

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 4 頁 18 行目に「無関係の他人のためにする避難行為について、責任阻却を認めることは困難である」とあるが、どのような論理でこのような結論に至ったのか。
2. 検察レジュメ 5 頁 6 行目以下において、強要されて行った行為について違法性が阻却されると考えられる根拠について記述してあるが、これは責任を阻却する根拠としても妥当するものであり、違法性阻却事由説をとる理由になりえないのでないか。
- 10 3. 事後判断説について、防衛行為の相当性の判断を事後的に行うとすると、行為時に刑事上の責任には問われないと考えた行為者の期待を害することになり、刑法の自由保障機能との兼ね合いで問題とならないか。

## II. 学説の検討

- 15 1 緊急避難の法的性質について

### 甲説(違法性阻却事由説)

この説に立てば、緊急避難にあたる行為は違法性が阻却されるため、緊急避難にあたる行為に対して正当防衛での対抗はできないことになる。完全な権利を持つ者に、正当防衛の権利を与えないのは不当である。また、緊急の事態の下でどちらの行為が法的に正しいかをはっきりさせるという法の任務を果たせず、強者が勝利する無法地帯を法が認めてしまうことになる<sup>1</sup>。

- 20 加えて、法益同価値の場合に違法性を阻却することの説得的な説明がなされていない<sup>2</sup>。

よって弁護側はこの説を採用しない。

### 乙説(責任阻却自由説)

- 25 この説を貫けば、厳格な法益均衡を要件とせず責任阻却を認めうるが、刑法 37 条が法益均衡の要件を規定する以上妥当でない。

また、常に緊急避難行為が違法であるとするのも妥当でない。

よって弁護側はこの説を採用しない。

### 丙説(二元説)

#### 丙 1 説

- 30 刑法 37 条が害の均衡を要件としていることから原則として緊急避難は違法性阻却事由と解釈できる<sup>3</sup>。ただし、緊急の事態にあつたとしても、要保護性に欠けない完全な保護に値する生命が適法に奪われることを認めるべきでなく、相手方の保護のため、正当防衛の成立の余地を残すべきである。また、法益同価値の場合違法性を阻却することを論理的に説明できない以上、法益

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2018年)329頁。

<sup>2</sup> 内藤謙『刑法講義総論 中』(有斐閣,1986年)410頁。

<sup>3</sup> 内藤・前掲(注2)414頁。

同価値の場合には責任を阻却すると解すべきである<sup>4</sup>。

よって弁護側はこの説を採用する。

### 丙 2 説

- 5 生命と生命は原則同価値であるが、身体と身体は、傷害の程度によって比較が可能であるから、常に違法とはいえず、重大な傷害被るのを避けるため相手に軽微な傷害を負わせようとする場合は違法性阻却すべきである。

また、自由・財産などの法益が対立するとき、法益同価値の場合に違法性阻却を認めるが、甲説同様、その根拠を示せず妥当でない。

よって弁護側はこの説を採用しない。

## 10 2 防衛行為の相当性判断について

### β 説:事後判断説<sup>5</sup>

本説を採った場合、防衛状況に置かれた通常の市民が必要・相当だと考える行為以上のものを防衛行為者に要求することとなり、不合理である<sup>1</sup>と言える。

よって、弁護側は事後判断説を採用しない。

## 15 α 説:事前判断説<sup>6</sup>

- 防衛行為の相当性の判断については、一般通常人が防衛行為の時点において行為それ自体として必要・相当だと考えられる行為を行う限り、仮に事後的にみれば、重大な結果を生じさせる危険のある行為であったとしても、その要件は満たされると解すべきである<sup>2</sup>。それはβ説でも述べたように、防衛状況に置かれた通常の市民が必要・相当だと考える行為以上のものを防衛行為者に要求することは不合理であるからだ。本説を採った場合、β説を採った場合に課される不合理性は解消される。

よって、弁護側は事前判断説を採用する。

## III. 本問の検討

### 25 第 1. Y について

1. Y の匕首で X に切りかかった行為について、殺人未遂罪(刑法 203 条、199 条、以下法典名略)が成立するか。

2. (1) 匕首という鋭利なもので人に切りかかるという行為は、首や頭などの人の枢要部に当たるなどして人を死亡させる現実的危険性を有する行為である。そして結果として X は腕を傷害するのみで、死亡結果は生じなかった。

(2) 故意についてみるに、Y は X に切りかかる際、X が死亡してもやむなしと考えている。そのため、未必という形での故意(38 条 1 項)は認められる。

3. 本件において Y は、A 及び B に強要されて X に切りかかるという行為に及んでいる。このように、ある犯罪行為をすることを強要されて実行行為を行った場合、緊急避難(37 条 1 項)が成立

<sup>4</sup> 内藤・前掲(注 2) 423 頁。

<sup>5</sup> 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣, 2018年) 316頁。

<sup>6</sup> 井田・前掲 316 頁。

し、不可罰とならないだろうか。

(1) 緊急避難の法的性質について、弁護側は丙 1 説を採用するため、法益衡量説の妥当する限りでは違法性を、法益同価値の場合に責任を阻却すると考える。また、いかなる事情を相当性判断の基礎とするかについては、事前判断説を採用するため、Y の行為時の事情をもとに判断する。

5 緊急避難の成立要件は、①「現在の危難」②「これを避けるため」③「やむを得ずにした」④相当性の 4 つである。以下それぞれの要件について検討していく。

(2)(ア)「現在の危難」とは、法益に対する侵害が現実存在し、または侵害の危険が目前に切迫していることをいう。本件において、Y は A と B により既に暴行を受けており、さらに暴行を加える旨の脅迫を受けている。これは A、B の要求に応じない限り新たに Y に対する暴行が加えられるということはほぼ確実であると感じるはずであり、自己の生命・身体に対する侵害が目前に切迫しているといえる。よって①を満たす。

(イ)「危難を避けるため」とは、避難の意思を有していることをいう。Y は A、B からの暴行を避けるために言いなりになっているため、避難の意思は認められる。よって②も満たす。

15 (ウ)「やむを得ずにした行為」とは、危難を避けるために当該行為を行う以外に方法がないことを言う。Y は A、B に、従わなければ Y も殺すと言われた後に拒否の姿勢を見せたところ、顔面や身体を手拳や竹刀で殴打するなどの暴行を加えられている。これは殺すと言われていたのちに行われたということからも、従わなければ本当に殺されると確信するにはまず十分な脅迫である。また、相手は二人であり、一人に至っては七首と比べても非常に長いリーチの竹刀を有していた。竹刀は普段は殺害に使用されることは少ないが、丸腰の相手に対する脅威としては殺害も十分に可能な凶器である。

20 そのような状況においては、七首で反撃することはもちろん、問題中から明らかではないが、応接室まで監視していたと考えられるため、逃げ出すことも現実的ではないといえる。よって、X を襲う以外に危難を避ける方法は存在していなかったといえる。よって③も満たす。

(エ)最後に相当性についてみるに、Y に対する法益侵害の危険は生命・身体に対する危険である。

25 Y が想定していた X に対する法益侵害も生命・身体に対するものである。よって、法益は同等であるといえる。よって④も満たす。

(オ)以上より、緊急避難が成立し、丙 1 説により責任が阻却される。

4.Y には緊急避難が成立し、殺人未遂罪の罪責を負わない。

30 第 2. X について

1. X のゴルフクラブで Y の頭部に重大な傷害を負わせた行為について傷害罪(204 条)が成立するか。

(1) 傷害とは人の生理機能を害することであり、本問では X は Y を殴打し頭部に重大な傷害を負わせていることから傷害が認められる。

35 (2) また、故意についても認められる。よって傷害罪の構成要件に該当する。

2. しかし X は Y に七首で斬りかかれ腕に傷害を負わされたことに対して上記行為をもって応戦している。ここで Y は責任が阻却され不可罰だが、丙 1 説によると違法性は阻却されておらず、

なおも Y の侵害は違法と言えるため X の上記行為は正当防衛(36 条 1 項)として違法性が阻却されるのではないか。

3. 正当防衛の成立要件は①侵害の急迫性、②侵害の不正性、③侵害者に向けられた反撃行為であり、④自己または他人の権利を防衛する行為でなければならない、⑤防衛行為として相当性を有する行為であることである。

(1) 侵害の急迫性とは法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることである。本問において X は Y に匕首をもって斬りかかれており法益侵害が現に行われている。よって①侵害の急迫性が認められる。

10 (2) 侵害の不正性は違法な侵害があるということである。前述通り Y の侵害は違法とされるので②侵害の不正性の要件を満足する。

(3) X は Y による斬りかかりの行為に対し自己の身体という法益を保護する目的で反撃行為に及んでいるため、③、④の要件を充足する。

15 (4) 防衛行為の相当性判断については、弁護側は  $\alpha$  説を採るため、防衛行為の時点において行為者がその行為自体が必要・相当と考え行なっている限りその要件が満たされると解す。よって、本問において X は匕首という武器で暴力行為を行った Y に対しゴルフクラブという武器をもって防衛行為を行っているのは事後的に重大な結果を生じさせているとしても、防衛行為として必要・相当と認められるべき行為であると言える。ゆえに⑤防衛行為として相当性を有するとされる。

4. したがって X の行為には正当防衛(36 条 1 項)が成立するため、傷害罪(204 条)は成立しない。

20

#### IV. 結論

X には正当防衛が、Y には緊急避難が成立し、両名とも罪責を負わない。