

緊急行為の違法評価における衡量判断について (2)

寺嶋, 文哉
九州大学大学院法学研究院 : 助教

<https://hdl.handle.net/2324/7391544>

出版情報 : 法政研究. 92 (2), pp.52-78, 2025-10-06. 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（2）

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
- 1.2 判例における衡量判断
- 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
- 2.2 違法阻却説背後の不処罰根拠（正当化原理）
- 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

3. 検討課題の整理 （以上 92 卷 1 号）

II. フランスにおける議論状況

1. フランス正当化事由論概説

- 1.1 正当化事由の規定
- 1.2 正当化事由の性質と効果
- 1.3 犯罪論体系上の位置づけ
 - （1）フランスにおける犯罪体系論
 - （2）正当化事由の位置づけ
- 1.4 正当化事由の不処罰根拠論

2. 緊急避難およびその周辺制度の発展過程

2.1 規定の変遷

- (1) 1791 年刑法典
- (2) 1810 年刑法典
- (3) 現行刑法典の立法過程

2.2 判例における緊急避難の成立

- (1) フランス緊急避難論発展の契機になった事例 (MÉNARD 事件)
- (2) 下級審—緊急避難を示唆した事例
- (3) 下級審—緊急避難による不処罰を認めた事例
- (4) 下級審—要件を明確化した事例
- (5) 破毀院—緊急避難概念を認めた事例 (以上本号)

2.3 学説史

3. 正当防衛との対比

4. 検討

Ⅲ. 結論

おわりに

Ⅱ. フランスにおける議論状況

本稿では、以上の分析によって設定された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する。

1. フランス正当化事由論概説

1.1 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、「無咎責または責任減輕事由 (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。⁽¹²⁸⁾ 本章の規定のうち、刑

(128) 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、いわゆる「原因において自由な行為」の場合の適用除外規定あり)、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

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）⁽¹²⁹⁾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条の規定である。それぞれ次のような規定ぶりとなっている。⁽¹³⁰⁾⁽¹³¹⁾

【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。

【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必要不可欠であり、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。

正当な官憲の指令、122-5条：正当防衛、122-6条：正当防衛状況の推定、122-7条：緊急避難、122-8条：未成年、122-9条：公益通報者。

(129) Jacques LEROY, *Droit pénal général*, 10^e éd., JGDJ, Paris, 2024, p.178, n°291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、現行刑法典の改正時の議論において司法大臣（le garde des Sceaux）も用いていたと指摘されている。元老院の議事録によれば、当時の司法大臣のPierre ARPAILLANGEが「122-3条および122-4条は、一方では法律の命令および正当な官憲の指令、他方では正当防衛である正当化事由（les faits justificatifs）を体系化するものである。」と述べている（Compte rendu des débats – Sénat, séance du mardi 9 mai 1989, p.555.）。

(130) 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に、便宜上、項を丸数字で示す。

(131) 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。

【122-6 条（正当防衛状況の推定）】

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、刑事責任を負わない⁽¹³²⁾。
- 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。

「緊急避難」を意味するフランス語の原語は、「état de nécessité」である。直訳すると「緊急の状態」であり、この語が用いられる文脈によって「緊急避難」との訳が適さない場合がある。以下の記述では、「緊急状態」と訳し、「緊急避難」と併記する場合がある。

(132) 第1項は、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頁の訳文を参考としている。

1.2 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⁽¹³³⁾事情」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、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。⁽¹³⁵⁾

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。すなわち、予審段階においては予審免許（non-lieu）に、判決裁判所に係属した場合には無罪（relaxe/acquittement）となる。⁽¹³⁷⁾

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・一般的正当化事由（les faits justificatifs généraux）、後者を各論的・特殊正当化事由（les faits justificatifs spéciaux）と称する。後者には例えば、会社のためにする会社財産の濫用や、名誉毀損的言論の公表に関する真実性ないし善意の抗弁などが挙げられる。⁽¹³⁸⁾

1.3 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。

(133) 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.

(134) Emmanuel DREYER, Droit pénal général, 7^e éd., LexisNexis, Paris, 2024, p.1021, n° 1318 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。

(135) Bernard BOULOC, Droit pénal général, 28^e éd., Dalloz, 2023, p.375, n° 410.

(136) 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『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。

(137) MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.563, n° 438; Jean LARGUIER=Philippe CONTE=Virginie PELTIER, Droit pénal général, 24^e éd., Dalloz, 2022, Première Partie, Titre I, Chapitre 4, L'essentiel.

(138) DREYER, op. cit. note (134). p.1099, n° 1457.

(1) フランスにおける犯罪体系論⁽¹³⁹⁾

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⁽¹⁴⁰⁾、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。⁽¹⁴¹⁾ 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、犯罪行為の構成要素 (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主要な論点は、概ね次の表のとおりである。

【犯罪crime, délit pénal】

犯罪行為 infraction	法定要素 élément légal	罪刑の法定、厳格解釈の原則、刑法の適用範囲など
	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。

(139) 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巻4号(1982年)385-425頁、井上・前掲注(52)『緊急行為論』18頁以下、島岡ほか・前掲注(136)『フランス刑事法入門』14頁以下〔井上〕。

(140) 江口・前掲注(139)「犯罪論の体系(1)」385-386頁、江口・前掲注(139)「正当化事由(1)」29-30頁、井上・前掲注(52)『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巻1号(2012年)34-37頁、島岡ほか・前掲注(136)『フランス刑事法入門』14-16頁〔井上〕。

(141) 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巻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。

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。ここでは、有責性（culpabilité）と帰責性（imputabilité）に区別される。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。したがって、「厳格な意味で刑事責任が存在するというためには、行為者が落ち度を犯していること（有責性）、および、この落ち度を行為者に帰責できること（帰責性）が必要となる⁽¹⁴²⁾」。

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⁽¹⁴³⁾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、との指摘をして⁽¹⁴⁴⁾いる。

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

(142) BOULOC, op. cit. note (135). p.371-372, n° 404.

(143) Joseph ORTOLAN, Éléments de droit pénal, Tome 1er, 3^e éd., Henri Plon, Paris, 1863, p.243, n° 589において、刑法における犯罪行為（infraction）は次のように定義される。すなわち、「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」、と。

(144) Jean PRADEL, Droit pénal général, 22^e éd., Édition Cujas, Paris, 2019, p.292, n° 329.

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法律に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』要素たり得ないのではないか、との疑問が呈されている。⁽¹⁴⁵⁾それゆえ、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。⁽¹⁴⁶⁾

法定要素を犯罪行為の構成要素とみる見解の側から、例えばBOULOCは、次のような反論を提示する。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、そうであるがゆえに、その場合にだけ犯罪行為を構成する。この意味において、法律は一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」。⁽¹⁴⁷⁾

(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」⁽¹⁴⁸⁾との説明がなされている。

(145) André DECOCQ, *Droit pénal général*, Librairie A. Colin, Paris, 1971, p.61; DREYER, op. cit. note (134). p.216, n° 235; Alice DEJEAN de la BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, L.G.D.J., Paris, 2020, p.27-28, n° 74-75.

(146) PRADEL, op. cit. note (144), p.292, n° 329. また, 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。

(147) BOULOC, op. cit. note (135). p.107, n° 104.

これに対して、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GARRAUD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、ある犯罪につき個人に有罪の宣告をする場合、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」⁽¹⁴⁹⁾。

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⁽¹⁵¹⁾。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⁽¹⁵²⁾。

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、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

(148) BOULOC, *op. cit.* note (135). p.377, n°412.

(149) 井上・前掲注(52)『緊急行為論』28頁。Xavier PIN, *Droit pénal général*, 16^e éd., Dalloz, Paris, 2024, p.281, n°258; 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.

(150) 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.

(151) DEJEAN de la BÂTIE, *op. cit.* note (145). p.28, n°76.

(152) BOULOC, *op. cit.* note (135). p.233, n°231.

(153) DREYER, *op. cit.* note (134). p.1080-1084, n°1423-1425.

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⁽¹⁵⁴⁾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」。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ものと思われる。

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論者が一定数見られる。

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）を侵害しもしくは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出来る。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⁽¹⁵⁵⁾に即している」。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⁽¹⁵⁵⁾に言えば不可欠であることによる）である。

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

(154) DREYER, op. cit. note (134), p.1082-1083, n°1425.

(155) PIN, op. cit. note (149), p.281, n°258は、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.281-282）。

⁽¹⁵⁶⁾
ている。

1.4 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。⁽¹⁵⁷⁾

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）と呼ばれる見解である。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。⁽¹⁵⁸⁾

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。⁽¹⁵⁹⁾

2. 緊急避難およびその周辺制度の発展過程

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いできない。そこで、以下では、正当化事由に関係する規定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。

(156) DEJEAN de la BÂTIE, op. cit. note (145). 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。

(157) 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 (146). p.41 et s.; LEROY, op. cit. note (129). p.200-203, n° 329-337.

(158) PIN, op. cit. note (149). p.319, n° 291.

(159) MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.591, n° 468.

2.1 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に、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、次のような規定が存在していた。

【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）⁽¹⁶⁰⁾と呼ばれることがある。

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、

(160) 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。

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⁽¹⁶¹⁾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。

【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（正当防衛状況の推定）】

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え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する1992年7月22日の法律第92-683号」として結実した。⁽¹⁶²⁾

(161) 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、適宜修正を加えたものである。

(162) 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。

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）⁽¹⁶³⁾】

第2編 人 第2章 罰せられない人

第4条（2204）

均衡した反撃行為により、人または財産に対する重大かつ切迫した危険を回避する必要性に命じられた行為に出た者は、これを罰しない。

第5条（2205）

- ① 人または財産を防衛する現在の必要性に命じられた行為に出た者は、その防衛が正当であり、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）

法律が命じもしくは許可し、または正当な官憲が適法に命じた行為に出た者は、これを罰しない。

【1978年刑法草案総則（確定稿）⁽¹⁶⁴⁾】

第43条

均衡した反撃行為により、人または財産に対する重大かつ切迫した危険を回避する必要性に命じられた行為に出た者は、これを罰しない。

第44条

- ① 人または財産を防衛する現在の必要性に命じられた行為に出た者は、その防衛が正当であり、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。

(163) Commission de Révision du Code Pénal, Avant-Projet de Code Pénal, Livre I-Dispositions générales, 1976, p.187. 訳は、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巻2号（1980年）111頁を参考としながら作成したものである。

(164) Commission de Révision de Code Pénal, Avant-Projet définitif de Code penal, Livre 1-Dispositions généraux, 1978, p.123. 訳は、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巻4号（1980年）107頁を参考としながら作成したものである。

- ② 人の住居する場所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為したものと推定する。

第45条

法律が命じもしくはは許可し、または正当な官憲が適法に命じた行為に出た者は、これを罰しない。

【1983年刑法草案総則⁽¹⁶⁵⁾】

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。

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

以上の草案を経て、議会で提出された改正法案では、次のとおり提案された。

【1986年刑法典改正法案⁽¹⁶⁶⁾】

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日に行なわれた元老院における審議の記録では、司法大臣が、「122-1条から122-5条は、本質的には、現代化しつつ、⁽¹⁶⁷⁾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。

(166) 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。

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

2.2 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、判例における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になった事例（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⁽¹⁶⁸⁾。

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歳の子どもの養っており、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わず、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⁽¹⁶⁹⁾】

Château-Thierry軽罪裁判所裁判長のMAGNAUD裁判官は、以下のように判示

(168) 森下・前掲注(40)『緊急避難の研究』76頁、井上・前掲注(52)『緊急行為論』30-31頁。

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

して、被告人に無罪を言い渡した。

「よく組織された社会において、この社会の構成員、とりわけ一家の母親が、自らの落ち度によらずパンを欠くことがありうるということは、遺憾である。同様の状況が現れ、被告人の場合のように、この状況が非常に明白に証明されるときは、裁判官は、法律の厳格な規定を人道的に解釈することができるし、またそうしなければならない。貧困や飢餓は、あらゆる人間から自由意思 (*libre arbitre*) の一部を取り除きうるものであり、また、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⁽¹⁷⁰⁾】

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、控訴審では犯罪の意図の不存在を⁽¹⁷¹⁾

p. 329-331 (note JOSSERAND).
 (170) Amiens, 22, avr. 1898, Ibid.

理由に無罪としたというものである。⁽¹⁷²⁾

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罪判決を下したという点で、各方面から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」⁽¹⁷³⁾、と。

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。⁽¹⁷⁴⁾ 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、「⁽¹⁷⁵⁾ 刑罰法規に記載された行為を実行する認識（conscience）」や、「⁽¹⁷⁶⁾ 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」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、⁽¹⁷⁷⁾ 「行為を決定づけた関心や感情」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、⁽¹⁷⁸⁾ 控訴審の理由づけには誤りがあるとされるのである。⁽¹⁷⁹⁾

(171) 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。JOSSERAND, op. cit. note (169). p.329; René GARRAUD, op. cit. note (150). p. 705, n°366を参照。

(172) 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.

(173) ROUX, op. cit. note (169). p.2.

(174) MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.590, n°467.

(175) MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.590, n°467.

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

(177) DUCASSÉ, op. cit. note (172). p.132.

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

(179) Corinne MASCALA, *Juris-Classeur Pénal*, Art. 122-7, 2013, n°9.

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。では、なぜそれまで緊急状態に対して裁判所が判断することは稀であり、特に1950年代に頻出することになったのか。この判断の「稀少性」については、手続上の理由と一時しのぎ的手段の存在から説明できるとの指摘がある。

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、その良識に従って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が認められていないということ意味するのではなく、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の意図の欠如に結び付けられることとなり、このような理由づけに対する強い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⁽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⁾。

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

(180) DUCASSÉ, op. cit. note (172). p.124.

(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 (133). p.589, n°467.

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。犯罪不成立を規定する緊急避難の明文規定が存在していないのに、裁判所が被告人に無罪判決を宣告するとすれば、この規定に抵触することになると考えられ、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⁽¹⁸³⁾。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⁽¹⁸⁴⁾、と述べるのである。

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⁽¹⁸⁵⁾とされる。

（２）下級審—緊急避難を示唆した事例

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のは、以下の判例であるとされる⁽¹⁸⁶⁾。

(183) ROUX, op. cit. note (169), p.2もこのように指摘している。

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

(185) DUCASSÉ, op. cit. note (172), p.124-125; Alfred LÉGAL, Chronique de jurisprudence, L'état de nécessité et la crise du logement, RSC. 1969, p.127-129.

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

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

【Rennes控訴院1954年4月12日判決】

「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（absence de faute antérieure）」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⁽¹⁸⁷⁾、第一審が述べた「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」という認識が正確であるかどうかは、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⁽¹⁸⁸⁾

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。⁽¹⁸⁹⁾

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

(187) 例えばPRADEL, op. cit. note (144). p.345, 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 (172). 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。

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

(189) DUCASSÉ, op. cit. note (172). p.135.

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、建築許可があ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。

（４）下級審—要件を明確化した事例⁽¹⁹⁰⁾

本事案は、妻との離婚協議中であった被告人が、妻の自宅に侵入したというものである。被告人は、妻が2人の男と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

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

初法律至上主義から逃れ、法律や学説・判例においてこれを認めている。緊急状態や緊急の『効果』を特徴づけるものは、『優越する利益を保護するために、刑罰法規が禁止する行為の実行以外の手段を持たない者が置かれている状況』である。」

「緊急避難が厳格に例外的な概念であるとしても、生命維持にかかわる物質的利益の防衛にその適用を限定しては、その精神に反することとなろう。誠実な人間にとって人や家庭の名誉は生命と同等の価値を有しており、これら価値の高い道徳的利益（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いえる。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。⁽¹⁹¹⁾

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

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。⁽¹⁹²⁾

(5) 破毀院—緊急避難概念を認めた事例⁽¹⁹³⁾

破毀院によって初めて緊急避難が明示的に認められたのは、以下の判例である。

本事案の概要は、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。

(192) BOUZAT, op. cit. note (190). p.360.

(193) Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958, p.693-695, note M. R. M. P. なお、「M.R.M.P.」という署名について、「この署名が Maurice Rousselet, M. Patin という高名な実務家学者を指すものであったことはいわば公然の秘密であった」という説明がある（江口三角「フランス刑法における正当化事由（その 4）」愛媛法学 8 号（1975 年）68 頁注 5））。

【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、ひとりでに、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日判決は、道路上のイ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

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

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

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。⁽¹⁹⁶⁾

また、同年のCoutances軽罪裁判所1968年10月22日判決は、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陥を補うために、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。⁽¹⁹⁷⁾

(未完)

(196) 「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(BOUZAT, note (195), p.739)。

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