

I. 事実の概要

被告人 X は、飲食店 A で勤務中の女友達 B と話していたところ、店長 C に一方的に電話を切られた。X は再三の B への取次ぎの要求も C に拒否された上に侮辱的な言葉を浴びせられて憤激し、A に押しかけようと決意して、同行を渋る友人 Y を強く説得し、包丁(刃渡り約 14.5cm)を持たせて一緒にタクシーで同店に向かった。

X は、タクシー内で、自分も C とは面識がないのに、Y に対し、「俺は顔が知られているからお前先に行ってくれ。けんかになったらお前を放っておかない」などと言い、さらに、C を殺害することもやむを得ないとの意思の下に、「やられたらナイフを使え」と指示するなどとして説得した。

A 付近到着後、X は、Y を同店出入口付近に行かせ、少し離れた場所で同店から出てきた B と話をしていたりして待機していた。Y は、内心では C に対し自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなかったものの同店出入口付近で X の指示を待っていたところ、予想外にも、同店から出てきた C に X と取り違えられ、いきなりえり首をつかまれて引きずりまわされた上、手けん等で顔面を殴打されコンクリートの路上に転倒させられた。そして、C が隠し持っていた長包丁(刃渡り約 34.5 cm)を取り出したのを見た Y は、頼みとする X の加勢も得られないので、自己の生命身体を防衛するために、とっさに包丁を取り出し、X の前記指示どおり包丁を使用して C を殺害することになってやむを得ないと決意し、X との共謀の下に、包丁で C の左胸部を一回突き刺し、心臓刺傷による急性失血により同人を死亡させた。

II. 問題の所在

Y は X との共謀の下、C を殺害するに至ったが、それは Y が自己の身を守るためにとっさに行ったものである。そこで Y には上記行為につき正当防衛が成立すると考えられるが、その場合に共犯者である A にも正当防衛が成立するか。共犯者の一部に違法性阻却事由が存在する場合に他の共犯者もその影響を受けるか、すなわち違法が連帯するかということと関連して共犯における要素従属性が問題となる。

III. 学説の状況

共犯の要素従属性

A 説 最小従属性説¹

共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当すれば足りるとする説。

B 説 制限従属性説

B-1 説²

共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当し、かつ違法であることを要するとする説。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』成文堂[2009]408頁参照

² 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』有斐閣[2008]286頁

B-2 説³

狭義の共犯に関しては B-1 説と同様に考えるが、共同正犯に関しては必ずしも正犯行為が違法であることを要しないとする説。

C 説 極端従属性説⁴

共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当し、かつ違法・有責であることを要するとする説。

D 説 誇張従属性説⁵

共犯が成立するためには正犯が構成要件に該当し、かつ違法・有責であるだけでなく、一定の処罰条件を具備することを要するとする説。

IV. 学説の検討

- (1) まず、構成要件該当性及び違法性は行為の客観的属性を示すものであり、それが認められない限り、刑法の介入は要請されない。たとえ構成要件該当性が存在しても違法性が阻却される場合はその行為は違法ではなく刑法では処罰されないと考えるべきである。この点で、適法な行為の教唆などを処罰の対象とする A 説は妥当でない。
- (2) 次に C 説によれば刑事未成年者の犯罪行為を利用した場合に共犯が成立せず、間接正犯を成立させることで利用者を処罰することになるが、刑事未成年者でも相当程度に規範意識を備え、自分の行為の犯罪的意味を十分に理解している者も少なくなく、そのような者を「道具」と言えるかは疑問である。
また、責任は、構成要件に該当する違法な行為を行った者に対して、当該行為をなすべきではなかったとして、非難としての刑罰を科すことの正当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 C 説は妥当でない。
- (3) また、D 説にも共犯の成立に有責性を要求する点で C 説に対する上記批判が当てはまる。さらに D 説は正犯が犯罪を実行しているにもかかわらず、処罰条件を欠くが故に処罰されないというにすぎない場合にも共犯の成立を認めない点で妥当でない。また、65 条 2 項は、正犯の身分による「刑の軽重」が身分のない共犯に及ばないことを明示し、244 条 3 項及び 257 条 2 項は、犯罪の成立を前提とする「刑の免除」は、身分のない共犯には及ばないとしており、共犯の可罰性は正犯が処罰されるかどうかとは独立であることを明示している。
したがって明文に反している点でも D 説は採用することはできない。
- (4) これらの理由から、B 説が妥当であると考えられる。以下 B 説について検討する。
B-1 説は狭義の共犯・共同正犯共に共犯者同士で違法が連帯するとする。このように考えると、共犯者の一部の者に違法性阻却事由が存在する場合、他の共犯者もその影響を受けることになる。

³ 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』有斐閣[2007]341 頁

⁴ 瀧川幸辰『犯罪論序説〔改正版〕』有斐閣[1947]205 頁

⁵ 山中敬一『刑法総論〔第 2 版〕』成文堂[2008]800 頁参照

この点、狭義の共犯が正犯の背後に位置する「二次的責任」類型であることを考えるとき、正犯について違法性が阻却されて刑法の介入が正当化されない場合には、背後への二次的責任」追及も正当化されず、共犯は成立しないと考えるべきであるため、上記の理論が妥当する。

一方、共同正犯に関しても、一部実行全部責任の原則として他人の行為に関しても責任を負う以上、個別に見るべき有責性・処罰事由以外の要素は共犯者間で連帯すると考えることは変わらず、したがって基本的には違法が連帯すると考える。しかし、違法性阻却事由は一定の要件の下、それを具備する者にのみ認められるものであるから、その効果は本来個別的なものである。このように考えると、二次的な責任ではなく、各人が正犯として責任を負う共同正犯に関しては、一部の者に違法性阻却事由が存在する場合でもその効果は他の共犯者には影響しないと考えるべきであって、一部の共犯者にとっては適法であってもその他の共犯者にとっては違法ということがありうる。

以上の理由から、B-1説は妥当でなく、B-2説が妥当であると考えられる。

V. 本問の検討

一、 Yの罪責について

1. Yは包丁という殺傷能力の高い道具で人の中枢部位である左胸部を刺し、よってCという「人」を「殺し」ている。そして、YにはCを殺害することになってもやむを得ないという決意があり、C殺害に対する未必の故意がある。したがってYがCを包丁で刺した行為は殺人罪(199条)の構成要件に該当する。
2. もっとも、Yは自己の生命身体を防衛するために上記行為を行っていることから、Yには正当防衛(36条1項)が成立するとも考えられる。以下、正当防衛の成否について検討する。
 - (1) まず、YはA店に向かうに際して包丁を持っていたり、A店に向かうタクシーの中ではYから「やられたらナイフを使え」と指示されるなど、Cから攻撃を受けることを予想していたと考えられ、このような場合に急迫性の要件を充たすかが問題となるが、急迫性の要件は本来客観的なものである以上、侵害のあることを予想していたとしてもそれによってただちに急迫性が失われるのではないと考える。そして、CがYに一方的に暴行している最中に、Cが隠し持っていた長包丁を取り出しており、その後Cがその包丁を用いてYに対して攻撃をしてくることは容易に想定できる。したがって「急迫不正の侵害」がある。
 - (2) また、「防衛するため」の文言から、正当防衛の成立には防衛の意思が必要であり、緊急下で反射的に行われることの多い正当防衛の性質から、防衛の意思の内容は急迫不正の侵害を認識しつつ、これをさけようとする単純な心理状態であると考えられる。そのように考えると、Yは「自己の生命身体を防衛するため」にCを包丁で刺しているから、防衛の意思は存在するし、「自己」の「権利」という要件も充たす。
 - (3) そしてCの持っている包丁の長さは34.5cmと非常に大きいものであり、刺されたら死に至る可能性は大いにある。そこで刺されることを回避することは必要であるし、Yが用いたものもCと同様に包丁であり、その長さもCの用いた長包丁と比べて格段に長いものというわけではないので、武器としては対等なもので、Yの防衛手段としては必要性・相当性があり、「やむを得ずにした行為」と言える。

(4) 以上より、36条1項の要件を充たし、YがCを刺した行為につき正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

二、 Xの罪責について

1. 本問において、YはXとの共謀の下にCを包丁で刺すに至っているが、XはC殺害の実行行為に直接関与していない。それでもXに対してC殺害について責任を問うことができるか、共謀共同正犯の肯否が問題となるが、これを否定すると、実行行為を担当した者を支配する大物や、対等の立場で共同実行の意思を有する者の間で実行行為を担当しなかった者を正犯として処罰できず、犯罪の実態にそぐわないため、共謀共同正犯は肯定すべきである。⁶
2. ではXにC殺害の共謀共同正犯(60条、199条)が成立するか。
 - (1) 共謀共同正犯の成立には①二人以上の者が相互に利用して各自の意思を実行に移す謀議をなし、②共同実行の意思の下に、③共謀者のある者がその犯罪を実行することが必要である。
 - (2) 本問についてみると、Xは「けんかになったらお前を放っておかない」「やられたらナイフを使え」など、Cが攻撃してきた場合に協力して迎撃することをYに説得しており、Yは「Xとの共謀の下に」Cを包丁で刺すに至っていることから、①と③の要件を充たす。
 - (3) ここで、Yには当初Cに自ら進んで暴行を加える意思はなく、C殺害に及んだのも自己の生命身体を防衛するためであり、C殺害につきXとの間に共同実行の意思があったと言えないのではないかが問題となるが、Cを殺害することになってやむを得ないという未必の故意をXと共有するに至っているし、「Xとの共謀の下に」包丁でCを殺害するに至っていることから、XとYにはYが上記故意を抱いた時点で共同実行の意思があったと言える(②を充たす)。
 - (4) したがってC殺害につきXに共謀共同正犯が成立しうる。
3. しかし、前述の通りYにはC殺害につき正当防衛が成立し、違法性が阻却される。そこでXとの関係でもC殺害につき正当防衛が成立するのか。共犯の要素従属性が問題となる。
 - (1) これにつき、検察側はB-2説を採り、基本的に制限従属性説が妥当であるが、共同正犯の場合には違法性阻却事由は共犯者間で個別に検討すべきであると考える。
 - (2) 本問についてみると、Yとは異なり、XはYがCから暴行を受ける以前にCを殺害してもやむを得ないという意思を有しており、「やられたらナイフを使え」というXの発言からも、Cからの攻撃があることを予測していたに止まらず、Cに対する積極的な加害意思があったと言えるため、Xには防衛の意思がなく、36条1項の要件を充たさない。
 - (3) したがってC殺害につきXには正当防衛は成立しない。
4. よって、XのC殺害につき、殺人罪の共謀共同正犯が成立する。

VI. 結論

Xは殺人罪の共同正犯(60条、199条)の罪責を負う。

Yはいかなる罪責も負わない。

以上

⁶ 大谷・前掲 430 頁