

(要約)

共犯と正当防衛について

段 宇衡

第一章 共犯と正当防衛の交錯

共犯論と正当防衛論は、いずれも刑法理論の基本的な課題であるが、最高裁平成4年6月5日第二小法廷決定と最高裁平成6年12月6日第三小法廷判決が登場するまで、実務上頻繁に交錯するこの二つの課題は、学術研究において重なり合うことなく、並行する二つの軌道のように見えていた。この意味では、これはまさしく実務先行型の問題である。そのため、この問題に関する文献の多くは、「判批」あるいは「判例解説」の形で登場する。もっとも、このような先行研究には2つの不足点があるように思われる。一つは、その検討は一つの特定の判例に限定されており、既存の重要な裁判例をめぐって全体的視点からの議論が欠けている。もう一つは、共犯論と正当防衛論が交錯する論点が多数あるため、一つの論文の文量でそのすべてを体系的に検討することができていない。

本稿では、このような問題意識から、まずは、代表的判例の関連性を視野に入れ、各判例の分析から導き出される結論が互いに矛盾しないようにするため、判例の概要を把握し、その争点を明らかにする。結論上、最高裁平成4年6月5日第二小法廷決定においては、主要な争点は、①共謀の成立時点、②Pに積極的加害の意思の有無、③過剰防衛の違法性減少効果の連帯の有無、④共謀共同正犯の場合における過剰防衛の成否の判断基準などである。最高裁平成6年12月6日第三小法廷判決においては、主な争点は、①追撃行為に及んでいなかった者をどのように評価するか、②侵害終了前後に反撃行為と追撃行為が存在する場合における正当防衛・過剰防衛の認定方法である。また、東京地裁平成14年11月21日刑五部判決においては、主な争点は、過剰行為を自ら実行しなかった関与者の罪責をどのように評価するか、という点である。

次いで、上記の判例の争点の整理を踏まえ、理論上「共犯と正当防衛」に関する争点を明らかにする。具体的には、①共同して防衛を行った場合に共同正犯が成立するか否か、②共同正犯の限界づけ、③不法侵害に直面していない共謀者に対して急迫性を判断することが可能であるかどうか、④共同正犯による防衛行為の必要性・相当性を判断するにあたっては、各関与者の個別行為を基準とするか、それとも全体行為を観念するか、⑤一部の共同正犯者に正当防衛・過剰防衛が成立する場合、他の共同正犯者にどのように判断されるべきかどうか、という五つの争点が存在する。

本稿では、従来の議論を踏まえ、第二章で最高裁平成6年判決を中心に争点①と争点②を検討し、そして第三章で主に最高裁平成4年決定を中心に争点③から争点⑤まで分析する。

第二章 共同防衛における共同正犯の成否と限界づけ

(第一節 共同防衛における共同正犯の成否)

複数の行為者が共同して防衛行為を行う場合に、彼らが共同正犯として責任を負うのか、それとも単独犯として責任を負うのか、これは正当防衛の判断において前提的なものである。この点について、消極説と積極説の対立がある。共同正犯の成立を否定する消極説では、刑法第60条に規定された「犯罪」とは、「違法な」構成要件該当行為を指すべきであり、構成要件に該当するにもかかわらず違法性が阻却された行為は含まれないと解すべきだとされる。一方、共同正犯の成立を認める積極説は、消極説が構成要件該当性と違法

性阻却事由の体系的順序を明確にしなかったため、体系的思考を基礎とする段階的犯罪論に反すると主張される。積極説によると、正当防衛・過剰防衛の事案の判断も、構成要件該当性の段階では、共同正犯の成否を判断し、そして違法性の段階では、共同正犯における正当防衛・防衛過当の成否（違法性の有無・程度）を考慮するとの流れである。

消極説の根拠づけについては、以下の見解が見られるが、積極説がそれぞれ反論を行う。第一に、本判決の判旨について、最高裁が消極説を採用していると結論付けるしかないとする見解が主張されるが、積極説は、それはあまりに断定的であり、他の理論的構成も十分にあり得ると批判する。第二に、狭義の共犯に適用される制限従属性説が共同正犯にも適用されるとする見解が提唱されるが、積極説は、共同正犯において制限従属性説が考慮されるべきではないと反論する。第三に、共同して正当防衛を行う際には、一部実行全部责任の法理の適用が難しいとする見解が見られるが、積極説は、共同正犯関係の判断が正当防衛の判断に先行するために、形成された共同正犯関係が違法性阻却事由によって事後的に否定されるべきではないと指摘する。

消極説と積極説の対立状況を整理したうえで、両説の真の対立軸が明確化される。対立軸の一つは、共同正犯が「修正された構成要件形式」として、具体的にどのように修正されているのか、という点である。実は、消極説を支持する学者のほとんどが、構成要件該当性段階と違法性段階の段階的犯罪論体系における位置づけを混同しているわけではない。両説は、犯罪論体系に従うべきことにおいて一致しているが、共同正犯の構成要件の理解について異なっている。そのため、共同正犯において修正された構成要件形式がどのようなものなのか、最初に明確しなければならない。もう一つは、一部実行全部责任の法理の適用根拠は、共同して正当防衛に及んだ場合にあるかどうか、という点である。共同正犯の成立には「違法な」構成要件該当行為が必要であるかどうかの判断にとって、共同正犯の本質論からの視点がより決定的である。両説は、なぜ行為者が全体行為とその結果に対して正犯として責任を負うのかについて、明らかに異なっているためである。

両説の真の対立軸について、以下の結論が示される。まず、「修正された構成要件形式」について、積極説は、修正された共同正犯の構成要件に、各関与者の構成要件該当行為の実質的な違法が不必要であるとする一方、消極説は、各関与者の「違法な」構成要件該当行為が必要であるとする。消極説による共同正犯の成立に対する判断枠組みは、まず各関与者の行為の構成要件該当性と違法性が個別に判断され、その後、実質的に違法な構成要件該当行為が行われた範囲内で共同正犯が認められ、その範囲内での関与者に全体的な違法事実が帰属されるという流れである。もっとも、各関与者の行為について単独で適切に評価できない場合にこそ、共同正犯の規定が必要であるため、消極説の判断枠組みを採用することで、実際には共同正犯の存在価値が否定されることになってしまうと思われる。そして、この判断枠組みによると、共同して防衛を行なう場合に結果が帰属できない状況も発生しうる。そのため、この点について積極説を支持する。

そして、一部実行全部责任の法理について、消極説は、「悪い（違法な）ものについては、相互に帰属される必要がある一方、良い（適法な）ものについては、それが必要ではない」という価値判断から、適法行為者を共同正犯関係から除外するために、「違法な」構成要件該当行為を共同して行うことを一部実行全部责任の法理の発動条件とする。しかし、積極説の反論のように、一部実行全部责任の法理の発動は、違法性の問題と無関係である。複数人が、犯罪実現ではなく、共同して正当防衛を図る場合にも、相互に利用し補充しあう関係が結成される余地が十分あるため、平成6年判決のような防衛を共同して行う場合に、一部実行全部责任の法理の発動も十分可能であると考えられる。

（第二節 共同防衛における共同正犯の限界づけ）

最高裁平成6年判決について、共同正犯の成立を認める積極説の立場から、被告人に対して侵害終了後における追撃行為の帰属が問題となる。具体的に、侵害現在時において4人の行為者に共同正犯が成立するという前提に立つと、最高裁がなぜ、追撃行為を加えていない被告人に対して、追撃行為について「新たな共謀」がなければ、反撃行為と追撃行為を全体として考察できないとされるのか、という問題が存在する。この問題に対して、最も直接的な答えは、被告人が侵害現在時における共同正犯関係にのみ関与したため、侵害現在時における構成要件該当事実に対してのみ責任を負うべきである、というものであると考えられる。この答えの理由付けについて、二つのアプローチが考えられる。一つは、共同正犯関係の解消に基づくアプローチである。もう一つは、共謀の射程に基づくアプローチである。

本件において、共同正犯関係の解消に基づくアプローチの適用が困難である。まずは、共同正犯関係の解消からの解決について、障碍がある。共同正犯関係の解消のために、因果関係遮断説によると、離脱者は離脱行為を通じて、自分の関与と後続の残存者の行為と結果の因果関係を遮断する必要がある。しかし、本件の被告人は、侵害終了後、追撃行為に及ぶことがなかったが、他者の追撃行為を制止する行動をとることもなく、離脱の意思を表明することもなかった。この障碍を乗り越えるために、共同正犯関係の解消を認める見解は、被告人に対して、当初の関与と追撃行為の間に実質的な因果関係があるかどうかで共同正犯関係の解消を判断すべきであると主張する。もっとも、侵害現在時において他人と一緒に暴行に及んだ被告人が追撃の現場にいるなどの事実から、事実的な視点にしても規範的視点にしても、因果関係の存在を否定することは困難であると言える。ところで、被告人の関与の因果的効果が遮断されたと言い難いため、共同正犯関係の存在を前提として、被告人を無罪とする見解が提唱される。このような見解について、その根拠づけが不十分であり、共同正犯論によって追撃行為を被告人の帰属範囲から除外することを放棄する一種の妥協であるとの批判がある。

本判決の判旨から見ると、共謀の射程に基づくアプローチによる解決は十分可能であるが、その理論構成、判断基準と位置づけを明確する必要がある。共謀の射程論の理論構成について、まず、共謀概念が多義なものであるため、共謀の射程を異なる問題に分解し、判断基準やその考慮要素を整理しようとする見解がある。この見解について、このように「共謀の射程」と総称することに何の意味があるのだろうかとの批判がある。そして、共謀及びその射程の独自性を認めるべきであるとする見解も見られるが、この見解は、共謀とその射程の内実を明確に示さない。さらに、共謀の多義性から、行為計画に基づいた故意からの共謀の射程論、共犯の因果性からの共謀の射程論と共同正犯の正犯性からの共謀の射程論、という三つのバリエーションがある。もっとも、共謀の射程論においては、当該実行行為を他の関与者に「共同正犯」として帰属することの可否が問題になるため、共同正犯の正犯性からの理論的構成が妥当であると思われる。また、正犯性を基礎づける相互利用補充関係から、共謀の射程を判断する際に、客観的及び主観的な事情を併せて総合的に検討しなければならないとする。本件について、侵害現在時において共同正犯関係が存在するにもかかわらず、侵害終了後の追撃行為が共謀の射程外にあるため、被告人に帰属することはできない、という説明は、妥当であると考えられる。また、共謀の射程の判断の時に、当初の共謀の内容を確認しなければならないことと、どのような実行行為が行われる場合に共謀の射程が問題となるのかについて慎重に検討しなければならないことについて、注意する必要がある。最後に、共謀の射程論の位置づけについて、それは「当該実行行為が当初の共謀に基づくものといえるか」という領域の問題であるため、共犯の錯誤や共同正犯関係の解消の問題に先行するものであると提唱する。

第三章 共同正犯における正当防衛・過剰防衛の成否

(第一節 最高裁平成4年決定の射程)

防衛行為を共同する場合においては、各関与者に共同正犯が成立することを前提に、共同正犯における正当防衛・過剰防衛の判断枠組みとその違法性阻却（減少）の効果が問題となる。本章では、最高裁平成4年決定を巡ってこれらの問題を検討するが、まず本決定の射程が正当防衛にも及ぶかについて探究する必要がある。

本決定の射程については、本決定の射程が過剰防衛にしか及んでいないとする見解と正当防衛も本判決の射程内にあるとする見解が対立する。前者の見解は、過剰防衛の個別的判断をいう判旨について、過剰防衛の刑の減免根拠論によって説明されるべきであるとする。過剰防衛を責任減少事由であるとする立場からすれば、過剰防衛の成否について各関与者間で個別的に判断されることになる。そして、違法性減少説による説明からすれば、共同正犯における違法性の程度も個別に判断されるべきであるとする。しかし、この違法性減少説による説明について、さらなる根拠づけが必要であるとの批判がある。また、本決定の射程が過剰防衛にしか及んでいないとする見解は、「違法は連带的に、責任は個別的に」という原則を議論の前提とすると指摘する。

正当防衛も本決定の射程内にあるとする見解は、以下の批判を述べる。第一に、上記の見解による限定的理解は、判旨の論理に沿うものではない。判旨によれば、共謀者に過剰防衛が成立しないのは、違法や責任の減少がないからではなく、急迫性の要件が満たされていないからである。そして、急迫性が正当防衛・過剰防衛の共通要件であるため、判旨に対する最も素直な解釈は、本決定の射程が実行者に正当防衛が成立する場合にも及ぶというものである。第二に、上記の見解は、「違法は連带的に、責任は個別的に」という原則を論理の前提とするが、少なくともその原則が適切かどうかをまず明らかにすべきである。この原則の妥当性を検討しなければ、過剰防衛の刑の減免根拠論を議論することは無意味になる。

上記の検討に基づき、本件の射程は、実行者に正当防衛が成立する場合に及ぶとすべきであると主張する。

(第二節 共同正犯における正当防衛の具体的判断)

共同正犯における正当防衛の判断については、一元説対区分説の対立が存在する。一元説とは、実行共同正犯であれ、共謀共同正犯であれ、いずれかに対しても正当防衛を直接判断しようとする見解である。そして、このような各関与者に対する直接判断の仕組みは、個別判断アプローチと呼ばれる。一方、区分説とは、被告人が共謀共同正犯として関与する場合には正当防衛効果の援用の可否を問い、実行共同正犯として関与する場合には刑法36条の直接適用をしようとする見解である。こうした場合、共謀共同正犯に対する判断の仕組みは、効果援用アプローチと呼ばれる。こうしてみると、実行共同正犯について、いずれの説を採用しても、個別判断アプローチによるべきであり、問題にならない。したがって、重要なのは、共謀共同正犯についてどのアプローチを採用するかということである。

効果援用アプローチをまず検討するが、なぜ実行共同正犯に正当防衛の成否を個別的に判断するのに、共謀共同正犯にいきなり他者の違法性阻却・減少事由の効果を援用しなければならないのかについて、まずその理由を明確にする必要がある。効果援用アプローチが強く支持される理由は、二つある。一つは、その支持者は、背後者・共謀者に対して正当防衛の成否を判断することができないとする、ということである。もう一つは、その支持者は、背後者・共謀者に対する一切刑の減免なき処罰を拒否する、ということである。

効果援用アプローチの根拠づけについては、「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則による説明と結果有価値の帰属論による説明がある。前者は、共同正犯者の間に違法性

が連帯するため、一部の共同正犯（実行行為者）に違法性阻却（減少）事由が成立する場合に、他の共同正犯（共謀共同正犯）に阻却あるいは減少された違法（その事由の効果）が連帯（援用）されるべきであると主張する。しかし、この原則は、極端従属性説から制限属性説への転換の過程において「責任は個別的に」という結論が導かれたことに付随する産物であると思われる。そのため、当該原則の根拠づけについて検討する必要がある。この点について、まずは、共犯論による根拠づけがある。それは、共同正犯者間の相互的關係は、従属性が共同正犯にも適用されるべきであるとするものである。しかし、共同正犯者は相互に対等であるため、一方が他方に従属するわけではないとの批判が存在する。また、共同正犯のうち、どちらに従属するのかという疑問が生じる。そして、違法論による根拠づけがある。それは、客観的違法論・結果反価値論から展開されているものである。もっとも、「違法評価に主観的要素を排除することは妥当ではない」、「違法が客観的なものであったとしても、それが必ずしも連帯的なものではない」、「結果反価値論を前提としても、法益主体の観点を重視すれば違法の相対性を認めることができる」、との反論が存在する。そのため、違法論から「違法は連帯的に」の原則を説明する試みは、成功とは言い難い。

後者は、共同正犯として正当防衛行為に関与した者も、間接的に法益侵害結果と防衛効果の両者に因果性を及ぼしていることになるため、優越的利益を実現していることになり、正当防衛による違法性阻却が連帯的に適用されるのが原則となると提唱する。しかし、このような説明については、実に因果関係の起点となる共謀者の個別行為を判断・問責対象とするため、このような個別行為について正当防衛を判断するのは不可能であるとの批判がある。こうしてみると、この見解も妥当ではないと思われる。

以上の検討から考えると、効果援用アプローチの適用の余地がなくなり、共謀者について個別判断アプローチの適用の可能性を検討する必要性が示される。ここでは、ポイントは、不正侵害に直面していないし、防衛行為に直接及んでいない共謀者について、どのように正当防衛の成否を判断すべきなのか、ということである。まず、急迫性の判断について、「共謀の射程論＋全体行為説」からの解決が可能であると考えられる。つまり、正当防衛行為が当初の共謀の射程内にあるならば、その行為が全体行為として共謀に帰属されるため、共謀者についても「行為のときに、急迫不正の侵害が存在する」といえる。平成4年決定において、最初から「やられたらナイフを使えてAを殺害する」という共謀が形成されたため、実行者の防衛行為と侵害者の死亡結果が共謀者に帰属されるべきであるとする。そして、共謀者について、侵害を予期して積極的な加害意思を持っていることにより、急迫性が否定されたとする。もっとも、このように、防衛行為者基準によって急迫性の否定を認めるならば、何の落ち度のない被侵害者（実行者）の法益の保護を弱める恐れがあるとの批判が見られる。この批判について、共謀者の「予期＋積極的加害意思」によって彼に正当防衛が成立しないというアプローチは、結論的に、具体的な被侵害者よりもすべての潜在的被侵害者の保護が優先されるべきであるとするものである。このアプローチの価値判断は、正当であると主張する。

次に、防衛行為の確定とその必要性・相当性の判断について、個別行為説からの解決と全体行為説からの解決が対立するが、共謀者について個別行為説によってどのように急迫性を判断するかについては、不明確であるため、全体行為説からの解決が望ましいとする。全体行為説に基づく、共同正犯者に帰属された行為の全体を防衛行為と見なし、それに対して必要性・相当性を判断する必要がある。平成6年判決と東京地裁平成14年11月21日判決からみると、実務上、全体行為説の枠組みが採用されていると思われる。そして、全体行為説の立場から判断を進める場合に、以下の二つの点を留意すべきであると思われる。

る。一つは、強度的過剰の場合に、緊急事態の下で数人が相互間で取り得る連携には自ずから限界があるのであって、より危険の小さい代替手段を採りえたか否かの判断に際しては、この点を十分に考慮に入れるべきである、ということである。もう一つは、平成6年判決の事後的過剰の場合に、判旨によると、もし追撃行為について新たな共謀があれば、反撃行為と追撃行為を一連一体のものとして事後的過剰を認める余地があるが、新たな共謀による全体評価の理由づけは不明である、ということである。さらに、同じ事情についての二重評価を避けるために、効果援用アプローチとの併用の可能性もないとする。

補論 共犯に対する正当防衛の成否と限界づけ

日本で広く論議されている「複数人が共同して防衛行為を実施する」場合よりも、中国で論議されているのは「複数人に対する防衛」の場合である。本文の補論では、まず、中国における議論状況について簡単に紹介する。

そして、司法解釈について、最高人民法院、最高人民检察院、公安部による「正当防衛制度の法的適用に関する指導意見」の第7条には、「正当防衛の対象要件を正確に把握すること。正当防衛は不法侵害者に対して行われなければならない。複数人が共同して不法侵害を行う場合、不法侵害を直接的に行う人に対して防衛することもできれば、現場で共同して不法侵害を行う人に対しても防衛することができる。……」と規定されている。これに関して、この指導意見の作成チームが後に公開した「指導意見に関する理解および適用」によれば、この条文について、「不法侵害者」を実行行為者に限定せず、現場での組織犯、教唆犯、幫助犯も含まれると解釈すべきであることになる。

最後に、実務上のデータについて、実証的な調査によれば、防衛が過剰だと判断された事件の約40%~50%は、一人の防衛者対複数の侵害者の場合である。