

緊急避難

—正当防衛との対比—

西台満

- (一) 序論
- (二) 不正対正としての緊急避難
- (三) 反撃としての緊急避難
- (四) 結論

(一)

現行刑法典は、第三六条一項において「急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ之ヲ罰セス」と規定し、第三七条一項で「自己又ハ他人ノ生命・身体・自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ其行為ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之ヲ罰セス」とする。前者が「正当防衛」、後者が「緊急避難」と呼ばれ、刑法に犯罪として規定されている行為を行なつたとしても、これらの条文のどちらかの要件を具えていれば犯罪は成立せず、従つて刑罰を科されることはないのである。

両者の相違については、正当防衛（以後、防衛と略称する）では「不正ノ侵害」となっているのに対し、緊急避難（以後、避難と略称する）

では単に「危難」となっているところから、防衛は不正対正、避難は正対正の関係にあると区別されてきた。

しかしながら、避難行為が果して「正」と言い切れるかどうか疑問がないわけではない。避難が不可罰とされる根拠については、従来から違法阻却説と責任阻却説の対立があった。前者は「かつてドイツで有力に主張され、わが国では現在なお通説といえ^(三)るもので、避難は「行為それ自体として法秩序に合する」従つて適法な利益救済行為であるとする。これに対して責任阻却説は、「避難行為がなぜ同等または小価値の法益の犠牲において自己の適法性を主張しうるか、という疑問から出発し、小法益といえども不測の侵害から保護するのが現行法秩序の拠つてたつ思想である以上、避難行為は違法であり、ただ自己維持の本能にもとづく期待不可能性が責任阻却を導くにすぎない^(五)」と主張する。

避難を違法阻却事由と解する根拠としては、刑法三七条一項が、①自己のみならず「他人」の法益を守るためであつてもよいとしていること、及び②法益の均衡を要件としていること、が挙げられる。①に対する批判として内藤教授は、「期待可能性の理論を自己（または親族）についての自己保存本能のあらわれである場合に限つて適用されると

解するのは、狭すぎる。「他人」(たとえば友人)のためにでも、緊急避難状況においてその救助を思いとどまって他の適法行為をすること
を期待しえない場合がありうるから、①は避難を違法阻却事由と解
する決定的理由にはなり得ない、とされる。

②で述べられている法益の均衡は違法阻却説にとって有利な、逆に
言くと責任阻却説にとって不利な、法律要件である。なぜなら、責任
阻却説だと「小さな価値の法益を救うために大きな価値の法益を侵害
する場合にも、適法行為の期待不可能性によって責任阻却を認めうる
場合があるはずだからである。」とはいえ、同じく内藤教授によると、
責任阻却説がここで崩壊すると考えるのは早計である。「三七条一項
本文はその要件をみたした場合における責任阻却を規定したものであ
り、それを超えた場合は、過剰避難の成立のほかに超法規的責任阻却
の問題となりうる」と理解する可能性は残されているからである。

そして、法益均衡には、小さな価値を犠牲にして大きな価値を救う
場合のみならず、害される利益と救われる利益とが同等の場合も含ま
れる、と解されている。違法性の実質を優越的利益の原則(法益衡量
主義)で説明する立場からすると、前の場合の避難の適法性は導き出
せても、後の場合即ち法益同価値の場合の適法性を根拠づけることが
できない。違法阻却論者がここで答に窮して、「つまりは法秩序全体
の精神から合理的に判断されるほかない。」と言えば、そのような「抽
象的原理をもって答えることは…実質的な答えにはならない。」との批
判を受けることになる。違法か適法かの判断基準を、優越的利益の原
則以上に曖昧な「法秩序全体の精神」に置き換えたに過ぎないからで
ある。

そこで、「放任行為」という概念が持出されたりもする。例えば西
原教授は、「優越的利益の保護を任務とする法は、同等の法益が矛盾
する場合、そのどちらにも軍配をあげえない。それは一種の放任行為

であるが、このような法の禁止しない行為、法の許容する行為は違法
でありえず、それも一種の正当行為と解しなければならぬ」とされ
る。しかし、この論証方法は同語反復と言うべきであろう。「放任」が
正当、つまり適法と同義に用いられているからである。優越的利益の
原則からすれば、法益同価値の場合は、救われた利益は害された利益
に少なくとも優越はしていないのであるから、むしろ逆に「違法」と
結論づけるのが論理的であろう。

それ故、違法阻却論者にとつては、優越的利益の原則を捨ててしま
うことが不可避である。福田教授は、その原則は「法益侵害という結
果の無価値だけを判断の基準としている点で妥当でない」とした上で、
「違法性の判断にあたっては、結果の無価値だけでなく、行為の無価
値をもあわせて考慮しなければならない。そこで緊急避難が違法性を
阻却するものとされるのは、現在の危難に直面した者がその危難を免
れる意思で他にとるべき方法がないのでやむことをえないで他人の法
益を侵害したばあい、その法益が救おうとした法益よりも大きくないか
ぎり、この法益侵害行為は、社会倫理的秩序の枠内にあるもの(社会
的に相当な行為)といえるからである。すなわち、緊急避難が適法で
あるということの判断には、法益侵害という結果(法益の均衡)の側
面と同時に避難行為という行為態様(避難意思、補充性)の側面が考
慮されているのである。」と言われる。しかし、これは循環論法であっ
て、やはり何も答えたことにならない。というのは、違法とは社会生
活の中で歴史的に形成された社会倫理的秩序の枠外にある、換言する
と社会的相当性を逸脱していることであるが、このような概念では判
断基準として余りに不明瞭なので、社会的相当行為についても個々の
に類型化しておく必要がある。そのような類型の一つとして、緊急避
難が三七条に規定されている。そこには結果(法益均衡)のみならず、
行為態様(避難意思、補充性)の側面も含まれている。それ故、どち

らの側面についても法の要求を充たしているならば、それは社会倫理的秩序の枠内にあるのであり、社会的相当行為として適法なのである。—というような論理構成をとっているからである。もっと簡略化して言えば、社会的相当行為は適法であるが、緊急避難（法益同等の場合を含む）は社会的相当行為だから適法なのだ、となる。避難はなぜ適法なのかという問に対して、避難は社会的相当行為だからと答えると、なぜ避難は社会的相当行為なのかという疑問が更に生じ得るが、社会的相当行為は適法という前提があるため、この疑問は、なぜ避難は適法なのかという最初の問と同じになつてしまふわけである。

このような循環に陥る原因は、適法・違法という「評価」を、社会倫理の見地から相当か相当でないかという「評価」に置き換えたこと、つまり単なる表現の変更をもつて、違法性の実質と錯覚したことにある。その意味では、教授自身言われているように「違法性は、全体としての法秩序に反すること」とするのと全く変わりが無い。「社会倫理的秩序」と言っても同じである。要するに、それでは余りに漠然としていて、違法性とは実質的に何なのかという疑問に対する回答とは言い難いのである。

あるいは、行為態様という実質的なものを提示していると反論があるかも知れない。避難においては避難意思と補充性である。確かに、①大なる利益を救うために小さな利益を犠牲にした場合②双方の利益が同価値の場合③小なる利益のために大なる利益を害した場合、いずれも法益の侵害があり、違法性の実質を法益の侵害と見る結果無価値論では、すべてを違法と結論せざるを得ない。そこで教授は、行為無価値という側面を考慮に入れることによって、①②の適法性を説明しようとするわけだが、③では行為態様を考慮しても、つまり避難意思・補充性があったとしても違法である。そうすると、この場合は結果無価値だけで違法と決定されているわけで、「違法性においては、

法益侵害という結果の無価値だけでなく、行為の無価値が問題とされなければならない」という主張と矛盾する。結果と行為の両側面から社会的相当性の有無が導き出されるのだとすれば、違法性は必ずしも社会的相当性の欠如を意味しないことになる。小利益のために大利益を侵害する行為は違法だが、この場合は行為の側面が考慮されないからである。違法性と社会的不相当性が常に一致するとは限らず、社会的相当行為でも違法であり得るとなれば、「社会的相当性が違法性阻却の統一的原理である」とは言えなくなる。教授は責任阻却説に対して「三七条は、法益の均衡を要件としているが、もし期待可能性の不存在が緊急避難不可罰の根拠であるとすれば、小さい法益を救うために大きな法益を犠牲にしたばあいでも、期待可能性が存在しないこともありうるから、右の要件は不必要ということになる」と批判されているが、実は、教授の行為無価値論も結局は責任阻却説と同じなのである。もし社会的相当性があくまで違法阻却の統一原理であり、避難不可罰の根拠であるとすれば、法益の均衡を失した場合でもなお行為態様を勘案することにより、違法性が阻却されることがあり得ることになって、三七条に抵触する。

こうして違法阻却説は、避難不可罰の根拠を説明することができない。違法性の実質に関して抽象的な概念をあれこれ提示しても、それは「適法性」に別の表現を与えたにすぎず、避難を正当化できたとはいえない。優越的利益の原則によっては法益同価値の場合を説明できず、これを放棄すれば結局、小利益保護のための大利益侵害も不可罰であり得るとの結論を導き出す点で責任阻却説と同じになってしまったのであった。それ故、次の検討課題は責任阻却説でなければならぬ。

註

- (一) どちらも「正常の事態において許されず、刑法上処罰の対象となる行為が緊急の故に例外的に適法とせられ又は責任を問われない」という点において全く軌を一にする」ということで、両者合わせて緊急行為と呼ぶこともある。平場安治「緊急行為の構造」刑事法学の基本問題(上)、三九六頁。
- (二) これが防衛と避難の「基本的な違い」だとされる。平野龍一、刑法総論II、二二八頁。避難は、「危難」を避けるために、危難の原因とは無関係な、何ら不正のない第三者の法益を侵害することであり、危難を受けてそれを避けようとする者も「正」であり、この危難を避けるために法益を侵害された者も「正」である。内藤謙「正当防衛」月刊法学教室二二二号、四二二頁。
- (三) 阿部純二「緊急避難」刑法講座第二卷、一五二頁。
- (四) 小暮得雄「緊急避難の本質」ジュリスト三〇〇号、二八六頁。
- (五) 小暮、同右。
- (六) 参照、内藤「緊急避難(一)」前掲二七号、三四頁。
- (七) 内藤「緊急避難(二)」前掲二八号、六二頁。ここで教授は、オーストリア新刑法(一九七五年)や西ドイツ新刑法総則(一九七五年)の責任阻却緊急避難規定が、いずれも自己又は親族に限定していないことを指摘されている。
- (八) 内藤、前掲二八号、六三頁。同旨、福田平、新版刑法総論、一一二頁。
- (九) 内藤、同右。教授によれば、西ドイツの責任阻却緊急避難規定には法益均衡の要件がなく、オーストリアのそれは、均衡を要求しているものの、わが国の規定よりもっとゆるやかである。そして、オーストリアの規定は「少なくとも、法益均衡の要件が規定されている」、責任阻却緊急避難がありうることを示している。
- (三〇) 団藤重光、刑法綱要総論(改訂版)、二一九頁。同旨、大塚仁、刑法概説(総論)、二二二頁、日沖憲郎「緊急避難」刑法基本問題六〇講、一一七頁。
- (三一) 内藤、前掲二七号、三五頁。
- (三二) 西原春夫、刑法総論、二二七頁。

- (三) 福田、新版刑法総論、一一三頁。
- (四) 福田、同右、一二二頁註(四)。
- (五) 参照、福田、同右、一〇八頁。
- (六) 参照、福田、同右、一一一―一二頁。
- (七) 福田、同右、一〇八頁。
- (八) 福田、同右、一〇八頁。
- (九) 福田、同右、一一一頁。
- (三〇) 福田、同右、一一一頁。
- (三一) 違法阻却の原理は優越的利益であると明言される内田教授も、同価値の時は「優越的利益」の原理は通用しえない」とされる。内田文昭、刑法I(総論)、一七九頁。

(二)

瀧川博士によれば、違法の実質は「他人の法益を侵害することである」。それ故、たとえ大なる利益を救うためであっても、他人の小さな利益を侵害することは許されない。「単に価値が少いとゆうだけの理由で予期せざる損害転嫁を忍受せねばならぬ」とすれば、「個人の権利擁護は跡形もなく消失する」。小利益といえども、その侵害はあくまで違法であると、ただ他の方法をとることを期待し得ないとゆう点に責任阻却原因を認める立場が最も適切に緊急状態の本質を説明し得る^(三二)。

しかしながら博士は、「行為の侵害性がその行為から生ずる一層大きな利益によって償われる場合」を違法阻却原因の一つに数え、優越的利益の原則を承認しておられる。即ち、そのような場合には「侵害行為が却って社会に利益をもたらすから、法律規範はこれを禁止せず、むしろ積極的に斯ような行為に出ることを命ずる^(三三)」のである。だとすれば、法益同価値の場合とはかくとして、避難もまた違法阻却事由

であるとしなければ筋が通らない。他人の法益を侵害することが必ずしも違法を意味しないとすれば、法益侵害は違法性の実質ではない。避難を違法阻却事由と解する限りでは、「法益侵害説」は放棄されなければならない。

そこで「違法の実質は法益侵害である」という表現は、厳密にいえば、精確ではなく、優越的な要保護性のある法益の侵害であるというべきであろう。と修正を余儀なくされるわけだが、この優越的利益の原則ないし「法益衡量説」にしても、単に言葉を変えたにすぎないという批判を免れない。なぜなら、違法とは何かという問に対して、要保護性において優越する法益を侵害することと答えても、では何を基準に法益間の優越・非優越を決めるのが更に問題になるからである。論証すべき概念（違法性）を、別の、論証すべき概念（優越性）で説明したことになる。法益の価値の比較が困難であることは、誰しもが認めるところである。犯罪ごとに規定されている法定刑が一応の指針になるとは言え、それはあくまで一般論でしかない。たとえば、国家的法益は個人的法益より重く、身体は財産より価値が高いと抽象的には言える。しかし、「比較的軽微な国家的法益をまもるために、他人の生命を犠牲にしうるかとか、軽微な身体的傷害を避けるために、他人のきわめて高価な財産を毀損しうるかなど、具体的事態にあたっては種々の疑問を生ずる。結局、抽象的、一般的にすべてを解決する明確な規準を示すことは不可能である。優越性の規準が示せないということとは、違法性の実質が何であるのか依然不明だということに他ならない。そして、避難だけとってみても「違法性の本質を法益の見地だけから論じるのが妥当でないことは、法益の権衡のほかに、現在の危険を避けるためやむことをえない行為であることが要件とされていることから（三七条）、あきらかである。」。

こうして、違法阻却説は避難の正当化に成功できないのであるが、

では、責任阻却説は「法益侵害説」に安心して依拠できるのであろうか。答は否である。なぜなら、法益侵害を違法と解すると正当行為（三五条）や正当防衛（三六条）まで違法とせざるを得なくなるからである。それらもまた、他人の法益を侵害するから違法で、ただ責任を欠くため不可罰になると説明しなければならなくなる。ここで当然、正当行為や正当防衛で侵害されるのは、単なる利益であって、法の保護しようとする利益即ち法益ではない、との反論が出されるであろう。

しかし、このような区別を持ち出すと、「いかなる標準によつて保護を与うべき生活利益とそうでない生活利益とを選び分けるのか、すなわち、単なる生活利益が、それによつて法益に高められる基準は何であるかとかさねて問う必要が生ずる」のである。生活利益を侵害することが適法な場合もあり違法な場合もあるとなれば、利益侵害は少なくとも違法性にとつては本質的でないことがわかる。ある利益を法益にまで高め、従つてその侵害を違法とするのは、あくまで法（規範とも法秩序とも社会倫理とも呼ばれる）である。法こそが、違法性の基準であり、その実質と言わねばならない。

そこで植松教授は法益侵害説を排斥した上で、「責任阻却説によれば、緊急避難行為に対しても正当防衛をもつて対抗できることになる。前説（違法阻却説―筆者註）は避難行為を正当な行為として認めるから、それだけ避難行為者の保護に厚いが、その反面では、避難行為により害をこうむる第三者の保護に薄い結果となる。その説では、害をこうむる第三者は、さらにただ緊急避難行為をなしうるにすぎないから、厳格な法益権衡の原則を遵守して行為しなければならぬ。一步あやまって権衡を失すれば、この第三者は犯罪者として罪責を問われなければならない。この者は、本来、なんら責められるべき理由もないのに、たまたま他人の避難行為により害をこうむる立場に立ったため、このような不自由な状況に追い込まれることになる。避難行為

者は自己に振りかかった危難を他人に転嫁する者であるのに、転嫁される第三者はそれを甘受しなければならぬとするような解釈は、正義に合わない」とされる。

違法阻却説は、確かに、第三者に対して酷である。それ故、第三者に防衛を許す責任阻却説の方が妥当と言えよう。ところで、避難者の立場を考えると、彼もまた不運にも災難に遭遇した者であつて、被害を受忍する義務なき者である。それ故、避難は客観的には違法であつても、避難者の主観においては危難を回避することは何ら義務違反を表象せしめるものでない。危難は、行為者に違法性の意識を欠かしめる。「害をこうける法益の主体においてその被害を受忍する義務があるときは、その危難は、緊急避難の前提たる危難とは認められない」からである。避難しようとする者は、それによつて第三者の法益が侵害されるであろうことを認識する。しかし、「故意は犯罪構成要件たる事実の認識を要件とするものではあるが、それだけにとどまるものではなく、それと共に、その認識した事実の違法であることをも意識することが必要である」から、避難者には故意が成立しないのである。

従つて、避難が不可罰とされる根拠として、敢えて超法規的な期待可能性を持ち出す必要はないわけである。もつとも、植松教授のように「普通に期待可能性の問題として論ぜられるのは、もつぱら行為者の置かれた場の事情についてであるけれども、実は、責任の全理論の基底にそのような思想が横たわっているのだ」とり、故意即ち「罪を犯す意志のない行為が処罰の対象とならないことが原則とされるのは、その行為に出ないことを期待することができないからである」と考えれば、故意の不成立にも期待可能性が関係していることになるから、広い意味では避難を「期待可能性を欠くために責任の阻却される一つの場合であると見る」ことも可能ではあろう。

いずれにしても、避難は責任阻却事由と見るのが適當であるが、団

藤博士の次のような批判がある。責任阻却説によれば、避難は違法ということになるから正当防衛が許され、法益の権衡は要求されない。そうすると「たとえば、甲が自己の身体の危難を避けるため乙の身体に害を加えようとしたとき、乙は正当防衛として甲を殺してもよいという不都合な結論になる」。これに対して植松教授は、そのような場合、責任阻却説によつても多くは過剰防衛として罰せられるであろうから不都合はない。しかも、甲の避難で乙が瀕死の重傷をこうむりするような場合、乙は他に避難の方法がなければ、違法阻却説だと受傷に甘んじなければならぬが、この結論の方こそ不都合である。責任阻却説だと甲に反撃して自己を守ることが許され、場合によつては甲を殺しても正当防衛として無罪になる余地が出てくる」と反論される。

違法阻却の立場からの責任阻却説批判は、逆に、自己の立場の不利なことを明らかにしたと言ふべきであらう。内藤教授も、「同価値の法益が対立する場合に、違法阻却一元説が緊急避難をもつてしか対抗しえないと解することは、なんらの理由なく危難を転嫁される、緊急避難の相手方の保護に欠けるように思われる」とされる。ところで、教授は法益同価値の場合だけを例外的に責任阻却とする二分説を支持するために、ここで「同価値の法益が対立する場合に」と条件を付けられたのであるが、それは妥当でない。なぜなら、たとえ自己の利益が避難者の利益より小さくても、侵害を受忍する義務が自己になければ、彼の侵害行為に対し正当防衛をもつて対抗できるとする、換言すると優越的利益保護のための行為でも違法であり得るとするのが、責任阻却説の前提だからである。従つて、甲が自己の生命を守るために乙に重傷を負わせようとした場合でも、乙は甲に反撃できる。優越的利益保全行為にまで防衛を認めると、今度は逆に、避難の相手方の保護に厚くなりすぎるとの反論が予想される。内藤教授は、優越的利益の違法阻却の根拠について、「違法性の判断が、法政策的には、利益

衝突の解決のために処罰に値するとして刑法が介入するのが妥当であるかどうかという判断と結びついていると解する立場からみるならば：避難者の個人的法益の要保護性が相手方の法益の要保護性よりも優越するときは、刑法がその緊急避難行為を処罰に値するものとして介入するのは妥当でないから、刑法上の違法阻却を認めてよい」とされる。しかしながら、責任阻却説によっても避難者は処罰されず、刑法が介入しないという点で全く変わりがないのであるから、優越的利益の違法阻却性が、換言すると優越的利益に対する防衛を否定する根拠が、示されたとは思われない。優越的利益保全のための避難を適法と解することが、「刑法が『社会化』されていることを肯定することに^(四二)なる」ならば、同じく刑法の介入を認めない責任阻却説も肯定していることになる。従って、優越的利益に対する防衛は、利益衝突の当事者の一方だけを厚く保護するものでなく、社会的見地より承認される調整・解決の方法ということになろう。具体例で言えば、甲が車にはねられて死ぬのを免れるために、傍にいた乙を突き飛ばそうとしたが、乙がすばやく身をかわして甲を投げ飛ばし、甲に軽傷を負わせたような場合である。違法阻却説によれば、優越的利益の原則を守っている甲に危害を加えることは許されない。甲以外の別の第三者に危険を転嫁することだけが認められている。しかし、社会的見地からすれば、甲は死ぬところを軽傷で済んだのであり、偶然甲の傍にいたというだけの乙は無傷であったのだから、乙を罰すべく刑法が介入する理由はないはずである。無傷で死を免れることを期待した甲の無念を晴らすことは、社会化された刑法の任務ではない。

避難を違法阻却事由とする通説によれば、最初に述べたように、避難は正対正の関係であるが、責任阻却説では避難は違法なのであるから「正対不正の関係と解せられる」ことになる。しかしながら、通説が正対正と言う場合は、避難者と被転嫁者の関係を指しているのであ

って、危険と避難行為のそれではない^(四四)。そこで、通説と同じ観点から避難の構造を表わすならば、避難は不正対正の関係になる。不正とは、言うまでもなく避難行為の違法性を意味する。他方、危険を転嫁されようとする者は、その危険を甘受しても、あるいは逆に避難者に対し防衛のため反撃しても、適法だから正である。更に別の者に再転嫁した場合は、避難の相手方（被転嫁者）であった者が今度は避難者となつて立場を変えるから、被再転嫁者との関係ではやはり不正対正である。こうして、責任阻却説による時は、従来正当防衛との本質的な違いとされてきた特色が消滅するのである。

避難と防衛との相違については更に、避難は「危険の原因力自体に対する反撃ではなくて被害を他に転ずるものである点において、正当防衛から区別されるべき中心的特色を有する」と言われてきた。これについても検討する必要があるように思われる。

註

- (一三) 瀧川幸辰、犯罪論序説、一三三頁。
 (一四) 瀧川、同右、一五八頁。「個人の利益はその大小にかかわらず保護されねばならない」高橋敏雄、違法性の研究、一二四頁。
 (一五) 瀧川、同右、一五九頁。
 (一六) 内藤、前掲二八号、六一頁。
 (一七) 大塚、前掲、二六二頁。
 (一八) 団藤、前掲、一六九頁註(三)。
 (一九) 佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)、一七一頁。
 (二〇) それ故、所謂「規範違反説」が正しいということになるが、「法益侵害説」も単なる利益でなく「法」益の侵害を違法とする点で、全く誤りとも言えない。
 (二一) 「違法性の本質は法秩序全体の目的に反することであるが、その

法秩序全体の目的は社会倫理の維持にあり、刑法は道義の裏付によつて全きを得る」植松正、再訂刑法概説Ⅰ総論、一六二頁。

(三) 植松、同右、二〇九頁。

(三) 危難を自ら招いた場合、避難の余地がなくなるわけではないが、手段の相当性の関係で認められないことが多くなるであろう。参照、藤木英雄、注釈刑法(2)のⅠ、二六五頁。

(三) 藤木、同右、二六四頁。

(三) 植松、前掲、二四五頁。先に否定しておいた「法益侵害説」によれば、法益侵害の認識は違法性の意識に直結することになる。

(三) 植松、前掲、二〇二―三頁。法秩序が許容しない性質のものであるとの「法感情を持つことによつて、事実の表象には拒否的な感情が付与され、その事実を実現すべき行為に対する抑制力の発生が期待されるのである」同、二四四頁。

(三) 植松、前掲、二〇四頁。

(三) 団藤、前掲、二二五―六頁。

(三) 植松、前掲、二二三頁。

(四) 内藤、前掲二八号、六四頁。

(四) 内藤、前掲二八号、六八―九頁。

(三) 植松、前掲、二〇九頁(傍点筆者)。

(四) 参照、註(二)の内藤引用部分。

(四) 同旨、森下忠、緊急避難の研究、一二五頁。

(四) 植松、前掲、二〇八頁。

(三)

避難の典型として例外なく出されるのが、「カルネアデスの板」と呼ばれる事例である。船が難破して海中に投げ出された二人が一人しか支える浮力のない板につかまったので、そのうちの一人が他方を板

から突き離して溺死させたというものである。通説は、この場合の生命の危険は自然現象に由来すると解するから、板につかまった二人は共に天災の被害者として、正対正の関係に立つというわけである。しかし、これはあまりにも粗雑な観察だと言わなければならない。なぜなら、生命に対する危険を海に投げ出されている状態として捉えるならば、二人のうちの一方が他方を突き離れたところで、生命に対する危険は依然そのままだからである。第三者を犠牲にして危険を免れるというのが避難の本質的メルクマールだとすれば、危険回避と全然関係のないところで行なわれている本事例の行為は避難に当たらないということになる。それ故、避難の典型としておくためには、危険の内容を捉え直すことが不可欠である。

板に二人がつかまったことよつて生じる危険は、板と共に二人が沈み、溺死するということである。板一枚で大海を漂流する時の生命の危険は実に大きいものであるが、しかし海中に没するというその時点での危険に比べれば、まだ時間的余裕があり、抽象的危険でしかない。危険をこのように、より現実的・具体的に解する時は、本事例は避難の可能な状況と言える。なぜなら、一人を突き離し、彼を犠牲にすることよつて溺死の危険は当面消滅するからである。

危険は板が浮力を失うことよつて生ずるのであり、その浮力を失わせる原因は、板にすがつている相手方である。その者がいなければ、板は一人を支えるに十分な浮力をもっているからである。危険の原因は相手方であるから、その者を板から突き離すのは「危険の原因力に対する反撃」である。板を浮かばせておくためには二人のうちどちらかが犠牲にならなければならないのであるから、板を独占する行為は生命を救うのに他に方法がなかったという意味で補充性があると言える。責任阻却説によれば、自己の生命を守るため他を犠牲にするこの避難行為は違法であり、第二章で述べたように、不正対正の関係に立

つ。そして、危難自体に対する反撃なのであるから、もはや正当防衛との根本的差異と言われてきた特徴がすべて消滅してしまったことになる。

以上は、二人が同時に板につかまっていた場合であったが、この二人に先後の順が附加されても、本質的に変化はないであろう。「一人しか支えることのできない板にすでに乗っている甲をあとから泳ぎついた乙が海中に突き落して助かる行為（も）：典型的な緊急避難の事例に属する」ところで、これと逆の場合、即ち先に板に乗っていた甲が後から泳ぎ着いた乙を突き落した場合が、避難の問題として従来出てこなかったのは、恐らく防衛の状況として考えられているからであろう。甲には板につき少なくとも占有権が認められ、乙はその占有を妨害しようとする、換言すると法的権利を不正に侵害しようとする者である。それ故、甲は防衛者として「正」である。しかしながら、これら三つの場合はいずれも災害時における自己保存のための競争という点で共通しており、板の占有が同時であったか先後関係があったかなど偶然的所産にすぎない。偶然を基準にして、一方を避難とし他方を防衛と区分してきたのが、違法阻却説、責任阻却説を問わぬ従来の考え方であった。法益を守るため已むなく、その時取り得る唯一の手段を行なったが（補充性）、それが偶々反撃の形をとっていたれば防衛で、関係のない第三者に向かっていたれば避難とするのもこれである。危難が「不正」か否か、つまり人の違法行為に基づく危険かそれ以外の原因による危険かという区別も、この差異が当人の選択の及ばない偶然的事情であるだけに、危難回避者の取扱いに寛嚴の差を生み出す根拠の一つとすることに疑問を禁じ得ない。

「カルネアデスの板」以上に、避難の核心を明らかにしてくれると思われるのが、「ミノネット号事件」である。嵐で船が難破し、わずかな食料があるだけで水のないボートで、二〇日間漂流した。既に八

日間何も食べていなかったもので、乗組員二人は相談の上、最も衰弱の甚だしかった少年給士をナイフで殺し、その肉を食べた。そしてその後四日目に、衰弱の極にあつたところを通りかかった船に救助されたとという事件である。

ここでも危難は船の難破あるいはそれによって生ずる生命に危険な状態と考えられているため、避難の典型事例とされている。しかし、「カルネアデスの板」で述べたように、少年を食べたからといって、その危難が去るわけではない。危難が消失するのは救助の手によって拾われた時のみである。それ故、乗組員二人が少年を食べたのは、どういう危難を免れるためであつたのが、改めて問われねばならない。それは、言うまでもなく、目前に迫つた餓死である。救助船が現われて助かるという保証はないものの、少年を殺すことで当面は飢え死に免れるのである。

このように危難の内容を捉え直せば、当然、危難の原因を何と考えるかにも影響せざるを得ない。難船が危難ならば、その原因は暴風雨であり自然現象であるし、餓死が危難ならば、その原因は「少年」ということになろう。暴風雨がなければ船は難破せず、少年を食べなければ、救助される前に全員餓死していたであろうからである。ここで、もし少年を食べた直後に救助されたとすれば、「食べなかつたら餓死したであろう」とは言えないではないかとの反論があるかも知れない。しかし、その場合の餓死という結果の不発生は、予期せぬ偶然の原因の介入（救助船の出現）に起因するのであり、通常の経験則から外れるものである。そして、もし餓死に至るまでに救助されることが予想できるのであれば、餓死の危険はないわけだから、危難の存在という前提そのものが崩れることになろう。

餓死の危険は「少年」に由来する。それ故、乗組員二人は危険の原因たる少年に反撃し、危険を当分ではあるが消滅させようとしたので

ある。危険の原因に反撃し、それを除去しようとする点では、防衛も避難も違ひはない。従つて、反撃か転嫁かで両者を区別することはできないのである。避難を適法と解する違法阻却説によれば、少年は殺しにかかる乗組員に対し防衛として抵抗することができないという結論になつて、不都合である。洋上のボートでは逃げることもできないから、乗り合わせている他の者を殺して（避難）自己の身代わりにする他ないが、それが許されるのなら、むしろ殺しにかかる者を防衛として逆に殺すのを認める方が筋が通るといふものである。殺しにかかつた者が逆に少年に殺された場合は、食物ができたので少年は殺される恐れがなくなり、危険を転嫁したことになるから避難であるとは反論できない。なぜなら、少年は危険の原因に反撃したからである。従来の特徴づけからすれば、反撃という形をとるのは防衛でなければならぬ。それ故、乗組員の攻撃をあくまで違法とし、少年が防衛手段を講じるのを可能にする責任阻却説がここでも妥当なのである。

それでは、少年を殺した乗組員は何故にその責任を免除されるのであろうか。少年に生命がある限り、少年は乗組員に対し「人を殺してはならない」という規範を意識させる。この規範が与えられている限り。一片の食物もないボートでは全員の餓死が目前である。それはつまり、少年の生命がボートの他の乗組員の生命を脅かしているということであり、乗組員の主観としては不作為による攻撃である。死ぬ義務なき者に死をもつて迫ることは不正であるから、そのような行為（不作為）を阻止することは反射的に正であると判断できるし、この判断は社会的にも是認される。それ故、少年を殺す乗組員には違法性の認識が欠けるのである。

乗組員の行為の客体は少年であるが、反撃の実質的な客体は「人を殺してはならない」とする一般的な価値判断ないし規範である。乗組員はそういう規範を否定して、「この場合は殺してもよい」とする反

対規範を定立したのである。この場合とは、生命を保護することを目的とする規範が、逆に生命を脅かすものとして立ち現われた場合である。抽象的には妥当性を有する規範が、ここでは生命に対する攻撃主体となる。

それ故、行為の客体が無生物であつて、しかも全然動かないものであつても、避難は反撃なのである。例えば、船が外洋で故障し、乗組員達は餓死の危険に瀕した。そこで船長も船員もためらうことなく、荷主から託された積荷である食料のダンボール箱を開き、それを食べて救助まで生き延びた、とする。この場合でも、船員達は餓死の窮地に追いつめるのは、積荷に附随する「他人の財物を奪つてはならない」との抽象的規範である。規範に対する反撃が、ダンボールを開くという行為になつて現われる。

だからといって、そういった規範が抽象的妥当性、普遍性を失うわけでないことは繰り返し述べたところである。無効性は、当該行為者についてのみ生ずるにすぎない（違法性の意識の欠如）。行為者以外の者——ミニネット号事件における給士少年、積荷の荷送人——にとつては依然有効であるから、彼等及び社会の見地よりすれば生命侵害・食料費消の行為は違法なのである。スミスⅡホーガンは次のように主張している——数百人の住む町を洪水から救うためにダムを開こうとする者がある。しかしそうすると、ある農民の一家が溺れ死ぬことになる。「法は、自分と家族の生命を守るために射殺する権利を農民に与えないであらうか？彼は（カルネアデスの——筆者註）板に最初につかまつた男と、本質的に同じ立場にあるのではないか？彼は差し当たり安全な状況にいる者である。数百の命を救うために彼を溺れさすことが適法だとすれば、彼は正当防衛権を奪われ、無抵抗で英雄的に死ぬ義務を負わされることにならざるを得ない。法は殆んどそのような高い基準を課すものではない」と。この農民がライフルを撃てば、避難

に対する防衛ということになる。

註

- (四七) 森下、前掲、一三〇頁。
- (四八) 「この場合は正当防衛に類似しており、Dudley (ミニョネット号事件―筆者註)と異なることは確かである。甲は適法であろう」
Smith and Hogan, *Criminal Law* 163 (3rd ed., 1973).
- (四九) もっとも、危難の原因は船を難破させた自然力にあり、甲はその危難を乙に転嫁する者であるという従来の考え方よりすれば、甲が先に板を占有したという事実は重要でなく、避難ということになろう。
- (五〇) 「先に辿りついた者に殺す権利を認める見解があるが、末節に囚われた見解である」 莊子邦雄、刑法総論〔新版〕、一四〇頁。
- (五一) Cf. G. Williams, *Textbook of Criminal Law* 560 (1978).
- (五二) 二〇日間漂流して一艘の船にも出会わなければ、今後も望みは薄いと考えるのが、「われわれの社会生活上の経験に照らして、通常」
(大塚、前掲、一四二頁)であろう。陪審の特別評決も、確実に助かるという見込みもないその状況下では、被告人達には誰かを殺して食べる以外、生きる望みがなかった、としている。 Cf. Rollin M. Perkins, *Criminal Law* 850 (1957). 相当因果関係説のうち主観説・客観説・折衷説いずれを採ろうと結論は変わらないと思われる。
- (五三) 同旨、Smith and Hogan, *op. cit.* 161.
- (五四) 「攻撃」という言葉は、作為を指すことが通常であるが、母親が赤子に授乳しないなど、不作為によるものも考え得る。もっとも、「不作為とは、単なる消極的動作ではなく、法律上、行為者に期待され、要求された一定の活動をしないことである」(大塚、前掲、一一〇頁)。少年に防衛を許さない違法阻却説の立場からは、法律は少年の忍受をあるいは期待するのかも知れない。責任阻却説は期待するとは考えない。乗組員がその心理において「法律が期待する」と考えるだけである。なお、ここで言う「法律」は、全体とし

ての法秩序、即ち法律規定の基礎になっている社会倫理・条理を指す。参照、団藤、前掲、一七〇頁、大塚、前掲、一二七―一八頁。

- (五五) 「他人の生命を犠牲にして、自己の生命を救(う)……ばあいにも緊急避難を肯定しうる」大塚、前掲、二六二頁。責任阻却説では、避難者の立場からのみ「正」と判断されるのに対し、違法阻却説では避難による侵害を受ける者の立場から見ても、その侵害を「正」と判断すべきことになる。なお、避難者が自己の行為を「不正」と評価していたとしても、それは重要でない。「行為は行為者人格の主體的現実化」(団藤、前掲、九二頁)と言われるように、行為として外部に現われ出ない人格ないし主観は、法律上は問題にならないからである。「不正」との評価の現実化とは、避難を思い止まることである。この問題に関連するものとして、拙稿「防衛の意思―主観的違法要素の研究(二)」秋田大学教育学部研究紀要第三三集、五五頁以下を参照されたい。

- (五六) 「意思が抽象的に規定されるあり方から、自らによる規定へ、即ち主観性の自己規定へと移行することが、自由概念の展開である。」
G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §104.
(五七) 「法の文言に違反しても、法の内容に違反しない限り、それは法違反ではない。」 Reniger v. Fogossa, 75 English Reports, Full Reprint 29. 法を破り得るものがあるとすれば、それより上位の法しかない。それ故、法の内容(実質的違法性)は事実(利益)でなく、規範である。

- (五八) Cf. A. Z. Gammage and C. F. Hemphill, *Basic Criminal Law* 128 (2nd ed., 1979).

- (五九) それ故、少年は正当防衛できるし、また「積荷の所有者が、費消された貨物につき損害賠償の訴訟を起こすことができたであろうことは疑いを容れなす。」 Gammage and Hemphill, *op. cit.* 129.

- (六〇) Smith and Hogan, *op. cit.* 163 (傍点筆者)。

(四)

結局、避難も防衛と同じく不正対正の関係であり、法益を侵害しようとする原因に対する反撃なのである。ウィリアムズによれば、防衛と避難の「境界はかなり微妙で、両者を区別する法的必要は殆んど存しない。防衛は、比較的定着した規則をもっている避難 (Necessity) の一部と見なすことができる」。

従来挙げられてきた防衛と避難の差異が、両者を分かつ本質的特徴でないとするれば、それに代わるべきものとは一体何であろうか。これが最後に残された問題である。私は、法益を脅かす危険が「急迫」であるか「現在」であるかの差異であると考える。通説は、この二つを同義としてきたのであった。確かに、危険が急迫か現在かは、明確に一線を画し得るものではない。それ故、ウィリアムズが言うように、境界は微妙なのである。しかし、だからといって通説のように二つを同一と推論するのは正しくない。「急迫」を「法益の侵害がきわめて間近にせまっている」と定義するのはよいとしても、「現在」を同工異曲に「法益侵害の危険が直接に切迫した状態」とすることに問題があるように思われる。「急迫」と区別するために、「侵害が継続又は間近に迫っているものの、それを排除又は予防する最善の方法を考慮する時間的余裕がある場合」と定義すべきであろう。

こう解することによって初めて、法がなぜ防衛には法益の均衡を要求せず、避難には要求するのが理解できるのである。避難において、「その危険を避けるために唯一の方法であって、他にとるべき途がなかった」という意味の補充性 (Subsidiarity) 即ち「最善の方法」を要件とできるのも同じ理由からである。責任阻却説に対しては、小さな法益を救うため大きな法益を害する場合にも責任阻却を認めざるを得なくなり、法益均衡を要件としている現行法と矛盾するとの批判が

あることは第一章で述べた。確かに、「現在」を「急迫」と同義に解した上で責任阻却説を採れば、この批判は当たっている面があり、超法規的責任阻却というような苦しい弁明に追い込まれよう。しかし、避難を防衛におけるほど切迫していない状況と解するならば、避難者は法益の軽重を比較することが可能なのであるから、それにも拘らず大きい法益の方を犠牲にした場合は責任阻却されない。違法の認識によって故意が成立するからである。こう言えば、それでは違法か否かはやはり法益衡量で決まるのではないか、との疑問が出されるであろう。しかし、衡量される「法益」が現実的・実体的な生活利益として、換言すると「それ自体としては、実定法以前に所与として存在するものであり、前実定法的なものである」と考えられるならば、法益衡量ないし優越的利益は、違法阻却の一般原理でないと言わなければならない。法がすべての生活利益を保護するものでないことは言うまでもない。そのいずれを保護するかを決定するのは、法である。法が保護しない利益は、たとえそれが生命というような人間にとって最も貴重と思われる利益ですら、それを侵害しても違法ではないのである。それ故、違法とは法の否定として、あくまで法の次元での評価と考えねばならない。内藤教授もこのことを認め、『法益』概念には実定法秩序の価値判断が含まれており、その意味で実定法上の概念としての側面をもって、^(六九)と言われるのであるが、違法論において意味があるのは、この側面だけである。^(七〇)

それ故、法益の軽重を比較するという言い方は厳密には誤りということになる。この表現には、衝突するどちらの生活利益も法が保護しようとするものである、という含蓄があるからである。利益の軽重を問わず、どちらの利益も保護されるのであれば、防衛も避難も法益を侵害する行為である以上、違法ということになって、問題はここで決着がついてしまうであろう。従って、利益が衝突して両立し得ない場

合には、本来なら保護されるべき利益も、より大きな利益を救うため犠牲にされてもやむを得ないとして、法による保護が解除される、と考えねばならない。侵害の禁止が解除される故に、侵害しても法に反したことになる。正当化されるというのが違法阻却説の考え方のはずである。そうすると、一方の利益は法によって保護されるが、他方は保護されない、換言すると法益を救う行為は適法で、その逆つまり法益を害することによって法益でない利益を救う行為は違法ということになる。結局、「法益の軽重を比較する」とは、今自分がなそうとしている行為は適法なのかそれとも違法なのか、という法的・規範的判断に他ならない。法的評価以前の実体的存在としての利益の大小の比較は、ここでは問題にならない。法は常に大なる利益の方に要保護性を認めるとは限らないからである（特に防衛の場合）。避難においても、利益が同価値の場合は、優越的利益の原理では説明し得ないこと前述の通りである。そして、避難における法益均衡要件を、利益論的観点でなく規範的観点で捉える時には、一般的な価値順位からすると大きい方と思われる利益の侵害すら、場合によってはその要件を充たしていることされることになる。例えば、価格六〇〇円の猟犬に対し、価格一五〇円の番犬が襲いかかり咬みついたので、猟犬の飼主がやむなく持っていた猟銃を発砲し、番犬を負傷させたという事件で、大審院は両犬の価格を比較し、「被告人ノ前示行為ニ因リテ生セシメタル害ハ其ノ避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサルモノト認め、避難に該当する」とした。しかし、平野教授によれば、たとえ「Aの犬（猟犬―筆者註）の価格の方が安かったとしても、Aとしては自分の犬が咬み殺されるのをがまんしなければならぬ理由はない」。

要するに、刑法三七条が規定する法益均衡とは、社会の一般人が行為者と同じ状況に置かれたと仮定して、一般人も行為者と同じ行為をしたであろうと考えられる、ということである。言い換えると、抽象

的に妥当する原則規範を破って行為者が定立した例外規範の、社会倫理的見地からの是認である。原則規範を破るにしても、いかなる規範を破ったか（生命保護規範、財産保護規範など）、どのように破ったか（手段）によって、行為者がどれだけ規範を尊重しようとしたかがわかり、それによって是認の可否も決まってくる。防衛では、危険が余りにも切迫しているため、手段の選択に法は比較的寛容であるのに対し、避難は厳格であるという違いがあるにすぎない。厳格であるといっても、避難者がその状況で最善と一般人の見地から考えられる方法を選択しておれば（補充性）、利益そのものだけを観察した場合に、害された利益より救われた利益の方が小さいというようなことがあっても、責任阻却される。なぜなら、避難者がその行為によって示した規範は、一般人の共有する社会倫理に背くものではなく、従って避難者は違法性の意識なく行為したと考えられるからである。

かくして、違法性の実質とは、行為者の価値判断と一般人のそれとの乖離である。社会的相当性とは、その両者の一致したことを意味し、「結論を示す」概念である。優越的利益も同様である。行為者が衝突する利益のうち価値の大きい方を選択した場合、その選択判断は健全な社会人のそれと一致するからである。

優越的利益説は、「法秩序全体の精神」あるいは歴史的に形成された社会倫理秩序を基礎にした「社会的相当性」の曖昧さを非難する。そして「法益の概念のほうが、憲法をはじめとする実定法による手ばかりという客観性、および、実定法による評価の対象となった事実的基礎をもつ点で、相対的にはあるが、より明確である」と自らを誇る。しかし、「法秩序全体の精神」も憲法を頂点とする個々の法令から帰納されるものである以上、客観の手がかりを欠く抽象的基準とは言えない。また、衡量の事実的基礎となる利益がどれほど明細に示されようと、最終的に価値の大小を決するのは社会的・客観的な「法」

である。事実は価値を付与される対象にすぎない。利益は法によって要保護性を認められない限り、換言すると法が保護する価値ありとしない限り、まだ法益でない。優越的利益説は、事実と価値を同一視した点で誤ったものである。実際には、利益衡量論者も「どのような価値を考量し、その結果どのような価値観にもとづいて結論を下したがという判断の経路を明らかにすることが、重要なのである」と言っているように、違法判断の究極は価値であり、この価値は憲法その他の「法」によって定められなければならないとしているから、暗黙のうちに規範論の立場を承認しているのである。

そこで、究極にある価値とは何かが問題になるが、上述のように、「法秩序全体の精神」という答えでは、客観的手がかりを欠くものではないにしても、表現が余りにも漠然としていることは確かである。法秩序全体を統轄する憲法に依拠して考えるならば、それが最重要視する価値とは、内藤教授が言われるように、「個人の尊厳」であろう。個人に尊厳を認めるとは、「すべての人間を自主的な人格として平等に尊重しようとする」ことであり、人格の平等を意味する。従って、違法判断におけるメルクマールは、「行為者は、相手方をあたかも自己であるかのように扱ったか」ということでなければならぬ。一般人でも行為者と同じ行動をとったであろうと考えられる時、行為者人格は相手方の人格と平等である。なぜなら、行為者は相手と全く同じ境遇に置かれた時には、一般人によって同じ害悪を加えられるであろうからである。逆に、行為者が一般人ならしないような加害行為をした場合には、行為者は自らは受けないような害を相手に加えたことになり、自己の人格を他の人格より優位に立たせたということと違法である。違法性とは、このように、行為者の主観（個人的価値判断）に対する否認であり、価値の問題を扱う個々の人格を対象とする判断であるから、その意味で「主観的」である。価値判断をなし得るのは、

刑法上は責任能力者に限られているから、実質的違法性は責任能力と切り離して考えることはできない。「行為者人格との結びつきが一応捨象された行態に対する法的無価値判断としての違法性」即ち所謂客観的違法性は、抽象的・一般的な規範である刑法規範に対する違反として、つまり構成要件該当性としてのみ成立可能である。

避難においては、行為者にこのような主観的な違法性、つまり違法性の意識がない（避難の意思）が故に不可罰とされる。防衛も同様である。防衛の意思の存在は、違法性の意識の不存在を意味するからである。避難・防衛ともに、行為者の内心の違法性を阻却する外部的事実という意味で違法阻却事由であり、従来の犯罪論体系での用語法に従って言えば、違法性の意識なしと認定させる客観的事実であるが故に責任阻却事由である。結局、避難と防衛とは、法的性質においては全く変わりがなく、両者の相違点として残るのは行為者に対して加えられようとする侵害の事実的性質―即ち、危険が「急迫」であるかそれとも「現在」であるか―しかないわけである。

註

(六) G. Williams, *Criminal Law-The General Part* 733 (2nd ed., 1961). ローウィも「実際、防衛はこの抗弁（避難―筆者註）の一種であると分類できるであろう」としている[A. H. Loevy, *Criminal Law in a Nutshell* 246 (1975). 防衛と「避難との差はかなり相対化されつつある」として]「中山研一、刑法総論、二七〇頁。

(六二) 「現在」とは、正当防衛の要件としての急迫と同じく、法益の侵害される危険が目前に切迫していることをいう。大塚、前掲、二六〇頁。「実質的には同じ意味である」内藤、前掲二九号、六〇頁。同一の場合は、境界がないのであって、あるけれども不明瞭というのとは異なる。

(六四) 団藤、前掲、二二五頁。

- (五) 団藤、前掲、二二七頁。
- (六) 大塚、前掲、二六二頁。
- (六) 内藤「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開(二)」
刑法雑誌二二卷一号、九六頁。
- (六) 刑罰としての死刑執行、正当防衛による殺人など、通説によれば適法である。
- (六) 内藤、註(六七)に同じ。
- (七) 法が保護する価値ありとしないものは、たとえそれが前実定法的には利益であるとしても、法律上は利益と見なされず、それを侵害しても問題にならないのであるから、利益は法によって生み出されると言える。換言すれば、実的な生活利益がなくとも法律上の利益(法益)は成り立ち得るが、法なくしては法益はあり得ないということである。結果無価値という場合の「結果」が、実的所与としての生活利益の侵害を意味するならば、それはまだ価値中立的であるから、無価値と結びつけるには法を必要とするし、法益侵害を意味するならば、それは法違反と同義であるから無価値であることは当然で、「規範違反説」と同一に帰する。
- (七) 「場合によっては、構成要件に規定されている法益が、実質的には法益としての性質を失い、そのため、その侵害も単に外見的なものにすぎず、実質的な法益侵害は存在しない場合もある。正当防衛の場合、…反撃が許されるのは、侵害者の法益の法益性がその(やむをえない―筆者註)限度で否定されるためだと解すほかない」平野、刑法総論II、二一三頁。確かに、具体的な要保護性が衡量されるまでの段階では、法益と法益の衝突という形をとるが、それら法益の優劣が明らかになれば、法は両方を保護できない以上、価値の劣る方を保護の対象から外し、その侵害を適法として許容することになる。
- (七) 新判例体系、刑法2、二二四ノ一六(大判昭二二年一月六日)。
- (七) 平野、前掲、一三三頁。同旨、植松、前掲、二二八頁(内藤、月刊法学教室二二号、四八頁。もつとも、対物防衛で法益均衡を要しないというのがその理由になっている。対物防衛を認めない立場でも、

- 大の価格だけで不均衡だとし避難の成立を否定するとは思われない。「法益権衡の原則を充たすか否か」という判断は…事情を総合して決すべきである。莊子、前掲、二四六頁。
- (七) 優越的利益説によっても、一般的な価値順位は基本とされるだけで、他に「法益に対する危険の程度、保護した法益と侵害した法益の量と範囲、法益侵害の必要性の程度、行為の方法・態様がもつ法益侵害の一般的危険性の程度など、法益の要保護性に関係するすべての事情」(内藤、論争刑法、四八頁)が考慮されるから、利益のみの単純な比較で法益均衡の有無が決まるわけではない。例えば、財産を守るための傷害も避難たり得る。内藤、刑法雑誌二二卷一号、一〇四頁註(18)。
- (七) 「社会の一般人すなわち平均人が行為者の地位にあった場合を標準として判断すべき」(木村亀二、刑法総論(増補版)、三〇〇頁)期待可能性は、行為者の違法性の意識の有無の問題に還元できるが故に、「敢えて超法規的な期待可能性を持ち出す必要はない」(本稿第二章)のである。行為者への期待を可能にするのは、一般人との共通性、即ち責任能力である。
- (七) 「社会的相当性とは、行為が…日常の一般の市民生活…の中で、通常性、日常性ありと一般に承認されていることをいう」藤木英雄、刑法講義総論、七八頁。
- (七) 平野、前掲、二一四頁。
- (七) 内藤、前掲刑法雑誌、九八頁及び論争刑法、四八頁。
- (七) 一方で「私的な」法即ち個人的価値観と区別され、他方で社会的な「事実」即ち財産より生命を重しとし、一五〇円より六〇〇円を重しとするといった一般的な価値順位と区別されるものである。
- (七) 確かに、個人の利益には少なくとも各人が価値を付与するため、利益価値と考えてしまうのも無理のないことではある。しかし、それだけでは「私益」と呼ぶべきであろう。「不法に関する学説でのあらゆる種類の誤まりは、法を法客体―場合によって法的保護が約束される状態及び利益―と、また同じことだが、権利とその目的物とを同一視したことに由来するのである」[Adolf Merkel, Kriminal-

- istische Abhandlungen I (1867), S.45.
- (八一) 平野、前掲、二一六頁(傍点筆者)。
- (八二) 優越的利益論者は、防衛の正当根拠として法ないし正の確証の利益を挙げざる。Vgl. T. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand und seine Regelung in § 39 E1962, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 14, 1965, S.137f. しかし、この利益も、何が法であり何が正であるかを前提とすることなしには語れない。つまり、法は利益に先立つものであるから、利益から法を導き出す(防衛の正たることを利益で説明する)のは前後転倒の誤りを犯すものである。正の確証原理については、曾根威彦、刑法における正当化の理論、九〇頁以下が詳しい。
- (八三) 内藤、前掲刑法雑誌、一〇五頁註(21)及び論争刑法、五二頁註(50)。
- (八四) 宮沢俊義、全訂日本国憲法(芦部信喜補訂)、一九七頁。「すべて、の諸個人が一したがって平等に尊重されるべきことから」利己主義の否定が導き出される。有倉遼吉編、基本法コンメンタール新版憲法、六八頁。
- (八五) 福田、前掲、一〇五頁。
- (八六) 参照、前掲拙稿「防衛の意思」、四九—五〇頁。違法阻却説では、防衛・避難が成立する場合、刑法規範の一般的妥当性まで否定される。構成要件該当性と違法性が、行為者人格と切り離された同一の客観的次元に置かれるからである。この点については、拙稿「可罰的違法性について—構成要件論序説—」秋田大学教育学部研究紀要第二九集、二五頁を参照されたい。
- (八七) 参照、拙稿「防衛の意思」、五四頁。
- (八八) 第三章での例に戻れば、自分が被告人と同じ状況に置かれたら、板を相手に譲って溺れ死ぬだろう、あるいは、飢え死にしようとも人を殺したりはしない、という考えがその社会で支配的でない限りは、避難として責任阻却されるであろう。
- (八九) 「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」一条一項について言えば、原則からすると「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル」急迫の侵害がなければ、防衛として「犯人ヲ殺傷」することはできない

はずである。各号記載の犯人によって差し迫った危険に瀕しているのは、財物(一号)、住居の平隠(二・三号)にすぎないから、犯人を殺傷すれば、過剰防衛とされる可能性が高い。そこで、生命・身体・貞操に対する危険が急迫の程度に至らない「現在」であるにも拘らず、このような場合にも防衛の成立を認めようというのが一条一項の趣旨であり、防衛の成立範囲を刑法三六条一項より拡張する特則である。