

タイトル	正当化緊急避難(2)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 48(3): 459-479
発行日	2012-12-30

正当化緊急避難 (2)

吉
田
敏
雄

正当化緊急避難 (2)

I 目次

緊急避難の基本思想

1 法哲学的回顧

2 法規定

3 日本

a ドイツ

b オーストリア

c スイス

d 学説の状況

3 違法性阻却一元説

a 責任阻却一元説

b 二分説

c 原則・違法性阻却、例外・責任阻却事由説

II

緊急避難状況

1 定義

2 個人法益

3 現在の「危険」

a 危険の存否の判断時点

b 危険性の程度

c 危険性判断の主体

d 危険の「現在性」

4 原則・責任阻却、例外・違法性阻却事由説

a 緊急避難の根拠

b 正当化緊急避難

c 免責緊急避難

(第48巻第2号)

説
III 緊急避難行為

- 論
1 総説
2 適格性
3 手段の唯一性

4 保全法益の優越性

- a 総説
b 法益比較
c 危険と救助の見込み

(以上本号)

II 緊急避難状況

1 定義 緊急避難状況の検証においては、緊急避難の前提となる要件、つまり、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難」の存否が問題となる。学説の一部に見られるように、保全法益と侵害法益の衝突関係も緊急避難状況に含めると、緊急避難状況の定義は、保全法益を侵害法益の犠牲によってしか維持できない状況ということになる。⁴⁶ 避難行為は構成要件該当行為であることを要するが、危難は刑法上保護される法益である必要はない。

2 個人法益 保全法益は「生命、身体、自由又は財産」である。これらはすべて個人法益に限定されている。法人、社団等の「財産」も含まれる。⁴⁷ 貞操や名誉は「身体」又は「自由」に含まれる。⁴⁸ 保全法益は軽微であってはならない。免責緊急避難において、保全法益が軽微なとき、緊急避難状況が否定されるべき以上、正当化緊急避難においてはますます保全法益は軽微であってはならない。例えば、牛骨をくわえてこつそり逃げていく他人の飼犬を打撃したり、撲殺してはならない。⁴⁹ 「超個人的法益」、つまり、社会法益、国の法益には緊急避難適格性がない。それ故、発生したといわれるあるいは実際に発生した公の困った状態を暴いたり、除去するために犯罪を犯すことは緊急避難に

よって正当化されない。例えば、わいせつ映画の上映を阻止する観客や超過速度運転で走行している運転者を止めて釈明を求めるために制動器をかけないでその先に出る運転者は緊急避難を援用できない⁽⁵⁰⁾。

3 現在の「危難」 如何なる緊急避難状況も法秩序によって甘受できない法益に対する実害又は危険の状態を前提とする。すなわち、危険は自然的意味で切迫しているばかりでなく、法的にも保護を要する法益に向けられていなければならぬ。相応の忍受義務があるとか、法益の主体が法的保護を有効に放棄した場合、緊急避難の危難は存在しない。それ故、例えば、刑事施設から脱走する受刑者は、「緊急避難類似の状況において」、人格的自由という法益が脅威に晒されているということを援用できない。なぜなら、誤判であっても、受刑者には法律と判決によって自由刑を執行される忍受義務が課せられているからである⁽⁵¹⁾。さらに、医師は患者の意思に反して医療上適切な措置を採ることとはできない⁽⁵²⁾。危難の発生源因には限定がなく、自然現象⁽⁵³⁾、動物の行動によるものであってもよい。

a 危険の存否の判断時点 法益にとつての危険が存在するか否かの判断は所為の前の時点で下されなければならない(事前の観点: ex-ante-Sicht)。行為が正当化されるか否かの判断は行為に先立たねばならないからである。判断された状態が後になって無害であることが判明しても、それは必ずしも危険の存在を否定するものではない(人は後でますます賢くなる⁽⁵⁴⁾)。

b 危険性の程度 危険性は利益衡量との関連で意味を有する。すなわち、保全利益の価値が高いほど(例えば、生命、身体)、危険の程度は低くてもよい。したがって、高度の蓋然性が要求されることはないし、ましてや、一〇〇%

の確実性は要求されない。これに対して、保全利益の価値が低いとき(例えば、物の所有権)、危険の程度は高くなければならない。⁽⁵⁵⁾

c 危険性判断の主体 危険の存在は主観的に、つまり、純粹に緊急避難行為者の視点から判断されるべきでない。緊急避難は危険の存在を前提としており、行為者の思い込みを前提とはしていないからである。行為者の危険に関する誤表象があつても危険を基礎付けるのは行き過ぎた主観主義である。危険の存在は、行為者の状況にいる客観的観察者の判断によつて基礎付けられるべきであつて、行為者の思い込みに左右されてはならない。この場合の誤表象は誤想避難である。⁽⁵⁶⁾ 学説には、実際に存在する事情に基づいて予測をすべきとする見解もある。それによれば、例えば、事故で口から血を流し、意識を失つて倒れている者がいたが、実際には生命に危険がなかつた場合、その状況におかれた医師(専門知識のある観察者)であつても生命に危険があると判断しただろうと云えても、危険はなかつたことになる。これは誤想避難の問題として扱われる。⁽⁵⁷⁾ しかし、これは行き過ぎた客観主義である。予測と云うのは、常に所与の状況から下されるのであり、その時点で、事故にあつた者の身体状況は必ずしも認識できないことがある。認識できない現在の事情であつても危険を基礎付けうるのである。⁽⁵⁸⁾

客観的観察者は二分されるべきである。一つは、「理解力のある観察者」であつて、これは専門知識の役立たない状況の規準となる。他の一つは、「専門知識のある観察者」であつて、これは専門知識が役立つ場合の規準となる。前者の適用される状況というのは、小船が転覆して、船頭が海中に投げ出された場合、「理解力のある観察者」ならその船頭の生命が危機に瀕していると思つただろうといえる場合、実際には船頭は泳ぎの達人で溺れる危険は無かつたとし

でも、「危難」は存在する⁽⁶⁰⁾。後者は、専門家を要求する状況において適用される。火災の危険には消防吏員、建築物の危険には静力技師、病気には医師が規準となる。例えば、医師なら突然倒れた年寄りの病状はたいしたこと無いことが認識できただろうといえる場合、医学の素人が生命に危険があると思う者は緊急避難状況において行為をしているわけではない⁽⁶¹⁾。

d 危難の「現在性」 正当防衛が「急迫」の侵害による時間的限定があるように、緊急避難にも「現在」の危難による時間的限定がある。「現在」とは保全法益に現に侵害が生じていること、又は、保全利益に損害の発生が切迫していることを云う⁽⁶¹⁾。後者の一つの類型は、損害の発生がすぐに発生しかねない場合である。例えば、幼児が川に転落したので、直ちに救助行為をしないとその幼児の死が避けられないといった場合（瞬間危難）、その現在性は明らかである⁽⁶²⁾。

その二の類型は、損害の発生がすぐに生じかねないというのではないが、損害がいつなるとき発生するかも分らないといった場合である。すなわち、損害発生の可能性が常にある。「物事の自然の成り行きからすると、損害の発生が確実であるか、高度の蓋然性があるとき、直ちに防禦手段がとられない場合、あるいは、換言すると、異常な状態が人の経験及び所与の事態の自然の推移からすると損害に激変しかねないとき、『現在の』の危難が認められる⁽⁶³⁾。その典型例は、恒久的に危険のある状態（継続危難）である⁽⁶⁴⁾。例えば、いつ何時倒壊しかねない老朽化した建築物、橋梁⁽⁶⁵⁾、いつ何時暴力を振るいかねない社会に危険な精神障害者を一時的に監禁するとか、支払期限を明示することなく、金を持ってこなければ生命・身体に危害を及ぼすといって脅す場合である⁽⁶⁷⁾。

問題となるのは、多少の時間が経過して初めて損害の発生する虞があるが（将来危難）、直ちに行動をとらないと、後に損害の発生を効果的に避けることができないといった場合である。例えば、辺鄙なところにある旅館経営者甲が、同旅館内にある酒場に最後まで残っていた客の乙と丙が酒場の閉店後甲に強盗を働く相談をしているのを偶然聞いて、これを防ぐために、甲は乙と丙の注文した飲み物に睡眠薬を入れて眠らせ、難を逃れたとか（レンクナーの例⁶⁹）、家の暴君が家族の者に暴行を加えた後寝込んでいるが、覚醒するとまた暴行に及ぶことが予期できるといった場合⁷⁰である。このように、一般的には、「正当防衛に似た状況」と云えるが、しかし、正当防衛の急迫性の要件を充足しない事例が問題となる。これは予防防衛とも呼ばれる（Präventivnotwehr）。これも「現在」の危難に含めるべきである。というのは、正当化緊急避難というのは、事の成り行きに任せると損傷されるか、それどころか、毀滅されかねない法益をまだ可能ならば保全することによって衝突を解決する制度である。したがって、法益侵害が急迫のときに正当防衛行為は許されるのだが、しかし、この時点では法益保護がもはや手遅れであるとか、侵害者に死傷という重大な結果が生ずるのが必定だという場合、「急迫」の侵害の認められない段階での早期の且ついたわりのある予防的防衛に少なくとも、緊急避難の「現在」の危難の要件が認められるべきである。⁷¹もとより、現在性の要件のほかに、補充性、優越的利益の検証も必要である。

結局、損害の発生を確実に防ぐには直ちに対抗措置を採らねばならない場合にも、現在性が認められるので、緊急避難の要件である現在性は正当防衛の要件である急迫性と一致せず、前者は後者よりも広い概念である。⁷²

III 緊急避難行為

1 総説 緊急避難行為とは「やむを得ずにした行為」であるが、「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」られる。緊急避難行為では、行為者の侵害権能、つまり、どのような行為が許されるかが問題となる。一般に、「やむを得ずした」とは、危険を避けるための唯一の方法であって、他にとるべき途がなかったことを意味する⁽⁷³⁾と解されているが、それでは不十分である。無関与の他人の法益を侵害することになるのだから、基本的に緊急避難行為に要求されるべきは、それが保全利益を維持するための**適格な行為**であるだけでなく、「**唯一の手段**」(一般に、他の方法により危険を回避し得ない場合に補充的に認められるという意味で**補充の原則**とも呼ばれている。Grundsatz der Subdarität)であること、ないし、その救助のための**最後の手段**(ultima ratio)でなければならないことが要求され、さらに、**保全法益と侵害法益の衡量**、緊急避難行為の**相当性**も要求される。このように、正当防衛行為に比べて、緊急避難行為はいっそう制限的である。緊急避難行為の前提要件はその実行の時点に判断されるべきである。それは事前の客観的判断である。避難行為の限界を超えたときは過剰避難の問題となる⁽⁷⁴⁾。

2 **適格性** 無関与の第三者が無用の、つまり、無意味な被害者になつてはならない。それ故、緊急避難行為の基本的前提は、行為が危険に晒されている利益を保護するために客観的な事前の観点から見てふさわしいということである(**客観的適性**)。すなわち、行為に、切迫する危険を回避するために、ないし、脅威に晒されている利益を維持するために、実際に重要な見込みがあるということである(救助ないし保全の見込み)。

したがって、保全利益を救助する見込みがないとか、その見込みを著しく高めることのない行為は正当化されない。救助するのに客観的に見て不十分な場合と法益を毀損する場合がある。前者の場合として、病人を病院に搬送するために、見通しのよくない曲がり角の内側を走行することは、僅かに時間を節約するにすぎず、救助の見込みを高めることにならない⁽⁷⁵⁾。同様に、酩酊している医師が救助を要する者に急行するために自動車運転するが、しかし、適時に到着しても、当該医師には酩酊のために初めから救助行為をできるような状態にないとき、当該行為は正当化されない⁽⁷⁶⁾。後者の場合として、癌の末期患者を激痛から解放するために積極的に殺害する行為は正当化されない⁽⁷⁷⁾。

正当防衛とは異なって、他人の法益への侵害は、その切迫する不利益を免れるために不可欠の場合にのみ、必要である。避けることができるなら、その行為に煩わしさが伴っても、そうしなければならぬ。例えば、猛犬に襲われ命が危ないときでも、垣根を飛び越えて難を避けることができるなら、そうしなければならぬ⁽⁷⁸⁾。

3 手段の唯一性 適格性のある行為が複数あるとき、相対的に最も穏やかな行為が選択されるべきである。すなわち、他人の利益をそれほど侵害することなく、危険にある法益を救助する他の方法というものが存在しないということである。まさにこの制限的規準の故に、緊急避難行為の「最後の手段機能 (Ultima-Ratio-Funktion)」と云われる。最判昭和二八・一二・二五刑集七・一三・二六七一は、機関車が狩勝トンネルを通過する際、トンネル内での熱気の上昇、有毒ガスの発生等により窒息呼吸困難火傷等の生ずることを避けるために、機関車乗務員が列車を三割減速する行為は已むを得ずしたものと認定して緊急避難の成立を肯定したが、最判昭和三五・二・四刑集一四・一・六一(前掲注65)は、「現在の危険」の存在を否定した上で、「仮に本件吊橋が原審認定のように切迫した危険な状態に

あったとしても、その危険を防止するためには、通行制限の強化その他適当な手段、方法を講ずる余地のないことなく、本件におけるようにダイナマイトを使用してこれを爆破しなければ右危険を防止しないものであったとは到底認められない」として、緊急避難の成立を否定した。⁽⁸⁰⁾

保全利益の救助のために複数の同値の行為選択肢があるとき、不必要に他人の法益に損害を与えない選択肢が採られるべきである。それ故、負傷者を救助するために乗用自動車一台を必要とするとき、行為者はどの自動車を利用しても救助の見込みが変わりがないとき、他人の自動車ではなく、自分の自動車を利用しなければならない。⁽⁸¹⁾湖上で溺れている者を救助するために、湖岸に並んでいるそれぞれ所有者を異にする小船を利用するしかなく、救助の際小船の多少の損壊を伴う場合、行為者は複数の小船から一艘を選択してさしつかえない。⁽⁸²⁾

救助のために唯一の手段しかないとき、この手段をどのように用いても危険の発生を阻止できるとき、この手段はできるだけ穏やかな方法で用いられるべきである。例えば、雪山登山者が吹雪で凍死するのを避けるため、施錠のある山小屋に避難するとき、先ず、錠をこじ開けることを試みるべきであり、初めから扉を叩き壊してはならない。⁽⁸³⁾

4 保全法益の優越性

a 総説 緊急避難においては、ある法益が他の法益を犠牲にして保護される。すなわち、救助されるべき法益が、救助のために侵害されることになる法益と衝突する。それ故、危険によって切迫する害と救助行為に伴う害とが衡量

されなければならない。緊急避難によって正当化されるのは、明らかにより重い不利益が生ずるのを阻止するために生じる法益侵害だけである。この価値的優越は一義的ないし疑問の余地が無いものでなければならぬ。なぜなら、避難行為は無関与の者の法益を犠牲にするだけでなく、法秩序によって課せられる忍受義務を負う者の処分権も侵害するからである。⁽⁸⁴⁾ 価値の肯定の判断にあたっては、法益衡量及び利益衡量から出立しなければならぬ。というのは、法益相互の抽象的価値関係が決定的意味を有するのでなく、保全利益が具体的状況の中でより保護に値するか否かが重要であるからである。すなわち、法益だけが対立しているのではなく、利益も対立しているからである。この利益には法益ばかりでなく、その他の利益も含まれる。⁽⁸⁵⁾ その他の利益は、法規範ばかりでなく、「社会規範」にも依拠される。例えば、形見などの被害者の個人的主観的利益も含まれる。⁽⁸⁶⁾

救助される保全利益の一義的優越性は**帰属原理** (Zurechnungsprinzip) によって補充されなければならない。すなわち、侵害されねばならない者の法益の領域で危険が発生し、この危険源が侵害される者に規範的に帰属されうる場合である。この場合、例外的に、保全利益が比較的僅かに優越するに過ぎないとか、それどころか、侵害法益に等しい場合でも、緊急避難行為は許される。極端な場合には、自己帰属の程度によっては、自己帰属原理が優位に立つことすらありうる。危険の発生した法益領域への侵害は、必要性の範囲内(唯一の手段)であれば、緊急避難行為によって発生する損害が危険と不釣り合いで無いかぎり許される(帰属原理の法益衡量原則による修正)。こういった事情は、法益衡量と並んで、衝突する利益の評価にあたって考慮され、忍受義務を広げるのである。いわゆる**对物防衛** (Sachwe-
r) が典型的例である。法益は甲の獰猛な血統書つきの価値の高い犬が乙の雑種犬を襲い、かみ殺そうとしているとき、乙が携帯していた棍棒で甲の犬の片目をつぶすといった場合、乙の損壊行為は法益衡量原則からは正当化されな

いが、甲はその所有する犬から生ずる危険を負担しなければならない。衝突する法益間に極端な不均衡が無い限り、つまり、極めて僅かな価値の物が極めて価値のある物を犠牲にして救助されない限り、危険な物の損壊は許される。⁽⁸⁷⁾

自己帰属原理は、危険が関与者自身から発生した場合にも適用可能である。いわゆる防禦的緊急避難 (Verteidigungsnotstand, Defensiver Notstand) である。⁽⁸⁸⁾ 自動車を運転していた甲は路上でそれとは判別できない油痕の上で滑って操縦不能なり、乙に向かつて滑ってぶつかりそうになるが、それを目撃した貨物自動車を運転していた丙が甲の車にぶつけて、乙は助かったが、甲は負傷したという場合、甲と乙の法益は同価値であるが、危険が甲の領域から生じているので、丙の行為は正当化される。自動車運転という許された、しかし、危険な活動から利益を得る者は、そこから生ずる不利益をむしろ無関与者よりも負わねばならないのである。⁽⁸⁹⁾

防禦的緊急避難においては、誰も自己の生命、身体への危険を引き受ける必要はない。しかし、人が危険源であっても、人の生命は防禦的緊急避難においても侵害の許されない法益である。危険を他人の生命を犠牲にしてしか避けることができないとき、正当化緊急避難は認められない。⁽⁹⁰⁾

他面、危険が脅かされている者の領域に発生し、この者がこれに意識的に晒すとか、危険に「責め」を負う場合には、厳格な要件の下でのみ、つまり、救助されるべき法益が圧倒的に大きい場合のみ許される。⁽⁹¹⁾

b 法益比較 保全利益と侵害利益を全体的に衡量するための第一歩は法益の抽象的評価である。その価値格差は

特に法定刑に現れている。例えば、価値的に見て、「人」の命は「胎児」の命よりも重い。しかし、刑法による保護は断片的であつて（刑法の断片性）、構成要件化されていない利益が軽いわけでもない。したがつて、法秩序全体、とりわけ基本権が考慮されなければならない。⁹²⁾ こういった衡量を図式的に行なうことはできないが、大雑把に言うと、人格と結びつき、その尊厳と分かちがたく繋がっている価値は単なる物的法益よりも優位にある。これに加わえて、損害の程度（傷害の程度、財産損害の程度）、損害の発生する蓋然性が考慮される。⁹³⁾

価値秩序の頂点にあるのは人の生命である。それは法秩序が個人に保障する最上位の法益であり、しかも、一身の性格を有している。それは正当化緊急避難の範囲内で許される侵害利益ではない。他人の生命を救助する場合は、生命対生命の衝突の故に、緊急避難は正当化されない。⁹⁴⁾ 生命という最高の法益を量化したり（一人の生命対複数の生命）、差異化したり（例えば、幼児対老人）することは許されない。唯一人の人の生命は、これが犠牲になれば多数の者を救助できる場合でも、尊重されねばならないのである。⁹⁵⁾ 例えば、制禦不能になった列車を丁度工事中の待避線に誘導して作業員に多数の死傷者を出したが、さもなければ他の列車と衝突してもっと多くの死傷者が出たであろうという場合である（ヴェルツェルの例）。⁹⁶⁾ 同じことは、人の生命の位置価値とか人の余命によつて社会的又は医学的に差異化することにも妥当する。例えば、積極的安楽死において、苦痛の緩和という価値が生命それ自体よりも高いといえないし、生命の価値がその余命の時間によつて変わるわけでもない。⁹⁷⁾ 自殺の場合でも、人の生命は最上位にある。この場合、自己決定権というものは認められず、自殺を阻止する強制措置を採ることは許され、緊急避難によつて正当化される。⁹⁸⁾

逆に、人の生命の保全のための利益・法益衡量の領域で、物質的価値ばかりでなく、他の、より劣る人的法益への侵害は許される。例えば、高速道路で下車した女性が、ひどく酔っ払って方向感覚をなくしていたが、それでも運転者に再乗車を拒否した場合、生命、身体に差し迫った危険があるので、この女性を力づくでも乗用車に乗せることは許される⁽¹⁰⁾。

私的領域、私的生活の保護のための医師等の守秘義務（刑法第一三四条）も具体的に差し迫る第三者の生命、身体への損害に劣位する。例えば、伝染病に罹患している分別の無い患者の周りにいる関係者にその伝染の危険性を警告することは許される⁽¹⁰⁾。

人格にかかわる価値が対立するとき、基本的には高い価値が決定的意味を有する。ただし、保全利益と侵害利益に発生する損害の危険の程度が具体的事情に即して衡量されなければならない（下記c参照）。

人格にかかわる法益が物的法益と衝突するとき、基本的には、生命、身体の完全性ないし健康、自由といった人格に拘束される価値が、所有権、占有、財産といった物的法益に優越する⁽¹⁰⁾。例えば、離婚訴訟における証明のために配偶者の第三者との電話会話を秘密録音・盗聴することについて（有線電気通信法第九条）、私的生活、家庭生活、住居、信書交通の尊重を要求する権利は他の配偶者の不倫関係を証明する利益よりも価値が高い。離婚から生ずる財産法上の不利益も電話会話の秘密維持への人格権を凌駕しえない⁽¹⁰⁾。

しかし、人格権への軽微な侵害（例えば、軽い傷害とか強要等）は重要な物的価値の救助のために許されることがある。⁽¹⁰⁾ この意味で、証拠方法を得る行為が構成要件に該当するとき、それは正当化されないという原則は、証明の利益が明白に凌駕するとき、例えば、これによって初めて刑事訴追を免れるとか、刑事裁判で無罪を得られるといった場合、その他、財産法上の重要な利益が問題となつているときには破られる。⁽¹¹⁾

物的法益だけが対立するとき、それらの評価は量的規準によつて行なわれる。この場合でも、保全利益は一義的により高くなければならない。例えば、他人の消火器は炎に包まれそうな自動車よりも明らかに価値が低い。⁽¹²⁾

c 危険と救助の見込み 利益衡量にあつては、法益の抽象的価値だけでなく、保全利益への具体的危険状態、救助の見込みも考慮されるべきである。避難行為は危険の事前予測を前提とするからである。すなわち、保全利益を救助できる蓋然性と救助行為がもたらす侵害利益の発生の可能性が衡量されなければならない。救助行為によつて、他人のより高価値の利益を侵害する可能性は低いが、自分のより低価値の利益を救助する見込みは大きい場合、当該行為は正当化される。この場合、他人のより高価値の利益に現実には損害が発生しても、避難行為は正当化される。⁽¹³⁾ 例えば、人ごみの中で落とした装身具を拾い上げるために（それ自体より低価値の財物を救助することの見込みが高い）、側にいる者を突き飛ばす（傷害の危険性は低い）者は緊急避難により正当化される。⁽¹⁴⁾ 自転車運転者が、突然現れた自動車との正面衝突を避けるため、歩道に回避したが、そのことによつて歩行者を押し倒す危険を冒す場合、歩行者に重傷を負わせるとか、それどころか殺してしまう危険性はきわめて低いので、当該避難行為は正当化される。しかし、モーターバイク運転者が回避した場合、歩行者の生命、身体への危険性は大きいので、当該避難行為は正当化されない。⁽¹⁵⁾

ドイツの裁判例に、並列タイヤに煉瓦石が挟まった状態で貨物自動車運転している者に警告するために、法定速度を超過してその自動車を追い越すのは緊急避難行為として正当化されるとするものがある。石が外れて飛び出し、重い損害を生じかねない危険は短時間の超過速度運転の危険よりもはるかに大きいからである。⁽⁴⁶⁾ 事故の被害者や重病人を治療に最適の病院へ超過速度運転で搬送する場合も、そうしなければ深刻な損傷が発生するとき、当該抽象的危険行為は正当化される。⁽⁴⁷⁾ これに対して、負傷者を救助するために、他人を具体的に危険に晒すことは許されない。自殺を試みて生命に危ない状態にある女性友達を救助するために、他の車両の運転者に損害の発生することがほぼ不可避と思わせるほどに、何箇所かの交差点の赤信号を無視して高速運転することは許されない。⁽⁴⁸⁾ しかし、重大な故障のある車両を違法に後方運転して高速自動車道から抜け出る行為は、これによってしか、故障車両をそのまま前方運転することから生じたであろう、身体、生命、所有権に対する直接の危険を避けられないとき、正当化される。⁽⁴⁹⁾ 重病人を救助するために、酔っ払い状態で自動車を搬送運転する場合も、なお具体的危険を伴わないほどの運転能力が残っていると、電話で救助を求めるとか、タクスイーを呼ぶとかの他の方法が採れない限り、当該行為は正当化される。⁽⁵⁰⁾

注

(46) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 55; *Leusch*, (Fn. 42), *Nachbem zu* § 3 Rn 30.

(47) 反対 札幌高函館支判昭和二五・七・二八高刑特二二・一八三〔経営上の困難から闇物資を購入したという物価統制令違反事件〕「刑法三七条に所謂自己又は他人の生命、身体若くは財産に対する現在の危険とは、個人の右法益が危険にさらされている状態をいうのであって、之を、会社、組合等の法人またはこれに類する社団、財団にまで拡張して解すべきものではない」。

(48) 参照、山中（注33）五二〇頁。貞操や名誉を「身体」や「自由」に準じて緊急避難を為しうるとするのが、大塚（注27）四〇一頁、

- 川端(注26)三六六頁。大場(注38)五七九頁は、生命・身体・自由・財産に限定し、名誉に対する危険を含めない。
- (49) *Steininger*, (Fn. 45), 11. Kap Rn 52; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 11; *Triffner*, (Fn. 42), 12. Kap Rn 140 (正当化緊急避難において保全法益が意味あるものであることが必要とされるのは、僅かな不利益の場合に、無関係者が被害者になることを連帯義務が要求してはならないからである)。
- (50) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 10. 木村(注34)二七一頁、内藤(注31)四二九頁、中山(注31)二七六頁、内田(注4)一九八頁、山中(注32)五二二頁、浅田(注32)二四八頁。これら対して、国家的法益や社会的法益についても緊急避難を認めるのが、團藤(注23)二四七頁、大塚(注27)四〇一頁、福田平『全訂刑法総論』[第五版]二〇一一年一六六頁注5、川端(注26)三六六頁。なお、大谷(注26)三〇三頁「超法規的緊急避難を認めて社会的相当行為(35条)として違法性を阻却する」。
- (51) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 54. 浅田(注32)二四九頁、福岡高判昭和三八・七・五下刑集五・七二八・六四七(合法的な逮捕の危険が差し迫っていること、法律に基づく刑罰権の発動としての裁判権の行使を原因とする制裁が科せられることは、内国のものであると外国のものであるとを問わず、「危険」ではない)、福岡高判昭和四〇・九・一七下刑集七・九・一七七八(日本国憲法において遡及刑罰立法が禁止されているが、外国への遡及処罰の虞がある場合に、出入国管理令に違反して密入国した場合、「危険」にあたる)。
- (52) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 2.
- (53) 大判昭和八・一・三〇刑集二・二一六〇(田植後10日ないし一二日の稲苗が、豪雨による湛水のため、剣先が水中に没しようとしており、湛水の継続による著しい不作又は稲苗枯死の虞があるときは、財産に対する現在の危険がある)。
- (54) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 15; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 43; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 18.
- (55) *Triffner*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 116; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 14; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 41.
- (56) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 15; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 21. 山中(注32)五二二頁、大阪高判昭和二五・三・二三高刑特八・八八「緊急避難は現在の危険すなわち緊迫した危険が他人の法益を害する外、他に救助の途のない状態にあることを必要とし、単にその行為をしなければ危険が来るに決まっているとの主観的予想に過ぎない場合は現在の危険に該当しない」。
- (57) *Th. Lenckner, W. Perron, Schöнке/Schröder Strafrechtzbuch Kommentar*, 27. Aufl., 2006, § 34 Rn 13「現に存在するとして予測の基礎におかれる事情(例えば、病气)は実際に存在しななければならぬ」。*Günther*, (Fn. 42), § 34 Rn 21.; *H. Bieri, Strafrecht I AT*, 18. Aufl., § 44 III 3.
- (58) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 18.

- (59) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 18; *F. Schaffstein*, *Der Maßstab für das Gefahrrteil beim rechtfertigenden Notstand*, *Brunns-FS*, 1978, S. 89 ff., 106 「規準となるのは、行為者の社会交通圏出の理解力のある、しかも、この者の特別の知識も有する観察者の客観的判断である」。本説によれば、事故で口から血を流し、意識を失っている者の設例において、医師なら生命に危険は無いと判断したであろうといえるとき、救助行為をする者が医師なら「危険」は存在せず、したがって、違法となり（誤想避難）、非医師なら「危険」は存在し、したがって、適法ということになる（緊急避難）。
- (60) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 187; *Jakobs*, (Fn. 42), 13. Abschn Rn 13 「問題となる種類の衝突状況」を管轄する専門家の判断が規準となす。*Wessels/Benkhe*, (Fn. 42), Rn 304.
- (61) 最大判昭和二四・五・一八同二二年（れ）第三一九号事件「現在の危険」とは現に危険の切迫していることを意味する。
- (62) *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 62 f.; *Krey/Esser*, (Fn. 42), § 15 Rn 590. 大判昭和九・三・三一刑集一三・三五〇（産婦が分娩後顔面口唇蒼白となり、脈拍軽微弱で時々結滞のある状態にいたったときは、その生命に対する現在の危険がある）。
- (63) *BGH NJW* 1289; *BGH NSZ* 1988, 554. 参照 大嶋一泰『緊急避難における危険の現在性について』（『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀』所収）一九九六年・二六三頁以下、福岡地判昭和三七・一・三一下刑集四・一〇二・一〇四は、個人的突発的な侵害と集団的組織的な侵害を区別して、後者について、「事態をそのまま放置し拱手傍観しているならば侵害の実現が必至と認められる状態に立ち至った時期乃至段階」でよいと判示する。これに対して、正当防衛直接適用説・津田重憲『緊急救助の基本構造』一九九八年（正当防衛の急迫性の要件を広く解して、正当防衛の成立を肯定する）。
- (64) *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 65; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 21; *Krey/Esser*, (Fn. 42), § 15 Rn 591.
- (65) 最大判昭和三五・二・四刑集一四・一・六一（吊り橋が腐朽して車馬の通行に危険になったが、村の予算では架け替えの見込みが無かったので、災害補償費を得て架け替えようと企てて、ダイナマイトでこれを爆破したという事案。原審は現在の危険の存在を肯定した）「吊橋は二〇〇貫ないし三〇〇貫の荷馬車が通る場合には極めて危険であったが、人の通行には差支えなく、しかも右の荷馬車も、村当局の重量制限を犯して時に通行するものがあつた程度であつたことが窺えるのであつて、果たしてしからば、本件吊橋の動揺による危険は、少なくとも本件犯行当時たる昭和二八年二月二日頃の冬季においては原審の認定する程に切迫したものでなかつたのではないかと考えられる」。
- (66) *BGHSt* 13, 197; *BGH NJW* 1979, 2053 「覗き魔事件」〔見知らぬ男が何度もある夫婦の住まいに侵入して恐怖感を与えていたので、覗き魔はどうとう逃走のときに被害男性に銃で左臀部、左脇腹を撃たれたという事案〕。この事件について、ロクスティーンは、銃

- を撃つた時点では侵害はもはやなく、正当防衛は成立しないが、毎晩現れる真があったので、継続危険はあったので、緊急避難の成否が問題となるが、覗き魔に重傷を与えているので、防禦的緊急避難の思想だけでは当該行為を正当化できないが、刑法第一二七条による逮捕も可能であり、且つ、闖入者が夫婦の支配領域にいるかぎり、常にごの者による潜在的脅威があるという二つの事情が相まって、保全利益の優越性を基礎付けると論ずる。Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 21 u. 86. 参照‘大嶋(注3) 二三四頁以下。
- (67) BGH NJW 1997, 266.
- (68) この場合を継続危険の特殊例と解する説 (F. Zieschang, Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, § 34 Rn 36; Krey/Esser, (Fn. 42), § 15 Rn 592) と継続危険とは異なる例と解する説 (Lenchner/Perron, (Fn. 57), § 34 Rn 17) がある。しかし、後者の説もこの場合を「継続危険」と同等に扱うので、結論において異なるなら。vgl. Kühl, (Fn. 9), § 8 Rn 66.
- (69) Lenchner/Perron, (Fn. 57), § 32 Rn 16.
- (70) BGHSt 48, 255, 259.
- (71) Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 20 「損害の発生がなるほどまた緊迫してらるわけではないが、しかし、後になつては防禦がもはや可能ないか、極めて大きな危険を言つていかにあつたら場合」; Kühl, (Fn. 9), § 8 Rn 68; Zieschang, (Fn. 68), § 34 Rn 37; Lenchner/Perron, (Fn. 57), § 34 Rn 17; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 45), Z 12 Rn 12 f. 参照‘山中(注33) 五二四頁。なお、正当防衛説：浅田(注32) 二四九頁。
- (72) Kühl, (Fn. 9), § 8 Rn 62; Zieschang, (Fn. 68), § 34 Rn 36; B. Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2012, Rn 412. これに対つて、トリンナー、シムターニンガー (Tryffner, (Fn. 42), 11. Kap Rn 120; Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 24) は、現在性を正当防衛における急迫性よりも広く捉える見解は、緊急避難に予備正当防衛としての補充機能を負わせることになり、適切でない論ずる。
- (73) 大塚(注27) 四〇四頁以下、團藤(注23) 二四九頁、大判昭和八・九・二七刑集二二・一六五九「他ニ救済ノ途ナキ状態」。
- (74) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 45), Z 12 Rn 14.
- (75) Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 23; Lewisch, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 53.; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 45), Z 12 Rn 18. 参照‘山中(注32) 五二五頁。
- (76) Lewisch, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 53.; Lenchner/Perron, (Fn. 57), § 34 Rn 19; Krey/Esser, (Fn. 42), 15. Kap Rn 595. 参照‘山中(注32) 五二五頁。

- (77) Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 34.
- (78) Steininger, (Fn. 45), 11. Kap Rn 56; Triffler, (Fn. 42), 11. Kap Rn 123.
- (79) Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 36.
- (80) 参照 大阪高判昭和四五・五・一 高刑集二二・二・三六七 (自動車を運転中、対向車が中央線を越えて進行するのを認め、これとの接触を避けるため減速して進路を左に変更したところ、後方から進行してきた自動二輪車に衝突させその運転者に傷害を負わせた事案。緊急避難成立)。否定判例、東京高判昭和四六・五・二四判タ二六七号三八二頁 (胃痙攣で苦しんだ急病人を運送するためは無免許運転をしたという事案)。電話で救急車の出動を要請する方法がある場合には緊急避難を認める余地はない)。
- (81) Lewisch, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 55; Lencker/Perron, (Fn. 57), § 34 Rn 20.
- (82) R. Murrach, H. Zilf, Strafrecht AT, Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 27 Rn 18.
- (83) Lewisch, (Fn. 40), Nachbem zu § 3 Rn 60.
- (84) Nowakowski, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 4; M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, 154; Triffler, (Fn. 42), 11. Kap Rn 128 u. 131; Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 40. $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{2}$ 刑法第三四条の「保護された利益が侵害された利益をはるかに超えていざる」と同様に理解すべきか。Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 90; Kilfl, (Fn. 9), § 8 Rn 99. これに対して、著しい差を要求するのかが Zischang, (Fn. 68), § 34 Rn 76; Jakobs, (Fn. 42), 13. Abschn Rn 33; Neumann, (Fn. 4), § 34 Rn 21. なお、吉田宣之『違法性急避難の場合にはたんなる優越性で足りるとする』。同旨、小田 (注31) 一頁以下、井田良「緊急避難の本質をめぐって」(『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』所収) 二〇〇五年・二八三頁。
- (85) 内藤 (注31) 四二一頁以下。Lencker/Perron, (Fn. 57), § 34 Rn 25.
- (86) Triffler, (Fn. 42), 11. Kap Rn 128. Vgl. Roxin, (Fn. 42), § 16 Rn 71. これに対して、法的安定性の観点から主観化に反対するのかが Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 41; Lewisch, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 62.
- (87) Fuchs, (Fn. 43), 17. Kap 17 Rn 63 f.; ders., Grundfragen, 55 f.; Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 42.
- (88) Fuchs, (Fn. 43), 17. Kap Rn 64; ders., Grundfragen der Notwehr, 1986, 56; Steininger, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 42. 覗き魔事件では、保全法益は住居権、私生活の秘密、意思活動の自由等であるのに対して、侵害法益は身体の不可侵性である。辺鄙な田舎の旅館事件では、保全法益は自由と所有権であるのに対し侵害法益は身体の不可侵性と自由である。家の暴君事件では、い

すれども、法益を比較する限りでは、保全法益が侵害法益よりも一義的に優越するとは見えなから。Vgl. *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 136 f.; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 72 ff.

- (68) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 64.
 (69) *Steininger*, (Fn. 45), 11. Kap Rn 61; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 117. 以下は「たいてい」の場合に正当化されることの
 **Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 79.
 (16) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 65; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 43.
 (26) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 26 ff.; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 44.
 (36) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 29 ff.; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 44.
 (46) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 45.
 (56) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 45; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 113 f. 四部(注95) 九〇頁以下、九九頁。これに対して、前田(注
 23) 三六一頁「多数の命を救うために、それ以外全く方法がなく場合に少数の生命を犠牲にすることは、倫理的には避難し得ても、
 処罰しなけれはならぬ違法性を有するのではないからである。……違法性判断とこのは冷徹なものなのである」。
 (96) *H. Welzel*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 47 ff., 51.
 (67) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 45; *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, Vorbem zu § 75-
 79 Rn 28; *Krey/Esser*, (Fn. 42), § 15 Rn 616.
 (86) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 102; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 48.
 (66) OLG Wien ZVR 1992/29; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 79.
 (100) *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 78; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 33; *Wessels/Benlke*, (Fn. 42), § 8 Rn 315; RGSt 38, 62; OLG
 Frankfurt NJW 2000, 875.
 (101) *Kienapfel/Höpfl*, (Fn. 45), Z 12 Rn 21; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem § 3 Rn 77.
 (102) SSt 47/75 (12 Os 143/75) = EVerl 1976/186, JBl 1976, 656 und RZ 1976/73; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 50.
 (103) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 27.
 (104) BGH NJW 1986, 2264.
 (105) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 51; OLG Frankfurt NJW 1979, 1172 (弁護人が刑法第二〇一条(言葉の内密性の侵害)に

- 違反して作成された音声テープをその任務遂行のため刑事訴訟で使用する)；OLG Frankfurt NJW 1975, 271 (遺族の知るところなく死者から血液採取することは、その死者が事故時点に酩酊していたか否かを認定しうるために行なわれたとき、その結果、場合に よって、遺族年金が排除される場合、正当化されうる)。
- (106) 大判昭和一一・一一・六判例体系三〇・九五七(価格六〇〇円相当の猟犬が、価格一五〇円相当の番犬に襲われた際、猟犬を守るために猟銃で番犬を狙撃し、これに銃創を負わせたという事案。緊急避難成立)。
- (107) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 59.
- (108) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 60 nach *Rittler*.
- (109) *Leuwisch*, (Fn. 40), Nachbem § 3 Rn 90.
- (110) OLG Düsseldorf VRS 30 (1966) 39; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 44. 参照、山中(注33) 五二九頁。
- (111) OLG Schleswig VRS 30 (1966), 463; BayObLG NZV 1991, 81; OLG Hamm NSZ 1996, 344; *Roxin*, (Rn. 42), § 16 Rn 44.
- (112) OLG Karlsruhe VRS 46 (1974), 275; *Roxin*, § 16 (Fn. 42), Rn 44.
- (113) OLG Köln VRS 59 (1980), 53; *Roxin*, (Rn. 42), § 16 Rn 44.
- (114) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 45.