

## I. 反対尋問

1. 判例を挙げた趣旨は何か。
2. 検察側がA説に立つ積極的根拠は何か。
3. 検察側はハ説を解釈論として無理があるとするが、これはどのような意味か。
4. 「法益の均衡」が責任判断と無関係であるとするのはなぜか。

## II. 学説の検討

### 1. 自招危難

- (1) A説(全面否定説)は、事例によって妥当ではない結論が導き出され得る点に問題がある。例えば、たとえ自ら危難を生じさせたとはいえ、避難行為者が当初予測した程度をはるかに上まわった結果が生じた場合、常に行為者に緊急避難を認めないとするのは妥当ではない。ゆえに、弁護側はこれを採用しない。
- (2) B説(全面肯定説)は、検察側と同様の理由からこれを採用しない。
- (3) C説(形式的二分説)については、原因行為時に故意があったか過失であったかで緊急避難の成否を区別する根拠は特にないと考えられ妥当ではない。ゆえに、弁護側は採用しない。
- (4) E説(原因において違法な行為説)について、この理論は確かに具体的に妥当な結論を導きうると考えられる。確かに、因果関係の一部に違法な行為が介在していてもその前段階の行為を違法として最終的な結果について責任を負わすのは理論的には可能である。しかし、原因行為を違法とする理由が、「自ら」危難を引き起こしているので違法性阻却を認めることが出来ないというものである以上、直前の行為のときにも緊急避難として違法性阻却を認めないとするのが一貫した考えである<sup>2</sup>。
- また、自招危難の事例によっては適用できないものもあり、適用範囲は極めて狭い。ゆえに、弁護側はこれを採用しない。
- (5) したがって、危難の招来が故意か過失かという形式的基準ではなく、具体的事情を考慮し個別的に判断して緊急避難の成否を検討するD説(実質的二分説)が妥当であるとする。ただし、その個別具体的事情についての判断基準の内容が様々に異なるゆえ以下検討する。
- D-1説(一般法理援用説)は、なにもって「社会的相当」と認められるのかきわめて曖昧であり、国家・社会倫理規範といった基準が出てくる根拠が具体的に示されておらず理論構成に問題があるとする<sup>3</sup>。ゆえに、弁護側はこれを採用しない。
- D-2説(井田説)については、検察側と同様の理由からこれを採用しない。
- D-3説(個別化処理説)については、自招性は一律に危難、補充性または相当性のいずれ

<sup>1</sup> 林幹人『刑法総論〔第二版〕』（東京大学出版会，2008年）214頁。

<sup>2</sup> 林幹人・前掲書 215頁。

<sup>3</sup> 山口厚『自招危難について』（香川古希「刑事法学の課題と展望」）205頁。

か一つだけに関係するものではない。よって、緊急避難の成立要件に関して総合的に判断されるべきである<sup>4</sup>。

- (6) 以上から D-3 説(個別化处理説)が妥当であると考え。弁護側は D-3 説(個別化处理説)を採用する。

## 2. 緊急避難の法的性格

- (1) イ説(違法性阻却説)において、緊急行為者が行った避難行為を違法性阻却することによって正当化し、危難を転嫁される無関係の第三者に正当防衛が認められないことは納得し難い。なぜならば、危難が降りかかろうとしている状況の下でそれを避けようとする行為は当然のことであり、にもかかわらず、緊急行為者には緊急避難が認められ、被緊急行為者には認められないことは被緊急行為者に対して非常に酷であると考えためである。さらに、この論理は強者の論理を認めるものであり、刑法の趣旨からして認め難く、妥当ではないと考える。

したがって、弁護側はイ説を採用しない。

- (2) ロ説(責任阻却説)では避難行為が責任阻却の対象になるのみであり、行為が違法であるとするならば、その避難行為に加担する行為(助ける行為)は、共犯の従属性に関する通説である制限従属性説をとる限り、加担した者は共犯として処罰されてしまう不都合があるため、妥当ではない。

したがって、弁護側はロ説を採用しない。

- (3) ハ-1 説(違法性阻却基本型二分説 1)は緊急避難行為と共犯の成立との関係を適法とするならば、制限従属性説を前提とする限り、その避難行為を教唆・幫助した者は、共犯の可能性はないことになる。しかし、むしろ、緊急避難行為を違法(期待不可能により責任が阻却される)として共犯の成立の可能性を認めたとえで、教唆・幫助した共犯について期待不可能性により責任阻却を問題とする方が妥当であると考え。

したがって、弁護側はハ-1 説を採用する。

- (4) ハ-2 説(違法性阻却基本型二分説 2)において生命対生命や身体対身体とする場合であっても比較衡量することが可能であるにも関わらず、初めから比較衡量すべきではない法益とすることは考えることを放棄することであり、判断者はそれを避けるべきではないと考えるため、妥当ではない。

したがって、弁護側はハ-2 説を採用しない。

- (5) ハ-3 説(責任阻却基本型二分説)では責任阻却を基本としているため、上記ロ説と同様の批判が加えられるため、妥当ではない。

したがって、弁護側はハ-3 説を採用しない。

- (6) 以上から弁護側はハ-1 説(違法性阻却基本型二分説 1)を採用する。

---

<sup>4</sup> 川端博『刑法総論講義〔第三版〕』(成文堂, 2006年)387頁。

### Ⅲ 本問の検討

1. 本問において、Xに殺人未遂罪(刑法 199 条、203 条)が成立しないか。
2. まず、XはYの頸部をロープで絞めつける行為を行っている。頸部とは神経系、消化器系、循環器系の各器官が集約されている人体の枢要部の一つであり、これに対するかような攻撃行為は、人を容易に死に至らしめるということが一般的にも広く知られているといえる。また、遅くとも実際にロープを頸部に絞めつけた時点において、実行の着手を認めてよい。しかし、かような行為にもかかわらずYは頸部骨折、下半身不随、失明といった重傷にとどまったのであるから、行為客体の死という殺人罪の構成要件的结果の発生には至らず、もって殺人未遂罪(刑法 199 条、203 条)の構成要件に該当する。

- 3.(1) では、Xの行為は緊急避難(刑法 37 条 1 項)として違法性ないし責任が阻却されないか。  
この点、検察側はハ-1 説(違法性阻却基本型二分説 1)を採用するから、緊急避難について、基本的には違法性阻却事由としながらも、同価値の法益間においては責任阻却を認めると解する。本問においては、行為主体(X)の保護法益と行為客体(Y)の保護法益は共に生命であり同価値と言えるから、責任阻却事由と解する。

- (2) そこで緊急避難の要件を各々検討してゆくに、まず X は自ら現在の危難を招来したのではないか(自招危難)と思えるため問題となる。この点、検察側は D-3 説(実質的二分説一個別化処理説)を採用するゆえ、危難の自招性のみをもって緊急避難の成立を阻却するのではなく、危難の自招性に個別具体的事情による判断を加えた上で危難の現在性の要件に還元させる。

本問においては、XはYと共にXの母を拉致する目的で教団施設に侵入したのであるから、自らの意思で犯行現場たる教団施設に踏み入ったと認めることができるが、その侵入の時点において、教団幹部に執拗な暴行・監禁を受け、さらに自分の命と引き換えにYを殺害するよう命じられるとは到底予測できないものである。よって、危難の自招性について故意や過失は認めがたく、もって危難の自招性は否定される。

- (3) また、本来的な意味合いにおける危難の現在性の要件については、法益に対する侵害又は侵害の危険のある状態が現に存在し、又は間近に押し迫ったことをいうところ、Xは執拗な暴行・監禁を受けており、そのような極限状態においてYを殺害するという罪を犯さない限り自分が殺害される旨宣告されたのであるのだから、これを認めてよい。

なお、XはY殺害を拒んだとしても、ただちにXが殺害される危険性まではないだろうと感じたが、あくまでもY殺害を拒否し続けたならば、X自身も殺害される状態にはあるだろうと考えたのであるため、Y殺害に及ばねば畢竟近いうちに殺害されると認識していたことに変わりはなく、現在性を阻却するまでとは言えない。

- (4) 次に避難意思の要件については、Xは教団幹部の宣告を信頼し自身が救助される目的でYを殺害せんとする行為に及んだのであるから、認められる。
- (5) 避難行為の相当性の要件については、補充の原則と法益権衡の原則が求められる。これにつき、前述のとおりXは外部と連絡を取りえない教団施設に監禁されている状態に

あり、自身が殺害されるという危難を避けるためにはYを殺害せんとする以外に方法は無かった。また、本問は生命対生命が問題となっており、個々人の生命の価値に優劣をつけられないという観点からしても、その同価値性を肯定せざるをえないところであるから、価値の等しい一方の法益を救うために他方の法益を害する場合に該当する。

ゆえに、避難行為の相当性の要件も満たす。

(6) したがって、Xの行為は緊急避難(刑法37条1項)に該当し、責任が阻却される。

4. 以上より、Xの行為は殺人未遂罪(刑法199条、203条)の構成要件に該当するものの、緊急避難(刑法37条1項)により責任が阻却される。

#### IV. 結論

Xには殺人未遂罪(刑法199条、203条)が成立せず、Aは何らの罪責を負わない。

以上