

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 2 頁 11、12 行目で「37 条 1 項は～『自己』の危難に限定していないこと」とあるが、このことからどのようにして緊急避難が違法性阻却であることを導くのか。
2. 検察側レジュメ 2 頁 12 行目で「『害の均衡』を要件にしており、これは違法性の判断である」とあるが、なぜそのように言えるのか。
3. 検察側レジュメ 2 頁 14、15 行目に「刑罰や損害賠償などの法制度それ自体が、大きな法益を保護するために小さな法益を侵害する性格を有する」とあるが、そのように解する根拠は何か。
- 10 4. 検察側レジュメ 2 頁 23、24 行目、「本説によるならば、～限られるべきであり、」という部分について、なぜ責任阻却説に立つとこのような限定をしなければならないのか。

## II. 学説の検討

### 15 A 説(違法性阻却説)

この説によると、法益保全行為は違法ではないということになる。これでは、保全行為のために危難を転嫁された者は、それに対して正当防衛ができないことになり不当と思われる<sup>1</sup>。また違法性を阻却する原理に優越的利益説を採っているように思われるが、保全法益と被侵害法益とが同等の価値があった場合には前述の原理とどのようにどのように折り合いをつけるのか疑問である。

20 以上より弁護側は A 説を採用しない。

### B 説(責任阻却説)

- 25 緊急の状態とはいえ、1 つの法益の危険を他の法益に犠牲を強いて救うことを許容することはできない。つまり法益を侵害するという範囲では違法と言わざるを得ない。しかしながら行為者が緊急状態にあることは行為に基づき保全行為者を罰するにあたって考慮を行う必要が出てくるのである。そのため緊急避難の本質を責任阻却とみるべきと思われる<sup>2</sup>。

以上から弁護側は B 説を採用する。

### 30 C 説(二分説)

#### C-1 説

この説は、優越的利益説と違法性阻却説との齟齬を修正しているように思われるが、原則として緊急避難行為は違法性が阻却されるとする点で A 説の批判が妥当する。

35 以上から弁護側は C-1 説を採用しない。

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2012年)301頁参照。

<sup>2</sup> 瀧川幸辰『刑事責任の諸問題』(玄林書房,1948年)104頁。

## C-2 説

この説については、そもそも生命・身体以外では緊急避難行為は違法性を阻却するという処理をする点でA説の批判が妥当する。

以上から弁護側はC-2説を採用しない。

## 5 C-3 説

この説については、なぜ保全法益と被侵害法益との差が「著しい」ときに限り、保全行為の違法性を阻却するのかが判然としない。また「著しい」とはどの程度なのかということについても明確なものがない。

以上から弁護側はC-3説を採用しない。

10

## III. 本問の検討

### 第1 小問1について

1. XがAを突き飛ばした行為(以下本件行為)について暴行罪(208条)が成立しないか。

15 (1)人を突き飛ばす行為は人の身体に対する不法な有形力の行使であり、「暴行」にあたる。また、Xは意図的に本件行為に及んでいるので暴行罪の故意(38条1項)も認められる。

したがって、本件行為は暴行罪の構成要件に該当する。

20 (2)もっとも、XはBを守ろうとして本件行為におよんでいるため、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。Aがナイフを突きつけているため、「急迫不正の侵害」が認められる。また、「防衛するため」という文言から、防衛の意思が必要である。その内容としては、急迫不正の侵害を認識し、それを避けようとする単純な心理状態をいうところ、XはAからナイフで突かれることを避けようとして、かかる行為に及んでいるので防衛の意思が認められる。また、「やむを得ずにした行為」とは、反撃行為が自己または他人の権利を防衛するための手段として必要最小限度のものであることをいうところ、ナイフという凶器を持っていたAにXは素手で対抗している

25 したがって、本件行為は正当防衛となり、違法性が阻却される。

(3)よって、本件行為について暴行罪は成立しない。

2. 次に、本件行為についてCに対して傷害罪(204条)が成立しないか。

30 (1)Cは大腿部に裂傷を負い、生理的機能を害されているので、「傷害」が認められる。また、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であるから、本罪の故意としては暴行罪の故意で足りるところ、上記のようにXには暴行罪の故意がある。したがって、本件行為は傷害罪の構成要件に該当する。

(2)また、正当防衛は侵害者に向けられた行為について成立するところ、本件行為は、Cに対する関係では侵害者に向けられた行為ではないので正当防衛として違法性が阻却されることはない。

35 (3)では、本件行為について緊急避難(37条1項)が成立し、責任が阻却されないか。Bにはナイフで突かれるという「現在の危難」が認められ、Xは前記「危難を避けるため」本件行為に及んでいる。また、「やむを得ずにした」といえるためには、本件行為が危難を避けるための唯一の方法でなければならない。武器等を持たないXは、ナイフを持ったAを押さえつける方法等では前記危難を避けられないため、本件行為は前記危難を避ける唯一の方法だといえる。したがって、「や

むを得ずにした」といえる。また、「生じた害」はCの身体に対する侵害であり、「避けようとした害」であるBの生命に対する侵害の程度を超えない。したがって、本件行為について緊急避難が成立する。そして、弁護側は、B説を採用するので、本件行為について緊急避難が成立することにより責任が阻却される。

5 (4)よって、本件行為について、傷害罪は成立しない。

3. 以上より、Xは何の罪責も負わない。

## 第2 小問2について

10 1. YがBを一発殴打し死亡させた行為(以下本件殴打行為)につき、傷害致死罪(205条)が成立しないか。

(1)YはBを殴打し「傷害」し、これによってBは「死亡」している。また、Yは意図的に本件殴打行為に及んでいるので傷害罪の故意が認められる。よって、本件殴打行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。

15 (2)もっとも、YはBから突き飛ばされ、自分の身を守るために当該行為を行っているため、本件殴打行為について正当防衛が成立しないか。Bの突き飛ばし行為は設問1における本件行為と同様緊急避難にあたる場所、弁護側は緊急避難の性質を責任阻却事由と解するため、Bの突き飛ばし行為は「急迫不正の侵害」といえる。また、YはBから突き飛ばされることを避けようとしているため、防衛の意思も認められる。そして、YとBは不良仲間で体力的な差はないと考えられ、突き飛ばし行為と1発の殴打行為の威力も同等といえることから防衛手段の必要最小限度性も認められる。したがって、Yは「やむを得ず」に本件殴打行為に及んだといえる。よって、本件殴打行為について正当防衛が成立し、傷害致死罪は成立しない。

20 2. 以上より、Yは何の罪責も負わない。

## 第3 小問3について

25 1. BがAを斧で切りつけた行為(以下本件切り付け行為)について、傷害致死罪(205条)が成立しないか。

BはAを切り付けて「傷害」し、これによってAが「死亡」している。また、Bは意図的に本件切り付け行為に及んでいるので傷害罪の故意が認められる。よって、本件切り付け行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。

30 2. しかし、Bは自己の身を守るために本件切り付け行為を行っている。このことから正当防衛が成立し、行為の違法性が阻却されないか。

(1)Bは、Aによるナイフの突き付け行為という「急迫不正の侵害」に対し、これを避けようという防衛の意思をもって本件切り付け行為に及んでいる。

35 (2)もっとも、刃渡り約12Cmのナイフに比べ、斧は大きさも重さも勝っており振り回した場合の身体及び生命への危険性が高い。よって、防衛手段の必要最小限性が認められず、「やむを得ずにした行為」にはあたらない。

(3)したがって、本件切り付け行為について正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

3. もっとも、Bは斧について棒のようなものという認識しかしていなかった。そのため、責任故意が阻却されないか。

(1)そもそも、故意責任の本質は、規範に直面し、反対動機を形成できたにもかかわらずあえて行為に及んだことに対する道義的非難にある。そして、違法性阻却事由を基礎づける事実を誤信している場合、行為者は規範に直面しているとはいえないから、このような場合には事実の錯誤として責任故意を阻却すると解する。

5

(2)本件、Bは斧ではなく足元にあった棒のようなものを掴んだとの誤認している。そして、棒はAが有していたナイフに比べ殺傷能力が低いものであり、防衛手段として必要最小限といえる。したがって、Bは「やむを得ずにした行為」を基礎づける事実を誤信していたといえる。したがって、責任故意が阻却される。

10

4. よって、傷害致死罪は成立しない。

5. また、斧は棒に比べてはるかに重みがあるが、恐怖状態にあれば振り上げたときにそれ相応の重みは感じることも難しいので、Bの誤信には過失がない。よって、本件切り付け行為について過失致死罪も成立しない。

15

6. 以上より、Bは何の罪責も負わない

#### IV. 結論

X、Y、Bはそれぞれ何の罪責も負わない。

以上