

緊急避難に対する緊急避難

橋 田 久

はじめに

第一章 緊急避難

第一節 対立法益の一方のみが危険に曝されている場合

第一項 生命対生命の場合

第二項 生命対生命以外の場合

第二節 対立法益が同一の危険に曝されている場合

第一項 救助手段を共用している場合

第二項 どの法益も救助手段を持たない場合

第二章 緊急避難に対する緊急避難

第一節 諸相

第一項 対立法益の一方のみが危険に曝されている場合

第二項 対立法益が同一の危険に曝されている場合

第二節 緊急避難に対する緊急避難を肯定する見解

〈1〉

第一項 総説

第二項 正当化緊急避難の「違法性」

第三項 功利主義的根拠付け

第四項 強者の権

第三節 緊急避難に対する緊急避難を否定する見解

第一項 総説

第二項 社会連帯

第三項 事後判断説

第四項 否定説の一試論

終わりに

はじめに

一 刑法三七条一項本文の規律する緊急避難の法的性質につき、文言上は人的範囲を限定することなく第三者避難が認められていること及び害の均衡が要求されていることから、学説の大勢は緊急避難に正当化事由としての性質を認めている。その中には、一元的に正当化事由と解するもの⁽¹⁾、正当化事由と責任阻却事由の二分説⁽²⁾、正当化事由と可罰的違法阻却事由の二分説等⁽³⁾がある⁽⁴⁾。正当化の余地を一切認めない見解は少数説に止まる⁽⁵⁾。

(3) 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

二 それでは、緊急避難行為による法益の保全を故意に妨げ、その法益に切迫している危険を実現する行為の評価は如何。

(一) 構成要件該当性

1 緊急避難を阻止する行為は法益侵害結果を直接惹起するものではないが、法益の救助に向かう避難行為の因果の流れを断ち切っている。いわゆる救助的因果経過の遮断に当り、これは一般に作為と解されている。⁽⁶⁾ そこからルシユカは、行為と結果の相当因果関係、客観的帰属を肯定する。⁽⁷⁾ カルネアデースの板を奪って相手を死に致す事例を生命を守るために生命を犠牲にする緊急避難の例として挙げる我国の見解も、作為結果犯の構成要件該当性を肯定するものである。

これに対しては、些か後述するところ（第二章第三節第二項）の先取りにもなるが、緊急避難を社会連帯の思想によって正当化してその受忍義務を認める前提からの反対説がある。ドイツ刑法は連帯的作為義務違反を不救助罪（独刑法三二三条c）によって処罰しているため、正当化緊急避難規定（独刑法三四条）が連帯的受忍義務を課しているとすれば、その違反もやはり不救助罪を成立させるに止まる、と言うのである。⁽⁸⁾ 斯様に解するならば、我国の如く不救助罪のない法体系の下で結果についての罪責を負うのは、保障人のみということになる。⁽⁹⁾ しかし、不救助罪が処罰対象としているのは作為義務に違反して現状を変化させない消極的な態度であるのに対し、緊急避難の受忍の拒否は救助的因果経過を遮断して現状を積極的に変更する作為であり、より大きな当罰性を有すると考えられるのである。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

以上からすると、行為者が当該法益についての保障人であると否とを問わず、避難行為を阻止したことによる結果への構成要件段階における帰属を認むべきである。⁽¹²⁾

2 阻止行為の構成要件該当性が肯定される結果犯は、右の意味でのものに止まらない。阻止する際に相手方を殴打等すれば、暴行、傷害罪が成立しよう。さらに、適法な緊急避難を阻止するのは「権利の行使を妨害した」ものとして強要罪(二二三条)の成立も考えられる。⁽¹³⁾

(二) 違法性

次いで、阻止行為の正当化の可能性を考える。緊急避難に正当化事由としての性質を凡そ否定するならば、当初の避難行為は違法となり、これを阻止する行為には正当防衛が成立する。⁽¹⁴⁾これに対して、正当化緊急避難という法形象を認める場合、阻止行為については正当化事由の衝突乃至許容の衝突(Erlaubnisollision)が問題となり得るが、⁽¹⁵⁾正当化事由としては正当防衛ではなく、⁽¹⁶⁾正対正の構造を持つ緊急避難の成立のみが考えられる。以下では、当初の危険から免れるためのものを第一の避難行為、これを妨げるものを第二の避難行為と呼ぶことにする。

(三) 本稿の課題

我国では、緊急避難に対する緊急避難の可否、即ち緊急避難の受忍義務について、十分な議論が行われていない。判例にも、緊急避難に対抗する行為の罪責が問われたものはないと思われる。斯様な状況に鑑み、本稿は、三七条一項本文の緊急避難を一元的に正当化事由と解する通説的な立場から、この問題についての検討を深めることを目指すものである。

考察に際しては、ドイツを中心とするドイツ刑法圏の学説を参照する。正当化緊急避難の受忍義務を巡る議論の蓄積があり、我国での解決を模索するに当って裨益するところ大と思われるからである。尤も、日独間で状況が異なる点もある。第一の相違点は法規定にある。即ち、物に対する攻撃的緊急避難を定めるドイツ民法九〇四条

(5) 緊急避難に対する緊急避難 (橋田)

第一文は、「物の所有者は、他人による物に対する働き掛け (die Einwirkung) を……禁ずることができない。」と規定して、緊急避難による物に対する侵害の受忍を物の所有者に明文で義務付けている。そして、この正当化緊急避難規定の一般法が、避難行為によって侵害される法益を特定しないドイツ刑法三四条の正当化緊急避難規定と解されているのである。第二に、ドイツでは生命を侵害する攻撃的緊急避難を殆どの論者が違法と解している。そのため、緊急避難と緊急避難の衝突が問題になることの多い生命の相互侵害においては第一の避難行為が違法とされ、正当化の衝突ではなくなる。その故か、ドイツでは、衝突それ自体よりも、次章で扱うその前段階についての議論の方が盛んなのである。斯かるドイツとの相違も念頭に置きつつ、検討を進める。

三 第二の避難行為の正当化要件は、現在の危難、避難行為の有効性、第一の避難行為を妨害するより軽微な侵害の回避手段がないという意味での避難行為の補充性、害の均衡、さらに要否に争いのある避難行為の相当性、避難の意思である。この内、害の均衡の要件については注意を要する点が存する。⁽¹⁹⁾

(一) 対立利益が等しい場合には、利益同価値の場合に正当化を認めるか否かによって、第一及び第二の緊急避難の法的評価が変わる。利益の優越を要求する立場では、第一の避難行為が違法となるため、許容の衝突は発生しない。しかし、利益同価値でも正当化を行う通説的立場では、両避難行為共に害の均衡の要件を充足するため、いずれも正当化され得る余地が生ずることになる。以下ではこの場合を素材として、通説的立場を前提として、叙述を進める。

他方、第一の避難行為による保全利益が侵害利益を上回る場合、この行為は違法阻却一元説と単純な優越を要求する説のいずれによっても正当化される。その反面、第二の避難行為の保全利益は侵害利益を下回っていることとなるので、この対抗行為はどの立場に立つても緊急避難として正当化されず、⁽²⁰⁾許容の衝突に到る余地はない。

例えば、乙が生命に対する危険を免れるために第三者甲の財産を害しようとする第一の避難行為に甲が対抗して乙の生命を侵害する第二の避難行為は、害の均衡を欠き、違法である。よってこの場合は本稿の関心外となる。⁽²¹⁾

(二) 二(一) 2で触れたように、第二の避難行為によって第一の避難行為による法益救助が挫折した結果、その法益が喪失に到るのみならず、第二の避難行為の直接の作用による別の法益侵害が発生することもあり得る。例えば、沖合で犬が溺れており、乙がそれを助けに行くために犬と同価値である甲所有の舟を使うとしたところ、甲が乙を殴打してこれを止めた場合、甲は舟を守るために犬を犠牲にするのみならず乙に対する強要罪や暴行罪の構成要件に該当し得る自由或いは身体への侵害をも行っている。そのため、侵害利益が保全利益を凌駕し、害の均衡の要件を満たさず、その行為は当然に違法ではないかの疑を生ずるのである。

その帰趨は、一つの避難行為による侵害法益が複数である場合に、保全法益と衡量されるのは個々の侵害法益か、それともその総和かによる。前者であれば犬との関係では正当化緊急避難に対する正当化緊急避難が認められる可能性があるのに対し、後者では第二の避難行為は過剰避難となる。この争いの詳細に立入る余裕はないが、緊急避難の正当化根拠を連帯に求める私見⁽²²⁾からすると、少なくとも被害者の連帯義務にとって意味を持たない他人の損害は合算されるべきではないこと⁽²³⁾なるから、第二の避難行為による侵害法益の主体が同一人か否かによって違いが生じ得ることになる。先の例で犬の法益主体が乙であれば、その価値は乙の自由、身体という法益の価値と合算される余地が生じ、そうであればこれは甲の行為によって保全される舟の価値を上回るため、甲の行為は過剰となり違法である。しかし、乙が飼主でないならば、一方では犬の価値と舟の価値、他方では乙の自由、身体⁽²⁴⁾の価値と舟の価値がそれぞれ衡量され、甲の行為は少なくとも前者について害の均衡を満たすことになる。その時、許容の衝突が発生するのである。

〈7〉緊急避難に対する緊急避難（橋田）

しかしいずれにせよ、以下では斯かる発展的な場合ではなく、第二の避難行為によって第一の避難行為の保全法益のみが侵害される単純な場合について考えるものとする。

四 本稿の構成は次の如くである。第一章では予備作業として、阻止行為の向けられる第一の避難行為の正当化の可否を類型毎に考察する。第二章では、緊急避難に対する緊急避難の諸相を概観した上で、その成否を巡る議論を肯定説、否定説の順に検討する。

はじめに註

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（平成二）二四六頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和五〇）二二九頁、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇）一七八頁、福田平『全訂刑法総論「第五版」』（平成二三）一六五頁、内田文昭『刑法概要中巻』（平成一一）一三三頁、西原春夫『刑法総論改訂版「上巻」』（平成五）二四八頁、大谷實『刑法講義総論「新版第4版」』（平成二四）二九六頁、前田雅英『刑法総論講義「第5版」』（平成二三）四〇〇頁、西田典之『刑法総論「第二版」』（平成三二）一四四頁、堀内捷三『刑法総論「第2版」』（平成一六）一六六頁、伊東研祐『刑法総論』（平成二二）二〇五頁、松原芳博『刑法総論』（平成二五）一七二頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（平成二五）一八九頁、川端博『刑法総論講義（第3版）』（平成二五）三八一頁以下、高橋則夫『刑法総論「第2版」』（平成二五）二九九頁。
- (2) 保全利益が侵害利益に優越する場合のみ正当化し、同価値なら責任阻却するのは、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六）二〇六頁、中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五）一四三頁、中山研一『刑法概説Ⅰ「第2版」』（平成二二）一〇四頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（昭和六一）四二〇～四二七頁。保全法益が著しく優越する場合のみ正当化するのは、森下忠『緊急避難の研究』（昭和三五）二四一頁、井田良『講義刑法学・総論』（平成二〇）三〇二頁（例外的な場合には法益同価値でも正当化する）。

生命対生命の場合のみ責任阻却事由とするのは、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(平成八)二五五頁以下。生命対生命、身体対身体の場合のみ責任阻却事由とするのは、木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論「増補版」』(昭和五三)二六九～二七〇頁、生命及び生命に準ずる身体の重要部分の侵害のみ責任阻却事由とするのは、山口厚『刑法総論「第2版」』(平成一九)一三八頁。

(3) 二分する視点の違いを捨象して列挙すると、大塚仁『刑法概説(総論)「第四版」』(平成二〇)四〇一頁、曾根威彦『刑法総論「第四版」』(平成二〇)一一三頁、松宮孝明『刑法総論講義「第4版」』(平成二二)一五六頁。

(4) 違法阻却、可罰的違法阻却、責任阻却の三分説として、浅田和茂『刑法総論「補正版」』(平成一九)二四六頁。違法阻却、可罰的違法阻却、可罰的責任阻却の三分説として、山中敬一『刑法総論「第2版」』(平成二〇)五一八頁。

(5) 責任阻却説として、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(昭和二三)(瀧川幸辰刑法著作集第二卷「昭和五六」)一四四頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和四九)二〇八頁、植松正・曾根威彦・川端博・日高義博『現代刑法論争Ⅰ(第二版)』(日高)(平成九)一四五頁以下。可罰的違法阻却説として、林幹人『刑法総論「第2版」』(平成二〇)二〇六頁以下、生田勝義『行為原理と刑事違法論』(平成一四)二八三頁以下。

(6) *Silva Sanchez*, GA 2006, 384; 井田・総論一三九頁、浅田・総論一六一頁。

(7) *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 74; vgl. auch Roxin, Jeschek-FS, 1985, S. 463; *V. Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 235; *Silva Sanchez*, Frisch-FS, 2013, S. 310; *Joerden*, Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 58; Koriath, JA 1998, 252; *Mautzsch*, JA 1999, 430f.

(8) 大谷・総論二九五、三〇〇頁、西田・総論一四三頁、井田・総論三〇〇頁、林・総論二〇六頁。

(9) Vgl. *Silva Sanchez*, GA 2006, 383; NK-StGB-Neumann, 4. Aufl., 2013, §34 Rn9 Fn32.

(10) *Silva Sanchez*, aaO, 384f.

- (15) *Joerden, Otto-FS, 2007, S.331.*
- (16) 大塚・総論三三三頁、内藤・総論中三三七頁、井田・総論二七八頁、山口・総論一七頁、西田・総論一五八頁、佐伯・考え方一八三頁。これに対して伊東教授は、緊急避難は行為反価値を欠くため適法であるが結果反価値は残ると解し、三六条の「不正」は後者のみで足りるとの立場から、緊急避難に対する正当防衛を肯定する（伊東・総論二〇五、一八五頁）。結論同旨、吉岡一男「刑法通論」（平成七）七五頁。しかし、正対不正という正当防衛の構造に反する。
- (17) 受忍義務を伴うため、同条の避難行為は当然に適法と解されている（Palandt/Bassenge, BGB, 72.Aufl., 2013, §904 Rn4; MK-BGB-Sticker, 5.Aufl., 2009, §904 Rn13; Haas, Kausalität, S.237f; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6.Aufl., 2011, 9/53; 小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑雑三四卷三三三号（平成七）三四七頁註五）。
- (18) さらに、既に言及したように、第二の避難行為について成立し得る犯罪の選択肢として、作為犯としての殺人等の罪の他に、ドイツ刑法典には真正不作為犯としての不救助罪の規定が存在するという違いもある。
- (19) その他、現在の危難要件については、後述第二章第二節第一項三も参照。
- (20) 牧野英一『刑法研究第九卷』（昭和一五）一七頁、Silva Sanchez, Frisch-FS, S.313; 山口厚『問題探究刑法総論』（平成一〇）九四頁も参照。
- (21) 尤も、甲の大なる利益を保全するために乙の中なる利益を侵害する緊急避難行為を免れるべく、甲の小なる利益を侵害する場合には、第二の避難行為に害の均衡が認められる。例えば、甲に向って自動車が進んで来たため、甲が生命を守るために逃げ、その際進路にいた乙を突き飛ばそうとしたところ、それによって乙の身体に生ずる重大な傷害から乙を守るべく丙が甲を投げ飛ばし、その身体を軽微に傷害した等（松原芳博「緊急避難論」法教二六九号（平成一五）一〇〇頁註二四）。これは第二の避難行為によって専ら第一の避難行為の保全法益以外の法益が侵害されるかなり特殊な場合であり、検討の対象外とする。

〈11〉緊急避難に対する緊急避難（橋田）

さらに、第二の避難行為が防禦的緊急避難に当る場合、相手方が危険源であるとの事情を利益衡量において考慮し、攻撃的緊急避難におけるよりも緩やかに害の均衡を認める見解があり（Statt vieler Schönke/Schröder/Peron, StGB, 29. Aufl., §34 Rn30）これによると本文（一）第二段落の場合にも第二の避難行為が適法とされる余地が生まれよう。なお、我国にも、攻撃的緊急避難なら利益の優越を要するが防禦的緊急避難なら同等利益で足れりとする見解（小田・前掲三四六頁）や、攻撃的緊急避難なら利益の著しい優越を要求し防禦的緊急避難では法益同価値で可とする見解（井田・総論三〇二頁）はあるが、本文のように法益、利益の大小が逆転している防禦的緊急避難の場合に害の均衡を認めることまで主張するものではなからう。

〔22〕拙稿「避難行為の相当性」産法三七巻四号（平成一六）六三頁、葛原力三・塩見淳・橋田久・安田拓人『テキストブック刑法総論』（橋田）（平成二一）一五三頁。また、後述第二章第三節第二項五。

〔23〕NK-StGB-Neumann, §34 Rn70.

第一章 緊急避難

緊急避難行為とこれを妨害する行為が行われる事例の中では、乙が危険から免れるために甲を犠牲にする避難行為を行い、甲がこれに反撃する場合が典型的と思われる。斯かる場合について、本章では先ず、乙による第一の避難行為の正当化の可否を、危険に曝されているのが対立法益の一方のみか（第一節）双方か（第二節）、さらにそのそれぞれについて生命対生命の衝突事例か否かに分けて論じ、次章における対抗行為それ自体の検討に備える。

第一節 対立法益の一方のみが危険に曝されている場合

危殆化された法益を救助するために、これと同価値の、危殆化されざる無関係の法益を侵害するのが本節の事例群である。通常の攻撃的緊急避難であり、その法的性質は本稿冒頭（はじめに二）で概観した。生命対生命の場合とそれ以外の場合に分説する。

第一項 生命対生命の場合

一 総説

(一) 先ず本項では、乙の生命に対する危険を回避するために危険と無関係の甲の生命を侵害する場合を取り上げる。侵害法益としての生命の不可侵性故に特別の議論があるためである。その典型は、乙の必要とする生命救助手段が甲にとつても必要で、これを奪われれば甲が死に至る場合であろう。カルネアデースの板の事例を以てその代表とする。即ち、船が遭難し、海に投げ出された乗員甲の擱まっている一人の重量にしか耐えられない板を乙が奪つて甲を溺死させたというものである。これがカルネアデースの考案にかかる原型と言われる。⁽¹⁾さらには、乙が危険から逃避する際に邪魔になる甲を排除して殺害する事例もある。⁽²⁾斯様に生命を侵害する緊急避難は適法か。⁽³⁾

(二) その議論に入る前に、この種の事例において、侵害される甲の側に生命の利益に加えて更なる利益の存在を認めることにより、対立利益が同価値との前提を否定するものがあるので、一瞥を与えておきたい。

1 オットーは、甲が板の保持によって「救助機会 (Retungschancen)」を有していることに着目する。他者

〈13〉 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

の生命について決定することは何人にも許されぬとの立場から、他人の生命の救助機会を否定することによって自らの生命の救助機会を増大させる乙の行為を違法とするのである。⁽⁵⁾ 斯かる視点は、利益衡量の要素として導入される。⁽⁶⁾

⁽⁷⁾ この考え方には、生命の価値が救助機会の大小によって異なるといふ生命の質を認める点に根本的な疑義がある。また、仮に救助機会に着目するとしても、これを板の所持の有無のみならず体力にも依拠させるなら、後から来た乙が体格において優るため甲から板を容易に奪える時にはむしろ乙にのみ救助機会が認められるため、オットーは乙に利益の優越を認めてその行為を正当化すべきことにならう。⁽⁸⁾

2 オットーにおける甲の事実上の優越的地位を、法的観点から構成する見解もある。ドイツ民法上、占有者には自力救済が認められているため（独民法八五九条）、甲の占有は法的にも保護されている。⁽⁹⁾ イエルデンが、板を先占していた甲に「安定した法的地位（*gesicherte Rechtsposition*）」を認めるのはこの意味であろう。⁽¹⁰⁾ イエルデンはさらに、この板が甲によって擱取された時に無主物から甲の所有物になるとも述べている。⁽¹¹⁾ 以上の如く、板についての占有乃至所有の権利が甲の侵害利益に数えられる結果、それは乙の保全利益に優越すると解されているのである。しかし、甲のこの付加的利益は、板によって危険を免れている甲に乙が危険を転嫁するという攻撃的緊急避難の構造それ自体を表わすものであり（後述第二章第一節第一項一）、害の均衡で考慮さるべき事柄ではないと思われる。仮に考慮するとしても、衡量の俎上に上るのは具体化された利益であって、生命という最高位の法益が衝突する場面において、板という軽微な財産的法益がその一方に付加されることで害の均衡が失われると考えるのは、余りにも細部に目を奪われていると言わなければならない。⁽¹²⁾

また、板が第三者丙の所有物の場合、甲の生命及び丙の所有権が乙の生命と対立するとの見方もあり得よう。⁽¹²⁾

しかしこれに対しても右の批判が妥当する他、法益主体を同じくする客体毎に緊急避難の成否を論ずるなら（はじめに三（二二）、甲と乙との関係では単純な生命対生命の衝突事例と見て良いことになる。

（三）以上を踏まえて、生命を守るために生命を犠牲にする行為が緊急避難として正当化されるかを検討することにする。

二 適法説

カルネアデースの原型事例における乙は、自己の生命を救うために甲の生命を犠牲にしている。よって、同数の生命が対立する攻撃的緊急避難の場合にも正当化を肯定する我国の多数説によれば、乙の避難行為は正当化されることになる。⁽¹³⁾

三 違法説

乙の行為を違法とする反対説には、次のようなものがある。

まず、利益同価値の緊急避難には責任阻却しか認めない我国の少数有力説がこの結論を採る。⁽¹⁴⁾ ドイツでは、刑法三四条の正当化緊急避難規定が保全利益の侵害利益に対する本質的優越を明文で要件としていること、至高の価値である生命については凡そ衡量を禁ずる立場が有力であることから、違法説が通説となっている。⁽¹⁵⁾

我国にはさらに、一般的には対立利益が同価値でも正当化を認めつつ、生命や身体の枢要部を侵害する場合には「相互助のための合理的な受忍の範囲を超える」ことから「補充性の前提となる法益衝突状況」を法的に否定して

「やむを得ずにした行為」に当たらないとの見解がある⁽¹⁷⁾。私見は違法阻却二元説に立つが、前者と同様の考え方から、結論としては乙に正当化緊急避難の成立を否定する⁽¹⁸⁾。

第二項 生命対生命以外の場合

生命以外の法益に危険が切迫しており、これを同価値の他法益に転嫁する事例には、次のようなものがある。カルネアデースの原型を変形すると、甲の飼犬Aがカルネアデースの板に掴まって浮かんでいたところ、乙の飼犬Bが泳ぎ着いたため、乙がAを板から突き落とし、Bを掴ませた例が考えられる。AとBは同じ価値であり、この板はAまたはBいずれか一頭の重さに耐えるのが限度とする。さらに、元々甲と乙もAと共に板に掴まっており、板が甲、乙と犬一頭を支え得るとの前提で考えても良い。より不自然さのない例としては、乙が、沖合で溺れている犬を救うに行くために、これと同価値の甲所有の舟を無断で使うというものがある。いずれの例においても、法益同価値でも三七条による正当化を認めるなら、乙の行為は適法である。

第二節 対立法益が同一の危険に曝されている場合

同価値の各法益が当初から同一の危険に曝されており、その儘放置すれば凡ての法益が失われる危険共同体において、凡てを保全するに足りる救助手段が存在しないため、一部を犠牲にして一部を保全する行為の違法性を本節で問う。単純化のために対立法益を二個とした上で類型化すると、いずれか一方のみを救助し得る救助手段があり、これを両法益が共用している場合（第一項）と、いずれの法益も救助手段を手にしていない場合（第二

項)とがある。

第一項 救助手段を共用している場合

一 危険共同体と緊急避難の関係

危険共同体において救助手段を共用する相手方を排除する事例として、甲と乙の掴まっているカルネアデースの板が沈んで二人ながら溺死する虞が生じたため、乙が甲を突き落として自分だけが助かるというものが考えられる。

斯様な事例につき、両法益を一体視して、甲と乙によって構成される共同体に振り懸った危難から両者を救うために甲が犠牲にされたと見、事態を共同体の内部で処理していると捉えて、危険を無関係の第三者に転嫁する緊急避難とは別異の法形象と解するものがある。⁽²⁰⁾ 我刑法三七条の要件の解釈としては、全体への害を「避けようとし」てその一部分に害が「生じた」に過ぎないため、害の均衡を肯定するのである。右の例では二人の死を避けるために一人を犠牲にしたものとして害の均衡が認められる。対立法益の数を増やして、二人乗りの舟に乗っている五人の内の二人が他の三人を突き落として溺死させたとすれば、五人の死を避けるために三人を犠牲にしたに過ぎないため適法とされるのである。⁽²¹⁾

しかし、危険共同体構成員の一部の被害がその被害者自身(を含む全体)の喪失を避けるために行われたと言うのは強弁に過ぎよう。⁽²²⁾⁽²³⁾ 危険を共にしてもそれぞれは主体を異にする独立の法益であることを等閑視してはならない。加えて、侵害法益に実現したのは当初その法益に切迫していたのとは別の危険であることにも鑑みると、危険共同体は危険の転嫁という構造を緊急避難と同じくする。「避けようとした害」とは、保全法益に切

迫する危険のことなのである。⁽²⁴⁾ それ故、右の第一の例では、同価値の生命と生命が対立していると見るべきである。第二の例では、二人を救うために三人を犠牲にしたことになり、害の均衡を欠く。

二 生命対生命の場合

(一) 危険共同体における行為は、一での考察に従えば通常の緊急避難と評価されるので、前述（本章第一節第一項三）の如く生命対生命の緊急避難を違法と解するならば、生命危険共同体における殺人も対立する生命の数の多少に拘らず違法となる。そうすると、一で挙げたカルネアデースの板の事例における甲と乙は、レンツイコフスキーの言うように、カルネアデースの原型事例における甲とは異り、「両者共に相手が板を利用することを妨げる法的地位を獲得するに到っていない」ため、「各人は自己の危険を引き受けるべきであり、これを他人に転嫁してはならない」との原則が妥当し、法は両者の死を命ずることになるようにも思われる。⁽²⁵⁾ その時、第三者も一方を犠牲にして他方を救ってはならないことになろう。⁽²⁶⁾ ミニョネット号事件⁽²⁷⁾における、救命艇上で飢餓状態にあった四名の内の一名を他の三名が殺害してその肉を食する行為もまた、それによって全員の死が回避できるとしても違法となる。

これに対しては、「可能な限り確実な利益最大化を志向するシステムとしての刑法を構想する」功利主義的立場から、一人でも生き残る方が全滅よりも望ましいとの批判が有力であり、⁽²⁸⁾ レンツイコフスキーも自らの結論が醜怪（grotesk）であることを隠さない。⁽²⁹⁾ 更に、いずれを救助するための避難行為をも禁ずるなら、先に行うに出た者を正当防衛として殺害できることになり、⁽³⁰⁾ 斯かる「遅い者勝ち」を失当と評する論者もいる。⁽³¹⁾ 確かに、刑法は法益保護を目的としており、可能な限り多くの法益を救うことが求められる。しかし、財の最大化という功利

主義的要請は、生命という至高の法益の自己目的性を否定しない限り、生命に対する個人の権利に道を譲ると言わねばならない。⁽³²⁾

(二)但し、危険共同体における生命に対する緊急避難的侵害が例外的に適法となる場合もあるように思われる。それは、防禦的緊急避難の場合である。防禦的緊急避難の相手方は、自己の領域から危険を発生させている危険源であり、先ず自らが避難行為者の権利領域を侵害している。避難行為はこれに対抗するものであり、危険を無関係の第三者に転嫁してこの者を法益保全のための単なる手段と成すものではないため、相手方の自律性は侵害されない。斯様な場合には、攻撃的緊急避難の場合とは異り、緊急避難による生命侵害も、生命の手段化が認められないが故に許容される可能性が生ずる。⁽³³⁾そして、義務の衝突の場合には、自分の二人の子供と一人の子供が別方向で溺れており、親がどちらか一方向にしか助けに行けない時、二人を助けて一人を見殺しにすることは適法であるが、一人を救って二人を助けないことは違法と考えられており、生命の量的衡量が許容されていることから、防禦的緊急避難でも対立する生命を救いによって衡量し、害の均衡等の要件を満たせば行為は正当化されるのである。⁽³⁴⁾

そこで、行為者の生命に対する危険の淵源が問われる。ミニョネット号事件の被害者は危険源ではないため、行為は攻撃的緊急避難であつて原則通り違法となる。他方、カルネアデースの板の事例については見方が分れている。乙への危険が難破に由来すると考えるならば、乙の行為は危険と無関係の者に対する攻撃的緊急避難となる。しかし、甲が自分の体重によって乙を危殆化している⁽³⁵⁾と見ることは可能であろう。登山者事例——お互いに縄で体をつながれた二人の登山者の内の甲が落石のため足を踏み外して宙吊りになり、乙は甲を引き上げることができないばかりか、自分も甲の重量のため一緒に転落する危険が切迫したので、縄を切断して甲を墜落死させ

た——に比べると同じく、このカルネアデースの板の事例においても甲こそが、乙に対して切迫する溺死の危険を創出、増加している。甲に答責性がないとしても、登山者事例の場合と同じくそのことは問題とならない。以上から、甲を危険源と見て、乙の行為に防禦的緊急避難の構造を認めることができる。⁽³⁶⁾ よって乙は、一個の生命を守るために危険源たる一個の生命を犠牲にするものであり、三七条によって正当化されるのである。⁽³⁷⁾

三 生命対生命以外の場合

事例として、前節第二項で挙げた事例を変形して、犬A、Bが掴まって浮かんでいる板が沈み始めたため、乙がAを突き落としてBを助けるというものが考えられる。生命以外の同価値の法益が対立しているため、その場合に緊急避難による正当化を認める立場に立つと、防禦的緊急避難と解すると否とを問わず、行為は正当化される。

四 保全法益の選択方法

以上の如く、危険共同体の事例の内、救助手段を共用する同価値の他法益を排除する行為は、生命対生命の事例において攻撃的緊急避難として行われる場合を除き、適法である。

尤も、対等な立場にある両法益のどちらを保全するかは決定は容易でない。次章で検討する実力行使の方法を別にすれば、以下の二つの方法を考え得る。

(一) 籤

ベルンスマンは、生命危険共同体において共同体構成員の全滅を避けるためにする一部の者の殺害を免責する

立場からではあるが、被殺者の決定は可能な限り適正 (gerecht)、公正 (fair) で、⁽³⁸⁾ 相対的に最大の個人的利益の保護をもたらす合理的な方法によるべきことを主張し、籤 (Los) にその理想を見出す。起源においては、神意を知るための宗教的なものであったが、印欧民族における土地の分配や古代ローマにおける官職の選任等に用いられた際には、全員が原理上等しい権利を有するにも拘らず同時には獲得できない地位の平等な分配という合理的な考慮に基いていた。生命への基本権は凡ての者に等しく与えられているので、この観点を生命危険共同体に転用できることは明らかであると言ふ。⁽⁴⁰⁾

抽籤の方法の正当性を、ベルンスマンはロールズの正義論によって論証する。ロールズは、「無知のヴェール (Schleier des Nichtwissens: veil of ignorance)」のために自らの現在及び将来の地位を知らない者をして、自己の利益にとつて最善と思われる規律を選ばせ、社会統制原理とする。斯かる不確実な状況下においては、考えられる限り最も不利な状況における不利益を最小化する決定基準 (Maximin-Regel) が採用され、その結果、最も不利な関与者にとつても許容可能な形で危険を分配する規律が選ばれるであろう。これを生命危険共同体について見れば、病者や非親族等、その不存在が共同体の利益とされかねない者が最大の延命の見込みを得る、最も公正、適正な方法は、籤ということになる。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

確かに、犠牲になる法益を籤によつて決める方法は、生命等の法益の平等と財の効率的配分を同時に満足させるものと言えよう。⁽⁴⁴⁾ しかし、その実行のためには若干の条件が存在する。先ず、時間的な余裕が必要である。時間的切迫の故に抽籤を為し得ず、敢行すればその間に全員が死ぬ事例もある。ミノネット号事件では抽籤を行う余裕があったと思われるが、カルネアデースの板を巡って争う事例においてはこれが甚だ疑わしい事態も想定される。⁽⁴⁵⁾ ベルンスマンも、斯様な場合には籤に固執していない。⁽⁴⁶⁾ さらに、危険共同体の全構成員が合意の上で籤

引に参加する必要があり、参加を強制することはできない。さりとて、自らは犠牲を払うことなく他人の犠牲から一方的に利益を得させることは平等を欠くため、一部の任意の参加者の中から籤で選ばれた者を殺害することは適正手続に違反し、許されないように思われる。⁽⁴⁷⁾ 斯様な条件を満す抽籤が行われることは現実性に乏しいと思われ、これに替わる方法を案出しておくことが求められるのである。

(二) 前者の権

イエルデンは、抽籤によって各人に救助のための等しき機会を与えることを最も正義に叶った解決と認めながら、その利用可能性なき場合には次善の合理的解決策として、「早い者勝ち (Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.)」を提唱する。⁽⁴⁸⁾ 救助手段の独占行為をいずれも適法とするが、救助手段を先に得た法益のみが救助されることを認めるこのいわゆる前者必勝原理は、中世ドイツの法書たる「ザクセンの鏡」(Sachsenspiegel, II 59, 4)⁽⁴⁹⁾ に起源を持つと言われる一つの法原則である。

イエルデンは、現行法におけるその表われを他の法分野に求め、特に民法の懸賞広告 (Auslobung) を挙げる。ドイツ民法の立法者は、懸賞広告者の指定した行為を二人が行った場合のために、三つの衝突規則を用意した。第一規則によれば、行為を最初に行った者に懸賞が与えられる (独民法六五九条一項)。二つの行為が同時に行われた場合、第二の衝突規則は懸賞の分割を定める (同条二項第一文)。懸賞がその性質上不可分である場合、第三の衝突規則は最終手段として、決定を籤という偶然に委ねるのである (同条二項第二文)。⁽⁵¹⁾ この三つの規則は、適用の順番も含め、我民法典 (五三二条一、二項) にも継受されている。⁽⁵²⁾ 前者必勝原理はその他にも広汎な法領域において妥当しており、これを刑法の分野から敢えて排除する理由は存しないように思われる。

さらに、刑法においても、違法を根拠付ける構成要件段階では、同一の結果を目指して複数人の行為が独立し

て行われた時、最初に結果を発生させた行為にのみ帰属が認められている。それならば救助結果については、これを最初に達成した者に享受させることが可能であろう。

第二項 どの法益も救助手段を持たない場合

一 総説

危険から免れるための救助手段を持たない複数の法益の中の一部がこれを独占する場合である。

生命対生命の事例としては、甲と乙がカルネアデースの板を目指して泳ぎ、甲が先に到達し、板と共に泳ぎ去って乙を溺死させた例、或いは、同一地域に住む甲と乙が同じ救命薬を緊急に必要としているが、当該地域に唯一存在する薬局には一人分の在庫しかなく、甲がこれを先に買ったために乙が死んだ例がある。⁽⁵⁴⁾ 生命対生命以外の事例では、沖合で甲と乙の同価値の飼犬A、Bが溺れており、これを救いに行くのに必要な、犬一頭と同等の価値を有する他人所有の舟を甲が奪って自分の犬の救助に向い、よって乙の犬Bが溺死した場合がある。

いずれの事例においても、甲は乙の法益に向かう救助的因果経過を遮断し、法益状態を悪化している。もし甲の行為がなければ確実性に境を接する蓋然性を以て乙の法益侵害結果が回避されていたであろう場合には、結果犯の客観的構成要件該当性を肯定することに異論はなからう。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾

二 正当化

学説は、救助手段を独占する行為の構成要件該当性を肯定した上で、前者の権を認めて正当化を行っている。適法の結論に異を唱えるものは見当たらないが、生命対生命の場合には、その場合の緊急避難が原則として違法で

あること（前述本節第一項二）との整合性を図る必要がある。このことを念頭に置きつつ、理論構成の種々相を眺める。

（一）イエルデンは言う。一のカルネアデースの板の事例で、法が甲乙両者に対して溺死を命ずるといふ嫌悪すべき帰結を避けるためには、各人に板の擱取を許容し、先に板を奪う行為を正当化して二人の内少なくとも一人に助かることを許すという合理的な解決を採るべきである、と。⁽⁵⁷⁾確かに、この方法によって全法益の喪失を免れることになるが、斯様に功利的な観点を前面に出すことには前項で見たように疑問がある。

（二）同事例では乙が未だ板に掴まっていないことから、カルネアデースの原型事例におけるよりも被害者の救助の可能性が低い点を強調するのはオットーである。乙は、甲が板の擱取を諦める自己犠牲を払うことによつてのみ救助機会を有する。板を奪った甲は自己の救助可能性を実現したに止まり、乙の救助可能性を悪化させてはいない。甲にも乙にも、「自らの行動の自由を相手のために制限し、以て自らの生命を犠牲にする義務はない」ので、甲の行為は適法である、と。⁽⁵⁸⁾

確かに、乙の生命の保全は確實でないが、「法は先ず現状を保護し、単なる期待権（*Erspckanzeln*）は然らず」とは言えない。生命は、救助の確実性や持続する時間には全く関わりなく等しく保護されるのである。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

（三）但しオットーは、甲が「相手方の法的に保護された領域に介入していない」とも述べている。⁽⁶¹⁾この方向を押し進めたのがキューパーである。曰く、「甲は、乙の法益を直接（*unmittelbar*）侵害するのでもその支配領域を害するのでもなく、危険状況において自己の救助可能性を利用したことの避け難い結果として乙の救助可能性を無に帰せしめるのみである。これは『社会生活上全く疑問の余地なき』態度であり、これを否認する契機を法共同体は持ち合わせていない」。そしてキューパーは、「違法と考えられない類似の例を挙げて結論を補強する。

例えば、難船の際に救命艇の最後の一席を確保することによって、これに乗船できなかった者を死に至らしめる行為。さらに一の菓の事例における購入行為も、「法的に問題がなく (rechtlich unverfänglich)、『社会的相当』であり、それ故禁止されない」とし、先のカルネアデースの事例における甲の行為の評価もこれと異なるところはないと言う。⁽⁶²⁾

キューパーの言う直接の侵害、支配領域の侵害は、危険の転嫁と捉えることができよう。転嫁は、例えば甲も乙も板に掴まっていない状況で甲が板を独占するために乙を攻撃して殺害する事例(後述第二章第一節第二項二)において肯定されると思われる。他方、本項の事例で甲が乙に向かう救助的因果経過を遮断しても、乙には当初から切迫していた危険が実現するに止まるのであるから、甲は乙に危険を転嫁するものではない。よってこれは攻撃的緊急避難ではない。尤も、乙は危険源ではないから、防禦的緊急避難でもない。フリッシュはこれを、両者の間に位置する緊急避難の第三類型としての「衝突 (Kollision)」という新たな正当化事由に位置付け、ドイツ刑法三四条によって保全利益の本質的優越が正当化要件とされる攻撃的緊急避難と、対立利益が隔絶していなければ良い防禦的緊急避難の間を取って、保全利益の単純な優越で足りるとしている。⁽⁶³⁾ フリッシュの如く斯かる緊急避難としての構造の差異を害の均衡の要件に反映させるべきかは一先ず措くが、「衝突」では危険の転嫁が為されていないことから、甲は乙を手段化していないと考え、防禦的緊急避難に準じて生命対生命の場合にも正当化を認めることは可能と思われるのである(前述本節第一項二(二))。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

第一章註

- (1) Küper, Wolff-FS, 1999, S.299, ders., Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999, S.32; 森下・研究七頁。カルネアデースは懷疑

〈25〉 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

主義の立場から、乙が甲から板を奪うならば賢明（市民的正義）であるが不正（自然的正義）であり、奪わず溺死するならば正義（自然的正義）であるが愚か（市民的不正義）であり、よって市民的正義と自然的正義が両立し得ないことを、この事例によって示そうとしたと言われる（岡道男『カルネアデースの板』とキケロー）図書六〇五号（平成一二）三三頁以下。Vgl. auch *Koriat*, JA 1998, 251）。この原型事例の変種につき *Otto*, *Pflichtenkonflikte und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3. Aufl., 1978, S. 84; *Koriat*, aaO, 251; *Joerden*, *Otto-FS*, S. 344ff.; *Kuper*, *Immanuel Kant*, S. 32f. 尤も、我国でカルネアデースの事例が論ぜられる際には、どの類型かが明らかにされないこともある（大塚・総論四〇五頁以下、大谷・総論一九五、三〇〇頁）。これは各類型の間に規範的な違いを見出さないものとも解し得る。

(2) その他、甲を殺さねば殺すと脅迫された乙がこれに従う強要緊急避難の事例もある。

(3) 正当防衛の成立は考えられない。コリアトは、板に掴まっているという甲の「純粹に受動的な態度（ein rein passives Verhalten）」は「攻撃（Angriff）」——我国では「侵害」（刑法三六条）——に当たらないことをその理由とする（*Koriat*, aaO, 254）。しかし、不作為による攻撃もあり得るので（vgl. *DeLange*, *Die Interessensabwägung nach §34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen*, 1987, S. 175）疑問である。むしろ、甲が乙に板を譲り渡さない不作為は作為義務がないため適法であるから、甲から乙に対する「不正」の侵害がないと考えるべきであろう。

なお、第一の避難行為を適法でも違法でもない「法的に空虚な領域」にあるものと見、これに対する緊急避難を肯定するのは、金沢文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」『平場安治博士還暦祝賀上』（昭和五二）所収一七八頁。詳しくは、後述第二章第二節第四項一。

(4) *Otto*, *Pflichtenkonflikte*, S. 81.

(5) *Otto*, aaO, S. 83.

- (6) *Otto*, Jura 2005, 475.
- (7) 拙稿・生命危険共同体九九頁。
- (8) *Kiper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkonkollision im Strafrecht, 1979, S.67f.; *Korich*, aaO, 257.
- (9) *Vgl. Kühl*, Strafrecht AT, 7.Aufl., 2012, 8/157 Fn261.
- (10) *Joerden*, Otto-FS, S.344f. デロンゲが板は既に甲の「領域」に属しているという意味で「領域法益 (das Sphären-Rechtsgut)」を認めるのも、同様の趣旨であろう (*Delonge*, aaO, S.174f.)。更にデロンゲは、ここに「殺害の禁断という法益 (das Tötungsstatu-Rechtsgut)」が具備されていると考える。これは人を理由なく故意的に殺害することの禁止という、社会の全構成員の集合的利益を言へ (*Delonge*, aaO, S.126ff.)。これと右の領域法益を併せて侵害利益の優越を認めて正当化を否定する (*Delonge*, aaO, S.174f.)。
- (11) *Joerden*, aaO, S.345 Fn39.
- (12) *Vgl. Joerden*, aaO, S.345.
- (13) この事例に即してその旨を明言するのは、堀内・総論一七〇頁。
- (14) 佐伯・総論二〇七頁、内藤・総論中四二四頁、伊藤寧・松生光正・川口浩一・葛原力三『刑法教科書総論(上)』(葛原)(平成四)一三八頁。
- (15) *Joerden*, aaO, S.345; siehe auch *Otto*, Jura 2005, 476.
- (16) 山口・総論一三八頁。類似の見解として、木村・総論二七〇頁。
- (17) 松原・総論一七二頁。
- (18) その他、生命侵害を緊急避難によって正当化することの困難を認めるのは、森下・研究二二三頁、井田・総論三〇一頁。
- (19) 避難行為の相当性を否定する(拙稿・生命危険共同体一〇八頁以下)。なお、防禦的緊急避難の場合には生命侵害であっても正

〈27〉緊急避難に対する緊急避難（橋田）

当化を認め得ると考えるが、次節の類型との関連で後述する（本章第二節第一項二（二））。

(20) 平場安治『刑法における行為概念の研究』（昭和四一）一五五頁。

(21) 西田・総論一四三頁。

(22) 山中・総論五三二頁。

(23) これとは異なる正当化の論理として、内田博士のものがある。博士は、海で溺れる三人が一枚のカルネアデースの板を巡って争う場合、一人が二人を犠牲にして生き残る行為も、三人に共通する「生きる権利（自己保存欲求）」の衝突の決済として「正当化を認める（内田文昭「殺人・傷害に関わる『法から解放された領域』の問題性」神奈四二巻一号（平成二二）二二六頁）。その際、「一般人に対して期待できないこと」を以て適法と解し、「一般人に対しては期待できるが、特定個人に対しては期待できない場合」に免責する立場（内田・前掲二二頁）から、右の事例においては「普通の平凡な人に対して『死を選ぶこと』を求めるのは『無理』である」ことを正当化の「唯一の根拠」としている（内田・前掲一九頁。同旨、金沢文雄『刑法とモラル』（昭和五九）九七頁）。確かに違法の根拠付けに際しては、一般人に向けられた規範に違反することを以て違法、行為者に向けられた規範に違反することを以て責任と捉える見解がある。しかし違法阻却の場面では、利益衝突の解決が問題となるため、客観的な利益の考慮が不可欠と思われ、一般人の期待不可能性のみで判断することは困難であろう。博士は更に、「一人に対しては『違法阻却』、もう一人に対しては『責任阻却』を考えるのは技巧的に過ぎる」とも述べる（内田・前掲二六頁）。斯様に侵害法益が複数存在する場合には、被害者毎に成立する殺人罪の構成要件該当行為についての正当化を個別的に考えるか、侵害法益を合算して二人の生命を侵害する一つの避難行為と見るかの処理があり得る（はじめに三（二））。前者の方法によっても各被害者に対する行為の評価が相異なることはないため、博士の危惧する結論には到らないと思われる。

(24) 拙稿・生命危険共同体九〇頁以下、一〇七頁、一〇九頁以下。

- (25) Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S.260.
- (26) 森下・研究二二二頁参照。
- (27) 中村治朗「二つの肉食殺人裁判(上)」判時二二二〇号(昭和六一)三頁。
- (28) 西田典之・山口厚・佐伯仁志編集『注釈刑法第一卷』(深町晋也)(平成二二)四七六頁以下。また井田・総論二〇二頁、同「変革の時代における理論刑法学」(平成一九)一三五頁。
- (29) Renzikowski, aaO. かつてビンディングも次の如く述べていた。生命と生命が衝突する場合において、相手を犠牲にして生き残ることが両者に禁ぜられるなら、法の意思によって両方の生命が失われることになるが、斯かる意思は不合理のものである、と(Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I, 1885, S.765)。
- (30) Renzikowski, aaO.
- (31) 佐伯・考え方一八七頁、深町・前掲四七七頁。
- (32) Renzikowski, aaO.
- (33) 拙稿・生命危険共同体一〇九頁。
- (34) 拙稿・前掲一一一頁。拙稿・前掲八六頁では、斯かる義務の衝突における議論を緊急避難に転用することに否定的であったが、改める。
- (35) Vgl. Koritsh, JA 1998, 256; Mutlitzsch, JA 1999, 430f.
- (36) 深町・前掲五〇〇頁。乙に正当防衛が成立することとはなく(Joerden, Otto-FS, S.348f.; 深町・前掲四七七頁)。
- (37) 立法者は乙の行為が緊急避難の要件を充足すると認めていたことが、現行三七条とは同一文言の明治三十五年刑法改正案四七条に関する政府委員石渡敏一の発言から窺われる(倉富勇三郎・平沼驥一郎・花井卓藏監修『刑法沿革綜覧』(大正一二)八八四

頁以下)。

- (38) *Bernsamm*, »Entschuldigung« durch Notstand: Studien zu §335 StGB, 1989, S.333.
- (39) *Bernsamm*, aao, S.335.
- (40) *Bernsamm*, aao, S.336ff.
- (41) *Bernsamm*, aao, S.341ff.; siehe auch *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 1991, 13/23. ロールズの正義論については、後述第二章第三節第二項四も参照。
- (42) なお、籤を用いる場合には、抽籤時のみならずその後の法益侵害行為の時点においても、被害者の同意が存することがあろう。同意殺人が問題となる場合、同意に加えてより多くの生命の保全という客観的事情も併せて考慮することによって正当化緊急避難を認める者、*Misch*, *Weber-FS*, 2004, S.61ff. 同意を害の衡量の一因子にして正当化を導く者、*MK-StGB-Erb*, §34 Rn121.
- (43) 佐伯・考え方一八八頁。
- (44) *Vgl Cominx*, *Solidarität im Strafrecht*, 2013, S.188.
- (45) *Joerden*, *Otto-FS*, S.348.
- (46) *Bernsamm*, aao, S.345.
- (47) *Bernsamm*, aao, S.345ff. 抽籤が可能であるにも拘らず行わなかった場合の問題については、佐伯・考え方一八八頁。
- (48) *Joerden*, aao, S.347. イエルデンはこれを *Müller-Prinzip* と呼ぶ。尤も、早者の利益が遅者の利益に優越する訳ではないこと、早者必勝原理は判断原理の大枠に過ぎず、カルネアデースの板を争う事例であれば両者の板からの距離、泳ぎの巧拙、一方が遅れを取った理由は既に別人を救助していたためか或いは不具の故か、等も考慮すべきことを述べている。
- (49) *Wer ouch erst zu der mulen kumt, der sal erst malen.*

- (50) *Meißner*, Die Interessenausgleichsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§34 StGB), 1990, S.67 Fn282.
- (51) *Joerden*, aao, S.334ff. () については早者の権が籤よりも上位の解決規則とされている。
- (52) 谷口知平・五十嵐清編集『新版注釈民法(3)債権(4)補訂版』(植林弘・五十嵐清) (平成一八) 五二〇頁。
- (53) イエルデンは著作権法をも引き合いに出す。著作物の複製または頒布は、権利者の同意なく行われた場合に可罰的である(独著作権法一〇六条)。今、作家が二つの出版社に自著の排他的利用権を譲渡し(同三二条三項)、その複製及び頒布について同意した場合、両社に与えられた法的許容が衝突する。この場合についてドイツ著作権法三三条一文は、「排他的利用権及び単純利用権は、遅れて認められた利用権に優先する。」と規定するが、これも早者の権を認めるものに他ならない(*Joerden*, aao, S.350)。我国の知的財産法では、特許法三九条一項、商標法八条一項、意匠法九条一項、実用新案法七条一項、種苗法九条一項の先願主義。さらに民法の無主物先占(独民法一〇七条、日本民法二三九条一項)。*Hubmann*, AcP 155 (1956), S.110f.; 藤坂龍司「緊急避難の本質について(3)」六甲台論集三七卷一号(平成二) 一三〇頁参照。
- (54) *Fall nach Kiper*, Grund- und Grenzfragen, S.82.
- (55) *Roxin*, Strafrecht AT I, 4.Aufl., 2006, II.73. 井田教授も「川で溺れかかっているXが流木に手を伸ばそうとした瞬間にこれをXから遠ざけてXを溺死させる事例について」「自分とは無関係に進行している因果経過に身体的動作をもって積極的に介入し、その流れを変えているのであるから、「これを作為犯として捉えることができよう。」と述べている(井田・総論一三九頁。Siehe auch *Kiper*, aao, S.79f.; *Joerden*, aao, S.346; *Delonge*, Interessenausgleich, S.176; 松原・総論八五頁)。
- (56) それ故、救助的因果経過が開始されていない場合にはその遮断も認め得ないため、救助手段を奪う行為に結果を帰属させることはできないであろう。例えば、相手が救助手段を獲得する意思を有しない場合の行為(山中敬一「法的に空虚な領域の理論再批判——金澤論文を読んで——」法の理論3(昭和五八)所収一八二頁参照)や、危険の切迫に先立って救命用具を破壊する行為(*Kiper*,

〈31〉 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

- aoO, S. 79)。平場博士が、沈没する船から「いち早くボートに乗り移った一団がボートを出すことにより他の乗客のボートによる救助の機会を奪った」救助手段の独占の一事例を不真正不作為犯と同列に論じ、構成要件該当性を否定して「当然の適法行為」とするもの（平場・刑法における行為概念の研究一五〇頁）、この趣旨か。
- さらに、救助的因果経過の開始後であっても、乙が泳力不足等の甲に関わりなき事情の故にいずれにせよ板まで泳ぎ着けなかったであろう場合には、甲が板を我物にすると否とを問わず同態様での乙の死が発生していたことになる。結果回避可能性が事後的に存在しないため、甲は既遂の罪責を負わない。更に、行為時にも結果回避可能性乃至危険の減少可能性が存しなければ、甲の行為にはこの生命に対する危険増加が認められず、実行行為性が否定されて未遂の成立可能性もなくなる。
- (57) Joerden, aoO, S. 345ff.
- (58) Otto, Pflüchtkollision, S. 84; ders., Jura 2005, 476.
- (59) Joerden, aoO, S. 345ff.
- (60) キューパーはオットーに対し、腕力において優る甲が乙を海中に沈めて板に辿り着けなくする事例（後述第二章第一節第二項二）でも、腕力の劣る乙には救助機会がない筈であるが、そこでの甲の行為の違法性は疑われないとも批判している（Küper, aoO, S. 77f., 82）。
- (61) Otto, Jura 2005, 476.
- (62) Küper, aoO, S. 80-82. オットーもこれを肯定的に引用している（Otto, aoO）。
- (63) Frisch, Puppe-FS, 2013, S. 445ff. 尤もフリッシュは、「衝突」の一例としてカルネアデースの板の事例に言及するものの、その中の事例かは明示していない。同論文の紹介として、永井紹裕・早法八九巻二号（平成二二）一五九頁。
- (64) さらにキューパーは、カルネアデースの原型事例では甲が既に確保していた板を奪おうとする乙の行為が禁ぜられ、甲の反撃が

許されることから、甲の板の占有は法秩序によって保護されており、よって本項の事例で甲が乙に先んじて板の占有を確保する行為は当然に正当化されるとも述べている (Küper, aO, S.80)。

- (65) 一地方を飢饉が襲った等のいわゆる社会的危難に際して、各人が自分に必要な食糧を確保しようとするなら全住民が糊口を凌ぐことができなくなる場合には、斯かる危険を万人が甘受すべきものと考えて、緊急避難の成立を否定する見解がある (LK-Zeschang, 12.Aufl., 2006, §34 Rn38; vgl auch Haf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9.Aufl., 2004, S.104)。その理由として、危難は「無責の者への転嫁が許容されるような、特殊なものでなければならぬ」と説かれており (大塚仁・川端博編『新・判例コンメンタール刑法 2』(中森喜彦) (平成八) 六一頁)、難破という非社会的な危難を免れるためにする救助手段の独占を適法視する趣旨を含蓄するものとも解し得るように思われる。

第二章 緊急避難に対する緊急避難

第一節 諸相

第一項 対立法益の一方のみが危険に曝されている場合

一 総説

第一章第一節において、法益を救助するために他の法益から救助手段を奪う緊急避難行為の違法性を検討した。これが適法と解されることを前提として、この行為に対抗する第二の防禦的緊急避難行為の諸態様を本項で概観⁽¹⁾

する。

その前に、第一と第二の避難行為の時間的先後には意味がないと見て両行為の違法性を同列に論ずる見解に⁽²⁾触れておかねばならない。カルネアデースの板を巡る諸々の事例について言えば、板に先に辿り着いた者に優越的地位を認め、正当化の判断において有利に取扱うのは、「末節に囚われた」ものであり、「単なる占有の有無で解決できる問題ではない」との主張がある。⁽⁴⁾確かに、甲と乙のどちらが先に板を掴取るかは時の運でもあるから、甲と乙の立場は互換的とも言えよう。⁽⁵⁾また、一方が先に板に掴まったか二人が同時に掴まったかも偶然によって左右されるところがあるため、これらの扱いを変えることに對しても疑問が生じ得よう。少なくとも、板に到達した時点の一瞬の先後に拘泥すべきではないと思われる。しかし、一方が板に到達してから他方が到達するまでに前者が生命に対する危険を脱したと言える程度の時間的間隔がある場合には、板を奪う行為は板によって危険を免れている者を新たに危険に陥れるものであるのに対し、これに對抗する行為は自己が既に確保していた安全状況を維持しようとするものであって、両者は規範的に別種の行為と評し得る。さらに、第一の避難行為の相手方が当該救助手段によって何等かの危険を免れている状況にない場合もあり（後述三の小舟の事例）、そこでは尚更両行為は別である。

これらの理由から、以下では第一の避難行為に対するものとしての第二の避難行為を組上に乗せる。

二 生命対生命の場合

例えば、甲が掴まっているカルネアデースの板を後からやって来た乙が奪おうとした（カルネアデースの原型事例）ため、甲がこれを阻止し、そのため板に掴まれなかった乙が溺死した時の甲の行為。第一の避難行為の正

当化は、同数の生命対生命の攻撃的緊急避難を正当化する見解に立つ場合に限られる。第二の防禦的緊急避難行為の正当化要件は攻撃的緊急避難におけるより厳格ではあり得ないため、この見解からは害の均衡の要件を満すことになり、緊急避難対緊急避難の一場面となるのである。

三 生命対生命以外の場合

生命と生命の衝突ではない場合として、犬Aが摺まっている板に犬Bが泳ぎ着いたが板の制限重量は犬一頭分であったため、乙がBを救うべくAを突き落とそうとしたところ（前述第一章第一節第二項）、これを甲が妨害する事例や、乙が沖合で溺れそうになっている犬を救いに行くために、これと同価値の甲所有の舟を無断で使うとしたところ（前述同右）、甲が妨害し、その結果犬が溺死した⁶⁾という、財産法益同士が衝突する例がある。乙による第一の攻撃的緊急避難は、法益同価値でも違法阻却を認める立場から正当化される。これを阻止する甲による第二の防禦的緊急避難行為の違法性が争点である。

第二項 対立法益が同一の危険に曝されている場合

各法益に同一の危険が切迫しているが、凡てを保全し得るだけの救助手段が存在しない時、この危険状況から免れるために救助手段の独占を求めて相争う事例も、緊急避難対緊急避難の一場面である。

一 救助手段を共用している場合

例えば、甲乙二人の摺まっているカルネアデースの板が沈み出し、乙が板を独占しようとしたために甲が反撃

する事例⁽⁷⁾が生命対生命の場合の例である。この事例の前段階にある、乙が板を独占しようとする行為の評価は、先に見た如く、生命対生命の緊急避難の評価と、乙の生命に対する危険が甲に由来しているか否かによって左右される（前述第一章第二節第一項二）。本稿は、乙の行為を防禦的緊急避難、甲の行為をこれに対する防禦的緊急避難と捉えることになる。

生命対生命以外の場合では、右のカルネアデースの事例に対応する例として、前述の、犬A、Bが乗っているカルネアデースの板が沈むのを防ぐため、乙がAを突き落とそうとする行為（前述第一章第二節第一項三）を、甲が阻止する場合がある。

二 どの法益も救助手段を持たない場合

生命対生命の場合としては、例えば、まだ誰も掴まっていないカルネアデースの板を独占しようとする甲と乙がいる時、板に向かう乙の行為は防禦的緊急避難に準ずるものとして適法と解されるが（前述第一章第二節第二項二）、これに先んじようとして甲が乙を殺す行為がここで問題となる。危険と無関係の相手方の（準防禦的）緊急避難に対する攻撃的緊急避難の形態を採る。

生命対生命以外の場合の例も挙げておく。右の事例を変形して、カルネアデースの板を目指して犬AとBが泳いでいたが、板には犬一頭分の重量を乗せる余裕しかなかったため、乙がBを救うべくAを射殺する行為は、法益同価値でも正当化を行う我多数説によれば正当化緊急避難となる。この乙の行為を阻止する甲の行為の違法性が問われる。或いは、右のA・Bが沖合で溺れており、これを助けに行くために犬と同価値の第三者の一艘の舟を巡って甲と乙が争う場合（前述第一章第二節第二項一）もこの範疇に含まれる。

第二節 緊急避難に対する緊急避難を肯定する見解

第一項 総説

一 緊急避難の受忍義務を否定し、緊急避難に対する緊急避難を肯定する見解は、我国において有力に主張されている。⁹⁾ 前節に挙げた凡ての事例の甲の行為について緊急避難による正当化を認めるものである。第二の避難行為が害の均衡を失する場合でも、過剰避難は成立することになる。例えば、乙が身体に対する危険を免れるために第三者甲の財産を害する第一の避難行為に甲が対抗した結果乙の身体が侵害された場合。

二 正当防衛や種々の正当行為とは異り、緊急避難はそもそも正当化事由としての性格自体が争われているところからすると、受忍義務を伴わないという緊急避難の正当化効の覚束な主張を直ちに斥けることはできないようにも見える。このことを概念化するのが、受忍義務の有無によって正当化事由を二分する見解である。かつて牧野博士は、相手方に行為の受忍が求められる権利行為と対抗が可能な放任行為を分け、緊急避難を放任行為に配して緊急避難に対する緊急避難を可としていた。⁹⁾ その後今日に至るまで、これに従う論者は少なくない。¹⁰⁾ 甲者の権利は乙者の義務を伴うため、権利行為に対しては受忍義務が生ずる反面、権利性の認められない放任行為の受忍義務は否定されるのであろう。

しかしこれは分類に止まっており、放任行為という範疇を認めることへの疑問はなお拭い去れない。米田博士は、正当防衛に対する反撃が許されないことも引きながら、「元来、適法行為の適法行為たる所以は、それが妨害をうけずにその目的を達成しうる点にあるのであって」、適法行為の「相手方が受忍義務を負わず、それに反撃してその目的を適法に阻害しうる（相手方の反撃的緊急避難）」というのは背理以外の何物でもない。」と断言

し、松宮教授も、『やっつてよい』（＝適法）行為と『やっつてよい』行為とがぶつかり合うというのは、評価矛盾である。』と述べている。⁽¹²⁾ 肯定説はこれらの批判に答える必要があるろう。

三 肯定説の若干の論者は、刑法三七条の文言を根拠とする。即ち、同条が緊急避難の前提状況を「現在の危険」とのみ規定して違法性を要求していないことから、第一の正当化緊急避難行為も第二の避難行為にとつては「現在の危険」に当ると言うのである。⁽¹³⁾ 確かに、第一の避難行為によってその相手方には法益侵害が事実上は現在または切迫している。しかし、法益を侵害、危殆化する適法行為の凡てについて緊急避難が可能と解されている訳ではない。例えば刑罰の執行は、生命や自由等の法益に対する侵害の現在性、切迫性にも拘らず、これを免れるための緊急避難を肯定する見解はなく、その際「危険」乃至「現在の危険」⁽¹⁴⁾の要件を否定する解釈が有力に行われている。緊急避難による侵害についても同様に解することは可能である。ドイツ刑法三四条の正当化緊急避難規定も、「現在の、他の方法によつては回避できない危険」を以て緊急避難の前提状況とし、違法性を要求しないが、緊急避難に対する緊急避難を否定するのが彼国では通説なのである。よつて「現在の危険」の文言は、緊急避難に対する緊急避難を可とする妨げにこそならないものの、根拠として十分とは言えない。

四 また、我国には、正当防衛に対する緊急避難を認める見解が散見され、この立場からは、緊急避難に対する緊急避難はより強い理由を以て肯定されることになろう。しかし、正当防衛の受忍義務を否定する実質的な理由は不明であり、論証の基礎とは成し得ないと思われる。

五 そこで以下では、緊急避難の受忍義務を認めないためのさらなる根拠があるかを探る。

第二項 正当化緊急避難の「違法性」

緊急避難の前提状況としての危険が「他人の不法行為」に由来する場合には、避難行為の相手方に対する不法行為者の損害賠償義務が認められている（民法七二〇条一項）。しかしそれ以外の危険源（物、自然現象、適法行為）の場合には、避難行為者が不法行為（同七〇九条）等を原因とする損害賠償義務を負うと解されており、大審院の判例にも、緊急避難による無罪判決を受けた者の損害賠償義務を肯定した例がある。⁽¹⁷⁾

松原教授は、緊急避難を正当化事由と解しつつも、避難行為者の損害賠償責任を「不法」行為に基くものと捉え、斯かる「理由なき危険」即ち民事的の意味での違法に曝されている相手方に「緊急避難の限度での（再）転嫁や対抗」を是認する。具体的には、二人が掴まっているカルネアデースの板の独占を巡って争う危険共同体の事例で一方が板を独占する行為を適法な緊急避難行為と解するので、他方がこれに対抗して板を奪い返す行為が正当化される余地を認めるものと思われる。⁽¹⁸⁾ 山口教授も、「違法性阻却は犯罪成立要件としての違法性が認められないことを意味するに止まり、その結果として認められる適法性に（すべての者に頭を下げさせる『葵の紋の印籠』のような）優越性が認められる必要はない」と説き、「緊急避難に対する緊急避難による対抗を否定する根拠は乏しい。」と述べている。⁽²⁰⁾ 山口教授が違法相対論を明言することを併せ勘案すると、緊急避難行為は刑法上違法性が阻却されるものの、民法上は違法と考え、この民事的違法性を手懸りに緊急避難による対抗を認めるようである。⁽²¹⁾

もしこの見解が、第一の避難行為の相手方の対抗を許容しながら損害賠償請求権をも肯定するならば、相手方を過度に優遇するものと言えよう。しかし、対抗によって第一の避難行為による損害が未然に阻止されれば損害賠償請求権は発生しないため、対抗と賠償が同時に認められることはないと考えられる。相手方には、第一の避

難行為を受忍して賠償を受ける途に加え、対抗するのと引き替えに賠償請求権を放棄する選択肢も与えられる訳である。この限りでは、この説は必ずしも不当な帰結をもたらすものではない。

しかし、法秩序を構成する各法領域の間には矛盾があつてはならず、一つの行為についての違法判断は全法領域を通じて統一的たるべきである。⁽²³⁾ 斯かる違法一元論の立場からは、避難行為者に課される賠償義務を、民法上適法な一種の無過失賠償責任と捉えるべきことになる。⁽²⁴⁾ これは避難行為によつてもたらされた損害に理由がある⁽²⁵⁾と認めるものであるから、緊急避難への対抗を許す根拠も失われることになるのである。

第三項 功利主義的根拠付け

一 緊急避難の受忍義務を否定する更なる論拠として、緊急避難に対する緊急避難を認めることによつてより大なる利益が維持されるとも言われている。この功利主義的論拠は、論者が明示的に関連付けている訳ではないが、緊急避難の正当化根拠として功利主義を採ることと整合的と思われる。⁽²⁶⁾ 本稿の問題に関しては、対立する両法益が当初から危険に曝されているため、何等の避難行為をも行わねば全体の喪失がもたらされる場合（前述本章第一節第二項）に持ち出されている。

二 先ず、甲と乙の掴まっているカルネアデースの板が沈みそうになり、乙が甲を突き落とそうとしたため、逆に甲が乙を突き落として乙を溺死させるような、救助手段を共用している場合を取り上げる。先に、甲と乙が掴まっている板を独占するために乙が甲を突き落とす行為について、二人共溺死するよりは一人でも助かる方が望ましいとの功利主義的根拠から正当化を行う見解を紹介した（第一章第二節第一項二）。⁽²⁷⁾ 我国には、この理を甲と乙が共に相手を攻撃した場合にも主張するものが見られる。ドイツでも、生命侵害に緊急避難による正当化

の余地を肯定する彼国での少数説の立場から、もし相手に対する攻撃を双方に禁ずれば法が両者の死を義務付けすることに、それよりは両行為を許容して一人でも生き残らせる方が望ましいという、緊急避難対緊急避難肯定説の功利主義的な根拠が提示されている。即ちデロンゲは、対立利益が同価値でも緊急避難による正当化を認める立場から、甲と乙の両行為の正当化を主張する。イエルデンも、これをお互いからお互いに対して生命の危険が切迫する防禦的緊急避難（独民法二二八条類推）の衝突事例と捉え、対立する甲と乙の生命は同価値であるからその正当化要件をそれぞれ満すと見て、両者に相手方を突き落とす権限を認める。⁽²⁹⁾

次に、どの法益も救助手段を未だ持たない場合、例えば、カルネアデースの板への先着を争う競争相手を倒し板を独占して自己の生命を保全する行為についても、緊急避難による正当化の結論を明言する見解がある。⁽³⁰⁾ これも、両者が共に溺死する場合と比較すればより多くの生命を保護する目的に適うことを理由とするならば、功利主義に依拠していることになる。

三 二人が共に助かることはできない以上、功利主義の観点からはいずれか一人が助かることが必要十分の筈であり、その目的は一方のみに他方の突き落としを許容し（前述第一章第二節第一項）、或いは単に相手より先に板に到達すること（前述第一章第二節第二項）によって達成される。右で見た見解はこれを越えて双方が双方を攻撃することを許容するため、争った二人が疲弊した結果どちらも板を保持できず死に到るといふ、却って反功利的な結末が待つ可能性が残るのである。

第四項 強者の権

緊急避難に対する緊急避難を肯定する見解は、実力による闘争に勝利した者の法益を敗者の法益に優先するも

のと言える。しかし、斯かる強者の権（das Recht des Stärkeren）の理論的支柱は必ずしも盤石ではない。

一 自由競争の許容

カルネアデースの板の事例に即し、生命対生命の場面について強者の権を積極的に根拠付けようとするのはデロンゲである。

既述の如くデロンゲは、一方で、ドイツの支配的見解が生命と生命の数による衡量を禁じ、生命侵害の緊急避難による正当化を認めないことに対して異を唱え、他方で、ドイツ刑法三四条の正当化緊急避難規定が「保全利益が侵害利益に本質的に優越する」ことを明文で要求しているにも拘らず、同価値の利益同士の衝突においても同条による正当化を認める⁽³²⁾。斯様に、生命と生命の量的衡量と、同等利益が対立する場合の緊急避難の正当化を認める出発点から、二人の難船者が一枚のカルネアデースの板に同時に泳ぎ着き、相争った拳句一方がこれを我物にして他方を溺死させる行為を正当化緊急避難と解する。強者の権を容認する論拠としてデロンゲは言う。法秩序は、優先規則を定立することによって利益衝突を予め解決している一定の領域を除けば、衝突の解決を自由競争に委ねており、その結果に関心を持たない。一人の婦人を巡る二人の男の恋の鞘当て、市場占有率を巡る二人の商人の争いにおいて、競争者は法の助力を受けることなく自己の利益を追求することが許され、強者、賢者、巧者が勝者となる、と。⁽³³⁾

確かに、法は凡ての利益衝突を規律している訳ではなく、市民間の自由競争に利益分配の帰趨が委ねられていることはしばしば見られる。しかし、自由競争には実力行使を伴う場合と然らざる場合があり、両者を一律に扱ふことはできない。私人の実力行使による権利の実現を禁止するのは、近代法治国家の原則である。相互的な実

力行使の「決着が着くまでの過程は単なる闘争であつて、正当化というにはふさわしくない」⁽³⁴⁾。しかも強者の権は、實力の大小という不合理な理由によつて法益の保護相当性を左右する点で、平等原則にも反するものとして容認し難いのである。デロンゲによれば、ドイツにおいて強者の権への反撥に決定的な影響を与えているのが、第三帝国の思想であつた社会的ダーウイン主義とそれに基きナチスが行つた精神病者の殺害を断じて正当化すべきではないという一九四五年以降の思潮とのことであるが、それはむしろ健全な見識ではあるまいか。

さらに、強者の権を承認する金沢博士は、カルネアデースの板を奪ひ合う行為を、違法でも適法でもない「法的に空虚な領域」における行為と解している。曰く、斯かる「人間の最も悲劇的な葛藤を法的に完全に解決しようとすることこそ『法の万能』の思想であり、法の越権」である。「法みずから適切な解決を与えない事柄について個人の自由な道徳的決定にまかせることは、決して法の逃避ではなく、むしろ個人尊重の精神をよりよく実現しようとする法の積極的態度にほかならない」と⁽³⁷⁾。しかし、法の規律の及ばない領域の存在を認めることは、法の秩序機能 (Ordnungsaufgabe)⁽⁴⁰⁾ に反し、「法秩序の自己矛盾」⁽³⁹⁾ である等と、通説によつて正当にも否定されているところである。尤も、緊急避難に対する緊急避難を肯定することは、対立する避難行為の双方に適法という法的評価を下すことによつても為し得るため、この見解が法的に空虚な領域を認める立場を前提とする必然性はないと思われる。

二 義務の衝突との比論

小田教授は、許容の衝突と表裏の関係にある義務の衝突では衝突する義務が同等である場合に保障人がいずれの義務を履行しても適法であることとの対比によつて、強者の権を主張する⁽⁴¹⁾。対立する二人の行為がそれぞれ正

当化され得る許容の衝突に対応する義務の衝突の事例は、二人が同一の義務を負う場合であろう。例えば、沖合で溺れている我子を発見した保障人たる両親が、共に泳ぎを苦手とするため補助具なしには助けに行けない時、一方の親が一つしかない浮輪を使って子の救助へと泳ぎ出してしまえば、他方は救助義務を免れる。⁽⁴²⁾このように、二個の両立し得ない義務の優先順位の決定が私人に任されることから、許容の衝突の解決にも同じ理を妥当せしめるものと思われる。

しかし、緊急避難に対する緊急避難は作為によって相手を侵害するのに対し、義務の衝突では不作為犯の成立が問われており、不作為には自然的因果力が欠けるが故に強者の権は問題とならない。従って、強者の権の正当性を説くために義務の衝突の議論を引証することには、なお疑問が残るのである。

三 早者の権との関係

このように強者の権を否定する時、甲と乙がカルネアデースの板を目指して競争した末に甲が先に板に辿り着き板を我物として乙を溺死させる等の、相手に先んじて救助手段を独占する行為を適法視すること（前述第一章第二節第二項）との整合性が問われざるを得ない。何となれば、甲が先着したのはその泳力の強さの故であり、早者の権の承認は強者の権の承認に紙一重とも言えようからである。⁽⁴³⁾

しかし、両者は局面を異にする。強者の権は二つの避難行為が相互に対抗する場面で、早者の権は両行為が同一の方向を目指す場面で現れる。両場面の決定的な違いは、相手方の自律領域の侵害の有無に存する。⁽⁴⁴⁾これが認められる前者においては、行為の正当化の要件を厳格に規律すべきであるのに対し、他者の領域を侵害することなく自己の領域を拡張しようとする後者では、自由競争に委ねることが許されると思われるのである。早者の権

を是認しつつ強者の権を否認することは、斯様にして矛盾なく説明することが可能である。

第三節 緊急避難に対する緊急避難を否定する見解

第一項 総説

強者の権から訣別する論者は、攻撃的緊急避難が相手方の受忍義務を伴う権利であり、これを緊急避難によって妨げることは許されないと主張している。⁽⁴⁵⁾ かつては宮本博士が、害の優越する場合に限ってはあが、緊急避難の受忍義務を否定する見解は緊急避難の正当化を否定するに等しいと喝破していた。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ 具体的には、暴漢に襲撃されて他人の住居内に逃げ込む避難行為を住居者が門戸の閉鎖によって妨げ得ずとした。⁽⁴⁸⁾ 松宮教授も、「崖崩れによる生命の危険を免れるために隣家の庭先に逃げ込もうとした者を、住居権の防衛を理由に阻止することは許されない」と述べている。⁽⁴⁹⁾ 肯定説に立ったとしても、いずれの例においても第二の避難行為は過剰避難として違法となるが、否定説の論者の真意は凡そ対抗を不可とするところにある。緊急避難に対する緊急避難の不処罰は免責を理由としてのみ認められることになる。⁽⁵⁰⁾

この見解は我国においては少数と思われるが、ドイツでは通説となっている。⁽⁵¹⁾ 連邦通常裁判所も、緊急避難に対する緊急避難の成否が正面から争われた事案においてはなかつたが、「ドイツ」刑法三四条による避難行為者の侵害権の反映」として相手方に受忍義務を認めた。⁽⁵²⁾ そこで次項以下において、この見解の根拠をドイツの学説に尋ねることにしたい。

第二項 社会連帯

一 緊急避難の正当化根拠としてドイツで支配的なのが、連帯思想である。⁽⁵³⁾ 自らの領域に切迫した危険は自ら処理すべしとの個人の自律性 (Autonomie) と各自の領域内における自由の尊重を二つの柱とする他害禁止原理を前提としても、社会が共同体として成り立つためには、社会の構成員が相互的に扶助せざるを得ない。特に緊急においては、他人に法益侵害を受忍する形での連帯を要求できること⁽⁵⁴⁾によって、自己の法益保護が促進されるのである。斯様な連帯思想から相手方の受忍義務を導くべく、様々な思索が巡らされている。

二 一説は、ドイツ民法九〇四条の攻撃的緊急避難規定を手懸りにする。⁽⁵⁵⁾ クレッツチュマーは、ドイツ基本法一四条二項に定められた公共の福祉のためにする所有権の憲法的制限を、所有権に内在する連帯の義務付けと捉え、その緊急時における表われが右の民法規定に明記された避難行為の相手方たる所有者の侵害受忍義務と解する。そしてこの連帯思想を、所有権以外の法益に向けられるドイツ刑法三四条の緊急避難にも見出し、それらの法益にも緊急状況を解消するために妥当請求を失う内在的制約を認めて、受忍義務を肯定するのである。⁽⁵⁶⁾

三四条の特別法と位置付けられる民法九〇四条の議論を参照することは妥当であろうが、我国では斯様に受忍義務を明記する規定がないため論拠として採用するのに困難がある。また、公共の福祉という一般条項に依拠するのも説得力が弱いと言わざるを得ない。

三 対立両当事者の自由領域の分割、配分の視角から受忍義務を説き起すものもある。レントツィコフスキーは言う。個人の自由領域は自律性の原理によって相互に限界付けられており、各人は自己の領域を法的に保障されると共に、自己の領域から他人の領域に危険が及ばないことについて答責的である。⁽⁵⁷⁾ しかし、現行法秩序は、個人の自立性 (Eigenständigkeit) を一面的に強調せず、連帯原理をも採用している。⁽⁵⁸⁾ その表われがドイツ民法

九〇四条であつて、自己の領域に切迫した危険の他人所有物への転嫁を許容することにより、自律性原理を破つて、対立両当事者の領域の境界線を引き直す。自由の領域を移行するこの考慮はドイツ刑法三四条にも通用性がある。対立法益の一方しか保全できない緊急状況では、両当事者の領域が交錯し、自律性原理に基づく利益保護が優越利益の保護のために相対化されて、劣後する利益の側に受忍義務が課されるのである。⁽⁵⁹⁾シルバ・サンチェスも、レンツイコフスキーを引用しつつ言う。個人の自由領域は、当初は形式的、靜的に、その中で各人が自由権を行使するものとして構想された。しかし、緊急避難という例外状況においては、危険に曝された者と避難行為の相手方の領域の境界が引き直される。後者の領域は、前者の法益の保全に必要な限りで前者の領域へと移譲されるのである。そのため、前者は他人の領域内で行為しているにも拘らず、自己の組織的自由を行使していることになる。甲の領域を乙が緊急避難によつて侵害する時、「甲の排他的權利を乙が尊重する義務」が「甲の受忍義務と乙の侵害權」へと変貌を遂げ、甲の受忍義務違反によつて乙に発生した結果は甲に帰属する。それが攻撃的緊急避難という制度である。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

これは、緊急避難固有の構造に着目し、実定法規の背後にある原理へと考察を及ぼすものであつて、法規定を異にする我国にとつても有益な議論である。そして確かに、緊急避難によつて侵害される相手方の本来の自由領域が保全法益の主体の領域に転化するとすれば、避難行為者が相手方の領域を侵害するのは自己の領域への介入と解されるためにこれを阻止することはできなくなり、受忍義務が導かれよう。しかし、緊急避難の相手方は「正」であるから、その自由領域乃至法益性が失われると考えるのは行き過ぎではあるまいか。「不正」の侵害者に対する正当防衛においてすら、侵害者の法益性の欠如の主張には批判が向けられていることを想起すべきである。⁽⁶²⁾

四 緊急避難の受忍義務を連帶思想から導くさらなる潮流として、ロールズの正義論に依拠した説明がある。

固より本小稿でロールズの議論を本格的に取扱うことはできず、以下では刑法学で緊急避難に関連して取上げられているその断片を粗描するに止まる。

その嚆矢を成すメルケルは、合理的利己主義者たる契約当事者全員が「無知のヴェール」の背後にあり、何人も自己の地位、能力、傾向について無知である「原初状態 (Urzustand; original position)」を想定する。斯様に不確実な状況下では、自己のみを利用する規範の何たるかが分らないため、そこで定立されるのは「基本財 (Grundgüter; primary goods)」を適正に配分する正義の諸原理である。ロールズは基本財として権利、自由、機会、財産等を挙げるが、メルケルはここに社会連帯を加える。各人は、そもそも、そしていつ自らの財が危険に曝されるかを知り得ないため、自己の緊急に際しては財の保護を他人の連帯に委ね、他人が避難行為を受忍することによって自分は危険を免れることを求めると共に、他人の財の危険にあつてはその救助のために自らの財を犠牲にすることに合意するであろうから。斯かる「社会保障政策 (social insurance policy)」として、受忍義務を伴う緊急避難の制度を構想するのである。⁽⁶³⁾

これに対しては、パヴリクによる二つの指摘が向けられる。第一は、一方的に他人の連帯を求めて自分は連帯しない「只乗り (Triibrettfahrer)」が出現する懸念、即ち人は、「無知のヴェール」が取除かれて現実の緊急状況に直面し、自分が連帯を求める側なのか求められる側なのかを知った後も、合理的利己主義者であり続けるため、そこでは他人のために自己の財を犠牲にすることはないという問題である。これに答えようとしたのが、契約の構成によって原初状態という架空の状況における仮設的な合意のみから現実の許容や義務を導くメルケルとは異り、現実の緊急避難状況においても連帯への合意を認める見解である。一つにはイヴァンゴフが、法主体性 (Rechtssubjektivität) の前提条件は相互承認 (die wechselseitige Anerkennung) であるとのヘーゲルの論を採用して、

具体的な緊急状況で連帯を拒み相手を承認しない者は相手からの承認も受けられず、以て自己の法主体性を喪失するため、人は自己矛盾を来すことなく連帯への合意を破ることはできないと説く。⁽⁶⁵⁾ここで対立する両見解の背後には人間観の相違が伏在するように見受けられ、十分に噛み合った議論にはなっていないように思われる。今一つはコーニックスが、人は自己の現実の状態を知った後も、ロールズの「反省的均衡 (reflectives Gleichgewicht; reflective equilibrium)」の方法により、正義について熟慮した上で規範を定立する立法者の立場に立って連帯に合意する、と述べている。⁽⁶⁶⁾しかし、被害者の同意を擬制するものとの誇りを免れないであろう。⁽⁶⁷⁾

パヴリクは第二に、原初状態においてすら連帯への合意が為されるかは疑わしいと批判する。人が他人に連帯するのは、さもなければ将来他人が自分に連帯してくれなくなることを恐れるからであるが、その不安が現実化するのとは、過去に自分が連帯義務を盡さなかったことが社会の成員に知れ渡っている場合に限られ、その危険のない現代の匿名大規模社会では「只乗り」するのが合理的な態度であろう、と。確かに、無知のヴェールの背後にいる者も、社会が匿名的であるとの一般的な事実を知るものと想定されていようから、この批判によって論者の出発点が多少なりとも動揺させられたと言って良いであろう。

五 そうであるとするれば、連帯義務、受忍義務の手懸りは、現実的或いは仮設的な意思ではなく、むしろ社会の存立にとっての連帯の客観的な必要性に求められるべきであるように思われる。⁽⁶⁸⁾即ち、連帯を拒まれた者は危険に自分で対処する他なくなり、危険を転嫁せず自ら受忍することによる利益の喪失や、前以て危険への備えを講ずることに向けられる各種資源の費消という弊害が生ずる。これを避けることこそが連帯を認める根拠であったと思われる。⁽⁶⁹⁾転嫁行為の受忍が拒否されれば、緊急避難を正当化した意味が無に帰すのである。⁽⁷⁰⁾この意味で、連帯義務と緊急避難の受忍義務は同義と言って良いであろう。

第三項 事後判断説

一 当該正当化事由の要件の判断基準が事後判断なら受忍義務を肯定、事前判断なら否定する立場から、緊急避難を事後判断による正当化事由と解した上でこれに受忍義務を認める見解がドイツで主張されている。

先ず、論者の前提とする刑法規範の理解は次の如くである。法の評価機能、決定機能、保障機能に鑑みると、態度の違法性は評価規範違反には盡きず、決定規範違反若しくは態度規範違反も意味を持つ。さらに、決定規範共々評価規範から導かれる保障規範（die Schutz- und Gewährleistungsnormen）は、保護客体の不可侵性を保障し、法益主体に分配された自由領域を侵害から守るものであって、その違反により結果反価値が実現されるが、決定規範違反を欠けば行為は違法でない。そのような行為の相手方はこれに対する正当防衛権を有しないが、緊急避難は認められる⁽⁷¹⁾。

以上を踏まえてレンクナーとシュテルンベルク・リーベン⁽⁷²⁾は、正当化事由を真正侵害権（echtes Eingriffsrecht）と単純行為権限（schlichte Handlungsbefugnis）に分ける。前者は、正当化の前提事情が現実に存在することが要求されるもので、侵害財が「現実」に保護を求めているが故に結果反価値が法的重要性を失う（利益欠如の原理）か、侵害財が「現実」に危険の切迫している、保護相当性のより高い他の財の犠牲となるべきであるが故に結果反価値が結果価値によって補われる（優越的利益原理）かの理由により、具体的状況における侵害財の保護相当性が否定される。それ故、決定規範も保障規範も停止されていずれに対する違反も認められず、相手方は受忍義務を負う。同意、正当防衛等の大多数の正当化事由がここに配される⁽⁷³⁾。他方、単純行為権限においては、正当化の前提状況の存在は不確実であるが、行為によって達成さるべき目的が法的に承認されるために、許された危険の考え方によって事前判断の基準で正当化が行われる。事後的に見れば行為の向けられる法益の保護相当性

は失われないため、保障規範の観点からは行為の受忍義務を課することができず、緊急避難による対抗が可能となる。推定的同意や仮逮捕（独刑訴法一二七条一項）がその例とされる。⁽⁷³⁾ 斯様にしてレンクナー等は、正当化事由を要件の判断時点によって二分し、正当化の前提事情が現実に存在することが要求される事後判断型のものについては受忍義務を認めるのである。

ロクシンもこれとほぼ同じ主張を行う。正当化事由は侵害権を保障し、その受忍が義務付けられることを原則とするが、例外的に、正当化の前提事情が現実に存在することを要しない「不確実な若しくは将来の事情に基づく正当化事由」では、前提事情の不存在を知る者が緊急避難によって対抗することを認めている。⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾

二 それでは、緊急避難の要件の判断基準は如何なるものであり、緊急避難は真正侵害権と単純行為権限のいずれに位置付けられるか。論者によれば、これが緊急避難に受忍義務を認むべきか否かの分水嶺である。

(一) 緊急避難状況の存否を事前判断することを明言するものは、我国では少ないが、ドイツでは多数説である。ヤコブスは、緊急避難状況としての「危険」の文言（独刑法三四条一文）から事前判断を支持する。⁽⁷⁶⁾ ロクシンも、緊急避難を許された危険に基く「不確実な若しくは将来の事情に基く正当化事由」と考え、危険の不存在が事後的に判明しても誤想避難ではなく緊急避難の成立を認めて正当化を行う。⁽⁷⁸⁾

その結果、緊急避難に対する緊急避難が認められることになる。ヤコブスの例を借りれば、重病で倒れていると思しき者のために救助を呼ぶ行為——他人の電話を勝手に使う等の法益侵害を伴う場合を想定しているものと思われる——を、それが仮病であると知る者が妨害する強要行為は、正当化緊急避難となる。⁽⁷⁹⁾ 但し、避難行為の補充性要件を満たすためには、第二の避難行為者は第一の避難行為者に先ず事実を伝え、錯誤を解消することによって行為を止めさせるべきであり、そのようなより軽微な方法が存する限り、第二の避難行為は正当化されない。

そうすると、緊急避難を適法に阻止し得る場合として残るのは、誤想された緊急状況の切迫性故に事情を説明する余裕がないような事例等に限られる。⁽⁸⁰⁾このように例外的にはあるが、論者は緊急避難の受忍義務を否定する余地を認める。その根拠は、ヤコブスによれば、事前判断は第一の避難行為の侵害財にとって不利益な判断方法であり、これによって侵害財の保護相当性が過度に否定されてはならないことに求められている。⁽⁸¹⁾

(二) 他方、レンクナー等は、緊急避難を真正侵害権に配する。緊急状況たる「危険」は予測に関わる要件であるが、相手方の権利が不当に制約されることを避けるべく、予測の基礎となる事情は客観的に認識可能な限り⁽⁸²⁾で現実存在することを要求し、原則として事後判断するためである。

これに従うと、仮病の事例では、危険の不存在により、阻止される行為について正当化緊急避難の成立が否定されると思われるため、そもそも緊急避難対緊急避難の場合ではなくなる。⁽⁸³⁾しかし、危険が事後的に存在する事例では、侵害法益を保護すべき現実の理由がなくなるが故に緊急避難が成立し、その受忍義務が認められるのである。⁽⁸⁴⁾

以上の二つの見解は、緊急避難の相手方は正であるためその法益の侵害が行き過ぎてはならないとの発想を同じくするが、事前判断説はその趣旨を活かすために相手方の対抗を許すのに対し、レンクナー等は相手方の保護を事後判断によって図り、対抗は認めないものと言えよう。

三 緊急避難の前提状況を事後判断するのはドイツでは少数説であるが、我国では一般に事後判断が行われており、⁽⁸⁵⁾それは怪しむに足りない。その理由は、レンクナー等が指摘していたように、不正でない第三者に危険を転嫁するための要件は厳格であるべきことに求められよう。少なくともこれを不正の侵害者に反撃するための要件より緩やかには解し得ないため、正当防衛状況を事後判断するなら緊急避難では尚更前提事情の現実の存在を要求すべきである。⁽⁸⁶⁾正当防衛における事後判断説を正当化の衝突の回避から根拠付けるとしても、⁽⁸⁷⁾そこでは法確

証の衝突の回避という正当防衛固有の視点が含まれているため、これを手懸りに緊急避難における事後判断説、延いては緊急避難の衝突の回避を導くことは循環論法には当たらないと思われる。斯様にして、緊急避難は「不確実な若しくは将来の事情に基く正当化事由」ではなく、事後判断型の正当化事由であつて、侵害法益を犠牲にして保全法益を守る結果が正当化される。

そうであれば、この結果をもたらす行為の受忍が拒否されることによって、法がより保護相当と評価した保全法益が保護されなくなるといふ法の望まない結果が招来される。この事態を避けるには、緊急避難の受忍義務を認める他ない。以上の如く、事後判断説を採用することにより、緊急避難に対する緊急避難の禁止が導かれるのである。

第四項 否定説の一試論

一 対立法益の一方のみが危険に曝されている場合

第一の避難行為への対抗は禁ぜられる。その結果、同行為による保全法益が守られ、侵害法益は害される。

生命対生命の場合では、例えば甲の保持するカルネアデースの板を乙が奪う行為が正当化緊急避難に当たるとすれば、甲がこれに対抗すること（前述本章第一節第一項二）はできず、受忍すべきである。この結論が不当と感ぜられるならば、乙の行為を適法と見ることに禍根がある。これを違法と解する私見では、甲から乙への正当防衛が可能である。

生命対生命以外の場合、例えば乙が溺れている犬を救うために甲の舟を使おうとする正当化緊急避難行為を甲が妨害すること（前述本章第一節第一項三）は、否定説からは許されない。

二 对立法益が同一の危険に曝されている場合

(一) 救助手段を共用している場合

生命对生命の場合、例えばカルネアデースの板に掴まっている二人の一方が他方を突き落として生き延びようとする行為が適法な（防禦的）緊急避難に当るなら、これに対抗する行為（前述本章第一節第二項一）は違法である。

生命对生命以外の場合、例えば犬A Bが乗るカルネアデースの板からAを突き落としてBを救おうとするこの正当化緊急避難行為を甲が妨げること（前述本章第一節第二項一）は許されない。

(二) どの法益も救助手段を持たない場合

カルネアデースの板を独占するために板を指して泳ぐ二人の一方が、板に到達する前に競争相手を攻撃すること（前述本章第一節第二項二）は許されない。しかし、先に板に泳ぎ着いてこれを独占する行為は適法であり（前述第一章第二節第二項）、その方法によっていずれか一人は救われることになる。

カルネアデースの板を指して犬AとBが泳いでいたが、板には犬一頭分の余裕しかなかったため、乙がBを救うためにAを殺すような生命对生命以外の場合は、法益同価値でも正当化を行う我多数説によれば正当化緊急避難となる。よって、この乙の行為を阻止する甲の行為（前述本章第一節第二項二）は違法である。

(三) 二つの行為が同時に行われた場合

(一) の生命对生命の例で両者が同時に相手を突き落とそうとした場合や、(二) で二人が同時に板に辿り着いてこれを奪い合う場合を如何に評価すべきか。前者の権利、遅者の義務を認める本稿の立場からすると、同時の場合、両行為の評価は同じでなければならぬため、共に適法と見るか違法と見るかの二つの解決しかない。強

者の権を避ける立場からは、後者を選ぶべきことになる。一方の法益を救助できる可能性が存するにも拘らず、これを現実化させずに全法益の喪失を命ずるのは不合理との批判もあるが、強者と弱者を平等に保護する大前提には、功利主義的要請も一歩退かざるを得ないのである。

三 刑法三七条の解釈

否定説の結論を導くためには、第一の正当化緊急避難行為はその相手方にとって三七条の「危険」に当たらないと考えるべきであろう。この要件を、法益に対する単なる事実上の侵害、危険ではなく、「受忍すべきでない侵害、危険」として規範的に捉えるのである。この解釈は、前述（本章第二節第一項三）した刑罰の執行に対する緊急避難を認めない我国の有力な見解とも整合する。危険という緊急避難の前提状況が否定される結果、緊急避難に対する過剰避難も成立しない。

四 損害賠償

第一の避難行為の危険源が物、自然現象、適法行為に由来する場合、その行為者には相手方に対する一種の無過失賠償責任が認められる（前述本章第二節第二項）。相手方に緊急避難による侵害の受忍を義務付けることの代償と解される。⁽⁹⁰⁾これは既述の通りドイツの法規定の行き方でもある。物に対する攻撃的緊急避難に関する民法九〇四条は、その第一文において、物の所有者に緊急避難による侵害の受忍を義務付け、第二文でその損害賠償請求権を定めている。そしてこの賠償規定は、財産以外の法益の侵害を（も）規律する、正当化攻撃的緊急避難の一般法とされる刑法三四条が適用される場合にも、類推適用されているのである。⁽⁹²⁾

第二章註

- (1) Küper, Grund- und Grenzfragen, S.72.
- (2) Korath, JA 1998, 254.
- (3) 莊子・総論二五七頁註四。
- (4) 内田・神奈四二卷一 号二六頁。
- (5) 山中敬一「法的に自由な領域の理論」に関する批判的考察「関法三三卷三・四・五号（昭和五七）五三頁参照。さらに、生命對生命の場面で既得権を尊重することを疑問とするのは、吉田宣之「違法性の本質と行為無価値」（平成四）二二五頁以下。
- (6) Dazu auch das Beispiel bei *Hruschka*, Strafrecht, S.72; vgl. auch *Pardomo-Torres*, Duldungspflicht, S.49.
- (7) *Otto*, Jura 2005, 475; *Joerden*, Otto-FS, S.347.
- (8) 以下に取り上げるもの他、団藤・総論二四五頁以下、内田・概要中一二三頁以下、一二七頁註二五、前田・総論四〇一頁、堀内・総論一七〇頁。尤もこの見解にあつても、第二の避難行為者が第一の避難行為の保全法益の保障人である場合には、受忍義務を認むべきこともあるう。
- (9) 牧野英一「重訂日本刑法上巻」（昭和一三）三四五頁、三五〇頁註一。
- (10) 藤木・総論一七九頁、佐伯・考え方一八四、一八八、一九一頁、高橋・総論三〇〇頁註一三、三〇八頁。川端教授も、「緊急避難行為を『正当行為』として是認するにしても、それを『権利』として真正面からは認めにくい」、或いは「権利」として積極的に承認すべきではない」と説く（川端博「緊急避難論の現在と展望」現刑六九号（平成一七）一四頁）。松原教授も、緊急避難の権利行為性を否定する（松原・総論一六七頁）。西原博士は、保全法益が優越する場合を違法阻却事由、法益同価値の場合は「一種の放任行為」であるがやはり違法性が阻却されると述べ、いずれの場合にも緊急避難に対する緊急避難を許容する（西原・総論

上二四九頁以下)。

佐伯教授は、正当化事由のより細かな分類も行っている。即ち、法益侵害結果まで正当化されており被害者の受忍義務を生ぜしめ退避も許されないもの(逮捕、勾留、刑の執行)、法益侵害が目的達成に必要な限度で正当化され目的達成を妨害しない退避は可能であるもの(正当防衛)、正当防衛では対抗できないが緊急避難による対抗や退避は可なるもの(緊急避難)に三分し、緊急避難を正当化事由の中で最も効果の弱い群に位置付けている(佐伯・考え方一八三頁以下)。

(11) 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』(昭和四二)三六頁。同旨、井上宜裕『緊急行為論』(平成一九)六頁、同『緊急行為論——緊急避難論の諸相——』『理論刑法学の探究1』所収一四三頁。

(12) 松宮孝明『演習』法教三三七号(平成一二)一五二頁。また、同『刑事立法と犯罪体系』(平成一五)一五六頁。

(13) 勝本勘三郎『刑法要論總則(訂正三版)』(大正四)二五六頁、井田・総論三〇四頁、山口・探究総論九四頁、川端・総論三八七頁、高橋・総論三〇〇頁以下。

(14) 町野朔・辰井聡子『不法入国と緊急避難』現刑七号(平成一二)八〇頁、山中・総論五二二頁、西田・総論一四四頁、山口・総論一四〇頁。

(15) 浅田・総論二四九頁、曾根・総論一一四頁、深町・注釈刑法第一卷四七九頁、松原・総論一七三頁。

(16) 内藤・総論中三三七頁、井田・総論三〇四頁、堀内・総論一六七頁、大谷・総論二七六頁、高橋・総論三〇一頁。正当防衛の権利としての性格に争いはないと思われるので、この見解では正当化事由を権利行為と放任行為に二分する意味が失われることになる。

(17) 大判大正三年一〇月二日(刑録二〇輯一七六四頁)は、部落付近を貫通する川が氾濫し、そのために生じた部落民の生命、財産等への危難を回避するために具費支弁に係る堤防を決壊させた溢水罪(一一九条。現在の出水罪)に当る行為について、緊急避

〈57〉 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

難の成立が認められて無罪判決が下された際、その被告人に対する県による損害賠償請求を認容したものである。大審院は、「緊急防衛ハ特定ノ場合ニ於ケル不法ナル権利侵害ヲ排斥スルカ爲メニ法律カ認許保護スル權利行爲ナレトモ緊急避難ハ之ト異リテ特殊ノ場合ニ於テ法カ權利者雙方ヲ完全ニ保護スルコトヲ得サルカ爲メニ已ムヲ得ス單ニ其一方カ他方ノ權利ヲ侵害スルコトヲ黙過シテ之ニ刑責ヲ課セサルニ止マルヲ以テ假令一方ニ緊急避難ノ原因發生セリトスルモ之レカ爲メニ他方ノ權利ノ消滅ヲ來スヘキモノニアラス然レハ緊急避難行爲者ハ刑事上無罪ノ判決ヲ受クルニ拘ハラス其行爲ニヨリテ損害ヲ被リタル他人ノ權利ニ對シ民事上賠償ノ債務ヲ負フハ當然ノ結果ナリトス」と判示した。さらに大判昭和八年一月三〇日（刑集二二卷二二六〇頁）は、田植後の豪雨によつて稲苗が水没し枯死しようとしていたので、水を排出するために他人の板堰を破壊した事案について、緊急避難の成立を認めて無罪を言渡したが、損害賠償責任との関係にも触れ、大正三年判決と同様の趣旨を説いている。曰く、「板堰設置ノ處置適法ナル以上被告人等ハ之カ損壞ニ付民事上損害賠償ノ責任ヲ免レサルヘシト雖他人ノ正當ナル利益ニ對スル加害行爲ニ付テモ亦緊急避難ヲ認ムルノ餘地ヲ存スルコトアルヘ」し、と。

(18) 右の二つの大審院判決は損害賠償義務の根拠規定を挙げていないが、大判大正三年の上告趣意によれば、その原判決は民法七〇九条を根拠としていたようである。

(19) 松原・総論一七二頁以下、一七六、一一四頁。

(20) 山口・探究総論九四頁。

(21) 山口・総論一七六頁。

(22) 山口・総論一一七頁、一七五頁註二九。

(23) 差し当り、葛原他・テキストブック刑法総論（橋田）二二三頁。

(24) 違法一元論の立場から、佐伯・総論二〇九頁、井田・総論三〇二頁註一一、松宮・総論一五五頁。その他、西田・総論一四〇頁、

佐伯・考え方一八二頁。

- (25) 松宮・鈴木古稀上三三四頁参照。
- (26) 我国では、平野・総論Ⅱ二二九頁、西田・総論一四〇頁、佐伯・考え方一八一頁等。
- (27) 井田・変革の時代における理論刑法学一三五頁。同・総論三〇二頁、同・理論構造一八一頁。また、同・総論三〇四頁註一八。結論同旨、江家義男『刑法（總論）』（昭和二七）一〇七頁、金沢・刑法とモラル九八頁、深町・注釈刑法第一卷四七七、五〇〇頁。
- (28) *Delonge, Interessensabwägung*, S.177.
- (29) *Joerden, Otto-FS*, S.347f.; フリッツシュも同様に考えるが、生命と生命の衝突においては対立法益が同価値であることから、結論を留保してゐる (*Frisch, Puppe-FS*, S.449f.)。
- (30) 高橋・総論二九九頁。これに關与する第三者の行為については、制限従属性説から共犯の成立を否定する。第三者は対立する両者のいずれに加担することも許されるのであろうが、この結論を納得し難いと批判するのは、森下・研究三三二頁。
- (31) デロンゲは、通説の背後に、人間は目的のための単なる手段とされてはならないとのカント哲学の定言命法、換言すれば、生命は如何なる事情の下においても他人の故意による攻撃から守られるという、社会の全構成員の集合的利益 (*Kollektivinteresse*)、集合的安全感 (*kollektiver Sicherheitsgefühl*) が潜むと考へ、これが最高位の法益である生命に優先する謂れはないと述べる (*Delonge, Interessensabwägung*, S.118-128)。しかし、対立する具体的な法益の衡量のみで違法性を定めるものとすれば、俄には左袒し難い。
- (32) 法は本質的優越なき場合については沈黙しているため文言との関係で問題は生じないこと、行為者に有利な拡張解釈であること を理由とする (*Delonge, aaO*, S.180)。
- (33) *Delonge, aaO*, S.177f., 168.

〈59〉緊急避難に対する緊急避難（橋田）

- (34) 中森・新・判例コンメンタール刑法2五七頁参照。イエルデンも、板に向いつつある相手を水中に沈めて溺死させる等、競争に前以て介入することを、公正な競争の保障を失わしめるとして疑問視している（Joerden, a.o., S.347f.）。
- (35) 拙稿・生命危険共同体九三頁参照。
- (36) Delonge, a.o., S.129f., 170.
- (37) 金沢・平場選層上一七八頁以下。
- (38) Roxin, AT I, 14/30.
- (39) MK-StGB-Erb., §34 Rn120.
- (40) 利益衝突状況の共同体にとつての受忍可能性、「共同体関係的な行為許容性」に正当化の一般原理を求める立場（高橋・総論二五四頁）から、許容の衝突を「共同体内における自律的解決に委ねる」高橋教授の主張（同三〇〇頁註一二）にも同じ問題があるのみならず、如何なる共同体を念頭に置くのかが示されておらず、仮に板を奪い合う二人から成る共同体を考えると、強者を優先する理由が不明である。
- (41) 小田・刑雑三四卷三三三三四八頁註二四。
- (42) Vgl dazu Joerden, a.o., S.332.
- (43) 森下博士は「機先を制するもの」と「腕力のすぐれたもの」を同列に論じ、これらを共に斥けている（森下・研究一五二頁）。吉田宣之教授も、泳力に勝る者を優先するのは「肉体的に強者の論理」と言う（吉田・違法性の本質と行為無価値二二六頁）。Vgl auch Joerden, a.o., S.347, 349.
- (44) 小田・前掲三三七頁以下も参照。
- (45) 森下・研究一七八、一五二、二三二頁、佐伯・総論二〇七頁、中・総論一四二頁、鈴木優典「緊急避難とその対抗行為（一）」法

研論集一一一号（平成一六）一五六、一六四頁、井上・緊急行為論六頁、同・理論刑法学の探究一六〇頁。なお、井田教授は、カルネアデースの原型事例では強者の権を斥けつつ（井田・総論三〇一頁）、危険共同体の事例ではこれを容認しており（三〇二頁）、一貫性に疑問が生ずる。

(46) 宮本英脩『刑法學粹（第五版）』（昭和一〇）二六五頁以下。害が相等しき場合には受忍義務なき放任行為とする。保全法益が侵害法益より著しく大なる場合にのみ権利行為として受忍義務を認めるのは、江家・總論一〇七頁。

(47) 森下博士も、緊急避難権を認めながら相手方の受忍義務を否定するのは、適法でも違法でもない「半適法」の領域を承認するもので、理論からの逃避と断じている（森下・研究一五四頁）。更に、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（昭和五八）四八頁。

(48) 宮本・學粹二六六頁、同『刑法學綱要（第二分冊）（第七版）』（昭和三）三三九頁以下、同『刑法大綱（第四版）』（昭和一〇）一〇一頁。

(49) 松宮・法教二三七号一五二頁。

(50) この見解によっても結局強者は処罰を免れるため、事実上は強者の勝利に到るとの指摘がある（佐伯・考え方一八七頁、遠藤聡太「緊急避難論の再検討（一）」法協一二二卷一号（平成二六）一四七頁註二二三）。しかし、正当化と免責の規範的な違いを無視することはできない。

なお、我国における本説の論者の多くは、同価値の利益衝突における緊急避難に対する緊急避難を否定すべきことを論拠として、緊急避難の法的性質についての違法阻却一元説を斥けている（保全利益の侵害利益に対する単純な優越を要求する者、佐伯・総論二〇六頁、米田・緊急避難における相当性の研究四四頁、中・総論一四二頁。同じく著しい優越を要求する者、森下・研究二四一頁、井田・総論三〇一頁（なお、前掲本章註(45)。「危難の転嫁を甘受する社会連帯義務の有無」を基準にする者、松宮・総論一五六頁）。しかし、はじめに註(2)に見たように、対立利益が同価値の場合には免責に止める二分説を採用しても、正当化事由

としての緊急避難同士の衝突は避けられない。

〈61〉 緊急避難に対する緊急避難（橋田）

- (19) *Hruschka*, Strafrecht, S.87ff.; *LK-Hrusch*, 11.Aufl., 1994, Vor §32 Rn65; *MK-StGB-Erb*, §34 Rn1; *Kühl*, AT, 8/7; *ders.*, *Hirsch*-FS, 1999, S.266; *ders.*, *Lenckner*-FS, 1999, S.150; *SK-StGB-Günther*, 6.Aufl., 1998, Vor §32 Rn49; *LK-Zieschang*, §34 Rn1; *HK-GS-Dürige*, 3.Aufl., 2013, §34 Rn1.
- (52) *BGH NJW* 1989, 2479 (2481). 紹介として、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（平成九）六九二頁。
- (53) *SK-StGB-Günther*, 7.Aufl., 2000, §34 Rn1; *NK-StGB-Neumann*, §34 Rn7, 9; *Frisch*, *Puppe*-FS, S.438ff.; *Kühnback*, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2006, S.52; *Coninx*, *Solidarität im Strafrecht*, S.190.
- (54) 他方、連带的作為義務を定めるのが、不救助罪の規定（独刑法三三三条c）である。
- (55) 同規定については、はじめに二（三）参照。
- (56) *Kreischmer*, *NSiZ* 2012, 181. 同じく、刑法上の緊急避難の受忍義務をドイツ民法九〇四条から導くようであるのは、*Kühnback*, *aaO*, S.11.
- (57) *Renzikowski*, *Notstand*, S.178ff.
- (58) *Renzikowski*, *aaO*, S.188.
- (59) *Renzikowski*, *aaO*, S.191ff.; *SK-StGB-Günther*, §34 Rn1; *ders.*, *Amelung*-FS, 2009, S.149.
- (60) *Silva Sánchez*, *GA* 2006, 384f.
- (61) ヘーゲルに倣って生存の重大な危険のみを緊急避難の前提状況に数える前提からではあるが、ベルドモ・トレスも言う。社会で平和に生きようとする凡ての市民は、生存に関わる緊急状況において要求された自己の財を放棄して自らの自由領域を制限する義務を保障人として負う、と（*Pardomo-Torres*, *Duldungspflicht*, S.38-40）。

- (62) 内藤・総論中三二九頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（平成一九）一九頁、葛原力三「結果無価値と行為無価値」犯罪と刑罰 二二号（平成二四）一一〇頁、小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉二三卷一号（平成二〇）一〇頁。
- (63) *Merkel, Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 182-186. メルケルの見解を紹介する邦語文献として、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務（一）」姫路四六号（平成一九）一二頁以下。我国で緊急避難を社会契約の視点から説明するのは、松原・総論一七一頁。
- (64) *Pawlik, Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 68ff. その紹介として、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務（二）」鹿法六九号（平成二〇）二頁以下。
- (65) *Irvinghoff, Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand*, 2009, S. 82f., 93f.
- (66) *Coninx, Solidarität im Strafrecht*, S. 197ff.
- (67) *Vgl. F. Meyer, GA 2004*, 366 Fn81.
- (68) 現在では連帯と一線を画する立場に立つヤコブスも、攻撃的緊急避難を、不可欠の制度を維持するために行為の相手方が受忍を強いられる「公共の利益の優越の原理」に基づく正当化事由に位置付けて、その受忍義務が社会にとって有用であると認める（*Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 44ff.）。
- (69) 拙稿・避難行為の相当性六三頁以下。
- (70) *Vgl. Joerden, Solidarität im Strafrecht*, S. 57. キュールも、「何人も、危険に陥った者との連帯の根拠から、その者による自己の法益に対する請求を甘受すべし」と述べる（*Kühl, Lenckner-FS*, S. 157; *ders.*, *Hirsch-FS*, S. 266ff.; *ders.*, *AT*, 87ff.）。フリッツィンユも、緊急避難の正当化根拠と相手方の受忍義務の根拠を同視して、緊急避難は相手方にとっても合理的な制度でなければならぬと言っている（*Frisch, Puppe-FS*, S. 438ff.）。

〈63〉緊急避難に対する緊急避難（橋田）

- (71) Schönke/Schröder/Eisele, vor §§131f. Rn48f. 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（平成一七）四九頁以下も参照。Vgl. auch *Krini*, AT, 3/6.
- (72) Schönke/Schröder/Lencker/Sternberg-Lieben, vor §§321f. Rn10af.
- (73) Schönke/Schröder/Lencker/Sternberg-Lieben, vor §§321f. Rn11.
- (74) Roxin, AT I, 14/108ff.
- (75) これらに対してヤコブスは、正当化原理には答責性原理、被害者による利益定義の原理、社会連帯原理の三つがあるとの立場（*Jakobs*, AT, 11/3）から、事後判断と受忍義務の対応関係は答責性原理に基づく正当化事由、即ち受忍の理由が相手方自身に存する場合にしか妥当しないと説いていた。それは、行為の相手方が利益衝突状況について完全な答責性を有する（正当防衛）か、より大なる管轄を有する（防禦的緊急避難）場合であり、ここでは相手方の組織化領域と衝突の結び付きが現実存在して初めて受忍を義務付け得る（*Jakobs*, aaO, 11/9）。他方で攻撃的緊急避難は、被害者が第三者や公共の利益のために犠牲を強いられる連帯原理に基づく正当化事由であり、ここで受忍義務を認めるために前提状況の事後的存在を要求すべきかは合目的性の問題であると述べて、判断基準と受忍義務の関連を否定した（*Jakobs*, aaO, 11/12）。尤もヤコブスは、攻撃的緊急避難については、次に見る如く前提要件を事前判断しつつ受忍義務を否定しており、右の関連性を肯定するのと同じ結論に到っている。しかも、その後正当化原理の分類方法自体を見直し、判断基準と受忍義務の関連性についての記述も削除している（*Jakobs*, *Zurechnung*, S.44ff.）。よって、これ以上言及することは不要と思われる。
- (76) 「合理的な観察者の客観的な事前判断」（山中・総論五二二頁）、「客観的」にかつ、「事前」に行われなければならない。（内田・概要中一三二頁）、「所為の前の時点で」の判断（吉田敏雄「正当化緊急避難(2)」北研四八巻三号（平成二五）四六一頁）等がある。さらに野村教授は、「違法判断の対象となる事実の存否については、不能犯に関する具体的危険説の趣旨に従って判断すべきであ

ると考えるので、現在の危難は客観的に存在しない場合でも避難行為が当時避難行為者のみならず一般人も存在すると考えることに合理的根拠があるときは、現在の危難が存在するものと」する（野村稔「緊急避難」刑法の争点（平成一九）所収五一頁）。

- (77) *Jakobs, AT*, 11/12, 13/13.
- (78) *Roxin, aAO*, 16/15, 14/111, 14/88; siehe auch NK-StGB-Neumann, §34 Rn39; MK-StGB-Erb, §34 Rn60.
- (79) *Jakobs, aAO*, 11/13.
- (80) *Roxin, aAO*, 14/107ff.
- (81) *Jakobs, aAO*.
- (82) その否定例として医学上未知の病気が考えられる。斯様な事情は行為時に存在すると思われれば足りよう（vgl. Schönke/Schröder/*Peron*, §34 Rn13）。
- (83) 尤も、急報行為が無過失の誤想避難として正当化されるとすれば、そのような行為を適法に阻止し得るかがさらに問われることになる。その検討は本稿の能く為し得るところではない。
- (84) Schönke/Schröder/Lencker/Sternberg-Lieben, vor §832ff. Rn10af.
- (85) 「現在の危難」の現実の存在を要求するのは、大谷・総論二九八頁、井田・総論三〇四頁。その他、危難の「客観的」存在を要求するもの（大塚・総論四〇一頁、福田・総論一六七頁、川端・総論三八四頁、深町・注釈刑法第1巻四七九頁）も同じ趣旨ではないかと思われる。
- (86) 林・総論二〇九頁。
- (87) 拙稿「防衛行為の相当性（一）」法學論叢一三六卷二号（平成六）三八頁以下。
- (88) 深町・注釈刑法第1巻四七七・五〇〇頁。同旨、金沢・平場選歴上一七八頁。Vgl. auch *Delonge, Interessenabwägung*, S.176f.

(89) 町野・辰井・現刑七号八〇頁。

(90) 松宮・総論一五四頁参照。また、中・総論一四二頁。

(91) 犯罪被害者等給付金の支給に関する法律は、給付の原因たる「犯罪行為」即ち「人の生命又は身体を害する罪に当たる行為」に緊急避難行為を含め、正当行為、正当防衛行為を除外している（同法二条一項）。よつて例えば、正当防衛の相手方即ち攻撃者が防衛行為によつて死傷したとしても、それは「犯罪行為による死亡、重傷病又は障害」に当たらないため「犯罪被害」（同法二条二項）ではなく、給付金の支給を受けることができないが、緊急避難の相手方はこれを受け得るのである。これも緊急避難の受忍による損害を埋め合わせるものと解し得る。

(92) MK-BGB-Sücker, §904 Rn24; siehe auch Renzikowski, NoIstand, S.196.

終わりに

本稿では、刑法三七条の緊急避難を一元的に正当化事由と捉える立場から、正当化される緊急避難行為に対抗する行為が緊急避難として正当化され得るかを問い、これを否定的に解するに到った。論証の柱となつたのは、強者の権の否定、緊急避難の正当化根拠としての社会連帯、緊急避難の成立要件が事後判断とすべきことである。固より「正当化の衝突」の一場面を検討したに過ぎず、その全体像の解明は将来の課題とせざるを得ない。

