

## 只木ゼミ前期第9問検察レジュメ

文責: 1 班

### I. 事実の概要

平成〇年△月×日、東京都 S 区の工場跡地にて、A と B が複数の不良仲間たちが囲んだ半径 2 メートルほどの円の中で度胸試しの決闘をしていた。決闘は、はじめ素手同士での殴り合いにより為されていたものの、劣勢となった A は仲間が自分の足元に目掛けて投げた刃渡り 12cm のナイフを拾い上げ、B に対して突き付けた。

以下の問いに答えよ。(問いはそれぞれ独立したものである。)

(1) これを見た B の親友であった X は、B を守るため、A を突き飛ばしたところ、A の持っていたナイフが不良仲間の C の大腿部に刺さり、裂傷を負わせた。

この時、X の罪責を検討せよ。

(2) 目の前で興奮している A を見て、身の危険を感じた B は、不良仲間 Y を突き飛ばして逃げようとしたところ、Y は自分の身を守るため、Y を一発殴打した結果、B は後頭部を強く打ち、死亡した。

この時、Y の罪責を検討せよ。

(3) 身の危険を感じた B は、自分の生命・身体を防衛するため、足元に落ちていた棒のようなものを拾い上げ、A をそれで殴ったところ、B が拾い上げた棒のようなものは斧であり、切り付けられた A は死亡した。

尚、B は足元に落ちていたものが殺傷能力のあるものだとは思っていなかった。

この時、B の罪責を検討せよ。

### II. 問題の所在

緊急避難は、犯罪論体系においてどの体系に位置づけられるか。

### 25 III. 学説の状況

A 説(違法性阻却説<sup>1</sup>)

緊急避難の要件を満たせば社会的相当性を有する行為として違法性が阻却される説。

B 説(責任阻却説)

緊急避難を緊急状態における適法な行為の期待可能性の不存在として責任が阻却される説。

C 説(二分説)

C-1 説 原則として違法性阻却事由とするが、侵害法益と保全法益が同価値である場合は責任阻却事由とする説<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂, 2012年)296頁。

<sup>2</sup> 佐伯千仞『刑法講義(総論)[4訂版]』(有斐閣, 1981年)206頁。

C-2 説 原則として違法性阻却事由とするが、法益が生命対生命、身体対身体の場合は責任阻却事由とする説<sup>3</sup>。

C-3 説 原則として責任阻却事由とするが、保全法益が侵害法益よりも著しく優越する場合は違法性阻却事由とする説<sup>4</sup>。

5

#### IV. 判例の状況

該当判例なし。

#### V. 学説の検討

##### 10 A 説(違法性阻却説)

37 条 1 項は「他人」の危難を避けるための行為を不処罰としており「自己」の危難に限定していないこと、「害の均衡」を要件にしており、これは違法性の判断であることからわかるように、37 条の文言から緊急避難は違法阻却であることが導かれる。

さらに、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のであるから、私人がこのような行為を遂行した場合にも、法は、一定の要件の下で、それを許容するのである<sup>5</sup>。

よって検察側は A 説を採用する。

##### B 説(責任阻却説)

20 緊急避難を、緊急状態における適法な行為の期待可能性の不存在という観点から責任阻却事由であるとする本説は、侵害を無関係の第三者に転嫁する行為が違法ではないというのは不合理であるという法感情に裏付けられたものであり、理解できないものではない。しかし、本説によるならば、危難に直面し、他の適法行為を期待できないのは自己の法益又は親族等、近い関係にある者の法益を保全する場合に限られるべきであり、37 条 1 項  
25 が第三者のための緊急避難をも認めている点において条文の解釈上無理があると言わざるを得ない。また、同条が期待可能性とは別個の法益の権衡を要求し、「罰しない」と規定している点においても本説は条文の解釈とは大きくかけ離れたものといえる<sup>6</sup>。

よって検察側は B 説を採用しない。

##### 30 C 説(二分説)

まず、C-1 説、C-2 説、C-3 説に共通している点として、そもそも 37 条 1 項という一つの条文のなかに法的効果を異にする、別個の阻却事由を認めることに解釈論として無理があるように思える。この点を踏まえ、以下各説について検討する。

<sup>3</sup> 木村亀二『刑法総論』(有斐閣,1978年)270頁。

<sup>4</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)300頁。

<sup>5</sup> 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(成文堂,2016年)310頁。

<sup>6</sup> 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2015年)141頁。

C-1 説 侵害法益と保全法益が同価値である場合には、自己の法益の優位性を主張することができず、被転嫁者に正当防衛を認める観点から責任阻却事由であるとするが、37 条は「害の程度を超えなかった場合」と規定している以上、法益の比較においてあくまでマイナスにならないことを要求しているのであり、ゼロの場合では違法性が阻却されうる余地があることを看過しているように思える<sup>7</sup>。よって検察側は C-1 説を採用しない。

C-2 説 法益の特殊性に着目し、生命・身体は人格の根本的要素であり比較不能であるうえ、人格は手段・目的に利用されてはならないことを要求している見地からして侵害を許容することはできず責任が阻却されるとする本説において、生命対生命の場合には法益同価値の上述の批判があたり、身体対身体の場合では侵害に程度を付すことによって比較は可能であるとの指摘が妥当する。よって検察側は C-2 説を採用しない。

C-3 説 自己に降りかかってきた災難は原則的には自らこれを甘受しなければならないとしながらも、保全法益が被侵害法益を著しく優越する場合には被侵害者に災難を転嫁しようとしてその様な場合には違法性が阻却されるとする本説においては、まず「著しい」とは法益を比較しどの程度の差異をもって「著しい」と判断するのか、その基準が不明確であるうえ、なぜ「著しい」場合に例外的に違法性阻却の余地を認めるのか、その例外性を認める理論的根拠に乏しい。よって検察側は C-3 説を採用しない。

## 20 VI. 本問の検討

問(1)について

1(1). X が A を突き飛ばした行為につき、暴行罪(刑法(以下略)208 条)が成立しないか。

「暴行」とは人の身体に対する不法な有形力の行使をいうところ、X は A を突き飛ばしていることからこれにあたる。また、この突き飛ばし行為は A を「傷害するに至ら」ず、X は当該行為について認識・認容している。よって暴行罪の構成要件はみたす。

(2). もっとも X は B を守るために当該行為を行っている。このことから正当防衛(36 条 1 項)が成立し、行為の違法性が阻却されないか。

ア。「急迫不正の侵害」とは法益に対する違法な侵害が現に存在するか切迫していることをいうところ、本件で A は鋭利な刃物であるナイフを B に突きつけており、少しでも動いてこれが刺されれば直ちに B の生命・身体という法益を侵害しかねない。よって侵害が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」をみたす。

イ. また、「防衛するため」とは「ため」の文言から防衛の意思を要求しており、防衛の意思とは急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態をいう。本件で X は侵害を認識しつつ B という「他人の権利」を守り、B への法益侵害を避けるために当該行為を行っている。よって「防衛するため」といえる。

<sup>7</sup> 西田・前掲 141 頁。

ウ. 次に「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い、すなわち、防衛行為としての必要性・相当性を要する。このとき、正当防衛は不正対正の関係にあることから侵害と防衛行為の結果との厳格な法益権衡は満たさなくてもよく、武器対等の原則等を考慮して判断すべきである。

5 本件では X は武器等を持っていなかったのに対し A は刃渡り 12cm のナイフという殺傷能力の高い武器を持っている点で有利な状況にあり、武器は対等であるとはいえない。また、X にはナイフを突きつけられ危険な状態にある B を守るという必要性があり、このときとっさに A を突きとばしたと考えられることから、たとえ暴行行為にあたる

10 としても積極的に A を加害することなどはしておらず、必要最低限度の行為であった。よって X が A を突き飛ばした行為は、防衛行為としての必要性・相当性を有するものであったといえるため、「やむを得ずにした行為」にあたる。

(3). 以上より、X が A を突き飛ばした行為は正当防衛にあたり行為の違法性が阻却されるため、暴行罪は成立しない。

15 2(1). X が A を突き飛ばしたことでナイフが刺さり、C に裂傷を負わせた行為につき傷害罪(204 条)が成立しないか。

「傷害」とは人の生理的機能を害することをいうところ、X は A を突き飛ばし、A の持っていたナイフが C の大腿部に刺さることで裂傷を負わせている。これにより C の生理的機能は害されていることから本件 X の行為は「傷害」にあたる。また、C の受けた傷害は

20 X が A を C に向けて突き飛ばすという「暴行」に起因するものであり、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であることから故意(38 条 1 項)も充足しそうである。

(2). しかし、X は A を突き飛ばす故意で C に傷害結果を負わせている。このことから、故意(38 条 1 項)が阻却されるのではないか。

ア. 故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずあえて犯罪行為へ出たことへの道義的非難にある。また、規範は構成要件の形で与えられており、認識した事実と発生した事実とが構成要件の範囲内で符合していれば同様の規範に直面したものといえる。

25

よって、およそ構成要件の範囲内で認識した事実と発生した事実とが一致していれば故意責任を問い得るものといえる。

イ. 本件では A と C とは「人」という構成要件の範囲内で一致しており、構成要件の範囲内で符合しているものといえる。また、C には「暴行」を超えて大腿部の裂傷という「傷害」を負わせているところ、上述の通り傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であることから C への「傷害」についての故意は認められるものといえる。

30

また、故意の対象を構成要件の範囲内で抽象化しているため、故意の個数は問題にならないと考える。さらに、複数の故意を認めても観念的競合(54 条 1 項前段)として科刑上一罪となるため不都合はない。

35

ウ. したがって、故意は阻却されず、傷害罪の構成要件は満たす。

(3) もっとも、XはBを助けるために実行行為に及んでいる。そのため、行為者が、違法性阻却事由があると誤信している場合「罪を犯す意思」(38条1項)があるといえるか問題となる。

5 この点、故意責任の本質は、犯罪事実を認識し反対動機が形成されたにもかかわらず、あえて犯行に及んだ点にある。そして、違法性阻却事由に錯誤があるとき、犯罪事実を認識しているとはいえず、反対動機形成の機会もないから故意責任を問えず、故意は阻却される。

10 ウ 本件において、上記1.(2)より、行為者Xは正当防衛の認識をしており、違法性阻却事由に錯誤があるといえる。よって、故意責任を問えず、責任故意が阻却されるのでXの行為には傷害罪は成立しない。

(4) もっとも、Xの行為に過失傷害罪(209条1項)が成立しないか。

ア。「過失」とは構成要件要素であり、予見可能性を前提とする予見義務違反、及び結果回避可能性を前提とする結果回避義務違反からなると解する。

15 イ. 本件でXはナイフを持ったAを突き飛ばすことによって近くにいる誰かがナイフで負傷するという、およそ「人」に対する死傷の結果発生は予見できたにもかかわらず、かかる予見を行っていない。また、XはAを突き飛ばすのではなくナイフを持つ手を払いナイフを落とす、Aを突き飛ばす方向を調整する、Aをその場に押しえつけるなどすることでかかる傷害結果は回避できたといえるが、かかる回避措置を行っていない。よって「過失」は認められる。またこれによりCを「傷害」している。

20 (5)以上より、Xの行為には過失傷害罪(209条1項)が成立する。

## 第二. 問(2)について

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

25 YがBを殴打した行為は人の身体に対する不法な有形力の行使であるため暴行罪の実行行為にあたり、それによるBの死亡結果もある。また傷害致死罪は暴行罪の結果的加重犯であることから故意もみたす。よって傷害致死罪の構成要件は満たす。

30 2. もっとも、YはBに突き飛ばされ、自分の身を守るために当該行為を行っているため正当防衛が成立しYの行為の違法性が阻却されないかが問題となる。本件でBがしたYを突き飛ばそうとした行為は、Aにナイフを突きつけられ身の危険を感じてした行為であった。このことから、BがYを突き飛ばした行為に緊急避難(37条1項)が成立し、Yの行為について正当防衛が成立しなくなるのではないか。

検察側は緊急避難について違法性阻却説をとることから、ある行為について緊急避難が成立すれば違法性が阻却され、当該行為は違法とはいえないことになる。すると「不正の侵害」とはいえず、当該行為について正当防衛が成立する余地はない。

35 では、BがYを突き飛ばした行為について緊急避難は成立するか。

(1). 「現在の危難」とは危難が現に存在するか切迫していることをいうところ、本件でA

は鋭利な刃物であるナイフを B に突きつけており、また、A は興奮状態にあった。よって、興奮状態にあり行動が予測できない A が突然動くなどしてナイフが B に刺さり、「自己」の生命・身体を害する危難が切迫していたといえる。したがって「現在の危難」は満たす。

5 (2). 「避けるため」とは「ため」の文言から防衛の意思を要求しており、防衛の意思とは現在の危難を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態をいう。本件で B は自己への危難の切迫に身の危険を感じ、これを避けるために当該行為を行っていることから、「避けるため」といえる。

10 (3). 「やむを得ずにした」とは、危難を避けるためには当該行為を行う以外に他に手段がなく、そうした行動に出たことを条理上肯定できることをいう。このとき、緊急避難は正対正の関係にあることから侵害と防衛行為の結果との厳格な法益権衡が求められる。

15 本件で A は殺傷能力の高い 12cm のナイフを持っており、しかも興奮状態にあったが、興奮状態にある人間は通常行動を予測することが難しく、何の前触れもなくナイフを突き刺すなどの行動もし得る状態にある。そのような状況下においては、A から離れなければならないと瞬時に判断した B にとって、当該行為を行う以外には A による危難を避ける手段  
15 がなかったと考えられ、条理上やむを得ず、肯定できる手段であったといえる。  
よって B が Y を突き飛ばした行為は「やむを得ずにした」ものといえる。

20 (4). したがって、B が Y を突き飛ばした行為について緊急避難が成立し、行為の違法性は阻却される。したがって、B が Y を突き飛ばした行為を「不正の侵害」ということはできず、Y が B を一発殴打し死亡させた行為につき正当防衛が成立する余地はなく、緊急避難  
20 の成否が問題となるに過ぎない。

3. (1). Y の行為に緊急避難が成立するか。以下成立要件該当性を検討する。

25 (2). まず、「現在の危難」(37 条 1 項)は認められるか。「現在」とは法益侵害が現実存在すること、またはその危険が目前に切迫していることをいう。また、「危難」とは、法益に対する侵害または侵害の危険のある状態のことをいう。本件において、B は Y を突き飛ばそうとしており、Y の生命、身体に対する侵害が目前に切迫していたといえる。よって、「現在の危難」は認められる。

(3). 次に、「危難を避けるため」(37 条 1 項)すなわち避難の意思が認められるか。本件において Y は自身の生命、身体に対する危険を避けるために殴打行為に及んでおり、非難の意思があったといえる。

30 (4). また、「やむを得ずにした」(37 条 1 項)すなわち補充性が認められるか。本件において、Y は B を殴打する以外にも身をかわす、取り押さえる等の手段はとりえたのであって、危難を避ける唯一の方法であったとはいえない。よって補充性は認められない。さらに「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」すなわち法益の均衡が問題となるも、Y は自身の生命、身体に対する侵害を避けるために B の生命の安全を侵害しているの  
35 で法益の均衡は認められる。

(5). 以上より、Y の行為は補充性を欠くため緊急避難は成立せず行為の違法性は阻却されな

いことから傷害致死罪が成立する。しかし、過剰避難(37条1項後段)は成立する。

4. 以上より Y の行為には傷害致死罪が成立するが過剰避難となることから、37条1項後段より任意的減免となる。

5 第三. 問(3)について

1. B が A を斧で切りつけて死亡させた行為について傷害致死罪(205条)が成立しないか。

B が A を斧で切りつけた行為は人の身体に対する不法な有形力の行使であるため暴行罪の実行行為にあたり、それによる A の死亡結果もある。また傷害致死罪は暴行罪の結果的加重犯であることから故意もみたす。よって傷害致死罪の構成要件は満たす。

10 2. しかし、B は自己の身を守るために当該行為を行っている。このことから正当防衛(36条1項)が成立し、行為の違法性が阻却されないか。

(1). 「急迫不正の侵害」とは法益に対する違法な侵害が現に存在するか切迫していることをいうところ、本件で A は鋭利な刃物であるナイフを B に突きつけており、少しでも動いてこれが刺されれば直ちに B の生命・身体という法益を侵害しかねない。よって侵害が切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」をみたす。

15 (2). また、「防衛するため」とは「ため」の文言から防衛の意思を要求しており、防衛の意思とは急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態をいう。本件で B は A からの侵害を認識しつつ「自己」の権利を守り侵害を避けるために当該行為を行っている。よって「防衛するため」といえる。

20 (3). 次に「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い、すなわち、防衛行為としての必要性・相当性を要する。このとき、正当防衛は不正対正の関係にあることから侵害と防衛行為の結果との厳格な法益権衡は満たさなくてもよく、武器対等の原則等を考慮して判断すべきである。

25 本件で A は B にナイフを突きつけており、B は自己の生命・身体を守らなければならなかったため、武器を用いて反撃行為に出るという行為の必要性はみたす。しかしながら A は刃渡り約 12cm のナイフを持っており、B は斧を持っていた。この点、通常斧は大きさにもよるが、ナイフに比べ大きく、より高い殺傷力を有する武器である。さらに、A は B にナイフを突きつけており、確かに切迫した侵害ではあるが、B に向かってナイフを振り下ろすなどの行為はしていない。そうであるのに対して B が実際に斧を用いて A を切りつけるのは防衛行為としての相当性を有するものであったものとは言い難い。よって、「やむを得ずにした行為」にはあたらない。

30 (4). したがって、B が A を斧で切りつけた行為は正当防衛にあらず、行為の違法性は阻却されない。

35 3. もっとも、B は斧で A を切りつけてはいるが、主観では斧で A を切りつけたとの認識を欠いていた。このことから、「やむをえずにした行為」への認識を誤認していたものとして

責任故意が阻却されないか。

故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずあえて犯罪行為へ出たことへの道義的非難にある。この点、自らの行為が正当防衛に該当すると誤信していた場合には、犯罪行為をやめるとの反対動機を形成し得ないといえる。よってこのような場合には責任故意が

5 阻却されるため、過失犯が成立するにとどまるといえる。では、甲の主観において「やむをえずにした行為」であるとの認識はあるといえるか。

本件で B は、実際には斧であったが、A に対抗するため足元にあった棒のようなものを掴んだとの認識をしている。この点、A が持つ刃渡り 12cm のものに対し、棒は殺傷能力を殆ど有さないものであり、B はその点を認識しつつ、これで A を殴ったと考えられる。よ

10 って B の主観においては、棒のようなもので A を殴る行為は防衛行為としての必要性・相当性を有していたといえるため、「やむを得ずにした行為」にあたる。

したがって、B は自己の主観では行為が「やむをえずにした行為」であるとの認識をしていたといえることから、責任故意が阻却され、傷害致死罪は成立しない。

4.では、B が A を斧で切りつけて死亡させた行為について過失致死罪(210 条)は成立しない

15 か。

(1)。「過失」とは構成要件要素であり、予見可能性を前提とする予見義務違反、及び結果回避可能性を前提とする結果回避義務違反からなると解する。

(2)。本件で B は自己の足元にあった斧を、殺傷能力を有しない棒状のものと考え、これを用いて A を切りつけている。しかしながら、斧は通常金属製でただの棒よりもある程度重量があると考えられ、たとえとっさに掴んだものであったとしても殴る際にはこれが斧であ

20 ったと気付く余地があったと考えられる。よって B は A を殴る際に手にした武器が斧であるかどうかには気付くことができ、そこから生じる A の「死亡」という結果を予見できたといえるが、これを怠っている。また、B は A を殴るのをやめることで A 死亡という結果は回避できたといえるが、かかる回避措置を行っていない。

25 以上より、B が A を斧で切りつけて死亡させた行為につき過失致死罪が成立する。

## VI. 結論

問(1)について、X が A を突き飛ばしたことでナイフが刺さり、C に裂傷を負わせた行為につき過失傷害罪(209 条 1 項)が成立する。

30 問(2)について、Y が B を一発殴り死亡させた行為につき、傷害致死罪(205 条)が成立するが、任意的減免となる。

問(3)について、B が A を斧で切りつけて死亡させた行為につき過失致死罪(210 条)が成立する。

以上