

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ2ページ「Ⅲ. 学説の状況」の7行目において「強要避難においても、期待可能性がなければ責任を阻却すると解する」とあるが、B説の立場で強要緊急避難を緊急避難の一類型と考えない理由は何か。
- 10 2. 検察側は「Ⅳ. 裁判例」を違法性阻却事由説に立つものと考えているが、レジュメ2ページ30行目「現実的な方法がなかった」という部分についてどう解釈しているか。
3. 検察レジュメ3ページ「Ⅴ. 学説の検討」の16行目において「消極的な形で避難行為を是認している」とあるが、具体的にどういう意味か。
4. 検察レジュメ3ページ「Ⅴ. 学説の検討」の30行目において「他人の危難を回避する場合には、本能的行動に基づく回避行為としては期待可能性の存否を考えることはできない」とあるが、検察側はなぜそのように考えるのか。

15 II. 学説の検討

1. A説について

A説の立場からは、より大きな利益を救うために小さな利益を犠牲にすることは社会利益の観点や法秩序の要求に合致するがゆえに違法性を帯びず、法律上許されるとする。しかし、緊急避難の相手方を全く考慮することなしに、無関係な相手方の法益を、たとえそれが小さいものであるといっても侵害することが法律上許され、その相手方がそれを受忍しなければならぬとするのは妥当でない¹。法益はその大小にかかわらず保護されるべきであり、小さな法益を切り捨てる思想は悪しき功利主義と言わざるを得ない。

つまり、緊急避難行為はたとえ微小であれ法益を侵害している点で違法性を帯びることは免れないと解すべきである。

25 よって、弁護側はA説を採用しない。

2. B説について

一方、B説は緊急避難行為は法益を侵害する点で違法なものであるが、緊急状態のために他の適法行為を期待し得ないという理由で責任阻却事由と解している点で妥当である。A説は37条1項の文言上当然に導かれるものとされてきたが、責任阻却説をとったとしても合理的な結果を導くことは可能であり、A説の批判で挙げたように「大きな利益を救うためには小さな利益を犠牲にすべきだ」という悪しき功利主義的考えによることなく緊急避難行為を評価できる。

具体的には、「他人」の危難を回避する場合には本能的行動に基づく回避行為としては期待可能性の存否を考える事ができない、という批判があるが、他人の危難を回避する場合

¹ 高橋敏雄『違法性の研究』(有斐閣,1963年)123頁。

にも期待可能性がないといえるほど心理的に動揺することは十分に考えられる²。

また、緊急避難の法的性質を責任阻却事由とすると法益権衡の要件の存在理由が無くなってしまおうという批判がある。しかし、法政策的な観点から法益権衡の原則を法規上規定することは認められると考える³。

- 5 さらに、法益権衡の原則は客観的な、抽象的な基準によることなしに社会的・主観的な基準によって理解すべきであるところ、結局期待可能性の思想と一致するのであり、責任阻却の立場でも不都合は生じない⁴。

10 加えて、責任阻却説によると緊急避難行為に対して正当防衛が成立することになり、これは緊急避難を行う者の保護に欠けることになってしまうとの批判があるが、この点、最も保護されるべきは危難を転嫁された第三者であるのだから、むしろ正当防衛の成立を認めないとしてしまうと、第三者の保護の必要性を欠き妥当ではない。

よって、弁護側はB説を採用する。

3. C説について

15 検察側と同様に、C1、C2、C3説に共通する問題点として、同じ条文に異なった犯罪阻却事由が規定されていると解することに対する疑問がある。

(1) C1、C2説については、原則的に違法性阻却事由であるため、A説の批判が当てはまる。よって、弁護側はC1、C2説を採用しない。

20 (2) C3説については、超法規的という概念自体が具体性に欠ける。また、例外的に違法性が阻却されるとしているが、そもそも違法性を阻却しなくても責任の問題で処理すれば足り、違法性を阻却する具体的根拠に欠ける。

よって、弁護側はC3説を採用しない。

III. 本問の検討

甲は死亡しているため、甲の罪責は、乙の罪責を検討する際に考慮するにとどめる。

25 1. まず、乙が甲と共に教団の施設に忍び込んだ行為は「正当な理由」なく「人の看守する建造物」に「侵入」したといえ、建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

2. (1) 次に、乙が甲の左胸部をサバイバルナイフで一突きし死亡させた行為につき殺人罪(199条)が成立しないか。

30 (2) ア. 乙はサバイバルナイフという鋭利な刃物により、甲の人体の枢要部である左胸部を一突きしており、死亡結果発生の現実的危険性を有する行為であるといえ、当該行為に実行行為性が認められる。そして、当該行為から、甲は出血多量によって死亡しており、実行行為と甲の死亡結果の間に因果関係が認められる。また乙は心臓のある左胸部を狙っており、構成要件該当事実の認識・認容があったといえ、殺意があったといえるため、構成要件の故意(38条1項)が認められる。

² 植松正『再訂 刑法概論』(勁草書房,1985年)208頁。

³ 植松正・曾根威彦・川端博・日高義博『現代刑法論争 I』(勁草書房,1983年)148頁。

⁴ 高橋・前掲 125頁。

イ. a もっとも、乙は甲がサバイバルナイフで突き刺してきた行為に対して、自らの生命を守るために当該行為に及んでいるため、正当防衛(36条1項)が成立しないか。

甲の行為が緊急避難(37条1項)にあたる場合、その法的性質に関連して問題となる。

5 b. 甲は、Xから解放する条件として「お前が乙を殺すことだ。それができなければお前をここで殺す。」などと言われ強要(223条1項)されたため、自らの生命を守るために乙の上半身を突き刺そうという行為に出ているものの、かかる強要緊急避難においても緊急避難の要件を満たせば足りる。

10 c. 緊急避難の成立要件は、①「現在の危難」②避難意思③「やむを得ずに」した行為であること④「生じた害が避けようとした害の程度を越えなかった」ことであるところ、甲の行為が上記要件を充足するか検討する。

15 ①甲はXの頸部にサバイバルナイフをあてられながら、甲が乙を殺さなければ自らを殺す旨の脅しを受けており、直前に全治2ヶ月の傷害を負わされていることから、Xの命令に従わなければ実際に甲を殺害する蓋然性が高かったといえ、「現在の危難」が存在している。また、②Xの命令通りにすれば殺害しない旨のXの言葉を信じ当該行為に出しており、避難意思が認められる。さらに、③全治2ヶ月の傷害を負った状態で5人の見張りがある中逃走するのは困難であったといえ当該行為以外に助かる方法がなかったといえるから「やむを得ず」にした行為にあたり、④侵害法益が乙の生命であるのに対し、被保全行為も甲の生命であり、「生じた害が避けようとした害の程度を越えなかった」といえる。

20 d. よって甲の行為につき緊急避難(37条1項)が成立する。

ウ a. もっとも、弁護側はB説を採用するところ、緊急避難によって違法性は阻却されないから、正当防衛の正対不正の関係は維持されるため、正当防衛(36条1項)を検討する。

25 b. 正当防衛の要件は①「急迫不正の侵害」の存在②「防衛するため」であること③「やむを得ずした行為」であることである。

30 c. ①本問において、甲の乙に対してサバイバルナイフで切りかかった行為はXからの侵害に対する緊急避難行為であるものの、先述の通り弁護側はB説を採用し、甲の行為の違法性は阻却されないため、「急迫不正の侵害」は認められる。②また、乙は甲の攻撃から、自己の生命を守るため当該行為に出しており、「防衛の意思」は認められる。③そして甲のサバイバルナイフでの攻撃に対し、乙はそのサバイバルナイフを奪い、甲へ突き刺しているものの、同様の武器による攻撃といえ、相当性の逸脱はなく、「やむを得ずにした行為」であるといえる。

35 d. 以上より、正当防衛の要件を満たし、36条1項より乙の行為の違法性が阻却される。

(3) したがって、乙の行為に殺人罪(199条)は成立しない。

3. よって、乙に建造物侵入罪(130条前段)が成立する。

IV. 結論

乙に建造物侵入罪(130 条前段)が成立し、その罪責を負う。

以上