

摂南法学第 53 号抜刷

February 2017.

防衛行為における時間的過剰をめぐる誤信の諸相（1）

小 野 晃 正

防衛行為における時間的過剰をめぐる誤信の諸相 (1)

小野 晃正

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける時間的過剰の処理 (以上、本号)
- 三 わが国における時間的過剰の処理
- 四 時間的過剰の構造
- 五 おわりに

一 はじめに

被害者に対する顔面殴打に続け (第一挙動)、跪いた被害者の頭部を踏むないし足蹴するなどしたところ (第二挙動)、被害者が死亡した場合、構成要件該当性の評価としては、両挙動を一連一体の暴行とみて傷害致死で処理することになろう。

ところが、上述した事案における暴行の端緒が、被害者による急迫不正の攻撃から防衛する意思でなされたやむを得ない反撃 (第一挙動) であったとしよう。こうした事情のもとで、反撃後に急迫不正の侵害が消失したにもかかわらず、追撃 (第二挙動) に出たところ (防衛行為における時間的過剰⁽¹⁾)、

⁽¹⁾ わが国では、反撃により急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず、余勢により引き続いて追撃に出た場合、正当防衛の時間的限界を超過しているため、防衛の程度を超えたといえることから、時間的 (または量的) 過剰の事例と呼ばれる。これに対して、反撃手段が強度の面で超過したため、防衛の程度を超える場合を強度的 (または質的) 過剰といい、時間的過剰と区別されている。こうした差異の沿革については、勝本勘三郎・刑法要論総則 (大2) 248 頁参照。なお、佐久間修・刑法における事実の錯誤 (昭62) 274 頁以下、林幹人・刑法総論 (第2版・平20) 202 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文集 (平22) 243 頁以下。

第一挙動または第二挙動から生じた傷害が被害者の死因である場合、両挙動を全体的に考察して（一連一体の行為として）、第一挙動を含む防衛行為の全体に違法かつ有責な過剰防衛規定（刑法典 36条 2項）を適条してよい。これを肯定するのが裁判実務⁽²⁾および伝統的説⁽³⁾である。

こうした処理を許容する場合、分析的に事案を考察すると正当な挙動部分をも違法な過剰挙動と併せて、違法性が阻却されない犯罪行為化されるため、正当な挙動に対して遡及的に犯罪の成立を認める点で失当であるという見解が寄せられている⁽⁴⁾。もっとも、裁判実務の法的構成が許容されるとするならば、正当な挙動に焦点を合わせて、被告人に有利に解釈し、両挙動を一連の行為とみて正当防衛行為とし、全体的に考察して違法性を阻却する考えも成り立ちうる。しかし、この処理に対しては、違法行為を正当化しようとするものであって妥当でない、という批判をやはり免れえない。

このような議論が生じる理由は、わが国の刑法典が、正当防衛をして「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 36条 1項）とし違法性を阻却せしめるのに対して、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」（同法 36条 2項）違法・有責な犯罪行為（その法効果は刑の任意的減免）と規定しているためである⁽⁵⁾。

そこで、かような時間的過剰の事案については、個々の防衛行為から生じた結果をふまえて個別に違法阻却如何を検討すべきであるという見解が有力に主張されている⁽⁶⁾。もっとも、「個々の防衛行為から生じた結果をふまえて個別に違法阻却」を検討するとは、犯罪の成否を検討するうえでどのような思考過程を辿るのであろうか。これは、複数の挙動を介して一つの犯罪結果が生じた場合、諸挙動の統合または分断といった作業を犯罪成立検討過程

⁽²⁾ 近時の裁判例として、横浜地判平成 26 年 6 月 2 日判時 2301 号 141 頁。なお、調査官解説として松田俊哉「判解」曹時 62 巻 1 号（平 22）282 頁以下も参照されたい。

⁽³⁾ 団藤重光編・注釈刑法（2）の I 総則（2）（昭 43）253 頁〔藤木英雄〕、および、平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭 50）246 頁は、時間的（量的）過剰防衛を念頭に置きつつ、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される。しかし、その根拠は必ずしも明らかではない。

⁽⁴⁾ 橋田久「外延的過剰防衛」産法 32 巻 2・3 号（平 10）234 頁以下、同「判解」産法 32 巻 4 号（平 11）126 頁、および、同「判解」刑事法ジャーナル 16 号（平 21）26 頁参照。

⁽⁵⁾ ドイツ刑法典 33 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。

⁽⁶⁾ 橋田・前掲産法 32 巻 2 = 3 号 234 頁以下、同・前掲産法 32 巻 4 号 126 頁、および、同・前掲刑ジャ 16 号 26 頁参照。

の如何なる段階で行うのか、という問題とも関連する。

他方、時間的過剰の事案にあっては、過剰防衛の規定が正当防衛と同じ条数内に存在することから、従来において行為の主観面よりも客観面の検討にやや傾斜しすぎたきらいがあるのではないか、という疑問もないではない。時間的過剰においては、その成立要件である防衛意思の存否確認は当然としても、それとともに何ゆえに急迫不正の侵害が終了した後も追撃に及んだのか、という行為者の主観的事情（有責性）も十分に考慮した上で、過剰防衛という犯罪行為の構造を解明する必要があると思われる。

筆者は、かつて正当防衛から転じた過剰防衛事例につき、時間的過剰の問題を強度的過剰の問題とともに⁽⁷⁾、防衛行為の個数をめぐる問題として「一連の行為」論の枠内で検討した⁽⁸⁾。しかし、拙稿の脱稿前後に相次いで登場した数々の文献⁽⁹⁾、あるいは、日本刑法学会大会における当該問題を取り扱った二度のワークショップ⁽¹⁰⁾に接し、さらなる考察の必要性を痛感した。そこで、以下本稿では、急迫不正の攻撃に対する防衛意思に基づく相当な反撃後、急迫不正の侵害が消失したにもかかわらず追撃に及んだ、という

⁽⁷⁾ 強度的過剰は、いわゆる質的過剰と同義であることについては、註(1)を参照されたい。

⁽⁸⁾ 小野晃正「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」版法60巻6号(平23)83頁。

⁽⁹⁾ こうした問題を取り上げた研究として、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)3巻2号(昭36)13頁以下、橋田・前掲産法32巻2・3号227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19号(平21)44頁参照、豊田兼彦「防衛行為の一体性」法セ653号(平21)123頁、山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(平21)76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2009 I(法教353号別冊・平22)28頁、井上「判解」速報判例解説5巻171頁以下、清水晴生「過剰防衛行為の一体性について」白鷗大学法科大学院紀要3号(平21)405頁以下、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3号(平22)93頁以下、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(1)」法學74巻1号(平22)1頁、同「量的過剰に関する一考察(2・完)」法學75巻6号(平24)48頁、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」前掲立石古稀215頁以下、安田・前掲立石古稀243頁以下、同「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑雑50号2巻(平23)173頁、植田博「量的過剰防衛の周辺問題」修道法学33巻1号(平22)55頁、佐藤拓磨「量的過剰について」法學研究84巻9号(平23)173頁、仲道「過剰防衛における行為把握」早稲田社会科学総合研究12巻2号(平23)1頁、日和田哲史「防衛行為の一体性について」上法55巻2号37頁、滝谷英幸「量的過剰とその周辺問題」早大法研論集145号(平25)187頁、荒木泰貴「『一連の行為』に関する一考察」慶應法学23号(平22)303頁、吉川友規「一連の行為と過剰防衛」同法66巻2号(平26)215頁、高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台法学26巻2号(平25)45頁、照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」川端=浅田=山口=井田・理論刑法学の探究9巻(平26)34頁など。

⁽¹⁰⁾ 日本刑法学会第89回大会(2011年5月29日:小田直樹=成瀬幸典=仲道祐樹・ワークショップ「過剰防衛」、および、日本刑法学会第94回大会(2016年5月22日:成瀬幸典=松澤伸=滝谷英幸=小野晃正・ワークショップ「一連の行為」論)。

いわゆる時間的過剰の事案に絞り、日独の判例および学説を再確認した上で⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾、当該問題につき再検討を加えたい。

二 ドイツにおける時間的過剰の処理

ドイツで、時間的（事後的）過剰（nachzeitiger extensiver Notwehrexzess）はどのように取り扱われているであろうか。この問題は、わが国と同様に、まずは過剰防衛論において論じられている。ドイツでは、「正当防衛の限界を超えた」防衛行為は、過剰防衛として違法な侵害行為とされる⁽¹⁴⁾。しかし、わが国と異なり、かかる過剰防衛が錯乱や恐怖・驚愕といった弱性情動（asthenische Affekte）⁽¹⁵⁾から生じたとき、その科刑は必要的に免除される（ドイツ刑法典 33 条）。そのため、学説上免責される過剰防衛とは如何なる事態を指すのかをめぐって争いがある。

判例および通説は、過剰防衛規定の適用を、正当防衛状況下において必要な反撃の強度を超過した強度的（質的）過剰（intensiver Notwehrexzess）に限定する。すなわち、現行刑法典 33 条にいう「正当防衛の限界を超えた」（旧法 53 条 3 項の「防衛の限界を超えた」）には、強度的過剰のみが含まれるという⁽¹⁶⁾。これに対して、有力説は、反撃後に正当防衛状況が消失したにもか

⁽¹¹⁾ 過剰防衛をめぐる 1980 年代までのドイツ刑法学説の系譜につき、佐久間・前掲刑法における事実の錯誤 274 頁以下。なお、長井・前掲立石二六先生古稀祝賀論文集 215 頁以下、安田・前掲立石古稀 243 頁以下。

⁽¹²⁾ 前掲拙稿では、ドイツ刑法学で議論されている過剰防衛と誤想防衛の限界について、言及を回避していた。本稿では、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（ジュリ増刊・平 19）49 頁、および、同・刑法総論（第 2 版・平 20）224 頁の記述を参考にこの点についても検討を行う。

⁽¹³⁾ なお、わが国とドイツにおける過剰防衛規定の関係性につき、Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S.214.

⁽¹⁴⁾ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, Rdnr. 8 zu §33; Theodor Lenckner = Detlev Sternberg-Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, Rdnr. 22 zu vor. §32.

⁽¹⁵⁾ 林美月子・情動行為と責任能力（平 3）160 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である。とくに、錯乱、恐怖、驚愕、狼狽に基づく興奮状態は、弱性情動と称され、憤怒、憎しみ、憤激に基づく興奮状態から生じた強性情動（sthenische Affekte）と区別されている。

⁽¹⁶⁾ Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S.140; Hippel, Deutsches 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., 2016, S. 529; Günter Spindel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 3 zu §33; Volker Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Bd.1, 2011, Rdnr. 10 zu §33; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 225; Frank Zieschang, Leipziger Kommentar

かわらず、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時間的過剰も含むとする。これらの争いは、過剰防衛の免責根拠論とも関連している。以下では、この点に関する過剰防衛の判例と学説を概観する。

(1) 判例の概観⁽¹⁷⁾

1 ドイツの裁判実務は、時間的過剰防衛に対して刑法典上の過剰防衛規定を適用しない、という姿勢を（形式的にせよ）貫いている。たとえば、ライヒ裁判所 1928 年 3 月 19 日判決⁽¹⁸⁾は、「正当防衛（状況）がもはや現在しない場合、刑法典 53 条 3 項でいう正当防衛の超過は、概念上問題とならない」以上、「刑法典 53 条 3 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、強度的過剰にのみ」適用されると判示した⁽¹⁹⁾。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する⁽²⁰⁾。もっとも、この判例によれば、攻撃の危険性が完全に消滅するまでは正当防衛状況がなお存在するため、わずかでも攻撃の危険性が残っていれば、追撃は防衛行為として評価される余地を残す。

2 その後、緊急救助による事例であるが、連邦通常裁判所 1986 年 7 月 11 日決定⁽²¹⁾は「刑法典 33 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」適用されるとした上で、同 33 条が強度的過剰にのみ適用される以上、その範囲は「正当防

zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 3 zu §33; Karl Lackner=Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, 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, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2014, 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⁾ 事案の詳細等については、拙稿・前掲版法 60 巻 6 号 83 頁以下。

⁽¹⁸⁾ RGSt., Bd. 62, S. 76 ff.

⁽¹⁹⁾ 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」、53 条 3 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 293 頁以下に詳細な分析がみられる。

⁽²⁰⁾ RGSt., Bd. 62, S. 77.

⁽²¹⁾ 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.

衛状況及び攻撃の危険が最終的に排除されるまで」の間に限られるという。ただし、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り判断するとしたため、その判断は再攻撃可能性を判断資料から排除する純客観的判断というよりは、そうしたものを取り込んだ規範的判断であるといえよう⁽²²⁾。

したがって、攻撃の強度が著しく減弱ないし消滅した場合であっても、なお引き続き攻撃可能性が存在する場合には、正当防衛状況が現在することになる。すなわち、同32条2項という違法な攻撃の現在性の範囲が拡大し、その反射的利益として、従来において同33条の適用外と考えられてきた時間的過剰防衛が、同33条が適用される強度的過剰防衛に実質上含まれるようになった⁽²³⁾。その後のドイツ判例も、刑法典33条の適用につき上記判例を踏襲している⁽²⁴⁾。

3 これらの判例に対して、学説からは「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、結論において時間的（量的）過剰防衛を承認しているのと同然である」⁽²⁵⁾との評価がなされ、連邦通常裁判所が時間的過剰防衛を認めず、最初の攻撃が終了した場合にもなお過剰防衛を考慮することは、結局のところ、時間的過剰防衛にも刑法典33条を適用したのに等しいと批判されている⁽²⁶⁾。

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。その限りで、過剰防衛規定の適用対象を強度的（質的）過剰に限定する一方、正当防衛状況を形式的に捉えてきた。しかし、正当防衛状況の限界を判断する上で、攻撃の強度や再攻撃の可能性も考慮したことは、正当防衛状況の現在性を実質化する傾向を招来したといえよう。その結果として、本来であれば時間的過剰の類型をも質的過剰の範疇に取り込むことにな

⁽²²⁾ BGH in NSTZ., 1987, S20f.

⁽²³⁾ Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2010, S. 89.

⁽²⁴⁾ たとえば、連邦通常裁判所 2003 年 1 月 23 日判決（BGH in NSTZ., 2003, S599f.）、連邦通常裁判所 2003 年 8 月 27 日決定（BGH in NSTZ-RR., 2004, S10 f.）、連邦通常裁判所 2001 年 10 月 24 日判決（BGH in NSTZ., 2002, S141 f.）及び連邦通常裁判所 2008 年 11 月 13 日判決（BGH in NSTZ-RR., 2009, S70 f.）参照。

⁽²⁵⁾ Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 226.

⁽²⁶⁾ 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.

り、過剰防衛規定の適用対象事案は拡張されることになった。

(2) 学説の概観

1 20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⁽²⁷⁾。しかし、近年の学説は、過剰防衛規定の免責根拠論にもとづき時間的過剰をその範疇に含めるか否かの問題に加えて、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する。現在の学説状況であるが、過剰防衛規定の適用を強度的過剰に制限するかをめぐり、それを否定する①(時間的過剰)拡張説(extensive Theorie)と、②(強度的過剰)制限説(restriktive Theorie)が対立している⁽²⁸⁾。

2 上述した判例に対して、強度的過剰に限定せず時間的過剰にも過剰防衛規定を拡大適用しようとする拡張説が、有力に主張されている⁽²⁹⁾。論者によれば、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關係がある場合⁽³⁰⁾、「過剰行為者は、正当防衛権(の行使)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⁽³¹⁾。また、その論拠を不法減少に求め、強度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、その不法は強度的過剰の場合と同様であるという⁽³²⁾。さらに、

⁽²⁷⁾ Augst Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1904, S. 392; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S.140; Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S.282 f.; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S.213.

⁽²⁸⁾ 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)(vorzeitiger extensiver Notwehrexzess)にも刑法33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33条の適用を認める。なお、本稿では事前的過剰を取り扱わない。

⁽²⁹⁾ Thomas Motsch, Der straflose Notwehrexzeß, 2003, S.113.

⁽³⁰⁾ Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, 7. Aufl., 2004, S. 226; Karl Lackner = Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, Rdnr. 2 zu §33; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 427; Urs Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, S. 208; 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.

⁽³¹⁾ Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2010, S. 92.

⁽³²⁾ Herzog, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 11 zu §33.

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とされる⁽³³⁾。

他方、主観面においても強度的過剰と「同様の心理状態が、被攻撃者側にあ」とされ⁽³⁴⁾、主観的な防衛「状況の『劇的緊張』(Dramatik)⁽³⁵⁾が続く結果、時間的過剰行為者の心理的状況」は、強度的過剰行為者の心理的状況と同じになる⁽³⁶⁾。それゆえ、時間的過剰でも責任減少を導くことができるという⁽³⁷⁾。強度的過剰であれ、時間的過剰であれ、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⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾。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(Realkonkurrenz)となる場合」、攻撃終了後の行為はもはや時間的過剰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る⁽⁴¹⁾。この場合、正当化される先行行為と異なり、正当化されない攻撃終了後の後行行為は、独立した事後的復讐にほかならない。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という⁽⁴²⁾。

⁽³³⁾ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 427.

⁽³⁴⁾ Spendel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 8 zu §33.

⁽³⁵⁾ 訳語は、安田・前掲立石二六先生古稀祝賀論文集 263 頁にしたがった。

⁽³⁶⁾ Baumann = Weber = Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, S. 529.

⁽³⁷⁾ Herzog, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 11 zu §33.

⁽³⁸⁾ Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 211; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2014, Rdnr. 3 zu §33.

⁽³⁹⁾ Walter Perron, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 7 zu §33.

⁽⁴⁰⁾ 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 Notwehrzeß, 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、強度的過剰と時間的過剰を問わず、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。

⁽⁴¹⁾ Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu §33.

⁽⁴²⁾ Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu §33.

3 こうした拡張説に対して、ドイツの通説は前述したように、判例と同じく過剰防衛規定は強度的過剰に限定する制限説である⁽⁴³⁾。もっとも、学説は過剰防衛の科刑における免責根拠論に遡り、客観と主観の両面から制限説の理論的な説明を試みている。そこでは、過剰防衛規定における「正当防衛の限界を超え」とは、刑法典 32 条 2 項にいう「必要な防衛」の限度を超えることであるとする。そのため、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以上、正当防衛状況が現在しない場合は、そもそも正当防衛の限界を超過することすらない。また、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⁽⁴⁴⁾。

こうした過剰防衛の免責根拠を違法減少と責任減少の双方に結びつけることで、制限説の正当性を補強する見解もある。論者によれば、(i) 同条の主観的要件である「錯乱、恐怖又は驚愕」等の弱性情動により責任非難が減少するのに加えて、(ii) 現在する違法な攻撃に対して防衛を行うことで不法も減少する以上、この不法減少に対応する限度でさらなる責任非難も減少するため、「二重の責任減少」があるとされる⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾。したがって、強度的過剰の場合、正当防衛状況が存在することで不法と責任が減少し、さらに弱性情動からも犯人の有責性が減少するため、過剰防衛規定は当然に適用できる。これに対して、時間的過剰の場合には、単に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以上、過剰防衛規定は適用できない⁽⁴⁷⁾。

⁽⁴³⁾ Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. Aufl., 1919, S.140; Hippel, Deutsches 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 = Kuhlen, 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.

⁽⁴⁴⁾ Christian Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008, S. 153.

⁽⁴⁵⁾ Rudolphi, Notwehrrezeß 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.

⁽⁴⁶⁾ 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。

⁽⁴⁷⁾ Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 2 zu §

4 なお、制限説によれば、時間的過剰において、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、故意犯が当然に成立する⁽⁴⁸⁾。例えば、不意打ちを受けた者が、手拳で攻撃者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、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⁽⁴⁹⁾。他方、攻撃の終了を認識していない場合には、正当化事情の錯誤として処理される余地もある⁽⁵⁰⁾。この場合、正当防衛状況の存否により前後の行為が分断され、後行行為には、理論上、故意犯の成否が検討されることになる。したがって、制限説からは、時間的に過剰な部分を防衛行為として一体的に論じることはなくなる。

こうした制限説の考え方は、前述したように、時間的過剰の事案において、何ゆえに被害者の攻撃が終了した後も行為者は追撃に及んだのか、という行為者の有責事情を余すところなく酌み取る考え方であり、時間的過剰防衛という行為の実体を解明する上で参考となろう。

33; Maurach = Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1992, S. 465; Eser = Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 137; Stratenwerth = Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, S. 164 f.

⁽⁴⁸⁾ Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 493.

⁽⁴⁹⁾ Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Rdnr. 7 zu §33.

⁽⁵⁰⁾ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.88; Walter Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., S. 282.