

■2019 年度 A 日程一般入試法律科目試験

「刑法」問題の出題趣旨・解説

【出題趣旨】

本問は、刑法総論において、共謀共同正犯及び正当防衛・過剰防衛の制度趣旨及び成立要件の理解を問うものである。前者については、特に共犯者の一人に正当防衛ないし過剰防衛が成立する場合に、その作用が他の共犯者にも及ぶかを、いわゆる従属性の程度をめぐる議論を含めて適切に評価できるかがポイントである。後者については、防衛の程度を越えるか否かの判断を適切な事実的根拠を援用しつつ行えるか、並びに急迫不正の侵害が自らには向けられていない者の防衛行為を正しく評価できるかが課題となる。

【解説】

乙の罪責については、まず、包丁でYの右胸部を刺したこと（実行の着手）、殺害に至らなかったこと（「遂げなかった」）こと、「Yを殺害することになってもやむを得ない」と思っていたこと（故意）から殺人未遂罪の構成要件該当性が確認されなければならない。

次に、乙の右行為は、Yからの急迫不正の侵害に対してなされたこと、正確には、Yがコンクリートブロックを再度投げつけようと振りかぶったことを受けてなされたものであることの確認が必要である。Yがいきなり殴りかかった、殴り倒したなどの既に行われた暴行は、さらなる暴行がごく近い将来に行われるであろう（急迫している）という判断を支える間接事実に過ぎず、不正侵害そのものではない。

乙はYからの攻撃をある程度予測していたものの、「自分から進んで暴行を加えるまでの意思」はなく、Yは「いきなり」殴りかかってきたのであるから、乙は、Yの侵害を自ら招いたとも言えず、また、いわゆる積極的加害意思もない。

防衛意思も認められるので、犯罪の成否を左右しうるのは、包丁で胸を刺すという防衛行為が「やむを得ず」になされた、「防衛の程度を超え」ないものか否かの判断だけである。コンクリートブロック vs 包丁、頭（一回目は頭付近だったので次の攻撃も同様と予想される）vs 左胸といった対応事実を指摘して著しく不均衡でないか否かの判断を根拠づけられていれば、結論はいずれもあり得る。

丙の罪責については、「やってしまえ」という指示が「包丁を使えとの趣旨」であったことから、殺意まで認めるか否かを論じなければならない。加えて、

乙にY殺害を決意させているから、殺人未遂ないし傷害の教唆または共謀共同正犯の成否を検討することになる。事前の事情を知って、乙を助けるためにした指示であるから、自己の犯罪として行う意思はないから正犯ではないとするか、急迫不正の侵害に対する防衛が動機の一つであるにせよ、構成要件該当行為を決意させたことは決定的な寄与であると考えて正犯性を認めるかのいずれかが考えられる。

乙は甲からの指示だと思っているが、この点は、丙にとっては故意に影響しない因果経過の錯誤に過ぎない。

次に乙の行為に成り立つ正当防衛もしくは過剰防衛の丙の罪責への影響が論じられなければならない。丙の罪責を否定する場合は、乙に従属して丙にも正当防衛ないし過剰防衛が認められる、あるいは、丙の教唆行為自体、乙の行為とは独立に評価しても、乙に対する急迫不正の侵害に直面して「他人の権利を防衛するため」やむを得ずに行われた行為であるとする構成が考えられる。逆に丙に罪責を認めるためには、正当防衛、過剰防衛は各関与者ごとに個別に判定されるべきであり、丙には正当防衛の要件のいずれかが欠ける、例えば、丙は急迫不正の侵害に直面していない、とするしかないが、やや無理があろう。

甲は、「タクシー内で未必の殺意を生じ」て、乙に「やられたらナイフを使い」と指示しているから、甲の行為は、殺人未遂の教唆ないし共謀共同正犯の構成要件に該当する。乙が、最終的にY殺害を決意したのは丙が指示したからであるが、乙は丙の指示を甲の指示だと思っており、タクシーないでの甲の指示と乙の決意との間には因果関係がある。乙が「丙の指示」に従った実際の経緯は、甲の当初のもくろみとは食い違っているが、故意には影響しない因果経過の錯誤に過ぎない。

渋っていた乙が甲の説得に応じて同行したことを甲が乙に対する力関係において優越的な地位に立っていたことを示す事実と評価し、そもそも甲とYとの口論が事の発端であり、甲のYに対する怒りが動機であることを重視すれば、甲の説得行為と指示とを以て殺人未遂の共謀共同正犯と評価することになろう。逆に、二人は単なる友人であり、強い説得が必要であったことから、力関係は対等であり、実力行使は最初から乙に委ねるつもりであったと評価すれば、実力行使自体は自らの犯罪とする意思はないとして甲は教唆にとどまるとすることも不可能ではない。

甲は、Yの急迫不正の侵害を具体的には認識していないから防衛の意思を欠く、あるいはそもそも丙とは異なり急迫不正の侵害に直面する以前に当該指示を行っている、共犯の成立には直接正犯者の行為に構成要件該当性さえあれば足りる（最小限従属形式）、正当防衛、過剰防衛は各関与者ごとに個別的に判

断すべきであって、連带的に作用することはない、等、甲に正当防衛ないし過剰防衛を認めない根拠は数多く挙げることができる。

以 上