

## 一．反対尋問

- ・なぜ乙は「狭義の共犯の域」を超えているといえるのか
- ・1の(1):「間接正犯類似説(B2説)」と「行為支配説(B3説)」が「支配型」の共謀共同正犯に妥当しないとするのはなぜか
- ・2の(2):「行為者の予想通りの結果を惹起した場合」とは、具体的にどのような場合か
- ・事前に「暴力を振るわれることはない」と考えていると、なぜ防衛行為時に防衛の意思が無くなるのか
- ・「共同実行の意思」と「謀議」の関係をどのように捉えているのか

## 二．立論

## 1．学説の検討

## (1) 防衛の意思の要否と意思の内容

思うに、違法性の本質は、客観的な法益侵害及びその危険性に尽き、それらは行為者の主観により変化し得ない。よって、正当防衛の成立に防衛の意思という行為者の主観を要する必要説は妥当ではなく、防衛の意思は不要と解する(不要説)

仮に防衛の意思を必要とすると、その内容が問題となる。思うに、正当防衛は緊急状況下における咄嗟の反射行動であるから、防衛の意思の内容に防衛の意図までは要求できず、意図説は妥当ではない。よって、防衛の意思の内容は、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りると解する(認識説)

## (2) 共謀共同正犯の根拠

共謀共同正犯自体を否定することは、犯罪の実態に合わず妥当ではないが、条文の解釈により導かれるものである以上、処罰範囲が不当に拡大される恐れは高く、直接規定のあるものより要件は厳格に解さねばならない。この点、検察側は包括的正犯説(B4説)を採用しているが、共謀した行為に関与すれば正犯として罰するというのは、要件に厳格さを欠き、妥当ではない。

思うに、単なる合意や意思方向の合致に留まらない共同実行の意思主体を謀議によって形成し、一部の実行行為が意思主体の行為といえる状態が形成にまで至って初めて、共謀共同正犯を認めても良いと解する。よって、共同意思主体説(B1説)が妥当である。

## (3) 正犯に生じた正当防衛の効果が共犯にも及ぶか

思うに、共犯の処罰根拠は、共犯が正犯による法益侵害またはその危険を惹起したことにある以上、共犯の違法性は、実行行為に及んだ正犯の違法性に基づく。とすれば、正犯と共犯は違法性を連帯する以上、正犯の違法性が阻却・減少した場合には、違法性を連帯する共犯の違法性も、当然に阻却・減少する。よって、正犯に生じた正当防衛の効果は、当然に共犯にも及び。

## 2．本問の検討

## (1) 甲の罪責について

甲の刺突行為は殺人罪(199条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条)が成立し違法性は阻却されるか。

まず急迫不正の侵害は、検察側と同じくあると解する。次に防衛の意思の有無であるが、不要説に立つ以上、検討は不要である。仮に防衛の意思を必要としても、甲は急迫不正の侵害を認識しこれを避けようとする心理状態にあるため、認識説より防衛の意思を有するものと解する。

最後に防衛行為の相当性を検討する。Mは、自らMに対して害を及ぼす気がない点で積極的加害意思のない初対面の甲に対し、問答無用で暴行を加え続け、甲に生命の危険を生じさせた。また、甲は反撃むなしく再び殴打・横転させられており、Mの力量の優位性は顕著である。対して甲は、一方的な暴力と乙が加勢に来なかったことによる心理的圧迫状態のもと、持ち合わせた包丁を咄嗟に使ったのであり、刺突箇所等も狙ったものではない。よって、甲の刺突行為は相当性を有する。

以上より、甲の行為は、殺人罪(199条)の構成要件には当たるが、正当防衛(36条)の要件を満たし、違法性は阻却される。

また、万が一相当性が認められなくとも、過剰防衛(36条2項)として違法性が減少するため、刑は減刑または免除されうる。

## (2) 乙の罪責について

## 乙は共謀共同正犯、あるいは教唆犯の罪責を負うか

甲は、乙とのやり取りの中で、「Mを殺害することもやむをえない」との黙示的な同意には至っている。しかし、同意の後も甲がその同意内容を果たす気がない点から、甲には共同実行の意思が形成されておらず、甲乙間でのやり取りから共同実行の意思主体が形成されたとはいえない。また、意思主体の形成に至ってない以上は、甲乙間のやり取りは謀議にも値しない。加えて、甲は、積極的加害意思なくMのもとへ赴いた結果、いわれの無い暴力から自身の生命を守るための防衛行為として咄嗟に刺突行為の及んだのであるから、本件行為は当初乙と予定した喧嘩の手段たる行為ではなく、甲乙間の共謀内容を実現したという共同実行の事実も存在しない。よって、謀議による共同意思主体の形成も共同実行の事実も無い以上、実行行為を担っていない乙に共同正犯の責任を問えず、共謀共同正犯にはなり得ない。

また、M殺害についての黙示的な同意に至らしめた乙の行為は、甲に対し犯意を起こさせた点で教唆行為には該当するも、共同実行の事実が無いことと同じく、教唆内容を実行したという事実が存在しないため、教唆犯も成立し得ない。

よって、乙は殺人罪(199条)の共同正犯、及び同罪の教唆犯(62条)共になり得ず、不可罰である。

## 仮に乙が共謀共同正犯、あるいは教唆犯の罪責を負う場合、正犯甲の正当防衛の効果は共犯乙にも及ぶか

上記(1)より、甲には正当防衛が成立し、違法性が阻却される。そして、正犯と共犯は違法性を連帯するから、正犯たる甲の違法性が阻却される以上、共犯たる乙の違法性も同様に阻却される。

よって、乙にも正当防衛の効果は波及して違法性は阻却され、乙はなんら罪責を負わない。

また、甲に正当防衛ではなく過剰防衛が成立した場合も、甲の行為の違法性は減少するため、乙にも過剰防衛の効果は波及して違法性が減少し、その刑は減刑または免除されうる。

## 3．結論

上記の理由から、甲・乙はいずれもなんら罪責を負わない。