

# 緊急避難における特別義務者について

永 井 紹 裕

- I はじめに
- II 刑法37条2項の規定の変遷
  - 1 旧刑法下における議論
  - 2 旧刑法の改正過程
  - 3 改正刑法草案の審議過程における議論
    - i 改正刑法仮案
    - ii 改正刑法準備草案
    - iii 法制審議会刑事法特別部会第一小委員会での審議
    - iv 法制審議会刑事法特別部会での審議
  - 4 学説上の議論
  - 5 小 括
- III ドイツにおける議論
  - 1 免責的緊急避難における議論
    - i 二重の責任減少説
    - ii 刑罰目的説
  - 2 正当化的緊急避難における議論
- IV 特別義務者が緊急避難を制限される理由と要件
  - 1 特別義務者に対する制約の根拠
    - i 緊急避難の成立が制限される理由
    - ii 過剰避難の成立が制限される理由
  - 2 特別義務者の義務の内容と範囲
    - i 義務の内容

ii 保障人と特別義務者との関係

iii 義務の範囲

V 終わりに

## I はじめに

刑法37条は1項で緊急避難及び過剰避難を規定し、2項で「前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない」と規定している。この「業務上特別の義務のある者」(以下特別義務者とする)とは、警察官・自衛官・消防職員・船長などのように、業務の性質上、一定の危難に身をさらさなければならぬ法的義務がある者と解されている。<sup>(1)</sup>このような特則が置かれている趣旨は、特別義務者が、緊急避難を理由にして、課せられている義務に違反することを認めないためであるとされている。<sup>(2)</sup>

特別義務者の緊急避難が問題となる事例としてよく挙げられるのは、船が事故によって沈没しそうになった際に、船長が、自身が助かるため我先に救命ボートに乗り込み難を逃れる事例である。この場合、船長は後述するように船員法12条によって乗員乗客の避難に必要な手段を尽くしたうえでなければ船を離れてはならないとされており、この義務に違反して自身の危難を回避することは37条1項の緊急避難で正当化することはできないと解されている。さらに、警察官の場合も、犯人と対峙しているときに、自身を守るために、無関係な第三者を侵害して危険を回避することはできない、という点で37条2項の規定が問題となりうる。

しかしながら、この特別義務者に課される義務とはいかなるものか、なぜ緊急避難や過剰避難の適用が排除されるのかについてはいまだ争いがあるところである。

## II 刑法37条2項の規定の変遷

## 1 旧刑法における議論

もっとも、旧刑法において、現行刑法37条の特別義務者に相当する規定は存在しなかった。すなわち、旧刑法第75条1項で「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所為ハ其罪ヲ論セス」、2項で「天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為亦同シ」と規定するのみで、特別義務者に関しては触れておらず学説上も議論が展開されていなかった。1項では、人間に起因する強制から生じる危難が、2項では人間以外（自然現象など）から生じる危難が規定されているとする理解が一般的であつた。<sup>(3)</sup>

## 2 旧刑法の改正過程<sup>(4)</sup>

旧刑法において、業務上特別義務者に関する規定や議論が全く見られなかったことからすると、旧刑法から現行刑法への改正の過程においてどのように業務上特別義務者の規定が創設されたが問題となる。

最初の改正案である明治23年改正刑法草案では、緊急避難は69条で規定されており、以下のようなものであった。「69条 為不為ノ自由ナクシテ行イタル所為ハ罪トシテ論セス此規定ハ左ニ記載シタル場合ニ於イテ必ス之ヲ適用ス

- 一 抗拒ス可カラサル脅迫又ハ身體ノ強制ヲ受ケタルトキ
- 二 天災又ハ意外ノ變因リ避ク可カラザル危難ニ遇ヒ自己若クハ新屬ノ身體ヲ救護スルニ出タルトキ
- 三 自己及ヒ本屬長官ノ職權内ニ在ル事件ニ付キ其長官ノ命令ヲ執行スルモノト相當ニ信シタルトキ」<sup>(5)</sup>

規定の内容から明らかなように、この段階では、旧刑法の規定の影響を強く残しており、業務上特別義務者に関する文言も見られない。この改正案は議決に至らず会期が終了した。<sup>(6)</sup>

その後司法省に設置された刑法改正審査委員会での決議で緊急避難の規定

について審議された。明治26年5月3日の35回の決議において、「54条 自己又ハ他人ノ身體若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムヲ得サルニ出タル所為ハ情狀ニ因リ其罪ヲ全免シ若クハ宥恕スルコトヲ得」という案が議題とされていたが、ここでも特別義務者の問題は議論されなかった。

その後、特別義務者の規定が初めて登場するのは、刑法改正委員会によって起草された明治28年・30年草案であった。草案50条は、「自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムヲ得サルニ出タル行為ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕シ若クハ之ヲ罰セス但職務上特別ノ義務アル者ハ此限ニ在ラス」<sup>(7)</sup>と規定している。

この規定とほぼ同内容を規定している明治33年の「刑法改正案」<sup>(8)</sup>50条の理由書では、「現行法ハ職務上他人ヲ救護ス可キ特別ノ義務アル者ニ關スル規定ヲ闕ケルカ爲メ往々危険ナル場合ヲ生セサルニ非ス是ヲ以テ本案ハ但書ニ於テ新ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタリ」とし、さらに「之を要スルニ本案ハ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對シ現在ノ危難ヲ受ケタルトキハ之ヲ避クルカ爲メ爲シタル必要ナル行為ハ情狀ニ因リ或ハ罪ト爲ルモ其刑ヲ減輕スルコトヲ規定シタルモノニシテ但書ノ主旨ハ職務上特別ノ義務ヲ負擔セル者ハ本條ノ適用ヲ受ケサルコトヲ明ニシタルモノナリ」<sup>(9)</sup>と述べられている。

その後明治34年の「刑法改正案参考書」の47条においては、特別義務者に関する規定は但書ではなく、2項に置かれており<sup>(10)</sup>現行刑法37条とほぼ同内容の規定となっている。この特別義務者の規定に関しては、議事録等を見ても、議論がなされることはほとんどなかったと思われるが、わずかに、明治35年2月10日貴族院刑法改正案特別委員会議事録速記7号において、質問が<sup>(11)</sup>なされている。当該委員会においては、まず「業務上特別ノ義務」とはいかなるものを指すのかについて質問されている。すなわち、菊地武夫が「業務上特別ノ義務」について、「例ヘバ他人ヲ救護スベキ義務ト云フコトニナッテ居ルノダガサウ云フ意味デアルノデスカ、或ハ救護ト言ハズ外ニ是、是、

ノヤウナ義務モ矢張り此中ニ這入ッテ居ルト云フノデアリマセウカ」と質問したのに対して、政府委員であった石渡敏一は、「此所ノ特別ノ義務アルモノト云フノハ此法令ニ於テ若クハ職務上ニ於テ他人ノ危難ヲ救フベキ地位ニ立〔ツ〕モノヲ意味スル積リデアリマス、例ヘバ難船ノ場合ニ於ケル船長、巡査憲兵卒ノ賊ニ遭ッタ時分ト云フノヲ指ス積リデアリマス」と答えている。<sup>(12)</sup>

さらに、当該委員会では、「刑法改正案」45条の正当業務行為についての規定との関係が問われた。<sup>(13)</sup>

高木豊三が「47條ノ2項ハ寧ロ此情状ニ因リ刑ヲ減輕スルコトダケハ尋問ヲセヌト云フヤウナ規定ヲ適用セヌト云フ方カラ出テ居ルノデアリマセウカ、若シ果シテソウデアルナラバ四十五條ノ中ヘ這入ッテ仕舞ヒハセヌカト思フノデス」と質問したのに対して、政府委員石渡敏一は、『前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス』ト云フノハ船長ガ難船ノ場合ニ後ニ殘ルト云フ場合ニ於テ殘ラナケレバナラヌト云フノハ四十五條ニハ當嵌マルマイト思ヒマス、船長ハ難船ノ場合ニ他人ヲ捨テ、先キニ上ルト云フ如キハ四十五條ノ正面ニ當ルマイト思ヒマス、法令ノ執行デナクシテ法令違背ノ執行ニナリハシマイカト思ヒマス、是ハ矢張り必要ガ起ッテ來マス」と述べ、さらに同じく政府委員古賀廉造は、「此『前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス』ト云フノハ四十五條ノ規定トハ全ク反對ノ場合デアリマシテ、是ハ皆特別ノ義務デ危難ヲ避クルノ道ヲ持タナイ者ヲ云フノデス、例ヘバ火消ガ火事ニ臨ンデ家ガ壞レルカラ逃ゲルト云ウテ他人ノ家ヲ壞スコトハ出來ヌ、又船長ガ難船ノ場合ニ最終マデ殘ラヌナラヌ義務ガ有ルノニ、船ヲ去ッテ難ヲ避ケル爲ニ人ヲ棄テ、先ヘ逃ゲルコトハ出來ヌ、若シ逃ゲタナラバ之ヲ罰スル、ソレデアルカラ四十五條トハ正反對ノ場合デ罪トナル場合デス」と述べている。<sup>(14)</sup>

すなわち、当該委員会において、「業務上特別ノ義務アル者」とは、法令または業務上他人を救助すべき義務が負わされている者が該当すること、正

当業務行為と本規定とは、前者が当該行為を正当化する規定であるのに対して、後者は当該行為の正当化を妨げる規定である点で正反対の規定である、ということが確認された。

その後明治40年の「刑法改正案」に対する衆議院修正可決案を経て現行刑法37条の規定となり、1908年に施行された。<sup>(16)</sup>

### 3 改正刑法草案の審議過程における議論<sup>(17)</sup>

このように、旧刑法から現行刑法に至るまで、特別義務者の問題はほとんど議論の俎上に載せられることのなかった。特別義務者の規定に関して、その意義が初めて意識されるようになったといえるのは、改正刑法草案における議論である。

#### i 改正刑法仮案

まず、大正10年からの刑法改正作業の成果を結集した改正刑法仮案(1940年)は、特別義務者の規定を現行刑法とは異なり過剰避難の規定の前において<sup>(18)</sup>た。この規定の位置づけについては、すでにこれに先立つ1927年の改正刑法予備草案に同様の規定が設けられており、特別義務者に「過剰避難の適用がありうることを意味したわけではない」という評価がなされているが、規定の位置だけから見れば過剰避難の成立が肯定されうることになるのは否定し難いであろう。

もっとも、当時の学説の議論を見ると、過剰避難の成立を肯定すべきとする者は見られず、宮本英脩に至っては『刑法大綱』において、37条2項の特別義務者の規定に関して「これは當然のことであって、敢へて規定を持たぬことであるのみならず、その業務は理論上業務上のものたることを必要とせずと解すべきである。(例へば債務者は差押を受けんとする際に財産に對する現在の危難を理由として隠匿することを得ない)」<sup>(21)</sup>として、そもそも当該規定がなくとも緊急避難及び過剰避難の成立は否定されるべきであり、なおかつ契約上の義務で足りると述べていた。

## ii 改正刑法準備草案

もっとも、現行刑法制定後も特別義務者の規定について詳細な議論が展開されることはなかった。議論が展開されるきっかけとなったのは、1961年の改正刑法準備草案であり、緊急避難を規定した14条では、特別義務者の規定が削除されている。その理由は、「これは主要諸国の立法に例も見られないことであり、かつ、この除外規定を置かなくとも、業務の性質上当然に避難行為を行うことのできる場合は限定されてくると解せられるばかりでなく、他面では、この規定があっても、身を犠牲にしてまでも絶対に避難行為ができないものと解することは不合理であると見られるので削除した<sup>(22)</sup>」とされている。当該規定を設けなくとも緊急避難や過剰避難の成立が制限されるとしている点は、先の宮本と同様の考え方である。

この改正刑法準備草案の緊急避難規定に対しては、特別義務者の規定を削除したことに批判が投げかけられた。もっとも、「一般人によって、緊急避難の要件が緩和せられたと誤解される危険がないともいえない<sup>(23)</sup>」、「草案が、このような適用除外規定を設けなかったのは、おそらく、必要なばあいには、たとえば、船員法12条のような特別規定を設ければ足りると考えたことによるのであろうが、しかし、やはり、ここに、業務上特別の義務者に対しては緊急避難を適用しない旨の規定をおいた方がよいのではないかと考える<sup>(24)</sup>」といった程度の批判であって、強く反発するものではなかったと考えられる。さらに、さきの宮本英脩のようにそもそも37条2項の規定を不要とする論者も見受けられたことからしても、特別義務者の規定を削除することが解釈に大きく影響を与えることはなかったと考えられる。<sup>(25)</sup>

## iii 法制審議会刑事法特別部会第一小委員会での審議

その後、改正刑法準備草案は法制審議会刑事法特別部会第一小委員会では参考資料として審議されることになった。特別義務者の規定を削除した点について、第3回目の審議において、「この種の明文規定がないと特別義務者が常に緊急避難をなしうるように解釈されるとする不安<sup>(26)</sup>」について、「特別義<sup>(27)</sup>

務者は、その義務に応じて保護すべき国家的、社会的又は個人的法益があり、緊急避難が許されるかどうかを判断するに当たっては、これらの守るべきであつた法益も考慮に入れなければならないから、解釈上は明文規定がある場合と異ならないという意見が述べられた<sup>(29)</sup>、「この種の明文規定を置くとしても、少なくとも『他人の法益』に対して危難が生じた場合には、これを除外する旨を明らかに規定すべきであるとされた」、「論議の結果は、もし、規定を置くとすれば、右の点も含め、特別義務者についても緊急避難をなしうる余地があることを明らかにする規定を参案すべきであり、現行法や仮案のような絶対的除外例という形は不適當であるとする意見が有力であつた」とされている。当該規定を削除しても緊急避難が制限されることは、これまでの議論と同じであるが、他人のための緊急避難については制限されない点を明確にしていることは注目に値する。

さらに、緊急避難の規定に関する審議は第67回から第72回まで連続して行われ、第70-72回において特別義務者の緊急避難の適用除外規定の要否について検討されている。そこでは、諸外国でも特別義務者の緊急避難の適用除外規定の立法例があることや、特別法において特別義務者の緊急避難を制限する特別規定を設けている国もあれば、必ずしも規定の趣旨が明らかでない国や、特別規定を設けていない国もあること等が紹介された<sup>(30)</sup>。そして、規定の要否につき、「現行刑法第37条第2項業務上特別義務者の意義が必ずしも明確でなく、また、業務上特別義務者は絶対に緊急避難ができないとするのは行きすぎであること、警察官職務執行法第7条は警察官にも一定の場合には緊急避難規定の適用があることを明文上予想していること、同項により緊急避難規定の適用が排除された実際の例はほとんどないのみならず、同項を適用した判例（無登録産婆業務に関する昭和7年3月7日大判刑集11巻277頁）には批判が多いこと等を指摘する意見があり、業務上特別義務者の緊急避難は一般人とは異なる面があることを認めながらも、現行法どおりの規定を設けることには消極的意見が多かつた<sup>(31)</sup>」とし、規定を不要とする流れにな



っていたことがうかがえる。そこで、規定を設けない場合、いかなる要件で業務上特別義務者の緊急避難規定の適用制限を導くかが問題とされ、①14条1項の「やむを得ないでした」の解釈でまかなう<sup>(34)</sup>、②同じく14条1項の「他に避ける方法のない」の解釈でまかなう<sup>(35)</sup>、③各特別法で配慮すればよい、とする意見がそれぞれ述べられたが、柔軟な帰結を導ける①の意見が採用された<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>。

ただし、現行刑法において37条2項があっても特に支障を生じなかったことや、削除することによって特別義務者が常に緊急避難をなしうるように誤解されてはならないとする意見もあったため規定の要否についてさらに検討されることになった<sup>(38)</sup>。

そして、第71回の審議において、まず特別義務者の規定を3項にする案<sup>(39)</sup>（第一案）と2項にする案<sup>(40)</sup>（第二案）が試案として提出された。この点に関しては、特別義務者でも責任の阻却される余地があるため、過剰避難の適用を排除しない第二案を基礎に内容が検討された<sup>(41)</sup>。

そこで、問題となったのは、理論的には2項本文の特別義務者の避難行為は緊急避難のみならず過剰避難の成立も否定されるのか（その場合には但書において緊急避難あるいは過剰避難が成立する可能性が残される）、それとも特別義務者の避難行為であっても過剰避難の成立は肯定されるのかという点である<sup>(42)</sup>。

また、条文上の個々の文言については、業務上の（特別）義務の内容について問題となった。まず、「業務上」という文言は、義務を業務の性質から生じるものに限るために必要だとされたが、「特別の」については、「危難にあたるべき」が特別義務の内容を表現した者であれば不要であるとして、削除された。そして、「危難にあたるべき」という表現について、但書の文言についての検討を経て、修正案「前項の規定は、業務上みずから危難にあたるべき義務のある者には、之を適用しない。但し、その際における状況に照らし相当の理由があるときは、この限りでない。」が提示された<sup>(43)</sup>。

この修正案に対しては、「みずから危難にあたるべき」という文言について、緊急避難規定の適用が排除される業務上危難に挺身すべき義務、すなわち、危難に際し自己を犠牲にしてでも他人を救わなければならない義務の主旨を明確にするために、「みずから危険をおかして行動すべき」とすることも考えられるという意見や、他人の法益に対する危難の場合を除くことを明確にするために、「自己の法益に対する危難を避けるためにした行為」という文言を追加すべきだとする意見などが述べられたが、結局、条文上の表現としては、「業務上みずから危難にあたるべき義務」のままで、他人の法益を守る場合に緊急避難規定の適用が肯定されることは、義務の解釈から出てくるので、とくに規定の必要はないという点で、意見がおおむね一致した。<sup>(44)</sup>

さらに、但書の内容の当否や、そもそも但書を設ける必要があるかどうかについて議論がなされた。議論の結果、この但書は、例外規定の例外であるから立法形式として好ましくないのみならず、実質的に期待可能性の問題にまで立ち入ることになるので適当でないという意見、但書の内容は義務の解釈から出てくるという意見、違法性の問題は本来超法規的なものであるから、違法性の本質に遡って解釈する必要があるが、但書の有無にかかわらないという意見等から、結局不要だとされた。<sup>(45)</sup>

その後、72回の審議において、規定の要否につき再度審議がされ、規定を設けなければならないとの積極的意見はなかったが、現行法にも規定があり、そのまま特段の支障はなかったこと、現行法よりも規定の内容が明確になったこと、本項は違法性に関する規定であり、その解釈、適用上当然に修正原理が働くと考えられる等の理由から、規定を設けることに賛成し、あるいは消極的に反対しないとする意見が述べられた。<sup>(46)</sup>

また、但書については不要であるとの結論に変わりにはなかった。最後に、「業務上みずから危難にあたるべき義務」との文言について、刑法における「業務」の概念が広がっていることから、特別義務を広く解する余地があり、それでは、現行法の不明確さの是正にならないこと、特別義務を業務上

挺身すべき義務と解する見解に傾くこと等を指摘する意見があり、検討の結果、危難にあたるのがすなわち業務の内容であり、特別義務は、その業務の性質上危難を回避してはならない義務であると解する見解をも考慮して、「業務上」の規定位置を変え、同時に、特別義務の解釈の広がりを防ぐため、現行法同様「特別の」という文言を加え、案が作成された<sup>(47)</sup>。採決の結果、本項を規定する案を参考案（第一次案）として、これを規定しない案を別案とすることに決定した<sup>(48)</sup>。

さらに、第119回の審議で、参考案の第2項の特別義務者の規定と第3項の過剰避難の規定との関係に関して、第2項は、特別義務者についていかなる場合にも緊急避難規定の適用を排除するという趣旨ではなく、例外的にはなお適用される場合もありうるから、その限度では過剰避難もあり得、第3項によって刑が裁量的に減免され、その延長線上において不可罰となる余地もないではないことが了解されている<sup>(49)</sup>。

#### iv 法制審議会刑事法特別部会での審議

法制審議会刑事法特別部会第一小委員会での審議の後、刑事法特別部会で審議された際には、特別義務者に関する規定を置く参考案（第一次案）と規定しない別案が提出された<sup>(50)</sup>。第一小委員会での議論と同じように、別案を支持する論者は、「やむを得ない」の解釈で十分であり、別に規定を設ける必要はないとするのに対して、特別義務者に緊急避難の成立を制限する際に、やはり特別義務者であるから制限される旨を明文で規定したほうがよいとする論者も見受けられた<sup>(51)</sup>。そして、別案を支持する植松正は、一枚の板子に難破した船から放り出された二人がつかまるという例に関して、一人が船員で他方が乗員の場合に、船員の生命が脅かされているときには、乗客を突き飛ばして自身の生命を保持した行為を処罰することへ疑問を唱え、特別義務者であっても、緊急避難の成立する場合はあり、ただし、義務者がむやみに避難行為をしたのでは義務が尽せないで、その場合は「やむを得ない」とはいえないとして、緊急避難の成立が制限されると解釈すべきだと主張してい

(53)  
る。

これに対して、参考案を支持する佐伯千仞は、一般人と特別義務者によって「やむを得ない」の解釈を異にするのであれば、やはり注意的に規定を設けるべきだと主張している。<sup>(54)</sup>そして、採決の結果、賛成多数で参考案が支持<sup>(55)</sup>された。

その後、1972年の法制審議会刑事法特別部会「改正刑法草案」15条に緊急避難に関する規定が置かれた。<sup>(56)</sup>当該規定に関して説明書は、まず「第二項は、業務上特別義務者に対する緊急避難規定の適用除外に関する規定であり、現行法第三十七条第二項と同趣旨であるが、業務上の義務の性質を明らかにするため、『みずから危難にあたるべき』という文言を付加し、かつ、業務上特別義務者についても、責任がごく軽い場合が考えられるのであって、過剰避難に関する第三項の規定まで適用しないとすることは行き過ぎであるので、緊急避難を不処罰とする第一項の規定の適用だけを排除することとした」としている。

さらに、『みずから危難にあたるべき義務』とは、危難に際し自己を犠牲にしても他人を救わなければならない義務をいう。したがって、たとえば、消防士が火災の拡大を防ぐため特定の家屋を破壊する場合など、他人の法益に対する危難を避けるため必要な行為をした場合には、前項の要件を充足する限り、緊急避難として不可罰となる。また、本項は、現行法と同じく、業務上特別義務者についても極端な場合には緊急避難が許されるという解釈を否定する趣旨ではない」とし、最後に、特別義務者に関する規定が不要だとする意見については、「業務上特別義務者には緊急避難が許されないという原則をはっきりさせておく必要があり、本項を置かないこととすると業務上特別義務者の義務が緊急避難との関係で軽減されたように誤解されるおそれもあること、本項の規定は、現行法よりもかなり明確になっていること等の理由から、本項を設けないこととする案は採用されなかった」として<sup>(57)</sup>いる。

#### 4 学説上の議論

学説上においては、特別義務者の規定に関する詳細な議論の展開はほとんど見られない。その中で、特別義務者に関する論文において詳細な議論を展開している森下は、37条2項「特別の義務」を、「危難忍受義務」、すなわち業務の遂行にともなって通常生ずることのある危難を忍受し、またはその危難をおかして行動すべき義務を意味すると解している。<sup>(58)</sup>そして、「特別義務者が身をさらすべき『危難』」は行為者個人に生じた一身の危難（persönliche Gefahr）であり、他人に迫っている危難は含まれないとして<sup>(59)</sup>いる。

さらに、この危難忍受義務の根拠に関しては、法的なものであるべきで、法令に明文規定がある場合のみならず、法令から間接的にまたは法令の目的に照らして肯定される場合があるとしている。<sup>(60)</sup>例えば、警察官や消防職員は、その身分に立つことで、任務の遂行に通常ともなうことが予想される危難を忍受すべき義務を負う。<sup>(61)</sup>さらに、法令だけではなく契約も根拠となりうるかに関して、特別の信任関係が肯定される場合にのみ肯定されると解して<sup>(62)</sup>いる。

また、特別義務が「業務」に由来すべきかについて、反復継続性を要件とすべきでないことから、必ずしも厳密な意味での「業務」に由来する必要はなく、条文上の「業務上」とは「特別義務」の典型的なものをかかげたものとして<sup>(63)</sup>いる。

危険忍受義務の射程に関しては、それぞれの業務（事務）遂行と必然的な方法で結びついている典型的な危難に限定される。その限度については、確実に死亡する危険の忍受までは要求できないとしながら、軍人や船員についてはある程度高度の危険の忍受まで要求している。<sup>(64)</sup>

最後に37条2項が「…適用セス」としている点に関して、「法が特別の者に課する危難忍受義務は、他人のある程度重大な法益をぎせいにしてまで自

己の安全をはかるべきでない」との考えや、森下自身の二分説（保全法益が侵害法益を著しく優越している場合のみ適法、単なる優越や同価値の場合は責任が阻却されると解する）から、自己の著しく大きい法益を救助した場合（違法阻却事由としての緊急避難）には、危難忍受義務は存在せず、さらに、単なる優越や同価値の場合（責任阻却事由としての緊急避難）にも、他人にある程度重大な法益侵害を与えないときには、同様に緊急避難規定の適用<sup>(65)</sup>があり、責任が阻却がされると解している。

## 5 小 括

以上のように、緊急避難における特別義務者の問題は、改正刑法草案における審議で議論が展開されることになったが、そこでは、結局のところ、原則として緊急避難の適用は除外されるが、責任の程度は特別義務者であっても一般人と異ならないので、過剰避難の適用は排除されない、とされ、明文規定は必要であるとしながら、理論上は解釈によって同様の帰結を導きうる、と考えられていた。

さらに、業務上特別義務の内容については、「危難に際し自己を犠牲にしても他人を救わなければならない義務」であるとされ、他人の法益を救助するための避難行為は含まれないと解されていた。

さらに、森下の論文において展開されていた議論を合わせて考えると、37条2項の特別義務者の規定に関しては、①業務上の特別の義務とはいかなる内容の義務か、②その義務の射程はいかなるものか、ということが問題となると考えられていたが、特別義務者に緊急避難や過剰避難の成立が制限されるのはなぜかという点については必ずしも十分議論がなされていたわけではなかった。

## Ⅲ ドイツにおける議論

### 1 免責的緊急避難<sup>(66)</sup>における議論

我が国ではあまり議論がなされない特別義務者の問題であるが、ドイツにおいてはある程度の議論の蓄積が見られる。

もっとも、ドイツではすでに旧規定<sup>(67)</sup>において特別義務者に関する議論が見られ、現在では自招危難とともに議論が展開されている。ドイツ刑法は34条で行為を正当化する緊急避難を、35条で行為を免責する緊急避難を規定しており、特別義務者の問題は主に35条1項2文<sup>(68)</sup>の「特別な法的関係」や34条の「相当な手段」において論じられている。

35条1項2文は自招危難については、減輕の余地を認めながら、「特別の法的関係」<sup>(69)</sup>の場合には減輕を認めていない。したがって、免責的緊急避難において問題となるのは、免責の根拠が自招危難や特別義務者の場合に妥当しない理由であり、さらに、自招危難の場合は減輕の余地があるのに対して特別義務者の場合には認められていない理由である。

#### i 二重の責任減少説

支配的見解によると35条の免責的緊急避難が不可罰とされている根拠は、二重の責任減少である。この見解は、緊急状況における心理的圧迫による責任減少と、それだけではなく、当該避難行為が法益を保全していることによって単なる法益侵害行為よりも不法が減少し、この不法減少が間接的に責任の減少につながる<sup>(70)</sup>とする。そして、35条1項2文において免責が否定される理由については、特別義務者であることで高められた危険受忍義務に反したこと（特別義務者）や、自身で危難を生じさせたことによる義務違反（自招危難）、が認められることで不法が高まり、利益擁護の不法の減少が帳消し<sup>(71)</sup>にされてしまうとしている。

この見解に対しては、すでに多くの批判がなされているが、特別義務者の問題に関していえば、なぜ特別義務者の場合は自招危難の場合と異なって刑の減輕の余地が否定されるのかを説明できない点が問題となる。この見解では特別義務者の場合に、どのような利益を擁護しても、特別義務に違反した場合には、擁護利益が打ち消されてしまうが、擁護利益による不法の減少の<sup>(72)</sup>  
<sup>(73)</sup>

量を肯定しながら、特別義務の侵害の場合だけその不法減少の量を考慮せず、一律に擁護利益による不法減少が埋め合わされると解するのは一貫して<sup>(74)</sup>いない。

## ii 刑罰目的説

35条の不可罰根拠を、刑罰目的から基礎づける見解も主張されている。この見解は、35条1項が規定している状況では、刑罰による威嚇が十分期待できず、またこのような緊急状況が生じることはあまり考えられないため、行為者以外の者を威嚇するという意味での一般予防の必要性が少ない。また、このような緊急状況において避難行為を行った行為者は、特殊な状況での行為ゆえに、行為の反復可能性がなく、特別予防による働きかけも必要ないと考えられる。<sup>(75)</sup>したがって、刑事政策的に処罰が適切でないと解する。

この見解によれば、35条1項2文ないし2項が避難行為を可罰的としている理由は、この場合には一般予防の必要性が生じるからである。すなわち、法益保護を義務づけられた国家は、危険防止を義務づけられている者がその義務に違反した場合に、その者を不可罰とすることは許されず、また、平和秩序の維持からは、危険を自ら惹起した者、誤って当該状況を認識した者が、35条を無条件に援用することは許されないと解している。<sup>(76)</sup>

そして、特別義務者に刑の減軽規定がないことに関しては、警察官や消防士が危険を免れようと、自身が職務上保護すべき法益を侵害することを認めると、これらの者に課されている法益保護義務に直接的に違反するので刑の減軽の余地も認められない。一方、自招危険の場合に刑の減軽の余地がある点については、一般的な法意識は、危険を惹起した行為者を不可罰とすることを躊躇するが、そのような考慮は法益に対する危険防止機能に劣後するため、減軽の余地が残されると解する。<sup>(77)</sup>

この見解においては、35条が保全法益の種類を限定していること（財産は含まれない）と人的範囲を限定していることについて、保全利益が財産の場合と身体の場合とで予防の必要性は異ならないのではないかという点や、第



三者の法益を救助した場合と親族の法益を救助した場合でも予防の必要性は異ならないのではないか、という点が批判されている。<sup>(78)</sup>

このように、免責の根拠を探求するに際しては、それが自招危険や「特別の法的関係」に妥当しない理由に配慮しなければならない。現行ドイツ刑法35条成立の過程でも、自招危険と特別義務者の場合に免責が妥当しない理由について議論がなされており、さらに特別義務者には刑の裁量の減輕の余地がない理由も議論されていた。<sup>(79)</sup>そこでは、例えば特別義務者は確実に意識して危険状況に陥る点で自招危険とは異なることや、特別義務者は公共に対する保護義務を引き受けたのであり、その保護義務にもとづいて自己に対する危険を甘受する義務を負っているなどの理由づけが見られる。もっとも、動機づけへの圧力の増加を法定刑の枠内における量刑に際して考慮することが妨げられるべきではないとする意見や、特別義務者も危険の甘受が期待できなかったときは免責が肯定されるなどの意見も出ている。<sup>(80)</sup><sup>(81)</sup><sup>(82)</sup>

## 2 正当化的緊急避難における議論

特別義務者の問題は、正当化的緊急避難を規定したドイツ刑法<sup>(83)</sup>34条では、35条のような「特別な法的関係」のような明文はないものの、「行為が危険を回避するために相当な手段である場合」という要件の内部で主に議論されていた。この点に関しては、1975年のドイツ刑法改正によって設けられた現行刑法34条のもとになった1962年草案<sup>(84)</sup>39条の理由書で、「緊急状態の行為者の行為は、また、危険を回避するための『相当な手段』であることが証明されなければならない。…例えば、危険にさらされた者が法律上危険を甘受する義務のある場合は、これに該当し得ない。軍人または消防夫は、多くの場合、物的価値の保護と救助のためにも、身体または生命の危険を引受けなければならない。もし、彼が彼によって保護されるべき対象を危険な状態で放置すれば、そこには危険回避のためのいかなる相当な手段も存しないことになるであろう」<sup>(85)</sup>と述べられている。<sup>(86)</sup>相当性で考慮する見解は、特別義務者の

問題や緊急避難状況（攻撃的緊急避難か防御的緊急避難か）などの問題、強制採血事例や臓器移植事例等の問題は、利益衡量へ還元できないものを含んでいると解する。<sup>(87)</sup>

これに対して、特別義務者が危険を甘受すべきという要請を、特別義務者の法益の要保護性の低下の根拠とし、利益衡量において顧慮する見解がある。この見解は、特別義務者の法益それ自体の価値は低下しないが、特定の職務に対しては、平均人よりも高い危険を受忍する義務が法に課されている結果、当該義務者の法益の要保護性が低下すると解する。<sup>(88)</sup> 特別義務者は、危険の組織的、効果的な回避のために義務を課されているのであり、この義務に違反して避難行為を行うことは、公共的な利益を侵害することになる。<sup>(89)</sup> したがって、侵害者の要保護性が被害者の法益の要保護性に対して低下すると解する。

もっとも、正当化的緊急避難においては、特別義務者の問題はそれ自体として議論されるということは少なく、利益衡量あるいは相当性の中での緊急避難の制約要素の一つとして議論されている。そこでは、なぜ正当化が否定されるのかというよりも、特別義務者が制約を受けることを前提に、34条1項のどの要件で考慮するかということが中心に議論されている。

したがって、議論すべき問題はなぜ特別義務者に対して緊急避難の成立が制限されるのかということである。

#### IV 特別義務者が緊急避難を制限される理由と要件

##### 1 特別義務者に対する制約の根拠

ドイツ刑法での議論を参考に、当該義務が避難行為の正当化に与える影響と責任に与える影響を区別して議論を展開している小田直樹は、以下のような主張をしている。<sup>(90)</sup> 小田は、37条1項を違法性阻却事由と解したうえで、「37条2項は、危難に対処する『業務』者に関して、彼の『特別ノ義務』が妥当し得る限りで、緊急避難での正当化を完全に排除する趣旨と解される」

としながらも、当該行為者に法が行為権限を与えている場合には、35条が適用されると述べている。<sup>(91)</sup>

37条1項但書で考慮される免責判断との関係については、擁護利益の重大性と行為者の地位的特性が顧慮されるとしている。地位的特性とは、行為者の地位に対して社会的にいかなる期待がなされるかという問題である。すなわち、兵士に対しては、『軽微とはいえない生命の危険』をもおして行動すべき」だとする期待があるが、消防士に対してはそこまで高度の期待はないと考えられる。したがって、通常人よりも危難に対処する能力や心構えが高いと考えられる者であればよいのであって、正当化における「特別義務者」に限られず、職業生活上の根拠・家庭生活上の根拠があれば、免責段階での「特別義務者」に含まれると解している。<sup>(92)</sup><sup>(93)</sup>

本稿でも同様に37条1項の緊急避難は違法性阻却事由であると解し、過剰避難を規定している37条1項ただし書はドイツにおける免責的緊急避難と類似の規定であると解することから、特別義務者につき緊急避難が制限される理由と、過剰避難が制限される理由とに分けて検討していきたい。<sup>(94)</sup><sup>(95)</sup>

#### i 緊急避難の成立が制限される理由

特別義務者によって行われる危険回避行為のうちある程度のものについては、小田が述べるように35条の正当業務行為で正当化されるゆえに、そもそも緊急避難規定が問題とならないと解される。例えば、消防士が焼壊家屋から脱出する際の隣地への侵入は、職務活動の場所・機会を確保する準備行為として、職務活動の観点から当否が判断されると考えられる。<sup>(96)</sup>

この点に関して、消防法<sup>(97)</sup>29条は、いわゆる破壊消防活動について規定しているが、3項で「消防対象物及びこれらのもののある土地」や「延焼の虞がある消防対象物及びこれらのものにある土地」以外の土地等の使用を認めており、本条は「社会公共的な性格から、必要性が認められ、また、緊急性の要件が冠せられ、かつ、公平負担の見地からする損失補償の措置に裏打ちされて、国民の私有財産制度との調和が図られた近代的な制度として、存続し

<sup>(98)</sup>ている」<sup>(98)</sup>と解されている。

警察官においては、警察官職務執行法（以下警職法とする）<sup>(99)</sup>4条が、「危険な事態がある場合の中でも、『特に急を要する場合』、すなわち、危険が切迫して、単に警告を発するだけでは不十分であり、又は警告を発していたのでは間に合わず、何らかの具体的な実力的措置を講じなければ危害を避けられないような状況となった場合」<sup>(100)</sup>にとりうる措置を規定している。この点に関して、長崎地判昭和42年9月29日刑裁月報4巻9号1578頁<sup>(101)</sup>は、学生らによる米国軍基地侵入等の行為を予防乃至制止するために阻止線を設定して交通を遮断し、また暴力行為を鎮圧するため催涙ガス、催涙液、警防等を使用したという事案で、防止線の設定について「学生らがいずれの場合も数一〇〇名の大集団となって平瀬橋及び佐世保橋に来襲したときの各状況は、まさに本条（警職法5条—筆者注）にいう『犯罪が行われようとする』状況下にあつたものといわなければならない。なお、かような状況下にあつた平瀬橋又は佐世保橋をその頃通行しようとする市民、一般群衆が同条にいう『関係者』に該当することは勿論である。そして本件警備阻止線において一般『関係者』の交通を完全に遮断した時期は、いずれも右学生ら集団が平瀬橋並びに佐世保橋に殺到する直前であつたのであるから、正に犯罪が行われようとする頃交通を遮断したことは明らかである。このような場合警察官は、同条及び同法第四条…により『関係者』に対し学生らの投石等によるその場の危害を避けしめるため警告し、引留めるため阻止線を張り交通を遮断したことは相当な措置であつたといわなければならない」と判示している。ここでは、通行人のために行った防止線の設定等が問題となっているが、警職法4条によって正当化されると解している。

このように、当該特別義務者に対して、刑法上は緊急避難行為に該当する行為を、法令によって職務権限として行ってよいとしている場合には、法令行為として正当化されるのであるから、緊急避難の規定は適用される必要がなくなる。<sup>(102)</sup>

もっとも、職務権限として35条により正当化される余地はないが、なお特別義務者の行為が緊急避難によって正当化されるかが問題となる事例はありうるように思われる。冒頭で挙げた例であるが、警察官が犯人と対峙しているときに、自身を守るために無関係な第三者の身体を侵害して危険を回避した場合は、警察官の職務権限には含まれないので、法令行為としては正当化されない。したがって、緊急避難が問題となるが、この場合に37条2項が警察官の緊急避難の成立を制限する理由が問題となる。この点に関して、警察官等は想定されている危険を転嫁する自体が禁止されるとの理由から「現在の危険」を否定することが考えられる。しかし、特別義務者であっても、その生命、身体等の要保護性が全く否定されるわけではなく、警察官の生命、身体等の利益と第三者の身体の利益の衝突は否定しえないと考えられる。

そもそも、特別義務者に義務を課しているのは、特別義務者がその義務を履行することが国家あるいは社会を成り立たせるために必要不可欠であるか少なくとも有益だからであると解される。例えば、治安維持や国防の任務は、当該職務において想定される危険に対処することで国家が成り立っているのであって、国家にとって必要不可欠な職務であるといえる。社会構成員は、国家や社会にこのような職務制度があることによって、安全に暮らせるなどの利益を享受している。これに対して、職務を遂行せずに、無関係な第三者に危険を転嫁することは、このような制度がもたらす利益をも侵害することになると考えられる。

例えば、警職法<sup>(103)</sup>5条や7条<sup>(104)</sup>では、国民の生命財産への危険を除去するためにする措置について規定しているが、当該状況において、当該危険を除去せずに、無関係な第三者に危険を転嫁した場合には、第三者の法益を侵害したにとどまらず、制度によって保たれている公共的利益、すなわち制度的利益をも侵害することになる。

そして、この制度的利益の侵害が法益侵害に加算されることによって、特別義務者の行為は生じさせた害の方が大きくなり、緊急避難の成立が否定さ

<sup>(105)</sup>れる。ただし、自身の生命を守るために唯一(最小限)の手段である危険回避行為によって第三者の身体を侵害してしまった場合など、制度的利益の侵害を勘案しても、侵害利益に対する保全利益の優越性が肯定されるようなとき<sup>(106)</sup>は、なお緊急避難の成立を肯定してよいと考えられる。

この点につき、自身の生命を投げ打つ義務まで課すことはできないと説明されることもある。この考え方からは、自身の生命等が侵害される危険がある状況においては、緊急避難の成立が肯定されうる。これに対して、本稿の考え方からすれば、生命(身体の枢要部分)を守るために第三者の生命を侵害した場合のように、同等利益の保持であるから通常は緊急避難が成立する事例でも、本稿の見解では制度的利益の侵害が加算される結果、せいぜい過剰避難<sup>(107)</sup>が成立するにとどまると解される。

なお、これまでしばしば特別義務者の問題として考えられることがあるが、理論上別の問題としてとらえるべきものもある。例えば、与えられた職務行為権限を越えた結果第三者を巻き込んでしまった場合には、当該行為は37条ではなく、35条の問題となると解される。また、警察官が犯人を確保するための有形力の行使が第三者をも巻き込んでしまった場合には、当該行為が正当化されるかは35条の問題となると考えられる。

これに対して、緊急避難の適用が問題となるのは、職務遂行の際に想定される危険を、職務を遂行することなく、その場に居合わせた無関係な第三者に転嫁した場合である。例えば、前述の警察官が犯人と対峙している際に、自身に生じた危険を避けるために、その場に居合わせた第三者の身体を侵害した事例で問題となる。この場合は、前述したように、制度的利益の侵害が侵害利益に加算される結果、原則として緊急避難の成立は否定されると解される<sup>(108)</sup>。

これに対して、職務と関係なく、第三者に危険が生じている場合には、その回避は特別義務者の問題と関係しないため、通常の緊急避難の問題となるか、あるいは救助そのものが職務権限に含まれているため35条によって正当<sup>(109)</sup>

化されるため、そもそも特別義務者の規定の問題とはならないと解される。

## ii 過剰避難の成立が制限される理由

特別義務者の避難行為について、制度的利益の侵害によって緊急避難の成立が否定されるとしても、過剰避難の成立の可能性は残される。過剰避難の減免根拠については、別稿で検討したように、違法責任減少説が妥当であると考えているが、刑の減免の段階に関しては刑罰目的論が考慮されると解し<sup>(110)</sup>ている。

前述したように、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難の規定は、保全法益の種類や法益主体の範囲が限定されており、自招危険や特別義務者の場合の例外規定が置かれており、その中で自招危険の場合にのみ刑の裁量的減軽が認められるという規定の構造ゆえに見解の対立が生じていた。これに対して、我が国の過剰避難は緊急避難の延長として規定されており、保全法益や法益主体の範囲について限定がない。したがって、保全法益や法益主体の範囲に関する批判は、我が国の過剰避難の基礎づけには妥当しいと考えられる。

過剰避難の減免根拠として違法責任減少説を前提にすると、特別義務者の避難行為といえども自身の法益を保全した点は、擁護利益として違法減少の要素となりうる。もっとも、特別義務者の義務が、国家や社会が成り立つための不可欠な組織に関する場合（例えば警察や消防など）にはその制度的利益も大きいものとなるから、その義務を怠り第三者を侵害した場合には、それだけ違法減少の度合いが小さくなると考えられる。そして、保全利益と侵害利益の差が著しく不均衡な場合には、そもそも法益を守るという要素が算入されないため違法減少自体が認められなくなると解される。第三者の法益と制度的利益の侵害が甚大であるため、法益保護が功利性の観点からもはやプラスの要素として勘案できないためである。<sup>(111)</sup>

違法減少に伴う責任減少の側面は、違法減少の議論がそのまま妥当する。また、心理的圧迫や狼狽により適法行為への動機づけが通常の場合と比べて困難であるという側面については、特別義務者は当該危険に対処する心構え

を備えていることが前提とされるため、この意味での責任減少が通常よりも小さいか否定されると解される。<sup>(112)</sup>

さらに、責任減少の余地が肯定されるとしても、当該義務者について、緊急状況に陥ることがしばしばありうる、もしくはそのような状況での職務がそもそも求められている場合には、一般予防や特別予防の必要性が通常の場合よりも増すと考えられるため、刑の裁量的減軽の程度も小さくなると解される。

## 2 特別義務者の義務の内容と範囲

### i 義務の内容

改正刑法草案成立過程でも再三議論されたように、37条2項の特別義務者に課されている義務とは、業務遂行に際し、自己を犠牲にしても他人を救わなければならない義務である。典型的には警察官や消防士、船員、自衛隊員の義務がこれに当たるとされている。

それぞれに関係する法令を見ると、古くから議論されていた船員については、船員法<sup>(113)</sup>12条で船長の義務を定めている。大判明治35年5月5日刑録8輯5巻52号は、「同法條ハ船長ハ人命船舶等ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且旅客船員其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後ニ非サレハ船舶ヲ去ルコトヲ禁シタルモノナレハ立去ルノ意思ヲ以テ立去リタル以上ハ同法條ノ違背タルヲ免カレス故ニ船客ヲ見捨ツル意思ノ有無ハ之ヲ判示セサルモ理由ノ不備ニアラス」と判示している。この点に関して、同法の解説書において、「船長は船舶の安全と秩序を保持すべき責任者として、海難等船舶に急迫した危険があるときは、人命、船舶および積荷の救助に必要な手段を尽くさなければならない。また、船長は、船舶沈没富の場合においても、最後まで船舶に止り、海員その他船内にあるものを船舶から去らせるために最善の努力を尽くした後でなければ、自己の指揮する船舶を去ってはならない<sup>(114)</sup>」と解されている<sup>(115)</sup>。

自衛隊員については、自衛隊法56条で、「隊員は、法令に従い、誠実にそ



の職務を遂行するものとし、職務上の危険若しくは責任を回避し、又は上官の許可を受けずに職務を離れてはならない。」と規定されている。これに対して、警察官や消防士についてはこれらに相当する規定はないが、船員や自衛隊員と同じようにこの特別義務者に該当すると解されている。

問題は、なぜこれらの者に対して、義務を課してよいかである。先に述べたように、国家や社会が成り立つために必要だという理由は義務を課す前提となる。もっとも、実際に義務を課すことが妥当かどうかを判断する際には、想定される危険に対処できるだけの訓練や選抜を制度として構築していることが必要となると解される。なぜなら、そのような制度が構築されていない場合には、前述したような制度的利益を守ることを課したり、責任減少を否定するような危険に対処する心構えを課したりすることが、義務者にとって過度な義務づけになると考えられるからである。

警察官、消防士、自衛隊などではこのような訓練や選抜方法を組織的に構築されていると考えられるが、船員に関してはそのような制度が構築されているとはいえないため、先の船員法12条の義務について警察官や消防士と同じように考えることができるかについては疑問が生じる。

しばしば、特別義務者に課せられる義務について、それが法律で規定されたものに限られるのか、それ以外のもの、例えば契約上の義務でもよいか、さらには、それが「業務上」のものでなければならないのかが議論されているが、本稿の考え方からすれば、一概に法令で規定されているか業務であるかはそれ自体として問題となるわけではなく、義務を課す前提が制度的に構築されているかが重要だと解すべきである。

この点に関して、ドイツで例として挙げられるのは、登山案内人や裁判官である。登山案内人は、自身の業務として危険を引き受ける立場に自身で就いたことが、義務づけの理由として考えられている。そこで想定されているのは、登山者が山に由来する危険に陥った事例で、登山案内人は自身が危険だからとの理由で救助を怠ってはならず、緊急避難規定は適用されないとい

うことであると思われる。しかし、それは不作為犯の保障人的地位を基礎づける理由にはなりうるが、緊急避難の成立を否定する理由にはなりえないと解される。

## ii 保障人と特別義務者の関係

ドイツでは、保障人的地位に立つ者も特別義務者と同じく「法的に特別な関係」に該当すると解されている。<sup>(118)</sup>例えば、父親は自身の身体や生命が危険にさらされるのも厭わずに、燃焼している家にいる子供を助けなければならないと考えられている。

しかしながら、危険に対処する訓練や制度が前提とならない保障人に関しては、特定の法益を守る義務づけを超えて、義務者自身が危険を冒してでも当該法益を守ることまでは義務づけられないと解すべきである。<sup>(119)</sup>

したがって、保障人的地位にある者であっても緊急避難の成立は何ら妨げられない。例えば、父親が自身の危険を避けるために、子供を侵害して危険を免れた場合、父親が保障人的地位にある者だからという理由で緊急避難の成立が制限されるのは妥当でない。父親は、子供を救助する義務を負うが、それは父親が救助できる状態である場合に限られるであろう。<sup>(120)</sup>

## iii 義務の範囲

この点に関連して、特別義務者の義務について、職務の遂行と必然的な方法で結びついている典型的な危険に限定されると解する点に異論はないように思われるが、本稿の立場からすると、そのような危険に限定されるのは、そのための訓練や組織が整備されているからである。したがって、裁判官については、暴力に屈せずに判決を下すための訓練等の制度は整備されていないと考えられるため、緊急避難の適用は排除されないと解される。

現行刑法制定時や改正刑法草案作成時において、特別義務者とはいかなる者か、いかなる内容や範囲の義務が課されるのかが議論されてきたが、そもそもなぜ特別義務者に緊急避難の成立が制限されるのかが基礎づけられて初めてどのような者あるいは職種が該当するのかが問題となってくるのではな

いだろうか。

## V 終わりに

本稿は、わが国でこれまで議論が十分に行われてきたとはいえない37条2項の特別義務者の問題について検討した。現行刑法制定時や改正刑法草案作成時の立法や学説の議論では、特別義務の内容や範囲が問題とされていたが、緊急避難や過剰避難の成立が制限される根拠については議論が十分になされていなかった。

これに対して、ドイツでは免責的緊急避難において、免責が否定される根拠に関して議論がなされていた。もっとも、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難の規定は、保全法益や法益主体の範囲が限定されており、自招危険や特別義務者の場合の例外規定が置かれており、その中で自招危険の場合にのみ任意的減軽が認められるという規定の構造を説明する理論が求められるのに対して、わが国ではそのような限定がないために同じように考えてよいかは熟慮を必要とする。一方、ドイツ34条の正当化的緊急避難においては、特別義務者に対しては正当化が制限されることは前提になっており、それがいかなる要件において考慮されるべきかに議論が集中しているように見受けられる。

このような議論状況のなかで、本稿は、特別義務者に対して緊急避難の成立が制限されるのは、社会制度によって利益を得ている公共的利益、すなわち制度的利益をも侵害しているためであると解した。国家や社会にこのような職務制度があることによって、社会構成員は安全に暮らせるなどの利益を得ているのであって、その義務を果たさないことは国家や社会にとって耐え難いマイナスを生じさせるゆえに、緊急避難による正当化が制限されると解される。

過剰避難については、違法減少に伴う責任減少の側面は緊急避難の議論が妥当するが、特別義務者は当該危険に対処する心構えを備えていることが前

提とされるため、心理的圧迫や狼狽による責任減少は否定されると解される。

そして、特別義務の内容や範囲については、特別義務を課すことが正当化されるのはいかなるものかという観点から考察を加え、想定される危険に対処できるだけの訓練や選抜を制度として構築していることが要件となり、その範囲で義務が生じると解される。

もっとも、警察官や消防士、自衛隊員のほかにいかなる者が該当しうるかについてや、保障人的地位にある者と特別義務者との関係についても十分に検討を行えなかった。これらの点に関しては、今後の検討課題としたい。

(1) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣、1986年)438頁など。

(2) 内藤・前掲注1)438頁。

(3) 例えば、宮城浩蔵『刑法正義上巻(復刻版)』(明治大学創立百周年記念学術叢書出版委員会、1984年、原版1893年)281頁以下、この点に関してはすでに井上宜裕『緊急行為論』(成文堂、2007年)86頁以下に詳細な紹介がある。

(4) 旧刑法から現行刑法への改正過程での、緊急避難の規定に関する経過については井上・前掲注3)88頁以下、遠藤聡太「緊急避難論の再検討(4)(5)」法学協会雑誌131巻7号(2014年)1頁以下、同131巻12号(2014年)71頁以下が詳しい。

(5) 内田文昭他編『刑法[明治40年](2)日本立法資料全集21』(信山社、1993年)

(6) 井上・前掲注3)89頁。

(7) 内田他編・前掲注5)138頁。もっとも、なぜ特別義務者の規定が設けられたかに関しては、この当時の基本書(宮城浩蔵『日本刑法講義』(明治法律学校講法会、1895)、岡田朝太郎『日本刑法論』(有斐閣書房、1895)、倉富勇三郎『刑法講義』(監獄官練習所篇纂、1892年)、石渡敏一『刑法総論』(日本法律学校、出版年不明)など)や審議の過程を見ても明らかにならなかった。ただし、すでに1885年の時点で Binding が特別義務に相当する議論を Notpflicht として展開している。そして、政府委員石渡敏一は Binding のいるライプツィヒ大学に留学しており、Binding のこのような記述を参照した可能性が大きい。また、石渡に限らず当時ドイツの議論を参照する論者も見受けられることから、ドイツでの特別義務についての議論を参考に、日本でも同様の考え方を条文化したとも考えられる。Vgl. Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 780ff. 石渡敏一に関する情報につ

いては、遠藤聡太「緊急避難論の再検討」法学協会雑誌132巻7号（2015年）121頁注337参照。

- (8)「第50條 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムヲ得サルニ出タル行為ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス但職務上特別ノ義務アル者ハ此限ニ在ラス」(内田他編・前掲注5) 516頁。)

- (9) 内田他編・前掲注5) 516-7頁。

- (10)「第47條 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムヲ得サルニ出タル行為ハ其行為ヨリ生シタル害避ケントシタ害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタルトキト雖モ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス」と規定しており、現行刑法の規定とほぼ同内容である。この草案において、害の衡量要件が取り入れられており、緊急避難理論にとって重要な転換期であったといえるが、特別義務者の問題に関しては明治33年の「刑法改正案」と比べると、「職務上」が「業務上」と変化している点が変化として挙げられる。内田文昭他編『刑法〔明治40年〕(4)日本立法資料全集24』(信山社、1995年) 87頁。

- (11) 内田他編・前掲注10) 346-7頁。

- (12) 内田他編・前掲注10) 346頁。

- (13) 刑法改正案45条は「法令又ハ正當ノ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」と規定しており、現行刑法35条の規定と同内容である。この45条については、理由書では「現行法七十六條ハ本屬長官ノ命令ニ從テ為シタル行為ノ責任ノミヲ規定スト雖モ業務上為シタル行為ニ付テハ一言ノ規定ナク之カ為メ解釋上ノ困難ヲ生シタルコトアルヲ以テ改正案ハ一般ニ法令ニ因リ為シタル行為ハ罪ト為ラサルコトヲ明確ニシタリ」とされている。内田他編・前掲注10) 82頁。

- (14) 内田他編・前掲注10) 346頁。

- (15) 内田他編・前掲注10) 347頁。

- (16) そこでは、37条「自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムコトヲ得サルニ出タル行為ハ其行為ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタル行為ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕シ又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス」と規定されており、その立法理由として（業務上特別義務者について）、「現行法ハ職務上他人ヲ救護ス可キ

特別ノ義務アル者ニ關スル規定ヲ缺ケル為メ往往危険ナル場合ヲ生セサルニ非ス是ヲ以テ本條第二項ニ於テ新ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタリ」としている。内田文昭他編『刑法〔明治40年〕(7)日本立法資料全集27』(信山社、1996年)334頁以下。

(17) 改正刑法草案に至るまでの議論については、内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』(有斐閣、1974年)115頁以下が詳細である。

(18) 『改正刑法仮案』(法曹会、1940年)5頁。

19条「自己又ハ他人ノ利益ニ對シ急迫ニシテ且他ニ避クル方法ナキトキ重大ナル危難ヲ避クルニ出テタル

行為ハ其ノ際ニ於ケル情況ニ照シ相當ナルトキハ罪ト為ラス

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス

前條第二項及第三項ノ規定ハ本條ノ避難行為ニ之ヲ準用ス

参照：18条 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ利益ヲ防衛スルニ出テタル行為ハ其ノ際ニ於ケル情況ニ照ラシ相當ナルトキハ罪ト為ラス

防衛行為カ程度ヲ超エタル場合ニ於テハ情狀ニ因リ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ其ノ行為カ恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ出テ宥恕スヘキトキハ之ヲ罰セス」

(19) 内藤・前掲注17)121頁。

(20) この予備草案がさらにそれに先立つ1926年臨時法制審議会決議による「刑法改正ノ綱領」がその23項で「防衛行為、避難行為ニ付テハ其ノ要件タル行為ノ必要性ヲ行為ノ相当性トスル規定ヲ設クルコト」(『改正刑法仮案』・前掲注18)5頁参照)との改正の指針の趣旨を受け継いでおり、特に特別義務者について過剰避難を成立させるべきだとする議論がなされていないことがその根拠であると考えられる。

(21) 宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂書房、1932年)100頁。

(22) 14条「①自己又は他人の法益に対し他に避ける方法のない急迫した危難が生じた場合に、その危難を避けるためにやむを得ないでした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったときは、これを罰しない

②避難行為がその程度を超えた場合には、前条第二項の規定を準用する」

なお13条2項は過剰防衛を定めた規定である。

『改正刑法準備草案：附同理由書』(改正刑法準備会・1961年)105頁。

(23) 『改正刑法準備草案：附同理由書』・前掲注22)105頁。

- (24) この点に関しては、すでに内藤・前掲注17) 137頁以下に紹介がある。
- (25) 木村亀二「刑法草案総則の批判的検討」『刑法改正と世界思潮：改正刑法準備草案の検討』（日本評論社、1965年）60頁。
- (26) 福田平「改正刑法準備草案と違法性阻却事由」同『目的的行為論と犯罪理論』（有斐閣、1964年）225頁。
- (27) 井上正治『刑法学総則』（朝倉書店、1951年）102頁。
- (28) 審議過程についても、すでに内藤・前掲注17) 153頁以下に紹介がある。
- (29) 『法制審議会刑事法特別部会 第一小委員会議事要録（一）』（法務省、1964年）8頁。
- (30) 『法制審議会刑事法特別部会 第一小委員会議事要録（四）』（法務省、1967年）348頁以下。
- (31) ギリシア刑法やイタリア刑法が挙げられているが、第一小委員会の資料（「不作為による作為犯・正当行為・正当防衛・緊急避難に関する規定についての外国立法例」（1967年））によると「イタリア刑法 54条（緊急状態） ①身体に対する重大な侵害の現在の危険であって、みづから惹起したものでなく、かつ、他の方法では避けることのできない危険から、自己又は他人を免れさせるため、必要性によって強制されたゆえに、行為をした者は、その行為がその危険と均衡を保つものであるときは、これを罰しない。
- ②前項の規定は、自己を危険にさらすべき法律上特別の義務を有する者には適用しない。
- ③第1項の規定は、緊急状態が他人の脅迫に基因するものであるときにも適用する。この場合にあっては、被脅迫者のなした行為につき、その遂行を強制した者が責任を有する。」
- 「ギリシア刑法 25条（正当化事由としての緊急状態） ①自己又は他人の人格又は財産に対する、自己の責めに帰せられず、現在の、かつ、ほかの方法では回避することのできない危険を回避するためにした行為は、生じた損害が脅かされた損害よりも著しく軽微なものであるときは、違法でない。
- ②前項の規定は、自己を脅かされた危険にさらすべき業務を有する者には適用しない。
- ③第23条の規定（免責事由としての緊急状態 - 筆者注）は、本条にも準用する。」と規定されている。
- (32) 『第一小委員会議事要録（四）』・前掲注30) 348-9頁。

- (33)『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349頁。
- (34)『『やむを得ないでした』は、行為者の主観的心情と客観的事情とを総合して判断すべきであり、その客観的事情の中には業務上特別義務の内容、程度等も当然含まれる』との理由からである。『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349頁。
- (35)「業務上特別義務者は現実に武器、防具等を所持し、また、特別の訓練を受けている例が多い」との理由からである。『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349頁。
- (36)「業務上特別義務者にもそれぞれ特性があり、これを一律に処理することは困難であるから」各特別法で個別に配慮すべきとの理由からである。『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349頁。
- (37)『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349頁。
- (38)『第一小委員会議事要録(四)』・前掲注30) 349-50頁
- (39) 1項は緊急避難、2項は過剰避難をそれぞれ規定し、3項で「前2項の規定は、危難に当たるべき業務上の義務のある者には、これを適用しない。」と規定している。その趣旨は、緊急避難も過剰避難も特別義務者にそのままの要件では適用されない点は同じであるため、3項に規定を置いたとしている。『第一小委員会議事要録(五)』(法務省、1968年) 359-60頁。
- (40) 1項は緊急避難、3項は過剰避難をそれぞれ規定し、2項で「前項の規定は、業務上危難にあたるべき〔特別の〕義務のある者には、これを適用しない。但し、避難行為が他人の法益に対する危難を避けるために行なわれたとき、その他その際における状況に照らし相当の理由があるときは、この限りでない。」と規定している。その趣旨は、特別義務者には緊急避難の適用は排除されるが、過剰避難の規定は適用してよいと考えたとしている(ただし、緊急避難も例外的に適用される余地があることを示すために、例示的にただし書を設けたとも述べている)。『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 359-60頁。
- (41)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 360頁。
- (42)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 360頁。
- (43)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 361頁。
- (44)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 361-2頁。
- (45)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 362-3頁。
- (46)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 363頁。
- (47)『第一小委員会議事要録(五)』・前掲注39) 364頁。「14条 ②前項の規定は、み



ずから危難にあたるべき業務上特別義務のある者には、これを適用しない。」

- (48)『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注39）365頁。
- (49)『第一小委員会議事要録（七）』（法務省、1970年）632頁。
- (50)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』（法務大臣官房司法法制調査部、1963年）43頁以下。
- (51)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注50）49頁。
- (52)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注50）52頁。
- (53)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注50）53頁。
- (54)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注50）54頁。
- (55)『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注50）56頁。

(56) 15条 ①緊急避難の規定

②前項の規定は、みずから危難にあたるべき業務上特別の義務のある者には、これを適用しない。

③過剰避難の規定

『法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案：附 同説明書』（法曹会、1972年）7頁。

- (57)『法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案：附 同説明書』・前掲注56）107-8頁。
- (58) 森下忠「業務上の特別義務者と緊急避難」団藤重光他編『犯罪と刑罰（上）佐伯千仞博士還暦祝賀』（有斐閣、1968年）351頁以下。
- (59) 森下・前掲注58）357頁。
- (60) 森下・前掲注58）360頁。
- (61) 森下・前掲注58）360頁。
- (62) 森下・前掲注58）363頁。
- (63) 森下・前掲注58）364頁。
- (64) 森下・前掲注58）366頁以下。
- (65) 森下・前掲注58）370頁。
- (66) ドイツの免責的緊急避難については、拙稿「過剰避難の減免根拠と要件について（1）」法研論集153号（2015年）259頁参照。
- (67) 旧規定54条「正当防衛の場合ではなく、他の方法では除去できない、自己の責任によらない緊急状態において、行為者又は親族の身体又は生命に対する現在の危険を避けるために行われた行為は、可罰的行為ではない」訳文は白井滋夫訳『ドイツ刑法典』（法務大臣官房司法法制調査部調査統計課、1967年）に従ったが、部分的に修正を加えた。

- (68) 35条1項「生命、身体または自由に対する他の方法では回避できない現在の危険において、自己、親族またはその他の自己と密接な関係にある者の危険を回避するために、違法行為を行う者は、責任なく行為した者である。状況によって、とりわけ、行為者が自ら危険を惹起したことを理由にして、又は、行為者が特別な法的関係にあったことを理由にして、行為者に危険を甘受することを期待しえた場合は、この限りでない。ただし、特別な法的関係の考慮によってではなく、行為者が危険を甘受すべきであったときは、第49条1項によって、刑が軽減されうる。」訳文は、『ドイツ刑法典』(法務省大臣官房司法法制部司法法制課、2007年)に従ったが、部分的に修正を加えた。
- (69) この「特別な法的関係」については、我が国でいうところの特別義務者が想定されているため本稿では特に区別せず、特別義務者と表現する。なお、「特別な法的関係」にはさらに保障人的地位にある者も含まれている。
- (70) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 156ff., Hans-Joachim Rudlphi, ZStW78 (1966), 81ff.,
- (71) Hans-Joachim Rudlphi, in Systematischer Kommentar, 7. Auflage, § 35 Rn. 47, Hans Joachim Hirsch, in Leipziger Kommentar, 11. Auflage, § 35 Rn. 47.
- (72) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2006, § 22 Rn. 9f., Claus Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 205ff, Georg Lugert, Zu erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand, 1991, S. 93ff.
- (73) Lugert, a. a. O. (Fn. 72), S. 95f.
- (74) Lugert, a. a. O. (Fn. 72), S. 96. Bernsmann, a. a. O. (Fn. 72), S. 212.
- (75) Claus Roxin, JA, 1990, S. 98f., ders, a. a. O. (Fn. 72), § 22 Rn. 6. Roxinによれば、この場合には、責任と予防の必要性で構成される答責性が阻却される。Roxinの答責性については、Vgl., Roxin, a. a. O. (Fn. 72), § 19 Rn. 3. この点に関しては、すでに拙稿・前掲注66) 260頁。
- (76) Roxin, a. a. O. (Fn. 72), § 22 Rn. 11.
- (77) Roxin, a. a. O. (Fn. 72), § 22 Rn. 35f.
- (78) Bernsmann, a. a. O. (Fn. 72), S. 222f., Lugert, a. a. O. (Fn. 72), S. 97f.
- (79) 議論の内容については、内藤・前掲注17) 165頁以下が極めて詳細であり、この文献を参考にした小田直樹「特別義務者と緊急避難」 齊藤誠二他編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀上巻』(成文堂、1995年) 296頁以下が簡潔である。
- (80) 内藤・前掲注17) 299頁。

- (81) 内藤・前掲注17) 318頁。
- (82) この場合35条の解釈としては、1項2文が危険の甘受が期待可能であった場合を規定しており、さらに3文も同様の場合で、したがって、この場合の特別義務者には免責や刑の減軽が否定されると解することになる。内藤・前掲注17) 319頁。
- (83) 34条「生命、身体、名誉、財産またはその他の法益に対するほかの方法では回避できない現在の危険において、自己または他人の危険を回避するために行為をなす者は、対立する利益間の衡量、とりわけそれを脅かしている危険の程度との衡量に際して、保護される利益が侵害される利益を本質的に優越している場合には、違法に行為するものではない。但し、このことは行為が危険を回避するために相当な手段である場合に限られる。」
- (84) 「1項 生命、身体、自由、名誉、財産またはその他の法益に対する、現在の他に回避することができない危険の中で、その危険を自己または他人から回避するために行為をした者は、対立する利益、とりわけ当該法益及びこれに切迫する危険の程度を衡量し、その者の保護した利益が侵害した利益よりも著しく優越する場合には、違法に行為したものではない。但し、このことは、その所為が危険を回避するのに相当であった場合に限り、妥当する。」
- 2項は錯誤の規定を定めている。
- (85) 『1962年ドイツ刑法草案理由書（総則篇）—第一分冊—』（法務省刑事局、1966年）196頁。
- (86) もっとも、1962年草案に先立つ1956年草案理由書では、特別義務者の問題は、免責的緊急避難における期待可能性の要件で解決されると考えられていた。齊藤金作訳『1956年ドイツ刑法総則草案理由書（上）』（早稲田大学比較法研究所、1959年）216－7頁。この点に関しては、内藤・前掲注17) 197頁。
- (87) Gehardt Grebing, GA, 1979, S.94ff.
- (88) Theodner Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 101., ders, GA, 1985, S. 311. Lenckner は、衝突する法益だけでなくその他の個別的事例の事情すべてを利益の衡量の要素とする（保全した利益が侵害した利益よりも優越する場合には、生じた侵害は甘受する義務が負われる）、包括的利益衡量説の立場から、特別義務を衡量の一要素とする。Lenckner と同趣旨の見解として、Wilfried Küper, JZ, 1980, S. S. 755f., Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2012, § 8 Rn. 147ff. がある。
- (89) Lenckner, GA, a. a. O. (Fn. 88), S. 311f.

(90) 小田・前掲注79) 311頁以下。

(91) 小田・前掲注79) 320頁。

(92) 小田・前掲注79) 323頁。

(93) 小田・前掲注79) 323頁。

(94) 拙稿「緊急避難における転嫁と第三者保護について」法研論集147号(2013年) 207頁以下参照。もっとも、違法性阻却事由と解したからといって、責任阻却事由であることを否定するものではない。

(95) 拙稿「過剰避難の減免根拠と要件について(2・完)」法研論集154号(2015年) 205頁以下参照。

(96) 小田・前掲注79) 321頁。

(97) 消防法29条「消防吏員又は消防団員は、消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のために必要があるときは、火災が発生せんとし、又は発生した消防対象物及びこれらのものの在る土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。

2項 消防長若しくは消防署長又は消防本部を置かない市町村においては消防団の長は、火勢、気象の状況その他周囲の事情から合理的に判断して延焼防止のためやむを得ないと認めるときは、延焼の虞がある消防対象物及びこれらのものの在る土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。

3項 消防長若しくは消防署長又は消防本部を置かない市町村においては消防団の長は、消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のために緊急の必要があるときは、前二項に規定する消防対象物及び土地以外の消防対象物及び土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。この場合においては、そのために損害を受けた者からその損失の補償の要求があるときは、時価により、その損失を補償するものとする。

4項 前項の規定による補償に要する費用は、当該市町村の負担とする。

5項 消防吏員又は消防団員は緊急の必要があるときは、火災の現場附近に在る者を消火若しくは延焼の防止又は人命の救助その他の消防作業に従事させることができる。」

(98) 消防庁予防救急課・危険物規制課編著『消防法解説』(全国加除法令出版、1986年) 569頁。

(99) 警職法 4条「警察官は、人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼす虞のある天災、事変、工作物の損壊、交通事故、危険物の爆発、狂犬、奔馬の類等の出現、極端な雑踏等危険な事態がある場合においては、そ

の場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に必要な警告を発し、及び特に急を要する場合においては、危害を受ける虞のある者に対し、その場の危害を避けしめるために必要な限度でこれを引き留め、若しくは避難させ、又はその場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に対し、危害防止のため通常必要と認められる措置をとることを命じ、又は自らその措置をとることができる。」

(100) 古谷洋一編著『注釈 警察官職務執行法(再訂版)』（立花書房、2007年）258頁。

(101) 古谷・前掲注100) 259頁以下参照。

(102) 小田は、Bernsmann の見解を参考に、刑法外の法律で与えられた行為権限が、一般人と比べて不利に働く場合に、それに伴う不利益として特別義務が課されることになるかと解している。小田・前掲注79) 310頁。Vgl., Claus Bernsmann, Zum Handeln von Höheitsträgern aus der Sicht des entschuldigenden Notstandes, FS Günter Blau, 1985, S. 44ff.

(103) 警職法 5条「警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めたときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、又、もしその行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があって、急を要する場合においては、その行為を制止することができる。」

(104) 警職法 7条「警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十六条（正当防衛）若しくは同法第三十七条（緊急避難）に該当する場合又は左の各号の一に該当する場合を除いては、人に危害を与えてはならない。

一 死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる兇悪な罪を現に犯し、若しくは既に犯したと疑うに足る充分な理由のある者がその者に対する警察官の職務の執行に対して抵抗し、若しくは逃亡しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足る相当な理由のある場合。

二 逮捕状により逮捕する際又は勾引状若しくは勾留状を執行する際その本人がその者に対する警察官の職務の執行に対して抵抗し、若しくは逃亡しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足る相当な理由のある場合。」

- (105) Lenckner, a. a. O. (Fn. 88), S. 311.
- (106) 犯人と対峙しているときに、自身の生命を守るために、無関係な第三者に軽い傷害を負わせてしまったような場合が考えられる。
- (107) 超法規的責任阻却事由としての期待可能性が否定される可能性は排除されないがここではおいておく。
- (108) もっとも、保全利益と侵害利益の差がどれくらいであれば正当化が肯定されるかについては、制度的利益が抽象的な利益であるため明確ではない。保全利益が生命で、侵害利益が軽微な身体傷害であるように利益の差が著しい場合には、正当化が肯定されると解されるが、具体的な検討については今後の課題としたい。
- (109) 例えば、警職法4条の場合が挙げられる。警職法4条については前掲注99) 参照。
- (110) 拙稿・前掲注95) 205頁以下。
- (111) 拙稿・前掲注95) 220頁参照。
- (112) Bernsmann, a. a. O. (Fn. 72), S. 429., Tatjana Hörne, JuS, 2009, S. 880.
- (113) 船員法12条「船長は、自己の指揮する船舶に急迫した危険があるときは、人命の救助並びに船舶及び積荷の救助に必要な手段を尽くさなければならない。」
- (114) 野村一彦『船員法概説』(成山堂書店、1959年) 42頁。同様の主旨を述べるものとして運輸省船員局労働基準課編『船員法解釈例規集』(成山堂書店、1963年) 54頁がある。
- (115) さらに、船員も船員法21条「海員は、次の事項を守らなければならない。」の1号「上長の職務上の命令に従うこと。」や4号「船長の許可なく船舶を去らないこと。」の規定から船長とともに乗客に対して義務を負っていると考えられる。この点に関しては、森下・前掲注58) 367頁。
- (116) 前述したように、わが国では現行刑法制定時の議論や改正刑法草案における議論などで問題とされていた。
- (117) Lugert, a. a. O. (Fn. 72), S. 40ff.
- (118) Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. ff., Roxin, a. a. O. (Fn. 72), § 16 Rn. 66, もっとも、特定の法益に対する義務(保障人的地位)と公共に対する義務とでその義務づけの程度が異なるとの見解も主張されている。例えば、Lugert, a. a. O. (Fn. 72), S. 40ff.
- (119) Wilfried Küper, Grund - und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichten-kollision im Strafrecht, 1979, S. 108., Kühl, a. a. O. (Fn. 88), § 8 Rn. 149.
- (120) 不作為犯における作為容易性の要件では、保障人的地位にある者の能力(泳げ

るか否か）が問題となるが、通常的能力を要する者が緊急状況で能力を発揮できない場合も同じように考えられるように思われる。もっとも、保障人的地位にある者については不作為犯に関する検討が必要であるためここでは深く立ち入らない。

（121）森下・前掲注58）366頁。

