

タイトル	強制状態における行為（一）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，48(1)：73-106
発行日	2012-06-30

強制状態における行為 (一)

神
元
隆
賢

目次

- I はじめに
II 判例の動向（以上、本号）
III 学説の状況

- IV 強制状態における行為の諸問題
V おわりに

I はじめに

XがAから「Bを殺さなければお前を殺すぞ」と脅迫され、強制状態でBを殺害した場合、Xは殺人罪に問われるのであろうか。あるいは、違法性ないし責任が阻却され不可罰となるのであろうか。

東京地判平成八年六月二六日判時一五七八号三九頁は、被告人がオウム真理教の教団施設内から協力者とともに母親を奪還しようとして果たせず、身柄を拘束され教祖から「できなければお前を殺す」と脅迫されて協力者を殺害した事案について、緊急避難の成否、期待可能性の有無を検討したうえで過剰避難となると判示した。本判決を契機として、近年、強制状態における行為と緊急避難を巡る議論が急速に活発化しているが、この問題自体は、わが国では古くから、ドイツ、フランス刑法を参照したうえで比較法的に検討されていたものであった。⁽¹⁾

かつてのドイツでは、強制状態における行為と緊急避難は明確に区別されていた。すなわち、一八七一年ドイツ刑法典(ドイツ旧刑法)は、人によって生ぜしめられた「強制状態(Nötigungsstand)」における行為については第五二条、それ以外の緊急避難については第五四条の規定を置き、強制状態における行為の犯罪成立を緊急避難とは別個独立に阻却していた。⁽²⁾そして、第五四条が適用される緊急避難の法的性質については違法性阻却説と責任阻却説が対立していたが、第五二条が適用される場合には責任が阻却されると解されていた。⁽³⁾その後、ドイツ旧刑法は全面改正され、一九七五年ドイツ刑法典(ドイツ現行刑法)は旧第五二条を削除し、新たな緊急避難(Notstand)の規定として「正当化される緊急避難(Rechtfertigender Notstand)」に関する第三四条と、「免責される緊急避難(Entschuldigender Notstand)」に関する第三五条の二つを置いた。第三四条は「自己又は他人の生命、身体、自由、名誉、財産又は他の法益に対する他の方法では回避不能な現在の危険を避けるため行為をした者は、衝突する利益、特に関係する法益とそれに差し迫った危険の程度を衡量し、保全しようとした法益が侵害される法益に本質的に優越する場合に、違法性が阻却される。」と規定する。そして第三五条第一項は「自己、家族又は身近な者の生命、身体または自由に対する他の方法では回避不能な現在の危険を避けるため違法な行為をした者は、責任が阻却される。行為者が種々の事情から、特に自ら危険を惹起したために、あるいは特別の法律関係にあるために、その危険を甘受してもやむを得ない場合に

は、この限りではない。もつとも、行為者が、特別の法律関係への考慮による危険の甘受をしなかった場合には、第四九条第一項により刑が減輕されうる。」と規定する。⁽⁴⁾ このように、ドイツ現行刑法では、かつての旧第五二条と旧第五四条のような、強制状態における行為と他の緊急避難行為との区別は行われていない。強制状態における行為は、ドイツでは「強要緊急避難(Nötigungsnotstand)」とも呼ばれるが、危険が自然力や物によって生じたものと同様の、通常の緊急避難の一態様として扱われるにとどまり、ドイツ旧刑法のような格別の区別はされていないのである。⁽⁵⁾

ドイツ現行刑法では、保全法益が侵害法益に「本質的に優越する」場合における強要緊急避難の法的性質をどのように解するかで争いがある。強要緊急避難について、違法性を阻却すべきとする論者は第三四条を、責任を阻却すべきとする論者は第三五条を適用すべきと主張するのである。この違法性阻却(第三四条)説と責任阻却(第三五条)説は、Aから脅迫を受けたXの強制状態における行為によって攻撃された第三者Bについて、Xに対する正当防衛での反撃を認めることができるかという点で激しく対立している。すなわち、違法性阻却説は、自招防衛において自招者に防衛行為者に対する正当防衛権が認められないのと同様に、Bには、違法なAに対する正当防衛権であればともかく、第三四条により正当化されるXに対する正当防衛権は認められず、BはXからの攻撃を甘受しなければならな⁽⁶⁾いとする。これに対し、責任阻却説は、違法性阻却説に対し、Xの攻撃を違法と解さなければ、脅迫者AはXを道具⁽⁷⁾としてBの正当防衛権を排除しうることになってしまうと批判したうえで、Xの保全法益は、Bの侵害法益に対し抽象的に価値が高かったとしても本質的には優越しないと解して、Xに対するBの正当防衛による反撃を認めるのである。⁽⁸⁾ もつとも、両説ともに、強制状態における行為について「緊急避難」の成立を認めて不可罰とすること自体には争いが無いし、保全法益が侵害法益より小さい場合には、そもそも第三四条の適用は問題となり得ない。ドイツにおける強要緊急避難の典型例とされる強要された偽証、すなわち、被告人が公判中に証人に対し語調を強めるなどし

て脅迫することと偽証を暗に促し、証人がこれに応じて偽証を行った事例についても、証人は偽証罪（第一五三条）の構成要件に該当するとして、まず第三四条の適用を検討し、保全法益が侵害法益に本質的に優越していないのであれば、続いて第三五條の適用を検討すればよいとの指摘がある。⁽⁹⁾

フランスはどうか。一八一〇年フランス刑法典（フランス旧刑法）は、緊急避難に関する規定を置いていなかったが、判例は緊急避難による犯罪成立阻却を認め、通説はこれを優越的利益ないし法益権衡による違法性阻却と解していた。一方で、フランス旧刑法は「強制（contrainte）」による行為について第六四條を置き、「被告人が行為の時に心神喪失の状態にあつたとき、又は抗拒不能の力により犯行を強制されたときは、重罪または軽罪とならない。」と規定していた。同条は、心神喪失と並び、「強制」による行為の責任を阻却するもので、「強制」の原因、すなわち「強制」が自然力、動物、人のいづれによるものか、外界からの外部的要因と激情等の内部的要因のいづれによるものか、監視を受ける等の物理的強制と脅迫を受ける等の心理的強制のいづれによるものかをまったく区別していなかった。⁽¹⁰⁾その後、フランス刑法は全面改正され、一九九四年フランス刑法典（フランス現行刑法）は、「強制」に関する第一二二―二條を従来通りに規定するとともに、緊急避難に関する第一二二―七條も新たに規定した。フランス現行刑法は、ドイツ旧刑法と同様に、強制状態における行為と緊急避難とを別個に規定することで、「強制」の独立性を改正前以上に強めたのである。

それでは、わが国はどうか。明治一三年刑法典（旧刑法）は、第七五條第一項で「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所為」、同条第二項で「天災又ハ意外ノ変ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為」につき、「其罪ヲ論セス」と規定し、ドイツ旧刑法と同様、危難の原因が人による場合と自然力や物による場合とを明確に区別していた。しかし、明治四〇年刑法典（現行刑法）は、緊急避難に関する規定として第

三七条を置いたものの、旧第七十五条第一項に相当する、強制状態における行為に関する規定を置かなかった。そのため、学説上は、強制状態における行為を不可罰とすることについては異論がないとしても、その根拠について議論の余地を残すこととなった。

以上みたように、強制状態における行為は、かつては、ドイツ、フランスそしてわが国のすべての刑法において、緊急避難と別個に扱われたうえで犯罪の成立が阻却されていた。しかし、今日では、三国とも刑法の全面改正を経たことにより、強制状態における行為と緊急避難の關係は大きく異なったものへと変化した。すなわち、ドイツは緊急避難の規定を二つ置いたうえで「強制状態」の規定を削除し緊急避難の一態様として処理、フランスは「強制」の規定に加えて緊急避難の規定を明文化、わが国は緊急避難の規定を一つ置いたうえで「強制」の規定を削除したのである。このような状況において、ドイツ、フランスの議論をそのままわが国で展開することは容易ではない。

今日のわが国では、強制状態における行為の処理につき、違法性阻却説と責任阻却説の対立がある。しかし、わが国の緊急避難規定は第三七条のみしかなく、ドイツのように、違法性阻却と責任阻却の二種類の緊急避難規定が置かれているわけでもなく、フランスのように、違法性阻却事由としての緊急避難規定と別個に、責任阻却事由としての「強制」に関する規定が置かれているわけではない。

さらにわが国では、緊急避難の法的性質について、違法阻却説^①、責任阻却説^②、違法阻却説を基本としつつも生命対生命または身体对身体の緊急避難は責任阻却とする二分説^③、違法阻却説を基本としつつも保全法益と侵害法益が同価値の場合は責任を阻却する二分説^④、責任阻却説を基本としつつも保全法益が侵害法益に著しく優越する場合は違法性を阻却する二分説^⑤、違法阻却説を基本としつつも民法上違法である場合及び「本質的に優越する」に至らない場合は可罰的違法性阻却、法益同価値の場合は可罰的責任阻却とする二分説^⑥、違法阻却説を基本としつつも民法上違法であ

る場合は可罰的違法性阻却とし法益同価値の場合は責任阻却とする三分説¹⁷などが主張されているが、現在では違法阻却説が支配的である。そして、強制状態における行為について違法性阻却説を採る論者の多くは、緊急避難の法的性質について違法阻却説を採ったうえで、強制状態における行為は緊急避難に該当するから、第三七条により違法性が阻却されると解するのである。もっとも、本説は内部で、阻却される違法性が一般的違法性か可罰的違法性かの対立がある。

これに対し、強制状態における行為について責任阻却説を採る論者は、強制状態における行為を「免責される緊急避難」と位置付けるドイツの責任阻却（第三五条）説を引用し、違法性阻却事由としての緊急避難の成立を認めるべきではなく、むしろ適法行為の期待可能性の問題として処理すべきと主張する。しかし、ドイツでは、強制状態における行為については、上述したように、違法性阻却と責任阻却のいずれに位置付けようとも「緊急避難」の規定が適用される。一方、わが国においてこれを責任阻却として位置付けようとするのであれば、超法規的責任阻却事由である期待可能性の不存在の問題として論じなければならないが、期待可能性の不存在による責任阻却を実際に認めた判例は現時点では皆無である。従って、わが国の責任阻却説は、何故、強制状態における行為については、要件が充足されるはずの緊急避難規定を適用せず超法規的に扱うのか、強制状態における行為を緊急避難ではなく期待可能性の問題として扱うのは、当該行為を不可罰とする可能性を事実上閉ざしてしまうに等しいのではないかという点について、十分な説明をしなければならないことになる。

本論文は、以上の点を踏まえて、他人からもたらされた強制状態における行為を不可罰とする根拠及びその具体的な判断基準について、わが国の判例の動向、学説の状況を参照して検討しようとするものである。

II 判例の動向

強制状態における被強要者の行為が、緊急避難の成立ないし期待可能性の不存在により不可罰となるかが争われた判例としては、以下のものがある。

(一) 緊急避難の成否が争われた判例

まず、強制状態における行為について緊急避難の成否が争われた判例としては、以下の①～⑥判決を挙げることができる。うち③～⑥判決では、併せて期待可能性の存否も争われている。もともと、すべての判決において、緊急避難の成立及び期待可能性の不存在は否定され、ただ④判決のみが過剰避難の成立を認めるにとどまっている。

①最判昭和二十四年一〇月一三日刑集三卷一〇号一六五五頁

XはA・Bとともに会社事務所への強盗を企てたが、途中で変心しA・Bに対し犯行を止めたところ、Aから「行かなければ殺すぞ」と脅されたので、A・Bと共に会社事務所に押し入って宿直員Yを縛り上げ強盗を実行した事案について、Xの緊急避難の成否が争われたところ、「『……行かなければ殺すぞと脅かしますので仕方なく付いて行つたのである。』との供述を以てXの判示行為が所論のように自己の生命、身体に対する現在の危険を避くるため已むことを得ざるに出でた行為であるとの緊急避難行為の主張をしたものとは解し得られない。……仮にXがAから……脅迫を受けたとしてもそれがXの生命、身体に対する現在の危険であるともいえないし、また鍋墨を顔に塗りつけ、棍棒を携えその他原判示のごときXの強盗行為がAの脅迫行為を避くるため止むことを得ない行為又はその程度を越え

た行為ともいうことができない」と判示して、緊急避難の成立を否定した。

本判決は、「脅迫を受けたとしてもそれがXの生命、身体に対する現在の危難であるともいえない」としたことから、現在の危難が認められるためには、強要者Aからのより直接的な暴行が必要と解したのである。さらに、「鍋墨を顔に塗りつけ、棍棒を携え」た強盗行為について補充性が否定されているが、これは、正体を隠し凶器を携えた強盗行為が悪質で、仮に生命・身体に対する現在の危難が存在した場合にも、避難行為として認められるべき強盗行為の必要性・相当性の範囲を著しく逸脱していると判断されたと考えられる。

②東京高判昭和五三年八月八日東京刑報二九卷八号一五三頁

X1は、暴力団から依頼され、モデルガンを改造してけん銃一挺を製造し、友人の相被告人X2を通じて暴力団幹部Aに渡した。その後、X1はAから暴力団の資金を作るためけん銃をまわすよう要求され、その際、暴力団の威勢を示す新聞記事等を見せられて威圧を感じ、要求に応じてモデルガン改造けん銃一五挺を制作し、X2を通じてAに渡した。しかし、その際、X2はAらによって組事務所に拉致・監禁され、手足を縛られた上暴行を加えられ、X1もAによって組事務所に監禁されて脅迫を受け、さらなる改造けん銃の製作を強要された。その後、X2にはAの部下の見張りが付いたものの、X1・X2両名は組事務所から解放され、帰宅後にX1は組員の監視の下で改造けん銃九挺を製作した。

以上の事案につき、X1・X2の銃砲刀剣類所持等取締法違反行為が緊急避難となるかが争われたが、本判決は次のように判示して緊急避難の成立を否定した。「X1が、Aから要求されて前示改造けん銃一五挺を製作した際には、Aから新聞記事等を見せられて威圧を感じたことはあるにしても、特段の暴行、脅迫を受けるようなことはなかった

のであって、切迫した法益侵害の危険がある状態にあったとはいえないから、刑法三七条一項にいう『現在の危険』が存したとは認められない。次に、引き続き前示改造けん銃九挺を製作した段階においては、X1は、前示の通り、X2ともども、Aらによって暴行、脅迫、不法監禁されており、いったん解放されたものの、X2はAの輩下が見張りについている状態であって、もしAらの要求に応じない場合には、X1又はX2の生命、身体、自由等に危害を加えられる切迫した危険がある状態にあったことが窺われるのであって、刑法三七条一項にいう『現在の危険』が存し、X1としては、右危険を避けるため前示改造けん銃九挺を製作したものと、一応いうことができるが、しかし、X1が、……自宅に帰った以後の段階において、直ちに警察、……あるいは検察庁に被害を通報してX1・X2両名の保護ないしAらの検挙を求める等他に適切な逃避の道をとる余裕は充分あったのであるから、X1の本件行為をもって同条項にいう『止むことを得ざるに出でた』ものと認めることはできない」と。

本判決は、X1が暴力団員からその暴力団の威勢を示す新聞記事等を見せられてけん銃一五挺を制作した際には、X1が特段の暴行、脅迫を受けなかったとして現在の危険を否定した。しかし、その後、X1が暴力団事務所に拉致されて暴行を受け、暴力団員の監視がついた状態でけん銃九挺を製作した際には、X1またはX2の生命・身体・自由等に対する現在の危険を「一応」認めている。X1・X2が暴行、脅迫を受けてから、X1がけん銃九挺を制作するまでの間にある程度の時間的間隔が存在した点は、危険の現在性において問題となりうるが、おそらく本判決は、X1に解放後も監視が付いていたことから、製作前の暴行・脅迫・監禁によって惹起された現在の危険が、製作時にも持続していたものと解したのであろう。

しかし、一方で本判決は、X1がいったん解放されて帰宅した以後、「直ちに警察、……あるいは検察庁に被害を通報してX1・X2両名の保護ないし暴力団員らの検挙を求める等他に適切な逃避の道をとる余裕は充分にあった」と

して補充性を否定した。X1についてはともかく、X2には解放後も見張りがついていたのであるから、解放前の暴行・脅迫・監禁によるX2の生命・身体・自由に対する現在の危難は、見張りの程度にもよるであろうが解放後も依然として継続し、X1の通報がきっかけとなりX2の生命・身体・自由が侵害される危険もあったと考えられる。X1が、X1自身ではなくX2の現在の危難を避けようとしてけん銃制作を行ったのであれば、補充性を認める余地もあつたのではないか。

③東京地判昭和六三年一〇月四日判タ六九四号一七八頁

XはAから覚せい剤を日本に運ぶように頼まれたが、その際Aから、Xが宿泊先のホステルに置いていたパスポートや現金を預かつており、依頼を承諾すればこれらを返すが、承諾しなければこれらを返さないし、Xの女友達B子にも危害を加えると言つて脅され、そこで早速宿泊先のホステルの自室に戻つてみると、確かにベッドの下に隠しておいたはずのバッグの中のパスポートや現金がなくなつており、また、Aが予告していたとおり、B子も見知らぬ男に付け回されたと言つて怯え、Xの所へ訴えてきたため、Xとしては、B子とXの身の安全を考えてやむなくAの右申し出に応ずることとし、覚せい剤を日本に密輸入した事案につき、Xは、X自身及びB子の生命、身体に対するAからの現在の危難を避けるためにやむを得ずして行った緊急避難行為であり、また、当時の状況下ではXは期待可能性を欠いていたと主張したが、「前記認定の程度のAによる一連の脅迫があつたからといって、X及びB子の生命、身体に対する危難が現在していたとか、あるいはXに本件覚せい剤の輸入行為に出ないことを期待することが不可能な状況にあつたとはとうていいうことができない」と判示して、緊急避難の成立及び期待可能性の不存在を否定した。¹⁹⁾

④東京地判平成八年六月二六日判時一五七八号三九頁

オウム真理教の元信者Xは、教団脱会後、教団との接触を断っていたが、教団付属医院において薬剤師をしていたAから、当時付属医院に入院していたXの母親B子につき、教団の治療方法では病状が悪化する一方であるから、教団施設からB子連れだし別途治療すべきであると持ちかけられてこれを承諾し、XとAはB子連れ出すべく教団施設内に侵入したが、教団信者らに発見され、それぞれ両手に前手錠を掛けられ、ガムテープで口を塞がれて身体を拘束された。教団の教祖Cは、Xに対し、AとB子が関係を持っていたなどと二人をあしざまに述べ立て、お前はAの言うことを信じて大きな悪行を積んだなどと言った後、「お前はちゃんと家に帰してやるから、心配するな」「ただ、それには条件がある」「お前がAを殺すことだ。それができなければ、お前もここで殺す。できるか」などと言って、Xを解放する条件としてAを殺害するように告げた。そこでXは、Cの申し出を拒否してもただちに自己が殺害されることはないと思いつつも、Aを殺害しさえすれば自分は無事に戻れるものと考え、その旨を確認し「それは約束する」と言われたことから、Aの殺害を決意し、教団幹部によって押さえつけられていたAの首をロープで絞めて殺害した。

以上の事案につき、XのA殺害についての緊急避難の成否及び期待可能性の存否が争われたところ、本判決は、Aの殺害は教団の制裁行為であり、Xも、Aを殺害することが教団としての制裁行為になることを認識しながらCの指示に従ってAを殺害していることから、XとC及びその場にいた教団幹部との間に、Aを殺害することについての共謀が成立していたとしたうえで、次のように判示してXの行為が過剰避難に当たるとした。

「緊急避難における『現在の危難』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいうのであり、近い将来侵害を加えられる蓋然性が高かったとしても、それだけでは侵害が間近に押し迫っているとは

いえない。また、本件のように、生命対生命という緊急避難の場合には、その成立要件について、より厳格な解釈を
 する必要があるというべきである」ところ、「Xは、……『尊師の部屋』において、両手に前手錠をされたうえ、Xの
 面前において、その周囲を一〇名近くの教団幹部に囲まれた状態で、CからAを殺害しよう命ぜられてこれを決意
 し、その後、同室内で、同様に教団幹部が周囲にいる中、前手錠をされたままの状態にA殺害行為に及んでいること
 が認められる。したがって、Xは、Cらに不法に監禁された状態で、Aの殺害を決意し、その殺害行為に及んだも
 のであるから、右時点において、少なくとも、Xの身体に対する現在の危難が存在したことは明らかである。
 ……（XとAの教団侵入行為は）教団内においては、いわゆる五逆の大罪といわれるものの一つに該当する極めて大
 きな悪行であって、このような悪行を積んだ者は殺害しても本人の利益になるという教えがあること、Xを囲んで
 た教団幹部は、この教えを信じており、実際にこの教えを実践した者もいたこと、本件当時、……地下室には、マイ
 クロ波を用いた死体焼却設備が設置されていたことなど……の事実関係に、Cが教団幹部の一人に対し『今から処刑
 を行う』と言っていること、また、……Cが、その場に集まった教団幹部に対し、AとXの二人とも殺害するほかに
 いかという趣旨のことを述べて幹部らの意見を徴していることなどを考慮すると、Cの意思いかんによつては、Xも
 殺害される可能性があったことは否定できない。しかしながら、……Cは、……XがAを殺すべきであるとし、……
 Cとしても、この時点においては、Xを殺害するのではなく、XをしてAを殺害させようとの意図であったと推認す
 ることができる。……XがあくまでAを殺害するように説得するCの言葉に逆らい、A殺害を強硬に拒否し続けたと
 すれば、X自身も殺害される可能性が存したとはいい得るが、……XがA殺害を拒否した場合には、ただちにその場
 で被告人の殺害行為に移ろうということまで意図していたとは認められないというべきである。してみれば、『できな
 ければお前を殺す。』というCの言葉も、XにC殺害を決意させるための脅し文句の一種と理解すべきものである。……

実際に、Cないしは周囲にいる教団幹部が、Xに対し凶器を突き付けるなどしてA殺害を迫ったという事実は認められないことに加え、……Cは、Xに対し、Aを殺害するよう命じた後、Xが明確な答えをせず、時間を稼いでいる間に、……Cが絶え間なくXにAの殺害を迫っていたわけでもないこと、……XがAの殺害を決意するまでの間にXがAの殺害を拒絶したり、命乞いをするなどして事態が緊迫化するということもなかったことなどの事実が認められるのである。……Xの生命に対する差し迫った危険があったとは認められないし、また、この時点で、仮にXがC殺害を拒否しても、ただちにXが殺害されるという具体的な危険性も高かったとは認められないのであるから、Xの生命に対する現在の危険は存在しなかったというべきである。したがって、Xの行為は緊急避難行為には該当しない」。

「X自身、あくまでCの命令に逆らい、Aの殺害を拒否し続ければXの生命も危うくなるという認識は有していたとしても、……Aの殺害を断つても、ただちにXが殺害されるような状態にはなかったことは十分認識し得たといえるべきである。……Xも、自己の生命に対する侵害が差し迫っているという認識までは有していなかったと認められるから、この点についてXに誤想はなかったというべきであり、誤想避難も成立しない」。

しかし、「緊急避難、過剰避難の成立要件である『已むことを得ざるに出でたる行為』とは、当該避難行為をする以外に他に方法がなく、このような行為を行うことが条理上肯定し得る場合をいう。そして、本件のように、避難行為が他人の生命を奪う行為である場合には、右の要件をより厳格に解釈すべき……である。……Xが避難行為に出る以前にどれだけの行為をしたかということが重要なのではなく、客観的にみて、現在の危険を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外にも存在したか否かという点が重要な点であり、……Xが自力でこの拘束状態から脱出することや、外部に連絡して官憲の救助を求めることは不可能な状態にあったといつてよい。……XにCの翻意を促す説得行為を要求してみたところで、Xの身体の拘束が解かれる現実的な可能性はほとんどないといわざるを得

ない……。結局、Xが身体拘束状態から解放されるためには、Aを殺害するという方法しかとり得る方法がなかったものと認めざるを得ない」。

「相当性の要件について検討するに、本件では、侵害されている法益がXの身体の自由であり、避難行為によつて侵害される法益がAの生命であることから、これを単純に比較すれば、当初より法益の均衡を著しく失しているともいえ、……条理上これを肯定することができないというべきである……。しかしながら、……危難の現存性は認められないとはいえ、Xがあくまでもこれを拒否すればX自身の生命に対しても侵害が及びかねない状況も他方では認められるのであり……。避けようとした危難がXの身体の自由に対する侵害であつたとしても、その背後には、……Xの生命に対する侵害の可能性もなお存在していたといひ得るのであるから、避難行為の相当性も認められるというべきである」。

「Xは、自己の身体に対する自由に対する危難から逃れるために、Aを殺害したのであって、法益の均衡を失していることも明らかであるから、結局、Xの行為には、過剰避難が成立する」。

「期待可能性の理論による責任の阻却は、厳格な要件の下に認められるべきであり、客観的にみて当該行為が心理的に抵抗できない強制下において行われた場合など、極限的な事態において初めて責任が阻却されるにとどまるというべきであろう。……XがAの殺害行為を拒否したとしても、ただちにXの生命が危うくなるような緊迫した状況にはなかつたと認められる上、……凶器を突き付けるなどして有無を言わせずAの殺害を迫るといった状況にもないのであるから、当時のXが心理的な強制下にあつたとは認められない。……（A殺害の申し出を）拒否するなどしてA殺害を回避しようとする事、あるいは、Cに対してAの助命を嘆願し、翻意を促すなど、その場でAを殺害しないでも済むような努力ができたと考えられ、Xに対し、A殺害行為に出ないことを期待することは可能であつたと認めら

れるし、Xの立場を一般通常人に置き換えても、本件の具体的状況の下では、A殺害行為に出ないことを期待することは可能であつたと認められるのである。……Xの責任が減少することはあり得ても、その責任が阻却されることはないというべきである」と。

本判決については、以下の点で疑問がある。

第一は、現在の危険の判断である。本判決は、Xの身体の自由に対する現在の危険を肯定した上で、それを避けるためにAを殺害した行為について、補充性、相当性を認めながら、法益権衡を否定して過剰避難にあたるとしたが、生命に対する危険の現在性を否定した判断には疑問が残る。本件事案においては、教団の教祖Cの存在は絶対的であり、CがはじめはXとA両名の殺害を教団幹部にほのめかしていた点や、「できなければお前を殺す」というCの言葉、Xの拘束状況や教団幹部に取り囲まれていた点等を考慮すると、生命に対する危険の現在性を肯定することも十分可能であるように思われる。本判決は、Cの「お前を殺す」という発言を単なる「脅し文句の一種」としたが、事件の経緯やオウム真理教団の当時の状況等に鑑みると、一概にXの生命に対する危険の現在性がなかったとはいえないであろう。将来において危険が生ずるかもしれないと予想される程度では、たしかに現在性を肯定することはできない⁽²⁰⁾。しかし、本件では、たとえ命乞いをしたとしても、XがAを殺害する以外にXの生命に対する危険を消滅させることは困難で、「できなければお前を殺す」と言われた時点でXの選択肢は、A殺害を拒否して自身が殺害されるか、Aを殺害して自身の生命を保全するかの二つしかなかったといえ、判決自身も、A殺害の拒絶や命乞いにより危険を減少させ得たとまではしていない。Aを殺害するほかにXの生命を保全しうる選択肢が失われた以上は、Xの生命の危険についての現在性を認めるべきであつたように思われる⁽²¹⁾。

もつとも、判例は、①②判決にも見られるように、生命を保全法益とする強要緊急避難について現在性を認めるた

めには、被強要者が単なる脅迫を受けるだけでは足りず、暴行を受ける必要があると考えているようにも思われる。本件事案においては、このような立場から、「できなければお前を殺す」という脅迫の言動だけでは生命に対する現在の危険があるとはいえず、また、教団幹部に囲まれて身体を拘束されていたというだけでは、身体の自由に対する現在の危険は認められるとしても、生命に対する現在の危険があるというには足りない判断されたであろう。しかし、現在の危険の有無は、様々な事情を総合的に考慮して決定されるべきであり、暴行の有無のみを重視するのは妥当とはいえないのではないか。

もつとも、本件では、たとえXの生命に対する現在の危険が認められたとしても、避難の意思を必要とする判例の立場を前提に、避難の意思が不足であることを根拠に、結局は過剰避難の結論が導かれていた可能性もある。本判決では、Xは、生命に対する危険を認識していたとは認定されていないから、生命に対する避難の意思、ひいては生命に対する緊急避難を認めることはできないが、身体の自由に対する限度では危険を認識していたと認定されているから、身体の自由に対する避難の意思、ひいては身体の自由を保全法益とする限度での避難行為は認められうるのである。

第二は、相当性の判断である。本判決は「相当性」を肯定しているが、この場合の「相当性」とは、一体いかなる意味の「相当性」を指すのであろうか。少なくとも、補充性と法益権衡性のいずれか、あるいは両方を指しているのではなからう。補充性については、本判決は、「Xが身体拘束状態から解放されるためには、Aを殺害するという方法しかとり得る方法がなかったものと認めざるを得ない」として、「相当性」とは別個に判断してこれを肯定している。法益権衡性については、「自己の身体の自由に対する危険から逃れるために、Aを殺害したのであって、法益の均衡を失っている」として否定している。従って、「相当性」の意味を法益権衡そのものの、ないし補充性に内在する法益権衡

の制約と解した場合には、法益権衡の要件を欠くとした点と矛盾することになるのである。

本判決が、補充性を肯定し、法益権衡性を否定したうえで、さらに「相当性」を検討したのはなぜか。「避けようとした危難がXの身体に対する侵害であつたとしても、その背後には、…Xの生命に対する侵害の可能性もなお存在していたといひ得る」から相当性が認められるとした点は、法益権衡性と「相当性」の関係を窺わせる。しかし、「背後」とはいえ、「相当性」を認める程度にXの「生命」に対する侵害の可能性があるというのであれば、認定にあるように、A殺害の拒絶が事態を緊迫化させる可能性は高かつたのであるから、端的にXの生命に対する現在の危難を認めても良かつたのではないか。あるいは、Xが自己の生命に対する現在の危難を直接的に認識していなかつたと認定された点から、Xの危難が、生命に対する危難の認識を喚起するに至らない程度のもに過ぎなかつたと解された可能性もある。いずれにせよ、本判決における「相当性」の意味は不明確といわざるを得ない。あるいは、本判決のいう「相当性」は「社会的相当性」を指しているのかもしれない。²³⁾

第三は、緊急避難と過剰避難の関係である。本判決は、「Xの行為は緊急避難行為には該当しない」とした後で、「Xの行為には、過剰避難が成立する」と判示している。しかし、そもそも過剰防衛・過剰避難は、「正当防衛・緊急避難が許される場合に、防衛・避難のためになされた行為が『やむをえない』という要件を欠くときにだけ認められる」ものである。とすれば、順序としては、緊急避難の成否の検討の過程で、「やむを得ない」要件、すなわち法益権衡性と補充性の要件のいずれか、あるいはその両方を満たさない行為が過剰避難とされるべきであろう。本判決のように、緊急避難は成立しなかった上で、さらに過剰避難の成否を独立に検討するというのは、緊急避難の程度を越えた場合として位置づけられるべき過剰避難の地位に鑑み疑問が残る。

第四は、期待可能性の判断である。本判決は、Xには、Cに対し殺害の拒絶や命乞いをする努力が期待されていた

とする。そして、期待可能性を欠くと言うには、前手錠による拘束では足りず、凶器を突き付けられるといったような心理的強制下でなければならぬとする。以上の本判決の判断については、期待可能性論による責任阻却は法規範が弛緩してしまう危険があるから、その適用は慎重でなければならないなどとして好意的に捉える論者もあるが²⁴⁾、「努力をすれば殺害をしないで済んだはずだといえなければ、適法行為が期待可能であったとはいえない」⁽²⁵⁾、「過剰避難の補充性判断に際して、説得行為によって被告人の身体の拘束が解かれる現実的な可能性はほとんどないとしておきながら、期待可能性判断においては同様の行為をなお期待可能とするのは、被告人に不能を強いることに他ならない」⁽²⁶⁾などの批判もある。本件では、Xがいかに命乞い等で殺害を引き延ばしたとしても、結局はAを殺害するかXが殺されるかの二者択一となり、官憲に助けを求めることも不可能であったのだから、適法行為の期待可能性がなかったと解する余地は十分にあったと思われる。もつとも、Xが生命に対する現在の危難を認識していなかったとの認定を前提とすれば、Xの心理的な状態が期待可能性を欠くほどの極限状況でなかったと解する余地はある。

⑤ 仙台高判平成九年三月一三日高検速平成九年一四三頁

Xは、自称祈禱師のA女と知り合い、夫Bと共にA女の霊力を信ずるようになり、平成七年五月七日頃からXとB、二人の子供と共にA女方に暮らすようになった。この当時、A女方にはA女の信奉者C、D、E女が同居し、とりついた悪霊を除去するという名目で、対象となった者を殴打あるいは足蹴、足踏みする「御用」と称する暴行が行われており、既に四名が「御用」によって殺害され、死体はA女方の一室に放置されていた。Xらは当初このことを知らなかった。五月一〇日頃、Xは、A女に指示され、A女、B、C、D、E女らと共に、A女方に入入りしていたFに対し「御用」と称する暴行を加え始めた。五月中旬頃、Bの言動に立腹したA女の指示により、Fと共にBも「御用」

の標的とされることとなり、XもA女、C、D、E女らと共にBに対して暴行を加え、五月二五日頃、Bを死亡させた。XはBの死の前に「警察に行く」等と発言したことから、A女の指示により、五月二五日頃から六月三日頃までの間、「御用」を受け続けた。六月三日頃、Xへの「御用」はA女の指示により中断、六月四日からFに対する「御用」が再開され、Xは、殺意をもって、A女、C、D、E女らと共にFに対し執拗な暴行を加え、六月六日頃、Fを死亡させた。六月七日頃から、Xは再びA女、C、D、E女らから「御用」を受けるようになり、それは六月一八日にXが救出されるまで続けられた。

以上の事案につき、Xは、A女の意向に逆らってFに対する「御用」を拒否すれば、Xが「御用」の対象とされる危険が切迫していたとして、Fに対する殺人について緊急避難の成立及び期待可能性の不存在を主張したが、本判決は次のように判示して、Xの主張を認めなかった。「当時Xは、……自分の子供のために何としてでも生き残らなければならず、A女というとおりにしなければ、自分が暴力を振るわれると思い、生き残るためにはFを死なせても仕方ないという、やむにやまれぬ心境のもとにFに対する暴行に加担したものであると認められるものの、……六月四日当時、Xは『御用』の対象から解放されていた上に、当時A女方には、A女、C、D、E女、Xのほか、幼い子らが起居していたに過ぎず、A女、C及びDは日中外出することがあったのであるから、客観的には、Xが二人の子を伴ってA女方を脱出することも不可能ではなかったものと認められる。所論は、Xの夫やFを含む六名の被害者らがA女方から脱出しようとせずに死に追い込まれていること等を根拠に、XがA女の呪縛から脱出することは極めて困難であって、そうした状況下において、XがFに対する犯行から離脱することは不可能であった旨主張するが、……Xは、平成七年五月二五日頃夫が死亡するという事態に直面するとともに、……四人の遺体を確認し、それに引き続きX自身『御用』の対象とされるに至ったことから、そのころXはA女の靈力に対し疑問を抱き、それまで神様と信じて

いたA女が信じられなくなるなど、A女に対する心理的束縛から相当程度解放された心理状態に立ち至っていたものと認められるから、Xの主観的、心理的側面においても、Xが自力でA女方から脱出することは十分に可能であったと認められる。なお、Xは、その後もA女方から脱出、逃走することなく、A女方から『御用』の対象とされ瀕死の重傷を負うに至っているが、当時Xは夫のみならずFをも死亡させるという犯行に加担してしまったという負い目もあって、A女に抗して同人方から脱出することを決断するまでに至らなかったことが窺われる。以上によれば、当時Xの身辺には現在の危難が切迫していたとは到底認められず、Xに対し適法行為に出ることを期待することができない状況にもなかつたといわざるを得ない」と。

本判決については、現在の危難の判断に疑問がある。本判決は、「A女、C及びDは日中外出することがあったのであるから、客観的には、Xが二人の子を伴ってA女方を脱出することも不可能ではなかつたものと認められる」こと、「A女に対する心理的束縛から相当程度解放された心理状態に立ち至っていたものと認められるから、Xの主観的、心理的側面においても、Xが自力でA女方から脱出することは十分に可能であったと認められる」ことを根拠として、Xの生命・身体に対する危難の現在性を否定している。客観面ではXの拘束状態が問題とされ、主観面ではXが拘束状態から自力で脱出しようとする心理状態であったかが問題とされているのである。しかし、少なくとも客観面の拘束状態については、現在性の問題ではないように思われる。④判決は、「自力でこの拘束状態から脱出することや、外部に連絡して官憲の救助を求めることは不可能な状態にあった」場合について補充性を認めている。これに照らせば、拘束状態の有無は、生命・身体法益保全のための緊急避難に関しては、現在性よりむしろ補充性の問題とされなければならないはずである。あるいは、保全法益をXの生命ではなく身体の自由と解するならば、本件でのXの拘束は不完全であつたことから、現在の危難はないといえるかもしれない。しかし、監禁は、一定区域からの脱出を、不可能もし

くは著しく困難にすることと定義される。本判決は、「A女、C及びDは日中外出することがあったのであるから、客観的には、Xが二人の子を伴ってA女方を脱出することも不可能ではなかった」とするが、A女方にはなおもA女の信奉者E女が常に残っており、このような状態でXが二人の子を連れて脱出するというのは、やはり著しく困難であったようにも思われる。

では、本判決のいうように、A女方からの脱出が客観的に著しく困難といえない程度のものであったならば、現在の危険はまったく認められないのであろうか。A女らによるXの監禁は、宗教的、心理的束縛という無形的方法によってなされていたと考えられるから、Xが「A女に対する心理的束縛から相当程度解放された心理状態に立ち至っていたものと認められる」時点において、A女らによるXの監禁が終了したものと解されよう。よって、これ以前であれば身体の自由に対する現在の危険は認められるが、「解放された心理状態に立ち至っていた」以降は、現在の危険が認められないことになる。

しかし、Xは、X自身が「御用」の対象とされる危険が切迫していた旨主張している。「御用」は宗教的な集団暴行を意味するのであるから、これは身体の自由というより、身体法益そのものを保全法益とする緊急避難の主張と解すべきであろう。とすれば、本判決が、A女方からの脱出の可能性を第一に論じたのは妥当とはいえない。むしろ、XがFに対し暴行ないし殺人行為に出なければ、X自身が暴行ないし殺害されたと言いうる状況であったかを第一に論じ、その次に、補充性の問題として、XのA女方からの脱出の可能性を論ずるべきであった。さらに、脱出の可能性が認められないと判断された場合にこそ、④判決と同様、保全法益を身体の自由とした現在の危険の存否を判断すべきであったのではなからうか。

それでは、保全法益をXの生命ないし身体と考えた場合、現在の危険を認める余地はあるであろうか。①②④判決

に見られるように、判例は、強要による現在の危難を認めるには、例えば「殺すぞ」等というような言動による強要では足りず、ナイフを突きつけるような直接的な強要が必要であるとの姿勢をとっているように思われる。これに従うならば、本件では、生命法益に対する現在の危難は当然に否定される。Xは「御用」によって眼前で夫Bを失い、さらにB及びF殺害以前にも「御用」によって四人が命を落としているから、生命に対する危難は、少なくともある程度は存在していたと言ってよい。しかし、長時間、殴打あるいは足蹴にし、足踏みする等といった「御用」の性質に鑑みるに、Xが「御用」の対象とされたとしても即座にXが殺害されるということではなく、危難の現在性は肯定し難いように思われる。被害者を殺害しなければ、自身が脅迫者に殺害される可能性の高かった④判決の事案と比較しても、本件では、生命に対する危難の現在性を認めるべきではなからう。

もつとも、身体法益の現在の危難を認める余地はある。本件でのXの身体法益の現在の危難については、Xは「過去にA女から暴行を受けており、A女の心変わりにより将来において暴行が再開されることも予測できる状態にあったといえ、本件犯行当時、A女らがXに対し暴行行為の前段階にあたるような具体的行動を起こしたわけでもなかったのであるから、Xの身边には『現在の危難』が切迫していたとは到底認められない」との主張もある。²⁷⁾しかし、Xの夫Bは、その言動に立腹したA女によって「御用」の対象とされ、Bはそれによって暴行され死に至っている。また、X自身も「警察に行く」と発言したために「御用」の対象とされ、長期にわたって暴行を受けている。このことから、XがA女に反抗してFへの「御用」に加わらなければ、Xが再び「御用」の対象となり暴行を受ける可能性は非常に高く、Fを殺害するほかにXの身体を保全しうる選択肢が失われた以上は、少なくとも身体法益の限度で、現在の危難を認めるべきであったように思われる。²⁸⁾

⑥ 東京地判平成一二年七月一七日判タ一〇九一号一八一頁

オウム真理教の教祖Aは、オウム教団内に公安、警察のスパイがおり、教団が毒ガス攻撃を受けたり生活用水に毒物を混入されたなどと説明し、オウム教団富士山総本部にある井戸の水を教団施設に運ぶ仕事などに従事していた出家信者Bを嘘発見器に掛けるよう命じた。その際、Bが「水に毒を入れたかどうか」という質問に特異な反応を示したことから、AはCに対し、Bに自白させ背後関係も明らかにするよう命じた。Cは、Xらに手伝わせてBの拷問を続けたが、一向に口を割らないことから、Aの意思でXにBを殺害させる旨指示しXにロープを渡した。Xは躊躇したものの、結局はAの意思には逆らえないと考え、Bの頸部にロープを巻いて殺害した。

以上の事案につき、Xは、Xの死を選ぶかBを殺害するかの二者択一を迫られていたのであるから緊急避難または過剰避難に該当、あるいはAの意思であるB殺害を断れば自分が殺害されると誤信したことから誤想防衛ないし誤想避難に該当、あるいは当時の客観的状況及びXの心理状況に照らし、Aの命令に反抗してB殺害を拒否する適法行為の期待可能性がないと主張したが、本判決は、次のように判示して、Xの主張を認めなかった。

「Xは、……Bに一方的に拷問を加えるという加害者の立場にあり、……Cから、Aの意思でBを殺害するように指示されたものの、暴行・脅迫等によつて殺害を強要されたわけではなく、A自身も犯行現場にいなかったことが認められ、これらによると、Xが、Bの殺害を断つた場合に、それまで一致協力していたCの手で、直ちに、Xの生命・身体等に危害が加えられるおそれは、未だ存在していなかったというべきである。したがって、Xには、その生命・身体等に対する『現在の危難』は存在せず、緊急避難、過剰避難は成立しない」。

「誤想避難といえるためには、『現在』の危難を誤想していることを要するところ、Xは、生命に危難が及ぶ具体的な状況については何も述べておらず、むしろ、グルの指示に逆らうことは、死後無間地獄に堕ちることとなる旨述べ

ていることなどに照らすと、そこには、自らの死を選ぶか、Bを殺害するかという二者択一を迫られるほどの切迫性があるが、それが、その場で直ちに自己の生命に危険が及ぶ『現在』の危険を誤想したとはいえないというべきである。したがって、Xには、誤想防衛(ママ)も成立しない。

「Xについては、その生命・身体等に対する危険性は間近に切迫しているような事情はなく、そのように誤想していたという事情もない。また、Xは、犯行当時、Aに対する不信任感から、……殺害行為を正当化することに大きな抵抗を感じ、Cからロープを渡されても、すぐに殺害を行う決断がつかなかったというのであるから、Aに帰依し、その指示や命令を絶対視しているような心理状況にはなかったというべきである。そうすると、適法行為の期待可能性がなかった旨の弁護人の主張は理由がない」と。

④判決では、やはりオウム真理教の施設内において、被強要者が教祖から「できなければお前を殺す」と脅迫されて被害者殺害に出たものの、生命・身体に対する危険の現在性は否定された。本件では、このような脅迫が行われていないうえ、X自身もオウム真理教の信者で、④判決の事案のようにオウム真理教の敵対者として拘束されていたわけではないから、生命・身体はもとより、身体に対する危険の現在性についても、肯定することは困難といわざるを得ないであろう。

(二) 期待可能性の存否のみが争われた判例

次に、強制状態における行為について緊急避難の成否が争われず、期待可能性の存否のみが争われた判例としては、以下の⑦～⑪判決を挙げることができる。もっとも、すべての判決において、期待可能性の不存在による責任阻却は否定されている。

⑦東京高判昭和五二年六月三〇日東高刑二八卷六号七二頁

元自衛官XがAらの武器奪取闘争に加わり、強盗殺人、公務執行妨害、住居侵入、強盗予備等を行った事案について、XはいずれもAの脅迫的命令にしたがって行なったもので期待可能性を欠いていたと主張したが、原判決（浦和地判昭和五〇年一月二九日判時七九五号一二頁）は「Xは……Aに強引に誘い込まれて右本件各犯行に加担していったことは首肯しなければならない。しかもAは、……Xに対し、絶えず自己の属する赤衛軍なる組織の強大さを見せかけ、その組織のメンバーがXの行動を監視している風を装い、自分の指示にしたがうよう心理的圧迫を与えたことを認めることができる。しかしながら他方、……XにはAの企図している武器奪取闘争計画を知って同人との接触を避け、或いはAらのグループから離脱したり、Aの指示に反対しようとした特段の形跡は見当らないこと、Xは何も身体を拘束されたり、常に監視されていたわけではなく、市中を自由に動き回っていたのであるから、場合によっては事態を警察官に通報して自己の安全を求める、などの措置はいつでもとれる状態にあったにも拘らず、かかる行動にでていないことが認められ、以上の事情を総合すると、Xは、Aの脅迫によりある程度の心理的圧迫を受けていたとしても、未だ他の適法な行為に出ることを容易に期待できる状態にあったというべきである」と判示して期待可能性の不存在を否定し、本判決も「Aの脅迫によりある程度の心理的圧迫を受けていたとしても、未だ他の適法な行為に出ることを容易に期待できる状態にあったというべきである、と説示したうえ右主張を排斥した原判決の判断は、正当としてこれを首肯できる」と判示した。

⑧岐阜地判昭和六〇年七月一九日判時一一六六号一八五頁

暴力団員Xが、A組組長Bの命令に従って、C組組長Dを所携の日本刀で背後から斬りつけて負傷させる等した事

案につき、Xは、組長の命令には絶対服従せざるを得なかったから期待可能性を欠いていたと主張したところ、「Xは、……容易には組長の命令を拒否できない立場にあったが、違法行為を組長ら幹部から命ぜられ、それを拒否すれば相応の制裁を受けるであろうことが十分予想される暴力団に任意に参加し、かつ、これに所属し続けていたのみならず、さらに、本件傷害事件に限定して考えてみても、XはBらが……Dに対し憤激している事情を知っており、XがBからDを斬れと命じられたのが……午前零時これであり、……C組事務所まで赴き本件犯行に及んだのが同日午前一時一五分ころであること、その間Xが常に組長ら幹部の監視下におかれていたわけではないことが認められることなどからすれば、被告人がA組事務所ないし犯行現場から離脱して本件傷害の実行を避けるだけの時間的余裕ないし可能性がなかったものと認めることはできない。のみならず、右犯行における加勢状況として、Xはかなり意気盛んな状態で積極的に本件犯行に及んだことが認められるのである。A組長が粗暴な性格の人物で配下組員に対する絞めつけが厳しかったとしても、今まきに行われようとしている犯罪が本件のように重大なものであればあるほど、配下組員としてはこれを避けるべき義務は大きいといわなければならない。……Xは、本件犯行を避けようとするれば避けられるだけの機会は与えられていたのであり、また、それを担保するに足る警察制度の発達している今日の社会においては、暴力団の組長ないし幹部の命令であることの故をもって他に適法行為を期待し得ないとするが如き所論は、到底肯認することができない」と判示して、期待可能性の不存在を否定した。

⑨東京高判平成七年二月七日高刑速平成七年三五頁

X1はAとの賭博の諍いでAに至近距離からけん銃を発砲され、さらにX2が銃声を聞きつけて現れたところ、AがX1・X2に「ちよつとタタキに行くから付き合え」などと指示し、自動車で移動してから共謀して強盗を行った

事案につき、原判決は、X1・X2にはAの指示に反して行動する期待可能性がなく故意を欠いていたとして無罪を言い渡した。

これに対し、本判決は、「X1が極めて強い恐怖心を覚えたことは容易に窺うことができる。そして、その後、……Aに強くは逆らえず仕方なくAの指示に従ったものであることも十分に考えられる。また、X2の場合も、……Aに逆らえばけん銃で撃たれる恐れもあり、強く反対できなかったという事情などは十分に認められる。しかしながら、……AのX1に対するけん銃の発砲行為は、賭事をしていた際の一過性のできごとであり、Aが、X1あるいはX2を強盗に駆り立てるために行ったものでないことは明らかである。……その後は、けん銃を携帯していたとはいえ、被告人両名に対し、自分の指示に従わせるためにけん銃を突きつけたり、これを発射したりするような行為などは一切行っていない。……被告人両名としても、本件犯行当時、Aの指示や命令には従わなければならない状況にあったとはいえ、本件犯行によって何らかの利益を得たいとの意思を有していたこと、いいかえると、被告人両名も自ら財物を奪取する意思で行動したものであることを十分に窺わせるものである。……被告人両名が、本件犯行前にAのものとから立ち去る機会もあったものと思われ、そのような行動に出ることも可能であったと認められる。現にX1も、……その場から逃げることは可能であったなどと供述している。もつともこの点、被告人両名は、原審及び当審各公判廷における各供述中で、いったんAの許から逃げ出したとしても、その後自分や自分の家族がAから危害を加えられる恐れがあったから、そのような行動に出られなかったなどとも供述するが、その点は、警察等に保護を求めるなり、小さな町での出来事ならいざ知らず、しばらくAの許から身を隠すなりの行動を取ることは十分可能であったものと考えられ、そのことをもって、本件強盗を行う以外採るべき手立てがなかったなどとは到底言えない。加えるに、……被告人両名とも、今回……初めてけん銃に接したというものではなく、したがって、本件犯行の当時、けん銃を

持っている者に対して、どう対応するかということについてもそれなりの知識や経験を有していたものと思われる。……被告人らに特有の事情を考慮しても、本件において犯行に加担しないことを期待することは十分に可能であったと認められるのである」と判示して、期待可能性の不存在を否定した。

⑩東京高判平成八年六月七日判時一五九〇号一四六頁

A及びその妻B子と親しく交際していたXは、平成五年四月二〇日、Aの依頼により、Aを自動車（ミラーージュ）に乗せて車庫に赴き、しばらくして、Cが来てAと雑談を始めた。XはAからミラーージュの給油や買物を頼まれて出かけたが、この間にAはCを殺害し、XはAからCの死体を見せられた上、死体の運搬を手伝うように言われてこれを承諾し、さらに車内で、Aから死体の処理を手伝いB子とC車（アウディ）の処分をするように求められ、これも承諾した。Xは、AがX方で死体を解体している間にC車を運転してB子とともに駐車場にC車を放置後、AとともにCの死体を処分した（第一の犯行）。

Xは、同年七月二一日頃、Aの依頼により、AとB子を普通貨物自動車（カリナバン）に乗せてD方に赴き、AとB子がD方に入り、Xが車内で待機していたところ、その間にAらがD・Eを毒殺し、XはAから死体処理に協力するよう告げられ、これを承諾してAら搭乗車を先導するかたちで死体を車で運搬中、警察官が検問しているのに気づき、捕まることを恐れ、UターンするなどしてX方に戻り、AとともにD・Eの死体を処分した（第二の犯行）。

Xは、同年八月二六日頃、Aの依頼により、自動車を運転して車庫前で待機していたところ、Aが自動車を運転して来て、同車に積んで来たF子の死体をXに見せ、死体処理に協力するよう求めたので、これを承諾し、Aと共にF子の死体を処分した（第三の犯行）。

以上の事案につき、Xは、AからCの死体を見せられて脅迫され、Aに逆らえばXのみならず妻子も殺されると思い怖くなり、やむなく死体損壊を手伝ったもので期待可能性を欠くと主張し、期待可能性の存否が争われた。緊急避難の成否は争われなかった。

本判決は、Cの死体損壊については「仮にXの供述するとおりであったとしても、口で脅される以上の強制は受けていない上、Xの供述によれば、給油から戻って来て車庫の外に止めていたミラーージュをAの誘導によりバックで運転して死体の近くまで車庫内に入れた後、後部トランクに死体を入れたというのであるから、被告人は、ミラーージュの運転席に乗り込んだ際、Aと離れた場所にいたこととなり、そのまま車を発進させ、警察署に駆け込むなどの方法を十分取り得たと考えられる。また、Xは、X方に死体を運んだ後車庫に赴く間及びアウディを放置後車庫から被告人方に戻る間は、いずれも一人でミラーージュを運転していたのであるから、警察署に駆け込むなどの方法を取り得たことは同様である。このように、Xは、Aから常に監視されていたわけでもなく、自由に行動できたのであるから、Xには本件行為以外の適法な行為を取る可能性は十分にあったものといえることができる。」と判示した。

D・Eの死体損壊については「仮にXの供述するとおりであったとしても、Xは、既に原判示第一の犯行に関与したのであるから、Aの呼出に応じて、警察に監視を依頼する等の方途を十分取り得たものと考えられる。また、Xの供述によれば、Xは、犬舎からX方に向かう途中、Aらとは別の車を運転しており、現に警察官が検問しているに遭遇したのであるから、警察に届ける機会が目の前にあったことになるのに、逮捕を免れるため、その場から逃げ出している。このように、被告人には本件行為以外の適法な行為を取る可能性は十分にあったものといえることができる。」と判示した。

F子の死体損壊については「仮にXの供述するとおりであったとしても、Xは、既に原判示第一及び第二の各犯行

に関与したのであるから、Aの呼出に応じて、警察に監視を依頼する等の方途を十分取り得たものと考えられる。また、Xの供述によれば、Xの当時の意識においても、警察に届け出ることは考えていたことになる。このように、Xには本件行為以外の適法な行為を取る可能性は十分にあったものといえることができる。」と判示した。

以上のようにして、本判決はすべての死体損壊について、期待可能性を肯定し責任阻却を認めなかった。犯罪行為を強制されたが警察への通報は可能であった事案について、②判決は緊急避難の成立を、⑧判決は期待可能性の不存在による責任阻却を否定しており、本判決もこれに倣ったものといえる。

⑪神戸地判平成一六年一〇月一三日（公刊物未登載）

Xは駐車場において車上荒しを行ったが、Xは、氏名不詳の五人の男に囲まれて運転免許証等を取り上げられて住所を控えられたうえで脅され、そのうちの一人に駐車場まで連れて行かれて、現場付近を一〇ないし一五分位行き来し、その男に命じられて、被害車内にかばんがあることを確認して窓ガラスを割り、かばんを男に渡したのであって、Xは本件窃盗を強要され反抗を抑圧された状態で行ったものであるから期待可能性がないと主張した事案について、「Xの述べることを前提としても、Xが、五人の男に囲まれて脅された時点ではともかく、その後は、一人の男に従って行動し、現場付近を何回も行ったり来たりしていたというのであるから、隙を見て逃げ出すことも十分できたはずであり、住所を控えられていることを心配したとしてもすぐに警察に通報して保護を受けることも可能であったと認められる。そうすると、Xは、本件窃盗を回避することができたことは明らかである」と判示して、期待可能性の不存在を認めなかった。

(三) まとめ

以上みたように、強制状態における行為について、緊急避難の成立、期待可能性の不存在を認めた判例は皆無である。もっとも、⑨判決の原判決は期待可能性の不存在を、④判決は過剰避難を認めており、②⑤判決は、緊急避難の要件をふまえた比較的详细な検討を行っている。

強制状態における行為に関する判例の動向については、以下の点を指摘することができよう。

第一は、生命法益に対する現在の危険が認められるためには、被強要者に対する単なる脅迫では足りず、暴行等による、より直接的な強要の存在を要求しているように思われる点である。これは、①判決が「脅迫を受けたとしてもそれがXの生命、身体に対する現在の危険であるともいえない」としたこと、②判決が「特段の暴行、脅迫を受けるようなことはなかった」ことを根拠に現在の危険を否定したこと、④判決が凶器を突きつけられるなどしていなかったことを根拠に生命・身体に対する現在の危険を否定したことなどから推測される。もっとも、その行為をしなければ行為者が確実に殺害されるなどというような状況であれば、暴行がなくとも生命に対する現在の危険を認める余地があるのではないかとも思われる。

第二は、補充性及び期待可能性の不存在が認められるためには、官憲の助けを求めることが不可能でなければならない点である。④判決は「Xが自力でこの拘束状態から脱出することや、外部に連絡して官憲の救助を求めることは不可能な状態にあった」などとして補充性を肯定し、一方、②判決は、拘束状態から数時間ほど解放された被強要者につき「直ちに警察……あるいは検察庁に被害を通報して被告人両名の保護ないし暴力団員らの検挙を求める等他に適切な逃避の道をとる余裕は十分にあった」として否定している。⑧⑨⑪判決はいずれも、被告人が警察に駆

け込んだり通報することが可能であったとして期待可能性の不存在を否定している。このように、官憲に救助を求めることが不能であったか否かは、補充性及び期待可能性の不存在の判断における決定的な要素となっている。ドイツにおける強要緊急避難では、上述したように、証言者が脅迫され法廷で偽証した事例が典型例として挙げられているが、わが国の判例の上記の姿勢からすれば、偽証事例では証言者は官憲に容易に救助を求めうるから、違法性も責任も阻却されないことになるであらう。

第三は、強制状態における行為において期待可能性の不存在が認められるためには、行為者が拘束されているだけでは足りず、凶器を突き付けられる等による心理的強制の存在が必要であるとする点である。④判決は、期待可能性を欠くと言うには、前手錠による拘束では足りず、凶器を突き付けられるといったような心理的強制下でなければならぬとしている。緊急避難では、現在の危難の客観的要素として直接的な強要が要求されるのに対し、期待可能性の不存在については心理的強制が要求されるというわけである。もともと、④判決は、心理的強制について、他人から凶器を突き付けられる等の、まさに現在の危難にあたる直接的な物理的強制に起因することを要求している。とすれば、現在の危難とそれを避けようとする避難の意思が認められる場合には、当然に期待可能性の不存在も認められることになり、結局、強制状態における行為において期待可能性の不存在による責任阻却が問題となりうるのは、法益権衡性ないし補充性を欠く過剰避難の場合のみということになる。もともと、④判決は、まさに法益権衡性を欠く過剰避難を認める一方、期待可能性の不存在については否定している。これは、期待可能性不存在による責任阻却についての、判例の消極的姿勢を示しているといえよう。

注

- (1) 牧野英一『日本刑法上巻』(重訂・一九三七年)三七九頁、同『刑法総論上巻』(全訂版・一九五八年)四七一頁参照。
- (2) Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrehenslehre, 4. Aufl. (2006), §22 Rdn. 16.
- (3) Wolfgang Jacobs, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 7. Aufl. (2007), §34 Rdn. 38.
- (4) もともと「免責される緊急避難」における違法性は責任を減少させるものではない。Vgl. Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), §480.
- (5) Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. (2011), §35 Rdn. 2; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. (2012), §35 Rdn. 6.
- (6) Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2011), §17 Rdn. 34.
- (7) Roxin, a.a.O., §16 Rdn. 68.
- (8) Kindhäuser, a.a.O., §17 Rdn. 34; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2012), §26 Rdn. 15.
- (9) Rengier, a.a.O., §26 Rdn. 15.
- (10) 一八一〇年フランス刑法典における緊急避難について、牧野・日本刑法三七九頁、澤登俊雄＝澤登佳人＝新倉修訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』(一九八一年)一三〇頁参照。
- (11) 大越義久『刑法総論』(第四版・二〇〇七年)八四頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第四版・二〇一二年)二九六頁、川端博『刑法総論講義』(第二版・二〇〇六年)三六二頁、佐久間修『刑法総論』(二〇〇九年)一二九頁以下、曾根威彦『刑法総論』(第四版・二〇〇八年)一一二頁、高橋則夫『刑法総論』(二〇一〇年)二八九頁、西田典之『刑法総論』(第二版・二〇一〇年)一三九頁、林幹人『刑法総論』(第二版・二〇〇八年)二〇六頁、前田雅英『刑法総論講義』(第五版・二〇一一年)四〇〇頁、山本輝之「避難行為の相当性」西田他編『刑法判例百選Ⅰ総論』(第六版・二〇〇八年)六二頁。
- (12) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(改訂・一九四七年)一五五頁。
- (13) 木村竜二(阿部純二増補)『刑法総論』(増補版・一九七八年)二六九頁、山口厚『刑法総論』(第二版・二〇〇七年)一三八頁。
- (14) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(四訂版・一九八一年)二〇六頁、中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年)一四二頁。
- (15) 井田良『講義刑法学・総論』(二〇〇八年)三〇二頁。

- (16) 山中敬一『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）五一八頁。
- (17) 浅田和茂『刑法総論』（補正版・二〇〇七年）二四六頁。
- (18) 高橋・前掲書二九六頁、山口・前掲書一四一頁は、緊急避難の要件すべてが肯定されるならば緊急避難の成立を否定する理由がないとする。
- (19) なお、③判決の上級審判決である東京高判平成元年七月三十一日判タ七一六号二四八頁、最判平成二年二月九日判タ七二二号二三四頁では、緊急避難の成否及び期待可能性の存否は争われなかった。
- (20) 団藤重光編『注釈刑法（二）のⅠ』（一九六八年）二六三頁（藤木英雄）。
- (21) 生命に対する危険の現在性を認めるべきであったとするものとして、大宮弘・松宮孝明「身体を拘束された状態で『できなければお前を殺す』と言われて実行した殺人行為は緊急避難に当たるか」法学セミナー五〇四号（一九九六年）七九頁、大嶋一泰「強要に基づく殺人と緊急避難の成否」平成八年重要判例解説（一九九七年）一四五頁以下、大沼邦弘「強要による行為について」内田文昭先生古希祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古希祝賀論文集』（二〇〇二年）一二二頁。
- (22) 避難行為の「相当性」と「社会的相当性」について、大谷・前掲書二九八、三〇一頁参照。
- (23) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）二四五頁。
- (24) 前田・前掲書四一三頁。
- (25) 大宮・松宮・前掲論文七九頁。
- (26) 井上宜裕『緊急行為論』（二〇〇七年）一三一頁。
- (27) 西谷隆「宗教儀式名目のリンチ殺害行為について緊急避難の成否及び期待可能性の有無が問題となった事例」研修五九七号（一九九八年）三一頁。
- (28) これに対し、⑤判決の結論を支持するものとして、大沼・前掲論文一二二頁。