

強制による行為と緊急避難に関する一考察

福本美奈子

(公法専攻・司法専修コース)

目次

はじめに

第一章 日本刑法37条の法的性格

- 一 日本刑法37条の沿革
- 二 現行刑法の改正事業としての審議と学説
- 三 フランス・ドイツの緊急避難規定

四 検 討

第二章 緊急避難の不処罰根拠

- 一 学 説
- 二 検 討

第三章 強制による行為と緊急避難

- 一 学説における判断基準
- 二 緊急避難の不処罰根拠における三分説の採用
- 三 三分説における区別の判断基準
- 四 強制による行為と緊急避難

おわりに

はじめに

「強制による行為」とは、他者による違法な威嚇によって被強要者が構成要件該当の違法な行為を行うように強いられた場合をいう。例えば、娘を人質にとられた父親が、誘拐犯人に娘の命を守るために銀行強盗をするよう強要された場合（以下、「娘の命と銀行強盗の事例」と称する）¹⁾が挙げられる。

この場合、緊急避難を違法阻却事由であるとする通説によれば、強要者は被強要者を用いることによって犯罪の実現に成功し、他方、害悪を転嫁

される第三者は正当防衛権を制限され侵害を甘受しなければならなくなってしまう。また、単に守られる法益と侵害される法益とが強要者の恣意的意図によって関連付けられているだけのようにも思われることから、違法阻却としての緊急避難が認められることには違和感がある。とすれば、緊急避難の不処罰根拠を一元的に理解することにはもはや限界があるのではないだろうか。

本稿は、現行法37条の緊急避難規定の解釈を通じて、「強制による行為」が緊急避難たりうるかについて考察を試みるものである。現行法37条の沿革、現行法成立後の改正事業状況及びフランス・ドイツ緊急避難規定の特徴を明らかにしつつ現行法37条の法的性格を探った上で、緊急避難の不処罰根拠、強制と緊急避難に関する主な学説、三分説における判断基準等の検討を行い、強制による行為と緊急避難についてあるべき解釈の方向を探っていきたい。

第一章 日本刑法37条の法的性格

一 日本刑法37条の沿革

旧刑法75条²⁾では、1項に強制に関する規定、2項に「天災又ハ意外ノ変ニ因リ避ク可カラサル危難」に関する規定が置かれていたが、緊急避難に関する一般規定はなかった。他方、現行法37条では、1項に緊急避難に関する一般規定を設け、2項に業務上特別の義務者に対する緊急避難規定適用除外の規定が置かれているものの、強制に関する規定は置かれていない。具体的に比較すれば、現行法37条では、他人のための緊急避難が「親屬」から「他人」へと拡大され、守られる法益が「身体」から「生命、身体、自由又は財産」に拡大されている。さらには、「害の均衡」の要件が加わるとともに、過剰避難が認められ裁判官の裁量による刑の減免が規定されている。

以下では、特に、強制に関する規定及び「害の均衡」の要件導入に着目

して、現行法37条に至るまでの経緯を概観したい。

1. 1890（明治23）年改正案69条

司法省へ移管された法律取調委員会で進められた刑法改正作業の結果、1890（明治23）年に改正案が作成され帝国議会に提出された。可決には至らなかった³⁾が、改正案69条⁴⁾には緊急避難に関する規定が設けられた。1項には強制に関する規定を設け、心理的強制にあたる「脅迫」が追加された。2項は旧刑法75条2項と殆ど同じであるが、「防衛」に代えて「救護」を用いている。3項には本属長官の命令による行為が加えられている。

2. 1895（明治28）年改正案54条

明治25年には新たに刑法改正審査委員会が設置された。そして、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、フランス及び日本の旧刑法を参照し明治28年に改正案がまとめられた⁵⁾。改正案54条⁶⁾では、旧刑法75条及び明治23年改正案56条において存在していた強制状態に関する規定が削除されたが、理由書⁷⁾に、「現行法第七十五條ノ第一項第二項ヲ併セ芬欄土國ノ法律ニ倣ヒ本条ノ如ク規定スルニ至レリ」とされていることから、本案54条は「強制による行為」をも含むとされたことが分かる。その他、他人のための緊急避難が「親屬」から「他人」へと拡大され、守られる法益が「身体」から「身体若クハ財産」にまで拡大され、危難の程度は「現在ノ危難」とされ、さらには刑の「全免」「若クハ宥恕」が裁判官の裁量に委ねられるに至った。

3. 1895・1897・1900（明治28・30・33）年刑法草案50条

明治28年には緊急避難に関する刑法草案50条⁸⁾が作成され、これは明治30年・33年の刑法草案50条でも踏襲される⁹⁾。明治33年草案理由書は、強制に関する規定が設けられていない点について、旧刑法75条1項はいわゆる有形の自由を喪失した場合の規定とした上で、「身体外力」によって強制された行為は外力の作用の結果であり自己の行為でないことから、ただ意思の上に受けた外力の結果に関する規定のみを設けたと記す。その他、他人のための緊急避難が「親屬」（旧刑法75条2項）から「他人」へと拡大

され、「自己又八他人ノ貴重ナル権利タル生命、身体、自由及ヒ財産ハ本条ノ場合ニ於テ保護ス可キモノト認メ之ニ関スル規定ヲ設ケタリ」との理由で守られる法益が「生命、身体、自由若クハ財産」にまで拡大されるとともに、少なくとも必要的に減輕されることになった。危難の程度は「現在ノ危難」とし、語を簡約してその意義を明確にしたとされ、さらには、旧刑法75条には職務上他人を救護すべき特別の義務ある者に関する規定がないため、往々にして危険な場合を生じないわけではないとの理由で「職務上特別ノ義務アル者」に対する緊急避難規定不適用の規定が但書に設けられた¹⁰⁾。

4. 1901(明治34)年草案および1902(明治35)年草案47条

明治34年草案及び明治35年草案47条¹¹⁾においては、新たに「害の均衡」が明文で要求されるに至り、また刑の裁量的減輕に留まるものの過剰避難についての規定も設けられた。よって、明治28年・30年・33年草案50条において裁判官の裁量による刑の減輕または不処罰に委ねられていた点は、「害の均衡」の要件を満たした場合の不処罰と、過剰避難となった場合の任意的減輕の判断とによることとなった。その他は、明治28年・30年・33年草案50条を踏襲している。

草案47条では「害の均衡」が新たに規定されるに至ったが、明治33年草案理由書においても、裁判官の裁量による必要的減輕あるいは不処罰とされることとなった理由を示す箇所において、「防衛ノ主体」である生命、身体、自由、財産を保護するために必要な行為であっても、重大な他人の権利を害する場合にはその行為を罪としなければ弊害があることから、本案は「裁判所ヲシテ法律上保護セラレタル権利ト之ヲ防衛スル目的ヲ以テ侵害セラレタル権利トヲ比較シ情状ニ因リ或ハ全ク其行為ヲ罪ト為サス或ハ其行為ヲ罪トシテ之ヲ罰スルモ其刑ヲ減輕スルコトトナシタリ」示されており¹²⁾、明治28年から33年時点においても「害の均衡」に関する何らかの理解が存在していたようである¹³⁾。そこで、明治35年草案47条について審議された第16回貴族院特別委員会の議事録をもとに当時の立法者

意思を探ってみたい。

草案47条に「害の均衡」を導入したことに対して菊地武夫議員は、正当防衛及び緊急避難には「害の均衡」が必要であり、この要件は既に「己ムコトヲ得サル」の文言に含まれているとの理解を示した上で、何故草案47条の緊急避難規定においてのみ「害の均衡」が明文化されているのかとの疑問を呈した¹⁴⁾。しかし、この発言には明治34年・35年草案の立法者の理解との相違がみられる。

第一に、正当防衛の権利性を理解しておらず、正当防衛も緊急避難も「害の均衡」が必要であると考えていた点である。これに対し政府委員は、草案46条（正当防衛）は「権利ノ行使」であり、防衛権の範囲と不正の侵害とは釣り合う必要はないことから「害の均衡」を設けなかったが、草案47条（緊急避難）は「元々正当ノ行為ト云フコトハ一概ニ言ヘナイ」が、「不正ノ行為」ともいえない「中間ノ行為」であるから「害の均衡」が必要であると述べて¹⁵⁾、両者の法的性質の違いを明確に示している。

第二には、「己ムコトヲ得サル」の文言には、「必要性」のみならず「害ノ比較」をも含んでいるという理解がなされている点である。これに対し政府委員は、「己ムコトヲ得ナイト云フノト害ノ大小」には明らかな区別があり「己ムコトヲ得サル」には「害ノ大小」は含まれていないとした上で、防衛行為は必要であればよく「害の均衡」は要しないが避難行為はそれが要求されるから、草案47条には「害の均衡」が明文化されたのだという理解を示している¹⁶⁾。

以上の2点から、明治28年・30年・33年草案50条においては「害の均衡」が意識されつつも、明文化されるには至らなかったのである。

5. 1907（明治40）年草案

明治40年政府草案ではそれまで刑の任意的減軽のみが規定されていた過剰避難の規定に刑の任意的免除が加えられ、その後、現行法37条¹⁷⁾の制定に至る。

明治40年草案理由書では、強制に関する規定が設けられていない点、守

られる法益が「自己又八他人ノ生命, 身体, 自由若クハ財産」に拡大された点, 危難の程度が「現在ノ危難」とされた点, 及び「職務上特別ノ義務アル者」に対する緊急避難規定不適用の規定が設けられた点について, 明治33年及び34年草案理由書と同様の説明がなされている。また, 「害の均衡」及び過剰避難に関する規定を設けたのは, 「攻撃セラレタル法律利益ヲ拡張シテ」生命, 身体, 自由, 財産とすると同時に, 仮にこれらの権利を保護する「現実ノ必要ニ出テタル行為」であっても, その行為より生じた害が避けようとした害よりも大きく, 結局保護しようとした権利と比較して重大な他人の権利を害したという場合には, その行為を罪としなければ弊害があることから, 本条は「裁判所ヲシテ攻撃セラレタル権利ト己ムコトヲ得サルニ出テタル行為ニ依リ侵害セラレタル権利トヲ比較シ或ハ全ク其行為罪トシテ之ヲ罰シ又ハ之ヲ罪トスルモ其刑ヲ減輕シ又ハ其刑ニ全免スルコトト為シタリ」としている¹⁸⁾。

二 現行刑法の改正事業としての審議

現行法の改正事業は大正15年の「刑法改正ノ綱領」に始まり, 昭和2年3月に刑法改正予備草案の公表を経て, 昭和6年9月に刑法改正仮案総則編, 昭和15年3月に各則編が発表された。戦後, 刑法改正準備会が改正事業を受け継ぎ, 昭和35年に「改正準備草案(未定稿)」の発表に至った¹⁹⁾。以下, 特に緊急避難の「相当性」の要件及び不処罰根拠に着目して刑法改正審議過程を概観したい。

1. 大正15年「刑法改正ノ綱領」

臨時法制審議会による「刑法改正ノ綱領」23項は, 「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」とし, 正当防衛規定とともに緊急避難規定についても, 「必要性」を「相当性」とすることを要請した。

(1) 「刑法改正ノ綱領」23項の評価

泉二新熊博士は, 現行法37条は「害の均衡」について規定するものの,

それはなおも必要性本位であり、23項は社会的に妥当な場合に緊急避難の成立を認めることを要請したものであるされ²⁰⁾、積極的に評価された。正当防衛規定の「己ムコトヲ得サルニ出テタル」には「必要性」のみが規定されていることを前提に、立法論として「相当性」を主張するに至った²¹⁾。牧野英一博士も、「必要性」のみを規定している緊急避難規定も「相当性」に改められるべきとされ²²⁾、積極的に評価された。他方、小野清一郎博士は、「ドイツ刑法とわが現行刑法とを混同したものである」として疑問を呈されている²³⁾。

このように、評価は一樣ではなかったが、それよりもむしろ正当防衛の「己ムコトヲ得サルニ出テタル」の解釈は緊急避難のそれに通ずることを前提に評価が行われていたことが注目に値する。つまり、現行法の制定過程において一旦理解されるに至っていた正当防衛と緊急避難との権利性の違いが、再び曖昧に捉えられ、そのまま刑法改正審議が始まったように思われる。

同様に、「刑法改正ノ綱領」23項に示される「必要性」と「相当性」の内容についても曖昧なまま審議が始められたように思われる。「刑法改正ノ綱領」の立法者は、正当防衛について、「着物一枚ヲ保護スル為」「銅貨一枚取ラレナイ為」にも防衛行為は権利行為だから「必要」であればよく「相当性」としての「害の均衡」は不要だという立場を採った現行法36条の立法者意思²⁴⁾を理解することなく、「相当性」として「害の均衡」を要求したと思われる。また、緊急避難については、「補充性」と既に37条に明文化されていた「害の均衡」とを明確に区別せず²⁵⁾、これらを「相当性」として要求したと思われる。よって、正当防衛と緊急避難の「相当性」を23項で一緒に扱ったものの、その内容は曖昧かつ不統一なものであったように伺える。

(2) 緊急避難の不処罰根拠に関する「刑法改正ノ綱領」当時の学説

岡田庄作博士は、避難行為は「権利ノ本質ヨリ生スル當然ノ結果」²⁶⁾として、勝本勘三郎博士も、「権利行為」²⁷⁾として正当と認められる。ここ

に「権利」及び「権利行為」という文言が用いられているのは、正当防衛と緊急避難の違いが十分に認識されていなかったことを示している。小野博士は、37条が「他人」のための緊急避難を認め、「害の均衡」を必要とすることから、道義的責任を阻却するだけでなく、緊急避難は違法性阻却事由であるとされている²⁸⁾。

2. 刑法改正仮案総則編(昭和6年)

刑法改正仮案総則編(以下、仮案と称する)では、正当防衛(18条)も緊急避難(19条)²⁹⁾も「其ノ際ニ於ケル情況ニ照シ相当ナルトキハ罪ト為ラス」としたところが共通し、両者は「相当性」を規定した点において「改正綱領23項の指針にしたがった」³⁰⁾とされている。安平政吉教授は、現行法と仮案の要件は「趣を異に」するが、「内実そのものにおいて多く異なるところはない」とされ、不処罰根拠について意見を述べられる程度にとどまられるが³¹⁾、例えば牧野博士は仮案を積極的に評価され、他方、小野博士は疑問を呈されているように³²⁾、その評価は一様ではなく、様々な個別的评价がなされた。

(1) 仮案の個別的评价

現行法37条と比較すると、仮案19条1項は「己ムコトヲ得サルニ出テタル」と「害の均衡」が欠落するが、「他ニ避クル方法ナキ」という文言によって「補充性」はより明確な形で規定されているから、「結果的には、均衡性だけがはずされ、その代わりに相当性があてられたという関係になる」³³⁾とされる。

まず、「害の均衡」の削除について牧野博士は、スイス草案第32条が正当防衛に関し「相当性」を採用し、他方、第33条が緊急避難に関し「相当性」の語を避け「期待可能性の原則」で処理しようとしたことを評価された。そして、「期待可能性の原則」と「相当性」とは「趣をおなじくするものと考へ」られ、「権衡の原則」を「相当性」に置き換えた仮案を積極的に評価されたのである³⁴⁾。

また、森下忠教授は、緊急避難は原則として責任阻却事由であるが著し

く大きな法益を救う場合には例外的に超法規的違法阻却とする立場から、現行法37条の『己むことを得ざるに出でたる』の要件を、「他の適法行為の期待可能性がなかった」と実質的に解釈される。そしてこの解釈は、「法益均衡性」の要件が規定されている場合には、適法行為の期待可能性がなくても「法益均衡性」の要件を欠けば緊急避難が不成立となってしまうことから、「立法論としては、牧野博士の言われるように、均衡性の要件はこれを捨てるのが論理的でもあり、実際的でもある」とされた³⁵⁾。

高橋敏雄教授も、緊急避難は期待可能性を欠くことを理由とする責任阻却事由であると解する立場から、牧野博士の見解を支持され、仮案19条の規定を妥当なものと評価されている³⁶⁾。

平場安治教授は、「害の均衡」を「相当性」に置き換えることについて、「相当性」の概念の曖昧性及び正当防衛において同様の言葉が使用されていることから緊急避難が正当防衛と同様の条件で許されるとの誤解を生じることが指摘され、「緊急避難を違法阻却原因に限定して」、相手方が害を受忍することの相当性によって緊急避難の成否を決する方法等を提案されている³⁷⁾。

久礼田益喜教授は、「害の均衡」の代わりに直接には「相当性」を設け、「補充性ト均衡性トノ実質ヲモ有スベキコト八法ノ明文トシテ八河岸ヲ変ヘテ」危難の要件として「重大ナル」を加えたとされていることから³⁸⁾、「害の均衡」の要件が欠落しているとは見ておられないようである。

以上のように、見解は一樣ではないものの、緊急避難を責任阻却事由であるとする立場からは、積極的な評価がなされている。

次に、補充性の原則は、避難行為の一要件として「己ムコトヲ得サルニ出テタル」に含まれているとするのが一般の解釈であるが³⁹⁾、仮案19条1項が「他ニ避クル方法ナキ」というふうに「危難」の一要件として明文化したことについて、久礼田教授は「現行法の『己むことを得ざるに出でたる』に勝る」とされ⁴⁰⁾、平場教授は「別段新しいことを規定したものと解すべきではない」とされている⁴¹⁾。なお、牧野博士は期待可能性で処理す

べきことを主張された⁴²⁾。

(2) 緊急避難の不処罰根拠に関する仮案の立場

予備草案及び仮案当時、既に責任阻却事由とみる立場を基本とするスイス1918年刑法草案33条、ドイツ1925年刑法草案22条等や、二分説の立場を立法化しようとするオーストリア1922年刑法草案17条、22条、ドイツ1927年刑法草案25条等が現れつつあったが、仮案の立場は必ずしも明確ではない⁴³⁾。

久礼田教授は、現行法における教授の理解と同様に、仮案19条1項の緊急避難の法的性格も放任行為とされ、違法性阻却事由として緊急避難を規定したものと理解された⁴⁴⁾。安平教授も、仮案19条3項の避難行為は「罪とならず」とすることから「行為の違法性を欠く」とされ、19条3項の過剰行為は「恐怖、驚愕等に出たかぎり『罰せず』とする」ことから一種の責任阻却事由であるとされる⁴⁵⁾。以上から、概ね19条1項は違法阻却事由、19条3項は責任阻却事由と見られていたようである。

3. 改正刑法準備草案(昭和36年)(昭和35年未定稿発表)

戦後、刑法改正準備会が刑法改正事業を受け継ぎ、昭和36年に「改正刑法準備草案」(以下、準備草案と称する)の発表に至り、14条⁴⁶⁾に緊急避難規定が置かれた。

(1) 個別的评价

まず、仮案を承継して危難に「他に避ける方法のない」と限定を加えたのは、「補充性を現行法よりも判然と表現するため」とされているが⁴⁷⁾、この点は学者からも積極的に評価されている⁴⁸⁾。

次に、「相当性」の要件を特に表現しなかったのは今回導入した「やむを得ない」に「必要性」だけでなく「相当性」も含まれているからであるとされている⁴⁹⁾。内藤教授も「他に避ける方法のない」の文言により補充性が表現されているから、「やむを得ない」は「必要性」と「相当性」を表現するとされ⁵⁰⁾、福田教授は「相当性」を示すとされている⁵¹⁾。ここに、「他に避ける方法のない」の文言の導入により、現行法の「己ムコトヲ得

サルニ出テタル」についての通説の解釈とは異なる解釈がなされていることが伺える。

また、仮案で「重大ナル」として規定された危難の「重大性」が準備草案で削除されたのは、この要件は無用とされたからだと記されている⁵²⁾。この点、内藤教授は、『やむを得ない』という要件と法益均衡性の要件とが規定されているから、『危難』を重大な場合に限る必要はないと考えられたのであろう」と示されている⁵³⁾。なお、仮案にはなかった「害の均衡」の導入については、緊急避難の不処罰根拠と併せて後述する。

(2) 緊急避難の不処罰根拠

準備草案の緊急避難規定は現行法37条と大きな違いはないため、緊急避難の不処罰根拠に関しては現行法の緊急避難規定をめぐる学説状況と同様であると思われる。準備草案では、仮案にはなかった「害の均衡」及び「やむを得ずにした」を導入したことにより現行法に程近くなったため、現行法の緊急避難を違法阻却事由と解する立場からは積極的評価がなされ⁵⁴⁾、他方、そのように解しない立場からは、「違法阻却の性格をもつ」ことになり、「緊急避難それ自体の理論的進歩は未だない」⁵⁵⁾との批判を受けるに至った。なお、準備草案14条では「罰しない」の文言が用いられたので、緊急避難を責任阻却事由だと解することへの形式的障害は除かれている⁵⁶⁾。

4. 法制審議会刑事法特別部会「参考案」、及び「改正刑法草案」(昭和47年)

法制審議会刑事法特別部会は、昭和38年から刑法全面改正についての審議を開始し、第一小委員会が準備草案を参考資料として審議を行い、第一次「参考案」を作成するに至った⁵⁷⁾。

(1) 第一次「参考案」作成に至るまでの第一小委員会における審議過程

審議の過程においては、緊急避難の不処罰根拠に関する基本的問題が取り上げられ、二分説あるいは責任阻却説などを基礎にする複数の試案が提出されたが、特定の学説を採用するのは適当でないとして採用されず、事務当局幹事からそれまでの審議結果を整理して出された試案（準備草案14

条通りとするものであり、以下、〔イ案〕⁵⁸⁾とする)と複数の試案のうち二分説に基づく第1案(以下、〔ロ案〕⁵⁹⁾とする)とを検討対象とした⁶⁰⁾。

〔ロ案〕については、特に法益同価値の場合を違法性阻却事由たる緊急避難から除外することの当否が問題となり、討議の結果、準備草案14条通りとする案を支持する見解が多数であることが明らかになっていたため、その後二分説に基づく〔ロ案〕の取扱いが検討された。二分説について様々な意見が述べられた結果、参考案としては、〔イ案〕を中心としたもののみとした⁶¹⁾。こうして第一次参考案とされた〔イ案〕1項は、現行法第37条1項本文と同趣旨であり、準備草案14条と同一文言であったが、以下、特に検討された点を書き留めたい。

(2) 個別的検討

「他に避ける方法のない」と「やむを得ない」とを共に規定していることになるため、補充性の原則に二重の絞りをかけたことになり、實際上、緊急避難の適用範囲が狭められるとの問題が取り上げられ、意見の一致をみなかったため、採決によって二重の絞りをかける趣旨ではないことが了承された。そして、現行法の「己ムコトヲ得サルニ出テタル」についての通説の解釈とは異なって、参考案の「やむを得ない」は「補充性」を含まず、「必要性」と「相当性」を表現するものとなり、正当防衛規定の同要件と同一趣旨を表すものとされた。

また、「やむを得ないでした行為」という表現については、「現行法に比し行為者の主観的判断を重視するように読まれるおそれがあるため」他の表現案が提示されたが、「いずれにしても大差はないこと」、このままで「現行法どおりの解釈は可能であること」等の理由から、この表現を維持することになった。

さらに、「害の均衡」の要件における「害の程度を越えなかった」という表現を「害と均衡を失わなかった」とするかが検討されたが、前者の表現はかなり解釈に余裕があること、後者の表現は二分説をもいれる点で優れているがその意味が不明確であること等の理由から、前者を維持するこ

とになった⁶²⁾。

(3) 緊急避難の不処罰根拠

緊急避難の要件を規定した本条第1項は、現行法第37条項本文と同趣旨であり、準備草案14条とは同一であることから、緊急避難の不処罰根拠についての議論の発展は伺えず立法的解決はなされなかったことが分かる。

なお、特別部会第12会議（昭和43年3月）において前記第一次参考案の審議が行われ、別案は否決されて第一次案通りとすることが決定された⁶³⁾。そして、第一小委員会において再検討を行い、修正を加えることなく第二次参考案は第一次参考案通りとすることになり⁶⁴⁾、この規定が特別部会第25回会議（昭和46年6月）において可決され、「改正刑法草案」（昭和47年）にとりいれられた。結局、「改正刑法草案」15条の緊急避難規定⁶⁵⁾は、参考案と殆ど同一の文言となった。

三 フランス・ドイツの緊急避難規定

1. フランスの緊急避難規定の特徴

1994年に施行された現行フランス刑法典は、122-7条に緊急避難の一般規定を設けた⁶⁶⁾。しかし、1810年フランス（旧）刑法典においては、緊急避難の一般規定は存在していなかったため、学説はいくつかの緊急避難の類型を認めるとともに、64条⁶⁷⁾の「強制」の拡大解釈によって対処していた。

そして当時、64条の「強制」を物理的強制に限るか否かで争いがあったものの、森下教授は、「心神喪失の状態にあった者」の所為は精神能力によるものではなく、「あらんかぎり抵抗したにもかかわらず、力に屈することを免れえなかった者」は「物理的力によって意図の使用を専ら統御したから」有罪とはいえないとする理由書を根拠に、物理的強制のみを意味することは明らかだと結論付けられている⁶⁸⁾。

確かに、理由書によればそのような理解が可能である。しかし、その後のフランスでは64条の「強制」を拡大解釈することによって緊急避難の根

拋条文のごとく扱ってきたこと⁶⁹⁾、「Vidal=Magnol は、正当化事由に関する明文の欠缺を補うために、實際上、(旧)刑法64条の心理的強制に拋らねばならない」とし、「Garraud も、(旧)刑法64条には、物理的強制、心理的強制、緊急避難の3つの状況が含まれている」と主張したこと⁷⁰⁾、判例は、緊急避難を心理的強制・故意の不存在・正当化事由の三種に把握していると分類することができ、そこには心理的強制から正当化事由への大きな流れが見て取れる⁷¹⁾とされていることから、心理的強制も含まれると解釈されてきたように思われる。

2. ドイツ緊急避難規定の特徴

1871年ドイツ(旧)刑法52条⁷²⁾には強制に関する規定、54条⁷³⁾には緊急避難の規定が設けられていた。強制に関する52条が設けられた点ではフランス旧刑法64条に類似するが、心理的強制による場合を明文で認めていた点では「強制」を物理的強制に限るか否かで争いのあったフランス旧刑法64条と異なる。

では、ドイツ旧刑法では、強制に関する52条が責任無能力の規定の次に、また緊急避難規定である54条が正当防衛規定の次に掲げられ、2つの条文に分けられているのはどのような理由によるのであろうか。

この点、森下教授は沿革的考察をされるなかで、ラント法である1813年バイエルン刑法まで遡り、121条に設けられた「生命に対する現在の、避けることのできない危難に結び付けられた脅迫」についての規定は、フォイエルバッハの心理強制説とフランス旧刑法64条との影響を受けたものと示されている。また、1822年バイエルン刑法草案に脅迫に関する73条に加えて初めて緊急避難に関する規定85条が設けられたことに着目され、これが「その後の諸法典に立法上の範を示した」とされる⁷⁴⁾。即ち、後の1871年ドイツ(旧)刑法52条の強制に関する規定は1813年バイエルン刑法を介在として1810年フランス(旧)刑法の影響を受け、他方、54条の緊急避難規定は1822年バイエルン刑法草案の流れを汲むと考えるように伺える。

しかし、前者については、何故刑罰論に関するフォイエルバッハの心理強制説が強制に関する規定に直接的に影響を与えるのかが理解し難い。また時間的な考慮からも1810年フランス（旧）刑法がわずか数年で1813年バイエルン刑法の成立に影響を与えることは難しいであろう。

むしろ、1810年フランス（旧）刑法は1850年代前後にドイツに移入され、その影響を1851年プロイセン刑法が受けたと考えるべきではないだろうか。何故なら、1851年プロイセン刑法では、緊急避難規定を設けず、40条で「精神錯乱もしくは精神薄弱」、または「暴力もしくは脅迫に因り行為者の自由な意思決定が排除された」場合の規定が設けられたにとどまり⁷⁵⁾、この形態は緊急避難に関する一般規定を持たず64条の「強制」を拡大解釈して対処していた1810年フランス（旧）刑法⁷⁶⁾に類似しているからである。また、1851年プロイセン刑法40条に規定された「精神錯乱もしくは精神薄弱」は1810年フランス（旧）刑法に規定された「心神喪失 demence」のことであり、「暴力もしくは脅迫に因り行為者の事由な意思決定が排除された」場合とは「強制 contrainte」のことであると解することができる。この点からも1810年フランス（旧）刑法との類似性を認めることができる。

そうして、1869年7月北ドイツ連邦刑法第一草案46条において「行為者の自由な意思決定が所為の時に排除されたばあい」には罰せられないという一般規定を掲げ、12月の第二草案を経て、第三草案でドイツ旧刑法52条及び54条と同一の規定に至ったのである。

その後、1871年ドイツ（旧）刑法52条と54条が成立したが、1851年プロイセン刑法が強制に関する規定である1810年フランス（旧）刑法64条の影響を受けたものと考えられること及び条文の配置から、強制に関する1871年ドイツ（旧）刑法52条は責任能力規定と関連して取り扱われ、緊急避難規定である54条は正当防衛規定と関連して緊急避難を取り扱うことになったことが分かる。

そして、上述の通り、強制に関する規定であるドイツ旧刑法52条は1851年プロイセン刑法40条に影響を与えた1810年フランス（旧）刑法64条の影

響を受けて規定され、緊急避難規定であるドイツ旧刑法54条は1822年バイエルン刑法草案に端を発したため、両者は同質であるにもかかわらず統合されることなく、別個独立の規定として存在してしまっただけのように思われる。森下教授も、「理由書によれば、強制状態は自由な意思決定の欠如に、緊急避難は帰責の欠如にそれぞれ不可罰性の根拠をもつ」とされるものの、両者は危難の生じた原因が脅迫によるものか否かという点及び54条が「自己の責めにもとづかない」ことを要求している点において異なるのみであり、行為者にとって危難の発生原因はあまり意味がないという疑問を呈され⁷⁷⁾、両者の規定の成立要件にも両者の不可罰性の根拠にも差異がないことを論証された上で、分離して別個に取り扱うべき理由は見いだされないとの結論に至られている⁷⁸⁾。

実際、1871年ドイツ(旧)刑法の改正事業過程において、両者は1つの条文(現行ドイツ刑法35条)に統合され、「1925年草案(1927年草案の誤りであろう 筆者注)以降、正当化と免責を分ける『二分説』を採用し、守られた利益が害された利益に『本質的に優越』している場合にのみ、緊急避難行為の違法阻却を認め」た(現行ドイツ刑法34条)⁷⁹⁾。つまり、1975年ドイツ刑法34条に正当化緊急避難、35条に免責的緊急避難の規定が設けられ、守られる利益が「本質的に優越」する場合には前者に該当するとされたのである(二分説)。

正当化緊急避難が要求されるようになった背景には、まずドイツ民法第904条⁸⁰⁾の存在がある。ドイツ民法第904条は、「他人が現在の危険または急迫の侵害を避けようとして物の所有者に損害を與へた場合に、避けようとした損害が所有者の蒙る損害よりも比較にならないくらい大きい限り、所有者は物に加へる他人の作用を禁止する権利をもたないと趣旨を規定して居る」⁸¹⁾とされており、これが刑法の解釈に影響し、守られる利益が「本質的に優越」しているならば、第三者は後で金銭賠償を受けることでその場は避難行為を甘受し、その避難行為は正当化緊急避難として違法阻却されるべきだと考えられたのであろう。

次に、医師Sが、妊娠による「反応性憂鬱症」によって自殺の現在の重大な危険から妊婦の生命を救うために、医師Wに依頼して行かせた人工妊娠中絶の事案に関する1927年3月11日ライヒ裁判所判決、及びルール地方の経済生活に不可欠な火酒を密輸入した事案に関する1928年2月11日ライヒ裁判所判決の存在が挙げられる。他人のために緊急避難行為を行ったこれらの事案においては、その効果が免責状態にある者の一身に限られる免責の緊急避難とされるだけでは不都合であった。そこで、前者において裁判所は、医師Sについて「医学的適応による妊娠中絶は、妊婦を死または224条の意味における重い健康侵害に対する現在の危険から救うための唯一の手段である場合において、妊婦自身が行うとき、または、妊婦の現実的または推定的承諾の下に事態の判断能力を有する第三者が行うときは、違法ではない」⁸²⁾とし、後者においても「ドイツの法律に従うことを不可能ならしめる」「『超法規的』緊急避難が存在」し、「形式的にはドイツ法律に違反するが、違法ではない」とした⁸³⁾。

四 検 討

比較法的観点からは、我国の旧刑法は、75条1項に強制に関する規定が設けられていた点ではフランスと類似するが、2項に「天災又ハ意外ノ変ニ因リ避ク可カラサル危難」に関する規定が置かれていた点は、旧刑法64条の「強制」を拡大解釈することによって対処していたフランスと異なる。そして、現行法37条は強制に関する規定を削除したことによりフランス旧刑法とは切り離された。

また、2項で自己または親族の身体を守るための緊急避難を認めていた点では、1871年ドイツ（旧）刑法52条、54条に近いように思われるが、1項の「強制」を物理的強制に限るのか否かを明確にしていなかったことから、1871年ドイツ（旧）刑法をそのまま取り入れたとまではいえないようである⁸⁴⁾。

次に、現行法37条には強制に関する規定が設けられていない点について、

明治40年草案理由書では、「意思ノ自由」を責任の根拠とするか否かについては学説に譲り刑法には規定しないこととした旨示されており⁸⁵⁾、立法者意思としては「強制による行為」が緊急避難規定に含まれるとするのか否かが曖昧である。

しかし、明治28年改正案理由書で、「現行法第七十五條ノ第一項第二項ヲ併セ芬欄土國ノ法律ニ倣ヒ本条ノ如ク規定スルニ至レリ」⁸⁶⁾とされていることから、審議過程において緊急避難一般規定と強制に関する規定とが1つになったと思われる、「強制による行為」も緊急避難一般の規定である現行法37条に含まれると解してよいように思われる。

さらに、緊急避難の不処罰根拠については、明治35年委員会で政府委員が、避難行為は「元々正当ノ行為ト云フコトハ一概ニ言ヘナイ」と明言していたことから、全てが違法阻却であるとはいえないとされていたことが分かる。そして、「本来八罪トナルヘキ行為テアルケレトモ国家カ刑罰権ヲ放棄シテ其罪ヲ問ハナイト云フタケノ」行為であり、完全な違法阻却ではないから「害の均衡」が必要だと考えられていた⁸⁷⁾。

しかし、現行法の刑法改正事業過程で、「害の均衡」はあたかも緊急避難が権利行使であることを裏付けるかのごとく違法阻却説の揺るぎない根拠のように扱われつつあった。そして不処罰根拠についての議論は、昭和47年に現行法37条と同趣旨である改正刑法草案15条に至ったことで、発展をみないでいる。

結局、刑法37条の沿革からすれば、緊急避難を全て違法阻却事由とする趣旨ではなかったのであり、現在の通説が違法阻却事由と解することは妥当ではないのである。とすれば、次に、違法阻却としての緊急避難とそうではない緊急避難はどのような判断基準で分けられるかが問題となることから、その前提として緊急避難の不処罰根拠に関する学説を次章で検討する。

第二章 緊急避難の不処罰根拠

一 学 説

1. 違法阻却説

小野清一郎博士は、「他人」のための緊急避難を認め、「害の均衡」を要求する刑法37条の規定から、それは単に行為者の道義的責任を阻却するだけではないとされ、緊急避難は違法性阻却事由であるとされる⁸⁸⁾。団藤重光博士も、責任阻却事由だとすると避難行為に対する正当防衛が許されることになる不都合性にも言及された上で、この見解を採られる⁸⁹⁾。

しかし、守られる法益と侵害される法益とが同価値の場合に何故違法性が阻却されるのかの説明が困難である。また、この見解は相手方の正当防衛権を否定できるところに意義があるとするが、「娘の命と銀行強盗の事例」のように守られる法益が危難を転嫁される第三者の法益よりも大きい場合には、正当防衛も緊急避難もできないことから第三者はただ侵害を甘受しなければならず妥当な結論が導けない。

もっとも、これらの見解は、37条の要件を具備しない場合でも超法規的な責任阻却を認めておられ⁹⁰⁾、さらに福田教授及び大塚教授は「超法規的緊急避難」であると明言されている点特徴的である⁹¹⁾。

2. 責任阻却説

避難行為を違法とみるが「ただ他の方法をとることを期待し得ない」ということ⁹²⁾や第三者が侵害を甘受しなければならない不合理さ⁹³⁾から、緊急避難は責任阻却事由であるとする見解がある。この見解は、刑法37条が「害の均衡」を要件とすること及び「他人」のための緊急避難を認めていることは、違法阻却説にとって有利ではあるが、責任阻却説にとって致命的ではなく、「害の均衡」を満たす場合のみ責任を免除する理由があるという考えにも十分の合理性があり、緊急状態においては心理的余裕をもち得ないから他人のための緊急避難を認め避難行為者の責任を免除して

も何ら不合理ではないとする。

しかし、避難行為は単に責任が阻却されるのみで違法であるとする、第三者は常に正当防衛権を行使できることになるが、第三者の僅かな損害で避難行為者の命が救われる場合にまで正当防衛による対抗を認めることは妥当ではない。

3. 守られる利益の著しい優越を責任阻却としての緊急避難と違法阻却としての緊急避難との区別基準とする二分説

また、緊急避難は原則として責任阻却事由であるが、著しく大きな法益を救う場合には、例外的に超法規的な違法阻却であるとする見解がある⁹⁴⁾。しかし、守られる利益が「著しく大きい」場合でも、違法阻却としての緊急避難を認めることに違和感のある場合が存在することから、そもそも「著しく大きい」か否かで区別したところに問題がある。例えば「娘の命と銀行強盗の事例」においても、守られる利益が「著しく大きい」が、避難行為として違法阻却を認めると危難を転嫁される第三者の正当防衛権が否定され、ただ侵害を甘受しなければならないという不合理な結論に至ってしまう。

4. 法益の同価値を責任阻却としての緊急避難と違法阻却としての緊急避難との区別基準とする二分説

緊急避難は原則として違法阻却事由であるが、法益同価値の場合、あるいは生命と生命、身体と身体とが対立する場合には例外的に責任阻却されるとする見解がある。前者の見解として佐伯千仞博士は、「法益の大きさが同一であって大小の比較ができない場合」は、「行為者は、相手方に対して自分の優位を主張しうる根拠がないから」、「違法ではあるが責任のない行為である」とされ⁹⁵⁾、後者の見解として木村亀二博士は、「生命又は身体は人格の根本的要素」であり、「社会生活の基柱としての人格」を侵害することは許されず違法であるが、「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」として責任阻却を認められる⁹⁶⁾。

しかし、例えば自己の生命を守るために第三者に重傷を負わせるケースのように、守られる法益が少々優越しているに過ぎないからといって第三者が侵害を甘受しなければならないとするのは不合理である。

5. 可罰的違法性阻却説

まず、避難行為が民法上違法であるか否かに着目され、「人の適法な行為に由来する危難に対する避難行為および物に由来する危難を第三者に転嫁する行為が可罰的違法阻却事由としての緊急避難であり、不正な侵害を第三者に転嫁する行為が正当化事由としての緊急避難となる」とされる見解がある⁹⁷⁾。

しかし、この見解は、可罰的違法阻却事由としての緊急避難と正当化事由としての緊急避難との区別基準を民法上の違法性に求める点が合理的でない。例えば、ナイフを持って襲ってくる者を避けるため第三者を盾にした場合には、行為者は第三者に対して損害賠償責任を負わないから正当化されるから第三者は正当防衛できず、自然災害から命を守るため隣家の一部を壊して逃げ込んだ場合には、損害賠償責任を負わざるを得ないから可罰的違法性が阻却されるにすぎず第三者は正当防衛できるというのは妥当ではない。

次に自然災害の場合等は損害賠償責任を完全には免れないことから、「避難行為は、民法上は違法で有責なもの」と言わざるを得ないという点で完全な違法阻却ではなく、可罰的違法性が阻却されるに過ぎないとする見解がある。もっとも、「守られる法益が害される法益に比べて明らかに大きいときには、『社会連帯』つまり助け合いの要請から、正当防衛権が制限を受けることもありうる」ことから、「可罰的違法性が阻却される緊急避難でも、正当防衛権による対抗が認められる場合と、その行使は認められず、自己の金銭的な救済だけで済まされる場合がある」とされる。そして「『法益同価値』であるか否かという区別基準には、なお検討の余地がある」とされている⁹⁸⁾。

二 検 討

本稿では、可罰的違法性阻却説の後者の見解を基本的に支持したい。ただ、この見解は法秩序の統一性と違法阻却に関する記述のところでは、違法一元説の立場から、「法秩序は一方で『やってよい』とっておきながら、他方で『やってはいけない』として処罰するという矛盾を犯すことになる」と違法相対性説を批判されているにもかかわらず⁹⁹⁾、本来「やってはいけない」行為ではあるが単に可罰的違法性が阻却されるだけの行為の中に第三者が正当防衛できるものとできないものがあるとされ、「やってはいけない」違法な行為に対して正当防衛できない場合を認めておられる点で、法秩序の統一性に関する記述と整合性が見いだされないように思われる。

そこで、可罰的違法性阻却説の根拠を民法上の損害賠償責任の可能性に求めることから離れ、むしろ後者の説で主張されるように「社会連帯」の要請から相手方の正当防衛権が制限される場合があること、「社会連帯」の要請はなくとも運命として法益が物理的に衝突している場合があること、刑法37条1項本文の要件は満たさないが処罰するには忍びないとして刑が免除される場合があることに着目し、刑法37条1項の解釈としては不処罰となる場合に3類型あると考えていくべきであるように思われる(三分説)。もっとも、その上で、結果的に民事上の損害賠償責任を負うことはあり得るだろう。

そして、可罰的違法性阻却説の後者の見解を主張される松宮孝明教授は、可罰的違法性阻却としての緊急避難の中に相手方の正当防衛権による対抗が認められる場合と認められない場合があることを主張されておられ、この見解こそがこの本稿の採用する三分説(詳細は第三章で記述する)の萌芽であると考え¹⁰⁰⁾。

第三章 強制による行為と緊急避難

本章では、強制による行為と緊急避難について、責任阻却としての緊急避難と違法阻却としてのそれとの区別を試みている学説を検討した上で、三分説の具体的な判断基準を検討する。

一 学説における判断基準

1. 橋田久教授の見解

橋田教授は、まず、「強制による行為」において被強要者が強要者に屈服する場合には「背後者即ち不正の側に立つ」ものであり「不法に加担している」という点、また、無関係な第三者に危難を転嫁する「緊急避難」は第三者の自律性を侵害するものであり、その正当化のためには単なる利益の優越ばかりではなく、第三者の側に「社会連帯」に基づく侵害受忍義務が認められなければならないが、「強制による行為」の場合は犯罪実現に加担するものであるから第三者の「社会連帯義務」を否定すべきである点において、「強制による行為」と「緊急避難」とは構造的に差異があることに着目される。そして、強制による行為の不処罰根拠は責任阻却にあるとする立場から、違法阻却説による批判に対する反論及びドイツの二分説及び可罰的違法性阻却説への批判を試みられる等、自説の合理性を確認する作業を通じ、「強制による行為」が違法阻却されない根拠は、被強要者が背後者の道具となって「背後者の不法に一体となって加担するもの」であるから、危難を転嫁される第三者には「社会連帯義務が否定され」、「己ムコトヲ得サルニ出テタル」が示す「相当性」の要件を欠くことにあるとの結論に至られている¹⁰¹⁾。

しかし、「強制による行為」は常に「相当性」を欠き、第三者には「社会連帯義務」が認められないから緊急避難として違法阻却されないとすれば、相手方の正当防衛権との関係で不都合が生じる。例えば、「暴漢と隣

家の事例」において、暴漢が何も言わなければ緊急避難として違法阻却されるのに、「死にたくなければ隣に逃げ込め」と言われて逃げ込んだ場合は「強制による行為」として違法となり、隣人の防衛行為で追い出されるというのは、妥当な結論ではない¹⁰²⁾。

2. 山口厚教授の見解

山口教授は、橋田教授とは異なり、強制による行為と緊急避難における避難行為とを同様に扱われ、緊急避難の不処罰根拠を違法阻却と解した上で、その成否の判断基準を「補充性」等の要件を充たすか否かに求められる。但し、「人の生命及び生命に準じる身体の重要部分の侵害」の場合には、違法阻却されることはなく、「超法規的に責任が阻却される」にすぎないとされる¹⁰³⁾。

しかし、「娘の命と銀行強盗の事例」では、被強要者の娘の命を救うために銀行側の財産を侵害するのであるから、本説によると被強要者には違法阻却としての緊急避難が認められることになってしまう。この場合、銀行側は正当防衛できなくなるし、「害の均衡」により緊急避難に対する緊急避難さえも行うことができないことになり、ただ侵害を甘受しなければならなくなってしまう。

他方、船が難破して一人しか乗れない板切れを二人で奪い合うような場合(以下、「カルネアデスの板の事例」と称する)には、超法規的に責任が阻却されるにすぎないことになってしまうが、この事例では「法益が物理的にも明らかに衝突している」¹⁰⁴⁾のであり、個別具体的な検討をするまでもなく一般的に適法行為の期待可能性がない、つまり心理的圧迫があると推定されるのであるから37条1項本文の問題として捉えられるべきであり、明文に当たるものを超法規的に緊急避難から安易に排除することは認めるべきではない。

3. 奥村正雄教授の見解

奥村教授は、山口教授の見解を支持され、「強制による行為」には違法阻却としての緊急避難が認められるとし、危難を転嫁された第三者の正当

防衛権は否定するが、緊急避難は肯定するとされる。もっとも、違法阻却としての緊急避難成否の判断基準については、奥村教授はさらに「実質的に見てもその侵害回避行為が社会的相当性を有する」¹⁰⁵⁾ ことを必要とされる。

また、山口教授が「人の生命及び生命に準じる身体の重要部分の侵害」の場合には、違法阻却されることはなく、「超法規的に責任が阻却される」にすぎない¹⁰⁶⁾ とされるに対し、奥村教授は、37条1項が全く無関係の第三者に侵害を転嫁すること、及び「他人」のための緊急避難を認め法益権衡を前提に避難行為を「罰しない」とすることから、法益同価値の場合も違法阻却としての緊急避難が認められるとされる¹⁰⁷⁾。この見解によれば、「カルネアデスの板の事例」において、板を奪われた者の正当防衛権が制限されることになってしまうが、運命として「法益が物理的にも明らかに衝突している」場合において、他方が侵害を甘受しなければならないいわれはない。

さらに、奥村教授が「強制による行為」に違法阻却としての緊急避難を認める論理過程に矛盾がある。奥村教授は「娘の命と銀行強盗の事例」について、父親の銀行強盗の行為が完全に違法阻却されて第三者（銀行側）が正当防衛権を行使できなくなるような事態は認められるべきではなく、第三者に侵害を甘受する社会連帯義務を求めるのは無理があると一旦は示されるものの、結局、山口教授の見解を支持され、強要者の犯罪抑止は強要者の処罰により達成されるべきであり、「被強要者の可罰性犯罪にストレートに、しかも不利益に考慮することは疑問」だとされている。そして、「娘の命と銀行強盗の事例」においては結論を示さず、代わりに「暴漢と隣家の事例」を採り上げて、隣人が受けるその程度の負担は、社会連帯の観点から受忍義務を認めて差し支えないとして、違法阻却としての緊急避難を認められるのである¹⁰⁸⁾。

しかし、「娘の命と銀行強盗の事例」は、強要者の恣意的な意図が介入しているが、「暴漢と隣家の事例」は、暴漢に言われなくても隣家に逃げ

込む状況であったことから、強要者の恣意的な意図の介入によるものとはいえず、両事例には違いがあることを見落とされている。

さらに、奥村教授は被強要者の行為の「社会的相当性」を考慮されるものの「娘の命と銀行強盗の事例」については山口教授と同様の結論に至られると推測できるため、本事例に関しての山口教授の見解に対する批判もそのまま当てはまる。

4. ドイツ二分説

ドイツ二分説は、違法阻却としての緊急避難と責任阻却としてのその判断基準を、守られる利益が「本質的に優越」するか否かという点に求めた。しかし、守られる利益が「本質的に優越」していても、他人の命を救うための献血、他人の命を救うための強制的な臓器提供及び「娘の命と銀行強盗の事例」のように、避難行為として違法阻却を認めると危難を転嫁される第三者の正当防衛権が否定され、ただ侵害を甘受しなければならないという不合理な結論に至ってしまう場合がある。よって、ドイツ二分説による両者の区別基準はうまく機能しないのである。

二 緊急避難の不処罰根拠における三分説の採用

このように、責任阻却としての緊急避難と違法阻却としての緊急避難との区別を試みている学説の判断基準は、いずれも十分なものとはいえない。

現行法37条1項本文で規定する緊急避難は、例えば、「他人」のために行う避難行為は誰のためでもよく、「害の均衡」が満たされていれば心理的圧迫がなされているか否かを問わない等というように、典型的判断のみがなされて成立するものである。仮に相手方の正当防衛権の成否や前記要件に細かい規定を設けたとすれば緊急避難の成立範囲が狭められてしまうことから、現行法上刑法37条は合理的な規定であると解する。

しかし、緊急避難に関連して問題となる事例は一様ではなく、各々の「法益衝突」の状態に特殊性があることに着目すると、やはり解釈論としては37条1項本文の典型的判断においても、危難を転嫁される第三者の

「社会連帯」の要請の有無によって正当防衛権が行使できる場合とできない場合、法益の物理的衝突がある場合とない場合を考慮することは必要であろう。また、37条1項但書においても個別具体的に適法行為の期待可能性の有無を検討することによって責任阻却するか否かを判断することが必要であろう。

そこで、37条1項の緊急避難は、解釈論としてはやはり3つに分類されると考えるべきように思われる（緊急避難の不処罰根拠につき三分説）。

第一に、第三者の側の僅かな損害で避難行為者の命が救われる場合にまで、正当防衛による対抗を認めることは妥当でなく、「社会連帯」の要請から正当防衛権が制限を受けることがある¹⁰⁹⁾ことから、違法阻却としての緊急避難成否の判断基準を、危難を転嫁される相手方の「社会連帯」の要請の有無に求め、刑法37条1項本文の要件を満たしかつ「社会連帯」の要請があることから相手方が正当防衛できない場合には、完全な違法阻却としての緊急避難が認められると考える。

第二に、運命として「法益が物理的に明らかに衝突している」場合には、行為者には個別具体的な判断をするまでもなく一般的に心理的圧迫が推定されるし、他方、相手方も「法益の明らかな物理的衝突」があるにすぎないときは、我慢を強いられる「社会連帯」の要請はなく正当防衛権が確保されなければならない。そこで、可罰的違法性阻却としての緊急避難成否の判断基準を、「法益の明らかな物理的衝突」の有無に求め、相手方に「社会連帯」の要請は認められず正当防衛権が認められる場合であっても、なおも37条1項本文の要件を満たしかつ「法益の明らかな物理的衝突」が認められる場合には可罰的違法性阻却としての緊急避難が成立すると考える。

第三に、37条1項本文の要件が満たされなくとも、個別具体的な判断によって、適法行為の期待可能性がない、つまり心理的圧迫があると推定される場合には、行為者を処罰することは妥当ではない。そこで、責任阻却としての緊急避難成否の判断基準を、個別具体的な判断による心理的圧迫

の有無に求め、刑法37条1項但書の要件を満たしかつ処罰するには忍びないとして刑が免除される場合には、責任阻却としての緊急避難が認められると考える。

三 三分説における区別の判断基準

1. 「社会連帯」による緊急避難の要件上の位置付け

では、違法阻却としての緊急避難の判断基準として用いられる「社会連帯」の要請は、緊急避難のいかなる要件として位置付けられるのだろうか。

ドイツ二分説が、「社会連帯義務」の有無は守られるべき利益の「本質的優越」の場合に認められるとして、「利益衡量」の問題として捉えているのに対し、橋田教授は緊急避難の「相当性」の要件として捉えられている。「社会連帯義務」の有無は、侵害法益と保全法益が「二律背反」状態、即ち「法益衝突」の状態があるかないかの問題であると考えことから、これを「利益衡量」の問題として捉えるのではなく、その前提としてそもそも「利益衡量」をすること自体が許されるかという緊急避難の「相当性」の問題として捉えるべきであり、後者が妥当であると考え。

2. 「社会連帯」を示す「相当性」の実体的根拠と内容

では、この「相当性」の実定的根拠と内容はいかなるものであろうか。

「相当性」は、既に判例において展開され¹¹⁰⁾、「『己ムコトヲ得サルニ出テタル』というのは当該避難行為をする以外には方法がなく、かゝる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味するのである」として、「相当性」の要件は、「己ムコトヲ得サルニ出テタル」の解釈として見いだされることを示している¹¹¹⁾。

学説においても、佐伯博士の著書に「相当性」に関する記述が見受けられる。佐伯博士は、まず「己ムコトヲ得サルニ出テタル」は「必要性」と「補充性」を意味するとされた上で、「補充性・均衡性を具備するにもかかわらず」、相当でないと見られる場合があるとされ、「やむことをえないというためには」「事情に照らして、そのような避難行為をなすことが無理

もないと認められることという要件」が必要であるとされている。そして、晴れ着で外出した際ににわか雨に遭い、近くを通行していた粗末な服装の通行人から傘を奪って晴れ着を雨から守ったという場合（以下、「晴れ着と傘の事例」と称する）、「相当性の見地から、具体的に判断されるべきである」とされ、晴れ着を着ているからといって、粗末な服装の通行人から「傘を奪ってはならない」とされる¹¹²⁾。

ドイツを例に考えてみると、そもそもドイツ民法904条（緊急避難の規定）は相隣関係の規定の前に置かれていることから、緊急避難は相隣関係に類似した人間関係、つまり相互の助け合いあるいは譲歩の精神をベースにした制度であると考えられる（但し、正当防衛が制限される場合の緊急避難について）。そこで、「お互い様」の関係、つまり「犠牲にされる法益と救済される法益との二律背反の関係、どちらかが犠牲にならないと他方が残らないという」「『法益衝突』の状態」¹¹³⁾にない場合には緊急避難を認めるべきではないという結論が導かれるのである。この「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）を、佐伯博士は「相当性」と表現されたと思われ、「晴れ着と傘の事例」による佐伯博士の上記指摘は「相当性」の内容を示す先駆的な見解であったと解する。

ただ、佐伯博士が「補充性」と「法益均衡性」が具備してもなおかつ「相当性」を必要とし、「相当性」を「補充性」や「法益均衡」と別の要件と考えられることに対しては松宮教授から疑問が呈されている。「晴れ着と傘の事例」では、一見すると、これらの「補充性」及び「法益均衡性」の要件は満たされているかのように見える。しかし、緊急避難の暗黙の前提は、上述した「法益衝突」の状態であり、この「法益衝突」と「補充性」とは表裏の関係にある。とすれば、この二律背反の関係、即ち、「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）にあるか否かという意味を表す「相当性」は、「補充性」と一緒に判断されるべきであり、「『補充性』に内在する制約であって、『相当性』はそれを別の言葉で表現したもの」と考えらるべきとされるのである¹¹⁴⁾。

よって、「やむを得ずにした」は「必要性」と「補充性」を意味するとの前提のもとに、「社会連帯」の要請は「補充性」に内在する制約として位置付けられる「相当性」の問題として、「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）にあるか否かという具体的基準によって社会通念上から判断されるべきとする上記見解を支持したい。

3. 「法益の明らかな物理的衝突」の実体的根拠と内容

「法益の明らかな物理的衝突」の有無も、侵害法益と保全法益が運命として物理的に衝突しているか否かの問題であるから、そもそも「利益衡量」をすること自体が許されるかという緊急避難の「相当性」の問題として捉えるべきであると考え。よって、「法益の明らかな物理的衝突」の有無も、「補充性」に内在する制約である「相当性」として位置付けられるとする上記見解を支持したい。

4. 山口厚教授による批判と反論

山口教授は、「相当性」の要件は解釈論的根拠が必ずしもはっきりしないとして、佐伯博士の上記見解を認めることに否定的である。確かに、佐伯博士が「相当性」を「補充性」と別個の概念として捉えられることの不都合性には上述の通りであるが、「相当性」の要件は既に判例においても展開されているし、緊急避難は相隣関係に類似した関係に基づいて成り立っている制度であることから、「相当性」の解釈論的根拠を「お互い様」の関係に求めることは可能である。

また、「相当性」は「補充性」に内在する制約として、「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）の存否の判断を行うものであり、「晴れ着と傘の事例」においては「転嫁すべき法益がない」として緊急避難を否定される松宮教授の上記見解に対し、山口教授は何故「法益衝突」がないのかが明らかでないと言われる。そして、「豪雨による川の増水による畑の冠水から自分の畑（5ヘクタール）を守るために、堤防を決壊させて隣人の畑（1ヘクタール）を冠水させる事例とどこが異なるのか明らかでない」と示されるのである（以下、「冠水と畑の事例」と称する）¹¹⁵⁾。

しかし、上述の通り、「晴れ着と傘の事例」において、晴れ着を守るために通行人の傘を奪うことは、前者の衣服が後者のそれよりも高価であっても、後者は洋服が濡れるのを犠牲にしなければならない「お互い様」の関係ではなく、両者は「法益衝突」の状態にないのである。そして、この「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）の有無は、「害の均衡」の判断の前提として社会通念上判断されるべきものであることを認識すべきである。

また、「晴れ着と傘の事例」との比較に「冠水と畑の事例」を挙げられたこと自体が妥当ではない。何故ならば、「冠水と畑の事例」では自己の畑を守ろうとした者と畑を冠水させられた隣人との相互関係の如何が重要となるからである。

例えば、一種の村落共同体が成立しており、個々の畑が形式上は個人所有となっていて、実際は村全体の財産だという状況であれば、危難を隣人の畑に転嫁したとしても、「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）にあり「社会連帯」の要請が肯定されるから、完全な違法阻却としての緊急避難が成立するのである。よって、この場合、両事例は「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）の有無という点で異なることになる。

他方、より近代的な人間関係を基盤に個人が独立の領域を持っていることを背景とし、形式的にも実質的にも個々の畑は個人所有であるという状況下では、隣人の畑に危難を転嫁することは、たとえ前者の畑が後者のそれよりも財産的に大きな価値をもっていたとしても、隣人は自己所有の畑を犠牲にしなければならない「お互い様」の関係ではなく、両者は「法益衝突」の状態にないのである。また、「法益の物理的衝突」もない。よって、この場合には緊急避難の成立は否定され、両事例は全く異なることになるのである。

四 強制による行為と緊急避難

では、本稿の採用する三分説によれば、強制による行為及び緊急避難に

において問題となる各事例はどのように区別されるであろうか。

まず、「暴漢と隣家の事例」は、被強要者は暴漢に「死にたくなければ隣に逃げ込め」と言われなくても隣に逃げ込む状況であり、実質的には暴漢の恣意的意図が介入しているとはいえず、自然災害による隣家への避難と変わりがない。また、隣人の僅かな損害で行為者が救われる「お互い様」の関係にあるとして、「社会連帯」の要請から隣人の正当防衛権を制限し侵害を甘受することを求めても不都合はない。もっともその上で行為者が民事上の損害賠償責任を負うことはあるだろう。よって、37条1項本文の要件を満たしかつ「補充性」に内在する制約である「相当性」の一環としての「社会連帯」の要請があることから隣人は正当防衛できない場合であり、完全な違法阻却としての緊急避難が認められると考える。

次に、「カルネアデスの板の事例」については、一方が助かるために他方が我慢しなければならぬ「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）になく、「社会連帯」の要請がないので、完全な違法阻却としての緊急避難は認められない。しかし、運命として「法益が物理的に明らかに衝突している」。よって、「補充性」に内在する制約である「相当性」の一環としての「社会連帯」の要請はなく相手方は正当防衛できるが、なおも37条1項本文の要件を満たしかつ「相当性」の一環としての「法益の物理的衝突」がみられることから、可罰的違法性阻却としての緊急避難が認められる。

「晴れ着と傘の事例」は、上述の通り「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）になく「社会連帯」の要請が否定されると同時に、「法益の物理的衝突」もないことから、完全な違法阻却及び可罰的違法性阻却としての緊急避難は成立しない。さらに、個別具体的な判断によっても行為者に適法行為の期待可能性がないとはいえない、つまり強い心理的圧迫が認められないことから責任阻却としての緊急避難も認められない。

「晴れ着と傘の事例」も「カルネアデスの板の事例」も、相手方に「社会連帯」の要請がない点において共通する。しかし、両者の結論が同じで

あるというのは社会通念上妥当ではない。三分説を採用した場合、前者は個別具体的判断を試みても、晴れ着を着ている者に粗末な洋服の通行人から傘を取らないことを期待することは可能であり適法行為の期待可能性はある、つまり強い心理的圧迫がなくおよそ緊急避難は成立しないが、他方、後者は、個別具体的な検討をするまでもなく「法益の物理的衝突」が認められ、一般的に適法行為の期待可能性がない、つまり強い心理的圧迫があると推定され、可罰的違法性阻却としての緊急避難が成立すると説明することができ、ここに三分説の意義があるように思われる。

さらに、「娘の命と銀行強盗」の事例は、娘の命と危難を転嫁される銀行側の法益が強要者の恣意的な意図によって結び付けているだけであり、娘の命を救済するために銀行側の法益が犠牲にならなければならないという「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）にはなく、銀行側に「社会連帯」の要請はない。また、運命として「法益が物理的に明らかに衝突している」ともいえない。よって、「補充性」に内在する制約である「相当性」の一環としての「社会連帯」の要請及び「法益の物理的衝突」が認められないことから、37条1項本文の要件を満たさず、完全な違法阻却及び可罰的違法性阻却としての緊急避難は否定される。しかし、個別具体的に検討すれば、被強要者には過度の心理的圧迫が認められ、適法行為の期待可能性がないため、37条1項但書の要件を満たしかつ処罰するには忍びないとして刑が免除される場合として、責任阻却としての緊急避難が認められる。

最後に、難破船の数人の乗組員が餓死から免れるために乗組員のうち一人の少年を殺してその肉を食べたといった場合（以下、「ミニョネット号事件の事例」と称する）について考えてみたい。前田雅英教授は、緊急避難の不処罰根拠につき違法阻却説の立場を採られ、多数の命を救うために少数の生命を犠牲にすることは倫理的には非難し得ても違法性を有するとはいえないとされるが¹¹⁶⁾、緊急避難は少なくとも避難行為によって危難を転嫁される第三者の自律性が侵害されるものであることに気付かねばな

らないであろう¹¹⁷⁾。よって、他の乗組員の生命を救うために少年の生命を犠牲にしなければならない「法益衝突」の状態(「お互い様」の関係)にはなく、少年に「社会連帯」の要請はないし、「法益の物理的衝突」も認められないことから、完全な違法阻却及び可罰的違法性阻却としての緊急避難は共に否定される。せいぜい「娘の命と銀行強盗の事例」と同様に、責任阻却としての緊急避難が認められるにすぎない。もっとも、船の乗組員に特殊な「危険共同体」が認められるのであれば、「冠水と畑の事例」と同様の処理も考えられるが、人命についてそれを認めてよいか否かという問題は残る。

お わ り に

本稿では、「強制による行為」が緊急避難たりうるかという疑問について、考察を試みた。

第一章では、まず前提として、現行法37条の法的性格を探り、「強制による行為」も緊急避難一般の規定に含まれると解されること、立法者は避難行為を「元々正当ノ行為ト云フコトハ一概ニ言ヘナイ」としていたことから、全てを違法阻却事由とする趣旨ではなかったこと等を確認した。

第二章では、前章を受け、違法阻却としての緊急避難とそうではない緊急避難との判断基準が緊急避難の不処罰根拠と関連して問題となることから、その学説を検討した上で、現行法37条1項の解釈論としては、緊急避難を違法阻却・可罰的違法阻却・責任阻却としての緊急避難に三分して考える三分説を支持することとした。

第三章では、「強制による行為と緊急避難」について違法阻却としての緊急避難と責任阻却としての緊急避難との区別を試みている学説の判断基準を検討し、可罰的違法性阻却を加えて三分することの必要性を確認しつつ、その具体的な判断基準を検討した。そして違法阻却としての緊急避難成否の判断基準は、危難を転嫁される相手方の「社会連帯」の要請と正当

防衛権の有無に求められ、可罰的違法性阻却としてのそれは、相手方に「社会連帯」の要請がなくとも「法益が物理的に明らかに衝突している」か否かに求められ、さらに責任阻却としてのそれは、個別具体的な判断による適法行為の期待可能性、つまり強い心理的圧迫の有無に求められるとした。

特に「社会連帯」の要請の有無については、「相当性」の問題とした上で、緊急避難が相隣関係類似の関係に基づく制度であること及び佐伯博士による「相当性」の主張から、「相当性」は二律背反の関係、即ち「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）にあるか否かを表すものであると捉え、「やむを得ずにした」に含まれる「補充性」に内在する制約として社会通念上から判断されるべきものであると位置付けた。

そして最後に、強制による行為及び緊急避難において問題となる各事例を上記三分説の判断基準に沿って類型化を試みた。「暴漢と隣家の事例」は、刑法37条1項本文の要件を満たしかつ「社会連帯」の要請があることから相手方が正当防衛できない場合であるので、完全な違法阻却としての緊急避難が認められ、「カルネアデスの板の事例」については、「法益衝突」の状態（「お互い様」の関係）になく、「社会連帯」の要請は認められないが、「補充性」に内在する制約である「相当性」の一環として「法益の物理的衝突」が認められることから、刑法37条1項本文の要件を満たしかつ「社会連帯」の要請がなく相手方が正当防衛できる場合であるので、可罰的違法阻却としての緊急避難が認められ、「娘の命と銀行強盗の事例」は、「社会連帯」の要請及び「法益の物理的衝突」は認められないが、被強要者に過度の心理的圧迫が認められ、適法行為の期待可能性がないため、刑法37条1項但書の要件を満たしかつ処罰するには忍びないとして刑が免除される場合として、責任阻却としての緊急避難が認められるとした。

- 1) 松宮孝明『刑法総論講義（初版第1刷）』（1997年・成文堂）144頁参照。
- 2) 旧刑法75条

「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」

「天災又ハ八意外ノ変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」

- 3) 内田文昭 = 山火正則 = 吉井蒼生夫編著『刑法(明治40年)(2)日本立法資料全集21』(1993年・信山社)3頁参照。
- 4) 明治23年改正案69条「為不為ノ自由ナクシテ行ヒ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テ必ス之ヲ適用ス
 - 一 抗拒ス可カラサル脅迫又ハ身体ノ強制ヲ受ケタルトキ
 - 二 天災又ハ八意外ノ変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シ又ハ執行スルモノト相当ニ信シタルトキ」
- 5) 内田ほか編著・前掲注3)5頁,9頁以下参照。
- 6) 明治28年改正案54条「自己又ハ他人ノ身体若クハ財産ニ対スル現在ノ危ヲ避クル為メ己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」
- 7) 内田ほか編著・前掲注3)85頁以下。
- 8) 明治28年刑法草案50条「自己又ハ他人ノ生命,身体,自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危難ヲ避クル為メ己ムヲ得サルニ出タル所為ハ情状ニ因リ其刑ヲ減輕シ若クハ之ヲ罰セス但職務上特別ノ義務アル者ハ此限ニ在ラス」
- 9) 内田ほか編著・前掲注3)138頁,473頁参照。
- 10) 内田ほか編著・前掲注3)516,517頁参照。
- 11) 草案47条
「自己ハ他人ノ生命,身体,自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危難ヲ避クル為メ己ムヲ得サルニ出タル所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越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トモ情状ニヨ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」
- 12) 内田ほか編著・前掲注3)516,517頁。
- 13) 松宮孝明「日本刑法37条の緊急避難規定について」立命館法学262号52頁。
- 14) 倉富勇三郎ほか編・松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(1990年・清水書店)881頁~883頁参照。
- 15) 倉富ほか編・前掲注14)881,882頁以下。特に石渡敏一政府委員の発言参照。
- 16) 倉富ほか編・前掲注14)883,884頁。特に倉富勇三郎政府委員及び石渡敏一政府委員の発言参照。
- 17) 過剰避難の箇所に関しては明治40条の政府草案時点では、「情状ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スル」とされていた(倉富勇三郎ほか編・松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(1990年)1562頁以下)。
- 18) 倉富ほか編・前掲注14)2142,2143頁。
- 19) 福田平「刑法改正準備草案と違法阻却事由」(昭和35年)『目的的行為論と犯罪理論(初

- 版)』(昭和39年・有斐閣)215頁。
- 20) 泉二新熊「刑法改正ノ綱領 説明(昭和2年11月28日東京弁護士会ニ於テ)」『日本刑法論各論』(1929年版)1084頁。
 - 21) 牧野英一「正当防衛の要件」(昭和12年)『刑法研究・第9巻』(昭和15年・有斐閣)37頁。
 - 22) 牧野英一『刑法改正の諸問題』(昭和9年・良書普及會)190頁。
 - 23) 小野清一郎「刑法に於ける道義と政策 改正刑法仮案に対する概括的批判」同『日本法理の自覚的展開』(昭和17年・有斐閣)239頁以下。
 - 24) 倉富ほか編・前掲注14)883, 884頁。
 - 25) 昭和6年改正刑法仮案総則編の緊急避難規定に「害の均衡」の要件が見られないことから、「相当性」の要件に含まれていると考えられていたと推測できる。
 - 26) 岡田庄作『刑法原論(総論)(増訂改版第4版)』(大正6年・明治大學出版部)(初版は大正2年発行)281, 282頁。
 - 27) 勝本勘三郎『刑法要論上巻』(大正2年・有斐閣)249頁以下。
 - 28) 小野清一郎『全訂刑法講義』(昭和19年・有斐閣)137頁。
 - 29) 刑法改正仮案第19条(緊急避難)
「自己又八他人ノ利益ニ対シ脅迫ニシテ且他ニ避クル方法ナ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当ナルトキハ罪ト為ラス」
「前項ノ規定ハ業務上特別ノ務アル者ニハ之ヲ適用セス」
「前条第2項及第3項(過剰防衛 筆者注)ノ規定ハ本条ノ避難行為ニ之ヲ準用ス」(条文は、『刑法改正仮案』(昭和15年・法曹會)5頁による。)
 - 30) 内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)(初版)』(昭和49年・有斐閣)124頁。
 - 31) 安平政吉「刑法改正仮案における犯罪理論」法学新報64巻1号(1957年)27頁~29頁。
 - 32) 小野博士は、仮案の「其ノ際ニ於ケル情況ニ照シ相当ナルトキ」という規定について、「ドイツ1925年案からきた『相当ナル』(angemessen)といふ觀念は如何にも末期市民的な精神形態を表現する」とされた(小野・前掲注23)239頁)。
 - 33) 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』司法研究報告書第19輯第2号17頁。
 - 34) 牧野英一「緊急避難と期待可能性」同『刑法研究』(昭和15年)9巻55頁参照、及び牧野英一「刑法における自由法運動(12)」同『刑法研究』(昭和10年)第5巻506頁。
 - 35) 森下忠『緊急避難の研究』(昭和35年・有斐閣)239頁, 240頁。
 - 36) 高橋敏雄「緊急避難の本質に関する一考察」『違法性の研究』(1963年)127, 128頁。
もっとも、高橋教授は、緊急避難の不処罰根拠については「違法阻却事由と責任阻却事由とが競合する」という牧野博士の見解を支持されていない。
 - 37) 平場安治「立法問題としての違法阻却事由」『刑法改正に関する意見書集』(1958年・法務省刑事局)31, 32頁。
 - 38) 久礼田益喜「刑法改正仮案註釈」法律時報32巻8号(刑法改正準備草案の総合的検討(1960年)346頁)。
 - 39) 岡田博士は、正当防衛においてはこれに補充性を含まず、緊急避難については含むとする通説に対し、「区別ナキ法ニ故ニ區別ヲ設クルモノ」と反論され、「己ムコトヲ得サルニ出テタル」は「必要性」のことでであると解されるが(岡田・前掲注26)285, 286頁)、少な

くとも「補充性」を要求することはほぼ異論を見ない(勝本・前掲注27)260, 261頁, 滝川幸辰『犯罪論序説』(昭和13年・交友堂)213, 214頁。宮本英脩『刑法大綱(6版)』(昭和8年・弘文堂)99頁, 木村龜二『刑法総論(初版)』(昭和34・有斐閣)273, 274頁, 佐伯千仞『刑法総論(初版)』(昭和19年・弘文堂)194頁, 植田重正『刑法要説』(昭和24・紅帆社)123頁, 植松正『刑法概論I 総論(全訂版)』(昭和41・頸草書房)187頁, 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(1990年・創文社)249頁, 平場安治『刑法総論講義』(1961年・有信堂)83頁, 他)。なお, 昭和8年9月27日大審院判例(刑集12巻1654頁)も「補充性」をも含むとした判例として知られている。

- 40) 久礼田益喜「刑法改正調査委員会総会決議の『刑法総則』を觀て」法律時報4巻5号(1932年)21頁。
- 41) 平場・前掲注37)30, 31頁。
- 42) 牧野英一「緊急避難と期待可能性」『刑法研究第9巻』(1940年)55, 56頁。なお, 牧野博士は, 補充性の原則は「期待可能性」で処理するをもって足りるとされつつも, この期待可能性は「相当性」と趣旨を同じくするとされるため, 結果的に相当性の制約によって補充性に近づけられるとの指摘がなされている(米田・前掲注33)10頁)。
- 43) 内藤・前掲注30)121頁。
- 44) 久礼田・前掲注38)346頁。
- 45) 安平・前掲注31)26頁~29頁。
- 46) 改正刑法準備草案14条
「自己又は他人の法益に対し他に避ける方法のない急迫した危難が生じた場合に, その危難を避けるためにやむを得ないでした行為は, これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったときは, これを罰しない。」
「避難行為がその程度を超えた場合には, 前条2項(過剰防衛 筆者注)の規定を準用する。」
- 47) 刑法改正準備会『刑法改正準備草案 附同理由書』(昭和36年12月)105頁。
- 48) 福田・前掲注19)223, 224頁, 西山富夫「刑法改正準備草案(1)」名城法学10巻1号(1960年)35頁。
- 49) 刑法改正準備会・前掲注47)104, 105頁。
- 50) 内藤・前掲注30)134, 135頁。
- 51) 福田・前掲注19)224頁。
- 52) 刑法改正準備会・前掲注47)105頁。
- 53) 内藤・前掲注30)134頁。
- 54) 福田・前掲注19)224頁。
- 55) 西山・前掲注48)35, 36頁。
- 56) 内藤・前掲注30)136頁。
- 57) 法制審議会刑事法特別部会第一小委員会議事録(一)7, 8頁, (四)328頁~350頁, (五)359頁~364頁。
- 58) 〔イ案〕第14条(緊急避難)
「自己又は他人の法益に対し他に避ける方法のない急迫した危難が生じた場合に,

強制による行為と緊急避難に関する一考察（福本）

その危険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越えなかったときは、これを罰しない。」

「前項の規定は、みづから危険にあたるべき業務上特別の義務のあるものには、これを適用しない。」

「避難行為がその程度を越えた場合には、前条第2項及び第3項の規定を準用する。」

〔別案〕（第2項を規定せず、第3項を第2項とする。）

59) 〔口案〕第14条（緊急避難）

「自己又は他人の法益に対し他に避ける方法のない急迫した危険が生じた場合に、その危険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に達しなかったときは、これを罰しない。」

「避難行為がその程度を越えた場合には、情状によって、その刑を軽減し、又は免除することができる。その行為が、自己又は親族〔その他の自己と密接な関係にある者〕の生命、身体又は自由に対する危険を避けるために行われたもので、行為者を非難することができないときは、これを罰しない。」

ただし、第1案では緊急救助の対象者として〔その他自己と密接な関係にある者〕を規定しておらず、これは第1案を〔口案〕とする際に加えられたものである。

60) 法制審議会・前掲注57)四328頁～341頁。

61) 以上、法制審議会・前掲注57)四330頁～333頁、339頁～344頁。

62) 個別的検討の詳細は、法制審議会・前掲注57)四344～347頁、木村栄作「刑法改正作業レポート（17） 犯罪（その1）」ジュリスト411号（1968年）152頁。

63) 木村・前掲注62)159頁。

64) 法制審議会・前掲注57)七629頁～635頁。

65) 改正刑法草案第15条は、参考案14条3項の「越えた」の語を「超えた」と改めたほかは、第一小委員会参考案の規定（別案を除く）と同一である。

66) 現行フランス刑法122-7条「自己、他人又は財産を脅かす現在又は急迫の危険に直面して、その人又は財産の保護に必要な行為を行う者は、刑事責任を負わない。ただし、用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡がある場合はこの限りでない。」（法務大臣官房司法法制調査部編『フランス新刑罰典』（平成7年・法曹会）18頁）

67) フランス旧刑法64条「被告人が行為の時に心神喪失 *démence* の状態にあったとき、又は抗拒不能の力によって犯行を強制 *contrainte* されたとき、重罪又は軽罪とならない。」訳文は、法務省司法法制調査部編『フランス刑罰典（第1版）』（昭和52年・法曹会）26頁参照。

68) 森下忠『緊急避難の比較法的考察』（昭和35年・有斐閣）16頁。

69) 森下・前掲注68)74頁以下。

70) 井上宜裕「緊急避難の不可罰性と第三者保護に関する一考察 フランス刑法を中心として（二）」法学雑誌44巻2号（1998年）345頁参照。もっとも「これらの見解も、緊急避難の不処罰根拠まで心理的強制に求めているわけではない」とされている。

71) 井上・前掲注70)328頁。

72) 1871年ドイツ（旧）刑法52条「行為者が、抗拒不能な暴行によって、または自己もしくは

- は親族の身体または生命に対する現在の、他の方法では回避できない危険と結びついた脅迫によって行為を強制された場合には、可罰的な行為でない。」
- 73) 1871年ドイツ(旧)刑法54条「行為が、正当防衛以外の場合で、自己の責めによらずかつ、他の方法では除去することのできない緊急状態において、自己または親族の身体または生命に対する現在の危険を避けるために犯された場合には、可罰的な行為でない。」
- 74) 森下・前掲注35)246頁, 80頁。フォイエルバッハの心理強制説についての詳細は、94頁以下参照。
- 75) 森下・前掲注35)248頁以下。
- 76) フランス旧刑法64条については、前掲注67)。
- 77) 森下・前掲注35)251頁。
- 78) 詳細は、森下・前掲注35)267頁～275頁参照。
- 79) 松宮・前掲注13)262号61頁。なお、1909年以降の改正事業の過程についての詳細は66頁参照。
- 80) ドイツ民法第904条「物の所有者は、その物に対する他人の干渉が現在の危難を防止するのに必要であって、かつ、その切迫している損害が干渉に因って所有者に生ずる損害よりいじむるしく大きいときは、その干渉を禁止する権利をもたない。このばあい、所有者は干渉によって生じた損害の賠償を請求することができる。」訳文は、森下・前掲注35)132頁。
- 81) 滝川幸辰『犯罪論序説』(昭和13年・交友堂)201, 202頁。
- 82) アルピン・エーザー著、西原春夫監修『違法性と正当化 原則と事例』(1993年)81頁以下(勝亦藤彦訳)。
- 83) 森下・前掲注35)187頁以下。
- 84) 松宮・前掲注13)262号43頁。
- 85) 倉富ほか編・前掲注14)2142頁以下。
- 86) 内田ほか編著・前掲注3)86頁。
- 87) 倉富ほか編・前掲注14)881, 882頁以下の特に石渡敏一政府委員の発言参照, 884頁の富井政章議員の発言参照。
- 88) 小野・前掲注28)137頁。
- 89) 団藤重光『刑法綱要総論(第3版第2刷(付・追補))』(1991年・創文社)245, 246頁。
- 90) 「道義的責任を阻却」(小野・前掲注28)138頁), 「期待可能性を欠く」(団藤・前掲注89)246頁)とされる。
- 91) 福田平『刑法総論(全訂版)』(1984年・有斐閣)151頁, 大塚仁『刑法概説(改訂版)』(昭和61年・有斐閣)347頁。
- 92) 滝川幸辰『犯罪論序説』(昭和13年・有斐閣)203頁以下, 滝川幸辰『刑法読本』(昭和24年・世界思想社)108頁以下。
- 93) 植松正『刑法概論 総論(全訂版第1刷)』(昭和41年・頸草書房)179頁以下参照, 特に182, 183頁。
- 94) 森下・前掲注35)240, 241頁。
- 95) 佐伯千仞『改訂刑法講義(総論)(改訂版第3刷)』(昭和51年・有斐閣)206, 207頁。

強制による行為と緊急避難に関する一考察（福本）

- 96) 木村亀二『刑法総論（初版）』（1959年・有斐閣）265頁～271頁。
- 97) 曾根威彦『刑法総論（新版補正版）』（1996年・弘文堂）116, 117頁。
- 98) 松宮・前掲注1)141, 142頁。井上宣裕教授は、本説を可罰的違法阻却説の中の「統一的に違法阻却事由とする説」として位置付けているが（井上宣裕「緊急避難の不可罰性と第三者保護に関する一考察（一）」フランス刑法を中心として」法学雑誌44巻1号73頁～76頁参照）、この分類は正確ではない。本説は「可罰的違法性が阻却される緊急避難でも、正当防衛権による対抗が認められる場合と、その行使は認められず、自己の金銭的な救済だけで済まされる場合がある」とする点に特徴がある。
- 99) 松宮・前掲注1)101頁。
- 100) 三分する際の基準は異なるが、「保全利益が優越する場合には違法阻却、ないし（他の非刑罰法令において違法とされている場合には）可罰的違法阻却、利益同等の場合には、可罰的責任阻却と解すべき」（山中敬一『刑法総論（初版）』（1999年・成文堂）486, 487頁）とする見解があり、他に三分説が存在しないわけではない。
- 101) 橋田久「強制による行為の法的性質（一）」法学論叢131巻1号90頁以下（特に93頁～99頁, 104頁, 108頁）、同「強制による行為の法的性質（二）」法学論叢131巻4号107頁～112頁。
- 102) 松宮孝明「刑事法学の動き」法律時報68巻8号97頁。
- 103) 山口厚『刑法総論（初版）』（平成13年・有斐閣）127頁～131頁。
- 104) 松宮・前掲注1)145頁。相手方の正当防衛が認められるときでも緊急避難が成立する場合はあるとされ、「カルネアデスの板の事例」を例に挙げられ、「この場合は同価値の法益が物理的にも明らかに衝突している」と示されている。
- 105) 奥村正雄「強要による緊急避難」清和法学研究第6巻第2号171頁。
- 106) 山口・前掲注103)127, 128頁。
- 107) 奥村・前掲注105)174, 175頁。
- 108) 奥村・前掲注105)167頁～169頁。
- 109) 松宮・前掲注1)142頁。
- 110) 最判昭和24年8月18日 刑集3巻9号1465頁及び最大判昭和24年5月18日 裁集刑10-231。
- 111) 最大判昭和24年5月18日 裁集刑10-231。
- 112) 佐伯・前掲注95)207, 208頁。晴れ着と傘の事例は、『刑法総論（初版）』（昭和19年・弘文堂）で既に示されていた。
- 113) 松宮・前掲注1)144頁。
- 114) 松宮・前掲注1)144, 145頁。
- 115) 山口厚『問題探究刑法総論（初版）』（1998年・有斐閣）112頁以下。
- 116) 前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（1998年・東京大学出版会）255頁。
- 117) 詳細は、小田直樹「緊急避難と個人の自律性」刑法雑誌34巻3号337頁以下参照。