

松 山 大 学 論 集
第 28 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 1 6 年 8 月 発 行

共犯関係からの離脱と正当防衛

明 照 博 章

共犯関係からの離脱と正当防衛

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 共同正犯関係からの離脱 – 平成元年最高裁決定
- 三 共同正犯と正当防衛
- 四 結論

一 本 稿 の 目 的

共犯関係からの離脱とは、共犯者の一部が犯罪の完成に至る前の犯罪遂行過程において犯意を放棄し、以後、他の「共犯者との犯罪実行を中止する」こと、他の者との「共犯関係から離れ去る」こと又は「それ以降の残りの共犯者…の犯罪行為に関与しない」こととされる^{1),2)}。複数の犯罪関与者が存在する場合、そのうちの一人又は一部が途中で犯意を放棄し共犯関係から離脱することは、「実際にもよくみられる現象」と指摘されているが³⁾、この問題の核心は、「犯意を放棄し」、「他の共犯者との犯罪実行を中止した者」言い換えると「他の者との共犯関係から離れ去った者」（離脱者）が、他の共犯者の行為によって生じた結果について如何なる範囲で責任を負うかにあるとされる⁴⁾。

かつて、学説は、共犯における中止犯の問題、言い換えると、刑法43条ただし書きの共犯関係への適用問題として処理してきた⁵⁾。

たしかに、他の共犯者が実行に着手した後既遂に至らない段階で犯意を放棄し他の共犯者との犯罪実行を中止した場合、単独犯と同様、中止犯の成否の問題として処理できる⁶⁾。しかし、「共犯関係からの離脱」の「現象」は、他の共犯者による実行の着手に至る前から「犯罪完成前の全段階」においても生じ得る⁷⁾。

ので、「共犯における中止犯」の事例に限定されないことになる。したがって、この問題は、共犯の処罰根拠から再検討される必要があるわけである⁸⁾。

このように「共犯関係からの離脱」は広がりのある「現象」であるが⁹⁾、本稿では、「共同正犯関係にある者において、他の共犯者が実行に着手した後既遂に至らない段階で、共同正犯者の一部の者が、犯意を放棄し、「他の共犯者との犯罪実行を中止した」言い換えると「他の者との共犯関係から離れ去った」事例に限定して議論を進め、次に、「複数人が共同して防衛行為の暴行に及び、侵害終了後になお一部の者が暴行を続けた場合、侵害終了後に暴行を加えていない者には、正当防衛が成立するか」という問題を検討したい。

※本稿は、平成26(2014)年5月3日に開催された、国際シンポジウム「共犯の処罰根拠」(主催：台湾東呉大學法學院、台湾國立中央警察大學法律學系、台湾刑事法學會)において報告した原稿に、加筆修正を加えたものである。

注

- 1) 川端博『刑法判例演習教室』(平7年・1995年)113頁、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(平19年・2007年)118頁、成瀬幸典「共犯関係からの離脱について」『立教法務研究』7号(平26年・2014年)117-8頁参照。
- 2) 共犯関係からの「離脱」に関連して、原田國男「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)』(平3年・1991年)178頁は、「被告人が共同遂行の意思を放棄して離れる場合を『共犯の離脱』と呼び、共同遂行が終了したとして離れる場合を『共犯の解消』と呼ぶ」として共犯関係からの「離脱」と「解消」を区別する。また、任介辰哉「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度)』(平25年・2013年)172-3頁は、最決平21・6・30刑集63巻5号475頁の評釈において、次のように指摘する。すなわち、「離脱」の用語について、「実際にその場から離れるという事実行為としての意味で用いたり」、「共犯関係の解消という法的評価を加えた意味で用いたり」する例が見られたが、平成21年決定は、「離脱」を「事実行為の意味でのみ用いており」、「法的評価を加えた場合には『離脱』ではなく『共謀関係の解消』(『共犯関係の解消』でもよいと思われる。)という表現を用いている。用語の意味を明確にするという観点からすると、本決定のような用法が適切であるように思われる」とする。そして、三村三緒「共犯からの離脱」池田修・杉田宗久編『新実例刑法[総論]』(平26年・2014年)395頁は、「離脱」について、「必ずしもその用法が定まっていないようである」と指摘しつつ、「離脱」を「実際にその場から離れると

いう事実行為の意味として用い、「法的評価を加えた場合には『共犯関係の解消』という表現を用いる」とし、橋爪隆「共犯関係の解消について」『法学教室』414号（平27年・2015年）98頁は、「本稿においては、犯行から抜けようとする事実的な行為を『離脱』と表現し、その行為によって法的にもそれ以降の行為について責任を負わない状態を『共犯関係の解消』と呼ぶことにしたい」として、両者を区別する。さらに、西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』第6版（平20年・2008年）192-197頁までは、「共犯関係からの**離脱**」という表題が掲げられていたが、山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』第7版（平26年・2014年）190-5頁からは、「共犯関係からの**解消**」という表題が掲げられるようになった。一方、川端博『刑法総論25講』（平2年・1990年）324頁は、「共同正犯からの離脱」に関して「共同正犯者の一員として、その実行に参加した者が、その犯罪の完成前に、共同正犯の主観的要件としての共同実行の意思を放棄するとともに、客観的要件としての共同実行の事実の面においても、それまでに自己の実行したところについての犯罪の結果実現への原因となりうる関係を除去するための真摯な態度を示したと見られる」場合、「その段階において、当該共同正犯関係から離脱したもとのとして、それまでの犯行についてのみの責任…を負う」とされ、最近でも、成瀬・前掲注(1)118頁は、「離脱が認められれば、離脱者は、離脱以降に行われた残余共犯者〔＝一部が離脱した後に犯罪行為を行った共犯者-著者注〕の犯罪行為とそれに基づく結果…について責任を負わないことになる」と指摘されている。

共犯関係の「離脱」と「解消」については、さらに、豊田兼彦「共犯関係からの離脱」『法学教室』（平22年・2010年）26頁、齊藤彰子「共犯からの離脱と解消」『刑事法ジャーナル』44号（平27年・2015年）19-20頁、塩見淳『刑法の道しるべ』（平27年・2015年）125-6頁参照。

なお、本稿では、「離脱」と「解消」を特に区別せず用いることにする。

3) 西田典之『共犯理論の展開』（平22年・2010年）240頁。

4) 今井・前掲注(1)118頁。

5) 西田・前掲注(3)240頁。

6) 今井・前掲注(1)118頁。

7) 西田・前掲注(3)240頁。

8) 今井・前掲注(1)118頁。

9) 犯罪の実行を共謀した者の一部が、他の共謀者が「実行行為に着手しない」内に「共謀関係から離脱」した場合（川端博『刑法総論講義』第3版（平25年・2013年）629頁）、共同正犯の実行に着手した後既に至らない段階で、共同正犯者中の一部の者が、他の共同者との相互的利用・補充の共同関係を解消して、その「共同正犯関係から離れ去る」場合（川端・注(9)630頁）、さらに、「教唆犯関係からの離脱」（川端・注(9)631頁）、「従犯関係からの離脱」（川端・注(9)631-2頁）という場面に分けることができる。

二 共同正犯関係からの離脱—平成元年最高裁決定

共同正犯関係からの離脱に関連して、「共同正犯関係にある者において、他の共犯者が実行に着手した後既遂に至らない段階で、共同正犯者の一部の者が、犯意を放棄し他の共犯者との犯罪実行を中止した」事例に対して下された平成元年最高裁決定がある¹⁰⁾

事実関係は次の通りである。

被告人Aは、Bの舎弟分であるが、両名は、昭和61年1月23日深夜スナック「S」で一緒に飲んでいた被害者Cの酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、同人に謝らせるべく、車でB方に連行した。

Aは、Bとともに、1階8畳間において、Cの態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、同人が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思をBと相通じた上、翌24日午前3時30分ころから約1時間ないし1時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも同人の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。

Aは、同日午前5時過ぎころ、B方を立ち去ったが、その際「おれ帰る」と言うだけで、自分としてはCに対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、Bに対しても、以後はCに暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいはCを寝かせてやってほしいとか、病院に連れて行ってほしいなどと頼んだりせず、現場をそのままにして立ち去った。

その後ほどなくして、Bは、Cの言動に再び激昂して、「まだシメ足りないか」と怒鳴って上記の8畳間においてその顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。

Cは、そのころから同日午後1時ころまでの間に、B方において甲状軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、この死の結果が、被告人Aが帰る前にAとBがこもごも加えた暴行によって生じたものか、その後のBによる前記暴行により生じたものかは断定できない。

これに対して、最高裁は、上記「事実関係に照らすと、被告人が帰つた時点では、Bにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去つたに過ぎないのであるから、Bとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということではできず、その後のBの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりにCの死の結果が被告人が帰つた後にBが加えた暴行によつて生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である」とした。

1 「一部実行の全部責任」の原則とその根拠

平成元年最高裁決定本件では、被告人Aは、Bと共謀の上Cに暴行を加え、Cが死亡するまでに、B方を立ち去っているが、仮に、「AがB方を立ち去る」状況がなければ、共同正犯の原則形態となる。そこで、まず、共同正犯の原則形態である場合、各関与者がどの範囲で責任を負うかについて確認する。

AとBは、共謀の上Cに暴行を行っているので、AとBがそれぞれ全ての暴行行為を行ってなくても、つまり、どの暴行行為によりCが死亡したかについて認定されなくとも、AとBは、生じた全結果について責任を負う。これが、「一部実行の全部責任」の原則であるが、この原則について、川端教授は、次のように説明しておられる¹¹⁾

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（グループ・ダイナミクス）が存在する。しかし、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¹²⁾。そして、個人主義的原理は、共犯現象を、個々の行為者の行為に還元した上で、「分業形態」による犯罪の完成を目指す協力関係と捉える¹³⁾。このように「共同正犯を個人主義的に把握した場合」、そこには、各人が各自の目的をもち、その実現のために集合力を相互に利用している集団現象が存在すると評価できる¹⁴⁾。ただし、数人が集合して集団を形成した場合、「共同目的」による「心理的拘

束」が生じるが、その集団の個々の構成員を超越するものではない¹⁵⁾あくまでも、各人が、上記の相互的な利用・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、これを遂行できるようになるだけである¹⁶⁾

このような観点から、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。

上述の事例では、AとBは、それぞれ単独ではCの殺害を実現し得なくとも、「分業形態」、「合同力」又は「相互的な精神的強化」によって、これを遂行できる関係に立つと評価できるが、これが「一部実行の全部責任」の原則を基礎づける関係である。

2 「一部実行の全部責任」の原則と「共同正犯関係からの離脱」の関係

次に、「AがB方を立ち去る」状況をどのように評価できるか、つまり、「共同正犯関係からの離脱」の基準について検討する。

これは、「一部実行の全部責任」を負う関係を逆からみることになる¹⁷⁾

「相互的な利用・補充の共同関係」が「解消」した場合は、「単独」で犯罪を完遂しなければならない状況に戻る。「相互的な利用・補充の共同関係」つまり「集団の拘束力」が生じたとしても、それは集団の個々の構成員を超越するものではないことは前述の通りである。言い換えれば、「集団の拘束力」は、あくまでも複数の人格主体が作り上げ、その人格主体に従属するものであるから、個々の構成員は、自由に「集団の拘束力」を解消させることができるはずである¹⁸⁾それゆえ、離脱者和其他の共犯者の中で「相互的な利用・補充」関係が「解消」されれば、離脱者は、単独犯と評価され得るのである。そして、単独犯と評価される場合、「自己責任」の原則が妥当するので、自分の行為と因果関係のない結果については、刑事責任を負わされることはない¹⁹⁾

離脱者（本件ではB）が「相互的な利用・補充の共同正犯関係を解消して、そ

の関係から離れ去った」と評価できれば、離脱者は単独犯と評価できるが、これが「共同正犯関係からの離脱」の判断基準となる。

3 「共同正犯関係からの離脱」と平成元年最高裁決定の関係

「共同正犯関係からの離脱」と「平成元年最高裁決定」の関係を整理すると次のようになる。

共同正犯関係からの離脱は、他の共犯者が実行に着手した後既遂に至らない段階で、犯意を放棄し他の共犯者との犯罪実行を中止した離脱者を、単独犯と「評価し得る」ために、離脱者は、他の共犯者により生じた結果に対する因果関係が否定され、離脱者との関係では結果不発生と評価しようとする理論であるが、「離脱」を肯定するためには、影響力を全くなくする方法で「共犯関係を解消」しなければならないわけである。

平成元年最高裁決定は、「当初の共犯関係が…解消した」という基準を用いて、「Aは傷害致死の責を負う」かを判断し、結論として「Bとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のBの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である」とする。それゆえ、本決定は、共同正犯関係からの離脱の理論を前提にしているものと理解できる。そして、これは、共同正犯を個人主義的に把握した場合に導き出せる理論と評価し得る。

注

- 10) 最決平元・6・26 刑集 43 卷 6 号 567 頁。本件の評釈として、川端・前掲注 (1) 112 頁以下、同『共犯論序説』(平 13 年・2001 年) 88 頁以下、園田寿「判批」『法学教室』111 号 (平元年・1989 年) 80 頁以下、振津隆行「判批」『平成元年重要判例解説』(平 2 年・1990 年) 153 頁以下、前田雅英「判批」『判例評論』373 号 (平 2 年・1990 年) 64 頁以下、萩原玉味「判批」『刑法判例百選 I 総論』第 3 版 (平 3 年・1991 年) 194 頁以下、第 4 版 (平 9 年・1997 年) 192 頁以下、川口浩一「判批」『刑法判例百選 I 総論』第 5 版 (平 15 年・2003 年) 188 頁以下、島岡まな「判批」『刑法判例百選 I 総論』第 6 版 (平 20 年・2008 年) 194 頁以下、第 7 版 (平 26 年・2014 年) 192 頁以下、原田・前掲注 (2) 175 頁以下、

同「判批」『最高裁 時の判例Ⅳ 刑事編』（平16年・2004年）77頁以下、野村稔「判批」『判例セレクト'86~'00』（平14年・2002年）405頁等がある。

- 11) なお、「一部実行の全部責任」の原則をどのように解するかについては、多様な説明が可能であるが、本稿では、川端教授の所説を前提として議論を進めることにする。
- 12) 川端・前掲注(9) 525頁。
- 13) 川端博『共犯の理論』（平20年・2008年）26頁。
- 14) 個人主義原理と集団主義原理については、川端・前掲注(10) 17-9頁、同・前掲注(13) 1-2頁参照。
- 15) 川端・前掲注(13) 27頁。
- 16) 川端・前掲注(9) 525頁。「複数人で行うことによって生じる心理的作用」が「合同力」であるとする点に関して、川端教授は、次のように敷衍しておられる。すなわち、教授は「一人ではびくびくして遂行できないことでも、二人以上になると、法益侵害の結果を確実に実現できるのは、『合同力』の成果なのです。行為者相互に強い心理的な結び付きが生じ、結果の実現に向けて結束して行動しようとする心理的強制力が働きます。これが、心理的な『合同力』にはかなりません」と指摘しておられる（川端博『刑法特別講義・講演録』（平28年・2016年）346頁）。
- 17) この点に関して、原田教授は、正当にも、平成元年最高裁決定における「共犯の解消の問題」は、「共同正犯において一部行為による全部責任が問われるその全部責任の範囲の問題である」とした上で、「共犯の解消の根拠は、共犯成立の根拠と裏腹の関係にある」とされ（原田・前掲注(2) 179頁）、川端教授は、「共同正犯の本質は『一部実行の全部責任』の原則に端的に現われている」とし、「共同正犯関係からの離脱の問題は、共同正犯の本質に遡って解決されなければならない」と指摘しておられる（川端・前掲注(13) 43頁）。さらに、橋爪教授は、「共同正犯も自己の関与について責任を問われる」から、「自己の関与と因果性を有する限度において、結果に対する責任を負う」とされる。そして、「共謀の射程が及ばない場合」とは、「共謀行為とは無関係に結果が生じたと評価できる場合」であり、「共謀行為と結果惹起との間の因果性が欠如する状況」と理解できるとし、「共謀の射程とは、共犯関係の離脱・解消と基本的には共通の問題なのである」と指摘する。その上で、共犯関係の離脱・解消では「他の関与者に与えた因果的影響力がなお持続しているため、それを積極的に遮断する行為が必要とされる」のに対して、共謀の射程は、「他の関与者による別個の意思決定によって、当初の共謀の因果性が自動的に消滅してしまう状況」ということができるとされる（橋爪隆「共謀の射程と共犯の錯誤」『法学教室』359号（平22年・2010年）21-2頁）。
- 18) 川端・前掲注(13) 27頁。
- 19) 離脱行為により従前の共同行為と離脱後に生じた結果との間の因果性が切断される点に根拠を求める見解として、西田・前掲注(3) 243-5頁、川端・前掲注(9) 630頁、633頁、井田良『講義刑法学・総論』（平20年・2008年）505頁、松原芳博『刑法総論』（平25年・

2013年) 290頁, 山口厚『刑法総論』第3版(平28年・2016年) 376頁等。塩見教授は、「通説について確認されるべきは、因果関係の遮断といっても、事実的なものではない点である」と指摘されている(塩見・前掲注(2) 135頁)。また、松宮教授は、共犯からの離脱において「決定的」なのは、「因果的思考ではなくて、規範的・評価的思考である」とされる(松宮孝明『刑法総論講義』第4版(平21年・2009年) 316-7頁。規範的评价を重視する見解として、佐久間修「共犯の因果性について」『法学新報』121巻11=12号(平27年・2015年) 184-5頁。さらに、山中敬一『刑法総論』第3版(平27年・2015年) 1023-5頁参照)。この争点に関しては、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」『研修』741号(平22年・2010年) 11頁以下、十河太朗「共謀の射程について」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の探究』③(平22年・2010年) 94頁以下、山中敬一「共謀関係からの離脱」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(平22年・2010年) 565頁以下、橋爪隆「共謀の限界について」『刑法雑誌』53巻2号(平26年・2014年) 302頁以下参照。

三 共同正犯と正当防衛

次に、「複数人が共同して防衛行為の暴行に及び、侵害終了後になおも一部の者が暴行を続けた場合、侵害終了後に暴行を加えていない者には、正当防衛が成立するか」という問題に検討を加えるが、ここでは、その前提として、共同正犯の事例における正当防衛・過剰防衛の判断方法を示した平成4年最高裁決定に触れることにする²⁰⁾

1 平成4年最高裁決定

本決定では、共謀共同正犯形態において、犯行現場に赴かなかつた共謀共同正犯者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には、積極的加害意思があるため、侵害の急迫性が否定され得るかが問題となった²¹⁾

この点に関して、最高裁は、「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べきであつて、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、昭和52年最高裁決定を引用して²²⁾「被告人は、甲の攻撃を予期し、その機会を利用してA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Aに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったA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」とした。

2 平成4年最高裁決定の意義

平成4年決定は、過剰防衛の成否が共同正犯者間で当然に共通になるものではないことを明らかにしたものである²³⁾しかし、本件では「侵害の急迫性」の「存否」が問題となっている。すなわち、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の処理ではなく、「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」が問題となっているのである。それゆえ、本決定の射程は防衛状況にある者の行為が正当防衛となる場合にも及ぶことになる。したがって、平成4年決定は、共同正犯の場合、過剰防衛を含めて正当防衛の要件全てについて、共同正犯における正当防衛の要件の有無の判断について、「個別化」を「真正面」から認めたものであるから²⁴⁾共同正犯としての正当防衛又は過剰防衛の問題を考える場合、「違法性の個別性」の視点が重要になるわけである²⁵⁾

3 平成6年最高裁判決

従来、論証なしに自明とされてきた「違法性の連帯性」の命題に対して、現在、人的不法論の見地から根本的な疑問が提起されている²⁶⁾そして、判例も、共同正犯について個人主義的把握を進めているが²⁷⁾平成4年決定により「違法性の連帯性」の命題は、実務的にも動搖を余儀なくされたわけである²⁸⁾

このような中、「複数人が共同して防衛行為の暴行に及び、侵害終了後になおも一部の者が暴行を続けた場合、侵害終了後に暴行を加えていない者は、正

当防衛が成立するか」について、平成6年最高裁判決が下された²⁹⁾

事実関係は、次の通りである。

被告人Xは、昭和63年10月22日の夜、中学校時代の同級生であるA、B、C及びDとともに、近く海外留学するDの友人Eを送別するために集まり、Fビル2階のレストラン「G」で食事をし、翌23日午前1時30分ころ、同ビルとは不忍通りを隔てた反対側にあるH会館前の歩道上で雑談をするなどしていたところ、酩酊して通りかかった甲が、付近に駐車してあったAの乗用車のテレビアンテナに上着を引っ掛け、これを無理に引っ張ってアンテナを曲げておきながら、何ら謝罪等をしないまま通り過ぎようとした。不快に思ったAは、甲に対し、「ちょっと待て。」などと声をかけた。甲は、これを無視してH会館に入り、間もなく同会館から出て来たが、被告人Xらが雑談をしているのを見て、険しい表情で被告人らに近づき、「おれにガンをつけたのはだれだ。」などと強い口調で言った上、「おれだ。」と答えたAに対し、いきなりつかみかかろうとし、Aの前にいたDの長い髪をつかみ、付近を引き回すなどの乱暴を始めた。被告人X、A、B及びC（以下「被告人ら四名」という。）は、これを制止し、Dの髪から甲の手を放させようとして、こもごも甲の腕、手等をつかんだり、その顔面や身体を殴る蹴るなどし、被告人Xも、甲の脇腹や肩付近を二度ほど足蹴にした。しかし、甲は、Dの髪を放そうとせず、Aの胃の辺りを蹴ったり、ワイシャツの胸元を破いたりした上、Dの髪をつかんだまま、不忍通り（車道幅員約16.5メートル）を横断して、向かい側にある本件駐車場入口の内側付近までDを引っ張って行った。被告人ら四名は、その後を追いかけて行き、甲の手をDの髪から放させようとして甲を殴る蹴るなどし、被告人Xにおいても甲の背中を一回足蹴にし、甲もこれに応戦した。その後、ようやく、甲は、Dの髪から手を放したものの、近くにいた被告人ら四名に向かって、「馬鹿野郎」などと悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示しながら、後ずさりするようにして本件駐車場の奥の方に移動し、被告人ら四名もほぼ一団となって、甲を本件駐車場奥に追い詰める格好で追って行った。そして、そ

の間、本件駐車場中央付近で、Bが、応戦の態度を崩さない甲に手拳で殴りかかり、顔をかすった程度で終わったため、再度殴りかかろうとしたが、Cがこれを制止し、本件駐車場の奥で、今度はAが甲に殴りかかろうとしたため、再びCが二人の間に割って入って制止した。しかし、その直後にAが甲の顔面を手拳で殴打し、そのため甲は転倒してコンクリート床に頭部を打ちつけ、入院加療7ヵ月半を要する傷害を負うに至った。なお、甲がDの髪から手を放した本件駐車場入口の内側付近からAの殴打により転倒した地点までの距離は、20メートル足らずであり、この間の移動に要した時間も短時間であり、被告人ら四名のうちBやCは、甲がいつDの髪から手を放したか正確には認識していなかった、というものである。

原判決である控訴審判決は、上記の認定事実に基づき、甲がH会館前でDの髪をつかんだ時点から、Aが本件駐車場奥で甲を最終的に殴打するまでの間における被告人ら四名の行為は、本件駐車場中央付近でBを制止した後のCの関係を除き、相互の意思連絡のもとに行われた一連一体のものとして、その全体について共同正犯が成立し、これが過剰防衛に当たると判断した。

これを受けて、上告がなされたが、最高裁は、被告人側の主張が刑法405条の上告理由にあたらなかつつ、職権により、「第一審判決を維持した原判決」を破棄し、被告人に対して無罪を言い渡した。

本判決は、「原判決の認定判断の当否」について、まず、「原判決の認定した前記事実関係のうち、本件駐車場の奥の方に移動した際、被告人ら四名が『甲を本件駐車場奥に追い詰める格好で追って行った』とする点については、後述のように、これを是認することはできない」とする。次に、本件のような「相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討する」場合には「侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当である」とした上で、一般論として「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後

の暴行については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」とした。そして、「侵害現時と侵害終了後とに分けて考察する」という観点から、「被告人らの本件行為を、甲がDの髪を放すに至るまでの行為（以下、これを『反撃行為』という。）と、その後の行為（以下、これを『追撃行為』という。）とに分けて考察すれば、以下のとおりである」とする。

「まず、被告人らの反撃行為についてみるに、甲のDに対する行為は、女性の長い髪をつかんで幹線道路である不忍通りを横断するなどして、少なくとも二〇メートル以上も引き回すという、常軌を逸した、かつ、危険性の高いものであって、これが急迫不正の侵害に当たることは明らかであるが、これに対する被告人ら四名の反撃行為は、素手で殴打し又は足で蹴るというものであり、また、記録によれば、被告人ら四名は、終始、甲の周りを取り囲むようにしていたものではなく、A及びBがほぼ甲とともに移動しているのに対して、被告人は、一步遅れ、Cについては、更に遅れて移動していることが認められ、その間、被告人は、甲をDから離そうとして甲を数回蹴っているが、それは六分の力であったというのであり、これを否定すべき事情もない。その他、甲が被告人ら四名の反撃行為によって特段の傷害を負ったという形跡も認められない。以上のような諸事情からすれば、右反撃行為は、いまだ防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」とする。

「次に、被告人らの追撃行為について検討するに、前示のとおり、A及びBは甲に対して暴行を加えており、他方、Cは右兩名の暴行を制止しているところ、この中であって、被告人は、自ら暴行を加えてはいないが、他の者の暴行を制止しているわけでもない」。「被告人は、検察官に対する供述調書において、『甲さんがDから手を放した後、私たち四人は横並びになって甲さんを本件駐車場の奥に追い詰めるように進んで行きました。このような態勢でしたから、

他の三人も私と同じように、甲さんに対し、暴行を加える意思があったのだと思います。』と供述しているところ、原判決は、右供述の信用性を肯定し、この供述により、被告人ら四名が甲を駐車場奥に追い詰める格好で追って行ったものと認定するとともに、追撃行為に関して被告人の共謀を認めている。しかし、記録によれば、甲を追いかける際、被告人ら四名は、ほぼ一団となっていたということができるとどまり、横並びになっていたわけではなく、また、本件駐車場は、ビルの不忍通り側と裏通り側とのいずれにも同じ六メートル余の幅の出入口があり、不忍通りから裏通りを見通すことができ、奥が行き詰まりになっているわけではない。そうすると、被告人ら四名が近付いて来たことによって、甲が逃げ場を失った状況に追い込まれたものとは認められないのであり、『被告人ら四名は、甲を駐車場奥に追い詰める格好で追って行った』旨の原判決の事実認定は是認することができない。したがって、また、被告人の右検察官に対する供述中、自分も他の三名も甲に暴行を加える意思があったとする部分も、その前提自体が右のとおり客観的な事実関係に沿わないものというべきである以上、その信用性をたやすく肯定することはできない。「そして、甲を追いかける際、被告人ら四名がほぼ一団となっていたからといって、被告人ら四名の間に甲を追撃して暴行を加える意思があり、相互にその旨の意思の連絡があったものと即断することができないことは、この四人の中には、A及びBの暴行を二度にわたって制止したCも含まれていることからしても明らかである。また、A及びBは、第一審公判廷において、甲から『馬鹿野郎』と言われて腹が立った旨供述し、甲の右罵言がAらの追撃行為の直接のきっかけとなったと認められるところ、被告人が甲の右罵言を聞いたものと認めるに足る証拠はない。」「被告人は、追撃行為に関し、第一審公判廷において、『謝罪を期待して甲に付いて行っただけであり、暴行を加えようとの気持ちはなかった。Dの方を振り返ったりしていたので、Bが甲に殴りかかったのは見ていない。CがAと甲の間に入ってやめろというふうに制止し、一瞬間があいて、これで終わったな、これから話合いが始まるな、と思っていたところ、

Aが甲の右ほおを殴り、甲が倒れた。』旨供述しているのものであって、右公判供述は、本件の一連の事実経過に照らして特に不自然なところはない。「以上によれば、被告人については、追撃行為に関し、甲に暴行を加える意思を有し、A及びBとの共謀があったものと認定することはできないものというべきである」とした。

以上の検討を前提として、最高裁は、「被告人に関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、被告人に関して、これらを一連一体のものと認めて、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第一審判決を維持した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」とし、「本件については、訴訟記録並びに原裁判所及び第一審裁判所において取り調べた証拠によって直ちに判決をすることができるものと認められるので、被告人に対し無罪の言渡しをすべきである」とした。

4 平成6年最高裁決定の意義

平成6年判決は³⁰⁾平成4年決定をうけて、共同正犯における正当防衛又は過剰防衛の成否については、関与者毎に「個別的に」考察しようとしている点に両者の共通点がある。しかし、争点は、平成4年決定が侵害の「急迫性」の存否に関わるものであるのに対して、平成6年判決は、一連一体の過剰防衛行為への「不参加」の処理に関わるものである点で異なる。つまり、平成6年判決における問題は、「共同して防衛行為（反撃行為）を行った者のうち、侵害終了後の過剰防衛行為（追撃行為）に参加しなかったばあいの取り扱い」である³¹⁾

ただし、平成6年判決の事例は、共同正犯者の一部が実行に着手した後既遂に至らない段階で、犯意を放棄し他の共犯者との犯罪実行を中止したもの

として理解することもできる。本事案を、平成元年決定が示した基準に照らすと、被告人Xは、暴行を制止したCとは異なり、単に傍観しているだけだから、「相互的利用・補充の共同正犯関係を解消して、その関係から離れ去った」とはいえず、「当初の共犯関係が…解消した」と認めることは困難である³²⁾したがって、Xは、A及びBとの間に成立している「共同正犯関係」から「離脱」したものと評価し、離脱者Xとの関係では、A及びBが行った追撃行為に基づいて発生した結果を「結果不発生」と「評価する」ことは難しいともいえる。

ところが、平成6年判決は、防衛行為を共同した者の内、量的過剰行為に至った者と、相当性な反撃行為をし過剰な追撃行為には不参加だった者との間の共謀を認定する場合「暴行の共同意思から離脱したか」の枠組みではなく、「新たに共謀が成立したか」の枠組みによるべきとした上で、追撃行為不参加者Xに、正当防衛の成立を肯定した³³⁾これは、共同正犯における量的過剰の事例において過剰な追撃行為不参加者の帰責範囲に関する枠組みを示したといえ、ここに、平成6年判決の新しさがある³⁴⁾

5 平成6年最高裁判決が示した趣旨の理論的説明

では、平成6年判決が平成元年決定とは異なる枠組みで判断することを示した意義をどのように理解すべきであろうか。言い換えれば、防衛行為を共同した者の内、量的過剰行為に至った者と、相当性な反撃行為をし過剰な追撃行為には不参加だった者との間の共謀を認定する場合、「暴行の共同意思から離脱したか」の枠組みではなく、「新たに共謀が成立したか」の枠組みによるべきとした趣旨の理解が問題となる。

(1) 正当防衛の場合における共犯関係からの離脱に関する特則と解する理解

この点に関して、平成6年判決は、正当防衛の場合における「共犯関係からの離脱」に関する「特別の準則」³⁵⁾又は「特殊ルール」³⁶⁾を肯定したと解する

理解があり、その根拠として、「一部実行の全部責任」の原則が妥当する範囲を違法な構成要件該当行為に限定する点にあることを指摘するものがある³⁷⁾

例えば、船山教授は、共同正犯が成立するためには、2人以上の者が、共謀の上違法な構成要件該当行為を共同して行う必要があり、この場合に、「一部行為の全部責任」の原則が妥当する。これに対して、共同して正当防衛を行った者については、「一部行為の全部責任」の原則を当てはめる必要はない。したがって、正当防衛を共同しても、共同正犯になるわけではないとされる³⁸⁾。また、高橋教授は、「共同正犯の処罰根拠は、共謀に基づく相互的行為帰属にあり、共謀によってこれから行う行為の意味、その行為によって生じ得る結果の予期があるからこそ、相互帰属できる」とし、「違法行為を行うことの共謀と適法行為を行うことの意味疎通とは、行為予期の点で質的に異なる」とする一方で、「結果的に1人の共同者の行為が適法となった場合」には、「共同正犯性が否定される」と主張しておられる³⁹⁾

この見解によれば、正当防衛が成立する本件反撃行為は、そもそも共同正犯が成立しないので、追撃行為について「共犯関係からの離脱」を論じる余地はなくなり、被告人XがA及びBによる追撃行為に関して刑事責任を負うのは、「共謀が新たに成立した場合」に限られる。

(2) 正当防衛の場合における共犯関係からの離脱に関する「特則」と解する理解に対する批判

しかし、この理解は、次の点から妥当ではないであろう。

- I) まず、共同正犯における「一部実行の全部責任」の根拠は、共同正犯者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」が存在することによって、「分業形態」、「合同力」又は「相互的な精神的強化」が生じ、単独では実現し得ないことでもこれを遂行し、結果を惹起できるようになることに求められる⁴⁰⁾。そうすると、各自が「集合力を利用し合っている」という「集団関係」が存在することと行為の

違法性とは直接的な関係を有しないことになる。「客観面での、共犯者間の役割分担による目的の効率的実行」や、「心理面での、仲間がいるという心強さや団結による規律の影響力」は、「共同して行われた行為」が正当防衛であれ過剰防衛であれ「変わらない」のである⁴¹⁾

Ⅱ) 次に、犯罪論体系上、共同正犯の成否は、構成要件該当性の問題であり、その判断は、違法性阻却の判断に先行すべきである⁴²⁾。このように、「構成要件該当性、違法性、責任の具備」を「段階的に順次、検討していく」ことによって、共同正犯においては、構成要件該当行為を共同して行い、共同正犯が成立した場合、違法性の次元で「共同正犯としての」正当防衛又は過剰防衛の成否を検討することが、理論的に可能となる⁴³⁾。逆にいえば、一旦、構成要件段階で成立した共同正犯がその後違法性段階で否定されることもなければ、違法性段階での評価を待たなければ共謀の存否や共同正犯の成立を論じられないというものでもないのである⁴⁴⁾

Ⅲ) さらに、共同正犯が成立するためには、「違法行為」の共同を要求すべきか、言い換えれば、共同正犯の成否の判断は、違法性阻却の存否の判断に先行させて行うべきかについて、川端教授は、行為共同説と犯罪共同説との対立が影響すると指摘しておられる⁴⁵⁾

犯罪共同説の見地を前提とすると、共同正犯は、一個の「犯罪」を共同して行うものと捉えることになるので、共同正犯においては一個の「違法な」故意行為を共同して実行することを要求することになる。それゆえ、共同正犯と正当防衛又は過剰防衛の成否についても、違法性論の観点から捉えようとする傾向がみられる。「共同正犯の従属性」の見地から、「違法は構成要件該当行為を行うこと」が犯罪を実現することを意味するから、正当防衛行為が介在するときには、「共同正犯の成立」を否定すべきであるとされるのである。言い換えると、この見地に立てば、正当防衛を「共同」して行ったとしても、共同正犯にはならないとされるのである⁴⁶⁾

たしかに、「犯罪」の共同を観念する限り、少なくとも違法性の共同を要

求せざるを得ず、その際、違法性の連帯性を基礎づけるために、他の違法行為への従属性をもちださざるを得ないであろう。しかし、共同「正犯」はあくまでも「正犯」の一形態であり、他の正犯行為に従属する性質のものではないと解すべきである⁴⁷⁾

そして、犯罪共同説の見地からは、違法行為の共同を要求する以上、共同して正当防衛を行った場合には、「犯罪実現」のための行動についての原則である「一部実行の全部責任」の原則は当てはまらないことになる。しかし、「犯罪実現」という表現は、実は「違法行為」の遂行による「結果発生」を意味するのであり、正確には、「構成要件的结果の実現」と言い換えられるべき実体が存在する。そうすると、この問題も、共同正犯が成立するためには、「違法行為」の共同を必要とするかという問題に収斂される⁴⁸⁾

行為共同説の基本的理解によれば、共同正犯が成立するためには、複数の者の間で構成要件的行為を共同する意思があれば足りることになる。必ずしも同一の構成要件の故意を共同する必要はなく、相異なる構成要件の故意をもっている者同士であっても、それぞれの構成要件的结果の実現に役立つ限りにおいて、一定の構成要件的行為を共同することは可能である。そして、その共同行為によって生じた結果は、それぞれの共同行為者の構成要件の故意の相応するものとして個別的に評価されることになる⁴⁹⁾

この見地を前提とすると、「一部実行の全部責任」とは、次のように解される。すなわち、「一部実行」とは、「実行行為のすべて」を行わなくても、その「一部」を分担すれば足りることを意味し、「全部責任」とは、「共同実行によって生じた全結果」について、「それぞれの構成要件の故意に見合う構成要件該当性」が肯定されることを意味することになる⁵⁰⁾つまり、「一部実行の全部責任」の原則は、「共同正犯の構成要件該当性の次で機能する原理」であると解すべきである⁵¹⁾したがって、共同正犯が成立するためには、「違法行為」の共同を必要とせず、共同正犯の成否の判断は、違法性阻却の存否の判断に先行させて行うべきことになるのである。

IV) 最後に、本判決が共同行為に正当防衛が成立する場合の特則を説示したものだとする、適用において妥当でない場面が存在することになる。すなわち、正当防衛行為として暴行に参与した者は、行為の内容が同一であったとしても、反撃行為に正当防衛が認められれば(相当性の範囲内であるならば)、新たな共謀が認定されない限り他の者の追撃行為について共同正犯の責任を負わない。しかし、反撃行為がたまたま防衛の程度を超えて過剰防衛になれば、新たな共謀が認定されなくても、他の者の追撃行為について共同正犯の責任を負うことにあるが、これは、あまりに形式的すぎ、妥当な結論ではないであろう⁵²⁾

(3) 正当防衛の場合における共犯関係からの離脱に関する「事実認定の指針」と解する理解

そこで、平成6年判決は、正当防衛の場合における事実認定の指針として意義を有すると解すべきである⁵³⁾

敷衍すると、本判決は、一部の者が量的過剰防衛行為を行った場合、当初の反撃行為について、現場共謀を遂げた被告人Aが追撃行為(量的過剰行為となった部分)についても責任を負うためには、共犯関係からの離脱を問題とするのではなく、追撃行為に関して、「新たな共謀が成立したかどうかを検討すべき」であるとし、本件では追撃行為に関する共謀が認定できないとして、被告人Aを無罪としているが、これは、「侵害終了後の追撃行為は、たとえ構成要件的には同じ暴行行為であっても、反撃行為(正当防衛行為)に関する共謀の射程には含まれない」という判断を示したものと解すべきである⁵⁴⁾

(4) 本件の事例処理の前提となる判断

本件の事例処理における前提として、次のような判断があったとされる。

川口判事によれば、①一部の者が行った量的過剰防衛行為となる「追撃行為に関する共謀の認定」について、「侵害現時の反撃行為と侵害終了後の追撃

行為とを一連一体のものとして評価すべき」という判断と、②「行為の際の正当防衛状況の存在ないしは途中からの侵害の急迫性の消失は、行為の違法性レベルで考慮されるべき事情」であり、「前段階としての構成要件該当性レベルの問題としての共謀を認定する」に当たっては、正当防衛状況に関する「事情を考慮に入れる必要はなく、当初から犯罪を共謀した場合と同様に考えればよい」という判断が伏在していたとされる⁵⁵⁾

(5) 事実認定の指針の内容

構成要件該当性レベルと、違法性レベルに分けた場合、量的過剰防衛行為となる「追撃行為について誰が共同正犯者として行為しているか」と、「誰が正当防衛であり、誰が量的過剰防衛であるか」という問題が存在するが、②で指摘された当初の正当防衛状況の「存在」とその「喪失」は、共同遂行行為の前提となる各行為者の攻撃意思に密接に関連するので、侵害現時における反撃行為時点と侵害終了後における追撃行為時点の各時点において共同遂行意思が存在するかを判断する際にも十分に考慮すべき事情と解される⁵⁶⁾

本件は、共同正犯における量的過剰防衛の事例であり、相手方の侵害の急迫性が喪失した後も一部の者が過剰な追撃行為を行っている。量的に過剰となる追撃行為を行った時点で追撃行為者の目的に変更が生じるので、追撃行為不参加者との間に共同正犯関係を基礎づける共謀が存在したかについては、改めて検討を必要とするのである。

敷衍すると次のようになる。

共同行為者の一人が、正当防衛状況が存在する状況において「侵害阻止」という「正当目的」により攻撃意思を形成し、他の関与者と「正当目的」の意思を疎通させたからといって、正当防衛状況が喪失した後に、今度は、「加害」という「不当目的」により攻撃意思を形成し、他の関与者との間で「不当目的」の意思を疎通させたということには、当然にはつながらないはずである⁵⁷⁾「複数人が共同して防衛行為を行い、さらに一部の者が相当性を超えて攻撃を続け

場合」には、はじめに「防衛する」という「意思の連絡がある」だけであり、「防衛を超えた加害についての意思連絡は、通常存在しない」から、「防衛しよう」という合意には、不正目的で加害すること（量的過剰防衛行為となる部分）に関する「合意は含まれて（いない）」ことになる⁵⁸⁾「侵害行為に対して（多少過度のものであっても）防衛行為を行おうとする意思」と「侵害終了後さらに追撃して暴行を加えようとする意思」とは「通常は別個のもの」だからである⁵⁹⁾それゆえ、量的過剰防衛行為の共同遂行については、当初の（適法行為に関する）合意によりカバーされるものではないので、「そこに新たに共謀が成立しなければ、後続の違法行為」に対する「刑事責任を肯定することはできない」のである^{60), 61)}

さらに、共同正犯における量的過剰防衛の事例において、安易に共同行為の継続を認めると、侵害現時と侵害終了後では、質的な差異を無視することになり、妥当でない。侵害現時と侵害終了後とは、正当防衛の成立にとって決定的だからである。すなわち、同じ暴行行為であっても、侵害現時に防衛行為としてなされたもの（反撃行為）は、正当防衛として評価されて違法性を阻却され得るが、侵害終了後に追撃行為としてなされたものは、それ自体として違法性を阻却されることはなく、先行する防衛行為と併せて全体的に考察して過剰防衛となり得る（量的過剰防衛）にとどまるに過ぎない。それゆえ、質的に重要な差がある以上、質的断絶の有無を厳密に検討しなければならないのである⁶²⁾

6 小括

平成6年判決は、上で示した通り、正当防衛の場合における事実認定の指針として意義を有することになる。すなわち、本判決が「侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められ

るときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」と指摘しているのは、三—5—(5)において示した「事実認定の指針」を言い換えたものである⁶³⁾。そして、本判決において最高裁が「正当防衛の場合における事実認定の指針」を示したのは、反撃行為と追撃行為が一連一体のものと評価される場合、反撃行為を制止しなかった者が「他の関与者の追撃行為を制止しなかった以上は追撃行為についても共謀があった」と認定しがちになる点に対する警鐘ともいえる⁶⁴⁾。

注

20) 最決平4・6・5刑集46巻4号245頁。

21) 詳細は、拙稿「共同正犯と正当防衛」『松山大学論集』25巻6号(平26年・2014年)95頁以下参照。

22) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁は、周知の通り、いわゆる「積極的加害意思論」の契機となっている(拙稿「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」『法律論叢』72巻1号(平11年・1999年)45頁以下、同「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)127頁以下参照)。

23) 曾根威彦『刑事違法論の研究』(平10年・1998年)267頁、松原芳博「判批」『刑法判例百選I総論』第7版(平26年・2014年)178頁。

24) 川端博『正当防衛権の再生』(平10年・1998年)261頁、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、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。曾根・前掲注(23)267頁は、「本決定の立場」からすれば、Aに正当防衛が成立する場合であっても、被告人については、Aと異なった取扱いが十分に考えられるとした上で「ここでは過剰防衛と正当防衛とで問題の本質は同じである」と言及しておられる。さらに、拙稿「判批」『現代刑事法』4巻2号(平14年・2002年)84頁参照。

25) 川端・前掲注(24)260頁。

26) 川端・前掲注(24)261頁。行為無価値論及び結果無価値論の詳細な議論は、川端博『違法性の理論』(平2年・1990年)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。

27) 川端・前掲注(10)19頁、同・前掲注(24)261頁。

28) 川端・前掲注(24)260-1頁、266頁。

29) 最判平6・12・6刑集48巻8号509頁。本件の評釈として、川端・前掲注(24)253頁以下、小田直樹「判批」『平成6年重要判例解説』(平7年・1995年)142頁以下、野村稔

- 「判批」『法学教室』177号（平7年・1995年）72頁以下、川口政明「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成6年度）』（平8年・1996年）212頁以下、同「判批」『最高裁時の判例IV 刑事法編』（平16年・2004年）37頁以下、川崎友巳「判批」『同志社法学』250号（平8年・1996年）242頁以下、船山泰範「判批」『判例評論』448号（平8年・1996年）69頁以下、東公明「判批」『創価法学』26巻2＝3号（平9年・1997年）173頁以下、佐伯仁志「判批」『ジュリスト』1125号（平9年・1997年）148頁以下、前田雅英「判批」『刑法判例百選I 総論』第4版（平9年・1997年）194頁以下、只木誠「判批」『刑法判例百選I 総論』第5版（平15年・2003年）190頁以下、嶋矢貴之「判批」『刑法判例百選I 総論』第6版（平20年・2008年）196頁以下、十河太郎「判批」『刑法判例百選I 総論』第7版（平26年・2014年）194頁以下、井田良「判批」『判例セレクト'86～'00』（平14年・2002年）472頁等がある。
- 30) 川口判事は、「上告審は、一、二審の有罪判決を破棄して、被告人に無罪を言い渡したのであるが、その背景には、次の三点についての評価の違いがあったものと思われる。すなわち、①侵害現時における被告人らの反撃行為の防衛行為としての相当性についての評価の違い、②侵害終了後の追撃行為についての共謀の認定方法の違い（『共謀の成立』か『共犯からの離脱』か）、③侵害終了後の追撃行為についての共謀を認定する際の根拠事実の認定評価の違い（特に、共謀に関する被告人の自白についての信用性の評価の違い）、の三点である」と指摘しておられる（川口・前掲注（29）解説220頁）。
- 31) 川端・前掲注（24）261頁。
- 32) 佐伯・前掲注（29）149頁、只木・前掲注（29）190頁、前田・前掲注（29）194頁。最高裁によれば、原判決は、「甲がH会館前でDの髪をつかんだ時点から、Aが本件駐車場で甲を最終的に殴打するまでの間における被告人ら四名の行為は、本件駐車場中央付近でBを制止した後のCの関係を除き、相互の意思連絡のもとに行われた一連一体のものとして、その全体について共同正犯が成立し、これが過剰防衛に当たる」と判断しているが、佐伯教授は、原判決の判断について、「平成元年決定に依拠したものと推測される」と指摘しておられる（佐伯・前掲注（29）149頁）。
- 33) ここに、「侵害の終了後の追撃行為についての共謀の認定方法」に関して、上告審と1、2審には差異がある。すなわち、「上告審が『共謀の成立』の問題として捉えている」のに対して、「一、二審は、『共犯からの離脱』の問題として捉えている」のである（川口・前掲注（29）解説222頁）。
- 34) 川口・前掲注（29）解説225頁、川端・前掲注（24）262頁、佐伯・前掲注（29）149頁、只木・前掲注（29）190頁、東・前掲注（29）181頁参照。
- 35) 佐伯・前掲注（29）149頁。
- 36) 嶋矢・前掲注（29）196頁。
- 37) 平成6年判決の前提となる上告趣意において、「違法共犯論」という表題のもとに、被告人側から、平野博士の所説を引用しつつ次のように主張があった（平野龍一『刑法総論

II] (昭50年・1975年) 213頁, 228頁, 354-5頁)。すなわち、「共犯は、自己の行為によって違法な結果を発生させたことについて責任を問われるものである。正犯の行為も、共犯からみれば、結果発生までの過程の一部にすぎない。その過程および結果が違法でない場合には、共犯がそれについて責任を問われることもない。その意味で正犯の行為は違法でなければならない。しかし、正犯に責任があるかどうかは、正犯を処罰するかどうかを考えるについて問題にすればよいのであって、共犯にとってはどちらでもよいことである。共犯の責任の有無は、共犯自身について論じれば足りる」。「このように、正犯の行為が違法であれば共犯の行為も違法であるから、『違法は連带的である』ということができるが、正犯が責任がなくとも共犯には責任があることもあり、その逆のこともあるから、『責任は個別的である』といえる。それは、違法が本来客観的なものであり、責任が主観的なものであるということからくる帰結である」とする。

その上で、正当防衛と共同正犯の関係に関して、「共同正犯も、自己の行為によって違法な結果を発生させたことについて責任を問われるものであり、他の正犯の行為は違法でなければならない」。「正当防衛は…違法阻却事由である。共同で正当防衛行為を行った場合、各人の行為は違法でないのであるから、共同行為者間に共同正犯関係は成立しない」と主張したのである。

38) 船山・前掲注(29) 70-1頁。

39) 高橋則夫『刑法総論』第2版(平25年・2013年) 460頁。高橋教授は、「結果的に1人の共同者の行為が適法となった場合」に共同正犯性が否定される根拠として、「制裁(媒介)規範から派生する結果帰属の側面から(共謀があるが結果帰属がないことから)」、共同正犯性が否定されると指摘しておられる。さらに、野村教授は、「甲が暴行を止める以前の甲、乙の暴行が丙の侵害行為に対する正当防衛として正当化された」場合において、乙による暴行が継続した時には、乙の暴行による「因果的危険性はいわば適法な行為から生じたものであり、いわば許された危険として当然には罪責を負うべきではなく、当該暴行につき新たな共犯関係が成立した場合のみ、甲は乙の暴行により丙に生じた傷害の結果について罪責を負うべき」とし、「いわば正当防衛などの適法な行為の介入することにより共犯関係は中断する」とされる(野村・前掲注(29) 73頁)。

40) 川端・前掲注(9) 525頁。

41) 佐伯・前掲注(29) 149頁。佐伯教授は、「もし、適法な行為の共同正犯はあり得ないとする見解が、違法な行為を共謀するという『悪しき』意思自体に全部責任の根拠を求めている」とすれば、「心情刑法との非難を免れないであろう」と言及される(佐伯・前掲注(29) 149頁)。

42) 佐伯・前掲注(29) 149頁。佐伯教授は、「防衛行為の相当性は、各行為者がどの範囲の結果について責任を負うのかが先に決定されていなければ判断できないはず」だから、「共同正犯の成否の判断は防衛行為の相当性判断に先行している必要がある」と敷衍される(佐伯・前掲注(29) 149頁)。

- 43) 川端・前掲注(24) 260頁。
- 44) 只木・前掲注(29) 191頁。
- 45) 行為共同説と犯罪共同説については、川端・前掲注(10) 19-22頁、同・前掲注(13) 28-31頁参照。
- 46) 川端・前掲注(24) 258頁。この点に関して、例えば、船山教授は、現行法の解釈上、犯罪を執行するとは、「違法な構成要件該当行為を行うことにほかならない」とされた上で、この「文言は、通常、教唆犯・幫助犯が正犯の執行に従属するとして、その従属性の程度いかんという問題に関する制限従属性の根拠として用いられる」が、「同じことは共同正犯にも当てはまる」とし、共同正犯が成立するためには、2人以上の者が共謀の上で、「違法な構成要件該当行為を共同して行う」ことにほかならないとされる(船山・前掲注(29) 70-1頁)。
- 47) 川端・前掲注(24) 258頁。只木教授は、共同正犯には、正犯の違法性を前提として共犯の成立を論じる「狭義の共犯の従属性」が、そのまま妥当するものではない、とされ(只木・前掲注(29) 191頁)、さらに、川端教授は、「共同正犯について従属性をみとめる」のは、「共同正犯概念にとって自殺行為に等しい」との評を甘受せざるを得ないと指摘しておられる(川端・前掲注(24) 258頁)。
- 48) 川端・前掲注(24) 259頁。
- 49) 川端・前掲注(24) 257頁。
- 50) 川端・前掲注(24) 257頁。
- 51) 川端・前掲注(24) 259頁。
- 52) 佐伯・前掲注(29) 150頁、只木・前掲注(29) 191頁。
- 53) 佐伯・前掲注(29) 150頁。川口判事は、平成6年判決の意義について、「量的過剰行為(追撃行為)の執行に及んだ者について反撃行為と追撃行為とを一連の者として評価するのを相当とする場合において、反撃行為は共同実行したが追撃行為の執行には及ばなかった者につき、追撃行為に対する共謀を認定するにあたっては、特に慎重な態度が必要であることを明らかにした点」を指摘されている(川口・前掲注(29) 時の判例38頁)。
- 54) 橋爪・前掲注(17) 23-4頁。
- 55) 川口・前掲注(29) 解説222頁。
- 56) 川口・前掲注(29) 解説223頁。
- 57) 川口・前掲注(29) 解説223頁。小田・前掲注(29) 143頁参照。
- 58) 前田・前掲注(29) 195頁。
- 59) 佐伯・前掲注(29) 150頁。
- 60) 井田・前掲注(19) 507頁。
- 61) 「侵害行為に対して防衛行為を行おうとする意思」と「侵害終了後さらに追撃して暴行を加えようとする意思」とが「別個のもの」であるとすると、量的過剰防衛行為の共同遂行については、当初の(適法行為に関する)合意によりカバーされるものではないので、

「そこに新たに共謀が成立しなければ、後続の違法行為」に対する「刑事責任を肯定することはできない」点に関して、敷衍すると次のようになる。すなわち、行為の存在論的観点からは、人間の行為には目的的構造が存在し得るが、これを前提として、法秩序の観点から行為を見ると、主観が加わって行為者の行為として行われて初めて、行為が刑法上の違法論、さらに、違法行為を類型化したものである構成要件論として意味をもち得る。つまり、法秩序は、人間の物理的又は外形的な身体的動静それ自体に関心をもっておらず、外形的な身体的動静は行為者の主観に担われているからこそ、法益侵害に対する「関係」が明らかとなって、不法の内容が確定されるのである。逆からいえば、行為者の主観は、それ自体として法的に意味があるのではなくて、法益侵害との関係において法的意味を取得するに至るのである（川端・前掲注(26) 68-9頁、拙著『正当防衛権の構造』（平25年・2013年）230-1頁。Vgl. Hirsch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, Vor § 32 Rn. 51）。それゆえ、他の共犯者と共に行動していた者が、当初の共謀に基づきどの時点まで共同正犯として行動していたかを決定する際に、判断の対象となっている者が「侵害行為に対して防衛行為を行おうとする意思」であったのか、それとも「侵害終了後さらに追撃して暴行を加えようとする意思」であったのかについては指標となり得るのである。

62) 川端・前掲注(24) 261-2頁。

63) 川口・前掲注(29) 解説 223-4頁参照。

64) 川端・前掲注(24) 262頁。

四 結 論

本稿では、「共同正犯関係にある者において、他の共犯者が実行に着手した後既遂に至らない段階で、共同正犯者の一部の者が、犯意を放棄し」、「他の共犯者との犯罪実行を中止した」言い換えると「他の者との共犯関係から離れ去った」事例に限定して議論を進めた。そして、上記の事例を扱った、平成元年最高裁決定は、「当初の共犯関係が…解消した」という基準を用いて、被告人Aは「傷害致死の責を負う」とかについて判断し、結論として「Bとの間の当初の共犯関係」がAの現場を立ち去った「時点で解消したということはず、その後のBの暴行」も当初の「共謀に基づくものと認めるのが相当である」とするが、これは、離脱行為により従前の共同行為と離脱後に生じた結果との間の因果性が切断された場合、離脱者との関係では結果不発生と評価しようとする「共同正犯関係からの離脱」の理論を前提とするものと位置づけた。

次に、「複数人が共同して防衛行為の暴行に及び、侵害終了後になおも一部の者が暴行を続けた場合、侵害終了後に暴行を加えていない者には、正当防衛が成立するか」について、平成4年最高裁決定に触れ、これが、共同正犯の場合、過剰防衛を含めて正当防衛の要件全てについて、共同正犯における正当防衛の要件の有無の判断について、「個別化」を「真正面」から認めたものであることを確認した上で、平成6年最高裁判決の意義を検討した。その結果、正当防衛の場合における共犯関係からの離脱に関する「事実認定の指針」としての意義を有することが明らかとなった。

残された課題としては、共犯関係からの離脱について、従来、判例は、実行の着手前は比較的緩やかに、実行の着手後はより厳格に解していたとされる⁶⁵⁾。しかし、平成21年最高裁決定は、共犯者が住居に侵入した後、強盗に着手する前に現場から離脱した場合において共謀関係からの離脱を認めなかった⁶⁶⁾。それゆえ、従来の判例の傾向と整合的かについて検討する必要がある。

また、平成6年最高裁判決の事例は、追撃行為の実行に及んだ2名の関係では、反撃行為と追撃行為とを一連のものと評価することが妥当であったとする評価がなされているが、量的過剰防衛行為は、それ自体として違法性を阻却されるわけではなく、先行する防衛行為と併せて全体的に考察して過剰防衛となり得るにとどまるものだから、一般的に、先行する正当防衛との関連性がどの程度あれば、刑法36条2項の適用が可能となるかについて検討する必要となる⁶⁷⁾。この点に関する重要な判断として、平成20年最高裁決定⁶⁸⁾及び平成21年最高裁決定⁶⁹⁾があり、改めて検討しなければならない課題である⁷⁰⁾。

注

65) 原田・前掲注(2)187頁。

66) 最決平21・6・30・前掲注(2)。

67) 平成6年判決の評釈において、川口判事は、事実の捉え方として、「本件においては、反撃行為と追撃行為とは時間的場所的に接着していること、追撃行為は反撃行為と対比して量的に極めて僅少であること、追撃行為の際にも相手方は応戦する態度を維持していた

こと、追撃行為の動機は基本的には侵害に対する憤激にあること」等に照らすと、「共謀の有無の点はさておき」、少なくとも追撃行為の実行に及んだ2名の関係では、「反撃行為と追撃行為とを一連のものと評価した1, 2審判決の判断は相当」と思われ、平成6年最高裁判決も「上記判断を支持することを当然の前提としている」と解しておられる（川口・前掲注（29）時の判例37-8頁）。

68) 最決平20・6・25刑集62巻6号1859頁。

69) 最決平21・2・24刑集63巻2号1頁。

70) さらに、正当防衛・過剰防衛と罪数論の関係については、川端・前掲注（24）279頁以下参照。

（本稿は、平成27（2015）年度松山大学特別研究助成の成果の一部である）