

## I. 反対尋問

- (1) 共同実行の意思とはどのようなものか。
- (2) 共犯の処罰根拠をどのように解しているのか。因果的共犯論(惹起説)に立つ場合には、どの説を採用するのか。
- (3) 共同正犯の処罰根拠は、前述の共犯の処罰根拠と基本的に同じか。異なるのなら、それはどのようなものか。
- (4) 検察側は、犯罪共同説、行為共同説、どちらを採用するのか。
- (5) A説とB-2説の違いは何か。
- (6) B-2説における「必ずしも正犯行為が違法であることを要しない」とはどのような意味か。
- (7) いわゆる正犯なき共犯は認めるのか。
- (8) 検察側は、共同正犯の「正犯性」と「共犯性」、どちらを重視するか。

## II. 学説の検討

(1) まず、検察側は、(共謀)共同正犯の場合にも当然に共犯の従属性の理論があてはまるとしているが、そもそも共犯の従属性の理論は、狭義の共犯において議論されるべき問題であって、(共謀)共同正犯の場合には、当然には適用できないと考える。なぜなら、(共謀)共同正犯は、単独犯と同様に「一次的責任」類型であるため、狭義の共犯のように、正犯に「従属する」という関係は存在しないからである<sup>1</sup>。たとえば、一方の共犯者が適法行為、他方の共犯者が違法行為をした場合には、どちらの行為が従属するのか論理的に決まらないことになる。

ただし、(共謀)共同正犯も「共犯」であることを重視すると解すれば、(共謀)共同正犯者間にどのような実質が備わる必要があるのか考えるにあたって、狭義の共犯において論じられてきた要素従属性の議論は参考にすることができる<sup>2</sup>。

(2) 本問の検討で述べるが、弁護側は、本件事例において共謀共同正犯の成立を否定した後、Xについて狭義の共犯が成立しないか検討する。そこで、狭義の共犯が成立するためには、正犯の行為は、犯罪要素のどこまで具備する必要があるのか。ここで、共犯の要素従属性が問題となる。

この点について、弁護側は、A説、C説およびD説の検察側の検討に同意する。

そもそも、共犯がなぜ処罰されるのか、いわゆる共犯の処罰根拠について、弁護側は、因果的共犯論(惹起説)の中の混合惹起説を採用する。つまり、共犯は違法な法益侵害の結果を間接的に惹起したから処罰されると考える。共犯の処罰根拠をこのように解すれば、共犯の違法性は共犯行為自体の違法性と正犯行為の違法性の双方に基づく、すなわち、行為者の違法性は他の行為者の違法性に影響を及ぼし得るものとする。

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』有斐閣[2007] 297頁

高橋則夫『刑法総論』成文堂[2010] 442頁

<sup>2</sup> 最高裁判所判例解説刑事篇(平成4年度)法曹会[1996] 35頁

これに対し、責任は、違法な行為を行った行為者に対して、非難可能性を認めるために必要となる要件であり、その性質上、行為者ごとに個別的に判断されるべきものである。したがって、共犯が成立するためには、正犯に構成要件該当性、違法性まで具備されていれば足りると解する。

よって、制限従属性説(B-1 説)が妥当である。

B-2 説については、狭義の共犯と共同正犯において要素従属性の要求される段階を区別している。しかし、前述の通り、そもそも、共同正犯については共犯の要素従属性の議論は妥当しないにもかかわらず、それでもなお共同正犯においても要素従属性の議論を維持しているという点において、B-2 説は適当でない。

(3) なお、共謀共同正犯の肯否については、弁護側も肯定する。

### III. 本問の検討

#### Y の罪責について

Y の C に対する本件殺害行為につき、正当防衛(36 条 1 項)が成立するので、違法性が阻却されることにより、殺人罪(199 条)は成立しない。

#### X の罪責について

1. X の本件行為につき殺人罪の共謀共同正犯(199 条、60 条)が成立しないか。

X は Y を説得して、それにより、Y は長包丁を持って C のもとに行っている。しかし、Y 自身は同行を渋っていたにもかかわらず X の執拗な説得によるものであり、また内心では C に対して進んで暴行を加える意思すらなかったため、故意がないといえ、共同実行の意思を有しているとは言えない。

もっとも、Y は C から殴りかかれた際に、C を殺害することになってやむを得ないと決意するに至り、C の胸を包丁で突き刺しているため殺人の故意があり、共謀共同正犯が成立するようにも思える。しかし、この時点で生じた殺人の故意は C から襲われたため、自己を防御するために咄嗟に生じた故意であるため、X との共謀により生じたとはいえない。

よって、共同実行の意思があるとは言えず殺人罪の共謀共同正犯は成立しない。

では、X の当該行為につき殺人罪の教唆犯(199 条、61 条 1 項)が成立しないか。

X は、Y に対し、Y が C を殺害することもやむを得ないという意思のもとに、「やられたらナイフを控え」と指示し、刃渡り 14.5cm の包丁という非常に殺傷能力の高い凶器を渡しているため、殺人罪の教唆行為があるといえる。

そして、X の行為により、Y は C から襲われた際に、反撃のために死亡してもやむを得ないという意思のもとに、C を包丁で刺しているため、X の教唆行為により殺人罪の実行行為にでたとと言える。

しかし、本件では、被教唆者たる Y の行為につき正当防衛が成立するので、違法性が阻却される。弁護側が採用する制限従属性説(B-1 説)によると、正犯行為が違法でなく共犯の成立要件を欠くことから、X の行為に殺人罪の教唆犯は成立しない。

よって、X の本件教唆行為につき、殺人罪の教唆犯は成立しない。

2. なお、検察側が主張するように、本件事例において共謀共同正犯の成立要件を充たすと解した場合、以下検討する。

本問では、上で述べたように実行行為者たる Y に正当防衛が認められている。

そこで、共同正犯者の中に、違法性阻却事由が認められる者がいる場合に、残りの共同正犯者にいかなる影響を与えるか問題となる。

この点について、違法性阻却事由の適用が認められる共同正犯者の行為寄与は、違法性を基礎づける法益侵害とは評価されないことから、その行為を除外した上で、残りの共同正犯者の行為寄与のみについて考えるべきである<sup>3</sup>。

本問において、検察側が主張するように、X は、積極的加害意思を有しているので、正当防衛の成立要件たる防衛行為に欠けるようにも思える。しかし、正当防衛が認められる Y の行為を除外して考えると、X は、実行行為者ではないので、そもそも加害行為に出でおらず、共謀及び予備行為を行ったにすぎない。したがって、X の行為寄与は、殺人予備行為に留まる。そして、本問では Y を道具的に利用している事情もないので、X には、せいぜい殺人予備罪(201 条、199 条)が成立するにすぎない。

#### IV. 結論

X、Y 共にいかなる罪責も負わない。

以上

---

<sup>3</sup> 山口厚『刑法総論』有斐閣[2001] 292 頁