

I. 反対尋問

1. 構成要件をどのようなものとするか。
2. 法益衝突状況回避義務とはどのようなもので、いかなる場合に必要とされるのか。
3. 検察側は、いかなる場合も緊急避難は違法性を阻却するものとするか。

II. 学説の検討

1. 結果無価値と行為無価値いずれを採用するかについて

(1) この点、検察側はB説(結果無価値論)が客観的・明確な判断基準が提示できることから、A説(行為無価値論)よりも妥当であると主張する。しかし、現代社会は高度に複雑化しているため、法益侵害とその危険に満ちているのであり、事後的な結果発生を理由として、それを全て違法とすることは妥当ではない。また、刑法的評価の対象となる人の行為は、客観的要素だけでなく主観的要素からも成り立つものであるから、客観面のみを取り出して刑法的評価を加えることは困難である。

(2) 思うに、刑法は法益保護機能を持つが、それ以外にも命令規範・禁止規範を通して国民に向けて行動基準を提示する自由保障機能を有するのである。そして、その国民に対する行為規範性を考慮すれば、「社会的相当性を逸脱した法益侵害及びその危険」を違法性の実質と解するのが妥当である。B説は刑法の法益保護機能のみに着目し、刑法が行為規範性を有することを看過するものであり、採用することはできない。

(3) 検察側はA説を「倫理違反を処罰する」ものであると批判するが、そもそも弁護側の主張するA説は、純粹行為無価値ではなく、「結果無価値・行為無価値二元論」であり、あくまでも法益侵害及びその危険を基礎とするものである。したがって、倫理違反を処罰するものであるという批判はA説を誤解したものであり、批判に当たらない。そして、A説は法益侵害及びその危険があった場合に、それが社会的相当性を有するかでしぼりかける見解であり、全てを違法と解するB説に歯止めをかけようとする見解であるから、A説は、妥当な結論を導くことができる。

よって、B説は不当な見解であり、A説を採用するのが妥当である。

2. 緊急避難の法的性質について

(1) まず、甲説について検討する。検察側は緊急避難の法的性質について甲説(違法性阻却説)をとるが、弁護側も検察側の主張にあるとおりの理由で基本的には賛成する。もっとも、緊急避難が「正対正」の関係、つまり自分に降りかかってきた災難を関係のない他人に転嫁する行為であることから、それらを一律に違法でないという点是不合理である。すなわちカルネアデスの板のように法益が同価値の場合や比較に適さない法益が対立している場合に、違法性阻却事由説の基礎にある優越的利益の原則ではその根拠を合理的に説明できない点で甲説は妥当性を欠く¹。

(2) 次に乙説(責任阻却説)について検討する。この点、乙説も甲説と同様、緊急避難が成立する場合、一律に責任を阻却する点で妥当でない。加えて、乙説に立てば、避難行為者の行為は常に違法であるから、他人はこれに対して正当防衛ができることになるが、小なる法益を侵害された者に、果敢な正当防衛を

¹ 曾根威彦『刑法総論〔第3版〕』弘文堂[2008]123頁

認めるのは疑問である²。したがって、この点から乙説は妥当性を欠き、侵害された法益によって、異なる取扱いが求められることが必要であることが分かる。

(3) 次に丙説(二分説)について検討する。この点、弁護側は「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り」という文言は、優越的利益説を表しているのではなく、同等またはいっそう大なる利益を救う限りという意味であると考えられる。また、生命又は身体は、人格の根本要素であって、その本質上比較することができないから、緊急状態の下でも人格を侵害することは違法であると考えられる。したがって、法益が同価値の場合にも妥当な説明が可能であり、かつ侵害された法益が比較に適さない場合の解決策を示す点で丙2説が妥当であると考えられる。もっとも、丙1説の検討で述べたとおり、責任阻却は限定的に解すべきところ、身体については、傷害の軽重という点において、比較は必ずしも不可能ではないことから、人格の根本的要素としての生命に準じる場合に限定すべきであると解する。

なお、あくまでも違法性阻却を原則とし、前述したような例外的な場合に限り、責任阻却すべきであると考えられるから、かかる例外的場合をあまりに拡張しすぎる点で、丙1説は採り得ないと解する。

3. 期待可能性の判断基準について

(1) この点、期待可能性を判断する基準は明確かつ画一的であるべきであるとしてγ説(国家基準説)を採用するが、そもそも責任判断は実質的・非典型的なものであり、責任段階においては行為者毎に個別的事情を斟酌すべきであるから、明確かつ画一的な基準を設定しようとする自体が不当である。

また、γ説は、「法律上いかなる場合に期待可能性が認められるか」を論じるにあたり、ただ法秩序がこれを期待する場合であると答えるものであり、循環論にすぎない。

さらに、国家を基準とするγ説では、期待する国家の期待の強弱を標準と解することになるが、期待可能性の理論は、そのような期待に応えられない者について責任の減免を問題とするのであるから、γ説は基準として妥当ではない。

(2) 次にβ説(一般人基準説)を検討するに、弁護側の立場では違法段階で一般人の観点から社会的相当性を判断するため、責任段階でも一般人を基準とすると、判断が重複するため妥当でない。

(3) 思うに、責任段階では行為者毎に個別的事情を斟酌すべきである。そして、期待可能性の理論は、行為者に適法行為を期待できないときは責任非難を認めることはできないという観点を出発点とするのであるから、行為者を基準にすべきである。したがって、α説(行為者基準説)が妥当である。

検察側はα説を採用すると、期待可能性を認めることができる場合が存在しなくなると批判する。しかし、行為者が適法行為をなしえないと考える状況で期待可能性が否定されるのはむしろ当然である。検察側は全ての犯罪行為時には、「行為者が適法行為をなしえないと考えている」とみなすのであろうが、α説によっても行為当時の具体的事情のもとでは、適法行為の期待が不可能な場合は稀であり、「期待可能性を認めることができる場合が存在しなくなる」ということはありえない。したがって、検察

² 山中敬一『刑法総論 I [第3版]』成文堂[2002]484頁

側の批判に根拠はない。
よって、弁護側はα説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

一. Xの罪責について

1. XがYの首を絞めつけ殺すためにロープを持ってYに近づいた行為には、Yの生命侵害の現実的危険性が認められるので、Xの行為には殺人罪(199条)の実行行為性が認められる。
もっとも、Yの死という結果が発生していないことから、殺人罪の構成要件には該当し得ない。
したがって、Xの行為は殺人未遂罪(203条、199条)の構成要件に該当する。
2. ところが、XはAの拳銃発砲から自己の生命を守るために上記行為に及んでいる。そこで、Xの行為に緊急避難(37条1項本文)が成立しないかが問題となる。この点、弁護側は丙2説を採用するところ、本件においては避難者Xの生命と被侵害者Yの生命が衝突しているため、緊急避難を責任阻却事由と解する。そうすると、法益衝突状況回避義務は問題とならないので、弁護側は以下緊急避難の成立要件を各々検討する。
 - (1) まず、Aは実弾の入った拳銃をXに突きつけており、Aの要求を拒めば実弾発砲される蓋然性が高いことに鑑みれば、Xの生命侵害の危険が間近に切迫しているといえる。ゆえに、「現在の危難」の要件を満たす。
 - (2) 次に、XはYを殺害しなければ自身が拳銃を発砲され殺されてしまうとの認識の下で、それを回避するために緊急行為に及んでいる。ゆえに、「危難を避けるため」の要件を満たす。
 - (3) では、「やむを得ずにした」(補充性)の要件を満たすか。そもそも、やむを得ずにした行為とは、その危難を避けるための唯一の方法であって、他にとるべき手段がなかったことをいう。これを本件についてみるに、Xは教団施設内の瞑想室で危難に遭遇しており、たとえ逃げ出そうとしても施設内の他の信者に捕まりAに発砲される可能性が高いこと、及び、Xが同教団を脱退した元信者だとすればXを救助しようとする信者は皆無に等しいと考えられることから、退避や救助は不可能であったといえる。そうだとすれば、Aの要求に従いYをロープで絞め殺す行為にでることが、自身の危難を避けるための唯一の方法であったといえる。ゆえに、「やむを得ずにした」の要件を満たす。
 - (4) 最後に、緊急行為によって生じる害はYの生命侵害であるのに対して、避けようとした害はXの生命侵害であるので、両者は等しいといえる。ゆえに、前者が後者を越えていないので「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」(法益の権衡)の要件を満たす。
 - (5) 以上より、Xの行為は違法であるが、緊急避難が成立し、期待可能性が欠けるため責任が阻却される。
3. したがって、Xの行為には殺人未遂罪は成立せず、Xはその罪責を負わない。

二. Yの罪責について

1. YがサバイバルナイフでXの腹部を刺し加療1ヵ月の重症を負わせた行為は、Xの生理的機能を害しているため、傷害罪(204条)の実行行為性が認められる。
そして、殺傷能力の高いサバイバルナイフを人体に突き刺せば、傷害結果の生ずることは社会

一般人であれば容易に推知できるのであるから、同罪の故意が認められる。

したがって、Yの行為は傷害罪の構成要件に該当する。

2. ところが、YはXの緊急避難行為から自己の身を守るために上記行為に及んでいる。この点、Xの緊急避難行為は違法であることからすれば、Yはこれに対して正当防衛をなしうることとなる。そこで、Yの行為に正当防衛(36条1項)が成立しないかが問題となる。なお、弁護側は行為無価値論を採用し、法益衝突状況回避義務を認めない立場に立つので、これを検討する余地はない。以下、正当防衛の成立要件を各々検討する。

(1) まず、前述通りXはYを殺害するためにロープを持って近づいてきているので、Yの生命侵害の危険が目前に切迫しているといえる。また、Xのかかる行為は殺人罪の構成要件に該当し、違法である。ゆえに、「急迫不正の侵害」の要件を満たす。

(2) 次に、YはXからの侵害に対して自己の身を守るためだけに上記行為に及んでいる。ゆえに、「自己又は他人の権利を防衛するため」の要件も満たす。

(3) 最後に、「やむを得ずにした」の要件を満たすか。そもそも、やむを得ずにしたとは、防衛行為が必要性と相当性を有することをいう。これを本件についてみるに、Yは教団施設内の瞑想室に拘束状況下であり、さらに「Aら」数人に捕まったことから、他の者も厳重に警備していたと考えられるので、逃走は不可能であった。そうだとすれば、自身の生命を守るためにXの侵害に対する防衛の必要性は存していたといえる。また、防衛行為によって保全された利益はYの生命であるのに対して、害された利益はXの身体である。そして、加害態様においては確かに、形式的にはロープ対ナイフであり武器対等の原則から逸脱するようにも思えるが、Yは拘束されたことによる疲労感、及び、Xに裏切られたことによる絶望感から通常の体力状況にあるとはいえない。そうだとすれば、実質的には武器対等の原則を維持できているといえるので、相当性も認められる。ゆえに、「やむを得ずにした」の要件を満たす。

(4) 以上より、Yの行為には正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

3. したがって、Yの行為には傷害罪が成立せず、Yはその罪責を負わない。

IV. 結論

XとYともに無罪。

以上