
緊急避難論の近時の動向

小林 憲太郎

- 1 はじめに
- 2 危難の現在性
- 3 利益衡量の標準
- 4 危険共同体
- 5 トロリー問題
- 6 強者の権と早者の権
- 7 免責的緊急避難
- 8 おわりに

1 はじめに

私はこれまで、刑法上のいわゆる緊急避難に関して幾度か愚見を公にしてきた¹⁾。その基本的な内容は現時点においてもなお維持すべきものと考えているが、同時に、近年になって同テーマに関する重要な作品が多数、公刊されたこともまた事実である。そこで、本稿はそのような作品においてなされた理論的主張のうち、とくに愚見と明示的に衝突するものをいくつかとりあげ、これに（可能であれば批判的な）検討を加えようとするものである。まずは愚見の概略を示そう。

1) 小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越利益原理を中心に」千葉大学法学論集 23 卷 1 号 (2008) 328 頁以下, 同「刑罰に関する小講義 (改)」立教法学 78 号 (2010) 355 頁以下, 同『刑法総論』(新世社・2014) 62 頁以下など。

緊急避難は利益衡量をベースとして、刑法の承認した正当化（違法性阻却）事由である。ただし、国家はその本質すなわち社会契約において、個人の自律を侵害してはならないとともに、これを保全すべき一定の実効的な法をもたなければならない。したがって、たとえ被保全法益が被侵害法益と同等ないしそれ以上の価値を有するものであったとしても、なお被侵害法益が他者の自律の基盤にかかわる場合には、被保全法益を擁護する行為を適法なものと評価することは許されない。もっとも、その行為が被侵害法益に発する危難を差し戻す種類のものである場合には（いわゆる防衛的緊急避難。これに対し、それ以外の、危難を転嫁する種類の緊急避難を攻撃的緊急避難とよぶ）、他者人格の犠牲において自己の人格の発展を図るというよりも、対等な人格どうしの衝突に勝ったという評価がふさわしいから適法となりうる。

そして、被侵害法益が他者の自律の基盤にかかわる場合のうち、可罰性が問題となりうる具体例をあげると、①すべての人格の発展の基礎となる生命を奪い、またはこれを具体的な²⁾危険にさらすこと、②自律的な生の選択にとって中核的な精神的活動、たとえば、性的自己決定を侵害すること、③ライフスタイルの選択を深刻な程度に制限する重大な身体傷害、たとえば、視覚障害を与えること、などがある。これらが攻撃的緊急避難としても正当化されうるのは、本人すなわち被侵害法益の主体に属する同じく重要な被保全法益（他者の法益を保全したいという本人の選好を含む）が対立、衝突しており、その間の優劣がライフスタイルの選択に帰すると評価しうる場合に限られるべきである。典型的には、患者の死が差し迫り、爾後、耐えがたい苦痛に襲われるであろう場合に、そのような苦痛から逃れる唯一の方法として、いま死ぬことを患者が望んだとき、これを死に至らしめる医師の行為が承諾殺人罪としても違法でないと言われるのは、まさにこの理由による。

それでは、このような基本的発想に対し、近時、どのような疑問が投げかけ

2) 抽象的な危険にとどまる場合には、いまだ、他者の人格の犠牲において自己の人格の発展を図ったものとは評価しえないであろう。また、それゆえにこそ、たとえば、救急車は患者の生命等を救うため、一定の条件のもとで高速度走行したり、信号無視したりしてよいとされているのである。逆にいうと、たとえ救急車であっても、通行人をひき殺したり、あるいは、ひき殺す勢いで走行したりすることは許されない。

られ、あるいは問題提起がなされているのであろうか。

2 危難の現在性

かねてより私は、このような緊急避難の理論的構造に照らし、危難の時間的切迫性という意味における「現在性」の要件が、いま避難行為に出ておかなければ法益を救えない＝危難の現実化を食い止められないという意味における、「補充性」から独立した意義を有しないと解してきた。これに対し、正当防衛における侵害の「急迫性」は、時間的切迫性をその必須の要件とする。というのも、国家を成立させる社会契約の本質、すなわち、「安全」という公共財を供給すべく、不正を正すことを国家の専権としたことに照らせば、これを私人の実力にゆだねることを正当化するためには、そのような安全がすでにかき乱されている状態、それゆえ、不正の侵害が時間的にも差し迫っていることを要求すべきだからである³⁾。判例や学説においてしばしば侵害の継続性という観念が主張されるが、近接する過去においていったん侵害が現実化したことにより安全が失われ、爾後、緩やかな要件のもとで急迫性が認められるという趣旨であれば支持しうる。

3) したがって、正当防衛類似状況ないし予防的正当防衛状況とよばれる事例類型においては、いまだ安全が攪乱されているとはいえないため正当防衛は認められない。問題はその先であり、学説では、代わりに緊急避難を認めるものと自救行為を認めるものが対立している。もっとも、自救行為といっても、それは安全を一時的に乱すことと正当な利益の侵害・危殆化とを衡量する緊急避難の一種にはかならないから、両説がどの程度、実質的に対立しているかは疑わしい。なお、近時、そもそも安全を回復する自救行為（占有自救）の存在を指摘するとともに、それ以外の自救行為（一般自救）もまた、国家による権利の確定・実現のプロセスを回復する（保全行為の）範囲においてしか安全攪乱を正当化しえないことを論証したきわめて重要な作品として、大下英希「自救行為について(1)～(3・完)」法学雑誌 52 巻 1 号 (2005) 18 頁以下、2 号 (同年) 256 頁以下、3 号 (2006) 493 頁以下、同「占有自救について——緊急性要件をめぐる」法学雑誌 55 巻 1 号 (2008) 183 頁以下、同「自救行為と刑法における財産権の保護」理論刑法学の探究⑦ (2014) 71 頁以下、同「譲渡担保権者による目的物の不承諾引揚げと自救行為」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社・2014）211 頁以下などがある。

これに対して学説には、正当防衛における侵害の急迫性のみが厳格な時間的制約に服する理由を、(緊急避難においては要請される)退避義務(補充性)の不存在に求めるものもある⁴⁾。しかし、自招侵害の一部や致命的防衛行為のように、退避義務が課されうる場合や、そもそも退避可能性が欠ける場合にも、なお急迫性は厳格な時間的制約に服するのであるから、このような理由にはあまり説得力がないように思われる。

他方、緊急避難における危難の現在性が補充性から独立した意義を有する理由として、論者が「危難の現在性は、その時点において、その場から逃げるという手段、第三者の利益を侵害する手段、あるいは被害者の利益を侵害する手段など、危難の回避に資する様々な手段のうち、何らかの手段を講じない限り、もはや損害を甘受せざるを得なくなる場合に肯定される。すなわち、損害を甘受しないためには、その時点で何らかの手段を採らざるを得ないという意味での強制状態が現在化している場合に、危難の現在性が肯定される。これに対して、補充性要件は、かかる危難の現在性が認められた後に、危難の回避に資する何らかの手段のうち、最も侵害性の少ない手段を選択しなければならないという要請であるから、なお危難の現在性とは異なる要件である」⁵⁾と述べることにもやや疑問がある。そこで論証されている要件は、何もしなければ損害が生じてしまうという意味における「危難」と、これを回避する避難行為のうち(時期的な遅さを含め⁶⁾)最も侵害性の少ないものという意味における「補充性」だけであって、危難の「現在性」まで必要であることにはまったくふれられて

4) 深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」『山口厚先生献呈論文集』(成文堂・2014) 114・115頁などを参照。

5) 深町・前掲「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」174頁。

6) たとえば、Aの腕を明日、傷つけることのほうが、今日そうすることよりも侵害性が少ない。あるいは、論者は侵害性の大小を規制するパラメーターのうち、時期にかかるものだけを切り離し、なんらかの手段をとることで回避可能な最終時点をもって、危難の現在性を肯定しているのかもしれない。しかし、そうだとすると、たとえば、今日ならAに少しの切り傷をつけるだけで回避可能であるが、明日なら大けがを負わせる必要が出てくるといった場合に、今日なされた傷害行為が危難の現在性を欠き、緊急避難を構成しえないことになり妥当でないと思われる。

いないからである。

3 利益衡量の標準

(1) 利益の本質的優越

さらに、論者は利益衡量の標準についても興味深い視座を提供する⁷⁾。すなわち、ドイツ刑法典 34 条に定める正当化的緊急避難において要求される、いわゆる「利益の本質的優越」について、まず、功利主義モデルは、それを「優越がはっきりしている」と読み替えることで正当化しようとする。これに対して、連帯モデルは、被保全法益の主体と被侵害法益の主体が将来において入れ替わる可能性も十分に存する以上、いわば「(困ったときは) お互いさま」という発想に基づき、この要件を正当化しようとする。もっとも、それだけでは、「本質的優越」の場合にのみ「お互いさま」といいうる実質的な根拠は、なら説明されていない。そこで、保険モデルは次のように考える。すなわち、将来、立場が入れ替わる可能性といても、それは、まさにいま被侵害法益が失われんとする現実的で高度なリスクより大きく割り引かれたものであるから、「お互いさま」というのは一種の保険であって、保険金が保険料に本質的に優越しているのと同様の発想から、この要件が正当化されうる、と。そして、「少なくとも、ドイツ刑法 34 条の解釈論としては……いずれの見解も理論的には成り立ち得るものである」というのである。

しかし、このような評価にもやや疑問が残る。まず、功利主義モデルであれば、わが国の刑法 37 条 1 項本文のように、利益が同等の場合であっても正当化しなければ一貫しないであろう。にもかかわらず——「はっきりしている」という認定論上の問題にいわばすり替えることで、実質的には緩められているとはいえ、なお——「優越」を要件としなければならないのは、むしろ、正当化的緊急避難に侵害権 (Eingriffsrecht) を与え、これに対抗する行為を違法と

7) 深町・前掲「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」124・125 頁を参照。なお、原文では高度に学術的な表現が多用されているため、平易な表現に改めたことを付記しておく。

評価するためであろう。そして、そうであるとすれば、侵害権までは与えられないが違法性が阻却される、つまり、わが国の多数説がいう適法行為として相互に衝突する緊急避難ならば、利益が同等であっても認められうるのではなかろうか。

次に、連帯モデルは、共同体のアイデンティティを構成する基底的な価値観のうちに、「お互いさま」という発想が含まれていると主張するものである。したがって、合理的主体としての個人を観念し、立場の互換可能性をどのように算入するかという観点から、「お互いさま」の実質的な内容を規定しようとするのは方法論的に誤っている。さらに、この点を措くとしても、保険モデルが合理的な計算の帰結として採用されるとは必ずしもいえない。利益衡量の標準を法に定める段階では、被保全法益の主体になるチャンスと被侵害法益の主体になるチャンスとはイーブンだからである。

結局、利益衝突状況における損失の極小化を狙って設けられた正当化事由であることにかんがみ、緊急避難における利益衡量の標準は、被保全法益が被侵害法益と同等またはこれに優越するところに求めるべきである。さらに、法は適法行為に基づく損害賠償という法形象を用い、さらなる社会的厚生を増加を図っていることにも注意を要する。たとえば、豪雨により用水路の水量が増え、Xの土地が水浸しになって、そこに生えている希少かつ美味な果物のなる2本の木が枯れそうであるとき、これを避ける唯一の方法として、Xが用水路をせき止め代わりにAの土地を水浸しにし、そこに1本生えている同様の木を枯らせたでしょう。この事例においては、Xの器物損壊行為を緊急避難として正当化するとともに、AがXに対して適法行為に基づく損害賠償を請求しうるのが最善である。なぜなら、用水路を放置した場合に比し、Xは木1本分得をし、Aは得も損もなく、他方、消費者は木1本分多く果物を楽しめるという得をするからである。

(2) 特別規範

もっとも、個別具体の事案において、裁判所が諸般の事情を考慮しつつ、その都度、利益衡量を行うことは実際には不可能である。そこで登場するのが特別規範である。すなわち、優れた情報収集・分析能力を有する立法府（ないし、

そこから委任を受けた行政府)が、あらかじめ「〇〇という要件がみたされれば、当該行為は許される＝プラスのほうが大きい（またはマイナスと同等である）」などといったかたちで利益衡量の帰結を定めておき（これを特別規範という）、裁判所は当該事案において、「〇〇という要件がみたされ」ているかどうかだけを判断すべきことになる。たとえば、ある時期に狩猟鳥獣を捕獲する行為が、安全の確保や鳥獣の保護という観点からみたマイナスを埋め合わせるだけのプラス（たとえば、食糧不足の解消、食文化の保存など）を担っているかどうかは、狩猟期間として立法府＝鳥獣保護法（ないし、そこから委任を受けた行政府＝環境大臣）が定めたところに従って判断されるべきである。そのような利益衡量に関しては、裁判所の能力のほうが劣っているからである。

ただし、ここで注意を要するのは、特別規範もあくまで一定の範型を想定し、そこにおける利益衡量の帰結を先取りしたものにしすぎない、ということである。したがって、たとえば、新種の特異なウイルスに罹患した者が生命の重大な危険に直面し、しかも、当該ウイルスが空気感染等によって拡大する有意なリスクが存在するとき、ある特定の狩猟鳥獣の血液からワクチンを作製しうることを発見した科学者が、一刻を争うため、（環境大臣または都道府県知事の許可を得ないまま）前記血液を入手する唯一の方法として当該鳥獣を（必要な数だけ）捕獲する行為は、たとえ狩猟期間外であったとしても、なお緊急避難によって正当化されると解すべきであろう。そのようないわば「異常事態」は、特別規範の想定外だからである。そして、問題となる事案がこのような「異常事態」であるか、そうであるとして、どのように利益衡量を行えばよいかは、本性的に裁判所が判断するほかない。もっとも、その作業は幅広い情報収集やその総合的分析とは性質を異にし、個々の事案における特殊な事情を体系化された法理論と整合的に斟酌するというものであって、むしろ裁判所のよくするところであると思われる⁸⁾。

4 危険共同体

「難破船で飢え死にしそうなXが、これを避ける唯一の方法として、同じ状

況にあるAを殺害して食した」という、有名なミニョネット号事件に類する事例を考えてみよう。このような、被保全法益と被侵害法益が同一の危難にさらされ、何もしなければ全滅する類型を(生命)危険共同体とよぶ⁹⁾。そして、学説には、このような場合に「全滅するよりまし」として特別な考慮を妥当させようとするものもあるが、かねてより私は、危険共同体においても緊急避難による正当化を否定すべきだと主張してきた(免責ないし責任阻却の余地があるのは別論である)。その理由はおおよそ以下のとおりである。

まず、Xを襲う危難はAに発するものではないから、これを防衛的緊急避難

- 8) 私はこのような解釈を、緊急避難の亜種である許された危険に関して繰り返し主張してきた。初期のものとして、小林憲太郎『刑法的帰責——フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』(弘文堂・2007) 264頁以下を参照。そして、それは緊急避難そのものに関しても、ドイツでは一般的な主張である。Vgl. z.B. Claus Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), S.746ff.

なお、学説には、許された危険を緊急避難の亜種ととらえることに反対するものもある。そのなかにも大きく分けると2つの主張があり、第1に、緊急避難がもっぱら損失発生防止を標準とするのに対し、許された危険は新たな価値の創出をもそうするという。たとえば、許された危険の典型例とされる自動車の製造・販売は、何も社会的損失を防止するために行われているのではなく、迅速な移動、物流の達成という新たな社会的有用性を生み出すためにそうされているというのである。しかし、それは言葉のあやであって、たとえば、いまこの瞬間、自動車の製造・販売をやめれば、社会におけるさまざまな利益が失われ、あるいは危殆化されてしまうであろう。つまり、自動車の製造・販売は、それを防止するために行われているともいえるのである。

第2に、(正当化的)緊急避難がもっぱら正当化事由であるのに対し、許された危険は構成要件該当性阻却事由でもありうるという。同じ例を用いていうと、自動車の製造・販売は(引き続き発生した自動車による死傷事故に対する)業務上過失致死傷罪の構成要件に該当し、ただその違法性が阻却されるというよりも、はじめから構成要件そのものに該当しないというのである。しかし、それは自動車の製造・販売が許された危険に分類されるかどうかではなく、立法段階の利益衡量によりはじめてから不法の外におかれたと解釈しうるかどうかによって決まることがらである。そして、自動車の製造・販売を当然の前提としつつ、そこにさまざまな行政的規制を敷こうとする今日の立法状況にかんがみれば、そもそも構成要件に該当しないという解釈のほうが自然であるように思われる。

- 9) この問題に詳細な検討を加えた比較的初期の作品として、小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌 34 卷 3 号 (1995) 337 頁以下、橋田久「生命危険共同体について」産大法学 30 卷 3 = 4 号 (1997) 642 頁以下、大嶋一泰「危険共同体における生命の衡量可能性——テロリストによりハイジャックされた旅客機の墜落をめぐって」関東学園大学法学紀要 14 = 15 卷 2 = 1 号 (2005) 45 頁以下などがある。

として正当化することはできない。むしろ、それはAの生命に対する攻撃的緊急避難であり、本来であれば正当化されえないはずであるところ、問題になるのはXとAを襲う危険の共通性と、全員が死ぬよりましという状況が特別な扱いを要請するからである。しかし、第1に、ある危険がXだけを襲っているのことは、Aの人格の発展が保障されるべきものであるかとは関係がない。自律は（同じ危険に襲われている）グループごとに保障されるのではなく、あくまで個人に対して保障されるべきものだからである。第2に、放っておけばどのみちAも死ぬとはいえ、人の生命がその長短にかわりなく同等の至高の価値を承認されるべきであるという今日の一致した法原則によるならば、そのような事情がA殺害の正当性の有無に影響をもつことは許されないというべきであろう。

ただし、すでに引用した別稿においても述べたように、被保全法益と被侵害法益が同じ危険に襲われているわけではない——その意味で、真正な危険共同体の事例ではない——ものの、被保全法益を襲う危険が被侵害法益を襲うこともありえたという場合には、例外的に、攻撃的緊急避難により他者の生命に対して危険を転嫁することもまた許されるものと解すべきである。というのも、そのような場合においては、被保全法益の主体と被侵害法益の主体の生のあり方がいまだ確定したものはなっておらず、他者の生の犠牲のもとに自己の生を生きるという関係がただちには成立しないからである。むしろ、そこにあらわれているのは、対等な人格どうしの自由な実現を確保しようとする競争ともよぶべき事態であって、これを規律する原理に照らせば、防御的緊急避難のほうに近いとさえいえよう。学説には、生命に対する攻撃的緊急避難が禁止される根拠として運命甘受原則という発想を掲げるものもあるが、ここでは被保全法益の主体が自己のものとして引き受けるべき運命がいまだ定まっておらず、被侵害法益の主体との間で運命がいわば互換可能な状態にとどまっている。そして、このような、危険共同体に類似するものの例外的に攻撃的緊急避難として正当化される事例類型を、準危険共同体とよぶことができよう。

こうして、たとえば、Yが自動車を運転中に考え事をしてCをひき殺しそうになったため、これを避ける唯一の方法としてハンドルを切り隣のBをひき殺

した場合、ハンドルを切ったことそれ自体は生命に対する攻撃的緊急避難であるが、例外的に正当化され、ただ、原因において違法な行為の理論により、さかのぼってYを過失運転致死罪に間擬する余地は排除されない、ということになる（Yの自動車がはじめからBのほうに突っ込む可能性も、十分に存することが前提である）。

5 トロリー問題

これは、たとえば、放っておけばトロリーが人だかりに突っ込むであろう状況で、Xが転轍機を操作した結果、トロリーが別軌道に入りそこを工事中の作業員Aをひき殺した場合、Xの行為が緊急避難として正当化されるかという問題である。むろん、これは理論面ではなく現象面に着目した事例の類型化にすぎず、他の章と対等の地位を与えるのは厳密にいうと正しくない。しかし、この問題は論文等で華々しくとりあげられることが多いため、本稿においても独立の章をあててこれを検討することとしたい。

さて、トロリー問題が近年、刑法の分野においても注目を浴びるきっかけを作ったのは、佐伯仁志の論稿¹⁰⁾である。そして、論者は上の事例、ひいては、他人人格を手段化する変形事例（いわゆるループ事例）においても、Xの行為を緊急避難により正当化しようとする。しかし、冒頭に引用した拙稿においても繰り返し述べたように、より正当化されやすいと思われる上の事例においても、なお（ドイツの通説に従い）正当化を否定すべきである。というのも、それは、まさに他の人格（A）の犠牲において、自己の人格（人だかり）の発展のみを図るものだからである。むろん、Xの行為は違法であるとしても、なお後述するように免責される余地はあるが、それはまた別の話である。

これに対して論者は、Xの行為を緊急避難により正当化しても、それは正当防衛（緊急救助）による対抗を許さないというだけのことであり、国家が個人の生命を強制的に収用することとは次元を異にするから、自律侵害の問題は生

10) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）177頁以下など。

じないという¹¹⁾。しかし、国家というものは本性的に、みずから個人の自律を侵害することが禁止されるだけでなく、同時に個人の自律を実効的に保障する法を備えなければならない。したがって、ある個人が他の個人の自律を収用しようとする企てに対し、国家が合法性を承認することもまた許されないものと解すべきである（ただし、準危険共同体の場合、たとえば、転轍機が故障しており放っておくとトロリーがいずれの軌道に向かうか分からないとき、線路に詰め物をしてAが工事中の軌道に向かわせる行為が、例外的に攻撃的緊急避難としても正当化されうことは先述したとおりである）。

さらに、かりにXの行為が違法だとすれば、これを正当防衛により阻止しうるだけでなく、これを見ていた警察官が阻止を義務づけられさえてしまう、という批判も可能かもしれない¹²⁾。たしかに、警察官に犯罪の取締りに関して一定の裁量が付与されるべきであるとしても、眼前で殺人罪が実行されようとしている場合には、これを取り締まらないことが裁量を逸脱し、（必要かつ相当である限り、発砲によることを含めて）これを阻止することが義務づけられよう。そして、射殺までなされるときは、人だかり「の死体にもう1つ死体が加わるわけであるが、これが法が望んでいる結果なのであろうか」¹³⁾との疑問が示されるわけである。しかし、同じことは、論者も緊急避難による正当化を否定する、「〔トロリー〕事例を少し変えて、〔Xが〕無人の〔トロリー〕を爆破して近くを歩いていた1人の人〔A〕が死亡した、という事例」¹⁴⁾についても同様の蓋然性をもって妥当しうるのではなからうか。

むろん、以上に述べたことがかりに道徳的直観にも合致しうるとしても、人だかりをたとえば10万人の群衆に置き換え、彼／彼女らの生命がAひとりの生命と衝突している事例まで想定すれば、Xの行為を適法なものとして評価するほうが、むしろ強度の道徳的直観を備えることになるのかもしれない。そして、

11) 佐伯・前掲『刑法総論の考え方・楽しみ方』188頁などを参照。

12) ここでは警察官としての職務上の義務づけを想定しているが、それが殺人罪に対する不作為による共犯まで基礎づけうるかについては、拙稿「不作為による関与」判例時報2249号（2015）3頁以下を参照。

13) 佐伯・前掲『刑法総論の考え方・楽しみ方』187・188頁。

14) 佐伯・前掲『刑法総論の考え方・楽しみ方』186頁。

それが実際に正義にもなっていないのだとすれば、実は、自律という観念自体が帰結主義の観点から基礎づけられているのかもしれない。もっとも、このあたりは、実定法解釈論の射程を大きく超えるため本稿で扱うことはできない。

6 強者の権と早者の権

いわゆるカルネアデスの浮き板の事例にはさまざまなバリエーションが存在するが、たとえば、XとAのつかまる浮き板が2人分の重みに耐えかね沈み始めたため、XがAを蹴落とし溺死させた場合には、旧稿でも繰り返し述べたとおり、Xの行為は防御的緊急避難として違法性が阻却されうる。そして、そうだとすれば、浮き板につかまろうとするAを、機先を制して蹴飛ばすこともまた同様に評価されるべきである。

これに対して、近時、この問題に詳細な検討を加えた橋田久によれば、そのような強者の権は認めるべきでなく、ただ、自由競争の範囲内である早者の権は認められるという¹⁵⁾。すなわち、浮き板につかまろうとするAに先んじてこれを奪い去ることは、たとえその結果、Aが溺死することとなったとしても正当化されうるというのである。しかし、もう少しで(身体しょうがいのある)Aの手が浮き板に届くという段階で、(泳ぎの得意な)Xがこれを見つけ、急ぎ浮き板を奪い去ったようなケースまで考えると、これが「実力の大小という不合理な理由によって法益の保護相当性を左右する」¹⁶⁾強者の権でないというのは強弁にすぎよう。

そこで、論者は周到にも、たとえそのようなケースであっても、Aの自律領域の侵害が欠ける点で、蹴飛ばす場合(強者の権)とは一線を画するという¹⁷⁾。しかし、領域としての自律の侵害とは、何も「人格の物質的・身体的基盤に対し、他者が直接、物理力を行使してこれを破壊する」ことに限定されているわけではない。そうではなく、「本来であれば保全されていたはずの人格の物質

15) 橋田久「緊急避難に対する緊急避難」法政論集 256号(2014)432頁以下。

16) 橋田・前掲「緊急避難に対する緊急避難」455頁。

17) 橋田・前掲「緊急避難に対する緊急避難」454頁。

的・身体的基盤を、他者が損なう」ことをひろく意味しているのである（他方、理由としての自律の侵害は、その価値観がくだらないという理由に基づき個人の自由を制限・否定する場合に認められ、旧稿でも述べたように、このような2つの意味における自律が一体となって、一貫性をもちながら自由に自己実現を図る根源的に平等な個人を構成している）。すでに述べたように、国家は国家であるため個人の自律を侵害してはならないとともに、個人の自律を実効的に保障する法を備えなければならないが、その射程が前者の意味に限られるというのは根拠も妥当性もないと思われる。

7 免責的緊急避難

かねてより私は、刑法37条1項但書に定める過剰避難における刑の免除の先に、いわゆる免責的緊急避難による可罰性の阻却（免責）を承認する余地があると主張してきた¹⁸⁾。すなわち、①不法減少または不法が減少していないことの認識不可能性（後者は責任主義の要請により不法減少と同じく扱われる）、②不法減少の認識による責任減少（たとえば、千円を窃取する故意のほうが1万円を窃取するそれよりも責任が軽い）、③精神的圧迫による動機づけ可能性の低減に基づく責任減少、④非強壮性情動またはこれに類する状態にあることによる責任減少（同じ「やりすぎ」でも、狼狽や恐怖、驚愕等からそうするほうが、憤激からそうするよりも不法への傾向性が弱いという意味で責任が軽い）、などが認められることにより、可罰性を肯定するのに最低限、必要となる不法と責任が備わらなくなったとき、そのような免責が承認されることになる¹⁹⁾。これに対し、そこまでは行かないものの、可罰性の著しい低減とあいまって、刑を科することのマイナスのほうが大きいと判断されるとき、刑の免除が行われることになる。

18) フランス刑法をも視野に入れつつ、過剰避難における刑の免除と免責的緊急避難との関係につき詳細な検討を加えた近時の浩瀚な作品として、井上宜裕『緊急行為論』（成文堂・2007）、同「緊急行為論——緊急避難論の諸相」理論刑法学の探究①（2008）137頁以下がある。

これに対して近時の学説には、かりに免責的緊急避難という観念を承認するとしても、わが国の刑法解釈論としては、せいぜい過剰避難における刑の免除に位置づけるほかないというものもある²⁰⁾。しかし、古くから今日に至るまで、学界の圧倒的通説(およびいくつかの判例)は期待不可能性という超法規的責任阻却事由を認めてきたのであり、その実体の少なくとも一部²¹⁾を前述した免責という発想に求めることは、むしろ自然な解釈だと思われる。そして、そうであるとすれば、このような免責は過剰防衛における刑の免除の先にも、さらには、明文の規定はないものの、いわば過剰な法令行為ないし正当(業務)行為の一定の場合にも認められるべきだと思われる。

8 おわりに

以上に見てきたとおり、近年になって緊急避難に関する重要な研究が相次いで公開されている。もっとも、とくに(歴史的にはともかく、理論的には)緊急避難のプロトタイプともいうべき正当化的緊急避難の成否が争われる事例の多くを典型的な講壇設例が占めていることもあり、判例実務においても緊急避難

19) 私はこれまでの論稿において、免責といわゆる答責性阻却を並置してきた。もっとも、厳密にいうと、両者は重要な点で異なっている。すなわち、通説的見解によれば、免責とは二重の責任減少、すなわち、本文で述べた①・②に加えて③により与えられるものとされる。そして、これに対して答責性阻却を主張する論者は、たとえば、いくら被害者を軽度に傷害するところまでが正当化されるからといって、これを死に至らしめた場合に殺人の不法が減少しているとはいいたくないから、①・②は疑わしい、精神的圧迫は狼狽や恐怖、驚愕等に限られないから、③も決定的でないなどとして、むしろ、④のような(一般予防および)特別予防上の要罰性の欠如から可罰性の阻却を説明しようとするのである。ここからも分かるように、私は免責と答責性阻却をいわば車の両輪ととらえており、前述のように、これまで両者を並置してきた理由もまさにそこにある。

20) 深町・前掲「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」179頁以下などを参照。

21) 従来、学界において議論されてきた期待不可能性のなかには、たとえば、眼前で娘を強姦、殺害された親が一種の錯乱状態に陥り犯人に殴りかかるような、もっぱら責任のほうに欠ける場合も含まれている。そして、免責的緊急避難があくまで過剰避難における刑の免除の先にあると解するときには、そこからこのような場合を外しておくほうが理論的にすっきりすると思われる。

にスポットライトが当たるといふ段階にはいまだ至っていない。今後は過剰避難（防衛）における刑の免除や過剰法令・正当（業務）行為への類推など、理論的には緊急避難論の辺縁部に位置するものの実務的には使いやすいと思われる法形象をとっかかりとして、緊急避難のパラダイムが判例実務により深く浸透していくことが望まれよう。むろん、それは過渡的には期待可能性論の復権というかたちであられるかもしれないが、その理論的深化は、最終的には本稿で述べたような方向性において行われるべきだと思われる。