

タイトル	免責緊急避難
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 49(1): 1-24
発行日	2013-06-30

免責緊急避難

吉 田 敏 雄

免責緊急避難

	I	法的性質	目 次
	II	緊急避難状況	
	1	定義	
	2	個人法益	
	3	危難の現在性	
	4	自招危難	
III		緊急避難行為	
1		適格性	
	IV	主觀的緊急避難要素	
	V	業務上の特別の義務	
VI		緊急避難救助	
VII		錯誤	
	2	必要性	
	3	法益均衡	
	4	相当性	
	5	期待可能性	

I 法的性質

刑法第三七条の定める緊急避難は、正当化緊急避難の論文（『法学研究』第四八巻第二号（二〇一二年））で指摘したように、正当化緊急避難と免責緊急避難を合わせて規定していると解される。免責緊急避難は、保全法益ないし利益が侵害法益ないし利益と同値かその優劣関係が不分明な場合に關係して、行為者が、自己又は他人の不利益を回避し、しかも、行為者のおかれた状況において、法的に保護された価値と結びついた人から他の行為が期待できなかったときに成立する。保全法益が侵害法益と比較して明らかに劣位にある場合、行為者には自制が期待されるので、免責緊急避難は認められない。

免責緊急避難は、正当化緊急避難から目的設定、構造及び基礎において異なる（二分説）。形式的には、両者ともに現在の緊急事態を前提としており、異なった態様ではあるが、法益・利益衡量原則を含んでいる。それにもかかわらず、両形態の相違、つまり、違法性と責任の相違は重要である。不法においては、法益保護が問題となる。一定の状況において、法益の価値に違いがあるとき、より低い価値がより高い価値の犠牲になることは許される（優越的利益の原則）。これに対して、免責緊急避難では、行為者は違法行為を犯しているが、大きな内的苦境にあるために大目に見られるのである。その前提要件は動機づけ圧力と関連付けて見られなければならない。すなわち、行為者に適法行為が期待できないほど強烈な著しい不利益の発生が見込まれることが要件となる。免責緊急避難における苦境状況は、違法性の次元での利益衡量の結果正当化されない場合の受け皿として機能するのである。免責緊急避難行為によって不利益を蒙る者は、正当化緊急避難とは異なり、正当防衛権を有する¹⁾。

異常な心理的圧迫を与える外的事情が免責緊急避難を基礎付ける。かかる外的事情があることによって行為者は犯罪行為へと誘引されるからである。行為者の心情はそれ自体法に忠実である。行為者の状況におかれた、法によって保護された価値に結びついた人に、他の行為が期待できないといった場合に、「一般的にもっともな人間の弱さへの譲歩」から、当該行為は免責されることになる（客観的社会的責任概念）。法は、法の命令に万難を排して従う、英雄や聖人の克己を見込んでいない。むしろ、法の領域において生活の知恵、つまり、「緊急事態は命令を知らず（Zorn kennt kein Gebot）」と「う」「正義の非常弁」を承認しなければならない²⁾。

免責緊急避難の中核をなすのは責任の根底にある適法行為の期待不可能性である。これに対して、免責緊急避難の根拠を期待不可能性ばかりでなく、実質的不法減少、つまり、結果無価値と行為無価値の減少に求める見解がある。行為者は結果無価値を創出しているだけでなく、同時に、法益保全をもたらした。これにより、所為の結果無価値が減少する。法益保全意思に担われた避難行為によって行為無価値も減少する。不法減少は責任に反映される、そして、もともと、行為者は法に誠実な心情を有しているのであるから、処罰の必要性がなくなり、免責されるのだというのである³⁾。しかし、期待不可能性に免責の支柱的役割を認めないこの「二重の責任減少」理論は適切でない。法益が同価値かその優劣関係が不分明なとき、生じた違法な結果（結果無価値）が減少するわけではない。結果不法のみならず、行為不法（行為無価値）も減少しない。なぜなら、緊急避難の目的というのは行為の動機であって、行為制御としての構成要件の故意とは別物であるからである。行為の動機は衝動制御に関係し、専ら規範的責任要素であって、心情無価値の担い手なのである⁴⁾。

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険」の存否が問題となる。

2 個人法益 保全法益は「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産」である。「自己又は他人」とあることから「超個人的法益」は除外される。保全法益に生ずる不利益は重大である必要はないが、意味のあるものでなければならぬ。免責緊急避難において、これが要求されるのは、法的に保護された価値と結びついた人が、意味のある不利益であることを認識して、やむを得ず法違反へと動機付けられるところにその根拠がある^⑤。

3 危険の現在性

危険は実害又は危険が差し迫っていることを意味する。それは経験的量であり、客観的に事前の観点から判断されるべきである。避難行為から結果が生じなかつたとき、未遂犯の免責の可能性が検証されるべきである^⑥。

危険源の由来は重要でない。危険状況は動物に、あるいは、自然現象に由来することも、偶然の出来事に基づくことも、はたまた人の行為に帰せられうることもある。人の行為の場合、相応の正当化事由が介入しない限り、適法(例えば、社会的相当の行為)であるか違法であるかはどうでもよい^⑦。

現在性という時間的要素は正当化緊急避難における現在性と同じである。それは緊急避難前提要件の客観的現状であるばかりか、行為者の緊急状態の準拠点としても考えられるべきであるから、通例は、瞬間危険の形で現れる。というのは、瞬間危険と免責をもたらす心理的圧迫が結びついているのが普通だからである。切迫している危険を即座に回避することと密接な関連にあるのが行為の必要性である。⁸⁾

4 自招危険

自招危険については、ドイツ刑法第三五条（免責緊急避難）第一項が「行為者がその危険を自ら生ぜしめたことを理由にして……その危険を忍受することがその者に期待しえた場合」には免責を認めていない。「危険を……生ぜしめた」というのは単に因果関係が存在するだけで足りるというのではなく、それ以上のものを要求すると理解されている。⁹⁾ オーストリア刑法第一〇条（免責緊急避難）第二項が「行為者が法秩序の承認する理由がないのに意識して危険に身を晒したときは免責しない」と定めている。このオーストリア刑法第一〇条は、行為者が自ら危険を惹起したことが決定的重要性を有するのでなく、その消極的社會倫理的性質が重要であることを明らかにしていると理解されている。¹⁰⁾

まず、法的に又は社會倫理的に承認された危険に耐える義務の場合、免責緊急避難が認められる。これには、実定法の認める行為や社会的に普通な行為、つまり、一般に是認されている行為も含まれる（社会的相当性）。それは常に規範的判断であって、自然主義的因果関係の意味で危険を惹起したということではない。法秩序によって承認された自己危険化は、契約、事実上の信頼関係（任意の引き受け）によって基礎付けられる。危険な運動競技、岩壁・氷

壁登攀等、その他、科学実験（例えば、新しいワクチンの治験）には免責緊急避難が認められる。職業上、危難に他人以上に勇氣と忍耐力の期待される特別の義務を負わされている者（刑法第三七条第二項）、例えば、警察官、消防士であつてすら、自己犠牲を期待することはできないのであつて、極限状況にあつては免責緊急避難が認められる（後出V参照¹¹）。

次に、法秩序によつて承認された理由もなく、自らを意識的に危険に晒す者は免責されるべきでない。すなわち、人の共同生活に妥当する社会秩序の尺度からすると、もはや受け入れられないとか、有害である行為（社会的不相当性）が意識的に行われるとき、かかる先行行為は法的に承認されない。免責緊急避難の成立を限定する先行行為は原因において違法な行為（*actio illicita in causa*）とも呼ばれるが、行為者は、意識的にかかる危険に自己を晒すとき、その危難を忍受することが期待される。例えば、暗殺者が自分も乗船している船で爆弾を爆発させたところ、船が沈没しかけたが、救命用具が足りないため、他人の使用している救命胴衣を奪うという場合、免責緊急避難は認められない¹²。

緊急避難救助では、他人の先行行為とその意識が問題となるので、父親がその子を社会的不相当の行為によつて危険に晒した場合、父親が第三者を犠牲にして避難する行為は免責されるが、妻が社会的不相当行為によつて自らを危険に晒したとき、その夫が第三者を犠牲にする避難行為は免責されない¹³。なお、単に自己を危険に晒したということが重要なのではないから、浮ついた軽率だとか低劣な動機から蛮勇行為に出たということだけでは、免責緊急避難が否定されることにはならない。したがつて、行為者に、法秩序によつて承認されない危険に晒すこと意識がないと

き、行為者は免責される。¹⁶⁾

法的に承認されない危難状況というのは、経験的に危険な活動にも関わらず意識的に防護措置を採らないという状況そのものから生ずることもある。例えば、記者ができるだけ臨場感溢れる火災現場写真を撮るつもりで、火災現場に入ったところ、燃焼ガスに巻き込まれて失神状態にいる人を探索している消防士に出くわしたが、自らも失神して焼死する危険を感じたので、その消防士から装着していた呼吸保護装置を奪い、自らそれを装着して助かったが、消防士は燃焼ガス中毒で死んだという場合である。¹⁷⁾

免責の是非の判断において、行為者が法秩序によって承認されない危殆化を認識していたということが重要なのであるが、しかし、この心理は理論的には消極的意味で重要なのであって、行為者が基本的に緊急事態にあることを認識しなければならぬ積極的免責事態とは異なる。法秩序によって承認されない危殆化の意識は免責の可能性を排除する。この消極的評価は素人的認識で足りる（素人圏における類似評価¹⁸⁾）。

III 緊急避難行為

1 適格性 どのような行為が免責される避難行為と見られるのが問題となる。避難行為は結果を発生させるのに適した行為でなければならぬ。避難行為を終えることによつて、実際に危険を避けられた場合とか、避難行為に着手しただけで危険回避の効果が生じた場合に、避難行為の適格性が認められる。しかし、避難行為が不適格である場合、当該避難行為に免責の余地があるかが問題となる。救助の動機だけでは免責に十分でなく、行為も避難目的に

適していなければならぬ。救助が偶然にできなかったにすぎない場合、免責は認められる。動機と手段が一致しており、避難行為が成果を上げなかったのは行為者の影響圏の外にあったからである。その行為は適格である。避難行為が成果を上げないことが初めから行為や客体の属性によって避けられなかったが、しかし、行為者に代わる理解力のある第三者が事前の観点から成果を上げることが経験的に可能だと考えたであろうということが後に判明した場合も、行為者は免責されるべきである。しかし、危険の回避が絶対的に不可能だったときは、免責の余地はない。行為者の代わりの理解力のある人ならそういった行為はしなかったといえるからである。例えば、避難行為者が火事の炎から免れるために邪魔になる人を殴り倒した(殺人既遂又は未遂)ものの、どの道外には出られない状況だったので、その行為は自己救出には適さなかったが、最後は消防士によって救助されたという場合、行為者に代わる理解力のある人(比較人)であつても当該行為は避難目的に適していたと考えたといえるとき、行為者は免責されるが、比較人が初めから当該避難行為を不適格と考えたといえるとき、行為者は免責されない¹⁹⁾。

2 必要性 ドイツ刑法第三五条(免責緊急避難)は、「他の方法をもつてしては回避することのできない」現在の危険と定め、スイス刑法第一八条(免責緊急避難)も、「他の方法では回避できない」急迫の危険と定め、他の適法行為による回避可能性を緊急避難行為の要件としている。これに対して、オーストリア刑法はこの種の限定を設けていない。

免責緊急避難においては、避難行為は唯一の手段(最後の手段)であることも、複数の手段の中で最も穏やかな行為であることも必要でない。正当化緊急避難の場合、避難行為は違法性を阻却されるので、厳格な要件が必要となる

うが、免責緊急避難では、避難行為は違法なのであって、せいぜいその責任が阻却されるにすぎないから、それほど厳格な要件を要しないと云えるからである。⁽²⁰⁾ この問題は正当防衛との関係で先鋭化する。急迫不正の侵害に対して、被侵害者は反撃が許される。しかし、被侵害者は反撃に出ず、第三者を犠牲にして難を逃れるという場合もありうる。法に誠実な比較人の規準からすると、反撃行為には行為者に期待できない危険を伴うことがある場合、行為者は免責される。⁽²¹⁾ 但し、被侵害者が侵害を回避できる場合には、まだ「現在の危険」があるとは云えず、侵害をよはや回避できない時点において、「現在の危険」が認められる。⁽²²⁾

3 法益均衡 緊急避難行為の超えられない柵となるのが法益均衡である。免責緊急避難は、保全法益ないし利益が侵害法益ないし利益と同値かその優劣関係が不明な場合に関係するから、侵害利益に対して、保全利益に生じかねない不利益よりも不釣り合いに重い損害を与えることは許されない。すなわち、緊急避難行為は均衡原則による限定を要する。正当化緊急避難と同じく、個別事例の全事情の衡量が必要である。単に法益衡量が問題となるのではなく、利益状況に関する重要性の評価が問題となる。緊急避難行為を否定するためには、相応の不均衡が存在しなければならぬ。⁽²³⁾ この限度を超えると、過剰避難の問題となる。

緊急状態において人の生命を侵害して自己の生命を保全することは正当化されないが、免責されうる。無関与者の法益が侵害される攻撃的緊急避難の例としては、哲学者カルネアデス（紀元前二一四年～一二九年）の設例（一人しか支えきれない板切れをめぐる二人の難船者を生存のために闘う）が古典的例である。歴史的事例に、「ミニヨネット号事件」[Regina v Dudley and Stephens, 14 Q. B. D. 273 (1884)]（救命艇で漂流していた難船者二人が、餓死を免

れるべく飲食するため、衰弱していた船員見習いののを切断したという事案。沈没した帆船にちなんでミニヨネツト号事件と呼ばれる。死刑判決が下されたが、後に、恩赦により六月の拘禁刑に変更された⁽²⁴⁾がある。防衛的緊急避難の例としては、家族の者に対する乱暴の絶えない夫をその就寝中にいつ何時生命を危うくされかねないと恐怖感を抱く家族の者が殺害する場合がある⁽²⁵⁾。この場合、極端な場合には、殺害も正当化されるという見解は妥当でない。それは、生命はその存命期間とは関係なくその存在だけで保護に値するという生命保護の絶対性の原則と矛盾するからである。

いわゆる強要緊急避難(Nötigungsnotstand)と呼ばれる場合、例えば、強盗がタクシー運転手に拳銃を突きつけて逃走を強い、逃走中、警戒中の警察官をひき殺すように指図し、指図に従わないと殺すと脅したので、死の不安をつのらせたタクシー運転手はその指図に従ったという場合、生命体生命が対立しているので、この轢殺行為は正当化されないが、免責緊急避難が成立しうる⁽²⁷⁾。もとより、生命への危険を感じた警察官は運転手に対して拳銃を使用する正当防衛は可能であり、強盗を射殺するのも緊急救助としての正当防衛が成立する。これに対して、犯罪集団の長である甲が配下の乙に丙殺害を命令したところ、乙が躊躇する態度を示したが、甲は乙に命令に従わないと殺されることになる脅したので、乙は丙殺害を実行したという場合、乙が免責されることはない。犯罪集団の組織原理「命令には絶対服従、さもなければ死」を知悉している団員には自己の生命への危険を忍受することが期待されるからである⁽²⁸⁾。

いわゆる危険共同体、つまり、避難行為の犠牲者は危険に晒されている者の集団に属しており、誰かが犠牲になら

なければ全員が生命を失うという場合も殺人禁止規範は解除されない。例えば、甲と乙は相互にザイルを結びつけて岩壁登攀をしていたところ、乙が滑り落ちザイルにぶら下がった状態になり、そのままでは甲も乙も助からない状況となり、上方の甲はザイルを切って自分だけ助かったという場合「岩壁滑落事件」(マルケルの設例)²⁹⁾も、避難行為は正当化されず、免責されうるにすぎない。生命保護の絶対性は例外を許さない。甲は乙を犠牲にして自己の生命を維持する防衛的緊急避難としての「権利」を有するものではない。乙にはなお残された寿命を全うする権利を有しなければならぬ。³⁰⁾

危険共同体の実例として、第二次世界大戦後に裁かれた「安楽死事件」³¹⁾がある。施設医師は、ヒトラー総統のいわゆる「安楽死」命令を受けて、一定数の患者の生命を犠牲にするか、それへのあらゆる関与を否定するかを選択せざるをえなくなったが、後者を選択するなら、自分たちに代わって任命される党に忠実な医師が総統の命令を実行することになり、却って多くの犠牲者を出すことになるという場合である。「岩壁滑落事件」では、助かる見込みは片面的(非対称的)に甲にしかなく、乙にはなかったのであるが、「安楽死事件」では、医師が選択する前には、病人集団に属する者の誰にも助かる見込みがあったが、すべての者が助かるわけではない、つまり、助かる見込みは多面的(対称的)だったところに両者の違いがあるが、ここに価値的差異を見て、前者は正当化されるが、後者は正当化されないとするのは誤りである。前者の場合であっても、避難行為は生命の短縮をもたらすからである。どの途死ぬ運命にあるということ(32)を正当化の根拠とするなら、それは生命の質を考慮していることになる。³³⁾

現実的な危険共同体の例として議論されるようになったのが、テロリストが満員の旅客機を乗っ取り、それを墜落

させたり、高層建築物に激突させようとするとき、地上の大勢の者を救うためにこれを撃墜して無関与の乗客を犠牲にするとした場合である。詳しく見ると、この事例を危険共同体に含めることはできない。乗客が地上の者と「同じ船」に乗っているとは云えないし、危険に晒されている者を特定することもできないからである。それでも、この例は、助かる見込みが片面的にしかないという点で、岩壁登攀の例と構造的に似ている。現実的に不可避なあるいはそう思われる乙の転落も航空機の墜落もザイルの切断や撃墜によつて早められるのである。⁽³⁴⁾この緊急避難行為としての撃墜も正当化されないが、免責されうる。この場合、乗客・乗員の生命はどの道助からないということを理由に、避難行為を正当化するなら、そこには生命の質が考慮されることになる。⁽³⁵⁾なお、旅客機乗っ取りでは、乗客・乗員による侵害行為はないのであるから、これらの者の生命を毀損することは許されず、緊急救助（正当防衛）がゆるされないことは当然である。⁽³⁶⁾

大勢の集団が危険に晒されているとき、それまでは危険に晒されていなかった小集団にその危険を転嫁する場合、例えば、制動機の故障した、あるいは運転者の失神した貨物列車が乗客満員の先行列車に追突するのを避けるために、幕進する列車を線路工夫が工事中の他の起動に転軸して、これらの者を犠牲にする転軸手の場合「転軸手事件」（ヴェルツェルの設例）も免責緊急避難の例である。⁽³⁷⁾

なお、ひとり又は少数の者を救助するために複数の者又は多くの者を犠牲にする場合は免責されない。確かに、個人の生命に質的等価値性が認められるが、しかし、一定量を超えると、質的变化がもたらされうると考えられるからである。⁽³⁸⁾物を救助するために殺人を犯すことは常に不均衡である。⁽³⁹⁾

4 相当性 免責緊急避難においても、緊急避難行為の相当性 (Angemessenheit) が検証されるべきである。それは必要性からも法益の均衡からも厳格に区別されなければならない。中核にある思想は、避難行為の態様、そこから発生する結果が法秩序の基本価値に抵触し、社会倫理違反であり、したがって、免責されないということである。実際に意味を有するのは、人間の価値への侵害とそれに比肩しうる私的領域への特別の嫌悪すべき避難行為である。例えば、人質の隠匿場所を突き止めるために逮捕された被疑者を拷問するとか、狭く、窓のない地下室に閉じ込め、被害者を自分の糞尿に晒させ、食事も与えないといったような特別の苦痛や辱めを伴う拘禁である。⁽⁴⁰⁾

5 期待可能性 免責可能性の本来的中核にあるのが期待可能性である。一般に、責任能力と不法の意識が存在すれば、期待可能性が推測される。刑法は誰に対しても一定程度の外的、内的苦境に耐えることを期待しているのである。しかし、免責緊急避難では期待可能性の特別の検証が必要とされる。ここでは、法の比較人 (規準人) による評価行為が行われる。法的に保護される価値に結びつく人が、行為者の状況におかれたとしても、この規準人に他の行為が期待できなかったことが要求される。このことを明文化しているのがオーストリア刑法第一〇条第一項「その行為者の状態にあれば、法律上保護された価値と結ばれている者からも他の行動を期待できなかった」である。もとより、この評価は、各時代における社会の法理解と文化理解を規準とした客観的判断である。⁽⁴¹⁾

緊急避難における期待可能性の基本思想は寛容である。これは、「下に向けて」は、行為者のおかれた緊急状態から生ずる、一般的にもつとな動機付けの故に、それ自体命令される法の遵守に誠実たることを断念するが、「上に向けて」は、個人の判断がもはや一般的にもつともとはいえない、つまり、社会倫理的責任概念が譲歩を許さないとき、免責

は認められない⁽⁴²⁾。期待可能性検証の基礎にあるのは、行為者に窮地をもたらした外的事情を認識したことから生ずる動機である。これによって判断されるべきなのが、どの程度、侵害法益への侵害が、行為者が保全法益のための行為を行わせることになった緊急状態の規模からすると、法倫理的に忍受されるべきかである。それは規範的、客観的な事前の行為予測によって解明される。これに対して、行為者自身が圧力状況をどの程度感じていたかとか、葛藤状況をどう評価していたかは問題とならない。個人倫理は、なるほど社会倫理と一致しうるが、しかし、社会倫理を修正したり、それどころか駆逐することはできない⁽⁴³⁾。

ここに注意すべきことは、統計的平均人ではなく、規範的比較人の判断が問題となっていることである。この点で、二つの客観的規準が重要である。その一は、行為者の状況、つまり、行為時点の外的事情と動機であり、その二は、行為者の性質、つまり、その個人的要素である。いかなる避難行為も外的事情によって動機付けられていなければならず、又、外的事情に対して他の人であっても防衛的に対応したであろうといえなければならぬ⁽⁴⁴⁾。

期待可能性にある客観化された責任非難も個人非難であるから、法の比較人はできるだけ個別化されねばならない。準拠点は常に行為者であり、行為者の状況に在るだけかある第三者ではない。その点で、具体的行為者を無視してよいのは、行為者の特性が行為者の性質を有する他の法に誠実な人に関連付けられる限りでのことである。できる限り、行為者は法的心情をもった「個人の特性を有する全人格」として考えられるべきである。年齢、社会状況、それとともに、身体的、知的及び精神的要素によって特徴付けられる人物群によって個別化される⁽⁴⁵⁾。

但し、評価行為自体は純粹に客観的である。法的に保護された価値に結びつく人というのは客観的尺度の任務を有しているのである。⁽⁴⁶⁾ 動機がもつともであるか否かは社会倫理的原則によつて判断される。この点で、最終的には、個人の可能性でなく、一般の当為が決定的意味を有するのである。⁽⁴⁷⁾

期待可能性検証の詳細はそれぞれの苦境とこれによつて被害を蒙る法益と関連する。⁽⁴⁸⁾ 際立った思いやりの無さ、残酷性、重い行動障害、精神病質それに状況的感情的過剰といったような異常な性格的又は衝動的特異性が存在するとき、動機がもつともだったとはいえない。⁽⁴⁹⁾

IV 主観的緊急避難要素

行為者のおかれている状況から生ずる特別の動機圧力の故に、期待不可能性の見地から免責が認められるのであるから、行為者は緊急避難の前提要件（免責事態）を認識し、且つ、実際にそれによる圧迫感を抱くことが必要である。緊急避難の前提要件が存在しても、行為者がこれを知らないとき、心理的圧迫感は存在しない。さらに、正当化緊急避難とは異なり、違法な行為を前提とする免責緊急避難には特別の救助意思、つまり、避難目的が要求される。その理由は、衝動操縦の特別の重要性にある。法が危難を免れようとする動機を是認するとき、行為者にはまさにこの法倫理的に是認される目的が重要な意味をもたざるを得ないからである。結局、免責事態の認識とこれに伴う避難目的が主観的緊急避難要素である。⁽⁵⁰⁾

学説には、行為者に「危難と自己の行為が回避効果を有することの認識」があれば足りるのであって、さまなけれ

ば、「外に現れない内心」⁽⁵¹⁾によって犯罪の成否が左右されることになるが、動機の誠実さを問題にするのは行為主義に反するとの見解も見られる。しかし、免責緊急避難というのは構成要件該当、違法な行為を前提として、異常な状況下における行為者の心理状態から免責に値するか否かの検証が為されるのである。ここでは、誠実な動機が要求されるのではないから、臆病者と見られたくないという動機があっても、避難目的の存在が否定されるものではなく、したがって、避難目的を要求しても心情刑法に墮することにはならない。⁽⁵²⁾

V 業務上の特別の義務

刑法第三十七条第二項は、「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」と定めるが、これは正当化緊急避難ばかりでなく、免責緊急避難にも妥当する。職業上の地位に基づき危険の防御の義務を有する者、つまり、自己を不可避的に危険に晒さざるを得ない者、例えば、警察官、消防職員、医師、自衛隊員には一段と高い危険負担の義務（特別の危険負担義務）があるという意味での高い期待可能性が認められる。社会は危険の状況にあつてこういった人々の行動に信頼することができなければならないからである。しかし、この義務は「自己犠牲」を強いるものではないので、自己の生命が確実に危うい状態にある場合には免責が可能である。状況に応じた期待可能性の限界は、人の救助でなく、物の救出が問題となるにすぎないときには、いっそう妥当する。⁽⁵³⁾ 当該状況におかれた特定の職業に従事する規準人の観点から期待可能性の有無が判断されるべきである。⁽⁵⁴⁾

VI 緊急避難救助

行為者が、危険状況にある他人を救助する緊急避難救助(Notstandshilfe)も免責が認められうる。ドイツ刑法第三

五条は「親族又はその他の自己と密接な関係にある者」に限定しているが、我が国と同様、オーストリア刑法、スイス刑法は限定していない。それは、法政策的に見ると、客観面では、「窮地に陥っている人」との同胞的連帯、主観面では、行為者が具体的状況の下で共感的に他人の苦境に感情移入するということが基礎付けられる。但し、この場合も、行為者の状況におかれた、法的に保護された価値に結びつく人を規準とする期待可能性判断が必要である⁵⁵⁾。他人が救助を拒否するとき、緊急避難救助は行い得ない。さらに、緊急避難救助者は、他人に場合によつては危難にある法益の放棄を期待されうべきではないのかについても考慮すべきである。緊急避難は、この状況にある行為者自身が行うであろう以上のものであつてはならない⁵⁶⁾。

VII 錯誤

行為者が現実中存在する緊急避難状況を認識していないとき、行為者には危難を回避する目的はない。心理的圧迫状態は見られないので、法に誠実な決定の期待不可能性を理由とする免責の余地はない⁵⁷⁾。これに対して、行為を免責する前提要件が揃っていないのに存在すると誤認したとき(誤想避難)、行為者はその前提要件が実際に存在するときと同じ心理的状況、動機付け状況にある。例えば、甲が乙に拳銃を突きつけ丙を殺すように強要するが、乙はそれが甲のはつたり過ぎないことを知らず、乙が甲の強要を拒絶しても、甲は乙を射殺しなかつたであろうという場合である。この場合、責任事態が実際に存在するか否かは重要でなく、行為者がそれがあつたかと思ふことだけが重要である(欠陥のない心理的關係)。したがつて、行為者は故意行為責任から解放される。但し、それは、その他の法的前提要件が充足されている場合、つまり、行為者の表象が正しいなら、免責事由が介入する場合に限られる。さもないと、緊急避難状況に関して錯誤状態にある行為者が、錯誤に陥っていない者よりも厚遇されることにならう。免責前提要件の

誤認が過失に基づくとき、過失犯規定があることを前提に、誤認緊急避難行為者は過失犯で処罰されうる。⁽⁵⁸⁾ 行為者に免責事由の存在、範囲に関して錯誤があるとき(例えば、「現在」の危難が存在しなくても免責されると考えるとき)、あるいは、一定の事実から期待不可能性が認められるとの錯誤(規準人の社会倫理的判断としての期待可能性の錯誤)があるとき、かかる錯誤は存在しない免責事由を誤認しているのであって、無視して差し支えない。責任を帰属する根拠となる法的要件を認識していることは可罰性の前提要件とはならない。⁽⁵⁹⁾

注

(1) Vgl. E. Steininger, Strafrecht AT, 2008, 15. Kap Rn 6.

(2) Vgl. R. Moos, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 10 Rn 3; Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 6; オーストリア高等法院は一九五八年に「貧しい境遇にある、精神的、身体的に発達障害のある15歳の少女が、厳格な、しかもアルコール依存症の継父の言いつけで赤松の薪二本を盗んだ。その少女はそれまで何度も継父から殴られていたので、継父を恐れて、言いつけに抵抗できなかったという事案」において、窃盗罪の成立を肯定した第一審判決を破棄して、ノヴァコフスキーを引用して、法的に保護された価値に結びついた人を規準とする期待不可能を理由とする第一般的免責事由を認めた。この判例が後にオーストリア刑法第一〇条(免責的緊急避難)に繋がった。OGH StSt 29/83, vgl. F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinem Grundzügen, 1955, 77; R. Moos, Der allgemeine übergesetzliche Entschuldigungserund der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich, ZStW 116 (2004), 904; Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 6; D. Kiempfel, F. Höpfel, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 20 Rn 20.

(3) H.-H. Jeschke, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, 477 f., 480, 484; H.-J. Rudolph, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, § 35 Rn 1 ff.; W. Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 35 Rn 2; K. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 12 Rn 18; J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., 2011, § 10 Rn 433.

これに対して、ロクスレーンは、免責緊急避難の根拠を責任の不存在ではなく、予防的処罰の必要性が欠如しているところに見る。規範の動機付けへの働きかけが不可能というわけではないが、異常な事態のため刑罰による警告があっても予期できないことがある。

- こういっただ状況が発生することの稀なため、他人を威嚇するという一般予防の必要性がなく、こういっただ行為を行う者も特別予防の働きかけを必要としないので、規範違反者の処罰は刑事政策上不適切であると論ずる。C. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 22 Rn 4, 6. ユーロースはその機能的責任概念の立場から積極的一般予防の必要性を否定する。G. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 20. Abschn. Rn 4.
- (4) Vgl. Moos, (Fn. 2), 911; U. Neumann, NomosKommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 35 Rn 4.
- (5) O. Triffler, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1994, 12. Kap Rn 140; Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 7; Moos, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 66.
- (6) Moos, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 68 ff.
- (7) Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 9.
- (8) Vgl. Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 9.
- (9) Roxin, (Fn. 3), § 22 Rn 44 f.
- (10) Moos, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 78.
- (11) Triffler, (Fn. 5), 12. Kap Rn 144 ff.; Moos, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 77; F. Höpfl, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2000, § 10 Rn 20 f.; Steininger, (Fn. 1), 15. Kap Rn 10; Roxin, (Fn. 3), § 22 Rn 46.
- (12) H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 24. Kap Rn 13; Roxin, (Fn. 3), § 22 Rn 48 (甲は乙と一緒に危険な帆走をするが、救命胴衣をうっかり家に置いてきてしまったところ、嵐に遭い転覆したため、乙からその救命胴衣を奪い取った結果、自分には助かったが、乙は波に飲まれて死亡したという場合、免責されない。甲は危険ばかりでなく、乙を犠牲にして助かる必要のあることを予見可能だったからである。これに対して、甲は綿密に調べた救命胴衣を持参したが、役に立たないことが予見できなかったとき、免責される。甲は緊急状態に責めを負えないからである。但し、緊急避難状況を予見できないということが重要なのであって、緊急避難行為を予見できないということは重要ではないから、甲は救命胴衣を家に置いてきたが、乙が持参することを予見できなかった。甲が乙のそれを奪ったため、乙が死んだとき、甲は可罰的である。)。Radolphi, (Fn. 3), § 35 Rn 16; Kühl, (Fn. 3), § 12 Rn 63.
- (13) Moos, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 81.
- (14) Vgl. Roxin, (Fn. 3), § 22 Rn 50.

- (15) *Rudolphi*, (Fn. 3), § 35 Rn 17; *Jakobs*, (Fn. 3), 17. Abschn Rn 75. 2) 2) 2) 2) 2) 免責を認めるのが *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 51.
- (16) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 75, 78; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 10; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 19.
 大判大正一三・一一・一一刑集三・八六七(被告人は自動車を運転中、前方から来る荷車の背後等に十分注意することなく、漫然と時速約八マイルの急速力でこれと擦違おうとしたところ、荷車の背後から道路を横切ろうとしていた甲を発見、急遽これ避けようとして道路を右に転換したため、甲の祖母に衝突させ死亡するに至らせたという事案)「刑法第三七条に於いて緊急避難トシテ刑罰の責任ヲ科サセル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ懸念ニ立脚シ他人ノ正当ナル利益ヲ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リ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非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スヘキニ依リ原判決ノ判断ハ正当ノミナラス……被告人カ甲ノ祖母乙ト出会シ避讓ノ処置ヲ執ラサリシ事実ヲ過失ト認メタルコトヲ看取シ得ラルルヲ以テ他ニ避クヘキ方法アルニ拘ラス甲ノ祖母乙ト衝突シタルモノニ係リ已ムヲ得スシテ衝突シタルモノニ非サル」。
- (17) *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap 10.
- (18) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 82; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 10.
- (19) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 93.
- (20) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 15; *Fuchs*, (Fn. 12), Rn 18; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 11.
- (21) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 94 ff.; *Höpfel*, (Fn. 11), § 10 Rn 5 f.
- (22) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 97.
- (23) Vgl. *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 88.
- (24) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 91; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 8; *Fuchs*, (Fn. 12), 24. Kap Rn 19; *Wessels/Beutke*, (Fn. 3), § 8 Rn 316. 西田典之『刑法総論』二〇〇六年・一三四頁は「われらの事例でも正当化緊急避難の成立を認める。その論理は「¹⁾ニモネット号事件を例にとると、²⁾ (危難者) < 1 (犠牲者) だから正当化されるのでなく、¹⁾ (一人の犠牲者) < 3 (全員が犠牲者) だから正当化されるというものである。しかし、この論理は明らかに法文の趣旨に反する。「避けよう」と害」というのは三名全員の生命の喪失ではなく、危難者二名の生命の喪失である。問われるべきは、²⁾ < 1) であってもなお正当化されるかである。参照、山中敬一『刑法総論』【第二版】五三二頁。
- (25) *Wessels/Beutke*, (Fn. 3), § 8 Rn 316.

- (26) *Roxin*, (Fn. 3), § 16 Rn 78; *J. Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*: 1994, 246 f.; *H. -L. Günther*, *Defensivnotstand und Tötungsrecht*, in: *Amelung-Festschrift*, 2009, 147 ff.
- (27) *Fuchs*, (Fn. 12), 24, Kap Rn 20; *Kienapfel/Häbbel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 16.
- (28) *Vgl. V. Key, R. Esser*, *Deutsches Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2011, Rn 757; *Steininger*, (Fn. 1), 15, Kap Rn 10.
- 岐阜地判昭和六〇・七・一九判時一一六六・一八五は「被告人である暴力団員甲が、乙組組長丙から命令されて丁組組長戊を所携の日本刀で背後から斬りつけて傷害を負わせたという事案」で、被告人甲の組長の命令には絶対服従せざるを得なかったから期待可能性を欠いていたという主張を排斥した。「被告人は、……組内においては若輩の地位にあって、容易には組長の命令を拒否できない立場にあったが、違法行為を組長ら幹部から命ぜられ、それを拒否すれば相当の制裁を受けることが十分予想される暴力団に任意に参加し、かつ、これに所属し続けていたのみならず、さらに、本件傷害事件に限定して考えてみて、被告人は丙らが……戊に対し憤激している事情を知っており、被告人が丙から戊を斬れと命じられたのが……午前零時ころであり、……丁組事務所まで赴き本件犯行に及んだのが同日午前一時一五分ころであること、その間被告人が常に組長ら幹部の監視下におかれていたわけではないことが認められることなどからすれば、被告人が乙組事務所ないし犯行現場から離脱して本件傷害の実行を避けるだけの時間的余裕ないし可能性がなかったものと認めることはできない。のみならず、右犯行における加勢状況として、被告人はかなり意気盛んな状態で積極的に本件犯行に及んだことが認められるのである。乙組長が粗暴な性格の人物で配下組員に対する絞めつけが厳しかったとしても、今まきに行われようとしている犯罪が本件のように重大なものであればあるほど、配下組員としてはこれを避けるべき義務は大きいといわなければならない。……被告人は、本件犯行を避けようとするれば避けられるだけの機会是与えられていたのであり、また、それを担保するに足る警察制度の発達している今日の社会においては、暴力団の組長ないし幹部の命令であることの故をもって他に適法行為を期待し得ないとするが如き所論は、到底肯認することができない」と判示した。
- なお、東京地判平成八・六・二六判時一五七八・三九「オウム真理教リンチ殺人事件」は、「オウム真理教の元信者である被告人甲は、同教団の元信者である乙とともに、教団施設に収容されている自分の母親を連れ出そうと、同施設に侵入したが、教団信者らに発見され、それぞれ両手に前手錠を掛けられ、ガムテープで口を塞がれて身体を拘束された。その後、被告人は、同教団教祖丙や幹部前に連れ出され、丙から被告人を解放する条件として、「お前が丁を殺すことだ。それができなければ、お前もここで殺す。できるか」と言われた。被告人は殺害を拒んだとしても、直ちに殺害されることはないと思いつつも、丁を殺しさえすれば自分は自宅に無事に戻れるものと考え、丙から丁を殺害すれば自宅に帰れる旨の回答を得たため、丁殺害を決意し、教団幹部によって押さえつけら

れていた丁の頸をロープで絞めて殺害したという事案」において、「甲があくまで丁を殺害するように説得する丙の言葉に逆らい、丁殺害を強硬に拒否し続けたとすれば、甲自身も殺害される可能性が存したとはいえるが、……甲が丁殺害を拒否した場合には、ただちにその場で被告人の殺害行為に移ろうということまで意図していたとは認められないとすべきである。してみれば、『できないければお前を殺す』という丙の言葉も、甲に丁殺害を決意させるための脅し文句の一種と理解すべきものである。……実際に、丙ないし周囲にいる教団幹部が、甲に対し凶器を突き付けるなどして丁殺害を迫ったという事実は認められないことに加え、……丙は、甲に対し、丁を殺害するように命じた後、甲が明確な答えをせず、時間を稼いでいる間に、……丙が絶え間なく甲に丁の殺害を迫っていたわけでもないこと、……甲が丁の殺害を決意するまでの間に甲が丁の殺害を拒絶したり、命乞いをするなどして事態が緊迫化するということもなかったことなどの事実が認められるのである。……丁の生命に対する差し迫った危険があったとは認められないし、また、この時点で、仮に甲が丁殺害を拒否しても、ただちに甲が殺害されるという具体的な危険性も高かったとは認められないのであるから、甲の生命に対する現在の危険は存在しなかったというべきである。したがって、甲の行為は緊急避難行為に該当しない」とした上で、「甲は、自己の身体に対する危険から逃れるために、丁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、甲の行為には、過剰避難が成立する」と説示した。本判決は、被告人の生命に対する危険の現在性を否定したが、しかし、直ちに行動しなければ自分の生命に対する危険を避ける見込みが無いとき(将来危険)、現在の危険が認められること、さらに、免責強要緊急避難において重要なことは、それ以上は耐えられないほど心理的に圧迫されていることであることからすると、本件では生命への危険に対する緊急避難が認められてもよかつたのではないかという疑問が生ずる。

- (29) *R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, 1895, 48.
- (30) *Wessels/Bauke*, (Fn. 3), § 8 Rn 316a; *W. Kiper, Tötungsverbot und Lebensnotstand*, Jus 1981, 785 ff., 793, 以下同; *Neumann*, (Fn. 4), § 34 Rn 77 同旨; *Erh.*, § 34 Rn 118 f.; オットーも、生命の量化は許されないとしながら、相互にザイルで結びついた三人の登山家のうちの二人が氷河の割れ目に転落したという設例で、転落した二人には生存の見込みが無いことを理由に、他の一人が自分の生命を維持するためにザイルを切ることは違法性が阻却されること、転落手の事例では避難行為によって初めてそれまで危険のない者に危険が生ずるので違法性は阻却されないと論ずる。*H. Otto, Grundkurs Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn 187 ff.
- (31) OGHSt 1 321 ff.; 2 117 ff. (英国占領地区最高裁判所は医師の責任を認め、一身の処罰阻却事由を肯定した) *BGH NJW* 1953, 13 f. (連邦裁判所は一身の処罰阻却事由を認めず、行為者の不法の意識を念入りに調査するべきとして事実審に差し戻した)。

- 1), 15. Kap Rn 16.
- (50) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 137 ff; *Höpfel*, (Fn. 11), § 10 Rn 8; *Fuchs*, (Fn. 12), 24. Kap Rn 22; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 17; *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 32 ff; *Kühl*, (Fn. 3), § 12 Rn 55 ff.
- (51) *Jakobs*, (Fn. 3), 20. Abschn Rn 10 f.
- (52) *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 33; *Kühl*, (Fn. 3), § 12 Rn 26.
- (53) Vgl. *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 41; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 10; *Fuchs*, (Fn. 12), 24. Kap Rn 16 f; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 21.
- (54) *Höpfel*, (Fn. 11), § 10 Rn 21; *P. Lewisch*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2003, Nachbem § 3 Rn 108; *Fuchs*, (Fn. 12), 24. Kap Rn 16; *Höpfel/Kienapfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 21; *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 77; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 10; 又按 山中 (注²⁴) 五三三頁。
- (55) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 65; *Fuchs*, (Fn. 12), 24. Kap Rn 23.
- (56) *Moos*, § 10 Rn 65.
- (57) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 144; *Triffner*, (Fn. 5), 12. Kap Rn 134, 143.
- (58) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 144 ff; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 25 ff; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 18, 19. 対して 故意犯の成立を認めざるが *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 59 「むしろのは。実際に存在する緊急事態と云うのは、行為者の責任を阻却するのではなく、立法者が予防的処罰の必要性が無いことを理由にその行為者の作為を答責しないという帰結を導くに過ぎない。この予防の必要性に変化を来たすのは、緊急事態が行為者の頭の中にだけあるときである。客観的な強迫状態から生じているのではない故意の違法な行為が、行為者の回避可能な誤った思い込みだけで不処罰とされるなら、効果的な刑法の法益保護の任務に反する。むしろ、答責が阻却されるのは、行為者の錯誤を非難できないほどに行為者が状況を注意深く調べることをしなかった場合に限定される」。
- (59) *Moos*, (Fn. 2. Kommentar), § 10 Rn 147; *Steininger*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 19; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 2), Z 20 Rn 28; *Roxin*, (Fn. 3), § 22 Rn 65.

Entschuldigender Notstand

Toshio YOSHIDA

- I Rechtsnatur
- II Notstandssituation
 - 1 Definition
 - 2 Rettungsgut als Individualrechtsgut
 - 3 Unmittelbar drohende Gefahr
 - 4 Verschuldete Notstandslage
- III Notstandshandlung
 - 1 Eignung
 - 2 Erforderlichkeit
 - 3 Rechtsgütervergleich
 - 4 Angemessenheitskorrektiv
 - 5 Zumutbarkeitskorrektiv
- IV Subjektives Notstandselement
- V Sonderpflichten
- VI Notstandshilfe
- VII Irrtumsproblematik