

## 只木ゼミ前期第 10 問検察レジュメ

文責：2 班

### I. 事実の概要

教団の信者であった被告人 X は、教団の信者であったが教祖や幹部の言動や教団施設での病気の治療方法に疑義を抱き教団からの脱退を計画している Y に誘われ、同人と共に、教団の施設内で病気治療中の X の母親 W を同施設から連れ出そうと考え、同施設内に侵入し W を運んでいる途中で X・Y は教団信者らに見つかって取り押さえられてしまった。その後、両者は両腕をロープで結ばれ、ガムテープで口を塞がれるなどしたうえで X と Y はそれぞれ別の部屋へ運ばれた。X は教団幹部に取り囲まれ殴る蹴る等の暴行を受け全治 10 日の傷害を負ったところ、教団代表者であった G から「お前は家に帰してやるから心配するな。ただ、条件がある。」「お前が Y を殺さなければお前も殺すことになる。どうする。」などと言われた。この時点で 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。そのため、X は Y を殺害しさえすれば、自分は無事にこの場から解放されて自宅に戻れるものと考え、Y の殺害を決意した。拘束から解放された X は G らと共に謀のうえ、扉の施錠はされておらず窓から敷地外に出ることのできる 2 階の部屋において、両腕をロープで結ばれ目隠しをされた Y の首にロープをかけ両手で絞めはじめたが、命の危機を感じた Y が暴れたところ両腕の拘束をしていたロープと Y の首にかけられていたロープが緩んだため Y は X を突き飛ばした上、部屋にあったゴルフクラブで X の頭部を殴打し頭蓋骨陥没骨折等の傷害を負わせ窓から逃亡した。

X、Y の罪責を論ぜよ。

尚、本問において住居侵入罪(刑法 130 条)は検討しないこととする。

### II. 問題の所在

1. 現在の危難を自己の責任により引き起こした者がその危難を逃れるために行為に出た場合につき緊急避難が認められるか。
2. ある危難を逃れる条件として第三者に危害を加えるように強要を受けた者が、その強要された行為に出た場合に緊急避難が認められるか。

### III. 学説の状況

論点 1 と 2 を分けて、それぞれに関する説を以下検討する。

論点 1: 自招危難

A 説: 全面肯定説<sup>1</sup>

自招危難の場合でも、緊急避難の要件をみだす限り全面的に緊急避難を認めるとする説。

---

<sup>1</sup> 植松正『再訂刑法概論 1 総論』(勁草書房、1947)213 頁。

## B 説:全面否定説<sup>2</sup>

「危難」とは偶然に生じたものであることを要するから、自招危難は含まないとして緊急避難の成立を否定する説

## C 説:形式的二分説<sup>3</sup>

故意で招いた危難については緊急避難が認められないが、過失で招いたものについては認められるとする説

## D 説:実質的二分説<sup>4</sup>

危難が故意もしくは過失によって招来されたか否かという形式にとらわれず、自招した危難であっても、自招行為と緊急行為を全体として把握して考察し、当該行為が緊急行為として社会的相当性を有する場合には緊急避難を認めるとする説。

### 論点 2:強要緊急避難

#### α 説:違法性阻却説

「強要による行為」について、緊急避難の一類型とみる説。<sup>5</sup>

#### β 説:責任阻却説<sup>6</sup>

「強要による行為」について、緊急避難による違法性阻却はできないとし、期待可能性の欠如による責任阻却だけを考える説。

## IV. 裁判例

### 〈事実の概要〉

雨天時に、大型ダンプカーを運転していた被告人が、車輛の滑走による横転、歩道への乗り上げなどといった現在の危難を避けるため、急ブレーキをかけなかったことによって、左側歩道上の三名の歩行者の生命身体に対する損傷、対向車との衝突を引き起こしたことについて、そもそもかかる事態は、適切な方法で運転しなかったことによって引き起こされたものとして緊急避難を否定した事例。

### 〈判旨〉

「本件事故に比して、より大いなる現在の危難を避けるために、被告人が急ブレーキをかけなかったのはやむを得ざるに出た行為であつて、本件は緊急避難行為である」との弁護人の主張に対し、「行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危難を回避するための行為は、緊急避難行為には当たらないと解すべきところ、本件についてみるに、」「被告人車輛が急ブレーキをかけた場合には、被告人車輛は滑走して横転、横向き又は歩道上に乗り上げ或いは対向車線に入り、歩道上の歩行者や対向車に与えるという現在の危険があつたとしても、それは、そもそも、被告人が道路交通法第七〇条に明定されている、どうろ、交通および被告人車輛等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運

<sup>2</sup> 山中敬一『刑法総論 [第3版]』(誠文堂, 2015年) 頁参照。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂, 2009年) 頁参照。

<sup>4</sup> 大谷・前掲 301頁。

<sup>5</sup> 大谷・前掲 304頁参照。

<sup>6</sup> 橋田久『強制による行為の法的性質』法学論叢 131巻1号90頁。

転しなかつたために自ら招いたものと認められる。」「されば、所論その余の点について判断するまでもなく、被告人の原判事所為が緊急避難の要件を備えていない。」として、被告人の主張を退けた。

## V. 学説の検討

### 論点 1: 自招危難

#### A 説: 全面肯定説

緊急避難の要件を満たす限りその成立を全面的に肯定すると、第三者を侵害することを意図して自ら危難を招くような、行為者の有責行為によって危難を招いている場合にまで緊急避難が認められることになり、正義・公平に反し不当である。

よって、検察側は A 説を採用しない。

#### B 説: 全面否定説

刑法 37 条 1 項は危難の発生原因を問題としていないため、一律に不適用と解することはできない。また、守られた法益が侵害された法益よりもはるかに優越したものであるような、明らかに社会的相当性を有する場合にも、緊急避難を認められなくなるため妥当ではない。よって、検察側は B 説を採用しない。

#### C 説: 形式的二分説

故意によって招いた危難と、過失によって招いた危難を明確に区別するのは困難である。また、過失がある以上、正の行為であるとは評価し得ないため、形式的に故意の場合と過失の場合とで差異を設けることは妥当ではない。

よって、検察側は C 説を採用しない。

#### D 説: 実質的二分説

思うに違法性の実質は社会倫理規範に違反する法益侵害行為であり、緊急避難は違法性阻却事由として捉えるべきであるから、法益侵害行為が社会的相当性を有する限りは違法性が阻却され、自招危難の場合は自招行為と緊急行為を全体として把握し、緊急行為として社会的相当性を有する場合には緊急避難の成立を認めるべきである。

よって、検察側は D 説を採用する。

そして、自分で招いたにも関わらず緊急避難が社会的相当性を有すると言えるためには、①行為者が避難行為に出ることが相当といえる程、行為者に対する法益侵害が大きいこと②第三者の侵害受忍義務を認めることが相当と言えるほど、避難行為による第三者に対する法益侵害が軽微なことを満たす必要があり、これら 2 つともが満たされる場合に社会的相当性があると言える。これら 2 つを判断するにあたって、

- ・ 行為態様
- ・ 行為者の主観
- ・ 自招行為と侵害の関連性

を考慮要素とする

## 論点 2:強要緊急避難

被強要者が強要者に屈服する「強要による行為」は、不正の側に立ち、不法に加担していると評価できる。この点で「強要による行為」は緊急避難と構造、内容で決定的差異があり、形式的に緊急避難と類似していることを以って緊急避難の一類型として扱うことは妥当でない。具体的には「強要による行為」自体が、侵害受任義務のない第三者に危難の転嫁をなす行為として相当性の要件を欠く。すなわち緊急避難行為は、何の落ち度もない第三者に危難を転嫁しその自律性を侵害するにも関わらず、社会的に相当であるとして違法性阻却されるのは、第三者に社会連帯に基づく侵害受忍義務が認められるからにはほかならないが、不正の側に立つ「強要による行為」を受忍することを社会連帯から導くことはできないのである。さらにかかる判断は、極端に切迫した状況下の被強要者に対し、期待可能性の欠如を理由に責任阻却を認めることと何ら矛盾せず、被強要者の救済の可能性を残している点で、結論においても妥当である。よって検察側は $\alpha$ 説を採用せず $\beta$ 説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第一 X の罪責について

殺人未遂罪（199条、203条）は成立するか。

1 (1) XはYの首にロープを引っ掛け絞めているところ、この行為は気道を圧迫することで人体の生存に必要な不可欠な空気を取り入れることを妨げ、また血流を阻害することで脳に血液を送ることを困難にさせる行為であるから、人を殺す現実的危険性のある行為だといえるので、殺人罪の実行行為にあたる。

(2) Yは死亡していなく、結果は不発生である。

(3) Xは、Yを殺せば自分は解放されると考えて、Yの殺害を決意しているので、殺人の故意（38条1項本文）は存在する。

(4) したがって、殺人の構成要件を満たす。

### 2 緊急避難は認められないか。

(1) まず、強要による緊急避難が認められる余地があるかについて、検察側は $\beta$ 説をとるので強要による緊急避難が認められる余地は一切ない。

(2) また、本問は自招危難の事例であるため、緊急避難が認められる余地があるかが問題になる。検察側はD説をとるので、緊急行為の社会的相当性が認められるかどうかを検討する。

①まず、Xが避難するが相当といえるほど、Xが受ける法益侵害が大きいといえるか。GはXに対して「Yを殺さなければお前も殺す」と言っているものの、これは単なるY殺害を決意させようとする脅しであり、Yを殺さないからといって、実際に即座に信者がXを殺すとは考えられなく、実際にXも即座に自己の生命が奪われる危険はないと考えている。しかし、Xは殺されないとしても、XがYを殺さなかったことに苛立った信者から集団で暴行にあい重度の傷害を負う可能性があることは、教団信者に見つかった直後X・Yが全身を拘束され信者から集団暴行を受けたことから明らかである。

そして、Xは故意に不法に教団施設に侵入（130条）しており、一般に静謐な環境を要請される宗教施設に無断で侵入しているので悪質な行為であるようにも見えるが、教団の実態が全うな治療法など期待できないカルト組織であったこと、そしてそこから病気でありXの母親を救出する目的であることから考えると同情の余地はある。そして、無断侵入を行ったため報復として、信者から暴行を受け拘束されているのであるから、Xの自招行為と信者のXに対する法益侵害に係る関係性はあるものの、信者のXに対する法益侵害は明らかに度を超している。

これらの事情を考慮すると、Xには避難行為にでることが相当といえるほどの法益侵害は認められる。

②では、Yの侵害受任義務を認めることが相当といえるほど、Xの避難行為によりYが受ける侵害が軽微だといえるか。

この点、XはYの生命を侵害しようとしているので、考慮要素を検討するまでもなく、Yの受ける侵害は軽微とは言えない。

(3) 以上より、緊急避難を認める余地はない。

3 XにはYを殺害する以外の行動にでる期待可能性がないため、責任阻却されないか。

思うに、XはYの殺害を拒んでも、ただちにX自身が殺害されるという状況にはなく、たとえば信者に命乞いをするなどして、Yの殺害を回避することは可能であったといえる。そのため、適法行為を行う期待可能性は認められる。

よって、責任阻却されない。

## 第二 Yの罪責について

殺人未遂罪が成立するか

1 YはXに対し、ゴルフクラブを使って殴っているが、人体の枢要部である頭部を、ゴルフクラブという先端が重く硬いため殺傷力が高い武器を用いているため、生命侵害の現実的危険がある行為といえ、殺人の実行行為が認められる。

(2) Xは傷害を負うに留まり、結果は不発生である。

(3) 殺傷力が高い武器で、人間の弱点である頭部を、骨が折れるほどの強さで殴打した以上、Yには少なくともXが死ぬことについての認容はあったといえる。そのため故意は認められる。

(4) したがってYには殺人の構成要件が成立する。

2 正当防衛（36条1項）は成立するか。

(1) Xの行為は殺人の実行行為にあたる「不正な侵害」である。また、YがXを突き飛ばしたことで、Yは、一旦は生命の危機からは脱出したようにも見えるけども、Xはロープという武器を持っていることから、まだ法益侵害の危機は続いているといえ、「急迫」性も認められる。

(2) そして、YはXから自分の生命という「権利」を「防衛するため」に行為に出ている。

る。

(3) では反撃行為の相当性は認められるか。Xはロープというゴルフクラブと比べると殺傷力・即効性に劣る武器しかもっておらず、ゴルフクラブを用いてXの頭部を強打しなくても、Xの四肢を攻撃して使用不能にすれば、XはロープでYを攻撃することはできなくなる。そのため、防衛行為の手段として、ゴルフクラブでXの頭部を殴打する行為は相当性を逸脱してるといえる。

(4) 以上より正当防衛は成立しない。もっとも過剰防衛(36条2項)は成立し任意的減免となる。

## VI. 結論

Xには殺人未遂罪が成立する。Yには殺人未遂罪が成立するが、任意的減免を受ける。