

# 人格的行為論と「一連の行為」

中島 広樹

- 1 はじめに
  - 2 人格的行為論について
  - 3 ベランダ転落事件
  - 4 クロロホルム事件
  - 5 作為と不作為による実行行為
  - 6 量的過剰防衛
  - 7 まとめ
- 1 はじめに

147

近時、わが国の判例に現われた複数行為による結果惹起の事例では、同一行為者の第一行為と第二行為が問題とされながらも、両者が一連の行為であるとされ、実行行為性が認められる場合があるが、その「一連の行為」にいかなる理論的根拠があるかは明らかではなく、通説はこの問題に対して実行行為概念を用いてアプローチしてきたものの、実行行為概念は結果を含めた行為の全体的意味を問題とする構成要件論を背景としていたため、問責対象となる狭義の行為の意味をいかにして把握すべきかという観点からの検討が不十分であったといえよう、と評されている。<sup>1)</sup>

そして、さらに行為（人の外部的態度）が外界に及ぼした意味を認識するためには行為（人の外部的態度）を結果（結果犯における構成要件の結果）と切り離したうえで、因果関係判断（条件関係判断）を行う必要がある、そのためには（条件関係を前提とする場合）起点ないし基点となる狭義の行為を何らかの意味のレベルで事象から選別・特定し、これを仮定的に消去するという手続を踏まなければならないというような理解からすると、行為が外界に及ぼした意味を把握するためには、行為自体が有する意味を何らかの形で把握しなければならないということが論理的に要求されると主張される<sup>(1)</sup>。

他方、狭義の行為、およびその意味を如何に把握すべきかという議論は刑法上重要な行為は何かという形で行為論の領域で行われてきたわけである<sup>(2)</sup>。

本稿では、近年注目された判例等を取り上げながら、いわゆる人格的行為論における行為概念に基づく複数行為における問責対象行為の特定基準を探ってみたい。

人格的行為論は、すでに指摘されているように、違法論においては人的違法論と結びつき、責任論においては人格的責任論の展開へとつながるとされ、行為概念の規定にとどまらず、他の理論領域にも大きく影響するものであると評されており<sup>(3)</sup>、もともと、たとえば複数の行為から形成される常習犯等のいわゆる集合犯や実行の着手行為と結果回避行為とから一個の「中止行為」を考える等の理由により、本来「一連行為」を一個の実行行為と把握することは、むしろ個別行為責任論に立つ他の行為論よりは論理必然的な性格を有すると考えられるからである。

## 2 人格的行為論について

人格的行為論は、人格形成責任論の基礎とされていることから、人格形成責任論に批判的な立場からは採用しがたい行為論とされており、<sup>(5)</sup>単なる行為責任論ではなく人格形成責任論を採る立場からの行為論といえよう。

人格形成責任論を主張した団藤博士は、人格的行為論について以下のように説く。すなわち、「刑法的評価の対象となる事実の中核をなすのは行為である。犯罪は、つまりは、行為者にその刑罰的非難を帰することのできるものでなければならぬ。したがって、責任判断についてはむろんのこと、さかのぼって違法性判断、さらにさかのぼって構成要件該当性の判断についても、行為者に対する非難ということを考えるのに適したものでなければ、その対象とすることはできない。したがって、刑法で考えられる行為は、行為者人格の主体的現実化とみとめられるものでなければならぬ。…要するに、人の身体の動静がその背後においてその者の人格の主体的な人格態度と結び付けられ、その者の人格の主体的現実化とみとめられるばあいには——そうしてかようなばあいかぎつて——これを行為と解するのである。」と論じる<sup>(6)</sup>のであるが、それゆえに行為者人格の内面については実際上も認定するのが困難であるため、責任評価・倫理評価と同じになつてしまふ、という批判が加えられるのは周知のとおりである。<sup>(7)</sup>

これに対しては、大塚博士から、責任とは道義的非難であるから、そのような責任判断を負担しうる存在論的事実として行為者の主体的人格態度が責任判断の前提とされているだけであつて、最終的刑法判断としての責任判断とその対象たる人格の主体的現実化としての人格的行為が異なるものであることは明らかであろう、との反論が見られる。<sup>(8)</sup>さらに、団藤博士は続ける。すなわち「したがって、刑法で考えられる行為は、行為者人格の主体的現実化とみと

められるものでなければならぬ。単なる反射運動や絶対的強制による動作は、刑法における行為として初めから問題にならないのである。しかし、主体的な人格態度は、必ずしも行為の形であらわれるとはかぎらず、不作為の形であらわれることもありうる。また、それは、必ずしも故意によるものにかぎらない。規範を軽視する主体的人格態度として、過失によるものも、また、行為として考えられる<sup>9)</sup>。すなわち、人格的行為論は、作為犯、不作為犯、故意犯、過失犯、忘却犯（過失による不作為犯）という刑法において考慮することが必要とされる犯罪行為を主体的人格態度としてすべて含みうることにより行為の統一機能が認められるとともに、単なる思想・意思はもとより、反射運動や絶対的強制下の行為、睡眠中の行為など、刑法上排除すべきものを全部排除する点で行為の限界機能を十分に果たすと評価される<sup>10)</sup>。ただ、今日の罪刑法定主義のもとでは、犯罪はすべて構成要件に該当するものでなければならぬから構成要件の評価によって選別された行為（実行行為）のみが問題とされるべきであり、行為を独立の犯罪要素として論ずる見解は裸の行為論として批判される<sup>11)</sup>。

その後、人格的行為論は、身体の動静が行為者によって主体的に展開されたものであるというために「有意性」という言葉を採用し<sup>12)</sup>、身体の動静に事実的認識の可能な範囲内において「社会的に意味のある」という制約を付すものとされるにいたったが、今日では一般に人的違法観・人格形式責任論と結びつくものとして、人格形式責任論に批判的な立場からは採用しがたい行為論といわざるを得ない、と批判される<sup>13)</sup>。では、他の行為論はどうであろうか。人格的行為論との対比上、他の行為論についても簡単にふりかえってみたい。

たとえば、行為を人の意思決定に基づく（結果を含む）因果的経過とみる有意的行為論（因果的行為論・自然主義的行為論）は、有意性のみならず、価値関係的行為論であることもその内容として含んだので、行為の中に忘却犯を含めることができなかつたものの、不作為犯を含ませることはできた。

ただ、行為の中に忘却犯を含めることができなことの反省から、行為から意思概念（意思表動）を排除し、あるいはそれを緩和した形で認めようとする社会的行為論が登場する。たとえば、端的に行為とは「何らか社会的に意味のある人の態度」であると主張する<sup>(16)</sup>。しかし、この見解では、過失犯・不作为犯を行為概念に包摂できるものの、逆に、絶対的強制下の動作や反射運動も行為の中に含まれてしまうことになり、結局、行為を価値概念とすることによって、行為から犯罪論の基底としての実体を失わせることになると批判される。そこで、意思的要素を行為の不可欠の要件とする社会的行為論も主張される。すなわち、「意思による支配可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止をいう」とする説である<sup>(17)</sup>。確かに、この見解からは、絶対的強制下の動作や反射運動を行為から排除しうるであろうが、犯罪論の出発点としての行為は、客観的に犯罪の外側を画することができれば十分であつて、意思支配の可能性という要件は過剰ではないかと疑問が提示される<sup>(18)</sup>。以上の社会的行為論は、目的的行為論を客観化して考え、客観的目的的行為論として現れたものである<sup>(19)</sup>。すなわち、行為とは「客観的に予見可能な社会的結果へと方向づけられた、客観的に支配可能な態度である」と主張され、「客観的に予見可能な」という属性から過失犯、「客観的に支配可能な」という性質から不作为犯がそれぞれ行為に包摂されることにはなつたが、しかしこれは「行為論」というよりは相当因果係説にしたがつた客観的帰責の理論であるという批判もある<sup>(21)</sup>。

そもそも、客観的目的的行為論はいわゆる目的的行為論（客観的目的的行為論に対しては主観的目的的行為論と呼ばれる）に根差すものであるが、周知のとおり目的的行為論によれば、行為とは、「目的的な意思による外部の挙動を含めた因果の支配操縦である」と主張され、行為には目的的意思という意思内容が不可避的に含まれていると解して、それまで行為を単なる有意的なものにとらえ、意思内容を行為概念から分離して責任で論じていた有意的行為論を排斥したが、過失には構成要件の結果に向けられた目的は存しないので、行為ではなく、不作为も目的的意思の

実現をなすわけではないので行為ではないとされた。<sup>(24)</sup>

ただし、不作為犯も過失犯も行為であるとする主張や過失犯は行為だが不作為犯は行為ではないとする主張もなされたが、目的性は刑法における行為概念の把握にとって過度の要求とされる等と批判されて、少数説にとどまっている。<sup>(25)</sup> 目的的行為論は、それまでの有意的行為論は、人間の行為を盲目的因果性に支配されたものと解していたことを批判し、因果を支配する目的性にこそ行為の本質があると批判して主張されたものであったが、近年では前述のとおり目的的行為論は、少数説にとどまり、かつて目的的行為論に批判された「意思に基づく身体の動静」という有意的行為論<sup>(26)</sup> ないし意思的要件は過多要求として、有意なものだったかどうかの判断は責任判断であると割り切つて行為を単純に「人間の身体の動静」とする自然的行為論<sup>(26)</sup> が有力に主張されているが、様々なバリエーションはあるにせよ、多くの支持者を得ているという意味ではいわゆる社会的行為論が今日の通説といえよう。<sup>(26)</sup>

ただ、従来の行為論は、このようにその限界機能や統一機能が注目され、刑法において考慮すべき事実と排除すべき事実を視野に収めうるかという観点から、その優劣が論じられる傾きがあったのに対して、近年は、複数行為による犯罪の実現における実行行為性や因果関係の捉え方、間接正犯、原因において自由な行為、作為と不作為の複合類型、結合犯の種類等、様々な領域において、犯罪論における分析的評価と全体的評価という問題について、行為論が問題とならざるを得ない。<sup>(26)</sup>

なぜならば、犯罪成立の限界として行為責任論を前提とする今日の通説<sup>(27)</sup> からすると、一個の行為には一個の行為責任に対応する一罪が成立し、複数の行為には、複数の行為責任が生じてそれに応じて基本的には数罪（併合罪）が成立するはずだから、複数の行為が存する場合にそれを一個の実行行為と扱う場合、その根拠や限界や基準が問題とな

らざるを得ないからである。

ここでは、人格的行為論に立ちつつ、上記の問題のうちのいくつかを検討してゆきたい。人格的行為論を主唱する団藤博士は、「…基本的にいえば、数個の行為が一つの人格態度、同一の人格というだけでなくの現れと目することのできるものであれば、それが同一の法益の侵害に向けられたものである限りこれを包括的に評価することができるといつてよいのではあるまいか。けだし、単なる行為責任論の見地からは、かような結論を導くことは困難であろう。…一つの人格態度によつて結合された数個の行為は、一回的な構成要件の評価を受けるべきものと思われる」と述べておられるが、これは、数個の行為であつても一つの人格態度によつて結び付けられている限り、一個の実行行為と解すべきである、とする人格的行為論からの基本的立場を明らかにしたものであるが、行為責任主義に立ち、人格的行為論を採用しない立場においては、確かに複数の行為を一連の行為という見地から、それを一個の実行行為（構成要件的行為）と解するのは難しいであろう。複数の行為は基本的には、行為の数だけの行為責任が発生するはずだから、「一連の行為」という觀念のもとに一個の行為とみるには、その根柢や限界、その限界づけのための基準が示されなくてはならない。

本稿では、いくつかの判例に現われた事例を素材にこの問題について検討したい。

### 3 ベランダ転落事件<sup>⑧</sup>

事件の概要は、以下のとおりである。

被告人Xは、妻Aから甲斐性がないことを罵倒されたため、激昂して台所から包丁を取り出してAに向かつてゆき、

驚いて逃げようとしたAを居間にあおむけに押し倒して馬乗りになり、刺殺しようという殺意をもって包丁でAの胸部等を数回突き刺し、さらにXは、重傷を負ったAが玄関から逃げ出そうとするや、包丁を持ったままあとを追って居間に連れ戻し、日ごろから有していたAの愛人に関する疑念を詰問したところ、Aはこれを認めて謝罪した。そこで、Xが包丁を置きに行ったところ、Aはベランダに逃げ出し、刺突による相当の出血があるにもかかわらず両足をベランダの手すり（地上からの高さ約二四・一m）に乗せて背中をベランダの外側に向け膝を曲げた状態で、手すりに伝いに隣家に逃げ込もうとしていた。これに対して、XがAを連れ戻してガス中毒死させようと考え、声をかけることもなくAに掴みかかったところ、これを避けようとしたAはバランスを崩してベランダから落下し、地面に激突したが、それにより生じた外傷性ショックにより死亡した。

この事実に対して東京高裁は、刺突行為からAを捕まえようとしたXの行為を一連の行為としてとらえ、この一連の行為の間、具体的内容は異なるものの、殺意は継続していたと認めて、上記の一連の行為を殺人罪の実行行為と認め、その実行行為から被害者Aは転落死したのであるから、殺人既遂罪が成立するとした。

この事例では、Xが殺意をもって包丁でAを刺突する行為（以下、第一行為と呼ぶ）とXが逃げたAをつかもうと手をのびしたことによりAをそのバランスを崩させて転落死させた行為（以下、第二行為と呼ぶ）とに関して、第一行為と第二行為を分断して考察すると、時間的場所的近接性を重視すると、①「第一行為」↓殺人未遂罪 ②「第二行為」↓傷害致死罪（被害者を掴まえようとする行為は本判例に判示される通り一般には暴行罪にとどまり殺人罪の定型的行為ではないはずである）となつて、両者は包括一罪となり、時間的場所的近接性を重視しなければ両者は併合罪として処断されよう。

たとえば、行為を単純に「人間の身体の動静」とする自然的行為論からすると、「刺し殺そうとして包丁による刺



突行為により重傷を負った被害者がペランダの手すり伝いに逃げようとしたのを連れ戻してガスマス死させようとするペランダの手すり上にいる被害者をつかまえようとしたところ、バランスを崩した被害者を転落させる行為」も、人間の身体の動静である以上、これを一個の行為と把握しうる。ただし、自然的行為論には、行為を分断するための行為論自体に内在する原理はないといっている。ペランダ事件に関して言えば、行為者の意図と異なるいくつかの身体の動静が連続した場合でも、これを分断する必然性は行為論自体には存在しない。そして、第一行為と第二行為の複合としての全体的行為が殺人罪の構成要件的行為（実行行為）と認められる限り、殺人既遂罪とされるのだ。第一行為には、刺し殺そうとする意思、すなわち具体的行為に相応する殺意が認められるが、結果として刺殺したわけではなく、重傷を負った被害者が逃走しようとする際に、被害者に行った有形力の行使により被害者を転落させたわけだが、有形力を行使した第二行為のさいには、被害者を転落死させようという殺意は存しない。第二行為は、被害者を連れ戻してガスマス死させるための前提行為に過ぎない。転落死させようとして（構成要件的行為に対応する殺意をもって）手すり上にいる被害者を捕まえようとする行為に出たわけではないので、被害者を捕まえようとする行為それ自体は、直接的にはただの暴行行為に過ぎず、せいぜい傷害致死罪にしかならないであろう。したがって、被告人の罪責は、殺人未遂罪と傷害致死罪との併合罪が混合的包括一罪となるにとどまると解される。

しかし、規範的にみると、第一行為たる殺人未遂行為に連続する、被害者を最終的に殺害しようとする意図を秘めた第二行為から被害者が死亡するにいたった以上、第一行為と第二行為を複合させた全体的行為を殺人既遂罪と考えたいところであろう。そこには、あたかもいわゆる方法の錯誤の事例において、殺人未遂罪と過失致死罪の觀念的競合を認めようとする具体的符合説では飽き足らず、一個の故意既遂犯（殺人既遂罪）を認めずにはおかない法定的符合説の土台となる規範的感情に類似したものがあられると思われ。

同様に、有意性を排斥する純粹社会的行為論（行為を「何らか社会的に意味のある人の態度」とする見解）の立場も本件の第一行為と第二行為とを合わせた全体的行為は、何らかの社会的意味を持つ人の態度であることは間違いないことから、一個の行為ととらえうる。この場合の「社会的意味」とは必ずしも明確ではないが、法益侵害の意図を秘めた動作という点でネガティブながら社会的意味を持つていものであることは否定されないであろう。これも自然的行為論同様に動作の客観的部分に着眼するもので、行為者の内面に行為区別の基準は置かれておらず、外形的には類似の行為でも行為者の意思内容に違いが出た場合でも、行為論の本質上、全体行為を複数個に分断する必然的原理とはなりにくいと思われる。

他方、最高裁は「刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当ではない。更に、被告人の被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である」と判示しており、犯意の同一性ないし同一の行為意思・行為目的によって一連の行為が担われていることが、行為の一個性の評価を許す根拠になっていることを認識しうる。<sup>33</sup>

すなわち、目的的行為論、有意的行為論や有意的社会的行為論に内在する性質からは、被告人の「刺し殺そうとして包丁による刺突行為により重傷を負った被害者がベランダの手すり依いに逃げようとしたのを連れ戻してガス中毒死させようとベランダの手すり上にいる被害者をつかまえようとしたところ、バランスを崩した被害者を転落させるという一連の行為」も、上記の最高裁判示によれば行為者の主観的意思・目的が同一である以上、これを一個の行為

と把握しうることとなる。同様に、本件の一連の行為が一個の主體的な人格態度と解される以上、人格的行為論の本質からも当然一個の行為と認めることが必然的だと思われる。

このように、自然的行為論や純粹社会行為論からすると、行為の外延を画する原理の欠如から、意思的同一性も認められない一連の行為を一個の行為としてしまう可能性があることからすると、行為の限界機能が働かないこととなる。

他方、行為における人格態度の把握のためには過去における人格体系をも取り上げなくてはならず、行為責任と人格形成責任は不可分のものとして合一的に理解されなくてはならないという人格形成責任を前提とする人格的行為論からするならば、「数個の行為が一つの人格態度の現れと目することのできるものであれば、それが同一の法益侵害に向けられたものである限り、これを包括的に一行為と評価することができる」と考え得るであろうが、先述した通り、単なる行為責任論からすると数個の行為が独立に存在して併合罪や包括一罪・科刑上一罪とせざるを得ないであろう。

つまり、行為論自体からすると、意思の同一性等が認められれば一連となつている数個の行為を一個の行為と認めるとしても、そのことは行為責任主義に反する結論になるのではないか。

一連の行為を一個の行為とみる判例の立場は、学説の立場によつては、行為論に求められる限界機能や行為責任主義の要求に抵触するおそれがあるわけである。<sup>37)</sup>

4 クロロホルム事件<sup>38</sup>

本件の事実関係は、以下のとおりである。

① 被告人甲は、夫Aを事故死を装って殺害したうえ、生命保険金を詐取しようと考え、被告人乙に殺害の実行を依頼し、被告人乙は報酬目当てでこれを引き受けた。そして、被告人乙は、他の者に殺害を実行させようと考え、丁、戊、己（以下、「実行犯三名」と呼ぶ）を仲間に取り込み、被告人甲は、殺人の実行の方法については被告人乙らに委ねた。

② 被告人乙は、実行犯三名の乗った自動車（以下「犯人使用車」と呼ぶ）をAの運転する自動車（以下「A使用車」と呼ぶ）に衝突させ、示談交渉に見せかけてAを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使用してAを失神させて最上川付近まで運び、A使用車ごと崖から川に転落させて溺死させるといふ計画を立て、平成七年八月一日、実行犯三名にこれを実行するように指示した。実行犯三名は、助手席側ドアを内側から開けることができないうように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Aを溺死させる場所を自動車で一時間以上かかる当初の予定地から近くの石巻工業港に変更した。

③ 同日夜、被告人乙は、被告人甲から、Aが自宅を出たとの連絡を受け、このことを実行犯三名に電話により連絡した。実行犯三名は、石巻市内の路上において計画通り、犯人使用車をA使用者車に追突させた上、示談交渉のふりをしてAを犯人使用車の助手席に誘い入れた。そして、同日午後九時三〇分頃、戊が、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをAの背後からその鼻口部に押し当て、丁もその腕を押さえるなどして、クロロホ

ルムの吸引を続けさせてAを昏倒させた(以下、この行為を「第一行為」と呼ぶ)。その後、実行犯三名は、Aを約二キロメートル離れた石巻工業港まで運び、被告人乙に電話してその旨を伝えた。同日午後一時三〇分頃、被告人乙が到着したので、被告人乙及び実行犯三名は、ぐったりして動かないAをA使用車の運転席に運び入れ、たうえ、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた(以下、この行為を第二行為とよぶ)。

④ Aの死因は、溺死に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。Aは第二行為の前の時点で、第一行為により死亡していた可能性がある、とされる。

⑤ 被告人乙および実行犯三名は、第一行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第一行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

以上が事実の概要であるが、このような事実に対して第一・第二審は殺人既遂罪の成立を認めた。さらに、上告に対して、最高裁は要旨、以下のように判示して上告を棄却する決定をした。

乙及び丁らは、第一行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識は有していなかったとしつつ、第一行為に殺人罪の実行行為性を認めて殺意を認定した。客観的にみれば、第一行為は人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であったとして、「第一行為は第二行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に加功した場合、それ以降の殺害計画を遂行するうえで障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為

であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点でAが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、したがって殺人既遂の共同正犯が成立するとした。

さて、この決定においては、第一行為と第二行為との密接不可分性が強調されている。まず、客観的には時間的場所的近接性が存すること、第一行為は第二行為にとつて必要不可欠の性質をもつ、第一行為から第二行為までには計画遂行上障害となるような特段の事情が存在せず、第一行為に成功すれば、殺害計画の遂行は容易であった等の事情が認められる。さらに、被告人らには、実行着手時に「第一行為自体によつてAが死亡する可能性がある」との認識を有してはいなかったが、第一行為を経て第二行為で殺害する認識<sup>②</sup>は存しており、その意味で殺人の故意に欠けるところは「ない」として第一行為時に殺意を認めたが、このように第一行為を経て第二行為で殺害する認識が、一個の殺意として評価されたのは、第一行為と第二行為が密接に結びついた一個の実行行為とみることができるからであった。このように「第一行為を経て第二行為で殺害する認識」が第一行為と第二行為を結び付けることになっているわけでは、ベランダ転落事件と同様に、「犯意の同一性」が行為の連続性（二個の行為が一個の実行行為とみうることを基礎づけていることを認識しうる。<sup>④</sup>

判例が、行為の一連性を認めるに際して「行為意思の同一性」を根拠としているのは、行為論として、有意的行為論、目的的行為論、有意的社会的行為論、人格的行為論に親近性があるように思われる。しかし、やはりそもそも復

数の行為を一個の実行行為とみるという解釈には、団藤博士が指摘されるような行為責任論との抵触が生じるのではないか。

ただ、構成要件が数種の行為を結合している結合犯、複数の非独立的行為から構成される結合犯、構成要件が初めから数個の行為を予想してこれを一罪として取り扱う集合犯、構成要件上、数個の非独立的行為から成り立つことが予想される継続犯なども、各個の行為が非独立的な継続犯の場合は、たとえば、複数の人身拘束的動作があつても、それは一個の監禁行為という実行行為を構成するので、行為の結合性が強い点で一連行為の場合に相似する。結合犯や継続犯の場合、複数の行為間の行為性が本質的に定型的に強いので、複数の行為を一個の行為ととらえたとしても、個別行為責任論に抵触するおそれは少ないであろう。しかし、集合犯は構成要件が初めから数個の行為を予定していたとしても、各個の行為は独立的（例えば常習賭博罪の集合犯的性格を根拠づける一個の行為）である賭博行為は、各個が単純賭博罪で処罰される独立行為である。したがって、複数の行為の行為性は、人格的行為論を基礎とするのが自然である<sup>42</sup>。

思うに、判例は「一連行為」の行為性を行為者の行為意思ないし人格態度の同一性によって根拠づけていると思われる。すなわち、一連行為は、継続犯のように複数行為ではあつても、各個の行為は独立的に処罰しうる点では、むしろ集合犯に近似した性格を有する。そして、集合犯の背後には人格形成責任論ないし人格行為論が存するのは周知の事実である。「一連行為」が問題とされる場では、第一行為から第二行為へと法益侵害の危険を回避するようなあるいは危険を増大させるような人格形成態度が法によって期待されているといえよう。

「一連行為」に関する判例は、一連行為を集合犯的なものとして構成要件上の集合犯ではなく、集合犯類似のものとして判例上形成されているように思われる。

## 5 作為と不作為による実行行為

これまでは、ベランダ転落事件、クロロホルム事件等、二個の行為が一連行為とされ、一個の実行行為として全体的に評価された事例を検討してきたが、行為中に不作為が含まれる場合もあり、その場合(作為↓不作為↓結果発生)の判例には、①作為のみを実行行為とするタイプ、②不作為のみを実行行為とするタイプ、③作為も不作為も実行行為として分断するタイプ、④作為と不作為を統合して実行行為とするタイプが存するとされる。<sup>43)</sup>

思うに刑法は、謙抑主義の観点から作為処罰を原則としており、作為による実行行為では、殺意や結果惹起の点で可罰的と感じられる事実を犯罪となしえず、目に余る処罰遺漏を回避せざるを得ない場合に、初めて不作為犯による処罰の可能性を模索することになると解すべきであろう。<sup>44)</sup>

したがって、作為のみを実行行為とする①タイプに属する判例から検討する。

【判例①】佐賀地判平成一九年二月二十八日<sup>45)</sup>

被告人の運転していた普通貨物乗用車と被害者の乗っていた自転車が衝突するという交通事故発生後、被告人は頭蓋骨折等の重傷を負った被害者(一一歳)を自車に乗せて交通事故現場から病院への搬送の気持ちもあつて搬送する途中で、逮捕・処罰等を恐れて、被害者を救護する意思を放棄して被害者を山林に遺棄しようとして決心し被害者を通常発見・救出の困難な杉林に運び込み、そこに放置して立ち去ったが、家族らの懸命な捜索活動の結果、被害者は発見・救出され死を免れたが、被告人の事故現場からの「連れ去り」及び人気のない山中への「置き去り」という一連



の行為を、弁護人は「置き去り」の部分で殺人の不真正不作為犯と主張し、作為義務が認められないと主張したものの裁判所は、一個の作為による殺人行為とした事例である。

裁判所は、正当にも、まず「連れ去り」「置き去り」の一連の行為を作為とみて、客観的に殺人罪の実行行為に当たるかどうかを検討している。

そして、裁判所はこれを構成要件該当性の問題ととらえ、通常人が認識・予見しえたであろう事実および行為者が現に認識・予見していた特別の事実を基礎として科学的見地と社会通念の双方から見て被告人の一連の行為に死亡結果発生の定型的危険性があつたかどうかという枠組みで、被告人の作為としての一連の行為の実行行為性の如何を判断する。まず、本件事故の九時間後に被害者を診断した医師甲および佐賀大学の医師乙からは、受傷後の血腫・腫脹の拡大による脳ヘルニアの発症による脳幹部の圧迫に基づく呼吸・循環器の機能停止、（遺棄された現場は不衛生な状態であり）骨折による損傷部から頭蓋内への細菌侵入による髄膜炎の発症、体温より低い摂氏九度前後の遺棄現場の最低気温による体力消耗と免疫力低下などが原因となつて、被害者は発見・救助されなければ死亡していたことは間違いないという意見が述べられた。

次に、被告人は、本件事故により、被害者が頭蓋骨骨折の重傷を負つてその頭部から大量出血し、被告人が声を掛けても左手の指先がわずかに動き、左脇がピクピク動くだけで目は閉じたまままで覚醒せず、意識不明状態であることは、自車で搬送しているときから山林に遺棄するときまでほとんど同じであることを認識していたし（被告人は、被害者の心臓の鼓動・呼吸の有無や体温・顔色も全然確認していなかったわりには「被害者は病院に連れて行つても助からない」とか遺棄現場では「あと数時間は生存しうる」などと漫然と考えていた）、通常人であれば、被害者は生

きていること、頭部に重傷を負っており、緊急に医師による治療を施さなければ頭部等の傷害が悪化して死に至るおそれがあると、たとえ医学的専門知識がなくとも認識・予見しうるものであった。

以上によれば、被告人の一連の行為は、被害者の死亡結果を引き起こす定型危険性を十分に備えているものであり、客観的には殺人の実行行為にあたるし、この実行行為を開始した時点（具体的には病院のある市街地に向かう県道をそのまま直進せずに、山中に向かう管理車道に左折進入した時点）をもって殺意発生時期と絞り込んだのである。

なお、弁護人は被害者を山林へと連れ去り、山中に置き去りにした被告人による一連の行為を作為としての「連れ去り」と不作為による「置き去り」に分断して罪責を評価すべきであり、被告人には「被害者を病院に連れて行けば救命できる」という認識がなかったのであるから、不作為犯を根拠づける作為義務が生じていないので不真正不作為犯としての殺人罪は成立しないと主張したが、裁判所は、被告人の具体的な行為全体を評価の対象とすべきであり、作為犯と評価する立場から被告人の一連の行為を分割してその一部のみを抽出して不真正不作為犯の成否を論ずることに合理的根拠はないと判示しているが、前述した通り、刑法の原則は作為犯処罰であつて、一連の行為全体を作為犯として構成しうる場合にこれを徒に作為と不作為の二個に分断して一個の実行行為へとまとめるのは、作為処罰を原則とする刑法の謙抑主義からも問題があるであろう。

次に、作為↓不作為による結果惹起の事例について、作為と不作為とを実行行為としながら両者を統合して実行行為ととらえた判例として、いわゆるシャクティ事件の第一審判決（判例②）を検討する。

【判例②】 シャクティ事件第一審】千葉地判平一四年二月五日判タ一一〇五号二八四頁<sup>17</sup>

被告人甲は、脳内出血により兵庫県乙市△丁目□番地の乙市立病院に入院し、重度の意識障害の状態にあつて、痰

の除去や薬剤および水分の点滴等の治療を受けていたA（当時六六歳）が医師による右治療を打ち切れれば死亡するおそれが大きいことを知りながら、それもやむなしと決意し、乙らと共謀のうえ、平成二年七月二日午前五時ころ、前記病院○階●病棟◎号室において、Aに対して、その身体に装着されていた点滴装置等を取り外すなどしたうえ、同人を車椅子に乗せて同病院から運び出し、自動車及び航空機を利用して、同日午前一〇時ころ千葉県丙市☆番地ホテル丙▽号に運び込み、そのころから翌三日午前六時三五分頃までの間、医師による医療行為、薬剤及び水分の供与や痰の除去などAの生存に必要な措置を何等講じないまま放置し、よって、そのころ同所において、同人を粘稠化した痰による気道閉塞により窒息死させ、もって殺害したものである。

この事例は、判例①（交通事故後の連れ出し十置き去り）と異なり、作為のみならず、作為（病院からの連れ出し）と不作為（不救護）とが一連の複合されたものとして把握され、一個の実行行為と認められたケースである。判例①のように一連の行為全体が作為による実行行為と捉えられているのなら、あるいは、不救護の部分だけが不作為による実行行為と把握されているのであれば、行為責任論の見地からは、理解するのに抵抗が少ないであろう。不真正不作為犯としての殺人罪に関する判例としては、さらに下記判例③・④（交通事故後の連れ出し十置き去り）や判例⑤（執拗な傷害による重傷者への医療の不給付による見殺し）等が存する。以下比較の為に、これらも検討し、最後にシヤクティ事件の第二審に関する（連れ出しを実行行為ではなく先行行為として扱いそれに基づく不救護の部分を作為犯とした）判例⑥をみる。

【判例③】東京地判昭和四〇年九月三〇日下刑集七卷九号一八二八頁<sup>(48)</sup>

被告人Xは、某日午前一〇時五〇分頃、時速六〇キロで普通乗用自動車を運転中、港区の通称「紀の国坂」のカーブにさしかかったとき、運転者には常に前方および左右方向に対して注意することはもちろん、カーブをきるときは減速して運転する等特に意を用い、もって歩行者等との衝突による事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があり、しかも右通過中、いったんは約四六メートル前方を右から左へ横断歩行中の被害者A（三九歳）の姿を認めているにもかかわらず、同人に接近した場合には、自己のハンドル操作によって危険を避けうるものと過信し、かつハンドル操作に気を奪われてAの移動について注視を怠った過失ならびに高速でカーブをきるときに生じるタイヤのきしむ音で同乗者の女性二人を喜ばせようとして減速することなく運転を続けた過失により、再度被害者を認めたときは、同人はずでに自動車の右直前に位置しており、急いで回避措置を講じようとしたが間に合わず、自動車の前部右側ライト付近を被害者の左下腿部に激突させて、Aを自動車のボンネット上面にはね上げたうえ路上に落下転倒せしめ、よって同人に対して骨盤骨複雑骨折および頭蓋骨骨折等の傷害を負わせた。

そして、午前一一時頃、負傷したAを救護するため最寄りの病院へ搬送すべく、意識不明に陥っているAを自己の手によつて前記自動車助手席に同乗させて出発したところ、当時、Aの容態は、直ちに最寄りの病院に搬送することにより救護すれば死の結果を防止することが十分に可能であり、かつXには、Aを直ちに最寄りの病院に搬送して救護し、もつてその生存を維持すべき義務があつたにもかかわらず、；同人を搬送することによつて、自己がAを負傷させた交通事故の犯人であることが発覚し、刑事責任を問われることを恐れるあまり、Aを病院に搬送する意図を放棄し、同人を都内の適当な場所に遺棄するなどして逃走しようとして企てると同時に、当時Aが重態（被告人は、当時被害者の外観からその重態であることを認識していた）であつて病院に搬送して即時救護の措置を加えなければ、同人

が死亡するかもしれないことを十分予見しながら、それもやむを得ないと決意し、このような決意のもとに、同所から千葉県市川市所在の山林まで、約二九キロの間Aに対して何らの救護措置を取らずに走行したため、その間走行中の同車内において、Aを骨盤骨複雑骨折による出血および右傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させた。

本件につき、裁判所は、関係各証拠から、Aは事故直後に治療を受ければ救命される蓋然性は極めて高かったこと、Aは交通事故現場に放置された場合でも二四時間以上は生存し得たであろうこと、本件Xが負傷したAを自動車に連れ込んで乗用車の走行を継続し、Aに対する救護意思を放棄した地点は、約一・九キロしか離れていないので、その時点においてAを直ちに病院へ搬送して救護措置を受けしめれば、Aの死亡結果を回避することは十分に可能だったことを認定しつつ、さらに、X自身も、病院へ搬送すれば自分の責任は果たせると思っていたこと、Aを直ちに病院へ搬送すれば救護可能と考えていた、走行中、順天堂病院付近にさしかかったとき、Aの心臓の鼓動があることを確認し、Aがこん睡状態を続けていること、車を進行させ続ければ、途中でAが死亡する可能性があることを認識していたことをも認定し、そのことから、Xには、あえて病院に搬送せず、自動車の進行を続けた時点でAの死に対する未必的予見およびその認容が存在したと認定した。

こうして、東京地裁は、Xには、Aを救護してその死亡結果を回避する可能性があったこと、およびAの死亡結果に対する認識認容（殺意）が存したことを認め、あえて病院に搬送せず、自動車の進行を続け不救護に出た不作為に不真正不作為犯としての殺人罪の成立を認めたわけであるが、重傷を負った交通事故の被害者を事故現場から連れ出し、救命可能性があったにもかかわらず救護措置を取らなかった点で判例①と類似しているにもかかわらず、判例①では、不作為による殺人未遂をみとめず、作為の実行行為による殺人未遂としていたのに対して、本件では不作為に

よる殺人のみを実行行為とした。判例③も、判例①のように、事故現場からの連れ出しから、Aを遺棄現場を探して走行中の車中で死亡させた一連の行為を全体として作為による殺人に問うこともできたはずである。

判例①では、救急車を呼ばずに事故現場から重傷を負った被害者を被告人の車に乗せて連れ出し、運転走行行為した後、第三者による発見の困難な山林に置き去りにする一連の行為（作為）には、既に殺人行為としての定型的危険性を認めうるとしているのであり、不作為的構成を回避していた。

しかしながら、判例③でも弁護人は、一連の行為の一部を不作為的構成したうえで、弁護を行っているし（既述の通り裁判所はこうした不作為による事実の構成には合理的根拠がないと批判した）、一般に作為犯の中に不作為犯的犯行形式が入り込む余地があるのは、すべての犯罪において認められるであろう。<sup>(19)</sup>

判例①では、自ら惹起した交通事故による重傷の被害者の現場からの連れ出し、という作為と被害者の山林への置き去りという作為によって構成される一連の行為には被害者を死亡させる定型的危険性が存するほか、その一連の行為の際に、すでに被害者の死亡についての認識認容が生じており、殺意をもって不救護（不作為）に出たというよりもいわば殺すつもりで、危険で不衛生な場所への置き去りという作為が行われているのであり、判例②は、最終的には不救護状態の継続という救命可能な状態が存在していたにもかかわらず見殺し状態を継続するうちに被害者が死亡してしまつたという事件における性格の相違が存するのであり、判例③でも、自動車の走行継続後に、山林などへの置き去りがさらになされて「危険性が死に向けられて高められたと評価される」ような事情がみとめられていた場合には、全体として作為による実行行為として捉えられていたのではないかと思われる。<sup>(20)</sup>

不作為に事前的に結びつく作為は、不真正不作為犯の作為義務を根拠づけるいわゆる「先行行為」として捉えられるのが普通なのであつた。<sup>(21)</sup>

たとえば、判例④は、判例①・判例③と同様に事故現場から被害者連れ出し十置き去り型の交通事故遺棄犯人の不救護の部分を不作為犯とした事例である。

【判例④】東京高判昭和四六年三月四日高刑集二四卷一号一六八頁<sup>23)</sup>

被告人は、自己の運転する軽乗用自動車被害者Bに衝突させ重傷（左大腿骨複雑骨折、頭部外傷、右下腿打撲傷等の重傷を負わせ、同人を自車に乗せて、旧中山道より約一〇〇〇メートル離れた陸田の端で、当時深夜の気温が全体として〇度前後の少なくとも朝まで人の通行を期待しえない地点に運び、事故の際に側溝内に転倒したため背広服上下着用の上半身が濡れており、意識を失って自ら救助を求める手段を絶たれた被害者をその場に放置して救護をとらなかつたが、医師の証言によれば、左大腿部骨折にともなう内出血による全身衰弱、受傷によるショックで放置が翌朝まで続けばほとんど生存が期しがたい状況であつたとされ、放置当時の被害者には死亡の危険性があつたとして未必の殺意が認められたが、被害者は死亡を免れた。

これも、事故後負傷した被害者を危険な場所に連れ出して放置した行為を判例①のように全体として作為とみることもできようが、判例③のように先行行為を発生せしめた作為義務者の不救護行為に着眼して、不作為による殺人罪と解することもできようが、判例④は不真正不作為犯としての殺人罪にとらえた。

しかし、事案を虚心にみると、交通事故により被害者に放置すれば死の危険があるような重傷を生じさせた被害者を病院に搬送するのではなく遺棄するために、車に乗せて走行する行為には判例①の連れ出し行為に見られるような殺人の定型的危険性が認められ、被害者を車外に下して危険な場所に放置して立ち去る行為は、まさに「定型的危険

性が死に向けられて高められたと評価される」作為と評価され、事故現場からの連れ出し・危険な場所への置き去り全体が作為による実行行為と把握されて殺人未遂罪の成立を認めることも可能であったと思われる。

ただ危険な作為が継続している場合は、複数の作為が意思の同一性に担われ、密接結合性が強いような場合にそれを「一連行為」として一個の実行行為と解する判例が頻出するようになったのであろう。しかし、個別行為責任の観点からは、行為が複数ある場合には、一個の行為責任が発生しそれは別罪を構成し、数罪となる可能性がある。

【判例⑤】東京地八王子支判昭和五七年二月二二日判9四九四号一四二頁<sup>⑤</sup>

被告人X・Yは、被害者A（知能や判断力がやや劣る）を自宅に住まわせて、X・Yの営業する飲食店「甲」の従業員をさせるかたわら、売春をさせることもあり（売春代金はX・Yが取り上げていた）、仕事でAが失敗すると、暴力や虐待が加えられ、逃げると殺されるのではないかという恐怖心を植え付けられたAは従業員の域を超えて、いわば「家畜」同様に扱われていたが、昭和五六年七月一三日午後一一時ころ、「甲」店舗内において、被告人Xは、Aの客扱いが悪く、同女が接客中に居眠りをしたことに立腹し、同女に対して、シャッター降ろし用の鉄棒（長さ一・〇五メートル、直径約一・三センチメートル）でその頭部、顔面、肩部および腰部などを多数回にわたって強打し、さらにサンダルを履いた右足で、その頭部及び顔面などを多数回にわたって足蹴にするなどの暴行を加え、その後、X・Yの自宅に連れ帰ってから、X・Yは同所でAが小便を漏らしたり、食事を摂らないことに立腹し、共謀のうえ、同女に対して木刀などで、同月一四日の昼頃それぞれ、その腰部、腕部を数回殴打するなどの暴行を加え、同日夕刻ころ、それぞれ、右木刀でその肩部、胸部を数回殴打するなどの暴行を加え、よって同女に対して、鼻骨骨折を伴う鼻根部挫創ないし挫裂創、下口唇挫創、後頭部挫創等の傷害を負わせた。このため、Aは、一四日昼から食欲が



減退し、同日夕刻からは、食事を殆どしなくなり、また体温も、同日の夜に三九・五度に達し、以来四〇度を前後し、息遣いも荒い状態が続き、X・Yにおいては、この時点でAの創傷が医師による適切な医療行為を必要とするほど重いものであることを認識していた。同月一日には、Aの意識は判然としなくなるなど、かなり重篤な症状を呈し、自ら救済を求めることのできない状態に至った。ところで同月一六日当時、Aの容態は、直ちに医師による適切な治療を受けさせれば、死の結果を予防することが十分に可能であり、かつ、X・YにはAをして直ちに医師による適切な治療を受けさせ、もつてその生命を維持すべき法的義務があるにも拘らず、X・Yは医師による治療を受けさせた結果、Aに傷害を与えた事実が発覚し、その刑事責任を問われることを恐れるあまり、Aをして、直ちに医師による治療を受けさせなければ、Aが死亡するかもしれないことを認識しながら、それもやむを得ないと決意し、共謀のうえ、そのころ以降も、Aに対して、飲み物を吸い飲みで与え、また自宅内にあった化膿止めの錠剤、解熱剤および栄養剤を投与し、氷枕をあてがうなどしただけで医師による治療を受けさせるなどの有効適切な救護措置を講ずることなく、Aを自宅六畳間に就床させたまま、これを放置し、よつて同月一九日午後一時三〇分頃、同所においてAをして前記創傷を誘因とする心冠動脈狭窄に基づく心機能不全、もしくは、右創傷に起因する感染症、さらに合併症としての就下性肺炎、細菌毒素によるショック、炎症による脱水ショックないし末梢性循環不全を誘因とする冠動脈閉塞により死亡させた。

以上の事実から、X・Yは六月一三日から一六日までの暴行によつてAに死亡結果を生ぜしめるような切迫した危険性を生じさせており、これは不真正不作為犯としての殺人罪の法的作為義務を基礎づける先行行為である。

さらに、X・Yの暴行により六月一四日には、Aはその看護をX・Yに全て委ねてその後起居も一人でできない状態にあった以上、X・Yは受傷したAの救助を「引き受け」、Aをその支配領域内に置いていたと認められるので、

六月一三日から一六日の暴行によるAの創傷の悪化を防止し、その生命を維持するためにAをして医師による治療を受けさせるべき法的作為義務があったにもかかわらず（医師による治療を受けさせることが格別困難であった事情も存しない）、適切な医療措置を講じさせないという不作為は、不作為による殺人罪の実行行為と評価できる。殺意の点については、X・Yは遅くとも六月一六日には、Aの死亡を予見でき、また予見していたと認めるのが相当である。

本件も、交通事故における判例③④同様に、被害者をして放置すると死に至るような重傷を与えた被告人兩名の作為は、作為犯としての殺人罪の実行行為ではなく、被害者に死をもたらした被告人兩名の不救護を不真正不作為犯ととらえるための先行行為として位置づけられており、不真正不作為犯としての認定のためには、さらに「引き受け」「支配領域性」も加えて法的作為義務の存在が丁寧に認定されている。X・Yが、殺意を有したと考えられる六月一六日の時点で、たとえばAを屋外の第三者に発見されにくい低温下の不衛生な場所に連れ出して置き去りにしたとすれば、判例①のように六月一三日以降の暴行傷害行為から置き去り行為までの行為全体が作為犯としての殺人罪の実行行為ととらえられたのではなからうか。

【判例⑥】東京高判平成一五年六月二六日

判例②で扱ったいわゆるシャクティ事件の二審判決である。一審では、連れ出し行為（作為）と連れ出し後の不保護行為（不作為）という二個の行為を総合して一個の実行行為と解釈したが二審では、不作為の不保護のみが実行行為として扱われた。ホテルに搬送されるまでの作為に実行行為性が認められなかったのは、被告人の殺意の存在がホテルに連れ出されるまでは存在しなかったと認定されていることから、病院からの連れ出し行為の時点では、被告人

には、まだ被害者に死の危険が発生していることについての認識、すなわち故意（殺意）はなかったと認定され、殺意は被告人が被害者の病状を目的にしたりした平成十一年七月二日時点以降に認められるとされた。それゆえ、そのような殺意をもって被害者に生存に必要な救護措置を取らなかった不作為部分には殺意が認められるとされ、連れ出し行為は、実行行為としての作為ではなく、不作為犯の作為義務を肯定させるための先行行為として扱われた。なお、二審判決は最高裁でも支持された。

連れ出し行為のときには、殺意の存在が認められなかったので、殺意の存すると認定された連れ出し後の不救護という不作為の時点での不真正不作為犯としての殺人罪が認められたのであり、作為（連れ出し）と不作為（不救護）とを一連の行為と解して一個の実行行為と捉えた一審の人格行為論的な見方にそつた事実認定の結果、一審と異なり作為の時点での殺意が否定された結果、不作為の部分だけが実行行為として残存したことがうかがえ、結果として個別行為責任論に親和的となった。

## 6 量的過剰防衛

一連の行為が問題となるのは、ほかに量的過剰防衛の領域がある。

過剰防衛とは、防衛の程度を超えた正当防衛行為であり、その成立要件として正当防衛の要件としての急迫不正の侵害という客観的な正当防衛状況や主観的な防衛の意思がやはり求められるが（刑法三六条一項）、防衛の程度を超えている点で、もはや正当防衛として違法性は阻却されない。しかし、情状による刑の任意的減免が認められており

(刑法三六条二項)、その根拠は違法性や責任の減少に求められ、このような場合を質的過剰防衛と呼ぶ。<sup>55)</sup>

これに対して、当初は、急迫不正の侵害に対する防衛行為としてやむを得ずにしたものであっても、最初の一反撃によって相手方の侵害的態勢が崩れた後、引き続き、さらに追撃的行為に出て相手方を殺傷した場合には、その一連の行為は、全体として防衛の程度を超えたものとみななければならないが、これを量的過剰防衛といい、質的過剰防衛の場合と同様に三六条二項の適用による刑の任意的減免が認められる。<sup>56)</sup>

量的過剰防衛は、たとえば、Xが攻撃してきたのでYが反撃したところ(第一行為)、Xの攻撃は終了したが、さらにYが暴行を加えた(第二行為)ような場合であり、両者を分けて考えれば、第一行為は暴行罪の構成要件に該当しても、正当防衛で違法性が阻却され無罪(あるいは質的過剰防衛として刑の任意的減免)となるが、第二行為は暴行罪となるところを、全体としてみて暴行罪だが、過剰防衛として刑の任意的減免が認められるというわけである。<sup>57)</sup>

このような第一行為を正当防衛無罪、第二行為は急迫不正の侵害(いわゆる正当防衛状況)という正当防衛や質的過剰防衛の成立要件を欠くので暴行罪というただの犯罪となるにすぎない、と解する見方は、まさしく個別行為責任論に由来する見方であり、第二行為は正当防衛状況を欠くので、本来、個別行為責任論からは、(質的)過剰防衛も認められないはずである。<sup>58)</sup>したがって、量的過剰防衛とは、人格行為論によって複数の行為が一個の実行行為と解釈される一場面ではないかと考えられる。

それゆえ、量的過剰防衛とされる行為の範囲は人格行為論から限界づけられるはずである。

なお、量的過剰防衛に関する直接的規定は、刑法典には存在しておらず、判例をきっかけに認められてきた講学上の概念に過ぎない。

そこで、量的過剰防衛が認められるきっかけとなった判例をまず検討する。

【判例⑦】最判昭三四・二・五刑集一三卷一号一頁<sup>39</sup>

被告人XがAとBのけんかの仲裁をしたところ、これを不満に感じたAは、業務用屋根鋏を持って夜九時頃X方土間に侵入し、屋根鋏の刃先をXの首近くに突き付け、二、三回チヨキチヨキと音を立てて鋏を開閉しながら「この野郎殺してしまうぞ」と言つて威嚇しつつXを土間の一隅に追い詰めた。

Xはじりじりと後退するうち、右手が付近の腰掛の上にあつた鉞に触つたので、このまま推移すれば殺されてしまふと考え、自己の生命・身体に対する危険を排除するため、とつさにその鉞を右手に掴み左手で目前の屋根鋏を払いのけ、鉞でAの左頭部辺をめぐけて斬りつけて一撃を加え、ついでよろけながら屋根鋏を落としたAの頭部を追い打ちに殴りつけ、その場にAを横倒しにさせたが、XはAの不法行為とこれに起因した異常の出来事により、はなはだしく恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽していたので、さらに一撃のうちにAの頭部、腕等を鉞を振るつて、三、四回斬りつけ、よつてAを頭部切創による大脳損傷のため死亡させた。

一審判決は、Aが横転するまでのXの行為は正当防衛に当たるとし、Aが横転した後の追撃行為は、急迫不正の侵害が既に去つた後に行われたものであるが、恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽した余り、既に危険が去つたことの認識を欠き、その現場において正当防衛行為に引き続き一瞬のうちに継続した防衛のための追撃行為であつて、これは同時に不法侵入者たるAを排斥しようとする行為にほかならないから、盗犯等の防止および処分に関する法律一条一項三号に該当するとして、無罪を言い渡した。これに対して、二審判決は、同一の機会における同一人の所為を区分し、趣旨を異にする二つの法律を別々に適用することは立法の目的に沿わない、とした上で、Xの一連の行為は、それ自体が全体として防衛の程度を超えたる行為に当たると判示し、Xを殺人罪で懲役二年の刑に処した、

上告に対して最高裁は、原審の是認した一審の認定にかかるXの本件一連行為は、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「已むことを得ざるに出たる行為」とはいえないのであって、却つて同条第二項にいわゆる「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、と判示した。

さて、「その際の情況に照らして」とは、一連行為が、正当防衛狀況が存していたいわゆる第一暴行から一連の動態として客観的な正当防衛狀況が消失した後も第二暴行が行為者の心理的要因から行われたという狀況に照らして、という趣旨と考えられる。本来の過剰防衛（いわゆる質的過剰防衛）は、「急迫不正の侵害」という客観的狀況が存在することを前提にして認められるのだから、急迫不正の侵害が存在しなくなったことを前提とする過剰防衛（量的過剰防衛）というものは、背理であつて、考える余地のないという考え方もありえようが、<sup>(6)</sup> いわゆる第二暴行は、直前まで急迫不正の侵害が存在していたという緊急狀態下であることに起因する、恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽等の心理的圧迫の余勢に基づくやり過ぎた防衛行為という点（人格態度の同一性あり）では、急迫不正の侵害が客観的に存在していた第一暴行の場合と本質的に異ならないはずであるから、正当防衛・過剰防衛の成立が本来的に認められる第一暴行との全体的考察の中で、一連一体の關係にある第二暴行<sup>(6)</sup>についても、過剰防衛を認めうる、というのが多数説的考え方であるといえよう。

その後の判例では、いったん急迫不正の侵害が開始された後、反撃行為がなされたことによつて、急迫不正の侵害が終了したのか、依然として継続しているのが問題となつた判例<sup>(8)</sup>があるので、検討してみる。

【判例⑧】最判平九・六・一六刑集五一卷五号四三五頁<sup>64)</sup>

事実の概要および一審・二審・上告審の各判断は、以下のとおりである。

① 被告人Xは、文化住宅P荘二階の一室に居住していたものであり、同荘二階の別室に居住するA(当時五六歳)と日ごろから折り合いが悪かったところ、平成八年五月三〇日午後二時一三分頃、同荘二階の北側奥にある共同便所で小用を足していた際、突然背後からAに長さ八一センチメートル、重さ二キログラムの鉄パイプ(以下「鉄パイプ」とよぶ)で頭部を一回毆打された。続けて鉄パイプを振りかぶったAに対して、Xは、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、Aともみ合いになったまま、同荘二階の通路に移動し、その間二回にわたって大声で助けを求めたが、だれも現れなかった。その直後に、Xは、Aから鉄パイプを取り上げたが、Aが両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで一回毆打した(第一暴行)。そして、再度もみ合いになって、Aが、Xから鉄パイプを取り戻し、それを振り上げてXを毆打しようとしたため、Xは、同通路の南側にある一階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。Xは、階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配を感じたので、振り返ったところ、Aは、通路南端に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前めりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、Aがなおも鉄パイプを手握っているのを見てXはAに近づいてその左足を持ち上げ、Aを手すりの外側に追い落とした(第二暴行)ため、Aは一階のひさしに当たった後、手すり上端から約四メートル下のコンクリート道路上に転落した。その結果Aは、Xの右一連の暴行により、入院加療約三箇月間を要する前頭部・頭頂部打撲挫創、第二及び第四腰椎圧迫骨折等の重傷を負った。

② 原判決は一審判決を是認したが、ここでは、XがA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、Aが手すりの外側に上半身を乗り出した状態になり、容易には元に戻りにくい姿勢となっていたのであって、X

はその場から逃げ出すことのできる状況にあったというべきであるから、その時点でAの急迫不正に対する侵害は終了するとともに、Xの防衛の意思も消失したとして、Xの行為は正当防衛にも過剰防衛にも当たらないと判断している。

しかしながら、前記①の事実関係に即して検討するに、Aは、Xに対して執拗な攻撃を行い、その結果勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、AのXに対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、Xがその片足を持ち上げてAを地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Aは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、Xの右行為（第二暴行）がなければ、間もなく態勢を立て直した上、Xに追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったと認められる。そうすると、AのXに対する急迫不正の侵害は、Xが右行為（第二暴行）に及んだ当時においてもなお継続していたといわなければならぬ。さらに、それまでの一連の経緯に照らすと、Xの右行為（第二暴行）が防衛の意思をもってなされたことも明らかというべきである。したがって、Xが右行為（第二暴行）に及んだ当時、Aの急迫不正の侵害は終了し、Xの防衛の意思も消失していたとする原判決及びその是認する第一審判決の判断は、是認することができない。以上によれば、XがAの片足を持ち上げて地上に転落させる行為におよんだとき、Aの急迫不正の侵害およびX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。また、Xがもみ合いの最中にAを鉄パイプでその頭部を一回殴打した行為についても、急迫不正の侵害および防衛の意思の存在が認められることは明らかである。しかし、AのX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うえ、引き続き殴りかかろうとしたというものであり、Aが手すりに上半身を乗り出した時点で、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければ



ならず、他方、XのA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Aの死亡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、鉄パイプで一回の頭部を殴打した行為を含むXの一連の行為は、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。

そうすると、Xの暴行は、Aによる急迫不正の侵害に対して自己の生命、身体を防衛するためその防衛の程度を超えてなされた過剰防衛に当たるといふべきであるから、右暴行について過剰防衛の成立を否定した原判決及びその是認する第一審判決は、いずれも事実を誤認し、刑法三六条の解釈適用を誤ったものといわなければならない。

以上が、量的過剰防衛を認めた最高裁の平成九年の判決である。

同判決の原判決も、一審判決もいずれも、被告人Xのいわゆる第二暴行の時点では、Aによる急迫不正の侵害は終了しており、Xは防衛の意思を欠いていたものである等の事実認定を行い、第二暴行については、正当防衛も過剰防衛も成立しないと判断しているが、最高裁は、逆に第二暴行時においてもAによる急迫不正の侵害・Xの防衛の意思はいずれも存在していたという事実を認める一方で第二暴行は防衛の程度を超えていた等と判示したうえ、Xによる第一暴行から第二暴行にいたる一連の行為を、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、と量的過剰防衛を肯定する判断を下したのである。すなわち、Xの第一暴行は、正当防衛として適法になりうるとしても、その点についての違法阻却判断はことさら行わず、第二暴行が防衛行為であるとしても、防衛の程度を超えたものであることを指摘しながら、相当性の逸脱を指摘されていない第一暴行を含む一連一体の行為

全体を過剰防衛として傷害罪が成立すると評価したのであった。

この一連一体の行為を全体として正当防衛判断の対象とする方法は、最高裁が採用してきた「いわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから：（正当防衛の判断に際して）まず喧嘩闘争を全般的に観察することを要し：」、<sup>(65)</sup>というかねてからの判例の考え方の踏襲があるものと思われる。

正当防衛行為の一連一体の複数行為を暴行罪・傷害罪の一個の実行為として考えるべきだということは、各人格態度を一連の人格形成のプロセスの一コマとして取り上げる人格的行為論の考え方をベースとして、上記の喧嘩に関する従来からの最高裁の正当防衛事例における各論的思考をかさね合わせたうえでの結論であると思われる。

他方、「複数の暴行が、同一の意思に基き同一の機会に同一の被害者に対して連続して向けられた場合、複数の併合罪になるわけではないことについては、おそらく異論がないであろう。このような場合には、暴行罪のおそらく単純一罪となりうると思われる、論者もこのような理解を共有するものである。しかしながら、単純一罪になること<sup>(66)</sup>の理解の仕方である」という議論がある。

すなわち、複数の暴行行為が、併合罪にならず単純一罪になるというのは、人格的行為論によれば、単に一罪か数罪かという罪数論の前に、一個の実行為かどうかという構成要件該当性の問題となると思われる。

人格的行為論の主唱者である団藤博士は、「一つの犯罪の完成に至るまでの数個の実行為については、一つの人格態度によって結合された数個の行為は一回的な構成要件の評価を受けるべきものという考え方は、比較的容易に認められる。ピストルを連射して人を殺した場合、各動作ごとく殺人未遂と殺人既遂が成立すると認められることの不合理的なことは何人も疑わない。この程度に各動作が密接していれば、むしろそれは一行為と考えられるべきである」と論じられている<sup>(67)</sup>。そして、前述した山口論文もまた、「上記のような場合に単純一罪になるのは：本来

は、複数の暴行罪の包括一罪となるのかもしれないが、通常の包括一罪の場合よりも複数行為の一体性が強く、そのため一罪性のきわめて強い場合であり、したがって、あえて包括一罪とするまでもないという意味で単純一罪になると理解されるべきである」と続ける<sup>68)</sup>。

単純一罪とは、一個の実行行為で構成要件該当性も一個ということであろう。たとえば、被害者が同一で時間場的的近接性のある三個の窃盜の接続犯が包括一罪という意味で、數個の犯罪ではあるが罪数的には一罪と評価するというのではなく、一体性が緊密なので一構成要件該当と評価すべきだということであろう。ただし、山口説は、いくら複数行為の一体性が強くとも、それを構成する犯罪行為の一部に違法阻却される部分があるならば、一体的に把握されるからといって、処罰の対象とすべきではない、と主張する<sup>69)</sup>。

この問題は、これまでの判例ではさほど議論にならなかつたものの、近年、量的過剰防衛が争点となつた判例で取上げられるようになったので、問題となる判例⑨と判例⑩とを考察したい。

【判例⑨】最決平二〇・六・二五刑集六二卷六号一八五九頁<sup>70)</sup>

① 本件の事実概要および一審・二審・上告審の各判断は、以下のとおりである。

- 被告人X(当時六四歳)は、本件当日、第一審判示「Q.プラザ」の屋外喫煙所の外階段下で喫煙し、屋内に戻ろうとしたところ、A(当時七六歳)が、その知人BおよびCと一緒におり、Aは「ちよつと待て。話がある。」とXに呼び掛けた。Xは、以前にもAから因縁をつけられ暴行を加えられたことがあり、今回も因縁をつけられて殴られるのではないかと考えたものの、Aの呼びかけに応じて、ともに上記喫煙所の外階段の西側に移動した。
- ② Xは同所において、Aからいきなり殴りかかられ、これをおとしたものの、腰付近を持たれて付近のフェンス

まで押し込まれた。Aは、更にXを自己の体とフェンスとの間に挟むようにして両手でフェンスをつかみ、Xをフェンスに押し付けながら、ひざや足で数回蹴つたため、XもAの体を抱えながら足を絡めたり、蹴り返したりした。そのころ、二人がもみ合っている現場にBおよびCが近づくなどしたため、Xは一对三の關係にならないように、Bらに対して「おれはやくさだ」などと述べて威嚇した。そして、Xをフェンスに押さえつけていたAを離すようにしながら、その顔を一回殴打した。

③ すると、Aは、その場にあつたアルミ製灰皿（直径一九センチメートル、高さ六〇センチメートルの円柱形をしたもの）を持ち上げ、被告人に向けて投げつけた。Xは投げつけられたその灰皿を避けながら、同灰皿を投げつけた反動で体勢を崩したAの顔を右手で殴打すると、Aは頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失つたように動かなくなった（以下、ここまでのXのAに対する暴行を「第一暴行」という）

④ Xは憤激の余り、意識を失つて動くようになって倒れているAに対して、その状況を認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」などといい、その腹部等を足蹴にしたり、足で踏みつけたりし、さらに、腹部にひざをぶつける（右ひざを曲げて、膝頭を落とすという態様であつた。）などの暴行を加えた（以下、この段階のXのAに対する暴行を「第二暴行」という）が、Aは第二暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負つた。

⑤ Aは、Qプラザから付近の病院へ救急車で搬送されたものの、六時間余り後に頭部打撲による頭蓋骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第一暴行によって生じたものであつた。

⑥ 第一審判決は、Xは、自己の身体を防衛するため、防衛の意思をもって、防衛の程度を超え、Aに対して第一

暴行と第二暴行を加え、Aに頭蓋骨骨折、腸間膜挫滅等の傷害を負わせ、搬送先の病院で同傷害に基づく外傷性クモ膜下出血により同人を死亡させたものであり、過剰防衛による傷害致死罪が成立するとし、Xに対して懲役三年六月の刑を言い渡した。

これに対し、Xが控訴を申し立てたところ、原判決は、Xの第一暴行については正当防衛が成立するが、第二暴行については、Aの侵害は明らかに終了している上、防衛の意思も認められず、正当防衛ないし過剰防衛が成立する余地はないから、Xは第二暴行によって生じた傷害の限度で責任を負うべきであるとして、第一審判決を事実誤認および法令適用の誤りにより、破棄し、Xは、その正当防衛行為により転倒して後頭部を地面にうちつけ、動かなくなったAに対し、その腹部を足げにしたり、足で踏みつけたりし、さらに腹部にひざをぶつけるなどの暴行を加えて、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅の傷害を負わせたものであり、傷害罪が成立するとし、Xに対して懲役二年六月の刑を言い渡した。

⑦ 上告においては、第一暴行と第二暴行は、分断せず一体のものとして評価すべきであつて、前者について正当防衛が成立する以上、全体につき、正当防衛を認めて無罪とすべきであるなどと主張する。

しかしながら、前記①の事実関係では、第一暴行により転倒したAが、Xに対してさらなる侵害行為に出る可能性はなかつたのであり、Xはそのことを認識したうえで、専ら攻撃の意思に基いて第二暴行に及んでいるのであるから、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。そして、両暴行は、時間的、場所的に連続しているものAによる侵害の継続性およびXの防衛の意思の有無という点で、明かに性質を異にし、Xが前記発言をした上で抵抗不能の状態にあるAに対して相当に激しい態様の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つて、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

的に過剰になったとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に観察して、一個の過剰防衛の成立を認めるのは妥当ではなく、被害者Aの死亡結果を生ぜしめた正当防衛に当た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、すでに急迫不正の侵害も防衛の意思も存しないため、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Aに負わせた傷害につき、Xは傷害罪の責任を負うというべきである。以上と同趣旨の原判断は正当である。

本件第一審は、第一暴行と第二暴行が場所的・時間的に連続する範囲で防衛の意思をもつてなされていることと第二暴行が急迫不正の侵害が終了した後になされているという点に着眼して、全体を一連一体の行為とみて過失致死罪についての量的過剰防衛を認めた。量的過剰防衛に関するこのような見方や認定の仕方は、判例⑦に関して最高裁が、原審の是認した一番の認定にかかる被告人の本件一連行為は、それ自体が全体として、その際の場合に照らして、刑法三六条一項にいわゆる「已むことを得ざるに出たる行為」とはいえないのであって、却つて同条第二項にいわゆる「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、と判示した考え方と軌を一にしているといえよう。量的過剰防衛を認めたのである。だがしかし、本件においては、第一暴行は、急迫不正の侵害および防衛の意思の存する正当防衛であるもの（それゆえ、第一暴行に起因するA死亡はXに帰責されない）、第二暴行は、急迫不正の侵害は明らかに存せず、防衛の意思も消失し、積極的加害意思による行為であつて、それゆえ第一暴行と第二暴行は、異なる人格的態度に基づく行為といえよう。まさに「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とは認められない」がゆえに、全体として過剰防衛とすべき量的過剰防衛の事態ではなく、第一暴行（正当防衛無罪）・第二暴行（ただの犯罪→傷害罪）に分断されて罪責が論じられるの

である。第二暴行時には、急迫不正の侵害が欠如し、第一暴行と第二暴行は時間的・場所的に連続しているがゆえに、一連一体の行為として全体的に把握され、全体として過剰防衛になる、という図式的、単純なものではない。第一暴行と第二暴行では、主観面からは防衛の意思と積極的加害意思、客観的には、法益に対する受動的反撃と積極的熾烈な攻撃という相違点の存在が両者の人格態度の異質性を裏付けることから、同一の人格態度として両者を全体的に把握することを人格的行為論は認めないわけである。

こうして、第一暴行と第二暴行は異なる人格態度の現れとして構成要件的評価・違法評価は分断的に行われざるを得ない<sup>71)</sup>。

【判例⑩】最決平二一・二・二四刑集六三卷二号一頁<sup>72)</sup>

① 事実の概要および一審・二審・上告審の各判断は、以下のとおりである。

本件は、覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘留所に勾留されていた被告人Xは、同拘留所内の居室において、同室の男性Aに対して、折り畳み机を投げつけ、その顔面を手拳で数回殴打するなどの暴行を加えて、同室に加療約三週間を要する左中指腱断裂および左中指挫創の傷害（以下「本件傷害」という）を負わせたとして、傷害罪で起訴された事案である。

② 一審判決は、Xが暴行に及んだ際には、Aによる急迫した侵害があったとはいえず、また、Xはもっぱら攻撃の意図で暴行に及んだものだから防衛の意思を欠くとして、正当防衛の成立を否定し、Xを傷害罪で懲役一〇月に処した。

③ 原判決は、上記折り畳み机による暴行については、Aの方からXに向けて同机を押し倒してきたため、Xはそ

の反撃として同机を押し返したものの（以下「第一暴行」という）であり、これにはAからの急迫不正の侵害に対する防衛手段としての相当性が認められるが、同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Aに対し、その顔面を手拳で数回殴打したこと（以下「第二暴行」という）は、防衛手段としての相当性を逸脱したものであるとした。そして、原判決は、第一暴行と第二暴行は、Aによる急迫不正の侵害に対して、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、両暴行を分断して評価すべきではなく、全体として一個の過剰防衛行為として評価すべきであるとし、罪となるべき事実として、「Xは、Aが折り畳み机をXに向けて押し倒してきたのに対し、自己の身体を防衛するため、防衛の程度を超え、同机をAに向けて押し返した上、これにより転倒したAの顔面を手拳で数回殴打する暴行を加えて、同人に本件傷害を負わせた」旨認定し、過剰防衛による傷害罪の成立を認めた。

④ その上で、原判決は、本件傷害と直接の因果関係を有するのは第一暴行のみであるところ、同暴行を単独で評価すれば、防衛手段として相当といえることを酌むべき事情の一つとして認定し、被告人を懲役四月に処した。最高裁では、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過ぎない、と主張する。

しかしながら、前記事実関係の下では、XがA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察すれば足りるというべきである。以上と同旨の原判決は正当である、などと判示した。



本件は、第一審が第二審で名づけられた第一暴行と第二暴行とを区別することなく、第二審にいわゆる第二暴行の正当防衛の成否にのみ着眼し、しかも傷害結果を生じさせた第一暴行の罪責評価をなさず、第二暴行の際でのAによる急迫不正の侵害とXの防衛意思との欠如を認定して、第二暴行が正当防衛に当たらないことだけを判示しているのに対して、二審は、第一暴行と第二暴行が時間的場所的に近接した一連の行為であるから全体として一個の過剰防衛行為として評価すべきであるとし、傷害結果が第一暴行によって生じたのであり、しかも第一暴行は防衛手段として相当であるが、それらは量刑事情として酌量すべきだと判示したうえで、Xへの宣告刑を一審の懲役一〇月から懲役四月へと軽減したのであった。判例⑨第二審や判例⑩第二審では、傷害や死亡の結果を第一暴行が発生させたものの、それが正当防衛だったのに、一連の行為として過剰防衛を肯定して全体を過剰防衛とすれば、正当防衛を過剰防衛としてしまふ恐れがあり、学説ではその点に注意が促されている。<sup>23)</sup>

さて、判例⑦の最高裁判例以来、第一暴行（正当防衛）↓第二暴行（正当防衛状況・防衛の意思欠如）という図式の一連の行為を、全体として量的過剰防衛として刑を減輕するという裁判例が一部に存在したように思われる。すなわち、判例⑨の第一審、判例⑩の第二審・上告審であり、さらに、判例⑨の第一審や判例⑩の上告審のように、正当防衛行為である第一暴行から生じた傷害や死亡結果の部分が全体としての過剰防衛として評価されたものもある。<sup>24)</sup>なお、判例⑧の最高裁が、第二暴行を、過剰防衛としたのは、量的過剰防衛ではなく、第二暴行の際には正当防衛状況の存在が肯定されていることから見て、質的過剰防衛である点に注意しなくてはならない。

## 7 まとめ

複数行為をまとめて一個の実行行為として捉える場面がいくつか現われており、ここでは、ペランダ転落事件やクロホルム事件、シヤクテイ事件やひき逃げ事件等で不作為と作為が結合した事例、量的過剰防衛などを取り扱った。複数行為による結果惹起の事例では、同一行為者の第一行為と第二行為が問題とされながらも、両者が一連の行為であるとされ、実行行為性が認められる場合があるが、その「一連の行為」にいかなる理論的根拠があるかは明らかではなく、個別的行為責任論からは、その正当化は困難ではないかという疑問も示されていた。<sup>25)</sup>

そもそも行為論自体（たとえば有意的社会的行為論）からすると、意思の同一性等が認められれば一連となつていく数個の行為を一個の行為と認めうるとしても、そのことは行為責任主義に反する結論になるのではないか。

たとえば、中止犯における責任の事後的減少という考え方は、中止行為に示される行為者の人格態度が実行行為以降の人格態度（行為）に対する非難可能性を減少させるという評価は人格形成責任を中核とする動的な犯罪理論構成を前提として初めて成り立つであろう、と団藤説は主張しているところから明らかなように、人格的行為論は、当該法益侵害行為の前後の行為、たとえば中止行為や事前に反復される類似法益侵害行為、の考慮をとりわけ中止未遂や常習犯など場面において既に行っていたわけであり、人格態度の同一性に基づく複数の人格態度（行為）の結合や条文の主旨に基づく複数人格態度の結合（動的な犯罪理論構成）を（もちろん罪刑法定主義の枠内で）認めていたのであり、それが単なる行為責任論の立場からは実現困難な複数行為の結合を認める人格的行為論の特質であることが主張されていたわけである。

そのような意味では、一連行為を一個の実行行為と考えることは人格的行為論では本質的に異とするに足りないことなのであった。不作為の直前に行われた行為を先行行為という扱いで不作為犯成立の要件として把握することも、ある意味では人格的行為論によりはじめて可能になることなのかもしれない。原因において自由な行為において、いわゆる原因行為と結果行為を分断・融合する思考も同様と思われる。まして、先行行為としての作為を事後の不作為と総合して一連行為と称して実行行為とみることは、人格的行為論を前提にはじめて可能になるのではなからうか。

ベランダ転落事件や、クロロホルム事件、いくつかの不作為犯事例でみたのは、行為者が先行する第一行為により被害者の生命侵害の危険を惹起していたにもかかわらず、第二行為への作為ないし不作為により被害者の生命侵害の危険を増大させるか生命侵害を実現したというものであり、人格的行為論からは、法は、行為者に対して自他の人格価値を相互に尊重するような人格形成を期待していると考えられるのだから、法益侵害的第一行為ののち、当該第一行為が規範的障害となつて、第二行為として中止行為や救命行為への期待が生じる場面であり、第二行為が救命行為（法益保護的方向への行為）であれば、中止犯の成否が問われるわけで、他方、第二行為が上記の諸事例のように法益保護方向への人格態度ではなく法益侵害方向への人格態度になつた場合には一連行為としては考えないというアンバランスな思考をとるものではなく、人格的行為論の本来の性質として、第一行為に連なる第二行為を一体のものとして構成要件該当性判断から違法性判断、責任判断を行うという思考方法になるのである。

量的過剰防衛との関連でも、一連一体の行為という概念によりいくつかの防衛行為という性格を有する暴行・傷害等の構成要件該当行為をまとめて一個の実行行為とみて、量的過剰防衛行為というものを考えるのも、人格的行為論からすると、同一の人格態度の現れとしての行為を一つの実行行為とみるわけで、ここでは、その減少を考慮しなが

らも、第一行為を規範的障害とする、法益侵害性を最小限度にとどめた、さらには法益救済的行為すら期待された第二行為があるわけで、防衛行為の場では、第一行為と第二行為とは、防衛意思の同一性が人格態度の同一性の基準となりつつ、その一体性の有無が判断されるのである。こうして、構成要件該当性（防衛意思の考慮では違法性も考慮されてはいるものの）レベルで一体と解された時間的場所的に近接する複数の行為に関しては、防衛途中の行為が責任無能力であっても、違法阻却される行為であっても、思考の前提としては行為全体の違法性・有責性が判断対象となるわけだから、量的過剰防衛行為の一部に正当防衛と評価される行為があつて、最終的結果がそれに起因するとしても全体的行為の違法性が阻却されない以上、それは、構成要件レベルで行為と結果との因果性が肯定されるということの意味するのだから、過剰防衛として違法視されるのは最初の前提が個別行為ではなく全体行為の評価であるというものが約束事である以上、やむを得ない。まさに、全体を構成する行為の一部が正当化されるものであるということは、量刑事情とされるにとどまるわけである。それに違和感があるとすれば、人格的行為論に原因があるわけではなく、個別行為責任論へのとらわれがあるからであらう。

## 【注】

(1) 仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責行為対象の特定」早稲田法学会誌五九卷二号四二四頁、深町晋也「一連の行為」論について」立教法務研究三号(平成二二年)一三一頁によると、以下の結論がもたらされる。すなわち、「一連の行為論」の意義は、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能(結果帰属の対象となる行為を拡張する機能)に存する、とされる。つまり、第一行為のみからあるいは第二行為のみから結果が生じたことが明らかとはいえず、第一行為と第二行為とが相俟つて結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる「一連の行為」であると記述する機能である。そして、このような機能の裏面として、「一連の行為」のうちどの段階で結果が惹起されたかを明確に特定しないで済ませることが許容される。このような機能は、違法性阻却段階では、「一連の行為」の一部に完全に正当化される行為があるとしても、その行為から結果が生じたとは特定されていない以上、一連の行為全体が正当化されない限り、なお、発生した結果との関係で「一連の行為」を全体として違法な行為として扱うことができるという機能として作用するのであり、責任阻却段階においても同様であるとされる。

(2) 仲道・前掲論文(注1)四二四頁。

(3) 佐久間修『刑法総論』(成文堂 平成二二年)四〇—四一頁では、行為と結果とは存在論的には別個の概念であるにもかかわらず、従来、両者の違いが明確に意識されないうまま、広義の結果である「法益の侵害・危険」を行為概念の中で論じてきたと指摘され、浅田和茂『刑法総論』(第二版)(成文堂 平成七年)九七頁では、いわゆる行為論で論じられてきたのは主として結果から切り離された「結果を惹起する」行為なのであり、これらを混同しないように注意しなくてはならないとされている。曾根威彦『刑法総論』(第四版)(成文堂 平成二〇年)六二頁によると、行為とは、狭義では人の外部的態度をいい、結果とは、広義においては、外界の変動(法益の侵害又はその危険)であり、狭義においては行為の客体に及ぼす有形的事実作用、すなわち結果犯における構成要件の結果である。そして、大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』(有斐閣 平成二〇年)二九頁によると、狭義の行為とそれに基づく広義の結果をあわせたものを所為(広義の行為)と呼ぶことがある。

大塚仁「人格的行為論について」平場安治Ⅱ平野龍一Ⅱ高田卓爾Ⅱ福田君Ⅱ大塚仁Ⅱ香川達夫Ⅱ内藤謙Ⅱ松尾浩也(編)『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』(有斐閣 昭和五八年)一二五頁。他に、日冲憲郎「人的行為概念」平場安治Ⅱ平野龍一Ⅱ高田卓爾Ⅱ福田君Ⅱ大塚仁Ⅱ香川達夫Ⅱ内藤謙Ⅱ松尾浩也(編)『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』(有斐閣 昭和五八年)一〇五頁以下参照。

なお、人格とは、「生来の素質を中核として後天的な環境条件により形成されてゆくものであるが、早期に形成された部分

は、いわば遺伝の中核を取り込む堅固な構造を持ち、容易に変更を加えることができない。これに対し、比較的新しく形成された部分はいくぶんの柔軟性を持ち、周囲の仕向けけによつては、変容を示すものである」(植松正「再訂刑法概論」総論(勁草書房 昭和四九年)二二八頁)と説明される。他方、団藤博士は「人格は、単なる精神的なものではなく、精神的―身体的統一体である。人格は一方では主体的な面において哲学的領域につながると同時に、他方では身体的基礎の面で生物学的領域につながる。行為は、身体の動静であるという点で、直接に生物学的基礎をもつばかりでなく、人格的背景の面でも、また生物学的基礎をもつものである」と説明される(団藤重光「刑法綱要総論(第三版)」(創文社 平成二年)一〇七頁)。ちなみに、森宏一(編)『哲学辞典(普及版)』(青木書店 平成二年)二二八頁は、人格という言葉について、心理学と倫理学に分けてその定義を行い、前者については「さまざまの多様な精神現象を現に統一しており、かつ時間のうえで持続的に統一して、自我なる意識を維持する個体」と記述しており、後者に関しては「個々の経験によるそのときどきの意識の連続でなく、自我として統一をもち、自己決定的なものとして、自律的な意志をもつこと」をその特徴とすると説明している。なお、わが国における「人格」観念の成立については、佐古純一郎『近代日本思想史における人格観念の成立』(朝文社 平成二年)が詳細である。

ところで、平成一八年二月二二日に公布・施行された現行の教育基本法(平成一八年法律第一二〇号)は、昭和二二年公布・施行の教育基本法(昭和二二年法律第二五号)(以後旧法という)の全部を改正したものであるが、「人格の完成」という第一条の教育の目的に関する文言の存在は、新旧両教育基本法に共通している。すなわち、(新旧両)教育基本法が、その一条において、「教育は、人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期して行われなければならない」と規定している(田中耕太郎『教育基本法の理論』(有斐閣 昭和三六年)七一―八二頁参照)ことに鑑みると、学校教育法一条にいう学校(幼稚園、小学校、中学校、高等学校、中等教育学校、特別支援学校、大学および高等専門学校)における数多くの教員たちは、人格を意識した教育を目的とし、それとともに「人格の完成」の意味をわきまえて教育活動に携わっているはずである。その影響力を考えるならば、人格行為論・人格形成責任論に対してなされる、ひろく国民共有の観念となっているはずの「人格」という言葉の意味を不明確だとする批判は、説得力に乏しいといわざるを得ない。

そして、このような教育的な脈絡において考えると、人格的行為論と結びつく人格形成責任論は「人格責任論は、本来の責任論を超えて―いわばその延長線上に―犯罪後の人格形成、そしてさらには将来にわたる人格形成をも考えることによつて、犯罪論と刑罰論を結びつけ進んでは展望的な刑罰論を考えようとする」(団藤重光「人格責任の理論」『法哲学四季報二号』

(昭和二十三年)一三三頁)と主張される通り、行刑における道義的改善刑を視野に収めるものであり、単なる犯罪論上の観念論にとどまらず、教育的実践的性格を有するものであるから、「人格の主體的現実化」という相当高度の精神的作用を意味する言葉が用いられることは必ずしも不当ではないと思われる。

(4) 日高義博『刑法総論』(成文堂 平成二十七年)九九―一〇〇頁。

(5) 浅田・前掲書(注3)二〇四頁。

(6) 団藤・前掲書(注3)二〇四―一〇五頁。

(7) 平野龍一『刑法 総論I』(有斐閣 昭和四七年)一〇九頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第五版) (成文堂 平成三二年)八五頁、川端博『刑法総論講義 第二版』(成文堂 平成一八年)一三三頁。

(8) 大塚・前掲書(注3)二〇四―一〇五頁。大谷・前掲書(注7)一〇三頁は、「主体的」とは自由意思を意味するから、結局「有責な」と同じ意味になり、行為概念が「責任」を先取りしてしまうという意味で、行為概念の統一機能を満足させられな  
いと思われると述べていた。

(9) 団藤・前掲書(注3)二〇四―一〇五頁。団藤重光『この一筋につながる』(岩波書店 昭和六一年)七八―七九頁。なお、  
団藤博士の主体性思想に影響を与えた熊沢蕃山については、熊沢蕃山/後藤陽一・友枝竜太郎(校注)『集義和書』『日本思想大系三〇』(岩波書店 昭和四六年)一五頁において、「自反慎独の功」(自己を反省し己のみ知る心中の隠微な一念の兆しを慎む工夫努力)を重視するという形で人格形成行為の重要性を示唆しているように思われる。もちろん、現代の人格主義と封建時代における人格主義とでは、時代による差異が存することには注意が必要である。

(10) 日高義博『刑法における行為論の意味』阿部純二||板倉宏||内田文昭||香川達夫||川端博||曾根威彦(編)『刑法基本講座 第一卷 基礎理論・刑罰論』(法学書院 平成四年)一五九頁。

(11) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣 昭和二八年)五七頁。

(12) 大塚・前掲書(注3)二二七頁。これに対して、浅田・前掲書(注3)二〇四頁では、有意性の使用は議論を混乱させると批判する。

(13) 佐久間・前掲書(注3)三六頁。これに対して、浅田・前掲書(注3)二〇四頁では、社会的意味を加えたものでは、もはや人格的行為論とは言えないだろう、と指摘されており、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社 平成二二年)五三頁でも、人格的行為論は実質的に社会的行為論と異なるものではない、と評されている。

(14) 浅田・前掲書(注3)二〇四頁。

- (15) 曾根・前掲書(注3)四九頁。
- (16) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣 昭和五六年)一四五頁、鈴木茂嗣『刑法総論(第二版)』(成文堂 平成二三年)三八頁、浅田・前掲書(注3)一〇六頁。なお、内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣 昭和五八年)一六四頁は、佐伯説を基調としつつ、「社会における外界に影響を及ぼす方向にある人の外部的態度」としている。
- (17) 浅田・前掲書(注3)一〇五頁、曾根・前掲書(注3)五〇頁。
- (18) 西原春夫『刑法総論』(成文堂 昭和五二年)七五頁、曾根・前掲書(注3)四九頁、野村稔『刑法総論』(成文堂 平成二年)一一九頁、大谷・前掲書(注7)八五頁、高橋則夫『刑法総論 第三版』(成文堂 平成二八年)七九頁。
- (19) 浅田・前掲書(注3)一〇五頁。
- (20) 内田文昭『改訂 刑法1(総論)「補正版」』(青林書院 平成九年)八三頁は、従来の主観的目的的行為論は、違法と責任の区別を曖昧にする恐れがあると指摘していた。
- (21) 浅田・前掲書(注3)一〇五頁。
- (22) 平場安治『刑法総論講義』(有信堂 昭和二七年)四三頁では、過失犯も不作為犯もいずれも行為ではないが、行為でないものも処罰しうるとされている。
- (23) 木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論』(有斐閣 昭和五三年)一六七―一六八頁。
- (24) 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣 平成二六年)六〇―六一頁。
- (25) 曾根・前掲書(注3)四九頁、井田良『講義・刑法学総論(第二版)』(有斐閣 平成三〇年)二六三頁。
- (26) 大塚仁『行為論』『刑法論集(一)』(有斐閣 昭和五一年)四一頁。
- (27) 山口厚『刑法総論(第三版)』(有斐閣 平成二八年)四三頁、前田雅英『刑法総論講義(第七版)』(東京大学出版会 平成三〇年)八二頁。
- (28) 西田典之『橋爪隆補訂 刑法総論(第三版)』八六頁、平野・前掲書(注7)一一三頁。
- (29) 井田・前掲書(注25)二六四頁。ただし、山口・前掲書(注27)四三頁では「このような議論には限られた意義があるに過ぎない」という理解が最近では支配的である」と指摘されている。
- (30) 仲道・前掲論文(注1)四二五頁。
- (31) 浅田・前掲書(注3)二七六頁。
- (32) 団藤・前掲書(注3)四四一頁。従来は、この問題は「一個の犯罪を實現するために数個の実行為がなされた場合、一個



の人格態度の現実化として包括的に評価すべきことになる」としてもつばら罪数論の問題として扱われてきた観がある（大谷実『人格責任論の研究』（慶応通信 昭和四七年）一一〇頁）。

(33) 東京高判平一三・二二・二〇 LEX/DB28065242

(34) ベランダ転落事例は、二個の行為を合一して一個の実行行為（殺人罪一罪）と解したものであるのに対して、同一人物を約五か月間で五回殺害しようとして失敗し（不良息子に業を煮やした両親兄弟が保険金詐取をもちろんで殺害）、（毒殺などに失敗して）六回目で母親が刃物で滅多刺しにして殺害した事案を一個の殺人罪として処断した（包括一罪）事例として、大判昭一三・一二・二三刑集一七卷九八〇頁（いわゆる「日大生殺し事件」）があるが、これは、時間的場所的近接性があるとはいにくい（五か月・樺太と東京）事案について、六回の殺人に向けられた同一人物への行為を六個の（未遂罪を含む）殺人罪の実行行為と解して六個の殺人罪の併合罪としたのではなく、独立した六個の殺人行為は六個の殺人（未遂）罪の実行行為とみて包括して一個の殺人罪としたものである。この事例は、結果を惹起したのは六回目の行為であることが明らかであるので一連行為論の適用はないであろう。

(35) 深町・前掲論文（注一）二二五—二二六頁、仲道・前掲論文（注一）四四〇頁以下、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（平成二二年）四一頁。

(36) 団藤・前掲書（注三）二六二—二六三頁、四四一—四四二頁。

(37) 高橋則夫・前掲書（注18）七八頁は、「行為の特定については、人格という概念が明らかではなく、因果的行為論と同様に、（人格的行為論も）無限定に至る可能性がある。『ベランダ転落死事件』においては『Aに向かっていく行為』、『押し倒す行為』、『刺突行為』、『掴みかかる行為』などがすべて行為とされるであろう。あるいは、一個の人格の発露として、全体を一個の行為とする余地もある」と人格的行為論に対して批判的な姿勢をとる。

(38) 最決平一六・三・三二 LEX/DB28095156。山口・前掲書（注27）一三三頁は、本件につき、「第一行為は第二行為に密接な行為であり、第一行為を開始した時点で殺人に至る客観的危険性が明らかに認められるから、その時点で殺人罪の実行の着手があった。また、被害者をクロロホルムの吸引により失神させ、自動車ごと海中に転落させるといふ一連の行為に着手してその目的を遂げたのであるから、行為者の認識とは異なり、第二行為の前の時点で被害者が死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、殺人既遂が成立するというのである」ととらえ、判例に肯定的である。

(39) 前田雅英「最新重要判例二五〇刑法」第八版（弘文堂 平成二三年）一三頁。

(40) 曾根・前掲書（注三）二二六頁は、この点を捉えて、「しかし、本件においても第一行為の時点では殺人行為の認識はなく、

せいぜいその認識可能性(ないし傷害の認識)のほかは、殺人予備の認識しかないのであるから、やはり殺人予備と(重)過失致死(ないし傷害致死)の罪責にとどめるべきであろう。」と主張するのは、行為責任論の立場(曾根・前掲書(注3)一四〇頁)を徹底する議論であろう。浅田・前掲書(注3)三八八頁も同様。西田・前掲書(注28)二四三頁は、クロロホルム事件は、二発目で殺害する意思で、一発目が命中して死亡させた場合と同様に殺人既遂を認めることができるし、客観的に実行行為があり実行行為性の認識がある以上、あとは因果関係の故意の問題とする。

(41) 深町・前掲論文(注1)二二五―二二六頁によれば、近時の判例は「同一の行為意思」あるいは「同一の意思決定」によって行為が担われている場合には自然的に観察すれば二個以上の行為とみられる場合であっても第二行為と第一行為を結び付ける要素となつていと理解されるとする。

(42) 青柳文雄『刑法通論I総論』(泉文堂 昭和四〇年)四一四―四一七頁。

(43) 高橋・前掲論文(注35)四一頁。

(44) 内田・前掲書(注20)一〇三頁。

(45) 佐賀地判平一九・二・二八 LEX/DB28135252。前田・前掲書(注39)一七頁参照。

(46) 山中敬一『刑法総論』[第三版]』(成文堂 平成二七年)二二九頁は、判決が本件被告人による被害者を置き去りにした行為を「被害者の生命侵害の危険性を死が確実といえるほどにまで高める」行為であるとするとその点を指摘して具体的危険が既に生じているときに、救助しないのが「不作為」だとすると、本件の場合には、死の結果発生に対する具体的危険を、搬送・運び込み・放置などの「作為」によって死の具体的危険が「確実」になるまで高めているから、作為だといふのである、と説明している。

(47) 千葉地判平一四・二・五 LEX/DB2807549

(48) 東京地判昭四〇・九・三〇 LEX/DB27916624

(49) 高橋・前掲論文(注35)四〇頁。

(50) たとえば、前橋地高崎支判昭和四六年九月一七日 LEX/DB27916819は、虚偽の取引を仮構して所持金を強奪しようと小児麻痺のため歩行困難な被害者を欺罔して自車に乗せて、生命に切迫した危険のある場所に連れてきたうえ、被害者を安全な場所まで連れ帰るべき法的な作為義務があるのに、また義務を果たすことが可能であったにもかかわらず、厳寒期に人気のない山中に連行して被害者を置き去りにしたが、この不作為は殺人未遂の実行行為としての定型性を具備しているとして、被告人を殺人未遂罪としたが、この判例は、そもそも連れ出し行為の後の走行行為後の置き去りを作為ではなく、作為義務に反する不

行為とみているので、本件とは単純に比較できないであろう。

- (51) 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾、堀内捷三、町野朔、西田典之(編)『刑法理論の現代的展開』(日本評論社 昭和六二年)八六頁、日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶應通信 昭和五四年)一〇七頁以下。
- (52) 東京高判昭四六・三・四 LEX/DB27941016
- (53) 東京地八王子支判昭五七・一一・一一一 LEX/DB27921900
- (54) 団藤・前掲書(注3)二四一頁。
- (55) 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル一五号(平成二二年)五六頁。
- (56) 大塚・前掲書(注3)三九四頁。
- (57) 浅田・前掲書(注3)二四二頁、深町・前掲論文(注1)一〇五頁、林幹人『刑法総論』[第二版]』(東京大学出版会 平成二〇年)二〇三頁。
- (58) 団藤・前掲書(注3)二四二頁では、もともと正当防衛になりえないようなばあい(1)正当防衛状況ないし防衛の意思を欠く場合)には、過剰防衛ということもあり得ない、とする。
- (59) 最判昭和三四・二・五 LEX/DB24003493。西田典之・山口厚・佐伯仁志『判例刑法総論(第五版)』(有斐閣 平成二二年)一六一―一六三頁。
- (60) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣 昭和六一年)三四八頁。違法減少説によれば、量的過剰の場合は、被侵害者の正当な利益を守ったという違法減少が認められないわけである(高橋・前掲書(注18)二九八頁)。
- (61) 佐久間・前掲書(注3)二四四頁、高橋・前掲書(注18)二九八頁。
- (62) 前田・前掲書(注27)二八二頁は、第一暴行と第二暴行に一体性が認められる場合とは、①侵害が継続しているものと誤信し、同一の防衛意思のまま更なる反撃に及んだ場合や②侵害終了を認識しつつも極度の恐怖や興奮の余り、いわば勢い余って更なる反撃に及んでしまった場合など、であるとしている。
- (63) 大谷・前掲書(注7)二八八頁は、量的過剰防衛が認められるための要件として、①複数の行為間の防衛意思が一貫していること、②急迫不正の侵害に対して、複数の行為が時間的、場所的にみて、一連一体と評価されること、の二点を挙げている。
- (64) 最判平成九・六・一六 LEX/DB28025199
- (65) 最判昭和三三・一・二二刑集一一卷一号三一頁。
- (66) 山口厚「防衛手段としての相当性が認められる暴行から傷害の結果が発生した場合における過剰防衛による傷害罪の成否」

刑事法ジャーナル一八号(平成二一年)八一―八二頁。

(67) 団藤・前掲書(注3)四四―四一頁。

(68) 山口・前掲論文(注66)八二頁。

(69) 山口・前掲論文(注66)八二―八三頁。

(70) 最決平二〇・六・二五 LEX/DB38145343

(71) 井田・前掲書(注25)三二二頁は、分断説に対しては、「無限定に『分断説』を採用すると、量的過剰の場合には、常に正当防衛の部分とそれを超えた部分に分断されることとなり、被害者に生じた結果がいずれの部分によるものか証拠により明らかにできないときには、「疑わしきは被告人の利益に」の原則にしたがって、正当防衛の部分から生じたものと推定されるべきことになり、結局、過剰部分から生じたことが確実に立証できる結果にしか行為者に帰すことができない(他は不問に付される)」ということになってしまふ。これはおそらく妥当な結論ではない」としたうえで、「正当防衛状況において複数の行為が連続的に行われたとき、全体を一体として考察し、相手方の急迫不正の侵害終了後も継続して行為し過剰な結果を生じさせたものとして過剰防衛(量的過剰防衛)を肯定するのが原則でなければならない」(井田良「正当防衛」井田良・丸山雅夫『ケーススタディ刑法【第五版】(日本評論社 令和元年)二〇一頁)と結論付ける。

(72) 最決平二一・二・二四 LEX/DB35440402

(73) 林・前掲書(注57)二〇三頁。

(74) この点について、「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、その後には違法行為が行われると、適法行為が遡って違法になるいわれはない」と指摘するのは、山口・前掲論文(注66)八三頁である。

(75) 団藤・前掲書(注3)四四―四一頁。

(76) 団藤・前掲書(注3)三二二―三二三頁。なお、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣 平成三年)一二八六―一二八七頁は、人格形成責任論は、中止行為に示される故意(決意)の自発的・事後的な放棄が行為者の人格態度として働くことによつて、行為者に対する非難可能性が減少すると説明する。しかし、これは、人格形成責任論が犯罪行為から中止行為への責任の変動を捉えていることを前提としており、行為責任論だけでは、犯罪行為と中止行為とをミックスして捉えることはできないと思われる。西田・前掲書(注28)三三九頁は、行為責任でも人格形成責任でもなく、「自己の意思による中止行為という事後の情状が量刑責任を減少させる」と説明しており、刑法は政策的見地から量刑事情を法定化したとする。この量刑責任と称するもの実質は、正確にはわからないが、人格形成責任に近似したものでなかろうか。

(77)  
深町・前掲論文(注1)一三二頁。