

タイトル	正当化緊急避難(1)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 48(2): 281-302
発行日	2012-09-30

# 正当化緊急避難 (1)

吉  
田  
敏  
雄

正当化緊急避難 (1)

I 目次

緊急避難の基本思想

1 法哲学的回顧

2 法規定

3 学説の状況

4 緊急避難の根拠

1 日本

2 ドイツ

3 オーストリア

4 スイス

a 違法性阻却一元説

b 責任阻却一元説

c 二分説

d 原則・責任阻却事由説

a 原則・違法性阻却、例外・責任阻却事由説

4 緊急避難の根拠

b 原則・責任阻却、例外・違法性阻却事由説

a 正当化緊急避難

b 免責緊急避難

## I 緊急避難の基本思想

1 法哲学的回顧 正当防衛を基礎付ける基本思想は自己保護と法確証であり、正当防衛が違法性阻却事由であることはいわば当然のことと考えられてきた。しかし、違法な侵害を前提とする法確証は緊急避難とは無縁のものである。ここに違法な侵害行為に向けられない避難行為の法的性質の解明が必要とされるのである。緊急避難は古典ギリシアの時代から哲学者の関心を惹いてきた。近代に至って、この問題を取り上げたのがドイツ観念論哲学である。カント（一七二四～一八〇四）は緊急避難が正当防衛とは異なった法的性質を有することを認識し、その著『人倫の形而上学』の「法論の序論」で「緊急権 (Ius necessitatis)」について、「カルネアデスの板」の事例を引いて、次のように論じた。<sup>1)</sup>人の生命が失われるという緊急事態において問題になるのは、自分の生命に不当な攻撃を加える他人の生命を奪うことによって、自分の命を守る (Ius inculpatae tutelae: 正当防衛権) ということではない。「船が難破したときに、同じように生命が危険に晒され、助かろうとして板切れにしがみついている人を突き落とし、自分が助かるうとする、そういう人を死刑に処すべしとする刑法はありえない。というのも、法律が威嚇する刑罰は、その人の生命が奪われる刑罰より大きいことはありえないだろうからである。そのような刑法には、意図した効果はまったくありえない。なぜなら、不確実でしかない害悪（裁判官の判決による死）による威嚇が、確実な害悪（すなわち溺死）に対する恐怖を凌ぐことはできないからである。したがって、暴力によって自己保存をはかる行為は、罪を問えない (inculpabilis) のではなく、罰しえない (impunibilis) と考えられるべき」である。カントは、古くからの自然法の伝統と決別して、「衡平」と並んで「緊急権」をどちらにも二義的であるとして、「道徳形而上学」の「本来の法論」からより分け、これらが法論に影響を与えることを断ち切り、「緊急権」と呼ばれているものは「思い込まれた権利 (ver-

meintes Recht) にすぎず、「緊急権」というのは「法論の自己矛盾」を含んでいる、というのは「不法を適法とするような緊急事態はありえない」と論ずるのである。カントは生命対生命が衝突している場合には正当化を否定して、心理的強迫を理由とする「主観的不処罰」を認めたのである。これが後に免責緊急避難への道を開いたのである。<sup>(2)</sup>

カント学説は後にフォイエルバッハ(一七七五〜一八三三)の刑法学説に影響を及ぼした。刑法というのは将来の害悪を表象させることによって熱望する能力に働きかけ、行為を行なおうとするその能力を妨げるためにあるとするなら、抑えきれないほど強い動機が立ちただかるとき、刑法は無力たらざるをえない、したがって、「人は刑罰害悪に等しいか、又は、これを超える、ある種のそして現在の害悪によって犯罪へと駆り立てられるとき」、可罰性は否定される<sup>(3)</sup>。フォイエルバッハは緊急避難を責任能力(Zurechnungsfähigkeit)の問題として捉えていたが、その後、その心理強制説の後退と規範的責任論の勃興により、フォイエルバッハの主題は期待可能性の問題として扱われるようになるのである。<sup>(4)</sup>

カントよりも先に進んで、緊急避難を後に「法的に自由な領域」と呼ばれることになる観点から捉えるのがフィヒテ(一七六二〜一八一四)であった。フィヒテは、カルネアデスの板を論評して、「他人の生命を自分の生命にささげるべしとする実定法は存在しない。しかしそれでも違法ではない。すなわち、自分の生命を犠牲にして他人の生命を維持すべしとの他人の実定法上の権利と争っているのではない。というのは、この場合、法というのはそもそも問題とならないからである。自然は二人の生きる権利を撤回したのである。すなわち、判断は身体的強さ、恣意に帰する」と論ずる。フィヒテは、緊急状況においては、法はその命令・禁止を撤回し、判断を個々人の良心に委ねたのである。<sup>(5)</sup>

これに対して、緊急避難を違法性阻却事由と捉える道を開いたのはヘーゲル（一七七〇～一八三一）である。その『法哲学講義』においては、生命対生命につき、「カルネアデスの板」を例に、フィヒテに依拠しようではあるが、「しかしこの一人の人間の、生命の自由への絶対的な要求に対して他人の権利の特殊性は消滅します。もしも両者が生命の危険にあり、そして一人のものだけが板につかまることができるとすれば、ここでは法喪失の状態であり、そして主観的な感情に決定がゆだねられます。ここではもはや法と不法とが問題ではなくて、高潔な心のみが問題です。なぜなら人間の全体の外面的な定有は偶然性の事柄であるので、この事例が現れうるのです」と論じられている。<sup>(6)</sup>これに対して、一五三二年のカロリナ刑事法典第一六六条に定められていた飢餓窃盗につき、その著『法哲学』において、次のように論じられている。<sup>(7)</sup>「自然的意志のいたたくもろもろの関心がその単一な総体性へと総括される場合、それらの関心の特殊性は、生命としての一定の人格的存在である。この生命が最高度の危険に瀕して、他人の合法的な所有と衝突するときには、この生命は緊急避難権を（衡平としてではなく、権利として）要求することができる」。127の補遺（緊急避難権）「生命は諸々の目的の全体性であつて、それだけに抽象的な権利に反する権利ももっている。たとえば、一片のパンを盗むことで生命が永らえるとすれば、盗むことでたしかに一人の人間の所有は毀損されるが、この行為を普通の窃盗と同列に見ることは正しくないだろう。生命の危機に瀕した人間が、自己を保存すべく振る舞うことも許されるべきではないとすれば、彼は無権利な人間と決めつけられたことになり、加えて彼には生きることも認められないのだから、彼の自由の全体が否認されることになる。生命を確保するためにはもちろん多くのものが必要であり、そして将来のことまで考えれば、われわれはこれらの個々の事柄に関わらなければならぬ。しかし、必要なことはもっぱらいまを生きることである。将来は、絶対的なものではなく、偶然性にゆだねられた状態にある。それゆえに、目前の現在の必要だけが、不法な行為を正当化するのである。というのは、こ

の不法な行為を實行しないならば、また一つの、しかも最高の不法を犯すことになるだろうからである。すなわち、自由の定在の全面的否定が生じるからである。ヘーゲルは、生命と所有権の衝突事例を基に、「緊急権」を法論からよりのけることに反対し、法へ引き戻したのである。生命の危うい状況にある者は他人の所有物を侵害しても、それは緊急権の行使として正当化される。「生命が獲得したこの権利は、緊急権(Notrecht)です。ここで要求されるのは、<sup>(8)</sup> 衡平ではなく一つの権利です。権利能力の総体が危機に陥った時、その時にのみこの緊急権が要求されるのです」。その後、ヘーゲルの理論は、生命対所有権に限定されず、一切の法益衝突に拡張されることとなり、しかも、この傾向は功利主義的観点から促進されることになった。<sup>(9)</sup>

カントとヘーゲルの思想は、二〇世紀にいたるまで一元説という形でドイツ語圏刑法学に大きな影響を及ぼした。すなわち、緊急避難を専ら免責事由と捉えるか、<sup>(10)</sup> あるいは、正当化事由と捉える説が展開された。<sup>(11)</sup> しかし、既に二〇世紀初頭に、正当化緊急避難と免責緊急避難を分ける二分説も有力に主張されるようになった。<sup>(12)</sup>

## 2 法規定

a 日本 我が国の旧刑法第七五条は、「①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族ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為亦同シ」と定めていた。現行刑法第三七条は、「①自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、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場合に限り、罰しない。ただし、

その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。②前項の規定は、業務上特別の義務ある者には、適用しない」と定めている。「刑法改正政府提案理由書」によると、現行規定への改正の趣旨は、①第七十五条第一項は、自由を喪失した場合の規定であるが、意思の自由を責任の根拠と為すや否やは学説に譲るべきであり、又、有形の強制に因る動作は人の行為ではないことが明白であるから、これを削除すべきである。②第七十五条第二項は、攻撃されたものを「自己若クハ親族ノ身体」に限定しているが、自己又は他人の貴重な権利である生命、身体、自由及び財産まで保護を広げるべきである。③同条項は、危険を天災又は意外の変に因る危険としているが、こうした例示的の文字は無用であるから、「現在ノ危険」と為し、語を簡約にし、かえってその意義を明確にすべき。④第七十五条は、危険を防衛する行為は常に罪にならないとしているが、権利保護の必要に出た行為であっても、「其行為ヨリ生シタル害避ケントシタル害ヨリモ大ニシテ畢竟保護セントシタル権利ニ比スハハ却テ重大ナル他人ノ権利を害シタル場合ニ於テハ其行為ヲ罪ト為ササレハ遂ニ其弊ニ堪ヘサルニ至ルヘキヲ以テ」、裁判所に攻撃された権利と侵害された権利を比較させ、それによって無罪又は刑の減輕、免除あるいは有罪が可能になるようにした。⑤第七十五条には職務上他人を救護すべき特別の義務ある者についての規定を欠くため、「往々危険ナル場合」を生じないとはいえないので、第三十七条第二項を設けた。

b ドイツ 一五三二年のカロリナ刑事法典第一六六条（飢餓窃盗）はその後の一般的緊急避難規定の開發のための糸口となる特殊の緊急避難規定を定めていたし、普通ラント法第一一五条は身体、生命の危険を救うための物の窃盗において恩赦が可能であることを定めていたが、一八七一年のドイツ帝国刑法典は、一八五一年のプロイセン刑法典第四〇条と同じく、第五二条（強要緊急避難）「抵抗しがたい暴行又は脅迫」、第五四条（行為者又は親族の生命

又は身体に対する危難」で行為者の特別の精神的窮地の場合の免責緊急避難しか定めていなかった。正当化緊急避難の規定は一九七五年一月一日施行の現行刑法を待たねばならなかったのである。それまでは、民法第二二八条（物に対する防禦的緊急避難）、同第九〇四条（攻撃的緊急避難）の規定しがなく、刑法の一般的正当化緊急避難規定が必要であることが認識されていた。このことが**目的説**と**法益衡量説**の展開に繋がったのである。前者は、避難行為が法的に承認された目的を達成するための相当な手段であるとき、その違法性は阻却されるべきと説き、<sup>14</sup>後者は、法益を侵害しても、その方法でしか優越的法益を救助できない場合はその違法性は阻却されるべきと説いた。<sup>15</sup>ライヒ裁判所は一九二七年に、医師が妊婦の自殺を回避するために妊娠中絶手術を行なったという事案において、後者に組して「超法規的正当化緊急避難」を承認したので（RGSt 61, 242）、法益衡量説が一九六〇年代まで有力説となった。その後、刑法新総則の準備作業過程で、法益衡量、つまり、衝突する法益間の抽象的序列比較よりも広く、あらゆる保護に値する利益を考慮する**利益衡量**の重要性が認識されるようになったのみならず、避難行為の相当性も取り上げられるにいたり、目的説も補充的に新規定に取り入れられた。<sup>16</sup>一九七五年のドイツ刑法は緊急避難を違法性阻却事由と免責事由に分けている。第三四条（正当化緊急避難）「生命、身体、自由、名誉又はその他の法益に対する他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険の中で、自己又は他人をその危険から避けるため、行為を行なった者は、対立する利益、殊に当該法益とそれを脅かしている危険の程度とを衡量し、保護された利益が侵害された利益をはるかに超えているときは、違法に行為をしたものとはならない。ただし、その行為が、危険を回避するために適切な手段である場合に限る」。第三五条第一項第一文（免責緊急避難）「生命、身体又は自由に対する他の方法をもってしては回避することのできない現在の危難の中で、自己、親族又はその他の自己と密接な関係にある者その危難から回避させるために、違法行為を行なった者は、責任なく行為したものである」。ドイツの免責緊急避難規定には、オース



トリア刑法のそれと異なり、一般的免責事由としての法的に思考する比較人を規準とする期待不可能性が欠如している。

c オーストリア オーストリア旧刑法第二条第一項の定める「抵抗しがたい強制」は免責緊急避難と理解されていた。しかし、一九五二年にリットラー<sup>(17)</sup>が、一九五九年にはブラツグマー<sup>(18)</sup>が正当化緊急避難と免責緊急避難に分けるべきことを説いていた。オーストリア高等法院 (St 29/83) も、一九五八年に法に誠実な比較人という規準からの免責にだけ期待不可能性を割り当てることよって、二分説に組した。その後、刑法改正作業の過程でも正当化緊急避難と免責緊急避難を分けるのが適切だという認識が支配的になり、現在では、前者の明文の規定は存在しないものの、二分説が通説となった。一九七五年の刑法第一〇条はそれまで一般的超法規的免責事由だった期待不可能性を明文化した。第一〇条第一項(免責緊急状態)「自己又は他人の急迫した著しい不利益を回避するため、刑を科されている所為をなした者は、その所為から生じる虞のある損害がその回避しようとした不利益より不相当に重くなく、かつその行為者の状態にあれば、法律上保護された価値と結ばれている者からも他の行動を期待できなかった場合には、これを免責する」。注目に値するのは、ドイツ刑法第三五条とは異なり、「他人」の法益を保全するために為される避難行為も免責されることである。正当化緊急避難は、法全体からの類推によって基礎づけられている(超法規的正当化事由)。「正当化事由のすべてが諸々の法律において明文化されているわけではない。特に、法益衡量の視点からの正当化(正当化緊急避難)は法律のどこにもまともった形で規定されておらず、法類推によってしか導出できない<sup>(19)</sup>」。

d スイス スイス刑法旧第三四条は通説・判例によって正当化緊急避難と免責緊急避難の双方を区別することな

く規定しているものと理解されてきた。保全利益が侵害利益に優越していると明確にいえないうとき、免責緊急避難の成否が問題とされた。<sup>(20)</sup>二〇〇七年一月一日施行の新総則はこれを明文をもって分けた。第一七条(正当化緊急避難)

「自己又は他人の法益を他の方法では回避できない急迫の危険から救うために、刑を科せられている所為を行なう者は、それによってより価値の高い利益を保護するとき、適法に行為をしている」。第一八条(免責緊急避難)「(1)自己又は他人を、身体、生命、自由、名誉、財産又はその他の価値の高い法益に対する他の方法では回避できない急迫の危険から救うため、刑を科せられている所為を行なつた者は、この者に危険に晒された法益を放棄することが期待できたとき、刑を減輕される。(2)行為者に危険に晒された利益を放棄することが期待できなかつたとき、行為者は責任なく行為したものである」。第一七条は保全法益が侵害法益に優越すること、そうでない場合は、避難行為は違法であることを定める。第一八条は、保全法益と侵害法益が同等であるか、後者のほうが高いとき、避難行為は違法であるが、期待可能性の観点から責任阻却か刑の減輕を定める。いずれにせよ、保全法益の価値の高いことが要求されている。<sup>(21)</sup>

3 学説の状況 我が国における緊急避難の法的性格に関する学説は、違法性阻却一元説、責任阻却一元説、二分説(二元説)及び刑罰阻却事由説に大別される。

a 違法性阻却一元説 正当化原理としての「優越的利益の原則」から、「社会全体の立場から見れば、二つの法益のいずれかが失われざるをえないときは、誰の利益であれ、少しでも大きな利益が保存されることが望ましい」、現行法は保全法益と侵害法益が同じであつても処罰しないとしているが、「これはかなり割り切つた『社会的な考え方』<sup>(22)</sup>だとか、緊急避難は「その前提要件に於て自己又は『他人』の生命乃至財産に対する現在の危険のあることを以て足

り、其の避難行為につき法益の権衡を必要とする規定から推測して、……行為の違法性そのものを阻却すると考えるを得ない<sup>(23)</sup>と論ぜられる。

違法性阻却一元説の中には、民法の規定と調和させるために、緊急避難は原則として不可罰的違法行為（可罰的違法阻却事由）であり、例外的に適法行為（正当化事由）であるとする見解がある<sup>(24)</sup>。すなわち、①危難が人の適法行為に由来する場合、民法が第三者への危難転嫁を認めておらず、民法上は不法行為を構成するが、刑法上は第三十七条第一項の要件を満たす限り緊急避難となる。この場合の緊急避難は民法との関係から不可罰的違法行為である。②物より生じた危難を第三者に転嫁した場合も、民法上は不法行為を構成するが、刑法上は第三十七条第一項の要件を満たす限り緊急避難となる。この場合の緊急避難も民法との関係から不可罰的違法行為である。③危難が人の不法行為に由来する場合、例えば、不法行為者の暴行を避けるために第三者の家の垣根を破壊して脱出するとき、民法上は正当防衛が成立する（民法第七二〇条第一項但書）が、刑法上は緊急避難が成立する。民法上、損害賠償責任を負うのは不法行為者であつて、避難行為者ではないことから、この場合の緊急避難は完全な適法行為である<sup>(25)</sup>。④危難が物に由来し、避難行為者がその物を毀損した場合、民法上は緊急避難として適法（民法第七二〇条第二項）であり、このいわゆる「対物防衛」は刑法上は（正当防衛と解するにせよ緊急避難と解するにせよ）完全に適法である。

優越的利益の原則が妥当しない場合、つまり、保全（される）法益と侵害（される）法益とが同価値の場合には、「侵害利益と保全利益とは差引ゼロであるから秩序破壊は存在せず」、したがって、避難行為は消極的な形で是認される<sup>(26)</sup>とか、可罰的違法性が欠けるとか、さらには、放任行為であるとかの説明がなされる。

b 責任阻却一元説 本説は、「緊急状態とはいえ、一法益の危険を他の法益の犠牲において救うことは法律上是認を受けるわけには行かない。法益を侵害するとうる範囲において違法の判断を受くべきである。この場合に法は、危険を転嫁せられた者に損害を忍受すべきこと、損害賠償を断念すべきことを要求する根拠を欠く」、「ただ他の方法をとることを期待し得ないとゆう点に責任阻却原因を認める立場が最も適切に緊急状態の本質を説明し得る」と論じたり、<sup>29)</sup> 避難行為者は自己に降りかかった災厄を他に転ずるものであつて、「それが刑法上罰せられないことになつてゐるのは、本来利己的な人間の弱点に対して法が寛容の態度を示したにすぎない。加害行為そのものが違法であることは否定できないが、ただこの寛容の態度のゆえに責任を認めないこととしただけである」と論じ、さらに、「自己の責任または不運によつて危険に直面した者を保護するよりは、なんらの理由なくしてその危険を転嫁されようとする第三者をこそ、いっそう厚く保護すべきである。この意味においても、第三者の保護に厚い責任阻却説に従うのが正当である」と主張する。<sup>30)</sup>

c 二分説 本説は緊急避難を二元的に理解し、違法性阻却事由になる場合と責任阻却事由になる場合とを認める。

a a 原則・違法性阻却、例外・責任阻却事由説 本説は二つに分けられる。

① 保全法益が侵害法益に優越するときは違法性阻却事由であるが、法益の大きさが同一であつて大小の比較ができない場合は、期待不可能性による責任阻却事由であると説く。<sup>31)</sup>

基本的に本説に立つが、民法との調和の観点から、優越的利益が認められる場合は違法性阻却、そのうち、民法上違法な場合は可罰的違法性阻却、法益同価値の場合は責任阻却とする見解もある<sup>(32)</sup>。さらに、法秩序全体との調和の観点から、保全法益が優越する場合には違法性阻却、そのうち、他の非刑罰法令において違法とされている場合には可罰的違法性阻却、保全法益が軽微な優越にすぎない場合も可罰的違法性阻却、利益同等の場合には可罰的責任阻却とする見解もある。可罰的責任阻却の理由として二重の責任減少が挙げられる。「不法の減少にともなう責任の減少のみならず、心理的圧迫による固有の責任も低下し、両者併せて責任の減少も著しい」と<sup>(33)</sup>。

② 生命対生命又は身体対身体という関係にあるときは責任が阻却され、その他の場合は違法性阻却事由と解する。本説によれば、生命・身体に関する緊急避難が責任阻却と解されるのは同価値の法益の対立の場合であるからではない。「生命又は身体は人格の根本的要素であつて、その本質においてはいかなる尺度によつても相互に比較し得ないものであると同時に、社会生活はそのような人格者の結合において成立し、人格の尊重・保護は法秩序の基本的要請であり、且つ、人格はいかなる意味においても手段とすることを許さず常に自己目的とせねばならぬというのが法の本質的立場である」。したがつて、生命・身体に関する緊急避難は違法である。「しかし、社会生活は同時に個人の自己保存能力を考慮し、行為者の動機決定の面において、一般人の見地から見て、適法行為の決意に出ることが期待し得ない場合は期待可能性を欠くものとして責任が阻却せられる<sup>(34)</sup>」。但し、本説からも、「身体对身体のばあいは、当事者の自由な意思決定が制限するほどの重大な健康ないし身体の完全性に対する侵害が存するばあひのみ責任阻却が問題になる」が「右の重大な身体侵害を避けるため他人に軽微な身体侵害を加えるばあひは、違法阻却事由<sup>(35)</sup>」だとされる。

b b 原則・責任阻却、例外・違法性阻却事由説 本説は、緊急避難は原則として責任阻却事由に基づき不可罰だが、但し、衝突する両法益の間に比較しがたいほどの著しい差があるとき、違法性が阻却されると説く。危険転嫁を本質とする緊急避難は、正当な第三者の法益を侵害するので違法であるが、適法行為の期待可能性がないので責任が阻却される。しかし、例外的に、著しく大きな利益を救うための避難行為は、他に方法がないことを条件として、「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」、違法性が阻却される。<sup>36)</sup>

基本的に本説に立ちながら、法益同価値の場合でも例外的に違法性阻却を認める見解がある。<sup>37)</sup> その一は、保全行為者と被害者の双方とも危険に遭遇している場合(カルネアデスの板の例、ミニョネット号事件の例)、法益保全行為を禁止すれば、全員に対し死を選ぶこと以外の選択肢をのこさないことになるのであって、一人でも生き残ることの方が全員が死ぬよりもよりよいので、違法性阻却が認められる。その二は、危険の発生源となっている法益に向けられた場合(防禦的緊急避難)、例えば、互いの身体を綱で結んで完璧登攀をしている甲と乙のうち、乙が崖から転落し、甲が綱で乙の身体を支える状況で、支えきれなくなった甲が綱を切つて乙を転落させ死亡させたという場合とか、強盗犯人に追われ逃走している甲(危険源)が乙の法益を侵害しようとするとき、乙は甲に対して正当防衛をすることはできないが、緊急避難として甲の法益を侵害することはできる。その三は、同一人の複数法益の間で保全法益と侵害法益が内部的に衝突する場合、例えば、火災で燃え盛る家屋の三階に取り残され、焼死の迫っている子どもを、ようやくそこに辿り着いた救助者が最悪の事態を避けるために、その子を窓から外に投げ下ろす場合である。

#### d 刑罰阻却事由説

本説によると、道義の準則からも、法律の根本的意義からも、自己の利益のため他人の正当

な利益を侵害し得べき理由がないので、避難行為は善良とはいえず、適法でない。「法律力緊急避難行為ヲ罰セサル所以ハ人情ノ弱点ヲ斟酌シ刑法上斯ル行為ヲ不問ニ付シタルモノニシテ……人ノ性情ニ付テ稽フレハ凡ソ人ハ他人ノ利益ヨリハ寧ロ自己又ハ其愛スル者ノ利益ヲ重シトスル傾向ヲ有スルモノナレハ緊急状態（危難）ニ際シテハ自己ノ利益ノ為メ他人ノ利益ヲ侵害スルコトアルハ人情止ムヲ得サル結果ナレハ之ヲ罰セサルコト」にした<sup>38</sup>。

#### 4 緊急避難の根拠

a 正当化緊急避難 ドイツ語圏刑法においては、立法・学説において正当化緊急避難と免責緊急避難に分ける二分説が支配的である。しかし、我が国では上述したように諸説の乱立が見られるが、やはり優越利益の原則に基づく正当化緊急避難と期待不可能性に基づく免責緊急避難に分ける二分説が妥当である。緊急避難というのは同質の法現象ではなく、二つの異質の法現象である。したがって、単一の原理ですべての緊急避難を基礎付けることはできない。「同じ条文に異なつた犯罪阻却事由が規定されていると解することに對する疑問」が提起されるが、刑法第三七条は「罰しない<sup>40</sup>」と定めるだけで、不処罰の理由について触れているわけではないので、二分説への法規定上の障害はないといえよう。

超個人主義的・集団主義的観点からすると、正当化緊急避難は、より価値の高い法益ないし利益（保全利益）が他のより価値の低い法益ないし利益（侵害利益）を犠牲にしてしか救われない状況に關係する。すなわち、一方の利益を侵害することが他方の利益を保護する前提となっている。全体社会の利益を重視する立場からは、より価値の低い

法益を犠牲にしてより高い価値の法益を救うのが許されるのは、その方が社会的に有益だからである（費用－便益・計算という功利主義）。そこから、**優越的利益の原則**（法益衡量の原則）が導出されるのである。このような保全法益者の「緊急権」基礎付けから侵害法益者の「緊急義務」が導かれ、**正当化緊急避難**に対する正当防衛というのはいないことになる。その場合、法益ないし利益の優劣性が明白に認識される場合に限定されることになる。<sup>(41)</sup>

しかし、利益衡量に基づく正当化緊急避難は**個人主義的**観点からも基礎付けられうる。社会の総利益という観点からは、一方の者の行為自由の範囲が無関与の他者の不利益において拡大されてもよい、つまり、尊重される無関与者に忍受義務を課してもよいということが基礎付けられるが、しかし、個人主義的観点からは、避難行為によって被害を蒙る者は、無関与者であるにもかかわらず、その犠牲になるべきだということの根拠は**連帯** (Solidarität) に求められるのである。一方で、刑法は禁止・命令を通して人の様々な自由を保障するのであるが、他方で、社会倫理に根ざした法共同体の連帯という法原則も承認される。人はいつ何時他人を犠牲にして自己救出をする状況に陥るかもしれないし、あるいは、既に他人を犠牲にして自己救出を図っていたかもしれない。そうすると、緊急状態を元に復す必要があるとき、人には**最小限の(受身の)相互連帯義務**が要求されるべきである(**互恵性**)。このように、保全法益者の「緊急権」は侵害法益者の「連帯義務」から導かれるのである。無関与の者であっても、場合によっては、その犠牲において他人の利益が救助されることを忍受しなければならぬが、それは保全利益が侵害利益よりも大きい場合に限られる。<sup>(42)</sup> 結局、正当化緊急避難の超個人主義的観点と個人主義的観点からの基礎付けは相補的關係にあり、**優越的利益の原則は超個人主義的・集団主義的**観点からも個人主義的観点からも導出されるのである。<sup>(43)</sup>



正当化緊急避難というのは、可罰的違法性が阻却されるのではなく、文字通り違法性が阻却されるのである。民法上違法な場合には、避難行為の可罰的違法性が阻却されるにすぎないというものではない。可罰的違法性が阻却されるにすぎないとき、避難行為に対する正当防衛が許されるとするのは、正当化緊急避難の意義が失なわれてしまう。緊急避難の場合の民法上の損害賠償請求権は民法上も適法な行為に対する補償請求権なのである。<sup>44</sup>

**b 免責緊急避難** 免責緊急避難は、保全法益ないし利益が侵害法益ないし利益と同値かその優劣関係が不明な場合に関係する。免責緊急避難は正当化緊急避難から目的設定、構造及び基礎において異なる。形式的には、両者とも現在の緊急事態を前提としており、異なった態様ではあるが、法益衡量の原則を含んでいる。それにもかかわらず、両形態の相違、つまり、違法性と責任の相違は重要である。不法においては、法益保護が問題となる。一定の状況において、法益の価値に違いがあるとき、より低い価値がより高い価値の犠牲になることが許される。これに対して、免責緊急避難の基礎には**期待可能性**という規範的責任概念がある。心理学的責任前提条件（責任能力、不法の意識）が欠如するとき、行為は**責任阻却**されるが、適法行為の期待可能性が欠如するとき、行為は**免責**される。行為者は、その違法な行為にもかかわらず、異常に切迫した外的状況に由来する心理的圧迫状態にあるため大目に見られるのである。行為者の心情はそれ自体法に忠実である。法は「一般的にもっともな人間の弱さ」を配慮しなければならぬ（「わが身ほどかわいいものはない」）。そのためには、異常な状況の下で、行為者の状況にいる、行為者の性質を有する、虚構の、法に誠実な比較人からも、もはや抵抗ができないと見られるとき、行為者に適法な行為の期待がでない（**客観的社会倫理的責任概念**）。規準人でも違法行為をしかねなかったという場合であっても、行為者を処罰するならば、人々は正義が実現したとは感じないであろうし、刑罰の予防目的も果たせないのである。法は、法の命令に

万難を排して従う、英雄や聖人の克己を要求するものではない。免責緊急避難は違法性の次元で利益衡量の結果正当化されない場合の受け皿としての機能を有するのである。免責緊急避難行為によって不利益を蒙る者は、正当化緊急避難とは異なり、正当防衛権を有する。<sup>(45)</sup>

(一〇〇)

注

(1) *I. Kant, Die Metaphysik der Sitten* (Reclam 1990), 73 f. (樽井正義、池尾恭一(訳)『人倫の形而上学』[カント全集11]二〇〇二年・五四頁以下)。

(2) Vgl. *K. Kahl, Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands*, in *Lenckner-FS*, 1998, 143 ff, 146 f. 「主観的不処罰」は当初、免責事由と理解された。*K. Janka, Der strafrechtliche Notstand*, 1878, 87. これに対し「ポツケルマンは、カントは免責論ではなく、法的無拘束論(Exemptionstheorie)を展開していると主張する。カルネアデスの板の例で、「溺死という「死刑」が迫っているとき、強制法としての法は役立たない。カント理論では、法というのは常に強制権能を伴うのであり、したがって、カルネアデスの板の状況はカントの法概念を免れている。切迫する害悪(溺死)が強制害悪に相応し、しかも、かなり確実に発生するのであるから、法の強制力が法規範の現実の力として有効に働かないのであり、そうすると、法の機能は失われる」と。*P. Bockelmann, Hegels Notstandslehre*, 1935, 5. ff.

マクスナーはポツケルマン説を批判する。カントの刑罰理論については、刑の警告(法定刑)と科刑とが区別されるべきである。カントの絶対的刑罰理論は科刑とだけ関係している。刑の警告では、他律的意思決定の可能性が問題となる。それ故、カントは「害悪への恐怖」ということを云う。法強制の手段としての刑罰の威嚇要素はカルネアデスの板の事例では働かない。その帰結は、行為者を理性に反する行為から妨げることはできないので、処罰することはできないと云う意味で不処罰ということである。刑の警告が働く余地に無いとき、科刑というのもありえない。緊急権は法から免れているのではなく、緊急権にあつては法的効果だけが機能しないのである。この点で、法的に自由な領域ではなく、強制機構が作動しないということが問題となつてゐると。*A. Meßner, Die Interessenabwägungsformeln der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB), 1990, 84 f.

- (3) *J. P. A. R. v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832, § 97.
- (4) *U. Neumann*, Nomoskommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 34 Rn. 2. なお、内田文昭『刑法概要 中巻』一九九九年・二二二頁は、カントの考え方は「人的処罰阻却事由説」として「フォイエルバッハの考え方は「責任阻却事由説」として「その後の学説に強い影響を与えたと指摘する。
- (5) *J. G. Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1967 [Philosophische Bibliothek Band 256], 246 f. 参照。森下由『緊急避難の研究』一九六〇年・九〇頁以下。
- (6) *G. W. F. Hegel*, Philosophie des Rechts. Die Mitschriften *Wannemann* (Heidelberg 1817/18) und *Hemeyer* (Berlin 1818/19), hrsg. v. *K. H. Illing*, 1983, 85 (以下、*Illing* (註)『自然法から国家学に関する講義』二〇〇二年・八九頁)。
- (7) *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Reclam 1981), 241 f. (上妻精、佐藤泰邦、山田忠彦 (訳)『法の哲学』[上巻] 二〇〇〇年・二〇二頁以下)。
- (8) *G. W. F. Hegel*, Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift, hrsg. v. *D. Henrich*, 1983, 100 (中村浩爾・牧野広義・形野清貴・田中幸世 (訳)『くわんてん法哲学講義録1819/20』二〇〇二年・五四頁)。
- (9) *A. F. Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., 1868, 134 f. (緊急権としての緊急避難は「緊急状況にある人が、自己の権利を、他人の権利を犠牲にする必要が生じた場合にのみ認められる」という考えは「事柄を正しく理解しなすべし行動するべき場合」の場合を含む)。<sup>9</sup> vgl. *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 8 Rn. 5; *Neumann*, (Fn. 4), § 34 Rn. 1; *W. Kipfer*, Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81 ff., 84.
- (10) *M. E. Meyer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, 304 ff.
- (11) *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, 231 ff.
- (12) 二分説の背景には「社会有害性という観点からの違法性の実質的考察の必要性」及び「規範的責任論の展開があった」。*J. Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 129 ff. カルティンツメントは正当化事由としての緊急権を責任問題としての免責緊急避難から分離し「非難可能性を心理学的責任要素と並ぶ独自の「規範的責任要素」と位置つけた。*F. v. Liszt*, *Eb. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts AT, 26. Aufl., 1932, 201. vgl. *R. Moos*, Der allgemeine übergesetzliche Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich, ZStW 116 (2004), 891 ff., 893; *H.-H. Jeschke*, *Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 33 II; *W. Kipfer*, Von Kant zu Hegel, JZ 2005, 105 ff., 106.

- (13) 倉富勇三郎他監修『刑法沿革綜覧』〔増補復刻版〕一九九〇年・二一四二頁以下。
- (14) *Liszt/Schmidt*, (Fn. 9), 206 f.; *Eb. Schmidt*, Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“, ZStW 49 (1929), 350 ff.
- (15) *E. Mezger*, Strafrecht, 2. Aufl., 1941, 75.
- (16) *V. Erb*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn 8. 参照「内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』一九七七年・八一頁以下。
- (17) *Th. Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts AT, 2. Aufl., 1954, 144 f.
- (18) *W. Patzhammer*, Eine Wendung in der Rechtsprechung zum unwiderstehlichen Zwang, JBl 1959, 338 ff., 339 f.
- (19) *Strafgesetzentwurf* 1971, 61
- (20) *F. Rühn*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 2. Aufl., 2002, § 14 Rn 43, § 15 Rn 67. 旧法について 森下忠『緊急避難の比較法的考察』一九六二年・一〇四頁以下参照。
- (21) *A. Donatsch, B. Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, 230.
- (22) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五年・二一九頁以下。
- (23) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』〔第六版〕一九五二年・一二六頁以下。團藤重光『刑法綱要総論』〔第三版〕一九九〇年・二四五頁、香川達夫『刑法講義総論』〔第三版〕一九九五年・一八七頁、前田雅英『刑法総論講義』〔第五版〕二〇一一年・三九九頁以下、佐久間修『刑法講義総論』一九九七年・二一六頁以下。
- (24) 曾根威彦『刑法の重要問題』〔第二版〕二〇〇五年・一二八頁以下。参照、松宮孝明『刑法総論講義』〔第四版〕二〇〇九年・一五三頁以下、生田勝義『行為原理と刑事違法論』二〇〇二年・二八三頁以下、林幹人『刑法総論』〔第二版〕二〇〇八年・二〇六頁以下。
- (25) 生田(注24)二八四頁は、危険が他人の不法行為から生じ、この危険を避けるため、第三者に損害を転嫁した場合も違法であるが、可罰的違法性が阻却されるとする。
- (26) 川端博『刑法総論講義』〔第二版〕二〇〇六年・三六二頁。内田文昭『刑法Ⅰ』〔改訂版〕一九八六年・一九七頁、同(注4)一二三頁以下、西田典之『刑法総論』二〇〇六年・一三二頁、曾根(注24)一二五頁。なお、大谷實『刑法講義総論』〔新版第三版〕二〇〇九年・三〇二頁「侵害した法益が保全しようとした法益よりも大きくない限り、社会全体の見地から社会的相当性を有するものとして当該行為を法が許容する」。
- (27) 大塚仁『刑法概説(総論)』〔第四版〕二〇〇八年・四〇一頁注2。

- (28) 宮本英脩『刑法大綱』一九三五年・一〇一頁（避難行為から生じた行為が避けようとする害の程度よりも小さいときは権利行為であり、相等しいときは放任行為である）、高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・二九〇頁。
- (29) 滝川幸辰『犯罪論序説』一九四七年・一五六頁、一五九頁。
- (30) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ』〔第八版〕一九七四年・二二三頁。日高義博「緊急避難の本質」（植松正、川端博、曾根威彦、日高義博『現代刑法論争Ⅰ』所収・一九八三年）一五〇頁以下、高橋敏雄「違法性の研究」一九六三年・一一一頁以下。
- (31) 内藤謙『刑法講義総論（中）』一九八六年・四〇五頁以下、佐伯千仞『三訂刑法講義（総論）』一九七七年・二〇六頁、中義勝『講述犯罪総論』一九八〇年・一四二頁以下、中山研一『刑法総論』一九八二年・二六八頁以下。なお、小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌三四卷三号（一九九五年）一〇頁以下は、防衛的緊急避難については同等利益の場合も正当化事由であるが、攻撃的緊急避難については二分説を採用する。
- (32) 浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・二四六頁。
- (33) 山中敬一『刑法総論』〔第二版〕二〇〇八年・五一八頁以下。
- (34) 木村亀二『刑法総論（増補版）』一九七八年・二七〇頁。阿部純二「緊急避難」（日本刑法学会編『刑法講座2』一九六三年・一四六頁以下、一五八頁）。
- (35) 阿部（注34）一五八頁以下。木村亀二『犯罪論の新構造（上）』一九六六年・二六九頁「重大な身体侵害を避けるために他人に軽微な身体侵害を加える場合は、目的説にしたがって、違法阻却事由と解すべきである」。山口厚『刑法総論』〔第二版〕二〇〇七年・一三八頁以下は、緊急避難は原則として違法性阻却事由だが、「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」ので、この場合は**超法規的責任阻却事由**だと論ずる。
- (36) 森下（注5）二二八頁以下、同「緊急避難の法的性質」（中義勝編『論争刑法』所収・一九七六年）七〇頁以下。
- (37) 井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・三〇一頁以下。
- (38) 大場茂馬『刑法総論下巻』一九一七年・五八八頁以下。
- (39) 山口（注35）一三七頁。
- (40) 参照、山中（注33）五二三頁。
- (41) Vgl. E. Steininger, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2004, Nachbem § 3 Rn 1 f.; J. Hruschka, Strafrecht nach

logisch-analytischer Methode, 1983, 112 f.; *Kißner*, (Fn. 12), 107.

- (42) *Kißl*, (Fn. 2), 154, 56 ff.; *ders.*, (Fn. 9), § 8 Rn 8 f.; *ders.*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 34 Rn 1; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 16 Rn 10; *H. Frister*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, 16. Kap Rn 2; *F. Nowakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1984, Nachbem zu § 3 Rn 3 「連帯の義務」; *O. Triffl*, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1994, 12. Kap Rn 139 「忍受義務は、価値のより高いものが明白な法益が救われるべき場合だけに、連帯思想で根拠付けられるべき」; *E. Sanson*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, § 34 Rn 2 「相互の(受身の)連帯義務」; *Neumann*, (Fn. 4), § 34 Rn 9 「利益衡量の価値論的基礎をなすのはむしろ、侵害を遂げることが他人のすいまた重い利益を救うために必要なく、『それ自体』法的に保護された利益を侵害することが法的にも要請される同胞間の連帯という観点の下で犠牲になる者によって忍受されるべきという原則である」; *H.-L. Günther*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2000, § 34 Rn 11; *ders.*, *Defensivnotstand und Tötungsrecht*, in: *Amelung-FS*, 2009, 147 ff., 149; *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 6; *J. Wessels*, *W. Beulke*, Strafrecht AT, 41. Aufl., 2011, § 8 Rn 295; *V. Krey*, *R. Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl., 2011, § 15 Rn 587 (優越的利益の原則は連帯原則に代って補充されるべき); *G. Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 11. Abschn Rn 3, vgl. *Kißner*, (Fn. 12), 107 f.

「パブリック」ヘーゲル学説を自己流に理解して、緊急避難による侵害を忍受する義務によって法的自由の一定の基本的現実条件が場合によって覆滅してしまうことに対して、組織的な規則にのっとりた緊急の闘いが遅さる場合であっても、その保護が可能となる。忍受義務は法的自由の現実条件を確保するのに役立つが、但し、緊急の闘いの制度的措置に対して補充的である。したがって、忍受義務は準制度的義務であり、この理解からすると「連帯義務」は必要と認め。 *M. Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, 80 ff., 104, 112, 123.

なお、連帯説には、同一人に帰属する二つの法益が衝突している場合と、か、いわゆる対物防衛に見られるように、他人の法益が危険源となっている場合に、緊急避難が正当化されることの説明がつかないのではないかという疑問が提示されている。 *Steninger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 2; *P. Lewisch*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Nachbem zu § 3 Rn 21 「より低い価値の法益主体のこういってた忍受義務は緊急権者の侵害権能の帰結であって、緊急権者の説明根拠となっていない。いわゆる『連帯義務』を引き合いに出してもこの正当化根拠の射程距離と限界の説明ができない。つまり、なぜ状況によっては(優越的利益の維持のため)正当化が可能となり、そうでない場合には(優越的利益がないとき)正当化ができないのかの説明ができない」。

なお、連帯説を我が国に取り入れるの必然性はないとするのが、深町晋也「ドイツにおける緊急避難論の問題状況」現刑六九号(二

〇〇五年)三五頁以下、三九頁。

- (43) Vgl. C. Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 10 f.; U. Kindhäuser, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, § 17 Rn 10 「第三四條の定めを正當化（攻撃的）緊急避難は優越的利益の原則と相互の最小限連帯の原則を表したものと見做す」；U. Mummenn, Grundkurs Strafrecht 2011, § 25 Rn 22; W. Perron, Schönke/Schröder Strafrechtbuch, 28. Aufl., 2010, § 34 Rn 1; H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 17. Kap Rn 54.
- (44) 松岡(注24)一五四頁以下、井田(注37)三〇二頁注11、佐伯(注31)二〇九頁(注一)、西田(注26)一三二頁、佐伯仁志「緊急避難論」二九四号(二〇〇五年)七九頁以下、八二頁。
- (45) Vgl. R. Moos, Salzburger Kommentar zum Strafrechtbuch, 2005, § 10 Rn 3 ff.; E. Steininger, Strafrecht AT, 2008, 15. Kap Rn 6; Fuchs, (Fn. 43), 24. Kap Rn 8 ff.; D. Kienapfel, F. Höpfel, Grundriss des Strafrechts AT, 12. Aufl., 2007, Z 20 Rn 1 ff.