

講演

正当化緊急避難と連帯原則

Der rechtfertigende Notstand auf Grundlage des Solidaritätsprinzips

監訳 薛 智 仁*
訳 只 木 誠**
林 優 貴***

目次

- I. 導 入
- II. 刑法における緊急避難の正当化根拠
 1. 優越的利益の原則に対する批判
 2. 攻撃的緊急避難における被転嫁者の連帯義務
 3. 防御的緊急避難における被転嫁者の侵害発生原因としての答責性と避難行為者の連帯義務
- III. 同一法益主体における利益衝突への正当化緊急避難の適用不可能性
- IV. 攻撃的緊急避難および防御的緊急避難における利益衡量の異なった基準
- V. 帰 結

ご挨拶

お集まりの皆様、私は今日、著名で歴史ある中央大学において講演することができ、心から嬉しくおもっております。最初に、日本にご招待いただいたこと、中央大学日本比較法研究所から本日の講演についてのお誘いをいただいたことは、私にとって非常に名誉なことであります。また、翻訳を担当していただいた林優貴さん、通訳を担当していただいた富川雅満

* 国立台湾大学法律学院副教授
** 所員・中央大学法学部教授
*** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

さんにも感謝しています。

I. 導 入

本日の私の講演は「正当化緊急避難と連帯原則」をテーマとしている。周知の通り、これは、法解釈学そして法倫理学の基礎問題であり、刑法学において長年議論され、繰り返し現代的な意義を獲得してきた。どの刑法総論の教科書を読んでも、非常に多くの事例で、緊急避難の各要件の解釈に際して困難に行き当たることがわかる。これに関しては、たとえば、2001年9月11日に発生したニューヨークでのテロ行為以来、激しく議論されている航空機事例が挙げられる。このような航空機事例は、テロリストによってハイジャックされた航空機を撃墜し、乗客全員を故意に殺害することによって、テロリストが向かっている高層ビルにいる人々の殺害を防ごう、というものである。このような事例に関して、ドイツの立法府は、2005年に、航空機の安全に関する法律（Luftsicherheitsgesetz）14条3項および同4項によって、防衛大臣にハイジャックされた航空機を撃墜する権限を与えた。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所は、2006年2月15日の判決¹⁾において、この規定が無効であると判断した。この判断は、この規定が、航空機内にいる犯行に無関係な人々が問題となる限りにおいて、基本法1条1項による人間の尊厳の保障との関係において、基本法2条2項1文による生命権と相いれないことを理由としている。もっとも、この判決によっても、緊急避難が航空機撃墜という故意による乗客の殺害に適用され得るのか、という刑法上の問題は未だ解決されていない。

時間の都合上、今回、緊急避難に関する議論のある問題のすべてを扱うことはできないであろう。それゆえ、今回の講演は以下の3つの問題に対象を限定する。1つ目は、緊急避難の正当化作用はいかに基礎付けられ得

1) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115, 118 ff.

るかである。私が正当化緊急避難の根拠として、優越的利益の原則ではなく、とりわけ連帯原則を採用しようとしていることは、すでに私の講演のタイトルから明らかであるだろう。それに続き、2つ目の問題として、同一法益主体の内部で利益衝突が生じている場合に、緊急避難規定が適用可能なのかについて扱う。そして、最後に、3つ目の問題として、緊急避難における利益衡量の基準がいかに決定されるべきなのかについて言及していく。後者2つの緊急避難規定の適用に関する問題を、いくつかの例を手掛かりに、連帯原則を用いて回答することになるだろう。

II. 刑法における緊急避難の正当化根拠

緊急避難の正当化根拠に取り組むのに先立ち、台湾における現行の緊急避難規定に関して言及する。台湾刑法24条1項によれば、生命、身体、自由および財産に対する現在の危険の中、自己または第三者の危険を防止するための最終手段に該当する行為を行う者は、不可罰とされている。また、過剰避難の場合には、行為者の刑罰を減輕または免除することができる²⁾とされている。この規定の立法経緯によれば、緊急避難行為者の不処罰は、合規範的態度の期待可能性の欠如に基づいており、それゆえ、緊急避難は免責事由としてのみ理解される。それに対して、今日の判例および学説においては、緊急避難が法律上の正当化事由であることが認められている²⁾。しかし、正当化緊急避難の場合には、一ドイツ学説に依拠して一規定の文言を超えて、緊急避難行為は、危険回避のためにその行為が必要であるだけでは足りず、保全利益が侵害利益に著しく優越することも条件とされている³⁾。

2) 学説については、Vgl. *Shang-Tien Lin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 10. Aufl., 2008, S. 336 (林山田, 『刑法通論上冊』, 10版, 2008年, 336頁); 最高法院判例については, *Urteil vom 107 Tai-Shang Nr. 2071*. (最高法院107年度台上字第2071號刑事判決) 参照。

3) Vgl. nur *Shang-Tien Lin*, (Fn. 2), S. 344. (林山田, 前掲書, 344頁)

1. 優越的利益の原則に対する批判

学説における支配的見解によれば、正当化事由は基本的に優越的利益の原則に基づいているとされる⁴⁾。その背後には、功利主義という法倫理的思想があり、その思想によれば、ある行為が倫理的に認められるのは、その行為が社会全体にとってより大きな利益をもたらす場合に限られる、とされる。それゆえ、対立している諸利益の全体衡量の結果として、保全利益が侵害利益に優越するがゆえに、緊急避難行為が正当化されることになる。

すべての正当化事由が優越的利益の原則に基づいているのかは、これまで疑問視されてくることはなかった。もちろん、この原則から、個別の正当化事由の根拠および限界についてのより具体的な結論が導き出されるわけではない。第一に、正当化緊急避難をこの原則をもちいて基礎付けることによっては、緊急避難とその他の正当化事由とははっきりと区別することができない。たとえば、医師が意識の無い患者に対して、彼の生命を救助するために、差し迫って必要な手術を行ったが、この手術が患者の推定的意思に反しており、そのことを医師もまた知っていたとする。この事例において、手術が侵害よりも大きな利益をもたらしたのかどうかは、考え方に左右される。客観的第三者の視点からは、患者の生命という保全利益は、身体の完全性という侵害利益に優越していると言えるが、患者の主観的な価値観によれば、逆の結論になる。しかし、優越的利益の原則は、この事例において救助される利益の優越性が、どのような基準によって確定されるべきなのかについて、何も示めさない。それゆえ、この事例における手術による身体傷害の正当化に関して、もっぱら患者の推定的同意だけを考慮するのか、もしくはそれに加えて、正当化緊急避難がもちいられるのかも、また明らかではない⁵⁾。この問いは、正当化緊急避難の根拠が何

4) Vgl. *Hans-Ullrich Paeffgen/Benno Zabel*, in: *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 46; *Harro Otto*, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 12.

5) 台湾の学説のほとんどがこの問題を未解決のままにしてきた。Vgl. nur

であるのかを詳細に検討することによって、初めて解決され得るものである。

さらに、優越的利益の原則は、個人の自己決定権の意義を十分に考慮することができない。これは、基礎にある功利主義の1つの帰結である。すなわち、功利主義によれば、社会のすべての構成員は、社会の利益の担い手の1人にすぎないと見なされることになる。この集団主義的な視点からは、構成員個人の利益は、他の構成員の利益と差し引きされ得ることになる⁶⁾。たとえば、患者の生命を救う手術のために、無理やり第三者から採血した者は、身体傷害を理由に処罰されない。なぜなら、その行為者は、第三者の身体の完全性を侵害することで患者の生命を救っており、それゆえ、侵害よりも大きな利益を社会にもたらしているからである。この結論が妥当か否かは措いておくとして、この考えは、法秩序においては、いずれの人も他者のための客体や手段としてではなく、自律的な主体として承認されるべきであるという原理と調和していない。Kristian Kühl は以下

Dong-Mau Lin, Die strafrechtlichen Probleme der Einwilligung eines Patienten, Taiwan Law Review, Nr. 157, S. 64 (林東茂, 「醫療上病患承諾的刑法問題」, 月旦法學雜誌, 157期, 64頁); *Li-Ching Chang*, Die lege artis und die Rechtmäßigkeit eines eigenmächtigen Heilbehandlung im Strafrecht – Anmerkung zum Fall der Ablehnung der Bluttransfusion, Taiwan Law Journal, Nr. 272, S. 25–26, 29. (張麗卿, 「醫療常規與專斷醫療的刑法容許性—評析拒絕輸血案」, 臺灣法學雜誌, 272期, 25–26, 29頁)

- 6) *Ulfrid Neumann*, Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Nostands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 161 ff.; *Ulfrid Neumann*, in: NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, § 34 Rn. 9; *Armin Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, § 34 Rn. 2; *Anna Coninx*, Zufall und Verteilungsgerechtigkeit – Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Nostandssituationen, in: Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 190; *Hsiao-Wen Wang*, Die philosophische Grundlage des rechtfertigenden Notstandes im Strafrecht, SOCIETAS: A Journal for Philosophical Study of Public Affairs, Nr. 26, S. 181–183 (王效文, 「刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎」, 政治與社會哲學評論, 26期, 155–214頁)。

のように述べている。すなわち「もっぱら、全体の利益、すなわち、すべての者の幸福追求が最大化されることを理由として、個人の行為の裁量が他者の自由の裁量の負担となるまでに拡張されてはならない」⁷⁾と。それゆえ、緊急避難行為を正当化するためには、間主観的な観点において、利益衝突の際に、なぜ法益の担い手の1人が、他人のために彼個人の法益の侵害を甘受しなければならないのか、が明らかにされなければならない。

それゆえ、正当化緊急避難が優越的利益の原則だけでは基礎付けられないことが前提とされなければならない。この功利主義的な基礎づけは、憲法に定められている自律性原理に反している。説得力ある基礎づけのためには、正当化緊急避難を推定的同意から明確に区別することを可能にしなければならず、緊急避難が認められる場合に、被転嫁者に受忍義務が課される理由を説明しなければならないであろう。自説を展開するために、攻撃的緊急避難と防御的緊急避難とを区別することについて先に論じていくことにする。

2. 攻撃的緊急避難における被転嫁者の連帯義務

攻撃的緊急避難は、回避される危険が被転嫁者の領域外に由来することによって特徴付けられる。たとえば、生命を脅かすような吹雪から身を守るために、他人の家に侵入する者は、攻撃的緊急避難として行為していることになる。攻撃的緊急避難の正当化が認められるということは、住居権者は、たしかに、緊急状況の発生になんら関係ないとしても当然に、緊急状況にある者の生命のために、自身の住居権への侵害を受忍しなければならないことになる。もちろん、被転嫁者の受忍義務は、自身の法益に対する自己決定権の制限を意味する。それゆえ、被転嫁者の受忍義務がいかに基礎づけられるのか、が問われることになる。

Michael Pawlikによれば、被転嫁者の受忍義務は、国家の責務は法的な自由領域の分配および保全にだけでなく、法的自由の基礎的な現実条件の

7) *Kristian Kühn*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 8 Rn. 8.

保護にもあることに由来するとされる。たしかに、この責務は社会国家においては原則的にそれについて管轄を有する国家当局の責務であるが、しかし、国家当局が緊急状況において常に時宜を得た救助を行うことはできないであろう。この場合において、被転嫁者が社会一般の代表者として、国家のこの責務を実現するために動員されることが認められる⁸⁾。この考え方に対して、正当にも以下のような反論がなされる。すなわち、それは、国家の保護義務から、この国家の義務を代わりに果たすことが国民に求められて良いとの結論が当然に導かれるわけではない、というものである。むしろ、自由主義国家においてはいずれの国民も、税や賦課金の支払いによって、国家の保護義務が管轄当局によって実現されるために必要な自身の責務を果たしている点を顧慮しなければならない。緊急状況において自身の法益に対する侵害を受忍するという国民の広範な義務は、その人自身にとって、公衆のための特別な犠牲として理解され、この犠牲は、被害者の賠償請求を基礎付けることになるであろう。もっとも、このような考えは、現行の法状況に合致していない⁹⁾。

本報告で主張する見解によれば、説得力ある基礎づけは、契約主義の観点からの連帯原則に見出される。John Rawls の正義論を参照すると、他人の緊急状況における被転嫁者の受忍義務は、以下のように論拠づけられる。すなわち、無知のベールのもとでは、原初状態にあるすべての登場人物は、自身が将来窮地に陥った際に、第三者を犠牲に、危殆化された自身の法益を救助するとの利益を受け取ることになるのか、あるいは、自身が被転嫁者となったために他人の侵害から免れたいと願うことになるのかを

8) この点についての詳細は、*Michael Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflicht*, 2002, S. 110 ff.; *Michael Pawlik*, *Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes*, in, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 22, 2014, S. 152 ff. 同旨のものとして、*Volker Haas*, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, S. 258 ff.

9) *Ulfrid Neumann*, (Fn.6), S. 171 ff.; *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), § 34 Rn. 9 c.

知ることはできない。そして、すべての者が両者の可能性を考慮しなければならず、相反する諸利益を衡量しなければならない。一方では、特に重大な利益に可能な限り広範囲に保護を与え、他方では、被転嫁者に負担が生じるとしても、それは著しく価値の低い利益の犠牲だけが求められる、という期待可能な程度に限定する、との緊急避難の規定に、すべての関係者は結論において合意するであろう。このように考えると、緊急状況において危険に晒された者と被転嫁者との間には、保険のような(versicherungsgleich) 連帯関係が発生することになる。その限りにおいて、被転嫁者の受忍義務の基礎づけの合理性が説明されることになる¹⁰⁾。しかし、この受忍義務が常に履行されるわけではないことを、正当にも Pawlik は強調した。なぜなら、現状の大規模な社会という条件のもとでは、被転嫁者が具体的な緊急状況において受忍義務を拒絶するとしても、そのことを他者が知ることは基本的に不可能であり、それゆえ、この事情は、そのような被転嫁者が将来緊急状況に陥る場合において、他者が救助を選択するという帰結に影響を与えないからである¹¹⁾。緊急状況における「フリーラ

10) この点についての詳細は、*Reinhard Merkel*, *Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 182 ff.; *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), S. 164 ff.; *Anna Coninx*, (Fn. 6), S. 190 ff.; *Frank Meyer*, *Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips*, GA 2004, S. 361 ff.; *Armin Engländer*, *Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands*, GA 2017, S. 247 ff.; *Wolfgang Frisch*, *Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien*, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 438 f.; *Hans-Ludwig Günther*, *Defensivnotstand und Tötungsrecht*, in: *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 149; *Helmut Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2015, § 13 Rn. 15; *Gunnar Duttge*, in: *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl., 2017, § 34 Rn. 1; *Kristian Kühn*, (Fn.7), § 8 Rn. 9 f. 参照。

11) *Michael Pawlik*, (Fn. 8) (Der rechtfertigende Nostand), S. 69 ff.

イダー」を防止するために、すなわち、具体的な緊急状況において被転嫁者が自己の利益を犠牲にすることに十分なインセンティブを担保するために、緊急状況にある危険にさらされた者と被転嫁者との間の連帯関係があらかじめ法化される必要がある¹²⁾。このように考えることで、なぜ連帯義務が倫理レベルにおいて参照されるだけでなく、法的義務として承認されるのかが明らかになる¹³⁾。

以上のことから、攻撃的緊急避難の正当化作用が被転嫁者の受忍義務に基づいており、この受忍義務が、危険に晒された者との連帯関係によって根拠付けられることが導き出される。

3. 防衛的緊急避難における被転嫁者の侵害発生原因としての答責性と避難行為者の連帯義務

攻撃的緊急避難とは対照的に、防衛的緊急避難は、回避される危険が被転嫁者の領域に由来することによって特徴づけられる。たとえば、他人の犬に襲われた者が、この犬を傷つけることになる殴打によってのみ、その犬を追い払うことができる場合には、その者は防衛的緊急避難として行為

12) *Armin Engländer*, (Fn. 10), S. 251.

13) この点に関連して、連帯義務の事前の法化が、台湾における憲法秩序の枠内で展開され得るのか、が明らかにされなければならない。この問いは、台湾憲法に根付いている社会国家原則を考慮すれば肯定され得る。もっとも、台湾憲法にはこの原則について明示的に言及する規定は存在しない。しかし、社会扶助および社会保障制度に関する数多くの憲法の規定によって、国家の責務が国民の保護に限定されるのではなく、それを超えて国民の幸福および最低限度の生活の保障にまで及ぶことが認められるべきである。それゆえ、台湾憲法には連帯原則が基礎にあることが認められる。Vgl. nur *Shu-Perng Hwang*, *Das Recht auf Wohlfahrt als verfassungsrechtlich anerkanntes Recht in Taiwan*, *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, Nr. 16, S. 6-24 (黄舒芃, 「社會權在我國憲法中的保障」, 中原財經法學, 16期, 6-24頁)。これに基づいて、国家は、国民に別の国民の自由の現実的条件を維持するために個人々の法益の犠牲を求める権限を有する。他者の緊急状況における被転嫁者の受忍義務は、その根拠を憲法上確立されている社会国家原理の中に見出すことになる。

している。この事例において、行為者の器物損壊が緊急避難により正当化される場合には、それは犬の飼い主にとっては、自身の所有権に対する侵害を受忍しなければならないことを意味する。もっとも、防御的緊急避難の場合に被転嫁者の受忍義務が基礎づけられ得るのか、そうであるならばどの範囲まで基礎づけられ得るのか、が問題となる。

その基礎付けは、基本的には、創出された危険に対して被転嫁者が侵害発生原因としての答責性を負っていること¹⁴⁾に見出すことができる。法秩序における自律性原理によれば、すべての人に自己の領域内での行動の自由および物の処分権が認められていることが前提とされている。しかし、この自由は、個々人の行為または処分する物が、他者の自由もしくは法益に対する危険を生み出さないことを前提としている。ある人の行為またはある人の処分する物から他者に対する危険が生じた場合には、その人はその危険を自らの手で、もしくは第三者の助力をもちいて排除するか、あるいはする避難行為もしくは他人のために避難行為を援助する者による危険を回避するための侵害を甘受しなければならない¹⁵⁾。しかしながら、被転嫁者の侵害発生原因としての答責性だけは、防御的緊急避難の限界を基礎づけるためには未だ不十分である。なぜなら、侵害発生の原因である者としての答責性だけでは、侵害発生の原因である者が、侵害利益が保全利益をはるかに上回る場合でさえ、危険の回避のために必要なあらゆる侵害を受忍しなければならないとの結論に至ることも考えられ得るのである。たとえば、犬の飼い主は、犬による侵害の発生に関してなんら落ち度なく、さらに犬の価値が危険に晒された花壇の価値よりもはるかに高価であったとしても、緊急避難行為者による犬の傷害を甘受しなければならない

14) この概念については、Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., 2017, Rn. 332 ff., 349 ff. 参照。

15) Wolfgang Frisch, (Fn. 10), S. 428 f.; Helmut Frister, (Fn. 10), § 13 Rn. 13; Armin Engländer, (Fn. 6), § 34 Rn. 5. Im gleichen Sinne Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1993, § 11 Rn. 3, der das „Prinzip der Verantwortung“ und „Prinzip der Veranlassung“ als Begründung heranzieht.

であろう。もっとも、防衛的緊急避難における避難行為には、正当防衛における防衛行為とは異なり、利益衡量の要件が妥当することが認められている。被転嫁者の侵害発生原因としての答責性の帰結は、この要件と明らかに相いれないであろう。それゆえ、防衛的正当化緊急避難の限界を明らかにするためには、別の基礎づけが見出されなければならない。

防衛的緊急避難の限界づけを行う理由は、特に正当防衛との相違にある。正当防衛の場合には、攻撃者に対する防衛行為が現在の違法な攻撃を終了させるために必要であれば、すでに防衛者は適法に行為している。防衛行為の正当化には、利益衡量の要件は基本的に要求されていない。私の支持する個人主義的見解によれば、侵害者は自身の侵害によって、自身が他人の主體的権利を軽視していることを明白に表明していることが重視される。被攻撃者の主體的権利を貫徹するためには、防衛の必要性を超える制限が設定されてはならない。さもなければ、主観的権利をあらゆる人に認める法秩序における被攻撃者の法的地位が、原初状態における地位よりも劣ることになる。正当防衛状況とは異なり、防衛的緊急避難の状況は、常に現在の違法な攻撃と理解されるわけではない。侵害原因となる者は、緊急避難状況を生じさせることで自らが避難行為者の主體的権利を無視していることを明白に表明しているわけではない¹⁶⁾。それゆえ、防衛的緊急避難の場合には、一方では、自身の主體的権利を貫徹するために、危険回避に必要な手段を講じることを避難行為者が求める必要性は、正当防衛の場合よりも低いであろう。他方で、衝突する利益間の価値関係と無関係に緊急避難行為が行われれば、これは、個別事例において、被転嫁者に不当な負担を強いることになり得る。それゆえ、——契約主義的な連帯関係に基づけば——保全利益が侵害利益よりも著しく小さい場合には、避難行為者は緊急避難行為を断念しなければならないという緊急避難規定は、社会のすべての構成員にとって合理的であるだろう¹⁷⁾。

16) Vgl. *Michael Pawlik*, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, S. 15, 17 f.

17) 結論において一致するものとして, *Armin Engländer*, (Fn. 10), S. 97 f.; *Wolf*

その限りにおいて、防衛的緊急避難の正当化作用は2つの「柱」によって支えられていることが確認できる。その1つは被転嫁者の侵害発生原因としての答責性であり、もう1つは避難行為者の連帯義務である。

III. 同一法益主体における利益衝突への 正当化緊急避難の適用不可能性

攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難の正当化根拠を明らかにしたことに続いて、私は緊急避難規定が同一法益主体の利益衝突に適用可能なのか、について論じていく。この問いは、上記において挙げた事例、すなわち医師が意識の無い患者に対して、患者の生命を救うために、差し迫って必要ではあるが、患者の推定的意思に反する手術を行ったという事例において、特に大きな意味を持つ。この事例において、手術は患者の仮定的意思に即していないために、推定的同意による正当化は認められない。問題となるのは、医師が手術の正当化のために緊急避難をもちいて良いのか、である。この問題にとって決定的に重要となるのが、同一の患者における生命と身体の完全性との間の衝突における緊急避難規定の適用可能性である。

支配的な見解によれば、同一人内部での利益衝突の場合であっても、原則的に緊急避難規定は適用可能だとされている¹⁸⁾。緊急避難の規定ぶりが広い射程を持っているだけでなく、支配的見解の基礎に置かれている功利主義もまた、この考えを裏付けている。大衆の視点からは、あらゆる人は社会全体の利益の担い手の1人にすぎないことになる。それゆえ、具体的な状況において、個人における利益衝突が問題となっているのか、あるいは多数の人々の間の利益衝突が問題となっているのかは区別されない。し

gang Frisch, (Fn. 10), S. 442 f.; *Günther Jakobs*, (Fn. 15), § 11 Rn. 3 a.

18) Vgl. *Yu-Hsiung Lin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2018, S. 271 (林鈺雄, 『新刑法總則』, 6版, 2018年, 271頁). Aus deutscher Literatur *Kristian Kühl*, (Fn.7), § 8 Rn. 34; *Ruldoof Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., 2018, § 19 Rn. 44.

たがって、手術が社会にとって著しく高い価値を持つ人間の生命を救うための必要な手段である以上は、医師は自己の行為の正当化のために緊急避難を論拠とすることができる。このように考えた場合、憲法上保障されている自己の身体に対する患者の処分権が考慮されないことが明らかになる。

これに対して、私の見解は、複数者間の利益衝突にのみ緊急避難規定は適用可能であるとするものである¹⁹⁾。すでに述べたように、攻撃的緊急避難の正当化作用は被転嫁者の連帯義務に、防衛的緊急避難の正当化作用は避難行為者の連帯義務と被転嫁者の侵害発生原因としての答責性に基いている。観念的には、連帯義務も、侵害発生原因としての答責性も、もっぱら複数者間の関係性にのみ向けられている。これに対して、個人内部の利益衝突には原則的に自律性原理のみが妥当する。これによれば、あらゆる個人は、自己の価値観および自己の選好にしたがって、衝突利益のいずれを優先するのかを決定する。このことは刑法解釈学のレベルでは、個人内部での利益衝突の正当化の問題には、同意および推定的同意だけが正当化事由として適用されることを意味する。それゆえ、先の事例における医師は、正当化事由である推定的意思が認められない以上、生命を救う手術によって惹起された身体傷害を正当化するために、さらに緊急避難の規定

19) Vgl. *Tze-Tien Hsu*, Passive Sterbehilfe und die Autonomie des Patienten: Zur Interaktion zwischen strafrechtlicher Dogmatik, Gesetzgebung und Praxis in Deutschland, *Taipei University Law Review*, Nr. 100, S. 187–188, 225–227 (許澤天, 「消極死亡協助與病人自主決定權—德國學說, 立法與實務的交互影響」, 臺北大學法學論叢, 100期, 187–188, 225–227頁). ドイツ学説としては, *Armin Engländer*, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollision, *GA* 2010, S. 21; *Volker Erb*, Das Verhältnis zwischen mutmaßlicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, in: *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 341 f.; *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 17 Rn. 33; *Christina Dörr*, Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision von Rechtsgütern, 2016, S. 157 ff.; *Jörg L. Schmitz*, Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen, 2012, S. 176 ff. 参照。

を用いることは許されないことになる。

この見解は、法益主体に承諾能力が欠ける場合にも妥当する。意識を失っている未成年者が差し迫った死を回避するために手術を受ける場合には、その手術の正当化のためには、もっぱら法律上の代理人の事実的意思もしくは推定的同意のみが重要となる。その限りにおいて、同様に、手術の正当化のために緊急避難規定はやはり必要ではない²⁰⁾。もっとも、この見解が、保護されている法益の処分可能性が法律上限定または排斥されている事例において、貫徹可能であるのかは議論の余地がある。たとえば、台湾においては、自殺関与も、要求に基づく殺人も刑法275条によって処罰される。それゆえ、医学的に適応のある鎮痛剤の投与が、不可避的な副作用として生命短縮に至る、間接的臨死介助が、刑法275条により可罰的であるのが問題となる。多くの論者は、緊急避難規定を用いて間接的臨死介助を正当化することを認めている²¹⁾。本報告の見解からは、このような考えが説得力を持つのは、刑法275条において殺害のタブーを法益として保護する構成要件が問題となっている場合に限られる。その場合には、間接的臨死介助では、殺人というタブーを維持するという社会の利益と、苦痛のない生活という患者の利益との間の衝突が問題となっているからである²²⁾。これに対して、刑法275条を、被害者の生命を早まった死の決断から保護するための、パターンリズムの規定と捉える場合には、間接的臨死介助の適法性は、もはや緊急避難からではなく、刑法275条の構成要件の目的論的限定から導かれることになる。その場合には、構成要件該当性が、死についての確実で、あらゆる観点からも理性的な被害者の同意を理

20) *Christina Dörr*, (Fn. 19), S. 313 ff.; *Jörg L. Schmitz*, (Fn. 19), S. 88 ff., 183 f.; *Gunnar Duttge*, (Fn. 10), § 34 Rn. 9. Andere Meinung *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), § 34 Rn. 15; *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 16 Rn. 102.

21) *Albin Eser/Deltev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 26; *Kristian Kühn*, (Fn. 7), § 8 Rn. 163 f.; *Claus Roxin*, (Fn. 20), § 16 Rn. 57.

22) Vgl. *Volker Erb*, (Fn. 19), S. 345; *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), S. 168.

由に否定されることになる²³⁾。

IV. 攻撃的緊急避難および防衛的緊急避難における 利益衡量の異なった基準

最後に、緊急避難規定の解釈の中でも、最も困難な問題の1つに取り組んでいく。すなわち、緊急避難行為のための利益衡量の基準をどのように考えるのかという問題である。台湾における支配的見解は、避難行為によって保全利益が侵害利益を著しく優越していなければならない、としている。保全利益の著しい優越という統一的な基準のもとでは、攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難を区別することは、攻撃的緊急避難の場合には被転嫁者の自己決定権が利益衡量の際の一要素として考慮される限りでしか意味を有するにすぎないことになる²⁴⁾。

本報告の支持する正当化緊急避難の基本思想によれば、利益衡量の基準は、攻撃的緊急避難および防衛的緊急避難それぞれで別々に確立されなければならない²⁵⁾。攻撃的緊急避難の場合の利益衡量の基準の確立には、契約主義的な連帯関係に基づく、被転嫁者の受忍義務の射程が決定的に重要となる。共同体の各構成員の合理的な利益に応じて、保全利益が著しく優越する場合には、被転嫁者に自身の利益の犠牲を求めることが可能となる。それゆえ、保全利益の著しい優越という基準は、攻撃的緊急避難の場

23) Vgl. *Armin Engländer*, (Fn. 19), S. 26; *Armin Engländer*, (Fn. 6), § 34 Rn. 8.

24) *Shang-Tien Lin*, (Fn. 2), S. 347-348. (林山田, 前掲書, 347-348頁)

25) 刑法24条が刑法上の正当化緊急避難に関する唯一の規定であるが、ここで主張している区別アプローチは、解釈上未だ正当化可能である。なぜなら、避難行為の利益衡量という要件は、法律上規定されているのではなく、学説および判例によって解釈されているにすぎないからである。それゆえ、この要件をそれぞれ攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難について異なって確立するための、解釈の十分な余地が現行法に存在する。しかし、法的安定性を考慮すれば、緊急避難の2つの形式について、利益衡量の特別な基準を備える規定を立法することが望ましい。

合にのみ妥当する。それに対して、防衛的緊急避難の正当化は、被転嫁者の侵害発生原因としての答責性と避難行為者の連帯義務に基づいている。これによれば、防衛的緊急避難における利益衡量の要件には、主に、緊急避難行為による侵害発生原因である者（同時に、被転嫁者である者）の負担を期待可能な程度まで制限するという機能が与えられる。防衛的緊急避難の際の避難行為は、保全利益が侵害利益と均衡関係にないとは言えないだけで、すでに正当化されることになる²⁶⁾。

ここで、この区別説を具体的に説明するために、殺人行為が正当化され得るのか、正当化される場合にはそれはどの範囲までなのか、という問題を扱っていく。周知の通り、正当防衛によって殺人行為が正当化され得る一方で、緊急避難行為による殺人行為の正当化は、支配的見解によれば、否定される。なぜなら、人間の生命は、法秩序においてもっとも高い価値をもつ法益として位置付けられるからである²⁷⁾。それどころか、1人または複数人の生命を救助するための殺人でさえ、緊急避難の規定によって正当化されていない。なぜなら、生命対生命は、質的観点においても量的観点においても比較することが許されないからである。もっとも、私の見解からは、緊急避難による殺人行為の正当化の可能性を排除することは、説得的ではないことになる。

支配的見解とは異なり、防衛的緊急避難での殺害行為の正当化は、問題なく認められる。なぜなら、避難行為の正当化に、保全利益が均衡関係にないわけではないことで十分だからである²⁸⁾。これに該当するものとして

26) Aus deutscher Literatur *Armin Engländer*, (Fn. 6), § 34 Rn. 47; *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), § 34 Rn. 88; *Helmut Frister*, (Fn. 10), § 17 Rn. 21; *Urs Kindhäuser*, (Fn. 19), § 17 Rn. 46 ff.; *Günther Jakobs*, (Fn. 15), § 13 Rn. 46. ここでは、この要件が民法228条の類推適用からか、あるいは刑法34条の直接適用から導かれるのか、という、ドイツにおいて議論のある解釈上の問題が解決される必要はない。

27) Vgl. *Shang-Tien Lin*, (Fn. 2), S. 345. (林山田, 前掲書, 345頁)

28) *Hans-Ludwig Günther*, (Fn. 10), S. 154; *Armin Engländer*, (Fn. 6), § 34 Rn. 51; *Günther Jakobs*, (Fn. 15), § 13 Rn. 46; *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), § 34 Rn. 86 ff.; *Helmut Frister*, (Fn. 10), § 17 Rn. 29. A.A. *Frank Zieschang*, in: *Strafgesetzbuch*

は、たとえば、家庭の暴君事例 (Haustyrannen-Fall) がある。この事例では、「暴君」が、繰り返し、そして気まぐれに、彼の妻と子供達を虐待することができなくするという目的で妻によって殺害される。暴君の殺害は、正当防衛によって正当化され得ない。なぜなら、支配的見解によれば、睡眠中の暴君からは、今まさに切迫している攻撃、すなわち現在している攻撃がいまだ生じていないからである。もっとも、この殺害行為は、それが妻および子供たちの身体の完全性の救助に必要な限りにおいて、(防衛的) 緊急避難によって正当化され得る²⁹⁾。なぜなら、危険に晒されている妻および子供たちの身体の完全性という保全利益は、すくなくとも暴君の生命という侵害利益と均衡関係にないとは言えないからである。

これに対して、攻撃的緊急避難での殺害行為の正当化は、原則的に排斥される³⁰⁾。なぜなら、他人のために自身の生命を犠牲にすることは、社会の1人の構成員の合理的な利益に反するもので、それゆえ、どのような場合においてもその犠牲は、もはや被転嫁者の受忍義務に属さないからである。Hans Welzel によって提唱された転轍手事例 (Weichensteller-Fall) において、軌道係 (Bahnwärter) は違法な殺人を行っている。この事例では、軌道係は、貨物車が満員の旅客列車に向かって進むのを看取し、多くの人々の死を防止するために、列車を複線に迂回させるが、複線において複数人の作業員が轢かれ殺害されるというものである。しかしながら、いわゆる危険共同体 (Gefahrengemeinschaft) の事例で異なる評価がなされるべきなのか、については、非常に議論がある³¹⁾。1人の人間が殺害されなければ、または複数人間が犠牲にならなければ、すべての人間が死亡することになるという、多くの人々が共同して危険状態にある事例が問題

Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, § 34 Rn. 74.

29) Eingehend *Chih-Jen Hsueh*, Die Problematik der Notwehr im Haustyrannen-Fall, *Academia Sinica Law Journal*, Nr. 16, S. 18-38. (薛智仁, 「家暴事件的正当防衛難題—以趙岩冰殺夫案為中心」, 中研院法學期刊, 16期, 18-38頁)

30) Vgl. nur *Armin Engländer*, (Fn. 6), § 34 Rn. 27.

31) Zum Diskussionsstand in Deutschland *Ulfrid Neumann*, (Fn. 6), § 34 Rn. 76 ff.

となる。この危険共同体には、すでに言及した航空機墜落事例が該当する。高層ビル内の人すべての生命を救うために、航空機を墜落させることにより、乗客全員を殺害することが、緊急避難によって正当化され得るのかは、いずれにせよ死亡する者の連帯義務が例外的に生命の犠牲にまで及ぶのか、に左右される。私は、Claus Roxinが以下のように論じる点では、彼に賛同する。すなわち、「そのような生命の犠牲を認めるならば、死が差し迫った生命も法秩序の保護のもとにあるとする原理は放棄されることになるであろう。とすれば、たとえば、瀕死の者から臓器を移植し、第三者の生命を維持するために、瀕死の者を殺害するといった、危険共同体の範囲外においてこのような犠牲が許されないとする理由に、もはや説得力が認められないことになろう」³²⁾と。結論として、攻撃的緊急避難の事例における殺害行為は、絶対的に許されないとする³³⁾。

V. 帰 結

最後に、自身の3つの主張を以下のように要約する。

1. 攻撃的緊急避難および防衛的緊急避難の正当化作用は、支配的見解とは異なり、別々に基礎づけられるべきである。攻撃的緊急避難が、被転嫁者の連帯義務に基づく一方で、防衛的緊急避難は、被転嫁者の侵害発生

32) Claus Roxin, (Fn. 20), § 16 Rn. 39.

33) 結論において同じものとして、Kristian Kühl, (Fn. 7), § 8 Rn. 154 f.; Armin Engländer, (Fn. 6), § 34 Rn. 33; Helmut Frister, (Fn. 10), § 17 Rn. 14; Claus Roxin, (Fn. 20), § 16 Rn. 38 f.; Winfried Küper, Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“, JuS 1981, S. 792 ff.; Christian Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003), S. 784 ff.; Frank Zieschang, Rechtfertigungsfragen bei Tötungen unter Privaten, in: Subsidiarität, Sicherheit, Solidarität. Festgabe für Franz-Ludwig Knemeyer, 2012, S. 463 f. A. A. Ulfrid Neumann, (Fn. 6), § 34 Rn. 77, 77e.

原因としての答責性と避難行為者の連帯義務に基づく。

2. それを前提に、緊急避難規定は複数人間の利益衝突にのみ適用される。個人の中での利益衝突では、同意および推定的同意だけが正当化事由として考慮される。

3. 避難行為の利益衡量の要件との関係で、以下の点が区別されなければならない。すなわち、攻撃的緊急避難の場合には、保全利益の著しい優越の基準が妥当する。防御的緊急避難の場合には、保全利益の均衡性の基準が妥当する。