

I. 事実の概要

- 5 Xは、覚醒剤密売事件に関して、知り合いの警察官Aから、覚醒剤の保管場所であるマンションの部屋と、当日密売する覚醒剤を保管しておく自動車の車種等を調べてほしい、覚醒剤のサンプルを取ってきてほしいと言われて、その旨の依頼を受けた。そこで、これに応えるため、Aの部下である私服警官Yを伴って暴力団事務所にいる捜査対象者Zらに会いに行き、同人から必要な情報を聞き出すことに成功し帰ろうとしたところ、同人ら複数人に怪しまれ、YはZの部下複数人に抑え込まれる形となった。

一方Xは、Zからけん銃を右こめかみに突き付けられ、目の前にあった注射器でYに対し覚醒剤を注射するよう強要されたため、断ったら殺されると思い、Yに対し覚醒剤を注射した。その際、YはXによる覚醒剤の注射から逃れるため、Xの腹部を足で数回蹴りつけ、Xに加療3週間を要する内臓出血の傷害を負わせた。

- 15 X、Y及びZの罪責を検討せよ。なお、特別法違反の点及び、Yを抑え込んだ行為については検討を要しない。

参考判例：東京高裁平成24年12月18日判決

(平成24年(う)第1750号：覚せい剤取締法違反被告事件)

(判時2212号123頁判夕1408号284頁)

20

II. 問題の所在

1. 強要された緊急避難行為に緊急避難は成立するか。緊急避難の法的性質が問題となる。
2. 緊急避難によって侵害を受けた者は正当防衛を主張できるか。緊急避難の法的性質が問題となる。
- 25 3. 緊急避難を強要した者には共犯が成立し得るか。共犯の要素従属性が問題となる。

III. 学説の状況

1. 緊急避難の法的性質

α説（違法性阻却事由説）

- 30 現行法が「他人」の法益を守るための緊急避難を認めており、また法益権衡の要件を定めているのは、緊急避難を違法性阻却事由とする趣旨であると主張する¹説。

この説によれば、強要された緊急避難行為についても、その要件を満たす限り違法性が阻却される。

¹ 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』（成文堂、2025年）299頁。

また、この説によれば、緊急避難の成立によって違法性が阻却され、緊急避難によって侵害を受けた者は正当防衛を主張し得ない。

B説（責任阻却事由説）

- 5 緊急避難は第三者の法益を侵害するので違法であることを免れず、ただ危難に直面しているため他の適法行為を期待できない点で責任が阻却されると主張する²説。

この説によれば、強要された緊急避難行為について、被強要者に適法な行為を行う期待可能性の欠如が認められれば責任が阻却される。

- 10 また、この説によれば、緊急避難の成立によっても違法性が阻却されず、緊急避難によって侵害を受けた者は正当防衛を主張し得る。

Y説（二分説）

違法性阻却説を基本としつつも、一定の場合には責任阻却しか認めない見解³。大別して以下の二つに分かれる。

15

Y-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）

大きな法益を救うために小さな法益を犠牲にする場合は違法性阻却事由となるが、小さい法益を救うために大きな法益を犠牲にする場合は責任阻却事由になるとする⁴説。

- 20 また、法益同価値の場合にも責任阻却事由となる⁵。

この説によれば、自己の生命を救うために相手の身体を犠牲にした場合、緊急避難の成立によって違法性が阻却され、α説と同様の処理がなされる。

Y-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）

- 25 生命対生命または身体対身体の場合は常に責任阻却事由であり、その他の場合は違法性阻却事由であるとする⁶説。

この説によれば、自己の生命を救うために相手の身体を犠牲にした場合、緊急避難の成立によって違法性が阻却され、α説と同様の処理がなされる。

² 大谷・前掲299頁参照。

³ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論[第4版]』(弘文堂, 2025年)148頁参照。

⁴ 大谷・前掲299頁参照。

⁵ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂, 2015年)550頁。

⁶ 大谷・前掲299頁参照。

2. 共犯の要素従属性

A説（極端従属性説）

正犯の行為が構成要件に該当し違法であり、かつ責任を具備することを要するとする⁷説。

- 5 この説によれば、緊急避難の法的性質についてどの説に立つにしても、緊急避難行為の責任あるいは違法性が阻却される結果、緊急避難を強要した者に共犯は成立し得ず、間接正犯が成立し得る。

B説（制限従属性説）

正犯の行為が構成要件に該当し、かつ違法であることを要する⁸説。

- 10 この説によれば、α説及びγ-1説並びにγ-2説に立つ場合、緊急避難行為の違法性が阻却される結果、緊急避難を強要した者に共犯は成立し得ず、間接正犯が成立し得る。

C説（最小従属性説）

正犯の行為が単に構成要件に該当すれば足りるとする⁹説。

- 15 この説によれば、緊急避難の法的性質についてどの説に立つにしても、緊急避難行為が構成要件に該当する以上、緊急避難を強要した者に共犯が成立し得る。

IV. 裁判例及び判例

1. 緊急避難の法的性質について

20 福岡高裁判決令8.2.5 LEX/DB25627095

[事案の概要]

甲は、法定の除外事由がないのに、令和6年3月29日午前9時30分頃から同日午前10時20分頃までの間、某県某市の空き地において、廃棄物であるマットレス等(焼却残渣物重量約120キログラム)を焼却した。

25 [判旨]

「廃棄物の焼却を規制した趣旨は、専ら生活環境の保全等にあると考えるのが相当であり、災害時の緊急避難的な場良いとして違法性阻却を考慮するのはともかく、…」

[引用の趣旨]

- 30 緊急避難を違法性阻却事由として考慮している点から、検察側の採用するα説(違法性阻却事由説)に親和的であると考え、引用した。

⁷ 大谷・前掲410頁参照。

⁸ 大谷・前掲410頁。

⁹ 大谷・前掲410頁参照。

2. 共犯の要素従属性について¹⁰

最決平13.10.25刑集55巻6号519頁

[事案の概要]

5 甲は、生活費に窮したため、丙から金品を強取しようと企て、自宅にいた乙(当時12歳10ヶ月、
中学1年生)に対し、丙に対する強盗を指示命令した。

10 これを承諾した乙は、甲から指示された方法により丙を脅迫したほか、自己の判断により、出入口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さない入れ。」などと申し向けて脅迫し、トイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、丙所有に係る現金約40万円及びビショルダーバッグ1個等を強取した。甲は、自宅に戻って来た乙からそれらを受け取り、現金を生活費等に費
10 消した。

[判旨]

15 本件当時乙には是非弁別の能力があり、甲の指示命令は乙の意思を抑圧するに足る程度のも
のではなく、乙は自ら意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完
遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように甲につき本件強盗の間
15 接正犯が成立するものとは、認められない。そして、甲は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、
乙に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令し
た上、乙が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強
盗の実行を指示命令した上、乙が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被
告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。

[引用の趣旨]

20 指示者甲の罪責検討において、刑事未成年者乙との教唆犯の可能性を示したうえで、同人との
共同正犯の成立を肯定している。このことから、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、検察側が採用するB説(制限従属説)に親和的であると考え、引
用した。

25

V. 学説の検討

1. 緊急避難の法的性質

B説(責任阻却事由説)

30 本説は、期待可能性がないことを責任阻却の根拠とするが、規定上「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場合に限り」として法的均衡を要求しているのであれば、
この要件は不要である。また、この関係で、期待可能性の本領は、法的均衡を失っている場合
にも責任阻却を認めるところにこそ発揮されるものであるが、この説によると、法益同価値の場合
までしか責任阻却が認められないという限定は不合理であるということになる¹¹。

¹⁰ なお、間接正犯を成立させた判例につき、最決昭和58.9.21刑集37巻7号1070頁参照。

¹¹ 山中・前掲549-550頁。

よって、検察側はB説を採用しない。

Y説（二分説）

Y-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）

5

確かに、生命については別の考慮があり得るとしても、同価値の場合に一律に責任阻却とするのは疑問である。37条は「害の程度を超えなかった場合」と想定しているのであるから、法益の比較においてマイナスにならないことを要件としており、ゼロの場合までは37条に含まれると言わざるを得ないからである。さらにこの見解からは、法益の比較が困難な場合にも、同価値の場合に準じて、37条は責任阻却にとどまるとされる。しかし、この場合も、過剰避難の成立を認め、刑の減輕免除を検討すれば足りると思われる¹²。

10

よって、検察側はY-1説を採用しない。

Y-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）

15

この説によれば、生命の侵害は、人格の根本要素であって、その本質上比較することができず、人格は自己目的とされるべきであるから、緊急状態のもとでも人格を侵害することは違法であるという点に根拠を求める。

この説に対しては、生命と生命が比較不可能であるとすれば、それは、法益同価値の場合を意味しているのであり、身体の障害には程度をつけることができるのであるから、相互の比較は可能であるという批判がある。本説の提唱者自身も、「重大な身体障害を避けるために他人に軽微な身体侵害を加える場合は、目的説に従って、違法阻却事由と解すべきである」とし、また、当事者の自由な意思決定を制限するほどの重大な健康被害などが存在する場合にのみ責任阻却が認められるとするが、これも、身体の傷害が程度を付し得るものであることを自ら認めるものである¹³。

20

よって、検察側はY-2説を採用しない。

25

α説（違法性阻却事由説）

避ける方法がない状態で、2つの法益が衝突しあう場合には、一方が生き残るために法益の権衡する範囲内で他方を否定することが許容される。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。刑法は第三者のための避難も認めるわけで、それを期待可能性の減少・欠如で説明するのは困難である¹⁴。

30

よって、検察側はα説を採用する。

¹² 西田・前掲149頁参照。

¹³ 山中・前掲552頁。

¹⁴ 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』（東京大学出版会,2024年）302-303頁。

2. 共犯の要素従属性

A説（極端従属性説）

たしかに、刑法61条は人を教唆して「犯罪」を実行させた者、62条は「正犯」を幫助した者と規定しており、「犯罪」「正犯」が構成要件に該当する違法で有責な行為を意味することからすると、極端従属形式は現行法に忠実な解釈といえる。しかし、たとえば、13歳の少年に窃盗を教唆したような場合、正犯が責任無能力であるから教唆犯は成立しないとすると、その教唆者は間接正犯とするか無罪とするかしかないことになるが、いずれにも難点がある¹⁵。

よって、検察側はA説を採用しない。

10 C説（最小従属性説）

この説の意図は、共犯関係における違法性の相対性を認める点にあると思われるが、最小従属性説によれば、狭義の共犯については、死刑執行人に対して死刑執行を命じた上官を殺人罪の教唆として可罰的とすることや、正当防衛を教唆した者を可罰的とすることとなるが、これは不合理である¹⁶。

15 よって、検察側はC説を採用しない。

B説（制限従属性説）

その基本的な考え方は、犯罪関与者間において「違法は連带的に作用するが、責任は個別的に作用する」という「個別的責任の原則」である。

20 責任非難として同じ法益侵害の結果があつたとしても、その結果について、当該行為者に対する責任非難の程度は、諸事情によって異なり得るのである。そこから、基本的には、制限従属性説が妥当だということになる¹⁷。

また、制限従属性説は、責任無能力者の行為を利用する場合でも、実際上も、必ずしも間接正犯とするのが適切でないような場合に、共犯の成立を肯定することができる点で、合理性がある

25 ¹⁸。

よって、検察側はB説を採用する。

VI. 本問の検討

第1 Xの罪責について

30 1. XがYに対して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。

(1) 傷害罪とは人の生理的機能障害を起こす現実的危険性を有する行為のことをいうところ、覚醒剤は強い依存性と心身への深刻な影響を持ち、使用すると精神疾患や身体疾患を引き起こす

¹⁵ 浅田和夫『刑法総論[第3版]』（成文堂、2024年）424頁。

¹⁶ 山中・前掲856頁参照。

¹⁷ 西田・前掲435頁参照。

¹⁸ 山中・前掲856頁参照。

薬物であるため、それを注射器を用いて他人に注入するという行為は上記に該当し、実行行為性が認められる。

(2) また、Yは実際に覚醒剤を体内に注入されており、結果が発生しており、因果関係も認められる。

5 (3) XはZにより道具のごとく扱われていたものの、注射器の中身が覚醒剤であることを認識していたため、故意に欠ける点はない。

2. では、Xは拳銃を右こめかみに突き付けられた状態でYに対して覚醒剤を打つように強制されているため、緊急避難(刑法37条1項)が認められる余地はないか。

10 (1) 緊急避難とは現在の危難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、その法的性格が問題となる。

この点、検察側はa説を採用する。すなわち、違法性が阻却されるため、緊急避難の要件を充たす場合にはXの行為は適法となる。

ア 「現在」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をいう。本件において、XはまさにZによって頭に拳銃を押し付けられ、撃たれそうになっており、侵害が現に存在しているから「現在」性は認められる。

イ 上記の通り、銃で頭を打たれるという「危難」が存在している。

ウ そして、行為が主観と客観の統合体であること、条文上「避けるため」という文言が用いられていることから、避難の意思が要件とされる。これは、現在の危難を認識しつつ侵害を避けようとする単純な心理状態をいうところ、Xは自己の生命の安全という法益を保護するために本件行為に及んでいるから、避難の意思に欠ける点はない。

エ そして、Xが避けようとした害は自己の生命の安全という第一次的法益であるのに対し、本件行為により侵害されたのは、それと同等のYの身体的安全であることから、「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」といえる。

(2) よって、緊急避難の成立が認められる。

25 3. 以上より、Xの本件行為には緊急避難が成立し、違法性が阻却される結果、適法となり犯罪が成立しない。

第2 Yの罪責について

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起こさせた行為につき、
30 傷害罪(刑法204条)は成立するか。

(1) 傷害罪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のことをいうところ、内臓出血は身体の枢要部である内臓の損傷を指し、実行行為に該当する。

(2) Xには加療3週間を要する傷害という結果が発生しており、因果関係も認められる。

(3) また、故意に欠ける点はない。

35 2. ここで、Yの本件行為は、覚醒剤を注射しようとするXに対して行われたものである点をもつ

て、正当防衛(刑法36条)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1) Xの行為は傷害罪の構成要件に該当する行為ではあるが、上記の通り、緊急避難が成立するため違法性が阻却され、「不正」なものでない。

(2) よって適法な行為に対して正当防衛は主張できないため、Yの本件行為に正当防衛は成立しない。

3. よって、Yには傷害罪が成立する。

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、検察側はB説を採用する。よって、行為者Xの行為の違法性が阻却される以上、ZにXとの共犯は成立しない。

2. ZがXに指示して、Yに覚醒剤を注射器で打たせた行為に傷害罪(刑法204条)の間接正犯が成立しないか。ZがXという他人を利用して法益侵害を引き起こしているところ、かかる利用行為に実行行為性を認め得るか、その判断基準が明らかでなく問題となる。

(1) そもそも、実行行為とは、構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為をいう。そして、当該危険性は他人を介しても惹起することが可能である。

そこで、他人を介して結果発生への現実的危険性を惹起したと評価できる場合、すなわち、①客観的に被利用者の行為をまるで道具のごとく、一方的に利用・支配して構成要件の結果発生危険を惹起し、②主観的に他人の行為を一方的に利用・支配して特定の犯罪を実行する意思がある場合には、実行行為性を認め得る。

(2) 本件においてZは拳銃をXの頭部に突きつけて、目の前にある注射器に覚醒剤を注入するように強要し、Xは断ったら殺されると感じていたことから、ZがXを一方的に道具のように利用支配していたと思われる。また、ZはXを利用して、Yに覚醒剤を注入するという意思があるのは明らかである。

(3) よってZについて間接正犯が認められる。

3. よって、Zにおいては傷害罪の間接正犯が認められる。

4. ZがXのこめかみに銃を突きつけた行為に、Xに対する殺人未遂罪(刑法203条,199条)が成立しないか。

(1) ア 「実行に着手」(刑法43条本文)とは、未遂犯の処罰根拠が、構成要件の結果発生の実現的危険性の惹起にあることからすれば、構成要件の結果発生の実現的危険性が発生した時点で認められる。よって、殺人罪の「実行に着手」したといえるためには、人の生命侵害の実現的危険性が発生している必要がある。

イ 本件で、ZはXの頭部に銃を突きつけている。銃は弾丸を発射させることにより人を殺傷する道具であり、そのような危険性の高いものを頭部という人体の枢要部に撃てば、死亡させる危険性が非常に高い。よって、人の生命侵害の実現的危険性が発生しているといえるため、「実行に着手」があったといえる。

(2) ア 「これを遂げなかった」とは、犯罪結果が発生しなかったことをいう。

イ 殺人罪の結果は死亡させることであるところ、Xは死亡していない。よって、犯罪結果が発生しなかったといえ、「これを遂げなかった」といえる。

(3) 構成要件的故意とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、本件においてな

5 んら欠ける点はない。

5. よって、Zについて殺人未遂罪が成立する。

VII. 結論

10 以上より、Xの行為には緊急避難(刑法37条1項)が成立し、犯罪が成立しない。また、Yの行為には傷害罪(刑法204条)が成立する。そして、Zの行為にはXに対する殺人未遂罪(刑法203条、199条)及び、Yに対する傷害罪(刑法204条)が成立し、両罪は社会観察上1個の行為から生じているといえるので、観念的競合となる(刑法54条1項前段)。

以上