

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究15

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例
(東京高裁平成27年7月15日判決 (LEX/DB 25540966))

刑事判例研究会
坂 下 陽 輔*

【事案の概要】

本件被告人は、友人らとバイクでツーリングをした帰りに差し掛かった交差点で、赤信号に従い横断歩道手前で停車した。他方で、本件被害者は、中学時代の同級生である友人らとともに、同様に本件交差点に差し掛かった。被害者の友人らが、横断歩道を渡る際に、被告人らのバイク集団に対して「うるさい。」などと文句を言い、先頭に停車していた被告人の友人の一人が運転するバイクを蹴ったことから、被告人の友人と被害者の友人らが殴り合いの喧嘩を始めた。この状況を目撃した被告人が被害者の友人らを止めようと接近したところ、被告人は被害者に背後から首を絞められ、顔面等を拳で複数回殴打された（この暴行により被告人は、加療約3週間に要する頭部外傷等の傷害を負った。）。首を絞めていた被害者の手を被告人が振りほどくと、両者は互いにファイティングポーズをとりながら向かい合って立つ体勢となり、被告人は被害者の顔面を拳で1回殴打した（以

* さかした・ようすけ 京都大学大学院法学研究科専任講師

下、「第一暴行」ということがある。)。これにより被害者が膝から崩れ落ち、前屈みになって倒れかかると同時に、被告人は被害者の頭部を足で踏みつけて蹴った(以下、「第二暴行」ということがある。)。以上の暴行により、被告人は被害者に外傷性くも膜下出血等の傷害を負わせ、同傷害により死亡させた。

第一審(横浜地裁平成26年6月2日判決¹⁾)は、被害者の死因である外傷性くも膜下出血は、被告人の第一暴行又は第二暴行により生じたものであると認定し、その上で被告人の本件行為が正当防衛に当たるか否かに関して以下のように判示した。まず、「被告人の受傷状況等に鑑みると、被害者の暴行は相当強度であったことが推認される。また、首を絞めていた被害者の手を被告人が振りほどいた後も、被害者は被告人と向かい合って立ち、ファイティングポーズをとり、さらに被告人を攻撃する構えをみせていたのであるから、この場面で、被告人が被害者の顔面を拳により1回殴打した行為は、反撃行為として相当な範囲内のものであったと認められる」として、第一暴行は反撃行為として相当であったと認めた。しかし、「被告人の殴打行為により、被害者は膝から崩れ落ち、前屈みになって倒れたのであるから、被害者はもはや被告人を攻撃できるような状態ではなく、被告人もこのことを認識していたと認められる。そのような状況において、被害者の頭部を足で強く踏み付けて地面に打ち付けさせるという行為は、被害者の暴行に対する反撃行為として許される相当な範囲を逸脱しているものといわざるを得ない」とし、「よって、一連の暴行として行われた被告人の顔面殴打行為及び頭部の踏み付け行為については、全体として過剰防衛が成立する」として、一連の行為につき傷害致死罪の成立を認めた上で、過剰防衛による法律上の減輕をし、懲役2年6月を言い渡した²⁾。これに対して、被害者がもはや被告人を攻撃できる状態ではなく、

1) LEX/DB 25540964。

2) なお、原判決は、量刑の理由において、「被害者の死因となつたくも膜下出血は、被告人が被害者の顔面を拳で殴打した際に生じた可能性もあり、この殴打行為自体は正当防衛

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

被告人もこのことを認識していたと認定した点、被告人が被害者の頭部を踏み付けた行為により外傷性くも膜下出血が生じた可能性があるとして認定した点において、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があり、正当防衛が成立して無罪であるとして、被告人より控訴がなされた。

【判 旨】

本判決は、原判決と異なり、第二暴行である頭部踏み付け行為から外傷性くも膜下出血が生ずる可能性はない、と認定した。その上で、第二暴行が防衛行為として相当性を欠くものであったとした原判決の判断に関し、以下のように判示し、原判決を破棄して無罪を言い渡した。

「なるほど、被害者は、被告人による顔面殴打行為により、頸部に過伸展又は異常捻転が生じ、そのため死因となった外傷性くも膜下出血を負ったものであるから、① 事後的に見れば、被害者は被告人の顔面殴打行為により攻撃能力は失われていた。しかし、② 正当防衛にあたるかどうかは、その行為がなされた時点での状況により判断すべきものである。……
① 倒れ込む直前においては、被害者は、被告人に対し、執ような攻撃を加えていたことからすると、被告人の顔面殴打行為により、前屈みになって倒れたとしても、すぐに体勢を立て直して攻撃してくることが予想される状況にあったとみるのが経験則に適ったものである。

また、② 原判決は、被告人の顔面殴打行為と踏み付け行為を分断し、踏み付け行為は、被害者が攻撃できるような状態でないことを被告人が認識した上であえて及んだものと認定している。しかし、……被告人は被害者が完全に倒れ込んだのを確認してから踏み付け行為に及んだものではなく、倒れ込む途中の段階で踏み付け行為に及んだものであるから、被告人の顔面殴打行為と踏み付け行為は、倒れ込む前の被害者の攻撃に対する、ごくわずかな時間でなされた断絶のない一連一体の反撃行為とみるべきで

「衛の範囲内の行為と認められることなども踏まえると、本件は、過剰防衛による傷害致死の事案の中ではそれほど重い部類に属するものではない」との判示をしている。

ある。

……被告人の踏み付け行為は、① 被害者の攻撃が更に予想される状況下で、② 自己の身体の安全を守るために、被害者が完全に倒れ込む前に顔面殴打行為と断絶することなく一連一体の行為として行われたものであり、……③ 頸部に過伸展又は異常捻転を生ずるほど強度のものであったとは認められないから、それは、防衛の程度を超えないものとして、正当防衛行為に当たるといふべきである」(英数字は筆者が付したものである)。

【研 究】

1. はじめに

本判決と原判決は、第二暴行が被害者の死因を形成したか否か、また、被害者がもはや被告人を攻撃できるような状態ではないことを第二暴行の際に被告人が認識していたか否かにつき、事実認定を異にしている。しかし、④ 事後的に見れば、被告人の第一暴行により被害者の攻撃能力は失われていた、という事実認定は両者に共通する。それにも拘らず本判決は、⑤ 「正当防衛にあたるかどうかは、その行為がなされた時点での状況により判断すべきものである。」とした上で、① 被害者の攻撃がさらに予想される状況であったこと、② 両暴行が防衛の意思に担われたごくわずかな時間での断絶ない一連一体の反撃行為であったこと、③ 第二暴行がさほど強度のものでなかったこと、を指摘することで、正当防衛を認めている。

最高裁昭和34年2月5日判決³⁾(以下、「最高裁昭和34年判決」とする。)は、被害者による急迫不正の侵害に対して、被告人が、第一暴行により同人を横倒しにし、さらに恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽していたため、一瞬のうちに第二暴行を加えて同人を死亡させた事案において、被告人の一連の行為全体が過剰防衛になるとしており、これは第一暴行によって被害者が

3) 刑集13巻1号1頁。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

横倒しになった時点で急迫不正の侵害は終了している⁴⁾にも拘らず過剰防衛を認めたものと理解され、量的過剰⁵⁾につき過剰防衛を認めたりーディングケースとされている⁶⁾。事後的に見て被害者の攻撃能力が第一暴行により失われていたならば、その時点で急迫不正の侵害は終了し、あとはこの量的過剰の問題が残るのみで、正当防衛の余地はない⁷⁾とも思われるところ、本判決が①～③により正当防衛を認めたのはいかなる論理に基づくのであろうか。これを分析することが本稿の課題である。

2. 侵害の終了——「侵害の継続性」とは？

正当防衛が認められるためには、第二暴行も急迫不正の侵害に対する行為でなければならない。判例によれば、「急迫」とは「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていること」を意味し⁸⁾、急迫性は、侵害が継続している場合には認められるが、侵害が終了して過去のものとなった場合には認められない⁹⁾。本件第二暴行が正当防衛として正当化されたということは、本判決は、第二暴行の時点においても侵害が継続していたと評価したと理解するのが自然であろう。判示①が第二暴行時点における状況の評価を示しており、これは第二暴行時点の状況が正当防衛状況であるとする判示と読むのが素直であることから、かかる理解を本

4) 同判例の第一審はこれを明示している。

5) 本稿では、侵害終了後も継続して追撃行為が行われた場合を指すこととする。橋爪隆「過剰防衛の成否について」法学教室406号（2014）106頁、安田拓人「事後的過剰防衛について」立石古稀（2010）243頁など参照。

6) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論 §§ 1～72』（2010）461-462頁 [橋爪隆]。もっとも、最高裁昭和34年判決は侵害の終了を前提としたものではない、と評価する者もいる（佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究84巻9号（2011）180頁、川口政明「判解」最判解刑事篇平成6年226頁）。

7) 橋爪・前掲注5・108頁注7。もっとも、後注41の考え方によれば、侵害が終了したとしても、まだ正当防衛の余地が残ることになる。

8) 最高裁昭和46年11月16日判決（刑集25巻8号996頁）。

9) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻 [35条～37条] [第二版]』（1999）321頁 [堀籠幸男＝中山隆夫]、橋爪・前掲注6・423頁。

判決は採っているといえよう¹⁰⁾。問題は、第二暴行の時点で被害者の攻撃能力が失われていたにも拘わらず、侵害の継続が認められたことの当否である。

侵害の継続性に関して、最高裁平成9年6月16日判決¹¹⁾(以下、「最高裁平成9年判決」とする。)は、侵害者の侵害が外形上一旦止んだものの、侵害者の旺盛・強固な加害意欲の存続と、間もなく再度の侵害に及ぶ可能性の存在から、侵害の継続性を肯定した。本判決判示①は、直前まで被害者が執ような攻撃を加えていたこと、倒れたとしてもすぐに体勢を立て直して攻撃してくることが予想されたことを指摘しており、最高裁平成9年判決の定式と類似する。しかし、見逃せない相違点もある。すなわち、最高裁平成9年判決は、「加害の意欲は……[筆者注：第二暴行時点でも]存続していた」とし、さらに「再度の攻撃に及ぶことが可能であった」としており、侵害者の攻撃能力が現実に残っていることを必要としているようにも思われる。同じく侵害の継続性を肯定した、最高裁平成21年2月24日決定¹²⁾(以下、「最高裁平成21年決定」とする。)も、侵害者が「それなりに強度の暴行を先に行ったのであるから……直ちに被告人に対する攻撃意思を失ったとはいえないし、被告人による第2暴行がなければ、間もなく態勢を立て直して再度の攻撃に及ぶことも客観的に可能であった」として侵害の継続を認めた原判決を前提としており¹³⁾、やはり侵害者の攻撃能力が第二暴行時点で現実に残っていることを必要としているようにも思われる。それに対して、本判決は、事後的に見れば侵害者の攻撃能力が失われているとした上で、さらなる攻撃が「予想される」とするに過ぎない。この相違を無視できるか否かは、侵害の継続性という概念をいかに理解するか

10) 岡本昌子「判批」判例セレクト2015 [I] 26頁。なお後掲注41も参照。

11) 刑集51巻5号435頁。

12) 刑集63巻2号1頁。

13) かかる判断は最高裁平成9年判決の枠組みを踏襲したものと評価されている。山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(2009)78-79頁、成瀬幸典「判批」法学75巻4号(2011)56頁。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

左右される。

(1) 侵害の継続性はさらなる侵害の切迫性の問題に過ぎないと理解する場合

侵害の継続性の問題がさらなる侵害の切迫性の問題に過ぎないとすれば¹⁴⁾、侵害者の攻撃能力が現実に残っていることは重要な意味を持つ。というのも、正当防衛成立のためには急迫不正の侵害が事後的・客観的に存在しなければならず、それが不存在の場合には誤想防衛が問題となるに過ぎないと理解されているからである¹⁵⁾。この立場は、最高裁平成9年判決を、侵害継続場面において侵害の切迫性を緩和することを示したもの¹⁶⁾、あるいは切迫性一般を緩和したもの¹⁷⁾と理解する。すなわち、侵害が現実には迫っていることを前提にその時間的切迫性について判断したものと、最高裁平成9年判決を理解するのである。とすれば、本件のように第二暴行時点では侵害者の攻撃能力が失われた事案についての解決を、最高裁平成9年判決は何ら提供しない。本件は、事後的に見ればさらなる侵害が存在しない事案であり、いかに時間的切迫性の基準を緩和しようと、急迫不正の侵害は肯定されないからである。

この立場からは、本判決は最高裁平成9年判決とは無関係であり、そもそも不正の侵害の存在につき、事後的・客観的に存在しなければならないとの前提を覆し、⑥「その行為がなされた時点での状況により判断すべき」との理解を示し、かかる基準に基づき第二暴行時点での侵害の存在を肯定したものと理解することになる。たしかに、学説上、一般人であって

14) 橋爪・前掲注6・426頁、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察——最二小判平成九年六月十六日を題材に」小林・佐藤古稀(2006)69-70,72頁、橋爪隆「判批」ジュリスト1154号(1999)134頁、橋田久「判批」産大法学32巻4号(1999)121頁。

15) 堀籠=中山・前掲注9・413頁、橋爪・前掲注6・463頁。

16) 遠藤(邦)・前掲注14・72-75頁、小田直樹「判批」ジュリスト1135号(1998)151-152頁。

17) 橋爪・前掲注14・134頁。

も正当防衛状況にあると誤信したであろう場合の誤想防衛は正当防衛そのものであり違法性が阻却されるとする見解¹⁸⁾があり、また、侵害の存否の判断につき不能犯における危険の判断方法に関する議論が妥当するという考えもあり得る¹⁹⁾。しかし、まず前者について、広島高裁昭和35年6月9日判決²⁰⁾は、被告人が急迫不正の侵害を誤想したことにつき過失のない事案につき、(前者の見解によれば正当防衛となるはずであるが)正当防衛を認めるのではなく故意を否定しており、このような場合には正当防衛を認めないのが裁判例の立場といえる²¹⁾。また、かかる誤想防衛の場合に違法性阻却を認めて、その相手方に正当防衛を認めないと結論は妥当ではない、との批判もある²²⁾。次に、後者については、不能犯で問題とされる法益侵害の危険はその存在が行為者の処罰を基礎づけるかという問題であるのに対して、正当防衛における侵害は防衛行為の必要性を基礎づける侵害の存在の問題であるので、同様に考える必然性はなく²³⁾、防衛行為がなくとも結果が生じないような観念的危険で侵害の存在を一般に認めることには疑問も残る²⁴⁾²⁵⁾。とすれば、本判決を、不正の侵害の存在一般につき「そ

18) 藤木英雄『刑法講義総論』(1975)172頁。

19) 緊急避難の「危難」に関して、野村稔「緊急避難」『刑法の争点』(2007)51頁、伊藤寧ほか『刑法教科書総論(上)』(1992)233頁[川口浩一]。

20) 高刑集13巻5号399頁。

21) なお、同裁判例は誤想につき無過失の場合に初めて故意が否定されるかのようにも読めるが、いわゆる英国騎士道事件の第二審判決である東京高裁昭和59年11月22日判決(高刑集37巻3号414頁)は、前記裁判例が無過失の点を「最少限度の要件とする趣旨で判示したのではないと解する余地もある」として、誤想につき無過失であることは誤想防衛の要件ではないとする。

22) 橋爪・前掲注6・463頁。

23) 緊急避難の「危難」に関して、遠藤聡太「緊急避難における『危難』の判断方法について(一)」法学79巻6号(2015)2頁。

24) 井田良「危険犯の理論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(2001)184-187頁、山口厚「コメント①」前掲201頁、安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』(2015)331頁[和田俊憲]。

25) もっとも、ドイツにおいては、防衛行為がなくとも結果が生じないような危険で正当防衛状況を一般に認める見解もある。Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991, § 11, Rn. 9. これは防衛行為が必要に見える状況を創出したことについての侵害

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

の行為がなされた時点での状況により判断すべき」との判断を示したものと理解するならば、それは従前の裁判例と整合しない、あるいは理論上疑問の残るものと評価されよう。

(2) 侵害の継続性を侵害の時間的幅の問題と理解する立場による場合

しかし、本判決にはもう一つの理解の仕方がありうる。すなわち、本判決は、侵害の継続性の問題を、さらなる侵害の切迫性の問題ではなく、当初の侵害の時間的幅の問題と理解しているのではないかと思われるのである。というのも、① 当初の攻撃と同様の攻撃がさらに続くことが予想される状況下での ② 当初の攻撃に対する一連一体の防衛行為の存在により正当防衛を認めるということは、現実存在した当初の攻撃を基軸に、時間的に幅のある「急迫不正の侵害」と「防衛行為」を想定することを意味すると理解できるからである。すなわち、防衛行為を個々に分断して、それに一对一で対応する現に切迫した侵害を要求するのではなく、時間的幅のある「急迫不正の侵害」と「防衛行為」が対応していれば、急迫不正の侵害に対する防衛行為といえる、という論理であると理解可能なのである。このような発想は、いわゆる全体的評価²⁶⁾を好む判例の傾向とも親和

ㄨ者の帰責性により正当防衛状況を認めるものであり、この根拠は、(2)で述べる侵害に時間的幅を認める根拠と重なっている（後掲注28で示す Erb の見解も Jakobs の見解に類似する。）。とすれば、かかる理解を改めて検討する必要があるが、今後の課題とせざるを得ない。少なくとも本判決は、現実急迫不正の侵害が開始された事案についてのものであり、(2)で述べるように、その限りで理解可能である以上、上記のような立場を一般的に採用したものとまで理解すべきではなからう。

- 26) 松田俊哉「判解」最判刑刑事篇平成20年502頁によれば、全体的評価とは、「最初に、判断の対象となる『1個の行為』の内容を確定し、それが確定した後に、当該『1個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断する」ものである。勿論、これは防衛行為の一連一体性評価の問題であり、侵害の継続性の問題には直接には関係しない。しかし、かかる考え方の背景には、分析的評価には「短時間のうちに連続的に推移し、社会的には1つのエピソードとして存在する事態の取扱い方として問題があり、……同一の機会に連続して行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い」という価値判断がある（前掲503頁）。そして、侵害の継続を過度に分断的に把

的であろう。そもそも、(1)で述べたような本判決の読み方では、本判決が反撃行為の一連一体性に言及した理由が汲み取れない。第二暴行時点でも次の攻撃が存在していたと本判決が理解していたとすれば、両暴行の一連一体性に関わりなく、第二暴行は正当防衛と認められうるはずであろう。むしろ、(1)の理解によれば、最高裁平成9年判決や最高裁平成21年決定が両暴行の一連一体性に言及したのは、分断的に見れば正当防衛といえる第一暴行をも含めて全体を過剰防衛とするため、と理解されるはずであり、本判決のように全体を正当防衛とするためには、一連一体性への言及は不要であるはずであろう。

侵害の継続性の問題を当初の侵害の時間的幅の問題と把握している、と本判決を理解することは、最高裁平成9年判決や最高裁平成21年決定を(1)とは異なる形で理解することを意味する。すなわち、両判例は、第二暴行時点における次の侵害の切迫を論じたものではなく、一連一体の両防衛行為に対応する、当初侵害の時間的幅を論じたものである、と。そして、両判例はたしかに次の侵害が生ずる可能性が事後的に見てもある事案であったが、本件のように次の侵害が生ずる可能性が事後的に見ればない場合についても侵害の継続性を認めることを排除したものではない、と。このような理解は、以下の理由により支えられよう。すなわち、一度現実に急迫不正の侵害を開始した攻撃者が、行為当時の一般人に認識不可能な形で、攻撃する意図を突如放棄したり、途中で攻撃能力を失った場合に、そこで分断的に侵害が終了したと評価してそれ以後の被害者の反撃を誤想防衛とするのでは、理論上その誤想防衛行為に対する正当防衛や緊急救助が可能になってしまう。しかし、人間は防衛行為をする際にそのように分断的に意思決定をするのではなく、ある程度幅をもった形で行為せざるを得な

ゝ握ると、それに伴い、反撃行為も(正当防衛と誤想防衛とに)分断的に把握されざるを得なくなり、社会的には1つのエピソードとして存在する事態の取扱い方として問題があることになろう(和田真ほか「正当防衛について(下)」判タ1366号(2012)46頁)。ゆえに、侵害の継続性を時間的に幅のある概念と捉えることは、行為に関する従来の判例の全体的評価と親和性のある考え方であるといえる。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

いのであり、そのように正当防衛と誤想防衛とに分断して評価するのは実態に反している²⁷⁾。そして、攻撃終了についての判断が困難な状況は、侵害者が急迫不正の侵害により作出している以上、その錯誤のリスクを正当防衛を認めることで侵害者に負担させるとしても不合理ではない、と²⁸⁾。そもそも、最高裁平成9年判決を、先行する不正の侵害が存在する場合について後続の侵害の切迫性を緩和したものと理解する論者も、その論拠として、先行して攻撃を加えているという侵害者の帰責性²⁹⁾や平穩阻害状況の存在³⁰⁾を挙げている。これらの論拠は、事後的に見れば侵害が終了しているが行為当時の一般人の目から見れば侵害の終了が認識不可能な場合にも延長可能である。ゆえに、以上で示した理解はそれほど突飛なものではないといえよう。さらに、最高裁平成20年6月25日決定³¹⁾（以下、「最高裁平成20年決定」とする。）が侵害の終了を肯定したのは、同事案において被害者は被告人の第一暴行により転倒して仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなり、侵害が継続しないことが行為当時の一般人の観点から見て明らかであったからである、と理解することが可能である。また、最高裁昭和34年判決が侵害の終了を肯定したのも³²⁾、すでに被害者が横倒れになっており、(被告人に侵害終了の認識が欠けていた³³⁾としても)侵害が継続しないことが行為当時の一般人の観点から見れば認識可能であったから、と理解できよう。とすれば、以上のように理解された本判決は、侵害

27) 和田ほか・前掲注26・46-47頁、堀籠＝中山・前掲注9・324頁。

28) ドイツにおいて類似の議論をするものとして、Volker Erb, MK-StGB, 2. Aufl., Bd 1, 2011, § 32, Rn. 104がある。これに対してドイツの支配的見解は、侵害の継続性につき、事後的客観的に判断する。Vgl., Walter Perron, Sch/Sch-StGB, 29. Aufl., 2014, § 32, Rn. 27; Thomas Rönnau/Kristian Hohn, LK-StGB, 12. Aufl., Bd. 2, 2006, § 32, Rn. 154.

29) 遠藤（邦）・前掲注14・74頁、成瀬・前掲注13・57頁、小田・前掲注16・152頁、佐藤・前掲注6・175-176, 202頁。

30) 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009）53-54頁。

31) 刑集62巻6号1859頁。

32) ただし注6も参照。

33) 最高裁昭和34年判決の第一審は被告人には侵害の終了の認識が欠けていたと認定しており、控訴審以降においてもこの認定は否定されていない。

終了についての従前の判例とも矛盾しないといえる³⁴⁾。

以上のような侵害の継続性に関する理解を前提とすれば、本判決は以下のように理解される。まず、⑥「正当防衛にあたるかどうかは、その行為がなされた時点での状況により判断すべき」との判示は、侵害の始期を含めて急迫不正の侵害の存在を一般的に行為当時の観点から判断すべきという趣旨ではなく、一旦急迫不正の侵害が開始した場合に、その継続性、すなわち終了したと評価すべきか否かについては、行為当時の一般人の観点から判断すべき、との趣旨ということになる。そして判示①は、第一審も認定しているように第二暴行が倒れ込む途中になされたものであることを前提に、第一暴行以前の被害者の旺盛・強固な加害意欲に鑑みれば、行為当時の一般人の観点からみれば侵害の継続が予想され、侵害が終了したとは評価されないということを判示していることになる。さらに、判示②は、以上のように認められた時間的幅のある「継続した侵害」である「倒れ込む前の被害者の攻撃」に対応する、防衛の意思に担われた一連一体の防衛行為の存在を判示している。防衛行為の一連一体性について、最高裁平成20年決定は、一般論として、第一暴行と第二暴行が時間的場所的に連続し、両暴行の態様や暴行時の意思の同質性があれば、両暴行は一連一体の防衛行為と認められるということをも前提としていると理解されており³⁵⁾、本件両暴行の時間的（それに伴い必然的に場所的）連続性と意思の同質性に鑑みれば³⁶⁾、このような一体評価は容易に認められよう³⁷⁾。また判

34) 最高裁平成6年12月6日判決（刑集48巻8号509頁）も侵害の終了を肯定した判例であるが、これも、被害者は後退しつつ被告人らの方を向いて悪態をついたというだけで、それ以上に殴る構えをしていたわけではない、という事案であり（川口・前掲注6・227頁）、さらに侵害が継続しないことが行為当時の一般人の観点から見ても明らかであった事案と言えよう。

35) 橋爪・前掲注5・107-108頁、安田・前掲注5・244-245頁、成瀬幸典「判批」論究ジュリスト1号（2012）219-221頁。

36) さらに判示③も踏まえると、両暴行の態様にも大きな相違はなかったと言えよう。

37) 最高裁平成20年決定について、防衛行為者が侵害の終了を未必的に認識していても、侵害の終了を十分に認識していない限りは、両暴行の一連一体性が認められようと理解さ

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

示②は、第二暴行時点で被告人が被害者の攻撃不能状態を認識していたとの原判決の認定を分断的であると論難し、被告人は被害者が完全に倒れ込んだのを確認してから第二暴行を行ったのではない、としており、まさにこの認定が原判決と本判決の結論の相違を生んでいる。この部分は、②'の「自己の身体の安全を守るために」という部分に対応し、防衛の意思に関する判示と読むのが素直であろう。すなわち、第二暴行時点で被告人が被害者の攻撃能力喪失を認識している場合、その時点で被告人の防衛の意思は失われることになるので、一連一体の暴行全体につき正当防衛を認める余地はなくなるが、本件では一連一体の暴行全体に防衛の意思が肯定されるので、正当防衛を認める余地がある、という趣旨と理解できる³⁸⁾。

ゝれており（橋爪・前掲注5・113頁、安田・前掲注5・260頁、同「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）298頁参照。）、本件のように侵害の終了を未必的にすら認識していなければ、意思の同質性はより容易に認められよう。

38) 防衛の意思につき、三点指摘しておく。第一に、本件のように事後的客観的には侵害が終了している場合、事後的客観的に見ても存在する侵害の認識という意味での防衛の意思は第二暴行の際には観念しえない。しかし、本稿のような本判決の理解によれば、侵害の継続性は事後的客観的には判断されず、その上で「時間的幅のある侵害」に対応した「時間的幅のある防衛行為」が問題とされる以上、防衛の意思の内容もそれに対応した形になる。そして、事後的客観的に見ても存在する侵害の開始を認識した上で、それに対応する意思に基づいて行為がなされ続けていれば、主観的にも「正対不正」の構図は確保され、当該一連の行為に防衛行為としての社会的意味付けはなされるので、第二暴行も含めた一連の行為が防衛の意思に担われているといえる（照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（2014）61頁参照）。

関連して第二に、この防衛の意思は、侵害の終了を未必的に認識したからといって失われるものではなく、侵害が完全に終了したと認識するまでは失われない。たしかに、当初から侵害が存在しない場合には、侵害が存在しないことを未必的に認識すればもはやそれは誤想防衛ではない。しかし、本稿で扱われる場面は、当初の侵害が現実に存在し、その現実の侵害を認識した上でそれに対応する意思に基づいて防衛行為が現実に開始されている場面であり、状況は全く異なる。そして、侵害が完全に終了したか不明であるにも拘らず、侵害の終了を未必的に認識しただけで防衛の意思が失われ、正当防衛の余地がなくなるとするのは、防衛行為者に十全たる防衛権限を与えたことにはならず、侵害者と防衛行為者のリスク分配として不適切である。そもそも、安田・前掲注37・298頁が指摘するように、最高裁昭和60年9月12日判決（刑集39巻6号275頁）によれば、防衛の意思が否定されるのは、当該行為が専ら攻撃の意思に出たものである場合に限られるのであり、

やや気になるのは、原判決のように、被告人が被害者の攻撃能力喪失を特に認識したとされた場合に、第二暴行についての防衛の意思のみが欠けると判断されるのか、という点である。このような場合の被告人の認識は現実に合致した認識であるのだから、侵害の継続性を肯定しつつ、防衛の意思のみを否定するというのは不自然であり、むしろ、被告人が被害者の攻撃能力喪失を特に認識した場合には、侵害の継続性は否定されると理解する方が自然である。そもそも、侵害の継続性を幅のある概念として捉える理由は、攻撃終了は認識困難な場合があり、それにも拘らず断片的に攻撃終了後の反撃は正当防衛ではないとするのは被侵害者に酷である、という価値判断に基づく。とすれば、被侵害者が特に侵害の終了を認識している場合には、侵害の継続性は認められず、その後の行為は侵害終了後の追撃として量的過剰が問題になりうるにすぎない、と理解するべきであろう³⁹⁾⁴⁰⁾。

△防衛行為者が侵害の完全な終了を認識していないのであれば、専ら攻撃の意思に出たものとはいえず、防衛の意思を肯定できよう。

第三に、本稿で直接に問題としているのは「正当防衛・質的過剰防衛を肯定するための防衛の意思」であり、量的過剰に関して行為の一連一体性を基礎づけるために挙げられる「防衛意思の連続性」の意味での防衛の意思（橋爪・前掲注5・113頁参照）については別個の検討が必要である。一方で、後掲注40で指摘するように、侵害の終了を十分に認識していたとしても、興奮・狼狽のあまり思わず追撃を継続したという程度の主観面の連続性があれば、後者の意味での「防衛意思の連続性」が認められて（量的）過剰防衛を肯定できると理解するならば、この意味での防衛の意思は、本文で述べるような場合でも失われないことがありうる。この意味での防衛の意思と本文で問題としている意味での防衛の意思とは別のものでありうるのである。他方で、これも後掲注40で指摘するように、侵害の終了を十分に認識していればもはや後者の意味での防衛の意思の連続性も認められないと理解するならば、これらの防衛の意思の内容は重なることになる。その場合、量的過剰防衛という問題領域が意義を有する場面は、行為当時の一般人の観点から見れば侵害が完全に終了したことの認識が可能であり、侵害は終了したといわざるを得ないが、行為者自身は侵害の終了を未必的に認識しているだけで、完全に終了したとの認識には至っていない場合、に限られることになろう。

39) このように理解すれば、侵害の継続性は行為者相対的な概念となりうる。問題状況は異なるが、最高裁平成4年6月5日決定（刑集46巻4号245頁）は、防衛行為者の主観により「急迫不正の侵害に対して」という要件の充足が相対化することを認めている。ゆえに本文のような理解も排斥されないであろう。

40) 本件第一審は、本判決と異なり、被害者が攻撃能力を失ったことを被告人が特に認識

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

このように理解すれば、判示②は、被告人の一連一体の暴行全体が防衛の意思に担われているということだけでなく、被告人の認識により侵害の継続性が特に否定される場面でないことも補足的に判示していることになる。

以上のように、本判決は、防衛行為を個々に分断して、それに一对一で対応する現に切迫した侵害を要求するのではなく、時間的に幅のある継続した侵害というものを想定して、それに対応する一連一体の防衛行為について、「急迫不正の侵害に対する」という要件の充足を肯定したものと理解し得る⁴¹⁾。

↘していたと認定したので、第二暴行時点で侵害の継続は認められず、量的過剰の問題となった、と理解されよう。しかし、やや気になるのは、被害者の攻撃能力喪失を被告人が特に認識していたのであれば、被告人は侵害の終了を十分に認識していたということになるのではないか、という点である。そうだとすれば、最高裁平成20年決定が前提とする行為の一連一体性の基準（前掲注37参照）によっても、両暴行は一連一体と認められず、過剰防衛は認められないようにも思われる。それにも拘らず、第一審が過剰防衛を認めたのは、侵害の終了を十分に認識していたとしても、興奮・狼狽のあまり思わず追撃を継続したという程度の主観面の連続性があれば、行為の一連一体性が認められる、との理解を前提としたからであろう（橋爪・前掲注5・113頁はかかる理解の余地を残しているように読める。照沼・前掲注38・61頁も同趣旨か。それに対して、安田・前掲注37・298頁はかかる理解を排斥している）。

なお、その当否はともかく行為の一連一体性を肯定した第一審は、行為が一個である以上、結果はその一個の行為に帰属し、分析的に見れば相当な防衛行為である第一暴行から結果が生じたとしてもそれは有利な情状として考慮すれば足り、罪名には影響を与えないとした最高裁平成21年決定に基づき、死因を形成した暴行を不明としたまま一連の暴行に死亡結果を帰属させて傷害致死罪を成立させ、第一行為から死亡結果が生じた可能性があることを量刑事情として挙げれば足りるとした（前掲注2参照）。

- 41) 以上のように侵害の継続性という概念を理解するのではなく、侵害は第二暴行の時点で確かに終了しているものの、分析的に見れば二つである行為が「一個の行為」といえるとの全体的評価を貫き、第二暴行部分も含めた全体行為が当初の「急迫不正の侵害に対して」の「一個の行為」であると理解し、全体行為につき「急迫不正の侵害に対して」との要件は充足され、全体行為が過剰防衛と評価されるか否かは防衛行為の相当性の問題である、との理解も理論上は可能かもしれない。

しかし、本判決は、②において行為の一連一体性について判示するのは別に、①においてさらなる侵害が予想される状況について判示しているので、本判決の理解としては、①で時間的幅のある侵害の継続性、②で時間的幅のある一連一体の行為につき判示し、

3. 防衛行為の相当性について

以上のように理解すれば、本件一連一体の両暴行が、継続する当初の侵害という急迫不正の侵害に対する防衛行為であるということになる。しかし、正当防衛が肯定されるためには、防衛行為が「やむを得ずにした行為」、すなわち相当性の要件を充足するものでなければならない。本件では、事後的に見れば第二暴行時点で被害者の攻撃能力が失われていた以上、事後的に見れば第二暴行は不必要なものであり、相当性を欠くようにも思われるが、結論として本判決は正当防衛を肯定しているので、この要件も充足していると判断したことになる。

(1) 従来判例の理解

「やむを得ずにした行為」という要件の意義について、最高裁昭和44年12月4日判決⁴²⁾は、防衛手段として必要最小限度のものであることを意味し、保全法益と侵害法益との間の結果の衡量は要求されない、としている⁴³⁾。しかし、この判決は結果の大小は重要でないとしているに過ぎないので、必要最小限度性に加えて、行為態様の衡量、すなわち侵害行為と防衛行為の危険性の比較衡量も、防衛行為の相当性を肯定するためには必要と解する余地がある。そして実際に最高裁平成9年判決は、不正の侵害者の攻撃力の減弱と被告人の行為が一步間違えば侵害者の死亡を発生させかねない危険なものであったことを指摘して、他に防衛手段が考えにくい事案であったにも拘わらず⁴⁴⁾、防衛行為の相当性を認めなかつ

ゝその対応関係から「急迫不正の侵害に対して」という要件の充足を認めたものと理解する方が自然であろう。また、侵害の終了を認めてしまうと、いかに行為の一連一体性を認めても第二暴行部分は誤想防衛といわざるを得ないのではないか、という疑念も払拭できないように思われる。さらに、侵害の終了を認めつつ、正当防衛の余地を認めるのであれば、侵害の継続性という概念の存在意義が失われるように思われ、従来議論を踏まえれば本文の理解の方が穏当であろう。

42) 刑集23巻12号1573頁。

43) 橋爪・前掲注6・451頁。

44) 橋爪・前掲注14・136頁。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

た⁴⁵⁾。ゆえに、現在の判例の立場は、防衛行為が侵害阻止のために必要最小限度のものであり、かつ侵害行為と防衛行為の危険性に不均衡がない場合に防衛行為の相当性を肯定する、というものと理解できよう⁴⁶⁾。

本件について前述の問題意識との関係で重要であるのは、かかる相当性の判断が、事後的観点からなされるのか、それとも行為当時の観点からなされるのか、という点である。前述のとおり、判例は、相当性のうち少なくとも比例性の問題について、結果の衡量ではなく行為態様の衡量をしているが、結果は行為の危険性の現実化であって、大なる結果は行為の大なる危険の産物でしかありえない以上、結果が「たまたま」生じたといえるのは、判断の基礎事情を限定した場合のみである⁴⁷⁾。とすれば、この限りで判例は、行為当時の観点から基礎事情を限定して判断を行っているといえ、これを一貫させれば必要最小限度性も同様に判断されるべきである⁴⁸⁾。ゆえに、判例は防衛行為の相当性を、行為当時の観点から基礎事情を限定して、具体的には当該状況に置かれた者が一般的に見て認識し得た事情を基礎に、当該行為が必要最小限度性と比例性を満たすものであるか否かで判断している、と理解できよう⁴⁹⁾。

(2) 本判決の検討

本判決は、急迫不正の侵害の要件と防衛行為の相当性の要件を区別する

45) 行為態様の比較衡量を行っていると考えられる他の判例として、最高裁平成元年11月13日判決（刑集43巻10号823頁）や最高裁平成21年7月16日判決（刑集63巻6号711頁）が挙げられよう。

46) 飯田喜信「判解」最判解刑事篇平成9年98頁、橋爪・前掲注6・453頁。

47) 中森喜彦「防衛行為の相当、過剰、その認識」町野古稀（2014）144頁。

48) 中森・前掲注47・143-146頁も指摘する通り、違法な攻撃は実力で排除してよいというのが正当防衛の基本的な考え方であり、また、被侵害者は急迫状態で利益を守るためのとっさの行動を迫られるのであるから、このように基礎事情を限定することには、合理的理由があろう。

49) この場合、過剰性に関する誤想防衛が問題になるのは、行為者が防衛行為の過剰性を過失により認識しなかった場合のみ、ということになる。

ことなく、「正当防衛にあたるかどうか」という問題の立て方をしており、判示③だけでなく、2で扱った⑥や①②も防衛行為の相当性の判断に関わっており、これらは上述の判例の立場に沿って防衛行為の相当性をも基礎づけるものと理解し得る。

まず、⑥「正当防衛にあたるかどうかは、その行為がなされた時点での状況により判断すべき」という一般論的説示は、まさにこの判例の立場を述べるものである⁵⁰⁾。

つぎに、具体的判断として、①において、事後的に判明した全ての事情に鑑みれば本件第二暴行部分は必要性が欠ける行為であったということを認めつつ、しかし被害者のそれまでの執ような攻撃に鑑みてすぐに更なる攻撃が「予想される状況にあった」としており、これは、当該状況に置かれた一般人であれば、被害者がいまだ攻撃能力を失っておらず更なる攻撃をしてくる状況、すなわち防衛の必要がある状況と認識してもやむを得ないという趣旨と理解できる。

また、②における、被害者の攻撃能力喪失についての被告人の認識への言及は、たとえ当該状況に置かれた者が認識し得なかったとしても、行為者本人が防衛の必要がないことを特に認識している場合には、それが判断の基礎事情に入って必要性が欠けるという評価につながるの、それを阻止する役割を果たしている。さらに、両暴行が倒れ込む前の被害者に対するごくわずかな時間でなされた反撃行為であったことの指摘は、①と同様、当該状況に置かれた者であれば、被害者が攻撃能力を失ったことを認識する暇がなく、防衛の必要があると認識してもやむを得ないという趣旨を含むと理解できよう。

すなわち、①②により、当該状況に置かれた者が一般的に見て認識し得た事情に基礎事情を限定すれば、当該防衛行為をする必要性があったと評価されるべきである、という趣旨と理解できる。そして、そのように評価

50) 岡本・前掲注10・26頁も同旨。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

される攻撃状況を踏まえて、③において、第二暴行部分はそれ自体さほど強度のものでなかったことを指摘することで、防衛行為の必要最小限度性も行為態様としての比例性も満たすとして、防衛の程度を超えないと判断されたものと理解できよう⁵¹⁾。

4. 本判決の意義

以上の検討によれば、本判決の第一の意義は、事後的に見れば第一暴行により被害者の攻撃能力は失われていたが、侵害の継続性は新たな侵害の切迫性ではなく文字通り当初暴行の継続性の問題であり、それは行為当時の一般人の観点から侵害の終了が認識可能か否かで判断されるとし、それが肯定されれば、当初暴行に対する一連一体の反撃行為は、「急迫不正の侵害に対して」の行為になるとした点にある。従来、「急迫不正の侵害に対して」という要件を充足するためには、分断的に把握された各反撃行為の際に一对一対応で次の攻撃が切迫していることが必要であると理解されてきたように思われる。そうだとすれば本件のような場合には侵害を終了したと評価した上で量的過剰のみが問題となるとするのが素直な理解であるところ、本判決は、時間的に幅のある侵害の継続性概念と防衛行為の全体的評価により、正当防衛を認めたのである。判例の採用する行為の全体的評価という手法に対しては、最高裁平成21年決定を念頭に、分析的に見れば正当防衛と評価される第一行為が、過剰な第二行為の存在により、過

51) やや気になるのは、防衛行為を一連一体の行為と評価しておきながら、防衛行為の相当性を第一暴行と第二暴行に分断して判断することは矛盾ではないか、という点である。本判決①'②'③の主語は第二暴行であり、本判決は相当性については個別暴行を取り上げて判断している。最高裁平成9年判決や最高裁平成21年決定も、第二暴行のみを取り上げて、当時の侵害が減弱していたこと、さほど切迫していなかったことを指摘して、相当性を否定しているのが、本判決はこの二判例に倣ったものといえる。そして、防衛行為を一連一体の一つの行為と評価したとしても、それは時間的に幅のある行為であり、相当性（特に必要最小限度性）の判断は事象経過の具体的局面で変わらざるを得ない（小田・前掲注16・152頁参照）。とすれば、行為を一個と評価することと、相当性を個別に判断することには矛盾はないだろう。

剰防衛と評価され、第一行為から生じた結果までも帰責されるのは不当である、との批判が学説上強い⁵²⁾。そのような中、本判決は、全体的評価という手法の背景にある、社会的に1つのエピソードを分断的に把握することは事態の取扱い方として不合理であるとの考え方⁵³⁾を侵害の継続性にまで及ぼして、事後的に見れば侵害者からのさらなる攻撃の可能性がない時点以降の行為についても正当防衛の余地を認めたとはいえ、この点に本判決の意義があるのである。また、防衛行為の相当性の判断においても、行為当時の一般人の観点から判断するという枠組みを採用することを明らかにした点にも、本判決の意義がある。

このように、正当防衛の成否について、行為当時の一般人の観点から判断するという枠組みに対しては、誤想防衛と正当防衛が混同されるとの批判が容易に想定できよう。しかし、本判決の枠組みにおいても、急迫不正の侵害が最初に客観的に存在することは不可欠の要件である。本判決は、2(1)で述べたように、不正の侵害の存在一般について「その行為がなされた時点での状況により判断すべき」との理解を示したのではなく、当初から全く防衛行為が不要である場面についてまで正当防衛を認めるものではない。ゆえに、たしかに従前の理解からは誤想防衛とされる領域の一部が正当防衛となることはその通りであるが、誤想防衛と正当防衛が完全に混同されるわけではない、との反論が可能である。

また、第二暴行の時点で事後的に見ればさらなる攻撃の継続がありえないならば、その時点以降の反撃は全く不必要と言わざるを得ず、防衛効果という結果価値も不正の侵害者の要保護性の減少も観念しえないので、正当防衛が認められる余地はない、との批判も考えられる⁵⁴⁾。しかし、本判決は、現実に急迫不正の侵害が開始された以上、防衛行為者が防衛行為を

52) 橋爪・前掲注5・114頁、安田・前掲注5・252-253頁。

53) 前掲注26参照。

54) かかる理解が、侵害の継続性をさらなる侵害の切迫性の問題と理解することに繋がっていたといえよう。

第一行為により侵害者の攻撃能力が失われたことを認めつつ、第二行為を含めた行為全体について正当防衛を認めた事例（坂下）

せざるを得ない状況を侵害者が作出したのであり、それにも拘らず、当該防衛行為が不必要であると認識不可能な場合であってもそれを誤想防衛とし、理論上それに対する正当防衛・緊急救助を肯定することは、侵害者と防衛行為者のリスク分配として不適切である、との理解に基づくものといえる。本判決が侵害の継続性の問題と防衛行為の相当性の問題とを分けることなく、「正当防衛にあたるかどうか」という包括的な問いの立て方をしていることから窺えるように⁵⁵⁾、侵害の継続性と防衛行為の相当性を行為当時の一般人の観点から判断するというのは、現実に急迫不正の侵害を開始した侵害者に事後的に見れば必要ない防衛行為を甘受させても不合理ではないという論拠に基づく同根の問題といえ、防衛行為の相当性につき事後的客観的判断を貫徹せず、事後的に見れば必要でなかった防衛行為につき正当防衛を認めるのであれば、侵害の継続性についても同様に考えることに障害はなからう。

55) 和田ほか・前掲注26・47頁が、反撃行為の途中ですでに侵害が終了していたかが問題となる場合について、急迫性と相当性を一体化して議論することの有用性を指摘するのも、かかる事情が背景にあると思われる。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009）22-24頁も参照。