

侵害の継続性と量的過剰

一両事案における判例の刑法的評価の対象となる行為の特定方法を中心に—

東北大学大学院法学研究科・法学部教授 成瀬 幸典

- 1 はじめに
- 2 問題の所在
- 3 侵害の継続性事案及び量的過剰事案に関する判例—主流としての全体的考察
- 4 判例における全体的考察の要件
- 5 判例の立場の理論的検討 1 —分析的考察と全体的考察の理論的基礎及び両者の関係
- 6 判例の立場の理論的検討 2 —判例の採用する全体的考察の要件の妥当性
- 7 まとめ

1 はじめに

「行為者が、相手方の急迫不正な侵害行為に対して防衛行為（以下、第1行為とする）を行い、それにより相手方の体勢が崩れるなどしたにもかかわらず、さらに行為（以下、第2行為とする）を継続した」という事案における正当防衛や過剰防衛の成否判断について、古くから、第1行為と第2行為を一連の1個のものとして捉え、行為全体を対象として考察すべきか（以下、このような考察を全体的考察とする）、各行為を個別的に対象として考察すべきか（以下、このような考察を分析的考察とする）が議論されてきたが、近年、上記の事案を対象とした最高裁判例⁽¹⁾が相次いで現れたため、学説上も、この問題に関する関心が高まっている⁽²⁾。後に見るように、上記の事案を対象としたわが国の判例・裁判例（以下、判例とする）の主流は、「要件が満たされている場合」には、全体的考察に依拠した処理を行っているといえるが、その基礎にある理論的発想や判例が前提としている全体的考察の要件は、判決文はもちろん、各判例を対象とした評釈類においても、十分に明確な形で言語化されているとは言い難い。本稿の目的は、これらを解明し、その理論的当否について検討を加えることにある⁽³⁾。

(1) 最決平成 20・6・25 刑集 62 卷 6 号 1859 頁（以下、平成 20 年決定とする）、最決平成 21・2・24 刑集 63 卷 2 号 1 頁（以下、平成 21 年決定とする）。

(2) 学説状況については、拙稿「量的過剰に関する一考察（1）・（2・完）」法学 74 卷 1 号 1 頁以下、75 卷 6 号 48 頁以下（以下、「量的過剰」とする）を参照。

(3) 本稿は、2011 年 9 月 17 日に早稲田大学で開かれた現行刑事法研究会の第 3 回例会において発表した原稿を加筆・修正したものである。筆者の報告に対してコメントして下さった川上拓一早稲田大学教授並びに研究会の場において貴重

また、筆者はこの問題に関連する論文⁽⁴⁾・判例評釈⁽⁵⁾を公表してきたが、それらにおいては、紙幅の都合上、判例の立場を詳細に検討することはできなかった。本稿は、この点に関して、これまでの拙稿を補足するものでもある。なお、以下では、判例の引用は【別紙】に挙げた番号（例：判例○）により行う。

2 問題の所在

（１）冒頭に挙げた「相手方の急迫不正な侵害行為に対して第１行為を行い、それにより相手方の体勢が崩れるなどしたにもかかわらず、第２行為を行った」という事案においては、第１行為によって相手方が体勢を崩すなどしたため、第２行為時点ではすでに相手方の侵害は止んでいたように見える一方で、相手方の攻撃意思の強さなどから、なお侵害は継続していたようにも見えることが少なくない。そこで、この種の事案を考察する場合、まず、第１行為により相手方の侵害が終了したか否か（侵害の継続性の有無）を確認する必要がある。そして、第２行為の時点でも行為者が急迫不正の侵害にさらされていた（相手方の侵害が継続していた）と認められた場合、防衛の意思が確認されれば、第２行為それ自体も防衛行為であることになるため、第１行為及び第２行為について、あるいは、第１行為から第２行為に至る一連の行為全体について、正当防衛としての違法性阻却の可否が問題になる。その際、第１行為と第２行為の双方が相当性を満たすときには、全体的考察によるにせよ、分析的考察によるにせよ、行為全体について、正当防衛として違法性が阻却されることになるので、両考察のいずれによるべきかを議論する実益は乏しい⁽⁶⁾。これに対して、行為の一方については相当性が認められるが、他方については認められない場合には、全体的考察を行い、第１行為から第２行為に至る一連の行為全体について１個の過剰防衛を認めるべきか、それとも、分析的考察を行い、相当性が認められる行為については正当防衛として違法性が阻却されるが、相当性を欠く行為については過剰防衛となると解すべきかが問われることになる。特に、平成 21 年決定のように、重い結果が相当性

なご指摘を下された諸先生方に心から感謝申し上げます。

(4) 前掲「量的過剰(1)」・「同(2・完)」のほか、拙稿「演習」法教 343 号 180 頁以下。

(5) 平成 20 年決定に関する評釈である、拙稿「判例セレクト 2008」（法教 342 号別冊付録）29 頁、同「判批」論究ジュリスト 1 号 217 頁以下、平成 21 年決定に関する評釈である、拙稿「判批」法学 75 巻 4 号 54 頁以下。

(6) 逆に、第１行為・第２行為ともに過剰であったという場合、全体的考察による場合は、行為全体について１個の過剰防衛の成立を認めることになるのに対し、分析的考察による場合、第１行為と第２行為それぞれについて過剰防衛の成立を認めることになるが、後者による場合、通常、第１行為と第２行為のそれぞれについて成立した犯罪は包括一罪の關係に立つと考えられるので、やはり、両考察のいずれによるべきかを論じる実益は乏しい。

の認められる行為から発生したことが確認された場合には、いずれの考察に依拠するかによって、結論上の相違が生じることになるため、両考察の関係及び各考察が可能になる条件を明らかにしておくことは、理論的観点においてのみならず、実践的にも重要な意味を持つことになる。

(2)(1)とは異なり、冒頭の事案で、第1行為の結果、相手方の侵害が終了していたと判断された場合には、量的過剰として36条2項を適用することができるかが問題になる⁽⁷⁾。量的過剰とは「当初は正当防衛として行われた行為の結果、相手方の 侵害が終了した にもかかわらず引き続き攻撃を加える場合」であり⁽⁸⁾、その概念上、第1行為によって侵害行為が終了していることを前提にしていることから、第2行為は急迫不正の侵害に対する行為(防衛行為)ではなく、刑法36条2項の適用の余地はないので、第1行為は正当防衛として違法性が阻却されるが、第2行為はただの犯罪行為にすぎないのではないかと疑問が生じるが⁽⁹⁾、わが国では、過剰防衛の刑の減免根拠等に照らして、第1行為と第2行為を一連一体の1個のものと捉えることができる場合(全体的考察を行うことができる場合)には、行為全体について1個の過剰防衛の成立を認めることができるとする見解が有力である。また、判例も、量的過剰の成否が問題になる事案(以下、量的過剰事案とする)について、全体的考察に依拠して、行為全体について1個の過剰防衛の成立を認めたものが少なくない(【別紙】Ⅱ参照)⁽¹⁰⁾。

(7) この意味で、侵害の継続性の有無は、量的過剰の成否判断の先決問題である。

(8) これに対し、量的過剰について、侵害の終了を要件とせず、「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」と定義する論者もあり(永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法体系(30)』(1999年)136頁、前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(2011年)394頁、山口厚「判批」刑ジャ18号80頁注9)、平成20年決定も「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」と表現している(この定義によれば、判例②、④は量的過剰事案に関するものであることになる。また、判例⑮は、この定義にほぼ合致する事案であり、終盤には侵害が終了したと認定されたものである)。

しかし、侵害が終了していない場合は、継続している侵害に対する防衛行為の相当性を考えれば足りるはずであるから、本文に述べた量的過剰の定義にしたがうべきであろう。実務家が執筆した論稿の多くも、量的過剰について、侵害の終了を要件とした定義を採用している。松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀(上)』(2006年)126頁、遠藤邦彦「正当防衛に関する2、3の考察」前掲『小林＝佐藤古稀(上)』66頁注3)、中川深雪「判批」研修728号17頁等。

(9) 実際、第2行為の時点では侵害行為が終了していることを重視し、量的過剰を過剰防衛の一種とすることを否定する見解も主張されている。日高義博・現刑1号71頁、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2＝3号227頁以下等。

(10) これに対して、最判平成9・6・16刑集51巻5号435頁(以下、平成9年判決とする)の原判決(刑集51巻5号451頁)は、侵害の継続性を否定した上で、重い傷害結果が第2行為から発生したことを根拠に、一連の行為全体が傷害罪に

もっとも、量的過剰事案では、第1行為による相手方の侵害の終了という事象の断絶性を基礎づける事情が認められるため、量的過剰という過剰防衛の類型を認めるにしても、どのような条件が満たされた場合に、全体的考察が可能となり、その成立を認めることができるのか（全体的考察の要件）を理論的に明らかにしておくことは重要である⁽¹¹⁾。しかし、従来の学説上、この点に関する十分な理論的説明⁽¹²⁾や判例の前提としている全体的考察の要件とその理論的当否についての十分な検討はなされていないというのが現状である。

(3) このように、冒頭に挙げた事案は、侵害の継続性が肯定される事案（以下、侵害の継続性事案とする）と侵害の継続性が否定された場合に関する量的過剰事案の2つの類型に分けることができ、①侵害の継続性が否定される事案が増加すれば、量的過剰の成否が問題になる範囲が拡大するという意味で、侵害の継続性事案と量的過剰事案の間には事実上の相関関係があること⁽¹³⁾、②いずれの事案においても全体的考察と分析的考察のいずれに依拠すべきかが問われること、③侵害の継続性事案において、行為の一方について相当性が否定された事案について、全体的考察を行い、一連の行為全体について1個の過剰防衛の成立を認めることと、量的過剰事案において、全体的考察を行い、一連の行為全体について1個の過剰防衛の成立を認めることとの間には「事の実質にさほどの相違はない」と考えられること⁽¹⁴⁾から、以下では、両事案（及びそれらと類似する事案）に関する判例の処理のあり方を総合的に確認し、その理論的当否を検討することにする。

3 侵害の継続性事案及び量的過剰事案に関する判例―主流としての全体的考察

当たるとしながらも、過剰防衛の適用を否定した。この点については、注(38)参照。

(11) 判例④の判例時報の匿名解説は、量的過剰事案につき、「一連の反撃を全体として見て過剰防衛に当たるというか、それとも、前半の反撃は正当防衛だが後半の反撃はもはや急迫の侵害がないから過剰防衛にも当たらないと分割して見るか、事案によっては微妙な判断を要求されることがある」としている。また、松尾・前掲126頁以下は、量的過剰の成否の判断について、実務上、「しばしば直面する困難な問題の1つ」としている。永井・前掲133頁も参照。

(12) 従来の学説の多数は、量的過剰の成否を過剰防衛の減免根拠の観点から判断しているが、このような説明は理論的に不十分であることにつき、拙稿「量的過剰(2)」55頁参照。

(13) 判例は、侵害の継続性事案に関するものが多く、量的過剰事案に関するものは多くないとの分析が行われているが（松尾・前掲134頁、中川・前掲20頁）、その背景には、本文の③で述べた事情と急迫不正の侵害の継続を認めた上で過剰防衛の成立を認めるという枠組みのほうで、「問題を主に事実認定の領域で処理する」ことになる点で「使いやすい」と考える実務家が多いという事情があると推測される（永井・前掲136頁）。

(14) 永井・前掲136頁。

わが国では、戦前から、侵害の継続性事案や量的過剰事案について、第1行為と第2行為を併せた一連の行為全体を評価の対象として正当防衛や過剰防衛の成否を検討する判例が存在していたが⁽¹⁵⁾、戦後も、最判昭和34・2・5刑集13巻1号1頁（以下、昭和34年判決とする）が、量的過剰事案に関して全体的考察を行い、過剰防衛の成立を認めて以降、両事案に関する大多数の判例（侵害の継続性事案に関する判例①～⑧、平成9年判決及び平成21年決定、量的過剰事案に関する判例⑪～⑮）は、全体的考察を行い、第1行為から第2行為に至る一連の行為を1個の防衛行為と見て、その全体について相当性の有無を検討しており⁽¹⁶⁾、分析的考察に依拠して事案を処理した判例（侵害の継続性事案に関する判例⑨、⑩、量的過剰事案に関する判例⑯、平成20年決定）は少数にとどまっている。

さらに、第1行為時に存在した「急迫不正の侵害に関する誤想」が、第2行為時には失われていたという事案（この場合、行為者の主観面では、当初は存在していた急迫不正の侵害が、第1行為により終了したことを認識しつつ第2行為を行っているという点で、量的過剰事案と同視できる）についても、全体的考察によって一連の行為全体について1個の誤想過剰防衛を認めた判例⁽¹⁷⁾があること、量的過剰事案において、全体的考察を行わず、量的過剰の成立を認めなかった判例⑯や平成20年決定も、当該事案における具体的な事実関係を基礎に、その事案では全体的考察を行うことはできないとしたにすぎず、全体的考察そのものを否定したわけではないことに照らすと、侵害の継続性事案や量的過剰（及びそれと類似の）事案に関する判例の主流は、「要件が満たされている場合」には、全体的考察によって事案を処理しているといえる。また、侵害の継続性事案や量的過剰事案に関するほとんどの判例は、被害者の第1侵害行為から第2侵害行為に至る一連の行為を全体的に考察して、侵害の継続性の有無を判断しており⁽¹⁸⁾、全体的考察は、「行為者の行為の評価」のみならず、「被害者の行為の評価」に関

(15) 昭和34年判決以前の判例につき、拙稿「量的過剰(1)」22頁以下参照。

(16) 判例⑦の判例タイムズの匿名解説は、「この種の事案においては、前半と後半を分断的にではなく、全体的に観察すべきである旨説かれることが多い」としている。

(17) 札幌高判昭和51・5・25判時833号127頁、東京高判昭和54・5・15判タ394号161頁（その第1審である東京地判昭和53・11・6判タ375号153頁も）。

(18) 第1侵害行為に対する行為者による反撃行為（第1行為）は行われていないが、第2侵害行為が想定される状況でそれに対する防衛行為を行ったという事案に関する判例（【別紙】Ⅲ参照）の多くは、このような被害者側の侵害行為に関する全体的考察を行った上で、行為者の防衛行為性（特に、侵害の急迫性の存否）や防衛行為の相当性について判断している。なお、このような事案も、侵害の継続性事案の一種といえるが、第1行為が存在しないため、行為者の行為の全体的考察の可否という問題は生じない。

しても広く行われている。

このように、判例は、侵害の継続性事案や量的過剰事案について、「要件が満たされている場合」には、全体的考察に依拠して事案を処理しているといえるが、判例の想定している全体的考察の要件とは、どのようなものであろうか。次に、この点を確認しよう。

4 判例における全体的考察の要件

(1) 【別紙】に挙げた侵害の継続性事案及び量的過剰事案に関する判例が、全体的考察の可否の判断に際して指摘している事実や前提としていると考えられる事実としては、第1行為と第2行為の時間的・場所的な連続性・接着性(条件①)、第1行為と第2行為における被害者の同一性(条件②)、第1行為と第2行為の防衛的な心理状態の連続性・共通性(条件③)、第1行為と第2行為の方法・態様の類似性(条件④)、各行為の結果への寄与度(条件⑤)の5つを挙げることができる⁽¹⁹⁾。

(2) このうち、条件①は大多数の判例が言及しており、特に言及していない判例(判例③、平成9年判決、判例⑧、平成21年決定等)についても、認定された事実から十分に認められるものである。また、条件②も、全体的考察の可否判断の際に、明示的に言及した判例こそ少ないものの(言及したものとして、判例⑭)、【別紙】に挙げたすべての判例において認められるものである。確かに、条件①及び条件②が認められるからこそ、「行為者の一連の行為は全体として1個の防衛行為と解すべきではないか」との疑問が生じ、全体的考察の可否という問題の契機が与えられることになるのであるから、これらは全体的考察の必要条件であり、同考察の事実的基礎を構成するものであるといえよう。しかし、全体的考察の可能性を認めつつ、それを否定した判例⑯や平成20年決定においても、条件①・②は認められることから分かるように、判例上、それらは全体的考察の可否を判断する決定的な基準とはされていない。問われているのは、条件①・②が認められる場合に、それらに加えて、いかなる条件が満たされれば全体的考察が可能になるのかということなのである。

(19) なお、量的過剰事案に関して、全体的考察を否定した判例⑯や平成20年決定は、第1行為から第2行為に至る過程における被害者側の状態の重大な変化を挙げているが、このような変化は、侵害の継続性事案・量的過剰事案の概念上、当然に認められる前提事情であり、全体的考察の決定的な可否基準とはなりえない。もっとも、このような変化は、後述する第1行為と第2行為の事実的関連性を否定する事情の1つとはなりうるであろうし、行為者が被害者側の状態の変化を認識しながら、それに乗じて第2行為に出た場合、条件③が認められないことが多くなるであろう(判例⑯や平成20年決定においても、上記の事情は条件③の有無に関する間接事実として考慮されているように思われる)。

(3) この点、【別紙】Ⅰに挙げた判例からは、侵害の継続性事案において全体的考察を行ったすべての判例が、第1行為と第2行為の双方について防衛の意思が認められる（あるいは、第1行為から第2行為に至るまで防衛の意思が継続している）と指摘していることが、また、【別紙】Ⅱに挙げた判例からは、量的過剰事案において全体的考察を行ったほとんどすべての判例（判例⑭が唯一の例外である）が、第1行為から第2行為に至るまでの行為者の防衛的な心理状態の連続性・共通性を指摘し、全体的考察を否定した判例⑩・平成20年決定が防衛的な心理状態の断絶性を指摘していることが見て取れることに照らすと、判例が全体的考察の可否判断の決定的な基準としているのは条件③であると考えられる⁽²⁰⁾。

(4) なお、条件④も、第1行為から第2行為に至る一連の行為の客観的な同質性を示すものとして、全体を1個の行為として把握する根拠となりうるものであり、実際、【別紙】Ⅰ・Ⅱに挙げた判例の多くも、全体的考察の可否判断の際に条件④に言及している。特に、量的過剰事案に関し、全体的考察を否定した判例⑩や平成20年決定が、第1行為と第2行為の方法・態様の相違・変化を指摘していることは注目に値する⁽²¹⁾。しかし、侵害の継続性事案において、過剰防衛の成立を認めた判例には、第2行為が第1行為と比べ、質的に強度なものに変化したことを指摘したうえで、行為全体につき、防衛行為としての相当性を逸脱し、過剰であるとしたものが多く（判例②、③、⑤、⑦。また平成9年判決も参照）、条件④は全体的考察の可否の決定的な基準とはされていないように思われる。そもそも、侵害の継続性事案では、第2行為時点においても被害者側の侵害は継続していると認められはするものの、行為者側の第1行為によって、一旦攻撃が止んだのではないかと考えられる程度にその態勢は崩れ、その攻撃力（侵害の程度）も減退しているので⁽²²⁾、行為者側がそれに乗じて、第1行為と比べ、質的に強度の攻撃を加えてしまうことが多く、【別紙】Ⅰに挙げた当該事案に関する判例で

⁽²⁰⁾ ただし、判例⑭は、第2行為時点では、侵害は終了しており、行為者は防衛の意思を失っていたことを認め、第1行為と第2行為を「法律的観点から事後的に分断することは可能」であるとしつつも、条件①・②が満たされていること及び両行為が「同一の確定的殺意」に基づいていることを指摘して、「特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが自然である」とし、結論的には、特段の事情はないとして全体的考察を行った（本文の（5）参照）。判例⑭は、全体的考察の可否を専ら事実に観点から判断しているが、【別紙】に挙げた判例の中では異質なものといえる。判例⑭については、注（35）参照。

⁽²¹⁾ もっとも、判例⑩の判示からは、条件④そのものが重視されているというよりも、条件④は条件③の不存在を示す間接事実として指摘されているように思われる。

⁽²²⁾ このような事情が認められるからこそ、侵害は終了している（あるいは継続していない）ので、第1行為と第2行為とを分けて、分析的に考察すべきであるとの検察側の主張と、侵害は継続しているので、一連の防衛行為として全体的に考察すべきであるとの弁護側の主張が衝突することになる。

も、第1行為については相当性が認められるが、第2行為については認められないとしたものが多い。侵害の継続性事案に関する判例の多くが、全体的考察に依拠しているという事実は、判例が条件④を全体的考察の要件としていない証左であると思われる。条件④は、条件③を推認させる間接事実として、また、条件③が認められる場合の全体的考察が可能なことを補強する事情として、考慮されていると見るべきであろう。

(5) 最後に、数は多くないものの、一部の判例(判例⑬、⑭。さらに、平成9年判決の原判決も参照)は、全体的考察の可否を判断する際に条件⑤に言及している⁽²³⁾。例えば、量的過剰事案に関する判例⑭は、条件①・②が満たされることを示し、このような場合、「特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが自然である」としたうえで、特段の事情の有無に関し、条件④に加えて、条件⑤を挙げ、第1行為と第2行為について、「被害者死亡という結果に対する寄与の程度を比較してみても、…明らかに後者が勝っているとはいえず、むしろ両者…が相当程度寄与していることが認められる」と述べ、結論的に、「特段の事情はなく、Xによる刺突行為を急迫不正の侵害が存在する段階とそれが終息した段階で分断することは妥当ではなく、全体的に一個の過剰防衛行為に当たると評価せざるを得ない」としたのである。このような各行為の結果への寄与度を全体的考察の可否基準とすることは妥当でないと考えられるが、この点については、後述する。

(6) 以上をまとめれば、昭和34年判決以降の侵害の継続性事案及び量的過剰事案に関する判例は、第1行為と第2行為の時間的・場所的な連続性・接着性(条件①)及び被害者の同一性(条件②)が認められることを前提に、第1行為と第2行為の防衛的な心理状態の連続性・共通性(条件③)の有無を決定的な基準として全体的考察の可否を判断しているといえる。では、このような判例の立場は理論的に妥当なものといえるであろうか。次にこの点を検討しよう。

5 判例の立場の理論的検討 1 分析的考察と全体的考察の理論的基礎及び両者の関係

(1) 3・4で確認したように、判例は、侵害の継続性事案や量的過剰事案について、要件が満たされている場合には、全体的考察に依拠して事案を処理している。ここでは、全体的考察と分析的考察それぞれの基礎にある発想(理論的基礎)

⁽²³⁾ ただし、判例⑬は、条件①・②・④・⑤を「併せ考えると、…同じ興奮状態の下で余勢に駆られた一連の行為とみるべき」であるとしているので、判例⑬も条件③を「行為全体を一個の殺人行為とみた上で過剰防衛の成立を認める」ための決定的基準としており、条件⑤はその他の条件と共に、条件③を基礎づける事情(間接事実)とされていると見る事が可能である。

を明確化し、それを踏まえて両者の関係を明らかにすることによって、このような判例の立場の理論的妥当性を検討する。

(2) 法の適用とは、「問題となる事実を特定し、それを法的観点から評価する(事実を認定し、当該事実法令を適用する)」という作業であるが、刑法の場合、「問題となる事実」の中心に位置するのは「犯罪の成否が問題となる行為者の行為」である。もっとも、人の行為は、時間的・場所的に連続して一連のものとして行われ、その記述方法は無限であるので、一連の行為を「一定の観点」から切り出し、刑法的評価の対象となる部分を特定する必要がある。分析的考察と全体的考察は、この「刑法的評価の対象となる行為者の行為の特定方法」に関するものである。

このうち、分析的考察とは、刑法の目的(の1つ)が法益の保護にあるとする通説的理解を基礎にして、「個々の法益侵害(結果)を直接的に惹起した特定の人の行為」は、それぞれ独立に刑法的評価の対象とすべきであると主張する見解といえる。いま問題となっているのは、「刑法的評価の対象」の特定方法であるから、評価基準である「刑法の目的」という観点を考慮すべきことは当然であり、分析的考察の基本的発想は常識的で、妥当なものである。また、「個々の法益侵害結果を出発点として、因果経過を遡り、その起点となった特定の人の行為を対象として、犯罪の成否を検討する(刑法的に評価する)」という分析的考察の内容は、実務における通常の事案処理のプロセスに沿うものでもあろう⁽²⁴⁾。

(3) しかし、ある行為を対象として犯罪の成否を論じるということは、当該行為に刑罰を科すことの可否を問うことにほかならないのであるから、刑法的評価の対象となる行為の特定に際しては、「法益侵害(結果)の惹起」という観点に加えて、「刑罰権の行使(刑罰による責任追及)」という観点をも加味することが必要であろう。例えば、量的過剰事案の場合、分析的考察によれば、法益侵害(結果)の惹起という観点から、第1行為と第2行為を特定し、それぞれを個別的に刑法的評価の対象として、犯罪の成否を検討することになるが、その結果、各行為がそれぞれ犯罪を構成すると認められた場合(例えば、第1行為が過剰防衛、第2行為がただの犯罪行為とされた場合)でも、最終的には、罪数論の場面で、両者を包括一罪とすることが少なくないと思われる(判例⑫参照)。しかし、包括一罪として処理するということは、「両行為は1回の刑罰権の行使で済ませるべき実体」、すなわち、「1個の犯罪行為としての実体」を有する一連の事象であると評価することを意味するはずであるから⁽²⁵⁾、このような場合、両行為は全体と

⁽²⁴⁾ 以上の点につき、拙稿「量的過剰(2)」61頁以下参照。

⁽²⁵⁾ 分析的に把握された個々の行為が、それぞれ独立して刑法的評価に付され、それぞれが刑罰権の対象になると考える場合、成立する犯罪は併合罪の關係に立つと解すべきであろうが、侵害の継続性事案や量的過剰事案について、一般的に、

して1個の刑法的評価の対象とされうる実体を備えていると解すべきであろう。そして、このような実体が認められるからこそ、全体的考察によって、一連の行為について、1個の過剰防衛行為と評価することが可能になると考えられるのである⁽²⁶⁾。

全体的考察とは、刑法的評価の対象となる行為の特定の問題が「刑罰権の行使対象となる行為の特定の問題」という意味を持つことを的確に認識した正当な見解であり、刑法的評価の対象となる行為の本来的な特定方法というべきものである⁽²⁷⁾。それによれば、まずは、個々の法益侵害（結果）を直接的に惹起した特定の人（行為）を確認し、その上で、その前後の行為について、それぞれが独立して刑罰権の行使の対象となるのか、全体として1回の刑罰権の行使対象となるのかを検討し、後者と判断された場合には、全体を1個の行為として刑法的評価の対象とすべきことになる。

そもそも、人は、意思に基づき、変化する状況に対応しながら時間的に連続して行動する存在であるから、分析的考察のような法益侵害（結果）の惹起という観点からの静態的な考察方法は、犯罪の成否が問題になる人の行為＝刑罰による責任追及の対象となる人の行為の捉え方として、技巧的・不自然であるのみならず、不十分であり、結果惹起の過程やその後の展開をも含めた一連の行為全体についての動態的な把握・考察が不可欠である。侵害の継続性事案・量的過剰事案に関する判例の主流が全体的考察に依拠し、判決文において、「（第1行為と第2行為を）全体的に観察しなくてはそのもつ意味を正しく把握・理解することは困難」である（判例②）、「（第1行為と第2行為を）分断して、急迫不正の侵害の有無を検討することは事態の経過に照らして不自然であり、むしろこれを一体として考察すべき」である（判例⑥）、「特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが自然」（判例⑭）であるといったことを明示するものが存在する理由もこの点にあると思われる⁽²⁸⁾。

（4）このように、刑法的評価の対象となる行為は本来的には全体的考察によって特定されるべきであるが、このことは可能な場合、常に全体的考察を行うべきであることを意味しない。結果惹起という観点から把握された個々の行為が、刑

そのような処理を行うことが妥当であるとは思われない。

⁽²⁶⁾ 以上の点につき、拙稿「量的過剰（2）」62頁参照。

⁽²⁷⁾ 全体的考察に対しては、「その行為が行われた時点では正当防衛として違法性が阻却されるのに、その後に違法行為が行われると、適法行為が遡って違法になる」のは問題であるとの批判が向けられているが、刑法的評価の対象とされる行為の特定の問題は、刑法の裁判規範性と関連するもので、事後的見地から判断されるべきものであるから、上記批判は適切とはいえない。この点について、拙稿「量的過剰（2）」65頁参照。

⁽²⁸⁾ さらに、永井・前掲134頁。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（2）（第2版）』（1999年）324頁（堀籠幸男＝中山隆夫）、遠藤・前掲70頁も参照

法上の行為としての実体を備え、それ自体として犯罪成立要件を満たしている場合に、それを独立に刑法的評価の対象とすることを否定する理由はない。一連の行為が全体として1個の行為として把握され、刑法的評価の対象となりうるということは、個々の行為を対象として刑法的評価を加える（構成要件該当性・違法性・有責性判断を行う）ことを排斥するものではないのである。この意味で、全体的考察と分析的考察は相互排他的な関係ではなく、機能的観点から、いずれの考察方法によるかを選択することは許される⁽²⁹⁾。したがって、全体的考察が可能な事案であっても、訴訟経済等の観点から、法益侵害（結果）の惹起という観点から把握された個々の行為を、独立に刑法的評価の対象とすること（分析的考察を行うこと）も可能である。

しかし、あくまでも機能的観点からの選択であるので、分析的考察によって処理する場合、それにより得られる利益を超える重大な問題が生じる事案においては、刑法的評価の対象となる行為の本来的な特定方法である全体的考察を行うべきである。このことは、侵害の継続性事案や量的過剰事案においては、全体的考察によって刑法的評価の対象となる行為を特定すべきことを意味する。なぜなら、これらの事案において分析的考察に依拠する場合、①一連の行為の一部に防衛手段として相当なものが含まれ、かつ、重い結果を直接的に惹起した行為を特定することができない場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、当該結果は相当性の認められる行為から発生したと認定せざるを得なくなるという問題や、②量的過剰事案では、第2行為時点では侵害が終了しているため、防衛行為性を過剰防衛の要件とする通説・判例の立場からは、過剰防衛を認める余地がなくなってしまうという重大な問題が生じるからである。刑法的評価の対象となる行為の特定方法に関する原則は、全体的考察であり、分析的考察は、訴訟経済的観点等からの例外と解すべきである⁽³⁰⁾。

このような考え方に対しては、分析的考察が原則であり、上記①・②のような問題が生じる個々の事案に限って、例外的に全体的考察を行えば足りるのではないかとの批判があるかもしれない。しかし、分析的考察が本来的な考察方法であり、原則的には、法益侵害（結果）を惹起した各行為を個別的に刑法的評価の対象とすべきであるが、例外的に、結論の妥当性を確保するために、全体として1

⁽²⁹⁾ 分析的考察に基づき、個別の行為について犯罪の成立が認められた場合、さらに罪数論として、1回の刑罰権の行使で済ませるべきかが問題となり、それが肯定されれば、一罪処理（包括一罪となることが多いであろう）がなされることになる。この意味では、一連の行為の一罪性は、「全体的考察を行うべき根拠」とはならない。ただし、一罪処理を行うことができない一連の行為を、全体として1個のものとして考察することはできないという意味では、一罪性は全体的考察の必要条件（「全体的考察を行いうる根拠」）ではある。

⁽³⁰⁾ 以上の点に関する詳細は、拙稿「量的過剰（2）」64頁以下参照。

個の行為として扱うことが認められるとするためには、そのような例外的な考察が許される理論的根拠を示す必要があるだろう。このことが果たされない限り、上記の主張は恣意的な解釈であるとの批判を免れることはできないと思われる⁽³¹⁾。そして、判例も、結論の妥当性を確保するという観点から、全体的考察を行っているわけではないと考えられる⁽³²⁾。侵害の継続性事案に関する判例には、第1行為は正当防衛にあたるが、第2行為は過剰防衛に止まり、かつ、結果を惹起した行為が特定された場合に関して、一連の行為全体について1個の過剰防衛の成立を認めたものが少なくない（判例①、②、⑦、⑪、平成21年決定。また、判例③も参照）が、分析的考察を原則とし、結論の妥当性を図るために、例外的に、全体的考察を行えば足りるとの理解を前提にするならば、この場合には、第2行為だけを刑法的評価の対象とすればよいはずだからである。

6 判例の立場の理論的検討 2 一判例の採用する全体的考察の要件の妥当性

5で見たように、侵害の継続性事案や量的過剰事案に関して、要件が満たされている場合には、全体的考察に依拠して処理する判例の立場は理論的に正当なものといえる。では、4で確認した判例が採用している全体的考察の要件は、理論的に妥当なものといえるであろうか。次にこの点を検討することにしよう⁽³³⁾。

（1）侵害の継続性事案や量的過剰事案における全体的考察の要件 1 一事実的基盤の存在

犯罪の成否は、評価対象とされた行為に関する「構成要件該当性・違法性・有責性判断」によって行われるが、ある行為が、刑法的評価の俎上に上るのは、当該行為それ自体が社会的に見て看過できない有害な性質を有していたか、あるいは、社会的に見て看過できない有害な結果をもたらした場合である。ある行為が刑法的評価の対象となる契機は、その行為の有する社会的意味における有害性にあるという意味で、犯罪とは社会関連的な事象であり、犯罪の成否が問題となる行為の意味づけや行為の特定も、まずは、前刑法的な社会的観点から行われる必要がある。したがって、一連の行為を、全体として把握し、全体として刑法的評価の対象とする（全体的考察を行う）ためには、当該一連の行為が、社会的意味

⁽³¹⁾ このような理解による場合、量的過剰は、第2行為時点における行為者の心理的動揺の継続等に照らし、被告人に酷な結論とならないように（＝結論の妥当性を図るために）認められるものではなく、全体的考察を行いうる実体が備わっているために、刑法的評価の対象の特定に関する原則にしたがって認められるものであることになる。

⁽³²⁾ 判例が、結論の妥当性を確保するために全体的考察を採用しているのだとすれば、第1行為は正当防衛にあたるが、第2行為は過剰防衛又はただの犯罪行為にすぎない場合で、かつ、結果がいずれの行為から発生したかが認定されない場合についてのみ、全体的考察を行うことになるはずである。

⁽³³⁾ 以下の点に関する詳細は、拙稿「量的過剰（2）」66頁以下参照。

において、一連の1個の行為と評価されうる「事実的基盤」を有していなければならない。そして、この事実的基盤の有無は、行為の主観面（行為者の意思・目的・計画など）と客観面（結果惹起に対して各行為が有する意義、各行為の時間的・場所的接着性、被害者の状況等を含む各行為が行われた客観的状况など）を資料として、社会通念に照らして、個々の行為の間に密接な事実的関連性が存在するか否かによって判断されるべきであろう。判例が全体的考察の要件としていた条件①と条件②はこの「密接な事実的関連性」の存否に関わる事実であり、それを全体的考察の要件とすることは理論的にも妥当といえる⁽³⁴⁾。

（2）侵害の継続性事案や量的過剰事案における全体的考察の要件 2 一法の実体の具備

上記のような「密接な事実的関連性」が肯定され、一連の行為が、社会的意味において、全体として1個の行為と評価された場合、次に、それら一連の行為が、ある刑法的問題に関して要求される法実体・性質を備えているか否かを検討する必要がある。社会的意味において1個の行為として扱う実体が認められたとしても、特定の刑法的問題において要求される一定の実体が認められなければ、その問題について、全体を1個のものとして扱うことはできないはずだからである⁽³⁵⁾。

したがって、正当防衛や過剰防衛の成否が問題となる事案であれば、第1行為と第2行為が「密接な事実的関連性」を有し、当該行為が特定の構成要件（例えば、傷害罪の構成要件）に該当するとしても、第2行為時点における防衛行為的性格の継続が認められなければ、全体を1個の防衛行為と捉える実体が認められない以上、刑法的観点（正当防衛や過剰防衛の成否という観点）からは、全体的考察によって1個の防衛行為とすることはできない。そして、侵害の継続性事案や量的過剰事案では、第1行為の防衛行為性は肯定されているので、通常は「密接な事実的関連性」が認められれば、客観的な防衛行為性（防衛事象的性格）は

⁽³⁴⁾ なお、行為の社会的意味や各行為の間の事実的関連性の存否を判断するに当たっては、当該事案と関係しうる構成要件を手掛かりにする必要がある。この意味で、「事実的関連性」の存否は、純粹に前刑法的な事実問題ではなく、構成要件関連の問題ではある。ただし、構成要件を手掛かりに、行為の社会的意味を考えるという意味での関連性にすぎず、重視すべき行為の有害性・危険性や行為者の認識内容が、構成要件の観点から厳密に意味づけられるわけではないという意味では、構成要件該当性の問題そのものではなく、その前段階に位置するものと解すべきであろう。

⁽³⁵⁾ この点につき、判例^⑭は、量的過剰事案につき、急迫不正の侵害や防衛意思の有無という「法律的観点」から事後的に分断することは可能であるとしつつ、条件①から③が認められれば、特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが「自然である」とした。「事実的観点」と「法的観点」を区別している点は理論的に正当であるが、全体的考察を行うには、そのいずれの観点からも、全体的考察が可能といえなければならないであろう。

肯定されるであろうから、全体的考察を可能にする法実体の有無に関して、主として問われるべき事柄は「行為者の心理的連続性」ということになる。特に、防衛的心理状態の継続は、防衛行為としての実体に関わる中核的要素であるので、判例が条件③を侵害の継続性事案・量的過剰事案における全体的考察の中心要件としていることは理論的に極めて適切ものといえる。また、第2行為時点では、防衛行為性が失われている量的過剰事案において、全体的考察により過剰防衛の成立を認めるためには、過剰防衛の刑の裁量的減免の実体に関わる責任減少を基礎づける心理的圧迫状態や心理的動揺の継続が必要不可欠であると考えられる。量的過剰事案において、第2行為時点における心理的圧迫状態の継続や心理的動揺の継続に言及している判例（判例⑪、⑬、⑮、⑯参照）は、この意味で理論的に理由があるものといえる。

なお、一部の判例が全体的考察の要件の1つとして挙げる「各行為の結果への寄与度（条件⑤）」は、理論的には、全体的考察の可否基準とはなりえない。全体的考察の可否は、犯罪の成否が問題になる人の行為＝刑罰による責任追及の対象となる人の行為の捉え方に関する問題であるから、その可否判断において考慮できる事情は、行為者の行為に関わる事情（行為の属性）に限定され则认为られるが、条件⑤は、行為が行われた後に事後的・客観的に確定される、行為者が完全には支配できない行為の外部に属する事情だからである⁽³⁶⁾。また、条件⑤を要件とする場合、不当な結論に至る可能性も生じるであろう。例えば、全体的考察の可否の基準として条件⑤を挙げた量的過剰事案に関する判例⑭は一その趣旨には明確でない点もあるが一、第2行為が死因を形成するなど、結果に対して重大な寄与をした場合には、分析的考察を行うべき「特段の事情」に当たると解しているように読めるが⁽³⁷⁾、防衛的な心理状態が継続しているのであれば、全体として防衛行為としての実体を備えているといえるのであり、死因を形成したか否かという偶然の事情によって、そのことは左右されないと考えられる⁽³⁸⁾。

(36) 行為の結果への寄与度が、行為が行われた後に事後的・客観的に確定される「結果惹起に対して各行為が有した意義」であるのに対して、密接な事実的関連性の有無に関して考慮される「結果惹起に対して各行為が有する意義」は、行為者の計画を基準にして、行為時を基準に判断される構成要件実現に関する当該行為の意味であり、行為の属性の1つである（したがって、全体的考察の可否判断の資料とすることができる）。

(37) なお、第1行為が死因を形成していた場合、第2行為を独立して評価する実益は乏しい（両行為を併合罪にする可能性があるが、判例⑭のような事案では、包括一罪とするのが通常であろう）。

(38) なお、平成9年判決の原判決（刑集51巻5号451頁）は、第1行為は傷害罪の過剰防衛、第2行為はただの傷害罪に当たり、第2行為が重大な結果をもたらしたという事案につき、「各暴行は同一機会における一連のものであり、しかも、第2の暴行による傷害の方が第1の暴行による傷害よりも重大かつ主要な部分を

（３）思考プロセスにおける全体的考察から分析的考察への移行

なお、本稿のように、全体的考察の可否を犯罪論体系の段階ごとに検討する立場によると、一連の行為が構成要件段階までは、全体として刑法的評価の対象とされたが、違法性の段階で法実体を備えていない（例えば、第２行為が防衛行為としての法実体を備えていない）とされた場合、最終的には、分析的考察に依拠して事案を処理することになる（判例⑩参照）。これは、社会的意味での行為の把握段階及び構成要件段階までは全体的考察によって把握された行為が、違法性段階で分断され、結論的に、分析的考察が行われる場合があることを意味する。この点に関しては、構成要件段階までは全体として刑法的な評価を受けていた一連の行為について、再び社会的意味での行為把握の段階に立ち戻って、各行為につき、個別的・分析的に評価対象とされることになることが許されるのかとの疑問もあろう。

しかし、全体的考察による犯罪の成否判断は、事実的関連性を基礎とした前刑法的・社会的観点からの行為の把握の段階から、犯罪論体系上の個別問題に関する法的観点からの検討を経て、最終的に行われるものであり、「行為の段階あるいは犯罪論体系の一定の段階までは一連の一個の行為とされたものが、ある段階で分断される」というのも、ある事案を処理する際に、法を最終的に適用するまでの思考プロセスを示したものにすぎない。最終的な判断として、当該事案について全体的考察を行うことはできないとの結論に至った場合、当該事案は、「本来的に」、行為を分析的に捉えるべき事案であったと評価されたことを意味するのであり、上記の疑問には理論的な理由はないと思われる。

7 まとめ

以上の検討から、侵害の継続性事案や量的過剰事案について、要件が満たされている場合には、全体的考察に依拠して事案を処理している判例の主流の立場は理論的に正当であること、判例が挙げる全体的考察の要件は概ね正当であるが、各要件が全体的考察の可否判断においていかなる意義を持つかについては十分な説明がなされていない点で問題があること、この点に関し、判例の挙げる各要件は全体的考察のための事実的基盤に関わるものと法実体に関するものに分けられ、前者に関するものが条件①・②であり、後者に関するものが条件③であること、条件⑤は全体的考察の要件とすべきではないことが明らかとなった。全体的

占める場合には、全体として１個の傷害罪が成立し、過剰防衛を認める余地はないと解するのが相当である」としたが、全体として防衛行為性を認めるべきか否かの判断の際に重視すべきは、事後的に判断される結果への寄与度という外部的事実ではなく、事実的関連性の強度や防衛的心理状態の継続性といった行為の属性だと思われる。

考察の可否は、判例上、未遂の成立時期⁽³⁹⁾や早すぎた構成要件実現事例⁽⁴⁰⁾等についても問題となっているところであるが、これらについては、本稿での考察結果を踏まえ、別途検討の機会を設けることにしたい。

⁽³⁹⁾ 名古屋高判平成 19・2・16 判タ 1247 号 342 頁など。

⁽⁴⁰⁾ 最決平成 16・3・22 刑集 58 巻 3 号 187 頁など。

【別紙】

I 侵害の継続性事案に関する判例

【全体的考察に依拠したもの】

- ・福岡高判昭和 34・5・22 判時 193 号 33 頁（判例①）
- ・東京高判昭和 49・8・1 刑月 6 卷 8 号 873 頁（判例②）
- ・東京高判昭和 55・11・12 判時 1023 号 134 頁（判例③。第 1 審判決は、分析的考察に依拠している）
- ・大阪高判昭和 58・10・21 判時 1113 号 142 頁（判例④）
- ・東京高判平成 6・5・31 判時 1534 号 141 頁（判例⑤）^{（41）}
- ・大阪地判平成 8・11・12 判時 1590 号 159 頁（判例⑥）
- ・最判平成 9・6・16 刑集 51 卷 5 号 435 頁（平成 9 年判決）
- ・東京地判平成 9・9・5 判タ 982 号 298 頁（判例⑦）
- ・甲府地判平成 18・2・8 LEX/DB 25420728（判例⑧）
- ・最決平成 21・2・24 刑集 63 卷 2 号 1 頁（平成 21 年決定）

【分析的考察に依拠したもの】

- ・大阪高判平成 11・3・31 判時 1681 号 159 頁（判例⑨）
- ・東京地判平成 15・7・4 LEX/DB 25410516（判例⑩）

^{（41）} 判例⑤は、実行行為及び相当性判断の対象となる行為は、結果を惹起した第 2 行為としており、この点で、分析的考察に依拠しているといえるが、侵害の継続性判断においては、「短い時間のうちに生じた一連の出来事であり、（第 2 行為）のみをその直前のものと分断して考察するのは必ずしも適切とは思われない」として、全体的考察の妥当性を述べているので、全体的考察に依拠している判例として位置付けた。

Ⅱ 量的過剰事案に関する判例 ⁽⁴²⁾

【全体的考察に依拠したもの】

- ・ 最判昭和 34・2・5 刑集 13 卷 1 号 1 頁（昭和 34 年判決）
- ・ 京都地判昭和 57・2・17 判タ 468 号 173 頁（判例⑪）
- ・ 東京地判平成 6・7・15 判タ 891 号 264 頁（判例⑫）⁽⁴³⁾。
- ・ 富山地判平成 11・11・25 判タ 1050 号 278 頁（判例⑬）
- ・ 東京地判平成 12・8・29 判時 1811 号 154 頁（判例⑭）
- ・ 東京高判平成 12・11・16 東京高（刑）判時 51 卷 1＝12 号 110 頁（判例⑮）

【分析的考察に依拠したもの】

- ・ 津地判平成 5・4・28 判タ 819 号 201 頁（判例⑯）
- ・ 最決平成 20・6・25 刑集 62 卷 6 号 1859 頁（平成 20 年決定）

⁽⁴²⁾ 神戸地尼崎支判平成 3・4・15 判タ 772 号 273 頁も、防衛行為の途中で被害者による侵害行為が終了したことを認定しており、量的過剰事案に関する判例と理解することもできなくもない。しかし、判文からは、侵害終了前後の行為者の行為がどのように把握されているのか判然とせず、量的過剰事案に関する判例と位置付けることには躊躇を覚える（同判決に関する判例タイムズの匿名解説も、量的過剰に関する判例とはしていない）。

⁽⁴³⁾ 判例⑫は、第 1 行為と第 2 行為を包括一罪としつつ、過剰防衛の適用を否定しており、第 1 行為と第 2 行為それぞれについて、構成要件該当性を判断している点で、分析的考察に依拠しているといえなくもない。しかし、両行為を包括一罪とし、全体について 36 条 2 項の適用の可否を検討している点では、全体的考察を行っていると考えられるため、ここに位置付けることとする。

Ⅲ 第1攻撃に対する反撃（第1行為）は行われていないが、第2攻撃が想定される状況で反撃を加えたという事案に関する判例

- ・ 那覇地判昭和 56・4・20 判時 1013 号 143 頁
- ・ 名古屋地判平成 7・7・11 判時 1539 号 143 頁
- ・ 大阪高判平成 9・8・29 判タ 983 号 283 頁（判例⑫の控訴審）
- ・ 東京地判平成 12・11・17 判時 1764 号 150 頁
- ・ 広島地判平成 15・3・24 LEX/DB 28085552
- ・ 大阪高判平成 16・7・23 高検速報（平 16）154 頁
- ・ 仙台高判平成 18・7・31 高検速報（平 18）323 頁
- ・ 函館地判平成 19・5・15 LEX/DB 28135289

