

途中から過剰となった防衛行為と 「罪を犯す意思」

松 宮 孝 明*

目 次

1. 問題の所在
 - (1) 途中まで正当防衛であった暴行
 - (2) 全体的評価？
2. 「罪を犯す意思」の意味・内容
 - (1) 「罪を犯す意思」の意味
 - (2) 違法性阻却事由がある場合の「罪を犯す意思」
 - (3) 防衛行為が過剰になる前の「罪を犯す意思」
 - (4) 小 括
3. 最高裁判例の状況
 - (1) 1個の過剰防衛として処理した裁判例
 - (2) 行為を分離して処理した裁判例
 - (3) これらの裁判例の比較
 - (4) 小 括
4. 「一罪」の内容
 - (1) 構成要件と「犯罪の個数」
 - (2) 構成要件に該当するが違法でない行為と「一罪」
5. ま と め

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1. 問題の所在

(1) 途中まで正当防衛であった暴行

急迫不正の侵害に対する防衛行為としての暴行(刑法208条)が当初は正当防衛(刑法36条1項)の程度を超えていなかったが、途中からその程度を超えて過剰となり、かつ、当初の正当な防衛行為によって相手方が死亡したという場合、この連続した防衛行為を全体として過剰防衛(刑法36条2項)に当たるとし、防衛者を傷害致死罪(刑法205条)で有罪としてよいであろうか。それとも、死亡結果は正当な行為から生じたものであるからこれに対する罪責はあり得ず、過剰な防衛としての暴行のみが罪となるとして暴行罪のみで有罪とすべきであろうか。

同じ問題は、相手方の死亡が違法な暴行によって生じたのではない合理的な疑いがある場合にも生じる。ここでは、「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が当てはまるので、仮に、先の問いに対して暴行罪のみで有罪とすべきだという解答が得られるなら、違法な暴行によって死亡結果が生じたのではない合理的な疑いがある場合には、「違法な暴行によっては死亡結果は生じなかった」と認定し、「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」(刑法208条)に当たるとして判決を言い渡さなければならないからである。

(2) 全体的評価?

もっともこのような場合には、構成要件該当性(これを言い換えて「実行行為性」)のレベルでは個別動作の違法・適法は問題とならないので、同一の被害者に対し近接した場所で連続的に行われた第1暴行と第2暴行とは「一連一体の行為」として、いずれの暴行によって被害者の死因が形成されたかに関わらず、傷害致死罪の「一個の」構成要件該当性が認められる。そこで、第1暴行だけをみれば正当防衛に当たるとしても、第2暴行

を含めて全体としてみれば「防衛の程度を超えた」暴行であるなら、過剰防衛(刑法36条2項)として刑を減免される余地はあるが、違法性を阻却されない(また、責任を阻却する事由もない)ので、被告人は傷害致死罪として有罪になるとする見解がある¹⁾。

しかし、この見解によれば、「一罪」として成立した傷害致死行為の中に、正当防衛として適法な(ないし、その合理的な疑いのある)暴行が含まれることになる。つまり、被告人は適法な行為に対しても刑事責任を負うことになるのである。それも、基本犯である暴行については故意犯として²⁾。

ところで、後述するように、適法行為である正当防衛をする意思は「罪を犯す意思」(=「犯罪の故意」)に当たらない。ゆえに、途中まで正当防衛であった暴行については、その時点まではその程度の暴行しか加える意思のなかった者には「罪を犯す意思」はない。それにもかかわらず、この時点までの暴行も含めて「一罪」が成立し、被告人はこれについて故意犯の罪責を負うのだとすれば、この被告人は「罪を犯す意思」のない時点での暴行についても「罪を犯す意思」があるものとして罪責を負うことになる。

これを「犯罪の個数」という観点で見れば、被告人は適法な暴行も違法な暴行とあわせて「一罪」を成すものとして処罰されるということである。

しかし、およそ適法な行為部分について「罪を犯す意思」を認めて故意犯の罪責を負わせるとか、違法な行為部分と「一罪」を成すとして処罰するというのは、正義に合った裁判とは思われない。ましてや、それが刑法

1) 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晴編『現代裁判法体系⑩〔刑法・刑事訴訟法〕』(新日本法規, 1999年)148頁が「行為者が単独の場合に関する限りは」このような全体的評価が妥当とするのは、このような趣旨を含むものかもしれない。

2) 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号(1996年)247頁、永井・前掲注1)141頁以下によれば、東京地判平成7・3・16公刊物未登載は、死因となった傷害が正当防衛によって生じたものであるにもかかわらず、侵害終了直後に殺意を持って行われた突刺しと併せて、殺人罪の過剰防衛としたとのことである。

の真意であるはずはないであろう³⁾。そこで、本稿では、このような場合に一連の防衛行為を全体として過剰防衛に当たるとし、防衛者を傷害致死罪で有罪としてよいか否かを検討する。

なお、本稿は、このような事案につき、「行為を分断して2罪にすべきだ」という主張をするものではない。そうではなくて、途中から過剰となった暴行につき、罪責の対象となる行為とは何かを明らかにするものである。その結論は、「構成要件に該当する違法で有責な行為」——犯罪によっては「客観的処罰条件」をも充足する行為——であるという、刑法の初学者でもわかることである。言い換えれば、これは、犯罪の「実行行為」が二つあるという主張ではない。そうではなくて、一個の「実行行為」はどの時点から始まるのかを明らかにしようとするものである。

加えて、本稿は「故意」の有無を論じるものでない。そうではなくて、「故意」の発生時点がいつかということと、その発生以前の行為（動作）への結果の帰責ができないことを論じるものである。

2. 「罪を犯す意思」の意味・内容

(1) 「罪を犯す意思」の意味

1907（明治40）年制定の現行刑法典には、もともと犯罪の「故意」という言葉はなかった。条文にあるのは「罪を犯す意思」という言葉だけだったのである。1995（平成7）年の改正により、「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。」という一文を含む刑法38条の表題に「故意」が付けられた。ゆえに、いわゆる犯罪の「故意」と「罪を犯す意思」とは同じ意味なのである。

この「罪を犯す意思」は、単にある行為が何らかの犯罪の構成要件に該

3) それにもかかわらず、永井・前掲注1) 134頁は、行為を適法部分と違法部分とに分けるという「分析的な手法には、刑事責任の問い方という実体法的な側面で検討を要する問題があるとも考えられる。」と述べる。

当することを知りながら実行するという意思では足りない。「罪」であるからには適法行為は含まれないのであって、その理は、何らかの犯罪の構成要件に該当するが、正当防衛などの理由により行為の違法性が阻却される場合にも当てはまる。たとえば、身を守るためにやむを得ず侵害者を殺害する場合には、「人を殺す」(刑法199条)意思はあっても、その行為は正当防衛として適法であるから、「罪を犯す意思」は認められないのである。

(2) 違法性阻却事由がある場合の「罪を犯す意思」

この理は、わが国の裁判例によっても認められている。もちろん、現実に正当防衛となる場合には、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」として、「罪を犯す意思」を検討する前に「罰しない。」という結論が下される(刑法36条1項参照)。

しかし、実際には襲われていないのに襲われたと勘違いして防衛行為を行う「誤想防衛」の場合には、「罪を犯す意思」が正面から問題となる。そして、この場合には、実務においても、「罪を犯す意思」はないとして故意犯の成立は否定されるのである。実際、大審院以来の裁判例では、誤想防衛の主張は「罪を犯す意思」不存在の主張として扱われている⁴⁾。また、最終的には誤想過剰防衛であり防衛行為の相当性を逸脱したことに錯誤が認められないとして故意犯(傷害致死罪)を認めたものであるが、東京高判昭和59・11・22高刑集37巻3号414頁は、「急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、右防衛行為が相当であったときは、いわゆる誤想防衛として事実の錯誤により故意が阻却され、犯罪は成立しないものと解するのが相当である。」(下線筆者)と述べており、この結論は最高裁(最決昭和62・3・26刑集41巻2号182頁)によっても是認されている。

4) 誤想防衛の主張は「犯罪の成立を妨げる理由となる事実」の主張でなく、「罪となるべき事実」の一つである故意の不存在の主張とするものとして、大判大正13・3・18刑集3巻223頁、最判昭和24・5・17刑集3巻6号729頁、同昭和25・6・27刑集4巻6号1076頁。

面白いところでは、被告人が、相手方グループ員から危害を加えられている実兄を助け出して一緒に逃げるために、正当防衛として、暴行の故意をもって、相手方グループ員付近に普通乗用自動車を急後退させて同入らを追いかおうとした際、誤って実兄に車両を衝突、轢過して死亡させた行為を、正当防衛のつもりで行ったのだから暴行罪の故意が認められない(また、過失も認められない)として無罪とした大阪高判平成14・9・4判タ1114号293頁もある。

(3) 防衛行為が過剰になる前の「罪を犯す意思」

この理は、防衛行為(としての暴行)が防衛の程度を超えて過剰になる以前の行為にも当てはまる。防衛行為が過剰となる以前の行為は適法であって、ゆえに、たとえばそれが暴行であった場合、過剰となる以前の時点では、行為者に、例えば模造刀を真剣だと誤解していたため「防衛行為の相当性を超える程度の暴行をしているつもり」という暴行を違法にするような程度に關しての事実の錯誤がない限り、「罪を犯す意思」は認められない。

また、仮に、この後に防衛の程度を超えた暴行をする意思が行為者にあったとしても、この時点では、これに対応する「違法な暴行」は認められない。せいぜい、それは「暴行罪」の未遂でしかないが、現行刑法では、暴行罪に未遂処罰規定はなく、ゆえに、この段階では犯罪は成立し得ない。同じく未遂処罰規定のない「傷害罪」にも、同じことが当てはまる。

(4) 小 括

以上の検討からは、以下のことが明らかになる。

(1) 犯罪の構成要件に該当する行為であってもその違法性が阻却される、すなわち適法な行為をする意思は「罪を犯す意思」つまり「犯罪の故意」ではない。

(2) よって、防衛行為が過剰になる以前の時点では、それをする意思は

「罪を犯す意思」ではない。ゆえに、この場合、防衛者には犯罪の故意は認められない。

(3) また、未遂処罰規定のない暴行罪や傷害罪では、防衛の程度を超える以前に、防衛者に程度を超えた暴行をする意思があったとしても、それは不可罰の暴行ないし傷害の未遂である。

3. 最高裁判例の状況

以下では、防衛行為が侵害継続中に相当な程度を超えたか（これを一般に「質的過剰防衛」と呼ぶ）、それとも侵害終了後に不必要な防衛行為がなされたか（これを一般に「量的過剰防衛⁵⁾」あるいは「時間的過剰防衛」と呼ぶ）を問わず、第1暴行と第2暴行とを1個にまとめて評価した裁判例と分離して評価した裁判例とを、最高裁判例を中心に検討する。

(1) 1個の過剰防衛として処理した裁判例

まず、1個の過剰防衛として処理した裁判例としては、①最判昭和34・

5) 「量的過剰防衛」に関しては、永井・前掲注1)132頁以下は「当初は反撃が相当性の範囲内にあったが、同様の反撃を継続するうち、やがて反撃が量的に過剰となった場合」と定義している。「量的」過剰防衛を反撃が「量的に」過剰となった場合とする点は、「問いを以て答えに代える」ふしがないわけではないが、この定義だと、侵害終了後に勢い余って行われた過剰行為に限定することにはならないであろう。現に、山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(2009年)79頁は、侵害継続時にエスカレートした過剰防衛についても「防衛行為の一体的把握という同判決の理解からは、量的過剰防衛の成立を肯定しうものと考えられ」と述べており、議論に混乱がみられる。しかし、永井・前掲注1)133頁が引用する平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)246頁は、「量的な過剰とは、侵害してきた相手方をなぐったので相手方は侵害をやめたのに、さらにつづいてなぐった場合」と明言しており、また、同じく永井・前掲注1)133頁が引用する大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻』の第3版(青林書院、2016年)634頁も、「量的過剰防衛」を「侵害行為そのものはすでに終了したのに反撃を続けた場合」と定義している。また、「量的過剰防衛」に相当するドイツの *extensiver Notwehrexzess* も、一般に、侵害終了後の反撃と定義される。

2・5 刑集13卷1号1頁が著名である。これは、屋根鉋を用いての被害者からの攻撃に恐怖・驚愕・興奮・狼狽した被告人が鉋で毆打して反撃する際、第一撃ですでに攻撃意欲を失った被害者に対して、すでに危険が去ったことを認識せずにさらなる毆打を繰り返して被害者を死亡させたという殺人事件につき、全体を過剰防衛としたものである。これは「量的過剰防衛」あるいは「時間的過剰防衛」に関するものである。

本件の第1審判決（水戸地土浦支判昭和32・7・1刑集13卷1号12頁）は、被害者が攻撃意欲を失った後の被告人の毆打行為につき、「右は、兇器たる屋根鉋を携え夜間故なく被告人方住居に侵入したO（被害者——筆者注）の不法行為とこれに基因した異常の出来事により甚しく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽した余り、既に危険が去ったことの認識を欠き、その現場に於て、前記正当防衛行為に引続き一瞬のうちに継続した防衛の為の追撃行為」（下線筆者）と評している⁶⁾。つまり、本件の被告人はすでに危険が去ったと知らないまま鉋での毆打を続けたのであり、それは、急迫不正の侵害に対して身を守るという「防衛の意思」が継続したままで行われたものである。この点が、控訴審および上告審において、後に述べる⑥判例と異なり、この量的ないし時間的過剰防衛行為を「過剰防衛」として処理する理由である。

加えて、本判決は、被告人は最初の毆打の後、「更に一瞬の中に同人の頭部、腕等を鉋を振って三、四回斬りつけ、因って即時同所に於て同人を頭部切創による左大脳損傷の為死亡するにいたらしめた」と認定している。本件に関する最高裁調査官解説は、「本件は、最初の一撃が相手方の致命傷でないことが証拠上確認されていることを前提とする。⁷⁾」と述べている。すなわち本件は、第2暴行によって——あるいは少なくとも第2

6) この第1審判決は、殺人罪の過剰防衛を認めた控訴審判決（東京高判昭和33・2・24高刑集11卷1号43頁＝刑集13卷1号15頁）と異なり、この過剰行為については盗犯防止法1条を適用して、全体を無罪としている。

7) 寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和34年度〕』（法曹会、1960年）8頁。

暴行も相俟って——被害者を死亡するにいたらしめたことが合理的な疑いを入れない程度に証明された事案である。よって、本判例をして、「判例は適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させている」とは言えない。

次に、防衛行為である一連の暴行を包括して過剰防衛を認めた事例とされる②最判昭和59・1・30刑集38巻1号185頁を検討する。本判決の事案は、相手方から一方的に暴行を受けた被告人が、その後も憤まん取まらず、いったんは木刀を手にして相手方と対峙し同人を難詰したものの、同僚の説得に従い、話し合いをするため木刀を投げ捨てその場を離れたにもかかわらず、予期に反して相手方がいきなり右木刀を拾い上げ攻撃してきたので、刃物で被害者を刺突し死亡させたというものである。本件は、防衛行為が侵害継続中に相当な程度を超えた「質的過剰防衛」の事案に属する。

これについて本判決は、「その経過、状況からすれば、被告人が右刺突行為に及んだのは、自己の生命、身体を防衛する意思に出たものと認めるのが相当である。しかしながら、被告人は、H(被害者——筆者注)の攻撃力が木刀の折損等により相当弱まったにもかかわらず、なお反撃行為を継続してついにHを殺害するに至ったものと認められるから、被告人のHに対する刺突行為は、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といわざるをえない。」と述べつつ、「被告人は、第一……Hが不意に右下駄箱を倒して木刀を取り出し、それを振りかざして殴りかかり、頭、足首等を殴打してきたことから、自己の生命、身体を防衛するため、防衛の程度を超えて、殺意を持って、寮前庭において右理髪用鋏でHの左胸部、腹部等約一三か所を突き刺し、よって同人を左胸部刺創に基づく心臓タンポナーデにより間もなく同所で死亡させて殺害し……たことが認められる。」(下線筆者)と述べている。

ここでも、被告人に死亡結果を帰責させる根拠となる行為は、過剰と

なった第2暴行であることが明らかである。ゆえに、本判例をして、「判例は適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させている」とは言えない。

さらに、同様に一連の暴行を包括して過剰防衛を認めた事例とされる③最判平成9・6・16刑集51巻5号435頁がある。本判決の事案は、被害者が鉄パイプで被告人の頭部を1回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたことに対して、被告人は、もみ合いの最中にいったん取り上げた鉄パイプで相手方の頭部を1回殴打したほか、鉄パイプでさらに被告人に殴り掛かろうとしている被害者から階段を下りて逃げる途中、階段踊り場部分の2階手すりの外側に上半身を乗り出した相手方の片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させ、「入院加療約三箇月間を要する前頭、頭頂部打撲挫創、第二及び第四腰椎圧迫骨折等の傷害」を負わせたというものである。

本判決は、「被告人がS(被害者—筆者注)に対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人の急迫不正の侵害及び被告人の防衛の意思はいずれも存していたと認めるのが相当である。」と述べて、本件が、防衛行為が侵害継続中に相当な程度を超えた「質的過剰防衛」の事案に属することを明らかにしている。

その上で本判決は、「Sの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一步間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。」として、「一連の暴行」が

「全体として」過剰防衛に当たると判断している。

しかしここでも、被告人に被害者の傷害という結果を帰責させる根拠となる行為は、そのほとんどが過剰となった第2暴行すなわち「転落させる行為」であることが明らかである。また、本件は傷害致死の事案に関するものではない。ゆえに、本判例をして、「判例は適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させている」とは言えない。

最後に、そのみだと正当防衛に当たる第1暴行によって負傷した被害者に対し、被告人がさらに過剰な暴行を加えたという事案に関する④最決平成21・2・24刑集63巻2号1頁がある。なお、本件の第2暴行は「反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打した」というものであって、被害者は「反撃や抵抗が困難な状態」ではあってもなお攻撃の意思を示していたので⁸⁾、本件は——一部にはこれを「量的過剰防衛」に関するものであるという理解もあるが⁹⁾——防衛行為が侵害継続中に相当な程度を超えた「質的過剰防衛」に関するものである。

この事案につき、弁護人は、本件傷害は、違法性のない第1暴行によって生じたものであるから、第2暴行が防衛手段としての相当性の範囲を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するにすぎないと主張した。しかし、本決定は、「被告人が被害

8) 原判決(大阪高判平成20・10・14刑集63巻2号15頁)の認定では、「反撃がやや困難な状態に陥っている」にすぎない。

9) 山口・前掲注5)78頁は「場合によって侵害終了後の行為が過剰防衛(量的過剰防衛)として評価されることがある」と述べつつ、同79頁において「防衛行為の一体的把握という同判決の理解からは、量的過剰防衛の成立を肯定しうるものと考えられ」と述べ、「量的過剰防衛」を、一方において「侵害終了後の過剰な防衛」としつつ、他方において「侵害が継続している途中での過剰な防衛」の意味でも用いている。小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)249頁も、④判例を量的過剰防衛に関するものと理解しているようである。

者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りる」(下線筆者)として、傷害罪の過剰防衛とした(確定した宣告刑は懲役4月)。

つまり、本決定は、「適法な第1暴行のみで傷害が形成された場合でも暴行全体を包括して傷害結果を行為者に帰責させた」ものである。

しかし、この事件は、判例③と同じく法定刑の比較的低い傷害罪に関するものであるから有利な情状として量刑で調整できたのであり(宣告刑は懲役4月)¹⁰⁾、仮に——以下で述べる判例⑥のように——正当防衛に当たる第1暴行から死亡結果を生じた場合には、3年以上の有期懲役を規定する傷害致死罪を認めて過剰防衛とするのは、行き過ぎであるように思われる¹¹⁾。傷害致死罪は、過剰防衛を理由とする法律上の減軽と酌量減軽とを併せても、9月の懲役より軽くはできないし、過剰防衛を理由とする刑の免除が認められた例は極めて少ないからである¹²⁾。また、傷害罪に関するものにすぎない本決定の射程は、もちろん、このような傷害致死罪の事案

10) それでも、山口厚『刑法総論 [第3版]』(有斐閣, 2016年)143頁は「不可罰である第1暴行まで処罰の対象に含めることには問題がある」とするし、小林・前掲注9)256頁は「『有利な情状として考慮すれば足りる』などと到底いえない。」と評する。

11) 暴行罪の法定刑は「2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料」(208条)であるのに対し、傷害致死罪の法定刑は「3年以上の有期懲役」(205条)であって法定刑に重なる部分がなく、刑の下限を比較すれば、前者が1000円の科料、後者が3年の懲役という大きな差があることを忘れてはならない。

12) 広島高判昭和26・3・8判特20号12頁、大阪地判昭和34・4・15家月12卷3号166頁、国東簡判昭和34・4・16下刑集1卷4号1029頁、大阪地判昭和38・8・8判時355号75頁、東京地判昭和42・7・10判タ213号198頁、大阪地判昭和44・3・4刑月1卷3号233頁、東京高判昭和49・8・1刑月6卷8号873頁、大阪高判昭和53・6・14判タ369号431頁、大阪高判昭和54・9・20判時953号136頁、大阪地判平成2・6・25判タ758号281頁、名古屋地判平成7・7・11判時1539号143頁、大阪簡判平成27・2・26(LEX/DB 255066111)等。その多くは、生命に対する危険を感じての恐怖から極度の興奮、狼狽といった心理状態で行われたものである。

には及ばない¹³⁾。ゆえに、本決定をして、「判例は適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させている」とは言えない¹⁴⁾。

(2) 行為を分離して処理した裁判例

これに対して、行為を分離して処理した裁判例としては、正当防衛としての暴行を共同で行っていた被告人の仲間が量的ないし時間的な過剰防衛としての暴行を行い被害者を負傷させた事案に関する⑤最判平成6・12・6刑集48巻8号509頁がある。詳しくは、被告人Xが友人A、B、C、D、Eと路上で談笑していたところ、酩酊状態にて通りかかった被害者FとAとの間で口論となり、FがB(女性)の髪を掴んで引き回す等の暴行を始めたため、A、C、D、Xはそれを止めさせるべく、Fの手などを掴み、また、顔面や身体を殴る蹴るなどしたところ(第1行為)、Fは暫く応戦しつつ、なおもBの髪を掴んだまま20mほど引っ張り続け、駐車場入口付近に来てようやくBの髪から手を放した。しかし、その後もAがFを手拳で殴打し、そのためFは転倒してコンクリートに頭部をぶつけ重症を負った(第2行為)というものである。Xは、第2行為の時、暴行に加わることはなかったが、暴行を抑止することもなかった。本判決は、Aの暴行を「侵害終了後」のものと述べているので、これは「量的過剰防衛」に関するものと解される。

これにつき本判決は、「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が

13) 本決定の調査官解説(松田俊哉「判解」『最高裁判所調査官解説刑事篇〔平成21年度〕』(法曹会, 2013年)13頁)も、「本決定は、第1暴行により傷害を負わせ、第2暴行では(傷害を伴わない)暴行を加えたという事案に関する事例判断であり、それを離れて、事例I(第1暴行によって侵害者を死亡させたという事例——筆者注)につき傷害致死罪が成立すると解すべきか否かについては触れていないことに、まず留意する必要がある。」と述べている。

14) 山口・前掲注5)143頁は、死亡結果がいずれの暴行によってもたらされたかが立証できない場合には、「むしろ重い結果について刑事責任を問うべきではないのではないかとと思われる。」と述べる。

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において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現時と侵害終了後に分けて考察するのが相当であり、侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の防衛については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである。」(下線筆者)と述べている。

本判決の要点は、時間的・場所的に近接した「一連の暴行」の場合でも、第1暴行が適法な正当防衛に当たる場合には、後の暴行を加えていない者の刑責に関しては、暴行を「侵害現時と侵害終了後に分けて考察するのが相当」としたところである。これは、「一連の暴行」つまり暴行罪等の構成要件該当性の判断においては1個の構成要件で評価される暴行であっても、場合によってはこれを分けて考察すべき場合があることを意味する。しかも、その調査官解説は、「自己又は第三者の権利の防衛という適法行為に関与したことで不当にも追撃行為にも関与したとされてしまうことのないよう、追撃行為についてはあらためて攻撃意思、さらには共同遂行意思の存在を厳格に再確認する必要がある¹⁵⁾」と述べている。ここには、「一連の暴行」であっても、適法な暴行と違法な暴行とは分けて考察すべきであるとする考え方が示されている。

もっとも、本判決は、違法な第2暴行を行わなかった人物に関する共犯責任に関わるものであった。ゆえに、その射程は、同一人物の防衛行為が途中から過剰となった事案には、直ちには及ばない。

しかし、次の⑥最決平成20・6・25刑集62巻6号1859頁は、被告人の

15) 川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成6年度〕』(法曹会, 1996年) 223頁。

正当防衛行為としての殴打(第1暴行)によって気を失った被害者に対し、それに気づきながら、憤激のあまりさらに暴行(第2暴行)を加えて傷害を負わせたが、被害者は、正当防衛行為である第1暴行によって倒れた際に負った致命傷で死亡したという事案につき、第2暴行を独立して考察し傷害罪としたうえ、過剰防衛としての刑の減免を認めなかった。これは「量的過剰防衛」の事案に類似しているが、被告人には第2暴行の時点で、すでに被害者に攻撃能力がないことを認識したうえで暴行に及んでいるため、「防衛の意思」のない第2暴行は「過剰防衛」にはならなかったのである。

①判例との事案の本質的な相違は、被害者がさらに攻撃をしてくる可能性がないことを、被告人が認識していたか否かである。前者ではそれはなく、後者ではそれがあった。ゆえに、前者では、全体を(過剰)防衛行為としたのに対し、後者では、「防衛の意思」のない加害行為としたと解される。なお、ここにいる「防衛の意思」は、被害者の攻撃を予想して、これに対応する意思という程度のものである。

この判例⑥については、第2暴行時にこの「防衛の意思」がないため、行為の動機が第1暴行とは異なるので、「一連の暴行」として一体的に処理することができなかったという理解がある。しかし、「防衛の意思」は「憤激の意思」と共存していてもよいのであり、よって、本件の被告人にとっては、第1暴行も第2暴行も、理不尽な攻撃を仕掛けてきた被害者に対する「憤激の意思」によるものでもあったという場合に、「行為の動機が第1暴行とは異なる」とまでは言えないであろう。つまり、実行行為の一体的処理、つまり「一罪」としての処理は、行為の動機が異なるといった事実的理由のみによって決定されるものではないのである。むしろ、第1暴行は適法であって罪責の対象とはならないといった理由が、より重要である。

加えて、第2暴行の際、仮に本件の被告人に、わずかでも被害者が息を吹き返してすぐにも攻撃してくる可能性があるという認識があったとすれ

ば、この被告人は「防衛の意思」をもって「一連の暴行」を行ったのだから、適法な正当防衛行為によって致命傷が生じていた場合には傷害致死罪になるとすべきであろうか。これは、「防衛の意思」なく第2暴行を行ったという、より犯情の重い場合よりも被告人に不利益を課すことになる。それは、両事案の犯情を比較すれば、不当な結論である。

ゆえに、判例⑥の考え方は、第2暴行が「防衛の意思」をもってなされたという、より犯情の軽い場合にも当てはまるべきである。

(3) これらの裁判例の比較

さて、これらの裁判例を、冒頭に掲げた問題である侵害が継続している途中に防衛行為が相当な程度を超えたが、被害者の致命傷はそれ以前の第1暴行のみによって形成された（合理的な疑いがある）場合について検討してみよう。

この場合にも防衛者に、過剰防衛による刑の減免の可能性はあるが、傷害致死罪を認めるべきであるとする先例は、①から④までの裁判例の中には存在しない。なぜなら、①から④までの裁判例は、いずれも、「適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させた」ものではないからである。また、③④判例は、法定刑の比較的低い傷害罪に関するものであるから有利な情状として量刑で調整できたのであって、法定刑の格差が大きい傷害致死罪に関する先例ではない。もちろん、行為を分離して考察した⑤⑥判例は、その先例にはならない。

また、「罪を犯す意思」の意味・内容について検討したところによれば、適法な正当防衛については防衛者に「罪を犯す意思」があるとは言えないので、仮に①から③までの裁判例において被害者の死亡や負傷が故意のない第1暴行によって生じたとすれば、それぞれ殺人罪や傷害罪の成立は認められないはずである。しかし、幸いにも、これらの裁判例では、殺人や傷害の結果はいずれも違法な第2暴行によって生じた、あるいは第2暴行

も相俟って生じたことが明らかな事案である。

これに対し、判例④は、「罪を犯す意思」のないことが明らかな第1暴行によって生じた傷害を理由として傷害罪の成立を認めている。これは、理論的には何とも正当化できないものである。しかし、判例④は、この事実をも含めて、有利な情状として量刑で調整してしまったのである。

(4) 小 括

しかし、以上の検討からは、ともかくも、最高裁の判例では、「適法な第1暴行のみで死因が形成された場合でも暴行全体を包括して死亡結果を行為者に帰責させた」ものはないことが明らかとなった。それどころか、判例⑤は、「一連の暴行」であっても、適法な暴行と違法な暴行とは分けて考察すべきであるとする考え方を示したものである。加えて、判例⑥は、第2暴行時には「防衛の意思」がなくなっていた人物の「一連の暴行」について、これを分けて考察すべきことを示している。そうであれば、第2暴行時に「防衛の意思」がまだ残っていた人物の「一連の暴行」についても、同じように扱わなければ、犯情の軽い人物を却って不利益に扱うことになる。

さらに、「第1暴行と第2暴行は、B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って、それぞれ分断して評価すべきではない。」とする考え方は、「罪を犯す意思」のないことが明らかな第1暴行によって生じた死傷結果についても故意犯の罪責を認めることになるものであり、刑法理論からは到底正当化できるものではない。ゆえに、被害者の致命傷がどこで生じたかわからないという事態が構造的に生じやすいという立証の困難¹⁶⁾も、被告人に不利益な方向で解決されるべきでない。

16) 永井・前掲注1)134頁は、それにもかかわらず、この困難を被告人の犠牲によって解決しようとする。

4. 「一罪」の内容

(1) 構成要件と「犯罪の個数」

ここで視点を変えて、構成要件と「犯罪の個数」ないし「一罪」との関係を見てみよう。「犯罪の個数」を決める基準に関する現在の通説は、「構成要件標準説」である。それは、ある事実が「一つの構成要件によって一回的に評価されるものであるときは一罪である¹⁷⁾」とするものである。それゆえ、たとえば連続した暴行が暴行罪の「一つの構成要件によって一回的に評価されるものであるときは」、暴行罪「一罪である」ことになり、この一連の暴行のうちのいずれかの動作によって被害者に傷害が生じたのであれば、どの動作によってこれが生じたかに関わらず、傷害罪「一罪である」。

したがって、被告人の連続した暴行のうちのある時点までのものが正当防衛に当たるか否かという問題を度外視すれば、この一連の暴行のうちのいずれかの動作によって被害者に傷害が生じた場合には、どの動作によってこれが生じたかに関わらず、傷害罪「一罪」が成立する。

もっとも、このような考え方は、「ある事実が……構成要件を充足し、かつ違法性・責任の要件を具備するとき、犯罪が成立する¹⁸⁾」ことを条件にしていることに注意が必要である。その上で、「どのような犯罪が成立するか」といえば、「その事実が充足する構成要件の罪が成立する¹⁹⁾」のである。決して、違法性・責任の要件を具備しない動作までもが「一罪」に含まれるわけではない。ときに、「違法性・責任の要件を具備するとき」という条件を明示していない罪数判断が示されることもあるが、それは、当然のことなので省略されたと考えるべきなのである。

17) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社, 1990年) 437頁。

18) 団藤・前掲注17) 435頁。

19) 団藤・前掲注17) 435頁。

(2) 構成要件に該当するが違法でない行為と「一罪」

したがって、構成要件に該当するが違法でない行為ないし動作は、「一罪」に含めてはならない。このことは、現代に至る構成要件論の創始者とされるドイツのエルンスト・ベアリンクも述べていることである。すなわち、彼は、包括して一個の種類となる複数の構成要件該当的行為は一罪となるが、「それは、これらの行為のいずれもが違法でもあった場合に限られる²⁰⁾」と明言している。なぜなら、犯罪は違法な行為でなければならないので、「一罪」となる行為もまた、「違法性を充たしていない行為を混入することによって汚染されてはならないからである」というのである。たとえば、Aという人物がBの料理にこっそり毒を入れ、次いでBがAに違法な攻撃を加え、Aが正当防衛としてこれを殺害した場合、Aの二つの動作は構成要件的には包括される可能性はあるが、第二の動作は正当防衛として適法であるからすべて除外しておかなければならず、その結果、Aは第一の動作による殺人未遂の罪責だけを負うという²¹⁾。同様に、正当防衛としての殴打もまた、「殴り合い」の罪(Raufhandel)(ドイツ刑法旧227条)に包括されて「一罪」を構成することはない²²⁾。

「一罪」決定に関する「構成要件標準説」もまた、このベアリンクの見解に由来する。違法性・責任の要件を具備しない動作も含めて、一個の構成要件で評価できるものはすべて「一罪」を構成するというのは、「構成要件標準説」に対する短絡的な誤解にすぎない²³⁾。

20) E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 351.

21) Beling, a. a. O., S. 352.

22) Vgl. Beling, a. a. O., S. 352.

23) ゆえに、「刑罰権の存否及び範囲は、1個の行為につき、①構成要件該当性、②違法性、③有責性の順序に従って判断されるのであるから、まず、構成要件該当性を考えるべきであって、本件のように複数の暴行を加えた事案でも、その全体が1個の傷害罪の構成要件に当たるのであれば、その該当性を認めた上、次の違法性の判断の段階で、その全体が正当防衛に当たるか、過剰防衛に当たるか等を判断するのが論理的に一貫している」とする松田・前掲注13)9頁の考え方は、論理的に一貫しているどころか、「構成要件標準説」に対する誤解に拠るものと評さざるを得ない。さらに、「まず判断の対象とな

5. ま と め

以上の検討をまとめると、以下のようになる。

(1) 途中から過剰となった防衛行為では、過剰な行為に対してしか「罪を犯す意思」は認められない。防衛の程度を超える前の防衛行為は適法だからである。

(2) ゆえに、過剰な防衛行為があったことを理由として防衛者に——結果的加重犯を含む——故意犯を認める場合、その対象となる行為は過剰となった後の防衛行為に限られる。

(3) 傷害致死罪に関しては、(2)の理に反するような裁判例は、最高裁には存在しない。わずかに、法定刑の低い傷害罪に関して、これを量刑で調整してしまったものがあるだけである。

(4) 当初から防衛の程度を超える意思を有する者には「罪を犯す意思」が当初からあるように思われるが、この場合でも、それが未遂処罰規定のない暴行や傷害であったなら、現に防衛の程度を超えた暴行ないし傷害のみが、その罪責の対象となる。

(5) この理は、「一罪」すなわち1個の実行行為の範囲を1個の構成要件によって包括されるもので画する場合にも当てはまる。ここでは、違法性・責任の要件を具備しない動作は、「一罪」の範囲に包括されてはならない。なぜなら、犯罪とは、「構成要件に該当し違法で有责な(=責任のある)行為」——犯罪によっては「客観的処罰条件」も具備した行為——に限られるからである。

↘『一個の行為』の内容を確定すべきであり、それが確定した後に、当該『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきものである。」とする永井・前掲注1)135頁の考え方は、関係する構成要件を参照せずに「一個の行為」(eine Tat)が決められるという前提に、すでに無理がある。被害者を密室に閉じ込めている状態は、監禁罪の成否が問われる限りで、途中、行為者が睡眠中の状態にあっても「一個の行為」となるのである。

(6) この理を無視して、1個の構成要件に該当する行為は、その中に適法な動作が含まれていても、全体として違法であれば全体として「一罪」を構成するとするのは、「構成要件標準説」に対する誤解によるものである。