

### ・ 事案の概要

XはAに対し、金100万円を貸し付けていたが、Aがなかなかこれを返済しないので、XはAの自宅に押しかけて返済してもらおうと考えた。

Xはその際、Aがかつとなって殴りかかってくるのではないかと思い、それならばこの機会を利用してAに痛い目に遭わせて日頃の鬱憤を晴らそうと考え、この考えを伏せて空手2段のYに加勢を頼んでおいた。

事件当日、XはYとともにA宅に訪れると、すでに玄関にAとその友人Bが待ち構えており、「帰れ!」などと言いながら、Aはゴルフのクラブで、Bは素手でそれぞれXに殴りかかってきた。Xは最初のうちはその攻撃をかわしていたものの、ついにBに顔面を強打されるにいたり、そこで堪らず後ろに控えていたYに対し「やってくれ」と言い加勢を頼んだ。

この発言を受け、YはXの身を守るためにやむなく、Aに対しその腹部に軽く空手技の突きを入れた。これによりAは前かがみに倒れこんだ。次いでBがYの隙をみて殴りかかってきたので、慌てたこともあり、YはBの頭部めがけて空手技の回し蹴りを思いっきりかけた。これによりBは勢いよく転倒し、意識不明の状態に陥った。

以上の行為により、Aは加療2週間を要する腹部等の打撲傷、Bは加療10か月を要する頸椎損傷、頭部挫傷の重傷を負うにいたった。

### ・ 問題の所在

1. 共同正犯にも従属性の理論があてはまるか。
2. YのAに対する傷害行為に正当防衛(36条1項)が成立する場合に、共同者たるXについてYの正当防衛が連帯し違法性が阻却されないか。共犯成立のために正犯がどの程度犯罪の要件を具備する必要があるか。いわゆる要素従属性の解釈が問題となる。
3. YのBに対する傷害行為に過剰防衛(36条2項)が成立する場合に、共同者たるXについてYの過剰防衛が連帯し刑が減免されないか。3の要素従属性の解釈と合わせて過剰防衛の法的性質が問題となる。

### ・ 学説の状況

1. 共同正犯にも従属性の理論があてはまるか  
甲説：共同正犯の共犯性を志向する説<sup>1</sup>  
乙説：共同正犯の正犯性を志向する説

<sup>1</sup> 西田典之「共謀共同正犯について」平野古稀上巻 364頁以下

## 2. 要素従属性の解釈について

### A 説：最小従属性説<sup>2</sup>

正犯が単に構成要件に該当すれば足りるとする説

### B - 1 説：制限従属性説<sup>3</sup>

正犯が構成要件に該当し、かつ、違法性を具備することを要するとする説

### B - 2 説：(修正)制限従属性説

B - 1 説の考えを基本としつつ、主観的違法要素は個別的に考慮すべきという修正を加える説

### C 説：極端従属性説<sup>4</sup>

正犯が構成要件該当性と、違法性及び責任を具備することを要するとする説

## 3. 過剰防衛の法的性格(刑の減免根拠)について

### 説：責任減少説<sup>5</sup>

過剰防衛は正当防衛でない以上、違法性が認められるが、緊急な事態のもとでの行為であるので精神の動揺のため多少の「行き過ぎ」があったとしても、強く非難できないから責任が減少するという説

### 説：違法減少説<sup>6</sup>

過剰防衛は完全には正当防衛の要件を満たさないが、単純な法益侵害行為とは異なり不正な侵害に向けられた防衛行為ではある以上、違法性が減少するという説

### 説：違法・責任減少説<sup>7</sup>

A 説、B 説はいずれも過剰防衛の刑の減免の根拠を説明するのに不十分であるとして、違法性・責任の双方が減少するとする説

## . 判例

最決昭和 55 年 11 月 13 日

### < 事実の概要 >

保険金詐欺目的で被害者の同意を得て、その者に故意に自己の運転する自動車を追突させて傷害を負わせた事案

### < 判旨 >

「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものである」

<sup>2</sup> 前田雅英『刑法総論講義』(1995年)東京大学出版会 460頁

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)創文社 382頁以下

<sup>4</sup> 大場茂馬『刑法総論下巻』(1914年)1010頁

<sup>5</sup> 平野龍一『刑法概説』(1976年)有斐閣 56頁

<sup>6</sup> 町野朔『誤想防衛・過剰防衛』警察研究 50巻9号 52頁

<sup>7</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)創文社 241頁

## ・学説の検討

### 1．共同正犯にも従属性の理論があてはまるか

乙説によれば、教唆犯・幫助犯に妥当する従属性の理論は共同正犯に対して必ずしも妥当しないことになる。

しかし、共同正犯の法効果である「一部実行全部責任」の法理を肯定する以上、共同正犯は単独正犯の単なる並存状態ではなく、相互的に関連する正犯形態と言わざるを得ない。そして、この「相互的関連性」は一種の「従属性の理論」といってよいと思われる。したがって、共同正犯・教唆犯・幫助犯に共通して従属性の理論が妥当するとしている甲説が妥当である。

### 2．要素従属性の解釈について

まず、C説では、責任無能力者を利用して犯罪を実行した者は、正犯に責任の要件が欠ける以上、教唆になりえず、代わりに間接正犯として処罰される。

しかし、これでは不当に正犯性を広げることになってしまうため、C説は妥当でない。

次に、B - 1 説、B - 2 説は、正犯が違法行為を行っていないければ狭義の共犯もこの者を介して犯罪実現の危険性を招致したとは言えず、また他方では、責任は行為者に向けられた個別的な人格的非難であるから正犯には従属しないと考えるとして、共犯が成立するには正犯が構成要件に該当し、かつ違法性を具備することを要するとしている。

しかし、そもそも「共犯処罰には有責性まで必要か」「違法性で足りるか」という要素従属性の形式論で共犯の具体的成立範囲が決まるわけではない。

思うに、正犯が実行行為を行わなければ共犯を処罰し得ないという点で、共犯処罰のためには正犯が構成要件妥当性を具備していることが必要であるが、必ずしもそれ以上に違法性・責任を具備している必要はない。また、違法判断は個々の行為者の主観・客観を総合的にすべきであるから、違法性は連帯しない。以上より、A説が妥当である。

### 3．過剰防衛の法的性格について

説・説では、過剰部分については完全に犯罪が成立している以上、通常の犯罪の場合と比べてさらに任意的減免まで認めるほどの違法性の減少が認められるとは思えず、妥当でない。

この点、説は、36条2項の「情状により」刑の任意的減免をするという規定に忠実な解釈であり、妥当である。

## ・本問の検討

### 第1 Yの罪責

- 1(1) Yは、少なくとも暴行(208条)の故意(38条1項本文)をもって、Aの生命維持に必要不可欠な臓器を多数含む腹部に、武術である空手技の突きを入れ、腹部等に加療2週間の打撲傷を負わせてAの生理的機能を害しており、Aの「身体を傷害した」といえる。

そこで、かかる Y の行為は、傷害罪（204 条）の構成要件に該当する。

（2） もっとも、Y は、A が甲に殴りかかってきたために上記行為に及んでいる。

そこで、Y に正当防衛（36 条 1 項）が成立し、違法性が阻却されないか。

ア まず、前述のように、A は甲に殴りかかってきているから、甲の生命・身体に対する危険が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」はある。

イ 次に、Y は甲の身を守るために A に対して突きを入れているから、「他人の権利を防衛するため」といえる。

ウ さらに、Y は甲の身を守るためやむなく A に突きを入れているから、Y の行為に必要性が認められる。

また、A は人を殺傷するのに十分な強度をもつゴルフクラブで殴りかかってきており、それに対して Y は、空手 2 段を有するとはいえ、素手で空手技の突きを手加減して軽く入れたにすぎないから、Y の行為に相当性が認められる。

したがって、Y の行為は「やむを得ずにした行為」といえる。

エ よって、Y の上記行為に正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

（3） したがって、Y の上記行為に傷害罪は成立しない。

2（1） Y は、少なくとも暴行の故意をもって、B に回し蹴りをかけ、B に加療 10 ヶ月の頸椎損傷、頭部挫傷の重傷を負わせて B の生理的機能を害しており、B の「身体を傷害した」といえる。

そこで、かかる Y の行為は、傷害罪の構成要件に該当する。

（2） もっとも、Y は、B が X に殴りかかってきたために上記行為に及んでいる。

そこで、Y に正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか。

ア まず、前述のように、B は X に殴りかかってきているから、X の生命・身体に対する危険が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」はある。

イ 次に、Y は X の身を守るために B に対して回し蹴りをかけているから、「他人の権利を防衛するため」といえる。

ウ さらに、Y は X の身を守るために B に対して回し蹴りをかけているから、Y の行為に必要性が認められる。

しかし、B が素手で殴りかかってきているのに対して、Y は、慌てていたとはいえ、空手 2 段であるにもかかわらず、一般人の蹴りよりもはるかに威力の勝る空手技の回し蹴りを、手加減することなく思いっきりかけているから、Y の行為に相当性は認められない。

したがって、Y の行為は「やむを得ずにした行為」とはいえない。

エ よって、Y に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

（3） もっとも、Y の行為は「防衛の程度を超えた行為」であるから、過剰防衛（36 条 2 項）

が成立し、刑が任意的に減免される。

- (4) よって、Y の上記行為に傷害罪が成立するが、刑が任意的に減免される。
- 3 以上より、Y は B に対する傷害罪 (204 条) の罪責を負うが、刑が任意的に減免される。

なお、後述のように、X とは共同正犯 (60 条) となる。

## 第2 X の罪責

- 1 (1) X は A を痛い目にあわせようと考え、Y に「やってくれ」と言って、Y が A に傷害を負わせている。

これは、共同意思のもと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をなし、よって犯罪を実行した事実と認められるから、共謀共同正犯が成立すると解する。

したがって、X に傷害罪の共同正犯 (60 条、204 条) が成立しうる。

- (2) もっとも、X は A が殴りかかってきたために上記行為に及んでいる。

そこで、X に正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか。

ア (ア) 本問では、X は A が殴りかかってくればその機会を利用して、A を痛い目にあわせてやろうと考えており、積極的加害意思がある。

そこで、かかる場合、「防衛するため」といえるか。防衛意思の要否・内容が問題となる。

- (イ) そもそも、正当防衛の正当化根拠は、法の自己保全に役立つ社会的に相当な行為という点にある。

そして、社会的に相当な行為か否かについては、行為者の主観も考慮すべきである。

そこで、防衛意思は必要と解する。

この点、正当防衛は反射的・本能的に行われることが少なくないから、防衛意思とは、急迫不正の侵害を意識しつつこれを避けようとする単純な心理状態をいうと解する。

とすれば、積極的加害意思は、法秩序を乱す闘争的なものであるから、急迫不正の侵害を意識しつつこれを避けようとする単純な心理状態とはいえない。

- (ウ) 本問では、X は積極的加害意思を有しているから、「防衛するため」とはいえない。

イ したがって、X に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されないとも思える。

- (3) もっとも、前述のように、共同正犯者の一方である Y には正当防衛が成立している。

そこで、かかる場合、X について Y の正当防衛が連帯し、違法性が阻却されないか。

この点、検察側は、甲説、A 説を採用する。

したがって、X について Y の違法性は連帯しないので、X に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

(4) よって、X の上記行為に傷害罪の共同正犯が成立する。

2(1) X は、Y に「やってくれ」と言って、Y が B に重傷を負わせている。

これについても、前述の A に対してと同様に、共謀共同正犯が成立すると解する。

したがって、X に傷害罪の共同正犯が成立しうる。

(2) そして、X は、B が殴りかかってきたことから、Y に「やってくれ」と言って、Y に反撃させている。

そこで、正当防衛の成否が問題となるどころ、「急迫不正の侵害」、「自己の・・・権利を防衛するため」の要件は満たし、防衛の必要性は認められる。

しかし、素手の一般人 B に対して、空手 2 段の Y に反撃を依頼することは武器を伴う反撃と同視できる。

とすれば、X の行為に相当性は認められず、「やむを得ずにした行為」とはいえなから、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

(3) もっとも、甲説、A 説、説を採用する検察側としては、Y の B に対する過剰防衛が成立する本問において、X と Y の過剰防衛が連帯することはないが、X 自身の行為が「防衛の程度を超えた行為」といえ、過剰防衛が成立する。

(4) X の上記行為に傷害罪の共同正犯が成立し、刑が任意的に減免される。

3 以上より、X は A に対する傷害罪の共同正犯(60 条、204 条)の罪責を負う。

また、X は B に対する傷害罪の共同正犯の罪責を負うが、刑が任意的に減免される。

なお、両者は併合罪(45 条前段)となる。

以上