

過失行為と緊急行為

奥村正雄

I 問題の所在

過失犯は、不注意で構成要件該当事実の認識または予見を欠く犯罪であることから、防衛の意思や避難の意思を主観的正当化要素として要求する立場とは相入れないようにみえる。また、過失の有無を行為の構成要件該当性の段階で考える立場を前提とすれば、過失犯には緊急避難の適用はあり得ないと断言する見解¹⁾が有力に主張されている。しかし、故意犯と同様過失犯についても緊急行為が違法性阻却事由とならないとする合理的根拠はないはずである。

たしかに、伝統的過失論（旧過失論）によれば、故意と過失をもつばら責任要素・形式と解することから、違法性段階までは法益侵害・危険という客観的側面において過失犯は故意犯と共通しており、責任段階になって初めて故意責任と過失責任のいづれかが問われることになる。つまり、行為の違法性を基礎づける法益侵害の惹起という構成要件該当

事実を認識し予見すれば、反対動機を形成して規範意識を働かせ犯罪の実行を思い止まるべきところ、期待に反して行為に及んだ場合に故意責任が問われ、構成要件該当事実が認識・予見可能であるのに認識・予見義務に反する「注意義務違反」があった場合に過失責任が発生することになる。この立場からは、違法性判断は客観的事情に基づき実質的に行われることから、故意犯であろうと過失犯であろうと緊急行為が違法性阻却事由になることは当然のこととして位置づけられる。そのため、緊急行為を故意犯と過失犯に分けて論じる意味がない。もともと、このような結果無価値論型の過失犯論においても、過失犯と故意犯とが構造上異なる点が指摘され、過失犯の構成要件該当性は故意犯のそれとは異なる検討が必要であるとする見解⁽²⁾が主張されている。問題は、構成要件におけるそうした両者の構造上の相違が緊急行為の適否の判断に影響を及ぼすのか否かである。

これに対し、通説は、故意とパラレルに、過失も単に責任要素にとどまらず、主観的違法要素であり、構成要件要素であると位置づけ、一般人を判断基準とした構成要件的過失と行為者の能力を判断基準とした責任要素としての過失を認める。なお、両者の注意義務は、同一内容であり、行為者は、通常、一般人の有する注意能力を有するので、構成要件的過失が認められれば責任要素としての過失が推定される関係にある。構成要件的過失は、構成要件該当事実の予見可能性を前提とした結果回避義務違反を注意義務違反の内容とし、一般人が具体的状況の下で結果発生を予見できる状態で、遵守すべき基準行為に従えば結果を回避できたのにこれを怠った場合に注意義務違反があったとする新過失論を採用している。この基準行為は、故意犯にはない、一般人の観点に基づく客観的注意義務を遵守した行為であるので、これに違反する作為・不作為が過失犯の実行行為の客観的側面を構成することになる。そして、この結果回避義務はもともと、一般人の行動基準を遵守した行動をとるべき義務を過失不法の要件としている点で、過失犯の違法要素である。また通説は、責任要素としての過失として、行為者の能力を基準とした結果発生の子見可能性が存在する場合に過失犯の

主観的注意義務違反を認める。こうした行為が無価値論型の過失犯論からは、一方で、通説が緊急行為の要件として正当防衛における防衛意思や緊急避難における避難意思を要求しているから、原則として構成要件該当事実につき認識を欠く過失犯においては、緊急行為は認められないのではないかが問題となる。他方で、結果を発生させないよう他に採るべき手段が存在したかという点で過失犯における結果回避義務違反の判断と緊急避難における補充性の判断が同一のものではないか。そうだとすると、過失犯については緊急避難を適用できないとする前述の批判が出てくるのである。これは、新過失論だけではなく、結果回避義務違反が過失犯の実行行為にあたると解する後述の修正旧過失論の立場にも共通する問題でもある。

ところが、判例実務では、最近、大阪地裁平成二四年三月一六日判決³が過失犯に正当防衛の成立を認める判断を初めて示した。一方、大阪高裁昭和四五年五月一日判決⁴が過失犯について緊急避難の成立を認めたが、近時、東京地裁平成二一年一月一三日判決⁵が過失犯に緊急避難の適否が問題となった事例について注意義務違反を認め、過失犯の構成要件該当性を肯定して、過剰避難を認める判断を示し、それぞれ下級審判例ながら、過失犯の構成要件と違法性阻却事由の關係について注目すべき判断を示した。以上の裁判例を契機に、議論が活発になっている。以下では、過失行為と緊急行為の關係について、若干の検討を加えたい。

- (1) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、一九七五年）二四〇頁、中森喜彦『新判例コンメンタール刑法第二卷』（一九九六年）七四頁。
- (2) 山口厚『刑法総論「第二版」』（有斐閣、二〇〇七年）二二八頁以下、同『新判例から見た刑法第三版』（有斐閣、二〇一五年）六六頁以下。
- (3) 判タ一四〇四号三三二頁。
- (4) 高刑集二三卷一三二六七頁、判タ二四九号二二三頁。
- (5) 判タ一三〇七号三〇九頁。

II 過失行為による正当防衛

1 防衛状況につき認識がない場合

刑法三六条一項は、急迫不正の侵害に対し、自己または他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした反撃行為は罰しないとす。通説は、「防衛するため」の意義を「防衛の意思」と捉え、防衛意思必要説に立っている。これに対し、正当防衛において防衛意思を必要とすると、本質的に無意識である過失犯に正当防衛の成立を認めるのは背理ではないか。もともと、「防衛の意思」の内容については、積極的に不正な侵害から自己または他人の権利を守るといふ目的説と、急迫不正の侵害が加えられることを認識しそれに対抗する心理状態と解する認識説が対立している。正当防衛は、急迫不正の侵害に対しては、「正は不正に譲歩しない」で、急迫不正の侵害が存在するという正当防衛状況の認識があり、この状況に対応する意思に裏打ちされた反撃行為によって法秩序を回復し法の確証を凶るところに正当化事由となる根拠があると考える。その点で、認識説が妥当である。そうだとすると、反撃行為が急迫不正の侵害に対抗する認識に基づいていなければ、正当防衛の成否を論ずる前提を欠く。仮にXが故意にVを殺害した場合、防衛の意思必要説からは、不正な侵害に対抗する意思が欠ける偶然防衛は正当防衛が認められず殺人罪が成立することになるとする見解が多数であるが、事後的・客観的には正当な結果が生じている以上、行為不法は存在するが、結果不法が生じていない場合として、未遂犯の成立を認める見解⁶もある。

過失による偶然防衛の場合、たとえば猟師のXが熊退治のために狩猟用の銃を掃除していたところ、Xに恨みを抱いた猟師仲間のVがXを射殺しようとして銃を構え引き金を引こうとした瞬間、その事実を知らないXは、誤って引き金を引いてしまい、その弾丸がVに命中したため、Vが死亡したような場合である。この場合、Xは不注意でVを殺害したが、

結果的にはXの行為は正当防衛状況にはなっている。この場合、問題は、Xが過失で結果を惹起した点である。この点について、防衛の意思不要説は、故意犯と同様に過失犯についても偶然防衛を認める⁽⁷⁾。これに対し、防衛の意思必要説は、Xには「急迫不正の侵害の認識がない」から正当防衛は成立しないと解する。Xには、故意の偶然防衛と同様、正当防衛状況の認識がない以上、正当防衛の成否を論じる前提を欠くからである。目的説によっても積極的な防衛の意図がないから、正当防衛は成立しないことになる⁽⁸⁾。

2 防衛状況について認識がある場合

では、防衛状況につき認識がある場合はどうか。たとえば、猟師Xは、熊退治のため山中に入り、薄暗い藪の中から熊がX目掛けて襲ってきたと誤信して発砲し射止めたところ、その熊は実は猟師仲間のVであり、Vはまさに藪の中からXを狙い至近距離から射殺するところであった場合である。

この場合、構成要件レベルでは、V殺害の故意はないから、XのV殺害行為は業務上過失致死罪にあたるが、違法性レベルでは、認識説によれば侵害排除の意思があるので、正当防衛が成立すると解されている⁽⁹⁾。こうして、防衛の意思を侵害排除の意思と捉える限り、過失犯においても防衛の意思を認め、正当防衛は成立しうるのである。一方、目的説によると、この場合も防衛の意思に欠けるため、正当防衛は成立しない⁽¹⁰⁾。

3 過失の過剰防衛の場合

過失の過剰防衛とは、たとえばXが棒で襲ってきたVに対して同様に棒を持って反撃しているつもりで誤って斧で反撃してVに重傷を負わせた場合のように、急迫不正の侵害に対し防衛行為に出たが、防衛の程度を超えた過剰事実につ

いて認識がない場合をいう。この場合、Xには、第一に過失犯・故意犯のいずれが成立するのか、また第二にXには防衛意思が認められるかが問われる。

第一に、過失の過剰防衛が防衛行為につき誤って不相当な行為をした点で誤想防衛の一種であることから、過失犯になるか故意犯になるかは、誤想防衛の解決方法の相違によって帰結が異なってくる問題である。嚴格責任説によれば、構成要件該当事実と違法性評価とは区別され、構成要件該当事実の認識だけで規範の問題に直面することになり、故意は構成要件の故意に限定されるので、誤想防衛は違法性の錯誤として故意を阻却しないことになる⁽¹⁾。この立場からは、過失の過剰防衛の場合も、Xは、Vを棒様のもので殴打し傷害を負わせるという構成要件該当事実を認識し実行しているため傷害罪が成立する。第二に、急迫不正の侵害の存在を認識しつつこれを排除するという防衛の意思で対抗した場合に過失による過剰防衛が成立することになるが、防衛の程度が超えていることから過剰防衛となり、刑法三六条二項の適用を受け、刑の減免対象となるといふ帰結にいたる。

一方、通説は、第一に誤想防衛を違法性阻却の前提事実の正当化事由に関する錯誤として事実の錯誤と解し、責任故意が否定され故意犯は成立しないが、その錯誤に過失があるときは過失犯が成立するとする。第二に、過剰防衛の場合も法確証の効果は全面的には否定されない点で違法性の減少があり、他方で急迫不正の侵害に対する反撃者の心理的動揺の面で責任の減少も考慮されるべきであるとする違法・責任減少説を過剰防衛における刑の減免根拠とし、そうした心理的動揺を有力な根拠の一つとすると、責任減少の前提として正当防衛状況の認識に基づく対抗意思が必要になる。

4 判例の動向

判例は、防衛の意思必要説の立場をとるが、防衛の認識がある場合は攻撃意図があっても防衛の意思を認め、もつぱ

ら攻撃の意思の場合には防衛の意思を否定しているところから、通説と同様、急迫不正の侵害の認識がありこれに対抗する心理状態と解しているものと理解できる。こうして、侵害排除の意思を防衛の意思と捉える限り、過失犯においても防衛の意思を肯定しうるのである。

大阪地判平成二四年三月一六日¹²⁾は、過失犯について過失を肯定しつつ正当防衛の成立を認めているが、過失行為による正当防衛の成否に関して判例上初めて問題となった事案であり、注目される。事案は、被告人Xが自己の普通乗用自動車運転中、歩行中のAを追い抜く際にクラクションを鳴らしたところ、立腹したAがXの車両を追い掛け、交差点で信号待ちのため一旦停止した際に追い付いて、大声で「殺すぞ。出てこい。降りてこい」などと怒鳴り、X車の運転席窓ガラスを何度も叩き、運転席側ドアノブを掴んだり引つ張ったり、ドアを蹴ったりした。これらの状況をおおよそ認識していたXは、逃げようと試み、自車を発進させたが、前方のタクシーが停止したため、これを避けようと蛇行しながら時速約三七キロメートルに加速して通過したところ、運転席側ドアノブを掴んだまま併走していたAを右後輪で轢過し死亡させた。この事案について、Xは、自動車運転過失致死罪に問われた。裁判所は、以下のように判示して、過失の有無と正当防衛の成否の判断を示した。

(1) 過失の有無 Xは、①「Aに追い付かれるとの切迫した心理状態になっていた」、②「自らの右側方及び右後方を確認するなどして被告人車両の走行によってAに傷害を負わせるような近い位置にAがいるかどうかを確認し、そのAの動静を注視してその安全を確認しながら発進、進行すべき自動車運転上の注意義務があった」、③「右側方及び右後方を確認することなく、被告人車両運転席ドアノブ付近を掴むなどしながら併走しているAに気付かず、被告人車両を発進、進行させた」、④「交差点付近において、時速約三七キロメートルに加速しつつ走行させた行為は、上記注意義務に違反した行為」である。

(2) 正当防衛の成否 AがX車両に追い付いた時点で、①「被告人らへの生命や身体に対する危険が現に存在し、被告人がAに対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状態であったといえる」、②再発進後、「緊急状態は終了したとはいえ、なお継続していた。」、③Xには「生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態、すなわち、刑法上の防衛の意思があったと認められる。」、④Xの行為は「Aから、さらに被告人車両を遠ざけようとする行為であって、Aの身体に具体的な危険が生じるような行為とは言えない」、⑤「被告人の行為は、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当な範囲を超えていたといえることはできない。」、⑥Aが「自ら危険な状況に飛び込んだ、あるいはそのような危険な状況を自ら作出した」、また、⑦「Aの行動そのものが大きな原因となっているといえるから、客観的な危険性の高さや過失の内容を理由に、被告人の行為がやむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたということとはできない。」

本判決は、自動車運転過失致死罪の構成要件該当性を上記のような具体的事実のあてはめにより注意義務違反の存在を明らかにしたうえで、違法性阻却事由として正当防衛の成否を検討している。過失をもつばら責任形式と捉えるのであれば、過失行為について正当防衛の成否を論じる余地はない。過失犯における防衛の意思の問題については、本判決が③Xには「生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態、すなわち、刑法上の防衛の意思があったと認められる。」として、過失犯においても故意犯と同様に、防衛意思の意義が法益に対する差し迫った危険の認識と、それを避けようとする心理状態であることを明言した意義は大きい。¹³⁾

5 小括

こうして、過失による正当防衛についてみると、構造上過失犯の実行行為が故意犯のそれと異なることを除けば、偶

然防衛の場合は、故意犯と同様の議論が成り立つ。防衛意思の不要説の立場からは正当防衛が成立することになるが、必要説の立場からも防衛の意思に関する認識説に立てば、急迫不正の侵害を認識しこれに対抗する意思があれば足りるのであるから、過失犯にも防衛の意思との併存しうるとする理解は妥当である。

過失行為による過剰防衛は、急迫不正の侵害への対抗意思はあるが、過剰事実について認識がない場合である。理論的問題は、誤想防衛などの体系的な位置づけによって解決方法が異なる。

- (6) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、二〇〇五年）一四六一―一四七頁。
- (7) 荒川雅行「過失による正当防衛・過剰防衛に関する一考察」法と政治三五卷二号（一九八四年）八三頁、生田勝義「正当防衛に関する一考察」立命館法学二七一―二七二号（二〇〇〇年）三四頁。
- (8) 花井哲也「過失犯と違法阻却事由」阿部純二ほか編『刑法基本講座第3巻違法論／責任論』（一九九四年）一九五頁は、防衛の目的を問題にする
と過失犯につき正当防衛の成立するのは困難であると指摘する。
- (9) 大谷實『刑法講義総論新版四版』（成文堂、二〇一二年）二八四頁。
- (10) 植松正「川端博」曾根威彦「日高義博」現代刑法論争Ⅰ（勁草書房、一九八三年）（曾根）一五五頁。
- (11) 大谷・前注（9）三五〇頁。
- (12) 判タ一四〇四号三五二頁。
- (13) 本判決の評釈として、照沼亮介「判批」判例セレクト二〇一二（一）三二頁、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル四四号（二〇一五年）七四頁、古川原明子「判批」龍法四五九五号（二〇一二年）二八三頁、清水晴生「判批」白鷗法字二〇卷二号（二〇一四年）三五〇頁。

III 過失行為による緊急避難

1 注意義務違反の行為と現在の危難を避ける行為

過失行為による緊急避難の問題は、上述の過失行為による正当防衛と比較して、避難の意思の要件など両者に共通の議論もあるが、過失犯における注意義務違反の判断による過失犯の成否と、緊急避難が現在の危難を第三者に転嫁してその法益を侵害する点でその第三者とは「正対正の関係」にあるところから「補充性の原則」に従った違法判断に基づく緊急避難の成否は、両立しうるのかどうか問われることになる。すなわち、注意義務違反があり過失犯に当たるとされた行為について結果回避可能性があったということになるので、違法段階で他に避けようがなかったということがあるのが問題となる。この点で過失行為に緊急避難の成否が争われた裁判例と学説の動きが注目される。この問題は、旧過失論からは一般的に論点とならないが、過失犯の構成要件該当性判断について結果回避義務違反の有無が問題になるとする修正旧過失論からは、結果回避義務違反がなく構成要件該当性を欠く行為については、新過失論と同様に、問題となりうる。

2 過失犯の構成要件該当性

旧過失論は、既述のように、故意と過失の区別をもつばら責任形式・要素と解する結果無価値型の過失犯論であり、その本質を結果の予見可能性に求める見解である。それゆえ、構成要件と違法性は故意犯と共通することになる。したがって、旧過失論の立場からは、過失行為による緊急避難の成否は、故意犯と区別なく、違法性減少ないし責任減少の問題として論じられることになる。

もつとも、こんにち、旧過失論の立場から、上述のように、故意犯の故意に対応する責任要素としての結果予見義務違反と、これとは独立した要件として、故意犯と過失犯に共通する構成要件該当性の要件としての結果回避義務違反の両者が揃って過失犯が成立すると解して過失犯の実行行為の内容につき結果回避義務違反を問題にする見解として修正旧過失論¹⁴⁾がある。問題は、ここでいう結果回避義務の内容である。故意犯の場合は、構成要件該当事実の認識・予見があるときに、結果を回避する義務が課され、結果を惹起しうる行為に出ることが禁止される。従来¹⁵⁾の旧過失論は、過失犯の場合も、故意犯と同様、結果を惹起しうる行為に出ないことを求めてきた。しかし、たとえば自動車を走行させる行為は人や物を目的の地まで運搬する有益な行為であって、事故が発生しないように必要な注意を払っている限り、行為の遂行を控えることを要求は出来ないはずである。この点について、修正旧過失論によると、「行為遂行の時点では、行為者には構成要件の結果は惹起されることが通常ありえないと想定される程度にまで危険を減少させる措置が求められること」によって、過失犯の構成要件的行為（実行行為）が否定されることになる。たとえば、自動車の運転のように、無謀な運転により重大な死傷事故の起きるおそれがあるが、重要な点は、それを理由に行為自体を控えるのではなく、結果が発生しうる行為の危険性を減少させる操作を行ったかどうかにある。こうした危険性を減少させる結果回避義務を履行しても、衝突が回避できないときは結果回避義務違反が認められず、構成要件該当性が否定されることになると解している¹⁵⁾。

この説は、その論拠となりうる判例として、最判平成一五年一月二四日¹⁶⁾を引用している。事案は、タクシー運転手である被告人Xが、客A、Bを同乗させて、指定最高速度三〇キロメートルの道路を時速三〇ないし四〇キロメートルで走行し、黄色点滅信号を見通しの悪い交差点を徐行せず通過しようとし交差点内に入ったところ、左側方から酒気帯びで指定最高速度三〇キロメートルの道路を時速七〇キロメートルで走行し赤色点滅信号の表示のある交差点に進入して

きたY車と衝突し、Aが死亡し、Bが傷害を負った。一・二番は、Xは安全確認をすればY車との衝突を回避しえたとして過失を認めた。これに対し、最高裁は、Xは徐行もせず危険な運転で注意義務に反する行為であるが、Y車が一時停止も徐行もせず時速七〇キロメートルの高速度で進行してくるのを、Xが仮に一〇ないし一五キロメートル減速していても衝突を回避できたとは断言できないとして結果回避可能性を認めず、過失の存在を否定した。この判断は、まさに新過失論に立った解決である。このように、旧過失論においては、予見義務違反が過失責任の非難可能性の重要なファクターであるところ、修正説は、その前提となる客観的限定として、結果回避可能性の有無を判断し、過失犯の構成要件的行為を必要とする点で、新過失論との親和性が生まれる。故意犯と同様に、過失犯においても、実行行為、因果関係等の客観的な構成要件該当性や実質的違法性判断は当然必要であり、したがって結果回避義務違反を構成要件段階で問う修正旧過失論は、その点では妥当性がある。

修正旧過失論と新過失論との相違は、以下の点にある。構成要件の過失の客観的要件として結果回避義務違反を要求する点で両説は共通するが、結果回避義務の内容について、修正説は構成要件の結果が通常発生しない程度に行為の危険性を減少させる操作を行ったかどうかを問い、そのような操作を行っておれば結果回避が可能の場合に、危険性を減少させる義務を履行しないときに過失の実行行為性が認められ、履行しているときは結果回避可能性がないため、義務違反がなく実行行為性が否定されることになる。

これに対し、新過失論では、過失犯規定が構成要件的行為については明らかにせず、主観的要素として「過失により」と規定しているところから、「開かれた構成要件」としての過失犯の構成要件的行為である実行行為は客観的注意義務違反、すなわち一般人の観点から具体的状況の下で結果の発生を予見することができ(予見可能性)、予見すれば犯罪的結果を回避することができるのに(結果回避可能性)、これを作為または不作為で結果を発生させたかどうかを問わ

れる。このように、一般人が構成要件の結果の発生を予見できれば、結果発生の類型的危険があるため、これを避けるために一般人に法律上遵守が要求される行動基準に従った行動をとったかどうかが問われ、そのような行動をとらなかつた場合に客観的注意義務違反が認められ、構成要件の過失が肯定されることになる。ここでいう一般人に遵守が要求される行動基準こそが、修正旧過失論という結果発生回避に通常要求される危険減少の操作であるといえる。

そもそも、刑法典上、故意犯処罰が原則で、過失犯処罰は例外であり(刑三八条一項但書)、過失犯の規定は、失火罪(刑一一六条)、過失致傷罪(刑二〇九条)、業務上過失致死傷罪(刑二二一条)等八か条にすぎず、いずれも結果犯である。過失犯では、車の運転や火を使う作業など社会的に効用がある反面、操作を誤れば重大な死傷事故の発生のおそれある行動をとることにより生ずる。それゆえ、そのような行動をとる際は、誤った操作ミスで結果が発生しないよう、一般人に求められる程度の結果発生の見前性を前提とする予見義務と、予見可能性に基づく結果回避行動をとる義務が求められているのであり、この両者が構成要件の過失の内容になっている。こうして、新過失論では、類型的な過失行為の存在が確定されたうえで、故意犯とパラレルに責任過失として、行為者の能力を機軸とした主観的注意義務違反が問われ、主観的予見可能性に基づく主観的結果回避義務違反が必要となる。¹⁷⁾なお、通説は二つの故意概念を認めていると批判し、故意を構成要件の故意に限定する立場は、過失についても構成要件の過失に限定されることから、主観的予見可能性が構成要件の過失の一部をなすことになる。¹⁸⁾いずれの見解も、行為無価値論に立つ以上、予見義務違反は構成要件の過失に位置づけられる。これに対し、旧過失論はむしろ、修正旧過失論の立場は、結果無価値論に立つことから、結果予見義務違反としての過失を責任要素と位置づけることになる。

いずれにせよ、新過失論や修正旧過失論に立つ限り、一般人が結果発生を予見できる状況下で結果回避が可能であるにもかかわらず、結果発生危険性を減少させる行動を怠った場合は過失犯の実行行為性が認められるが、一般人に要

求される結果回避に向けられた危険減少行動をとった場合は実行行為性が否定される。一方、伝統的な旧過失論に従えば、主観的注意義務違反の有無のみが責任論の段階で問われることになる。その結果、過失犯について緊急避難の成否が問題となる場合は注意義務違反と緊急避難の要件との関係が、前述の正当防衛との関係以上に、理論的・実務的に問題となりうるのである。

3 判例の動向

判例において、過失犯について緊急避難の成否が問われた事案は、少なくない。後述するように、最近、注意義務と緊急避難の関係について正面から問題にした裁判例も出ており、下級審判例ながら、注目される。以下で、公刊物に登載された判例を中心にその流れを類型別にみておこう。¹⁹⁾

(1) 注意義務否定事例

緊急避難の成否が問題となりうる事例において、それに言及することなく、過失犯の成否を問い注意義務を否定したものととして、以下のものがある。

① 大阪高裁昭和三八年四月八日判決²⁰⁾

被告人Xは、大型乗合自動車運転して進行中、反対方向から進行して来た自転車が自車の直前に飛び出したのを避けるべくハンドルを左に切ったため、左側を並進していた自転車に車体左側を接触させた事故について、以下のように判示し、Xには過失が認められないとした。

「対向する自転車、及び同一方向に進行する自転車がそれぞれ正常に進行する限り、被告人において格別減速の措置を講じなくても無事その場を通過し得る状況にあったことが客観的に認められる本件においては、被告人が対向する自転車の搭乗者がバスの進行して来ることを認めながら無謀にもその進路前方に飛び出して来るような稀有な場合までも予見し、これに対処して予め減速することを要求することは、もはや自動車運転者に対し要求される通常の注意義務の範囲を逸脱した極めて高度の注意義務を要求するものといふべきである。思うに、自動車運転者に対し、かかる注意義務まで認め予め減速を要求することは自転車の高速度交通機関たる性能を完全に没却しざることとなる。道路交通の危険に対しては、このような無謀な自転車の操縦者こそ、その責めを負うべきである。」

本判決は、自動車の走行中、反対方向から飛び出した車両との衝突を避けるため急転して並進していた車両のVに接触させ死亡させた行為について「やむを得ない行為」かが問題となりうるところ、この点に言及することなく、過失犯における注意義務は一般人に要求される程度であることを前提として、通常人の観点からみて本件車両の飛び出しは予見可能性がなく、したがってV車両との接触によるV死亡の結果回避可能性がないとして客観的注意義務違反を否定したものと解される。本件は信賴の原則が適用可能な事例ともいえようが、本判決は「本件事故は結局予見し得ない対向する自転車との接触を避けるため不可抗力に基づき発生したものである」と判示しており、緊急避難を問題とすることなく、構成要件的過失の否定で処理しうる事案であったといえる。

② 東京地裁昭和四〇年四月二〇日判決¹⁾

被告人Xは、大型貨物自動車を運転進行中、右側を先行していた自動車Aとの接触を避けるべく、車体を左に移行さ

せたため後部荷台側面を並進していた第二種原動機付自転車に接触させたところ、運転していたV₁に傷害を負わせ、後部座席のV₂が路上に倒れたところを轢いて死亡させたため、業務上過失致死及び同致傷罪に問われた。本判決は、詳細な事実認定を行い、以下のように判示して、過失犯の成立を否定した。

「本件自動車がこうして左に移行するまでの本件自動車の走行状態はむしろ右に寄り過ぎていたのであるから本件自動車としては本件自転車『の動静に主意しつつこれと安全な間隔を保』たなければならぬものではなく、又如上の状況下では本件自動車が『一旦減速の上これ（本件自転車）を先行させる等その安全を確認した上で進行する様にし』なければならぬものでもない。そうすると、本件衝突事故は、被告人の過失によって生じたものではなく、V₁及び前記の（本件自動車の右側を走行していた）自動車の運転手が本件自動車の側方や前方に割り込もうとして本件自動車をはさみうちにしたという過失によって生じたものにはかならない。」

本判決は、事故の原因は本件自動車の右側を並進していた自動車の運転手が本件自動車の側方や前方に割り込もうとして本件自動車をはさみうちにしたことにあるとして、被告人の注意義務違反を否定している。

③ 札幌高裁昭和四五年八月二〇日判決²²⁾

バスの運転手である被告人Xは、乗客二〇名を乗せたバスを運転して交差点直前の横断歩道にさしかかったが、その手前約五メートルの地点で乗客一人を乗車させるため、一旦停止した後、時速五キロで発進した。ところが、横断歩道直前の道路左側には、折から荷物の積み下ろし中のトラックが一台違法に駐車しており、その側方を通過するXからは死角になっていた。Xは、時速五キロで発進した直後、横断歩道を横断しようとしてトラックの陰から飛び出した子供を発見し、直ちに急停止の措置をとったため子供には衝突しなかったが、急停止の衝撃により、乗客一名に傷害を負わせた。

原審が一時停止義務違反を根拠に業務上過失傷害罪の成立を認めたと、本判決は、以下のように判示して、過失の成立を否定した。

「他に無謀な横断者の存在を強く推認させる特段の事情（たとえば、幼稚園や小学校が近く、登下校時の園児児童の姿を多数見かける等）の認められない本件においては、バスの運転手が前記横断歩道直前において一時停止して、万一の危険に対処しなければならぬ法的義務を負担するとまではにわかには断じ難く、むしろただちに停止できるような速度にまで減速し（略）、急停止により乗客に与える衝撃をできるだけ緩和する措置を講じて進行すれば足りると解するのが相当である。そうすると、（略）時速五キロメートルのただちに停止できる速度で右横断歩道内に侵入した被告人の本件所為は、少なくとも対乗客との関係では、一応社会通念上相当な注意義務を尽くしたものと解しうる。」

本判決は、注意義務の内容となる「横断歩道直前における一時停止義務」の存否について、死傷結果が歩行者か乗客かによって相対的に検討すべきであり、本件では少なくとも対乗客との関係においては一時停止義務違反は認められないとし、社会的相当な注意義務をはたしたことを理由に過失を否定した。過失犯においては、上述のように、構成要件の結果発生を回避すべく発生危険性を減少させる措置をとっているかが重要であるから、外形的には全く同じ行為について、規範が当該結果を回避するために求める措置の程度は保護の対象によって異なり、一つの結果に対しては過失と評価され、他の結果に対しては過失と評価されないことがありえよう。⁽²³⁾

(2) 緊急避難否定事例

過失犯について緊急避難が問題となりうることを認めつつ、消極に解する判例としては、以下のものがある。

④ 大審院大正一三年二月二日判決²⁴⁾

被告人Xは、自動車を運転中、前方に荷車の存在を発見したので、これを避けるためその右側を通り抜けようとしたところ、少年が荷車の背後から現れ道路の左から右へ横断しようとしたため、これを避けるため進路を右に転換し、折から通行中の老女に自車を衝突させて死亡させた。これは自招危難の事案であるが、Xが過失により第三者の生命・身体を害する危難を生じさせ、それを回避するために第三者の生命を侵害した場合である。

本判決は、以下のように判示して、業務上過失致死罪の成立を認めた。

「其の危難は行為者か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し已むを得ざるものとして其の避難行為を是認する能はざる場合に之を適用することを得ざるものと解すへき」としつつ、「被告人がAの祖母と出会し避譲の処置を看取し得られるを以て他に避くへき方法あるに拘らずAの祖母と衝突したるものに係り已むを得ずして衝突したるものに非ざる。」

本判決は、本件は過失による自招危難であるとし、社会通念上やむを得ない場合は過失行為による緊急避難の成立可能性を認めつつ、補充性が欠けることを理由に緊急避難の成立を否定した。また、この事案では、先行する注意義務違反によるAの祖母との衝突の回避について過失があると解されている。²⁵⁾

⑤ 名古屋高裁金沢支部昭和三二年一〇月二九日判決²⁶⁾

被告人Xは、自車を運転して、手前で一旦停止せず、踏切に進入したところ、遮断機が降りて電車が来るのを認めたため、踏切から脱出すべく車を進行させ、その前部を遮断機に突き当たるところ、遮断機が弾け飛んで路傍の女性の顔を強打し傷害を負わせた。本判決は、以下のように判示して、業務上過失傷害罪の成立を認めた。

「被告人は自己」の不注意に因り、自己及び他人の生命、身体に対する現在の危難を招き、これを回避するため執った行動に因って、測らずもVの身体を傷害したものであって、従って正義公平の見地よりすれば、被告人の本件行為は、自己の不注意な行為それ自体に因り、直接Vの身体に対し、本件のような危難の到来と何等の関係なく、一般の相当因果関係の限度内に於て、過つて傷害の結果を発生せしめた場合と、何等拵ぶところがない。」

本判決は、過失による自招危難であることを理由に、緊急避難を否定した。本判決は、車が一旦停止せず踏切内に入るといふ極めて危険な行為を自ら招来している以上、緊急避難を認める余地はないとしているのである。それゆえ、落ち度なく進入したが、踏切内で立ち往生し脱出しようとした際に同様の結果をもたらしたような場合については、本判決は緊急避難を否定する趣旨かは定かではない。⁽²⁷⁾

⑥ 東京高裁昭和四五年一月二六日判決⁽²⁸⁾

被告人Xは、大型ダンプカーを運転し時速四〇、五〇キロメートルで走行中、かなりの降雨により路面が濡れて滑走しやすい状態のなか、すれ違った対向車や、左側歩道上を傘をさして歩行中の三人に衝突しないように急ブレーキをかけたため、横断者に衝突し傷害を負わせた。

本判決は、次のように判示し、業務上過失致傷罪を認めた原審を支持した。

「行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危難を回避するための行為は、緊急避難行為には当たらないと解すべきところ、本件についてみるに（略）、被告人が降雨のため路面が湿潤して滑走し易い状況であり、前方以下に横断歩道が設置されていることを知っており、対向車のために横断歩道を渡ろうとしていた歩行者を発見しにくい状態であつたから、横断歩道上を横断中の歩行者のあることを慮り、その直前で一時停止しようする予

め速度を調節して進行し、かつ右横断歩道を横断中の歩行者を認めた場合には、同横断歩道の直前で一時停止し、その通過を待つて進行すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、漫然従前の時速約四五キロメートル（制限速度時速四〇キロメートル）で進行を続けたばかりでなく、同横断歩道を右から左に向けて小走りで横断していた被害者を右斜め前方約三〇メートルの地点に認めたのに、警告音を鳴らして警告したのみで、その直前に至るまで制動措置もとらずに進行を続けた各過失により、自動車被害者に衝突させて原判示の傷害を与えたものであることを肯認することができる。従つて、所論が主張するように、被告人車輛が急ブレーキをかけた場合には、被告人車輛は滑走して横転、横向き又は歩道上に乗りあげ或いは対向車線に入り、歩道上の歩行者や対向車に与えるという現在の危険があつたとしても、それは、そもそも、被告人が道路交通法第七〇条に明定されている、道路、交通および被告人車輛等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運転しなかつたために自ら招いたものと認められる。」

本判決は、避難行為の前提となる自車の走行中結果回避をすべき注意義務を怠り、漫然減速もせず制動措置もとらず進行した過失による事故を惹起した自招危難を理由に、原審と同様の理由で、緊急避難を否定している。

⑦ 大阪高裁昭和四六年三月一五日判決²⁹⁾

被告人Xは、軽四輪を時速三〇キロメートルで運転中、前方を時速二五キロメートルで走行する二人乗りのスクーターを追いついてその右側を併進する状況になったとき、後方から来たトラックが右軽四輪の右側センターラインを超えて進行し、Xがスクーターの追越を終える直前右トラックがその進路直前を斜め左に進入してきたため、Xはトラックとの衝突を避けようとハンドルを左に転把したところ、自車後部をスクーターに接触させて同車の運転者と同乗

者に傷害を与えた。本判決は、以下のように判示して、業務上過失致傷罪の成立を認めた。

「中央線をはみ出して二重追越をしてきたトラックの運転を信頼して（トラックが被告人車の右側をそのまま走り抜けるか、急に左に寄って西進車線に入ってくるかは充分注意する必要があるのに、被告人車が減速せずに直進することはトラックが自車の右側を直進して完全に追い越してくれるものと信頼していたものと考えられる）いたことが第一に被告人の責めに帰せられるべきであり、第二に自車を減速して右トラックを追越させ（被告人車は時速三〇キロメートルで先行しているのだから追越そうとしたトラックのスピードからみてこれを先に進ませることが安全な措置である）、スクーターを先行させて（自車を減速すれば当然スクーターが先に出る）いれば、すなわち被告人車がこの場合追越をやめさえすれば本件事故は避けられたのである。……刑法三七条は：他に避ける方法のないこと（補充性）を要件としているのであるから、本件の場合には緊急避難に当たらない。」

このように、本判決は、本件が自招危難の事例であるとともに、補充性の要件を充たさないことを理由に緊急避難の成立を否定した。

(3) 緊急避難肯定事例

過失犯について緊急避難の成立を肯定した事例は数少ないが、以下のものがある。

⑧ 大阪高裁昭和四五年五月一日判決³⁰⁾

被告人Xは、普通貨物自動車を運転し、時速五五キロメートルで幅員一四・七メートルの道路を北進中、約三、四〇メートル前方に道路中央線を突破して時速約七〇キロメートルで対向してくる普通乗用車を発見し、これとの衝突の危

險を感じ、とつさに左に切把して約一メートル左に寄り、多少減速して離合したため、時を後続の単車に衝突させ、その運転者に三週間の傷害を負わせた。

本判決は、次のように判示して、Xに緊急避難の成立を肯定した。

「本件が通常の状態の下に発生したものならば、後続車Vの車の操作に遺憾の点があったとして、被告人は進路変更につき安全措置をとらず、且つ後方の安全確認を怠ったため本件事故を惹起したものととして過失責任を問われることは免れないところである。しかしながら本件にあつては、前記説明のとおり、被告人は三、四メートル前方に中央線を超えて高速度で対向して来る車を発見し（カッコ内略）これと衝突の危険を感じる状態になつたのであるから、正に自己の生命身体に対する現在の危険な状態にあつたものという外なく（カッコ内略）、この衝突の危険を避けんとして把手を左に切り、約一メートルに寄つた被告人の行動は、現在の危険を避けるため已むこと得ない行為といわざるを得ない。

その際多少減速した点は対向車との衝突を避けるためには不必要な処置かもしれないが、高速で進行したまま把手を操作すること自体危険な措置であるから、その際被告人が咄嗟に原判決の認める程度の減速をしたこともまたやむを得ぬ処置と解すべきである。しかも被告人のつた右行為により、後続する被害者V運転の自動二輪車と衝突したことによって同人に被らしめた損害が、前記対向車との正面衝突により発生すべき損害を超えるものとは考えられない。」

本判決は、原審が左後方の安全確認を怠つたことに過失があるとして業務上過失致傷罪の成立を認めたのに対し、これを破棄して、緊急避難の成否を問題とし、過失犯に緊急避難の成立を認め、無罪とした。⁽³¹⁾ 注目すべき点は、本判決が、「本件が通常の状態の下に発生したものならば」過失犯が成立するとしつつ、本件行為の具体的状況の下では「現在の

危険を避けるため「已むこと得ない行為」として補充性の要件を満たすとともに、被告人の行った回避行為により後続車両の運転手に生じた損害が、回避行為をとらなかつた場合に発生したであろう損害を超えないとして法益の権衡を肯定して、緊急避難を認めたことである。これは、本判決が本件具体的状況下での被告人の行為は緊急避難として違法性を欠く以上、過失の有無を論ずる必要がないと考えたものと思われるとし、その根拠として本件被告人が単車との衝突を認容し左に切把して故意が認められても緊急避難が成立する以上は過失犯の成否は問題とならないことが指摘されている。本判決がこのような思考過程をとったとすれば、緊急避難の法的性格は一般に違法性阻却事由と捉えられており、責任阻却事由と解する見解を含めても、故意犯の場合、犯罪の成立には、構成要件該当性の判断が先行し、構成要件該当性が肯定された上で、個別具体的に違法性阻却事由の判断が行われることになる。これは、構成要件の過失の場合も同様であるはずである。ただ、過失犯の場合、構成要件段階では、客観的注意義務違反の内容としての結果回避可能性と緊急避難の要件の一つである補充性判断が重なるところがあるため、補充性の要件を満たし緊急避難を認められれば、結果回避可能性もなかったということになって構成要件の過失が認められないことになる。もつとも、そうだとしても、否それゆえに、新過失論や修正旧過失論を前提として、犯罪の成立要件の判断の順序としては、客観的注意義務の存否を判断して構成要件の過失を否定すれば、違法性レベルにおける緊急避難の判断は不要ではないかということにもなる。現に、そういう観点から、本判決が緊急避難の成立を認めたのは妥当ではないとする批判⁽³²⁾が出ている。この問題は、後に改めて検討する。

⑨ 岡谷簡裁昭和三五年五月一三日判決⁽³³⁾

被告人Xは、バスの運転手であるが、対向車両との間に割り込んで来た自転車運転者Vがバスの側方に倒れ掛かった

ため、そのまま進行するとバスと自転車が衝突してVに死傷結果が生じるおそれがあったため、急ブレーキをかけバスを急停止させ、乗客二名に負傷させた。裁判所は、次のように判示して緊急避難を認め、業務上過失致傷罪の成立を否定した。

「自転車運転者において右停車中の小型自動車と乗合自動車との間に進行して来ることは、乗合自動車の運転者としては、予想し得ないことであるといわねばならず、したがって、乗合自動車の運転者においてこれを予想して時速二五キロ以下に減速又は徐行して進行すべき注意義務があるということはできないので、本件について右自転車運転者の危難は、被告人の有責行為により被告人自ら招いたものといふべきではなく、かえって、右自転車運転者において道路、交通の状況に応じ他の交通に対し不当に迷惑を及ぼすような方法で運転進行したもので、右危難は同人の自ら招いた危難であるといふべきであり、被告人の右避難行為は社会通念に照して已むを得なかつたものとして充分是認できるものである。」

本件は被害者の過失行為が介在したケースであり、本判決は、被害者の自招危難が事故の原因であるとし、バスの運転手一般にはV車両が進行して来ることは予想外であり、被害結果回避のための行為は社会通念上止むを得なかつたものとして、過失の成否に言及することなく、補充性の原則を充たすとして緊急避難の成立を認めた。

(4) 過剰避難の成否

⑩ 大阪高裁平成七年一二月二二日判決⁽³⁴⁾

被告人Xは、普通乗用車を運転し、本件事故の発生したA交差点西側の交差点を進行する際に、信号表示が黄色から赤色に変わるところであったのに東に向かい右折したため、青信号になるのを待つて東に直進で発進したワゴン車と接

触しそうになり、同車は後方から前照灯を上下にしたり速度を上げて接近したりしたうえ、A交差点の手前でX車を左側走行車線から追い越し、進路前方に割り込む状態で車体を右斜めにして停車し、X車も停車したところ、ワゴン車から二人の男が降り、うち一人がX車に近づいてきて助手席のドア付近を蹴ったりガラス戸を叩くなどし、Xは自己や同乗者の身の危険を感じて、同交差点を右折して逃げようとしたが、対向直進車両の有無及びその安全を確認しないまま右折発進したため、青色信号に従って対向直進してきたV運転の自動二輪車を衝突直前まで発見できず、同車両前部に自車左前部を衝突させてVを跳ね飛ばし脳挫傷により死亡させた。Xは、業務上過失致死罪で起訴されたが、一審で過剰避難であると認められ、刑が免除された。しかし、本判決は、原判決を破棄・自判し、緊急避難の適用可能性を認めつつ、補充性と相当性を欠くとして緊急避難の成立を消極に解した。

「ワゴン車の男を避けて右に転把し進行したうえ、ボンネットの高いワゴン車の付近で対向車線が見通せる地点まで進出して一旦停止し、同車線を直進してくる車がないかどうか安全を確認してから右折発進することは十分可能であったと認められる。しかも既に検討したとおり、ワゴン車から降りてきた男らは素手であり、ドアも口ックされていた状況を考えて、右折し逃走する際に対向車線の安全を確認するだけの余裕はあったというべきであり、また・・・、被害車両はライトの位置が高めで視認が容易であったと認められる。しかるにXは、ワゴン車に気を奪われて急発進し、対向車線に出て衝突するまで被害車両に気付かなかったことが明らかである。そうすると、Xの本件行為は前記危険を避けるためであっても、他にとる方法がなかった又は止むを得ないものであったといえず、緊急避難としての補充性、及び相当性の要件を欠くといわなければならない。」

原審が、Xの自車を右折発進させた行為は自己または同乗者に対する現在の危険を避けるためやむを得ず行ったもので緊急避難に当たるとしたが、ただ生じた害が避けようとした害を超えた点で過剰防衛にあたるとした、これに対し、

本判決は、補充性と相当性の要件を充足しないとして緊急避難の成立それ自体を否定した。注意義務違反の点について、本判決は、「被告人が安全を確認することなく対向車線に進出した結果衝突したものであって、注意を尽くせば結果回避が可能であったことが明らかである」と認定し、結果回避義務違反を認めている。本件評釈の中には、本判決が右折して逃走する際に安全確認しなかった点を根拠に補充性を否定していることを疑問視し、「社会的に相当な手段か否か」は侵害結果と無関係のものとして解すべきでないとする批判がみられる。

⑪ 東京地裁平成二十二年一月二三日判決³⁶⁾

被告人Xは、片側三車線の国道において、ワンボックスカーを運転して第二車線を進行していたところ、前方の第一車線から青色乗用車が第二車線に進出してきたことから、これを見たXが第三車線に進出したところ、後方から第三車線を自動二輪車で進行してきた被害者Vに急制動を余儀なくさせて自動二輪車もろとも転倒させ、これを運転していたVに全治六週間を要する傷害を負わせた。Xは、自動車運転過失傷害罪で起訴された。本判決は、以下のように判示して、過剰避難を認め、刑を免除した。

判旨一「合図や安全確認をせずに進路変更をすることは、変更先の車線を走行する車両に対する危険の高い行為であり、やむなくそのようにして進路変更をせざるを得ない場合であっても、運転者には、これらの車両の進出を可能な限り妨げないように、他の車線への進出を最小限に抑えるべき注意義務があることは明らかである。しかるに、被告人は、青色乗用車との衝突を回避するために必要な程度を超え、かつV車両の進行を妨げない限度を超えて、第三車両通行帯へ車体の相当部分を斜めに進入させ、同通行帯中央付近を走行していたV車両の進路前方を塞ぐ程度にまで至ったのであるから、上記注意義務に違反した過失が認められる。」

判旨二「被告人は、V車両の進行を妨げない範囲で第三車両通行帯に進出することで、青色乗用車との衝突を回避することが可能であったのに、衝突の回避に必要な程度を超えて、Y車両の進行を妨げるところまで大きく進出している。したがって、その行為は、刑法三七条一項の『やむを得ずにした行為』であったとは認められず、緊急避難の成立は認められない。

もっとも、青色自動車との衝突を回避して身体に対する危険を避けるためには、急制動その他の方法は確実なものではなく、ハンドルを右に切って進路変更することが唯一確実な方法であった。被告人は、この避難のための回避手段の行使の方法を誤り、回避に必要な程度を超えて進出し、Vに傷害を負わせたものである（衝突の回避に必要な程度を超え、かつV車両の進行を妨げない限度を超えた進出について過失が認められるが、だからといって、必要な程度を超えて進出した行為が避難のための行為でなくなるわけではない）。そうすると、被告人の本件行為は、現在の危険から避難するための行為が適切さを欠いたためにやむを得ない程度を超えたものであり、過剰避難に該当すると解すべきである。」

本件の争点のうち、予備的訴因に係る過失の存否と、緊急避難の成否について、本判決は、重要な判断を示した。まず、本件は、片側三車線の道路上において、X車が第二車線を走行中、青色自動車が第一車線から第二車線へと進路変更したことから、これとの衝突を避けるため、右方に転把し第三車線に進出したところに、第三車線を走行中のV車がXに衝突しないように急制動を余儀なくされ転倒しXに傷害を負わせたが、Xの生命・身体の保護につき、被害の転嫁をVに求めることにより現在の危険を回避したという点で、本件はまさしく緊急避難の事例である。ところが、検察官は、自動車運転過失傷害罪の訴因につき、①第二車線に進出する車両があることが予測できたから、適宜減速できた②衝突回避のため右方転把は第三車線への進出は必要最小限に留めることがで

きた、③衝突回避後は直ちに第二車線に戻るべきであった点を強調した。これに対し、弁護人は、注意義務を否定し、Xがそれらの行動をとったのは緊急避難に当たると主張した。

これらの主張に対し、本判決は、過失の存否につき、Vの傷害はXが第三車線に進出してきたからであり、①は第二車線に進出する車両がありうるこの予測可能性では、減速義務を課しうること、③第二車線に戻らないことは過失を構成しないことを指摘し、結局、②のみが過失を構成するとした。⁽³⁷⁾

一方、緊急避難の抗弁については、本判決は、XがV車両の進行を妨げないように第二車線に進出することにより青色自動車との衝突を回避することが可能であったと認定した。本件評釈は、本件では補充性要件を満たしているかは解釈の余地があるとみている。⁽³⁸⁾ 本判決が「ハンドルを右に切って進路変更することが唯一確実な方法であった」としている点で、補充性要件を満たしているが、それに続けて、「衝突の回避に必要な限度を超えて」と判示しているところから、相当性を厳格に解して、⁽³⁹⁾ 補充性過剰と判断した。本判決は、XがV車両の進行を妨げないよう必要な程度を超えて進出した場合にも「避難のための行為」でなくなるわけではないことを明らかにしているものと解される。

(5) 小括

以上、判例の動向を概観すると、過失行為について緊急避難の成否が問題となりうる事例は、少なからず存在するが、過失の存否で予見義務または結果回避義務の違反がないとみられるケースは、緊急避難を問題とすることなく、過失犯の成立を否定している(①)~(③)。これは、判例が新過失論の立場をとるとの理解からは構成要件の過失が否定されれば、違法性阻却事由の判断は不要であるから、至極当然のことであろう。そうだとしても、判例は、必ずしも過失の注意義務違反の存否と緊急避難の補充性の要件の判断を同一レベルで把握し、注意義務が肯定される場合に緊急避難が成立す

ることではないとする立場をとっているわけではなく、⑩のように過失行為に緊急避難の成立余地を認める立場をとるものもある。

一方、過失による自招危険については基本的に自招を理由に緊急避難の成立余地を認めていないほか、補充性の要件も併せ考慮して否定している(④)~(⑦)。他方、過失行為について緊急避難の成立を肯定した事例もあるが(⑧)~(⑨)、過失の存否の判断は行われていない。これに対し、過失行為について過剰避難が問題となった事例では、注意義務違反と緊急避難の成否の両者が判断されている(⑩)~(⑪)。両者の関係はどのように考えるべきかが、重要な課題である。この点は、以下で検討しよう。

(14) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、一九七三年)一九三頁、山口・前注(2)総論二二八頁、西田典之『刑法総論第二版』(弘文堂、二〇一〇年)二六二頁、林幹人『刑法総論第二版』(東京大学出版会、二〇〇八年)二七七頁等。

(15) 山口・前注(2)総論三三〇頁。

(16) 判時一八〇六号一五七頁、判タ一一一〇号一三四頁。

(17) 佐久間修『刑法総論』(成文堂、二〇〇九年)三〇八頁。

(18) 大谷・前注(9)一九〇頁。

(19) 昭和四〇年頃までの判例の動向を中心に、過失行為と緊急避難の関係についての先駆的な研究として、米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』(司法研修所、一九七三年)一四三頁以下。

(20) 判タ一九二号一七三頁。

(21) 判タ一九二号一七六頁。類似判例として、東京地判昭和三八年二月三〇日があり、過失犯の成立を否定している。

(22) 高刑集二三卷三三五七頁、判タ二五三三号二五五頁。

(23) 判タ二五三三号二五六頁。

(24) 刑集三卷八七六頁。

過失行為と緊急行為

過失行為と緊急行為

同志社法学 六七卷四号 二四八（二六二六）

- (25) 米田・前注(19) 一五四頁。
- (26) 裁特四卷二一号五五八頁。
- (27) なお、木村光江「判批」都法三九卷二号（一九九九年）八五三頁。
- (28) 東高刑時報二二卷一一号四〇八頁、判タ二六三号三五五頁。
- (29) 判タ二六四号五七頁。
- (30) 高刑集二三卷二一三三七頁、判タ二四九号二二三頁。
- (31) 本判決の評釈として、宮島英世「判批」判タ二六四号五五五頁、内田文昭「判批」上智法学論集一六卷三号（一九七三年）七七頁以下。
- (32) 宮島・前注(31) 六〇頁、村井敏邦「道路交通と緊急避難」判タ二八四号（一九七三年）六五頁。
- (33) 下刑集二卷五〓六号八二三頁。
- (34) 判タ九二六号二五六頁。
- (35) 木村・前注(27) 八五三頁。
- (36) 判タ二〇七号三〇九頁。
- (37) 本判決の評釈として、林幹人「注意義務と緊急避難」判タ一三三三三号（二〇一〇年）三一頁以下、井上宜裕「判批」刑事法ジャーナル一九号（二〇〇九年）七九頁以下。
- (38) 林・前注(37) 三五頁。
- (39) 木村光江「過剰避難における補充制と相当性」研修六四〇号（二〇〇三年）一〇頁。

IV 過失犯の構成要件と違法性阻却

(1) 構成要件の過失と緊急避難の法的性質

過失行為について緊急避難が成立するかの論点について積極に解する見解が一般であるが、既述のように、構成要件

段階で客観的注意義務違反を問題とする新過失論と修正旧過失論の立場からは、構成要件的過失の要点である結果回避義務違反の存否と、違法性段階における緊急避難の成否の判断は、どのような関係にあるのかを明らかにする必要がある。

正対正の関係にある緊急避難の法的性質⁽⁴¹⁾をめぐっては、①一元的に違法性阻却事由と解する説⁽⁴²⁾ ②一元的に責任阻却事由と解する説⁽⁴³⁾ ③二元的に違法性阻却を原則とし法益同価値の場合を責任阻却と解する説⁽⁴⁴⁾ ④一元的に責任阻却を原則とし保全法益が侵害法益に著しく優越する場合は違法阻却と解する説等の対立が見られるが、他人の法益を守るための緊急避難および法益権衡を要件としていることから、私見も、通説同様、違法性阻却事由説が妥当と考える⁽⁴⁵⁾。いずれの立場をとるにせよ、構成要件該当性が前提となっており、故意犯の場合と過失犯の場合では、構成要件的结果の回避を法規範が命令する点では共通項が見られる。しかし、故意犯では構成要件該当事実を惹起する認識ないし予見があるときは、当該事実を惹起する行為に出ることを法規範は禁止するのに対し、過失犯の場合には当該行為自体は有用なこともあるため行為に出ること自体は禁止されないが、一般人を基準に結果惹起の危険性を減少させる措置を講じていたことが求められる。

構成要件的故意とパラレルに構成要件的過失が認められるが、その内容は些か異なる。構成要件の解釈であるので一般人基準で判断するのは共通するが、構成要件の故意は構成要件該当事実の認識であり、犯罪事実の表象と、意味の認識により決定される（主観的構成要件要素）。これに対し、構成要件的過失は、犯罪事実の認識・認容を欠いていることが過失の内容であるので、犯罪事実の表象を欠く「認識のない過失」とある程度の認識はあるが認容を欠く「認識のある過失」に分かれる。新過失論を基礎とする構成要件的過失の基本構造は、結果発生の子見可能性に基づく結果回避義務（違反）である。これは一般人の観点に基づく客観的注意義務であり、この違反が過失犯の実行行為を形成する。

(2) 過失犯の構成要件と違法性

過失犯の構成要件と違法性阻却事由との関係についてみると、過失犯の構成要件が「開かれた構成要件」であり、注意義務は規範的構成要件要素の一種であることから、その具体的内容は解釈により補う必要がある。新過失論では客観的注意義務の内容として一般人を基準にした予見可能性に基づく結果回避義務違反の存否を判断して過失犯の実行行為性及びこれと結果との間の因果関係が存在することにより、過失犯の構成要件該当性が認められた上で、例外的に、実質的・具体的な判断によって、違法性阻却事由・責任阻却事由を検討することになる。修正旧過失論においても、構成要件段階において、「実質的で許されない危険⁽⁴⁶⁾ないしは「結果回避義務違反行為⁽⁴⁷⁾」を過失犯の実行行為として要件とするため、新過失論と同様に、客観的注意義務の内容として結果回避義務違反の存否が問われる。このように、消極的構成要件要素の理論⁽⁴⁸⁾に従わない限り、過失犯の構成要件該当性が認められた後に、違法性阻却の判断が行われるから、通常人の観点から具体的な予見に従って結果回避措置がとれない場合は客観的注意義務違反が欠けるとして、構成要件的過失が否定されることになり、緊急避難の成否を検討する必要がないことになる。そうだとすると、緊急避難の成否は、客観的注意義務違反が認められた場合に判断すべきことになる。これは、構成要件該当性判断が一般人を基準とした抽象的・類型的判断であるのに対し、違法性判断は具体的・実質的な判断が求められるという故意犯を中核とする犯罪論の構造とパラレルな関係にあるとの理解に基づく。これに対し、伝統的な旧過失論によれば、過失はもっぱら責任要素であるから、緊急避難の判断が先行することになる。緊急避難の法的性質を一元的に責任阻却と解する説や違法性阻却との二元説でも、補充性等の客観的判断が先行するので、旧過失論に立つ限り同様である。

そこで、こんにち、客観的注意義務違反の過失行為と緊急避難に関する学説を改めて整理すると、緊急避難の成否の検討につき、①過失犯説と、②緊急避難Ⅰ説、③緊急避難Ⅱ説が対立する。過失犯説は、過失犯の構成要件該当性判断

においては客観的注意義務違反があるといえるが、違法判断ではそのような危難行為はやむを得なかったというのはいり得ないとする⁽⁴⁹⁾。これに対し、緊急避難Ⅰ説は、客観的注意義務違反は抽象的・類型的な判断であるのに対して、緊急避難は具体的・実質的な判断であるから、両者の判断は一致せずそれぞれ両立しうるとする⁽⁵⁰⁾。緊急避難Ⅱ説は、過失構成要件における注意義務の内容は他の利益を保全する可能性との衡量によって定めるべきであるので、緊急状況下では、注意義務違反は肯定されても、緊急避難は成立しうるとするのである⁽⁵¹⁾。

これらの見解のうち過失犯説は、注意義務違反と緊急避難の補充性の判断は同一次元の重なり合うものであるという理解に基づき、過失が否定されれば、緊急避難は問題にならないのは、過失行為と緊急避難の問題が緊急状況下での過失犯の成否の問題であると解するからである。その例として、過失犯説の立場から、上掲⑧大阪高判昭和四五年五月一日について、客観的注意義務違反が認められながら、さらにそれとは別に緊急避難の成否を判断することはあり得ないからで、緊急避難を認めるべきではなく、端的に無過失を理由に無罪を言い渡すべきであったとの批判が出ていることは既述した。

これに対し、緊急避難Ⅰ説は、たしかに、過失犯の構成要件該当性と違法性の判断を、故意犯とパラレルにみると、抽象的・類型的判断により過失犯の構成要件該当性を検討したうえで、違法性阻却事由について具体的・実質的判断を加えるのとは判断の質とレベルが異なる。それゆえ、Ⅰ説によれば、客観的注意義務違反が認められ過失の構成要件該当性が肯定されても、緊急避難は成立余地があることになる。しかし、「開かれた構成要件」である過失犯は構成要件に類型化されておらず、注意義務違反の有無を行為の具体的状況を考慮して実質的・個別的に判断せざるを得ない。そうだとすると、結果回避可能性の判断は補充性判断との一致が避けがたい。ただ、構成要件該当性は類型的な判断を基本とする事前判断により明らかにすべきなのに対して、違法性は具体的・個別的判断であるから事後判断によるべきで

あると考えると、結果回避可能性は事前判断により、補充性は事後判断により判断すべきことになる。その結果、結果回避可能性があり注意義務違反が認められても、補充性が事後的にみるとその要件を満たしているといえる場合がある。そして、その程度が適切さを欠く場合が過剰避難となるといえる。

一方、Ⅱ説は、従来の説と異なり注意義務の判断は個別具体的な実質判断を要し、不注意が認められても、なお緊急避難の成立余地があるとする見解であり、注目される。過失犯の構成要件該当行為が緊急状態を理由に違法阻却されるケースはありうるのだろうか。たとえばXが自車を運転中、他の車線を走行中の車が自車の前方に入ったため、これとの衝突を避けるため、進路変更につき十分な安全確認をとらず、後方確認も怠って車線変更した結果、その後方を走行中の車との衝突を避け切れず事故に至った場合、客観的注意義務の内容である具体的予見可能性に基づく結果回避義務の存否は、過失犯が開かれた構成要件である以上、一般人を基準に個別具体的に行わざるを得ない。そしてXには具体的予見可能性に基づく結果回避義務違反があり、客観的注意義務に反する過失犯の構成要件該当性が肯定されたとしても、この場合、Xが十分な安全確認をとらず後方も確認せず車線変更したことが過失の内容であるが、この注意義務違反は補充性の否定判断と実質的に同一ではないか。

この点について、Ⅱ説によると、判例は、従来から注意義務の内容は被害法益だけではなく他の利益との関係における有用性との衡量によって判断されているとする⁵³。たとえば、東京地判平成一三年三月二十八日（薬害エイズ事件）では、非加熱製剤はエイズ発症による死亡の危険があることは予見されていたが当時は危険の程度は低いとしか予見できず、他方で重篤な血友病の治療の方法としての有用性と衡量すると、その使用をもって結果回避義務違反とすることはできないとされた。こうして、第一に、注意義務の内容は、他の利益の保全可能性との衡量により定めるべきだとすれば、緊急状況の場合には注意義務違反が否定される場合があると同時に緊急避難の成立余地がある。さらに、第二に、注意

義務違反がある場合でも、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は緊急避難が成立する余地があるとしている。このように、Ⅱ説は、事後的な衡量によりそもそも注意義務違反がない場合と、注意義務違反はあるが、事後的な衡量により違法性を阻却することが可能になる場合があるとする。上掲⑩判決は、Ⅱ説の第一の判断により結論づけられたと解されている。

Ⅱ説は、修正旧過失論の立場から立論されており、注意義務と緊急避難の判断の実質的同質性を認めつつ、過失犯の基本構造と違法性阻却の関係を鋭く捉えた注目すべき見解である。しかし、第一の他の保全法益との衡量は、いわゆる「許された危険」の問題が関わるし、第二に法益権衡の原則のみで解決しうるか、疑問なしとしない。

- (40) 川端博Ⅱ奥村正雄「対談 緊急避難論の現在と展望」現代刑事法六九号(二〇〇五年)一四頁以下。
- (41) 大谷・前注(9)二九六頁、川端博『刑法総論講義第三版』(成文堂、二〇一三年)三八四頁、山口・前注(2)総論二三八頁、高橋則夫『刑法総論第二版』(成文堂、二〇一三年)二九九頁等。なお、佐久間・前注(17)二二〇頁。
- (42) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ』(勁草書房、一九七四年)二〇八頁等。
- (43) 山中敬一『刑法総論第二版』(成文堂、二〇〇八年)五一八頁等。
- (44) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八年)二二〇頁等。
- (45) 前注(40)一六頁(奥村発言)。
- (46) 平野・前注(14)一九五頁、林・前注(32)二八〇頁。
- (47) 山口・前注(2)二二八頁。
- (48) 井田・前注(44)三五〇頁以下。
- (49) 前注(1)掲載の他、前注(32)掲載の文献。さらに、小野寺一浩「過失犯と緊急避難」『阿部純二先生古稀祝賀論文集中刑事法学的現代的課題』(第一法規、二〇〇四年)一八二頁。
- (50) 川端・前注(41)三三三頁、山中・前注(43)五一八頁、花井・前注(8)一九九頁、及び前注(10)参照。
- (51) 林・前注(37)三三三頁以下。

(52) 林・前注(37)三五頁。構成要件該当性は形式的・類型的判断を要する点で事前判断によるべきであるが、これに対し、違法性は実質的・非類型的判断を要する点で事後判断によるべきである。

(53) 林・前注(37)三三頁。

(54) 判タ一〇七六号九六頁。

V おわりに

過失行為と緊急行為の関係について、過失行為による正当防衛と、過失行為による緊急避難の問題を検討した。防衛の意思や避難の意思は、故意犯と同様の定義により過失犯についても肯定しうることに多くの議論は不要である。過失行為による正当防衛に関しては解釈論上の困難な課題はあまり見られない。これに対し、過失行為による緊急避難では、注意義務の前提としての結果回避の適切な措置の判断と補充性充足の判断との関係をどのように解するかが理論的にも実務的にも重要で、些か困難な課題であるが、以下のように考えるべきであろう。

過失犯の構成要件該当性と違法性の判断は、前述のように、故意犯と同様、前者は事後的に後者は事後的に行うべきである。このことは過失行為による正当防衛と過失行為による緊急避難のいずれにもあてはまる。それゆえ、構成要件該当性段階において注意義務違反が認められ、過失犯の構成要件該当性が肯定されても、違法性レベルにおいて、正当化事情が犯罪の成立を阻却しうるのである。過失行為による緊急避難については、事前判断による注意義務違反が肯定される場合に事後判断により補充性の要件を満たしうるかを判断することになる。

緊急避難Ⅱ説の第一の論理が示すように、上掲の薬害エイズ事件における非加熱製剤によるエイズ発症の予見可能性は一般人を基準としており、高度の予見可能性は要求していない。過失行為は、故意行為と異なり、社会的有用性の豊富な行為でありうることから、たとえ客観的注意義務に反しても、補充性が認められる場合には緊急避難が、補充性が欠く場合には過剰避難が成立するであろう。