

タイトル	強制状態における行為(二)
著者	神元, 隆賢; KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究, 48(2): 303-320
発行日	2012-09-30

# 強制状態における行為 (二)

神 元 隆 賢

- 目 次
- I はじめに
  - II 判例の動向（以上、第四八卷第一号）
  - III 学説の状況
    - 一 非行為説
    - 二 違法阻却説
    - 三 責任阻却説（以上、本号）
    - 四 私見
    - IV 強要緊急避難の諸問題
    - V おわりに

## III 学説の状況

以上のように、判例は、強制状態における行為について、緊急避難ないし期待可能性不存在の要件を満たせば、違

法性ないし責任が阻却され不可罰となりうるとの立場を採っているものの、実際に不可罰とした事案はない。一方、学説上は、強制状態における行為は不可罰となりうるとの立場が支配的ではあるものの、その不可罰根拠については、被強要者の身体の動静に意思による支配可能性ないし有意性がないから「行為ではない」とする非行為説、被強要者の行為は緊急避難に該当し違法性が阻却されるとする違法阻却説、適法行為の期待可能性を欠くから責任が阻却されるとする責任阻却説などが対立している。

これらの説は、とくに、被害者が被強要者に対して反撃に出た場合の処理、そして被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者について教唆犯や間接正犯の成立を認めることができるかを巡って争っている。

## 一 非行為説

非行為説は、反射運動、絶対強制下の挙動のような非行為は行為ないし構成要件から排除されるとの前提に立ち、ピストルを突きつけられて文書を偽造するように強制された場合などは、そもそも行為性が否定され処罰されないと主張する<sup>29</sup>。

戦前の学説では、強制状態における被強要者の身体の動静はすべて、行為性が否定され不可罰となるとの主張が見られた。すなわち、「行為ハ任意なる挙動タルヲ要ス。任意ニ非サル挙動ハ之ヲ目シテ行為ト謂フヲ得ス、從テ機械的、生理的又ハ心理的ノ強制ニ因ル挙動ハ行為ニアラス。例ヘハ……他人ノ暴力強制若クハ威迫ニ基ツク挙動ノ如キ是ナリ」<sup>30</sup>などの主張がそれである。さらに戦後は、メツガーの主張を引用して非行為説を主張する論者も現れた。メツガーは、「物理的強制 (vis absoluta)」、すなわち、被強要者が手を強制的に署名するように誘導された場合や、思いがけず他者にショーウィンドウのガラスに突き飛ばされた場合などは、被強要者の身体の動静に行為性がなく、

その動静による刑法的帰責はすべて強制者に向けられるとした。これに対し、「心理的強制 (vis compulsiva)」すなわち、被強要者が従順になるまで長期間殴られ続けて特定の犯罪行為を促され、犯罪行為に出た場合などは、被強要者の身体の動静に行為性があるから、その行為については刑法的な検討の機会が与えられ、ドイツ刑法旧第五二条により犯罪成立が阻却されるのか、それとも強制にもかかわらず犯罪が成立するのかが決定されるとした。<sup>31)</sup> 青柳博士は、このメツガーの主張を引用し、強制が身体に直接向けられたのであれば行為性が否定されると主張したのである。<sup>32)</sup>

以上の非行為説を前提とすると、被害者が被強要者に対して反撃に出た場合はどのように処理されるのか。本説によれば強要者は間接正犯となるから、被強要者の身体の動静は非行為で、被強要者は強要者の道具ということになる。そうすると、被害者の被強要者に対する反撃は、道具自体への反撃と同様に解される。Aが無関係のBの犬をけしにかけてXを襲わせ、Xが反撃してBの犬を殺害した事例について、通説は、犬の所有者が誰であっても、Aの道具として使用されている以上は「不正な侵害」の手段であるから、Xの行為はBの犬に対する正当防衛に該当すると解している。<sup>33)</sup> これに従えば、被害者の被強要者に対する反撃は、正当防衛として第三六条により違法性が阻却されることとなるだろう。

次に、被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうなるか。非行為説によれば、強要者が被強要者に強要して犯罪行為をなさしめた場合には、被強要者が行為性を欠くことから、強要者は間接正犯、被強要者は不可罰となり、被強要者の違法性ないし責任阻却を論じる余地はないことになる。<sup>34)</sup>

もつとも、非行為説には、行為性を否定すべき身体の動静の範囲が必ずしも明確ではない点で疑問がある。メツガーは、「物理的強制」の事例を被強要者の身体に物理的に接触してその身体の動静を強制するものに限定し、それ以外は「心理的強制」として、ドイツ刑法旧第五二条に規定される「強制状態」の問題となとした。一方、わが国で戦前に

見られた非行為説は、身体の動静が「物理的強制」と「心理的強制」のいずれによったとしても、その行為性は否定されると解していた。他方、青柳博士は、メツガーの主張を引用するものの、強制が身体に直接向けられていれば行為性が否定されるとするのみで、必ずしも物理的接触を要求していない。メツガーのいう「物理的強制」は、被強要者及び客体に向けて物理力を行使し、当該物理力をもって被強要者の行為性を失わせ、被強要者の身体を介して客体に物理力を及ぼした場合と言ひ換えることができよう。この場合には、確かに非行為説を採用することについて妥当性がある。しかし、メツガーの主張によれば、強制が被強要者の身体に向けられたものの客体には向けられていない場合、具体的には、被強要者を暴行し、被強要者自身の身体の動静により被害者等の客体を攻撃させた場合などは、おそらくは「心理的強制」に分類されよう。この点で、青柳博士の主張は、「物理的強制」の範囲を、メツガーの主張から大幅に拡大しているのではないかとも思われる。<sup>(35)</sup>

さらに、非行為説によれば、被強要者の行為性が否定されるか否かは強要の程度や内容に左右されるが、強要者によつてなされた強制が物理的接触を伴わず、あるいは物理力が身体または客体に向けられていないものの、被強要者が「やむを得ない」状況に追い込まれ犯罪行為に出た、メツガーのいう「心理的強制」に当たる事例をどのように処理すべきかは、青柳博士の見解によつても不明である。上掲の判例とくに過剰避難を認めた④東京地判平成八年六月二六日に見られるように、強制状態における行為の事案は、実際には「心理的強制」に当たるものがその多くを占めている。被強要者が強要者に腕をつかまれたうえで、強要者に腕を引かれて被害者の首を絞めるなどの「物理的強制」については、行為の選択が不能であるから行為性の喪失を認めうる。しかし、例えば、父親が「Aを殺さなければお前の娘を殺す」と脅迫され、強要者の命ずるままにAを殺害した場合には、父親は娘の生命を犠牲にしてAの生命を救う選択も可能であるから、Aの殺害について意思による支配可能性が完全に失われたとまでは言えないであろう。<sup>(36)</sup>

「心理的強制」について行為性を否定するには、「物理的強制」と同程度に、意思による支配可能性が失われたと解する事情が必要ではないか。

また、本説によれば、行為性を失わない「心理的強制」の場合には、被強要者の行為について刑法的な検討の機会が与えられる一方、強要者の罪責は教唆犯にとどまることになる。もともと、被強要者の行為について違法阻却を認めうるならば、被強要者の規範的障害が発生していないと解し、強要者について間接正犯を認める余地もある<sup>(37)</sup>。あるいは被強要者の違法性が阻却されないならば、強要者については、教唆犯ないし共謀共同正犯の成立を認めることもできよう。

以上から、非行為説は「物理的強制」については妥当するものの、被強要者の行為性の有無のみで強制状態における行為を処理することは困難であると言えよう。「心理的強制」については、必ずしも行為性をすべて否定するのではなく、さらに緊急避難の成否、期待可能性の存否を検討すべきではないかと考える<sup>(38)</sup>。

## 二 違法阻却説

### (一) 一般的違法阻却説

違法阻却説の論者の多くは、例えば「やらなければお前を殺す」と脅迫されて第三者を殺傷した場合には、形式的には、強要者によって惹起された現在の危険に対し、被強要者が自己の生命を保全法益とする避難行為に出たものと解しうるから、緊急避難の要件、すなわち、現在の危険、法益権衡性、補充性、相当性が認められるのであれば、緊急避難の成立を認め、第三七条により違法性を阻却すべきであるとする。後述するように、近年、違法阻却説の内部において、緊急避難の法的性質を可罰的違法阻却と解すべきとする主張があることから、これに対し緊急避難を正当

化事由と解する従来の違法阻却説を、便宜上、ここでは一般的違法阻却説と呼ぶこととする。

わが国では、緊急避難の法的性質については一般的違法阻却説が有力であり、従って強制状態における行為を緊急避難に該当しうるとする論者の多くは本説の立場を採る。<sup>39</sup>これに対し、緊急避難の法的性質について責任阻却説あるいは二分説を採ったうえで強制状態における行為について緊急避難の成立を肯定する論者は、第三七条により違法性ではなく責任の阻却を認めることになる。

一般的違法阻却説を前提とすると、被害者が被強要者に対して反撃に出た場合はどのように処理されるのか。本説によれば、被強要者の強要緊急避難によって法益を侵害されることとなる被害者につき、被強要者の適法行為に対する正当防衛による対抗が認められるかが問題となる。

通説は、緊急避難における避難行為者に対する被害者の正当防衛を認めることには否定的である。すなわち、緊急避難の法的性質につき責任阻却説ないし二分説を採ったならば、例えば、甲が自己の身体の危険を避けるため乙の身体に害を加えようとしたとき、乙は正当防衛として甲を殺してもよいという不都合な結論になるから、緊急避難を一般的違法阻却事由と解する以上は、被害者は避難行為者に対して正当防衛をなしえず、ただ緊急避難のみが許容されるとする。<sup>40</sup>これを前提とするならば、XがAから「銀行強盗をしなければお前の娘を殺す」等と脅迫され、Xが銀行強盗に入った場合についても、銀行側はAに対しては正当防衛による対抗が可能であるものの、Xに対しては緊急避難による対抗のみが許されることになろう。<sup>41</sup>もつとも、被害者が正当防衛と誤信して被強要者に対抗し、緊急避難の法益権衡性や補充性を欠いていた場合には、過剰避難の成立を認めれば良いとする主張もある。<sup>42</sup>これに対し、強制状態における行為について緊急避難の成立に否定的な論者は、「銀行側は、この強盗行為に対して正当防衛も現行犯逮捕もできないことになり、頭のよい犯罪者は自ら手を下さずに強要行為を通じて大金を手に入れることになろう。これ

では、かえって強要行為を助長することになり、強要の被害者を増やすことになりかねない」などと批判する<sup>43)</sup>。

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうか。現在の通説である制限従属性説は、共犯が成立するには、正犯に構成要件該当性及び違法性が認められなければならないとする。従って、一般的違法阻却説により、被強要者について緊急避難による正当化を認めたらば、背後の強要者については、適法な者への関与であるから、制限従属性説により教唆犯の罪責を問うことができないということになる<sup>44)</sup>。これに対し、確かに強要者について教唆犯の成立を認めることは困難であるが、「AがBを支配・利用し、Bは幼年者であるとか精神障害者であつてAの意のままになるとか、BはAの絶対的強制下にあつて道具として支配・利用されている」との関係が認められれば、間接正犯の成立を認めうるとする主張がある<sup>45)</sup>。もっとも、判例・通説は、利用されて適法行為に出た者の道具性を比較的広く認めている<sup>46)</sup>。被強要者が幼年者や精神障害者であつたり絶対的強制下にあるとまで言えなくとも、被強要者の避難行為が適法と云えるのであれば、強要者は構成要件の結果の惹起を支配していると言えらるから、強要者について間接正犯の成立を認めてよいのではないかとも思われる<sup>47)</sup>。

以上の一般的違法阻却説に対し、緊急避難の法的性質をむしろ可罰的違法阻却と解すべきとする学説は、内部において、緊急避難について可罰的違法阻却に加えて一般的違法阻却の余地をも認めるかを巡つて対立がある。

## (二) 違法阻却内部の二分説

違法阻却内部の二分説は、緊急避難による違法阻却は一般的違法阻却と可罰的違法阻却の二つの性質を持つとする。すなわち本説は、民法と刑法のそれぞれの緊急避難の成立範囲の重なり合う場合は正当化される一般的違法阻却と解すべきで、これに対し刑法の緊急避難のみが成立する場合は可罰的違法阻却と解すべきとするのである。民法第七二



○条第一項は、「他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は」、他人に対する反撃のみならず無関係の者の権利を侵害した場合であつても、民法上の正当防衛として「損害賠償の責任を負わない」と規定する。ただし、同項但書は、損害を転嫁された「被害者から不法行為をした者に対する損害賠償の請求を妨げない」と規定する。さらに同条第二項は、「他人の物から生じた急迫の危険を避けるためその物を損傷した場合」すなわち対物防衛の場合について、民法上の緊急避難として「損害賠償の責任を負わない」とする第一項を準用する。しかし、危険の原因となった「他人の物」以外の物や第三者に損害を与えた場合は、刑法上は第三七条第一項の要件を満たす限りは緊急避難として違法性が阻却されるものの、民法上は緊急避難とならず損害賠償の責任を生じることとなる。従つて、危険が他人の不法行為に由来する場合には、他人に対する反撃であれば民法上及び刑法上は正当防衛となり一般的違法性が阻却され、無関係の者への転嫁であれば民法上及び刑法上は緊急避難となりやはり一般的違法性が阻却される。対物防衛の場合には、民法上及び刑法上は緊急避難となり一般的違法性が阻却される。しかし、危険が物に由来し、第三者に損害を転嫁した場合には、民法上は緊急避難とならないが刑法上は緊急避難となるから、刑法上は可罰的違法阻却と解すべきとする。そして危険が他人の適法行為に由来する場合にも、やはり民法上は緊急避難とならないが刑法上は緊急避難となるから、刑法上は可罰的違法阻却と解すべきとする。<sup>50)</sup>

本説によれば、可罰的違法性が阻却される緊急避難、すなわち、物に由来し第三者に損害を転嫁する緊急避難、及び他人の適法行為に由来する緊急避難については、被害者は正当防衛をもつて対抗しうることになる。<sup>51)</sup>もつとも、強制状態における行為は、危険が他人すなわち強要者の不法行為に由来しそれが無関係の被害者へ転嫁されることから、被強要者については民法上の正当防衛が成立する。そうすると、本説によれば、この場合に成立する刑法上の緊急避

難は一般的違法性が阻却される正当化事由であり、従って被強要者に対する被害者の正当防衛は許容されず、緊急避難のみが許容されることになる。以上のように、強要緊急避難に限っていえば、違法阻却内部の二分説の結論は、従来の一般的違法阻却説と異なるものではない。

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうか。本説によれば、被強要者について民法上の正当防衛が成立し一般的違法性が阻却されることにより、強要者は適法行為者に関与したことになるから、制限従属性説を前提とすれば、強要者について教唆犯の罪責を問うことはできなくなる。もつとも、前述したように、被強要者が適法であるが故に規範的障害を生じないことを根拠に、強要者について間接正犯の成立を認めることは可能であろう。民法第七二〇条第一項但書は、不法行為者に対する正当防衛により損害を被った第三者による不法行為者への損害賠償を認めるが、これは、無責の中間者をいわば道具に使っての不法行為と解されるが故である<sup>53)</sup>。従って、刑法上も、被強要者を道具とみなして、強要者について間接正犯の成立を認めることには合理性がある。

### (三) 可罰的違法阻却一元説

可罰的違法阻却一元説は、緊急避難による違法阻却はすべて可罰的違法阻却であるとする。すなわち本説は、危難が物と他人の不法行為のいずれに由来しようとも、損害を転嫁された被害者からすれば一方的に法益を侵害される点で変わりはなく、いずれも正当化することができなかつたうえで、刑法第三七条第一項の要件を満たし緊急性・補充性を肯定しうる刑法上の緊急避難が成立する場合には、社会侵害性がないことを根拠に、常に可罰的違法性が阻却されると主張するのである<sup>54)</sup>。これに従えば、強要緊急避難による行為はすべて、刑法上は可罰的違法性が阻却されるが、一般的違法性は阻却されないから、被強要者に対する被害者の正当防衛は常に許容されることになる<sup>55)</sup>。もつと

も、可罰的違法阻却一元説に立つても、保全法益が著しく大きい緊急避難行為に対しては正当防衛の相当性要件が充足されず、結局、後述する可罰的違法阻却中心の二分説同様、正当防衛は否定されるとの指摘もある<sup>(55)</sup>。

本説に対しては、危難が他人の不法行為に由来しそれを避難行為者が無関係の者へ転嫁する強要緊急避難の事例について、民法上は第七二〇条第二項により明確に正当化されるのに、刑法上は何故、一般的違法性が残存すると解されねばならないかとの批判がある<sup>(56)</sup>。民法と刑法の違法性概念を統一したうえで刑法の謙抑性を考慮し、民法や労働法上適法ならば刑法上も適法であり、これに対し民法や労働法上違法で刑法上も違法であるが、可罰的違法性が阻却されることはあるとする、いわゆるやわらかな違法一元論<sup>(57)</sup>によれば、民法第七二〇条第二項を適用できないが刑法第三七条第一項を適用できる緊急避難については、一般的違法阻却ではなく可罰的違法阻却と解されることとなる<sup>(58)</sup>。しかし、強要緊急避難では民法第七二〇条第一項が適用され民法上の違法性が阻却されるから、刑法上もまた、可罰的違法阻却ではなく一般的違法阻却が認められてしかるべきではないかとも考えられよう。

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうか。本説によれば、強要者については、一般的違法性が残存する被強要者への関与者として、教唆犯の罪責を問うことが可能となろう。しかし、被強要者に一般的違法性が残存する以上は、被強要者について規範的障害を生じることになると解さざるを得ない。そうすると、強要者について間接正犯の成立を認めることは困難となってしまう。

#### (四) 可罰的違法阻却中心の二分説

可罰的違法阻却中心の二分説は、緊急避難による違法阻却は原則として可罰的違法阻却であるが、保全法益の優越が著しい場合には一般的違法性が阻却されるとする<sup>(59)</sup>。すなわち本説は、保全法益の優越が著しい場合の避難行為につ

いて、優越的利益の原則による正当化を認める一般的違法阻却説の主張を、「衝突する利益、特に関係する法益とそれに差し迫った危険の程度を衡量し、保全しようとした法益が侵害される法益に本質的に優越する場合には、違法性が阻却される」と規定する。「正当化される緊急避難」に関するドイツ刑法第三四条を参照して肯定する一方、保全法益の優越が著しいとは言えない場合の避難行為については、「責任が阻却される」と規定する。「免責される緊急避難」に関するドイツ刑法第三五条に倣い正当化は放棄するものの、犯罪成立阻却の根拠を責任阻却ではなく可罰的違法阻却に求めた見解と見ることができよう。本説によれば、強要緊急避難では民法第七二〇条第一項が適用され民法上の違法性が阻却されるが、刑法上は避難行為者の保全法益が著しく優越するか否かにより一般的違法性と可罰的違法性のいずれが阻却されるのが変化し、従って被害者は、被強要者に対しては、保全法益が著しく優越する場合には緊急避難、そうでない場合には正当防衛により対抗しうることになる。保全法益が著しく優越しない場合は、刑法上は一般的違法性が残存するにもかかわらず、民法上の不法行為は成立しないことになるが、本説の論者は、民法上も違法だ  
 が免責されると考える余地があるから、必ずしも違法の統一性を破ることはない<sup>⑥</sup>と主張する。

本説に対しては、わが国はドイツ刑法第三四条のような明文規定を持たないから、正当化される緊急避難を敢えて認める必要はないとの可罰的違法阻却一元説からの批判がある<sup>⑦</sup>。本説に限らず、二分説の論者の多くは、保全法益が著しく優越する場合と優越しない場合とで犯罪成立阻却の根拠が異なることを肯定しており、このことは、「保全しようとした法益が侵害される法益に本質的に優越する場合に、違法性が阻却される」と規定するドイツ刑法第三四条の解釈が、わが国の緊急避難の解釈に大きく影響していることを示すものと言えよう。しかし、そもそもわが国の刑法第三七条第一項は、「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場合に限り、罰しない」と規定するのみであるから、保全法益が「著しく」優越するか否かで異なつた法的効果を導く見解は、少なくともわが国の

刑法典においては合理性を認めることができないのではないかとも思われる。

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうか。本説によれば、被強要者の保全法益が侵害法益に著しく優越するかで結論が異なる。すなわち、保全法益が侵害法益に著しく優越する場合には、被強要者の行為は適法行為であるから、これに対する強要者の教唆犯は成立せず、さらに本説の論者は適法行為者に対する間接正犯に否定的であるから、結局は強要罪のみが成立する。一方、保全法益が著しく優越しない場合には、一般的違法性が残存する被強要者への関与者である強要者について、強要罪に加えて教唆犯の罪責を問うことが可能となるが、被強要者には一般的違法性が残存するから、可罰的違法阻却一元説と同様、強要者について間接正犯の成立を認めることは困難となる。これにつき、本説の論者は、そもそも強要者を間接正犯とする構成は、正犯性の基準が不明瞭で、自手犯、身分犯の処理に支障を来すから、被強要者に行為性がある限りは間接正犯の問題とすべきではないと主張している<sup>(64)</sup>。もつとも、本説の結論には疑問もある。本説によれば、強要者が被強要者の生命に対する危険を生じさせて被害者を負傷させた場合には、保全法益が著しく優越することから強要者は強要罪の罪責に問われ、被強要者の身体に対する危険を生じさせて被害者を負傷させた場合には、強要罪より重い傷害罪の教唆犯の罪責に問われることになる。すなわち、侵害法益が比較的小さい法益である場合には、強要者は生命などのより大きな法益に対する危険を生じさせることで、その罪責を軽くすることが可能となってしまうのである。これに対し、一般的違法阻却説や違法阻却内部の二元説では、強要者について適法行為を利用した間接正犯を認めるから、右のような不均衡は生じない。上述したように、民法第七二〇条第一項但書は、被害者から強要者への損害賠償について、無責の中間者をいわば道具に使つての不法行為と解するが故に肯定しているが、刑法上も同様に、道具性を肯定する余地を認めてよいように思われる。さらに、民法第七二〇条第一項但書による損害賠償額は保全法益ではなく侵害法益に基づいて算定されるから、保全

法益の大小は、少なくとも被害者との関係では強要者の民法上の違法性の大小には関わらない。もつとも、被強要者との関係では、大きな法益に対する危難を生じさせた強要者の民法上の違法性は当然に大となる。そうすると、強要者が被強要者に対し生命に対する危難を生じさせて被害者の身体法益を侵害させた場合には、刑法上は強要罪にとどまるのに対し、被強要者に対し身体に対する危難を生じさせた場合には、民法上の違法性は被強要者に対する関係で小さいにもかかわらず、刑法上は強要罪と教唆犯が成立し重く処罰される不均衡を生じることになる。民法と刑法の違法性について、このような差異を生じる根拠を見いだすことは困難であろう。

### 三 責任阻却説

責任阻却説は、違法阻却説を批判したうえで、強制状態における行為については、期待可能性を欠くことによる責任阻却が認められるに過ぎないとする。この立場の論者は、緊急避難の法的性質について責任阻却説あるいは二分説を採ったうえで緊急避難の成立を認めるものと、強制状態における行為について緊急避難の成立自体を否定ないし格別肯定せずに期待可能性の不存在による責任阻却を認めるものとに分かれる<sup>66</sup>。上述したように、ドイツ刑法では、「保全しようとした法益が侵害される法益に本質的に優越する場合に、違法性が阻却される」とする「正当化される緊急避難」に関する第三四条と、「免責される緊急避難」に関する第三五条の二つの緊急避難規定が置かれている。わが国の責任阻却説は、強制状態における行為について、ドイツ刑法であれば第三四条ではなく第三五条が適用されるとする立場と見ることができよう。

責任阻却説の論者の多くは、強制状態における行為については、被害者には危険を甘受する義務がなく、被強要者に対する正当防衛が許容されなければならないとして、強要緊急避難による違法阻却を否定する。強要者自身が犯罪



行為に出たのであれば、被害者は当然に正当防衛行為に出ることが許容される。しかし、強要者が被強要者を用いて犯罪を実現しようとした場合に、このような事情で被害者の法的地位が崩されるのは不合理だといえる。<sup>(67)</sup>

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者の罪責はどうか。

メツガーは、ドイツ刑法旧第五二条が適用される強制状態における行為について、「とうてい適法とはいえないこれらの行為は、責任阻却事由に該当するが故に責任を欠く。これを疑う余地はない。なぜなら、暴行や脅迫は違法であり、外部に向けられた客観的違法性も軽減されず、それ故に強要者は間接正犯として処罰されるのである」とし、<sup>(68)</sup>違法阻却説については「この見解は、もはや説得力があるとは言えない。なぜなら、強要者は共犯としても間接正犯としても処罰され得ないからである（というのには、強要者が実行させたことはまさに「適法」だからである）。<sup>(69)</sup>」と批判している。違法阻却説によれば被強要者は適法行為者となるから、適法行為を実行させた強要者は、制限従属性説を前提とするならば、共犯としてはもちろん間接正犯としても処罰されないことになってしまう。それ故、強要者の違法が、やはり違法となるが責任が阻却される被強要者を介して外部に向けられたと解することで強要者を共犯や間接正犯として処罰しうる、責任阻却説が優れているというのである。もつとも、メツガーは上記のように、当初は適法行為を利用した間接正犯の成立を否定していたものの、後に肯定に転じている。<sup>(70)</sup>

わが国でも、メツガーの見解を引用したうえで、官憲を欺罔して無実の者を真犯人と誤信させ、これを捕らえさせた場合、背後者には逮捕、監禁につき適法行為利用の間接正犯が成立するとし、「直接行為者の可罰性の判断に際しては、事前判断によってその違法性を否定するにも拘わらず、背後者との関係において同じ行為に事後的違法の観点を導入するのは、一貫性に欠けよう。それ故、背後者が間接正犯である場合には、違法阻却説によってもその可罰性を肯定し得ることになり、メツガーの所説を責任阻却説の根拠とすることはできない<sup>(71)</sup>」ものの、適法行為の教唆犯は、

制限従属性説のもとでは違法阻却説によって処罰することができないから、「背後者が教唆犯でしかあり得ない場合、その可罰性は責任阻却説によつてのみ導き得る」との主張がある<sup>(72)</sup>。もつとも、近年主張されている上述の可罰的違法阻却一元説、あるいは可罰的違法阻却中心の二分説によつても、強要者を教唆犯とすることは可能である。一方、責任阻却説（及び可罰的違法阻却一元説、可罰的違法阻却中心の二分説）によるならば、強要者について間接正犯の成立を認めることは困難となろう<sup>(73)</sup>。メツガー自身が改説したように、わが国の現在の判例・通説は適法行為を利用した間接正犯を肯定しているが、被強要者の避難行為を違法と解するならば、被強要者には規範的障害が発生することになるからである。

注

- (29) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』（一九六五年）六八、七六頁、船山泰範『刑法学講話〔総論〕』（二〇一〇年）八五頁。
- (30) 山岡萬之助『刑法原理』（訂正増補第一五版・一九二三年）一二六頁。
- (31) Edmund Mezger, *Stratfrecht I, Allgemeiner Teil*, 8, *neubearbeitete Aufl.* (1958), § Rdn. 23; Mezger/Hermann Biei, *Stratfrecht I, Allgemeiner Teil*, 13, *neubearbeitete Aufl.* (1968), § Rdn. 24.
- (32) 青柳・前掲書七七頁注1。
- (33) 平野・前掲書三三二頁。
- (34) 橋田久「強制による行為の法的性質（一）」法学論叢一三一巻一号（一九九二年）一〇〇頁参照。
- (35) なお、橋田・前掲論文（一）九五頁注八。
- (36) 橋田・前掲論文（一）九二頁。
- (37) 橋田・前掲論文（二）一〇〇頁は、行為性が肯定される場合であっても、「規範的にはやはり同様に、被強要者は背後者の意の儘に操られていると見ることができるとする」。
- (38) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第四版・二〇〇八年）四七六頁、木村・前掲書三三〇頁注1。



- (39) 山口・総論一四一頁、林・総論二〇〇頁、大谷・前掲書二九九頁、高橋・前掲書二九六頁、伊東研祐『刑法講義総論』(二〇一〇年)二〇七頁、奥村正雄「強要による緊急避難」清和法学研究第六卷二号(一九九九年)一七一、一七四頁、大沼・前掲論文一一六頁、浅田・総論二五一頁(違法阻却中心の三分説)。
- (40) 団藤『刑法綱要総論』(第三版・一九九〇年)二四六頁。
- (41) 山口『問題探究刑法総論』(一九九八年)一一一頁、高橋・前掲書二九六頁、奥村・前掲論文一七五頁。
- (42) 大沼・前掲論文一一八頁。
- (43) 松宮「橋田久」強制による行為の法的性質(一)(二)完「書評」法律時報六八巻八号(一九九六年)九六頁。
- (44) 奥村・前掲論文一七三頁。
- (45) 奥村・前掲論文一七三頁。
- (46) 大判大正一〇年五月七日刑録二七輯二五七頁、最決平成九年一〇月三〇日刑集五一巻九号八一六頁、大谷・前掲書一四七頁、西田・総論三三一頁、山口・総論七三頁。
- (47) 大沼・前掲論文一二七頁。
- (48) 加藤一郎『不法行為』(増補版・一九七四年)一三六頁、幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(一九九三年)一〇一頁。
- (49) 幾代・前掲書一〇二頁、川井健『民法概論四債権各論』(二〇〇八年)四二九頁。なお、加藤・前掲書一三七頁は「あまり合理性がなく、(立法論として)民法でも免責を認めるべきであろう」とする。平井宜雄『債権各論II不法行為』(一九九二年)九七頁は「正当防衛と比較してバランスを失するのを免れず『準用』の趣旨にも合致しない。解釈論としては、……法益均衡の要件を加重することにより、(民法第七二〇条第二項を)『其物』以外にも類推適用するというような方向が模索されるべきである」とする。鈴木祿弥『債権法講義』(四訂版・二〇〇一年)二七頁は、甲の飼い犬に咬まれそうになった乙が、甲に属する他の物の毀損によって避難した場合に、第七二〇条第二項が適用されず乙が損害賠償義務を負うのは妥当でないと、乙が、甲に属する他の物の毀損によって避難した乙に対する不法行為責任を生じさせないような事情がある場合でも、なお客観的には甲の乙に対する違法な行為であるから、乙の行為は、正当防衛になる、と解すべきである」とする。
- (50) 曾根・前掲書一一二頁。
- (51) 曾根・前掲書一一二頁。
- (52) 幾代・前掲書一〇三頁注二。

- (53) 生田勝義「緊急避難の法的性質について―可罰的違法阻却説の展開―」大野眞義先生古希祝賀『刑事法学の潮流と展望』(二〇〇〇年)一七五頁。なお、林・総論二〇七頁。
- (54) 林・総論二一〇頁。もっとも、林「刑法の現代的課題」(一九九一年)一一〇、一一二頁注二五は、「AがBを『殺す』と脅してCの物を毀させたような場合……、適法行為(あるいは少なくとも可罰的に違法とはいえない行為)を利用する違法行為と認めることができる。」としたうえで、「この場合はBの行為には違法性を阻却する緊急避難を認めるのが通説であるように思われる……。しかしこの場合、Aに対してはCの正当防衛を認めるべきだが、Bに対しては認めるべきではないであろう。その意味で、Aの行為は違法だが、C(原文ママ。B?)の行為は適法と考えるべき」とする。
- (55) 井上・緊急行為論二二三頁注一四六。
- (56) 井上・緊急行為論一三頁。
- (57) 佐伯・前掲書二二四頁、団藤・前掲書一九三頁、井田・前掲書二五三頁、曾根・前掲書九二頁、林・総論二二四頁。
- (58) 前田・前掲書八八頁注六。
- (59) 井上・緊急行為論六八頁。浅田・井田編『新基本法コンメンタール刑法』(二〇一二年)一〇五頁(井上)は、保全法益が侵害法益を「圧倒的に上回る」場合に一般的違法性が阻却されるところとする。なお、林・総論二〇七頁以下は、「刑法上の緊急避難に当たるとして無罪の判決を受けても、民事上の損害賠償責任を免れることができない……。このように、違法性が阻却されるのは、可罰的違法性が阻却されるに過ぎず、完全に適法になるわけではないとすれば、これに対する正当防衛は可能と解することができるであろう」としたうえで、緊急避難において保全法益が侵害法益を上回る場合に違法性を、同価値である場合に責任を阻却すべきとする二分説に対し、「違法阻却の原理が『優越的』利益の保護にあるとすること自体、問題があるのであり、『同等』の利益を保全しているのであれば、少なくとも可罰的違法性を欠くと思われる」とする。可罰的違法性阻却一元説による主張のようにも思われるが、民法上の緊急避難に言及している点、「同等」の場合に可罰的違法性が阻却される点から、違法阻却内部の二元説、あるいは保全法益が侵害法益を上回る場合には一般的違法性が、同価値の場合には可罰的違法性が阻却されるとする主張と見る余地もあろう。
- (60) 井上・緊急行為論六八頁。
- (61) 生田・前掲論文一七七頁。
- (62) 井田・前掲書三〇一頁、山中・前掲書五一八頁。
- (63) 井上・緊急行為論二二七頁。

- (64) 井上・緊急行為論二三七頁。
- (65) 井田・前掲書三〇六頁(緊急避難の法的性質につき責任阻却説を基本とするが、著しい保全法益の優越がある場合に限り、違法性が阻却され被害者は正当防衛による反撃が許されないとする)。
- (66) 小野清一郎『刑法講義総論』(新訂増補・一九五〇年)一六七頁、団藤・前掲書三二七頁注一、大塚・前掲書四七六頁、木村・前掲書三三〇頁注二、橋田・前掲論文(一)一〇七頁(緊急避難の相当性の要件を満たさないとする)、堀内捷三『刑法総論』(第二版・二〇〇四年)一七五頁(義務の衝突の問題であるとする)、松宮『刑法総論講義』(第四版・二〇〇九年)一五九頁(緊急避難の成否は社会連帯という観点から判断すべきで、強制状態における行為については被害者の法益と被害者の法益が二律背反の関係にあるとは言えず、従って社会連帯は認められず「緊急避難に当たらないといわざるをえない」が、「三七条一項本文による可罰的違法性阻却や、三七条一項ただし書きによる刑の免除が前提とする責任阻却まで否定されるとはいいきれないであろう」とする)。
- (67) 橋田・前掲論文(一)九二頁。
- (68) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3.unveränderte Aufl. (1949), S. 366.
- (69) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, S. 366 Fn. 9.
- (70) Mezger, LK, 8. Aufl. (1957), §47 Anm.9b; Mezger, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., § Rdn. 87.
- (71) 橋田・前掲論文(一)一〇一頁。
- (72) 橋田・前掲論文(一)一〇〇頁。
- (73) 松宮・総論二五七、二五八頁は「適法行為を利用しても適法ではないか」としたうえで、緊急避難が必ずしも完全な違法阻却事由とは言えないこと等を根拠に、強要者について間接正犯の成立を否定する。なお、井田・前掲書四四九頁は、「被利用者による正当防衛行為または緊急行為を利用する場合……強制や錯誤の利用等、背後者の正犯性を基礎づける特別の事情がある場合を除いては、間接正犯を認めることはできないと思われる」とする。
- (74) 大判大正一〇年五月七日刑録二七輯二五七頁、団藤・前掲書一六〇頁、大塚・前掲書一六三頁、福田平『刑法総論』(全訂第五版・二〇一一年)二六七頁、佐久間・前掲書八三頁、大谷・前掲書一四七頁、西田・総論三三一頁、山口・総論七三頁、西原春夫『刑法総論』(一九八七年)三一頁、曾根・前掲書三三八頁、高橋・前掲書三九九頁。これに対し、香川達夫『刑法講義(総論)』(第三版・一九九六年)三六二頁、浅田・総論四三四頁は反対。平野・前掲書三六二頁は「適法行為を利用した間接正犯も不可能ではないであろう」とするが、具体的事案について間接正犯の成立を認めることには消極的である。