

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ4頁22行目「責任阻却される者との共犯の成立を認めている点で、共犯の要素従属性について、検察側が採る制限従属説に親和的であると考え」とあるが、弁護側が採用する最小従属説とも親和的と言えるのではないか。
2. 検察レジュメ5頁29行目「刑法の違法性は、社会(法秩序)全体の視点から判定されるものである。」とあるが、ここにおいて行為者の期待可能性を考慮することがあるのではないか。

10

II. 学説の検討

1. 緊急避難の法的性質

α説(違法性阻却事由説)

- 違法性阻却の立場では、正当防衛は不正対正に関係であるのに対し、緊急避難は正対正の関係にあると説明されるのが常とする。責任阻却説の立場でも、正当防衛が不正対正の関係であることには変わらないが、緊急避難は正対不正の関係と解せられるのである。したがって、違法性阻却説によれば、緊急避難行為に対して正当防衛をすることは許されないのに対し、責任阻却説によれば、緊急避難の行為に対しても正当防衛をもって対抗できることになる。前説は避難行為を正当な行為として認めるから、それだけ避難行為者の保護に厚いが、その反面で
- 15
- 20 は、避難行為者により害をこうむる第三者の保護に薄い結果となる¹。

よって弁護側はα説を採用しない。

γ説(二分説)

- γ-1説(原則違法性阻却事由とし、侵害法益と保全法益が同価値あるいは侵害法益がより大きい場合に責任阻却事由とする説)
- 25

検察側と同様の理由により採用しない。

¹ 植松正『再訂刑法概論I総論[第8版]』(勁草書房,1985)209頁。

γ-2説（原則違法性阻却事由とし、生命同士あるいは身体同士の場合に責任阻却事由とする説）

検察側と同様の理由により採用しない。

β説（責任阻却事由説）

- 5 避けようとした害と生じた害とが法益権衡の保たれる場合にのみ、責任を免除する理由があるとする考えにも十分の合理性があり、緊急状態においては心理的余裕を持ちえないことを理由として、避難行為者の責任を免れしめることとしても、なんら不合理ではない²。

よって弁護側はβ説を採用する。

10 2. 共犯の要素従属性

A説（極端従属性説）

検察側と同様の理由により採用しない。

B説（制限従属性説）

- 15 「違法性は正犯と共犯で連帯する」という命題も、常に正しいわけではない。共犯者(共同正犯者)が違法でも正犯者(共同正犯者)が正当防衛となる場合は考えられる。殺人を教唆したところ、正犯者が正当防衛として被害者を殺害した場合も、「違法性は連帯するから、正犯の正当防衛は共犯にも及ぶ」と形式的に片づけるわけにはいかない³。

よって弁護側はB説を採用しない。

20

C説（最小従属性説⁴）

違法評価も相対性があり、個別的な判断がなされるのであるから、共犯が成立するための必要条件として構成要件行為さえあればよい。

よって弁護側はC説を採用する。

25

² 植松・前掲208頁。

³ 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』（東京大学出版会,2024）352,353頁。

⁴ 西田典之(橋爪隆補訂)『法律学講座双書刑法総論[第4版]』（弘文堂,2025）425,436頁。

小島秀夫『犯罪論における共犯従属性の意義と機能』（明治学院大学,2011）121頁二次引用。

十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂,2009）234頁以下一次引用。

Ⅲ. 本問の検討

第1 Xの罪責について

1. XがYに対し注射器で覚醒剤を注射した行為につき、傷害罪(刑法204条)が成立しないか。

2. (1) 本件において、「傷害」とは人の生理的機能を侵害することをいうところ、本件におい

5 て、覚醒剤は強い依存性により脳内の神経伝達物質を異常分泌させ脳本来の生理的機能を害し、心身に異常をきたさせるから、これは「傷害」といえる。

(2) 結果として、Yは体内に覚醒剤を打ち込まれており、因果関係にも欠ける点はない。

(3) そして、故意(刑法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ところ、XもYに覚醒剤を注射することを認識認容していたから、故意も当然に認められる。

10 2. もっとも、XはZからこめかみに拳銃を突きつけられた状態で覚醒剤を注射するよう強要されているから、緊急避難(刑法37条1項)が成立しないか。

(1) 緊急避難とは、現在の危険を避けるためにしたやむを得ない行為のことを指すところ、その法的性質が問題となる。

15 この点、弁護側はB説を採用する。すなわち、緊急避難行為自体は違法な侵害行為であるが、期待可能性の欠如が認められる場合には緊急避難が成立し責任が阻却され则认为る。

ア 「現在の危険」とは、法益の侵害が現に存在しているか、侵害の危険が間近に押し迫っていることをいう。本件では、XはZによって拳銃を右こめかみに突きつけられているから、Yの身体又は生命に対する侵害の危険が間近に押し迫っているといえる。したがって、Yは「現在の危険」に直面している。

20 イ また、XはZにより拳銃を右こめかみに突きつけられている状態にあり、Yに対し注射器で覚醒剤を注射しなければ自身が拳銃を発砲されかねないとの認識のもと行為に及んでおり、「危険を避けるため」「やむを得ずにした」行為といえる。

ウ 期待可能性とは、行為者が行為時において適法行為をすることを期待し得る可能性を指す。そして、その判断基準は、行為時の具体的事情のもとで、行為者が他の適法行為をす

25 る可能性の有無で判断する。本件において、前述の状況下にあるXは、Zから強要されたYに対する覚醒剤の注射を断れば自己が殺されると思い行為に及んでおり、Zが暴力団事務所にいる捜査対象者であることから拳銃を発砲される可能性を孕んだ状況下では、適法行為をすることを期待し得たとは言えない。したがって、期待可能性の欠如が認められる

(2) よって、Xには緊急避難が認められ、違法性は阻却されないが、責任故意が阻却される。

3. したがって、Xの上記行為に傷害罪は成立しない。

第2 Yの罪責について

5 1. YがXの腹部を数回蹴りつけ、Xに加療3週間を要する内臓出血の傷害を負わせた行為に傷害罪が成立するか。

(1) 「人の身体を傷害した」(刑法204条)とは人の生理的機能を害する現実的危険性を有する行為をいうところ、かかる行為により身体の枢要部である内臓を損傷し内臓出血を負わせているから、実行行為に該当する。

10 (2) Xには加療3週間を要する内臓出血という傷害結果が発生しており、行為と結果との間に因果関係も認められる。

(3) そして、故意に欠ける点はない。

2. もっとも、Yの行為は、自己に対し覚醒剤を注射しようとするXに対して行われているから、正当防衛(刑法36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

15 (1) 前述の通り、弁護側はB説を採用する。すなわち、緊急避難行為に対しても正当防衛を主張し得る。従って、以下、正当防衛の成否を検討する。

ア 「急迫」性とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることをいうところ、Xによる覚醒剤の注射を避ける為に行う行為を行っているから、「急迫」性が認められる。また、「不正の侵害」と認められる為には、行為が違法であることを要するところ、緊急避難行為であっても、Xの行為はYの身体の安全に対する法益侵害行為として違法性に何ら欠ける点はないから、「不正の侵害」といえる。

20 イ そして、Yは自己の身体という「自己...の権利」を「防衛するため」に行為に及んでいる。

ウ Yによる防衛行為は、覚醒剤の注射から免れるためにした行為であり、行為が防衛手段として必要最小限度のものとも認められるから、必要性及び相当性も認められ、「やむを得ずにした行為」といえる。

25 (2) よって、Yの上記行為に正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

3. よって、Yの上記行為に傷害罪は成立しない。

第3 Zの罪責について

1. ZのXをもってYに覚醒剤を注射させた行為について傷害罪(刑法204条)の間接正犯は成立するか。

2. この点、弁護側はC説を採用する。すなわち正犯Xの行為が単に構成要件に該当すれば、ZにはXとの共犯が成立すると考える。

(1) 本件について、ZはXにYに対して覚醒剤を注射するように言い、Xは覚醒剤を注射している。この点、実行者であるXの行為は、傷害罪の構成要件該当性に欠けるところはない。

(2) よって、Zには傷害罪の間接正犯は成立しない。

3. それでは、Zの上記行為について傷害罪の教唆犯(刑法204条、61条1項)が成立するか。

10 (1) 教唆犯が成立するためには①教唆②教唆に基づく実行行為があることが求められる。ZはXに対して、Yに覚醒剤を打つようけん銃で威嚇している。そしてXはYに対して覚醒剤を打つことを決意しているため、「教唆」したといえる(①充足)

そして、Zの上記教唆によってXはYに対して覚醒剤を打ったが、覚醒剤は脳や血管などの生理的機能に障害を与えるものであり、傷害の実行行為が認められる(②充足)。

15 (2) 結果として覚醒剤を打たれたことによるYの生理的機能に障害が生じている。この結果と実行行為との間の因果関係は認められる。

また、故意(刑法38条1項)に欠けるところはない。

3. ゆえに、Zには傷害罪の教唆犯(刑法204条、61条1項)が成立する。

4. 次にZがXにけん銃をこめかみに突き付けた行為について殺人未遂罪(刑法203条、199条)が成立するか。

(1) 未遂罪が成立するためには「実行に着手」(刑法43条本文)し、結果発生の現実的危険性が生じたことが求められる。

けん銃から発射される弾丸は、人の生命を奪うことができるものであり、そのような弾丸が発射される武器を人に向けることは殺人の「実行に着手」といえる。

25 本件について、ZはXのこめかみに銃口を向けている。こめかみに銃弾が命中すれば、足や腕よりも高い確率で死に至る危険性があり、ZがXを「死亡させる」現実的危険性はあった。

(2) よって、上記危険性は認められるが、実際にZは銃弾を発射する人を殺す実行行為に移っていないため、殺人未遂罪(刑法203条、199条)が成立する。

5. 以上より、Zには傷害罪の教唆犯(刑法204条、61条1項)と、殺人未遂罪(刑法203条、199条)が成立し、これらは社会通念上一つの行為によってなされているため、観念的競合(刑法54条1項前段)となる。

5 IV. 結論

XとYには何ら罪責が成立しない。

Zには傷害罪の教唆犯(刑法204条、61条1項)と、殺人未遂罪(刑法203条、199条)が成立し、これらは観念的競合(刑法54条1項前段)となる。

以上