

## 判例研究

# 共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断

（最高裁平成二年（あ）三三五号、平成六年十二月六日第三小法廷判決、  
判例時報一五三四号一三五頁、刑集四八巻八号五〇九頁）

川 崎 友 巳

### 一 事実の概要

被告人が中学校時代の同窓生であるA、B、C、D女、E女と食事を終えて歩道上で雑談をしていたところ、酩酊状態のYが通りかかった。その際、Yはそばに駐車してあったAの車のアンテナに上着を引っかけて曲げてしまったが、謝罪せずに通り過ぎようとした。このため不快に思ったAは、Yに「ちょっと待て」などと声をかけた。Yはこれを無視して一旦は行き過ぎたが、間もなく戻ってきて「俺にガンを付けたのは誰だ」などと言って被告人らに近づき、「俺だ」と答えたAにいきなりつかみ掛ろうとした。そして、YはAの前にいたD女の長い髪をつかみ、引き回

すなどの乱暴を始めた。被告人、A、BおよびCはこれを制止し、D女の髪からYの手を放させるため、各々Yの腕や手をつかんだり、その顔面や身体を殴る蹴るなどした（被告人はYの脇腹や肩付近を二度ほど足蹴にした）。しかしながら、YはD女の髪を放そうとせず、Aの胃付近を蹴ったりワイシャツの胸元を破くなどしたうえで、D女をつかんだまま道路を横断し、向かい側にあつたビル一階の駐車場入り口付近までD女を引っ張って行った。被告人、A、BおよびCはその後を追いかけ、Yの手をD女の髪から放させるために、Yを殴る蹴るなどした（被告人はYの背中を一回足げりにした）。Yはなおもこれに応戦した。

その後、YはようやくD女の髪を放したが、被告人らに向かって「馬鹿野郎」などと悪態をつき、なおも応戦する氣勢をみせながら、後ずさりするようにして駐車場の奥の方に移動した。被告人、A、BおよびCは、Yを駐車場の奥へと追って行った。その際、駐車場の中央付近でBが応戦の態度を崩さないYに手拳で殴りかかったが、顔をかすった程度で終わり、再度殴りかかろうとした時点でCに制止された。そして駐車場奥で今度はAがYに殴りかかろうとしたため、Cが二人の間に割って入った。しかし、その直後AがYの顔面を手拳で殴打したため、Yは転倒しコンクリート床に頭を打ちつけ、入院加療約七カ月半を要する外傷性小脳内血腫、頭蓋骨折などの傷害を負うに至った。

以上の事実について、被告人、AおよびBが共謀による傷害罪で起訴された。第一審である東京地判平成元年九月一二日は、三名の行為をAの最終殴打まで一連の行為と認定したうえで、YがD女の髪から手を放したことを契機とした被告人の攻撃からの離脱を否定し、一連の三名の暴行を防衛のための行為として必要な程度を逸脱しており、過

剰防衛にあたるとして、Aに対して懲役一年執行猶予二年を、またBおよび被告人に対して懲役一〇月執行猶予二年を言い渡した。

この判決に対して、本件の被告人のみが事実誤認などを理由に控訴したが、原審である東京高判平成二年二月二七日は、駐車場の奥に移動した際に被告人らがほぼ一団となってYを追いつめる格好で追っていったことを認定すると同時に、被告人がYに対して暴行を加える意思を有し、A、Bと共謀があったものと認定し、D女がYに髪をつかまれてからAによる最終殴打までの被告人らの行為は、Cの関係を除き、その全体について共同正犯の成立を認めるのが相当であるとして、被告人に対して過剰防衛の判断を下した第一審を支持し、控訴を棄却した。

これに対して被告人が、①原判決には憲法三一条、三八条一項および二項の解釈に誤りがある、②原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反がある、③原判決には判決に及ぼすべき重大な事実誤認があるとして上告したのが本件である。最高裁は、被告人の上告理由について、いずれも適切な上告理由にあたらなとしながら職権で次のように判示し、過剰防衛にあたるとした第一審判決を維持した原判決の判断は是認できないとして、第一審および原審中の被告人に関する部分を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

## 二 判 決 要 旨

「本件のように、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

するに当たっては、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り、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、侵害現在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、侵害現在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」。

「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、被告人に關して、これらを一連一体のものとして認め、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」。

### 三 研 究

#### 一 問題の所在 (1) 本判決は、第三者の防衛のために複数の者が共同して暴行行為を実行したところ、そのうち

の一部の者が、侵害の終了後に暴行を継続したという事例について、正当防衛の成否をいかなる基準によって判断すべきかを論じている点で注目すべき判例と思われる。本判決は、侵害が終了した後の暴行に關与していない被告人に対して正当防衛の成立を認めており、結論としては妥当と思われる。しかし、その結論に至るまでの理論構成については、必ずしも明確でないところがあり、若干の検討が必要である。

(2) 一つ目の論点は、「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、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に当たっては、侵害現時と侵害終了後に分けて考察するのが相当である」と判決で述べられている点である。従来の判例においては、ひとたび共謀による共同実行の成立が認められれば、「実行の分担や意思の連絡により、物理的・心理的因果性が存在する」<sup>(1)</sup>ことから、基本的には共同正犯者全員に対して、「一部実行」による「全部責任」が認められるものとされてきた。そして、このような「全部責任」の帰属を逃れるためには共犯関係における自らの物理的および心理的影響を完全に消去すること、すなわち「共犯関係からの離脱」が認められることが必要とされてきた。<sup>(2)</sup>このような従来の処理方法を本件にあてはめて考えてみると、被告人はYの手をD女の髪から放させるためにA、BおよびCとともにYに対して暴行を実行し、またYがD女の髪から手を放した後については、直接暴行に及んではないが、実行の着手後の離脱が認められるために必要とされる他の共謀者の実行の阻止は行っていない。したがって、被告人にはなお心理的な因果性が残っているように思われる。現に本件の第一審と原審は、このような考え方を採り、積極的に他の共謀者の暴行を阻止したCを除いては離脱を認めず、被告人、AおよびBの一連の行為を全体として捉え、最終殴打行為による傷害の結果までの「全部責任」を三名ともに帰属した。

ところが、最高裁はこの点について、「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に当たっては、侵害現時と侵害終了後に分けて考察するのが相当である」とし、「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る」と明言したのである。したがって、このような従来の処理方法と異なるようにも思われる最高裁の見解をどのように説明すればよいのが問題となる。

(3) 二つ目の論点は、本判決が正当防衛の成否を検討するにあたって、一方では被告人らの行為を「侵害現在時と侵害終了後に分けて考察する」としながら、他方において侵害終了後に新たな共謀の成立が認められたとき、防衛行為の相当性の検討は、「侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察」するとしている点である。つまり、本判決のように侵害現在時と侵害終了後に分けることを前提とするのであれば、反撃行為のみを実行した被告人には正当防衛が成立する一方で、追撃行為に共謀が認められたAおよびBについては、「侵害終了後の防衛者は客観的な緊急状況におかれているわけではないので、侵害中の正当防衛行為とその後の通常の犯罪行為とに分けて考え、この場合およそ過剰防衛の観念をいれる余地はないとするのが論理的である」<sup>(3)</sup>ようにも思われる。しかし、AおよびBについては傷害罪の共同正犯が成立し、過剰防衛にあたるとした第一審の判決で確定しており、本判決もこれを支持している。<sup>(4)</sup>そこで、どのような根拠によれば一旦侵害現在時と侵害終了後で分けて考察した暴行行為を全体として考察することが可能となるのが問題となる。

これら二つの論点の両方を矛盾なく説明するために、これまでに公にされた本判決の判例批評はさまざまな立場から検討を加えてきた。そこで以下では、これらの判例批評を参考としながら、二つの論点について若干の検討を試みたい。

## 二 問題の検討

(1) 二つの論点の説明としては、第一に、犯罪共同説に立ち共同正犯の従属性を重視する立場

からなされたものがある。そこでは、まず現行法の解釈上、犯罪を實行するとは、「違法な構成要件該当行為を行うことにほかならない」から、共同正犯が成立するためには、二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必要があると指摘する。しかし本件において被告人らは侵害現在時については正当防衛行為を行ったのであるから、その行為は違法ではない。そこでこの立場は侵害現在時について、「四名は暴行罪の共同正犯ではなく、個々の暴行罪の構成要件に該当すると評価<sup>(5)</sup>」する。つまり「侵害現在時と侵害終了後を分けて考察する」とした本判決の意味を「正当防衛行為を共同した場合、暴行罪については行為者個人個人に関して単独犯として成立していることになり、防衛行為によって侵害が終了し、防衛行為の必要がなくなれば、個々の暴行行為も終了し<sup>(6)</sup>」、「侵害終了後、それまでの防衛行為の一部が暴行行為を行った場合には、あくまで、新たな時点から評価を始めることがふさわしい<sup>(7)</sup>」と理解するのである。

それでは、以上のように理解した場合に、なぜ本判決のいうように侵害現在時と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ることが可能となるのであろうか。この点について、犯罪共同説に立ち共同正犯の従属性を重視する立場からは次のように説明される。すなわち、過剰防衛の刑の減免根拠を責任減少説に求めた場合、行為者の非難可能性が減少する心理的異常状態には、「客観的には不正な侵害が終了していたとしても、行為者は沈着に自己の行為を制御することができず、追撃行為に及んでしまう場合<sup>(8)</sup>」が含まれ、このような場合には、侵害現在時の反撃行為と侵害終了後の追撃行為の間に、場所的・時間的接着性が認められれば、両者を一連一体のものとして評価できるとするのである。

たしかに、判例上、過剰防衛として刑が減免される状況としては、質的な過剰の他に量的な過剰が認められている<sup>(9)</sup>。また反撃行為と追撃行為が行われたときには、前者を正当防衛、後者を単なる暴行罪と評価すべき場合と、両者をあわせて一個の暴行罪に問い過剰防衛と評価すべき場合があり得<sup>(10)</sup>、どちらにあたるのかを判断するにあたっては場所・時間的接着性が重要な基準の一つとなるものと思われる。しかし、こうした反撃行為と追撃行為を分けて評価するのか、あるいは併せて一個と評価するのかという判断は構成要件該当性判断の段階において実行行為を確定する際になされる性質のものであり、この見解が主張するようにひとたび構成要件段階で二つの別個の実行行為と評価したものを違法性阻却事由を判断する段階で一連一体のものとして評価することは場面を異にする。したがって、この説明では防衛行為の相当性を検討するにあたって、なぜ侵害現在時と侵害終了後の一連の行為を全体として考察することができるとかという問いに対して十分な解答を示せていないといえよう。また侵害現在時と侵害終了後に分けて考察する点の説明については、共同正犯の成否は、修正された構成要件の該当性判断の問題であり、違法性阻却事由である正当防衛の成否を論じる前に決定されるべき性質のものである。そうすると、共同正犯がどの範囲で成立するかを検討するにあたって、一部の者の行為が適法（正当防衛）であることに根拠を求めるのは、体系的な思考を基礎にした犯罪論と矛盾することにならないのかが問われることになる。

(2) 第二に、共犯の因果性を重視する立場からの説明が存在する。この立場は侵害現在時の反撃行為と侵害終了後の追撃行為は因果的に一連の行為ではなく、追撃行為は因果的影響なしに新たに行われたものであると評価することによって、「侵害現在時と侵害終了後を分けて考察する」とした本判決の趣旨を理解する。つまり侵害現在時の反撃



行為と侵害終了後の追撃行為が「因果的に一連の行為であるとすれば、被告人の罪責は、共同からの離脱の問題として処理されることになり、Aを制止していない被告人には、離脱が認められないと考える余地もある<sup>(11)</sup>」が、因果的影響が消失したことを根拠に「両者を全く別個のものとして評価すれば、被告人は追撃行為に全く影響を与えていない以上、傷害結果は帰責されない<sup>(12)</sup>」と考えるのである。なお、この立場によれば、「別個のもの」という評価は、「実は離脱を認めるときの実質的基準と重なる<sup>(13)</sup>」とされる。

また、共犯の因果性を重視する立場は、防衛行為の相当性判断において、「侵害現時と侵害終了後の一連の行為を全体として考察する」点を次のように説明する。すなわち、侵害終了後の追撃行為の時点でも、Yが応戦の構えをとっていたことなどから、AとBには急迫性がなお存在していたと認められる。そこで、継続した急迫性に対応する侵害現時の反撃行為と侵害終了後の追撃行為を一連一体のものとして総合評価し、全体として過剰防衛になると考えるのである。つまり、被告人が「侵害終了後の追撃行為についても共同正犯の罪責を負うか否かは、反撃時の共同（共謀）により、被告人がAの追撃行為に因果性を有するか否かという判断であり、その判断は共同正犯者の一員に侵害の急迫性が継続していたのかという判断とは異なりうる<sup>(14)</sup>」とし、本件では、前者の判断について反撃行為と追撃行為を分けて考察したのに対して、後者の判断について両者を全体として考察したものと理解するのである。

この共犯の因果性を重視する立場は、一方で被告人らの暴行行為を侵害現時と侵害終了後に分けて考察するとしながら、他方で両者を全体として考察するとする判例の意味を無理なく説明しているように思われる。しかしその前提、つまり共同正犯の実行行為の範囲を行為者の結果への因果性によって決定する点、および急迫性が継続している

範囲を一つの単位として、その単位ごとに正当防衛の相当性を判断する点については疑問が残る。まず、時間的・場所的には継続しているとも評価できる暴行行為の途中で被告人の行為が他の共同行為者に因果的に影響を及ぼさなくなったとする根拠が明確でない。従来の判例は、同一の法益に向けられ、時間的・場所的に継続した暴行については、一個の実行行為として評価し、<sup>(15)</sup> 共犯関係からの離脱が認められない限り、暴行全体について共同正犯の成立を認めてきたものと思われる。また結果的加重犯の共同正犯の成否を判断するにあたって重い結果につき過失を要求せず、実行行為との間に条件関係が認められれば、その成立を肯定してきた。<sup>(16)</sup> したがって、本件事実のもとでは一旦共同正犯関係が成立した被告人、AおよびBには、最後の傷害結果まで含めて結果的加重犯の共同正犯が成立すると考えるのが、判例の流れとして一貫しているように思われる。それにもかかわらず、暴行の途中で因果的に影響を及ぼさなくなったとするのであれば、その根拠を明らかにする必要がある。仮に、共犯者間の「合意」の内容が防衛を目的とした行為の実行であったことを根拠にするとすれば、<sup>(17)</sup> 結局は違法性阻却事由の有無に関する判断が構成要件該当性判断の前に行われることになるという犯罪共同説に立ち、共同正犯の従属性を重視する立場に対する批判がここでも当てはまることになろう。

また、実行行為と異なる範囲を一つの単位として、正当防衛の成否を判断するのであれば、その根拠を明らかにする必要がある。これまで一般に、違法性阻却事由の判断は構成要件該当性判断の段階で確定された実行行為ごとに行われると考えられてきたものと思われる。<sup>(18)</sup> したがって、共犯の因果性を重視する見解のように、因果的に影響が及ぶ範囲によって共同正犯の実行行為を被告人、AおよびBによる反撃行為としての暴行の共同正犯とAおよびBによ

る追撃行為としての傷害の共同正犯の二つに分けるのであれば、それぞれの実行行為ごとに違法性阻却事由の存否を検討すべきであろう。果たして、正当防衛の成否の判断は、実行行為とは別に急迫性が継続している範囲を一つの単位として検討されるべきものであるのか疑問が残る。

(3) これまで検討してきた二つの見解は、侵害現在時と侵害終了後の分離を構成要件該当性判断における実行行為の確定の問題と捉える一方で、両者の全体としての考察を違法性阻却事由である正当防衛の相当性を判断する際の単位の問題と捉える点で共通している。しかし、先にも述べたように、これまで判例は時間的・場所的に継続している暴行を一個の実行行為として評価してきたものと思われる。また判例は結果的加重犯の共同正犯の成否を判断するにあたって、重い結果と実行行為との間に条件関係が認められれば、その成立を肯定してきた。したがって、構成要件該当性判断の段階では、被告人、AおよびBに対しては、最後の傷害結果まで含めて結果的加重犯の共同正犯の成立を認めたと解する方が、従来からの判例の流れとして一貫しているように思われる。<sup>(19)</sup>

そこで本判決については、構成要件該当性判断の段階では、被告人、AおよびBに最後の傷害結果まで含めて結果的加重犯の共同正犯が成立することを前提に、違法性阻却事由である正当防衛の成否を検討するにあたって、侵害現在時と侵害終了後を分けて考察する旨を示したものと理解するのが適切であろう。<sup>(20)</sup> つまり、「同じ暴行行為であっても、侵害現在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が阻却されうるが、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、防衛行為と併せて全体的に考察して過剰防衛となりうるにとどまる」<sup>(21)</sup>。こうした質的な差が重要な意味を持つ以上、構成要件該当性判断

において重い結果を含めた結果的加重犯の共同正犯の成立を認めただからといって、正当防衛の判断にあたって、安易に共同行為者の全員に侵害現在時の行為と侵害終了後の行為の連続性を認めるべきではない。そこで、本判決は、「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、侵害現在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を検討すべき」と述べ、「反撃行為を共同したからといって当然に追撃行為の共謀に結びつくものではない」<sup>(22)</sup>ことを示したのである。言い換えれば、「共謀」という各行為者の主観的違法要素の相違を考慮することによって、「質的な断絶の有無を厳密に検討する必要」<sup>(23)</sup>性を明らかにしたものと思われる。

そして、本判決は、新たな「共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在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」と述べ、侵害終了後の暴行に共謀が認められた者についてのみ重い結果までの実行行為全体が、防衛行為として相当であったのかを検討したのである。つまり、構成要件該当性判断の段階では、被告人、AおよびBに重い結果を含めた傷害の共同正犯を認めながら、被告人には侵害現在時の正当防衛としての暴行の共謀しか認められず、侵害終了後の暴行について共謀が欠如することから、実行行為のうち侵害現在時の部分のみを対象として防衛行為の相当性判断を行い正当防衛を認定する一方で、追撃行為について共謀の認められるAおよびBには、実行行為の全体について防衛行為の相当性を検討し、過剰防衛と認定したものと考えるのである。このように理解することによって、本判決の意味を矛盾なく説明することができる。また、そのように解するならば本判決の立場は妥当である。

(4) なお、侵害終了後に暴行を継続したAおよびBに、過剰防衛の成立を認めたと捉えて、本判決は、過剰防衛の減免根拠を責任減少説に求めたものと位置づけた見解がみられる。<sup>(24)</sup> たしかに過剰防衛の刑の減免根拠に関する学説のうち、量的な過剰について説明しやすいのは責任減少を重視する見解であろう。なぜなら責任減少説は過剰防衛の刑の減免根拠を恐怖、驚愕、興奮、狼狽などに基づく行為として責任が軽減されると説明するわけであるが、<sup>(25)</sup> これらの心理状態に基づく行き過ぎは、「強さ」の場合だけでなく、時間的な過剰の場合も考えられるからである。これに対して、法益侵害に対する防衛効果が生じた時点で違法性が軽減されると説明する違法減少説によると、侵害が終了した後の行為からは、防衛効果は生じないであろうから、量的過剰について刑の減免を認めるのは困難なように思われる。しかし違法減少説に立ったとしても、侵害の「現在性」について防衛者の認識を加味することによって弾力的に解し、「再度の攻撃のおそれ」を認識している場合には、なお侵害は現存するとして質的過剰の中で対処することは考えられる。<sup>(26)</sup> また実際に本件においてもYがD女の髪から手を離れた後に、「馬鹿野郎」などと悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示している点が認定事実であげられており、これが純粹に量的過剰の場合と切り切れるのか疑問の残るところである。<sup>(27)</sup> さらに本件を過剰防衛ではなく、誤想防衛の事例として位置づける見解も存在する。<sup>(28)</sup> したがって、実際にはどの説に立脚したとしても、本件のように侵害終了後に暴行を継続した者に対して刑の軽減を認めることが可能であり、本判決から判例が過剰防衛の刑の減免根拠をいずれの説に求めるかは必ずしも明らかではない。<sup>(29)</sup>

### 三 本判決の意義

(1) 以上の検討をふまえて、最後に本判決の意義について若干の考察を行いたい。第一に、本判決以前に共同正犯と過剰防衛の成否が問題となった最決平成四年六月五日との関係について検討しておくことに

する。平成四年決定は、主観的違法要素の内容によって過剰防衛の成否が共同正犯者間で相対化することを明らかにしたものである。これに対して、本判決は、相当性判断の対象となる防衛行為の範囲が共同正犯者間で相対化することを論じたものであり、両者は事案を異にする。しかし、本判決も共同正犯の違法性判断が、主観的違法要素によって行為者ごとに個別化され、相対化することを前提としており、その意味では共通性を持つものということができよう。<sup>(30)</sup>

(2) 第二に、本判決を参考にした場合、防衛行為を共同して行った際に一部の者が質的過剰に及んだという事例は、どのように処理すればよいのであろうか。結論だけを簡単に述べておくと、この場合にも構成要件の段階では重い結果である傷害の共同正犯が共同行為者全員に成立することになろう。しかし、違法性阻却事由の成否の判断では、質的過剰の場合にも主観的違法要素は行為者ごとに個別に判断されることになるから、質的過剰に及んでいない者には正当防衛の成立が認められる余地が残されることになるものと思われる。<sup>(31)</sup>

(3) 本判決は、従来意識的に論じられず、最決平成四年六月五日を契機として注目を集めるようになった共犯と正当防衛・過剰防衛の問題に新たな視点を提示したといえよう。ただし、これまで学説において共犯と過剰防衛の関係がまったく論じてこられなかったわけではない。例えば、「ABCの三人がたがいに意思を通じてDの急迫不正の侵害に対して防衛行為をしたが、Cだけが過剰防衛を行ったとする。この場合に三人は犯罪を共謀したのではないから、Cの行為につきABに罪責を生ずることはない。ABは正当防衛者となり、Cだけは過剰防衛者として律せられる」との指摘は以前よりなされていたのである。<sup>(32)</sup>したがって、本判決は、このような指摘の事例を示した事例判例にとど

まるとも評し得る。しかし、共同して防衛行為を行った者のうち、一部の者が量的過剰に及んだときに、他の者が正当防衛とされる根拠について、これまで精密な検討が加えられてこなかったことも事実である。その意味で、本判決は、「ともすると、その一部である反撃行為を制止しなかったということから、他の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つたものとしてしまひ」<sup>(33)</sup>がちな従来の判例および学説の姿勢に「警鐘を打ち鳴ら」<sup>(34)</sup>すとともに、主観的違法要素によつて、共犯者間で正当防衛の成否が相対化することを明確にした事例として重要な意義があると思われる。

- (1) 前田雅英・刑法総論講義〔第2版〕(一九九四)四七〇頁。
- (2) 最一小決平成元年六月二六日(刑集四三巻六号五六七頁)。
- (3) 曾根威彦「過剰防衛」新判例コンメンタール刑法2〔大塚仁・川端博編〕(一九九六)四二頁。
- (4) 川口政明「判解」ジュリスト一〇七九号(一九九五)一〇四頁。
- (5) 船山泰範「判批」判例評論四四八号(一九九六)七一頁以下。
- (6) 船山泰範・前掲注(5)七一頁。
- (7) 船山泰範・前掲注(5)七一頁。
- (8) 船山泰範・前掲注(5)七一頁。
- (9) 最判昭和三四年二月五日・刑集一三巻一号一頁。その他、量的過剰について、過剰防衛の適用が認められた事例として、①大判大正一四年二月一五日(評論一五巻刑法八三頁)、②広島高判昭和二六年三月八日(特報二〇号二二頁)、③仙台高判昭和三二年一〇月二二日(裁特四巻二〇号五四二頁)、④東京高判昭和三三年二月二四日(高集一一巻一号四三頁)、⑤大阪高判昭和五八年一〇月二二日(判例時報一一一三号一四二頁)などがある。
- (10) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五)二四六頁。

- (11) 前田雅英・最新重要判例250刑法(一九九六)九五頁、同・前掲注(1)四九〇頁。
- (12) 前田雅英・前掲(11)九五頁。
- (13) 前田雅英・前掲(11)九五頁。
- (14) 前田雅英・前掲(11)九五頁。
- (15) 学説では、例えば平野龍一・前掲(10)四一八頁。
- (16) 最判昭和二三年一月五日(刑集一卷二頁)。また、暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪の共同正犯については、大判昭和一六年九月二日(評論三〇卷刑法一八六頁)。
- (17) 小田直樹「判批」ジュリスト一〇六八号・平成六年重要判例解説(一九九五)一四三頁。
- (18) 例えば大谷實・刑法講義総論「第四版補訂版」(一九九六)一二四頁以下。
- (19) もちろん、「結果的加重犯の重い結果の惹起部分について、従来は(判例のみならず学説も)あまりにも緩やかに共同正犯の成立を認めてきたところに問題」(井田良「判批」法学教室一八六号別冊付録判例セレクト95(一九九六)三四頁)があることについては、ここでは別論である。
- (20) また、判決要旨をもう一度見てみると、「正当防衛の成否を検討するに当たっては」、「防衛行為の相当性を判断すべきである」と記されており、共同正犯の成立については何等言及されていないことにも注意を要する。
- (21) 川端博「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」研修五七八号(一九九六)一一頁。
- (22) 川口政明・前掲注(4)一〇四頁。
- (23) 川端博・前掲注(21)一一頁。
- (24) 山火正則「判批」受験法学新報四六卷一二号・最新判例ハンドブック(一九九五)三六頁。
- (25) 内藤謙・刑法講義総論(中)(一九八六)三四八頁以下、大谷實・前掲注(18)二七四頁。
- (26) 丸山隆司「過剰防衛に関する考察」東京都立大学法学会雑誌三三卷二号(一九九二)一九六頁。
- (27) 小田直樹・前掲注(17)一四四頁。

共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断

同志社法学 四八卷四号

二五七 (一五二五)



- (28) 井田良・前掲注(19)三四頁。
- (29) 本判決は、違法・責任減少説を前提にしていると理解するものとして、船山泰範・前掲注(5)二二七頁。
- (30) 川端博・前掲注(21)一〇頁。
- (31) 大谷實・刑法総論(一九九六)二五一頁、小田直樹・前掲注(17)一四三頁以下。
- (32) 植松正・再訂刑法概論Ⅰ総論(一九七四)一七三頁。
- (33) 川口政明・前掲注(4)一〇四頁。
- (34) 川端博・前掲注(21)一一頁。

【本判決の評釈】 本判決の調査官解説として、川口政明「判解」ジュリスト一〇七九号(一九九五)一〇四頁。

また、判例評釈として、野村稔「判批」法学教室二七七号(一九九五)七二頁、小田直樹「判批」ジュリスト一〇六八号・平成六年重要判例解説(一九九五)一四二頁、山火正則「判批」受験新報四六巻二二号・最新判例ハンドブック(一九九五)三六頁、井田良「判批」法学教室一八六号別冊付録判例セレクト95(一九九六)三四頁、前田雅英・最重要判例250刑法(一九九六)九五頁、船山泰範「判批」判例評論四四八号(一九九六)二二三頁。

さらに、川端博「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」研修五七八号(一九九六)三頁。

追記 脱稿後、川口政明「判解」法曹時報四八巻一一号(一九九六)に接した。ただし、ここでも本研究で取り上げた二つの論点について必ずしも明確な解答は示されていないように思われた。この「判解」をふまえた検討は次回に期したい。