成立する、仮に第二暴行が相当性を逸脱しているとしても傷害は違法性のない第一暴行から生じているのであるから暴行罪が成立するとどまると主張して上告した。最高裁は、「前記事実関係の下では、被告人がY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一個の行為と認めることができるから、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ふべきである」として主張を退けた。

以上のように、平成二〇年決定のような例外はあるものの、判例は原則として複数の暴行について全体的評価を行い、一連の過剰防衛を認める立場にあると理解されている。防衛行為の一連性とその基準・限界については、「とにかく多数の」論稿が出ており、「既に論点は出尽くしている感もある」とされるほどであるが、これらの間でも、判例が、特段の事情がない限り、原則として一連の過剰防衛を認め事件処理を行うことについては、基本的な一致がある。¹⁴つまり、その是非はともかく、「第一行為と第二行為が時間的場所的に近接した一連のものであり、第二行為が急迫不正の侵害に起因する恐怖・驚愕・興奮・狼狽等の心理的動揺に基づいて行われた（第二行為に責任減少要素がある）」と認められる場合には、原則として全体的考察が相当と解すべきであろう¹⁵というのが、判例の一般的な立場である。¹⁶また、行為者の主観面が重視されているという指摘が多いところ、¹⁷注目すべきは、違法性判断にかかわる防衛の意思（だけ）ではなく、心理的動揺といった責任に関わる事情も言及されている点である。それゆえ、責任減少の考慮は、事後的時間的

過剰の限界を画する一つの重要な指標となつていると言えるだろう。⁽¹⁸⁾

第二款 下級審の裁判例

以下では、事後的時間的過剰ないし複数行為による過剰防衛が問題となつた下級審裁判例を、被害者の武器を奪取して反撃する事例（第一類型）、継続的・連続的行為の事例（第二類型）、逃げる被害者を追撃する事例（第三類型）の三つの事例群に整理する。

この分類は、過剰防衛が問題となる事例を、急迫不正の侵害との関連において把握するものである。武器を奪取して反撃する第一類型では、後の被害者となる急迫不正の侵害者と反撃行為者との間で武器を奪い合う、または、前者が武器を手放した直後に後者がこれを拾い上げるといふ状況にある。それゆえ、反撃行為と急迫不正の侵害とがもつとも近接している（あるいは、もはや強度的過剰の）類型である。継続的・連続的行為が問題となる第二類型の特徴は、当初は現実存在した急迫不正の侵害が、反撃行為によりある時点で消滅するのに対し、反撃行為は継続・連続して行われる点にある。ここに整理されるのは、たとえば侵害の終了後も首を絞め続けるなど、急迫不正の侵害の消滅後に行為が続けられる事例である。逃げる被害者を追撃する第三類型は、侵害の消滅という点では第二類型と共通するが、その後の行為と侵害急迫時の行為との間に行為態様の一定の断絶があり、行為がむしろ攻撃的な追撃とも評価できる様相を呈するという特徴を持つ。つまり、ここでは、急迫不正の侵害と場所的・時間的な連続性を持つものの、その状況や態様が侵害急迫時と大きく異なる行為が問題となる。

また、これら三つの類型では、行為者の主観面も異なるのが一般的である。すなわち、第一類型では、行為者は侵害者（＝被害者）に武器を取られないように必死になっており、新たな侵害に対する切迫した緊張感の存在を否定するのが困難な場合が多い。この緊張感は第二類型でも問題となりうるが、ここでは侵害の排除は一旦すでに終わっているた

め、むしろ恐怖や激怒が高じた結果、行為が継続・連続して行われるものとも評価できる。さらに、第三類型では、侵害者の逃亡という契機によって、反撃者は、新たな侵害に対する緊張感からではなく、まさしく勢い余って追撃を行ったものと想定される。実際の行為者の主観面は事案ごとに具体的に異なるとしても、以上のような想定は十分に成り立つだろう。そして、過剰防衛が正当防衛に接続する規定であることを考慮すれば、急迫不正の侵害と緊密に係る動揺・興奮の方が、それ以外の一般的な情動よりも、第三十六条第二項の適用において重視されることになるため、第一類型から第三類型の順に優遇されることが予想できる。

一 第一類型・被害者の武器を奪取して反撃する事例

まず、第一類型として、行為者が、被害者から武器を奪った上で、なお攻撃を続けようとする同人に対して侵害を加える場合を検討する。最高裁のものとしては、最決昭和二六年三月九日刑集五卷四号五〇〇頁がある。この類型は、行為時に急迫不正の侵害が継続している場合も多いため、厳密に言えば時間的過剰と呼べない事例も含まれるが、前述の昭和三四年の最高裁判決以降は、この種の過剰防衛を一連の行為と呼ぶものが多くなる。

【横浜地判昭和三五年九月二八日下刑二卷九号一二六〇頁】

被告人X1およびX2とその同僚が自転車を立てかけて話をしていたところ、道路の通行をめぐってX1と被害者Yとが取っ組み合いの喧嘩になり、X1はYを突き飛ばして三〇メートルほど逃げたものの、Yが後から追ってくる様子もなく、自転車のことも気になったので現場に引き返した。すると、X2がYにより扉に押しつけられ、長さ一・二六メートルの角棒で殴られそうになっているのを目撃し、X2の身が危ないと思い、Yの振り上げていた角棒を背後より取り上げ、間髪をいれずにその頭部を殴打して死亡させた。

本件は事実関係自体にも争いがあつたが、横浜地裁は、「X1においてその棒を取り上げるや間髪をいれず甲の頭部を殴打した一連の行為からすれば、X1のなしたこの程度の本件加害行為はYのX2に対する急迫不正の侵害を防衛す

るためやむを得ざるに出た行為と認めざるを得ない」とした上で、過剰防衛の成立を認めた。

このように、被害者の武器を奪った上で、なお攻撃を続けようとする（または客観的にその危険性がある）被害者に対して侵害を加えた行為につき過剰防衛・正当防衛が認められた裁判例は多数存在する。¹⁹⁾

これに対して、武器奪取後の行為に過剰防衛を認めなかった裁判例もある。²⁰⁾

【東京高判昭和三十一年一月二七日東高時報七卷一二号刑四四五頁】

被告人は、口論していた被害者Y（被告人の次男）が火鉢にかかっていた鉄瓶を持ち上げ、被告人に投げつけようとしたので、両手で五徳を持ってその鉄瓶を押し返した。すると、鉄瓶の中の熱湯がYの手にかかったため、Yは一層憤慨し、長さ約一メートルの櫛の麵棒を手にとって被告人めがけて殴りかかったが、被告人の三男がこれを制止した。被告人は、麵棒をYからもぎとって同人を縁台から土間に突き落とし、同人が素手のまま立ち上がろうとするや、殺害の目的をもって、麵棒で同人の頭部、顔面、背部等を十数回殴打し、死亡させた。

東京高裁は、被告人の行為はあたかも急迫不正の侵害に対する正当防衛行為であるように見えるけれども、行為時は、「傍にいた被告人の三男が同人を制止し、かつ被告人はYから麵棒を奪い取って同人を土間へ突き落としたのであるから、被告人はYが立ち上がって再び立ち向かってくるまでの間に逃避する余裕がなかったとはいえないのみならず、その場には被告人の長男も僅か二、三米しか離れていない場所で被告人等の争いを目撃して居り、いつでもYを制止することができる情況にあつたことが認められるから、被告人に対する急迫な危険は一応排除されたものと認めるのを相当とする」とした上で、「なんら抵抗もせず、かえって戸口から逃げ出そうとするY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つて」、過剰防衛と認めることもできないとした。

以上の侵害者から武器を奪って反撃する行為については、侵害者の攻撃意思が旺盛であることが多く、防衛者としても武器を奪還されれば侵害を再開されかねない状況にあるため、原則として、急迫不正の侵害または防衛行為の継続に

より、過剰防衛の成立が認められていると評価される。²¹⁾ ここでの行為者の情動は、まさしく、正当防衛状況における自己保存本能の発露と形容すべき場合が多いのである。

二 第二類型・継続的・連続的行為の事例

過剰防衛の第二類型として、行為が場所的・時間的に近接しており、継続的・連続的に見える場合がある。ここでは、当初の急迫不正の侵害に対する一連の行為があつたとして、過剰防衛が認められることになりやすい。典型的には、急迫不正の侵害者の首を絞め続ける行為や、同種の暴行を反覆する行為である。前述の昭和三四年判決および平成二一年決定はここに整理される。²²⁾ このような事例では、行為を一連のものとしてとらえた前述最高裁昭和三四年判決以前から、実務上過剰防衛が認められていた。²³⁾

【仙台高判昭和二七年九月五日高刑特二二号一六九頁】

被告人は、Yが付近に隠しておいた鎌で切りかかってきたので、とっさに手を捻って同人をその場に倒し、鎌を奪い取るや否や、興奮と憤激の余り、その鎌で同人の頭部を数回殴打した（第一行為）。Yが次の瞬間再び飛び上がって挑んできたため、被告人は同人を組み伏せて絞めをかけ、抵抗力をまったく抑圧しようとする余り、絞めの手を緩めず、知らず知らず、窒息死亡させるに至った（第二行為）。

仙台高裁は、第一行為について「まさに、正当防衛であることは疑を容れない」とした上で、第二行為について、「最初の防衛行為の継続」であるとして、被告人の行為は正当防衛の程度を超えたものと認めるのが相当であるとした。本件では、並んで、第二行為時に被害者が武器を手していないことを被告人は認識していたとして、誤想防衛の主張が退けられ、また、組み伏せてから二〇分以上経過しており、当初は興奮していたとしても盗犯等防止法第一条第二項の「興奮又は狼狽に因り」には該当しないとして、同条の適用も否定されている。本件は、第一類型（武器奪取）の側面を持つものの、組み伏せた後の行為の継続性が特徴的であり、第二類型の性格が強く出ている事例と整理される。

これに対して、件数は多くないが、行為者の行為を一連のものにとらえた上で、その全体について過剰防衛の成立を否定した裁判例もある。²⁴⁾

【東京高判昭和五四年五月一五日判時九三七号一二三頁】

被告人がブランドーの空瓶（丸型）で被害者Yの頭部を二回ほど殴打したところ、Yは被告人を強く突き飛ばし、倒れた被告人に怒鳴りながら近づき、被告人の頸部を左手で掴み圧迫を加えるなどの反撃行為に及んだ。被告人は、このような反撃を受け、恐怖、狼狽のあまりこのままでは首を絞められてしまうものと誤想し、近くにあった裁縫用の洋鋏を逆手に持ち、Yの upper 左側部分を力任せに突き刺し、抵抗する同人に対し、さらに少なくとも数回上体を力任せに突き刺した。その際、同人と激しく揉み合ううちに、被告人は、激昂、恐怖、狼狽およびこれまでひたすら耐え忍んできたことによる鬱積した感情が堰を切ったように迸り出たなどにより、精神的に強度に興奮して情動性朦朧状態に陥るとともに、殺害の意思を抱くに至り、刺突行為により床に倒れたYを滅多突きにするなどして死亡させた。

第一審東京地裁は、Yの行為は被告人が自ら招いたものであり、被告人の行為は、正当防衛をなしうる事情がなかったにもかかわらず、そのような事情があるものとして行った誤想防衛に該当するとした上で、Yが床に倒れて無抵抗になった時点からは、被告人の誤想したYの攻撃はすでに存在しないから、その行為は誤想過剰防衛ではないとした。「しかし、被告人のこの段階における行為は、それ以前の防衛行為に引き続いた、余勢に駆られた一連の行為であつて（殊に本件においては、情動性朦朧状態という特異な精神状態が継続する中で後段の行為に発展したものである。）、このような場合には、行為を前後二分し、二個の殺人行為があるとしたうえ、前者のみを誤想過剰防衛と見ることがもとより、また、行為全体を一個の殺人行為と見ながら結局誤想過剰防衛行為に当たらないとして刑法三六条二項の適用の余地を否定することも、いずれも正当でなく、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、情状により刑を減輕し得るものと解釈するのが正当である」とした。これに対して、東京高裁

は、原審と同様に誤想過剰防衛の余地があるとして、以下のように詳細に基準を述べつつ、これを否定した。被告人の行為が全体として一個の行為と認められるものであることは原判示のとおりであるものの、それは時間的にかなり幅のある行為である。「とくに本件においては、当初の誤想そのものの強弱乃至程度を勘案し、行為全体のうち誤想に基づいてなされた加害の時間的長さ、程度、態様を誤想解消後のそれと比較衡量し、また、併存する防衛・加害の両意思のいわば比重を考え、防衛意思の存在下になされた加害の時間的長さ、程度、態様を右意思の解消後もつばら積極的加害の意思のもとでなされたそれと対比衡量することによって、当該行為を全体として誤想に基づくかつ防衛の意思に発する行為と認められるか否かが判断される外はないものと考えられる」。「被告人の本件加害行為を全体としてみる場合、それが『誤想』に基づく行為であると認めることはできない」。

本件は、行為の開始時、自招侵害のために正当防衛に出ることが許されない状況に行為者があつたという点で、若干特殊な事例であり、高裁が個々の判断基準を導き出した根拠も、定かではない。しかし、「当該行為を全体として誤想に基づくかつ防衛の意思に発する行為と認められるか否か」という最終的な指標には、急迫不正の侵害の表象が行為への動機付けに決定的に作用したか否かに着目するものとして、正当防衛に接続する過剰防衛に固有の責任減少の考慮をうかがわせるところがある。

また、場所的・時間的に近接する被告人の行為について、第一行為が正当防衛・過剰防衛、第二行為が単なる犯罪または（第一行為と区別される）過剰防衛と判断された事例もある。²⁵ 前述の最高裁二〇〇年決定はここに属する。ここでは、過剰防衛の成立が認められることが多い、継続的に首を締める行為に関する裁判例を参照する。

【大阪地判昭和四三年一月二二日判タ二三三三号一九三頁】

被告人兩名は兄妹（X1・X2）の間柄である。被告人兩名は、素行の悪い被害者Y（実弟）を精神病院に入院させるなどしたもの、強制退院させられ、その後同人方から出火した近隣五軒を類焼する事件が起こるなどした。同事件

翌日、被告人兩名がX2方にいた際、酒を慎むように言われていた被害者が飲酒酩酊した状態で現れたため、火事があつた直後で世間の人が放火だと言っているときでもあるから飲酒は慎むようにX1が穏やかに諭したところ、Yは「わしを放火犯人にするつもりか」などと言つてくつてかかり、X1につかみかろうとした上で、刃物でも取り出すような仕草をしながら、襲いかかつてくるような体勢をとつた。これを見ていたX2は、X1がYに殺されるのではないかと速断し、その場にあつた電気アイロンコードをつかむなり、右斜背後からこれを同人の首にかけて引つ張り、同人をその場に仰向けに転倒させた。これを見たX1は、X2がYを殺害するつもりだと速断し、これに触発されて、これまでの同人に対する憤激の情が一時的に爆発し、倒れた同人の上へのしかかり、コードを交差させて力いっぱい緊縛した。これを見たX2も、X1と同様の心情の下にYを殺害しようと決意し、力を合わせてさらに緊縛し、死亡させた。

大阪地裁は、X2がYの首にコードをかけて引き倒した行為については、「判示のごとき犯行時の状況、犯行の態様からして、Yの急迫不正の侵害に対してX1の身体を防衛するための正当防衛行為と考えられる」とした。続けて、X2がX1と一緒にYの首をコードで絞めた行為については、「X1がYの首を絞めるのを見て殺意を生じ、同被告人と一緒にYの首をコードで絞めたものと認められるのであつて」、「右行為についてはどういふ正当防衛行為になるかは考えられず、これが本件におけるX2の実行々為となるのであるから、同被告人についての正当防衛の主張は採用することはできない」とした（これに対応して、判決文においては、X2がYを転倒させた行為までは「本件に至る経緯」に、その後の行為については「罪となるべき事実」に記載されている）。次いで、X1がYの上へのしかかり、コードで同人の首を絞めた行為について、再度の侵害の危険があつたことは否定できないものの、供述のようにX2の身体を防衛する意思で首を絞めたものとは認められず、行為は押さえに押さえてきたYに対する憤激の情の爆発に原因するものと認められるとして、正当防衛の主張を退けた。

以上の継続的・連続的行為が問題となる事例においては、最高裁の傾向として確認したように、複数行為が場所的・

時間的に近接していれば、行為者の主観面に着目して全体的評価が行われることが多いと言える。特に、過剰防衛の成立を否定する文脈では、「もっぱら積極的加害の意思」（東京高裁昭和四四年判決）、「殺意を生じ」（大阪地裁昭和四三年判決）といった言及がある。もつとも、どのような場合に「全体として一連の行為」に過剰防衛が認められないのか、および、どのような場合に一連の行為と認められないのかについて、一定の基準があるように思われぬ。過剰防衛の成立を認めなかった個々の裁判例に理があるとしても、他の類似事例では一連の過剰防衛が認められている以上、一貫した基準を構想するのは困難である。

三 第三類型・逃げる被害者を追撃する事例

過剰防衛の第三類型は、攻撃をやめて逃げている被害者（もとの侵害者）に対して追撃行為が行われた場合であり、第二行為のみを取り出して評価すれば急迫不正の侵害が存在しない行為が問題となる。ここでは、件数こそ少ないものの、特に前述の昭和三四年判決以降、行為の一連性に着目して、被害者逃走後の被告人の行為に過剰防衛の成立を認めた裁判例が散見される。²⁶ 重要なものとして、「複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合」の処理に明確な態度を示した最高裁平成六年一月六日判決の原々審の判断がある。

【東京地判平成一年九月一二日刑集四八巻八号五六七頁】

被告人X1、X2、X3は、酩酊した被害者YがX1の女友達Aの頭髪を掴んで引き回し、そのまま通りを横断して駐車場まで移動したため、Yの急迫不正の侵害からAを救うべく、Yの行為を阻止しようとして揉み合いながら移動するうち、憤激の情も加わり、共謀の上、防衛の程度を超え、X1が手拳で数回殴打し、X2が手拳でおそいかかり、X3が大腿部を足蹴にするなどの暴行をこもこも加え、さらに、同駐車場入り口付近において、立ち去ろうとしたYに対し、X1が手拳で顔面を殴打したところ、Yは転倒して傷害を負った。

第一審東京地裁は、正当防衛および過剰防衛の主張に対して、まず、Aの頭髪を掴んで引き回したYの行為を急迫不正の侵害とした上で、「被告人らの判示暴行は、前記のとおり、YがAの頭髪を掴んで引き回し、これを執拗に継続した行為に対応して、その制止行為から発展してなされた一連の行為」と評価した。続けて、憤激の感情に言及しつつも防衛の意思を認めた上で、暴行の態様について、「ところで、被告人X1が駐車場でYを殴打して転倒させた暴行は、YがAの頭髪から手を離れた直後になされているが、両者は時間的、場所的に接していることは前述のとおりであり、本件被告人らの暴行の推移を全体的に見れば、X1の最終殴打行為についても被告人らの各暴行の一連の行為の一つとして、結局、YのAに対する侵害行為に対応する暴行と評価するのが相当である」とし、防衛の程度を超えたとして過剰防衛を認めた。

この第一審の段階では、控訴審以降に登場する、頭髪を離れた後におけるYの「応戦の態度を崩さない」態度には言及がない。つまり、新たな侵害はここでは念頭に置かれておらず、侵害の急迫性が消失していることが前提とされている。²⁷⁾それゆえ、東京地裁は、急迫不正の侵害の消失後に被害者を追撃した行為を防衛行為と一連のものとして評価し、過剰防衛を認めたものと位置付けられる。最高裁も、X3の正当防衛の成否に関連して、その後のX1とX2の行為が侵害終了後の暴行であったことを前提にしている。

これに対して、追撃行為に過剰防衛を認めなかった裁判例もいくつかある。²⁸⁾第三類型に関する判断が少ないことは、次のように説明される。すなわち、この類型では、結果はもっぱら追撃行為から生じることが多いと想定される。また、そもそも被害者が逃げるのは、当事者間に力の差があるからである。このような場合、正当防衛・過剰防衛が問題とされるまでもなく、追撃行為のみが通常の犯罪として処理されている可能性がある。つまり、過剰防衛の成立を明示的に否定した裁判例がこの類型に多くないのは、これが認められているからではなく、そもそも問題となっていないからであるように思われる。

以上のように、逃げる急迫不正の侵害者を追いかける行為についても、裁判所は過剰防衛を認める余地があると考えられていると思われるが、その基準は継続的・連続的行為が問題となる第二類型以上に明らかではない。この点、一連の行為の観点から過剰防衛の成立範囲を検討した論稿は、行為の統合・分断の基準を行為者の主観面に求めることが多い。しかし、この過剰防衛の第三類型においては、防衛行為時と追撃行為時で行為者の主観面が同じであるように思われぬ。また、追跡を行っている限りで、多少とも場所的離隔を伴う行為であることが、この類型の特徴である。それゆえ、裁判例の少なさからしても、この類型には過剰防衛の成立が認められにくいと言つてよいだろう。

第三款 検討

以上の事後的時間的過剰をめぐる裁判例は、次のようにまとめられる。最高裁の事例判断は、原則として複数の行為について全体的評価を行い、一連の過剰防衛を認める傾向にある。下級審において事後的時間的過剰防衛ないし複数行為による過剰防衛が問題となった裁判例を、被害者の武器を奪取して反撃する事例（第一類型）、継続的・連続的行為の事例（第二類型）、逃げる被害者を追撃する事例（第三類型）の三つの類型に分けて検討すると、第一類型については広く過剰防衛が認められているものの、第二類型における判断には一貫性が欠けるところがあり、第三類型については裁判例が少なく一定の基準を読み取ることができないが、過剰防衛が認められることは多くはないと整理される。

結論的には、各類型内の判断は不明確であり、判例の傾向を包括的かつ明確に説明できる基準を導くことはできない²⁰。特に第三類型について、学説の多くが主張する防衛の意思を中心とした判断では、過剰防衛の成立を認めることは困難だろう。これに対して、類型間の関係では、第一から第三の順で過剰防衛の成立が認められやすいと評価できる。このことは、各類型で想定した急迫不正の侵害および行為者の主観面にかんがみると、理に適っている。すなわち、責任減少の観点から見ると（実際には具体的な事例によっても）、第一類型における行為者の興奮・動揺は、急迫不正の

侵害の排除に直接向いているという意味で、第三類型における興奮・動揺、つまり、侵害排除に直接向かうものではないがその侵害により惹起された精神的例外状態よりも、「過剰防衛として」優遇に値するのである。第二類型は、これらの両側面が認められるため、両類型の間に整理される。確かに、各事例の扱いの相違は不法減少の考慮によっても明されうるが、このことは、責任減少の観点からの分析を否定するものではない。急迫不正の侵害と情動との関係への着目は、個別事例の判断の集積からある程度見られる傾向として、過剰防衛に固有の責任減少を説明する一つの手がかりとなる。

まとめると、厳密な基準は導かれなくても、下級審裁判例を含めて全般的に見ると、一定の合理的な傾向を見出すこともできると結論付けられる。すなわち、過剰防衛に固有の責任減少として、武器を争う場面で認められるような急迫不正の侵害の排除に直接向いている自己保存本能としての情動が、逃げる相手方を追撃する場面で認められるような、単に侵害を機縁として高まったにすぎない情動よりも、優遇されやすい傾向である。

第二節 行為者の内的状態

ここでは、過剰防衛の判断の際になされる行為者の内的状態の考慮を検討する。検討の対象は以下の二点に設定される。第一に、行為者が恐怖等の虚弱性情動から行為した点が重視されているか否かである。すなわち、学説がしばしば参照するドイツ刑法の過剰防衛不処罰規定では、行為者が虚弱性情動（錯乱（狼狽）、恐怖、驚愕）から行為した必要があるとされているところ、わが国の裁判所も同様に考えているのかを検討する。その上で、第二に、上の区別以外に、何らかの観点から行為者の内的状態に着目しているのかを検討する。

後述のように、判例は、一方で、正当防衛だけでなく、過剰防衛の成立のためにも防衛の意思が必要であるという立

場を一貫してとっている。すなわち、防衛の意思を防衛行為の要件とする帰結として、過剰防衛においても防衛の意思が要求されている。他方で、以下で確認するように、判例は防衛の意思と攻撃の意思の併存を認めているため、正当防衛だけでなく、過剰防衛についても攻撃の意思の併存が問題となる。それゆえ、本節では、過剰防衛の前提とされる防衛行為の有無で問題になる防衛の意思・攻撃の意思に関する判断と、過剰防衛が認められた場合における攻撃意思なしし攻撃的心情（強壯性情動）の役割を順次検討する。前者は過剰防衛の成否、後者は過剰防衛における量刑に関連する。

第一款 防衛の意思と攻撃の意思

判例は、防衛行為の主観的要件として、防衛の意思を一貫して要求しているとされる。防衛の意思の有無と関係する判断枠組みとしては、初期の判例に多く見られるいわゆる「喧嘩両成敗」法理と、これよりも後の判例が用いる「積極的加害意思」および「専ら攻撃の意思」の有無による枠組みが区別される。なお、「積極的加害意思」は、侵害の急迫性を否定するものであるため、防衛の意思とは無関係のように見える。しかし、急迫性が否定される場合であっても、防衛の意思があれば誤想（過剰）防衛が問題となりうる⁽³⁰⁾ところ、積極的加害意思を理由に侵害の急迫性を否定した裁判例において、防衛の意思の存在を理由に誤想（過剰）防衛を検討したものはおそらくない⁽³¹⁾。したがって、積極的加害意思が認められる場合には、急迫不正の侵害のみならず、防衛の意思の要件も暗黙裡に否定されていると考えるのが自然だろう。

ここで、本稿の主題である責任減少にとって、防衛の意思を検討する意義を確認しておく。通常、防衛の意思は、正当防衛の要件として、主に違法性と関連付けられる⁽³²⁾。それゆえ、ここで検討する素材が、責任段階に先立つ違法性段階にもつばら関連するものである可能性は大いにある。また、攻撃の意思・防衛の意思と強壯性情動・虚弱性情動は、必

ずしも対応しているわけではない。しかし、防衛の意思・攻撃の意思に関する判断を検討することで、少なくとも、どのような心理状態が（過剰）防衛行為性と親和的である（そうではない）と考えられているかを、明らかにすることはできるだろう。

一 大審院および最高裁の裁判例

（一）いわゆる「喧嘩両成敗」法理

早くも大審院の時代から、防衛の意思がない限り正当防衛・過剰防衛は認められないという立場は採用されていた。³³ 防衛の意思の不存在を理由として過剰防衛が否定された初期の裁判例の多くは、喧嘩闘争とされた事例である。喧嘩闘争は行為者の主観面のみ焦点を当てる判断枠組みではないが、この点に何らかの言及を行うのが通例の判示形式となっている。

もっとも、喧嘩の事例に正当防衛の適用を否定したりリーディングケースとして言及される大審院昭和七年判決および最高裁昭和二三年大法廷判決は、確かに過剰防衛の認定は行っていないが、「正当防衛の観念を容れる余地がない」とするにとどまっていた。³⁴ 過剰防衛すら成立しないという定式を明言したのは、最判昭和二四年一〇月一五日裁判集刑一四号二二一頁である。本件において、最高裁は、行為を「闘争の全体から推して明かに喧嘩である」と評価した上で、「そして喧嘩の場合の闘争については正当防衛や過剰防衛は成立しないと解すべきであるから原審が所論の主張を排斥したのは正当である」（傍点筆者）と明言した。続けて、この定式は、最判昭和二六年二月二〇日刑集五卷三号四一〇頁において再度確認された。

その一方で、これらのすぐ後、最判昭和三二年一月二二日刑集一一卷一号三一頁において、喧嘩闘争においても正当防衛または過剰防衛を認める余地があることが明言された。すなわち、本判決では、前述の大法廷判決の趣旨とするところは、「法的判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、逃走行為中の瞬間的な部分の攻防の態

様によつて事を判断してはならないということ、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るといふ両面を含むものと解することができる。「原審判断は、喧嘩闘争と正当防衛との関係について、ひつきよう喧嘩闘争を認めるにつき一場面をのみ見て闘争の全般を観察しなかつたか、または喧嘩闘争には、常に全く正当防衛の観念を容れる余地はないとの前提にたつたか、いずれにしても結局前記判例の趣旨に反するというそしりを免れないのである」として、原判決が破棄された。

喧嘩闘争に当たるか否かの判断における行為者の情動の役割を見ると、次のことがわかる。まず、虚弱性情動と強壯性情動の区別に関しては、「激昂の余り」（昭和二四年一〇月判決）、「憤激の余り」（昭和二六年判決）とあるように、喧嘩とされた事例における行為者の攻撃的心情が指摘されている。また、行為者の内的状態におけるそれ以外の着眼点としては、「機先ヲ制スルノ意思」（大審院昭和八年判決）、「喧嘩をする被告人の当然予期したところでもあり」（最判昭和二四年一月一七日刑集三卷一八〇一頁）、「充分の予期を持ち」（最判昭和三〇年一月二五日刑集九卷一〇号二二九五頁）という、行為前の主観面への言及がある。もつとも、喧嘩か否かの判断は事案の全般的観察を要するものであるため、これら行為者の内的状態への言及が、最終的な結論にどれ程の影響を与えているのかは明らかではない。⁽³⁵⁾ また、喧嘩の定義は必ずしも行為者の主観面に決定的な重点を置くものではない以上、喧嘩闘争における行為者の内的状態の考慮は、明白とは言えない。

（二）喧嘩闘争以外の事例

他方、喧嘩闘争以外の初期の事例で、最高裁が行為者の内面に立ち入り、正当防衛・過剰防衛の成否を否定したものであるとして、最決昭和三三年二月二四日刑集一二卷二九七頁がある。ここでは、被害者Y（被告人の娘婿）が暴言したことから同人と口論となった被告人が、Yから付近にあった物を投げつけられ、更に小鍋で頭部を殴られるに及んで、平素の鬱憤を抑えかね憤激の余り、とつさに同人を殺害しようと決意し、手斧を挿んで振り上げ同人の頭部を強打するな

どした上で、頸部をタオルで覆い両手で強圧し、窒息死させた行為が問題となった。本件では第一審から一貫して正当防衛・過剰防衛の成立が否定された。最高裁もこの判断を支持し、原審判示の趣旨を説明する中で以下のように述べた。被告人が容易に逃避可能であったこと、付近にいた成人した被告人の子供達に救援を求めようとしなかったこと、Yが泥酔していたこと、「他方Yと被告人とはかねて感情的に対立していた諸事情からすれば、被告人の本件所為はYの急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためではなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余りとつさに右Yを殺害せんことを決意してなしたものであり、その措置も已むことを得ざるに出でたものとは認められない」。したがって、被告人の本件所為は急迫不正の侵害に対し防衛に出でたものでない以上、正当防衛ないし過剰防衛の観念を容れる余地はない。本件は、防衛の動機・目的としての防衛の意思の欠如を理由に正当防衛・過剰防衛が否定された事例と位置付けられている。³⁶⁾一般的には、初期の判例は、「憤激して」反撃を加えた事案について防衛の意思がないから正当防衛・過剰防衛にはならない³⁷⁾として、「防衛意思を防衛の意図・動機的なものと解していた」と整理される。

これに対して、憤激または逆上して反撃を加えた場合であっても防衛の意思は否定されないという立場を明示したが、昭和四十六年判決である。続いて、最判昭和五〇年一月二八日刑集二九卷一〇号九八三頁も、攻撃の意思と防衛の意思の両立を認めた。

【最判昭和四十六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁】

被告人は、旅館内で同宿人である被害者Yと口論になり、同人の言動から旅館内にあることが危険であると感じたため、一旦旅館を出て近くの居酒屋などに立ち寄り飲食した。その後、被告人が同旅館に戻ったところ、Yがこれに気づいて、「われはまたきたのか」などことからまれ、手拳で二回ほど顔面を殴打された。被告人はこれに逆上し、広間西側障子鴨居の上に隠しておいたくり小刀を取り出し、向かってくるYの左胸部を突き刺し、死亡させた。

原審東京高裁は、「被告人がYから殴打されて逆上したときに、反撃の意図が形成され、Yに報復を加える意思が固まつたものと思われ、おそくとも前記広間西側障子鴨居の上からくり小刀を取り出そうとした頃には、防衛の意思などは全くなくなつていたことが認められる」とした上で、あわせて侵害の急迫性を否定しつつ、やむをえない行為でもなかったとして、過剰防衛の成立を否定した。これに対して、最高裁は、侵害が予期されていただけでは急迫性は失われない旨判示した後で、続けて、防衛の意思につき次のように述べた。「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされる必要があるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」。これを本件についてみると、「かねてから被告人がYに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当である」。「被告人がYから殴打され逆上して反撃に転じたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものとはいえないのみならず、本件は、被告人がYから殴られ、追われ、隣室の広間に入り、西側障子のところで同人を突き刺すまで、一分にもみたくないほどの突発的なことが記録上うかがわれるから、原判決の判示するような経過で被告人の防衛の意思が消滅したと認定することは、いちじるしく合理性を欠き、重大な事実誤認のあることの顕著な疑いがあつものといわなければならない」。そして、防衛行為の必要性・相当性についても理由不備があるとして、事件を原審に差し戻した。

本判決は、侵害を予期したとしても急迫性は否定されない、憤激などがあつても防衛の意思は排除されないという最高裁の態度を、防衛の意思を認めた判断の中で明確に示したものである。³⁸ただし、憤激の情と防衛の意思が両立するということとは、喧嘩闘争においても認められていたため、むしろ、「かねてから憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情」がある場合には、防衛の意思が否定されうるといふ点が目立つこととなつた³⁹ようも思われる。

以上の判断枠組みに対して、防衛の意思ではなく、急迫不正の侵害を否定することで正当防衛・過剰防衛の成立を認めない構成をとったのが、最高裁昭和五二年決定である。

【最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁】

いわゆる中核派に属していた被告人らは、福岡県教育会館三階大ホールで政治集会を開催するにあたって、同派の学生らと共に謀の上、かねて対立関係にあった革マル派の学生らの生命、身体に対して共同して加害を加える意図を持って、多数の木刀、鉄パイプなどを凶器として集合した。被告人らは、押しつけてきた革マル派を撃退すると、同派の再度の襲撃に備え大ホール入り口にバリケードを築き、再び押しつけてきた同派の者たちに対し、バリケード越しに鉄パイプを投げたり、投げ込まれた工事用鉄棒で突き返すなどして応戦した。

本件で主として問題となったのは、凶器準備集合罪（第二〇八条の二第一項）における「共同加害目的」の有無、および、暴力行為等処罰ニ関スル法律第一条の罪であった。二罪の成立を認めなかった第一審に対して、原審は、「革マル派が来襲すれば、かねて用意してあつた木刀、ホツケーステック、鋏の柄、鉄パイプ等を取つて、直ちに共同して敢然とこれに立ち向い迎襲する意図を共通にしていたものというべく、来襲する革マル派の者の身体に対し共同して害を加うべき、いわゆる共同加害の目的を有し、かつその目的のもとに同ホールに集合していた事実を認めることができ」。「被告人らに積極的攻撃ないし加害の意思はなく、専ら防衛意思のみであつたとは、到底認め難いところであつて、寧ろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はなかつたものといわねばならない」とし、「社会的相当性すなわち已むを得ざるに出でた行為であるか否かを論ずる余地はなく、正当防衛の成立を否定するのが相当」であるとして、判決を破棄した。最高裁は、侵害が予期されたとしても、そのことからただちに第三六条第一項の侵害の急迫性が失われるわけではないが、「同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を

避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」。被告人は、「相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさない」として、原審の判断を結論において支持した。

このように、積極的加害意思がある場合には侵害の急迫性が否定されるという構成が明らかにされたが、この後も、攻撃意思の存在が防衛の意思の有無の判断に際してまったく問題とならないとされたわけではない。⁴⁰専ら攻撃の意思について言及した近年の最高裁判例としては、前述の平成二〇年決定がある。本件では、転倒して更なる侵害行為にできる可能性のなかつた被害者に対して、被告人が「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」などと言いつつ暴行を加えた行為について、「第一暴行により転倒したBが、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかつたのであり、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二暴行に及んでいる」として、第二暴行については正当防衛も過剰防衛も成立しないとした。ここでは、急迫不正の侵害の可能性がなかつたことに加えて、行為者の主観面を重視して両暴行が区別されたものと理解されている。⁴¹

喧嘩闘争以外の事例における行為者の内的状態の判断は、以下のようにまとめられる。まず、虚弱性情動と強壯性情動との区別については、昭和四六年判決の登場により、攻撃の意思・攻撃的心情の存在のみを理由として、防衛の意思を完全に否定することはできないという理解が定着した。すなわち、攻撃の意思と防衛の意思は併存しうるため、前者が存在することを理由として防衛行為でないとすることはできない、言い換えると、防衛行為者の内的状態はもっぱら虚弱性情動によるものであることを要さないということである。その他の考慮について見ると、喧嘩闘争と同じように、行為前の主観面が着目されていることが確認される。⁴²行為時の攻撃の意思と防衛の意思との併存がありうる以上、行為前の主観面に重点が置かれることになり、積極的加害意思があれば侵害の急迫性が否定されるという昭和五二年判決の

構成は、まさしくこの傾向が結晶化したものと見なせるだろう。これとは区別されることとなった防衛の意思についても、行為前の主観面をうかがう傾向がなくなつたわけではない。⁽⁴³⁾ これらを総合すると、喧嘩闘争以外の事例においても、判例は行為者の行為前の主観面に焦点を当てる傾向にあると分析される。⁽⁴⁴⁾ ただし、ここでの言及が、完全に行為者の主観面の問題に尽きるものであるのかは、後述のように疑問の余地がある。

二 下級審の裁判例

下級審裁判例の多くも、喧嘩との関係で正当防衛・過剰防衛を判断する際、行為者の内面について言及を行っており、実際に、喧嘩の意思を加味して過剰防衛の成否が変更された裁判例は数多くある。⁽⁴⁵⁾ もっとも、最高裁判例の分析で述べたとおり、喧嘩闘争か否かの判断は事案の全体的評価とされるため、主観面にどれだけの重点が実際に置かれているのかは、下級審についても同じく明らかではない。

次款で検討するように、過剰防衛の成立を認めた事例においても攻撃の意思・攻撃的心情に言及していることから、下級審は、これらの心理状態と防衛の意思とが両立すると考えていると言える。これに対して、最高裁判例の検討からは、行為者の行為前の主観面が防衛行為性にとって重要な指標となつていないかという、一応の知見が得られた。それゆえ、ここでは、積極的加害意思論を展開した最高裁判昭和五二年決定後の裁判例について、侵害を予期して武器を準備していた事例に関するものを見る。この点、下級審の判断はかなり不安定である。

【大阪高判昭和五三年六月一四日判タ三六九号四三二頁】

被告人は、実弟である被害者Yから暴行を加えられたが、実父らの制止によってその場は一旦収まった。その数分後、Yは、被告人を威迫しようと台所で包丁を探し、被告人を腕力にうったえてでも家から追い出してしまおうと、世帯を別にする被告人の居室に乗り込み、挑発的な言辞および挙動に出た。被告人は、これを予期して用意していた包丁でYの左胸部の上方を刺し、傷害を負わせた。

原判決が本件行為について過剰防衛の成立を認めなかったのに対し、大阪高裁は以下のように判示した。まず、侵害の急迫性について、Yの攻撃意思はまだ強く、侵害がまさに差し迫った状況にあったと評価でき、「被告人の予期するところであつたことが認められるが、被告人にその機会を利用し、積極的に右Yに対して加害行為に及ぼうとする意思まではなかつた」としてこれを肯定した。さらに、防衛の意思について、憤激あるいは憎悪の念があつたことは否定できないが、認定の諸状況に照らすと、被告人がそのような情念に駆られ、再度Yが被告人の居室に入って来た機会をとらえて、専ら加害の意思の下に積極的にYに対する加害行為に及んだものと認めることはできない。むしろ、この点に関しては、自己防衛の強い意識のもとに、咄嗟に機先を制して行為したと見るのが合理的である。「すなわち、被告人にYに対する前記のような憤激の情、憎悪の念があつたことを前提にしてみても、防衛の意思の存在したことを否定すべき特段の事情があつたものとは認めがたく、少なくとも防衛意思の併存は否定しがたいものといわなければならぬ」として原審の判断を覆し、過剰防衛の成立を認めた。

本件では、被告人による侵害の予期と反撃の準備があり、被害者の侵害行為がまだそれほど強度のものでなかつたにもかかわらず、積極的加害意思と専ら攻撃する意思の両方が否定されている、つまり防衛行為であるとされている。⁽⁴⁶⁾また、侵害を予期し、武器を準備していた事例につき誤想過剰防衛が認められた裁判例もあるが、これらは見ようによつては単なる先制攻撃である。このように、最高裁判例の検討から導かれた特徴である、行為者の行為前の主観面の重視について、下級審の傾向には一貫しないところがある。

さらに、一連の行為と言えるか否かの判断についても、最高裁平成二〇年決定と同じように、下級審は行為者の主観面に焦点を当てたかたちで判示することが多い。前述のように、一連の行為の観点から過剰防衛の成否を検討した論稿の多くも、判断基準の重点を防衛行為者の主観面に求める。しかしながら、下級審の判断を見ると、むしろ、主観面を根拠にして行為の一連性を判断することが、いかに不安定であるかが判明する。ここでは、特にそのような傾向が顕著

に現れた、近時の裁判員裁判例を挙げる。⁴⁸⁾

【千葉地判平成二二年五月二六日 LEX/DB 25442645】

被告人兩名X1・X2は夫婦であるところ、精神疾患に罹患しており日頃から暴力に及んでいた被害者Y（長男）が、X1（母、妻）に対しその頭部を殴り背中を蹴るなどの暴行を加えたため、これを見たX2（父、夫）は、とっさに菜切り包丁をつかんで腹付近に突きたてようとしたが、ほとんど刺さらずに刃の部分が根元から折れて床に落ちた。そこで、X2は出刃包丁を出し、Yに示したが、Yは「やれるもんならやってみろ」と言って右手を振り上げ、殴るような格好でX2に近寄ってきた。X2は出刃包丁をYの腹付近に突き出したが、またもやほとんど刺さらず、刃の部分が根元から折れてしまった。そこで、X1は、Yの背後からその首の部分をバンダナで押さえ、絞めながら、バンダナをはずそうとするYを後方にあつたソファの方向に引っ張り、X2もこれに加勢し、Yはソファに座るような状態で倒れこんだ。X1がバンダナでYの首を絞めている間、X2はパソコン用電気コードを持ち出し、これを用いて兩名で被害者の首を絞め、窒息死させた。

千葉地裁は、両被告人が三〇分間にわたってコードを強く絞めつけた点について、「単に息子を殺害することだけが目的であるとすれば、これほどの長時間息子の首を絞め付ける必要はない。このように父母が異常に長い間息子の首を絞めているのは、父母に息子からの反撃を恐れ、身を守ろうという気持ちがあつたことの表れとみることができ、父母もこれに沿う供述をしている」とし、両被告人の行為は防衛のための行為であつたと評価して、過剰防衛の成立を認めたと。

通常、絞首行為の継続は強い攻撃意思の現れと評価されるところ、⁴⁹⁾本判決は、三〇分間にわたって絞首を続けた行為について、上記の理由により行為を一連のものとして見て、過剰防衛の成立を肯定した点に特徴がある。しかし、継続的・連続的行為について参照したところの大阪地判昭和四三年一月二二日判タ二三三号一九三頁では、事件の経過や行為

態様に共通点がかなり多いにもかかわらず、過剰防衛の成立が否定されたのであった。

結局のところ、下級審の裁判例からは、行為者の主観面は、行為前の経緯、行為態様、行為後の振舞いと併せて、一連の経過が全体として防衛行為に見えるか否かという直感的な判断の一資料に埋没することが少なくない、そして判断の基準はきわめて不明確であるという実態が明らかとなる。

三 検討

以上の裁判例を検討すると、結局のところ、正当防衛・過剰防衛の判断に際して、行為者の主観面は必ずしも重視されていくことがわかる。

喧嘩闘争について言えば、確かに、裁判所は、喧嘩であったか否かの結論を根拠付ける際、行為者が持っていたのが喧嘩の意思か防衛の意思かに言及している。しかしながら、行為者の主観面が、事案の全体的評価においてどれほどの意義を実際に有しているのかは、明らかではない。喧嘩闘争の判断に際して主観面が基準となっており、どのように見える理由の一つは、おそらく、防衛行為を認めるべきと裁判所が考えた事例も、客観的に観察すると、行為が喧嘩の定義に当てはまってしまうからである。⁽⁵⁰⁾これに対して、主観面は、認定の基礎と表現を変えるだけで、容易に防衛的意思に読み替えられることができる。言い換えると、実際には、全体として防衛行為とする結論が先行し、防衛の意思の認定はこれを基礎付けるものとして判示されるにとどまるように思われる。⁽⁵¹⁾

同様のことは、喧嘩以外の判断にも当てはまる。たとえば、積極的加害意思の認定について、橋爪隆は、「下級審裁判例においては、積極的加害意思の存否を、主として客観的事実関係から認定する傾向が強い⁽⁵²⁾」としており、防衛の意思についても、たとえば松宮孝明が、「実際、判例は、『防衛の意思』を、自白調書から読み取れるような純粋に主観的な事情からではなく、逆に、防衛者の反撃行為直前の行動、反撃の態様、程度、反撃行為後の行動という客観的な事情から認定している⁽⁵³⁾」と指摘する。前田雅英も、認定が困難である細分化された防衛の意思を判断基準にせずとも、「客

観的に防衛のためのものとは評価し得ないような著しい過剰行為等を『防衛のためにする行為でない』と類型化して処理すれば足り」とする⁽⁵⁴⁾。実務家の立場からも、防衛の意思がないと推認されるのは、侵害の認識がない場合に加えて、「(ロ)侵害を排除するためには明らかに必要のない過剰な行為を意図的に開始した場合、(ハ)侵害を排除するために明らかに必要のない過剰な結果を意図的に与えるために行為を開始した場合をいうことになろう」(傍点筆者)⁽⁵⁵⁾と整理される。もつとも、特に積極的加害意思の認定において、行為者の内心的態度や侵害の確実な予期が、少なくとも補助的に考慮されている点是否定できず、判断が純粋に客観的であるとも言えないだろう。最後の整理も、結局は「意図的に」行為を開始した点に基準を置いている。また、たとえば被害者による日頃の虐待等が認められる場合、過剰の程度が著しい事例であっても、虚弱性情動——ただし、本当に情動が問題なのかには疑義が残る——からの行為に、過剰防衛の成立の余地は排除されていない。結局のところ、ここでも判断を左右しているのは直感による事案の全体的評価なのであり、主観面はその結論の言い換えと理解される⁽⁵⁶⁾。そうであるからこそ、全体として防衛行為と見なさないと結論付け、積極的加害意思の存在を理由として侵害の急迫性を否定した事案について、誤想防衛を念頭に防衛の意思を改めて判断するのは、全体として防衛行為ではないという結論はすでに示されている以上、裁判所にとつて無意味なのである。こうして、裁判所がこの場面で示す行為者の主観面に關する判断は、個々の要件論ではないということが分かる⁽⁵⁸⁾。

以上のことから、攻撃の意思・防衛の意思の判断は、結局、本来的な意味における行為者の主観面に対する判断ではないと結論付けられる。それゆえ、攻撃の意思・防衛の意思ないし防衛行為性の判断は、行為者の主観面ではなく行為の全体に關するものであり、本稿の主題である過剰防衛に固有の責任減少とそれ自体密接な關係にはない。

ただし、行為者の行為前の心理状態の考慮については、責任判断としての意義がまったく見出されないわけではない。まず、一般論として、突然侵害を受けた場合の方が、これを予期し準備していた場合よりも、行為者は強度の動揺に陥ることが多いだろう。次いで、理論的により重要な側面として、急迫不正の侵害と行為時の行為者の情動との因果關係

を問題とすることができる。すなわち、過剰防衛に固有の責任減少という観点からは、責任減少の直接の基礎となる行為者の興奮・動揺は、防衛行為の基本的な性格を持つものに限定される。そして、防衛行為の基本的な性格は、それが急迫不正の侵害を避けるために行われるところにある。この、急迫不正の侵害が先にあり、これに対応するべくなされた防衛行為が後にあるという最低限の構造は、責任減少の観点においても妥当する。すなわち、過剰防衛に固有の責任減少は、急迫不正の侵害によりもたらされたものでなければならぬ。そうすると、行為時の情動が、急迫不正の侵害ではなく、それ以外かつ以前の何らかの別の事情に還元されるような場合には、これらを第三六条第二項の対象外と見ることができよう。このように考えると、行為前の心理状態を根拠に過剰防衛を否定することには、一定の理由がある。

第二款 過剰防衛における行為者の内的状態の考慮

ここでは、過剰防衛の成立が認められた場合における、行為者の内的状態、特に強壯性情動の位置付けを検討する。この検討にあたっては、法律問題を中心に扱う最高裁よりも、下級審の裁判例の方が参照の対象として重要である。そして、激怒などの感情が過剰防衛規定の適用を排斥しないことは、前述昭和四六年判決が出る以前から、すでに下級審では定着していた⁽⁵⁹⁾。それゆえ、攻撃の意思・攻撃の心情が過剰防衛の成否を単独では左右しないことを前提に、以下では、これらの事情が、量刑上独立の意義を有しているのかを検討する。具体的には、攻撃の意思・攻撃の心情が、一方で、過剰防衛規定のもつとも強い効果である刑の免除を妨げる独立の因子となるのか、他方で、過剰防衛として比較的重い刑が言い渡された事例においてこれらの事情が特に重視されているのかを分析する。

一 攻撃の意思または攻撃の心情と刑の免除

注目すべきであるのは、刑の免除を言い渡した判決においても、行為者の攻撃の心情が指摘されているということ

ある。⁽⁶⁰⁾ 刑の免除が認められるのは、そもそも客観的に見て正当防衛に非常に近い事例が多いのだが、これ以外では、行為者が被害者により日常的に虐待されていた事例がいくつもある。ここでは、免除の付与にあたって行為者の主観面に深く立ち入った判示がなされることが多いのだが、このような事例ですら、憤激等の強壯性情動が認定されている。

【名古屋地判平成七年七月一日判時一五三九号一四三頁】

被告人は、勤務先の居酒屋の常連客であった被害者Yと知り合い、Y方で生活を始めたが、Yは酒を飲んだ上で被告人に暴力を振るうなどするようになった。その後、Yは被害妄想気味となり、被告人に暴行を加えるなどするようになったため、被告人は警察の保護を求め、婦人相談所に身を寄せた。被告人は、Yが懇願したため今後二ヶ月間その態度を見ることとし、被告人方に戻ったが、約一ヶ月後、Yは被告人に対する暴力を再開した。犯行当日、飲酒したYと被告人は口論になり、Yは被告人に殴る蹴るの暴行を続け、そのうち台所から刃体約一二・八センチメートルのペティナイフを持ち出し、被告人の右首筋にこれを当てたため、被告人は異常を感じ逃走を試みたが、引きずり戻された。さらに殴る蹴るの暴行を受けて、被告人が不安を感じ、脅すつもりで前記ナイフを取ると、Yは「刺すなら、刺せ」と言って仰向けに寝て目を閉じたが、被告人は刺すまねをただけでナイフを戻した。その後、Yは暴行を再開し、被告人が気を失うまで首を絞め、被告人が意識を取り戻した後も飲酒しつつ暴行を加えた。思い余った被告人は、半分は本気で刺す気もあって再びナイフを取ったが、刺すことができず、Yは被告人からナイフを取り上げ、再び殴る蹴る、ゴルフクラブで殴打するなどの暴行を加えた。被告人は、度重なるYの暴力に我慢ができず、このままでは殺されるかもしれないと考え、自己の生命を防衛する目的と同時に激昂のあまり殺害を決意し、目を閉じて仰向けに横たわっていたYの頸動脈をナイフで一回突き刺し、失血死させた。

名古屋地裁は、急迫不正の侵害について、Yが暴行を反復する危険はなお現存しており、被告人の生命・身体に対する急迫不正の侵害は継続していたと認定した上で、防衛の意思について、「いよいよYの頸部を突き刺すに際し、これ

までのYの度重なる約束違反や数々の暴行を思い出し、『あなたが悪いんだからね』と、憎悪の念も交えて殺害に及んだことが認められるものの、Yの暴行を断続的に受け続け、最終的にはゴルフクラブによる後頭部の殴打によって『もう我慢できない。やらなきゃ、やられる』⁶³ と思いつめ、Yに殺されないうために同人を殺害するしかないと気持ちも併存して本件犯行に及んだことが明らかであるから、急迫不正の侵害を認識しこれを避けようとする意思、すなわち防衛の意思をもって判示刺殺行為に及んだものと認定するのが相当である」とした。その上で、防衛行為の必要性・相当性について、「社会通念に照らし客観的に適正妥当として容認される程度を逸脱したもの」とし、過剰防衛の成立を認め、刑を免除した。

本件でも、「憎悪の念も交えて殺害に及んだことが認められる」として、裁判所は防衛の意思の有無に際して攻撃的心情を確認している。これをさらに見ると、量刑に関する「数々の暴力にも耐えてきた被告人が、今回堰が切れたかのようにYを殺害してでも生命侵害の危機から脱出しようと思いつめるに至ったことはよくよくのことと理解され、同情に値するものであり、いよいよYの頸部を突き刺すに際し、それまでの度重なる約束違反や長期間にわたる暴行を思い、鬱積した憎悪や憤激の感情があつたとしても、被告人を強く非難することはできない」という描写からは、行為前の事情が、行為とは独立に加味されている印象を受ける。すなわち、被害者が行為者を虐待していたような事例に刑の免除を認めた裁判例が行為者の主観面に言及しているとしても、それは、犯罪論上の責任減少として評価されるような、行為へと至る精神的圧力（興奮・動揺）の考慮ではなく、状況の悲惨さを描写することによって間接的に被害者の大きな落ち度を強調するか、または、行為者自身に犯罪的な性格がないことを示唆する趣旨であると理解されるのである。⁶⁴

いずれにせよ、過剰防衛の成立を認めて刑の免除を言い渡した裁判例においても、攻撃的意思・攻撃的心情への言及が認められる。⁶⁵ まとめると、免除が認められた事例においてさえ、裁判所は行為者の攻撃的意思・心情に言及しており、このような内的状態は、過剰防衛による刑の減輕や免除を行うという、刑罰減輕的な考慮を妨げる作用を、単独で

果すものではないということになる。

二 攻撃の意思または攻撃的心情と重い刑の言渡し

以上の側面に対して、攻撃的意思・心情が量刑において刑罰加重的に作用する独立の因子となることは十分に考えられる。まず、一般論を述べると、被害者の落ち度の観点から量刑を検討した坪井祐子は、過剰防衛が問題となる事案について、「殺人や傷害致死では、相対的に量刑は低めであるが、子細に見るとかなりバラエティに富んでいる」と評価する。⁽⁶⁵⁾

過剰防衛が問題となる事例では、殺人や傷害致死事件であっても、刑の執行猶予が認められることも少なくなく、実刑が言い渡されるとしても三年から五年の懲役が多い。⁽⁶⁶⁾近年の裁判員裁判例を見ると、殺人罪と傷害致死罪の法定刑の下限が、平成一六年改正によりそれぞれ引き上げられたことを加味すれば、この傾向は現在でもある程度維持されていると言える。⁽⁶⁷⁾これに対して、比較的重い刑が言い渡された過剰防衛裁判例がいくつかある。以下では、被害者が一人の殺人事件において、過剰防衛の事例としては比較的重い懲役六年または七年が言い渡された事例を見る。これらは、過剰防衛の成立を否定した裁判例と結論的に同程度の宣告刑である。⁽⁶⁸⁾以下の検討は、「重い刑が言い渡された過剰防衛の事例において攻撃的心情が加味されているか」についてであり、「攻撃的心情が刑罰加重的に加味されるか」という主題とは若干ずれるが、量刑評価の重点を考察するにあたっては一応の示唆が得られるものと考えられる。

初期の裁判例として、甲府地裁判決昭和三六年七月一九日下刑三卷七／八号七一五頁では、行為時には仲間に対する「多年の友情から憤激」していたものの、「闘争に終始関係せず、これを止めようとした」被告人に、比較的重い懲役六年が言い渡された。⁽⁶⁹⁾

比較的近年の裁判例としては、以下のものがある。

【東京地判昭和六二年六月二十九日判夕六六〇号二四四頁】

被告人は、同じ簡易宿泊所の向かい側にあるベッドに宿泊していた被害者と話を交わすようになり、ともに仕事をしたこともあったが、同人には、酒に酔うと暴言を吐く癖があり、被告人も怒鳴られるなどしていた。犯行当日、被告人はベッドに横臥していたところ、突然被害者から敷布団を剥ぎ取られ、「ぶっ殺してやる」「起きろ」と怒鳴られ、後頭部をアルミニウム製灰皿で殴打され、背中を数回膝蹴りされたうえ、起き上がろうとした被告人の右わき腹を強く膝蹴りにされるなどの暴行を受けた。被告人は、右わき腹に強い苦痛を覚え、とつさに被害者を突き飛ばしたが、その際、いわれない暴行を受けたことに対する憤激とともに、同人の暴行がいつになく強度であった上、激昂して被告人に対しより強い攻撃を加えてきて、それこそ殺されかねないとの危惧を覚え、とつさに殺意を抱き、柵に調理用として置いてあった刃体約一〇センチメートルの果物ナイフを手にとつて、被害者の頸部などを数回突き刺すなどし、死亡させた。

東京地裁は、以下のように判示して懲役七年を言い渡した。まず、被害者から理不尽な暴行を受けたことへの憤激に駆られての攻撃の意思があつたとはいえ、防衛の意思も持っていたとして、過剰防衛の成立を認めた。その上で、「本件は、酒に酔つた被害者から殴る蹴るの暴行を受けた被告人が、自己の身を守る意思に併せて憤激の念に駆られ、同人に殺意を抱き、傍らにあつた果物ナイフでその頸部などに反撃を加えて殺害したというものであるが」、その態様は執拗・残酷なものであつて、素手の被害者への対抗手段において相当性を欠くこと甚だしく、遺族の処罰感情も強く、また被告人には前科があることなどにかんがみれば、その刑責は重いつわらざるをえない。しかし、本件は過剰防衛が認められる事案であるほか、犯行に計画性は認められず、粗暴犯の前歴はなく、それまでも被害者の酔余の暴行を幾度も我慢し、同人との争いごとを避けてきた経緯がうかがわれ、犯行後も警察への通報の依頼や反省をしているなど有利な事情も認められる。

本件では、憤激から行爲に出た事実は認定されているものの、量刑においてそれが特段重視されているようには思わ

れない。犯行態様への「執拗・残酷」という評価が、被告人の攻撃意思として考慮されている可能性は否定できないが、少なくとも判決書からは、防衛の相当性との関係における客観的な態様を指しているように見え、殺意の強さにも言及はない。また、遺族の処罰感情、前科の存在や被告人の生活態度が明示されている。

【神戸地判平成一六年四月二八日 JLEX/DB 25410574】

被告人は、実兄である被害者Yと飲食していたところ口論となり、被告人の発言に憤慨したYから、胸倉を掴まれ、顔面を手拳で数回殴打する等の暴行を加えられた。被告人は、異変に気づいて来た実父AがYから振り払われて転倒するのを目にしたことから、Yが被告人の顔面を数回殴打するなどしたばかりでなく、足の具合の悪い高齢のAを振り払って転倒させたことに憤激するとともに、自己の身体を防衛するために、台所流し台から刃体約一七・八センチメートルの文化包丁を取って、Yの左側胸下部を一回突き刺し、死亡させた。

神戸地裁は、以下のように判示して懲役六年を言い渡した。まず、殺意は認められるものの確定的とまでは言いがたいたとした上で、犯行に至る経緯から急迫不正の侵害は認められるとした。さらに、防衛の意思について、被告人には確かに憤激の情も認められるが、「それまでの一連の経緯に照らすと、被告人の刺突行為が、Yにこれ以上暴力を振るわせるべきでない」として、自分の身を守ろうという意図をもった上で行われたことは否定できない」としてこれを肯定し、過剰防衛の成立を認めた。その上で、「本件は、被告人が、自己に暴行を加えたばかりでなく、足の具合が悪い高齢の父をも振り払って転倒させたYに対し、憤激するとともに、自己の身体を防衛するため」未必の故意でYを殺害したというものであるが、何らの武器も携えていなかったYの身体の枢要部を包丁でいきなり突き刺して死亡させた行為は、防衛行為として過剰であるのもとより、その犯行態様は悪質であること、Yの暴行の程度はそれほど強いものではなく、Yには殺されなければならないほどの落ち度はなかったこと、Yの遺族の悲しみや精神的苦痛は計り知れず、「被告人があまりにYを悪し様に言うことに対する反発も加わって、被告人に対する相応の処罰を望むに至っていること、

いまだ損害賠償はなされておらず、Yの遺族に対する十分な慰謝の措置も講じられていないこと」などにかんがみると、被告人の刑事責任は重いと云わざるをえない。これに対して、Yにも責められるべき点があり犯行に至る経緯には同情の余地があること、未必の故意による偶発的な犯行にとどまり、「しかも、その犯行は過剰防衛に該ること」など、酌むべき事情もある。

本件もまた、憤激から行為に出た事実は認定されているものの、量刑において特段の考慮がなされたようには見受けられず、むしろ未必の故意であったことが確認されている。刑を重くする理由としては、Yの実際に行った暴行が比較的軽微であったのに対し包丁を用いている、つまり過剰の超過が甚だしい点、遺族の処罰感情が強い点が特に重視されている。

このように、重い刑が言い渡された事件の判決文において、行為者の激怒や憤慨は、量刑上必ずしも重視されているとは言えず、少なくとも、行為態様にかんがみ防衛の程度の超過の客観的な度合いや、一般情状、特に被害者（遺族）の処罰感情や反省・謝罪と比べて、際立った意義を有しているようには思われない¹⁰。そうすると、刑を重くする要素が他に複数あり、強壮性情動は、せいぜいこれらと結びついて判断に影響を与えうるにとどまると結論付けられる。なお、侵害の予見といった行為前の心理状態については、計画性のなさという側面で言及されることがあるものの、最終的にどれほどの重要性が付与されているのか、明らかではない。

三 検討

以上の分析により導かれるのは、ほとんどすべての過剰防衛の事例において行為者の攻撃的意思・心情が認定されているものの、それ単独では、一方で刑の免除を妨げることもなく、他方で刑を特段に重くすることもないということである。つまり、攻撃的意思・心情がないという裁判例はほとんどないのだが、その意思・心情があるからといって、免除が認められないわけでも、特段重い刑が言い渡されるわけでもない。結局のところ、免除が認められる場合も、重

い刑が言い渡される場合も、その判断の中心にあるのは、結果の重大性や行為態様といった事例の客観面、および、当事者間の人間関係や被害者遺族の処罰感情といった一般情状であると結論付けられる。

第三款 検討のまとめ

以上、行為者の内的状態、特に強壯性情動（攻撃意思や攻撃的心情）の裁判例上の位置付けを検討した。まず、防衛行為性の有無について、防衛意思・攻撃意思の判断は、本来的な意味における行為者の主観面に対する判断ではなく、事案を全体的に評価した結論の表現であると評価される。そして、行為が過剰防衛とされた場合、攻撃意思や憤慨の情は、それ自体としては刑の免除の可否についても量刑についても独立の意義を持っていないということが分かった。この分析から導かれるのは、防衛の意思か攻撃の意思か、あるいは、恐怖・驚愕等の虚弱性情動による行為か激怒・憤慨等の強壯性情動による行為かという点に関する判断は、それ単独としては、結論にほとんど影響を与えていないということである。つまり、正当防衛・過剰防衛の成否も、過剰防衛となつた場合の刑の量定も、事案の全体的評価が決定的であり、防衛の意思か攻撃の意思かは防衛行為性の成否の結論を示す名目的な要件に過ぎず、それらは一旦過剰防衛が成立すると独自の意義を失い、他の犯情および一般情状に埋没して一量刑事情となるのである。

このことは、防衛の意思を正当防衛の要件とするとしても、攻撃の意思の存在自体は、条文上、正当防衛・過剰防衛を排除するものではないため、基本的に支持できる。しかしながら、過剰防衛行為者の内的状態が量刑上独自の重要性を持たないことは、刑の量定において、過剰防衛行為であつたという事情そのものがあまり重視されていないのではないかという、別の疑問を提起する。確かに、過剰防衛の裁判例では、量刑の理由中に、行為が過剰防衛である旨の指摘が必ずなされる。しかし、問題は、過剰防衛という犯罪論上の不法と責任に直接関わる事情が、その他の一般情状と同じ量刑の一事情のように併記されている点である。¹⁾ 行為が過剰防衛であつたことが量刑にどれほどの影響を与えている

のかについては、量刑判断のメカニズムが分明でないため検討できない。しかし、少なくとも形式的には、量刑の理由において、不法と責任に大きく影響する過剰防衛という事情は、その他の被害者遺族の処罰感情などと単純に並べられるにとどまっているのである。

第三節 小括

以上の過剰防衛に関する判例の検討は、次のようにまとめられる。

まず、事後的時間的過剰防衛については、一連の過剰防衛という構成によりこれを認めるのが判例の一般的な姿勢である。下級審においてこれが問題となった事例群は、被害者の武器を奪取して反撃する行為（第一類型）、継続的・連続的行為の行為（第二類型）、逃げる被害者を追撃する行為（第三類型）の三つの類型に整理される。このうち、第一類型については比較的容易に過剰防衛が認められていることが確認できる。これに対して、第二類型と第三類型については、一定の判断基準を読み取ることができない。そして、類型相互の間には、第一類型から順に過剰防衛の成立が認められやすい傾向にあり、このことは責任論の観点から説明されうる。

次に、防衛行為性の判断としての防衛意思・攻撃意思および過剰防衛における行為者の精神状態、特に攻撃意思や攻撃的心情・情動の裁判例上の位置付けを検討した。ここでは、正当防衛・過剰防衛の成否および過剰防衛の刑の量定は、裁判官による事案の全体的評価次第であり、防衛の意思か攻撃の意思かはその結論を示す名目的な要件に過ぎず、一旦過剰防衛が成立するとその独自の意義を失い、他の犯情および一般情状に埋没して一量刑事情となるという結論に至った。

最後に、本稿の主題である過剰防衛に固有の責任減少という側面から小括する。冒頭で述べたとおり、過剰防衛にお

ける行為者の心理状態は、正当防衛状況下におけるほぼ無意識かつ自動的な「自己保存本能の発露」としての情動と、状況の認識のさらに高次の評価から生じる恐怖・激怒等の情動に区別することが、観念的に可能である。そして、前述のように、事後的時間的過剰が問題となる三つの類型においては、相手方と武器を取り合う第一類型においては前者の情動が主に問題となるのに対し、逃げる相手方を追いかける第三類型においては後者の情動が問題となると、全体の傾向として、第一類型の方が優遇されていることが示された。さらに、一部で見受けられる行為前の心理状態の加味は、行為が急迫不正の侵害に動機付けられたものと言えるかという点に関係しうる。これらの傾向は、具体的事案における情動の強度を捨象すると、正当防衛とより密接に関連する情動の重視という意味で、過剰防衛に固有の責任減少の現れと理解することができる。これに対して、攻撃の意思・攻撃的心情が、正当防衛・過剰防衛の成立の判断および量刑において独立の要因として機能していないという点からは、虚弱性情動と強壮性情動との区別は、(過剰)防衛に固有の責任減少として重視されていないと結論付けられる。このように、これら過剰防衛における行為者の内的状態の考慮は、不法減少に関するものと位置付けることも可能であるという留保の下、責任減少として整合的に説明できる。もつとも、刑の量定に関しては、過剰防衛であるという事実よりも、一般情状を含めた事案の全体的評価が決定的であり、責任減少の側面が過小評価されているのではないかという疑義も残る。

第三章 学説

学説においても、過剰防衛に固有の責任減少が論じられることは少ない。ここでも、判例の分析と同様に、過剰防衛の限界事例である、事後的時間的過剰と強壮性情動からなされた行為の扱いを通して、過剰防衛に固有の責任減少と考えられてきたものを表面化させる。

第一節 事後的時間的過剰

第一款 肯定説

多くの学説は、事後的時間的過剰に対して刑法第三六条第二項の適用を認めている。その第一の構成は、先行する防衛行為との一体性を根拠として、全体として一つの過剰防衛を觀念する。この構成は昭和三四年判決以降に特に有力化し、⁽⁷²⁾判断の基準や体系的位置付けについて様々な主張があるものの、広い支持を集めている。⁽⁷³⁾

これに対して、第二の構成として、先行する正当防衛と追撃行為たる過剰行為を分断した上で、後者に対して独立の過剰防衛を認める見解も存在する。この構成は、昭和三四年判決以前は、旧第三一六条を参照しつつ少数ながら指摘されていた。⁽⁷⁴⁾近年再びこの構成を主張した安田拓人は、第三六条第二項の文言が事後的時間的過剰を排除しないことを確認した上で、「事後的過剰を強度的過剰と全く異なるものと位置づけ、完全な犯罪行為として評価することが極めて不当であることは明らか⁽⁷⁵⁾」であるとすると、そして、全体として一連の過剰防衛を認めることによる不都合を念頭に、責任減少を根拠に事後的過剰部分のみに対する過剰防衛の成立を検討し、「その行為が先行する急迫不正の侵害に対応する意思に基づき起動されたものとしての性格をなお失っておらず、行為動機としての同一性・連続性が認められる限りで、防衛事象の性格が肯定される」ことになり、第三六条第二項が適用されうるとする。⁽⁷⁶⁾

また、第一の構成の方法をとりつつ、第二の構成の結論を導くのは、小林憲太郎である。それによれば、平成二一年決定のような事例では端的に暴行罪が成立し、ただ一体的把握による過剰防衛との評価も排除されないと解するのが妥当である。「暴行罪の成立を認めるにとどめるとするのは、第二行為のみを取り出して可罰的評価を加えることをただちには意味しない。そうではなく、第一行為と第二行為を一体的に把握して可罰性評価を加えるが、そのうち正当化される第一行為は不法から除かれるという引き算処理が行われるにとどまるのである」⁽⁷⁷⁾。しかし、この見解には、第一行

為が、(この部分は正当防衛だが)違法なのか、(過剰防衛の一部だが)適法なのか、よくわからないという素朴な疑問が向けられる。たとえば、第一行為と傷害結果は、正当防衛(「法律上犯罪の成立を妨げる理由」と評価される)にもかかわらず、「罪となるべき事実」となるのか、それとも、構成要件に該当するにもかかわらず、ならないのか。前者は概念矛盾であり、後者は「第二行為のみを取り出して可罰の評価を加えること」に他ならないように思われる。

第二款 否定説

近年では肯定説が多数を占めているが、昭和三四年の最高裁判決の登場以前は、否定説も有力であった。⁽⁷⁸⁾ 近年の見解では、内田文昭が事後的過剰への第三六条第二項の適用を明確に否定している。内田は、「防衛行為の時間的逸脱」について、「防衛行為が、時間的に早すぎたり、急迫不正の侵害が終了した後に行われたりした場合、ドイツではこれを『外に拡がる過剰防衛 (extensiver Notwehrzueg)』と呼ぶことがある。ヘルナーが指摘していたように、これらは、正当防衛たりえないが故に、過剰防衛ともなりえないのである。また、これらが、防衛の『程度』を超えた場合に当たらないことは明白であろう」と説明する。⁽⁷⁹⁾ このほか、橋田久も、事後的時間的過剰に対する第三六条第二項の適用を否定する。まず、過剰防衛の刑の減免の法的性質との関係では、第三六条第二項による刑の免除は違法減少の観点も加味せずしては説明できないので、責任減少しかない外延的過剰では、少なくとも刑の免除は認められない。さらに、外延的過剰では急迫不正の侵害が終了している以上、相手方は「正」であり、その実体は復讐であつて凡そ防衛の名に値せず、「防衛」の程度を超えたとは言えない。加えて、外延的過剰の限界はあいまいである。⁽⁸⁰⁾ そのほか、「一体説は、正当防衛たる反撃行為を、その後の追撃行為を理由にこれと併せて違法な過剰防衛とするが、これは遡及的な犯罪成立を認めるものと評することができ、支持し得ない」。その結果、反撃行為に対する正当防衛が可能になり、反撃行為のみに加功する第三者に犯罪が成立することになる。⁽⁸¹⁾

第三款 検討

まず前提として再度確認されるべきは、少なくとも、立法者は、強度的過剰と時間的過剰の双方を対象とする旧第三一六条を引き継ぐとは明言している点である。⁽⁸²⁾ さらに、第三六条第二項は刑の任意的減免を定めていることから、広い適用範囲が予定されていると考えるのが自然だろう。

それゆえ、否定説に相当の論拠があるかという方向性で検討を行う。第一に、過剰防衛概念の分析を根拠に適用の排除を根拠付けることはできない。過剰防衛は「防衛の程度を超えた行為」であるが、「程度」という日本語は「許容される限度、適当と考えられる度合い」くらいの意味しかない。急迫不正の侵害に対して防衛するために「もはや」必要ではないのに行為に出たという日本語は、さほど不自然ではないだろう。⁽⁸³⁾ それゆえ、ドイツ刑法における過剰防衛概念を援用して事後的時間的過剰を否定する主張に対しては、その概念は第三六条第二項の前提とするものではないと答えることになる。第二に、「一体説は、正当防衛たる反撃行為を、その後の追撃行為を理由にこれと併せて違法な過剰防衛とするが、これは遡及的な犯罪成立を認める」という批判に対しては、安田のように追撃行為のみを過剰防衛とすることで、一定の解決が可能であると言える。また、全体として一連の過剰防衛を認める構成も、行為規範による刑法の行為規制機能を強調しなければ、事後的な観点からの事案処理として説明される余地がある。このように、基準の設定が問題となるとはいえ、刑法第三六条第二項の下で、事後的時間的過剰の事例を過剰防衛からおよそ除外する根拠は弱いように思われる。

第二節 行為者の内的状態

第一款 防衛の意思と過剰防衛の關係

学説の大半は、責任減少を基礎付けるために、正当防衛状況の認識を要求する。この事情は、正当防衛において防衛の意思を要求しない立場でも基本的に同様である。

正当防衛について防衛の意思を要求する立場は、過剰防衛における防衛の意思について特に言及しないため、基本的には両者を同じように考えているものと推察される。⁸⁴ この点を明快に述べているのは、小野晃正である。小野によれば、過剰防衛は正当防衛を前提とするところ、両者は「いずれも急迫不正の侵害を契機とした防衛の意思に基づく行為であるため、①防衛者には自己の法益を防衛する限度で『法秩序の防衛』が認められる。他方、②侵害者は自ら否定した法益保護を要求できず、その要保護性も低減する」。このようにして、違法性が、正当防衛においては阻却され、過剰防衛においては減少する。⁸⁵ また、誤想過剰防衛を念頭に、責任の側面からもこのことを説明するのは、長井圓である。

「行為者は、自己又は第三者が『急迫不正な侵害』を受けていると誤認するときには、退避可能でない限りは、『防衛のために』自己又は第三者の法益保全に向けた行為を余儀なくされる。すなわち、行為者は、退避・受忍または反撃の二者択一を『強制される心理状態』にある。このように『防衛の意思』が存在したという事情、つまり急迫不正な侵害を『認識』（誤認）したことに由来する対応行為の『心理状態』自体が、責任減少事由になる」。⁸⁶

さらに、近年では、事後的時間的過剰における行為者の心理状態をめぐって、防衛の意思の内容が論じられている。小野は前述の説明に続けて、過剰防衛における防衛行為の個数は、不法減少と責任減少の両面から考察される必要があるが、「違法性評価においては、行為者がどのような意図から攻撃に出たかも検討しなければならない。この点、防衛行為は、自己の法益を防衛しつつ、『法秩序の防衛』という適法状態の実現に向けた防衛意思に導かれている。すなわ

ち、主観面における防衛行為の一個性は、かような防衛意思の継続性に基づく⁸⁷⁾とする。また、安田拓人は、侵害が既に終了している以上、防衛の意思は（同時的には）ありえないが、「ここで重要であるのは、当該行為が防衛の意思に動機づけられた防衛行為として開始され、その動機の同一性・連続性ゆえに、防衛事象的性格がなお維持されているか否かなのである⁸⁸⁾」とする。

正当防衛について防衛の意思を要求しない立場も、過剰防衛の法的性質を責任減少とすることから、正当防衛状況の認識としての防衛の意思が必要であるとするものが多い⁸⁹⁾。たとえば、内藤謙は、「過剰防衛において恐怖・驚愕・興奮・狼狽などの心理的異常状態に陥るときには、その前提として、正当防衛状況を認識していることが必要である。したがって、正当防衛の成立要件としては防衛意思を不要と解するが、過剰防衛として刑の減免が認められるためには、急迫不正の侵害の事実の認識、すなわち防衛の認識という意味での防衛意思が、責任減少の前提として必要であると解することになる⁹⁰⁾」とする。さらに、山中敬一は、「心理的例外状態において正当防衛状況の存在を認識して防衛行為として行動する者は、法確証を動機としながら限界を超えてしまった者である。このような行為者には、正当防衛状況の認識が、法確証の動機となつている⁹¹⁾」と、意的要素を含めた防衛の動機を要求しているように見える。この見解からは、正当防衛状況にある者が、相手方の侵害を認識しつつ、かつ自身が正当防衛状況にあるとは思っていない場合、過剰防衛は成立しないことになるだろう。

以上に対して、過剰防衛の刑の減免の法的性質を不法減少とする、または、不法と責任のどちらか片方の減少で過剰防衛の成立を認める場合、防衛の意思は不要としうる。たとえば、中山研一は、過剰防衛の不法減少的側面に着目する必要があるとした上で、「むしろ、違法減少説からは、主観的意思にかかわらず（たとえ過剰を『意図』したとしても）過剰防衛たりうるとする方向が主張されうるのであろう⁹²⁾」、「防衛の意思不要説からすると、過剰防衛においても、違法性の減少は意思にかかわらないというべきであろう⁹²⁾」とする。

第二款 過剰防衛における行為者の内的状態の考慮

過剰防衛が認められた場合における防衛の意思について、正当防衛の議論を前提とすれば、大多数の見解が攻撃意思の併存の余地を認める。

責任減少の根拠となる精神状態については、盗犯等防止法第一条第二項や改正諸草案を念頭に、「恐怖・驚愕・興奮・狼狽」がしばしば言及される。小林憲太郎は、違法性の減少だけで過剰防衛と評価するには十分としつつ、より重要な側面として「恐怖、驚愕、狼狽等、非強壮性情動に類する状態にあるという意味における責任の減少」に触れた上で、「激昂してもっぱら攻撃意図からやりすぎたというのであれば責任は減少しないことになる」とする。⁽⁹³⁾ 情動に関する言及ではないが、平野龍一は、「過剰な侵害を『意図』していたときは、もはや刑の減輕又は免除の余地を認める必要はなく、過剰防衛・過剰避難にもあたらないとするべきであろう」とし、⁽⁹⁴⁾ このような帰結は法的性質を責任減少とすることから導かれると理解するものもある。⁽⁹⁵⁾

これに対して、激怒等にも第三六条第二項の適用を主張していたのは、牧野英一である。牧野の説明は現場加害（急迫不正の侵害終了後の加害行為）と交錯しているが、それによれば、「現場加害は、人に免れがたい復讐心の或現われとして、多くは宥恕すべきものであり、場合に依つては、相当に理由あるものとすべきこともあつて、尊重すべきでさえあることがある、と考える」。過剰防衛の規定に現場加害を加えないのは、衡平を得ない。「わたくしは、現場加害に関するわが旧刑法の規定を以つてむしろ甚だ常識的なものと考えるのであるし、刑法第三六条の過剰防衛の規定は、それを特に改めたものと見る理由はないと考えているのである。フランス刑法の註釈家は、憤怒に因る行為は、その心理状態において、性質上宥せられるべきものと説いて怪しまないのであり、事後の行為たることは、それを妨げるものでないとしている」。⁽⁹⁶⁾ また、斎藤信治は、防衛の意思に関する記述の中で、一連の過剰防衛を認めた最高裁昭和三四年判決について、「正当であると思われるが、このような場合、急迫の侵害がなくなった後に、すでに過去のものと

なつた侵害に対する忿懣を晴らす意思で追撃がなされていることはむしろ普通であろう。そして、そういう場合でも過剰防衛を認めうるのであれば、急迫の侵害のある時点で、それを認識しつつ、ただむしろ過去・従来のことについての忿懣を晴らす等の意思で過剰な反撃をした場合にも、なお過剰防衛を認めてよいのではなからうか⁹⁷⁾とする。さらに、過剰防衛規定の制定過程を検討した横内豪は、過剰防衛における情動について、「責任減少説がしばしば主張するような恐怖などの虚弱性情動に限定する必要はないと思われ⁹⁸⁾」とする。このほか、情動に関係する言及ではないが、佐久間修は、「たとえ犯人が怜悯な計算にもとづいて行為したときにも、過剰防衛の範疇から除外する必要はないとおもう⁹⁹⁾」とする。

事後的時間的過剰における行為者の精神状態を考える際に、前述の過剰防衛における防衛の意思の内容と交錯して、この問題は先鋭化する。というのも、事後的過剰行為時点では定義上急迫不正の侵害が存在しないため、その際に防衛状況の認識はありえないからである。これに関して、安田拓人は、前述の「防衛事象的性格」に関して、次のように述べる。「事後的過剰を過剰防衛と捉えるためには、その部分につき防衛事象的性格が認められることが不可欠であるが、それには、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ことで十分であろう」。ここで重要であるのは、当該行為が防衛の意思に動機付けられた防衛行為として開始され、その動機の同一性・連続性ゆえに、防衛事象的性格がなお維持されているか否かである。「これに対し、侵害がすでに終了した後に、そのことを認識しながら攻撃に及ぶ場合には、事後的過剰部分は、もはや先行する侵害に向けられたものと理解することはできず、事後的復讐としての意味しか認められない¹⁰⁰⁾」。「事後的過剰防衛の場合における期待可能性は、事後的過剰が防衛事象的性格をもつことを考慮に入れたうえ、法益侵害が少なければ少ないほど、また、それが虚弱性情動に基づく割合が高ければ高いほど、より緩和されることになる¹⁰¹⁾」。

また、橋爪隆は、やや異なる観点から、事後的時間的過剰における行為者の主観面の考慮に言及する。「防衛の一体

性を導く基準として責任減少説が有益なわけでもない」。過剰防衛の法的性質をめぐる議論は、「①そもそも当該行為に第三六条第二項が適用できるか」という次元の問題であった。そして、強度的過剰については、防衛の意思が認められる事例であれば、どのような心理状態で対抗行為に出ている場合であってもこの点はクリアされる。したがって、責任減少は、この①の段階では必須の要件ではなく、「②具体的事件について刑を減輕すべきか否か」の段階で考慮されるのである。そして、責任減少説の立場から、侵害終了後も心理的動揺が続いている場合には、責任減少が継続しているから第三六条第二項を適用できるという指摘があるが、これは①と②の次元を混同した議論である。第三六条第二項はあくまで防衛行為性が認められる事例に限った規定であるから、責任減少が認められれば同項を適用できると解することはできない。「要するに防衛行為としての性格を有していれば一般的・類型的には責任が減少するといえるが、個別具体的な事案において、常に責任の減少が要求されているわけではない。また逆に、責任が減少している状況があれば、それだけで第三六条第二項が準用されるわけでもない」。このように考えると、責任減少説も事後的時間的過剰を認める根拠・基準を合理的に示していない。¹⁰⁾

第三款 検討

まず、過剰防衛の成立に責任減少を基礎付ける事実の存在を要求する立場からは、多くの見解が指摘するように、最低限、過剰防衛行為者が侵害の存在を認識していた必要があるだろう。もっとも、急迫する侵害が不正であることまで認識（意識）していた必要があるのかは、別問題である。というのも、物理的に急迫する侵害は、これを避けるように行為者を動機付けるため、それを不正と評価するか否かに関係なく、一定の責任減少の基礎となりうるからである。この点は、過剰防衛に固有の責任減少をどのように措定するかによる。なお、不法減少だけで過剰防衛の成立を認めうることは別論である。

また、多くの論者は、「恐怖・驚愕・興奮・狼狽」という精神状態に言及している⁽¹⁶⁾。問題は、過剰防衛の法的性質を責任減少とすることにより、このような限定を根拠付けられるのである。規範的責任概念を実質的に考察すると、期待可能性の標準に関する国家標準説からは、このような限定を根拠付ける余地があるとされる。平野龍一によれば、「期待可能性は程度の問題であり、しかもそれは必ずしもすべての犯罪、すべての状況を通じて量的に一律のものではない。それは期待する主体と期待される客体との緊張関係であり、主体は、犯罪が重いか軽いか、反撃が恐怖によるものか、憤激によるものか、あるいは同種の行為を防止する必要があるかの程度あるかなどにより、ある場合には強く、ある場合には弱く期待することもありうる」⁽¹⁷⁾。

しかしながら、牧野の主張に見られるように、旧刑法下の議論では、忿怒等の強壯性情動に対して否定的な評価はあまりなかった。実際に、過剰防衛は、被害者の行為に誘発され、激怒して行われた殺傷行為を優遇する「誘発による宥恕」の規定と同じ観点から説明されていたのである⁽¹⁸⁾。また、二〇世紀ドイツの刑法改正諸草案において、減輕にとどまる過剰防衛には、虚弱性情動の制限はなかった⁽¹⁹⁾。加えて、同国においても、一方で、第二一三条前段の故殺の減輕類型では、激怒からの行為であっても優遇され、他方で、第二一一条の謀殺における他の犯罪を隠蔽するための殺人などでは、不安や驚愕からの行為であっても決して優遇されない。それゆえ、国家標準説に立つとしても、所論の情動に向けてられる一般的な期待の態度が、どこから導かれるのかを説明する必要がある。さらに、このような虚弱性情動への限定に合理性があるか否かについて疑問が残る。この点はドイツ刑法の検討が必要であるが、ここでは、仮にその限定に合理的な根拠があっても生じる若干の問題を指摘する。第一に、情動の区別は、容易に性格責任または行状責任の追及につながる。第二に、この点は特に過剰防衛に関する指摘として強調されなければならないのだが、「防衛事象的性格」として虚弱性情動の側面を強調することは、正当防衛の成立範囲にも間接的に影響を与えかねない。なぜなら、防衛行為性は、正当防衛にも過剰防衛にも共通の性格だからである。そして、防衛行為について虚弱性情動を強調することは、

抑制的な正当防衛のイメージ形成を主導することにつながるだろう。

最後に参照した橋爪の指摘には、重要な示唆が含まれている。まず、強度的過剰では、どのような心理状態で対抗行為に出ている場合であっても、規定の適用は妨げられないという点である。これについては、強度的過剰の場合、不法減少のみを根拠とする過剰防衛が認められると解することも可能であるが、同時に、個別の精神的興奮・動揺を前提としない責任減少がありうると考えることもできる。すなわち、行為者の行為への動機付けに焦点を当てる規範的責任論・期待可能性論の観点からは、個別事例において現実には慌てていたということよりも、行為者が急迫不正の侵害によつて過剰（＝違法）となりうる防衛行為へと導かれ、そのために適法行為へと自己を動機付けることを妨げられたというの方が、過剰防衛に固有の責任減少として決定的なのである。⁽¹⁰⁾ 刑法典を見ると、たとえば、第一五二条に定められる偽造通貨等取得後知情行使等罪の法定刑の軽さは、類型的な期待可能性の低減によつて説明されるところ、ここで重要なのは、個別事例における行為者の情動ではなく、本罪に認められる動機形成過程の類型的な特性である。⁽¹¹⁾ むしろ、この類型的な特性への着目こそが、「急迫不正の侵害とこれに対応した行為がなければ刑法三六条二項の適用が認められないのは、根拠論の如何に関わらず、当然の前提なのである」という意味において、過剰防衛における責任減少の本質を構成する。以上より、興奮・動揺のない強度的過剰防衛行為者に責任減少が認められないという指摘には、疑問が残る。

また、「三六条二項は心理的動揺がある状況一般について刑の減免を認めた規定ではなく、あくまで防衛行為性が認められる事例に限った規定である」という指摘には、基本的に賛同できる。しかし、橋爪が、所論の①で考慮される防衛行為性と、②で考慮される不法・責任減少とを分断しているように見える点には、⁽¹²⁾ 防衛行為性を不法・責任の観点抜きに概念規定することにより、その輪郭がきわめてあいまいになってしまふという疑義を抱く。つまり、場所的・時間的一体性や「一連の行為」の観点だけでは、結局、本来であれば罪責（有責な不法）に直接関係しない一般状況に含ま

れる事実が、犯罪論体系の発想と無関係に考慮され、事案の全体的評価に行き着くように思われる。たとえば、行為者の内的状態について参照した千葉地判平成二二年五月二六日 JEX/DB 2542645 は、三〇分間にわたって二人がかりで首を絞め続け、被害者を死亡させた行為に過剰防衛の成立が認められているが、ここでは、その成立の前提となる行為の一連性の判断に、量刑の理由に記載される様々な事情が強い影響を与えている可能性がある。このような判断手法は、同時に、過剰防衛という、行為の不法と責任に直接関係する事実が罪責評価において占める重要性を、相対的に低めることにつながる。それゆえ、防衛行為性は、過剰防衛による刑の減免の法的性質にに応じて、不法（結果無価値であれ行為無価値であれ）および・または責任（非難可能性）との関連において理解される必要がある。

第三節 小括

学説では、事後的時間的過剰を認める見解が多数であるが、これは基本的に支持される。過剰防衛における行為者の主観面については、責任減少を認めるためには少なくとも侵害の認識が必要であるという点で一致があることが確認される。情動の性質については、これに言及するものも複数見られるが、その合理性は定かではない。

小括すると、学説においても、過剰防衛の制度趣旨およびこれにより考慮されうる事情の解明は十分になされているとは言えず、過剰防衛に固有の責任減少は、具体的な議論の中からも明らかににはならない。もともと、強度的過剰の事例における責任減少の議論から、行為者が急迫不正の侵害により行為へと導かれたという側面は、行為者の興奮・動揺とは独立に責任減少を理論的に基礎付けうるという点が分かった。この点は、現実には行為者に情動が見られないことはほとんどない以上、判例の検討からは導かれなかったのである。

第四章 結論と今後の展望

以上の日本における過剰防衛関連の判例・学説の検討から、過剰防衛に固有の責任減少について、次のような洞察が得られる。

まず、学説の検討から最後に確認した点であるが、行為者が急迫（不正）の侵害を認識し、これに動機付けられた限りで、個別具体的な情動を欠く場合でも、責任減少は認められうる。すなわち、規範的責任論・期待可能性論の観点では、責任減少を直接基礎付けるのは、行為者の精神状態自体ではなく、行為者が、一定の事情から引き起こされた精神状態により、適法行為へと自己を動機付けることを妨げられたという事実経過にある。そうすると、攻撃者（後の被害者）が侵害を加えなければ、行為者は、過剰（＝違法）となる可能性を伴う防衛をさせられることはなかったという関係に、責任減少の基礎が見出される。なお、この側面では、反対に急迫不正の侵害者の方が、行為者により決定的に動機付けられたとして、行為者の行為前の態度を根拠に責任減少を制限する余地が出てくるだろう。

また、興奮・動揺の個別具体的な存在も、正当防衛との制度的連関において、つまり、急迫不正の侵害を受けた結果として一定の情動が引き起こされ、行為者がその影響の下で行ったという側面において把握される。判例の検討から、過剰防衛で問題となる責任減少は、排他的ではないが性質の異なる二つの情動により基礎付けられるということが分かる。確かに、行為者の内的状態は実際上区別できないことが多いと思われるが、過剰防衛における責任減少を考察するにあたって、示唆を与える視点となる。

二つの精神状態は、本章前述の、行為者が急迫不正の侵害を避けるために行為へと動機付けられたという事実との関連の大小に基づき区別される。過剰防衛における第一の精神状態は、急迫不正の侵害の排除に直接向かうものであり、従来から自己保存本能などと呼ばれてきた衝動である。この精神状態は、「過剰防衛と正当防衛との制度的連関」にお

いて把握される、いわば正当防衛の責任阻却事由的側面である。これによる情動の作用は、急迫不正の侵害者が、防衛行為者に、このような興奮・動揺からの行為を強いているという客観的側面とあいまって、より確実な責任減少を導く。相手方の武器を奪って反撃する類型に、過剰防衛の成立が広く認められる点は、このように説明されるだろう。この第一の精神状態への着目は、過剰防衛の成立が原則として認められる中心領域の画定につながる。

これに対して、過剰防衛における第二の精神状態は、急迫不正の侵害の結果として生じるものではあるが、急迫不正の侵害の排除との関連性が低いものである。たとえば、恐怖や激怒は、侵害の排除に直接向かうこともあるものの、その消失後に次第に強まることも十分にありうる。これらの情動も、行為者の自己の行為の弁識・制御に作用することに変わりはない。すなわち、この精神状態は、「過剰防衛と責任能力との制度的連関」において把握されるものである。

この情動は、侵害の急迫性消失後になると、情動と侵害との結びつきが弱まり、「過剰防衛としての」優遇の基礎と評価されにくくなる。しかし、急迫不正の侵害消失後の第二の精神状態についても、もとはといえば急迫不正の侵害によつてこのような恐怖・激怒が生ぜしめられ、行為者がそれによつて行為へと動機付けられたという事実は変わらない。それゆえ、一定の限度では、急迫性消失後であっても、情動とそれにより動機付けられた行為を、急迫不正の侵害に還元する余地がある。平成二〇年決定が第二暴行に過剰防衛の成立を認めなかった根拠、反対に、逃げる相手方を追撃する類型にそれを認めうる根拠は、ここに見出される。特に後者は、防衛の意思を中心に据えた判断基準が機能しづらい事例群である。この第二の精神状態への着目は、過剰防衛の成立が認められる限界領域の画定につながる。

このように、過剰防衛に固有の責任減少の根拠は、互いに関連しつつも、異なる意味を持つている。責任減少について従来から指摘されてきたのは、通常の犯罪においても起こりうる一般的な精神的例外状態にとどまっていた。しかし、過剰防衛として問題となる責任減少にとつては、急迫不正の侵害があり、行為者がこれを避けるために行為へと動機付けられたという事実経過こそが決定的なのである。それゆえ、急迫不正の侵害が客観的に存在しない誤想過剰防衛には、

第三六条第二項が着目する動機付けの最初の要素が欠けるため、これを直接適用することはできない。これは、「精神の障害」がなければ第三九条の適用が認められないのと同じ理屈である。また、過剰防衛成立の否定がしばしば主張される「意図的過剰」について言えば、防衛に不必要な反撃を志向している限りで、第一の精神状態とは評価されないが、情動を相手方の急迫不正の侵害に還元する余地がおよそないとは言えないため、第二の精神状態と評価される可能性は残る。それゆえ、過剰防衛の成立を一律に否定するのではなく、その中心領域に属する行為ではないことを念頭に、たとえば急迫不正の侵害の態様が行為者の意図的過剰行為を引き起こす性質・強度のものであったかなどを吟味するべきだろう。期待可能性論は、このように法規定の趣旨を「期待する法秩序」の観点に位置付けることにより、責任の領域における法解釈論を豊かにするのである。

もつとも、これら責任減少の基礎となる事情をどのように考慮すべきなのかについて、不明確な部分は多い。また、学説がドイツ刑法を参照して主張する、事後的時間的過剰やもっぱら強壮性情動からの行為への過剰防衛成立の否定についても、より詳しい検討が必要である。それゆえ、研究は比較法へと進むことになる。ここでは、現行刑法および現在の学説への影響が強いドイツ刑法と、旧刑法に大きな影響を与えたフランス刑法の過剰防衛関連規定の検討が有益である。ドイツ刑法においては、過剰防衛を直接の適用対象とする現在の第三三条に相当する不処罰規定が早くから存在する。また、その周辺領域を適用対象とするものとして、第二一三条の故殺の減軽規定がある。日本の過剰防衛論は後者を参照してこなかったが、故殺の減軽という法効果だけをとらえれば、不処罰を定める第三三条よりも、むしろ日本の第三六条第二項に近い側面があるはずである。また、フランス刑法の検討としては、正当防衛を定める旧第三二八条・第三二九条と現第一二二・二五条・第一二二・二六条、日本の旧刑法第三〇九条に相当する「誘発による宥恕」を定めていた旧第三二一条の検討が考えられる。フランス刑法は、明確に過剰防衛を適用対象とする規定を欠いてきた。しかし、正当防衛がある以上、その限度を超えた行為も生じるのであるから、わが国の議論では過剰防衛と言えるものが、どの

ように処理されているのかを問題とすることができる。「過剰防衛」という見出しが付いている条文を参照するだけでなく、日本で過剰防衛に当たる行為について、どのような法律制度が用意されており、どのようにこれが運用されているのかを、総合的に検討することが求められる。

- (1) 徳永元「過剰防衛における責任減少——適法行為の期待可能性論からの序論的考察」法政八三卷一／二合併号（二〇一六）九一七〇頁。
 - (2) 中島義明「安藤清志」子安増生「坂野雄二」繁榊算男「立花政夫」箱田裕司編『心理学辞典』（有斐閣、一九九九）四一四頁。「今田純雄執筆部分」。そのほか、「比較的短い時間に続く評価的、感情的、意図的状態の総称。たとえば、幸福感、悲哀感、嫌悪感といった内的な心理状態」（藤永保「仲真紀子監修『心理学辞典』（丸善、二〇〇四）三二七頁）。
 - (3) 遠藤利彦『情の理』論（東京大学出版会、二〇一三）一七八—一八〇頁。情動がどのように生起しているかには論争があるようだが、このような二つのプロセスの大別については、脳科学・神経解剖学や生理学的な基礎もあると言われ（アントニオ・R・ダマシオ著（田中三彦訳）『デカルトの誤り 情動、理性、人間の脳』（筑摩書房、二〇一〇）二〇四—二二二頁、ジョセフ・R・ドゥー著（松本元「川村光毅」小幡邦彦「石塚典生」湯浅茂樹訳）『エモーションナル・ブレイン 情動の脳科学』（平文社、二〇〇三）三三七—三五六頁（湯浅茂樹訳部分））、ある程度の支持がある。もっとも、情動の理解にとって認知が本質的であるのかについても争いはある（服部裕幸「情動の本性」信原幸弘「太田紘史編『新・心の哲学III 情動篇』（勁草書房、二〇一四）三三四—三四一頁）。
 - (4) たとえば、林美月子『情動行為と責任能力』（弘文堂、一九九二）一六〇頁は、強壯性情動として、憤怒（Zorn）／憎しみ（Haß）／憤懣（Ärger）／憤激（Enrüstung）／闘争心（Kampflust）／虚弱性情動として、錯乱（Verwirrung）／恐怖（Furcht）／驚愕（Schrecken）／狼狽（Bestürzung）を挙げる。
 - (5) たとえば、SPENDELは、第三三条に列挙される情動のうち、厳密に情動と呼べるのは恐怖（Furcht）のみであり、驚愕（Schrecken）は情動の作動の前提、錯乱（Verwirrung）は情動の結果または効果とみなす（Günter SPENDEL, in: Hans-Heinrich JESCHECK = Wolfgang RÜB = Günther WILLMS (Hrsg.), Strafrechtbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Bd. 2, 1992, § 33 Rn. 59)。
- なお、「心理学用語の情動 (Affekt) は、英語の emotion、affect に対応してうつろふ感情 (Uwe Henrik PETERS, Wörter-

buch der Psychiatrie und medizinischen Psychologie, 4. Aufl., 1990, S. 7)。

- (6) 旧第三一六条後段が適用された裁判例として、たとえば、大判明治二八年四月二三日刑録一輯三〇〇頁。
- (7) そのほか、弁護士が事案の全体的評価を主張した事件として、大判昭和十三年一月二五日刑集一七卷八八〇頁がある。
- (8) 本件については、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法学七四卷一号(二〇一〇)二三二五頁。
- (9) 同様の判断として、大判昭和八年六月二一日刑集一二卷八三四頁。
- (10) そのほか、大判昭和七年九月二九日裁判例(六)刑事三三頁、大判昭和七年一月二五日裁判例(六)刑事四七頁においても、急迫不正の侵害排除後の行為に過剰防衛の成立が否定された。
- (11) 本件については、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(二・完)」法学七五卷六号(二〇一一)四九五〇頁。
- (12) これに対し、山本輝之「量的過剰防衛についての覚書」研修七一六号(二〇一一)一一一二頁は、「質的過剰である第二暴行を正当防衛である第一暴行と全体的に考察して、一個の過剰防衛の成立を認めたものであると位置付けるのが正当であるように思われる」とする。
- (13) 橋爪隆「過剰防衛の成否について」法教四〇六号(二〇一四)一〇六一〇七頁。
- (14) これに対して、照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」川端博『浅田和茂』山口厚『井田良編』『理論刑法学の探求七』(成文堂、二〇一四)四八頁は、「そうした評価は平成二〇年決定に至るまでの従前の判例の基本的態度を意識的に過小評価しているくらいがあり、判例理論の内在的理解としても既に疑問がある」とする。
- (15) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法教三八七号(二〇一一)二二頁。
- (16) 松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇(平成二〇年度)』(法曹会、二〇一二)五〇四頁。
- (17) 遠藤邦彦「量的過剰防衛」池田修『杉田宗久編』『新実例刑法(総論)』(青林書院、二〇一四)一五五頁、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——」(『法六〇巻六号(二〇一一)一一二一—一三頁、高橋則夫「刑法総論(第三版)』(成文堂、二〇一六)三〇一頁、成瀬・前掲注(11)五三頁、林幹人「量的過剰について」判時二〇三三八号(二〇一一)一七頁。なお、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——』(成文堂、二〇一三)二三四頁は、防衛行為の一体性を「防衛の意思に担われた行為」という視点から判断するのに対し、佐藤拓磨「量的過剰について」法研八四卷九号(二〇一一)一九四頁は、心理状態の継続が重視されている点を指摘するが、それは防衛の意思ではないとする。また、吉川友規「一連の行為」と過剰防衛」同法六六卷二号(二〇一四)二五八—二六一頁は、防衛者・侵害者の状態の変化に着目して、一連の行為の分断を検討する。「一連の行為論」に関するものとしては、さらに、滝谷英幸「量的過剰とその周辺問題」早研一四五号(二〇一三)二〇六一—二〇七頁。

- (18) この方向性として、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、二〇一三）一七五頁。
- (19) 広島高判昭和三年六月一八日高刑特三卷一〇号六二五頁、大阪地判昭和三四年四月一五日家月一二卷三号一六六頁、福岡高判昭和三四年五月二二日判時一九三三三三頁、大阪高判昭和四二年三月三〇日下刑九卷三号二二〇頁、広島高判昭和四五年四月三〇日判時六二四号九一頁、名古屋高判昭和四六年一月二八日刑月三卷一〇号一五九三頁、大阪高判昭和五八年一〇月二二日判時一一一三三〇二頁、大阪高判平成九年八月二九日判時一六二七号一五五頁、東京地判平成二年一月一七日判時一七六四号一五〇頁、横浜地小田原支判平成三年一〇月二六日 LEX/DB 28075388、東京地判平成一五年七月四日 LEX/DB 25410516、甲府地判平成一七年二月一四日 LEX/DB 25420723。
- (20) 行為時に急迫不正の侵害は未だなかったとされた事例であるが、大阪地判昭和四三年一月八日判タ二三三三〇一九三頁。また、武器の奪取後被害者は攻撃的な態度を示しておらず、被告人もこれを認識していたことを理由に、過剰防衛の成立を認めなかった裁判例として、東京高判昭和六一年四月二四日東高時報三七卷四ノ五号刑一〇頁。
- (21) この観点から検討を行ったものとして、伊藤亮吉「判批」早法七六卷一〇号（二〇〇〇）一七一―一七三頁。
- (22) 昭和三四年判決後のものとして、大阪地判昭和三八年八月八日判時三五五号七五頁、東京高判昭和四九年八月一日刑月六卷八号八七三頁、札幌高判昭和五一年五月二五日判時八三三三〇一七頁（誤想過剰防衛）、大阪高判昭和五四年九月二〇日判タ四〇二号一五五頁、東京高判昭和五五年一月一〇日判時一〇三三三〇一三四頁、京都地判昭和五七年二月一七日判時一〇四八号一七六頁、前橋地判昭和六二年一月四日判タ六五八号二三三頁、大阪地判平成二年六月二五日判タ七五八号二八一頁、東京高判平成六年五月三一日東高時報四五卷一ノ二二号刑三六頁、東京地判平成九年九月五日判タ九八二号二九八頁、富山地判平成一年一月二五日判タ一〇五〇号二七八頁、東京地判平成二年八月二九日判時一八一号一五四頁、東京高判平成二年一月一六日東高時報五一卷一ノ二二号刑一〇頁、東京高判平成四年三月二二日 LEX/DB 28075151、広島高判平成五年一〇月九日 LEX/DB 28095034、甲府地判平成一八年二月八日 LEX/DB 25420728、千葉地判平成二年五月二六日 LEX/DB 25442645、鹿児島地判平成二四年二月七日 LEX/DB 25444383、横浜地判平成二七年三月一三日 LEX/DB 25447224。
- (23) 成瀬・前掲注(8)二二二―二二五頁参照。
- (24) 津地判平成五年四月二八日判タ八一九号二〇一頁、東京地判平成六年七月一五日判タ八九一―二六四頁（ただし、「罪となるべき事実」において、第一行為は防衛の意思をもって行われたものと記述されている）。
- (25) このほか、東京高判昭和九年一月四日東高時報五卷一ノ一号刑四二四頁、東京地立川支判平成二四年六月一八日 LEX/DB 25482304、鹿児島地判平成二六年五月一六日 LEX/DB 25446477。なお、函館地判昭和三四年九月一九日・同一〇月四日下刑一卷九号一〇二九頁では、異なる被害者に対する同種一連の行為について、先行する行為が過剰防衛、後続する行為が正当防衛とされ

た。

(26) 仙台高判昭和三年一月二日高刑特四卷二〇号五四二頁、岡山地判昭和四年四月一日刑月二卷四号三七五頁、永井敏雄が「自宅で強盗団に襲われた事例」として紹介する東京地判平成七年三月一六日（永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系三〇』(判例タイムズ社、一九九九)一四一―一四四頁)、横浜地判平成二五年一〇月三〇日LEX/DB 25502567。さらに、盗犯等防止法第一条関連事案として、東京地判平成九年二月一九日判時一六一〇号一五一頁においては、逃げる相手を後ろから刺殺した行為に過剰防衛が認められている。

(27) 川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成六年度)』(法曹会、一九九六)二二七頁。

(28) たとえば、水戸地判昭和三年五月二六日一審刑集一卷五号七八九頁。また、前掲東京高判昭和三年一月二七日東高時報七卷一―二号刑四四五頁は、逃げつつある被害者を追いかけた事件であった。静岡地判昭和四一年一月二二日下刑八卷一―二号一五七八頁は、厳密に言えば逃走の事例ではないが、第二行為を誤想過剰防衛と評価し、第三六条第二項の適用を認めた。

(29) 仲道・前掲注(17)二一九頁、橋爪・前掲注(13)一〇八一―一〇頁。

(30) 理論的には、誤想(過剰)防衛の成立のためには、行為者の認識が客観的に存在していたとすれば、それが正当防衛・過剰防衛を基礎付けることとなるような認識が行為者に求められると私見は理解する。それゆえ、積極的加害意思を根拠に急迫性が否定される場合、行為者の認識事実が客観的に存在していたとしても、なお急迫性は否定されることから、誤想(過剰)防衛の成立の余地もない。しかしながら、前述の東京高判昭和四年五月一五日判時九三七号一二三頁は、自招侵害を根拠に正当防衛・過剰防衛を否定した行為につき、誤想過剰防衛の成否を判断している(原審はその成立を認めている)。したがって、裁判所は、私見とは異なり、客観的に存在していたとしても正当防衛・過剰防衛を基礎付けえないような認識事実であっても、防衛の意思が認められれば、誤想過剰防衛の余地があると考えているようである。

(31) たとえば、東京高判昭和六〇年六月二〇日判時一一六二号一六八頁は、被害者が転倒した後の被告人の行為について誤想防衛の判断を行っているが、積極的加害意思により急迫不正の侵害を否定したその前段階の行為についてはまったくそのような考慮を行っていない。

(32) 川端博『正当防衛権の再生』(成文堂、一九九八)一八六―一八七頁、西原春夫『刑法総論 改訂版(上巻)』(成文堂、一九九

三)二二九―二四〇頁。これに対して、松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』(成文堂、二〇〇九)一四七―一四八頁。

(33) 大判昭和一一一年二月七日刑集一五卷一五六―一五七頁。

(34) 最判昭和二四年二月二二日刑集三卷二二六頁、最判昭和二四年六月二五日裁判集刑一―号五一三頁、最判昭和二四年七月一三日裁判集刑一―二号五〇九頁も同様。

- (35) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、二〇〇七）一三九頁も、侵害の予期への着目について、「従来の総合的・全体的判断にとりあえず三六条の要件論の衣をかぶせたという感が否めない」とする。
- (36) 橋爪・前掲注(35)一四一頁（もつとも、「防衛行為者が憤激していたことだけを理由として、正当防衛の成立を否定したわけではないと思われる」とする）。本件については、さらに、西原春夫・宮澤浩一『阿部純二』板倉宏・大谷實・芝原邦爾編『判例刑法研究 第二巻』（有斐閣、一九八一）八九九〇頁（斎藤信治執筆部分）。
- (37) 川端・前掲注(32)一九〇頁、内藤謙『刑法講義 総論（中）』（有斐閣、一九八六）三四四頁。
- (38) 莊子邦雄『判批』重判解（一九七三）一一三頁、橋爪・前掲注(35)一四三頁。
- (39) その後の展開も含めて、西田典之『判批』警研六〇巻六号（一九八五）四四頁。また、大審院昭和十一年判決、昭和四十六年判決および昭和五〇年判決を通じた、防衛の意思の無内容性と不明確性について、香川達夫『防衛の意思は必要か』平場安治『平野龍一』高田卓爾・福田平・大塚仁・香川達夫・内藤謙・松尾浩也編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』（有斐閣、一九八三）二八一―二八四頁。なお、安原浩『正当防衛における防衛の意思について』『小野慶二判事退官記念論文集』（勁草書房、一九八八）四五―五〇頁は、一連の判例の立場を、客観的状況から防衛の意思が推定され、特段の事情があればこれが破られて防衛の意思が否定されると説明する。
- (40) たとえば、最判昭和六〇年九月二二日刑集三九巻六号二七五頁は、専ら攻撃的ではないという意味の防衛の意思が、依然として独立の要件であることを確認した。
- (41) 前掲注(17)参照。
- (42) たとえば、「口頭の忿濼を爆発させ憤激の余りにつき右被害者を殺害せんことを決意して」（昭和三三年判決）、「かねてから被告人が後藤に対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情」（昭和四十六年判決）。
- (43) たとえば、昭和六〇年判決は、原審が、「機先を制して攻撃しようという気持ち」を理由として、防衛の意思を否定した点に着目している。橋爪・前掲注(35)一五四頁は、防衛の意思が侵害の予期と独立した問題であることを指摘するが、かねてからの憎悪といった、侵害の予期を超える主観面の加味は、依然として認められるように思われる。
- (44) 西原他・前掲注(36)九〇―九一頁（斎藤信治執筆部分）も、「過去・従来のことについての忿濼や恨み」に着目する。
- (45) 第一審で否定された過剰防衛が控訴審で認められた事例として、大阪高判昭和二十八年二月二七日判特二八号七頁、高松高判昭和三十一年一〇月二四日高判特三卷二四号一〇一四頁、東京高判昭和三十七年四月二日東高時報一三卷四号刑六四頁、東京高判昭和三十七年九月一九日下刑四卷九／一〇号七九九頁、大阪高判昭和四〇年五月二九日下刑七卷五号八〇五頁、札幌高判昭和六三年一〇月四日判時一三二二号一四八頁、大阪高判平成二年三月三二日判時一六八一号一五九頁、広島高判平成十五年一〇月九日LEX

DB 28095034。

また、喧嘩収束後の行為に過剰防衛を認めたものとして、甲府地判昭和三十六年七月一九日下刑三卷七／八号七一五頁、大阪高判昭和五三年三月八日判タ三六九号四四〇頁。

(46) このほか、大分地判昭和五七年一月二八日判タ四六六号一九三頁。なお、今井猛嘉「判批」山口厚『佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第七版〕』(有斐閣、二〇一四) 四九頁、小林充『植村立郎編『刑事事実認定重要判決五〇選上』(立花書房、二〇一三) 八二頁(「栃木力執筆部分」)には、この手の事例に関する一定の説明がある。

(47) 東京地判昭和五六年三月三一日判タ四五三号一七〇頁、大阪高判昭和六二年一〇月二八日判タ六六二号二四三頁や札幌高判昭和六三年一〇月四日判時一三二二号一四八頁。

(48) 逃げる相手方を追撃する行為として参照した、横浜地判平成二五年一〇月三〇日LEX/DB 25502567では、「被告人の反撃行為は、いずれも公訴事実記載の歩道上及びその付近の車道において、約一分間に行われたものであり、被告人は、F及びEに対して反撃する意思で第一暴行を加えたが、怒りが収まらないので、第二暴行に及んだ」、「第一暴行と第二暴行が時間的に間隔が空いている」としても、「第一暴行と第二暴行は、連続した一体の行為とみるのが相当である」として過剰防衛の成立が認められた。

(49) 実際に、本判決の量刑の理由においては、「息子を確実に殺すことを意図した執ような犯行である」、「確実に息子を殺そうという強い意思に基づいた執ようで残酷な犯行」と行為が描写されている。

(50) 橋爪・前掲注(35)二四六―二四七頁。

(51) 団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(創文社、一九九〇) 二三八頁は、「部分的に防衛行為といえども、全体として防衛行為といえなければ、やはり正当防衛にはならない」とする。

(52) 橋爪・前掲注(35)二三七頁。同一七八頁は、防衛の意思について同様の評価を行う。

(53) 松宮・前掲注(32)一四七頁。同「判批」西田典之『山口厚』佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第六版〕』(有斐閣、二〇〇八) 四九頁は、積極的加害意思について同様の評価を行う。

(54) 前田雅英『刑法総論講義 第六版』(東京大学出版会、二〇一五) 二七〇―二七二頁脚注二六。また、同「正当防衛に関する一考察」平場他・前掲注(39)三五五頁は、防衛の意思や加害意図といった概念は、「せいぜい客観的な違法性判断を『わかり易く示す』ためにも使われるべきなのである」とする。

(55) 小林充『香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合研究——(上)』(判例タイムズ社、一九九二) 三〇六頁(「香城敏磨執筆部分」)。さらに、近年のものとして、小林他・前掲注(46)九九頁(「秋山敬執筆部分」)も、認定手法の客観性を強調している。

(56) 昭和五〇年判決について、西原春夫「判批」重判解(一九七七) 一四八頁は、事案の評価が審級ごとに分かれた原因について、

「侵害者たるTに事前に様々な非行があり、それが単に被告人に対する量刑事由として働いたばかりでなく、事件の最終段階における正当防衛の成否の判断にも作用したと思われる」と指摘する。中森喜彦「判批」判時一一九〇号（一九八六）二二二頁も、昭和五〇年判決を「循環論法的表現」と評価している。

(57) 昭和六〇年判決について、西田・前掲注(39)四五頁は、「判断の資料自体は客観的であっても、それによって認定される対象は、極めて情緒的、心情的傾向の強い心理状態になりかねない」と指摘する。

(58) 同様に、最決平成二〇年五月二〇日刑集六二巻六号一七八六頁の示した「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」という定式もまた、全体的評価を主観面に反映させなかったという点を除けば、この系譜に整理される。特にごく最近の裁判員裁判例においては、喧嘩と「正当防衛状況性」または急迫性不正の侵害・防衛の意思の不存在とを関連付けたものが散見される（たとえば、横浜地小田原支判平成二八年一月二八日LEX/DB 25542111、東京地判平成二八年二月一〇日LEX/DB 25542800、千葉地判平成二八年五月三〇日LEX/DB 25543119）。この限りで、大谷實「刑法講義総論『新版第四版』」（成文堂、二〇一一）二八五―二八八頁が、自招侵害と喧嘩とを文言の要件外の「社会的相当性」に整理するのは当を得ている。

(59) たとえば、広島高判昭和二六年三月八日高刑特二〇巻一一二頁。

(60) 過剰防衛に刑の免除が認められた裁判例については、大塚仁『河上和雄』佐藤文哉『古田佑紀編』大コンメンタール刑法第三版第二巻（青林書院、二〇一六）六五四―六五五頁（堀籠幸男『中山隆夫執筆部分』、森尾亮「過剰防衛による刑の免除——タクシー運転手の防衛行為が過剰防衛により『刑の免除』とされた事例をめぐって——」九法七八号（一九九九）五八―五九頁参照）。

(61) たとえば、広島高判昭和二六年三月八日高刑特二〇巻一一二頁、大阪地判昭和三八年八月八日判時三五五七五頁、大阪地判昭和四四年三月四日刑刑一卷三号二三三頁、大阪地判平成二年六月二五日判タ七五八号二八頁。また、正当防衛に近い上に被害が比較的軽微である行為につき刑の免除が認められた事件として、国東簡判昭和三四年四月一六日下刑一卷四号一〇二九頁（全治一〇日ほどの傷害）。東京地判昭和四二年七月一〇日判タ二二三号一九八頁は、過剰防衛による傷害致死を認めたが、ここでは「被害者の脳血管の破綻し易い状態にあった点」が斟酌された。刑の免除を否定した大阪高判平成九年六月二五日判タ九八五号二九六頁や大阪高判平成九年八月二九日判時一五九〇号一五五頁では、行為者の主観面や一般情状も言及されているものの、行為の客観面がその主要な理由になっている。さらに、行為が正当防衛に近いことに加えて、固有の意味における責任の小ささの判断を明確に行った裁判例として、大阪地判昭和三四年四月一五日家月一二巻三号一六六頁。このほか、酌量免除的な適用がなされた事例として、大阪簡判平成二七年二月二六日LEX/DB 25506111（本判決については、松岡正章「刑の免除を言い渡して捜査機関の取調等詳細かつ厳しく批判した事例」刑弁八四号（二〇一五）九六―九九頁参照）。

(62) この意味で、「まさに『違法性の程度と責任の強弱』（とくに『責任の強弱』）などを総合して、犯情が非常に軽いと判断して、

刑の免除をみとめたのであろう」(齊藤誠二「判批」判時一五七三号(一九九五)二三一頁)という指摘には首肯できない。

(63) このほか、たとえば、大阪高判昭和五三年六月一日判タ三六九号四三二頁(「憤激あるいは憎悪の念があつたことも否定しがたく」、大阪高判昭和五四年九月二〇日判タ四〇二号一五五頁(「これまで耐え忍び、うつ積した憎悪や憤激の情が入り混つていたにせよ」)などがある。なお、尊属殺を違憲とした最大判昭和四八年四月四日判決の第一審である、宇都宮地判昭和四四年五月二九日刑月一卷五号五四四頁は刑の免除を言い渡していたのだが、ここでも、被害者である父が「被告人の幸福を踏み躪つて省みない態度に憤激し」たことが認定されている。前掲注(61)に参照した裁判例においても、たとえば、広島高判昭和二六年三月八日高刑特二〇卷一二頁(「うつ積して居た忿懣の情」)。

(64) 坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第二卷 犯情等に関する諸問題』(判例タイムズ社、二〇一一)三二二頁。

(65) また、共同研究は、個別犯罪類型の研究として、殺人罪を一六の類型に分類して検討を加えている(西田真基『小倉哲浩』中川綾子「殺人罪」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第五卷 主要犯罪類型の量刑』(判例タイムズ社、二〇一三)五一―五二頁(「西田真基執筆部分」))。その中で過剰防衛が問題となりやすい類型を見ると、総括として、防衛型(「被害者から暴行脅迫を受けるなどし、これに対する防衛行為として、被害者に対する殺人行為に及ぶ場合」と忍従反動型(後掲の高橋正己の研究を援用して、「被害者の側に極端な非行・暴虐等の重大な責任がある場合」)は軽く処罰されることが多い類型、偶発激情型(「犯行以前には被告人が被害者に対し悪感情を抱くなどの特段の経緯はなかったが、飲酒時の口論など犯行当時の出来事により、被告人が被害者に対する憤懣を抱き、激高の余り殺人行為に及ぶ場合」と憤懣累積型(「犯行以前から被告人が被害者に対し何らかの理由で不満、不信感、憎悪、不快感といった悪感情を抱くなどの特段の経緯があり、犯行当時の出来事が重なるなどして、被告人が被害者に対する憤懣を抱き、激高の余り殺人行為に及ぶ場合」)は、これらと相当重く処罰される類型との中間に位置する類型であると整理されている(二〇九頁)。

(66) 森尾・前掲注(60)六〇―六二頁に参照される殺人の裁判例の中で、懲役五年を超えるのは、懲役七年が二件、五年六月が一件だけである。多少古い資料ではあるが、高橋正己「殺人罪に対する量刑の実証的研究」(司法研究所、一九六七)二八頁は、懲役三年執行猶予四年を言い渡した裁判例を紹介し、「この程度のものが防衛型と認められる未必故意的殺人に対する量刑の基準ではないかと考えられる」としている。

(67) 懲役四年六月(横浜地判平成二五年一〇月三〇日LEX/DB 25502567(傷害致死および傷害))、懲役三年(大阪地判平成一九年一月二七日判タ一二六八号八九頁(殺人未遂)、鹿児島地判平成二四年二月七日LEX/DB 25444383(殺人))、懲役三年執行猶予五年(千葉地判平成二二年五月二六日LEX/DB 2542645(殺人))、金沢地判平成二三年一月一八日LEX/DB 25471951(殺

人）、長崎地判平成二六年十一月二日LEX/DB 25503177（殺人未遂）、鳥取地判平成二六年一〇月二八日LEX/DB 25541341（傷害致死）、懲役二年六月（東京地立川支判平成二四年六月一八日LEX/DB 25482304（傷害致死）、懲役二年六月執行猶予三年（横浜地判平成二七年三月三日LEX/DB 25502567（傷害致死））。なお、控訴審で過剰防衛が否定された事例は除いている。東京地判平成二七年五月二七日LEX/DB 25540805では、過剰防衛による殺人未遂と傷害致死および窃盗について、懲役一六年が言い渡されている。本件は、傷害致死が過剰防衛と無関係である点、窃盗について同種前科の執行猶予中だった点が強く影響しているため、本稿の対象とする事例群とは性格が異なる。

なお、原田國男『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、二〇一一）二六八―二六九頁および二七四―二七六頁によれば、平成二〇年四月一日から平成二三年三月三十一日までの裁判員裁判における殺人罪一般の量刑傾向を見ると、実刑のピークは、殺人既遂では一年を超え一七年以下、傷害致死では五年を超え七年以下である。

(68) 一連の過剰防衛の成立を認めなかった東京高判昭和四四年五月一五日判時九三七号一二三頁および津地判平成五年四月二八日判タ八一九号二〇一頁においては、ともに殺人につき懲役六年が、東京地判平成六年七月一五日判タ八九一―二六四頁においては、傷害致死につき懲役六年六月が言い渡されている（本件被告人には傷害致死で懲役四年六月を言い渡された前科があった）。また、最近の裁判例として、東京地判平成二八年二月一日LEX/DB 25542800では、過剰防衛の成立は否定されているものの、傷害致死につき懲役二年六月執行猶予四年と、比較的軽い刑が言い渡されている。

(69) 事案の概要は次のとおりである。被告人X1およびX2は屋台店で飲酒していたのだが、店に入ってきた被害者らに対してX2が因縁をつけ、店外で殴り合いを始めた。X1は、外で喧嘩をする気配がするので、屋台を出ると、逃げるX2を被害者らが追って行くので、X2の身を案じ三名の後を追った。その後、追いつかれたX2が被害者らに一方的に殴られていたので、X1はこれを止めようと刃渡り一八・五センチメートルの短刀を抜き、「けんかはやめろ、やめないと刺すぞ」と脅したが、被害者らがなおX2を殴打するので、X2の身を守るため、多年の友情から憤激し、殺意をもって同短刀を被害者の腹部を突き刺して死亡させた。(70) 複数人が死亡している事例ではなおさらそうである。たとえば、東京高判平成一三年二月二七日判時一八一―一五八頁（懲役一五年）は、「本件犯行態様、結果等、とりわけ凶器を用いていること、被害者一名の死という結果が重大であること、遺族は厳しい処罰感情をもっていること、慰藉の措置は尽くされていないこと等を勘案すると、被告人の刑事責任は重い」とする。ここでは、主観面にはほとんど着目されていない。

(71) 特に、反省の態度や被害者（遺族）への謝罪との関係は看過できない。なぜなら、神戸地裁平成一六年判決のように正当防衛を争っている事件では、自身が正当であると主張している以上、判決が確定するまでは、反省や謝罪を示す理由がないからである。この意味でも、行為が過剰防衛であるという事実が、量刑評価において軽視されていると言わざるを得ない。

- (72) 成瀬・前掲注(8)二二二五頁参照。それ以前にこの考え方を明示していたものとして、永井勘太郎『詳解 刑法総論』(有斐閣、一九五六)一一八一―一九頁、平井彦三郎『刑法総論』(松華堂書店、一九一五)三九五頁)。
- (73) 前掲注(17)参照。
- (74) 勝本勘三郎『刑法要論 総則』(有斐閣、一九二三)二四八頁、小泉英一『刑法総論』(敬文堂書店、一九五七)一〇四頁、牧野英一『重訂 日本刑法 上巻』(有斐閣、一九三七)三七五頁。
- (75) 安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博『樵橋隆幸』甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一〇)二五一頁。
- (76) 安田・前掲注(75)二五八頁。松原芳博『刑法総論』(日本評論社、二〇一三)一六六頁も同趣旨か。また、山中敬一『刑法総論 第三版』(成文堂、二〇一五)五三二頁も、「第一暴行は正当防衛 第二行為は過剰防衛とする理論的可能性についてはなお検討を要する」と留保している。さらに、井上宜裕「判批」松原芳博編『刑法の判例(総論)』(成文堂、二〇一一)八八頁。
- (77) 小林憲太郎『刑法総論』(新世社、二〇一四)六一頁。
- (78) 成瀬・前掲注(8)二〇頁参照。
- (79) 内田文昭『刑法概要 中巻(犯罪論(二))』(青林書院、一九九九)一〇五一―一二頁。その他否定説として、津田重憲『正当防衛の研究』(時潮社、一九八五)一三五―一三六頁。また、佐藤・前掲注(17)一九九二―二頁は事後的時間的過剰防衛を否定するが、この見解は、急迫不正の侵害の終了の認識を事後的時間的過剰の定義上の前提としている点で、完全な否定説なのか明らかではない。
- (80) 橋田久「外延的過剰防衛」産法三二巻二／三号(一九九八)二二九―三〇頁。
- (81) 橋田・前掲注(80)二三四頁。このほか、山本・前掲注(12)五六頁も、同様の観点から第三六条第二項の適用を否定する。
- (82) 徳永・前掲注(1)五七頁、横内豪「過剰防衛における責任減少の意義」上法五三巻四号(二〇一〇)二二九頁。内田・前掲注(79)一〇五頁は、「明治二八年『刑法草案』四九条二項以来、『防衛過剰』だけが情状による減輕事由として、現行刑法三六条二項へと引き継がれ」たとするが、そのような事実があるように思われない。
- (83) 高木豊三『刑法講義録』(博聞社、一八八六(復刻版)、信山社、一九九九)三〇六頁は、正当防衛の限界について、「必要ノ時間」という項目を立てていた。
- (84) なお、過剰防衛における防衛の意思として、防衛の動機が必要なのか、防衛の認識で足りるのかという点は、規範的責任の観点からはどちらも主張可能であるように思われる。
- (85) 小野・前掲注(17)一一二頁。

- (86) 長井園「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端他・前掲注(75)二二〇頁。
- (87) 小野・前掲注(17)一一三頁。
- (88) 安田・前掲注(75)二六〇頁。同様に、遠藤(邦)・前掲注(17)一五六頁、高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台二六卷二号(二〇一三)四八頁、高橋・前掲注(17)三〇一頁、吉川・前掲注(17)二二四・二二五頁。
- (89) 浅田和茂『刑法総論「補正版」』(成文堂、二〇〇七)二三八頁、小林・前掲注(77)五九頁、西田典之『刑法総論 第二版』(弘文堂、二〇一〇)一七八頁。
- (90) 内藤・前掲注(37)三五二頁。
- (91) 山中・前掲注(76)五三五頁。
- (92) 中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二)二八四・二八六頁。林幹人『刑法総論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇八)二〇一頁、松原・前掲注(76)一六五頁も同旨か。
- (93) 小林・前掲注(77)五九頁。同「刑法判例と実務——第一〇回 正当防衛(下)——」判時三三〇二号(二〇一六)九頁。同様に、吉田敏雄『刑法理論の基礎 第三版』(成文堂、二〇一三)二四五頁。
- (94) 平野龍一『刑法 総論II』(有斐閣、一九七五)二四七・二四八頁。同様の見解として、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八)二八七・二八八頁、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(成文堂、一九八〇)二〇七頁。
- (95) 堀内捷三『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇四)一六一・一六二頁。
- (96) 牧野英一「過剰防衛と法律の錯誤」曹時三卷一〇号(一九五二)七九頁。
- (97) 西原他・前掲注(36)九一九二頁(斎藤信治執筆部分)。
- (98) 横内・前掲注(82)二五六頁。もともと、免除の可否には影響するとする。
- (99) 佐久間修『刑法総論』(成文堂、二〇〇九)二二三頁。さらに、過剰性の意識について、同「判批」山口他・前掲注(46)五一頁。
- (100) 安田・前掲注(75)二六〇頁。
- (101) 安田・前掲注(75)二六七頁。これに対する批判として、橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁『酒巻匡編』『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一三)一〇〇・一〇一頁。なお、安田拓人「判批」西田他・前掲注(53)五一頁は、「現行刑法三条二項の適用を虚弱性情動による場合に限定しうるかには、なお検討が必要」としており、「防衛事象的性格」が厳密に虚弱性情動と結び付けられているわけではない。
- (102) 橋爪・前掲注(13)一一一・一一二頁。

- (103) もっとも、盗犯等防止法第一条第二項に関する判例は、興奮と憤怒・憤激を同視している（大判昭和十三年七月二十九日刑集一七卷六一九頁、最判昭和二年五月二十五日裁判集刑四五卷八九九頁）。
- (104) 平野・前掲注(94)二七八頁。これを参照しつつ、安田・前掲注(75)二六六頁は、「情動が虚弱性のものか、憤怒、激怒等の強壮性のものかにより、法規範の立場からの違法行為抑止への期待の寛厳が異なることは認められてよいであろう」とする。
- (105) 徳永・前掲注(1)五四―五六頁。
- (106) 横内・前掲注(82)二三―二四〇頁。
- (107) 長井・前掲注(86)二二〇頁。
- (108) たとえば、「すでに被っている損害を回復するため、これを行使、交付してその損害を他人に転嫁することは、その情において同情すべき点がある」（大塚仁『河上和雄』中山善房『古田佑紀』大コンメンタール刑法第三版第八卷）（青林書院、二〇一四）四一頁（江藤正也執筆部分）。
- (109) 佐伯（仁）・前掲注(18)一六五頁。
- (110) 橋爪・前掲注(10)九八頁も参照。同様に、小林・前掲注(93)九頁、成瀬・前掲注(11)五四―五五頁。なお、不法減少は①でも考慮されるとしても、不法減少の前提に行為の一連性を求める以上、問題の所在は変わらない。