

正当防衛に対する緊急避難

橋 田 久

はじめに

第一章 肯定説

第二章 否定説

第一節 正当防衛の正当化の効力

第一項 攻撃者の法益の保護相当性の減少乃至欠如

一 正当防衛の正当化根拠としての被攻撃者の利益の絶対的優越性

二 侵害権としての正当防衛

第二項 正当防衛による法秩序の保全

第二節 緊急避難の成立要件

第一項 危難

第二項 害の均衡

終わりに

はじめに

一 正当防衛を向けられた急迫不正の侵害者がその受忍を拒み、これを免れるために他人の法益を侵害する行為は正当化され得るか。危険源が正当防衛であるため、「不正」の侵害を要件とする正当防衛による正当化はあり得ず¹⁾、正当化事由として考えられるのは緊急避難である²⁾。それ故、正当防衛の受忍義務³⁾の有無は、正当防衛を免れるための正当

1) 但し、後出註 14)。

2) 本稿は、刑法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立場に立つ。

3) 受忍義務を負う者には反撃も転嫁も許されない（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（平成二五）183頁）。

化緊急避難の可否に対応すると言えよう。

ここでの緊急避難の形態には、正当防衛に対抗して防衛行為者の法益を侵害する防禦的緊急避難と、防衛行為に対抗したりこれから逃げたりする際に無関係の第三者の法益を侵害する攻撃的緊急避難の二つがある⁴⁾。前者の例としては次のようなものが挙げられている。甲が乙を殴り、乙が小刀で威嚇しても甲は意に介さずなおも殴って来たので、乙が甲の腕を刺そうとしたのに対して、甲が乙を殴って身を守ったというもの⁵⁾や、痴漢甲が駅のプラットフォーム上で女性乙に対して強制猥褻行為を行ったため、乙が反撃して突き飛ばしたところ、甲は線路に転落して電車に轢かれるのを防ぐために乙の腕を掴み、引き倒して軽傷を負わせたというもの⁶⁾である。攻撃的緊急避難の例は、突き飛ばされた如上の痴漢が、自己の生命、身体を守る目的で、女性ではなく傍にいた無関係の第三者を転倒させて軽傷を与えたような場合である。

二 この問題に関する最高裁の判断は知られていないが、下級審の裁判例には正当防衛に対する防禦的緊急避難を否定したものがある⁷⁾。ここでは、大学から退学処分を受けた甲が、立入を禁止されていた大学構内に入った際、これを実力で退去させようとする教職員の行為を正当防衛と捉えた上で、それを妨害した被告人の行為には甲のための正当防衛も緊急避難も成立する余地がないと判示された。但し、緊急避難を認めなかった理由は明らかでない。

学説に目を転ずると、斯様な場面における緊急避難の肯否を巡っては一応の対立が見られるとは言え、実務上殆ど問題となっていないこともあってか、議論が盡されているとは言い難い。本稿はその間隙を埋めようとするものである。

三 以下においては、緊急避難を肯定する見解を第一章で、否定する見解を第二章で検討する。比較法の対象は、我国の正当防衛論、緊急避難論に大きな影響を与えて来たドイツ法である。但し、ドイツでは肯定説が見当たらないため、第一章では我国の学説のみを取り上げる。第二章

4) 本稿の題名は、この両形態の緊急避難の総称として用いている。

5) Beispiel von Gropengießer, Jura 2000, 265.

6) 松宮孝明「演習」法教 237 号(平成一二) 152 頁の例。

7) 東京地判平成二一年九月一四日。未公開のため、以下の紹介はその評釈である森永真綱・刑事法ジャーナル 24 号(平成二二) 78 頁に基く。

では、否定説が揺るぎなき地歩を固めているドイツの学説状況も併せて考察の対象とする⁸⁾。

第一章 肯定説

一 我国の一部の見解は、正当防衛を免れるための緊急避難を認める。内藤博士、大谷博士は、正当防衛が「不正」ではないことからこれに対する正当防衛を否定する際、理由を示すことなく緊急避難による対抗を許容している⁹⁾。理由が垣間見られるのは、緊急避難状況としての「危険は違法な行為による場合のみならず、適法な行為に基づいて生ずるときにも認められる。正当行為、正当防衛に対して緊急避難を行うことも許される。」という堀内教授の叙述である¹⁰⁾。井田教授も、刑法三七条の「危険」は適法なものでも良いことを根拠として、正当防衛に対する緊急避難と緊急避難に対する緊急避難を共に肯定する。後者を明示的に防禦的緊急避難の一種と捉えることから¹¹⁾、正当防衛に対する緊急避難としても防禦型のものを考えているのであろう。

これらの、正当防衛に対する防禦的緊急避難を認めるとしき所説における肯定説の根拠としては、井田、堀内両教授が僅かに、「危険」には不正性が要求されていないため正当防衛行為もこれに当ることを挙げるに過ぎない。

二 青柳博士は、「行為者にとって権利であっても相手方に必ずしも

8) 避難行為が防衛行為から身を守るべく反射的に行われた等のため行為性が欠くこともあろうが（痴漢の例と類似の事例につき、島田聡一郎・小林憲太郎『事例から刑法を考える（第3版）』（平成二六）（小林）141頁参照）、以下ではその存在を前提に論ずる。また、攻撃の中止や退避という、他者を侵害することなく反撃を免れる方法があれば、反撃に対する再反撃行為や反撃による危険を第三者に転嫁する行為には、避難行為の補充性が否定される。例えば、先の痴漢の例を変形して、被害者が痴漢を続け様に殴打する反撃行為を行ったとすると、痴漢が更なる殴打を免れるためには、単に猥褻行為を止め、或いは逃げ出せば済むのであるから、再反撃や危険の転嫁は許されない。しかし、反撃行為の因果が攻撃者に向けて進行しており、これを反撃者が阻止することも攻撃者が反撃者に働き掛けて阻止させることもできず、退避も為し得ない場合には、避難行為の補充性を肯定できよう。一に挙げた当初の痴漢の例では、そのような事態もあり得る。他方、一の防禦的緊急避難の例では、甲の刺突行為がどこまで進展していたかによって、補充性の有無が分れるであろう。

9) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（昭和六一）337頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（平成二四）276頁。

10) 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（平成一六）167頁。

11) 井田良『講義刑法学・総論』（平成二〇）304頁及び同註18。なお、後出註23)。

忍受義務を伴わないものがあり得る。」と説き、その例として、警察官が職務質問（警察官職務執行法二条一項）を行う際、被質問者は質問に応ずることを強制されない建前であることを挙げ、これと並列して、「正当防衛を受けた不正な侵害者はそれに対して反撃はできないが、緊急避難はできる」と述べる¹²⁾。

ここに言う「反撃」は正当防衛のみを指し、防禦的緊急避難は含まないであろう。即ちこの記述は、正当防衛に対する正当防衛を否定して防禦的緊急避難を肯定する義であって、正当防衛も防禦的緊急避難も許容しないが攻撃的緊急避難は許す義ではあるまい。もし後者であれば、正当防衛による侵害についての攻撃者の忍受義務を、防衛行為者との関係では肯定し第三者との関係では否定することになってしまう。攻撃者に対して正当化されるとは言え法益侵害を行っている防衛行為者の保護相当性は、凡そ侵害を行っていない第三者のものより高くはないため、それは不当である。むしろ、相手方が危険源である防禦的緊急避難に比べると、無関係の第三者に向けられる攻撃的緊急避難の方が正当化はより困難との評価が、広く共有されていると思われる。ドイツ民法二二八条の防禦的緊急避難規定は正当化の要件として対立利益が「均衡を失しない」ことで足りとしているが、同九〇四条の攻撃的緊急避難規定は保全利益に切迫する害が「隔絶して大きい」ことを要求しているのも、その一つの証左であろう。

そこで、青柳博士が前述一の見解と同じく、正当防衛を危険源とする防禦的緊急避難を肯定するものとしても、上述の論証で正当防衛と職務質問を如何なる観点において同列に論ずるかが不明であるため、やはり理由として不十分の観がある。

三 高橋教授は、「正当防衛行為……を避けるために相手方あるいは第三者の法益を侵害した場合も、正当防衛を認めることはできないが、緊急避難となり得る。」と説いて、攻撃者による防禦的緊急避難と攻撃的緊急避難を共に認めている。しかしその根拠としては一の見解と同様

12) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』（昭和四〇）216頁註4。但し、権利行為は相手方に受忍を義務付けるものを言い、対抗可能な適法行為は放任行為と呼ぶのが一般的と思われる（牧野英一『重訂日本刑法上巻』（昭和一三）345頁、350頁註11、江家義男『刑法（総論）』（昭和二七）107頁、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇）179頁、佐伯・考え方184、188、191頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（平成二五）300頁註13、308頁）。

に、緊急避難の前提状況が急迫「不正」の侵害ではなく現在の危難であることが挙げられているのみである¹³⁾。

四 総じて肯定説は、実質的な根拠に欠ける憾みがある。正当防衛を免れるための緊急避難を許容することは、多くの場合、不正性を要件としない三七条の文言のみから導かれており、それ以上掘り下げた考察は見られないのである¹⁴⁾。

第二章 否定説

急迫不正の侵害者は正当防衛行為の受忍義務を負い¹⁵⁾、これを反撃や転嫁の方法によって免れることは緊急避難として正当化されない¹⁶⁾、と否定説は主張する。

第一節 正当防衛の正当化の効力

本節では、正当防衛という正当化事由の効力の強さに着目する諸見解に目を向ける。

第一項 攻撃者の法益の保護相当性の減少乃至欠如

緊急避難を権利行為と解する勝本博士¹⁷⁾は、「正當防衛ノ行爲等法益ノ傷害ト云フヲ得サル正當行爲ハ危難ト云フコトヲ得ス隨テ之ニ對スル

13) 高橋・総論 300 頁以下。

14) なお我国には、正当防衛に対する正当防衛を認める少数説がある。その立場からは、「不正」の侵害を要件としない緊急避難による正当防衛への対抗が、より強い理由を以て肯定されることになろう。尤も当然ながら、論者も正当防衛に対する正当防衛を一般的に許容する訳ではない。正当防衛による対抗が可能とされるのは、「厳密には過剰防衛であるが、過剰性の程度が軽微であり、そのため可罰的違法性が阻却される場合」（井田・総論 278 頁）或いは「完全に違法性が阻却されるのではなく、わずかに違法性が残っている場合」（林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（平成二〇）189 頁）、即ち正当防衛によって阻止される行為が結局のところ違法な場合である。従って、本来の意味での「正当防衛に対する正当防衛を認める見解は存在しないのであり、ここに正当防衛に対する防禦的緊急避難を肯定する手懸りの一つが失われたことになる。

15) 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』（昭和四二）36 頁、MK-StGB-Erb. 2.Aufl., 2011, § 32 Rn1; SK-StGB-Günther, 7.Aufl., 2000, § 32 Rn1; SSW-StGB-Rosenau, 2.Aufl., 2014, § 32 Rn1.

16) 西田典之『刑法総論〔第二版〕』（平成二二）144 頁。佐伯教授が、正当防衛に対しては「正当防衛も緊急避難もできないが、逃げることはできる」と述べるのも同旨か（佐伯・考え方 183 頁）。

17) 勝本勘三郎『刑法要論上巻（總則）（訂正三版）』（大正四）249 頁。

行為又ハ之ヲ避クル行為ハ緊急状態ニ因ル行為トシテ無罪タルコトヲ得ス」と述べて、正当防衛を危険源とする防禦的緊急避難も攻撃的緊急避難も否定していた¹⁸⁾。正当防衛によっては攻撃者に法益侵害が生じないとの斯様な主張は、今日では攻撃者の法益の保護価値を否定する形で主張されている。そのように言えるのであれば、保全法益の不存在故に緊急避難を認める余地はなくなる。その諸相は次の如くである。

一 正当防衛の正当化根拠としての被攻撃者の利益の絶対的優越性

山口教授は、正当防衛の正当化根拠を防衛行為に必要な限度で攻撃者の法益性が欠如することに求める見解を結論において支持しつつも、論拠が侵害の不正性だけでは薄弱と考え、より堅固な礎石として¹⁹⁾、「正は不正に譲歩する必要はない」が故に被攻撃者の利益は法益衝突を不正に生ぜしめた攻撃者の利益に対して質的、「絶対的に優越する」ことを唱える²⁰⁾。そして、その「いわば反射的效果」として、攻撃者の法益の保護価値の減少を認める²¹⁾。その上で本稿の問題については、刑法三七条の緊急避難が一元的な違法阻却事由であることを前提に²²⁾、「侵害者の法益の被侵害者の法益に対する劣後性により、正当防衛として許容される範囲内において、その保護価値が否認され、『現在の危険』であることが否定される」が故に、侵害者は「自己に対する正当防衛行為に対して緊急避難で対抗しえない」²³⁾と否定説に立つのである。

山口教授が正当防衛に対する防禦型の緊急避難を禁ずることは明らかであるが、正当防衛の危険を第三者に転嫁する攻撃的緊急避難の可否は

18) 勝本・總則 255 頁。

19) 山口厚『刑法総論 [第 2 版]』(平成一九) 112 頁、114 頁註 6。

20) 山口・総論 113 頁以下。

21) 山口厚「自招危険について」『香川達夫博士古稀祝賀』(平成八) 所収 207 頁。

22) 山口・総論 138 頁。この点に関し、前稿における山口説の分類の誤り(拙稿「緊急避難に対する緊急避難」名法 256 号(平成二六) 2 頁註 2)を訂正する。

23) 山口・総論 140 頁。同『問題探究刑法総論』(平成一〇) 101 頁。正当防衛権を三五条の「法令行為と同様の権利行為」と捉える佐伯教授が、適法な逮捕行為に対しては被逮捕者の自由権が制限され抵抗が許されない如く、「正当防衛権の行使に対して、相手方の法益は、防衛に必要な限度で要保護性が否定される」と述べるのも(佐伯・考え方 121 頁)、同旨と思われる。第一章で肯定説の論者として取り上げた井田教授も、以前は、保全利益との関係で攻撃者の「権利の要保護性が否定される」と述べて、正当防衛に対する緊急避難を拒絶していた(井田良『変革の時代における理論刑法学』(平成一九、初出平成一二) 128 頁)。

明言されていないようである。攻撃者の法益の価値の減少を被攻撃者の法益との関係において認めるのであるから、攻撃的緊急避難という、攻撃者と、被攻撃者以外の第三者とが対立する場面においては、攻撃者の法益の価値が減少することはなく、よってその法益に対する「現在の危険」を否定することはできず、緊急避難の成立を認めざるを得なくなるようにも思われる。しかし、この第三者も被攻撃者と同じく「正」の側に立つのであるから、その利益も攻撃者の利益に対して「絶対的に優越する」ことになるのではなかろうか。また、先（第一章二）にも見たように、防禦的緊急避難が否定されるならば攻撃的緊急避難は尚更否定されるべきである。これらの点に鑑みれば、この見解は正当防衛が危険源となる場合に両態様の緊急避難を共に否定することを目指すものと推察される。

正当防衛の正当化根拠については措くとしても、正当化の帰結として、防衛に必要相当な限りで攻撃者の法益の保護相当性が何人との関係でも失われることは否定し得ない。これは、攻撃者の法益の絶対的劣後性と称することもできよう²⁴⁾。但し、そのための要件を定立する作業が残されているように思われる。そのことを示唆するのが次の見解である。

二 侵害権としての正当防衛

（一）松宮教授は、正当防衛の正当化根拠を、「正当防衛の『権利＝法』（……）防衛的性格のゆえに防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定する原理」（法確証乃至法確認の原理）に求める²⁵⁾。ここから、「正当防衛は防衛に必要な範囲で相手方を侵害する権利を含むものであり、この権利の行使は緊急避難を理由としては阻止できない」と述べ、正当防衛を、相手方の受忍義務を伴う「侵害権」と捉えるのである。それ故、はじめにの痴漢の例では、防衛行為を向けられた痴漢による緊急避難を

24) 山口教授が逆に被攻撃者の法益の攻撃者の法益に対する絶対的優越性を強調するのは、侵害法益が保全法益に均衡を著しく失って大なる場合にも「防衛行為の相当性」要件による正当化の制限を否定すること（山口・総論 113 頁）をも念頭に置いているためであろう。

25) 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（平成二一）135 頁。

否定する^{26) 27)}。

(二) 侵害権について詳論するのはレンクナーとシュテルンベルク・リーベンである。レンクナー等は先ず、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。真正侵害権とは、侵害財が「現実」に保護を求めているために、行為によって生ずる結果反価値が法的重要性を持たない (利益欠如の原理) か、侵害財が「現実」に危殆化されている保護相当性のより高い保全財の犠牲となるべきであるために、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、具体的状況下で侵害財の保護相当性が否定され、法益侵害の惹起が許される正当化事由を言う。正当防衛は、攻撃の存否が「現実の」状況を基礎として事後判断されるため、ここに分類される。それ故、防衛行為の相手方たる攻撃者の法益の保護相当性は否認され、攻撃者に受忍義務を課してもその権利を不当に奪うことにはならない。よって攻撃者には、正当防衛を免れるための、正当防衛のみならず緊急避難の行使も禁ぜられるのである²⁸⁾。

レンクナー等の見解の要諦は、正当防衛状況を「現実」に存在した事情に基いて事後判断する——我国においても大方の一致がある²⁹⁾——点にある。もし事前判断を行うならば、精々防衛行為時における攻撃者の利益の保護相当性が否定されるに過ぎない。そこでは事後的に見れば攻撃者の利益はなお保護相当たり得るため、この保護相当性のある利益に対する現在の危難が認められ、攻撃者の緊急避難権が肯定されてしまう。

26) 松宮・法教 237 号 152 頁。痴漢に緊急避難を許せば、これを妨害する行為が違法となり奇妙とも述べる。尤も、我国の多数説は緊急避難に対する緊急避難を認めている (拙稿・緊急避難に対する緊急避難 36 頁参照)。

27) エアプが、正当防衛規定は攻撃者の利益との衡量の不要な (abwägungsfest) 防衛権限を与えるものであるから、攻撃者が正当化緊急避難規定を援用することはできない、と述べるのも同旨か (MK-StGB-Erb, § 34 Rn29)。

28) Schönte/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Aufl., 2014, Vor §§ 32ff. Rn10ff.; ähnlich, Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, 7/2; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, 14/107f.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013, 19/19; HK-GS-Duttge, 3. Aufl., 2013, § 32 Rn1; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 44. Aufl., 2014, Rn284. レナウとホーンもまた、正当防衛に受忍義務を伴う侵害権としての性質を認めることと前提状況を事後判断することは不可分と説く (Rönnau/Hohn, LK-StGB, 12. Aufl., Band 2, 2006, § 32 Rn96, 154)。

29) その根拠を示すものとして、井田良『刑法総論の理論構造』(平成一七) 135、161 頁、曾根威彦『刑法総論 (第四版)』(平成二〇) 108 頁、拙稿「防衛行為の相当性 (一)」法學論叢 136 巻 2 号 (平成六) 138 頁。

何となれば、緊急避難の前提状況は事後判断されるからである³⁰⁾。この緊急避難権を斥けるには、緊急避難の保全利益性を事後的に否定せねばならず、そのためには、この利益に向けられた防衛行為の前提としての急迫不正の侵害が「現実」に認められることが必要なのである。

（三）しかし、現実の急迫不正の侵害に対するあらゆる反撃が許容される訳ではなく、防衛行為の必要性、相当性による制約が存する。この要件を欠く過剰防衛は違法であり、これに対しては攻撃者の法益も保護される。このことからすると、防衛行為の要件も併せて事後判断して³¹⁾初めて、即ち正当防衛の全成立要件の現実の存在が認められて初めて、攻撃者の利益は反撃が正当とされる範囲において事後的に法的保護を失い、緊急避難の保全利益が欠けることになる。その時、防衛行為者に対する防禦的緊急避難も、第三者に対する攻撃的緊急避難も、共に認められないのである。このことは、正当防衛の全成立要件を事前判断する論者³²⁾がその一般的な受忍義務を否定していること³³⁾からも窺い知り得よう³⁴⁾。

斯かる事後判断説によれば、冒頭の例では、痴漢を突き飛ばす防衛行為が事後的に見て必要かつ相当であれば、事前の評価に関わらず痴漢はこれを受忍すべきであり、防衛行為の危険を緊急避難によって免れることは許されない。逆に事後的に過剰であれば、事前的には必要、相当であっても、これに対する緊急避難が許される。例えば、痴漢に対する反撃行為の危険性を事後判断すれば痴漢の死まで招き得るものであったが、行為時に見れば痴漢の身体に対する軽微な危険性しかなかった場合である。このように、事後判断説では、前段の如く被攻撃者に正当防衛が成立する場合には攻撃者の緊急避難が否定され、後段の如く過剰防衛

30) 「現在の危険」の現実の存在を要求するのは、大谷・総論 298 頁、井田・総論 304 頁。

31) 町野朔『ブレップ刑法（第三版）』（平成一六）173 頁、山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」現刑 9 号（平成一二）55 頁、松原芳博『刑法総論』（平成二五）157、160 頁、曾根威彦・松原芳博編集『重点課題刑法総論』（平成二〇）89 頁 [三上正隆]、拙稿「防衛行為の相当性（二）・完」法學論叢 137 巻 5 号（平成七）72 頁等。レンクナー等は、防衛行為の必要性等の予測的性質を持つ要件については、客観的に認識可能な限りで現実存在することを要する（Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32ff. Rn10b）。

32) Freund, GA 1991, 406f.

33) Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, 3/27ff.(30).

34) 尤も、事前判断に服する正当化事由であれば常に受忍義務がないとは言えないであろう。

として違法となる場合には緊急避難が肯定されることになる。

(四) これに対し、防衛行為の危険性を事前判断する立場³⁵⁾からの帰結は如何なるものと考えられるか。

事前と事後で危険性に径庭のない場合には、事後判断説との違いが生じない。

事前的には必要、相当であるが、事後的に過剰であった場合には、事前判断説によれば正当防衛が成立する。しかし、その受忍義務が認められるかには疑問があり得る。攻撃者には、事後判断によって緊急避難状況が存在するからである。正当防衛の観点から見ても、痴漢の例では、事前判断説は事前に見て防衛行為に死の危険がなかったが故にこそその限度で痴漢の利益の保護相当性を否定して正当防衛を認めるのであるから、死の結果の受忍義務まで課すことはできないようにも思われる。従って、痴漢が死の危険を緊急避難によって免れることは可とされよう³⁶⁾。

逆に、事前的には過剰であるが事後的には必要かつ相当な場合には、事前判断説では女性の行為は過剰防衛となる。しかし、緊急避難状況を事後判断するのであれば、事後的には保全利益が存在しないため、痴漢には緊急避難が認められないことになるのではなかろうか。

(五) 以上によれば、防衛行為の必要性乃至相当性の有無が事前と事後で分れる場合には、緊急避難状況の存否を事後判断する限り、防衛行為についての事前判断説と事後判断説の間で事案の帰結は同じになる。違いは、本稿の如く、正当防衛の前提状況のみならず防衛行為についても事後判断を行うならば、正当防衛の成否と攻撃者の受忍義務の有無が一致するため、直ちに否定説を導くことができる点にある。

第二項 正当防衛による法秩序の保全

一 前項で見た考え方は、相手方たる攻撃者に対する正当防衛の効力の峻厳さに着目するものであったが、これを秩序の観点から捉え直すと

35) 井田・総論 289 頁以下、山口・総論 130 頁、西田・総論 175 頁等。

36) それに止まらず、防衛行為の危険性を事前判断すれば、この場合正当防衛に正当防衛で対抗することすら可能とされてしまおう。正当防衛状況も緊急避難状況と同じく事後判断されるため、(二)の議論が妥当するからである(拙稿・防衛行為の相当性(二)・完 75 頁)。適法行為に適法行為で対抗することの更なる問題については、拙稿・緊急避難に対する緊急避難 40 頁以下。

次のようになろう。

先ず、正当防衛に対する防禦的緊急避難の場合、これによって侵害されるのは、避難行為を向けられた被攻撃者の具体的な利益に止まらない。本稿冒頭の例の痴漢は、女性に傷害を負わせるのみならず、その性的自由の侵害という不正を阻止して正の秩序を回復しようとする防衛行為を妨げている。このように、正当防衛に対抗する避難行為は、正を不正に譲歩、屈服せしめて、法秩序の回復を阻止する意味も持つのである。従って、この行為を正当化するのは、正当防衛に対する正当防衛の禁止を骨抜きにするものとの評価も可能であろう³⁷⁾。斯様にして、正当防衛を阻止する防禦的緊急避難は、法秩序の観点からもしは認し得ないのである。

次に、攻撃者が行う攻撃的緊急避難は、当初の不正の侵害を断念した上で防衛行為を妨げることなく行われるのが通常であるため、上記の観点から直ちに違法と成すことはできないであろう。しかしこの行為は、無関係の第三者の正の利益を害するという、防禦的緊急避難にはない不法をもたらすものである。そして、前述（第一章二）の如く、無関係の第三者を防衛行為者に劣後する地位に置くべきではないと思われる。従って、正当防衛を免れる防禦的緊急避難を認めない以上は、攻撃的緊急避難も認むべきではない。

二 前項で、防衛行為の危険性を事前判断する立場にあっては、正当防衛を免れるための緊急避難を肯定する余地が残し得ることを指摘した。しかしその立場においても、本項の観点を重視するならば、その余地を消し去ることが可能であろう。

第二節 緊急避難の成立要件

第一項 危険

一 前節第一項に示した通り、攻撃者による緊急避難が認められないのは、その法益の保護相当性が否定されるためである。緊急避難の成立要件に即して言えば、緊急避難状況の不存在を意味する。本稿は、刑法三七条一項本文の「危険」を、法益に対する単なる事実上の侵害、危険ではなく、規範的に「受忍すべきでない侵害、危険」と解し、この要件

37) レンギアによれば、正当防衛に対する正当防衛を禁じながら正当化緊急避難による対抗を認めるのは評価矛盾である（Rengier, AT, 19/19）。

を否定する³⁸⁾。その時、過剰避難が成立する余地もない。

二 なお、否定説には、「やむを得ずにした」の要件を否定するものもある。即ち、刑法三七条の緊急避難は完全に適法な場合と可罰的違法性のみが阻却される場合を含むと解する松宮教授は、前者における正当化を、「危難を転嫁される第三者に『社会連帯』を理由とする危難甘受義務が認められる場合」に肯定する³⁹⁾。その根拠は、社会が社会として成り立つためにはその構成員が助け合うことを義務付けざるを得ないとの連帯原理に求められている⁴⁰⁾。そして、この理を「やむを得ずにした」において考慮する。この要件は避難行為の補充性を意味するが、そこに内在する制約として、対立法益が社会的に見て二律背反の関係にあるという「避難行為の相当性」が、「法益衝突」を「別の言葉で表現したもの」として要求される⁴¹⁾。その上で、本稿冒頭の、痴漢が被害者の正当防衛から自己の生命を守るために「反撃」する設例においては、痴漢の生命が危難に曝されたのは「自業自得」であり、他人がこの「危難につき『連帯義務』を負ういわれはない」ため、この「反撃」は「やむを得ずにした」とは言えない違法な行為とするのである⁴²⁾。

「やむを得ずにした」は、本来は避難行為の要件である。しかし上の見解は、この要件が法益衝突を左右すると考えていることから、実質的にはこれを緊急避難の前提状況に位置付けるのと大差はないと見て良いのではなかろうか。そうであれば、危難の問題とする本稿との違いは存しないことになる。

第二項 害の均衡

グローペンギーサーは、はじめに一の小刀の例について、正当防衛を

38) 我国では前述の通り（本章第一節第一項冒頭）勝本博士がこの結論を採っていた。ドイツで緊急避難状況としての「危険（Gefahr）」（独刑法三四条一文）を否定するものとして、*Frister, Strafrecht · Allgemeiner Teil*, 6.Aufl., 2013, 17/3. なお、現在性要件は主として時間的観点に関わると思われる。

39) 松宮・総論 155 頁以下。

40) 松宮孝明「強制と緊急避難について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（平成一九）所収 303 頁。

41) 松宮・総論 157 頁以下、同・鈴木古稀上 325 頁以下。

42) 松宮・法教 237 号 152 頁。可罰的違法阻却も免責も認めない。なお、一般的に「他人」の連帯義務が否定されていることから、防禦的緊急避難のみならず、第三者を犠牲にする攻撃的緊急避難をも禁ずるものであろう。

向けられた攻撃者甲が緊急避難状況にあることを前提に、利益衡量の要件による解決を示唆する⁴³⁾。明示的にこの方向へと歩を進めるのは山中教授である。教授は、緊急避難の法的性質を、保全利益が優越する場合には違法阻却事由乃至可罰的違法阻却事由、利益同等の場合には可罰的責任阻却事由と解する⁴⁴⁾。そして、利益衡量に「具体的な事案のあらゆる事情」を取り込む立場から⁴⁵⁾、自らの行為によって危難を招いたことを保全利益が減少する方向で考慮することにより、斯かる危難を免れる緊急避難を否定している。但しそのためには、招致者が有責に行われただけでは足りず、招致者にその「危険を受忍することが期待可能」であることを要求し、「自らの違法行為によって『危難』を招いた」場合にこれを肯定する。そしてその例として、令状逮捕や死刑執行を免れるための緊急避難を認めないことと並べて、「正当防衛行為に対して緊急避難は許されない。」と説くのである⁴⁶⁾。攻撃的緊急避難も防禦的緊急避難も自招性の点では径庭がないことから、共に害の均衡要件を否定して違法とすることになろう。

しかし、「期待可能性」の如き抽象的な考慮は、生命や身体等の具体的な利益と次元を異にするため、比較する尺度が不明であり、害の均衡を否定する結論は検証不能な主張と言えよう。正当防衛に対する防禦的緊急避難の場合に、避難行為による侵害利益として「法確証の利益」を考え、はじめに一の痴漢の例では、避難行為による保全利益が痴漢の生命であるのに対し、侵害利益としては女性の身体に法確証が加わるため後者が優越すると説明しても⁴⁷⁾、明確さが増す訳ではない⁴⁸⁾。さらに、均衡を否定するに止まるなら過剰避難の余地は残るが、山中教授が正当防衛に対する緊急避難と並列する、逮捕や処罰を免れる避難行為については、過剰避難の成立を認めることは考えられず、その可能性を封ずるためにも、問題を害の均衡に位置付けるべきではないように思われる。

43) *Gropengießer*, Jura 2000, 265.

44) 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（平成二〇）518頁。可罰的違法阻却事由となるのは、「非刑罰法令において違法とされている場合」である。

45) 山中・総論 518頁。

46) 山中・総論 533頁。

47) Vgl *Gropengießer*, Jura 2000, 265.

48) 「法確証の利益」の量が不明との指摘として、既に山口・総論 112頁、佐伯・考え方 118頁、LK-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn66.

終わりに

急迫不正の侵害者には、自己に向けられた正当防衛に防禦的緊急避難で対抗することも、防衛行為の危険を第三者に攻撃的緊急避難で転嫁することも、許されるべきではない。その根拠は、正当防衛の成立要件の存否を事後判断する場合には、攻撃者の法益の保護相当性が事後的にも否定される結果、同じく事後判断に服する緊急避難の前提状況が欠けること、正当防衛という法秩序を守る行為を妨げる行為は違法とさるべきことにある。刑法三七条の「危難」が否定されるため、過剰避難の余地もない。はじめに一の諸事例、同二の判例の事案では、たとえ避難行為の補充性や害の均衡の要件が備わっていても、緊急避難による正当化が認められないことになる。以上の理は、自己避難にも第三者避難にも等しく妥当する。

論証の前提とした諸点の中には、なお説明を要するものもある。また、正当防衛に対する緊急避難は自招危難の一種と言い得るが⁴⁹⁾、本稿においてはこの視角からの検討を殆ど為し得なかったため、自招危難の研究を経た上で、改めて吟味することにした。

49) これを明言するのが第二章第二節第二項の山中教授である。松宮教授の記述にも、第二章第二節第一項二で紹介した「自業」自得の他、「正当防衛による自己の生命に対する危難をみずから誘発した」との措辞が見られ（松宮・法教 237 号 152 頁）、同趣旨とも受け取れる。これに対して、同じく緊急避難否定説に立つ小林教授は、自招危難を論ずる必要はないと説いている（島田・小林・事例から刑法を考える 141 頁）。