

講 演

## 刑法における緊急避難という抗弁の 理論的基礎再考

ジョージ・ムスラーキス

甲斐克則 訳  
鈴木優典

訳者はしがき

- 1 序
- 2 緊急避難という抗弁の理論的根拠
- 3 緊急避難の主張
- 4 結 語

訳者はしがき

ここに訳出するのは、ニュージーランド・オークランド大学ロースクールのジョージ・ムスラーキス（George Mousourakis）教授が2004年12月15日に早稲田大学で行った講演原稿「刑法における緊急避難という抗弁の理論的基礎再考」（原題は“Rethinking the Theoretical Basis of the Defence of Necessity in the Criminal Law”）である（講演は早稲田大学比較法研究所主催）。ムスラーキス教授と訳者の1人甲斐とは、長年の親交があり、これまでもすでにいくつもの講演原稿や論文を別途翻訳してきたが、今回も英米法域圏の刑法における緊急避難の問題をニュージーランド刑法をも踏まえて実に興味深く講演していただき、翻訳に値する内容であることから、同教授の了解を得て、緊急避難の研究をしている鈴木と共同で講演原稿を訳出することにした。ムスラーキス教授は、刑法における正当化と免責という理論的研究のほか、法哲学や法制史についても優れた研究をされており、比較刑法にも力を注いでいて、日本法にも関心が強い。本訳稿が日本における議論の参考になれば幸いである。なお、以下の訳稿では、読者の便宜を図るため、訳者の方で適宜番号を付した（甲斐記）。

(1) これまでに私が関与して訳出したものとして、以下のものがある。①「安楽死・自殺幫助と法——比較法的アプローチ——」(甲斐克則・竹之下勝司訳) 広島法学23巻1号(1991)165頁以下, ②「英米法学における免責事由と刑事責任(一)(二・完)」(甲斐克則・竹之下勝司訳) 広島法学24巻1号(2000)135頁以下, 2号165頁以下, ③「刑法における正当化と免責の区別(一)(二・完)」(甲斐克則・加藤麻耶訳) 広島法学24巻3号(2001)123頁以下, 4号175頁以下, ④「精神障害と刑事責任——コモン・ロー上の精神異常という抗弁の展開を辿りつつ——(一)(二・完)」(甲斐克則・水野恭子・上原大祐訳) 広島法学25巻1号(2001)75頁以下, 2号211頁以下, ⑤「情動, 選択および挑発という抗弁の理論的根拠」(甲斐克則・澁谷洋平訳) 広島法学27巻4号(2004)239頁以下。

(2) 業績は多いが, 主著として *Criminal Responsibility and Partial Excuse*, 1998 を挙げておく。

(3) 最近の大著として *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, 2003 がある。

## 1 序

1 刑法理論は, 2つの基本的要素が確証されないかぎり, ある犯罪について人が有罪とされえず, また処罰されえない, という一般的な原則から生まれている。つまり, 特定の犯罪が禁止する行為または事態と, ある者がそのような行為または事態の時に有していなければならない精神状態である。第1の要素は, 犯罪における身体的ないし客観的要素を示すと言われているものであり, *actus reus* と称される。第2の要素は, 時々, 犯罪における内面的ないし主観的要素ないしは非難の要素と言われるものであり, *mens rea* として知られている。ちょうど犯罪の身体的な要素が犯罪ごとに異なるのと同じように, 検察当局によって証明される必要のある精神状態も, 犯罪ごとに異なる。

2 被告人がある犯罪について *mens rea* という要件とともに *actus reus* をもたらしたということを証明することは, 有罪判決にとって必要条件であるが, 十分条件ではない。刑事責任は, さらに法的免責 (*legal excuse*) の欠如を前提とする。被告人がそれと知りながら意図して違法な行為を行ったと認めるケースでさえ, 法的免責により, 刑事責任が否定(または減輕)される。一般に, 以下の状態ならば, 被告人は刑罰の対象とならない。すなわち, 犯罪の時に, 彼が自己の行為状況または可能な結果に関する一定の重要な事実について誤認していた場合, あるいは自己が何を為しているのかについて認識がな

い、あるいは身体的動作を制御することができない、あるいは精神異常 (insanity) または強制 (duress) という一定の抗拒不能状態の対象となっていた場合、である。法的免責は、3つの表題のうちの一つに入る。すなわち、厳格な意味における非任意性 (involuntariness)、道徳的または規範的な非任意性、そして責任無能力である。厳格な意味における非任意性のカテゴリーには、人が自己の身体の動作について制御を及ぼすことができないような状況が当てはまる (例えば、自動作用 (automatism))。道徳的ないし規範的な非任意性は、人が自己の身体の動作については制御を及ぼすことができる、すなわち、厳格な意味で行為を行うことはできるが、自己の行為の過程を選択する自由がないケースに属する。これらのケースでは、人の選択の自由は、状況によって非常に圧迫されているので、法を冒すことが避け難いように見える。2種類の状況は、この種の法的免責を引き起こすものと考えられている。すなわち、制約が知識の欠如から生じる状況と、制約が意思の欠如から生じる状況である。前者は、事実の錯誤という抗弁の根拠を提供する。後者は、強制 (duress) と緊急避難 (necessity) という抗弁の根拠を提供する。最後に、責任無能力 (irresponsibility) の観念に基づく法的抗弁は、自己の精神状態のゆえに合理的な判断を行うことができないか、自己の行為について合理的な制御を及ぼすことのできない者が刑事責任を負いえないという仮定に基づいて働く。精神異常 (insanity) という抗弁は、ここで典型的な例を提供する。われわれは、次のように言うのであろう。すなわち、抗拒不能の強制の下で行為している者は、彼が、われわれの誰もが同じ状況に巻き込まれれば行為するであろうように行為するがゆえに免責されるのに対して、精神異常者は、自らを、彼が道徳的および法的責任の通常基準がもはや適用できないほどにわれわれのいずれとも異なっていることを体現したがゆえに免責される<sup>(1)</sup>、と。

3 しかし、すべての刑法上の抗弁が免責の概念で決まるというわけではな

---

(1) もちろん、ここでの決定的問題は、どのように異なるのか、そして、どの点で異なるのか、という点である。結局、きわめて凶悪な犯罪を犯す者は、われわれ他の者とは非常に異なっているが、このことは、法律上、彼らを免責せしめるものではない。この点について、伝統的な英米刑法の学説は、精神異常者そしてそれゆえに免責可能な犯罪者を選び出すための精神病の概念に依存している。この点では、精神病の結果として、被告人が自己の行為の性質および性格を正しく認識し、あるいは自己の行為を制御することができなかったかどうか (正常さと異常な自動作用との区別) が問われる。この第3の免責類型に関しては、客観的ないし合理的人物テストは、的外れになっている。

い。刑法はまた、正当化 (justification) の概念に基づく法的抗弁を認める。法的正当化の主張を生ぜしめる状況は、一見すると明白な不法かつ違法な行為の客観的評価の基礎を変えると理解されている。換言すると、正当化は、一定の法的に規定された状況の下で例外を許すことによって、刑法の一次的ないし禁止的規範を補い、修正する。これらの状況では、通常違法であると記述される行為が正当であり、あるいは、少なくとも法的に許容されると解される。正当化の下で行為している者が自己または他人の、あるいははるかに大きな社会的利益に対する同等かより大きな害を避けるためにその害を生じさせるという根拠 (より小さな害悪の原則 (lesser evil principle)) に基づいて、このことはしばしば説明される。免責は行為者に焦点を当てた要求であるのに対して、正当化の要求は行為に焦点を当てる。正当化のカテゴリーに属している法的抗弁の例としては、自己防衛 (self-defence)、他者防衛 (defence of another) および財産防衛 (defence of property) がある。

4 正当化と免責の理論にとって重要となるのは、一次的規範ないし禁止的規範と帰属規範の相違である。前者は、社会の構成員が刑法によって提供される制裁を避けるならば、彼らが従う必要のある態度の最低限の基準を設ける。これらの規範は、正当化の規範によって補足され、修正される。そして、その正当化の規範は、一定の状況の下で一次的規範の適用に対する例外を許容する。例えば、暴力行為を行うことに対する一次的規範は、抗弁においてそのような行為を行うことを許容する条項によって補足され、修正される。一次的あるいは禁止的規範に対して、帰属規範は、一次的規範を修正しない。それらの規範の役割は、第一次的に裁判官と陪審員に名宛てされて行為を導くのではなく、法的有責性の必要条件として道徳的な非難に帰す際に例外を許容することである<sup>(2)</sup>。刑法は、不法を行う者を罰することに関連するだけでなく、社会的価値と期待を強調し、強化することにも関連しているので、刑法は、行為の道徳的特徴と法律違反で訴追されている特定の者を刑事責任と刑罰から免除する

(2) フレッチャー (Fletcher) によれば、「不法な行為は、その規範に対する特権的例外を創出するすべての抗弁によって修正されたものとしての禁止規範の違反として定義されるかもしれない。帰属の分析は、われわれの注意を全体的に明確な一連の諸規範に向けるが、これらの諸規範は、行為のための指示を提供していないものの、影響力ある人々が自己のニーズのために説明可能となるための基準を明快に述べている。ここで詳細に説明されたような区別は、正当化と免責とのよりよく知られた区別に相応する」。 *Rethinking Criminal Law*, 1978, 458.

ための道徳的基礎を確認することができなければならない<sup>(3)</sup>。この点で、抗弁を正当化（justification）と記述することは、重要な行為が法的に許されるといふメッセージを伝達する。他方、抗弁を免責（excuse）とラベリングすることは、次のような事実への注意を喚起する。つまり、行為者が非難から解放されているにもかかわらず、彼の態度には不法が残り、それ自体が控えられるべきである、ということである。このことが示唆しているように、正当化と免責との区別を認識することに失敗することは、コミュニティに対して混乱したあるいは矛盾したメッセージを送る結果となるであろう<sup>(4)</sup>。その道徳的な重要性の他に、正当化と免責の区別には、重要かつ実践的な意味合いがある。例えば、正犯が免責を理由に無罪になるとしても、法律違反の遂行において、他人を助けた者は幫助犯として刑事責任を負いうる、という具合に認識されている。これとは対照的に、正犯としてある犯罪について訴追されている者が、正当化に基づく抗弁の主張に成功するならば、嫌疑がかけられている幫助犯は刑事責任を免れるであろう。さらに、法的に正当化され、あるいは許可された行為は、有形力によって抵抗されえないし（例えば、適法な逮捕に抵抗するために正当に有形力を行使することはできない。というのは、このような行為は、保護されているより大きな利益、すなわち法律の執行を害するであろうからである）、また第三者は、行為が正当化されると考えられる者を援助する権限が一般的に与えられるからである。他方、免責はその者の行為の不法な性格を否定しないので、免責可能な攻撃者による攻撃に抵抗するために有形力を行使することが許されるのである。

5 多くの論者は、ドイツやその他のヨーロッパ大陸の刑法体系とは対照的に、英米法においては正当化と免責の区別が近代刑法理論の展開において十分重視されてこなかった、ということを認めている。その区別の重要性が法の発展の初期段階で認識されていれば、今日の刑法理論をめぐる混乱の多くは回避されえたであろう、と主張されている<sup>(5)</sup>。それにもかかわらず、正当化と免責

(3) モーア（Moore）によれば、道徳的価値と期待値によって、われわれは、それらの「憤りの態度、道徳的憤慨、激しい非難、是認、有責性、行為者がいづ道徳的に賞賛に値するか非難に値するかについてのより認識的な判断」を表すのである。“Causation and Excuses”, 73 *California Law Review* (1985), 1091 at 1144.

(4) Robinson, “A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability”, 23 *University of California at Los Angeles Law Review* (1975) 266, 276-277を見よ。

についての文献は増えつつある。判決における区別への頻繁な言及と立法府の立法は、刑事責任を概念化するこのアプローチの利益に新たな関心を表している。

基本レベルでは正当化と免責の区別はほとんど困難を示さないけれども、これら一連の流れに沿った刑法上の抗弁の一般理論的分類における試みは、数多くの問題に直面する。これらの問題は、実際に機能する場合、免責と正当化の要素が同じ抗弁の脈絡においてしばしばオーバーラップして見える、という事実と多く関係している<sup>(6)</sup>。緊急避難 (necessity) は、理論が免責と正当化の考慮の両方に向けられているとみなされうる抗弁の一例を提供する。その抗弁は、ある者が自己または他人に対するより大きな切迫した害を避けるために罪を犯すことを強制される状況と関係している。この抗弁と強制 (duress) を区別するものは、ある者が法を破るよう強制する危険が、その者が自ら気づく状況から生じたのか、それとも他者の直接的脅威から生じたのか、ということにある<sup>(7)</sup>。イギリス法では、被告人が緊急避難の抗弁を申し立てるとき、陪審

(5) イエオ (Yeo) が指摘するように、「正当化と免責に関する刑法理論は、もはや裁判所によって無視できない。その主な寄与は、法の発展における一貫性であり、それは、裁判所自身が最も望ましいと宣言する目標である。裁判所を導く理論がなかったため、自己防衛、強制、緊急避難、そして最近までは挑発 (provocation) といった法の諸側面は、一貫性のない流行で展開されてきたのである」。「Proportionality in Criminal Defences」, *Criminal Law Journal* 12 (1988), 227. また、Fletcher, “The Individualization of Excusing Conditions”, *Southern California Law Review* 47, (1974), 1269; “The Right and the Reasonable” *Harvard Law Review* (1985), 949; Yeo, *Compulsion in the Criminal Law*, 1990, 5 を見よ。

(6) グリーナワルト (Greenawalt) によれば、「区別の困難性は、日常用語における『正当化 (justification)』と『免責 (excuse)』という用語の概念上のフエジー性、および行為が犯罪行為として取り扱われるべきだとする判決の根底にある多数の道徳的判断の不安定な質にある。これらの概念上の困難性の背後には、刑事手続きの諸特徴、とりわけ刑事裁判において素人陪審員により言い渡される一般の評決がある。それは、正当化と免責とを区別するあらゆる体系を個別的事案において実践することを妨げているのである」。「The Perplexing Borders of Justification and Excuse」, 84 *Columbia Law Review* (1984), 1897, at 1898. グリーナワルトは、道徳的責任と刑事責任の諸問題を解明する際にその区別の重要性を否定しないけれども、英米法における正当化—免責の区別に基づいて刑法の抗弁を体系的に分類する余地はほとんどない、と主張する。また、Colvin, *Principles of Criminal Law*, 1991, 204-205 を見よ。

は、2つの相互に関係する質問を考慮するように指示される。a) 被告人は、さもなければ彼または他者が死または重大な身体傷害を負うと考える適切な理由があったがゆえに、彼は彼が為したような行為を強制されたのか。そして、b) もし、そうだとして、被告人の重要な性格を共有する合理的な人物が、被告人が為した方法でその状況に応答したであろうか<sup>(8)</sup>。これらの質問の第1は、強制の主観的な条件に関係し、そして、それ自体、免責に関係する。質問の第2は、比例性 (proportionality) という要件に関係し、あるいはその状況での被告人の行為の客観的適正性と関係し、それ自体、それは正当化と関連づけられる。その抗弁は、客観的な見地から、被告人が、指定された害の形式、すなわち死および重大な身体傷害を避けるために合理的かつ相当に行為したと言いうる場合にのみ、利用できるであろう。類似の立場は、ペルカ事件 (Perka v. R) においてカナダの最高裁判所によって採用された<sup>(9)</sup>。そのケースでは、人間の弱さへの譲歩として、緊急避難が免責として、すなわち人間的な弱さへの譲歩として認められるべきであると考えられたし、それゆえにそれは、被告人の行為の擁護を意味するものではない。しかしながら、同時に、その抗弁は、害の均衡を必要とし、そして、緊急避難の主張は、生じた害が防止された害よりも少なくなかった場合には失敗に帰することになる、と述べられた。緊急避難のこの解釈に照らせば、免責に基づく抗弁の成功は、客観的な正当化の考慮に依存しているように思われる。

6 本稿の論旨は、緊急避難という法的抗弁がまだ完全に理解されていない、ということにある。問題は、背景にある哲学的分析および抗弁の免責的要素と正当化的要素の区別の失敗とともにある。実際には、この誤解は、ある程度の悪影響を引き起こしたが、多くの悪影響までは引き起こさなかった。誰かがもっともらしく緊急避難の抗弁を提起することができた事実状況は限られているし、その抗弁が生み出す証拠上の問題は、膨大である。しかしながら、その抗弁の性質の適切な理解により、裁判所がより公平にその抗弁を提起することを望む者を扱うことが可能になるであろう。

(7) したがって、緊急避難の抗弁は、ときおり、状況の強制 (duress of circumstances) として言及される。

(8) *R v Conway* [1988] 3 All ER 1025; *R v Martin* [1989] 1 All ER 652.

(9) *Perka v R* [1984] 2 S. C. R. 232; 42 C. R. (3d) 112; (1985) 14 C. C. C. (3d) 385.

## 2 緊急避難という抗弁の理論的根拠

1 緊急避難という抗弁には、長くて混乱した法的歴史がある。自己防衛、強制、精神異常および法律の錯誤と同様、緊急避難も、他人または他人の財産に害を引き起こす態度が不法ではない、あるいは寛恕され、認容され、あるいは賞賛されるべき場合についての道徳的直観に根ざしている。ある者が文字通り飢え死にしそうで、一斤のパンを盗むならば、われわれは、彼の極端な状況は、われわれが裁判で彼を処遇する方法に対して異なるところをまったく作り出すはずがない、と言う気にならない。そして、海上に漂っている2人が、1人の重さを支えることができるにすぎない丸太にしがみついているならば、われわれは再び、もし、一方が他方を丸太から押しのかたとしても、それがまさに謀殺の事件である、と言う気にならない。これらの直観力は、根深い。しかし、彼らが支持すると思われるその抗弁を明瞭に表現すること、あるいはその抗弁が適用されるべき状況と適用されるべきではない状況の違いを特徴づける状況を分離することは、きわめて難しいと言うことがわかるのである。法律家は、何世紀もの間、その抗弁と格闘してきた。しかし、たいいていのところ彼らが落ち着く分析は、彼らの前にある事案が示す緊急性によって形作られる。彼らの側に立って、哲学者たちは、その抗弁それ自体については多くを語らずに、緊急避難という抗弁の限界を画するいくつかの観念的な問題を探求してきた。

その法的抗弁の歴史を見ると、われわれは、2つの支配的なアプローチを見つけることができる。古典的な法的格言は、法律の文言を超越した緊急避難の事前の優位性を強調する。すなわち、緊急は法律を持たない (*necessitas non habet legem*)。緊急は法律に勝つ (*necessitas vincit legem*)。緊急避難は、かつて自然的な免責的な力とみなされていた。それ(あるいは後に、自己保存および自己選好という抑制できない情熱)が、行為を引き起こしたのであって、行為者ではない、と<sup>(10)</sup>。現代の法学者は、異なるイデオロムを支持する

(10) アリストテレス (Aristotle) の, *Magna Moralia*, 1188 b17-24, and 37を見よ。「緊急避難で為されることは、非任意的であり、思惟を伴うものではない」という。また、*Ethica Eudemia*, 1223 a10-12をも見よ。「われわれは、緊急避難、あるいは偶然、あるいは自然よって為されることを賞賛したり非難したりしない。われわれが賞賛したり非難したりするのは、われわれ自身がそ

が、それはまったく異なる哲学の伝統を反映している。今日認められている見解は、次のようなものである。すなわち、その抗弁は、より小さな害悪の選択を示し、ひとつの利益を守るためにひとつの利益を犠牲にする選択を示し、より大きな害悪を防ぐために刑法犯を犯す選択を示す、というものである。この見解では、行為者の行為が、守られるべき社会的重要性を有する利益を保護する場合、他者に対して害が加えられたとしても、その抗弁は成功することになる<sup>(11)</sup>。古典的な見解では、その抗弁は、その正統な法的ルールを廃棄するという抗弁であるがゆえに、黒い文字での法的ルールは呈示されえなかった。現代の見解はこれに同意するが、しかし、異なる理由からこれを支持している。すなわち、その抗弁の作用は、それが特定のケースで成功しようが失敗しようが、社会政策の問題である。そして、それ自体、その抗弁の限界は、犠牲に供した利益が保護されるべきであるという一般的観念に依存する。

2 行為者は、次の場合に緊急状況下で行為していると言いうる。すなわち、彼自身の落度なく、諸状況からして、害から彼自身の利益、その他の者の利益、あるいは行為者を含むかもしれない含まないかもしれない集団の利益を守るために、彼に他者（被害者）の権利または利益を侵害させざるをえない場合、である。本稿の主な焦点は、行為者に他者の権利または利益を侵害せしめる強制力をどのように理解することが最善であるかということに向けられるであろう。しかしながら、しばらくは、私は、まさに所与の広く語られている定義に照らして、その抗弁が適用可能ないくつかの可能な状況を簡潔に探求したい。

第1に、行為者の緊急行為の犠牲者は、行為者に彼が為したことをするよう強制した状況の原因であるかもしれないし、そうでないかもしれない。犠牲者が原因である場合には、行為者が他者の意図的な行為によってもたらされる彼

---

れについて原因となるものについてだけである」、という。トーマス・ホブズ (Thomas Hobbes) は、その著書『リバイアサン (*Leviathan*)』において、自己保存の衝動あるいは情熱が法に反することを為すように人に強い原因となる心理学的な微妙な点について述べている (Everyman Edition, 258)。

(11) ここで要約した見解は、Proser, *Law of Torts*, 4<sup>th</sup> edn., 1971, 98 ff; LaFave and Scott, *Handbook on Criminal Law*, 1972, 381 ff; G. Williams, “The Defence of Necessity”, *Current Legal Problems*, 6 (1953) 216; P. E. Glazebrook, “The Necessity Plea in English Common Law”, *Cambridge Law Journal* (1972) 87において、様々な形で見いだすことができる。

の生命に対する脅威に応答し、行為者の有形力を伴う応答によって他者を犠牲者とするときに、法は、行為者に対して自己防衛の抗弁を利用可能なものとして認める。換言すれば、厳密に言うと、自己防衛で行為することは、緊急状況の下で行為しているということである。しかしながら、道徳的に言っても、法的な伝統および実践の観点においても、自己防衛は、明らかに明確な抗弁である。これを反映するために、われわれは、緊急避難行為の被害者が不法な行為者、特に行為者の利益を侵害することを意図的に試みていた者であってはならない、という条件をまさに与えられた定義に加えることによって、一方に対して自己防衛を設定することができる。自己防衛（およびある者の財産の防衛）のケースは、それら固有の問題を提起する。攻撃に反撃するためにどの程度の有形力を行使することが許されるのか。有形力による反撃の根拠となるためには、ある者の利益の侵害はどの程度重大でなければならないのか。しかし、自己防衛にとって犠牲者が攻撃者であるという事実は、法律上常に、緊急避難と自己防衛を区別するには十分とされてきた。前者のケースでは、ある者は不法の撃退を守っているのに対して、後者のケースでは、権利の侵害を守っているのである。

3 しかし、われわれがこの自然な方法で自己防衛の諸ケースを区別するならば、被害者が、行為者に被害者の利益または権利を侵害するよう強い状況をもたらす状況もまだ残されているのである。以下の2種類のケースは、それを暗示するものである。被害者は、偶然の攻撃者であるかもしれない。

I. 手すりに掴まっている V が不意に膝をついてかがみ込み、V は、数階下のバルコニーに立っている A の方へ倒れ込む。A は、自己の腕を上げ、V の落下を回避し、V に重篤な怪我を負わせることによってのみ自身を救うことができる。V が A の上に倒れ込んだならば、V はそれより軽い怪我を被ったにすぎないでしょう。

状況 I において、V は、意図的に A の利益を侵害していない。道徳的に言えば、V は無罪である。さらに、もし、手すりの弱さが、合理的な分別のある人によって予見できなかったならば、V が落ちて A に怪我を負わせることは、不法行為の責任を負わない（不法行為法の用語で言えば、可避不可能な事故である）。それでもやはり、依然としてここで V は、A を緊急状況下で行為するよう強い状況をもたらしているのである。

第2の種類の場合は、「necessitous intervention（緊急的な介入）」という法的表題のもとに入る。Vは、V自身を危険に晒し、この危険の結果から自身を守るためにAをしてVの利益または権利を侵害することを強いる状況をもたらすかもしれない。以下のような、稀とはいえないケースを考えてみよう。

II. Aは資格のある医師であり、VはAの重篤な患者である。Aは、Vに彼の生命を救うために輸血が必要だと告げる。医学的には他のいかなる余地もない。Vは、精神能力がある成人であるが、彼は宗教的理由から輸血について同意を与えることを拒否している。Vが信仰を破ることを実現するために、AがVに睡眠薬を与えて、寝ている間に輸血を施して、彼の生命を救う。

Vが暴行（battery）を主張するならば、Aの抗弁は緊急避難となりえよう。同意を与えることをVが拒否することにより、Aは、Vの生命を救うためにVの反対を踏みにじるよう要求する状況に置かれる。

被害者が無罪でかつ緊急状況に対して因果的に責任がない場合、法は、伝統的に2つの可能性を想定した。すなわち、行為者に被害者の利益侵害を強いた状況は非人格的な自然現象であったか、または第三者からの脅威の形態を取っていたか、である。後者の場合、法律上、強制（duress）という抗弁が適用可能となる。原則として、自然現象によって引き起こされた緊急状況と人間の脅威によって引き起こされた緊急状況を区別するものは、ほとんどない。生命または身体を巻き込んでいる危険が切迫したものとなり、その状況を避ける可能性がありそうもないものとなるかもしれない。こういう理由から、強制はしばしば一種の緊急避難であると思われるし、私は強制をここでそのように扱うつもりである。しかしながら、実際問題として裁判においては、2つの抗弁が非常に異なる立証上の負担を被告人に課すかもしれないことを即座に付け加えておくべきである。

上で与えられる定義のひとつの最後の側面は、考慮されるべきであろう。人は、緊急状況下では自分の利益のために行為するかもしれないし、他人のために行為するかもしれない。法律上、早くから2種類のケースが認められている。すなわち、個人的緊急避難（private necessity）と公共的緊急避難（public necessity）である。公共的緊急避難は、例えば、火災が街中に広がること

を避けるために誰か他の者の家を引き倒すことは、より容易に正当化しうる抗弁であると考えられていた。市民の擁護者は、自らの利益が巻き込まれているか否かにかかわらず、公益のために行動していた。そして、彼の行動によって害を被る市民は、合理的に不満を言うことができなかった。やがて、公共的緊急避難は、ほとんどすべて国家組織の中に吸収されるようになり、国家機関の特権という形で再度現れることとなった。實際上、近代国家は、個々の市民がその違法な行為が公共善 (common good) のために為されたとうまく主張しうる状況を定義する権利を自ら保持しているのである。

しかし、公共的緊急避難がコモン・ローの抗弁として消えてなくなるなら、IIのような状況は、非個人的緊急避難、あるいは他人のためにする緊急避難の余地が依然として存することを示している。イギリスの有名なボーン妊娠中絶事件 (R. v Bourne) において主張されたのが、この抗弁である。本件では、被告人は、女性の精神的な状況によって違法な妊娠中絶を行うよう強いられた、と主張したのである<sup>(12)</sup>。しかしながら、他人のためにする緊急避難がやがて公共的緊急避難と同じ道を歩むであろうと考えるには、理由がある。その抗弁を主張する者たちは、一般的に、医師や消防士、警察官などの承認可能な社会的役割を担った個人である。そして、現在の傾向は、彼らの行為に適用可能なものとしての緊急避難という抗弁はそれらの役割の権利や特権であることを明確にする一団の法的ルールに吸収されつつあるように思われる。

公共的緊急避難や他人のためにする緊急避難の諸ケースは、それが法的に将来どうなるにせよ、歴史的には、その抗弁の古典的な見解を重視するのである。その見解は、行為者の行為の選択の非任意的性質を強調した。古典的見解では、実際のところ、緊急避難という抗弁が成功するためには、行為者は、彼には選択肢がなく、緊急状況が、文字通り彼が為したことを彼に強いたという主張に依拠した訴えに基づいていることが要求されていたのである。皮肉にも、その抗弁が成功した最初の記録においてさえ、非任意性という古典的な要求は目立っていなかった。マウス事件 (Mouse's Case) では、被告人は、嵐の中、舢舺にいる乗客の生命を救うために海中に荷物を捨てるよう強いられた、と主張したが、それは、明らかに故意に選択された任意的な行為であった<sup>(13)</sup>。

(12) [1939] 1 K. B. 687. 同じ抗弁は、*Morgentaler v. The Queen* (1975) 20 C. C. C. (2d) 449, 53 D. L. R. (3d) 161 (S. C. C.) でもうまくいかなかった。

(13) (1609) 12 Co. Rep. 63. また、Aristotle in *Ethica Nicomachea* 1110 a 5-10

個人的緊急避難あるいは自己のためにする緊急避難のケースでは、最初はある者が、行為者が行為するよう「強いられた」と言うように誘惑される傾向にあるかもしれない。すなわち、彼は、自己の生命または財産に迫る脅威に対して、そのように分析されるかもしれない状況Ⅰで反射的に反応したという意味において、である。疑いなく、古典的な理論家たちは、彼らがその抗弁の限界を設ける場合には、精神的に生命を脅かす緊急事態に自動的に反応していた。このモデルでは、行為者は、単に自発的かつ自動的に反応しただけだ、ということを実証することが要求された。行為者は、自己の意思が緊急状況によって抑圧されたということを示すよう要求された。要するに、その抗弁の古典的な見解は、行為の瞬間の現象に裁判所の注目を向けたのである。つまり、行為者には自己の選択肢を比較衡量する機会がなかった、あるいは他の可能性が彼にはないほど錯乱していたという主張を強いたのである。

もちろん、行為者が彼の行為が自動的だったので彼が為したことを強いられたというケースを想像することは容易である。しかし、それが明白で区別可能な抗弁として存在するということであるならば、このことは、緊急避難という抗弁の本質ではありえない。というのは、ここで問題となっている類の強制は、刑事法の慣用語では *actus reus* の欠如すなわち、反射的で意図的でない身体的運動であるから、まったく異なる抗弁のための基盤へと徐々に変化していくことになるからである。この抗弁は、落度がまったくないということを確認する。もし、状況Ⅰにおいて A が単純に反応したならば、彼は抗弁を有している。しかし、その抗弁は、緊急避難ではない。というのは、緊急状況下で行為することは、行為することであるが、反射することではないからである。それは、特定のコースの行動を選ぶことであり、そして、そこでは選択は、周囲の状況に拘束される。熟慮は、選択の前提的な特徴である必要はない。しかし、可能性の一定の評価は、きわめて重要である。さもなければ、行為はなかったものであり、単に無意識の運動があったにすぎないからである。

状況Ⅰは、限界線である。しかし、もし、われわれが A の行為が任意的で

---

と比較してみると、そこでは、より大きな害を恐れてなされたいくつかの行為が非任意的か任意的かという議論をしている一方で、アリストテレスは、次のように述べている。すなわち、「その類のことは、嵐の中で押しつぶされた商品を〔船から海中に〕投げることにしても起きる。というのは、誰も空想で商品を任意に投げたりはしないが、自己自身および乗組員の安全を確保するという状況であれば、相当程度に人はそうするからである」、と。

あり、それゆえに緊急避難という抗弁がふさわしいと仮定するならば、われわれは、他のどのような選択肢を A が為しえたかを考えなければならない。明白な回答は、こうである。すなわち、A は、彼自身への危険と脱出のための経路を完全に認識していたならば、彼自身の利益へのリスクを受け入れながら、英雄的に行為できたかもしれない。しかし、このように問題を設定することは、緊急避難という抗弁の要点を露呈させることになる。すなわち、ある者への生命あるいは身体への直接的かつ回避不可能な脅威がある場合、人は、英雄的に行為するように決して義務づけられない。道徳的に言うならば、過剰な行為は、義務づけられていないのである。さらに、法は、伝統的に、要求された態度に対する基準点を非常に低く設定している。そうしようとする場合にほとんどあるいはまったくリスクがない場合でさえ、救助すべき法的義務はない。

しかし、英雄主義 (heroism) がいかなる法的義務でもないということは、緊急避難という抗弁の理論的根拠を空虚にするものではない。抗弁の背後にある直観力は、むしろこうである。すなわち、人は、自己の利益と他者の利益が不可避免的に競合する場合には、他人の利益を不可侵なものとして扱うことを決して要求されないのである。しかしながら、利益に依存するし、また、状況に依存するということも付け加えられるべきである。このように設定してみると、もし、ある者が選択という要素を無視するならば、緊急避難という抗弁は消滅するということが明らかになる。緊急状況下で行為することは、他人の利益を犠牲にする方法である利益を保持するよう決定することでなければならない。緊急避難という抗弁の要点が与えられるとすれば、行為者が厳格な意味において任意的に行為し、自己の行為の結果を認識していたということを裁判所が確定した後はじめて緊急避難の抗弁は適用可能となるのである。緊急状況は、その意思を曲折させたが、それを破壊はしなかった。すなわち、行為者は、そのような結果が生じることが彼の望みではなかったけれども、自己の行為の結果を意図したのである。そして、緊急避難に基づいてある者の行為を擁護することは、その行為の時点におけるその者の精神状態を指摘して、文字通り選択の余地がなかったと言うことではないのである。

抗弁の手段として、自分は何も不法なことを「していなかった」、あるいは何も「不法なこと」をしていなかった、と主張する者がいるかもしれない。第 1 のケースでは、行為が不法であったが、その行為に対する完全なあるいは一切の責任すら否定される、という承認がある。第 2 のケースでは、責任の承認

があるが、その行為がその状況下において為すべき悪しきことであったということが否定される。誰かを免責するということは、少なくとも道徳的に言えば、その者の身の証を立てるということである。その理由は、出来事が明らかになったときに、彼がこの世に害悪よりも多くの善益をもたらしたからではなく、厳密に言えば、それは彼の行為ではなかったからである。免責するということは、一時的であれ永続的であれ、無能力であったため、あるいは行為の開始時に外的強制が働いていたために、その行為が被告人の制御の外にあったということを認めることである。他方、正当化は、別の方法、つまり軽減するという具合に作用する。正当化は、その選択が意識的に為されたという場合に、その選択がその行為を任意のものたらしめたという周囲の状況に依存する。これらの特定の状況は、その行為を、別の道徳的に許されうる行為に変換することによって、不法な行為を正当化するのである。

4 古典的な見解から、より少ない害悪というアプローチを採る現代の見解へと緊急避難という抗弁が発展してきたことは、行為者の行為から、彼の行為の結果へと強調が移ってきたということを含んでいた。論証の方法も、同様に変わってきた。哲学的な用語では、その抗弁は、帰結主義的理由づけに依存すると今日では考えられている。すなわち、緊急避難は、功利主義的考察に基づく主張になった。この方向性は、次のような結果をもたらした。すなわち、弁護人によって促された場合、裁判官は、無罪判決または有罪判決が下される社会への長期的影響ほどには、行為者の行為の直近の帰結を評価すること（より少ない害悪が現実を選択されたかどうかを決定すること）と関わるようにはあまりなっていないのである。行為者の行為が十分な刑罰を受けるに値するかどうかという問題は、しばしば、背後に追いやられる。そこでは、裁判所は、特定のケースにおいてその抗弁が成功することを認めることが、社会の長期的利益にあるか否かというまったく別な問題を考慮するのである。

力点のこの変動は、功利主義的パースペクティブがあれば理解できる。行為・功利主義者 (act-utilitarian) にとって、緊急状況下における他者の利益侵害と、いかなる利益も脅かされていない場合の他者の利益侵害は、何ら区別されえない。つまり、2つの行為の直近の結果は、等価であるはずだからである。その区別を行うためには、行為・功利主義者は、当然に抗弁を許すか否かという裁判所の決定の帰結へと向かう。彼の側にとっては、ルール・功利主義者 (rule-utilitarian) は、直ぐに、抗弁を認めることの長期的な社会的帰結へと向かう。そして、これらの帰結が犯罪行為を常に増加させ、少なくとも減少

させないことになるであろうという主張はもっともらしく思われるがゆえに（その抗弁を認めるということが、将来において成功する抗弁の機会を増やす先例を設けるがゆえに）、ルール・功利主義者は、その抗弁について非常に懐疑的な傾向になるであろう。そして、實際上、ほとんどの場合に、これは、緊急避難という抗弁に向けられた司法の一般的な態度である。

しかしながら、直観的には、緊急避難という抗弁の理論的根拠は、非功利主義（non-utilitarian）である。呈示された正当化は、行為者の有責性（culpability）の程度に向けられている。それは、その抗弁を許すことによってわれわれが望ましい社会的帰結を生み出すことになるかどうかという問題には向けられてはいない。緊急避難は、換言すると、個別化された抗弁である。個別化された抗弁のパラダイムは、免責である。もし、懸案の問題が、被告人が任意に行ったかどうかということであるならば、有罪判決または無罪判決の長期的な帰結を考慮することは、率直に言って、不適当である。緊急避難という抗弁は、免責のこの特徴を有している。その抗弁は、限定的減軽を提供するにすぎず、それは、その事案の特定の状況によって決定される。それは、その事案の行為者の特定の状況に付随する抗弁であって、法的ルールによって定義される類の行為に付随する抗弁ではない。

その抗弁のこの特徴は、古典的な見解に組み込まれ、衡平法（エクイティ（equity））という新興の観念の中にあるものとして基礎づけられる。緊急避難という抗弁は、この見解によれば、それ自体は法的ルールではない。それは、むしろ、その事案の特殊な状況のゆえに要求される法的ルールの過度に厳格な適用に対する救済である。その抗弁の理論的根拠は、われわれの同情を解放することである。図式的には、ルールを背景にしてではなく、あるいは可能な全体的な社会的帰結を背景にしてではなく、その事案に特有の周囲の状況すべての観点に十分に照らして、何が為されたかということを見ることが要請されるのである。次節では、ここで呈示されている緊急避難という抗弁の分析を、刑法において見いだされる事案の実際の取扱いと比較してみよう。

### 3 緊急避難の主張

1 英米刑法においては、緊急避難という抗弁を扱ったケースが僅かながらある。刑法が明確であるかぎり、その抗弁は、以下の場合にのみ承認可能なように思われる。（i）回避された害悪が、それを回避するために侵された刑法

犯の害悪より相当大きかった場合、(ii) 害悪のリスクが切迫している場合、そして、(iii) いかなる合理的な（すなわち非英雄的な）代替手段も行為者に残されていない場合、である<sup>(14)</sup>。しかし、英米法学は、比較的発展が不十分であり、時に一貫していない。しかしながら、暴力的または致命的な自己保存があった場合にその抗弁が失敗するという合意はある。ダドリー＝ステューブンス事件（R. v. Dudley and Stephens）やホームズ事件（U. S. v. Holmes）は、自己または他者の死を防止するために非攻撃者を殺すという最も深刻な緊急避難状況に適用するようにその抗弁への刑法的アプローチを示している<sup>(15)</sup>。

ダドリー＝ステューブンス事件において、3人の男性と1人の船室の少年は、船が大西洋の嵐で沈没し、救命ボートに乗ることを強いられた。彼らは、ボートの中にはほとんど食べ物がなく、視界には陸が見えなかった。彼らの唯一の望みは、他の船に発見され、救助されることだけであった。〔救助船を〕待つこと20日の後、食料の供給がなくなったので、水夫たちは非常に衰弱し、絶望的になった。最期が近いことを恐れて、ダドリーとステューブンスは、その肉を食べるために、もうほとんど死にかけていた船室の少年を殺すことを決定した。ボートの第三の男性は、協力することを拒否した。ダドリーとステューブンスは、少年を殺し、そしてその後4日間、3人の男性は、少年の肉と血を食べて生き延びた。数日後に、彼らは通過する船に発見され、健康が非常に悪化した状態で救助された。奇跡的に救出された後まもなく、熱烈な報道の中で、ダドリーとステューブンスは、謀殺のかどで裁判に付された。彼らの抗弁は、生き延びるために彼らが為したように行為することは、彼らにとって必要であった、というものである。裁判において、裁判所は、救命ボートの中に食べ物が残っていなかったため、水夫たちはもはや生き延びることができなかった、ということをも認めた。さらに、陪審は、被告人が少年を殺し、その肉を食べて生き延びなかったならば、彼らは皆、救出される前に、ほぼ間違いなく死んでいたであろう、ということも承認した。事実審裁判官は、陪審に次のように述べた。すなわち、「食べる」という緊急避難は、他人の生命を奪うという

(14) Kenny, *Outlines of Criminal Law*, (19<sup>th</sup> edn), 1966, 73; Arnolds and Garland, "The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser evil", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 65 (1974) 289 を見よ。

(15) (1884) 14 Q. B. D. 273 and 1 Wallace June 25 1842, Fed, Case No. 15, 383.

緊急避難を創出し、他人の生命を奪うことを免責するものではない、と。それにもかかわらず、陪審は、被告人に有罪判決を下すことを拒否した。その代わりに、彼らは、彼らが証拠によって証明されたとわかった事実の陳述を答申した。この事実の陳述に基づいて、その後、被告人は、王座裁判所によって謀殺で有罪を宣告された。しかしながら、彼らの死刑宣告は、6ヵ月の拘禁刑に変更された。それより前のホームズ事件では、2度目の難破の後に、積載超過で沈んでいるロングボートを軽くするために、船員が14人の乗客を海中に投げ入れた。生存者が救出された後、乗組員の1人は裁判にかけられて、故殺の有罪判決を受けた。最高裁判所は、乗客に奉仕するのに船員には十分な余地が残されていたので、船員が最初に定員超過の救命ボートから離れるべきであった、と判示した。そして、もし、多くの人が海中に投げ入れられる必要があったとすれば、それはくじによって選ばれるべきであった、と。しかし、その問題へのこのようなアプローチは、特に、同意が意図的な殺人の非難への抗弁ではないという事実の観点において、問題があるように思われる。

グドリー＝スティープンス事件判決は、一連のよく知られた根拠づけとなるものに明確に基づいていた。その抗弁を認めることは、彼らが晒している危険を過大評価し、あまりに速く誘惑に譲歩する人々を助長してしまうかもしれない。そして、ホームズ事件において裁判所は、極端な状況においてその抗弁の可能性が排除されることを望まなかったが、最終的な判決は、無罪判決の長期的効果の考慮にも基づくものであった。実際、そのとき、この議論は皮肉にも、両方のケースとも古典的な格率の影の下で審理され、そして、その伝統に由来する古めかしい議論のひとつは、確実な死に直面すると、人は将来の処罰の可能性によって生命に関わる誘惑に屈するの阻止することはできないであろう、というものであった。ほとんどの部分において、これら2つのケースにおける裁判所の根拠づけは、何となく功利主義的である。しかしながら、より詳細に検討してみると、それらは、ここで提供されている分析と相容れないわけではない。両方のケースでは、実際に加えられる処罰は、ほとんど象徴的なものであるにすぎないくらい最小限のものであった。たとえ成功したとしても、緊急避難は、われわれがある行為を非難する諸根拠を完全に排除しはしないであろう。そして、これらの判決は、この非難の司法的な表明とみなすことができる。

2 刑法の機能のひとつが、ある行為の社会的非難を表明することであるならば、緊急避難という抗弁は、暴力的な自己保存のケースにおいては失敗する

ということを理解できる。しかし、この決まりきった機能は、しばしば誤解される。裁判官は、時としてひとつの関心事に彼らの判決の基礎を置くように思われる。すなわち、その関心事とは、さもなくば他人が同じ犯罪に向かうがゆえに、緊急避難という抗弁にもかかわらず、有罪が要求されたか否か、ということである。この態度が今日まで明白であったひとつの分野が、緊急状況の下での受刑者の脱獄である。

グリーン事件 (State v. Green)<sup>(16)</sup> においては、被告人は、ミズーリ州刑務所の受刑者であった。彼は、仲間の受刑者によって繰り返しレイプされた。看守は、助けを求める彼の訴えを無視した。ある日の夕方、他の4人の受刑者が、グリーンが再度レイプされることになっているという話をしていたので、グリーンは脱獄した。彼は捕えられ、州の機関から逃亡したかどで告発され、有罪となり、3年の拘禁刑を追加する判決を受けた。上訴に対して州最高裁判所は、第1審の判事は以前のレイプの陪審証拠とその夕方のレイプの脅威を回避するという点において正しい、と判示した。最高裁判所による根拠づけの支配的な考えのひとつは、次のようなものであった。すなわち、他のどの判決も、ミズーリ州がグリーン事件の例に従って、レイプされることに反対していたが、レイプされることを避けえなかった他の受刑者を許していたということを示すかもしれない、ということである。

最高裁判所の判決で誤っている点は、刑務所で虐待されていると感じている受刑者には逃亡の権利があるべきだ、としていることではない。その判決で間違っている点は、それによって、陪審が、グリーンが緊急避難を根拠として弁護されうるか否かという判断をすることを妨げた、ということである。裁判所の関心事は、グリーンに対する州のケースの正当な判断であるべきであった。これが関心事であるため、他の受刑者が為したかもしれないことに基づき、グリーンを有罪としなかった議論は、不適切であるばかりか、被告人にとってきわめて有害である。グリーンが逃亡を取り巻く状況を完全に認識していたなら、陪審は、彼を有罪にしたかもしれない。そして、こうした状況にもかかわらず、グリーンが行為を非難することの表明は、裁判所にとって正しいことであったかもしれない。しかし、すべての証拠の中で、少なくともこれらの判断が、グリーンが為したことについての判断であるかもしれない。そうであったとすれば、グリーンは、功利主義的理由づけの犠牲となったのであり、緊

(16) 470 S. W. 2d 565 (Mo. 1971). Supreme Court Decision: 405 U. S. 1073 (1972).

急避難という抗弁の誤解の犠牲となったのである。緊急状況下での逃亡は、他の状況下での逃亡より非難が少ないし、また、その事実は、裁判所の判決に反映されるべきである。一般的に、これは、刑事司法の文脈において、緊急避難という抗弁の厳密かつ唯一の機能であるように私には思われる。

より最近の一握りの脱獄のケースは、グリーン事件判決における不正義を避けたいという意欲を示した。例えば、ベイリー事件 (United States v. Bailey)<sup>(17)</sup> において、控訴裁判所は、グリーン事件で提起されたのと同じ問題に直面した。すなわち、脱獄する前にあった緊急事態（このケースでは看守による暴行）の証拠を陪審が考慮することを妨げることは、第1審の判事にとって妥当であったのだろうか、と。裁判所の多数意見は、強制または緊急避難の証拠が行為の任意性にとって重要であり、有罪の決定にとって不可欠であるという理論に基づいて、それが不適切である、と判示した。多数意見は、通常的信念をもった人が抵抗することができなかつたであろう脅威または状況下で行われた犯罪には責任を課せられないという模範刑法典の理論を基礎にした。

3 イギリス法においては、そのような抗弁の存在が示唆されていた16世紀に遡る見解があるけれども、緊急避難という抗弁の正確な地位は長きに亘って不明確であった。ブラクトン (Bracton)、クック (Coke)、ヘイル (Hale) のようなコモン・ローについての初期の論者たちは、免責としてよりもむしろ正当化として緊急避難に言及していた。すなわち、彼らは、緊急避難が、さもなくば違法であるかもしれない行為を正当化するかもしれない、と考えたのである。イギリス法の初期の文献において見いだされた緊急避難の諸事例の中には、火災が広がるのを防ぐために家を倒壊すること、火災に遭った刑務所から受刑者が逃亡すること、嵐の中で船を守るために貨物を投棄することが含まれている。(ダドリー＝スティープンス事件判決が確認したように) 緊急避難という一般的な抗弁の導入は拒絶されたけれども、最近数年間に亘って、イギリスの裁判所は、状況の強制 (duress of circumstances) として知られることになっている限定的な緊急避難 (limited necessity) という抗弁にもっとオープンになることを示してきた。そのような限定された抗弁が利用できるかもしれないという状況は、コンウェイ事件 (R v Conway)<sup>(18)</sup> とマルティン事件 (R v

(17) 585 F. 2d 1087 (D. C. Cir. 1978). また、*People v. Harmon*, 53 Mich. App. 482 (1974); *People v. Luther*, 394 Mich. 619 (1975); *People v. Lovercamp*, 43 Cal. App. 3d 823 (1974); *People v. Unger*, 66 Ill. 2d 333 (1977) をも見よ。

(18) [1988] 3 All ER 1025.

Martin)<sup>(19)</sup> というリーディング・ケースで述べられた。

コンウェイ事件では、被告人は、無謀運転罪で起訴された。彼は、緊急避難を主張し、彼の同乗者が車に接近しているのを見られた2人の男による攻撃を恐れたので、彼が為したように運転した、と主張した。その同乗者は、数週間前に銃撃事件に巻き込まれていた。そして、被告人は、2人の男が彼を殺害したがっていると信じていた。実際のところ、2人の男は、私服を着た警察官であった。そして、彼らの意図は、同乗者を逮捕することであった。事実審裁判官は、緊急避難（あるいは状況の強制）という抗弁を陪審に提出しなかった。そして、被告人は、その犯罪について有罪となった。被告人の有罪を破棄する際に、控訴裁判所は、緊急避難という抗弁は、「その言葉が通常理解されているように強制という抗弁の存在の論理的帰結である」、と述べた。同時に、裁判所は、緊急避難という抗弁が強制の抗弁と同じ限界に服する、すなわち、避けるよう求められている害は死または重大な傷害でなければならない、ということを認めた。

マルティン事件では、被告人は、無免許運転罪で起訴された。彼の妻の息子は、寝すごして仕事に遅れ、そのために仕事を失うことの危険に晒されていた。妻は動転して、被告人が車を運転して仕事に連れて行かないと自殺すると脅迫していた。妻の不安定な精神状態について医学的な証拠があったが、家の中には、運転免許証を持っている兄弟もいた。事実審裁判官は、緊急避難の抗弁を陪審に残さなかった。そして、被告人は容疑の罪を認めた。しかしながら、被告人の有罪は、控訴裁判所によって破棄された。裁判所は、被告人が緊急避難の抗弁に関して挙証責任を放棄したが、事実審裁判官は、その問題を陪審に提出すべきであったということを認めた。控訴裁判所によると、陪審は、以下の2つの質問しなければならなかった。

1. (彼が合理的に存在すると信じていたような状況の観点において) 彼が、さもなければ死または重大な傷害が生じたということを恐れる正当な理由があったがゆえに、被告人は、彼が為したように行うよう強制されたのか。
2. もしそうならば、被告人の性格を共有する合理的な人物ならば、被告人が為したようにその状況に回答したであろうか。

---

(19) [1989] 1 All ER 652.

緊急避難という抗弁を支配している一般原則は、次のように要約された。「まず、〔法は〕、極端な状況において緊急避難の抗弁を承認する。ごく一般には、この抗弁は、強制〔という抗弁〕、すなわち、他〔人〕の不法な脅威または暴力から被告人の意思へのプレッシャー〔が予め推測される〕として提起される。しかしながら、同時に〔緊急避難の抗弁は〕、被告人または他者を脅かしている客観的な危険から生じうる。〔緊急避難または状況の強制という〕抗弁は、客観的な立場から、死または重大な傷害の脅威を避けるために、被告人が合理的かつ相当に行為していると言うことができる場合にのみ利用可能である」。

4 同様に限定された緊急避難の抗弁は、カナダ法によって認められている。カナダにおけるリーディング・ケースは、ベルカ事件 (Perka v R)<sup>(20)</sup> である。このケースで、被告人は、麻薬の輸入と所持に関する罪で起訴された。カンナビス (大麻) を積んだ被告人の船は南アフリカからアラスカへ行く途中であったが、嵐に巻き込まれてしまった。船および悪化している天気に伴う諸問題から、彼らは、カナダの海岸に向かわざるをえなくなり、そこで船が座礁してしまった。船がまさに転覆することを恐れたので、船長は、部下に積荷を船から降ろすように命令した。事実審では、緊急避難の抗弁は陪審に残されており、そして被告人は無罪になった。しかし、被告人の無罪判決は上訴され、ブリティッシュ・コロンビア控訴裁判所 (the British Columbia Court of Appeal) とカナダの最高裁判所 (the Supreme Court of Canada) によって破棄された。最高裁判所は、法を破る合理的な法的代替手段がその状況では利用できた、と判示した。このケースの審理をするにあたり、カナダの最高裁判所は、もし緊急避難が抗弁として承認されるならば、以下の条件を充足する必要がある、と述べた。

1. 現実の緊急状況がなければならない。
2. 法律の遵守がその状況では不可能でなければならない。
3. いかなる法的な代替手段も残されていない。
4. 侵害される害が、防がれた害より小さくなければならない。
5. 緊急避難という状況が予見できてはならない。しかし、単なる過失や、緊急事態が生じたときに、被告人が違法な態度に従事していたという事実には、緊急避難の抗弁を排除するためには必要ではない。

(20) (1985) 14 CCC (3d) 385, 13 DLR (4<sup>th</sup>) 1.

裁判所は、緊急避難が免責、すなわち被告人の行為を正当化しないことを示すものとみなされるべきである、と判示した。その抗弁は、人間の弱さへの譲歩であると考えられていたが、プレッシャーに対する適切かつ通常の抵抗という社会的期待に基づいている。さらに、裁判所は、その抗弁が害の均衡と比例性に基づいている、と述べた。このことは、被告人によって引き起こされた害が回避された害に対してより小さな害でなければならない、ということの意味する。

5 限定された緊急避難の抗弁は、オーストラリアのルーナン事件（R v Loughnan）で認められている<sup>(21)</sup>。このケースで、被告人は、刑務所から逃亡したことで起訴された。他の受刑者が彼を情報提供者（密告者）として看守のために働いていると信じたため、彼の生命が案じられたので逃亡した、と彼は主張した。事実審裁判官は、陪審に緊急避難の抗弁を残すことを拒否し、そして、被告人は、その罪について有罪と判決された。有罪判決に対する彼の上訴は、被告人が直面していると考えた暴行の危険は切迫していないという根拠に基づいて、ヴィクトリア州最高裁判所（the Supreme Court of Victoria）によって棄却された。裁判所は、被告人が正直にも彼が差し迫った危険にあるという合理的な根拠に基づいて信じた場合に、緊急避難の抗弁を当てにできる、と指摘した。もし、被告人が法を侵さずに危険を回避することができるならば、あるいは危険を回避するために彼によって引き起こされた害が脅かされた害と不均衡であるならば、緊急避難の抗弁は、必ずや失敗するであろう。

6 ニュージーランドでは、緊急避難は、1961年の犯罪法（the Crimes Act）20条の下で、コモン・ローの抗弁として認められている。この条文は、（1項で）いかなる状況でも、作為または不作為に対して正当化または免責、あるいはあらゆる非難への抗弁を与えるコモン・ローのすべてのルールと原則は、それらに変更されるか、この法律またはその他の立法と矛盾しない場合を除いて、効力があり、非難の観点に適用する、と規定する。このことは、単に次のことを意味するにすぎない。すなわち、緊急避難の抗弁がニュージーランドでは法令で認められないかぎり、抗弁の見通しは、この問題について裁判所がコモン・ローの権威をどのように解釈するか依存するであろう、ということである。カピ事件（Kapi v MOT）<sup>(22)</sup>では、被告人は、事故後の停車をし損

(21) [1981] VR 443.

(22) [1992] 1 NZLR 227, 7 CRNZ 481.

ね、誰かが怪我を負ったかどうかを確認し損ねた罪で訴えられた。被告人が駐車中の車に衝突したとき、彼はラグビーの練習の後、家に運転して帰るところであった。彼は、別の車のヘッドライトによって目がくらんだので、その車が見えなかった、と主張した。彼は、緊急避難を主張し、正直にも、彼が車を止めていたならば、彼は轢かれていたかもしれないと信じたので、止めなかった、と主張した。地方裁判所の裁判官は、緊急避難の抗弁がニュージーランドで利用可能であるということを確認したが、被告人が車から出ないで、それゆえに差し迫った危険の状況に自らを晒すことなく何が起こったかを見るために(車を)止めることができたので、このケースでは適用できない、と判決した。被告人は有罪判決を下され、控訴した。高等裁判所で、被告人は、緊急避難の抗弁を成功させるためには、自己の生命または身体が差し迫った危険のもとにあると被告人が正直に信じたことが合理的である必要はない、と主張した。しかし、この主張は裁判所によって拒否され、被告人の上告は棄却された。裁判所は、「すべての国で(緊急避難という)特定のケースにおける一般的なルールは、その〔抗弁〕が認められる以前に誠実直な信念が合理的な根拠に対して確実に限定されている」、と指摘した。同様の立場は、ニュージーランド控訴裁判所 (the New Zealand Court of Appeal) によって採用された。このケースにおいて、高等裁判所と控訴裁判所は、緊急避難という法令上の抗弁が立法府によって導入されるまでは、緊急避難は1961年犯罪法20条の下の抗弁として採用されうるかもしれないという見解を表明した。控訴裁判所は、次のように述べた。すなわち、「われわれが引用する権威に基づいて、われわれは、緊急避難の抗弁には、もしニュージーランドにおいて利用可能であれば、少なくとも、生命または重大な傷害の切迫した危険の合理的な根拠に基づいて形成された信念が必要となる。法を侵すことは、そのように行う以外に現実的な選択肢がなかった場合にのみ免責されるにすぎない。その場合でも、その責任が危険と比例している場合にのみ、免責されうるにすぎない」、と。その後、カピ事件判決およびそれに続くケースにおける判決の根拠に基づいて、もし、ニュージーランドにおいて緊急避難が抗弁として受け入れられるならば、充足される必要のある主な条件は、以下のように要約されるであろう。

A. 被告人は、現に直面しているか、自然の物理的な力から彼が死または重大な傷害の差し迫った脅威という脅威に直面しているという合理的な根拠に基づいて信じていなければならない。

- B. 被告人の法を破る行為は、感知された脅威に対する反応でなければならない。
- C. 被告人の反応は、脅威に対して比例していなければならない。すなわち、被告人の特徴を共有する合理的な人物であっても、その状況にあって行為したのと同様に行為したのであればならない（侵害される害は避けられる害よりも小さくなければならない）。
- D. 緊急避難の抗弁は、被告人が謀殺既遂で訴えられている場合なのか、謀殺未遂で訴えられている場合なのかには左右されない。
- E. 主張された緊急避難の抗弁は、彼自身の落度によってその緊急状況が引き起こされたものであってはならない。

法令上の緊急避難の抗弁は、まだニュージーランドには導入されていないけれども、ある種の緊急避難が1961年の犯罪法において提供されている。例えば、204条2項は、もし、彼が自己の生命または他人の生命を守るために彼が為したように行為したのであれば、自己または他人の生命を守ろうとした者を妨害しあるいは妨害しようとしたことについて被告人は有罪とはならないであろう、と規定している。182条は、その法律のもとで認められる特定の種類の緊急避難の例のもうひとつの例を提供している。この条文は、もし被告人が母親の生命を守るためにそうしたのであれば、その被告人は胎児殺について有罪とならないであろう、と述べている<sup>(23)</sup>。

(23) ニュージーランドにおける緊急避難の制定法上の抗弁の将来の導入に関して、1989年刑法草案30条 (clause 30 of the Crimes Bill 1989) は、「通常のコモンセンスおよび賢慮を有する者であれば別様に行為することが合理的に期待できないような突然のまたは異常な緊急事態の下で為された、もしくは為されなかったあらゆる行為については、何人も刑事責任を負わない (A person is not criminally responsible for any act done or omitted to be done under such circumstances of sudden or extraordinary emergency that a person of ordinary common sense and prudence could not reasonably be expected to act otherwise.)」、と規定する。この定義は、緊急避難が客観的テストに基づくというコモンローの立場を反映している。このアプローチは、しかしながら、被告人の主観的な精神状態が無能力であるという考えを排除するものであり、ニュージーランド法の下では、強制のような他の抗弁と同様に扱われている。刑法諮問委員会 (the Crimes Consultative Committee) が、主観的要素を含む30条cの1の草案を勧告したとき、その問題は、解決した。提案された

## 4 結 語

コモン・ロー法域における緊急避難という抗弁の実際的な法的扱いは、相当程度、現代的な、帰結主義的な、より少ない害悪のアプローチ (lesser evil approach) を反映している。判決に対する司法的な理由に合った完全に明白に表明されたものではないが、この方法で抗弁を扱うことは緊急避難の主張をする行為者に対して不公平であるという示唆がずっと存在した。このより少ない害悪のアプローチが、確かに、不公平な判決を導く傾向にあり、そのアプローチが抗弁を誤って特徴づけるので、そうになってしまうのではないか、というのが私の主張である。厳密に免責と見るならば、緊急避難の抗弁は、犯罪行為の総合的な帰結の考慮から、われわれの注意をそらす。換言すると、緊急避難のような抗弁は、次のことを示唆する。すなわち、そのルールへの固執が実現される傾向にある社会に対する総合的利益という根拠に基づいて評価されなければならないのであって、実行されあるいは拒否されなければならないそれぞれのルールを集めたものとして法を見ることは間違っている、と。もし、法が、個別に功利主義の評価を要求するルールのシステムと考えられるならば、緊急避難の抗弁の要点は常に見逃されるであろう。特定のケースでその抗弁を

---

草案は、次のように規定している。「緊急避難：(1)(a)自己または他人に対して死または重大な傷害を避けることが即座に緊急避難であるような、および(b)通常のコモンセンスと賢慮を有する者であれば別様に行為することが期待できないような、緊急事態の状況の下で為された、もしくは為されなかったあらゆる行為については、何人も刑事責任を負わない ((1) Necessity: (1) A person is not criminally responsible for any act done or omitted to be done under circumstances of emergency in which (a) the person believes that it is immediately necessary to avoid death or serious bodily harm to that person or any other person; and (b) a person of ordinary common sense and prudence could not be expected to act otherwise.)」。〔(2)その行為をした、またはしなかった者が、故意に、合理的原因なしに、そのような緊急事態のリスクがあった状況に自らを置いた場合には、第1項は、適用されない ((2) Sub-clause (1) does not apply where the person who does or omits the act has knowingly and without reasonable cause placed himself or herself in or remained in, a situation where there was a risk of such an emergency.)〕。〔(3)謀殺または謀殺未遂の罪については、第1項は、適用されない ((3) Sub-clause (1) does not apply to offences of murder or attempted murder.)〕。

認める結果、犯罪行為の例においては、いかに少ないとはいえ、増加するであろうという主張は、あまりに単純である。しかし、理由づけについてのこの形式、このパースペクティブは、緊急避難のような抗弁を承認する直観や行為者が行為した特定の状況の1件毎の評価を示す直観と矛盾しているのである。要するに、緊急避難のような抗弁は、特定のケースにおいて正義を司る裁判所の主要な機能を再確認するのである。

(完)