

I. 事実の概要

5 神奈川県横浜市の会社に勤めている甲は、令和4年3月某日、友人乙の家で同人と共に
休日を過ごしていた。そんな中、甲は、飲食店で仕事中の女友達 K に電話をして、同人と
世間話を楽しんでいたところ、店長の L が、「仕事中に長電話はよしてくれ」と言いなが
ら、K が持っていた受話器を取り上げ、電話を一方向的に切った。甲はこれに立腹し、再三
10 にわたり飲食店に電話をかけ、L に対して、K への取次を求めたところ、L は、これを拒
否し、「いい加減にしろ。お前みたいなやつと電話する暇はない。」と侮辱的な言葉を浴
びせた。憤激した甲は、隣で一部始終を見ていた乙に対して、「あの店長許さん。店に押し
掛けるぞ。」と申し向けた。乙は、面倒ごとに巻き込まれたくなかった上、L 及び K と
面識がなかったこともあって、甲の提案を断ったが、甲は、乙を無理矢理外に引っ張り出
15 して、タクシーに乗せ、共に K が務めていた飲食店に向かわせた。甲は、タクシーの中
で、乙に対して、「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)を渡した。

数十分後、甲と乙は飲食店に到着した。甲は、休憩がてら買い物をするために店の外に
20 出てきた K を発見し、同人に話をかけ、共に店から少し離れた喫茶店に入った。乙は、タ
クシーから降りて飲食店の隣の路地で待機していたところ、たばこを吸う為に店から出
てきた L が、乙を甲だと誤信し、「お前、もう許さん。痛い目に合わせてやる。」と言いな
がら、近くにあった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した。
乙は、このままでは死ぬかもしれないと思い、自分の生命身体を防衛する意思で、持って
25 いた銃を L に向けて、装弾されていた 19 発を全て発射した。L は、全身に銃傷を負い、
検視の結果、出血過多並びに多臓器不全により、即死したことが判明された。

II. 問題の所在

乙は甲との共謀の下、L を殺害するに至ったが、持っていた銃を L に向けて発射した乙
30 の行為は、L からの攻撃を受けてとっさに自己の身を守るためのものである。そこで、乙
には上記行為につき過剰防衛が成立すると考えられるが、乙の行為に過剰防衛が成立する
以上、共同正犯者である甲にもその効果が及ぶといえるか問題となる。

III. 学説の状況

35 共犯の要素従属性

ア説(最小従属性説)について

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¹。

イ説(制限従属説)について

5 イ説-1² 共犯が成立するためには正犯の構成要件に該当し、かつ違法であることを要するとする説。

イ説-2³ 狭義の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が、共同正犯に関しては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。

10

ウ説(極端従属性説⁴)について

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いう説。

15 エ説(要素従属性不要説⁵)について

共犯が成立するにあたって、正犯の構成要件該当性を不要とする説。

IV. 判例

該当判例なし(参考判例参照)

20

V. 学説の検討

ア説について

この説は正犯が構成要件に該当すれば共犯が成立するというものであり、共犯と正犯との間における違法性及び有責性及び処罰条件の連帯を要求しないものである。この考え方は、共犯が正犯の構成要件該当行為を介して犯罪を実行するものであるとの理解に基づくものであるが、必ずしもそうとは言えない共同正犯の場合も含めているので妥当とは言えない。よって検察側はア説を採用しない。

25

イ-1 説について

30 この説は正犯が構成要件に該当して違法性が阻却されなければ共犯が成立するというもの

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂,2012年）405、406頁参照。

² 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』（有斐閣,2008年）286頁参照。

³ 山口厚『刑法〔第3版〕』（有斐閣,2015年）170頁参照。

⁴ 大谷・前掲(注1)406頁。

⁵ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂,2008年）800頁参照。

のであり、共犯と正犯との間における有責性及び処罰条件の連帯を要求しないものである。これは行為者の主観的事情に左右される有責性や行為者への一身専属性を有する処罰条件の性質に照らし、これらを行為者毎に個別に検討すべきだとの理解に基づくものである。違法性を持たない行為への共犯が処罰されるのは不当であるから、この説は妥当であるようにも思われる。しかし、違法性を持たないというのは違法性が阻却されるという法的評価に基づくものであり、かつ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。これより、教唆や幫助といった二次的責任類型の場合は格別、共同正犯という各人が正犯者となって一次的責任を負う場合に違法性は連帯しないと考えるべきである。よって検察側はイー1説を採用しない。

10

ウ説について

この説は刑法 60 条 1 項や同法 61 条 1 項における「犯罪」を構成要件に該当して違法で
有責な行為と解することをその論拠とするものである。しかし、この場合における「犯
罪」という語をそのように解さなければならない論理的必然性はない。さらに共犯の成立
に責任の連帯まで要求すれば、処罰の間隙が生まれることとなるため著しく正義に反する
こととなりかねない。よって検察側はウ説を採用しない。

15

エ説について

この説は共犯の成立に正犯の構成要件該当性すら必要が無いと解する見解であるが、犯
罪類型として示されている構成要件に該当しない行為を罰することができないのは当然で
あり、このことは責任類型の違いによっても変わることはない。よって検察側はエ説を採
用しない。

20

イ-2説について

この説は狭義の共犯(教唆犯及び幫助犯)と共同正犯の責任類型の違いに着目して、狭義
の共犯が成立するには正犯が構成要件に該当して違法であることが必要であるが、共同正
犯の場合には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考えられるものであ
る。狭義の共犯の場合には共犯者が実際には正犯行為を行っていないので、正犯者に違法
性阻却事由が認められるならば共犯者も包摂的に違法性阻却事由が認められると考えるこ
とが可能である。しかし、共同正犯の場合には共犯者も正犯行為を行っているとは評価され
るために上記のような包摂が肯定できない。よって共同正犯の場合に限って違法性の連帯
を認めないというこの説は妥当であり、検察側はイー2説を採用する⁶。

30

⁶ 山口・前掲(注3)170頁。

VI. 本問の検討

第1 乙の罪責について

1. 乙の、Lに対し銃を発射した行為につき殺人罪(199条)が成立しないか。

5 (1) 本件で乙はLに殺傷能力のある銃を19発撃ち、よってLは、全身に銃傷を負い、出血過多並びに多臓器不全で即死している。したがって「人を殺した」といえ、かかる行為は殺人罪の構成要件に該当する。

(2) 故意(38条1項本文)とは、構成要件該当事実の認識・認容をいう。本件で乙はもしものときのための銃を携帯しているため、L殺害に対する未必の故意があるといえる。したがって故意は認められる。

10 2. もっとも、乙はLの侵害行為から自己の生命身体を防衛する目的で本件行為を行っている。かかる行為に正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) 「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることをいう。本件では、Lが乙に対して現に襲いかかって攻撃を加えているため、法益の侵害が現に存在しているといえる。

15 もっとも、乙は甲とLとの面倒事を承知の上で現場に来て、「もしやられそうになったら...これを使ってくれ」といって銃まで渡されていることから、Lからの攻撃を予想していたといえる。このような場合でも「急迫」性があるといえるか。

ア この点、36条は急迫不正の侵害という緊急状況下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、単に行為者が侵害を予期してきただけでは直ちに急迫性は失われ
20 ない。もっとも、行為者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及んだとき等、36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、「急迫」性を失うと考える。

イ 本件では、乙は確かに侵害を予期していた。しかし、侵害の予期はあくまで起こるか
25 もしれないといった不確実な予想に過ぎず、乙は自ら銃を携帯していたのではなく、甲に持たされて所持していたに過ぎない。また、Lは待機していた乙を甲と誤信して突然瓶で攻撃してきたため、乙が侵害を回避する可能性もなかった。よって、「急迫」性はあるといえる。

(2) 「不正の侵害」とは、違法な侵害をいう。本件Lからの侵害行為は乙の身体に対する
30 違法な法益侵害行為であるから、「不正の侵害」があるといえる。

(3)ア 「防衛するため」とは、当該反撃行為が客観的にみて防衛に向けられた行為でなければならないことをいう。また正当防衛が成立するためには防衛の意思が必要である。そして防衛の意思とは、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
というと考える。

イ 本件乙の反撃行為は、客観的にみてLからの攻撃行為に向けられた行為である。また、乙はこのままでは死ぬかもしれないと思い、自分の生命身体を防衛する意思で当該反撃行為を行っているので、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あるといえる。したがって「防衛するため」に当たる。

- 5 (4)ア 「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。

イ 本件において、Lの侵害当為は、瓶での後頭部殴打及び倒れた乙に対する手拳等での数回に及ぶ殴打である。かかる行為の衝撃によって乙が倒れていることをも考慮すると、
10 人の身体に対するある程度大きな危険を有する行為であるといえる。これに対し乙の反撃行為は、銃をLの全身に向けて19発発射する行為である。確かに殺傷力はそこまで高くないため、1発を四肢に向けて撃つ程度であれば相当性を有していたと考えられなくもない。しかし、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ものを、全身に向けて装弾していた19発全てを打つことは過度に危険な行為であるとい
15 える。したがって相当性を欠くため、「やむを得ずにした行為」には当たらない。

(5) よって正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。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。本件では、乙は緊急状況下であって自身の反撃行為が過剰であるとの認識がないため、36条2項が適用され、過剰防衛が成立する。

20 第2 甲の罪責について

1. 乙のLに対し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、199条)が成立しないか。

(1)ア 「共同して犯罪を実行した」とは、共同正犯の処罰根拠が、自己又は共犯者の行為を介して結果へと因果性を及ぼし、構成要件該当事実を共同惹起した点にあることから、
25 ①共謀、②正犯意思、③①に基づく実行行為が認められる場合をいう。そして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。

イ i 本件では、甲は、乙を無理矢理外に引っ張り出した上で、車内で乙に対して、「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。」との発言をし、乙に対し
30 Lへの反撃行為を提案している。したがって意思連絡が認められ、①を充足する。

ii 甲は自身とLとの電話口での口論に憤って犯行に及ぼうとしており、動機の形成主体は甲であるといえる。また、面倒事に巻き込まれたくない乙を無理やり引っ張り出し、自身の憤激の收拾をつかせる目的で、乙に犯行を頼んでいるため、自己の犯罪として行う意思を有し、②を充足する。

35 iii そして、乙が共謀に基づいてLの殺害をするに至っているため、③も充足する。

(2) 故意とは上述をいうところ、甲は、乙にもしものことがあった場合として銃を渡しており、L殺害に対する未必の故意があるといえる。したがって故意は認められる。

(3) したがって当該行為につき、甲にL殺人の共謀共同正犯が成立しうる。

2. しかし、上述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、甲との
5 関係でもL殺人につき過剰防衛が成立するか。共犯の要素充足性が問題となる。

(1) この点について、検察はイ-2説を採用する。したがって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。本件では甲乙は共同正犯であるから、甲についても過剰防衛が成立するか以下検討する。

(2) 過剰防衛成立の前提として、正当防衛が成立するか検討するに、甲の「もしやられそうになったら、俺が何とかする。」という発言及び前後の状況から、Lの暴行以前からLへの加害意思を有していたと考えられる。加えて、「もしものことがあったら、これ(銃)を使ってくれ」との発言から、Lの攻撃を予測してただけでなく、その機会を利用し積極的にLに対し加害行為をする意思があったといえ、36条の趣旨に照らし許容されるもの
10 とはいえず、「急迫」性の要件を満たさない。したがって甲に正当防衛は成立しない。

(3) そして、上述の通り、「急迫」性の要件を充足せず36条の趣旨に照らし許容されな
15 いため、過剰防衛も成立しない。

VII. 結論

甲及び乙に殺人罪の共同正犯(60条、199条)が成立し、乙には同時に過剰防衛(36条2
20 項)が成立するため、情状により任意的減免を受ける。

以上