九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

緊急避難の基本構造に関する一考察（1）：フランス緊急避難論の展開を中心に

寺嶋, 文哉
九州大学大学院法学府：博士後期課程

https://doi.org/10.15017/4371025

出版情報：九大法学. 120, pp.117-159, 2021-03-09. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

緊急避難の基本構造に関する一考察（1）

── フランス緊急避難論の展開を中心に ──

寺　嶋　文　哉

はじめに
　1．本稿の問題意識と目的
　2．本稿の構成と検討対象
Ⅰ．緊急避難をめぐる日本の議論状況
　1．緊急避難の法的性質をめぐる議論状況
　　1）責任阻却説
　　2）違法阻却説
　　3）可罰的違法阻却説
　2．刑法37条１項の要件をめぐる議論状況
　　1）現在の危難
　　2）やむを得ずにした行為
　　3）均衡性
　3．小括・検討
Ⅱ．緊急避難をめぐるフランスの議論状況
　1．現在の議論状況
　　1）緊急避難の法的性質と不処罰根拠
　　2）122-7条の要件をめぐる議論状況
　　3）小括　（以上本号）
　2．フランスにおける緊急避難論の歴史的展開
　　1）判例の展開
　　2）学説の展開
Ⅲ．検討
むすびにかえて

はじめに

1．問題意識と本稿の目的

緊急避難については、わが国においても、多くの議論が積み重ねられてきた。いわゆる「カルネアデスの板」事例（難破した二人が人ひとり分の体重しか支えることのできない板切れを奪い合う事例）や雨傘事例（高価な服を着た者が、突然の雨で服が台無しになることを避けるために、みすぼらしい服を着た者の傘を奪うといった事例）といった古典的な講壇事例に代表されるように、緊急避難は伝統的な問題領域のひとつとして位置づけられる一方で、近年では、社会における技術革新に伴って生じ得る法的問題のうちの一部が、緊急避難の問題として捕捉されることもある。例えば、AIをはじめとする技術による自動運転自動車にかかわる刑事責任の問題を挙げることができる[(1)]。緊急避難は、従来は認識されてこなかった法的問題に対する適切な法整備がなされるまでの暫定的な解決方策として参照されうるほか[(2)]、その法整備のための基本的な判断枠組を提供するために有益であると考えられるのである。

緊急避難がこのような有益性を呈するためには、要件論の精緻化を通じて、緊急避難をより実効性のある法概念、つまり、具体的事案の解決のために明確な基準を提示し得るツールとしなければならない。この点から緊急避難論の議論状況を見ると、従来の緊急避難論は、法的性質論に議論が集中していたように思われる。正当防衛が問題となる事例と異

（1）　遠藤聡太「自動運転車による生命侵害と緊急避難」刑事法ジャーナル第58号（2018年）26頁以下、井上宜裕「AI自動運転をめぐる刑事責任：緊急避難の成否を中心に」法政研究86巻３号（2019年）15頁以下。

（2）　自動運転自動車に関する問題の他に、インターネット上の海賊版サイト対策として緊急避難が参照されたことも指摘することができよう（知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」（平成30年４月13日）（https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/honpen.pdf））。

なり、緊急避難の場合には無辜の第三者が最終的な害を被る点に特色があり、その点で、避難行為者の可罰性と第三者の保護を適切に規律するために、法的性質論に関心が向いていたことは自然な流れであったといえよう。しかしながら、専ら避難行為者の可罰性が問題となる事例群に対しては、具体的事案について、従来の議論が明確な解決の方向性を提示できるかどうかは疑わしい。したがって、第三者の観点のみならず、避難行為者の処罰の可否という、緊急避難の成否そのものを問題とする議論が構築される必要があると思われるのである。

従来、緊急避難の要件について議論がなされてこなかったわけではない。とはいえ、正当防衛の要件との対比から議論がなされることが多く、緊急避難の独自性を反映させた要件論は必ずしも十分に深化されてこなかったように思われる。また、それゆえに、要件論と法的性質論とが整合しているかが疑わしいと考えられる部分も見受けられる。例えば、後述するように、現在わが国の学説において通説的地位を占めている優越的利益原理に基づく違法阻却説には、とりわけ補充性要件との関係で問題が残されている。

このような問題状況に鑑みれば、緊急避難論をその基本的な性質の点から問い直し、その上で、要件論に還元するとともに、性質論と要件論との関係性について吟味していく作業が重要であると考えられる。

以上のような問題意識から、本稿では、緊急避難の基本的性格を明確にした上で、要件解釈に与えるべき基本的な指針を示すことを試みるものである。緊急避難の不処罰根拠論・法的性質論と要件論との関係性に留意しながら、緊急避難論の基本構造を明らかにすることとしたい。

２．本稿の構成と検討対象

そこでまず、わが国における緊急避難論の議論状況を整理し、現在の議論の到達点を明らかにする（Ⅰ.）。本稿の目的に沿うかたちで、不処罰根拠論・法的性質論と要件論との関係性という観点から検討し直すこ

とで、各見解の問題点を指摘する必要性から、網羅的に検討することとする。その上で、フランスにおける議論状況を概観する（Ⅱ.）。最後に、フランスにおける議論状況を前提に、日本法への示唆を検討し、緊急避難の基本構造について考察を加えることとしたい（Ⅲ.）。

日本法とフランス法とでは、犯罪論体系などからして異なる点が多いため、フランスにおいて発展した緊急避難論をそのまま導入することはできないであろう。しかしながら、緊急避難が問題となる状況という社会的な事象に対して、フランス法がどのように対応しているかは、参考に値するもののように思われる。加えて、フランスにおいては、学説・判例上、緊急避難論について詳細な議論の蓄積が認められる。なぜなら、フランスは、1994年に現行刑法典が施行されるまで、1810年の旧刑法典には緊急避難の明文規定を持たず、学説および判例によって緊急避難という枠組が形成されてきたという背景を持つからである。明文規定のないところに法効果を認めるために展開された詳細な議論は、わが国における緊急避難の解釈にとっても学ぶところが多いのではないかと思われる。また、緊急避難の規定ぶりが日本法と類似しており、より比較が容易であると考えられる。

Ⅰ．緊急避難をめぐる日本の議論状況

本章では、緊急避難をめぐるわが国の議論状況を整理・概観する。緊急避難の不処罰根拠論、および、法的性質論の検討を通じて、わが国において緊急避難の基本的性格がどのようなものとして捉えられているかを整理する（1.）。また、緊急避難の各要件の解釈については、網羅的に、その概要を概観・整理しつつ、不処罰根拠や法的性質論との関係性についても考察する。

１．緊急避難の法的性質をめぐる議論状況

緊急避難の法的性質については、古くは牧野英一および藤木英雄によって放任行為説が主張されていたが[(3)]、今日ではその理論的な問題点から[(4)]、正面から支持されることはないと言って良い。現在主張されている主要な学説としては、違法阻却一元説、責任阻却一元説、違法阻却機軸の二分説、責任阻却機軸の二分説、可罰的違法阻却説に大別することができる。このうち違法阻却機軸の二分説は、法益同価値の場合を責任阻却とする見解と、「生命 対 生命」および「身体 対 身体」の場合を責任阻却とする見解に分かれる。また、可罰的違法阻却説は、一元的に可罰的違法阻却事由と解する見解と、可罰的違法阻却事由である類型と違法阻却事由である類型を区別する見解があり、後者はさらに、どのように区別するかという点で、複数の見解が存在する。

法的性質をめぐる議論は、危難を転嫁される第三者の保護に主眼が置かれている。すなわち、第三者に対して、対抗措置として常に正当防衛を肯定する／否定するという極端な帰結を回避するという問題意識から、種々の見解が主張されている。

以下では、これらの学説の主張内容につき、その背後にある不処罰根拠を参照しながら、分析する。

（３）　牧野英一『刑法總論　上巻〔全訂版〕』（有斐閣、第15版、1958年）275頁、藤木英雄『刑法講義　総論』（弘文堂、1975年）178頁以下。

（４）　放任行為説に対しては、法が禁止したり制限したりする行為でなければ適法なものと考えることができるため、法が違法とも適法ともいわない領域を認めるのは妥当でないと指摘される（佐伯千仞「違法性の理論」（1952年）（収録：中山祐夫監修・浅田和茂ほか編『佐伯千仞著作選集　第２巻』（信山社、2015年））381頁以下、内藤謙『刑法講義　総論（中）』（有斐閣、1986年）408頁以下）。なお、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）184頁は、放任行為説の趣旨は「違法性阻却事由の中に相手方に受忍義務のある権利行為と受忍義務のない放任行為があるというものであ」り、「緊急避難に対して緊急避難の対抗を認める違法性阻却説は、放任行為説なのである」と述べる。

1）責任阻却説

a．責任阻却一元説

この見解は、ドイツのM.E.MAYERのもとで学んだ瀧川幸辰によってわが国に紹介・展開されたもので[(5)]、緊急状態においてなされた行為は期待可能性を欠くために責任が阻却されると主張する。なぜなら、避難行為は無関係の第三者の法益を侵害する点で違法行為であるが、通常人に対して自己を犠牲にするという英雄的態度を法は要求しないからであるという。この見解には、避難行為を違法と考えることで、危難を転嫁される第三者に、避難行為に対する正当防衛での対抗を認める点に利点がある。

しかしながら、この見解は今日で少数説にとどまっている。その問題点としては、第一に、刑法37条1項本文が保全法益の主体を「自己又は他人」と規定しているのみで、避難行為と保全利益の主体との関係性についてはなんら制約を設けていないところ、赤の他人のための緊急避難については必ずしも期待可能性がないとは言えないのではないかという疑問がある。また第二に、刑法37条1項本文は害の均衡を要求しているが、期待可能性がないことによる責任阻却を問題とするならば、本来このような要件は不要であるとの批判がなされる[(6)]。

これらの批判に対し、本見解の支持者は以下のように反論する。すなわち、第一の点について、「刑法37条の『他人』には、配偶者、実子、親、婚約者なども含まれることを考えるならば、我が身に代えて緊急救助を行おうとする場合があり、他人のための緊急避難であっても期待可能性を問題にすべき場合がある」とされる[(7)]。また第二の点に対しては、「被転

（5）　瀧川幸辰『犯罪論序説』（有斐閣、改訂版、1947年）（収録：団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集　第二巻』（世界思想社、第2版、1991年））137頁以下、高橋敏雄「緊急避難の本質に関する一考察」法学雑誌（大阪市立大学）1巻4号（1954年）47頁以下、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）379頁など。

（6）　以上の批判について、山口厚『問題探究　刑法総論』（有斐閣、1998年）93頁、福田平『全訂　刑法総論』（有斐閣、第5版、2011年）165頁など。

（7）　日高・前掲注（5）397頁。

嫁者の保護という法政策的観点から、法規上の法益権衡の原則を取り込んだものと解することができ」るとされる[8]。

しかし、これらの反論にも、再反論がなされている。まず、第一の点について、緊急避難を責任阻却事由と解する以上、常に期待可能性がないであろうといえることが重要であるから反論としては不十分であるとされる[9]。第二の点に対しては、期待可能性論の本領は、法益均衡を失している場合にも責任阻却を認めるところにこそ発揮されるべきなのであって、刑法37条１項本文の要求する法益均衡では不処罰の下限が高すぎるとの指摘がなされているのである[10]。

また、上述の通り、本見解によれば、危難を転嫁される第三者は、避難行為者に対して常に正当防衛可能となるが、このような帰結もまた不当とされるのである[11]。

なお、近年では、責任阻却における人的範囲の制限は、ドイツ刑法の影響を過度に受けたものであり、スイスやオーストリアの立法論などを参照すれば、期待可能性などの一般条項をもって規律するという立法形式も十分可能であるとの指摘もなされているところである[12]。

ｂ．責任阻却基軸の二分説

この見解は、緊急避難を原則として期待不可能性に基づく責任阻却事由と解しながらも、著しく大きい法益を救うための避難行為は、超法規的に違法性を阻却すると解する。すなわち、著しく大きい法益を救うためになされた避難行為に対して、常に第三者の正当防衛による対抗を認

（８）　日髙・前掲注（５）397頁。
（９）　佐伯（仁）・前掲注（４）180頁。
(10)　村井敏邦「緊急避難の本質 ── 違法阻却説の立場から ── 」中義勝編『論争刑法』（世界思想社、1976年）57頁。
(11)　大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第４版、2008年）400頁。
(12)　深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（弘文堂、2018年）117頁以下。

めるのでは、「避難行為の相手方の保護を強調するあまり、『明らかな、社会倫理的にたえがたい不正義』を招来する」と主張する[13]。

この見解は、基本的に責任阻却説に立脚していることから、上述の責任阻却一元説に対する構造上の批判がそのまま妥当する。また、どのような場合に法益が「著しく」大きいと言えるのかもまた明らかでないとの批判がある[14]。

また、責任阻却を基軸とする二分説に立ちつつ、事例を類型化して結論の妥当性を図ろうと試みる見解もある[15]。この見解は、現行刑法37条の規定では緊急避難の認められる範囲が広範に過ぎるという立法論としての不当性を指摘した上で、緊急避難状況を、危難転嫁型（第１類型）と危険共同体型（第２類型）に分類する。第１類型については、避難行為者に「ふりかかった運命は甘受すべし」という原則が働くため、違法阻却を認めるためには、保全法益の価値が侵害法益のそれを著しく優越する必要がある一方で、「著しい優越」に至らない場合でも責任阻却が認められる余地は残るが、避難行為者は保全法益の主体と特別の関係になければならないとする。第２類型については、このような運命甘受の原則は働かず、法益が同価値である場合にも違法阻却が可能であるとする。加えて、両類型を通じて、危難の発生源に向けられた緊急避難（防御的緊急避難）

---

(13)　森下忠『緊急避難の研究』（有斐閣、1960年）240頁。

(14)　曽根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』（成文堂、第２版、2005年）128頁。なお、井上宜裕『緊急行為論』（成文堂、2007年）９頁は、例えば火災から逃れるために隣家に逃げ込む場合など、法益間の著しい差異が明白な場合もあるのだから、どのような場合に法益が「著しく」大きいかについて、類型化等によって基準を明確にする必要があるにしても、決定的な批判ではないとしている。

(15)　井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）178頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第２版、2018年）329-332頁。カルネアデスの板のような「例外的な利益競合状態」を除いて、法益の著しい優越を要するとする見解として、藤坂龍司「緊急避難の本質について（１～４・完）」六甲台論集36巻３号（1989年）１頁以下、36巻４号（1990年）50頁以下、37巻１号（1990年）125頁以下、37巻２号（1990年）15頁以下。

については、侵害法益の主体が危険源となっており、それに対する避難行為は、防衛行為類似の性格を有するから、法益同価値で足りるとするのである[16]。

この見解が、違法阻却の部分について、法益の著しい優越を要求し、また、責任阻却の部分について、避難行為者と保全法益の主体が特別の関係になければならないとする点については、37条の縮小解釈として罪刑法定主義違反ではないかとの疑いがある。この点については、以下のような説明がなされる。すなわち、違法阻却事由は規範の名宛人に行動基準を告知・提示するものであるのと同時に、各自に法益を守ろうとする者同士の間の利害の調整を図るものでもある。したがって、行動基準告知としての側面も一定の制限を受けざるを得ず、法益の著しい優越を要求しても良いとされる。他方、責任阻却の部分について、責任の領域においては法律の規定による行動基準の提示は問題とならないのであるから、違法阻却の場合に比して文言を限定する解釈は許されるとするのである。

しかし、この見解に対しては、依然として罪刑法定主義違反の疑いが払拭できていないとの批判か可能であろう。すなわち、学説においては、同説に対して、犯罪阻却事由については構成要件における場合よりも柔軟な解釈が可能であるとしても、「人工妊娠中絶許容規定（母体保護14条）や刑事責任年齢（刑41条）のように明確な要件をもって規定されている犯罪阻却事由を見れば明らかなように、法の文言を全く無視するのは、やはり罪刑法定主義に違反するものといわねばならない[17]」との批判が向けられている。また、この見解が前提とする「自己にふりかかった危難は運命として甘受すべし」との原則が、どのような理論的根拠に基づくのかについても、疑問が残る。したがって本見解は、立法論としての妥当性は措くとしても、現行刑法37条の解釈論としては無理があるように思われる。

---

(16)　防御的緊急避難のうち、物が危険源である場合には、民法720条２項との関係で、法益均衡・補充性が要求されないとする。

(17)　松原芳博「緊急避難論」法学教室269号（2003年）95、96頁。

２）違法阻却説

ここでは、緊急避難を違法阻却事由と解する見解について概観・整理するが、これらの見解が前提としている正当化原理について、ここで簡単に整理しておきたい。

学説において主張されている、違法阻却の一般原理としての緊急避難の正当化原理には、主として、目的説、社会的相当性説、法益衡量説、優越的利益説が存在する。また、他の違法阻却事由とは別個に、緊急避難に限り、「社会連帯の原理」を不処罰根拠に据える見解も有力化している。

目的説は、「正当な目的のための相当な手段」が違法阻却の一般原理であるとする。しかしこの見解に対しては、「正当な目的」・「相当な手段」が法益衡量や優越的利益と別個の観点から判断されるものであるならば、「その内容があまりに包括的・多義的であって、違法阻却判断の一般原理として解釈の指導原理・一般基準とはなりにくく、妥当ではない」との批判[18]や、法と倫理の混同を引き起こす可能性があるとの批判がなされている[19]。

社会的相当性説は、行為が「社会生活の中で歴史的に形成された社会倫理秩序の枠内にある」ことを正当化原理とする[20]。この見解に対しては、目的説よりもさらに抽象的・包括的であるとの指摘がなされ[21]、また、この

(18)　内藤・前掲注（４）307頁。

(19)　井田・前掲注（15）『講義刑法学』276頁。もっとも、目的説と法益衡量説は必ずしも対抗関係にあるわけではないとされる。すなわち、「何が正当な目的かということは、その行為が実現し、もしくは維持しようとする事態（それが法益に帰着する）と離れては考えられないし、さらに手段の正当かどうかも、結局それが無用または不当な犠牲を伴わないかどうかということにほかならず、これまた法益侵害を離れては考えられない」（佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、四訂版、1981年）（収録：中山祐夫監修・浅田和茂ほか編『刑法の理論と体系　佐伯千仞著作選集　第１巻』）194頁）とされる。中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）261頁以下も参照。

(20)　福田平「社会的相当性」日本刑法学会編『刑法講座　第２巻』（有斐閣、1963年）106頁以下、福田・前掲注（６）150頁、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第５版、2019年）241頁。

(21)　内藤・前掲注（４）310頁。

ような観念は、行為の構成要件該当性を排除する役割しか有さず、違法阻却の一般原理として考慮するのは妥当ではないとの批判がなされている[22]。

法益衡量説は、侵害法益と保全法益とを比較衡量し、後者が前者を上回る場合に違法阻却を認める見解である[23]。優越的利益説は、法益衡量説を出発点としながらも、法益の抽象的比較衡量では不十分であり、「衝突する法益の具体的状況における要保護性」を問題とする[24]。

近時有力化してきている「社会連帯原理」を基礎とする見解は、緊急避難における危難転嫁の構造に鑑みれば、危難に陥った者と危難を転嫁される者との関係を考慮すべきであり、緊急避難による正当化は「危難に陥った者との関係でどのような危難転嫁甘受義務があるかに左右される」[25]とされる[26]。

学説上は、緊急避難の正当化原理につき、優越的利益説からの説明を行なうものが多数であると思われるが、上述の通り、社会連帯原理から基礎付ける見解も有力化している。現在の学説においては、法益衡量説、優越的利益説、および社会的連帯性説が主な対立軸であると言えよう。以下では、これらの見解の相違に留意しつつ、緊急避難の法的性質および要件をめぐる議論を参照することとする。

ａ．違法阻却一元説

違法阻却一元説は、刑法37条１項本文を違法阻却事由とみる見解で、現

---

(22)　安達光治「社会的相当性の意義に関する小考」立命館法学327・328号（2009年）20頁以下、松宮孝明『先端刑法　総論 ── 現代刑法の理論と実務 ── 』（日本評論社、2019年）56頁以下。

(23)　平野龍一『刑法　総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）213頁、中山・前掲注（19）261頁以下、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、第２版、2019年）180頁。

(24)　曽根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂、1980年）179頁、内藤・前掲注（４）313頁以下。

(25)　松宮・前掲注（22）93-95頁。

(26)　ドイツにおける社会連帯原理の議論状況については、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務（１・２）」姫路法学46号（2007年）１頁以下、法学論集（鹿児島大学）43号（2008年）１頁以下を参照。

在、わが国の多数を占める見解である[27]。この見解によれば、正当防衛が「不正 対 正」であるのに対して、緊急避難は「正 対 正」の関係として位置付けられる。その論拠は、刑法37条１項本文は無限定な「他人」のための緊急避難を許容していることから責任阻却と解するのは妥当でなく、また、条文上、害の均衡が要求されていることからも、あくまで違法論で処理されるべきとの点にある。法益同価値の場合についても、全体としてマイナスでないから違法でないとの説明が可能であるという[28]。

しかし、この見解に対しては、危難を転嫁される第三者は避難行為に対して正当防衛で対抗することができず、第三者の保護に欠けるという批判や[29]、カルネアデスの板のような事例においては、力の強い者の利益が保全される結果となり、かつ、その行為が適法となるが、この帰結が妥当とは思われないという批判が向けられている[30]。この点、同説の支持者からは、刑法37条１項本文が、「現在の危難」との文言を用いているのは、正当防衛とは異なり違法な侵害であることを要しない趣旨であるから、緊急避難に対

---

(27)　平野・前掲注（23）228-230頁、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第３版、1990年）245頁以下、大塚・前掲注（11）399頁以下、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）229頁以下、福田・前掲注（６）164頁以下、佐伯（仁）・前掲注（４）179頁以下、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）145頁以下、小林憲太郎「緊急避難論の近時の動向」立教法務研究９号（2016年）143頁以下（144頁）、野村稔『刑法研究上巻（総論）』（成文堂、2016年）55頁、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第４版、2018年）314頁以下、大谷・前掲注（20）295頁以下、西田典之著・橋爪隆補訂『刑法総論』（弘文堂、第３版、2019年）146以下頁など。深町・前掲注（12）116頁以下は、37条１項本文を違法阻却事由、同条１項ただし書を責任減少事由と解釈する。

(28)　例えば、内田文昭『改訂　刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、補正版、1997年）197頁は、「法益衡量のうえで、『これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない』ということは、優越的利益説の見地から、マイナス（法益侵害）がない限り許すということ、換言すれば、プラス（優越的利益保護）およびゼロ（生命対生命の緊急避難のように、法益衡量による優劣がつけえない場合）は違法でないということを確認したものといえる」とする。

(29)　井上・前掲注（14）６頁。

(30)　佐伯（千）・前掲注（19）204頁、浅田・前掲注（23）251頁。

しても緊急避難をもって対抗できるとの反論がなされている[31]。しかし、緊急避難の要件が正当防衛に比して厳格であることに鑑みて、そのような解決が妥当と言えるかが疑問であるばかりでなく、一種の放任行為を許すこととなり、「結局、強者の権を承認することになる[32]」との批判は免れ得ない[33]。

また、そもそも危難と無関係な第三者の法益を侵害する行為が適法と評価されてよいかという根本的な疑問が残されている[34]。より厳格な要件が設定されているとはいえ、法的効果の点で正当防衛と同一と考える点に問題がある。

その他の点では、緊急避難の要件との関係性にも問題点を指摘することができる。すなわち、違法阻却一元説が優越的利益説に基づくものである場合、「価値の大きい法益を救済するために小さい法益を犠牲にする行為は、緊急状態でなされなくても、またそれ以外に救済する方法があった場合であっても、違法ではない」こととなり、37条の存在意義が損なわれるとの批判がなされる[35]。特に、同説からは補充性要件の必要性を根拠づけられないのではないかとの疑問が生じる[36]。すなわち、緊急避難に

---

(31)　団藤・前掲注（27）246頁、山口・前掲注（６）94頁、深町・前掲注（12）123頁。なお、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』（成文堂、1992年）は、危難を転嫁された者は、より緩和された利益衡量基準の妥当する防御的緊急避難による対抗が可能であると主張する。このような見解に対しては、正当防衛や自救行為として扱うべきであって、防御的緊急避難という区別は不要であるとの批判がなされる（佐伯（仁）・前掲注（４）195頁）。

(32)　森下・前掲注（13）232頁。

(33)　米田泰邦「緊急避難における相当性の研究」司法研究報告書第19輯第２号（1967年）36頁、井上・前掲注（14）６頁、橋田久「緊急避難に対する緊急避難」名古屋大学法政論集256号（2014年）496頁以下。

(34)　井上・前掲注（14）６頁。

(35)　生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）277頁。

(36)　「緊急状態でなされなくても」といえるかどうかは、優越的利益原則の理解にかかわる問題であろう。「価値が大きい法益を救済するために小さい法益を犠牲にする行為」が緊急状態でなくても問題となりうるような状況が存在するかどうかは、なお検討を要する。松生光正「緊急状態による正当化」例外状態と法研究班『例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所研究叢書第50冊、2014

おける補充性は、避難行為以外に危難を回避する方法が存在しないこと、および、その侵害の程度が最小限であることが要請されている。このような補充性の理解からは、侵害の程度が異なる複数の手段を想定できる場合には、その中から最も侵害性の低い手段を選択しなければならないということが帰結されるであろう。しかし、衝突している利益を比較し、侵害利益に対して保全利益が同等か優越している点に正当化の契機を認めるのであれば、なにゆえこのような要件を設定可能であるかは必ずしも明らかではない。保全利益の優越が認められさえすれば行為が適法になるとすれば、避難行為は危難回避の唯一の手段でなくとも良いはずである。仮に、緊急避難状況にあるという前提状況の確定のために手段の唯一性が要求されるとしても、手段の最小侵害性の点ではなお疑問が残ると言わざるを得ない。

b．違法阻却基軸の二分説

特に第三者の保護をより充実させるという観点から、緊急避難の一部を責任阻却として捉える見解も有力に主張されている。二分説は、どの範囲で責任阻却を肯定するかによってさらに区別することができる。

b－1．量的二分説

この見解は、基本的には違法阻却説に立脚しつつ、法益同価値の場合および両法益の大小の比較が困難な場合には責任を阻却すると解する[37]。法益同価値の場合には優越的利益の原理が妥当せず、違法阻却は認めら

年）58頁は、「優越的利益の原則や法確証の原理は、緊急状態でなくとも妥当する原理であり、もしそれが正当化の決定的原理であるならば、緊急状態ではなくてもそれだけで正当化の効果を持ちうるはずであるが、そのような広範な正当化は一般的に主張されていない」と指摘する。

(37)　米田・前掲注（33）44頁、佐伯（千）・前掲注（19）204頁、中山・前掲注（19）268、269頁、大嶋一泰『刑法総論講義』（信山社、2004年）238頁。なお、浅田・前掲注（23）254頁および山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015年）555頁以下は、違

れないが、緊急状況における行為として、適法行為の期待不可能性から責任が阻却されるとする。また、法益の比較が困難な場合には、法益同価値の場合に準じて解されるとする。

ｂ－２．質的二分説

この見解は、緊急避難を原則的に違法阻却と解しながらも、生命および身体については、「共同生活を可能にするための不可欠的要素たる人間人格の基本要素」であるから、たとえ避難のためとはいっても適法ということはできず、したがって期待不可能性に基づく責任阻却と解する見解である(38)。

これらの見解には、違法阻却と責任阻却の部分についてそれぞれ、一元説と同じ批判が妥当するであろう。すなわち、違法阻却の部分については、依然として第三者保護に欠けると言える場合があると考えられる。また、責任阻却の部分については、刑法37条１項本文が避難行為者と保全法益の主体との関係性を特に限定していないことのほか、避難行為に対して第三者が常に正当防衛をもって対抗することができるという問題性も指摘できるであろう。

３）可罰的違法阻却説

近時有力化しているのが、緊急避難を可罰的違法阻却事由と捉える見

法の統一性を重視する立場から、①優越的利益が認められる場合には違法阻却、②優越的利益が認められる場合のうち、民法上違法な場合には可罰的違法阻却、③法益同価値の場合には責任阻却（山中：可罰的責任阻却）とする違法阻却中心の三分説を主張しているが、法益同価値の場合に違法阻却とする見解と同様、違法阻却の部分について第三者が正当防衛をもって対抗することができず、第三者の保護に欠けるという批判のほか、可罰的違法性が阻却される部分については、その根拠とされるところの民法720条自体の合理性が疑問視されている（井上宜裕「フランス緊急避難論の現状」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2016年）179頁以下）。

(38)　木村亀二『犯罪論の新構造（上）』（有斐閣、1966年）268頁以下、今上益雄「緊急避難の本質」東洋法学10巻３号（1967年）50頁以下。山口・前掲注（６）95頁以下および同『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016年）148頁以下は、生命や身体の枢要部分

解である。この見解は、違法の統一性を前提に、避難行為は違法であり民事法上の賠償責任を免れることはできないが、刑法上は可罰的違法性を欠くと主張する。この見解は、統一的に可罰的違法阻却事由と解する見解（可罰的違法阻却一元説）と、可罰的違法阻却の他に完全に適法となる場合を肯定する二分説に大別することができる。

ａ．可罰的違法阻却一元説

この見解は、たとえ回避した危難が生じた損害より大であっても、避難行為自体は民法上の不法行為であり免責されず、したがって違法であるとする(39)。避難行為者と危難を転嫁される第三者の関係においては、避難行為者は他人の法益を侵害するものであるからその損害を賠償すべきであるとしつつも、避難行為者と社会との関係では、緊急状態における法益救済のための危難の転嫁であるから、その行為に社会侵害性はない。そして、犯罪の実質が社会侵害性にあるのだから、結局、避難行為は可罰的な違法性を有しないと主張する。また、このような理解は、現行刑

については、「自己目的」として扱われるべきであり、他人の犠牲に供されてはならないから、これらの法益の「絶対的優越」ゆえに、違法阻却事由としての緊急避難の成立を否定することが可能であるとし、この場合には、37条の枠外で、具体的事情にしたがって超法規的責任阻却が問題となるにすぎないとされる。しかし、37条１項本文が「生命、身体」を保全するための避難行為を法益同価値の場合にも明確に認めているのであるから、このような場合を一律に37条の適用範囲から除外する本見解は、罪刑法定主義違反の疑いがあると思われる。

生命侵害に緊急避難が認められるかとの問題に関しては、例えば、川口浩一「例外状態に関する思考実験としての『トロリー問題』」竹下賢ほか編『法の理論35』（成文堂、2017年）３頁以下を参照。また、森永真綱「日本の緊急避難論における『社会功利主義』について」法政研究85巻３・４号（2019年）619頁以下は、緊急避難を「かなり割り切った『社会的な考え方』」とする平野龍一（平野・前掲注（23）230頁）も、生命侵害については謙抑的であったことを指摘する。

(39)　中義勝ほか編『刑法　１ 総論』〔生田勝義〕（蒼林社出版、1984年）154頁以下、生田・前掲注（35）273頁以下、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、第２版、2008年）207頁。

法37条がその立法過程において正とも不正ともいえない「中間の行為」であると理解されていたこととも整合するとしている[40]。

この見解に対しては、危難を転嫁される第三者が、避難行為者に対して常に正当防衛をもって対抗できることになる点に問題があるとの指摘が可能である。なぜならば、この見解によれば、著しく大きな法益を救うために小さな法益を侵害することも違法とされることになるからである。これに対しては、正当防衛には相当性要件が必要である以上、著しく大きな利益を保全する避難行為への対抗行為は、正当防衛の相当性要件を充足しないので、実際上の不都合は生じないと主張する[41]。しかし、すべてを相当性要件で適切に規律できるか明らかでないとされる[42]ほか、「正当防衛による対抗の可否は、実務上の問題というよりは理論的な問題であ」るから、緊急避難の法的性質論としては、なお問題が残ると批判される[43]。

b．二分説

緊急避難には可罰的違法阻却事由と違法阻却事由の両者を含むと解する諸見解は、両者の棲み分けの仕方により、さらに細分化される。例えば、違法阻却を基軸として法益同価値の場合に可罰的違法阻却とするもの[44]のほか、可罰的違法阻却を原則として、違法阻却が認められるためには保全法益が侵害法益を著しく優越することを要求するもの[45]、事後の損害賠償を条件として「危難を転嫁される第三者に『社会連帯』を理由とする危

(40)　現行刑法37条の立法過程については、松宮孝明「日本刑法三七条の緊急避難規定について」立命館法学262号（1998年）40頁以下を参照。
(41)　中ほか・前掲注（39）155頁以下、生田・前掲注（35）289頁。
(42)　井上・前掲注（14）13頁。
(43)　深町・前掲注（12）119頁。
(44)　吉川経夫『三訂　刑法総論』（法律文化社、補訂版、1996年）145頁以下、大塚・前掲注（11）399頁以下。
(45)　井上・前掲注（14）66頁以下、233頁。

難甘受義務が認められる」ことを要求するもの[46]、民法720条との関係から、「不正な侵害を第三者に転嫁する行為（および緊急避難と解した場合の対物防衛）のみが完全に適法な緊急避難」であるとするもの[47]などがある。

これらの見解に対しては、それぞれ批判がなされている。保全法益の著しい優越を要求する見解に対しては、何をもって著しい優越とするかが明白でないという批判のほか[48]、「可罰的違法性という違法の『量』の問題が、保全利益が侵害利益に著しく優越する時点において突然適法化という『質』の問題に転化する理由」が示されていないという批判が向けられている[49]。また、この見解が違法阻却のために保全法益の著しい優越を要求する根拠を、危難を転嫁される第三者には自律性という要素が加算されることに求めている点についても、「なぜ社会侵害性の局面では考慮されない自律権侵害が、避難行為の適法化の局面では考慮されるべきなのかが明らかではない」[50]との批判が向けられている。危険甘受義務の有無を基準とする見解については、その背景にある「社会連帯原理」との関係で批判がある[51]。民法720条との関係で規律する見解に対しては、民法720条に該当しなくても、民法709条以下の不法行為の要件への当てはめを行った結果として避難行為が不法行為とはならない場合を観念し得るのであって、「民法720条に該当しなければ直ちに不法行為が成立する」と考える点で問題があるとの批判がなされている[52]。

---

(46)　松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第５版補訂版、2018年）155頁以下、松宮・前掲注（22）99頁以下。なお、論者は、37条１項ただし書を実質的な責任阻却事由と捉え、その点を含めて三分説であるとする。本見解については、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第２版、2017年）186頁以下も参照。

(47)　曽根・前掲注（14）128頁以下、曽根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）227頁以下。

(48)　前掲注（14）参照。

(49)　深町・前掲注（12）119、120頁。

(50)　西田典之ほか編『注釈刑法　第１巻　総論　§§ １～72』（有斐閣、2010年）476頁〔深町晋也〕。

(51)　後述本章２.、２）、ａ.

(52)　井上・前掲注（14）11、12頁。

２．刑法第37条の要件をめぐる議論状況

以上では、緊急避難の法的性質につき、その背後にある不処罰根拠にも言及しつつ概観した。ここでは、以上の法的性質論・不処罰根拠論にも留意しながら、刑法第37条の要件解釈について検討する。

１）現在の危難

まず、「現在の危難」は、正当防衛における「急迫不正の侵害」とは異なり、不正性が要求されない点に特徴がある。したがって、緊急避難を一元的に違法阻却事由であると解する見解からは、危難を転嫁される第三者に正当防衛の余地はなくとも、緊急避難による対抗は可能であるとの説明がなされる。

危難が現に存在しているか、少なくとも間近に迫っている場合に「現在の危難」が肯定されることは、判例[53]および学説[54]において概ね認められている。

近年では、DV 被害者の保護なども考慮に入れつつ、現在性を正当防衛の急迫性よりも広く解する余地があるとする見解も主張される[55]。この見解は、近時のドイツにおけるいわゆる「継続的危険」に関する議論を参考に、危難が時間的に切迫するまで待つと実質的に回避手段の実効性が失われるということを理由として、「瞬間的な危険のみならず、その時点で何らかの措置を講じない限り、将来の危険を回避できない場合（継

---

(53)　最大判昭和24年５月18日刑集３巻６号772頁、最一小判昭和35年２月４日刑集14巻１号61頁（本判例の評釈として、小名木明宏「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論（第８版）』（2020年）62頁など）、東京高判平成24年12月18日判時2122号123頁（本裁判例の評釈として、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究49巻１号（2013年）205頁以下、橋本久「判批」刑事法ジャーナル38号（2013年）79頁以下、新年直茂「判批」季刊刑事弁護77号（2014年）90頁以下、前田雅英「判批」捜査研究63巻７号（2014年）19頁以下、永井紹裕「判批」早稲田法学90巻２号（2015年）123頁以下、松宮孝明「判批」佐伯仁志＝橋爪隆『刑法判例百選Ⅰ総論（第８版）』（2020年）64頁）など。

(54)　内藤・前掲注（４）430頁、浅田・前掲注（23）256頁。

(55)　深町・前掲注（12）130頁以下。

続的危険）」には危難の現在性が肯定されると主張するものである[56]。

しかし現在のところ、判例においてこのような理解は認められていない。この点は、緊急避難の基本的性格との関係で検討すべきであろう[57]。

2）やむを得ずにした行為

刑法第37条第1項本文にいう「やむを得ずした行為」は、判例によれば、「当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行為に出たことが条理上肯定しうる場合」と理解されている[58]。学説上、前半部分は補充性、後半部分は相当性として理解されることが一般的である。

a．避難行為の補充性

避難行為の補充性としては、避難行為が現在の危難を避けるために他に取るべき手段がないこと[59]、および、避難行為が危難を避けるための必

---

(56)　深町・前掲注（12）178頁。法益を保全するための採りうべき現実的手段がない場合に危難の現在性を肯定する以上、これが避難行為の補充性から独立した意義を有しないとするものとして、鈴木優典「緊急避難論における補充性の要件」高橋則夫ほか編『曽根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）385頁以下（391-397頁）、小林・前掲注（27）145-147頁。

(57)　なお、夫婦間暴力の問題について近時のフランスでは、正当防衛規定の改正により夫婦間暴力の被害者保護を目指した議員提出法案が提出された（Proposition de loi n°2044 および n°2234。これらの翻訳については、フランス刑事立法研究会訳「夫婦間暴力をめぐる正当防衛規定改正法案」法政研究87巻4号（2021年）頁未定）。これらの法案は審議されることなく廃案となったが、その後、民法、刑事訴訟法および刑法の他、関連法制の改正を含めた法律（Proposition de loi n°2478, loi n°2020-936 du 30 juillet 2020）が成立するといった動きを見せている。家庭内暴力の問題を検討するに際しては、他の正当化事由や他の法分野における対策も、一方策として考え得る。

(58)　前掲最大判昭和24年5月18日（注53）。

(59)　ただし、緊急避難状況において絶対的に他に採りうる方法がなかったことが要求されるわけではなく、「具体的状況において他に現実に可能な方法がない」という程度で足りるとされるのが一般的である（平野・前掲注（23）240頁・藤木・

要最小限度の行為であることを意味することと解されること[60]との理解が一般的である。無関係な第三者に危難を転嫁するという緊急避難特有の構造に鑑み、刑法第36条には同一の文言が規定されているにもかかわらず、特に厳格な要件が設定されている。

本要件との関係では、従来相当性の問題として捉えられていたものを、補充性に内在する制約と解する見解が注目に値する。すなわち、刑法第37条第１項本文が、現在の危難を避けるために他に採りうる手段がないことを要求していることから、同条文が前提とする緊急避難状況とは、保全法益と侵害法益が両立しないという二律背反の法益衝突状況に他ならないと考える見解である。この見解によれば、このような法益衝突状況にあるかどうかの判断は、緊急避難の正当化原理が「社会連帯の原理」にあるとの理解を基礎とすることの帰結として、「純粋自然科学的な方法で判定されるものでも行為者の個人的な世界観で判定されるものでもなく、『他人に危難の転嫁を強いてもよい状況』という社会的な基準によって」なされるという[61]。それゆえ、例えば、いわゆる雨傘事例においては、他に雨宿りするような場所がないのであれば、もはや危難を転嫁可能な法益が存在しないのであるから、緊急避難は成立しないとされるのである。

しかし、この見解に対しては有力な批判がなされている。緊急避難が法益衝突状況を規律したものであるとしても、一定の場合に法益衝突状況が

前掲注（３）181頁、内藤・前掲注（４）433頁、曽根・前掲注（47）234頁、浅田・前掲注（23）261頁）。東京地判平成８年６月26日判時1578号39頁も、「客観的にみて、現在の危難を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外に存在したか否かという点が重要」と述べる。

(60)　吉川・前掲注（44）149頁、橋爪隆「判批」判例セレクト'99、28頁、鈴木・前掲注（56）397-399頁、山中・前掲注（37）562頁、曽根・前掲注（47）234頁。浅田・前掲注（23）262頁は、「たとえば、火事で生命の危険を回避するために、…隣家に逃げ込むしか方法がないとき、垣根の一部を損壊すれば逃げられるのに、垣根全体を損壊したような場合、補充性はあるが相当でないとする方が適切であるように思われる。」として、この点を相当性の問題であるとする。

(61)　松宮・前掲注（22）90-107頁。

否定される根拠が明らかではなく、「社会が転嫁を認めない、というだけでは結論の先取り」[62]なのではないかとの批判がなされる。それを規律する社会的な基準が「そもそも流動的であることに鑑みると、避難行為の正当化の判断が著しく不安定なものになってしまうのではないか」[63]との疑問が提起されている。また、優越的利益説の立場から、「『社会成員は社会的に連帯しているのであるから、その生命・（生命に準ずる）身体が危難にさらされている危難行為者のために、君の『軽微な』法益が犠牲になるのを甘受せよ』という刑法の命令が許容されるとしたら、それは、『社会連帯＝助け合い』を国が一方的に強制できることになり違和感を感じる。」との批判がある[64]。

確かに、単に「社会から見て利益衝突が存在しない」というだけでは、結論の先取りではないかとの批判は免れ得ないであろう。もっとも、緊急避難による正当化を否定すべきような一定の事例群が存在しうるであろうという問題意識は首肯できるものであり、他の要件の中で関連づけ可能な限りで、同主張の問題意識に照らして緊急避難の成立範囲を限定すべきか、検証を行うことは考えられる。

ｂ．避難行為の相当性

判例において本要件は「かかる行為に出たことが条理上肯定し得る場合」と定義される[65]。しかし、判例で避難行為の「相当性」という語が用

（62）　浅田・前掲注（23）262頁。

（63）　遠藤聡太「緊急避難論の再検討（１）」法学協会雑誌131巻１号（2014年）105頁以下（123頁）。

（64）　関哲夫「緊急避難の法的性質について」早稲田法学87巻３号（2012年）415頁以下（457頁）。深町晋也「ドイツにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法７巻１号（2005年）39頁は、「社会連帯に依拠する見解については、ドイツ刑法323条ｃ［引用者注：不救助罪］を援用していることからも明らかなように、あくまでもドイツ法で前提とされている『助け合い』あるいは『お互い様』の精神に依拠するものであるは言え、わが国で同様の見解を採用する必然性はおよそ存在しない」と述べる。

（65）　前掲最大判昭和24年５月18日（注53）、東京高判昭和57年11月29日刑月14巻11・12号804頁など。後者の判例の評釈として、小田直樹「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論（第７版）』（2014年）64頁以下。

いられるとき、それが具体的にどのような意味内容を有するかは、裁判例によって異なるように思われる。すなわち、専ら法益の均衡の問題として検討するもの[66]、過失との関係で論じるもの[67]、行為の危険性を考慮要素とするもの[68]、当該状況における総合考慮をするもの[69]などが見受けられる。これらの裁判例の判断方法は、優越的利益説からすれば利益衡量に還元されるものであるとの指摘がある[70]。

これに対して学説では、この要件に規範的考慮を読み込み、緊急避難の成立範囲を適正化しようとする試みがなされてきた。

学説において「相当性」という要件を要求する見解は、２つに大別することができる。すなわち、ここでいう相当性を「社会的相当性」と捉え、37条の文言とは別個に要求する見解と、37条１項本文の「やむを得ず」に読み込む見解である。

前者の見解は、「緊急避難が成立するためには、単にその形式的要件を具備するだけでは足りず、避難行為を全体的に考察して、実質的に社会的相当性を有するものであることを要する」[71]と主張する。しかしこの見解は、条文から独立した外在的な考慮によって犯罪阻却事由の成立を狭める点で、被告人に不利な解釈といえ、罪刑法定主義違反と言わざるを得ないであろう。

(66)　前掲東京地判平成８年６月26日（注59）。

(67)　大阪高判平成７年12月22日判タ926号256頁。緊急避難と過失犯の関係については、井上宜裕「判批」刑事法ジャーナル19号（2009年）79頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第２巻』（青林書院、2016年）711-714頁〔安田拓人〕を参照。

(68)　大阪地判平成24年10月９日（LEX/DB 文献番号25502106）。

(69)　前掲東京高判平成24年12月18日は、危殆化されていた法益の重大性・危難の切迫度の大きさ、避難行為が自己注射であること、被告人が捜査対象者に接触した経緯・動機・本件強要行為の予測不可能性といった諸事情を考慮して、避難行為が「条理上肯定できないものとはいえない」とした。

(70)　遠藤聡太「緊急避難論の再検討（２）」法学協会雑誌131巻２号（2014年）450頁以下（470、471頁）。深町・前掲注（12）151、152頁は、判例は、一部の裁判例を除き、相当性判断の枠内で「著しい不均衡事例」に過剰避難を含めた緊急避難の成立を否定しており、この点に機能的意義があると分析する。

(71)　大谷・前掲注（20）300頁。

他方、後者の見解は、条文解釈として展開されているため、罪刑法定主義上の疑義は生じない。この見解は、学説において多く主張されているところではあるが、各見解が意図している相当性の内容にはかなりの相違がある。わが国において初めて相当性要件を要求したとされる[72]佐伯千仞によれば、「その際の事情に照らして、そのような避難行為をなすことが無理もないと認められること」と定義される[73]。この他にも、人間の尊厳性という観点から、「危難を回避するのに適切な手段でなければならない[74]」こととするもの、「犠牲にされる法益に対する加害の態様が、社会観念上妥当性を認められる[75]」こととするものなどと主張されている。

近年では、さまざまな考慮要素を具体化することによって、「相当性」の内容を実質化しようとする試みが見られる。例えば、「強制採血事例や臓器摘出事例における被害者の身体を侵害する行為は、身体を利用する目的で為されるため、身体という人格的法益を物化することによって人間の尊厳に反するが故に、また強要緊急避難は、背後者の犯罪目的を実現する点が緊急避難の正当化原理としての連帯原理と相容れないが故に、いずれも緊急避難の成立が否定される」として、このような考慮はやはり刑法37条の「やむを得ずにした」に読み込むべきであると主張される[76]。

このように、「やむを得ずにした」という文言に、補充性とは別の要件として相当性要件を読み込む見解は、緊急避難が問題となる場合の結論の妥当性を一般的に担保しようとするものである。しかし、相当性を独立の要件とする考えには批判も根強く存在する。その主たる批

---

(72)　このように指摘するものとして、米田・前掲注（33）102頁以下、木村光江「過剰避難における補充性と『相当性』」研修640号（2001年）13頁。

(73)　佐伯（千）・前掲注（19）205頁。

(74)　高橋・前掲注（27）320頁。

(75)　藤木・前掲注（３）180頁以下。

(76)　橋田久「避難行為の相当性」産大法学37巻４号（2004年）28頁以下。なお論者は、雨傘事例については「害の均衡、避難行為の補充性等の要件が満たされている限り、雨傘事例については正当化を認むべきである。」とする（58頁）。

判は、相当性の内容が極めて不明確であり、結局のところ結論の先取りにしかならないのではないかという点である[77]。すなわち、「緊急避難を否定したい場合に『相当性』が欠けるとして、単に結論を言い換えたに過ぎないことになりかねない[78]」との指摘がある。また、相当性によって現に結論の妥当性が確保されるかについても疑問が呈されている。すなわち、「ある人の生命を救うために第三者をその意思に反して殺傷することは、すべからく『不相当』とされ、緊急避難による正当化をことごとく否定されることになってしまうであろう[79]」との指摘がなされている。

相当性の内容を実質化しようと試みる見解に対しても、批判がなされている。例えば、「他者の人格的法益の手段化・物化の禁止」による緊急避難の否定に対しては、「例えば飛んできた石を避けるために『人の陰に隠れた』と記述するか、『人を盾にして身を守った』と記述するかで結論が変わる（前者であれば手段化が否定され、後者であれば手段化が肯定される）とすれば、それはまさに結論の先取りであろう[80]」との批判が向けられている。

3）均衡性

判例は、この要件の内容理解について明示的な言及を避けているように思われる。例えば、頭部にけん銃を突きつけられ、強要された覚せい剤の自己使用につき緊急避難の成立を認めた東京高判平成24年12月18日判時2212号123頁は、被告人の生命および身体に対する危険の切迫、避難行為の補充性・相当性を肯定した上で、害の均衡については、「本件において、被告人の覚せい剤使用行為により生じた害が、避けようとした被告人の生

(77)　関・前掲注（64）454、455頁、深町・前掲注（12）155、156、179頁。
(78)　山口・前掲注（6）112、113頁。
(79)　井田・前掲（15）『講義刑法学』332頁。
(80)　深町・前掲注（12）155頁。

命及び身体に対する害の程度を超えないことも明らかである」と述べたにとどまる[81]。

学説においては、この要件の検討に際して、具体的にどのような事情が衡量対象となるのかは、違法阻却の一般原理をどのように理解するかによって異なっている。

法益衡量説からは、侵害法益と保全法益を比較し、後者が優越していることが求められる[82]。これに対して、優越的利益説は、「法文が事前の『法益衡量』ではなく事後的な『害の均衡』として規定していることに照ら」し、具体的事情を考慮した上での包括的な利益の衡量が必要である旨を主張する[83]。

このような具体的・包括的な利益衡量を志向したのは、内藤謙である[84]。内藤は、違法阻却の一般原理として、法益の抽象的な衡量では不十分であり、「法益が衝突する場合に違法阻却を認めるためには、衝突する法益の具体的状況における要保護性（保護の必要性）を明らかにし、保全法益が侵害法益よりも優越的な要保護性をもつかを判断するという観点のもとで、法益侵害の許容性にとって有利な客観的（外部的）事情と不利な客観的事情とがすべて実質的・具体的に衡量されなければならない[85]」と主張する。そこで、違法阻却のためには、「①一般的な価値順位における法益の価値の衡量を基本としてそれから出発し、②保全した法益に対する危険の程度、③保全した法益と侵害した法益の量と範囲、④法益保全の

(81)　前掲注（53）。

(82)　浅田・前掲注（23）259、260頁。ただし、具体的事案に応じた実質的な考慮をどの程度許容するかは、論者により異なる。

(83)　曽根・前掲注（47）234頁。深町・前掲注（12）179頁は、害の均衡要件を「緊急避難と過剰避難とを区別する要件」と位置づけ、「保全利益および侵害利益の具体的な価値やその侵害の範囲の他、侵害利益の要保護性に関する様々な考慮が問題となり得る」としつつも、「侵害利益の主体の主観的価値を、侵害利益の価値をかさ上げする方向で考慮することは否定されるべきである」とする。

(84)　このように指摘するものとして、生田・前掲注（35）281頁。

(85)　内藤・前掲注（４）313、314頁。

ために法益侵害手段をとることの必要性の程度、⑤右の手段としての行為の方法・態様がもつ法益侵害の危険性の程度など、衝突する法益の要保護性に関するすべての客観的事情を考慮に入れ」[86]た上で、保全法益の要保護性が優越しているといえることが求められ、このような判断方法は緊急避難についても妥当するという[87]。

内藤は、前述の相当性要件を要求する立場に一定の理解を示しつつも、その内容を分析することなく「相当性」の必要性を強調すれば、緊急避難による不処罰の範囲が不当に狭められるおそれがあり、また、「正当な目的のための相当な手段という形式で、社会倫理的評価や社会通念と直接かつ単純に（直感的に）結びつきがちであり、『相当性』の要件を強調することによって、優越的利益説が違法阻却判断の過程の分析・検証を可能にしようとする側面が失われるおそれがあると思われる」[88]として、相当性要件で検討される問題を具体的な利益衡量の問題に還元すべきであることを主張するのである[89]。

内藤と同じように、利益衡量の問題として解消しようとする見解は、相当性要件を要求する見解が一般的に解決しようとする問題を、「個人の自律性」や「自己決定」といった要素を衡量要素に加えることで、妥当な結論に導こうとしている[90]。すなわち、例えば強制採血の事例では、利益衡量において「個人の自己決定と尊厳という観点から様々な諸利益が

---

(86)　内藤・前掲注（4）314頁。

(87)　内藤・前掲注（4）420頁。

(88)　内藤・前掲注（4）422頁。

(89)　もっとも、どのような利益衡量がなされるかは、「歴史的・社会的制約をうけるという意味で流動的・相対的である」とされる（内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）182-187頁）。

(90)　小田直樹「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌34巻3号（1995年）346頁は、防御的緊急避難においては利益同価値の場合を許容するのに対し、攻撃的緊急避難の場合には、存在的価値において利益が同等であっても、「不干渉ルールの妥当価値の被害」も考慮すれば、実質的には同等でないとする。山中・前掲注（37）567頁以下も参照。また、自由の普遍的保障という観点から害の均衡・利益衡量の問題を検討するものとして、飯島暢「緊急避難のカント主義的な基礎づけの可

評価されねばならない」として、これにより正しい解決が導かれるのであるから、相当性を別の要件として観念する必要はないと主張する[91]。

しかしながら、利益衡量の問題として解消することを試みる見解には批判がなされている。その批判の中心は、なにゆえ「自律性」といった要素を衡量の秤に乗せることができるのかという点にある。すなわち、「自律性」を法益侵害と別個の要素として考慮することに疑問が呈されているのである[92]。この批判によれば、「『自律性』の侵害は被侵害者に生じた法益侵害の構成部分であって、それに付加される別個のものではない」のであって、「仮に、『自律性』の侵害を法益侵害とは別個のものと捉えたとしても、保全法益の主体の『自律性』もまさに『現在の危難』により脅威にさらされているのである」という[93]。また、緊急避難の要件に相当性を要求する見解と同様に、この見解もまたその判断内容がブラックボックスとなるのではないかとの疑問がある[94]。さまざまな要素が考慮対象となる包括的な利益衡量では、考慮要素の取捨選択からして恣意的なものとなる可能性を否定できず、結局のところ、明確な基準を提示することは困難であると思われる。

3．小括・検討

緊急避難をめぐるわが国の議論状況をまとめると、以下の通りである。

まず、法的性質論については、古くから議論が積み重ねられてきたが、

能性」法政研究85巻３・４合併号（2019年）401頁以下。人格の手段化や自律性侵害が妥当する場合を事例ごとに個別に検討したものとして、永井紹裕「緊急避難の制約根拠について（１～３・完）」早稲田大学大学院法研論集149巻（2014年）253頁以下、152巻（2014年）253頁以下、160巻（2016年）265頁以下。

(91)　小名木明宏「緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察」法学研究（慶應義塾大学）67巻６号（1994年）25頁以下（34、35頁）。

(92)　島田聡一郎「適法行為を利用した違法行為」立教法学55巻（2000年）21頁以下（27頁）。

(93)　山口・前掲注（６）103頁、生田・前掲注（35）288頁。

(94)　松生・前掲注（36）61頁、深町・前掲注（12）161頁。

現在では、刑法37条１項本文の文言との整合性から一元的に違法阻却事由と捉える見解が通説的地位を獲得するに至っている。条文上「害の均衡」が要求されている点、および、第三者のための緊急避難につき人的範囲に制限がない点に鑑みれば、緊急避難を違法論の問題として処理しようとする方向性は首肯し得るように思われる。

とはいえ、一元的に違法阻却事由と捉える見解に対しては、危難を転嫁される第三者の保護に欠けるという批判がなされてきた。多くの場合、緊急避難による対抗を認めることで対処されることとなるが、正当防衛に比してして要件が厳格な緊急避難を用いて結論の妥当性が図れるかはなお疑問視されている。

このような問題状況は、緊急避難を法的効果の点で正当防衛と同一に捉える点にあると考えられる。すなわち、避難行為が完全に適法な行為であると認められるのであれば、当該行為は法的保護に値する行為なのであるから、これに対抗する行為は違法と考えなければならないはずである。したがって、避難行為の結果が降りかかる第三者は、転嫁された危難を甘受しなければならないとするのが論理的な帰結である。それにもかかわらず違法阻却一元説は、一部の学説を除き、第三者も緊急避難による対抗が可能であると主張することにより、避難行為の適法性と危難甘受義務が対応していない点に最大の問題があると思われる。

また、従来はさほど問題視されてこなかったが、要件論との関係性でも問題がないとはいえない。すなわち、優越的利益説を前提とする違法阻却一元説である場合、優越的価値を有する保全利益が保護されているのに、なにゆえ避難行為が危難回避のための唯一の行為であり、かつ、最も侵害の程度が低い行為でなければならないのかという点が不明であるといえよう。

その他の見解については、それぞれ批判がなされているところである。その中でも、結論の妥当性を追求するあまり、（立法論としての妥当性は措くとしても）刑法37条１項本文の要件を縮小するかたちで解釈する見解は、罪刑法定主義に違反した解釈であるというべきであろう。法的性質

論は、緊急避難を犯罪論体系上どこに位置付けるかという問題に過ぎない。確かに、法的性質をどのように解するかにより、共犯者の可罰性を含む法的効果や要件解釈に影響が生じることは否定できないが、条文の文言から離れるかたちで避難行為者自身の可罰性評価を左右するものであってはならない[(95)]。

要件論については、近年、徐々に関心が高まりつつある。とりわけ、DV の被害者保護を念頭に「危難の現在性」について再検討を加えるなどといった見解は、注目に値する。ただし、このような理解が緊急避難の基本的性格と合致するかどうかは、なお検討すべき点であろう。

避難行為の補充性・相当性および害の均衡要件の枠内では、それぞれ、緊急避難の成立を肯定することに抵抗を感じる一定の事例群について、緊急避難の成立範囲を適切に画そうとする試みもなされてきた。しかしこれらの見解についても、なにゆえそのような要件設定・考慮が可能であるのかとの点、そのような理解が緊急避難の不処罰根拠論・法的性質論とどのように関連しているかとの点には、なお論証すべきところを残している。いずれにせよ、緊急避難を実効性のある概念として明確化するためには、議論が不十分であるといえよう。

以上のようなわが国における緊急避難をめぐる議論状況に鑑みれば、何よりもまず、緊急避難の基本的性格を明らかにしようとする試みは、依然として実益を有するものと思われる。緊急避難がいかなる法形象であるかとの点を確定させれば、それと整合するかたちで、各要件との関係性を論じることができるようになろう。

したがって以下では、フランスにおける緊急避難論の検討を通じて、緊急避難が本質的にどのようなものとして理解されているかを明らかにした上で、それと要件との関係性について考察する。

---

(95)　団藤重光編『注釈刑法（２）のⅠ　総則（２）』（有斐閣、1968年）261頁〔藤木英雄〕。

Ⅱ．緊急避難をめぐるフランスの議論状況

本章では、緊急避難をめぐるフランスの議論状況を整理・検討する[96]。まず、現在のフランスにおける緊急避難をめぐる議論状況を、緊急避難の法的性質論・不処罰根拠論と要件論に分けて概観し、通説的な見解がどのような考え方に立脚しているのかを明らかにする（1.）。その後、旧刑法典下での議論を歴史的に追いつつ、現在の通説的見解がどのような展開を辿って形成されてきたのかを整理する（2.）。

フランスでは、1994年に現行刑法典が施行されるまでの、旧刑法典である1810年刑法典においては、緊急避難に関する規定が存在しなかった。緊急避難を論じる際に引合いに出される関連規定としては、総則規定に心神喪失・強制に関する規定（64条[97]）や、各則規定に人の生命・身体に対する罪として法律の命令や正当防衛に関する規定（327-329条[98]）が置かれていたにとどまる。旧刑法典下でのフランスでは、明文規定は存在しないものの、緊急避難（l'état de nécessité）の法形象が学説および判例で承認され、形成

---

(96)　フランス緊急避難論に関する先行研究としては、森下・前掲注（13）74頁以下、島岡まな「フランスにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法７巻１号（2005年）42頁以下、井上・前掲注（14）16頁以下、189頁以下、井上・前掲注（37）がある。

(97)　64条

「被告人が行為の時に、心神喪失の状態にあったとき、又は、被告人が拒抗不能の力によって強制されていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。」

(98)　327条

「殺人、傷害、暴行が法律によって命令され、又は正当な官憲によって命じられていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。」

328条

「殺人、傷害、暴行が、自己又は他人の正当防衛の現在の必要性に命じられていたときは、重罪及び軽罪は存在しない。」

329条

「次の二つの状況は、防衛の現在の必要性の状況に含まれる。

されていったとの経緯がある。そして、1994年の現行刑法典において緊急避難の規定が設けられたが、その規定は、それまでの学説および判例での議論の蓄積を受けて明文化されたものだとされる[99]。

1．現在の議論状況

フランスでは、1994年の刑法改正により、122-7条に緊急避難の規定が設けられた。その条文は、以下の通りである。

【122-7条】

自己、他人又は財産を脅かす現在又は急迫の危険に直面して、その人又は財産の保護に必要な行為を行なう者は、刑事責任を負わない。ただし、用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡がある場合はこの限りでない。

以下では、本条の解釈をめぐる議論状況を不処罰根拠と要件論に分けて整理する。

1）緊急避難の法的性質と不処罰根拠

a．法的性質

緊急避難の法的性質は、一般に、正当化事由（faits justificatifs）[100]のひとつであると解されている。すなわち、正当化事由は、「刑法上の犯罪事実に対する社会的反応を緩和し、一般的な処罰規定の適用に対する特別な

1°　人の居住する家屋、アパルトマン又はその付属物の囲い、壁又は入口の乗り越え又は破壊を防止するにあたり、殺人、傷害、暴行が行われたとき。

2°　暴力行為を伴ってなされる盗罪又は略奪の行為者に対して防衛するにあたり、所為がなされたとき。」

（99）　Jean-Yves MARÉCHAL, Cours de droit pénal ; Tout le programme en 80 fiches et en schémas, 3e éd., Enrick B. Édition, Paris, 2020, p. 198

（100）Emmanuel DREYER, Droit pénal général, 5e éd., LexisNexis, Paris, 2019, p. 935, n° 1210は、純粋な法的構造が問題となっており、「事実（faits）」は法定の要件に解消されるのであるからこの表現は適切でないとして、「正当化原因（causes de justification/causes justificatives）」と称する方が良いとしている。

適用除外を認めさせる客観的状況」[101]などと定義され、客観的無答責事由（cause objective d'irresponsabilité）とも言われる。緊急避難の他には、法律の命令及び正当な官憲の指令（122-4条[102]）、正当防衛（122-5、122-6条[103]）がこれに属する。正当化事由は、犯罪行為の擬律を妨げる結果として行為者を不処罰とし、さらには、共犯の従属性の帰結として、正当化事由に当たる行為の関与者も共犯とならない。また、正当化事由は客観的状況として捉えられるため、原則として行為者の主観面は考慮されないこととなる。

b．不処罰根拠

フランス刑法の議論においては一般的に、全ての正当化事由に共通の不処罰根拠が与えられている。現在フランスにおいて通説的見解とされているのは、いわゆる社会的有益性説（théorie de l'utilité sociale）と呼ばれるものである。同説によれば、正当化事由が客観的状況に関するものであることを前提として、正当化事由による正当化は、行為が

（101）Roger MERLE = André VITU, Traité de droit criminel, Tome 1er, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7e éd, Édition Cujas, Paris, 1997, p. 556, n° 431

（102）122-4条

「法律又は規則が命じ、又は許可する行為を行なう者は、刑事責任を負わない。

正当な権限を有する官憲から指示された行為を行なう者は、刑事責任を負わない。ただし、その行為が明らかに違法である場合には、この限りでない。」

（103）122-5条

「自己又は他人に対する不正な侵害に直面して、同一の機会に、自己又は他人の正当防衛の必要性に発した行為を行なう者は、刑事責任を負わない。ただし、用いられた防衛手段と侵害の重大性との間に不均衡がある場合には、この限りでない。

財産に対する重罪又は軽罪の実行を阻止するために、故意の殺害を除く防衛行為を行なう者は、刑事責任を負わない。このとき、その行為は、追求された目的のため厳格に必要であり、用いられた手段が犯罪の重大性と均衡していなければならない。」

122-6条

「次の行為を行なう者は、正当防衛の状態において行動したものと推定される。

社会的に有益（socialement utile）であることから、当該行為につき処罰の存在理由が失われる、と説明される[104]。あるいは、より具体的に、「犯罪事実の実行により、犯罪類型によって回避されようとするものよりも、より大きな財またはより小さな害がもたらされる場合」との説明がなされることもある[105]。緊急避難については、「緊急犯罪は反社会的性格によって生じたのではないため、行為者の犯罪的な邪悪さ（perversité）を明らかにするものではない」ことを理由として、避難行為に刑罰を科しても改善や威嚇の効果を有していないということを論拠に付加する見解もある[106]。

保全利益と侵害利益が同価値である場合にも緊急避難が成立するかについては、争いがある。これは、「用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡のある場合」に緊急避難の成立を否定することを規定する122-7条の要件解釈の問題でもあるが、利益が同価値の場合の不処罰は「社会的有益性」から直接基礎付けることはできず、別の考慮が働くため、ここで述べることとする。

（ｉ）利益同価値の場合に緊急避難の成立を肯定する見解

多数説は、保全利益と侵害利益が同価値である場合につき、緊急避難の成立を肯定する[107]。

例えば、MERLE=VITU は、法益同価値の場合に、行為が「社会的に

1°　夜間において、施錠破壊、暴力又は策略による人の現在する住居への侵入を阻む行為

2°　暴力を伴って行われる窃取又は略奪の行為者に対して自衛する行為」

（104）MERLE=VITU, *op. cit.* (note 101), p. 559, n° 434

（105）Xavier PIN, Droit pénal général, 10e éd., Édition Dalloz, Paris, 2018, p. 254, n° 253

（106）Bernard BOULOC, Droit pénal général, 26e éd., Édition Dalloz, Paris, 2019, p. 379, n° 437

（107）Jean PRADEL, Droit pénal général, 22e éd., Édition Cujas, Paris, 2019, p. 346, n° 387 ; Patrick KOLB=Laurence LETURMY, Droit pénal général, 15e éd., Lextenso édition, Paris, 2020, p. 106

無関心（socialement indifférent）[108]」であるとして緊急避難の成立を肯定する[109]。また、RASSAT によれば、「保護された財が犠牲にされた財よりも高い（または少なくとも同等の）価値を有している場合にのみ、緊急避難が効果を持ち得るとされなければならないのだから、社会秩序は当事者の行動によって動揺させられたわけではなく、反対に、その者によって保護されたのである[110]」と説明される。

加えて、この見解は、利益同価値の場合に緊急避難の成立を否定する見解に対して、緊急避難の不処罰を心理的強制に基づかせているとの指摘をしている[111]。

（ii）利益同価値の場合に緊急避難の成立を否定する見解

122-7条の文言が利益同価値の場合での緊急避難の成立可能性を排除していないように見えるにもかかわらず、緊急避難の成立を否定する見解も有力である[112]。例えば MASCALA は、二つの害の内から小さい方を選択した行為者については、その行為が社会的に有益であるとして処罰を否

（108）「indifférent」の訳語としては、例えば井上・前掲注（14）は「無害」、佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想　増補版』（有斐閣、1985年）（収録：中川祐夫監修・浅田和茂ほか編『責任の理論　佐伯千仞著作選集　第三巻』（信山社、2015年））117頁は「無関係」との訳語を当てている。後述するように、これは当該避難行為が「社会にとって取るに足らない」ことを意味していることに鑑み、本稿ではさしあたり「無関心」との語を当てることとする。

（109）MERLE=VITU, *op. cit.*（note 101）, p. 591, n° 468

（110）Michèle-Laure RASSAT, Droit pénal général, 4e éd., Ellipses Édition Marketing, Paris, 2017, p. 404, n° 383

（111）BOULOC, *op. cit.*（note 106）, p. 382, n° 440

（112）Phèdre KALAMATIANOU, L'état de nécessité sous l'angle du droit pénal comparé（grec, français）et de la justice pénale internationale, thèse Paris II, 2008は、ギリシア刑法と比較して論じる。論者によれば、ギリシア刑法はドイツと同様、正当化事由としての緊急避難（25条）と行為者の帰責性を消滅させる免責事由としての緊急避難（32条）を規定しており（p. 16）、25条は引き起こされた害が脅かされた害を著しく下回ることを要求しているとされる（p. 52）。フランス刑法122-7条

定できるとしても、同価値の場合にも処罰を否定すべきとする「『社会的に無関心な』行為の概念は、非常に疑わしいもののように思われる。熟慮の上で人に死をもたらすことが、他者の生命が保全されたことを理由として『無関心』と言えるのだろうか。」[113]と述べ、利益同価値の場合の緊急避難の成否には否定的である。

2）122-7条の要件をめぐる議論状況

122-7条は条文上、（a.）自己、他人又は財産を脅かす現在または急迫の危険」、（b.）「その人又は財産の保護に必要な行為」、（c.）「用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡」のないこと、を要件として挙げている。判例によれば、これらに加えて、（d.）先行過失の不存在（l'absence de faute antérieure）も要求されている。

学説は通常、緊急避難のこれらの要件を、危険に関わるものと行為に関わるものに区分して検討している。上記（a.）の要件が危険に関わる要件、上記（b.）および上記（c.）要件が行為に関わる要件としてまとめられる。

a.「自己、他人又は財産を脅かす現在又は急迫の危険」

条文上、危険は「自己、他人又は財産」を脅かしているものであることを要する。なお、「財産（bien）」が規定されているのは、旧刑法典下の議論において、同じく正当化事由である正当防衛につき、財産に対する防衛が可能であるかという議論が存在していたことに起因する[114]。すなわち、旧刑法典下において正当防衛は人の生命・身体に対する罪の枠内で規定されるにとどまり、財産の保護のためになされる行為に正当防衛が

の解釈としては、「社会的に無関心な」行為からは社会はいかなる利益を導出することもできないため、同価値の場合には心理的強制の問題となるにすぎないとする。他方で、ギリシア刑法25条の要件は厳格であり、単に引き起こされた損害が下回ることで十分であるとする（p. 241-243）。

（113）Corinne MASCALA, Juris-Classeur Pénal, Art. 122-7, 2013, n° 49

（114）MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 28

適用できるかという議論があった[115]。現行刑法典により正当防衛について明文化されたことに伴い、緊急避難についても「財産」が明示されることとなった。

少数説ではあるが、保全利益の主体による区別を設けるべきであるとの見解も主張されている。RASSAT は、緊急避難が、完全に正常な意識のもとで良識的な選択をした者を保護することに向けられた制度であるとの理解から、他人や社会の利益を保護する場合と、避難行為者自身の利益を保護する場合を区別するべきであるとする。したがって、「緊急避難による正当化の場合を、行為者が、自己とは無関係な状況に介入する場合に限るのが論理的であるように思われる」述べる。これ以外の場合には、強制の問題として処理すべきであるとするが、その際、判例のような強制の成否に関する極めて厳格な態度は放棄されるべきであると主張する[116]。

（ｉ）危険の現在性

まず、条文から明らかなように、危険が現在（actuel）もしくは急迫（imminent）していることが要求される[117]。すなわち、危険が単に起こり得る（éventuel）と言えるに過ぎない場合は排除され[118]、危険の現実化が確実（certain）であると言えなければならない[119]。そのため、危険が過去のものであればもちろん、将来のものであっても確実性がなければ、本要件は欠けることとなる。また、危険は一時的（ponctuel / momentané）なものであることが要求され、継続的な（durable）危険では不十分であるとされる[120]。

（115）PRADEL, *op. cit.*（note 107）, pp. 336-338, n° 369, 370

（116）RASSAT, *op. cit.*（note 110）, pp. 408,409, n° 388

（117）MERLE=VITU, *op. cit.*（note 101）, p. 592, n° 469 ; MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 29 ; PRADEL, *op. cit.*（note 107）, p. 333, n° 384 ; BOULOC, *op. cit.*（note 106）, p. 379, n° 438 ; RASSAT, *op. cit.*（note 110）, p. 406, n° 385 ; Yves MAYAUD, Droit pénal général, 6e éd., Presses Universitaires de France / Humensis, Paris, 2018, p. 527, n° 427

（118）MAYAUD, *op. cit.*（note 117）, p. 527, n° 427 ; PIN, *op. cit.*（note 105）, p. 250, n° 244

（119）BOULOC, *op. cit.*（note 106）, p. 379, n° 438

（120）MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 30,31 ; PIN, *op. cit.*（note 105）, p. 251, n° 245

（ii）危険の現実性

危険の現在性に加えて、危険は現実（réel）のものでなければならない[121]。危険が行為者の想像の中にしか存在しない場合、誤想された正当化事由（faits justificatifs putatifs）として、錯誤による処理が問題となる[122]。

（iii）危険の不正性

フランスでは一般に、122-7条における危険が不正（injuste）でなければならないとされている。ただし、ここでいう不正の意味はわが国の刑法36条にいう「不正」などとは異なり、危険が違法であることを意味しているわけではないことに注意を要する。ここで要求される「不正性」は、「法律または規則によって、命じられまたは許容された状況から逃れるために、犯罪事実を犯したと主張することはできない[123]」という帰結を示すためのものである。例えば兵士や消防士、または現行犯逮捕される者といったような、法律上危険を引き受けることを要求されている者が引合いに出される。また、法律によって許容されている人工妊娠中絶の妨害についても、本要件を欠くとして、緊急避難の成立が否定される。

学説上は、ここに「行為者の先行過失により危険が創出された場合」を含めて検討するものがあるが[124]、明文規定で要求されておらず、この要件を設定することには批判も強いため、別途後述することとする。

（121）MERLE=VITU, *op. cit.*（note 101）, p. 592, n° 469 ; MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 23,24 ; Mikaël BENILLOUCHE, Leçons de Droit pénal général, Ellipses Édition Marketing, Paris, 2017, p. 208 ; RASSAT, *op. cit.*（note 110）, p. 406, n° 385

（122）MERLE=VITU, *op. cit.*（note 101）, p. 563, n° 438

（123）Jean LARGUIER=Philippe CONTE=Patrick MAISTRE du CHAMBON, Droit pénal général, 23e éd., Édition Dalloz, Paris, 2018, p. 65

（124）MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 36 ; Jacques LEROY, Droit pénal général, 8e éd., Lextendo édition, Paris, 2020, p. 191, n° 322

ｂ.「その人又は財産の保護に必要な行為」

行為の必要性が認められるためには、危険を避けるために他の手段が存在しないこと、すなわち、行為が危険を避けるための唯一の手段（seul moyen）であることが求められる[125]。脅かされた利益を他の方法では保全することができないという意味において補充の原則（principe de subsidiarité）とも称される[126]。正当防衛と異なり、緊急避難においては逃避することが可能であればそれを選択しなければならない[127]。

ｃ.「用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡のないこと」

条文上、「『用いられた手段と脅威の重大性との間に不均衡』のないこと」が要求されている。この文言の解釈としては、旧刑法の下での議論が影響し、現行刑法典の成立後も、主として対立した利益の価値が問題となっているとの理解が多数を占める。それゆえ、衡量対象となるのは、引き起こされた害と避けられた害[128]、またはその裏返しとして、侵害された財と保全された財[129]もしくは侵害された利益と保全された利益[130]とされるのが一般的である。例えば、MASCALA は、緊急避難にいう手段は「しばしば、緊急の影響下で犯したと主張される犯罪事実によって引き起こされた損害に応じて評価されることになろう[131]」とし、「より一般的に言えば、侵害された利益の価値と保全された利益の価値を比較すべきという

（125）LEROY, *op. cit.*（note 124）, p. 192, n° 323 ; PIN, *op. cit.*（note 105）, p. 251, n° 245 ; LARGUIER=CONTE=MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*（note 123）, p. 66

（126）PRADEL, *op. cit.*（note 107）, p. 334, n° 386

（127）RASSAT, *op. cit.*（note 110）, p. 406, n° 385

（128）Bernard BOULOC, Haritini MATSOPOULOU, Droit pénal général et procédure pénale, 22e éd., Édition Dalloz, Paris, 2020, p. 186, n° 233

（129）PRADEL, *op. cit.*（note 107）, p. 335, n° 387 ; LARGUIER=CONTE=MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*（note 123）, p. 66

（130）Philippe BONFILS=Muriel GIACOPELLI, Droit pénal général, Édition Cujas, Paris, 2017, p. 224, n° 350 ; KOLB=LETURMY, *op. cit.*（note 107）, pp. 106 et s.

（131）MASCALA, *op. cit.*（note 113）, n° 45

ことになる」としている。

これに対しては、近年では、より条文の文言に即して本要件を理解しようとする試みが見られる[132]。

例えばPINは、「条文は、用いられた手段と脅威の重大性との間の均衡関係をまさに求めているのであって、対立する利益間の均衡関係を求めているのではない。このことは、利益が同価値である場合には、これを序列化するのは裁判官の役割ではないことから、明らかである」と主張する[133]。また、DREYERは、問題となる財の価値が考慮されるとしても、「実際には、完全に二次的な、さらには無意味な役割しか果たさない」とし、「問題は、侵害の結果の問題というよりも、用いられた手段の問題である。この手段のみが、問題となっていた危難に釣り合っているかどうかを確かめる客観的評価を可能とする。」として、価値の衡量によって本

（132）これらの見解は、次の判例に言及している。

Toulouse控訴院刑事部2001年2月15日判決は、フランスに不法入国し、ジュネーブ条約31条に基づく免責を受けることのできず強制送還措置に付されることとなったチュニジア人被告人が、自国に帰国すると現地の治安部隊から敵対的反応を受ける可能性があったということを理由として、暴力を用いずに強制送還のための飛行機への搭乗を拒否した事例が問題となったものである。本判決は、被告人のフランスへの不法入国と強制送還措置の拒絶につき、自らを脅かす急迫の危険を避けるため、自らの保護に必要な行為を実行したとして、122-7条を適用して無罪を言い渡した（CA Toulouse, 15 févr. 2001, JCP 2001, 2948 ; D. 2003, Somm. pp. 175, 176, obs. Marie-Hélène GOZZI ; R.S.C. 2002, pp. 116-118, obs. Delmas SAINT-HILAIRE）。

また、Papeete控訴院刑事部2002年6月27日判決は、対麻痺患者である被告人が、通常の鎮痛薬では腎臓を痛めてしまうという事情から、専ら自己使用の目的で大麻を所持していたという事例が問題となったものである。本判決は、「被告人は、自身の絶え間ない苦痛という現在の危険によってまさに脅かされており、大麻の株および新芽の所持は、自身の健康、すなわち、自身の人格の保護に必要なハーブティーとしての使用に向けられ、また、本件において用いられた手段は脅威の重大性に対して不均衡とは言えない」として、122-7条を適用して被告人に無罪を言い渡した（CA Papeete, 27 juin 2002, D. 2003, IV, pp. 584-586 (note GOURDON)）。

（133）PIN, *op. cit.* (note 105), p. 252, n° 245

要件を基礎付けることに疑問を呈している[134]。

以上の論者から、より条文の文言に即したかたちで均衡要件を解釈すべきとの主張がなされているのであるが、そこで参照されている判決については、均衡性、危険判断、行為の必要性の点について理由付けが明らかに不十分であるとの批判もなされている[135]。

ｄ．先行過失の不存在

判例は、緊急避難が独自の超法規的正当化事由として是認されていた旧刑法の時代から、緊急避難の成立に行為者の先行過失の不存在を要求していた[136]。この先行過失の不存在は、現行刑法典の規定に引き継がれなかったにもかかわらず、判例では依然として要件とされている。学説上は、この要件が現行刑法典の規定に盛り込まれなかったことから、概ねその必要性には批判的であるが、この要件を要求する見解も一定数存在する。

必要説[137]によれば、「行為者が自らをその状況に置いたのであれば、現在または急迫の危険の存在を実際に主張することはできない[138]」ため、または、「緊急犯罪の不処罰の根拠からは、行為者が過失なく犯罪を犯さなければいけない状況に置かれていたことが要求されている[139]」ために、先行過失の不存在は書かれざる要件として要求されるべきだという。

（134）DREYER, *op. cit.*（note 100）, p. 984, n° 1264

（135）Note Pascal GOURDON, CA Papeete, 27 juin 2002, D. 2003, IV, p. 584-586 ; また、KOLB=LETURMY, *op. cit.*（note 107）, p. 107は、通常の鎮痛薬に対して不耐性を示すという事情から大麻を使用した被告人について、他の苦痛緩和手段があったことを理由として被告人による緊急避難の主張を排斥した破毀院刑事部2015年12月16日判決（Cass. crim., 16 déc. 2015, n°14-86.860, non publié au bulletin ; MASCALA, *op. cit.*（note 113）, mise à jour 2017, n° 43）があることも指摘している。

（136）後述の破毀院刑事部1958年６月25日判決を参照。

（137）BOULOC=MATSOPOULOU, *op. cit.*（note 128）, p. 158, n° 204 ; BONFILS=GIACOPELLI, *op. cit.*（note 130）, p. 224, n° 350

（138）BOULOC, *op. cit.*（note 106）, p. 380, n° 439

（139）id.

これに対して不要説[140]は以下のように主張する。例えばMERLE=VITUによれば、本要件を要求する判例は緊急避難と心理的強制とを混同しているという。MERLE=VITUは、緊急避難とは正当化の価値が行為者の心理から独立した客観的状況を指すとの前提にたった上で、「行為者が先行過失を犯した場合、その過失が刑法上の犯罪を構成するときには、行為者に帰責されるのは明白である。しかし、行為者の先行過失は、この犯罪が引き起こした損害が社会的有益性・無関心性に特徴付けられているということを消滅させるわけではないから、後に行われた緊急犯罪はやはり正当化される。[141]」とする。また、DREYERは、行為の時点における犯罪の必要性はやはり確実であり、避難行為は危険への対処に適した反応と言えるため、「行為者の先行的行動を考慮することは、これらの正当化原因の客観的論理に反することになり得ると思われる[142]」と指摘する。加えて、条文の解釈としても、以下のような指摘をしている。すなわち、正当防衛については、122-5条が「自己または他人に対する不正な侵害」と規定している。このことから、「不正（injustifié）」という形容詞が、他者を挑発した者の行為に正当化を認めないために追加されたと考える余地がある。これに対して、緊急避難についてはこのような条文上の限定は存在しないため、被告人の利益となるように、当該要件を認めるべきでないと主張している[143]。

3）小括

以上の通り、フランスにおける緊急避難論の現状は、次のようにまとめることができる。すなわち、フランスにおいて緊急避難は、正当化事由のひとつとして位置付けられ、行為者の主観からは独立した客観的状

（140）PRADEL, *op. cit.*（note 107）, p. 334, n° 385 ; KOLB=LETURMY, *op. cit.*（note 107）, p. 104
（141）MERLE=VITU, *op. cit.*（note 101）, p. 593, n° 469
（142）DREYER, *op. cit.*（note 100）, p. 990, n° 1268
（143）KOLB=LETURMY, *op. cit.*（note 107）, p. 105 ; DREYER, *op. cit.*（note 100）, p. 914, n° 1231

況であると捉えられている。その上で、衝突状態にある利益の比較により、緊急避難行為は、保全利益が侵害利益を上回る場合には「社会的に有益」であり、両者が同価値である場合には「社会的に無関心」であるとして、不処罰が基礎付けられている。それゆえ、刑法122-7条の要件解釈にあたっては、行為者の主観は問題とならず、専ら客観的な考察がなされるべきことが求められているのである。

では、このようなフランスの緊急避難に関する通説的な見解は、いかにして形成されてきたか。以下で確認する。

〔未完〕