HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	強制状態における行為（三）
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，49(3)：481-506
発行日	2012-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

強制状態における行為　(三)

神元隆賢

目次

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　判例の動向（以上、第四八巻第一号）
Ⅲ　学説の状況
一　非行為説
二　違法阻却説
三　責任阻却説（以上、第四八巻第二号）
四　私見（以上、本号）
Ⅳ　強要緊急避難の諸問題
Ⅴ　おわりに

四　私見

強制状態における行為について緊急避難の成立を認める見解は、内部において主に以下の二点を巡って対立している。

第一は、被害者の被強要者に対する正当防衛による反撃は許容されるか、それとも補充性、法益権衡性の要件を満たさねばならない緊急避難による反撃のみが許容されるかという点である。正当防衛による反撃が許容されるとする論者は、被強要者の行為性を否定して強要者の間接正犯を認めるか、強要緊急避難の法的性質を可罰的違法性阻却事由あるいは責任阻却事由と解して避難行為についての一般的違法性の残存を認める。これに対し、緊急避難のみが許容されるとする論者は、強要緊急避難の法的性質を一般的違法性阻却事由と解して、適法行為に対する正当防衛は許容されないとする。

第二は、被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者について、制限従属性説を前提に、教唆犯や間接正犯の成立を肯定しうるかという点である。教唆犯の成立を肯定する論者は、被強要者について少なくとも一般的違法性はあるものと解さなければならず、それ故、強要緊急避難の法的性質を可罰的違法性阻却事由あるいは責任阻却事由と解すべきとする。これに対し、強要緊急避難の法的性質を一般的違法性阻却事由と解する論者は、強要者について教唆犯の成立を認めることはできないが、適法行為を利用した間接正犯の成立を認めることは可能であるとする。

さらに、強要緊急避難の検討に際しては、緊急避難と期待可能性の関係をどのように解するかという点も問題とすべきであろう。強制状態における行為に関する事案について、多くの判例は、緊急避難の成否を検討したうえで、別個に期待可能性の存否を検討している（前掲Ⅱ（一）③～⑥判決）。従って判例は、緊急避難と期待可能性を、それぞれ法的性質を異にする犯罪成立阻却事由と捉えており、おそらくは緊急避難を違法性阻却事由、期待可能性を責任阻却事由と解していると見ることができる。しかし、緊急避難の成否については比較的詳細に検討する一方、期待可能性については格別の検討をせずにその欠如を否定したり（③判決）、緊急避難の各要件とくに危難の現在性、避難の意思の有無の検討の内容と、期待可能性の存否の検討の内容が実質的に共通しているもの（④⑤判決）も見られる。緊

急避難と期待可能性を別個に判断することの意義は、改めて問題とすべきであろう。これに対し、強要緊急避難の法的性質を責任阻却事由と解したり、二分説に拠ったうえで法益同価値の事例について責任阻却と解した場合には、緊急避難の成否の検討と期待可能性の存否の検討は同義であるから、両者を別個に論ずる必要はない。

以下では、上記三点の問題について、それぞれ検討を試みる。

（一）被害者の被強要者に対する反撃

被害者の被強要者に対する反撃が、正当防衛の程度まで許容されるべきか、それとも緊急避難の限度に留まるべきかという問題は、被害者を優先して、被害者からの正当防衛による反撃の甘受を被強要者に強いるべきか、それとも被強要者を優先して、緊急避難の補充性、法益権衡性の要件を満たさない場合に危難の甘受を被害者に強いるべきかという問題と言い換えることができよう。

強制状態における行為について、一般的違法性阻却事由としての緊急避難の成立を認める論者の多くは、被強要者ないし第三者に危険が迫っている以上、被害者は、被強要者の行為を正当防衛によって阻止することが許容されないとする。[75]

これに対し、可罰的違法性阻却事由[76]または責任阻却事由[77]としての緊急避難の成立を認める論者、あるいは緊急避難の成立を認めず期待可能性の不存在による責任阻却のみを認める論者[78]は、被強要者から被害を転嫁される被害者について、正当防衛による反撃を許容しないのは不当であると一般的違法阻却説を批判したうえで、被強要者の行為が可罰的違法性ないし責任を欠いているとしても、少なくとも一般的違法性が残存していると解するならば、これに対する被害者の正当防衛による反撃を許容しうると主張する。確かに、緊急避難の法的性質について一般的違法阻却説を

採るなれば、緊急避難に対する正当防衛を認めることは困難であるようにも見える。

a　錯誤論による解決

あるいは、一般的違法阻却説を前提としても、錯誤論を用いることで、より妥当な結論を導く余地はあるかもしれない。すなわち、被強要者の避難行為について一般的違法阻却を認めたうえで、これに対し被害者は緊急避難ないし過剰避難に出たものの、主観的には正当防衛を意図して反撃行為に出ていたと解し、誤想防衛の問題として処理することにより被害者の不利益を回避するのである。このように解すれば、厳格責任説を採るのであれば責任阻却を認めうるし、同説を採らないとしても、被害者の故意は阻却され過失犯として処罰されるにとどまることになる。もっとも、これに対しては、厳格責任説を採らない場合に少なくとも過失犯として処罰される以上、被害者の保護という観点からは到底満足の行く解決ではないとの批判がある[79]。

しかし、被強要者の反撃が緊急避難として過剰であった場合には、過剰避難として第三七条第一項但書により刑の減免を認めることも可能であろう[80]。被害者が正当防衛と誤信して行為に出たものの、客観的には緊急避難の限度で法益保護の効果が生じている場合には、緊急避難の成立を認めうる[81]。防衛・避難の意思必要説の立場からは誤想防衛ともなりうるが、防衛の意思も避難の意思も主観的正当化要素と位置づけられており、その内容も、防衛の意思は急迫不正の侵害を認識しつつそれを回避しようとする心理状態をいい、危難を回避しようとする意思とは共通するといってよいから、防衛の意思の避難の意思への転用を認めうるとの主張が本説内部では有力である[82]。これに従えば、防衛・避難の意思必要説を前提としても、被強要者の反撃が法益権衡性や補充性を満たすものであれば、緊急避難が成立することになるし、反撃が過剰であった場合には過剰避難が成立することになろう。もっとも、第三七条第一項但書は

刑の裁量的減免を規定するにとどまるから、反撃に出た被害者が処罰される可能性は依然として残る。

あるいは、反撃が過剰であった場合に、誤想防衛と過剰避難を併せて認めることはできないであろうか。すなわち、被強要者が一般的違法性を欠いているとの事情を被害者が認識せず、反撃が過剰であった場合には、まず誤想防衛を認め、厳格責任説によらないならば故意を阻却して過失犯の構成要件該当性を認める。そのうえで、反撃が過剰であった点については過剰避難を認めるのである。そうなれば、被害者は第三七条第一項但書による刑の減免を受けうるから、刑は免除されるか、減軽にとどまるとしても過失犯からの減軽であるから刑は非常に軽くなる。過失犯について過剰避難を認めてよいかは問題となりうるが、少なくとも過失による緊急避難については下級審判例で認めたものがあり、[83] 学説上も肯定説が支配的である。[84] さらに、過剰部分についての故意・過失の有無によって、故意犯としての過剰防衛・過剰避難と過失犯としての過剰防衛・過剰避難を分けるべきであるとして、過失による過剰避難を認める論者もある。[85] 以上のように考えるならば、単に誤想防衛、あるいは過剰避難としてのみとして処理するよりも、被害者救済の観点から優れた解決を導くことができるのではないか。もっとも、過失犯に対し第三七条第一項を適用することで刑は非常に軽くなるとしても、厳格責任説によらねば犯罪成立阻却を確実になし得ない点は、依然として被害者救済として不十分であるとの批判を免れ得ないかもしれない。

b　道具理論による解決

そもそも、一般的違法阻却説を前提に、被強要者に対する被害者の反撃について正当防衛の成立を認めることは本当に不可能なのであろうか。強要緊急避難の事例においては、被強要者は避難行為者であると同時に、一般的違法阻却説を前提とする限りは間接正犯となる強要者にとっての道具でもある。この点から、非行為説と同様に、被害者の

被強要者に対する反撃を強要者の道具に対する反撃と解して、対物防衛の議論を参照することで正当防衛を認める余地はあるかもしれない。

例えば、Aが無関係のB所有の犬をけしかけてXを襲わせ、Xが反撃してB所有の犬を殺害した事例について、学説は主に以下の説が対立している。

緊急避難説（対物防衛否定説）は、人的違法観に基づき「不正の侵害」は客観的に違法な「行為」に限られるとし、動物には侵害「行為」がないことから緊急避難のみが許されるとする。[86] 本説に対しては、人に対する反撃であれば正当防衛が許容されるのに、物や動物に対する反撃では緊急避難により厳格な要件を満たさねばならないとするのは不均衡であるとの批判がある。[87]

正当防衛説（対物防衛肯定説）は、Bの犬に対するXの正当防衛を許容する。もっとも、正当防衛が許容されるとする根拠については議論がある。「不正の侵害」か否かは物的違法観に基づき純客観的に決すべきとする論者は、客観的に「違法状態」であるかぎりは動物による法益侵害も「不正の侵害」であるとする。[88] 「違法状態」の観念を認めるべきでないとして人的違法観を支持する論者は、B所有の犬が道具として使用されることによってAの侵害行為の一部をなしているから、これに対する正当防衛は許容されるとする。[89] 「他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合」について「損害賠償の責任を負わない」とする民法第七二〇条第二項を参照すべきとする論者は、対物防衛において民法上の違法性が阻却される以上は、刑法上の違法性も阻却されるべきであるとする。[90]

防衛的緊急避難説は、民法第七二〇条第二項は物を損傷する行為の免責について法益の均衡も補充性も要件としていないから、[91] 物の損壊に関する限り、同要件を不要とする防衛的緊急避難を認めるべきで、これに対し人の無過失行為または行為とはいえない身体の動静から危険が生じているときは、人に対する反撃は第三七条第一項の緊急避難と

してしか正当化されないとする。[92]

強制状態における行為における強要者と被強要者の関係も、上記事例のAとB（の犬）の関係と同様といえるのではないか。すなわち、正当防衛説によれば、被強要者による避難行為も、被害者から客観的にみれば「違法状態」に当たるから、被害者には正当防衛が認められる。これに対し、緊急避難説あるいは防衛的緊急避難説（人に対する反撃）によった場合には、被強要者は強制されたとはいえ「行為」には出ているといえる。被強要者の行為が一般的違法阻却説により正当化されたとしても、被強要者が適法であるが故に、強要者は適法行為者を利用した間接正犯の罪責に問われる。とすれば、被強要者は強要者の道具であって、強要者の違法性が道具である被強要者を伝達して被害者に及んでいると解することができるから、被強要者の避難行為は、被害者との関係では、強要者によって惹起された違法性を具備していると見ることができるのではないか。そうであるならば、緊急避難説を前提としても、被害者は、強要者の違法性を伝達する道具としての被強要者の、まさに伝達している強要者の違法性を具備した避難行為に対して、正当防衛をなしうると解する余地はあろう。

大判昭和一二年一一月六日大審院判決全集四巻一一五一頁は、被告人が所有する猟犬（六〇〇円相当）を連れてA方前の道路にさしかかったところ、Aの番犬（一五〇円相当）が被告人の猟犬に嚙みつき、被告人はA方家人に対し番犬の制止を求めたものの応じなかったので、被告人が所携の猟銃を発砲しAの番犬を負傷させた事案について、被告人の発砲行為は緊急避難に該当するとして違法性の阻却を認めた。しかしこれに対しては、番犬による侵害が飼主A等の故意または過失行為によって引き起こされたとするならば、これはむしろ正当防衛をもって論ずべきであったとの主張が有力である。[93]すなわち、人的違法観に基づいたならば番犬自身に違法性は認められないが、Aの違法性が番犬を介し、被告人の猟犬に対する侵害行為の違法性として伝達されることで、被告人はこれに対する正当防衛をな

しうるというのである。これと同様に、被強要者の強要緊急避難行為についても、被強要者自身の違法性は認められないが強要者の違法性は認められ、避難行為によって惹起された結果について被強要者は何らの刑事責任を負わないが、強要者は違法・有責であるから間接正犯の罪責を負うと解すればよいのではないか。被害者の避難行為者に対する反撃は、強要によらない通常の避難行為者に対してであれば、緊急避難の限度でのみ認められるべきである。しかし、強要緊急避難の場合には、強要者の違法性を伝達している被強要者である避難行為者に対し、まさに強要者の道具に対しての正当防衛が許容されるというべきである。

以上のように、対物防衛に関するいずれの学説によったとしても、強要緊急避難では、強要者から道具である被強要者への違法性の伝達を肯定することで、被害者の正当防衛による反撃を許容することが可能となろう。

c　民法第七二〇条による解決

対物防衛に関する正当防衛説の論者の一部、及び防衛的緊急避難説（物に対する反撃）は、被害者の正当防衛ないし防衛的緊急避難を認める根拠として民法第七二〇条第二項を参照している。それでは、強要緊急避難においても、被害者の被強要者に対する正当防衛を認めるにあたって、民法第七二〇条の解釈をその根拠とすることはできないであろうか。

強要緊急避難における強要者、被強要者、被害者相互の関係を詳細に論じた民法上の学説は皆無のようであるが、おそらくは以下のように解されることになると思われる。

強要者から被強要者への強要については、民法上、被強要者に対する不法行為となることは疑いなく、被強要者はこれにつき強要者に対し損害賠償を請求することができる。

被強要者から被害者への攻撃については、前述したように、被強要者は、民法第七二〇条第一項の「他人の不法行為」すなわち強要者の強要行為に対し、やむを得ず被害者への「加害行為」に出たと見ることができるから、民法上の正当防衛が成立し被強要者は被害者からの損害賠償請求を免れる。

被害者から被強要者への反撃については、民法上は確たる規定が見当たらないが、ここでもやはり第七二〇条第一項が適用されて被害者は免責されると解すべきであろう。すなわち、この場合の被強要者の攻撃は「他人の不法行為」に当たり、被害者は「やむを得ず加害行為をした者」、被強要者は「被害者」となると解するのである。もっとも、被強要者の攻撃については民法第七二〇条第一項が適用され違法性が阻却されるから、この攻撃を「不法行為」と解してよいかは問題となりうる。これについて、民法上の通説は、正当防衛のような緊急行為の原因に関する要件は外形によって定めるのが適当であるとしたうえで[94]、「他人の不法行為」について、必ずしも当該他人が故意・過失や責任能力などの不法行為の成立要件のすべてを具備している必要はなく、その行為がもっぱら客観的に違法であればよいと解している[95]。さらにはこれを進めて、「『権利』侵害への危険性ある人の外形的行為（侵害行為）があれば足り、その侵害行為が不法行為責任を発生するのに必要な『可能性』の要件は、（有責性のそれにせよ、はたまた行為のそれにせよ）備えていなくてもよい[96]」とか、「『行為』でないこともありえよう。たとえば、夢遊病者の加害『行為』でもよい[97]」とする主張もある。これらの見解を前提とすれば、民法上、被強要者の行為は正当防衛により違法性が阻却されるものの、強要者の違法性が伝達されることにより客観的・外形的には違法となるから、被害者はこれに対する正当防衛をなしうると解されよう。

このように考えると、被強要者から被害者への攻撃は、民法上は、強要者と被強要者による共同不法行為（民法第七一九条）、あるいは強要者を使用者、被強要者を被用者及び不法行為者とする使用者責任（民法第七一五条第一項）

を生じる複合型不法行為[98]にあたるが、正当防衛（民法第七二〇条第一項）に該当し免責される。この場合の民法第七二〇条第一項は、共同不法行為者ないし複合的不法行為者である強要者と被強要者のうち、正当防衛の要件を満たす被強要者についてのみ、個別的な違法阻却を認める規定と解されよう。このように解釈することにより、被害者の被強要者への反撃についても民法第七二〇条第一項を適用することが可能となるから、被害者の反撃によって生じた被強要者の損害について、被害者は免責される。被害者の反撃による損害は、強要者の強要という不法行為によって生じた損害と解し、上記の強要による損害と併せて、被強要者の強要者に対する民法第七〇九条による損害賠償請求を認めれば足りるであろう。

以上のようにして、被強要者の被害者への攻撃は、刑法と民法の両法において客観的に違法であり、被害者の被強要者に対する反撃は、刑法、民法ともに正当防衛となると解すべきである。刑法では、違法性は連帯的に、責任は個別的に、との原則があるから、民法第七二〇条第一項も個別的違法性阻却事由ではなく、あるいはむしろ責任阻却事由と解すべきかもしれない。しかし、民法上の違法性と責任の概念は刑法におけるようには明確に区別されていないものの、少なくとも正当防衛は違法性阻却事由と解するのが通説である[99]。さらに従来の通説は、責任無能力による免責（民法第七一二条、第七一三条）は故意・過失の論理的前提であり、正当防衛及び緊急避難は違法性阻却事由として位置づけていた[100]。これを刑法的に見れば、責任能力及び故意・過失は責任要素であり、正当防衛及び緊急避難は違法性阻却事由であると解する余地がある。もっとも、近年の民法上の議論では、責任能力を必ずしも故意・過失と関連しない「年少者等の一種の弱者保護のための政策的規定」と解し、正当防衛、緊急避難と並んで、不法行為の成立を阻却する事由として統一的に位置づけるべきとの主張が有力となりつつある[101]。このような見解によれば、民法上の違法性と責任の区別は不明確で、必ずしも有意とは言い難いものとなろう。あるいは、故意・過失を正当防衛、緊急

避難とともに不法行為成立阻却事由として統合する立場に拠ったうえで、民法上の故意・過失を刑法上の主観的違法要素としての故意・過失に当てはめ、民法第七二〇条第一項を、故意すなわち主観的違法性を阻却することにより、刑法上の結果無価値と行為無価値の併存を要求する違法二元論的な意味で、全体の違法性ないし不法行為の成立を阻却する規定と解する余地はあるかもしれない。すなわち、被強要者が強要者の「不法行為」を認識したうえで、その損害を被害者に転嫁した場合には、主観的違法性は阻却され不法行為とならないが客観的違法性は残存する。そして、被害者が被強要者に対し反撃に出た場合にも、被害者の主観的違法性は同様に阻却され不法行為とならないと解するのである。

いずれにせよ、民法第七二〇条第一項に規定される民法上の正当防衛を違法性阻却事由と解し、さらに民法と刑法の違法性概念を一元的なものとして考える違法一元論、ないしやわらかな違法一元論を前提とする以上は、刑法上も強要緊急避難を違法性阻却事由、さらにいえば一般的違法性阻却事由と解するほかなかろう。民法と刑法の違法性概念を多元的なものとして考える違法多元論を前提としても、刑法の謙抑性の観点からは、民法で違法性が阻却されるのに刑法では阻却されないと解することは極力避けねばならない。[四] 民法第七二〇条第一項は、刑法上は緊急避難となりうる被強要者の被害者に対する損害の転嫁のみならず、一般的違法性阻却事由である正当防衛となりうる、「他人の不法行為」をした強要者に対する反撃にも適用されるから、同条が適用され民法上の違法性が阻却される行為について、刑法上も一般的違法性が阻却されると解することには合理性がある。以上のようにして、被害者が被強要者に反撃した場合の強要者と被強要者及び被害者の民法上の関係の解釈と、上掲bにおいて論じた、強要者の違法性の被強要者への伝達を根拠に被害者による刑法上の正当防衛を認める解釈との間に、理論的整合性を見出すことができるのではないか。

ところで、民法上の正当防衛の要件について、通説は、第一に「他人の不法行為」の存在、第二に「自己または第三者の権利を防衛する」ためになされたこと、第三に防衛行為の必要性、相当性があることを要し、この相当性は、防衛すべき法益と相手型の被侵害法益との間に、ある程度の合理的均衡が保たれていることを指すと解している。[103] この必要性や「合理的均衡」の程度を具体的にどのように判断するかによっては、民法上は正当防衛であるが刑法上は過剰避難となる場合もありうることになる。実際に、民法上の正当防衛の要件を「刑法の場合より弾力的に解釈すべき」であるとして、民法上の正当防衛の成立範囲を刑法上の正当防衛・緊急避難のそれより広く解釈するかのような見解もある。[104] しかし、民刑両法の違法性概念を一元的に解釈するか多元的に解釈するかはともかく、民法で違法性が阻却されるのに刑法で阻却されないことは許されないとの前提に立つ以上は、正当防衛が民法のみで成立することは避けねばならない。刑法上の正当防衛・緊急避難の要件についても、民法上の解釈を参照して「弾力的に解釈」していく必要があろう。

なお、民法では、損害を第三者に転嫁する正当防衛（刑法上の強要緊急避難）については合理的均衡の要件は必要であるが、正当防衛を誘発した不法行為者への反撃（刑法上の正当防衛）については「考える必要はない」とする論者がある。[105] これに倣えば、刑法上も、（強要）緊急避難は違法性阻却事由、正当防衛は責任阻却事由と解さねばならないであろうが、妥当とは思われないし、そもそもこの見解は民法上も未だ一般的とは言い難い。正当防衛を誘発した不法行為者への反撃について、合理的均衡の要件を緩和する余地は確かにあるかもしれない。それならば、民法上、損害の第三者への転嫁と不法行為者への反撃という二つの正当防衛の間に生じることになる合理的均衡の差異を、刑法上は、正当防衛の必要性と緊急避難の補充性の差異の問題に吸収することで、解釈の一貫性を維持することができる。しかし、不法行為者への反撃について合理的均衡の要件を不要とまで解すると、刑法上はもはや、正当防衛を違

法性阻却事由ではなく、期待可能性の不存在による責任阻却事由として解釈するほかなくなってしまう。緊急避難を責任阻却事由と解する学説は今日でも一定の支持があるものの、正当防衛を責任阻却事由と解することは困難といわざるを得ない。

(二) 強要者に関する教唆犯と間接正犯の成否

被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者について、教唆犯や間接正犯の成立を肯定することはできるか。被強要者について一般的違法性が残存すると解した場合には、制限従属性説を前提に、強要者について教唆犯の成立を容易に認めることができる。しかし、一般的違法性が阻却されると解した場合には、制限従属性説によれば教唆犯の成立を認めることができない。この点で、一般的違法阻却説（及び違法阻却内部の二分説）に対する可罰的違法阻却一元説、可罰的違法阻却中心の二分説ないし責任阻却説の優位性を指摘する論者もある。[106] もっとも、一般的違法阻却説からは、強要者について教唆犯の成立を認めることができないとしても、強要による被強要者との共謀共同正犯、あるいは被強要者の適法行為を利用した間接正犯の成立を認めることができれば、法秩序の維持に格別の支障はないとの反論もある。[107]

適法行為を利用した間接正犯を認めうるかという問題について、判例は積極的に解している。大判大正一〇年五月七日刑録二七巻二五七頁は、自ら堕胎手術を施した結果妊婦に危険を生じさせた被告人が医師に胎児の排出を求め、医師の緊急避難行為を利用して医師に堕胎させた事案について、「犯法行為タル自己ノ堕胎手段ニ因リ叙上緊急危難ノ状態ヲ発生セシメ……医師ノ前記正当業務行為ヲ利用シテ堕胎ノ遂行シタル者ニ外ナラサルカ故ニ堕胎罪ノ間接正犯ヲ以テ論スヘキ」であると判示している。これについては、被告人は堕胎の直接正犯としての実行行為に着手してお

り、放置すれば、胎児の死すなわち堕胎の結果が発生するであろう場合だったといえ、医師は母胎の死を防止したにすぎないから、これを適法行為を利用した間接正犯の例とするのは適切ではないとの主張がある。[108] もっとも、医師の手に委ねた後は、正当業務行為か緊急避難かはともかく、[109] 医師の正当行為を被告人が利用しているのは事実であって、本判決も間接正犯となると明言しているから、本判決が理論上、適法行為を利用した間接正犯を認めたこと自体には疑いがなかろう。[110]

最決平成九年一〇月三〇日刑集五一巻九号八一六頁は、被告人らが外国から大麻を隠匿した航空貨物を密輸入しようとした際、税関検査で大麻の隠匿が判明したことから、麻薬特例法第四条に基づきいわゆるコントロールド・デリバリー（泳がせ捜査）が実施され、税関長の輸入許可を経て捜査当局の監視の下、配送業者が捜査当局と打合せのうえ、右貨物を配達し被告人が受け取った事案について、「被告人らは、通関業者や配送業者が通常の業務の遂行として右貨物の輸入申告をし、保税地域から引き取って配達するであろうことを予期し、運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしたものであり、他方、通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される」と判示して、禁制品輸入既遂罪の成立を認めた。コントロールド・デリバリーによる配送業者の配達は適法行為と解されるから、本決定は適法行為を利用した間接正犯を認めたものといえよう。なお、本決定には、禁制品輸入罪は未遂にとどまるとの遠藤裁判官の意見が付されており、これを支持する論者もある。[111] 確かに、コントロールド・デリバリー実施後、配送業者が被告人らの道

具として真に支配されていたかは疑問もある。配送業者は、運送契約上は貨物の配達を行う義務を負うように見えるかもしれないが、実際には配送業者のほとんどが、麻薬類の運送を引き受けないこと、及びそれに関連する免責を規定する約款を置いており、この約款によって配送業者の配達義務は消滅するように思われるからである。このように解すると、本件では、配送業者が道具であったのは大麻の隠匿が判明するまでの時点というべきであるから、被告人について禁制品輸入未遂罪の間接正犯を認めるにとどめるべきであったのではないか。

一方、学説上は、適法行為を利用した間接正犯の是非について激しい対立がある。肯定説は、適法行為を行う被利用者には規範的障害がないから、利用者の道具とみて利用者に間接正犯の成立を認めることができるなどと主張する。[112] これに対し否定説は、そもそも一般的に、適法行為を行う被利用者が規範的障害のない道具とは言い難い、[113] あるいは適法行為を利用しても適法であるなどと主張する。[114]

思うに、教唆犯の処罰根拠については、教唆犯が正犯者の実行行為を通して間接的に被害者の法益を侵害していると解すべきで、従って共犯の違法性は正犯のそれに従属することになるとする混合惹起説が有力であるところ、[115] 本説によれば、共犯と正犯はいずれも違法性を具備していなければならないから、適法行為者に対する教唆犯は当然に成立し得ない。一方、適法行為を利用した間接正犯では、被利用者に違法性はないが、それだけに、利用者の違法性は被利用者の行為に完全に反映・伝達されて被害者の法益を侵害することになる。すなわち、利用者の違法性が被害者に対して完全に伝達されるのが間接正犯であり、被利用者の違法性と相まって伝達されるのが教唆犯であるといえよう。もっとも、被利用者が適法であればすべて間接正犯であるとするのは妥当ではない。適法行為を利用した間接正犯の成立を認めるためには、利用者が被利用者の緊急行為を利用するなどして、被利用者自身の違法性を惹起させないよう支配している必要があるというべきであろう。そして最決平成九年一〇月三〇日は、まさにこの点において、

被告人の配送業者に対する支配が崩れたとして、既遂罪の間接正犯を否定すべきであったのではないかと思われる。コントロールド・デリバリーの開始によって配送業者の違法性が阻却されるのは、配送業者自身が捜査協力をするという選択の結果であって、もはやそこに被告人の関与はないというべきではないか。

ところで、適法行為を利用した間接正犯について、概念自体は肯定しうるものの、実際にこれを認めることは容易ではないとする学説がある。本説は、司法警察員Aが虚偽の事実を述べて裁判官に逮捕状を出させ、司法巡査Bをして Xを逮捕させた事例について、Aに逮捕罪の間接正犯を認めてよいかを問題とする。適法行為を利用した間接正犯を肯定する論者の多くは、この事例についても間接正犯の成立を認めるであろうし、ドイツの判例・通説も、適法行為を利用した間接正犯の一態様として、Aについてドイツ刑法第二三九条第一項に規定される自由剝奪罪（Freiheitsberaubung）の間接正犯の成立を認める。[116] しかし、本説の論者は、適法行為を利用した間接正犯自体は必ずしも不可能ではないものの、この事例でのBを道具といえるかは疑問であるから、適法行為者は常に道具たりうると解すべきではないと主張するのである。[117]

もっとも、上記の事例では、AとBの間に、実際には裁判官や他の裁判所職員、司法警察員が複数名介在することになる。そうすると、Aは連鎖的教唆（再間接教唆）に類似した、いわば連鎖的間接正犯ということになるが、連鎖的教唆を教唆犯として処罰して良いかを巡っては議論がある。大判大正一一年三月一日刑集一巻九九頁は、被告人Aが市会議員である被害者らへの脅迫を相被告人Bに教唆し、Bはこれに基づき相被告人Cに脅迫を教唆、Cは相被告人Dら五名に脅迫を教唆し、五名が被害者らを脅迫した事案について、第六一条第二項は教唆者を教唆した間接教唆が処罰されることを明らかにしており、間接教唆者を教唆した再間接教唆について、学説上は因果関係の中断を生じ不可罰となるとの主張があるものの、再間接教唆であっても教唆行為がなければ正犯は犯罪行為に出なかったといえ、

相当因果関係は肯定されると判示して、ＡＢＣについて公務執行妨害罪の教唆犯の成立を認めた。一方、学説上は、判例を支持する可罰説[118]と反対する不可罰説[119]とが激しく対立している。これにつき、不可罰説によるならば連鎖的間接正犯も当然に不可罰と解されるべきであろうし、あるいは可罰説によったとしても、間接正犯では相手の行為をどれだけ支配していたかがその成否において重要であるから、複数名が介在する連鎖的間接正犯については、偶然性の介在部分が大きいことを根拠に、利用者による支配を維持し得ないとして間接正犯の成立を否定する余地はあるかもしれない[120]。

なお、適法行為を利用した間接正犯を肯定するとしても、被強要者の避難行為が過剰避難となる場合には、過剰部分は違法であり規範的障害を生じるから、強要者について間接正犯の成立を認めることができない。もっとも、この場合には、被強要者は違法であるから、強要者については教唆犯あるいは共謀共同正犯の成立を認めればよい。被強要者Ｘの避難行為としてのＡ殺害を過剰避難とした④東京地判平成八年六月二六日の事案について、強要者側の教団幹部を被告人とした東京地判平成一二年七月一七日判タ一〇九一号一八一頁は、「Ｘは自分が助かるのであれば、Ａを殺害することもやむを得ないと自ら判断して殺害行為に及んだものであって、間接正犯の道具とはいえないし、また、殺害の実行行為の間、他の教団幹部らも、Ａの身体を押さえ付けるなど実行行為と評価できる行為に及んでいることからすると、……共謀共同正犯の認定は揺るがない」と判示している。さらにＸの直接の強要者である教祖Ｃを被告人とした東京地判平成一六年二月二七日判時一八六二号四七頁も、被告人Ｃが「Ｘらと共謀の上、Ａを殺害しようと企て……Ａを窒息死させて殺害した」と認定している。

（三）緊急避難と期待可能性の関係

緊急避難と期待可能性の関係については、どのように解すべきであろうか。緊急避難の法的性質につき責任阻却説を採る論者は、前述したようにその根拠を期待可能性の欠如に求めるから、強要緊急避難の成否と期待可能性の存否は同一の問題として扱われる。もっとも、期待可能性の不存在による責任阻却は、特殊な外部的事情が存在して行為者の心理状態を圧迫することで、行為者が違法行為に出たことを非難しえなくなることを根拠とする。従って、強要緊急避難を期待可能性の存否の問題と解する場合には、保全法益と侵害法益の法益権衡性は不要となるはずである。実際に、ドイツ刑法は、正当化される緊急避難に関する第三四条では法益権衡性を要求しているのに対し、免責される緊急避難に関する第三五条ではこれを要求していない。

これに対し、緊急避難の法的性質につき違法阻却説を採る場合には、法益権衡性を必要とする強要緊急避難の成立が否定されたならば、続いて期待可能性の不存在による責任阻却の成否を検討することになる。ドイツでは、強要緊急避難について、まず第三四条の適用を検討し、保全法益が侵害法益に本質的に優越していないのであれば、続いて第三五条の適用を検討すればよいとの指摘があるが[121]、わが国でもこれに倣い、法益権衡性があるならば緊急避難、なければ期待可能性の不存在による犯罪成立阻却を検討すべきではないか。

もっとも、強制状態における行為に関する前掲の判例が、緊急避難と期待可能性を明確に区別し、期待可能性の存否の判断が法益権衡性にかからないことを意識しているかは若干疑わしい。すなわち、④判決は、生命に対する現在の危難を否定し、身体の自由を保全法益とする限度での過剰避難の成立を認めた上で、「期待可能性の理論による責任の阻却は、厳格な要件の下に認められるべきであり、客観的にみて当該行為が心理的に抵抗できない強制下において行われた場合など、極限的な事態において初めて責任が阻却されるにとどまるというべきであろう」とし、被告人に

は殺害行為に出ないことを期待することが可能であったとして、責任減少はあり得ても、責任阻却はないと判示した。本件では、身体の自由の限度では現在の危難が認められたのであるから、期待可能性の不存在を肯定する余地があったといえるかもしれない。期待可能性の不存在について「極限的な事態」を要求すると、保全法益は常に生命である必要を生じるであろうから、緊急避難の成否と期待可能性の存否の判断は結局は同一のものとなってしまう。しかし、客観的には「極限的な事態」ではないものの、被利用者の主観的には「極限的な事態」といえる場合、具体的には、被利用者が自身の生命に対する現在の危難を認識していたものの、実際には現在性が認められなかった場合には、緊急避難とはならないが期待可能性を欠くとする余地があるかもしれない。このように考えるならば、本件では、被告人は、身体の自由に対する現在の危難を認識していたとしても、生命に対する現在の危難は認識していないから、その心理状態はまだ極限的ではなかったとして、期待可能性の不存在を否定することも可能であろう。もっとも、前述したように、そもそも本件において被告人に真に生命に対する現在の危難がなかったといってよいかは、大いに疑問が残る。[122]

注

(75)　前注(41)参照。

(76)　前注(54)参照。

(77)　井田・前掲書三〇六頁(責任阻却を基本とする二分説に基づき、保全法益が侵害法益に著しく優越しない場合のみ責任阻却を認め、この場合の被害者について避難行為者に対する正当防衛による反撃を許容)。

(78)　松宮・総論一五九頁、橋田・前掲論文(一)九二、一〇七頁、同「強制による行為の法的性質(二・完)」法学論叢一三一巻四号(一九九二年)九六頁。

(79) 橋田・前掲論文（二）九九頁。
(80) 大沼・内田古稀一一八頁。
(81) 大沼・内田古稀一一八頁。
(82) 福田＝大塚『対談刑法総論（中）』（一九八六年）一五頁、大塚・総論三八九頁、大谷・前掲書二八三頁、柏木千秋『刑法総論』（一九八二年）一七一、一七五頁（防衛の意思の内容は極めて緩やかに解することが実態に即しているとしたうえで、避難の意思の内容は防衛の意思と同じであるとする）。これに対し、佐久間・前掲書二三二、二三五頁、香川・前掲書一七七、一七九頁注二三（防衛の意思と避難の意思の非共通性を根拠の一つとして防衛・避難の意思不要説を展開）は反対。
(83) 大阪高判昭和四五年五月一日高刑集二三巻二号三六七頁（中央線を越えて走行してきた対向車を避けようとして道路左に進路変更し減速したところ、後続の単車と衝突し単車運転者が負傷した事案について、「被告人は進路変更につき安全措置をとらず且広報の安全確認を怠ったため本件事故を惹起したものとして過失責任を問われることは免れないであろう。しかしながら……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」と判示した）。
(84) 福田＝大塚・前掲書三一頁以下、大塚・総論四〇四頁注九、大谷・前掲書三〇〇頁、川端・総論三三二頁、井田・前掲書三四一頁、佐久間・前掲書二三五頁注六、高橋・前掲書二九二頁。
(85) 内田文昭『刑法Ⅰ総論』（改訂補正版・一九九七年）二〇二頁。
(86) 団藤・前掲書二三七頁、佐久間・前掲書二一三頁、鈴木茂嗣『刑法総論』（第二版・二〇一一年）七〇頁。
(87) 大谷・前掲書二七七頁。
(88) 植松正『刑法概論Ⅰ総論』（再訂・一九七四年）一六九頁、西田・総論一五九頁、前田・前掲書三七四頁、曽根・前掲書一〇一頁、浅田・前掲書二二三頁、山口・前掲書一一六頁（準正当防衛と称する）。
(89) 川端「防衛行為と第三者の法益の侵害について」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（一九九六年）一六一頁。
(90) 平野・前掲書二三一頁、大谷・前掲書二七七頁（準正当防衛と称する）。なお、大谷・前掲書二七三頁は正当防衛の正当化根拠を法確証の利益に求めるところ、西田・総論一六〇頁は、動物に対して法確証の利益を説いても無意味であるから、法確証の利益説と対物防衛肯定説は論理的に一貫せず、肯定する根拠として民法第七二〇条第二項を使うのも便宜主義にすぎないと批判する。
(91) 井田・前掲書二八〇頁。もっとも、民法第七二〇条第二項は、保全法益を限定していないにもかかわらず客体については「物」に限定している点で、一定の法益権衡性を要求しているようにも思われる。さらに民法上の通説は、その物を毀損する以外に適当な防

衛手段がなかったことを第七二〇条第二項の要件と解しており、補充性を要しないといってよいかは疑問もある。我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』(一九三七年)一四九頁、幾代・前掲書一〇二頁参照。

(92) 井田・前掲書二七九頁。

(93) 荘子邦雄「正当防衛」小野慶二＝中野次雄＝荘子『総合判例研究叢書刑法(1)』(一九五六年)一六七頁、斉藤信宰「緊急避難」西原他編『判例刑法研究第二巻』(一九八一年)一五四頁、川端・総論三四四頁。

(94) 我妻・前掲書一四八頁、四宮和夫『不法行為』(一九八七年)三六七頁。

(95) 我妻・前掲書一四八頁、加藤・前掲書一三六頁、幾代・前掲書一〇一頁、鈴木(禄)・前掲書二六頁、近江幸治『民法講義Ⅵ事務管理・不当利得・不法行為』(第二版・二〇〇七年)一四六頁、本田純一『債権各論』(二〇一〇年)一八五頁、内田貴『民法Ⅲ債権各論』(第三版・二〇一一年)四〇七頁。これに対し、平井・前掲書九五頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ』(第二版・二〇〇九年)四五一頁は、「他人の不法行為」について客観的に違法であればよいとの限定を付する必要はなく、文字通り不法行為成立要件を備えている必要があると解すべきとする。

(96) 四宮・前掲書三六七頁。

(97) 前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(一九八〇年)一一一頁。

(98) 平井・前掲書二二五頁参照。

(99) 加藤・前掲書一三五頁、幾代・前掲書一〇一頁、前田(達)・前掲書一一〇頁、近江・前掲書一四六頁、円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得』(第二版・二〇一〇年)八九頁。

(100) 加藤・前掲書一三五頁、幾代・前掲書九六頁、前田(達)・前掲書一一〇頁。

(101) 平井・前掲書九一頁、円谷・前掲書八九頁、内田貴・前掲書四〇五頁(違法性阻却事由について「違法性概念の導入に積極的な意味を見出さない立場に立つなら、むしろ不法行為責任阻却事由と呼ぶべきだろう」とする)。なお、幾代・前掲書一一三頁は、通説に対する批判を「当たっているといわなければならない」としながらも、違法性概念を不法行為の成立要件としての「過失」概念に統合・一元化する解釈には「なお躊躇を感ずる」とする。森島昭夫『不法行為法講義』(一九八七年)二五一頁以下は、違法性を「被侵害利益の限界づけ」をする要件として位置づけ、利益保護の必要ある場合において当該利益を侵害する場合が「違法」で、無過失責任についても違法性は必要であるとし、「被侵害利益の側面から不法行為責任の成立を限界づけるための概念として、違法性はなお一定の有用性を持っている」とする。

(102) 平野・前掲書二一七頁は、違法多元論を前提とした「刑法的違法」の概念を提唱したうえで、刑法の謙抑性を根拠に「民事法上違法でないのに、刑法上違法だということは原則として認めるべきでないであろう」とする。
(103) 幾代・前掲書一〇一頁、加藤・前掲書一三六頁。
(104) 本田・前掲書一八五頁（急迫性の要件について）。
(105) 平井・前掲書九六頁。
(106) 井上・緊急行為論二三七頁（可罰的違法阻却中心の二分説）、橋田・前掲論文（一）一〇〇頁（責任阻却説）。
(107) 大沼・内田古稀一二七頁。
(108) 平野・前掲書三六二頁、斎藤信治「間接正犯―とくに教唆との関係―」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（一九八八年）六二頁。
(109) 大塚「間接正犯」同『総合判例研究叢書刑法(21)』（一九六三年）五二頁は、見方によって正当業務行為とも緊急避難ともとれる行為で、どちらも違法性阻却事由であるからどちらに拠ってもよいようではあるものの、より類型性の程度の高い緊急避難を主たる理由とすべきで、両理由を併用するのは適当でないとする。
(110) 大塚・総判刑(21)五〇頁、大沼「間接正犯」西原他編『判例刑法研究第四巻』（一九八一年）一三八頁。
(111) 西田・総論三三〇頁、曽根・前掲書二三八頁。これに対し、前田・前掲書一二五頁注一八は既遂罪でよいとする。
(112) 西田・総論三三一頁、山口・前掲書七三頁、曽根・前掲書二三八頁、柏木・前掲書一二九頁、大谷・前掲書一四七、一四八頁、佐久間・前掲書八三頁、井田・前掲書四四九頁、高橋・前掲書三九九頁。
(113) 植田博「間接正犯」阿部他編『刑法基本講座第四巻』（一九九二年）八六頁。
(114) 松宮・総論二五七頁、大越義久『刑法総論』（第五版・二〇一二年）一八三頁。
(115) 大谷・前掲書三九九頁、井田・前掲書四八一、四八三頁、高橋・前掲書四一三頁、松宮・総論三二一頁、前田・前掲書四五九、四六一頁、山口・前掲書三〇〇頁、西田・総論三三八頁（構成要件的惹起説と称する）。
(116) BGH 3,4; 10,306; Jescheck/Weigend, a.a.O, S667; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat (2003), §25 RdN. 68; Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Aufl. (2011), § RdN. 537.
(117) 平野・前掲書三六二頁、大沼・判刑研四巻一三八頁。前田・前掲書四七五頁は、理論的に間接正犯が成立する可能性に含みを残しつつも、「正犯性が認められる場合はほとんど考えられない」とする。

(118)　平野・前掲書三五二頁、西田・総論三八八頁、山口・前掲書三一八頁、前田・前掲書五〇九頁、大谷・前掲書四四〇頁、井田・前掲書四八九頁、伊東・前掲書三四八頁。

(119)　団藤・前掲書三八四頁、大塚・総論二七三頁、香川・前掲書三九六頁、植松・前掲書三七九頁、佐久間・前掲書三八八頁、曽根・前掲書二六二頁、浅田・前掲書四二八頁、鈴木（茂）・前掲書二二三頁。

(120)　なお、前田・前掲書四七五頁参照。

(121)　前注（9）参照。

(122)　前注（21）参照。

Die Tat im Nötigungsstand (3)

Takayoshi KANMOTO

I Einleitung - Die Gesetzgebungssituation an der Tat im Nötigungsstand in Deutschland, Frankreich und Japan
II Der Trend in der Rechtsprechung an der Tat im Nötigungsstand (Band 48, Heft 1)
III Die Situation der Lehre an der Tat im Nötigungsstand
1 Die kein handlungstheorie
2 Die Rechtfertigungstheorie
3 Die Schuldausschließungstheorie (Band 48, Heft 2)
4 Meine Theorie (Band 48, Heft 3)
IV Die Fragen der Tat im Nötigungsstand
V Schlußsatz