

緊急避難の基本構造に関する一考察（2・完）：フランス緊急避難論の展開を中心に

寺嶋，文哉
九州大学大学院法学府：博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/4492907>

出版情報：九大法学. 121, pp.61-102, 2021-09-30. Kyudai Hogakka i
バージョン：
権利関係：

緊急避難の基本構造に関する一考察 (2・完)

— フランス緊急避難論の展開を中心に —

寺 嶋 文 哉

はじめに

1. 本稿の問題意識と目的
 2. 本稿の構成と検討対象
 - I. 緊急避難をめぐる日本の議論状況
 1. 緊急避難の法的性質をめぐる議論状況
 - 1) 責任阻却説
 - 2) 違法阻却説
 - 3) 可罰的違法阻却説
 2. 刑法37条1項の要件をめぐる議論状況
 - 1) 現在の危難
 - 2) やむを得ずにした行為
 - 3) 均衡性
 3. 小括・検討
 - II. 緊急避難をめぐるフランスの議論状況
 1. 現在の議論状況
 - 1) 緊急避難の法的性質と不処罰根拠
 - 2) 122-7条の要件をめぐる議論状況
 - 3) 小括 (以上120号)
 2. フランスにおける緊急避難論の歴史的展開
 - 1) 判例の展開
 - 2) 学説の展開
 - 3) 小括
 - III. 検討
- むすびにかえて (以上本号)

2. フランスにおける緊急避難論の歴史的展開

以下では、フランスの旧刑法下における緊急避難論の展開を整理する。まず、実務において緊急避難という法概念が承認される過程での画期をなした判例を紹介し（(1)）、その後、判例による緊急避難概念の受容を後押しした学説の展開を整理することとする（(2)）。

1) 判例の展開

先述の通り、旧刑法は緊急避難を明文で規定しておらず、その基礎付けは、判例・学説に委ねられていた。

一般に、フランスにおいては、いわゆる MÉNARD 事件の2つの判例が、緊急避難論の発展の契機になったといわれている⁽¹⁴⁴⁾。その後、1950年代には、判例において緊急避難が独自の正当化事由として承認されるに至った。

以下では、実務において緊急避難という法概念が認められるようになる過程において、転換点となったいくつかの事件およびそれに対する裁判所の判決を紹介する。また、それぞれの判例が、緊急避難の成立過程においてどのような意義を有していたかという点も、当時の評釈等を参照しながら併せて言及する。

① フランスにおいて緊急避難論が発展する契機となった判例

MÉNARD 事件の事案の概要は、以下の通りである。

被告人である MÉNARD 婦人は、パン屋 P からパンひとつを窃取した。被告人は、2歳の子どもを養っており、求職中ではあったものの無職であった。被告人は、自身とその母親および子どものために福祉事務所が

(144) Antoine FLASAQUIER, *L'état de nécessité en droit pénal – Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, thèse Montpellier 1, 2003, p. 47, n° 68 ; Jean PRADEL=André VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 399, n° 2

毎週配給している3キロのパンと4リーブル〔質量の単位〕の肉以外には、食糧を有していなかった。被告人がパンを窃取したときには、被告人は金銭をもっておらず、受け取っていた食糧も36時間前に尽きていた。この間、被告人とその母親は何も食わず、家にあったわずかな牛乳は子どものために残していた。

【Château-Thierry 軽罪裁判所1898年3月4日判決⁽¹⁴⁵⁾】

Château-Thierry 軽罪裁判所裁判長の MAGNAUD 裁判官は、以下のよう
に判示して、被告人に無罪を言い渡した。

「よく組織された社会において、この社会の構成員、とりわけ一家の母親が、自らの落ち度によらずパンを欠くことがありうるということは、遺憾である。同様の状況が現れ、被告人の場合のように、この状況が非常に明白に証明されるときは、裁判官は、法律の厳格な規定を人道的に解釈することができるし、またそうしなければならない。貧困や飢餓は、あらゆる人間から自由意思 (*libre arbitre*) の一部を取り除きうるものであり、また、一定程度までは、その人間の善悪の観念を減退させうるものである。通常は非難されるべき行為は、以下のような場合には、その悪意的な性質の多くを減少させる。すなわち、そのような行為を犯す者が、それなしでは我々の身体を動かすことのできないような、必須の食糧を得る緊急の必要性によってしか行動していない場合である。飢餓の深刻な苦痛と、この事件のように、自らが扶養している幼い子どもにその苦痛を免れさせたいという、母親としては極めて自然な欲望とが結びつくときには、悪意的意図 (*intention frauduleuse*) はさらに弱められる。したがって、自由かつ故意に犯された悪意的心情 (*appréhension frauduleuse*) のあらゆる特徴は、最初の仕事を手に入れたときにはパン屋 P に弁

(145) Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, S. 1899, II, p. 1,2 (note J. -A. ROUX); D. 1899, II, p. 329-331 (note JOSSERAND)

償すると申し出ている被告人によってなされた行為には、見出せない。よって、訴追を終了させる理由がある。」

【Amiens 控訴院1898年4月22日判決⁽¹⁴⁶⁾】

検察官の控訴に対して、Amiens 控訴院は、以下のように判示した。

「被告人が、非難される行為を行ったときに、悪意的意図が存在していたということは、事件の例外的状況から肯定することができない。疑わしきは被告人の利益に帰されなければならない。第一審裁判官の理由付けは採用しないが、控訴された原判決を維持する。」

この事件について、一般には、第一審、控訴審ともに緊急避難を独自の不処罰事由として認めていないが、第一審は心理的強制を理由に⁽¹⁴⁷⁾、控訴審では犯罪的意図の不存在を理由に無罪とした⁽¹⁴⁸⁾、と分析されている。

さらに、両判決に対しては、その理由付けの点で、のちに多くの批判がなされている。

まず、第一審が心理的強制を根拠とした点に対しては、緊急避難と心理的強制の根本的な性質の違いが看過されていると指摘される。すなわ

(146) Amiens, 22, avr. 1898, *ibid.*

(147) Henri DONNEDIEU de VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 222, 223, n^o 384. 第一審の理由付けに関しては、心理的強制とともに、犯罪的意図の不存在も同時に考慮しているとの分析もなされる。Note Louis JOSERAND, D. 1899, II, p. 329 ; René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome 1^{er}, 3^e éd, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1913, p. 705, n^o 366 を参照。強制を規定した旧刑法64条は、脚注97（前号掲載）を参照。また、ここで言及される「意図」は、主観的な犯罪の構成要素の一つである。旧刑法はその一般規定を有さず、個別の犯罪規定に「故意に (volontairement)」や「認識の上で (sciemment)」との文言が置かれていた (MERLE=VITU, *op. cit.* (note 101), p. 727, n^o 578)。

(148) C. DUCASSÉ, *L'état de nécessité dans la jurisprudence pénale*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 5^{ème} série, Tome IV, 1959, p. 131, 132 ; PRADEL=VARINARD, *op. cit.* (note 147), p. 399, n^o 2

ち、本判決を評釈した ROUX は「緊急は強制ではない。強制は意思の自由を消滅させ、個人をその意に反して犯罪的な方途へと追い立てる。緊急はその者に自由を残しており、禁止された方途に向かうのは、その者の自らの意思によってなされる。」⁽¹⁴⁹⁾と述べ、心理的強制との混同を批判している。

控訴審については、意図 (intention) と動機 (mobile) を混同しているとの批判もなされている。⁽¹⁵⁰⁾すなわち、ここで言及されている悪意的意図・犯罪的意図 (intention criminelle / intention délictueuse) とは、「刑罰法規に記載された行為を実行する認識 (conscience)」⁽¹⁵¹⁾や、「刑罰法規によって禁止されている行為を実行する意思 (volonté) または法律によって命じられている行為をしない意思」⁽¹⁵²⁾として定義されるものである。これに対して、動機は犯罪の原因 (pourquoi) を説明するもので、「行為を決定づけた関心や感情」⁽¹⁵⁴⁾に過ぎないため、フランス法においては犯罪の成否を左右しないとされる。したがって、本事件の被告人には依然として犯罪的意図が認められるので、控訴審の理由付けには誤りがあると批判された。⁽¹⁵⁵⁾

本判決のように、フランスの判例において緊急避難に相当する事案は、心理的強制や意図の不存在を理由に処理され、緊急避難が独立した不処罰事由として承認されたのは、1950年代に入ってからである。このような当初の判例の立場には、起訴便宜主義 (le principe de l'opportunité des

(149) note Jean-André ROUX, S. 1899, II, p. 2

(150) DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* (note 147), p. 223, n° 384 ; Gaston STEFANI=Georges LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure pénale*, Tome 1^{er}, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1966, p. 145, n° 146

(151) MERLE=VITU, *op. cit.* (note 101), p. 590, n° 467

(152) STEFANI=LEVASSEUR, *op. cit.* (note 150), p. 175, n° 193

(153) DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 132

(154) STEFANI=LEVASSEUR, *op. cit.* (note 150), p. 176, n° 195

(155) MASCALA, *op. cit.* (note 113), n° 9 ; BOULOC, *op. cit.* (note 106), p. 378, 379, n°

poursuites) が影響していると指摘されている。⁽¹⁵⁶⁾ すなわち、緊急状態が明白である場合に検察官が訴追を差し控えるために、裁判所が実際に取り扱う事件は最も解決困難なものに集中し、いわば対症療法的に、強制概念などに頼った解決がなされたとされている。⁽¹⁵⁷⁾

② 下級審判例のレベルで初めて正当化事由としての緊急避難という法概念を示唆した判例

判例がいつから、独立した正当化事由として、緊急避難を承認していたかについては、論者によって評価が異なる。例えば、DUCASSÉ によれば、下級審判例レベルで初めて緊急避難の独自性を認めたのは、Saint-Nazaire 軽罪裁判所1954年1月21日判決、およびその控訴審である Rennes 控訴院1954年4月12日判決だとされる。

本事案の概要は、以下の通りである。

被告人はトラックの運転手であり、国道を他のトラックの後を追走するかたちで走行していた。13時ごろ、前を走行するトラックが踏切を通過したすぐ後、踏切の保安係は電子ベルで電車の通過を警告し、被告人から見て出口側の遮断機を下ろした。この保安係は、被告人が運転するトラックを見つけたので、もう片方の遮断機を下ろそうとし、直ちに被告人に対して停止する合図を出した。被告人は、当該踏切への接近前、停止するために必要な時間・距離があったにもかかわらず、そのまま

(156) Émile GARÇON, Code pénal annoté, Tome 1^{er} (Art. 1 à 405), 1901-1906, p. 181, n° 118; DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 124

(157) このような分析の背後には、緊急状態の極限は心理的強制に行き着くとの理解が存在していると思われる。例えば André RICHARD, *État de nécessité, contrainte morale et légitime défense*, Gazette du Palais, 2, Doctr., 1952, p. 14は、「ある種の緊急状況が、この状況を被る者にとって真の強制を構成することは確かである。自らの行動の自由を無力化する急迫する威迫の下で、自らの生命を救うために行動する者が、拒抗不能の力によって強制されていたと認めることは可能である。」と述べる。

走行し、線路に進入した。電車との衝突を避けるために、後退するだけの時間がなかったため、被告人はアクセルを踏んで出口側の遮断機2本を損壊した。

認定によれば、踏切の双方50mに渡って視性は申し分なく、保安係が停止の合図を出したのも、前を走行するトラックの通過後であった。被告人は、囲壁の損壊（bris de clôture）について訴追された。

【Saint-Nazaire 軽罪裁判所1954年1月21日判決⁽¹⁵⁸⁾】

「事件記録および審議から、保安係が停止の合図を出しており、被告人は、踏切に近づく前に停止することができたのにもかかわらず、このように線路に進入することで、確かな軽率（imprudence [訳者注：故意によらない主観的要素の一種]）を犯していることが明らかである。それゆえ被告人は、犯された犯罪（囲壁の損壊）を正当化するために緊急避難を引き合いに出すことはできない。なぜなら、被告人は自らの軽率によって自己を緊急状態に置いており、学説および判例は行為者の先行過失を考慮して、正当化事由および緊急避難の作用を認めていないからである。」

【Rennes 控訴院1954年4月12日判決⁽¹⁵⁹⁾】

「道路上に存在する踏切の標識は、遮断機が下りて来る途中であるときには、被告人に対して、万一の場合にはその車両を停止できる状態にしておくことを促すものであった。

保安係が被告人に停止の合図を出さなかったとしても、被告人は、その主張によれば、50m先を走っていたトラックの通過後すぐに遮断機が下りることを間違いなく見ていた。

それゆえ被告人は過失（faute）を犯しており、この過失こそが、接近

(158) Trib. corr. Saint-Nazaire, 21 janv. 1954, S. 1954, II, p. 185-187, note Pierre BOUZAT

(159) CA Rennes, 12 avr. 1954, S. 1954, II, p. 185-187, note Pierre BOUZAT

する電車との衝突を避けるために下された遮断機を突き破るという緊急状況に、自らを追い込んでいるのである。」

本事件では、第1審・控訴審判決ともに、被告人に先行過失があったため、結論として緊急避難による不処罰を認めていない。しかしながら、とりわけ第1審においては、正当化事由としての緊急避難という法概念の存在を前提とした言い回しがなされている。

③ 下級審判例のレベルで初めて緊急避難による不処罰を認めたもの

裁判例が初めて緊急避難による不処罰を認めたのは、Colmar 軽罪裁判所⁽¹⁶⁰⁾1956年4月27日判決であるとされる。

本事案は、以下の通りである。被告人は、建築許可を得ずに住居の建築に着手し、また、その中止命令に違反して建築作業を継続した行為について訴追された。被告人は10,000フランで土地を購入し、住居の建築に着手した。彼は、建築許可が得られなかったものの作業を継続し、また、中止命令が出た後も、数週間にわたって建築作業を中止したあと、再開した。彼は妻と子ども（6歳と4歳の二人の娘）とともにバラックに住んでいたが、そのバラックは地下が1年の半分浸水しており、その不衛生な状況ゆえに、すでに子どもの健康が危険にさらされていた。住宅難のため他の住居を見つけることができず、また、資力が乏しいため、建築許可がおり得る地区の土地を購入することもできなかった。

【Colmar 軽罪裁判所⁽¹⁶¹⁾1956年4月27日判決】

「この事実状況においては、被告人が着手した建築は、衛生的かつしかるべき程度に家族を住ませるといふ絶対的緊急によって命じられてい

(160) DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 135

(161) Trib. corr. Colmar, 27 avr. 1956, D. 1956, p.500

た。この緊急状態は、本件においては、法律の規定に従って行動することを怠ったことについて彼を非難し得ないために、正当化事由を構成する。したがって、被告人が非難されている犯罪事実につき無罪を宣告することには理由がある。」

先述の通りこの裁判例は、下級審レベルで初めて緊急避難を理由とする不処罰を肯定したものと評価されている。もっとも、緊急避難成立の要件については具体的な言及がなされていない。

本事案は、第二次世界大戦後の住居難を契機に発生したものと考えられるが、本判決のあと、住居の不法占拠 (squattage) に関する裁判例が立ち続けに出された。事案はいずれも、ホームレス支援団体のメンバーが、住居のない者を住ませるために、実力を用いて住居のドアを破壊し、もしくは、その種の行為の手助けをしたというものである。これらの裁判例の中には、緊急避難の要件についての言及が見られる。例えば、⁽¹⁶²⁾Nantes 軽罪裁判所の裁判例においては、「行為者は、急迫し、かつ、確実な危険にさらされていなければならない、仮定的もしくは未来の危険では足りない。また、犠牲にされた利益は、保護された利益とは比にならない（程に価値の高い）ものでなければならない。」として、危険の性質と利益の衡量に関する要件に言及している。⁽¹⁶³⁾Brest 軽罪裁判所の裁判例においては、「緊急状態や貧窮状態は、その損害を発生させる効果が他の方法によっては回避できないような現在の事象に置かれている行為者の場合にしか、非難されている行為の正当な動機を構成し得ない。」として、補充性要件に関わるような言及をしている。同様に、Rennes 控訴院の裁判例では、⁽¹⁶⁴⁾「緊急による免責の条件は、(中略) 行為主体が犯罪的行為を遂行する以外には自らを脅かす危険から逃れることができず、その

(162) Trib. corr. Nantes, 12 nov. 1956, D. 1957, p. 30

(163) Trib. corr. Brest, 20 déc. 1956, D. 1957, p. 348

(164) CA Rennes, 25 fév. 1957, D. 1957, p. 338, note BOUZAT

問題となる危険が、不可避で急迫しており、引き起こされた損害が犯罪を遂行しなかったときに生じたであろう損害を下回ることという基本的な考えに帰着する。」と述べられている。もっとも、同判決に対しては、確かに緊急避難の成立要件を問題としているようにも見えるが、あくまで「免責」と表現されていることから、当時より緊急避難を正当化事由と考える見解が優勢であったフランスの学説の評価によれば、現在のフランス法で一般に採用されている「正当化事由としての緊急避難」という法概念が認められたと断定することができないとの分析がなされている⁽¹⁶⁵⁾。

当時、緊急避難に関する裁判例評釈を数多く執筆していた論者として BOUZAT が挙げられるが、彼によれば、判例において正当化事由としての緊急避難の存在が明確に認められたのは、以下に掲げる Colmar 控訴院1957年12月6日判決であるとされる。

④ 下級審レベルで初めて緊急避難を明示的に認めたもの

本事案は、妻との離婚協議中であった被告人が、妻の自宅に侵入したというものである。被告人は、妻が2人の男を自宅に招き入れ、16歳の娘とゆきずりの性的関係を持たせようとしたため、その住居に侵入して2人の男を排除した。

原審である Strasbourg 軽罪裁判所1957年10月15日判決は、住居侵害 (violation de domicile) の罪で被告人に有罪判決を下した。これについて、

(165) note BOUZAT, D. 1957, p. 339によれば、危険の不可避性や損害の比較といった点に言及している理由部分の言い回しを考慮すれば、「免責」という表現は適切ではないとされる。また本件では、第三者による緊急避難について、「緊急避難は必ずしも、(中略)その者自身によって犯罪行為が犯されることを必然的に前提としているわけではない」が、「当事者は他の誰よりも、自らの状況を評価できる立場にあり、この種の介入は一定の慎重さをもってしなければ正当と認められないことを強調しておく必要がある」と言及している。これについて BOUZAT は、やや「渋った」表現であると評価している (p. 340)。

被告人・検察官の双方が控訴した。

【Colmar 控訴院1957年12月6日判決⁽¹⁶⁶⁾】

本判決は、以下の通り判示して被告人に無罪を言い渡した。

「緊急避難の認容は、法の基礎のひとつである。あらゆる発展した法文明は、当初の法律至上主義から逃れ、法律や学説・判例においてこれを認めている。緊急状態や緊急の『効果』を特徴づけるものは、『優越する利益を保護するために、刑罰法規が禁止する行為の実行以外の手段を持たない者が置かれている状況』である。」

「緊急避難が厳格に例外的な概念であるとしても、生命維持にかかわる物質的利益の防衛にその適用を限定しては、その精神に反することとなろう。誠実な人間にとって人や家庭の名誉は生命と同等の価値を有しており、これら価値の高い道徳的利益の保護にまで緊急避難を拡大しなければならぬ。したがって、事実問題を検討するに際しては、被告人が、自らの妻の自宅に侵入することを決心した時点において、自らの娘が重大で差し迫っている道徳上の危険にさらされることを非常に真摯に危惧し得たかどうか、そして、法に違反して社会に与えた損害、および、自らが立ち入ることによって妻に与えた損害が、この脅威と均衡しているかどうかを検討されるべきである。」

本判決において重要であるのは、先述の通り、正当化事由としての緊急避難に明確なかたちで言及している点のほか、緊急避難が道徳的価値の保護にも適用可能なことを示した点、および、価値の序列についても言及がなされている点である。とりわけ、最後の点は、上述の不法占拠事例にかかる裁判例では言及が避けられてきたもので、特に注目される⁽¹⁶⁷⁾。

以上のような下級審判例の流れを受けて、最終的には、破毀院におい

(166) CA Colmar 6 déc. 1957, D. 1958, p. 357, note BOUZAT

(167) note BOUZAT, D. 1958, p. 360

ても緊急避難が明示的に認められるようになった。

⑤ 破毀院が初めて緊急避難を明示的に認めた判例

破毀院によって初めて緊急避難が明示的に認められたのは、以下の判例である。

本事案の概要は、次の通りである。

被告人が、国道を時速80キロで車を運転していた際、前方右側のドアが原因不明で開き、被告人の妻子が車道に投げ出されそうになった。被告人は、右手で妻子を捕まえようとしながら、左手のみでハンドルを操作し、妻子を轢かないようにするために、ハンドルを左に切った。その結果被告人の車は、車道を横方向に塞ぎ、反対方向から時速80キロで追っているAの運転する車と衝突した。この衝突により、A夫婦と、被告人の車の同乗者が重傷を負った。

【破毀院刑事部1958年6月25日判決⁽¹⁶⁸⁾】

本事案で被告人は、軽率による傷害（*blessures par imprudence*）で訴追され、Rennes控訴院は被告人を無罪とした。これに対して、破毀院は、同判決を破毀し、以下のように判示して、Angers控訴院に差し戻した。

「控訴院判事は以下のことを明らかにすべきであった。すなわち、一方では、被告人がした運転は、第三者に対してより危険でない他のあらゆる運転方法を除いて、被告人が危惧した事故を避けることを唯一可能とするものであったこと、他方では、当該運転を行わない場合に被告人の妻子が陥ったであろうと仮定される傷害の危険は、当該運転によってA夫婦および被告人の車の同乗者がさらされた確実かつ非常に重大な危険と比べて、より恐ろしい帰結をもたらしうるものであったこと、そして最後に、ひとりでの、もしくは妻子の誤操作によってドアが開きやすい

(168) Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958, p. 693-695, note M. R. M. P.

車の中で、妻子を自らの横に座らせることで、被告人自身がこのいわゆる緊急状態を創出したとは言えないこと、である。」

本判決以降、明文規定が存在しないにもかかわらず、破毀院は、緊急避難を、他の不処罰事由とは区別された独立の正当化事由として用いることとなった。⁽¹⁶⁹⁾

2) 学説の展開

以上のような判例の展開に先行して、学説では早くから、緊急避難を客観的状况から特徴づけられる法形象として捉える見解が主張されるようになり、判例による緊急避難の受容を後押しするかたちとなった。学説においても、19世紀には判例と同様に、緊急避難を強制と同一視する見解が通説的であったが、その後、通説の問題点が自覚されるようになり、緊急避難を客観的な法形象と捉える見解が通説化した。

以下では、学説の変遷を追い、緊急避難が主観的・客観的にどのような基礎付けられてきたのかをそれぞれ紹介、検討する。

a. 主観的基礎付け

(a) 心理的強制説

先述の通り、19世紀の学説においては、緊急避難を心理的強制の問題と捉えて、旧刑法64条によって解決する見解が支配的であったと指摘さ⁽¹⁷⁰⁾

(169) R.S.C., 1959, obs. Alfred LÉGAL, p. 111 ; PRADEL=VARINARD, *op. cit.* (note 144), p. 400

(170) 代表的なものとして、Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., Tome 2^e, Guillaumin et C^{ie}, Libraires, Paris, 1855, p. 77 et s. ; Victor MOLINIER=Georges VIDAL, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Tome 2^e, Arthur ROUSSEAU, Paris, 1894, p. 191-194 ; note Louis JOSSERAND, D. 1899, II, p. 329-331 (Trib. corr. Château Thierry, 4 mars 1989 ; CA Amiens, 22 avr. 1898) など。

れている。⁽¹⁷¹⁾この見解は、緊急状態において行動する者は意思の自由を有しておらず、行為者は不可抗力によって犯罪行為を強制されているために、不処罰であるとする。GARÇONによれば、17世紀の注釈学派法学者（glossateur）にその萌芽があり、少なくともフランスでは19世紀に一般的となったとされている。⁽¹⁷²⁾上述の① MÉNARD 事件の第一審判決が採用したもので、19世紀の判例のほとんどが、心理的強制説に親和的な立場をとる。⁽¹⁷³⁾

この見解によれば、緊急避難は心理的強制の一種であり、それゆえに、緊急避難に相当する事案については、心理的強制の要件充足が検討されることになる。

19世紀まで支配的地位を占めていたにもかかわらず、本見解は現在ほとんど支持されていないといっ⁽¹⁷⁴⁾てよい。この見解に対する決定的な批判

(171) このように指摘するものとして、Paul MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Genève, 1889, p. 143 ; MERLE=VITU, *op. cit.* (note 101), p. 589, n° 467. 19世紀のフランス緊急避難論をめぐる議論について、Clarisse DADOUCHE, *L'état de nécessité dans le droit pénal du XIX^e siècle : entre silence législatif et invitation doctrinale*, Mémoire pour le master II d'Histoire du droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 2015

(172) GARÇON, *op. cit.* (note 156), p. 180, n° 111

(173) このように指摘するものとして、Jean André ROUX, *Cours de droit criminel français*, 2^e éd., Tome 1^{er}, Le Tenin, Paris, 1927, p. 197 ; DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 127

(174) 20世紀の後半に至って、緊急避難を強制と捉える見解が皆無であったというわけではない。Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982は、強制を、状況の甘受を行為者に強いる「直接的強制 (contrainte directe)」と、非難される外部的行為の実行の選択を行為者に強いる「間接的強制 (contrainte indirecte)」に分類し (p. 152, 153, n° 144)、緊急避難は、後者の意味において「強制の表出でしかない」と述べる (p.215, n° 204)。DANAは、正当化事由の概念を支える法的根拠は多様であるため、この概念が曖昧であり、また、正当化事由と強制は行為態様と法的帰結の点で同一性があるので、正当化事由は当時の64条の強制規定に包摂できると主張す

は、先述の通り、緊急避難と心理的強制の性質の差異に存する。⁽¹⁷⁵⁾すなわち、緊急状態においてもなお行為者に決定の自由は残されていると批判するのである。⁽¹⁷⁶⁾例えば「心理的強制において、衝突の解決のイニシアティブは行為者の外部に存在するのに対して、緊急避難においてこの衝突の解決のイニシアティブは行為者に由来する」⁽¹⁷⁷⁾との分析や、「まさにこの状況〔訳者注：緊急避難〕は、行為者が実行する犯罪と、行為者を脅かしている害という選択肢が存しうることを前提としている」⁽¹⁷⁸⁾との分析が、これに当たる。この点、① MÉNARD 事件第一審判決は、緊急状態において行為者の自由意思が一定程度減退することがあると指摘していたが、確かに、そのような指摘が正当であるにしても、「その行為者が有する内的衝動（impulsion interne）は、それが内的であること、および、行為者が未だ理性を有していることを理由として、極限まで努力をすれば制御し得るものであるから、この内的衝動が拒抗不能であるとは主張できな

る（p. 153-174）。しかし、正当化事由を強制という大きな枠組みに括ったところで、各正当化事由の性質が修正されるわけではなく、また、行為態様や法的帰結が同一に見えても、その具体的内容や判断プロセスの点でやはり異なる概念であるといった批判がなされる（FLASAQUIER, *op. cit.* (note 144), p. 53,54, n°82-86）。

(175) DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* (note 147), p. 218, n° 379; DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 130, 131

(176) Georges VIDAL, *État de nécessité ; lecture à l'académie de législation*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, XLIX, 1900-1901, p. 128 ; Jean-Yves CHEVALLIER, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dan la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif)*, Mélanges BOUZAT, Édition A. Pedone, 1980, p. 123, n° 8. ただし近年では、強制と緊急避難の関係について、両者を排他的関係として捉えるのではなく、その重なり合いを肯定する見解も有力化している。強制と緊急避難の関係に関する議論状況の詳細については、井上・前掲注（14）222-229頁を参照。

(177) Paul FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, 1951, p. 45, n° 80

(178) René GARRAUD=Pierre GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 14^e éd., Recueil Sirey, Paris, 1926, p. 267

⁽¹⁷⁹⁾い」⁽¹⁸⁰⁾とされる。

（b）犯罪的意図の欠如説

① MÉNARD 事件の控訴審判決（および第一審判決）は、緊急状態において行為する者には、悪意的な性格を見出すことができないため、その行為者を不処罰にする理由があるとして、犯罪的意図の欠如説を採用していた。

このような考え方は、ほとんど支持者を見出すことはなく、判決の当時から専ら批判的に捉えられているとあってよい。その批判は先述の通りであるが、この見解は「動機 (mobile)」と「意図 (intention)」を混同しているとされる。また、フランスにおいて違警罪は犯罪的意図を要求しないとされているため、問題とされている犯罪事実が違警罪である場合の説明に難点を抱えることになる。⁽¹⁸¹⁾

b. 客観的基礎付け

19世紀の終わりから、それまで学説で支配的であった主観的な基礎付け（とりわけ心理的強制による基礎付け）の問題点を指摘して、緊急避難を客観的状况から特徴づけられる法形象として捉える見解が主張されるに至った。このような見解は、緊急避難を放任行為として捉える見解と、

(179) note J. -A. ROUX, S. 1899, II, p. 2

(180) 緊急避難を心理的強制の推定 (présomption de contrainte morale) と考えるとしても、なお問題が残る。例えば DECOCQ によれば、まず理論上の問題として、強制の推定は条文なくしては認められないとされ、すなわち、裁判官に委ねられた単なる事実の推定に過ぎず、法律上の推定を構成し得ないとされる。また実際上の問題として、財産や他者に対する危険が問題となっている場合のように、行為者が心理的強制状態になくとも緊急状態 (緊急避難) が存在するという状況を想定しうるとの指摘がなされる (André DECOCQ, Droit pénal général, Librairie Armand Colin, Paris, 1971, p. 327)。

(181) Rapport de GARÇON, Revue pénitentiaire ; Bulletin de la Société générale des prisons, 24^e année, Librairie Marchal et Billard, 1900, p. 1427

財や権利の衝突状況であるということを前提として、利益衡量によって正当化の成否を決する見解とに大別することができる。⁽¹⁸²⁾ もっとも、これらの見解がフランスに登場した当時は、緊急避難全般を統一的に説明するのではなく、各場合に依拠していずれかの見解が採用されることも少なくなかった。そこで、以下ではそれぞれの見解の概略を説明した後、現在の通説的な見解につながる利益衡量説について、代表的な論者を挙げながら、フランス緊急避難論がどのように発展してきたのかを概観する。

(a) 放任行為説

本見解の代表的論者である GARRAUD は、緊急避難を心理的強制と捉える従前の通説を批判し、緊急避難においては、あくまでも、保護された利益間の衝突という客観的観点から基礎付けられるべきと主張した。しかし GARRAUD によれば、緊急避難が利益衝突から生じるものであったとしても、これを一種の権利状態 (état de droit)、すなわち、害とは無関係の他者を害する権利と見ることはできないのであって、「緊急状態において処罰の余地がないのは、処罰が社会的に無益であり、したがって、社会的に不正であるからであろう」と主張した。⁽¹⁸³⁾ さらに、「緊急状態において犯された犯罪の不処罰は、刑法の外にある状況を問題とするという観念と結びつく」とする。⁽¹⁸⁴⁾ なぜならば、このような状況において犯罪を犯す者に有罪を宣告するのであれば、英雄的に行動しなかったことを処罰することになり、加えて、刑罰による威迫はその犯罪を抑止するために意味をなさないからである、という。⁽¹⁸⁵⁾

(182) 森下・前掲注 (13) 74頁以下。

(183) GARRAUD, *op. cit.* (note 147), p. 700-702, n° 362

(184) *ibid.* p. 700-702, n° 362 ; GARRAUD=GARRAUD, *op. cit.* (note 178), p. 271,272 ; Georges VIDAL=Joseph MAGNOL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (droit pénal général – procédure pénale), 9^e éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1947, p. 376, n° 226

(185) GARRAUD=GARRAUD, *op. cit.* (note 178), p.272

(b) 利益衡量説

利益衡量説は、現在のフランスにおける通説に通ずるものであり、緊急避難を財や権利の衝突状況と捉えた上で、その財・権利の価値を比較し、保全された財の価値が優越する場合には、行為は社会的に有益であったとして、緊急避難の不処罰を認める。⁽¹⁸⁶⁾

c. 利益衡量説の歴史的展開

このような利益衡量説は、どのような発展過程を経て現在のような見解に至ったか。以下では、まずその根底にある思想・不処罰根拠論を概観した上で、各論者によって、各要件がどのようなものとして位置付けられてきたかを整理する。また、現行刑法典の立法過程にも若干言及する。

(a) 不処罰根拠論

(i) 財の衝突状況と社会的観点による考察の淵源

以下では、学説において緊急避難が正当化事由として認められるようになった過程を、代表的論者の見解を紹介しながら概観する。

19世紀の終わりに、学説の大勢に逆らうかたちで、初めて客観的側面に着目した緊急避難の法概念を取り入れたのは、MORIAUD である。⁽¹⁸⁷⁾

(186) 緊急避難を「財の衝突 (conflit de biens)」と捉えるか、「権利の衝突 (conflit de droits)」と捉えるかは、論者によって異なる。MORIAUD は、例えば生命について、法律や社会が存在する前から人は生命を享受しており、生命は権利ではないとして、緊急状態は「財の衝突」であるとするが (MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 250, 13)、これに対して SERMET は、「条文が必要とされるのは、生存権を認めるためではなく、生存権を奪ったり、生命を犠牲にする義務を課したりするためである」として、生存権が規定されていないからといって「権利の衝突」とみない理由はないし、殺人を処罰する規定などに鑑みれば、フランス刑法は生存権を前提としているということができるとする (Ernest SERMET, *L'état de nécessité en matière criminelle*, Paris, 1903, p. 212, 213)。

(187) このように指摘するものとして、GARÇON, *op. cit.* (note 156), p. 179, n° 94; 森下・前掲注 (13) 76頁。

MORIAUD はその著書⁽¹⁸⁸⁾のなかで、中世から近代の議論および法制度を概観し、ドイツにおける議論も参照しつつ、緊急避難について論じた。

まず MORIAUD は、緊急避難を財の衝突と捉え、緊急避難を「ひとつの財の損失または危殆化が、他の財の救済のために必要であるような状況 (état de choses)」と定義し、現実には衝突が存在するのは、「二つの財が従属の関係 (un rapport de dépendance) にあり、一方の損害が他方の保全のために絶対的に必要 (absolument nécessaire) であるとき」であるとする⁽¹⁸⁹⁾。

そして、この衝突の解決については、まずフランス語の諺である「どのみち災難をかぶるなら小さい方を選び (entre deux maux, il faut choisir le moindre : 直訳すると『2つの害のうち、より小さい方を選ぶ必要がある』)」を引用しつつ、「同等の二つの害の内では、生じる害を受け入れる必要がある」という文を付け加えた。この2文からなる原理は、人間のあらゆる行動の基礎的な規範であり、衝突状況の解決に不可欠であるとする。換言すれば、「二つの財の内、大きい方を救う必要があり、二つの同等の財のうちひとつを失わざるを得ないとするならば、失われるのがどちらかであるかは重要ではない」とされるのである。

さらに、MORIAUD は、この規範が個々人にとっての基本原理にとどまるものではなく、複数の個人間においても妥当する原理であるとし、その理由を一般意思と法の役割に求める。すなわち、法は一般意思 (la volonté générale) に淵源を有している。通常、この一般意思は個人の意味と合致するのであるが、常にそうとは限らないために、立法者は一般意思の受託者として、一定の基本原則に従って衝突状況を規律する必要がある。法が人間関係を規律し、人の財の保護のために存在しているということに鑑みれば、公平性 (l'impartialité) が立法者の第一の義務となる。利益が対立する場合には、法はすべての利益に保護を与えることができ

(188) MORIAUD, *op. cit.* (note 171)

(189) *ibid.* p. 250-252

ないから、そのうちひとつを有利に扱うことになるが、「より大きな一方を奪うことで小さい方を与えるのであれば、それは平等の観念、すなわち我々の正義の感覚に反するであろう」とする⁽¹⁹⁰⁾のである。このように考えることで、MORIAUD は、個々人の基本原理を一般原理にまで押し上げて、緊急避難の不処罰根拠に据えた。

以上のように、MORIAUD は、対立する財が同価値でないときには、法は大きな利益を犠牲にして小さな利益が保全されることを認めず、二つの害からより悪い方を犠牲にすることを認めるべきと主張した。また、財が同価値である場合には、平等原理（le principe d'égalité）の要請から、「一般意思に由来する法は、同価値の財の衝突にはただ無関心となる（se désintéresser）しかない」とする⁽¹⁹¹⁾。

MORIAUD はさらに、別の考慮も付け加えている。すなわち、社会は個人の脆弱性（la faiblesse individuelle）を埋め合わせる義務を有しているが、緊急状態においてはそれができないのであるから、緊急状態に置かれた個人に対して、社会は多くを要求できなくなるとする⁽¹⁹²⁾。

ただし、MORIAUD は、危難にある財が優越的価値を有しているときでも、避難行為を緊急権（droit de nécessité）として承認することについては慎重である。というのも、一般論として、立法者は曖昧なかたちで権利を付与することはできないからである。避難行為に関しても、立法者は、保全利益の価値の優越の程度が大きければ大きいほど、その保全のための行為を権利として承認しやすくなることは確かであるが、この価値の優越は行為の実行後にしか明らかにならない。したがって、避難行為のような、効果が本質的に不確定的であるような行為については、権利として是認することができないと説明するのである⁽¹⁹³⁾。

(190) *ibid.* p. 252-257

(191) *ibid.* p. 261-265

(192) *ibid.* p. 265-267

(193) *ibid.* p. 276, 277

以上のような緊急避難の不処罰根拠に関する MORIAUD の考え方は、論者自身によって、「緊急行為は多くの場合、立法者にとっては正でも不正でもなく、立法者はこれを許容していなければ、禁止もしていない。他方、裁判官にとっては、正の行為であり、その正は、引き起こした害に対する、回避した害の優越を直接の理由とする」との要約がなされる。⁽¹⁹⁴⁾ それゆえ、緊急避難は正当化事由に位置付けられることとなる。

類似の主張を行う論者として、MARCHAND を挙げることができる。MARCHAND は、確かに、同一の状況について緊急避難と心理的強制の両者が問題となることがありうるとして、裁判官が補足的に64条を適用する可能性があることを認めつつ、しかしながら、両者はその淵源から全く異なる不処罰理由を持つと分析する。⁽¹⁹⁵⁾ そして、MARCHAND は、緊急避難につき、MORIAUD と同様に、これを財の衝突と捉え、この衝突は共存不可能な二つの財を前提としているとする。⁽¹⁹⁶⁾ 共存不可能な財が相互に対立している場合には、そのうち小さい財を犠牲にする必要があり、それは、「まさにあらゆる人間法則の基礎である」とする。⁽¹⁹⁷⁾ MORIAUD の見解と異なるのは、より高い価値の財を保全する場合には、この財の量的・質的な超過（l'excédent en quantité ou en qualité）によって他の財の犠牲が正当化されるとして、緊急避難は、他者を収用する権利（le droit d'exproprier un autre individu）と捉えている点である。それゆえ、緊急行為は「収用の特別権によって裏付けられる私的司法の状況（un cas de justice privée que sanctionne un droit spéciale d'expropriation）」であり、正当化事由として位置付けられるとする。⁽¹⁹⁸⁾ これに対して、財が同価値である場合か、

(194) *ibid.* p. 277

(195) G. Félix MARCHAND, De l'état de nécessité en droit pénal, Paris, 1902, p. 143

(196) *ibid.* p. 147-149

(197) *ibid.* p. 149

(198) *ibid.* p. 150-152

害が類似の重大性を有する場合には、当該状況に応じて、自己保存本能（l'instinct de conservation）、所有の本能（l'instinct de propriété）、人間の脆弱性（la faiblesse humaine）などを考慮することで、減輕的な免責（excuse atténuante）を認めることができるとする⁽¹⁹⁹⁾。

SERMET も、緊急避難の不処罰根拠を、社会的観点から考察している。すなわち、緊急避難を権利・財の衝突と捉えた上で、不処罰根拠を功利主義的考慮（considérations utilitaires）と処罰権の基礎（fondement du droit de punir）に求める⁽²⁰¹⁾。権利・財の社会的価値を比較し、重要でない方が侵害される場合には不処罰とされるが、それは「問題となっている犯罪は社会にとって、（中略）有害というよりも有益であるから⁽²⁰²⁾」であるとする⁽²⁰³⁾。他方、問題となっている財が同価値である場合には、社会はこの衝突について無関心になる（se désintéresser）ことしかできないとして、「法律はこの〔訳者注：避難行為の〕実行を是認することができず、その実行を処罰しないことで満足しなければならない」と述べる⁽²⁰⁵⁾。

緊急避難が権利行為であるかという問題については、以下のように述べる。より重要な財を保全する緊急行為は、社会的な利益を保全するものとして、権利の行使であるとされる。これに対して、同価値の財を保

(199) *ibid.* p. 154-157

(200) SERMET, *op. cit.* (note 186), p. 14, n° 9

(201) *ibid.* p. 186, n° 145

(202) *ibid.* p. 187, n° 145

(203) 対立する財のどちらがより重要であるかの判断については、心理的・個人的観点は考慮されず、専ら社会的観点からなされなければならないとするが、財とその保持者との関係はなお考慮すべき場合があるとする。例えば、同じ10フランであっても貧しい者とお金持ちとは価値が異なるし、「バイオリニストにとっての左手の小指は、そうでない人の手全体よりも高い価値を有する」というMORIAUD が提示した例も肯定している（*ibid.* p. 187-192, n° 146）。

(204) *ibid.* p. 198,199, n° 148

(205) *ibid.* p. 341,342, n° 232

全する緊急行為は、法の外にあるものとして違法でも適法でもないので、権利行使とは言えないとされる⁽²⁰⁶⁾。それゆえ、緊急行為が権利行使であるときには、行為の相手方は正当防衛をもって対抗できず、また、権利行使でないときであっても、緊急行為は「不正」ではないことから、正当防衛による対抗はできないが、緊急避難による対抗は可能であるとする⁽²⁰⁷⁾。

SERMET は、緊急避難の不処罰根拠は「専ら社会的観点」に置かれるべきとして、緊急避難論を展開する。そこでは、原則として個人の主観は問題とならず、客観的判断に服することとなる。

GARÇON も、緊急避難を財の衝突と捉えつつ、心理的強制説に対しては、以下のような批判を加えている。すなわち、心理的強制説によれば、行為者が抵抗できない力によって強制されていたことが必要であり、そのような状況を認めるための要件が事前に確定されなければならない。そこで、脅威が重大であること、現在していること、予測不能であること、および不正であることを要求するのであるが、「[訳者注：緊急避難に相当する事例と言えるためには] 死の恐怖と全く同様に、身体の侵害や金銭を失う恐怖であっても十分となりうるのであって、害がまさに行為者を脅かしているか、その近親者のひとり脅かしているかといったことは重要ではないということが今日では認められている⁽²⁰⁸⁾」として、心理的強制状態を認めるために、上述の要件設定は必ずしも本質的なものではないことを指摘している。

GARÇON は財の衝突に着目する点で上記論者と共通しているが、他方で、MORIAUD のような見解に対して、「この理論は、緊急権の限界を確定して問題を明確化したように思われるが、その不処罰の理由は提示

(206) *ibid.* p. 235-237, n° 167,170

(207) *ibid.* p. 237-240, n° 171,172

(208) GARÇON, *op. cit.* (note 156), p. 181, n° 117

していない」と、その不十分さを指摘する。⁽²⁰⁹⁾そこで、GARÇONは、緊急避難の不処罰根拠を「社会が処罰する利益を有しない (la société n'a pas intérêt à punir)」ということに求めて実質化を図る。すなわち、「重要性の低い財のために重要な財を犠牲にすることを強いるのであれば、刑罰は有害であろう」とし、また、衝突している財が同価値である場合、生命を救うための生命侵害のような場合には、刑罰は威嚇的なもの (intimidant) でも、見せしめ的なもの (exemplaire) でもなくなるため、刑罰は無益 (inutile) であるとする。⁽²¹⁰⁾というのも、「これほどに例外的な事情においてしか犯罪を実行しない行為者は、改悛の必要はない。刑罰は、実際上の目的を伴わない、純粋に贖罪のものにとどまり、もはや社会的に正当ではなくなるだろう」⁽²¹¹⁾からであると述べる。

この、GARÇONが提示したような、刑罰の有害性・無益性から緊急避難の不処罰を根拠づけるという見解は、不処罰根拠の内容を実質化するものとして、複数の論者に支持された。⁽²¹²⁾しかし、同時に、刑罰機能に照らした説明は、その妥当性の点で疑問も呈されている。⁽²¹³⁾すなわち、再犯の恐れのない激情犯や、改悛の効果が無い者についても、同様に処罰が不要との帰結が導かれてしまうのではないかという点である。

(209) *ibid.* p. 180, n° 114

(210) *ibid.* p. 180, n° 115

(211) *ibid.* p. 180, n° 115

(212) DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* (note 147), p. 223, 224, n° 385 ; Jean-Marie AUSSSEL, La contrainte et la nécessité en droit pénal (force majeure, contrainte physique et morale, cas fortuit, état de nécessité et légitime défense), Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : Étude de Droit criminel, Dalloz, Paris, 1956, p. 280, n° 54 ; Pierre BOUZAT=Jean PINATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, Tome 1^{er}, Libr. Dalloz, Paris, 1963, p. 277,278, n° 296 ; Marie-Élisabeth CARTIER, Contrainte et nécessité, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome 30^e, Toulouse, 1982, p. 61,62

(213) FLASAQUIER, *op. cit.* (note 144), p. 60-62, n° 104-106

(ii) 「処罰の存在理由の欠如」の精密化

避難行為の社会的有益性の内実、とりわけ、「社会が処罰する利益を有しない」という点を、GARÇONのように刑罰機能に照らして考えることには問題があった。この問題をいかに解消するかは、当時、なお論証すべき点であったといえよう。

この点について FORIERS は、「法規 (les préceptes légaux)、とりわけ刑罰規範は衝突なく共存し得ない⁽²¹⁴⁾」として、刑罰法規の相対性を指摘する。すなわち、権利や財、利益は常になんらかのかたちで衝突しており、そのいずれかを保護しようとするとき、他方を保護する法規に違反することが許されることがある。緊急避難はまさしくこのような利益の衝突状態 (un état de collision d'intérêts) であるとする。CHEVALLIER の表現を借りれば、「刑罰法規は、その条文上の内容の帰結としての客観的限界を有しているみならず、論理的にその存在理由を有しないような事情から帰結される客観的限界も有している⁽²¹⁵⁾」とされる。また、MERLE=VITU は、「緊急避難は、刑罰法規の適用と相容れない状況である」と述べる。そして、緊急避難はいわば法律の補正措置 (correctif) であるとして、厳格な制限に服する⁽²¹⁶⁾とする。

犯罪類型の内在的な論理としての説明を試みるのは、MAYAUD である。彼はまず、正当化事由一般について、「立法者は、社会秩序とその功利主義的根拠 (fondements utilitaires) の名の下に、さまざまな価値を定めて選択をしなければならないだけでなく、場合によってはこれらの価値が互いに両立しないこと (incompatibilité) について判断を決するため、法の適用領域においてもそれらの価値に配慮しなければならない」として、正当化の理論も犯罪類型の論理の中で打ち立てられるとし、その「犯罪類型の論理」も、「社会秩序とその価値の功利主義的観念

(214) FORIERS, *op. cit.* (note 177), p. 321, n° 489

(215) CHEVALLIER, *op. cit.* (note 176), p. 126, n° 13

(216) MERLE=VITU, *op. cit.* (note 101), p. 591, n° 468

(conception utilitaire) の影響を受けている」とする。⁽²¹⁷⁾それゆえ、正当化により人の行為が無罪とみなされるのは、犯罪類型の存在理由となっている社会的考慮のみが客観的に斟酌されているからであり、主観的性質をもつ様々な要素を重視しているからではないとされる。緊急避難についても同様に、「犯罪類型が社会的な有益性という目的を追求しているから、社会秩序が害されない限り、緊急は常に正当化的であるのが通常である」と述べる。そして、「犯罪類型の各条文は、社会秩序を示す抽象的な価値を備えており、この価値のうちいくつかが対立するようになったときには、より具体的な選択をするという犯罪類型の論理に帰着する」と⁽²¹⁸⁾とされるのである。

HABCHY も同様に、「法のあらゆる介入が、その存在理由を、一定の行為によって引き起こされた社会的動揺に見出し、また、立法者が犯罪としてこれらの行為を設定する限りにおいては、このような動揺の不存在が正当化の基礎となるという事実は、論理にかなっている」と⁽²¹⁹⁾述べ、正当化は犯罪類型の観念の内部に存するとする。⁽²²⁰⁾

このように、犯罪類型の機能に社会的有益性の保護を割り当てた上で、犯罪類型の目的を達し得ない場合を正当化事由として説明している。⁽²²¹⁾こ

(217) Yves MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, R.S.C., Dalloz, Paris, 1983, p. 613,614, n° 29-31

(218) *ibid.* p. 614,615, n° 32

(219) Magdy HABCHY, *Essai sur la notion de justification*, thèse Paris, 1991, p. 482, n° 673; Gabriel ROUJOU de BOUBÉE, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome 30°, Toulouse, 1982, p. 21 も同旨。

(220) HABCHY, *op. cit.* (note 219), p. 482, n° 674

(221) ROUX, *op. cit.* (note 173), p. 199 が「法律は、その規定の理性的な遵守 (obéissance raisonnable) と良識的な服従 (soumission sensée) を要求している。法律がそれ自体として法律上の命令 (ordre juridique) を設けることはない。法律は、個々人の目的 (fin des individus) に資するためにも、そのような命令を課す。

のことは、フランスの犯罪論体系上、正当化事由が、法定要素を消滅・中性化するとの説明に繋がっている。⁽²²²⁾

(iii) 小括

以上のようなフランス緊急避難論における不処罰根拠論の展開は、概ね以下のようにまとめることができるであろう。すなわち、緊急避難概念がフランスに導入された当初は特に、ドイツ法の議論の影響を受けて、緊急避難は財や権利の衝突状況として捉えられることになる。そこでは、利益衡量を前提とした行為の社会的有益性から、避難行為の不処罰が導かれることになるが、その社会的有益性の内実は、処罰権や法の役割から説明がなされる。もっとも、緊急状態で犯された犯罪の処罰自体が、刑罰の目的からして役に立たないという論証だけでは、例えば再犯のおそれのない激情犯や、改悛が効果を持たない者に対しても同様に罰することができなくなるのではないかと疑問が生じ、緊急避難の不処罰根拠としては不十分な点を残していた。これに対して、法や犯罪類型の機能から考察し、法が現実の衝突状況に介入できないときのいわば補正措置として緊急避難を捉えると、犯罪類型は何らかの価値の保護を目的としているところ、避難行為によってこの目的が害されていないのであれば、社会的に見てこれを罰する必要がないと説明することができる。⁽²²³⁾

したがって、この命令の維持がこの目的に反することになるときは、必要な限りで、まずもって法律は自らの命令の侵害を容認すべきものとなる。」と述べるのも、この趣旨であると思われる。

(222) フランスにおける一般的な犯罪論体系は、広義の犯罪を犯罪事実 (infraction) と犯罪者 (délinquant) の問題に分離し、犯罪事実をさらに法定要素 (élément légal)、物的要素 (élément matériel) および心理的要素 (élément moral) に分ける。正当化事由は、法定要素を消滅・中性化させるものとして捉えられるのが一般的である。フランスの犯罪論体系については、島岡まな他『フランス刑事法入門』(法律文化社、2019年) 14-16頁〔井上〕などを参照。

(223) このような考慮は、フランス人権宣言5条にも垣間見ることができる。本条は、「法律は、社会に有害な行為しか禁止する権利をもたない。法律によって禁止さ

ランスにおいて、緊急避難の不処罰根拠について、「社会が行為を処罰する利益を有しない」との表現がなされるとき、基本的には、後者の意味として捉えるのが適当であるように思われる。

（b）要件論

以上のような不処罰根拠論を背景として、どのような緊急避難の要件が提示されてきたであろうか。提示される要件を列挙しつつ、何故そのような要件が求められるのかを整理する。その際、以上で述べた不処罰根拠論とどのような関係で要求されていたのか、また、いわば外在的な要求に過ぎないのかという点にも言及する。

（i）危険にかかわる要件

危険にかかわる要件は、総じて、緊急避難状況が財の衝突状況であるとの考えから生じている。すなわち、次のいずれかの要件が充足されない事例状況では、真に財の衝突状態にはないと考えることができる。

危険の不正性

危険にかかわる要件として、しばしば危険が不正 (injuste) であることが要求される⁽²²⁴⁾。この要件の内実としては、例えば MORIAUD によれば、害が法律の意思によって科されている場合（犯罪者の逮捕や刑罰など）、および、個人が自己を犠牲にする義務に服している場合（兵士など）には、本要件が充足されないことになる⁽²²⁵⁾。また、MARCHAND によれば、法律が個人に対して害の甘受を義務付けている場合の他に、個人の社会的な

れていないすべての行為は妨げられず、また、何人も、法律が命じていないことを行うように強制されない。」（訳文は、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集』（三省堂、第5版、2020年）247頁〔辻村みよ子〕による）と規定する。

(224) FORIERS, *op. cit.* (note 177), p. 328, n° 499; DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 144

(225) MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 303

役割から害の甘受が義務付けられる場合にも、この要件が否定されるとする。⁽²²⁶⁾ SERMET も、緊急に置かれた者の特別な義務や職業によって、その者の財が犠牲にされることがあることを肯定する。⁽²²⁷⁾

本要件が要求される理由は、法律が一方の犠牲を求めているときには、「財の衝突は存在せず、したがって緊急避難も存在しない」⁽²²⁸⁾と説明される。また、FORIERS は、緊急避難の要件を事前的検討の要件 (conditions d'examen préalable) と本質的要件 (conditions de fond) に分類するが、この害の不正性は、行為者の先行過失と並んで前者に属するとし、緊急避難を主張するために必須の条件 (condition *sine qua non*) であるとしている。⁽²²⁹⁾

MORIAUD は、緊急避難を心理的強制と捉える場合に、本要件は設定し得ないことを指摘している。すなわち、法が害の甘受を要求しているという事情は、心理的強制説にとって、刑の減輕理由にはなっても、不処罰の理由とはならないとされるのである。⁽²³⁰⁾

危険の現在性・急迫性

危険が現在している (actuel) か、もしくは急迫している (imminent) ことが要求される。緊急避難が害を避けるべき状況を前提としており、過去の害については緊急避難が問題となり得ないことから、本要件が必要とされる。⁽²³¹⁾

危険の不可避性

本要件は、さまざまな言い回しで表されるが、概して、犯罪の実行により害を回避するか、その害を甘受するかという、不可避的な二者択一

(226) MARCHAND, *op. cit.* (note 195), p. 183,184

(227) SERMET, *op. cit.* (note 186), p.263, n°185

(228) MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 303

(229) FORIERS, *op. cit.* (note 177), p. 328, n° 498,499

(230) MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 174,175, 303

(231) SERMET, *op. cit.* (note 186), p. 256-258, n°183

的状況に行為者が置かれていることとすることができる。⁽²³²⁾ 緊急避難状況を基礎付けるものとして、最重要の要件であるとか、⁽²³³⁾ 緊急避難の本質であるなどと表現されていた。⁽²³⁴⁾

(ii) 行為にかかわる要件

必要性

行為の必要性 (la nécessité de l'acte) が論じられる際に、その具体的な内容がどのようなものであるかは、論者によって若干異なる。大別して、二つの意味を包含していると見ることができるように思われる。

まず、危険の不可避性のいわば裏返しとして、避難行為が「唯一の手段」であることが要求される。⁽²³⁵⁾ 行為者が、犯罪実行以外の手段を用いることのできる状況にないということが、緊急避難を基礎付けるものとなる。このような考慮は、危険の不可避性の裏返しであることから明らかなように、緊急避難状況が財の衝突状況であることから導かれるものとなろう。また、MORIAUD は、「行為しない場合（不作為犯が問題となっているならば、行為する場合）には、避けようとする害が確実に生じるであろう」ことが必要であるとして、害の現実性の要素も行為が唯一の手段であることに読み込んで⁽²³⁶⁾いる。

加えて、論者によっては、最も侵害的でない行為であることが要求される⁽²³⁷⁾ことがある。例えば MARCHAND によれば、「その状況から必要とされる限界内で犯された行為」であることが必要とされ、緊急窃盗を例に挙げて、他のどの店も閉まっているのであれば、トリュフを詰めた七

(232) VIDAL, *op. cit.* (note 176), p. 136

(233) SERMET, *op. cit.* (note 186), p. 256-258, n° 183

(234) MARCHAND, *op. cit.* (note 195), p. 181, 182

(235) HABCHY, *op. cit.* (note 219), p. 233, n° 322

(236) MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 304, 305

(237) *ibid.* p. 305; FORIERS, *op. cit.* (note 177), p. 335, 336, n° 505

面鳥を窃取したとしても、この要件が否定されるものではないとする⁽²³⁸⁾。この要件設定も、MORIAUD 以降多くの論者に引き継がれている「財の衝突状態ではより価値の低い方を犠牲にせよ」という要請の現れである。

均衡性

害や財の均衡という要件は、緊急避難を権利や財の衝突と捉え、その価値衡量による社会的有益性に緊急避難の不処罰根拠を認めるフランスの通説的見解からは、要件論の中でもまさに本質的要素である。HABCHY は、緊急避難が均衡性要件を要するものだからこそ、緊急避難が正当化事由たりうると述べる⁽²³⁹⁾。この要件の内容をどのように捉えるかは、明文規定の不存在ゆえに、かなり多岐にわたる見解が主張されていた。その見解の差異は、緊急避難が正当化事由として機能するために、侵害された財と保全された財の価値にどれほどの差を求めるといふ点に現れる。

比較的多数を占める見解は、同価値の財を侵害する避難行為も不処罰になることを肯定している⁽²⁴⁰⁾。避難行為の社会的有益性の内実をどのように説明するにせよ、避難行為が社会的に無関心であるということをもって緊急避難の不処罰の説明として十分と考える見解からは、同価値の財を侵害する避難行為にも緊急避難の効果を肯定できよう。

他方、このような説明では不十分であるとの考えもある⁽²⁴¹⁾。例えば MARCHAND は、財が同価値であるか、害が類似の重大性を有する場合には、緊急避難ではなく減輕的な免責が問題となるに過ぎないと理解

(238) MARCHAND, *op. cit.* (note 195), p. 193,194

(239) HABCHY, *op. cit.* (note 219), p. 238, n° 327

(240) MORIAUD, *op. cit.* (note 171), p. 306 ; VIDAL, *op. cit.* (note 176), p. 129, 134 ; SERMET, *op. cit.* (note 186), p. 264, n° 186 ; DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* (note 147), p. 225, n° 387 ; AUSSEL, *op. cit.* (note 212), p. 286,287, n° 67

(241) DECOCQ は、破毀院が緊急避難を肯定した初めての判例（上述⑤の破毀院刑事部1958年6月25日判決）から、判例は本要件について厳格な立場に立っていると指摘する（DECOCQ, *op. cit.* (note 180), p. 329）。

から、緊急避難が正当化事由として作用するためには、行為が避けようとする害よりも「明白に重大でない（*sensiblement moins grave*）」ことを要求している。⁽²⁴²⁾ MARCHAND の他にも、同価値の財を侵害する場合は、社会的に有益であるとはいえないとして、この場合に不処罰とするのであれば、他の事由に依るべきであるとの見解も主張される。⁽²⁴³⁾

また、ROUX は、「行為者の選択が、良識（*bon sens*）および公平性（*équité*）から承認されること」が必要であるとして、いわゆる危険共同体の場合と、そうでない場合を区別すべきであるとする。⁽²⁴⁴⁾ 危険共同体の場合には、「衝突している財が同等であるとしても、緊急が犯罪事実を正当化すると認めることが自然である」と述べる。なぜなら、「法律は、他者の生命を救うために自己の生命を犠牲にすることを要求できないし、行動しない場合にはどちらも喪失するのであるから、自己を保護するために他者に危険を転嫁した者について落ち度がある（*fautif*）と宣告することができない」からである。他方、危険共同体でない場合には、「ルールとして、何人も自らの苦境を他者に押し付けたり、自らのみを脅かしていた危険を第三者に差し向けたりする権利を有しないということを決める必要がある」ことを原則として、あくまでも例外的に、避けられた害と引き起こされた損害との間に大きな不均衡がある場合に限り、同様の状況下では良識ある者はみな同じよう行動するであろうということ⁽²⁴⁵⁾を理由に、犯罪事実を正当化できると留保するのである。

(242) MARCHAND, *op. cit.* (note 195), p. 210

(243) BOUZAT=PINATEL, *op. cit.* (note 212), p. 281, n° 299. DUCASSÉ, *op. cit.* (note 148), p. 149 は、「法律は英雄的行動も犠牲も要求しないという観念から出発する必要がある」として、この場合の緊急避難は帰責不能事由（*cause de non-imputabilité*）に過ぎないとし、また、HABCHY, *op. cit.* (note 219), p. 239, 238, n° 329 は、「社会的に有益な行為のみが、通常は犯罪的な行為を適法にしうる」として、保全された社会的価値が優越する場合にのみ緊急避難が認められうとする。

(244) ROUX, *op. cit.* (note 173), p. 200

(245) ROUX, *op. cit.* (note 173), p. 201

(c) 現行刑法典の立法過程

1994年から施行されているフランスの現行刑法典の改正作業は、1974年に開始された。総則に関しては、刑法典改正委員会が1976年に未定稿を発表し、1978年には確定稿が答申された。政権交代後の第2次刑法典改正委員会が1983年に草案を発表したのち、議会での審議を経て、法案は「刑法典の総則規定を改正する1992年7月22日の法律第92-683号」として結実した⁽²⁴⁶⁾。

改正作業を概観すると、その規定ぶりに若干の変遷が見られるため、以下紹介する。

まず、議会での審議に付される以前の段階においては次の通り変遷している。

【1976年刑法草案総則（未定稿）⁽²⁴⁷⁾】

第4条（2204）「人または財産に対する急迫かつ重大な危険を、相当な反撃行為により、避けるためにやむことをえず行為に出た者は、これを罰しない。」

【1978年刑法草案総則（確定稿）⁽²⁴⁸⁾】

第43条「人または財産に対する急迫かつ重大な危険（un danger grave et imminent）を避けるためにやむことをえず均衡のとれた行為に出た者は、

(246) 立法過程の概要について、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス刑法典（改訂版）』法務資料第452号（1995年）1,2頁、Code pénal - Sénat (<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/s85860300.html>、最終閲覧日：2021年7月9日）、Assemblée Nationale - CODE PENAL (LIVRE I) (<https://www.assemblee-nationale.fr/9/dossiers/880213889.asp>、最終閲覧日：2021年7月9日)

(247) 新倉修訳「フランスの刑法典改正委員会 1976年刑法草案総則（未定稿）」国学院法学18巻2号（1980年）97頁以下（111頁）

(248) 新倉修訳「フランスの刑法典改正委員会 1978年刑法草案総則（確定稿）」国学院法学17巻4号（1980年）99頁以下（107頁）

これを罰しない。」

【1983年刑法草案総則⁽²⁴⁹⁾】

第34条「人または財産をおびやかす急迫かつ重大な侵害 *une atteinte grave et imminente menaçante une personne ou un bien* を避ける必要によりやむことをえず行為に出た者は、この反動行為 *réaction* が危険の性質および重大性に均衡するときには、これを罰しない。」

議会に提出された改正法案では、122-5条として次の通り提案されていた。⁽²⁵⁰⁾

第122-5条「人または財産を脅かす現在または急迫の危険に直面して、その人または財産の保護に必要な行為をなす者は、罰せられない。ただし、用いられた手段または得られた結果と脅威の重大性との間に不均衡がある場合には、その限りでない。」

この条文は、1989年5月9日から公開審議が始まる上院の第1読会まで維持された。⁽²⁵¹⁾ 資料および議事録では、本条を含む正当化事由は、従来判例において認められてきたものを条文として定式化するものであると述べられている。⁽²⁵²⁾ 第1読会では、法務委員会の報告者である Marcel RUDLOFF

(249) 新倉修訳「フランス刑法典改正委員会・1983年の刑法草案総則」国学院法学21巻4号（1984年）123頁以下（138頁）

(250) *Projet de loi n°300 par M. Robert BADINTER - Sénat, le 20 fév. 1986, p. 40.* 翻訳として、恒光徹訳「フランス1986年刑法典改正法案（2）」岡山大学法学会雑誌37巻3号（1988年）211頁以下（218頁）。

(251) *Rapport n°271 par Marcel RUDLOFF, Tome 1^{er} - Sénat 1^{er} lecture, le 27 avr. 1989, p. 80* では、本条は「威迫された人または財産の防衛（*Défense d'une personne ou d'un bien menacés*）」という表題が付されている。

(252) *Lettre rectificative n°213, Sénat 1^{er} lecture, le 15 fév. 1989, p. 9; Compte rendu des débats - Sénat, séance du mardi 9 mai 1989, p. 555*

により修正案22号が提示され、採択された。本修正案は、文言をより明確化しつつ、均衡要件について「得られた結果」を削除する内容のものであった。⁽²⁵³⁾その後、正当防衛をはじめとする他の正当化事由との文言を統一する修正が施された他、主として「人または財産」に当たる部分の文言の修正がなされた。その間、一部の議員から明文で「財産」を規定することに対する批判がなされ、修正案も提出されていたが、採択には至らなかった。⁽²⁵⁴⁾

3) 小括

以上のようなフランスにおける緊急避難をめぐる議論状況と、その歴史的展開、および、そこで考慮されている基本的観念をまとめると、以下のように言えよう。

まず、フランスにおける緊急避難論は、ドイツ刑法学の影響も受けつつ、緊急避難を心理的強制の一態様に過ぎないとする考えの脱却から発展した。すなわち、①MÉNARD事件の評釈において、緊急避難と心理的強制には、行為者の決定の自由の有無という点で明確な違いがあると批判したROUXを筆頭に、緊急避難の基本的性格をめぐる議論が展開されてきた。MÉNARD事件の少し前には、MORIAUDによる極めて詳細な緊急避難に関するモノグラフィーが公表され、そこで主張されたような、緊急避難を「財の衝突」と捉えつつ、より価値の低い財を犠牲にすべきという考えを基礎とする見解は、のちのフランス緊急避難論に多大な影響を与えたものと言える。

その後、時代が下るにつれ、「社会が行為を処罰する利益を有しない」ということが強調されるようになる。つまり、立法者が犯罪類型の設定を通じて何らかの利益を保護しようとしていることに鑑みれば、犯罪類

(253) Compte rendu des débats – Sénat, séance du jeudi 11 mai 1989, p. 659

(254) この批判は、「財産」を明文で規定することによる本条の濫用を懸念するものであった。

型を通じた利益の保護という目的が、避難行為の実行によっても依然として達成されていると評価できるような場合には、避難行為はなお処罰する必要がないこととなる。

このような考え方を要件論に落とし込めば、各要件は以下のように整理されると思われる。まず、危険に関する要件は、緊急避難を論じる上で前提となる「財の衝突状況」の存在を肯定するために必要とされる。すなわち、避難行為者が危険を甘受するか犯罪を犯すかという二者択一的状況に置かれていることを要する。具体的には、危険が現実のものであり、現在または急迫しており、避難行為の実行によらなければ回避することができないという性質を有する必要があることとなる。

次に、行為に関する要件は、財の衝突状況が現実存在していることを前提に、当該行為が刑法上の処罰に値すべきかの判断段階となる。避難行為の社会的有益性から緊急避難の不処罰を基礎付けるというフランス緊急避難論の一般的理解からは、害や財の均衡という要件は、避難行為の正当化を判断する上で本質的要素である。他方、行為の必要性という要件は、行為者が二者択一的状況に置かれているという危険に関する要件と表裏一体をなすものであると同時に、避難行為の時点において取りうる手段の中で、社会にとって最も侵害的でない行為を選択しなければならないという考慮が含まれている。これは、緊急避難の不処罰根拠に立ち返れば、「社会が処罰する利益を有しない」といえるための前提としての公平性の観点と、より価値の低い財を犠牲にせよという要請から求められることになろう。

以上のような要件の解釈にあたっては、以下の点に注意を要する。すなわち、心理的強制からの脱却として発展してきたフランス緊急避難論は、正当化事由として機能する緊急避難（状態）を純粹に客観的な状況として捉える。そのため、各要件を充足するかどうかの検討に際しては、専ら客観的事情を考察すれば足り、主観的事情が考慮される余地はないこととなる。また、「社会が処罰する利益を有しない」ことを不処罰の実

質的理由として据える以上、害や財の均衡性判断や、危険の不正性判断（危険の甘受が行為者に義務付けられているか）といった判断に際しては、社会的観点からの考察がなされることとなる。

立法過程での資料および議事録によれば、緊急避難を含む正当化事由に関する規定は、従来判例において認められてきたものを条文として定式化するものであると述べられている。また学説においても、現行刑法典の緊急避難規定は、旧刑法下で判例・学説によって構築されてきた緊急避難の議論がほとんどそのまま明文化されたとの評価が一般的である。そのため、現行刑法典の成立以後も、基本的には、旧刑法典のもとでなされてきた緊急避難の基本的性格、および、要件解釈は保たれているようにも思われる。ただし、現行規定の均衡要件が、「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」と規定するのみで、対立する財の価値の厳格な均衡を要求しているわけではないことには、注意しなければならないであろう。既に学説の一部においても指摘されているように、本要件の判断時点と併せて、やや緩やかに解する余地も考えうるところであり、この点についてのフランスの学説の動向は注目に値する。しかし、現状のフランスにおける議論を見る限りにおいては、従前通りに、衝突している財の価値衡量が基本となると考えて差し支えないと思われる。

Ⅲ. 検討

以上のフランス法の検討から、日本法へどのような示唆を得ることができるか。本稿の冒頭で述べた通り、フランス法における議論をそのまま日本法に導入することはできないが、その基本的な考え方は十分参考になるであろう。さらに、すでに確認したように、フランスにおける緊急避難論は、緊急避難概念がフランスに紹介された当初は特に、ドイツ

刑法の影響を受けていたのであり、わが国と同じくドイツ刑法の影響を受けた法制度のひとつとして、その発展経過は十分参考に値する。とりわけ、現行刑法の規定ぶりが、ドイツ刑法とは異なり、同価値の財を侵害する避難行為も正当化事由として許容しているように見える点は、同じくドイツ刑法の影響を受けつつ、同価値の財の侵害にも緊急避難を認めるわが国の条文と共通するところがあり、一層、緊急避難の法的性質と要件解釈との関係を考察するにあたり、有益な示唆を得られるのではないかと思われる。

まず、緊急避難の基本的性格について、フランス緊急避難論が大前提としている緊急避難の客観的性質は、日本法の解釈においても妥当する。既に述べたように、フランスでは、均衡要件や一定の場合の危険甘受の義務付け（兵士や被逮捕者など）は、緊急避難を主観的な不処罰事由として捉える場合には設定できないことが指摘されている。このような指摘を踏まえれば、わが国の刑法37条1項本文の法的性質は、基本的に違法論のレベルで処理されるべきものとの考えには理由があるように思われる。

37条1項本文を違法論の問題として捉えるべきであると考えとしても、現在のわが国における通説のように、違法阻却事由として一元的に捉えるべきかどうかという点は、依然として検討の余地を残しているが、この点についても、フランス法から得られた知見が参考になるように思われる。すなわち、フランスでは、緊急避難の不処罰根拠は「社会的有益性」、つまり、「社会が処罰する利益を有しない」という論拠に求められている。法が犯罪類型を通じて達成しようとする目的が、避難行為の存在によっても依然として達成されているのであれば、刑法の立場からは、その避難行為を処罰しないことで満足すべきということになる。加えて、旧刑法典のもとでの議論、特にその初期段階においては、すべての場合に緊急避難を正当化事由として認めることには一定のためらいが見られたことを想起する必要がある。

以上のような考え方を踏まえつつ、37条1項本文の法的性質論を考察するならば、以下のように考えることができる。すなわち、37条1項本文の不処罰を「社会が処罰する利益を有しない」という点に求めれば、緊急避難が行為の違法性を完全に阻却するものと考えられる必然性はないということである。刑法各則の各条は、それぞれなんらかの個人的・社会的・国家的利益の保全を目的としているものと考えられるが、避難行為によって、社会的観点からの考察により、刑法が各条をもって達成しようとする目的を害しないのであれば、社会侵害性の不存在を理由として、避難行為の可罰性がなくなることを基礎付けることができる。刑法以外の法領域において避難行為が違法であるかどうかという点は別にしても、37条1項本文の要件を満たす行為は、少なくとも可罰的違法性を阻却するに足ると考えることができる。したがって、刑法37条1項本文の法的性質は、可罰的違法阻却事由と捉えることが基軸とされるべきである。

このように考えると、要件解釈にあたっては、緊急避難状況が両立できない財の衝突状況であり、それらの衝突している財の価値の比較によって、避難行為の社会侵害性を欠くと評価できるかという観点が基礎に据えられることとなる。フランスにおいて議論がなされていたように、このような社会侵害性の点は専ら客観的に判断されることとなる。したがって、正当化事由としての緊急避難の要件解釈にあたっては、当事者の専ら主観的な事情は考慮対象から除外されることとなる。

具体的に述べれば、まず、均衡要件は、緊急状態に置かれた者の行為の可罰性判断のための中核的要素となるように思われる。すなわち、37条1項本文を適用して避難行為の不処罰を導くためには、行為の社会侵害性の点に着目すべきであるから、衝突している財の社会的価値が衡量対象となる。37条1項本文を専ら客観的に、違法論として捉える私見からは、専ら当事者の内心に属する要素はここで考慮することができないこととなる。職業や社会的地位といった行為者の属性は、それらが社会的に価値を有するといえる限度で衡量対象に含めることができよう。反

対に、利益衡量においてあらゆる要素を考慮して結論の妥当性を担保しようとする見解は、妥当とは思われない。考慮可能な要素の限定がなければ、その判断はブラックボックスに陥ることになる。「自律性」といったような要素が衡量要素のひとつとして含まれると考えるためには、これがどういった意味で社会的価値を有しているのかという、更なる論証が必要となるように思われる。

また、補充性の要件の内容は、以下のような考慮から基礎付けることができる。すなわち、フランスにおいて議論がなされていたように、緊急避難状況を財の衝突状況であると捉える場合には、避難行為者は、現に危険に脅かされている財が侵害されるままにするか、犯罪を実行してその財を保全するかという二者択一的状況に置かれている必要がある。換言すれば、避難行為者にとって、避難行為が危険に脅かされている財を保全するための唯一の手段であることが要請されるのである。加えて、フランスの緊急避難論において、避難行為の必要性が論じられる際には、その内容には、行為時の状況に鑑みて、最も侵害性の低い手段を選択すべきという要請が含まれていると考えられていることも無視できない。ここでは、財の衝突状況においてはより価値の低い方を犠牲にせよという考えが根底にあるが、37条1項本文が明文で害の程度に言及している点に鑑みれば、このような考慮は、わが国の緊急避難論にも認められると言ってよい。37条1項本文における補充性の要件の内容としても、このような「行為の最小侵害性」の要請が内包されていると考えるべきである。

このような補充性の理解は、37条1項本文の法的性質論とも合致する。すなわち、37条1項本文にいう緊急避難を原則として可罰的違法阻却事由と捉える場合、避難行為は依然として違法であることから、たとえ危険の現在性が認められるような場合であっても、他の採りうる手段がまだ残されているのであれば、その手段を採るべきことが要請されるのである。また、利益の保全のために複数の手段が存在する場合に、その中

から最も侵害の程度が低い手段を選択せよということも、同時に要請される。この点で、わが国において通説とされる優越的利益原理を基礎とする違法阻却一元説に対しては、以下のような批判が可能であるように思われる。すなわち、避難行為が、なにゆえ利益保全のための唯一の手段でなければならないのか、また、なにゆえ最も侵害性の低い手段を選択しなければならないのかという点に疑問がある。優越的利益が存在する以上、避難行為は適法であると考えれば、避難行為が利益保全のための唯一の手段である必要はないであろう。また、侵害性の程度は異なるが、いずれも侵害利益に比して保全利益が優越するという複数の手段が存在する場合に、最も侵害性の程度の低い手段を選択せよという要請も、同じく要求できないのではないだろうか。対立する利益が優越することによって得られる法的効果の射程や、他の要件との関係性が依然として不明であると言えよう。

むすびにかえて

本稿は、緊急避難の不処罰根拠論と要件論の分析を通じて、緊急避難の基本構造を整理し、要件解釈のための基本的指針を提示したにとどまる。緊急避難論の一端を垣間見るにすぎないものとなったため、依然として検討すべき点は多く残している。

まず、37条1項本文の法的性質について、完全な違法阻却を肯定する場合が存在しうるかどうかは、さらなる検討を要するものと考えられる。例えば、対立している財の価値に著しい程度の差がある場合などが想定されるが、どのような状況がこれに当たるかという点については、行為の社会侵害性という観点を超えて、行為の適法を基礎付けるようなファクターはなにか、といった検討が必要になる。とりわけ、正当防衛等も含めて、正当化事由における利益衡量論がどのような意義を有し、

効果の点でどれほどの射程を有するかは、今後の主たる研究テーマである。

また、そのような研究を通じて、具体的事案における緊急避難の適用に関する問題も検討を要する。各要件の適用にあたり考慮可能な事項はなにかという点が主眼に置かれることとなる。判例における判断傾向も明らかにしつつ、この点について分析をしていきたい。

さらに、本稿では、フランスにおいて正当化事由として発展した緊急避難論を参照しつつ論じた。そのため、緊急避難の一形態として、避難行為者の内心を問題として処罰を否定する、いわゆる免責的緊急避難を日本法においても観念できるかどうかは、別途検討を要するものと思われる。そのような考慮が正当化事由としての緊急避難に与える影響にも留意しつつ、検討をしていきたい。