

タイトル	強制状態における行為（四・完）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，48(4)：623-640
発行日	2013-03-30

# 強制状態における行為 (四・完)

神 元 隆 賢

## 目 次

- I はじめに
- II 判例の動向(以上、第四八卷第一号)
- 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、第四八卷第二号)
  - 四 私見(以上、第四八卷第三号)
  - IV 強要緊急避難の諸問題
  - V おわりに(以上、本号)

## IV 強要緊急避難の諸問題

以上のようにして、強制状態における行為については、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べ

きである。もつとも、具体的事案の処理において、強制状態における行為を緊急避難の各要件に当てはめて現実には不可罰の結論を導きうるかは、強要緊急避難の成立について慎重な判例の姿勢に照らすと、必ずしも容易ではないようにも思われる。

以下、強制状態とくに拘束状態において強要された行為を緊急避難の要件に照らした場合に生じうる解釈上の諸問題について、判例理論を参照したうえで検討する。

### 一 拘束状態と生命・身体に対する危難の現在性

第一に、拘束状態に置かれたうえで被害者の殺傷を強要された被強要者について、身体を超えて、生命・身体法益に対する危難の現在性を認めることは可能であろうか。

前掲②東京高判昭和五三年八月八日は、被告人及び相被告人が暴力団員からその暴力団の威勢を示す新聞記事等を見せられて改造けん銃製作を要求された点（第一の要求）につき、「威圧を感じたことはあるにしても、特段の暴行、脅迫を受けるようなことはなかったのであって、切迫した法益侵害の危険がある状態にあつたとはいえない」としたが、暴力団事務所に拉致されて手足を縛られ殴る蹴る等の暴行を受けた上、暴力団員の監視がついた状態で改造けん銃製作を要求された点（第二の要求）については、「生命、身体、自由等に危害を加えられる切迫した危険がある状態にあつたことが窺われる」として現在の危難の存在を認めた。

何故、第一の要求と第二の要求とで、危難の現在性の判断を異にしたのであろうか。思うに、本判決では、強要者の被強要者に対する直接的な暴行の有無に加えて、手足を縛られたり監視されるといった拘束状態の有無が、現在性判断の分水嶺となつたのではないか。被強要者への暴行は生命ないし身体に対する現在の危難を、拘束は自由に対す

現在の危難を認める根拠となりうる。とすれば、第一の要求時には、被告人に対する暴行・脅迫や監禁がなされていないから、被告人は「威圧を感じた」にとどまり、生命・身体・自由への現在の危難は未だ生じていないこととなる。しかし、第二の要求時には、被告人はすでに暴行、監禁を受けており、さらに解放後も監視を付けられていたのであるから、暴行、監禁により被告人の生命、身体、自由に対する現在の危難が惹起され、それがけん銃製作時にも持続していたと解されたのであろう。

これについては、「監禁され、いわば第三者の掌中に落ちて、第三者が思い立てば生命・身体に対し直ちに容易に危害を加えることができる状態に陥っていたとしても、これだけでは生命・身体に対する『現在の危難』があるといえないのは当然である。これに例えば第三者が凶暴であるとか過去に第三者から恣意的に暴行を受けたとかの事情が加わったとしても、単にそれだけでは、将来における危険の蓋然性が高いというに過ぎず、なお生命・身体に対する危険が間近に押し迫ったとは言いがたいであろう。生命・身体に対する『現在の危難』が緊迫したと認めうるには、監禁状態に加えて、第三者が殺害あるいは暴行行為の着手までには至らないまでも、少なくとも殺害あるいは暴行行為の直前段階にあたる具体的行動を起こしたことは必要ではないかと思われる」として、②判決が自由に対する現在の危難であればともかく、生命・身体に対する現在の危難まで認めたことについては疑問が残るとの指摘がある<sup>(15)</sup>。

一方、「緊急避難にとって本質的なことは行為すべきか、切迫した危難を引き受けるべきかの強制状況が現在していることである。……たとえ目前に差し迫っていないなくても、いつ生命の危険が現実の侵害に転化するかわからないような生命の侵害の可能性があり、事情に精通した事前の判断によれば、今直ちに生命の侵害から免れるために必要な行動を取らなければ、侵害の回避が不可能となるか著しく困難になると判定されるならば、生命の危険の現在性も肯定すべきである」との主張もある<sup>(16)</sup>。これによれば、避難行為時には生命に対する危難が差し迫ったものでなかったとし

ても、②判決の第二の要求時のように、被強要者が生命にかかる拘束状態や監視下に置かれていたならば、生命に対する現在の危難を肯定すべきということになる。

上記二つの主張は、危難は差し迫っていないが、いつ現実の侵害に転化するか不明である場合に、生命ないし身体に対する危難の現在性を肯定してよいかを巡って対立するものの、強要者の被強要者に対する殺人や暴行の実行の着手を必ずしも要しないと解する点では共通している。現実の侵害への転化が予期される場合に危難の現在性を肯定しうるかという問題は、従来は、正当防衛における侵害ないし緊急避難における危難の予期がある場合に、急迫性ないし現在性を肯定しうるかという問題として議論されていたものであった。

侵害の予期のある場合の急迫性の判断については、判例理論の変遷がある。最判昭和三〇年一〇月二五日刑集九卷一―号二二九五頁は、被告人が飲食店付近においてAに斬りかかれるなどして逃走後、再度Aと対面すればさらに攻撃を受ける蓋然性があることを十分に予期したうえで、Aに謝罪させ攻撃してきたら反撃するため日本刀を傍らの叢に置いて様子を窺い、被告人と対面して出刃包丁で突きかかって来たAにステッキ、日本刀で反撃して死亡させた事案について、「被告人はこのAの不正の侵害については早くから、充分の予期を持ち且つこれに依じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んでAと対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺っていた訳であるから、Aのこの不正の侵害は被告人にとっては急迫のものというべからざるものであり、又被告人がAに加えた判示傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである。」と判示して、急迫性を否定し正当防衛、過剰防衛、誤想防衛を認めなかった。

しかし、最判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁は、被告人がAと口論の末いったん止宿先の旅館を立ち退いたが、Aに謝ろうと旅館に戻ったところ、Aは被告人に対し「われはまたきたのか」などことからみ、手拳で

二回ぐらい被告人の顔を殴り加療一〇日間を要する傷害を負わせたうえ、後退する被告人に更に殴りかかり、Aに押された被告人が背中を障子にぶつけた際、かねて同障子の鴨居の上にくり小刀を隠してあったことを思い出して、とつきにくり小刀を取り出し殴りかかってきたAに突き刺して死亡させた事案について、原審が過剰防衛による殺人罪の成立を認めたのに対し、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」としたうえで、「Aの侵害行為が被告人にとつてある程度予期されていたものであつたとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失なうものと解すべきでない。」と判示して破棄差戻した。すなわち、最判昭和三〇年一月二五日は侵害の予期がある場合に急迫性が失われると解したのに対し、最判昭和四六年一月一六日は、予期されていた侵害を回避しないことに合理的な理由があつたかを重視して急迫性を判断する姿勢に転じたのである。<sup>(8)</sup>

もつとも、その後の判例は、積極的加害意思の基準により急迫性の有無を判断する姿勢にさらに転じた。すなわち、最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁は、中核派に属する被告人らが、かねて対立関係にあつた革マル派などの学生らの生命、身体に害を加える目的で凶器を持つて集合し、押しかけてきた革マル派などの者一〇数名を滅多打ちにするなどして撃退後、反撃に備えてバリケードを築き、再び押しかけてきた革マル派の者達をバリケード越しに応戦した事案について、この応戦が正当防衛にあたるかが争われたところ、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件として

いる趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に對して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない」として、積極的加害意思のある場合には急迫性が否定されると判示した。予期されていた侵害に對し、その機会を利用して積極的に加害行為に出る意思、いわゆる積極的加害意思をもって臨んだ場合には、急迫性が失われるというのである。

最決昭和五二年七月二一日が採用した積極的加害意思論について、学説の多くは、積極的加害意思の内容は不明確でその認定が困難である、行為者の主観によつて急迫性が減ずるとは説明しにくいなどと批判した。これを受け、近時は、予期された侵害について、被侵害者には正当な利益を犠牲しない限度においてこれを事前に回避する義務があるから、これを回避せずに現実化した侵害については急迫性が否定されるとする、いわゆる侵害回避義務論が主張されている。<sup>(15)</sup> 本説によれば、侵害（あるいは危難）を十分に予期しながら相手のもとに出向いて相手から侵害された場合には、正当な目的がない限り限り侵害（危難）回避義務が課され緊急状況性が失われるが、相手の侵害を待ち受けた場合には、現場にとどまること自体に正当な利益や目的があるならば侵害（危難）回避義務は課されないことになる。

なお、東京高判平成二十一年一〇月八日東高刑報六〇卷一四二頁は、長年にわたりいわゆる「引きこもり」の状態にあった被告人が、自立を期待した実母及び実母の再婚相手であったAの経済的援助の下にアパートで一人暮らしを始めたが困窮して実母を訪ねた際、面会を阻もうとしたAから暴行を受けたものの実母から援助を受けることができたが実母も被告人と距離を取ろうとし、再び生活費に窮した被告人がさらに実母から経済的援助を求めようと実母とAの住むマンションを訪れ出入口前に居座り、Aが被告人に帰るよう強く促したもののこれに応じなかったところAから暴行を受けたことから、Aを携帯していた果物ナイフで突き刺し負傷させた事案について、上記の経緯から、被告人が実母に会うことに固執すればAが暴行を加えてくることを被告人は予期していたものと推定できるとしたうえ

で、「侵害があらかじめ予期されたものであったとしても、そのことから直ちに……急迫性が失われるものと解すべきではない（最高裁昭和四六年一月一六日第三小法廷判決・刑集三五卷八号九九六頁等参照）。しかし、単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない。……被告人は、Aの暴行の高い可能性を予期し、かつ、Aや実母の意思に反してまで実母に会おうとしなければ容易にAの暴行を避けることができたにもかかわらず（なお、被告人が当時三四歳の成人男性であることを踏まえて上記のような経緯をみれば、本件当時Aや実母の意思に反して強引に実母に面会を求めることに、何ら正当な利益を認めることはできず、かえって被告人には、実母との面会を断られた時点で、少なくとも道義的には本件マンションから立ち去る義務があったというべきである。）、Aの暴行があれば準備した本件果物ナイフを用いて反撃する意思で、本件マンションを訪れ、予想された範囲・程度にとどまるAの暴行を受け、本件果物ナイフで上記のような刺突行為に及んだ、というのであって、本件においては到底『急迫不正の侵害』があったとはいえず、正当防衛も過剰防衛も成立しない。」と判示した。本判決は、被告人には強引に実母に面会を求めることに正当な利益がなく、マンションから立ち去る義務があったのに、敢えて面会を求めて侵害が予想される状況に臨んだことを理由に急迫性を否定し正当防衛を認めなかったことから、侵害回避義務論を採用したと解する余地もあろう。

以上の判例理論を強要緊急避難に当てはめるならば、次のようになるであろう。すなわち、被強要者が拘束状態にあり、生命に対する危険は差し迫ったものでなかったとしても、直ちに避難行為に出なければ現実の侵害に転化する



可能性がある場合には、身体への自由はもちろん、生命、身体に対する危難の現在性も肯定される。しかし、その機会を利用して積極的に被害者を殺傷する意思で避難行為に出た場合には、被害者に対する積極的加害意思の存在を根拠に危難の現在性が否定される。さらに、強要者に拘束され強要されるであろうことを予期しつつ、正当な利益なくして強要者に対面して拘束され強要された場合にも、やはり危難の現在性が否定される。

このようにしてみると、前掲④東京地判平成八年六月二六日は、教祖Cの「お前を殺す」という発言を単なる「脅し文句の一種」としたが、事件の経緯、信者が次々と殺害され死体がマイクロ波を用いた死体焼却設備で焼却され遺棄されていたというオウム真理教団の当時の状況、教団施設侵入はオウム真理教において死に値するとされる「五逆の大罪」に該当し、たとえXがA殺害を拒否したとしてもAの殺害は他の者によってなされていたであろうことを考慮すると、直ちにXが避難行為に出なければ現実の生命侵害に転化する可能性は極めて高かったといえよう。加えて、XがAに対する積極的加害意思を有していたとは認定されていないし、Xらが教団施設に侵入した場合にはCらに拘束され生命を侵害される危険があったが（しかも実際に拘束された）、Xは教団独自の治療により病状が悪化していた母親B子を救出するという正当な利益を有しており、東京高判平成二一年一〇月八日のいうような、母親に会わずに立ち去る義務があったとはいえない。以上から、本件では、拘束状態におけるXの生命に対する危難の現在性について、やはり肯定されるべきであったように思われる。

これに対し、前掲①最判昭和二四年一〇月一三日は、XがAらとともに強盗を企てたが、途中で変心し犯行を止めたところ、Aから「行かなければ殺すぞ」と脅されたので強盗を実行した事案について、生命・身体に対する危難の現在性を否定したが、Xは拘束状態になかったのであるから、逃走の余地がある以上は、Xの生命・身体法益の危難への転化可能性も切迫していなかったと解しうる。さらに、Xは当初、自らAらとともに強盗を企てたのであるから、

危険回避義務に照らしても現在性を認めることは困難であろう。

前掲⑤仙台高判平成九年三月一三日は、「A女、C及びDは日中外出することがあったのであるから、客観的には、Xが二人の子を伴ってA女方を脱出することも不可能ではなかった」として、Xの拘束状態が不完全であった旨を認定したうえで、生命・身体に対する危険の現在性を否定している。しかし、A女方には、なおもA女の信奉者E女が常に残っており、このような状態でXが二人の子を連れて安全に脱出するのは著しく困難であったようにも思われる。この点からXが拘束状態にあったと解するならば、XがFを殺害しなかった場合に「御用」にかけられる可能性は極めて高かったといえようが、前述したように「御用」の性質上、強要の拒否が身体はともかく生命の危険に即座に転化する可能性は必ずしも高いとは言いがたいのではないか。そうすると、Xの身体に対する危険の現在性についてはともかく、生命に対する危険の現在性は否定されることになる。もともと、A女らによるXの監禁が宗教的、心理的束縛という無形的方法によってなされていたとみるならば、Xが「A女に対する心理的束縛から相当程度解放された心理状態に立ち至っていたものと認められる」時点でA女らによるXの監禁が終了したと解しうるから、拘束状態に置かれていないXの生命、身体及び自由に対する危険の現在性を認めることは困難となろう。

## 二 拘束状態と補充性

第二に、拘束状態に置かれた被強要者の行為について、いかなる場合に補充性の要件の充足を認めることができるであろうか。

②判決は、いったん解放されて帰宅してから暴力団員の監視のもとで改造けん銃を製作した行為につき、「直ちに警察、……あるいは検察庁に被害を通報してX・Y両名の保護ないし暴力団員らの検挙を求める等に適切な逃避の道

をとる余裕は十分にあった」として、補充性の存在を否定している。本件事案では、被告人は改造けん銃を製作する以外に、被告人が監禁状態からの解放後、帰宅し監視を受けるまでの間に警察等に通報することも可能であったというであろう。

これに対し、④判決は、行為者の監禁が完全な状態でなされていた事案につき、「緊急避難、過剰避難の成立要件である『已むことを得ざるに出でたる行為』とは、当該避難行為をする以外に他に方法がなく、このような行為を行うことが条理上肯定し得る場合をいう。そして、本件のように、避難行為が他人の生命を奪う行為である場合には、右の要件をより厳格に解釈すべき……である。……Xが避難行為に出る以前にどれだけの行為をしたかということが重要なではなく、客観的にみて、現在の危険を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外にも存在したか否かという点が重要なのである」として、侵害される法益と補充性の厳格性の程度が比例するとした上で、「Xが自力でこの拘束状態から脱出することや、外部に連絡して官憲の救助を求めることは不可能な状態にあったといつてよい。……XにCの翻意を促す説得行為を要求してみたところで、Xの身体の拘束が解かれる現実的な可能性はほとんどないといわざるを得ない……。……結局、Xが身体拘束状態から解放されるためには、Aを殺害するという方法しかとり得る方法がなかったものと認めざるを得ない」と判示して、補充性を認めている。すなわち、強制状態における行為については、官憲に救助を求めることが可能であったか否かにより、補充性を判断することになるといえるであろう。

このように、強制状態における行為における補充性は、判例によれば、官憲に救助を求めうるかにより判断されることになる。そして被強要者が監禁されるなどして拘束状態にある場合には、脱出の可能性がどの程度であったかにより判断されることになる。⑤判決も、補充性の有無については明言していないものの、拘束状態からの脱出の可

能性に言及していることから、同様の趣旨かと思われる。もっとも、⑤判決では、上述したように、二人の子を連れての脱出可能性の認定については疑問もある。拘束状態における補充性の判断においては、被強要者自身の拘束の状況、脱出可能性、外部へ連絡して救出される可能性を検討するのは当然であるが、被強要者の家族、友人等もともに拘束されていた場合には、第三者の法益を保全するための緊急避難として、第三者の拘束状態、脱出可能性等をも検討する必要があるだろう。

### 三 拘束状態と避難の意思

第三に、拘束状態に置かれたうえで被害者の殺傷を強要された被強要者の行為について、避難の意思の要件の充足を認めることは可能であろうか。

緊急避難における主観的正当化要素としての避難の意思について、④判決は法益権衡性と絡めてその有無についての判断を行っている。すなわち、生命ではなく身体の自由についての現在の危険しか存在しない本件事案では、「X自身、あくまでCの命令に逆らい、Aの殺害を拒否し続けられればXの生命も危うくなる」という認識は有していたとしても、……Aの殺害を断つても、ただちにXが殺害されるような状態にはなかったことは十分認識し得たというべきである。……Xも、自己の生命に対する侵害が差し迫っているという認識までは有していなかったと認められるから、この点についてXに誤想はなかったというべきであり、誤想避難も成立しない」として、Xに避難の意思は存在したものの、それは生命ではなく身体の自由を保全法益とするにとどまる意思であったと認定したのである。この認定自体に疑問もなくはないが、本件では、「Xに対し凶器を突き付けるなどしてA殺害を迫った」という事実が認められないことが、生命に対する危険の現在性を欠くことの根拠のひとつとされているから、仮にXが凶器を突きつけられたならば、現

在性とともに生命法益についての避難の意思も肯定されうることになる。もっとも、前述したように、被強要者が拘束され、生命に対する危難が未だ差し迫ったものでなくとも、直ちに避難行為に出なければ現実の侵害に転化する可能性がある場合には、生命に対する危難の現在性のみならず避難の意思も肯定すべきであるように思われる。

ところで、現在の危難は身体の自由にとどまるものの、被強要者が生命についての避難の意思を有していた場合には、どのような処理がなされるであろうか。④判決は誤想避難の可能性について言及しているが、誤想避難には三つの類型があるとされる。すなわち、第一は、現在の危難がないのにあると誤信し、誤信した事実に対して相当な避難行為をした場合である。第二は、現在の危難はあるが、相当な避難行為をする意思で誤って相当性の程度を超える行為をした場合である。第三は、現在の危難がないのにあると誤信し、誤信した事実に対して相当な避難行為をした場合である。このうち、第一及び第二の類型は誤想避難として故意ないし責任の阻却が検討され、第三の類型は誤想過剰避難として処理される。<sup>10)</sup>しかし、上記の事例では、被強要者は現在の危難を過剰に認識し、これに対応する相当な避難行為をしたのであるから、客観的には過剰避難にあたり、緊急避難状況を誤信した誤想避難と同視しうるかは疑問がある。あるいは、まず誤想避難として故意を阻却したうえで、過失致死罪について過剰避難を認めて第三七条第一項但書による刑の減免を認めるべきであるかもしれない。

#### 四 強要された避難行為の相当性

第四に、強制状態における行為について、緊急避難における避難行為の相当性の要件の充足を認めることは可能であろうか。

多くの論者は、避難行為について「相当性」が備わっていることを要求する。<sup>11)</sup>すなわち、晴れ着を着て外出したと

ころにわか雨に遭い、近くを通行していたみすばらしい服装の行人から傘を奪って晴れ着を雨から守った事例(雨傘事例)では、傘を奪う行為について避難行為の「相当性」の要件を欠くから、緊急避難の成立を否定すべきであるというのである。しかし、この「相当性」の実質をどのように解するかを巡っては、法益権衡性とする説<sup>(10)</sup>、補充性とする説<sup>(11)</sup>、その両方とする説<sup>(12)</sup>、社会的相当性とする説<sup>(13)</sup>などが対立している。

「相当性」の解釈については、結果無価値的な優越的利益の原則からのアプローチと、行為無価値的な社会的相当性の概念からのアプローチがあるとされる<sup>(14)</sup>。結果無価値的なアプローチからは、「相当性」は法益権衡の要件そのものであるとする主張がなされている他、近時は、「相当性」は補充性に内在する制約である法益権衡を「別の言葉で表現したもの」などとする主張がある<sup>(15)</sup>。すなわち、生命等、保全法益が大きい場合であれば補充性が認められる行為の範囲が拡大されるが、保全法益が小さい場合には補充性の範囲は狭まるというのである。本説によれば、雨傘事例は「たとえば他人の家の軒先に無断で雨宿りをさせてもらうぐらいが、せいぜいのところであろう」となり、雨宿りをすゝめ場所がなければ、「転嫁すべき法益がないのであって、晴れ着が濡れるのは我慢するしかない」ということになる<sup>(16)</sup>。

これに対し、行為無価値的なアプローチからは、「相当性」は「社会的相当性」であると主張されている。すなわち、社会的相当性を、現在の危難、法益権衡、補充性、避難の意思と並ぶ緊急避難の要件として位置づけたうえで、雨傘事例では、晴れ着を守るために通行人の傘を奪う行為について社会的相当性を欠くから、緊急避難の成立が否定されると説明するのである。<sup>(17)</sup> 判決は、「相当性の要件について検討するに、本件では、侵害されている法益がXの身体の自由であり、避難行為によって侵害される法益がAの生命であることから、これを単純に比較すれば、当初より法益の均衡を著しく失しているともいえ、……条理上これを肯定することができないというべきである……。しかしながら、……Xがあくまでもこれを拒否すればX自身の生命に対して侵害が及びかねない状況も他方では認められるの

であり……、避けようとした危難がXの身体の自由に対する侵害であったとしても、その背後には、……Xの生命に対する侵害の可能性もなお存在していたといえるのであるから、避難行為の相当性も認められるというべきである」として、法益権衡性と補充性の存否を「相当性」とは別個に判断したうえで「相当性」の要件の充足を認めている。このことから、④判決のいう「相当性」は、補充性や法益権衡性ではなく社会的相当性を指していると解する余地もあろう。

すでにみたように、強制状態における行為については、被強要者が拘束されている場合には緊急避難の危難の現存性を認めることが容易であるし、補充性についても同様と考えられる。従って、④判決のように「相当性」の要件の充足を法益権衡性、補充性と別個に要求する立場によるならば、強制されて人を殺傷する行為について社会的相当性を認めうるかという点のみが、緊急避難の成否にかかる問題となる。もつとも、①判決や前掲⑥東京地判平成一二年七月一七日のように、被強要者が強要者と同じ加害者側の立場であった場合を除けば、「相当性」の要件の充足を認めることは容易であろう。

## V おわりに

本稿では、強制状態における行為について、判例の動向、学説の状況を検討したうえで、以下の三点の問題について検討を試みた。

第一に、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について、道具理論、そして民法の解釈を参照することで、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たとしても、正当防衛による反撃を許容すること



ができるとした。すなわち、被強要者の行為が緊急避難として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。この場合、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しうるから、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いえ、これに対する被害者の正当防衛による反撃は許容される。さらに、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にあたるが、被強要者は民法第七二〇条第一項に該当し免責される。一方、被害者から被強要者への反撃についても、やはり民法第七二〇条第一項が適用され被害者は免責される。民法第七二〇条第一項の「他人の不法行為」について、民法上の通説は、行為が客観的に違法であれば足りると解している<sup>(14)</sup>。従って、民法上、被強要者の行為は正当防衛として違法性が阻却されるものの、客観的には、上述の道具理論により強要者によって惹起された違法性が伝達したことにより違法と解され、被害者はこれに対する正当防衛をなしうるのである。民法と刑法の違法性概念を一元的に解する立場、あるいは刑法の謙抑性から、民法で適法であるのに刑法で違法となることは許されないと解する立場によれば、民法上は正当防衛となる被害者の反撃について、刑法上も正当防衛の成立を認め違法性を阻却すべきであろう。

第二に、制限従属性説を前提に、被強要者に避難行為を強要した背後の強要者を教唆犯や間接正犯の罪責に問うことができるかという点について、教唆犯の処罰根拠に関する混合惹起説<sup>(15)</sup>を参照したうえで、利用者(共犯)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(正犯)の違法性と相まって伝達されるのが教唆犯であるとし、被強要者の強要緊急避難を認めうる場合には、強要者については適法行為を利用した間接正犯を認め



うるとした。さらに、被強要者の避難行為が過剰避難となる場合には、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うるとした。

第三に、緊急避難と期待可能性の関係については、正当化される緊急避難の成立を検討し、保全法益が侵害法益に本質的に優越していない場合には、続いて免責される緊急避難の成立を検討するドイツの学説を参照し、わが国においても、緊急避難の法益権衡性の要件が充足される場合には緊急避難、充足されず過剰避難となる場合にはさらに続いて期待可能性の不存在による責任阻却を検討すべきであるとした。

加えて、Ⅳでは強制状態における行為、とくに拘束されて強要された行為を緊急避難の諸要件に照らした場合に生じうる具体的な問題について、Ⅰで参照した判例をもとに検討した。

なお、本稿では、強要された避難行為について、④判決は「相当性」を「社会的相当性」と解したうえで緊急避難の要件の一つとしているのではないかとした。私自身は、緊急避難の要件として「相当性」あるいは「社会的相当性」を要求すべきか疑問であるが、この問題については、いずれ別の機会において検討したいと考えている。

### 【追記】

前稿「強制状態における行為(三)」北海学園大学法学研究第四八巻第三号(二〇一二年一二月)の脱稿後、東京高判平成二四年一月一八日(判例集未登載)の報道に接した。本判決は、覚せい剤取締法違反(使用)の罪に問われた被告人が、「警察官から覚醒剤の保管場所を調べよう依頼され暴力団幹部と接触したところ、幹部に拳銃を突きつけられ注射を強要された。逆らえば殺されると思った」として緊急避難が成立すると主張した事案について、第一審が「荒唐無稽に思える」として緊急避難を認めず有罪としたのに対し、被告人の上記の主張の信用性を認め、緊急避

難が成立するとして無罪を言い渡したものである。本判決は、強制された行為について正面から緊急避難の成立を認めた初の判例として極めて大きな意義があるが、残念ながら判決文を本稿に切前に入手することができなかつた。判決文を入手次第、詳細な検討を加える予定である。

注

- (123) 西谷・前掲論文三〇頁。  
 (124) 大嶋・前掲論文一四五頁。  
 (125) 西田・総論一六六頁、山口・総論一一九頁。  
 (126) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(二〇〇七年)二二六頁、照沼亮介「正当防衛と自招侵害」刑事法ジャーナル一六号(二〇〇九年)一六頁。  
 (127) 前田・前掲書三六四頁、山口・総論一二〇頁、曾根・前掲書一〇二頁、大谷・前掲書二七五頁(防衛の意思の問題とすべきとする)。  
 (128) 橋爪・前掲書九一頁以下。なお、本説に対する批判として、林・総論一八九頁、照沼・前掲論文一六頁以下。  
 (129) 大谷・前掲書二九一、三〇三頁、西田・総論一五二、一八二頁。  
 (130) 佐伯・前掲書一〇八頁、大谷・前掲書三〇一頁、佐久間・前掲書三三七頁、高橋・前掲書二九四頁。これに対し、山口・総論一四三頁、林・総論二二二頁、井田・前掲書三〇五頁注一九は「相当性」の要件を不要とする。  
 (131) 山中・前掲書五三〇頁(利益衡量において「人格の自律権」を考慮することにより第三者(雨傘事例における通行人)の利益の比重が重くなるとする。なお、高橋・前掲書二九四頁は法益権衡と相当性を別個の要件とし、雨傘事例では法益権衡が認められたとしても「人格の尊厳性」という視点から相当性が否定されるとする)、曾根『刑法総論』(新版補正版・一九九六年)一二〇頁(ただし同『刑法総論』(第四版)では相当性に関する記述が削除されている)。  
 (132) 平野・前掲書一四〇頁、西原春夫『刑法総論』(一九七七年)二一九頁。  
 (133) 中・前掲書一四三頁、松宮・総論一五七頁。  
 (134) 大谷・前掲書三〇一頁、佐久間・前掲書二三七頁、藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)一八〇頁(「社会観念上妥当性を認め

られる」こととする。

(135) 振津隆行「避難行為の相当性」平野他編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第三版・一九九一年）六五頁参照。

(136) 松宮・前掲書一五八頁。

(137) 松宮・前掲書一五八頁。

(138) 大谷・前掲書三〇一頁、佐久間・前掲書二三七頁。

(139) 前注(95)参照。

(140) 前注(115)参照。

(141) 前注(9)参照。