

緊急行為における利益衡量概念に関する研究

寺嶋, 文哉

<https://hdl.handle.net/2324/7182282>

出版情報 : Kyushu University, 2023, 博士 (法学), 課程博士
バージョン :
権利関係 :

博士学位申請論文

緊急行為における利益衡量概念に関する研究

九州大学大学院法学府法政理論専攻

博士後期課程

3LA20002N 寺嶋文哉

目次

序論	5
1.研究の背景	5
2.問題意識	6
3.問題設定と検討方法	7
4.概念の整理および表記の方法	8
第1部 緊急避難における利益衡量の位置づけ	10
第1章 わが国の議論状況	10
第1節 緊急避難の法的性質と利益衡量に対する判例の立場	10
1.判例における緊急避難の法的性質	10
1) 判例分析	10
2) 以上に対する学説の理解	11
2.判例における衡量判断	12
1) 「害の均衡」として行為要件で検討しているもの	13
2) 「相当性」の内容として検討しているもの、具体性のないもの	16
3) 小括	20
第2節 学説における議論状況	21
1.緊急避難の法的性質論	22
1) 責任阻却説	22
2) 違法阻却説	25
3) 可罰的違法阻却説	28
2.違法阻却説背後の不処罰根拠（正当化原理）	31
1) 概要	31
2) 各説に対する批判と検討	32
3.利益衡量的判断方法に関わる諸問題	39
1) 他の要件との関係	39
2) 利益衡量的判断と法効果	40
第3節 検討—違法阻却説の問題点	41
1.避難行為者と被転嫁者の関係性	41
2.違法阻却という法効果と衡量判断の関係	43

1) 「マイナスでない」は適法か	43
2) 他の要件はなぜ必要か	45
3. 検討課題の整理	46
第 2 章 フランスにおける議論状況	46
第 1 節 フランス正当化事由論概説	47
1. 正当化事由の規定	47
2. 正当化事由の性質と効果	49
3. 犯罪論体系上の位置づけ	50
1) フランスにおける犯罪体系論	50
2) 正当化事由の位置づけ	52
4. 正当化事由の不処罰根拠論	55
第 2 節 緊急避難およびその周辺領域の発展過程	55
1. 規定の変遷	56
1) 1791 年刑法典	56
2) 1810 年刑法典	56
3) 現行刑法典の立法過程	57
2. 判例における緊急避難の成立	60
1) フランス緊急避難論発展の契機となった事例 (MÉNARD 事件)	61
2) 下級審・緊急避難を示唆した事例	65
3) 下級審・緊急避難による不処罰を認めた事例	67
4) 下級審・要件の明確化事例	68
5) 破毀院において緊急避難概念を認めた事例	69
3. 学説史	71
1) 正当化事由論の発展概略と緊急避難論との関係性	72
2) 緊急避難論確立の概略	74
3) MORIAUD の見解	79
4) 同時期の他の論者の見解	81
5) 不処罰根拠の内実	85
6) 評価—利益衡量との関係性・批判点	87
7) 「社会的有益性説」の内実	89
8) 判例・立法への影響	95
9) 小括・評価	100

第3節 正当防衛との対比	103
1.正当防衛論の歴史	104
2.正当防衛の権利性—退避義務との関係	106
3.正当防衛における「社会的有益性」	107
4.正当防衛と緊急避難の比較	109
1) 行為要件としての均衡性 (la proportionnalité)	109
2) 民事責任への波及効果—緊急避難の特殊性	113
5.小括	123
第4節 検討	124
1.利益衡量により明らかになるもの	124
2.利益衡量の法効果	125
第3章 結論—緊急避難と衡量判断の基本構造	127
第1節 緊急避難における利益衡量概念とその射程	127
第2節 緊急避難の法的性質に関する考察	129
第3節 緊急避難における利益衡量判断	130
1.衡量判断の基本指針	130
2.「害の均衡」と衡量判断	132
3.衡量対象の確定	132
4.衡量判断の限界	135
第2部 緊急避難における利益衡量の判断方法	138
問題設定	138
第1章 当事者の個人的事情を考慮することができるか	138
第1節 「自律性」の考慮	139
1.議論の背景	139
2.主張の概要	141
3.この見解に対する批判	142
4.検討	143
第2節 法益に対する個人の主観的価値の考慮	143
1.学説における議論の状況	144
2.関連判例の分析	145
3.小括・議論の整理	146
4.検討	147

1) 解決の方向性	147
2) 衡量対象から除外すべきもの	148
第2章 抽象的価値をどう見積もるか	149
第1節 検討する事例	149
第2節 判例における問題状況	150
1. 交通事犯	151
1) 裁判例の分析	151
2) 小括	161
2. 不法入国事例	161
1) 判例の分析	162
2) 小括	165
第3節 学説における議論状況	165
1. 検討—解釈の基本的指針	167
1) 社会的法益	168
2) 国家的法益	169
2. 具体的適用—交通事犯	170
3. 具体的適用—不法入国事例	171
4. 「個人」を中核とする判断と社会的価値との関係性	172
結語	174
結論	174
残された課題	176

序論

1.研究の背景

わが国の違法性論、とりわけ違法阻却に関する議論においては、違法の実質を法益侵害と捉える考え方を基盤として、法益衡量説や優越的利益説と呼ばれる見解が主張されており、現在の議論状況において重要な地位を占めるに至っている。これらの見解は、行為の違法性を判断するにあたって、具体的状況において害された法益ないし利益と、保全された法益ないし利益との価値を比較し、保全されたものの価値が高い（または同価値）と考えられる場合には、当該行為を適法と認める。これらの見解が学説における一定の地位を獲得している現状に鑑みれば、ある行為の適法・違法を考えるにあたり、問題となっている法益ないし利益を比較衡量するという判断方法もまた、違法阻却に関する議論において重要な意味をもっているといえることができる。

この種の見解においては、明文で「害の均衡」が要件とされている刑法 37 条 1 項本文の緊急避難規定は、この正当化原理を最も忠実に表したものと理解されうる。その意味において、緊急避難概念は、その他の正当化事由との関係で正当化の一般規定的な性格を有するものと理解されることがある。

このような行為の違法性判断における衡量判断と、一般規定としての緊急避難の理解から、近年では、社会における目紛しい技術革新に伴って生じる種々の刑法上の問題を考えるにあたり、緊急避難概念が参照されることがある。例えば、記憶に新しいものとしては、海賊版サイトのブロッキング問題が挙げられる。漫画、アニメ等がインターネット上の海賊版サイトに掲載され、こちらにインターネットユーザーのアクセスが集中することにより、著作権者等の権利が著しく侵害されているという問題が生じた。この問題に対処するため、政府の知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議は、「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」¹を公表し、プロバイダー等による閲覧防止措置（ブロッキング）を可能とする環境整備が必要であるとの認識を示した。その際、このブロッキングが通信の秘密（憲法 21 条 2 項、電気通信事業法 4 条 1 項）を侵害するものであるが、法制度が整備されるまでの臨時的措置としては、事態の

¹ 知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」平成 30 年 4 月（<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/honpen.pdf>）最終閲覧：2024 年 1 月 4 日。

緊急性から、緊急避難による違法性阻却が認められるとの認識を示したものである。このような措置は各方面から批判の対象となり、またそもそも緊急避難の要件を充足するものであるかも疑問の余地があるが、一定の緊急状態における行為の正当化を考えるにあたり、緊急避難が正当化の一般規定的に活用される一例を示したものといえよう。

また、学界において取り上げられているものとしては、AIをはじめとした技術を用いた自動運転自動車の例を挙げることができる。自動運転自動車の実用化を考える場合には、自動運転自動車が、人や物への衝突を感知して何らかの回避の挙動を余儀なくされる状況が想定できる。この状況においてどのような挙動をとることが適法とされ、または違法の評価に値するかという問題は、自動運転自動車を製造する立場にある者や当該自動車の運転者にとっては、重要な問題となる。この刑法上の評価について、緊急避難論が参照されているのである²。

このように、ある一定の緊急状態における行為について、当該行為の適法性を認めることができるかという問題の検討に際して、緊急避難の理論が参照されているのである。一方では、ある問題を適切に規律する立法や法的措置が存在しない場合に、緊急避難を適用して問題となる行為の適法性を基礎づける試みがなされており、他方では、ある問題を適切に規律する立法を行なうに際して、適法と認めるべき行為の範囲を明らかにするために、緊急避難の法理やその背後にある考え方が参照されているのである。

2.問題意識

以上のような種々の問題を考えるにあたって緊急避難が参照価値を有するためには、緊急避難という法制度の背後にある不処罰根拠がどのようなものであり、その結果としてどのような法効果が認められるのか、という点が明らかにされなければならないと考えられる。

上記の海賊版サイトのブロッキングについて政府が示した認識は、刑法 37 条 1 項本文の緊急避難が違法阻却事由（正当化事由）であるという理解を前提としている。このような理解はわが国の学説において多数説的な見解である。そ

² 例えば、遠藤聡太「人工知能（AI）搭載機器の安全性確保義務と社会的便益の考慮」法律時報 91 号（2019 年）19-26 頁、井上宜裕「AI 自動運転をめぐる刑事責任—緊急避難の成否を中心に—」法政研究 86 巻 3 号（2019 年）599-608 頁など。

の背後にある「不処罰根拠」ないし「正当化根拠」はさまざま存在しているが、上述のとおり、対立している法益ないし利益の比較衡量により、行為の違法性が明らかになるとの見解が比較的支持を得ていると思われる。すなわち、この衡量判断により、当該行為が社会全体からみたときにプラスである（または当該行為によって社会にマイナスが生じていない）という評価が導かれる結果として、当該行為の違法性が阻却されるとするものである。この判断方法により導かれる帰結の妥当性は、人の一般的感覚に合致する場合も多いといえよう。

しかしながら、ある行為が価値の低いものを犠牲にして、これより価値の高いものを保護したという事実から、なにゆえ行為の適法性が帰結されるのかは、自明ではない。ある行為が適法との評価を受けるということは、当該行為が法の観点からやっても良い行為、換言すれば、何人も阻止することが許されない行為とみなされるということの意味する。この帰結は、もともと全く落ち度のない被害者に危難を転嫁するという構造を有する緊急避難においては、特に問題が顕在化する。このような評価が妥当であるかという疑問は、古くから提示されていたものであるし、依然として疑義を差しはさむ余地があるものといえよう。また、法益ないし利益の「衡量判断」が概念的には理解しやすいものであったとしても、具体的事情に照らして一定の結論を導くためには、何を、どのように衡量して判断するかという点も、明らかにされなければならない。

3.問題設定と検討方法

以上のような問題意識のもと、本稿では、緊急行為、とりわけ緊急避難における衡量判断について分析する。より具体的には、まず、緊急避難における衡量判断の位置づけについて確認をする必要がある。この衡量判断が、避難行為の性質との関係で、何を明らかにするためになされる作業であるのか、が主たる検討課題である。また、そのような検討の結果として、緊急避難の法的性質についてどのように考えるべきであるのかについても言及する。さらに、そこで得られた帰結を基礎として、緊急避難の要件解釈としての衡量判断のあり方について、その基本的指針を示したいと考える。以上は、緊急避難における衡量判断の根幹的な分析にかかわるものとして、第1部で扱う。

これらの問題について検討するため、本稿では、わが国における判例・学説における議論状況を精査して問題を析出したのち、フランスにおける緊急避難論とその周辺領域における議論状況を参照・検討する。フランスでは、1994年

に施行される現行刑法典が成立するまで、刑法典に緊急避難を直接に定式化する明文規定が存在していなかった。また、正当防衛等のその他の正当化事由についても、各則に断片的な規定を見出すことができるのみで、総則には規定を持たなかった。それゆえ学説は、早くから正当化事由を一般的に把握する試みに着手しており、緊急避難論も、その枠組みにおいて重要な地位を占めるとともに、より原理的な解明を目指した議論がなされていたと言える。また、緊急避難の不処罰根拠を探究するにあたっては、わが国における法益衡量説・優越的利益説にも類似した衡量判断に基づく基礎づけを試みてきており、その内容と淵源を探ることは、わが国の緊急避難理解に対しても一定程度示唆を与えるものであると考えられるのである。

第2部では、具体的な事例処理に即した考察をすることで、第1部で得られた知見がさまざまな問題状況においてどのようなかたちで現れるかを確認する。本稿では、とりわけ実際上の意義が大きいと考えられる次の2つの問題状況について若干の検討を加える。第一は、衡量判断において当事者の個人的事情を考慮することができるかという問題であり、第二は、国家的・社会的法益といった、個人レベルからは抽象度の高い法益を衡量判断においてどのように評価すべきか、という問題である。

ここでは、わが国の学説における議論状況の分析と、判例における判断方法とに言及しつつ、それぞれの問題状況の特殊性に応じて、どのような理解が可能であるかを模索する。

4.概念の整理および表記の方法

本稿では、判例の分析を行なう。その際、大審院判例や制文法を引用することがあるが、便宜上、いずれも元の文章の意味を変更しない範囲で、次のように表記を書き換えている。まず、漢字の旧字体は新字体へ変更し、カタカナをひらがなに変更して、必要に応じて濁点を付す。また、文章の区切りに句読点を補い、漢数字は成句や固有名詞として用いられている場合を除き算用数字に改める。

フランス語の原文を訳して引用する場合について、その文章の意味を正確に示すため、単語ないし文章を補っている。補足した部分は、[]で括って示す。

本稿は、「利益衡量概念に関する研究」と題するものであるが、ここでの「利益衡量」は、広い意味での利益等の比較衡量による判断を意味するものとして

用いている。また、衡量概念を分析するにあたり、「法益」、「利益」、「価値」等の語を用いている。「法益」は主に犯罪類型の保護法益を、「利益」はより広い意味での利益を、「価値」はそれらの重要性ないし重さを指すものとして用いる。ただし、フランス語の *valeur* という語に対しても「価値」という単語を当てているが、場合によっては「利益」のような概念を意味するものがある。

第 1 部 緊急避難における利益衡量の位置づけ

第 1 章 わが国の議論状況

第 1 節 緊急避難の法的性質と利益衡量に対する判例の立場

まず、緊急避難の法的性質と衡量判断について、判例の立場がどのようなものか、検討する。

1. 判例における緊急避難の法的性質

1) 判例分析

まず、緊急避難の法的性質に関する判例の立場について検討する。判例を概観すると、文言の上では、緊急避難が成立した場合に「違法性を阻却する」と記述するものが散見される。ここでは、法的性質に関する判例の立場についてのみ検討するため、各判例の事案の概要は、必要と思われる限りで記述する。

大審院・最高裁レベルでは、いわゆる番犬狙撃事例と言われる大判昭和 12 年 11 月 6 日³を挙げることができよう。器物損壊罪および銃砲火薬類取締法施行規則違反⁴に対する緊急避難の成否が問題とされ、本判決は、結論として緊急避難の成立を肯定して被告人に無罪を言い渡した。その結論部分においては、「以上説明するところに依れば、被告人の叙上行為は正に刑法第 37 条第 1 項所定の緊急避難に該当し、其の行為の違法性を阻却するものと云うべきを以て犯罪を構成せず。従て、被告人を処罰するを得ざるものとす」と述べられている。

この言い回しに従う限りでは、緊急避難を違法性の問題と捉えているように見受けられる。ただし本件における被告人は、自己の所有する猟犬が被害者所有の番犬に咬み伏された際に、被害者宅の家人らに制止を求めたがこれに応じてもらえなかったという事案であった。番犬の所有者側に故意または少なくとも過失が認められるとして、正当防衛を認めるべき事案であったという理解が

³ 大判昭和 12 年 11 月 6 日裁判例 (11) 刑 87 頁。

⁴ 銃砲火薬類取締法施行規則 25 条

輸入又は譲受の許可を受けたる火薬類は其の許可を為したる行政官庁、第二十一条の規定に依り許可を受けずして譲受けたる火薬類は所轄警察官署の許可を受くるに非ざれば之を他の用途に充つることを得ず

ある点に留意する必要がある⁵。

下級審レベルにおいては、例えば、帯広簡判昭和 33 年 1 月 31 日⁶を挙げることができる。被告人による駐車禁止区域への駐車行為について、「刑法第 37 条第 1 項の緊急避難に該当し違法性が阻却されるものということができる。」と述べた。

長崎家佐世保支決昭和 49 年 4 月 11 日⁷は少年保護事件であるが、審判対象の一部について、「緊急避難として違法性が阻却されるものと判断される。」として、非行なしと認めた。

また、緊急避難について判断したものではないが、「以上の次第で、本件における虚偽有印公文書作成、同行使の点は正当防衛、緊急避難等の違法阻却事由のいずれにも該当しないけれども」との記述が見られる裁判例がある⁸。

他方、緊急避難を期待可能性の問題と捉えているような判例も散見される。いわゆる狩勝トンネル事件の差戻控訴審判決⁹は、被告人らの 3 割減車行為が緊急避難に該当するという弁護人の主張に対して判断するにあたり、「この緊急避難行為は期待可能性の法理に該当する一類型に外ならないが」との言及をしている。

2) 以上に対する学説の理解

以上のとおり、判文上に現れた言い回しを概観する限りにおいては、緊急避難の法的性質について、裁判所は概ねこれを違法阻却事由と捉えているようにみえる。学説においては、緊急避難が違法性を阻却するものであると明示する判例・裁判例が存在するのに対して、最高裁を含めて、これを積極的に否定するものが存在しないことから、緊急避難を正当化事由として認めるのが判例の立場であるとの主張もなされている¹⁰。

しかし、このような理解に対しては、次のような批判がある。すなわち、例

⁵ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 2 卷』（青林書院、第 2 版、1999 年）441 頁〔虫明満＝篠田公穂〕、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法 I 総論』（信山社、2010 年）253 頁〔森永真綱〕、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第 3 版、2015 年）491-492 頁。

⁶ 帯広簡判昭和 33 年 1 月 31 日一審刑集 1 卷 1 号 155 頁。

⁷ 長崎家佐世保支決昭和 49 年 4 月 11 日家月 27 卷 1 号 165 頁。

⁸ 山口地判昭和 34 年 11 月 16 日下刑集 1 卷 11 号 2425 頁。

⁹ 札幌高判昭和 29 年 10 月 19 日高裁刑特報 1 卷 13 号 689 頁。

¹⁰ 橋田久「判批」刑事法ジャーナル 38 号（2013 年）80-81 頁。

えば大判大正3年10月2日¹¹は、避難行為者の賠償責任について「緊急防衛は特定の場合に於ける不法なる権利侵害を排斥するがために法律が認許保護する権利行為なれども、緊急避難は之と異りて、特殊の場合に於て法が権利者双方を完全に保護することを得ざるがために已むを得ず単に其一方が他方の権利を侵害することを黙過して之に刑責を課せざるに止まるを以て仮令一方に緊急避難の原因発生せりとするも之れがために他方の権利の消滅を来すべきものにあらず。然れば緊急避難行為者は刑事上無罪の判決を受くるに拘はらず其行為によりて損害を被りたる他人の権利に対し民事上賠償の債務を負うは当然の結果なりとす」と述べており、このような理解は、緊急避難を正当化事由とする理解に馴染まない。加えて、判例が緊急避難の法的性質を違法阻却事由と考える立場に立っているとの理解が論拠とする判例・裁判例は、当該避難行為に対する正当防衛による対抗の可否や、避難行為へ関与した者の共犯の成否が争われたものではないから、緊急避難の法的性質に関する態度表明は、判例性を持つものではない、との指摘がなされているのである¹²。

この点について若干の検討を加える。判例が緊急避難の法的性質について立場を明らかにしているとするのは、早計であると考えられる。避難行為を完全に適法な行為と考えるか否かという論点は、主に、避難行為に関与した者の共犯の成否という問題、および、避難行為に対する危難の被転嫁者の正当防衛による対抗の可否という問題に関わる。したがって、緊急避難の法的性質について判例性を有するのは、以上の問題を争点とした事案に対する判断であるといえることができる。上述の批判が妥当である。

ただし、実際にいくつかの判例において緊急避難が行為の違法性を阻却するものと表現されていることは無視できない。後述するが、学説における理解と同様に、37条1項本文の要件設定から、緊急避難が少なくとも違法性の問題として処理すべきものであるという理解が、裁判官においても存在していると考えられる。

2.判例における衡量判断

緊急避難判例における衡量判断は、学説における通常理解としては、37条

¹¹ 大判大正3年10月2日刑録20輯1764頁。

¹² 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法 第2巻』（青林書院、第3版、2016年）683-684頁〔安田拓人〕。

1 項本文の「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」という文言の解釈および当てはめにおいてなされるというのが一般的である。この文言から導かれる要件は、講学上、避難行為の補充性、相当性および害の均衡（法益権衡）にそれぞれ分解されて整理されている。

この講学上の整理に従うのであれば、「やむを得ずにした行為」の解釈として避難行為の補充性および相当性が、「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」の文言解釈として害の均衡要件が導かれると考えるのが自然であろう。したがって、本稿で問題とする衡量判断は、害の均衡要件との関係で検討されるべきものであると思われる。しかしながら、わが国の判例を概観すると、衡量判断が害の均衡要件との関係のみで言及されているわけではないように見受けられることを指摘しておかなければならない。この衡量判断の位置づけや判断内容は、判例によってかなり異なっているように見えるため、以下に若干の整理を試みる。

1) 「害の均衡」として行為要件で検討しているもの

大審院判例において緊急避難の成立を肯定したもののなかには、講学上なされている整理と同様に、「やむを得ずにした行為」の当てはめと、「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」の当てはめを峻別して、段階的に検討したものが散見される。

例えば、大判昭和 8 年 11 月 30 日¹³が挙げられる。次のような事案である。被告人らは稲作を営む者であるが、異常な豪雨による湛水のため、田植え直後の稲苗が水没し、これらが枯死して著しい不作となるおそれのある状況に見舞われた。この湛水を解消するため被告人らは塵芥等の除去に努めたが状況が改善しなかったため、排水を妨げていた村の水利組合管理にかかる板堰を共同して損壊した。この板堰は、事件日の約 1 年前から堀に設置されていたものであるが、田地の稲作に多大な影響を及ぼすとして、撤去の要求がなされていた。この板堰は価額 40 円程度であり、事件当時、用水設備としてはすでに効用が失われていた。

この損壊行為について、大審院は、まず、湛水が継続することにより著しい

¹³ 大判昭和 8 年 11 月 30 日大刑集 12 卷 2160 頁。

不作や稲苗の枯死の危険があったとして、現在の危難を肯定した。次いで、被告人らが損壊行為の前に塵芥を除去するように努めていたが功を奏さなかったことに触れ、組合当局や官憲の保護を求める余裕がなく、本件損壊行為によらなければ危難を避けることができなかつたことを肯定した。最後に、本件損壊行為によって生じた害が板堰の価額 40 円であることに対して、被告人らおよび被告人らと同様に湛水の被害に遭うこととなる他の者の耕地は広大であることを指摘して、「若し本件板堰を除去することなかりせば、此水田に於ける稲作に生ずべかりし損害の程度板堰損壊に因れる叙上損害に比して重大なること極めて明白なり」と述べて、37 条 1 項本文を適用して無罪とした。

また、大判昭和 12 年 11 月 6 日（番犬狙撃事例）¹⁴においても、類似の判断構造が示されている。

本件は、次のような事案である。被告人が狩猟目的で自ら所有する英セッター犬（牡 4 歳、体重約 5 貫、価格 600 円相当）を連れて A 方前の道路に差し掛かった際、A 所有の番犬（土佐雑種、4、5 歳、体重約 13 貫、価格 150 円相当）が被告人の犬を襲って路上に咬み伏せた。被告人は A 宅の家人らに対し番犬の制止を求めたが、同人らはこれに応じなかつた。被告人はこの番犬に対して猟銃を発射し、散弾を命中させて損壊した。またこれにより、所轄警察署の許可なく、猟銃を狩猟以外の用途に使用した。以上の行為について、器物損壊罪および銃砲火薬類取締施行規則違反として起訴された。

大審院の判断の概要は、次のとおりである。まず、両犬の種類や体格を考慮すると、被告人が当該状況を放置すれば、英セッター犬が死に至るか、もはや猟犬として用いることができなくなるおそれのあること、また、番犬の所有者側に制止を求めたが応じてもらえず、番犬を狙撃してその活動を停止させること以外には適した手段がなかつたことに言及して、被告人の行為が現在の危難を避けるためにやむを得ずにした行為であると認定した。次いで、両犬の価格を比較し、被害者側の被る損害は番犬の価格以上にはならないとし、他方、被告人が何らの措置も取らなかつた場合に被る損害も猟犬の価格に相当すると述べて、銃砲火薬類取締施行規則の規定を斟酌しても、生じた害が避けようとした害の程度を超えないと判示した。

下級審裁判例においても、同様の判断構造を示しているものがある。

いわゆる狩勝トンネル事件の差戻控訴審判決である札幌高判昭和 29 年 10 月

¹⁴ 大判昭和 12 年 11 月 6 日裁判例（11）刑 87 頁。

19日¹⁵を挙げることができる。事案の概要は次のとおりである。

国鉄の乗務員である被告人らは、機関車の乗務にあたりトンネル内の熱気やガスなどにより窒息・火傷の危難に遭遇することがあった。労働組合は国鉄当局に対してトンネルの改修とトンネル通過手当の増額等を要求してきたが、団体交渉が成立しなかった。そこで被告人らは、有毒ガスや熱気の抑制のために牽引する列車を一律に3割減車し、また、労働争議の一環としてこの3割減車行為を繰り返すと共に、職場離脱行為を行なった。以上の行為について、公務員による争議行為を禁止した昭和23年政令第201号違反¹⁶として起訴された。

第一次控訴審¹⁷は、被告人らの行為が政令で禁止された争議行為に該当することを前提に緊急避難の成否について検討を行ない、3割減車行為と職場離脱行為が一連不可分の関係にあるとして、緊急避難の成立を肯定した。これに対し、第一次上告審¹⁸は、被告人らが直面していた危難を避けるためには従前通りの減車行為を続行すれば足りるのであるから、被告人らの職務離脱行為の点は、やむを得ずした行為の程度を超えていると判示し、この点について刑法37条の規定の解釈の誤りがあるとして、原判決を破棄し差し戻した。

差戻控訴審である本判決は、証拠関係から、被告人らの本件3割減車行為が生命・身体に対する現在の危難を避けるためやむを得ずなされたものであると認めた。その上で、害の均衡については、国鉄当局としては臨時列車の編成や他の路線を経由することも考えられる以上、3割減車による輸送業務への損害は致命的なものとはいえないが、しかし当局がそれらの措置をとるための経費の増大が避けられないとして、これを国鉄側の損害であるとした。他方、被告人らの行為は自己の生命・身体に対する現在の危難を避けようとしてなされた行為であり、「実に生命はこれを尊ぶべく、これを他の法益ことに財産的法益と比較するときにはまさに天地の差があり、身体の危険もただちに生命のそれにつながるからその法益は生命のそれに準じて他の法益と比較さるべきである。本件において被告人等は自己の生命身体に対する危険に直面しこれを避けんとし

¹⁵ 札幌高判昭和29年10月19日高裁刑特報1巻13号689頁。審級関係として、第一審が旭川地判昭和24年1月7日刑資26号595頁、控訴審が札幌高判昭和25年1月14日刑集7巻13号2683頁、上告審が最二小判昭和28年12月25日刑集7巻13号2671頁、差戻上告審が最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁である。

¹⁶ 昭和23年政令第201号 2条1項

公務員は、何人といえども、同盟罷業又は怠業的行為をなし、その他国又は地方公共団体の業務の運営能率を阻害する争議行為をとってはならない。

¹⁷ 札幌高判昭和25年1月14日刑集7巻13号2683頁。

¹⁸ 最二小判昭和28年12月25日刑集7巻13号2671頁。

て上記認定のごとき財産上の損害を国に被らしめたのであるけれども、この程度の財産上の損害はこれを前記生命身体に生ずる虞ある危難と比較し未だ避けんとした害の程度を超えたものということとはできない。」と述べた¹⁹。

2) 「相当性」の内容として検討しているもの、具体性のないもの

以上のような諸判例においては、問題となる利益等の価値といった考慮要素が、害の均衡要件の内容として検討され、「やむを得ずにした行為」から導かれる要件を検討した後に当てはめがなされている。しかし、これらの諸判例とは対照的に、衡量判断と目されるようなものが「やむを得ずにした行為」の内容として検討されているものも散見される。また、「やむを得ずにした行為」の検討とは一応の峻別をしているが、その内容が極めて抽象的なものも見受けられる。

A. 内容が極めて抽象的な例

害の均衡要件についての言及が抽象的なものとしては、例えば大阪高判昭和45年5月1日²⁰を挙げることができる。事案は次のようなものである。

普通貨物自動車を運転する被告人が、道路上を55km/hで進行中、前方約3、40mに、道路中央線を大きく超えて約70-75km/hで進行してくる対向車を認めた。この対向車との衝突を避けるため、被告人は自車を50km/hほどに減速してハンドルを左に切って約1m左に寄った。これにより、後方から進行していた自動二輪車を自車後方に衝突させ、同車を運転していたAに3週間の加療を要する第3中指骨骨折等傷害を負わせた。以上の事実について、業務上過失傷害罪として起訴された。

本判決は、現在の危難および補充性について次のとおり判示している。

被告人は、3、40m前方に中央線を超えて高速で対向してくる車を発見し、(そのまま進行すれば被告人が同車と衝突するまでの時間は1秒前後であり)「これと衝突の危険を感じずの状態になつたのであるから、正に自己の生命身体に対する現在の危険な状態にあつたものという外はなく(このような状態に達

¹⁹ 差戻上告審(最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁)では、緊急避難は問題とされていない。

²⁰ 大阪高判昭和45年5月1日高刑集23巻2号367頁。

するまでの間に被告人側に過失と認むべきものはない。)、この衝突の危険を避けんとして把手を左に切り、約1メートル左に寄つた被告人の行動は、現在の危難を避けるため已むことを得ない行為といわざるを得ない。」

続いて、害の均衡については、「しかも被告人のつた右行為により、後続する被害者 A 運転の自動二輪車と衝突したことによつて同人に被らしめた損害が、前記対向車との正面衝突により発生すべき損害を越えるものとは考えられない」と言及し、被告人の本件行為が緊急避難行為であることを認めた。

堺簡判昭和 61 年 8 月 27 日²¹は、次のような事案である。

被告人がその子どもらを乗せて普通乗用自動車運転していたところ、被告人の次女 A (当時 8 歳) が高熱で一刻も早く医師の手当を必要とする状態となった。被告人は救急車を呼ぶことも考えたが、A のかかりつけである B 病院がさほど遠くないところにあつたので、B 病院で手当を受けさせようとして運転を再開した。B 病院まで 7、8 分というくらいの時点で、最高速度が 50km/h と定められた道路を 88km/h で運転した。

本判決は、事実状況から A の身体に対する現在の危難があることを認めた。本件における最高速度超過運転の行為が、当該危難を避けるための行為であることは認めつつも、B 病院からさほど遠くないことを勘案し、許されるスピードで運転すれば足るので、やむを得ずにした行為の程度を超えたとして、37 条 1 項ただし書を適用して刑を免除した。ただし、害の均衡に関する判断は、「また右行為によつて害される法益が、これによつて保全される A の身体に対する危難の程度より重いということとはできない。」と言及し、この要件が充足されていることは肯定している。

強要された覚醒剤の自己使用について緊急避難を肯定した東京高判平成 24 年 12 月 18 日²²も、害の均衡として具体的な言及がない例のひとつである。本判決では、害の均衡について、「そして、本件において、被告人の覚せい剤使用行為により生じた害が、避けようとした被告人の生命及び身体に対する害の程度を超えないことも明らかであるから、被告人の本件覚せい剤使用行為は、結局、刑法 37 条 1 項本文の緊急避難に該当し、罪とならない場合に当たる。」と述べるにとどまっている。

²¹ 堺簡判昭和 61 年 8 月 27 日判タ 618 号 181 頁。

²² 東京高判平成 24 年 12 月 18 日判時 2212 号 123 頁。

B. 衡量的判断が他の要件に見出される例

上述の強要された覚醒剤自己使用事例においては、法益の重大性などといった要素が、他の要件で言及されている。

この事案は、薬物密売事件の情報提供者として警察に協力して行動していた被告人が、捜査対象者に接触した際、捜査対象者に怪しまれこめかみに拳銃を突きつけられて覚醒剤の使用を強要されたため、やむなく覚醒剤を自己の身体に注射したという事案であった。

本判決は、拳銃をこめかみに突きつけられている以上、被告人の生命・身体に対する危険が切迫していることを認めた上で、行為要件の検討に移っている。行為要件の検討に際しては、まず、事件の状況から、危険の回避のために覚醒剤の使用の他にとりうる現実的方法がないとして補充性を認めた上で、「また、本件において危険にさらされていた法益の重大性、危険の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、本件において被告人が覚せい剤を使用した行為が、条理上肯定できないものとはいえない。」と判示した。

ここに述べられる「条理上肯定しうる」との判断基準は、最大判昭和 24 年 5 月 18 日²³においてはじめて提示されたものであるとされる。当判例は、「『已ムコトヲ得ザルニ出デタル』というのは当該避難行為をする以外に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」と述べた。学説においては一般に、後半部分の「かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合」という基準が、判例において避難行為の相当性を認めたものであると理解されている²⁴。これ以降の判例においては、「やむを得ずにした行為」の文言解釈として、当判例の言い回しを引用するものが多数にのぼる²⁵。

²³ 最大判昭和 24 年 5 月 18 日集刑 10 号 231 頁。

²⁴ 安田・前掲注 12『大コンメンタール』699 頁。

²⁵ 上訴審において覆ったものを含むと、例えば、福岡地判昭和 37 年 1 月 31 日下刑集 4 卷 1・2 号 104 頁、東京高判昭和 57 年 11 月 29 日刑月 14 卷 11・12 号 804 頁、東京地判平成 8 年 6 月 26 日判時 1578 号 39 頁、松江地判平成 10 年 7 月 22 日判時 1653 号 156 頁、札幌高判平成 26 年 12 月 2 日高検速報（平 26）号 200 頁などがある。ただし、遠藤聡太「緊急避難論の再検討（二）」法学協会雑誌 131 卷 2 号（2014 年）464 頁は、この事件においては現在の危険が認められないとして緊急避難の主張が排斥されており、「やむを得ずにした行為」に関する部分は、厳密には傍論であると指摘している。

東京高判平成 24 年 12 月 18 日において、種々の考慮要素を取り入れた相当性判断が何を明らかにするものであるかについて、すでに学説上多くの分析がなされている。

まず指摘されるのは、本判決における避難行為の相当性判断は、危難の自招性を判断するものであるという点である²⁶。考慮要素の後半部分において「被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと」と述べられている。従来判例においては、危難の自招性が緊急避難を否定する要素のひとつであると捉えられており²⁷、この自招性判断が、相当性要件の内部に盛り込まれたと分析されている²⁸。もっとも、このような危難の自招性判断は、現在の危難の有無の点で判断されるべきとの指摘がなされている²⁹。

第二に、本事案において問題となったのが、覚醒剤の自己使用であるという特殊性についての指摘がある。覚醒剤使用罪は、自己使用と他者使用とを区別して規定していないが、暴行・傷害罪においては自傷行為が処罰されないという他罪の成立に関わる事情が、覚醒剤使用罪の違法性判断で考慮されたとの分析³⁰や、他人を巻き込む場合とそうでない場合とでは、侵害の程度が異なるとの理解もある³¹。もともと、判例における緊急避難の相当性判断には、保全法益と侵害法益が著しく不均衡な場合に、過剰避難の成立をも否定する点に機能的意義があるとの分析もなされており³²、本判決もそのような判断構造をとったものとする余地もある。

この裁判例の他にも、独立した要件である害の均衡の内容として考慮するよ

²⁶ 安田・前掲注 12『大コンメンタール』700 頁は、「害の均衡の要件は優に満たされる事案で、被侵害法益もとくに制限の議論を呼ぶものでもないため、相当性要件のもとでなされたのは、自招性の有無のチェックにとどまっているように見受けられる」とする。

²⁷ 危難の自招性を理由に緊急避難の成立をはじめから排斥した代表的な例として、大判大正 13 年 12 月 12 日大刑集 3 卷 867 頁。

²⁸ 橋田・前掲注 10「判批」刑ジャ 38 号 84 頁は、「従来の判例の多くは、社会通念や公平正義を自招の事例における緊急避難の判断基準としており、これを本判決は『条理』と表現したのではなかろうか。斯様にして本判決は、条理の要件に害の均衡を超える内容を盛り込んだのである」と分析する。

²⁹ 高良幸哉「判批」法學新報 122 卷 3・4 号（2015 年）304 頁、深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（弘文堂、2018 年）153 頁。

³⁰ 橋田・前掲注 10「判批」刑ジャ 38 号 84 頁。

³¹ 永井紹裕「判批」早稲田法学 90 卷 2 号（2015 年）129 頁。

³² 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』151-153 頁。ただし深町は、本件について、「相当性判断の枠組みにおいて、著しい害の不均衡を超えて、より多様な事情を考慮しようとしているように見える点は、なお慎重な検討が必要である」とする（153 頁）。

うな諸要素が、「やむを得ずにした行為」の枠組みで論じられているものが散見される。

大阪高判平成10年6月24日³³は、次のような事案である。

暴行を受けた上で暴力団組事務所内に監禁されていた被告人が、組員からも監視がなされている状態での暴行が続いたため、組事務所に放火して逃走した。

本判決は、被告人が客観的に置かれていた状況に鑑み、被告人の行動の自由に対する現在の危難が存在していたことを肯定した。しかし、組員による監視体制がさほど厳しいものではなく、表の出入り口や裏口からの逃走も不可能ではなかったとして、避難行為の補充性を否定した。加えて、犯行の翌日には監禁が解かれる予定であったこと、監視の態様が穏当であり、自由侵害の程度が甚だしいものではなかったこと、および、暴行の存在は否定できないが、骨折していた足首を蹴られる程度の比較的軽いものであったこと、といった事情を考慮し、「右のような程度の害を避けるために本件のごとき灯油の火力を利用した危険な態様の放火行為により不特定多数の生命、身体、財産の安全、すなわち公共の安全を現実に犠牲にすることは、法益の均衡を著しく失するものといわざるを得ず、条理上も是認し得るものではない。したがって、本件放火は補充性及び条理のいずれの観点からしても『やむを得ずにした行為』であったとは認められない。」として、緊急避難の成立を否定した³⁴。

わが国の学説において、法益の著しい不均衡が相当性の欠如として過剰避難の成立をも否定する機能を有している分析があることをすでに述べたが、この裁判例はその典型例であるということになる³⁵。

3) 小括

以上、日本の判例における緊急避難の法的性質と衡量判断に関する立場について、若干の整理を行なった。

まず、法的性質については、緊急避難の法的性質がまさに問題とされるべき、危難の被転嫁者による避難行為に対する対抗の問題や、避難行為への関与者の共犯の成否といった問題が争点となった事例は現在のところ存在せず、判文の

³³ 大阪高判平成10年6月24日高刑集51巻2号116頁。

³⁴ 過剰避難の成立に関しては、「他に害の少ない、より平穏な態様での逃走手段が存在し、かつ、本件放火行為が条理上も是認し得るものとはいえない以上、過剰避難が成立する余地はな」としている。

³⁵ 遠藤・前掲注25「再検討(2)」459頁。

言い回しから断片的な情報しか汲み取ることができない。したがって、緊急避難の法的性質に関する判例の態度は、現時点では、依然として留保されているものとみるべきであろう。

衡量判断についても、不明な点が多く残されている。

まずその位置づけについて、大審院や最高裁のレベルでは、比較的「やむを得ずにした行為」から導かれる要件とは峻別をした上で、「避けようとした害が生じた害の程度を超えなかった場合に限り」から導かれる害の均衡要件の内容として、それぞれの害を明示しながら、具体的な比較検討がなされているものが散見される。他方、下級審裁判例においては、衡量判断に馴染むと考えられる法益の重大性をはじめとする諸要素が、避難行為の相当性というかたちで、「やむを得ずにした行為」の内容として考慮されているように見受けられるものがある。避難行為の相当性要件が具体的にどのような意味内容を有するのかについても不明な点が多いが、裁判例をみる限りでは、この要件が欠ける場合に、緊急避難のみならず過剰避難の成立の余地さえも否定される例がある。本来的には害の均衡要件の枠内で吟味され、この要件が欠ける場合に過剰避難となるものが、相当性要件に解消された結果として過剰避難成立の余地が否定される可能性があることを踏まえると、衡量判断の位置づけは重要な意味をもつ。

他方、害の均衡について具体的な言及がなされていないものもしばしば見られる。もっとも、上述した裁判例においては、害の均衡要件が満たされることについてほとんど異議を差しはさむ余地がないような事例であるということも可能である。

第2節 学説における議論状況

わが国の学説において、違法性論における衡量判断は、違法阻却の一般原理として挙げられる法益衡量説や利益衡量説と特に関係が深い。これらの見解のなかには、緊急避難の枠組みを緊急状態における行為の正当化に関する一般規定的な側面を有するものとも考えるものもある。例えば平野龍一は、違法阻却を考える場合には法益の考量が基本であるとして、「刑法三七条が規定する緊急避難は、まさにこのことを正面から規定したものである。その根底にある考え

方は、違法阻却一般についても妥当する」³⁶と述べているのである³⁷。

以下では、緊急避難の法的性質や不処罰根拠と、衡量判断との関係性について整理する。

1. 緊急避難の法的性質論

日本における緊急避難の不処罰根拠論および法的性質論は、古くから議論があり、見解は多岐にわたっている。伝統的には、法的性質を違法阻却事由と考える見解（違法阻却説）と、責任阻却事由と考える見解（責任阻却説）とが主たる対立軸であった。しかし、近年においては、責任阻却を基軸として考える見解は少数説にとどまる。現在では、緊急避難を違法論の問題として捉えるべきことを原則とする見解が大部分を占め、その中で各見解においてさまざまなバリエーションがある。

そこで、まず責任阻却説の内容とこの見解に向けられる批判について検討する。

1) 責任阻却説

A. 責任阻却説の内容

緊急避難を一元的に責任阻却事由であると考えた見解は、ドイツのM.A.MAYERのもとで学んだ瀧川幸辰によって日本に紹介・展開されたもので³⁸、緊急状態においてなされた行為は期待可能性を欠くために責任が阻却されると主張する。なぜなら、避難行為はもともと危難とは無関係であった第三者の法益を侵害する点で違法行為とみるべきであるが、しかし通常人に対して自己を犠牲にするという英雄的態度を法は要求しないからであるという。この見解には、避難行為を違法と考えることで、危難の被転嫁者に正当防衛による対

³⁶ 平野龍一『刑法 総論 II』（有斐閣、1975年）213頁。

³⁷ 山口厚『問題探究 刑法総論』（有斐閣、1998年）96頁、同『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）145-146頁。

³⁸ 瀧川幸辰『犯罪論序説』（有斐閣、改訂版、1974年）〔団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第2巻』（世界思想社、1981年）所収〕137-147頁、高橋敏雄「緊急避難の本質に関する一考察」法学雑誌（大阪市立大学）1巻4号（1954年）47-65頁、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）379-380頁。

抗の余地を認める点に利点がある³⁹。

B. 責任阻却説に対する批判

本説に対しては、まず、危難の被転嫁者が常に正当防衛によって対抗することができるようになる点が不当であるとの指摘がある⁴⁰。すなわち、正当防衛には緊急避難のような厳格な法益・害の均衡が求められないがゆえに、不都合な結論を招来することがあるとする⁴¹。例えば、A が自己の身体に対する危難を避けるため B の身体に侵害を加えようとしているときに、B は正当防衛として A を殺害しても良いという不都合な帰結に至るとされる⁴²。この指摘に対しては、正当防衛には防衛行為の相当性を要するから、必ずしも B を殺害して良いという結論にはならず、この批判は当を得たものではないとの反論がなされている⁴³。この点、防衛行為の相当性要件のみで妥当な解決は図れるかは再考の余地がある。また、防衛行為の相当性要件による規律が實際上可能であるとしても、正当防衛による対抗の可否の問題は理論上の問題であるから、依然として批判を免れないとの指摘もなされている⁴⁴。さらに、本説のように個人主義を徹底すると、「個人の権利を絶対視して異なる法益主体間の法益衡量による正当化を一切認めないならば、破壊消防（消防法 29 条）や強制収用（土地収用法 2 条）も違法となり、これに対する正当防衛を許すことになってしまう」

³⁹ 緊急避難を責任阻却事由とする見解にも、ヴァリエーションがある。代表的なものとして、森下忠『緊急避難の研究』（有斐閣、1960 年）は、緊急避難を原則的に責任阻却事由と解しながらも、「いちじるしく大きい法益を救うための緊急避難行為は他に方法のないことを条件として超法規的に違法性を阻却する」とする（238-241 頁）。同「緊急避難の法的性質」中義勝編『論争刑法』（世界思想社、1976 年）70-85 頁も参照。詳細な点について異なる理解を示すものの、基本的に同じ立場に立つものとして、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第 2 版、2018 年）327-332 頁。

⁴⁰ 山口・前掲注 37『刑法総論』146-147 頁。

⁴¹ 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第 4 版、2008 年）400 頁。

⁴² 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第 3 版、1990 年）245-246 頁、川端博『刑法総論講義』（成文堂、第 3 版、2013 年）383-384 頁。

⁴³ 阿部純二「緊急避難」日本刑法学会編『刑法講座 第 2 卷』（有斐閣、1963 年）149 頁。

⁴⁴ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』119 頁は、可罰的違法阻却一元説に対する「著しく優越する利益を保全するための避難行為に対してですら、正当防衛による対抗を許してしまうことになり、妥当とはいいがたい」という批判の文脈で本文のように述べている。

との批判もなされている⁴⁵。

以上の批判は、この見解を採用することによる法的帰結に関するものであるが、37条1項本文の規定する要件との関係でも、本説にはいくつかの問題点があるとの指摘がなされている。

第一に、避難行為者と保全利益の主体の人的関係に関わる指摘がある。すなわち、37条1項本文は保全利益の主体を「自己又は他人」と規定しているのみで、避難行為と保全利益の主体との人的関係については何ら制限をかけていない。したがって、赤の他人に対する緊急避難については、必ずしも期待可能性がないとは言えないという批判がある⁴⁶。

この批判に対しては、「刑法37条の『他人』には、配偶者、実子、親、婚約者なども含まれることを考えるならば、我が身に代えて緊急救助を行おうとする場合があり、他人のための緊急避難であっても期待可能性を問題にすべき場合がある」との反論がなされる⁴⁷。また、37条の立法過程において「他人」は全ての者を意味する意図であったのではなく、恩人などが想定されていたとの指摘もなされている⁴⁸。

しかし、以上の反論に対しては、再反論がなされている。すなわち、緊急避難を期待可能性の欠如を理由とする責任阻却事由と考えるのであれば、常に期待可能性がないであろうと言えることが重要であるから、反論としては不十分であるとされる⁴⁹。

ただし、以上の「避難行為者と保全利益の主体との関係について人的範囲の限定がないから期待不可能性に基づく責任阻却事由とは言えない」といった批判には、近年、根本的な疑問も提示されている。すなわち、責任阻却の場合における行為主体と保全利益の主体の人的範囲の制限は、ドイツ刑法の影響を過度に受けたものであるという。スイスやオーストリアの立法論などを参照すれば、期待可能性などの一般条項をもって規律するという立法形式も十分に可能であるから、人的範囲の不存在を理由として責任阻却説が直ちに排斥されるも

⁴⁵ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）181頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第2版、2017年）183頁。

⁴⁶ 団藤・前掲注42『刑法綱要総論』245頁、山口・前掲注37『探究総論』93頁、福田平『全訂 刑法総論』（有斐閣、第5版、2011年）165頁。責任阻却が認められる緊急避難については、個別事例における適法行為の期待可能性の有無を成立要件とする縮小解釈をすべきとするものとして、井田・前掲注39『講義刑法学・総論』331頁。

⁴⁷ 日高・前掲注38『刑法総論』379頁。

⁴⁸ 松宮孝明『先端刑法 総論—現代刑法の理論と実務』（日本評論社、2019年）96頁。

⁴⁹ 佐伯（仁）・前掲注45『考え方』180頁。

のではないとされる⁵⁰。

第二の指摘は、37条1項本文が害の均衡を明文で要求しているという点である。すなわち、明文で害の均衡が要求されていることが必ずしも責任阻却を排除するとは限らないとしても⁵¹、期待可能性の欠如を理由とする責任阻却を問題とするのであれば、本来、このような要件は不要なはずであるとの指摘がある⁵²。

この点については、責任阻却説の論者の側から、「被転嫁者の保護という法政策的観点から、法規上の法益権衡の原則を取り込んだものと解することができる」との反論がある⁵³。

しかしながら、この反論についても再反論がなされている。すなわち、期待可能性論の本領は、法益均衡を失っている場合にも責任阻却を認めるところにこそ発揮されるべきなのであって、法益均衡を要求する37条1項本文が責任阻却事由であると解されるとすれば、不処罰の「下限をあまりに高く設定し過ぎた不合理な規定」であると言わざるを得ないとの指摘がなされている⁵⁴。

以上のような批判が存在するため、責任阻却説は少数説にとどまっている。特に、37条1項本文が明文で害の均衡を要求している以上、そのような客観性を帯びる判断は、違法性の問題として扱うべきであるという考え方が支配的であると思われる。

2) 違法阻却説

A. 違法阻却説のバリエーション

⁵⁰ 安田・前掲注12『大コンメンタール』683頁、深町・前掲注29『アクチュアリティ』117-118頁。

⁵¹ 井上宜裕『緊急行為論』（成文堂、2007年）7頁。

⁵² 山口・前掲注37『探究総論』93頁、福田・前掲注46『全訂刑法総論』165頁、松原・前掲注45『刑法総論』184頁。

⁵³ 日高・前掲注38『刑法総論』397頁。また、内藤謙『刑法講義 総論（中）』（有斐閣、1986年）414頁および安田・前掲注12『大コンメンタール』683頁は、オーストリア刑法が免責的緊急避難にも一種の法益均衡要件を設定していることから、均衡要件が設定される責任阻却事由も存在しうることを指摘している。なお、深町・前掲注29『アクチュアリティ』106-108頁、118頁は、オーストリア刑法におけるこの均衡に関する要件が、「異物」として捉えられていることを指摘している。

⁵⁴ 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』（世界思想社、1976年）57頁。同様の指摘を行なうものとして、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、第2版、2008年）207頁。

緊急避難を違法性の問題として扱う見解が多数であるが、違法阻却説のバリエーションは、現在において実に多様である。また、法的性質について同じ見解を採用したとしても、その背後にある不処罰根拠が異なるということがある。

まず、避難行為を完全に適法な行為と見る違法阻却事由説（正当化事由説）と、完全に適法な行為とはみない可罰的違法阻却説に分類できよう。さらに、全ての場合についてその法的性質を貫徹する一元説が存在する一方で、どちらかの理解を基軸にしつつ、一定の場合には責任阻却や完全な違法阻却を認めるという見解も存在している。

B. 違法阻却一元説

本説は、緊急避難の法的性質を一元的に違法阻却事由とみる見解で、現在の多数説的見解である⁵⁵。この見解は、責任阻却説への批判に示された諸点、すなわち、37条1項本文が無限定な「他人」のための緊急避難を許容していることから責任阻却と解するのは妥当でないこと、および、条文上明文で害の均衡が要求されていることから、緊急避難をあくまで違法性の問題として扱うべきことを出発点とする。

本説による場合、責任阻却説とは反対に、避難行為が適法行為である以上、危難の被転嫁者は正当防衛による対抗ができないこととなる。この点で、被転嫁者の保護に欠けるとの批判がなされている⁵⁶。また、難破者が一つの板を奪い合うといういわゆるカルネアデスの板のような事例を想定したとき、力の強い者の利益が保全される結果となり、かつ、その行為が適法とみなされるが、この帰結が妥当ではないとの批判が向けられている⁵⁷。

この批判に対して、違法阻却説からは次のような反論がある。すなわち、確かに避難行為を適法と考える以上、侵害の不正性が要求される正当防衛による

⁵⁵ 平野・前掲注36『刑法総論II』228-230頁、川端・前掲注42『刑法総論講義』380-384頁、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣、2009年）152-154頁〔橋田久〕。団藤・前掲注42『刑法綱要総論』246頁は、37条1項本文の解釈としては違法阻却事由と理解すべきであり、「責任阻却の緊急避難は別に期待可能性の理論によって解釈上認められるべきものである」とする。

⁵⁶ 井上・前掲注51『緊急行為論』6頁。

⁵⁷ 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、四訂版、1982年）〔中川祐夫監修＝浅田和茂ほか編『刑法の理論と体系 佐伯千仞著作選集 第1巻』（信山社、2014年）所収〕204頁、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、第2版、2019）251頁。

対抗は認められない。しかし、37条1項本文は「現在の危難」と規定するのみで、正当防衛とは異なり違法な侵害であることを要しない。したがって、緊急避難に対して緊急避難をもって対抗ができるとの反論である⁵⁸。

しかし、以上の反論に対しては、再反論がなされている。

第一に、危難の被転嫁者は、かなり要件の厳格な緊急避難でしか対抗できないこととなり、このような解決が妥当であるかという疑問が提示される。また、そもそも危難を無関係な第三者の法益を侵害する行為が適法と評価されてよいかという根本的な疑問が残されているとされる⁵⁹。

第二に、法による適法評価に矛盾をきたすという批判がある。すなわち、避難行為に対する緊急避難による対抗を認めるとなれば、適法行為に対する適法行為を認めることとなり、概念矛盾を生じさせる⁶⁰。したがって、避難行為を適法と考える以上、何人も当該行為を阻止することは許されないのであるから、危難の被転嫁者は適法に対抗することができず、当該危難の甘受が要請されるべきであると指摘されている⁶¹。

C. 違法阻却基軸の二分説

これは、緊急避難を原則として違法阻却事由と解しながらも、一定の場合について責任阻却や可罰的違法阻却を認める見解である。主なものとしては、生命・身体を害する避難行為の場合や、利益同価値の場合に、それぞれ責任阻却を認める見解がある。

質的二分説

緊急避難を原則として違法阻却事由と解しながらも、生命・身体を害する避

⁵⁸ 団藤・前掲注42『刑法綱要総論』246頁。

⁵⁹ 井上・前掲注51『緊急行為論』6頁。

⁶⁰ 森下・前掲注39「緊急避難の法的性質」72頁。また、以上の批判に加えて、この場合の緊急避難は、「無関係の第三者に危難を転嫁するという、緊急避難の本質的構造は見られない」とし、「緊急避難の構造を第三者の法益を侵害することにより危難を転嫁ないし回避する行為としてとらえる立場が妥当である」とする。

⁶¹ 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（1967年）24、36頁、井上・前掲注51『緊急行為論』6頁、松宮・前掲注48『先端刑法』96-100頁。緊急避難を一元的に正当化事由と解しつつ、緊急避難の正当化根拠等の検討を通じて結論として緊急避難による対抗を否定するものとして、橋田久「緊急避難に対する緊急避難」名古屋大学法政論集256号（2014年）496-432頁。

難行為については責任阻却とする見解がある。代表的な論者である木村亀二によれば、生命および身体は「人格の根本的要素」であって相互に比較することができず、また、人格は社会生活の基盤となっているという。したがって、緊急状態であってもそのような人格を侵害することは適法ということができないが、「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」として責任阻却が認められるとする⁶²。

量的二分説

この見解は、佐伯千仞の提唱によるものとされる⁶³。基本的に違法阻却説に立脚しながらも、法益同価値の場合や法益の大小の比較が困難な場合には、責任阻却であると解する見解である⁶⁴。この見解は、不処罰根拠として優越的利益説に立っており、法益同価値の場合には優越的利益の原理が妥当しないため、違法阻却を認めることができないとする。ただし、緊急状況における行為として、期待可能性の欠如を理由に責任が阻却されるとする⁶⁵。

3) 可罰的違法阻却説

近年有力化している見解として、可罰的違法阻却説がある⁶⁶。この見解は、緊急避難を違法論の問題として捉えるべきことを前提にしながらも、その法効果

⁶² 木村亀二＝阿部純二『刑法総論（増補版）』（有斐閣、1978年）270頁。同様の見解をとるものとして、阿部・前掲注43「緊急避難」146-159頁、今上益雄「緊急避難の本質」東洋法学10巻3号（1967年）33-52頁。山口・前掲注37『刑法総論』148-149頁は、緊急避難を違法阻却と解する立場が基本的に妥当であるとしながらも、「人の生命及び生命に準じる身体の重要部分は、それ自体自己目的として扱われなくてはならず、本人の意思と無関係に他人の犠牲に供されてはならない」とし、この場合は37条の適用が認められず、具体的な事情に応じて超法規的責任阻却が認めら得るに過ぎないとする。山口・前掲注37『探究総論』95-96頁も参照。

⁶³ このように指摘するものとして、福田・前掲注46『全訂刑法総論』165頁。

⁶⁴ 米田・前掲注61『相当性の研究』44-49頁、佐伯（千）・前掲注57『刑法講義（総論）』203-205頁、内藤・前掲注53『刑法講義総論（中）』419-428頁。

⁶⁵ 浅田・前掲注57『刑法総論』254頁は、①優越的利益が認められる場合は違法阻却、②このうち民事上違法な場合は可罰的違法阻却、③法益同価値の場合は責任阻却であるとする。また、山中・前掲注5『刑法総論』555-557頁は、③の利益同等の場合について可罰的責任阻却であるとする。

⁶⁶ 連帯原理との関係で考察をするものとして、坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批難的考察（四）」法学論叢178巻3号（2016年）40頁以下。また、併せて安田拓人「緊急避難」法学教室498号（2022年）90-97頁も参照。

として完全な適法化は導かれないことを主張する。この見解の背後にある不処罰根拠や、違法阻却を認める場合があるか否かといった点でバリエーションがある。さしあたり、ここでは法的性質論について整理する。

A. 可罰的違法阻却一元説

この見解は、たとえ回避した危難が生じた損害より大であっても、避難行為自体は民法上の不法行為であり免責されず、したがって違法であるとする⁶⁷。避難行為者と危難の被転嫁者の関係においては、避難行為者は他人の法益を侵害するものであるからその損害を賠償すべきであるとしつつも、避難行為者と社会との関係では、緊急状態における法益救済のための危難の転嫁であるから、その行為に社会侵害性は認められない。そして、犯罪の実質が社会侵害性にあるのだから、結局、避難行為は可罰的な違法性を有しないと主張するのである⁶⁸。また、このような理解は、現行刑法 37 条が、その立法過程において正とも不正ともいえない「中間の行為」として理解されていたこととも整合させている⁶⁹。

この見解に対しては、まず、危難の被転嫁者が避難行為者に対して常に正当防衛をもって対抗できることにある点で問題があるとの指摘が可能である。この見解によれば、著しく大きな法益を救うために小さな法益を侵害することも違法とされることになる。これに対しては、正当防衛には相当性要件が必要である以上、著しく大きな利益を保全する避難行為への対抗行為は、正当防衛の相当性要件を充足しないので、実際上の不都合は生じないと主張する。しかし、すべてを相当性要件で適切に規律できるか明らかでない⁷⁰ほか、「正当防衛による対抗の可否は、実務上の問題というよりは理論的な問題である」から、緊急避難の法的性質論としては、なお問題が残ると批判される⁷¹。

⁶⁷ 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）273頁以下。

⁶⁸ 林・前掲注 54『刑法総論』207頁は、緊急避難が違法性を阻却するというのは、問題となる犯罪の違法性が阻却されるということを意味するに過ぎず、一般的な違法性は残るとして、可罰的違法阻却がなされるに過ぎないと述べる。

⁶⁹ 生田・前掲注 67『行為原理と刑事違法論』294頁。

⁷⁰ 井上・前掲注 51『緊急行為論』13頁。

⁷¹ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』119頁（注 44 参照）。

B. 可罰的違法阻却基軸の二分説

緊急避難には可罰的違法阻却事由と違法阻却の両者を含むと解する諸見解は、両者の棲み分けの仕方により、さらに細分化される。例えば、違法阻却を基軸として法益同価値の場合に可罰的違法阻却とするもの⁷²のほか、可罰的違法阻却を原則として、違法阻却が認められるためには保全法益が侵害法益を著しく優越することを要求するもの⁷³、危難の被転嫁者に社会連帯に基づく犠牲義務が肯定される場合には違法阻却としての緊急避難が認められるとするもの⁷⁴、民法 720 条との関係から、「不正な侵害を第三者に転嫁する行為（および緊急避難と解した場合の対物防衛）のみが完全に適法な緊急避難」であるとするものなどがある⁷⁵。

これらの見解に対しては、それぞれ批判がなされている。保全法益の著しい優越を要求する見解に対しては、何をもって著しい優越とするかが明白でないという批判⁷⁶のほか、「可罰的違法性という違法の『量』の問題が、保全利益が侵害利益に著しく優越する時点において突然適法化という『質』の問題に転化する理由」が示されていないという批判が向けられている⁷⁷。また、この見解が違法阻却のために保全法益の著しい優越を要求する根拠を、危難の被転嫁者には自律性という要素が加算されることに求めている点についても、「なぜ社会侵害性の局面では考慮されない自律権侵害が、避難行為の適法化の局面では考慮されるべきなのかが明らかではない」⁷⁸との批判が向けられている。民法 720 条との関係で規律する見解に対しては、民法 720 条に該当しなくても、民法 709 条以下の不法行為の要件への当てはめを行なった結果として避難行為が不法行

⁷² 吉川経夫『三訂 刑法総論』（法律文化社、補訂版、1996年）145-147頁、大塚・前掲注 41『刑法概説（総論）』399-401頁。

⁷³ 井上・前掲注 51『緊急行為論』66-68頁、233頁。

⁷⁴ 松宮・前掲注 48『先端刑法』99頁以下。松原芳博「緊急避難」法学教室 269号（2003年）94-100頁、同・前掲注 45『刑法総論』186頁も参照。

⁷⁵ 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）227頁以下。

⁷⁶ いずれも責任阻却を基軸とする二分説（森下説）に関する記述であるが、対立する法益の「著しい」差については、これが明白に肯定される場合もあるのだから決定的な批判ではなく、ただ類型化等による基準の明確化が必要であるという指摘や（井上・前掲注 51『緊急行為論』9頁）、「著しい」差かどうかは価値判断であるが、「もともと法益の比較衡量ということ自体が価値判断を要する事柄なのである」との指摘がある（森下・前掲注 39「緊急避難の法的性質」83頁）。

⁷⁷ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』119-120頁。

⁷⁸ 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻 総論 §1～72』（有斐閣、2010年）476頁〔深町晋也〕。

為とはならない場合を観念し得るのであって、「民法 720 条に該当しなければ直ちに不法行為が成立する」と考える点で問題があるとの批判がなされている⁷⁹。

2. 違法阻却説背後の不処罰根拠（正当化原理）

1) 概要

次いで、以上の諸見解の背後にある不処罰根拠について整理・検討することで、各見解における衡量判断の位置づけや内容について言及することとしたい。

この不処罰根拠を明らかにするに際しては、違法阻却の一般原理として述べられてきた諸説にしたがって区分することができると考えられる。主として、目的説、社会的相当性説、法益衡量説、優越的利益説を挙げることができよう。また、近年有力となってきた可罰的違法阻却説の背後には、緊急避難独自の不処罰根拠として、社会連帯原理が働くとする見解も散見される。

目的説は、「実質的違法性の概念を国家的に承認された共同生活の目的に反することであるとする思想から出発して、行為が国家的に規律せられた共同生活の目的達成のために適当な手段であること」⁸⁰を違法阻却の一般原理と解する見解である。

社会的相当性説は、まず、人が社会生活を営む上では無数の法益侵害の危険をともなう行為が存在しているが、その中には社会生活にとって不可欠なものも含まれているため、法は全ての法益侵害を違法として禁止しているわけではなく、一定の範囲を逸脱した行為のみを違法としているということを出発点とする。そして、「歴史的に形成された社会生活の秩序の枠内にある行態」すなわち社会的に相当な行為は、たとえ法益を侵害したとしても違法ではないとし、したがって行為の社会的相当性が違法阻却の一般原理であるとする⁸¹。また、目的説はその判断過程において行為態様をも考慮するものである点で社会的相当性説と実質的に同じ内容を有するが、「目的説は、国家的秩序を前面に出し、社会的相当性説は、その背後にある社会生活の秩序に着目しているもの」とさ

⁷⁹ 井上・前掲注 51『緊急行為論』11-12 頁。

⁸⁰ 木村＝阿部・前掲注 62『刑法総論』252 頁。

⁸¹ 福田・前掲注 46『全訂刑法総論』142-144、150 頁。

れる⁸²。

法益衡量説は、刑法の機能を法益の保護にあるとする見解に立脚する。構成要件は法益の侵害・危殆化を規定するものであるから、構成要件該当行為が違法でないと評価されるためには、侵害法益よりも優越した(少なくとも同等の)法益が保全される必要がある。したがって、侵害法益と保全法益とを比較衡量し、後者が前者を上回る場合には違法阻却を認めるとする見解である⁸³。

優越的利益説は、上述の法益衡量説が、一般的な価値順位において固定された法益の抽象的価値の比較にとどまるのであればそれは不十分であるとする。そのため、「法益が衝突する場合に違法阻却を認めるためには、具体的状況における法益の要保護性を明らかにするという観点のもとで、法益侵害の許容性にとって有利な事情と不利な事情とがすべて具体的・包括的に衡量されなければならない」とされる。具体的には、「法益に対する危険の程度、保護した法益と侵害した法益の量と範囲、法益侵害の必要性の程度、行為の方法・態様もつ法益侵害の一般的危険性の程度など、法益の要保護性に関係するすべての事情」を考慮に入れた上で、より大きな利益が保護されたということが、違法阻却の契機とされる⁸⁴。

社会連帯説は、各見解によってその詳細な内容が異なっている。ドイツにおける議論を参照したもので、各人は社会的に連帯しており、その連帯の限度で危難転嫁の行為を甘受しなければならないという義務が生じる。その場合には、避難行為の違法阻却が導かれるとするものである⁸⁵。

2) 各説に対する批判と検討

以下では、上述の各見解が違法阻却の一般原理に関する議論の中で向けられている批判を整理しつつ、緊急避難における衡量判断との関係について若干の検討を加える。

⁸² 福田・前掲注 46『全訂刑法総論』152頁。

⁸³ 平野・前掲注 36『刑法総論 II』213頁、浅田・前掲注 57『刑法総論』180頁。

⁸⁴ 内藤謙『刑法理論の史的展開』(有斐閣、2007年)183-184頁。

⁸⁵ ドイツにおける社会連帯の原理については、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務(1・2)」姫路法学 46号(2007)1-33頁、鹿児島大学法学論集 43巻(2008年)1-17頁を参照。

A. 目的説

本説は、「正当な目的のための相当な手段」を違法阻却原理とするものであるが、これらが法益衡量や優越的利益と別個の観点から判断されるものであれば、「その内容があまりに包括的・多義的であって、違法阻却判断の一般原理として解釈の指導原理・一般基準とはなりにくく、妥当ではない」との批判がなされる⁸⁶。また、法と倫理の混同を引き起こす可能性があるとの批判もある⁸⁷。

もっとも、目的説と法益衡量説は、必ずしも対抗関係に立たないとの指摘もなされている。すなわち、「何が正当な目的かということは、その行為が実現し、もしくは維持しようとする事態（それが法益に帰着する）と離れては考えられないし、さらに手段の正当かどうかも、結局それが無用または不当な犠牲を伴わないかどうかということにほかならず、これまた法益侵害を離れては考えられない」とされる⁸⁸。

目的説の代表的論者であるとされる⁸⁹木村亀二は、緊急避難の法的性質について、違法阻却を基軸とする質的二分説に立つ。木村は、害の均衡要件の意味について、「比例のとれない損害を加えること」＝「小さい利益を保護するために大きい利益を犠牲にすることを禁止すること」＝「同等または大きい利益を保護するために同等または小さい利益を犠牲にすることを認めること」であるとし、「大なる利益を保護するために小なる利益を犠牲にしてもよいという優越的利益説⁹⁰を意味するものではない」としている。これを「法益権衡」の原則を規定したものであるとし、「法益権衡の有無を決定することを法益の衡量とし、法益の衡量は法秩序の全体及び文化の見地によって決定しなければならない」と述べている。そして、この法益権衡と緊急避難の法効果との関係について、「法益の権衡は緊急避難の単なる一要件であって、他の要件と併せてすべての要件が具備する場合に、違法阻却事由としての緊急避難は適法と解せられ、又、責任阻却事由としての緊急避難にあっては、違法ではあるが、期待可能性がないものとして責任が阻却せられる」と述べるのである⁹¹。木村と同様の見

⁸⁶ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』307頁。

⁸⁷ 井田・前掲注 39『講義刑法学・総論』276頁。

⁸⁸ 佐伯（千）・前掲注 57『刑法講義（総論）』194頁。

⁸⁹ このように評するものとして、浅田・前掲注 57『刑法総論』179頁。

⁹⁰ ここでの「優越的利益説」は、法益衡量説の意味で用いられている。木村＝阿部・前掲注 62『刑法総論』252-253頁参照。

⁹¹ 木村＝阿部・前掲注 62『刑法総論』274頁。

解をとる阿部によれば、「法益権衡の原則は、法益の大小という結果的無価値のみではなく、避難の意思でやむをえずなされたという行為無価値との関連のもとに法益侵害行為の違法・適法を定めようとするのである」とされる⁹²。

木村において明確に述べられている通り、ここでの衡量判断は、それ単体では行為の適法性の判断材料にはならないようである。

B. 社会的相当性説

社会的相当性説に対しては、まず、目的説よりもさらにその概念が抽象的・包括的であるとの批判がなされている⁹³。また、この社会的相当性という概念が、行為の構成要件該当性を排除する役割しか有さず、違法阻却の一般原理として機能するものではないことが指摘されている⁹⁴。

本説と緊急避難における害の均衡要件はどのような関係に立つであろうか。福田は、これを「法益均衡の原則」と称している⁹⁵。その意味するところは、上述の木村と同様の考え方であると思われる。「緊急避難が適法であるということの判断には、法益侵害という結果（法益の均衡）の側面と同時に避難行為という行為態様（避難意思、補充性）の側面が考慮されている」とされる。ただし、木村説に対しては、その法的性質との関係について、「生命を救うため生命を犠牲にすること（身体対身体のばあいも同様）が、つねに社会生活の秩序の枠外にあるものと断定することはできないと考える」と批判を加えている⁹⁶。

C. 法益衡量説

法益衡量説に対しては、優越的利益説からの批判が代表的なものである。すなわち、法益の抽象的な一般的価値序列を基準として法益の価値を比較衡量するだけでは、違法阻却の根拠たり得ないというものである⁹⁷。

ただし、この見解の論者にあっても、法益の固定された抽象的価値のみの衡

⁹² 阿部・前掲注 43「緊急避難」156頁。

⁹³ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』310頁。

⁹⁴ 安達光治「社会的相当性の意義に関する少考—ヴェルツェルを中心に—」立命館法学 327・328号（2009年）20-56頁、松宮・前掲注 48『先端刑法』56-59頁。

⁹⁵ 福田・前掲注 46『全訂刑法総論』169頁。

⁹⁶ 福田・前掲注 46『全訂刑法総論』166頁。

⁹⁷ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』312頁。

量を想定している訳ではないと考えられる。例えば平野龍一は、法益衡量では言論・報道の自由や労働者の社会的地位向上といった一般的観点が看過されるとの批判に対して、「法益を考量する場合には、当面のいわば微視的な法益だけでなく、右のような、いわば、巨視的な法益も考慮に入れなければならない。ただこれらの観点も、『一つの』法益ないし価値として、他の法益と考量されるのである。このような方法をとることにより、ある価値ないし立場を絶対的なものとする弊が避けられることになる。それはまさに必要なことなのである。」と述べている⁹⁸。また、浅田和茂は、「最終的な判断基準は、憲法の価値秩序に求められることになるであろうが、個別具体的で実質的な衡量が必要である」としている⁹⁹。

法益衡量と害の均衡との関係については、平野の記述を参照できる。すなわち、「刑法の機能は法益の保護にあるとする考え方では、違法阻却を考える場合にも、法益の考量が基本となる。構成要件は、ある特定の法益の侵害を規定したものである。その侵害が違法でないといわれるためには、侵害される法益よりも優越した法益（少なくとも同等の法益）が、その行為によって救われる場合でなければならない。もちろん、当該法益を侵害しないで、他の法益を救う方法があるならば、その方を選ぶべきであるから、法益侵害の『必要性』の有無及び程度も考慮に入れられる。刑法三七条が規定する緊急避難は、まさにこのことを正面から規定したものである。その根底にある考え方は、違法阻却一般についても妥当する」¹⁰⁰。

しかし、木村は本説に対して、「法益の衡量だけによって緊急避難の適法性を決定しようとする点においても亦妥当性を欠いている」との批判をなしている¹⁰¹。法益衡量を基本としながらもそのような法益侵害の必要性をなぜ考慮できるのか、またどのように考慮するのか、逆に言えば、法益侵害の必要性に対して法益衡量がどのように位置づけられるのかは再考の余地がある。

緊急避難の法的性質との関係では、危難の被転嫁者が正当防衛によって対抗できなくなるという問題が生じる。法益同価値の場合に責任阻却と解する見解に立っても、保全法益の単なる優越をもって行為の適法性を基礎づけられるのかという疑問は残る。

⁹⁸ 平野・前掲注 36『刑法総論 II』215頁。

⁹⁹ 浅田・前掲注 57『刑法総論』180-181頁。

¹⁰⁰ 平野・前掲注 36『刑法総論 II』213頁。

¹⁰¹ 木村＝阿部・前掲注 62『刑法総論』274-275頁。

また、「価値の高い利益を保護するために価値の低い利益を犠牲にしてもよい」という意味での優越的利益原理を採用するのであれば、法益同価値の場合に違法阻却を肯定できない。違法阻却を基軸とした量的二分説が一定の支持を得ているのは、この理解に基づくものであると考えられる。この点、多くの見解は、マイナスでなければ法の視点から行為に対する否定的評価を下すことはできないとの説明をしているが¹⁰²、この点についても再考の余地があろう。

D. 優越的利益説

優越的利益説に対して向けられる第一の批判は、判断において考慮される要素が多様に過ぎるという批判である。優越的利益説は、①一般的な価値順位における法益の価値の衡量を基本とし、②法益に対する危険の程度、③保全法益と侵害法益の量と範囲、④法益侵害の必要性の程度、⑤行為の方法・態様がもつ法益侵害の一般的危険性の程度といった要素を考慮して違法性を判定する。浅田は、「①および③は法益衡量そのものであり、④は法益衡量の前提といえる。問題は②・⑤であり、ここで危険（性）の程度が問題とされているのは、要保護性の判断が事前判断とされていることによるものと思われる。しかし、違法性の判断は客観的・事後的になされるべきであり、そのような立場からは、事後的に、保全しようとした法益と侵害した法益を比較衡量すれば足りるはずである。」と指摘している¹⁰³。

優越的利益説は、目的説や社会的相当性説に対してその概念の内容が抽象的であることを批判し、行為の方法や態様を事実に客観的に捉えることによって価値判断の過程を明確にして、違法阻却判断の過程の分析・検証を可能とするものであるとされる¹⁰⁴。しかし、あまりに多くの視点を考慮要素とする本説は、結局のところ判断過程がブラックボックス化することとなる。

緊急避難の要件との関係では、内藤が次のように述べている。「緊急避難行為

¹⁰² 内田文昭『改訂 刑法I（総論）』（青林書院、補正版、1997年）191-192頁は、優越的利益原理を前提に、「保護した法益と犠牲に供した法益の優劣がつけえない場合には、『優越的利益』の原理は通用しえないが、だからといって『法益侵害』（マイナス）ありともいえないはずであり、結局、法益較量の結果、ゼロがえられたことになる。しかし、この場合も、単に『可罰的違法性』なしというにすぎない場合と違うことはあきらかであり、刑法37条は、この場合をも、緊急避難として許しているのであるから、なお『合法』と称しうるわけである」とする。

¹⁰³ 浅田・前掲注57『刑法総論』181-182頁。

¹⁰⁴ 内藤・前掲注53『刑法講義総論（中）』317頁。

における補充性の原則といわれるものは、緊急避難状況において、衝突する法益の要保護性についての具体的利益衡量において、危難をさけるための法益侵害の必要性の程度として、その一場面となるものであるとみることができる。それゆえ、補充性の原則をみたしたかどうかを判断する際にも、衝突する法益の要保護性に関するすべての客観的事情が考慮されるのである。したがって、法益保全のために他に方法がないかどうかを判断するにあたっては、保全法益と侵害法益の質と量、保全法益に対する現在の危難の重大性の程度、危難の急迫性の程度、侵害法益の実害の程度、侵害法益についての原状回復の容易性の程度および事後的救済の可能性の程度などの諸事情を考慮して、避難行為による法益侵害の許容性を、個別的・具体的に検討しなければならないのである」と¹⁰⁵。

このような見解は、害の均衡要件における「包括的利益衡量説」と呼ばれるものに類すると考えられるが、これに対しては、「緊急避難の成否をこの要件のみで判断するに等しく、判断があまりに総合的になり、都合の良い結論が利益衡量の帰結として先取りされてしまう可能性が高い」との批判がある¹⁰⁶。

E. 社会連帯説

社会連帯説に対する批判として、まず、その根本的な思想について問題があるとの指摘がある。例えば関は、「『社会成員は社会的に連帯しているのであるから、その生命・（生命に準ずる）身体が危難に晒されている危難行為者のために、君の『軽微な』法益が犠牲になるのを甘受せよ』という刑法の命令が許容されるとしたら、それは、『社会連帯＝助け合い』を国が一方的に強制できることになり違和感を感じる。それだけでなく、この社会連帯原理は、論者の否定する『全体主義的な意味での優越的利益の擁護』に対する歯止めを内在的にもっているのかについても大いに疑問がある。」と指摘する¹⁰⁷。しかし、社会連帯原理を根拠とする見解は、危難の被転嫁者に甘受義務が認められる場合を限定的に解するものが多い。そのような見解においては、国が個々人に連帯を強制しても「違和感を感じない」ような事例状況に限り、避難行為の正当化の余地

¹⁰⁵ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』433頁。

¹⁰⁶ 安田・前掲注 12『大コンメンタール』695頁、佐伯（仁）・前掲注 45『考え方』194頁。

¹⁰⁷ 関哲夫「緊急避難の法的性質について」早稲田法學 87 卷 3 号（2012 年）457 頁注 77。

が認められるとするものであると考えられる。したがって、以上の批判は、本質的なものではない。

別の指摘として、次のようなものがある。この見解による場合、緊急避難の法効果や要件解釈に際して、危難の被転嫁者に社会連帯に基づく危難甘受義務が認められるか否かが重要な指標となる。しかし、どのような場合に危難甘受義務が認められるのかは、依然として明らかでないとの批判がある¹⁰⁸。例えば松宮は、違法阻却される緊急避難に当たらないことを説明するために持ち出される「避難行為の相当性」について、これは「『補充性』ないしその前提とされる『法益衝突』という要件を、違法性を阻却される緊急避難のためにアレンジしたもの」としたうえで、「『法益衝突』状態は、純粹自然科学的な方法で判定されるものでも行為者の個人的な世界観で判定されるものでもなく、『他人に危難の転嫁を強いてもよい状況』という社会的な基準によって判定される」としている¹⁰⁹。しかし、法益衝突が認められない理由が必ずしも明らかではなく、社会が転嫁を認めないというのでは結論の先取りであるとの批判がなされている¹¹⁰。

本説と害の均衡要件との関係性については、論者によって異なる。例えば、橋田は、緊急避難の正当化根拠に社会連帯を据えながらも、37条1項本文の法的性質を一元的に正当化事由と解している¹¹¹。また、一定の場合には緊急避難の成立を否定する要請が働くものの、法益同価値の場合にも避難行為の正当化を肯定する。

このような橋田の見解に対して、安田は、次のように批判している。すなわち、橋田は危難の被転嫁者もいつ危険に遭遇するかわからないため、避難行為者のために自らの法益の犠牲を拒否できないとする連帯思想を表明しているが、「こうした保険契約的発想が成り立つのは、自らの大きな利益が助かることを期待して、小さな利益を犠牲に供する限りにおいてでしかない」として、橋田の見解が連帯義務論の意義に誤解を生じさせるものであるとしている¹¹²。この安田の理解においては、保全法益が侵害法益に対して著しく優越していることが、違法阻却が認められる緊急避難を認めることができる「害の均衡」の指標

¹⁰⁸ 関・前掲注 107「緊急避難の法的性質について」456頁。

¹⁰⁹ 松宮・前掲注 48『先端刑法』105頁、佐伯（仁）・前掲注 45『考え方』191頁。

¹¹⁰ 浅田・前掲注 57『刑法総論』262頁。

¹¹¹ 橋田・前掲注 61「緊急避難に対する緊急避難」493頁、葛原ほか・前掲注 55『テキストブック刑法総論』152頁以下〔橋田〕。

¹¹² 安田・前掲注 66法教 498号 95頁。

の一つとなろう。もっともこの指標は、あくまで違法阻却を認めることができる場合の指標であって、避難行為者が不処罰になる基準ではない。

また、危難の被転嫁者における甘受義務の有無を違法阻却か否かの分水嶺とする松宮においては、害の均衡はそのような当事者間の関係性を検討する一つの素材ではあっても、本質的なものではないと理解されることとなろう。いわゆる「危険共同体」のような場合を想定すれば、保全法益の著しい優越といった基準でも不十分な場合があると指摘をしている¹¹³。

3.利益衡量的判断方法に関わる諸問題

以上で、日本における緊急避難の法的性質に関する議論状況と、違法阻却の背後にある緊急避難の不処罰根拠、および、各見解に対する批判と衡量判断との関係性について検討を試みた。ここから、いくつかの問題が析出できたように思われる。

1) 他の要件との関係

まず、他の要件との関係について、問題点を指摘することができる。すなわち、優越的利益説が、価値の高い利益を保護するために価値の低い利益を犠牲にする行為を許容するという原則を中核に据えているのであれば、緊急避難の他の要件がなにゆえ必要であるのかが不明となる。木村が指摘していたように、「法益の衡量だけによって緊急避難の適法性を決定しようとする点において」妥当性を欠いているとされる¹¹⁴。すなわち、優越的利益原則を貫徹すれば、「価値の大きい法益を救済するために小さい法益を犠牲にする行為は、緊急状態になされなくても、またそれ以外に救済する方法があった場合であっても、違法ではないことになる。けれども、この結論は、刑法がそのような事案の解決規準としてわざわざ緊急避難を規定していることに反するものである」¹¹⁵と指摘される。平野は、違法阻却の説明において「もちろん、当該法益を侵害しないで、他の法益を救う方法があるならば、その方を選ぶべきであるから、法益侵

¹¹³ 松宮・前掲注 48『先端刑法』100頁。

¹¹⁴ 木村＝阿部・前掲注 62『刑法総論』274頁。

¹¹⁵ 生田・前掲注 67『行為原理と刑事違法論』277頁。

害の『必要性』の有無及び程度も考慮に入れられる。」¹¹⁶と述べているが、このような留保をなにゆえ付すことができるのかは、今一度検討が必要であろう。

2) 利益衡量的判断と法効果

次に、衡量判断と法効果との関係性が問題となり得る。この点は、さらに 2 段階の問題に分解することが可能である。

第一に、法益同価値の場合に行為の適法性を基礎づけることが可能であるのかという問題がある。ひとつの説明の仕方として、「より小さな利益か同等の利益が失われる場合には、もはやその事態を否定的に評価することができないのであって、本条はそのような『害の最小化』を規定したものと解することが可能」との主張がなされている。また、この考えを基本として、避難行為者と危難の被転嫁者との利害調整も、害の最小化を図るかたちで検討されるべきであるとし、利益同価値の場合のうち「早い者勝ち」ルールを設定することが利益保全に資する場合には、避難行為に対する正当防衛による対抗が否定されると主張されている¹¹⁷。

しかしながらこのような理解は、従来のな優越的利益原理とは、異なって理解されるものであろう。違法阻却を基軸とした量的二分説は、まさにこのことを意識した上でなされた主張であった。また、当事者間の利害調整の問題さえも害の最小化との関係で解明されるべきであると考えれば、巨視的な視点から検討される結果として、具体的個人を保護する必要性が見過ごされかねないという懸念がある。

第二に、保全法益の優越が認められる場合であっても、そのことをもって行為の適法性を基礎づけることが可能であるのかという問題が生じる。緊急避難の不処罰根拠として社会連帯思想を考慮する見解をはじめとして、避難行為者と危難の被転嫁者との関係性を適切に規律しようと思えば、単に保全利益が優越しているという点をもって行為の適法性を基礎づけることの不当性が示されている。

また、そのほかの見解においても、この種の指摘を見いだすことができる。

例えば、井上宜裕は、緊急避難の不処罰根拠が違法論において客観的利益衡

¹¹⁶ 平野・前掲注 36『刑法総論 II』213 頁。

¹¹⁷ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』121 頁。

量から説明され、そこにおける実質的根拠は「社会が行為者を処罰する理由を失う」という点にあるから、避難行為者の不処罰には、社会の処罰理由が消滅する程度に違法性が減少することで足り、したがって同価値の場合にも避難行為者の不処罰は肯定できるとする。他方、この行為者の避難行為が適法となるためには、「無関係の第三者を巻き込むという緊急避難の構造からして、保全法益が侵害法益を著しく優越する必要がある」とし、行為者の不処罰の問題と第三者による対抗の可否の問題は、同一の基準で判断される必然性のあるものではないことを指摘している¹¹⁸。

また、遠藤聡太は、「害悪の最小化」という観点が緊急避難において重要な地位を占めるとしても、「害悪の最小化という事実に単独で違法性阻却の根拠としての意義を認めるべきかどうかは、なお慎重な検討が必要と思われる。刑法の目的が法益保護にあるとしても、そこでいう『法益保護』が、社会の被る害悪の総量を最小化する形での法益保護に尽きるとは限らない」¹¹⁹とする。「社会全体の利益減少（害悪）の総量という見地からの行為の悪性評価は、刑法の違法性評価の重要な構成要素ではあるが、害の最小化という事実が認められるだけでは違法性はもとより可罰性も阻却されない。それが不処罰の根拠として機能するためには、（中略）何らかの『後押し』的要素が必要」であり、その要素として、「既存の法制度の想定を超える利益衝突状況」と「危難回避動機に伴う心理的圧迫」の2つを挙げる¹²⁰。

第3節 検討一違法阻却説の問題点

37条1項本文の法的性質について、日本の多数説が違法阻却説および違法阻却を基軸とする見解にたっていることはすでに確認したとおりである。まず、この見解の妥当性について検討する。

1. 避難行為者と被転嫁者の関係性

すでに批判がなされているとおり、違法阻却説に対しては、危難の被転嫁者

¹¹⁸ 井上・前掲注51『緊急行為論』66-67頁。

¹¹⁹ 遠藤聡太「緊急避難論の再検討」刑法雑誌57巻2号（2018年）223頁。

¹²⁰ 遠藤聡太「緊急避難論のあり方—『緊急避難の理論とアクチュアリティ』から考える—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂、2021年）174頁。

の保護に欠けるという批判が向けられている。すなわち、避難行為を適法と解する以上、被転嫁者にとって避難行為が「不正の侵害」ではなくなるため、被転嫁者が正当防衛により対抗することが不可能となる。この批判に対しては、侵害の不正性を要求していない緊急避難で対抗可能であるとの反論があるが、この反論は次の2点において妥当性を欠いている。

第一に、正当防衛に比して要件が厳格な緊急避難による対抗を認めても、被転嫁者の保護としては不十分であると評価しうる。例えば、避難行為者 X が自己の財物に対する危難を回避するために、他人 Y の財物を盾にして損壊する行為に出たとする。このとき、X から財物を取り返すために Y が X を軽く突き飛ばして X に傷害を負わせた場合、それが財物を取り返す唯一の方法であったとしても、害の均衡を満たさないと Y に緊急避難が認められない可能性がある。

第二に、適法行為に対する適法行為による対抗を許すという点で、適法性の評価に矛盾を生じさせている。これは第一の問題よりも本質的な問題である。緊急避難による対抗を認めると、法の立場からどちらの避難行為もやってよい（妨げてはならない）行為との評価を受けることとなり、不当である。避難行為と被転嫁者の対抗の問題を考えるにあたっては、以上の評価矛盾を生じさせないために、適法行為に対してはいかなる対抗も許されず、適法行為が向けられる先の主体は、当該行為の結果を甘受しなければならないという論理関係を承認しなければならない。

一定の場合には違法阻却が妥当しないとする見解も、同様の批判が妥当する。法益同価値の場合に責任阻却を認める見解に対しては、わずかでも保全利益が優越している状況であれば、被転嫁者が正当防衛による対抗ができないこととなり、依然として被転嫁者の保護に欠けると言いうる。また、この見解において「法益同価値」と認められるかどうかは、法効果の点で重要な意味を持つが、その判断は容易ではない。上記の財物をめぐる例において、Y の財物に比して X の財物の価額がわずかに上回るという場合に、価額の差をもって優越していると評価しうるのか、双方ともに財物であるとして同価値と評価するのかが、明らかでないのである。生命・身体が双方に対立している場合に責任阻却とする見解に対しても、双方の利益について危難の切迫度が異なる場合について違法阻却となるのか否かが自明ではないとの批判が可能である。加えて本説に対しては、逆に避難行為者の保護に欠けるとの批判も可能である。例えば、避難行為者 X が自己の身体に対する危難を避けるために Y の身体を傷害する行為

に出ようとするとき、Yは正当防衛としてXを殺害することができると認める余地がある。Yには正当防衛の要件である「相当性」の点で逸脱があり、過剰防衛にしかならないとの指摘もあるが¹²¹、Yの行為が防衛行為としての相当性を具備すると認められるような場合も考えられる。

以上を踏まえると、違法阻却説は、緊急避難に正当防衛と全く同一の「違法阻却」という法効果を認める点に、そもそもの問題があるのではないかと考えられるのである。

2.違法阻却という法効果と衡量判断の関係

緊急避難の正当化根拠に衡量に基づく判断を持ち込む見解については、そこで働いている衡量判断と法効果との関係性について指摘しておかなければならない。

1)「マイナスでない」は適法か

わが国の議論においては、法益衡量ないし優越的利益原理に基づいて緊急避難を一元的に違法阻却と解する見解がみられる。この見解による場合、利益同価値の場合には、利益衡量の結果マイナスが生じていないということをもって、適法性を基礎づけている¹²²。このような理解に対して、本来の優越的利益原理がそのように理解されるものではないとの指摘がなされていたのは、すでに確認したとおりである。違法阻却を基軸とした量的二分説が主張するように、優越的利益原理による場合には、「マイナスでない」と「プラスである」は異なっ

て扱われるものであるように考えられる。

深町は、違法評価について「刑法は、本来期待し得る利益の量を下回る事態が生じる場合に、その事態を否定的に（すなわち、違法として）評価する」との理解を前提に、価値の低い利益か同価値の利益が失われた場合には、その事態を否定的に評価することができないとして、同価値の場合にも違法阻却が妥当すると主張している¹²³。そのうえで、被転嫁者の正当防衛による対抗の可否について、害の最小化という見地から、次のように主張している。

¹²¹ 浅田・前掲注 57『刑法総論』252頁。

¹²² 注 102 参照。

¹²³ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』121頁。

まず、保全利益の優越が認められる場合には、被転嫁者に正当防衛を認めるべきではないとする。他方、利益同価値の場合には、保全利益と侵害利益の双方が危難にさらされている危険共同体の場合と、保全利益のみが危難にさらされている場合とで区別する。

前者の場合、正当防衛による対抗を認めるといわば「早い者負け」ルールが設定されることとなり、両すくみとなって双方の利益が滅失する事態を招くおそれがあるから、「早い者勝ち」ルールを設定する必要があるとする。したがって、避難行為の社会侵害性が否定され、避難行為が「許容」される結果、正当防衛による対抗が否定されたとする。

後者の場合はこのような事情が存在しないことから、避難行為を「許容」せず、危難の転嫁を抑止した方が侵害利益が確実に残存するため、「早い者負け」ルールを設定しても構わないとする。したがって、避難行為の社会侵害性が否定＝違法性が阻却されるために行為者は不可罰となるが、被転嫁者は正当防衛による対抗が可能となるとする¹²⁴。

以上の見解に対してはまず、保全利益の優越が認められ違法阻却となる部分について、依然として被転嫁者の保護に欠けるという点、および、どのような場合が利益同価値に当たるか自明ではないとの点において、上述の批判が妥当する。

また、当事者間の利害関係さえも、「害の最小化」という巨視的な観点を踏まえて規律されている点は、問題視することができると考えられる。論者によれば、利益同価値の場合には、その事例状況に応じて避難行為に対する正当防衛が可能である場合と、そうでない場合とが存在しうるとされるが、それは、「早い者勝ち」ないし「早い者負け」のルールを設定することによって、可能な限り利益の滅失を防止するという観点を検討されている。しかしながら、従来わが国においてなされてきたような、法的性質の検討を通じて当事者間の保護のバランスをとるといふ議論は、そのような状況に置かれた者が、そもそも個人として尊重されるに値する存在であるということを前提にして、個人に着目してなされてきたものと思われる。「害の最小化」という巨視的な観点からの当事者間の利害調整は、全体的な利益の総量に着目する限りにおいては確かに優れていようが、それ自体尊重に値する個人の観点を看過しかねないという批判が可能であると思われる。

¹²⁴ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』123頁。

2) 他の要件はなぜ必要か

優越的利益原理によって緊急避難の基礎づけを行なう見解に対しては、緊急避難の他の要件との関係性についても疑問が残されているとの指摘が可能であろう。

優越的利益原理を「価値の高い利益を救うために価値の低い利益を犠牲にしてもよい」という原理であると理解すると、緊急状態でなされなくても、もしくは、避難行為の他に危難を回避する手段があるとしても、行為は正当化されるはずである。この点、平野は、違法阻却の基本となる法益衡量に関する記述において、「もちろん、当該法益を侵害しないで、他の法益を救う方法があるならば、その方を選ぶべきであるから、法益侵害の『必要性』の有無及び程度も考慮に入れられる」との記述を残している。優越的利益原理が緊急状態においてのみ妥当する原理であるという理解を前提にするならば、「必要性」が認められる状況がなければそもそも衡量の俎上にのらないとの理解は可能である。

しかし、特に避難行為の補充性との関係では、問題を残している。現在のわが国の議論において、避難行為の補充性は、避難行為が危難回避のための唯一の行動であること（採り得る手段が複数あればその中で最も穏当な手段であること）、および、必要最小限の侵害にとどまること、という2つの内容を包含するものと理解されていると考えられる（後者については、論者によって「相当性」と称される場合がある¹²⁵）。前者の要素は、危難にさらされている利益が滅失するか、避難行為により被転嫁者側の利益を滅失させるかという、当該状況が二者択一の利益衝突状況にある、つまり、緊急状況に置かれていることを規律するものと理解できる。すなわち、利益衡量が成り立つ前提であるとの理解が可能であろう。

他方、後者の要素（便宜上、「最小侵害性」という）は、優越的利益原理との関係では理解しがたい。すなわち、価値の低い利益を侵害することで価値の高い利益を保全することに成功したが、避難行為の態様としてより穏当な方法をとることができたという場合が問題である。急病人を病院へ搬送するために70km/hで自動車を運転すれば足りるところ、100km/hで自動車を運転したというような例がこれにあたる。救急車を要請するいとまもなく、当該速度超過

¹²⁵ 浅田・前掲注 57『刑法総論』262-263頁。

運転によって道路利用者をはじめとする具体的な個人に対する損害・危険を生じさせていない状況であったと仮定しても、当該事例は過剰避難が認められるに過ぎない事例であろう。しかし、この場合、急病人の生命（ないし身体）という利益と、道路交通の安全という社会的利益とが対立していると考えられる。そうすると、100km/hでの運転によって脅かされる交通の安全という利益は、急病人の生命・身体という利益に常に劣後するはずである。利益優越により行為の適法性が基礎づけられるのであれば、どの利益を侵害するかという選択さえ誤っていなければ、どのような手段をとってもよいという結論が導かれるべきである。優越的利益原理を基礎としながら、なにゆえこのような制限を付すことができるのかは、再検討の余地がある。

3. 検討課題の整理

以上の検討を踏まえると、本稿においてまず検討すべき課題は、次のようにまとめられる。

すなわち、緊急避難、ひいては違法性の評価にあたって考えられる衡量という判断が、何を明らかにするための評価作業であるのか、という問題である。この評価作業が目指すものが明らかになれば、この評価作業において考慮されるべき事項はなにかという問題にも、一定の示唆が与えられる。また、この評価作業が緊急避難概念の枠内において行なわれるときに、それがどのような意味を有するのか、また、どのような制約を受けるのか、という点についても、検討することとなる。

第2章 フランスにおける議論状況

本稿では、以上の課題を検討するために、フランスにおける緊急避難論とその周辺領域の議論状況を参照したいと思う。というのも、フランスにおいては、1994年の現行刑法典が成立するまで緊急避難を直接に定める明文規定が存在しなかった。それゆえ、フランスの学説では、成文法に散逸している種々の不処罰事由を分析し、その特徴を捉えながら、正当化事由を包括的に把握しようとする試みがなされた。その中で緊急避難論が重要な意味をもつとともに、この分析においては、利益衡量的なアプローチが用いられていた。正当化事由の正当化根拠とはなにかという問いが、明文規定とは一定の距離をとって検討さ

れていたものといえ、そこで培われた議論は、ある程度普遍性のあるかたちで、正当化事由概念の理解に示唆を与えるものと考えられる。

第1節 フランス正当化事由論概説

1. 正当化事由の規定

フランスでは、現行刑法典の第1部総則規定の第2編第2章に、「無答責及び責任減輕事由（Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité）」として、犯罪の成立を妨げる諸事由が定められている¹²⁶。本章の規定のうち、刑事無答責を定めるものには、共通して「…は、刑事責任を負わない（N'est pas pénalement responsable …）」との表現が用いられている。通説的理解によれば、これらは客観的無答責事由（les causes objectives d'irresponsabilité pénale）と主観的無答責事由（les causes subjectives d'irresponsabilité pénale）とを含むとされ、正当化事由（les faits justificatifs）¹²⁷は前者に位置づけられる。

一般に正当化事由に分類されるのは、122-4条から122-7条および122-9条の規定であり、それぞれ次のような規定ぶりとなっている¹²⁸¹²⁹。

【刑法 122-4条（法律の命令または正当な官憲の指令）】

- ① 法律又は規則が命じ、又は許可する行為を行なう者は、刑事責任を負わない。
- ② 正当な権限を有する官憲から指示された行為を行なう者は、刑事責任を負わない。ただし、その行為が明らかに違法である場合には、この限りでない。

¹²⁶ 各事由は次のとおりである。122-1条：責任無能力および限定責任能力（122-1-1条および122-1-2条に例外規定あり）、122-2条：不可抗力および強制、122-3条：法の錯誤（erreur sur le droit）、122-4条：法律の命令および正当な官憲の指令、122-5条：正当防衛、122-6条：正当防衛の推定、122-7条：緊急避難、122-8条：未成年、122-9条：公益通報者。

¹²⁷ Jacques LEROY, *Droit pénal général*, 9^e éd., JGDJ, Paris, 2022, p.174, n° 289によれば、「正当化事由」という表現は伝統的に刑法学者によって用いられるものであるが、法律上（現行刑法典上）は用いられていない。ただし、実際上は暗黙に認められており、法改正時の議論において法務大臣も用いていたとされる。

¹²⁸ 法典上、「項」は段落で示される。以下の条文訳では、1条に複数項が含まれる場合、便宜上項を丸数字で示す。

¹²⁹ 122-9条を除く条文の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス刑法典（改訂版）』法務資料第452号（1995年）を参考にしながら、適宜修正を加えている。

【122-5 条（正当防衛）】

- ① 自己又は他人に対する不正な侵害に直面して、同一の機会に、自己又は他人の正当防衛の必要性に発した行為を行なう者は、刑事責任を負わない。ただし、用いられた防衛手段と侵害の重大性との間に不均衡がある場合には、この限りでない。
- ② 財産に対する重罪又は軽罪の実行を阻止するために、故意の殺害を除く防衛行為を行なう者は、刑事責任を負わない。このとき、その行為は、追求された目的のために厳格に必要であり、用いられた手段が犯罪の重大性と均衡していなければならない。

【122-6 条（正当防衛の推定）】

次の行為を行なう者は、正当防衛の状態において行動したものと推定される。

- 1° 夜間において、施錠破壊、暴力又は策略による人の現在する住居への侵入を阻む行為。
- 2° 暴力を伴って行なわれる窃取又は略奪の行為者に対して自衛する行為。

【122-7 条（緊急避難）】

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なう者は、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。

【122-9 条（内部通報者）】

- ① 法律によって保護される秘密を侵害する者は、この暴露が当該利益の保護に必要でかつこれと均衡しており、法律によって定められた通報手続に従って行われるもので、かつ、その者が経済活動の透明性、汚職対策及び現代化に関する 2016 年 12 月 9 日の法律第 2016-1691 号第 6 条に定められる内部通報者の定義に当てはまる限りにおいて、刑法上責任を負わない¹³⁰。
- ② 適法に認識した情報を含む文書又はその他のあらゆる媒体を窃取、横領又は隠匿し、本条第 1 項に定められる条件下で通報又は暴露をする者も、刑事責

¹³⁰ 第 1 項の訳文は、井上宜裕「フランス刑法における新たな正当化事由—内部通報者の保護—」法政研究 87 巻 3 号（2020 年）601-627 頁による。

任を負わない。

③ 本条は、これらの犯罪の共犯にも適用される。

2.正当化事由の性質と効果

フランスでは、先述の通り、正当化事由は客観的無答責事由とされる。ある論者によれば、正当化事由は、「刑法上の犯罪行為に対する社会的反応を緩和し、一般的な処罰規定の適用に対して特別な適用除外を認めさせる客観的事実」¹³¹であると定義される。つまり、ある行為を客観的に「正当化する事実 (un fait justificatif)」こそが重要であり¹³²、責任無能力をはじめとする行為者の主観を問題とする不処罰事由とは区別される¹³³。

正当化事由の存在が認められる場合には、犯罪の成立が否定される。その刑法上の効果は、刑事手続の段階に応じてそれぞれ生じ得る¹³⁴。すなわち、予審段階においては予審免訴 (non-lieu) が、判決裁判所に係属した場合には無罪 (relaxe/acquittement) となる¹³⁵。

論者によっては、正当化事由を、総論的に機能するものと、各論的に機能するものとに区別するものがある。この場合、前者を総論的正当化事由 (les faits justificatifs généraux)、後者を各論的正当化事由 (les faits justificatifs spéciaux) と称する。DREYER の記述に従えば、後者には例えば、次のようなものが挙げられる。すなわち、225-1 条の差別 (discrimination) に対する適用除外として規定される、一定の理由に基づく雇用等の差別的拒絶等、消費法に規定される会社財産の濫用、名誉毀損的言論の公表について、報道に関してなされる真実

¹³¹ Roger MERLE=André VITU, *Traité de droit criminel : Problèmes généraux de la science criminelle : Droit pénal général*, Tome I, 7^e éd., Édition Cujas, Paris, 1997, p.556, n° 431

¹³² Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 6^e éd., LexisNexis, Paris, 2021, p.971, n° 1250 は、この「正当化という効果をもたらす事実」を指す「les faits justificatifs」との表現は適切ではないとする。というのも、この表現は法律上用いられていないし、純粹に法的な仕組みを多様な事例状況に適用することが問題となっているため、「事実」は法律上の要件の背後に隠れることになる。したがって、「正当化原因 (« causes de justification » ou « causes justificatives ») 」と称する方が望ましいとする。

¹³³ Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, 2021, p.371, n° 410.

¹³⁴ フランスにおける刑事裁判制度の概要については、島岡まなほか『フランス刑事法入門』(法律文化社、2019年) 119-122頁、164頁以下〔末道康之〕を参照。

¹³⁵ MERLE=VITU, *op. cit.* (note 131) p.563, n° 438 ; Jean LARGUIER=Philippe CONTE=Patrick MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, 2018, p.56.

または善意による正当化などが挙げられる¹³⁶。

3. 犯罪論体系上の位置づけ

正当化事由の犯罪論体系上の位置づけについて言及するため、フランスにおける犯罪体系論について簡単に述べる。

1) フランスにおける犯罪体系論¹³⁷

フランスにおける犯罪の体系について、一応の通説的見解があるとの見方も存在するものの¹³⁸、特に現行刑法典の成立以後は、論者によってさまざまであるとの評価も存在する¹³⁹。伝統的には、次のような体系であると整理される。

まず、広義の犯罪 (crime, délit pénal) を、犯罪行為 (infraction) の問題と、行為者 (délinquant) ないし広い意味での刑事責任 (responsabilité pénale) の問題とに分離する。

このうち前者は、犯罪の構成要素 (éléments constitutifs de l'infraction) を問題とするもので、法定要素 (élément légal)、物質的要素 (élément matériel)、心理的要素 (élément moral) に分けて考察される。

犯罪行為の各要素を充足し、犯罪行為の成立が肯定されたのち、これを行為者へ帰責可能であるかという点が問題とされる。

それぞれの段階における論点は、概ね次の表のとおりである。

【犯罪 crime, délit pénal】

犯罪行為	法定要素	罪刑の法定、厳格解釈の原則、刑法の適用
------	------	---------------------

¹³⁶ DREYER, op. cit. (note 132). p.971, n° 1250

¹³⁷ 以下のフランスにおける犯罪体系につき、江口三角「フランス刑法における正当化事由 (一)」愛媛法学 4 号 (1972 年) 29-30 頁、同「フランス刑法学における犯罪論の体系 (一)」岡山大学法学会雑誌 31 卷 4 号 (1982 年) 385-425 頁、井上・前掲注 51『緊急行為論』18 頁以下、島岡ほか・前掲注 134『フランス刑事法入門』14 頁以下〔井上〕。

¹³⁸ 江口・前掲注 137「犯罪論の体系 (1)」385-386 頁、江口・前掲注 137「正当化事由 (1)」29-30 頁、井上・前掲注 51『緊急行為論』18-19 頁、井上宜裕「フランスの犯罪体系論」法律時報 84 卷 1 号 (2012 年) 34-37 頁、島岡ほか・前掲注 134『フランス刑事法入門』14-16 頁〔井上〕。

¹³⁹ 徳永元「過剰防衛における責任減少に関する比較法的考察 (五)」法学雑誌 67 卷 1=2 号 (2020 年) 149 頁。近年の有力な諸論者における犯罪論体系の理解については、末道康之『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』(成文堂、2012 年) 13-26 頁を参照。

infraction	élément légal	範囲など
	物質的要素 élément matériel	不作為、未遂
	心理的要素 élément moral	故意、過失
行為者 délinquant		共犯、法人処罰、責任能力、強制など

犯罪の構成要素として掲げられている3つの要素は、それぞれ罪刑法定主義、行為主義、責任主義に対応したものとされている。例えば、殺人罪の成立を考えるとすると、まず法定要素では、殺人行為を処罰する刑法典の条文が事前に存在していることを問題とする。物質的要素では、他人に死をもたらすような客観的行為が存在していること、心理的要素では、他人に死をもたらす故意（intention）が問題とされる。

主観的要素が犯罪行為の心理的要素の問題と行為者の問題とで分かれている点については、BOULOCの記述が参考になると思われる。ここでは、有責性（culpabilité）と帰責性（imputabilité）を区別する必要がある。有責性は、広い意味での行為者の落ち度（faute）、つまり故意や過失の存在を要するもので、これは犯罪行為の心理的要素を構成する。他方、帰責性は、この落ち度をその者に背負わせることができるかという問題で、認識（conscience）や意思（volonté）を前提とする¹⁴⁰。

もっとも、このような理解には批判もある。例えばPRADELは、ORTOLANによる犯罪行為（infraction）の定義¹⁴¹に触れながら、「犯罪行為は社会によって禁止された行為、つまり『契約違反（la violation d'un engagement）』であって、それ以外のなにものでもないし、それ以上のものでもない」という理解を示す。したがって、「行為主体に眼を向ける心理的観点とは、いわゆる犯罪行為の『心理的要素』に属するのではなくて、行為者（le délinquant）、つまりその者の責任（la responsabilité）に属すると考えなければならない」とする。また、現行刑法典が不処罰事由を『刑事責任（la responsabilité pénale）』の表題で扱

¹⁴⁰ BOULOC, op. cit. (note 133). p.367.

¹⁴¹ Joseph ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Tome 1er, 3e éd., Henri Plon, Paris, 1863, p.243, n° 589において、刑法における犯罪（infraction）は次のように定義される。「絶対的正義を損なわせるあらゆる行為および不行為であって、これを抑止することが社会の保全ないし安寧にとって重要であり、かつ、予め法律で定義され、刑罰をもって処罰されるもの」。

っている一方で、各則では各犯罪行為を『…する行為』と定義している。このことは、行為者の心理的観点とは区別されたものとして、犯罪行為は行為である (l'infraction est une action) であることを示している、との指摘もなしている¹⁴²。

正当化事由に関わり得る問題として、近年では、「法定要素は犯罪行為の構成要素か」という問題も提起されている。すなわち、法定要素は、罪刑法定主義の要請に適うかたちで、問題となる行為が予め犯罪として規定されているかを問題とするものである。物質的・心理的要素が問題となる行動に内在する要素であるのに対して、法定要素は外在的なものに過ぎず、したがって問題となる行動と同一レベルに置くことはできない。処罰の要件とはなっても、犯罪行為の『構成』要素たり得ないとされる¹⁴³。法律が行為を規定したものを「法定要素」と称するのは適当でなく、法定の前提条件 (préalable légal) と称した方がよいとの指摘がある¹⁴⁴。

法定要素を犯罪行為の構成要素とみる見解の側からは、例えば BOULOC は次のように述べている。作為または不作為は、「法律がこれを規定し、処罰するならば、またそうであるがゆえに、犯罪行為を構成する。この意味において、法律は—これを抑止の主体ないし犯罪行為の本質的要件とみること—に賛同しない者もいるが—一般的に理解される犯罪行為の構成要素なのである。なぜなら、刑罰の観点からは法律が犯罪行為に対して前置され外在的なものであるとしても、やはり法律上制定された刑罰は、[犯罪行為の] 特徴を呈し、法律に定められた条件を充足する行為に対してしか適用可能ではないからである」¹⁴⁵。

2) 正当化事由の位置づけ

では、正当化事由は犯罪論体系上どこに位置づけられるか。一般的な理解としては、次のとおり説明がなされる。すなわち、正当化事由は、法定要素を中

¹⁴² Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 21^e éd., Édition Cujas, Paris, 2016, p.286.

¹⁴³ André DECOCQ, *Droit pénal général*, Librairie A. Colin, Paris, 1971, p.61 ; DREYER, *op. cit.* (note 132). p.201, n° 226 ; Alice DEJEAN de la BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, L.G.D.J., Paris, 2020, p.27-28, n° 74-75.

¹⁴⁴ PRADEL, *op. cit.* (note 142) p.286, n° 329. Magdy HABCHY, *Essai sur la notion de justification*, Thèse Paris, 1991, p.483, n° 675 は、「[犯罪行為を] つくるもの (犯罪類型の条文) が、つくられた事実 (犯罪行為) の一部をなすと主張するのは、論理的に欠陥があるものであろう」と述べる。

¹⁴⁵ BOULOC, *op. cit.* (note 133). p.105, n° 104.

性化し (neutraliser)、犯罪の擬律を妨げることによって、行為者の不処罰という帰結をもたらす、と。BOULOCによれば、「正当化事由が存在する場合、行為者の刑事責任は直接に消滅するのではない。行為がなされた特殊事情を理由に、法律の条文が適用されない結果として消滅する」との説明がなされている¹⁴⁶。

ただし、一部の論者は、犯罪の構成要素の中に、第4の要素として、違法要素 (l'élément injuste) を認めるべきことを主張している。

この見解の提唱者とされる¹⁴⁷GARRAUDは、次のように述べる。「犯罪行為の存立には、次の2点が必要である。第一に、法律が規定し、処罰する作為または不作為という行為の遂行 (la perpétration du fait d'action ou d'inaction)、第二に、この行為の帰責先である行為者の有責性 (la culpabilité) である…。

(中略) 刑事裁判所が、個人にある犯罪につき有罪であると宣告する場合、この宣告は、以下のことが確認されたことを前提とする。①個人がこの種の行為の遂行に関与したこと(物質的要素)、②当該個人が弁識能力 (le discernement) および意思 (la volonté) をもってこれに関与したこと (心理的要素)、③この行為が、当該個人が従わなければならない法律によって規定され、かつ処罰されるものであること(法定要素)、④この行為が権利の行使 (l'exercice d'un droit) として正当化されるものではないこと、である」¹⁴⁸。

ただし、このような理解は、フランスの学説において多くの支持者を見出すには至っていないとされる¹⁴⁹。その主たる理由は、この違法要素が、「法定要素の消滅」ということ以上の積極的意味を有しないのではないかとの批判が強いことによる。BOULOCは、「確かにあらゆる犯罪行為はそれ自体違法な行為 (un fait antijuridique) であるが、行為はそれが法律で禁止されているか、法律によって正当化されないときにのみ違法であるのだから、結局、違法要素は法定要素に帰着し、これと一体になる」と述べて、違法要素が法定要素の不存在を意味するものにすぎないということを指摘している¹⁵⁰。

¹⁴⁶ BOULOC, op. cit. (note 133). p. 373, n° 412.

¹⁴⁷ 井上・前掲注 51『緊急行為論』28頁。Xavier PIN, Droit pénal général, 14^e éd., Dalloz, Paris, 2023, p.254, n° 235 ; Julien WALTHER, L'illicéité et les valeurs sociales protégées, dans : Patrick MISTRETTA (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020, p.26.

¹⁴⁸ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome I, 3^e éd., Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1913, p.289-290, n° 134.

¹⁴⁹ DEJEAN de la BÂTIE, op. cit. (note 143). p. 28, n° 76.

¹⁵⁰ BOULOC, op. cit. (note 133). p.229, n° 231

また DREYER は、違法要素に対して痛烈な批判を加えている。その分析はさまざまな観点からなされているが¹⁵¹、違法性に関する理解との兼ね合いでは、次のような指摘がある。すなわち、フランス法においては、犯罪類型の適用対象となるような行為は、その違法性が推定されている。立法者が特定の行為の行為者に対して刑罰をもって威嚇している、という事実のみによって、必然的に、犯罪行為（l'infraction）は違法な行為であるということが出来る。したがって、「これ以上に特定の『利益』に対する侵害—ないし侵害の危険—が存在しなかったことの立証は、必要であるとは思われない」¹⁵²。DREYER の指摘においては、違法要素の内部に価値論的で雑多な考慮がなされることにより、裁判官に極めて抽象的な価値考慮を許してしまうことに対する危惧が示されていると言える。

以上のとおり、この「違法要素」はフランス刑法学において広く受け入れられているとは言い難いが、しかし、正当化事由の分析にあたっては、この要素に積極的な意味合いを付与して活用しようとするものが一定数見られる。

例えば PIN は、次のように述べる。「犯罪類型化された行為が社会的価値（une valeur sociale）または保護される利益（un intérêt protégé）を侵害ないし脅かす限りにおいてのみ犯罪行為（infraction）が構成される、と主張すれば、違法要素も積極的内容を伴ったかたちで提示することができる。この理論的・価値論的（axiologique）説明は、どちらかと言えば法律主義的な伝統をもつわが国においてはあまり支持されないが、しかし、現実には即している」。なぜなら、行為者は裁判所において、次のようなことを立証することで、「自らの行動の違法性について、常に異議を唱えることができるからである」。つまり、犯罪類型によって保護された利益が侵害されなかったこと（その行為が社会的に無関心である（indifférent）から）、または、正当化の原因ないし正当化事由を理由として、自らの行為が優越的利益の保全として正当化されたものであること（その行為が社会的に有益、さらに言えば不可欠であることによる）である¹⁵³。

また、DEJEAN de la BÂTIE も、この要素が刑罰法規の価値論的観点に言及

¹⁵¹ DREYER, op. cit. (note 132). p.980-983, n° 1262-1263.

¹⁵² DREYER, op. cit. (note 132). p.982-983, n° 1263.

¹⁵³ PIN, op. cit. (note 147). 14^e éd., p.254, n° 235. DREYER のような理解に対しては、物質的・心理的要素を構成した犯罪行為は違法性を推定されるが、この推定は被告人の主張によって覆されることがあるのだから、「犯罪行為の成否に異議のある場合には、擬律を行なうことは、常に、保護された利益の侵害を確認すること、および、保護された利益の秤量（pesée）を行なうことを意味しているのである」とする（p.254-255）。

するものである点で、正当化事由の研究にあたっては有益であるとし、再定義を試みる¹⁵⁴。

4. 正当化事由の不処罰根拠論

各正当化事由の不処罰根拠については、各正当化事由につき固有の不処罰根拠を提示する論者も散見される。しかし、各正当化事由に共通の要素を括り出して、正当化事由一般について不処罰根拠の提示を試みるものがみられる¹⁵⁵。

現在支配的と考えられる見解は、社会的有益性説 (la théorie de l'utilité sociale) と呼ばれる見解といえよう。この見解は、詳細な点では論者により具体的な理解が異なるが、一般的には次のような説明がなされる。すなわち、「犯罪行為の遂行が、犯罪類型が回避しようとする害よりも小さな害 (mal) を呈するか、より大きな財 (bien) を呈する場合」には、当該犯罪行為が社会的に有益または社会的に無関心となるから、正当化される、との説明である¹⁵⁶。

このような理解のもと、緊急避難については次のように説明がなされる。すなわち、避難行為者が通常は犯罪となる行為によって、犠牲にされる財の価値よりも高い価値を有する財を保護する場合には、当該行為は社会的に有益 (socialement utile) であり、犠牲にされる財と同価値の財を保護する場合には、当該行為は社会的に無関心 (socialement indifférent) であるから、当該避難行為の不処罰が帰結されるとする¹⁵⁷。

第2節 緊急避難およびその周辺領域の発展過程

以上のような、フランスにおける正当化事由の理解は、緊急避難論の発展を無視して語ることはできない。そこで、以下では、正当化事由に関係する規定

¹⁵⁴ DEJEAN de la BÂTIE, op. cit. (note 143). p. 28-32, n° 76-86. ただし、この論者によれば、行為の内実にかかわる物質的・心理的要素といった犯罪構成要素とは異なり、違法要素は事後的判断であるから犯罪の成立を検討する段階では考慮され得ないとし、犯罪構成要素とは分離された、「刑事責任 (la responsabilité pénale)」の枠内で検討されるべきであるとする。

¹⁵⁵ Gabriel ROUJOU de BOUBÉE, Essai d'une théorie générale de la justification, dans : Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, Tome 30e, Toulouse, 1982, p.11 et s. ; HABCHY, op. cit. (note 144). p. 41 et s. ; LEROY, op. cit. (note 127). p.195-198, n° 325-333

¹⁵⁶ PIN, op. cit. (note 147). p.290, n° 268.

¹⁵⁷ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.591, n° 468.

がどのような変遷を辿ったかを確認したのち、判例および学説における緊急避難論の生成過程を概観する。

1. 規定の変遷

以下では、フランス革命以降の正当化事由およびその周辺の規定がどのように経過を辿ったかについて、概要を説明する。

フランス刑法典は、フランス革命以降、3つの刑法典を経ている。1791年刑法典、1810年刑法典（ナポレオン刑法典）、現行刑法典（1994年）である。

1) 1791年刑法典

フランス革命において成立した1791年刑法典には、殺人に関する規定の箇所、今日の正当化事由にあたる規定を見出すことができる。当該刑法典は、節（Section）を改めるごとに条文番号が振り直されている。第2編第2章第1節は、人に対する重罪および侵害（Crimes et attentats contre les personnes）を規定するが、次のような規定を見出すことができる。

【4条】

殺人は、それが法律によって命じられ、正当な官憲によって指令されたものであるときには、適法に行なわれたものである。

【6条】

殺人は、それが自己又は他人の正当防衛の現在の必要性により、不可欠に命じられたものであるときには、正当になされたものである。

2) 1810年刑法典

1810年刑法典は、ナポレオン刑法典とも呼ばれる。また、現行刑法典（1994年）の一つ前の刑法典であることから、現代の議論において、旧刑法典（ancien Code pénal）と呼ばれることがある¹⁵⁸。

¹⁵⁸ 本稿においても、フランスの「旧刑法（典）」というときは、特に指定がない限りこの1810年刑法典を指す。

正当防衛等に関する規定は、1791年刑法典と同じく各則に規定されるにとどまった。各則の殺人・傷害・暴行を規定する箇所において、「重罪または軽罪とならない殺人、傷害および暴行」という表題で327-329条に3つの規定が置かれている。他方、総則規定には強制に関する規定が置かれた。緊急避難論は、この強制に関する規定と関連して議論が発展していくこととなる。それぞれ、次のような規定であった¹⁵⁹。

【64条（強制）】

被告人が行為の時に、心神喪失の状態にあったとき、又は、被告人が抗拒不能の力によって強制されていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。

【327条（法律の命令および正当な官憲の指令）】

殺人、傷害、暴行が法律によって命令され、又は正当な官憲によって命じられていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。

【328条（正当防衛）】

殺人、傷害、暴行が、自己又は他人の正当防衛の現在の必要性に命じられていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。

【329条（正当防衛の推定）】

次の二つの状況は、防衛の現在の必要性ある状況に含まれる。

1° 人の居住する家屋、アパートマン又はその付随物の囲い、壁又は入口の夜間乗り越し又は破壊を防止するにあたり、殺人、傷害ないし暴行が行なわれたとき。

2° 暴力行為を伴ってなされる盗罪又は略奪の行為者に対して防衛するにあたり、所為がなされたとき。

3) 現行刑法典の立法過程

1994年から施行されている現行刑法典の改正作業は、1974年から本格化した。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

¹⁵⁹ 以下の条文の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス刑法典』法務資料448号（1990年）を参照しながら、適宜修正を加えた。

する 1992 年 7 月 22 日の法律第 92-683 号」¹⁶⁰として結実した¹⁶⁰。

草案から改正法案における正当化事由関係規定の条文と、大まかな流れについては次の通りである。

【1976 年刑法草案総則（未定稿）】¹⁶¹

第 2 編 人 第 2 章 罰せられない人

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。

第 5 条（2205）

人または財産を守るために現在の必要によりやむことをえず行為に出た者は、防衛行為が正当であり、かつ、攻撃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。

②人の居住する場所 *un local habité* に侵入する者に反撃して、夜間、行為に出た者は、正当防衛の状態で行ったものと推定する。

第 6 条（2206）

法律の命令もしくは許可または権限ある官憲の適法な指令により行為に出た者は、これを罰しない。

【1978 年刑法草案総則（確定稿）】¹⁶²

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をえず均衡のとれた行為に出た者は、これを罰しない。

第 44 条

人または財産を守るために現在の必要によりやむをえず行為に出た者は、防衛行為が正当であり、かつ、攻撃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。

夜間、人の住居する場所に侵入する者に反撃して行為に出た者は、正当防衛

¹⁶⁰ 刑法改正の大まかな過程については、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 452 号（1995 年）1-2 頁を参照。

¹⁶¹ 新倉修訳「フランス刑法典改正委員会 1976 年刑法草案総則（未定稿）」國學院法学 18 卷 2 号（1980 年）111 頁。

¹⁶² 新倉修訳「フランス刑法典改正委員会 1978 年刑法草案総則（確定稿）」國學院法学 17 卷 4 号（1980 年）107 頁。

の状態で *en état de légitime défense* 行為したものと推定する。

第 45 条

法律の命令もしくは許可により、または正当な権限の適法な命令により行為に出た者は、これを罰しない。

【1983 年刑法草案総則】¹⁶³

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 menaçant 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。

第 35 条

人を防衛する現在の必要によりやむをえず行為に出た者は、この防衛行為が正当なものであり、かつ攻撃 *l'agression* 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。

第 36 条

財産を防衛する現在の必要によりやむことをえず行為に出た者は、この防衛行為が正当なものであり、かつ侵害 *l'atteinte* 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。

第 37 条

人の住居する場所 *un lieu habité* に押込み、暴行行為または偽計により侵入するもの *l'entrée par effraction, violence ou ruse* に反撃して行為に出た者は、正当防衛 *défense légitime* の状態で行為したものと推定する。

第 38 条

法律の命令もしくは許可により、または権限ある官憲の適法な指令により行為に出た者は、これを罰しない。

以上の草案を経て、議会に提出された改正法案では、次のとおり提案された。

¹⁶³ 新倉修訳「フランス刑典改正委員会・1983 年の刑法草案総則」國學院法学 21 卷 4 号（1984 年）138 頁。

【1986年刑法典改正法案】¹⁶⁴

122-3条

立法もしくは行政命令の (réglementaires) 規定により命令されもしくは許可された行為、または適法な官憲により指示された行為を行った者は、罰せられない。ただし、その行為が明らかに違法である場合についてはこの限りでない。

122-4条

人または財産に対する不正な侵害に直面して、その人またはその財産の正当防衛に必要な行為を即座に (dans le même temps) なす者は、罰せられない。ただし、用いられた防衛手段または得られた結果と侵害の重大性との間に不均衡がある場合には、この限りでない。

②夜間、破壊 (effraction)・暴力または策略による現住住居 (lieu habité) への侵入を撃退する行為をなす者は、正当防衛状態において行為したものとみなされる。

122-5条

その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威嚇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。

資料および議事録によれば、これらの正当化事由を含む刑事無答責関係の規定は、大枠としては、従来の規定および判例において認められてきたものを定式化するものであるとされる。例えば、1989年5月9日に行なわれた上院における審議の記録では、法務大臣が、「122-1条から122-5条は、本質的には、現代化しつつ、伝統的な規則の繰り返しまたは認容にとどめている。」と説明をしている¹⁶⁵。

2.判例における緊急避難の成立

上記の通り、現行刑法典の緊急避難規定は、判例において認められてきたも

¹⁶⁴ 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)218頁。

¹⁶⁵ Compte rendu des débats – Sénat, séance du mardi 9 mai 1989, p.555.

のをベースに起草されたものであると言われている。旧刑法典には緊急避難を明文で規定した条文が存在しなかったが、判例は、学説における議論の後押しを受けて、他の正当化事由とは区別された独自の正当化事由として緊急避難という法概念を承認するに至った。以下では、判例の緊急避難概念の形成史のなかで、特に重要な意義を有する判例を列挙して紹介する。また同時に、当時の評釈等から、それぞれの判例に対する学説の評価についても言及する。

1) フランス緊急避難論発展の契機となった事例（MÉNARD 事件）

この事例は、1898 年に出された Château-Thierry 軽罪裁判所判決と、その控訴審判決である Amiens 控訴院判決の事件である。時代背景としては、1889 年に公表された MORIAUD の論文（後述）から、学界において緊急避難への関心が高まりつつある時代であり、この事件は、フランス刑法学における緊急避難論発展の契機となった事例であると評されている¹⁶⁶。

この事件の概要は、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、職を持たなかったが求職中であった。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べず、家にあったわずかな牛乳を子どものために残していたに過ぎなかった。

【Château-Thierry 軽罪裁判所 1898 年 3 月 4 日判決】¹⁶⁷

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。

¹⁶⁶ 森下・前掲注 39『緊急避難の研究』76 頁、井上・前掲注 51『緊急行為論』30-31 頁。

¹⁶⁷ 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))

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、ある程度までは、その人間において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】¹⁶⁸

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なったときに、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づけは採用しないが、控訴された原判決を維持する。」

学説におけるこれらの判決の一般的な評価は、次のようなものである。すなわち、第一審は被告人を心理的強制に基づく無罪とし¹⁶⁹、控訴審では犯罪的意図の不存在を理由に無罪としたというものである¹⁷⁰。

これら一連の判決は、極限の貧困状態に置かれた若い母親である被告人に無

¹⁶⁸ Amiens, 22, avr. 1898, Ibid.

¹⁶⁹ 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° 384. 第一審の理由づけに関しては、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, *op. cit.* (note 148). p. 705, n° 366 を参照。

¹⁷⁰ 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.

罪判決を下したという点で、強い関心を受けることとなった。しかしながら、その理由づけについては、学説における強い批判の対象となり、その議論を通じて、フランスにおける緊急避難論の理解が深化されていくこととなる。

第一審が心理的強制を理由として無罪とした点に対しては、緊急避難と心理的強制の根本的な相違が看過されているとの指摘がなされた。ROUX は、本判決の評釈において次のように述べている。「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道へと追い立てる。緊急はその者に自由を残しており、その者は、自らの意思によって禁止された道に向かう」¹⁷¹。

控訴審判決に対しては、意図 (intention) と動機 (mobile) との混同があるとの批判がなされている¹⁷²。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)」¹⁷³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」¹⁷⁴と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) を説明するものであって¹⁷⁵、「行為を決定づけた関心や感情」¹⁷⁶に過ぎないため、フランス法において犯罪の成否を左右するものではないとされる。したがって、本件の被告人である MÉNARD 婦人には、この意味における犯罪的意図が依然として認められるので、控訴審の理由づけには誤りがあるとされるのである¹⁷⁷。

フランスの判例において、緊急状態についてなされる裁判所の判断は、19世紀および1950年代に至るまで、極めて稀であったとされている。この「稀少性」は、手続上の理由と一時しのぎ的手段の存在から説明されるとの指摘がある。DUCASSÉによれば、手続的側面からは、起訴便宜主義 (le principe de l'opportunité des poursuites) の要請が影響しているとされる。すなわち、検察官において緊急状態があることが明白な場合には訴追が差し控えられることになる。このことから、緊急状態に関する判断の稀少性は、緊急状態という概念

¹⁷¹ Note Jean-André ROUX, S. 1899, II, p.2.

¹⁷² MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.590, n° 467.

¹⁷³ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.590, n° 467.

¹⁷⁴ Gaston STEFANI=Georges LEVASSEUR, Droit pénal général et procédure pénale, Tome I, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1966, p.175, n° 193.

¹⁷⁵ DUCASSÉ, op. cit. (note 170). p.132.

¹⁷⁶ STEFANI=LEVASSEUR, op. cit. (note 174). p.176, n° 195.

¹⁷⁷ Corinne MASCALA, Juris-Classeur Pénal, Art. 122-7, 2013, n° 9.

が認められていないということの意味するのではないし、むしろ検察官の活動にとっては重要なものであったとされる。また、このことによって、裁判官が審理するのは、最も難しい、もしくは、他の法概念と混同できるような類の事件に限られる。したがって、緊急状態に関する判断は、一時しのぎ的に心理的強制や犯罪的意図の欠如に結び付けられることとなり、批判が存在してもなお、そのような混同がなされていたとされる¹⁷⁸。また、GARÇONは、旧刑法 65 条との関係についても指摘している。強制規定の次に規定される旧刑法 65 条は、「法律が宥恕可能な行為を規定し、またはその行為に減輕した刑の適用を認めている場合および事情を除き、重罪または軽罪を宥恕し、またはその刑を減輕することはできない。」と規定していた。この規定の存在により、フランスにおける判例は緊急避難の理論を導出することができない¹⁷⁹。したがって、緊急避難に関する判断が少ないのは、そのような事例が現実的に稀にしか発生しないからではなくて、多くの場合、訴追の必要がないほど明白に正当化が認められる場合であるからである、と述べるのである¹⁸⁰。

このような分析の背後には、緊急状態が極限的には心理的強制に行き着くという理解が存在していると考えられる。RICHARDによる「ある種の緊急状況が、この状況に置かれた者によ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ような急迫した威迫の下で、自らの生命を救うために行動する者が、抗拒不能の力によって強制されていたと認めることが可能である」¹⁸¹という指摘は、緊急避難と心理的強制のある種の連続性を示唆しているものと見ることができよう¹⁸²。

1950年代に至って、判例が緊急避難に関する判断を明示的に行なうようになったのには、次のような背景が影響しているとされる。すなわち、緊急避難はその定義上、全ての犯罪行為について適用可能なものであるが、現実的には、限られた領域でのみ問題とされている。19世紀には、医師の活動や道路交通に

¹⁷⁸ DUCASSÉ, op. cit. (note 170). p.124.

¹⁷⁹ J.-A. ROUX, S.1899. p.2 もこのように指摘している。

¹⁸⁰ Emile GARÇON, Code pénal annoté, Tome I, 1901-1906, p.181, n° 118.

¹⁸¹ André RICHARD, État de nécessité, contrainte morale et légitime défense, Gazette du Palais, 2, Doctr., 1952, p.14.

¹⁸² この他、心理的強制と緊急避難の区別が困難な場合があることを認めるものとして、Jean-Yves CHEVALLIER, L'état de nécessité (Le rôle du Doyen p. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif), dans : Marc ANCEL (dir.), *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, Paris, 1980, p.123, n° 8 ; MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.589, n° 467.

おける行動が主として問題とされていた。ベルギーなどの一部の国では、第2次世界大戦下における、いわゆるコラボラシオン（Collaboration：対独協力）の問題が緊急避難を考えるひとつの契機となったとされ、フランスにおいては、第2次世界大戦後に問題となった住居危機（la crise de logement）に際し、住居の不法占拠者（squatter）が自身の行為について緊急避難を援用したことで、判例がこれに対して明示的に取り組む必要が生じたとされる¹⁸³。

2) 下級審・緊急避難を示唆した事例¹⁸⁴

判例がいつから、他の不処罰事由と区別され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、論者によって異なる判例が挙げられている。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だのは、以下の判例であるとされる。

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の合図を出した。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・距離が十分にあったにもかかわらず、そのまま走行し、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に渡って視認性に問題はなく、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が踏切を通過した後であった。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】

「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、

¹⁸³ DUCASSÉ, op. cit. (note 170). p.124-125 ; Alfred LÉGAL, Chronique de jurisprudence, L'état de nécessité et la crise du logement, RSC.1969, p.127-129.

¹⁸⁴ Trib. corr. Saint-Nazaire, 21 janv. 1954, ; CA Rennes, 12 avr. 1954, S. 1954, II, p. 185-187, note Pierre BOUZAT.

踏切に近づく前に停止することができたにもかかわらず、このように線路に進入することで確かな軽率（imprudence）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（圍壁の損壊）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】

「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させ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、被告人の主張によれば、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たのである。」

この事件に関する一連の判決において、緊急避難の成立要件が具体的に述べられているわけではないが、被告人が緊急状態におかれている事情が、行為を正当化することがあるかのような言い回しがなされている。ここで示された、「自ら緊急状態を招いた者は正当化事由の主張ができない」という内容は、のちの破毀院判決やそれ以後の議論において、「先行過失の不存在」という緊急避難の一要件として議論が展開される。現在、学説においてはこの要件に懐疑的な見解が多く¹⁸⁵、第一審の述べたような学説における議論状況の理解が正確で

¹⁸⁵ 例えば PRADEL, op. cit. (note 142) p.334, n° 385 は、「確かに、当初の落ち度（faute）が犯罪行為を構成するものであれば、行為主体はその落ち度について処罰されなければならない。しかし、緊急とは行為者の心理とは全く関係のない客観的所与であるのだから、その影響下で行なわれた行為については、処罰され得ない。」と述べる。また、DUCASSÉ, op. cit. (note 170). p.142-143 は、この要件が要求されるのは緊急避難と強制とを混同しているからであり、正当化事由の要件としては馴染まないとし、正当化事由として認められる緊急避難については、当該要件が求められないとする。Antoine FLASAQUIER, L'état de nécessité en droit pénal : Contribution à la théorie générale des faits justificatifs, Thèse Montpellier I, 2003, p.434, n° 911 は、緊急避難の正当化根拠を社会的有益性に求めるのであれば、行為の原因がどのようなものであれ、社会は価値の

あるかどうかは、疑わしい点を残している。

3) 下級審・緊急避難による不処罰を認めた事例¹⁸⁶

裁判例が初めて緊急避難による不処罰を認めたのは、以下の判例であるとされる¹⁸⁷。

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、中止命令が出た後は数週間にわたり建築作業を中止したものの、後に再開した。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年の半分の期間浸水しており、その不衛生な環境ゆえに、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 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、まずまずな程度に、かつ衛生的に家族を住まわせるという絶対的緊急によって命じられていた。この緊急状態〔緊急避難〕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、被告人に非難されるべき犯罪行為につき無罪を宣告することには理由がある。」

本判決は、被告人が緊急状態に置かれていたことを理由に正当化事由を構成するとして、被告人に無罪を言い渡したものとしては、初めての判決であると言われることがある。ただし、正当化事由となる緊急避難の具体的要件については明示がない。

高い利益を保全することについて常に利益を有することになる。先行過失が存在するからといって当該緊急行為それ自体が社会にとって有害となるわけではないので、当該要件は不要であると指摘する。

¹⁸⁶ Trib. corr. Colmar, 27 avr. 1956, D. 1956, p.500.

¹⁸⁷ DUCASSÉ, op. cit. (note 170). p. 135.

4) 下級審・要件の明確化事例¹⁸⁸

本事案は、妻との離婚協議中であつた被告人が、妻の自宅に侵入したというものである。被告人は、妻が2人の男と16歳の娘を自宅に招き入れ、ゆきずりの関係を持たせようとしているところを発見し、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、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】

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らう。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 (les intérêts moraux) の保護にまで緊急避難を拡大しなければならない。したがって、事実問題を検討するに際しては、被告人が、そ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すべきである。」

本判決について述べるにあたり、正当防衛との関係に言及しておかなければならないであろう。というのも、娘の名誉や貞操を保護するための住居侵入行為が問題となった事案であるから、その構造上、正当防衛の適用が問題となる

¹⁸⁸ CA Colmar 6 déc. 1957, D. 1958, p. 357, note BOUZAT

事案にも見えるからである。

この点で留意すべきであるのは、旧刑法における正当防衛の規定が、刑法典各則の人に対する罪が成立しない場合として置かれていたということである。すなわち、人の生命・身体に害を与える攻撃に対抗するために、人の生命・身体に害を与えるという正当防衛行為が、正当防衛の原則的な形態と捉えられていたものと理解することができる。それゆえ、旧刑法下の正当防衛に関する議論では、財産を守るための正当防衛が可能であるかということも問題となっていた。現行刑法典が、122-5 条にわざわざ「財産のための正当防衛」を規定する第 2 項を置いたのは、この議論を反映したものと見える。現行刑法典の立法過程における審議においても、財産のための正当防衛は、正当防衛が認められるために必要とされる均衡性を満たすことがありうるのだろうか、というかたちで、一部の議員から異議が唱えられていた¹⁸⁹。

本判決に立ち返ると、被告人の行為は、娘の名誉や貞操を保護するための行為である。財産ですら、それを守るための正当防衛が可能かという議論がなされていたのであるから、当該事件では、正当防衛の問題として解決されるものではないとの認識が前提とされていたものと考えられる。

上述の住居建築を問題とした Colmar 軽罪裁判所判決と比較すると、本判決は、正当化事由としての緊急避難について、かなり詳細に述べている。第一に、緊急状態を理由として行為が不処罰となりうることの本質的部分について、『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』であるとの言及がある。第二に、人の名誉といった道徳的利益も緊急避難によって保全しうる利益であるということを経験として前提としたうえで、損害を比較して均衡が保たれていることを要件として要求している。BOUZAT は、本判決がこの時期における緊急避難判例の流れに沿うものでありながらも、ある程度明確に緊急避難の要件を示している点で、重要なものであると述べている¹⁹⁰。

5) 破毀院において緊急避難概念を認めた事例¹⁹¹

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

¹⁸⁹ Compte rendu des débats-Sénat, séance du jeudi 11 mai 1989, p.655-657.

¹⁹⁰ Note BOUZAT, D.1958, p.360.

¹⁹¹ Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958, p. 693-695, note M. R. M. P.

る。

本事案の概要は、以下の通りである。被告人は、国道を 80km/h で車を運転しており、その際、原因不明であるが前方右側のドアが開き、被告人の妻子が車道に投げ出された。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、反対方向から時速 80 キロで迫っている A の運転する車の前に立ち塞がった。この 2 台の車が衝突し、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】

破毀院は、軽率による傷害 (*blessures par imprudence*) について被告人に無罪判決を下した Rennes 控訴院の判決を破毀し、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、当該運転を行なわない場合に被告人の妻子が陥ったであろう傷害の仮定的な危険は、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よりも、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、もしくは妻子の誤操作によって開きやすいドアのある車の中で、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。」

本判決は、緊急避難による正当化を認める要件として、3 つを提示している。すなわち、被告人の行為が危険回避のための唯一の行為であったこと、危険性の比較、先行過失の不存在の 3 つである。

本判決以降、フランスにおいては正当化事由として緊急避難が認められるようになったとされている。緊急避難が明文で規定されるまでの間にも、判例上に緊急避難が認められた例は多数にのぼるが、例えば次のようなものがある。

Avesnes-sur-Helpe 違警罪裁判所 1964 年 12 月 12 日判決¹⁹²は、道路上のイ

¹⁹² T. pol. Avesnes-sur-Helpe, 12 déc. 1964, Gaz. Pal., 1965.I.91 ; RSC. 1965, p.416-417, Chron. A. LÉGAL.

エローラインを遵守せずに運転した被告人について、当該運転が、車に気をかけず軽率にも公道を横断しようとした歩行者との衝突を避けるために行なったものであるとして、無罪を言い渡した。

Dijon 軽罪裁判所 1968 年 2 月 27 日判決¹⁹³は、建築許可を得ずに自宅に扉および窓を設置した被告人（一家の父親）について、「人命はこの地球に存在する財の中で最も価値あるものである。われわれの生活環境においては、悪天候や寒さをしのぐことによってしか、人命の保護は保障されない。被告人に他の住居はなく、自身の家族および自分自身の生存を保護するためには、被告人がした、居住している家の一部に扉と窓を備えるという行為以外の行為をとることはできなかった。したがって、被告人は、刑法典 64 条の意味における緊急状態に置かれている。」と述べて、被告人に無罪を言い渡した¹⁹⁴。

また、同年の Coutances 軽罪裁判所 1968 年 10 月 22 日判決¹⁹⁵は、国鉄（S.N.C.F.）のストライキによって停止している公共サービスの欠缺を補うために、車検が切れている車両を運転して、生活に必要な物資を供給したという被告人について、「この犯罪となる輸送行為は社会的に有益なものであって、この犯罪行為は正当化されるものとみるべきである」と述べて無罪を言い渡した。

3. 学説史

以上で記述してきたフランス判例における緊急避難の承認過程は、学説による後押しがあったものとみることができる¹⁹⁶。このことは、いくつかの判例において「学説」という言及があることからも見取れる。

緊急避難の要件について具体的な言及をしたいくつかの判例において、避難行為により引き起こされた危険・損害と被告人が回避しようとした危険・損害との比較が要求されることは、すでに確認した。このような理解は、フランス

¹⁹³ T. corr., Dijon, 27 fév. 1968, D.1968. 738, note P. BOUZAT ; RSC.1969, p.127, Chron. A. LÉGAL.

¹⁹⁴ 「刑法典 64 条の意味における緊急状態」と述べたことについては、依然として強制概念との混同が現れていて（Chron. A. LÉGAL, RSC. 1969, p.128）適切ではなく、単に「緊急状態に置かれていた」というべきであったとの指摘がなされている（note P. BOUZAT, D.1968, p.739）。

¹⁹⁵ T. corr., Coutances, 22 oct. 1968, D. 1970. 139, note J. GUIGUE ; JCP 1969. II. 15879, obs. P. BOUZAT.

¹⁹⁶ CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.124, n° 10 ; MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.559, n° 435.

における正当化事由の正当化根拠として挙げられる社会的有益性説の考え方と共通する部分がある。では、これらはどのような関係に立つのか。また、このような考え方は、どのように形成されたものであるのか。以下、確認する。

1) 正当化事由論の発展概略と緊急避難論との関係性

フランスにおける正当化事由をどのように一般的に把握するかという試みについては、大まかな整理がなされている。MERLE=VITU の概説書における説明、および、これを基にしつつ補足するかたちで記述する江口三角の分析によれば、正当化事由一般について、フランスでは以下のような発展過程が見られたとされる¹⁹⁷。

まず、旧刑法下のフランスにおいては、正当化事由が立法においては極めて断片的にしか規定されていなかったという事情がある。上述のとおり、人に対する罪に関して置かれた正当防衛等の規定のほか、特別法に置かれた、より射程の狭い規定を見出すことができるに過ぎない状況であった。そのような状況においてなされた、正当化の一般原理を導出する試みの第一段階は、「法律が明示的に正当化を認めている場合について、刑罰法規に対する違反は、義務の履行又は権利の行使の結果であることを確認すること」¹⁹⁸にあったとされる。その先駆者であるとされる ORTOLAN は¹⁹⁹、「行為主体が、理性的かつ自由な状態で、自らが創出した害について意図をもって、引き起こされた損害から重罪または軽罪の定義に該当するような行為をしたことが確かであっても、それで物事の決着がつくわけではない。この行為主体が、そのように振舞う権利もしくは義務を有していたならば、この行為は、疑いなく帰責できないであろうからである。」²⁰⁰との記述を残している。

このことが確認されると、学説はさらに進んで、より一般的な把握を試みたとされる。すなわち、「刑法が正当化を認めているすべての場合を通じて、正当化の現象は、法規の衝突の論理的解決として生じている、という理解に到達した」のだとされる。というのも、「廃止されていない他の法律上の規定が命じ、

¹⁹⁷ 江口・前掲注 137「正当化事由(1)」31-33頁、MERLE=VITU, *op. cit.* (note 131), p.557-560, n° 432-435.

¹⁹⁸ 江口・前掲注 137「正当化事由(1)」31頁、MERLE=VITU, *op. cit.* (note 131), p.558, n° 433.

¹⁹⁹ 江口・前掲注 137「正当化事由(1)」31頁。

²⁰⁰ ORTOLAN, *op. cit.*(note 141) p.167-168, n° 416.

または許容する行為を立法者が処罰するならば、それは矛盾だからである」とされるのである。このことから、権利の行使や義務の履行と認められることにより正当化が肯定されるが、それだけではなく、明文に記載されていない法律の許容（des permissions législatives）によっても、正当化が認められるということが示された²⁰¹。

その上で、さらに進んで、権利の行使ないし義務の履行として把握し難い類型、すなわち、緊急避難や被害者の同意に関する問題についても、正当化の領域を拡張したとされる²⁰²。そこでは、法定の正当化事由が認められている社会的理由を探究し、正当化が認められる場合には、問題となる行為に「社会的効用」があることが発見された。そして、そのような理解のもと、「法定の正当化事由のわくに拘束されることなく、実行された行為が社会的に有用であるか、又は有用とも有害ともいえない中立的な場合についても正当化を一般化しようと試みたのである」²⁰³と。例えば、死刑執行人が死刑囚の刑罰を執行するとき、「彼は社会の防衛に必要と推定される殺人に関与している」し、正当防衛状況に置かれた防衛行為者は、「緊急の状態において、官憲の代表者の活動を埋め合わせることで、公の秩序の維持に貢献している」といった説明がなされるのである²⁰⁴。

以上が、正当化事由の一般的把握に関する試みの概要である。この整理によれば、フランス刑法学において、緊急避難を権利の行使ないし義務の履行として把握することが断念されているということが読み取れる。そのような理解のもと、正当化事由の概念を拡張し、緊急避難も正当化事由として認められるに至ったということになる。

そこでの「社会的効用」を探究するという考え方は、先に紹介した、現代における「社会的有益性説」である。そのような分析が登場した流れは、断片的に立法に規定される正当化事由や、正当化事由と認めるべき事象（緊急避難など）を手掛かりに、それらに共通する性質を明らかにして正当化事由の一般的

²⁰¹ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.558, n° 433.

²⁰² もっとも、フランスにおいては現代に至るまで、被害者の同意は正当化事由ではないとの理解が一般的である。フランスにおける被害者の同意に関する議論については、例えば、江口三角「フランス刑法における正当化事由（その5）」愛媛法学9号（1976年）45-67頁、北川敦子「フランス刑法における被害者の同意（1・2完）ーグザヴィエ・パンの見解を素材にー」早稲田法学会誌59巻2号（2009年）127-171頁、60巻1号（2009年）207-260頁を参照。

²⁰³ 江口・前掲注137「正当化事由（1）」32頁。

²⁰⁴ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.559, n° 434.

把握を試みるというものであった。それゆえ、社会的有益性は、広く正当化事由という事象を包括しうるものであるがゆえに、当初は権利の行使（ないし義務の履行）として整理が可能であった正当防衛等をも包摂して、フランスにおける正当化事由一般を説明しうる理論となったのである。それゆえ、「社会的有益性」の内実をより詳細に明らかにするためには、これによって正当化事由に包摂されるべきと考えられた緊急避難論の発展過程を分析する必要がある。

以下では、主に緊急避難論の発展過程を分析するが、この分析にあたっては、各論者における緊急避難論が、上記の正当化事由の一般的把握の流れとどのように関係するのかについても言及する必要がある。というのも、上記の流れに沿うならば、行為の正当化の意味内容は若干異なるものと考えられている可能性があるからである。

2) 緊急避難論確立の概略

江口が紹介しているように、緊急状態においてなされる行為の不処罰を説明するため、フランスの学説では、最終的に、当該行為の社会的効用に着目した説明が用いられることとなった。これは、緊急避難を正当化事由の一類型として捕捉するための説明であったが、フランスにおける緊急避難論の歴史に目を向けると、緊急避難が正当化事由に分類されることは自明であったわけではない。

すでに判例についての言及箇所において述べた通り、1810年刑法典には、緊急避難を直接定めた明文の一般規定が存在しなかった。加えて、起訴便宜主義の影響もあり、そもそも判例において正当化事由としての緊急避難を正面から論じる必要性も乏しかったという指摘もなされていた。すなわち、裁判所が取り扱う事例は一部に限られ、一時しのぎ的に心理的強制や犯罪的意図の不存在の問題として事案を処理することが一応可能であるという状況が続いたということである。学説においても、19世紀末ごろまでは、明文規定のある強制の問題の一類型として、緊急避難を扱うものが多数であったといえよう。

例えば、ORTOLANの著作には、64条の心理的強制に関する記述において、行為者が「害の甘受か犯罪行為の遂行か」という選択に立たされる類型につい

ての言及がある²⁰⁵。

学説が、緊急避難と心理的強制とを区別して理解すべきとの認識に立ったのは、先述の MÉNARD 事件を契機にしたものと言われている²⁰⁶。同時期に MORIAUD による著作（後述）が公表されたことも相まって、この問題に対する学界の関心が高まるようになり、当時、高名な法学者らによって組織される監獄協会 (la Société Générale des Prisons) においても議論がなされていた²⁰⁷。

フランスにおける緊急避難論の第一歩は、MÉNARD 事件の判決において採用された、無罪判決の主観的基礎づけに対して批判を加えるところから始まっている。

MÉNARD 事件の第一審判決である Château-Thierry 軽罪裁判所判決は、いわゆる緊急窃盗の事案について、心理的強制を理由に被告人に無罪を言い渡した。他方、控訴院判決である Amiens 控訴院判決は、結論として被告人の無罪を支持したものの、犯罪的意図の不存在という点にその論拠を求めたものであった。

前者の、緊急避難を心理的強制と同視する見解は、19世紀の学説においては主要な理解であったとされる²⁰⁸。しかし、この見解に対しては、批判が加えられることとなる。まず、緊急避難と心理的強制とでは、行為者に選択の余地が残されているか否かという点で、構造上の差異があるとの指摘がなされる²⁰⁹。FORIERSはこの点を捉えて、「心理的強制において、衝突を解決するイニシアティブは行為者の外部に存在しているが、緊急避難においてはこのイニシアティブは行為者に由来する」²¹⁰と述べる。MÉNARD 事件の評釈を書いた ROUX

²⁰⁵ Joseph ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, Henri Plon, Paris, 1867, p.39, n° 132. ただし、ORTOLANにおいて、行為者の主観を問題として緊急避難を基礎づけようとしていたわけではない。

²⁰⁶ 江口三角「フランス刑法における正当化事由（その3）」*愛媛法学* 7号（1974年）55頁によれば、この事例がフランス刑法学において大きな関心を集めたのは、いわゆる緊急窃盗 (le vol nécessaire) が刑罰を免れないものと考えられていたことによるとされる。

²⁰⁷ *Revue pénitentiaire : Bulletin de la société générale des prisons*, 24^e année, 1900, p.1414 et s.

²⁰⁸ BOITARD=GUSTAVE de LINAGE, *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, 1847, p. 216 et s. n° 175-176 ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., Tome 2, 1855, p. 77 et s. ; Victor MOLINIER=Georges VIDAL, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Tome 2, Arthur Rousseau, 1894, pp.186 et s.

²⁰⁹ Georges VIDAL, *État de nécessité : lecture à l'Académie de législation*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, XLIX, 1900-1901, p.128

²¹⁰ Paul FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, 1951, p.45, n° 80.

は、確かに生命を守るために食糧を窃取するような場合について、行為者が完全に明晰な理性を保っていると認めることは難しいかもしれないが、「行為主体が有する内部の衝動が抗拒不能であると主張することはできないし、その衝動は内的なものであり、また、行為主体は依然として理性を有していることから、行為主体は、極限に努力をすればその内的衝動を制御しうる。したがって、強制は認められない」と指摘している²¹¹。

後者の犯罪的意図の不存在という不処罰の理由づけは、専ら批判的に捉えられている。すなわち、このような理解は、「動機(mobile)」と「意図(intention)」という両概念を混同していると批判がなされる。Amiens 控訴院が問題としたのは動機であって、フランス法においては本来、犯罪の成否に影響を与えるものではないとの批判が向けられることとなる。

以上のような「主観説」ともいえるような見解は排斥され、フランスにおける緊急避難論は、その不処罰根拠を客観的に基礎づけることとなる。

そこで提案される客観的基礎づけとしては、大きくわけて2つの方向性があることが見てとれる。

第一は、避難行為を放任行為と捉える方向性である。緊急状態下で行なわれた行為は、「刑法の外」に置かれるとの理解を基本とする。

第二は、緊急状態下で対峙している財・権利・利益等を比較衡量することからの基礎づけを試みる方向性である。

このうち第一の方向性は、避難行為の緊急性という点に主眼が置かれている。これに対して、第二の方向性は、行為の社会的効用に着目しているものとみることができる。それぞれ、緊急避難概念を把握するに当たっては重要な側面であるが、フランスにおける緊急避難の不処罰根拠としては、特に後者の論究が進められることとなった。現在の正当化事由の一般原理として考慮されている「社会的有益性説」につながるものである。

抽象的な基礎づけの方向性としては以上のように整理することができる。ただし、学説は、より実質的・具体的に不処罰の論拠を探究するに至った。CHEVALLIERの整理によれば、次のような論拠が挙げられる²¹²。

まず挙げられるのは、刑罰との関係で緊急避難の不処罰を基礎づけるものである。すなわち、避難行為者については、「刑罰が有する通常の役割はいずれも、

²¹¹ note J. -A. ROUX, sur CA Amiens 22 avril 1898, S. 1899, II., p. 1-2

²¹² CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.121-127, n° 6-13.

満たされないことになろう。緊急行為がいかなる邪悪さも呈しないような人に改悛をさせる必要はないし、威嚇効果は、あとになって極めて例外的な状況に置かれた者に対して得られないであろう。処罰は、万一それが予防作用を有し、緊急犯罪の遂行を阻止するのであれば、有害とさえ言いうる。社会はそれ自体、より価値の低い財の犠牲によって、何らかの財が保全されることについて利益を有している。緊急状態において自己または第三者の役に立っている者は、そのみならず社会の役にも立っているのである」²¹³、とする理解である。

第2に、緊急行為の正当化を法律の許容 (*la permission de la loi*) に求めるものがある。これは、刑罰法規の厳格解釈の原則について、「厳格な解釈は犯罪と刑罰を規定する法律について要請される (*nullum crimen, nulla poena sine lege ; poenalia sunt restringenda*) が、正当化事由については要請されない」ということを前提とする。すなわち、被告人に有利な方向に働く場合には、厳格に法律の文言にとらわれる必要がないことを示す。その上で、旧刑法下における法律の命令や正当防衛は、327条や328条に限定的な規定を有するに過ぎないが、学説は古くから、厳格解釈の原則が正当化事由には妥当しないということをも理由として、広く解釈してきたということを指摘する。そして、このような射程の狭い断片的な規定から一般的ルールを導き出すという手法は、緊急避難についても採用することができるとし、特別法等に断片的にみられる緊急を理由とする法定の無答責事由から、「緊急状態において刑罰法規に違背する者は犯罪行為を実行していないとの一般原理を導き出す」ことが可能であると主張するものである²¹⁴。

最後に、「緊急状態とは刑罰法規の適用と相容れない状況である」という点を指摘する見解が挙げられる。すなわち、刑罰法規は絶対的なものではなく（刑罰法規の相対性）、その文理的内容や、論理的に刑罰法規の存在理由を失わせるような一定の事情に直面することに起因するかたちで、一定の客観的限界を有すると主張するものである²¹⁵。

以上の整理が記述されている CHEVALLIER の論文は、1980年に公表された BOUZAT の記念論文集に掲載されたものであるが、以上の記述の順序は、論文公表時までの緊急避難論の発展過程と概ね合致している。

²¹³ CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.125, n° 11.

²¹⁴ note BOUZAT, S. II., 1945, p.81 ; CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.125-126, n° 12.

²¹⁵ CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.126, n° 13 ; MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.591, n° 468.

ここで指摘しておくべきは、これらの論拠が相互に排斥する関係に立つものではないということである。というのも、このような緊急避難行為が不処罰となる根拠の提示は、その主張を行なう目的の点で、2つの側面を有すると考えられるからである。1つめは、緊急避難行為の不処罰根拠それ自体の解明である。これはいわば、不処罰の実質的根拠の解明である。2つめは、緊急避難を直接に定める一般規定が存在しないという事情において、避難行為者に無罪判決を言い渡してもよいという論拠の提示である。すなわち、不処罰の形式的根拠の提示と言っても良いと思われる。

この観点から CHEVALLIER の整理をみると、第2の「法律の許容」という論拠は、主として2つめの側面に関わる。これは、すでに若干指摘したが、旧刑法65条と関係がある。65条は、次のような規定である。

【1810年刑法典 65条】

法律が宥恕可能な行為を規定し、またはその行為に減輕した刑の適用を認めている場合および事情を除き、重罪または軽罪を宥恕し、またはその刑を減輕することはできない。

この規定は、裁判官に対して、法律に定めるもののほかに刑の免除や減輕を認めることを禁止するものである。この規定の存在は、緊急避難を理由とする不処罰を認めるに際して障害となっていたとされる²¹⁶。

しかし、BOUZATらが主張するようにこれが「法律の許可」に当たるとして正当化可能であるという論拠は、この障害を乗り越える功績であったとされる²¹⁷。

他方、刑罰目的が充足されないとする論拠や、刑罰法規の相対性に着目した説明は、比較的には、緊急避難の不処罰根拠の実質的解明の側面に資する分析であるといえよう。

以上が、緊急避難論の発展過程の極めて大まかな概略である。以下では、現在の社会的有益性説につながる、または、これと関わる諸見解を中心に分析を行なう。これにより、社会的有益性概念の内実について明らかにするとともに、そこで考えられるべき利益衡量的判断方法について検討を加えることとしたい。

²¹⁶ Note J. -A. ROUX, S.1899, p.2.

²¹⁷ 江口・前掲注 206「正当化事由(3)」61頁。

3) MORIAUD の見解

MORIAUD の著作『緊急犯罪と緊急状態について』²¹⁸は、1889 年に公表されたものであるが、現在の主要な緊急避難理解の基礎を提示したものと評価できる。本書は、ドイツ刑法学等の知見を取り入れた上で緊急避難を論じたもので、緊急避難と心理的強制の混同を正すかたちで、当時の議論に一石を投じるものであった。例えば森下は、本書によってフランス刑法学に緊急避難の近代的概念が導入され、「フランスの法思想に真の転回をもたらしたといわれているが、従来の緊急避難論の誤りを正すのに十分な功績をもつものであった」と評している²¹⁹。

この論文は、導入を除いて 3 部で構成される。第 1 部は、「古代から 19 世紀の立法および学説」という表題で、ローマ法や教会法についての言及がある。第 2 部は、「19 世紀の諸理論および立法の歴史的解説と批判」と題し、主にドイツにおける議論を整理しながら論じている。第 3 部は、「緊急避難の理論」と題して、緊急避難の原理、要件等について述べている。

主に第 3 部で述べられている MORIAUD の見解の概略を示すと、次のようなものである。

まず、緊急避難を財の衝突と捉える²²⁰。その上で緊急避難（緊急状態）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 chose*）」と定義し、現実には衝突が存在するのは、「2 つの財が従属関係に立ち、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²²¹。

このことを前提にすると、考えるべきは、この財の衝突を法的にどのように評価するかという問題となる。

この解決の基盤となるのは、人間の基本的な行動準則であるという。ここで、フランスの諺である「どのみち災難をかぶるなら小さい方を選べ（*entre deux maux, il faut choisir le moindre*：直訳すると、『二つの害のうち、小さい方を選ぶ必要がある』）」を引用するとともに、「同等の二つの害の内では、生じる害を

²¹⁸ Paul MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Genève, 1889.

²¹⁹ 森下・前掲注 39『緊急避難の研究』76 頁。

²²⁰ MORIAUD, *op. cit.* (note 218) p.250.

²²¹ *Ibid.* p.251.

受け入れる必要がある」との記述を付け加えている。換言すれば、「二つの財のうち、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であるかは重要ではない」とする²²²。

ここで提示された原則は個人的領域について妥当するものであっても、必然的に複数の個人間の関係を規律するものではないのではないかとの疑問が生じる。この疑問に対して MORIAUD は、これが複数の個人間の関係を規律する場合にも妥当することを説明するために、「法が一般意思 (la volonté générale) にその淵源を有すること」および「一般意思が万人を同列に扱うこと」を挙げている²²³。

すなわち、法は一般意思 (la volonté générale) に淵源を有する。通常、この一般意思は個人の意味と合致するのであるが、常にそうなるとは限らない。それゆえ、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、緊急避難のような衝突状況を規律する必要がある。法が人間関係を規律するものであり、人の財のために存在しているという点に鑑みれば、公平性 (impartialité) が立法者の第一の義務となる。個人の利益が対立することはいくらでもあり、各人の財を完全に実現することは不可能であるから、法は、すべての利益にその保護を与えることができない。法は市民に対してそれらの利益を尊重する義務を課すことでそれを保護し、必要があれば、刑罰さえ頼ることがある。では、財の衝突が認められる場合に、どの財が犠牲にされるべきであるのか。この問いに対しては、「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」とするのである²²⁴。

このことから、より具体的な帰結が導かれる。衝突している財の価値が異なるのであれば、法律は、大きいものを犠牲にして小さいものが存続することを認めることはできないから、害の中からは、小さい方を選ぶことになる²²⁵。他方、衝突している財が同価値である場合にも、平等の原則が妥当する。ある人を犠牲にして、別の人を保護してはならない。したがって、「一般意思に由来す

²²² Ibid. p.252.

²²³ Ibid. p.252.

²²⁴ Ibid. p.252-255. MORIAUD にあっては、以上のような考慮のほか、「個人の脆弱性」に関する考慮も併せて斟酌している。すなわち、「社会はしばしば、個人の脆弱性を埋め合わせるという、個人に対して社会が負う義務の筆頭たるものを履行していないのであるから、より一層、困窮状態にある個人に対して、要求する立場にはないといえる」とする (p.265)。

²²⁵ Ibid. p.261.

る法 (le droit) 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」とされるのである²²⁶。

ただし、MORIAUD の場合、緊急避難行為を緊急権として承認することには慎重である。

まず MORIAUD は、緊急権を認めなければならないか否かという問題に関して、衝突する財が同価値である場合には、その不合理性から問題となり得ないとする²²⁷。そこで、衝突する財が等価ではない場合、とりわけ、価値に明らかな差がある場合について認められるか否かという問いを立てる。この問いに対しては、次のように回答する。「法は、いかなる場合でも、緊急行為を正当と宣告することはできない。…危難に陥っている財が、犠牲にしようとする財に対して優越的価値を有するときに、その都度緊急権を承認することについて、立法者は、これほど曖昧なかたちで権利を付与することはできない。その行為が [権利としての] 承認に値するもので、価値の優越性がより大きいからなおさら承認に値するものであると判断されているのは確かである。しかし、この判断は、行為遂行のあと、事実の慎重な検討のあとにしかもたらされない。刑罰法規に行動規則を定めることによって、その効果が本質的に不確かな行為を承認することはできない」²²⁸と。

以上のような MORIAUD の見解は、論者自身によって次のように要約される。「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」²²⁹。したがって緊急行為は、フランス刑法理論上、正当化事由として位置づけられることとなる。

緊急避難を心理的強制の問題として扱う傾向にあった当時のフランスの学説において、本論稿はインパクトが大きかったものと考えられる。

4) 同時期の他の論者の見解

以上の MORIAUD の見解は、フランス緊急避難論に転回をもたらしたもの

²²⁶ Ibid. p.264.

²²⁷ Ibid. p.271.

²²⁸ Ibid. p.276-277.

²²⁹ Ibid. p.277.

である。この MORIAUD の論稿と、MÉNARD 事件判決によって緊急避難論に注目が集まり、いくつかの論稿が発表されるに至った。ここでは、緊急避難に関する論文でしばしば引用されている GARÇON と SERMET の見解について若干の言及をしたいと思う。

A. GARÇON の見解

GARÇON はその注釈書²³⁰の旧刑法典 64 条の項において、心理的強制に関するものとして緊急状態についての記述を残している。緊急状態に関し、19 世紀フランスにおいて心理的強制説が主流となっているが、外国の刑事法学者および最近の諸法典ではこのような考えが採用されていないことを指摘している²³¹。「現代の刑法学者の一部」の見解として、同価値でない財の衝突の場合、「法律は、いかなる制裁によっても、より価値の低い方を保護してはならない」と主張され、他方、同価値の場合には見解がわかれ、刑の減輕しかもたらされないとする見解や、法律がこの衝突に対して無関心になるしかないと主張する見解があることを紹介している²³²。

GARÇON はこれらの見解に対して、「緊急権の限界を確定することで問題を明確化しているが、不処罰の理由を提供していない」と指摘している。そこで、不処罰の理由に据えられるべきは、「社会が処罰する利益を有しない (la société n'a pas intérêt à punir)」ことにあるとする。すなわち、「刑罰によってより重要性の低い財のために、より重要な財の犠牲が義務づけられるのであれば、刑罰は有害となろう。法律が、火災を消火して自らの生命を救うために軽微な犯罪を犯した者を処罰するとすれば、それは不合理である。衝突している財が同等である、つまり [例えば] 人の生命を救うために他の人の生命を犠牲にするのであれば、刑罰は無益である。なぜなら、刑罰は威嚇力をもつもの (intimidant) でも、見せしめ的なもの (exemplaire) でもなくなるからである。極めて例外的事情においてしか犯罪を実行しないような行為主体には、改悛の必要もない。刑罰は実務上の目的のない、純粹に贖罪のためのものにとどまることになり、これを社会的に正当であるとはもはや言えないであろう」とするのである²³³。

²³⁰ GARÇON, op. cit. (note 180) Code pénal annoté.

²³¹ Ibid. p.180, n° 112.

²³² Ibid. p.180, n° 114.

²³³ Ibid. p.180, n° 115.

B. SERMET の見解

例えば SERMET は、その論文『刑事における緊急状態』において詳細な分析を行なっている²³⁴。

SERMET は、緊急状態を解決する理論を「権利衝突の理論」と呼んでいる²³⁵。緊急状態において行なわれた行為の不処罰に関する理論は数多存在するが、それらは次の主たる 3 つの見解にそれぞれ集約されるとの整理を行なう。第 1 は、行為者の心理的強制状態を根拠とする見解であり、これは主観説であるとする。第 2 は、緊急犯罪を処罰することが實際上無益であることを論拠とする見解であり、当該見解もまた、主観説であるとする。最後に、緊急犯罪の適法性ないし無関心性 (le caractère licite ou indifférent) に基づく見解であり、これは客観説に属するとされる²³⁶。

SERMET は、以上の見解のうち、第 3 の客観説が適当であるとし、これを論じるために、4 つの事例状況を想定する。

1 つめの事例状況は、保全された財の価値が侵害された財の価値を下回る場合である。この場合は、不処罰は認められないとする²³⁷。

2 つめは、価値の高いもののために価値の低いものが犠牲にされる場合である。この場合、不処罰が認められるが、その理由については次のように述べる。すなわち、これは功利主義的考慮 (des considérations utilitaires) と処罰権の基礎 (le fondement du droit de punir) に基づくしかない。「社会は… (中略) …犯罪とみなした行為が社会の存立にとって危険であり、かつ、確実ないしほぼ確実に執行される刑罰による威迫により、行為者が犯罪の遂行を思いとどまる、または、少なくともこれを模倣しようとする者を思いとどまらせることができる」と評価する場合にのみ、処罰する権利を有し、それを執行することができる。したがって、あらゆる刑罰の基礎にあるのは、社会的有益性である。したがって、今検討している仮定状況においては、社会は処罰する利益を有しないということを指摘しなければならない。なぜならこの分析によれば、問題となる犯罪は、より重要性の低い財を害してより重要性の高い財を保全している点で、

²³⁴ Ernst SERMET, *L'état de nécessité en matière criminelle*, Paris, 1903.

²³⁵ Ibid. p.211-212, n° 155.

²³⁶ Ibid. p.181-182, n° 141.

²³⁷ Ibid. p.183-184, n° 143.

有害というより有益であるからである。」²³⁸、と。

3 つ目の事例状況は、同価値の財が衝突している場合である。この場合も行為の不処罰が認められるが、これは、当該行為が社会にとって有益でも無益でもないという考慮から説明されるという。つまり、社会はこの衝突について無関心になる (se désintéresser) ことしかできず、結果はなりゆきや力にまかせるしかないという²³⁹。

第4の事例状況は義務衝突であり、この衝突の解決は、上の3つの仮定事例について述べたルールそれぞれに従って解決されるべきであるとする。

緊急状態において行為する者には処罰が無益であるということを論拠とする見解に対しては、批判を加えている。すなわち、「緊急犯罪の不処罰を説明するために出発点としてこの理論を採用するのであれば、緊急でなくなされた何らかの犯罪についても、その不処罰を主張することに行き着くことになるのではなかろうか」との批判である²⁴⁰。SERMETにおいて、緊急行為を処罰することについて社会が利益を有しないとすることは、刑罰目的とは離れて考えられているようである。

では、緊急状態において行なう行動を権利といえるかという問題については、どのように考えているであろうか。SERMETは、価値の異なる財の衝突関係の場合には存在し、同価値の場合には存在しないとしている。前者については、「行為者が、緊急犯罪を実行することで、社会の利益それ自体を選択している」という事情に不処罰の根拠が見出される。したがって、「緊急犯罪の遂行は、ここでは、真の義務の履行、さらには、権利の行使として現れる」としている。他方、後者については、適法でも違法でもない、法の外に置かれる衝突を解決するものであるから、権利行使とは言えないとの結論を導き出している²⁴¹。より大きな価値の財を救う緊急行為について、それを権利の行使、さらには義務の履行であるとする理解は、MORIAUDと明確に異なっている。ここで、緊急行為にも権利性が認められる場合があるということを明確にしているのは、正当化事由は権利の行使ないし義務の履行であるという、当時の正当化事由の一般的把握に関する議論を反映したものであると考えられる。

SERMETの見解において興味深いのは、「社会的な」という表現が重要な意

²³⁸ Ibid. p.186-187, n° 145.

²³⁹ Ibid. p.198-199, n° 148.

²⁴⁰ Ibid. p.230-231, n° 166.

²⁴¹ Ibid. p.235-236, n° 169.

味を持っているように思われる点である。SERMET のような見解を前提とする場合、具体的事案の検討にあたっては、衝突している財の価値をどのように比較すればよいかという問題は、当然大きな意味を持つことになる。上述の第 2 の仮定事例、すなわち、より高い価値を有する財を保護するためにより低い価値の財を犠牲にする類型について、論者は以下のように述べている。「社会がこの犯罪を処罰しないのは、犠牲にされた財を侵害しないことよりも、保護された利益が保全されたことについて、社会がより大きな利益を有するという理由による。したがって、評価すべきなのは、衝突している二つの財の社会的重要性の大小である。道徳的観点はわきに置いておかなければならないし、個人的観点についても同様である。社会的観点のみが考慮されなければならない」²⁴²。

5) 不処罰根拠の内実

以上が、社会的有益性説、ひいては、正当化事由の理解において利益衡量的な判断方法を取り入れた見解の端緒ということができると考えられる。衝突している財ないし権利の価値に注目し、これを比較することで、緊急行為に認められる社会的意味合いを明らかにするという関係に立つものであった。

しかし、それぞれの論者において説明の仕方に違いがみられたように、そこで問題となる社会的意味合いの具体的内容は、必ずしも一致していたわけではない。MORIAUD にあっては、人間の基本的行動準則が一般意思と公平性の要請から社会レベルで妥当したもの、GARÇON においては刑罰目的との関係性といったように、相違がある。以下では、上述した CHEVALLIER による分析にも従いながら、不処罰根拠の内実について整理し、それぞれについて分析を加える。

A. 不処罰根拠の内実——処罰の無益性

この見解の主張者として代表的なものと言えるのは、上述の GARÇON である。すなわち、緊急状態に置かれてはじめて犯罪行為に出るような者を処罰しても、刑罰の本来の役割のいずれかないし全部が果たされることはないため、

²⁴² Ibid. p.188-189, n° 146. ただし、財とその保有者との関係性は、財の社会的価値に影響を及ぼしうるとして、その限りで個人的観点も考慮可能であるとする。

社会としては、その者を処罰しない方がよい、と主張するものである。このような説明は、フランスにおける緊急避難論の比較的初期、すなわち、19世紀末から20世紀前半にかけて、これを支持する論者を見出すことができる。また、教科書等の記述にあつては、現代の論者においても、(論者によって部分的に)このような理由づけを採用するものが見られる²⁴³。

DONNEDIEU de VABRES も、ここに類する説明を行なっている。「[緊急避難行為の] 不処罰は、処罰の理由が存在しないことから説明・正当化される。当該行為は、いかなる邪悪さ (perversité) も示していないから、改悛は無益である。十中八九、犯罪遂行を決定づけた例外的事情は再び生じないことからすると、威嚇も同様 [に無益] である。また、差し迫っておりかつ正当な行動の理由がある者に対して、刑罰威迫は効果がないであろう。緊急犯罪は、いかなる場合でも、反社会的行為とは見なされない。保護された財が犠牲にされた財よりも優越していれば、当該行為は社会的に有益であるし、財が同価値であれば社会的に無関心である。緊急状態において行なわれた行為は、『刑法の外』にある。以上が、社会が処罰のために介入しない理由である。」²⁴⁴と²⁴⁵。

DONNEDIEU de VABRES の見解は、利益衡量的判断方法を採用して、保全された財の価値に優越がある場合には当該避難行為が社会的に有益であり、価値が同等であれば社会的に無関心であるという説明をしている。この見解はまさしく、現在において通説的となっている社会的有益性説の説明である。

B. 不処罰根拠の内実—法律の許容

この見解は、HUGUENEY や BOUZAT がその先駆けであるとされている。先に示しているとおり、この説明の仕方は、旧刑法典 65 条の障害を乗り越えるために重要であった。

C. 不処罰根拠の内実—法規の衝突

この見解は、FORIERS や MERLE=VITU 等の論者に代表される見解である。

²⁴³ 例えば、LARGUIER=CONTE=MAISTRE du CHAMBON, op. cit.(note 135). p.64-65.

²⁴⁴ DONNEDIEU de VABRES, op. cit. (note 169). p.223-224, n° 385.

²⁴⁵ 同様の説明をするものとして、STEFANI=LEVASSEUR, op. cit. (note 174). p.144-145, n° 146.

すなわち、刑罰法規は、その適用が絶対的なものたり得ないとの理解を出発点とする。刑罰法規の適用と相容れない (incompatible) 状況というのが存在しており、そのような状況は、法の規定を修正するものと理解されることとなる。このような刑罰法規の相対性を前提とすれば、刑罰法規は、内在的・外在的にその適用が制限される限界を有するのである、と主張される。

6) 評価—利益衡量との関係性・批判点

以上、緊急避難の不処罰根拠の内実に関して、それぞれ挙げられている論拠につき、代表的な論者とその根拠づけについて簡単に叙述した。

先述の通り、いずれの見解においても、基本的には MORIAUD にはじまるような利益衡量的思考をその基盤としているように考えられる。それでは、そのような利益衡量的思考は、それぞれの論拠とどのような関係性にあるのか。

また、以上の見解それぞれについて、どのような批判が向けられることとなるのか。

A. 処罰の無益性

刑罰の有する機能との関係で不処罰を基礎づけようとする見解については、利益衡量との関係性は、比較的理解しやすいと考えられる。

すなわち、避難行為によってより高い価値を有する利益が保全される場合を想定する。この場合に、刑罰の威迫機能を用いて避難行為を思いとどまらせ、避難行為者に対してより価値の低い利益を保全する方向に行動するイニシアティブを働かせるとすれば、刑罰は有害なものとなる。また、同価値の利益を保全する避難行為については、社会的に有害な行為に対してのみ刑罰が適用される、とする理解を前提とすれば、この場合の避難行為は、全体としてみて有害とは言えない以上、これを処罰することは無益である、との理解に至ることとなる。

以上のように述べられる説明は、刑罰の威嚇効果や、行為者・社会に対する働きかけとの関係性では、比較的分析が容易であると考えられる。他方、この論拠を提示する論者が一般的に述べることについて分析すると、必ずしも利益衡量的思考とは結びつかないと考えられる部分も見られる。

避難行為者には改悛の必要がないとの理解は、緊急状態において避難行為に

出る者には「邪悪さ」が認められないとの説明のほか、将来において同じような緊急状態に陥ることはあまり想定されないから、行為者に対する将来へ向けた働きかけも不要であると説明がなされる。このように説明がなされる場合、そこで主として考慮されているのは、避難行為者がより価値の高い利益を保全したという観点よりも、行為者が緊急状態において行動しているという観点であると考えられる。そうすると、「法は英雄的行動を強くない」との理解を主軸とする、放任行為説的な理解に近づくものであると考えられる。

このような、処罰の無益性を論拠とする見解に対しては、この論拠が妥当するのは、緊急状態において行動した者に限られるわけではないとの批判が可能であろう。つまり、威嚇や改悛の効果がない行為者であれば、緊急状態における行為者であるか否かに関わらず不処罰とするとの帰結が導かれうる²⁴⁶。その意味では、行為者の主観に着目しているということもでき、これを主観説であると分析する者もある²⁴⁷。また、先に分析したように、利益衡量的思考との関係性についても、明らかでない部分が多いと考えられる。加えて、正当化事由は、刑罰の確定を問題とするものではないという根本的な批判も向けられている²⁴⁸。

B. 法律の許容

緊急避難の不処罰根拠について法律の許容を論拠として挙げる見解は、その見解の主張内容からも明らかであるように、主として、法定の正当化事由に当たらない場合、つまり、実定法上の根拠を欠く正当化事由を問題とする場合にも、行為の不処罰が認められうることを論証しようとするものであった²⁴⁹。したがって、この論拠自体は、利益衡量的思考との関係性はあまり意識されたものではなかったと考えられる²⁵⁰。

この見解に対する批判としては、次のものが挙げられる。すなわち、この見解は、特別規定の存在から、緊急行為の一般原則を導こうとするものであるが、むしろこの特別規定の存在は、立法者が一般規定をもつことを回避しようとし

²⁴⁶ SERMET, *op. cit.* (note 234) p.231, n° 166 ; FLASAQUIER, *op. cit.* (note 185)p.61, n° 106.

²⁴⁷ DUCASSÉ, *op. cit.* (note 170). p.139.

²⁴⁸ HABCHY, *op. cit.* (note 144). p.30, n° 45.

²⁴⁹ 江口・前掲注 137「正当化事由(1)」31-32頁も参照。

²⁵⁰ note BOUZAT S. 1945, II. p.81.

たのだということを基礎づけるのではないか、との批判である²⁵¹。この批判は、当時においては理由のあるものであったであろうが、他方、江口は、緊急避難を独自の正当化事由として承認することについて旧刑法 65 条の存在が障害となっていたことに鑑みれば、その障害を克服したという意味で大きな功績をもつものであったと記述している²⁵²。

C. 法規の相対性説

緊急避難、ひいては正当化事由が、法規の衝突・競合状態に陥った場合の法規の客観的限界であるとの考え方は、フランスの現在の正当化事由論における社会的有益性説に内在するものとして、比較的支持を得ている考え方であるように思われる。

この見解の論拠と、利益衡量的思考との関係性を明らかにするにあたっては、この問題について詳細に論じた論者の見解を紹介・検討することが有意義であると考えられる。この作業は、現在の社会的有益性説の根底にある理解を明らかにし、まさしく社会的有益性説の内実を解明するものであると考えられるため、以下で節を改めて詳細に検討することとしたい。

7) 「社会的有益性説」の内実

A. 法規相対性説の基本的理解

先述の通り、正当化事由の不処罰根拠としてこの点を挙げる見解は、刑罰法規が絶対的なものではないとの理解を出発点とする。この理解を早くから主張していた代表的な論者としては、FORIERS や MERLE=VITU を挙げるができる。

まず FORIERS は、その著書『刑法における緊急状態について』²⁵³において、緊急避難について詳細な検討を展開している。検討の手法としては、まず緊急状態にかかわる問題状況や歴史、学説等について整理する。その上で、立法において散見される種々の緊急状態に関する規定や、判例に現れた緊急状態に関

²⁵¹ CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.126, note (26).

²⁵² 江口・前掲注 206 「正当化事由 (3)」 60-61 頁。

²⁵³ FORIERS, op. cit. (note 210) De l'état de nécessité en droit pénal.

する判断を参照しながら、緊急避難が立法および判例において「認識されていなかった (ignoré)」法概念ではないことを示すとともに、その一般原理を導こうとする。

緊急避難について、次のように述べている。まず基礎として、「法規、とりわけ刑罰法規は、衝突することなく共存することはできない。」そして、「権利、財、および利益も同様に、物質的・倫理的・道徳的側面において永久に衝突状態にある。この権利、財および利益の衝突があることから、直ちに、刑罰法規は相対的であって絶対的ではないということが明らかになる。また、この相対性は、他の刑罰法規との関係でのみ存在するのではなく、道徳的規律、さらには、道徳的内容を持たない単なる利益との関係でさえも存在するのである」と述べる²⁵⁴。したがって、犯罪の形式的要件が充足されても、それ以上は犯罪と呼ぶことはできないような境界が存在しており、緊急状態（緊急避難）はこの一般的限界であるとされるのである²⁵⁵。

MERLE=VITU の記述は、非常に端的に、この種の考え方をまとめていると考えられる。論者は次のようにいう。「緊急状態とは、刑罰法規の適用と相容れない状況である。この状態は、法規則を調整する事実 (un fait correcteur) である。教会法学者はすでに、『緊急は法をもたない』ことを認めていた。刑罰法規は相対的である。刑罰法規は客観的限界を有するが、それは、その文理的内容に起因することもあれば、論理的に刑罰法規の存在理由が失われるような一定の事情に直面することによる場合もある。」²⁵⁶と。また、次のようにもいう。

「[緊急状態の] 正当化は、法律の命令のように、法規の衝突や、犯罪行為を命じまたは許容する法律の競合関係によってもたらされるのではない。正当化の原理や淵源は、侵害される法規固有の限界の中に見出される。したがって、法定要素の中性化は外在的ではなく、内在的である」²⁵⁷、と。

このような基本的理解に属しつつ、さらにより具体的な内実を伴うかたちで説明したと考えられるのは、以下に紹介する MAYAUD や HABCHY である。これらの論者は、正当化事由を「犯罪類型」との関係で考察したものと見ることができよう²⁵⁸。

²⁵⁴ Ibid. p.321, n° 489.

²⁵⁵ Ibid. p.324, n° 494.

²⁵⁶ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.591, n° 468.

²⁵⁷ Ibid. p.591, n° 468.

²⁵⁸ これらの論者の他に同様の分析を行なう論者として、ROUJOU de BOUBÉE, op. cit. (note 155). Essai d'une théorie générale de la justification.

ここで、「犯罪類型」について若干の説明をしておく。原語は「*incrimination*」である。この語は元来、「犯罪および刑罰を法律に規定すること」それ自体を意味する。したがって、辞書的には「罪刑の決定」等とも訳されることがあり、そのような訳が適切な場合もある²⁵⁹。

B. MAYAUD の見解

MAYAUD は、*ratio legis* について論じた論文²⁶⁰の中で、正当化事由についての分析を行なっている。*ratio legis* は、日本語では「立法の理由」や「立法者意思」とも訳されるラテン語の表現であり、「ある規範を制定または変更する立法者の表明されたまたは推定される意思を指す」との説明がなされるものである²⁶¹。論者は、まず本論文での主題となる *ratio legis* について、次のように整理する。*ratio legis* とは、立法の介入理由 (*la raison de l'intervention du législateur*) や法規則の原因 (*le pourquoi de la règle de droit*) を指す²⁶²。そしてこの概念が、法解釈の場面においても一定の役割を果たすことを示唆する。

他方、犯罪類型については、次のように述べる。立法者は、犯罪類型によって、一般的かつ個人を特定しない (*impersonnelle*) かたちで、行動のよしあしを参照する枠組みを確定するとする²⁶³。これは、犯罪類型が有する客観性の側面から導かれる。

以上のような理解を前提として、正当化事由について、次のように述べる。「立法者は、社会秩序とその功利主義的基礎 (*ses 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が、それだけではない。場合によっては、それらの価値が互いに両立しない場合があるから、これ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。正当化が無罪判決に帰着するのは、正当化が罪刑の決定 (*l'incrimination*) に関して *ratio legis* を突き動かす種々の社会的考慮のみを斟酌して客観的になされているからであって、反面で種々の正当な人道主義的ないし寛容主義的な懸念に応えるものとみなされるような主観的性質のさま

²⁵⁹ 山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)282頁、中村紘一ほか監訳『フランス法律用語辞典』(三省堂、第3版、2012年)229頁。

²⁶⁰ Yves MAYAUD, *Ratio legis et incrimination*, RSC. 1983, pp. 597-621.

²⁶¹ 中村ほか・前掲注259『フランス法律用語辞典』353頁。

²⁶² MAYAUD, *op. cit.* (note 260) p.597, n° 1.

²⁶³ *Ibid.* p.611, n° 25.

ざまな要素を尊重しているからではない」²⁶⁴と。

したがって、「刑法上の正当化理論が構築されるのは、犯罪類型の論理においてであり、この論理はそれ自体、社会秩序およびそれらの価値の功利主義的観念によって支配されているものである。つまり結局のところ、刑法が認めているのは、抽象的で、個人レベルのあらゆる考慮からは独立した正当化である。」とされる²⁶⁵。

正当化事由一般については以上の通り述べた上で、緊急避難についても分析を加えている。すなわち、「緊急避難が一般的正当化原因と認められるのは、それが厳格な客観性を有する限りにおいてである。また、この客観性の思想は、緊急犯罪の不処罰を心理的強制の推定に基づかせるのではなく、正当化的事実 (fait justificatif) が現実に存在することに基づかせている。そして、このテーゼ [注：緊急犯罪の不処罰が正当化的事実の存在に基づいていること] が最終的に優位なものとなったのは、このテーゼが、黙示に、犯罪類型の理論の中に含まれているからである。したがって、犯罪類型が社会的有益性という目的を追求している以上、社会秩序が機能していない限りにおいて、緊急は常に正当化的なものである。緊急によって犠牲になった価値は見捨てられるが、学説が指摘しているように、『社会的価値の一定の序列化 (certaine hiérarchie des valeurs sociales)』に基づいて、緊急の行動は正当化される。この序列化は、原理の面においては、犠牲にされた価値の本質性を奪うものではないが、非常に実践的なかたちでは、緊急状況から生じた利益衝突を解消する唯一の手段である。犯罪類型の各条が、社会秩序の表出たる抽象的価値を備えているのと同様に、これらの価値のうち一部が対置されるような場合には、より具体的な選択をするという犯罪類型 (罪刑の決定) の論理に立ち返る。」²⁶⁶と²⁶⁷。

C. HABCHY の見解

²⁶⁴ Ibid. p.613, n° 29.

²⁶⁵ Ibid. p.614, n° 31.この理由から、被害者の同意が一般的正当化事由ではないことが帰結されるとする。フランスにおける被害者の同意について、注 202 も参照。

²⁶⁶ Ibid. p.614-615, n° 32.

²⁶⁷ Yves MAYAUD, Droit penal général, 7^e éd., puf, Paris, 2021, p.513-514, n° 427 も参照。

HABCHY は、その論文『正当化概念試論』²⁶⁸において、正当化事由について詳細に論じている。

まず、刑法の機能について、「刑法は、これが適用される社会が重んじている社会的価値を保護する法である。…しかし、この保護の枠組みは、これが徹底されているとしても、絶対的なものではない。一定の状況において、通常は保護される2つの価値が、一方の犠牲なくしては他方の保護を維持することが不可能な衝突状態に至ることがある。」²⁶⁹と述べる。そして、「実定法は、究極的条件において、通常は犯罪となる行為の適法性を確立することで、極めて単純に、犯罪類型の条文によって保護された社会的価値と、行為との適合性 (la compatibilité) を認めている」とし、これが正当化概念の本質的構想であると述べる。というのも、この場合の行為の違法性の欠如は、「刑法の介入の存在理由たる社会的動揺の不存在によって説明される」からであるとする²⁷⁰。

そして、上記 MAYAUD の見解にも依拠して、犯罪類型と正当化事由との関係については、次の通り述べる。すなわち、「まず留意しておくべきなのは、正当化は、犯罪類型の規定の適用が一定の場合には不合理になるということを前提としており、正当化を生じさせるのは、擬律の規定が社会的保護価値にくみさないという事実 (la non-adhésion) である。したがって、犯罪類型の存在理由が欠如するのであれば、刑法の介入は、あらゆる有益性を失う。『犯罪類型の延長線上において、秩序と有益性という客観的目的を追求しているのであるから、この秩序が犯罪遂行によって有効に保護されている以上は、正当化が要請される』²⁷¹ということが明らかである。」²⁷²と。

この論者は、「社会的有益性」の意味内容について、より詳細に述べている。すなわち、正当化事由を社会的有益性の概念に基づかせる場合、2つの点で批判があるとする。

まず、この概念は、正当化の基礎たりうるだけの明確性を有していないという点を挙げる。この概念の考え方は2つの異なるかたちで検討されうるもので

²⁶⁸ HABCHY, op. cit. (note 144). Essai sur la notion de justification. 本論文は導入および結語を除いて2つの部から構成される。第1部は、「正当化事由の法的実体」という表題のもと、正当化事由の正当化根拠や法的構造について分析する。第2部は、「正当化事由の法体系」という表題のもと、正当化事由と民事責任や手続上の規則との関係について論じている。

²⁶⁹ Ibid. p.4, n° 5.

²⁷⁰ Ibid. p.4-5, n° 6.

²⁷¹ MAYAUD, op. cit. (note 260) Ratio legis et incrimination, p.616, n° 34.

²⁷² HABCHY, op. cit. (note 144). p.11-12, n° 16.

あるとする。その第一は、社会的有益性が集团的利益を意味しうるもので、この集团的利益に適うか否かという観点で正当化が考察されるという方向性であるが、そのような意味での社会的有益性は測定不能であると批判する²⁷³。第二の方向性として、正当化事由にあたる行為をした者に対しては処罰が無益であるとの説明があるが、この説明に対しては、上述の通り、社会的有益性概念が刑罰の確定について役割を果たすものではないことを指摘している²⁷⁴。

社会的有益性概念に対する批判の2つ目は、この概念がすべての正当化事由について十分な説明を与えることができないという点であるという。すなわち、正当化事由が存在する場合に、行為が社会的に有益である場合はしばしば見られるが、行為が社会的に無関心と言えるに過ぎない場合など、正当化と社会的有益性との一致が常に必要ではないということを認める必要があるとする²⁷⁵。したがって、以上のような内容として理解される社会的有益性概念は、正当化事由の不処罰を基礎づけるものとしては妥当ではないとし、分析を続ける。

そこで挙げられる第一の前提として、刑法は、社会的価値 (valeurs sociales) の保護のみを目的としているということを挙げる。この目的を保障するために、立法者は、任意の価値に対する侵害を禁止するという行動規範を定式化する(犯罪類型を確立する) ことによって、介入するとされる²⁷⁶。

加えて、第2の前提として、この法による社会的価値の保護が絶対的ではないということが挙げられる。一定の場合には、複数の社会的価値の両立が不可能な場合が生じるのであるから、このジレンマ状況を最も評価に値するもの (la plus appréciable) の有利となるように決する必要がある、これが立法者の役割であるとする²⁷⁷。

以上のことを前提としながら、次のように述べる。「あらゆる刑法上の犯罪類型は、ある社会的保護価値の侵害によって社会的動揺 (un trouble social) が具体化されたという事実によって説明されるのであるから、この社会的動揺が存在しないのであれば、必然的に、刑法の介入の不存在が帰結されなければならない」²⁷⁸。

この意味で刑法の介入は制限を受けるのであるが、ここで問題とされるべき

²⁷³ Ibid. p.29-30, n° 44.

²⁷⁴ Ibid. p.30, n° 45.

²⁷⁵ Ibid. p.30, n° 46.

²⁷⁶ Ibid. p.32, n° 49.

²⁷⁷ Ibid. p.33-34, n° 51.

²⁷⁸ Ibid. p.34, n° 52-53.

は、行為と社会的保護価値との適合性 (la compatibilité) であるという。すなわち、「犯罪類型の存在理由は社会的価値の保護であり、その価値が保護されるときには、この存在理由が消滅する」と説明がなされる²⁷⁹。結局のところ、この行為と社会的保護価値との適合性が、正当化を基礎づける本質的部分と理解されている²⁸⁰。

さらに、正当化根拠をこのように考える場合、次の3つの点を確認することができるという。

第一に、正当化の成立が、刑法の領域においては、刑法上の損害の不存在によって示されるということである。つまり、正当化を論じるにあたって問題とされているのは、社会の状況に対応する損害であって、個別の被害者の状況に対応する個人的損害の不存在を意味するものではないとされる²⁸¹。

第二に、行為が社会的に重要な価値に適合しているか否かを判断する以上、価値評価の作業が必要とされる。これは通常、立法者の任務であるが、被告人のための類推解釈が可能であることに鑑みれば、このような正当化根拠に基づいて、裁判官は法律の条文に明記されていない正当化事由を導出することも可能になる²⁸²。

第三に、以上のような正当化の論拠は、さまざまな正当化事由の構造の統一性、概念的単一性 (une homogénéité conceptuelle) を保障するものであるとされ、正当化事由の法的実体の研究に資するものであるとする²⁸³。

8) 判例・立法への影響

A. 判例による承認と要件設定

以上で確認したような学説における緊急避難論の発展、とりわけ 1950 年代に至るまでの議論状況は、判例による緊急避難概念の受容に多大な影響を及ぼしたとされる²⁸⁴。実際、1950 年代に至って、下級審・破毀院において、従来の

²⁷⁹ Ibid.p.35-36, n° 54, p.482-483, n° 673-674.

²⁸⁰ Ibid. pp. 35 et s., n° 54 et s. 論者は結論部分において、衝突している利益が等価である場合の正当化を否定する (p.238-240, n° 328-330)。

²⁸¹ Ibid. p..37, n° 58.

²⁸² Ibid. p.37-38, n° 59.

²⁸³ Ibid. p.38-39, n° 60.

²⁸⁴ CHEVALLIER, op. cit. (note 182). p.127, n° 14.

強制概念とは区別された、独立した正当化事由として緊急避難が認められるに至った。下級審レベルにおいて初めて緊急避難概念を認めたと評される Colmar 控訴院 1957 年 12 月 6 日判決²⁸⁵は、「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。」と明確に述べている。この判文のうち括弧内の記述は、前掲の FORIERS 論文に参照として掲載された CHARLES de VISSCHER の補遺から引用されたものである²⁸⁶。このことから、学説による後押しが強く影響していたことが窺える。

B. 現行法規定とその要件

1994 年に改正された刑法典は、122-7 条に緊急避難の一般規定を制定することとなった。その立法の審議過程において強調されているのは、本条が、判例・学説において認められてきた緊急避難概念をそのまま明文化することを意図するものであったということである。

現在、122-7 条の解釈として、一般的に緊急避難の成立要件として求められるのは、次のようなものである。すなわち、①自己、他人または財産を脅かす現在または急迫した危険の存在、②それらの保全に必要な行為、③用いられた手段と脅威の重大性との間の均衡性、である。ただし、破毀院が初めて緊急避難概念を承認したとされる破毀院刑事部 1958 年 6 月 25 日判決²⁸⁷は、④先行過失の不存在をも要件として要求している。しかしながら、上述したとおり、この要件の要否について、批判的な学説が多数見受けられる²⁸⁸。特に、これらの判例が登場した時期に、緊急避難関連判例の評釈を精力的に執筆していた BOUZAT は、この要件が緊急避難を心理的強制と混同して理解することから生じるものであるとして、痛烈に批判している²⁸⁹。

④を除く緊急避難の要件は、少なくとも 1950 年代に判例が緊急避難概念を

²⁸⁵ CA Colmar 6 déc. 1957, D. 1958, p. 357, note BOUZAT.

²⁸⁶ CHARLES de VISSCHER, Note sur l'état de nécessité, dans : FORIERS, op. cit. (note 210)p.343.

²⁸⁷ Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958, p. 693-695, note M. R. M. P.

²⁸⁸ 注 185 を参照。

²⁸⁹ note BOUZAT sur CA Rennes 12 avril 1954, S. 1954, II., p.186

受容して以降、内容に多少の差はあれど、多くの論者が認めるものと理解することができる。各要件はそれぞれ、①危険が現在するか、少なくとも差し迫っていることを要し、過去および将来の危険では足りないこと、②当該避難行為以外に危険を回避する方法がないこと、③保全利益と侵害利益を比較したときに、前者が上回っているか少なくとも同価値であること、をその具体的内容として理解されることが多い。

このような要件設定は、フランスにおいて徐々に発展してきた緊急避難概念の理解に沿うものであると考えられる。

まず、①および②については、法による保護の限界という観点から基礎づけられるものといえよう。すなわち、緊急避難が、法による保護が機能しない利益衝突状態の解消に向けられた法制度であるとする理解からすれば、緊急避難が問題となる前提状況を規律する要件として、①および②が要求されることとなる。

②には、避難行為として採りうる手段のうち、最も侵害の程度が低いものを選択しなければならないとの要請も含まれる。これは、当該利益衝突状態を解消するために必要な限度を超えた行為を許容しないとする趣旨であるが、次の要件とも関連する。

③は、緊急避難の不処罰根拠そのものを反映したものと理解されることとなる。すなわち、社会的有益性説における衡量判断は、行為の均衡性（la proportionnalité）として現れている。したがってこの要件は、緊急状態においてなされた行為の正当性について実質的な判断を加えるフェーズとして位置づけられよう²⁹⁰。すなわち、緊急避難の不処罰根拠に処罰の無益性を考慮するのであれば、当該状況において衝突している利益の価値関係を参考に、処罰が妥当する場合であるか否かを判断することになる。他方、犯罪類型との関係等を持ち出して、(刑)法により保護されるべき社会的価値を問題とするのであれば、事件の具体的事情に即して、この社会的保護価値を序列化し、優劣を決する作業を要することとなる。

C. 「均衡性」と衡量判断の位置づけ

²⁹⁰ Phèdre KALAMATIANOU, L'état de nécessité sous l'angle du droit pénal comparé (grec, français) et de la justice pénale internationale, Thèse Paris II, 2008, p.126.

ここで留意すべきであると考えられるのは、緊急避難の不処罰根拠を提示する上で重要であった価値の衡量判断というファクターが、緊急避難の要件内部に解消されているという点である。すなわち、単に複数の利益が対立している状況において、裸の利益衡量によって正当化を決する判断をしているわけではない。

緊急避難の一要件として現れる行為の均衡性は、「proportionnalité」の訳語であるが、この語は、「釣り合いがとれていること」を意味する語であり、「比例性」とも訳しうる。近年の議論においては、刑法における「proportionnalité」とはさまざまな文脈において登場するものであり、緊急避難、ひいては、正当化事由の要件として求められる行為の均衡性も、その一側面であるとの分析がなされている。例えば PRADEL によれば、刑法における proportionnalité は、まず立法者によってなされるものとして犯罪類型と刑罰の確定に際して考慮がなされており、また、裁判官によってなされるものとして、量刑の決定と正当化事由の要件解釈があるとしている²⁹¹。正当化事由の記述においては、均衡性それ自体が犯罪行為の正当化原因（une cause de justification）なのではなく、正当化事由の一適用条件でしかないとした上で、正当化事由においては、均衡性が常に必要性（la nécessité）を補うものとして現れることを指摘している²⁹²。

この行為の均衡性と、正当化事由の他の要件との関係については、HABCHY の分析が参考になる。正当化事由に共通の法的構造について検討を加えた HABCHY によれば、正当化事由の概念は2つの要素から成るという²⁹³。1つめは、正当化事由を構成する状況であり、論者はこれを正当化の誘因（une incitation justificative）と称している。これは正当化の前提条件であり、各正当化事由によってそれぞれ示されるものが異なる。例えば正当防衛においては他人の活動（攻撃）を、緊急避難においては事情から生じる作用（危険）を、法律の命令および正当な官憲の指令においては法律による直接・間接の作用（法律の命令ないし正当な官憲の指令）を指す²⁹⁴。

2つめは、この誘因に対応する人の行動を指すもので、正当化される反応（une réaction justifiée）と表現される。これは、状況に応じて、正当化事由が問題となる行為が誘因の範囲におさまるものであるかどうかを問題とするものである

²⁹¹ Jean PRADEL, Du principe de proportionnalité en droit pénal, Les Cahiers de Droit, vol. 60 n° 4, 2019, p.1129 et s.

²⁹² Ibid. p.1136-1137.

²⁹³ HABCHY, op. cit. (note 144). p.41-42, n° 62, p.316, n° 437.

²⁹⁴ Ibid. p.316, n° 438.

とされる。加えて、正当化事由が客観的に作用することを前提とすると、行為の必要性 (la nécessité) と均衡性 (la proportionnalité) が、その内容となると説明がなされる²⁹⁵。これを「反応」と称するかどうかは別にしても、特に緊急行為については、行為の要件について同じような分析を行なう論者が多い²⁹⁶。

このような整理との関係で指摘しておくべき点は、この「誘因」と「反応」との関係に留意しなければならないということである。HABCHYによれば、反応がなされたことによって、正当化の誘因が正当化事由としての役割を果たすようになる」と述べる。すなわち、フランスにおいて正当化事由を指す語 un fait justificatif は、「正当化の効果をもたらす事実」という意味であるから、字義通りに理解する限り、行為を取り巻く外部的な事実・事情こそが、行為の正当化にとって重要となろう²⁹⁷。この誘因が、問題となる行為である反応との関係においてのみ、正当化概念に包摂される所与になるという²⁹⁸。また、反対に、反応に関する客観的諸条件を分析するには、この誘因と反応との関係性を通じてなされなければならないとする²⁹⁹。具体的には、緊急避難であれば、行為の必要性は危険を考慮して判断されなければならないし³⁰⁰、均衡性の判断もまた、その危険が脅かしていた利益との関係でなされなければならないということになろう。

行為の正当化判断の中核となる社会的有益性の判断が、行為の「均衡性」というかたちで要件解釈の問題に解消されていることは、具体的な判断方法に影響を与える。

すでに検討をしてきた通り、フランスにおける緊急避難における社会的有益性は、避難行為によって、犠牲にされた財ないし利益に比して、より高い価値または同程度の価値を有する財ないし利益を保全したことから判断されるものであった。これを明らかにするために、具体的には、避難行為によって保全された財・利益と、誘因となる危険によってその存立が脅かされていた財・利益との価値が比較するという判断方法がとられる。HABCHYも、均衡性要件が「競合している利益の客観的な比較衡量 (la mise en balance objective des

²⁹⁵ Ibid. p.42-43, n° 63.

²⁹⁶ 例えば、DREYER, op. cit. (note 132). p.974-987, n° 1255-1259 ; PIN, op. cit. (note 147). p.294-296, n° 272-273

²⁹⁷ このような意味を含む「un fait justificatif」という表現が、法概念を指す言葉として適当でないとする指摘は、前述のDREYERによる批判(注132)を参照。

²⁹⁸ HABCHY, op. cit. (note 144). p.195, n° 270.

²⁹⁹ Ibid. p.197, n° 274.

³⁰⁰ Ibid. p.231, n° 319.

intérêts concurrents)」であると述べている³⁰¹。

他方、現行刑法典が成立して以降、「正当化事由の正当化根拠となる考え方は要件で汲み尽くされている」と考えて、条文の文言に即した（場合によっては形式的な）検討をすればそれで足りるとする見解がありうる。例えば PIN は、次のように述べる。「正当化について（違法要素の消滅か法定要素の消滅か）どちらの観念を採用しようとも、正当化が物的に（*in rem*）作用することを認めるのであれば、これが裁判官に対して、対立している利益の衡量ないし社会的価値の秤量を行なわせるという意味において、正当化は『価値論的（*axiologique*）』側面を呈する。この秤量は、法定の正当化事由の適用を問題とするときには、明白とは言えない。というのも、保護価値の衡量は、自らの行動が正当であると主張する者によって用いられた手段の必要性と均衡性という統制の背後に隠れるからである」³⁰²。のちに正当防衛との関係で詳述するが、PIN は避難行為の均衡性について、対立している利益の価値関係を問題とするのではないと指摘している³⁰³。

9) 小括・評価

以上で概観したフランス緊急避難論の展開を小括する。

フランスにおける緊急避難論の出発点は、心理的強制を始めとする主観的基礎づけとの区別を意識することにあった。MÉNARD 事件判決および MORIAUD の著作などを契機として、19 世紀末から 20 世紀前半にかけて、緊急避難と心理的強制との概念的な相違が強調されるようになる。すなわち、極限的な緊急状態に置かれた者を問題にする限りにおいては両概念を同視しうる場合があるのは確かであるとしても、緊急避難の場合には、犯罪となる行為によって危険を回避するか、危険を甘受するかという選択の余地が残されている。これに対して、心理的強制は、文字通り行為を強いられ選択の余地がない場合を主に想定している。したがって、緊急避難と心理的強制とは質的に異なる状況を問題としており、これらの概念を同視することはできないとされる。この点が、フランスにおける緊急避難論の出発点である。

³⁰¹ Ibid. p.243, n° 334.

³⁰² Xavier PIN, L’empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal, dans : Patrick MISTRETTA (dir.), *L’empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020, p.124

³⁰³ PIN, op. cit. (note 147). Droit pénal général, p.286, n° 260.

このような緊急避難の理解は、緊急避難の「客観性」というかたちで現在まで引き継がれている。緊急避難は、客観的無咎責事由たる正当化事由の一つとして、行為者の心理状態を問題とせず、行為の不処罰を導くこととなる。

判例は、1950年代に至って、刑法典に明文規定が存在しないにもかかわらず、緊急避難という法概念を承認し、一定の要件下で行為が正当化される場合があることを認めた。判例による緊急避難概念の承認は、学説による後押しを受けたものであるとされている。

そこで、学説において緊急避難概念がどのように論じられてきたかに目を向けると、緊急避難行為がなにゆえ（明文規定もないのに）不処罰となるかという不処罰根拠について、さまざまな角度から探究されていたのがみてとれる。

特にその初期においては、当時、正当化事由が処罰されないことの説明として、それが権利の行使または義務の履行に当たるからであるとの分析が主たるものであった。緊急避難概念の解明も、一定程度このような分析視角に則るものが散見され、「緊急権（le droit de nécessité）」という観点から考察するものがみられた。そのような議論状況にあっても、例えば MORIAUD は、緊急状態における行為を権利として承認することは否定している。ここでは、「社会的観点」からの緊急避難行為の不処罰の考察がなされていたといえる。この「社会的観点」は、より法理論的にその内容が具体化されることとなり、処罰の無益性や刑罰法規の相対性というかたちで不処罰根拠の考察が進められることとなったといえよう。

以上のような、社会的観点から考察して緊急避難の不処罰を基礎づける見解は、その根底において、衝突している利益の価値を比較衡量し、侵害された利益に比して保全された利益が優越しているか、少なくとも同等であることを要請している。これが認められる場合には、当該避難行為が社会的に有益であるか、少なくとも社会的に無関心なものであるとされる。この社会的有益性という考え方は、それぞれの不処罰根拠の内実を支えるものと理解されよう。

以上のように提示された不処罰根拠である社会的有益性の内実について、若干の検討を加える。すでにフランスにおいて指摘がなされているように、処罰の無益性をその内実に据えることには、問題があると考えられる。刑罰がその役割を果たさないのは緊急状態において行為する者に限ったものではないとの批判は、理由があるものであると考えられるからである。加えて、このような基礎づけと利益衡量的思考方法との関係性については、明らかでない部分も多い。「刑罰が有害である」との説明は、侵害利益に比して保全利益が優越する場

合には、社会からしてそのような行動を思い留まらせる理由がないとして理解できる。他方、「刑罰が無益である」との説明には、「行為者に改悛の必要がない」との観点や、「法は英雄的行動を強くない」との観点が含まれているように考えられる。このようなファクターは、避難行為がより価値の高い利益を保全しているという側面よりも、避難行為が緊急状態においてなされているという側面に着目しているものである。後者は、緊急避難という法概念を基礎づける重要な一側面ではあるものの、避難行為が超刑罰的（extra-pénal）領域に属するとする放任行為説のような理解に通じるところがある。

一般に、放任行為説の代表的論者とされる GARRAUD は、次のように説明している。

GARRAUD は、緊急避難の不処罰根拠に関する記述の部分において、まず、従来通説的なものとして理解されていた主観的基礎づけと、「近時の支配的な見解」として緊急避難を利益衝突状況と理解して財の価値衡量を行なう見解とを紹介する。その上で、次のように私見を述べている。「しかし、不処罰を説明するためには、一方が他方を必然的に犠牲にしなければならない二つの正当な利益の衝突から生じる権利状態であるとするやり方の客観的観点、または、犯罪を正当化することなく責任を消滅させる心理的強制による主観的観点にとどまることは不可能である。現実には、緊急状態において処罰の余地が存在しないのは、処罰が社会的に有効でなく、したがって、社会的に不正（injuste）であるからであろう。…一方では、緊急状態から生じる衝突が、通常なら罰が妥当するのとは異なるかたちで、人を二者択一の状況に置く。犯罪的行為によってしか免れることのできない重大で確実な害は、英雄でない者の意思を屈服させ、不可抗力とともに駆り立てる。社会的観点から行為主体を罪あるものと宣告すれば、それは、英雄として行動しなかったことについて処罰することになる。他方、この罪のある行為を思い止まらせるために、刑罰の威迫はどれほどの有効性を有するであろうか。刑罰によって、より低い重要性の財のために、価値の高い財の犠牲が強いられるのであれば、刑罰は有害であろう。それ以外の場合では、刑罰は無益となる。これら 2 つの、一見して矛盾する定式は、現実には、同一である。すなわち、『緊急は法を持たない』または『緊急は法を作る』である。この著名な良心は、長きにわたって、この問題を判断してきた。緊急状態において、法律は事実の支配力（puissance）を考慮する。法律は、その規定が遵守されることを要請しなくなる。なぜなら、法律はこの遵守を請求

できないからである」³⁰⁴。

他方、「法規の相対性」と「行為の社会的有益性」という観点を組み合わせるかたちで、犯罪類型との関係から正当化事由を論じる見解は、一定の合理性を有すると考えられる。刑罰法規は相対的なものであり、ときにその具体的適用において、他の刑罰法規との競合関係に陥る場合がある。そのみならず、一定の事情が存在する場合には、その刑罰法規の存在理由が失われるという意味で、刑罰法規には客観的限界が存在するであると理解する。このように考えるとき、「刑罰法規の存在理由が失われる」ことを基礎づけるかたちで、当該法規が保護しようとしている「社会的価値」と、行為者が保全した価値との関係が問われることになるのである。

その意味で、この見解は、行為の社会的有益性を基礎づけるための衡量判断に際して、考慮可能な「価値」を一定の範囲に制限することにも、論拠を提供できそうに思われる。HABCHY が指摘しているように、正当化を理由づけるために論証すべきことの根本が「社会の動揺」の不存在であるならば、これを明らかにするためには、当該行為が社会にもたらす反応、すなわち、行為の社会侵害性が問題とされなければならない。他方、個々人のレベルで具体的に生じている損害は、正当化事由によって刑法上行為が正当化される場合であっても、依然として残存するとの理解が可能である。

結局のところ、このような理解は、衝突状況において問題となっている財や利益の価値を犯罪類型等との関係から抽象的に把握し、その比較・序列化を通じて、刑法による介入が差し控えられるべきか否か、との観点での考察を可能とするものであると考えられる。したがって、価値等の衡量枠組みは、刑法による介入を差し控えるという消極的評価に資するものではあっても、行為の適法性を基礎づけるという積極的評価に対しては、さほど役割を果たしていないのではないか、との疑義が生じる。

この点は、特に緊急避難と、正当防衛をはじめとする他の正当化事由との関係性を考察することにより、より鮮明になると考えられる。

第3節 正当防衛との対比

以上のとおり、「社会的有益性」説は、緊急避難論との関係で発展してきたも

³⁰⁴ GARRAUD, op. cit. (note 148). p.700-702, n° 362.

のと見ることができる³⁰⁵。しかしながら、上述の通り、正当化事由一般について検討される場合には、この概念が緊急避難以外の正当化事由をも包括するかたちで論じられることさえある³⁰⁶。特に正当防衛との関係では、共に緊急行為であるという点で、正当防衛が緊急避難の特殊事例であるとの理解を示すものもみられる³⁰⁷。

では、正当防衛と緊急避難とが、要件や法効果等の点で同一のものものとして論じられているかといえば、そのようなことはない。正当化事由一般については社会的有益性の理論をもって説明をしていたとしても、やはり各正当化事由については、それぞれの特殊性に応じた説明がなされている。学説における一般的理解によれば、両者は共に緊急行為という点で共通しながらも、正当防衛の構造は、侵害の対象が不正であるという点で特殊性が認められるとされる。

したがって、両者の間に一定の共通性を認める見解からは、侵害対象が不正であるという正当防衛の特徴を、不処罰（正当化）根拠のレベルに読み込むこととなる。反対に、一定の考慮を読み込むからこそ、成立要件および法効果の点で、緊急避難との相違が鮮明になる。このような両者の関係性を前提とすれば、緊急避難と正当防衛を対比して考察することにより、より一層、緊急避難に固有の性質も明らかとすることができようと考えられる。

そこで以下では、必要な範囲で正当防衛における議論状況を整理し、緊急避難論との比較・考察を行ないたいと思う。

1. 正当防衛論の歴史

正当防衛に関連する規定の変遷は、すでに紹介している通りである。正当防衛に関する議論の変遷は、BOULOCによれば、概ね次のようなものであったとされる³⁰⁸。

まず、革命以前、アンシャン・レジーム下の法は、キリスト教の影響を強く受けていたものであるとされる。すなわち、攻撃に対する故意による抵抗は、

³⁰⁵ ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.* (note 155). p.20.

³⁰⁶ DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.* (note 169). p. 218 et s. ; ROUJOU de BOUBÉE, *op. cit.* (note 155). ; HABCHY, *op. cit.* (note 144).

³⁰⁷ GARÇON, *op. cit.* (note 180)p.812, n° 1 ; PRADEL, *op. cit.* (note 142) p.336, n° 388.

³⁰⁸ BOULOC, *op. cit.* (note 133). p. 382, n° 424. フランスにおける正当防衛論の発展について、徳永・前掲注 139「比較法的考察（5）」158-150頁も参照。

隣人愛の義務への違背と見られた。したがって、自らを防衛しようとして殺人・傷害を引き起こした者は、刑罰を免れるために、赦免状を願いでなければならないものであった³⁰⁹。

その後、1791年刑法典においては、上述の通り、正当な殺人の場合に処罰されないことが明文で規定される。この規定は、1810年刑法典の328条および現行刑法典に引き継がれることとなる。

アンシャン・レジーム下における規則と革命後の規定を比較する場合には、その基本的構想に大きな差異を認めることができる。すなわち、革命後の規定においては、正当防衛の権利性が強く押し出されているという点である。BOULOCは、ローマの哲学者 Cicéron が正当防衛を自然法の原則と見ていたことを挙げつつ、その意味で、革命後の立法は「ローマの伝統を回復」するものであると評する。

そのような正当防衛の基本構想が、現在の正当防衛論にも受け継がれていると考える見解においては、論者によって程度の差があるとはいえ、正当防衛の権利性が考慮されていると見ることができる。また、場合によっては、義務として構成される場合もある。BOULOCは、「正当防衛の状態で行動した者は、権利を行使したものとみなされなければならない。個人の防衛は、原則として禁止されるが、社会による介入が不存在である結果として、不正な攻撃の場合に正当になる。攻撃者の利益と非攻撃者の利益が対立する場合には、攻撃者の生命および身体の完全性は、非攻撃者の生命および身体の完全性よりも、尊重に値しない利益となる」、また、「自衛することで、権利を行使するだけでなく、正当に義務を履行していると認めることもできる。なぜなら、不正な攻撃に抗う者は、法(droit)のために戦い、したがって、社会の防衛に貢献している。反撃によって、脅かされた法を再建しているのである。」と述べている³¹⁰。

ただし、現在のフランスにおける正当防衛に関する議論状況を見る限りでは、自然法思想における正当防衛権とは理解が異なっている。多くの場合、正当防衛権は、市民に対する「私的警察権(police privée)」の移譲であるとの説明がなされる³¹¹。例えば、KALAMATIANOOUは、正当防衛における要件解釈が緊急避難におけるそれとは異なる理由を記述するに際して、次のように述べる。「(防

³⁰⁹ これについては、福田真希『赦すことと罰すること』(名古屋大学出版会、2014年)も参照。

³¹⁰ BOULOC, op. cit. (note 133). p.382-383, n° 425.

³¹¹ PIN, op. cit. (note 147). Droit pénal général, p.278, n° 253.

衛行為の均衡性の評価が、緊急避難とは異なり厳密な損害の比較によらないのは³¹²⁾ 正当防衛が違法な攻撃によって大きく動揺させられた社会秩序を再建しようとしているということから説明される。したがって、この反撃を正当化するのには国家の欠如 (carence) であり、社会は、この状況に置かれた、または、他人の攻撃の目撃者となった各人が、自らこの状況に対応しうることにより正当かつ有益な利益を見出す。社会秩序の維持は原則として国家権力に属するが、違法な攻撃がもたらす危難の切迫状況に国家の介入の可能性がないときには、刑罰法規はこの権利を全市民に移譲する。」³¹³⁾と。

また、PRADEL は次の通り述べている。「個人による防衛は、原則としては何人も自ら司法をなすことはできない (nul ne peut se faire justice à lui-même) というルールに基づいて禁止されるものであるが、違法な攻撃が公権力によって防止されなかったときには、正当になる。公権力の機能不全を前にして、個々に緊急下において一種の私的警察を行使させる権限を与えることで、自らまたは他人の防衛を保証する努めを与える必要がある。」³¹⁴⁾と。

2. 正当防衛の権利性—退避義務との関係

正当防衛の権利性は、退避義務に関する議論とも深く関わっている。わが国の議論においても一般的に指摘がなされているが、正当防衛と緊急避難とを対比した場合に、それぞれ行為者に退避義務が課せられるか否かは、典型的な相違点として指摘されている。すなわち、緊急避難の場合は、その要件として避難行為が危険回避の唯一の手段であるという意味での補充性が要求されるため、第三者への転嫁をすることなく危難の回避が可能であった場合には、第三者へ危難を転嫁する行為は可罰的なものにとどまる。これに対して、正当防衛の場合には必ずしもこのように考えられているわけではなく、その論拠として、正当防衛が権利であることが指摘されるのである³¹⁵⁾。

旧刑法典における議論に関しては、例えば MOLINIER が次の通り述べている。「この防衛の必要性要件は、行為主体が、退避することによって自らを脅かしていた攻撃または危険を回避することができる場合にも、防衛が正当である

³¹²⁾ この要件解釈の相違については、後述する。

³¹³⁾ KALAMATIANTOU, op. cit. (note 290). p.137.

³¹⁴⁾ PRADEL, op. cit. (note 142) p.320.

³¹⁵⁾ LARGUIER=CONTE=MAISTRE du CHAMBON, op. cit.(note 135). p.62 は、補足的にはあるが、「法は不名誉 (le déshonneur) を強いるものではない」と述べる。

か否かという問題を提起する。過去、刑事法学者は、被攻撃者の社会的地位に応じた区別を行っていた。軍人や貴族のように、逃避すれば恥辱や不名誉に晒される者であれば、逃避することなく自衛可能であるとした。そうでなければ退避しなければならず、退避しなければ、その者に防衛の過剰が認められた。しかしこの区別は、今日では、すべてのフランス人が法の下に平等であるから、受け入れ難い。したがって、誰であっても、次のとおり定式化できるルールに従う。①危険を回避し、不正な攻撃者との戦いを行なう緊急状態に入らないために、退避は賢明と言いうる。[しかし、] ②自らがとどまる権利を有する場所を離れる義務は存在しない」³¹⁶。

また、現行刑法典を前提とする場合にも、退避義務を否定する論者が散見される。MERLE=VITUによれば、「実際、正当防衛は、客観的に法(Droit)に合致する状況である。Jean-Jacques ROUSSEAUのように『防衛の必要性は、各人が自ら司法をなす権利を有する自然状態に人を立ち戻させる』とは言わずとも、また、HEGELのように『攻撃は法の否定であり、防衛はこの否定の否定であるから、法の実践である』とは言わずとも、緊急の場合で、司法による通常の手段が人または財産の安全を保障するのに十分でないときは、社会が処罰するあらゆる利益を失うと指摘することで十分である。同様に、自衛する市民は、権力に代わって秩序維持に貢献している。したがって、遂行された行為は、法の観点から批判できない」³¹⁷と。

3.正当防衛における「社会的有益性」

以上の通り、多くの見解は、正当防衛について何らかの権利性を承認しているということができる。そのような考慮が付加されることにより、正当防衛の要件解釈においては、緊急避難のそれよりも比較的緩やかに解する余地があると考えられているように思われる。

衡量の判断枠組みでの考察との関係性では、正当防衛の特殊性がいかにして考慮されることになるであろうか。

まさしく価値の衡量との関係では、例えば RICHARD は次のようにいう。すなわち、「正当防衛における緊急避難と異なる要素は、攻撃の違法性 (le

³¹⁶ MOLINIER=VIDAL, op. cit. (note 208) p.200.

³¹⁷ MERLE=VITU, op. cit. (note 131). p.575, n° 452.

caractère injuste) である。不正な攻撃に対して自らの人格または財産を保護する者は、特定の対象を保護しているだけでなく、欠如している公権力に代わり、その立場で、社会防衛に貢献している。したがって、保護された財と拒まれた財との間の価値評価においては、防衛者の側に、不正に脅かされた公序が新たに加算されることとなり、緊急避難における外見的計算方法は、もはや問題とならない」³¹⁸と。

20世紀において、社会的有益性の概念から正当防衛と緊急避難双方の正当化を基礎づけようとした論者としては、DONNEDIEU de VABRESがその筆頭であるといわれる³¹⁹。論者は、緊急避難の一特殊事例として正当防衛を位置づけている³²⁰。そのような理解のもと、正当防衛の正当化根拠については、次のとおり記述している。「緊急の事例と同様に、われわれには、客観的観点が好ましい。自衛する被攻撃者が処罰されてはならないのは、この者が社会に貢献したからである。したがって、社会は、不正な侵害に抵抗した者を罰する (frapper) することにいかなる利益も有しない。当該行為は道徳的に非の打ち所がなく、社会的に有益である。このことから、正当防衛は権利の行使であり、刑事・民事それぞれの責任を排除するものであることが帰結されるであろう。またこのことから、正当防衛が権利の行使であるというだけでなく、義務の履行でもあることも帰結されるであろう」³²¹と。

他方、HABCHYは、「行為の社会的保護価値に対する適合性」を正当化の実質とするが、正当防衛については、次のように述べている。すなわち、「攻撃(社会的価値を脅かす社会的損害)の存在によって、個々人は、自身がその被害者であろうと全く無関係な者であろうと、攻撃者を無力化する (neutraliser) す

³¹⁸ André RICHARD, op. cit. (note 181)p.14. 同様に正当防衛と緊急避難との類似性を指摘し、社会的有益性の観点からそれぞれを根拠を見出すものとして、Jean-Marie AUSSEL, La contrainte et la nécessité en droit pénal (force majeure, contrainte physique et morales, cas fortuit, état de nécessité et la légitime défense), dans : G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, Paris, 1956, p.287-288, n° 68.

³¹⁹ 江口・前掲注 137「正当化事由(1)」32頁、徳永・前掲注 139「比較法的考察(5)」148頁。

³²⁰ DONNEDIEU de VABRES, op. cit. (note 169). p.227, n° 390.

³²¹ DONNEDIEU de VABRES, op. cit. (note 169). p.229-230, n° 394. このほか、例えば CUCHEは、防衛が社会の防衛にとって必要である点を挙げ、犯罪とは公序の動揺であるところ、防衛行為によってこの動揺を阻止することとなっている点をあげる。これと同時に、侵害が違法である以上、攻撃者の生命や身体の完全性は、被攻撃者のそれらよりもより尊重に値しない利益である、との点も挙げている (Paul CUCHE, *Précis de droit criminel*, 5^e éd., Dalloz, 1934, p.51-53, n° 55)。

ることができるようになる。この場合、この正当化の真の根拠は、防衛行為がまさしく攻撃の対象である社会的保護価値と適合しているという事実認められる。なぜならば、この種の防衛から攻撃者に物質的な損害が生じるとしても、いかなる社会的動揺も見出されないからである」³²²と。

フランスにおける正当防衛の正当化根拠論は、そもそも十分に深化されていないとの指摘もなされている³²³。上述のように、正当化事由の正当化根拠を広く社会的有益性から説明しようとする見解にあっても、正当防衛行為がどのような意味で「社会的に有益」であるといえるのかは、判然としない部分が多い。大別すれば、攻撃が不正である点、公権力の代理人として行動している点などが価値衡量において価値をそれぞれ加除すると考えるか、これらの点が考慮されるがゆえにそもそも正当防衛行為は（一定の極端な場合を除いて）社会的に有益であると考えられるか、という方向性がみられる。

すでに検討した、フランスにおける正当化事由の一般的把握の試みを想起すれば、正当防衛は 1791 年刑法典から（各則に置かれていたとはいえ）明文で定められており、早い段階から権利の行使ないし義務の履行として正当化事由に含まれるとの理解が示されていた。このことを踏まえると、正当防衛は利益の衡量判断に基づく社会的有益性という観点からもその正当化を説明することは可能であるが、緊急避難に対する正当防衛の独自性を特徴づける要素は、それ自体単独で、正当防衛行為の社会的有益性を強く推認させるものと捉える余地があると思われる。

以上のとおり、フランスにおける正当防衛の正当化根拠論から明らかになるものは断片的であるものの、緊急避難との対比で指摘がなされる正当防衛の独自性は、要件等における種々の相違点を説明することに役立っている。ここでは、緊急避難と正当防衛のそれぞれの行為に対して要求される均衡性要件の内容と、行為者の民事上の責任と問題について、若干の検討を加える。

4. 正当防衛と緊急避難の比較

1) 行為要件としての均衡性 (la proportionnalité)

³²² HABCHY, op. cit. (note 144). p.36, n° 55.

³²³ 徳永・前掲注 139「比較法的考察 (5)」129 頁。

上述のとおり、一般に、正当防衛および緊急避難は、それぞれ行為に関わる要件として、行為の必要性 (la nécessité) および均衡性が求められている。行為の必要性は、緊急避難においては、避難行為以外に採るべき手段がないという補充性の意味で、正当防衛においては、緊急避難の意味におけるのと比してより緩やかな意味で、理解されることとなる。

一般にこれらの要件は、正当防衛や緊急避難が認められる前提となる侵害・危険の状況が存在していることを前提に、当該行為が、そこで生じている利益衝突を解消する行為として許容される限度におさまっているか否かが判断するものと理解されているとあってよい³²⁴。均衡性について、例えば KALAMATIANOU によれば、「均衡性の基準は、刑事責任を免じる全ての客観的事由の重要な要素 (l'élément significatif) を構成する。個人が、極めて特殊な衝突状況に対応するために、他人の保護利益の侵害を法律によって例外的に許容されるとしても、このことは、当該個人が無制限に、その事情に応じた最低限の分別 (prudence) ももたずに行動して良いことを意味するわけではない。」³²⁵との説明がなされる。

フランスにおける伝統的な理解によれば、正当防衛と緊急避難とで、この均衡性の理解が異なるとされている。すなわち、正当防衛における均衡性の理解としては、「行為」のレベルで評価され、防衛行為者による反撃行為が攻撃の強度と比較されなければならないことが強調される³²⁶。これに対して、緊急避難における均衡性の評価は、結果レベルに位置づけられるとされる³²⁷。

このような相違は、それぞれの特徴の反映を意図したものである。すなわち、正当防衛の場合には、違法な攻撃に対する行為として、一種の権利（さらには義務）と考えられる余地があるがゆえに、防衛行為によって「引き起こされた損害が、最終的に当初避けようとした損害よりも重大であったとしても、少なくとも、防衛行為が正当か否かの検討を禁じるものではない」³²⁸とされるのである。これに対して、緊急避難についていえば、比較的に優越している利益を保全するために、正当な利益間に生じた衝突状況を解消するための制度として緊急避難を理解する以上、避難行為がその限界を超えるか否かの判断は、犠牲

³²⁴ 上述の HABCHY による分析（注 293 以下）を参照。

³²⁵ KALAMATIANOU, op. cit. (note 290). p.126.

³²⁶ KALAMATIANOU, op. cit. (note 290). p.137 ; BOULOC, op. cit. (note 133). p.387-388, n° 432.

³²⁷ KALAMATIANOU, op. cit. (note 290). p.144.

³²⁸ Ibid. p.138.

にされた利益と保全された利益との比較を要する、と説明がなされる。

以上はこの問題に関する伝統的理解であるが、近時、より条文の文言に即して、緊急避難についても行為レベルでの比較を行なうべきであると主張する見解が存在する。

PIN は、次のように記述する。「条文は、用いられた手段と脅威の重大性との均衡関係を指しているのであって、対峙する利益の均衡関係を指しているのではない。このことは、仮にこれらの利益が同価値であれば、裁判官はこれを序列化できないということからも理解される」³²⁹と。その上で、このような理解が妥当する、Papeete 控訴院の判決を紹介している。

【Papeete 控訴院 2002 年 6 月 27 日判決】³³⁰

本事案において、被告人は事故による対麻痺を患った患者である。305 株の大麻と 84 個の大麻の苗を所持していたことについて訴追された。被告人は大麻の取引は行なっておらず、自身の対麻痺による身体的苦痛を緩和するために、大麻をハーブティーにして用いていた。被告人の主張によれば、大麻の株の所持はハーブティーの作製に必要であり、また、他の薬では腎臓に負担がかかるものであったため、ハーブティーとしての大麻の使用は、身体的苦痛を和らげるために唯一の手段であり、緊急避難により正当化されるとした。

【判決】

「被告人は、自ら栽培を確保していた苗の多さは、ハーブティーとして用いるのに必要な多量の花を唯一手に入れることができる、雌株の苗を手に入れる必要性に起因していたと主張している。被告人に対して、自身の腎臓を傷つけ得るものとみなしていた通常薬の使用を拒絶することについて、非難することができない。被告人は、自身の絶え間ない苦痛という現在の危険によって確かに脅かされており、大麻の株および苗の所持は、自身の健康、すなわち自身の人格の保護に必要なハーブティーの消費に向けられ、用いられた手段は、本件において、脅威の重大性に対して不均衡ではない。したがって、刑法 122-7 条の適用によって、緊急による免責を考慮し、原判決を修正して、被告人を無罪にして訴追を終了させる。」

³²⁹ PIN, *op. cit.* (note 147). *Droit penal general*, p.286, n° 260.

³³⁰ CA Papeete, 27 juin 2002, D. 2003, IV, p. 584-586, note P. GOURDON

また、DREYERにも同様の主張が見られる。「刑法典 122-7 条は、ある人が財の防衛のために犠牲にされ得ないということが原則とされながらも、他人の防衛のためにその者が、また、他の財の防衛のためにその財が犠牲にされうることを認めているように見える。しかしながら、このことをもって、正当化の制度が専ら問題となる価値の評価に基づいていると帰結することはできない。これらの価値は、実際には、いかなる役割も果たさない。なぜなら、緊急避難の要件が尊重されるのであれば、立法者は事前にこの衝突を規制したといえるからである。」³³¹とされる。そして、PINが紹介した裁判例を挙げ、この事案において裁判官が「価値の衝突」について何も決しておらず、もしこの価値が問題となっていたならば、個人の充足 (bien-être) の反対側には、麻薬関連立法の基礎となる公衆衛生上の懸念が対置されることとなり、正当化は排除されたと述べるのである。また、同種の事案として、次の裁判例を紹介している。

【Toulouse 控訴院 2001 年 2 月 15 日判決】³³²

チュニジア国籍を有する被告人は、フランスに不法入国後、不法に滞在していた。被告人は、不法入国、および、自国への強制送還措置を拒絶した事実について訴追されたが、強制送還措置の拒絶については、無罪とされた。

【判決要旨】

被告人は、自身の国において、自身の態度表明により、出身国に帰った場合には地域の安全当局の側に敵対的反応を引き起こしうると知っていたので、チュニジア行きの飛行機への搭乗を、暴力を用いずに拒否した。このように行動することによって、自らを脅かしている急迫の危険を避けるために、自身の保護に必要な行為を実行した。そして、本件において、用いられた手段と保護された利益との間に不均衡は存在していない

DREYER は、この判決についても、価値の衝突という解決法がとられ得ないことを指摘した上で、もし問題がそのように提起されるのであれば、「外国人の管理を尊重させるという考慮 (souci) は、この強情な個人の個人的利益に勝る

³³¹ DREYER, op. cit. (note 132). p.1020, n° 1307.

³³² CA Toulouse, ch. corr., 15 févr. 2001 ; M. c/ Min. publ. : Juris-Data n° 148015 ; JCP - La Semaine Juridique Édition Générale, 2001, 2948 ; D. 2003, Somm. 175, obs. Gozzi ; RSC. 2002, 116, obs. Delmas Saint-Hilaire.

であろう」と述べるのである³³³。

以上を踏まえた上で、次のように述べる。「したがって、この問題はどのように提示されるのではない。依然として、また、常に、人が判断するのは行為である。正当化は、損害的な出来事に直面して反応するために用いられた手段を本質的に考慮する。この手段のみが、問題となった危難に相当している (mesuré) か否かを確認することを可能とする客観的評価の原因となるのである。」³³⁴と。

以上のような主張は、均衡関係が求められる部分について、現行刑法典の条文が「用いられた手段と脅威の重大性」と規定し、「生じた結果」といったファクターを明示していないという点にも着目している。「生じた結果」といった文言は、1994年刑法典の立法過程において削除されたとの事実にも鑑みれば、現行刑法典の解釈の仕方としては成り立ちうるものであると考えられる。

しかし反対に、留意すべきであるのは、現行刑法典の緊急避難規定が、旧刑法時代に判例・学説によって練り上げられた緊急避難概念をほぼそのまま条文化するものと理解されていることである。条文上要求されている行為の均衡性要件が、緊急避難の不処罰根拠にとって重要な利益衡量枠組みを反映したものであるとすれば、緊急避難における均衡性は、依然として結果レベルでの比較が求められるとの理解も可能である。

2) 民事責任への波及効果—緊急避難の特殊性

フランスの正当化事由論において、とりわけ緊急避難とそれ以外の正当化事由との相違について言及がなされるとき、民事責任に関する問題が取り上げられる。そこで論じられる主たるものは、危難を転嫁される第三者が、避難行為者に対して損害賠償ないし補償を求めることが可能であるか否かという点である。すなわち、刑事裁判において正当化事由の存在を理由に犯罪行為の成立が否定された場合に、避難行為者は、直ちに不法行為等を理由とする損害賠償の責任を免れるか、というかたちで議論がなされている。

このような、正当化事由と民法上の補償との関係性に関する議論は、フランスにおける緊急避難論が、危難を転嫁される第三者の保護に配慮するために議論がなされる第一の問題である。わが国やドイツの議論においては、特に第三

³³³ DREYER, op. cit. (note 132). p.1020-1021, n° 1307.

³³⁴ DREYER, op. cit. (note 132). p.1021, n° 1307.

者の正当防衛による対抗可能性を残すために、避難行為の法的性質との関係で深く論じられている。これに対して、フランスにおける緊急避難論では、このような点に関する議論はさほど活発ではない³³⁵。その代わりに、事後になってから被害者に対してその損害を金銭的に埋め合わせることができるか、というかたちで、当事者間の公平性に配慮しているものと思われる。

A. 前提

刑法上の犯罪行為を理由として民法上の賠償請求を問題とする場合、フランスにおいては、まずは民法上の不法行為が問題となりうる。フランス民法典における不法行為に関する規定は、現行民法典 1240 条以下（2016 年債権法改正以前の 1382 条以下）に置かれている。規定は、次のようなものである。

【民法 1240 条】

他人に損害を与える人のあらゆる行為は、フォートによって損害を生じさせた者に対して、その損害の賠償を負わせる。

【民法 1241 条】

各人は、自らの行為によってのみではなく、自らの懈怠または軽率によって生じさせた損害についても責任を負う。

【民法 1242 条 1 項】

人は、自ら固有の行為によって生じさせた損害のみならず、自らが責任を持つ人の行為、または、自らの管理下にある物の所為によって生じた損害についても責任を負う。

（2 項以下省略）

このうち、条文にも明記されるフォート（faute）は、場合に応じて「非行」ないし「過失」などと訳される場合があるが、フランスにおける民事責任を論じるにあたっては、この概念の特殊性ゆえに、そのまま「フォート」とも表現される。これは責任の発生根拠となり、その内容については議論があるが、伝統的には、行為の違法性（illicéité）と帰責性（imputabilité）を内包する概念で

³³⁵ HABCHY, op. cit. (note 144). p. 59-60, n° 96 はこの問題に言及し、避難行為への対抗行為は緊急避難として正当化の余地があると述べている。

あるとされる³³⁶。

上記の民法 1240 条以下が定める不法行為による民事責任の要件は、概ね、次のとおりに整理される。すなわち、①行為主体が民事責任を帰責可能な主体であることを前提に、②責任を生じさせる行為 (fait) および③賠償可能な損害 (dommage) が存在し、④この行為と損害との間に因果関係が認められることである³³⁷。フォートは、主に②の問題として取り扱われる³³⁸。

わが国の規定ぶりとの比較という観点で考察する場合、フランス民法には、わが国の民法 720 条にあたるような、正当防衛や緊急避難に関する明文規定が存在しないという点を指摘することができる。それゆえ、問題となった行為が刑法上の正当化事由に該当する場合には、刑法の規定を参照しつつ、そのような事情は、不法行為責任を構成する要件内部の問題として解消されることとなる³³⁹。

B. 正当防衛・法律の命令の場合における理解

刑法学者が正当化事由と民事責任との関係を論じるとき、正当防衛および法律の命令等が問題となっている場合には、ほとんど見解の一致が見られる。すなわち、刑法 122-4 条および 122-5 条によって行為が正当化される場合には、当該行為は、民事裁判におけるフォートも構成しないとの主張がなされている³⁴⁰。

例えば DREYER は、「ある行為が正当化されれば、それは刑法上の犯罪も、民事上のフォートも構成しない。刑事裁判官は、正当防衛の存在を確認したあ

³³⁶ 山口編・前掲注 259『フランス法辞典』227 頁、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」立命館法学 323 号 (2009 年) 18-44 頁。

³³⁷ Hajer ROUIDI, Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs, RSC. 2016, p.28, n° 19. Philippe MALAURIE=Laurent AYNÈS=Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 10^e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, p.35, n° 39 は、責任を排除する事由を独立して学習することは有意義であるが、これらは常に、責任の成立に必要な他の要素の不存在に帰着すると述べる。

³³⁸ Laetitia TRANCHANT=Vincent ÉGÉA, Droit des obligations, 23^e éd., Dalloz, 2018, p.122.

³³⁹ MALAURIE=AYNÈS=STOFFEL-MUNCK, op. cit. (note 337) p.67, n° 116.

³⁴⁰ 下記に挙げる論者の他に、例えば、MAYAUD, op. cit. (note 267) Droit pénal général, p.515-516, n° 428. 刑事上のフォートと民事上のフォートは同一であると考えられていたが、現在ではその関係性について議論がある。この問題については、井上宜裕「緊急状況における刑法と民法の交錯—フランスの近時の立法を素材として—」法学雑誌 55 巻 1 号 (2008 年) 58-95 頁を参照。

とで、この『被害者』によって殺害された攻撃者の遺族に損害賠償を認めることはできない。これに続いて問題を付託された民事裁判官は、なおさら、少なくとも防衛行為がフォートを形成するとして、その損害結果を受けるものに損害賠償を認めることはできない。これは、民事に対する刑事既判力の一手続的一帰結である。2番目に付託される民事裁判官は、その擬律がどうであれ、行為の正当性に関する刑事裁判官の評価に異論を唱えることができない。この解決法は、法律の許可・正当な官憲の指令についても要請される」³⁴¹と述べているのである。

また、PINも、「伝統的に、正当防衛は、他の一連の正当化事由と同様に、行為の違法性が妨げられる限りにおいて、民事責任を排除するということが認められている。換言すれば、正当防衛に基づく重罪無罪や軽罪無罪が認められる場合には、同一の事実によって構成される民事上のフォートを認めることは不可能ということになる」³⁴²との原則論を述べている。

判例も、基本的には同様の理解に立つようである。例えば正当防衛について、上記2者が引用している最近の判例³⁴³によれば、「正当防衛はあらゆるフォートを排除し、自らの攻撃によって訴えが必要となった者のために、損害賠償の訴えの原因とはなり得ない」と述べている。

C. 緊急避難における理解

これに対して、緊急避難についてはどのように考えられるであろうか。まず、フランスの議論では、何らかのかたちで、危難の被転嫁者に避難行為者に対する賠償ないし補償を求める選択肢を残すべきであるという問題意識が共有されていると見てよい。すなわち、危難を転嫁される者は、その損害を欲しているわけではなく、また、その損害の実現に寄与しているわけでもない、いわば

³⁴¹ DREYER, op. cit. (note 132). p.990, n° 1271.

³⁴² PIN, op. cit. (note 147). Droit pénal général, p.282-283, n° 257. ただしPINは、正当防衛が認められて刑法上の犯罪行為が不存在となっても、このことが必然的に民事責任を肯定する障害になるわけではないと指摘する。なぜなら、無過失の民事責任を想定しうるばかりでなく、犯罪行為とは様相を異にするような「民事上のフォート」も考えうるからであるとする。

³⁴³ Crim. 16 fév. 2016, n° 15-81.880, non publié au bulletin は、X・Y両氏が互いに暴行を加えたという事案で、Yの行為が正当防衛にあたるとした。本判決は、Xの私訴に対して、Yの行為が正当防衛を構成する防衛のための挙動であったことからXは民事上のフォートの立証に成功していないとした上で、本文に示したように述べて申立てを破毀した。

「無辜な (innocent)」者である以上、公平性 (l'équité) の見地から、その甘受した損害は埋め合わせられるべきであると考えられている。

どのような法的構成をとって損害の埋め合わせを可能とするかについては、さまざまなヴァリエーションが存在する。MERLE-VITUによれば、学説上は、不当利得による構成、補償と引き換えになされる他者侵害権とする構成、私益のための取用とする構成³⁴⁴などが提案されたと紹介されている³⁴⁵。このうち、刑法学における通説は、不当利得による構成であるといわれている。

通説的見解—不当利得による構成

歴史的に見れば、これについてはさまざまな見解が主張されているが、現在、フランスにおいて最も説得的と考えられている見解は、損害の補填を不当利得として理解する見解である³⁴⁶。

この見解の基本的な前提として、まず、緊急避難を正当化事由の一種として理解する以上、他の正当化事由と同様に、民事上のフォートの否定が帰結されるとする。したがって、原則として不法行為責任の問題としては扱えないという理解がある。PINによれば、「この埋め合わせの根拠は争われている。刑事において正当化されるとしつつ、民事において違法な行為とすることはできないから、民事責任では不十分である。すなわち、同一の行為は、それが法に反しているか、反していないかのどちらかである」³⁴⁷との理解が示されている。

そこで、不当利得による構成が主張されるのである。すなわち、「不当利得の

³⁴⁴ René DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, Tome III, 1923, p.394 et s. n° 240

³⁴⁵ これらの見解については、井上・前掲注 51『緊急行為論』58-63頁、同「フランス緊急避難論の現状」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016年) 193-194頁を参照。

³⁴⁶ CHEVALLIER, *op. cit.* (note 182). p.119-120, n° 3 ; DREYER, *op. cit.* (note 132). p.991, n° 1271 ; BOULOC, *op. cit.* (note 133). p.396-397, n° 444 ; PRADEL, *op. cit.* *Droit pénal général*, (note 142) p.336, n° 388 は、次のような指摘を行なっている。「原則として、緊急犯罪の行為者は、その行為の害を被った被害者に補償しなければならない。反対に、正当防衛の場合には、行為主体は常に、民事上も刑事上も責任を負うことがなくなる。…忘れてはならないのは、正当防衛を主張する者は侵害を受けた被害者であるのに対して、緊急避難を主張する者は被害者を作り出す侵害者であるということである。緊急によって行為した者の民事責任の存続を論理的に説明するのは、この理由づけである。そして、この責任の存続を技術的観点から説明しようとするれば、不当利得または事務管理によることになる。」

³⁴⁷ PIN, *op. cit.* (note 147). *Droit pénal général*, p.287-288, n° 262.

概念は、より採用されているように思われる。すなわち、行為者が被害者に賠償をしなければならないのは、この者が意図的に、被害者を犠牲に、またはその利益に反して、自己や他人、または自らの財産を保護する行為を行なったからであり、平等 (l'équité) により公平性 (l'équilibre) の再建が命じられるからである」³⁴⁸とされる。

フランス民法は、不当利得に関し、次のような規定を置いている。

【民法 1303 条】

事務管理および非債弁済の場合のほか、他人に不利益を与えて正当化されない利得 (enrichissement injustifié) を得た者は、これにより損失を受けた者に対して、利得と損失の 2 つの価値のうち小さい方に等しい補償をしなければならない。

【民法 1303-1 条】

利得が正当化されないと言えるのは、その利得が、損失者による義務の履行ないしその者の自由意思により生じていない場合である。

不当利得は、2016 年の債権法改正に至るまで法典に一般規定を有さず、判例上認められた概念であったとされる。明文規定を有するに至るまでは、一般に「enrichissement sans cause : 原因なき利得」と称されていたが、改正によって「enrichissement injustifié : 正当化されない利得」との表現が用いられるようになった。

ただし、近時、以上のような不当利得による構成を原則とする見解であっても、一部については不法行為責任の問題として論じることが示唆されている。その代表的なものは、民法 1242 条 1 項が規定する、いわゆる物の所為による賠償責任を問題とするものである。すなわち、危難が自己の管理下にある物に由来し、それを他人に転嫁するという構造をとる避難行為の場合には、依然として 1242 条 1 項に基づいた賠償責任を認めうるとされる。というものの、MAYAUD いわく、「正当化が犯罪行為の犯罪的要素を消滅させるとしても、行為それ自体を消滅させるわけではなく、その実在性 (matérialité) が残る」からだとされる³⁴⁹。

³⁴⁸ Ibid. p.288, n° 262.

³⁴⁹ MAYAUD, op. cit. (note 267) Droit penal general, p.516, n° 428.

社会による補償説

少数説ではあるものの、近時、社会による補償を模索する興味深い見解がある。MASCALA の見解である。

論者はまず、従来主張されてきた見解について、次のとおり批判をしている。「犯罪行為者の民事責任の存続を説明するために学説が押し進める主たる論証は、新たな法典³⁵⁰が施行して以降、本質において力を失ったことを強調することが重要である。指摘があるように、法律の命令ないし正当防衛に関して、刑事および民事責任の消滅が議論されていないのは、これらの正当化事由が法律に規定されており、法律がこの場合に『重罪も軽罪も』存在しないことを明文で認めていたからである。そして、立法者に触れられなかった不処罰事由である緊急避難は、これに当たるものではなかった。しかし現在、緊急避難は法定の不処罰事由として確立され、民事および刑事の帰結に関して、他の正当化事由において支持されているのと異なるかたちでこれを取り扱う理由はもはや存在しないであろう」³⁵¹と述べるのである。

そこで論者は、「公平性により要請される『緊急』犯罪被害者の正当な補償は、刑事訴訟法典 706-3 条以下の規定の領域において探求されなければならない。」³⁵²として自説を展開する。

ここにいう刑訴法 706-3 条以下は、「犯罪に起因する一定の損害被害者に開かれた賠償の訴えについて」という表題の章に置かれ、次のように規定されている。

【刑事訴訟法 706-3 条】³⁵³

³⁵⁰ ここでは、1994 年の新刑法典を指す。

³⁵¹ MASCALA, op. cit. (note 177). n° 62.

³⁵² Ibid. n° 63.

³⁵³ 要件として、次のものが挙げられる。

1) これらの侵害が、社会保障出資法 53 条、保険法 L.126-1 条、1985 年 7 月 5 日の法律 85-677 号第 1 章のいずれの適用範囲にも含まれるものでなく、かつ、損害を発生させうる動物の狩猟行為または解体行為に起因するものでないこと。

2) これらの行為が、一人の死亡、または、1 ヶ月以上の個人的な継続的もしくは完全な労働不能に至らしめるものであること

一刑法典 222-22 条から 222-30 条（強姦、近親相姦、その他の性的侵害）、224-1 A から

- ① 全ての公務員および軍人を含み、犯罪行為の外部的・物質的性質（le caractère matériel）を呈する故意または非故意の行為に起因する損害を甘受した者は、次の要件を満たす場合、その人格の侵害に起因する損害の全面的な補償を受けることができる。
- ② 賠償は、被害者のフォートを理由として拒絶され、または、その額が減少することがある。

論者によれば、同規定は、「連帯基金による負担」を構成するものであるとされる³⁵⁴。より詳細には、犯罪被害者が、犯罪被害者補償基金からの金銭補償を受けることができるとする制度である³⁵⁵。

同規定は、補償の対象となる行為について、「犯罪事実の物質的・外部的性質を呈する故意または非故意の行為」としている。この点を捉えて論者は、「これはまさに、立法者の意思によって法的にはそうでなくなったとしても、『外部的には（matériellement）』犯罪行為のままである『緊急』犯罪の被害者に妥当する」³⁵⁶として、同制度により危難を転嫁された者の救済を保障しようとする。

さらに、緊急避難の不処罰根拠との関係でも、同制度の理由が優れていることが主張される。すなわち、「この集団の連帯思想に着想を得た賠償は、『緊急』犯罪の不処罰に認められうる、結局のところ実行された行為が社会的有益性を呈しているという根拠と完全に合致するものである、と付け加えることができる。社会は、最終的により大きな災難を回避したこの行為を処罰するべきでなく、この行為の作用から利益を受けているのだから、潜在的被害者に引き起こされ得た損害の賠償を引き受けるのが通常である」³⁵⁷とされるのである。

この見解は、確かに、正当化事由の基礎づけに関する社会的有益性説に非常に親和的であると評価できる。先に見たとおり、社会的有益性説は、緊急状態

224-1 C 条（人を奴隷として扱う行為）、225-4-1 から 225-4-5 条（人身売買）、225-5 から 225-10 条（売春斡旋およびそれに起因する犯罪）、225-14-1 条（労働の強制）、225-14-2 条（隷属状態における労働の強制）および 227-25 から 227-27 条（未成年者に対する性的侵害）に規定され、処罰されるものであること。

3) 侵害された者がフランス国籍を有するか、または、これらの行為がフランス領土内で行なわれたこと。

³⁵⁴ MASCALA, op. cit. (note 177). n° 63.

³⁵⁵ この請求は、犯罪被害者補償委員会（une Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions : CIVI）に対して行なわれる。この委員会は、各司法裁判所（le tribunal judiciaire）に設置され、民事裁判所としての性質を有する（刑訴法 706-4 条 1 項）。

³⁵⁶ MASCALA, op. cit. (note 177). n° 63.

³⁵⁷ Ibid. n° 64.

に社会—および法—の介入が不可能であることから、一定の限度で行為者の処罰を差し控え、ひいては、その行為が社会によって有益であったと評価するものである。そのような理解をもとにすれば、緊急状態に介入できなかった社会の側の負担で、当事者間の公平性が保障されるとの考えは、一定の合理性を有するものといえよう。

ただし、この見解に対しては、いくつかの問題点を指摘できるように思われる。

まず、この見解が挙げている刑事訴訟法上の犯罪被害者補償制度は、その補償対象となる犯罪がかなり限定されている。刑訴法 706-3 条 1 項 2 号は、人の死亡や労働不能、性犯罪や人身売買等、一定程度の重大性が認められるような犯罪の被害者であることを補償の要件としている。したがって、緊急避難が論じられるに当たって問題となる典型的なもの、例えば、道路上で車両に轢かれそうになったために隣を歩いていた歩行者を突き飛ばして軽傷を負わせる、もしくは、人を突き飛ばしてその者の所有物を損壊するといった事例については、同制度による補償の対象とはならないと考えられる。

また、この犯罪被害者補償基金の財源にも目を向ける場合にも、問題点を指摘することができよう。当該基金のホームページによれば³⁵⁸、この基金は、「保険契約の課徴金および保険会社の負担」によって出資されていると同時に、犯罪行為者が特定される場合には求償 (recours) を行なうとされ、この求償による成果は、「将来の被害者に補償するための資金調達としては、無視できない割合を占める」と紹介されている。最終的に行為者に求償がなされるという構造をとるのであれば、全体としては、不当利得等による構成と同じような構造をとることとなるように思われる。

加えて、同制度は、補償の対象となる行為が法律の命令や正当防衛に当たる場合を明文で排除していない。上に示したとおり、刑訴法 706-3 条 2 項は、「賠償は、被害者のフォート(損害)を理由として拒絶され、または、その額が減少することがある。」と規定するのみである。したがって、補償を求める行為が法律の命令や正当防衛に当たるとしても、規定上、直ちに補償が否定されるわけではないと考えられる。そうだとすれば、この制度による被害者の救済は、必ずしも緊急避難に固有の性質を反映したものとは言えないとの指摘が可能であろう。

³⁵⁸ Fonds de Garantie des Victimes, <https://www.fondsdegarantie.fr/agir-pour-les-victimes-au-nom-de-la-solidarite-nationale/> (2024 年 1 月 4 日最終閲覧)

反対に、本制度による緊急避難の被害者救済が真に可能であるのか、との点も、指摘しておかなければならない。この点に関連して、近時、破毀院が興味深い判決を出している。破毀院第2民事部2015年3月26日判決³⁵⁹は、次のような事案についてなされたものであった。

刑事手続の枠内で拘留されていたAは、自己が留め置かれている建物からの脱走を図った。その際、憲兵Xが職務上有している武器を使用したところ、Aは傷害を負って死亡した。Xは、傷害致死として訴追されたが、当該行為は、職務の執行として、または職務執行の機会に行なわれたものであるとして無罪とされ（刑法122-4条の適用）、2010年9月17日に判決が確定した。Aの母であるYは、2010年1月25日、自らの精神的損失の補償を求めて犯罪被害者補償委員会に請求を行なった。

本件に対して破毀院は、「行為者に刑法典122-4条1項に規定される刑事無答責事由を得させる事実は、刑訴法706-3条の意味における犯罪行為の外部的性質を呈するものではない」とし、本件における憲兵Xが刑法122-4条1項の刑事無答責事由の適用を受ける以上、Yに刑訴法706-3条に基づく損害補償を請求する理由はないとした原審の判断は正当であるとして、申立てを破毀した。

この判決の理解に従うのであれば、刑訴法706-3条にいう「犯罪事実の外部的性質」は、少なくとも122-4条に関する限りにおいて、MASCALAの主張するような「犯罪の外観を呈する」ものとは理解されていないようである。正当化事由の法的評価を含めた「犯罪性・違法性」といったようなかたちで理解されるとすれば、フランスにおける犯罪論体系を前提とする限り、緊急避難についても、本制度が適用されなくなるとの評価がありうる³⁶⁰。

以上のとおり、避難行為の被害者の救済について犯罪被害者補償制度の利用可能性を模索する限りでは、いくつかの問題点を指摘することができる。しかしながら、前述のとおり、このような社会による被害者の救済という理解は、避難行為の社会的有益性に着目する、フランスにおける緊急避難概念理解に適ったものであると言える。この議論の今後の動向は、注目に値すると考えられる。

³⁵⁹ Cass. civ. 2, 26 mars 2015, n° 13-17.257, Bull. civ. mars 2015, II, n° 79.

³⁶⁰ Anne DONNIER, [Jurisprudence] Ordre de la loi et réparation : une précision jurisprudentielle importante, 2015, lexbase, <https://www.lexbase.fr/article-juridique/24336923-jurisprudence-ordre-de-la-loi-et-reparation-une-precision-jurisprudentielle-importante>, (2022.12.31)

5.小括

正当防衛と緊急避難との対比について、以上で概観したことをまとめると、次の通りとなる。

まず、各法概念の基礎的部分については、正当防衛が多くの論者において権利または義務と理解されている点を挙げるができる。正当防衛の権利性を明示しない見解であっても、「攻撃者によって動揺させられた社会秩序を再建している」等の説明をすることによって、緊急避難に比して正当防衛が比較的緩やかな要件のもとで成立しうることを基礎づけることとなる。

これに対して緊急避難は、現代の議論においてそれ自体「権利」として承認されることはあまりない。時代的背景として、権利の行使や義務の履行が正当化事由に当たるとの分析が主流であった緊急避難論の展開の初期段階においては、避難行為が緊急権（le droit de nécessité）として認められるか、との観点も考慮されていた。しかしながら、フランスにおける正当化事由の一般的把握の試みにおける概念拡張の流れをみれば、緊急避難の基礎づけは、避難行為の社会的効用といった観点からなされるに至った。このことから、緊急避難を権利の行使として基礎づけることが断念されたということができる。

双方の法概念の要件に着目すると、行為に関する均衡性要件の内実が異なっていることを指摘することができる。従来の学説は、判断の対象について、正当防衛における均衡性は行為のレベルで、緊急避難における均衡性は結果のレベルで、というかたちで区別をしていた。これは、正当防衛の場合には、問題となっている財や利益の価値比較は本質的に重要ではなく、結果レベルでは重大な侵害をもたらす防衛行為であったとしても、正当化の余地があるとの理解を示すものである。上で示した権利性等、緊急避難に対する正当防衛の独自性を特徴づける考慮が、要件のレベルにおいて反映したものとみることができよう。

行為者の民事責任という観点では、以上とは反対に、他の正当化事由に対する緊急避難の独自性を看取することができる。正当防衛については、その防衛行為者が原則として被害者（攻撃者）に対する民事責任を負うことはないことがほぼ一致して承認されている。これに対して、緊急避難では事情が異なる。当事者間の公平性という観点から、被害者に対して、何らかのかたちで避難行為によって生じた損失を補填すべきであるという問題意識は広く共有されている。論者によりその理論構成の点で相違が見られるが、刑法学説においては不

当利得としての構成するものが通説的見解である。また、近時主張されている犯罪被害者補償制度を利用した補償の可能性を模索する見解は、その制度枠組みの限界から、具体的適用の場面において問題が生じうるであろうことは指摘することができる。しかしながら、緊急避難を社会的有益性の枠組みにおいて理解するフランスの一般的理解からは、その基本構想として馴染みやすいものではないかと考えられる。

第4節 検討

以上のとおり整理したフランスにおける緊急避難とその周辺領域の議論状況を参考に、緊急避難における利益衡量枠組みがどのような内容・法効果をもつものであるかを検討する。

1.利益衡量により明らかになるもの

フランスにおいて支持されている社会的有益性説の判断構造は、法による利益の保護が実現されないという利益衝突状況を前提に、行為の不処罰を基礎づける社会的有益性の存在を明らかにするため、対立している利益の衡量を行なうというものであった。

ここで着目すべきであるのは、ここにいう「社会的有益性」が指し示す意味内容である。現代においてこの概念は、「衝突している利益の価値を比較し、保全利益がより高い価値を有するのであれば行為は社会的に有益（*socialement utile*）であり、両利益が同価値であれば行為は社会的に無関心（*socialement indifférent*）である」と説明されることが一般的である。このような説明からは、功利主義的観点から、社会全体としてみて価値がプラスである、または0である以上、問題となった行為が処罰されないことを意味するものと理解される。

しかしながら、緊急避難の不処罰根拠をめぐるフランスの議論を歴史的に遡ると、「社会的有益性」には、より実質的な内容が含まれていることを指摘することができる。まず、刑罰法規は絶対的なものではなく、他の刑罰法規との競合関係や外部的事情によって客観的に限界づけられることがあるとの理解を前提に、犯罪類型との関係で分析を加える見解は傾聴に値する。すなわち、立法者は、刑罰をもって保護すべき何らかの利益ないし価値を定めてこれを保護し

ようとし、その利益ないし価値を害する行為が社会に動揺を与えるものであると評価して、犯罪類型を確立する。その裏返しとして、具体的状況における諸事情に照らし、問題となる犯罪類型の存在理由がもはや失われていると考えられる場合には、当該行為を処罰する理由が失われるから、当該行為の正当化が要請されることになる。したがって、具体的には、立法者が犯罪類型を介して保護しようとしている「社会的保護価値」を参照し、避難行為によって保護された利益と相互に比較する作業が必要となる。このような検討を経て、社会の立場から当該避難行為を処罰する利益を有しないといえるかどうか、つまり、犯罪類型の存在理由たる社会の動揺がないものとみなすことができるか、という評価が可能となるわけである。

このような考え方をとることは、次のような意味において利点を有していると思われる。すなわち、問題となっている利益の価値の比較作業は、その社会的価値のレベルで行なわれることになる。ここでは、当該行為によって個人のレベルで具体的に引き起こされた損害と、当該行為が社会に及ぼした影響、すなわち社会侵害性の問題とを分離して考えることができよう。この考えを徹底すれば、あらゆる主観的・個人的な観点を原則的に排除するかたちとなり、衡量判断の明確化を図ることに資する。また、具体的個人が被る被害やそれに対する補償の問題を、これらの観点とは別次元の問題として位置づけることも可能になるように思われる。

また、行為の社会的有益性の解明を目的とした衡量に基づく評価が、条文レベルではそれ自体として正当化の原因となるのではなく、行為の均衡性という正当化事由の一要件として把握されるという点も、重要である。問題となる行為が緊急行為状況に対処するために必要であるという事実は、当該行為の許容性を肯定する第一段階となるが、当該行為が犯罪に該当するものである以上、これを無限定に許容するわけにはいかない。均衡性判断は、正当防衛における攻撃、緊急避難における危険といったような、正当化の誘因となるものとの関係で、当該行為が許容される限度に収まる行為であるか、ということを判断する機能を有する。その意味で、均衡性は必要性を補完するのであるが、このような理解を前提とする場合、均衡性判断は、前提となる状況である誘因と無関係に論じることができないのである。

2.利益衡量の法効果

では、そのような判断過程を経ていかなる効果が導かれるであろうか。フランスにおける犯罪論の理解を前提とすれば、以上のような評価から緊急避難が認められる場合には、刑法上、無答責となり、行為の適法性が帰結される。また、多くの論者が認めるところによれば、緊急避難が認められる場合には民事上のフォートも否定されるため、民事上の不法行為としての責任追及をも免れることとなる。

しかし、ここでいう緊急避難の「適法性」という評価は、一定程度のニュアンスをもった評価であるということを指摘しておく必要がある。その理由は、次の2点に求められる。

第一に、正当防衛等の場合にはその行為者について民事上の責任追及が問題となることはほとんどないのに対して、緊急避難の場合には、不当利得等による構成をとることによって、何らかのかたちで、被害者に生じた損害の補償を認めるべきであるとの問題意識が広く共有されているという点を挙げることができる。適法行為に伴う補償という考え方も成立する以上、行為の適法・違法の判断についてこの点は決定的ではないが、少なくとも正当防衛等による場合と全く同じレベルでの適法化が含意されていないのではないかとの疑義が生じる。

第二は、フランスにおける正当化事由の一般的把握の試みと緊急避難との関係性である。正当化事由とは何かという一般的研究を進めるにあたり、極めて断片的な正当防衛等の規定を手がかりに、正当化事由は権利の行使ないし義務の履行の結果であるという理解がその第一歩であった。そこからさらに拡張して、緊急避難の正当化を基礎づけようとするに至った。緊急状態において通常は犯罪となる行為をするに至った者を処罰すべきではないとしつつも、その性質上、行為者の主観を根拠とする説明は妥当性を欠くことになる。そのような正当化事由概念の拡張によってようやく包摂されることとなった緊急避難は、権利の行使や義務の履行と考える正当防衛等と全く同じ意味で「適法」の評価を受けているとは言い難いと考えられるのである。

以上のことを踏まえると、行為は違法か適法かのどちらかであるとするフランスにおける違法性理解を前提とすれば、緊急避難が正当化事由として認められる以上、その行為を適法と評価せざるを得ない。しかしながら、正当防衛等と同レベルでの「完全な適法」という法効果を導くことは含意していないと見ることができる。

このような理解は、先に述べた「社会的有益性説」の内実との関係でも、整

合的に説明可能であると考えられる。すなわち、緊急避難における社会的有益性は、先に確認した通り、社会の側から当該行為の処罰が存在理由を失うとの点、つまり、社会の側から処罰を差し控えるという消極的評価を基礎づけるものであった。社会的有益性の観点から正当防衛の正当化を説明する見解にあっても、正当防衛は権利であるといったような、緊急避難に対する正当防衛の独自性を特徴づけるような考慮は、それ自体防衛行為の社会的な有益性を強く推認させうるものであるともいえる。このように考えると、両者は不処罰（正当化）根拠のレベルで一線を画するといえるのである。

第3章 結論—緊急避難と衡量判断の基本構造

以上で述べたフランスにおける緊急避難論の発展過程や衡量判断との関係を踏まえて、わが国の緊急避難規定の解釈や衡量判断の解釈方針について考えることとしたい。

第1節 緊急避難における利益衡量概念とその射程

わが国における緊急避難論について、その不処罰根拠と法的性質をめぐって多くの見解の対立が見られることは、本稿の冒頭で述べた通りである。まず、刑法37条1項本文は、害の均衡という要件を設定しているほか、「やむを得ずにした行為」の解釈として行為の補充性要件が導かれることから、利益の衝突状況を規律するものと考えられる。このような外部的・事実的な事情から規律される不処罰を規定しているものと考えるのであれば、これは責任論の問題として解決するには馴染まないものと考えられる。したがって、違法論の枠内で検討されるべき問題であるといえることができる。

わが国においては、緊急避難の法的性質について、その一部または全部について違法阻却事由であるとする見解が多数である。特に、正当化根拠の点で法益衡量説や優越的利益説の理解を前提とする場合には、緊急避難における衡量判断の枠組みは、当該避難行為の違法性を判断するにあたって重要な役割を果たすものと理解される。他方、近年有力化している社会連帯原理に基づいて緊急避難の基礎づけを行なう見解の多くは、緊急避難を基本的に可罰的違法阻却事由であると理解しつつ、一定の場合には、避難行為の完全な正当化を認めるとの理解が一般的である。一部の見解は、社会連帯が認められる典型例として

保全法益の著しい優越がある場合を挙げている。このような見解からすれば、衝突している利益の価値の比較といったファクターは、被害者に危難の甘受という社会連帯が認められる場合を明らかにするものと理解されよう。ここでの利益衡量は、それ自体が違法性判断の本質的要素と理解されるものではないが、優越的利益原理を採用する多数説よりも、行為の正当化に高いハードルを設定するものである。

しかしながら、フランスにおける緊急避難論を検討することによって得られた知見に基づけば、衝突する利益の価値衡量によって何を明らかにしうるのか、との点を再考する必要があると考えられる。

先に指摘をしている通り、フランスの緊急避難論において取り入れられている衡量判断のファクターは、あくまでも社会的観点から、問題となる犯罪類型の存在理由が失われているのではないか、換言すれば、当該避難行為を処罰することにつき、社会はなんらの利益も有しないのではないか、との点を判断するものであった。すなわち、基本的には行為の社会侵害性に着目をしたものであり、個人レベルで具体的に生じる損害は、このような判断の外に置かれるとの理解が可能である。

その意味で、緊急避難の法的性質に関するわが国の違法阻却説のうち、法益等の衡量判断を基礎として、同価値の場合にも刑法上の否定的な評価の対象とならないとする理解は、その判断構造としてはフランスにおける理解と類似したのを見てとれる。ただし、優越的利益原理が「より価値の高い利益を保護するためにはより価値の低い利益を犠牲にしてもよい」ということを意味するのであれば、その内容は異にしていると言わざるを得ない。

以上のような衡量判断に基づいて導き出される法効果が、避難行為の完全な適法化にまで及ぶという点には、疑問の余地がある。フランスの議論を前提とすれば、たとえ保全利益の優越が認められる場合であっても、衡量判断から明らかにされるのは、あくまで行為の社会侵害性が存在しないということである、と考えることができる。フランスにおいて、避難行為の被害者には何らかのかたちで補償がなされるべきとの考えが一般的であり、当事者間での公平性に配慮がなされていること、および、その基礎づけにおいて正当防衛とは次元を異にしているものが見出されることに鑑みれば、利益衡量に基づく判断によって導かれるのは、行為の可罰性が存在しないという事実にとどまるのではないかと考えられるのである。

第2節 緊急避難の法的性質に関する考察

では、緊急避難の法的性質に関しては、どのように考えるべきであろうか。利益衡量に基づく判断によって導かれるのが行為の可罰（的違法）性に過ぎないという上述の理解を前提とし、これが緊急避難の不処罰根拠を構成するものであると考えるとすると、37条1項本文の緊急避難規定は、可罰的違法阻却事由と解されることになる。ここで問題となるのは、緊急避難を構成するその他の要素が、避難行為の適法性を基礎づけうるか、また、そのように考えるべきであるかである。

第一に、行為者が緊急状態に置かれているという事情それ自体が適法化を基礎づけうるか。このような事情それ自体では、肯定し難いように思われる。これに類する考え方は、フランスにおける緊急避難論発展の初期段階での放任行為説と類似する点がある。「緊急は法をもたない」という法諺がしばしば参照され、通常は犯罪となる行為を実行する必要がある状況は、確かに当該行為の許容性を肯定する第一段階とは理解しうる。しかしながら、当該行為が犯罪行為に該当するものである以上、緊急状態に置かれた者が何をしてその行為が適法と認められるわけではない。当該行為が、その緊急状態を構成する外部的状況との関係でどのような意義を持つかということが確認されなければ、この外部的状況は、当該行為の違法性に関して何も明らかにしないのである。これらの要素に不処罰の契機を認める場合には、当該状況において行動する者に改悛や刑罰威迫は無益であるという論証が可能であるかもしれない。しかし、このような刑罰の役割との関係でなされる論証が、フランスの議論においては場合によっては「主観的」とであるとされ、批判の対象となっていることはすでに確認したとおりである。

第二に、緊急避難を構成する諸要素の組み合わせによって適法化を基礎づけるとの理解がありうる。緊急避難の要件の厳格さをも併せ考えれば、このような理解は論理的に成り立ちうるものであるが、そのように考えるべきかが検討されるべきである。すなわち、避難行為を適法と考えることによる法的帰結の妥当性の検証を要する。

この問題は、伝統的に緊急避難の法的性質論を論じる主な理由であった、危難の被転嫁者と関係する問題である。前提として、危難の被転嫁者は適法な避難行為に対して、緊急避難をはじめとする適法行為をもって対抗することが可能であるという主張は、評価に矛盾を生じさせるものであるから、排斥せざるを

得ない。

したがって、緊急避難行為を適法行為と解すると、何人も適法行為をもって当該行為に対抗することができず、危難の被転嫁者は、当該危難を甘受するほかないこととなる。このことを認めてよいという価値判断が働く場合には、緊急避難を違法阻却事由と考えてよいということになる。どの場合がそれに当たるかについて、要件との関係では、例えば、衡量判断の結果として保全利益の著しい優越が認められる場合であるとの主張がある。また、正当化が認められる緊急避難における行為の補充性要件が、社会的基準にしたがった二律背反の利益衝突状況の有無を明らかにし、これが認められる場合には被転嫁者に危難甘受を要請することができるとの理解もある。このような理解においても、一完全ではないものの一保全利益の著しい優越が認められる場合は、正当化を認めることのできる基準となりうるとの理解が示されている。

以上のような学説からの指摘があることを踏まえると、「生じた害が避けようとした害の程度を超えない場合」、すなわち、単なる害の均衡が認められるにとどまる場合を、被転嫁者の対抗を許さない緊急避難と考えることは妥当ではないと考えられる。また、保全利益が単に（「著しく」とはいえない程度に）優越すると認められるに過ぎない場合についても、同様のことがいえる。

したがって、違法阻却を認めてよい緊急避難の事例状況と、そうでない事例状況とは、37条1項本文から読み取ることのできる明確な基準によっては、その線引きをすることができないということを認めざるを得ないように思われる。それゆえ、危難の被転嫁者を保護する必要性があることに鑑みれば、緊急避難の法的性質を考える際には、違法阻却を基軸とすることはできないというべきである。

第3節 緊急避難における利益衡量判断

1. 衡量判断の基本指針

では、緊急避難における衡量判断は、どのように解釈されるべきであろうか。

第一に指摘すべきは、法的性質との関係である。すなわち、緊急避難を原則として可罰的違法阻却事由であると理解する以上、避難行為は依然として違法であるということになる。つまり、法の立場からみて望ましくない行為であるのだから、衡量判断から導かれる結論の妥当性を担保する必要性は相対的に低

下する。なぜなら、当該避難行為に対しては正当防衛による対抗が可能であるからである。

そのような前提の上で、主に害の均衡要件の解釈としての衡量判断は、あくまで、行為の可罰性を判定するという法効果に向けられたものでなければならぬといえることができる。すなわち、当該避難行為に社会侵害性が認められるか、ということを検討する判断でなければならない。

このように考えると、衡量の対象となるのは衝突している利益の「社会的」価値に限定されるということができる。立法者は社会の立場から、社会におけるさまざまな利益のうち刑法による保護に値するものを法益とし、その保護のために犯罪類型を確立する。具体的状況において、避難行為が「法益保護」という犯罪類型の当初の目的を阻害するものではないとすれば、緊急避難として、社会の側からは当該行為を処罰する理由が失われる。このような前提にたつとき、この「処罰理由の不存在」を明らかにするためになされる衡量判断は、「法益」を中核としてなされるべきものといえることができる。

この意味では、学説において抽象的なかたちで議論がなされている「法益衡量か利益衡量か」という対立軸に照らせば、衡量判断の本旨は、法益衡量にあるといえるべきである。ただし、衡量判断が法益を中核としてなされなければならないとはいえ、固定化された法益の抽象的価値のみによって判断がなされるのは妥当とは思われない。すなわち、例えば 37 条 1 項本文に列挙されているようなかたちで、価値の高いものから人の生命、身体、自由そして財産という価値序列を絶対的なものとみるべきではない。個人の尊重を旨とする憲法を頂点とするわが国の法秩序においては、人の生命が最も高い価値を有するものとみることは可能であろう。しかしながら、それ以外の法益については、以上の抽象的な価値の序列を絶対的なものとは承認しがたい例も見出すことができる。非常に高価な財物の損壊を防ぐために他人に擦り傷を負わせるという避難行為がしばしば例として挙げられるが、この場合への緊急避難の適用可能性を考える場合に、害の均衡要件を認めない理由はないと考えられる。また、そもそも以上で示したような法益の抽象的価値序列を確立できるのかという問題も提起することができる。緊急避難は極めて多様な事例状況を包摂しうる法概念である。したがって、37 条 1 項本文に列挙されているような法益の他に、例えば個人の名誉や貞操といった利益が関わることもある。これらの利益がどの程度の重要性を有するものとして位置づけられるかは、自明ではない。これらの利益の価値の重みづけは、法が妥当するところの文化的・社会的背景の影響を強

く受けるものであるといえる。さらには、同じ利益を問題とする場合にも、個別具体的な事例状況に応じてその重みづけに対する判断が異なることは容易に想定される。したがって、その意味において、衡量判断が一定程度事実判断によらなければならないことは、認めざるを得ないのである。

その上で、衡量判断を行なうにあたり留意すべき点は何か。いくつかの点について分析を加える。

2. 「害の均衡」と衡量判断

わが国における緊急避難の議論において、「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」の解釈として、「法益均衡」や「利益衡量」といった表現のもとで分析がなされることがよくある。しかしながら、条文は「害」を問題としており、なぜこれを「法益」等の問題とみることができるのか。

これを説明するための基本的な考え方は、「害の程度を算定するためには、その害が向いていた利益等が何かを明らかにせざるを得ない」というものであろう。自動車に轢かれそうになったので、これを避けようとした際に邪魔になった歩行者を突き飛ばして傷害を負わせた、という典型的な緊急避難の事例を考える。ここでは、「避けようとした害」として、自動車との追突によって生じる自己の生命（および身体）に対する害を想定することができる。他方、「生じた害」は、突き飛ばし行為によって生じた傷害という人の身体に対する害である。人の生命という法益の価値は、人の身体という法益の価値よりも高いので、人の死という害は、人の身体の完全性の侵害という害の程度を超えるとは認められない。したがって、この場合に害の均衡を認めることができる。このような図式が成り立つとき、害の比較をするためには、その害が向けられていた法益がどの程度の価値を有するものであるのか、ということが重要な意味を持つことになる。フランスにおいても、条文上求められるのは「用いられた手段と脅威の重大性との間の不均衡がないこと」であるが、旧刑法下での議論の流れを汲んだ利益の比較が依然として成り立つのは、このような考え方によるものと思われる。

3. 衡量対象の確定

ここで、衡量対象としてよい法益を確定するにあたり、保全側と侵害側で異

なる性格を有する点を指摘しておくべきであるように思われる。まず、侵害側の法益の確定は、比較的容易である。なぜなら、侵害側の法益は、避難行為によって現実に侵害ないし危殆化された法益とイコールの関係といえるからである。すなわち、当該避難行為について問題となる犯罪類型の保護法益を考えれば良い。上の例では、行為者について傷害罪の成立が問題とされるであろうから、傷害罪の保護法益と考えられる人の身体の完全性が侵害側の法益ということができよう。

他方、保全側の法益については、事情が異なる。行為者が避難行為を行なった結果として、現在の危難を回避することに成功した場合には、現実的には保全側の利益は侵害されていない。その中で衡量判断の俎上にのせる法益を抽出するためには、予測判断に頼らざるを得ない。上の例では、避難行為に出なければ「人の死」という害が生じていたであろうという判断を要することになる。この「避難行為に出なければ人の死という害が生じていた」ということを肯定するためには、どのような判断をする必要があるか。列挙すると、まず、行為者に向かって自動車が進んできてきているという事情が必要である。また、歩行者を突き飛ばさなければ自動車との追突を回避することができないという事情も必要であろう。これらの事情は、緊急避難の要件として、現在の危難および避難行為の補充性というかたちですでに考慮がなされている。その上で、「人の死という害が生じていた」ということを認めるためには、行為者が自動車と追突していたならば、行為者が致命的なダメージを負ったであろうという状況が認められる必要があるであろう。具体的には、当該自動車が一定以上の速度で進行しているとか、そうでなければ、重量の大きい車両であるといった事情である。このような事情が認められなければ、「人の生命に対する害」とは認められないであろう。このような「害」の程度を算定する事情は、害の均衡を判断する以前の問題として、現在の危難の認定において判断されているべき事情である。このような事情を考慮してはじめて、「○○に対する現在の危難が存在した」という評価が可能になる。

このように考えると、衡量対象となる保全側の法益を明らかにするためには、現在の危難が向けられている（現在の危難によって脅かされている）法益を参照しなければならないし、さらに言えば、現在の危難が向けられている法益と、衡量判断において保全の側で考慮される法益とは、一致していなければならないといえるであろう。この点に関しては、フランスにおける議論において、行為の均衡性判断は、緊急行為状況を規律する正当化の誘因との関係で検討され

なければならないと示されていたが示唆的である。避難行為は、現在の危難が存在している利益衝突状況を解消するのに必要な行為でなければならないのであるから、現在の危難が向けられた法益と侵害側の法益とが比較されなければ、それを「現在の危難を避けるため」になされた行為に対する評価といえるかどうか疑わしくなる。その意味で、衡量判断における判断対象は、現在の危難における認定によって一定程度枠づけられているとみるべきように思われる。

さらに指摘しておくべきことは、保全側において考慮されるものは、何らかの犯罪類型の保護法益であるとは限らないという点である。具体的事案において、保全側の利益は、被告人・弁護人からなされる緊急避難の主張の内容として明示される。そこで明示される利益が、何らかの犯罪類型の保護法益とはいえない、もしくは、保護法益とみることが犯罪類型との関連性が薄いといった場合がありえ、この場合はとりわけ評価に困難を生じる。

このような対立関係における衡量評価を行なう上で一つの方向性は、刑法上保護される利益を高く見積もるという方法であろう。すなわち、社会および法の立場から、それを害する行為に対して刑罰という最も峻厳な制裁を設定するに値すると考えられる利益は、法が保護すべき利益のなかで特に本質的なものであると言いうる。この考え方を前提にする場合、刑法によって直接に保護される利益は、刑法による保護が及ばない利益に比して典型的に重要性の高いものであるとの主張は、一応成り立ちうる。さらに、刑法が保護しようとする利益の価値の重要性に応じて刑罰の軽重が設定されているという基準を承認するのであれば、法定刑の軽重が利益の価値を比較する上で特に重要性を有するとの主張も可能であろう。

しかしながら、このような評価の方向性は、いくつかの点で問題を生じさせる。第一に、このような考え方をとる場合、犯罪類型の保護法益とは認められない何らかの利益に対する現在の危難を避けるための緊急避難は、(過剰避難の余地は残されるかもしれないが)一律に認められないこととなる。なぜなら、保全側の利益は、当該避難行為について問題となる犯罪類型の保護法益そのものである(または、少なくともそれを含む)からである。しかしながら、刑法上保護される利益であっても、具体的状況において避難行為による当該利益に対する侵害の程度が低いということは考えうるから、保全側の刑法の保護が直接及ばない利益も、相対的に高い価値を認める余地がある。また、刑法による直接の保護の対象となっていない利益であっても、法秩序全体の見地からは高い価値を有すると考えられる場合がある。当該利益が重要であっても、こ

れを侵害ないし危殆化する行為を類型的に特定しがたいがゆえに、これを保護する犯罪類型が存在し得ないということも想定しうると考えられるからである。

4. 衡量判断の限界

以上のような判断構造を受け入れる場合、衡量判断の限界点としてどのようなものが設定されるであろうか。以下では、主に学説において主張されている包括的利益衡量説へ批判を加えるかたちで、検討を進める。

違法性判断における包括的利益衡量を主張する代表的な論者として内藤謙を挙げることができる。内藤によれば、違法阻却原理一般について優越的利益説が妥当であるとし、「法益が衝突する場合に違法阻却を認めるためには、衝突する法益の具体的状況における要保護性（保護の必要性）を明らかにし、保全法益が侵害法益よりも優越的な要保護性をもつかを判断するという観点のもとで、法益侵害の許容性にとって有利な客観的（外部的）事情と不利な客観的事情とがすべて実質的・具体的に衡量されなければならない」と述べる³⁶¹。このために、①一般的な価値順位における法益の価値の衡量を基本とし、②保全法益に対する危険の程度、③保全法益と侵害法益の量と範囲、④法益侵害手段をとることの必要性の程度、⑤行為の方法・態様がもつ法益侵害の一般的危険性の程度といった事情を考慮して、保全法益に優越的な要保護性が認められるか否かを判定すべきと主張する。また、以上のような違法阻却の判断と緊急避難の解釈との関係については、この優越的利益説が緊急避難の「解釈の指導原理・一般基準を示すことができると考える」³⁶²とする。その上で、緊急避難に関する記述部分において、37条の法益均衡要件は、①一般的価値順位における法益の衡量を基本とし、②保全法益に対する危険の程度、③保全法益の量と範囲、④法益侵害の必要性の程度、⑤侵害法益に対する加害の量と範囲、⑥法益保持者が法益に対してもつ利益関係、⑦避難行為の法益侵害性についての性質などの事情を踏まえ、「衝突する『法益』の具体的状況における要保護性に関するすべての事情が具体的に衡量されなければならない」と述べる³⁶³。さらに、避難行為の補充性判断についても、「法益保全のために他に方法がないかどうかを判

³⁶¹ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』313-314頁。

³⁶² 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』314頁。

³⁶³ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』421頁。このように判断する結果として、いわゆる強制採血事例や雨傘事例について、違法阻却事由としての緊急避難の成立を否定する結論を取りうるとする。

断するにあたっては、保全法益と侵害法益の質と量、保全法益に対する現在の危難の重大性の程度、危難の急迫性の程度、侵害法益の実害の程度、侵害法益についての原状回復の容易性の程度および事後的救済の可能性の程度などの諸事情を考慮して、避難行為による法益侵害の許容性を、個別的・具体的に検討しなければならない」とする³⁶⁴。

このように、内藤の見解においては、行為に関わる要件を判断するにあたって、「法益の要保護性に関する具体的利益衡量」が必要であると主張するものといえよう。

この見解に対して向けられる第一の批判は、緊急避難の成否を、利益衡量という単一の要件にかからせているという問題を挙げることができよう。まず、「保全法益に対する危険の程度」や「危難の急迫性の程度」といった、現在の危難の要件で検討されるべき要素が含まれている。本来は、このような事情を考慮した結果として、「〇〇に対する現在の危難が存在した」という法的な評価が可能になるものと考えられる。さらに、これが明らかになることによって、「生じた害」との比較対象となる「避けようとした害」が明らかになるといえよう。

また、行為の必要性は、緊急避難においては補充性要件の枠内でなされるべき判断である。侵害法益に対する加害の程度といった判断も、危難回避に必要な程度を超えて侵害している場合には、「最も穏当な手段をとらなければならない」という意味での補充性要件を欠くものとみることができる。

以上のように、あまりに多様な要素を判断内容に組み込むと、結局のところ、その判断はブラックボックスに陥り、恣意的で都合のよい結論が先取りされる危険性を否定することができない³⁶⁵。内藤は、違法阻却の一般原理に関する社会的相当性説や目的説に対して、その内容が抽象的・包括的である点を批判し、これに対して、優越的利益説は、「違法阻却判断に事實的・客觀的基礎を与え、その価値判断をできるだけ精確にするとともに、違法阻却判断の過程の分析・検証を可能にしようとするものである」³⁶⁶と述べる。しかしながら、論者の示す判断構造は、もはやこれを実現するものではないと考えられる。

第二の批判は、以上に列挙されたような考慮要素が、例示的に示されているにすぎないと考えられる点である。この見解が違法阻却判断を認めるために重

³⁶⁴ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』433頁。

³⁶⁵ 安田・前掲注 12『大コンメンタール』695頁。

³⁶⁶ 内藤・前掲注 53『刑法講義総論（中）』317頁。

視していることは、侵害法益に対する保全法益の優越的要保護性であって、列挙された諸事情以上の考慮要素が介入する可能性を否定することができない。

衡量判断が違法性評価において中核的地位を担うということを認めるならば、この判断を適切に行なうためには、その判断がある程度の明確であるか、そうでなければ、評価者の判断過程を事後的に検証できるものでなければならないと思われる。このためには、衡量判断が万能ではないということを認めなければならないであろう。衡量判断とは、相対立する利益を措定してそれぞれの価値を相互に比較するという作業に過ぎない。判断の基本的な構造が固定化されているのであるから、ここから明らかにされることは限定的なのである。

第2部 緊急避難における利益衡量の判断方法

問題設定

第1部では、わが国における緊急避難に関する議論状況と、フランスにおける緊急避難論の議論状況や発展過程を比較しながら、衡量判断に認められる意義の分析を通じて、緊急避難解釈の基本となる部分について検討を加えた。しかしながら、緊急避難の具体的な適用に際して生じる問題は山積しており、そのすべてについて網羅的に回答することはできないし、また、個々の問題は、それぞれ相当な広がりをもつ。それぞれの問題に対する具体的な検討は、関連分野の議論を網羅的に把握しながら、事例ごとの特殊性を丁寧に評価しなければ達成され得ないと思われる。

したがって、第2部では、より具体的な緊急避難事例の処理に即した考察を行なうのであるが、第1部における検討で得られた知見が各問題状況においてどのようなかたちで反映されうるかということ、表面的に確認するものにすぎないと言わざるを得ない。しかしながら、そのような確認を通じて、先に示した判断構造の応用可能性や問題点も浮き彫りになるのではないと思われる。

以下では、本稿の目的に照らして、とりわけ害の均衡要件を中心とした行為の要件に関わる諸問題について考察することとする。

具体的には、実際上の意義も大きいと考えられる次の2つの問題を取り扱う。第一は、衡量判断において当事者の個人的事情を考慮することができるかという問題であり、第二は、衡量判断において抽象的な価値をどう見積もるかという問題である。

第1章 当事者の個人的事情を考慮することができるか

第1部では、フランスの緊急避難概念に関する理解を参考に、衡量判断は行為の可罰性を判断するものであるから、関係する利益の社会的価値を比較して衡量すべきであるとの知見を得た。このことを前提とすれば、本章で問題とする「個人的事情」は、個人レベルの考慮であるとして排斥されるとの帰結が導かれることになる。

しかしながら、ここで問題とする「個人的事情」は、その内容を細分化して分析すると、直ちにこれを考慮から排斥してよいかは、今一度検討の余地があ

と思われるのである。

そこで本章では、これと関係し、わが国においても議論のある2つの問題について主に検討する。第一は、学説においてしばしば主張がみられる、「自律性」の考慮にかかわる問題である。そして第二は、利益とその主体との関係性、とりわけ、当事者の利益に対する主観的価値の考慮という問題である。

第1節 「自律性」の考慮

わが国の緊急避難論においては、何らかのかたちで「自律性」を考慮するという見解が主張されている。この問題を分析するにあたっては、このような見解が主張された背景について述べておく必要があると思われる。

1. 議論の背景

緊急避難の衡量判断において「自律性」を考慮要素とすべきとする見解が主張された背景には、緊急避難の成立を制限すべき場合があることが認識されたということがある。すなわち、緊急避難の要件を形式的に適用する限りにおいては一見してすべての要件を充足しそうであるが、しかし緊急避難を肯定することが妥当とは考えられないという価値判断がはたらく事例群が提示されている。その事例群の典型的な例としては、一人の健康な人を殺害して、その臓器をそれぞれ必要としている致命的な疾患を患っている患者に対して移植するという臓器移植事例、緊急に必要な輸血のために、被害者の同意なくその血液を強制的に採取するという強制採血事例、高価な服を着た者が、突如降り出した雨でその服が台無しになることを防ぐために、そばにいたみすぼらしい服を着た通行人から傘を奪うという雨傘事例などが挙げられる³⁶⁷。

これらの事例群への緊急避難の適用について、緊急避難の成立を制限し、結論の妥当性を担保しようとする見解は、多数主張されている。大別すると、2つの方向性から解決が模索なされているといえよう。

³⁶⁷ これらの問題を扱う論稿として、例えば、橋田久「避難行為の相当性」産大法学 37 卷 4 号（2004 年）28-78 頁、永井紹裕「緊急避難の制約根拠について（1・2・3・完）」法研論集 149 号（2014 年）253-279 頁、152 号（2014 年）253-279 頁、160 号（2016 年）265-288 頁。

第一は、上述の雨傘事例を提示した佐伯千仞によるもので、37条1項本文の「やむを得ずにした行為」には、避難行為の補充性のみならず、避難行為の相当性という要件も要求されると主張する見解である。佐伯によれば、避難行為の相当性とは、「その際の事情に照らして、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」³⁶⁸であるとされる。佐伯は、緊急避難の行為要件としてこの要件が必要であるがゆえに、雨傘事例については緊急避難が認められないとの結論を導き出している。また、橋田久は、利益衡量説に対する批判として、「他の事情が如何なるものであろうとも正当化を拒否すべき原理的、絶対的な観点が存在することを認めない見解なのであり、正にこの点に限界が存在する。自律性や法確証は、人間の尊厳、法秩序という根源的価値に関わるが故に、行為を違法とする方向でこれらを考慮すべき場合には、他の事情が如何なるものであろうと、違法の結論が覆されるべきではないのである。衡量に対立する斯かる観点は、害の均衡とは別の要件において吟味さるべきであり、そのようなものとして避難行為の相当性要件を構想することができる。」と述べている³⁶⁹。また米田は、「緊急避難の原則型が不可罰の十分の条件ではなく、それ以外に、具体的にはきわめて複雑・微妙な形で現われ、抽象化された単純な事実類型による一律的処理には全くなじまない—まさに相当性観念の下に捉えられるにふさわしい—制約」³⁷⁰が存在するとして、緊急避難における規制的事情として相当性を観念し、判断基準の定立や事情の類型的把握を試みている。

判例も、この避難行為の相当性要件を認めているものとされる。最大判昭和24年5月18日集刑10号231頁は、「『已ムコトヲ得ザルニ出デタル』というのは当該緊急避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」と述べており、「かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合」という判断は、学説において避難行為の相当性について述べたものであると理解されている。以降、「やむを得ずにした行為」の定義としてこの判例を引用するものが多く見られる³⁷¹。

以上のように緊急避難の要件として避難行為の相当性を考慮する見解に対しては、その内容が極めて抽象的で、いかなる内容を有するものであるかが不明

³⁶⁸ 佐伯（千）・前掲注57『刑法講義（総論）』205頁。

³⁶⁹ 橋田・前掲注367「避難行為の相当性」74頁。

³⁷⁰ 米田・前掲注61『相当性の研究』119頁。

³⁷¹ 注25を参照。

である以上、恣意的な運用の可能性を排斥できないとの批判が可能である³⁷²。また、相当性要件が充足されない場合に、いかなる法効果が生じるのかについても、明らかではない。判例においては、保全法益に比して侵害法益が著しく大である場合に、過剰避難の成立可能性をも排斥するものとして、相当性要件が考慮されているとの分析がある³⁷³。学説においては、論者によって理解が異なるであろうが、緊急避難の法的性質を二元的に考える立場から違法阻却が認められないとするもの、過剰避難の成立の余地があるとするもの、判例と同様に過剰避難の成立の余地すら排斥すると考えるもの、などが想定できるであろう。

このような流れに対して、第二の方向性として模索されているのが、主に利益衡量において「自律性」侵害を考慮する見解である。

2.主張の概要

緊急避難において「自律性」を考慮するという見解には、ヴァリエーションがある。例えば山中は、「優越的利益原則は、第三者に侵害が転嫁される緊急避難（攻撃的緊急避難）の場合には、その第三者の有利に衡量されるべき利益の中に、人格の自律性を含めるべきことを可能にする。何人も、他人からの、自らの人格の自律性に対するいわれなき侵害を受忍する義務はない。人は、すべて自己決定権をもつ。自らの生命・身体・財産などに対して侵害を受けることは、同時にこのような自律性に対する侵害をも意味する。このような『自律性』は、直接の法益と同じく、利益衡量の際に、第三者側の利益の一つに入れられるべきである」と述べる。この「自律性」とは、「人格に直接結びつく自己決定権の侵害」であるとしている³⁷⁴。

また小名木は、強制採血事例について、対立する法益の観点のみから比較すると緊急避難による行為の正当化が認められると批判し、「利益衡量説では、身体領域に関する人間の自律の原則が考慮されねばならない。個人の自己決定

³⁷² 関・前掲注 107「緊急避難の法的性質について」454-455頁、深町・前掲注 29『アクチュアリティ』156頁。井田・前掲注 39『講義刑法学・総論』332頁は、「ある人の生命を救うために第三者をその意思に反して殺傷することは、すべからず『不相当』とされ、緊急避難による正当化はことごとく否定されることになってしまうであろう」と批判する。

³⁷³ そのように指摘するものとして、深町・前掲注 29『アクチュアリティ』152頁。

³⁷⁴ 山中・前掲注 5『刑法総論』567-568頁。同様の見解として、曾根・前掲注 75『刑法原論』234-235頁。

と尊厳という観点からすれば、重大な身体的侵襲は強制されてはならないのである」³⁷⁵としたうえで、私見としてそのような判断方法を採用している³⁷⁶。

また小田は、攻撃的緊急避難の場合と防衛的緊急避難の場合を区別し、防衛的緊急避難の場合には当事者の平等な取り扱いを徹底すべきであるが、攻撃的緊急避難の場合には、「自律」から導かれる不干渉ルール違反の点をも考慮する結果、「同等利益の擁護では正当化を否定すべき」とされる³⁷⁷。

3.この見解に対する批判

この見解に対する批判の最たるものは、次の山口の指摘に集約されていると思われる。すなわち、「『自律性』の侵害は被侵害者に生じた法益侵害の構成部分であって、それに付加される別個のものではない」³⁷⁸。仮に法益侵害と別個のものと捉えたとしても、「保全法益の主体の『自律性』もまさに『現在の危難』により脅威にさらされているのであるから、その点においても同様」であり、「『自律性』の侵害ということではいわれていることは、実は、侵害が転嫁されてはならないということに過ぎない」³⁷⁹。

また、そもそもこの「自律性」の内容が曖昧で、衡量においてどれほどの重要性を有するものであるのかも不明である。この要素を衡量に加えることで、強制採血事例において害の不均衡を理由に緊急避難の成立が否定されるとすれば、人の身体の傷害と血液の抜き取り、および自律性の侵害が合わさって、人の生命侵害という害よりもこの侵害が重いものと評価することになる。しかし、生命に対する害の評価を覆すほどに、この自律性という要素が重みをもつものであるのかは、自明ではないと言わざるを得ない³⁸⁰。

³⁷⁵ 小名木明宏「緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察」法學研究 67 巻 6 号 (1994 年) 33 頁。

³⁷⁶ 小名木・前掲注 375「利益衡量と相当性」35 頁。

³⁷⁷ 小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌 34 巻 3 号 (1995 年) 337-349 頁。

³⁷⁸ 同様の指摘として、林・前掲注 54『刑法総論』208 頁。

³⁷⁹ 山口・前掲注 37『探究総論』103 頁。小林憲太郎「違法性とその阻却—いわゆる優越的利益原理を中心に—」千葉大学法学論集 23 巻 1 号 (2008 年) 375-374 頁は、人格の手段化禁止が優越的利益原理に対する「一種の防波堤」として機能するものであるから、優越的利益原理に自律性侵害を算入する見解の「真の問題は、自律性侵害をも秤に載せなければならない理由すなわち人格の手段化禁止が、すでに自律性侵害を秤で解決することを許さないという深刻な矛盾である」とする。

³⁸⁰ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』161 頁。

4. 検討

では、この問題についてどのように考えるべきであろうか。

結論としては、この「自律性」といった事情を衡量の対象とすべきではないと考えられる。その理由は、大別して次の2点に求められる。

第一に、「自律性」は、その内容も重大性も不明確であるという問題があることである。論者によって、例えば「人格に直接結びつく自己決定権の侵害」³⁸¹といった表現にあらわされることもあるが、これによって問題が解決するわけではない。保全法益の側に人の生命が考慮される場合であっても、「自律性」が侵害の側に考慮されることによって侵害側に有利な衡量判断が導かれるとするのならば、この「自律性」は計り知れない重要性を有することになる。そうすると、緊急避難による不処罰は事実上不可能ということになろう。この「自律性」の算入は、結局のところ、必要に応じて避難行為の被害者を利する結論を導くためのものであると考えられ、およそ定量化が不可能である以上、衡量判断に馴染まないものといわなければならない。

第二に、その位置づけの点で問題があると考えられる。「自律性」を考慮に含める見解において、そのような要素が侵害された利益の側にのみ考慮できると考えられているのは、避難行為による危難の転嫁を受ける者が、本来そのような侵害を受けるいわれはない立場に置かれているという事情を考慮してのことであると考えられる。しかしながら、これは、まさしく緊急避難が有する固有の構造である。このような法概念の基本的構造から生じる問題を克服するための考慮が、なにゆえ衡量判断に「自律性」として持ち込まれうるのかが明らかではない。このような緊急避難に固有の第三者転嫁という構造は、具体的個人に生じた損害に鑑みて緊急避難が避難行為の完全な正当化を認めるわけではないという法的性質の問題として解消されるべきもののように思われる³⁸²。

第2節 法益に対する個人の主観的価値の考慮

³⁸¹ 山中・前掲注5『刑法総論』568頁。

³⁸² 井田・前掲注39『講義刑法学・総論』332頁に示される「[法的性質の]二分説による、合理性ある限定を行うべきであろう」との主張も、同じ方向性を有するものであると思われる。

1.学説における議論の状況

緊急避難における衡量判断と当事者の主観的価値という問題について、学説においてしばしば言及されているものとしては、例えば、財産に対する主観的価値を考慮できるかという問題を挙げることができる。例えば、自らの財物に対する危難を回避するために、他人の財物を損壊したという緊急避難事例を想定する。このとき、それぞれの財物の市場価値を比較する限りでは損壊された財物の価値が上回るが、避難行為者にとって、保護しようとした財物には特別の思い入れがあり、命にかえてでも守りたいものであった、というときに、害の均衡要件を満たすか、というかたちで提示されうる。損壊された財物にそのような事情が認められる場合も同様である。

衡量判断と財産的利益に対する個人の主観的観点に関する議論については、財産に対する主観的価値を考慮の対象としてよいかどうかという点について、大別して肯定説と否定説がそれぞれ主張されている。

肯定説³⁸³の論拠の主たるものは、財産的価値が当事者の主観によっても基礎づけられるという主張である。例えば安田は、「個人的法益については、生命→身体→自由→名誉→財産の序列が認められる。財産的価値は主観的価値によっても基礎づけられるから、衡量にあたってはこれも考慮される」と述べており³⁸⁴、財産については、主観的価値の考慮を認めているようである。また、森永は、形見のような非代替品や犬猫等の命あるもの価値を単純に量的に把握することは妥当でなく、「単純な経済的価値の比較によって法益を衡量することは原則として許されないというべきであろう」と述べる³⁸⁵。

これに対して否定説は、主観的価値の考慮により、衡量判断が恣意に流れやすいものであるとの危惧を示しているものとみることができよう。例えば深町は、「被害者が道端で拾ってきた雑種の犬につき 1 億円でも売却しないと考えていたとして、この犬を窃取した者が、時価 1 億円のダイヤモンドを窃取した場合と同様に処罰されるべきだとはおよそいえない」³⁸⁶と指摘している。また、

³⁸³ 本文中に挙げるもののほか、例えば林・前掲注 54『刑法総論』212 頁は、「やむを得ずにした行為」に避難行為の相当性を含める見解を批判する文脈において、雨傘事例については、「財産的価値の衡量にあたっては本人の主観的事情を考慮すべきだといえよう」と述べている。

³⁸⁴ 安田・前掲注 12『大コンメンタール』696 頁。

³⁸⁵ 成瀬ほか・前掲注 5『判例プラクティス刑法』253 頁〔森永〕。

³⁸⁶ 深町・前掲注 29『アクチュアリティ』162 頁。

緊急避難の法的性質に関する理解との関係で、例えば団藤は、法益の比較が困難な場合として「その法益の所属主体からみた主観的価値をどのように考えるか」という場合があり、「違法性阻却説ではこれを重視することは許されない」³⁸⁷と述べている³⁸⁸。

2. 関連判例の分析

財産的利益を問題とした緊急避難判例として、衝突する利益の経済的価値に言及をしたものがいくつかみられる。

1つめの例としては、大判昭和8年11月30日大刑集12巻2160頁が挙げられる。本件は、稲作を営む被告人らが、以上な降雨に起因する湛水のため田植え後間もない稲苗が浸水し、枯死して著しい不作となるおそれがあったため、排水を妨げていた村の水利組合の管理にかかる板堰（価額40円相当）を共同して損壊したという事例である。大審院は、被告人らおよび被告人らの田地と同じ運命を歩むその他の者の田地において生じると想定される損害と、板堰の損壊によって生じた損害とを比較し、前者がより重大であることは極めて明白であるとして、緊急避難の成立を認めた。

2つめの例は、大判昭和12年11月6日裁判例（11）刑87頁である。被告人が狩猟目的で所有する英セッター犬（価格600円相当）が被害者所有の番犬に咬み伏されたため、この番犬（価格150円相当）に対して猟銃を発砲し、散弾を命中させて損壊したという事例である。本件では、器物損壊の他に、所轄の警察官署の許可を受けずに猟銃を狩猟以外の用途に用いた行為について銃砲火薬類取締法施行規則違反が問題とされた。害の均衡要件を判断するにおいては、被害者側の損害として番犬の価格、行為者側に想定される損害として猟犬の価格に相当するとし、銃砲火薬類取締法施行規則違反の点を斟酌しながらも、生じた害は避けようとした害の程度を超えないとして、緊急避難の成立を認めた。

これらの例は、判文にも財物の具体的な市場価値が示されていることから、一見して財産的利益の価値をその市場価値で判断しているようにも見受けられ

³⁸⁷ 団藤・前掲注42『刑法綱要総論』249頁。

³⁸⁸ このほか、例えば井田・前掲注39『講義刑法学・総論』334-335頁は、身体・自由といった人格的法益を犠牲にして財産を救うことも考えられるとしながらも、「財産同士については、市場価格に換算して比較するほかはない」としている。

る。しかし、それぞれの事案における特殊性についても言及しておく必要がある。

1 つめの例については、問題となった板堰が事件の1年程度前に設置されたものであったが、田地における稲作に多大な影響を及ぼしうるとして、以前から撤去の要求がなされていたという事情がある。また、当該板堰は下流の田地に対する用水設備としてはすでに効用を失っているといった事情も、判文中に指摘されている。

2 つめの例については、まず、被告人が番犬の所有者宅の家人に制止を求めたものの、これに応じてもらえなかったという事情がある。このような事情をも踏まえて、この事件は正当防衛の成立を論じる余地があるとの指摘もなされている³⁸⁹。また、害の大きさを比較するにあたって両犬の価格が主な比較の対象とされているが、銃砲火薬類取締法施行規則違反の点も併せて緊急避難として不処罰とされている³⁹⁰。

3.小括・議論の整理

以上が、緊急避難における衡量判断と財産に対する主観的価値に関わる議論の概略であるが、当事者の主観が衡量判断に及ぼす影響という問題は、検討対象となる利益が財産である場合に限定されるわけではないと考えられる。例えば、学説上、37条1項本文に挙げられている「生命、身体、自由、財産」といった法益は、緊急避難により保全することのできる法益の例示列举であるとされている。これらの法益以外にも、例えば名誉や貞操といった利益もまた、緊急避難による保全の対象となることは広く認められているといっていよい³⁹¹。この種の利益は、その概念の定義にもよるが、まさしく当事者の主観と離れては理解されないような性質を有するもののようにも思われ、衡量判断において当事者の主観に関わる問題を考慮から除外すると、当該法益の価値が正しく把握されないおそれもある。

³⁸⁹ 注5参照。

³⁹⁰ 成瀬ほか・前掲注5『判例プラクティス刑法』253頁〔森永〕は、「同規則違反による実害性は極めて軽微であることから、具体的な侵害を受けている猟犬との関係で、均衡を失しないと判断されたのであろう」と分析する。

³⁹¹ 佐伯（千）・前掲注57『刑法講義（総論）』202頁、団藤・前掲注42『刑法綱要総論』247頁、吉川・前掲注72『三訂刑法総論』148頁、虫明＝篠田・前掲注5『大コンメンタール』439頁、福田・前掲注46『全訂刑法総論』167頁、深町・前掲注29『アクチュアリティ』130頁。

深町は、財産的利益に対して主観的な価値や評価が考慮されると評価が恣意に流れやすいとして、原則的にはこれを否定的に捉えている。しかし、「改めて考えてみると、法益主体の主観的価値・評価が、我々の社会においても利益として理解される場合が存在することは否定できない」とし、例えば性犯罪が被害者に及ぼす長期的な悪影響が「被害者の主観的な感情の問題」として保護法益とは切り離されて理解されてきた結果、性犯罪の被害実態や重大性が適切に把握されていなかったとして、「法益主体の主観的価値・評価が社会によって適切に把握・理解されることでその利益性が肯定されることは十分にあり得ることであり、筆者の立場からしてもこのような場合には害の衡量に影響を与えるものと言える」と述べている³⁹²。

また、財産的利益といったような、市場価値等による客観的な価値の重みづけが一応可能と考えられる利益を問題とする場合であっても、市場価値をそのまま当該利益の価値として反映して良いかは、検討の余地があるといえよう。

4. 検討

1) 解決の方向性

では、緊急避難の衡量判断における当事者の主観を考慮できるかという一般の問題を考えるにあたり、どのような解決の方向性を示すことができるであろうか。

前提とされるのは、衡量判断が避難行為の可罰性を明らかにするための作業であり、それゆえに、利益の社会的価値を抽出して比較する必要があるということである。この社会的価値は、通常、犯罪類型が保護しようとする利益である法益の分析から明らかになる。

このような観点からは、客観的に説明のつく価値評価が第一の基準となろう。その意味で、財産的利益に認められる社会的価値を明らかにしようとする場合には、当該財産の市場価値は、第一に参照されるべき基準といえるであろう。

しかし、この市場価値のみによって当該財産に対する社会的価値が決定されるわけではないと考えられる。というのも、市場価値には汲み尽くされない社

³⁹² 深町晋也「緊急避難論のあり方を問われて—遠藤書評への応答を通じて—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂、2021年）190-191頁。

会的な価値の重みづけというものが考えられるからである。

例えば犬や猫といった動物は、法律上は財物として位置づけられるものの、事実的には命ある存在である。ある動物がその年齢や容姿、傷病の有無といった事情が影響して全く買い手のつかない場合、その市場価値は0といえる。しかしながら、この動物を傷害して死に至らしめる行為は、同じく市場価値が0である紙切れを破く行為と同じく評価されるわけではないと思われる。

これが異なって評価される理由はさまざまに考え得るが、1つの理由づけとして、それぞれの財物に対する社会の関心の程度が異なるという指摘が可能であると思われる。犬や猫は、わが国においては愛護動物として扱われ、尊重の対象となっているがゆえに、そのような特殊な考慮がはたらかないその他の財物に比して典型的に高い価値が認められていると考える余地がある。

このように考えると、当該利益に対する社会の関心や尊重の程度は、当該利益の社会的な価値を計るにあたって重要な意味を有すると考えられる。その社会的な関心や尊重がどれほどのものであるかは、結局のところ法秩序全体を俯瞰して検討されなければならない。上記の愛護動物の例では、動物愛護管理法の存在およびそこでの愛護動物の取り扱い方は、論拠を提示すると考える余地もあるであろう。

また、性犯罪の保護法益と被害者の主観的価値との関係に関する深町の指摘は、示唆的であると考えられる。衡量されるのは社会的価値であるという私見からは、当事者の主観的価値が「法益」にまで高められるとすれば、その価値はすでに社会的に価値の重みづけを与えられたものとして、まさしく社会的価値を有するということができよう³⁹³。その意味でこの問題は、法益概念そのものの理解にも関わるように思われる。

2) 衡量対象から除外すべきもの

以上のような理解を前提とすると、具体的個人が問題となる利益に対して認める価値は、直ちに衡量判断の枠内に組み込まれるべきものではないということになる。その意味で、財物に対する当事者の「思い入れ」といったものは、

³⁹³ もっとも、性犯罪が被害者に及ぼす長期的な悪影響を適切に把握するために当事者の主観的価値が考慮されなければならないとするならば、この長期的な悪影響が被害者の主観にかかわるものであること、かつ、これが他の犯罪には認められない、当該犯罪類型に固有のものであることが論証されなければならないと考えられる。

違法性判断である衡量判断においては、考慮対象から除外されなければならない。実際上も、そのような要素を考慮に含めると、当事者の「言い値」をもとに価値の比較を行なうこととなり、現実的ではない。当事者からすれば、自己に属する利益はどれも重要でありえ、いくらでもその財物に対する価値を釣り上げることが可能であるからである。

第2章 抽象的価値をどう見積もるか

第2部において取り扱う2つめの問題は、抽象的利益をどのように見積もるかという問題である。判例上、個人的利益と非個人的利益（超個人的利益）とが対立する緊急避難事例は、緊急避難事例全体の大部分を占めているといってもよく、この問題について検討することは一定程度実務上の意義を有するものと考えられる。

第1節 検討する事例

まず、ここで扱う事例状況について限定しておく。ここでは、個人的法益を保全するために、超個人的法益を保護する犯罪類型に該当する避難行為を行なう場合、つまり、侵害法益が超個人的法益となる場合について考える。反対に、超個人的法益が保全法益となる場合、つまり、国家・社会のための緊急避難という問題は深く検討をしないので、これについて若干の言及をしておく。

国家・社会のための正当防衛・緊急避難を認めることができるかという問題について、学説上は、肯定説と否定説の対立がある。肯定説として、例えば団藤は、緊急避難を違法阻却事由として見る限り、「国家的法益や社会的法益をも除外する理由に乏しいであろう」としている³⁹⁴。ただし、肯定説に立つ論者においても、認められる場合についてある程度の限定を付しているものが多い。判例は、「本来国家的、公共的法益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であつて、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却つて秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべ

³⁹⁴ 団藤・前掲注42『刑法綱要総論』247頁、正当防衛について237頁。

きものと解するを相当とする。」³⁹⁵と述べており、限定的ながら肯定説に立つものであると見られている。

これに対して否定説は、広く国家や社会そのものを保護する正当防衛や緊急避難を認めるべきではないとの理解に立つ。なぜなら、これを肯定すると、私人の実力による介入を許容することとなり、かえって混乱を招く恐れがあるからである³⁹⁶。また、緊急避難については、37条1項本文が生命、身体、自由、財産という個人的法益のみを列挙していることに鑑み、正当防衛に比して、なおのこと個人的法益を保護する行為に限定する趣旨であるとの指摘もなされている³⁹⁷。もっとも、このような否定説においても、例えば放火罪のように個人の生命・身体に対する危険を内包している犯罪類型が問題となる場合や、国家が個人的法益の主体となる場合（国有財産の損壊を回避するための緊急避難など）には、個人的法益の問題として扱うことができるため、正当防衛ないし緊急避難が可能であるとする。

私見は、国家・社会そのものを保護するための正当防衛等は認めるべきではないと考える。これを肯定すると、政治的主張を伴う暴力行為について、正当防衛等を問題としうることとなる³⁹⁸。この政治的スローガンを法理論として肯定することはできないとする指摘³⁹⁹は正当であると考えられる。もっとも、肯定説に立ちながら判例のような限定を付した場合に、国家的・社会的法益のための緊急行為が問題となりうるのは極めて限定的なものとなる。どのような場合にこれが認められるかの解釈次第では、否定説とほぼ変わらない結論となる可能性もあるであろう。

第2節 判例における問題状況

本章において検討対象とする個人的法益を保護するために超個人的法益を侵害する緊急避難事例は、判例に多くみられる。問題となった犯罪類型ごとに整理をすると、交通事犯および外国人の不法入国事例が典型的なものとして挙げ

³⁹⁵ 最一小判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁。

³⁹⁶ 浅田・前掲注57『刑法総論』229頁。

³⁹⁷ 浅田・前掲注57『刑法総論』255頁。

³⁹⁸ この典型的な例として、いわゆる「三島事件」（東京地判昭和47年4月27日刑月4巻4号857頁）を挙げることができよう。ただしこの事件では、上述の最一小判昭和24年8月18日と同じ理論で違法性阻却の主張が排斥されている。

³⁹⁹ 原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂、1991年）136頁。

られる。

これらは、それぞれ社会的法益と国家的法益を問題とするものであるので、この 2 種の事例群について、それぞれ問題となった判例を分析したいと思う。

1. 交通事犯

交通事犯として緊急避難が問題となったものうち、大審院・最高裁のレベルで問題となったのは、管見の限り、自招危難を理由に緊急避難の成立を否定した大判大正 13 年 12 月 12 日⁴⁰⁰のみである。以下では、下級審裁判例における判断構造を分析することとしたい。

1) 裁判例の分析

【帯広簡判昭和 33 年 1 月 31 日一審刑集 1 卷 1 号 155 頁】

事案の概要

被告人は自衛官である。被告人の勤務する駐屯地では、医務室はあるものの専門医が配置されておらず、部隊内の患者には市内の病院に入院・通院させて医療を受けさせていた。被告人は患者の輸送担当者として、上官である A の命を受けて患者 6 名と通院係 1 名を乗せて輸送し、まず B 病院において患者 5 名と通院係を下車させた。その後、盲腸炎であった患者 C を D 病院へ輸送した。この際、C の病室まで寝具その他を運搬している約 30 分間、D 病院前の駐車禁止区域に自動車を駐車した。

この駐車行為について、道路交通取締法施行令違反⁴⁰¹として起訴された。

判旨

本判決は、次のとおり述べて被告人に無罪を言い渡した。

患者 C の盲腸炎という緊急状態は D 病院に「到着したことによって失われるものではなく、その目的である医療に現実に着手するまでは存続するものと」解される。

盲腸切除手術が比較的短時間で終了するため、少なくともこの手術終了まで

⁴⁰⁰ 大判大正 13 年 12 月 12 日大刑集 3 卷 867 頁。

⁴⁰¹ 道路交通取締法施行令（昭和 28 年 8 月 31 日政令第 261 号）

31 条 車馬は、左の場所においては、駐車してはならない。

4 号 前各号に掲げるものの外、道路における危険防止その他交通の安全を図るため、駐車を禁止することを必要と認めて公安委員会の指定する場所

に寝具運搬等の看護を済ませておく必要があったこと、B病院に残した通院係を呼び寄せる余裕もなく、無関係な通行人にこの作業を依頼するわけにもいかないこと、事件当時はD病院が最も多忙な時間帯であり、D病院の人手を借りることもできなかったことを併せ考えれば、「被告人の外にかかる看護をする者がいながつた状況下において、この緊急状態を救うため止むを得ずなされた行為に因り、駐車状態継続の結果を発生させたもの」である。

他方、D病院付近の道路が駐車禁止区域に指定されている法意を考えると、「病院は患者その他の人の出入が頻繁であり、これ等の交通安全の見地から駐車を禁止する意味もあると解せられるところ、病院に医療を求め入院する患者を輸送するための駐車をも禁止するのは、むしろ思わざる結果と云うべきで運用に柔軟性を与えられる余地の存するものと解せられる」。

本件では、Cの生命・身体に対する危難の存在が前提とされているが、そもそも看護のために寝具等を運搬する行為が、当該危難を「避けるため」の行為であるかについては、疑問の余地がある。

このことを措くとしても、害の均衡に関する言及部分について分析すると、その判断構造には不透明なところを残している。判決は、人の出入りが頻繁であることを理由とした「交通安全の見地」を挙げて、患者輸送のための駐車を禁止するのは「思わざる結果」であるから、柔軟な運用の余地があるという。しかしながら、緊急避難の要件への当てはめとして「害の均衡」を検討するのであれば、本来検討されるべきは、「被告人が禁止区域に駐車したことによって、道路交通の安全を危殆化しているわけではない」という観点であると考えられる。そのように考えると、本判決で考慮された「規制趣旨」といった要素は、結局のところ、駐車禁止の規制がそれほど強度を有するものではない、といったことを指摘する意味があるものであったと考えられよう。このように考えることで、被告人の行為により具体的に生じた害が極めて軽微であったこと、すなわち、道路交通の安全に対する危殆化の程度が低く、また、具体的個人に属する法益の侵害ももたらしていない点が重要視されたものと考えられる⁴⁰²。

また、本判決においては、補充的に、仮に被告人の行為が緊急避難に当たらなかったとしても、被告人において適法行為の期待可能性を認めることができ

⁴⁰² 安田・前掲注12『大コンメンタール』698頁。

ないとの言及がある⁴⁰³。

【盛岡地判昭和 44 年 6 月 9 日刑月 1 卷 6 号 685 頁】

事案の概要

被告人は、身体障害者等級の三級障害に該当する難聴者である。耳がきこえないことを理由として運転免許試験の受験を拒絶された。自らの営む事業を遂行する等の理由から、運転の必要があったので、やむなく、無免許ながら自動二輪車を運転した。

以上の事実につき、無免許運転として起訴された。被告人の弁護人は、被告人は自己の生活権を守るために、自動二輪車を必要最低限運転したに過ぎないのだから、被告人の行為は、緊急避難もしくは自救行為に該当して無罪であるとの主張をした（耳の聞こえない者に免許を与えない旨を定めた道交法規定の憲法違反の主張の点は省略）。

判旨

本判決は、次のとおり述べて弁護人の主張を排斥した。

「無免許運転の処罰による保護法益は、道路交通の安全という重要な社会的法益であるから、これを侵害してまで個人的法益の保全を優先させるとすれば、それは生命、身体に対する差し迫った重大な危険を排除するため等、よほどの緊急な事情がある場合にかぎり、これを認めるべき余地もある」。しかし本件においては、「所詮は経済的利益の追求にほかならないのであり、前記の道路交通の安全という社会的法益に優先させてまで、これを保護すべき緊急性ないし重要性は到底認められない」。

したがって、「弁護人の緊急避難もしくは自救行為であるとの主張は、その法益均衡の観点からして到底これを認めることはできない。」

本事案では、この判決のあとに上訴審がある。控訴審⁴⁰⁴は、被告人において現在の危難と目すべき事情がなく、また、本件無免許運転以外に適当な方法がないとの事情もないとして、本判決が緊急避難および自救行為の主張を排斥し

⁴⁰³ 被告人が他の適法行為を期待できない状態に置かれていたことの理由として、2点挙げている。第一は、被告人が自衛官であり、本件の患者輸送が上官の命令によるものである以上、単なる輸送にとどまらずある程度の看護を行なう責任を感じていたこと、第二は、被告人と患者とは、配置こそ違えど、同じ部隊に所属する同僚であること、である。

⁴⁰⁴ 仙台高判昭和 47 年 7 月 11 日刑月 4 卷 7 号 1261 頁。

た点に事実誤認や法令適用の誤りの違法はないと判断した。上告審⁴⁰⁵は、控訴審の憲法解釈の当否が、被告人の無免許運転行為を違法とした控訴審の結論に影響を及ぼすものではないとして、上告を棄却した⁴⁰⁶。

本判決は、無免許運転の罪の保護法益を「道路交通の安全という重要な社会的法益」と措定しながらも、これを侵害してまで許容される余地のある場合として、「生命、身体に対する差し迫った重大な危険を排除するため等、よほどの緊急な事情がある場合」を挙げているのが興味深い。また、弁護人の主張によれば、被告人は補聴器を利用すれば警音器の聴取が可能な程度の聴力は有しており、車両の運転技術が優秀で、法規や自動車の構造についての知識も十分であったとされる。この弁護人の主張をそのまま認めるのであれば、本件の被告人による自動二輪車の運転行為によって及ぼされる危険は、免許を有する一般の運転者と同程度であるとの評価もなしうるところである。しかし、被告人が保全しようとしている利益が経済的利益の追求であることに鑑み、抽象的ともいえる社会的法益の優位を示したものと見える。

【長崎家佐世保支決昭和 49 年 4 月 11 日家月 27 卷 1 号 165 頁】

事案の概要

本件は少年審判である。以下、「左」「右」の記述は少年の進行方向に向かってみた方向を示す。

少年が、狭く見通しの悪い道路を原動機付自転車で 20km/h で進行中、A の運転する普通自動車が 40km/h で対向してきた。この A は、道路左側を走行していたため、少年は A 車との衝突を避けるため、道路右側部分に進入した。しかしながら、A も、また道路右側に進んだため、両車が衝突した。少年は、この道路右側部分の通行について通行区分違反として送致された（この衝突事故を警察官に報告しなかった報告義務違反の点については、要保護性がなく保護処分に付する必要なし）。

決定要旨

本決定は、次のとおり述べて緊急避難の成立を肯定し、少年に保護処分を付

⁴⁰⁵ 最一小決昭和 49 年 9 月 26 日集刑 193 号 395 頁。

⁴⁰⁶ なお書きにおいて、次の点を指摘している。すなわち、被告人が運転免許を与えられない点に不服があるのならば、行政訴訟によってこれを争うのが筋であり、これをしないで自己の行為を正当化することはできないし、道路交通法の定める運転免許制度の下では、免許証の交付によって初めて運転資格が生じるのであるから、弁護人らの主張の当否にかかわらず、被告人に無免許運転の罪が成立すると言わざるを得ない、と。

さない決定を下した。

認定事実から、本件現場付近の見通しが悪く、対向車の発見は近距離に至ってはじめて可能となったこと、A 運転の対向車が交通法規に反して左側部分を通行していたこと、現場道路は幅が狭い上にその左側が崖であること、対向車を発見するまで少年は交通法規を遵守して道路左側を通行していたこと等の事情を総合して勘案すると、「少年の本件通行区分違反は、対向車との衝突による現在の危難を避けるためやむを得ずなされたもので、しかも衝突によつて惹き起こされるかも知れない被害を超えない、より軽微な事犯と認められるので、緊急避難として違法性が阻却されるものと判断される。」

したがって、少年の本件行為は罪とならないので、少年を保護処分につすことができない。

本件では、対向車との衝突によって生じ得る（比較的重大な）害に対して、少年の通行区分違反は、その違反自体が比較的軽微である。この事件では、少年の運転する原動機付自転車と対向車が現実には衝突してはいるが、この衝突により生じた損害については言及せず、通行区分違反の行為時点における予測判断を判断の中核として決定を下している。

【東京高判昭和 57 年 11 月 29 日刑月 14 卷 11・12 号 804 頁】

事案の概要

被告人の弟 A は、体格・体力ともに被告人に優っており、酒乱で粗暴癖があり、被告人に対しても暴力を振るうことがあった。A が長さ 1m ほどの鉄パイプを積んだ普通乗用自動車に被告人宅に赴き、鎌をもって被告人宅に暴れ込んできたため、被告人は庭に駐車してあった普通貨物自動車の中で隠れた。妻が気づくことを期待してクラクションを鳴らしたところ、A が被告人を発見し、また被告人が自動車に乗っているのを見て、A も自身の自動車のエンジンをかけた。被告人は飲酒していたが、自宅の周囲には適当な逃げ場がなく、A からひどい暴行、場合によっては命にかかわる傷害を加えられるものと考え、貨物自動車に乗り出した。自宅から約 1km 走行したところで、後方に A の自動車と似た白色の自動車を認めたので A なおが追ってきていると思い、そのまま B 橋（被告人宅から 1.3km）を通過して市街地へと入り、A の追跡を確認しないまま約 20 分間運転を継続して、C 警察署に到着し、警察官に助けを求めた。A は、被告人宅から 100m 地点付近で、現場に急行した警察官により酒酔い運転

の現行犯人として逮捕されていた。

以上の事実について、酒気帯び運転として起訴された。

原判決は、被告人に対する現在の危難を認めながらも、本件酒気帯び運転が危難を避けるための唯一の手段ではなかったとして、緊急避難および過剰避難の成立を否定した。

判旨

本判決は、次のとおり述べて被告人の行為が過剰避難に当たるとし、原判決を破棄して刑の免除を言い渡した。

「被告人がC署に到着するまでの間は、被告人の生命、身体に対する危険の現に切迫した客観的状況が継続していたものと認められ、被告人が自ら右危難を招いたものということもできず、右危難を避けるためには身を隠していた自動車を運転して逃げ出すほかに途はなく、被告人が自宅の前から酒気帯び運転の行為に出たことは、まことにやむを得ない方法であつて、かかる行為に出たことは条理上肯定しうるところ、その行為から生じた害は、避けようとした害の程度を超えないものであつたと認められる。

「しかしながら、B橋を渡つて市街地に入つた後は、A車の追跡の有無を確かめることは困難ではあるが不可能ではなく、適当な場所で運転をやめ、電話連絡等の方法で警察の助けを求めることが不可能ではなかつたと考えられる。この点で被告人の一連の避難行為が一部過剰なものを含むことは否定できないところであるが、前記一連の行為状況に鑑みれば、本件行為をかく然たる一線をもつて前後に分断し、各行為の刑責の有無を決するのは相当とは考えられないのであつて、全体としての刑責の有無を決すべきものである。このような見地から被告人の行為を全体として見ると、自己の生命、身体に対する現在の危難を避けるためやむを得ず行なつたものではあるが、その程度を超えたものと認めるのが相当である。」

本判決は、B橋通過の前後を分断せずに一連の行為であるとしながらも、通過前の行為は緊急避難の要件を満たすが、通過後の行為は「その程度を超えた」と判断している。学説においては、これを補充性逸脱の場合に過剰避難の適用を肯定した数少ない一例として評価する⁴⁰⁷。

⁴⁰⁷ 木村光江「過剰避難における補充性と『相当性』」研修640号（2001年）6頁、成瀬ほか・前掲注5『判例プラクティス刑法』254頁〔森永〕。

害の均衡判断については、生じた害を具体的に措定して言及しているわけではないが、酒気帯び運転により脅かされる道路交通の安全の危殆化が生じた害として想定されているものと思われる。そうすると、被告人の飲酒の程度が「酒気帯び」にとどまること、B橋通過前は市街地ではなく、比較的道路利用者の往来が頻繁ではないこと、自宅から1.3kmという短距離にとどまることなどの事情から、他の道路利用者に対して具体的な危険を生じさせたわけではないことが考慮に入れられているように思われる⁴⁰⁸。

【堺簡判昭和61年7月27日判タ618号181頁】

事案の概要

被告人がその子どもらに乗せて普通乗用自動車を運転していたところ、一番下の次女A（当時8歳）が高熱を呈し、一刻も早く医師の手当を必要とする状態となった。被告人は救急車を呼ぶことも考えたが、AのかかりつけであるB病院がさほど遠くないところにあつたので、B病院で手当を受けさせようとして運転を再開した。B病院まで7、8分というくらいの時点で、最高速度が50km/hと定められた道路を88km/hで運転した。

以上の事実について、最高速度超過として起訴された。

判旨

本判決は、次のとおり述べて被告人の行為を過剰避難に当たるとし、37条1項ただし書を適用して刑を免除した。

「被告人が本件行為に及ぶに至つた経緯及びAの病状については判示のとおりであつて、Aの右病状は、同人の身体に対する現在の危難があつたというに妨げないこと、本件行為は、右の危難を避けるためになしたものであることがそれぞれ認められる。また右行為によつて害される法益が、これによつて保全されるAの身体に対する危難の程度より重いということとはできない。しかしながら、緊急避難には自ら手段の面で制約があるところ、判示の如き現在の危難を避けるためには、B病院まで左程遠くない（本件場所からは、自動車でも七、八分ぐらいである。）のであるから、許されるスピード（当時の速度違反の検挙は、毎時一五キロメートル以上超過しているものであつた。）で運転すれば足るものであつて、本件行為の如きは判示危難を避けるため、やむことを得ざるに

⁴⁰⁸ 安田・前掲注12『大コンメンタール』698頁は、他の道路交通利用者に及ぼす危険が軽微で、保全された利益の優越性が比較的容易に肯定されうるとしている。

出でたる行為としての程度を超えたものであるといわねばならない。」

本判決は、A に対する現在の危難を肯定し、害の均衡については充たされるとしながらも、許容される避難行為の程度を超えたものであると判断した。制限速度を超過して運転する行為により害される法益とは、道路交通の安全であろうが、これ自体は、人の身体という法益より重要性の高いものということはできない、という判断であると思われる。

【神戸地判平成 13 年 11 月 15 日 LEX/DB 28075295⁴⁰⁹】

事案の概要

同乗者を乗せて普通乗用自動車を運転していた被告人が、高速道路の走行車線を 70-80km/h で走行中、被告人車両のすぐ後ろまで大型トラックが接近してきた。車間距離をとるために 90km/h くらいまで加速したが、このトラックもまた車間距離を詰めてきたため再度加速するというのを 4、5 回行ったところ、被告人車の前方を走行する別の大型トラックの後方約 5m まで接近して、大型トラックに挟まれる状態になった。被告人は危険を感じたので、追越車線に車線変更して前方のトラックを追い抜いたが、どちらか不明であるものの、再度大型トラックも車線変更して車間距離を詰めて接近してきた。被告人は再び危険を感じて 110km/h くらいまで加速したが、再度後方のトラックも車間距離を詰めるということをして 2 回くらい繰り返した。この後、後方のトラックと十分な車間距離が取れたときに、速度違反自動監視装置により撮影されるに至った。

現場の道路は最高速度が 50km/h とされているところ、それを 62km/h 超える 112km/h で運転したとして起訴された。

判旨

本判決は、次のとおり判示して過剰避難を認め、刑を減軽して罰金刑の有罪判決を下した。

「追越車線に車線変更し、前方のトラックを追い抜いたことについては、大型トラックの危険な運転（…）によって、被告人車両に乗っていた被告人や同乗者の生命身体に対する危険が現在のものとなっており、それを避けるために他に適切な方法がありうるとは考え難いから、やむを得ずにした行為というべ

⁴⁰⁹ 平成 13 年（わ）第 665 号。

きであるし、もちろん、それによって生じた害が避けようとした害の程度を超えていないことも明らかである。」しかし、当時の道路状況からすれば、車線変更は容易にできたのであるから、被告人が前方トラックを追い抜き後、再度走行車線に復帰して大型トラックをやり過ごすことも可能であり、その場合になお同トラックが被告人車両に再度接近するものとは考え難いといえるから、「被告人車両が同トラックとの間に相当の車間距離をとるため更に加速し本件速度違反をしたことについては、これをやむを得ずにした行為というわけにはいかない。」「被告人の本件速度違反に至るまでの一連の行為は、追越車線に車線変更し、前方のトラックを追い抜いたときまでは緊急避難に該当するというべきである」。

「その後再び大型トラックが被告人車両の後方に接近してきたのに対し、同トラックとの間に相当の車間距離をとるため更に加速し本件速度違反をしたことについては、緊急避難としてなしうる行為を逸脱したものといわざるを得ないから、過剰避難に該当すると認めるのが相当である。」

本件では、緊急避難と認められるトラック追い抜きまでについては、害の均衡が保たれていると判示されている。この過剰に至らない部分では最大 90km/h と認定がなされている。このときの現場道路の制限速度が、検挙時と同じ 50km/h であるならば、速度超過の程度それ自体は著しく他の道路利用者に対する危険の程度も大きいように思われる。他方、判文からは具体的状況が読み取れないのであるが、本件の現場は高速道路（県道）であり、歩行者や自転車などの比較的立場の弱い道路利用者の存在を想定する必要がない点、および、事件は午前 0 時ごろに発生したものであり、他の道路利用者が少なかったという事情があったとも考えられる。

【神戸地判平成 17 年 10 月 24 日 LEX/DB 28115012⁴¹⁰】

事案の概要

被告人が普通乗用自動車を運転中、他の自動車と交錯しそうになり双方が停止したところ、相手方車両に乗車していた二人の男が「降りてこい」と述べ、うち一人は車両から降りて怒鳴りながら被告人車両の窓ガラスに空き缶を投げつけた。被告人は自己の身体または車両に対して危害を加えられると畏怖し、

⁴¹⁰ 平成 17 年（わ）第 1018 号。

現場および相手方から離れようとして、最高速度が 60km/h と指定された道路を 106km/h で運転した。

以上の事実について、制限速度違反として起訴された。弁護人は、緊急避難および期待可能性の欠如を主張した。

判旨

本判決は、次のように述べて弁護人の緊急避難の主張および適法行為の期待不可能性の主張を排斥し、被告人に対して有罪判決（罰金刑）を下した。

緊急避難の成否につき検討すると、認定事実からは、「被告人は、2人組の男から危害を加えられそうになった後、直ちにその現場から逃走し、自車を加速してこの2人組を十分引き離した後も減速することなく高速運転を継続し、本件速度違反に至ったことになり、その当時、客観的にはもはや現在の危難に該当する事実はなかった」。

また、危険を感じて直ちに自車を発進させることはやむを得なかったとしても、横道に入って引き離すとか、追いつかれた場合でもドアロックして助けを呼ぶなどの方法も可能であったと考えられるので、「被告人の供述を前提としても、本件速度違反以外に他に取るべき方法があった」。

さらに、本件速度違反は 106km/h にまで及び、他の通行車両と衝突すれば、その運転者や同乗者を死亡させる重大事故となる危険が極めて高い運転態様であった。被告人の供述によれば、当時現に他の通行車両が存在しており、本件速度違反が通常予想を超える程度のものであったから、他の車両の運転者が被告人車両の動静を見誤る可能性が高く、「重大事故の発生する危険はかなり現実的なものであった」。他方、被告人が避けようとした害は、客観的には生命の危険にまで及ぶものではないから、「本件速度違反によって生じた害は、被告人が避けようとした害の程度を越えなかった場合には該当しない。」

「以上によれば、本件速度違反について、緊急避難はもちろん過剰避難は成立しないし、適法行為の期待可能性がなかったともいえない。」

本件は、本件犯行時には被告人の車の周囲では道路利用者の往来が頻繁であったことから、制限速度超過行為を処罰することによって保護される法益、つまり、道路交通の安全に対する侵害の程度が、重大かつ具体的・現実的であったことが重視されているものと考えられる。

2) 小括

以上が、わが国で主に問題となった、個人的法益を保全するために、道路交通法規に抵触する行為をした例である。紹介したものは、避難行為が具体的個人に対して損害を生じさせていないもの（またはその損害が度外視されているもの）である。

避難行為によって侵害される法益としては、「道路交通の安全」という社会的法益が措定されている。ただし、「社会的法益」とはいつでも、道路交通に関しては比較的その具体的内容が理解しやすいものである。道路交通法1条は、法律の目的規定として、「この法律は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的とする。」と規定している⁴¹¹。したがって、道路交通関連法規は、各種の規制を設け、その違反に対して罰則を定めることにより、究極的には、個人的法益を保護しようとするものといえる。特に、人の生命・身体の保護は、当然に予定されているものと考えて良いと思われる。

判例においては、人の生命や身体に及ぶほどの危険を避けるためになされた避難行為については、緊急避難や過剰避難を肯定したものが散見される。究極的には個人的法益に行き着く抽象化された社会的法益と、具体的危険が迫っている個人的法益が対立するとき、後者が優越するという判断は妥当と言えるであろう。このように考えると、人の生命・身体という個人的法益を保護するためになされる道路交通法規違反の避難行為については、実質的には害の均衡判断が一定程度固定化されていると見ることもできよう。そうすると、行為要件としては、避難行為が危険回避のための最低限の行為であったかという判断が重要な意味を持つことになるように思われる。

2. 不法入国事例

外国人によるわが国への不法入国に関して緊急避難が問題となった例は、判例上いくつか見出される。

⁴¹¹ 第7次改正法（昭和45年12月25日法律第143号）以前は、「この法律は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図ることを目的とする。」という規定であった。このときの法改正、および、「道路の交通に起因する障害の防止」との文言の追加は、主に大気汚染や騒音といった交通公害への対応を意図したものである。

1) 判例の分析

【最三小判昭和 39 年 8 月 4 日刑集 152 号 429 頁】

事案の概要

被告人らは、韓国籍の外国人である。被告人 X が、日韓会談の韓国代表として渡日していた際、韓国では不正大統領選挙に端を発するデモが発生したので、家族からの電話連絡にもかかわらず帰国したところ、検察官憲から選挙法違反（当時の罰条として最も重いのは 3 年以下の懲役・禁錮）として逮捕・起訴された。被告人は持病の悪化のため保釈され大学病院に入院していたが、革命運動が進むにつれ刑事事件臨時処理法が施行され、特別法の制定まで関連犯罪者の裁判手続を中止し、身体拘束期間の延長・保釈者の再拘束が可能となった。憲法改正法案およびこれに基づく特別法案が新聞紙上に報道され、いずれも原案通り施行されることが予想された。これが施行された場合、被告人 X は①従前の法定刑よりはるかに重い刑罰を定めた法が遡及的に適用されることとなり、②法官の資格を有しない審判官によって裁判され、③再審請求も大幅に制限されることになった。加えて、臨時処理法の施行により、直ちに保釈を取り消されて再収監され得る状態となった。仮に再収監されれば、持病の悪化により死刑の執行を待たずして生命を失うような状態であったため、妻である Y および秘書である Z と共謀し、Y および Z が再入国許可証を所持していないため、密航船に乗って不法に日本に上陸した。

以上の事実について、出入国管理令違反として起訴された。被告人側は、本件密入国は、被告人 X の生命、身体に対する危難を免れるための行為であるから、緊急避難にあたりと主張した。

控訴審は、検察官による、出入国管理令の趣旨に照らして緊急避難適用の余地がないとの主張、および、国家刑罰権の発動により生じる被害は危難に当たらないか、当たるとしても日本の領海に立ち入った時点で危難の緊急性が失われているとの主張をそれぞれ排斥し、被告人に過剰避難の適用を肯定した。

これに対して、被告人・検察官の双方が上告をした。

判旨

当事者双方の上告理由が適当でないとして排斥したのち、職権で次のとおり判断した。

本件で問題となった韓国の革命立法は、被告人らが日本に入国した時点では、

そのほとんどがその内容が新聞に報道された程度であるから、現在の危難が認められない。したがって、被告人の行為に過剰避難を認めた原判決にはこの点において事実誤認がある。

この最高裁判決では、現在の危難を否定して緊急避難の成立を否定したかたちとなったが、本件の第一審判決では、害の均衡等について詳細に検討がなされているため、以下で紹介する。

【福岡地判昭和 37 年 1 月 31 日下刑集 4 卷 1・2 号 104 頁】

「被告人等が本件密入国を決意した昭和三十五年十一月初旬の韓国における諸般の情勢は、もはや単に将来に予測される危険の域を超え、被告人等において事態をそのまま放置し拱手傍観していたならば、被告人 A に対する遡及的な重刑による処罰という同被告人の生命、身体、自由に対する法益侵害の実現が必至と認められる緊迫した状態にあつたものというべく、前記各特別法案の民議院本会議への提案、或は成立等を待たないで、又同被告人の身柄再拘束を待たないで、右危難は、既に「現在の危難」と目すべき段階に達していたものと断ぜざるを得ない。」

被告人 X は再入国許可証を所持していたが、Y および Z は所持していなかったため、密入国をしなければならない状況にあり、「これら諸般の事情に鑑みれば結局被告人 X において本件犯行を敢行したのは、条理上やむを得なかつたものと首肯することができる。」

「被告人 X は本件犯行により出入国管理令に違反し、これが法益を侵害したことはいうまでもなく、右法益が日本国の国家法益であることも明らかであるが、国家法益が常に私的法益に優先して保護すべきものとは解し難く、結局被告人等三名の本件犯行により侵された具体的な害悪と同被告人の前述生命、身体、自由等の法益に対する侵害とを比較考量するとき、前者が後者に比しより大であるとするのは相当でなく、いわゆる法益権衡の点から観ても、同被告人に対する緊急避難の成立を否定することはできない。」

【広島高判平成 13 年 10 月 17 日判時 1766 号 152 頁】

事案の概要

被告人は、中華人民共和国の国籍を有する外国人である。有効な旅券または乗員手帳を所持しないで日本に不法に入国した事実につき、出入国管理法違反

として起訴された。

被告人は、本件密入国の当時、妊娠をしていたが、中国の一人っ子政策により強制的に中絶手術を受けさせられる恐れがあり、本件密入国は、胎児の生命および被告人の身体に対する危険を避けるための行為であったと主張した。

判旨

被告人が妊娠初期の比較的流産しやすい時期に密入国を執行していること、密入国に成功したとしても隠れた生活を余儀なくされ、安心して出産をできるとは限らないこと、中国でも計画外妊娠が発覚した際に必ず中絶手術を受けさせられるとは限らず、地方に隠れる等して計画外出産を行なう例も少なくないこと、被告人は中国で出産した第一子の育児の手当てもせずに出国していること、原判決後に出産したが、その後は子を残したまま行方をくらましていること等の事情を総合すると、被告人の密入国の主たる目的は金稼ぎにあるというべきであり、「被告人が妊娠中の胎児の生命及び自分の身体の安全に対する危険を避けるため密入国したとは認めることができないから、その余について判断するまでもなく、緊急避難はもとより、過剰避難を認めることはできない。」として、過剰避難による刑の免除を認めた原判決を破棄した。

本判決の原審は、被告人について過剰避難による刑の免除を認めている。

【松江地判平成 10 年 7 月 22 日判時 1653 号 156 頁】

「当時、被告人は、被告人の承諾なくして行われる強制的な妊娠中絶手術により本件妊娠にかかる胎児の生命を奪われるとともに、被告人自身の身体に対する不法な侵害を受ける差し迫った危険に身を置いていたものというべきであり、したがって、本件妊娠にかかる胎児の生命及び被告人の身体の安全に対する現在の危険（以下「本件危険」という。）が存在した」。

また、本件密入国が本件危険を避ける意思に基づくものであったことが認められる。

「やむを得ずにした行為」と認められるか否かについて検討すると、中国の他の地に身を隠して危険を逃れる方法がなかったわけではなく、また、密入国に伴う流産の危険を考慮すると、密入国が危険回避の方法として相当であったとも言い難い面があるから、「本件密入国は本件危険を避けるための行為ではあるが、そのために許容される、やむを得ない行為としての程度を超えたものであるといわざるを得ない。」

「本件密入国によって侵害された法益は、我が国の出入国管理に関する法秩

序であり、被告人の本件密入国が、他の同国人多数とともに集団でしたものであることも考えると、本件密入国によって侵害された我が国の出入国管理に関する法秩序を内容とする法益は軽々にこれを軽視することはできないが、被告人が本件密入国によって避けようとした本件危難にかかわる法益は、本件妊娠にかかる胎児の生命及び被告人の身体に対する安全であるから、本件密入国によって生じた法益侵害が避けようとした法益侵害の程度を超える場合には当たらない。」

2) 小括

これらはいずれも、出入国管理令ないし入管法違反の事件である⁴¹²。現行の出入国管理及び難民認定法の目的規定である第1条は、「出入国管理及び難民認定法は、本邦に入国し、又は本邦から出国する全ての人の出入国及び本邦に在留する全ての外国人の在留の公正な管理を図るとともに、難民の認定手続を整備することを目的とする。」と規定している。

被告人の行為により侵害された法益について、福岡地判昭和37年1月31日は「日本国の国家法益であることも明らか」と述べ、松江地判平成10年7月22日は、「我が国の出入国管理に関する法秩序」であると述べている。このような利益は、具体的個人の利益とは性質を異にするもので、国家を主体とする法益ないし利益と言わざるを得ないように思われる。この利益の重大性は極めて措定しがたいものであるが、上記裁判例においては、人や胎児の生命に対する危難が認められる場合には、比較的にこの種の国家的法益の重大性を劣後させるかたちで評価しているようである。

第3節 学説における議論状況

個人的法益と超個人的法益との衡量を要する場合に、これをどのように評価するかという問題について、一般的な基準を定立するのは困難である。「個人的

⁴¹² 出入国管理令（昭和26年10月4日政令第319号）は、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件（昭和20年勅令第542号）」に基づき制定されたものである。その後、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く外務省関係諸命令に関する法律（昭和27年4月28日法律第126号）」の4条で、本法の施行後も「法律としての効力を有する」とされた。昭和56年に至り、法律名が「出入国管理及び難民認定法」に変更された（昭和56年6月12日法律第86号）。

法益対超個人的法益」という対立構図のある場合にかかわらず、害の均衡判断は、一定程度具体的事案に応じた事実的判断に拘束されざるを得ない。

そのような議論状況にあっても、何らかの指針を示そうとする見解は存在する。その一つは、法益の大小の比較が困難な場合には、同価値の法益が対立する場合に準じるという理解がある⁴¹³。比較が困難な場合に、どちらかの法益(の要保護性)が優越する評価して解決することは、「法適用者の権能を超えている」という⁴¹⁴。このような主張を行なう論者は、緊急避難の法的性質につき、違法阻却を基軸とする量的二分説に立っている。すなわち、法益の大小の比較が困難な場合には同価値として扱われるので、違法阻却事由ではなく、責任阻却事由としての緊急避難が認められるに過ぎないとの理解がある。

また、公益は私益に優越するという考え方があり得る⁴¹⁵。しかしながら、一概にはそのように断定はできない上に、そのような価値序列を認めることが、日本国憲法の精神と整合的でないとの批判がなされている⁴¹⁶。

より一般的には、犯罪類型における法定刑が一つの基準になるとする理解も示されている⁴¹⁷。しかしながら、法定刑はさまざまな考慮要素により決定され、当該犯罪類型の保護法益の重大性の程度と比例するとは限らないということが指摘しておく必要がある⁴¹⁸。また、特に保全側の利益は、これを保護の対象とする犯罪類型が存在しない、または、措定しがたい場合が容易に想定される。これらの点を踏まえると、法定刑は一つの判断材料にすぎないという他ないと考えられる⁴¹⁹。

利益・法益の衡量が困難な場合の取り扱いについて学説から示される判断の指針は、結局のところ、次のような指摘に帰着することが多い。例えば、「我が国の法秩序の根底にある考え方との整合性を多角的に検証しながら、その優劣を判断するほかはないであろう」⁴²⁰という指摘や、「最終的な判断基準は、憲法

⁴¹³ 佐伯(千)・前掲注57『刑法講義(総論)』203頁。

⁴¹⁴ 内藤・前掲注53『刑法講義総論(中)』425頁。

⁴¹⁵ 一般論としてこのような理解を示すものとして、虫明=篠田・前掲注5『大コンメンタール』465-466頁、大塚・前掲注41『刑法概説(総論)』405頁、川端・前掲注42『刑法総論講義』388頁。

⁴¹⁶ 安田・前掲注12『大コンメンタール』696頁Rn.40

⁴¹⁷ 虫明=篠田・前掲注5『大コンメンタール』465頁、大塚・前掲注41『刑法概説(総論)』405頁、川端・前掲注42『刑法総論講義』388頁。

⁴¹⁸ 安田拓人「法定刑の改正動向について—犯罪論の立場から—」刑法雑誌46巻1号(2006年)86-99頁を参照。

⁴¹⁹ 安田・前掲注12『大コンメンタール』696頁。

⁴²⁰ 安田・前掲注12『大コンメンタール』696頁。

の価値秩序に求められることになるであろうが、個別具体的で実質的な衡量が必要である」⁴²¹との指摘である⁴²²。

1. 検討—解釈の基本的指針

第1部で検討した、緊急避難における衡量判断の解釈指針は、衡量判断により行為の可罰（的違法）性が阻却されるとの法効果との関係で、基本的には、立法者が犯罪類型によって保護しようとする利益、すなわち、法益の衡量判断を中心として、社会的観点から、処罰の理由が失われているかどうかを検討すべきというものであった。

このような理解を前提としながら、学説において提示されている諸見解について、それぞれ検討する。

まず、異種間の法益を比較する場合に代表されるような、両者の比較が困難な場合については同価値と考える見解については、確かに、無理な解釈を通じてどちらかに有利な判断を下すことの不当性を踏まえれば、被告人の利益のためにも、ひとまず同価値として避難行為の不処罰を保障することの意義は大きいと考えられる。しかしながら、法秩序全体を見渡したときに、どちらかの利益を有利に扱う手がかりとなるものが全く見出されないということも考えづらく、その意味で、「[同価値の]責任阻却的緊急避難の観念が適用される領域は、かなり広汎であるということに注意すべきである」⁴²³という佐伯の指摘は、必ずしも適切ではないと思われる。

また、公益は私益に優先するという考え方は、「個人の尊重」を旨とする日本国憲法を前提とするわが国においては、認められないと考えるべきである。無論、具体的事案の解決として、結果的にこのような序列関係が成立する場合は存在する。ここでいう「公益」に個人の集合としての社会的法益が含まれるのであれば、例えば、個人的法益に対する危難を回避するために現住建造物に放火をするような行為は、この危難が個人の生命を脅かすものである場合は格別、害の均衡要件が満たされないという評価が下される例がほとんどと言えるであ

⁴²¹ 浅田・前掲注 57『刑法総論』180-181、259-260頁。

⁴²² 同旨の見解として、団藤・前掲注 42『刑法綱要総論』249頁、虫明＝篠田・前掲注 5『大コンメンタール』466頁、大塚・前掲注 41『刑法概説（総論）』405頁、福田・前掲注 46『全訂刑法総論』169頁。

⁴²³ 佐伯（千）・前掲注 57『刑法講義（総論）』203頁。

ろう⁴²⁴。しかしながら、それは現住建造物への放火行為が、典型的に、ある程度具体的に多数の個人的法益を重度に侵害ないし危殆化するものであるといえるからであって、「公益」というだけで個人の利益に優先されるものではないと考えられるのである。

また、国家的法益に対する罪に目を向けても、国家の存立を脅かすような行為から、国家作用を妨害する行為まで、行為が国家の利益を侵害する程度は犯罪類型によりさまざまである。これらを一律に、国家という大きな主体の法益であるという事実のみから当該利益の価値を高く見積もる傾向をもつとすれば、日本国憲法を頂点とするわが国の法秩序に即した理解とはいえないであろう。

このように考えると、「我が国の法秩序の根底にある考え方との整合性を多角的に検証しながら、その優劣を判断する」⁴²⁵という理解に理があると考えられる。

したがって、日本国憲法を頂点とするわが国の法秩序に即した判断を志向するのであれば、まず出発点として、憲法が最もその価値に重きを置いている「個人」を判断の中核とすることが妥当であると考えられる。

1) 社会的法益

社会とは、事実に個人は個人の集合体である⁴²⁶。その意味で、社会的法益に対する罪を不特定・多数の個人の利益に対する罪というかたちで捉え直そうとする傾向は⁴²⁷、日本国憲法が表明する個人主義の原理と合致しており、妥当であると考えられる。社会的法益はそれ自体極めて多様であり、そのすべてを個人的法益に還元することはできないが、できる限り個人の利益に還元をしたかたちで、衡量判断の俎上に乗せることが妥当であると思われる。このような考え方は、37条1項本文の「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」という文言の解釈としても十分成立しうるものである。上述した、わが国において緊急避難の成立が問題となった交通事犯の裁判例の一部も、このような判断を行なっていたとみることができよう。すなわち、例えば制限速度を超過した運転が問題となった場合に、単に速度超過運転によって道路交通

⁴²⁴ 大阪高判平成10年6月24日高刑集51巻2号116頁。

⁴²⁵ 安田・前掲注12『大コンメンタール』696頁。

⁴²⁶ 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、第2版、2007年）322頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）323頁。

⁴²⁷ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）239頁。

の安全が脅かされたというのではなく、現場の状況などに鑑みて、当該速度超過運転によって他の道路利用者に対する具体的な危険を生じさせていないか、という点が検討された例がある。ここでは、社会的法益に対する罪が、究極的には個人的法益を保護しようとするものであると考えをもとに、社会的法益に対する罪にあたる避難行為が、どの程度の具体性をもって個人的法益を危殆化するものであったのか、という点が検討されるべきように思われる。

2) 国家的法益

国家的法益についてはどのように考えるべきであろうか。公務執行妨害罪に代表されるように、手段たる行為が個人的法益に対する罪を構成する(しうる)場合が認められる⁴²⁸。その意味では、国家的法益を考える場合にも、個人的法益への還元という方法をとることができる。しかし、社会的法益の場合と異なるのは、当該国家的法益の保護が、その延長として個人的法益の保護を目指していると考えがたい点である。すなわち、社会は個人の集合体であるということから、社会的法益の保護は、抽象化された個人的法益の保護というかたちで捉えることが可能な類型である。他方、国家的法益に目を向けると、国家とは例えば「一定の領域と住民とを統括する排他的統治権をもった機構」⁴²⁹や「正統性をもって権力を行使しうる機構」⁴³⁰などと定義されるもので、個人や社会からは独立した法益の主体として観念される。したがって、これを国家権力側の個人的法益に対する侵害のみに純化して衡量対象とするのでは、妥当ではないと考えられる。

では、衡量判断においてはどのような考慮が必要となるか。国民主権を標榜する日本国憲法下においては、「国家は、究極的には国民の生命・身体・自由・名誉・財産を保護し、平和的生存権を保障するために存在するのであって、国家そのものが無条件に保護の対象となるわけではない」⁴³¹とされるほか、国家

⁴²⁸ 原田・前掲注 399『刑法による超個人的法益の保護』153-154頁は、保護法益が国家の存立であるとされる内乱罪について、国家は抽象的に存在するのではなく多数の具体的個人によって維持されているところ、「そのような人の行動を阻害することが国家の存立に対する侵害行為である」という前提に立った上で、「内乱はまず個人の利益に対する侵害であり、当該個人が国家の存立を担っているが故に、その個人法益侵害行為に国家存立に対する侵害という意味が付加される」と指摘している。

⁴²⁹ 藤木英雄『刑法講義 各論』(弘文堂、1976年)7頁。

⁴³⁰ 林・前掲注 426『刑法各論』420頁。

⁴³¹ 浅田・前掲注 426『刑法各論』492頁。

は、「個人の生命、身体、自由、財産を保護する機構としてのみその価値が認められるべき」⁴³²であるということは、今日の学説においては広く認められていると見てよいであろう。このことを前提とすると、国家的法益に対する罪について緊急避難の成否が問題となる場合には、その国家的法益の保護はそれ自体が目的ではなく、個人の利益を保護するための手段であるという観点が考慮されなければならない。これ以上は事実に委ねざるを得ないが、そのような観点が考慮される結果、個人的法益が国家的法益に優越すると評価し得る場合は、必ずしも少なくないということができよう。

また、実際問題として、個人的法益に対する現在の危難が認められる程度に危険が切迫し具体性を有するといった場合に、国家の存立に対する罪にあたる行為が避難行為として選択されることは、通常考えがたい。刑法典に規定される犯罪類型を見る限り、これらの罪は、個人の突発的な行為によって実現されるものとは考えがたいから、そのような構成要件該当行為について緊急避難による不処罰が主張されても、補充性の要件が否定されることがほとんどであろう⁴³³。そうすると、国家的法益に対する罪のうち、特に重い部類に属する犯罪類型が問題となることはほとんどなく、比較的軽微な、個人的法益との比較もしやすい類型が残ることになる。

2. 具体的適用一交通事犯

道路交通法規違反の事件で緊急避難が問題とされる事例のうち、具体的個人に傷害等の結果を生じさせている事例は、概ねその傷害の程度を考慮しながら、緊急避難における害の均衡要件を判断しているものとみることができる⁴³⁴。他方、ここで問題としている個人的法益への具体的な損害が生じていない交通事犯については、上記の検討において社会的法益について示した理解、すなわち、

⁴³² 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会 1966年）100頁。

⁴³³ 強要による緊急避難の場合も、ほぼ同様のことがいえると考えられる。

⁴³⁴ このような例にあたり緊急避難の成立を肯定したものとして、岡谷簡判昭和 35 年 5 月 13 日下刑集 2 卷 5・6 号 823 頁（乗合自動車の運転手が、自転車の側方でもよめいた自転車の運転者との接触を避けるためにした急停止の措置によって、乗客 2 名にそれぞれ全治 10 日程度の前腕挫傷と加療 6 週間を要する前腕骨皮下骨折の傷害を負わせた事例）、大阪高判昭和 45 年 5 月 1 日高刑集 23 卷 2 号 367 頁（自動車の運転者である被告人が、対向車との正面衝突を避けるために減速をしてハンドルを切った挙動によって、後続の二輪を運転していた被害者に第 3 中指骨軟骨折等の加療 3 週間を要する傷害を負わせた事例）がある。

社会的法益に対する罪のうち、個人的法益に還元できるものは、個人的法益に還元して衡量を行なうべきであるとの判断方法は、まさしく交通事犯の事例処理に妥当するものと考えられる。

先に検討したように、判例の判断構造として、問題となった避難行為が具体的な個人の法益に及ぼす侵害やその危険性の程度が考慮されているように見える。また、道路交通法規の目的規定をはじめとする全体的な趣旨に鑑みれば、道路交通法規は、その多くが社会的法益に対する罪を規定するものであるものの、究極的な目的は個人的法益の保護にあると考えられるのである。

この点、実務家による評釈にも同じような指摘が見られる。例えば今井は、札幌高判平成26年12月2日⁴³⁵の評釈の中で、次のように述べている。速度超過規制の「保護法益は、究極的には、事故の防止、すなわち、個人の生命・身体等の保護にも向けられているものとする。したがって、速度超過と緊急避難の問題を検討するに当たっては、侵害される利益について、一律に交通秩序の維持などとして抽象的な社会的法益の観点から検討するのではなく、速度超過の程度や当時の道路状況、交通量等に照らし、事故を惹起する蓋然性等を明らかにした上、他の運転者や同乗者等の生命・身体等に対する具体的な危険の切迫性、その及ぶ範囲などを踏まえて比較検討することが重要である」と指摘している⁴³⁶。

このように考える場合、個人的法益への危険の切迫度、より正確に言えば、当該危険の具体性の程度は、衡量判断において重要な意味を持ち得る。

3. 具体的適用—不法入国事例

⁴³⁵ 札幌高判平成26年12月2日高検速報(平26)号200頁は、最高速度が60km/hと定められた片側1車線の道路において、94km/hで自動車を進行させた事実について起訴された事例。被告人は、後続車両が対向車線に出て被告人車両の横に並ぶことを繰り返したり、2、3分間にわたって被告人車両に接近するなどの行為を繰り返しており、また被告人は慣れない道で脇道に逸れることもできなかつたため、先行するトラックを追い越すために加速をしたものであると主張した。原審である札幌地判平成26年7月16日LEX/DB 25504909(平成26年(わ)第191号)は、自己の生命・身体に対する危険を避けるための緊急避難が成立する合理的な疑いが残るとして無罪とした。検察官控訴を受けた本判決は、被告人の供述の信用性について疑問があるとし、またこれを前提としても、ブレーキランプを点灯させることによる注意喚起などの方法をとることにより後続車の接近が解消される可能性は高かつたとして、被告人の行為は「やむを得ずにした行為」であるとはいえないとした。

⁴³⁶ 今井誠「判批」研修811号(2016年)36-37頁。

不法入国について緊急避難の成否を考える上で、まず、出入国管理法令によって保護される利益が、国家的法益であるということを指摘しておく必要がある。また、この利益は、個人的法益への還元は困難であると言わざるを得ないであろう。

そうすると、この場合における衡量判断は、具体的事案の諸事情に応じて事実問題として検討されなければならない。外国人の入国および滞在が問題となる場合には、外国人の出入国ないし在留の管理に対するわが国の立場が問題とされ得るであろう。現行の出入国管理及び難民認定法における外国人の上陸の拒否および退去強制に関する規定を概観すると、国家が出入国および在留を管理することの最も中心的な目的は、犯罪行為者などの入国・在留を認めないことにより国内の治安維持を図ることであると考えられる。さらには、一時庇護のための上陸の許可に関する規定⁴³⁷も、不法入国と緊急避難の関係を考えるにあたっては、参考になるであろう。この一時庇護のための上陸の許可に関する規定の存在があるがゆえに、そもそも不法入国行為については緊急避難適用の余地がほぼ認められないのではないかとの指摘もあるが⁴³⁸、判例上問題とされたもののように、人の生命や胎児の生命に対する危難を回避するためになされる行為については、衡量判断として国家の出入国管理の利益が劣後すると見る余地は十分にあると認められる。

4. 「個人」を中核とする判断と社会的価値との関係性

以上で示したような個人的法益を中核とする判断が、フランス法の検討から得られた衡量判断における社会的価値の考慮と両立するののかについて、確認しておかなければならないと思われる。

⁴³⁷ 出入国管理及び難民認定法 第18条の2

入国審査官は、船舶等に乗っている外国人から申請があつた場合において、次の各号のいずれにも該当すると思料するときは、一時庇護のための上陸を許可することができる。

① 次のイ又はロのいずれかに該当する者であること。

イ その者が難民条約第一条A(2)に規定する理由その他これに準ずる理由により、その生命、身体又は自由を害されるおそれのあつた領域から逃れて、本邦に入つた者であること。

ロ その者が迫害を受けるおそれのあつた領域から逃れて、本邦に入つたものであること(イに掲げる者を除く。)

② その者を一時的に上陸させるのが相当であること。(2項以下省略)

⁴³⁸ 小川新二「判批」警察学論集55巻4号(2002年)179-192頁を参照。

結論を示せば、これらは両立すると考えられる。というのも、ここでは個人的法益に対する社会的な価値の重みづけを問題としているといえるからである。すなわち、衡量判断において取り入れられるべき社会的価値とは、刑法の視点から、社会の動揺を生じさせないために保護しようとする価値である。その価値が大きいほどに、それが害されたことによる社会への影響、すなわち社会的動揺ないし社会侵害性が大きいと言いうる。個人の尊重が掲げられる法秩序においては、その個人の利益を具体的に害することにより及ぼされる社会への影響が、個人に実害を与えないかたちで社会や国家の利益を害することにより及ぼされる社会への影響よりも大きいと評価することは十分可能である。

結語

結論

以上の検討を通じて得られた本稿の結論をまとめると、概ね次のとおりとなる。

まず、違法性評価、とりわけ、違法阻却における衡量判断は、わが国では伝統的に、問題となる行為の適法性を基礎づけうる評価方法であるとの見解が主張され、一定の支持を得ているものとみることができる。また、このような見解にあっては、害の均衡を明文で要求する緊急避難規定は、いわば緊急状態における違法阻却の一般規定的に理解されることがあり、緊急避難の要件を充足すること、および、その背後の対立している利益の価値を比較するという作業から得られる評価は、社会において生じるさまざまな法的問題を考える上で参照されている例がある。

しかしながら、より高い価値の利益が保全されたという事実によって、通常は犯罪となる行為がなにゆえ適法との評価を受けるのかは、自明ではない。このことの問題性は、もともと無関係な第三者に危難を転嫁するという構造を有する緊急避難において特に顕在化する。緊急避難に違法阻却を認める見解にあっても、第三者保護という観点から、避難行為に対しては緊急避難によって対抗可能であるとの主張がなされることが多いが、適法行為に対する適法行為による対抗を認める点で、違法評価に矛盾を生じさせるものであって、妥当とは言いがたい。ある行為が適法との評価を受けるのであれば、当該行為は、何人も妨げることのできない行為であるということの意味する。緊急避難の法的性質について違法阻却と考えること、および、その正当化を基礎づけるにあたり衡量判断を用いる見解は、その法的帰結の点でも、また、37条1項本文の要件設定を整合的に理解する上でも、問題を指摘することができる。

したがって、違法性評価における衡量判断が何を明らかにするためになされる作業なのか、という点に立ち返って検討することが重要であると考えられる。また、その検討を通じて、衡量判断がどのようになされるべきかという点も、一定程度明らかとなる。

以上のような問題について検討するため、フランスにおける緊急避難とその周辺領域に関する議論を俯瞰すると、次のことが明らかになる。すなわち衡量判断は、問題となる行為の有する社会的効用に着目し、社会の立場から、当該

行為を処罰することに利益をもたないといえることを判断するためのものである。また、フランスにおいてなされていた正当化事由の一般的把握の試みを参照すると、緊急避難は、それまでの正当化事由概念をさらに拡張することによって正当化事由と認められるに至った経緯がある。当初から権利の行使等として正当化事由と把握されていた正当防衛等と比較し、また、民事上の賠償・補償について異なった取り扱いが論じられていることからすると、フランスにおける緊急避難の「正当化」はニュアンスを有するものであると考えられる。

さらに、正当化事由の正当化根拠は問題となる行為の社会的有益性に求められるが、これを犯罪類型との関係から理解する分析が適切である。すなわち、立法者が何らかの社会的価値を保護して社会の動揺を防止するために犯罪類型を確立しているということを前提にすると、正当化事由はいわばその裏返しである。具体的事情に照らして、問題となる社会的価値を比較しながら、この社会的動揺が生じていないとみなすことができるのであれば、行為の正当化が要請される。このように理解される不処罰根拠と、正当化事由の構造に関してなされる分析を参照することは、衡量判断において考慮可能な利益を限定する意味で示唆的である。

以上を踏まえてわが国の緊急避難規定の解釈について検討する。衡量判断そのものから行為の適法性を基礎づけることは困難であり、また、緊急避難を構成する要素を複合的に考慮しても、緊急避難が有する危難の第三者転嫁という構造に照らして、違法阻却事由を原則として考えるべきではない。したがって、緊急避難の法的性質は、原則として可罰的違法阻却事由にとどまると考えるべきであろう。

また、衡量判断が反映される害の均衡要件の解釈にあたっては、問題となる利益の社会的価値が比較されることになる。具体的には、「法益」を中核とした判断が望まれるが、保全利益の側には犯罪類型の保護法益には該当しないと考えられるものも含まれる可能性があり、注意を要する。ただし、正当化される反応たる行為は、正当化の誘因たる状況的事実との関係で検討されなければならないという正当化事由の構造分析を踏まえると、保全側、侵害側のどちらの利益についても、考慮可能な利益には一定の枠がかけられることになる。

第2部では、第1部での検討結果を踏まえ、そこで得られた理解がそれぞれの問題状況においてどのように反映されるかを確認した。実際上の意義も大きいと考えられる緊急避難の2つの事例群、すなわち、当事者の個人的事情を考慮することができるかという問題と、抽象的価値をどう見積もるかという問題

について、若干の検討を加えた。具体的な事例処理を考えるにあたっては、それぞれの問題状況における特殊性を考慮する必要がある。その意味で依然として検討が不十分であり、衡量判断における具体的な解釈方法を明示したとは言えないが、個人の尊重を旨とする憲法を頂点とするわが国の法秩序を前提とすると、衡量判断では、個人的法益を判断の中核としながらも、それらに対する社会的な価値の重みづけが重要な意味を有するものと考えられる。

最後に、緊急避難概念や衡量に基づく判断が、種々の新たな問題に対してどのような価値を提供するかという点について付言する。衡量判断に対する本稿の結論は、これを行為の可罰性を明らかにするための評価作業であると位置づけて、緊急避難論の枠内で検討される衡量判断は、ある程度枠づけられた評価方法であるというものである。ここでは、基本的には個人レベルの考慮が排斥されるため、個人間の利害関係をも調整し得るような行為の適法性判断については、論拠を提示するものではないといえよう。他方、わが国の緊急避難論における正当化根拠論は、さまざまな観点から違法阻却を認めてよい緊急避難の範囲を模索しており、ここでなされている議論は、行為の違法・適法について、一定の示唆をもたらさしめるものと考えられる。ただし、その境界線をどこに設定するかという問題は、法が妥当する場所の文化的・社会的背景と切り離して考えることはできないと思われ、それゆえに、一層慎重な検討が求められると思われる。

残された課題

緊急避難は「法のマイクロコスモス」と称されるように、緊急避難や衡量判断にかかわる論点は実に多岐に渡る。本稿は、衡量判断の意義を問うことを通じて、その一端について、考えを示したにすぎない。したがって、本稿で検討したこととの関連で、残された課題は実に多いということを認めざるを得ない。

緊急避難の法的性質との関係では、緊急避難を正当化事由と認めるべき場合があるのかという問題、および、それと本稿で検討したこととがどのような関係に立つのかという問題は、第一に浮き彫りになる問題といえよう。この問題に対する適切な回答は用意できていないが、フランスにおいて「正当化事由」がさまざまなかたちで現れていることに鑑みれば、これらの検討を通じて、正当化とは何かを探究することから、一定の示唆がもたらされるのではないかと考えている。

衡量判断との関係では、この判断が明らかにするものとの関係で、個人レベルでの考慮は基本的に考慮の対象とならないことを示した。これを超えて、行為の適法性を基礎づけるような衡量が可能であるかどうかは、依然として検討の余地があると考えている。比較衡量という判断構造をとる以上、およそ定量化ができない要素は衡量に馴染まないと考えられるが、そもそも衡量判断において本当に価値が「量化」されているのかと問われれば、それ自体疑義を差し挟む余地があろう。

第2部で行なった、具体的な事例処理を想定した考察は、その大部分において検討が不十分である点を認めなければならない。この点をより深めていくには、「社会的価値」とは何か、法益とは何か、社会とは何か、国家とは何かなど、種々の点をそれぞれ考えなければならない。特に「法益」に関する問題は、詳細な検討を要すると考えている。わが国の法益論は、近年、その立法批判機能の点などからその有用性について疑義が示されることがあるが、本稿で示した衡量判断からは、その意義を無視することができない。可罰性ないし違法性阻却判断において法益概念がどのような意義と内実を有するものであるかは、重要な検討課題であると思われる。

最後に、本稿ではほとんど検討の埒外とした過剰避難に関する問題も、本来は検討すべきであった課題のひとつである。現時点で過剰避難について言えることは、37条1項ただし書の規定する法効果が刑の免除であって有罪判決であるから、これを「免責的緊急避難」と解する（または称する）ことは適切ではないであろうということだけである。この点を措くとしても、過剰避難に責任減少の契機を見出すのであれば、そこには、本稿で検討した衡量判断では基本的に考慮されるべきではないとした個人レベルでの考慮が盛り込まれることになる。外部的に見て正当化事由の要件を充足する行為をなした行為者にも、緊急状態という特別な環境に置かれたことによる心理状態への影響は観念しうる。このように事実に側面では連続ないし重複するといえる緊急避難と過剰避難との関係が解釈にどのような影響をもたらすのか、また広く免責事由と正当化事由との関係をどのように捉えるかは、いずれの概念を研究するにしても、無視できないもののように思われる。