

タイトル	刑事判例研究 名古屋地判平成31年2月18日（過剰防衛における反撃行為と追撃行為の関係）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，55(3)：111-125
発行日	2019-12-30

被害者からガラス製灰皿で殴打されたため、防衛の意思を伴って暴行し、優勢となつてからも執拗に暴行して死亡させた場合について、死因となつた暴行は最初の正当防衛部分のものであるから暴行罪ないし傷害罪の限度で過剰防衛になるとの主張を認めず、一連の暴行は一個の行為であるとして傷害致死罪について過剰防衛の成立を認めた事例

名古屋地裁平成三二年二月一八日判決

(平二九(わ)二三七六号…傷害致死被告事件)

(判例集未登載)

神 元 隆 賢

【事実の概要】

被告人は、被害者が店長を務めるデリバリーヘルス店に女性従業員の派遣を依頼し、ホテルの客室に入室した。被告人は、利用料金の徴取のため本件客室を訪れた同店男性従業員に一万八〇〇〇円を支払い、また、間もなく同店から派遣され、本件客室を訪れた女性従業員に対し、別の女性従業員との交代（チェンジ）を要求したことから、その料金として、更に三〇〇〇円の支払を請求されるなどした。その後、被告人は、複数回にわたり同店に電話をかけ、被害者と話をする中で、前記料金の支払や店側の対応等を巡ってトラブルとなり、被害者と連絡がとれなくなるや、警察署に電話をして同店に連絡してほしいなどと取次ぎを依頼するなどした。

被害者は、被告人の入室する本件客室に入室し、まもなく料金トラブルを端を発した諍いとなり、当時ボクサーパンツ一枚のみを着用した無防備な状態であった被告人に対し、その前頭部をガラス製灰皿（重さ約二五三グラム、高さ約二・五センチメートル、直径約一一センチメートルの丸形のもの。以下「本件灰皿」という。）で少なくとも三回殴打した。

これに対し、被告人は、被害者の頭部、顔面、背部、腹部

等を多数回殴るなどの激しい暴行を加え、次第に抵抗が弱まる被害者に対し、客室内ソファー脇から玄関付近に移動し、なおも馬乗りになって激しい暴行を加え続けた。

これにより、被告人は頭部挫傷三か所、左前腕部咬傷、両膝打撲、一週間から二週間の加療見込みの傷害を負った。一方、被害者は急性硬膜下血腫の傷害を負い死亡した。

以上の事案につき、被告人の正当防衛の成否、とくに急迫性にかかる予期された侵害、防衛の意思、防衛行為の相当性の有無が争われ、弁護人は、被害者を死に至らしめた急性硬膜下血腫の傷害結果が被告人の暴行のうち当初の正当防衛と評価される部分の暴行から生じた可能性を否定することができないことから、被告人には被害者の死亡の結果を帰責することができず、結局、暴行罪ないし傷害罪の限度で過剰防衛が成立するにとどまる旨主張した。

【判旨】

有罪（傷害致死罪、過剰防衛、懲役六年）。

急迫不正の侵害について、「この点、証拠上、被告人による暴行に先立ち、被害者が、本件灰皿で被告人の前頭部を少なくとも三回殴打する暴行に及んだと認められることは、既に

述べたとおりであり、このことは、当然ながら、その後には被告人が被害者に対して加えた暴行が、被害者から本件灰皿で殴打されたことに対する反撃として行われたこと、ひいては、自己の生命や身体に対する危険が差し迫った緊急状態において、自己の身を守るためにした行為であったことを推認させる。

これに対し、検察官は、仮にかかる被害者の先制攻撃があった事実を前提としても、被告人は、本件直前に他のデリバリーヘルス店との間で料金トラブルを起こしていた経緯や、被害者と電話でやり取りをしていた経緯等から、被害者からそうした攻撃を受ける事態となることを、被害者が本件客室に入室する以前から予期していたものであり、警察官や本件ホテルのフロントに仲裁を依頼するなどして予めこれを避けることが容易であったにもかかわらず、被害者に対する憤激の気持ちから、あえて被害者を待ち受けていたもので、刑法三六条の趣旨に照らして急迫性が否定され、被告人が被害者に対する暴行に及んだ時点で、自己の生命や身体に対する危険が差し迫った緊急状態にあったとはいえない旨主張する。……被告人は、料金トラブルを巡り、来訪する被害者との間で、相応の諍いが生じ得ることは十分予期するところであったと

考えられ、その延長線上に何らかの暴力沙汰にまで発展する可能性があることも全くの想定外であったとまではいえないとしても、それはあくまで未だ漠たる抽象的な予期の範疇にとどまり、具体性を伴うものではなかったとみるのが相当である。すなわち、本件において、被告人が、被害者が本件客室に入室する以前に、被害者から、本件灰皿で殴打されるなどといった何らかの暴行を受けることについて、具体的に予期していたとまでは認められない。」とした。

防衛の意思について、「また、検察官は、被告人は当初から憤激の気持ちをも有して被害者に対応しており、実際、その憤激の表れとして、侵害を排除するために必要のない過剰な暴行を意図的に開始しているのであるから、そうした被告人の攻撃的な意思に照らせば、刑法三六条にいう急迫性や防衛の意思の要件を欠き、被告人が被害者に対する暴行に及んだ際、そもそも自己の生命や身体に対する危険が差し迫った緊急状態にあったとはいえないし、被告人の被害者に対する暴行が自己の身を守るためにした行為であったとも認められない旨主張する。

しかし、まず、被告人が、被害者が店長を務めるデリバリーヘルス店に女性従業員の派遣を依頼し、その料金を既に支払

済みであったことからすれば、当初派遣された女性従業員につき交代を要求したことに伴うその後の対応、すなわち別の女性従業員を派遣するか、或いは既に支払った料金のうち然るべき金額を返金するかの対応を被害者に要求し、話し合いをして問題を解決するために被害者を待っていた旨述べる被告人の供述にも一定の合理性があり、あながち排斥することができない上、前記のとおり、被害者が本件客室に入室した当時、被告人がボクサーパンツ一枚のみを着用した無防備な状態であったこと等の事情をも併せ考えれば、被害者が本件客室に入室する以前の段階で、被告人が被害者に対してどのような感情を有し、どの程度の強い攻撃的な意思を有していたかは全く不明といわざるを得ない。また、被害者から本件灰皿で前頭部を殴打された後、被告人がその反撃を開始した当初の被害者に対する暴行が防衛の意思を伴う自己の身を守るためにした行為であったと認められることは明らかである。そして、その後、被告人が被害者に対する暴行を継続した過程においても、そもそも当初に受けた前記本件灰皿による殴打が被告人の前頭部に多量の出血を生じさせる相応に強度の暴行であったと認められることに加え、前記のとおり、被告人と被害者が、被害者自身の何らかの意思的な動きに

伴って、本件客室のソファ一脇から玄関付近にまで移動したものと認められること、被告人の被害者に対する暴行がまさに連続的に行われた一連の行為であったことからすれば、その間徐々に被害者の抵抗が弱まっていったであろうことを勘案しても、被告人が暴行を継続したどこかの時点で、被害者による攻撃の可能性が完全に消失し、かつ、被告人もそれを認識した上で専ら攻撃的な意思で暴行を継続したといえるような、その前後を明確に分かつ重大な局面の変化があったとまでは認められない。

したがって、被告人の被害者に対する一連の暴行は、全体として、自己の生命や身体に対する危険が差し迫った緊急状態において、自己の身を守るためにした行為、すなわち、急迫不正の侵害に対して防衛の意思に基づき行われた行為であったと認められる。」とした。

防衛行為の相当性について、「被告人は、被害者から本件灰皿で少なくとも三回前頭部を殴打されるなどしたことを契機に被害者に対する暴行を開始しており、本件灰皿というガラス製の凶器を用いた暴行に対して素手による反撃を開始したもので、その当初の暴行は、自己の身を守るためにした行為として妥当で許される範囲のものであったと認められる。し

かし、被害者の本件灰皿による殴打が、被告人の前頭部に多量の出血を生じさせる相応に強度の暴行であったとはいえず、それ自体はごく短時間の攻撃であったと認められるのに対し、被告人が被害者に対して加えた一連の暴行は、前記認定のとおり被害者の頭部、顔面、背部、腹部等に多数の傷害を生じさせる激しく執拗な態様のものであったと認められる上、……少なくとも玄関付近に移動した時点では、被害者は既に本件灰皿を手にしておらず、被告人が圧倒的に優位な状況にあったことは明らかである。被告人は、自己が優位に立ち、被害者の抵抗が次第に弱まっていくなかで、それでもなお、執拗に強度の暴行を加え続けたものといわざるを得ない。加えて、本件当時、被告人が身長約一八一センチメートル、体重約七三キログラムであったのに対し、被害者は身長約一六六・三センチメートル、体重約六五・一キログラムと、被告人が被害者より体格でも大きく勝っていたことは明らかである。これらの事情を考慮すると、被告人が被害者に対して加えた一連の暴行は、被害者による攻撃に比して明らかに苛烈かつ一方的なものであったというべきであり、その暴行の途中からは、自己の身を守るために行った行為として妥当で許される範囲を著しく超えた過剰なものであったと認められ、被

告人においてその認識に欠けるところもなかったと認められる。」とした。

死亡との因果関係について、「この点、確かに、本件では、被告人が被害者に対して連続的に暴行を加えたその一連の暴行の態様に照らし、被害者の死因となった急性硬膜下血腫の傷害が被害者の頭部等に加えた多数回にわたる個々の打撃のうちいずれの打撃から生じたかを科学的に解明し、具体的に特定することはそもそも困難といわざるを得ず、その意味では、過剰な暴行と評価されるに至る以前に加えた打撃により急性硬膜下血腫の傷害が生じた可能性も観念的には否定することができない。

しかし、本件における被告人の暴行は、被害者に対し、本件客室内において、長くとも約三〇分という短時間のうちに、素手でその頭部や顔面を殴るなどという質的に同じ態様で、連続的に行われたものであり、これを社会的かつ常識的に観察すれば、その一連の暴行を構成する個々の打撃を総体として捉え、一つの行為とみるのが自然である。被害者から本件灰皿で前頭部を殴打されたことを受け、その反撃として、被告人が被害者に対する暴行を開始して以降は、形勢が次第に被告人優位に傾いていくとともに、徐々に被害者の抵抗が弱

まっつていく事態の連続的な推移であったと捉えるのが相当であり、既に述べたとおり、この間に、その前後を明確に分かつ重大な局面の変化があったなどは認められない。

そうすると、本件においては、被告人が被害者に対して加えた一連の暴行が、まさに刑法的評価の対象となる一個の行為といふべきであり、その全体につき過剰防衛が成立すると評価するのが相当である。かくして一個の行為と把握される当該一連の暴行から被害者の死因となつた急性硬膜下血腫の傷害が生じたことが明らかと認められる以上、被告人は傷害致死罪の罪責を免れない。」とした。

【評釈】

一 本件で問題となるのは、以下の点である。

第一は、料金トラブルで被害者の訪問を本件客室内にて待ち受けていた被告人につき、被害者からの攻撃が予期された侵害であるとして急迫性を否定しうるかという問題である。

正当防衛の急迫性の要件については、侵害が予期され、行為者がそれに備えたうえで侵害者に対する迎撃に出た場合に、はたしてこの要件の充足を認めてよいかが議論されている。

従来の判例の多くは、防衛行為者が侵害を予期し、さらに進んで「積極的加害意思」を有している場合には、急迫性が否定されると解しているとする立場を採っている。例えば、最決平成二九年四月二六日刑集七一巻四号二七五頁は、知人Aから身に覚えのない因縁を付けられ立腹していた被告人が、マンション六階の自宅にいたところ、Aから電話でマンションの前の路上に呼び出され、自宅にあった包丁にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴き、Aはハンマーを持って被告人の方に駆け寄つて来たが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかつて来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で一回強く突き刺して殺害した事案につき、「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和四五年（あ）第二五六三号同四六年十一月一六日第三小法廷判決・刑集二五巻八号九九六頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に

応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二二日第一小法廷決定・刑集三二巻四号七四七頁参照）など、前記のような刑法三六条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」として、殺人罪の成立を認め、正当防衛、過剰防衛の成立を否定した。

すなわち、最決平成二九年四月二六日は、予期された侵害について、さらに防衛行為者に、単なる予期を超えて、その機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思¹すなわち積極的加害意思がある場合などについては、急迫性要件が充足されないというのである。なお、最高裁が、急迫性要件を充足しない要素について、積極的加害意思をもって侵害に臨んだとき「など」としてその他の先行する事情等を

多く挙げている点について、積極的加害意思がなくとも、示された複数の事情を満たせば急迫性を失いうるとの趣旨であると説明する論者がある¹。もつとも、最高裁は、列挙した先行する諸事情を「考慮し、」²としたうえで積極的加害意思について述べていることから、これらの事情が積極的加害意思を認定するための前提事実とされていると見る余地もあろう。

一方、本件はどうか。検察官は、被告人が「予めこれを避けることが容易であったにもかかわらず、被害者に対する憤激の気持ちから、あえて被害者を待ち受けていた」として、予期された侵害について積極的加害意思ある場合であつて急迫性が否定されると主張した。これに対し、名古屋地裁は、被害者からの侵害の予期は抽象的な程度にとどまり具体的ではないことから、そもそも予期された侵害の問題ではなかつたとして、急迫性を認めた。本件事案では被告人は事前に警察署に電話をしたり、被害者の本件客室への入室当時において、予期された侵害に対抗するにおよそ準備が整っているとは言いがたいボクサーパンツ一枚のみ着用した状況であつたこと等の事情に鑑みると、名古屋地裁の認定に妥当性があるものと思われる。

二 第二は、弁護人が、被害者の死因となる急性硬膜下血腫を生じた被告人の傷害行為が正当防衛の部分に属する可能性を否定しきれないなどと主張したように、被告人の一連の行為を、正当防衛の部分と過剰防衛の部分とに分断して解釈することが可能であるかという問題である。

防衛行為者につき、反撃行為時において急迫性や防衛の意思が認められたが、反撃行為による侵害阻止後、さらに防衛行為者が防衛の意思を欠いて追撃行為に出た場合について、反撃行為についてのみ正当防衛が成立するのか、反撃行為と追撃行為を一体のものとして見て全体として過剰防衛とするのが議論されている。

過剰防衛は、侵害排除に必要とされる程度以上の防衛を行った質的過剰と、急迫不正の侵害終了後にもかかわらず反撃を行った量的過剰とに分けられる。質的過剰については、正当防衛状況であることは疑いがないから第三六条第二項の適用を容易に認めうるが、量的過剰については、そもそも急迫性を欠くから正当防衛状況とは言いがたい。そのため、過剰防衛の法的性質について責任減少説ないし違法・責任減少説を採用するならば、急迫性を欠くにもかかわらず精神的動揺から防衛行為に出してしまったと解して第三六条第二項による刑の

減免を認めうるもの⁽²⁾、違法減少説を採用場合にはその余地がない⁽³⁾。

以上を前提に、防衛行為者による反撃行為が被害者の死因となる等の重い結果を惹起して侵害を阻止し、引き続き防衛行為者が追撃行為に出たときに、第三六条第一項ないし第二項の適用範囲はどうなるかが問題となる。ここで反撃行為と追撃行為を分断して解する場合には、反撃行為による重い結果については正当防衛ないし質的過剰、追撃行為による軽い結果については量的過剰となる。これに対し、両行為を一体と見た場合には、反撃行為に限れば質的過剰でなかったとしても、追撃行為も含めた全体として質的過剰となる。

本件では、致命傷となった傷害が反撃行為において生じたのか、それとも追撃行為において生じたのが判然としていない。従って、両行為を分断したならば、正当防衛として違法性が阻却される反撃行為によって致死の結果を生じた可能性を否定できないため、追撃行為についてのみ、傷害罪の量的過剰を認めることになる。さらに、過剰防衛の法的性質に関する違法減少説によれば第三六条第二項の適用は排除されるが、責任減少説ないし違法・責任減少説によれば第三六条第二項の適用による刑の減免を認めうる。本件について、追

撃行為のみについて暴行罪ないし傷害罪の過剰防衛となるとした弁護人の主張は、後者の立場に基づいたものと思われる。一方、反撃行為と追撃行為を一体と見たならば、全体として傷害致死罪の質的過剰を認めることになる。本判決は反撃行為と追撃行為を一体のものとして解したが、はたしていずれが妥当であろうか。

反撃行為と追撃行為の関係について、学説上は、一体説と分断説が主張されている。一体説は、急迫不正の侵害に対し実質的に一個の意思決定に担われた同一機会における同種の法益侵害行為は、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、一個の行為と実質的に同視しうるものであるとして、反撃行為と追撃行為は一連の行為であつて、全体が過剰防衛となると解すべきであるとする³。これに対し、分断説は、一体説が反撃行為と追撃行為の一体性を認める基準が不明確であるなどとして、両行為の分断を認める⁵。

もっとも、この二説の対立状況は、反撃行為と追撃行為の関係に関する近年の以下の二つの最高裁決定を受けて変容している。

すなわち、最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八

五九頁は、被告人が被害者から殴る蹴るの暴行を受けたため、これに応戦して被害者を手拳で殴ったところ、被害者は倒れて地面に後頭部を打ち付けて動かなくなった（第一暴行・反撃行為）が、被告人は憤激の余り、被害者の状況を十分に認識しながら「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」等と言ひ、さらに被害者を足蹴にするなどの暴行を加えて負傷させ（第二暴行・追撃行為）、第一暴行を原因とする頭部打撲により被害者が死亡した事案について、第一審が暴行全体を一体のものとして見たうえで量的過剰防衛を認めただけに、最高裁は、第一暴行では防衛の意思が存在したものの、第二暴行では存在せず「専ら攻撃の意思に基づいて」行ったものとしたうえで、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、被害者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被害者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るというべきであつて、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、一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のであって、これにより被告人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。

最決平成二〇年六月二五日は、第一暴行と第二暴行を分断した理由として、第一にそれぞれの行為の防衛の意思の存否、第二に追撃行為の「相当に激しい」行為態様を挙げている。これらの点から、最高裁は、行為の違法性に関わる事情により分断を行ったもので、過剰防衛の刑の減免根拠として違法減少を考慮しているように思われるとし、追撃行為時に急迫の侵害が存在しなかつた点は、質的過剰の事案ではないことを言うに過ぎず、分断の理由として挙げているわけではないとの指摘がある。もつとも、「専ら攻撃の意思」とは積極的加害意思を意味するものと解され、さらに積極的加害意思が存在するときには急迫性が失われるというのが従来の判例理論であるから、第二暴行時には急迫性が失われたことにより、両暴行が分断されたと解する余地もある。

最決平成二二年二月二四日刑集六三三卷二号一頁は、拘置所に勾留されていた被告人が、同室の被害者から折り畳み机を

押し倒されたため、同机を押し返し（第一暴行・反撃行為）、さらに同机に当たって押し倒され反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手拳で数回殴打して（第二暴行・追撃行為）、第一暴行により被害者が左中指に加療約三週間の傷害を負った事案について、原判決は、第一暴行は被害者からの急迫不正の侵害に対する防衛手段としての相当性が認められるが、第二暴行は防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであるとし、第一暴行と第二暴行は、被害者による急迫不正の侵害に対し、時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるから、両暴行を分断するのではなく、全体として一個の過剰防衛としての傷害罪と評価すべきとした。これに対し、被告人は第二暴行による暴行罪が成立するにすぎないとして上告したが、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うべきである。」と判示した。

最決平成二二年二月二四日は、第一暴行と第二暴行を一体

と解した理由として、両暴行が「急迫不正の侵害に対する一連一体のもの」であること、「同一の防衛の意思に基づく」ことを挙げている。さらに、被告人の積極的加害意思の存在につき言及がないことに鑑み、最高裁は、第二暴行時においてもなお急迫性が完全には失われていないが、被告人の暴行は相当性の範囲を逸脱する質的過剰と解したようにも思われる。⁸⁾この事案では、被害者は軽傷を負ったものの机に押し倒されたのみであり、最決平成二〇年六月二五日の事案のように、倒れて死因となる頭部打撲の重傷を負ったわけではないから、被害者が机を押しつけてなお被告人を攻撃する可能性を完全に否定できなかったのではなからうか。

このように、最高裁二決定は、反撃行為によつて急迫性が失われた後に、防衛の意思ではない新たな意思に基づく追撃行為が行われたならば、反撃行為と追撃行為は分断すべきであるが、反撃行為時の防衛の意思が追撃行為時においても継続していた場合には、一体説により一連の行為として質的過剰を論ずべきとする、分断説と一体説を併用して防衛の意思によりいずれを用いるかを判断するとの立場に拠った。そしてこの立場は今日の判例上も踏襲されている。

例えば、横浜地判平成二五年一〇月三〇日 JEX/DB

25562567 は、被告人が被害者らから暴行されたため、腹部を数回蹴りつけ、または踏みつけるなどの第一暴行を加え、逃げ回った末に横たわった被害者に対し追撃として第二暴行を加え、第一暴行により被害者を死亡させた事案について、「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、…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、第二暴行に及んだのであって、暴行の態様も、素手で殴る、足で蹴るといったもので変わりはなく、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、これは被害者が逃げ回っていたことによることを考慮すると、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、全体として傷害致死罪の過剰防衛を認めた。急迫性を否定する積極的加害意思の存在には言及していないことから、「反撃する意思」すなわち防衛の意思の継続性を一体説採用の根拠としたと見ることができよう。

鹿児島地判平成二六年五月一六日 JEX/DB25446477 は、被告人が被害者から暴行されたため、被害者の顔や胸を殴るなどの第一暴行を加え、その後、被告人はいったん部屋から出てから戻ってきて被害者に文句を述べ、立ち上がってつか

みかかつてきた被害者を強く押すなどの第二暴行を加え、第一暴行により被害者を死亡させた事案について、第一暴行は「自分の身を守ろうとする気持ちで行われたものであり、反撃として妥当で許される範囲を超えているということではできないから、正当防衛が成立する。」としたが、第二暴行は、被告人が直前に部屋を出てから戻ったことについて、「その直前の第一暴行時に互いに強い暴力をふるい合っていたことからすれば、このような事態は被告人も予期していたはずである。……その態様を見ても、不意をつかれた被告人が基本的に守勢となっている第一暴行の状況とは異なり、相互に同じような暴行を加え合っている。これらのことからすると、第二暴行は、互いに興奮した状態で始めた喧嘩の中での行動であって、正当防衛によって保護すべきような緊急状態は生じていないと認められる。」として正当防衛状況を否定し、第二暴行による暴行罪の成立を認めた。第二暴行については「予期された侵害」に対する行為であることを根拠に、急迫性を否定して分断説を採用したものとと思われる。

そして本判決も、「一連の暴行は、全体として、……防衛の意思に基づき行われた行為であったと認められる。」として、防衛の意思を基準とした一体説の採用により傷害致死罪全体

についての質的過剰を認めており、最高裁二決定以降の判例の立場を踏襲している。学説上も、最高裁二決定以降、現在ではほとんどの論者が、防衛の意思を判断基準とした一体説と分断説の併用を認めるに至っており（以下「防衛の意思基準併用説」⁹⁾という）、防衛の意思基準併用説は、判例・通説として今日では完全に定着したと言って良い。

三 もつとも、防衛の意思基準併用説の判断基準とされる「防衛の意思」は、主観的正当化・超過要素として位置づけられるところ、その要否については激しい議論がある。これにつき、結果無価値論に基づく防衛の意思不要説に立つ論者からは、判断基準を「防衛行為をなす意思」¹⁰⁾、あるいは「過剰防衛の刑の減免の根拠である精神的動揺状態という責任減少の要素」としての「過剰防衛の主観的要件である防衛の意思」¹¹⁾と理解すべきであるなどとして、防衛の意思不要説を貫徹しつつ、防衛の意思基準併用説を採る試みがなされている。しかしながら、はたしてそのような解釈は可能であろうかは検討されなければならない。

そもそも、主観的超過要素とは何か。例えば強制わいせつ罪などの傾向犯について、ドイツの通説は、その性質上、行

為者の外部的行為が被害者の羞恥心を惹起するだけでは足りず、さらに行為者が、主観的構成要件要素に付加されてその外部的行為に性的な性格を与える主観的傾向である。「性的意図(あるいは「性的目的」)(wollüstige Absicht)」ないし「性的傾向(wollüstige Tendenz)」を有してゐる必要があるとする⁽¹²⁾。傾向犯は、行為者の実行行為が特定の意思方向に支配されることにより、その保護法益に対し特別の危険を付与する点に特徴がある。そして行為者が性的意図を有していたか否かは、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由の法益侵害性を左右するというのである⁽¹³⁾。すなわち、一般的主観的違法要素たる故意を超過した主観的違法要素(特別的主観的違法要素、主観的超過要素)が、法益侵害性すなわち客観的違法要素の有無を基礎づけるのである。これを違法性阻却にかかる主観的正当化要素の問題に置き換えると、故意を超過した主観的正当化・超過要素である「防衛の意思」の存在が、正当防衛の客観的正当化要素を基礎づけると説明されることとなる。

もつとも、防衛の意思は、正当防衛の客観的正当化要素すべてを基礎づける主観的要素と位置づけるのではなく、あるいはより限定的に、正当防衛の客観的要件の一部のみを基礎

づけ、正当化する要素と解すべきであるかもしれない。正当防衛の要件のひとつ、いわゆる正当防衛状況を基礎づける「急迫不正の侵害」にかかる急迫性は、客観的正当化要素と位置づけることができる。これに対応すべき主観的正当化要素は「急迫不正の侵害の認識」というべきであるが、判例・通説はさらに積極的加害意思を、急迫性を左右する主観的要素として挙げる。行為無価値論(違法二元論)に立てば、積極的加害意思は急迫性要件の主観面的要素と説明しうるが、結果無価値論からは解釈上の困難を生ずる。これにつき、結果無価値論者は、利益衝突状況を合理的に回避するために主観を考慮することもやむを得ない、緊急状況性が失われるなどとして、犯罪論ではなく正当防衛の制度趣旨から積極的加害意思の必要性を説明する。もつとも、急迫性要件の主観面的要件というのであれば「急迫不正の侵害の認識」のみで足りるはずで、何故、認識を超えた積極的加害意思が急迫性を否定することになるのか、その説明は十分になされているとはいえない。

思うに、「急迫不正の侵害の認識」という一般的主観的正当化要素に加えて、にもかかわらず「積極的加害には出ない意思」、言い換えれば「積極的加害意思のないこと」を、急迫不

正の侵害の認識を超えた主観的正当化・超過要素として位置づけ、この要素の存在が客観的正当化要素たる急迫性要件を基礎づけると解すれば、積極的加害意思の存在が急迫性を否定することを十分に説明できるのではないか。

それでは、防衛の意思はどうか。第三六条第一項は「防衛するため」であることを要件のひとつとして掲げている。防衛の意思必要説の論者はこれを「防衛の意思」が必要である法文上の根拠とするが、不要説の論者は、これは行為が客観的に防衛に向けられている、いうならば行為の外形が「客観的に防衛に向けられたもの」であることを意味するなど主張する⁽¹⁷⁾。

思うに、「防衛するため」という防衛行為の外形を客観的正当化要素と位置づけるのであれば、侵害者たる客体の法益を侵害する認識ないし認容・意欲、すなわち故意こそが、「防衛するため」の一般的主観的正当化要素となるであろう。しかし、この主観的要素のみでは「防衛するため」というには不足であるし、客観的にも、侵害者の法益を侵害する行為の外形のみを見てこれを「防衛するため」と言いうるかは疑問がある。そこで、防衛の認識の意味での「防衛の意思」を、上記の故意を超えた主観的正当化・超過要素として位置づけ、

この要素の存在が「防衛するため」の行為外形に、特別の客観的正当化要素を付与すると解するべきではなからうか。このように解すれば、追撃行為時に防衛の意思がなければ「防衛するため」の客観的正当化要素を否定、従って反撃行為と追撃行為を分断することができ、逆に防衛の意思があつたならば、たとえ追撃行為が過剰であろうとも「防衛するため」の要件の充足を認めうるとして一体説に拠ることができる。結局、防衛の意思基準併用説を採るには、防衛の意思を主観的正当化・超過要素として位置づけるほかないであろう⁽¹⁸⁾。前述したように、防衛の意思を過剰防衛の責任減少要素として位置づける見解もあるが、反撃行為が質的過剰である場合にはともかく、ガラス製の本件灰皿での殴打に対し素手で応じた本件事案のように、反撃行為を単独でとりあげたならば必ずしも過剰とは言い切れない（従って分断したならば正当防衛となりうる）場合に、なぜ責任減少要素としての防衛の意思が反撃行為と追撃行為の一体性の根拠として要求されるのかを説明することができない。過剰防衛については、確かに、その法的性質が違法減少か責任減少か、あるいはその両方であるかとの議論がある。しかし、正当防衛はまちがいがなく違法性阻却事由であつて、責任阻却事由ではない。

- (1) 高橋則夫『刑法総論』（第四版・二〇一八年）二七九頁。
- (2) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（第三版・二〇一九年）一八九頁。
- (3) 高橋・前掲書三〇二頁参照（ただし、違法・責任減少説を妥当とする）。
- (4) 山口厚『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）一三四頁。
- (5) 橋田久『量の過剰防衛』刑事法ジャーナル一六号（二〇〇九年）二六頁。
- (6) 橋田・前掲論文二八頁。
- (7) 最決昭和五二年七月二日刑集三二巻四号七四七頁。
- (8) 高橋・前掲書三〇五頁は「急迫性の存在する量的過剰」とする。
- (9) 西田・前掲書一九二頁、高橋・前掲書三〇五頁、山口『刑法総論』（第三版・二〇一六年）一四三頁（第二版一三四頁では一体説を採用していたところ、第三版では最決平成二〇年六月二五日及び最決平成二二年二月二四日に言及したうえで、分断説を基本とし、「判例が示すように、同一の意思に担われた行為である」場合には一体説を採りうるとする立場に改めている）。なお、曾根威彦『刑法原論』（二〇一六年）二一〇頁は、一体説を採る意義は「侵害終了後の行為（第二暴行）を侵害終了前の正当防衛行為（第一暴行）から切り離して、通常の犯罪行為として三六条二項の適用を排除し、刑の任意的減免を拒否することを回避するために採られることにある」として、一体説を採り重い結果を生じた第一暴行まで過剰防衛とした最決平成二二年二月二四日について疑問を呈する。
- (10) 山口・前掲三版一四四頁注一〇。
- (11) 西田・前掲書一九二頁。
- (12) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), S. 319 ff.; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrennslehre, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 85.
- (13) Jescheck/Weigend, aaO, S. 319 ff.
- (14) 高橋・前掲書二七七頁。
- (15) 西田・前掲書一七七頁。
- (16) 山口・前掲三版一六六頁。
- (17) 前田雅英『刑法総論講義』（第七版・二〇一九年）二六八頁。主観的超過要素の概念自体は、行為無価値論（違法二元論）は当然、結果無価値論からも肯定されていることから、結果無価値論に基づき防衛の意思を肯定する選択肢もあるところ、にもかかわらずほとんどの結果無価値論者は、防衛の意思不要説に立っている。
- (18) 前田雅英『刑法総論講義』（第七版・二〇一九年）二六八頁。主観的超過要素の概念自体は、行為無価値論（違法二元論）は当然、結果無価値論からも肯定されていることから、結果無価値論に基づき防衛の意思を肯定する選択肢もあるところ、にもかかわらずほとんどの結果無価値論者は、防衛の意思不要説に立っている。