只木ゼミ前期第10問弁護レジュメ

文責: : 1班

Ⅰ. 反対尋問

1. 検察レジュメ2頁のⅣ.判例の引用趣旨は何か。

2. 検察レジュメ3頁D説の検討において、「自招行為と緊急行為を全体として把握し」とあるが、なぜ全体として把握できるのか。

3. 検察レジュメ3頁12行目A説の検討において、「正義・公平に反し不当である。」とあるが、第三者を侵害する意図がない自招危難においても「正義・公平に反し不当である。」と考えているのか。また仮に考えているのであればその根拠は具体的に何か。

4. 検察レジュメ4頁12行目「緊急避難と構造、内容で決定的差異があ」る、と書いているが具体的に何の構造がどのように違うというのか?

Ⅱ. 学説の検討

論点1:自招危難

B説:全面否定説

現行刑法37条1項には「危難」の発生原因についてなんら限定されていないから、自招侵害は危難に当たらないと解するのは条文の文言にそぐわない。[1]

よって、弁護側はB説を採用しない。

C説:形式的二分説

故意か過失かを明確に区別することは困難であるし、故意で招いた危難についても、緊急避難の要件を満たす場合には、行為者の自由が著しく制限されている以上は緊急避難を成立させ責任阻却されるべきである。[2]

よって、弁護側はC説を採用しない。

D説:実質的二分説

C説・D説はともに自招危難の場合、緊急避難の成立を制限せしめようとする説であるが、そもそも緊急避難とは危険が差し迫っている法益を救うために特に許された行為である。自招行為自体が犯罪である場合はこれを罰すれば足りるのであって、たとえ自招行為が故意・過失行為であったとしても緊急避難時において「自己又は他人の生命、身体、自由または財産に対する現在の危難」(37条1項本文)が存在しているのであれば行為者に危難を甘受せよとする理由はない。これらのことからも緊急避難の要件を充足する限り一連の行為を一体として考える理由は乏しい。

殊にD説は社会的相当性を緊急避難の成立条件としているが、法益権衡を37条より厳格に解する要件②「避難行為による第三者に対する法益侵害が軽微」であることは上記理由からも不当である。また相当性は総合判断とするが、挙げられた下位規範が如何ほど充足していれば相当性があるのかが不明確である以上、詰まるところ、裁判官の恣意的な判断に委ねられることに他ならない。

よって、弁護側はD説を採用しない。

A説:全面肯定説

みずから招いた危難を避けるためにも、緊急避難をすることができる。危難を避けようとする本能的な

---

[1] 浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂,2012年)257頁参照。

[2] 浅田・前掲 257頁参照。
植松正『再訂刑法概論1総論』(勁草書房,1947年)210頁参照。

行動に対して寛容であろうとする立法の本旨から見て、たとえ自己の責任によって危難を生ぜしめた場合であっても、一般的に緊急避難をなしうるものと解するべきである。[3]

よって、弁護側はA説を採用する。

論点2：強要緊急避難

検察側の提示した説は全て、緊急避難の本質につき違法性を阻却するものとの考えを前提としているので、緊急避難の本質につき責任阻却説を採用する弁護側はいずれも採用しない。

そして弁護側は新たにγ説を定立する。

γ説：「強要による行為」について、緊急避難として責任を阻却する説

違法性阻却説に立つ場合と違い、責任阻却説では緊急避難を正対不正の関係として考えるため、強要による行為に対しても正当防衛が可能であり、不正に加担するといったことも関係ないので、通常の緊急避難と同様に要件を検討して成立を認めることができる。[4]

Ⅲ．本問の検討

第1．Xの罪責について

1.(1) Xには、教団幹部Gと共同の上Yの首をしめて殺そうとした行為について殺人罪(199条)は成立するか。

(2) 首をしめるという行為は人を呼吸困難に陥らせ、死に至らしめる危険性のある行為であるので、殺人罪の実行行為性は認められるが、その結果Yは死に至ってないため、殺人未遂罪(199条,203条)が成立すると考えられる。

2.(1) もっとも、本問はXが本件宗教施設に侵入しているため自招危難の事例であると考えられる。自招危難について緊急避難(37条1項)が成立するか否かにつき、弁護側はA説を採用するので、緊急避難の要件を満たせば、自招危難についても緊急避難が認められる。

(2) 緊急避難(37条1項)の要件は、①自己または他人の生命、身体、自由もしくは財産に対する侵害の危険があること、②侵害の危険すなわち「危難」は「現在」していること、③避難行為はこの侵害の危険を避けるために行われること、④避難行為に補充性が認められること、⑤この行為から生じた害が避けようとした害よりも大きくないこと(法益均衡の原則)、⑥避難の意思があることである。

(3) これを本問についてみるに、Xは自己の生命を守るために避難行為に及んでいる(①充足)。

ア．しかし、Xは教団代表者のGからYを殺さなければ殺すと言われ、構成要件に該当する行為をするように強要されている。そこで強要による緊急避難も通常の緊急避難にあたるのかが問題となる。

イ．強要緊急避難について弁護側はγ説を採用するので、たとえ強要され緊急避難に及んだとしても、自然現象による危難と人の強制による危難とを区別する理由はない。

ウ．XはGから、生命という人にとって最も重要な法益に対して加害の脅迫を受けている。そして、Xは既に教団幹部達に取り囲まれて暴行を受けており、脅迫を受けた時点で、Yの殺害を拒み続ければX自身が殺害されるだろうと感じていた。そのような強度の心理的圧迫がある状況であるから、XにYを殺害しないことを期待することはできない。よって、Gからの強要は「危難」に当たると言える。

また、Xはすでに教団幹部らに殴る蹴る等の暴行を受け全治10日の傷害を負った状態であり、即座に何らかの措置をとらなければそのまま生命に危険を及ぼすおそれもあったことから、Gによる

[3] 植松・前掲213頁。

[4] 植松・前掲207頁以下

右生命侵害の危険の現在性は認められる(②充足)。

エ. そして、X の避難行為は G からの強要という「危難」を避けるために行われたものである(③充足)。さらに、本問の避難行為が行われた場所は扉が外から施錠されており、内側からは解錠できない密室であり、窓はあるものの 3 階であるから、飛び降りれば死に至る危険もあるので、他に逃げ場はなく、また、Y 殺害を拒めば自分が殺害される危険があったので、かかる避難行為に及ぶしかなかったといえ、補充性が認められる(④充足)。

また、本問において、避難行為によって X が害しようとしていた法益は生命であったのに対し、X が守ろうとした法益は生命であったから、法益は均衡であったと言える(⑤充足)。さらに、避難の意思も当然に認められる(⑥充足)。

(4) よって、X の自招危難は緊急避難の要件を満たすので、緊急避難として責任が阻却される。

3. 以上より、X のかかる行為に殺人未遂罪(199 条,203 条)は成立しない。

第 2. Y の罪責について

1.(1) Y の、X を突き飛ばした上ゴルフクラブで X の頭部を殴打し頭蓋骨陥没骨折等の障害を負わせた行為について、殺人罪(199 条)が成立しないか。

(2) まず、Y は X をゴルフクラブという硬く重い殺傷能力を十分に備えた物によって、頭部という人体の枢要部を殴打しており、かかる行為には死に至る現実的危険性があるといえる。したがって殺人の実行行為が認められる。しかし、その結果 X は死に至っていないため、殺人未遂罪(199 条,203 条)が成立すると考えられる。

2.(1) もっとも、Y が上記行為に及んだのは X から首を絞められ、殺されそうになったからであることから、正当防衛(36 条 1 項)が成立しないか。

正当防衛が成立するためには、①侵害の急迫性、②不正の侵害、③防衛の意思、④防衛行為の相当性が必要となる。

(2) これを本件についてみると、X の行為は殺人の実行行為にあたり「不正の侵害」と言える(②充足)。また、Y は縄が解けたとはいえ、扉が外からしか解鍵のできない部屋の中に閉じ込められている状態であり、窓はあるとはいえ 3 階であって、飛び降りれば死の危険もあるから逃げ場はなく、X の不正の侵害から逃れるために上記行為に及ぶしかなかったといえ、急迫性も認められる(①充足)。

また、Y はあくまで自分の生命という権利を防衛するために行為を行っているのであるから、防衛の意思も認められる(③充足)。

そして、Y はゴルフクラブによって X を殴打するという行為を行っているところ、Y は X から殺害されそうになっており、自己の生命を守り逃走するためとっさにその場に置かれていたゴルフクラブによって反撃をしたものであって、行動不能になった X に対し更に攻撃を加えるなど過剰な行為を行っているわけでもないから、相当性も認められる(④充足)。

(3) 以上より、Y の行為には正当防衛が成立する。

3. よって、Y のかかる行為に殺人未遂罪(199 条,203 条)は成立しない。

Ⅳ. 結論

X,Y 共に何ら罪責を負わない。

以上