

日本の緊急避難論における「社会功利主義」について

森永, 真綱
甲南大学法学部 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/2231027>

出版情報 : 法政研究. 85 (3/4), pp.619-634, 2019-03-08. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



日本の緊急避難論における「社会功利主義」について

森 永 真 綱

はじめに

一 「刑法の基礎」にみられる緊急避難論

二 『刑法総論Ⅱ』にみられる緊急避難論

おわりに

はじめに

緊急避難の法的性質について論じるとき、違法性阻却一元説の根拠として、「社会功利主義」が挙げられることがある。体系書・教科書において、例えば、西田典之は、「……守ろうとした利益（保全利益）が生じた害（侵害利益）と同等、または、それ以上のときは罰しないのである。それは、一〇〇の利益が失われようとする場合、五〇の利益を犠牲にしても、差し引き五〇の利益が守られる方が社会全体の観点からは有用であるという社会功利主義的観点から違法性阻却を認めるものといえよう」とする^①。また、橋田久は、この西田の文献を参照指示し、「利益衡量説の根拠は、より大きいもしくは同等の利益を保全するために他方を犠牲にすることによって社会全体の利益の総和を最大化し、もって社会の維持発展を図るという社会功利主義である」と述べている^②。さらに、松原芳博は、緊急避難論の導入部分で、「たしかに、ある人の法益を侵害することによって別人の同等以上の法益を保全したならば、社会全体の利益の総和は減少していない。それゆえ、社会全体の効用の最大化を目指す社会功利主義からすれば、緊急避難行為の正当性に疑問はないかもしれない。しかし……」といった形で、「社会功利主義」という言葉を用いている^③。また、コンメンタールに目を向けると、安田拓人は、緊急避難による違法性阻却の「より根本的な正当化原理としては、明示的に言及されているかは別として、社会全体としての効用を論拠とする社会功利主義の立場……と……社会連帯義務を根拠とする立場……に大別され得る」と述べ^④、前者の社会功利主義の立場についての参照指示として、平野龍一の法学セミナーの連載を挙げている^⑤。

あるいは、「社会功利主義」という言葉は用いられていないが、「功利主義」という用語が使われている文献もみられる。例えば、佐伯仁志は、「緊急避難も、社会全体の利益の観点から、優越的（均衡的）利益が存在する場合に違法性阻却を認めたものと解すべきである。学説では、違法性阻却の根拠を、社会全体の利益という社会の側の観点からではなく、社会連帯の義務という個人の側の観点から説明しようとする見解も有力であるが、なぜ社会連帯が必要かといえ、そ

それは社会全体の利益のためであるから、あまり違いはないように思われる。このような見解は、功利主義の立場から多数の幸福のために個人の利益を犠牲にすることに対する（それ自体は正当な）警戒から主張されているが、社会連帯を強調することに同じような危険がないとはいえないであろう」と述べる。また、井田良は、「利益衡量は『行為功利主義』的ではなく、「ルール功利主義」的に行われなければならない」と指摘する^⑧。これらは、哲学などにおける功利主義を意識した記述であるといえる。

ドイツにおいて優越的利益の原則を提唱する論者のうち、哲学などにおける功利主義を踏まえた見解を主張する論者が少なからず存在することは、すでにドイツにおける議論の紹介を通じて、日本でも古くから知られてはいる^⑨。しかしながら、日本の刑法学の議論において、こうした哲学などにおける功利主義との関係を意識しながら、優越的利益説を唱えたり、緊急避難論における違法性阻却説を展開した論者は誰が最初で、また、その中身はどのようなものだったのであろうか。また、「社会功利主義」という用語法が、コンメンタールから体系書・教科書にいたるまで、ますます定着しつつあるが、この用語はいかなる意味を持つのであろうか。そもそも、この「社会功利主義」という用語は、倫理学、哲学、政治学、思想史などの日本語で書かれた教科書において、一般に用いられるものではないようである。

日本の比較的古い文献をたどると、例えば、村井敏邦の論文において、「社会功利主義」という用語がみられる。「法益同価値の緊急避難の典型的な例として引かれるのが、漂流中に餓死を免れるために船員たちが絶望状態になった少年水夫を殺してその肉を食い命をつなぎとめたというミニョネット号の事件である。この場合、放置しておけば全員の生命が失われる危険があった。全員が無策のまま共倒れするよりも、救える限りの生命を救うという観点も、大きな眼から見た社会功利主義の立場であり、広い意味における優越的利益の保全であろう。」という記述が見られる^⑩。この村井の文献においては、平野の法学セミナーの論文が引用されている。

どうやら、日本の緊急避難論において、「社会功利主義」という言葉が定着したのは、平野の法学セミナー掲載の論文

の影響が大きいようである。そこで、本稿では、平野の緊急避難論について検討を加え、この「社会功利主義」という用語がいかなる意味が用いられているのか、また平野の構想はどのようなものであったのかを整理することにした。

一 「刑法の基礎」にみられる緊急避難論

1. 正当防衛・緊急避難の「社会化」

平野は、違法性阻却事由について語るにあたり、イエーリングの「権利のための闘い」という言葉を引き合いに出して、以下のように述べる。「このように、自己の権利をまもり、これを侵害する不正に対してたたかうのは義務だ、という考え方を強調すると、相手が不正であるかどうかによって大きな違いがでくる」⁽¹⁾

もっとも、平野は、こうした考え方は「典型的な個人主義の考え方」であり、「現在では、正当防衛や緊急避難はいわば社会化している」とし、その背景には社会の変化があることを指摘している。「典型的な個人主義的社会では自分の生活領域の中で人を傷けずに生きてゆくことが可能」であるのに対し、「現代の社会では、いわば各人の生活領域は交錯し、多かれ少なかれ他人を傷けることなしには生きてゆくことができないとさえいつてよい」⁽²⁾と。そして続けて、「したがって、その侵害が不正だからといって無制限の正当防衛を許すとかえって社会生活に支障を生ずるし、また何らかの価値が失われざるをえないときは、それが誰のものかを問わず、社会の立場からみてできるだけ大きい価値が保存されるようにすることが望ましいであろう」とする⁽³⁾。

ここまでの平野の記述は、正当防衛と緊急避難の双方を射程に入れたものである。もっとも、たしかに、これら一連の記述において、「生活領域の交錯」、「他人を傷けることなしには生きてゆくことができない」ことから「無制限の正当

防衛を許すとかえって社会生活に支障を生ずる」、だから正当防衛はもっぱら個人主義的にとらえるのではなく、ある程度「社会化」されたものとみななければならないというのは、論理の筋が通っている。しかしながら、緊急避難のことを指していると思われる「何らかの価値が失われざるをえないときは、それが誰のものをかを問わず、社会の立場からみてできるだけ大きい価値が保存されるようにすることが望ましい」という部分は、それまでの平野の記述から無理なく導かれるものではなく、論理の筋道がとらえにくいものとなっている。「社会化」と一口に言っても、その具体的な内容は多様である。共通する部分はあるとしても、正当防衛論にあらわれる「社会化」と、緊急避難論にあらわれる「社会化」の具体的中身は同じではないはずである。そうした緊急避難固有の「社会化」の具体的内容、そして「誰のものをかを問わず、社会の立場からみてできるだけ大きい価値が保存されるようにする」という具体的な帰結を裏づける背景事情が十分に示されているとはいえない。

ただ、以上の記述に続けて、平野は、当時の日本における正当防衛の適用状況について、「『喧嘩両成敗』という言葉にもあらわれているように、鬭争があれば是非を問わずとも悪いとして処罰しがちである。わが国では、安易に正当防衛を制限すべきでなく、むしろ権利防衛の確立に努力すべきだといえるだろう」と述べている。⁽¹⁴⁾それまでの記述において、社会状況の変化に伴う正当防衛の「社会化」という観点から、正当防衛の制限について説いていたにもかかわらず、ここでは、「権利防衛の確立」、すなわち個人の権利の保護の重要性について力説しているのは興味深いところであり、平野リベラルな刑法観が現れている部分であるともいえる。

この記述に続けて、緊急避難について言及し、「わが国には、社会功利的な考え方、いいかえると合理的な考え方がまだ定着せず、災害を他人に転嫁することをいさぎよしとしない感情も強く残っている。しかし、わが国でも、多かれ少なかれ正当防衛・緊急避難の社会化自体は否定できない。ここに正当防衛・緊急避難をみる、少なくとも一つの視角がある」と述べている。⁽¹⁵⁾この記述は、いくつかの重要な内容を含んでいるが、まず注目されるのが「社会功利的な考え

方」と言い回しである。ここが「社会功利」という言葉が出てくる最初の箇所であるが、これが哲学などの分野で用いられる「功利主義」という考え方といかなる関係にあるのか、また、「功利主義」には古典的なものから現代的なものにいたるまで様々なバリエーションがみられるが、それらのうち、いかなる考え方に基づくものかはつきりしない。あるいは、「的」という言葉を付していることから、いわゆる「功利主義」と一線を画しつつも、それとの親和性を持った用語としてのニュアンスを与えているのかもしれないが、いずれにせよ、その内容は漠然としている。他方で、平野は、この「社会功利的な考え方」を「合理的な考え方」と言い換えており、また、ここでは、「災害を他人に転嫁すること」を認める考え方という程度の意味しか付与していない。さらに、注目されるのは、「災害を他人に転嫁すること」をいさぎよしとしない感情も強く残っている」という記述である。要するに、平野の見方によれば、自らに降りかかった危険は自らが引き受けるという風土が従来の日本社会にはあり、当時でもそうした風潮は強かったということである。これは、少なくとも結果的には、他者の権利領域を侵してはならないことを原則とする個人主義的な社会状況がベースにあったことを、平野自身が認めていたことを意味する。しかし、そういう社会状況にあることを前提としつつも、危険を他人に転嫁することは認めるべきだという価値判断を平野は示しているのである。もともと、「多かれ少なかれ正当防衛・緊急避難の社会化自体は否定できない」（傍点筆者）、「ここに正当防衛・緊急避難をみる、少なくとも一つの視角がある」（傍点筆者）と、その価値判断の表し方は、きわめて慎重であることに留意しなければならないであろう。加えて、緊急避難における「社会化」が、自分に降りかかったあらゆる危険を自ら甘受する必要はない、というくらいの意味で用いられていることが、この記述から読み取ることができる。

2. 法益の均衡

平野は、これまでの記述に続いて、「不正の侵害」という項目で、責任無能力者による攻撃や対物防衛の事例をめぐり、正当防衛と緊急避難の異同について言及したあと、「法益の均衡」という項目で、緊急避難の法的性質について言及している。ここでまず最初に、平野は、「緊急避難は、法益の均衡を要件とする。すなわち行為より生じたる害が避けようとした害の程度をこえないことが必要である」と前提している。このように、特に理由を述べることなく、「害」の均衡の要件は、「法益」の均衡の要件であるとしている。

こうした前提に立ちつつ、平野は、直ちに一つ目の例を挙げている。「洪水で堤防がきれAの田が一〇ヘクタール浸水するおそれがあったので、Aは上流の堤防をこわして溢水させ、Bの田五ヘクタールを侵害した」⁽¹⁶⁾。この例について、「災害をBに転嫁しても『違法でない』というのには、……ある躊躇が感じられる」と述べて、責任阻却説に一定の理解を示している。しかし、それでも、「AはBに対して民事上の損害賠償の責を負うのであるから、損害を他人に転嫁してしまうわけではない。民法上は違法であつても刑法上は違法でないということもありうるのである」とするのである⁽¹⁷⁾。こうした例証から読み取れるのは、以前の箇所で示されていた「何らかの価値が失われざるをえないときは、それが誰のものをかを問わず、社会の立場からみてできるだけ大きい価値が保存されるようにすることが望ましい」という考え方が、単純な形で貫かれてはいないということである。つまり、平野は社会に存在するあらゆる財を量的にとらえて、その総量のマイナスを少しでも減らすことはよいことだと単純にとらえているわけではないことがわかる。責任阻却説の主張内容への一定の配慮、完全な正当化は認めず、あくまでも可罰的違法性がなくなるといっていること、民事上の違法性までは否定せず損害賠償責任を認めていることに照らせば、平野の個人主義的な刑法観が色濃く出ているとすらいつてよいだろう。しかも、農村という、一定の互恵関係が想定されやすいケースであるという要因も、もっぱら財の

最大化を善とする単純な考え方とは一定の距離のある見解であるという印象を与えている。

そして、平野は、緊急避難の本質をめぐる違法性阻却・責任阻却二元説について、「たしかに、生命対生命の場合は問題がある」と明確に述べて、一定の理解を示した上で、ハーバード大学の法哲学の教授の「*the trolley problem*」がつくった「洞窟探検家事例」を二つ目の例として挙げている。「ABCの三人の者が洞窟探検中、地盤がくずれて入口がふさがってしまった。しかし無線機で外界と通信はできる。そして発掘には二〇日かかるが食料は一日生きるだけしかない。そこでAは、クジで負けた者を殺して他の者はその肉で生命をつなぐことを提案した。その結果Aがクジで負け、二〇日目に発掘が成功したとき、Aは殺されBCはその肉によって生命をつないでいた」⁽¹⁹⁾。この事例について、平野は、「他人の生命は絶対であり、これを他の目的とくに利己的な目的のために犠牲にしてはいけない、というのは、あるいは社会倫理の要請であるかもしれない。しかし、わが法は、法益が同じである場合は緊急避難として処罰しないとしている。この場合を処罰せよというのならば、法益が均衡を失った場合でも認められるべきであろうから、法益の均衡を要求しているし、そして責任阻却ならば、法益が均衡を失った場合でも認められるべきであろうから、法益の均衡を要求している。現行法は、違法阻却を認めたとするほかあるまい。アメリカの模範刑法典も同じ立場をとっている……。それは、違法性について、現行法が、いわば社会倫理という情緒的なもので考えず、かなりドライな法益衡量の立場いいかえると社会功利主義的な立場をとっているということでもある」と述べている。⁽²⁰⁾

この一連の記述において特徴的なのは、その最初と最後の部分から明らかなように、平野が、「社会倫理という情緒的な」立場と「かなりドライな法益衡量の立場いいかえると社会功利主義的な立場」という対立図式を用いている点である。しかし、この点については、人の生命を絶対視する見解を「社会倫理」によるものだとか、「情緒的」だと評価するのは、かなり一面的な見方ともいえよう。また、この事例においてAの生命を侵害する行為の違法性を阻却するという考え方は功利主義的だというのも、一つの見方に過ぎないともいえる。というのも、個別の事例において少数を犠

性にして多数を救うことを正当とみる見解は、功利主義に依拠しなければ採用できないものではない。いかなる立場に立っても、（極端な立場に立たない限り）多数のために少数を犠牲にするという決断を迫られざるをえないのである。逆に、いうまでもなく、功利主義は、必ずしも、個別の事例において多数のために少数を犠牲にすることを常に善とする単純な考え方でもない。もっとも、平野は、「社会功利主義的な立場」という表現を用いている。前の箇所と同様、この「的」という言葉を付することで、哲学などにおける功利主義とは一定の距離をとりつつ、その親和性を指摘しているだけかもしれない。

ただ、いずれにせよ、害の均衡の要件を「法益の均衡」の要件ととらえ、こうした要件は責任阻却説にはなじまないだとか、同じく不処罰なら責任阻却とする実質的意義に乏しいといったことを指摘し、また、「アメリカの模範刑法典も同じ立場」だと指摘することで（後述のように、刑法総論Ⅱでは、「アメリカの模範刑法典は、『避けようとした害が生じた害を超えるとき』に緊急避難を認めている」とされているが）、⁽²¹⁾「違法性について、現行法が……かなりドライな法益衡量の立場いかえると社会功利主義的な立場をとっている」という結論を導くのは、論理の展開として強引であるということとは否めない。

たしかに、Fletcherの「洞窟探検家事例」とその周辺の平野の記述だけを切り取って読む限りでは、「何らかの価値が失われざるをえないときは、それが誰のものかを問わず、社会の立場からみてできるだけ大きい価値が保存されるようにすることが望ましい」という、「かなりドライな法益衡量の立場いかえると社会功利主義的な立場」が、生命侵害を伴うケースに至るまで貫徹されているように映る。しかし、この「洞窟探検家事例」の記述だけでなく、その前の箇所の記述も併せて読み、体系的に解釈すれば、平野の構想が、一辺倒ではないことに気づく。すでにみたように、平野は、「わが国には、社会功利的な考え方、いかえると合理的な考え方がまだ定着せず、災害を他人に転嫁することをいさぎよしとしない感情も強く残っている」⁽²³⁾ことを指摘している。つまり、自分に降りかかった危険は自らが甘受すべしと

いう意識が日本社会のベースにあることを前提としながら、しかも、「民事上の損害賠償の責を負うのであるから、損害を他人に転嫁してしまうわけではない。民法上は違法であつても刑法上は違法でない」²⁾と述べて完全な適法化を認めないことをすでに明言した上で、Fullerの「洞窟探検家事例」に言及していることに注意しなければならない。

しかも、この「洞窟探検家事例」は、その事例設定において、かなりの慎重さがみられる。もし、多数の生命を救うために少数の生命を犠牲とすることを広く正当化するつもりであれば、はるかに単純な事例を挙げれば済んだはずである。そもそも、この事例は、いわゆる「危険共同体」として取り扱われうるケースであり、生命の犠牲について慎重な論者においても、例外的に、生命の犠牲の正当化が認められうるケースである。しかも、ABC三人のいずれもが、洞窟の探検という、一般的な生活危険とは質の異なる、日常的なレベルを超えた危険性を有する行為をあえて行っており、「探検家」として、生じうるリスクについて一定程度は理解しているであろうことが前提となっている。そして、BCは、Aを一方的に殺害したわけでもない。そもそも、犠牲となる者を選定するにあたり、(その善し悪しは別としても)くじ引きという公平で極めて穏やかな手段を選んでいる。また、そもそも、誰かを犠牲にすることや、くじ引きによって選ぶことを提案したのはAであり、犠牲になる者の同意・承諾の任意性が認められやすいケースでもある(一九九条の殺人罪ではなく、二〇二条の同意殺人罪の問題であるといえるかは、議論の余地はあろうが)。これらのこまかな事例設定により、生命侵害の例外的な正当化について、生命の犠牲に慎重な論者の賛成をいっそう得やすいケースとなっているのである。

二 『刑法総論Ⅱ』にみられる緊急避難論

『刑法総論Ⅱ』においても、緊急避難についての言及がみられる。基本的には、「刑法の基礎」と共通するところも多いが、全体的にコンパクトにまとめられただけでなく、記述の内容にも微妙な違いがみられる。

平野は、まず、正当防衛と緊急避難を対比しつつ概観する中で、「緊急避難では、二つの正当な法益が衝突し、いずれかが失われざるをえない状況にある。この場合には、少しでも大きい方を維持するために、小さい方を犠牲にするほかない」と断定的に述べる。そして、「刑法の基礎」で挙げられていた、Aが堤防を破壊してBの田を浸害し、Aの田を守るという事例を示した上で、「この場合、Bには何ら不正はないが、Aにはこのような避難が許され、その行為は違法ではない、とされる。もつともこの場合、違法ではないといっても、それは刑法上違法でないだけであり、民法上は違法であることを妨げない。民法によれば、AはBに対して損害を賠償しなければならぬ（民法七〇九条）。いいかえると、損害を賠償することを前提として、はじめて小さな法益の犠牲において、より大きな法益を救うことが許されるのである」としている⁽²⁵⁾。

そして、こうした概観に続けて、正当防衛と対比する形で、このように緊急避難の規定を解釈することの論拠が示されている。まず、正当防衛について、「防衛のために必要……ただでなく、相当……であることも要件だとされ、両法益の間にある程度の均衡が必要だとされるようになる。正当防衛はいわば、『社会化』されるのである」とされる⁽²⁶⁾。そして、この後に緊急避難についての言及がみられるが、「刑法の基礎」における記述と大筋は同じであるものの、一定の相違がみられる。

「他方、緊急避難が何故、犯罪の成立を阻却させるのかは、かなり長い間はつきりしなかった。個人主義的な考え方からすれば、自己にふりかかった危険を他人に転嫁すべきではない。それにもかかわらず、犯罪が成立しないとすると、その理由は、そのような緊急の事態のもとでの行為は、その時の精神状態からみてこれを非難することができないからだということになるであろう。ドイツのこれまでの刑法典は、自己または親族に対する危険をさけようとした場合に限って緊急避難を認めているが、これは責任阻却事由だと解されている。これも右のような考え方の現われである。しかし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。このような社会的な考え方にもとづき、責任阻却事由である緊急避難のほかに、ドイツでも違法阻却事由である緊急避難も認められるようになってきた。ただどの程度の差があれば小さい方の法益を犠牲にしてもいいのかについては、諸国の立法の間にまだかなり考え方の違いがある。ドイツの改正刑法は、違法阻却事由としての緊急避難の規定を設けたが、そこでは、避けようとした害が生じた害を『本質的に超越する場合』に限られている。アメリカの模範刑法典は、『避けようとした害が、生じた害を超えるとき』に緊急避難を認めている。ところがわが法は、『その行為より生じたる害、その避けんとしたる害の程度を超えざる場合』には、処罰しないとした。両者が同じであっても処罰しないというのである。これはかなり割り切った『社会的な考え方』だといえるであろう。²⁷

ここで注目されるべきは、「社会功利」、「社会功利主義」という表現がみられないことである。むしろ、「個人主義的な考え方」と「社会的な考え方」という概念を対比しつつ、論理を展開している。また、責任阻却一元説や二分説に対する言及はなく、「社会全体の立場から見れば、二つの法益のいずれかか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」とのみ断じて、こうした「社会的な考え方」に基づいて当時新設されたのがドイツにおける正当化的緊急避難の規定だとしている。そして、アメリカ法、ドイツ法の規定の比較を通じて、日本の緊急避難の規定の解釈論を示しているのである。

それにしても、なぜ、「社会功利」、「社会功利主義」という表現を、ここで用いなかったのでしょうか。その理由はわからないが、ひよっとすると、哲学上の功利主義との相違を意識した上でのことであつたかもしれない。他方で、比較法的な分析の強引さは、いっそう増しているようにも映る。そもそも、ドイツの正当化的緊急避難の規定においては、「利益(Interesse)」の衡量が問題とされ、「害」の衡量が条文上の要件とされているわけではない。にもかかわらず、「避けようとした害が生じた害を『本質的に超越する場合』に限られている」と読み替えて、侵害法益と保全法益が同等の場合にも違法性が阻却される規定であるとしてしまっている。

法益均衡の要件について言及する中で、すでに挙げられているAが堤防を破壊してBの田を浸害し、Aの田を守るという事例につき、「浸害された他人の田が一〇〇ヘクタールで、助かった自分の田が一〇〇ヘクタールであっても、違法ではないのである」と述べている。しかし、注目されるべきは、ここでも、「もつとも、とくに人命対人命という場合には、このように割り切って考えることができるかは、なお問題であろう」と慎重な姿勢を崩していないという点である。それどころか、「刑法の基礎」で「他人の生命は絶対であり、これを他の目的とくに利己的な目的のために犠牲にすることはいけない、というのは、あるいは社会倫理の要請であるかもしれない」「現行法が、いわば社会倫理という情緒的なもので考えず⁽²⁸⁾」といった表現もみられない。そして、例として挙げられているのが、「刑法の基礎」でも用いられた洞窟探検家事例である。そして、「フラーは、架空の数人の裁判官に、いろいろの意見を展開させている。わが法の規定をそのまま適用すれば、違法ではないということになるであろう⁽²⁹⁾」とされている。すでに述べたように、この洞窟探検家事例は、生命を犠牲にすることの正当化に慎重な論者においても、例外的に正当化を認めうる要素を持ったケースである。ここでも、あえて、こうした事例を用いている点において、また、「わが法の規定をそのまま適用すれば、違法ではないということになるであろう」という客観的な、やや観察者のな表現がなされているところからすると、平野の見解が、生命侵害の正当化を広く認めるものではないと推察することもできるとすらいえよう。

おわりに

以上、平野龍一が緊急避難論を展開した二つの文献について検討した。まず明らかになったのは、平野が「社会功利主義」という言葉を用いたのは、「刑法の基礎」においてであり、『刑法総論Ⅱ』においては用いていないということである。そして、この「刑法の基礎」の記述において、「社会功利主義」という用語がいかなる意味で用いられているかは漠然と

し、哲学などにおける功利主義との関係性についても明確ではない。平野は『刑法総論Ⅱ』において、「社会的な考え方」という言い回しを用いている。なぜ、ここで「社会功利主義」という言葉を用いることを避けたのか、その意図はわからないが、個別のケースで多数のために少数を犠牲にすることを「功利主義的だ」ということは、よくあることであり、「刑法の基礎」では、そのくらいの意味でしか使っていなかったのかもしれない。あるいは、先にも示したとおり、哲学などにおける「功利主義」と一定の距離をとり、読者の誤解を回避することが意図されていたのかもしれない。ただ、いずれにせよ、日本の緊急避難論において、平野以降も、この「社会功利主義」を理論的に大展開した論者も見られない中、刑法学において、この用語を、いわばマジックワード的に使用することには慎重になったほうがよいかもしれない。⁽³²⁾

また、JELQの洞窟探検家事例をめぐる記述を表面的に読む限りでは、多数のために少数を犠牲にすることを広く正当化する割り切った考え方を平野が採用しているように映る。しかし、すでに述べたように、こまかに設定されたケースをあえて挙げていることや、慎重な表現方法に照らすと、また、洞窟探検家事例より前の箇所の記述も合わせて読めば、そうした単純な見解ではなく、とりわけ生命侵害について基本的には謙抑的な態度が示されていることに留意すべきであると思われる。

- (1) 西田典之『刑法総論（第二版）』一三九頁以下（二〇一〇年）。
- (2) 葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』一二二頁（二〇〇九年）〔橋田久〕。「緊急避難に対する緊急避難」法政論集二五六号四五八頁（二〇一四年）は、「緊急避難の受忍義務を否定する更なる論拠として、緊急避難に対する緊急避難を認めることによってより大なる利益が維持されるとも言われている。この功利主義的論拠は、論者が明示的に関連付けている訳ではないが、緊急避難の正当化根拠として功利主義を採用することと整合的と思われる。」と述べている。
- (3) 松原芳博『刑法総論（第二版）』一八二頁（二〇一七年）。
- (4) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(2)（第三版）』六八五頁（二〇一六年）〔安田拓人〕。
- (5) 平野龍一「刑法の基礎―三違法性阻却事由」法学セミナー一三三号二五頁以下（一九六七年）。

- (6) なお、若手の論文においても、同様の記述がみられる。そのようなものとして、例えば、永井紹裕「緊急避難の制約根拠について(1)」早稲田大学大学院法研論集一四九号二五四頁(二〇一四年)。
- (7) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』一八一頁(二〇一三年)。
- (8) 井田良『刑法総論の理論構造』一七七頁注7(二〇〇五年)。
- (9) 森下忠「緊急避難の研究」(一九六〇年)において、「……『最大多数の利益の最大限の満足』……の追求……は、あらゆる法の究極目的たる正義の理念から生ずるのであり、この究極目的に反するものが実質的に違法とされるからである、と。こうした、法益衡量説は、メツガーにおいて最も合理的に主張されたのである」と記されている(二〇七頁)。さらに、法益衡量説の「根本思想は功利主義である」との指摘が見られる(一七七頁)。比較的新しいドイツの議論については、松生光正「緊急状態による正当化」例外状態と法研究会編『例外状態と法に関する諸問題』六二頁以下(二〇一四年)。
- (10) 村井敏邦「緊急避難の本質―違法阻却説の立場から―」中義勝編『論争刑法』六四頁(一九七六年)。
- (11) 平野・法セミ(前掲注5)・二五頁。
- (12) 平野・法セミ(前掲注5)・二五頁。
- (13) 平野・法セミ(前掲注5)・二五頁以下。
- (14) 平野・法セミ(前掲注5)・二六頁。
- (15) 平野・法セミ(前掲注5)・二六頁。
- (16) 平野・法セミ(前掲注5)・二七頁。
- (17) 平野・法セミ(前掲注5)・二七頁。
- (18) 平野・法セミ(前掲注5)・二六頁。
- (19) 平野・法セミ(前掲注5)・二八頁。
- (20) 平野・法セミ(前掲注5)・二八頁。
- (21) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』二三〇頁(一九七五年)。
- (22) 平野・法セミ(前掲注5)・二六頁。
- (23) 平野・法セミ(前掲注5)・二六頁。
- (24) 平野・法セミ(前掲注5)・二七頁。
- (25) 平野・総論Ⅱ(前掲注21)・二二八頁。
- (26) 平野・総論Ⅱ(前掲注21)・二二九頁。

- (27) 平野・総論Ⅱ（前掲注21）・二二九頁。
- (28) 平野・法セミ（前掲注5）・二八頁。
- (29) 平野・総論Ⅱ（前掲注21）・二四四頁。
- (30) マイケル・サンデル（鬼澤忍訳）『これからの「正義」の話をしよう―いまを生き延びるための哲学』四四頁以下（二〇一〇年）などで見られるように、とりわけ功利主義批判の文脈において、こうした見方は定番化しているとすらいえる。したがって、優越的利益説に対して、哲学上の功利主義批判と結びつけることは間違いではない。また、哲学上の功利主義と結びつけて、この見解を展開することも誤りではなく、（どの程度成功したのかはともかく）ドイツにおいて少なからずみられるところである。
- (31) そうした議論状況の中、優越的利益説と功利主義との関係性について検討した文献として、小林憲太郎「違法性とその阻却―いわゆる優越利益原理を中心に」千葉大学法学論集二三卷一号四〇二頁以下（二〇〇八年）がある。
- (32) 遠藤聡太「緊急避難論の再検討(1)」法学協会雑誌一一九卷一号一一七頁以下は、平野説を紹介する中で、「社会功利主義」という用語は使わず、「社会的な考え方」によるものであるとしている。こうした整理の仕方が妥当であろう。