

タイトル	正当化緊急避難(3・完)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 48(4): 603-621
発行日	2013-03-30

正当化緊急避難 (3・完)

吉 田 敏 雄

正当化緊急避難 (3・完)

I 緊急避難の基本思想

- 1 法哲学的回顧
- 2 法規定
 - a 日本
 - b ドイツ
 - c オーストリア
 - d スイス
- 3 学説の状況
 - a 違法性阻却一元説
 - b 責任阻却一元説
 - c 二分説
 - a 原則・違法性阻却、例外・責任阻却事由説

II

- 4 緊急避難の根拠
 - a 正当化緊急避難
 - b 免責緊急避難
- d 原則・責任阻却、例外・違法性阻却事由説
 - b 緊急避難の根拠
- 1 緊急避難状況
 - 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」

(第48巻第2号)

III 緊急避難行為

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

(第48巻第3号)

d 相当性

主観的要素

V 業務上特別の義務

VI 自招危険

VII 緊急救助

VIII 過剰避難

IX 誤想避難

X 誤想過剰避難

(以上本号)

d 相当性 緊急避難行為の前提要件として最後に相当性 (Angemessenheit) が挙げられねばならない。ドイツ刑法第三四条はこの要件を明文化している。他人の法益への侵害は社会倫理的に受け入れられうるもの⁽¹⁶⁾、ないし、法秩序的の最上位の原則、価値概念に合致しなければならぬ。そこで決定的に重要なことは、相当性評価を支える社会倫理的性質である。学説上、相当性による修正の前提要件は法益・利益衡量において論じられうるという理由から、相当性によって修正することの意義が争われている⁽¹⁷⁾。しかし、法益・利益衡量は個別具体的事案における要因を考慮に入れた上での判断であるので、その当否の判断をさらに一般的法原則に照らし検証されるべきである。これによって、法益・利益衡量は緊急避難行為を基礎付ける機能をもつのに対して、相当性はこれを限定する機能を有することが明確にされるのである。相当性を利益衡量の中に取り入れて考慮することは、その絶対的性格からして適切とは思えない⁽¹⁸⁾。

相当性の中心にあるのは、侵害される法益主体である第三者の自己決定権である(自律性原理。Autonomieprinzip)。社会は緊急権を保障する侵害権能の範囲内で無関係の第三者に最小限の犠牲の用意のあることを期待するが、しかし、

自由主義に立脚する法治国においては「人の基本権の本質的中核」は不可侵であるべきであるから、これに抵触することは許されない。すなわち、危難の状況にある者との連帯義務は限定されるのである。⁽¹⁰⁾ それ以外の法益については、その処分は法益主体に委ねられているので、その者の同意があれば問題は生じない。

したがって、緊急避難行為の相当性以外の要件が揃っておれば、人はあらゆる侵害を忍受しなければならないということにはならない。強制的血液採取がその典型例である。患者の差し迫った生命の危険を救助するために必要な血液を、偶然に同じ、稀な血液型を有する第三者からその意思に反して血液を採取する(ガラスの設例)⁽¹¹⁾ことは、保全利益(生命)が侵害利益(自由、身体の不可侵性)に圧倒的に優越していても、許されない。⁽¹²⁾ 同じことは、生命の深刻な危険に直面している患者を救助するために、生きている者からその意思に反して他人への移植のために腎臓等の臓器を摘出する場合にもいえる。⁽¹³⁾ この場合、専ら法益・利益衡量という観点から解決すべきだとすると、保全法益は生命、侵害法益は身体と自己決定権ということになり、避難行為が許されかねないことになろう。⁽¹⁴⁾

手段がすでにそれだけでも忌み嫌われないし耐え難いとき、社会倫理的理由から正当化はできない。そのような手段を用いることは人間の尊厳を侵害することに他ならない。例えば、拷問は不当である。「より大きな損害を回避するために、例えば、誘拐事件において、死に脅かされている人質の居場所を突き止めるためには、逮捕された誘拐犯人を拷問にかけることが客観的に必要であり、場合によってはそれが唯一の手段であつても、拷問は許されない。⁽¹⁵⁾

第三者からの切迫する自己又は他人への不利益を回避するために、無理強いされて行なわれる犯罪、すなわち、緊

急避難状況が強要（刑法第二二三条）に基づくとき、例えば、窃盗をしないと、物を損壊しないと、あるいは偽証しないと殺すと脅されて窃盗や物の損壊、偽証行為を行なう場合、これは一般に強要緊急避難（Nötigungsnotstand）と呼ばれているが、強要の被害者である被強要者は免責されるどころか、そもそも正当化緊急避難が成立するのではないかが問題とされている。この場合、行為者（被強要者）は、強要者の圧力に屈し、強要者の「伸ばされた腕」としての道具になつてゐるのだが、この側面を相当性ではなく、利益衡量の問題として扱うことも考えられよう。レンクナーによれば、強要緊急避難が正当化されることはない。被強要者が被害者との関係で著しく重い利益を有しているとはいえない。それは、「この行為者が、強制されているにせよ、不法の側に踏み込むのであり、このことを、法はそれ自身の有効性要求と言う基本的前提を放棄する意思のないとき、基本的には認できないことの帰結である」⁽¹⁶⁾。これに對して、正当化緊急避難の成立を肯定するつぎのような見解も見られる。ミチュによれば、「行為者は、自発的ではなく、強制されて『不法の側』に踏み込んだのである。強要者と連帯しているとか法敵的態度はそこには表れていない。第三四条の保護をよりにもよつて重い犯罪の被害者（被強要者）に拒むことは耐え難いことである。（レンクナーの見解では）無関与の第三者は被強要者に対して正当防衛権を有することになるから、被強要者は全く逃げ道のない状況に追い詰められることになる。かかる緊急避難の被害者は法共同体とその構成員の連帯に特別に値する。それ故、第三四条は強要緊急避難の場合にも適用されるべきである。但し、被強要者が強要者に対する正当防衛権を有するのだから、こういった場合に正当化前提要件である『必要性』に特別の注意を払うべきである。この権利行使が不可能な期待できないときに初めて、無関与の第三者の法益への侵害が甘受されうる」⁽¹⁷⁾。

しかし、この問題は、社会倫理から導かれる相当性の規準によつて解決されるべきである。そのことによつて、緊

急避難を正当化できる限界を明らかにすると同時に、見通し難くなってきた利益衡量の過重負担も避けることができるのである。⁽¹⁷⁾ 上記の場合、被強要者の利益(生命)は避難行為の被害者の利益に明らかに優越している。それでも、避難行為が正当化されるのか否か、それは相当性の観点から考察されるべきなのである。被強要者が不法の側に踏み込み、強要者の「道具」となっているとき、強要者による不法実現行為と見られる被強要者の避難行為を自己のおかれた苦境から脱する相当な手段と見ることはできないのである。強要緊急避難では通常の緊急避難とは異なり、被強要者が無関与者の利益を毀損することによって、被強要者の利益が直接的に守られているのではなく、強要者による被強要者の利益への脅威を消滅させるための前提要件が作られたに過ぎないのである。この場合、被強要者の避難行為が正当化され、無関与者に正当防衛権が否定されることにでもなれば、それは社会倫理的に受け入れがたいことになる。無関与の避難被害者は被強要者に対する正当防衛権を有する。もつとも、この正当防衛権は正当防衛行為の社会法的ないし社会倫理的限界に服する。かりに、被強要者の避難行為が正当化されることにでもなれば、避難被害者は強要者への正当防衛だけが許されることになろうが、強要者が被強要者の犯行現場にいないときは、これはまったく効果的でなく、結局、こういった犯罪態様を選択する背後者たる強要者を利することになるだけであろう。このことは法秩序の有効性への信頼が著しく動揺させられることに繋がる。避難行為の被害者は避難行為者への正当防衛が認められることによって、自己の法益を侵害から守るだけでなく、強要者によって挑戦を受けた法秩序の有効性を確証するのである。⁽¹⁸⁾ 結局、強要緊急避難において保全利益と侵害利益の間に優劣関係があるとき、免責緊急避難の成否が問題となるにすぎないのである。

官公庁の上位の者から違法な指示・命令を受けた公務員はそれに従うことを拒絶できるし、拒絶しなければなら

い。違法な指示・命令の不遵守は適法である。違法な指示・命令を受けた公務員が、これに従わないとき不利益を蒙るおそれから、これに従うとき、これは**命令緊急避難** (Befehlsnotstand) と呼ばれるが、それは不相当であり、違法であつて、免責の余地だけが残る。⁽¹³⁾ 但し、過剰避難の成否の検証が必要となる。⁽¹⁴⁾

経済的不利益、例えば、切迫する破産とか解雇を避けるために、違法な方法で金銭調達をするのも、これは**経済的緊急避難** (Wirtschaftsnotstand) とも呼ばれるが、正当化されない。こういった、場合によってはそれどころかこれのない苦境 (例えば、連鎖倒産) を詐欺、横領、背任等によつて緩和する、したがつて、自己の危険を第三者に転嫁することは社会倫理的に許されない。⁽¹⁵⁾

誰も自分の知らないところでかなりの財産的不利益を甘受する必要は無い。例えば、無一文の重病人が自分の生命を救うために手術に必要な金銭を大富豪から盗むことは正当化されない。⁽¹⁶⁾

IV 主観的要素

主観的要素は行為者から、その行為を正当化する事情の認識を要求する。すなわち、緊急避難状況の事実的前提要件の認識が必要である。それ以上に、行為者の特別の動機とか特別の救助意思が必要でないのは、正当防衛の場合と同じである。⁽¹⁷⁾

危険の認識をもつて避難行為に出たが、避難行為の結果に関する認識がなかった場合でも、避難意思はある。大坂

高判昭和四五・五・一高刑集二三・二・三六七は、「被告人は、貨物自動車を運転して時速55キロメートルくらいで道路を北進中、道路の中央線を超えて南進してくる自動車を前方30メートルくらいで認め、これとの接触を避けようとして、左後方の安全を確認せず50キロメートルくらいに減速して道路を左に変更し、後方から進行してきた甲運転の自動二輪車に気づかず自車後部に同車を接触させて、甲に加療三週間の傷害を負わせたという事案」において、「本件が通常の状態の下に発生したものならば、後続車甲の車の操作に遺憾の点があったとしても、被告人は進路変更につき安全措置をとらず且後方の安全確認を怠ったため本件事故を惹起したものととして過失責任を問われることは免れないところであろう。しかしながら本件にあつては、…被告人は3、40メートル前方に中央線を超えて高速度で対向して来る車を発見し(…)これと衝突の危険を感じる状態になったのであるから、まさに自己の生命身体に対する現在の危険な状態にあつたものという外はなく(…)、この衝突の危険を避けんとして把手を左に切り、約1メートル左に寄つた被告人の行動は、現在の危険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」と判示して緊急避難の成立を認めた^(四)。

これに対して、正当化事情の(完全な)認識が行為者にないとき、例えば、甲が石を投擲して乙の家の窓ガラスを割つたところ、乙の家にはガスが充滿していて部屋に寝ていた乙の子である丙が窒息死を免れたという場合、正当化緊急避難は成立しない(偶然避難)。この場合、結果無価値の不存在にもかかわらず既遂が成立するのか、未遂にとどまるのかは、正当防衛の章を参照されたい。

V 業務上特別の義務

刑法第三七条第二項は、「前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない」と規定する。「業務上特別の義務ある者」とは、業務の性質上、一定の危険に身を晒すべき義務を有する者を指す。義務の根拠は、法令によると、契約又は慣習によるとを問わない。例えば、警察官、消防吏員、水防団員、自衛官、船長、海員、医師、看護師等一段と高い危険負担の義務を負う者は正当化緊急避難を援用することは基本的に許されない⁽¹⁶⁾。かかる人は通常の業務活動に伴う危険の範囲内においてはその利益を犠牲にしなければならず、かかる危険を義務に反して避けるとき、違法に行為している。例えば、消防吏員の場合、単なる物的価値を救助するためでも生命、身体といった一身専属的法益を投入する義務がある⁽¹⁶⁾。

しかし、極端な場合には特別の義務があっても違法性が阻却される。危険負担義務は危険を冒す義務だが、しかし、自己を犠牲することまでも要求するものではない⁽¹⁷⁾。例えば、死あるいは重大な健康障害が少なくとも高い蓋然性をもって予期できるとき、危険を避けることは特別の義務拘束があるにも関わらず緊急避難によって正当化されるのであり、価値のある物だけが救助されるべき場合にはなおさらのことである。例えば、消火作業中の消防吏員が、崩れ落ちてきた梁の下敷きになるのを免れるために、隣家の板塀を破って隣地内に避難する場合である⁽¹⁸⁾。もとより、個々の特別の義務引き受けと具体的状況が考慮されなければならない。人の生命が脅かされているとき、高められた安全上の危険を冒すことが要求される。例えば、人質解放とかテロとの闘いのためといった極端な状況に投入される警察官。

VI 自招危難

正当化緊急避難の中心にある原則は保全法益の優越性であるから、自ら何らかの態様で緊急避難状況を招いた場合でも、基本的に、相応の緊急権は存続する。緊急避難行為者が緊急避難状況を自ら、場合によって自己答責的に惹起したという事情は緊急避難の援用を一般的に排除するものではない。例えば、猛然と襲ってくるドーベルマンを殺害することは、行為者がそれを事前に刺激していたとしても、それだけでは当該行為の正当化が否定されるわけではない¹⁰⁾。同様に、過失から自宅火災を生じさせた者が、自己の生命を救うために隣家の塀を破壊してしか避難できないといった場合も緊急避難は成立する。したがって、緊急避難状況を自己答責的に惹起した者は、その帰結も自ら負わねばならないという伝統的命題¹⁰⁾はもはや維持できないのである。

バイエエルン高等裁判所は、有名な「糞尿事件」〔糞尿を積載したタンクローリーの運転者が主要街路からあぜ道に曲がった。その道路は貨物自動車が行くには狭すぎることを認識できた。約30メートル走行したところで、右輪が側溝に嵌ってしまい、自動車はひっくり返りそうになった。6万マルク相当の価値のある貨物自動車に損害が発生するのを避けるため、運転者は糞尿をタンクから畑に排出し、できるだけ害が及ばないようにホースで分散させた。軽くなった貨物自動車はそこを立ち去った〕という事案において、糞尿を排出したこと自体は貨物自動車の価値が優越しているために正当化緊急避難が認められるが、あぜ道に曲がったという先行行為に、廃棄物排出禁止の過失犯の成立を認めたが、その理由は、あぜ道に入れば緊急状態に陥るのは予測できたというものだった¹⁰⁾。原因において違法な行為の理論を適用した本判決は、一方で避難行為の正当性を肯定しながら、他方で処罰するのだが、これには次の

ような批判が加えられる。あぜ道に入り込んだということは「廃棄物の排出」という構成要件に包摂できないし、もしそうすると類推禁止に違反する。この理論は法政策にも望ましくない。救助行為は正当化されるが、先行行為の故に処罰されるなら、行為者としては処罰されたくないなら救助行為をしないと、いう途を選ぶだろう。そうすると、法秩序には救助が、したがって、優越利益の維持が大事であるのに、この理論によると、法秩序の本来の目的が達成されなくなってしまう。⁽¹⁶⁾

もつとも、厳格な功利主義の立場（費用—利益—計算）から正当化緊急避難を基礎付ける立場から、「どのように実際の状況からできる限り僅かな費用で脱するかが重要であつて、どのようにかかる利益がこの状況に立ち至ったかは重要でない」と主張されることがある。⁽¹⁶⁾これによれば、自招危難では、常に正当化緊急避難が成立し、場合によっては、原因において違法な行為の理論による処罰が可能となる。しかし、自招危難者に危難を生じさせたことに自己答責があるとき、連帯への要求が減少するという観点から、正当化緊急避難の成立が制限されうる場合がありうる。すなわち、自己答責的に危難状況を招来したことが、利益衡量において考慮されるべき場合があるのである。⁽¹⁶⁾利益衡量というのは、抽象的価値比較ではなく、具体的事案に即した利益比較だからである。保護に値するか否かもその一要素である。

緊急避難状況において他人の法益を侵害するために、意図的にかかかかる状況を惹起する場合、いわゆる**危難の意図的挑発**（Absichtsprovokation）は、正当化されない。このような場合、自招危難者は連帯の要求ができないのである。しかも、自招危難者は、自ら危険を招来しないというやり方で、自分の法益侵害を避けることができたのである。意

図的に招来した利益衝突状況を「侵害法益」を犠牲にして「保全利益」を維持することは許され⁽¹⁶⁾ない。これに対して、自招危険に意図的挑発がないとき、原則的に危険行為者の保護価値は否定され⁽¹⁶⁾ない。しかし、この保護価値は減少しているといえるので、それは利益衡量において考慮される。したがって、自招危険から生ずる状況を他人の法益を犠牲にしてしか避けられないことを認識していたときは、正当化緊急避難の成立は否定されるべきである⁽¹⁷⁾。

VII 緊急救助

刑法第三七条は第三者の法益への危険を避けるための緊急避難を認める。「他人」の意思に反する避難行為は許されない。緊急避難は個人法益を保全する趣旨の規定だからである⁽¹⁸⁾。救助者が他人の同意の意思表示を認識していないとき、故意責任が阻却される。

救助緊急は、保全法益と侵害法益が同一人に帰属する場合にも可能である。法文も保全法益と侵害法益が異なった人に帰属することを要求していない。火事で逃げ送れて窒息死する危険に瀕している幼児をその父親や消防吏員が下で救助隊員の広げる救助幕目掛けて投げ込むとき、その投下行為に幼児の生命の危険が伴うが、しかし、その生存の可能性も高められる場合、避難行為は正当化される⁽¹⁹⁾。

VIII 過剰避難

刑法第三七条第一項但し書きは、「その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができ⁽²⁰⁾る」と定めている。すなわち、現在の危険に対する避難行為が行なわれたが、避難行為がその限界を超えた場合が

過剰避難である。⁽⁵⁾現在の危難がないときは、過剰避難もありえない。⁽⁶⁾危難が存在しても、補充性の要件を欠如している場合は過剰避難は認められないとする判例として、東京高判昭和四六・五・二四判タ二六七・六一（注80）、大阪高判平成一〇・六・二四高刑集五一・二・一一六（監禁状態におかれていた被告人がそこから脱出するために現住建造物に放火したが、他に害の少ない、より平穏な態様での逃走手段が存在したため、過剰避難は成立しない）があるが、それは妥当でない。⁽⁷⁾過剰避難の場合には、行為の違法性は阻却されないが、期待可能性が減少又はなくなることにより、刑が減輕又はまったく免責されうる（この場合、実体法上は無罪）。

IX 誤想避難

行為者が正当化緊急状況の事実的前提要件を誤想するとき、正当化事情の誤想として、故意責任が否定され、誤想につき不注意が認められ場合、過失犯で処罰されうる。

X 誤想過剰避難

誤想避難と過剰避難とが競合した場合が誤想過剰避難である。⁽⁸⁾それは誤想過剰防衛に準じて扱われる。大阪簡判昭和六〇・一二・一一判時二二〇四・一六一は、「被告人は天王寺駅構内の階段に座っていたところ、やくざ風の50歳くらいの男から話しかけられ、仕事を探しているなら俺に任せておけ、一緒に飲もうと言われて、同人の奢りでその場に座ったまま飲んだ。そのうち同所に来たその男の知り合いと見られるやくざ風の35歳くらいの男からも仕事の話は任せておけ、外へ出よう等と言われたが、長時間たたくさんの酒を飲ませてくれたのには魂胆があるのではないかと不安になり、座ったままいたところ、若い方の男から頭を小突かれ、二人はまた戻ってくるからそこにいろと言っ

て立ち去った。被告人はコンコース内を歩くうちに、二日前に西成方面で数人の男から殴られて所持金三万円くらいを奪われ、前歯を折られる等の負傷を思い合わせ、二人の男が怖ろしくなり早く逃げ出さねばと考えたが、二人に見られている感じがし、逃げ出すのを見つかれば殴られたり蹴られたりするに違いないと思ひ込み、コンコースから外へ出ることができず、地下一階に降り、アベノ地下街に入り、ビール瓶等護身用になるものを探したが、理容室のガラス越しに散髪バサミが置かれているのを見て咄嗟にこれを護身にしようと思ひ同店に飛び込み右ハサミを勝手に持ち出した」という事案において、「被告人が現在の危難を誤想してこれを避けるため本件行為に出たものということができる。しかし、……被告人は、……階段から地上に出て二人の男から逃避することができるとは、危難を怖れるのであれば同地下街の人に頼んで電話で警察に連絡して貰って救助を求める余裕もあったものと認められる。ただ被告人は、本件の四日前に大阪に出て来たものであり、地理が判らないことや誤想に基づく当時の被告人の心情を考慮すると、被告人に右のような方法をとることを現実期待することは困難な面があったと認められる。それ故右のような状況下でなされた被告人の本件所為は現在の危難の誤想に基づく避難行為であるといえても止むを得ない程度をこえた過剰避難である」と説示して、刑の減輕をした。⁽¹¹⁵⁾

注

(115) *Nowakowski*, (Fn. 42), *Nachbem* § 3 Rn 6; *Triffener*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 133; *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 56.

(116) *D. Kienapfel*, *Der rechtfertigende Notstand*, ÖJZ 1975, 421 ff., 429; *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 66; *Lewisch*, (Fn. 42), *Nachbem* § 3 Rn 94; *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 56.

(117) ドイツ刑法第三四条第二文の「相当性」条項に関して、相当性の検証はすでに包括的利益衡量の中で考慮されるべきで、「相当性」条項は宣言の意味しか有しなくとするのが *J. Baumann*, *U. Weber u. W. Mitsch*, *Stratrecht AT*, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn 87.

- Lencker/Perron*, (Fn. 57), § 34 Rn 46; *Zieschang*, (Fn. 68), § 34 Rn 79; *Krey/Esner*, (Fn. 42), § 15 Rn 604. ケーストリアによつて「トリ」フテラーが相当性は利益衡量に組み入れられるべきか否かはなるかに論ずる。 *Triffner*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 134. ロクストーンによれば、相当性は包括的利益衡量において考慮されるべき要素であるが、刑法第三四条の「相当性」条項の機能は「人間の尊厳に反することは常に優越的利益の認定に立ちかかるとを明確にする」となる。 *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 26, 95, 100. 山中(注33) 五二九頁以下。
- (118) *Leuwisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 94; *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 68; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 25; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 167.
- (119) *Wessels/Beulke*, (Fn. 42), § 8 Rn 319; *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 67.
- (120) *W. Gallus*, *Pflichtenkollision als Schuldverschlebungsrund*, *Mezger-Festschrift*, 1954, 311ff., 325 f. = *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 59 ff., 70.
- (121) *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 59; *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 69 「これは正当化されるべき、稀な血液の持ち主は生かすことと血液保管庫に帰するべきかの歩み回りのことなり、誰が必要に応じてつづいた手を伸ばすことが許されることなる」。 *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 24; E 1962, BT-Drucks. IV/650, 160. 以下に対して、夫婦、親子の關係のよう保護義務のある場合、「例外的に血液の強制採取が正当化される」の見解は、*Wessels/Beulke*, (Fn. 42), § 8 Rn 320; *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 185. 以下広く例外を認めざるは *Triffner*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 133 (宗教的理由からの拒否を別とす)、*連帯の観点から血液の強制採取を正当化する場合のあること*を肯定する。 *ロクストーン*は刑法第八一条 (被疑者の強制的血液検査)、同第八一条 (第三者の強制的血液検査) を援用して、血液の強制採取を肯定する。 *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 49) 「しかし、強制的検査と強制的供血に同一の評価を下すのは不適切である。 vgl. *Leuwisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 98.
- (122) *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 66; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 59.
- (123) 参照 渡田(注32) 二五三頁。
- (124) *Lencker/Perron*, (Fn. 57), § 34 Rn 41e; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 96; *Triffner*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 133; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 60. ケーストリアは「正当防衛の問題として扱う。誘拐犯人による急迫の侵害は継続して居るべき、緊急救助が許され、緊急避難の厳格な「相当性」要件に縛られることなく、場合によっては力づくで居場所を言わせることも許される」と。 *Leuwisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 105. vgl. *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 60.

- (125) *Lenchner/Perron*, (Fn. 57), § 34 Rn 41b. vgl. *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 132; *Wessels/Benke*, (Fn. 42), § 10 Rn 443; *Lewisch*, (Fn. 42), *Nachbem* zu § 3 Rn 101. 橋田久「強制による行為の法益性質」(2・完) 法学論叢 131・1 (一九九二年) 九〇頁以下。同四・九一頁以下。
- (126) *Baummann/Weber/Misch*, (Fn. 117), § 17 Rn 81. vgl. *Frister*, (Fn. 42), § 17 Rn 18 ff. 参照。高橋(注28)二九六頁「自然現象による危険と人の強制による危険とを区別する必要はない」同旨。大谷(注29)三〇四頁。浅田(注32)二五〇頁以下。山口(注35)一四一頁。
- ドイツの通説は、被強要者が自ら強要者の道具となるしたがって、不法の側に踏み込む場合について、強要という要素を利益衡量の一要素と捉え、正当化緊急避難の成立する場合のあることを肯定する(二分説)。その一は、避難行為が軽い犯罪の場合、被強要者の利益が優越し、被強要者は社会の連帯を要求できる。例えば、酔酩しているタクシー運転者が強く断ったにもかかわらず逃走中の犯罪者から「言うことをきかないと殺す」と脅まれて乗車を強要される場合である。その二は、重い犯罪の場合、法秩序の維持が被強要者の利益に優越する。例えば、偽証しないと殺すと言われたとき、偽証には正当化緊急避難は認められないが、免責緊急避難の可能性が残る。*Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 68 f.; *Krey/Esser*, (Fn. 42), § 15 Rn 614 f.; *G. Strauwerth, L. Kuhlen*, *Stratrecht AT*, 5. Aufl., 2004, § 9 Rn 103; *Kindhäuser*, (Fn. 43), § 17 Rn 34 f.; *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 140; *Zieschang*, (Fn. 68), § 34 Rn 69a; *Neumann*, (Fn. 4), § 34 Rn 53 ff. 参照。山中(注33)五二九頁。なお、井田(注37)三〇七頁「生命侵害を回避するため第三者の財産を侵害する行為等については、違法性阻却を認めざる可」。
- (127) *Lewisch*, (Fn. 42), *Nachbem* zu § 3 Rn 101; *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 169.
- (128) *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 132; *Wessels/Benke*, (Fn. 42), Rn 443; *Ch. Jäger*, *Stratrecht AT*, 5. Aufl., 2011, § 4 Rn 161; *Jeschek/Weigend*, (Fn. 12), § 44 II 3; *Heinrich*, (Fn. 72), Rn 580; *B. Kelker*, *Der Nötigungsnotstand*, 1993, 149 ff.; *Lewisch*, (Fn. 42), *Nachbem* zu § 3 Rn 101; *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 61. 参照。橋田久「強制による行為の法益性質(一)」法学論叢 131 巻一号(一九九二年)九〇頁以下。九二頁。
- (129) *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 61; *Fuchs*, (Fn. 43), 18. Kap Rn 22; *Moos*, (Fn. 45), § 10 Rn 121.
- (130) 参照。東京高判平成八・六・二六判時一五七八・三九「オウム真理教リンチ殺人事件」〔被告人はオウム真理教の教祖から解放の条件として甲を殺すように言われ、甲を殺害したという事案〕「被告人の甲殺害事件は、被告人の身体に対する現在の危険を避けるために、已むむことを得ざるに出でたる行為と認められるが、他方、被告人は、自己の身体に対する危険から逃れるため

に、甲を殺害したのであって、法益の均衡を失していることも明らかであるから、結局、被告人の行為には、過剰避難が成立する」。井上宜裕『緊急行為論』二〇〇七年・七五頁以下。

(131) *Kienafel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 29; *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 62; *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 54; BGH NJW 1976, 680 (弁護士が依頼人の金銭を背任することは、やうすることによってしか自分の事務所の倒産と評判の落ちることが避けられないばかりであつても、正当化されなご)。

(132) *Wessels/Beulke*, (Fn. 42), § 8 Rn 317.

(133) *Kienafel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 26; *Fuchs*, (Fn. 43), 17. Kap Rn 74; *Steininger*, (Fn. 41), *Nachbem* § 3 Rn 66; *Leusch*, (Fn. 42), *Nachbem* zu § 3 Rn 119; *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 183; これに対し、トリフナーは「正当化する緊急避難の法類推の基になつてゐる民法典や刑法典の関連規定を根拠に特別の緊急避難意思を要求する。 *Triffler*, (Fn. 42), 11. Kap Rn 136; 不要説：香川 (注33) 一八九頁、平野 (注22) 二四二頁、内藤 (注31) 四三二頁、内田 (注26) 一八六頁。なお、浅田 (注32) 二五一頁以下は、緊急避難の法的性質に関する違法性阻却中心の三分説の足場から、違法性阻却の場合は避難意思は不要であるが、責任阻却の場合は避難意思は必要とする。

(134) 参照、花井哲也「過失犯と違法阻却」(阿部純二等編『刑法基本講座』第三卷所収)一九九四年・一九一頁以下、一九九頁、山中(注33)五二六頁。これに対して、宮島英世「業務上過失致死罪の成否が問題となつてゐる自動車運転行為に緊急避難の成立を認めた事例」判タ二六四号五五頁以下は、過失犯における客観的注意義務の内容としての客観的結果回避可能性と緊急避難の要件としての補充性との間の共通点に着目して、「客観的回避可能性が認められれば補充性の原則でいう他に避けるべき方法があつたことにならる、逆に、補充性の原則を充し他に避くべき方法がなかつたという場合には客観的注意義務のうち少なくとも客観的回避可能性がなかつたということになる」ので、構成要件の過失を認めつつ、同時に緊急避難も肯定する事態は存在しないと論ずる。

参照、大阪高判平成七・一・二二判タ九二六・二五六(被告人が、自動車を運転して、交差点手前を走行中、ワゴン車が被告人車を左側走行車線から追い越し、進路前方に割り込む状態で停車したため、被告人車も停車したところ、ワゴン車から降りた男が、助手席のドア付近を蹴ったりガラスを叩くなどしたため、これを避けようと、同交差点を右折しようとした際、対向直進車両の有無及びその安全を確認しないまま右折発進したため、対向直進してきた甲運転の自動二輪車に自車を衝突させて同人を跳ね飛ばし、脳挫傷などにより死亡させたという事案)。原審は被告人の緊急避難の主張に対して過剰避難を認定した。大阪高裁は、ワゴン車から降りてきた男が、乗っているものを車外に引き出して暴行する事態に至るおそれがあつたと認め、被告人及び同乗者の身体に対する危

難が間近に迫っていたとして現在の危難を肯定したが、「被告人の本件運転行為は、前記危難を避けるためであっても、他にとる方法がなかった又はやむを得ないものであったとはいえず、緊急避難としての補充性及び相当性の要件を欠く」として、業務上過失致死罪の成立を認めた。

(135) 大判昭和七・三・七刑集一一・二八五は、「産婆規則に反して産婆名簿に登録を受けない者が、山間僻土で産婆を適宜依頼することができないために、六回にわたり産児を取り上げ謝礼を受けたという事案」において、「右登録ヲ受ケルコトハ産婆業務ヲ行フ者ノ業務ニ属スルコト明白ナリトス。而シテ業務上特別ノ義務アル者ニ付テハ緊急避難ヲ認ムヘキモノニ非サルコト刑法第三七条第二項ノ明記スルトコロナル」と判示して緊急避難の成立を否定した。しかし、産婆登録は危難への対応とは関係ないのであって、本判決は「業務上特別の義務」の理解において適切でない。大塚(注27)四〇六頁注12。

(136) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 45), Z 12 Rn 30a; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 68 f; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 108, 137) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 65; *W. Kriber*, Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980, 755 ff., 756; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 108, 137, 浅田(注22)二四七頁(このような場合「特別の義務が消滅している」)小田直樹「特別義務者と緊急避難」(『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀』所収)一九九五年・二九五頁以下(刑法三五条の職務行為として許される)。

(138) 参照 大塚(注27)四〇六頁。

(139) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 60; *Steininger*, (Fn. 41), Nachbem § 3 Rn 71; *Lewisch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 110.

(140) *K. Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, 778 「危難に赴く者は必ず命を失う」。大場(注38)五八一頁「危難トハ行為者ノ有責行為ニ基カサル危難状態ヲ指称スル……何トナレハ一般ノ見解ニ從ヘハ自己ノ有責行為ニ依リ自ラ招キタル危難状態ハ危難ナル意義中ニ包含スルモノト為ス能ハサレハナリ」。大判大正一三・一一・一二刑集三・八七〇(「自動車運転手である被告人が、対向してくる自動車と貨物を満載した荷車の背後に十分注意することなく、荷車の側を擦れ違おうとしたとき、突然、荷車の背後から甲が現れ道路を横切ろうとしたので、これを避けようとして進路をさるゝ右方に転換したところ、甲の祖母に衝突し、死亡させたという事案。業務上過失致死罪成立。緊急避難不成立」)「刑法第三七条ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正当ナル利益を侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同条ハ其ノ危難ハ行為者カ其ノ有責行為ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社会ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行為ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解スヘキ」。東京高判昭和四五・一一・二六東京高判時報二一・一一・四〇八「行為者が事故の故意又

- は過失により自ら招いた危険を回避するための行為は、「緊急避難行為には当たらない」。
- (141) BayObLG NJW 2046.
- (142) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 64; *Erb*, (Fn. 16), § 34 136 原因において違法な行為の理論の支持者に、山口(注35)一四九頁、同「自招危険について」(『刑事法学の課題と展望 香川達夫先生古稀祝賀』所収)一九九六年・一九九頁以下。
- (143) *J. Hruschka*, Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 26.5.1978, JR 1979, 125 ff., 126; RGSt 61, 242 (255).
- (144) 参照 内藤(注31)四二七頁、小名木明宏「自招危険」刑法の争点〔三版〕五四頁以下。
- (145) *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 62; *Leusch*, (Fn. 42), Nachbem zu § 3 Rn 111; *W. Kibber*, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, 1983, 32 f. *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 134 参照 大塚(注27)四〇三頁。なお、佐伯(注31)二〇七頁以下(自招危険につき「その際の事情に照らして、そのような避難行為をなすことが無理もないと認められる」という意味での相当性の見地から具体的に判断されるべきとする)。團藤(注23)二四九頁「行為を全体としてみても、やむをえなかつたものとみとめられなければならないから、避難行為者のみならず危険を招いたばあには、この要件を欠くことが多いであろう」、福田(注50)一六八頁注3「みずから危険を招き、この状態で第三者の法益を侵害したばあには、社会的相当性を欠くものであることがあきらかであり、違法性を阻却しない」。
- (146) 木村(注34)二七二頁以下「すくなくとも、故意に危険を招来した場合には、これを招来した者が緊急状態にある者であれ、違法阻却事由としての緊急避難にあつては権利の濫用であり、又、責任阻却事由としての緊急避難にあつては期待可能性がなかつたとい得ないから、緊急避難は許されない」。
- (147) Vgl. *Roxin*, (Fn. 42), § 16 Rn 63; *Erb*, (Fn. 16), § 34 Rn 135.
- (148) 同旨、宮本英脩『刑法学粹』一九三二年・二四五頁、江家義男『刑法講義総則篇』一九四七年・一八二頁、山中(注33)五二四頁。
- (149) 反対、木村(注34)二四二頁、大塚(注27)三九二頁。
- (150) *Kühl*, (Fn. 9), § 8 Rn 34, 119; BGH Bd MRR 1971, 361 = JZ 1973, 173.
- (151) 最判昭和二八・一一・二五刑集七・一三・二六七(トネル内での熱気の上昇有毒ガスの発生等による生命身体に対する危険を避けるためには、列車を三割減速すれば足りるのに、さらに全面的に職場を放棄する行為は過剰避難である)。東京高判昭和五七・一一・二九刑月一四・一一・二・一八〇四(かねて不仲であり酒乱で粗暴癖のある甲(弟)が被告人方へ飲酒酩酊のうえ鎌を持って暴れこんできたので、被告人は身の危険を感じて、自宅前から乗用車の酒気帯び運転で乗り出し、約20分間運転を継続し、警察署に助けを求めたという事案。過剰避難成立)、「被告人が自宅の前から酒気帯び運転の行為に出たことは、まことにやむを得ない方法で

あつて、かかる行為の出たことは条理上首肯しうる……しかしながら、戸鹿野芭橋を渡つて市街地に入つた後は、甲車の追跡の有無を確かめることは困難ではあるが不可能ではなく、適当な場所での運転をやめ、電話連絡等の方法で警察の助けを求めることが不可能ではなかつたと考えられる。この点で被告人の一連の避難行為が一部過剰なものを含むことは否定できないところであるが、前記一連の行為状況に鑑みれば、本件行為をかく然たる一線をもつて前後に分断し、各行為の刑責の有無を決するのは相当とは考えられないのであつて、全体としての刑責の有無を決すべきである。このような見地から被告人の行為を全体として見ると、自己の生命、身体に対する現在の危険を避けるためやむを得ず行なつたものではあるが、その程度を超えたものと認めるのが相当である」。

(151) 最判昭和三五・二・四刑集一四・一・六一。

(152) 同旨、大谷(注26)三二三頁、浅田(注32)二五九頁、前田(注23)三六四頁、西田(注26)一四三頁。

(153) 参照、西田(注26)一四二頁、福田(注14)一七〇頁。これに対して、違法性・責任減少説・大谷(注26)三〇八頁、浅田(注32)二五九頁以下、山口(注35)一五〇頁。

(154) 参照、内田文昭「誤想過剰非難について」研修六一一号三頁以下。

(155) その他、東京地判平成九・一二・一二判時一六三二・一五二。