OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	防衛行為の個数について : 「正当防衛に引き続いた過剰防衛行為」をめぐる考察
Author(s)	小野, 晃正
Citation	阪大法学. 2011, 60(6), p. 83-116
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55165
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

防衛行為の個数について

――「正当防衛に引き続いた過剰防衛行為」をめぐる考察――

小野晃正

一　はじめに
二　ドイツにおける防衛行為論の展開
三　わが国における防衛行為の個数をめぐる議論
四　防衛行為の構造
五　おわりに

一　はじめに

構成要件段階で「一連の行為」と判断された事実が[1]、同時に正当防衛と過剰防衛の両面を有するとき、防衛行為の個数は如何に捉えるべきか。すなわち、急迫不正の侵害に向けた正当防衛（第一行為）が、過剰防衛（第二行為）に転化する場合、違法性の段階で両行為は分断されるのであろうか。具体的には、同一機会に行われたことを根拠として、一個の一体的な防衛行為とみるべきか、それとも正当防衛部分と過剰防衛部分に行為を分断すべきかが問われる[2]。

（阪大法学）60（6-83）1119〔2011.3〕

これらの議論は、正当防衛が「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」（刑法三六条一項）であるのに対して、過剰防衛が「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」「防衛の程度を超えた行為」（同法三六条二項）であるとした法文に起因する。けだし、前者は正当化されるところ、後者は「防衛の程度を超えた行為」として違法行為になるが、両者はいずれも防衛の意思に導かれた急迫不正の侵害に対する防衛行為でもあるからである。その際、解釈論上は、防衛の範囲を逸脱したか否かの差異を重視すべきか、あるいは、防衛行為という共通点を重視すべきかが、防衛行為の個数判断に影響を与えるであろう。

さらに、上述した疑問は、以下のように整理することができよう。まず、犯罪論体系のどの段階で防衛行為の個数判断を行うかである。例えば、犯罪論の基礎となる行為論、または、その後の構成要件や違法性の段階で考慮すべきかである。つぎに、防衛行為全体を一個とみるとき、正当防衛にあたる部分にも過剰防衛のもつ違法性が及ぶかという問題がある。具体的には、重大な犯罪結果が正当防衛部分から生じた場合に、過剰部分と合わせて行為全体を過剰防衛と評価しうるかである。第三は、刑法三六条二項が「防衛の程度を超えた」と定めた意義をめぐり、いわゆる量的過剰に刑法三六条二項を適用するとき、質的過剰と量的過剰における行為の個数判断の基準が同じであるかも問題となるであろう(3)。また、これらの問題は、およそ過剰防衛における刑の減免根拠を顧慮せずに判断しうるかも検討されねばならない。

近年の判例では、過剰防衛の成否に関連して、防衛行為の一体性に言及するものが少なくない。例えば、最高裁平成九年六月一六日判決(4)、最高裁平成二〇年六月二五日決定(5)、及び、最高裁平成二一年二月二四日決定(6)がみられる。また、これらの諸判例が契機となって、学説上も新たな見解が登場した(7)。しかし、わが国では、かような「防衛行

為の一体性」をめぐる議論が始まったところであり[8]、諸外国の法制度に対する検討も緒についたばかりである[9]。

本稿では、わが国の刑法二六条二項が、一八七一年ドイツ刑法五三条三項（一九七五年現行ドイツ刑法三三条）[10]と「基本的に対応」していること[11]、また、学説の展開もドイツ法学の影響を受けた経緯にかんがみて[12]、まず、防衛行為の個数を考える上で参考となるドイツの諸見解を概観する[13]。その後、わが国の判例及び学説をみることで、違法性判断における防衛行為の構造を考察することにしたい。

（1）この問題については、拙稿「早すぎた結果発生と実行行為――『一連の行為』をめぐる考察――」阪大法学六〇巻一号（平二二）一五五頁以下を参照されたい。

（2）高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル一九号（平二一）四四頁参照。こうした問題を取り上げた先行研究として、小野清一郎「正当防衛における違法性と責任」法学研究（愛知学院大学）三巻二号（昭三六）一三頁以下がみられる。

（3）質的過剰は、反撃手段が強度の面で相当性を欠く場合をいい、強度的過剰、限縮的過剰あるいは内包的過剰とも呼ばれる。これに対して、量的過剰は、最初の反撃により攻撃が終了したにもかかわらず、引き続いて追撃に出た場合をいい、外延的過剰、時間的過剰あるいは範囲の過剰とも呼ばれる。もっとも、かような質的過剰と量的過剰の存在は、勝本勘三郎・刑法要論総則（大二）二四八頁において、すでに指摘されていた。なお、佐久間修・刑法講義総論（平九）二一〇頁、林幹人・刑法総論（第二版・平二〇）二〇二頁、及び、安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博＝椎橋隆幸＝甲斐克則編・立石二六先生古稀祝賀論集（平二二）二四三頁以下などでは、前者を強度的過剰、後者を事後的過剰・時間的過剰として分類することが多い。かような分類は、過剰防衛の実態に即しており妥当であろう。ただし、この分類が定着していないこともあり、本稿では従来の用語例に従っている。

（4）刑集五一巻五号四三五頁参照。

（5）刑集六二巻六号一八五九頁参照。

（6）刑集六三巻二号一頁参照。

（7）例えば、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学三二巻二・三号（平一〇）二二七頁以下、高橋・前掲刑事法ジャーナル一九号三九頁以下、及び、深町晋也「『一連の行為』論について――全体的考察の意義と限界――」立教法務研究三号（平二二）九三頁以下を挙げることができよう。

（8）団藤重光編・注釈刑法（2）のⅠ総則（2）（昭四三）二五三頁［藤木英雄］及び平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭五〇）二四六頁は、量的過剰の場合を念頭に置きつつ、第一行為と第二行為が連続して行われた場合、両者を全体として過剰防衛と考えるべきであると述べておられるが、その理論的根拠については言及されていない。

（9）もっとも、過剰防衛をめぐる一九八〇年代までのドイツ刑法学説の系譜については、佐久間・刑法における事実の錯誤（昭六二）二七四頁以下に詳細な研究がある。なお、ドイツ刑法学との比較を通じて、質的過剰または量的過剰につき、過剰行為の一体性評価に言及する文献としては、橋田・前掲産大法学三二巻二・三号二二七頁以下、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的評価」前掲立石二六先生古稀祝賀論集二一五頁以下、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二四三頁以下がある。また、オーストリア及びスイスにおける過剰防衛規定の比較法的検討につき、丸山隆司「過剰防衛に関する考察」東京都立大学法学会雑誌（平二）一六五頁以下、さらに、英米法における過剰防衛と刑事責任の動向については、ジョージ・ムスラーキス（甲斐克則＝日山恵美訳）「過剰防衛と刑事責任」比較法学三九巻三号（平一八）二二一頁以下を参照されたい。

（10）一八七一年ドイツ刑法典五三条三項は、「行為者が、狼狽、恐怖又は驚愕のあまり、防衛の限度を超えたときは、正当防衛の過剰は罰しない。」と規定したのに対して、現行法である一九七五年ドイツ刑法典三三条は、「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えたときは、罰せられない。」と規定する。法改正にあたっては、字句について若干の変更があり、いわゆる虚弱性情動が正当防衛を超過する原因であることがより明確化されたが、その実質的内容に大きな変更はないと考えられている。なお、ドイツにおける現行過剰防衛規定の成立経緯については、横内豪「過剰防衛における責任減少の意義」上智法学論集五三巻四号（平二二）二三一頁以下を参照されたい。

（11）Robert von Hippel, Deutches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 214.

（12）たとえば、大場茂馬・刑法總論下巻（大六）五五七頁では、過剰防衛における刑の減免の根拠について、狼狽・恐怖・驚愕による責任減少が挙げられているが、これはドイツ刑法学を踏まえたものであろう。なお、わが国における過剰

防衛の立法過程および学説の展開については、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学七四巻一号（平二二）一頁以下を参照されたい。

(13) この点につき、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二四四頁も参照。

二　ドイツにおける防衛行為論の展開

正当防衛の限界を超える過剰防衛は、違法な侵害行為とみなされる(14)。しかし、過剰防衛が、錯乱や恐怖・驚愕といった虚弱性情動（asthenische Affekte）(15)から生じたとき、その刑は免除される（ドイツ刑法典三三条）。従来、ドイツでは、「正当防衛の限界を超えた」ことの意義をめぐり、過剰防衛を二つの類型に区分してきた。第一の類型は、正当防衛状況下において、必要な反撃の範囲を超過した質的過剰の場合である。第二の類型は、正当防衛状況が消失したにも関わらず、行為者が追撃行為を行うことで正当防衛の時間的限界を超過した量的過剰の場合である。ドイツの判例及び学説では、現行法三三条にいう「正当防衛の限界を超えた」（旧法五三条三項の「防衛の限界を超えた」）の中に、質的過剰を含めることに争いはない(16)。これに対して、学説は、量的過剰の場合にも同法三三条を適用できるかをめぐり、過剰防衛の免責根拠と関連づけて防衛行為の一体性についても議論してきた。そのため、ドイツの諸判例も、正当防衛状況の有無を勘案しつつ、過剰防衛の適用範囲に言及するものが多い。以下では、この点をめぐる過剰防衛の諸判例を検討する。

（1）判例の変遷

1　第一の判例は、ライヒ裁判所一九一九年一〇月二四日判決である(17)。この事案は、口論の挙句、離縁した妻の父に殴打された被告人が、さらにその兄より刃物で襲われたため、防衛の意思で計四発の銃弾を発射したところ、

その一発が兄の足に命中して傷害を負わせたが（第一行為）、次の一発が前妻にも命中し、これを死亡させたというものである（第二行為）。裁判所は、第一行為の時点で正当防衛状況を認めつつも、兄を負傷させた後は急迫不正の侵害を否定した。そのため、前妻に対する発砲行為については、過剰防衛による免責を認めなかった[18]。このように、裁判所は、正当防衛状況が客観的に存在することを過剰防衛適用の前提条件とする。そのため、客観的な正当防衛状況の存否により、行為を分断することになったといえよう[19]。

2　第二の判例は、ライヒ裁判所一九二八年三月一九日判決である[20]。ここでも第一の判例と同じく、夫に襲撃された妻が、防衛の意思で二発の銃弾を発射して床に転倒させた後、さらに続けて二度発砲して夫を殺害したというものである。裁判所は、「正当防衛（状況）がもはや現在しない場合、刑法典五三条三項でいう正当防衛の超過は、概念上問題とならない」とした。その上で、「刑法典五三条三項は、（防衛の）程度又は態様に応じて防衛行為の限界を超過した行為、すなわち、質的過剰にのみ」適用されると判示した[21]。こうした理解を前提として、「正当防衛状況が取り除かれた後ないし攻撃の危険が全く消滅した後になされた」行為は、もはや防衛行為とはいえず、違法な攻撃であるとした[22]。この判例は、前記一九一九年判決から踏み込んで、攻撃の危険性が完全に消滅するまで正当防衛状況は存在するため、わずかでも攻撃の危険性が残っている間は、なお防衛行為として評価しうるという。

3　第三の判例は、緊急救助に関する連邦通常裁判所一九八六年七月一一日決定である[23]。本件の事案によれば、被告人Aは、被害者Bが店主Cを殴打するのを目撃し、自分より体格面で優越するBをCから引き離そうとした際、Cの受傷した状態をみて狼狽・興奮し、Cを救助するためにナイフを入手して戻ってきたが、なおBとCが小競り合いを続けていたため、Bをナイフで突き刺したものである。原審は、刑法三三条の適用を否定してAを傷害罪により有罪としたが、連邦通常裁判所は、原審による法令適用の誤りを指摘して次のように述べた。「刑法典三三条

は、強度の過剰にあたる場合として、現存の違法な攻撃に対する防衛行為が、必要性の限度を超過する事案に」適用される。すなわち、同三三条が質的過剰にのみ適用される以上、その範囲は「正当防衛状況及び攻撃の危険が最終的に排除されるまで」の間に限られる。その際、攻撃の危険性が最終的に排除されたかどうかの基準は、攻撃の強度が減弱したか、あるいは再攻撃の可能性があるかによるとした[24]。

右の連邦通常裁判所の判断によれば、攻撃の強度が減弱した場合や、それに引き続く攻撃のおそれがある場合には、正当防衛状況がなお現在することになり、同三一条二項にいう「現在の違法な攻撃」の範囲は著しく拡大したのである。その結果として、従来であれば量的過剰防衛とされたものが、質的過剰防衛に含まれるようになった[25]。その後のドイツ判例では、刑法典三三条の適用につき右の基準が妥当している[26]。

4　これらの判例をめぐって、学説は、「攻撃の現在性をその危険性が最終的に除去されるまで拡大した以上、結論において量的過剰防衛を承認しているのと同然である[27]」という。また、連邦通常裁判所が量的過剰防衛を認めなかったにもかかわらず、最初の攻撃が終了した場合にも過剰防衛を考慮することは、結局のところ、量的過剰防衛にも刑法典三三条を適用するに等しいと批判されている[28]。

ドイツの判例は、当初から正当防衛状況の現在性を前提として過剰防衛を捉えてきた。その意味で、刑法典三三条の適用対象を質的過剰に限定する一方、正当防衛状況を形式的に捉えたともいえよう。しかし、連邦通常裁判所が、攻撃の強度や再攻撃の可能性も考慮して、正当防衛状況の限界を確定しようとしたため、現在性の実質化傾向を招来した。その結果として、量的過剰にあたる類型を質的過剰に取り込むことになり、同三三条の適用範囲は著しく拡張されることになったのである。

（2）学説の動向

1　二〇世紀初頭の学説は、客観的な正当防衛状況の存否により、過剰防衛の適用を判断していた[29]。しかし、近年の学説は、刑法典三三条の免責根拠論にもとづき過剰防衛規定を量的過剰に適用しうるかの問題に加えて、正当防衛と連続する過剰防衛行為の一体性についても言及している。現在の学説は、同三三条の適用を質的過剰に限定するかをめぐり、①制限説（restriktive Theorie）と、②拡張説（extensive Theorie）に分かれる[30]。

2　ドイツの伝統的見解である制限説は、質的過剰の場合にのみ刑法典三三条を適用できるとする[31]。そこでは、同条における「正当防衛の限界を超え」るとは、同三二条二項にいう「必要な防衛」の限度を超えることとされる。制限説の一部は、この文言を重視して、行為の時点で正当防衛状況が存在する場合にのみ、正当防衛権を行使できると考える。したがって、正当防衛状況が現在しない以上、そもそも正当防衛の限界を超過することすらない。さらに、主観的にも、正当防衛状況が現在する場合の心理的状況は、すでに終了した正当防衛状況下のそれとは異なるという[32]。

他方、過剰防衛の免責根拠を違法減少と責任減少の双方に求めることで、制限説の正当性を主張する見解もある。例えば、ルドルフィーは、（ⅰ）同条の主観的要件である「錯乱、恐怖又は驚愕」等の虚弱性情動により責任非難が減少すると同時に、（ⅱ）現在する違法な攻撃に対して防衛を行うことにより不法が減少し、この不法減少に対応する限度の責任非難も減少するため、「二重の責任減少」があるという[33][34]。したがって、質的過剰の場合、正当防衛状況が存在することで不法と責任が減少し、さらに虚弱性情動からも犯人の有責性が減少するため、刑法三三条は当然に適用できる。これに対して、量的過剰の場合には、単に虚弱性情動から違法な防衛行為を行ったにすぎず、正当防衛状況が現在しないため違法性が減少せず、同三三条は適用されないのである[35]。

なお、制限説によれば、量的過剰において、行為者が攻撃の終了（時間的限界の超過）を認識していた場合、故意犯が成立することになる。[36] 他方、攻撃の終了を知らなかった場合には、正当化事情の錯誤として処理されるので、[37] 正当防衛状況の存否により各行為が分断されることになろう。したがって、制限説からは、量的過剰において防衛行為の一体性を論じる余地はない。

3　こうした制限説に対して、量的過剰にも同三三条を適用する拡張説が、有力に主張されるようになった。[38] オットー及びツィーシャンクによれば、全体の事象が一連一体の防衛行為として、違法な攻撃に対する反撃と攻撃終了直後の追撃の間に緊密な時間的関係がある場合、[39]「過剰行為者は、正当防衛権を時間的に超え」たといえるから、時間的限界の「超過」も可能となる。[40] ヘルツォークは、その論拠を不法減少に求め、質的過剰と同視できる正当防衛状況にあって、防衛意思に支配された追撃から時間的限界を超えたとき、その不法は質的過剰の場合と同等であるという。[41] また、キュールによれば、過剰防衛者が防衛の意思をもって、保全法益を防御した限度で法が確証される点でも、不法減少が根拠づけられる。[42]

他方、シュペンデルは、主観面でも質的過剰と「同様の心理状態が、被攻撃者側にあ」ると述べる。[43] すなわち、主観面における防衛「状況の『劇的緊張』（Dramatik）[44]が続く結果、量的過剰行為者の心理的状況」は、質的過剰行為者の心理的状況と同等」になる。[45] それゆえ、量的過剰でも責任減少が導かれる。[46] けだし、質的過剰であれ、量的過剰であれ、虚弱性情動により規範に適合する意思形成が困難であることに変わりはないからである。[47][48][49] かようにして、拡張説は、防衛行為を一体とみるための前提を、行為全体が違法・責任減少により基礎づけられる点に求めている。

もっとも、拡張説は、「現在の攻撃に対する行為と攻撃終了後の行為が、実在的競合（Realkonkurenz）となる

場合」、攻撃終了後の行為はもはや量的過剰防衛とはいえないとして、防衛行為の一体評価につき限界を設けている。[50] この場合、正当化される前者と異なり、正当化されない攻撃終了後の行為は、独立した事後的な報復行為にほかならない。したがって、過剰防衛は、反撃行為の開始から終了までの外形だけで判断すべきでなく、防衛行為の延長かどうかで理解すべきである。[51] 例えば、不意打ちを受けた者が、手拳で相手の頭部を殴打して意識不明にした上で、これを認識しつつ拳銃をつかんで発砲した場合、ツィーシャンクによれば、かような発砲は、時間的に超過した防衛ではなく、攻撃者に対する新たな「攻撃」となる。[52]

4　以上、ドイツの主要な学説を手がかりとして、若干の検討を試みたい。制限説は、法文の形式的把握により、量的過剰を退けることで、過度の分断的思考に堕したきらいがある。前述した連邦通常裁判所判決が示したように、正当防衛状況は物理的・形式的に捉えるのではなく、実質的基準によって把握すべきである。また、違法減少及び責任減少に関して、質的過剰と量的過剰に差異を認めることが困難である以上、防衛行為の一体性の前提として、行為全体が一つの違法・責任減少に基礎付けられることを重視しなければならない。すなわち、防衛意思に支配された反撃と攻撃終了直後にした追撃の間に緊密な時間的関係を要求することで、両行為間に違法減少ないし責任減少が承継され、防衛行為の一体性が担保されるのである。かようにして、拡張説が正当である。

(14)　Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, Rdnr. 8 zu § 33; Theodor Lenckner = Detlev Sternberg-Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 22 zu § Vor. 32.

(15)　林美月子・情動行為と責任能力（平三）一六〇頁以下によれば、情動とは、一過性の感情であり、身体的・生理的付随現象を伴い、人を行動へとかりたてるものとされる。とくに、錯乱、恐怖、驚愕、狼狽に基づく興奮状態は、虚弱性情動と称されており、憤怒、憎しみ、憤激に基づく強壮性情動（sthenische Affekte）と対置される。

(16)　Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutchen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S. 140; Hippel, Deutches Strafrecht, Bd. 2,

1930, S. 213 ; Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1943, S. 364 ; Jürgen Baumann = Ulrich Weber = Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, S. 564 ; Günter Spendel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 3 zu § 33 ; Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Rdnr. 10 zu § 33 ; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 225 ; Frank Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 3 zu § 33 ; Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, Rdnr. 2 zu § 33 ; Gunnar Duttge, Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 2008, Rdnr. 3 zu § 33 ; Georg Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, S. 144 ; Wolfgang Joecks, Strafgezetzbuch, 8. Aufl., 2009, Rdnr. 2 zu § 33 ; Felix Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 9 zu § 33 ; Walter Perron, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 7 zu§ 33 ; Rudolf Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010, S. 238 ; Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2010, S. 85.

(17) RGSt., Bd. 54, S. 36 f.

(18) RGSt., Bd. 54, S. 37.

(19) Baumann = Weber= Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, S. 564.

(20) RGSt., Bd. 62, S. 76 ff. .

(21) ただし、RGSt., Bd. 21, S. 190. において、すでに「違法な攻撃が、実際に存在しない場合」、刑法典五三条三項で不可罰とされる正当防衛の過剰は問題とならないと述べている。なお、誤想過剰防衛における相当性の錯誤にあたるRGSt., Bd. 21, S. 190. については、佐久間・前掲刑法における事実の錯誤二九三頁以下に詳細な分析がみられる。

(22) RGSt., Bd. 62, S. 77.

(23) BGH in NStZ., 1987, S20. なお、判例評釈として、vgl. Otto, Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura, 1987, S. 604.

(24) BGH in NStZ., 1987, S20f.

(25) Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2010, S. 89.

(26)　たとえば，連邦通常裁判所二〇〇三年一月二三日判決（BGH in NStZ., 2003, S599f.），連邦通常裁判所二〇〇三年八月一七日決定（BGH in NStZ-RR., 2004, S10 f.），連邦通常裁判所二〇〇一年一〇月二四日判決（BGH in NStZ., 2002, S141 f.）及び連邦通常裁判所二〇〇八年一一月一三日判決（BGH in NStZ-RR., 2009, S70 f.）参照。

(27)　Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 226.

(28)　Spendel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 8 zu § 33 ; Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 8 zu § 33.

(29)　Augst Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1904, S. 392 ; Liszt, Lehrbuch des Deutchen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S. 140 ; Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 282 f. ; Hippel, Deutches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 213.

(30)　学説の名称については，Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2010, S. 85. を参考にした。本稿は，ドイツの学説の分類にあたり，便宜上，①制限説と②拡張説の名称を用いた。しかし，ドイツでは，拡張説がさらに二分されている。第一の拡張説は，事前的過剰（予防的防衛）による刑法三三条の適用を認める。これに対して，第二の拡張説は，区別説（differenzierende Theorie）ともいい，事後的過剰の場合に限定して同三三条の適用を認める。なお，本稿では事前的過剰の検討を行わない。

(31)　Liszt, Lehrbuch des Deutchen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S. 140 ; Hippel, Deutches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 213 ; Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1943, S. 364 ; Paul Bockelmann = Klaus Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1987, S. 130 ; Reinhart Maurach = Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1992, S. 465 ; Albin Eser = Björn Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 137 ; Stratenwerth = Kühlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, S. 164 f. ; Duttge, Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 2008, Rdnr. 3 zu § 33 ; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, S. 144 ; Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 2 zu § 33.

(32)　Christian Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008, S. 153.

(33)　Rudolphi, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, Jus, 1969, S. 462 ; ders., Systematischer Kommentar zum

Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 1 zu § 33 ; Bockelmann = Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1987, S. 130.

(34) もっとも，ルドルフィーは，不法減少に対応して減少する「責任」の内容を明確にしていない。

(35) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 2 zu § 33 ; Maurach = Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1992, S. 465 ; Eser = Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 137 ; Stratenwerth = Kühlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, S. 164 f.

(36) Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 493.

(37) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 88 ; Walter Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., S. 282.

(38) Thomas Motsch, Der straflose Notwehrexzeß, 2003, S. 113.

(39) Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 226 ; Karl Lackner = Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2008, Rdnr. 2 zu § 33 ; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 379 ; Urs Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, S. 196 ; Felix Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 11 zu § 33 ; Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010, S. 92 ; Rudolf Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010, S. 241.

(40) Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010, S. 92.

(41) Herzog, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 11 zu § 33.

(42) Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 375.

(43) Spendel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 8 zu § 33.

(44) 訳語は，安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二六三頁としたがった。

(45) Baumann = Weber = Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, S. 565.

(46) Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 11 zu § 33.

(47) Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 211 ; Wolfgang Joecks, Strafgezetzbuch, 8. Aufl., 2009, Rdnr. 3 zu § 33.

(48) Walter Perron, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 7 zu § 33.

(49) なお、拡張説の中には、不法減少と責任減少に加えて、刑事政策的観点も加味した要罰性の欠如（Mangel einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit）を根拠にして、質的過剰と量的過剰に差異はないとする見解もある。Vgl. Claus Roxin, Über den Notwehrexzeß, Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 111ff.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 992 und S. 1000. そこでは、質的過剰と量的過剰を問わず、違法な攻撃に対する防衛行為は、防衛意思と共に虚弱性情動に基礎づけられており、防衛行為の限界を超過したとしても、その原因は攻撃者にあるため、法的平和の動揺や犯罪の促進効果が伴わないことから、一般予防及び特別予防の必要性がないことが考慮されている。

(50) Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu § 33.

(51) Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu § 33.

(52) Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu § 33.

三　わが国における防衛行為の個数をめぐる議論

つぎに、わが国の判例及び学説に眼を転じることにしよう。防衛行為の個数が問題となった判例は、下級審判例まで含めるとき、多数のものがみられる[53]。しかし、許された紙幅ですべての事案を取り挙げることは困難であるため、主として大審院及び最高裁の判例を検討したい。また、学説についても、防衛行為の一体性を論じた見解だけを紹介する。

（1）判例の概観

1　最初の判例は、大審院大正一四年一二月一五日判決[54][55]である。この事案によれば、被告人甲は兄乙に出刃包丁で斬りかかられたため、乙と格闘して包丁を奪い取った。しかし、体力で勝る乙はさらに暴行を加えたので、甲は防衛の意思で右出刃包丁を乙の胸部に刺き突した後（第一行為）、逃げようとした乙の胸部をさらに刺き突して死

亡させた（第二行為）。

大審院は、甲に傷害致死罪を適用した上で、過剰防衛（刑法三六条二項）とした。裁判所は、甲の第一行為を正当防衛行為とし、続く第二行為を恐怖心や憤怒の念に駆られて、精神の平静を失った虚弱性情動の状態によるものと認めた。その上で、第二行為は、勢い余って「最初ノ防衛行為ヲ継続シ」た過剰防衛であると認定している。

本判決は、甲の一撃で逃走した乙に再攻撃の危険性を認めていないことから、追撃時に急迫不正の侵害がすでに終了した場合の量的過剰とみたのであろう[56]。その上で、虚弱性情動に基づく追撃を防衛意思に支配された過剰防衛であるとした。

右にみたように、大審院は、二個の防衛行為を個別に評価したと捉える余地もある[57]。しかし、裁判所は、①客観的に行為態様が同一であること、また、②主観的にも反撃時と追撃時に興奮状態が継続し、かつ、致死結果を意識していない以上[58]、両行為は乙の攻撃行為に向けられた一連一体の行為であると評価したとみるべきであろう。

2　第二の判例は、最高裁昭和三四年二月五日判決[59][60]である。この事案では、被告人甲が、屋根鋏で攻撃してきた乙の頭部を防衛のため鉈で一撃した後（第一行為）、さらに横転した乙の頭部を鉈で斬りつけ殺害した（第二行為）。最高裁は、原審が是認した「甲の一連の行為は、それ自体が全体として、その際の情況に照らして、刑法三六条一項にいわゆる『已ムコトヲ得サルニ出デタル行為』とはいえないのであって、却って同条二項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該る」とした。なお、原審の東京高裁昭和三三年二月二四日判決[61]は、甲の行為を「急迫不正の侵害に対し、自己の生命身体を防衛するため、鉈をもつて反撃的態度に出たのであるが、最初の一撃によつて同人が横転し、そのため同人の被告人に対する侵害的態勢が崩れ去つたわけであるのに、被告人は異常の出来事により、甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽したあまりとはいえ、引きつづき三、四回に亘り追撃的行為に出たの

であるから、被告人の本件一連の行為は、それ自体が全体として」、刑法三六条二項にいう「防衛ノ程度ヲ超エタル行為」であると判示している。

かようにして本判決も、右の大審院判決と同様に、①甲による最初の反撃行為で乙が「横転し、そのため同人の被告人に対する侵害的態勢が崩れ去つた」時点で、急迫不正の侵害が終了したと判断したものであろう。その上で、②反撃と追撃時の客観的行為態様が鉈で斬りつけている点で同一であり、また、③主観的にも「恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽」による行為であることから、④全体的考察により反撃行為と追撃行為を一体の過剰防衛であるとした。したがって、この判例も量的過剰を認めたものと理解できる。[62] 前記大審院判決と本件を前提とすれば、量的過剰の事案では、防衛行為が恐怖・驚愕及び狼狽という虚弱性情動に裏付けられたかが、防衛行為の一個性を判断する基準となっている。

3　第三の判例は、最高裁平成九年六月一六日判決[63][64]である。この事案は、被告人甲が乙から鉄パイプで頭部を殴打された後もみ合いとなり、取り上げた同鉄パイプで乙を殴り返したが（第一行為）、右パイプを奪還した乙が勢い余って文化住宅の二階手すりから上半身を乗り出した際、その片足を持ち上げて転落させて、重傷を負わせた（第二行為）。

最高裁は、甲が第二行為に及んだ時点で、急迫不正の侵害及び防衛意思が存在したと認定している。もっとも、乙が上半身を乗り出した際には、その攻撃力がかなり減弱しており、甲による第二行為は、同人の死亡を惹起しうる危険なものであったとした上で、第一行為を含む甲の一連の暴行は、全体として防衛行為の相当性を超えたと判断した。

本判決は、最高裁昭和三四年二月五日判決とは対照的に、乙の攻撃体勢が崩れた点を侵害行為の終了とみたわけ

ではない。むしろ、甲が乙を「地上に転落させる行為に及んだ際」には、乙による侵害は継続していた。その根拠として、乙が「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」にすぎない点を挙げる。従来、判例は、侵害の急迫性を「法益侵害が間近に押し迫っていること、すなわち法益侵害の危険が緊迫したこと」[65]とし、急迫不正の侵害の開始時期を一般的に述べるにとどまっていた。しかし、本判決は、さらに踏み込んで、急迫性が存続する際の判断基準を示している[66]。具体的には、攻撃者による再度の襲撃と攻撃意思の強固さが認められる場合、急迫不正の侵害は存続するのである。すなわち、最高裁は、再攻撃の可能性という客観的要素に加えて、攻撃者の加害意思という主観的事情も判断資料に入れた上で、侵害の継続性を判断していると思われる[67]。

また、同判決は、侵害の存在することを前提として「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」と明示し、本件を質的過剰の事案とみている。最高裁昭和三四年二月五日判決とあわせて考慮すれば、最高裁は、質的過剰と量的過剰の双方において正当防衛が過剰防衛に転化した場合、個々の行為を分断せず、一連一体の防衛行為として取り扱っていること[68]がわかる。特に、質的過剰の場合、攻撃者の一連の侵害行為に対応する防衛行為が、「やむを得ずにした」ものとして、全体的に防衛行為の必要性ないし相当性の要件が備わっているか否かが問題とされている[69]。

4　第四の判例は、最高裁平成二〇年六月二五日決定[70][71]である。裁判所の認定した事実によれば、被告人甲が殴りかかってきた乙の顔面を殴り返した際、乙はアルミ製灰皿を甲に向けて投げつけた。この攻撃により、乙が体勢を崩したため、甲が乙の顔面を殴打したところ転倒して頭部をタイルに強打したまま動かなくなった（第一行為）。しかし、甲は、憤激の余り、乙が仰向けに横転し動かない状況を認識しながら、その腹部等を足蹴りするなどして暴行を加えて傷害を負わせた（第二行為）。もっとも、乙は、第一行為による頭部クモ膜下出血で死亡したのであ

る。

まず、本決定は、第二暴行時に「第一暴行により転倒した乙が、被告人甲に対し更なる侵害行為に出る可能性はな」く、被告人はそのことを認識していたとする。さらに、第二暴行時における主観面について、「おれを甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか」という言動から、「専ら攻撃の意思に基づいて第二暴行に及んでいる」として防衛意思を認めなかった。また、抵抗不能の乙に対して激しい態様の暴行に及んでいるため、「第二暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである」と判断した。これらの事情から、最高裁は、第一暴行と第二暴行の関係に時間的・場所的連続性が存在しても、侵害の継続性、防衛意思の有無及び行為態様の違いという点で、両行為には断絶があるとした。したがって、「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、第一暴行は正当防衛に当たる一方、第二暴行には「正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もない」として、甲に傷害罪の責任を負わせたのである。

本決定では、防衛行為を一個とみる基準として、①客観的に行為態様が同程度であるか、②主観的に防衛意思が存続していたか、及び、③侵害終了を認識しなかったかが考慮されている。すなわち、①につき第一行為と第二行為の態様が異なる点、②につき防衛意思の継続性を欠く点、③につき侵害終了の認識があった点から、第二暴行は事後的な報復行為とされた。そうである以上、本決定は、侵害の発生を前提に複数の反撃行為に及んだ場合でも、侵害の終了を認識せず、行為態様が同一であって防衛意思も継続していれば、一個の防衛行為にあたるという基準[72]を確認したものといえよう。

5　最後は、最高裁平成二一年二月二四日決定[73][74]である。この事案では、覚せい剤取締法違反の罪で起訴されて拘留中の被告人甲が、同室の乙から机を押し倒されるなどして攻撃を受けた。甲が防衛のため、同机を乙に投げ付け

たところ、乙は同机に押し倒されて抵抗が困難となった（第一行為）。甲は、抵抗が困難となっている乙の顔面を手拳で数回殴打し（第二暴行）、同人に加療約三週間を要する傷害を負わせた。なお、この傷害結果は、もっぱら第一暴行から生じたものであることが判明している。

最高裁は、第二暴行について「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」ものであると認めつつ、正当防衛から過剰防衛に転化した行為は、「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」であるとした上で、全体的に考察して「一個の過剰防衛としての傷害罪」が成立するとした(75)。

以上、本件は、第一暴行から第二暴行まで侵害が継続したとみたことから、質的過剰防衛の事案にあたるといえよう(76)。また、本決定でも防衛意思の継続性が行為の一体性の判断要素となっていることがわかる。なお、本決定は、「本件傷害は、違法性のない第一暴行によって生じたものであるから、第二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」という被告人の主張に対して、「有利な情状として考慮すれば足りる」と述べ、これを退けている。

6　右にみたように、わが国の判例は、過剰防衛の類型として質的過剰と量的過剰を認めた上で、「全体的考察」を行い、いずれの場合にも、反撃と追撃を一個の防衛行為と捉えている(77)。このことから、判例の基本的立場は、防衛行為が急迫不正の侵害の存在時及びその終了後にわたり継続的になされた場合、防衛意思の継続性を考慮して、その全体を一個の防衛行為に包括しうるかを判断した上で、防衛行為の相当性を決定したといえよう(78)。

（2）学説の検討

正当防衛に連続する過剰防衛行為の個数問題について、わが国の学説は、①正当防衛と過剰防衛を一個の防衛行為として包括的に取り扱う一体説と、②防衛行為を正当防衛の部分と過剰防衛の部分に分けて判断する分断説に分

かれている。

（ⅰ）一体説

一体説は、わが国の支配的見解であるが、その理論構成に応じて次の四説がみられる。

1　まず、大塚仁博士は、過剰防衛における刑の減免根拠を、具体的事案に応じて違法・責任減少の両者またはその一方であるとした上で[79]、構成要件上一個と判断された行為が、正当防衛に続く過剰防衛行為でもある場合、その全体を包括して一個の防衛行為にあたるかにより、正当防衛または過剰防衛と判断される[80][81]。その際、防衛行為の一個性の基準は、防衛の意思の継続性に求められる[82]。また、一個の過剰防衛行為とされた場合、当該行為全体が過剰防衛にかかる刑の減免根拠に基礎づけられていなければならない[83]。

2　つぎに、山口教授は、複数の防衛行為が存在するとき、急迫不正の侵害に対する行為とみられる限度で、①「実質的に一個の意思決定」に支えられており、かつ、②同一機会における同種の法益侵害行為であれば、一連の行為全体が防衛行為になるといわれる[84]。その上で、「本来正当防衛として許容されたはずの法益侵害に対応する分だけ違法性の減少を認め、それに応じて刑の減少を考慮」する必要があるとして[85]、第一行為と第二行為の罪名が同一の場合、正当防衛に相当する部分だけ違法性が減少して刑が減軽されるという。しかし、第一行為に重い罪名が成立し、第二行為に軽い罪名が成立する場合、前者に対応した違法性の減少を認めつつ、重い罪名を処罰対象から除外する[86]。したがって、平成二一年決定の事案では、一連の防衛行為として暴行罪の成立を認めた上で、これを過剰防衛行為とされる[87][88]。

3　他方、大塚裕史教授によれば、行為の個数判断は、構成要件該当性の判断に先行することになる。すなわち、行為は客観と主観の統合体であるため、行為の個数判断にあたり違法性阻却事由に関わる事実であっても、構成要

件判断に先んじて考慮してよいといわれる。[89] その際、客観的基準として、侵害法益の同一性と場所的かつ時間的な近接性のほか、行為態様の類似性が考慮される。また、主観的基準として、防衛意思の連続性が考慮されている。[90]

したがって、本見解からは、前記大審院及び最高裁判例の結論は肯定されるであろう。[91] しかし、大塚（裕）教授は、平成二一年決定の事案において行為の一個性を否定される。その根拠は、「単独で評価すれば適法な結果を他の行為と合わせることで違法と評価することは妥当でない」ため、先の判断基準を修正した上で、第二行為にのみ暴行罪を成立させて過剰防衛の規定を適用されるのである。[92]

4　最後に、西岡講師は、過剰防衛の成立根拠から防衛行為の個数を検討するべきであり、刑の減免根拠から防衛行為の一個性を導くことは適切でないといわれる。[93] この見解によれば、防衛行為の一体性は、追撃行為が反撃行為の延長といえるかが重要となる。すなわち、両行為の間には、客観的にみて①時間的連続性と、②行為態様の同質性に加えて、主観的にも行為者の心理的な異常状態による行き過ぎの面があるか、さらに、③両行為の間に心理状態の連続性があるかが判断基準とされる。[94] ただし、この見解においても、反撃行為から重い犯罪結果が生じた場合、追撃行為による軽い犯罪の過剰防衛が成立するという。その根拠は、適法な防衛行為から生じた結果を違法とするのは到底容認できない点に求められている。[95]

（ii）分断説

以上の諸見解に対して、橋田教授は、正当防衛たるべき行為を過剰な行為と併せて違法な過剰防衛とみる一体説では、遡及的な犯罪の成立を認める点で支持できないと述べておられる。[96] また、①一体説によれば、反撃行為が違法評価を受けるため「反撃行為に対する正当防衛が可能」となり、②第三者が反撃行為に関わる場面では、相当な反撃行為のみに加功した者も共犯となってしまい不都合であるといわれる。[97] かような分断説の背景には、個々の防

衛行為から生じた結果について違法阻却ないし減少を認めうるかが問題であって、結果ごとにそれらの成否を判断しようとする考え方[98]がある。また、林幹人教授も、量的過剰の場合、急迫不正の侵害の有無及び程度という客観的事情を無視して全体的考察を行うことは疑問であるとされる[99][100]。

こうした分断説を前提とすれば、量的過剰の成否に関する大審院大正一四年判決、最高裁昭和三四年判決、及び最高裁平成二〇年決定の事案では、いずれも第一行為にのみ正当防衛が認められよう。したがって、犯人は第二行為に基づく罪責を負う。また、質的過剰をめぐる最高裁平成九年判決および最高裁平成二一年決定では、第一行為と第二行為で個別的に防衛行為の成否が検討されることになろう。

（iii）考察

以上、防衛行為の個数をめぐる従来の諸見解を概観した。つぎに、これを手がかりとして若干の考察を試みたい。

1　まず、分断説は、個々の行為から生じた結果につき違法阻却又は違法減少を検討すべきであると主張する。しかし、正当防衛または過剰防衛のいずれであるかの判断に先行して、こうした判断の対象となる行為が防衛行為といえるかが決定されなければならない。この点、分断説は、そもそも防衛行為が先行する急迫不正の侵害に対する行為であることを看過している。また、橋田教授は、反撃行為を違法とみる一体説によると、相当な反撃行為についても正当防衛が可能となり、第三者が反撃行為に関わるとき反撃行為のみに加功する者も共犯として処罰されてしまうといわれる。しかし、防衛行為の全体が過剰防衛となることは、裁判時における事後評価であって、行為時の判断においては急迫不正の侵害に対する防衛行為であることに変わりがない以上、かような防衛行為に対する正当防衛や共犯は成立しえないと解するべきであろう[101]。

2　つづいて、一体説に属する諸見解を検討することにしたい。まず、山口教授は、急迫不正の侵害に対する行

為を前提として、「一個の行為と実質的に同視しうる一連の行為全体」を防衛行為とみる判断基準に、「一個の意思決定」による支配を挙げられる[102]。しかし、この「一個の意思決定」とは如何なる主観的要素を指すのかが明らかではない。けだし、山口教授は、犯罪結果が法益侵害の危険と認められたとき、例外的に主観的違法要素としての行為意思を認めるにすぎず[103]、防衛行為の成立要件として防衛意思は不要であると明言されるからである[104]。他方、第一行為が重い罪名で第二行為が軽い罪名の処理をめぐって、重い罪名に対応する分だけ違法性の減少を認めるというのは、結果的に第一行為と第二行為を個別的に評価することに等しい。この点は遡及的に違法性判断が変更されるべきでないといえよう[105]。

3　つぎに、大塚（裕）教授が指摘されたように、およそ行為は客観的要素と主観的要素からなる統合体として構成されている。しかし、ここで教授がいわれる防衛行為の個数判断の対象となるものは、構成要件の前段階にある行為（いわば裸の行為）であることに注意しなければならない。支配的見解によれば、かような裸の行為は、犯罪の成否に関する刑法的判断の規準とならないのである[106]。そうである以上、構成要件の判断に先行して主観的正当化要素を考慮することで、当該行為の個数を判断することはできない。他方、行為の違法性を決定する事情を無視して、裸の行為意思や行為態様だけに着目して、犯罪の成否に直結する行為の一体性を別個に検討することは、違法性及び責任の判断と無関係に行うものであって支持できない[107]。また、かような体系論上の批判を措くとしても、前述した判断基準の修正は、一度確定された「一個の行為」という視点を動揺させるのみならず、再度これを分断するのは背理であるという批判が妥当するであろう[108]。

4　最後に、西岡講師によれば、（量的）過剰防衛の成否ないし行為の一体性は、過剰防衛における刑の減免根拠からではなく、その成立根拠から検討すべきである。しかし、前述したドイツの議論からも示唆されるように、

防衛行為の一体的評価が可能となるのは、部分的行為が単に時間的・場所的に近接しているからではなく、当該防衛行為全体が一つの違法・責任減少に基礎づけられるからである。その意味で、正当防衛を前提とする過剰防衛の検討において、刑の任意的減免の根拠を考慮しつつ、如何なる範囲で過剰防衛の成立を認めるべきかが問われる。[109][110][111] したがって、防衛行為の一個性の判断基準も、刑の減免根拠を離れて独立に論ずることはできないというべきであろう。

5　かようにして、①違法性判断の対象を構成要件該当事実とし、[112] ②防衛行為の一個性が刑法三六条二項の刑の減免根拠に求められるとした上で、③防衛意思の継続を考慮しつつ、④急迫不正の侵害に対してなされた行為全体を包括して一個の防衛行為にあたるか否かを判断する大塚（仁）博士の見解が正当であるといえよう。

(53)　防衛行為の一個性が争点となった裁判例として、広島高裁昭和二六年三月八日判決（高裁刑事判決特報二〇号一一二頁）、仙台高裁昭和二七年九月五日判決（高裁刑事判決特報二二号一六九頁）、仙台高裁昭和三二年一〇月二二日判決（高裁刑事裁判特報四巻二〇号五四二頁）、東京高裁昭和四九年八月一日判決（東高判二五巻八号六七頁）、大阪高裁昭和四八年九月二〇日判決（判時九五三号一三六頁）、福岡高裁昭和五五年七月二四日判決（判時九九九号一二九頁）、東京高裁昭和五五年一一月一二日判決（判時一〇二三号一三四頁）、京都地裁昭和五七年二月一七日判決（判時一〇四八号一七六頁）、大阪高裁昭和五八年一〇月二一日判決（判時一一一三号一四二頁）、神戸地裁昭和六一年一二月一五日判決（判タ六二七号二一八頁）、前橋地裁昭和六二年一一月四日判決（判タ六五八号二三三頁）、津地裁平成五年四月二八日判決（判タ八一九号二〇一頁）、名古屋地裁平成七年七月一一日判決（判時一五三九号一四三頁）、東京地裁平成九年九月五日判決（判タ九八二号二九八頁）、富山地裁平成一一年一一月二五日（判タ一〇五〇号二七八頁）、高松高裁平成一二年一〇月一九日判決（判時一七四五号一五九頁）、東京地裁平成一二年八月二九日判決（判時一八一一号一五四頁）、東京高裁平成一二年一一月一六日判決（東高判五一巻一～一二号一一〇頁）、広島高裁平成一五年一〇月九日判決（公刊物未登載・LEX／DB二八〇九五〇三四）、広島高裁平二一年六月二五日判決（公刊物未登載・LEX／DB二五四四二五六）、松山地裁平

成二一年七月二四日判決（公刊物未登載・ＬＥＸ／ＤＢ二五四四一二九九）などがある。

(54) 法律新聞二五二四號五頁参照。

(55) 評釈として、荘子邦雄「正当防衛」小野清一郎ほか編・総合判例研究叢書刑法（一）（昭三一）一一三頁以下参照。

(56) 安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二五八頁、井上宜裕「判解」速報判例解説五号（法セ増刊・平二一）一七二頁参照。

(57) 井上・前掲速報判例解説五号一七二頁参照。

(58) 安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二五八頁参照。

(59) 刑集一三巻一号一頁参照。

(60) 評釈として、小野清一郎・前掲法学研究（愛知学院大学）三巻二号四頁以下、及び、寺尾正二「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和三四年度（昭三五）一頁以下がある。

(61) 高刑集一一巻一号四三頁参照。

(62) 大塚仁＝川端博編・新判例コンメンタール刑法2（平八）四二頁［曽根威彦］、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編・現代裁判法大系三〇巻刑法・刑事訴訟法（平一一）一四〇頁、林（幹）「量的過剰について」判時二〇三八号（平二〇）一五頁、豊田兼彦「判解」法セ六四五号（平二〇）一三二頁、橋田「量的過剰防衛」刑事法ジャーナル一六号（平二一）二二頁、高橋・前掲刑事法ジャーナル一九号四二頁、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二五八頁、井上・前掲速報判例解説五号一七二頁、深町・前掲立教法務研究三号一〇五頁、及び、植田博「量的過剰防衛の周辺問題」修道法学三三巻一号（平二二）五五頁ほか参照。

(63) 刑集五一巻五号四三五頁参照。

(64) 評釈として、川端「判解」判時一六六一号（平一〇）二一〇頁以下、小田直樹「判解」平成九年度重要判例解説（ジュリスト一一三五号・平一〇）一五〇頁以下、松宮孝明「判解」法教二〇八号（平一〇）一一〇頁、佐久間「判解」最新判例ハンドブック（受験新報五八四号別冊・平一一）三四頁以下、橋田「判解」産大法学三二巻四号（平一一）一一八頁以下、橋爪隆「判例研究」ジュリスト一一五四号（平一一）一三三頁以下、日高義博「判解」現代刑事法一巻五号（平一一）六九頁以下、岡本昌子「判例研究」同志社法学五一巻六号（平一二）二六三頁以下、及び、飯田喜信「判解」

最高裁判所判例解説刑事篇平成九年度（平一一）九一頁以下等がみられる。

(65) 最判昭和二四年八月一八日刑集三巻九号一四六五頁参照。

(66) 橋爪・前掲ジュリスト一一五四号一三四頁参照。

(67) 高橋・前掲刑法総論二五八頁参照。

(68) 佐久間・前掲最新判例ハンドブック三五頁参照。後に検討するが、かような裁判所の判断枠組を疑問とするものとして、橋田・前掲産大法学三二巻四号一二六頁以下、橋爪・前掲ジュリスト一一五四号一三六頁、山本輝之「判解」平成二〇年度重要判例解説（ジュリスト一三九八号・平二一）一七七頁がある。

(69) 曽根「侵害の継続性と過剰防衛」研修六五四号（平一四）九頁。

(70) 刑集六二巻六号一八五九頁参照。

(71) 評釈として、豊田・前掲法セ六四五号一三一頁、成瀬幸典「量的過剰が否定された事例」判例セレクト二〇〇八（法教三四二号別冊・平二一）二九頁、林（幹）・前掲判時二〇三八号一四頁以下、山本・前掲平成二〇年度重要判例解説一七六頁以下、山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル一五号（平二一）五〇頁以下、橋田「量的過剰防衛」刑事法ジャーナル一六号（平二一）二〇頁以下、川端「判解」判時二〇四八号（平二一）一六五頁以下、及び、松田俊哉「判解」曹時六二巻一号（平二二）二八二頁以下などがある。

(72) 佐久間・前掲最新判例ハンドブック三五頁参照。

(73) 刑集六三巻二号一頁参照。

(74) 評釈として、豊田「防衛行為の一体性」法セ六五三号（平二一）一二三頁、山口「判批」刑事法ジャーナル一八号（平二二）七六頁以下、井上・前掲速報判例解説五巻一七一頁以下、清水晴生「過剰防衛行為の一体性について」白鴎大学法科大学院紀要三号（平二二）四〇五頁以下、小名木明宏「過剰防衛と行為の一体性の判断基準」判例セレクト二〇〇九Ⅰ（法教三五三号別冊・平二二）二八頁、深町「判解」平成二一年度重要判例解説（ジュリスト一三七六号・平二二）一七七頁以下、及び、松田俊哉「時の判例」ジュリスト一三八五号（平二二）一一五頁以下がみられる。

(75) この点について、深町・前掲平成二一年度重要判例解説一八〇頁は、過度の分断的考察を妥当でないとし、一般に防衛行為の一体的考察を許容される。しかし、本件事案のように、第一行為のみから重い結果が発生したことが明らかな場

合、第一行為のみが結果との関係で、構成要件該当性判断の対象として切り出されるため、一連の行為に言及する必要はないとされている。この点につき、深町・前掲立教法務研究三号一一九頁以下も参照。

(76) 高橋・前掲刑事法ジャーナル一九号四三頁及び西田典之・刑法総論（第二版・平二二）一八一頁参照。

(77) 伊東研祐・刑法講義総論（平二二）一九三頁参照。

(78) 福田平＝大塚仁「最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題（一）」現代刑事法三巻六号（平一三）一八頁［大塚（仁）発言］。

(79) 福田平＝大塚仁・前掲現代刑事法三巻六号六頁［大塚（仁）発言］、大塚（仁）・刑法概説（総論）（第四版・平二〇）三九五頁、佐久間・刑法総論（平二〇）二二二頁参照。刑の減免根拠について、かような択一的併用説を支持する見解として、井田良・講義刑法学総論（平二〇）二九四頁、林（幹）・刑法総論（第二版・平二〇）二〇一頁、松原・前掲法学セ六六三号九七頁がある。なお、違法減少のみを考慮する見解として、町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇巻九号（昭五四）五二頁、中山研一・刑法総論（昭五七）二八四頁、山本「優越的原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑雑三五巻二号（平八）二〇九頁などがある。また、責任減少・阻却のみを考慮する見解として、大場・前掲刑法總論五五七頁、瀧川幸辰・犯罪論序説（昭二二）九八頁、小野清一郎・新訂刑法講義總論（増補・昭二五）一二五頁、牧野英一・刑法總論上巻（全訂版・昭三三）四六〇頁、平場安治・刑法総論講義（昭三五）一一一頁、中義勝・刑法総論（昭四六）一四〇頁、平野・刑法総論Ⅱ（昭五〇）二四四頁、木村亀二＝阿部純二増補・刑法総論（昭五三）二六三頁以下、佐伯千仞・四訂刑法講義（総論）（昭五六）二〇四頁、福田・刑法総論（第四版・平一六）一五九頁以下、吉川経夫・三訂刑法総論（補訂版）（平八）一四三頁以下、中野次雄・刑法総論概要（第三版補訂版・平九）一九〇頁、佐伯仁志「正当防衛論（2）」法教二九二号（平一七）八一頁、西田典之・刑法総論（第二版・平二二）一七七頁以下などがある。さらに、責任減少に着目する見解のうち、特別予防ないし一般予防の減少も顧慮する見解として、堀内捷三・刑法総論（第二版・平一六）一六一頁以下、浅田和茂・刑法総論（補訂版・平一九）二三七頁、および、山中敬一・刑法総論（第二版・平二〇）四九八頁がある。違法減少・責任減少の両面から刑の減免根拠を考察するものとして、団藤重光・刑法綱要総論（第三版・平二）二四一頁、団藤編・前掲注釈刑法（2）のⅠ総則（2）二五三頁［藤木］、内藤謙・刑法講義総論（中）（昭六一）三五一頁、阿部・刑法総論（平九）一四六頁、野村稔・刑法総論（補訂版・平一三）二三一頁以下、日高・刑法総

論講義ノート（第三版・平一七）一一五頁、川端・刑法総論講義（第二版・平一八）三五五頁以下、齋野彦弥・刑法総論（平一九）一五四頁、齊藤信宰・新版刑法講義（総論）（平一九）二四六頁、伊東研祐・刑法総論（平二〇）一七一頁、曽根・前掲刑法総論一〇八頁、立石二六・刑法総論（第三版・平二〇）一四七頁、大谷・前掲新版刑法講義総論二九六頁、今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆・刑法総論（平二〇）二三七頁［橋爪］、高橋・刑法総論（平二二）二七九頁、木村光江・刑法（第三版）一三三頁以下などがある。

(80) 福田＝大塚・前掲現代刑事法三巻六号一八頁［大塚（仁）発言］。

(81) なお、曽根・刑法総論（第四版・平二〇）一〇七頁参照。

(82) さらに、佐久間・前掲最新判例ハンドブック三五頁。

(83) この点につき、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二四九頁参照。

(84) 山口・刑法総論（第二版・平一九）一三四頁、及び橋爪・正当防衛論の基礎（平一九）一七五頁参照。

(85) 山口・前掲刑事法ジャーナル一五号五七頁参照。

(86) 山口・前掲「判批」刑事法ジャーナル一八号八三頁参照。

(87) 山口・前掲刑事法ジャーナル一五号五七頁参照。同旨の結論を採るものとして、岡野光雄・刑法要説総論（第二版・平二一）一一四頁、松原芳博「正当防衛（その2）」法七六六三号（平二二）九八頁参照。なお、深町・前掲立教法務研究三号一二一頁以下は、「一連の行為」に基づく全体的考察の基礎は、法益侵害結果が複数の行為から相俟って発生したと評価すべき場合である。そのため、もっぱら第一行為のみから結果が生じたと言わざるを得ない平成二一年決定の事案は「一連の行為」論の「過剰適用」であるといわれる。かような見解に対して、西田・前掲刑法総論一八一頁は、後に触れるが、平成二一年決定を支持される。

(88) もっとも、橋田・前掲刑事法ジャーナル一六号二六頁は、かような理論構成は分断説と大差がないとされる。

(89) 大塚裕史・ロースクール演習刑法（平二二）八一頁参照。

(90) 大塚（裕）・前掲演習刑法八〇頁参照。

(91) 大塚（裕）・前掲演習刑法八一頁以下参照。

(92) 大塚（裕）・前掲演習刑法八四頁参照。

(93) 西岡正樹「判批」法学七四巻二号（平二二）一二五三頁参照。
(94) 西岡・前掲法学七四巻二号一二五三頁参照。
(95) 西岡・前掲法学七四巻二号一二五六頁参照。
(96) 橋田・前掲産大法学三三巻一・二号一三四頁以下、同・前掲産大法学三三巻四号一一六頁以下参照。
(97) 橋田・前掲刑事法ジャーナル一六号一六頁参照。
(98) 山本・前掲平成二〇年度重要判例解説一七七頁参照、井上・前掲速報判例解説五号一七四頁参照。
(99) 林（幹）・前掲判時二〇三八号一七頁以下参照。
(100) このほかに、清水・前掲白鴎大学法科大学院紀要三号四一八頁によれば、一体説は被告人の罪責が重くなる方向に働くことを許容する見解であり、罪刑法定主義に照らし許されないとされる。
(101) 長井・前掲立石二六先生古稀祝賀論集一三六頁以下参照。
(102) 山口・前掲刑法総論一三四頁参照。
(103) 山口・前掲刑法総論九五頁参照。
(104) 山口・前掲刑法総論一一四頁参照。
(105) 安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集一二六〇頁参照。
(106) 大塚（仁）・刑法概説（総論）（第四版・平二〇）一一四頁以下参照。
(107) 林（幹）・前掲判時二〇三八号一八頁以下参照。
(108) 永井・前掲現代裁判法大系三〇巻一四六頁参照。
(109) 大谷編・法学講義刑法1総論（平一九）一九〇頁［齊藤彰子］にもあるように、正当防衛では、条文の文言を前提に正当化根拠を考慮しつつ、その成立範囲を考えることが重要である。そうであるとすれば、過剰防衛でも、刑の任意的減免根拠を考慮しつつ、その成立範囲を考えることが重要となろう。
(110) 今井ほか・前掲刑法総論一三七頁［橋爪］も、一個の防衛行為を認めることが可能となるのは、その全体に過剰防衛に関する刑の任意的減免根拠を考える余地があるからであるとされる。
(111) 安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集一四九頁参照。

四　防衛行為の構造

1　以上、正当防衛が過剰防衛に転化した場合おける防衛行為の個数を検討してきた。そこでは、違法性判断の対象が構成要件該当事実である以上、構成要件段階で「一連の行為」と判断される行為が、急迫不正の侵害が存在する時や終了直後にまたがっている場合、過剰防衛における刑の減免根拠を勘案しつつ、急迫不正の侵害に向けられた行為全体を包括して一個の防衛行為といえるかを判断することになる。ここでは、一個とされる防衛行為の構造を、その客観面及び主観面から明らかにしよう。

まず、過剰防衛は、「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」（刑法三六条一項）、「防衛の程度を超えた行為」（同法三六条二項）であるから、正当防衛を前提とする[113]。いずれも急迫不正の侵害を契機とした防衛の意思に基づく行為であるため、①防衛者には自己の法益を防衛する限度で「法秩序の防衛」が認められる。他方、②侵害者は自ら否定した法益保護を要求できず[114]、その要保護性も低減する[115]。これに対して、事後的観察によれば、正当防衛では違法性が阻却されるのに対して、過剰防衛では違法性が減少するにとどまる点で、違法性の量的差異がある。なるほど、事後的にみれば、正当防衛と過剰防衛を一体的に捉えることで、正当部分の遡及的な違法評価に陥るといえなくもない。しかし、かような考え方は、過剰防衛も一つの防衛意思に導かれた防衛行為であることを看過している。

2　防衛行為が正当化事由の一要素である以上、まず判断の対象となる複数の行為が、急迫不正の侵害に向けられているかどうかが判断されねばならない。したがって、防衛行為にあたるかどうかは、行為時を基準とした事前

判断によりなされるべきである。[116] そうである以上、正当防衛が前提となる過剰防衛の検討にあっても、行為時を基準とした防衛行為としての共通性が優先されることになる。

それでは、正当防衛から過剰防衛に転化した場合における防衛行為の個数は、如何に把握されるべきか。三でみたように防衛行為の一個性は、部分的行為の単なる場所的・時間的近接性に求められるべきではなく、一つの違法・責任減少に基礎づけられる以上、これらの両面から説明されなければならない。まず、違法性の減少においては、急迫不正の侵害を契機に発動した複数の防衛行為が、時間上も緊密に結ばれていたかが判断基準となる。その際、質的過剰においては、正当な反撃と過剰な反撃が時間的に密着しているか、量的過剰においては、反撃に連続する形で急迫不正の侵害終了直後に追撃行為があったかが、下位基準として機能することになろう。かような基準が充たされれば、正当防衛状況にありながらも自己の法益を防衛した点で、防衛効果にともない行為全体につき違法性が減少するため、客観的に一個の防衛行為とみることができる。

3　他方、違法性評価においては、行為者がどのような意図から行為に出たかも検討しなければならない。この点、防衛行為は、自己の法益を防衛しつつ、「法秩序の防衛」という適法状態の実現に向けた防衛意思に導かれている。すなわち、主観面における防衛行為の一個性は、かような防衛意思の継続性に基づく。[117] したがって、防衛行為が起点となって侵害終了直後に追撃に及んだとしても、その追撃が侵害終了を認識しつつ攻撃意思に基づいていた場合、それは事後の報復行為にとどまる。その場合、違法性が減少しないので、防衛行為として評価することはできない。[118] かようにして、複数の防衛行為は、客観と主観の両面から違法性が減少したとき、一個の防衛行為とみることができる。また、防衛行為が出発点となった以上、虚弱性情動により心理的な異常状態が継続することもあろう。したがって、防衛行為全体を通じて非難可能性（責任）の減少も考えられるであろう。かようにして、客観

と主観の両面から防衛行為の一個性は決定されるのである。

4　なお、重大な犯罪結果がもっぱら正当防衛行為から生じる一方、軽い犯罪結果が過剰な行為から生じた場合、一個の防衛行為として重い罪名に基づく過剰防衛が認められるであろうか。この点、前記最高裁平成二一年決定は、かような場合に重い罪名に基づく過剰防衛とし、正当防衛部分について「有利な情状として考慮すれば足りる」とする。学説上、この最高裁決定に対しては、前述したように多くの批判がみられる。山口教授は、「罪名には法的評価としての独自性があ」るため、如何なる罪名で法的非難を加えるか、また、如何なる犯罪で科刑するかが重要であるとして、この最高裁決定を批判しておられる(119)。他方、西田教授は、質的過剰の場合につき、「一連一体の攻撃に対して過剰な防衛行為を行った」という点で、「包括一罪として一個の傷害罪の成立を認めたうえで過剰防衛とするのは当然の解釈であった」として、最高裁の判断に賛同しておられる。

思うに、被告人が負うべき最終的な法的非難の軽重は、罪名だけで決まるわけでなく、法定刑に法律上の加重減軽を加えた処断刑をもとに宣告された量刑によって定まる。そうである以上、一個の一体的な過剰防衛行為が認められた場合であっても、重大な犯罪結果がもっぱら正当防衛の部分から生じたのであれば、刑の免除を含む量刑面を考慮することで、防衛行為者を救済することも考えられる(120)。刑法三六条二項が定めている刑の免除規定は、かような事態も視野に入れたものといえよう。

(113)　立石・前掲刑法総論一四七頁参照。

(114)　この点、佐久間・前掲刑法総論一〇六頁は、急迫不正の侵害者が自己の攻撃により法益保護を放棄した時点で、防衛者による反撃の危険を引き受けた、と述べられる。

(115)　佐久間「過剰防衛・誤想過剰防衛」西田＝山口＝佐伯（仁）編・刑法の争点（ジュリスト増刊・平一九）四九頁、同・前掲刑法総論二〇五頁以下、及び、曽根・刑法における正当化の理論（昭五五）二一〇頁以下参照。なお、佐伯

（千）・前掲四訂刑法講義（総論）一九九頁参照によれば、正当防衛と過剰防衛は、ともに緊急時に生じる虚弱性情動をともなう点で、若干の責任減少も含むとされる。

(116) 佐久間・前掲刑法総論一七〇頁も、刑法規範の本質は、行為時を基準とした行為規範であるとされる。

(117) 伊東・刑法講義総論（平二二）一九三頁参照。

(118) もっとも、防衛意思に基づく反撃と急迫不正の侵害が終了したことを認識した上で、もっぱら攻撃を加える意思により実行された事後的報復では、客観的行為態様及び主観的認識の点で継続性がないことから、すでに構成要件段階において一個の行為とみることはできないであろう。この点については、拙稿・前掲阪大法学六〇巻一号一七七頁参照。

(119) 山口・前掲刑事法ジャーナル一八号八一頁参照。なお、深町・前掲立教法務研究三号一一三頁以下参照。

(120) 同旨の見解として、松田俊哉「判解」曹時六二巻一一号（平二二）二六六頁参照。

五　おわりに

本稿では、構成要件の段階で「一連の行為」とされた行為が、正当防衛と過剰防衛の両面の性質をあわせもつ場合について、防衛行為の一個性を検討してきた。そこで明らかになったことは、防衛行為の個数を定めるにあたって、①過剰防衛における刑の任意的減免根拠を勘案しつつ、②行為時を基準として両者に共通する行為としての連続性を優先しなければならない点である。また、防衛行為の一個性を基礎づける要件は、急迫不正の侵害に対する複数の行為が防衛意思に基づき時間的にも緊密に結合することである。これにより、保全法益の防衛と「法秩序の防衛」効果が達成され、防衛行為の違法性が減少する。さらに、虚弱性情動の継続性により非難可能性も減少する。もっとも、客観的にみて急迫不正の侵害が消失したにもかかわらず、行為者が追撃を必要であると誤信していた場合は、防衛状況の錯誤の問題として取り扱うべきである。(121)

なお、本稿では、（過剰）防衛行為における期待可能性の減少[122]や量的過剰防衛の一類型である予防的防衛[123]について、紙幅の制約から十分に検討することができなかった。さらに、違法段階における行為の一体性の問題は、もっぱら防衛行為に尽きるものではなく、緊急避難[124]や他の正当化事由にあっても問題となりうるであろう。しかし、これらの問題については、今後の検討課題としたい。

（121）佐久間・前掲刑法の争点四九頁及び同・前掲刑法総論二二四頁参照。

（122）この点に関して、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論集二六二頁以下に詳細な検討がある。

（123）予防的防衛を認める見解として、林（幹）・前掲刑法総論二〇二頁がある。なお、西田・前掲刑法総論一六一頁参照。

（124）鈴木優典「緊急避難」曽根＝松原編・重点課題刑法総論（平二〇）一〇五頁以下、及び、西田＝山口＝佐伯（仁）編・前掲注釈刑法第一巻総論五〇二頁以下［深町］参照。

【追記】校了段階で、安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑雑五〇巻二号（平二三）に接した。この中で、安田教授は、防衛行為全体につき違法性の減少を考慮に入れて反撃行為と事後的過剰部分を一体的に把握することは、本来正当化されるべき反撃行為を違法視することにつながり妥当でないといわれる。そのため、防衛意思に基づく行為としての同一性や連続性を維持しているかに着目しつつ、正当化される行為と事後的過剰部分は分けて扱われるべきである、と述べておられる。