

緊急行為の違法評価における衡量判断について (3)

寺嶋, 文哉
九州大学大学院法学研究院 : 助教

<https://doi.org/10.15017/7429609>

出版情報 : 法政研究. 92 (4), pp.97-131, 2026-03-19. 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（3）

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
 - 1.4 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

2. 2 判例における緊急避難の成立 (以上 92 卷 2 号)

2. 3 学説史

- (1) 正当化事由論の発展概略と緊急避難論との関係性
- (2) 緊急避難論確立の概略
- (3) MORIAUD の見解
- (4) 同時期の他の論者の見解
- (5) 不処罰根拠の内実
- (6) 評価—利益衡量との関係性・批判点
- (7) 「社会的有益性説」の内実
- (8) 判例・立法への影響
- (9) 小括・評価 (以上本号)

3. 正当防衛との対比

4. 検討

Ⅲ. 結論

おわりに

2. 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の背景には、学説による後押しがあったものとみることができる。このことは、いくつかの判例⁽¹⁹⁸⁾において「学説」という言及があることから見て取れる。

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たことは、すでに確認した。このような理解は、フランス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。以下で確認する。

(198) CHEVALLIER, op. cit. note (182), p.124, n° 10 ; MERLE=VITU, op. cit. note (133), p.559, n° 435.

（1）正当化事由論の発展概略と緊急避難論との関係性

フランスにおいて正当化事由を一般的に把握するという試みがどのようなものであったかについては、すでに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。⁽¹⁹⁹⁾

まず、旧刑法下のフランスにおいては、法律上の正当化事由が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という状況であった。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」⁽²⁰⁰⁾にあったとされる。その先駆者であるとされるORTOLANは、⁽²⁰¹⁾「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かわけではない。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。」⁽²⁰²⁾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、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

(199) 江口・前掲注(139)「正当化事由(1)」31-33頁、MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.557-560, n° 432-435.

(200) 江口・前掲注(139)「正当化事由(1)」31頁、MERLE=VITU, op. cit. note (133). p.558, n° 433.

(201) 江口・前掲注(139)「正当化事由(1)」31頁。

(202) ORTOLAN, op. cit. note (143) p.167-168, n° 416.

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。⁽²⁰³⁾

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。⁽²⁰⁴⁾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」、⁽²⁰⁵⁾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参与している」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。⁽²⁰⁶⁾

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。そのような理解を前提として、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包摂す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

(203) MERLE=VITU, op. cit. note (133), p.558, n° 433.

(204) 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）—グザヴィエ・パンの見解を素材に—」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。

(205) 江口・前掲注（139）「正当化事由（1）」32頁。

(206) MERLE=VITU, op. cit. note (133), p.559, n° 434.

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す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、緊急避難を直接に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、判例において、そもそも緊急避難を正当化事由として正面から論じる必要性が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。⁽²⁰⁷⁾

(207) 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

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。⁽²⁰⁸⁾ 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）⁽²⁰⁹⁾においても議論がなされていた。

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（および犯罪的意図の不存在）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の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。⁽²¹⁰⁾ 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。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」⁽²¹²⁾と述べる。MÉNARD事件の評釈を書いたROUX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

ていたわけではない。

(208) 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。

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

(210) 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, p.186 et s. など。

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

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

張ることはできないし、その衝動が内的なものであり、また、行為主体が依然として理性を有していることから、行為主体が極限的な努力をすればその内部の衝動を制御しうる。したがって、強制は認められない」と指摘している⁽²¹³⁾。

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、動機は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、客観的な不処罰の基礎づけを模索することとなる。

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。

その代表的論者であるGARRAUDは、次のような説明をしている。GARRAUDは、緊急避難の不処罰根拠に関する記述部分において、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。「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といったような、正当なふたつの利益の衝突から生じるある種の法状態という客観的観点、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という主観的観点到に固執す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。（中略）一方で、緊急状態から生じる衝突は、人を、罰に値するときに通常置かれる状況とは異なる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を受けるという恐怖は、英雄でない者の意思を屈服させ、不可抗力でこの者を駆り立てる。社会的観點

(213) ROUX, op. cit. note (169), p.1-2.

からこの行為主体に有罪判決を下すとすれば、それは、英雄として行動しなかったことを処罰するということを意味するであろう。他方、この罪とな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、より重要性の低い財のために、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、刑罰は無益となろう。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。この大衆の意識は、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、法律は遵守されることを期待できないからである⁽²¹⁴⁾。このような客観的基礎づけのひとつの方向性は、緊急行為の緊急性という点に主眼が置かれているように見受けられる。

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。

不処罰の基礎づけの方向性は、抽象的には、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⁽²¹⁵⁾。

まず、刑罰との関係で緊急避難の不処罰を基礎づけるものがある。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、満たされないことになろう。いかなる邪悪さも呈しないような緊急行為をする人に改悛は不要であるし、威嚇効果は、のちに同様の例外的な状況に置かれた者らにおいては得られないであろう。万が一にでも予防作用を有し、緊急犯罪の遂行を阻止してしまうのであれば、処罰は有害とさえ言いうる。社会はそれ自体、価値の低い財を犠牲にするこ

(214) GARRAUD, op. cit. note (150), p.700-702, n° 362.

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

とにより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⁽²¹⁶⁾」、とする理解である。

第二に、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、法律の規定が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ということを示す。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条に限定的な規定が存在していたに過ぎないが、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た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⁽²¹⁷⁾」ことが可能であると主張するものである。

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鑑みて、一定の客観的限界を有すると主張するものである⁽²¹⁸⁾。

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。

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

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

(217) Note BOUZAT, S. II, 1945, p.81 ; Louis HUGUENEY, Cours de droit criminel, Les Cours de Droit, Paris, 1950-1951, p.95-96 ; CHEVALLIER, op. cit. note (182), p.125-126, n° 12.

(218) CHEVALLIER, op. cit. note (182), p.126, n° 13 ; MERLE=VITU, op. cit. note (133), p.591, n° 468.

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かという、実定法の解釈論としての論拠の提示である。すなわち、不処罰の形式的根拠の提示と言っても良いであろう。

この観点からCHEVALLIERの整理をみると、第二の「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宥恕事由や刑の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⁽²¹⁹⁾。

しかし、HUGUENEYやBOUZATが主張したように、緊急避難が「法律の許容」に当たるとする論拠は、この65条の障害を乗り越える功績であったとされる⁽²²⁰⁾。

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。

(219) ROUX, op. cit. (169). p.2.

(220) 江口・前掲注 (208)「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』⁽²²¹⁾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築い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、当時のフランス語圏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⁽²²²⁾。

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MORIAUDは、緊急避難を財の衝突と捉える。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事実状態（état de chose）」と定義し、現実に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」⁽²²⁴⁾であるとす。

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、生じる害を受け入れる

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

(222) 森下・前掲注（40）『緊急避難の研究』76頁。

(223) MORIAUD, *op. cit.* note（221）. p.250.

(224) *Ibid.* p.251.

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⁽²²⁵⁾。

もっとも、ここで提示された人間の基本的な行動準則は、個人的領域について妥当するものであっても、複数の個人間の関係を規律する法について必然的に妥当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⁽²²⁶⁾。

すなわち、法は一般意思に淵源を有する。通常、この一般意思は個人の意思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い、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ことに鑑みれば、公平性 (impartialité) が立法者の守るべき第一の義務となる。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、刑罰に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⁽²²⁷⁾のである。

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。他方、衝突してい

(225) Ibid. p.252.

(226) Ibid. p.252.

(227) 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)。

(228) Ibid. p.261.

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。⁽²²⁹⁾

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。⁽²³⁰⁾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」承認に値するものであり、価値の優越性の大きさを理由とすれば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、行為遂行ののちの、事実を慎重に検討した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」、と。⁽²³¹⁾

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」。⁽²³²⁾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。

(229) Ibid. p.264.

(230) Ibid. p.271.

(231) Ibid. p.276-277.

(232) Ibid. p.277.

(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換をもたらしたものである。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⁽²³³⁾の旧刑法典64条の項において、心理的強制に関係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⁽²³⁴⁾。「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⁽²³⁵⁾。

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

(233) GARÇON, op. cit. note (184).

(234) Ibid. p.180, n° 112.

(235) Ibid. p.180, n° 114.

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⁽²³⁶⁾のである。

B. SERMETの見解

SERMETは、その論文『刑事事件における緊急状態』において詳細な分析を行なっている⁽²³⁷⁾。

SERMETは、緊急状態を解決する理論を「権利衝突の理論」と称している⁽²³⁸⁾。まず、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に存在するが、それらは次の主たる3つの見解に集約されるとの整理を行なう。第一は、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。第二は、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）に基づく見解があり、これは客観説に属するとされる⁽²³⁹⁾。

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⁽²⁴⁰⁾。

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。この場合には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

(236) Ibid. p.180, n° 115.

(237) Ernst SERMET, L'état de nécessité en matière criminelle, Paris, 1903.

(238) Ibid. p.211-212, n° 155.

(239) Ibid. p.181-182, n° 141.

(240) Ibid. p.183-184, n° 143.

み、処罰の権限を有し、それを執行する。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。それゆえ、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、有害というより有益であるからである。⁽²⁴¹⁾」と。

3つめの事例状況は、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任せに委ねるしかないという。⁽²⁴²⁾

4つめ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の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。⁽²⁴³⁾ 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点は、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(価値の低いものが犠牲にされる場合)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。⁽²⁴⁴⁾ 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

(241) Ibid. p.186-187, n° 145.

(242) Ibid. p.198-199, n° 148.

(243) Ibid. p.230-231, n° 166.

(244) Ibid. p.235-236, n° 169.

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が大きな意味を持つことになる。上述の第二の仮定事例、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⁽²⁴⁵⁾」。

（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いえよう。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。

(245) 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さずして、その限りで個人的観点も考慮可能であるとする。

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く全部が果たされることはないため、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っては、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。⁽²⁴⁶⁾

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。犯罪遂行を決定づけた例外的事情は、十中八九、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。」⁽²⁴⁷⁾ と。⁽²⁴⁸⁾

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

(246) 例えば、LARGUIER=CONTE=PELTIER, op. cit. note (137). Première Partie, Titre1, Chapitre4, Section3, §1.

(247) DONNEDIEU de VABRES, op. cit. note (171). p.223-224, n°385.

(248) 同様の説明をするものとして、STEFANI=LEVASSEUR, op. cit. note (176). p.144-145, n°146.

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。⁽²⁴⁹⁾

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。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

(249) 前掲注(217)を参照。

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うる、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に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いない」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。⁽²⁵⁰⁾ 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。⁽²⁵¹⁾ 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。⁽²⁵²⁾

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

(250) SERMET, op. cit. note (237). p.231, n° 166 ; FLASAQUIER, op. cit. note (187). p.61, n° 106.

(251) DUCASSÉ, op. cit. note (172). p.139.

(252) HABCHY, op. cit. note (146). p.30, n° 45.

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ようことを論証しようとするものであった。⁽²⁵³⁾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。⁽²⁵⁴⁾

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たのだということ⁽²⁵⁵⁾を基礎づけるのではないかと、との批判である。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。⁽²⁵⁶⁾

C. 法規の相対性

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. 法規の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

(253) 江口・前掲注(139)「正当化事由(1)」31-32頁も参照。

(254) BOUZAT, op. cit. (217), p.81.

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

(256) 江口・前掲注(208)「正当化事由(3)」60-61頁。

代表的な論者としては、FORIERSやMERLE=VITUを挙げることができる。

まずFORIERSは、その著書『刑法における緊急状態について』⁽²⁵⁷⁾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⁽²⁵⁸⁾。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⁽²⁵⁹⁾。

MERLE=VITUの記述は、非常に端的に、こ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る⁽²⁶⁰⁾、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

(257) FORIERS, op. cit. note (212).

(258) Ibid. p.321, n° 489.

(259) Ibid. p.324, n° 494.

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

的である⁽²⁶¹⁾」、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⁽²⁶²⁾。

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⁽²⁶³⁾。

B. MAYAUDの見解

MAYAUDは、Ratio Legisについて論じた論文⁽²⁶⁴⁾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⁽²⁶⁵⁾。MAYAUD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⁽²⁶⁶⁾。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⁽²⁶⁷⁾。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

(261) Ibid. p.591, n° 468.

(262) 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 (157).

(263) 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。

(264) Yves MAYAUD, Ratio legis et incrimination, RSC. 1983, pp. 597-621.

(265) 中村ほか・前掲注 (263) 『フランス法律用語辞典』353頁。

(266) MAYAUD, op. cit. note (264) p.597, n° 1.

(267) Ibid. p.611, n° 25.

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に、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ざまな要素を尊重しているからではない」と、⁽²⁶⁸⁾

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。⁽²⁶⁹⁾

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（*certainne 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

(268) Ibid. p.613, n°29.

(269) 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（204）も参照。

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』⁽²⁷⁰⁾、と⁽²⁷¹⁾。

C. HABCHYの見解

HABCHYは、その論文『正当化概念試論』⁽²⁷²⁾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」と述べる⁽²⁷³⁾。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搖の不存在によって説明される」からであるとする⁽²⁷⁴⁾。

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』⁽²⁷⁵⁾ということが明らかである。」⁽²⁷⁶⁾、と。

(270) Ibid. p.614-615, n° 32.

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

(272) HABCHY, op. cit. note (146). 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。

(273) Ibid. p.4, n° 5.

(274) Ibid. p.4-5, n° 6.

(275) MAYAUD, op. cit. note (264). p.616, n° 34.

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あるとする。その第一は、社会的有益性が集団的利益を意味しうるもので、この集団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⁽²⁷⁷⁾。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⁽²⁷⁸⁾。

社会的有益性概念に対する批判の2つめは、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⁽²⁷⁹⁾の一致が常に必要なわけではないということを認める必要があるとする。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。

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⁽²⁸⁰⁾。

加えて、第二の前提として、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

(276) HABCHY, op. cit. note (146), p.11-12, n° 16.

(277) Ibid. p.29-30, n° 44.

(278) Ibid. p.30, n° 45.

(279) Ibid. p.30, n° 46.

(280) Ibid. p.32, n° 49.

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。⁽²⁸¹⁾

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」。⁽²⁸²⁾

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。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。⁽²⁸³⁾

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。⁽²⁸⁵⁾

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。⁽²⁸⁶⁾

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、正当化事由の法実体の研究に資するものであるとする。⁽²⁸⁷⁾

(281) Ibid. p.33-34, n° 51.

(282) Ibid. p.34, n° 52-53.

(283) Ibid. p.35-36, n° 54, p.482-483, n° 673-674.

(284) Ibid. p. 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)。

(285) Ibid. p.37, n° 58.

(286) Ibid. p.37-38, n° 59.

(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⁽²⁸⁸⁾。実際に、1950年代に至って、下級審・破毀院において、従来の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日判決は、⁽²⁸⁹⁾「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。この判文のうち二重カギ括弧内の記述は、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⁽²⁹⁰⁾る。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人や財産の保護に必要な行為、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日判決は、⁽²⁹¹⁾④先行過失の不存在をも要件と

(287) Ibid. p.38-39, n° 60.

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

(289) 注(190)を参照。

(290) CHARLES de VISSCHER, Note sur l'état de nécessité, dans : FORIERS, op. cit. note (212). p.343.

(291) 注(193)を参照。

し、これは判例における伝統と理解されている。しかしながら、上述のとおり、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。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⁽²⁹³⁾。

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ろう。

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、当該利益衝突状況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。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

(292) 注（187）を参照。

(293) BOUZAT op. cit. (186), p.186

(294) 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.

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ろう。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ろう。

C. 「均衡性」と衡量判断の位置づけ

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⁽²⁹⁵⁾いる。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) 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⁽²⁹⁶⁾。

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⁽²⁹⁷⁾う。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

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

(296) Ibid. p.1136-1137.

(297) HABCHY, op. cit. note (146), p.41-42, n° 62, p.316, n° 437.

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）⁽²⁹⁸⁾を指す。

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⁽²⁹⁹⁾。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⁽³⁰⁰⁾。

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」との関係性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⁽³⁰¹⁾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事実・事情こそが、行為の正当化にとって重要ということになる。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⁽³⁰²⁾。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⁽³⁰³⁾。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、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る⁽³⁰⁴⁾。

(298) Ibid. p.316, n° 438.

(299) Ibid. p.42-43, n° 63.

(300) 例えば、DREYER, op. cit. note (134). p.1072, n° 1404 et ss.; PIN, op. cit. note (149). p.324-325, n° 295-296.

(301) 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134）を参照。

(302) HABCHY, op. cit. note (146). p.195, n° 270.

(303) Ibid. p.197, n° 274.

(304) Ibid. p.231, n° 319.

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 intérêts concurrents)」であると述べている⁽³⁰⁵⁾。

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、対立している利益の衡量ないし社会的価値の秤量を裁判官に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⁽³⁰⁶⁾」。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⁽³⁰⁷⁾。

（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からの脱却にあった。MÉNARD事件判決およびMORIAUDの著作などを契機

(305) Ibid. p.243, n° 334.

(306) 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

(307) PIN, op. cit. note (149), p.315, n° 283.

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では両概念を同視しうる場合があるとしても、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行為者に残されている。これに対して、心理的強制は、文字通り行為を強いられた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。

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、客観的無答責事由たる正当化事由のひとつとして、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、緊急避難という独立した法概念を承認し、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。この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、緊急避難行為がなげゆえ（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。同時期の論者においては、「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で据えることには、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、避難行為が超刑法的（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。

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である。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、この疑義が生じる。

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。

（未完）