

Title	森下忠著 『緊急避難の研究』
Sub Title	T. Morishita : A study on notstand in criminal law
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.3 (1961. 3) ,p.73- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610315-0073">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610315-0073</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

森 下 忠 著

## 『緊急避難の研究』

I 本書の著者、現岡山大學助教森下忠氏は、つとに緊急避難をテーマとして、古今内外の文献を驅使し、重厚な研究を學界に問うておられることでその名を知られた中堅の刑法學者であられる。

本書は十年にわたつて研究を重ねられたテーマ「緊急避難」の集大成であり、それは同時に最近の刑法學會に實つたすぐれた成果の一つであるといふことができる。

今般、刑法學會選書の中にとりあげられて、このような形で發表されたことは、日本の刑法學にとつて誠に喜ばしいことといわなければならぬ。

よくいわれるように、學術的な、専門的な作品は、必ずしも商品價値を伴うことがない關係で、特に我が國では、すぐれたモノグラ

フィーに缺けているくらいがあつた。

よく名の通つた大家の思いつきの集積も、それはそれで學界に刺戟を與えるという價値はあるうが、我々が心から希望もし、又自身自身主體的に參畫しようとするのが、實はこの種の根本的な、そして視野の廣いモノグラフィなのである。この意味で、刑法學界選書は、非常に大きな貢獻を日本の法學にしているのである。

井上教授の「過失犯の構造」、大塚教授の「間接正犯の研究」、植松教授の「證言の信頼度」、福田教授の「違法性の錯誤」、これ等のいづれをとつても、世界に誇ることのできる我が刑法學の結實であり、多くの先學の研究からの發展が、ここにこのような形で花開いたと評してよいのである。

もとより、それぞれの著者の長年にわたる努力が、今日、このような形を生んだものであることは當然の話ではあるが、わずか百年の短い歲月の中に、數百年を費して形成展開してきた西歐の法律思想を、これまでに咀嚼し、更に獨自の境地にまで發展せしめるということは、並大ていの努力と才能ではとうてい不可能な話である。

この意味で我々後學は、我が幾多の先達の努力と、それを受けついで發展し、我々のところに提供して下さつた現役中堅の諸先輩に心からの感謝を捧げ、さて今後の我々の進むべき方向とペースを反省しないわけにはゆかないのである。

我が刑法學には、右のような急速な前進を強いられるの餘り、幾多の未開拓地が残されている。これは後進國文化に常につきまとう現象なのである。もつとも、ここに後進國というのは、西歐文化の觀點から見ての話ではあるが。

各時代時代で、今、ヨーロッパの學會では何が問題とされているかに常に氣をとられていた餘り、又、それに實に適切な研究を手早く仕上げてきた餘りに、その基礎を流れる根本的な問題、それはあたかも、スイスに發し、ドイツ、フランス、ベネルックス諸國を肥沃するライン河のように、永遠の生命をたたえて流れる刑法學の文化的素材を、じつととらえてその水脈をたどつてゆくといった努力は、日本の刑法學には比較的少なかつたように思われる。

最も新しい知識を追及することは、もとより學問の性質上、極めて大切な價值である。しかし、それは確固とした土臺を豫定しての話ではある。刑法學を研究する若い世代がこの土臺を構築することに大きく力をそそぎ始めたということは、誠に今後の日本法學の發展にとつて喜ばしい。

本書のテーマ「緊急避難」は、實は日本刑法學の久しい間埋められなかつた穴であつた。しかも、この問題は、歴史とともに古いといわれ、ギリシアの昔から哲學者、神學者、法學者のともに關心をよせたテーマであつたのである。カント、ヘーゲルといったドイツ

の觀念論の領袖、その流れをくむ特殊法分野の諸學者が、こそつてこのテーマを追及してきた。

従つて、この問題を取りあげようと志した者は、古今東西の文獻を涉獵して、テーマの本質をつきとめることを強いられるのである。

著者の多年にわたる努力の結晶は、テーマの性質上當然拂わなければならなかつた長期にわたる苦勞と、莫大なエネルギーと廣い學識がその中からにじみ出ている。著者の喜びを我々も共に分か合いたいと思う。

本書をとりあげて紹介する理由の大部分は、この眞理を究明するという一大事と對決する著者の熱情にうたれたことと、更にはその方法論につき、若干の希望——これは實は私自身のプログラムを示すものでもあるが——を書きとめておきたいからに他ならない。

前置きはこのくらいにして本題に入らう。

Ⅱ 本書は大きくわけて、三つの部分から成る。第一は學說史である。古代および中世における緊急避難論（一九五五年三月に岡山大學法經學會誌八號に發表されたもの）、近世における緊急避難論（一九五八年九月、同誌二六號に發表されたもの）、近代における緊急避難論（一九五八年一月、同誌二七號に發表されたもの）の三部に分れる。第二は緊急避難の本質を扱う。これは著者が京都大學の大学院特別研究生としてまとめられ、岡山大學法經學會雜誌四號

(一九五三年二月)、刑法雜誌四卷二號(一九五三年一〇月)に發表された「緊急避難の本質」に最近發表された「超法規的緊急避難」(木村博士還暦祝賀・刑事法學の基本問題・上・一九五八年七月)を加えて、書き上げられたものである。第三は「強制状態と緊急避難」をテーマとし、ドイツ、フランス、イタリアの立法、學說を批判、紹介しておられる。私は、この第三が何か本書の中で一寸遊離しているように思われてならない。

むしろ本書は、緊急避難の歴史と理論という形にした方がすつきりしたのではないか。

そして、著者が非常な努力で研究されている比較法的な研究、フランス刑法における緊急避難論(法經學會雜誌二〇號二二號)、ベルギー刑法における緊急避難論(法律のひろば一一卷一二號、一二卷一號)、イタリア刑法における緊急避難論(法經學會雜誌三〇號)、スイス刑法における緊急避難論(法經學會雜誌三四號)そしておそらくスペイン刑法における緊急避難論と併せて、義務衝突の法的構造(法經學會雜誌三二號)をも加え集大成した著書が「緊急避難の比較的研究」として續刊されることを期待したいところである。

### III 「古代および中世における緊急避難論」

マヌの法典を手がかりとするインド法、クリスト教理論にとり入れられ、教會法學者によつてとり入れられるに至つたユダヤ法にお

ける緊急避難論、刑法學の教科書に必ず出てくるカルネアデスの板の事例を提出した哲學者カルネアデス、キケロの説を解明したギリシア法について、比較的詳しいローマ法の研究がある。この古代法の研究については、Stammler: Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. 1878. Janka: Der strafrechtliche Notstand. 1878. Forier: De l'état de nécessité en droit pénal. 1951. が大きな影響を與えているように思われる。

ローマ法上、緊急避難はどう考えられていたかといへば「だれかが自分の法益を救うために他人の法益を侵害したときは、可罰的行為ないし損害賠償義務を負う行為は存在しない」その理由は「深く考慮されることなく、たんに自然の道理が根據とみなされ、この規定が全く自明なものとみられている。しかも、緊急避難は違法行為とはみなされず、自分を護ろうとして、他の方法をもたない者は、不法を侵してはいない」という原則が支配していた(一七頁)と。

次いで、教會法上および教會法典上の緊急避難につき詳細な論述があり、ここで現行教會法典についても附隨的な論議がある。第一論文は中世紀のドイツ法、聖トマスの説で以つて終つてゐる。ここで、聖トマスが緊急窃盜適法性の根據づけを自然法論の立場から試みたことの意味が強調されている。

### IV 「近世における緊急避難論」

カロリナ法典と普通法についての考察から始められているこの第二論文ではまず、同法典中には緊急避難に関する一般の規定ではなく、緊急窃盜に關する規定のみが置かれ、従つて、この緊急窃盜の解決が中心となつて學説が分れていたことを指摘する。ところが、このカロリナ法典にもとづく普通法上の原理の中には、緊急避難に關する最初の學問的考察が見出されるに至つたのである。それは、カルプツオの努力によるところ大であるとされる。

しかし、この方向を決定づけたものは、宗教的偏狹の精神、世俗的恣意の精神を打ち破り、理性と天賦の人權を高らかに歌いあげる新しい思想、啓蒙期の法思想をまたなければならなかつた。もつとも、この一七世紀初頭以來の哲學研究がもたらした新しい動向が緊急避難論に投じた波紋も、それぞれの學者によつてその解決のニュアンスを異にする。

自然法の立場から強力な緊急避難論を展開したのがグロチウスであり、彼は聖トマス其自然法論を強力に援用した。緊急窃盜が許されるのは神の被造物としての人間が自然法上有する生存權であるといふのがその理由の一つであり、人間の弱さの故に避けえない外的行爲は罰せられないといふのが第二の命題である。

このグロチウスの思想は、プーフエンドルフの「自然法と萬民法」の中で更に進展され、整理された。すなわち、正當防衛と緊急避難

とが明確に區別され、兩者の本質を究明することによつて一般理論が打ち樹てられた。その出發點は自己維持の本能に置かれる。しかも、後の學説の展開にとつて重要なことは、彼においてはじめて法益衡量説が登場したのであつた。

これに續いて、トマジウス、ヴァッテル、ライザー等の學説があげられているが、クリスチアン・ボルフの「緊急避難を法と法との衝突、または義務と義務との衝突、すなわち、自分自身に對する義務と他人に對する義務の衝突」と解する立場は、これ又從來の學説を一步進めたものとして注目に價するといわなければならない(六三頁以下)。

第二論文は一八世紀の立法に現われた緊急避難(パウアリア刑典、テレジアナ刑典、プロシア一般ラント法の各規定)という項目で結ばれている。

#### V 第三論文「近代における緊急避難論」

まずフランス刑法における緊急避難論につき、一八一〇年のフランス刑法典の若干の規定と學説を簡單に説明し、フランスの緊急避難論は混亂した状態にあつて、定説とみるべきものはないが、「判例は具體的事實に則して純理論の領域におけるよりもかなり勇敢に緊急避難の理論を承認してきており、ことに二度に及ぶ世界大戰下に生じた窮狀の結果、犯罪行爲に陥つた者を救済する理論として緊急

避難論が重要な意義を帯びて登場してきていることは注目されてよい」といわれる。前掲のフランス刑法における緊急避難論という成果を前提としたこの寸言の中には、まことに味わうべき言葉が見られ、青柳教授のいわゆる「實務におけるフランス的な直観」(本誌三二巻六號一頁以下)と考へ併せると、我々の興味を大いにそそるものがある。

次の「一九世紀ドイツの各ラント法における緊急避難規定」は、比較法的にみて、興味が深い。シュタムラー・ヒッペルの著書の要約である。

この論文の大半はドイツ刑法典制定以前の諸學説の批判的紹介に當てられている。

緊急避難の概念の範圍、その不可罰性の根據という二つの問題を如何に考へるかが中心になつて考察されている。

1 刑罰阻却説 カント及びその流れをくむ刑法學者の説であつて、緊急状態は法益侵害行為の違法性をならん變更することはできないが、なんらの處罰をも發生させないという影響をもたらすべきであるとし、緊急状態で行われた侵害は違法ではあるが罰せられないと解する。もつともこの見解に對しては、緊急避難の本質を何等解明したのではないという批判が當る。カントは同價値の法益の間の衝突、生命對生命の衝突をどう解するかという問題を定立して、

ともかくも緊急避難行為は不可罰であるという實際的かつ明白な解答を與えたのだつた。

2 放任行為説 緊急避難のばあいには、すべての法状態が停止する。それゆゑ、緊急避難行為は違法でもなく、秩序になつていなくてもなく、全くいつさいの法の外にある。これはフィヒテによつて唱えられたものである。

この説は法は元來、共同に生存している人々の自由な意思によつて創られたものではないという公理を誤認した眞に重大な缺陷があり、結局は強者の權を是認することに導くおそれがある。

3 責任無能力説 緊急状態において行為する者はすべて責任無能力とみなされるから、緊急避難の責任は阻却される、とする。フオイエルバッハの説くところである。これは彼の心理強制説に基く刑法觀と密接な關係があるけれども、この説は生命以外の法益を救うため、自己以外の親族を救うための緊急避難のばあいには、行為者には意思の自由はあるという點の説明をつけることが出来ない。かくて、責任無能力を以つて説明する試みも不十分なものと言わざるを得ない。

4 適法行為説 眞の緊急状態において犯された行為は違法ではなくて適法とみなされ、この理由から不可罰とされると主張するもので、ヘーゲルの「法哲學」の中で「權利」としての緊急權という

形で主張された。彼は緊急避難は違法阻却事由であることを力説し、優越的利益の維持は適法であることを主張した。その説くところはなお充分ではなかつたが、彼の後継者によつて展開された。

かくてヘーゲリアナーの學説が詳細に紹介され、批判されてゆく。アベッグ、ケストリン、レヴィタ、ヘルシュナー、ベルナー、ヴェセリーの緊急避難論が實に手ぎわよく整理されている。

これらヘーゲリアナーはヘーゲル法哲學第十二七章から出發し、優越的利益の原則の基盤を追及していつた。

しかし彼等は更に、法益同價値の場合の行爲者不可罰の根據を求め、次第にフォイエルバッハ説へと近づき、行爲者内部の主觀的事實を認めることによつて責任阻却事由としてこれを把握するように努めはじめた。

私見によれば、この第三論文は非常に見事に整理され、問題究明の伏線の役を充分にはたしているといえる。しかも、カントとヘーゲルの對立という學説上の重大な問題を、その歴史的な視野でよくとらえ、現在に至る學説の流れとの相關關係をヴィヴィッドに描き出していることは、誠實なテキスト・クリティックの方法からの成果である點と相まつて、敬服に價するといわなければならぬ。

Ⅶ 本書の第二のピートである「緊急避難の本質」は、第一の學説史で整理されたことを理論的に再構成した部分である。従つて、

素材が重複したところも散見するし、殊に超法律的緊急避難の論文を後になつて結合したためか、全體としての調和をかくきらいがないでもない。しかし、緊急避難という問題は「混亂をきわめたもの」であり「望みなきまで争われている」ところから、その山脈を分類、整理すること自體が一つの容易ならぬアルバイトである。これに思うとき、安易な批判は後退しなければなるまい。

著者の立場は、ドイツにおける結合説、つまり、ドイツ民法上の緊急避難權(二二八條、九〇四條)の規定が妥當する限りで違法阻却を認め、その他のばあいを期待不可能説にもとづく責任阻却と解する説に近く、避けようとした害がその行爲から生じた害よりもちじるしく大きいばあいに限り違法阻却を認め、その他のばあいは期待可能性を缺くという事由で責任阻却を認めようという立場である。

まず「緊急避難の意義」について説く。

まず、緊急状態と緊急避難行爲との概念的區別が論じられ、正當防衛と緊急避難とが、前者は不正な侵害それ自體に對する反撃であるのに對して、緊急避難は正當な利益を犠牲にする危難轉嫁行爲であると性質づけがなされる(二二四・五頁)。

ドイツ法制における緊急避難規定につき、民・刑兩法域につき概観の後、緊急避難の不可罰性の根據を解明する諸説が紹介批判され

る。

一元説としては、放任行爲説、適法行爲説、責任無能力説、刑罰阻却説、期待不可能性にもとづく責任阻却説が列擧される。

いずれも、第一部の學説史中第三論文で範疇分けをされたところに、最近の學説を加味して分説したものである。従つて著者の批判の方向は、肉つけの差はあるが、學説史で述べた伏線を理論化したものと評することができ、この點が或は「本質論で學説史を整理しただけ」などという無責任な批評（ジュリスト、二一五號九八頁）までとび出す原因になつたものと思われる。

ともあれ、著者は一元説をすべてしりぞけた上で、二元説に向かい、法益衡量説の妥當する限りで違法性阻却を認め、それ以外を責任阻却と解する差別説を拒け、前述の如く、いわゆる結合説に左袒するのである。

そして、インテルメツツオのような「超法律的緊急避難論」が詳細に語られてから、我が日本刑法における緊急避難の本質が語られ、諸説の批判がある。

Ⅶ さて、本書の意義と本書に對する希望はどうか。何よりもまず、複雑にして歸するところを知らない緊急避難につき、ともかくもこのような詳細な作品をものされた著者の努力は、數多く存在する刑法學未開拓の分野の一つを埋めた意味で、誠に貴重である。

とにかく、モノグラフィイを書くことは並大抵の努力ではできない筈である。限られた資料をよくこままで驅使されたものである。古代の緊急避難論はしかし、まだまだ開拓の餘地はありそうであるが、これはむしろ法制史家にまかせなければならないであろう。

學説史の説明と本質論における理論の整理が何となくわずらわしさを感じしめ、批判の餘地があるといつたが、これは實は、學説史研究の根本的な方法に問題がひそんでいるのではないかと思う。それは、學説史を展開する場合、その學説を生んだ社會思潮、思想史の流れの中でとらえることが必要なのではないかという點である。もつともこれは、我々後學に課せられた課題なのかも知れない。とにかく私達には、本書という出發點が與えられたことになるのであるから。

本書の冒頭で述べられた如く、緊急避難の問題にも、現代的な様相が呈されてきつつある。法秩序の基盤たる組織構造が變轉進化したし、階級的な對立をはらんでいる現代には、現代に特有の理論が生まれなければならないであろう。學説史研究の存在理由の一つは、理論を生んだ社會思想との相關關係を見つめる必要があるというものは、實はこのことである。現代に通ずる心理と論理は、過去に誰が何といつたかではなくして、この事態をどうとらえ、どう對處する

かにある。

刑法は、ひとり人類に普遍的倫理を語る學であるにとどまらず、實はすぐれて現代に生きる人間像に對して目を向け、語りかけるのでなくてはならない。

この意味で、著者に對して、現代の各國緊急避難論の集大成と現代に生きる我々の心理と論理に適合した緊急避難論の展開、特に勞働爭議と人間存在の究明を主とした實存的人間像の解明を期待したい。否、著者に期待するだけではなく、これを我々の世代の目標としてかかげたいと考える。(有斐閣發行 日本刑法學會叢書(5) 定價五五〇圓) (一九六〇・一二・一五) (宮澤浩一)