

### . 事実の概要

乙は友人たちとのパーティーの最中に某パブに勤務する恋人と電話で話していたが、パブの店長Mに電話を切られ、再度かけ直したところMと口論となり、恋人に取り次いでもらえなかった。そのため乙は激昂し、「殺してやる。けんかになったら俺連は負けなぞ。」等といひ、渋る友人甲に対し、台所に置いてあった豚などの解体用の包丁を持参させ、一緒にけんかに行くことを再三促した。

更に、乙はパブに向かうタクシーの車内で甲を勇気付け、包丁を用いてMを殺害することもやむなしとの意思を示し、甲とMを殺害することの共謀を遂げた。

甲は、内心では自分から暴行を加えるまでの意思はなく、Mとは意識がないうちからいきなり暴力を振るわれることもないだろうと考えていたが、Mに見つかり、襟首を掴まれて引きずられた上、顔面を殴りつけられたりコンクリートの路上に転倒させられて足蹴こされた。

しかし頼みとする乙も加勢に現れず、Mによって再び路上に殴り倒されたため、甲はとっさにベルトから包丁(刃体の長さ約一四・五センチメートル)を取り出し、これを右手に握って同人の左脇腹に数回突き刺し、心臓刺傷及び肝刺傷による急性失血によりMを死亡させた。

### . 問題の所在

本問において乙は甲と共に、甲に包丁を持参させたのちに、結果的にMを殺害させている。

このように乙は甲に対する主体性や影響力の点で、直接に殺人の実行行為に及んだ甲と同等かそれ以上であり、狭義の共犯の域を越えているが、一方で乙は直接にMの殺害行為には及んでおらず、甲との共謀ことどまっている。かかる乙を正犯として処罰することは相当か。犯罪に重要な役割を果たした者の処罰の要請、正犯の意義の観点から問題となる。

また、甲は当初自ら暴行を加えるまでの意思は無く、Mの攻撃を機に反撃している。

しかし甲は素手のMに対し肉付き包丁で繰り返し心臓を突き刺すなどいささか過激な反撃に及んでおり、その包丁も当初からMを殺す意図で忍ばせていたものである。かかる甲の行為に正当防衛が成立するか。正当防衛の成立要件としての主観的正当化要素の要否、及びその内容について問題となる。

### . 学説の状況

#### 1. 共謀共同正犯について

共謀共同正犯の可否について

A説 否定説

実行行為に關与せず、共謀のみだっただけの者には教唆犯又は造犯が成立するととまる。

B説 肯定説

実行行為に關与しなかった者も含め、共謀者全員について共同正犯が成立するととまる。

共謀正犯を肯定する理論的根拠について

B1説 共同意思主体説

一定の犯罪を実現しようとする共同目的のもとに、2人以上の者が共同することによって共同意思主体を形成し、その共同意思主体の活動として、

共同者中の1人以上の者が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、共同意思主体の活動が認められて共同者全体が共同正犯となる。

B2説 間接正犯類似説

<sup>1</sup> 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2008年)弘文堂

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂 430頁以下

共同意思のもとに一体となり、相互に了解しあって互いに相手を道具として利用しあう点に正犯性を認める。

### B3説 行為支配説

共謀者は実行行為担当者の行為を支配するから、正犯者としての行為支配が認められるとする。

### B4説 包括的正犯説

刑法60条の「共同して実行した」というのは、2人以上の共同意思に基づいて犯罪を実行することをいうから、実行行為を分担しあった実行共同正犯の場合ばかりでなく、共同実行の意思と共同実行の事実とが認められる限り共同正犯が成立するとする。

## 2. 正当防衛の成立要件について

### 防衛の意思の要否について

#### A説 必要説

正当防衛が成立するためには、急迫不正の侵害、防衛行為の相当性(法益の権衡・相当な手段)といった客観的正当化要素のほか、主観的正当化要素として防衛の意思が必要であると解する。

#### B説 不要説

正当防衛の成立に、防衛の意思は不要であると解する。

### 防衛の意思の内容について

#### A説 意図説

防衛の意思とは、積極的に不正な侵害から自己又は他人の権利を守るという意思のことをいうと解する。

#### B説 認識説

防衛の意思とは、急迫不正の侵害が加えられるということを認識しつつそれに対抗する心理状態のことをいうと解する。

## . 判例

### 「最大判昭33年5月28日 第1718号」

#### <事実の概要>

被告人Aは被告人Bほか一名と練馬警察署(巡査X)の襲撃を謀議し、Bが具体的な実行を指導することにした。後日、Bの指示・連絡の下に被告人Cほか数名がXに傷害を加え死亡させた。

#### <判旨>

「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同の意思の下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が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その問罪責の成立に差異を生ずると解すべき理由はなし。」

### 「大判昭和11年12月7日刑集15巻1561頁」

#### <事実の概要>

被告人が仲間の喧嘩の仲裁に入ったところ、相手が被告人の胸倉を掴んだので、憤激して相手を海中に突き落とした。

#### <判旨>

「刑法第三十六条ノ如ク害行為ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トスルモノニシテ縱令急迫不正ノ侵害アル場合ナルニモセヨ之ニ対スル行為力防衛行為ノ意思ニ出タルモノニ非サル限り之ヲ以テ正当防衛又ハ其ノ程度超越ヲ以テ目スヘキモノニ非ス」

## . 学説の検討

<sup>3</sup> 藤木英雄 『刑法(全)[第3版補正版]』(2003年)有斐閣 285頁以下

<sup>4</sup> 前田雅英 『刑法総論講義[第4版]』(2006年)東京大学出版会 414頁以下

<sup>5</sup> 大谷實 『刑法講義総論[新版第2版]』(2007年)成文堂 287頁以下

<sup>6</sup> 前田雅英 『刑法総論講義[第4版]』(2006年)東京大学出版会 237頁以下

<sup>7</sup> 大谷實 『刑法講義総論[新版第2版]』(2007年)成文堂 288頁以下

## 1. 共謀共同正犯について

### 共謀共同正犯の可否について

- (1) 確かに、共同正犯は正犯であり、正犯とは法益侵害の現実的危険を有する行為たる実行行為を担当する者であると解する以上、単に共謀することとどまった者については、教唆犯や従犯として処置すれば足りると思える。
- (2) しかし、実行行為を担当した者を支配する重要な役割を演ずる大物が存在する場合や、対等な立場で相互に影響しあって共同実行の意思を形成し、その共同意思に従って共同者の一部の者が実行行為を担当する場合のように、共謀することとどまってはいるが、法益侵害結果について重大な影響を及ぼしたものについても、教唆犯及び準助犯のいずれかのみによって対処するのは、犯罪の実態にあわず、妥当でない。
- (3) そもそも、刑法60条が「すべて正犯とする」と規定して、「一部実行全部責任」を認めているのは、共同実行の意思のもとに相互に他の共同者の行為を利用・補充しあって実行行為に至ることを根拠とするものである。そうであるとすれば、共同者は必ずしも実行行為を分担する必要はなく、2人以上の者が共同意思のもとに、共同して犯罪を行えば足りると解する。
- (4) よって、共謀共同正犯の可否については、実行行為に関与しなかった者も含め、共謀者全員について共同正犯が成立するとする肯定説を採用するのが妥当であると解する。

### 共謀共同正犯を肯定する理論的根拠について

- (1) この点について、共同意思主体説(B1説)は、個人を離れたものを犯罪の主体とすることから個人責任の原則に反し、妥当でなく、また野合正犯類似説(B2説)や、行為支配説(B3説)は、共同者の一人が他の共同者を支配する「支配型」の共謀共同正犯には妥当しないため、不十分であると解する。
- (3) そもそも、共同正犯が正犯とされるのは、前述のように、相互利用補充関係が認められるからである。そうであるとすれば、相互に他人の行為を利用・補充しあって、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であると問わず、すべて正犯とすべきであると解する。よって、共謀共同正犯を肯定する理論的根拠については、共同実行の意思と共同実行の事実が認められる限り共同正犯が成立するとするB4説(包括的正犯説)を採用するのが妥当であると解する。

## 2. 正当防衛の要件について

### 防衛の意思の要否について

- (1) この点について、違法か適法かは客観的に決められるべきであり、防衛の意思は不要であると解する説(B説 不要説)がある。
- (2) しかし、防衛の意思を不要と解すると、防衛の結果が生じれば、明らかに犯罪的意図をもって攻撃行為がなされ、行為者の予想どおりの結果が惹起した場合にも正当防衛の成立を認めうることとなり、妥当でない。
- (3) そもそも、刑法上の評価の対象となる行為とは主観と客観の統一体である。そうであるとすれば、行為が適法か違法かについては、行為者の主観も考慮して決めるべきであると解する。よって、防衛の意思の要否については、正当防衛の成立には主観的正当化要素として防衛の意思が必要であると主張するA説(必要説)が妥当であると解する。

### 防衛の意思の内容について

- (1) この点について、防衛行為は緊急状況下において反射的になされることが多いことから、自己の行為が防衛行為に向けられていることの認識さえあれば防衛の意思は認められるとする説(B説 認識説)がある。
- (2) しかし、不正な侵害が加えられるという認識は、客観的事実に対応する認識に過ぎず、防衛の「意思」とは言い難い。また、かかる見解を採用する多くは、攻撃に乘じ積極的な加害行為に出た場合に防衛の意思が欠けるとする。しかし、積極的加害意思を有している場合に、防衛の意図・動機は欠如していたとは言いが、防衛の「認識」と攻撃の「意思」の大きさを比べることは不可能である以上、どんなに攻撃の目的が強いとしても「防衛の意思」が欠けるとはいえないと解する。
- (3) よって、防衛の意思の内容については、積極的な防衛の意図・動機が防衛の意思の内容であると主張するA説(意図説)を採用するのが妥当であると解する。

## ・本問の検討

### 1. 甲の罪責について

(1) まず、甲は刃渡り約14.5センチメートルの解体用包丁でMの左胸脇を複数回突き刺し、もって同人を心臓刺傷及び肝臓刺傷による急性失血により死亡させていること、さらにMを殺害することについての未必の故意も有していることから、甲の刺突行為は殺人罪(199条)の構成要件に該当する。

(2) もっとも、甲の刺突行為はMの暴行に対してなされたものであるから、かかる行為についての正当防衛の成否が問題となる。

この点、述べた通り、我々は防衛の意思必要説、及びその内容として意図説を採用するから、正当防衛の成立要件は、急迫不正の侵害があること、その侵害に対する防衛行為が相当であること、防衛の意思があること、となる。

本問では、Mが甲に対してなした暴行は顔面への殴打、コンクリートの路上への引き倒し等、少なくとも暴行罪の実行行為にあたるような行為であるから、急迫不正の侵害があるといえる。

しかし、かかるMの素手での暴行に対する甲の防衛行為は、刃渡り14.5センチメートルの包丁で相手の左胸脇を複数回突き刺すという、相手の生命を侵害するような極めて危険性の高い行為である。したがって当該防衛行為は手段の相当性、法益の権衡をともに欠くものであり、防衛行為が相当であるとはいえない。

また、甲はMとの面識がなかったことから、同人にいきなり暴力を振るわれることはなげだろうと考えていたのだから、事前に積極的な防衛の意図・動機を有することはなかったものといえる。さらに、甲は乙から「けんかになったら俺達は負けないぞ」と言われ、それに従い包丁を持参していたこと、事前に乙とMを殺害することの共謀を遂げていたことから、甲が防衛行為当時有していた意図は「身を守る」という防衛の意図ではなく、むしろ「やられるくらいならやってやる」という好意的な意図であったといえる。よって、防衛の意思があるとはいえない。

したがって、甲の当該刺突行為は正当防衛の成立要件をみたまず、違法性が却却されない。

(3) よって、甲には殺人罪の共謀共同正犯(後述)が成立する。

### 2. 乙の罪責について

(1) 本問では、乙は甲とともにM方にタクシーで赴いたこととまっており、実際には何らの実行行為をなしたものでもない。

(2) もっとも、そもそも本事件は乙がMと電話口で口論をしたことと端を発しており、また甲にM方にけんかに行くことを促し、包丁を持参させ、実際に出向くことを求める甲に対して再三に巨り説得をし、勇気づけ、結果甲に刺突行為を行わせたのもすべて乙である。このことから、乙について共謀共同正犯が成立するか、教唆犯の成立にとどまるかを検討する。

この点、述べた通り、我々は共謀共同正犯肯定説、及び包括的教唆説を採用するから、共謀共同正犯の成立要件は2人以上の者が相互に他人の行為を利用して各自の意思を実行に移す謀議をなし、共同して犯罪を実行する意思のもとに、共謀者の内のある者がその犯罪を実行すること、となる。

まず、甲は乙の加勢を頼りとし、乙は甲が包丁を持っていること等を利用して、それぞれMとけんかをし、ひいては乙の恋人との面会を果たすという目的を実行に移す旨の同意があったものといえるから、2人以上の者が、相互に他人の行為を利用して各自の意思を実行に移す謀議をなしたものといえる。

また、甲と乙は被害者を殺害することもやむなしとの共謀を遂げ、それに基づいて行動した結果甲はMを殺害するに至っているのだから、共同して犯罪を実行する意思のもとに、共謀者の内のある者がその犯罪を実行している、といえる。

したがって、本問における乙の一連の行為は、共謀共同正犯の成立要件をみたまずと解する。

(3) よって、乙には殺人罪の共謀共同正犯が成立する。

## ・結論

以上より、甲、乙にはそれぞれ殺人罪の共同正犯(199条、60条)が成立し、その罪責を負う。

以上