

A

第1 設問1

1 急迫不正の侵害の有無については、①侵害の予期の程度、②侵害者と被侵害者との人的関係、③侵害の内容・程度、④対抗行為の内容・程度等を考慮して判断するところ、①及び②の事実は、急迫不正の侵害を否定する方向に傾く事実であるので、これが本件において存在するか検討する。

本件でみると、甲は暴走族Aの特攻隊長で、相手方Cとは対立関係にあり、甲がCの滞するスナックPに赴けば、喧嘩となることを甲はあらかじめ予期していた。

したがって、これらの事実は①と②に該当するので、急迫不正の侵害を否定する方向に傾く事実である。

2 甲は、Cのもとへ謝罪に行く際に、Cに喧嘩を売らせて返りうちにしようと考えていたが、これは甲の積極的加害意思を推認するものであり、急迫不正の侵害を否定する方向に傾く事実である。

第2 設問2

1 甲の罪責

(1) 甲はCから暴行を受けた際、Cを強く突き飛ばし、その結果としてCは路上で頭を打って後に死亡したところ、この甲の行為に傷害致死罪(刑法(以下、略)205条)が成立するか。

(2) かかる甲の行為はCの「身体を傷害し、よって人を死亡させた」といえるので、傷害致死罪の構成要件に該当する。

(3) もっとも、甲はCからの暴行を避けるために、Cを強く突き飛ばしたのであるから、正当防衛(36条1項)として違法性が阻却されないか。

ア 急迫不正の侵害について

正当防衛の趣旨は、急迫不正の侵害があった緊急状況下において、私人が公的機関に法的保護を求めることが困難な場合に、侵害者に対する対抗行為を許すことにある。そうすると、侵害を予期していたとしても、直ちに急迫性を否定するべきではない。

具体的には、①侵害の予期の程度、②侵害者と被侵害者との人的関係、③侵害の内容・程度、④対抗行為の内容・程度等の要素を元に判断するべきである。

本件でみると、確かに、甲は暴走族Aの特攻隊長で、相手方Cとは対立関係にあり、甲がCの滞するスナックPに赴けば、喧嘩となることを甲はあらかじめ予期していた(①、②)。

しかし、甲がPに入店してCを発見すると、甲はCを含めて2人くらいしかいないと思っていたことに反して、10人以上が甲を待ち受けていた。そして甲は素手であったのに、相手方はCを含めて全員が鈍器を有していた。甲はこれに対して、勝ち目がないと思い逃走したが、追い付かれて乱闘になり、Cらに囲まれて鈍器で暴行を受けた。このような状況を打開するために、甲はCを突き飛ばして逃げようとした(③、④)。

以上の検討からすると、急迫不正の侵害は存在するというべきである。

イ 「自己の権利を防衛するため」とは、防衛の意思が必要であることを意味するが、これは急迫不正の侵害を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態をいう。 ✕ 5

本件でみると、甲はCらに囲まれて暴行を受けた際に、この危難を避けるために、Cを突き飛ばして逃げたのであるから、急迫不正の侵害を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態にあったといえる。

したがって、「自己の権利を防衛するため」という要件を充たす。

ウ 正当防衛の場合、防衛者と相手方である侵害者とは、正対不正の関係にあるから、防衛行為が唯一の侵害回避の方法である必要はない。したがって、「やむを得ずにした行為」については、防衛手段としての相当性を充たすか否かで判断する。

本件でみると、甲は一人で武器を持たずにあったことに対して、Cらは10人以上で全員が鈍器という武器を持っていた上、甲はCらに囲まれて暴行を受けた際に、この危難を避けるために、Cを突き飛ばして逃げたにすぎなかった。 ✕ 6

したがって、甲の行為は、「やむを得ずにした行為」に当たる。

(4) 以上から、甲には正当防衛が成立して、違法性が阻却される。

2 乙の罪責

(1) 甲がCらと喧嘩するきっかけになった理由は、乙が甲に対して、Cのところに謝罪に行くように命じたことにあるところ、乙には、甲との間で共謀共同正犯(60条)が成立するか問題となる。 ✕ 7

共謀共同正犯が成立するための要件は、①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく実行行為である。

ア 本件でみると、確かに乙は甲に対してCのところへ手打ちのために謝罪に行くように命じられているのだから、Cに対して危害を加えるような意思を有していなかったとも思える。

しかし、乙は謝罪するように命じると同時に、「Aをなめられるんじゃねえぞ」と申し添えていたのであるから、乙が暴走族のリーダーあることを前提とすれば、この発言は、何らかの機会があれば、暴力行為に及ぶことも構わない旨の発言とみなすことが自然である。したがって、乙甲間に共謀が認められる(①)。

イ 甲はアで述べた共謀に基づいて、Cの下を訪れ、Cを突き飛ばす暴行を加えてCを死亡させた(③)。

ウ 正犯意思については、a 共謀者が犯罪事実に対してどのような利害関係を有していたか、b 共謀者はどのような利益を得たか、c 共謀者の意見が当該合意にどのような影響力を有していたか、等の事情を総合的に考慮して判断すべきである。

本件でみると、乙は暴走族Aのリーダーであり、甲はその子分であり、乙と甲の間には明確な上下関係が存在して、乙の命令は絶対的なものであったと考えられる。また甲がCのもとを訪れて本件暴行に及んだのは、乙のCのところへ謝罪にいくように命じられたことを端緒としている。したがって、要件a及びcを充足する。 ✕ 8

AとBは両者とも暴走族の集団であったところ、両者は対立関係にあったのであるから、仮にBのリーダーCが負傷して団体Bの統制が崩れたならば、これはAにとって利益であり、Aのリーダー乙にとっても利益といえる（要件b充足）。

以上から、乙の行為は傷害罪の共謀共同正犯の構成要件を充足する。

では、乙の行為は傷害致死罪の共謀共同正犯の構成要件までも充足するか。

傷害致死罪のような結果的加重犯の基本行為は、その性質上重い結果を発生させる高度の危険性を内包している。

したがって、当該行為のもつ危険性の範囲内、相当因果関係の範囲内で生じた重い結果については、過失の有無のかかわらず、結果的加重犯の共同正犯が成立すると解する。

よって、乙の行為は傷害致死罪の共謀共同正犯の構成要件にあたる。

(2) もっとも、共犯者である甲には上記で述べたように正当防衛が成立して、違法性が阻却されるところ、この阻却事由は乙に影響するかを検討する。

ア 乙に正当防衛が適用される立場

共謀共同正犯においても、各共同正犯者が他の者の心理に影響を与えて、その者の構成要件に該当する違法な行為を通じて、間接的に法益を侵害するという効果は否定できないから、狭義の共犯においても同様である。そして共犯従属性については、制限従属説が妥当であるところ、正当防衛は違法性阻却事由を定めたものであるから、これは共犯者間で連帯することになる。

したがって、本件では、甲に正当防衛が成立して、違法性が阻却したことは、乙にも連帯して影響を及ぼすので、乙の違法性も阻却される。

イ 乙に正当防衛が否定される立場

アで述べた共犯従属性の理論は、狭義の共犯の場合の理論にすぎない。つまり、共同正犯においては、両者はそれぞれ正犯であるのであるから、制限従属説は適用される余地はない。

ウ 私見は、共犯従属性の理論は、狭義の共犯の場合の理論にすぎず、共犯者間において違法性阻却事由はお互いに影響を及ぼさないと考える。

以上の検討から、甲の違法性は阻却されない。

3 甲、乙の罪責

甲には、罪は成立しない。

乙には、傷害致死罪の共謀共同正犯が成立する。

コメント

※ 1

本問の問いに端的に答えられており、非常に良い点です。ただし、急迫性要件に限って検討しているため、他の正当防衛要件との関係で指摘すべき事実に言及することができていません。問題文では「3つ」と明示されているのですから、もう少し網羅的に検討するべきでした。

※ 2

出題の趣旨で言及されてはいませんが、侵害の予期を基礎付ける具体的（間接）事実と積極的加害意思を基礎付ける具体的事実（指摘している事実について「推認」という言葉が正しいかは若干悩ましいです。）を分けて記載していることは特に違和感はありません。

※ 3

争いのないところをコンパクトに記載しようとしているのはいいバランスですが省略しすぎです。今回の傷害の内容は明示すべきです。

※ 4

判例を意識した規範とあてはめができています。急迫性要件が行為前を基準時とすることも意識して、問題文中の事実の抽出、評価ができています。

※ 5

防衛の意思必要説であっても、もはや条文の文言だけで肯定する立場はないといってよいと思われます。違法性の本質論や正当防衛の趣旨などから説明しなければ立論として説得力を欠きます。

※ 6

相当性については一般的に手段としての最小限度性であることなどにも言及しておいてもいいかもしれません。また、この部分ではやや事実の抽出が甘いです。年齢や体格、甲が受けた暴行の程度など問題文がヒントをして示している事情を漏らさないよう注意しましょう。

※ 7

共謀共同正犯を否定する見解はごく僅かであるとしても、条文がはっきり明示しているわけではないため、認められる根拠には言及しておきたいです。

※8

事実評価の内容に特に問題はあるわけではないのですが、規範としては総合考慮としておきながら、要件判断を行っているのは文言として誤りです。

※9

共犯従属性からの説明を試みているのはいいと思いますが、制限従属性説が妥当である理由の説明が一切ありません。共犯従属性をとったとしても最小限従属性説の説明は可能です。

※10

他説の理解が不足しています。刑法の問題では他説を聞かれることは少ないですが、近年は他説との比較が求められる問題も出題されていますので、フォローしておきましょう。

他説と比較したのちに私見を述べる必要がありますが、共犯従属性津がなぜ狭義の共犯に限定されるべきであるのかの理由が欠けています。

最後に

所々説明不足な点も見受けられますが、全体的に要点をつかんでしっかりと論述できていたと思います。学説問題は今後も出題される可能性がありますし、自説の理解を深めるためにも視点を広げて学習を進めていくとより点数の伸びる文章になるかと思います（添削者：檜垣建太）。

科 目 名	区 分	学籍番号(在学時)	氏 名
刑 法			

評価(ABOD)

B

[設問1]

1. 甲に、Cに対する傷害致死罪(刑法(以下法文省略)205条)が成立し、正当防衛(36条1項)において違法性も阻却されない理由として、以下の3点が根拠として考えられる。

2. 殺人罪(199条)の故意はないが、傷害罪の結果的加重犯としての傷害致死の結果(Cの死亡)が発生していること

(1) 甲は事実4,5により確認できるが、甲1人に対しC510人ほどの木刀や金属バットを操ったBのXンバーに囲まれ、暴行を受けたため、逃げようとしたCに向けて突進し、Cを強く突き飛ばした。その行為はあくまで、その場から逃げようとする手段であり、Cに対する殺意や、死んでもよいという意思の放棄もない。結果としてCは後頭部を強打し、その後病院で死んでいるが殺人罪としての責任を甲に問えない。

3. 傷害する(暴行する)意思はあり、その結果、Cが死した場合には、結果的加重犯である、傷害致死罪(205条)の責任を問えること。

(2) 甲はB Xンバーに囲まれるなか、Cに向けて突進し、Cを強く突き飛ばしている。甲はもとより体力に自信があり、何とか暴行現場から逃げようとするために自身と年齢・体格などと同程度あるCに対して、強くあたればCが倒れること、その度合いが強ければ人の生理的機能に障害が生じることは予測できたはずであり、それにもかかわらずあえて、強く突き飛ばしている。したがってCに対する傷害罪(204条)の故意はあるといえる。

結果的加重犯が認められる理由としては、そもそも基本行為自体に危険が含まれるものであり、暴行と結果に因果関係が認められる場合には、基本行為の実行着に

1 ページ

裏面へ

行為の結果責任も問えるというものである。強い力でも、
相手を~~死~~死に至らしめたことにより、Cは後頭部を
強打し、結果として脳内出血し、死んでいるが、因果関係も
認められる。

5 ようて、甲に對して傷害罪の結果的加重がある傷害致死罪の
責任を問える。

4. 傷害致死罪が甲に成立したとして、正当防衛が成立しない
事情が阻却されること、その正当防衛も認められないこと

10 (3) 正当防衛が成立するためには、「急迫不正の侵害」に對し
自己の権利を防衛するため「やむを得ず」に行為し、~~必要~~

~~必要~~となければならぬ。しかし、甲はあえて

Cに喧嘩を売って返り刃を仕掛けておいたという、積極的
加害意思を持って、B×ンに「おはよう」に乗り込んでい

15 いる。そして対立した関係にあったBのところに自分から

突入して、このことに対し、「急迫不正の侵害」を要件と
認めることはできない。よって、正当防衛は成立しない。

「設問2」

1. Cの罪責

Cはスナックで報復しようと考えて、待機していたものだから、

20 10人ほどで木刀や金属棒で素手である甲に對し全治

2ヶ月の重傷を負わしている。甲の傷害が~~重傷~~ものであるが

ゆかりないが、報復しようという苦謀があり、これに基づき実行行為

であり、そのためにCの行為であったCには207条に基づいて

甲に對する204条の傷害罪が成立する。

25 2. 甲の罪責

4) 上記「設問1」で、甲は、Cに對して正当防衛が成立

せよと傷害致死罪が成立するという考えもある。しかし、私は

傷害致死罪は成立するが、36条2項に基づいて過剰防衛

が成立し、刑を減輕するべきだと考える。

30 4) したがって、甲は積極的加害意思を持って、自らが喧嘩

2 ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

評価(ABCD)

	を発生させる直接的な原因と作られたのは上記の通りである。しかし、甲はボスであることが、スナックPにCは1人であると言われているからであり、また10人以上が木刀や金属バット等を採り、襲ってくることは想定していた。素手である甲は、生命の危険を感じ、この場から逃げようとした。Cに対し、強く当たったとして、それは「やむを得ない」行為であるといえる。結果として、 結果として Cが頭を強打し、死亡してしまったが、自らの生命を守る過程で、過剰防衛行為によるものであり、過剰防衛として刑の減免が成立しても不当な結論ではないと考える。
5	(3) よう、甲は C に対する傷害致死罪が成立し、過剰防衛によって任意的に減軽される。
	3. 乙の罪責
	(1) 乙と甲に共謀共同正犯が成立するか。
15	乙は自ら犯罪を犯してはいない。しかし、乙は甲も所属するA×Nのボスであり、甲にB×Nに強盗罪に行かせる。乙と甲には (1) 共謀があり、(2) 共謀に基づき実行行為があり、(3) 正犯性があるから、共謀共同正犯が成立し、本件には乙乙について甲の犯罪行為について責任を問えることになる。
20	(4) しかし、乙はあくまで強盗罪に行かせるのみで、甲の罪責は問えないという考えも、「Aを殺めろ」といっているのと、隠蔽の指示があるとも考えられる。
	(5) 正当防衛が適用されるという(2)の考え方は、あくまで違法性阻却事由は、個々に判断されるものであり、(1)の正当防衛が適用されないという考え方は、甲と(1)実行者と共謀があるのが連帯責任を負うというものである。
25	(4) 本件については、乙は甲の犯罪を知りつつしており、

×6

×7

×8

問題を発生させて、自ら都合のよいようにしようとする意図が事実6.7にあると確認できる。この点から乙は乙に
対し、甲の事件の責任を乙に転嫁しようとしたと認められ、
はたして考える。

※ 9.

5 (5) 以上のように、乙には甲と同じようにCに被害する行為の結果
追利防衛が成立すると考える。
による減軽 以上

10

15

20

25

30

4 ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

コメント

※1

問いに答えるという観点から、罪責の検討ではなく、それぞれ3つのポイントを示すことができているのは非常に良い点です。本問では括弧書きにおいて正当防衛が成立しないとの内容に限定されているため、正当防衛が成立しないことの具体的事実の摘示が求められていました。

※2

指摘している事実が故意を基礎付けるものなのか、因果関係を基礎付けるものなのかが判然としません。具体的事実として摘示した1つの事実複数の要素が含まれており、回答内容が漠然としています。

※3

本問では具体的事実の摘示が求められています。そのため、答案中の「甲はあえてCに喧嘩を売らせて返り討ちにしてしまおう」と考えていたこと、という具体的事実を指摘したうえで、その理由について説明することになります。理由の説明については、侵害の予期や積極的加害意図が認められる場合に急迫性要件が否定される可能性があることを指摘したいところです。

※4

本問ではCの罪責には問われていません。問題文の読み間違いはありがちなミスですが致命的になりがちなので注意しましょう。

※5

ここでは、罪責の検討が問われているため、客観的構成要件についてもあらためて設問1の記載を引用してください。

※6

正当防衛と過剰防衛の理解に誤りが見られます。　さんは甲に対する急迫性要件を否定している以上、過剰防衛成立の余地はありません。36条2項は、防衛行為が過剰になった場合、つまり正当防衛要件のうち、やむを得ない行為のみが充足されない場合の規定です。

あてはめに関しては、甲が想定していなかったという事情を含めていますが、この点を考慮すればむしろ急迫性は肯定してもよかったのではないのでしょうか？

※7

共謀共同正犯を否定する見解はごく僅かですが、条文自体は明確ではないため、なぜ共謀共同正犯が認められるかという点つき説明する必要があります。

※8

問題文では①②の立場からの説明が求められており、そのうえで私見を述べるのが求められていますが、答案上は説明ではなく紹介に留まっています。

※9

答案中の「自らの都合のいいようにしようとする意図」が法律上どのように作用するかがわかりませんでした。また、甲の事件の責任を負わせるとは、共謀の問題として述べているのでしょうか。直前で違法性の連帯についての言及をしておきながら、事実評価では異なる要素に言及しており、文章として一貫していません。

最後に

問題文の事実を拾うという姿勢は意識されており、非常に良い点です。ぜひ今後も継続してください。

一方、規範についてはかなり曖昧な内容になっています。知識不足なのか、立論自体が苦手なのかはわかりかねますが、いずれにせよ具体的な規範を打ち出せなければ、折角事実を拾っても雰囲気述べているに留まり説得力のある主張とはなりません。

論述するにあたっては一文ごとの繋がりを意識してみてください(添削者: 檜垣建太)。