

緊急避難の法的性格

渡 邊 譽  
(法律学研究室)  
(2010年1月27日受理)

Der Gestzliche Charakter des Notstand; état de nécessité

Homare Watanabe

*Laboratory of Jurisprudence, Minamikyushu University,  
Takanabe, Miyazaki 884-0003, Japan*

(Received : January 27, 2010)

南九州大学研究報告 第 40B 号 別刷

平成22年 4 月

*Reprinted from*

BULLETIN OF MINAMIKYUSHU UNIVERSITY  
40B

*April, 2010*

## 緊急避難の法的性格

渡 邊 譽

(法律学研究室)

(2010年1月27日受理)

### Der Gestzliche Charakter des Notstand; état de nécessité

Homare Watanabe

*Laboratory of Jurisprudence, Minamikyushu University,*

*Takanabe, Miyazaki 884-0003, Japan*

(Received : January 27, 2010)

## 目 次

## 1. 問題の所在

1. 問題の所在
2. 学説の状況
  - (1) 違法性阻却事由説
  - (2) 責任阻却事由説
  - (3) 二分説
3. 学説の検討
4. 判例
5. おわりに

緊急避難 (Notstand; état de nécessité) とは、「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」であって、「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場合」をいう (刑法37条 1 項本文)。緊急避難も正当防衛と同様に緊急行為の一種であるが、緊急避難は現在の危難に対する避難行為であることから、「正」対「正」の関係であるのに対し、正当防衛は、急迫不正の侵害 (攻撃) に対する防衛行為であることから、「正」対「不正」の関係にある点で両者は異なる。緊急避難は正対正の関係に特徴づけられ、現在の危難を避けるためにそれと無関係の第三者に対する避難行為であるにもかかわらず、法益権衡と補充性の要件を満たせば、刑法37条 1 項はドイツ刑法34条・35条などと同じくこれを不処罰としている。そこで、この不処罰の根拠はいかなる理由によるのかということが問題となる。これが緊急避難の法的性格に関する議論であり学説上も争いがある。

今日、わが国の学説は、(a) 緊急避難は、第三者の法益を侵害するので、あくまでも違法であるが、緊急の状況の下で他の適法行為を期待できない点で責任が阻却されるとする責任阻却事由説、(b) 現行刑法は「他人」の法益を守るための緊急避難を認めており、しかも法益権衡の要件を定め

ているから、緊急避難は違法性を阻却とする違法性阻却事由説、(c) 大なる法益を保全するために小なる法益を犠牲にする場合は、違法性阻却事由であり、法益が同価値の場合、あるいは比較が困難な場合には責任阻却事由であるとする二分説に大別されるが、その中でさらに細分化された学説の対立があるという状況である。違法性阻却事由説が現在の通説であるが、責任阻却事由説も、かつては有力に主張されたことがあるが、最近ではこの責任阻却事由説は少数説となり、違法性阻却事由説と責任阻却事由説との二分説が有力に主張されてきている<sup>(1)</sup>。本稿では、これらの諸説を個別に考察しながら、問題となる論争点を整理し、緊急避難の法的性格について、若干の検討を加え、自己の考えを整理してみたいと思う。

## 2. 学説の状況

### (1) 違法性阻却事由説

この説は、緊急避難は刑法37条の要件を満たすときは、常に違法性が阻却されると考える。わが国の通説であり、緊急避難を正当防衛と同様に正当化事由（違法性阻却事由）と解するものである。その理由を現行法が法益衡量の要件を掲げていることに求めている。緊急避難を違法性阻却事由と解する説は、現在でも通説といえるがその理由づけは同じではなく分かれるところである。

第一説は、緊急避難は適法ではないが法的に放任された行為として違法性が阻却され、緊急避難の全部を放任行為とする説<sup>(2)</sup>と小なる法益を犠牲にして大なる法益を保全する場合には適法、同価値の法益の場合には放任行為と解する説<sup>(3)</sup>とに分かれる。この説は、緊急避難が適法とされる場合には、相手方は受忍の義務を負うことになり、放任行為とされる場合には受忍義務はなく、緊急避難あるいは正当防衛をもって対抗ができるとするのである。

しかし、客観的違法性論の立場からは行為は適法か違法かのいずれかでなければならず、この見解を肯定することはできない。

第二説は、緊急避難においては違法性阻却事由と責任阻却事由とが合一するとする説で牧野英一博士の提唱によるものである<sup>(4)</sup>。この説は、「37条は法益権衡の要件を規定しているので、違法性阻却事由と考えられるが、法益権衡の原則は概念的に運用することは困難であって、『普通人の有する合

理的自衛本能』の上から考えて合理的な社会人の行動として許されるかどうかという基準から事を決しなければならぬ」として、「補充の原則の適用についてもこのことは妥当する」と説かれ、「かような標準は正に期待可能性の原則に立つものであるから、緊急避難は違法性阻却事由であるとともに責任阻却事由でもある」、という。この説に対しては、違法性と責任を混同しているという批判がある<sup>(5)</sup>。期待可能性は行為が違法な場合に責任阻却を基礎づけるための理論であるから、これによって行為の適法性を基礎づけることは妥当とはいえない。

第三説は、優越的利益説（*prinzip des überwiegen-den interesses*）と呼ばれるものである。この説はビンディングおよびルードルフ・メルケルの提唱によるものであるが、価値の異なる法益が対立する場合に、価値の小なる法益を犠牲にして価値の大なる法益を保護することが、法秩序の要求に合致することになり、緊急避難は正に法益と法益の衝突であるから、大なる法益が保護された場合には緊急避難は適法であるとする。わが国の通説も、刑法37条の法益権衡の要件を違法性阻却の根拠とするものである。しかし、違法性阻却事由説、特に違法性阻却の一般原理に関する諸説のなかで優越的利益説に基礎をおく違法性阻却事由説に対しては、避難行為によって保全された法益と侵害された法益とが同価値である場合には、説明に窮するのではないか、といった疑問が起きる。すなわち、わが刑法は法益が同価値の場合における緊急避難を認めており、保全法益の価値が侵害法益の価値を超える場合に違法性阻却を認めるのが優越的利益説であるから、法益同価値の場合には違法となりはしないか、といった疑問である。優越的利益説は、法益が同価値の場合には、優越する法益は存在しないが、それは法がそのいずれも優先的に扱うことを許さない意味であり、消極的な形で避難行為を是認するものである。これは法益衡量の上で、「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った場合に限り、罰しない」ということは、優越的利益説の立場から、マイナス法益侵害がない限り許すという考えであって、プラス（優越的利益保護）の場合だけではなくゼロ（法益衡量による優越がつけられない場合）も違法ではない、という趣旨のものである<sup>(7)</sup>。

この保全法益と侵害法益とが同価値の場合の優越的利益説からの説明の難点を解消するために、法益が同価値<sup>(8)</sup>の場合には可罰的違法性が阻却されるとする見解も主張されている。これは、優越的利益の貫徹に関して、ある程度の緩和を認めようとするものである。法益が同価値の場合、この優越的利益説の見地から違法性阻却事由説を論拠づける見解に、法益が同価値である場合には、優越する利益が存在しないから、いずれも法的保護を対等に受けることを意味することになり、法秩序はそのいずれも優先的に扱ってはならないことになるはずである。そうすると、積極的にいずれかの法益を保護することは許されず、法秩序としては消極的に避難行為を是認せざるを得ない。すなわち、「侵害利益と保全利益とは差引ゼロであるから、秩序の破壊は存在せず、したがって、避難行為は違法ではない」という形で是認できる、とされる。

## (2) 責任阻却事由説

緊急避難はその避難行為によって、第三者の法的に保護された法益を侵害するものであるから、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とする。この説<sup>(9)</sup>は、ゴルトシュミット (James Goldschmidt) によって基礎づけられ M・E・マイヤーによって確立されたものである<sup>(11)</sup>。

もっともドイツでは、かつて違法性阻却事由説が通説的地位を占めていたのであるが、戦後は二分説が有力となり1975年に施行された新刑法総則では、二分説の考えを採り入れている。わが国では滝川幸辰博士の提唱により、植松<sup>(12)</sup>、平場の諸家によって責任阻却事由説が継受され、今日でもこの学説を支持する学者もいるが少数説である。この説は、自己の法益を救うために法的に保護された他人の法益を犠牲にするものであるから、権利侵害行為であって違法であるとする。緊急避難は法益の衝突が正対正の関係であるが、そのような衝突は行為者が自己に対する侵害を自ら受忍することなく、何のいわれもない無関係な第三者に転嫁することによって生じたものであるから、他人の犠牲において衝突を解決することは認めないとする。

したがって、法益の権衡を欠く場合、すなわち衝突する法益の価値関係上、比例のとれない損害を加える場合のみならず、およそ一切の法益侵害行為を違法とするのである。

しかし、違法の実質に関する諸説の法益侵害説

によっても、法益の侵害があればすべて違法ということでもなく、最終的には法益の比較衡量を通して違法性の有無が決定されるべきである、という批判もある。また、37条1項が他人の法益に対する緊急避難を認めていることから、このような場合まで適法行為の期待可能性がないものとして責任阻却を考えることには無理があり、同条が一般的に法益均衡を要件としていることも責任阻却事由説によっては説明し得ない。なぜなら、期待可能性がないことを理由に責任阻却を認めるのであれば、法益権衡の如何は重要でないことになるからである。

## (3) 二分説

この説は、緊急避難を二元的に解するもので、違法性阻却事由になる場合と責任阻却事由になる場合があるとする立場で、ドイツでは通説となっており、二分説 (Differenzierungstheorie) と呼ばれる。ドイツ刑法も、違法性阻却事由としての緊急避難(34条)と、責任阻却事由としての緊急避難(35条)とを区別して規定している。前者は、避難行為が自己のためであると、他人のためであるとを問わないが、害される法益が著しく優越する場合であるのに対し、後者は、自己および近親者等のこれと密接な関係にある者の危難を避けるための行為であり、且つ、危難を受忍することに期待可能性がないことを要件としている。わが国で主張されている二分説も緊急避難には、違法性が阻却される場合と責任が阻却される場合とを認めるが、そのいずれを原則とするかにより見解が分かれる。

### (a) 違法性阻却を基本とする二分説

第一説は、より大きな法益を保護するために小さな法益を犠牲にする場合は違法性阻却事由と解し、法益の大きさが同一の場合、および大小の比較が困難である場合には責任阻却事由であるとする見解である。この見解は、法益の大きさが同一であって大小の比較が困難である場合には、行為者は相手方に対して自己の立場の優位性を主張する根拠がないから、避難行為は違法性阻却事由とはならず、むしろ過剰防衛による刑が免除される場合と同じく違法であるが責任のない行為と解される。ここでは、より小さな法益を犠牲にして、より大きな法益を保護することは、社会的にみて望ましいことであるから、法秩序もそれを是認す

るという考え方が根底にある。つまり、法益の「小を犠牲にして大を救うは適法なり」といふ法益衡量の原則ないし優越的利益の原則が基礎にあり、この原則が適用される場合の緊急避難は適法であり、それ以外の場合には行為は違法だが責任が阻却されるというのである。したがって、法益の大小の比較が困難である場合も結局、同一の法益が対立する場合に準じて解決する以外はないとされるのである。

第二説は、生命対生命、身体対身体という関係において、その一方を救うためになされた緊急避難の場合だけは責任阻却であり、その他の場合は法益が同等の場合でも違法性阻却であるとする見解である。この考え方は、刑法37条の「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場合に限り」という要件の解釈をどのように解するかということである。この点、これを「小なる法益を救うために大なる法益を犠牲にしない限り」、「同一または一層大なる法益を救う場合に限り」という意味に解すると、大なる法益を救うために小なる法益を犠牲にすることだけを認める優越的利益説を意味するものではないから、法益が同等の場合にも緊急避難は違法性阻却になるというのである。たしかに生命対生命の比較は容易ではない。人の生命は、法的にはすべて同価値とみるべきであるから、法益衡量において優劣をつけることはできない。したがって、人の生命を救うために人の生命を犠牲にした場合には、両者の価値は同価値とみるべきであり、このような場合にも緊急避難を認めるのが法文の趣旨であると解することになる。

しかし、生命対生命の衡量も全く不可能というわけではない。多数の命を救うためにそれ以外、全く方法がない場合に少数の生命を犠牲にすることは、倫理的・道徳的に非難されても、処罰しなければならない違法性を有するとはいえないであろう。その場合にはそれ以外に他にとる方法がないという厳格な要件を満たすことが必要であるが、それは現実的には考えにくい。次に、一般論として多数の人の生命・身体を救うために、少数の生命・身体を犠牲にする行為は適法といえるだろうか。いわゆる量的緊急避難の問題である。このような場合にも確かに量的には衡量が可能である。

しかし、今日の法秩序は比較のできない個人価値をただ単に量的にのみ取り扱うような人間観・生

命観に立脚してはいないから、違法と考えるべきであろう。ただ適法行為の期待可能性がないから責任が阻却されるとするのである。結局、生命対生命または身体対身体という関係において一方を救うためになされた緊急避難の場合に限り責任が阻却され、その他の場合には違法性が阻却されると解することになる<sup>(16)</sup>。

### (b) 責任阻却を基本とする二分説

この見解は、緊急避難は、原則として責任阻却事由として捉えながら、衝突する法益の比較がしがたいほど、著しい差のある場合には、例外的に違法阻却事由であるとする見解である。この説は、ドイツの結合説<sup>(18)</sup>の考え方を修正して、それをわが刑法の解釈に持ち込んだものであるとされる。すなわち、危難転嫁を本質とする緊急避難は基本的には責任阻却事由と解すべきものであるが、衝突する利益のうち著しく大なる法益を保全するための緊急避難は、例外的に違法性を阻却するという考えが根底にある。著しく大なる法益を救済するための避難行為は超法規的に違法性を阻却することである<sup>(19)</sup>。しかし、「この見解にも基本的に責任阻却説の問題性が妥当するし、違法阻却のケースを法益間に著しい差がある場合に限る根拠も必ずしも」明確ではなく、その差は「具体的にどの程度の差を指すのか不明である」とする批判もある<sup>(20)</sup>。

## 3. 学説の検討

以上、緊急避難の場合には、現在の危難を避けるために一定の法益を侵害しても不可罰となるが、その不可罰がいかなる理由によるものかについては、違法性阻却事由説、責任阻却事由説、二分説の三つの見解が対立してきている。違法性阻却事由説は、法益権衡の原理に基づいて大なる法益を保全するために小なる法益を侵害しても、大なる法益が保全される方が社会全体からみて好ましいから、この法益侵害は違法ではないとする。これに対し、責任阻却事由説は、危難を何ら無関係の第三者を犠牲にすることによって、回避することは法益の大小に関係なく違法であり、このような緊急状態では、それ以外の行為を期待できないということで責任が阻却されるとする。しかし、責任阻却事由説には、現行法が他人のための緊急避難を認め、また、法益権衡を要求していることを

どのように解するかといった問題がある。これらの点を考慮して、優越的利益が保全される場合には違法性が阻却され、法益が同価値の生命対生命、身体対身体の場合には責任が阻却されると考えるのが二分説である。この対立は、緊急避難の法的性格をどのように捉えるかということにいきつくのであるが、ここでは、これら対立する学説の問題点およびその批判についてももう少し詳細に検討をしてみることにする。

通説たる違法性阻却事由説に対する有力な批判が二分説から主張される。それは、違法性の実質をもっぱら法益侵害（結果無価値）に求める法益侵害説の立場から、違法性阻却事由説に対して、大なる法益を保全するために小なる法益を犠牲にすることは、法益保護の見地から違法性を阻却すると考えられるが、ある法益を保全するためにそれと同価値の法益を犠牲にする場合には、違法性を欠くとはいえないのではないか、という批判がある<sup>(21)</sup>。つまり、法益が同価値の場合にも緊急避難を肯定するが、保全法益の価値が侵害法益の価値に優越する場合に違法性を阻却するという優越的利益説の立場からすると、法益が同価値の場合は違法となりはしないか、ということである。

これに対し、違法性阻却事由説から責任阻却事由説に対する批判として、まず、第一に責任阻却事由説は期待可能性がないことにより責任が阻却されるとするが、37条1項は、他人の法益を守るための緊急避難行為をすることを認めており、期待可能性を基準にして責任阻却を説明できるのは、もっぱら自己に対する危難を回避する場合についてだけであり、他人の危難を回避する場合には、本能的行動に基づく回避行為としては期待可能性の存否を考えることはできず、理論的に37条1項を説明できないとする。刑法37条<sup>(22)</sup>が他人に対する緊急避難を認めるのは、責任判断以前の段階である違法性判断の段階において、そもそも緊急避難行為が、違法性を阻却するからと考えられているからであり、これは他人のための正当防衛が違法性を阻却するのと同じ論拠であり、責任阻却事由説では説明できないとする。

これに対し、責任阻却事由説の論者は、他人のために緊急避難行為をする場合でも、行為者は危難に遭遇しているものを救助せずにはおれないといった、切迫した心理状態によって侵害を転嫁するのであるから、そこには、やはり自己の危難を

回避する場合とまったく同様の期待可能性の存否を検討すべき状況があるとする。そして、37条の「他人」には、配偶者、親、子供等といった親族関係にある者は当然のこと、婚約者や友人等の親密な関係にある者も包含することを考えれば、納得できることになろう、と主張する。

第二に、刑法37条は厳格な法益権衡を要求するが、これについて責任阻却事由説からでは説明が困難であり、違法性阻却事由説によってはじめて説明ができるとする。違法阻却事由説は、違法阻却の論拠を優越的利益の保護に求め、侵害する法益と侵害される法益との比較衡量がなされるが、37条が「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場合に限り」と規定したのは、違法性阻却の原理を示した当然の規定であるとする。

これに対し、責任阻却事由説の論者からは、緊急事態における行為者の期待可能性の存否が犯罪成否の基準となっているから、たとえ侵害する法益と侵害される法益との権衡がとれない場合（小なる法益を保全するために大なる法益を侵害するような場合）であっても、期待可能性がなければ理論的に犯罪が不成立となるはずである。そうすると、この結論は37条が法益権衡の原則を要求していることと矛盾するのではないか、とする批判がある。

第三に、緊急避難に対する正当防衛の問題について、どのように解するかということである。この問題は、緊急避難が違法性阻却かそれとも責任阻却かという問題と絡んでくる。この場合、違法性阻却事由説に立てば、緊急避難は適法行為であるからこれに対する正当防衛は許されず、第三者はせいぜい緊急避難によって対抗することしかできないことになる。例えば、XがAからの侵害を避けるためYに重傷を負わせざるを得ないような場合でも、この場合にはYに正当防衛は認められないから、Yがやむを得ずXを殺害すれば、過剰避難として犯罪が成立することになる。これに対して、責任阻却事由説の立場からでは、緊急避難は違法行為であるから、これに対する正当防衛は可能になり、YはXを殺害してもよいことになる。

この正当防衛に関し、違法性阻却事由説に対する有力な反対説である二分説は、自己または他人の生命に対する危難を回避するために、無関係の第三者の生命を犠牲にする場合、それを法によっ

て正当化される行為とし、被害者側に正当防衛の権利も認めないというのは不当だとする。そこで、この場合に何のいわれもなく危難を転嫁される第三者に、正当防衛を否定することは、その者の保護に欠けることになるので、緊急避難を原則として不可罰的違法行為と解することに合理的理由がある、とする見解<sup>(23)</sup>がある。

例えば、XがAの車が突っ込んできて轢かれそうになったので、傍にいたYを突き飛ばそうとしたときに、逆に今度はYが車に轢かれそうになったので、やむを得ずXを押し返したのでXが轢かれて死亡したような場合に、Yの行為は正当防衛として許されるべきであろうか。この点、不可罰的違法行為と解する見解も緊急避難には可罰的違法性が欠如しているのであるから、これに対する正当防衛も、おのずから限定条件が課せられることは避けられないとする。

第四に、緊急避難行為について共犯の成否が問題となる。違法性阻却事由説の立場では、緊急避難は適法であるから、これに対する共犯は不成立となる。違法性阻却事由説から責任阻却事由説に対する批判として、緊急避難行為を教唆した者は、責任阻却事由説に従うと違法行為を教唆したことになり、共犯の従属形式について制限従属性説を採れば、教唆した者は共犯として処罰されることになるが、これは正当ではないとされる。これに対し、責任阻却事由説からは、教唆の故意の点から解決の糸口を見出そうとする。教唆の故意は犯罪を行う意思を有しない者に犯意を起ささせることであり、緊急避難を教唆してもそれは犯罪を教唆したことにはならないのであり、この場合は、教唆の故意の実体が欠けることになるから、共犯の従属性の問題を考える必要もなく、共犯は成立しないと反論する<sup>(25)</sup>。

#### 4. 判例

緊急避難の本質について、判例の態度は必ずしも明らかではない。緊急避難と民事責任の問題について、「緊急避難行為者ハ刑事上無罪ノ判決ヲ受クルニ拘ハラス其行為ニヨリテ損害ヲ被リタル他人ノ権利ニ対シ民事上賠償ノ債務ヲ負フハ当然」として、緊急避難をした者は、緊急避難によって損害をうけた他人に対して、民事上の損害賠償を負うことになるとし、緊急避難が少なくとも民事

上は違法であることを認めている（大判大正3年10月2日刑録20巻1764頁）。

次に、緊急行為としての社会的相当性を有するか否かの見地から緊急避難の成立を認めた判例として大判大正13年12月12日刑集3巻867頁がある。また、緊急避難は「正義および公平の観念」に基づくとした名古屋高金沢支部判昭和32年10月29日裁特4巻21号558頁があるが、いずれも緊急避難が違法性阻却か責任阻却かについて言及しているものではない。しかし、大審院昭和12年11月6日判決（裁判例11巻刑法教材87頁）では、価格600円相当の猟犬が、価格160円相当の番犬に襲われた際、猟犬をまもるために猟銃で番犬を傷つけた甲の行為は法益権衡の要件を充足しているとされ、緊急避難として違法性の阻却を認めている。

また、刑法36条、37条が違法性阻却事由の例示的、具体的規定であるとしている判例（名古屋地判昭和36年8月14日下裁例集3巻7＝8号750頁）からすれば、従来の判例も通説と同様の違法性阻却事由説を採用していると考えられる。さらに、比較的新しい判例で見解の相違<sup>(26)</sup>もあるが、普通貨物自動車の運転手が、前方から道路中央線を車体の約半分以上超えて進行して来る対向車を認め、同車と正面衝突の危険を感じ、ある程度減速すると共に左にハンドルを切って左側に約1メートル寄って進行したため、自転車後部をX運転の自動二輪車と接触せしめ、Xに傷害を与えた場合に緊急避難が成立するとした判決は、緊急避難の本質を違法性阻却事由と解している（大阪高判昭和45年5月1日高刑集23巻2号367頁）。

次に、緊急避難に関する新しい判例として東京地判平成8年6月26日判時1578号39頁・判タ921号93頁がある<sup>(27)</sup>。本判決は、被告人の生命に対する緊急避難と期待可能性に関するものであるが、事案は、教団代表者Yおよび幹部等が、被告人Xに対し被害者Aの殺害を促し、殺害しなければXを殺害する旨およびAの殺害を遂げれば無事に家に帰してやる旨を伝えたため、XはAを殺害しさえすれば、無事解放され自宅に戻れると考え、Aの殺害を決意し殺害を承諾し、Xは前手錠を掛けられて座らせていたAに対し、ロープを頸部に巻き締め続け、よって窒息死させたというものである。

本判決は、「被告人のA殺害行為は、被告人の身体の自由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は認められるが、

他方、被告人Xは、自己の身体の自由に対する現在の危難から逃れるために、Aを殺害したのであって、法益の均衡を失っていることも明らかであるから、結局、被告人Xの行為には、過剰避難が成立するといわなければならない」と判示している。

この判決について検討すると、まず①現在の危難とは何かということであるが、「緊急避難における『現在の危難<sup>(28)</sup>』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い、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」とする。従来判例によると、現在の危難とは、現に危難が切迫していることを意味し（最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号722頁）、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を意味するのであって、行為者の主観的な予想<sup>(29)</sup>や、被害の現在性を意味するものではないと解されている（最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁）。本件のように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厳格な解釈をする必要があり、本件の認定した状況からすると、XがあくまでもAの殺害を拒否し続けた場合には、X自身が殺害された可能性も否定できないが、XがA殺害を決意し、その実行に及ぶ時点では、XはYから口頭でAを殺害するよう説得されていたにすぎず、そのことに関しては、Xの生命に差し迫った危険があったとは認められないのである。

また、この時点で仮にXがAの殺害を拒否しても、ただちにXが殺害されるという具体的な危険性も高かったとは認められないから、Xの生命に対する現在の危難は存在しなかったというべきであるとして、Xの行為は緊急避難行為には該当しない、としている。なお本判決は、Xの生命に対する現在の危難は存在しないけれども、反対に身体の自由に対する危難については存在することを認めている。

②補充性の要件については、Xが「避難行為に出る以前にどれだけの行為をしたかということが重要なのではなく、客観的にみて、現在の危難を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外にも存在したか否かという点が重要である」としている。これは、「他人ノ法益ヲ害スル外他ニ救助ノ途ナキ状態ヲ必要トスル」（大判昭和8年9月27日刑集12巻1654頁）とした判示と同趣旨

である。

そして、XはYの意思によって身体の拘束を解かれる以外に監禁状態から脱するすべはなく、Yの意思によって身体の拘束を解かれるためにはAを殺害すること以外にはなく、結局、Xが身体拘束から解放されるためには、Aを殺害するという方法しかとりうる方法がなかった、としている。

しかし、この要件を厳格にしすぎると、緊急避難の成立を著しく困難にして、かえって不都合なことになる。したがって、緊急避難における補充の原則も、絶対に他の方法がないことまで要求するものではなく、現実的方法<sup>(30)</sup>がないという程度の趣旨と解するのが妥当であろう。法益権衡の原則について、生命対身体を比較した場合、通常は明らかに法益の権衡を失することになるだろうが、本件の補充性について、Xが身体拘束状態から解放されるためには、Aを殺害するという方法しかなかったこと、Xが現に直面している危難はXの身体の自由に対する侵害に限られず、「生命に対する侵害の可能性も存在していた。このような状況下で、Xの身体の自由に対する侵害を免れるためにAの殺害行為に出たとしても、条理上肯定できないとまでいえない」。Aの殺害行為について避難行為の相当性は認められる。「被告人のA殺害行為はXの身体の自由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は認められるが、他方、Xは自己の身体の自由に対する危難から逃れるために、Aを殺害したので法益の均衡を失っている」と判示している。つまり、法益の比較衡量からすれば生命対身体の関係であるが、保全法益は身体で侵害法益は生命であるから明らかに法益の権衡を失っている。

③適法行為の期待可能性の存否については、XをYおよび教団幹部が取り囲んでいたとしても、この時点では、当時の被告人Xは心理的な強制下にあったとは認められないし、Aの殺害を断ったとしても、ただちに自分が殺害されるような状態でもない。このような状況下において、Aの殺害がXの身体の拘束を解くための条件であったとしても、Xはこれを拒否してAの殺害を回避しようとしたり、あるいはY等に対しAの助命を嘆願するなり、翻意を促すなど、その場でAを殺害しなくても済むような努力をすることができたと考えられ、Xに対しA殺害行為に出ないことを期待することは可能であったと認められる。以上、被告

人Xに対しては、A殺害行為にでないことを期待することが可能であり、適法行為の期待可能性が存在していたと認められるから、XのA殺害行為について種々の状況に照らして、Xの責任が減少することがあり得ても、責任が阻却されることはないとするのである。本判決では、期待可能性の有無による責任阻却は、「客観的にみてその行為が心理的に強制下におかれた極限的な状況において初めて責任が阻却される」、と解されている。本判決では、XはAの殺害行為に出ないことを期待することが可能であり、適法行為の期待可能性が存在していたと認められるので責任阻却はないと判断しているが、妥当な解釈である。

## 5. おわりに

以上、緊急避難の法的性格をめぐる問題点について言及してきた。そして、緊急避難を不可罰とする根拠については、大別して違法性阻却事由説、責任阻却事由説、二分説があることを明らかにしたが、それではいずれの見解が妥当であろうか。

この点、現行刑法37条は、緊急避難に関して包括的な要件を定めているので、この緊急避難の成立要件を念頭に置きながら、いずれの見解が妥当であるといえるか考察すべきことになろう。

まず、37条は、「他人」の法益を守るための緊急避難を認めているが、この場合を期待可能性の減少・欠如ということを基礎にして、責任阻却を説明することは困難である。責任阻却事由説は、現在の危難に対して違法行為である緊急避難行為以外の他の適法行為に出ることが期待できないとするが、仮にそうであれば、他人に対する現在の危難に対しては、これを放置して第三者の法益侵害をしないことを法は期待できるから、緊急避難は自己の法益に対する現在の危難の場合だけに限定されるはずである。ところが、刑法の規定はそうようになっておらず、他人のための緊急避難も認めており、これをどのように解したらよいだろうか。

次に、37条は、法益の均衡を要件としているが、期待可能性の不存在が緊急避難の不可罰の根拠であると考えれば、法益が均衡しない場合、例えば、小なる法益を保全するために大なる法益を犠牲にした場合でも、期待可能性が存在しない場合もありうるから、この要件は必要ないことにな

る。このように考えると、責任阻却事由としての緊急避難を認める二分説も現行刑法の規定にそぐわないといえる。また、法益が同価値の場合に違法性阻却事由説に対する批判も存在するが、侵害行為が緊急状態でなされたものであり、しかも侵害された法益と同価値の法益が保全されていることを考えると、積極的な社会侵害性は欠如しているので、社会全体からみてこれを積極的に違法とはいえない、という意味で適法行為と解することができはしないだろうか。つまり、緊急避難行為が積極的に処罰するに値する程度の行為であるか否かということ判断すべきものである。そうであれば、刑法37条の解釈からしても緊急避難は違法性阻却事由と解する方が妥当である。

## 注

- (1) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』123頁(有斐閣、増補版、1950年)、板倉 宏『刑法総論』206～207頁(勁草書房、補訂版、2007年)、内田文昭『改訂刑法I(総論)』191～192頁(青林書院、1987年)、大谷 實『刑法講義総論』164～165頁(成文堂、2000年)、大塚仁『刑法概説(総論)』346～346頁(有斐閣、1992年)、同・『刑法要論(総論)』134頁(成文堂、1994年)、香川達夫『刑法講義(総論)』187頁(成文堂、第3版、1995年)、柏木千秋『刑法総論』174頁以下(有斐閣、1982年)、川端博『刑法総論講義』355頁(成文堂、2000年)、同『刑法総論25講』173～174頁(青林書院、1990年)、齊藤信宰『刑法講義(総論)』215頁(成文堂、第2版、1996年)、莊子邦雄『刑法総論』238頁(青林書院、1985年)、団藤重光『刑法綱要総論』171頁(創文社、増補版、1973年)、中野次雄『刑法総論概要』194頁(成文堂、第3版補訂版、1997年)、西原春夫『刑法総論』216頁(成文堂、1987年)、野村 稔『刑法総論』142頁(青林書院、改訂版、1997年)、平野龍一『刑法総論II』228頁(有斐閣、1986年)、福田 平『全訂刑法総論』160頁(有斐閣、第3版、1997年)、藤木英雄『刑法講義総論』160頁(弘文堂、1987年)、前田雅英『刑法総論講義』276頁(東京大学出版会、1993年)、村井敏邦「緊急避難の本質—違法性阻却説の立場から

- 一」『論争刑法』53頁以下（世界思想社，1976年）、山口厚『問題探求刑法総論』91頁（有斐閣，2001年）。
- (2) 久礼田益喜『刑法学概説』221頁（巖松堂，1952年）。藤木・前掲注（1）179頁は、緊急避難は、積極的な権利の行使とはいえないが、やむをえない事情を考慮して、法律によるコントロールを及ぼさない一種の放任行為とみるべきである、とした上で対等の法益を侵害した場合、他を犠牲にして生き残った方は、永久的に生き残ったことの負い目をもち続けなければならないだろうが、道徳上の責任問題と法律上の責任問題は別であるとされる。
- (3) 宮本英脩『刑法大綱』101頁（弘文堂，1932年）。
- (4) 市川秀雄『刑法総論』166頁（春秋社，1955年）、八木胖『刑法総論』235頁（評論社，1955）。
- (5) 森下 忠「緊急避難の本質」緊急避難の研究239頁。
- (6) R.Stammler, Darstellung der Strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, 1878, S.78 ;R. Merkel Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht, 1895 ,S.42, 45, 49 ff. 以来の通説である。
- (7) 内田・前掲注（1）197頁。
- (8) 大塚・前掲注（1）347頁、吉川経夫『改訂刑法総論』136頁（法律文化社，1972年）。吉川教授は『刑法総論旧版』131頁ではより大きな法益を守るために、より小さな法益を侵害した場合には違法性阻却、同等の法益を侵害した場合には責任阻却とする説を支持していたが、前掲書では法益が同等な場合には責任阻却ではなく、可罰的違法性を欠くことになると考えを改めている。曾根威彦『刑法総論』117頁（弘文堂，1993年）。
- (9) 川端・『論点シリーズ刑法総論』119～120頁（弘文堂，2006年）。
- (10) 植松 正『刑法概論 I 総論』208～209頁（勁草書房，1985年）。この中で植松博士は、責任阻却事由説の立場から、非難行為者は自己に振りかかた危難を他人に転嫁するものであるのに、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ごとき解釈は正義に合わなく、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される。滝川幸辰『犯罪論序説』148、159頁（有斐閣，改訂版，1955年）、滝川春雄『刑法総論講義』144頁（世界思想社，1960年）、日高義博『現代刑法論争 I』144頁（勁草書房，1994年）。
- Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S.284 ff.,336, 347 ff. ;Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 41.Aufl., 1956, S.190;Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960, S. 82 ff., 160 ff.
- (11) M・E. Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S. 304 ff.
- (12) 植松・『刑法教室総論1』216～218頁（大蔵省印刷局，1965年）は、違法性阻却事由説によると、侵害される第三者はただ逃げる事が許されるだけ、ということになり、侵害がつきからつきへと転嫁されていくことになる、とされる。
- (13) 曾根威彦『刑法の重要問題総論』79頁（成文堂，1996年）は、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）であると解され、不正な侵害を第三者に転嫁する行為のみが完全に適法な緊急避難であり、人の適法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は違法ではあるが不可罰的緊急避難となる（可罰的違法阻却事由）とされる。
- (14) 佐伯千仞『刑法講義総論』206頁以下（有斐閣，1974年）、内藤謙『刑法講義総論（中）』415頁（有斐閣，1986年）、中 義勝『講述犯罪総論』142頁（有斐閣，1980年）。中山研一『刑法総論』269頁（成文堂，1986年）は、刑法37条の法文が法益衡量を要求しているところから、より大きな法益を保護する場合には違法性阻却という点は一般に承認され、法益同価値の場合の理論構成の帰結に焦点がしばられてきているといえよう。この場合にもなお、無関係な第三者の同等の法益の侵害を正当化しうる積極的な理由を提示しえない限り、結論的には二分説に従わざるを得ないとされる。野村 稔『刑法総論』142頁（青林書院，改訂版，1997年）。
- (15) 阿部純二『刑法総論』151頁（日本評論社，2000年）、同「緊急避難」『刑法講座第2巻』

- 146頁以下（日本刑法学会，1963年）、「緊急避難」『刑法基本講座第3巻』90頁以下（法学書院，1994年）。阿部教授は、衡量が困難である、生命対生命、身体対身体の衝突の場合には、法益権衡の要件が及ばない場合としてこの場合は違法とする。しかし、緊急やむを得ない状況でなされた場合には責任を阻却すると解している。また、莊子教授は、法益の対立が生命対生命の場合に限り、法は、生命の危険から脱出するために他人の生命を犠牲にした行為の客観的側面に関しては、違法と判断する他はない。しかし、生命の危険にさらされた人間が唯一の手段として他人の生命を犠牲にした行為が真に止むを得ないものであったと解しうるときには、そのような精神状況から刑法規範の遵守をまったく期待し得ないものとして、行為者の行為のうちに宥恕し得る動機を認めて期待可能性がないことを理由に責任阻却を認めている。莊子・前掲注(1) 239頁。
- (16) 木村亀二『刑法総論』270頁参照（有斐閣，1965年）。
- (17) 森下忠『刑法総論』108頁（悠々社，1993年）、同・前掲注(4) 228頁以下は、基本的に責任阻却事由説の正当性を承認しながらも、保全法益の著しい優越の場合には違法性阻却を認めざるを得ないとしている。しかし、危難の転嫁の適法性を一般的に否認しつつ、例外的に許容する根拠理由としては、その例外性を正当化するだけの十分な理論的説得力が認められないという批判がある。
- (18) 結合説（Vereinigungstheorie）とは、ドイツ民法上の緊急避難（904条）のみに違法性阻却を認め、刑法上の緊急避難をすべて責任阻却事由と解するものである。これによれば、財産とその他の法益とが衝突状況にある場合に、著しく小さい価値の財産を犠牲にするときの緊急避難は適法とされるが、刑法上の緊急避難はすべて責任阻却事由と解される。
- (19) 森下・「緊急避難の法的性質」『論争刑法』80頁以下（世界思想社，1976年）。
- (20) 曾根・前掲注(12) 81頁。
- (21) 植松・前掲注(10) 208頁は、避けんとした害と生じた害の法益が等価値の場合には、優越的利益の原理で説明し尽くすことはできない、とされる。
- (22) 井田 良「緊急避難の本質をめぐって」『刑法理論の現代的展開』288頁～291頁（成文堂，2000年）は、37条の解釈について詳細に述べている。
- (23) 団藤・前掲注(1) 171頁、植松＝曾根＝川端＝日高『現代刑法論争Ⅰ』146頁以下（勁草書房，1994年）。日高教授は、責任阻却事由説の立場から、危難を転嫁された側に正当防衛をなしうる余地を認めるべきであると、危難を受ける側は、いわれなき侵害を受けるのであり、その者の保護を考えるべきであり、ただ、緊急避難に対する正当防衛を認めるにしても、いかなる反撃行為も許されるわけではなく、反撃の程度は相当性を超えないことが必要とされる。
- (24) 曾根・前掲注(12) 84頁以下。
- (25) 日高・前掲注(10) 149頁。
- (26) 大塚＝河上和男＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタール刑法第2巻』457頁（青林書院，1999年）。
- (27) 被告人が教団の施設である第二サティアン内「尊師の部屋」において、両手に前手錠をされたうえ、Yの面前において、その周囲を10名近くの教団幹部に囲まれた状態で、YからAを殺害するよう命ぜられてこれを実行した、という、いわゆるオウム事件である。
- (28) 危難の現在性の判定基準に言及した判例として、福岡地裁判昭和37年1月31日下刑集4巻1＝2号104頁がある。
- (29) 大阪高裁判昭和25年3月23日特報8号88頁。
- (30) 平野・前掲注(1) 240頁。
- (31) 内藤・前掲注(11) 433頁、藤木・「緊急避難」団藤外編『注釈刑法(2)のⅡ』267頁（有斐閣，1982年）。