慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察
Sub Title	Interessenabwägung und Angemessenheitsklausel beim rechtfertigenden Notstand
Author	小名木, 明宏(Onagi, Akihiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.6 (1994. 6) ,p.25- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940628-0025

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.

緊急避難における利益衡量と相当性についての一考察

小名木明宏

一　研究目的と課題
二　利益衡量の原則
（一）　法益衡量説と目的説
（二）　利益衡量の観点
（三）　利益衡量説と日本刑法三七条
三　自律の原則　Autonomieprinzip
（一）　利益衡量の観点による解決
（二）　相当性による解決
（三）　私見と結論
四　相当性条項
（一）　概説
（二）　相当性条項の実務上の意義
（イ）　雨傘の事例
（ロ）　その他の事例の取扱い
（三）　相当性条項の理論上の意義
（イ）　ドイツ刑法三四条における相当性条項
（ロ）　日本刑法三七条における相当性条項
五　まとめ

一　研究目的と課題

緊急避難をめぐる問題は法のミクロコスモスと言われ、刑法総論の中で、これ程内容的に凝縮した問題領域は少ないのではないだろうか。従来から、日本刑法学においては、日本刑法三七条の解釈として、緊急避難行為の本質を違法性阻却事由、責任阻却事由、またはそれぞれ分けて考える二分説が対立している。その議論はそれぞれの立場から様々な論証がなされているが、いまだに決定的な結論には至っていない。この問題は、日本刑法三七条の規定自体が不明確であるがゆえに、様々な解釈がなされうるからである。そこで今必要な研究は、むしろ本質に立ち返って、その視点からもう一度緊急避難行為を検討することである。これによって行き詰まった現在の状態を打開する糸口がつかめるはずである。

正当化緊急避難をめぐる諸問題のうち、利益衡量の原則はその正当化の原理の基礎となるものであり、また、緊急避難の相当性の問題は、その正当化の成立範囲を決定するものである。本論稿において、従来から対立している正当化緊急避難の基礎付けを法益衡量説、目的説を絡めながら、利益衡量の原則について検討し、さらに、それと内容的に密接に関係する相当性の問題をも検討したい。このことによって正当化緊急避難の議論を活性化し、ひいては、緊急避難の本質に関する問題をも検討したい。つまり、この問題は正当化緊急避難の限界線を探る議論なのである。

二　利益衡量の原則

緊急避難の本質を二分説にもとづいて、正当化緊急避難と免責的緊急避難とに分けて考える主張者は、その際に、救われた利益が犠牲にされた利益に本質的に優っているかどうかという基準を持ち出してくる。ドイツ刑法三四条は

このことを明文で規定しているが、これに対して日本刑法三七条は何ら明確な形での利益の比較を規定しておらず、単に「害」の衡量がなされるに過ぎない。この場合、一義的には法益侵害、すなわち「害悪」を付加することを意味することに他ならない。[1] しかしこの表現は字義そのものに限定されるのではなく、法益保護という刑法の課題からは、「要保護性」という意味に解釈さるべきであろう。[2] 葛藤事例における刑法の役割はいずれの法益がより保護されるべきであるかを明らかにすることであるから、単に法益の優先順位のみならず、具体的事情におけるあらゆる要素を勘案すること、よって利益の衝突ということが問題となるのである。このように日本刑法三七条の「害」という概念は、「利益」をネガティブにあらわしたもので、ドイツ刑法三四条と同様の解釈がなされてよい。さて、それでは、「利益」の衡量とは何を意味するのであろうか。次にこの問題を歴史的観点をも含めて検討したい。

（一）法益衡量説と目的説

利益衡量説と法益衡量説の違いは、後者が単に対立する法益の価値秩序のみを衡量しようとするものであるのに対して、利益衡量説はそれ以上に、対立する諸利益の観点をも考慮しようとするものである。ドイツ刑法学においては、この法益衡量説は六〇年代半ば頃まで通説であった。[3] ライヒスゲリヒトの有名な、緊急避難に関する判例は、この法益衡量説を採用し、対立する法益の抽象的な序列をその基礎としていた。[4] ある法益を侵害したり、危殆化することが正当化されるのは、それによって別のより高い価値の法益が救われる場合のみであり、よって、そこでは、救われる法益と犠牲にされる法益との関係が問題となる。これに対して目的説によれば、その行為が法的に承認された目的の実現のために相当な手段であった場合には正当化ということが問題になるのである。[5] ここでは対立する法益の序列は二次的なものになる。

しかしながら、法益衡量説も目的説もいくつかの問題をはらんでいる。法益衡量説にあっては、その他の対立する

諸利益という観点が考慮されえなくなってしまう。同価値の法益どうしが対立する場合や同一法益に対して危険の程度が異なる場合[6]には、解決が困難になってしまうのである[7]。対立する法益が同価値であれば、衡量をしたところで判断は不可能で、何ら解答を引き出すことはできない。また同一法益に対して二つの危険が迫っている場合、法益自体は対立しておらず、そもそも衡量ができない。ここで衡量さるべきは、「法益」ではなく、「危険」であり、つまり、危険衡量がなされなければならないのである。法益衡量説は価値の異なる法益が対立する状況を前提とし、一方の法益が他方の法益のために犠牲にされたという事実に着目するのである。この意味において、法益衡量説の観点は一面的に結果無価値に向けられていると言える[8]。この説によれば、危難に陥った人の生命を救うために第三者の身体に著しい傷害をあたえるという行為は正当化されえない。その場合、法益の優劣がつけがたいからである。

これに対して目的説は、行為の正当化にとって何ら明確な基準を提供しない点に問題がある。この説の抽象性が批判されるのである。どのような場合に目的が正当なもので、手段が相当なものなのかということを具体的に言及せずに、その短い公式において、一般的な原理を示しているに過ぎないのである[9]。この意味において行為の合目的性という公式は緊急権の形式的な構造を示すにとどまり、比較衡量に際して問題とされる価値の観点が退けられているのである[10]。目的説の言わんとする点は、法秩序との調和、即ち正義の理念であるので、それ自体誤りではなく、むしろ自明のことである[11]。その視点は、本質的に行為無価値に向けられている[12]。しかし、無内容さ、不明確性の故にそれだけでは緊急避難の正当化の基準とはなりえないのである。

（二）利益衡量の観点

ドイツ刑法三四条は、緊急避難行為の正当化に際して利益衡量を規定している。利益衡量説は法益衡量説、目的説で明かになった難点を克服しようとするものである。ここでは法益衡量説と目的説とが組み合わされているのである[13]。

単なる法益の衡量ではなく、利益が衡量されることによって、対立する諸利益の観点（例えば危険の程度）が包括的に考慮されうる。子供が火災で燃えさかる家屋にとり残され、焼死しそうな場合、むしろその窓からその子を外に投げることによって生命を守る唯一の可能性に賭ける行為は、喩えそれによって子供が実際に死に至るとも、正当化されるのである。[14] この事例を見ただけでも利益衡量説が正しい結論へと導くことが明かになる。法益衡量説ではすでに述べたようにこの事例を解決することはできない。何故なら、ここでは何ら法益は対立してはいないからである。目的説に比べると、利益衡量説は正当化にとっての明確な基準が示されるという利点がある。法益衡量説と同様に具体的な判断が可能な比較衡量がなされるからである。[15] 目的説では行為の合目的性が問題となり、その行為が法的に承認された目的の実現のために相当な手段であるかどうかが吟味され、対立する法益の比較衡量は二次的な役割を果たすに過ぎない。しかしながら価値の多様な近代社会においては何が目的にかなっているかを判断することは容易ではない。これに対して利益衡量説は目的説よりもより明確な基準を提供する。なぜならば合目的性ということの代わりに、対立する諸利益の衡量ということが前面に出てくるからである。緊急避難行為にあっては、二つの対立する諸利益の葛藤事情が問題となっているのであるから、この比較衡量という観点は切り離せないものなのである。以上のように利益衡量説は法益衡量説と目的説で示された欠点を補うものであることが明かになる。

（三）利益衡量説と日本刑法三七条

さて、それでは正当化緊急避難の一般解釈原理としての利益衡量説は日本刑法学においてどう取り扱われているのであろうか。日本の文献においては法益衡量説と目的説という概念がしばしば用いられている。しかし、それらが両説の真意を捉えたものであるか疑問の余地無しとは言い切れない。何故なら、日本の法益衡量説においては法益の価値のみならず、一歩進んで「その他の諸事情」も考慮されているからである。目的説という概念にあっても対立する

諸利益の衡量が大きく考慮され、本来の目的説の趣旨を離れている。この意味において、用語法を別にすれば、現実問題としては利益衡量説は根本原理として日本刑法学に受け入れられていると言えよう。(16)

（1） 内藤・刑法講義総論二（一九八六年）、四二一頁。スペイン刑法八条七号も同様に「害悪」という文言を用いている。それによると、「緊急避難の状態においてその害悪を自分からまたは他人から転嫁するために他人の法益、または義務を侵害した場合に配下の条件、即ち①引き起こされた害悪が阻止された害悪を上回っていないこと、②その緊急状態が行為者によって故意に招来されたものではないこと、③緊急状態にある者が職務上自ら犠牲となるべき義務を負っていないこと、これらを満たした場合に」刑法上の帰責はなされない。スペイン刑法については森下忠・スペイン刑法における緊急避難論、「緊急避難の比較法的考察」（一九六二年）、一四二頁、*Cereso*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch, in: Hilde Kaufmann-Gedächtnisschr.（1986）, S. 698 ff.; *Oetker*, Notwehr und Notstand, in: Karl Birkmeyer, Fritz van Calker u. a.（Hrsg.）, Vergleichende Darstellung des Deuschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. II（1908）, S. 379 f.; *Gimbernat*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen（Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision）im spanischen Strafrecht, in: Eser/Perron（Hrsg.）, Rechtfertigung und Entschuldigung III（1991）, S. 71, 74 ff. 参照。

（2） 内藤・前掲書（註1）、四二〇頁以下。同様にドイツ刑法三四条においても価値の高い法益ではなく、保護に値する法益が問題となる。*Roxin*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Jescheck-Festschr. 1. Halbband（1985）, S. 457, 466; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Auflage（1991）（以下 in: Schönke/Schröder と略す）, § 34 Rdn. 25; *Wessels*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 21. Auflage（1991）（以下 *Wessels*, AT と略す）, S. 89. ドイツ刑法三四条については後掲資料参照。

（3） *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 10. Auflage（1978 ff.）（以下 in: LK と略す）, § 34 Rdn. 2; *Lee*, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB（1978）（以下 *Lee*, Interessenabwägung と略す）, S. 53; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand（1965）（以下 *Lenckner*, Notstand と略す）, S. 51; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I（1992）（以下 *Roxin*, AT I と略す）, S. 452 ff.

（4） RGSt. 61, 242, 254.

（5） 例えば *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Auflage（1932）, S. 206 f.; *Eb. Schmidt*, Das Rei-

chsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW 49 (1929), S. 350, 375 ff. ; *Heinitz,* Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 211 (1926), S. 117; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht (1932), S. 88 f. ; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlung (1905) S. 47 ff. ; *ders.,* Recht und Irrtum, Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre (1925), S. 14; *Wachinger,* Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes, in: Frank-Festgabe I (1930, Neudruck: 1969), S. 469, 476, 510 ff. ; *Grünhut,* Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51 (1931), S. 455, 460 ff. ; *Siegert,* Notstand und Putativnotstand (1931), S. 24 f. ; *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 10. Auflage (1967), S. 87; Welzel は当初その教科書第二版まで目的説に批判的であったが、第三版以降第一〇版まで目的説を支持し、第一一版で再びその立場を替えている。*Welzel,* Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 3. Auflage (1944), S. 77; *ders.,* Das deutsche Strafrecht, 2. Auflage (1949), S. 53 f.; 3. Auflage (1954), S. 66 f., 133; 11. Auflage (1969), S. 91 参照。学説全般については *Lenckner,* Notstand, S. 60 ff. を見よ。日本では最近、吉田宣之が一般的正当化事由としての目的説を唱えている。吉田・違法性の本質と行為無価値（一九九二年）三四〇、三四五頁以下。

(6) （二）で取り上げる「消防士の事例」を考えてみよ。

(7) *Hirsch,* in: LK, § 34, Rdn. 2; 吉田・前掲書（註5）三二二頁。

(8) *Jescheck,* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage (1988)（以下 *Jescheck,* AT と略す）, S. 291.

(9) *Lee,* Interessenabwägung, S. 75.

(10) *Hirsch,* in: LK, § 34, Rdn. 2.

(11) *Eb. Schmidt,* ZStW 49 (1929), S. 350, 374 f. ; *Lenckner,* Notstand, S. 70 f.

(12) *Jescheck,* AT, S. 292 参照。

(13) *Lee,* Interessenabwägung, S. 57. 吉田は利益衡量説が質的に目的説とは一致しないとしている。また、利益衡量説が専らいわゆる結果無価値論とのみ調和するという主張に対して、「利益」の概念は客観的、具体的、個人主義的のみならず、また主観的、抽象的、普遍的でもある包括的な概念であるとする。吉田・前掲書（註5）五五、二九九、三二三頁、内藤・前掲書（註1）、三二五頁。なお、後出註16参照。

(14) *Hirsch,* in: LK, § 34 Rdn. 59; *Lenckner,* in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 8a; *Jakobs,* Strafrecht, Allgemeiner

Teil, 2. Auflage (1991), S. 425; *Roxin*, AT I, S. 484; *Herzberg*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 882; *Ulsenheimer*, Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung, JuS 1972, 252, 255; *Spendel*, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, 137, 141. なおこの事例は、Welzel の教科書にもみられる。*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage (1969), S. 91. 彼がこの事例を最初に取り上げたのは、*ders.*, Um die finale Handlungslehre (1949), S. 21 で、教科書で最初に登場するのは第三版からである。*ders.*, Das deutsche Strafrecht, 3. Auflage (1954), S. 66 参照。

(15) 内藤・前掲書（註1）、三一三頁以下。これとは反対に、レンクナーは優越的利益の原則も目的説の公式と同様に形式的な基準にとどまるとしている。*Lenckner*, Notstand, S. 128.

(16) 福田は、利益衡量説はいわゆる結果無価値の観点からは説明し得ず、むしろ行為無価値、結果無価値の両者を考慮する人的不法論を前提とせねばならないとする。しかし、福田自身は利益衡量説そのものを支持するのではなく、社会相当性説を主張する。福田・刑法総論（一九八四年）、一四一（註三）頁。同旨、吉田・前掲書（註5）三一九頁以下。このような批判に対して、内藤は、利益衡量説はそれでもいわゆる結果無価値論と調和すると主張する。内藤・前掲書（註1）、三一五頁。けれども福田の指摘するように結果無価値以外の要素を考慮するのであれば、むしろ「利益衡量説＝結果無価値論」の図式は修正せざるを得ないであろう。平野は法益衡量説を主張するが、「法益」を「一般的価値」として解するため、法益衡量ではなく価値衡量がなされる。この場合平野によれば法益衡量説におけるような法益の抽象的価値秩序による衡量が問題なのではなく、価値の一般的な観点が問題となる。平野・刑法総論Ⅱ（一九七五年）、二一五頁。この意味で平野の見解は（本人の目論見と離れるであろうが）利益衡量説に近づかざるをえない。

三　自律の原則　Autonomieprinzip

利益衡量説を正しく理解するために自律の原則という問題を更に検討してみよう。良く挙げられる講壇事例として次の様なものがある。ある病院で重症患者Bのために緊急輸血が必要になった。医者Aは第三者Cから医療上の処置を施した上で強制的に採血し、輸血に利用した。(17)

（一）利益衡量説の観点による解決

問題はこの採血行為が正当化緊急避難によってカバーされるかどうかである。ここでは患者Bの生命と傷害罪としての第三者Cの身体の完全性（Körperliche Unversehrtheit）が対立している。対立する法益という観点からのみこの事例を検討すると、生命という法益は身体という法益を凌ぐものであるから、その行為は正当化されることになり、第三者Cはこの強制採血を甘受せねばならなくなる。医師Aの行為は正当化されることになるのである。[18]

これとは異なり、利益衡量説では、身体の領域に関する人間の自律の原則が考慮されねばならない。個人の自己決定と尊厳という観点からすれば、重大な身体的侵襲は強制されてはならないのである。[19]従って第三者Cは献血する義務を負わず、医師Aの行為は正当化されない。[20]

（二）相当性による解決

法益衡量説の問題点は、強制採血行為が正当化された場合に、行為の正当化が即ち第三者Cにとって採血を甘受する義務を意味することである。従ってCはこの身体的侵襲を甘受せねばならないことになる。しかし、Cがこの身体的侵襲を甘受せねばならない実質的根拠はない。保護法益の価値が優越しているというだけでは今なお十分な説明とは言えないのである。人間は目的それ自体であり、決して手段として利用されてはならない。[21]さもなくば、人格や個人が否定され、唯物的功利主義や全体主義が法秩序を支配することになりかねないからである。これに対して自由で民主的な社会においては、個人の自己決定と尊厳が承認されねばならない。これによれば個人の意思に反した強制採血という身体的侵襲は正当化されてはならないのである。従って、説例の医師の行為を正当化しないという結論を導くために、強制採血の行為は「相当」とは言えないという主張が一部でなされている。[22]これによれば、正当化緊急避

難の成立は緊急避難行為としての相当性を欠くが故に否定されることになる。このように相当性という観点から修正がなされるのである。[23] この主張では緊急避難について比較衡量や補充性といった形式的なメルクマールの他に行為の相当性という別の要件が加わることになる。確かに強制採血の事例にあっては保護法益の価値の優越と補充性は認められる。なぜならば、生命は身体の完全性を少々害することに優越し、患者Bの死は輸血によってのみ避けられるからである。しかし、それにもかかわらず強制採血行為はもはや「相当な」ものとは言えず、行為は正当化され得ないのである。[24]

（三）私見と結論

法益衡量説を前提とする限り、強制採血の事例を相当性という観点のもとで取り扱おうとする見解は首尾一貫したものではある。さもなくば、この見地からは行為の正当化を拒み得ないことになってしまい、自由な市民社会では受け入れ難い結論に至ることになるからである。しかし、既に述べたように、法益衡量説はそもそもそれ自体として支持され得ないのである。[25] この説では対立する法益の抽象的な価値秩序が決定的なものとならねばならないが、比較衡量に際しては対立する法益の価値のみならず、その他の諸事情、つまり対立する諸利益も考慮されねばならない。[26] 更に、この強制採血の事例において「法益衡量―相当性」という構造の弱点が示される。利益衡量説によって直接結論に到達できるにもかかわらず、何故相当性という回り道をしなければならないのか理解しがたい。利益衡量説が必要としない調整の役割を果たす別の修正が必要であることは、「法益衡量―相当性」という構造の弱点に他ならないのである。この欠点の原因は法益衡量説が対立する法益の価値秩序にだけ着目し、比較衡量に際して対立する法益の抽象的価値のみを考慮することにある。そのため、比較衡量で評価し切れなかった観点を次の相当性にまで引きずっていくことになるのである。このような理由から利益衡量説が採用されるべきなのである。諸利益を対置することによ

って、第三者Cから強制的に採血がなされたという事情が重要な意味をもってくる。この場合、生命と身体の葛藤事情において、優越する法益の保護のための行為が問題となるが、個人の自己決定と尊厳という観点から様々な諸利益が評価されねばならないのである。[27] 利益衡量によって正しい解決がなされるのであるから、わざわざ相当性という別の観点を持ち出してくることは必要ではない。[28]

(17) 米田・「緊急避難における相当性の研究」司法研究報告書一九輯二号（一九六七年）（以下「相当性の研究」と略する）、四二、一九四頁、同・犯罪と可罰的評価（一九八三年）、一六八頁。

(18) Gallas はこの事例を法益衡量説の批判の中で挙げた。*Gallas*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission（以下 Niederschriften と略す）, 2. Bd., S. 151; *ders.*, Niederschriften, 12. Bd., S. 164; *ders.*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, in: *Mezger-Festschr.* (1954), S. 311, 325 f.; *Horstkotte*, Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform in der 5. Wahlperiode(1966-1969) (以下 Prot. V と略す), S. 1799 参照。

(19) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 68. また、*Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 23 f. も参照せよ。

(20) *Hirsch*, in: LK § 34 Rdn. 68; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 41e; *ders.*, Notstand, S. 117（目的説に対する批判として挙げている）; *Dreher*, Niederschriften, 12. Bd., S. 178（しかし、*ders.*, Prot. V, S. 1799 と対比せよ）; Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 (mit Begründung), S. 160. また、Horstkotte は医師の正当化の可能性を認めている。*Horstkotte*, Prot. V, S. 1799. さらに、もしCが保証者的地位にあるならば、正当化の可能性は否定されない。この場合、強制採血は一定の条件のもとでは正当化されることになる。*Hirsch*, in: LK, § 34, Rdn. 68; *Wessels*, AT, S. 93; *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Auflage (1988), S. 147. 保証者的地位の問題を越えて正当化の可能性を認めるのは *Roxin*, AT I, S. 467; *Delonge*, Die Interteressenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen (1988), S. 150 ff.; *Baumann/Weber*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage (1985), S. 350.

(21) *Welzel*, Niederschriften, 12. Bd., S. 178 f.

(22) Lee と Kienapfel によれば、強制採血の事例は利益衡量説によれば、正当化されるべきだとする。しかし、彼等はこの場合、相当性条項を用いて正当化の結論を引き出す。*Lee*, Interessenabwagung, S. 113 f.; *Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ, 1975, 421, 429. この点につき、後出註42参照。

(23) 米田・相当性の研究、四二、一九四頁。

(24) 米田・相当性の研究、一九四頁。

(25) 二（一）及び（二）参照。

(26) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 2; *ders*., Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA, 1985, 295, 299. ドイツ刑法三四条はこの見地から規定されたものである。

(27) 内藤・前掲書（註1）、四二〇頁。

(28) にもかかわらず、Lee は、この強制採血の事例を社会倫理的な視点から相当性条項を通じて解決しようとする。*Lee*, Interessenabwägung, S. 113 f. また、Roxin も相当性条項の必要性を主張する。そこでは、人間の尊厳との調和を考慮にいれて衡量がなされねばならないとしている。*Roxin*, Jescheck-Festschr., S. 457, 466; *ders*., AT I, S. 482 f. この問題についてはさらに後出註42も参照。

四　相当性条項

（一）概説

ドイツ刑法三四条後段は正当化緊急避難の最後の要件として「行為が危険を避けるのに相当な手段であること」と規定している。これが備わって当該行為が正当化される。これに対して日本刑法三七条にはそのような相当性条項は規定されていない。にもかかわらず一部の学者はこの相当性という要件を正当化緊急避難の書かれざるメルクマールと認めている。(29)

ここで注意すべきは、緊急避難行為が相当性の観点の下でもう一度検討されねばならないという見解に実は二つの

バリエーションがあるということである。一つの主張はドイツ刑法三四条におけるのと同様に相当性条項を最後のチェックポイントとするのである。[30] もう一つの主張によると、そこで言う相当性は社会相当性という考え方から導き出され、正当化事由の一般原理たる社会相当性がここでも機能する。[31] つまり、社会相当性は正当化の一般的上位概念と見られるのであり、第一の見解とは異なって、正当化緊急避難の独立した要素を形成するわけではない。

(二) 相当性条項の実務上の意義

それでは果たして、この条項がそもそも必要なのであろうか。またもし必要であるとすると、どのような事例で問題とされるのであろうか。このことを次にいくつかの事例を検討しながら論じてみたい。

(イ) 雨傘の事例

緊急避難行為の「相当性」が問題となる事例として良く挙げられるのは、雨傘の事例である。にわか雨の時、高級なコートを身につけた婦人が安いコートを身につけた人から、傘を奪い取った。さもなくば、その高級なコートが台無しになってしまうからである。[32] 佐伯はこの事例を引用し、相当性条項の必要性を説いた。[33] 単に法益衡量説を前提とすればここで保護された高級なコートの価値は安いコートの価値に優越し、よって比較衡量の結果、違法性は欠落することになろう。しかし佐伯はこの行為は更に相当性という観点で検討さるべきだとし、ここではそれが備わっていないとするのである。従って結論として、佐伯の見解では、正当化緊急避難の最後の条件が備わっていないために、この女性の行為は正当化されないのである。[34] つまり、ここでも「法益衡量－相当性」という二重構造の図式が示される。これに対して内藤はわざわざ相当性条項を引用しなくとも、このような解決は単に利益衡量をすることによってなされうるとする。[35] 比較衡量に際しては、法益の価値を越えてその他の諸事情が考慮さるべきなのであるから、利益衡量を通じて正当化の可能性は既に否定されているのである。[36]

まずこの事例が如何に解決さるべきかが明らかにされねばならない。すなわち、利益衡量で正当化の可能性を否定すべきなのか、相当性という観点を通じて取り扱うのか、それとも他の視点から検討さるべきなのであろうか。ところで、緊急避難の要件においてまず検討されねばならないのは、緊急避難を基礎付ける危難が存在するかどうかということである。先にあげた雨傘の事例では実は、国民全員に対する危難が問題となっていることがはっきりしてくる。何故なら、通常の気象事情は何ら緊急避難として問題となるべき危難をもたらさないからである。[37] コートが痛むという意味での危難は確かに存在するが、社会的困窮状態と同様に全員がこれを甘受せねばならないのであって、緊急避難を基礎付ける意味での危難はこの場合には存在しない。[38] 例えば戦時中には国民の経済的緊急状態が存在するが、これだけでは緊急避難の状態を基礎付ける危難を認めるには不十分なのである。[39] さもなくば無政府状態を認めることになるからである。[40] 全国民を一様に襲う危難は緊急避難を基礎付けるものではない。このことは先にあげた事例においてそもそも緊急避難の状態が存在しないことを意味し、よって、正当化緊急避難の可能性はすでに「危難」というメルクマールの段階で否定されている。つまりここで利益衡量とか相当性を持ち出す必要はないのである。これに対して、一般に甘受さるべき危難の限界を越えた場合には、緊急避難として問題となる危難が認められる。このような例としては、衣服を強奪された後、冬の寒さのさなか表通りに放り出され、凍死しそうな場合が挙げられる。[41]

（ロ）　その他の事例の取扱い

相当性の問題として文献上議論されているその他の事例は実はすでに利益衡量を通じて解決される。[42] 日本においては雨傘の事例や強制採血の事例、自招危難だけが議論されているが、相当性の問題として扱われるか否かでドイツで争われている事例はそれ以外にもいくつかある。しかしそれらも利益衡量や「已むを得ず」という要件のもとで検討さるべきである。緊急避難の一般的な要件の代わりに相当性条項によって初めて問題となるような事例はいずれにしても存在しない。[43]

(三) 相当性条項の理論上の意義

これまで述べてきたことから分かるように、相当性条項は内容的に何ら新しい視点を提供するものではない。せいぜいそれまでに検討さるべきメルクマールに基づいてすでに確定されたことをもう一度いい直すに過ぎない。[44] このため相当性条項は不必要であるとも言える。[45]

(イ) ドイツ刑法三四条における相当性条項

ドイツ刑法三四条後段の相当性条項は目的説の影響に基づいて歴史的にのみ説明可能であることに注意せねばならない。[46] すでに述べたように目的説は基本的には正しいが、同時にその抽象的公式ゆえに何ら具体的な基準が導き出され得ないという欠点を含んでいる。つまりそれは単に形式的な記述に過ぎないのである。しかし、このような目的説の考え方に基づいて、利益衡量によって得られた結果が本当にあらゆる重要な観点を考慮したかどうかをもう一度検討せねばならない。[47] 要するにドイツ刑法三四条後段の相当性条項は利益衡量に対して独立した第二の評価段階を形成するものではないことが明かになる。それはただ単にコントロール条項として役立つに過ぎないのである。緊急避難行為者の行為が一般的価値観念に照らして適正で、法に適った解決がどうかが検討される。[48] そして否定的判断を受けた場合には、利益衡量に際して実は何か誤りがあったということに他ならないのである。

(ロ) 日本刑法三七条における相当性条項

日本刑法三七条は文言上そのような相当性条項を含んでいない。しかし、これまで見てきたように、相当性はコントロール条項としてのみ機能するのであるから、この意味で相当性条項は日本刑法三七条にとっても同様に必要とされる。その場合、コントロール条項の意味するところは正当化緊急避難の諸条件の検討にあたって、甘受義務を常に念頭におくということなのである。

相当性条項が専らコントロール条項、あるいは独立した第二の評価段階を形成するのかという議論には触れず、日本刑法学の一部でも、相当性条項を日本刑法三七条の書かれざるメルクマールとしてとらえようとする考え方が主張されている。また、社会相当性の理論の主張者たちも日本刑法三七条の諸条件の検討の後でもう一度全体的コントロールが必要だとしている。[49] この場合、社会相当性の理論は一般的正当化事由として機能する。それによれば、行為はこの一般的正当化原理の視点のもと、正当化するについて当該行為が社会的に相当かどうかが検討されねばならないのである。つまり、相当性条項は緊急避難にとって固有な条項でなく、正当化の一般原理なのである。

周知のように、社会相当性の理論は何ら具体的な基準を提供するものではなく単なる空虚な公式に過ぎず、それ自体としては支持されえないが、この理論が相当性条項のように緊急避難についての一般的コントロール条項と限定して考えるならば、その理論に何ら問題はないのである。その場合にはこの社会相当性の理論は単にコントロール条項に形が変わるのである。その限りで相当性条項と社会相当性の理論には内容的な違いはなくなるであろう。[50]

(29) 佐伯・四訂刑法講義総論（一九八一年）、二〇七頁、中・口述犯罪総論（一九八〇年）、一四三頁、米田・相当性の研究、一四頁、同・犯罪と可罰的評価、一六一頁、福田・前掲書（註16）、一三三、一五一（註四）、一五三（註三）頁、同・「社会的相当性」団藤編・刑法講座二巻（一九六三年）（以下「社会的相当性」と略する）、一二〇頁、大谷・刑法講義総論（第三版）（一九九一年）、二七五頁。

(30) 佐伯・前掲書（註29）、二〇七頁、中・前掲書（註29）、一四三頁、米田・相当性の研究、一四頁、同・犯罪と可罰的評価、一六一頁。

(31) 福田・前掲書（註16）、一三三、一五一（註四）、一五三（註三）頁、同・社会的相当性、一二〇頁、大谷・前掲書（註29）、二七五頁。

(32) *Welzel*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage (1943), S. 64（この事例は一九四九年の教科書第二版まで引用された。*ders.*, Das deutsche Strafrecht, 2. Auflage (1949), S. 54）; *Bockelmann*, Niederschriften, 12. Bd., S. 162; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage (1979), S. 102（この事例は一九八七年の教科書第四版では、

もはや引用されていない); *Dreher*, Prot. V, S. 1799; *Jescheck*, AT, S. 321; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, 421, 429; *Joerden*, § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, 411, 412（その論文の中でこの事例が Bockelmann によるものとしているが、これは間違いである）、日本ではこの事例以外にも、にわか雨を避けるために住居侵入をしたという事例もあげられている。佐伯・前掲書（註29）、二〇八頁、中・前掲書（註29）、一四三頁、米田・相当性の研究、一九四頁、同・犯罪と可罰的評価、一六八頁。

(33) 佐伯・前掲書（註29）、二〇八頁。同旨、中・前掲書（註29）、一四三頁、米田・相当性の研究、一九四頁、同・犯罪と可罰的評価、一六八頁。

(34) 佐伯・前掲書（註29）、二〇八頁。同旨、中・前掲書（註29）、一四三頁、米田・相当性の研究、一九四頁。

(35) 内藤・前掲書（註1）、四二〇頁。

(36) 内藤・前掲書（註1）、四二一頁。同旨、青柳・刑法通論Ⅰ総論（一九六五年）、二一八頁。

(37) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 38.

(38) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 38. 同旨、*Kienapfel*, ÖJZ 1975, 421, 430（それにもかかわらず、Kienapfel はこのような事例を相当性の観点の下で取り扱おうとする）、後出註41参照。また Joerden はこの Hirsch の見解を批判している。全員が甘受せねばならない危難と転嫁できる危難と区別するのはおかしく、あくまでも「危難」は「危難」であるというのである。*Joerden*, GA 1991, 411, 413. しかし、緊急避難における「危難」は、規範的に解釈さるべきであろう。さもないと誤想避難の概念が意味を持たなくなるからである。危難の概念は評価と結び付いているので、確定したものではないが、行為者の表象にのみ結び付いた危難の概念は緊急避難における「危難」の概念としては受け入れられない。この点については、*Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 26 ff., 38; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 12 ff., 41d; *ders*., Notstand, S. 136 Fn. 159 を参照。

(39) 社会的緊急状態については OLG Celle HESt. 1, 139; *v. Weber*, Vom Diebstahl in rechter Hungernot, MDR 1947, 78; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 41d を参照せよ。尚、Maurach/Zipf は、この社会的緊急状態においては全住民に対する「高められた」危難甘受義務が問題であり、よって行為の相当性が欠如すると主張する。*Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 7. Auflage (1987), S. 374. しかし、そのような「高められた」危難甘受義務は認めらるべきではなかろう。なぜなら、住民がそのような高められた危難甘受義務を負わされているとはいかなる理由からも考えられないからであり、よって Maurach/Zipf の主張する「高められた」危難甘受義務の観点は支持されえない。この問題

については更に、OLG Kiel HESt. 1, 140 も参照のこと。

(40) OLG Celle HESt. 1, 139, 140.

(41) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 38.

(42) 三、参照。同旨、*Lenckner*, Notstand, S. 123. Lee は利益衡量説を採るにもかかわらず、強制採血の事例は、社会倫理的な価値観が問題となるために相当性の下で初めて取り扱われるべきであるとする。*Lee*, Interessenabwägung, S. 113 f. 同様に Kienapfel も社会倫理的に認容し難い事例における相当性条項の重要性を強調する。ここには、雨傘の事例も含まれる。*Kienapfel*, ÖJZ 1975, 421, 429 f.; *ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 27. 1. 1976 — 1 StR 739/75, JR 1977, 26, 28. 同旨、*Roxin*, Jescheck-Festschr., S. 457, 466; *ders.*, AT I, S. 483.

(43) その他の事例の取扱いについては、*Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 80; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 47; *Roxin*, AT I, S. 482 が詳しい。また、自招危難の問題については、*Onagi*, Die Notstandsregelung im japanischen und deutschen Strafrecht im Vergleich (1993), S. 116 ff. も参照。

(44) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 79; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 46.

(45) BT-Drucks. V/4095, S. 15 は、これとは反対の立場を主張する。

(46) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 38; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rdn. 2, 46; *Küper*, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81, 86; *Roxin*, AT I, S. 481. 日本では、内藤・前掲書（註1）、四二七頁。

(47) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 79. 結論的に同旨、*Lee*, Interessenabwägung, S. 113. Lee は、相当性条項を利益衡量の修正機能並びにコントロール条項と位置付ける。米田も同様の見解で、相当性条項は、社会の複雑な現実に矛盾なく対応し、適切な結論を獲得するために緊急避難の規定（ドイツ刑法三四条前段）に柔軟性を与えるものであると主張する。米田・相当性の研究、一七頁。

(48) *Hirsch*, in: LK, § 34 Rdn. 78.

(49) 大谷・前掲書（註29）、二七五頁。反対として、内藤・前掲書（註1）、四二一頁。相当性条項は内容的に何ら新しいものをもたらさないから、不必要であると主張する。

(50) 福田、大谷が一般的正当化事由としての社会相当性を主張する。これについては、福田・前掲書（註16）、一三三頁、同・社会的相当性、一一八頁、大谷・前掲書（註29）、二三七頁。この社会相当性の理論と内容的に同じ物として、団藤・刑法

綱要総論（第三版）（一九九〇年）、一八八頁、大塚・刑法概説総論（第三版）（一九八六年）、三二七頁、同・刑法の焦点三（違法性）（一九八九年）、四六頁、西原・刑法総論（一九七七年）、一一〇頁。大塚は、「社会」という言葉の多義性にかんがみ、それを補う意味で、「国家的」「倫理的」という形容詞を付け、「国家社会的倫理秩序」という用語を用いている。

五　まとめ

以上検討してきたように、正当化緊急避難の要件の中で利益衡量という考え方は非常に重要な役割を果している。そして、他の要件と共に、正当化緊急避難の存否を決定しているのである。一部で重要視されている緊急避難行為の相当性は、実はそれらの個々の要件においてすでに検討された問題を最後に包括して吟味、コントロールするだけの機能しか持たず（コントロール条項）、その意味で独自の機能を果たすわけではない。

〔資料〕　ドイツ刑法三四条

生命、身体、自由、名誉、財産、又はその他の法益に対する他の方法をもってしては回避することの出来ない現在の危難の中で、自己又は他人をその危難から避けるため、行為を行った者は、対立する利益、殊に当該法益とそれをおびやかしている危険の程度とを考量し、保護された利益が侵害された利益をはるかに超えているときは、違法に行為をしたものとはならない。ただし、その行為が、危難を回避するために適切な手段である場合に限る。（宮澤浩一訳　法務資料四三九号（一九八二年））