

緊急行為の違法評価における衡量判断について (1)

寺嶋, 文哉
九州大学大学院法学研究院 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/7384464>

出版情報 : 法政研究. 92 (1), pp.77-119, 2025-07-31. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :



緊急行為の違法評価における衡量判断について（1）

寺 嶋 文 哉

はじめに

1. 研究の背景
2. 問題意識
3. 本稿の目的と検討方法
4. 概念の整理および表記の方法

I わが国の議論状況

1. 緊急避難の法的性質と衡量判断に対する判例の立場
 - 1.1 判例における緊急避難の法的性質
 - （1）判例分析
 - （2）以上に対する学説の理解
 - 1.2 判例における衡量判断
 - （1）「害の均衡」として行為要件で検討しているもの
 - （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
 - 1.3 小括
2. 学説における議論状況
 - 2.1 緊急避難の法的性質論
 - （1）責任阻却説
 - （2）違法阻却説
 - （3）可罰的違法阻却説
 - 2.2 違法阻却説背後の不処罰根拠（正当化原理）
 - （1）概要
 - （2）各説に対する批判と検討
 - 2.3 検討—違法阻却説の問題性と衡量判断に関わる諸問題

- (1) 避難行為者と危難の被転嫁者との関係
- (2) 違法阻却という法効果と衡量判断の関係
- (3) 他の要件は必要か

3. 検討課題の整理

(以上本号)

Ⅱ フランスにおける議論状況

Ⅲ 結論

おわりに

はじめに

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り、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を、その価値の観点から比較し、保全されたものの価値が高い（または害されたものと同価値）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が、この正当化原理を最も忠実に表したものと理解されることがある。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もある。

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た例がある。例えば、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、これ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⁾を発表し、プロバイダー等による閲覧防止措置（ブロッキング）を可能とする環境設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、緊急避難の要件を充足するものであるか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うる一例を示したものとしよう。

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のかという問題は、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。⁽³⁾

このように、ある一定の緊急状態における行為につき、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。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。

（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：2025年4月3日。

（2） 同「緊急対策」4頁以下。

（3） 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。

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、緊急避難の法理や考え方が参照価値をもつためには、緊急避難という法制度の背後にある行為の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考え方は、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）であるという認識を前提としている。このような理解はわが国の学説において多数説である。その背後にある「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、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導かれるのかは、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を意味する。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もつ緊急避難において、特にその問題性が浮き彫りになる。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、依然として疑義をさ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るとしても、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されるのかとの点が明らかにされなければならない。にもかかわらず、そのような衡量の判断方法については、不明な点を多く残している。

３．本稿の目的と検討方法

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。緊急避難における衡量判断の位置づけを確認した上で、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を解明することが、本稿の目的である。

この目的のために、まず、わが国の判例および学説において、緊急避難とそこでの衡量判断がどのようなものとして捉えられているかを整理・検討し、この研究領域における問題を析出する。それを踏まえて、本稿において検討すべき課題を改めて整理する。

この課題について検討するため、本稿では、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。ここでフランス法を取り上げる理由は、同国の立法状況に関係する。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的に定式化する明文の一般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が存在するのみで、総則には規定を持たなかった。それゆえ学説は、それらの断片的な規定や特別法の規定を手がかりに、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、緊急避難論は、その議論枠組みにおいて重要な地位を占めるとともに、その理論の原理的な解明が求められたのである。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、わが国の緊急避難の理解に対しても、一定程度示唆を与えるものであると考えられる。

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、大審院判例や成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、次のような表記に書き換えている。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。

フランス語の文献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」に言及するものであるが、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ている。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。

I わが国の議論状況

1. 緊急避難の法的性質と衡量判断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、判例の立場を確認する。

1.1 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、文言上は、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⁽⁴⁾6日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⁽⁵⁾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、

(4) 大判昭和12年11月6日裁判例(11)刑87頁。

(5) 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ことを得ず

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（下線は引用者）」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られなかったという事情のある事案であった。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評価がある点に留意する必要がある⁽⁶⁾。

下級審レベルでは、例えば、帯広簡判昭和33年1月31日⁽⁷⁾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。（下線は引用者）」と述べた。

長崎家佐世保支決昭和49年4月11日⁽⁸⁾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」⁽⁹⁾との記述が見られる裁判例がある。

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は、被告人らによる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、「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」⁽¹⁰⁾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みる限りにおいては、緊急避難の法的

（6） 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第2巻』（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『判例ブラクティス刑法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。

（7） 帯広簡判昭和33年1月31日一審刑集1巻1号155頁。

（8） 長崎家佐世保支決昭和49年4月11日家月27巻1号165頁。

（9） 山口地判昭和34年11月16日下刑集1巻11号2425頁。

（10） 札幌高判昭和29年10月19日高裁刑特報1巻13号689頁。

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、以上のような、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⁽¹¹⁾。

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、例えば大判大正3年10月2日は、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、緊急避難が行為の違法性を阻却する等と明示している判例・裁判例は、いずれも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⁽¹²⁾。

この点について若干の検討を加えると、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、すでに指摘がなされているように、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。上述の批判が妥当である。

(11) 橋田久「判批」刑事法ジャーナル38号（2013年）80-81頁。

(12) 大判大正3年10月2日刑録20輯1764頁。

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

もっとも、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されるべきものであるという理解は、裁判官においても存在していると考えられよう。

1.2 判例における衡量判断

緊急避難の要件のうち、行為にかかわるものは、37条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」という文言から導かれる。講学上、要件はそれぞれ、避難行為の補充性、相当性、および、害の均衡（法益権衡）に分けて整理されている。

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中には、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⁽¹⁴⁾が挙げられる。「板堰破壊事例」としても知られる本件は、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

(14) 大判昭和8年11月30日大刑集12巻2160頁。

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。被告人らは、この湛水を解消するために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ったことを肯定した。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）⁽¹⁵⁾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った。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。

(15) 大判昭和12年11月6日裁判例 (11) 刑87頁。

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ったことに言及して、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っ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19日⁽¹⁶⁾を挙げる事ができる。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⁽¹⁷⁾として起訴された。

第一次控訴審⁽¹⁸⁾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⁽¹⁹⁾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

(16) 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。

(17) 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。

(18) 札幌高判昭和25年1月14日刑集7巻13号2683頁。

(19) 最二小判昭和28年12月25日刑集7巻13号2671頁。

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⁽²⁰⁾。

(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」という文言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（以下（ii））。また、「やむを得ずにした行為」の検討とは一応の区別をしているが、その内容が極めて抽象的なものも見受けられる（以下（i））。

(20) 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。

（i）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⁽²¹⁾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、道路上で55km/hで進行中、前方約30-40m先に、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中指骨軟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、30-40m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る状態になったのであるから、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メートル左に寄った被告人の行動は、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、「しかも被告人のとつた右行為により、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。

また、堺簡判昭和61年8月27日⁽²²⁾も、これに類するものといえる。本件は、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を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

(21) 大阪高判昭和45年5月1日高刑集23巻2号367頁。

(22) 堺簡判昭和61年8月27日判タ618号181頁。

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⁽²³⁾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。

(ii) 衡量判断が「やむを得ずにした行為」の枠組みに組み込まれている例

上述の強要された覚醒剤自己使用事例については、法益の重大性などといった要素が、「害の均衡」要件の外でも考慮されていることも、指摘しておく必要がある。

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、危難の回避のために覚醒剤の使用の

(23) 東京高判平成24年12月18日判時2212号123頁。

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、「本件において危難にさらされていた法益の重大性、危難の切迫度の大きさ、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⁽²⁴⁾におい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。学説上は一般に、後半の「かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合」という判示部分から、判例が緊急避難の要件のひとつとして、避難行為の相当性を要求しているものと理解されている。⁽²⁵⁾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、当判例の言ひ回しを引用するものが多数に⁽²⁶⁾のぼる。

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。⁽²⁷⁾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。従来の判例においては、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、この自招性判断⁽²⁸⁾

(24) 最大判昭和24年 5 月18日集刑10号231頁。

(25) 安田・前掲注 (13)『大コメンタール』699頁。

(26) 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 巻 1・2 号104頁、東京高判昭和57年11月29日刑月14巻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巻 2 号(2014年) 464頁は、この昭和24年判例の事件では現在の危難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。

(27) 安田・前掲注 (13)『大コメンタール』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。

が、相当性要件の内部に盛り込まれたと分析されている⁽²⁹⁾。もっとも、このような危険の自招性判断は、現在の危険の有無の点で判断されるべきとの指摘がなされている⁽³⁰⁾。

第二に、問題とされた行為が覚醒剤の自己使用であるという、本事案の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（覚醒剤取締法19条、罰則は41条の3）、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⁽³¹⁾との理解もある⁽³²⁾。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⁽³³⁾、本判決もそのような判断構造をとったもの⁽³⁴⁾と考える余地がある。

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。

例えば、大阪高判平成10年6月24日は、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という事案である。

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険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それ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

(28) 危険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巻867頁。

(29) 橋田・前掲注(11)「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」と評する。

(30) 高良幸哉「判批」法學新報122巻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。

(31) 橋田・前掲注(11)「判批」刑ジャ38号84頁。

(32) 永井紹裕「判批」早稲田法学90巻2号（2015年）129頁。

(33) 深町・前掲注(30)『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）。

(34) 大阪高判平成10年6月24日高刑集51巻2号116頁。

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は犠牲にすることは、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。」⁽³⁵⁾として、緊急避難の成立を否定した。

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。⁽³⁶⁾

1.3 小括

以上、わが国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。概ね次のとおりにまとめられる。

まず、緊急避難の法的性質については、それ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。

衡量判断については、不明な点が多く残されているといえる。

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、比較的に「やむを得ずにした行為」から導かれる要件とは区別をした上で、「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

(35) 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。

(36) 遠藤・前掲注 (26)「再検討 (2)」459頁。

る。他方、下級審裁判例においては、本来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ものがある。

他方、害の均衡について具体的な言及がなされていない裁判例もしばしば見られる。もっとも、上述の裁判例においては、害の均衡要件が充足されることについて、ほとんど異議をさしはさむ余地がないような事例であると評価することも可能であり、単に自明であるがゆえに言及がなされなかったということもできよう。

また、避難行為の相当性要件が、緊急避難の成否にどのような具体的影響を及ぼすのかについても、不明な点が多い。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。37条1項ただし書の「その程度を超えた行為は」という文言から、害の均衡を失する行為は、本来、過剰避難として再度検討される余地のあるものである。衡量判断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ものと思われる。

2. 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するものもある。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⁽³⁷⁾」と述べているのである⁽³⁸⁾。

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。

(37) 平野龍一『刑法 総論II』（有斐閣、1975年）213頁。

(38) 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。

2. 1 緊急避難の法的性質論

わが国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

緊急避難を一元的に責任阻却事由であるとする見解は、ドイツのM.E.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、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抗の余地を認める点に利点がある⁽³⁹⁾。

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点⁽⁴¹⁾が不当であるとの指摘がある。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

(39) 瀧川幸辰『犯罪論序説』（有斐閣、改訂版、1947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、同「緊急状態の本質」『刑法の諸問題』（有信堂、1951年）〔団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第4巻』（世界思想社、1981年）所収〕224-238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。

(40) 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。

(41) 山口・前掲注（38）『刑法総論』146-147頁。

ることがあるとする。⁽⁴²⁾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。⁽⁴³⁾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。⁽⁴⁴⁾しかし、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のだから、依然として上記の批判を免れないとの指摘がある。⁽⁴⁵⁾

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否定するならば、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⁽⁴⁶⁾」との批判もなされている。

以上の批判は、この見解を採用することによる具体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。⁽⁴⁷⁾

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

(43) 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。

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

(45) 深町・前掲注（30）『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、本文のような指摘をしている。

(46) 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第3版、2022年）199頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）181頁も参照。

(47) 団藤・前掲注（43）『刑法綱要総論』245頁、山口・前掲注（38）『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（40）『講義刑法学・総論』331頁。

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。⁽⁴⁸⁾ 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。⁽⁴⁹⁾

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。⁽⁵⁰⁾

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の指摘がある。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、人的範囲が存在しないからといって直ちに責任阻却説が排斥されるものではないとされる。⁽⁵¹⁾

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、⁽⁵²⁾ 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。⁽⁵³⁾

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

(48) 日高・前掲注(40)『刑法総論』379頁。

(49) 松宮孝明「日本刑法三七条の緊急避難規定について」立命館法学262号（1998年）63頁以下、同『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。

(50) 佐伯（仁）・前掲注(46)『考え方・楽しみ方』180頁。

(51) 安田・前掲注(13)『大コンメンタール』683頁、深町・前掲注(30)『アクチュアリティ』117-118頁。

(52) 井上宜裕『緊急行為論』（成文堂、2007年）7頁。

(53) 山口・前掲注(38)『探究・総論』93頁、福田・前掲注(47)『全訂刑法総論』165頁、松原・前掲注(46)『刑法総論』200頁。

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」⁽⁵⁴⁾るとの反論がある。

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、法益均衡を失し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たとすれば、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」⁽⁵⁵⁾であると言わざるを得ないとの指摘がなされている。

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

(i) 違法阻却説のバリエーション

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りうる。

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る。さらに、いずれの場合についても、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。

(54) 日高・前掲注(39)『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(13)『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(30)『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。

(55) 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。

（ii）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、現在の多数説である。⁽⁵⁶⁾ この見解には、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ものが多い。

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。⁽⁵⁷⁾ 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。⁽⁵⁸⁾

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。⁽⁵⁹⁾

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、要件が極めて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、そもそも危難を転嫁して無関係な第三者の法益を侵害する行為を適法と評価してよいかと

(56) 平野・前掲注 (37)『刑法総論II』228-230頁、川端・前掲注 (43)『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 (43)『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、「責任阻却的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。

(57) 井上・前掲注 (52)『緊急行為論』6 頁。

(58) 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 3 版、2024年）251頁。

(59) 団藤・前掲注 (43)『刑法綱要総論』246頁。

いう根本的な疑問が残されているとされる⁽⁶⁰⁾。

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、矛盾を生じさせる⁽⁶¹⁾。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⁽⁶²⁾。

(iii) 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（以下A.）や、利益同価値の場合（以下B.）に、それぞれ責任阻却を認める見解がある。

A. 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であるという。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⁽⁶³⁾。

(60) 井上・前掲注 (52)『緊急行為論』 6 頁。

(61) 森下・前掲注 (40)「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」として、「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。

(62) 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 (52)『緊急行為論』 6 頁、松宮・前掲注 (49)『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。

B. 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。基本的には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。この見解は、不処罰根拠として優越的利益説を採用しているものが多く、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。⁽⁶⁴⁾

（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。⁽⁶⁷⁾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。

（い）可罰的違法阻却一元説

この見解は、たとえ回避した危険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。⁽⁶⁸⁾避難行為者

(63) 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（44）「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（38）『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れ得るに過ぎないとする。山口・前掲注（38）『探究・総論』95-96頁も参照。

(64) このように指摘するものとして、福田・前掲注（47）『全訂刑法総論』165頁。

(65) 米田・前掲注（62）『相当性の研究』44-49頁、佐伯（千）・前掲注（58）『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。

(66) 浅田・前掲注（58）『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（6）『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。

(67) 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判的考察（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」法教498号（2022年）90-97頁、および、同『基礎から考える刑法総論』（有斐閣、2024年）219頁以下も参照。

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。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」であると理解されていたこととも整合するとしている。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

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とされる⁽⁷¹⁾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⁽⁷²⁾」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。⁽⁷³⁾

(ii) 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のほか、可罰的違法阻却を原則とし

(68) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）273頁以下。

(69) 林・前掲注（55）『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の意味するに過ぎず、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。

(70) 生田・前掲注（68）『行為原理と刑事違法論』294頁。

(71) 曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』（成文堂、2008年）101頁〔鈴木優典〕は、本文のように考える結果として、「避難行為者と被避難者の利益の調整を問題とするときに考えるべきは、被避難者にひとまず正当防衛の可能性を与えた上で、対抗行為が正当防衛の成立要件を充足するかを個別具体的に検討することであって、緊急避難の法的性質について線引きをして、避難行為が画一的に不正の侵害にあたるか否かを論じることではない」とする。

(72) 井上・前掲注（52）『緊急行為論』13頁。

(73) 深町・前掲注（30）『アクチュアリティ』119頁（注45参照）。

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、⁽⁷⁵⁾ 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、⁽⁷⁶⁾ 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」⁽⁷⁷⁾ であるとするものなどがある。

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⁽⁷⁸⁾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。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」⁽⁸⁰⁾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。⁽⁸¹⁾

(74) 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（42）『刑法概説（総論）』399-401頁。

(75) 井上・前掲注（52）『緊急行為論』66-68頁、233頁。

(76) 松宮・前掲注（49）『先端刑法』99頁以下。松原芳博「緊急避難」法教269号（2003年）94-100頁、同・前掲注（46）『刑法総論』202-204頁も参照。

(77) 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）227頁以下。

(78) この批判に対しては、いずれも責任阻却を基軸とする二分説（森下説・注40参照）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、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（52）『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（40）『緊急避難の法的性質』83頁）。

(79) 深町・前掲注（29）『アクチュアリティ』119-120頁。

(80) 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〕。

(81) 井上・前掲注（52）『緊急行為論』11-12頁。

2.2 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ている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⁽⁸²⁾」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ま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。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⁽⁸⁴⁾」とされる。

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⁽⁸³⁾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

(82) 木村＝阿部・前掲注(63)『刑法総論』252頁。

(83) 福田・前掲注(47)『全訂刑法総論』142-144、150頁。

(84) 福田・前掲注(47)『全訂刑法総論』152頁。

を上回る場合には違法阻却を認めるとする見解である。⁽⁸⁵⁾

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、それで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・態様が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。⁽⁸⁶⁾

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。⁽⁸⁷⁾

（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。

（i）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・一般基準とはなにくく、妥当ではない」との批判がなされる。また、法

(85) 平野・前掲注(37)『刑法総論II』213頁、浅田・前掲注(58)『刑法総論』180頁。

(86) 内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）183-184頁。

(87) 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。

(88) 内藤・前掲注(54)『刑法講義総論（中）』307頁。

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⁽⁸⁹⁾。

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、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はかならず、これまた法益侵害を離れては考えられない」とされる⁽⁹⁰⁾。

目的説の代表的論者であるとする木村亀二は、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⁽⁹²⁾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⁽⁹³⁾。木村と同様の見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⁽⁹⁴⁾。

木村の見解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。

(89) 井田・前掲注 (40)『講義刑法学・総論』276頁。

(90) 佐伯 (千)・前掲注 (58)『刑法講義 (総論)』194頁。

(91) このように評するものとして、浅田・前掲注 (58)『刑法総論』179頁。

(92) 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 (63)『刑法総論』252-253頁参照。

(93) 木村＝阿部・前掲注 (63)『刑法総論』274頁。

(94) 阿部・前掲注 (44)「緊急避難」156頁。

（ii）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。⁽⁹⁵⁾ 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ということが指摘されている。⁽⁹⁶⁾

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。福田平は、これを「法益均衡の原則」と称している。⁽⁹⁷⁾ 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（身体对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。⁽⁹⁸⁾

（iii）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として挙げられる。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ものである。⁽⁹⁹⁾

ただし、法益衡量説に立つ論者にあっても、法益の固定された抽象的価値のみの衡量を想定している訳ではないと考えられる場合がある。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たとの批判に対して、「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

(95) 内藤・前掲注 (54)『刑法講義総論（中）』310頁。

(96) 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 (49)『先端刑法』56-59頁。

(97) 福田・前掲注 (47)『全訂刑法総論』169頁。

(98) 福田・前掲注 (47)『全訂刑法総論』166頁。

(99) 内藤・前掲注 (54)『刑法講義総論（中）』312頁、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）34頁。

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⁽¹⁰⁰⁾。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⁽¹⁰¹⁾」としている。

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されるためには、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⁽¹⁰²⁾」。

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⁽¹⁰³⁾。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ろう。

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。

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。優越的利益原理を前提に違法阻却

(100) 平野・前掲注(37)『刑法総論Ⅱ』215頁。

(101) 浅田・前掲注(58)『刑法総論』180-181頁。

(102) 平野・前掲注(37)『刑法総論Ⅱ』213頁。

(103) 木村＝阿部・前掲注(63)『刑法総論』274-275頁。

一元説に立つ見解の多くは、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、この点についても再考の余地がある⁽¹⁰⁴⁾。

（iv）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。これに対し、浅田和茂は、「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⁽¹⁰⁵⁾。

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的・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⁽¹⁰⁶⁾。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ろう。

緊急避難の要件との関係では、内藤謙が次のように述べている。「緊急避難行為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

(104) 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。

(105) 浅田・前掲注（58）『刑法総論』181-182頁。

(106) 内藤・前掲注（54）『刑法講義総論（中）』317頁。

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」⁽¹⁰⁷⁾と。

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⁽¹⁰⁸⁾。

(v) 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疑問が呈されている。例えば関哲夫は、「『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⁽¹⁰⁹⁾。

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が認められるとするものであると考えられる。加えて、例えば、被転嫁者の

(107) 内藤・前掲注 (54)『刑法講義総論 (中)』433頁。

(108) 安田・前掲注 (13)『大コメンタール』695頁、佐伯 (仁)・前掲注 (46)『考え方・楽しみ方』194頁。

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

甘受義務の存否を検討するにあたり、個人として尊重されるべき被転嫁者の利益を最大限尊重しなければならないと考えるならば、全体主義的な理解への歯止めを一定程度もつものとも評価しうるのであろう。したがって、以上の批判は本質的なものではないと考えられる。

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。例えば松宮孝明は、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⁽¹¹¹⁾。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⁽¹¹²⁾。

本説と害の均衡要件との関係性については、論者によって理解が異なる。例えば、橋田久は、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。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、安田拓人は、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

(110) 関・前掲注(109)「緊急避難の法的性質について」456頁。

(111) 松宮・前掲注(49)『先端刑法』105頁、佐伯(仁)・前掲注(46)『考え方・楽しみ方』191頁。

(112) 浅田・前掲注(58)『刑法総論』262頁。

(113) 橋田・前掲注(62)「緊急避難に対する緊急避難」493頁、葛原ほか・前掲注(56)『テキストブック刑法総論』152頁以下〔橋田〕。

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。⁽¹¹⁴⁾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」の指標の一つとなる。⁽¹¹⁵⁾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と思われる。

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ための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。⁽¹¹⁶⁾

2.3 検討—違法阻却説の問題性と衡量判断に関わる諸問題

以上で、わが国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整理を試みた。以上の整理を踏まえながら、緊急避難の法的性質と衡量判断に関わるいくつかの問題を検討する。

(1) 避難行為者と危難の被転嫁者との関係

上述のとおり、違法阻却説に対しては、危難の被転嫁者の保護に欠けるという批

(114) 安田・前掲注 (67) 法教498号95頁、同・前掲注 (67) 『基礎から考える刑法総論』229頁。

(115) 安田・前掲注 (67) 『基礎から考える刑法総論』228頁は、「社会連帯原理を基礎に考える場合には、[優越が必要な程度は：引用者注] いったん自らが犠牲となる側に回ったとしても、自律的生を全うするための必要なインフラとして、相互にその犠牲を保証し合える程度のものでなければならないから、生命や重要な身体利益を守るために財産を犠牲にするといったような、本当に著しい優越がある場合でなければ、正当化は認められないように思われるのである」とする。また、飯島暢「緊急避難のカント主義的な基礎づけの可能性」法政研究85巻3=4号(2019年)1177-1200頁は、害の均衡要件も「自由論的に(freiheitstheoretisch)一つの規範的な要件として説明でき」るものでなければならないとし(1179頁)、「単なるむき出しの財状況の比較ではなく、生命・身体に代表される自律的な人格性の維持に関わる生得的な財の保障に収斂する形で財状況の比較として解釈される」(1194頁)として再構成を試みる。

(116) 松宮・前掲注 (49) 『先端刑法』100頁(注18)は、「『危険共同体』のように、場合によっては生命対生命の場合でも危難転嫁甘受が義務付けられる場合も考えられるので、一律に考えるべきではないと思う」とする。反対説として、安田・前掲注 (67) 『基礎から考える刑法総論』232-234頁を参照。

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、侵害の不正性が要求され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ように思われる。

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という点である。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から財物を取り戻すために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、身体対財産であるとして害の均衡要件を充足しないと評価され、Yに緊急避難が認められない可能性が高いといえよう。

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という点である。これは、法理論としては第一の問題よりも本質的な問題である。適法行為となる緊急避難による対抗を認めると、法の立場からは、どちらの避難行為もやってよい（何人も妨げてはならない）行為との評価を受けることとなり、不当であると思われる。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にも、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をすること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いえる。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、法効果の観点から極めて重要な意味をもつが、その判断は明確ではない。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Xの財物の価値が優越していると評価されるのか、双方ともに同種の財物であるとして同価値と評価されるのかは、自明ではないのである。

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ついても、双方の利益に対する危難の切迫度が異なる場合に、違法阻却となるのか否かが明らか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、⁽¹¹⁷⁾正当防衛における「やむを得ずにした行為」の理解の仕方の如何によっては、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場合も考えられるであろう。

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

違法阻却説のうち、緊急避難の正当化根拠に衡量判断を持ち込む見解については、その衡量判断と違法阻却という法効果との関係性について、さらに問題が生じると考えられる。この点は、２段階の問題に分解して整理することができる。すなわち、法益ないし利益が同価値の場合に適法性が基礎づけられるかという問題（以下（i））、および、法益ないし利益の優越的価値は適法性を基礎づけるかという問題（以下（ii））である。

（i）法益・利益同価値は適法性を基礎づけるか

わが国における多数説である、法益衡量ないし優越的利益原理に基づく違法阻却一元説は、利益等が同価値の場合には、衡量判断の結果としてマイナスが生じていないということをもって、避難行為の適法性を⁽¹¹⁸⁾基礎づける。

しかしながらこのような理解は、従来の優越的利益原理とは異なって理解されるものであると思われる。優越的利益原理は、まさしく保全された法益・利益の価

(117) 浅田・前掲注（58）『刑法総論』252-253頁。

(118) 注（104）参照。

値が大きかったということに正当化の契機を見出しており、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うえでなされた主張であった。「マイナスでない」と「プラスである」は異なって扱われるべきもののように思われるのである。

この点に関し、深町晋也は、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、価値の低い利益が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。⁽¹¹⁹⁾ そのうえで、避難行為者と危難の被転嫁者との関係、すなわち、被転嫁者の正当防衛による対抗の可否についても、この「害の最小化」という観点から、次のように規律されるものと主張している。

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るとする。

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、侵害利益の残存が確実となるため、「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。⁽¹²⁰⁾

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

(119) 深町・前掲注 (30)『アクチュアリティ』121頁。

(120) 深町・前掲注 (30)『アクチュアリティ』123頁。

益同価値に当たるか自明ではないとの点において、上述の違法阻却説に対する批判が妥当する。

また、当事者間の利害調整さえも「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」のいずれのルールを設定することが、利益減失の防止に資するかという観点で検討されている。しかしながら、従来わが国においてなされてきたような、緊急避難の法的性質論による当事者間の保護のバランスという議論は、緊急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も前提として、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なされる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はずの個人の観点を看過しかねないという批判が可能であろう。

(ii) 法益・利益の優越は適法性を基礎づけるか

第二に、保全される法益ないし利益の優越が認められる場合であっても、そのことをもって避難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に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を適切に規律しようと思えば、単に保全される法益・利益が優越しているという点をもって避難行為の適法性を基礎づけることは不当なのではないかとの指摘がなされてきた。

また、その他の見解においても、この種の指摘を見出すことができる。

例えば、井上宜裕は、避難行為者の不処罰と避難行為の正当化は、必ずしも同一の基準で判断されるべきものではないと主張する。すなわち、緊急避難の不処罰根拠は違法論において客観的利益衡量から説明され、その実質的根拠は「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

と評価されるためには、「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」とする⁽¹²¹⁾のである。

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⁽¹²²⁾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、社会の被害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」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つが挙げられている⁽¹²³⁾。

（３）他の要件は必要か

優越的利益原理によって緊急避難の不処罰を基礎づけようとする見解に対しては、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る。

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、これを貫徹すれば、「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、緊急状態でなされなくても、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⁽¹²⁴⁾」と指摘される。木村亀二も、この見解を「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」妥当性を欠くものであると批判していた⁽¹²⁵⁾。

(121) 井上・前掲注（52）『緊急行為論』66-67頁。

(122) 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。

(123) 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。

(124) 生田・前掲注（68）『行為原理と刑事違法論』277頁。

(125) 木村＝阿部・前掲注（63）『刑法総論』274頁。

この点に関連し、平野龍一は、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。⁽¹²⁶⁾ 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、そもそも法益・利益は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要件との関係では、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、および、必要最小限の侵害にとどめること（また、採り得る手段が複数あればその中でも最も穏当な手段をとること）、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⁽¹²⁷⁾）。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、衡量判断の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、当該最高速度超過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。⁽¹²⁸⁾ 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

(126) 平野・前掲注(37)『刑法総論II』213頁。

(127) 浅田・前掲注(58)『刑法総論』262-263頁。

(128) 堺簡判昭和61年8月27日判タ618号181頁（注22）も参照。

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ることができるのかは、再検討の余地があるように思われる。

3. 検討課題の整理

以上の考察から、緊急避難と衡量判断について種々の問題が浮き彫りとなった。

まず、判例に関しては、避難行為に対する対抗行為や避難行為への関与が正面から問われるような事例が存在していないために、緊急避難の法的性質に関する判例の立場は不明といえる。要件において衡量判断に言及している判例・裁判例は散見されるものの、財物の価額を問題とした例を除いては具体性が乏しく、衡量の判断方法や、要件における衡量判断の位置づけにも不明な点が多く残されている。

学説の議論に目を向けると、緊急避難の法的性質を一元的に違法阻却と捉える見解が多数を占めるものの、この見解には種々の問題が内在している。とりわけ本稿の問題意識との関係では、違法阻却という法効果の点、および、この法効果と衡量判断との関係性には大きな問題があると考えられる。

以上を踏まえると、本稿において検討すべき課題は、次のとおりにとまとめられると思われる。

すなわち、緊急避難（ひいては違法性の評価）において考慮さ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、という問題の解明である。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ように思われる。また、この評価作業が緊急避難の枠内で行なわれるときに、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。

（未完）

