

過失犯における緊急避難

植 田 博

1 大阪地判平成24年3月16日(判タ1404号352頁)¹⁾は、過失犯において正当防衛が成立することを認めた。かつて、正当防衛において防衛の意思を必要とする立場では、過失犯においては、正当防衛は認められないのではないかとの見解²⁾が示された。これについて、近時、防衛の意思について、「急迫不正の侵害が加えられるということを認識しつつそれに対応する心理状態」で足りるという見解(認識説)³⁾が主張されている。しかし、この説によっても、「急迫不正の侵害の認識」の存在が防衛の意思を認めることの前提である。ところが、本件では、その現実的な認識は認められていない。そこで更に防衛の意思内容を緩和して、「侵害の危険」の認識で足りるとすれば、「危険に対応する認識、それを避けようとする心理状態」は、本件においても存在しており、過失犯における正当防衛を肯定することは可能である。しかし、それは、防衛の意思不要説に接近することになる。ここでは、客観的に急迫不正の侵害が存在し、被告人には、その認識はなかったが、その認識は可能であった。意思内容を緩和する立場によれば、結果の回避措置を執ることなく行われた被告人の過失行為は、侵害に対する客観的な防衛行為といえる。これを正当防衛というならば、それは、一種の偶然防衛を肯定することになる。ただ、偶然防衛は、従来の議論では、

- 1) 判例タイムズ誌の評釈は、「本判決は、裁判員裁判において、暴行の故意の内容の検討が必要となる事例であり、また、過失犯である自動車運転過失致死罪に問われた行為について正当防衛の成立を認めた事例として、実務上参考となる」とする。この判例の評釈には、佐藤陽子・刑事法ジャーナル44号74頁、古川明子・龍谷法学45巻3号283頁、照沼亮介・法学教室別冊付録389号31頁、坂下陽輔・立命館法学359号313頁がある。
- 2) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年、有斐閣)243頁
- 3) 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』(2012年、成文堂)283頁

故意行為を前提としている点で、侵害の認識可能性を有する過失行為に限定して正当防衛を認めるのであれば、それは偶然防衛とは、やはり一線を画することにはなる。

過失とは注意義務違反であり、そのためには結果の予見可能性が肯定されなければならない。被害者の死亡という結果が認められるためには、本件では、被告人の急発進が被害者を転倒させ、後輪で轢過することの可能性の認識、その前提として、被告人が急発進する時点で、被害者が被告人車のノブなどを掴んでいることの認識可能性が認められる必要がある。それを根拠づけるのが、被害者がクラクションの警告に立腹して、窓ガラスをたたき、ドアノブなどを掴んで併走していた事実と、被害者を一旦振り切ったものの交差点の信号で停止している間に、被害者が追いつきドアノブなどを再度つかむことを可能とする時間の経過である。そうであるならば、被告人は、被害者が再度追いつきドアノブなどを掴んでいることについて、それを認識することは可能であり、その状態で急発進すれば、被害者を転倒させ、後輪で轢過することの予見は可能であることになる。従って、その結果を回避するためには、被告人は、後方を確認して安全を確認した上で発進するという、回避措置を講ずることが求められる。本件の状況で、結果の回避可能性の存在は肯定することができる。過失の構成要件該当性が認められる本件では、それを踏まえて、正当化事由（正当防衛）を判断することができ、この意味で、過失犯における正当防衛を認めることは理論的には可能である。

ところが、本稿で検討するように、過失犯における緊急避難については、過失行為（予見可能性と回避可能性）の判断と緊急避難における補充性の判断が実質的に重なっており、構成要件該当性の判断と正当化事由（緊急避難）の判断を体系的に区別して論じることは困難ではないかという疑問が提起された。また、避難の意思必要説に対して、必要説に立てば過失行為による緊急避難は認められないという批判があった。これに対して、「危険を避けるため」、いわゆる「避難の意思」については、必要説の立場から、

「避難行為は、現在の危難に対してとっさにほとんど本能的になされうるから、過失による避難行為にも避難の意思を認めることができる」と反論されている⁴⁾。ここでは、避難の意思は「危難に対応する認識」と理解されている。

2 大阪高判昭和45年5月1日(判タ249号223頁)は、業務上過失致傷罪の成否が問題となった自動車運転行為に緊急避難の成立を認めた事例である。事案は、被告人が普通貨物自動車を運転して時速55キロメートルで幅員14.5メートルの道路を北進中、約3,40メートル前方に道路中央線を突破して時速70キロメートルで対向してくる普通乗用自動車を発見し、これとの衝突を避けるために進路を左に変更し、時速50キロメートルに減速して離合したところ、後方から進行してきた自動二輪車に衝突させ、被害者に3週間の加療を要する傷害を負わせたというものである。

判決は、「本件にあっては、…被告人は、3,40メートル前方に中央線を超えて高速度で対向してくる車を発見し、(略)これと衝突の危険を感じずる状態になったのであるから、まさに自己の生命身体に対する現在の危険な状態にあったものという外はなく(このような状態に達するまでの間に被告人側に過失と認むべきものはない。)、この衝突の危険を避けんとして把手を左に切り、約1メートルに寄った被告人の行動は、現在の危険を避けるため已むことを得ない行為といわざるを得ない」、「その際多少減速した点は…高速で進行したまま把手を操作すること自体危険な措置であるから、その際被告人が咄嗟に…減速したこともまたやむを得ぬ処置と解すべきである」とし、害の均衡も肯定して、緊急避難の成立を認めている。

原判決は、「対向車を認めて進路を左に変更しようとする際は左後方を追進してくる車両が危険な距離にある場合は直ちにブレーキをかける等して後者との衝突を防止しなければならない業務上の注意義務がある」との公

4) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版増補版〕』(2005年、有斐閣)404頁

訴事実については、これを認定せず、その上で「かかる場合、進路を変更することなく直進するか、あるいは進路を変えるにしても、その速度、寄る距離等を考えて進路を変えるなりして後続車の進路を妨げることのないよう適切な運転をする業務上の注意義務がある」として過失を認定した。しかし、本判決は、「…危険の切迫している際に、その速度、寄る距離を考えると進路を変えることを要求することは不可能を強いるものといわなければならないから、左後方を確認することなく、且法定の時間進路変更の指示をすることなく、約1メートル左に寄った行為を過失と認定した原判決には、本件行為当時の緊急状態の認定を誤った点において判決に影響することが明らかな事実の誤認がある」として破棄自判し、被告人を無罪としている。

体系的には、構成要件的過失を肯定した上で、緊急避難を認めることは理論上可能なはずであるから、本判決は、過失を責任で論ずることを前提にして、緊急避難が成立するので、過失の有無を論じる必要はないと考えたのであろうか。それとも、過失における回避可能性の問題を緊急避難における「已むことを得ざる」（補充性）の判断を同一のものとして、緊急避難が成立する以上、過失もないと考えたのであろうか。

本判決は、「本件が通常の下に発生したものならば、後続車の…操作に遺憾の点があったとしても、被告人は進路変更につき安全装置をとらず且後方の安全確認を怠ったため本件事故を惹起したものとして過失責任は免れないところであろう」と述べている。原審は過失を認定し、控訴趣意は過失を争っているのであるから、この部分は、暗に過失を否定するように解することもできよう。ただ、過失の認定は、具体的状況下を前提として行われるべきであるから、「通常の下」を条件とした当該部分の叙述は、やはり、「左に把手を切り、減速した行為」を過失行為と認定したわけではないであろう。

3 この問題は、理論的に整序すれば、過失の体系的地位の問題と緊急避

難の補充性の性質問題との交錯したものといえる。

これについては、「新過失論の立場をとり、さらに構成要件的過失（客観的注意義務違反）の前提としての客観的結果回避可能性の範囲と、緊急避難における補充性の原則（他に避けるべき方法がないこと）を同じに考えるならば、過失犯についての緊急避難の問題は、構成要件的過失の成否（結果回避可能性の有無）に解消されて、とくに論じる必要がないことになる」との指摘がある⁵⁾。この論者は、伝統的過失論の立場から、「犯罪類型として過失傷害罪の成否が問題となっているとしても、緊急状況における避難行為者の認識内容が故意にあたるか過失にあたるか必ずしも明白でない場合が多い。したがって、新過失論が主張するように故意または過失を構成要件要素として認定した上でなければ、緊急避難としての違法阻却を肯定し得ないと解することは適切ではない」として、本判決の理論構成を妥当なものとして評価している。

これに対して、構成要件的過失を認めた上で、その構成要件的過失は結果回避の可能性を不可欠の要素とするものではないとして、過失を予見義務違反と構成して、本件について、「後続車の予想される通常の交通状況において、対向車との衝突を回避するためとはいえ、急に減速するとともに、ハンドルを切って左による行為は、一般に後続車との接触・衝突の危険を予測させるものであって、これを予見しない行為者に…構成要件的過失を認めることができ」るが、しかし、「減速、進路変更自体については、…実際問題としてこれ以外の態度をとる可能性はなかったあけであるから、…避難行為は補充性の原則を充たし」緊急避難の成立が認められるとする見解も主張されている⁶⁾。

さらに、「構成要件的過失の存否を定めるにあたっての客観的な注意義務の違反の有無は一般人を規準として行われるのであるが、その判断は当該

5) 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年、有斐閣）1143頁

6) 曾根威彦「過失行為と緊急行為」（植松正他編著『現代刑法論争I〔第二版〕』（1997年、勁草書房）154頁以下、160頁

事案を抽象化した類型的なものであるのに対して、緊急避難の要件として、緊急行為が「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」であったかどうかの判断は、具体的状況を踏まえて、それが緊急行為として必要性・相当性を備えていたかどうかという実質的な判断である点で、その性質は同一ではない」として、構成要件的過失が認定された行為について、緊急避難が認められる事態もありうる、とする見解が主張されている⁷⁾。この立場から、本件について、「対向車との衝突を回避するためとはいえ、咄嗟に左にハンドルを切って左に寄る行為は、後続車の予想される通常の交通状況において、多少減速して離合させたとはいえ、一般に後続車との接触・衝突の危険をもたらす行為であり、それは法秩序上許される危険を逸脱した過失行為である」として、構成要件該当性の過失行為を認め、その上で、「避難行為はこれ以外の態度をとることの可能性がなかったわけであるから」、補充性の原則を充たしているとする⁸⁾。

これらの議論に先立つ実務家による先行研究⁹⁾がある。それによれば、体系的な理論構成として、(1) 構成要件的過失を認め、緊急避難を違法性阻却事由とするもの、(2) 構成要件的過失を認め、緊急避難を責任阻却事由とするもの、(3) 過失を責任に位置づけ、緊急避難を違法阻却事由とするもの、(4) 過失を責任に位置づけ、緊急避難を責任阻却事由とするもの、4パターンがある。本判決は、過失の存否に触れずに緊急避難の成否を論じているので、(3) の立場であると解することができるとする。

論者は、(1)あるいは(4)の立場において、過失犯における客観的注意義務、とくに客観的回避可能性と緊急避難の一要件である補充性の原則とを相互に全く関連性のない別個のものとみることが可能かと問題を設定する。すなわち、補充性の原則は「他に避けるべき方法がない」という内容

7) 福田平・大塚仁著『刑法総論Ⅰ』(1979年、有斐閣)191頁

8) 花井哲也「過失犯と違法性阻却事由——とくに緊急行為との関連」『刑法基本講座第3巻 違法論／責任論』(1994年、法学書院)191頁以下、201頁

9) 宮島英世「業務上過失致死傷罪の成否が問題となっている自動車運轉行為に緊急避難の成立を認めた事例」判タ264号55頁以下

であり、客観的回避可能性とは、「一般通常人が行為者の置かれたと同じ状況下で結果を回避するために適切な措置がとれたか」ということであり、その少なくとも重なり合う部分は内容的に一致し、相互に矛盾する認定はできないのではないかと、という問題である。その問題は論者により一旦は否定的に解答されるが、これについて、客観的注意義務と補充性の判断の時点が異なることによる結論の相違はあり得るのではないかとという更なる疑問が、論者により提示される。すなわち、注意義務は必ずしも事故に接着した時点においてのみ存在するものとは限らず、それ以前の段階で捉えねばならない場合もあり、これに対して、補充性の判断は、危難の現在性との関係から、事故と接着した決定的段階において判断が行われるからである。そうだとすると、事故に接着した段階ではもはや通常的手段を用いたのでは事故を回避し得ないが、それ以前の段階では注意義務の存在を認めうるという場合が想定できるとすれば、注意義務の判断と補充性の判断は、両者の判断の結論が常に一致するとはいえないことになる。

しかし、この判断時点の相違に由来する問題は、論者自身の検討により、最終的に「客観的注意義務の存在を認めながら、なおかつ緊急避難の成否をそれとは別個に判断することはあり得ない」と結論される。

4 すなわち、論者は、「何らかの注意義務違反があり、その後に緊急避難的行為が介在して一定の法益侵害結果が発生した」という設例について、第一に、注意義務違反の行為と法益侵害結果との間に相当因果関係が認められないときは、発生した結果に対する関係で過失の存在それ自体が否定されることになるから、中間に介在する緊急避難的行為は問題とならず、第二に、相当因果関係が認められる場合には、結果に対する関係で注意義務の存在が肯定されることになるので、介在する緊急避難的行為の評価により（その時点では、補充性が認められて緊急避難が肯定される余地がある）、結論が異なりうるとする。

ここで、論者は、この解決策として、緊急避難の判断の時点を注意義務

の判断の時点まで遡及することを提案する。すなわち、「緊急避難の成否の判断は、避難行為がなされた決定的段階における諸事情のみを捉えてこれをなすのではなく、それに至る行為の流れ全体との関連において、…注意義務違反の行為がなされた時点まで遡りそれより以後の相当因果関係の認められる範囲の一連の行為との関連において、それをなすのが緊急避難の法理に合致するもの」であると。

この解決策の例として、論者は、二つの裁判例を挙げる。それは、①横須賀簡判昭和32年2月19日（第一審刑裁集1巻2号278頁）¹⁰⁾と、②名古屋高裁金沢支判昭和32年10月29日（高刑裁特報4巻21号558頁）であり、いずれもいわゆる自招危難の事例である。後者は、業務上過失傷害の事案¹¹⁾である。判旨は、「…被告人は自己の不注意に因り、自己及び他人の生命、身体に対する現在の危難を招き、これを回避するため執った行動に因って、測らずも（被害者）の身体を傷害したものであって、従って正義公平の見地よりすれば、被告人の本件行為は、自己の不注意な行為それ自体に因り、直接（被害者）の身体に対し、本件のような危難の到来と何等の関係なく、一般の相当因果関係の限度内に於て、過って傷害の結果を発生せしめた場合と、何ら択ぶところが無いと言わねばならぬ。そうして見れば、此のような場合は、正対正の利益較量の問題としてこれを取扱うべきではない」と述べ、緊急避難の成立を否定した。

この②事例は、被告人が、一旦停車を怠り、踏切内の軌道上に侵入したところ、踏切の中央部に進出した折に、遮断機が下り、左から電車が進行

10) 論者の紹介によれば、判旨は、「例え、当時路面が小雨のためぬれていてブレーキの操作が充分でなかったとしても、それは被告人が急停車の措置をとるべき以前に当然用いざるべからざる前方及其の左右の注意義務を怠ったがため、突然急停車の措置を執らなければならぬ事態を惹起したものであり、尚又当時路面が小雨のためぬれていてブレーキの操作が充分でなかったものとすれば、被告人は予めそのことを考慮して速度を適宜に減速すべきであって論旨の緊急避難の主張は本件においてこれをいれる余地がない」というものである。

11) その標題は「自己の不注意により招いた危難を免れるための行為に対する刑法37条1項の適用の有無」となっている。

しているのを認め、衝突を回避するために、遮断機を破損させて踏切から脱出したところ、破損された遮断棒が柱から外れて、路傍にいた被害者の顔面を強打し、傷害を負わせたというものである。この事案では、被告人が踏み切り手前で一旦停車し、安全を確認して軌道上に侵入すべき注意義務があるのにそれを怠り、踏切に侵入した過失により、被害者を傷害したものである。この事案は、過失行為と傷害結果との間に、行為者の緊急避難行為が介在したが、過失行為と結果との間に相当因果関係あるという法律構成になるであろう。論者は、緊急避難の補充性を検討するに当たり、その判断時点を、過失行為の判断時点まで遡及させて、補充性を否定することを提案している。

しかし、この解決に対しては、別の理論枠組みにより、過失犯の成立を説明することは可能である。また、「原因において違法な行為の理論」によると、緊急避難は成立するが、それを介して法益侵害を惹起したとして過失犯の成否を論ずることも可能である¹²⁾。つまり、自招行為に過失犯の成立を認めるためには、被害者の傷害結果に対して予見可能性が認められる必要があるが、錯誤論において抽象的法定的符合説の立場に立つ通説、あるいは最決平成元年3月14日（刑集43巻3号262頁）¹³⁾に依拠すれば、踏切を通過するに当たり、一旦停止し、安全を確認することなく侵入すれば、そこから列車との衝突等の何らかの事態を介在して「人」の致死傷が発生することは予見可能であるといえるので、被害者の傷害結果に対して、過失犯が成立することになる。

さらに、行為者自身の適法な行為の介在した因果問題として考察しても、

12) 山口厚「自招危難について」『刑事法学の課題と展望 香川古稀祝賀論文集』（1996年、成文堂）199頁以下、208頁。ただ、後述するように、山口は、法定的符合説を否定し、その上で、原因において違法な行為により過失犯が肯定される余地を認める。

13) 決定要旨は、「被告人において、…無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識した」と述べる。

適法行為の介在を理由として相当因果関係（危険の実現）が否定されることはない。例えば、列車に乗るために走っていたAが、過って駅のホームで列車を待っていた客Bにおつかり、Bはホームから転落しそうになったので、他の客Cのコートを掴んだところ、Cがホームから転落して侵入してきた列車に轢かれ死亡した場合において、Bに緊急避難が成立した場合にも、相当因果関係が肯定され、Cの死亡についてAに過失致死罪が成立することになる。

論者が、「客観的注意義務の存在を認めながら、なおかつ緊急避難の成否をそれとは別個に判断することはあり得ない」との結論を根拠づける事案として、自招危難の事例を挙げることは、特殊な事例のみに限定して妥当性をもつに過ぎないという批判が可能である。ただ、過失犯における実行行為のとらえ方については、直近過失一個説（段階的過失説）と過失併存説の対立があり、後者が判例実務及び通説の支持する見解である。その見解に立てば、過失の実行行為と避難行為が一致しない場合が存在する。この意味で、自招危難の場合に限定されることなく、問題の解決を図らねばならない。

5 この論者により提示された「予見可能性の判断」と「補充性の判断」の時点の相違という問題は、さらに検討する必要がある。

すでに、この論者の見解については、「結果回避可能性が肯定されれば、常に緊急避難が否定されるかと言えば、実は若干問題がある」として、それは、「已ムコトヲ得サルニ出テタ」という要件の解釈に関わり、「期待可能性説や場合によっては唯一の手段である必要はないという見解では、客観的注意義務違反があっても緊急避難を認める余地は、少なくとも理論的には残されている」との指摘があった¹⁴⁾。

過失の注意義務違反を認めるためには、新過失論によれば、予見可能性

14) 村井敏邦「道路交通と緊急避難」判タ284号66頁以下、70頁

と回避可能性が必要である。過失犯では、結果に至る事実上の因果関係が確定され、それを受けて、その結果を回避するためにどのような措置をとればよかったかが解明される。その上で、結果およびそれに至る因果関係の基本部分が予見できるかが問われ、それを前提に、当該回避措置をとり得たかという回避可能性が問題となる。この判断は、実行行為時における判断である。この具体的予見可能性説は判例・学説において支持されている。ただ、過失併存説によれば、過失行為は複数検討することが可能である。過失行為と避難行為が異なる場合には、構成要件的過失が肯定された上で、違法性阻却事由としての緊急避難が問題となる。名古屋高裁金沢支判昭和32年事件が、まさにその事例である。

6 これに対して、緊急避難の補充性については、「やむを得ずにした行為」とは、その行為が危難を避けるための唯一の方法であって、他の方法がなかったことと解されている。大判昭和8年9月27日（刑集12巻1654頁）は、傷害被告事件において、「緊急避難ハ現在ノ危難カ他人ノ法益ヲ害スル外他ニ救助ノ途ナキ状態ニ在ルヲ必要トスルニ拘ラス…証拠ト対照スルニ寧口被告人ニ於テ其ノ場ヲ避ケ得ル機会アリシ趣旨ヲ看取シ得ヘシ」と述べ、緊急避難を否定している。また、最大判昭和24年5月18日（裁判所ウェブサイト）は、「已ムコトヲ得ザルニ出デタル」というのは当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する、と述べている。

補充性の判断の基準・方法については、事後的・客観的見地から、「危難を避けるための唯一の方法であった」ことを意味するのではなく、具体的な事実関係を基礎にして、法的に許容される範囲内の行為であったと評価できるか否かを、行為の時点に立って個別具体的に判断すべきであるとす
る見解が主張されている¹⁵⁾。

15) 成瀬幸典「第4章 違法性の理論」（伊藤涉他著『アクチュアル刑法総論』（2005年、弘文堂所収）210頁

その例として挙げられるのが、最判昭和35年2月4日（刑集14巻1号61頁）である。すなわち、判旨は、傍論ではあるが、「仮に本件吊橋が原審認定のように切迫した危険な状態にあったとしても、その危険を防止するためには、通行制限の強化その他適当な手段、方法を講ずる余地のないことはなく、本件のようにダイナマイトを使用してこれを爆破しなければ危険を防止しえないものであったとは到底認められない」と述べている。つまり、「爆破行為当時において他の適当な手段があった」との判断であろう。

また、理論的に、補充性の判断基準は、行為規範レベルの問題であるから、行為時を基準とする一般人の観点からの判断であるとの見解が、行為無価値論の立場から主張されている¹⁶⁾。これに対して、結果無価値論に依拠する立場から、「やむを得ずにした行為」の解釈について、補充性のほかに相当性もその要件とする見解が主張されている¹⁷⁾。それによれば、「犯罪類型によっては、正当防衛よりは厳格なものの、避難のための行為であり、相当性が認められれば、補充性を欠いても緊急避難となり得る余地がある」とする。この見解は、補充性を事後的・客観的に解し、それが否定されても、正当防衛に準じた行為の相当性があれば、緊急避難が認められるとするとところに特徴がある。

16) 高橋則夫『刑法総論』（2010年、成文堂）292頁

17) 前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』（2011年、東大出版会）403頁。これに対しては、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年、有斐閣）143頁は、この立場は、「社会的相当性の観点から違法性阻却を限定する要件として機能しうるものである。しかしながら、その内容が不明であるばかりでなく、そうした要件を要求する根拠もまた不明である」という。これに対して、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』158頁は、緊急避難の要件として避難行為の相当性を承認する。その根拠は、緊急避難は暗黙の前提として、犠牲にされる法益と救済される法益という二律背反の関係、つまり、どちらかが犠牲にならないと他方が残らないという関係、すなわち法益衝突状態であり、その判断は社会的判定を必要とする。従って、わずかな犠牲ではかたに大きな法益が守られる場合には拡大される。それは補充性に内在する制約であって、それを避難行為の相当性と表現することができる、という。なお、佐伯仁志『刑法総論の考え方、楽しみ方』（2013年、有斐閣）191頁は、「やむことを得ない」という言葉の意味として、相当性の要件を読み込むことは、むしろ自然な解釈であるとする。

7 ただ、裁判例の中には、補充性に関して事後的、客観的に判断しているのではないかと考えられるものもある。避難行為の相当性が問題となった事例として著名な東京高判昭和57年11月29日（刑月14巻11＝12号804頁）は、「被告人がN署に到着するまでの間は、被告人の生命、身体に対する危険の現に切迫した客観的状況が継続していたものと認められ、被告人が自ら右危険を招いたものということもできず、右危険を避けるためには身を隠していた自動車を運転して逃げ出すほかに途はなく、被告人が自宅の前から酒気帯び運転の行為に出たことは、まことにやむを得ない方法であって、かかる行為に出たことは条理上肯定しうるところ、その行為から生じた害は、避けようとした害の程度を超えないものであつたと認められる」として、補充性及び害の均衡を承認した上で、「しかしながら、T橋を渡って市街地に入った後は、A車の追跡の有無を確かめることは困難ではあるが不可能ではなく、適当な場所で運転をやめ、電話連絡等の方法で警察の助けを求めることが不可能ではなかつたと考えられる。この点で被告人の一連の避難行為が一部過剰なものを含むことは否定できないところである」と判示している。それに引き続き、「前記一連の行為状況に鑑みれば、本件行為をかく然たる一線をもつて前後に分断し、各行為の刑責の有無を決するのは相当とは考えられないのであつて、全体としての刑責の有無を決すべきものである」と、全体的考察の方向性を示した上で、「被告人の行為を全体として見ると、自己の生命、身体に対する現在の危険を避けるためやむを得ず行なつたものではあるが、その程度を超えたものと認めるのが相当である」と判示した。この判決については、量的過剰（時間的過剰）の問題として相当性を論じ、過剰避難を認めたと解する見解¹⁸⁾もあるが、本

18) 小田直樹「避難行為の相当性」刑法判例百選①総論〔第7版〕64頁は、「補充性は状況に応じた手段選択という事前判断に、均衡性は結果衡量という事後判断になるが、状況は変転するので、どの時点をどんな利益衝突として切り取るかに応じて多様なものなり、一連の事態を総合する見方が問われる」とする。確かに、補充性を事前判断と捉えると、本件のように、状況が変遷する場合には、どの時点での補充性を問題とすべきかが問われることになり、困難な問題が生じる。

件では、T橋を越えた時点で、「危難の現在性」が否定されたのではなく、緩やかではあるが、危難の現在性を認めた上で（判決は「適当な場所で運転を止め電話連絡等の方法で警察助けを求めることが不可能ではない」と述べている）、補充性を否定したのではないかと考えられる¹⁹⁾。さらに、過剰避難を認めたのは、T橋を通過するまでは客観的には補充性を充足していたことを踏まえて、補充性の逸脱の場合において、限定的に過剰避難を肯定したのではないかと考えられる。

現住建造物放火の事案において緊急避難の成否が問題となった大阪高判平成10年6月24日（高刑集51巻2号116頁）は、「被告人は…左足首を骨折したが、その後の治療により本件当時は歩行に支障がないほどに回復しており、現に、本件放火の前後に被告人が機敏に行動している事実からすると、Aから左足首に暴行を受けていたとはいえ、当時逃走が困難となるほど歩行能力が低下していたとは認めがたいところ、組員らによる監視の程度は前示のとおり厳しいものではなく、その隙を突いて被告人がほぼ終日座っていたソファ近くの組事務所表出入口の門錠を外して逃走し、あるいは、原判決が説示するとおり裏口からの逃走によることも不可能ではなかったと認められるのであり、本件において、逃走の手段として放火する以外に他にとるべき方法がなかったとはいえない」と、判示し、さらに、大阪高裁は、原判決が、「補充性の原則に反する場合においても、当該行為が危難を避けるための一つの方法であるとみられる場合は、過剰避難の成立を肯定し得るものである。本件においては、前記認定のとおり、本件放火行為が危難を避けるための一つの方法であること自体は認められるから、過剰避難が成立するものと解する」旨を判示したことに対して、「緊急避難では、避難行為によって生じた害と避けようとした害とはいわば正対正の関係にあり、原判決のいう補充性の原則は厳格に解すべきであるところ、…当該避難行為が「やむを得ずにした行為」に該当することが過剰避難の

19) 松宮・前掲160頁は、本件判決の趣旨は、補充性を否定したことにある、とする。

規定の適用の前提であると解すべきである」と述べて、過剰避難を認めた原判決を破棄している²⁰⁾。

判例実務が、補充性の判断について、事後的・客観的判断ではなく、行為時に立った事前判断で一致しているとは必ずしもいえない。ただ、事後的、客観的判断の結論と行為時に立つ事前判断の結論とが異なる場合は、行為時においては、具体的な状況の中で、当該避難行為の他により侵害性の少ない行為はないと判断されたのに、事後的に判明した事情により、より侵害の少ない行為が存在したという場合である。東京高判昭和57年11月29日の事案も、当初の酒気帯び運転での避難行為が、その時点では、補充性を充足していた。にもかかわらず、加害行為者の追跡状態の変化により危難の現在性が希薄となり、市街地に入ってから、他のより侵害性の少ない避難行為があり得たという状況の変化と相俟って、補充性を喪失したものである。酒気を帯びて運転した行為を避難行為と捉えるならば、事後的に判明した事情により、補充性を喪失したとも考えられる。ただ、避難行為自体が時間的に幅を持ったものであり、その間の状況の変化も、避難行為の補充性判断の基礎となると考えるならば、その時点で、補充性はなかったことになろう。ただ、行為者が、現在の危難がまだ存在し、避難行為が補充性を充たすものと判断していたとすれば、それは、量的過剰の問題となる。以前に、正当防衛における量的過剰について検討²¹⁾したが、その結論を踏まえると、緊急避難における量的過剰の場合も、危難が存在しないにもかかわらず、危難が存在したとの誤想が前提となっていると考える。その上で、誤想された危難を避けるために補充性を有すると判断された避

20) この判決について、深町晋也「第37条 違法性」(西田典之他編『注釈刑法 第1巻』(2010年、有斐閣)所収)493頁は、「右のような程度の害を避けるために本件のごとき灯油の火力を利用した危険な態様の放火行為により不特定多数の生命、身体、財産の安全、すなわち公共の安全を現実に犠牲にすることは、法益の均衡を著しく失する」として相当性を否定した裁判例として位置づけている。その根拠は、判例・裁判例が相当性を問題にするのは、保全法益と侵害法益との均衡が著しく失する場合であるとの認識にある。

21) 拙稿「量的過剰防衛の周辺問題」修道法学33巻1号55頁以下

難行為が行われた場合に、過剰避難が成立することになろう。ただ、東京高判昭和57年11月29日は、減少しているものの、現在の危難は存在するものとして、市街地に入ってから、他の侵害性の少ない避難行為が存在するとして補充性を否定し、行為者にも、状況の変化についての認識はあり、自己の行為がすでに補充性を喪失するに至ったとの判断が存在するとして、質的過剰避難を認めている。

8 では、現行法の解釈として、補充性の判断規準について、どのように考えるべきか。旧刑法は、第75条で、「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非ラサル所為ハ其罪ヲ論セス 2天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スル出テタル所為又同シ」と規定していた。現行法は、「天災又ハ意外ノ變」を「現在の危難」に、「自己若クハ親屬ノ身體」を「自己又は他人ノ生命、身体、財産又は名誉」に、さらに「防衛」を「避難」に変更し、さらに、害の均衡を要件として追加した²²⁾。補充性に関しては、旧刑法が「避クヘカラサル危難」とのみ規定していたのに対して、「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」（現在では、「現在ノ危難を避けるため、やむを得ずにした行為」）と改正した。「避クヘカラサル行為」については、「危難ヲ避クルタメニハ其加害行為ヲ為スノ外ニ何等ノ手段ナカリコトヲ要ス」²³⁾、あるいは「補充ノ原則トハ、其ノ行為カ自己又ハ他人ノ法益ヲ保全スルニ付唯一ノ方法ナルコトヲ、即チ、行為者カ其ノ場合ニ於テ、他ノ方法ニ依ル能ハサリシコトヲ要スルコトヲ謂フ」²⁴⁾と客観的判断を志向する解釈があった。これに対して、「『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、具体的事情の下に於て法律上許さるべき、又は少なくとも放任さるべきことを謂ふ。…他に避難

22) 緊急避難の規定の改正については、村井敏邦「緊急避難の歴史と課題」現代刑
事法7巻1号29頁以下、井上宜裕『緊急行為』（2007年、成文堂）75頁以下。

23) 泉二新熊『改訂刑法大要』（1916年、有斐閣）110頁

24) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』（1937年、有斐閣）388頁

の途があるときは其の方法に依らなければならない」と述べ、改正刑法仮案19条（1940年）を挙げる見解もある²⁵⁾。同19条1項は、「自己又ハ他人ノ利益ニ対シ急迫ニシテ且他ニ避クル方法ナキ重大ナ危難ヲ避クルニ出テタル行為ハ其ノ際ニ於クル状況ニ照ラシ相当ナルトキハ罪トナラス」と規定していた。また、旧刑法75条はフランス刑法に倣ったもので、責任阻却事由として理解されていたところ、現行刑法により害の均衡を付加したことにより違法阻却事由と解されるようになったが、緊急避難は已むことを得ざるに出でたることを必要としているから、期待可能性を欠くという意味に於いて、責任阻却事由であるという見解が当時主張されていたとの指摘がある²⁶⁾。ここから、補充性の判断が具体的事情を踏まえた行為時における判断と解する見解が主張されていたことがわかる。

このような状況の中、改正刑法草案（1974年）15条1項は、「自己又は他人の法益に対し他に避ける方法のない急迫した危難が生じた場合に、その危難を避けるためにやむを得ないでした行為は、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ときは、これを罰しない」と規定した。改正草案の説明書は、緊急避難における補充性の原則を明らかにするために、「危難」に「他に避ける方法のない」という限定を加えることにした理由を、「補充性の原則を明らかにすることにより、前条（14条「正当防衛」）と本条の『やむを得ない』が必要性と相当性との双方を表わすものとする統一的な理解ができるようになること、緊急避難の許される場合が正当防衛の場合より限定されている趣旨を明かに」するためであると述べている²⁷⁾。「他に避ける方法のない」という要件を付加したことに対して、「補充性の原則に二重の絞りをかけることになり、緊急避難の成立範囲が現行法よりも限定されて、不当にせばめられるおそれがある」こと、また

25) 小野清一『新訂刑法講義総論』（1956年、有斐閣）127頁

26) 草野豹一郎『刑法要論』（1956年、有斐閣）64頁

27) 法務省刑事局『刑法改正資料（四） 法制審議会特別部会 改正刑法草案 附同説明書』（1972年）107頁

「他に方法がないということは、緊急避難がなされるときに状況について（その時かつその所において）具体的に判断さるべきであって、事後的・形式的に判断されるべきではない」という批判がある²⁸⁾。それは、「他に避ける方法のない」ということを緊急避難行為が事後的にみて唯一の手段であったことを必要とする意味に理解するならば、緊急避難が成立する場合が不当に制限されることを理由とする。この批判の根底には、改正刑法草案が積極的責任主義に立脚しているとの視点がある。さらに、草案が、「やむを得ないでした行為」の概念の解釈を正当防衛と緊急避難において統一することに対しては、解釈が異なるのは、その本質的な差異から生じることであって、その差異を立法化するのであれば、手段の「最小限度性」を内容とする正当防衛の規定に変更を加えるべきであるとする。

以上検討したように、立法作業を踏まえた学説の動向は、補充性の判断について、事後的・客観的判断ではなく、具体的な行為状況を踏まえた、行為時の判断と解する傾向があるといえる。

9 本稿で提起した「過失の体系的地位の問題と緊急避難の補充性の性質問題との交錯した問題」について検討を要約すると、新過失論に立脚して構成要件的過失を認め、補充性の判断について、「具体的な行為状況を踏まえた、行為時の判断」と解する、現在の通説的見解によれば、構成要件過失の判断に際しては、「危難の事態」を度外視して、構成要件該当性の判断（客観的注意義務違反＝過失の予見可能性・結果回避可能性の判断）を行い、それが肯定された場合に、違法性判断の時点で、緊急避難の判断を行うということになるであろう²⁹⁾。結果無価値論に立脚する旧過失論によれば、緊急避難の成否（おそらくは、事後的・客観的判断としての補充性の判断と親和的な傾向をもつ）が先行問題となるであろう。あるいは、修正旧過

28) 内藤謙「第2編総則，第2章犯罪」（平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究1 概論・総論』（1972年，東大出版会）所収）211頁

29) 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年，成文堂）565頁

失論によれば、実質的で許されない危険を中核とする過失行為の中に回避可能性を内包させるかどうかにより、異なる理論構成となるであろう。

10 しかし、問題は残っている。それは、過失併存説に立脚した場合に、過失行為と緊急避難行為の競合あるいは併存の問題をどのように解決するかということである。それが、特徴的に表れるのが、いわゆる自招危険の問題である。改正刑法草案15条のいう「他に避ける方法のない急迫した危険」は、まさにこの自招危険を排除することを意図しているのではないかと考えら、更に検討を要する。

自招危険に関するリーディングケースは、大判大正13年12月12日（刑集3巻867頁）である。「刑法第三十七條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正當ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同條ハ其ノ危険ハ行為者カ其ノ有責行為ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社會ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行為ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解スヘキ」との判示部分については、今日傍論と理解されている。その理由は、被告人は、他に避けるべき方法があったにもかかわらず被害者に衝突したのであって、被告人の本件避難行為自体に補充性が欠けると判断されたと解することができることを根拠にする³⁰⁾。また、判示部分は、自招危険の典型例である、自己に対する危険を招来した事例について、緊急避難の成立を否定したに過ぎないと考える見解もある³¹⁾。そこから、第三者に危険を招来した場合には、他人の法益を守るた

30) 野村稔「自招危険」判例百選Ⅰ総論〔第6版〕64頁、山本輝之「自招危険」判例百選①総論〔第7版〕66頁

31) 事案は、自己に対する危険ではなく、他人に対する危険が問題となっている。複合構造としての自招危険を指摘するのは、小名木明宏「自招危険について」『刑法雑誌』44巻2号12頁以下、22頁である。小名木によれば、行為者Xが友人Yに対する危険を招来し、Yが危険に陥り、それをXが救助した場合や友人Yが危険を招来し、彼が危険状態に陥り、それをXが救助した場合が複合構造としての自招危険にあたる。大正13年事件では、行為者は自らの不注意により少年を緊急状

めに第三者の法益を侵害した場合には、保全法益の主体と無関係な者の行為により保全法益の要保護性が減少するわけではないので、補充性が認められる場合には、緊急避難の成立が認められうると考えるのである³²⁾。

大審院の大正13年事件は、被告人は、自己の過失により少年に衝突する危険（現在の危難）を招来し、それを回避するために、進路をさらに右に転じて、少年の祖母に自車を衝突させて死亡させたというものである（ただし、避難行為自体が故意行為であるか過失行為であるかは不明）。少年との衝突を避けるための右への進路変更それ自体は、補充性も認められ、害の均衡（生命対生命）も認められる。しかし、被告人は前方不注視及び徐行の懈怠により少年に対する生命の危険を創出している（実質的危険行為＝過失行為）。その危険は、その少年には実現していないが、緊急避難行為を通じて、少年の祖母の死の中に実現している。すなわち、被告人の過失行為により創出された危険が、緊急避難行為（正当行為）を媒介として、祖母の死亡という結果に実現したと評価できると考える。ここでの問題は、過失行為と緊急行為がそれぞれ別個に認定でき、過失行為によって創出された危険が、発生した結果に実現したと評価できるかという点にある。ただ、残る問題は、過失行為によって創出された危険の客体と現実不法侵害が発生した客体が異なる点の処理である。この点について、「原因において違法な行為の理論」の主張者は、「個別の構成要件該当事実ごとに故意・過失を問題としない抽象的法定符合説によれば、危難が向けられた者に対する故意・過失により、その範囲で最終結果に対する故意・過失を

態に陥れたことには間違いなく、その意味で、行為者は少年に対して保証者的地位に立つと解することができ、救助義務を負うという。さらに、「原因において違法な行為」の理論により、あるいは単に過失犯を認めて、過失処罰を認める見解に対しては、「行為者の同一の行為（ここではハンドルを切って、祖母に衝突させる行為）が、一方で緊急避難として正当化され、他方で違法行為として評価されることになる。それでは、法秩序の矛盾になりはしないだろうか」と疑問を提示する。しかし、本文で述べるように、ここでは過失行為と避難行為が別々に存在していることが看過されている。

32) 山本輝之「自招危に」『刑法判例百選①総論〔第7版〕』67頁

肯定することが可能となる」ことを指摘した上で、具体的法定符合説に立脚しつつ、「未必の故意およびそれに対応する過失が認められる限度で」最終結果に対する故意・過失が認められる余地を肯定している³³⁾。

まず、過失犯における実行行為を「実質的で許されない危険の創出」と規定した場合に、その危険の内実をどう理解するかが問われることになる。前方不注意および徐行の懈怠により創出された危険が現実生じた被害者の死亡に実現したといえるためには、その「危険の内実」は、通行人一般に対する危険ではなく、少年を含む歩行者に対する危険と考えることができ、さらにその中に現実生じた被害者に対する予見可能性が肯定されることが必要である。つまり、その場合には、「未必の故意に対応する過失」³⁴⁾が肯定されるからである。これらの問いが、肯定的に答えられた場合に、具体的法定符合説の立場からも、大審院大正13年事件の結論が支持されることになる。

これに対して、大阪高判平成7年12月22日（判タ926号256頁）は、なお書きにおいて、「現在の危険があっても直ちに注意義務を免かれるものではないことは原判示のとおりであり、また、被害者が指定最高速度を超え相当の高速で進行していたことは認められるが、実況見分時の被告人による指示説明によれば、本件衝突は被告人車が対向車線の中央付近まで進出してから発生しており、…被告人が安全を確認することなく対向車線に進出した結果衝突したものであって、注意を尽くせば結果回避が可能であったことが明らかであり、被告人の過失及び結果発生との因果関係も肯認できる」と判示して、原判決を破棄自判した。本件は、被告人の右折行為に起

33) 山口、前掲論文210頁。ここで山口は、「原因において違法な行為」の理論構成により、無限定な処罰が肯定されることにはならないことを強調している。

34) 「この未必の故意に対応する過失」の内実がさらに問われることになる。つまり、予見可能性の客体の問題との関連で、その射程が拡張されるか否かである。おそらく、およそ人一般に対する致死傷の予見可能性まで拡張されることはないが、創出された危険を具体的状況の中で、予見可能性という特質を踏まえて、どのように確定するかという問題である。大審院大正13年事件では、少年を同伴している者に対する危険も存在しているものと考えられることができる。

因するトラブルにより暴力団風の男たちから車体を蹴ったり叩いたりするなどの暴行を受け、自己及び同乗者の身体に対する危険を感じた被告人が、前方を確認しないまま交差点を右折したので、対向直進してきた被害者運転の自動二輪車と衝突し、被害者を死亡させたものである。本件では、相手からの暴行を受けるという自己に対する危険を招来した行為自体は、違法とはいえない。その上で、避難行為自体について過失責任が問われている。その上で、判旨は、「被告人の本件運転行為は、…危険を避けるためであっても、他にとる方法がなかった又はやむを得ないものであったとはいえず、緊急避難として補充性及び相当性の要件を欠く」と述べ、その前提として、「対向車線が見通せる地点まで進出して一旦停止し、同車線を直進してくる車がないかどうか安全を確認してから右折発進することは十分可能であった」と認定している。

11 以上の検討から、過失犯における緊急避難という問題は、二つの類型に分けて分析すべきである。すなわち、避難行為それ自体について過失責任が問われた大阪高判昭和45年事件や大阪高判平成7年事件では、緊急避難の補充性の問題は、行為時における具体的状況での判断であることを前提とすれば、それは、結果回避可能性の問題として処理され、過失責任の存否が判断されることになる。これに対して、緊急避難行為とは別に過失行為が認定できる大審院大正13年事件では、避難行為について緊急避難の成立の余地がある場合でも、避難行為により発生した結果について当初の過失行為に対して、その結果を帰責できるかという問題が残っている。

(2016年5月26日脱稿)