

松 山 大 学 論 集
第 25 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 1 4 年 2 月 発 行

共同正犯と正当防衛
—— 侵害の急迫性を中心に ——

明 照 博 章

共同正犯と正当防衛

—— 侵害の急迫性を中心に ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 侵害の急迫性と積極的加害意思の概観
- 三 平成4年最高裁決定の分析
- 四 平成4年最高裁決定が前提とした理論的根拠とその問題点
- 五 平成20年最高裁決定の意義
- 六 平成20年最高裁決定の平成4年最高裁決定に及ぼす影響
- 七 結論

一 本稿の目的

刑法60条は、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定している。例えば、AとBは、甲を殺害することを共謀し、それぞれ出刃包丁を携帯して甲宅に赴き、甲を見つけた。計画通り、Aは、甲を羽交い絞めにして動けなくしているところを、Bが甲の胸に出刃包丁を数回突き刺したため、甲は多量の失血により死亡した場合、AとBとは、正犯となり、それぞれ殺人罪の共同正犯が成立し得るであろう。

では、AとBの攻撃の前に、甲の方から攻撃した場合はどのようなのであろうか。この場合、正当防衛の要件の存否はどのように判断すべきなのであろうか。すなわち、AとBが、甲宅に赴き、Bを先頭にしてAがその後をついていく形で甲宅に入ろうとしていたが、甲は、AとBを見つけると、いきなりBに対して、さらにAに対して、金属バットで殴りかかってきたので、それぞ

れ持参した出刃包丁を使って反撃した。その結果、いずれかの出刃包丁が甲の胸に突き刺さり、甲は多量の失血により死亡した。甲の攻撃に関して、Bは、よもや甲が襲ってくるとは思っておらず、積極的加害意思を有していなかったが、Aは、甲が襲ってくることを予期し、積極的加害意思をもって、持参した出刃包丁を手に持ち、迎撃態勢をとっていた場合、AとBに対する甲からの攻撃は、同じように判断すべきだろうか。つまり、侵害の急迫性の存否は、AとBとで同様となるのであろうか。

さらに、共謀共同正犯の場合であっても、実行共同正犯と同様の処理をすればよいのであろうか。すなわち、AとBは、甲を殺害することを共謀し、それぞれ出刃包丁を携帯して甲宅に赴いたが、Aは、「おれは顔が知られているからお前先に行ってくれ。けんかになったらお前をほうっておかない」などと言い、甲を殺害することもやむを得ないとの意思の下に「やられたら出刃包丁を使え」と指示するなどして説得した。Bは、内心では甲に対して自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなかったものの、甲とは面識がないからいきなり暴力を振るわれないだろうと考え、飲食店の出入口付近でAの指示を待っていた。ところが、予想外にも、甲は、Bに対して金属バットで殴りかかってきたので、持参した出刃包丁を使って反撃した。その結果、出刃包丁が甲の胸に突き刺さり、甲は多量の失血により死亡した。甲の攻撃に関して、Bは、積極的加害意思を有していなかったが、Aは、甲が襲ってくることを予期し、積極的加害意思を有していた場合、Bに対する甲からの攻撃は、AとBともに同様の判断をなすべきだろうか。つまり、侵害の急迫性の存否は、AとBとで同一の判断結果となるのであろうか。

この点に関して、共犯論においては、「違法は連带的に、責任は個別的に」という命題が「暗黙裡に」当然のこととして前提とされ、しかも、「違法は客観的に、責任は主観的に」という命題と表裏をなすものと理解されてきたとされる²⁾

上の「違法は連带的に」作用するという命題が共同正犯にも及ぶことを前提

とした場合、共犯者各人が直接犯行現場に赴いた場合だけでなく、共同正犯者の一部が現場に赴かない共謀共同正犯の場合であっても、Bに正当防衛（または過剰防衛）が成立すれば、その効果は、Aにも及んでいくという解釈が可能となる。

平成4年最高裁決定は、「共謀共同正犯形態における共謀者が、積極的加害意思を有していた場合、侵害の急迫性は否定されるか」という問題について判断を示している³⁾

そこで、本稿では、まず、「侵害の急迫性」の意義を確認し、判例における「侵害の急迫性と積極的加害意思の関係」とその理論的説明について概観する。次に、平成4年最高裁決定を分析し、平成4年決定が前提とした理論的根拠とその問題点を検討した上で、さらに、自招侵害の事例において正当防衛の成立を否定した平成20年最高裁判決⁴⁾を踏まえて、平成20年決定が平成4年決定の判断方法に及ぼす影響について検討を加えてゆきたい。

注

- 1) 実行共同正犯の事例において正当防衛の成否が問題となった判例として、大阪高判平13・1・30判時1745号150頁がある。大阪高裁は、拳銃で武装した他の暴力団からの襲撃に対して、現場に駆け付けた氏名不詳者らとともに、拳銃で応戦し、襲撃者のうち二人を射殺したとの事案で、正当防衛の成立を否定した原判決の判断が維持されたが、本件の評釈としては、拙稿「判批」『現代刑事法』4巻2号（平14年・2002年）82頁以下、橋爪隆「判批」『刑事法ジャーナル』8号（平19年・2007年）126頁以下等参照。
- 2) 川端博『正当防衛権の再生』（平10年・1998年）266頁。
- 3) 最決平4・6・5刑集46巻4号245頁。本件評釈としては、小川正持「判批」『ジュリスト』1011号（平4年・1992年）98頁以下、同「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成4年度）』（平6年・1994年）29頁以下、曾根威彦「判批」『判例評論』410号（平5年・1993年）41頁以下、高橋則夫「判批」『法学教室』148号（平5年・1993年）122頁以下、橋本正博「判批」『平成4年度重要判例解説』（平5年・1993年）166頁以下、葛原力三「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論』第4版（平9年・1997年）176頁、川端・前掲注（2）265頁以下、園田寿「判批」『判例セレクト'86～'00』（2002年）437頁、船山泰範「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論』第5版（平15年・2003年）174頁以下、今井孟嘉「判批」『刑法判例

百選 I 総論』第6版(平20年・2008年)184頁以下等参照。なお、本件では、殺人の共同正犯者中の1人に過剰防衛が成立する場合に他の1人について過剰防衛が成立するかが問題となっているが、本稿では、侵害の急迫性(または、積極的加害意思)に関連する議論に止めることとする。過剰防衛に関する判例としては、最決平6・12・6刑集48巻8号509頁、最判平9・6・16刑集51巻5号435頁、最決平20・2・25刑集62巻6号1859頁、最決平21・2・24刑集63巻2号1頁等非常に重要な最高裁の判断が下されており、改めて、検討する機会をもちたい。

- 4) 最決平20・5・20刑集62巻6号1786頁。本件の評釈としては、赤松亨太「判批」『研修』723号(平20年・2008年)21頁以下、本田稔「判批」『法学セミナー』644号(平20年・2008年)135頁、井上宜裕「判批」『判例セレクト2008』(平21年、2009年)28頁、橋爪隆「判批」『平成20年度重要判例解説』(平21年・2009年)174頁以下、拙稿「判批」『判例評論』611号(平22年・2010年)27頁以下、三浦透「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成20年度)』(平24年・2012年)404頁以下等参照。さらに、本件を前提にした論文については、山口厚「正当防衛論の新展開」『法曹時報』61巻2号(平21年・2009年)297頁以下、橋爪隆「正当防衛論の最近の動向」『刑事法ジャーナル』16号(平21年・2009年)2頁以下、照沼亮介「正当防衛と自招侵害」『刑事法ジャーナル』16号(平21年・2009年)13頁以下、同「急迫性の判断と侵害に先行する事情」『刑法雑誌』50巻2号(平23年・2011年)267頁以下、前田雅英「正当防衛行為の類似性」研修734号(平21年・2009年)3頁以下、吉田宣之「『自招侵害』と正当防衛の制限」判例時報2025号(平21年・2009年)3頁以下、林幹人「自ら招いた正当防衛」『刑事法ジャーナル』19号(平23年・2011年)[後に、同「判例刑法」(平23年・2011年)に収録]44頁以下[引用は後者による]、橋田久『研修』747号(平22年・2010年)3頁以下、拙稿「正当防衛における『自招侵害』の意義」『法と政治の現代的諸相-松山大学法学部二十周年記念論文集-』(平22年・2010年)355頁以下、遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」『刑法雑誌』50巻2号(平23年・2011年)303頁以下等参照。

二 侵害の急迫性と積極的加害意思の概観

正当防衛における「急迫」とは、「法益侵害の危険が切迫していること」をいうとされる⁵⁾。言い換えると、「侵害が過去または未来に属せず現在し、または侵害の危険が間近に緊迫しており、これを排除するために反撃的に防衛行為に出る外はない緊急状態にあること」をいうとされている⁶⁾。

最高裁も、「侵害の急迫性」に関して、次のように定義している。すなわち、「刑法 36 条にいわゆる急迫の侵害における『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫つたことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するものであつて、被害の現在性を意味するものではない」としていたが⁸⁷⁾、さらに、侵害が予見されていた場合についても侵害の急迫性を肯定したものとして、昭和 46 年最高裁判決があり⁸⁾、ここでは、「『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫つていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」とされる。昭和 46 年判決の前段部分は、昭和 24 年判決等従来の判例と同趣旨のものと解されるが⁹⁾、後段の「その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」とする部分は、侵害の予期と急迫性の問題を「正面から」取り上げたものであり¹⁰⁾、最高裁としては「新判例である」から¹¹⁾、侵害の予期と侵害の急迫性の存否に関する先例となっている。

ただし、昭和 46 年判決の基準によると、侵害行為が「ある程度予期されていた」だけでは、「ただちに侵害が急迫性を失うものと解すべきでない」ことは明らかであるが、「侵害が確実に予期されていて、十分な反撃が準備されているような場合には、急迫性が欠ける、とする余地をなお残している」ことになる¹²⁾。

この点に関する処理方法を示した判例が、昭和 57 年最高裁決定である¹³⁾。すなわち、同決定は、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたということとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で

侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」とする。

昭和52年決定に関して、侵害の予見と切り離された積極的加害意図の存在により急迫性を否定するものと解する見解もあるが¹⁴⁾判例の判断には「連続性がある」とする見地からすると¹⁵⁾上記の解釈は妥当でない。やはり、本決定は、昭和46年判決の内容を「さらに深化させ」、①当然またはほとんど確実に侵害が予期される場合にも、直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、②予期される侵害の機会を利用し積極的に相手方に加害行為をする意思で侵害に臨んだ場合には、急迫性が失われることを明らかにしたものと解すべきである^{16), 17)}

このように、判例によれば、防衛者(防御者)に積極的加害意思がある場合、侵害の急迫性を欠くことになるが、その理論的基礎づけとして次のように説明できる。

ビンディングによれば、全正当防衛論にとって、攻撃が正当防衛権の発生事由として「被攻撃者のために」考慮されるという事実が礎石を形成する、つまり、「不正に攻撃されていること」が正当防衛権の源泉を形成しているとされるが^{18), 19)}防御者側からの視座に着目すると、法益侵害の可能性は、単に侵害行為者側の客観的事情だけでなく、被侵害者側の対応関係によっても重大な影響を受けることを前提にすることができる。

この観点から侵害の急迫性について敷衍すると次のようになる。すなわち、侵害行為(侵害行為者側の客観的事情)の存在により、「形式的」にみれば法益侵害の可能性があったと考えられるとしても、その侵害が予期されていて被侵害者にとって突然のものとはいえない場合、侵害を阻止するために、迎撃態勢をつくるのが可能となる。そして、この予期に基づき、実際に被侵害者側が侵害に対応して迎撃態勢を作った場合、被侵害者側の法益侵害の可能性は「実質的」に低下しているはずである。

この関係を前提にすると、侵害の急迫性に関して、次のような解釈が可能と

なる。すなわち、防御者が侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害する意思をもっている場合、侵害者からの侵害に対する迎撃態勢が強化されているので、防御者の法益が侵害される恐れは減少し、「実質的」(ないし現実的)には、防御者の法益侵害が生じ得なくなる事態も存在することになる。それゆえ、防御者の法益侵害の可能性が事実上「実質的」に失われる場合には、侵害の急迫性を否定できる事態が生じる。つまり、侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害意思をもっていた場合、侵害の急迫性が消滅するのである^{20), 21)}

これに対して、香城判事は、次のように説明しておられる。

まず、判事は、昭和52年決定にいう「刑法36条が侵害の急迫性を要件としている趣旨」に関連して、次のように指摘しておられる。

まず、同判事は、「相手の侵害を予期し、自らもその機会に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨み、加害行為に及んだ場合、なぜ相手の侵害に急迫性が失われることになるのであるか」という問題提起をされた上で、これに対して「このような場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為と少しも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は、違法であるというほかはない」とされ、そして、「それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃が共に違法であるのと、まったく同様なのである」と指摘される。

これを踏まえて、「前記のような場合に相手の侵害に急迫性を認めえないのは…本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかったからである、と考えるべきであろう」と結論づけられる^{22), 23), 24)}

注

- 5) 川端博『刑法総論講義』第3版(平25年・2013年)353頁。
- 6) 藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法(2)のI 総則(2)』(昭43年・1968年)225頁。
- 7) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁。
- 8) 最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁。
- 9) 鬼塚賢太郎「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和46年度)』(昭47年・1972年)254頁。
- 10) 大越義久「判批」『刑法判例百選I 総論』初版(昭53年・1978年)84頁。
- 11) 鬼塚・前掲注(9)257頁。
- 12) 内田文昭『刑法解釈集(総論I)』(昭57年・1982年)235頁。
- 13) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁。
- 14) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(平4年・1992年)153頁。
- 15) 拙稿「刑法における判例研究の意義」『松山大学論集』22巻2号(平22年・2010年)224-5頁参照。
- 16) 川端博『刑法判例演習教室』(平7年・1995年)41頁。
- 17) さらに、判例における「侵害の予期および積極的加害意思と急迫性の関係」についての詳細は、拙稿「わが国の判例における積極的加害意思の急迫性に及ぼす影響について」『法律論叢』72巻5号(平12年・2000年)145頁以下参照。
- 18) Binding, *Handbuch des Strafrechts Band I*, 1885 [Neudruck 1991], S. 735.
- 19) 最判昭24・8・18刑集3巻9号1465頁は、侵害の急迫性の定義を示した直後に「被害の緊迫した危険にある者は、加害者が現に被害を与えるに至るまで、正当防衛をすることを待たねばならぬ道理はない」と指摘している点は注目に値する(この点に関しては、拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(1)」『松山大学論集』21巻1号(平21年・2009年)249-50頁、同・前掲注(15)244頁参照。
- 20) 川端博『違法性の理論』(平2年・1990年)90-4頁。
- 21) 川端説に従ったと解される下級審判例として、札幌地判平元・10・2判タ721号249頁がある。
- 22) 香城敏彦「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和52年度)』(昭55年・1980年)247-8頁。安廣判事は、昭和52年決定に関する香城判事の「解釈が最も理論的であり、かつ妥当な結論を導きうるように思われる」と評価しておられる(安廣文夫「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和60年度)』(平元年・1989年)145頁)。
- 23) 香城説に従ったと解される下級審判例として、大阪高判昭56・1・20刑裁月報13巻1=2号6頁、福岡高判昭57・6・3判タ477号212頁がある。
- 24) 最近、学説において「急迫不正の侵害からの退避義務についての議論」が「進展」しているが、回避義務論が展開される「重要な契機となった」のは、佐藤説である(佐藤文哉

「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第一巻』（平10年・1998年）242-4頁。山口・前掲注（4）302頁，323-4頁参照）。佐藤説およびこれに影響を受けた下級審判例は、重要性を増しているが、本稿においては、侵害の急迫性と積極的加害意思の関係を説明する上での確信的を射たものと解される川端説と平成4年決定の理論的前提となっていると解される香城説について概観するに止めた。佐藤説およびこれに影響を受けた下級審判例については、拙稿・前掲注（15）241頁以下参照。

三 平成4年最高裁決定の分析

以上では、判例における侵害の急迫性と積極的加害意思の取扱いとその理論的説明について概観したので、次に、平成4年最高裁決定の分析を行うこととする。

平成4年判決の前提となる事案は次の通りである。

被告人Aは、1月1日午前4時ごろ、友人Bの部屋から飲食店「アムール」に電話をかけ、勤務中の女友達と話していたが、店長甲に長い話はだめだと言われて一方的に電話を切られる等の電話対応に腹を立てたので、「アムール」に押しかけようと決意して、同行を渋るBを強く説得し、包丁（刃体の長さ約14.5cm）を持たせて一緒にタクシーで同店に向かった。Aは、甲と面識はなかったが、移動のタクシー内でBに対して「おれは顔が知られているからお前先行ってくれ。けんかになったらお前をほうっておかない」と言い、甲を殺害することもやむを得ないとの意思の下に「やられたらナイフを使え」と指示するなどして説得していた。同日午前5時ころ、甲の店に着いた後、Aは、Bを甲の店に行かせて、自分は、少し離れた場所で同店から出て来た女友達と話をしたりして待機していた。Bは、内心では甲に対し自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなかったものの、甲とは面識がないからいきなり暴力を振るわれないだろうと考え、飲食店の出入口付近でAの指示を待っていた。ところが、予想外にも、Bは、同店から出て来た甲にAと間違えられ、いきなりえり首をつかまれて引きずり回された上、手拳で顔面を殴打されコンクリートの路

上に転倒させられて足げりにされたので、殴り返すなどの反撃を加えた。しかし、頼みとするAの加勢も得られず、再び路上に殴り倒されたため、Bは、自己の生命身体を防衛する意思で、とっさに包丁を取り出し、Aの指示通り包丁を使用して甲を殺害することになってやむを得ないと決意して、Aとの共謀の下に、包丁で数回突き刺し、急性失血により甲を死亡させた。

控訴審判決は、以上の事実関係の下に、Bについては、積極的な加害の意思はなく、甲の暴行は急迫不正の侵害であり、これに対する反撃が防衛の程度を超えたものであるとして、過剰防衛の成立を認めたが、一方、被告人Aについては、甲との喧嘩闘争を予期してBと共に「アムール」近くまで出向き、甲が攻撃してくる機会を利用し、Bをして包丁で甲に反撃を加えさせようとして、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、甲のBに対する暴行は被告人Aにとっては急迫性を欠くとして、過剰防衛の成立を認めなかった。

そこで、被告人側から憲法違反、判例違反等を理由として上告がなされたが、その根拠は「違法性の連帯性と、AがBの過剰防衛行為を支配し、利用したという関係にはなく、結果的にそのようなことが、発生したという本件の特長、及び、Aは、何ら実行行為を行っていないという事実からして、実行行為者のBの過剰防衛という正当化事由はAにも効果を及ぼすべきである」というところにあった。

これに対して、平成4年決定は、被告人側の上告は、「刑訴法四〇五条の上告理由に当たらない」として、上告を棄却した上で、職権で、次のような判断を示した。すなわち、「所論は、Bに過剰防衛が成立する以上、その効果は共同正犯者である被告人にも及び、被告人についても過剰防衛が成立する旨を主張する」が、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」とした。次に、「原判決の認定によると、被告人は、甲の攻撃を予期し、その

機会を利用してBをして包丁で甲に反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、甲のBに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったBにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠くものであって（最高裁昭和五一年(あ)第六七一号同五二年七月二一日第一小法廷決定・刑集三一卷四号七四七頁参照）、Bについて過剰防衛の成立を認め、被告人についてこれを認めなかった原判断は、正当として是認することができる」と説示している。

平成4年決定は、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否の判断方法について、最高裁として初めて判断を示すと共に、過剰防衛の成否が共同正犯間で当然に共通するものではないことを明らかにしたものであるが²⁵⁾ここでは、正当防衛の要件である侵害の急迫性について、共同正犯者の各人につきそれぞれの要件を充たすかを検討すべきとするのであって、急迫不正の侵害が存在して初めて問題となる過剰防衛独自の要件が共同正犯者ごとに検討されなければならないとしたのではない。つまり、一方が防衛状況にあり他方が防衛状況にない場合の処理を問題にしているのである。それゆえ、本決定によれば、Bに正当防衛が成立する場合であっても、被告人Aについては、Bと異なった取扱いが十分に考えられるのである²⁶⁾したがって、本決定は、共同正犯における正当防衛の要件の有無を判断する場合に「個別化」を「真正面」から認めたものと評価できるのである²⁷⁾そして、平成4年決定の事例が共謀共同正犯であるにも拘らず²⁸⁾単に「共同正犯が成立する場合」としているだけであるから、本決定において肯定された「共同正犯における正当防衛の要件の有無を判断する場合」行為者毎に「個別化」して判断する方法は、共同正犯全体に及ぶことになる。

また、本件の上告趣意において、被告人側から、「違法の連帯性」を根拠として、Bに過剰防衛が成立するならば、被告人Aにも過剰防衛が成立するという主張がなされているが、この点に関して、「違法の連帯性という問題は、違法性阻却事由（例えば正当防衛）の少なくとも客観的要件（例えば急迫性）に

についても妥当する事柄である」とする指摘がある²⁹⁾

これに対して、「急迫性という違法阻却要件は、それが存在するという、いわば正当防衛の『行為主体』を特定する要素と考えるべきである」から、「急迫性要件それ自体が相対的な判断ということになる」という反論がなされている³⁰⁾

そもそも、共同正犯者がそれぞれ「一部実行の全部責任」を負う根拠は次のように説明されるべきである³¹⁾ すなわち、社会心理学的現象として共犯をみた場合、そこに集団力学が存在するが、それは、必ずしも常に犯罪「団体」的な一心同体として結合しているものではなく、個人の集合体であるにとどまる。このように「共同正犯を個人主義的に把握した場合」、各人が各自の目的をもち、その目的を実現するために集合力を利用し合っているという集団現象が存在すると評価できるのである。言い換えると、各人が、この「相互的な利用・補充関係にある集団関係」に立つことによって、単独では実現し得ないことでも、あるいは分業形態により、あるいは合同力により、あるいは相互的な精神的強化によって、これを遂行することができるようになる。このような社会心理学的観点から、共同正犯の成立と処罰に関する「一部実行の全部責任」の原則が基礎づけられるのである³²⁾

共同正犯は、構成要件の修正形式として把握することができるが、その成立要件は、通常、「意思の連絡」と「共同実行」とされる。そして、この要件を充たせば、各人が、「相互的な利用・補充関係にある集団関係」に立つものと評価することができるため、「一部実行の全部責任」が肯定され、「相互的な利用・補充関係にある集団関係」に立つ共同正犯は、「外形的に」相似している「同時犯」と区別が可能となる。言い換えると、複数の者が、共同の意思を形成し、それに基づいて犯罪的行為を相互に分担することを通して、それぞれが構成要件の結果の実現を目指して「相互補充」し合って、最終的にそれぞれの構成要件を実現していくところに共同正犯の本質が存するのである³³⁾

以上のように共同正犯に関して個人主義的把握をすれば、「違法は連带的に」

の命題は、「自明の理」とはいえなくなるが、本決定では、「違法は連带的に」の命題を根拠とした被告人側からの主張を否定しているので、最高裁においても、「違法は連帯性に」の命題を「自明の理」として前提にしているわけではないといえる。それゆえ、上の命題は、理論上も実務上も動揺を余儀なくされているのである³⁴⁾

共犯論においては、上述の通り、「違法は連带的に、責任は個別的に」という命題が「暗黙裡に」当然のこととして前提とされ、しかも、「違法は客観的に、責任は主観的に」という命題と表裏をなすものと解されてきたとされる。しかし、以上において検討した通り、判例上、共犯論において、「違法は連带的に」という命題は、動揺を余儀なくされているが、これは、人的不法論（二元的行為無価値論）の見地からみると³⁵⁾、妥当な方向に変化していると解される。

注

25) 小川・前掲注(3)ジュリ98頁、同・前掲注(3)最判解33頁。

26) 曾根・前掲注(3)220頁。

27) 川端・前掲注(2)261頁、葛原・前掲注(3)176頁。

28) なお、船山・前掲注(3)174頁は、最決平4・6・5刑集46巻4号245頁が共謀共同正犯の事例であるかについて若干の疑問を呈されているが、結論として、共謀共同正犯の事例であると評価されている。

29) 曾根・前掲注(3)221頁。

30) 高橋・前掲注(3)113頁。

31) 川端・前掲注(5)525-6頁。

32) この見地からすると、罪名従属性に関する議論では、犯罪共同説ではなく、行為共同説が妥当であるということになる(川端・前掲注(5)525頁)。さらに、罪名従属性を否定したと解される最高裁判例として、最決昭54・4・13刑集33巻3号179頁参照。

33) 川端・前掲注(2)256-7頁。

34) 川端・前掲注(2)260-1頁、266頁参照。

35) 行為無価値論および結果無価値論の詳細な議論は、川端・前掲注(20)64頁以下、振津隆行『刑事不法論の研究』(平8年・1996年)1頁以下参照。

四 平成4年最高裁決定が前提とした理論的根拠とその問題点

平成4年最高裁決定は、侵害の急迫性に関して、昭和52年最高裁決定を前提として、「被告人は、甲の攻撃を予期し、その機会を利用してBをして包丁で甲に反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものである」ことを指摘した上で、「被告人にとっては急迫性を欠く」としているが、本決定は、昭和52年決定を如何なる観点から根拠づける理解に立っているかが問題となる。

本決定の事案は、共謀共同正犯の事例であり、被告人Aは、Bを甲の店に行かせて、自分は、少し離れた場所で同店から出て来た女友達と話をしたりして待機していただけである。それゆえ、Aは、「侵害を予期」し「客観的に迎撃態勢」を敷いていたわけではない。

川端説によれば、防御者が侵害を予期し客観的に迎撃態勢を敷き積極的に加害する意思をもっている場合、侵害者からの侵害に対する迎撃態勢が強化されているので、防御者の法益が侵害される恐れは減少し、「実質的」（ないし現実的）には、防御者の法益侵害が生じ得なくなる事態も存在することになり、防御者の法益侵害の可能性が事実上「実質的」に失われる時は、侵害の急迫性を否定できる事態が生じることになるが、現場にいないAが「客観的な迎撃態勢」と整えることによって、侵害の急迫性を否定できるとは考えられない。なぜならば、仮に、Aが「客観的な迎撃態勢」と整えていたとしても、Aは、現場にいない以上、Aの法益が侵害される恐れは減少し、「実質的」（ないし現実的）には、Aの法益侵害が生じ得なくなる事態が存在するとは考えられないからである。

したがって、川端説は、平成4年決定を理論的に説明する考え方として採用できないことになる。

一方で、香城説によれば、本人が積極的な加害意思を有している場合、「本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争に

において双方の攻撃が共に違法である」のと、「まったく同様」であり、「本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはな」いので、急迫性を欠くことになる。これは、「積極的加害意思」を侵害の急迫性を否定する要件とする根拠として、「積極的加害意思のある行為が違法」であり、これは喧嘩闘争や私闘と同視できるから、初めから違法というべきものを正当防衛から排除することに求めるものといえる。本決定の事案において、Aは、飲食店「アムール」に電話をかけ、勤務中の女友達と話していたが、店長甲に長い話はだめだと言われて一方的に電話を切られる等の電話対応に腹を立て、Bに対して「けんかになったらお前をほうっておかない」と言ったり、甲を殺害することもやむを得ないとの意思の下に「やられたらナイフを使え」と指示したりしていた。本件では、Aには、積極的加害意思があるので、その行為は、喧嘩闘争や私闘と同視できるから、初めから違法というべきものを正当防衛から排除することができる。

したがって、香城説は、平成4年決定を理論的に説明する考え方として採用できることになる。

香城説によれば、「侵害の急迫性」の存否を判断するに際して、「法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したこと」以外の要素を考慮していることになる。この点に関して、安廣判事は、香城説の意義を次のように説明される。すなわち、判事は、正当防衛の要件を個々に検討すると共に、全体として正当防衛の成立範囲を適正・妥当な範囲に止めるという「統括調整的な観点」からの考察も重要であるとした上で、上記のような場合には「正当防衛の本質的属性である緊急行為性が欠け」、これを条文に即していうと「急迫不正の侵害」の中の「急迫性」が欠けることになるとされるのである³⁶⁾

たしかに、正当防衛を適正・妥当な範囲に止めるという「統括調整的な観点」からの考察「それ自体」は重要である。しかし、そのために本判決が「急迫性」の存否の判断に規範的・評価的観点を包含させていることは要件論を超えてい

と言わざるを得ないであろう。「急迫性」の存否の判断に規範的・評価的な判断を包含させると、急迫性の中に「侵害が迫っている」という意味での急迫性とは全く別次元の概念を含ませることになるが³⁷⁾これを急迫性において纏めると混乱を招くのである³⁸⁾急迫性の存否の判断はあくまでも「事実的關係」に限定すべきなのであり、この見地からすると、平成4年最高裁決定が被告人Aに関して急迫性の存在を否定した結論は是認し得るとしても、その理論的根拠には疑問が残るのである³⁹⁾

平成4年決定において問題となった事例において、被告人Aに関して侵害の急迫性を否定する説明としては、必ずしも、香城説に従って、Aに「積極的害意思」が存在することを根拠として侵害の急迫性を否定する必要はなかったともいえる。すなわち、本決定が共同正犯における正当防衛の要件の有無を判断する場合に「個別化」を「真正面」から認めたものであることを前提として、急迫性の存否の判断はあくまでも「事実的關係」に限定すべきであるとする観点からすれば、Aには、「端的に」「法益の侵害が間近に押し迫った」状況、言い換えると、「法益侵害の危険が緊迫した」状況がなかったとすれば足りるのである。

敷衍すると次のようになる。「緊急」とは「速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる危険状態」であり、「法益」に対するものを「法的緊急」という⁴⁰⁾正当化事由の一類型である正当防衛の成否を判断する場合、法的緊急に対処する構成要件該当行為が、「形式的」には他者との共同生活の実現を阻害していても、「実質的」には阻害していないと評価できるかが問題となるが、「法益の侵害が間近に押し迫った」状況、言い換えると、「法益侵害の危険が緊迫した」状況の存否を判断する「侵害の急迫性」は、法的緊急が生じているか否かを判断する要件となっている。

平成4年決定の事案では、被告人Aは、Bを甲の店に行かせて、自分は、少し離れた場所で同店から出て来た女友達と話をしたりして待機していただいている。そして、Aは、Bに対して、「おれは顔が知られているからお前先行っ

てくれ。けんかになったらお前をほうっておかない」と言っていたが、Bが甲からいきなりえり首をつかまれて引きずり回された上、手拳で顔面を殴打されコンクリートの路上に転倒させられて足げりにされたにも拘らず、Bを助けるために、甲と対峙した形跡はない。そうだとすると、Aは、「速やかに救済方法を講じなければ生活利益の失われる危険状態」にはない。したがって、Aは、「法益の侵害が間近に押し迫った」状況、言い換えると、「法益侵害の危険が緊迫した」状況にはないので、端的に侵害の急迫性の要件を充たさないと評価すれば足りるものと思われる⁴¹⁾

注

36) 安廣・前掲注(22) 148-50頁。

37) 遠藤判事は、「客観的な抗争状態は認められるが、そこに至る先行事情が、正当防衛等の成否にどのような影響を与えるか」に関して、昭和52年最高裁決定は「積極的加害意思」理論を展開したが、これまでの「積極的加害意思」理論が「先行事情が正当防衛の成否にどのように影響するか」という判断に関して「安定した判断を担保する基準となっているか」について、検討の余地があるとされ(遠藤・前掲注(4) 306頁)、そして、下級審レベルでは、「積極的加害意思」理論が、先行事情の考慮の仕方を正当防衛の個々の要件論に結びつけた「唯一」の「判例理論」であったため、先行事情の評価を、この「積極的加害意思」理論に準拠して解決しようとし、この「積極的加害意思」理論をさらに規範的に解釈、適用して、事案の解決にあたる傾向が強まっていたといつてよいとされる(遠藤・前掲注(4) 309頁)。

38) 前田・前掲注(14) 154頁、同『刑法の基礎総論』(平5年・1993年) 202頁。

39) 拙稿・前掲注(1) 85頁参照。

40) 平場安治『刑法における行為概念の研究』(昭41年・1966年) 137頁参照。

41) なお、本件の上告趣意において、被告人側は、「違法性の連帯性と、AがBの過剰防衛行為を支配し、利用したという関係にはなく、結果的にそのようなことが、発生したという本件の特長、及び、Aは、何ら実行行為を行っていないという事実からして、実行行為者のBの過剰防衛という正当化事由はAにも効果を及ぼすべきである」と主張しているが、最高裁は、被告人側の主張を尊重しつつ、言い換えると、「事実的關係」においては、Aは、法益の侵害が間近に押し迫った状況、法益侵害の危険が緊迫した状況にあると「評価できる」としても、「甲の攻撃を予期し、その機会を利用してBをして包丁で甲に反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものである」か

ら、Aにとっては「急迫性を欠く」と説示した可能性がある。しかし、急迫性の存否の判断はあくまでも「事実的關係」に限定すべきであるという見地からすれば、本文の指摘したような判断の方がより妥当であると思われる。

五 平成20年最高裁決定の意義

平成4年最高裁決定は、正当防衛を適正・妥当な範囲に止めるという「統括調整的な観点」から、「侵害の急迫性」の要否を判断することを前提とした説明と整合的な判断をしているが、下級審レベルでは、「積極的加害意思」理論が、先行事情の考慮の仕方を正当防衛の個々の要件論（つまり、侵害の急迫性）に結びつけた「唯一」の「判例理論」であったため、先行事情の評価をこの「積極的加害意思」理論に準拠して解決しようとする傾向が生じていたとされる⁴²⁾。この傾向に従って、下級審レベルでは、自招侵害の処理に際しても、「侵害の急迫性を否定する」処理が主流であったが⁴³⁾、前述の平成20年5月20日最高裁決定は、これとは異なる理論構成を採用したものと評価されている。

平成20年決定の事案は次の通りである。

「1 原判決およびその是認する第1審判決の認定によれば、本件の事実関係は、次のとおりである」。「(1) 本件の被害者であるA（当時51歳）は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時41歳）が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった」。「(2) 被告人は、いきなりAの左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った」。「(3) Aは、『待て。』などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した」。「(4) 被告人は、上記Aの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯してい

た特殊警棒を衣服から取出し、Aに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた」。

被告人側から上告がなされたが、最高裁は、上告を棄却した。すなわち、弁護人の上告趣意について、「判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張」であるとし、被告人本人の上告趣意については「単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張」であって、「いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない」とした。その上で、「本件における正当防衛の成否」については、「職権で」判断した。すなわち、平成20年決定は、「本件の公訴事実は、被告人の前記1(4)の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、Aの前記1(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。しかしながら、前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」としたのである。

本決定は、「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」とするのみであり、ここで、「正当防衛のいかなる要件が否定されたのか」、つまり、「正当防衛はいかなる法律構成によって否定されたのか」については、「文言」上、明らかでない⁴⁹⁾それゆえ、最高裁は、法律構成に関して、「一切」何も語っていないという解釈もあり得る。しかし、被告人側からの上告趣意について、「刑訴法405条の上告理由に当たらない」とした上で、「本件における

正当防衛の成否」について、「職権で」判断した点を考慮すると、むしろ、最高裁は、法律構成についても、一定の判断を示したと捉えるべきである。

では、どのように解すべきであろうか。

この点に関して、最高裁の意図は、「原審である東京高裁がいかなる法律構成を採っていたのか」との対応関係を考慮して検討されるべきである。本決定は、「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」としており、「無前提に」判断を下しているわけではないからである。

原審である東京高裁の法律構成をみると、ここでは、「Aによる第2暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めるとはできない」としているから、自招侵害の事例処理をする場合の法律構成としては、「侵害の急迫性」の存否を検討していることになる。

これに対して、最高裁は、「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である」とするのみである。言い換えると、法律構成については触れておらず、「結論において正当である」と言及するだけである。

ただし、最高裁が言及した「結論において」正当である、という点に着目すると次のような解釈ができる。すなわち、高裁の「辿った」「法律構成」、つまり、「侵害の急迫性の存否を論点として」正当防衛の成否を判断する「法律構成」は、「正当でない」が、「正当防衛を否定した」という「結論」は、「正当である」ということを含意していると解し得るのである。したがって、最高裁は、「自招侵害の事例処理につき、『侵害の急迫性』の要件の存否を検討する」という法律構成を「採用しなかった」と評価することができることになる⁴⁵⁾

平成20年決定は、被告人側からの上告を棄却している以上、職権判断を行うことは必ずしもないはずであるにも拘らず、職権判断を行っているのである。それゆえ、この職権判断には一定の含意があったはずである。したがって、平成20年決定は、自招侵害の事例処理につき、東京高裁が採用していた「侵害の急迫性」の要件の存否を検討するという法律構成を「採用しなかった」と

評価することが最高裁の意図にも沿うものと考えられるわけである⁴⁶⁾

平成20年決定に以上のような含意を読み込む場合、本決定の意義について、さらに次のように指摘できる。すなわち、原判決である東京高裁は、基本的に、昭和60年福岡高裁判決⁴⁷⁾の判断枠組みに従っていたが、福岡高裁は、侵害の急迫性の存否に関して、「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」という基準を示している。それゆえ、ここでは、侵害の急迫性の存否を判断する場合、①「不正」な挑発行為とそれに誘発された侵害行為が、「直接かつ時間的に接着して」おり、②相手方の侵害行為が、自己の先行行為から「通常予期される態様及び程度にとどまる」こと（「少なくともその侵害が軽度にとどまる」こと）が要求されていることになる⁴⁸⁾。そして、この枠組みに従うと、侵害の急迫性の存否を判断する上で、侵害の予期が非常に重要な要素になるが、一方で、福岡高裁を起点とする判例群の中には、侵害の予期について特に判断せず、侵害の急迫性の存否を判断する判例もあった⁴⁹⁾。したがって、このような状況が続くと、「急迫性の理解・解釈に混乱が生じる」危惧があったが、自招侵害の事例において、「侵害の急迫性の存否」の問題として事案の解決を図らなかった本決定は、上記の危惧を避ける上で、重要な意義を有している^{50), 51)}

注

42) 遠藤・前掲注(4) 309頁。

43) この点に関しては、拙稿「正当防衛における『自招侵害』の処理(3)」『松山大学論集』21巻3号(平21年・2009年)101頁以下参照。

44) 本田・前掲注(4) 135頁、林・前掲注(4) 45頁。

45) 赤松・前掲注(4) 24頁、山口・前掲注(4) 311-2頁、橋爪・前掲注(4) 重判解175

- 頁, 拙稿・前掲注(15) 232頁。
- 46) 拙稿・前掲注(15) 232頁。
- 47) 福岡高判昭60・7・8刑裁月報17巻7=8号635頁, 判タ566号317頁。
- 48) 詳細は, 拙稿・前掲注(4) 評論30頁, 同・前掲注(4) 二十周年367頁参照。
- 49) 詳細は, 拙稿・前掲注(43) 122頁以下。
- 50) 山口・前掲注(4) 312頁。
- 51) 遠藤判事は, 自招侵害の事例の処理に関連して, 「平成20年5月決定の直接の射程は, 刑法上違法な行為の場合といえる」とされ, 「問題は, 口頭での挑発行為, あるいは相手の気持ちを害する不適切な対応といった場合に, その自招性をどう考えるかである」とした上で「刑法上違法とまではいえない不適切な自招行為は, 正当防衛状況を否定するものではないが, 行為の相当性で考慮するという判断基準もあってよい」と指摘されている(遠藤・前掲注(4) 313頁)。

六 平成20年最高裁決定の平成4年最高裁決定に及ぼす影響

下級審レベルでは, 「積極的加害意思」理論をさらに規範的に解釈・適用して, 事案の解決にあたる傾向が強まっていたという指摘があるが, 「積極的加害意思」理論に従うと, 「形式的」には, 侵害を受けていると評価し得る者に関して積極的加害意思を有していることを理由に侵害の急迫性を否定できることになる。それゆえ, この理論の規範的な解釈は, 侵害の急迫性の理解・解釈の混乱に拍車をかけることになる。したがって, 平成20年最高裁決定は, 「積極的加害意思」理論が規範的に解釈されて行く傾向に歯止めをかけ, その理論の適用範囲の適正化のために一定の影響を及ぼすものと考えられる。そこで, 最後に, 平成20年決定が平成4年決定に及ぼす影響について, 概観することにする。

平成4年決定は, 「共謀共同正犯形態において, 犯行現場に赴かなかった共謀共同正犯者Aに積極的加害意思が認められるが, 犯行現場に赴いた実行共同正犯者Bには積極的加害意思が認められない場合, Bには, 侵害の急迫性が認められる状況であっても, Aに関しては, 積極的加害意思があるため, 侵害の

急迫性が否定されるのだろうか」という点が問題となった。これに対して、平成20年決定は、「単独犯の形態において、Bから攻撃されたAがその反撃としてした傷害行為について、Bの攻撃に先立ちAがBに対して暴行を加えていた場合、Aは不正の行為により自ら招いたものであり、Aにおいて何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないとして正当防衛が否定されるのだろうか」という点が問題となった。それゆえ、両者は、同一の事例ではないので、平成20年決定が下されたからといって、平成4年決定に影響を及ぼすことはないともいえる。しかし、平成20年決定が「積極的加害意思」理論が規範的に解釈されて行く傾向に歯止めをかけ、その理論の適用範囲の適正化のために一定の影響を及ぼすものであるとするならば、平成4年決定のような事例においても、影響を及ぼすものと思われる。そもそも、平成4年決定の事例におけるAにとって、甲からの攻撃は、法益の侵害が間近に押し迫った状況すなわち法益侵害の危険が緊迫した状況を創出するものにはなっていない。なぜならば、Aは、共謀共同正犯者であり、具体的には、甲がBを襲っている場所からは、少し離れた場所で待機していただけに過ぎないからである。にも拘らず、平成4年決定は、そもそも、Aが法益の侵害が間近に押し迫った状況すなわち法益侵害の危険が緊迫した状況に陥っていなかったことを理由とはせず、昭和52年最高裁決定を引用しつつ、Aには積極的加害意思があることを理由として、甲からの侵害の急迫性を否定している。しかし、これは、「積極的加害意思」理論の行き過ぎた規範的解釈といえるであろう。侵害の急迫性の存否を判断する場合、それは、あくまでも、判例が採用する「急迫」の定義から出発すべきである。昭和24年最高裁判決によれば、「『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するものであつて、被害の現在性を意味するものではない」のであり、昭和46年最高裁判決によれば、「『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味」するのである。それゆえ、「防衛者（防御者）の法益侵害の危険性が失われる可能性がある状況とは、どのよ

うな状況か」という観点から、積極的加害意思の概念について、その射程範囲を確定すべきである⁵²⁾

以上を前提とすると、判例の変化の方向としては、平成20年決定によって、平成4年決定は影響を受け、平成4年決定において問題となった「共謀共同正犯形態」において関与した共謀者に関して侵害の急迫性を判断する場合、「積極的加害意思」理論を経由せず、「端的に」、共謀者の法益侵害の危険性の存否に基づいて判断すべきことが期待される。

注

52) この観点からすると、川端教授の所説に基づく積極的加害意思の理論的説明は、まさに正鵠を射たものである。

七 結 論

本稿では、まず、「侵害の急迫性」の意義を確認し、判例における「侵害の急迫性と積極的加害意思の関係」とその理論的説明について概観した。次に、平成4年最高裁決定を分析し、平成4年決定が前提とした理論的根拠とその問題点を検討した上で、さらに、自招侵害の事例において正当防衛の成立を否定した平成20年最高裁判決を踏まえて、平成20年決定が平成4年決定に及ぼす影響について検討を加えた。

平成4年決定は、共同正犯における正当防衛の要件の存否を判断する場合に「個別化」を「真正面」から認めたものと評価できるが、これは、人的不法論（二元的行為無価値論）の見地からみると、妥当な方向に変化していると解される。しかし、共謀共同正犯形態において、共謀者に関して「積極的加害意思」の存在を根拠として侵害の急迫性を否定した点は、香城説を理論的前提にしたものと解されるが、これは、「積極的加害意思」の概念（それゆえ、侵害の急迫性の概念）を規範的に解釈し過ぎている点で妥当性に欠けるものと思われる。

平成 20 年決定は、この行き過ぎに対して歯止めをかける意味があるが、判例の変化の方向としては、平成 20 年決定によって、平成 4 年決定は影響を受け、「共謀共同正犯形態」において関与した共謀者に関して侵害の急迫性の存否を判断する場合、「積極的加害意思」理論を経由せず、「端的に」、共謀者の法益侵害の危険性の存否に基づいて判断すべきことが期待されることになる。

（本稿は、平成 24（2012）年度松山大学特別研究助成の成果の一部である）