

Title	共同正犯と正当防衛： 最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁を素材として
Sub Title	Mittäterschaft und Notwehr
Author	照沼, 亮介(Terunuma, Ryosuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.249- 267
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0249

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

共同正犯と正当防衛

——最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁を素材として——

照 沼 亮 介

- I はじめに
- II 裁判所の理解とその論理構造
- III 共同正犯の構造論からの分析
- IV 正当防衛の構造論からの分析
- V 要素従属形式をめぐる議論との関係
- VI おわりに

I はじめに

いわゆるフィリピンバブ事件最高裁決定（以下、「本決定」とする）¹⁾については既に多くの論稿によって検討が試みられてきた²⁾。しかし近年、共同正犯、正当防衛双方に関する議論がかなりの進展を遂げるに至っている。本稿ではこれらを踏まえ、本決定の結論を導いている論理構造を理論的に精査した上で、従来の議論を検討することにした。

II 裁判所の理解とその論理構造

周知の通り、本決定が是認している控訴審判決は、意思連絡の成立時期につ

1) 最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁。

いて1審判決と判断を異にしており、この点は以下の通り、本件に対する各裁判所の理解とその論理構造の起点を形成しているという意味で極めて重要である。

すなわち、Aが店長を務める飲食店Bに押しかける際、Xは当初同行を渋っていた友人Yを強く説得し、同人に包丁を持たせて、一緒にタクシーでBに向かったが、1審判決は遅くともタクシー内で両名の話し合いがなされた時点において、Aとの喧嘩に際して包丁を用い同人を「殺害することもやむなしとの意思を相通じて、Aを殺害することの共謀を遂げ」³⁾たと認定しており、こ

2) 本件の控訴審判決（東京高判平成2年6月5日刑集46巻4号264頁参照）を検討したものと、山中敬一「判批」法学セミナー452号（1992年）135頁。本決定を検討したものと、小川正持・最判解刑事篇平成4年度29頁以下をはじめとして、高橋則夫「判批」法学教室148号（1993年）112頁以下、同『規範論と刑法解釈論』（2007年）175頁以下、園田寿「判批」法学教室判例セレクト1992・31頁、曾根威彦「判批」判例評論410号（1993年）219頁以下、山中敬一「判批」法学セミナー463号（1993年）44頁、川端博「共同正犯と過剰防衛について」研修540号（1993年）21頁以下、三枝有「共謀共同正犯と過剰防衛」中京法学28巻1号（1993年）50頁以下、橋本正博「判批」ジュリスト平成4年度重要判例解説166頁以下、橋本裕藏「判批」法学新報99巻11・12号（1994年）329頁以下、前田雅英「正当防衛と共同正犯」『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況』（1994年）147頁以下、橋田久「判批」甲南法学35巻1号（1994年）103頁以下、松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』（1997年）176頁以下（葛原力三執筆）、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（1）」現代刑事法26号（2001年）4頁以下（特に5頁以下）、芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』（2003年）174頁以下（船山泰範執筆）、橋爪隆「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（2006年）635頁以下、同「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」法学教室416号（2015年）79頁以下、西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（2008年）180頁以下（今井猛嘉執筆）、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』（2010年）420頁（齊藤彰子執筆）、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』（2010年）879頁以下（島田聡一郎執筆）、松宮孝明「共謀共同正犯」法学教室387号（2012年）23頁以下（特に28頁以下）、日高義博「判批」専修ロージャーナル9号（2013年）115頁以下、山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（2014年）178頁以下（松原芳博執筆）、池田修ほか編『新実例刑法〔総論〕』（2014年）120頁以下（大善文男執筆）など。

3) 刑集46巻4号261頁。

ここで未必の殺意の発生と意思連絡の成立とが同時に肯定されている。その上で、過剰防衛の成否に関しては、Yが出入口付近の路上で立って待っていたところ、Bから出てきたAからいきなり激しい暴行を受けた際、Yにとって既にその暴行は「当然に予期、予測されたものであるばかりでなく」、Yは「その機会にむしろ積極的にAに対し攻撃を加える意思で本件現場に臨んだもの」であるとして⁴⁾、いわゆる積極的加害意思論により侵害の急迫性が否定されることから過剰防衛も成立しないとしている。

これに対して控訴審判決は、YにはもともとAを殺害する動機もなかったが、Xから再三にわたり消極的な態度をなじられ、侮辱されるなどして断り切れずに同行しているなど、Yが概ね一貫して消極的な姿勢を示していたこと、Aは自分を知らないはずなのでまさかいきなり殴ってくるなどとは予想もしていなかったとするYの供述内容について十分措信できること、B付近に到着してからもYには挑発的な言動は一切見当たらず、Bの出入口から少し離れた路上に立ってXの指示を待っており、Aから暴行を加えられた際も当初は素手で応戦していたこと、おとなしく非力で喧嘩の経験もないYが相手が出てくるのを待っている際に緊張した顔つきで立っていたとしても当然であること、体格・体力に勝るAからいきなり暴行を加えられ、容易に逃げ出し難い状況にあった上、当然Xが助けに来てくれるものと信じていた以上、すぐに逃げ出さなかったとしても「積極的加害の意思があったものとは即断できないこと」などの事実を指摘し、タクシー内において既にYに未必の殺意が生じたとする1審判決の認定が誤りであるとしている⁵⁾。そこから両名の間には、殺意の発生時期、及び殺害の動機に違いがあることが指摘され、YがAから二度にわたって殴り倒され、それ以上の危害を防ぐために包丁を取り出してAの胸部を突き刺した際に初めてYには未必の殺意が生じたとして、Yが結局Xの指示通り、包丁を用いてAを殺害することもやむなしとの決意をした時点において、両名の間には「意思相通じAを殺害するもやむなしとするこの

4) 刑集46巻4号261頁。

5) 刑集46巻4号277頁～280頁。

共謀」が成立したと判断されている⁶⁾。さらに、控訴審判決は以上の前提から、Yが事前にAからの侵害を予期し、その機会を利用して、包丁を用いてAに攻撃を加えようとする意図をもって侵害に臨んだものとは認められないとして、侵害の急迫性を肯定し、また、包丁を用いる際に「報復の意思のあったことも否定できないものの、主としては自己の生命、身体を防衛するために本件所為に及んだ」として防衛意思の存在も肯定した上で、ただ防衛に必要な方法、程度を逸脱したとして過剰防衛の成立を認めている⁷⁾。

以上の経緯からは、本件における裁判所の理解につき、次のような論理を看取することができよう。すなわち、①共同正犯の成立を基礎付ける意思連絡の成否に関し、「殺害の共謀」の成否という形での検討が加えられた結果、X、Y各人について（未必の）殺意がいつ形成されたかが問題となっており、特にYが殺意をいつの時点で抱いたかが「共謀」の成立にとって重要な要素として扱われている。ここでは故意の有無と意思連絡の成否とが連動するものとして扱われているのである。次に、②正当防衛の成否との関連では、事前に「積極的加害意思」が存在していた場合には侵害の急迫性が否定されるとする論理が既に先行する最高裁判例⁸⁾によって示されていたところ、これが踏襲された結果として、①の検討により侵害に先立って「殺意」が存在していたといえるかが重要な要素として扱われている。ここでは、殺意の有無と急迫性の有無が連動するものとして扱われているのである⁹⁾。そして、②の結果として、③控訴審判決¹⁰⁾及び本決定¹¹⁾においては、共同正犯者各人の間において侵害の急

6) 刑集 46 卷 4 号 280 頁～281 頁。

7) 刑集 46 卷 4 号 282 頁～283 頁。

8) 最決昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 卷 4 号 747 頁。本決定、調査官解説の双方共に同決定を引用している（刑集 46 卷 4 号 248 頁以下、小川・前掲（注 2）43 頁）。

9) 控訴審判決では、「殺害の共謀がいつ成立したかは、過剰防衛の成否に深く関りをもつ」とされている（刑集 46 卷 4 号 282 頁）。

10) 「事前共謀の認められない本件においては、積極的加害の意思ないし侵害の急迫性の有無は、行為者にとって各個別的に判断されるべきものである」とされている（刑集 46 卷 4 号 284 頁）。

迫性の有無が個別的に判断されることになったが、これを共犯理論（特に要素従属形式をめぐる議論）との関係でいかに理解すべきかが問題となる。

以下、これらの点につき検討を加えていくことにしたい。

Ⅲ 共同正犯の構造論からの分析

1 意思連絡と故意の区別

まず①に関しては、「共謀」なる概念に関する旧来からの判例・学説上の説明、すなわち、数人相互の間の「共同犯行の認識」¹²⁾、「他の共同者と協力し、特定の犯罪を共同遂行する意思」について相互に意思の連絡があること¹³⁾、「特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする」謀議¹⁴⁾、などといった説明を前提としているものと考えられる。このような理解を共同正犯の「成立要件」に関する前提理解とする場合、「特定の犯罪事実に関する認識・認容」を共有する必要があるという意味に解される余地があり、そうすると、本件においても X、Y の間で「殺人の故意」が共有されたことが認められなければ共同正犯関係は成り立たないということになる¹⁵⁾。

しかし既に繰り返し説いてきたように¹⁶⁾、共同正犯の要件である意思連絡は、犯行に先立って、客観面において共通する不法内容を有する事実の実現に

11) 「A の Y に対する暴行は、積極的な加害の意思がなかった Y にとっては急迫不正の侵害であるとしても、X にとっては急迫性を欠く」とされており（刑集 46 卷 4 号 248 頁）、この点は本決定要旨の第 2 点目にも含まれている。以上から、本決定の論理は共同正犯者各人の間において急迫性の有無についても相対化し得ることを含んでいると解される（大塚仁ほか『大コンメンタール刑法〔第 2 版〕第 5 卷〕〔1999 年〕127 頁〔村上光鷗執筆〕、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学 55 号〔2000 年〕23 頁、38 頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』〔2013 年〕378 頁、池田ほか編『新実例刑法〔総論〕』（注 2）123 頁以下〔大善執筆〕）。

12) 最判昭和 24 年 2 月 8 日刑集 3 卷 2 号 113 頁（同 114 頁）。

13) 藤本英雄『可罰的違法性の理論』（1967 年）344 頁。

14) 最判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁（同 1722 頁・練馬事件判決）。

関して分業関係を形成したという点につき、共犯者間において双方向的な認識が認められれば成立するものであるから、意思連絡を形成した段階においてはその対象となる事実の内容が未だ特定の構成要件該当事実にまで具体化されていないケースも存在し得る。これに対して故意が存在したといえるためには、具体的に実現された不法内容との関係における認識・実現意思が各人毎に備わっていることが要求されるため、当然ながら各関与者毎にその有無が分かれば得る。従ってこの両者は理論的に区別されるものであり、その内容の具体化の程度や成立時期も異なることがあり得る。このことは以下の理由から判例上も承認されているように思われる。すなわち第1に、近時の判例においては意思連絡（すなわち「共謀」、と理解されていることが多い）の存否と故意の存否は明示的に区別された上で検討されている¹⁷⁾。第2に、既に本決定に先立ち、殺意のある者となない者との間で（いかなる範囲においてかは別としても）意思連絡の形成自体は認められ、共同正犯関係が成立するとした最高裁判例¹⁸⁾が存在しており、厳密に「同一の故意」を有する者の間でなければ意思連絡は認めら

15) 以上の前提に立った上でXを教唆犯にとどめるべきとするのは、山中「判批」法学セミナー452号（注2）135頁、三枝・前掲（注2）53頁、福田＝大塚・前掲（注2）13頁以下。幫助犯にとどめるべきとするのは、橋田・前掲（注2）113頁注2。「被害者の殺害」という心理状態がX、Y間で共通していることを認めつつも、判例上「犯罪実行に関する現実の意思連絡」は重視されていないとして共同正犯の成立要件から除外しようとするのは、松宮「共謀共同正犯」（注2）29頁。

16) 松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011年）285頁以下（照沼亮介執筆）、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」刑法雑誌53巻2号（2014年）145頁以下、同「共同正犯の理論的根拠と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開（上）町野朔先生古稀記念』（2014年）246頁以下。松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号（2011年）20頁、同『刑法総論』（2013年）364頁以下も参照。

なお、教唆犯・幫助犯においても、関与行為の段階での認識内容と結果的に認められる故意の内容は段階的に検討されることになるという点につき、照沼亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集59巻4号（2016年）255頁以下。

17) 照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」刑法雑誌53巻2号（注16）145頁以下、同「共同正犯の理論的根拠と成立要件」町野古稀（注16）246頁以下。

18) 最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁。

れないというような立場は採られていないことが明らかである。第3に、過失の共同正犯を肯定する判例の考え方を前提にするならば、共同正犯の成立を認める上で、「特定の犯罪事実の認識＝故意」の共同までも要求されていないことは明らかである¹⁹⁾。

なお、そもそも「共謀」の意義について言及したとされる練馬事件判決²⁰⁾も順次共謀の事案に関する判例であって²¹⁾、最高裁が「共謀」の内容に関し、共犯者が一堂に会するような形での「謀議行為」なるものを要求した先例と位置付けてよいかについては疑問が残るものであった²²⁾。それにもかかわらず、調査官解説において同判決がそのような見解＝「客観的謀議説」を採用したかのごとく説明された²³⁾ことから、その後、こうした事実関係が認められない事案であったスワット事件決定²⁴⁾との「整合性」が取り沙汰されており、例えばスワット事件決定によって最高裁が「主観的謀議説」を採用するに至った²⁵⁾とか、判例上成立要件を異にする二種類の共謀共同正犯概念が承認された²⁶⁾などと評されている。しかし、いずれの判例も事例判例であって、共同正犯の理論的な「成立要件」を一般的に示したというよりも、当該事案における事実

19) 以上につき十河太朗「共同正犯における抽象的事実の錯誤」『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011年）306頁も参照。逆に故意を前提とした「共謀」概念を説いて過失共同正犯を否定するのは、高橋『規範論と刑法解釈論』（注2）183頁以下、同『刑法総論〔第2版〕』（2013年）455頁以下。

20) 前掲注14)。

21) 同時に、その射程から外れる事実については共同正犯関係の成立が否定されている事案であったことにつき、照沼亮介「同時傷害罪に関する近時の裁判例」上智法学論集59巻3号（2016年）98頁。

22) 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号（2011年）98頁以下。

23) 岩田誠・最判解刑事篇昭和33年度405頁以下。

24) 最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁。この点は結局、正犯性を基礎付けるだけの重要な寄与が客観的に認められるかどうかの問題であり、「謀議参加」という事実の存否それぞれが特に理論上意味を有しているわけではない。

25) 山口ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（注2）153頁（高橋則夫執筆）。

26) 西田ほか編『刑法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（注2）154頁以下（町野朔執筆）、山口ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（注2）155頁（井田良執筆）。

認定の核となる事情をキーワード的に表現しているというニュアンスが強い。そうであれば、このように実体の不明瞭な、未だ理論的な解明が尽くされたとはいえない²⁷⁾「共謀」概念を常に議論の前提とした上で、個々の判決文において散見されるキーワードを過度に一般化するような態度は改められるべきであり、むしろ、重要と考えられる部分を抽出し、個々の成立要件に照らして理論的に正当化し得るかを分析していくことが重要であると思われる。

この意味で、本決定においても、殺意の存否は意思連絡の成立を推認させる間接事実として扱われてはいるものの、それ自体が意思連絡の成否の検討にとり不可欠な問題ではないと解すべきであろう。むしろ既にタクシー内において、場合によってはナイフを用いる危険な暴行を加えるという事実、すなわち「傷害致死の不法内容を形成する事実」を実現することにつき X・Y 間に意思連絡が形成されていたと解すべきであり、殺意の有無や発生時期については別途、各人毎に判断した上で、最終的に各々の故意に対応した「殺人罪の共同正犯」が各人に成立すると解すべきであったように思われる²⁸⁾。本件では、殺傷能力の高い包丁を用いた暴行を加えることにつき車内で既に合意がなされたのであるから、この時点で A を死亡させ得る危険性を含んだ暴行についての意思連絡が形成されており、その危険性が死亡結果の中に現実化したと評価できよう²⁹⁾。

27) 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学 31 号（2015 年）153 頁以下。なお、判例上「事前共謀」と「現場共謀」が類型として区別されていること（飯田橋事件上告審判決である最判昭和 52 年 5 月 6 日刑集 31 卷 3 号 544 頁、同差戻審判決である東京高判昭和 55 年 2 月 4 日 LEX/DB27804862、日大闘争警官死亡事件上告審判決である最判昭和 58 年 9 月 6 日刑集 37 卷 7 号 930 頁など）から、理論的にも両者を区別しようとする見解も見受けられる。しかし、これらの判例では、事前の意思連絡が立証できなければ現場で意思連絡を形成した以降に実現された事実についてのみ共犯関係が成立するという判断が示されているにとどまり、因果的共犯論からは当然の内容を述べているものといえるが、それ以上に共同正犯の成立要件に関する一般論を示したものとは解されない。

28) これは、『犯罪共同説』対『行為共同説』という理論的根拠を伴わない議論（照沼亮介「共犯論」法律時報 81 卷 6 号〔2009 年〕42 頁参照）を前提とするものではない。照沼「共同正犯の理論的根拠と成立要件」町野古稀（注 16）257 頁。

2 「双方向的」意思連絡との関連

他方、控訴審判決のように Y に殺意が生じた時点で初めて意思連絡が形成されたと解する場合、現在ではさらに以下の点が問題となる。すなわちスワット事件決定では、配下の者らによるけん銃等の所持につき、暴力団組長である被告人がこれを認識・認容していたという点にとどまらず、配下の者らの側においてもそのことを承知していたという点が指摘されており³⁰⁾、以後、実務上もこうした事情が意思連絡の成立を認める上で重要であると考えられている³¹⁾。勿論、対面の上で明示的に会話がなされたような場合にまでこうした関係性を逐一認定する必要はないにしても³²⁾、黙示的な意思連絡の成否が問題となる場合には、このような関係が明確に認められなければ結果帰属を根拠付ける心理的因果性の発生を肯定できない³³⁾。

このような前提に立った場合、本件で X の側が「Y に殺意が生じたこと」を認識したといえるかには疑問が残る。この点、1 審判決の段階では、X は比較的近い距離から Y が A を刺突するのを見ていて、犯行後「事の意外性に驚

29) この点で、前掲最決昭和 54 年 4 月 13 日（注 18）の事案と同様に「射程内の結果」であったと解することができる。照沼「共同正犯の理論的根拠と成立要件」野野古稀（注 16）257 頁。

30) 刑集 57 卷 5 号 513 頁。

31) 芦澤政治・最判解刑事篇平成 15 年度 305 頁以下、池田ほか編『新実例刑法〔総論〕』（注 2）310 頁（川田宏一執筆）。

32) この点に関し、高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（2014 年）222 頁以下（杉本一敏執筆）参照。「黙示の共謀」を認めた事案とされる東京高判昭和 40 年 6 月 7 日判タ 180 号 144 頁も、共犯者が 2 名で至近距離におり、もともと両名共に被害者に対する強い憤りを有していたことなどが認められていることから、スワット事件よりも意思連絡の認定は相対的に容易であったのではないかと推測される。

33) 亀井「共謀共同正犯における共謀概念」（注 22）103 頁、115 頁以下、同「共謀共同正犯における共謀の概念と刑事手続」刑法雑誌 52 卷 2 号（2013 年）25 頁、32 頁。これに対し片面的共同正犯も肯定する見地から、背後者が一方的な影響を与えただけで共同正犯の成立を認める見解（例えば、橋爪隆「共謀の意義について（2）」法学教室 413 号〔2015 年〕100 頁以下、同「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」（注 2）80 頁以下）では、X の側が意思連絡に基づき別途何らかの事実を実現した場合、これを Y に帰属する根拠が失われるように思われる。

くこともなく」Yと共に逃走を図ろうとしたと認定されており³⁴⁾、上記のような関係性も肯定できるようにみえる。しかしこれを破棄した控訴審判決においては、Xは現場到着後、Bでの勤務を終えて出てきた女友達と「同店から少し離れた道路向かい側の公衆電話付近で立ち話をしていた」こと³⁵⁾、Xにとっても、AがYに対していきなり激しい暴力を振るうのは予想外のことであり、「事態の展開に対応して迅速にYの加勢に赴くのをしゅん巡しているうちに、YがAを包丁で突き刺してしまった」こと³⁶⁾がそれぞれ認定されている。従って、Xの側において「Yに殺意が生じたこと」の認識が存在していたことをYが殺害行為を終えるまでの間に認定できるかに関しては、かなり微妙な部分がある。他方、本決定の判文自体においては意思連絡の成立時期に関して積極的に述べられているわけではなく、調査官解説においてもこのような形での「共謀」成立は「実務上あまり出会わないもの」と評されていること³⁷⁾も踏まえれば、むしろ本決定も、事前段階での意思連絡の形成を認めるのが原則であるとの理解を前提としているとみるべきかもしれない³⁸⁾。無論、上述のようにタクシー内で意思連絡が形成されたと解する場合には、双方向的な関係性については何の問題もなく認めることができよう。

3 意思連絡と動機の区別

評釈の中には、当初からAに対して憤りを覚えており、それが高じてタクシー内で殺意を有するに至ったXと、主としては自らの身の安全のために現場において殺意を生じさせたYとでは、殺害動機において異なる面があることを重視して「共謀」成立を疑問視するものがある³⁹⁾。これに対して控訴審

34) 刑集 46 卷 4 号 260 頁以下。

35) 刑集 46 卷 4 号 267 頁。

36) 刑集 46 卷 4 号 280 頁。

37) 小川・前掲（注2）46 頁注1。

38) 島田聡一郎ほか『事例から刑法を考える [第3版]』（2014年）336頁（島田聡一郎執筆）は、本決定のような場合にはいずれにしても事前共謀を認めるほかないとする。

39) 三枝・前掲（注2）52頁、山中「判批」法学セミナー 452号（注2）135頁。

判決は殺害の動機及び殺意発生の時期が異なるとしても「共同正犯の成立を肯認することについて何ら支障となるものではない」⁴⁰⁾としており、本決定の理解も同様であると考えられる。

この点も既に論じたところであるが⁴¹⁾、意思連絡の内容が上述した通り事前の分業関係・役割分担の形成に関する認識で足りるものである以上、各人の動機・目的とは理論的に区別されるべきである。勿論、そうした事情の共通性が認められる場合には意思連絡の存在を推し易くなるという意味において間接事実としての意義があるにせよ、それ以上のものではない。これに対して、人的結合・連帯を基礎付けるだけの強い結び付き（「内容の濃い共謀」）を要求する立場からは、この種の場合には意思連絡の成立が否定される余地があるし、これを徹底すれば責任能力を欠く者との間では意思連絡は認められないということにもなり得る⁴²⁾。しかし、一般にそのような帰結は支持されていない⁴³⁾。

IV 正当防衛の構造論からの分析

1 事前の態度と正当防衛の制限

②に関しては、「積極的加害意思」論に依拠する場合、その有無に従って各人毎に急迫性の存否が分かれることになり、本決定はこれに従ったと解される。ただ、既に論じたように⁴⁴⁾、この考え方は純粋に主観的な事情のみにより急

40) 刑集 46 卷 4 号 281 頁以下。

41) 照沼「共同正犯の理論的基礎と成立要件」刑法雑誌 53 卷 2 号（注 16）146 頁以下、151 頁、同「共同正犯の理論的根拠と成立要件」町野古稀（注 16）248 頁以下、258 頁。

42) 例えば、安平政吉『日本刑法総論』（1944 年）640 頁、齊藤金作『刑法総論 [改訂版]』（1955 年）238 頁、岡野光男「刑事未成年者の利用と共謀共同正犯」研修 661 号（2003 年）9 頁以下。

43) 大判大正 2 年 11 月 7 日刑録 19 輯 1140 頁（他の共同正犯者が責任能力者であるか否かは被告人の罪責には影響しないとする）、最決平成 13 年 10 月 25 日刑集 55 卷 6 号 519 頁（刑事未成年者との間で共同正犯の成立を認める）。

44) 照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル 9 号（2011 年）101 頁以下。

迫性を否定しているというより、むしろ侵害発生以前における行為者の態度を総合的に評価して⁴⁵⁾、もはや正当防衛規定による保護の必要性が認められないと判断される場合に、規範的な考慮に基づいて「急迫不正の侵害」があったとは認めないとする思考法であるということは従前から説かれているところである。加えて、いわゆる自招侵害に該当すると判断された場合には、各要件の解釈とは切り離された形で、別途、正当防衛規定による保護が認められないとされる論理が最高裁によって示されている⁴⁶⁾。さらにその後、これらのいずれの類型にも該当しない場合に、なお急迫性を否定する裁判例も出現するに至っている⁴⁷⁾。現在においては、理論としての「積極的加害意思」論の意義は相対的に低下しつつあるといわざるを得ない。むしろ同一の侵害に対しても、各人の認識や能力に応じて異なった範囲でそれぞれの法益につき要保護性の程度を考慮し、利益保全に際していかなる範囲で防衛行為としての適格が認められるか、といった検討を個別に行うこと⁴⁸⁾が、問題の本質に則し、より分析的な検討や弾力的な解決を可能にするように思われる。

このことは、同一の侵害との関係で複数の行為者につき正当防衛の成否が検討される⁴⁹⁾本決定のような場合にはより強く妥当しよう。すなわち、事実として同一であるAからの激しい暴行を評価する上で、Yとの関係では急迫不

45) 松浦繁・最判解刑事篇昭和59年度42頁、46頁、安廣文夫・最判解刑事篇昭和60年度151頁、同「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）86頁、同「正当防衛・過剰防衛」法学教室387号（2012年）16頁。

46) 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁。

47) 例えば、東京高判平成21年10月8日判タ1388号370頁（同371頁の匿名コメント参照）、東京高判平成27年6月5日判時2297号137頁（同139頁の匿名コメント参照）など。平成20年決定以降の裁判例につき、瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（2）」北大法学論集66巻5号（2016年）277頁以下も参照。

48) 照沼亮介「正当防衛と自招侵害」刑事法ジャーナル16号（2009年）15頁、19頁。理論的根拠については、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）151頁以下、161頁以下参照。

49) この点で、Xにとっては不正の侵害の存在自体が観念できないとする主張（橋田・前掲（注2）108頁、福田＝大塚・前掲（注2）12頁〔福田発言〕）には賛同し得ない。

正の侵害が「存在する」が、Xとの関係では「存在しない」と説明することは、やはりミスリーディングな印象を与えることは否定できない⁵⁰⁾。むしろ、事前の態度によって侵害を意識的に招致していたと評価されたり、その機会をとらえて武力紛争の機会を設定しようとしていたと評価される場合には、これらの程度に応じて、各人の法益の要保護性の程度が減少し、許容される防衛手段の範囲が次第に限定されていく（場合により過剰防衛の余地が残る）と考えるべきであろう。これらとの関係でXが既に殺意を有していたことは確かに間接事実として考慮され得るものではあるが、故意の存否と、事象経過を意識的に誘導・統制していたことの存否はやはり理論的に異なる問題であるから、殺意の有無が直ちに正当防衛の成否を左右するかのような説明は適切でないように思われる。

このような観点からは、Yについては侵害の急迫性が認められるのは当然として、さらにこれを認識し、対応しようとする意思⁵¹⁾の下に行動していたことから、防衛意思も肯定されることになる。相当性判断に関しては、殺傷能力の高い包丁を用いて枢要部を狙い、致命傷を与えるまでの必要性があった状況であるとはなお解し難いことから、消極に判断されることになろう。他方、Xについては、確かにAによる暴行の具体的な態様に至るまでは予期していなかったとしても、基本的にAとの間で喧嘩闘争になる可能性自体は十分に意識した上で、Yに包丁を持たせて現場付近で待機していたこと、またそもそもそれ以前に、実際にAによる侵害が生じた以降において「防衛行為」として認定できる部分が観念し難いことからすれば、X自身の関与行為が防衛行為としての性格を有していたとは評価できず、正当防衛、過剰防衛のいずれも成立が否定されることになろう。

2 他者に認められる効果の「連帯」？

この点に関し、学説では、不正の侵害と切り離れた形で防衛意思や防衛行為

50) 照沼「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」（注44）152頁。

の存否を判断することはできないとした上で⁵²⁾、背後者 X における正当防衛の成否に関して、各成立要件の存否につき X を基準として判断することはおよそ不可能であるとし、結局は現実には防衛行為を行った実行者 Y を基準として判断すべきであり、その内容は Y に成立した正当防衛・過剰防衛の効果が X に「連帯」するか否かというものにならざるを得ないとする見解⁵³⁾が主張されている。

しかし、そもそも両名は同一の侵害に直面して行った、同一の法益侵害結果につき、各人の分担した「寄与」に基づいて共同正犯関係に立っており、その上でそれぞれの寄与につき正当防衛が成立するかが問題となっているのであるから、まず観念的に両者を分断した上で、次に両者における「連帯」の有無を

-
- 51) 高山佳奈子「違法性と責任の区別について」『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(2014年) 49頁以下、52頁注4は、照沼亮介「判批」判例セレクト2012 [I] 31頁に対して疑問を呈し、「逃げる意思」しかない事案については最高裁は態度を示していないとする。確かにそうした積極的な判断が示された事案が存在するわけではないが、裁判官経験者によって、判例は防衛意思を単なる防衛状況の認識にとどまるものではなく「侵害に対応する意思」「侵害を避けようとする単純な心理状態」といった意思的要素として理解しているという説明が繰り返しなされてきたこと（鬼塚賢太郎・最判解刑事篇昭和46年度257頁以下、香城敏磨・最判解刑事篇昭和50年度289頁以下、安廣・最判解（注45）142頁以下、小林充ほか編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』[1992年] 300頁以下〔香城敏磨執筆〕）、防衛行為の内容には「身をかわして攻撃を避ける」という態様も含まれるとされていること（安廣・最判解（注45）148頁、川口宰護・最判解刑事篇平成元年度352頁、小林充ほか編『刑事事実認定重要判決50選（上）[第2版]』[2013年] 92頁以下〔秋山敬執筆〕）などからすれば、防衛意思の内容としては「侵害者に立ち向かう・対抗する意思」までは要求されていないと解される（判タ1404号353頁の匿名コメント、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル44号〔2015年〕78頁も参照）。なお、坂下陽輔「判批」立命館法学359号（2015年）321頁注20が引用する照沼「正当防衛の構造」（注48）157頁以下は、威嚇射撃をしたり銃口を向けて後退する事案において自己の行為が「防衛に向けられていることの認識」を肯定できるとしている部分であり、常に「侵害者に立ち向かう意思」が必要だとするものではない。
- 52) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」（注2）641頁以下、同「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」（注2）83頁以下。
- 53) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」（注2）651頁、同「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」（注2）84頁。

考える、というような問題の把握には疑問がある。ここではXには「事前の共謀行為」しか認められないものと解されているように見受けられるが、共同正犯であっても個人責任原理に立脚する以上は、意思連絡に基づいて各人が分担した客観的寄与それぞれが結果帰属の起点となり、正犯性判断の基礎となるのであって、本件のXもタクシー内での会話のみならず、自らもBまで同行して付近で待機するに至っており、結果発生に至るまでのこうした態度がYを一定程度安心させ、行為に赴かせたものであることは明らかである。これらの行為は純粹に内心にとどまるものではなく、意思連絡に基づいて分担された「寄与」であるから、Xにおける共同正犯の成否、及び防衛行為の存否についても、こうしたX自身の寄与を基礎として判断されるべきであろう。これに対し、Yに認められる違法阻却の効果が「連帯」するか否かという検討のみによってXの正当防衛の成否を判断するのは、結果帰属の起点となる関与行為の所在やその寄与の程度を見失わせるおそれがあるほか、同一の侵害結果に対する評価に際し、「X自身の寄与した部分」と「Yに生じた効果が帰属される部分」とを分断した上で、そのいずれが優先されるのかという難問に直面することになってしまう⁵⁴⁾。また、第三者に生じた侵害に対する防衛行為が認められる以上、本稿のような理解が侵害と防衛行為を分断するものであるとはいえないことも明らかであるように思われる^{55) 56)}。

もっともこのような見解が主張された背景には、共同正犯も広義の共犯の一

54) 判例上は背後者に客観的寄与を認めにくい事案においても共同正犯関係が肯定される傾向があるが、そうであったとしても単なる内心を処罰するわけではない以上、やはり帰属の起点となり得るだけの「寄与」の存在は認定されなければならないであろう。

55) 橋爪教授自身も、防衛行為性の判断に際しては「この判断が行為者の能力、準備等に大きく左右されるきわめて属人的なものであることを考慮して、関与者間でその判断が相対化してくる可能性があること」を認めるべきことを説いており（橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」（注2）660頁）、このこと自体は正当であると解されるが、そうだとすれば「他の共同正犯者に生じた効果が『連帯』するか否か」といった考慮を別途行うべきではないと思われる。

56) 共同正犯関係にある被告人らの行為につき「個別」に相当性判断を加えているものとして、例えば川口政明・最判解刑事篇平成6年度221頁以下。

態様である以上は「要素従属性」の議論が及ぶという理解や、違法性は共犯者間で原則として「連帯」という理解が存在していると思われる⁵⁷⁾。そこで最後に③に関し、これらの点を中心に検討を加える。

V 要素従属形式をめぐる議論との関係

1 議論の前提とすることの不当性

そもそも要素従属形式とは、狭義の共犯に関して、正犯者にいかなる事情が備わっていれば処罰が可能かという立法形式のサンプルとして提示されたものであり、いわば「結論」のみのカタログであった。従って、この次元において「どれが妥当か」を論じ合っているだけでは結局のところ水掛け論に陥るだけで進展の見込みが乏しい。にもかかわらず、わが国ではそれらの「前提」として位置付けられるべき処罰根拠論⁵⁸⁾の内容からは完全に切り離された上で、いわば政策的に、いかなる程度の要素従属性を「要求すべきか」といった形で議論が行われていることが多い。のみならず上述の通り共同正犯論にまでこの議論が持ち込まれることもみられる。教科書類において「罪名従属性」⁵⁹⁾という用語が見受けられるのはその象徴であって、学習上の指標として用いられている分にはともかく、それ自体には理論的根拠は何ら含まれていないのである。

以上のことから、これらの議論を常に共犯論上の議論の前提として扱うよう

57) これらの点は、先行業績の大半において前提とされているように見受けられる（代表として、小川・前掲（注2）34頁以下）。松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003年）257頁注27、同「共謀共同正犯」（注2）29頁注29は本決定が「最小従属形式」を採用したとするが、そのような説明の仕方は、要素従属形式が狭義の共犯に関する立法形式であるという論者の前提理解に反すると思われる。

58) 照沼「共犯論」（注28）41頁以下、照沼亮介「演習」法学教室414号（2015年）151頁。このような処罰根拠論と従属性の先後関係に関しては次第に理解が共有されつつあるように見受けられる（佐伯・前掲（注11）370頁以下、374頁以下、橋爪「共同正犯と正当防衛・過剰防衛」（注2）86頁注24）。

59) その嚆矢となったのは平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）345頁以下である。

な態度は改められるべきである⁶⁰⁾。まして、他者の不法への「従属」が最初から問題とならない共同正犯においては尚更であって、既に構成要件段階において、事前に意思を通じて分業関係を形成し、各人がそれに基づいて一定の寄与を担うことにより共同正犯関係が成立しているにもかかわらず、そのうちの一人に正当防衛状況が生じた瞬間、事後的にその関係性が否定される⁶¹⁾ というのは不合理であろう。加えてその場合には、違法行為を行った者と適法行為を行った者のいずれを基準として「従属」「連帯」を判断するのかという問題に直面することになる上、いずれを基準としても全員が一律に「適法」「違法」となる、という不当な帰結に至らざるを得ない⁶²⁾ ⁶³⁾。

2 過剰防衛における刑の減免根拠論との関係

従来議論では、Yに成立する過剰防衛の効果がXに「連帯」するかを問

60) なおXが狭義の共犯にとどまる場合には、処罰根拠論において「正犯不法」の存在を要求するか否かにより結論が分かれることになる(照沼「演習」(注58))151頁)。

61) これを承認し、一部の者に正当防衛が成立した場合には、他の関与者は自己の単独正犯と他者に対する教唆・補助とに分解される(本件でYに正当防衛が成立する場合にはXは不可罰となる)とするのは、高橋「判批」(注2))113頁、同『規範論と刑法解釈論』(注2))180頁、同『刑法総論[第2版]』(注19))460頁。こうした帰結は、高橋説が関与類型の区別を制裁規範の段階に位置付けていることにも由来している。

62) 池田ほか編『新実例刑法[総論]』(注2))126頁(大善執筆)、山口厚『刑法総論[第3版]』(2016年)332頁以下も参照。判例においても、正当防衛の判断以前に構成要件段階で共同正犯関係が成立していることは認められている(正当防衛とした東京高判昭和50年1月30日高刑集28巻1号43頁、量的過剰防衛とした大阪高判昭和58年10月21日判時1113号142頁、過剰防衛とした東京高判昭和61年12月23日判時1268号154頁、一部の者にのみ正当防衛の成立を認めた最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁、正当防衛・過剰防衛の成立を否定した大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁、東京地判平成14年1月11日裁判所HP・LEX/DB28075343、神戸地判平成21年2月9日裁判所HP・LEX/DB25440853などを参照)。

63) 安廣「正当防衛・過剰防衛」(注45))22頁は、本決定の帰結につき過剰防衛の刑の減免根拠に関する責任減少説と制限従属性説との組み合わせにより導かれるというような形式的な議論は「あまり説得力を有しない」とした上で、構成要件段階で既に共同正犯関係は成立しているとする。

題とした上で、刑の減免根拠に関する議論がXの罪責の判断に直結するものとして位置付けられていたようにみえる。しかし減免根拠論は本来、まず過剰防衛の成立が認められた後に、いかなる程度において減免が可能であるかを判断する場面において参照される性質の議論であって、過剰防衛の「成否」それ自体の根拠を直接に提供する議論ではない。ここでの問題は、Yの量刑において減免を基礎付ける事情がXの量刑においても連带的に作用することがあり得るか、と整理し直すべきであろう。

そもそも正当防衛状況における「違法減少」とは、第1に、侵害者が不正の侵害に出たことによって自身の法益の要保護性を減少させているため、これに反撃した防衛者が生じさせた法益侵害性の評価が通常の犯罪の場合に比して減少すること、第2に、防衛行為に出たと評価される者については、通常の犯罪の場合に比して行為の規範違反性が減少すること、の双方から成り立っていると解される⁶⁴⁾。本件では上述の通り、Xにはこれらの事情が認められないことから防衛行為性が認められず、この点はYに過剰防衛が成立しても影響を受けない。

そこで、Xのような者につき過剰防衛が成立する事案を想定して考えると、このうち第1の側面においては、侵害者の側における要保護性の減弱の程度は変わらない以上、違法減少の程度についても、またこれを前提とした量刑への影響の程度についても基本的にX、Y共に同様の帰結が導かれることになると思われる。もっとも両者が共同正犯の関係にある以上、この帰結は各人につき個別に検討を行った結果として導かれているに過ぎず、「連带的な作用」が認められているわけではない⁶⁵⁾。次に、第2の側面においては、上述の通り個別的に相当性判断が行われ、これが消極に解された場合には減免の可否・程度が問題となり、各人毎に違法減少の程度に関して独立した判断がなされる⁶⁶⁾。さらに、責任減少の程度についても個別に検討が行われたのちに、最終的に減

64) 相当性判断の理論的根拠とそのプロセスについては照沼「正当防衛の構造」(注48) 161頁以下、164頁以下。刑の減免根拠に関しては照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究⑦』(2014年)62頁。

免の可否・程度が決定することになる。以上の検討内容が、論理的に先行する過剰防衛の「成否」を左右する性質のものでないことは明らかであろう。

VI おわりに

近年の学説が、要素従属形式をめぐる議論は問題解決の根拠になり得ないことを意識した上で、法益侵害以外の部分に目を向け、個々の違法性阻却事由における正当化根拠の性質につき掘り下げた検討を試みていること⁶⁷⁾は、それ自体としては適切であったといえる。ただ、本決定の提示した問題点を解決するためには、それにとどまらず、各共犯類型に固有の不法の性質・内容を基礎付けるといふ意味を含んだ「処罰根拠論」と、各類型の成立要件の解釈論を踏まえた検討が必要である。その際には、裁判所が当該事案における事実認定の際に重視した事実関係や一種の比喩として用いた表現などをすべて無条件に成立要件に結び付けようとしたり、漫然と用いられてきた用語法を無批判に前提としたりするような態度はもはや維持されるべきでない。

65) これに対してXが狭義の共犯にとどまる場合には、処罰根拠の内容として共犯不法のみならず正犯者から見た不法（正犯不法）を要求する立場（混合惹起説）からは、理論的にはXにおける共犯の「成否」を検討する段階において既にYにおける不法の有無・程度が問題となる。この関係上、刑の減免に関する説明においてもやや差異が生じ、第1の側面ではXはYにおける検討の結果に「従属」することになるが、第2の側面では本文と同様、違法減少の程度が個別的に判断されることになる。もっとも、結論的に減免の可否・程度が個別に決定される点においては差異はない。

66) 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務体系第1巻 量刑総論』（2011年）337頁、364頁（木山暢郎執筆）は、行為の共同性が認められない場面においては行為の不法評価に関わる量刑事情であっても共犯者間で個別にのみ作用するとしており、同365頁では、他人に急迫不正の侵害が加えられた際に、意思を通じて反撃したところ過剰防衛になってしまった場合において、侵害者の側の法益の要保護性が防衛に必要な限度で減弱していることを指摘し、この点は後に介入した者にとっても有利な情状として扱われるとされている。こうした一種の両面性は、理論的には本文のように説明できると思われる。

67) 島田・前掲（注11）52頁以下、山口ほか編『刑法判例百選I総論〔第7版〕』（注2）179頁（松原芳博執筆）など。