

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

評価(ABCD)

B

〔設問1〕

(1) 正当防衛が成立し得るという結論の根拠として①甲が、Bのメンバー3名に因縁をつけ殴る蹴るなどの暴行を加え、怪我をさせた、という事実が考えられる。

5 (2) 正当防衛は、自らの侵害に対し、急激な被害が望めない例外的な状況において、やむを得ずした攻撃を正当化するという例外的規定である。そうであれば、自ら、相手方に対して、侵害をし、それに対して反撃を受けた場合には、正当防衛とはいえず、反撃をするのが正当とはいえないと解される(自招侵害)。

10 (3) ~~本件は正当防衛~~ 本件においては、~~甲が~~甲がBのメンバーから攻撃される前に自分から攻撃をして、それにより、CがBメンバーの報復をまねいているといえる。そうであれば、正当防衛が適用される状況とはいえないと

15 考えられる。
24 (4) つぎに② 甲は、Cに喧嘩を売らせて、近いうちにしようとする事実が根拠になると考えられる。

(2) 正当防衛の成立には、「急迫性」要件が必要であり、急迫性とは現に危険が差し迫っていること、単に予想がたけだけでは認められないが、危険に備えて準備を行っていた場合等では、急迫性が認められる。

20 (3) たしかに甲は10人以上、待ちうけていることは予想しているが、しかし、1人が2人に連れかけられることは予想し得ない。②の事実から、Cの侵害を前提にして、それに対して反撃しようと考え、ともに備えていることがわかる。

25 (4) そうであれば、②の事実は「急迫性」要件を否定する根拠の1つとして作用する。

ページ

裏面へ

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

評価(ABCD)

	を定す。質を異にする反撃がある(②充足)。
	よて、甲の2日前の暴行により、自ら招いた状況として、正当防衛が認められないといえない。
5	(3)アでは、① 急迫性 ② 不当の侵害 ③ 防衛の意思 ④ やむを得ずした防衛行為、という要件を満たすか。
	イ、本件では、たしかに甲は、乙にケガをさせ、通リすがらにしようとしたと考えられるから、攻撃があることを前提として、乙が乙の元に戻さずにいる。乙は、10人以上が銃器の武装して待ち伏せしており、暴行されるという当然の期待から、乙は、乙に対して武器を用意していないから、予期が、差出人、危険があるといえる(①充足)。
10	ウ、甲はバット等で殴らばする等の暴行をかけたから、不正の侵害があるといえる(②充足)。
15	エ、③は、単に攻撃をせよという意思があればよく、攻撃を自ら加える意思が併存しているから足りる。本件では、甲は乙の場を切り抜けるために突き飛びしており、防衛の意思が認められる(③充足)。
20	オ、④といえるが、否かは設例1の規定による。乙は全員武装しているに対し、甲は素手であり、体格差を特にない。乙は、突きと振り行為自体には、傷害が生じる危険にあり、死の危険はないといえる。甲の反撃と乙の侵害は均等に失われているといえない(a)。また、甲は取りかかっているから、乙を逃がすために乙を取りうる手段もなかったといえる(b)。よて、甲の行為は乙を振り得るに相当するといえる(④充足)。
25	(4) したがって、甲には正当防衛が成立するから、違法性が阻却され、罰せられない。

×5

×6

3. (1) 又、③ Cが時間後に死した、という事実を正当防衛成立の事実の根拠とする。

※2

(2) この点、「やむを得ずにした行為」という要件は、(a)侵害の均衡性 (b) 他に取らざる手段の有無により判断される。(a)は武器等行為自体の危険性の均衡性ではなく、行為によりおこりうる結果の均衡性を指す。

※3

(3) 又、2であれば、Cを突き飛ばすことにより起こりうる結果として、月内出血等による死に至るという、甲の突き飛ばし行為自体が死した結果が生ずる危険性の高い行為である場合、(a)が不均衡であると認められる。

よって、「やむを得ずにした」という要件を否定する方向に働く。

[設問2]

1. 甲、甲がCを突き飛ばし、死させた行為は、Cの身体に対して違法な有様力の行使であり、結果として、Cは月内出血が発生し、死しているから、傷害致死罪の客観的構成要件に該当する。(205条)

又、甲は「突き飛ばし」で「C」に「傷害を負う」という認識はあから、傷害の故意もある。傷害致死は結果的過重犯罪であり、加害結果の故意は不要である。

→加

2. (1) 甲は、甲がCにとりかかると暴行されていることから、正当防衛が成立し、違法性が阻却される。(36条1項)

(2) この点、甲は、甲の2日前の暴行が自招侵害にあたり、正当防衛が正当化されないという主張は、

自招侵害として、正当化が否定されず、①不正の侵害②侵害の均衡性③場所的・時間的密着性により判断される。

※4

本件では、たしかに、甲はX、Y、Zに暴行しているから不正の侵害を行っている(①)。しかし、これに対して、Cは10人という大人数が木やバネ等の鈍器という殺傷力の高い武器を持ち、甲たったひとりで、明らかに均衡

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。

3 (1) 7 で(7、2に 甲との ~~共同~~ 共謀共同正犯が成立するから、
(60条)。

1、共犯の成立には①共謀(重意思の疎通+正犯意思)

②共謀に基づき実行が行われる必要がある。

5 本件2(7、甲と2に(7Cに対して反撃を行う、傷害
する事について、意思の疎通がある。と(7、2に(7Cに怪
我を負わせて殺させたいと考えたから、正犯意思が認め
甲(1)肯定。と(7、甲が共謀に基づき、Cに対して反撃を
行い、傷害の結果死した事から、(1)に基づき実行
10 行為がある。(45条)。

2に(7Cに傷害について、故意があるから、結果的加害犯は基本
犯について故意があれば(1)肯定。傷害致死の共犯が成立する。

(2) もともと、甲につき、傷害行為の違法性が阻却されておらず乙
も違法性については連帯して、阻却されないから。

15 (3) この点、~~共同~~ 共犯は一部実行全部責任と規定により、実行
犯について、違法性が認められ、以上、共犯者 共謀を行ない
に(1)も違法性があると(7、罰せられるのは不合理である。

おて、実行犯である甲に正当防衛が成立するから、2に対しては正
当防衛が成立する(2の立場)とも考えられる。

20 (4) しかしながら、正当防衛は反撃行為を正当化する例外的な規定
であり、正当化を認める事柄が少なく、共犯関係において
個別に見るべきである。→ 急迫不正の侵害がある状態にあり
1) 被害者が自分の身を守る行為に(1)が認められる事から
違法性が阻却されるから。 期待

25 本件2、2に(7、乙も(7Cに反撃の準備をしている可能性
が高いと認識しており、それに基づき(7Cに(7Cにしようと思っているが
①急迫性 がない。 時期だけ2(7に(7Cに反撃の準備がある

おて、2に(7Cに正当防衛は成立しないから、傷害致死罪が
成立する(1の立場)。

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

本問の問いを分析して端的に答えられています。

※2

主語がないため不正確です。甲の行為により死亡したという事実が指摘されなければ行為の相当性の問題には繋がりません。

※3

「結果の均衡も含まれる」と断定してもよいのでしょうか？相当性に関する一般的な理解とは離れます。結果の不均衡はあくまで相当性を否定する要素ないし行為の程度を推認する間接事実に留まるとするのが一般的です。

※4

自招侵害の判例では、挑発行為と侵害行為の一体性を検討したうえで、付加的に行為の程度の差に言及して総合的に検討しています。

答案では、行為の一体性ではなく招いた侵害と現実の侵害の差に着目しているものと思われますので、判例の射程外と考えているのかと思いますが、その場合には、自らが招いた侵害と現実の侵害が質的に異なる場合にはなぜその結論になるのかの立論を丁寧に行う必要があります。

※5

各要件についての論述が雑です。急迫性に要件については、なぜ「危険に備えて準備を行っていた場合など」には否定されるのかについて理由を述べる必要がありますし、防衛の意思についてはそもそも要件とするかに対立がありますので、それぞれ軽重はあるとしても、何らかの説明を付したいところです。

※6

「死亡の危険はない」としていますが、現にCが死亡していること及び死亡について実行行為との因果関係を認めていることはどのように理解していますか。規範に引きずられて無理のある事実評価となっています。

また、甲はどのような暴行を受けていたのかという点についても述べられていれば相当性についての説得力は増します。

※7

共謀共同正犯が認められることについても簡潔に理由を付しておきたいです。

※ 8

一部実行全部責任の原則は違法性の連帯の根拠となっておりません。同原則の下でも最小限従属性説をとることはできます。

なぜ「不合理」といえるのかについて現場思考で掘り下げることができれば、学説に言及できないまでもある程度の説明ができたかもしれません。

※ 9

この問題は、いわゆる例外であることを前提に共犯間の違法性の連帯の有無を問われています。共犯の処罰根拠から、共犯として処罰するにはどの程度の共通性があれば足りるか、などの説明することが求められていました。

最後に

問題に対する勘所は良いのですが、全体的に雑な印象を受けます。主語、や目的語などの欠落が致命的なミスとなる場合もありますので気をつけてください。

また、法律論の理解が甘いように感じました。それぞれの立場の結論と理由を正確に意識して答案に表すことができるとよりよい答案になると思います（添削者：檜垣建太）。