

早稲田大学審査学位論文(博士)

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

はじめに

第1章 緊急避難の法的性質

I、はじめに

II、責任阻却説

1、責任阻却説の展開

2、責任阻却説に対する批判

III、責任阻却説の考慮を受け継いでいる見解

1、責任阻却説を中心としながらも例外的に違法性阻却を認める見解

2、可罰適法性阻却説

3、放任行為説

4、小括

5、転嫁の要素の有無で類型化する見解

IV、第三者の要保護性について

1、無関係な第三者の要保護性の優先？

2、転嫁という要素

V、小括

第2章 緊急避難を制約する根拠について①～違法性阻却事由説に対する批判の検討

I、はじめに

II、違法性阻却説に対する批判

1、強要緊急避難

i、否定説

ii、肯定説

iii、否定説への批判

iv、強要緊急避難の特殊性

vi、緊急避難の制約の必要性

2、生命侵害

i、トローリー事例

ii、臓器移植事例

3、生命侵害以外の場合

i、強制採血事例

ii、雨傘事例

4、小括

III、制約の根拠

1、生命侵害等の重大な利益侵害を特別視する見解

2、一般原理を援用する見解

i、利益衡量に加味される要素とする見解

ii、防波堤として考慮する見解

iii、小括

- 3、事例分析
- 4、生命侵害を正当化する見解
 - i、生命危険共同体の場合に正当化を肯定する見解
 - ii、生命危険共同体の2類型
 - iii、批判
 - iv、生命危険共同体の特殊性
- 5、転嫁の有無
- 6、侵害の重大性
- 7、人体の利用
- 8、強制という要素
- 9、誰もが遭遇しうる危険（Jedermanngefahr）
- IV、制約原理の射程
 - 1、立法や行政による制度の構築による衡量の先行決定
 - 2、侵害の重大性
 - 3、軽微な危難
 - 4、転嫁の有無
- VI、解決困難な事例
 - 1、乗員乗客の保護不可能性から正当化を導く見解
 - 2、危険共同体構成による正当化
 - 3、正当防衛と第三者
 - 4、防衛的緊急避難
 - i、危険源の要件
 - ii、航空機から生じた危険
 - iii、不可避的一体化

第3章 緊急避難を制約する根拠について②～特別義務者の問題

- 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、小括

第4章 緊急避難の制約根拠の妥当範囲

- I、はじめに
- II、生命侵害
- III、自招した緊急状況
 - 1、自招防衛と正当防衛の制限
 - 2、自招防衛において正当防衛の成立が制限される根拠
 - 3、自招危難
 - 4、自招危難において緊急避難の成立が制限される根拠
 - 5、自招防衛と自招危難の関係

第2部 緊急行為の過剰について

第1章 過剰避難の減免根拠と要件について

- I、はじめに
- II、過剰避難に関する判例
 - 1、過剰避難の成立を肯定したもの
 - 2、過剰避難の成立を否定したもの
 - 3、判例の分析
- III、過剰避難の減免根拠について
 - 1、違法減少説
 - 2、責任減少説
 - 3、違法・責任減少説
 - 4、過剰防衛と過剰避難
 - i、過剰防衛との共通点と相違点
 - 5、ドイツ刑法における免責的緊急避難(§ 35)および過剰防衛 (§ 33)
 - i、二重の責任減少説
 - ii、刑罰目的論に基づく答責性阻却
 - iii、そのほかの見解
 - iv、我が国への示唆の可能性

IV、減免根拠論と要件との関係

1、誤想過剰避難

2、減免根拠と要件の関係

i、現在の危難

ii、補充性

iii、避難の意思

V、小括

第1部 緊急避難論の検討

はじめに

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（防御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）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、すなわち同等であれば、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見てよい。

しかしながら、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。

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、列車の運転手、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ので、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）、外科医である X は、5 人の要移植患者を抱えており、2

人は肺を、2人は腎臓を、1人は心臓を移植する必要があった。そこへ、1人の若い男が健康診断のために外科医のクリニックにやってきたが、この男が移植患者たちのドナーに適合していることを知った外科医は移植手術を強行した。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のあったものである。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う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、もし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、いかなる根拠なのかを検討する（第1部第2章）。

また、わが国の緊急避難規定においては、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。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も問題となる。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）。そこでは、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

I、はじめに

刑法37条は、自己または他人に迫ったその行為によって生じた害が、避けようとした害を超えなかった場合に処罰を免れると規定している。わが国の通説的な見解である違法性阻却事由説は、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¹。また、わが国において違法性阻却の一般的原理として優越的利益原理があげられることが多いが、緊急避難こそまさに優越的利益原理のあらわれであるように見える。しかしながら、この違法性阻却説は、危難を転嫁される第三者に正当防衛による対抗を否定する点で批判を受けている。

正当防衛が不正対正の対立構造にあるのに対して、緊急避難は正対正の関係にある。この点が、正当防衛の不処罰根拠を違法性阻却事由であると解するのが一般的であるのに対して、緊急避難の不処罰根拠について争いを生じさせている大きな要因となっているように思われる。不正の侵害者に対する反撃といった構造を持たず、無関係の第三者に危難を転嫁する緊急避難行為について、正当であると迷いなく認めるのは躊躇を覚えてしまう。そして、このようなためらいを直接に不処罰根拠に反映させたのが、緊急避難行為は違法であることを出発点とする責任阻却説である。

しかし、この責任阻却説に対しては、37条の条文で第三者のための緊急避難が肯定されていること、法益の均衡が要求されていること、を理由に採りえないとする論者²が多い。ただし、責任阻却説を批判し、排斥している見解においても、責任阻却説の前提である、自身に降りかかった危難を他人に転嫁することの、一定程度の否定的評価については、少なくない論者が共有しているように思われる。そうだとすると、このように一方で責任阻却説を採りえないとしながらも、その前提を共有することに矛盾はないのであろうか。

以上のような問題意識を通じて本章では、緊急避難における転嫁と第三者保護についてどのように考えるべきかを示していく。

II、責任阻却説

1、責任阻却説の展開

わが国における責任阻却説の代表的論者であった瀧川幸辰は、「緊急状態行為他人の利益を侵害する限りにおいて違法行為であるが、通常人に対し自己の利益を犠牲にして緊急を避けることを要求するのは期待があまりにも大き過ぎる。緊急は法をもたないという法律格言の示す如く、咄嗟の場合に働くものは自己維持の本能である。緊急状態の行為そのものは違法であるが、それ以外の態度を創造し得ないという意味において、法は責任の免除を是認する」³と述べている。

もっとも、瀧川は以下のような場合につき違法性阻却を認めている。すなわち、「行為の侵害性がその行為から生ずるいっそう大きな利益によって償われる場合である。侵害行為が却って社会に利益をもたらすから、法律規範はこれを禁止せず、むしろ積極的に斯ような行為にでることを命ずる場合」⁴である。

¹ 山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）148頁、西田典之『刑法総論（第2版）』（弘文堂、2010年）139頁以下、平野龍一『刑法総論II』（有斐閣、1975年）228頁、村井敏邦「緊急避難の本質」中義勝編『論争刑法』（世界思想社、1976年）53頁以下、西原春夫『刑法総論上巻改訂版』（成文堂、1998年）250頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』（有斐閣、1986年）419頁ほか多数。

² たとえば、山口・前掲注1）146頁、西田・前掲注1）141頁など多数。

³ 瀧川幸辰『犯罪論序説（改訂版）』（有斐閣、1955年）155頁（漢字・仮名使いともに現代語化した。以下同様）。

⁴ 瀧川・前掲注3）83頁。ここには35条の法令行為や36条の正当防衛行為が属するとしている。なおこの論理から「消極的に、侵害行為を禁止することが却って一層大きな社会的不利益をもたらす場合」もこ

ではなぜ、瀧川は緊急避難をこの場合に含めなかったのかが問題となる。この点について、瀧川は、単に大きな利益の実現が違法性を阻却する要因となるわけではないと解している。そして、法益衡量説に対しては、「何故に単に価値が少ないというだけの理由で予期せざる損害転嫁を忍受せねばならないか」という問題に対する答が出て来るとは考えられない。結果においては、それが社会の利益に合することもあろう。小利益側の防衛行為は許されえない。大利益を救うことは権利行為であるから、併し小利益の防衛を違法行為と見ねばならないというのは独断である、少なくとも現在の法律秩序の拠って立つところの社会思想に矛盾する。これが是認せられるとすれば、個人の権利擁護は跡形もなく消失する」⁵と述べている。また、「原則として大利益を救うて小利益を犠牲にすることは社会の利益に合するであろう」⁶としながらも、「併しそのことと、無関係の第三者の法益（小さいとはいえ）を侵害することを権利にまで高めることとは、おのずから別論である」とも述べている。

このように、瀧川においては、危難を転嫁される第三者の要保護性を根拠に違法性阻却が否定されている。このような考慮は、責任阻却説の論者⁷に一貫して見られる⁸。この第三者の要保護性という考慮は、責任阻却説に共通である。そこでは、無関係な者に転嫁して危難を免れるのは不当だという価値観が基礎にある⁹。そして、このような要保護性の考慮は、第三者が行為者に対して正当防衛をもって対抗することができるという考え方につながっていくことになる。このことは、ドイツにおける責任阻却説の代表的論者である M.E.Mayer が、緊急避難を違法とする最も重要な帰結を相手方の正当防衛を認めることだとしている¹⁰ことからもうかがえる。

2、責任阻却説に対する批判

もちろん、周知のごとく責任阻却説には条文上あるいは体系上克服しなければならない難点が存在する¹¹。

それは、第一に、37 条が他人のために広く緊急避難行為を認めていることである。自分や、親族などの親しい関係にある者のためならともかく、広く一般に他人のためになした行為が期待不可能であるとはいえない、のではないかが問題となるのである。この点に関

ここに属するとしている。例として、憲法 52 条の議員の言論の自由を挙げている。

⁵ 瀧川・前掲注 3) 158 頁、同『刑法の諸問題』(有信堂、1931 年) 106 頁以下も同趣旨のことを述べている。

⁶ 瀧川・前掲注 3) 154 頁

⁷ わが国において責任阻却説を採るのはほかに、高橋敏雄『違法性論の諸問題』(有斐閣、1983 年) 143 頁以下、瀧川春雄『刑法総論講義』(世界思想社、1960 年)143 以下、日高義博「緊急避難の本質」植松・川端ほか編『現代刑法論争 I (第 2 版)』(勁草書房、1997 年) 145 頁以下がある。

⁸ 植松正『刑法概論 I 総論 (再訂)』(勁草書房、1974 年) 209 頁は、「本来、なんら責められるべき理由もないのに、たまたま他人の避難行為により害をこうむる立場に立ったため、このような不自由な状況に追い込まれることになる。避難行為者は自己に振りかかった危難を他人に転嫁する者であるのに、転嫁される第三者はそれを甘受しなければならないとするような解釈は、正義に合わない。転嫁する者よりも転嫁される者にこそ、保護は厚くあるべきである。」と述べている。

⁹ 曾根威彦『刑法の重要問題 総論 (第 2 版)』(成文堂、2005 年) 125 頁。

¹⁰ M.E.Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrecht, 1923, S.305f.

¹¹ 以下の記述は、周知のように多数の文献で指摘されているが、的確かつ明晰なものとして村井・前掲注 1) 54 頁以下を挙げておく。

して、日高義博は、「密接な関係がない者が危難にあっている場合には、他人の危難を進んで回避しようとしめない者が多いとは考えられても、この場合は全くここでは問題にならず、他人の危難を冷視することができず進んでその危難を回避しようとする者が問題なのであり、その行為が法規によって強制されたものではないだけにやはり期待可能性の存否を検討することのできる状況下にあると言えよう」¹²と批判に応じている。しかしながら、この反論は説得的でない。ここには、他人のために危難を回避したことへのいわば称賛的評価が垣間見えるが、どうしてもやってしまうというだけでは、期待可能性を否定するのには不十分であるように思われる¹³。

ある利益を守るために無関係の他人を侵害することが、悪いことであるということを出発点とするならば、ついつい（悪いことである）賭博をしてしまう常習賭博者と、他人の危難を進んで回避しようとするおせっかいはなんら変わらない。もし、このおせっかいに期待可能性がないとするならば、その行為自体が悪いことではないからである。正当な行為をしないことを法が期待することはできないからである。そうであるならば、端的に正当化を認めるべきである¹⁴。

第二は、37条が害の均衡を定めていることである。期待可能性という観点からはこの要件は出てこないのではないかが問題となる。これに対して、日高は法政策的な観点からこの要件を説明できるとしており、「緊急避難の場合、危難を転嫁されて法益を侵害される者は、まったくいわれのない侵害を受けるわけであるから、その者の利益の保護をも考慮する必要がある。この点から、危難の転嫁に際しても、法益権衡の原則が法政策的に要求されていると解することができよう」¹⁵と反論している。これに関しては、村井敏邦がすでに指摘しているように、期待可能性という観点からは、著しい不均衡の場合に期待可能性を否定することは考え得るが、法益権衡の原則では、要求が高すぎるということがいえる¹⁶。

以上のような問題点が存在することから、責任阻却説はそれほど多くの支持を得られていないのであるが、その中核である第三者の要保護性とそれを支える転嫁行為の不当性という考慮は、ある程度の支持が得られているといつてよいであろう。なぜならば、一定の場合に違法性阻却を認めながらも、諸々の点でこの考慮を取り入れていると考えられる見

¹² 日高・前掲注 7)148 頁。

¹³ 例えば、遺失物等横領罪（254条）の法定刑の低さを、期待可能性の低さから説明する見解に対しての以下のような適切な批判がある。「（遺失物等横領罪には一筆者注）落とし物をネコババするのは誘惑的であって、それゆえ期待可能性が低いから器物損壊罪よりも、低い法定刑が用意されているというのである。たしかに誘惑的だから刑が軽いというのは世人の納得しやすいところであろう。しかし問題は、そこにある『誘惑的』ということの中身である。もしそれが『人は利を求めて行動しがちである』という趣旨であれば、それは不法領得の意思のうち利用処分意思が（営利の目的などと同じく）性格責任を加重するという意味で、むしろ期待可能性を高めてしまうであろう。このことは窃盗罪の法定刑が器物損壊罪よりも、重いことを説明するとき一般に承認されている。したがって、『誘惑的』とは『そんなに悪いことをするつもりがない』という趣旨に、つまり犯そうとした不法がそれほど大きくないという趣旨に理解すべきであろう。それは要するに遺失物等横領罪の方が器物損壊罪よりも不法が小さいということである。小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂、2007年）119頁。

¹⁴ このほかに、「問題なのは、期待可能性がない場合があり得るではなく、すべての場合に期待可能性がないといえるかであるから、十分な反論になっていない」という批判がある。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）180頁。

¹⁵ 日高・前掲注 7)149頁、なお植松・前掲注 8)208頁もほぼ同趣旨のことを述べている。

¹⁶ 村井・前掲注 1)57頁、さらに「期待可能性の本領は、法益均衡を失っている場合にも責任阻却を認めるところにこそ発揮されるべきというべきである」と述べている。

解が、有力に主張されているからである。

III、責任阻却説の考慮を受け継いでいる見解

1、責任阻却を中心としながら例外的に違法性阻却を認める見解

責任阻却説の見解を受け継ぎながらも一定の場合に違法性阻却を認める見解としては、まず森下忠の見解があげられる。森下は、「衝突行為としての緊急避難は、無関係な第三者の法益を侵害または義務に違反するものであるから、…違法行為と解すべく」¹⁷と述べており、その根拠として「法益衡量説は、なぜにより小さい利益をぎせいにしてより大きい利益を維持する行為は違法性を阻却するか、を説明できない。」とし、「より大きい利益を維持してより小さい利益をぎせいにすることは、原則として社会の利益に合するであろう。しかし、そのことと無関係な第三者の法益（小さいとはいえ）に対する侵害を権利にまで高めることは、おのずから別論である。社会の利益に合致することと『法秩序に役立つ』こととは、必ずしも一致しない。より小さい利益といえどもその保全をはかるのが、法秩序の使命だからである。より小さい利益であるというだけの理由で他人の転嫁行為を忍受しなければならぬというのは、無理である。」¹⁸と述べて、ほぼ瀧川らの責任阻却説の考慮を受け継いでいる。

しかし、そのすぐ後で、「ただ特別な例外的な場合にかぎり違法性が阻却されると解すべきである」として、一定の場合に違法性が阻却されることを認めている。それは、「衝突する利益のうち、いちじるしく大きい法益を維持するための緊急避難は、例外的に行為の違法性を阻却する」¹⁹という場合である。そして、「利益衝突の場合に、なぜ、著しく大きい利益を救うための避難行為が適法とされるか」というと、その限りで優越的利益の原則の妥当することを国民観念が是認するからである」と述べている²⁰。

以上みてきたように、森下は一定の場合に違法性阻却を認めている。これは、あらゆる場合に緊急避難行為を違法とし、それに対して正当防衛を許容することの不当性を考えてのことである²¹。無関係の第三者を害してまで、自身の危難から逃れることは不当である、という考え方から出発すると、避難行為である転嫁行為に対して第三者が正当防衛による対抗行為をなしうると解するのが、およそ妥当な解釈であるようにも思われる。しかし、あらゆる場合にそのような考慮は当てはまるわけではなく、著しく高い利益に関しては、それを正当防衛による対抗を許してその利益を失わせるのではなく、正当防衛を制限してまで保護するのが、直観に合致するというのがこの見解の意図するところであろう²²。

他方、緊急避難行為は違法だが可罰的違法性を欠くと解することによって、正当防衛による対抗をなお可能にしようとする見解もある

¹⁷ 森下忠『緊急避難の研究』（有斐閣、1960年）124頁。

¹⁸ 森下・前掲注17）151頁。

¹⁹ 森下忠「緊急避難の本質」中義勝編『論争刑法』（世界思想社、1976年）81頁、なお森下・前掲注17）240-241頁。

²⁰ 森下の見解に対する批判については、村井・前掲注1）60頁以下が詳しい。

²¹ 森下・前掲注17）240頁。

²² さらに、一部の例外を除いて同様の見解をとるものとして、藤坂龍司「緊急避難の本質について(1)~(4)」六甲台論集36巻3号(1989年)1頁以下、36巻4号(1990年)50頁以下、37巻1号(1990年)125頁以下、37巻2号(1990年)15頁以下がある。

2、可罰的違法性阻却説

この見解も、緊急避難行為は降りかかった危難を、無関係の第三者に転嫁するものであるから違法であるという責任阻却説の出発点を共有している。しかし、当該行為が法益保全のための行為であることから、社会全体からみれば損害がなく、犯罪の本質である社会侵害性が欠けるため、処罰に必要な可罰的違法性が阻却されるとする²³。そして、可罰的違法性が欠けるがゆえに通常の正当防衛における「急迫不正の侵害」よりも「不正」性が小さく、この点を正当防衛の相当性判断において考慮することによって対抗の範囲を適切に画することができるかと解している²⁴。

この見解は、緊急避難が一方的に危難を他人に転嫁する行為であるがゆえに、たとえそれにより大きな利益が守られたとしてもそのことをもってしては正当化できない²⁵としている点で責任阻却説の前提を共有している。社会侵害性の観点から可罰的違法性阻却を認めている点で、第三者の正当防衛の範囲が責任阻却説におけるよりも縮小されることになるものの、第三者に転嫁することの不当性それ自体についての理解は責任阻却説とあまり異ならないように思われる。

ただし、この可罰的違法性阻却説は、民法上の損害賠償との関係に着目している²⁶点に特徴を持っている。この見解は、まず法益衝突状況においていくら大きな利益を守るためであっても、被害者はそれを甘受すべき立場でないことを前提にする。したがって、被害者は損害の賠償を請求できると解している²⁷。そして、民法上損害賠償義務を負うことを根拠に、緊急避難行為は民法上違法であるとしている。そのうえで、法秩序全体からなる一般的違法性と法域毎に個別的にとらえられる個別的違法性を区別し、違法性阻却とはこのうち一般的違法性を阻却するものであり、緊急避難は刑法上の違法性、すなわち可罰的違法性が阻却されるにすぎないとしている²⁸。

これに対して、民法 720 条の具体的規定に照らして、損害賠償責任を負う場合は、上述の見解と同様に可罰的違法性が阻却されるにすぎないと解し、損害賠償責任を負わない場合には違法性が阻却されるとするものがある²⁹。この見解は、可罰的違法性が阻却されるにすぎない場合は正当防衛による対抗を認めることができるとしている点で上述の見解と軸を同じくするが、その根拠を民法上当該行為が許容されていない点に求めているところに特徴がある。

この見解を主張する曾根威彦は、民法 720 条 1 項と 2 項の民法上の正当防衛・緊急避難規定と刑法 36 条と 37 条の刑法上の正当防衛・緊急避難規定との相違を整合的に論拠づけようとしている³⁰。そして、刑法上は 37 条の規定に含まれるが、民法上規定のない転嫁型

²³ 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）283頁以下。さらに、林幹人『刑法総論（第2版）』（東京大学出版会、2008年）207頁、井上宜裕『緊急行為論』（成文堂、2007年）66頁以下。

²⁴ 生田・前掲注 23）289-290頁。

²⁵ 生田・前掲注 23）284頁。

²⁶ 井上・前掲注 23）9頁。

²⁷ 生田・前掲注 23）284頁。

²⁸ 生田・前掲注 23）282頁。

²⁹ 曾根・前掲注 9）128頁以下。

³⁰ 曾根威彦「刑法からみた民法 720 条」早稲田法学 78 卷 3 号（2003 年）105 頁以下。

の緊急避難行為に関して、「損害を誰に負担させるべきかを法の目的とする民法の規定」においては、危難に遭遇している者にその損害の賠償を負担させるために、その者の避難行為を違法と解する一方、その危難はその者の自己の責めに帰さない事態から生じた緊急状態であるから、「刑法上はその避難行為を処罰の対象としない（不可罰的違法）、とする政策決定も十分可能なのである」と述べている³¹。これに対して、民法 720 条 1 項で転嫁型の正当防衛（刑法上は緊急避難にあたる）が、危難に遭遇した者に賠償責任を否定していることに関しては、この場合には、被害者は原不法行為者に対して損害賠償を請求することができるので、危難に遭遇した者に対して「賠償責任を負担させるという意味で防衛行為を違法と構成する必要性が乏しい」ことを理由に適法行為と解している³²。しかし、先の転嫁型緊急避難においては、この場合に適法と解すると、被害者はどこにも損害賠償を請求しえない事態が生じてしまうので、違法と構成する必要性が生じると解している³³。

この見解は、「違法は、基本的に全法秩序の下で統一的に理解されるべきであり、民法上損害賠償責任を負わない適法行為が、刑法上は違法であって刑罰の対象となる、と解することは許されない」³⁴という考え方を前提にしている。そのうえで、「違法性、およびその反面としての違法性阻却が根本において法秩序全体に通じる統一的なものであるとしても、その発現形式にはさまざまな種別・軽重があるのであって、各法の固有の目的に応じて、そこで要求される違法性の質・量に違いが出てくることは当然に認められなければならない」³⁵としている。これは、憲法や民法、刑法のように多様な法分野から成り立っている法秩序において、相互に矛盾のないように解釈されるべきである、という法秩序の統一性³⁶に関するやわらかな違法一元論の考え方である。そして、民法秩序で根拠をもって違法とされる行為は、刑法上も完全に適法になるわけではなく、違法であり、その行為に対して對抗行為として正当防衛が可能であるが、可罰的な程度の違法は備えていない、として可罰的違法性が阻却されると解している。したがって、この見解においては、まず、刑法上の緊急避難にあたる一定の場合がなぜ民法上損害賠償義務を生じさせるのか、すなわち違法であるのか³⁷、が問題となり、そこに解答を見出したうえで、民法上違法な行為の刑法上の位置づけを問題としている。この点が、この見解の特徴である³⁸といえる。

以上のように、第三者に危難を転嫁する緊急避難行為を、可罰的違法性が阻却されるにすぎないとする見解の一部は、まず法秩序の統一性に関する考慮から、民法上違法と評価

³¹ 曾根・前掲注 30) 115 頁。

³² 曾根・前掲注 30) 114 頁。

³³ この論者は、さらに民法上の不法行為における「違法性」概念についても、刑法学者の立場から検討を加えている。曾根威彦「不法行為法における『違法性』概念」早稲田法学 85 巻 1 号 (2009 年) 21 頁以下。

³⁴ 曾根・前掲注 30) 110 頁。

³⁵ 曾根・前掲注 30) 114-115 頁。

³⁶ 法秩序の統一性に関しては、京藤哲久「法秩序の統一性と違法判断の相対性」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣、1990 年) 189 頁以下、曾根威彦『刑事違法論の研究』(成文堂、1998 年) 78 頁以下、松宮孝明『刑事立法と犯罪論体系』(成文堂、2003 年) 123 頁以下等参照。

³⁷ もっとも、民法上の不法行為において、学説上常に「違法性」が要件となっているわけではない。この点に関しては、刑法学者の手によるものであるが、曾根・前掲注 33) 21 頁以下が詳しい。さらに、窪田充美「損害概念の変遷と民法の役割」刑法雑誌 44 巻 2 号(2005 年)104 頁以下参照。

³⁸ 損害賠償制度を前提としたうえでの(可罰的あるいは刑罰的)違法性阻却説との相違がこの点に存在する。

される行為については刑法上も完全に適法になるわけではなく、単に刑罰を科すほどの違法性がないという意味での可罰的違法性がないと解するのであるが、民法上損害賠償責任が生じない場合には完全に適法とする。このように考える効果は、可罰的違法性が阻却されるにすぎない場合には、無関係な第三者に対抗行為としての正当防衛を認めることである。

他方、同じく緊急避難行為に対し、原則として正当防衛による対抗を認める前提に立ちながらも、例外的に正当防衛による対抗が許容されない場合として、「事後的な損害賠償によって侵害法益が回復可能な場合」は、危難を転嫁される第三者に正当防衛による対抗を否定して損害賠償に委ねる方が合理的であるとする見解がある³⁹。この見解は、危難を転嫁される第三者の要保護性を考慮したうえで、正当防衛による対抗を原則として許容するが、民法による損害賠償で、生じた損害の填補が可能な場合には、むしろ正当防衛による対抗は危難に遭遇した者を不当に扱うことになってしまうと考えている⁴⁰。そして、この民法上の損害賠償との関係を斟酌する考え方をさらに推し進めるならば、刑法上の緊急避難は民法上の損害賠償を前提とした制度であるととらえる見解⁴¹に至る。

これに対して、可罰適法性阻却説の中には、事後的な填補となる民法の損害賠償との関係を考慮して、賠償によって填補が可能であると考えられる場合には、相手方の正当防衛を否定するものもある。この見解は、法秩序の統一性を重視しているというよりは、無関係な第三者の要保護性が、危難に遭遇した者よりも高いことを前提にして、どのように考えれば第三者を不利に扱うことにならないかという実質面を重視している見解であるように思われる。

危難を転嫁される第三者の要保護性が、危難に遭遇した者より尊重されるべきであることを前提にした場合に、それを考慮する仕方は正当防衛による対抗を認めるのがもっとも強力である。しかしながら、緊急避難が問題となる行為は多様な類型があり、場合によっては正当防衛による対抗を許容することが、かえって不当に第三者を優位に立たせてしまうこともある。その場合には、事後の損害賠償によって、第三者に生じた損害が補填されることを前提に、緊急避難行為を適法として、それに対する正当防衛を否定するといった考えも一定の合理性を有するものと考えられる。

また、井上宜裕は保全法益が侵害法益を著しく優越する場合は、相互扶助の観点から正当化が認められる⁴²が、著しくない場合や同価値の場合には、可罰的違法性が阻却される⁴³にすぎないと解している。井上が他の可罰的違法性阻却説と異なるのは、民事上の救済に関

³⁹ 鈴木優典「緊急避難とその対抗行為(二)」法研論集(2004年)103頁。

⁴⁰ どのような侵害が填補可能であるかが問題となってくるが、鈴木・前掲注 39) 104頁は、生命や回復不能な身体的法益に対する侵害については、それがあくまで「財産換算的な価値の保障にとどまる」として填補不可能なものと考えている。

⁴¹ 例えば、松原芳博「緊急避難論」法学教室 269号(2003年)96頁以下。また、松宮孝明『刑法総論講義(第5版)』(成文堂、2017年)158頁は可罰的違法性阻却説の立場をとっていないが、社会連帯の思想から、「事後の損害賠償を条件として、正当防衛権が『買い上げられる』」と述べている。さらに、佐伯・前掲注 14) 182頁も同趣旨の内容を述べている。

⁴² 著しい優越が必要なのは、緊急避難行為は、危難と無関係な第三者の自律権の侵害が生じるからであるとしている。井上・前掲注 23) 67頁。

⁴³ その場合には、社会にとって処罰理由が存在しない程度に違法性が減少すると述べている。井上・前掲注 23) 65頁。

しては、賠償責任的構成ではなく、衡平の原理に基づいた不当利得的構成を採用している点である⁴⁴。このように解することで、危難の原因が他人の不法行為に起因するかしないかに左右されることなく、避難行為者と第三者との間での衡平に基づいた合理的な処理が可能となると解している⁴⁵。

もっとも、この見解も危難を転嫁される第三者に正当防衛を認める点（ただしその範囲は異なる）や、違法性の段階で緊急避難の不可罰性を処理しようとしている点で、他の可罰的違法性阻却説と共通している⁴⁶。そのうえで、この見解は可罰的違法性阻却説が民法上の損害賠償との関係で主張されてきた背景を踏まえて、第三者の民法上の救済に関して、衡平の観点からは上述の見解のように賠償責任的構成ではなく、不当利得的構成の方が望ましいとして⁴⁷、より実質的な根拠に基づいた理論を展開しようとしている⁴⁸。

このように可罰的違法性が阻却されるとする見解は、行為者の不可罰性の問題と第三者の要保護性の問題を、違法性の段階で両立させようとする⁴⁹点で、責任阻却説やそれを基礎とする説とは、一線を画する。もっとも、無関係な第三者に危難を転嫁する、ということ自体の不当性は前提とされている点は、責任阻却説と共通している⁵⁰。

他方、無関係な第三者に正当防衛を許容しつつも、行為者の行為を違法と解さない見解も主張されている。緊急避難行為は刑法的な規制を免れるとする見解である。

3、放任行為説

この見解は、緊急避難行為を適法でないが禁じられていないと解する⁵¹。法は、あらゆる行為をその対象にしているわけではなく、一定の場合については法の支配を受けない領域が存在する。この領域に属する行為については、当該行為を許容する法も、また反対に禁止する法も存在しないゆえに、違法とも適法とも判断できない⁵²、とこの見解は述べている。もっとも、放任行為と解しながらも、当該行為を適法であるとする見解も存在する⁵³。この

⁴⁴ 井上・前掲注 23) 67 頁、さらに同「緊急行為論」川端他編『理論刑法学の探究①』（成文堂、2008 年）163 頁以下。

⁴⁵ 井上・前掲注 23) 68 頁。

⁴⁶ 井上・前掲注 23) 14 頁。

⁴⁷ 井上・前掲注 44) 168 頁。

⁴⁸ このような不当利得構成に対しては、避難行為によって第三者に損害を与えたが、危難に遭遇した者に結果的に受益がまったく無かったか損失よりも小さかった場合に損害の填補が一部もしくは全部否定されてしまう、という点や、行為者と受益者が別人である場合に受益者だけを賠償義務者としてよいのか、という点などが批判されている。曾根・前掲注 30) 116 頁。

⁴⁹ 井上・前掲注 23) 14 頁。

⁵⁰ 民法上の賠償に関する記述であるが、曾根・前掲注 30) 114 頁は、現在の危難に遭遇した者よりも、当初事態の埒外にあった第三者を優先的に保護すべきであるとする。そのような発想は刑法上の転嫁型緊急避難にも転用可能であろう。

⁵¹ 宮本英脩『刑法学粹』（弘文堂、1931 年）88 頁以下。もっとも宮本は当該行為によって守られた利益が生じた利益を優越する場合は違法性が阻却されると解している。同等利益の維持の場合に当該行為は法の規制を免れる、禁じられていない行為という範疇に入る、と解している。同 266 頁以下。

⁵² Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts* 1. Band, 1885, S. 765f., はあらゆる緊急避難行為についてこの意味での禁じられていない行為と解している。この意味での禁じられていない行為については、Lencner による分析も参照。Theodor Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, S. 15ff.

⁵³ 例えば、牧野英一『重訂日本刑法（上）』（有斐閣、1942 年）358 頁、377 頁以下。さらに、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975 年）178 頁以下。

見解を主張する牧野は、法律が当該行為を放任するということは、許容することに他ならないとし、その行為に対しては、正当防衛での対抗ではなく、緊急避難の限度での対抗しか許容されないとしている⁵⁴。したがって、この見解は、違法性阻却説と実質的に同等であり、純粋に理論的な観点から放任行為と解しているだけであり、看板としては放任行為説を掲げながら、その実態は違法性阻却説と異なる。

では、放任行為と解することにどのような意味があるのか。この見解は、理論的には法的に規制されない領域を考える、いわゆる「法的に空虚な領域」論⁵⁵を前提にしていると思われるが、このように解する実際上の意義を見出すならば、当該行為に対抗行為として正当防衛を許容する **Binding** の見解がもっとも有用であると考えられる⁵⁶。**Binding** は、緊急避難行為に対して「完全な範囲で」正当防衛による対抗を肯定している⁵⁷。それゆえこの見解は、当該行為を違法とする責任阻却説とは、禁じられていない行為という範疇を作り出すことによって、一線を画しているが、危難を転嫁される第三者に正当防衛による対抗を許容している点で同一線上にあるといえるだろう。

4、小活

これまで見てきた見解は、責任阻却説の出発点である降りかかった危難を他人に転嫁して逃げようとする不当性と、それに基づく第三者の要保護性を考慮する点に関して、共通している。

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、が責任阻却説をはじめとするこれまで見てきた見解に共通する要素である。

では、このように、前提となっている運命甘受原則と転嫁禁止原則が妥当しないように思われる事例では、異なった考慮が妥当するのであろうか。それは、以下のような事例である。

事例 1

X、Y、Z の三人は航海中に遭難してしまい、なんとかそばにあった無人島に避難した。当初三人は、その島の中で助けがくることを願い協力して食料等の調達に勤しんでいた。

⁵⁴ 牧野・前掲 53) 358 頁。

⁵⁵ 法的に空虚な領域について我が国での数少ない文献として、金沢文雄「違法と適法と法的に空虚な領域」鈴木茂嗣編『現代の刑事法学（上）』平場安治博士還暦祝賀（有斐閣、1997年）166頁以下、同「法的に空虚な領域の理論」『法の理論』（成文堂、1983年）1頁以下、山中敬一『法的に自由な領域の理論』に関する批判的考察 関法 32 卷 3・4・5 合併号（1982年）31頁以下、同「法的に自由な領域の理論再批判」『法の理論』（成文堂、1983年）173頁以下、がある。

⁵⁶ 緊急避難行為を禁じられていない行為とし、それに対して正当防衛による対抗を許容している見解は我が国には見当たらない。この点に関して詳細な検討をしているものとして、藤坂・前掲注 22) (1)7 頁以下がある。それに対して、本文中に述べているように **Karl Binding** は正当防衛による対抗を明確に認めている。**Binding, a.a.O. (Fn. 52), S. 766**。ただし、違法でない行為に対する正当防衛という一見すると矛盾しているような事態に対して、**Binding** は、正当防衛における「違法性」をその侵害を甘受しなくてよいものと解している。**Binding, a.a.O. (Fn. 52), S. 740**。

⁵⁷ **Binding, a.a.O. (Fn. 52), S. 766**。もっとも第三者による緊急救助は否定している。

三ヶ月が過ぎたころから X の体調が格段に悪化してしまい、そのうちとうとう動けなくなってしまった。協力体制をとっていた Y、Z としては、X に食料等を恵んであげることに疑問を覚えるようになり、ひそかに X が死んでくれればと思うようになった。そして、結局 Y と Z は、X を殺してその肉を食べれば一石二鳥であると話し合い、X を殺害した⁵⁸。

これに対して、運命甘受原則ないし転嫁禁止原則が妥当すると思われる典型的な緊急避難行為を比較のため挙げておく。

事例 2

道を歩いていた甲に看板が落ちてきた。甲はその看板を避けるために、隣にいた乙を突き飛ばして難を逃れた。その結果乙はけがを負ってしまった。甲が乙を突き飛ばさなかった場合には、甲は同程度のけがを負っていたと考えられる。

この事例 1 と事例 2 では、事例 1 では X、Y、Z がそれぞれ餓死するという共通の危難に遭遇しているのに対して、事例 2 の乙は甲が突き飛ばし行為をしないかぎり、自身に害が及ぶことはなかったといえる点で違いがある。そのため、事例 1 の Y、Z については自身の危難を他人に転嫁したという要素は事例 2 の甲よりは薄い印象を与え得る。したがって、運命甘受原則ないし転嫁禁止原則を前提とする上述の見解においても、異なった考慮を妥当させる余地が存在しうる。そして、この違いを直截に考慮する見解を主張するのは井田良である。

5、転嫁の要素の有無で類型化する見解

井田は、出発点として自分に降りかかった運命は、自分で甘受するといういわゆる運命甘受原則（転嫁禁止原則）を基礎に置く点で⁵⁹、責任阻却説と同じ出発点に立っている。そのうえで、緊急避難行為の類型を 2 つに分ける。第一類型は、保全利益の主体と侵害利益の主体がいずれも危難に遭遇している場合、つまり事例 1 の場合である⁶⁰。そして、第二類型は、危難に遭遇している者が、危難を免れている者に対して侵害を加えている場合、つまり事例 2 の場合である。

そのうち、第一類型については、井田は侵害利益と同価値の利益を保全すれば、違法阻却を認めてよいとする。すなわち、同じ危難に遭遇しており、そのままの経過にませていてもどのみちどちらの利益も失われる場合には、両方の利益が失われるよりは、どちらかの利益一方でも守られた方がよりよい状況と見ることができるので、同価値の利益間の対立でも違法性阻却が認められるとするのである⁶¹。したがって、事例 1 については、同価値の利益の侵害であるから正当化され得ると考えられる。

それに対して、第二類型に関しては、運命甘受原則が妥当するので、危難を転嫁される

⁵⁸ これは、ミリオネット号事件を少し変化させたものである。ミリオネット号事件については、中村治朗「二つの人食肉(カニバリズム)殺人裁判(上)(下)」判例時報 1210 号(1986 年)3 頁以下、同 1211 号(1986 年)3 頁以下が詳しい。

⁵⁹ 井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会、2007 年)136 頁。

⁶⁰ 井田・前掲注 59)135 頁。

⁶¹ 井田・前掲注 59)136 頁。

第三者に、利益保護価値の優位性が与えられることになる。したがって、利益同価値の場合に違法性阻却は認められない。違法性が阻却されるのは、利益が「著しく優越する」に限られるとする⁶²。よって、事例2の甲の傷害行為は正当化されない。

このように、井田は運命甘受原則、転嫁行為の不当性を出発点として、そのような転嫁的要素が認められない場合には、第三者の保護の優先性が認められないと考えている。運命甘受原則について井田は、「もともと『ふりかかった運命は甘受する』ことが原則であるべきなのだから、単純に法益衡量と補充性の要件が充足されるのみで第三者に犠牲を強いることはできないはずである」⁶³と述べる。

この観点を第三者の自律性との関係において考慮している見解もある。この見解は、緊急状況に遭遇した行為者が、無関係の第三者に危難を転嫁するいわゆる攻撃的緊急避難の類型と、危難を生じさせている危険源自体への対抗行為である防御的緊急避難の類型を区別して、前者について第三者の自律を侵害する点に鑑み、正当化のためには利益の著しい優越が必要だとする。

この見解の主張者である小田直樹は、緊急避難や正当防衛のように当事者の利益が衝突している状況を、複数の自律的主体が関係している場面⁶⁴として把握している。小田によれば、刑法は、「自律的に活動する主体」が相互に交渉する関係に、その当事者以外の者を含めた社会の保護の反映として課せられたルールを担保すること、を目的としている⁶⁵。そして、課されるルールとして、自律的な処分は他者を害しない限りでできるとする、他害禁止が挙げられている。

ところが、犯罪行為は、他害禁止のルールに違反して利益を侵害するだけでなく、それと共に当該時点・当該場所での被害者の自律を制約している⁶⁶。社会の秩序化の理想は対等な両当事者の平和的交渉でのルールの設定であり⁶⁷、交渉の相手方の自律を踏みにじる形での自律の行使は禁止する必要がある。ここから、被害者の自律を害する（手段化する）ことを禁止する不干渉ルールが課せられる⁶⁸。

このような考えを前提に、小田は危難を無関係な第三者に転嫁する攻撃的緊急避難では、「同等利益の擁護を許すのは行為者の有利な扱いになる」とし、この場合に正当化が認められるのは、擁護利益にいわゆる著しい優越性が認められるときであるとする⁶⁹。逆に、相手方の手段化を意味しない防御的緊急避難においては、不干渉ルールの違反がないために、

⁶² 井田・前掲注 59)137 頁、なお同 138-139 頁によると、その根拠は「双方の利益状況の考慮と調整の必要性」である。

⁶³ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005 年) 186 頁。このような運命甘受原則の考え方に関して、他に平場安治『刑法における行為概念の研究』有信堂(1966 年) 155 頁の以下のような記述がある。「自らに振りかかって来た危難は自らの生活範囲で処理すべきであり、その故に無関係の他人に損害を加えるのを正当視すべき理由はない」として、生命身体の危険を回避するために、他人の生命身体を害しない限りにおける加害的退避以外の正当化を認めない。

⁶⁴ 小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌 34 卷 3 号(1996 年) 2 頁。

⁶⁵ 小田直樹「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害(三)」広島法学 19 卷 2 号(1995 年) 95 頁。

⁶⁶ 小田・前掲注 65) 98 頁。

⁶⁷ 小田・前掲注 65) 98 頁。

⁶⁸ 小田・前掲注 65) 99 頁。

⁶⁹ 小田・前掲注 65)108 頁。小田・前掲注 64) 10 頁。害の算定に不干渉ルールの妥当価値の被害が考慮される、としている。

同等利益の保持で正当化される⁷⁰。

小田の見解は、責任阻却説やそれに連なる見解が考慮している転嫁禁止原則を、当事者双方の自律という観点から検討したもので示唆に富むものである。緊急避難行為において、他害禁止の面からすると、転嫁型と防御型で、違いは生じない。違いが生じるのは、不干涉ルールである。防御的緊急避難では、行為者の側にルール違反はないのに対して、攻撃的緊急避難では、相手方を巻き込んだという点で、不干涉ルール違反を犯している。

危難を回避するために関係のない他人を巻き込んでその者に転嫁するという点について、責任阻却説や、その前提を共有する見解は一貫して不当性を見出してきたところであるが、この見解も、転嫁型緊急避難行為が他人を自律的主体としではなく単なる回避のための道具としてみている点を不当であるとしているところに共通性を見いだせる。

IV、第三者の要保護性について

1、無関係な第三者の要保護性の優先？

Ⅲまで見てきた見解は、前述したように、無関係な第三者に危難を転嫁してまで助かることが不当であるという前提を共有していた。そのうえで、無関係な第三者の保護を優先しながらも、行為者が不可罰となる根拠を検討していた。しかしながら、なぜ第三者は危難に遭遇した者よりも要保護性が高いのだろうか。

自身に降りかかった危難は、自身で甘受すべきだとする運命甘受原則を前提とすれば、それを他人に転嫁することは、原則として許されない不当な行為である。ただし、責任阻却説のようにあらゆる場合に正当防衛を許容すると、危難に遭遇した者に酷な結果を生むので、一定の譲歩が第三者に求められる場合がある。それは、保護利益が侵害利益に対して著しい優越性を有するときである。したがって、著しい優越性を要件として違法性阻却を認める。これが先に見た見解である。

しかし、まず運命甘受原則や転嫁禁止原則が、なぜ保全利益の著しい優越性を根拠に譲歩を強いられるのかに関して疑問が生じる。この点に関して、先に見た見解は、無関係な第三者の自律を害している点が、利益侵害に付け加えられるので、擁護される利益にその分の埋め合わせのための優越性を要求している。しかしながら、自律性侵害を算入する根拠を構成する、人格の手段化禁止（人格の尊重要請、さらにいえば人格の根源的平等性）が、秤での衡量それ自体を否定するといったことを目的としているのに、衡量でマイナスに算入するというのは一種の矛盾である、といった批判がなされている⁷¹。さらに、この見解が通常人格の手段化禁止に該当しない利益である財産的利益においても、自律性の侵害を算入していることからして、自律性侵害の内容を構成しているのは、意に反して利益を侵害されたといった内容以上のものではないと思われる。そして、それはすでに述べられているように、「そのような自律性侵害がなければ、そもそも利益侵害も存在しえない」要素なのである⁷²。そうだとすると、そういった要素は、そもそも利益侵害の内容に含まれているのであって、別段にマイナスに算入すべき理由はない⁷³。したがって、論者が「自律」が

⁷⁰ 小田・前掲注 64) 9 頁。

⁷¹ 小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉大法学論集 23 巻 1 号（2008 年）374 頁。

⁷² 小林・前掲注 71) 374 頁。

⁷³ 山口・前掲注 1) 135 頁。小林・前掲注 71) 374 頁。

侵害されるという理由で、著しい優越性を根拠に違法阻却を認めるのは、その言葉通り解するのであれば誤りであろう。

2、転嫁という要素

前述したように、なぜ無関係な第三者に転嫁が原則として禁止されるかといえば、自身に降りかかった運命は甘受しなければならないという運命甘受原則が妥当するからである。しかし、そもそも運命にまかせなければならないというのは、自明なことではない⁷⁴。ここでは、一定の前提が置かれているように思われる。すなわち、「われわれがより良いと考えるリベラルな、つまり個人の自律にふれない社会において人々は、自身の人格形成ややり方について他人から容喙されない。その代わりに、その過程で生じた負担は原則として自身で処理しなければならず、他人の人格形成を阻害するかたちでこれを処理してはならない」⁷⁵という前提である。そして、このような考慮には、いわゆる自己答責性⁷⁶という考え方が裏返しにあると解される。自己答責性とは、「個々人を独立した自律的人格とみなし、その発展を他者から阻害されない代わりに、その過程でコンフリクトが生じないことを、人を当てにせず自分自身で保障しなければならないという、現代社会の基本理念を素直に理論化したもの」⁷⁷である。つまり、各々の人間に切り分けられた領域において、その内部で生じた利益を享受する裏返しとして損害も負担する、という規範的考慮である⁷⁸。このような考慮は、それ自体妥当であるように思われる。しかしそこから、あらゆる転嫁が、不当であることは導けない。先の言葉を借りるのであれば、「他人の人格形成を阻害する」転嫁行為は禁止されるべきであるが、すべての転嫁行為がそれに当たるわけではない。ときおり違法性阻却説の論者が、正当化の限界として人格の手段化禁止を挙げることがあるが、それは、人格形成を阻害する形での転嫁行為の禁止を意味しているものといえよう。そうだとすれば、それに該当しない利益侵害を禁止したり、行為者の不利に扱ったりする必然性は、少なくともこの考慮からは導けない。

さらに、すでに見たように、「自律」は単なる利益以上の内容を構成している⁷⁹。したがって、公共の利益のために制約が許されるような利益を侵害したとしても、それが直ちにその利益の担い手の自律を侵害したことにはならないのである⁸⁰。破壊消防や強制収用の場合のように、公共的利益のために一定程度財産権が制限されることがあることは認められ

⁷⁴ Anna Conix, Zufall und Verteilungsgerechtigkeit, S.183ff., Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013.

⁷⁵ 小林・前掲注 71) 364 頁。

⁷⁶ Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S.6ff. Joachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S.179.

⁷⁷ 小林・前掲注 13) 164 頁。ただし、信頼の原則を自己答責性原理から基礎づける文脈における記述である。

⁷⁸ Renzikowski, a.a.O. (Fn.76) .Renzikowski によれば、この自己答責性の原則は自律の内容を構成する自己決定の裏返しである。

⁷⁹ 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」同『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）78頁以下参照、さらに小林・前掲注 71) 353頁脚注 66参照。

⁸⁰ 長谷部・前掲注 79) 79頁は、個人の自律にもとづく権利について、「個々人の具体的な行動の自由を直接に保障するよりはむしろ、特定の理由にもとづいて政府が行動すること自体を禁止するものと考えられる」と述べる。

ている⁸¹。さらに、個人間においても民法上の相隣関係のように他人との利益調整が要求されている。

そして、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のであるから、行為者も第三者も要保護性は対等なはずである。したがって、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。

緊急避難も公共的観点からの利益調整だと考えれば、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ることになる。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。

財産権に関しては、一定の法制度を前提にして、はじめてその内容が決定されるのである⁸²から、公共的観点から制限が多々ありうる。もっとも、特定個人に対してのみ、財産に対する直接的排他的支配の権能を認めない、という制限の仕方については問題が生じうる。

これに対して、身体は、「正当な保障」を支払って収用することはできないゆえに、財産の場合よりも侵害の程度が高いと思われる⁸³。しかしながら、身体的利益を侵害する採血は刑法上許容されていることに鑑みると、身体的利益であっても、公共的観点から一定程度の侵害を正当化することが不可能とまでは言い切れないであろう。このように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。

さらに、この転嫁の考慮に関して、賠償責任を肯定することで事前的に利益調整がされると解し、刑法上の緊急避難の正当化に関して、損害が填補されることを前提に考える見解⁸⁴も有力だが、この見解に対しては個人的法益を侵害した場合には、ある程度の説得力が認められるにしても、急病人を運ぶためにスピード違反をしたような、典型的に賠償⁸⁵

⁸¹ 佐伯・前掲注 14) 181 頁、松原芳博『刑法総論（第 2 版）』（日本評論社、2016 年）183 頁。

⁸² 小林・前掲注 71) 373 頁脚注 42。

⁸³ 佐伯・前掲注 14) 184 頁脚注 31、さらにそこで引用されている長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」同・前掲注 79) 158 頁参照。

⁸⁴ 前掲 III 2 参照。

⁸⁵ あるいは適法行為に対する補償と言い換えてもここでは同じことである。

を得られない社会的利益の侵害においては、あまり説得力を持たないという批判がある⁸⁶。刑法の緊急避難に該当する場合に、民法上賠償責任が肯定されているのが、たとえそう解さないと、危難を転嫁された者が泣きを見るというところにあるとしても、そのことと刑法で緊急避難行為をどう解するかとは全く別のことである。

たしかに、刑法の違法性阻却を考えるうえで、他の法領域の考え方が参照されることはしばしば見受けられることである。また、刑罰をもって当該行為を抑止する刑法の性質からすると、他の法領域で適法な行為を処罰することは妥当ではないかもしれない。しかし、それとて他の法領域で適法となる理由と、刑法上処罰すべき理由が両立しさえすれば、およそ不可能なことではないであろう。他の法領域で適法とされる行為が、刑法上も適法となるかは、その適法とされた理由や原理が、刑法においても妥当するかどうかにかかっているのである。したがって、民法上賠償責任が否定されているかどうかは、それ自体から直接に刑法に反映されるべきものではないように思われる。

V、小括

本章では、緊急避難の性質について、違法性阻却説に対する批判としてあげられる、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性について検討を加えた。そして、転嫁という要素は、緊急避難の正当化の可否を論じる場面においてではなく、その範囲を論じる場面において考慮されるべきであるとの結論を得た。

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。

第2章 緊急避難を制約する根拠について①～違法性阻却事由説に対する批判の検討

I、はじめに

前述したように、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」⁸⁷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」⁸⁸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

⁸⁶ 西田・前掲注1) 140頁。このほかにも、転嫁者が無資力の場合や、生命侵害の場合に請求主体が存在しなくなることを批判として挙げている。

⁸⁷ 今井猛嘉ほか『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2009年) 203頁(橋爪隆)。

⁸⁸ 小林・前掲注71) 403頁。

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。

本章では、緊急避難による正当化が否定されることが多い事例を検討したうえで、正当化がどのような理由で否定されるのか、つまり制約の根拠はどのようなものかについて一定の結論を示し、どのような要件が否定されるのか、過剰避難は適用されるのか、などについても一定の結論を示す。

II、違法性阻却説に対する批判

1、強要緊急避難

i、否定説

事例 1

Xの息子であるAがYによって誘拐された。YはXに対して、Aを助けたければ銀行強盗をして身代金を調達し、それを渡せ、と要求してきた。XはAを助けるために、Yから渡されたけん銃を用いて、銀行員Bを脅し、銀行に保管されていた一億円を強奪し、それをYに渡した。そのおかげでAは解放され救出された。

この事例では、銀行の財産的利益を侵害することによって、Aの生命が救助されている。この場合に優越的利益原理を単純に当てはめるならば、Xの強取行為はAの生命を守るための緊急避難行為として正当化されることになる。

しかしながら、この事例1のようないわゆる強要による緊急避難の場合に、少なくない論者が正当化を否定している。

なぜ正当化を否定するのかについては、危難を転嫁される第三者、事例1においては銀行員B、に正当防衛による対抗を認めるべきであるという、第三者の要保護性の考慮がまず挙げられる。当該危難の原因を作り出した背後者に対しては、正当防衛による対抗が肯定されることを前提にすれば、この背後者のいわば手足となって行動している被強要者に対しても正当防衛を肯定されるべきだと考えるのである。そして、このような考えを生み出しているのは、被強要者は、強要されているといっても、背後者の犯罪に加担しているのであって、この場合に正当防衛による対抗を認めないとすると、背後者は誰かを強要して犯罪を行わせればよいということになってしまう、という懸念である⁸⁹。

この点に関して、橋田久は、この被強要者の行為につき、背後者Yの犯罪に加担しており、それゆえ当該行為は法秩序の妥当性を破り、社会に対する侵害を構成するとし、正当化を否定している⁹⁰。橋田は、緊急避難行為が正当化される根拠を、危難を転嫁される第三者の社会連帯義務に求めた上で、強要された行為の場合は、この社会連帯義務が認められ

⁸⁹ 最近のものとしては、たとえば Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, 2017, § 8, Rn. 127ff. 松宮・前掲注 41) 161 頁。ただし、Kühl は、侵害利益がごく小さく、保全利益が大きい場合は例外的に正当化を肯定している。§ 8, Rn. 130.

⁹⁰ 橋田久「強制による行為の法的性質(一)」法学論叢 131 巻 1 号 (1992 年) 106 頁。

ないので正当化されない、としている⁹¹。いくら子供を助けるためとはいえ、誘拐犯の犯罪に加担している⁹²点は通常の犯罪と変わらないので、第三者に甘受義務を負わせるのは妥当でないという考慮が認められる。

また、松宮孝明は、この場合に正当化を認めると、「頭のよい犯罪者は皆、この方法で利益をせしめること」になってしまい、妥当でない結果を生じさせてしまうと述べている⁹³。松宮は、同じく第三者の社会連帯義務を問題にしたうえで、通常の緊急避難と強要緊急避難とを、「社会連帯」パターンの範囲内に収まっているか否かで区別している⁹⁴。すなわち、強要緊急避難の場合には、「強要者の『恣意』を媒介とする強制による行為が正当化されることによって強要が成功するチャンスが高まる場合には、『社会連帯』の客観的なパターンを破る多様な強要が助長される危険も高まる」のであって、お互いさまとして甘受すべき場合に当たらないとする⁹⁵。松宮は、このように強要による行為の一部に他の緊急避難状況との価値的相違を認めている⁹⁶。

ii、肯定説

強要緊急避難の場合に違法性阻却を否定する見解に対しては、周知のように批判が述べられている。山口厚は、犯罪に加担しているという点に特別な考慮をする見解に対して、背後者の犯罪の抑止という観点は、背後者の処罰で達成されるべきものであり、背後者の被害的地位にいる行為者の罪責にとっては無関係であるこうした考慮を、行為者の可罰性判断に直接、しかもその不利益に取り込むことは、問題がある、と述べる⁹⁷。

そして、そもそも強要によって生じた危難と、それ以外の原因で生じた危難を分けることができるのか、あるいは分ける理由があるのかについて疑問が投げかけられている。すなわち、事例1と異なり、背後者が他人の庭に侵入しなければ拳銃で撃つと脅してきたのでやむなく侵入した場合と、背後者が黙って襲いかかってきたので他人の庭に侵入した場合とで優位的な差があるとは思えない、というのである⁹⁸。

危難の原因が背後者の強制である場合と、自然現象等である場合を区別する根拠がないとすれば、通常の緊急避難の事例と同じく、補充性等の各要件を満たした場合緊急避難による正当化を肯定することになる。したがって、事例1のXの強盗行為は緊急避難によっ

⁹¹ 橋田久「避難行為の相当性」産大法学 37 卷 4 号（2004 年）62 頁以下。

⁹² この点を捉えて、当該行為者は不法の側に立っている、と言われることがある。たとえば、Lenckner, a.a.O. (Fn.52), S.116ff.

⁹³ 松宮・前掲注 41) 159 頁。

⁹⁴ 松宮孝明「強制と緊急避難について」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(上)』（成文堂、2007 年）323 頁以下。

⁹⁵ 松宮・前掲注 94) 324 頁。

⁹⁶ 松宮曰く強要の場合の一部は通常正当化が認められるような「社会的にパターン化された」状況にない。参照、松宮・前掲注 94) 324 頁以下。もっとも、松宮は強要の場合にのみ特別な考慮を認めているわけではない。

⁹⁷ 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998 年）110 頁。強要の場合等に緊急避難の正当化を否定する松宮も、この点に関しては、「被強要者の行為が緊急避難として正当化されうると考える場合には、被強要者が実現するのは一構成要件に該当する違法な行為という意味での『犯罪』ではないのだから、それは『犯罪を実現した』とはいえない」と批判している。松宮・前掲注 94) 319 頁。

⁹⁸ 小林・前掲注 71) 351 頁。

て正当化されることになる⁹⁹。

このように、理論的な観点から見れば、強要緊急避難の場合であっても、正当化を肯定する見解が妥当であるように思われる。では、否定説が問題としていた、緊急避難による正当化を肯定することによって、結論が不当になってしまうのではないか、という点についてはどう考えるべきなのであろうか。

この点について見ていくうえで、どのような帰結の相違があるのかがまず問題となってくる。

iii、否定説への批判

強要による行為に正当化を認めない帰結として、危難を転嫁された第三者に正当防衛による対抗が肯定されることになる。したがって、事例1の銀行員Bは実力で強盗を阻止した場合、Xに生じた傷害等は、正当防衛によって正当化される。また、背後者Yは、Xに対する強要罪のほかに、Xの犯した強盗罪の共犯（教唆犯もしくは共同正犯）として処罰されることになる。

これに対して、正当化を認める帰結として、事例1の銀行員BがXに生じさせた傷害は、正当防衛によっては正当化されず、緊急避難による対抗を認める見解においても、財産を守るためにXに対して傷害を負わせ、またAの生命侵害を生じさせている¹⁰⁰ために、この場合に正当化を肯定することは困難である。そして、背後者Yは、Xの強盗行為に対して、制限従属性説をそのまま当てはめれば、適法な事態への関与であるので、共犯の成立は否定されることになる。

否定説から見れば、背後者Yを不可罰としてしまうこと、そして第三者Bに正当防衛による対抗を認めない点が不当と考えられている。

しかしながら、背後者Yを処罰できないという点に関しては、たとえ行為者Xの行為が緊急避難によって正当化したとしても、Yを処罰する理論構成は考える。この点に関して詳細な検討を加えた島田聡一郎は、優越的利益原則が妥当する違法性阻却事由において、背後者が正犯か共犯かに関わりなく、背後者の行為（事例1ではXを脅迫する行為）以前に利益衝突状態（事例1ではAの生命と銀行の財産）が存在していた場合と、背後者によってはじめて利益衝突状態が作出され、その事態が背後者の掌中に収められていた場合を区別し、前者の場合は行為者（事例1ではX）に違法性阻却事由があることをもって背後者は処罰を免れるが、後者の場合は背後者に固有の違法性阻却事由が存在しない限り、違法評価を免れない、としている¹⁰¹。

前者の場合、背後者は、関与の時点で、法秩序が否定的評価を下さない方向に事態を推

⁹⁹ この見解が近時の多数説であると考えられる。例えば、山口・前掲注1) 151頁、高橋則夫『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016年）317頁、佐伯・前掲注14) 190頁、松原・前掲注81) 189頁、等。

¹⁰⁰ 銀行員Yの対抗行為に関して、Aの死亡結果まで含めてよいかは問題になるものと思われる。強要緊急避難の場合、対抗行為によって生じた被脅迫者あるいは第三者の侵害結果は、通常の緊急避難の場合とは異なり、背後者の行為を通して。したがって、当該侵害結果を避難行為に起因させてよいかについては、一つの大きな問題となりうる。この点に関しては後述する。

¹⁰¹ 島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学 55号（2000年）53頁。同74頁は、「利益不存在原則に基づく場合には、異なった基準が妥当するとしている。被害者の同意の有無すなわち法益侵害の存否については『相対化』はあり得ないが、被害者と他の関与者との間では、法益侵害が存在し関与者に固有の違法性阻却事由がない限り『相対化』は常に肯定される」と述べる。

し進めたのであって、そのような者に対して法秩序が否定的評価を下すのは評価矛盾となるからである、と根拠づけている¹⁰²。

これに対して、後者の場合、まさに背後者が、本来回避できた衝突状況を作成しており、その衝突状況を利用して侵害を生じさせているので、それを自身の有利に援用することは許されないと、根拠づけている¹⁰³。

このように、背後者の処罰の点はそれほど問題が生じないとして、危難を転嫁される第三者の正当防衛に対抗の可否の点はどのように考えるべきなのだろうか。

この点については、逆に否定説のように常に正当防衛による対抗を認めることが妥当であるのかが問題となる。

事例 2

事例 1 の状況で、銀行強盗だけは嫌だった X は、Y に頼み込んで深夜人気のなくなった銀行に侵入し、金庫内に保管してあった一億円を窃取し、無事 A を救いだした。

この場合に、侵入者 X を発見した警備員に正当防衛による対抗を許容してよいかと問うたとすると、どれほどの者が肯定的に答えるだろうか。この場合には、X の建造物侵入や窃盗は緊急避難による正当化を認める、すなわち銀行の警備員は緊急避難の限度での対抗しかできないとすると解するのもそれほど不当だとは思われない。

では、事例 1 と事例 2 はどこに相違があるのだろうか。事例 1 と事例 2 の相違は、保管してある金銭を強盗によって奪い取ったのか、あるいは窃取により奪い去ったかである。そして、なぜ事例 1 で正当化が躊躇されるのかについては、それはおそらく犯罪に加担しているということではなく、銀行員に対する侵害が重大である点にあるのではないだろうか¹⁰⁴。

そうだとすれば、強要の場合に正当化を否定すべきというよりは、生じる侵害が重大な場合に正当化が制約されるべきであるということになる。このように考えられるとすれば、強要緊急避難の問題は、緊急避難一般の問題として考慮することができるようと思われる。つまり、強要を、危難の原因として特別の考慮を必要としないとすると、強要の場合に緊急避難による正当化を否定する見解は、強要の場合だけでなく、緊急避難行為に広く正当化を肯定することに抵抗を感じている、と見ることもできる¹⁰⁵。例えば、危難の原因が強要でなく、自身の子供の手術代をどうしても捻出できないので、仕方なく銀行強盗してしまった場合に、緊急避難の各要件を充足したとしても、おそらく緊急避難による正当化を否定するのではないかと思われる。

¹⁰² 島田・前掲注 101)

¹⁰³ 島田・前掲注 101) もっとも、背後者に固有の違法性阻却事由が存在する場合は、処罰を免れるとしている。同 54 頁。

¹⁰⁴ このことを指摘するものとして、小林・前掲注 71) 349 頁がある。そこでは、銀行強盗の場合に正当化が否定されるのは、「行員が強度の暴行・脅迫を受けて生命・身体が高度に脅かされ、人格の尊重要請を害されるところに求めることも可能である」と述べている。

¹⁰⁵ 「不法の側に立つ」という要素を、利益衡量で行為者の不利に算入する Lenckner も見方によっては、強要緊急避難の場合を特別視しているわけではなく、正当化が否定される一場合にすぎないと述べていると考えられる。Lenckner, a.a.O. (Fn. 52), S. 116f.

そうだとすると、強要という要素ではなく、論者が考える緊急避難による正当化を否定すべき場合が、たまたま強要と緊急避難という題目で述べられているだけ、ということになる¹⁰⁶。

また、否定説をとった場合、不当な帰結が生じてしまうのではないかがさらに問題となる。というのも、被強要者の当該行為が違法だとすると、脅迫を受けた銀行員が、畏怖の感情からでなく、同情の気持ちから銀行のお金を受け渡した場合に、銀行に対する窃盗の（共同）正犯で処罰されてしまう¹⁰⁷という結果に至る可能性が出てきてしまう¹⁰⁸。

iv、強要緊急避難の特殊性

前述したように、強要緊急避難に対して、常に正当防衛による対抗が許されるわけではないとして、このような場合に緊急避難の限度で対抗を認めることは意味をなさないのであろうか。

通常事例1のような場合に、銀行員の緊急避難による対抗を否定する見解は、誘拐されたAの生命侵害を衡量の要素に加味している。しかし、Aの生命侵害は銀行員Bの対抗行為によって生じた侵害として斟酌することはできるのかがそもそも問題となる。というのは、Aの生命侵害は銀行員Bの対抗行為によって直接に生じているのではなく、誘拐犯Yの行為によって生じているのであって、銀行員Bの緊急避難行為による侵害であるとは、ただちにいうことはできないからである。Yが起こした生命侵害行為の結果は、Y自身に帰属させるべきものであり、Bに帰属させられるいわれはない。

松宮は、反対に、被強要者が背後者の脅迫を無視して、結果が生じた場合に、被強要者に背後者が生じさせた結果を帰属させることができないことから、被強要者も背後者の脅迫を援用して緊急避難の成立を主張することができない、としている¹⁰⁹。しかし、被強要者に背後者が生じさせた結果を帰属できない、という問題と、被強要者において、背後者が生じさせた危難を、援用できないとすることとは別の問題であるように思われる。第三者のための緊急避難を肯定するのであれば、その原因が人間の脅迫行為であろうと、自然現象であろうと、第三者の利益侵害の切迫性が認められる場合には、現在の危難は肯定されるべきだと思われる。そして、背後者によって生じた侵害が被強要者に帰属されないのは、帰属一般の問題であり、そこでは、誰に結果を帰属させるかに主眼が置かれている。誤解を恐れずにいえば、背後者が生じさせた危難は、利益侵害について現在の危難があるかどうかという事実的問題であるのに対して、背後者が生じさせた結果の帰属については帰属論という規範的観点が問題となっているのである。

以上のように解すれば、事例1で銀行員Bが対抗行為を行った場合、侵害利益としては、

¹⁰⁶ なお、東京高判平成24年12月18日（判時2212号123頁）は、拳銃を突きつけられた被告人が、覚せい剤の自己使用を強要された事案において、緊急避難の成立を肯定している。判例の傾向として強要緊急避難の場合でも、通常の場合と同様、要件さえ充足すれば、緊急避難の成立が肯定されることは示唆されていたが、この判決において初めて強要された事案で緊急避難の成立が認められた。この判決に関しては、さしあたり拙稿「判批」早稲田法学90巻2号（2015年）123頁以下参照。

¹⁰⁷ その場合、被強要者は教唆犯か共同正犯になりうる。

¹⁰⁸ Franz Benno Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 1988, S.134.

¹⁰⁹ 松宮・前掲注94) 331頁。

せいぜいXの身体的利益が、保全利益として銀行の財産とBの身体的利益が、衡量されることになる。したがって、この場合通常であれば、Bの対抗行為は緊急避難として正当化されることになると思われる。

そして、このことは強要者が、被強要者自身の身体、生命を侵害すると脅迫している場合にも当てはまる。その場合でも、危難を転嫁された第三者の対抗行為に、強要者が生じさせた生命、身体傷害を帰属させることはできないと考えられる。

したがって、東京地判平成8年6月26日判時1578号39頁（オウム真理教「集団リンチ殺人事件」）のように、被告人Xが教祖Yに、自身と同じ信者であるAを殺さなければ、自身を殺すと脅迫され、その脅迫通り信者Aを殺害したという事案を変え、Xに殺されそうになった信者Aが、Xに対して反撃して攻撃を防いだため、Xが殺害されてしまったという場合でも、Xの生命侵害をAの対抗行為に帰属させることはできない。したがって、この場合Aの行為は緊急避難として正当化される可能性があると考えられる¹¹⁰。

以上のように、強要者によって生じた侵害を、危難を転嫁された第三者の対抗行為に帰属できないという点が、強要緊急避難の特殊性ということができると思われる。そして、それは否定説の考慮の一つであった、第三者の要保護性の考慮から出てくる対抗行為の確保という点が、違法性阻却説からでも認められることを意味する。したがって、強要緊急避難の事例であっても、通常の緊急避難と同じように正当化を肯定することに問題は生じないように思われる。

iv、緊急避難の制約の必要性

このように、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。

したがって、緊急避難の正当化を否定すべき場合はあるのか、あるとすればどのような根拠によるのか、が問題となる¹¹¹。

この点に関して、強要緊急避難の場合に、はじめから正当化を否定するのではなく、具体的事例に即して、正当化を否定するか肯定するかを考える見解も主張されている。この見解は、強要緊急避難において、行為の正当化を肯定することが、危難を転嫁される第三者の正当防衛を否定することにつながってしまうこと（あるいは不法の側に立つこと）を、利益衡量の枠内で考慮している。その帰結として、生命侵害、（重大な）身体傷害、（重大な）自由の侵害が保全利益として要求される。そして、逆にそれらの重大な侵害を犠牲者に負わせた場合には、正当化が否定される¹¹²。この見解は、一見強要という要素を特別に考慮しているように見えるが、実質的には、緊急避難による正当化を制約する一つの要素として（不法の側にいる等）利益衡量に加えているにすぎない。そのように考えることができるのであれば、緊急避難の正当化が制約される一つの場合として強要緊急避難を考慮す

¹¹⁰ もっとも、この東京地判の事例は教祖Yによって、信者AとX間で生命危険共同体が形成された事案と見ることもできるであろう（ただし、判決では生命に対する現在の危難は否定されている）。生命危険共同体に関しては後述する。

¹¹¹ 小林・前掲注71) 53頁、井上・前掲注23) 236頁、松宮・前掲注94) 304頁以下。

¹¹² Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2006, § 16.Rn.67ff.

る見解と軸を同じくしている。

そして、強要緊急避難も含めて、緊急避難一般の正当化を制約する場合について論じている松宮孝明は、社会的にパターン化されていない利益衝突の場合を緊急避難による正当化の枠外に置いている¹¹³。

松宮が、この社会的にパターン化されていない利益衝突にあたる事例としてあげているのは、雨傘事例やここで検討した強要緊急避難の場合である。

そして、緊急避難において、利益の著しい優越性を要求する見解¹¹⁴も、正当化する事例をあらかじめ制限するという観点から見るとすれば、同じ方向を示しているように思われる。そして、保全利益が侵害利益を著しく（本質的）に優越することを要件としているドイツ刑法 34 条の緊急避難も正当化の範囲があらかじめ制限されている点で同様である。

では、緊急避難による正当化が制約される場合があるとして、それは著しい優越性を要求することによって解決する問題なのであるだろうか。それとも、松宮らが論じているようにある程度事例ごとに見ていく必要があるのだろうか。換言すれば、緊急避難による正当化はいかなる場合に制約され、それはいかなる理由からなのか。

この点を考えていくうえで、多くの論者が緊急避難による正当化を否定している生命侵害の事例をまず見ていく。

2、生命侵害¹¹⁵

事例 3

道を歩いていた甲に看板が落ちてきた。甲はその看板を避けることができず、隣にいた乙を突き飛ばして難を逃れた。その結果、不幸にも乙は後頭部を強く打ちつけてしまい、死亡してしまった。なお、甲が乙を突き飛ばさなかった場合には、甲は看板の下敷きになり死亡していた。

この事例では、保全利益として甲の生命が、侵害利益として乙の生命が衝突している。この事例のように生命侵害を生じさせた場合、多くの論者が、緊急避難による正当化が否定されるべきだとしている。しかし、緊急避難による正当化に関して、保全利益の優越性を要求せず、同等利益の保持で十分であるとする見解を前提にすれば、この場合に、正当化を否定する理由が必要になってくる。

もっとも、先にみたドイツ刑法 34 条や保全利益の著しい優越性を要求する見解は、この場合に、緊急避難による正当化を否定することに問題は生じない。この事例のように、一人の生命対 一人の生命が衝突する場面では、著しい優越性が肯定されないため、正当化は肯定されないことになる。

¹¹³ 松宮・前掲注 96) 参照。

¹¹⁴ 責任阻却中心の二分説を主張している森下・前掲注 17) 122 頁や、転嫁型の場合に保全利益の著しい優越性を要求する井田・前掲注 59) 137 頁等。

¹¹⁵ 前述の東京地判平成 8 年 6 月 26 日判時 1578 号 39 頁では、生命侵害を生じさせる緊急避難行為について緊急避難の成立の余地を認めている。ただし、「生命対生命という緊急避難の場合には、その成立要件について、より厳格な解釈をする必要があるというべきである」として、通常の緊急避難の場合よりは成立の範囲が狭くなる可能性が示唆されている。

i、トロリー事例

事例4

列車の運転手は、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。運転手は、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切り替えた。しかしながら、その線路上では1人の作業員が作業していた。列車に轢かれ作業員は死亡した。

この事例では、5人の生命を救うために1人の生命を犠牲にしている。この場合、保全利益の著しい優越性を要求したとしても、緊急避難による正当化を否定することはできないのではないかが問題となる。というのは、生命侵害を特別視しないのであれば、1つの壺をまもるために5つの壺を毀損した場合に、著しい優越性を認めるとすると、本事例でも優越性を肯定すべきだからである。もっとも、この事例の場合に、正当化を肯定するという方策もありうる。

事例5

事例4の状況を橋の上から目撃していたXは、5人の作業員を救うため隣にいたYを線路上に突き飛ばした。Yが轢かれたことによって列車に非常ブレーキがかかったため作業員は救われたが、Yは死亡した。

この場合も、事例4と同様に5人の生命を救うために1人の生命を犠牲にしている。しかし、仮に事例4で緊急避難による正当化を肯定するとしても、この事例5では正当化を躊躇する論者がほとんどであるように思われる。

ii、臓器移植事例

事例5と同様の構造を持つ事例として臓器移植事例があげられる。

事例6

外科医であるXは、5人の要移植患者を抱えていた。そして、本日中に移植を行わなければ5人とも死亡してしまうという状況にあった。2人は肺を、2人は腎臓を、1人は心臓を移植する必要があった。そこへ、1人の若い男が健康診断のために外科医のクリニックにやってきた。この男が移植患者たちのドナーに適合していることを知った外科医は移植手術を強行した。その結果5人は救出され、若い男は死亡した。

この場合も、事例4、事例5と同様に5人の生命を救うために1人の生命を侵害しているが、事例5と同じかそれ以上に緊急避難による正当化を肯定することに躊躇してしまう¹¹⁶。このように、保全の利益の著しい優越性を要求するだけでは、緊急避難による正当化

¹¹⁶ もっとも、西田・前掲注1) 144頁は、この場合も緊急避難による正当化を肯定している。ただし、西田はすぐその後で、「そのような場合に、殺人が唯一の手段であること(補充性)が認められることは99、

を制約する場合を十分捕捉することはできない。

では、生命侵害の場合を特別に考えることはできるのでしょうか。すなわち、生命侵害の場合に、衡量を否定するなどの特別な考慮を行って、生命侵害をともなう場合をすべて正当化の枠外に置く、と考えれば事例4から事例6すべて正当化が否定されることになる。

しかしながら、生命侵害を特別視するだけでは解決しないように見える事例も存在する。

3、生命侵害以外の場合

生命侵害以外に、緊急避難による正当化が否定されることが多い事例として、強制採血事例があげられる。

i、強制採血事例

事例7

医師Xは、自分の受け持ちの患者Yの手術中に血液が足りなくなりました。Xは、特殊な血液型なため周辺の血液センターから調達することは不可能な状況にあった。ちょうどそのとき、健康診断に来ていたAは病院内で唯一同型の血液型を有する者であった。そのことを知ったXは、Aが拒否したにもかかわらず、検査と称して血液を採取し、Yに輸血を行った。その結果、Yは一命をとりとめた。

この場合に、Xの血液や、採血の際に生じる身体への侵襲などが侵害法益であり、保全法益はYの生命である。この場合、保全利益の著しい優越性は問題なく肯定されるように思われる。もちろん、1つの考え方として生命が守られるためならば、血液や採取にともなう身体傷害ぐらい、許容してもよいのではないかという考慮もありうる。しかし、事例を少し変化させるとそのように言い切ってしまうこともできないように思える場合が生じる。

事例8¹¹⁷

Yは重度の腎臓病を患っており、命を救うためには少なくとも9カ月の血液循環が必要であった。Yは特殊な血液型であったため、それに適合する人間は少なかった。医師XはYを救うために、たまたま健康診断に来ており、奇跡的に血液が適合するAを9カ月にわたって強制的にYの血液循環のためにベッドに縛り付けた。

この事例8も事例7と同様にYの生命を救うために、Aの血液や採取にともなう身体が侵害されているが、事例6で正当化を許容したとしても、この事例7では正当化を否定すべきであるように思われる。ただし、この事例7ではAに生じている侵害は9カ月にわたるもので、事例6と比べて重大な侵害といえる。その点を考慮して、正当化の可否に差を設けることもできるかもしれない¹¹⁸。では、重大な利益侵害が生じていないような場合

9%ないであろう」と述べている。しかし問題の本質は殺人が唯一の手段である場合に正当化を肯定することの是非であって、実際起こるか起こらないかはここでは問題とすべきでない。

¹¹⁷ 本事例は、Roxin, a.s.O.(Fn.112), § 16 Rn.50に挙げられている例である。多少の改変を加えている。なお、強制採血事例では正当化を肯定しているRoxinも本事例では正当化を否定している。

¹¹⁸ ただし、生命を救うためであるにもかかわらず正当化を否定すべきかについては問題となりうる。

でも正当化を否定すべき事例は考えられないか。

ii、雨傘事例

事例 9

婦人 X は、突然の豪雨に見舞われてしまった。お気に入りの高価な服を守るために、X は横にいた Y から傘を取り上げ、奪い取った。その結果、X は服が台無しになるのを防げた。

この事例 9 では、Y に生じた損害は傘を奪われたことと服が台無しになったことであるとするならば、重大な利益侵害は生じていないように見える。しかし、それにもかかわらず多くの論者が、この場合に緊急避難による正当化に反対しているのである。もちろん、この場合正当化を肯定する見解も主張されている。では、その判断を分けるのは一体どのような理由なのであろうか。

4、小括

事例 4 から事例 9 において、緊急避難による正当化が躊躇されるような事例を見てきた。そこでは、正当化を否定する論拠として、保全利益の著しい優越性を要求する見解からは、事例 4 から 6、生命侵害を特別視する見地からは、事例 7 から 9、重大な利益侵害を正当化の枠外に置く見地からは、事例 9 が、もし当該事例について正当化を否定すべきだとすると、適切に説明することができなくなってしまう可能性が生じてしまう。もちろん、当該事例のうち正当化を肯定してもよいものが含まれていると考えることも十分可能である。しかし、そうだとすると正当化の可否を分ける基準はどのようなものになるのかが次に問題となってくる。

正当化の可否の基準を考えていくために、事例 4 から事例 9 で、どこが相違するのかを明らかにすることが重要だと思われる。というのも、緊急避難による正当化が否定されるのがどのような場合かを検討していくためには、まずどのような事情が正当化を躊躇させるのかを明確にしたうえで、その事情が正当化を制約するのはいかなる根拠なのかを考えることが重要だと思われるからである。

そして、当該事例群をいくつかの側面を見ていくうえで、危難を転嫁される第三者の利益侵害の程度で区別すると、生命侵害を生じさせている事例 3 から事例 6 が最も程度が大きく、財産侵害が生じているにすぎない事例 9 が最も軽微なものとなる。

これに対して、侵害方法で考えるとすると、事例 6 から事例 8 は、第三者を血液や臓器を採取するために利用しており（身体の医療資源としての利用）¹¹⁹、また事例 5 は、列車を停止させるための重りとして第三者を利用して、他の事例に比べて侵害方法の悪質さが強いように見える。そして、事例 9 も同様に利益侵害の程度こそ他の事例よりは軽い、侵害方法の悪質さは通常の緊急避難の場合よりも程度が高いといえる。

III、制約の根拠

¹¹⁹ 橋田・前掲注 91) 33 頁以下。

1、生命侵害等の重大な利益侵害を特別視する見解

緊急避難による正当化を制約する見解として、まず挙げられるのは、危難を転嫁する第三者に重大な利益侵害を生じさせる場合に、緊急避難の成立を否定するものである。この見解は、生命や重大な身体傷害を第三者に生じさせる場合には、緊急避難の成立を否定する。木村亀二は、「生命又は身体は人格の根本的要素であって、その本質においてはいかなる尺度によっても相互に比較し得ない」¹²⁰と述べている¹²¹。また、同様の見解に立っている山口厚は、「人の生命及び生命に準じる身体の重要部分は、それ自体自己目的として扱われなくてはならず、本人の意思と無関係に他人の犠牲に供されてはならない」¹²²としている。このような立場からすれば、生命や身体（の枢要部分）を侵害する行為を緊急避難によって正当化することが否定されることになる。したがって、事例4から事例6については緊急避難による正当化が否定される。それに対して、この立場からは、事例7から事例9はどのように解されるのであろうか。まず、事例9に関しては、この立場から正当化を否定することはできないように思われる。というのは、先にみたように事例9でYに生じている侵害は、財産的損害であり、せいぜい雨に濡れたことで生じる軽微な身体傷害であると考えられるからである。

また、事例7に関しても、強制採血で生じる侵害は血液を抜かれることによる生理的機能の侵害や採血にともなう身体傷害であるが、これが生命に匹敵し得るほどの侵害に該当するかは疑問である¹²³。そして、事例8についても、長期間に渡る（比較的軽微な）侵害が生じている点をどのように勘案するかによってこの立場からの判断も異なってくるように思われる。すなわち、生命・身体の自己目的という点を重視するならば、身体を他人の救出のために長期間に渡って使用されていることからして、正当化を制約すべき場合に該当することになる。しかし、生命の自己目的性が基本となって、それに準じる身体の枢要部分の侵害という点を重視するならば、事例8であっても緊急避難による正当化を制約することはできないと考えられる。したがって、事例7や事例8のような場合に正当化を認めないとするならば、別の理由づけが必要となってくる。

そして、そもそもこの見解が述べるように、生命やそれに準じる身体傷害の場合を特別扱いすべきなのかについて慎重に考えていく必要がある。というのは、緊急避難の正当化原理として、優越的利益原理があげられるが、その特徴が、「目的の正当性を要求しないところ、具体例を用いていうならば、たとえばある人の命を救うために別の人の命を犠牲にすることを、ただちに正当化の俎上から排除するすべをもたないところである。もっと一般化していうとカント的な手段化されない、かけがえのない人格という観念を前提しない」¹²⁴ならば、人格の手段化禁止や生命等の自己目的性を、正当化原理からは導けない。そう

¹²⁰ 木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959年）270頁。

¹²¹ ドイツにおいて同様に生命の衡量の禁止を主張する代表的論者は、Roxinである。Roxin, a.a.O. (Fn.112), § 16.Rn.33f.

¹²² 山口・前掲注1) 148頁。

¹²³ 血液は、体内で容易に再生され、また事例7のような侵害も短期間であることを理由に、正当化を肯定する見解も見られる。Delonge, a.a.O. (Fn.108), S.151., Roxin, a.a.O. (Fn.112), § 16, Rn.44.等。ただし、ドイツの通説的見解は、人間の尊厳や自律性侵害を理由に正当化を否定する。

¹²⁴ 小林・前掲注71)382頁。

だとすれば、生命侵害や重大な身体傷害をそもそも正当化の枠外に置く¹²⁵ことはいかなる理由からか、その根拠は緊急避難にのみ妥当するのか、といった点が問われることになる。

2、一般原理を援用する見解

生命侵害や重大な身体傷害の場合に正当化を否定する見解よりも、射程を広く、正当化を制約する理由づけを行うものとして一般的原理を援用する見解がある。

i、利益衡量に加味される要素とする見解

この見解に立つ論者の多くは、利益侵害の重大性というよりは、危難を転嫁される第三者の利益がどのように侵害されているかを問題にしている。すなわち、利益侵害の程度は生命侵害等よりは軽微であるが、その侵害方法が劣悪である点を問題とする。

この点に関して、緊急避難による正当化を制約する根拠として、人格の手段化禁止に反するとか、危難を転嫁される第三者の自律性を侵害している、等と主張されることがしばしば見受けられる。

例えば、事例7のような強制採血事例において、強制採血される側の自律性や人格を道具化している点を捉えて、それを利益衡量においてマイナスの要因とすることで、利益の著しい優越性を否定するという構成により、正当化を否定している見解がある。Lencknerは、事例7のような強制採血について、一見すると利益衡量は、生命を救っている点で、たしかに行為者の有利に働くように思われるとしながらも、危難を転嫁される者の人格的自律性の利益が衡量においてプラスされるとして、結果的に利益の優越性が否定されたとしている¹²⁶。

ただし、このように、自律性侵害等を衡量要素として加える見解に対しては、自律性の侵害は危難を転嫁される第三者に生じた法益侵害の構成部分であって、別個に付加される筋合いのものではないという批判がある¹²⁷。もっとも、自律性侵害を常に衡量に加えることは妥当でないにしても、自律性侵害を「人格に直接結びつく自己決定権の侵害」ととらえる見解¹²⁸には妥当しないように見える。しかしながら、自律性侵害の範囲をどのように考えたとしても、それを衡量要素として加える点に対して、批判が投げかけられることになる。すなわち、自律性侵害、人格の手段化禁止、といったものは、保全利益が優越（同等）するにもかかわらず、緊急避難による正当化を否定する考え方からして、それを衡量要素として相対化することを許さない趣旨であるため、衡量要素として加えること自体に矛盾が生じてしまう¹²⁹。

¹²⁵ もっとも、Delongeは、生命についての衡量可能性を肯定している。Delonge, a.a.O.(Fn.108), S.118ff. しかしながら、この見解に対しては批判が強い。ただし、一般的に生命を衡量可能だと考えることが妥当でないにしても、それが不可能であるとは言えないだろう。

¹²⁶ Lenckner, a.a.O.(Fn.52), S.62. より正確には、法共同体が、この基本原理としての人格的自律の維持について持つ利益が算入されるとしている。さらに、自律性侵害の要素を利益衡量において加味する見解として、小名木明「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（慶應大学）67巻6号（1994年）25頁以下、Akihiro Onagi, Die Notstandsregelung im japanischen und deutschen Strafrecht im Vergleich, 1993, S.89ff. さらに、Roxin, a.a.O.(Fn.112), § 14, Rn.48ff.

¹²⁷ 山口・前掲注1) 103頁。

¹²⁸ 山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015年）568頁。

¹²⁹ 小林・前掲注71) 374頁。

ii、防波堤として考慮する見解

制約の理由づけである人格の手段化禁止や自律性侵害を、利益衡量の要素として加えることが許されないとすると、人格の手段化禁止や自律性侵害に該当する場合を正当化の枠外に置くということが考えられる¹³⁰。

このような見解においては、自律性の尊重や人格の手段化禁止といった要素がたとえ生命を守るための行為であったとしても、越えられない制約として勘案されている。そこでは、人格を手段化する形での危難の転嫁が絶対的に禁止されることになる。

だが、事例4から事例9のすべてが人格の手段化禁止や第三者の自律性を侵害していると言えるのであろうか。さらにいえば、違法性阻却説からは、緊急避難行為それ自身が、無関係な第三者をある程度、危難を回避するための道具として利用することを許容しているのではないだろうか¹³¹。この点を緊急避難行為に関して、それを責任阻却説とする見解が転嫁行為を原則違法なものとすることで考慮したのであるし、保全利益の著しい優越性を要求する見解も、正当化のために著しい優越を課すということで考慮しているのである。

1で見た生命侵害や重大な身体傷害を正当化の枠外に置く見解は、この人格の手段化をそのような場合に限定している見解であるといえるが、そこまで限定してしまうと、事例7や事例8、事例9のような事案の解決には有用性をあまり持たなくなってしまう。

そこで、事例7を正当化の枠外に置く論拠に関して、危難を転嫁される第三者の利益侵害が、単なる肉体が侵害されている場合と、象徴的意味を賦与された身体性が侵害されているかで区別する見解¹³²が主張されている。そして、事例7と、危難から逃げる際に他人を突き飛ばした結果出血をとまなうけがを負わせた場合を区別している。前者の場合は、象徴的意味を賦与された身体性が侵害されているので、行為は正当化されない。それに対して、後者の場合は、単に障害物として侵害されているのみであって、前者の場合のような侵害は認められないので、正当化が肯定されるとしている¹³³。

この見解を参考にして、さらに人格の手段化について議論を展開している論者は、許されざる手段化に関して、それを「被害者の身体からの何らかの利益、効用を享受する場合と、身体を単に毀損する場合を区別」している¹³⁴。そして、前者が正当化されない理由として、人格的法益が売買の対象とされてはならないという出発点から、「その対象が物であれば対価の支払いと結びつく利用享受は、身体の許されざる物化、道具化と言えるため」と述べている¹³⁵。

¹³⁰ 功利的正当化の見解を主張する論者である Meißner も同様に人間の尊厳を挙げる。Andreas Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, 1990, S. 211f. Meißner はこの場合に正当化を認めるとすると、個人を単なる血液の銀行という形で道具化してしまうことになる、と述べる。

¹³¹ このことを指摘するものとして、Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand : zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002, S. 251ff., 橋田・前掲注 91) 34 頁などがある。

¹³² Pawlik, a.a.O. (Fn. 131), S. 260ff. この見解に関しては、橋田・前掲注 91) 35 頁以下参照。

¹³³ Pawlik, a.a.O. (Fn. 131), S. 263ff.

¹³⁴ 橋田・前掲注 91) 36 頁。

¹³⁵ 橋田・前掲注 91) 36 頁。さらに、橋田は、行為態様の相違を考慮に入れている。すなわち、事例6（強制採血事例）においては、注射針による体内への侵入という「個人の身体領域を直接的に侵害するもので

しかしながら、この見解に対しては、身体利用という側面ではなく、金銭による媒介が問題視されるのであるとすると、そのような金銭による媒介が認められない場合についてまで正当化を否定することはできない点、そして、危難を避けるために人を突き飛ばした場合と人を盾にする事例の結論を変えるのは不均衡である点、が批判として挙げられている¹³⁶。そして、そもそも対象が物であれば対価の支払いと結び付く利用享受がなぜ身体の許されざる物化となるのであろうか。昔は血液が売買の対象にされていた。それが今の制度になったのは、もちろん倫理的問題も加味されていたであろうが、安全で効率的に血液を供給するためという点も理由となっていると考えられる。人格的法益が売買の対象にならないのが確固たる出発点だとしても¹³⁷、売買が禁止されている理由が人格の手段化禁止と直接に関連を持っているかどうかはただちにはいえない。したがって、利用享受等の基準はあまり根拠があるようには思えない。

人格の手段化禁止に該当するかが争われる強制採血のような事例でなく、人格の手段化禁止に該当することを多くの論者が肯定する、生命侵害を生じさせる事例を、許される生命侵害の場合と許されざる場合とで区別しようとする見解もある。佐伯仁志は、すでに存在している危難がそのまま方向を変えて被害者の死亡に実現している場合と、新たに別個の危険を及ぼしている場合とを区別し、前者の場合には違法性阻却を肯定している¹³⁸。そして、人格の手段化禁止との関係で重要な指摘は、事例5や事例6のように、危難を回避するために、第三者の身体等が積極的に利用される場合には「人格の尊厳を傷つけるような『単に手段として利用』する」といえるが、事例4のように単に電車の軌道を変更しただけで、事例5のように積極的に第三者の身体を手段として利用したとはいえないという区別である¹³⁹。この見解は、重大な利益侵害である生命侵害をとまなう行為であっても、すべてが許されざる人格の手段化に該当するわけではないとして、正当化の範囲をこれまでの見解よりも拡張しようとしている。

しかし、正当化を否定する要素である、積極的に人格を利用している場合とそうでない場合を比較したときに、その違いは「せいぜい『被害者の自律的な行動の自由を奪い場所的に移動させた』ところにとどまる」¹⁴⁰のではないだろうか。そして、そうだとするとそれは、論者が制約の根拠としていた人格の手段化禁止とはあまり関連性を持たない相違であるように思われる¹⁴¹。

このように、人格の手段化禁止に該当するか否かについて、あらたな見地から基準を示そうとする見解も論拠が不十分であった。もっとも、生命侵害であっても、場合によっては、緊急避難による正当化が肯定される事例群があるのではないかと、という発想それ自体は妥当な方向性を示しているのではないかと思われる。

生命侵害等の重大な利益侵害を伴う行為が緊急避難で正当化できないというのが一般的

あり、個体と外界の限界を曖昧にする。斯かる極端な形での支配領域侵害は、人間の尊厳を害し、原則として緊急避難とはなし得ない」としている。橋田・前掲注91) 37頁。

¹³⁶ 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69号(2005年)41頁(脚注42)。

¹³⁷ 橋田・前掲注91) 36頁。

¹³⁸ 佐伯・前掲注14) 84頁。

¹³⁹ 佐伯・前掲注14) 84頁。

¹⁴⁰ 小林・前掲注71) 362頁。

¹⁴¹ 小林・前掲注71) 362頁。

見解であるので、侵害結果の重要性という観点は人格の手段化禁止等の一般的原理を援用する見解においても、重要な要素であることは間違いない。それに加えて、侵害方法の観点を取り入れようとしているのであるが、援用する一般的原理が抽象的すぎて、論者によってその原理が妥当する範囲に差が生じてしまっている。したがって、このような一般的原理から直接正当化を制約する根拠を見出すことは困難であろう。

iii、小活

以上見てきたように、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は、大きく分けてそれを衡量の一要素として相対化して考慮するものと、絶対的な防衛線として考慮するものに分けられる。緊急避難による正当化を制約する理由づけとして、人格の手段化禁止や自律性の侵害等を用いる考え方自体は市民権を得た状況にあるとってよいと思われる。

しかしながら、生命侵害等の場合をまったく枠外におくのか、それとも過剰避難は認められるのか、という点をまったく考えずに、一律に緊急避難にはあたらないと解するのは果たして妥当なのであろうか。第三者に対して、生命等の重大な侵害を生じさせているが、それが自身や、他の第三者の生命を守るための行為であった場合に、単なる殺人行為と同列に扱うことに違和感は生じないのであろうか。

もちろん、その場合には責任が阻却される余地を述べている見解もあるが、そうだとすると、第三者による救助行為は、単なる殺人行為になってしまう可能性がある点で疑問が生じる。もっとも、人の命を助けるためであったとしても、単なる殺人行為とそれほど違いが見られない場合もありうる。そうだとすると、生命侵害等の事例の中に、許されざる人格の手段化に該当しないような場合が果たしてあり得るのであろうか。あり得るとしてそれはいったいどのような場合か、そしてどのような理由づけからくるのか、ということが問題となってくるであろう。

そのような理由づけを、緊急避難行為の正当化の根拠である優越的利益原理から直接は出てこない考慮を如何に基礎づけるべきであろうか。また、外在的制約として設けるとすると、この制約は緊急避難のみに及び、正当防衛¹⁴²や他の正当化事由には及ばないのであろうか。

3、事例分析

2で見たように、人格の手段化禁止や人格の尊重といった一般的原理を、緊急避難の正当化を制約する方向で考慮することには、疑問がある。すでに述べたところであるが、問題点は、以下のところにあるように思われる。

まず、緊急避難の正当化の原理を功利的な観点から考えるとするならば、人格の手段化禁止や人格の尊重といった制約根拠は、どのような理由で必要とされるのかが問題となる。この点に関して、憲法上の要請だと考えたとして、次にその妥当範囲が問題となる。すなわち、IIで挙げた事例に関して、正当化を肯定するものと否定するものに分ける基準足り

¹⁴² 先に見た見解のうち、佐伯仁志は、正当防衛の場合において、被保全利益が生命や重要な身体利益であり、なおかつ退避可能性も要求している。佐伯・前掲注14) 149頁、同「正当防衛と退避義務」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集。(上巻)』(判例タイムズ社、2006年) 88頁以下。

えないのではないかが問題となってくる。

そして、人格の尊重要請や人格の手段化禁止といった、それ自体は直観的に受け入れやすい考慮が、なぜ緊急避難行為にだけ制約の根拠として持ち込まれるのかが、次に問題となってくる。特に、正当防衛においては、緊急避難と比べて、攻撃者の生命侵害まで正当化することを問題視する論者はあまり多くないように思われる。しかしながら、攻撃者といえども人間としての尊厳や人格性を失うのでないならば、なぜ生命侵害が許容されるのかという問題が生じるであろう。

また、緊急避難の正当化を制約する原理が、このような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べきだと思わせるのかを考えることが必要であろう。そして、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、その要素がどのように基礎づけられるのかを考えることが有益であると思われる。

まず、ほとんどの論者が正当化を否定する事例5に関して、生命侵害であることをいったん度外視すると、正当化を否定させる側面は、ここでは、まったく事態に関わりのない第三者を、強制的に侵害回避のために用いている点であると考えられる。しかし、この事態に関わりのない第三者を強制的にという要素は、それほど意味を持ち得ないと思われる。というのは、事例1や事例4においても、事態に関わりのない第三者を利用している点に違いはない。また、強制的が、意思に反してと言い換えることができるとすると、事例1や事例4でも意思に反して突き飛ばされている点、またポイントを切り替えられている点に違いは見られないように思われる。というのは、事例5の強制的に意思に反して身体をいわば盾にして、回避のために用いられたという点が、正当化を否定する要素であるとするならば、自動車と子供がぶつかるのを回避するために、隣にいた第三者を自動車の前に押し出した結果、子供が助かり、第三者がけがを負った、という事例でも正当化を否定しなければならぬであろう。しかしながら、この事例と、落ちてくる看板を避けるために隣にいた第三者を突き飛ばす事例とで、帰結を異にする合理的理由はないであろう。

そして、それにもかかわらず、事例5で正当化を否定すると考えるならば、その根拠となる要素は、もはや強制的に意思に反して身体を、回避のために使用された、ということではない。そこで共通している要素は、やはり生命侵害が生じていることである。そうだとすると、事例3や事例4でも正当化を否定することになるであろう。

これに対して、事例6の臓器移植事例に関しては、正当化を制約する要素は、生命侵害ではないと考えられる。というのは、この事例で問題となるのは、人間の臓器を強制的に移植するという点だからである。ただし、事例8は、侵害の重大性という観点も問題となりうる。この点に関しては、後述する。

そして、事例9に関しては、雨などの気象的要因による危難は、そもそも緊急避難の要件である危難にあたらぬとする議論が展開されている。この議論は、危難の要件をある程度規範的に解することによって、緊急避難が適用される範囲を限定しようとするものである。この点に関しても後述する。

まず、多くの論者が緊急避難による正当化を否定する、生命侵害を生じさせる類型、もしくは重大な侵害を生じさせる類型について、本当に正当化が否定されるべきであるのかを見ていく。ここでは、生命侵害や重大な侵害を生じさせる類型である、事例4から事例

6において、正当化が否定されるべきかが問題となる。2で見た一部の見解は、生命侵害を生じさせる事例においても、正当化が肯定される余地を残そうとしていた。そして、同様に生命侵害を生じさせるにもかかわらず、例外的に緊急避難による正当化を肯定することが許されるのではないかと議論されてきた事例として、いわゆる生命危険共同体の事例が挙げられるであろう。

4、生命侵害を正当化する見解

i、生命危険共同体の場合に正当化を肯定する見解

生命危険共同体とは、複数の生命が共通の危険に遭遇しており、そのままの経過に任せれば全員が死亡する場合をいうが、この場合に一部の者を殺害することによって危難を免れることが正当化されるのではないかが問題となる。

生命侵害や重大な身体傷害を生じさせる侵害の正当化を躊躇させるのは、その場合に正当化を肯定してしまうと、侵害される者に甘受義務を負わせる結果となり、不当な義務付けになってしまうという点大きい。

そして、この点に鑑み、緊急避難の正当化原理に関して、いわゆる連帯性の原理を採用する論者、とりわけ契約論的基礎づけを採用する論者¹⁴³から、生命侵害やそれに準じる重大な侵害をそもそも正当化の枠外にあるものとして扱う見解が主張されている。この見解は、ロールズの正義論での議論を参考にして、原初状態で結ばれる契約の中には、緊急状況における行動のあり方に関するものも含まれると考えている。すなわち、無知のヴェールのもとでは、緊急状況において自身が危難遭遇者、行為者、被害者、いずれになるか不明である。その場合には、一番状況が悪い者が一番良くなるような契約が結ばれる。しかし、この契約論的基礎づけからは自身の生命を侵害するような義務を負わせることはできない。

このように緊急避難の正当化原理として契約論的基礎づけを採用する論者において、生命侵害の場合であっても、例外的に正当化を認める見解も存在する¹⁴⁴。この見解は、原則緊急避難状況における生命侵害に同意を与える者はいないため、契約論的基礎づけからは、正当化は否定される、とする¹⁴⁵。しかしながら、いわゆる生命危険共同体においては、別の考慮が働く可能性がある。通常生命侵害の場合は、まったく自身に危難が迫っていない第三者の生命を侵害するが、生命危険共同体の事例の場合は、生命を侵害される者自身も危難に遭遇している点で、特別な状況であると解している。

通常生命侵害、本稿で挙げた事例で示すと、事例3から事例6であるが、この事例で正当化が否定されるのは、この場合に正当化を肯定することを許容するならば、社会に暮らす者は、自身の生命が侵害される恐怖を持ちながら生活することになってしまうからで

¹⁴³ 緊急避難の正当化原理を契約論的に基礎づけているものとして Reinhard Merkel, *Zaungäste? ,über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft, in Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S.171ff.がまず挙げられる。この見解に関しては、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務 (1) (2)」*姫路法学* 46号 (2007年) 1頁以下、*鹿児島法学* 43巻1号1頁以下、が詳しい。また、この見解に対する批判としては、Pawlik, a.a.O.(Fn.), S.69ff.が詳しい。

¹⁴⁴ Anna Coninx, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, S.106ff.

¹⁴⁵ Coninx, a.a.O.(Fn.144), S.116f.

あると考えている¹⁴⁶。これに対して、生命危険共同体の場合には、全員が共通の危難に遭遇している点、救助行為（侵害行為）がなければ、どのみち全員死亡してしまう点、から特別な考慮が働くと考えている。

ii、生命危険共同体の2類型¹⁴⁷

生命危険共同体の事例は、通例2つの類型に分けられる¹⁴⁸。一つ目は、危難に遭遇している者の中で、いずれにしろ助かる可能性がない者がいる場合¹⁴⁹である。この類型に該当する事例として挙げられているのは、いわゆる登山者事例である。

事例 10

A と B がロッククライミングをしていたところ、B が突然滑り、落下してしまった。B は、A とつないでいたザイルのおかげで谷底への落下は免れたが、A は B を引き上げることはできない状況であった。このままでは自身も B とともに谷底へ落下すると考えた A はザイルを切断した。その結果 B は谷底に落下して死亡してしまった。

そして、2つ目の類型は、危難に遭遇している者すべてに助かる可能性が存在する場合である¹⁵⁰。この類型に挙げられているのは、カルネアデスの板事例である。

事例 11

海難事故に遭った A と B は一つの板につかまっていたが、この板は1人しか支えることができないものであった。A は自身が助けるために、B を板から突き飛ばした。その結果 B は溺死した。

①Anna Coninx の見解

Coninx によれば、この生命危険共同体は、通常の緊急避難の事例と以下の点で異なるとしている。すなわち、侵害される者（甘受義務を負う者）自身も緊急避難行為者と同じ危難に遭遇しており、生命侵害を禁止することによって全員死亡してしまう、という点である¹⁵¹。このように生命危険共同体を解したうえで、次にこの場合に生命侵害が許容される根拠を緊急避難の正当化原理にさかのぼって探究している。この見解の出発点は、生命を脅かすような緊急状況において、原初状態における人間はいかなる範囲で侵害権や甘受義務

¹⁴⁶ Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.116.

¹⁴⁷ 生命危険共同体に関する我が国での文献として、橋田久「生命危険共同体について」産大法学 30 卷 3・4 号（1997 年）642 頁以下、大嶋一泰「危険共同体における生命の衡量可能性」関東学園大学法学紀要 28 号（2005 年）45 頁以下、がある。

¹⁴⁸ この区別をもたらしたのは、Otto である。Vgl. Harro Otto, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965 (1. Aufl.), S. 1ff.

¹⁴⁹ 非対称である危険共同体（Asymmetrische Gefahrgemeinschaft）と呼ばれている。これは、救助可能性が一部の者にしかない類型である。

¹⁵⁰ 対称である危険共同体（Symmetrische Gefahrgemeinschaft）と呼ばれている。これは、救助可能性が各々に存在する類型である。

¹⁵¹ Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.99

務を分配することになるか、つまり連帯性の範囲と内容がどのようなものとなるかというものである¹⁵²。

そして、ロールズに依拠して、ある者の有利な状態がほかの者の不利な状態を招いてはならないとし、不平等な扱いが許されるのはあらゆる者の幸福を増大させるか、不利益を被る者に受け入れ可能な場合のみであるとする¹⁵³。生命を脅かすような緊急状況においては、すべての者が幸福になる状態は想定できない。したがって、ある者を殺してある者が助かることが、すべての者が死ぬことよりも望ましいかが問われることになる。原初状態のように、自身がどのような立場になるか不確実な状況では、一番悪い状況に置かれる者の状態が一番良くなるような状況が選択される。これがマキシミン原理であるが、一番悪い状況にある者の状態の改善の余地がない場合には、その次に悪い状況にある者の状態をよくするような状況が選択される（レキシミン原理）。

このような前提に立った上で、生命危険共同体の場合にどのような考慮がなされるかを検討している。

事例 10 では、A が自身を救助するために行ったザイルの切断を断念しても、B の死亡は避けられない。したがって、B の状況の改善は見込めない。A については、ザイル切断によって助かる可能性（生き延びるチャンス）が生じる。この場合、A の立場にも B の立場にも置かれる可能性のある原初状態の人間においては、合理的に考えて、B を殺害するという選択がなされるであろう¹⁵⁴。したがって、契約論的基礎づけからもこの場合 B の殺害は緊急避難によって正当化されることになる。

これに対して、事例 11 においては、危難に遭遇している A、B がともに生き延びるチャンスを持っているという点が問題となる¹⁵⁵。この場合、事例 10 のように、生き延びるチャンスを持たない人間の殺害を許容するような選択は直ちになされることはない。しかしながら、事例 11 においても誰かが犠牲にならなければ、全員死亡という事態が生じてしまうという状況は同じである。それゆえ、誰かを犠牲にして少なくとも一人が生き残るという状況が全員死ぬよりもよりよい状況であり、そのような状況が選択されるべきことは事例 10 の場合と同じである。ここでの問題は、誰を犠牲にするか、誰が甘受義務を負うか、である。そして、事例 11 のように、犠牲者の選択に際し、合理的な理由を見出すことができない（どちらにも生き延びる可能性があるゆえに）ときは、生き延びるチャンスが個々人に平等に与えられることが重要となる。以上から、あらゆる者に生き延びるチャンスがある危険共同体においては、誰かが殺されることで誰かが生き残るという状況が生じるのを正当化することが選択される。というのは、正当化を肯定することによって、あらゆる者に生き延びるチャンスが与えられるからである。このチャンスがあらゆる人間に平等に与えられるため、平等の要請に反しない。以上から事例 11 のようにあらゆる者に生き延びる

¹⁵² Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.100ff.

¹⁵³ Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.103ff.

¹⁵⁴ Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.120

¹⁵⁵ Coninx によれば、この場合の生命侵害の正当化は、ロールズの反省的均衡（Das reflexive Gleichgewicht）の考え方で根拠づけられるとしているが、ここでは詳細には立ち入らない。これは、無知のヴェールの下での合意という仮説的な合意からではなく、現実の状況から義務付けの合意を導くものである。Coninx, a.a.O. (Fn.144), S.125ff.

チャンスがある危険共同体においても正当化が肯定される、とする¹⁵⁶。

②Till Zimmermann の見解

Coninx の見解よりも先に主張されており、同様の方向を進んでいるのが、Zimmermann である。Zimmermann も、生命危険共同体の場合にのみ例外的に緊急避難の正当化を肯定している¹⁵⁷。ただし、Zimmermann においては、事例 10 のように、一方しか救助の可能性しかない場合の正当化の基礎づけが異なっている。Zimmermann によれば、この場合、救助可能性がない者が、少しの時間生き延びる利益に対し、救助可能性のある者が生き延びる利益が本質的に優越する、としている¹⁵⁸。

事例 10 のような生命危険共同体の場合において、いずれにしる助からない者の生命を、そのほかの者の生命より低く評価してよい理由について次のように述べている。そもそも人間が死亡によって失う利益は、人格のさらなる発展の機会であり、死によってその基盤が失われる。そして、事例 10 のような場合には、危険が迫り死を免れることができない現実が、そのような人格のさらなる発展の機会を妨げている。そこでは、人格のさらなる発展につながる潜在性が失われている¹⁵⁹。この考え方は、瀕死の者の生命を、未来が開けている者の生命より低く評価しているわけではなく、同じ生命という法益が、発展することでもたらす利益が衡量において異なって評価されると述べている¹⁶⁰。

さらに、共通する危険に遭遇し、危難に遭遇している者の犠牲が唯一危険回避の手段であることが、通常は期待できない死の犠牲を期待できる状況へと導くと考えている。Zimmermann は、ドイツ刑法 34 条 2 項の相当性に関して、侵害の相手方に、その受忍を期待できない侵害が、不相当な侵害にあたるとの理解を前提に、事例 10 のような場合には、侵害が例外的に期待可能な範囲に収まると解している。期待可能な犠牲の範囲に関して、Zimmermann は、上記の見解と同様に、ロールズの正義論における社会契約論を用いて基礎づけを行っている¹⁶¹。そして、事例 10 のように、いずれにしる助かる可能性のない者の殺害が期待可能かどうかに関しては、自己犠牲の義務を果たした後に、当該ルールから利益を得ることができない場合に、無知のヴェールの下での個人が同意を与えるかどうかの問題となる¹⁶²。

たいていの人間は、自己利益だけでなく、利他的な利益、すなわち他人の幸福に向けられた利益についても関心を持っている。しかし、通常は、生命、あるいは重要な身体的法益（臓器など）については、利他的な利益よりも自己利益の方がはるかに強い。これに対して、事例 10 のような場合は事情が異なる。この場合には、一方で犠牲にされる利益（瀕

¹⁵⁶ Coninx, a. a. O. (Fn. 144), S. 159

¹⁵⁷ Till Zimmermann, *Rettungstötungen*, 2009, S. 297ff.

¹⁵⁸ Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 375ff. さらに、ドイツ 34 条のいわゆる「相当性」条項について、犠牲を甘受させることが期待可能かどうかという観点から解釈する立場から、生命侵害の場合は通常は期待可能でないため相当性が否定されるが、共通の危難に遭遇していることが期待可能性を生じさせると解している。

¹⁵⁹ Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 375ff.

¹⁶⁰ Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 377.

¹⁶¹ Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 379ff.

¹⁶² Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 380f.

死でいずれにしろ助からない者の死) が得られる利益 (生存) に比べてはるかに小さく、他方で、犠牲にされる者は、犠牲から利益を得る者と、同一の (共通の) 危険に遭遇した同士として結びついている。その内部では、あらゆる者が各々ほかの者がどのような状況にあるのかを直接知ることができ、理解することができる。

このような状況においては、共同体の中で生き残る可能性がある者の生存について持つ利他的な利益は著しく高くなる。そして、利他的な利益が高くなることによって、無知のヴェールの中の個人は、自身を犠牲にして他人が助かることに賛成する。いずれにしろ、失う利益のかわりに、自身の犠牲により他人が助かるという、利他的な利益が存在するからである。したがって、この侵害はその甘受が期待可能なものとなり、相当性の要件を満たす。

事例 11 のようなあらゆる者に生き延びるチャンスがある場合も、状況は、事例 10 と類似している。すなわち、当該共同体の内部において、あらゆる者が各々ほかの者の状況を認識でき、理解できる。この場合には、無知のヴェールの下での個人は、誰かを犠牲にしてそのほかの者が助かるルールの制定に賛同する。しかしながら、具体的に犠牲にされることには同意しない。というのは、あらゆる者に生き残る可能性が存在するからである¹⁶³。自身でなく他人が犠牲になることもあり得たのにもかかわらず、自身がいわば他人の代わりに犠牲になることに同意できないのである。そこで、犠牲にされる者に 35 条による免責を認める。つまり、すべての者が同じく助かる可能性のある中で、緊急避難行為によって助かる者と殺害されるものが区別されてしまう不公平感¹⁶⁴に関して、緊急避難行為を受ける者はただ殺害されるのを黙って受け入れる必要はなく、ドイツ刑法 35 条に規定されている免責的緊急避難の限度で対抗行為を行うことができる¹⁶⁵。さらに、危険共同体の各々全員について犠牲にされるいわれはないので、犠牲にされそうになった者は、他の者に再転嫁することも許される¹⁶⁶。

iii、批判

事例 10 のように生命危険共同体にいる者の中で、生き延びるチャンスを持たない者がいる場合に、正当化を肯定する見解も有力に主張されている。しかしながら、このような見解に対しては、生き延びるチャンスのない者の殺害を許容することは、他人を救うために瀕死の者を殺害するのを許容することに繋がってしまう、という批判がなされる。すなわち、先の事例 6 で移植のため殺害される者が瀕死であった場合、正当化を肯定することになってしまうのではないか、ということである。そして、この場合に正当化を肯定することは、人間の生命に対する平等な見方に深刻な懸念を生じさせてしまい、望ましくない社

¹⁶³ Zimmermann は、事例 10 のように救助可能性のない者は、事実上 (faktisch) 死を免れない者としているのに対して、事例 11 のようにいずれの者も救助可能性を有するが、ほかの者を救助するために死を免れない者が出てくる場合に、犠牲にされる者のことを単に法律上 (bloß rechtlich) 死を免れない者と呼んでいる。Zimmermann, a.a.O. (Fn. 157), S. 410f.

¹⁶⁴ 佐伯・前掲注 14) 188 頁はこの点に関して、「仮に多数の生命を救うために少数の生命を犠牲にすることを認めるとしても、犠牲になる者の選び方は公平で適正なものでなければならないであろう」と述べている。

¹⁶⁵ Zimmermann, a.a.O. (Fn. 157), S. 420. ただし、Zimmermann は公平感というより、自己犠牲の期待可能性に関する考察から検討を加えている。

¹⁶⁶ Zimmermann, a.a.O. (Fn. 157), S. 414.

会状況が引き起こされてしまう恐れを生じてしまう¹⁶⁷。

そして、生命危険共同体において、助かるチャンスのない者の殺害を認めることは、原則として否定されている人間の生命の衡量を認めてしまうことにつながる、という懸念は根強い。

この点に関する再反論として、生命危険共同体の事例と、瀕死の者から移植する事例を区別できれば問題が生じない、と述べられている。そして、その相違として、危険共同体の場合には、同じ危難に遭遇している者の間で、助かる者と甘受義務を負う者が決定される点を挙げている。すなわち、瀕死の者から移植をおこなうために殺す場合は、生命危険共同体の事例と異なり、まったく異なった危難に遭遇している者のために、犠牲にさせられている。したがって、社会全体の利益のために、生命を犠牲にさせられている点で、通常正当化が否定される事例と違いが見られない。この場合には、瀕死の者の保護価値が否定されている点に問題が生じる。これに対して、生命危険共同体の場合には、同じ危険に遭遇している者の中で、助かる可能性がない者の保護の不可能性が問題となっている¹⁶⁸。

そして、殺害を許容することによって社会的動揺が引き起こされてしまうとしている点は、通常の場合、殺害を禁止することにより社会的利益が生じていることは否定できないが、生命危険共同体の場合にまで当該禁止を妥当させると、かえってその禁止で保護しようとしていた人間の生命が奪われる事態が生じてしまう。すなわち、先の事例 10 で殺害禁止を妥当させようとする、すべての者の死を招いてしまう。ここでの問題は、殺害禁止で得ようとする抽象的価値（安心して生活できる）を守るために、具体的状況で犠牲にされる人間の生命等の利益を考慮しないところにある¹⁶⁹。よって、この点も反論になりえないとしている。

このように、生命危険共同体の場合に、緊急避難の正当化を肯定する見解は、近時有力になってきている。しかしながら、やはり問題となるのは、なぜ生命危険共同体の事例が、他の生命侵害の事例と異なって判断してよいかである。Delonge や Roxin が適切に述べているように¹⁷⁰、いずれにしろ死亡してしまう者の殺害も、生命危険共同体でない事例において、瀕死の者を殺害することによって危難を回避する場合同様、残り少ないとはいえ、命を侵害している¹⁷¹ことに価値的相違はないように思われる。この点に関して、正当化を認める論者において、区別の重要な要素として挙げられているのは、共通の危難に脅かされていることである¹⁷²。しかしながら、共通の危難に遭遇していることで、なぜそのような特別扱いが許されるのかは明確でない。

ここでの問題は、生命危険共同体の場合が、生命侵害の禁止の例外となり得る類型であ

¹⁶⁷ この殺害禁止を妥当させる見解は、その基礎づけはさまざまであるが、多くの者によって主張されている。この見解については、前述Ⅲ 2 で見たもののほか、Lenckner, a.a.O. (Fn. 52), S. 111f., Christian Jäger, ZStW, 2003, S. 765ff.

¹⁶⁸ Coninx, a.a.O. (Fn. 144), S. 179f.

¹⁶⁹ Coninx, a.a.O. (Fn. 144), S. 181.

¹⁷⁰ Delonge, a.a.O. (Fn. 108), S. 125, Roxin, a.a.O. (Fn. 112), § 16.Rn. 39.

¹⁷¹ そもそも人間はいつか死ぬと考えれば、人の生命を侵害する行為はすなわち生きる時間を奪うことである。その時間短縮の長短で価値の相違を認めることができないのであれば、瀕死の状態ですべてにしろ死亡する運命であるとか、すぐに死亡してしまう、といった事情がどれほど意味を持ちうるのか疑わしくなってくる。

¹⁷² Zimmermann, a.a.O. (Fn. 157), S. 386ff., Coninx, a.a.O. (Fn. 144), S. 100ff.

るのかどうかであるが、具体的には、共通の危難に遭遇していること、救助のための侵害行為がない場合に、全員が死亡してしまう、(あるいは生き残る可能性がある者とない者がいる)といった事情が、生命侵害を正当化できる事情として考慮できるかが問題となる。

iv、生命危険共同体の特殊性

では、救助のための侵害行為がないと、犠牲者自身をも含む全員が死亡する危機に陥っている状況が、生命侵害を正当化する要素となり得るのであろうか。事例4から事例6では、当該救助行為をしなければ、犠牲者自身が助かるため、犠牲者は多くの命を守るために犠牲になったという側面が強く見出される。この点が、先にみた人格の手段化禁止や人間の尊厳の尊重要請を重視する見解が、忌み嫌うところである。そして、この点をとらえて、生命危険共同体の場合に、生命侵害が許容されるのは、侵害を無関係な第三者に転嫁するという側面が認められず、通常生命侵害とは一線を画する、と考える見解が主張される。

井田良は、通常の場合、危難を第三者に転嫁する点で運命甘受原則が働くため、生命を守るためにした生命侵害のような保全利益と侵害利益が同価値のときは、正当化されないとしているが、保全法益と侵害法益が双方とも危難に遭遇している場合(事例11)¹⁷³には、同価値であっても正当化を肯定している¹⁷⁴。その理由は、運命甘受原則が働かないためであると考えられる。この見解からは、転嫁型の緊急避難行為において、生命侵害は許容されない。

しかしながら、自身で運命を甘受しなければならず、他人に転嫁してはならない、といった考慮は、他人が自身と共通の危難に遭遇しているかどうかで左右されるものなのだろうか。もちろん、事例10のような場合は、すでにある墜落による死の危険はすでに存在しており、事例3から事例6のように、それまで無関係であった第三者に危難を転嫁する場合とは異なっている。そういった意味で、通常生命侵害とは異なり、無関係な第三者に危難を転嫁するという側面はあまり強くないとも考えられる。

犠牲者自身も共通の危難に遭遇しており、しかもとりわけ事例10のようにいずれにしろ助からない状況であるならば、ConinxやZimmermannが述べるように、無知のヴェールの下でどちらの立場にもなり得る個人は、犠牲者自身の地位の改善がない限りにおいて、生命侵害の甘受に同意するといった基礎づけも明晰であるように見える。しかし、この場合、なぜ犠牲者は自身を犠牲にすることを拒み、全滅に至る経過を歩むことが、拒絶されるのであろうか。どのように根拠づけようと、犠牲者の生命侵害が全員を守るために行われている点是否定し難い。共通の危難が迫っている場合であっても、ある者の犠牲によって危難が回避できたのであれば、それは各々の危難が一括して犠牲者に降り注いだのであって、転嫁である点に違いはないように思われる。そうであるならば、共通の危難が、通常生命侵害の場合と正当化の可否を分けるほどの価値的相違を生み出す要素であるかは疑問である。

¹⁷³ なお、事例10は防御的緊急避難にあたり、この場合も正当化が肯定されると解している。井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)302頁。

¹⁷⁴ 法益保全行為を禁じるとすれば、法は全員に対し、死を選ぶこと以外の選択肢を残さないことになってしまう、と述べる。井田・前掲注173)302頁。

5、転嫁の有無

事例 10 においては、危難の原因となっているのはまさに B である。この場合、危険源に対する対抗であるので、無関係な第三者に危難を転嫁する類型には該当しない。この点に鑑み、通常の場合の生命侵害の正当化を否定する見解も、犠牲者が危難の原因になっている場合に、生命侵害をも正当化する見解が主張されている¹⁷⁵。生命侵害の正当化を否定する理由が、無関係な第三者に過度な負担を強いることにあるとすれば、危険源となっている主体に対抗として行う侵害行為はこれに該当しないことになる。したがって、この場合には、生命侵害を含む幅広い侵害が許されることになる。というのは、この場合に、生命侵害の禁止を妥当させるならば、逆に危険源となっている主体のために、生命を犠牲にすることを肯定することになってしまうからである¹⁷⁶。

したがって、危険源に対しては、生命侵害を伴う重大な侵害であっても、正当化を肯定してよいように思われる。ただし、危険源においても、危険を及ぼすこと自体は、正当防衛における不正な侵害と異なり、違法でないのであるから、当該侵害行為に対しては、また緊急避難による対抗を否定しえない¹⁷⁷。もちろん、事例 10 の場合は、B が対抗行為を行ったとしても、それによって自身の生命が救われることはなく、侵害行為の必要性（補充性）が欠けるので緊急避難は成立しない。

この危険源に対する対抗行為に、生命侵害を伴う重大な侵害まで正当化を認める考え方は、生命危険共同体の場合を特別に扱う上の見解とは結論を異にする。生命危険共同体において、比較的容易に正当化が肯定されていた、事例 10 の B のように、いずれにしろ助からない者の生命侵害を許容することは妥当でないように思われる。ミリオンネット号事件で犠牲になった者は、いずれにしろ助からなかったかもしれないが、みな助かるための犠牲になることは義務づけられない¹⁷⁸。

事例 11 は、一枚の板を相争う関係にあるが、お互いがお互いの板の獲得を脅かしている。この場合、お互いの生存にとっては、お互いが危険源となっていると評価できる。したがって、この場合も転嫁的側面が欠けるので、生命侵害に正当化を肯定してよい。

6、侵害の重大性

では、危険源に対する対抗行為でない事例 3 から事例 6 は、重大な侵害行為ゆえに正当化が否定されるべきなのだろうか。もちろん、安易に生命侵害や重大な身体傷害まで緊急避難による正当化を認めるならば、まさに社会に暮らす者は、自身の生命が侵害される恐

¹⁷⁵ 防衛的緊急避難論である。Joachim Hirsch, §34 Rn. 74., in *Leipziger Kommentar, Roxin, a.a.O. (Fn. 112), § 16, Rn. 78ff.*, 橋田・前掲注 147) 109 頁など。

¹⁷⁶ Roxin, a.a.O. (Fn. 112), § 16, Rn. 78., 小林・前掲注 71) 373 頁。

¹⁷⁷ 緊急避難行為に対して緊急避難が肯定されるかどうかは、それ自体一つの大きな問題であるが、ここでは詳細に立ち入らない。近時この問題に関して詳しく検討したものとして、橋田久「緊急避難に対する緊急避難」法政論集 256 号（2014 年）496 頁以下がある。

¹⁷⁸ この場合に、対抗行為として緊急避難が認められるとするならば、義務づけられることにはならないが、犠牲者の受忍義務から侵害の範囲を考える見解は、総じて緊急避難による対抗を否定している。この点に関しては、橋田・前掲注 177) 452 頁以下参照。

怖を持ちながら生活することになってしまう¹⁷⁹。しかしながら、他方で、1人の生命を犠牲にすることで10人の生命が守られる場合、ひいては一人の生命を犠牲にすることで100人の生命が助かる場合に、常に生命侵害の禁止を妥当させて良いかについては、疑問である。そうだとすれば、生命侵害はいかなる場合も禁止されるので、正当化は否定されると形式的に論じるだけでは問題の解決にはならないであろう¹⁸⁰。

緊急避難が、正当な利益同士が二律背反的な状況に陥った場合の、利益調整としての役割を担っているとすれば、生命の犠牲までは要求できない¹⁸¹。しかし、前述したように、100人の生命を保護するためにも、生命の犠牲をまったく要求しなくてよい、とはやはり言い切れない。問題は、そこに明確な基準を立てることができるかであるが、それは極めて困難であろう。

もっとも、生命侵害等の重大な侵害を安易に許容することが、恐怖の社会を作り出してしまうことを鑑みると、通常は重大な侵害に関して、正当化を否定することが妥当であるように思われる。利益調整という公共的利益のためであっても、生命まで犠牲にしてよいとするのは、個人の持つ権利を蔑ろにする結果に至る可能性がある。したがって、少なくとも、自身の生活を送るために必要不可欠な利益、身体（重要部分）・生命については、やはり他人のために犠牲にされることはないと考えられるべきであるように思われる。

この観点が、緊急避難の正当化原理である優越的利益原理とどのような関係に立つのかが問題となる。我が国においても、ドイツ刑法34条のように、行為の「相当性」という要件を設け、そこで正当化を否定する見解も見られる。その場合、「相当性」は利益衡量の外在的制約、より正確には、利益衡量の前提となる要件となる¹⁸²が、そのような制約を設けることの妥当性が問われる。

生命侵害や重大な利益侵害に関して、正当化を否定する見解は、生命侵害であることを理由に正当化を全面的に否定していることからして、過剰避難の余地すら認めていないものと思われる。しかしながら、生命侵害に正当化の余地をまったく認めないとする解決は、形式的すぎるのではないだろうか。たとえば、事例3と事例4は生命侵害の事例であるが、二律背反的な状況にない通常の生命侵害の場合とまったく同じ評価を下してよいとは思われない。これに対して、事例5と事例6は正当化の余地をまったく認めない考え方が、支配的であると思われるが、それは、生命侵害である点はなお重要であるとしても、さらなる観点が付け加えられるからである。

生命侵害の事例を一括して、相当性がないので正当化が否定されると解するのは、事例の違いを考えていくうえで妨げとなり得る。また、いくら生命侵害であっても、過剰避難の余地をまったく考慮しないのは、制約の方向に傾きすぎている印象を受ける。もちろん、状況の切迫性に鑑みて、責任阻却の可能性があるので、それほど問題にならないと考えているのかもしれない。しかし、事例4のように、第三者のための緊急避難の場合に、責任

179 前掲第2章Ⅲ4 i 参照。

180 第三者のための緊急避難を考えると、この場合に責任阻却を肯定しても問題の解決にはならない。

181 第1章Ⅳ2 参照。

182 ドイツ刑法34条2項の相当性条項に関して、独自の機能を持つかどうかについて争われている。Vgl. Walter Perron, § 34, Rn. 46., in Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage.

阻却を認めるのは、難しい¹⁸³ことを考えると、十分な解決にはならないように思われる。

相当性逸脱の場合にも過剰避難を認める方策も考えられるが、相当性を逸脱するとはいったいどのような場合かが明確でない。利益衡量の前提と考えると、そもそも前提を満たさない行為に、(過剰避難における違法減少のように) 限定的であるにしても、正当化(違法減少)を肯定することはできないであろう。

そもそも、過剰避難がどのような場合に肯定されるのかについては、争いがあるが、少なくとも害の均衡を逸脱した場合に認められることは一致を見ている。したがって、先の生命侵害や重大な利益侵害の正当化を否定するのと、過剰避難の余地を残す考慮を両立させる考え方が目指される。

ここで考えられるのは、無関係な第三者的地位にいる犠牲者の生命や重大な利益侵害を全面的に正当化しないという考慮を利益衡量の一つの要素と解する立場である。先にみた見解¹⁸⁴は、この点を犠牲者の自律を害するとして衡量の一要素として考えていたが、一見すると同じ立場に立つように思われる。しかし、先に述べたように、自律性侵害を不当であるとしながら、利益衡量でその保護を相対化するのは矛盾している。また、生命侵害や重大な利益侵害を絶対的に禁止しようとするならば、同じように利益衡量で相対化しようと解するのも矛盾している。これに対して、基本的には生命侵害や重大な利益侵害は、禁止されるべきで、正当化は肯定されるべきでないとしても、行為者が置かれた状況に鑑みれば、生命侵害や重大な利益侵害の禁止の貫徹により、多くの人間の命が奪われてしまい、かえって生命侵害や重大な利益侵害を禁止した趣旨を没却してしまう場合には、例外的に禁止が解除されると解することもできる。

この場合には、通常は利益衡量において、保全利益が侵害利益に匹敵することはないが、ある異常な状況においては、保全利益が侵害利益と同等かそれ以上に評価される場合があると考えることもできよう。そして、このような直観的考慮を功利主義に取り入れようとする見解も見受けられる。ヘアの二層理論¹⁸⁵は、直観レベルと批判レベルで二段階の思考レベルで議論を展開している。直観レベルでは、直観的規則(嘘をつかない、借りたものを返すなど)を受け入れ、それを基礎に行動するが、直観的規則が衝突するような困難な場合には、直観を前提としない道徳的思考が行われる。道徳的思考では、行為功利主義的思考から判断を下す。また、直観レベルでの道徳規則は、単なる経験則ではなく、人々にきちんと守られるべき道徳規則として受け入れられた場合の功利性を考慮に入れた規則である、と解されている¹⁸⁶。

この議論を参考にする¹⁸⁷ならば、37条の緊急避難は、行為功利主義的な考え方の、利益衡量が前提となるが、先に見たように、生命侵害や重大な利益侵害を正当化することは、大きな犠牲を被害者に課すものであり、また、危険源にもなっていない第三者を巻き込ん

¹⁸³ 第三者のための緊急避難を処罰していないことは、責任阻却説の決定的な批判とならないとする反論があるが、この点に関しては第1章参照。

¹⁸⁴ 前掲Ⅲ2 i 参照。

¹⁸⁵ R・M・ヘア(内井惣七・山内友三郎監訳)『道徳的に考えること』(勁草書房、1994年)3頁以下。

¹⁸⁶ 伊勢田哲治「功利主義とはいかなる立場か」伊勢田哲治・樫則章編『生命倫理学と功利主義』(ナカニシヤ出版、2006年)16頁、児玉聡『功利と直観』(勁草書房、2010年)151頁。

¹⁸⁷ Jan C.Joerden,GA,1991,S.177.は、ドイツ刑法34条2項の相当性条項を規則功利主義的に解釈している。

で生命まで奪ってよいとするのは、直観的レベルの規則に反する。ここに、いわゆる義務論的観点が登場してくる。誤解を恐れずにいえば、この規則を皆が守ることで社会全体に利益が生じる¹⁸⁸のである。そして、生命侵害を伴う避難行為は、この利益を侵害する分、害の均衡を失することになる。したがって、当該行為については、過剰避難の成立にとどまるのである。

しかしながら、この義務論的観点を貫徹することに対して躊躇し始めると、今度は批判レベルでの判断がなされる。ここでは、通常どおり行為功利主義的観点で判断が下される。このように、ある者の犠牲によって、同等以上の利益が保全されると判断されたのであれば、それは正当な行為であるといえよう¹⁸⁹。

このような観点から見た場合、事例3は、生命侵害の禁止が妥当するので、正当化は否定されるが、害の均衡を失したとして過剰避難の成立は肯定されるべきである¹⁹⁰。これに対して、事例4は、判断が分かれるところである。多くの見解は、生命侵害の禁止をここでも妥当させて正当化を否定すべきだとするが、正当化を肯定する見解も見られることからすると、単純に生命侵害であるからと、正当化を否定してよいかは疑問である。もっとも、無関係な第三者を巻き込む形での生命侵害の禁止は、ある程度強固の規則であり、だからこそ多くの論者は正当化を否定していると考えるのであれば、犠牲にしないことで生じる侵害が、生命侵害の禁止にかかる規則から生じる利益を凌駕するような程度でなければならぬとも考えられる。そうだとすると、事例4もまた正当化は否定され、害の均衡を失するため過剰避難が成立すると判断するのが妥当だと思われる。

7、人体の利用

生命侵害が生じている事例3から事例6と異なり、事例7の侵害はそれほど重大なものではない。危難を避けるために突き飛ばして出血を伴う怪我を負わせた場合と比べたとき、侵害の程度は同じか低いぐらいである。もっとも、事例8の場合は長期間監禁され行動の自由を奪われている点からすると、軽微な侵害とは言い難い。しかし、保全法益である生命よりも重大であるともいえないと思われる。前述したように、人格の尊重要請や人格の手段化禁止という基準は、それだけでは正当化を否定すべき場合とそうでない場合を区別できないため、ここで持ち出すのは不適切である。

強制採血事例で問題となるのは、侵害の程度が保全法益と比べて低いにもかかわらず、侵害方法が正当化を否定すべきであると感じさせる点である。もちろん、侵害の軽微性を理由に事例7では正当化を肯定する論者も見受けられる。血液という性質上たやすく回復可能であるから、正当化を肯定するのはさほど問題ないと考えているのであろう。

しかしながら、近年の科学技術の発展を鑑みると、安易に、生じる侵害がそれほど重大でないといえるのか疑問が生じる。というのは、科学技術の進歩によってごく小さな皮

188 致命的正当防衛の制限において、生命侵害（危殆化）のタブー視という意味での安全を公共財として衡量に算入しているものとして、小林・前掲注71）370頁。

189 もっとも、ヘア自身は、直観的規則が覆されるような事例は実際上、ほとんどないと考えているようである。ヘア・前掲注185）195頁以下。

190 ここでは、突き飛ばさなければ死亡してしまうという点からして、補充性（手段の最小限度性）を否定することは困難である。

膚片等から細胞を作り出すことが可能になりつつあるが、その採取を強制的あるいは欺罔的手段によりされた場合に生じる侵害は、けっして小さなものではないように思われるからである。この場合も、物理的な観点からいえば、生じた侵害は血液採取よりも大きくない。しかし、採取されたものに含まれる情報という点から見れば、その侵害は輸血のための血液採取より侵害の程度は大きいといえる。事例7の強制採血事例で正当化を肯定してしまうと、人間を単なる「血液の銀行」という形で道具化してしまうと批判されているが、まさに人間を「細胞の銀行」として道具化してしまう危険が生じる。したがって、事例7や事例8の強制採血の事例では、物理的に生じた侵害の程度という観点だけでは汲み尽くせない問題が生じる恐れがある。

たとえば、単に輸血のために強制的に採血される場合と、採血で得た血液から細胞を作り出すための場合とで侵害の規模は異なる。血液等に含まれる遺伝子情報等を鑑みると、単に再生するという理由で血液を侵害の軽微な類型と考えることはできないと思われる。

さらに、事例6と事例7、事例8で問題となるのは、血液であれば、輸血制度、臓器移植に関しては、臓器移植法が当該輸血や移植についてのルールを定めていることである。もっとも、輸血に関しては、血液の安全性や健康上の弊害などを考慮して制度が構築されていると考えれば、一般的に自由な輸血が禁止されているわけではなく、事例7のような場合に正当化を肯定できると解される¹⁹¹。

これに対して、臓器移植に関しては、輸血と異なり、必要であるから、実施してよいという性質のものではない。臓器移植については、厳格な手続きが定められていることからすると、この手続きに当てはまらない場合には、禁止される趣旨だと解される。とりわけ、生きている人間から、確実に死亡結果を伴い、しかも提供者の意思に反する臓器移植など認められていないのであるから、事例6のような場合は、そもそも転嫁してはならない危難だと考えられる。このような危難をどこまで考慮するのかは、国民全体に波及する問題であるので、国民の意思を反映する立法府が線引きを行うのが適切である。したがって、事例6はそもそも転嫁してよい危難ではない¹⁹²ので、過剰避難の余地も認められないと解される。

この事例7、事例8の強制採血事例と生命侵害を伴う臓器移植事例である事例6の中間に位置すると思われるのは、死体からの臓器移植の事例である。生命侵害を伴う臓器移植事例よりも、軽微な侵害である点で強制採血と同様の構造を有しているが、侵害方法は生命侵害を伴う臓器移植事例と同じである。もっとも、不審死の場合には、司法解剖¹⁹³が行われるのであって、公共の利益のために死体がある程度の侵害を被ることはすでに想定されている点で、強制採血と共通点を有している。しかしながら、死体からの臓器移植に関しても、やはり厳格な手続きが規定されていることからすると、手続きを無視した移植は、認められないと思われる¹⁹⁴。

¹⁹¹ 佐伯・前掲注14) 193頁。

¹⁹² 死刑囚といえども手続きが踏まえられたときのみ、殺害が許容されているのと同じように、ここでは、規定に定められた場合でなければ危難の転嫁が認められていないと考えるべきである。

¹⁹³ 刑事訴訟法 168条1項、229条参照。

¹⁹⁴ 臓器移植のような制度は、死体からの提供であったとしても、国民各々がどの程度まで他人のために行動するのかについての範囲の問題であるため、設計は立法府の役割であって、司法が介入すべき問題ではない。

このように、事例6の場合には、生じた侵害は生命侵害に汲みつくされるように見えるため、一見するとほかの生命侵害の場合と違いはないように思われるが、臓器移植を限定的にしか行ってはならないとしたこととの関係で、その波及効果は犠牲になった者の生命侵害に汲みつくされない要素を持っている。

8、強制という要素

事例5と事例8は、ともに強制的に自身の体を電車止めや、血液循環装置のように扱われている点で、正当化を否定する傾向を強くしているように見える。しかし、事例5については、事例3と違いはないように思われる。というのは、横にいる者を強制的に突き飛ばして電車止めにすることと、横にいる者を突き飛ばして難を逃れることの間には、意思に反して場所的に移動している点、生命侵害が生じている点に違いはないからである。身体を利用している点が異なるように見えるが、電車止めの重石として利用するのと、道端にある障害物として人間を扱うことの間には、それほど相違はない。この点は、たとえば事例5で突き飛ばされた者が一命を取り留めた場合を考えれば、生命侵害の側面のほかに正当化を否定する要素はないように思われる。したがって、事例5も事例3と同様に生命侵害であることから正当化は否定されるが、過剰避難の余地は肯定されると解する。

このように、強制という要素は、一見すると正当化を否定する方向に傾きやすいが、強制が意思に反してという意味だとすれば、それは緊急避難一般に見られるものであり、さほど重要な要素ではない。正当化を否定する要素は、事例5と事例8においても、生命侵害と同様に、侵害の重大性であるように思われる。

9、継続的侵害

事例7は長期間にわたり場所的移動の自由が侵害されていることから、侵害のある程度の重要性は認められるが、生命に匹敵するほどとは思われない。事例7で正当化を肯定したことを鑑みると、事例8でも正当化が肯定されるように見える。身体的損傷という点からすれば、事例7の強制採血事例と同程度の損傷しか認められないからである。しかしながら、侵害の重大性は、犠牲者が物理的に被った損害だけではなく、自身ひいては社会全体の生活にどの程度影響を与えるかといった観点も重要であると考えられる。すなわち、この場合に正当化を肯定すると、珍しい血液型を持った者は、常に自身の血液利用の恐怖におびえることになる。このような状況においては、まさに全体の利益のためにこの者の生活を収用することになる。そうだとすると、この場合に正当化を肯定するのは、珍しい血液型を持つ者すべてに影響を与えてしまい、大きな波及的効果を及ぼしてしまう。もっとも、では生命より重大な利益かと問われれば、相当に答え難い。この点に関しては、事例6のように単発的な侵害は、利益侵害と波及的効果の点は問題とならないが、事例7のように継続的侵害の場合は、そもそもそのような危難は個人が引き受けるものではなく、国家等の公共機関がそれに備えておくことが要請される。したがって、そもそも事例7のような危難は、無関係な第三者を巻き込んで転嫁してよい危難にあたらないと解すべきである。よって、事例7については、正当化はおろか、危難に該当しないために、過剰避難にもならない。

9、誰もが遭遇しうる危険（Jedermannsgefahr）¹⁹⁵

事例9の雨傘事例について、雨に濡れるといった危険は、日常的に生じるものであり、誰もがそれを算入して生活を送っている以上、緊急避難で想定するような危険に該当しないという議論が主にドイツで展開されている¹⁹⁶。この議論は、緊急避難における危険を規範的観点から限定しようとする試みであるが、多くの批判にさらされている。この議論の中核は、一見すると、適用範囲が広すぎると思われる緊急避難を、その前提要件である危険の概念を限定することによって、適切な範囲に絞るところにある。

しかしながら、危険の概念を限定する明確な基準と根拠を欠くために、この議論を限定論理として適用することは困難であると思われる。事例9でいえば、気象的な危険である「雨」一般が危険に該当しないと考えるとすると、重篤な病に罹っている患者が、雨に濡れて死ぬ危険を回避するために、傘を奪った事例をも緊急避難で正当化しないことになるが、それは不合理であろう。Hirschも、凍傷の危険が生じた場合に危険の存在を肯定している¹⁹⁷ことからすると、一般的に危険を規範的に限定しているわけではない。しかし、そうだとすると、当該事例で緊急避難を制約する根拠が重要なのであり¹⁹⁸、誰もが遭遇しうる危険という形であらかじめ規範的内容を与えることは適切ではないだろう。

ただし、この議論がまったく無意味であったともいえないと考えられる。誰もが遭遇しうる危険である場合に、緊急避難による正当化を否定すべきだと考えるのは、ある意味直感的には理解できる。そして、なぜこのような危険がそもそも正当化の枠外に置かれるべきなのかについては、自招危険の要素がそこに認められる¹⁹⁹からであると思われる。つまり、事例9でいえばいくら高価な洋服が濡れてしまうからといって、そのような危険を生じさせたのは、そもそも傘を用意していなかった者に落ち度がある。これは、視力の弱い者が自動車を運転するときにメガネをしなかったために、衝突の危険を生じさせた場合と同じような落ち度がそこに認められる。したがって、危険の自招性が認められる。そうだとすると、事例9で緊急避難による正当化を肯定すべきかどうかについては、自招危険の場合に、緊急避難による正当化を肯定すべきかどうかによるものと考えられる。この場合、雨は日常生活において算入すべき事象であることを考慮するならば、濡れることによって肺炎を発症するなど重大な侵害の恐れのない限り、危険を転嫁することは許されないと考えられる。

ただし、翻って誰もが遭遇しうる危険であるから、緊急避難における危険にあたらぬとするのは、やはり問題がある。というのは、危険に該当しないとした場合には、およそ過剰避難にもあたらなくなるが、それは問題の解決として妥当ではない。そして、先の雨に濡れて死亡する危険や、凍傷する危険を回避するために、傘を奪う行為に関して、過剰避難の余地以上に、緊急避難による正当化を肯定すべきだとするならば、危険に該当しないと解することはできない。実際、近時のゲリラ豪雨などの異常気象などに鑑みれば、雨

¹⁹⁵ 「誰もが遭遇しうる危険」という訳語は小林・前掲注71) 348頁に従った。

¹⁹⁶ Hirsch, a.a.O. (Fn.175), § 34 Rn.38. ここでは、妊娠・出産に伴う危険、気象的な危険、道路交通における一般的危険などが挙げられている。Meißner, a.a.O. (Fn.130), S.226ff., Pawlik, a.a.O. (Fn.131), S.157ff.

¹⁹⁷ Hirsch, a.a.O. (Fn.175).

¹⁹⁸ Meißner, a.a.O. (Fn.130), S.228.

¹⁹⁹ 小林・前掲注71) 349頁。

だから一概に危難に該当しない、などということとはできないであろう。もちろん、事例9のように高価な服を守るための場合と、雨に濡れて死亡する危険や凍傷する危険は異なる扱いができると主張するのであれば、この批判はあたらないが、そのことと、自招危難であっても正当化を肯定すべき場合とそうでない場合を分けること、とどれほど違いがあるのか疑問が生じる。

IV、制約原理の射程

前章において、緊急避難による正当化が制約される根拠について、様々な側面から考察を加えた。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。

1、立法や行政による制度の構築による衡量の先行決定

臓器移植の事例6では、臓器移植法等が厳格な手続きを定めていることから、この手続きに当てはまらない場合には、禁止される趣旨であると解されるため、正当化が禁止されると解した。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うる緊急状況が様々な存在する。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が決まることが望ましいものがある。というのは、当該緊急事況が反復継続するものであり、当該避難行為の判断が大きな波及的効果を生じさせるものである場合には、専門的な知識と情報を有する機関がルールを制定した方がより適切な解決を導けると考えられるのに加え、どのような解決が妥当かについて議論を重ねることである程度のコンセンサスが形成でき、波及的効果を一定の範囲に抑えることができると解されるからである。

例えばどのような場合であれば、臓器の提供による国民の負担とそれによってもたらされる利益が釣り合うのか（あるいはそもそも許容されるのか）の判断は、専門的能力をもった行政機関や立法府での議論を経て熟慮して決定されるべき事柄であって、事例ごととその都度裁判所が利益衡量するべき事柄ではないと考えられる²⁰⁰。

このように、想定される緊急状況について立法や行政によって事前の衡量がなされており、どのような場合に行為が正当化されるかを規定している場合には、その要件に該当しない行為²⁰¹は正当化が否定されると考えられる²⁰²。もっとも、立法や行政による事前の衡量が、要件に該当しない場合に正当化を否定するものではない場合、換言すれば当該規定が、その適用範囲に関して排他的な効力を持たないような場合には、緊急避難による正当化の可能性は排除されない。例えば、献血制度が、事前の衡量で献血できる場合を規定しているとしても、当該規定がその他の場合の輸血を一切禁止する趣旨でない場合には、緊

²⁰⁰ もちろん、これとは逆に、当初は裁判所が正当化されるかを判断していた事柄が法定化される類型も存在しうる。例えば、母体保護法における人工妊娠中絶の問題などが挙げられる。もっとも、現在の母体保護法では、母体の危険の場合に限られない中絶が正当化されているため、適用範囲は緊急状況を超えた効力を有している。

²⁰¹ もっとも、まったく些細な違反の場合は、この限りでないと思われる。事前衡量による先行決定も、あくまでその場合に利益が優越することが正当化の理由であるので、衡量の要素に関係しないささいな手続きの違反（書類の記入ミスなど）は正当化に影響を与えないと考えられる。この点に関しては、小林・前掲注71)343頁。

²⁰² Kühl, a.a.O. (Fn.89), § 7 Rn.175ff., 小林憲太郎「緊急避難論の近時の動向」立教法務研究9号（2016年）148頁。

急状況において、強制的に採血して輸血する行為が、緊急避難によって正当化される余地は認められうると解される。

さらに、制度を構築する際に想定されていなかった事態に関しては、衡量の先行決定による緊急避難の制約が妥当しないと解される²⁰³。例えば、化学工場で事故が発生し、多くの有毒物質を排水しなければ多くの従業員が失われてしまう場合、法律の規定で排水にどの程度の有毒化学物質を含めてよいかが決められているときでも、緊急避難による正当化の余地は否定されないと考えられる。排水規定はあくまで平時において、排水による不利益と工場の操業がもたらす利益を衡量した結果であって、事故の場面における従業員の生命と排水による被害の衡量の結果に関して規定したものではないからである。

2、侵害の重大性

先に考察を加えたように、生命侵害等の重大な侵害を生じさせるような緊急避難行為は、正当化が否定される。その理由は、無関係な第三者を巻き込む攻撃的緊急避難においては、生命侵害等の重大な侵害を生じさせる行為を正当化することが、直感レベルの規則に反するからであった。この重大な侵害には、生命侵害や深刻な身体傷害が含まれるが、どのような範囲の侵害まで含まれるかが問題となる。

そもそも、生命や重大な身体傷害を伴う緊急避難行為の正当化を否定すべきなのは、人間が社会で生活する上で、その保全が不可欠だからである。この観点からすると、自身が生きていく基盤を構成する利益は、同じように保全されるべきと解される。この基盤を構成する利益に具体的に何が含まれるかをすべて挙げるのは難しいが、性的自己決定に関わる利益の侵害²⁰⁴や移動の自由の深刻な侵害²⁰⁵が含まれると解されている。

別の観点から考えると、緊急避難が公共的観点からなされる利益調整の制度であるならば、公共的観点からの介入が認められにくい利益が、生きていく基盤を構成する利益に該当すると考えられる。

なお、正当化が制約される重大な侵害の中でも、同意殺の規定などに鑑みると、とりわけ生命に関しては、制約のレベルが高いと考えることができる。したがって、侵害してはならないとの規則が強固であり、制約を覆すには保全利益の価値が一定程度高いものであることが必要になると解される。

生命に関して特別な考慮を必要とする正当化事由は、この他にも、同意や正当防衛が挙げられる。例えば、近時致命的な侵害を生じさせるような防衛行為について、補充性と大まかな均衡を要求する見解²⁰⁶が主張されているが、この場合の防衛行為の正当化の範囲は防御的緊急避難の範囲とかなり接近してくると解される。

²⁰³ 小林・前掲注 202) 148 頁。

²⁰⁴ 小林・前掲注 202) 144 頁。小林は、個人の自律の侵害は社会契約において国家が果たすべき役割を超えるため、他者の自律の基盤を構成する利益の侵害の正当化を否定する、という考え方から、「すべての人格の発展の基礎となる生命」、「自律的な生の選択にとって中核的な精神的活動、たとえば性的自己決定」、「ライフスタイルの選択を深刻な程度に制限する重大な身体傷害、たとえば、視覚障害」の侵害の正当化を否定している。

²⁰⁵ Javier Wilenmann, ZStW, 2015, S. 910. 法で要求しえない本質的な自由の侵害に当たると解している。

²⁰⁶ 佐伯・前掲注 14) 146-147。

3、軽微な危難

侵害の重大性とは逆に、差し迫っている危難が軽微である場合も制約の要素となりうるか問題となる。前述したように、誰もが遭遇しうる危険（Jedermanngefahr）という類型それ自体に制約の契機はないため、自招危難に該当する場合を除いて一般に軽微な侵害の危険を、緊急避難における危難から除外することは妥当でない。

もっとも、生じた危難と侵害した利益とがあまりも不均衡な場合には、緊急避難はもちろんのこと、過剰避難の成立も否定されると解することができる。これは、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。侵害法益が甚大であるため、法益を保全したという要素が、功利性の観点からはやプラスの要素として勘案できないためである²⁰⁷。

もっとも、正当防衛においても同様に、軽微な攻撃に対しては防衛行為をなしえないと解されている。そこでも、豆腐数丁を守るために窃盗犯人を射殺するなど、主に財産的利益を保全するために攻撃者の生命身体を侵害する場合のように、著しい不均衡がある場合が問題となっている。さらに、社会において通常は甘受すべきとされている迷惑行為に対する正当防衛が可能かという迷惑防衛²⁰⁸に正当防衛が成立するかも議論されている。例えば、行列への割り込みや学生達の騒音などが迷惑防衛の例として挙げられる²⁰⁹。不正の侵害に対する正当防衛においても、正当化が否定されうるのであれば、緊急避難の場合にも正当化を否定すべきだとの考え方もありうる。

しかし、そこで問題となっているのが、侵害法益と保全法益の不均衡であるならば、差し迫っている危難や侵害が軽微であるというよりも、不均衡な侵害という利益衝突の解消方法としての不適切さが問題となっていると考えられる。

4、転嫁の有無

前述したように、現在の危難を生じさせている危険源に対抗する避難行為については、通常の攻撃的緊急避難の場合と異なり、転嫁の側面がないため重大な侵害を生じさせてはならないとの制約は及ばない。攻撃的緊急避難は、無関係な第三者を巻き込むことで危難を免れる構造を持つゆえに、重大な侵害を生じさせる行為まで許容することは、社会全体にとって耐え難い害を構成する。このような観点を規則功利主義的に考慮した結果、重大な侵害を生じさせる避難行為の正当化が否定される。これに対して、第三者が危険源である場合には、第三者が危難の原因となる権限を持たない限り、危険源に対抗した避難行為に制約の契機が存在しない。

この類型は、事例 11 のようにお互いがお互いの危険源になっているものもあれば、危難を転嫁された第三者が危難を転嫁した者に対抗した場合のように、一方だけが危険源と構成されるものもある。この場合に、危険源を構成している点をとらえて、通常の緊急避難

²⁰⁷ この点に関しては後述する。

²⁰⁸ ドイツでは、通常の正当防衛と区別し、このような迷惑防衛に関しては異なった取扱いをする考え方が有力に主張されている。迷惑防衛について我が国の文献として、津田重憲「いわゆる迷惑防衛について」法律論叢 81 巻 6 号（2009 年）77 頁以下がある。

²⁰⁹ 津田・前掲注 208）83 頁。

の要件よりも、緩やかな要件²¹⁰で正当化を認めるとする見解も主張されている。しかし、危険源となること自体が、正当防衛と異なり不正の侵害を構成しない²¹¹のであれば、危険源となった者の法益の要保護性を低下させる理由はないと考えられる。したがって、防衛的緊急避難においては、重大な侵害を生じさせる行為の制約が及ばないのみで、その他の要件については攻撃的緊急避難と同様であると解される。

防衛的緊急避難に関しては、さらに、危険源とはいかなる状態を指すのかが問題となる。この点に関して、近時注目を集めている、ハイジャックされた航空機の撃墜において、航空機に搭乗している乗客を危険限として構成してよいか議論の対象になっている。

V、解決困難な事例

事例 12

航空機がテロリストによってハイジャックされた。テロリストは、当該航空機を市街地に墜落させようとしていたところ、事態を察知した政府は自衛隊に命じ、航空機を撃墜させた。その結果乗員乗客全員が死亡した。

2001年9月11日にアメリカ合衆国で発生した同時多発テロ以降、テロ攻撃は国際的に重要な課題となっている。とりわけ航空機をハイジャックして攻撃目標へ突撃するテロ攻撃は、甚大な被害を惹き起こすことが先の同時多発テロにおいて経験されたことである。そうした中で、テロ行為を事後に処罰するだけでなく、テロ攻撃を防ぐために当該航空機を撃墜することが正当化されるのかについて、我が国はもちろんのこと、ドイツにおいても激しく議論が展開されるようになった。撃墜による被害を受けるのがテロリストであれば、正当防衛によって正当化することにさほど問題が生じないように思われるが、当該航空機に多数の乗客が乗っている場合に、撃墜²¹²によって乗客を死亡させてしまうことに躊躇を覚え、正当化に消極的な見解が多数を占めているのが現状である²¹³。

事例 12 について考える際に、問題であるのはテロリストの殺害については、正当防衛に

²¹⁰ 侵害法益と保全法益に不均衡がない限り正当化を肯定するものとして、Kühl, a.a.O. (Fn.89), § 8 Rn.134.などがある。

²¹¹ もっとも、この点に関しては正当防衛と緊急避難、とりわけ防衛的緊急避難との関係についての考察が必要となるためここではこれ以上触れない。

²¹² ドイツにおいては、航空安全法 14 条 3 項が航空機の撃墜行為が許される場合を（ハイジャックによらない場合も含めて航空機が人の生命に危険を生じさせている場合を広く含めている）規定しているため、刑法学の観点から見ると、当該規定に基づいて行われた撃墜行為を刑法上どのように正当化するか、という問題になる。もっとも、当該規定に関しては、連邦憲法裁判所において違憲判決が下されている。当該判決について、規定成立までの経緯も含めて詳細に紹介しているものとして、松浦一夫「航空テロ攻撃への武力行使と『人間の尊厳』」防衛法研究 30 号（2006 年）119 頁以下がある。なお、前述の違憲判決においては、当該撃墜行為が刑法上どのように扱われるかについての判断は下されていない。

²¹³ この問題に関して我が国の文献では、森永真綱「テロ目的でハイジャックされた航空機を撃墜することの刑法上の正当化（一）～（三）」姫路法学 41・42 号（2004 年）195 頁以下、43 号（2005 年）149 頁以下、45 号（2006 年）157 頁以下が詳細である。なお、航空機の撃墜によって乗員乗客数百名の生命が侵害されるが、それによって地上の何万あるいは何十万という人々の生命が守られるという状況であれば、本稿の立場からでも、攻撃的緊急避難として正当化されうる。したがって、ここでは侵害される者と救われる者がそれほど数の相違がない場合を想定して議論を進めていく。

よる対抗行為として正当化される²¹⁴が乗員乗客に生じてしまった生命侵害結果まで正当化することができるかである。

乗員乗客自身は、なんら不正の侵害ではなく、また危険源ではないと解すると、この場合の撃墜行為は攻撃的緊急避難でしか正当化できないことになる。もっとも、当該状況を、通常の攻撃的緊急避難の場合と異なる類型と解することで、正当化を導こうとする見解も見られる。

1、乗員乗客の保護不可能性から正当化を導く見解

航空機の乗員乗客は撃墜されるにしろ、テロリストの思惑通り地上に墜落したにしろ、いずれにしても犠牲になることは避けられない²¹⁵点を、正当化を肯定する要素として考慮する見解が主張されている。

乗員乗客はたとえ撃墜を免れたとしても、生き延びられるのは数十分から数時間である。これに対して、地上にいる人々は撃墜行為によって危険が回避されれば、少なくとも航空機から生じた危険によって死亡することはない。この点に鑑み、緊急避難における利益衡量において、短い時間しか生きられない乗員乗客の侵害利益よりも、長く生きられる可能性を持った地上にいる人々の保全利益を優越させることによって正当化を肯定している。

しかしながら、この見解に対しては、瀕死の患者から数が限られている生命維持装置を奪って、救助可能性のある患者に付け替えた事例においても同じく正当化を肯定することになり、不合理であるという批判や²¹⁶、そもそも乗員乗客の法的地位を地上にいる人々よりも低く評価することが不当であると批判されている²¹⁷。

乗員乗客の法的地位を低く評価することについての批判に対しては、乗員乗客と地上にいる人々の保護価値（Schutzwürdigkeit）はまったく同程度であるとしながらも、保護適格（Schutzfähigkeit）が異なると解する論者²¹⁸も見られる。この見解は、保護価値が同じである両者のうち、どちらかしか助けられない状況においては、より保護適格を持つものが優先されると解する。この見解は、当該状況において、救助の可能性を有効にすることで、より実効的な保護を行うことが可能になる結果として、地上にいる人々が有利に扱われるにすぎず、両者の価値に差異を設けているわけではないとしている²¹⁹。しかし、このように解したとしても、この見解からは、さきの瀕死の患者から生命維持装置を取り外して付け替える事例が正当化されてしまい²²⁰、やはり妥当ではないと考えられる。

²¹⁴ もっとも致命的正当防衛が正当化されるかが問題となるが、事例 12 のように生命を守るために相手方の生命を侵害した場合に正当化を否定する見解はほとんどないためここでは問題としない。

²¹⁵ いずれにしろ死を免れないということがそれ自体確実な判断ができない点を批判する論者として Claus Roxin, ZIS, 2011, S. 556f.

²¹⁶ Tatjana Hörnle, Töten, um viele Leben zu retten, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S. 566.

²¹⁷ Alexander Archangelskij, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, 2005, S. 88f.

²¹⁸ Arndt Sinn, NStZ, 2004, Heft 11, S. 592f. ただし、Sinn は、航空安全法 14 条 3 項がドイツ刑法 34 条の正当化的緊急避難の特別法として存在しているので正当化されると述べているので、当該規定が違憲としてされた現在では正当化が否定されると考えられる。Wolfgang Mitsch, GA, 2006, S. 23f. も Sinn と同趣旨の言及をしている。

²¹⁹ Sinn, a.a.O. (Fn. 218), S. 592.

²²⁰ Roxin, a.a.O. (Fn. 215), S. 556.

救助可能性の可否から正当化の道を模索する見解の問題は、当該事例を正当化する根拠が、同時に瀕死の患者事例の正当化を導いてしまう点にある。そこで、瀕死の患者事例との差別化を図る考え方が現れる。当該状況を危険共同体と構成して正当化を肯定する見解である。

2、危険共同体構成による正当化

この見解は、航空機の墜落行為を生命危険共同体における救助行為として考え、例外的に正当化を肯定する。生命危険共同体とは、III 4で述べたとおり、複数の生命が共通の危険に遭遇しており、そのままの経過に任せていけば全員が死亡する場合であるが、この見解は、航空機が都市中心部に墜落することによって死亡する危険に、航空機の乗員乗客と地上の市民双方がさらされている点から、当該状況を生命危険共同体と構成する²²¹。共通の危険に遭遇しているとの要件を加えることで、さきの瀕死の患者から生命維持装置を付け替える事例との差別化が図られることになる。

しかしながら、共通の危険に遭遇しており、避難行為がなければ皆死んでしまうという状況を要件として加えるだけでは、気球事例²²²や渡し守事例²²³のように同じ危険（墜落死や溺死）に遭遇していても正当化を認めるべきでないといわれる事例との差別化ができない²²⁴。

この点に鑑み、単なる危険共同体ではなく、危険共同体の一定の類型の場合にのみ限定して、正当化を肯定する見解が主張される。すなわち、前述したように航空機の墜落事例では、航空機の乗員乗客は、墜落されようが、墜落させられようが、いずれにしろ助かる可能性はない。それに対して、地上にいる人々は、墜落によって助かることができる。このように、同じ危険に遭遇している者のうち、救助の可能性のある者となない者がいる状況²²⁵においてのみ正当化を肯定する見解²²⁶が主張されている。正当化を肯定する見解においてその根拠づけは、さまざま主張されているが、例えば、当該状況で生命侵害の禁止を貫徹

²²¹ Manuel Ladiges, ZIS, 2008, S. 133ff. このように、生命危険共同体は共通の危険が生じていることが重要なのであるから、その危険の原因がテロリストによるものか、自然現象によるものか（ミリョネット号事件）は重要ではない。ドイツにおいては、ナチス政権下で、ヒトラーが精神病患者を殺害することを命じたため、病院の医師であった被告人が、可能な限り多くの患者を救うために、少数の患者を移送した（辞退した場合には、他のナチスに迎合する医師によって精神病患者がみな殺されると被告人が懸念したため）という事例が生命危険共同体の事例として挙げられている。わが国においても、オウム真理教リンチ事件（東京地判平成8年6月26日判時1776号152頁）は、教祖によって皆殺しの危険があったと認定された場合には生命危険共同体の事例と考えることもできよう（実際は生命に対する現在の危険は否定されている）。

²²² 二人の乗った気球が途中で一人を支える浮揚力しかなかったため、一方が他方を気球から突き落とした事例である。橋田・前掲注147）83頁に紹介がある。

²²³ 子どもの一団を乗せていた舟に穴があき、浸水してしまったため、渡し守が子どもの中の何人かを川に突き落として、全員が溺死するのを防いだ事例である。この事例に関しても、橋田・前掲注147）83頁に紹介がある。

²²⁴ Roxin, a.a.O. (Fn. 215), S. 556.

²²⁵ このような状況は、危険共同体の中でも、非対称である危険共同体（Asymmetrische Gefahrgemeinschaft）と呼ばれることを前述した。

²²⁶ Javier Wilemann, *Freiheitsdistribution und Verantwortung*, 2014, S. 444ff. ただし、この類型を悲劇的緊急避難（Tragischer Notstand）として、正当防衛や攻撃緊急避難、防衛的緊急避難のいずれにも分類されない正当化事由として特徴づけている。

すると、全員が死亡することを要求することになってしまい、そもそも生命侵害を禁止した趣旨、生命尊重要請に反してしまう、といった見解²²⁷や、前述したように契約論的正当化で根拠づけようとする見解²²⁸が主張されている。

前述したように、この見解に対しては、なぜ共通の危難に遭遇していることが、生命侵害を例外的に正当化するのはなぜか、についての基礎づけが不明確であるとの批判が向けられる。自身の降りかかった危難を他人に転嫁して免れようとしている点が、生命侵害を伴う危難回避行為の正当化を否定する主な根拠だとすれば、(生命)危険共同体においても自身の危難を他人(死を免れない者)に転嫁して回避しようとしている点は同じであるため、正当化の根拠づけとしては不十分であると思われる。

さらに、この見解によれば、救助可能性のある者がたとえ1人であっても航空機の撃墜の正当化を論理的に否定することができなくなってしまう²²⁹。というのは、全員死亡するよりはましという状況で、死を免れない者と免れる者がいる状況であれば、この見解からは正当化にとって障害となるものはないからである。したがって、1000人が共通の危険に遭遇している場合に、999人を殺害して自身が生き延びることを正当化することになるが、果たして論者が意図した結論であるのか疑問である。

さらに、この見解は以下のような事例で困難が生じうる。

事例 13²³⁰

武装ヘリがハイジャックされ、テロリストは核施設に向けてミサイルを発射後に着陸して逃走しようとしていた。事情を察知した別の武装ヘリによって当該ヘリは撃墜され、テロリストとヘリの操縦士や同乗者合わせて5人全員が死亡した。なお、核施設への攻撃を回避するためには、当該ヘリを撃墜するほか方法がなかった。

この事例13は、事例12と異なり、撃墜行為がなければ当該ヘリの乗員乗客の救助は可能である。したがって、前述の見解では正当化が否定されることになる。しかし、この場合に、事例12とは異なり、地上の人々に対するミサイルによる危険を、降りかかった運命であるから第三者であるヘリの搭乗者に転嫁してはならないとするのが価値判断として妥当であるとは言い難いように思われる。そうだとすると、問題は乗員乗客の救助可能性の有無ではないと考えられる。

以上のように、乗員乗客が置かれた状況の特殊性から、生命侵害を伴う緊急避難の正当化を導く見解は、その基礎づけが不十分である。そこで、次に正当化を導くものとして、航空機やハイジャック犯人に対する正当防衛の効果を乗員乗客にまで及ぼす考え方がありうる。

3、正当防衛と第三者

²²⁷ Ladiges, a.a.O. (Fn. 221), S. 140.

²²⁸ 前述Ⅲ4 参照。

²²⁹ Sinn, a.a.O. (Fn. 218), S. 588.

²³⁰ Günther Jakobs (川口浩一・飯島暢訳)『法的強制と人格性』(関西大学出版会、2012年)28頁に挙げられた事例を参考にしたものである。

航空機やハイジャック犯人に対する正当防衛の効果が、乗員乗客にまで及ぶかの問題は、正当防衛と第三者（防衛行為と第三者）と呼ばれる類型に該当する²³¹。正当防衛と第三者の問題は、いくつかの類型があると解されている。

①攻撃者が第三者の物（身体）を手段として攻撃を加えてきたため、防衛のためその物（身体）を侵害した事例、②防衛者が第三者の物（身体）を使用して防衛したため、その物（身体）を侵害した事例、③防衛行為が攻撃者だけでなく（あるいは攻撃者を侵害せず）第三者をも侵害した事例、の3つである。

事例12は、テロリストが乗員乗客を含めた航空機を武器として攻撃を加えていることからすると、①に分類されるように見えるが、乗員乗客それ自体を用いて攻撃しているのではないため、③に分類されるようにも見える。

まず、①に関して学説上は、正当防衛を肯定する見解が多数であると解されている²³²。正当防衛を肯定する見解の中でもその根拠づけは異なるものが見られる。ある見解は、当該物それ自体が急迫不正の侵害を構成していることから、対抗行為を対物防衛と解している²³³。もっとも、対物防衛を否定する論者からも、当該物が不正の侵害者の支配下で利用されていることから、それ自体不正の侵害を構成する要素となり、排除されるべき不正の侵害の一部となる、ことを理由に正当防衛を肯定する見解²³⁴もある。

③に関しても、学説上緊急避難の限度で正当化されるとする見解と、正当防衛で正当化されるとする見解が主張されている。正当防衛による正当化を肯定する見解は、たとえ第三者に侵害結果が生じたとしても、あくまで攻撃者に対抗する防衛行為としてなされており、当該行為が事前の観点からして正当防衛行為として正当化されることにより、そこから生じた結果に関しても、すべて正当防衛の範疇に含まれ、正当化されると解する²³⁵。

しかし、この見解に対しては、正当防衛はあくまで攻撃者に対する法益侵害行為を正当化するのであって、不正の侵害を行っていない第三者の法益侵害までなぜ正当防衛で正当化できるかの根拠が不明である²³⁶という批判が挙げられている。①の類型と異なり、不正の侵害や危険源を構成しない全く無関係な第三者に生じた侵害結果を正当防衛で正当化することはできないであろう²³⁷。

これに対して、緊急避難によって正当化する見解²³⁸は、攻撃者によって生じた法益侵害

²³¹ 正当防衛と第三者については、山口厚『新判例から見た刑法（第3版）』（有斐閣、2015年）46頁以下、齊藤彰子「防衛行為と第三者」刑法の争点（2007年）46-47頁、百合草浩治「防衛行為による第三者の法益侵害について（一）～（三）」法政論集194号（2002年）137頁以下、197号（2003年）、129頁以下、198号（2003年）155頁以下、奥村正雄「防衛行為と第三者の法益侵害」現代刑事法5巻12号（2003年）39頁以下、齊藤誠二「正当防衛と第三者」森下忠先生古稀祝賀（上）『変動期の刑事法学』（成文堂、1995年）219頁以下、森下忠「正当防衛と緊急避難の限界領域」岡山大学法経学会雑誌（1962年）409頁以下がある。事例12は、後述するが③に分類することができる。

²³² 齊藤・前掲注231）46頁。

²³³ 山口・前掲注231）48頁以下。

²³⁴ 福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣、2011年）159頁脚注（3）。

²³⁵ 川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、1998年）199頁以下。

²³⁶ 山口・前掲注231）55頁。

²³⁷ ドイツにおいても③における第三者の法益侵害結果は正当防衛では正当化されないとする見解が支配的である。Roxin,a.a.O.(Fn.112), § 15 Rn.124ff., Perron,a.a.O.(Rn.182), § 32 Rn.31,Kühl,a.a.O.(Fn.89), § 32 Rn.84. ドイツの学説状況についてはすでに百合草・前掲注231)「(二)」130頁以下に紹介がある。

²³⁸ 奥村・前掲注231)41頁、齊藤・前掲注231)38頁など。

の危険を回避するために第三者の法益を侵害したという点で、まさに（攻撃的）緊急避難の類型に該当すると解する。この見解に対しては、緊急避難による正当化が認められるためには、当該行為よりも侵害の程度が少ない行為が存在しなかったという補充性の要件を満たさなければならず、たとえ攻撃者に対する関係で正当防衛が認められたとしても、退避可能性があった場合、第三者との関係では違法行為となると批判されている²³⁹。もっとも、この結論がそれ自体として不当な結論とはいえないので批判としては弱いと解される²⁴⁰。

緊急避難によって正当化を肯定できるとしても、事例 12 では、撃墜行為によって航空機の乗員乗客が死亡した場合に、それでもなお緊急避難による正当化が肯定されるのかという問題が生じる。この点に関しては、すでにⅢで扱ったように生命侵害を伴う緊急避難行為が正当化されるかが問題となる。

先の批判が述べているように、ハイジャック犯によって生じさせられた航空機の墜落の危険に対する乗員乗客自身の関与は、航空機に搭乗したことに過ぎず、また直接的に危険を生じさせているのが航空機それ自体である点に鑑みれば、乗員乗客を不正の侵害として扱うことは困難であるように思われる。

もっとも、事例 12 の航空機の乗員乗客については、攻撃を意図せず巻き込まれた点では、無関係な第三者であるため、乗員乗客の生命侵害行為は前述の③の類型に該当すると考えられる。しかしながら、航空機それ自体が地上の人々の危険源である点（①の類型に該当）に鑑みると、まったく無関係な第三者と比べてよいとはいえないと思われる。そして、前述したように無関係な第三者に転嫁するのではなく、危険源への対抗である防衛的緊急避難の事例では、生命侵害の禁止等の制約は妥当しないと解されるため、乗員乗客が航空機と同じく危険源と評価できるのであれば、撃墜行為による生命侵害結果も正当化されうると考えられる。

4、防衛的緊急避難

i、危険源の要件

ここでは、いかなる危険を持つものが、防衛的緊急避難の危険源を構成するのかがまず問題となる。この点に関しては、少なくとも危険源を保有する者に過失が認められるとする見解²⁴¹が主張されている。さらに、過失までではないが、危険源として扱うために、程度の帰責性を要求する見解が有力に主張されている。このような見解からは、何ら帰責性

²³⁹ 過剰避難による刑の減免の道が残されるかは、補充性逸脱の場合に過剰避難の成立を肯定しうるかどうかにかかっている。過剰避難の成立要件に関しては、後述する。

²⁴⁰ 齊藤彰子「防衛行為により第三者を死亡させた場合の取り扱い」金沢法学 47 巻 1 号（2004 年）346 頁以下（さらに齊藤・前掲注 231）47 頁）は、当該行為が 1 つの行為で 2 つの法益侵害結果を生じさせた点に鑑みて、正当防衛の成否を判断する際には、当該行為が第三者に及ぼす危険を考慮し、緊急避難の成否においては、当該行為が第三者に及ぼす危険を考慮したうえで、なお正当防衛という法的に是認された行為であることを考慮すべきだとする。すなわち、正当防衛の必要性が認められたとしても容易に逃走可能な場合は、相当性が否定されるが、第三者に生じる危険を考慮してもなお正当防衛の必要性・相当性が肯定される場合には、退避可能性があったとしても、当該行為は法的に是認される行為であるので、それによって不可避免的に生じる第三者の法益侵害と、防衛者の法益侵害の危険とは両立不可能の状態、補充性が肯定されると解している。

²⁴¹ Andreas Hoyer, JuS, 1988, S. 94ff.

が肯定されない乗員乗客を危険源として扱うことはできないと考えられる。

これに対して、防御的緊急避難によって正当化を肯定する見解は、先に見たように、乗員乗客が、不正の侵害を構成していると解することがたとえ困難であるとしても、航空機に搭乗し、内部にとどまっていることから、地上にいる人々にとっては、航空機と一体となって危険源を構成するものと捉えて、撃墜行為を防御的緊急避難で正当化できると解する²⁴²。この見解は、乗員乗客が危険源を構成していることについてなんら責任がなくても、さらにいえば、墜落の危険がいかなる理由であろうと、地上にいる人々にとってはなんら重要ではないと解している²⁴³。この見解によれば、防御的緊急避難において重要なことは、危険にさらされる人間が危険を無制限に（ここでは自身の生命まで賭けて）甘受しなければならぬかであり、危険が生じたことについて乗員乗客に責任があるかどうかという観点ではない²⁴⁴と解される。

さらに、乗員乗客は決して無関係な第三者ではなく、状態責任（Zustandsverantwortlichkeit）が肯定されるため、危険源として扱ってよいとする見解も主張されている。乗員乗客は、当該状況でそこに存在する（Sosein）ことで危険が由来する領域に関与することになる。したがって、地上にいる人々からすれば、航空機とともに具体化された危険の一部（Teil der körperlichen Gefahren）とみなすことができると解される²⁴⁵。危険をもたらす客体と不可分一体となっているものに対しても、防御的緊急避難によって対抗してよいとする見解²⁴⁶も同趣旨であると思われる。

しかし、これらの見解に対しては、乗員乗客はそれ自体として地上にいる者の死亡の危険を高めているわけではなく²⁴⁷、したがって危険源そのものとして考えることはできない²⁴⁸との批判が投げかけられている。

ii、航空機から生じた危険

乗員乗客が攻撃的緊急避難における無関係な第三者に該当するか、あるいは地上にいる人々の危険源を構成するかが、撃墜行為を緊急避難によって正当化しうるかどうかを決定する。もっとも、先に見たように、地上にいる人々の死の危険源は、あくまで航空機であって、乗員乗客それ自体ではない。このことは、航空機がそもそも無人であった場合や、テロリストのみ搭乗していた場合を考えてみれば明らかである。

問題となるのは、航空機が危険源であることからその内部にいる乗員乗客を一体として判断してよいかである。防御的緊急避難の類型において、生命侵害等の制約が妥当しない

²⁴² Bernd Schünemann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in Ulfrid Neumann/Winfried Hassemer/Ulrich Schroth, *Verantwortes Recht*, 2005, S.152f., Walter Gropp, GA, 2006, S.284ff. Michael Köhler, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, in *Festschrift für Friedrich - Christian Schroeder*, Zum 70. Geburtstag, 2006, S.258ff., Klaus Rogall, NStZ, 2008, S.4f.

²⁴³ Gropp, a.a.O. (Fn.242), S.287.

²⁴⁴ Gropp, a.a.O. (Fn.242), S.287.

²⁴⁵ Rogall, a.a.O. (Fn.242), S.3.

²⁴⁶ Hans Joachim Hirsch, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, in *Festschrift für Wilfred Küper*, 2007, S.160f.

²⁴⁷ Michael Pawlik, JZ, 2004, S.1049., Roxin, a.a.O. (Fn.215), S.559.

²⁴⁸ Archangelskij, a.a.O. (Fn.217), S.72ff.

のは、制約の根拠となる転嫁がない、すなわち、まさに当該主体が行為者の利益を脅かしているからであり、この状況で対抗を認めないと、他人の生命を脅かしても自身が危険源となることを認めることにつながり、逆に危険源である主体を行為者よりも優遇してしまうことにつながるからである²⁴⁹。

もっとも、防御的緊急避難の場合に、生命侵害まで許容する私見のような考え方に対しては、危険源となった者からすれば、逆になぜ生命の侵害までも正当化されてしまうのかという批判がなされうる。すなわち、正当防衛²⁵⁰とは異なり、危険源となることが不正、つまり違法でない防御的緊急避難の場合に、攻撃的緊急避難では認められない生命侵害まで許容されるのでは、危険源となった者にとってあまりにも不利益ではないか、という批判である。このように、防御的緊急避難では、攻撃的緊急避難と比べて正当化の要件が緩和されるため、その分危険源に該当するか否かに何らかの帰責性を要求する考え方が主張されるのも理解できる。

しかし、そもそも危険源にそのような理由を要求する必要はないと考えられる。攻撃的緊急避難において生命侵害が禁止されているのは、自身に迫った危険を無関係な第三者に転嫁することが、自身に降りかかった危難を自身で甘受すべきだとする我々の社会で一般に妥当している理念に反するからであった。

したがって、危難を転嫁しているか否かがここでの重要な要素となる。攻撃的緊急避難では、いったん降りかかった運命を、まったく無関係な第三者に押し付けることが問題とされていた。これに対して、先の保護の不可能性や生命危険共同体を根拠に正当化を肯定しようとする見解は、この転嫁禁止の構造を考慮したうえで例外的状況に該当することを論証しようとしたのである。

対抗型の緊急避難、防御的緊急避難の類型で重要なことは、差し迫った危険が避難行為の被害者に由来することで、被害者が当初から運命に巻き込まれている点にある。一つの考え方として、事例 12 や事例 13 の乗員乗客それ自体が危険源でないことはすでに明らかであるが、その侵害が危険源に対する対抗行為に不可避免的に伴う場合には、その侵害を抜きに危険を回避できない状況にある。この場合には、危険源が危難に遭遇した者を脅かしているのと同じ程度の危険を生じさせていると考えることができる。したがって、危険源と危難に遭遇した者とが相争う関係であると同様に、乗員乗客と地上にいる者ともその生存を相争う関係であると解することができないかが問題となる。

iii、不可避的一体化

この点に関し、例えば、犯人に爆弾を持たされた第三者が自身に迫ってきた場合には、危険源は爆弾であるが、第三者自体を射殺しなければ危険を回避できないときには、爆弾と同程度、第三者自体も自身にとって危険を生じさせていると考えることができる。この場合も第三者に帰責性は見出し難いが、防御的緊急避難にとって重要なことは、誰（何）

²⁴⁹ もっとも、退避可能性がある場合はどちらの生命の救うことができるため、このことは妥当しない。乗員乗客が危険源を構成したとしても、その生命の保護が否定されるわけではない。

²⁵⁰ 致命的正当防衛の場合に、通常の正当防衛の場合よりも厳格な基準を設ける考え方（IV 2 参照）からすれば、正当防衛でさえもそのような制限があるのだから、「不正の侵害」ではない防御的緊急避難の場合にはなおさら生命侵害が許容される根拠が問題になる。

が危険を生じさせているかであり、危険を生じさせているのであれば、生じた危険にとって無関係な第三者とはならず、転嫁型の行為には該当しない点にある。したがって、この考え方からは、防御的緊急避難として、補充性や利益衡量の要件を充足している限りにおいて正当化が肯定されうる。

しかしながら、危険源の対抗行為に不可避免的に含まれる範囲も、危険源として扱うことは妥当でない。この点に関しては、例えば、地上の人々に対する危険を回避するに際して、墜落により不可避免的に地上の民家も破壊されてしまい、その住民の死亡が避けられない場合に、危険回避のために不可避だからという理由で、民家とその住民を危険源として扱ってよいとは思われない。さらに、この考え方からすると、ハイジャックされた航空機のそばを飛んでいる、ほかの航空機とその乗員乗客も危険源として構成されてしまう恐れがあるが、これも妥当だとは思われない。先に見たように、危険源と不可分一体であるなどの場所的な近接性の要素は、それゆえ危険源の構成には意義を有しないと考えられる。

これに対して、例えば航空機の中に有害な化学物質が積まれており、墜落によってその有毒作用で地上にいる多くの人々が死亡する危険が生じる場合には、航空機とは異なった危険を構成しているゆえに、危険源とみなすことができる。また、乗員乗客に関しても、墜落で外に投げ出され、落下することで地上にいる人々に対する危険を生じさせる場合にも、落下してきた乗員乗客に衝突する危険がある者にとっては、同様に危険源を構成すると解される。これらの場合には、航空機の墜落によって生じる危険とは別の危険を乗員乗客が生じさせているために、別の危険に対する危険源を構成していると考えられる。

このような考え方からすると、先に爆弾を持って迫ってくる第三者の場合には、一見すると危険源はあくまでも爆弾であるため、第三者については攻撃的緊急避難に該当すると解される。しかしながら、この場合には、爆弾と第三者が合わさって危険を構成していると考えられるため、どちらも危険源として扱ってよいと考えられる。というのは、爆弾によって爆発の危険が生じ、第三者によって爆発が場所的移動を伴って迫ってくる危険が生じているため、どちらも危険源といえるからである。

しかしながら、このように何らかの危険を高めているか、新たな危険を生じさせていなければ、危険源として扱えず、攻撃的緊急避難による正当化しかあり得ないと考えてよいかについては疑問が生じうる。というのは、例えば運転手が病気のため操縦不能となった自動車が A に向かってきたため、A は自身所有の猟銃でエンジンを打ち抜き、難を逃れたという事例で、もし助手席にいた C も同時に死亡させてしまった場合、運転手の生命侵害に対しては正当防衛ないし防御的緊急避難で正当化できるが、助手席の C に対しては、危険を高めておらず、新たな危険も生じさせていないゆえに、攻撃的緊急避難が問題となるにすぎず、正当化されない、とするのは結論の妥当性を欠くように思われる。

この点に関しては、先の不可避的一体化が対抗行為の観点から、危険源の範囲を考えていたことに鑑み、むしろ危険を及ぼしている当該客体の観点から見ていくことが有益であると思われる。すなわち、危険を及ぼしている客体に危険を及ぼすことをやめさせる場合に、一体として観念せざる範囲については、同じく危険源として扱うというものである。この考え方は、先の不可避的一体化とはことなるものである。不可避的一体化は、対抗行為が及ぶ範囲から考えていたが、ここでは、危険なものとして扱われる対象から考えるのである。

ハイジャックされた航空機の落下を停止させるときには、乗客をも想定しなければならないのに対して、地上の民家やほかの航空機は同時に想定する必要はない。先の例で挙げた自動車に関しても、助手席の C を同時に想定しなければならないゆえに、危険源を構成すると考えられる。このように、危険源を停止させる際に同時に想定されるものは、危険源に含ませることができるように思われる²⁵¹。したがって、当該撃墜行為は、少なくとも防御的緊急避難の要件を満たした場合には、緊急避難で正当化しうると解される。

V、小括

本稿は、緊急避難の成立が制約される事例について検討を加えた。その際には、緊急避難の成立が制約される側面を事理ごとに考察した。しばしば議論になる生命侵害等の重大な侵害を生じさせる緊急避難行為については、当該行為を許容することで生じる不利益が単に生命侵害に限らず、社会で生活する者が生きていく基盤を損なうものであるため、制約されるべきであると解した。しかしながら、過剰避難の成立は必ずしも否定されないと考えられる。というの、仮に、生命侵害等の重大な侵害を生じさせる行為であっても、現在の危険を回避するための行為である点は、通常の殺害行為とは異なるからである。もっとも、差し迫った危険が軽微であり、生じさせた害と著しい不均衡がある場合は、法益保全の要素を無視できるほどのマイナスが生じているために、過剰避難にも該当しないと解される。

もっとも、本稿においては、緊急避難は優越的利益原理を正当化根拠とした功利的正当化事由であるとの理解を前提として議論を展開してきた。しかしながら、緊急避難の正当化原理については、異なった理解を主張する見解も見られる。例えば、ドイツの緊急避難論で有力に主張されている、緊急避難の正当化原理を連帯性の原理から基礎づける見解が挙げられる。

この点に関して、我が国においても、近時、法秩序において、自由主義・他者の尊重原理が原則として前提となっているが、他方で本来は国家の役割である社会保障の規定が置かれることで、自らの避けられない不利益を社会で分担するという連帯原理が妥当する場合があります、その例の1つが緊急避難であると解する見解が主張されている²⁵²。この見解は、緊急避難の正当化を、優越する利益の擁護により社会的マイナスが生じない点に求める本稿のような見解（利益衡量モデル）に対して、正当防衛における攻撃者や、防御的緊急避難における危険源保有者の法益として生命が一方の秤に乗る場合に正当化が困難になってしまう、衡量対象とされている要素の比較の仕方の基準を提供しえない点を批判している

²⁵¹ 不正の侵害を構成するという文脈に関して、小林・前掲注 71) 385 頁は、「それを同時に観念しなければ不正の侵害を観念できず、なおかつそれ自体も独自に正当化されない第三者のふるまいは、実質的に見て保護価値制約原理がはたらきうるという意味で、もはや不正の侵害を構成すると評価することができよう」としているが、このような意味において正当であるように思われる。もっとも、問題として正当防衛か防御的緊急避難かの問題が残るが、当該状況において退避義務を課すかどうかは異なってくる。この点に関しては、正当防衛と防御的緊急避難との関係についての検討が必要となるためここでは立ち入らない。

²⁵² 坂下陽輔「正当防衛の制限に対する批判的考察（四）」法学論叢 178 巻 3 号（2015 年）36 頁。坂下の見解については、見解に対する批判も含めて玄守道「刑事法学の動き」法律時報 88 巻 12 号（2016 年）141 頁以下参照。

253。

すなわち、正当防衛における攻撃者や防御的緊急避難における危険源保有者は、法確証の利益が防衛者側に乗るとすることや、危険源であることで保護価値が減少するといった点を衡量に取り込むことで、優越する利益を実現する場合に正当化を肯定するが、いったん攻撃者や危険源保有者の利益を保護に値するとして、秤に乗せることを認めると、攻撃者や危険源保有者の生命など、比較不能とされる法益が秤に乗った場合に、防衛行為などの正当化が困難になってしまう。この場合、生命侵害の正当化を肯定するか否定するかの基準、いかなる衡量要素をいかにして比較するかの基準を提供しえないゆえに、場当たりの判断の仕方になるため、利益衡量による正当化は妥当でないとする²⁵⁴。

これに対して、論者は「法秩序は個々人の財をすべて同程度に、考えられるすべての侵害から守るものではなく、主に、他者の答責領域に属する危険からのみ守る」と理解する自由論モデルを前提²⁵⁵に、個々人が自己の洞察に従って自己の人生を生きること（自律的生）を可能にする条件を見出す。それは、個々人に自由領域を配分してその中で自由に行動することを許容し、さらに他者からの干渉や他者救助の要請から解放する。その反面として、他者への干渉をせず、自己の法領域への損害は他者に転嫁せずに自己で負担しなければならない（自己答責性）ことになる²⁵⁶。

このような立場からは、他者の法領域で創出された自己の法領域への危険（正当防衛・防御的緊急避難共通）は、本来は他者とその除去・中立化の義務を負うが、防衛者・防御的緊急避難行為者は、この他者の代わりにこの義務を負担している。したがって、他者の義務を代わりに果たしているだけであるので、当該行為は、他者の法領域への介入には該当しない。

これに対して、他者による救助要請からの解放と、他者への負担転嫁の禁止という観点からは、攻撃的緊急避難および一般的救助義務は原則基礎付けられない。これを基礎付けるのは、人的生存を可能にするいわばインフラ的な助け合いの観点（保険制度）から要請される連帯原理である。そして、この連帯原理は、防御的緊急避難・正当防衛の制限をも根拠づける²⁵⁷。

そして、日本の規定に着目すると、不救助罪を処罰していない点に鑑み、自由主義をドイツよりも重視、連帯義務を消極的にとらえていると判断している。しかしながら、緊急避難の規定においては、侵害法益と保全法益の均衡で不可罰としているが、この点に関しては、不救助罪を処罰しないことで救助による負担は負わないが、避難行為を甘受する負担を法益の均衡の限度まで負うとしており、大きな不整合が見られるとする。そして、こ

253 坂下陽輔「正当防衛の制限に対する批判的考察（二）」法学論叢 177 巻 6 号（2015 年）49 頁。

254 坂下・前掲注 253）49—50 頁。

255 坂下・前掲注 253）52 頁。坂下によればこの自由論モデルの特徴は 3 つに分類される。まず、正当防衛の適法性の当然視とその制限の例外性、次に攻撃的緊急避難の例外性、攻撃的緊急避難と不救助罪の同質性、最後に法益保護主義への懐疑である。

256 坂下陽輔「正当防衛の制限に対する批判的考察（三）」法学論叢 178 巻 2 号（2015 年）80 頁以下。

257 坂下・前掲注 256）88 頁以下。正当防衛の制限に関しては、正当防衛が制限されない場合と一般的救助義務が課されない場合を平行に考え、一般的救助義務が、事故にあった者が自分で容易に助かることができる場合には義務が課されないのと同じように、攻撃者自らが攻撃を控えることができる場合は、正当防衛は制限されないが、責任なき攻撃の場合のように攻撃者自らが攻撃を控えることができない場合は、制限の余地が生じうるとする。

の点の不整合を解消するためには、緊急避難に対して正当防衛を肯定すること、すなわち自由主義を貫いた者を処罰しないことで一貫した法制度となると解している²⁵⁸。

この見解は、本稿の関心からすれば、一般的救助義務、攻撃的緊急避難、正当防衛の制限を連帯原理によって一貫して説明できる点で示唆に富むものである。この見解に関しては、それぞれの原理をいかに考えるかの考察が不可欠であり、ここで詳しく扱うことはできないが、以下の疑問が生じる。攻撃的緊急避難を連帯原理、保険と類似する制度によって不可罰を根拠づけているが、その後で一般的救助義務が課されていない点との整合性に鑑み、処罰阻却事由だと解している。しかしながら、やっつけはいいが反撃されることを甘受しろ（正当防衛に対しては緊急避難による対抗もできない）という制度となるが、果たして妥当なのかが問題となる²⁵⁹。

もっとも、この見解が述べるように、正当化事由の正当化原理や制約の根拠をどのような観点、原理から基礎づけるかを示すことは、論理的一貫性や基準の明確性の観点から重要であると考えられる。

第3章 緊急避難を制約する根拠について②～特別義務者の問題

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²⁶⁰。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²⁶¹。

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などの事例である。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、という場合に 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。

²⁵⁸ 坂下・前掲注 252) 40 頁以下。

²⁵⁹ 玄・前掲注 252) 146 頁。坂下論文について、「そもそも法規定の背後にある原理にさかのぼって検討するものであったはずで、このような原理的な検討は法規定の相違という現象面の相違を超えて、原理を同じくする社会においては（どの範囲で採り入れるか、具体化するかにつき差はあるにしても）基本的に妥当するはずである」との指摘は正当であると思われる。

²⁶⁰ 内藤・前掲注 1) 438 頁など。

²⁶¹ 内藤・前掲注 1) 438 頁。

II、刑法 37 条 2 項の規定の変遷

1、旧刑法における議論

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、緊急避難に関しては、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った²⁶²。

2、旧刑法の改正過程²⁶³

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親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権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」²⁶⁴

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²⁶⁵、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。

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状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状ニ因リ其刑ヲ減輕シ

²⁶² 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・前掲注 23）86 頁以下に詳細な紹介がある。

²⁶³ 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 23）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。

²⁶⁴ 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）5 頁。

²⁶⁵ 井上・前掲注 23）89 頁。

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」と規定している²⁶⁶。

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」50 条²⁶⁷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状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」²⁶⁸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²⁶⁹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、質問がなされている²⁷⁰。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ツテ居ルノダガサウ云フ意味デアアルノデスカ、或ハ救護ト言ハズ外ニ是ノヤウナ義務モ矢張り此中ニ這入ツ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、巡查憲兵卒ノ賊ニ遭ツタ時分ト云フノヲ指ス積リデアリマス」と答えている²⁷¹。

²⁶⁶ 内田他編・前掲注 264) 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 が特別義務の議論に相当する議論を 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. Binding, a. a. O. (Fn. 52), 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（6）」法学協会雑誌 132 巻 7 号（2015 年）121 頁注 337 参照。

²⁶⁷ 「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 264）516 頁。）

²⁶⁸ 内田他編・前掲注 264) 516—7 頁。

²⁶⁹ 「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状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。

²⁷⁰ 内田他編・前掲注 264) 346—7 頁。

²⁷¹ 内田他編・前掲注 264) 346 頁。

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²⁷²との関係が問われた。

高木豊三が「47条ノ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ラ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²⁷³、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²⁷⁴。

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²⁷⁵を経て現行刑法37条の規定となり、1908年に施行された。

3、改正刑法草案の審議過程における議論²⁷⁶

このように、旧刑法から現行刑法に至るまで、ほとんど議論の俎上に載せられることになかった、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。

²⁷² 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269)82頁。

²⁷³ 内田他編・前掲注264)346頁。

²⁷⁴ 内田他編・前掲注264)347頁。

²⁷⁵ 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テ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状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。

²⁷⁶ 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。

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た²⁷⁷。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」²⁷⁸という評価がなされている²⁷⁹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る可能性があること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）」²⁸⁰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

ただし、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²⁸¹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可能な

²⁷⁷ 『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」

²⁷⁸ 内藤・前掲注 276) 121 頁。

²⁷⁹ 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 277）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。

²⁸⁰ 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房、1932 年）100 頁。

²⁸¹ 14 条「①自己又は他人の法益に對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つたときは、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。

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」²⁸²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²⁸³。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」²⁸⁴、「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」²⁸⁵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²⁸⁶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。

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²⁸⁷。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解釈されるとする不安」について、「特別義務者は、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っ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るという意見が述べられた」、「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った」とされている²⁸⁸。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 回 - 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²⁸⁹。

282 『改正刑法準備草案：附同理由書』・前掲注 281) 105 頁。

283 この点に関しては、すでに内藤・前掲注 276) 137 頁以下に紹介がある。

284 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。

285 福田平『目的的行為論と犯罪理論』（有斐閣、1964 年）225 頁。

286 井上正治『刑法学総則』（朝倉書店、1951 年）102 頁。

287 審議過程についても、すでに内藤・前掲注 276) 153 頁以下に紹介がある。

288 『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。

289 『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。

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²⁹⁰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²⁹¹。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 卷 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った」²⁹²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²⁹³、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²⁹⁴、③各特別法で配慮すればよい²⁹⁵、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²⁹⁶。

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²⁹⁷。

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（第一案）²⁹⁸と

²⁹⁰ 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。

²⁹¹ 『第一小委員会議事要録（四）』・前掲注 289）348-9 頁。

²⁹² 『第一小委員会議事要録（四）』・前掲注 289）349 頁。

²⁹³ 『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 289）349 頁。

²⁹⁴ 「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 289）349 頁。

²⁹⁵ 「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 289）349 頁。

²⁹⁶ 『第一小委員会議事要録（四）』・前掲注 289）349 頁。

²⁹⁷ 『第一小委員会議事要録（四）』・前掲注 289）349-50 頁

²⁹⁸ 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、危険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

2項にする案（第二案）²⁹⁹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³⁰⁰。

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）、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³⁰¹。

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³⁰²。

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³⁰³。

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り、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³⁰⁴。

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。

²⁹⁹ 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298）359-60頁。

³⁰⁰ 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注298）360頁。

³⁰¹ 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注298）360頁。

³⁰² 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注298）361頁。

³⁰³ 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注298）361-2頁。

³⁰⁴ 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注298）362-3頁。

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、そのままで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³⁰⁵。

また、但書については不要であるとの結論に変わりはない。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³⁰⁶。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³⁰⁷。

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³⁰⁸。

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³⁰⁹。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³¹⁰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³¹¹。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の、その場合は「やむを得ない」とはいえないとして、緊急避難の成立を制限すると解釈すべきだと主張してい

305 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注 298） 363 頁。

306 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注 298） 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。」

307 『第一小委員会議事要録（五）』・前掲注 298） 365 頁。

308 『第一小委員会議事要録（七）』（法務省、1970 年） 632 頁。

309 『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。

310 『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注 309） 49 頁。

311 『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録』・前掲注 309） 52 頁。

る³¹²。

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³¹³。そして、採決の結果、賛成多数で参考案が支持された³¹⁴。

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³¹⁵。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で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」としている³¹⁶。

4、学説上の議論

学説においては、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³¹⁷。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的危難（persönliche Gefahr）であり、他人に迫っている危難は含まれないとしている³¹⁸。

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

³¹² 『法制審議会刑事法特別部会会議事速記録』・前掲注 309) 53 頁。

³¹³ 『法制審議会刑事法特別部会会議事速記録』・前掲注 309) 54 頁。

³¹⁴ 『法制審議会刑事法特別部会会議事速記録』・前掲注 309) 56 頁。

³¹⁵ 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。

³¹⁶ 『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 315) 107-8 頁。

³¹⁷ 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。

³¹⁸ 森下・前掲注 317) 357 頁。

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³¹⁹。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のである³²⁰。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いる³²¹。

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」の典型的なもののかかげたものとしている³²²。

危険受忍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³²³。

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があり、責任阻却がなされると解している³²⁴。

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で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。

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

³¹⁹ 森下・前掲注 317) 360 頁。

³²⁰ 森下・前掲注 317) 360 頁。

³²¹ 森下・前掲注 317) 363 頁。

³²² 森下・前掲注 317) 364 頁。

³²³ 森下・前掲注 317) 366 頁以下。

³²⁴ 森下・前掲注 317) 370 頁。

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³²⁵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³²⁶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³²⁷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、「特別な法的関係」³²⁸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、自招危難の場合に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とする³²⁹。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にされてしまうとしている³³⁰。

³²⁵ ドイツの免責的緊急避難については、後述第 2 部 III 5 参照。

³²⁶ 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。

³²⁷ 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。

³²⁸ 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。

³²⁹ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 156ff., Hans-Joachim Rudlphi, ZStW 78 (1966), 81ff.,

³³⁰ Hans-Joachim Rudlphi, in Systematischer Kommentar, 7. Auflage, § 35 Rn. 47, Hirsch, a.a.O. (Fn. 175), § 35 Rn. 47.

この見解に対しては、すでに多くの批判がなされている³³¹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³³²。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、擁護利益の不法の量を肯定しながら、特別義務の侵害の場合だけその不法の量を考慮せず、一律に擁護利益の不法が埋め合わされると解するのは一貫していない³³³。

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。したがって、刑事政策的に処罰が適切でないと解する³³⁴。

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³³⁵。

そして、特別義務者に刑の減輕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輕の余地も認められない。一方、自招危難の場合に刑の減輕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、減輕の余地が残されると解する³³⁶。

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³³⁷。

このように、免責の根拠を探求するに際しては、それが自招危難や「特別の法的関係」

³³¹ Roxin, a.a.O. (Fn.112), 2006, § 22 Rn.9f., Claus Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S.205ff., Georg Lugert, Zu erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand, 1991, S.93ff.

³³² Lugert, a.a.O. (Fn.331), S.95f.

³³³ Lugert, a.a.O. (Fn.331), S.96. Bernsmann, a.a.O. (Fn.331), S.212.

³³⁴ Claus Roxin, JA, 1990, S.98f., ders., a.a.O. (Fn.112), § 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.112), § 19 Rn.3.

³³⁵ Roxin, a.a.O. (Fn.112), § 22 Rn.11.

³³⁶ Roxin, a.a.O. (Fn.112), § 22 Rn.35f.

³³⁷ Bernsmann, a.a.O. (Fn.331), S.222f., Lugert, a.a.O. (Fn.331), S.97f.

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、自招危難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的減軽の余地がない理由も議論されていた³³⁸。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難とは異なること³³⁹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³⁴⁰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つたときは免責が肯定されるなどの意見も出ている³⁴¹。

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 34 条³⁴²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 39 条³⁴³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」³⁴⁴と述べられている³⁴⁵。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衛的緊急避難か）

³³⁸ 議論の内容については、内藤・前掲注 276) 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。

³³⁹ 内藤・前掲注 276) 299 頁。

³⁴⁰ 内藤・前掲注 276) 318 頁。

³⁴¹ 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 276) 319 頁。

³⁴² 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。」

³⁴³ 「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。

³⁴⁴ 『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。

³⁴⁵ 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 276) 197 頁。

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³⁴⁶。

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³⁴⁷。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³⁴⁸。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³⁴⁹。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³⁵⁰。

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³⁵¹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

³⁴⁶ Gehardt Grebing,GA,1979,S.94ff.

³⁴⁷ Lenckner,a.a.O.(Fn.52),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、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.,Kühl,a.a.O.(Fn.89),§8 Rn.147ff.がある。

³⁴⁸ Lenckner,GA,a.a.O.(Fn.347),S.311f.

³⁴⁹ 小田・前掲注338)311頁以下。

³⁵⁰ 小田・前掲注338)320頁。

³⁵¹ 小田・前掲注338)323頁。

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³⁵²と解している。

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³⁵³、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³⁵⁴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。

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³⁵⁵。

この点に関して、消防法 29 条³⁵⁶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のある土地」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、存続している」³⁵⁷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）4 条³⁵⁸が、「危険な事態があ

³⁵² 小田・前掲注 338) 323 頁。

³⁵³ 第 1 章参照。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。

³⁵⁴ 第 2 部 III 5 参照。

³⁵⁵ 小田・前掲注 338) 321 頁。

³⁵⁶ 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ある土地を使用し、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ある土地を使用し、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。」

³⁵⁷ 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。

³⁵⁸ 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

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³⁵⁹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³⁶⁰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來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しうる行為を、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³⁶¹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を除外されることになる。

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。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

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。」

³⁵⁹ 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。

³⁶⁰ 古谷・前掲注359）259頁以下参照。

³⁶¹ 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338）310頁。Vgl., Claus Bernsmann, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des entschuldigenden Notstandes, FS Günter Blau, 1985, S.44ff.

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もであって、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 5 条³⁶²や 7 条³⁶³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衆の利益、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れる³⁶⁴。この利益は、個々の事例においては、軽微な侵害に見えるような場合（相手方の利益侵害が軽微であったような場合）であっても、各々義務を負っている者にそのような軽微な侵害を許容した結果、そのような利益侵害が積み、社会的に大きなマイナスが生じうる。したがって、この制度的利益は個々の具体的利益には還元できない利益であると考えられる。

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³⁶⁵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る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（身体の枢要部）を侵害した場合のように、同等利益の保

³⁶² 警職法 5 条「警察官は、犯罪がまきに行われようとするのを認めるときは、その予防のため関係者に必要な警告を發し、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つて、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。」

³⁶³ 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り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り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りる相当な理由のある場合。」

³⁶⁴ Lenckner, a.a.O.(Fn.347),S.311.

³⁶⁵ 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。

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、せいぜい過剰避難が成立する³⁶⁶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。例えば、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、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³⁶⁷。

また、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、通常は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³⁶⁸35 条によって正当化されるため、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ている³⁶⁹。

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ないと考えられる。

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

³⁶⁶ 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。

³⁶⁷ 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。

³⁶⁸ 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 358) 参照。

³⁶⁹ 後述第 2 部 III 6 参照。

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³⁷⁰。

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³⁷¹、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。

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、刑の裁量的減輕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、自己を犠牲にしてで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12条³⁷²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」³⁷³と解されている³⁷⁴。

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

³⁷⁰ 後述第2部IV4参照。

³⁷¹ Bernsmann, a.a.O. (Fn.331), S.429., Tatjana Hörne, JuS, 2009, S.880.

³⁷² 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。」

³⁷³ 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。

³⁷⁴ 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317) 367頁。

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。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、自衛隊などはこのような訓練や選抜方法を組織的に構築しているが、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が議論されている³⁷⁵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³⁷⁶。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³⁷⁷。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³⁷⁸と解すべきである。

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

³⁷⁵ 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。

³⁷⁶ Lugert, a. a. O. (Fn. 331), S. 40ff.

³⁷⁷ Pawlik, a. a. O. (Fn. 131), S. 215ff., Roxin, a. a. O. (Fn. 112), § 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. 331), S. 40ff.

³⁷⁸ Wilfried Küper, Grund - und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 108., Kühl, a. a. O. (Fn. 89), § 8 Rn. 149.

えば、父親が自身の危難を避けるために、子供を侵害して危難を免れた場合、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³⁷⁹に限られるであろう。

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難に限定される³⁸⁰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、そのような危難に限定されるのは、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、小括

本章は、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おり、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、社会制度によって利益を得ている公衆の利益、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。

³⁷⁹ 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。

³⁸⁰ 森下・前掲注317) 366頁。

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。

第4章 緊急避難の制約根拠の妥当範囲

I、はじめに

第2、3章では、緊急避難の成立が制限される根拠について検討したが、当該制約根拠は緊急避難独自のものであるのかが次に問題となる。とりわけ生命侵害等の重大な侵害が正当化されるのか、についてはあらゆる正当化事由において問題となりうると思われる。もっとも、すべての正当化事由を扱うことは不可能であるので、ここでは緊急行為として緊急避難と対比されることが多い正当防衛を対象に、緊急避難の制約根拠が正当防衛においても妥当するのかを検討する。

II、生命侵害

緊急避難においては、生命侵害等の重大な侵害を生じさせる行為を許容することで生じる不利益が単に生命侵害に限らず、社会で生活する者が生きていく基盤を損なうものであるため、制約されるべきであると解した³⁸¹。緊急避難と同じく、正当防衛行為によって、攻撃者の生命を侵害する場合に、正当防衛の成立が制限ないし否定されうかが問題となりうる。

この点に関して、佐伯仁志は、刑法が殺人に関して、被害者の同意があっても、法益性の欠如による違法性阻却を認めていない（さらに生命に危険のある傷害についても同様に解する見解が多数説である）点に鑑み、生命が最大限尊重されるべきことを要請すべきであり、正当防衛においても生命に対する危険の高い反撃については、大まかな均衡性と補充性が要求されるとしている³⁸²。

橋爪隆は、正当防衛状況において、防衛によって守られる利益に加えて「現場に滞留する利益」が特別に保護されているとすることで、緊急避難とは異なり、正当防衛では補充性と害の均衡が必要とされないと解する。もっとも、この「現場に滞留する利益」は、被侵害者の生命・身体・意思決定の自由などの人格的・中核的な法益が危殆化されている場面に限り認められるもので、財産や名誉に対する侵害の場合には、当該利益は直接的に侵害されるわけではなく、その保護の必要性も、生命や身体に対する重大な侵害に直面している場合とは、質的に全く異なるとする。したがって、正当防衛として正当化される対抗行為についても、生命身体などの中核的な利益の侵害の場合と、それ以外の場合とで別の基準が妥当すると解する。具体的には、生命や身体などの利益の侵害以外の場合には、「現場に滞留する利益」の保護の必要性が減弱するため、利益衡量を不要とするほどの重要な

³⁸¹ 本稿第1部第2章Ⅲ参照。

³⁸² 佐伯・前掲注14) 145頁。

価値が加算されず、なお保全利益と侵害利益との緩やかな均衡性が要求されるとする³⁸³。

このように、生命やそれに準じる中核的な利益を侵害する防衛行為に関して、一定の制約を設ける考え方を明示的に展開している見解はそれほど多くはない。しかしながら、例えば、侵害利益と保全利益の間に著しい不均衡がある場合に、正当防衛の成立を制限する見解は、同様の考慮を及ぼしているように見える。例えば、リンゴ一個を泥棒から防衛するために、その泥棒を射殺する行為は、たとえ当該行為が唯一の手段であっても、防衛行為の「相当性」が欠けるため正当防衛の成立が否定されるとする見解³⁸⁴は、生命や中核的な利益を侵害する防衛行為について、一定の制約を設ける先の見解の考え方と共通する部分が見受けられる。

また、山口厚は、軽微な法益を擁護するために著しく均衡を失する法益侵害行為を行うことは、たとえ最小限度の防衛手段であったとしても正当防衛による対抗は許されず、事後的な民事上の救済に委ねられるべきであると解している³⁸⁵。この見解は、著しい均衡が生じうる生命や中核的な利益を侵害する防衛行為に関して、正当防衛の成立を否定している点で共通する部分がある。

しかしながら、なぜ生命や中核的な利益を侵害する防衛行為について、一定の制約を設けることが許されるのかについては、いずれの見解においても明らかでない。そして、どのような観点から正当防衛の成立を制限できるのか、についても明らかとはいえない。

このことを逆から見ると、前述したように、緊急避難においては生命や中核的な利益の侵害に関して、正当化を否定する見解が有力に主張されており、そこでは補充性と害の均衡を満たしたとしても、正当化が否定されることになる。これに対して、正当防衛の成立を制約する論者においては、少なくとも補充性と（緩やかな）均衡性を満たす防衛行為を正当化する点で共通している。なぜ、緊急避難では正当化されないのに対して、正当防衛では正当化されるのだろうか。

この点に関して、小林憲太郎は、正当防衛を「社会契約によって国家を設立した目的に照らし、個人の利益に向けられた不正の侵害への対処」を国家が担当することで、個人の利益をよりよく守るとともに、自力救済などの実力行使の過剰を抑えて社会の安全を達成できる制度と解する。そのうえで、「生命という至高の価値を侵すことをタブー視する公共空間そのもの」が社会の安全類似の社会的利益を構成しているとして、致命的な防衛行為は、この社会的利益を侵害するものであるゆえ、正当防衛ではなく、この社会的利益に対する攻撃的緊急避難の性質を併有しているとする。したがって、補充性（退避義務）と重要な保全法益の存在が前提となると解している³⁸⁶。

本稿の考え方³⁸⁷からすれば、攻撃的緊急避難の場合のように、危難と無関係な第三者を巻き込む形での生命や中核的な利益の侵害は正当化されないが、危険源となっている者に対する対抗行為である防御的緊急避難の場合には、緊急避難の要件を満たせば正当化される。したがって、防御的緊急避難のように、不正な攻撃を加えている危険源に対する対抗

383 橋爪隆「正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探求1』（成文堂、2008年）134頁。

384 西田・前掲注1）173頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）205頁。

385 山口・前掲注1）139頁。

386 小林憲太郎「刑法判例と実務—第9回 正当防衛（上）」判例時報2299号（2016年）5頁。

387 第2章Ⅲ6参照。

行為である正当防衛も、少なくとも、緊急避難の要件を満たした場合には、正当化されると考えられる。危険源に対抗する防衛的緊急避難の場合には、攻撃的緊急避難の場合とは異なり制約の根拠は妥当しないので、正当防衛においても制約の根拠は妥当しないと考えられる。

Ⅲ、自招した緊急状況

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、とりわけ正当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。

1、自招防衛と正当防衛の制限

喧嘩闘争状況における防衛行為など、侵害に先行する事情によって正当防衛の成立が制限されるか否か、どの範囲で制限されるか、その根拠が何か、については昭和 52 年の最高裁決定³⁸⁸以降議論されてきた。そこでは、防衛者が侵害の（十分な）予期を持っていたとしても、それだけで正当防衛の成立が制限されるわけではないが、加えてその機に乗じて積極的に相手方を攻撃してやろうという積極的加害意思を持って防衛行為を行った場合、当該状況においては侵害の急迫性が否定されるとの判示がなされたが、学説においては当該決定を肯定する見解³⁸⁹よりも否定的に解するものの方が多かった。このような状況において、近時平成 20 年の最高裁決定³⁹⁰や平成 29 年の最高裁決定³⁹¹が、昭和 52 年決定とは異なる判示をしたことで、昭和 52 年決定の関係を含めてさらなる議論が展開されている。

喧嘩闘争状況において正当防衛が成立するかについては、大審院判例³⁹²以来多くの判例・裁判例が出され、議論が展開されている³⁹³。昭和 23 年大法廷判決³⁹⁴は、「互に暴行し合ういわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみては、刑法第 36 条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある。本件について、…被告人の行為は全般の状況から見て、前記の場合に当るものと言わなければならない。従って刑法第 36 条を適用すべき余地はない」

³⁸⁸ 最決昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 卷 4 号 747 頁。

³⁸⁹ 団藤重光『刑法網要総論（第 3 版）』（創文社、1990 年）235 頁。

³⁹⁰ 最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 卷 6 号 1786 頁。

³⁹¹ 最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 卷 4 号 275 頁。

³⁹² 大判昭和 7 年 1 月 25 日刑集 11 卷 1 頁は、喧嘩闘争状況においては正当防衛が成立する余地がないと判示した。

³⁹³ 判例については、すでに多くの先行業績が存在するので、ここでは議論に必要な程度で言及するにとどめる。判例も含めた議論全体については、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007 年）120 頁以下参照。

³⁹⁴ 最大判昭和 23 年 7 月 7 日刑集 2 卷 8 号 793 頁。

とし、「闘争の全般」の状況によっては、喧嘩闘争の場合でも正当防衛が成立する余地がある³⁹⁵と判示した³⁹⁶。そして、喧嘩闘争において、どのような場合にいかなる限度で正当防衛の成立が制限ないし否定されるかという点を明らかにしたのが、昭和 52 年決定である。

昭和 52 年決定は、「刑法 36 条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」と判示し、侵害の予期に加えて積極的加害意思を持って臨んだ場合には正当防衛の成立要件である侵害の「急迫性」が否定されるとした。積極的加害意思が、侵害の予期と合わさることで正当防衛の成立が否定されるという理論構成については、決定以降多くの批判が投げかけられていたが、批判の主要な点は、積極的加害意思という主観的要件で、違法性阻却事由である正当防衛の成否を決することにあつた。

これに対して、最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 巻 6 号 1786 頁は、被告人と A が言い争いとなり、被告人が A のほおを殴打して立ち去ったところ、追い掛けてきた A に背中等を強く殴打されたため、護身用に携帯していた特殊警棒で A の顔面等を数回殴打する暴行を加え、よって同人に顔面挫傷等の傷害を負わせた事案において、「記の事実関係によれば、被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである」と判示した。

この平成 20 年決定と昭和 52 年決定の関係について、さまざまな議論が展開されている。昭和 52 年決定のように、積極的加害意思の有無で急迫性を否定するという理論構成を「使い勝手の悪い」ものであって、裁判員裁判の開始によってその歴史的役割を終えたと評価する³⁹⁷ものや、昭和 52 年決定は反撃行為者の主観面に着目した基準を用いているのに対して、平成 20 年決定は客観的事実自体に着目した基準を用いている点で違いがあるとする見解³⁹⁸等が主張されている。平成 20 年決定の調査官解説においても、最決平成 20 年の事案

³⁹⁵ 橋爪・前掲注 393) 136 頁。

³⁹⁶ 喧嘩闘争において正当防衛の成立が肯定されることを明らかにしたのが最判昭和 32 年 1 月 22 日刑集 11 巻 1 号 31 頁であり、昭和 23 年大法廷判決を引用し、「いわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみれば、刑法三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によって事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合がありますという両面を含むものと解することができる」と判示した。

³⁹⁷ 高山佳奈子『『不正』対『不正』状況の解決』研修 740 号（2010 年）6 頁。

³⁹⁸ 山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61 巻 2 号（2012 年）19 頁以下。

は、昭和 52 年決定の事案とは異なり、被告人の侵害行為に対する主観的態様のいかんにかかわらず、正当防衛が許されないものであったという見方³⁹⁹が示されている。

この点に関して、橋爪隆は、昭和 52 年決定と平成 20 年決定は、それぞれ昭和 23 年大法院判決における「闘争の全般から見て」との判示を具体化したものとして位置づけられるとしている。すなわち、最決昭和 52 年は、喧嘩闘争における事前の主観面に重きを置き（侵害の予期及び積極的加害意思）、これに対して、最決平成 20 年は客観面（侵害の自招等）に重きを置き、正当防衛が否定される場合を類型化したものと評価できると解している⁴⁰⁰。

もっとも、昭和 52 年決定のような事案と最決平成 20 年のような事案は、全く次元の異なる類型であるとして、関連させて考えないとすることも可能であると思われるが、すでに指摘されているように、両事案の問題領域を明確に区別することは困難であると思われる、またそもそも両事案とも防衛行為者の侵害以前の事情が問題となっている点で共通していること⁴⁰¹に鑑みると、まったく異なる次元の問題として扱うことは適切でないように思われる。

このような中で、平成 29 年 4 月 26 日に注目すべき最高裁決定⁴⁰²が出された。被告人は、知人 A から、不在中の自宅の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、夜中、十数回にわたり電話で怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えると言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していたところ、A から、マンションの前に電話で呼び出され、自宅にあった包丁を持参し、A に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて A に近づき、ハンマーで殴りかかって来た A の攻撃を、腕を出し、腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出し、A の左側胸部を強く突き刺して殺害したという事案であった。

最高裁は、「刑法 3 6 条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく」として、昭和 46 年決定⁴⁰³を引用したうえで、「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和 51 年（あ）第 6 7 1 号同 5 2 年 7 月 2 1 日第一小法廷決定・刑集 3 1 卷 4 号 7 4 7 頁参照）など、前記のような刑法 3 6 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである」と判示した。

この平成 29 年決定において、昭和 52 年決定が判例として受け継がれている点が明確に

³⁹⁹ 三浦透「判解」最判解平成 20 年度 433 頁。

⁴⁰⁰ 橋爪隆「判批」ジュリスト 1391 号（2009 年）162 頁。

⁴⁰¹ 橋爪・前掲 400）163 頁。

⁴⁰² 最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 卷 4 号 275 頁。

⁴⁰³ 最決昭和 46 年 11 月 16 日刑集 25 卷 8 号 996 頁。

されたと考えられる。すなわち、侵害の予期があった場合に急迫性が否定されるのは、昭和 52 年決定のように積極的加害意思があった場合だけでないことを示し、昭和 52 年決定を相対化したうえ、いかなる事情が急迫性を否定するものとして考慮されるかを判示したものと解される⁴⁰⁴。この平成 29 年決定により、急迫性が否定される場合の判断方法が示され、昭和 52 年決定がその一場合であることを示唆された。そして平成 20 年決定は、急迫性が否定されない場合でも、正当防衛の成立が制限されることを示したものと相対化される。

2、自招防衛において正当防衛の成立が制限される根拠

先行する事情が、正当防衛の成立をどのように制限するのかについての理論構成は、今なお争われている。しかし重要なことは、どのような事情が正当防衛を制限するかという点だけではなく、なぜ制限することができるかという点であるように思われる。

この点に関して、正当防衛の制限を、正当防衛に固有の根拠づけから行う見解が主張されている。山本輝之は、正当防衛を優越的利益原理に基づく正当化事由と解したうえで、通常の正当防衛においては、違法に人を攻撃する者の要保護性は法的に低く評価され、その分だけ被攻撃者の法益の要保護性が高く評価されるのに対して、「被攻撃者が違法な攻撃を有責に招致した場合には、法的観点からすれば、その被攻撃者の法益保護の利益は通常の正当防衛状況の場合よりも減少すると考えられる場合がある」として、被攻撃者の法益の要保護が減少する結果、防衛行為の相当性が満たされない可能性が生じる⁴⁰⁵、とする。しかしながら、なぜ攻撃を自招した場合に、通常の正当防衛と異なり、被攻撃者の法益の要保護性が減少するのかについては明らかでない。

自招侵害に関して、同じく正当防衛の要件（必要性・相当性）に関連させる松原芳博は、正当防衛を保障規範、すなわち、「法益ないし財の各人への配分・帰属を定め、この帰属秩序に合致する利益を『権利』として優先的に保護するために、その権利の妨害を構成する利益の要保護性を、妨害排除に必要な限りで後退させる」制度と解する⁴⁰⁶。これに対して、自招侵害の場合のように、「権利者（被侵害者）が自ら不正に相手方の侵害を招来した場合には、不正の侵害を共同形成していることを理由に、防衛されるべき権利者の利益の要保護性も後退することから、必要性・相当性に関する被侵害者側のアドバンテージが縮小する」と解している⁴⁰⁷。

自ら防衛状況を作り出した被侵害者のアドバンテージが、減少ないし否定されると解する考え方は他にも見られる。高山佳奈子は、防衛行為者が侵害を自招している場合において、行為者は衝突の原因を作り出した点で不正であるが、だからといって相手方も挑発によって攻撃に出てよいことにはならない点でこちらも不正である。したがって、両者はどちらもどちらの関係にあるとし、緊急避難状況におけるような対等性が観念されるのであ

⁴⁰⁴ この点に関しては、中尾佳久「判解」ジュリスト 1510 号（2017 年）108 頁、小林憲太郎「自招侵害論の行方」判例時報 2236 号（2017 年）144 頁参照。

⁴⁰⁵ 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集 27 巻 2 号（1984 年）211-212 頁。

⁴⁰⁶ 松原・前掲注 81) 150 頁。さらに、「かくして、正当防衛は、保障規範の指示する価値秩序に適った、要保護性の高い利益を守ったものとして、優越的利益の原理により正当化される」（同 150-151 頁）とする。

⁴⁰⁷ 松原・前掲注 81) 171 頁。

るから、対抗行為は正当防衛ではなく、緊急避難の限度で正当化される余地が残されると解している⁴⁰⁸。

この見解は、正当防衛の成立が否定される根拠として、当該状況では正当防衛が想定する「不正」対「正」という関係ではなく、緊急避難が想定する対等な関係が生じると評価できるにすぎないとするが、そもそもなぜ当該状況において攻撃者の「不正」性が否定されるのかが疑問である。また、その前提として、防衛行為者はいかなる意味で「不正」であるのが問題となる。衝突の原因を作り出した点で「不正」であるとしているが、すでに批判が向けられているように、挑発によって生じているのは自身に対する攻撃であって、自分を攻撃することが不正ではないのと同じように、自身を攻撃させること自体は「不正」と評価されえない⁴⁰⁹。

もっとも、挑発行為が被侵害者自身への攻撃を生じさせた点を捉えて、制限を根拠づける見解も見受けられる。林幹人は、「相手方の攻撃が十分に予期されるにもかかわらず、その機会を利用して相手を侵害するために、進んで自分の法益を相手の攻撃にさらしたような場合には、行為者について（高度の）危険の引受があり、もはやその法益は要保護性を失」い、正当防衛の成立が否定される⁴¹⁰と解している。しかしながら、危険の引受によって法益の要保護性が否定されるのであれば、被挑発者による法益侵害（の危険）行為は処罰されないことになるが、そのような解釈は結論的に妥当ではない⁴¹¹。

このように、正当防衛の成立要件に関連させて制約を根拠づける見解は、いずれも挑発者である被侵害者の法益の要保護性が、なぜ減少ないし否定されるのかについての根拠づけが不十分であった。そもそも、攻撃するように仕向けられたとはいえ、被挑発者は侵害行為に出ないことが法的に要求されることは、当該攻撃行為が処罰されうることからしても否定しえない。とすると、挑発行為によって、被挑発者の法益の要保護性は論者の意図に反して減少しないと解するのが妥当ではないだろうか。

橋爪隆は、正当防衛状況においても、不正の侵害者の法益の要保護性は、完全に否定されないことから、正当防衛でも、利益衝突状況の合理的な解消が究極的な目的としている。そして、この衝突状況の合理的解消の観点からすれば、侵害が現実化する以前の段階において、利益衝突を回避する行為を要求する余地が生じる。というのは、事前の回避行為を義務づければ、それによって対立利益の両者がともに擁護できることになるからである。この回避義務は、被侵害者が正当な利益を犠牲にすることなく、事前に不正の侵害を回避できる状況において課され、この義務に違反して正当防衛状況が現実化した際には、侵害の急迫性が否定されると解されている⁴¹²。

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、すでに述べられているように、

408 高山佳奈子「正当防衛（下）」法学教室 268 号（2003 年）70 頁、高山・前掲注 397）7 頁。

409 小林憲太郎「平成 20 年決定以降の自招侵害論について」判例時報 2234 号（2014 年）7 頁。

410 林・前掲注 23）189 頁。さらに、この理論構成を明示してはいないが、昭和 52 年決定と平成 20 年決定を同じ観点から考察できるとしていることから、平成 20 年決定も当該理論構成で解していると考えられる。平成 20 年決定については、林幹人『判例刑法』（東大出版会、2011 年）54 頁以下。結論的には「急迫性」が欠けると解している。

411 橋爪・前掲注 393）263 頁。

412 橋爪・前掲注 393）305 頁。

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。この点を指摘する侵害回避義務論者の考え方は妥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。というのは、橋爪は、昭和 52 年決定のように、侵害を予期していながらその場に居続ける、いわゆる待ち受け型の事案において、自宅やオフィスなどに適法に滞在している場合のように、そこに居続けることに重要な生活上の利益が認められなければ、侵害回避義務が課されるとしている⁴¹³。昭和 52 年決定の事案では、集会を開くこと⁴¹⁴が全く名目的であった場合には、その場に居続けることに正当な利益が認められない結果、侵害回避義務が課されることが示唆されている⁴¹⁵。しかしながら、たとえ集会を開くことが全く名目的であったとしても、侵害回避義務を課すことは果たして妥当なのだろうか。

例えば、公園で友人グループがおしゃべりをしていたところ、対立するグループが公園にやってくる情報を得たので、おしゃべりを中断し、別の場所に移動しようとしたが、対立するグループに屈する形になることを嫌うとともに、この際やつつけてやろうとの意図でその場に居続けた。その結果、案の定争いが生じてしまったという事案においては、侵害回避義務が課される⁴¹⁶ことになると思われるが、この場合に友人グループが正当防衛状況に与えた影響は、その場にたまたま居合わせた場合と変わらないと考えられる。しかし、たまたま居合わせた場合と同じ程度の寄与しか与えていない者に、侵害を回避せよと命じることに疑問が生じる。

これに対して、待ち受けることが相手方の攻撃の程度を高めるような場合、例えば被侵害者が強力な武器で周到な迎撃準備をしていることを知ったことで、侵害者が当初よりもっと強力な武器に持ち替え、その結果として被侵害者の対抗行為も強力なものとなり、法益の侵害の程度が高まったという場合には、高まった侵害の分だけ寄与を与えているといえるので、侵害を回避せよあるいは警察に保護を求めることを義務づけることができるように思われる。

平成 20 年決定や挑発行為（侮辱など）で攻撃を招いた場合に、正当防衛の成立を否定ないし制限することにあまり抵抗を感じないのは、殴るという行為によって侵害を招いている点で、被侵害者が攻撃に寄与しているからである。昭和 52 年決定のような事案を、相互闘争状況とすることからしても、被侵害者が全く攻撃に寄与していない場合ではなく、自

413 橋爪・前掲注 393) 318 頁。

414 集会の自由の観点から、町野朔『プレップ刑法（第 3 版）』（弘文堂、2004 年）178 頁、松原・前掲注 81) 169 頁は、昭和 52 年決定に批判的な立場をとる。

415 橋爪・前掲注 393) 318 頁は、「正当な集会を開催するために会場に留まっている場合にも、集会の開催が全く名目的なものでない限り、現場に留まることに正当な利益が認められ、その結果として、現場から逃げることによって侵害を回避する義務は存在しない」と述べる。

416 いつの時点で侵害を回避する義務が生じるかは一つの問題となりうるが、やはり対立グループが到来することが分かった時点（予期したあるいは予期しえた時点）であると考えるのが妥当だと思われる。後述するが、到来を知るすべもなかった時点で回避を要求するのは、過度な要求というよりは不可能なことを要求することになってしまうだろう。

身への攻撃に対して何らかの影響を与えている場合が想定されているように思われる。

昭和 52 年決定の事案が、相手方の侵害を予期し、積極的加害意思を持って攻撃を待ち構えていただけであるならば、侵害を回避する義務を課すべきでない。侵害に対して全く寄与していない（侵害を招致していないあるいは侵害の危険を高めていない）からである。したがって、被告人グループ員による被害者側グループ員に対する武器を用いた攻撃といった事情がない限り、たとえ被告人らの政治集会が名目的なものにすぎなかったとしても、ただちに正当防衛の成立を否定すべきでないとの指摘⁴¹⁷は正当であると思われる。

これに対して、被侵害者の側から侵害者の側に赴くいわゆる出向き型に関しては、自身で出向くことで攻撃にさらされる危険を高めていると考えられるので、出向くことに正当な利益が肯定されない限り正当防衛が制限されると解するのが妥当である。これに加えて、平成 20 年決定のように出向き型ではないものの、被侵害者自身の行動（不正の先行行為）で侵害者の攻撃を招いたと考えられる場合には、出向き型と同じく、先行行為に正当な理由がない限り正当防衛の制限が導かれると解される。

もっとも、このように客観的に攻撃にさらされる危険を高めたという事情だけで、正当防衛の成立を制限してよいかどうかは問題となる。従来から、攻撃を意図的に招致した場合、故意的に招致した場合、過失的に招致した場合に分け、正当防衛の成立を制限できるのは、少なくとも故意的に招致した場合に限られるか、それとも過失的に招致した場合であってもよいか争われていた。これに対して、主観的要件を必要とすることなく、客観的事実だけから正当防衛の制限を肯定する見解も主張されている。例えば、先にみた高山佳奈子は、正当防衛を制限するかどうかの判断については、被侵害者の挑発等が「何らの正当な利益性も認められず、もっぱら挑発のためにしか役に立たない行為」であるかが重要であるとし、その理由を「『正』対『不正』の関係の存否は、行為者や相手方の故意・過失によっては左右されない」こと⁴¹⁸に求めている⁴¹⁹。

さらに、主観的要件を不要とする見解の中には、「相手に暴行を加えても自分を怖がって反撃してこないだろうと思っている自信家は正当防衛権を制限されないが、相手に暴行を加えたら反撃してくるだろうと思っている者は正当防衛権を制限される」ことになり、結論的に妥当でないとする論者⁴²⁰も見られる。

先に見たように、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。例えば、道を歩いているときに、このまま行けばかねてから折り合いの悪い敵がいる場所に行き着くが、そのことを認識していない場合（もしくは認識不可能な場合）に回避義務を課すならば、自分の行動が常に何らの怒りをかわないかを慎重に検討しなければならないことになる⁴²¹。

小林憲太郎は、この点に関して、昭和 52 年決定の待ち受け型や、平成 20 年決定のような先行行為型ないし出向き型の事案は、「究極的には『被侵害者が不正の侵害を正当な理由

⁴¹⁷ 小林・前掲注 409) 5 頁。

⁴¹⁸ 高山・前掲注 408) 70-71 頁。

⁴¹⁹ さらに、有責性（主観的要件）を備える必要がないとする見解として松原・前掲注 81) 171 頁。

⁴²⁰ 佐伯・前掲注 14) 158 頁。

⁴²¹ 侵害の予期が必要であるとの文脈であるが、この点に関しては橋爪・前掲注 393) 309 頁。

なく有責に招致した場合には対抗行為の正当化を制限するという制裁を科すべきである』という点で原理的に共通している」⁴²²との根拠づけから、攻撃を招致することの予見可能性等の主観的要件を必要とする⁴²³。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、制限を否定する点において正当な根拠づけであるように思われる。

3、自招危難

緊急避難状況を自身で招いた場合、防衛状況を自身で招いた場合と同様に、緊急避難の成立が制限されるかが次に問題となる。

この点に関する最高裁判例はいまだ見られないが、大審院判例や下級審判例は、緊急避難状況を自身で招いた場合には、緊急避難の成立を制限すると解している⁴²⁴。大判大正 13 年 12 月 12 日刑集 3 卷 867 頁は、被告人が夜間に自動車を運転中に、対向車の傍らを通行しようとした際、対向車の背後から現れ道路を横断しようとした少年を避けるため、方向転換したことにより、そばを歩いていた少年の祖母に自車を衝突させた、という事案であった。事件当時は、夜間であることに加え、対向車の背後が見通すことができない状況であり、被告人には対向車とすれ違う際には、いったん停車するなどして、安全に進行できるかどうかを確かめる等の業務上の義務があるのにこれを怠って漫然と進行していた。大審院は、当該状況において被告人に緊急避難が成立するかにつき、「刑法第 37 條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行爲ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正當ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同條ハ其ノ危難ハ行爲者カ其ノ有責行爲ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社會ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行爲ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解スヘキ」と判示している。

名古屋高金沢支判昭和 32 年 10 月 29 日裁特 4 卷 21 号 58 頁は、被告人が同乗者を乗せて自動車を運転中に、踏切にさしかかり中央部まで進行させた際、前方の遮断機が降ろされ、左右から電車が進行してくるのを認識したため、電車との衝突を避けるため前方の遮断機を自動車の進行によって破損させたが、その破損物が近くにいた被害者の顔面を強打したという事案であった。被告人は線路に進行させた際、踏切の手前で一旦停止せず、また左右の安全を確認せずに漫然と踏切に侵入した。名古屋高金沢支は、「刑法第三十七条第一項本文が、所謂『緊急避難』として、罪責を問わない行為を規定する所以のものは、畢竟するに正義及び公平の觀念に基き、急迫不正の侵害に対する防衛としてではなく、正対正の利益考量の問題として、必要且已むを得ないと認められる限度内に於てのみ、他人の正当な利益を侵害して迄も、なお自己の利益を保持せしめようとするにあると思われる。従って、この規定は、若し当該危難が避難行為者の不注意に因って招来されたものであり、正義公平の觀念上正対正の利益考量の問題として取扱うべきでないと考えられるような場

⁴²² 小林・前掲注 386) 6 頁。

⁴²³ 小林・前掲注 71) 389-390 頁。制裁の観点から、予見可能性のほかに「侵害を引き起こしてはならないと認識する能力、そういった認識に従って自己の行動を制御する能力が必要となろう」とする。

⁴²⁴ 判例については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 2 卷 (第 3 版)』(青林書院、2016 年) 702 頁以下 (安田拓人) 参照。

合に迄、その適用範囲を拡大すべき規定でない」と大審院判例と同様の判示をした上で、当該事案について、「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、測らずも被害者の身体を傷害したものであつて、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、直接被害者の身体に対し、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、過って傷害の結果を発生せしめた場合と、何等択ぶところがないと言わねばならぬ。そうして見れば此のような場合は、正対正の利益考量的問題としてこれを取扱うべきでなく、従って刑法第三十七条第一項をこれに適用すべきでない」とし、緊急避難の成立を否定した。

自招危難において、緊急避難の成立が制限される理由に関して、学説⁴²⁵では様々な見解が主張されている。緊急避難の成立要件に関連させるものとしては、例えば、自招危難の場合「相当性」が否定されうるとする見解⁴²⁶や、利益衡量で危難の自招性を考慮する見解⁴²⁷などが主張されている。これらの見解は、危難を自招した点をマイナスの要因として考慮する点で、それを相当性の枠内で行おうとするか、利益衡量の枠内で行おうとするか、の違いがあるにすぎず実質的にあまり違いはないと解される。しかしながら、そもそも危難を自招したことを当該自招者の不利に考慮することはなぜ可能なのかについては、明らかでない。

4、自招危難において緊急避難の成立が制限される根拠

危難を自身で生じさせた場合に、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、危難を回避することで、危難自招者と危難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。そして、このことは、正当防衛においてよりも緊急避難の場合の方がより一層妥当するよう見える。というのは、緊急避難の場合、生じた危難を転嫁されるのは、正当防衛における攻撃者とは異なり、第三者である点で、より制限すべきだとの価値判断に至りやすい⁴²⁸。もっとも、この点を強調しすぎると、正当防衛における侵害者であっても、法益の要保護性が否定されないことを見逃すことにつながってしまう⁴²⁹。

自招危難に関しては、とりわけ第三者のための緊急避難に関して、避難行為者が危難を自招した場合と、緊急避難行為で保全される利益の主体が危難を自招した場合、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。

先の判例の事案は、両者とも避難行為者自身が第三者の緊急避難状況を生じさせ、第三者のための緊急避難行為を行ったというものであり、緊急避難自体の成立を否定ないし制限すべき場合ではなかったと解される。というのも、例えば当該状況で避難行為を行ったのが横にいた同乗者であった場合は、緊急避難状況を招いた者でないから緊急避難の成立

⁴²⁵ 学説については、吉田宜之『違法性の本質と行為無価値論』（成文堂、1992年）128頁以下、山口厚「自招危難について」内藤謙ほか編『刑事法学の課題と展望』香川達夫博士古稀祝賀（成文堂、1996年）199頁以下、小名木明宏「自招危難」刑法の争点（新・法律学の争点シリーズ2）52頁以下参照。

⁴²⁶ 佐伯千仞『4訂刑法総論』（有斐閣、1981年）207-208頁。

⁴²⁷ 小名木・前掲注126）38頁。

⁴²⁸ 生田・前掲注23）253頁。

⁴²⁹ 橋爪・前掲注393）94頁参照。

が肯定されるのに対して、当該状況を招いた者が避難行為を行った場合には緊急避難の成立が否定ないし制限されることは不合理だからである。両事案で問題となっている保全利益は、あくまでも通行人の利益であって、運転者や同乗者の利益ではないことからすれば、いずれも保全利益と関わりのない事情を根拠に、緊急避難の成立を制限されるいわれはないと考えられる⁴³⁰。

したがって、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⁴³¹。東京高判平成24年12月18日判時2212号123頁⁴³²は、拳銃を突きつけられた被告人が、覚せい剤の自己使用を強要された事案であるが、被告人は覚せい剤取引の実態を把握するために、暴力団事務所に単身乗り込んだという自招性が認められうるものであった。この事案に関して、『やむを得ずにした行為』とは、危険を避けるためには当該避難行為をするよりほかに方法がなく、そのような行為に出たことが条理上肯定し得る場合をいうと解される(最高裁判所大法廷昭和24年5月18日判決・裁判集刑事第10号231頁参照)ところ、本件においては、覚せい剤の影響下にあった捜査対象者が、けん銃を被告人の頭部に突き付けて、目の前で覚せい剤を使用することを要求したというのであるから、被告人の生命及び身体に対する危険の切迫度は大きく、深夜、相手の所属する暴力団事務所の室内に2人しかいないという状況にあったことも考慮すると、被告人が生命や身体に危害を加えられることなくその場を離れるためには、覚せい剤を使用する以外に他に取れる現実的な方法はなかったと考えざるを得ない。また、本件において危険にさらされていた法益の重大性、危険の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、本件において被告人が覚せい剤を使用した行為が、条理上肯定できないものとはいえない」と判示し、危険を自招した点を捉えて緊急避難の成立を制限しなかった。この点に関して、被告人が捜査対象者に接触した目的が警察の捜査に協力するためというものであったこと、強要の危険を予測することができなかったことを、緊急避難の制限を否定する根拠としている⁴³³が、少なくとも警察の捜査に協力することがただちに正当な理由に該当するかについては疑問が生じる⁴³⁴。

5、自招防衛と自招危険の関係

もともと、自招防衛において正当防衛の成立を制限する根拠と、自招危険において緊急避難の成立が制限される根拠がどのような関係に立つのかは問題となりうる。すなわち、ともに同じ根拠で正当化事由の成立を制限しているのか、それともそれぞれ異なった根拠

⁴³⁰ 小林憲太郎「刑法判例と実務—第11回緊急避難」判例時報2305号(2016年)9頁。

⁴³¹ 小林・前掲注430)9頁は、判例の両事案のような場合を広義の自招危険、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を狭義の自招危険とし、危険を自招したことで緊急避難の成立が制限される場合は後者の狭義の自招危険の場合だけであると解しており、正当であると考えられる。

⁴³² この判決に関しては、拙稿・前掲注106)123頁以下参照。

⁴³³ 拙稿・前掲注106)131頁、小林・前掲注430)9頁。

⁴³⁴ 拙稿・前掲注106)131頁、小林・前掲注430)9頁も「(もう少し詳細な検討が必要であるが)」との留保をつけている。

づけで制限しているのかが問題となる。

この点に関して、「正当防衛においては、たとえ自招行為があつたとしても、相手方にも侵害を差し控える義務があるため、通常は侵害行為にでないという規範的期待がなされる」のに対して「緊急避難においては、かかる規範的期待は通常は問題とならない」との違いがあることを前提に、自招行為者が侵害の回避義務に違反したと評価されるためには、侵害を差し控えるという期待を否定するための要素が必要であるとし、「侵害の確実な『予期』がある場合には、法益衝突を回避する義務に反したと判断しやすくなる」とする一方で、自招危難においては、「過失で危難を招致した場合であっても、自招行為者の法益衝突回避義務違反を認めるべき」とする見解⁴³⁵がある。しかしながら、先に見た東京高判の事例のように、危難が人の行為に由来するいわゆる強要緊急避難の場合には、正当防衛の場合と同じように、当該強要者には強要しないことが期待されている点で状況は同じである。さらに、侵害を差し控える義務の違反は、正当防衛において補充性と害の均衡が要求されていないことで反映されており、自招侵害の場合に再度考慮する必要はないように思われる。もちろん、攻撃は侵害者が生じさせていることから、防衛状況を自招したといえるかについて慎重な検討が必要になる場合はあるが、そのことと正当防衛の場合は確実な予期が必要であるのに対して、緊急避難においては過失でよい、という区別は関係しないように思われる。

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⁴³⁶を自招防衛・自招危難の共通の制限根拠とする見解も主張されている。

しかしながら、すでに指摘されているように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。自招侵害や自招危難の問題は、「正当化された法益侵害もまた社会的損失であることに着目し、無用に正当化状況を作り出した者を守るための正当化を制限することでかかる作出をやめさせ、ひいてはかかる社会的損失を回避させようとする」のに対して、原因において違法な行為の理論は、「そもそも正当化状況を作り出す行為には当該正当化の恩恵を受けさせるべきでない」との考慮に基づいている⁴³⁷。したがって、避難行為者が第三者の危難を招致した先の判例の事案においては、前述したように、惹き起こされた危難状況における緊急避難の成立は制限されるべきではないが、避難行為者が当該危難を惹き起こした点をとらえて、原因において違法な行為の理論により、犯罪の成立を肯定することが可能である。判例の事案をよく見ると、過失で危難を招致しているが、緊急避難行為も過失行為である点で、自招危難による制限でも、原因において違法な行為による解決でも結論が異ならない。しかしながら、事前の招致行為の過失が問われる場合と、避難行為の過失が問われる

⁴³⁵ 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（有斐閣、2010年）488頁（深町晋也）。

⁴³⁶ 山口・前掲注425）208頁、同「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集 第二巻』（有斐閣、1983年）751頁以下。なお、山口の正当防衛の制限についての現在の見解については、同・前掲注398）19頁以下、同・前掲注1）124頁以下

⁴³⁷ 小林・前掲注409）4頁。

場合とでは、過失の内容が異なるため、判例の事案の解決はやはり問題であるように思われる。

第3部 緊急行為の過剰について

第1章 過剰避難の減免根拠と要件について

I、はじめに

緊急避難の成立のためには、いわゆる「危難の現在性」、「害の均衡」、「補充性」が必要である。これらはそれぞれ37条の規定における「現在の危難」、「…越えなかったとき」、「やむを得ず」⁴³⁸に対応した要件である。そして37条は但書で「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」と定めており、緊急避難の程度を越えた行為、すなわち過剰避難行為について、刑の任意的減免を規定している。

過剰避難の成立要件に関しては、「害の均衡」の程度を逸脱した場合に成立することに争いはないが、学説においては、「補充性」を逸脱した場合にも過剰避難の成立を肯定する見解が数多くあり⁴³⁹、争いが存在している。また、裁判例においても解釈によっては、補充性の逸脱の場合においても過剰避難の成立を肯定しているように読めるものがいくつか見られる。また、緊急避難においては、要件としない見解が多い「避難の意思」が、過剰避難においては必要とされるかも問題となりうる。

過剰避難については、体系書において、あまり詳細な記述は見られず、論者の理論的関心はあまり高くないように感じられる。そして、そのほとんどが過剰防衛と共通の減免根拠を採用しており、過剰避難は過剰防衛の議論をそのまま参照する形になっているのが現状であるように思われる。しかし、正当防衛と緊急避難の相違を決定づける退避義務の観点からしても、過剰防衛と過剰避難には重要な違いがあるのではないだろうか。また、過剰避難の成立にいかなる要件が必要か、そしてそもそもいかなる根拠から刑が減免されるのか、について考えることは、誤想避難あるいは誤想過剰避難をどう処理するかについての指針を示すことにつながる。そういった意味でも、過剰避難について論じることは意味があることのように思われる。

ここでは、主に過剰避難の減免根拠や要件について考えていく。その中で、過剰防衛、ドイツ刑法35条に規定されている免責的緊急避難、同じくドイツ刑法33条に規定されている過剰防衛、についての議論を参照する。これらの議論を参照することにより、過剰避難についてより深い考察ができると考えられるからである。

II、過剰避難に関する判例⁴⁴⁰

過剰避難の減免根拠論や要件論に入る前に、我が国の判例において、どのような場合に

⁴³⁸ 学説における「補充性」の要件と判例における「やむを得ずにした」の要件とは相違があるとするものに渋谷卓司「判批」研修620号(2000年)20頁がある。この点に関しては後述する。

⁴³⁹ 平野・前掲注1)245頁、山口・前掲注1)161-162頁、内藤・前掲注1)440頁、松宮・前掲注41)162頁、西田・前掲注1)152頁、林・前掲注23)217頁(林は、より多くの法益を残そうとする思想に基づくものとして、補充性は均衡性要件と共通性を持つとする)、等多数。

⁴⁴⁰ 過剰避難に関する判例については、中山研一「過剰避難における『過剰』」判例時報1531号(1995年)158頁以下、橋田久「避難行為の補充性の不存在と過剰避難」産大法学34巻3号(2000年)197頁以下が詳しい。

過剰避難の成立を肯定し、また否定しているのかについて見ていく。

1、過剰避難の成立を肯定したもの

まず、①最判昭和 28 年 12 月 25 日刑集 7 卷 13 号 2671 頁は、列車乗務員（旧国鉄職員）が狩勝トンネルを通る際に、トンネル内における熱気の上昇や有毒ガスの発生などによる生命身体の危険を避けるために、争議行為として当初 3 割の減車を行っていたが、昭和 23 年の政令 201 号の実施によって争議行為が同令違反として禁止されることになってからは、要求を通すため、全面的な職場放棄を行った⁴⁴¹事案である。

原審（札幌高判昭和 25 年 1 月 14 日）は、「昭和二三年政令第二〇一号の公布実施により従来通り三割減車の争議行為を続行すれば同政令違反として検挙処罰せられることは必然の運命にあり、これを免れんとして定数牽引せんか生命身体に現在の危険を受くべくこの危険を避けんとしてこの職を辞すとせば忽ちにして生活の方途を失うことになりここにおいてとるべき残された唯一の手段は職場を放棄する以外にはない」と判示し緊急避難の成立を認めたのに対し、最高裁は「被告人等が判示狩勝隧道通過の際、判示の如き現在の危険を避けるためには、昭和二三年政令第二〇一号施行後においても従来通り必要なる減車行為を続行すれば足るものであつて更に進んで全面的に職場を放棄するが如きことは少くとも判示危険を避くる為め已むことを得ざるに出でたる行為としての程度を超えたるものである」として原審を破棄した⁴⁴²。

また、②東京高判昭和 57 年 11 月 29 日刑月 14 卷 11=12 号 804 頁は、自宅に実弟が鎌を手にして自宅に押し掛けてきたのを知った被告人が、自己の生命・身体の危険を感じ、駐車していた普通貨物自動車内に一時身を潜めた後に、酒気を帯びた状態で同車を運転して逃げ出し、約 6.15 キロメートル離れた警察署に赴いて助けを求めた事案で、東京高裁は市街地に入る前の運転行為につき「やむを得ずにした行為」であって、その行為から生じた害の程度も避けようとした害の程度を超えないとしたが、その後の運転行為については、「適当な場所で運転をやめ、電話連絡等の方法で警察の助けを求めることも不可能ではなかった」とし、続けて、「この点で、被告人の一連の避難行為が一部過剰なものを含むことは否定できない」としながらも、「前記一連の行為状況に鑑みれば、本件行為をかく然たる一線をもって前後に分断し、各行為の刑責の有無を決するのは相当とは考えられないのであって、全体としてその刑責の有無を決する決すべきである。このような見地から被告人の行為を全体として見ると、自己の生命、身体に対する現在の危険を避けるためやむを得ずに行ったものではあるが、その程度を超えたものと認めるのが相当である」として過剰避難の成立を認めた⁴⁴³。

441 なお、そのまま三割減車行為を継続した場合には、その職を辞さなければならなくなり生活の途を失ってしまうということから、職の全面放棄という方法に出たようである。

442 差戻し後の控訴審判決（札幌高判昭和 29 年 10 月 19 日）では、三割減車行為は緊急避難が成立、職場放棄については過剰避難が成立するとした。

443 原審（沼田簡裁昭和 57 年 3 月 16 日）は緊急避難及び過剰避難の成立を否定した。判時 1071 号 151 頁参照。

同じく、自動車運転の事例であるが、③堺簡判昭和 61 年 8 月 27 日判タ 618 号 181 頁は、自動車を運転中であった被告人が同乗車中の幼女が発熱したため病院に運ぼうと、指定速度 50 km の道路において 88 km で走行した事案で、許されるスピードでも危難を回避できたとしながらも、「やむことを得ざるに出たる行為としての程度を超えたものである」として過剰避難の成立を認めている。

オウム真理教集団リンチ事件として有名な、④東京地判平成 8 年 6 月 26 日判時 1578 号 39 頁は、教団の教祖から、被害者を殺さなければ被告人を殺すと脅され、殺害を強要された事案で、被告人が被害者を殺害した行為は、被告人の身体に対する現在の危難を避けるために、已むことを得ざるに出でたる行為と認められるとしながら、自己の身体に対する危難から逃れるために、被害者を殺害したのであって、法益の均衡を失していることも明らかであるから、結局、被告人の行為には、過剰避難が成立するとした。

⑤松江地判平成 10 年 7 月 22 日判時 1766 号 152 頁は、中国で行われていた一子政策の下で、計画外妊娠をした被告人が、自身の生命（胎児の生命）・自由・財産に対する現在の危難を避けるため、日本に密入国した事案において、「被告人については、本件危難を避けるため、被告人が居住する地（福建省福州市連江県）を離れて出産までの間身を隠しておく必要があったことは肯認できるけれども、その方途としては、被告人あるいは A の親戚又は福建省以外の中国の他の地に身を隠して本件危難から逃れる方途がなかったわけではなく、また、本件密入国に伴う流産の危険を考慮すると、本件密入国がその方途として相当であったとも言い難い面があるのであるから、結局のところ、本件密入国は本件危難を避けるための行為ではあるが、そのために許容される、やむを得ない行為としての程度を超えたものであるといわざるを得ない」として過剰避難の成立を肯定した⁴⁴⁴。

⑥神戸地判平成 13 年 11 月 15 日裁判所ウェブサイトは、被告人は、大型トラックに数度に渡り、いわゆるあおり行為を受けたため、最高速度 50 km 毎時と指定されている道路において、112 km 毎時の速度で普通自動車を運転して進行した事案で、「被告人の本件速度違反に至るまでの一連の行為は、追越車線に車線変更し、前方のトラックを追い抜いたときまでは緊急避難に該当するというべきである」としながら、「その後再び大型トラックが被告人車両の後方に接近してきたのに対し、同トラックとの間に相当の車間距離をとるため更に加速し本件速度違反をしたことについては、緊急避難としてなしうる行為を逸脱したものと いわざるを得ないから、過剰避難に該当する」と判示した。

また、⑦東京地判平成 21 年 1 月 13 日判タ 1307 号 309 頁は、被告人が、普通貨物自動

⁴⁴⁴ これに対して、控訴審である広島高判松江支部平成 13 年 10 月 17 日高刑速(平成 13 年)203 頁は、「被告人の密入国の目的は、日本で働いて金を稼ぐためであったと認めるのが相当である。その際、被告人に日本で安全に子供を産みたいと思う気持ちが全くなかったとはいえないが、それはあくまで付随的なものにすぎず、そのために密入国したとみることはできない」としたうえで、「被告人が妊娠中の胎児の生命及び自分の身体に対する危難を避けるため密入国したとは認めることができないから、その余について判断するまでもなく、緊急避難はもとより、過剰避難を認めることはできない」として過剰避難の成立も否定している。

車を運転中、左側に停車していた車両が突然、進行中の通行帯に進出してきたため、これを避けようとして、右側通行帯に進出したところ、右側の通行帯を後方から進行してきた被害者運転の自動二輪車の進路前方を塞ぐ程度まで被告人車両を右側通行帯に進出させたことにより、被害車両を転倒させて負傷させたと言われた事案において、停車車両との衝突を回避して身体に対する危難を避けるためには、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とし、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、被害者に傷害を負わせたものとしたうえで、「被告人の本件行為は、現在の危難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」と判示した。

2. 過剰避難の成立を否定したもの

これに対して、過剰避難の成立を否定している裁判例として以下のものが挙げられる。まず、⑧最判昭和 35 年 2 月 4 日刑集 14 卷 1 号 61 頁は、木造吊橋が腐朽し馬車の通行が危険となったので村当局に対し、再三架け替えを要求していたが聞き入れられなかったため、人工によって橋を落下させ、表面を雪害によるものと装って補助金の支給を受ければ架け替えができるとの思いから、他数名と共謀の上ダイナマイトで橋を破壊した事案である。

原審が、通行人生命・身体等に直接圧迫した危険を及ぼしていたとして現在の危難を認めたのに対して、最高裁は原審が認定するようには危険は切迫したものではなかったとして「現在の危難」を否定しながらも、なお職権判断において、「仮に本件吊橋が原審認定のように切迫した危険な状態にあつたとしても、その危険を防止するためには、通行制限の強化その他適当な手段、方法を講ずる余地のないことはなく、本件におけるようにダイナマイトを使用してこれを爆破しなければ右危険を防止しえないものであったとは到底認められない。しからば被告人等の本件所為については、緊急避難を認める余地なく、従ってまた過剰避難も成立しえないものといわなければならない」と判示している。現在の危難が否定される場合には、過剰避難の成立が否定されることは、意見の一致が見られるために、この裁判例に関しては、裁判所の実事認定を前提にすれば、疑問の余地はないものと解される⁴⁴⁵。

⑨仙台高判昭和 26 年 6 月 20 判特 22 号 61 頁は、会社使用人のために精米の闇買行為を行った事案で、原審は過剰避難の成立を肯定したが、仙台高判は当時の事情の下で平均人にとって闇米を購入する他に適法な行為に出ることを期待することが不可能であったとはいえないとして成立を否定している。

そして、⑩東京高判昭和 46 年 5 月 24 東高刑時報 22 卷 5 号 182 頁は、胃けいれんを起こした住み込みの人夫を、約一キロ離れた病院に運ぶために、無免許で車を運転した事案

⁴⁴⁵ もっとも、本件の調査官解説である、脇田忠「判解」最判解昭和 35 年度 35 頁は、「過剰避難とみとめられるためには、当該行為が『その程度を超えた』という以外の点においては、緊急避難の要件を充たしていなければならない」と述べている。

で、原審は、病状が重篤でなかったとして緊急避難の成立を否定し、東京高判も、救急車を呼ぶなどほかの適切な処置ができたとして、避難のための唯一の手段とは言い難いので緊急避難を認めることができずしたがって過剰避難も認めることができないと判示している。

⑪大阪地判昭和 52 年 11 月 30 判時 879 号 158 頁は、末期の癌による激痛に悩み二回に渡る自殺を図った妻に懇願されたため、身体的苦痛を除去するために殺害した事案で、身体的苦痛を除去するために殺害する行為は、保護されるべき法益が死亡によって消滅するので緊急避難に当たらないとしながら、仮に緊急避難が問題となるとしても、医師に連絡して激痛を緩和する処置をとってもらうことも十分期待できたので、殺害が唯一の方法ではないとの理由から緊急避難にあらず、したがって過剰避難にも当たらないと判示している。

また、⑫神戸地判平成 17 年 10 月 24 日裁判所ウェブサイトは、被告人は、走行中に他の自動車との間で交錯の危険が生じ、相手方車両に乗車していた 2 人組の男から危害を加えられそうになったので、最高速度を毎時 46 キロメートル超える毎時 106 キロメートルの速度で普通乗用自動車を運転したという事案で、「被告人の供述を前提としても、本件速度違反以外に他に取るべき方法があったのであり、本件速度違反をもって、やむを得ずにした行為とはいえない」とした上で、「本件速度違反について、緊急避難はもちろん過剰避難は成立しないし、適法行為の期待可能性がなかったともいえない」と判示した。

以上の裁判例においては、緊急避難が成立しない理由は述べているものの、それに加えて過剰避難が成立しない理由に関しては何も示していない。

これに対して、⑬大阪高判平成 10 年 6 月 24 日高刑集 51 卷 2 号 116 頁は、過剰避難の成立を否定するに際して興味深い判示をしている。これは、暴力団事務所に連れていかれた後に、数日間組事務所や付近のマンションに監禁され、その間暴力団の組長である A から断続的に暴行を受けていた被告人は、これから逃れるため事務所に火をつけその騒ぎに乗じて逃げようと企て、事務所の一室に放火し、同室を焼損した事案である。原審は、本件の放火行為は、監禁されていたという点の「現在の危難」、そこから脱するためという点に「避難の意思」を認め、「補充性の原則」については逸脱しているが、「補充性の原則に反する場合においても、当該行為が危難を避けるための一つの方法であるとみとめられる場合は、過剰避難の成立を肯定し得る」として過剰避難の成立を認めた。

これに対して、大阪高裁は、「原審記録によると、被告人は平成八年七月に左足首を骨折したが、その後の治療により本件当時は歩行に支障がないほどに回復しており、現に、本件放火の前後に被告人が機敏に行動している事実からすると、A から左足首に暴行を受けていたとはいえ、当時逃走が困難となるほど歩行能力が低下していたとは認めがたいところ、組員らによる監視の程度は前示のとおり厳しいものではなく、その隙を突いて被告人がほぼ終日座っていたソファ近隣の組事務所表出入口の門錠を外して逃走し、あるいは、原判決が説示するとおり裏口からの逃走によることも不可能ではなかったと認められるのであり、本件において、逃走の手段として放火する以外に他に取るべき方法がなかったと

はいえない」として補充性を否定した上で、「さらに、被告人は、翌日には入管局に出頭することが予定されており、Aの支配下から解放される見込みがあったうえ、その監視の態様も緩やかで、行動の自由の侵害の程度は甚だしいものではなく、身体の安全についても、Aから暴行を受ける可能性は否定できないとしても、せいぜい左足首を蹴られるといった程度の比較的軽い暴行が想定されていたのであって、右のような程度の害を避けるために本件のごとき灯油の火力を利用した危険な態様の放火行為により不特定多数の生命、身体、財産の安全、すなわち公共の安全を現実に犠牲にすることは、法益の均衡を著しく失するものといわざるを得ず、条理上も是認し得るものではない。したがって、本件放火は補充性及び条理のいずれの観点からしても『やむを得ずにした行為』であったとは認められない」とした。

本判決は、さらに、一般論として、「緊急避難では、避難行為によって生じた害と避けようとした害とはいわば正対正の関係にあり、原判決のいう補充性の原則は厳格に解すべきであるところ、過剰避難の規定における『その程度を超えた行為』（刑法三七条一項ただし書）とは、『やむを得ずにした行為』としての要件を備えながらも、その行為により生じた害が避けようとした害を超えた場合をいうものと解するのが緊急避難の趣旨及び文理に照らして自然な解釈であって、当該避難行為が『やむを得ずにした行為』に該当することが過剰避難の規定の適用の前提であると解すべきである（最高裁昭和35年2月4日第一小法廷判決・刑集14巻1号61頁参照）」と判示している。

もっとも、これに加えて、傍論ではあるが、「もっとも、『やむを得ずにした行為』としての実質を有しながら、行為の際に適正さを欠いたために、害を避けるのに必要な限度を超える害を生ぜしめた場合にも過剰避難の成立を認める余地はあると考えられる」とも判示している。

3、判例の分析

過剰避難の成立を肯定している①、②は、ともに当初緊急避難の成立が認められると考えられる行為の後に、過剰な避難行為がなされた事案である⁴⁴⁶。すなわち、①は3割減車に関しては、やむを得ない行為であったとしながらも、その後の全面的職場放棄に関しては、やむを得ない程度を越えた行為としている。また、②も市街地に入る前の運転行為については、「やむを得ずにした行為」であって、その行為から生じた害の程度も避けようとした害の程度を超えないとしているが、その後の運転行為については、助けを求めることができたとして、全体の運転行為に関して、避難に必要な程度を越えた行為としている。⑥も一定の地点までの運転行為につき、緊急避難の成立を肯定しているが、その後の行為と合わせて考えると、過剰な行為になると判示している。

それに対して③は、許されるスピードで運転すれば危険は回避できたとしていることからすると、そもそも必要ないスピード違反を行っている事案について過剰避難の成立を肯定しているものとも考えることもできる。

しかしながら、③は、⑩のようにそもそも当該運転行為がなかった事案と異なり、運転行為自体の必要性は否定されておらず、また裁判所も当時検挙される基準と考えられ

⁴⁴⁶ 中山・前掲注440) 159頁。

ていた15キロオーバーした速度超過について、必要なかった旨判示しているのであるから447、15キロをオーバーしない時点までの運転行為に関しては、緊急避難の要件を満たしているが、それを越えた時点からは要件を満たさない過剰な行為であると判断していることになる。そして、当該運転行為を分断して、15キロをオーバーしない時点までの運転行為と、それ以降の運転行為を分けることが、時間的場所的接着性や、意思の連続性等の観点から妥当でないとすると、当該一連の運転行為が全体として見ると過剰な行為となる、という①、②、⑥と共通した点を見いだすことができる。

同様に⑦も被害車両の進行を妨げない範囲で第3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、被害車両の進行を妨げるところまで大きく進出していると判示していることから考えると、第三車両通行帯への回避に必要な限度までの進出までは、緊急避難の要件を満たし、それを越えた時点からは要件を満たさず過剰な行為となるが、③と同様に当該行為は、時間的場所的接着性や、意思の連続性等の観点からは、当該一連の運転行為を全体としてみると過剰な行為と解されると判断している。

これに対して、⑤はこれらの裁判例とは一線を画している。危険の回避のためには、密入国する必要がなかったとしている点で、当該行為自体が必要なかったとしながらも、程度を越えた行為として過剰避難の成立を肯定していることからして、過剰避難を肯定した裁判例として異例なものだと思われる。もっとも、控訴審において当該判決は破棄されている448ので、先例としての価値は少ないと考えられる。

そして、過剰避難の成立を否定しているものについて、前述したように、過剰避難の成立を否定する根拠を示しているものは、ほとんど見受けられない。ただし、⑧のように「現在の危険」が認められない場合には、緊急避難の成立だけでなく、過剰避難の成立も否定されることについては、判例上（学説上も）確立しているといつてよいであろう449。もっとも、当初は「現在の危険」が肯定される状況にあったが、避難行為によって危険が去った後も避難行為を継続したという場合には、過剰避難の成立を肯定する余地がある450。

なお、いわゆる量的過剰の場合には、分析的に判断すると、「急迫不正の侵害」あるいは「現在の危険」が去った後の行為は、緊急状況における正当な利益の保持という違法減少が肯定できないため、違法減少説からは、過剰防衛（ひいては過剰避難）が肯定できないが、責任減少説からは、侵害終了後も心理的動揺が続いていることから、責任減少が続いているため、過剰防衛の成立を肯定できる、と主張されることがある451。

しかしながら、当該一連の行為が一体的に把握できるかどうかはまず問題となり、それ

447 堺簡判は、「緊急避難には自ら手段の面で制約があるところ、判示の如き現在の危険を避けるためには、病院まで左程遠くない（本件場所からは、自動車で七、八分ぐらいである。）のであるから、許されるスピード（当時の速度違反の検挙は、毎時一五キロメートル以上超過しているものであった。）で運転すれば足るものであつて」と判示している。

448 前掲注444) 参照。

449 ただし、後述する「現在の危険」が現実には存在しない類型の誤想（過剰）避難に該当する場合は別様に解する余地もありうる。

450 いわゆる量的過剰防衛の場合と類似した状況であるので、量的過剰避難と呼べる事例群と云う。判例②は、市街地に入った時点で危険は去ったと考えることができれば、量的過剰避難の事例と考えることもできる。

451 西田・前掲注1) 178頁、佐伯・前掲注14) 164頁など。

が肯定された後に、その一連の行為に過剰防衛あるいは過剰避難の規定が適用できるかが問題となるのであるから、論理が逆であるように思われる⁴⁵²。

問題となるのは、37条1項の「やむを得ずにした」行為に該当しない場合でも、過剰避難の成立を肯定できるかである。この点に関して、⑧は、過剰避難の成立について、危険を防止するためには、当該行為以外に適当な方法・手段を講じる余地のないこと、を要件としており、この点を⑬は、「やむを得ずにした行為」としての要件を備えること、と解釈している。

判例上「やむを得ずにした行為」とは、「当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」と解されている⁴⁵³。⑨、⑩、⑪、⑫は、いずれも当該行為の他に適当な手段・方法があったことを認定し、緊急避難および過剰避難の成立を否定していることからすると、⑧の判示に沿うものであるといえよう。

また、⑬は、「『やむを得ずにした行為』としての実質を有しながら、行為の際に適正さを欠いたために、害を避けるのに必要な限度を超える害を生ぜしめた場合」も過剰避難の成立が肯定されると判示しているが、これは、危険を避ける方法として適当なものであった行為が、途中から限度を超えた場合に過剰避難の成立を肯定している①、②、③、⑥、⑦の流れを汲むものであると考えられる。

そして、⑬は、以上の点に加えて「法益の均衡を著しく失するものといわざるを得ず、条理上も是認し得るものではない」ことも過剰避難の成立を否定する根拠として挙げている。したがって、⑬は、侵害法益と保全法益の著しい不均衡がある場合は、当該行為の他に適切な手段・方法がなかったとしても、過剰避難の成立が否定されることを示唆している。これは、「やむを得ずにした行為」であるのに必要な「条理上肯定し得る」に関する判断を述べている点で注目すべきである⁴⁵⁴。

裁判例のように「現在の危険」が肯定される状況で、当初は適切な手段であったがやりすぎた場合と、先にみた「現在の危険」が去った後の行為である量的過剰の場合とは、一見すると異なっているように見える。学説においても、量的過剰とは現在の危険が去った後の行為を問題としているのであって、侵害継続中に行った行為が全体として過剰に至った場合は質的過剰の場合であるとの指摘がなされている⁴⁵⁵。しかしながら、両者において一連に捉えられた行為に、過剰避難の成立を肯定できるかどうかは問題となる点では、共

⁴⁵² 小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）60頁、橋爪隆「過剰防衛の成否について」法学教室406号（2014年）111頁以下。

⁴⁵³ 最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号772頁（ただし、当該部分は未登載のため、LEX/DB25340262を参照した）。したがって、学説上議論されている「補充性」を超えた内容を含んでいる。

⁴⁵⁴ さらに、近時東京高判平成24年12月18日（判時2212号123頁）は、脅迫されて覚せい剤を自己に使用した事案において、「本件において危険にさらされていた法益の重大性、危険の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、本件において被告人が覚せい剤を使用した行為が、条理上肯定できないものとはいえない」と判示しており、同じく条理上肯定できる場合についての判断を示している。

⁴⁵⁵ 成瀬幸典「過剰防衛の成否」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選I総論【第7版】』（有斐閣、2014年）56-57頁。もっとも、量的過剰であったとしても、一連の行為と捉えられる限りで、過剰防衛の成立を肯定しているのであるから、本稿のように考えることと、結論的な相違はないように思われる。

通しており、それが肯定できないのであれば、「現在の危難」が肯定できないのであるから、（誤想過剰避難の成否は別にして）そもそも過剰避難の成立は認めることができない。

したがって、問題となるのは、一見すると行為を分断できる場合であっても、状況に鑑みれば行為を一体的に把握できるかどうかである。これが認められないのであれば、後行行為については、現在の危難を肯定することが困難であるために、過剰避難の成立が肯定できないおそれが生じる。この点に関して、判例②は、「前記一連の行為状況に鑑みれば、本件行為をかく然たる一線をもって前後に分断し、各行為の刑責の有無を決するのは相当とは考えられないのであって、全体としてその刑責の有無を決する決すべきである」と判示している。また、⑥も「被告人の本件速度違反に至るまでの一連の行為は」と判示しており、⑦に関しても、判決文中に明示はしていないが、行為を一体として見るのが当然の前提とされている。

以上見てきたように、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というまでもないが、その他にも⑤を除いて、当該避難行為が、当初は危難を避けるための適切な手段であったことが要件とされているように思われる。したがって、少なくとも『やむを得ずにした行為』としての実質を有しながら、行為の際に適正さを欠いたために、害を避けるのに必要な限度を超える害を生ぜしめた」ことが必要になると考えられる。

裁判例が以上のように考えることができるとして、過剰避難が成立するには、当該行為が、どのような要件を備えている必要があるのかが問題となる。裁判例が述べるように、少なくとも避難行為当初は危難を避けるために適当な手段であることが必要なのであろうか。

この点を考える上で、過剰避難はなぜ刑が減輕されうるのかを検討する必要があるだろう。過剰避難とは、そもそもどのような行為を想定して規定されているかを考えることによって、当該行為が備える必要がある要件が導かれると解されるからである。

III、過剰避難の減免根拠⁴⁵⁶

周知のように、過剰避難行為の刑の減免根拠については、過剰防衛の刑の減免根拠と同様に違法減少説と責任減少説、そしてその両者の組み合わせである違法・責任減少説が主張されている。

1、違法減少説

違法減少説は、行き過ぎた避難行為といえども、単に法益を侵害した場合よりも保全した法益がある分だけ違法性が減少することを刑の減免根拠とする見解である。すなわち、単に10の利益を侵害するよりも、10の利益の侵害によって1の利益の保全がなされた場合の方が、1の保全利益の分だけ違法性が減少することを理由とする。

違法減少説においては、すくなくとも何らかの利益が保全されたことが必要になる⁴⁵⁷。

⁴⁵⁶ 過剰避難に関する文献が少なく、また論者の多くは過剰避難と過剰防衛の性質を同様に考えていることから、文脈からして特に異なった考慮をする必要がないと思われる場合には過剰防衛に関する文献を特に断りなく用いる。

⁴⁵⁷ 町野朔「誤想防衛・誤想過剰防衛」警察研究 50 巻 9 号(1979年)52 頁。

したがって、何らの利益も保全されなかった場合には、原則として過剰避難の成立は否定される。この点は、とりわけ誤想過剰避難において問題となる⁴⁵⁸。

違法減少説に対しては、37条1項但し書が「情状により」と規定していること、また任意的減免であることなどが批判として挙げられうる。正当な利益の保全が違法減少の根拠であるとするならば、過剰避難行為は常にその側面を有しているため、必要的な刑の減免が本来規定されるべきだとする⁴⁵⁹。

もっとも、これに対しては、仮にあらゆる場面で違法減少が認められるとしても、その程度がごく小さく刑の減輕を行う必要がない場合もあるので、任意的減免であることは必ずしも違法減少説に対する批判としては重要なものではない。

また、違法減少説は、主に量的過剰の場合を想定してのことだが、カバーする範囲が狭すぎるという批判がなされうる⁴⁶⁰。たしかに、違法減少が認められない場合にしか、過剰避難を認めないとするならば、そのカバーする範囲は限られたものとなる。

違法減少説に対しては、さらに、違法性が減少している、すなわち、結果無価値に対して結果価値が実現されていることの意味についての批判がある。Roxinは、過剰防衛に関する記述であるが、防衛行為には、攻撃者に傷害を負わせることで十分であったのにもかかわらず、射殺してしまった場合には、殺人は客観的に見て過剰な行為であり、不要であった以上、違法が減少しているとは言えないのではないか、という疑問を投げかけている⁴⁶¹。

しかしながら、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のではないだろうか⁴⁶²。

2、責任減少説

これに対して、責任減少説は、当該状況に置かれた行為者は、心理的に圧迫されており、冷静な判断により他により適切な手段を選び取ることが困難であることを刑の減免根拠とする見解である⁴⁶³。この見解からは、行為者が過剰な結果を意図して行為した場合には、責任の減少を認める理由がないため、過剰避難が認められないことになる。したがって、緊急避難において避難の意思を不要と解したとしても、過剰避難においては必要と解することになる⁴⁶⁴。

責任減少説に対しては、形式的な点でいえば、37条1項但し書が、37条1項の緊急避難の過剰として規定されていることの説明が困難であるとの批判が投げかけられる。すなわ

⁴⁵⁸ もっとも違法減少説からでも38条2項を経由して刑の減免を肯定することは可能である。

⁴⁵⁹ 曾根威彦「誤想過剰防衛と刑の減免」法曹時報（1997年）49巻1号8頁。

⁴⁶⁰ 佐伯・前掲注14）164頁。もっとも、違法減少説からでも量的過剰の場合に過剰防衛ないし過剰避難を肯定することについては、II3ですでに述べた。

⁴⁶¹ Roxin, a. a. O. (Fn. 112), §22 Rn. 72. さらに、Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1991, 22/72. この点に関して、林美月子「過剰防衛と違法減少」神奈川法学 32巻1号（1998年）9頁参照。

⁴⁶² したがって、いずれの利益も侵害せずに危難を回避できた場合には、マイナスがない状態が観念できるので、違法減少は認められない。この点に関しては後述する。

⁴⁶³ 西田・前掲注1）143頁

⁴⁶⁴ 平野・前掲注1）244頁以下。

ち、緊急避難の不可罰根拠に関して、少なくとも部分的に正当化の要素を肯定するならば⁴⁶⁵、過剰避難においてそれをまったく考慮しないことが条文形式上妥当かというものである。もっとも、このような批判は多くが形式的理由から成り立っているので、実質的理由から異なっていてよいのだとすれば問題とはならない。

実質的な点からの批判としては、緊急避難における責任阻却説に対する批判と共通している⁴⁶⁶が、第三者のための過剰避難行為については、責任の減少が認められないという点が挙げられる。この点に関しては、緊急避難における責任阻却説を批判しながら、過剰避難において、責任減少説を採用する見解は、とりわけ考慮すべき点である⁴⁶⁷。

そして、責任減少説においては、行為者の主観が問題となるので、究極的には、客観的に緊急状況である必要はない。すなわち、37条1項の「現在の危難」が存在することが過剰避難においても最低限必要であると解されているところ、責任減少説からすれば、そのような限定は本来必要ないはずである。

もちろん、過剰避難が成立するためには、37条1項および但し書に規定されている要件を満たすことが前提になるので、心理的圧迫から冷静な判断ができない状況であればいかなる場合でも、刑が減免されうるわけではない⁴⁶⁸。

しかしながら、責任減少説において、客観的要件が本来は必要のないものだとすると、減免根拠が、過剰避難の成立を制約する契機を持ちえないという点は、さらに問題となる。たとえば、判例においては、保全法益と侵害法益の間に著しい不均衡がある場合には、過剰避難の成立が認められていないが、この場合でも、心理的切迫等の心理状態は同じにもかかわらず、過剰避難の成立を否定する根拠がないため、責任減少説からはこの帰結を導くことは困難である。もっとも、著しい不均衡がある場合にも、過剰避難を成立させて刑の減輕を行わない方策も考えるが、減輕を行わない理由がさらに問題となる。

また、心理的切迫性を根拠にした責任減少説は、また、想定している事例が生命に対する危難など極限的な場合であると思われる点も問題である。たしかに、そのような場合であれば、典型的に行行為者の心理的切迫性は肯定されるが、過剰避難に該当する事例は常に極限的な状況であるわけではない⁴⁶⁹。したがって、責任減少説は適用範囲の点でも問題を

465 緊急避難において違法性阻却一元説を採用していない論者においても、少なくとも違法性阻却あるいは可罰的違法性阻却を考慮している見解であれば、部分的であるにしろ当該行為の正当性を顧慮している。

466 緊急避難の不可罰根拠としての責任阻却説と、それに対する批判については、第1章参照。

467 佐伯・前掲注14) 175頁脚注51は、過剰防衛に関するものであるが、「過剰防衛は、防衛行為に出ること自体は許容されていることを前提にして、その過剰性を問題とするものであるから、第三者の法益を守るための防衛行為にも過剰防衛が認められることは、責任減少説の弱点とはならない」と述べており、この点を考慮している。深町晋也「オーストリア刑法における免責的緊急避難」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』長井圓先生古稀記念（信山社、2017年）104頁以下によれば、オーストリア刑法の免責的緊急避難の規定は、ドイツ刑法35条のような人的範囲の限定をしていない。したがって、第三者のための緊急避難においても、免責されうるため、第三者のための緊急避難を認めることを、緊急避難における責任阻却説ないし過剰避難における責任減少説に対する批判とすることはあらゆる場合に妥当するとは限らない。もっとも、そこで想定されている免責がどのような観点からいかなる責任が阻却ないし減少するかについての考察が必要になると考えられる。

468 この場合においても、緊急状況は客観的に存在することが行為者の責任に影響を与えるという意味での客観的責任要素ではなく、その存在が認識されてはじめて行為者の責任に影響を与える純粋な責任要素である。客観的責任要素に関しては、小林・前掲注13) 108頁参照。

469 これに対して、違法減少説は、法益が保全された状況があればよいので、過剰避難に補充性を要求すれば、適用範囲と妥当すべき範囲に齟齬はきたさない。

孕んでいるように思われる。

3、違法責任減少説

違法減少説や責任減少説の両方の側面を過剰避難の刑の減免根拠とする見解として、違法・責任減少説がある。もっとも、この見解は、違法減少と責任減少どちらを中心に考えるかによって、考え方がわかる⁴⁷⁰。

すなわち、過剰避難が、緊急避難状況が存在することを前提とし、自己または他人の利益を維持したという側面がある、その意味での違法の減少が少なくとも過剰避難の外枠を画する前提となるが、その外枠の中で、過剰避難が「情状により」としていることの根拠は、緊急避難状況のもとで、行為者が心理的異常状態に陥っていたから非難可能性が少ない場合があることに求める見解⁴⁷¹（重疊的併用説）や、期待可能性の減少という責任の減少のみでも過剰避難による刑の減免を認める、すなわち違法減少、責任減少、のどちらか認められればよいとする見解（択一的併用説）などが主張されている。

この見解については、各々が責任減少と違法減少どちらに重きを置くかに応じて、それぞれに向けられている批判に答える必要があり、また択一的併用説においては、両者の批判に答える必要が生じる。

4、違法減少と責任減少の対立について

責任減少説においても、緊急避難の限度では、当該行為が正当であることを前提にしている見解も見受けられる⁴⁷²が、この見解が緊急避難の程度を超えた行為の部分のみを責任減少の対象としているとすれば、違法減少を前提にした違法責任減少説と実質的に等しくなると考えられる。というのは、違法減少説においては、正当な利益を保全したことが違法減少の根拠となるが、この違法減少の側面と、責任減少が前提としていた緊急避難の限度での正当性という側面は、内容として同じことを述べているにすぎないからである。

緊急避難は、法益同士が二律背反的状況にある中で、法益侵害行為によって社会からみて同等以上の利益が保全された場合に、保全法益と侵害法益との利益調整の観点から違法評価を差し控える制度であることを前提にすると、過剰避難における違法減少の程度が法益保全によって根拠づけられているのであるから、責任減少が前提とする緊急避難の限度とまったく重なり合うことになる。したがって、そのような責任減少説はまさしく違法減少説が前提となる⁴⁷³。

もっとも、緊急避難を違法阻却事由と解しながら、責任減少説における期待可能性の減少を、行為全体をとらえて考えることもできる⁴⁷⁴。これは、緊急状況において人間はつい他人を侵害してでも助かりたいと思って行為してしまう、そのこと自体は責められな

⁴⁷⁰ 松原・前掲注 81) 174 頁によれば、違法減少が過剰避難成立に必要だとする見解を重疊的併用説とし、どちらかがあればよいとする見解を択一的併用説としているが、本稿においてもこの名称を用いる。

⁴⁷¹ 内藤・前掲注 1) 440 頁及び 351 頁以下、内藤は「刑の減免の中心的・前提的根拠は、責任の減少にある」と述べる。

⁴⁷² 佐伯・前掲注 14) 164 頁など。

⁴⁷³ 井田・前掲注 173) 388 頁は、「期待可能性の理論を根拠として、責任の減少と阻却を認めたものと解される場合の多くは、違法性の減少が前提となっている」とする。

⁴⁷⁴ この場合は、緊急避難の不可罰根拠と過剰避難の減免根拠はまったく関係を持たないことになる。

いということから、責任が減少するという考慮である。しかし、そのような見解もとることができない。これは、例えば、憎いから人を殺してしまうのと、自分が助かるために人を殺してしまうのと、自分の利己的な目的（憎いから殺す、自分が助かりたいから殺す）で人を殺してしまったことに違いは見出せない点に見出される。もし、両者を同じように扱うことに違和感を持つようなら、それは後者、つまり自分が助かるため、より一般化すると法益を維持するための行為が前者よりも悪くないこと、すなわち違法性が低いことが前提とされているということになるのである⁴⁷⁵。したがって、責任減少説は違法責任減少説（重疊的併用説）と同義である⁴⁷⁶。

ただし、違法減少が過剰避難の前提になるとしても、責任減少の側面を考慮してはならないわけではない。違法減少がなければ過剰避難が成立しないが、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はいない。むしろ、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ような限られた場合のみになってしまう。

そして、次に問題となるのは、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である。この点に関しては、ドイツにおける免責的緊急避難の議論を参照する。ドイツの免責的緊急避難においては、35条は、「…責任なく」と規定しているにも関わらず、その不可罰性を、我が国の違法責任減少説（重疊的併用説）と同様の根拠づけを行っている見解が支配的になっている。これに対して、刑罰目的論から免責的緊急避難の不可罰性を根拠づける見解が主張されており、違法減少と責任減少をいかなる観点から量刑に反映させるかについて有益な示唆を得られると思われる。

5、ドイツにおける免責的緊急避難

ここでは、ドイツにおける免責的緊急避難に関する議論を参照する。そこでの議論が日本における過剰避難に関する減免根拠に関して有益な示唆を与えてくれるように思われる。

周知のように、ドイツ刑法は、35条において、34条の正当化的緊急避難のほかに、自己または親族や近い人間の生命・身体・自由を守るために行った避難行為の不可罰を定めている⁴⁷⁷。35条は、34条と異なり、保全利益が侵害利益に対して著しく優越していることは要件とされていない。さらに、保護される客体が限定的に解されているために、減免根拠に関する議論が、行為者の責任に関係して、展開されている。すなわち、緊急状況においては、切迫した状況ゆえに意思決定の自由が阻害されていることを理由とする見解である。これは、我が国での責任減少説に近い考え方であるといえよう。

しかし、この見解に対しては、意思決定の自由の阻害というだけでは、その他の責任減

⁴⁷⁵ このような議論は、すでに緊急避難における責任阻却説に対する批判のところで述べた。詳しくは、第1章参照。もっとも、責任減少にはこのような側面だけでなく、さまざまな考慮がありうることにについては後述する。

⁴⁷⁶ したがって、期待可能性が減少するという意味における責任減少説は、緊急避難において違法性阻却説（すくなくとも違法阻却の余地を認める見解を含む）あるいは可罰的違法阻却説が前提となる。これに対して、責任阻却説は、過剰避難においても責任減少説を採用しなければならなくなるが、緊急避難と過剰避難で異なる責任のありかたを説明することは困難であるように思われる。

⁴⁷⁷ ドイツの免責的緊急避難の不可罰根拠に関して近時比較的詳しく議論を展開しているものとして、Tatjana Hörnle, JuS, 2009, S. 873ff., Zimmermann, a. a. O. (Fn. 157), S. 217ff. 参照。

少事由と違い、不可罰となることを説明できないこと、35条1項2文が例外的に可罰的になる場合を定めているが、意思決定は同様に圧迫されているのであるから、説明が困難であること、また、35条2項は錯誤に関して、それが回避不可能な場合のみ不可罰としているが、心理的圧迫の程度は同じであるので、この点も説明が困難なこと、さらに、35条が財産的利益を保護法益として除外しているが、財産的利益に対する侵害の場合でも、心理的圧迫は生命、身体、自由に対する侵害と同等の程度に至り得るのであるから、除外の根拠を説明することができない、などの批判が投げかけられている⁴⁷⁸。

心理的圧迫のみを理由とした責任阻却が妥当でないとして、35条の不可罰根拠として挙げられるのは、二重の責任減少によって基礎づける見解⁴⁷⁹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は肯定しながらも、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と解する。この二重の意味での責任減少を不可罰の根拠とする見解が、ドイツでは支配的見解であるといわれている⁴⁸⁰。

これに対して、35条の不可罰根拠を、刑罰目的論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⁴⁸¹。

この見解を主張するRoxin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、一般予防の必要性がこの場合には生じるからであると説明している。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条をあっさり援用することは許されない、と根拠づけている⁴⁸²。

また、Jakobs⁴⁸³も、同様に刑罰目的論から答責性が阻却されると解している。もともと、Jakobs⁴⁸⁴とRoxinにおける責任の概念が異なるため、その内容は同一でない。しかし、この点に関しては、両者の責任概念の詳しい検討が必要であるのでここでは詳細に立ち入らない。

さらに、このRoxinやJakobsらが、刑罰目的論から免責的緊急避難の不可罰性を説明し

⁴⁷⁸ Roxin,a.a.O.(Fn.112), § 22 Rn.8.、深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）128頁。さらに、Zimmermann,a.a.O.(Fn.157),S.217ff

⁴⁷⁹ Kaufmann,a.a.O.(Fn.329),S.156ff.,Rudlphi,a.a.O.(Fn.330),81ff.

⁴⁸⁰ Roxin,a.a.O.(Fn.112), § 22 Rn.9.

⁴⁸¹ Roxin,JA,1990,S.98f.,ders,a.a.O.(Fn.112), § 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.112), § 19 Rn.3.

⁴⁸² Roxin,a.a.O.(Fn.112), § 22 Rn.11.

⁴⁸³ Jakobs,a.a.O.(Fn.461),20/4.

⁴⁸⁴ Jakobsの責任概念の特徴は、刑罰目的論を積極的一般予防から基礎づけていることである。Jakobs,a.a.O.(Fn.461),17/18.

ようとしていることを基本的に妥当としながら⁴⁸⁵、契約論的基礎づけで不可罰性を説明しようとする見解も主張されている⁴⁸⁶。この見解は、無知のヴェールのもとにある個人は、35条に規定されている状況においては、行為者を不可罰とすることに賛同するという基礎づけをしている。この見解は、34条の正当化的緊急避難における基礎づけとの連続性を考慮している。すなわち、34条の正当化的緊急避難を契約論的に基礎づけたうえで⁴⁸⁷、その制約として働く要件である、「相当性」を、無知のヴェールのもとで結ばれる連帯性の限界づけとして考慮する⁴⁸⁸。これは、自身の生命や生活の基盤に必要な利益の侵害を甘受しなければならないとするならば、そういった利益の保護を委ねた社会契約の趣旨に反し、契約締結の前提が崩れてしまう。このような制約は、34条の正当化的緊急避難においては、危難を転嫁される第三者の甘受義務の限界付けとして働く。

また、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（たとえば保全利益が侵害利益に本質的に優越していないなどの理由で）場合であっても、処罰してしまうとすると、同じく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⁴⁸⁹。

このように、ドイツの免責的緊急避難においては、その基礎づけの前提等は異なるものの、当該状況において行為者を処罰することが、刑罰を課す目的からして躊躇される、といった考慮がなされている。

もっとも、ドイツにおいては、条文上行為者は不可罰と規定されていることからして、保護客体の限定等、日本の過剰避難には見られない制限が設けられている。しかしながら、日本においては、刑を任意的減免できるに過ぎないのであるから、ドイツのように厳格な制限を設ける必要はない。また、ドイツにおいては、先に見たように、緊急状況における心理的圧迫や、法益保全による不法減少、予防の必要性の欠如、等が不可罰根拠に挙げられているが、これらは、相互に排他的な要素ではなく、それぞれが不可罰の基礎づけの異なった観点を提供するものと考えられる⁴⁹⁰。

6、我が国の議論への示唆

ドイツにおける免責的緊急避難に関する議論が、我が国の過剰避難の議論にどのような示唆を与えるかが問題となる。まず、ドイツにおいても心理的切迫性を根拠に責任阻却を導く議論が批判されていたように、我が国において緊急状況の切迫性のみを根拠に責任減

⁴⁸⁵ 刑罰目的論に基づいた議論の不明確さや、内容の明晰さを欠く点が批判されている。Vgl. Joachim Renzikowski, JRE11(2003), S.274.

⁴⁸⁶ Zimmermann, a.a.O.(Fn.157), S.227ff.

⁴⁸⁷ ドイツにおいては、正当化的緊急避難の正当化原理を、危難を転嫁される者の甘受義務から説明し、その甘受義務の基礎づけに関して、契約論的に導かれる連帯性を用いる見解が有力に主張されている。

⁴⁸⁸ このような考慮は、34条の相当性においては、生命や重大な身体傷害などの侵害は転嫁できないという制約として働き、35条においては免責の根拠として働くことになる。

⁴⁸⁹ Zimmermann, a.a.O.(Fn.157), S.234. 契約論的基礎づけに対する批判として、クラウス・ロクシン（山中友理訳）「刑事答責性の要件としての予防上の処罰必要性」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2017年）333頁以下。

⁴⁹⁰ Kühl, a.a.O.(Fn.89), §12 Rn.22.

少を導く議論も同様の批判にさらされる恐れがあるように思われる。つまり、緊急状況における心理的切迫性のみを過剰避難の減免根拠とする見解が、そのような状況における行動制御の困難性を問題としているならば、過剰避難（37条1項ただし書）と、精神障害で行動制御が困難となる場合（刑法39条1項あるいは2項）とで、責任減少に関していかなる違いを有するかを説明することができない。そして、同様の内容だとすると、わざわざ37条1項ただし書を規定した意義がなくなってしまう。また、二重の責任減少説は、我が国でいう違法責任減少説のうち重疊的併用説と類似の内容であるが、心理的切迫性に関する部分は、心理的切迫性のみで不可罰性を説明する見解に対する批判がそのまま妥当する。

これに対して、刑罰目的論から不可罰性を基礎づける見解は、先に述べたように、違法減少説や責任減少説と相互排他的な関係に立つものではない。むしろ、違法減少説や責任減少説がそれぞれ刑の減免の具体的基準を示していない点を補う考え方であるといえる。というのは、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、この点に関して、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軽あるいは免除がなされるのかについては、明確な基準がないように思われるからである。

この点に関して、刑罰目的論から不可罰性を基礎づける見解は、一般予防ないしは特別予防の観点から処罰すべきかどうかを考えられることになるが、この観点は、刑を減軽すべきかどうか、ひいては免除すべきかどうかを考慮する指針となりうる。さらに、減軽や免除は可罰的違法性や責任を備えた行為であることが前提となるが、これを超えて違法性の減少や責任の減少が著しく、可罰性が阻却される場合も過剰避難は含んでいると思われるが、この指針ともなりうる。

もともと、責任減少に関しては、多くの観点が含まれているので、その内容が多少不明確であるように感じられる。責任減少で主に想定されているのは、緊急状況では規範に適合的な行為をする判断能力が通常の場合よりも低いというものである。これに加えて、緊急状況においては、刑罰による威嚇が効果を生じにくいこと、また当該状況における利益侵害は、通常の場合と比べて犯罪的傾向が低いと考えられるため、特別予防の必要性もそれほど高くないなど、が責任の減少を構成しうる⁴⁹¹。したがって、期待可能性が減少するといっても多様な観点から責任の減少が生じうるのであるから⁴⁹²、一括りに扱うことは適切ではない。

なお、責任減少説に対して、第三者のために行った避難行為に関しては、責任減少は肯定できない、という批判をなしうることは先に述べたが、そこでいう責任減少が、心理的圧迫によって、刑法が望む行為へと動機づけることが困難である、という意味であるならば、ドイツ刑法の免責的緊急避難で規定されているように、自身または親族や自身と親し

⁴⁹¹ Roxin, a.a.O. (Fn. 112), § 22 Rn. 6.

⁴⁹² 小林・前掲注 13) 117-118 頁は、想定される責任減少を「パニック状態による動機づけ可能性の減少や違法減少の認識による性格責任の減少、さらには情動の非強壯性つまり虚弱性による性格責任の減少などの総体」としている。さらに、曾根威彦・松原芳博編『重点課題 刑法総論』（成文堂、2008年）92頁（三上正隆）は、36条2項の『情状』には、可罰的違法・責任の程度が軽微であるという事情の他、一般予防・特別予防の必要性が低い又は欠如するといった事情等が含まれ得るといえ、ここに任意的減免根拠は求められる」とする。

い者のために行った場合と比べれば、責任減少の余地は、考えられない場合が多いであろう。しかし、正当な利益を保全することが正当性を持つことを前提にした、つまり違法減少を前提にした、犯罪的傾向の低さなどの責任減少は、第三者のための緊急避難であっても肯定されるのであるから、そのような批判は物事の一面しか捉えていないと考えられる。

このように、過剰避難においては、違法減少を前提にしながらも、責任減少も加味される。そして、刑の減免の基準となるのは、一般予防や特別予防の観点である。

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思われる。というのは、過剰防衛と過剰避難は同じような減免根拠論が展開されており、その相違があまり論じられることはない。しかしながら、そもそも正当防衛と緊急避難の正当化の根拠が異なるとするならば、違法減少に関して、全く同一の内容でよいかは慎重に考える必要がある。

正当防衛においては、緊急避難と異なり、迫っている侵害が不正であることが要件とされている。したがって、正当防衛においては、緊急避難と異なり、逃げる必要がなく、また侵害法益と保全法益が均衡している必要もないと解するのが一般的である。このような相違を正当化の根拠づけに際して、考慮するのであれば、部分的に正当化の側面を考慮する違法減少説においても、過剰避難と過剰防衛で異なった考慮をする必要が出てくるのではないかが問題となってくる。

7、過剰避難と過剰防衛

過剰防衛とは、36条2項に規定されている「その程度を超えた」防衛行為である。この過剰防衛においても、刑の任意的減免が規定されている。過剰避難は、とりわけこの過剰防衛における議論を参考にして論じられることが多い⁴⁹³。

過剰防衛についても、刑の減免根拠は違法減少説や責任減少説、あるいは違法責任減少説が主張されているが、その内容は過剰避難での見解と異なるものでない。違法減少説は、過剰避難における違法減少説と同じように、正当な利益が保全されたことを違法減少の根拠としており、責任減少説も当該状況における心理的切迫性を根拠にしている。

しかしながら、先に述べたように、正当防衛の正当化根拠を緊急避難と異なる者と解する場合には、仮に減免根拠は同じく解されるにしても、違法減少や責任減少の程度に関しては、異なった点を見いだされるのではないか。

i、違法減少について

そもそも、過剰防衛においていかなる意味での違法減少が想定されているのかが問題となる。

たとえば、正当防衛の正当化根拠を、緊急避難とは異なり、攻撃者の法益性の欠如に求める見解⁴⁹⁴があるが、防衛に必要な程度を超えた対抗行為をした場合に、当該行為の違法性は通常の侵害行為と同様だと考えることができる⁴⁹⁵。そうだとすると、過剰に至った場合にいかなる違法減少が肯定されるのかが問題となる。もっとも、法益性の欠如を正当化

⁴⁹³ 体系書においても、過剰避難の箇所は、過剰防衛の箇所が参照されているものが多い。

⁴⁹⁴ 平野・前掲注1) 213頁、西田・前掲注1) 153頁以下。

⁴⁹⁵ 橋爪・前掲注393) 19頁。

根拠とする見解は、過剰防衛の減免根拠に関して、責任減少説を採用しているため、その意味では論理的一貫性がある⁴⁹⁶。

また、正当防衛において、攻撃者の法益が防衛に必要な程度において価値が減少する、あるいは、不正な侵害への対抗であることから、法確証という超個人的利益が加味される⁴⁹⁷、という立場に立った場合には、必要な限度を超えた場合には攻撃者と防衛者の法益の価値的相違はなく、また必要な限度を超えた行為に法確証という超個人的利益は認められないのではないかという疑問が生じるため、いかなる違法減少が考慮されるのかが問題となる。

正当防衛においては、退避義務や通報義務が課されないゆえに、緊急避難のように、当該行為をしなければ危難回避ができない、という状況になく、利益侵害をせずに正当な利益を保全できる状況が想定されるため、法益保全を根拠にして違法減少を認めることはただちにはできないように見える。

しかしながら、正当防衛状況においては、攻撃者こそが平和な秩序を自ら害したのであって、したがって衝突状況を惹き起こした攻撃者の負担において、衝突を解消することが求められる制度であると解するならば⁴⁹⁸、退避義務を課さない正当防衛の趣旨に鑑みれば、衝突状況を生じさせた攻撃者は、必要の限度を超えた防衛行為についても、防衛者との関係では一定の負担を負うべきである、と考えることもできるであろう⁴⁹⁹。

これに加えて、過剰防衛についても、攻撃者の側で解消すべきであるという規範的考慮は、正当防衛と同様であるとする、攻撃者の法益の保護がその分劣後することになる。この攻撃者の法益の保護の劣後は、たとえ防衛行為が過剰なものであったとしても、消えることはない。先に述べたように、過剰な防衛行為を惹起したのは、まさに攻撃者である点は、正当防衛の場合と過剰避難の場合で異なることはないからである。そして、自身で惹起した衝突状態を解消する負担を根拠に、法益の保護が劣後するのであれば、法益の保護が劣後しない第三者を侵害する、単なる法益侵害行為よりは、やはり違法性が減少する、と考えることができるように思われる。

緊急避難は、これに対して、正当な利益同士が衝突する状況における利益調整の制度であるので、正当防衛と異なり退避義務や通報義務が課されている。すなわち、何らの利益を侵害しないで危難を回避できる場合は、そうすることが要請される。したがって、他の方法で回避できない状況が緊急避難に本質的要素となる⁵⁰⁰。そして、過剰避難が緊急避難との連続性を保とうとするならば、この本質的要素は共有している必要があるように思われる。違法減少説は、この点を過剰避難の前提と考える点で妥当であると考えられる。

したがって、違法減少が減免根拠となる点は、過剰避難と過剰防衛で共通していることになる。もっとも、過剰避難における違法減少と、過剰防衛における違法減少とでは、その内容は異なる。過剰防衛においては、攻撃者と防衛者⁵⁰¹で、攻撃者の法益の保護が劣後

496 橋爪・前掲注 393) 19 頁脚注 39。

497 齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版、1991 年）54 頁以下。

498 Jakobs,a.a.O.(Fn.461),11/3.

499 Jakobs,a.a.O.(Fn.461),20/28,松原芳博編『刑法の判例（総論）』（成文堂、2011 年）103 頁（森永真綱）。もっとも、これらの見解は答責性原理を考慮した責任減少について、述べているにすぎない。

500 この点に関してはIV 3 で述べる。

501 緊急救助の場合は、攻撃者と被攻撃者となる。

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考えられる。

ii、責任減少について

以上見てきたように、違法減少の内容が、過剰避難と過剰防衛で異なるとして、責任減少の内容はどのように考えられるのであろうか。過剰防衛の責任減少を考える上で、参考になると思われるのは、ドイツ刑法 33 条の過剰防衛の規定である。

ドイツ刑法は、33 条において、過剰防衛について、恐怖・驚愕・狼狽等から行為を行った場合のみ不可罰であると規定している。この点に関しては、当該状態における行為者の精神的弱さから情動的に行為した場合を特別に不可罰としたものであって、怒りから、憎悪から、あるいは腹を立てて、行為した場合は、33 条に該当しないと解されている⁵⁰²。ドイツ刑法 33 条は、免責的緊急避難の 35 条と同じく、当該行為の不可罰しか規定していないことからすると、立法者が特に行為者の精神的弱さから行為した場合のみ、処罰を差し控えることとしたと解することができる。

これは、責任減少に関して、行為者の精神的弱さから行為した場合に責任が減少することを表していると思われるが、我が国では任意的減免を規定しているに過ぎず、ドイツ刑法におけるような限定は規定されていないので、とりわけ精神的弱さから衝動的に行為した場合に限る必要はないと思われる。すなわち、先の過剰避難の責任減少の箇所で見たとように、多様な観点からの責任の減少は過剰防衛においても共通していると考えられる。

そして、多様な観点から考えられる責任減少のうち、ドイツ刑法 33 条が規定しているような、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、過剰避難と過剰防衛で変わりはないように見える。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と思われるからである。

もっとも、攻撃者によって引き起こされた衝動的行為であることが、行為者の犯罪的傾向を低くする要素となるのだと考えるとすれば、過剰防衛にのみ認められることになる。しかしながら、情動的行為が違法な攻撃であろうが、その他の理由で起ころうが、当該行為にいたる過程が変わらないのであれば、犯罪的傾向もまた変わりはないように思われる。

この点に関して、近時過剰防衛独自の責任減少の成立の余地を肯定する見解が主張されている。この見解は、「規範的責任論・期待可能性論の観点では、責任減少を直接基礎付けるのは、行為者の精神状態自体ではなく、行為者が一定の事情から引き起こされた精神状態により、適法行為へと自己を動機付けることを妨げられたという事実経過にある」との前提から、「攻撃者（後の侵害者）が侵害を加えなければ、行為者は、過剰（＝違法）となる可能性を伴う防衛をさせられることはなかったという関係に、責任減少の基礎が見出される」とする。これに加えて、防衛状況における興奮・動揺も、攻撃を受けた結果として引き起こされた情動であると把握される。

⁵⁰² Perron, a.a.O. (Fn.182), § 33 Rn.4.

そして、この2つの精神状態は、行為者が急迫不正の侵害をさけるために行為へと動機付けられたという事実との関連の大小で区別され、最初の精神状態は、これまで自己保存本能とされてきた衝動であり、急迫不正の侵害の排除に直接向かうものである。この衝動は、急迫不正の侵害との関連性が大きく、より確実な責任減少を導くとする。この衝動への着目は、過剰防衛の成立が原則として認められる中心領域の画定につながると解している⁵⁰³。

これに対して、後者の防衛状況における興奮・動揺は、防衛状況後にも高まるものでありえ、急迫不正の侵害との関連性が弱いものであるとする。もっとも、この精神状態も、もとはといえば急迫不正の侵害によってこのような恐怖・激怒が生ぜしめられ、行為者がそれによって行為へと動機付けられた事実は変わらないゆえに、一定の限度では、急迫性消失後であっても、急迫不正の侵害に還元する余地があるとする⁵⁰⁴。

しかしながら、この見解が想定している過剰防衛固有の責任減少は、不正の侵害がそのような状態を惹き起こしたことが基礎付けるとしているが、それは過剰防衛の違法減少が緊急避難の違法減少よりも大きいことの反映ではないだろうか。攻撃さえしなかったら、防衛者もそのような精神状態で過剰な行為をしなかったことで、期待可能性が通常の場合よりも減少するというのであれば、それは違法な攻撃から身を守ることの正当性の裏返しではないのか。そうだとすると、過剰避難と過剰防衛で異なる責任の減少の程度は、減少した違法の認識を通じた、責任の減少の度合いである。これは、先に見たように、過剰避難と過剰防衛とで違法の減少の度合いが異なるためである。より減少した違法を認識している方が、責任が低くなるのである。

IV、減免根拠と要件との関係

上述したように、過剰避難の減免根拠について、まず違法減少が認められることが前提となる。これは、必要以上に行為したとはいえ、自身あるいは他人の正当な利益が守られたことが、単なる法益侵害行為と比べて正当性が認められる点に求められる。そして、この違法減少の面が緊急避難との連続性を担保するものである。したがって、本質的なのは、正当な利益同士の衝突状況であるとするならば、過剰避難において重要なのは、そのような状況において行為したというところにあると考えられる。そのような状況で行為することで、違法性が緊急状況にない場合よりも減少し、ひいては処罰の必要性が減少するのである。そして、そのような違法減少に加えて、当該状況における行為者の責任の減少がさらに予防の必要性等に影響を与え、刑の減免の判断基準を構成することになる。

では、過剰避難の減免根拠が以上であるとして、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かが問題となる。過剰避難の成立要件を考えるうえでは、誤想過剰避難について、過剰避難の規定を適用あるいは準用して、刑の減免ができるかどうか、が重要となる。というのは、誤想過剰避難に、過剰避難の規定を適用あるいは準用できるか

⁵⁰³ 徳永元「過剰防衛における責任減少に関する判例・学説の分析」868頁。この精神状態を「『過剰防衛と正当防衛との制度的関連』において把握される、いわば正当防衛の責任阻却事由的側面」と解している。

⁵⁰⁴ 徳永・前掲注503)869頁。この精神状態も、同じく行為者の自己の行為の弁識・制御に作用することによって変わらないことから、「『過剰防衛と責任能力との制度的関連』において把握される」とする。そして、この精神状態への着目は、「過剰防衛の成立が認められる限界領域」の画定につながると解している。

どうかは、行為者の主観で想定されている状況が仮に存在した場合に、過剰避難が成立するかどうかの問題であるので、過剰避難の成立要件を裏から考えることにつながるからである。また、行為者の主観を問題としていることから、とりわけ責任減少に関して、いかなる状況があれば責任減少を肯定してよいかを考えるうえで大きな意義があるように思われる。

1、誤想過剰避難

誤想過剰避難とは、現在の危険が存在しないのに存在すると誤信して避難行為をしたが、行為者の誤信した現在の危険が仮に存在したとしても、当該行為が補充性の程度ないしは法益の均衡を失している場合のことである⁵⁰⁵。

この誤想過剰避難が問題となった裁判例として、大阪簡裁昭和 60・12・11 判時 1204 号 161 頁がある。これは、被告人が、駅構内中央コンコースで仕事を世話を焼くといつて酒を飲ませてくれたやくざ風の男とその仲間とみられるやくざ風の男から身体に危害を加えられるという危険が間近に切迫しているものと誤信し、これを避けるため誤身用の器具が必要と思ったところから、同ステーションビル地下 1 階理容室前を通りかかり同店内の散髪鋏をみてこれを護身用具にしようと思い、右危険を避けるため同店内から散髪鋏 1 丁を窃取した、という事案である。

大阪簡裁は、「被告人の本件所為当時いまだ身体に対する切迫した危険があるということではできないが、被告人はいまにも二人のやくざ風の男から身体に危害を加えられると思ひこみ、この危険を避けるため護身用具が必要と考えて本件の散髪バサミを持ち出したことは疑いがないから被告人が現在の危険を誤想してこれを避けるため本件行為に出たものということができる」としながらも、「しかし、前掲証拠によると被告人は、前記のようにコンコース内から地下一階に下り、被告人がコンコース内のどこかにいると思った二人の男から身を隠した形になってからアベノ地下街に入っているのであり、同地下街には多数の店舗があるほか、地下鉄谷町線へ下る入口が四ヶ所、コンコースのある前記天王寺駅ステーションビルから相当離れた地上に出る階段が七ヶ所（そのうちすぐ目につくのは二ヶ所）あり、右の階段から地上に出て二人の男から逃避することができるばかりでなく、危険を怖れるのであれば同地下街の店の人に頼んで電話で警察に連絡して貰って救助を求める余裕もあったものと認められる。ただ被告人は、本件の四日前に大阪に出て来たものであり、地理が判らないことや誤想に基づく当時の被告人の心情を考慮すると、被告人に右のような方法をとることを現実に期待することは困難な面があったとみられる。それ故右のような状況下でなされた被告人の本件所為は現在の危険の誤想に基づく避難行為といえども止むを得ない程度をこえた過剰避難であるといわざるを得ない」と判示した。注目すべきは、37 条 1 項ただし書を直接適用して刑を減輕している点である。

そして、東京地判平成 9 年 12 月 12 日判時 1632 号 152 頁は、被告人が、妻が包丁で自殺しようとしたためこれを引きとめようとするうちに、自殺を制止するのにやむを得ない程度を超え、同女の両肩を両手で強く突いてその場に転倒させる暴行を加え、同女に頭部打撲の傷害を負わせ死亡させた事案であるが、東京地裁は、「客観的には『現在の危険』は

⁵⁰⁵ 内藤・前掲注 1) 442 頁。

存在しなかったものであるが、被告人の主観においてそれが存在する旨誤想したとの点については、これを認めざるを得ない」としながらも、「本件暴行は、被告人の誤想した『現在の危難』を前提とした場合においても、避難にやむを得ない程度を超えたものであったことは明らかであって、これを正当化することはできないというべきである」と判示し、誤想過剰避難を肯定し、刑を減輕している。ただし、本判決は、37条1項ただし書を適用しておらず、準用もしていない⁵⁰⁶。

この誤想避難に関して問題となるのは、そもそも客観的に「現在の危難」が認められないのにもかかわらず、過剰避難の規定により刑を減輕あるいは免除することができるか、という点である。

2、現在の危難

「現在の危難」が客観的に存在しない場合には、過剰避難として37条1項ただし書が適用できないと解されている。したがって、行為者が客観的状況に関して誤想している場合に、行為者の認識を前提にした状況において「現在の危難」が存在しないときには、誤想過剰避難さえも肯定されないことになる。よって、「現在の危難」をどのように解するかは、刑の減免を認めうる前提として重要である。

そして、37条1項における危難の「現在性」に関しては、36条の正当防衛における「急迫性」と同じか、あるいは緊急避難における「現在性」は正当防衛のように時間的切迫性が要求されないと考えるべきかについて争いがある⁵⁰⁷。この点に関して、危難の「現在性」を正当防衛の「急迫性」と同義とし、時間的切迫性を要求する考え方は、多くの裁判例に見られる理解である。たとえば、「現在の危難」とは、「現に危難の切迫していること」⁵⁰⁸、「法益の侵害が間近に押し迫ったこと、すなわち法益侵害の危険が緊迫したこと」⁵⁰⁹などとしているものがある。

また、先の判例④は、「緊急避難における『現在の危難』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいうのであり、近い将来侵害を加えられる蓋然性が高かったとしても、それだけでは侵害が間近に押し迫っているとはいえない」と判示し、時間的切迫性を要求することを明らかにしている。しかしながら、正当防衛における「急迫性」と緊急避難の「現在性」を同義に解してよいのは、それぞれ当該要件が要求される根拠が同じ場合に限られる。

正当防衛の「急迫性」に時間的切迫性が必要とされるのは、正当防衛を、国家ないしは

⁵⁰⁶ 法律上の減輕ではなく、酌量減輕において誤想過剰避難の成立を考慮している。この点に関して、「被告人の犯行態様、被害結果等に照らして刑の減免はされなかったものようである」という指摘がなされている。「匿名コメント」判例タイムズ 976号 250頁。また、同所において「本件では、約四年三か月の不法残留事件も併合されていたとはいえ、懲役三年の刑が宣告されていることも、量刑上参考となろう」との指摘もなされており、結果の重大性や行為者の意図（判決文中「あえて」必要の程度を超えた行為に及んだことが判示されている）等から（誤想）過剰避難の成立を肯定しても、法律上の減輕を行わず、酌量減輕にとどめている点は、37条2項ただし書の法律上の減輕の適用基準を考えるうえで重要であると思われる。

⁵⁰⁷ 正当防衛の「急迫性」と緊急避難の危難の「現在性」に関しては、深町・前掲注 478) 95頁以下が詳しい。

⁵⁰⁸ 最大判昭和 24年 5月 18日刑集 3巻 6号 772頁（当該部分は裁集刑 10・233に記載）。

⁵⁰⁹ 最判昭和 24年 8月 18日刑集 3巻 9号 1465頁。

法定の紛争解決手続を利用できない場合に限り実力行使を認める制度であると理解する⁵¹⁰ならば、「急迫性」について、実力行使に出なければ、保全しようとした利益が失われる関係が必要とされるように思われる。

しかしながら、正当防衛には退避義務を課さないのが一般的であること、また警察等への通報義務を課さないことからして、そもそも紛争解決手続を利用することが前提とされているわけではない。そうだとすると、正当防衛に「急迫性」という時間的切迫性を要求する根拠は、紛争解決に任せる暇がないというところから直接求めることはできない⁵¹¹。

そもそも、時間的切迫性と、官憲に助けを求める暇があるかないかの問題は、異なった問題である。もっとも、正当防衛の急迫性の根拠については、正当防衛それ自体の考察が不可欠であるためここでは詳細には立ち入らないが、通常個人の実力による権利の実現は禁止されているが、それは安定した秩序が保たれている限度で肯定されるものであって、安定した秩序が乱されている場合には、例外的に実力でもって権利を実現してよい、と考えるのであれば、ある程度の時間的切迫性が要求されることになる⁵¹²。

他方で、この考え方からすれば、不正な侵害に対する実力による権利実現という側面を持たない緊急避難においては、時間的切迫性を要求する根拠は乏しい。緊急避難は、当該行為をしなければ保全利益が失われてしまう状況での利益調整の制度であると考えられるならば、本質的なのは、当該行為が保全のために必要であったか否かであるように思われる。これは、補充性の要件で考慮されていることである⁵¹³。

3、補充性

補充性とは、37条1項に規定されている「やむを得ずにした行為」の内容であり、緊急避難においては、正当な第三者の利益を犠牲にすることから、正当防衛の必要性より厳格に解されており、法益を保全するために当該行為よりも法益侵害の軽微な手段がないとい

⁵¹⁰ 例えば、高知地判昭和51年3月31日判時813号106頁、三上・前掲注492)81頁。高知地判は、「刑法が違法性阻却事由の一つとして正当防衛を認めている趣旨をその出発点に立ち返って考えてみなければならない。即ち、法は、社会秩序を維持する見地から、個々の国民の権利の擁護、救済の責任を全て国家又は公共団体等の公的機関に負わせ、権利を侵害され又はされるおそれを生じた国民は、公的機関にその法的保護を求め、その公的機関が侵害された権利の回復ないし法益の侵害の危険性の除去を図るのを原則とする建前をとって、国民自らが実力行使に訴えるのを一般に違法としてこれを禁止しており、ただ国民が公的機関に法的保護を求める時間的余裕のない緊急状態の下における相当な防衛的実力行使のみにつき、正当防衛としてその違法性を阻却せしめているのであって、それはあくまで例外的にしか認められないことである。そして、正当防衛が成立するためには、第一に、侵害が『不正』であるのみならず、『急迫』であることを必要とするのであるが、その急迫とは、右の正当防衛制度の趣旨に照らし、とりもなおさず、公的機関に保護を求める時間的余裕がないほどに緊急な場合を意味する」と判示している。

⁵¹¹ 西田・前掲注1)161頁は、急迫性に関して、常に時間的切迫性を要求していない。また、判例上も侵害の予期だけでは急迫性が否定されることがないと解していることから、官憲に通報できる暇があるかないかという判断は行っていないように思われる。

⁵¹² 井田良「緊急権の体系上の位置づけ」現代刑事法62号(2004年)6頁、さらに佐伯・前掲注14)123頁。

⁵¹³ このように解すると、現在の危難は補充性の要件に解消されることになる。したがって、危難の現在性を急迫性よりも時間的に緩やかに解する見解が主張されているが、本稿も同じような結論に至りうる。危難の現在性を急迫性よりも緩やかに解する見解として、山口・前掲注439)146頁、深町・前掲注435)483頁がある。

いう意味に解されている⁵¹⁴。この補充性は、「保全法益と侵害法益が衝突状態にあることを示す概念であり、緊急避難の本質を基礎づけるもの」⁵¹⁵であるといえよう。

この「二律背反的衝突状況」が緊急避難の本質だとするならば、「現在の危難」は緊急避難において独自の意義を見いだすことができない。もっとも、危難が切迫していくにしたがって、自ずと回避手段が限定されることが多いため、「現在の危難」を満たせば、「補充性」をも満たすことは多いかもしれない。しかしながら、よく挙げられる例であるが、レストランの店主は、客が今夜店を襲う強盗計画をしている話を聞いた。その店は辺鄙なところであったので、警察等に通報することはできない。この状況のもとで、店主は客を殴り重傷を負わせた場合には、時間的切迫性が認められないので、正当防衛が認められないのはもとより、現在の危難が認められないとして、緊急避難ないし過剰避難も肯定できないのが問題となる。この場合に、当該行為を緊急避難の限度で正当化するならば、時間的切迫性を要求する「現在性」は、緊急避難においては、独自の意義を有しないことになる⁵¹⁶。

判例において、「やむを得ずにした行為」は、「当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」⁵¹⁷と解されている。前半部分は、ここでいう補充性の内容を形成する。

責任減少説は、もっとも、行為者の精神的圧迫が刑の減免の根拠であるので、実際に補充性が満たされる必要はないように見える。しかしながら、先に述べたように、過剰避難が、緊急避難を前提に規定されていることに鑑みれば、緊急避難の本質的要素となる補充性を備えなければならないという解釈も成り立ちうるように思われる。

これに対して、違法減少説は、「保全法益と危険転嫁されるべき法益との間に、両者を共に存続させることは不可能である『二律背反』的状况があってはじめて、避難行為の法益侵害性の減少を認めうるとする理解が、法益衝突という緊急避難の基本に忠実な解釈といえよう」⁵¹⁸という考えが根底にある。したがって、この見解では「やむを得ずにした行為」でない場合（補充性がない場合）には、「二律背反」的状况ではないため過剰避難が成立しなくなってしまうのではないかと、という疑問が生じてくる。

もっとも、保全法益と侵害法益の二律背反的状況と、補充性の内容である当該行為の他に方法がない、との間には相違がある。この点が「補充性」の逸脱をめぐる議論に影響を与えているように思われる。この点に関して、橋爪隆は、一般に「補充性」の逸脱といわれるものについて、そこには異なったものが存在するとして類型的な区別を行う⁵¹⁹。ここでは、①およそほかの法益を害することなく避難が可能であった場合、②危険転嫁行為は

⁵¹⁴ 松原・前掲注 81) 176 頁。

⁵¹⁵ 深町・前掲注 478) 491 頁。

⁵¹⁶ これに対して、深町・前掲注 478) 119 頁は、補充性要件と現在性要件との関連を認めながら、危難の現在性は、「損害を甘受しないためには、その時点で何らかの行為を行わざるを得ないという意味での強制状態に陥っている場合」に肯定されるのに対して、補充性要件は、現在性が肯定された後に、「危険回避に資する何らかの行為のうち、最も侵害性の少ない行為を行わなければならないという要請」と理解し、現在性に独自の意義を認めている。

⁵¹⁷ 最大判 24・5・18・刑集 3・6・772（ただし、当該部分は未掲載のため、LEX/DB 2 5 3 4 0 2 6 2 を参照した）。

⁵¹⁸ 橋爪隆「判批」判例セレクト 99 年度 28 頁。

⁵¹⁹ 橋爪・前掲注 518)、橋田・前掲注 440) 197 頁以下。

不可避であったもののその転嫁する対象を誤っていた場合、③当該法益主体に対する危険転嫁によって補充性の要件を充足し得たが、必要な限度を超えてそれを侵害した場合、に分け、従来の判例では①については過剰避難の成立が否定され、③については肯定される傾向が強いとしている⁵²⁰。

緊急避難の本質が、保全法益と侵害法益の衝突状況にあるとすれば、③の場合に過剰避難が肯定できるのは当然だとして、②についていえば、侵害された法益は、侵害されることなく危険は回避できたと考えれば、衝突状況にないので、過剰避難の成立は否定される。そもそも、②は、侵害された法益に関してだけみると、法益を害さずに回避できる手段があったという点で「補充性」が否定される①と同様なのではないかとの疑問が生じる。

この点に関しては、緊急避難が、法益の衝突状況における利益調整の制度であるという理解からは、②に関しても衝突状況を肯定してよいと思われる。②に該当すると考えられる事例としては、倒れてきた看板を避けるためには、Aの5の価値の財産を侵害すればいいところを、Bの10の価値の財産を侵害してしまったような場合であるが、この場合でもAの財産かBの財産を侵害しなければ危険を回避できないのであるから、社会全体から見れば、いずれかの利益が失われる状況であったといえる。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、②の場合であっても、社会全体の観点から、何らかの利益が失われる状況で、いずれかの利益が守られたのであれば、違法減少の前提は維持されるからである⁵²¹。

したがって、違法減少の観点からは、いずれかの利益が失われなければならない状況が必要となる⁵²²が、この状況を満たすのは、②、③であると考えられる。この要件は、緊急避難において要件とされる、当該手段以外の軽微な手段がない、という意味での「補充性」とは内容が異なる。もっとも、緊急避難においても、いずれかの利益が失われなければならない、という状況は必要であり、そのうち最も軽微な手段を選ぶ、という点だけが過剰避難とは異なる。

4、相当性

補充性を満たしたうえで、なお緊急避難が否定されるべきかについて議論がある。ここで問題となる要件は、「相当性」と呼ばれるものである。

もっとも、この「相当性」の内容に関しては論者によって異なる。たとえば、緊急避難の前提として危険にさらされる法益と犠牲になる法益との二律背反性という状況が必要となり、その判断は純粋自然科学的な方法で行われるのではなく規範的に行われるとし、そしてその判断に際してこの要件が用いられる、とする見解がある⁵²³。この見解からは、「相当性」は、「補充性」の判断の前提として機能することになる。つまり、一見すると法益間の衝突があるように見え、それを解消するための手段がその衝突を回避するための唯一の

⁵²⁰ 橋爪・前掲注 518)。①に関しては、逃げられた場合のほかに、回避手段が適法な場合も含まれる。過剰避難の成立を否定した判例を見ると、そもそも逃げて危険を回避できる場合よりも、他に適法な手段が存在する方が、圧倒的に多いであろう。

⁵²¹ 小林・前掲注 71) 333 頁。

⁵²² 小林・前掲注 452) 71 頁。

⁵²³ 松宮・前掲注 41) 149 頁、さらに佐伯・前掲注 14) 191 頁。

行為であったとしても、「相当性」が否定される場合には、当該行為は、「補充性」としての適格性を欠くことになる。ここで、主に想定されている事例は、高価な服を守るために、みずぼらしい恰好をした婦人から傘を奪ったいわゆる雨傘事例である⁵²⁴。この場合、補充性と法益の均衡が満たされるとしても、なお緊急避難の成立を肯定するのは妥当でないとして、当該行為をすることも「無理もない」という意味でのこの「相当性」を否定する⁵²⁵。

判例においても、37条1項の「やむを得ずにした行為」に関して、先にみた他に方法がないことのほかに、「かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合」でなければならないとしている。この点が問題となった先の判例^⑬は、身体の自由の拘束の程度と身体の安全に対する危険の程度を考慮に入れ、「不特定多数の生命、身体、財産の安全、すなわち公共の安全を現実には犠牲にすることは、法益の均衡を著しく失するものといわざるを得ず」と判示している。

また、判例^⑭は、被告人が自らの身体の自由に対する「現在の危険」及び生命に対する侵害の可能性にある状況の下において行った殺人行為について、他に方法がなかったとして補充性を肯定している。そのうえで、「本件では、侵害されている法益が被告人の身体の自由であり、避難行為によって侵害される法益が被害者の生命であることから、これを単純に比較すれば、当初より法益の均衡を著しく失しているともいえ、自己の身体の拘束状態を脱するために他人の生命を奪う行為に出るということは、条理上これを肯定することができない」としながらも、続けて、「当面被告人が避けようとした危険が被告人の身体の自由に対する侵害であったとしても、その背後には、危険の現在性はないとはいえ、被告人の生命に対する侵害の可能性もなお存在したといえるのであるから、このような状態で、被告人の身体の自由に対する侵害を免れるために被害者の殺害行為に出たとしても、このような行為に出ることが条理上首定できないとまではいえない」としている。

ここでは、「法益の均衡」の逸脱の程度が相当性判断で考慮されているが、その際には、「現在の危険」が認められる法益だけでなく、侵害される可能性のある法益⁵²⁶までもが考慮されている。そして、当該行為が危険を回避する行為として補充性が肯定されたとしても、あまりにも均衡を失している場合には「やむを得ずにした行為」であることを否定されると判示している。

そして、緊急避難成立に関しては法益の均衡が要求されるので、この法益の著しい不均衡は、それが認められないならば、過剰避難の成立も認められないという意味で、過剰避

⁵²⁴ さらに、強制採血事例や臓器移植事例などで緊急避難の成立を否定するために用いられる。これらの事例についてはすでに第2章で扱った。

⁵²⁵ 佐伯・前掲注426) 420頁。

⁵²⁶ もっともこの判決に関する文献である橋田久「判批」判例セレクト97年度32頁は「侵害法益によって現在性の基準を相対化するのは疑問である」とし、また西岡正樹「判批」法学68巻5号も「被告人に対する現在の危険の存在を認め、生命対生命の緊急避難の事例として考えるべきであった」としている。たしかに、本判決が「生命対生命」の場合には、成立要件を厳格に解釈すべきとしている（判例時報1578号47頁）のもあって、各要件を充足することがその他の場合よりも難しくなることを示唆しており、このこと自体の正当性は問われるべきかもしれない。しかし、西岡が「侵害の可能性」のみで「現在の危険」を認めるべきだとしたのは、詳細な事実認定や「現在の危険」に関する判例の考え方「法益の侵害が間近に押し迫ったこと、すなわち法益侵害の危険が緊迫したこと」（最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁）から是認されるとは到底思えない。つまり、「死」の危険は当該事情からは顕在化していないのであり、それに対して「身体の自由」は被害者を殺さないと解放されないとされていたことから顕在化しているとも十分可能で、判例や裁判例からいってその判断が不当だとはいえない。

難にこそ必要だと考えられているのであろう。

では、このように、とりわけ過剰避難にこのような要件を要求する根拠はどこにあるのだろうか。もちろん、この「相当性」を要件としない見解もある⁵²⁷。そして、法益衝突状態を、規範的観点から限界づけるために「相当性」という要件を用いるのであれば、わざわざ「相当性」という要件を用いるまでもなく、法益衝突状況を担保する要件である「補充性」で行えばよい。「補充性」において規範的観点を考慮してはならない理由はないからである。これに対して、判例において考慮されている法益の著しい不均衡については、法益衝突状況とは異なる観点であるため、「補充性」に還元することはできない。

この点に関しても、先に参照したドイツにおける免責的緊急避難の議論が、参考になると思われる。ドイツ刑法 35 条 1 項 2 文は、危険の甘受を行為者に期待できる場合には、免責されないと定めている。そして、この危険を甘受することが期待できる場合の一つとして⁵²⁸、生じた結果と避けられた危険との間に不均衡があったことが挙げられている⁵²⁹。そして、免責が否定される理由として、不法の減少が免責にとって十分でない点が挙げる見解が主張されている⁵³⁰。

そして、過剰避難においても、法益を守るために行われた、という要素を考慮に入れる、つまり秤に乗せ、その分違法性の指標としての行為の悪さが減少すると考えるとしても、そもそも著しい不均衡性からしてその法益を守るため、という要素が考慮されない、換言すると、被害の甚大さと比較して、法益を守るため、という要素が功利性の観点からもプラスに算入し得ないという場合が考えられる。それが「相当性」要件が欠ける場合ということになるのではないか。すなわち、各要件が満たされた場合であっても、当該行為の危険性からそのような行為の社会的有用性（保全法益をプラスに算入する）が認められないときには、具体的に害の衡量を経るまでもなく、そのような行為に対して緊急避難（ひいては過剰避難）の成立を否定する機能を「相当性」に与えようとしている⁵³¹と考えられる。

もっとも、このように、保全法益と侵害法益の間の著しい不均衡がないこと、という意味での「相当性」は、各要件が肯定されるにもかかわらず、過剰避難の成立さえも否定する要件であるので、これを肯定する事例は例外的な場合にとどめるべきであろう。傍論ながら、この要件を否定している判例^⑬は、身体の自由の拘束の程度も、身体の安全に対する危険の程度も大きくないのに対して、避けようとした危険の相手方に限らず周辺にも大きな影響を及ぼす侵害行為である放火による法益侵害行為が比較されているので、例外的な事例であるといえよう。

さらに、このような不明確な要件を設けるのではなく、過剰避難を成立させて刑の減輕

⁵²⁷ 例えば、山口・前掲注 1) 154 頁、林・前掲注 23) 214-215 頁等。

⁵²⁸ このほかに危険の甘受が期待可能な場合として、危険を自身で惹起したときや、被侵害者と特別な法的関係にあるとき、が規定されている。なお、35 条 1 項 2 文は、著しい不均衡の場合を明示的に規定しているわけではなく、解釈によって期待可能な場合として挙げられている。

⁵²⁹ この点に関しては、Vgl. Zimmermann, a.a.O. (Fn. 157), S. 250ff., Roxin, a.a.O. (Fn. 112), S. 140f., Silva Sanchez, Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand, Festschrift für Joachim Hruschka, 2005, S. 681ff.

⁵³⁰ Kühl, a.a.O. (Fn. 89), § 12 Rn. 88., Perron, a.a.O. (Fn. 182), § 35 Rn. 33. この観点は、前述の二重の責任減少説の論者によって展開されている。

⁵³¹ 規則功利主義的考慮であるともいえる。ドイツ刑法 34 条 2 項の「Angemessenheit」について、同様の考慮をなしているものとして、Joerden, a.a.O. (Fn. 187), S. 418f.

を行わないとする考え方⁵³²も否定し難いが、過剰避難成立の前提となる違法減少が肯定できない場合であるので、そもそも過剰避難を成立させない方が理論的には一貫しているように思われる。

5、避難の意思

以上が客観的要件であるが、過剰避難において責任減少を減免の根拠とするならば、緊急避難では要件としない見解も主張されている、「避難の意思」が要求されるのではないかが問題となる。

この「避難の意思」が問題となる事例は、正当防衛においてと同様に、行為者の主観においては、危難を回避するため、という意味を持っていなかったが、客観的には、危難が迫っており、当該行為をするほかに危難を回避する方法がなく、法益の均衡を満たさなかったような場合である⁵³³。

さらに、正当防衛における、防衛の意思と同じように、積極的加害意思⁵³⁴を持って行為を行った場合に、避難の意思が否定されるのではないかも問題となる。責任減少説からは、緊急避難においては避難の意思を要求しないとしても、期待可能性の減少を認めるために、過剰避難には要求することも考えられる⁵³⁵。もっとも、避難の意思の内容を、防衛の意図・動機と考えずに、単なる防衛の認識と解するならば、避難の意思を必要としない見解との相違は、先に見た偶然過剰避難の場合を過剰避難から排除する意味合いを持つに過ぎない⁵³⁶。これに対して、積極的加害意思を持って行為した場合に、避難の意思を否定するのであれば、避難の意思を動機・意図として要求することになる。

この点に関しては、先に見た責任減少で刑を減免しうる趣旨に遡る必要がある。すなわち、責任減少は、さまざまな観点からなるのであるが、避難の意思なく行為した偶然過剰避難の場合には、前提となる利益衝突状態は肯定されるため、違法減少の側面は認められ、それゆえ過剰避難の成立自体は肯定される。しかしながら、責任減少の側面は、おそらくほとんどの観点を満たすことがないため、違法減少の余地が大きい限り、予防の必要性は否定されないため、減輕すら肯定できない場合が多いと考えられる。

また、積極的加害意思を持って行為を行った場合にも、同じく違法減少の面は否定できないため、過剰避難の成立自体は認められる。そして、この場合は、緊急状況における情動的行為の側面は、あまり認められないと考えられるため、この観点からの責任減少の余地はないと思われる。しかしながら、この場合は自身（あるいは第三者）に迫った危難を避けるための行為という認識は有しているのであるから、違法減少の認識に伴った責任減少の側面は肯定される。もっとも、行為者はその機に乗じて第三者を侵害しているのだから、違法減少の程度と積極的加害意思の程度によっては、行為を差し控えさせる要請、

⁵³² 深町・前掲注 478) 493 頁。

⁵³³ 偶然避難に対してはこの事例は偶然過剰避難と呼ぶことができる。

⁵³⁴ ここでいう積極的加害意思は、避難行為を行う段階での意思を問題としている。したがって、正当防衛において、「急迫性」を否定する判断基準となっており、侵害の予期に加えて要求される積極的加害意思とは異なる。

⁵³⁵ 過剰防衛において防衛の意思を要求するものとして、平野・前掲注 1) 245 頁以下。

⁵³⁶ 正当防衛における、防衛の意思についての記述であるが、同様の趣旨を述べるものとして、内藤・前掲注 1) 343 頁。

すなわち、予防の必要性が大きいので、刑の減軽を行わないこともありうるだろう。

V、小括

本稿では、過剰避難の減免根拠と、過剰避難が成立するための要件を検討した。結論として、過剰避難の減免根拠は、利益衝突状況において、正当な利益を保全したことによる違法減少を前提に、そのうえで、当該状況における責任減少の側面をも減免の考慮要素とする見解を主張した。したがって、結論的には違法責任減少重疊的併用説が妥当であると考える。しかしながら、刑の減免に関しては、主にドイツにおける免責的緊急避難での議論を参照して、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と比べて、より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てしまうことも、しばしばありうることであり、そして当該行為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。

このような観点から、先の判例の傾向を見るならば、過剰避難の成立を肯定しているのは、緊急避難における「補充性」（当該手段以外の軽微な手段がない）を逸脱している事例においても、少なくとも何らの利益の侵害がなければ危難の回避はできない、すなわち過剰避難の前提となる違法減少が認められる場合ということになる。したがって、本稿の立場においても過剰避難の成立は肯定できる。

そして、責任減少の側面に関しても、危難に乗じて積極的に当該利益を侵害する意思をもって行為した事例は見受けられないところからして、肯定されうると考えられる。

最後に、誤想過剰避難の処理について、触れておきたい。本稿の立場は、利益衝突状況における法益保全という違法減少が前提となるので、一見すると誤想過剰避難においては、過剰避難の規定を適用あるいは準用できないように見える。しかし、行為者において、法益侵害行為をしなくとも危難を回避できたことを認識していない場合には、責任主義の観点からすれば、過剰避難の規定を適用する前提は満たされると考えられる⁵³⁷。

したがって、誤想過剰避難においては、行為者の主観における状況が、仮に存在したとしたら先のIV 3で述べた②、③の状況になければならない。もっとも、通常の過剰避難の場合と異なり、行為者の主観が問題となるので、客観的状況が①であったとしても、行為者がその選択肢を認識しえなかった場合には、その選択肢はないものとして扱われるべきである。

ただし、誤想したことに過失がある場合には、過失犯規定が設けられている犯罪類型に関しては、当該過失犯が別途成立することになると思われる。先に挙げた誤想過剰避難の事例に関して、大阪簡裁の場合は、「ただ被告人は、本件の四日前に大阪に出て来たものであり、地理が判らないことや誤想に基づく当時の被告人の心情を考慮すると、被告人に右のような方法をとることを現実に期待することは困難な面があったとみられる」という認定に鑑みると、危難を回避する方法が他にあることを認識できなかった場合と考えられる。

⁵³⁷ 条文上の根拠は、38条2項を経由することが考えられる。たとえば、殺人による誤想過剰避難の場合は、38条2項を適用して、37条2項と199条が適用されることになる。

したがって、過剰避難の規定を適用して刑を減輕したことは是認しうる。

また、東京地判の場合も、行為者の主観において妻が自殺するという切迫した状況であったことを考慮すると、同様にそのような状況にないことの認識はできなかつたとして、刑を減輕したことも、是認しうると思われる。