

## I. 事実の概要

5 AとBは、深夜、仕事上のトラブルから、殺害目的でXを呼び出し、同業者Yに対して、「Xがいてはお前も俺たちの仕事も終わりだ。Xをここで始末すれば、跡は残らない。もし、お前がやらなければXともどもお前を殺すことになる。」とXを殺害するようYに申し向けたが、Yがこれを拒否すると、AとBはこもごもYの顔面や身体を手拳や竹刀で殴打するなど暴行を加え、更なる危害を加える勢いでYを脅したところ、Yは観念し、渡された  
10 匕首を構えてXのいる応接室に入っていき、殺害もやむなしとXに斬りつけてXの腕に傷害を負わせたところ、Xは、近くにあったゴルフクラブで応戦してYの頭部に重大な傷害を加えた。

X、Yの罪責を論ぜよ。

15 参考判例：東京地裁平成8年6月26日判決

## II. 問題の所在

1. 侵害行為を行うよう強要された場合の緊急避難の法的性質はどうか。
2. 正当防衛と過剰防衛を区別する防衛行為の相当性はどのように判断すべきか。

20

## III. 学説の状況

本問において、YはAとBに強要されてXに対する犯罪行為を行っており、このような場合にも緊急避難が成立するかどうか問題となる。緊急避難の法的性質について、緊急避難と強要による緊急避難とで、不可罰性の根拠を同一に取り扱っているかどうかという観点  
25 点から見るに、両者間に区別は認められない<sup>1</sup>。そのため、緊急避難と強要による緊急避難の法的性質について、以下の「1.緊急避難の法的性質について」のところでまとめて検討する。

### 【1. 緊急避難の法的性質について】

緊急避難の法的性質についての学説は、緊急避難の法的性質を統一的に違法性阻却事由  
30 又は責任阻却事由と解する一元説と、二元説に大別される。

### 甲説(違法性阻却事由説)

緊急避難を違法性阻却事由と解する説。避難行為者と無関係の他人のためにする緊急避難も肯定されていること、さらに害の均衡が明文で要件とされていることなどを根拠とし

<sup>1</sup> 森下忠『緊急避難の研究』（日本刑法学会選書5）（有斐閣，1960年）272頁。

ている<sup>2</sup>。

この見解は、強要による緊急避難の場合においても、その行為の違法性は阻却され、緊急避難の成立を認めている。緊急避難の補充性等の要件を充たす場合に、その成立を否定する理由はないと考えるからである<sup>3</sup>。

5

### 乙説(責任阻却事由説)

緊急避難を責任阻却事由と解する説。この見解は、無関係な他人への侵害の転嫁を正当化し、その受忍を被転嫁者に求めることはできないとするもので、避難行為は違法であり、責任が阻却されるにすぎないと解している<sup>4</sup>。

10 いかにか小さい利益にせよ、1つの利益を侵害するという点において違法であるが、他の方法をとることを期待しえないという点に責任阻却の理由があるとする<sup>5</sup>。

この見解に立つと、強要による緊急避難の場合は、期待可能性が欠けるのであり、すなわち違法性は阻却されず、責任が阻却されることになる。

### 15 丙説(二元説)

緊急避難の法的性質を一元的に説明するのではなく、違法性阻却事由である場合と責任阻却事由である場合とからなる、と二元的に理解する見解である。この立場をとる学説は、多岐に分かれている。

### 20 丙1説

法益衡量説の妥当する限りで違法阻却を、法益同価値の場合に責任阻却を認める説。より大きい法益を救うためのより小さい法益の犠牲であると認められるかぎり、それは違法阻却事由であり、同価値の法益相互の場合は責任阻却事由と解すべきであるとする<sup>6</sup>。違法性阻却事由説に立ちながらも、それは保全法益が優越する場合にだけ妥当し、法益が同価値の場合には責任阻却事由であるとしている。

25

この見解に立つと、強要による緊急避難の場合、大なる法益を保全するために小なる法益を犠牲にするならば、違法性が阻却され、法益が同価値であるならば責任が阻却されることになる。

### 30 丙2説

生命対生命又は身体対身体という関係においてそのいずれかを救うためになされた緊急避難の場合に限り責任が阻却され、その他の場合の緊急避難をもって違法性阻却事由と解

<sup>2</sup> 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣,2015年)74頁。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)151頁。

<sup>4</sup> 山口・前掲(注2)146頁参照。

<sup>5</sup> 滝川幸辰『新版 刑法講話』(日本評論社,1951年)189頁。

<sup>6</sup> 森下・前掲(注1)235頁参照。

する説<sup>7</sup>。

強要による緊急避難行為がなされた場合、この見解によると、生命・身体が緊急避難行為として適法に奪われることがあってはならないから、自己の生命・身体を保全するために無関係の第三者の生命・身体を犠牲にしようとする場合には、違法性は阻却されず、責任が阻却され、その他の場合は、違法性が阻却されることになる。

## 【2. 防衛行為の相当性判断について】

### α 説：事前判断説<sup>8</sup>

防衛行為によって本来ならば害されるはずであった法益と防衛行為によって保全しようとした法益を比較する説。

### β 説：事後判断説<sup>9</sup>

防衛行為によって相手に現に生じた法益侵害と、事後判断により防衛行為に出なかったら被ったと予測される法益侵害とを比較し、両者間に著しい不均衡がある場合に相当性を否定する説<sup>10</sup>。

## IV. 判例(裁判例)

東京高判平成 24 年 12 月 18 日 平成 24 年(う)1750 号

### [事実の概要]

被告人は、覚せい剤密売事件に関する情報提供を警察官に依頼され、捜査対象者への接触を試みた際、同人から必要な情報を聞き出すことに成功したものの、同人から拳銃を頭部に突き付けられ、覚せい剤の使用を強要された。被告人はこれを断つたら殺されると思い、やむを得ず覚せい剤を使用した。

### [判旨]

「覚せい剤の影響下にあった捜査対象者が、けん銃を被告人の頭部に突き付けて、目の前で覚せい剤を使用することを要求したというのであるから、被告人の生命及び身体に対する危険の切迫度は大きく、……被告人が生命や身体に危害を加えられることなくその場を離れるためには、覚せい剤を使用する以外に他に取り得る現実的な方法はなかったと考えざるを得ない。また、本件において危難にさらされていた法益の重大性、危難の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、……被告人が覚せい剤を使用

<sup>7</sup> 木村亀二『法律学全集 40 刑法総論[増強版]』(有斐閣,1994 年) 269 頁。

<sup>8</sup> 橋田久『法学教室 202 号【特集・判例で学ぶ刑法総論】 [5]正当防衛—相当性』(有斐閣,1997 年)20 頁。

<sup>9</sup> 松原芳博『刑法総論[第 2 版]』(日本評論社,2017 年)168 頁。

<sup>10</sup> 松原・前掲 168 頁。

した行為が、条理上肯定できないものとはいえない。……被告人の本件覚せい剤使用行為は、……刑法三七条一項本文の緊急避難に該当し、罪とならない場合に当たる。」

[引用の趣旨]

- 5 強要による緊急避難も通常の緊急避難の一類型であることを示したものであり、これは検察側がとる立場に親和的である。

## V. 学説の検討

### 【1. 緊急避難の法的性質について】

#### 10 乙説(責任阻却事由説)

この説は、前提として緊急避難行為がすべての場合において違法であると解している点において妥当でないと思われる。確かに緊急避難は正対正であるという点で、不正対正である正当防衛と異なる。しかし、法的に保護された法益を現在の危難から保護するために、他に方法がなく、かつ不当に第三者の法益に損害を加えることなくして避難行為をなした場合には、避難行為による第三者の法益侵害は、原則として、客観的に法秩序の目的に合致した適法なものであり、違法性が阻却せられると解さねばならない<sup>11</sup>。この限度において、緊急避難行為は適法と解される。この点を考慮していない点で、妥当ではない。

また、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思われる<sup>12</sup>。したがって、検察側はこの説を採用しない。

20

#### 丙説(二分説)

##### 丙1説

責任阻却事由の部分について、法益同価値の場合には、何故、他人のための緊急避難行為は常に期待可能性を欠くと言えるかを説明することができない<sup>13</sup>。

25 したがって、検察側はこの説を採用しない。

##### 丙2説

この説は、法益同価値の場合には、違法とされる避難行為の相手方に正当防衛を認めるものであり、相手方の法益に優位性を認める考え方であるといえる。しかし、何故、法益同価値の場合にだけ相手方の法益に優位性が肯定されるのか疑問であり、法益同価値の場合であっても、侵害される法益と同価値の他の法益が保全される以上、侵害の転嫁を正当化する理由がないとは言えない<sup>14</sup>と思われる。

したがって、検察側はこの説を採用しない。

<sup>11</sup> 木村・前掲(注7)267頁。

<sup>12</sup> 山口・前掲(注2)74頁。

<sup>13</sup> 森下・前掲(注4)236頁。

<sup>14</sup> 山口・前掲(注1)148頁。

## 甲説(違法性阻却事由説)

緊急避難は、同等利益・優越的利益の保護を根拠とする<sup>15</sup>ものであり、緊急状況下において、大なる法益を保全するために小なる法益又は同等の法益を犠牲にすることは社会的相当性を有するものである。

- 5 また、強要されて行った行為についても、緊急避難の成立は認められるべきであり、その場合にも違法性が阻却されると考えられる。たとえ、強要された行為だとしても、法的に保護されている法益を守るために、他に方法がなく、かつ法益侵害を最小限に抑えつつやむを得ずに行われたのであれば、それは違法性が阻却され、適法な行為であると解すべきだからである。
- 10 したがって、検察側はこの説を採用する。

## ※過剰避難の場合について<sup>16</sup>

- 刑法 37 条 1 項ただし書きは、避難行為が「その程度を越えた場合」について緊急避難は成立せず、裁量により刑の減輕又は免除する、という特別の法的効果を規定している。この
- 15 ように避難行為が「その程度を越えた場合」は、過剰避難が成立し、刑の裁量的減免を受けるとされているのであるが、その根拠は正当防衛と同様に、違法・責任減少と解すべきである。つまり、過剰避難の場合は、違法性が減少し、それを前提として責任も減少もする。

- 以上より、「害の均衡」が欠けた場合に過剰避難が成立することは明らかであるが、「補充性」が欠けた場合にも過剰避難は成立すると解すべきである。なぜなら、違法性が完全に阻却されるわけではないが、補充性が完全に充たされなくとも、保全法益が維持されたという
- 20 効果がある以上、違法性の減少を肯定することはできるからである。

## 【2. 防衛行為の相当性判断について】

### α説：事前判断説

- 25 本説では行為だけを見て相当性を判断する。しかし、防衛行為の持つ危険性が低ければ侵害者に重大な結果が発生したとしても相当性を認め、侵害者に受忍をもとめるというのは酷である。

また、違法性阻却事由の正当化根拠からすると、構成要件該当結果を度外視する点において妥当ではない<sup>17</sup>。

- 30 したがって、検察側はα説を採用しない。

### β説：事後判断説

正当防衛を含めた違法性阻却事由は、法益侵害結果を含めた構成要件該当事実全体を優

<sup>15</sup> 山口・前掲(注 2)74 頁。

<sup>16</sup> 山口・前掲(注 1)161-162 頁。

<sup>17</sup> 松原・前掲 167-168 頁。

越的利益によって正当化するものである<sup>18</sup>。そのため、防衛行為によって生じた侵害法益と防衛行為によって保全された法益とを事後的な観点から比較することは妥当である。

したがって、検察側はβ説を採用する。

## 5 VI. 本問の検討

### 【Yについて】

1. Yが殺害もやむなしと考えて匕首でXを斬りつけたが、Xの腕に傷害を負わせたにとどまった行為につき、殺人未遂罪(刑法203条、199条、以下刑法略)が成立するか。

2.(1)ア 実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、匕首で人を斬りつける行為は死亡という結果を発生させる現実的危険性を有する行為であるから、Yの上記行為は殺人罪の実行行為にあたる。

イ もっとも、Xは腕に傷害を負うにとどまり、死亡結果は発生しなかった。

(2) 故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいう。Yは上記行為に及ぶ際、Xの殺害もやむなしと考えており、殺人の未必の故意が認められる。

15 (3) したがって、Yの上記行為は殺人未遂罪の構成要件に該当する。

3.(1) 本件において、YはAとBにX殺害を強要されているが、Yの上記行為は緊急避難(37条1項本文)として違法性が阻却されないか。

20 (2) 検察側は、甲説を採用するので、いわゆる強要緊急避難も緊急避難の一類型であり、また、緊急避難は違法性阻却事由であると解する。そこで、Yの上記行為が緊急避難の要件を充足するものであれば、違法性が阻却されるものと解される。

緊急避難が成立するための要件は、①「現在の危難」、②「危難を避けるため」、③「やむを得ずにした行為」、④「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」ことである。

25 (3)ア 「現在の危難」とは、法益に対する侵害が現実に存在し、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から暴行を受けており、さらなる危害を加える勢いで脅されているから、Yに対する侵害が現に存在し、新たな侵害の危険が目前に切迫しているといえる。したがって、Yは「現在の危難」に直面している。(①充足)

30 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。本件において、YはAとBからの侵害を避けるために上記行為に及んだといえるから、避難の意思を有していたと認められる。(②充足)

35 ウ 「やむを得ずにした行為」とは、当該行為が危難を避けるための唯一の方法であって、他に取るべき方法がなかったこと(補充性)をいう。本件において、Yは匕首をAらから受け取っているが、正当防衛行為としてその匕首でAらに反撃したり、Aらをなだめたりするなど、Xに斬りかかる以外に取るべき方法がなかったとはいえない。したがって、Yの上記行為は「やむを得ずにした行為」とはいえない。(③充足せず)

<sup>18</sup> 松原・前掲167頁。

エ なお、Xに生じた害は腕の傷害に過ぎないのに対し、Yが避けようとした害はYの生命・身体に対するものであって、前者の害が後者の害の程度を超えていないのは明らかである。

(④充足)

(4) 以上より、Yの上記行為につき緊急避難は成立せず、違法性は阻却されない。もっとも、

5 補充性を欠くに過ぎないため、過剰避難(37条1項ただし書)が成立する。

4. よって、Yの上記行為につき殺人未遂罪が成立するが、同時に過剰避難も成立する。

#### 【Xについて】

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

2.(1) XはゴルフクラブでYを殴打しており、頭部に「傷害」を負わせている。

(2) 故意も問題なく認められる。

(3) したがって、Xの上記行為は傷害罪の構成要件に該当する。

3.(1) もっとも、Xは、Yが匕首で斬りかかってきたので、それに応戦するために上記行為  
15 に及んでいる。前述のように、YがXに斬りかかったのは過剰避難行為であるから違法性を有している  
ので、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ないか。

(2) 正当防衛が成立するための要件は、(a)侵害の「急迫」性、(b)侵害の「不正」性、(c)「侵害  
20 に対して」行われた反撃であること、(d)「自己又は他人の権利を防衛するため」の行為である  
こと、(e)「やむを得ずにした行為」に該当することである。

(3)ア 侵害の急迫性は、法益の侵害が現に存在している場合もしくは間近に押し迫っている  
20 場合に認められる。本件において、XはYに匕首で斬りかかれており、法益侵害が現に存在  
している。したがって、侵害の急迫性が認められる。((a)充足)

イ 侵害の不正性は、その侵害が違法である場合に認められるが、匕首で斬りかかる行為が  
違法であることは言うまでもない。((b)充足)

ウ XはYが斬りかかってきたことに対して、自己の法益を守るために反撃行為に出ている  
25 から、「侵害に対して」、自己の権利を防衛するために、防衛の意思をもって上記行為に及んだ  
ものといえる。((c)および(d)充足)

エ(ア) 「やむを得ずにした行為」であるためには、当該反撃行為が防衛行為としての必要性  
30 と相当性を備えていなければならない。本件では、XはYの頭部に重大な傷害を与えてい  
るが、これは「やむを得ずにした行為」といえるか。

(イ) 必要性は、反撃行為が侵害行為からの防衛のために必要な手段である場合に認められ  
る。そして、相当性は、防衛しようとした法益と反撃によって侵害者が失った法益が著しく  
均衡を失っていない場合に認められる。ここで、検察側はB説を採用するので、実際に発生  
した結果を含めた構成要件該当事実全体をもとに反撃行為の相当性判断を行う。

35 (ウ) 本件において、Xがゴルフクラブで反撃することは、Yの侵害行為からの防衛のため  
に必要な手段であったといえるため、必要性は認められる。そして、相当性を判断するため

- に実際に発生した結果を含めた構成要件該当事実全体を検討するに、腕を斬りつける行為は一般的に死亡結果を発生させる危険性を有しないものである。実際に、Xは腕を斬りつけられただけであり、しかも、Xが負った腕の傷害というのは、ゴルフクラブで反撃することができる程度の軽微なものである。一方、ゴルフクラブで頭部を殴打する行為は、死亡結果すら発生する危険性を有する行為である。実際に、YはXの反撃行為により頭部に重大な傷害を負った。頭部には、人が生命を維持するのに必要不可欠な脳があり、ここに重大な傷害を負えば、生命維持が不可能になり死に直結しかねないものである。仮に死には至らなかったとしても、日常生活等に支障をきたす後遺症を負わせる可能性は極めて高い。以上を踏まえると、Xが被った腕の傷害とYが被った頭部の重大な傷害は著しく均衡を失しているものといえ、相当性は認められない。
- 5
- 10
- (エ) ゆえに、Xの反撃は「やむを得ずにした行為」にあたらぬ。(e)充足せず)
- (4) したがって、Xの上記行為につき正当防衛は成立しない。もともと、上記行為は相当性を欠いているにすぎないので、「防衛の程度を超えた行為」として過剰防衛(37条2項)が成立する。
- 15
4. よって、Xの上記行為につき傷害罪が成立するが、同時に過剰防衛も成立する。

## VII. 結論

- Xの行為につき傷害罪が成立するが、同時に過剰防衛も成立するため、情状により任意的減免がなされる。Yの行為につき殺人未遂罪が成立するが、同時に過剰避難も成立するため、情状により任意的減免がなされる。
- 20

以上