

タイトル	正当防衛(5・完)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(156): 51-68
発行日	2013-06-25

# 正当防衛 (5・完)

吉 田 敏 雄

目次

一 沿革

二 正当防衛の基本思想

三 正当防衛の構造

1 正当防衛の状況

A 侵害

- (a) 客観的判断
- (b) 人の行為
- (c) 不作為
- (d) 「侵害者」と「被侵害者」の区別の明確性

(以上 152 号)

B 違法性

- (a) 総説
- (b) 行為無価値と結果無価値

C 防衛されうる保護法益

D 急迫性

2 正当防衛の行為

A 総説

B 防衛行為の必要性

- (a) やむを得ずした行為
- (b) 予測判断
- (c) 防衛手段
- (d) 退避義務
- (e) 第三者の助力
- (f) 質的過剰

(以上 153 号)

C 正当防衛行為の限界

(a) 社会法的不いし社会倫理的限界

- (aa) 責任無能力者及び責任能力の著しく低下している責任能力者
- (bb) 酩酊者及び薬物の影響下にある者
- (cc) 保障人義務者

(b) 自招侵害

- (aa) 社会的適合行為
- (bb) 意図的挑発防衛
  - ① 法確証理論
  - ② 自己防衛理論
  - ③ 承諾理論
  - ④ 不真正不作為犯類推論
  - ⑤ 原因において違法な行為の理論
  - ⑥ 権利濫用理論
  - ⑦ 「防衛の意思」不存在理論
- (cc) 意図的でない故意又は過失による誘発
- (dd) 挑発防衛の挑発

(c) 防禦挑発

(以上 154 号)

3 主観的正当防衛要素

- (1) 主観的正当防衛要素の機能
- (2) 主観的正当防衛要素の構造
- (3) 正当防衛状況の認識欠如

(a) 故意犯

- ① 無罪説 (古典的犯罪概念)
- ② 既遂犯説
- ③ 未遂犯規定類推適用説
- ④ 無罪説 (処罰規定不存在説)
- ⑤ 未遂犯規定直接適用説

(b) 過失犯

四 軽微防衛

五 緊急救助

(以上 155 号)

## 六 過剰防衛

- 1 過剰防衛の概念
- 2 集約的過剰
- 3 時間的に拡張した過剰防衛
  - (a) 事後の過剰防衛
  - (b) 事前の過剰防衛
- 4 過剰防衛と共同正犯

## 七 誤想防衛

- 1 法的性質
- 2 成立要件
- 3 誤想防衛と間接的禁止の錯誤

## 八 誤想過剰防衛

## 九 盗犯等防止法と正当防衛

(以上本号)

## 六 過剰防衛

1 **過剰防衛の概念** 刑法第三六条第二項は、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定め、過剰防衛を刑の任意的減免事由と位置づける。一般に、過剰防衛には、正当防衛状況が存在するが、正当化される必要な防衛を超えている場合(質的過剰防衛。集約的、内包的、又は強度的過剰防衛とも呼ばれる)<sup>(221)</sup>と、正当防衛状況がまだ存在しないかもはや存在しない場合(時間的に拡張した過剰防衛。拡張的、量的、外延的、又は時間的過剰防衛とも云われる)がある。いずれの過剰防衛も客観的に判断されなければならないし、違法であることに変わりない<sup>(222)</sup>。

2 **集約的過剰** 集約的過剰防衛は正当防衛状況が実際に存在することが前提となる。したがって、過剰防衛は正当化される防衛の程度を超えたとき(二2(b))、又は、明らかに均衡を失する防衛をする場合(三)に問題となる。前者は、正当防衛それ自体は許されるが、しかし、必要な防衛の程度を超えているのであり、後者は、それ自体として必要な防衛が比例(相当性)の原則に鑑み適法性が否定される場合である<sup>(223)</sup>。

過剰防衛の事例としては、甲が乙から急迫不正の侵害を受け、乙に対し防衛行為に出たが、体格において自分より劣る乙に対する防衛行為としては手拳で充分だったにもかかわらず、侵害への恐怖心に駆られたため、手拳で防衛できることの認識を欠いたまま、乙を短刀で突き刺したという場合とか、乙が体格において自分よりも勝るので、防衛手段として短刀を使用することも許

されるが、しかし、乙の腕ではなく、その心臓を目掛けて刺すいう場合である<sup>(224)</sup>。こういった場合、正当防衛状況にある者が興奮状態に陥ることが多いが、これに対処するのが刑法第三六条二項の規定である。

ドイツ刑法第三三条は、「行為者が、錯乱(Verwirrung)、恐怖(Furcht)又は驚愕(Schrecken)から正当防衛の限度を超えたとき、行為者は罰せられない」として、過剰防衛が無力性(虚弱性)情動に起因するとき、不処罰であることを定める。この「処罰されない(nicht bestraft)」という言葉は一般に免責事由と解されている<sup>(225)</sup>。オーストリア刑法第三条第二項は、「正当とされる防禦の程度を超え又は明らかに不相当な防禦(第一項)を行なった者は、このことが専ら狼狽(Bestürzung)、恐怖(Furcht)又は驚愕(Schrecken)から生じたときは、その程度を超えたことにつき過失があり且つその過失行為に処罰規定がある場合に限り罰する」と定め、過剰防衛が、故意責任阻却事由であることを明らかにしている<sup>(226)</sup>。これに対して、スイス刑法第一六条は、「① 防禦者が第一五条の定める正当防衛の限度を超えるとき、裁判所は刑を減輕する。② 防禦者が侵害に関する免責可能な興奮(Aufregung)又は狼狽(Bestürzung)状態で正当防衛の限度を超えたとき、防禦者は有責な行為をしていない」と定め、過剰防衛が責任減少・阻却事由であることを明らかにしている<sup>(227)</sup>。

我が国の刑法第三三条第二項は「情状により、刑を減輕し、又は免除することができる」と定める。形式的には、「情状により」「刑の任意的減免」を認めるとするのは責任減少を意味する。実質的には、正当防衛状況において反撃する者が過剰反応をしてしまったとき、過剰防衛は違法であるが、行為者の規範に適った意思形成を困難にする**心理的圧迫状態**を考慮して責任減少が認められるのである。「急迫不正の侵害」に対して「防衛意思」をもって反撃していることの法的効果は「正当」防衛行為にのみ及ぶのであって、「過剰」防衛行為の違法性減少効果をもたらすものではない。過剰防衛規定は責任に関する規定であり、したがって、特殊の心理的圧迫から**適法行為の期待可能性**がそもそもないときは、責任阻却を認め、犯罪が成立しないとするべきなのである(訴訟法上は無罪)。すなわち、被侵害者が、意図的に過剰な結果を生じさせたのではなく、**狼狽(Bestürzung)、恐怖(Furcht)、驚愕(Schrecken)**といった防禦の性質を有する**無力性情動**から事態の冷静な判断ができず、許容される防衛を超えた場合、当該行為は違法であるが、責任が阻却されうる。過剰防衛が専ら無力性情動に起因するとき、その特別の動機圧力の故に、行為者の適法行為の**期待可能性**、つまり、非難可能性が無くなる場合があるからである<sup>(228)</sup>。期待可能性が欠如するときは、責任が阻却されるので、刑の免除にとどまらず、犯罪そのものが成立しない<sup>(229)</sup>。狼狽を認めるには、被侵害者がどのように反撃すべきか正確に分からなかったとか、軽率な反応をしたとかでは十分でない。恐怖には、単なる不安感でなく、物事を正しく認知し、処理する能力が著しく低下するほどの強い不安が見られなければならない。驚愕は単なる驚き以上の

ものでなければならない。狼狽、恐怖、驚愕といった情動が侵害の程度の判断に又は防衛の必要性に影響を与えなければならない<sup>(230)</sup>。無力性情動が他の情動と協働しているとき、この「情動の束」において狼狽、恐怖又は驚愕が支配的でなければならない<sup>(231)</sup>。これに対して、怒り (Zorn)、憤怒 (Wut)、激怒 (Empörung)、復讐心 (Rache)、憎悪 (Hass) といった攻撃的性質を有する強壮性情動に起因するとき、過剰防衛規定の適用はない<sup>(232)</sup>。

責任減少・阻却の主観的要件として、正当防衛状況の認識が必要である。その事態を（少なくとも直感的に）認識した者だけが、狼狽、恐怖又は驚愕等の心理的圧迫に起因する反応に出るからである<sup>(233)</sup>。正当防衛の限界を超えること、つまり、過剰については、より穏やかな手段で防衛できることの認識のある場合（認識のある過剰。いわゆる故意の過剰防衛）も、厳密に考えることなく過剰防衛行為に出してしまう場合（認識のない過剰。いわゆる過失の過剰防衛）もありうるが、その認識の存否は問われるべきでない。形式的には、法文は過剰の認識の存否には触れていない。実質的に見ても、過剰についての認識の有無で扱いを異にする理由はない。過剰について認識のある者に認識のない者よりもいっそう心理的圧迫に抗することが期待できたとはいえないからである。しかも、こういった状況において、認識の存否を区別することは實際上困難である<sup>(234)</sup>。

3 時間的に拡張した過剰防衛 刑法第三六条第二項は「防衛の程度を超えた行為」と規定しているが、これに広がった過剰防衛も含まれるのかが争われる。というのは、広がった過剰防衛においては、正当防衛の状況が存在しないが、「急迫性」の時間的限界の前後においても心理的圧迫状態は存在しうるからである<sup>(235)</sup>。

(a) 事後の過剰防衛 急迫性の終了した後の過剰防衛（事後の過剰防衛）とは、正当化される反撃行為をした後になお反撃を続行する場合、例えば、侵害者を撃退して意識不明にした被害者がなおも侵害者の腹部を足蹴りにするといった場合である。この場合、過剰防衛の規定の適用が認められるべきである。判例も事後の過剰防衛に刑法第三六条第二項の適用を認める<sup>(236)</sup>。法文上は、ともかくも存在した正当防衛状況を時間的に「超えた」といえるし<sup>(237)</sup>、かかる行為者の心理状態も質的過剰防衛者のそれと変わらない場合があるからである<sup>(238)</sup>。但し、侵害の終了と事後の過剰防衛行為との間に密接な時間的連関がなければならない。それによって初めて、正当化される防衛行為と過剰防衛行為の一体性が認められるからである<sup>(239)</sup>。

正当防衛状況が存在するときにすでに過剰な防衛行為（強烈過剰防衛）があり、侵害終了後も引き続いて過剰防衛行為（事後の過剰防衛）が行なわれたとき、その両者に密接な時間的連関があり、しかも、無力性情動が継続しているとき、全体として過剰防衛が認められ、刑の減輕、免

除が認められうるが、そうでない場合は、刑の減輕、免除は認められない<sup>(240)</sup>。

(b) **事前の過剰防衛** 急迫性の開始前の過剰防衛(事前の過剰防衛)とは、攻撃の準備としてウォーミングアップしている拳闘家に先制攻撃を加えるといった場合である<sup>(241)</sup>。この場合には、侵害がそもそもまだ存在せず、「防衛の程度を超えた」とはいえない。しかし、行為者は相手方による侵害行為を目前に予期することによって心理的動揺や無力性情動を誘発され、早めに相手に殴りかかるということがありうる。この場合は、刑法第三六条第二項が準用されるべきである。もとより、侵害が目前に迫っていることと事前の過剰行為との間に密接な時間的連関がなければならぬ<sup>(242)</sup>。

4 **過剰防衛と共同正犯** 共同正犯の成立は共同者全員に一体的に成立するが、過剰防衛は責任減少・阻却事由であるから、「違法は連带的に、責任は個別的に作用する」という制限従属性の観点から、その成否は共同正犯者の各人に個別的に成立する。最決平成四・六・五刑集四六・四・二四五も、〔甲は飲食店の店長乙と電話で口論後、同行を渋る丙を説得して包丁を持たせて一緒にタクシーで同店へ向かう途中、甲は乙を殺害することもやむを得ないとの意思の下に、丙に「やられたらナイフを使え」と指示した。丙は乙に対し自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなく、面識のない乙からいきなり暴力を振るわれることもないと考え、同店の出入り口付近で甲の指示を待っていたところ、同店から出てきた乙に被告人と取り違えられ、激しい暴行を加えられたため、包丁を用いて乙を殺害したという事案〕において、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決すべきであって、共同正犯の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」と説示して、丙については過剰防衛の成立を認めたが、甲については過剰防衛の成立を否定した<sup>(243)</sup>。

## 七 誤想防衛

1 **法的性質** 正当化事由の客観的前提要件に錯誤(正当化事情の錯誤)がある場合、例えば、通行人甲が暗がりを歩いているとき、頭頂部が痒くなったので頭を掻こうとして手を頭に伸ばしたところ、すれ違った歩行者乙が甲から突然襲われるものと誤信して甲に一撃を加えたという場合のように、正当化事情に誤想があるとき、誤想(錯覚)防衛(Putativnotwehr)と呼ばれる。この種の錯誤においては、特殊な事実の錯誤が基礎にある不法の意識の欠如の故に、**故意責任**が否定されるのである。正当化事情の錯誤があるからといって、構成要件の故意がなくなるわけでもないし、急迫不正の侵害が現実には存在しないから、不法が阻却されるわけでもない。故意は故意行為への行為操縦の面において構成要件に、故意行為への衝動操縦の面において責任に属す

る。責任というのは、法に誠実でない動機付け、心情の社会倫理的無価値判断である。責任はそれ自身の心理的基礎を有しなければならないのであるから、故意は責任の独自の要素でもある。この「責任故意」を評価するために、責任の領域ではなおその他の心理学的要素が必要となる。不法の行為をする決断をした理由が問題となるからである。したがって、故意は責任の領域では責任能力と不法の意識を前提とする。心情無価値の担い手である故意から、行為者が、普通ならば責任能力があり不法の意識のある人に存在する犯罪行為への内的抑制閾を越えたことが分かる。ところが、正当化事情の錯誤にあつては、行為者には正当化事情の錯誤に基づき、自分の行為が不法であることの認識がない。行為者の内的態度は法に誠実なのであるから故意責任に典型的な心情無価値が認められないので、故意責任は否定される<sup>(244)</sup>。

故意犯の構成要件該当性は肯定されるが、故意責任が否定されるとき、故意犯の構成要件に対応する過失犯の構成要件がある場合、その刑の限度での処罰は可能である。この場合、過失は正当化事情の錯誤に不注意が認められるということと関係しており、錯誤によって招来された結果の発生に関係するのではない。故意に招来された構成要件の結果の発生については、既に故意責任が否定されているからである。したがって、正確には、特殊の単純行為犯の過失が問われることになる<sup>(245)</sup>。

2 成立要件 誤想防衛が成立するためには、先ず、表象された事態が、実際に存在すれば、正当防衛を基礎付ける要素を充足すること、つまり、法的限界内にあることを要する。これに対して、錯誤にかかる事情が行為者の誤信を考慮しても正当防衛の客観的成立要件に包摂できないとき、行為者の故意責任が問われる。正当化事情の誤信といえるためには、行為者が正当化事情の存在を確信したか、少なくとも本気で可能だと考え、それを甘受したといえなければならない。正当防衛を基礎付ける事情の誤信の存否を決定するのは行為者の表象した事情である（行為者視点）。客観的に見ると、急迫性がまだ認められないか、すでに完了したかとは関係がない。例えば、住居侵入窃盗犯が盗品を捨てて逃げたとか、窃盗現場に放置したままにして逃走したとき、被害者がその事実に気づかなかつたといった場合である<sup>(246)</sup>。

正当化事由の誤信に基づき選択された防衛行為は正当防衛の法的限界を遵守しなければならない。必要な行為の態様、程度は行為者によって表象された正当化事情によって定まる。表象された正当化事情に基づけば不必要な、つまり、過剰な防衛行為は誤想防衛とならない。例えば、灰皿で頭部を殴られると誤信した者が飛び出しナイフで相手方の腹部を突き刺すといった場合である<sup>(247)</sup>。急迫不正の侵害を誤信するのが誤想防衛の原型であるが、実際に急迫不正の侵害は存在するが、その態様、強度を誤信した場合も誤想防衛である。例えば、弾丸の装填された拳銃で攻撃されると誤信した者はそれが事実であったときに許される反撃手段をとることができる<sup>(248)</sup>。

社会法的ないし社会倫理的な理由、あるいは、侵害が軽微であるため正当防衛が制限される場合、行為者の認識したところにしたがって誤想防衛の成否が判断される。例えば、住居侵入窃盗犯が盗品を取得することなく逃走するが、被害者はりんご一個を盗まれたと誤信するとき、実際にりんご一個が窃取されたとしても、損害が軽微であるから、正当防衛が許されないものであり、したがって、誤想防衛も認められない。これは禁止の錯誤である。これに対して、住居侵入窃盗犯がほとんど無価値の物、したがって、捨てられるはずの物を窃取して逃走するが、被害者は価値のある物を盗まれたと誤信する場合は誤想防衛である<sup>(249)</sup>。

誤想防衛においても防衛意思は必要である。しかし、正当化事情を誤信したということは同時に主観的正当化要素を含むので、特段の問題は生じない<sup>(250)</sup>。

**3 誤想防衛と間接的禁止の錯誤** 行為者が正当防衛の前提要件を誤信して、しかも、表象された状況からは不必要な防御手段をとるが、それでもかかる過剰な防御手段をとることが違法でないことを認識している場合、この種の二重の錯誤においては、正当化事情の錯誤と防衛行為が正当化事由の限界を超えていることに関する錯誤、つまり、間接的禁止の錯誤が見られる。行為者は自分の表象した事実に基づいて所為の不法に関する法的評価を下す。禁止の錯誤が非難可能であるか否かは行為者が誤信した事実を基に判断されなければならない。そうすると、先ず問題とされるべきは、誤想防衛と目されるべきか否かである。誤想防衛の前提は、上述したように、実際に正当防衛状況が存在していれば、防衛行為が違法性を阻却されるということである。間接的禁止の錯誤があるとき、行為者はより穏やかな手段で防衛できることを知っているのであり、したがって、防衛行為は必要性の要件を満たしていない。したがって、ここには誤想防衛として故意責任を阻却する余地はない。残る問題は、間接的禁止の錯誤が非難可能であるか否かである。この錯誤が行為者に非難可能であるか否かによって、故意責任の成否が左右される<sup>(251)</sup>。

間接的禁止の錯誤において、法的評価を誤ったことについて非難可能とはいえないため、故意責任が否定されても、過失犯の成立の余地が残る。間接的禁止の錯誤では法過失が問題になっているが、正当化事情の錯誤では注意を怠っていたことが問題となるからである。すなわち、この種の二重の錯誤において、正当化事情の錯誤に注意義務違反があれば、過失犯での処罰は可能である。誤想防衛の項で上述したように、過失検証の準拠点は結果犯の構成要件の実現ではなく、誤表象された正当化事情の不存在である<sup>(252)</sup>。

## 八 誤想過剰防衛

存在しない正当防衛状況があると誤認するとか、侵害はあるが、その危険性を過大評価すると

いった場合、行為者の表象を基礎とするとその防衛は許されたといえるとき(誤想防衛)、故意責任は否定され、過失犯の規定を前提に過失犯での処罰の可能性が残る。問題は、誤想防衛と過剰防衛が競合した場合、つまり、正当防衛の状況を誤想し、しかも、実際に正当防衛状況が存在するなら許されたであろう防衛の程度を超えた場合(誤想過剰防衛。Putativnotwehrexzess)、いわば二重に度を越えた場合にも、過剰防衛の規定の適用があるかである。第三六条第二項は専ら無力性情動等の心理的圧迫に起因する過剰行為に注目して責任減少・阻却を認める規定であるから、正当防衛状況に関する錯誤の存否はその重要性を失う。すなわち、心理的動揺を来たす事情の存在を誤認して、それに起因する過剰防衛が行なわれた場合、つまり、誤想過剰防衛には刑法第三六条第二項が適用されるべきである<sup>(253)</sup>。

最決昭和四一・七・七刑集二〇・六・五五四は、「被告人の長男甲が乙に対し、同人がまだなんらの侵害行為に出していないのに、これに対し所携のチェーンで殴りかかり、なお攻撃を加えることを辞さない意思で包丁を擬した乙と対峙していた際に、甲の叫び声を聞いて表道路に飛び出した被告人は、右のごとき事情を知らず、甲が乙から一方的に攻撃を受けているものと誤信し、その侵害を排除するため乙に対し猟銃を発射し、散弾の一部を同人の右頸部前面鎖骨上部に命中させたものであること、その他原判決の事情のもとにおいては、原判決が被告人の本件所為につき、誤想防衛であるがその防衛の程度を超えたものであるとし、刑法第三六条二項により処断したのは相当である」と説示して、傷害罪の成立を認めた一審判決を破棄して殺人未遂罪の成立を認めた原判決を維持した。最決昭和六二・三・二六刑集四一・二・一八二〔英国騎士道事件〕は、〔空手三段の腕前を有する在日外国人である被告人が、夜間の路上で、酩酊した甲女とこれをなだめていた乙とが揉み合ううち、甲女がしりもちついたので目撃して、乙が甲女に暴行を加えているものと誤解し、同女を助けようとして両者の間に割って入ったところ、乙が拳を胸の前辺に上げたのを自分に殴りかかってくるものと誤信し、自己および甲女の身体を防衛しようと考え、とっさに空手技の回し蹴りをして左足を乙の顔面附近にあて、同人を路上に転倒させて頭骸骨骨折等の傷害を負わせ、八日後に死亡させたという事案〕において、被告人に傷害致死罪の成立を肯定しつつ、誤想過剰防衛に当たるとして刑法第三六条第二項による刑の減輕を認めた。

## 九 盗犯等防止法と正当防衛

「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」(昭和五年法律9号)第一条は、正当防衛についての特例を定めている。同条第一項は、「盗犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還セントスルトキ」(第一号)、「兇器ヲ携帯シテ又ハ門戸牆壁等ヲ鑰越損壊シ若ハ鎖鑰ヲ開キテ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入スル者ヲ防止セントスルトキ」(第二号)、「故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セント

スルトキ」(第三号)の各場合に、「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険ヲ排斥スル為犯人ヲ殺傷シタ」ときは、その行為が刑法第三六第一項の「やむを得ずにした」ものであるかどうかを問わず、「刑法第三十六条第一項ノ防衛行為アリタルモノト」して、正当防衛の範囲を拡張している<sup>(254)</sup>。したがって、過剰防衛の観念を入れる余地が内容に見えるが、しかし、明らかに正当防衛行為が社会法的ないし社会倫理的限界を超えるとき、又は、軽微防衛における相当性の要件をこえるときは過剰防衛とすべきである<sup>(255)</sup>。

同法第一条第二項は、一項の「各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ之ヲ罰セズ」としている<sup>(256)</sup>。本条項は、盗犯等に対しては、他の犯罪に対するのとは異なり、誤想防衛や拡張的過剰防衛の場合に、無力性情動に起因する防衛行為を個別事例の検証を要する責任減少・阻却事由としてではなく、法律上、個別事例の検証を要しない適法行為の期待可能性を欠くことに基づく責任阻却事由としているものと解される<sup>(257)</sup>。

## 注

- (221) 大判大正九・六・二六刑録二六・四〇五(不法に侵入して暴行を加えた者に対して拳銃を発砲して死亡させた事案。過剰防衛)、大判昭和七・一二・八刑集一一・一八〇四(侵害者が酒気に乗じ粗暴な行為に出、これを制止しようとした被告人に対して却って組み付いてきたので、被告人が陶器片で侵害者の顔面を殴打した行為、引き続いて、侵害者が怒号して被告人の袖を引いたに対して、被告人は侵害者の頭を燭台で殴打した行為はいずれも過剰防衛)、大判昭和八・六・二一刑集一二・八三四(他人と喧嘩が一旦終わったが、相手方からさらに別の場所に誘致され下駄で殴打されようとした際、即時、匕首で刺傷させた行為は過剰防衛)。
- (222) 大判大正九・六・二六刑録二六・四〇五「刑法第三十六条ノ防衛ノ程度ヲ超ユル行為ナルヤ否ヤハ客観的観察ニ依リ決スヘキ事項ニシテ行為者ノ主観的考察如何ニ依リテ定ムヘキモノニアラス」。
- (223) Vgl. *Triffterer*, (Fn. 30), 12. Kap Rn 150, 155 ff.
- (224) *Kühl*, (Fn. 15), § 12 Rn 135 f. 大判昭和七・一二・八刑集一一・一八〇四「被告人カ最初陶器製片口ヲ以テ甲ノ顔面ヲ殴打シタルハ同人カ酒気ニ乗シ粗暴ナル行為ニ出テ之ヲ制止セントシタル被告人ニ対シ却テ組付キ来レル為之ヲ排除セントシテ為シタルモノナレハ被告人ノ右行為ハ甲ノ急迫不正ノ侵害ニ対シ自己ヲ防衛スル為ニ為サレタルモノト認ムルヲ正当トス然レトモ其ノ行為ハ単ニ酒気ニ乗シテ組付キ来レル者ニ対シ器物ヲ振ツテ其ノ顔面ヲ殴打シタルモノニシテ右侵害ヲ排除スルニ必要ナル程度ヲ超エタルモノト謂フヘク已ムコトヲ得サルニ出テタリト認ムルヲ得サルカ故ニ之ヲ目シテ刑法第三十六条第一項ノ正当防衛行為ト為スヲ得ス唯同条第二項ニヨリ過剰防衛行為トシテ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除セラルルコトヲ得ルノミ」、大判昭和八・六・二一刑集一二・八三四「他人ト喧嘩ノ末一旦事カ治ツタ後相手方ヨリ更ニ他ノ場所ニ誘致サレ下駄テ殴打サレヨウトシタ際機先ヲ制シ即時匕首ヲ以ツテコレニ刺傷ヲ与エテ死ニ致シタル行為ハ正当防衛ノ程度ヲ超エタルモノテアル」。
- (225) ドイツ刑法第三三条について、不法・責任の面から説明する「免責事由説」と刑罰目的の面から説明する見解がある。免責事由説：*Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 45 II 2「所為は依然として違法であり、所為の責任内実は減少しているにすぎないが、立法者は責任非難をすることを放棄している。なぜなら、立法者には、所為の不法内実と責任内実が、当罰性の境界に達しないほど減少しているように見えるからである。……結果不法は過剰防衛にあつては行為者によって保護される利益の分だけ

減少しており、行為不法は正当防衛状況及び救助意思によって大幅に減少している。責任は、錯乱、恐怖又は驚愕が規範どおりの意思形成を著しく困難にしたということによって、別の印象を与える。錯乱、恐怖又は驚愕はなるほど過剰防衛の原因であったということであれねばならない、そして、不処罰に鑑みかなりの程度の情動を示さなければならぬだろうが (BGH NStZ 1995, 76), しかし、無力性情動が重大な影響を及ぼしていた場合でも、怒り (BGH 3, 194 [198]), 闘争欲、憎悪あるいは激怒といった他の情動も働いたということもありうる (BGH GA 1969, 23 [24])。H. J. Rudolphi, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, 462; ders., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1992, § 33 Rn 1; Wessels/Beulke, (Fn. 35), Rn 446; Krey/Eseer, (Fn. 4), § 22 Rn 764 u. FN 37 (予防的考慮もあることを認める)。本説に対し、ロクスィーンは次のような疑問点を指摘する。Roxin, (Fn. 6), § 22 Rn 72. 第一に、ドイツ刑法第三四条 (正当化緊急避難) にはドイツ刑法第三三条に相当する規定が設けられていない。第三三条が専ら情動と不法減少に着目しているなら、第三四条にその種の規定がないことの説明がつかない。第二に、無力性情動だけが不処罰をもたらすことの説明がつかない。というのは、強壮性情動の場合であっても、不法と責任減少が認められるからである。第三に、不法減少を徹底させると、過剰行為によって無関与の第三者を侵害したときでも、これによってしか被侵害法益が維持できない限り、不処罰ということにならざるを得ないが、しかし、これは一般予防の理由からは耐え難い。第五に、過剰防衛においてそもそも不法減少が認められるのが問題である。正当防衛状況において、傷害行為でも防げたのにもかかわらず、侵害者を錯乱から射殺するとき、殺人は客観的にはまったく余計な行為であり、その不法性質が減少するというようなことは直ちに理解することはできない。

**刑罰目的説:** Roxin, (Fn. 6), § 22 Rn 69 「違法な侵害の被害者になったこと、特に驚愕させるほどの不安に陥ったという理由だけから法律に違反する者は、特別予防の働きかけを要しない社会的に統合された市民である。それに、一般予防の理由からの処罰も必要ない。というのは、この種の「無力性犯罪」は行為者を処罰しない場合であっても模倣へ誘うことはない。かかる犯罪は法的平和の動揺を生じさせることもない。なぜなら、行為者がもともと被侵害者であり、侵害者自身が主として被侵害者の過剰行為に自ら責めを負うべきだからである。なぜ、過剰防衛が無力性 (=弱さに由来する) の情動に起因する場合にだけ処罰されず、怒り、激怒あるいは闘争欲といった強壯性 (強さに由来する) に起因する場合に処罰されるのかも、予防的見方から難なく説明できる。というのは、攻撃的情動は一般にはるかに危険であり、それ故、法益維持のために刑罰にたよってでも食い止められねばならないが、所為を惹起する動機としての錯乱、恐怖、驚愕は扇動的でないし、模範としてすら働かないので、これらにはより温和な対応ができる」。

(226) Triffterer, (Fn. 30), 12. Kap Rn 151; Fuchs, (Fn. 25), 24. Kap Rn 32. 一九七一年政府刑法草案説明書 (Strafgesetzentwurf 1971) 六三頁「現行法と同様、第三条第二項も、行為者が許される限界を専ら狼狽、恐怖又は驚愕から超えた場合の特別の規定である。行為者は一現行法と同じく一故意責任を負うべきでない。故意責任は、個別事例において錯誤の問題 (第八条) 又は期待可能性 (第一〇条) の問題に立ち入ることなく、法律上きっぱりと否定される。したがって、過失犯としての帰属の可能性だけが残る」。

(227) Donatsch/Tag, (Fn. 192), § 96, § 27 2.1; Riklin, (Fn. 192), § 14 Rn 39.

(228) **責任減少説:** 平野 (注 26) 二四五頁「精神の動揺のため多少の『ゆきすぎ』があったとしても、強く非難できない場合もある」、但し、二四七頁「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い」、佐伯千仞『刑法講義総論』[四訂版] 一九八一年・二〇四頁、福田 (注 25) 一五九頁、香川 (注 25) 一六〇頁、西田 (注 34) 一六六頁。

**可罰的責任減少説:** 山中 (注 15. 総論) 四九八頁 (正当防衛状況の存在を認識していることが可罰的責任において考慮され、又、特別・一般予防刑罰目的からも処罰の必要性が減少する)。本説については、参照、上記 (注 225) ロクスィーン説。浅田 (注 25) 二三七頁 (可罰的責任には規範的責任と処罰の必要性の面があるが、過剰防衛については規範的責任の問題と捉え、可罰的責任に達しないと

きは、「刑の免除」は無罪を意味する)。

**違法減少説**：町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇巻九号(一九七九年)五二頁(法益侵害に対する防衛効果が生じているから違法性が減少する。正当防衛状況が存在しないとき、違法減少は生じないので、誤想過剰防衛については刑法第三六条第二項の適用も準用も認められない)。前田(注34)三五五頁。

**違法・責任減少説**：大谷(注34)二九六頁「過剰防衛においても、法の確証の効果は全面的に否定されるわけではないから、違法性の減少の面があることは否定できず、また、急迫不正な侵害に対する反撃者の心理的動揺も考慮されるべき」、團藤(注21)二四一頁、大塚(注34)三七六頁、藤木(注34)一七一頁以下、内藤(注26)三五二頁「急迫不正の侵害という緊急状況の中で、行為者が恐怖・驚愕・興奮・狼狽などの心理的異常状態に陥っていたから非難可能性が少ない場合がある」、但し、三五二頁「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」「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」、大谷(注34)二九六頁、川端(注15)三五六頁以下、山口(注26)一三四頁、井田(注20)二九四頁、佐久間(注26)刑法総論二〇九頁、高橋(注15)二七九頁、曾根(注81)一一三頁、岡本勝「過剰防衛における情状による減免」(『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』所収)一九九八年・二五九頁以下。林(注20)二〇一頁(違法減少もしくは責任減少のいずれかがある場合に刑法第三六条第二項の適用を認める)。

(229) 参照、改正刑法草案第一四条「② 防衛行為がその程度を超えた場合には、情状によって、その刑を減輕し、又は免除することができる。③ 前項の場合において、その行為が恐怖、驚がく、興奮又はろうばいのあまり行なわれたもので、行為者を非難することができないときは、これを罰しない」。福田(注25)一六三頁注3(期待可能性を欠くことによって、責任が阻却される場合、刑の免除にとどまらず、犯罪そのものの不成立を認めるべき)。

(230) Vgl. *Triffterer*, (Fn. 30), 12. Kap Rn 159.

(231) ロクスティーンは、強壯性情動が優越しているとき、一般予防の理由から、過剰防衛規定の適用を否定する。「さもないと、法的平和の重大な動揺を生ぜざるを得ない、自救権に繋がる応報を食い止めることができない」。Roxin, (Fn. 6), § 22 Rn 80. これに対し、無力性を表す防禦的情動が少なくとも所為の中に認められれば足りるとするのが、Kühl, (Fn. 15), § 12 Rn 147.

(232) *Triffterer*, (Fn. 30), 12. Kap Rn 158; *Fuchs*, (Fn. 25), 24. Kap Rn 29 ff.; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 104, 117 f.

(233) *Triffterer*, (Fn. 30), 12. Kap Rn 160.

(234) *Triffterer*, (Fn. 30), 12. Kap Rn 161; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 116; *Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 82 f.; BGH NStZ 1989, 474 (475)「狼狽、恐怖あるいは驚愕と評価される精神状態の中では、如何なる措置が防禦のために必要であるか、如何なる措置がそれを超えるかを考慮する能力が行為者にあったか否かによって区別されてはならない。刑法第三三条は、行為者が実態を知りながら同条に規定された情動から防衛権能を超えることを知っている場合にも適用される」。参照、山中(注15)総論四九五頁。

過剰について認識のあった事例として、最判昭和二四・四・五刑集三・四・四二「斧はただの木の棒とは比べものにならない重量の有るものだからいくら興奮して居たからといってもこれを手に持って殴打する為め振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である。当時七四歳……の老父……が棒を持って打ちかかってきたのに対し斧だけの重量のある棒様のものでも頭部を……乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかつたとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とはいえない」。被告人は「斧だけの重量のある棒様のもの」であることの認識はあったのである。

平野(注26)二四七頁は、過剰防衛を過剰の事実につき認識のある場合に限定し、過剰事実について認識がない場合を誤想防衛として扱い、過剰の点につき過失があった場合、例えば、足を狙って撃つたところ、頭に当たって死んだ場合、狙ったとおり足に当たったのであれば正当防衛であるから、傷害の故意はなく、したがって、頭に当たって死んだとしても、傷害致死ではなく、過失致死が認めら

れるにすぎないが、仮に、頭を狙っておれば過剰防衛として刑の免除の可能性があるから、過失で頭に当たった場合、これより重くなるのは均衡を失うので、「過失の過剰防衛」として、刑の減免を認めるべきだと論ずる。参照、平野龍一『犯罪論の諸問題(上)』一九八一年・六四頁。内藤(注26)三九四頁、三五六頁、井田(注19)二九三頁。

大谷(注34)二九五頁以下は、過剰の事実につき認識がない場合(過失の過剰防衛)、行為者が構成要件に該当する事実を認識していることは疑いないから、認識の範囲内で故意犯を構成し、過剰防衛の適用があると論ずる。

(235) ドイツの判例は時間的に拡張した過剰防衛について一貫して刑法第三三条(過剰防衛)の適用を否定している。RGSt 54, 36; RGSt 62, 77; BGH NSTz 1987, 20. 防衛状況が存在する場合にだけ防衛を超えるということがいえる。したがって、防衛状況がもはやなくなると、過剰ということは概念上ありえないというのがその理由である。ただし、判例は、侵害の「現在性」を、侵害行為が弱まってもなお侵害の継続を肯定する、つまり、「侵害危険の最終的除去」に至るまで拡張したり(RGSt 62, 77)、中断された侵害が時間的に接着して繰り返される虞のある場合にも肯定するので、実質的には広がった過剰防衛を強烈な過剰防衛として扱っている。近時の判例も「正当防衛状況の最終的除去」の後では、被侵害者が過剰を「突然の激しい不安と錯乱から認識しなかった」場合ですら過剰防衛規定を適用しない(BGH NSTz 2002, 141)。しかし、判例はこういった場合、許容構成要件的錯誤を認め、過失犯規定を適用する。これに対して、「既に完結した侵害に対してもなお正当防衛権を有している」と誤信した者には、第一七条の禁止の錯誤が適用される(BGH NSTz 2003, 596)。vgl. *Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 86.

学説上も**否定説**は有力である。判例の理由の外に、過剰防衛規定の法的性質を違法・責任減少事由と解する免責事由説からは、防禦を要する侵害がまだ存在しないとかもはや存在しないとき、質的過剰の場合とは異なり不法減少が欠けるとか(*Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 45 II 4; *Rudolphi*, (Fn. 225), § 33 Rn 2; *A. Eser, B. Burkhardt*, *Stf recht I* 4. Aufl., 1992, Fall 11 Rn 41; *J. Sauren*, *Zur Überschreitung des Notwehrrechts*, *Jura* 1988, 571 ff. 侵害が既に終了しているとき、状況の劇的展開に起因する心理学的荷重(Dramatik)が欠けるという理由が挙げられる(*G. Geilen*, *Notwehr und Notwehrexzeß (Schluss)*, *Jura* 1981, 379 ff.)。否定説に対しては、時間的限界を超えるということは大いにいえることであって、量的過剰が「概念的に不可能」とはいえないこと、適度の対応だったが防衛の時間的限界を僅かに超えていたときと、現在の侵害に際し必要の限度を著しく超えるときとを比較すると、前者の不法の方がはるかに小さいのであるから、質的過剰において不法減少が見られるという考えには説得力が欠けること、質的過剰にも量的過剰にも等しくいえる事だが、限界を超えた後、被侵害者の行為は法益を守るものではなく、この点で、過剰行為による不法減少ということはいえないこと、さらに、違法な侵害の事前のあるいは事後の作用として無力性情動を惹起するのだから、「状況の劇的展開による心理学的荷重」に欠けるとはいえないことが指摘される。*Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 89; *Kühl*, (Fn. 15), § 12 Rn 143.

これに対して、刑罰目的論から**肯定説**を展開するのがロクシーンである。必要な程度を二倍も超える強烈な一撃を加える場合(質的過剰)と、侵害を終わらせる一撃を加えた後にまたもや一撃を加える(量的過剰)場合とは、刑事政策的には同じである。二回の適度の殴打の方が一回の度を越した殴打よりも害が少ないし、それほど難なく赦せる。質的過剰を不処罰にする理由は量的過剰にも通用する。事後の過剰行為でも事前の過剰行為でも、違法な侵害者だけが傷つけられる。無力性情動に限定することで、怒りからの応報が妨げられる。*Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 88. ペロンは、免責事由説の立場から、質的過剰防衛も量的過剰防衛も違法・責任減少という点で変わりなく、後者にも刑法第三三条の適用を肯定する。*Perron*, (Fn. 195), § 33 Rn 7.

しかし、肯定説は一般には「事後の」過剰防衛に限って刑法第三三条(過剰防衛)の適用を肯定する。事前に防御する者は「防衛の限度」を超えたといえないので、事前の過剰防衛には刑法第三三条の適用が否定される。これに対し、侵害が終了した後では、被侵害者の心理的状況は質的過剰防衛

の場合のそれに相応するし、刑法第三三条の法文もこれを含むといえる。Wessels/Beulke, (Fn. 35), 447; R. Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2012, § 27 Rn 18 f.; Baumann/Weber/Mitsch, (Fn. 131), § 23 Rn 42 f.

「事前の」過剰防衛に刑法第三三条の類推適用を認めるのが、H. Otto, Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura 1987, 604 ff.; F. Zieschang, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2006, § 33 Rn 11.

(236) 事後の過剰防衛を肯定した判例：大判大正一四・一二・一五評論一五下・八三（兄から突然出刃包丁で切り付けられ、これを振り取り兄に対して一撃を加え、次の瞬間に逃げる兄を追跡して最後の一撃を加えて殺害したという事案につき、先行行為に正当防衛を認め、後続行為につき、「生死ノ境ニ出入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ノ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唯一ヲ傷害シテ不知不識之ヲ死ニ致スニ至リタルモノ」だとして、過剰防衛が成立）、最判昭和三四・二・五刑集一三・一・一（屋根鉄で威嚇された被告人が、自己の生命身体に対する危険を排除するため、鉈で相手方の頭部に一撃を加え、よろけながら屋根鉄を落とした相手方の頭部を追い討ちに殴りつけ、転倒させたが、被告人は、甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽していたので、さらに一撃のうちに相手方の頭部、腕等を鉈を振るって三、四回斬り付け、よって頭部切創による左大脳損傷のため死亡させたという事案）「被告人の本件一連の行為は、それ自体が全体として、その際の状況に照らして、刑法三六条一項にいわゆる『已むことを得ざるに出てたる行為』とはいえないのであって、却って同条2項にいわゆる『防衛の程度を超えたる行為』に該るとして、これを有罪とした原審の判断は正当である」、最決平成二一・二・二四刑集六三・二・一〔拘置所内の同室の被害者が被告人に向けて机を押し倒してきたため、被告人は被害者に対し折りたたみ机を投げつけ、さらに、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たという事案〕「前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正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傷害罪の成立を認めるのが相当である」。その他、大判大正一四・一二・一五評論一五刑八三（突然出刃包丁で切りつけられた被告人が、相手方と格闘の末これを挽ぎ取り一撃を加え、逃げる相手をさらに追撃して最後の一撃を加えて死亡させたという事案）、最判平成六・一二・六刑集四八・八・五〇九、上掲最判平成九・六・一六刑集五一・五・四三五。下級審判例に、大阪高判昭和四五・九・二〇判時九五三・一三六（夫から、長年にわたり暴行を受け、事件当日も、深夜まったく人気のない堤防上に連行され、約二、三〇分間にわたって殴る蹴るの暴行を受けた上、「死ぬ」と言われて手で強く首を絞められた被告人が、「身体的苦痛と死の恐怖による極度の興奮、狼狽の心理状態のもとで」、たまたま手に入ったぬれタオルでその首を締めつけ、夫が抵抗しなくなった後も頸を絞め続けて殺害したという事案。刑の免除）、京都地判昭和五七・二・一七判時一〇四八・一七六（娘婿から、かねてから些細なことで暴力をふるわれた上、事件当日も、突然電気アイロンで頭頂部を一回殴られ、さらに仰向けに引き倒されたうえ、さらに右アイロンで前頭部を一回殴られた被告人が、たまたま目の前に垂れ下がっていたアイロンに気づき、これを同人の首に巻きつけて引っ張り、首が絞まった同人が、崩れるように仰向けに倒れたため、一旦手を離れたが、一〇ないし二〇秒同人を見ているうちに、日頃の憎悪、憤激の念と同人が息を吹き返したときは殺されてしまうとの恐ろしさから、再度、約四、五分間にわたって同人の首に巻かれたコードを強く引っ張って絞殺したという事案。「本件で両絞頸行為を分離して考えるのは相当でなく、事態を全体として観察しその正当防衛又は過剰防衛の成否を判断すべき）、富山地判平成一一・一一・二五判タ一〇五〇・二七八、東京高判平成一二・一一・一六東高五一・一＝一二・一一〇。

事後の過剰防衛をを否定した判例：最決平成二〇・六・二五刑集六二・六・一八五九〔被害者甲からいきなり殴りかかれた被告人が、甲の顔面を一回殴打したところ、甲はアルミ製灰皿を被告人に向けて投げつけたので、被告人は甲の顔面を殴打すると、同人は転倒して、後頭部を地面に打ちつけ、

意識を失った(第一暴行)、さらに、被告人は憤激の余り、甲の腹部等を足蹴りにしたり、腹部に膝をぶつけるなどの暴行を加えた(第二暴行)結果、甲は搬送先の病院で死亡したという事案]「両暴行は、時間的、場所的に連続しているというものの、甲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、……抵抗不能状態にある甲に対して相当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、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、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負う」。下級審判例に、津地判平成五・四・二八判タ八一・二〇一。

(237) 安田拓人「事後的過剰防衛について」(『立石二六先生古稀祝賀論文集』所収)二〇一二年・二四三頁以下、二四七頁。なお、旧刑法第三一六条は、「防衛スルニ出ルト謂モ已ム事ヲ得サルニ非シテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加エタル者ハ不罪ノ限ニ在ラス但情状ニ因リ第三百十三条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スル事ヲ得」と定め、事後的過剰防衛を認めていた。現行刑法への改正に当たって、事後的過剰防衛を否定する議論はなされていない。

(238) *Kühl*, (Fn. 15), § 12 Rn 143.

(239) *Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 90; *Otto*, (Fn. 49), § 14 Rn 23; *Kühl*, (Fn. 15), § 12 Rn 144; *Zieschang*, (Fn. 235), § 33 Rn 8. 大谷(注34)二九五頁, 山中(注15. 総論)四九三頁以下, 西田(注34)一六七頁, 安田(注237)二五五頁。

なお、山口(注26)一三四頁以下は、過剰防衛についての違法・責任減少説の立場から、過剰事後の過剰防衛については、急迫不正の侵害に対する、実質的に一個の意思決定に担われた(責任減少)、同一機会における同種の法益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しう程度において(違法性減少)、一個の行為と実質的に同視しう一連の行為の全体が過剰防衛になると論ずる。しかし、正当化される最初の反撃行為が後の過剰反撃行為によって違法に転化するわけではないのであるから、後の過剰反撃行為の違法性だけが問題となるが、この違法性が減少することはありえない。参照、林(注20)二〇二頁以下、安田(注237)二五二頁以下。

これに対して、過剰防衛規定適用否定説：内田(注26)一一一頁以下「そもそも、正当防衛が前提になるのでなければ過剰防衛もありえない」、「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……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」。福田(注25)一六二頁注2「急迫不正の侵害が終了した後では、正当防衛はみとめられないから、過剰防衛もありえない」。松宮(注35)一四五頁。事後の過剰部分に違法減少が無いことを根拠に刑法第三六条第二項の適用を否定するのが、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学三二・二=三(一九九八年)二二七頁以下(侵害が終了しているの、防衛行為の相手方が「正」であり、これを「不正」とみるならば、「攻撃をするという悪しき人格のみから違法性を根拠付けようとするもの」であって、事後の過剰防衛の実体は復讐である)。本説は、被侵害者の防衛行為の端緒がそもそも侵害者の「不正」の先行行為に向けられたものであること、事後の過剰というのは不正の侵害に対する被侵害者の防衛行為が行き過ぎだったという点についての認識を欠いている。参照、安田(注237)二五〇頁以下。

(240) 東京地判平成一二・八・二九判時一八一・一五四〔深夜自宅を訪れた男性二名に襲われた被告人が兩名を登山ナイフで刺突し、もはや起き上がってくる気配のないことを確認したが、このまま兩名を生かしておけば、後日必ず仕返しされると考え、とどめを刺すべく、無抵抗の兩名の背部、胸部、腹部等を登山ナイフで多数回突き刺し殺害したという事案]「被告人の当該時点における刺突行為のみをみても、単に素手で向かってくる被害者に対し、鋭利な登山ナイフで人体の枢要部分を力一杯根元まで数回突き刺すというもので、防衛に必要な程度を逸脱し、反撃行為の防衛手段としての相当性を欠いている……被害者兩名が倒れ込んだ後の被告人の行為について考えてみるに……既に兩名による急迫不正の侵害は終息したばかりか、被告人においても、防衛の意思をなくし、専ら積極加害の意思

で攻撃したということが出来る。したがって、この時点においては、特別防衛及び正当防衛等の成立を認める前提要件は既に消失したというべきである。……被告人の刺突行為全体は、あくまで、被告人方居室内という同一の場所において、同一の二名の被害者に対し、同一の確定的殺意に基づき、長くても一分から二〇分という短時間に連続的に行われたことからして、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……特段の事情はなく……しかしながら……本件は、刑法三六条二項にいう過剰防衛として刑を減免すべき事案とは認められない」。参照、安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑雑五〇・二(二〇一一)二九一頁以下、三〇〇頁以下。

(241) *Jakobs*, (Fn. 49), 20/31. 参照、名古屋地判平成七・七・一一判時一五三九・一四三〔酒に酔った内縁の夫A(被害者)からゴルフクラブで後頭部を殴打されるなどの暴行を加えられた被告人が、被害者が目を閉じて仰向けに横たわっていた際に、その頸部をペテナイフで突き刺して死亡させたという事案〕「Aの一連の暴行を一体として全体的に考察すると、暴行そのものが一旦収まっていても、引き続きこれを反覆する危険はなお現存していたものと言うべきであるから、Aの暴行による法益侵害が間近に押し迫っている状態、すなわち被告人の生命・身体に対する急迫不正の侵害は継続していたものと認めるのが相当である」。

(242) *Roxin*, (Fn. 6), § 22 Rn 88. 林(注20)二〇二頁。これに対して、緊急避難の問題とするのが、山中(注15。総論)四九三頁。

(243) 参照、最判平成六・一二・六刑集四八・八・五〇九。

(244) *Moos*, (Fn. 81), § 4 Rn 114, 117; *ders.*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1998, 101 ff., 111 f.

(245) *Moos*, (Fn. 244), Die Irrtum 111 f.; *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg., § 8 Rn 47 f.

(246) *Steininger*, (Fn. 245), § 8 Rn 21; *ders.*, (Fn. 15), 14. Kap Rn 20 ff.

(247) *Steininger*, (Fn. 245), § 8 Rn 22.

(248) *Steininger*, (Fn. 245), § 8 Rn 23 ff.; *ders.*, (Fn. 15), 14. Kap Rn 24.

(249) *Steininger*, (Fn. 245), § 8 Rn 25; *ders.*, (Fn. 15), 14. Kap Rn 24.

(250) *Steininger*, (Fn. 245), § 8 Rn 26.

(251) Vgl. *E. Steininger*, Der Putativnotwehrexzeß, ÖJZ 1986, 247 f.; *ders.*, (Fn. 245), § 8 Rn 39 f.

(252) Vgl. *Steininger*, (Fn. 251), 248 f.

(253) 過剰防衛に関する**違法性・責任減少説**に立つ大塚(注34)三九七頁以下は、誤想過剰防衛を、①行為者が誤想した侵害に対する防衛行為としては過剰なものであることを表象・認容しつつ行為した場合(本来の誤想過剰防衛)と、②誤想した侵害に対して相当な防衛行為をするつもりで過剰な行為を行なった場合(誤想防衛の一種)に分けるが、いずれの場合にも刑法第三六条第二項の準用を認める。高橋(注15)二八五頁。

過剰防衛に関する**違法性・責任減少説**に立ち、誤想防衛について**厳格責任説**(誤想防衛は違法性の錯誤であり、故意を阻却しない)に立つ大谷(注34)二九八頁は、誤想過剰防衛を、急迫不正の侵害がないのに、それがあつたものと誤信して防衛行為に出たが、誤想した侵害に対する防衛としては過剰であった場合のことを言い、相当性の程度を超えていることについて、①認識がある場合(本来の誤想過剰防衛)と②認識がない場合に分けられるが、いずれの場合も、発生した事実につき故意犯が成立し、錯誤が避けえない場合は責任を阻却し、刑法第三六条第二項の適用については、誤想過剰防衛も誤想防衛にほかならないことを理由に否定し、刑法第三八条第三項によって対応すべきだとする。

同じく、過剰防衛に関する**違法性・責任減少説**に立ち、誤想防衛について**二元的厳格責任説**(「事前判断」の見地から、正当化事情の錯誤が一般人にとって回避不可能である場合には、行為の違法性阻却を認め、回避可能である場合には違法性の錯誤として扱う)川端(注15)三五七頁、三八四頁以下は、正当化事情の錯誤が行為時において一般人を基準にして回避不可能であった場合、過剰性の誤認があれば過剰防衛そのものとして刑法第三六条第二項の適用があり、過剰性の認識があると、防衛意

思が欠如することになって正当防衛は認められず、刑法第三六条第二項の適用もない、これに対して、正当化事情が回避可能であった場合には、違法性の錯誤の問題となる。

過剰防衛に関する可罰的責任減少説に立つ山中(注15。総論)五〇〇頁以下は、狭義の誤想過剰防衛を、急迫不正の侵害が存在しないのに存在すると誤信し、しかも防衛の必要性ないし内在的制限を越えた場合だとし、①その過剰事実について認識がある場合(故意の誤想過剰防衛)と②認識がない場合(過失の誤想過剰防衛)に分け、いずれの場合にも刑法第三六条第二項の準用を肯定するが、しかし、違法性の減少が伴わないという事実を考慮して刑の免除を認めない。

同じく、過剰防衛に関する可罰的責任減少説に立つ浅田(注25)二二九頁以下も、誤想过剰防衛を、急迫不正の侵害がないのにあると誤信した上、誤信した侵害に比して過剰な反撃を行なったが、①過剰の点について認識がある場合と、②過剰の点について認識がない場合に分けるが、いずれの場合にも刑法第三六条第二項の準用を認める。

過剰防衛に関する責任減少説に立つ西田(注34)一六九頁は、誤想过剰防衛とは、誤想防衛の結果、過剰な防衛行為を行い、しかも、その過剰性について認識がある場合をいい、過剰性の認識がない場合には、相当性の誤信として誤想防衛になり、誤想过剰防衛には刑法第三六条第二項の適用ないし準用を認める。

オーストリア刑法第三条第二項の誤想过剰防衛への適用可能性につき、直接適用説に、Moos, (Fn. 81), § 10 Rn 39; Steininger, (Fn. 30), § 3 Rn 108. 準用説に、Fuchs, (Fn. 25), 24. Kap Rn 34; Lewisch, (Fn. 25), § 3 Rn 189; Kienapfel/Höpfel, (Rn. 30), Z 19 Rn 17.

ドイツ刑法第三三条の誤想过剰防衛への適用可能性については、否定説が一般的である。Kühl, (Fn. 15), § 12 Rn 156 ff. (誤想过剰防衛においては、被害者は過剰反応を誘発したの侵害者でない、それ故、過剰行為を法によって守るに及ばない。それに、刑法第三三条の準用を肯定するなら、正当防衛状況の存在を誤認する(この場合、刑法第一六条第一項第二文によって過失犯処罰の可能性がある)ばかりか、必要性の限界を超えた者(第三三条の準用によって免責される)が有利に扱われることになろう。但し、侵害の仮装があったとき、「侵害者」が見誤らされた行為者の誤想と過剰反応を自ら招いたので、例外的に刑法第三三条の準用が認められる)、Roxin, (Fn. 6), § 22 Rn 95 (保護に値する非侵害者が過剰反応の犠牲者になっている。さらに、回避可能な誤想防衛は可罰的なのに、回避可能な誤想过剰防衛は可罰的でないということになれば、それはつじつまが合わない。但し、錯誤者に責任がなく、過剰行為の被害者に、侵害を仮装したために、専ら状況を作出したことにつき責任があるとき、刑法第三三条の準用を認めるべきである。過剰は非関与者に当たっているのではなく、したがって、刑罰を放棄しても一般予防上の問題は生じない)、Jescheck/Weigend, (Fn. 15), § 45 II 4; Krey/Esner, (Fn. 4), § 22 Rn 769. 否定説、Spendel, (Fn. 6), § 33 Rn 33.

(254) 藤木(注34)一七五頁は、「市民が正当防衛権を躊躇なく行使できるようにする、という本来の立法趣旨からすれば、本条の要件を形式上充足するかぎり正当防衛とみなされると解するのが、正しい理解」だと論ずる。小野清一郎『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』一九三一年・二三五頁以下。大阪高判昭和五〇・一一・二八判時七九七・一五七。これに対して、大谷(注34)二九九頁は、本特則は刑法第三六条を当然の前提とするから、同条所定の「やむを得ずした」ことを要件とする。名古屋高判昭和三七・一二・四刑集一五・六六九。平野(注26)二四一頁は、「違法性の根底にある相当性の要求から、この場合も、他のよりおだやかな行為で十分であり、当該行為が著しく相当性を欠くものは、やはり過剰防衛とすべきであろう。しかし、その程度は刑法三六条の場合よりもかなりゆるやかであるべき」と論ずる。内藤(注26)三九六頁。最決平成六・六・三〇刑集四八・四・二一は、盗犯等防止法第一条一項の「正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここにいる相当性とは、……刑法三六条一項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である」と説示している。東京高判昭和五六・一・一三判時一〇一四・一三八。

(255) 参照, 山中(注15。総論)五〇六頁。

(256) 第一条第二項の適用領域について、**誤想防衛適用説**：木村(注84)二六四頁，滝川幸辰『刑法講義』[改訂版]一九三一年・九九頁，最決昭和四二・五・二六刑集二一・四・七一〇は，第一条第二項は，「同条一項各号の場合において，自己または他人の生命，身体または貞操に対する現在の危難がないのに，恐怖，驚愕，興奮または狼狽により，その危険があるものと誤信して，これを排除するため現場で犯人を殺傷した場合に適用される規定であって，行為者にそのような誤信のない場合には適用がないものと解するのが相当である」と説示している。**過剰防衛適用説**：平野(注26)二三四頁「この規定は，現在性のない侵害に対する早まった防衛を，驚愕・興奮などによる場合に限って，犯罪不成立とした」，草野豹一郎『刑事判例研究』四卷・一九三九年・五一頁以下，大判昭和二三・七・二九刑集一七・六一九。**誤想防衛・過剰防衛適用説**：大塚(注34)三九七頁，藤木(注34)一七五頁以下，内藤(注26)四〇一頁，山中(注15。総論)五〇七頁。

(257) 参照，福田(注25)一六三頁，大谷(注34)三九八頁。