

緊急避難の法的性格をめぐる問題

奥村正雄

I 問題の所在

刑法三七条の規定する緊急避難は、自己または他人の生命、身体等に差し迫った危険を避けるために、法益権衡と補充性の要件を満たす限りで、危険の発生とは無関係の第三者の法益を侵害する行為を「罰しない」として、不可罰としている。この不可罰の根拠をめぐる問題は、緊急避難の法的性格をどのように理解すべきかに関して見解の対立があり、議論が絶えない。正当防衛と異なり、「正対正」の関係にある緊急避難においては、現在の危険を避けるため、危険の発生とは全く無関係の第三者に侵害を転嫁することになるが、本来、「振りかかった運命は甘受すること」が原則であるのに、この転嫁行為を適法と解する通説的見解に対しては、根強い批判がみられる。緊急避難論が違法・責任の本質につながる法のミクロコスモスであるといわれるゆえんである。

ただ、わが国における従来の緊急避難の法的性格論に関する議論は、どちらかといえば、理論体系上のレベルにお

いて行われていた傾向があった。しかし、後にみる、平成八年六月二六日の東京地裁判決において、「強要された行為と緊急避難の成否」の問題、すなわち、背後者から言うことを聞かないと自己またはその近親者の生命等に危害を加えると脅されて、仕方なく強盗罪や殺人罪を犯した場合に、現在の危難を避けるためやむなく行った行為として罰しなくてよいか問題となり、解決を迫られた。これを契機に、被強要者の行為に対してその被害者が正当防衛で対抗できないのは不合理であるとする批判論が展開され、緊急避難の不処罰根拠に関する議論が再燃し、緊急避難に関する法的性格をめぐる議論はより実践的意味合いを帯びるようになってきた。

以下では、緊急避難論の法的性格をめぐる幾つかの議論について、近時、有力に展開されている見解を中心に、批判的検討を加えたい。

II 正当防衛との関係

(1) 緊急避難は、緊急行為として正当防衛と共通性を有しており、この点を基本に両者の関係を考えるのが一般的な見解である。⁽¹⁾しかし、両者の不処罰根拠について、結果無価値一元論に基づき違法性阻却の原理を法益衡量(優越的利益の保護)に求める立場と、さらにこれに加え法益侵害行為の社会的相当性を考慮する違法二元論の立場とは、理由付けは必ずしも同様ではないはずである。前者によれば、緊急避難も正当防衛のいずれも法益衡量で比較的容易に説明されることになる。⁽²⁾正当防衛は、「急迫不正の侵害」という前提要件によって「不正な侵害」者に対する被侵害者の利益の絶対的優越性が肯定され、防衛行為に必要な限度で「不正な侵害」者の法益は否認される。これに

対して、緊急避難は、保全法益と侵害法益との「害の均衡」の要件を充たすことを条件に違法性が阻却されることになる。と解される。

では、違法二元論の立場からは、緊急避難と正当防衛はどのように関係付けられるだろうか。この立場は、正当防衛の正当化を、急迫不正の侵害に対しては、被侵害者に対して侵害を避ける義務を課さないで、反撃する権利を認め、法は違法行為を許さず、法秩序が厳然と存在していることを確認するという法確認の原理に求める。しかし、緊急避難については、「不正」対「正」という対立関係を前提とする法確認原理は妥当しない。もともと、緊急避難も、正当防衛も、法益侵害の危険が切迫しているが、国家機関による法定手続に従った法益保全の時間的余裕がなく法益侵害の予防・回復が不可能もしくは著しく困難な状況のもとで、保護に値する正当な個人の法益を保護するため、例外的に私人による実力行使により法益を保全し、そして法秩序の回復・維持という「法の自己保全」を図る点で共通していると考えられる。^③ 明確な権利性を有する正当防衛と比較して、緊急避難は権利性としては弱い。法は、保全法益と侵害法益の権衡を要件に、社会連帯の観点から法益価値の序列を付けて小なる法益の被害者に受忍を求め、大なる法益を守ることに、社会・法秩序の維持を図ることを宣言していると解すべきであると思われる。

(2) 次に、要件論との関係で、法益侵害の「急迫」と「現在」という緊急性の要件の実質的同一性があり、保全法益の類似性^⑤、防衛行為と避難行為の相当性の点で共通性があるが、それ以外で両者は異なる。正当防衛が補充性や厳密な法益権衡の要件を不要とするのは、攻撃者の行為が「不正」であり帰責されるからである。これに対し、緊急避難が補充性や厳密な法益権衡の要件を必要とするのは、次の点に求められる。刑法は、行為規範として規範の名宛人

に対して危難からの退避義務を課している。しかし、現在の危難に遭遇し退避が出来ないか著しく困難になった場合、諦念して危難を受忍することを求めず、保護に値する正当な個人の利益を保護するため、厳格な要件の下で危難と無関係の第三者の法益をやむなく侵害して危難を転嫁することを認め、同時に本来保護に値する正当な第三者の利益の侵害を認め、危難を転嫁された第三者に社会的連帯の観点から侵害の受忍を求めるのである。

(3) 緊急避難と正当防衛について、後者は権利であるが、前者は振りかかった危難を避けるために危難を引き起こしたことに責任のない他人に迷惑をかける行為であるから権利行使ではなく、放任行為であるとする見解がある⁶⁾。たしかに、緊急避難の場合は、転嫁行為により自己または第三者の法益を保全した場合には消極的にこれを認めるというのが法の趣旨であり、権利性は弱い。しかし、緊急避難の場合、法益衝突が問題となり法益侵害が発生している以上放任行為はありえず、違法か適法かのいずれかである⁷⁾。刑法三七条一項は、緊急避難を「罰しない」としており、避難行為を許容している以上、正当防衛の積極的な権利性と比較して消極的な意味ではあるが、権利であると解すべきである。

Ⅲ 緊急避難の法的性格

1. 違法性阻却事由説と二分説

(1) 緊急避難の不可罰の根拠について、現在の通説は違法性阻却事由と解する。これに対し、責任阻却事由であると解する見解⁸⁾も有力に主張されたことがあるが、最近では、責任阻却事由一元説は少数説となり、これに替わって違

法性阻却事由と責任阻却事由との二分説の主張が有力に展開されるようになり、通説との間で厳しく対立している。

通説の根拠は、現行法が「他人」の法益を守るための緊急避難を認めていることと、法益権衡の要件を定めていることに求められる。この説への批判として、責任阻却説は、緊急避難行為は現在の危難を全くこれと無関係の第三者に転嫁するから、これを正当化して、危難と無関係の第三者に受忍義務を要求できないとする。また、二分説は、通説により緊急避難を適法行為とすると、被侵害者も緊急避難で対抗可能となるが、法は葛藤状態における価値判断を放棄することになり不当であると批判する。¹⁰⁾一方、後述するように、こうした批判を意識し、緊急避難を可罰的違法性阻却の対象とみる見解も台頭している。

(2) そこで、責任阻却事由説は、緊急避難は違法であり、これに対する正当防衛による対抗が可能であるとし、避難行為者は適法行為の期待可能性が欠け責任阻却の対象になると考えるべきであると主張する。しかし、責任阻却事由一元説に対しては、通説だけではなく二分説からも批判が多い。批判を列挙すると、①優越的利益の原則から、他人の小なる法益を犠牲にして大なる法益を保全する行為は正当化されるはずである。②法益権衡を要件とするのは違法性を問題とするのであり、期待可能性を要件とする場合は法益権衡の要件は不要のはずである。また、責任阻却事由と解すると、三七条が法益権衡につき保全法益と侵害法益が同価値の場合までしか緊急避難を認めないことと矛盾する。③「他人のため」の緊急避難につき期待可能性がないといえるか疑問である。④責任阻却事由説によると、避難行為は違法であるから、これに対する正当防衛が常に可能となるが、侵害法益が保全法益よりも小さい場合に、侵害を転嫁された者が常に正当防衛で対向できるとするのは法益権衡により大なる法益を保護する行為を正当化するこ

とに反する(例えば、火災に巻き込まれた者が逃げるために他に方法がなかったので隣家の垣根を壊そうとしたので、これを防衛行為により阻止する場合)。^⑤避難行為が責任阻却の対象になるだけであれば、これに加担する行為(例えば、火災から逃れるため隣家の垣根を壊す行為を手伝った場合)は、共犯の従属性に関する制限従属性説をとる限り、共犯が処罰されることになってしまう。^⑥他人の不法行為を原因とする緊急避難は民法上損害賠償の責任がなく違法ではないが、責任阻却説によれば刑法上は違法となってしまう。

このように、責任阻却事由一元説は厳しい批判を受けているが、これらの指摘につき反論の余地があるものは少なく、学説としては有力でなくなった。もともと、^③の点は二分説からも問題点として指摘され、通説は^③を違法性阻却の理由の一つとしているが、これには反論が可能であろう。なぜなら、この点については期待不可能性を一概に否定できないからである。例えば、駅員が停車中の満員の旅客列車と衝突して大惨事となるのを避けるため、暴走してきた貨物列車を、ポイントを切り換えて別の線路に導いたが、そこで働いていた一人の荷降ろし人夫の生命を犠牲にしたような場合のように、自己や親族のものでなくても、人の法益を危険から救助するというそれだけの動機で十分な場合があり、期待不可能性を認めうるからである。^①それゆえ、^③の批判は必ずしも説得力がない。

(3) こうした責任阻却事由説の理論的・実質的問題性を考慮しつつ、しかしなお、要保護性のある第三者が侵害を転嫁されることに対して、これの受忍を法が認めてしまうことへの抵抗感から主張される理論が二分説であり、現在、有力に展開されている。二分説には様々なバリエーションがあるが、違法性阻却を原則とする立場と、責任阻却を原則とする立場に大きく分かれる。後者は、(a)責任阻却を原則としつつ、対立する法益間に著しい差がある場合は

超法規的違法性阻却事由であると解する責任阻却型二分説¹²⁾である。この説に対しては、責任阻却事由説に対するのと同様の批判が加えられている。

一方、前者は、法益権衡の要件により、大なる法益を守るために行う避難行為は通説と同様正当化されるとするが、(b)法益同価値の場合が責任阻却と解する違法阻却型二分説¹³⁾A、(c)生命と生命、身体と身体の場合には責任阻却と解する違法阻却型二分説¹⁴⁾B、(d)法益同価値の場合には可罰的責任阻却と解する可罰的違法阻却・可罰的責任阻却二分説¹⁵⁾、(e)危難状態にない被侵害者に危難を転嫁する第一類型と、被侵害者も危難に遭遇している第二類型に分けて、第二類型の法益同価値の場合と第一類型の保全法益が侵害法益を「著しく優越する」場合は違法性阻却を認めるが、第一類型の法益同価値の場合は、行為者と危難遭遇者との間に親族関係等の特別な関係を有することを前提に責任阻却を認める二分説¹⁶⁾などに分かれる。

二分説に対しては、(a)説につき、法益同価値の場合でも社会全体の見地から社会的相当性により法が許容し違法性阻却の余地があるとする批判や、責任阻却の点は責任阻却事由説と同様の問題があるとする批判¹⁸⁾が加えられている。また、(b)説については、「生命と生命」は法益衡量量による優劣が付けられないが、法益同価値の場合であり、保全法益と侵害法益は差引ゼロとなり法秩序の破壊はなく違法でないとする批判¹⁹⁾がある。もとより、「身体と身体」は程度差があり、保全法益と侵害法益とは比較が可能であろう。

これらの二分説の問題点を克服するものとして(d)説と(e)説が主張されている点が、注目される。(d)説によると、避難行為者に優越的利益が存在すれば避難行為は正当化される。これに対し、利益同価値の場合は優越的利益がなく正

当化されないが、法的に非難可能性が減少し、可罰的責任が阻却されることになるとする。しかし、規範的責任論に立脚するかぎり、その論理が、「可罰的責任が利益衝突状態において、行為者の不法ないし責任が著しく低減し、処罰の必要性ないしその処罰の均衡性との相関関係において個人の責任をみた場合に、法秩序がその個人が違法行為を思いとどまることを完全には期待できない程度にいたるがゆえに、犯罪を不成立とし、または刑を免除ないし減軽することが適切であると判断すべきであるとき、可罰的な非難可能性を減少させ、または不存在とする」²⁰ という意義である以上、まさしくそれは論者も正当に位置付けられるように期待可能性の内容であり、それゆえ、非難可能性の減少は期待可能性の減少につながる点で、期待不可能性で処理する責任阻却説と同じ問題をもたないのかという疑問がある。一方、(e)説は、後にも見るように、ドイツ刑法三四条の正当化緊急避難と三五条の免責的緊急避難の区別、および攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難の区別に対応して、後者の区別を前者の区別によって上記の二類型に分けて違法性阻却と責任阻却の緊急避難を認めようとする学説であり、理論的に複雑であるものの、三七条の一項の限定解釈の原理として注目される。問題は、このような解釈が可能か、罪刑法定主義の観点から疑義はないかである。たしかに、刑法の裁判規範性からみて、違法性阻却事由は各自の法益を守ろうとする者どうしの間の利害調整を図るものといえる。それゆえ、その限りで、違法性阻却事由が規範の名宛人に対する行為規範性となっている側面は制限を受けるといふ解釈も理論的には可能であろう。しかし、ドイツ刑法三四条の「著しい法益の優越」や、「親族関係等の特別な関係がある場合」に限定する根拠が日本刑法三七条一項から読み取ることが困難であり、さらに後にも見るように、(e)説を含む二分説的な処理それ自体を三七条一項の限定解釈に持ち込むことは困難であるように思われる。

(4) 以上のように、法的性格をめぐり様々な見解が主張されている。たしかに、形式論的には、実体法上の根拠について、刑法三七条は「罰しない」と規定しているに過ぎず、一元的に解せよとも二元的に解するなども規定していないから、違法阻却事由・責任阻却事由のいずれとも、あるいは二元的にも解しうるようにみえる。⁽²⁾ また、現行規定の沿革をみても、旧刑法の緊急避難規定（七五条一項）に規定されていた危険対象を「親属」から「他人」一般に拡大したが、改正論議の過程で、明白な権利行為としての正当防衛と異なり、緊急避難を必ずしも正当な権利行為とは考えていなかった節があり、当時のスイスの刑法草案等も他人のための緊急避難を期待不可能性に求めていたことから、責任阻却事由説や二分説に有利に働く点がある。

しかし、立法当局者は、ドイツ刑法のように正当化緊急避難と免責的緊急避難の規定を書き分けず、一つの条文に規定したのである。また、旧刑法の緊急避難規定（七五条一項）にはなかった「保全法益」と「侵害法益」との均衡の要件を現行規定に導入したのである。さらに、責任判断とは無関係の法益権衡の要件が満たされることを前提に「罰しない」と規定している。犯罪論上、期待可能性は、構成要件該当、違法、かつ故意・過失、責任能力、違法性の意識等の責任要素を満たした上で、なお適法行為をとることが期待可能であったかを問う例外的で超法規的な責任阻却事由である。ところが、刑法三七条一項が「自己」と並べて「他人」の利益保護のための緊急避難を例外ではなく原則として認めており、但書の違法性減少・責任減少による法規上の刑の任意的減免の対象となる過剰避難の規定と同様に解することはできないであろう。また、同一条文に効果の異なる別個の犯罪阻却事由が規定されていると解することは解釈論上困難であるとする指摘⁽³⁾も重要である。免責的緊急避難の規定をもたない刑法三七条の文言からは

両者の区別は明らかにならず、違法性阻却の場合と責任阻却の場合を解釈によりこれを補わなければならないという困難な問題に逢着するからである。これは、刑法の行為規範性からみて相当問題であろう。それゆえ、二分説を採用するためには、日本の刑法も、正当化緊急避難と免責的緊急避難を書き分けるしかないように思われる。

では、緊急避難を違法性阻却事由として一元的に解決することは可能であろうか。その検討に入る前に、違法性阻却の一般原理に関する「法益衡量」をめぐる議論をみておく必要がある。

2. 法益衡量と利益衡量

緊急避難の成立要件として「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」ことを要するが、違法性阻却の原理である「法益衡量」の考え方が適用されることになる。

しかし、近時、違法性阻却の一般原理について、(a)法益衡量説と(b)利益衡量説(優越的利益説)との対立があり、後者が有力になりつつある。²⁴⁾ 法益衡量説は、違法性の実質を法益の侵害・危険に求める立場を基礎にして、法益が衝突する場合に、価値の小さい法益を犠牲にして価値の大きい法益を救うことが違法阻却の一般原理と解する見解であるが、法益の抽象的比較衡量を基準とする。これに対し、利益衡量説は、衝突する法益の具体的状況における要保護性を明らかにし、保全法益が侵害法益よりも優越的な要保護性をもつかどうかを判断する具体的な比較衡量を基準とする。違法性判断は実質的であり、個別具体的な判断が必要であるから、利益衡量説の立場が基本的に妥当であり、緊急避難の解釈にも適用されるべき考え方である。それゆえ、利益衡量の判断の対象を保全法益と侵害法益のそれぞれ

れの「保護価値」と侵害の程度に限定すべきではないであろう。⁽²⁵⁾

とはいえ、極めて多種多様な要素を考慮することも問題であり、犯罪防止等の一般的利益の侵害それ自体を考慮に入れるのは（後に検討する強要による緊急避難の問題で一部みられる立場である）、妥当ではない。⁽²⁶⁾あくまで、利益衡量の判断に際しては、衝突する法益の具体的状況における保全法益の要保護性、侵害の危険性、補充性に関わる回避可能性等、法益侵害の許容性に関わる諸般の結果（無）価値的・行為（無）価値的要素について実質的・具体的な判断が求められるべきなのである。このことは、法益同価値の場合でも同様である。それゆえ、法益同価値の場合に、違法性阻却一元説は利益状況を具体的に衡量せず、法益の対立を抽象的に捉える立場でのみ立論可能であるとする批判は⁽²⁷⁾あたらなように思われる。

3. 利益衡量と被救助者の意思

法益衡量ないし利益衡量は客観的に行わなければならないが、その際、被救助者が侵害に同意している場合、その意思をどのように取り扱うかの問題がある。被救助者の意思は、緊急避難の違法性阻却の判断にどのように影響するのであろうか。

この点について、二つの見解の対立がある。第一説は、被救助者の意思とは無関係に、その意思に反しても緊急避難の成立は可能であると解する立場である。⁽²⁸⁾これに対し、第二説からの批判は、第一に、被救助者が当該法益を放棄している場合はその法益の保護価値は失われているから、同意がある場合は緊急避難ではなく、被害者の同意の法理

よって違法性が阻却されることになる。第二に、被救助者が自由な意思で法益を処分しようとしている場合でも、緊急避難としてそれを妨害することになってしまふ。こうして、第二説は、被救助者の意思に反する緊急避難は認められないと結論付ける。⁽²⁹⁾

両説の対立の原因は、緊急避難の法的性格の捉え方の違いに起因するようと思われる。第二説は、優越的利益説に基づき、被救助者の法益について、自ら放棄している場合は要保護性が欠けるので、これを保護するのはおかしいという考え方に基づいている。⁽³⁰⁾これに対し、第一説は、単なる優越的利益の判断だけでなく、法の自己保全という緊急避難の性格を重視していることに起因しているように思われる。

この問題については、以下のように考えるべきであろう。まず、被救助者が処分可能な法益について事前に救助を拒否していたことが事前に明らかな場合は、当該法益の要保護性は欠け、法益権衡の要件の前提を欠くので、これに対する緊急避難は問題とならない。では、被救助者がこの機会に法益を処分しようと思っていて、救助はその意思に反することが事後的に判明したような場合はどうか。この場合、結果的に要保護性のない法益を守り、要保護性のある第三者の法益を侵害するおそれがある。正当防衛と異なり法確証の原理が妥当しないが、法の自己保全の観点から、緊急避難は、行為時点において行為者が現在の危難に他人が遭遇していると認識して、これを救助する意思で行う避難行為であるとする立場からは、事後的に被救助者の意思に反していることが明らかになった場合でも、緊急避難の成立可能性を認めるべきであろう。このことから、例えば、自殺願望者が自己の生命を放棄している場合でも、刑法二〇二条が人の生命をその意思とは関係なく保護の対象にしているので、その法益価値は失われず、緊急避難が

成立しうることになる。また、専断的治療行為についても、患者の生命が危険な場合は、医師が医療上適正な治療行為を行う限り、患者の意思に反しても、その救命行為は正当化されるべきである。これを違法と解すると、これに対する正当防衛が可能となつてしまふ妥当ではない。このように、第一説による解決が妥当であるように思われる。

III 緊急避難の類型

1. 攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難

(1) 違法性阻却事由としての緊急避難の成否を検討するには、二つの類型に分けて検討する立場が有力になっている。第一の類型は、現在の危険により侵害の危険にさらされた法益主体または第三者が危険の原因とは無関係の他人に危険を転嫁するもので、通常の緊急避難の場合である。第二の類型は、法益保全の主体も侵害を転嫁される者もいずれも危険源となっている場合である。問題は、両類型により緊急避難の成否に影響があるかである。

(2) 現在のドイツの通説的議論に影響を受け、最近、第一類型を攻撃的緊急避難、第二類型を防衛的緊急避難として、両者の成立要件に差異を認める緊急避難論を展開する立場が有力になっている。⁽³¹⁾ この立場によると、攻撃的緊急避難の類型については、いわれなき侵害を転嫁される被侵害者の利益を考慮して、保全法益の「著しく優越する」場合に被侵害者には社会連帯の見地から侵害の受忍が求められ、違法性が阻却されると解する。法益権衡の「著しい法益の優越」の要件は、ドイツ刑法三四条のそれに倣つたものである。これに対しては、侵害の受忍を要請する「社会連帯」の観点が導入されたのに、なぜ「著しい法益の優越」の場合に限定されるのか疑問であるという批判が妥当す⁽³²⁾

る。「著しい」という基準の判断は曖昧であり、法益謙衡の要件にさらに「著しい優越」という要件を付加する合理的根拠は明確ではない。ドイツ刑法と異なり、わが国の刑法三七条には「著しい法益の優越」という要件が規定されておらず、解釈の域を超えているように思われる。

一方、防衛的緊急避難は、被侵害者も危険源となっている事実により侵害法益の保護価値が減少し、法益権衡の要件は緩やかに判断され、違法性の阻却を認める。防衛的緊急避難論は、正当防衛の要件である「急迫不正の侵害」とならない危険源について、①行為性を欠く場合、②「不正」でない場合、③急迫性を欠く場合が問題となるとして、これらを緊急避難の対象にする。ただ、①は（準）対物防衛の問題として解決可能であろう。

たしかに、以上の二類型に分けて緊急避難の成否を検討するのは便宜である。しかし、「著しい法益の優越」を刑法三七条に入れる合理的根拠を欠くこと、両類型の差異により成立要件の差異を見出す必然性を三七条の解釈から導き出せるかが明らかでない以上、両者を分ける実質的意味はあまりないように思われる。

2. 防衛的緊急避難の類型

(1) 以下では、便宜上、防衛的緊急避難の類型に当たる事案からみていこう。この類型の典型例が、「カルネアデスの板」の事例のように、保全法益と侵害法益のいずれもが危難に遭遇している場合である。

ケース一として、イギリスの一九八四年のダッドリー・ステイブンス事件⁽³³⁾（日本ではミニョネット号事件として知られる。）をとりあげよう。同事件では、四人の船員が乗った船が嵐で遭難し、食料も尽きて、結局、そのうちの一人

人の弱っていた少年を犠牲にして食したという、カニバリズムの事例の裁判で、謀殺罪につき緊急避難の成否が問題となった。裁判所は、他人の生命を奪う事件に緊急避難の抗弁は認められないという態度をとった。その根拠として、第一に、他人の生命を犠牲にして、各人の生命を維持するための必然性はなく、自ら犠牲を甘受すべき状況があること、第二に、仮に犠牲を認めるとしてどの者を死なせるべきかを誰が判断するのが明らかでないことをあげた。こうして、裁判所は、このような事案では皆が危難に遭い生命を維持するため他人の生命を奪う誘惑があるのはい解しえなくはないが、法の判断を適正に行い、かつ所為を純化して判断すべきであると判示して、被告人等に死刑判決を言い渡した。ところが、後に、生命の尊厳と極限状態に置かれた人々に対する同情心との葛藤を強調して、六ヶ月の拘禁刑に減軽し、刑の減軽による解決にいたった。このように、イギリスの判例は、生命の絶対的不可侵性を理由に、他人の殺害による緊急避難を認めることには消極的である。³⁴⁾ もっとも、一九八七年のヘラルド・エンタープライズ号事件³⁵⁾では、フェリー事故で海に転落し溺れそうになった十数名の乗客が、ロープの梯子をよじ登って安全な退避場所に上がり助かるうとしたが、その梯子に寒さと恐怖で震える青年が一人しがみ付き動かなかったので、被告人は青年の近くにいた者に指し図して自分達の生命を守るためその青年を海に振り落とさせ死亡させ、彼等が助かったという事例について、緊急避難の問題が生じた。この事件を処理した検死官は、自己だけではなく他人の生命を守るための相当な行為による殺害は殺人罪に当たらないと説示したため、結果的に、刑事裁判にならなかつた。これによりイギリスの判例が謀殺罪につき緊急避難の成立可能性を認める道を開いたとはいえないが、今後の判例の動向にどのように影響を与えるかが注目される。学説でも、このようなケースを正当化することは個人の自律性

(individual autonomy) の原則を明らかに侵害する行為によって、道徳的にも政策的にも被侵害者の権利を避難行為により保全される権利よりも軽く扱うことになるが、各人の自律性は保護されず、犠牲が必要な場合があるとして、全体の害悪を最小限に抑えるために要求される社会福祉・社会連帯の原理に基づき、緊急避難として行為の正当化を肯定する見解が主張されているのである。³⁶⁾

(2) 次に、ケース二として、例えば、ロッククライミングをしているAとBが、Bが滑落したところ、互いにザイルで身体を支えていたため、Bの体重を支えきれなくなり、Aがザイルを切つてBを滑落死させたような場合には、危険源はBにあり、Aは危険源に対する避難行為を行ったが、Bの生命はザイルの切断に関わらず失われる運命であった。³⁷⁾

両ケースとも「生命対生命」という法益同価値の事例であるが、ケース一は多数の生命を救うため少数の生命を犠牲にする場合であり、ケース二は一对一の生命である。このような、極限状態に置かれた者(等)が一人の犠牲により危険を避けることができる場合について、二分説ではいずれも違法性が肯定され、責任拒却の対象となろう。その根底には、生命の自己目的性や個人の自律性の視点が存在する。³⁸⁾ なお、自律性を狭く解し、「生命又は身体の重要な部分に対する自己決定権の利益」と解する立場は、生命・身体の重要な部分は人格の不可欠的要素であり、他人のためにいわれなく犠牲に供せられないとして生命・身体の絶対的優越性を強調する。しかし、このような解釈は、人格への重大な侵害の正当化を許さないドイツ刑法三四条には適合するが、日本刑法三七条には適合しないとする批判³⁹⁾があてはまる。

違法性阻却一元説の立場からは、ケース一では生命の量的な衡量により、ケース二では法益衡量による優越が付けられないため、保全法益と侵害法益とは差し引きゼロとして、それぞれ違法性の阻却が認められることになる。生命・身体という個人の自律性を侵害するが、社会連帯の原理から犠牲もやむを得ず、全体の侵害を最小限に抑えるための避難行為は正当化されるべきである。

3. 攻撃的緊急避難

(1) 危険に遭遇した保全法益を救うため、危険に晒されていない侵害法益に危険を転嫁する攻撃的緊急避難と呼ばれる場合はどうか。例えば、①餓死寸前の者が他人の庭のりんごを盗んで餓死を免れた場合、②医師が患者の生命を救うため唯一の救命手段として健康な第三者から同意を得ずに臓器を摘出し移植したような場合や輸血目的の強制採血のような場合である。この類型の場合、被害者の利益は完全に要保護性がある。行為者の利益に対する危険は「ふりかかった運命」であり、原則的に受忍を要求すべきであろうか。

この類型について、上記の二分説の(θ)説は、①のような保全法益が侵害法益に「著しく優越する」場合には違法性阻却を認めてよいが、②のような「生命と生命」、「身体と身体」という法益同価値の場合については、「著しい法益の優越」はなく、不処罰は期待不可能性による責任阻却の対象になることに求めるしかなく、しかもその場合でも行為者と危険に遭遇した人との間に親族関係等の特別な関係がある場合にのみに限定すべきであると主張する⁽⁴³⁾。たしかに、②の事例のように絶対的に要保護性のある第三者の法益を、補充性の要件を満たせば直ちに侵害してもよいとす

ることは許されないであろう。問題はこのような限定解釈が三七条一項の文言から可能かどうかにある。論者は、現行の緊急避難の規定が立法論として広すぎるため、合理的な限定解釈は以上の二分説によってのみ与えられとし、違法性阻却事由は法益を守ろうとする各人の利害調整を図る機能を果たす点で、規範の名宛人に対する行動規準告知の機能は一定の制限を受けざるをえないから、このような限定解釈は罪刑法定主義に違反しないと主張する。しかし、この見解については、次の二点で疑問がある。第一に、既に指摘したように、免責的緊急避難規定をもたない現行規定では、このような解釈は困難であること、第二に、「著しい法益の優越」の場合に限り違法阻却の対象になるとするが、現行規定が法益権衡を要件に被害者に社会連帯の観点から侵害を容忍すべきことを要請している以上、「著しい法益の優越」まで要求するのは困難であること、言い換えると、法益同価値の場合でも、他の同価値の法益が保全される以上、侵害の転嫁の正当化を否定する理由がないこと、第三に、行為者と危険遭遇者との間の親族関係等の特別な関係を求めるのは不当であり、既述の駅員の事例からも明らかのように、全く赤の他人のための避難行為を除外する理由がないことである。

(2) では、第二の類型について、どのように解決すべきであろうか。ところで、法の自己保全という観点からみると、緊急避難は、法益衝突の状況における優越的利益保全の見地だけから侵害の転嫁を認めたのではなく、「やむを得ずした」ことを要件とし避難行為の相当性として補充性を必要とするが、さらにこれらの形式的要件に加え、避難行為の社会的相当性が必要であると解すべきである。

「社会的相当性」の概念は違法論の様々な領域において作用するが、その概念の内容が曖昧で使用に耐えないとし

ばしば批判されている。緊急避難の場合についても、緊急避難を否定したい場合にその概念を持ち出されるといふ批判⁴⁴や、その要件を付加すると被侵害者の意思に反してその法益を侵害することは社会的相当性がなく全て「不相当」とされてしまうはずであるという批判⁴⁵が加えられている。たしかに、「社会的相当性」という一般条項それ自体は抽象的に過ぎ何らの具体的規準も導くことは出来ない。しかし、それを理由に「社会的相当性」の機能を違法論から不要視することは誤りである。「社会的相当性」は、歴史的に形成されてきた法秩序の適正な維持にとって許容しうる行為かどうかを判断する際に必要な原理なのである。

ここで詳述する余裕はないが、「社会的相当性」は違法性阻却事由の全般にわたる違法性阻却の一般原理であり、その内容は違法性阻却事由の各類型について決めていく必要がある⁴⁶。緊急避難については、現在の危難に遭遇した自己または他人の法益保全のため、法益権衡、補充性等の要件を満たすことを前提に第三者への侵害転嫁行為を例外的に法が許容するものであるため、それは行為規範として規範の名死人に対し、本来は危難からの退避義務があるが、それが不可能または著しく困難な場合にのみ認められるのであるがゆえに、その立場に置かれた通常人ならば侵害転嫁行為をとるであろうといえることが求められる。

なお、「相当性」を補充性の要件の内容をなす「法益衝突」状態の存否についての判断であり、補充性の内在的制約を示すものであると解する見解⁴⁷がある。この見解は、例えば、高価な洋服を着た者が粗末な服装をしている貧困者から雨傘を奪うケースについて、相当性が欠ける場合は「転嫁すべき法益がなく」法益衝突がないとして緊急避難の成立を否定するが、この事例でも「法益衝突」のあることは否定できず、補充性の要件を認めうる場合もあるから、

相当性を補充性の内在的制約原理と位置付けるのは疑問である。⁽⁴⁸⁾

兩傘事例も、上記の臓器移植事例や強制採血の事例も、緊急避難の形式的要件をクリアしても、さらなるフィルタ―としてその避難行為が社会的相当性を備えているかどうか、すなわち、その場に置かれた通常人ならば同様に当該避難行為をとるといえるかどうかを判断し、通常はそのような避難行為をとらないであろうといえる場合は緊急避難の違法性は否定されるのである。そして、通常、期待不可能性による責任阻却も認められない。もつとも、通常人にとり当該避難行為をとることは社会的相当性が欠けるが、当該行為者にとって当該避難行為をとったことにつき期待不可能といえる場合は責任阻却の余地はあろう。

IV 自招危難

(1) 自招危難とは、避難行為者が故意または過失により自己または他人の法益に対する現在の危難を生じさせ、侵害の危険にある法益を保全するため他の法益を侵害することをいい、この場合にも緊急避難の成立は可能かが問題となる。今日、自招危難につき緊急避難の成立可能性を完全に否定する説はみられないが、問題は、どのような条件が整えば成立しうるかにある。

学説は、(a)自己の有責行為により緊急状態を招いたから、法は許容せず、原則的に緊急避難は成立しないが、危難が責任の程度をはるかに超えた重大なものである場合のみ、法益権衡、補充性を考慮して緊急避難を肯定するという現在の危難説⁽⁴⁹⁾、(b)「やむを得ずにした行為」の意味内容として「補充性」の原則、その他の事情に照らして、そのよ

うな避難行為をとることが相当かどうかを判断して緊急避難の成否を検討する相当性説⁽³⁰⁾、(c)自招行為と緊急行為を全体として把握し、緊急行為として社会的相当性を有するか否かの見地から緊急避難の成否を検討する一般法理援用説⁽³¹⁾、(d)緊急避難状態の招致により招致者の保全法益の保護価値を減少させるかどうかで緊急避難の成否を検討する法益衡量説⁽³²⁾、(e)避難行為時における緊急避難の成立を肯定しながら、なおそれ以前の危険招致行為から避難行為による法益侵害の一連の経過を問題とすることにより犯罪の成立を肯定する「原因において違法な行為」論⁽³³⁾が展開されている。

このように、自招危険における緊急避難の成否の基準をめぐる見解の対立がみられる。現在の危険説は緊急避難を責任阻却と位置づけていること、相当性説は緊急避難の要件への問題のあてはめを行っただけで、問題解決の指針自体を何ら与えていないこと、一般法理援用説は社会的相当性がないというだけでは直接の解答にならないこと、法益衡量説は危険の自招により保全法益の保護価値が減少する根拠が不明であることが、それぞれ批判点としてあげられている。そして、最近有力になっている「原因において違法な行為」論に対しては、その理論構造に関して多くの批判が投げかけられている。

(2) 「原因において違法な行為」論は、「原因において自由な行為」の法理を違法論に応用したものである。その論理は、自招防衛についても妥当する。もっとも、「原因において自由な行為」の結果行為は違法であるが、「原因において違法な行為」の結果行為は適法とある点で、構造的に同じものではない。ところで、その法理によると、緊急避難の場合、自招行為と避難行為との二つに分けて、避難行為時をみると、緊急避難の要件を充たせば緊急避難を認

めざるを得ないが、もともときっかけを作った原因行為といわれる自招行為が違法であるため、危険招致行為から避難行為による法益侵害の一連の経過を問題とすることによって犯罪の成立を考えていこうとする立場であり、理論的に極めて注目される見解である。しかし、同説に対しては、次のような批判がみられる。第一に、避難行為は自招行為を前提とするので両者を分離して評価することは困難ではないか、⁽⁵⁴⁾第二に、正当な避難行為という結果価値を創出する点で、自招行為も結果価値があることになり、正当化されることにならないのか、すなわち、緊急避難により違法性が阻却される結果、適法とされる行為を惹起することがなぜ違法と評価されるのか、⁽⁵⁵⁾さらに第三に、処罰の根拠となる危険招致行為は犯罪の実行行為とはいえず、「予備行為」にすぎないから、招致行為と最終的な法益侵害との間の犯罪の成立を認めるのは困難ではないかとする批判である。

「原因において違法な行為」論は、避難行為の利用という一種の間接正犯として自招危険の違法性を認めようとする見解であるが、第一の批判にみられるように、避難行為は自招行為を前提とするから、避難行為のみを適法とすることは困難ではないかと思われる。反対に、第二の批判にみられるように、結果無価値論の論理では、避難行為が結果価値を創出しているのであれば、それをもたらしした自招行為も正当化されることにならないのかという疑問がある。この批判に対しては、例えば、AがBの右足に重大な傷害を加え、その結果医師Cによる「適法な手術」により右足の切断のやむなきに至った事例では、AはBの右足喪失の傷害結果まで責任を問われるのは明らかであるから、適法とされる行為を惹起することを通して、当然、違法という場合があると反論される。⁽⁵⁷⁾しかし、この場合、AにBの右足喪失の傷害結果まで帰責できるのは、適法行為を利用する間接正犯といえる場合だけではないだろうか。た

しかに、例えば、墮胎をさせようとした妊婦の生命が危険になったので、医師に業務上墮胎をさせたという場合には、医師の緊急避難行為を利用した間接正犯が成立するであろう。しかし、足の切断の事例だと、医師が必ずしも緊急避難行為ををするとは限らず、間接正犯の構成は困難ではないかと思われる。それゆえ、むしろ、これは適法行為を利用する間接正犯の問題として解決されるべき問題ではないだろうか。他方、第三の批判に対しては、自招防衛と異なり自招危難の場合は、危難招致行為後に行われるのは危難招致者自身の行為であり、特に自らに生じた危難を回避する行為は必要に迫られてやむを得ずになす行為だから、行為と結果との間に相当因果関係ないし客観的帰属関係を肯定しうると反論される⁽⁵⁸⁾。自招危難の場合は自招行為と避難行為との間に被侵害者の故意行為の介在等の事情が考えにくいため、この反論は頷けるであろう。

(3) 自招危難に関する判例は、基本的に故意または過失により自ら招いた危難を回避するための行為は緊急避難に当たらないという態度をとっており、自招危難につき緊急避難の成否の判断基準を示したものはない⁽⁵⁹⁾。

代表的な判例として、大審院大正二三年二月二日は、被告人が自車で荷車の右側を不注意にも減速せずすれちがおうとしたところ、荷車の陰から突然少年Aが飛び出しこれに衝突しそうになったため、これを避けようとして歩行中のAの祖母Bに衝突して死亡させた事案について、「刑法三七条に於いて緊急避難として刑罰の責任を科せざる行為を規定したのは、公平正義の観念に立脚し他人の正当なる利益を侵害して尚自己の利益を保つことを得せしめんとするに在れば、同条は其の危難は行為者が其の有責行為に因り自ら招きたるものにして社会の通年に照らし已むを得ざるものとして其の避難行為を是認する能わざる場合に之を適用することを得ざるもの」と判示し、緊急避難の成

立を否定した。大審院は、現在の危難が行為者の有責行為により自ら招いたもので、社会通念上その避難行為を是認することができない場合には緊急避難の成立は認められないという判断を示した。

本判決は、自己の過失行為によりAに対する危難状況を作り出していながら、Aの生命を救ったということで違法性は阻却されないと判断した。この「生命対生命」という法益同価値の事例につき、「原因において違法な行為」論による解決では、Aの生命を救助するための避難行為によるBの死亡への転嫁はそれ自体としては緊急避難として正当化されるが、過失による自招行為の違法性により緊急避難が成立しないことになろう。しかし、裁判所は、そもそも自己の過失行為によりAの生命に対する危険な状況を作り出し危険源を形成している以上、危険回避のためのBの死を惹起する転嫁行為について、Aの生命を救う避難行為の違法性阻却につながらないという論理を示したものと解される。そうだとすると、自招行為とAの生命の保全行為とを分離できず、後者の正当性を認める論理は出て来ないのではないだろうか。

自招行為が危難状況を作り出し犯罪の実行行為性を基礎づける場合、これによって危難を惹起しそれを避けるための避難行為について、危難惹起者以外の者による緊急避難は認めうるが、危難惹起者自身による緊急避難の成立を認めるのは一般に困難であろう。ただ、例えば、故意に危難を招来したが、予想を越える危難に遭遇したので、逃走した際に隣家の垣根を壊すしかなかったような場合には、器物損壊罪の成立は認められないであろう。このように、自招危難の場合でも緊急避難の要件をみたしうる場合もあるため、緊急避難を認めうるかどうかについては、個別具体的に自招行為と避難行為を全体として観察し、社会的相当性の観点から、通常の者なら同様の態度をとるであろうと

いえるかどうかを判断すべきである。

V 強要による緊急避難

(1) 強要による緊急避難については、例えば、娘を人質に取られた父親が、誘拐犯人から銀行強盗をしないと娘を殺すと脅かされ、やむを得ず銀行強盗を行ったというように、行為者が他人から強制されて構成要件該当行為を行ったが、これを緊急避難として適法といえるかが問題となる。この点が問題となった判例は若干存在するが、緊急避難の成否について実質的判断を行い、その成立可能性を認める理論展開を示したものとして、オーム事件に関わる東京地裁平成八年六月二六日判決⁶²があり、注目される。

本件は、被告人が外部から隔絶された教団の施設内で両手錠をかけられ不法に監禁された状態で、教団代表から被害者の殺害を促され、これに従えば無事に解放されると考え、殺害を承諾し、被害者を絞殺した事例であり、殺人罪で起訴された。緊急避難が成立するが、成立しない場合でも適法行為の期待可能性がないとする弁護側の主張に対し、裁判所は、①被告人の身体に対する現在の危難が存在する、②「生命対生命」の場合は厳格に解する必要があるが、本件では被告人の生命に対する現在の危難は存在せず、殺害の危険性も高くなかった、③自己の身体拘束状態を脱するための殺害の意思であるから避難の意思がある、④自力で脱出したり、外部連絡により官憲の救助を求めたりすることが不可能な状態であり、身体拘束状態から解放されるためには被害者の殺害以外方法がなく補充性が認められる、⑤被告人の生命の侵害可能性も存在した状況下で、身体に対する現在の危難を逃れるために殺害行為に及んで

もこれは条理上肯定可能であるから、避難行為の相当性も認められる、しかし、⑥身体の自由対生命の点で法益の均衡を失しているとして、過剰避難の成立を認めた。さらに、期待可能性についても、「期待可能性の理論による責任の阻却は、厳格な要件の下に認められるべきであり、客観的にみて当該行為が心理的に抵抗できない強制下において行われた場合など、極限的な事態において初めて責任が阻却されるにとどまる」とした上で、行為者基準でも一般通人基準でも本件の具体的状況の下では、「D殺害行為に出ないことを期待することは可能であったと認められる」と判示した(懲役三年執行猶予五年)。

本判決は、「生命対生命」という緊急避難の場合には厳格な解釈の必要性があるとしつつ、危難の現在性、補充性、避難行為の相当性、避難意思等の要件を満たすことを条件に、場合により、強要による緊急避難の事例に緊急避難の成立可能性を肯定する論理を示したものと評価できる。そして、強要による緊急避難について、期待可能性の責任阻却事由の問題としてよりも違法性阻却事由の問題として解決することを優先している点でも注目される。

(2) ところが、従来⁶³⁾の学説の多くは、強要による緊急避難を適法行為の期待可能性の問題として処理してきた。緊急避難の法的性格に関する違法性阻却一元説の立場も例外ではない。その理由は、背後にいる強要行為者は自己の不正な犯罪行為を被強要者の利用により実現しただけであり、侵害を転嫁される被侵害者は侵害行為を受忍するいわれはなく、これに正当防衛で対抗できるとすべきであり、被強要者は心理的強制を受け適法行為の期待可能性が欠けるといえる場合は責任阻却の対象になるとして処理すれば足りると考えられているからである。

このように、違法性阻却一元説も、その多くがこの問題に関しては、責任阻却事由として解決するのである。⁶⁴⁾一

方、他の理由付けとして、被強要者は強要者の犯罪意思に従い、「不法に加担した」道具であるから、侵害を転嫁される被侵害者には社会連帯義務が認められず、正当化緊急避難は成立しないという見解が主張されており、注目される。この見解の骨子は、強要者が緊急避難と異なり被強要者の実現した犯罪について当罰的であり、被強要者は強要者の不法に加担する道具であるとする点にある。これは、背後の強要者に対する犯罪抑止の観点を保全法益の保護価値の枠内で捉えようとするものであり、その観点は被強要者ではなく強要者の処罰により達成すべきであるとの批判があてはまる。それは、既述のように、利益衡量の中に犯罪抑止という一般的利益まで持ち込むことの不当の問題性でもある。さらに、客観的・形式的に「不法に加担した」から違法とする論理は、法共同体においては自己に振りかかった危険は自ら甘受することを要求し、これを無関係の第三者に転嫁することを一切否定し、緊急避難の成立一般を否定することにつながるおそれがある。⁽⁶⁷⁾ なぜなら、被強要者は他に法益保全のための危険回避行為をとることができず、強要行為に従わざるを得ない場合でも「不法に加担」することにならないからである。被強要者が強要行為にどの程度関与したかは補充性の問題に還元されるべきである。

そこで、最近、強要による緊急避難についても、緊急避難の要件を充たせば違法性阻却としての緊急避難の成立を肯定すべきであるという見解が、違法性阻却説の中から展開されるようになった。⁽⁶⁸⁾ 緊急避難の成立要件のうち特に要となる補充性の要件を充たせば、緊急避難の成立を否定する理由はないからである。この立場からは、被侵害者は、被強要者による侵害転嫁に対しては、緊急避難によって対抗できることになる。しかし、被侵害者が被強要者の侵害転嫁行為を甘受することへの抵抗感は根強い。そこで、違法性阻却説を基本とする立場の中から、被強要行為に対す

る正当防衛による対抗を肯定すべきであるとして、可罰的違法性阻却説を提唱する見解が台頭している。この見解によると、被強要者の行為は一般的違法性があるから、これに対する正当防衛が可能になる。この見解は、緊急避難肯定説に対して、防衛的緊急避難による対抗を肯定することは適法行為に対する対抗を承認することになり概念矛盾を孕んでいる⁽⁷⁰⁾、仮に対抗できるとしても緊急避難の成立は困難である、さらに正当防衛が成立しないと強要者は他人を強制して犯罪を惹起できることになり強要者を不当に利することになると批判する。例えば、上記の事例で、娘を人質に取られた父親が、その生命を守るために強要に従い銀行を襲ったという場合、銀行側が財産を守るために実力行使をするのは害の均衡を失するため許されないことになるし、また、例えば、父親が、人質犯人の仇である女性を強姦するよう強制されれば、女性は貞操への侵害を甘受するほかなくなるとする。たしかに、これらの場合、法益権衡を欠いており、被強要者に対しては緊急避難による対抗もできないようにみえる。また、正当防衛の要件である「不正」は、必ずしも可罰的違法性を具備している必要がない。しかし、避難行為に対して、可罰的違法性を欠くが一般的違法性があるとして、これに対して正当防衛による対抗が可能であるとするのは、緊急避難の法的意義を無視することになってしまっておそれがある。

では、右の批判にどのように対応すべきであろうか。強要による緊急避難行為は、被侵害者への強要者による違法な侵害行為と被強要者による適法な侵害転嫁行為との複合したものである。強要行為の評価について、強要者が被強要者を一方的に道具としてその行為を支配し利用して自己の犯罪目的を実現したといえる場合は適法行為を利用する間接正犯の成立を認めるべきであろう⁽⁷³⁾。被侵害者が正当防衛による対抗が可能なのは正犯である強要者に対してであ

り、強要者の被害者であり適法な避難行為を行った被強要者に対してではないと考えるべきである。強要者に対して正当防衛で対抗できる以上、強要者を利することにはならない。被侵害者にとつて、被強要者は防衛的緊急避難の類型と同様に危険源であり、現在の危険となつているといえる。それゆえ、被侵害者は、被強要者に対しては、緊急避難で対抗するか、もしくは法益権衡を欠く場合は過剰避難となり、または（強要による行為という事情を知らない場合は）誤想防衛になるという処理が考えられるであろう。⁽⁷⁴⁾ 法益権衡を欠く場合は、被侵害者の方が小なる法益の場合、法秩序としては被侵害者に受忍を求めることにならざるをえない。被強要者による適法な避難行為に対する被侵害者の反撃も適法となりうる場合は、法益同価値のような場合に限定され、その場合と同様、どちらも法的保護を受けるべきであるので、法秩序としてはどちらも適法とせざるを得ないことになる。このことは、概念矛盾ではないように思われる。

VI おわりに

以上、緊急避難の法的性格をめぐるいくつかの問題について、若干の考察を試みた。通説である違法性阻却事由一元説に基づく緊急避難論の解決に対しては、厳しい批判が加えられている。二分説による理論構成にも注目すべき点が多いが、少なからぬ疑問点もあり、結局、通説による解決を維持しうるのではないかという結論に達した。

これに対し、緊急避難に対する被転嫁者の正当防衛による対抗を肯定すべきであるとする見解は根強い。そこで、違法性阻却を基本とする立場からも、可罰的違法性と一般的違法性の使い分けにより、緊急避難は一般的違法性を有

するという見解が有力に展開されるようになっていく。このような見解には疑問があるが、事は違法性の本質に関する問題であるだけに、さらに議論を深める必要がある。また、強要による緊急避難の問題と関連して、背後者である強要者の行為の評価について、強要された犯罪が通常の場合と自主犯や身分犯の場合との区別に応じた適法行為を利用する違法行為の問題、さらにこれと共犯の従属形式との関係など論ずべき点^⑧は少なくないが、今後の課題としたい。

- (1) 川端博『刑法総論講義』(成文堂、一九九五年)三一八頁以下、同『正当防衛権の再生』(成文堂、一九九八年)六七頁以下、井田良「緊急避難の本質をめぐって」『宮沢浩一先生古稀祝賀論文集第二巻刑法理論の現代的展開』(成文堂、二〇〇〇年)二七四頁(同「緊急避難の理論」現代刑事法二二号(二〇〇〇年)一〇〇頁以下も同趣旨の論文)、橋爪隆「不正の侵害に先行する事情と正当防衛の限界」現代刑事法二巻一号(二〇〇〇年)二八頁等。
- (2) 前田雅英『刑法総論講義(第三版)』(東京大学出版会、一九九八年)二二五頁、二五五頁、山口厚『刑法総論』(有斐閣、二〇〇一年)一〇三頁、一一七頁等。
- (3) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(創文社、一九九〇年)二二三頁、大谷實『新版刑法講義総論』(成文堂、二〇〇四年)二九三頁。本文の趣旨から、避難行為者や防衛行為者には「避難の意思」や「防衛の意思」が必須の要件となる。
- (4) 緊急避難の「社会化」現象として、法が価値の序列を認め、より高い価値を保護するため低い価値を犠牲にする緊急避難行為は「秩序保全行為」であるとする見解として、川端・前注(1)講義三二二頁。
- (5) 正当防衛が広く「権利」と規定するのに対し、緊急避難は「生命、身体、自由又は財産」と具体的に列挙している点で相違する。限定列挙か例示規定とみるかについて争いがあるが、旧刑法七五条一項の危難の対象が「自己若くは親属の身体」に限定されていたのを、改正論議の過程で「生命」、「自由」、「財産」と徐々に保全対象に加えていった経緯からみて、これらの保全法益に対する

現在の危難を避けるためやむなく第三者の法益侵害に転嫁することを例外的に許容するのが緊急避難の立法趣旨である以上、限定列举と解するべきである。なお、個人の尊厳の観点に基づく名誉の保護が重要視されている今日では、危難の対象に含めるべきである。

- (6) 宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、一九三五年) 一〇一頁、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七五年) 一七八頁等。
- (7) 刑法上、放任行為の觀念を認められないとする見解として、川端・前注(1) 講義三五六頁、阿部純二『緊急避難』『刑法講座第二卷行為・違法』(有斐閣、一九六三年) 一五三頁、山中敬一『刑法総論一』(成文堂、一九九九年) 四八二頁。
- (8) 滝川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(有斐閣、一九四七年) 一一一頁、植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房、一九七七年) 二〇八頁等。
- (9) 日高義博『緊急避難の本質』植松正ほか編『現代刑法論争I』(勁草書房、一九八三年) 一四四頁以下。
- (10) 森下忠『緊急避難の研究』(有斐閣、一九六〇年) 一三三頁は、どちらも適法行為となり、理論的には放任行為説と大差なくなる
と批判する。井田・前注(1) 二八一頁。
- (11) 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』(司法研究報告書一九輯二号、一九六〇年) 三〇頁は、行為者が自己(親族)保存本能と関係のない他人のためにする責任阻却がありえないというのは、いわれのない独断であると批判する。
- (12) 森下・前注(10) 二二八頁、同『緊急避難の法的性質』中義勝編『論争刑法』(世界思想社、一九七六年) 七〇頁以下。
- (13) 中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二年) 二六九頁、中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣、一九八〇年) 一四二頁、米田・前注(11) 二九頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、一九八六年) 四二四頁等。
- (14) 木村亀二(阿部増補)『刑法総論(増補版)』(有斐閣、一九七八年) 二六五頁、阿部・前注(7) 一四六頁、同『緊急避難』『刑法基本講座第三卷違法論/責任論』(法学書院、一九九四年) 九〇頁等。
- (15) 山中・前注(7) 四八六頁。
- (16) 井田・前注(1) 二八一頁。
- (17) 大谷・前注(3) 三二六頁。

- (18) 曾根威彦『刑法の重要問題「総論」』(成文堂、一九九三年) 八〇頁。
- (19) 川端・前注(1) 講義三五六頁。
- (20) 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(成文堂、一九九九年) 五五七頁。
- (21) 米田・前注(11) 四四頁。
- (22) 立法の沿革・改正論議について、米田・前注(11) 九一頁以下、松宮孝明「日本刑法三七条の緊急避難規定について」立命館法学二二二号(一九九八年) 一〇三八頁以下、村井敏邦「緊急避難の歴史と課題」現代刑事法六九号(二〇〇四年) 二九頁以下参照。
- (23) 山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣、一九九八年) 九四頁。島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学五五号(二〇〇〇年) 二七頁も同旨。
- (24) 内藤・前注(13) 三三三頁、山中・前注(20) 四八七頁、小名木明宏「緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察」法学研究六七卷六号(一九九四年) 二六頁等。
- (25) 限定すべきであるとする立場として、山口・前注(23) 九八頁。それでは狭すぎると批判して、補充性の判断に際し、「退避に伴う行為者の負担」等も考慮対象にすべきであると主張する立場として、井田・前注(1) 二七八頁注(5)。
- (26) 山口・前注(23) 九七―九八頁。
- (27) 井田・前注(1) 二七四頁。
- (28) 大塚仁『刑法概説(総論)第三版』(有斐閣、一九九七年) 三八六頁、大谷・前注(3) 三三〇頁、内藤・前注(13) 四二九頁等、野村稔『刑法総論補訂版』(成文堂、一九九八年) 二四六頁等。
- (29) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、一九八六年) 一六五頁、山口・前注(23) 一〇〇頁、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年) 二二七頁、山中・前注(20) 四九三頁、武藤眞朗「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」『佐々木史朗先生喜寿祝賀刑事法の理論と実践』(第一法規、二〇〇二年) 八五頁以下。
- (30) 内藤・前注(13) 四二九頁が結果無価値一元論の立場から、被救助者の意思を考慮しないとす立場をとるのは、違法性の判断を客観的に行う必要があることに求められている。しかし、結果無価値一元論の立場からも、被害者の同意のように、その同意が

- 法益の要保護性を否定するという点で、法益主体の主観的事情の考慮は違法性の客観的判断と矛盾するものではない。
- (31) 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値論』(成文堂、一九九二年)一〇二頁以下、同「防御的緊急避難の再検討」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷』(成文堂、一九九八年)三二二頁以下、小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌三四卷三号(一九九五年)一頁以下等。
- (32) 山口・前注(23)一〇三頁。
- (33) *Dudley and Stephens* (1884) 14 QBD 273. 紹介として、森下忠『緊急避難の比較法的考察』(有信堂、一九六二年)一六九頁以下が詳しい。さらに最近の研究として、星周一郎「英米における緊急避難論の問題状況」現代刑事法六九号(二〇〇四年)四九頁以下。
- (34) *Howe* [1987] AC 417. なお、イギリスの緊急避難は、コモン・ロー上の原理であるが、正当化緊急避難と免責的緊急避難に分けて認められる。法典化の動きについて、奥村正雄『イギリス刑事法の動向』(成文堂、一九九六年)六二頁以下、九一頁以下。
- (35) *Herald of Free Enterprise* (1987). See J. C. Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (Stevens & Sons, 1989) pp. 73-79.
- (36) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law 4th ed.*, (Oxford U. P., 2003) pp. 152-153. 補充性の原則により緊急避難の可能性を示唆する(96と107) Smith, op. cit., p. 78.
- (37) スミスは、危険源となつてゐるBの死が避けられないような場合には、ザイルを切る以外Aの生命を守れなければ、Aの行為は正当化されるであろうとする。Smith, op. cit., p. 79.
- (38) 木村・前注(14)二六九頁、阿部・前注(14)九七頁以下、橋田久「生命危険共同体について」産大法学三〇卷三・四号(一九九七年)一〇七頁以下。もともと、責任阻却型二分説の立場は、ケース二はBの死は確実であり、行為者が救う義務はないことを理由に正当化する見解もある(森下・前注(10)一二九頁)。なお、ドイツの状況について、橋田論文八二頁以下が詳しい。
- (39) 内藤・前注(13)四一九頁、小名木・前注(24)三三三頁。
- (40) 井田・前注(1)二九〇頁。兩傘事例のような財産犯についても「人格の自律権」の侵害と捉える見解(山中・前注(7)四九七頁)があるが、疑問に思われる。

- (41) 前田・前注(2) 二五六頁は、「多数の生命を救うために、それ以外全く方法がない場合に少数の生命を犠牲にすることは、倫理的には非難し得ても、処罰しなければならないほどの違法性を有するとはいえないであろう。」とする。
- (42) 川端・前注(1) 講義三五六頁は、「侵害利益と保全利益は差引ゼロであるから秩序破壊は存在せず、したがって、避難行為は違法ではない」とする。
- (43) 井田・前注(1) 二七九頁。
- (44) 山口・前注(23) 一一二頁。
- (45) 井田・前注(1) 二八九頁。
- (46) 米田・前注(11) 二二頁は、「我々の法秩序が、ある程度はどのような媒介物を利用しないでは、適正に維持され得ない」ということは動かすことのできぬ現実なのである。我々の努力は、したがって、必要最小限度において認容されるべきそのような一般条項的なものに、できる限りの正確な内容・判断基準を与え、それが人権侵害の方向に濫用されることを防止するという方向に、積極的に向けられなければならない。」と主張する。
- (47) 松宮孝明『刑法総論講義「第三版」』（成文堂、二〇〇四年）一四八頁。
- (48) なお、山口・前注(23) 一一三頁。
- (49) 莊子邦雄『刑法総論』（青林書院、一九八一年）二四二頁、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）「改訂版」』（青林書院、一九八六年）一九八頁、西原春夫『刑法総論（上巻）「改訂版」』（成文堂、一九九四年）二五一頁。
- (50) 佐伯千似『刑法講義（総論）「四訂版」』（有斐閣、一九八一年）二〇八頁、中山・二七八頁等。
- (51) 福田平『刑法総論（新版）』（有斐閣、一九七六年）二二四頁、大塚・前注(27) 三四八頁、大谷・前注(3) 三三二頁等。
- (52) 内藤・前注(13) 四三五頁。
- (53) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、一九七五年）一三五頁、山口厚「自招危難について」『香川達夫博士古稀祝賀刑事法学の課題と展望』（成文堂、一九九六年）一九九頁以下。
- (54) 大谷・前注(3) 三〇七頁、川端・前注(1) 講義三三八頁。

- (55) 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学二七卷二号（一九八四年）二〇二頁、前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣、一九九三年）二〇六頁、山本雅子「自招危難・避難目的・誤想過剰避難の取扱い」現代刑事法六九号（二〇〇四年）五八頁。
- (56) W. Küper, Der "Vershuldeter" rechtfertigende Notstand : Zugleich ein Beitrag zur "actio illicita in causa" (1983) S. 59ff. なお、山口・前注(53)二〇八頁。
- (57) 山口・前注(53)二〇八頁以下。
- (58) 山口・前注(53)二二〇頁。
- (59) 判例の動向について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二卷「第二版」』（青林書院、一九九九年）四五一頁以下参照。
- (60) 大判大正一三・一二・一二刑集三卷八六七頁。
- (61) ①東京高判昭和二三・一〇・一六高刑集一・追録一八頁、②最判昭和二四・一〇・一三刑集三卷一〇号一六五五頁、③東京高判昭和五三・八・八東京高判時報二九卷八号一五三頁。①は、小なる法益を護るために大なる法益を害する場合でも期待可能性が欠ける場合があるとして原審に差し戻した事例である。②と③は、生命・身体に対する現在の危難、補充性の要件を欠くとした事例である。
- (62) 判例時報一五七八号三九頁。判例評釈として、大嶋一泰「強要に基づく殺人と緊急避難の成否」平成八年度重要判例解説一四四頁、前田雅英『最新重要判例二五〇刑法「第五版」』（弘文堂、二〇〇四年）四二頁、川崎友巳「現在の危難（オウム真理教集団リンチ事件）」判例講義刑法Ⅰ総論（悠々社、二〇〇一年）八八頁。
- (63) その他、非行為説は、行為の要件である有意性を欠く物理的強制下の挙動であり刑法上の行為ではないと主張するが、物理的強制でも被強要者の意思決定に基づく行為であり有意性があり、また心理的強制に基づく場合もあるので、この説は妥当でない。青柳文雄「刑法通論Ⅰ総論」（泉文堂、一九六五年）七六頁、板倉宏「刑法」（有斐閣、一九八八年）一〇二頁。
- (64) イギリスの判例も強要による緊急避難(duress by threats)については、免責的緊急避難の成立可能性を認めている。Hudson and Taylor [1971] 2 QB 202, Conway [1989] 3 All E R 1025. 謀殺罪に関しては、強制は謀殺未遂罪の抗弁にならないとしたものとして、Goffe [1992] 2 AC 412. 謀殺罪の共犯については抗弁を認める。O'Connell DPP v Lynch [1977] AC 653. 抗弁と認めないものとして、

Howe [1987] AC 427, *Abolt v R* [1977] AC 755.

- (65) 橋田久「強制による行為の法的性質(一)」「(三完)」法学論叢二二二巻二号(一九九二年)九〇頁以下、一三二巻四号(一九九三年)九一頁以下、同「避難行為の相当性について」産大法学三七巻四号(二〇〇四年)六二頁以下。ドイツでも有力な見解である。C. Roxin, *StRAFRECHT ALL. TEIL*, Bd. I, 3 Aufl., (1997) S. 639ff. なお、ドイツの判例・学説の動向について、橋田論文の他、井上宜裕「強制と緊急避難(3)・(4)」法学雑誌五〇巻三号(二〇〇四年)四〇三頁以下、深町晋也「ドイツにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法六九号(二〇〇四年)三五頁以下が詳しい。さらに、フランスの判例・学説の状況について、井上・同(5)・(六完)五巻一号(二〇〇四年)一八五頁以下、同「緊急避難の不可罰性と第三者保護に関する一考察(一)」「(三完)」法学雑誌四四巻一号(一九九七年)六九頁以下、同二号(一九九八年)一四二頁以下、同三号一〇四頁以下、島岡まな「フランスにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法六九号(二〇〇四年)四二頁以下が詳しい。
- (66) 山口・前注(23)一一〇頁。
- (67) 山口・前注(23)一一一頁、島田・前注(23)三〇頁も同旨。なお、松宮・前注(47)一五〇頁。
- (68) 林幹人『刑法の現代的課題』(有斐閣、一九九一年)一一二頁、山口・前注(23)一〇九頁以下、大谷・前注(3)三一九頁、奥村正雄「強要による緊急避難」清和法学六巻二号(一九九九年)一六五頁、大沼邦弘「強要による行為について」『内田文昭先生古稀記念論文集』(青林書院、二〇〇二年)一一三頁以下。なお、井田・前注(1)二九二頁以下は、二分説の立場からも、「著しい法益の優越」がある場合は強要による緊急避難につき違法性阻却を認めてよいとする。
- (69) 曾根威彦「緊急避難の本質」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅰ』(勁草書房、一九八三年)一三九頁以下、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年)二一五頁、生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社、二〇〇二年)二八三頁以下、松宮・前注(47)一四四頁以下、松原芳博「緊急避難論」法学教室二六九号(二〇〇三年)九六頁以下、井上・前注(65)五巻一号二〇〇頁以下。
- (70) 米田・前注(11)三六頁は、「緊急状態において相争う者がいずれも適法に行為するものだとし、その目的実現が適法な行為に対し、その相手方が受忍義務を負わず、それに反撃してそれが妨害をうけずに適法に阻害しようというのは背理以外の何物でもない」とする。井上・前注(65)五巻一号二〇一頁。

(71) 松宮・前注(47) 一五〇頁。

(72) 松宮・前注(47) 一五〇頁。

(73) 強要行為が適法行為を利用する間接正犯か、教唆犯かの評価について、奥村・前注(68) 一七一頁以下、島田・前注(23) 二二頁以下。

(74) なお、康元燮「緊急避難の本質(二・完)」早稲田大学大学院法研論集七七号(一九九六年) 五三頁以下。

(75) 適法行為の利用と共犯関係について論じたものとして、島田・前注(23) 一二頁以下がある。