

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 5 月 26 日現在

機関番号：11301

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2015

課題番号：25780042

研究課題名(和文) 緊急避難論の基礎的考察 大規模災害における犯罪行動への適切な対応を目指して

研究課題名(英文) Research on the principle of necessity

研究代表者

遠藤 聡太 (ENDO, Sota)

東北大学・法学(政治学)研究科(研究院)・准教授

研究者番号：00547820

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,900,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、特定の利益を侵害の危険から守るために他者の正当な利益を犠牲にする行為に対し犯罪の成立を否定する緊急避難の法理について、刑法37条の沿革と英米独の議論の現状を踏まえながら検討を加え、既存の法制度の想定を超えた状況において、心理的圧迫の下、害悪を最小化することが不処罰の基本要件となり得ることを明らかにするものである。

研究成果の概要(英文)：This research examined the principle of necessity that justifies or excuses an act which harmed legitimate interests in order to protect those of oneself or others from danger, based on the history of Article 37 (Japanese Criminal Code) and the present arguments in England, America, and Germany, and concluded that it would be necessary for impunity that the act minimizes harm in the situation beyond the scope of existing legal systems' assumption and under the psychological pressure.

研究分野：刑事法学

キーワード：緊急避難 優越的利益原理

1. 研究開始当初の背景

緊急避難論では伝統的に、第三者の正当な利益を侵害する避難行為が不処罰とされる根拠を考察し、その根拠に基づいて要件を解釈するという方法が採られてきた。法益の保護を目的とする刑法において、法益侵害行為を不処罰とする判断が正当化されるためには十分な根拠が必要であろう。それゆえこうした要件解釈の方法自体は正当というべきである。

しかしその一方で、明確な根拠に基づいた要件解釈論の構築ないし精緻化はなお不十分なものととどまっているように思われる。例えば、「危難」の意義及び判断方法は、刑法 37 条を適用するうえで極めて基本的な論点であるにもかかわらず、これまでほとんど議論されてこなかった。また、「やむを得ずにした行為」の意義については、危難転嫁以外に「現実的可能性のある」危難回避の方法がないことをいい、「絶対に他の方法がないという必要はない」と解する立場が一般的であるが、「現実的可能性」の具体的な判断方法はもとより、そのように解する根拠も未だ明らかとは言い難いように思われる。

こうした状況をもたらした直接の原因として、刑法 37 条の適用が現実に問題となる事案が少ないという事情を挙げることができる。学説が念頭に置く事例の多くは論者の問題関心に沿って条件が設定されたいわゆる教室設例であることが多く、論者の想定を超えて個々の要件解釈論を精緻化する現実的な要請が働くことはあまりなかったといえよう。

しかし、現在の日本は、そのような学説の態度に再考を迫る社会状況にあるといえる。2011 年 3 月 11 日の東日本大震災では、直後の混乱状況に起因すると思われる犯罪、特に食品やガソリンといった生活必需品の窃盗事件の増加が報じられたが、その中には刑法三七条の適用が問題となりうる事案も相当数含まれていたのではないかと推測される。例えば、2011 年 3 月 17 日朝日新聞東京本社版夕刊 11 面は、自動販売機を破壊して取り出した飲料を近所に避難する高齢者に配布する高校生の姿を報じている。当時の混乱状況を考えれば、こうした行為を器物損壊罪や窃盗罪に問うのが酷であることは明らかともいえよう。しかし、行為後間もなく救援物資を載せたトラックが到着したとか、自動販売機の所有者が飲料にありつけず脱水症状等の健康被害を被ったといった事情が加わってくると、判断は微妙なものになってくるように思われる。

今後も同様の大規模災害の可能性が指摘されていることなどをふまえると、明確な根拠に基づく刑法 37 条の要件解釈論の提示は、緊要な課題の一つというべきである。

2. 研究の目的

本研究は当初このような問題意識から、

刑法 37 条が前提とする緊急避難論の解明、外国における現在の緊急避難論の検討、刑法 37 条の具体的な要件解釈論の提示を具体的な目的として設定した。

3. 研究の方法

以上の目的を達成するため、具体的には次のような順序及び方法で調査・研究を行うこととした。

第一に、予備的作業として、刑法 37 条に係る諸文献と裁判例を網羅的に検討し、日本の緊急避難論の現状を把握・分析する。

第二に、刑法 37 条が前提とした緊急避難論を明らかにする観点から、刑法 37 条の前身である旧刑法 75 条をめぐる議論、刑法 37 条の起草過程における議論のほか、起草に影響を与えた可能性のあるドイツ及びイギリスの当時の緊急避難論について、調査・検討する。

第三に、刑法 37 条が前提とする緊急避難の法理を相対化ないし深化させる観点から、ドイツ及び英米法圏において現在展開されている緊急避難論について調査・検討する。

第四に、以上の作業を踏まえ、刑法 37 条に関する具体的な要件解釈論を検討し、提示する。

4. 研究成果

本研究の具体的な成果は大要以下のようにまとめることができる。

(1) 刑法 37 条に関する議論の現状を不処罰根拠論と要件解釈論の二つに分けて調査・検討した結果、不処罰根拠論については、責任阻却説が害の均衡要件との不整合を未だ解決できていない一方で、通説的な地位にある違法阻却説も、違法阻却を基礎付ける実質的根拠に関し「害悪の最小化」、すなわち社会全体の利益減少を最小限にとどめるべきであるとする発想、以外の規範的考慮の要否とその具体的内容、その相互関係等の点で不明確な部分を多く残していること、要件解釈論については、利益衡量には還元し得ない規範的考慮を背後に窺わせる解釈論が主張されているものの、そうした考慮の内容と理論的根拠には不明確な部分が残っており、そもそも刑法 37 条との関係でそうした解釈が可能であるのか等更なる検討を要することがそれぞれ確認された。

(2) 刑法 37 条の前提とする緊急避難論について、国会議事録等の直接的な立法資料のほか、起草に関わった学者・実務家等の著作を調査した結果、主として次の 3 点が明らかとなった。

第一に、害の均衡の条文化に至る経緯である。緊急避難の不処罰要件として害の均衡を要求する見解は、1893 年(明治 26 年)に「欧州諸国の学者」の見解として起草過程に登場し、明治 33 年(1900 年)改正案の理由書レベルにおいて承認され、明治 34 年(1901 年)改正案において条文化された後、実質的な変

更を受けることなく、1907年（明治40年）成立の刑法三七条として結実した。害の均衡は起草過程において比較的早い段階で要件化され、数次にわたる審査に耐えてきたものといえる。

第二に、緊急避難の不処罰根拠に係る議論の変遷過程である。改正作業の初期段階においては、フランス刑法学の影響の下で「自由」の欠如に依拠する見解が通説的地位を占めていたが、早くから害の均衡要件との不整合が指摘されるとともに、意思自由論に対する批判が一般化したことを背景として次第に支持を失い、明治40年（1907年）改正案の理由書において不採用を明言された。これに代わる見解としては、大きく自己保存本能に依拠する見解と権利の衝突状況それ自体に着目する見解が主張されており、後者の見解が一般に支持を集めたが、害の均衡要件の位置づけについては理解が分かれており、議論に一致をみない状況にあった。

第三に、「害悪の最小化」という規範的考慮に結びつく見解の存在である。害の均衡要件の起草趣旨については、1902年（明治35年）の政府答弁が「中間の一の行為」＝「放任行為」としての性格から同要件の必要性を説明するものの、不処罰範囲を制限する具体的基準が害の均衡性に求められる実質的根拠は明らかではなかった。しかし、起草委員らの著作に目を転じると、石渡敏一、岡田朝太郎、勝本勘三郎らが社会全体の利益を問題とする見解を主張しており、害の均衡要件が「害悪の最小化」という規範的考慮に基づいて起草された可能性を示唆するものとして注目される。

以上の検討は当初、議会資料など直接の立法資料に現れた緊急避難論と、三名の政府委員すなわち倉富勇三郎・石渡敏一・古賀廉造の緊急避難論の検討をもって足りると考えていたが、調査の過程で、その全体像をより正確に把握する必要を感じ、最終的にはNDL近代デジタルライブラリーなども活用しながら、現行刑法の成立まで出版された教科書・解説書等のうち現時点でアクセスが可能なもの（その数は千を超える）を網羅的に調査する形で行われることになった。

（3）刑法37条の前提とする緊急避難論については、以上の成果を踏まえつつ、害の均衡要件の背後に「害悪の最小化」という発想を見出すことの可否、刑法37条においてそれ以外の規範的考慮の余地を排除することの可否を確定する観点から、次に、起草当時のドイツとイギリスにおける緊急避難論の調査検討を行った。

起草当時のドイツにおいては、緊急状態の一般的特徴を正当な利益（権利、法益）の二律背反的な衝突に求めたうえで、衝突利益の直接の帰属主体を離れたいわば社会的見地から、可能な限り多くの利益を保全する避難行為に一定の合理性を認める理解から、害の均衡を不処罰の要件とする見解が一般化し

ており、害の均衡要件が「害悪の最小化」、すなわち社会全体の利益減少を最小限にとどめるべきであるという発想に基づくことは明らかであるといえる。他方で、「害悪の最小化」という規範的考慮の射程、すなわち害悪を最小化することが単独の不処罰根拠となり得るか、また権利行為としての性格を認める根拠となり得るかという点については理解が分かれており、可罰性との関係では、害悪の最小化という発想を重視しながらも、更に保全利益の優越や心理的圧迫を要求する形で、緊急避難の成立範囲を限定する見解が有力であり、権利性との関係では、当該発想に権利性の根拠としての資格を与えない見解のほか、立法者による承認を更に要求する見解が有力に主張されていたことが確認された。

起草当時のイギリスにおいては、任意性ないし自由意思の制約を不処罰根拠の基本に据えつつ、害悪の最小化の観点から害の均衡も要求する理解が有力に主張される一方、そうした理解を採る論者も含め、緊急避難の法理をあらゆる犯罪に適用し得る形で一般化することに対しては批判的な態度が一般的であった。特に、殺人罪と窃盗罪に関しては、それが自己の生命を保全するために必要な行為であっても緊急避難の抗弁を認めない理解が有力であり、その理由については、公的救済制度が十分に整備されていること、緊急避難に名を借りた犯罪行為の増加などにより他者の利益状態の不安定化が懸念されること、犯罪成立後の恩赦による個別的救済による対応が合理的であること等が挙げられ、さらに殺人罪に関しては「無実の人間を殺してはならない」とも指摘されていたことが確認された。

以上の調査検討から、害の均衡要件は「害悪の最小化」という規範的考慮を基礎とするものである一方で、当該考慮の射程は限定的に捉えられる傾向にあったことから、害の均衡要件の採用は、他の規範的考慮の排除を必ずしも意味しない、と結論付けることができる。

（4）これらの点を踏まえると、刑法37条の立法趣旨の解明にあたって先ず問われるべきなのは、上記のような議論状況において起草者が「害悪の最小化」を「徹底」する理解を意識的に採用したか、ということになる。そして、現時点ではそのような立法的決断をうかがわせる確たる事情は見あたらないように思われる。

そのうえで、刑法37条が「害悪の最小化」の他にいかなる規範的考慮を基礎とするかについては、現時点では確定的な結論は下し得ないが、少なくとも、心理的圧迫に基づく非難可能性の「低下」を併せて基礎とするものと理解することは十分に可能と思われる。また、ドイツ及びイギリスの当時の議論から「害悪の最小化」の効力を立法者の態度との関係で確定するという思考枠組みを抽出す

ることができるが、これは「特定の利益衝突状況に関する立法者の態度の優先」という形で一般化することができ、刑 37 条はこのような規範的考慮をも基礎にしていると理解する余地があり得るように思われる。

(5) 現在のドイツ及び英米法圏の緊急避難論については、特に次の点を指摘できる。

まず、ドイツ刑法は、緊急避難に関する規定として、正当化緊急避難に関する 34 条と免責的緊急避難に関する 35 条を有するが、違法減少と責任減少の双方を根拠とする不処罰事由としての緊急避難を基本に据えたうえで、そのうち保全利益の著しい優越が認められる避難行為を権利行為として承認するものと理解することができる。学説においては、刑法 34 条における相当性条項、刑法 35 条における特別義務者条項の位置付けに関する議論が盛んであるが、これらの条項は緊急避難の法理が純粋な違法阻却ないし責任阻却の問題に解消し得ない例外的性格を備えていることを示すものと理解し得る。相当性条項については、その意義を利益衡量条項に解消しようとする傾向が強いが、それは「あらゆる規範的判断は利益衡量の帰結に還元される」という強い前提と採るものであり、疑問の余地が大きい。

英米法圏の緊急避難論に関しては、特にアメリカのそれが示唆的である。アメリカでは、「より小さい害悪の選択」と行為者の心理的圧迫の双方に着目する理解が一般的であり、それに沿った立法例が多数存在するが、同時に、緊急避難の抗弁が立法者の決断を覆す機能を有し得る点を問題視し、立法と司法の権限分配の観点から、当該状況に関する立法者の明示的態度に反しないことを併せて要求する見解が有力である。その点で、模範刑法典の 3.02 条(1)(c)が緊急避難の抗弁を排除する立法趣旨の不存在を要求していることが注目される。

(6) 刑法 37 条の沿革と比較法的検討を踏まえると、刑法 37 条の緊急避難については、次のように理解すべきである。

(ア) 刑法 37 条は、害悪の最小化、心理的圧迫、立法者の態度の優先の三つの規範的観点から規律される。

の観点は、直接には、刑法 37 条の起草当時のドイツ・イギリスにおける議論から抽出されるものであり、立法者の態度が明らかではなく、それゆえに「既存の法制度の想定を超える状況」を解決する例外的な法理として緊急避難を位置付ける理解に由来するものであるが、このような観点を刑法 37 条の基礎とすることは、同条の沿革のほか、緊急避難の例外的性格を担保する点、利益衡量を拒絶するタイプの規範的判断の受け皿を確保することで可罰性判断の検証可能性を高める点、立法と司法の権限分配の観点からも支持し得る。

(イ) の観点から、緊急状態とは、「既存の法制度の想定を超える利益衝突状況」と定

義されるべきである。「既存の法制度」には、各種の犯罪処罰規定、特別の正当化・免責事由を定めた規定のほか、憲法等の規定から導かれる法原理が含まれ、当該制度の条文文言、立法過程の議論、歴史的沿革などを踏まえつつ、問題となる具体的な行為状況が、これら既存の法制度の想定する典型的規律対象の枠内にとどまるかが判断される。結論として、例えば、それぞれの犯罪行為に定型的に伴う違法減少・責任減少は、緊急状態を基礎付け得ず、したがって過剰避難の根拠にもなり得ないと判断されることになる。また、特別の正当化・免責事由に関して、それが個別の要件を充足しない行為の正当化・免責を一切否定する趣旨をも含んでいると解される場合には、かような行為について別途緊急避難ないし過剰避難の成立認めることは許されない。

このような解釈は、それが緊急避難の入り口としての機能を果たしていること、そして既に一種の規範的判断の受け皿となり得ることが学説上承認されていることに照らせば、「現在の危難」の要件において行われるのが妥当であり、またそのような解釈は、刑法 37 条の立法趣旨にも反しないと思われる。

(ウ) 害悪の最小化、心理的圧迫は、以上のような意味での緊急状態における避難行為の可罰性を規律する観点と位置付けられる。

このうち の観点からは、客観的要件として、法益侵害の危険の存在（「危難」）、より侵害性の低い危険回避手段の不存在（「やむを得ずにした」）、害の均衡（「生じた害が避けようとした害を超えなかった」）が要求される。ここではあくまで客観的事実としての害悪の最小化が問題であり、したがって各要件の判断も、客観的事実に忠実な判断、すなわち事後的判断が採用されるべきである。また、社会における害悪の総量を問題とする以上、考慮し得る「害」の範囲を制限すべきではない。

他方、 の観点からは、主観的要件として、法益侵害の危険の切迫を基礎付ける事実の認識と、当該危険を回避する意思、その意味での避難意思（「避けるため」）を前提に、一定程度の強度の心理的圧迫が現実存在すること（「やむを得ずにした」）が要求されるべきである。法益侵害の危険が時間的に切迫していること（「現在の」）は、 の観点からは不可欠の要素ではないが、 の観点からは行為者の心理的圧迫の程度を画する基準として一定程度有効である。

このような 二つの観点による重畳的規律は、「害悪の最小化」という事実が単独では不処罰を基礎付ける力を有しないこと、ここで問題となる心理的圧迫は責任を完全に阻却する程度には至っていないことの二つを前提とする。以上を要するに、刑法 37 条は、「既存の法制度の想定を超える利益衝突状況」という例外的状況の限度で（ ）、

害悪の最小化による違法「減少」と(),
心理的圧迫による責任「減少」()の二つ
を根拠に,行為の可罰性を阻却するものと解
される。

なお,本研究は,東日本大震災を重要な契
機の一つとするものであるが,2016年4月に
発生した熊本地震後の状況を見ても,本研
究を要請する社会状況は継続しているよう
に思われる。今回の震災を受け,政府与党
内では災害に乗じた窃盗行為を加重処罰
する規定の必要性等が指摘されるに至っ
ているが,その検討にあたっては,緊急避
難を含む正当化・免責の余地についても併
せて議論することが不可欠であろう。本
研究の成果が,このように災害時の犯罪
行動に対する対処方法も含めて,今後の
刑事処罰のあり方を検討する際の一助
になることを願っている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計8件)

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(七),
法学協会雑誌, 査読無, 133巻5号, 2016
年(掲載確定), 1293-1340頁

遠藤聡太, 緊急避難における「危難」の
判断方法について, 東北法学, 査読無,
79巻6号, 2016年, 495-512頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(六),
法学協会雑誌, 査読無, 132巻7号, 2015
年, 555-562頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(五),
法学協会雑誌, 査読無, 131巻12号, 2014
年, 2485-2513頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(四),
法学協会雑誌, 査読無, 131巻7号, 2014
年, 1255-1310頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(三),
法学協会雑誌, 査読無, 131巻6号, 2014
年, 1093-1113頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(二),
法学協会雑誌, 査読無, 131巻2号, 2014
年, 450-491頁

遠藤聡太, 緊急避難論の再検討(一),
法学協会雑誌, 査読無, 131巻1号, 2014
年, 105-149頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

遠藤 聡太 (ENDO, Sota)

東北大学・法学研究科・准教授

研究者番号: 00547820