

早稲田大学博士論文概要書

緊急行為としての緊急避難

早稲田大学大学院法学研究科

永井 紹裕

第1部 緊急避難論の検討

緊急避難とは、刑法37条に規定されている不処罰事由である。そこでは、自身または他人の差し迫った危難を避けるために第三者（防衛的緊急避難の類型では、危険源となった他人を侵害する行為が問題となる）に加えた侵害行為について、当該状況において何らかの侵害行為をしなければ危難が避けられず、なおかつそれが取りうる手段の中でもっとも軽微なもの（補充性）であって、さらに生じた利益侵害が避けようとした利益侵害を超えなかった場合、処罰されない旨規定されている。

この緊急避難の規定に関しては、違法性阻却事由なのか、それとも（違法性阻却事由でもあるが）異なった事由で処罰が否定されるのかについての争い（法的性質論）が、中心になっており、未だに議論が続いているのが現状である。違法性阻却事由なのかそれとも異なった不処罰事由なのかについての議論の重要性は否定できない。とりわけ、緊急避難の法的性質論においては、危難を転嫁される第三者が、正当防衛によって対抗できるのか、それとも緊急避難の限度でしか対抗できないのかについての争いを主な問題としているといえる。

同じく緊急状況という例外的状況における行為である正当防衛に関しては、それが違法性阻却事由であることにさほど争いが無いにもかかわらず、緊急避難において争いがあるのはなぜかが問題となる。それは、緊急避難の構造に由来していると思われる。すなわち、とりわけ攻撃的緊急避難の場合には、自身（あるいは第三者）に迫った危難を、無関係な第三者に転嫁し巻き込むことによって回避する行為が問題となっており、いうならば赤の他人に自分にせまった災難を押し付けることを許している。この無関係な第三者に危難を転嫁するという点が、緊急避難行為の正当化に躊躇を覚えさせると考えられる。

さらに、緊急避難においては、極限的な状況において、とりわけ他人の生命を侵害することによって、危難を免れることが正当化されるかということが問題となる。例えば、船が座礁し、海に投げ出された船客の中の2人が、海に浮かんでいた1枚の板のそばに同時に泳ぎ着いたが、その板は1人分を支える浮力しかなかったという場合に、1人がもう1人を突き飛ばして板を独占したが、突き飛ばされた者が溺死してしまった事例（カルネアデスの板）や、先の線路上に5人の作業員が線路を修復作業しているのを目撃した運転手が、ブレーキをかけようとしたが故障してかからなかったため、隣の線路に行くように方向を切り替えたが、その線路上では1人の作業員が作業していたため、列車に轢かれ作業員は死亡した事例（トロリー事例）、外科医が5人の移植が必要な患者のために1人の若い男から臓器を摘出し、その臓器を先の5人に移植したが、その結果5人は救出され、若い男は死亡したという事例（臓器移植事例）などにおいて、突き飛ばす行為や進路切り替え行為、臓器移植行為が、それぞれ緊急避難によって正当化されるのかが問題となりうる。これらの事例は、古くから倫理学等で議論されてきており、法学においても従来から議論があった。しかしながら、とりわけ刑法学上、その解決に関して一致した考え方があるとは言い難い状況にあるといえる。そこでは、いかなる根拠により緊急避難のいかなる要件が制限されるかについての争いが見られる。本稿では、この点に関する考察を加えるとともに、先に挙げた事例において緊急避難の成立が否定された場合でも、過剰避難の成立まで否定されることになるのか、否定されないとしたら、いかなる根拠からなのかを検討する（第1部第2章）。

さらに、緊急避難の成立が制約される場合に関しては、37条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」と規定しているが、この業務上特別の義務がある者（特別義務者）に緊急避難（ひいては過剰避難）の成立が否定される根拠について問題となる。しかし、この特別義務者に関する文献はわが国ではあまり多くない。そこで、そもそもなぜこのような規定がわが国に導入されたのかという点を検討するため、立法史から遡って検討を加えた。さらに、類似の規定をもつドイツにおいても議論を参考に、わが国において特別義務者に緊急避難ないし過剰避難の成立が否定されるのはなぜかについて一定の結論を示した（第1部第3章）。

そして、緊急避難状況を自身で招いた場合（自招危難）に、緊急避難の成立が否定ないし制限されるかについても検討を加えた。もっとも、この点に関する文献もわが国ではあまり多くないこと、それに対して、正当防衛状況を自身で招いた場合に関する検討を加えた文献は多数見られること、等から自招防衛と呼ばれる類型に関する議論を参照し、正当防衛が制限される根拠についての議論が自招危難にも妥当するか、すなわち共通の制約根拠が妥当するかという観点から検討を加えた（第1部第4章）

最後に、緊急避難行為が過剰に至った場合（過剰避難）、刑の任意的減免が規定されているが、その根拠や、その成立のためにはいかなる要件が必要かについて検討を加えた（第2部）。ここでは、緊急避難と過剰避難がいかなる関係に立つかが、主な問題意識を構成している。すなわち、過剰避難の減免根拠が緊急避難の正当化根拠と全く関係しないのだとすると、必要な要件は過剰避難独自のものになりうるが、緊急避難との連続性を持つとするならば、緊急避難で必要であった要件が、過剰避難においても少なくとも部分的には必要となると考えられる。

第1章 緊急避難の法的性質論

刑法上の緊急避難規定（37条）規定の性質について、全体としてマイナスが生じておらず、社会的有用性の観点から違法性が阻却されるとしている違法性阻却説が我が国の通説的見解であるが、これに対しては無関係な第三者への転嫁の不当性とそれに基づく第三者の保護の必要があるのではないかという批判が向けられている。本章は、この点に関して検討を加えるものである。

降りかかった危難を他人に転嫁して逃れようとする不当性と、それに基づく第三者の要保護性、すなわち、自身に降りかかった危難は自身で甘受せよという、運命甘受原則から導かれる他人に対する危難の転嫁禁止原則が、まず前提としてあり、それを破って無関係な第三者を害して自身が助かったことに対する否定的評価、そこから導かれる第三者の行為者に対する優越した要保護性、が違法性阻却説に反対する各学説に共通している。

しかし、そもそも危難に遭遇したことが、行為者の要保護性の低さの理由にならないと解される。したがって、行為者も第三者も要保護性は対等なはずである。よって、第三者への転嫁という点を第三者の要保護性の高さを基礎づけるものとして考慮することは妥当ではない。そして、緊急避難も公共的観点からの利益調整だと考えれば、強制収容や破壊消防の場合と同じような考慮から一定程度権利が制限されることも正当化されうると考えられる。そうだとすれば、国家が危難に遭遇している者のために、第三者救助の観点から介入することは、利益調整の観点から許されるが、危難に遭遇している者自身が転嫁を行うのは許されない、と考えることはできないであろう。

したがって、利益調整の観点から国家が緊急避難行為に正当性を付与すると考えるならば、性質論としては通説である違法性阻却説が妥当であるように思われる。問題は、どこまでの侵害が許容されてよいかということになる。この点に関して、転嫁という緊急避難に特徴的な観点を考慮することができると思われる。第三者は危難を転嫁されることによって、もともと危難に遭遇した者の犠牲にされることになる。もちろん、第三者も緊急避難の限度で対抗や転嫁が許されるかもしれない。しかし、そうだとした場合、危難に遭遇した者の擁護利益が優越している場合や、逃げられる場合には対抗や転嫁は許されないことになる。国家が、第三者にこのようなことを要求することになる以上、命を犠牲にさせたり、重大な身体傷害を生じさせたりすることは、許されるべきではない。そこまで許容すると、まさに危難を転嫁される第三者の自律を害することになってしまう。したがって、この限度において、危難に遭遇した者に自身に降りかかった運命を甘受せよ、という観点は正しい側面を有している。

もっとも、このように述べるだけでは、具体的問題の解決にとっては、著しく不十分である。本章で得た結論を説得的なものとするためには、制約の根拠やその射程、転嫁型でない緊急避難行為、等についての考察が不可欠である。その点を扱ったのが、第2章から第4章である。

第2章 緊急避難の制約根拠について

通説は、緊急避難を違法性阻却事由と解している。その正当化原理として、一般的に優越的利益原理があげられることが多い。優越的利益原理とは、法益侵害が惹起されたことは否定できないが、そのことによって、それに優越する利益が擁護されたため（結果価値の惹起）、全体としてみると社会全体の利益のマイナスはなく、構成要件該当行為の結果無価値が止揚されたと評価し得る、あるいはともにその主体によって有価値と規定された利益同士が衝突しているときに、より重大な利益を保全するためやむをえずより軽微な利益を侵害した場合には、一種の功利的観点から違法評価を差控える、という考え方である。

もっとも、優越的利益原理によって緊急避難行為が正当化されることを認める論者の一部においても、特定の事例に関しては、正当化が否定される場合があることを認めている。しかし、そのような制約はいったいどこから生じるのかについてはあまり明らかでないように思われる。そして、そのような制約がそもそも根拠づけられるのか、といった問題のほか、さらにどのような要件が否定されるのか、過剰避難の適用も認めないのかなどの問題についても、我が国では、活発な議論がなされているとは言い難い状況にあるといえる。

緊急避難による正当化が問題となる事例として、まず強要緊急避難を検討した。結論として、強要という危難の原因を、緊急避難において特別に考慮することは妥当でなく、正当化を否定すべき事例は、強要という危難の原因に起因しているのではなく、緊急避難の正当化の一般的な制約の1つのあらわれとみるべきであると解する。

そして、生命侵害や臓器移植事例など緊急避難による正当化が疑問視される事例を扱い、制約の根拠として、人格の手段化禁止や自律性の侵害等の一般的原理を援用する見解が有力に主張されている点を確認した。そのうえで、緊急避難の正当化を制約する類型として、生命侵害や臓器移植事例、強制採血事例などを扱い、制約する根拠について私見を展開した。

まず、緊急避難の正当化を制約する原理が、人格の手段化禁止や自律性の侵害等の一般的

原理であるにしても、妥当な問題解決のためには、個々の事例のどのような側面が正当化を否定する要素となるのかを検討した後に、転嫁の有無や侵害の重大性などが制約の契機となると解した。侵害の重大性に関しては、現代の功利主義哲学者のヘアの二層理論の議論を参照して制約の根拠づけを行った。

すなわち、生命侵害や重大な身体傷害を生じさせるような緊急避難行為をすべて許容することは、社会の人々にとって恐怖の社会となりえ、重大な害を生じさせる。このような害を生じさせないためにも、原則として生命侵害等の重大な傷害を生じさせる緊急避難行為の正当化を制約する必要がある。

次に問題となるのは、様々な制約の側面がいかなる射程を持つかである。この点に関しては、立法や行政による制度の構築によって衡量が先行決定されている場合や重大な侵害を生じさせる場合、とりわけ、臓器移植のように、社会においてある程度反復継続的に生じる緊急状況が様々存在する。このような事態に関しては、立法や行政において情報収集や議論を重ねたうえで、いかなる場合であれば許容してよいかを決定することが望ましいと考えられる。

3、緊急避難の制約根拠について～②特別義務者の問題

本章では、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、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、といった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、自招危難や特別義務者の場合の例外規定が置かれている。したがって、その中で自招危難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、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する。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ものであって、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。

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における議論が妥当するが、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。

4、緊急避難の制約根拠について～③緊急状況の自招

緊急避難による正当化の制約に関しては、緊急避難状況を自招した場合に、緊急避難の成立が否定ないし制限されるかという点でも問題となる。この点に関して検討した文献は、わが国ではあまり多くない。これに対して、当該状況を自身で招いた場合に、当該状況に置ける行為の正当化が制限されるかという問題に一般化するならば、とりわけ自招防衛において議論が大きく展開されている。したがって、ここでは、自招防衛に関する議論を参考に、当該議論が緊急避難の場合にも妥当するかを検討する方が有益であるように思われる。

自招防衛において正当防衛の成立が制限される理由に関して、正当防衛は、正の利益と不正の利益が対立している状況で、不正の利益を侵害することで利益衝突状況を解消することを正当化するものであるが、不正の侵害を構成する利益であってもその保護が放棄されているわけではない。というのも、当該利益は、不正の侵害を構成しなければ、防衛行為によって保全される利益と同じように法的に保護される利益である。したがって、正の利益を損なうことなくどちらの利益も保全することができるのであれば、当該状況が法的にも望ましい状況である。

このような前提からすれば、次に問題となるのはいかなる場合に当該状況の発生を生じさせないように義務付けられるかであり、このような問題意識に立つ侵害回避義務論の論者の問題意識は正当であるように思われる。しかしながら、この侵害回避義務論に関しては、義務を課す前提要件について疑問が生じる。相手方の攻撃を待ち受けただけの寄与では足りず、攻撃を自身で招いたか（先行行為・出向き型）、あるいは何らかの方法で攻撃の発生する危険を高める（待ち受け型）ことが必要であると解する。さらに、侵害回避義務が、侵害を回避することで、被侵害者と侵害者双方の利益が維持される状態が、社会的に見て望ましい状態ゆえに課される義務だとすると、義務づけの前提として望ましい状態を生じさせる可能性が存在する必要がある。

このような観点から、予見可能性を含め、攻撃を招致しないように自身の行動を制御できたかを問うことで、正当防衛状況の作出が避けられない場合に、制限を否定する見解が妥当であると考えられる。

危険を自身で生じさせた場合（自招危険）に、緊急避難の成立が制限される根拠に関しては、先にみた自招防衛の場合と同様に考えられる。すなわち、危険を回避することで、危険自招者と危険を転嫁される者双方の利益が維持されるのであれば、その状況が社会的に見て望ましい状態である。

自招危険に関しては、とりわけ第三者のための緊急避難に関して、避難行為者が危険を自招した場合と、緊急避難行為で保全される利益の主体が危険を自招した場合、のどちらにおいて（あるいはいずれも）緊急避難の成立が制限されるかが問題となるが、保全法益とかかわりのない事情によって、緊急避難を制限すべきではないことから、危険を自招したことによって、緊急避難の成立が制限される類型としては、緊急避難行為で保全される利益の主体が、危険を自招した事例に限るのが適切である。

これに対して、防衛行為時・避難行為時における緊急避難の成立を認めながら、それ以前の招致行為（自招行為）から防衛行為・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、犯罪の成立を肯定する「原因において違法な行為」の理論とは、防衛状況や危難状況を自招した場合に、正当防衛や緊急避難の成立が制限されることと、招致行為が正当化状況を作り出したことが、後の行為が正当化されるにもかかわらず、処罰されることは別の次元の問題であると解される。

第2部 緊急行為の過剰

第2部では、37条ただし書きにおいて、「その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、または免除することができる」と規定されている緊急避難の程度を越えた行為、すなわち過剰避難行為の減免根拠について検討を加えた。

まず、我が国の過剰避難についての裁判例を検討し、我が国の裁判例では、過剰避難の成立を肯定するためには、少なくとも「現在の危難」が満たされることが必要なものというまでもないが、その他にも一部を除いて、当該避難行為が、当初は危難を避けるための適当な手段であったことが要件とされていると分析した。

そして、減免根拠として主張されている違法減少説や責任減少説を検討し、過剰避難において、当該法益侵害をしなければ、危難を回避しえなかった状況であれば、社会全体からすれば、いずれかのマイナスを甘受しなければならず、マイナスがゼロの状態が観念できないのであるから、保全した利益の分だけプラスに算入することは否定しえないとして違法減少が前提になると解した。しかし、責任減少に関しても、任意的減免に関しては、責任の減少の程度を考慮することは矛盾しておらず、また、違法減少の側面のみしか考慮してはならないとするならば、刑の減輕はともかくとしても、免除が認められる事例は、違法の程度がごく小さい限られた場合のみになってしまう。それゆえ、違法責任減少説が妥当であると解した。

量刑において考慮される違法減少と責任減少の内容とそれがどのように考慮されるべきかという問題に関しては、ドイツにおける免責的緊急避難の議論を参照し、35条の不可罰根拠を、刑罰目的論から基礎づける見解、すなわち、当該緊急避難状況では、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く、このような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いために、特別予防による働きかけも必要でないと考えられるため、刑事政策的に処罰が適切でないとする考え方や、契約論的基礎づけで不可罰性を説明しようとする見解、すなわち自身の生命や生活の基盤に必要な利益に対する危難に遭遇している者も、正当化的緊急避難が成立しない場合であっても、処罰してしまうとすると、同じく自身の生命や生活の基盤に必要な利益を保護するという社会契約の趣旨に反することになる。したがって、そういった利益が犠牲になるような緊急状況において、たとえ正当化的緊急避難が肯定されない場合であっても、行為者を処罰しない、という選択がなされる。これが35条1項に規定する免責的緊急避難であるという考え方を紹介した。

我が国の刑法37条1項ただし書は、刑の任意的減免を規定しているが、違法減少説や責

任減少説は、過剰避難の減免根拠を示しているだけで、いかなる観点から刑の減輕あるいは免除がなされるのかについては、明確な基準がない点が問題となる。

この点に関して、一般予防と特別予防の観点から、具体的な状況に鑑み、決定されることになるかと解する。とりわけ、考慮されるべきなのは、違法減少の側面の認識が、単なる法益侵害の認識よりも責任の減少の余地があること、さらに、緊急状況においては、人間が精神的にそれほど強い存在でないことから、衝動的に当該行為に出してしまうことも、しばしばありうることであり、そしてそのことは行為者の法に従わない傾向を示すものではないために、予防の必要性が減少すること、であると解した。

さらに、過剰避難の違法減少や責任減少を考えていく上で重要なことは、過剰防衛との比較であると考え、対比を行った。違法減少に関しては、過剰防衛においては、攻撃者と防衛者で、攻撃者の法益の保護が劣後し、防衛者の正当な利益を守ったことが違法減少の内容であるのに対して、過剰避難においては、侵害した利益と保全した利益どちらも同等の保護に値するものであるから、過剰防衛における違法減少よりは減少の余地が典型的に少ないと解した。

責任減少に関しては、多様な観点から考えられる責任減少のうち、緊急状況において、精神的弱さから衝動的に行為したという意味での、責任減少は、危難が人の違法な侵害によって生じたのか、自然現象あるいは人の適法な侵害によって生じたのかによって、精神的弱さから情動的に行為する過程に違いはないため相違はないが、先の違法減少を反映した責任の減少の面での違いが見られると解した。

そして、次に減免根拠から考えて、いかなる状況が認められれば過剰避難の成立が肯定されるのが問題となるが、違法減少の根拠が、正当な利益が守られたことを根拠にしていることからすれば、社会全体の観点から、何らかの利益が失われる状況が少なくとも必要であると結論づけた。