

以下の事例を読んで、「設問 1」及び「設問 2」について答えなさい。

1. 甲は、大阪府 T 市を中心に活動する暴走族 A のメンバーで、集団暴走行為を行う際に先頭に立つ特攻隊長を務めている。甲は、T 市と S 市の市境あたりで、S 市を中心に活動する暴走族 B のメンバー 3 名がたむろしているのを見て同人らに因縁をつけ、殴る蹴るなどの暴行によって、同人らに怪我を負わせた。そのため、A と B の間には一触即発の空気が漂っていた。
2. 上記暴行事件の 2 日後、甲は、A のボスである乙に呼び出され、乙から、B のボスである C のところに、手打ちのため一人で謝罪に向かうように命じられた。乙は、C が M 市（T 市と S 市の双方に隣接する）にある「P」というスナックに連日一人で通っている姿を目撃されているので、P に出向けば、危険なく謝罪ができる旨を甲に伝えたが、同時に、「A をなめられんじゃねえぞ。」と申し添えた。甲は、乙の発言を、A を侮辱されたり喧嘩をふっかけられたりした場合には C をボコボコにしてこいという趣旨だと理解した。そこで、A 一番の武闘派を自認し、腕っぷしに自信のあった甲は、C に喧嘩を売らせて返り討ちにしてしまおうと考えた。
3. 同日夜、甲が、P に入店して C を探していると、店の奥から、C と B のメンバーが 10 人ほど出てきた。C は、B のメンバーが乙にやられた報復をしようと考え、A のメンバーをおびき寄せて痛めつけるために連日一人でいるように装っていたものであり、C をはじめとする B のメンバーは、全員、木刀や金属バットなどの鈍器を持っていた。甲は、C に一人か二人は連れがいるかもしれないとは予想していたが、C の行動が誘いで、10 人以上が待ち受けているという事態は全く予想していなかった。
4. 甲は、自分には武器がなく、人数に差がありすぎることから、この場を逃げることにした。甲が、P の入り口から走って逃げだすと、C らは追いかけてきた。P から 300 メートルほど離れた路上で、甲は C らに追いつかれて乱闘になった。
甲は、C らに囲まれて木刀や金属バットで殴られるなどの暴行を受けるなか、囲みを破ってその場を切り抜けようと、C に向かって突進し、C を強く突き飛ばした。突き飛ばされた C は路上に仰向けに倒れ、後頭部を歩道の縁石の角で強打し動かなくなった。甲は、予想外の結果に一瞬驚いたが、B のメンバーが動揺している隙にその場から逃げ出した。
5. C は、その後救急車で病院に運ばれたが、後頭部を強打したことで脳内出血が発生し、5 時間後に死亡した。甲は、C らによる鈍器での暴行によって全身の打撲や指の骨折など、全治 2 か月の傷害を負った。甲と C は、共に格闘技の経験はなく、年齢・体格なども同等である。

〔設問 1〕上記 1～5 の事実において、甲に C に対する傷害致死罪が成立する（正当防衛が成立しない）という結論の根拠となり得る具体的な事実としては、どのようなものがあるか。考えられるものを 3 つ挙げた上で、上記の結論を導く理由を事実ごとに簡潔に述べなさい。

※上記 1～5 の事実に加えて以下の事実があったものとする。

6. 乙は、C が P に連日一人で通っているのは、自らを囿に A のメンバーを誘い出して攻撃することを企てている可能性が極めて高いと思ったが、そのことを甲には伝えなかった。乙は、

甲が自らの腕っぷしを理由に最近 A の組織内で増長していたことから、同人を疎ましく感じており、甲が C らにボコボコにされても問題ないと考えると同時に、甲であればボコボコにされる前に C らに怪我を負わせて弱らせることができるはずだと考えていた。

7. 乙は、某日夜、A のメンバーを 10 人ほど引き連れて P から少し離れた場所で隠れて待機し、甲と C らの喧嘩が終わった後に、機会があれば C らを襲撃するつもりであったが、C が救急車で運ばれたのを見張りから聞いて知ると、その場を立ち去った。

〔設問 2〕上記 1～7 の事実における甲と乙の C に対する罪責について論じなさい（住居侵入罪並びに特別法違反の点は除く。）。なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自らの見解を根拠とともに示すこと。

①乙に、刑法 36 条 1 項が適用されないとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

②乙に、刑法 36 条 1 項が適用されるとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

※設問 1 と設問 2 の文章をよく読むこと（設問 2 では、甲の罪責も問われている点に注意）。

【出題趣旨】

本問は、正当防衛の成否と、いわゆる共犯と正当防衛の論点が問題となる事例である。前者については頻出しているが、最決平成 29・4・26 刑集 71 卷 4 号 275 頁登場後未だに急迫性が正面から問題となった事例は存在しない。後者も今まで出てきていないわけではないが、本問のような共謀共同正犯の類型は出たことがないと記憶している。問題形式は、本年の司法試験のそれを採用している。

・設問 1 について

本試験の設問 2 と同様の形式。出題趣旨が出ていないので断言できないが、通常の問題形式（「罪責を論ぜよ」形式）であれば、問題の所在やあてはめで重要となる事実を挙げさせ、そこから論点の概要と特定の結論への道筋を答えさせる問題だと推測される（次の設問とはセットとなっており、そこで自らの考えを示すことが想定されている）。検討の方法としては、「罪責を論ぜよ」形式で答案を構成した上で、当該結論に至る事実を見つけ出して、そこから書き始めればよいと思われる（もちろん、見つけられればの話だが）。

本問では、甲の C に対する傷害致死罪の構成要件該当性は認められ、正当防衛の成立が問題となるが、正当防衛の成立を否定する根拠となり得る具体的事実として、①「甲が暴走族 B のメンバー 3 名に因縁をつけ怪我を負わせた」、②「甲は、C に喧嘩を売らせて返り討ちにしてみまおうと考えた」、③甲が C を突き飛ばした結果 C は死亡した、という三つが回答として想定されている。

①は、C らによる甲への侵害を招いたという意味で、自招侵害の自招行為を基礎づける事実である。自招侵害と認められれば正当防衛は成立しなくなる。

②について、このような意思を持っている場合には、侵害の予期と併せて、正当防衛の趣旨から急迫性が否定される可能性がある（積極的加害意思と呼ばれるものに相応した意思内容）。

③について、甲が守ろうとした自らの身体という法益に比して発生した結果が人の死亡という重大なものであるため、やむを得ずにした行為と言えない可能性がある。

・設問 2 について

問題形式としては複数構成型（巷間で「学説問題」と呼ばれている形式）だが、設問 1 と同じ検討対象を含んでいるため、当然、設問 1 の記述を踏まえて甲の罪責を論じることになる。

1. 甲の C に対する傷害致死罪については、正当防衛の成立が問題となるが、上述の通り、3 つの事実から導き出された 3 つの論点が存在する。

（1）自招侵害については、甲の B の構成員らへの傷害が、C らの甲に対する侵害を自招したと言えるかが問題となる。B の構成員らの傷害が、仮に暴走族 B という括りで C らへの不正な故意の自招行為と言えるとして最決平 20・5・20 刑集 62・6・1786（ラリアット事件）の枠組みに拠るとしても（平成 20 年判例の射程外ということであれば、自ら規範を立てる必要がある）、自招行為と侵害行為との時間的（場所的）離隔、自招行為と侵害行為との態様の違いからすると、自招侵害として正当防衛状況が否定されるとするのは難しいであろう。

（2）急迫性について、甲は確かに積極的加害意思と言えるような心理状態であるが、甲の予期していた侵害（最大でも 3 名程度による暴行）と実際に生じた侵害（10 名以上による暴行）とではかなり差があり、甲が凶器などを準備していたわけでもなく、すぐさま逃走しているな

どの事情も踏まえれば、急迫性が肯定される余地も十分にある。

(3)「やむを得ずにした行為」について、判例(最判昭 44・12・4 刑集 23・12・1573)は、「反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」としており、それに従えば、C が死亡したという事実をもって、やむを得ずにした行為が否定されることはない。行為の危険性の比較と、より危険でない容易な代替手段の存在を考慮要素とする場合、本問ではやむを得ずにした行為を認めることが可能である。

以上の三つの論点がクリアされれば、他の要件は問題なく充足されているので、甲には正当防衛が成立して C に対する傷害致死罪は成立しないという結論になる。

2. 乙の罪責については、設問にある通り、①と②の立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要がある。①と②の立場の分かれ目となるのは、大雑把に言えば、甲と乙の正当防衛を個別に検討するかどうか(下記(2))、個別に検討するとして乙に正当防衛が成立するか(下記(3))、の二点である。

(1) 甲と乙の共謀

前提として、甲と乙に傷害致死罪の共同正犯が成立することについても論じることが必要である(乙は実行行為をしていないので共謀共同正犯の問題)。本問の場合、C を傷害することにつき、甲と乙の間に明示の意思連絡はないが、甲は、乙の指示を「場合によっては C に対して暴行を加えること」と理解し、乙自身も、甲が C らと喧嘩になって暴行を行うことは認識予見している以上、意思連絡が認められる。もっとも、現実には、甲は、C らから逃亡中に C に対して暴行を加えているわけだが、そのことをもって共謀の射程を否定するという結論はとれないであろう(仮に否定するのであれば、乙には間接正犯が問題となり、正当防衛の判断は乙を基準に行うことになると思われる)。意思連絡が認められるのであれば、本問の甲には正犯性も認められるであろう。

(2) 甲と乙の正当防衛を個別に検討するか。

乙が共謀共同正犯となる場合、甲に正当防衛が成立しているという事情をどのように考えるのが問題となる(仮に甲の正当防衛を否定する場合は、甲に正当防衛が成立していないという事情をどのように考えるのが問題)。すなわち、共同正犯者間の違法の連帯の問題である。判例としてはいわゆるフィリピンパブ事件があるが、過剰防衛に関するものなので、正当防衛について直接判断しているわけではない。ただし、その判示内容からすれば、個別判断に親和的であるとされている

アプローチの仕方は複数ある。要素従属性の観点からアプローチする場合、(共謀)共同正犯の場合も共犯の一種であるとして、狭義の共犯と同様に要素従属性の議論が妥当すると考えるのか、それとも、共同正犯は正犯でもあるので要素従属性の議論が妥当しないのが問題となる。前者の考えであれば、通説である制限従属性説に立つ場合、甲の違法性阻却の効果が乙にも連帯し、乙には 36 条 1 項が適用される(②の立場。もちろん、甲に正当防衛が成立しないという立場を採れば、①の立場になる)。他方、有力説である最小限従属性説に立つ場合は、違法性に関する連帯はなく、乙の正当防衛は個別に考えることになる((3)へ)。共同正犯は正犯でもあるためそもそも要素従属性の議論が妥当しないと解するのであれば、同様に正当防衛

を個別に判断する（（３）へ）。

違法論の観点からアプローチする場合、結果無価値の立場からは、違法性が客観的に判断され、それは共犯者間で連帯するのに対し（そう考えない論者も少なくはない）、行為無価値・結果無価値二元論の立場からは、違法性は共犯者間で異なる場合があり得るという帰結になる（この場合、異なるのは主観的違法要素であるという理解が多い）。

（３）個別に判断する場合の乙の正当防衛の成否

（２）で甲の違法性阻却の効果が乙に連帯しないと考える場合、乙に正当防衛が成立するかどうかを個別に判断することになる。もっとも、個別に判断する場合と言っても実際上は結果的に同じ結論になることが多く、違いがあるとすれば、共犯者間の主観面に着目する場合が通常であろう（もちろん、事例類型によっては自招行為の有無などで違いが出てくることもある）。

（本件もそのような事例と言えるのかもしれない）。本問では、甲は、乙と異なり C らの毆を予期しており、にもかかわらず乙を向かわせて喧嘩をさせようとしているので、甲については急迫性が認められても、乙については急迫性が否定される余地も十分にある。

（４）自説の提示

以上の論点を検討した上で、あるいは、検討するなかで自らの立場を示す必要がある。

・参考：①と②の構成モデルの例

②：甲に正当防衛成立→その効果が乙に連帯

①－１：そもそも甲に正当防衛不成立（→個別に検討したとしても乙には通常不成立）

①－２：甲に正当防衛成立→その効果が乙に連帯しない→乙に正当防衛不成立