

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は「違法性が阻却されるというのは違法性阻却事由を有する者に対してのみ認められるものである」としているが、共犯は実行分担者を介して間接的に違法な法益侵害を惹起するものである以上、共犯処罰のためには正犯者が構成要件に該当し違法であることが必要であるといえ、違法性阻却は連帯すべきではないか。
- 10 2. 検察側は「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る」としているが、通常、正当防衛の成否は実行者について検討するものであるところ、共謀共同正犯の場合、実行行為を行わない者の単なる関与行為については防衛行為の必要性・相当性を判断できないのではないか。

II. 学説の検討

15 ア説(最小従属性説)

検察側と同様の理由により採用しない。

ウ説(極端従属性説)

検察側と同様の理由により採用しない。

20

エ説(要素従属性不要説)

検察側と同様の理由により採用しない。

イ-2説

- 25 本説は、共同正犯において一方の違法性阻却事由が他方に影響を及ぼすことはないとする説であるが、そもそも過剰防衛の刑の減免根拠は、違法性減少に求められ、過剰防衛も正当防衛の延長線上にあるということを重視すれば、違法性が阻却される正当防衛に対し、過剰防衛は違法性が減少するので刑の減免の可能性が生まれると考えられる¹。そのため、共同正犯においても共犯性を重視することで違法の連帯性が妥当し、過剰防衛の効果
- 30 が他の共同正犯者にも及ぶと解すべきである。よって、弁護側はイ-2説を採用しない。

イ-1説

¹ 大塚裕史『応用刑法Ⅰ第14講 過剰防衛論』99頁。

共犯は正犯を介して間接的に違法な結果を惹起するものである以上、共犯処罰のためには正犯者が構成要件に該当し違法であることが必要である。もっとも、責任は個別的に判断されるべきであるから、本説の要件は妥当なものであるといえる。さらに、本説は共同正犯を含めた全ての共犯について適用されることから、論理が一貫しているといえ妥当な
5 考え方である。よって、弁護側はイ・1説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第1 乙の罪責

1. 乙の、Lに銃を発射した行為につき、殺人罪(199条)が成立しないか。

10 (1) 乙はLに対し、銃弾を19発撃ち、これによりLは即死しているため、殺人罪の構成要件該当性が認められる。

(2) 故意とは構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、乙に上記の認識はあったと言える。よって、殺人罪が成立するようにも思える。

15 2. もっとも、当行為はLからの攻撃行為に対する防衛行為として行われているから、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) 「急迫」とは、法益の存在が現に存在しているまたは間近に押し迫っていることをいう。

20 本件において、Lは乙に攻撃を加えているため法益の侵害は現に存在している。乙はもしもの場合を予期して銃を携帯していたのであるが、その機会を利用し積極的に相手方に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだ等の事情はないため、「急迫」性は認められる。

(2) 「不正の侵害」とは、違法な侵害をいうところ、本件Lからの侵害行為は違法な法益侵害行為である。

(3) 「防衛するため」とは、防衛の意思の要求であり、そ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を指すと考える。

25 本件乙の反撃行為はLからの攻撃に対する防衛として行われており、このままでは死ぬかもしれないという思いから自身の生命身体を防衛するためのもので、上記に当たる。よって、「防衛するため」と言える。

30 (4) 「やむを得ずにした行為」とは、反撃行為が防衛の手段として必要最小限であることをいう。具体的には、反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する。

35 本件についてみると、Lの侵害行為は、瓶で乙の後頭部を殴打し、衝撃で倒れた乙を手拳等で数回殴打するというものである。これに対し乙の反撃行為は銃をLに向けて、装弾されていた19発を全て発射するというものであった。単体での殺傷力はそこまで高くないとしても、自動拳銃であり、命中部位によっては致命傷、延いては死亡の危険性もある銃を19発全て発射することは、Lの上記行為に比較して過度であり、反撃として相当性

を欠く。

以上より、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

3. もっとも、相当性を欠く場合であっても、行為者の主観として過剰性の認識がない場合には、過剰防衛(36条2項)として任意的減免を受ける。

- 5 本件において、乙は緊急状態下における心理的動揺から、自身の反撃行為が過剰であるとの認識がないため、過剰防衛が成立する。

第2 甲の罪責

1 乙のLに対して銃を発射した行為につき、甲に殺人罪の共謀共同正犯(60条、190条)が成立するか。

- 10 (1) まず、共謀共同正犯が現行法上処罰されるかについて問題となるが、共同正犯において一部実行全部責任が認められる根拠は、二人以上のものが特定の犯罪を実現する合意をし、相互利用補充関係のもと特定の犯罪を実現する点に求められる。
とすれば、実行行為を分担する場合と、実行行為に向けた行為を分担する場合とで規範的に見て差はないので、共謀共同正犯も共同正犯に含まれると考える。

- 15 具体的には、①共謀の存在、②正犯意思での共謀への関与、③①に基づく実行行為が認められること、の要件を満たした場合に、共謀共同正犯が成立すると解する。また共謀とは犯罪の共同遂行に関する同意をいい、具体的には意思連絡をいう。

- ア 本件において甲はタクシーの中で乙に対し「俺はあの店長と旧面だから、お前が先に行ってくれ。もしやられそうになったら、俺が何とかする。でも、もしものことがあったら、これを使ってくれ。」と言い、銃(グロック 18c。殺傷力はそこまで高くはないが、自動拳銃であり、命中部位によっては致命傷、延いては死亡の危険性もある)を渡しており、乙もこれを受け取っている。したがって銃をもちいて反撃行為を行うことの意味連絡が認められる(①充足)。
- 20

- イ また、そもそも本件の事件はLの電話での態度に腹を立てた甲が犯行に及ぼうとしたのが発端であり、乙は甲に頼まれて参加させられているにすぎない。また銃を用意したのは甲であることから、甲には殺人を自己の犯罪として行う意思が認められるため、正犯意思が認められる(②充足)。
- 25

ウ また、乙は共謀に基づきLを殺害している(③充足)。

- (2) 故意とは上記をいうところ、甲は乙にもしものことがあったときのために銃を渡しているところ、Lを殺害することに対し未必の故意が認められる。したがって故意が認められる。
- 30

2 もっとも、上記の通り乙には過剰防衛が成立し、任意的減免を受ける。そこで甲にもLに対する殺人につき過剰防衛が成立するかが問題となる。

- この点について弁護側はイ-1説を採用する。したがって共同正犯が成立し、片方に過剰防衛が成立する場合、その効果は他の共同正犯者にも及ぶと解する。したがって甲にも過剰
- 35

防衛が成立し、任意的減免を受ける。

IV. 結論

甲及び乙に共同正犯(60条、199条)と過剰防衛(36条2項)が成立し、情状により任意的
5 減免を受ける。

以上