

タイトル	強要緊急避難の成立を認め無罪を言い渡した事例
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，49(1)：205-224
発行日	2013-06-30

〈判例研究〉強要緊急避難の成立を認め無罪を言い渡した事例

東京高裁平成二四年一月一八日判決（確定）

（平成二四年（う）第一七五〇号…覚せい剤取締法違反被告事件）

（判例集未登載）

神 元 隆 賢

【事実の概要】

被告人は、以前から面識のあったA警察署のB及びCに対し、覚せい剤密売事件（以下「本件覚せい剤密売事件」という。）の捜査対象者の氏名や覚せい剤の保管場所等について情報提供をしたところ、平成二三年八月頃、Bから、覚せい剤の保管場所のマンションの部屋番号、覚せい剤を保管して

ある車の車種の調査や覚せい剤サンプルの採取を依頼され、これに応えるため平成二四年一月に捜査対象者に接触し、同人が所属する暴力団組織の事務所において（ただし、後述「六」参照）、同人から必要な情報を聞き出すことに成功し帰ろうとしたところ、既に覚せい剤を使用していた同人が「おい、ちよつと待て。おまえ、人の腹だけ探っておいて、聞くだけ聞いている、おかしくないか」「おまえ、大好きなのに何で

やらないんだ」などと言い、けん銃を持つてくると、そのけん銃を被告人のこめかみに突き付け、「おまえのために作ってあるんだから、おまえ、これやれよ」などと言った。そのとき、目の前には覚せい剤が並べられていた。被告人は、断れば殺される、その場から離れるには覚せい剤を注射するしかないと思い、覚せい剤を自分で注射した。

被告人は以上のように供述し、弁護人は、被告人の行為については緊急避難が成立するとして無罪を主張した。これに対し、Bらは、情報提供者に対し、捜査対象者に接触してもらうなどの深入りをさせることは、情報提供者を危険にさらすうえ、警察の捜査情報が捜査対象者に漏れる危険性があるから行わず、サンプル採取依頼についても、情報提供者が薬物所持罪に問われるだけでなく、依頼した警察官自身もその共犯に問われることから行わないなどとし、そもそも平成三年一〇月頃に上司から被告人と接触をしないように命じられたため、被告人に対しその旨を伝えた等供述した。

原判決（横浜地判平成二四年八月二八日（判例集未登載）

平成二四年（わ）第二五〇号）は、「警察官の供述内容は、いずれも合理性がかなり説得的である。一方、被告人供述による警察官からの依頼内容は、……やや不可解な内容とい

わざるを得ない。……警察官らが、被告人に対し、マンションや車の調査とかサンプル採取等を依頼した事実はなかったものと認められる。」と認定し、捜査対象者から覚せい剤使用を強要されたとの主張についても「かなり荒唐無稽とも思える上、被告人が供述するような状況において、捜査対象者が被告人に覚せい剤使用を強要するメリットも合理性も考えられない（警察への通報抑止効果も尿中に覚せい剤が排出される期間内にとどまる。）」として、覚せい剤取締法違反（使用）罪（覚せい剤取締法第四一条の三第一項一号、第一百九条）により有罪（懲役二年八月）を言い渡した。

弁護人は、上記の供述に基づく緊急避難の主張に加えて、そもそも自らの意思に基づいて覚せい剤を使用したのではないから、覚せい剤使用罪の構成要件に該当しないなどと主張して控訴した。

【判旨】

破棄自判（無罪）。

「情報提供者からの情報入手の在り方等に関するCの証言や、Bの証言には、一応の合理性が認められないわけではないが、同人らの証言によっても、本件覚せい剤密売事件の情

報提供を受ける過程で、Bにおいては、他の警察署が同事件について捜査を進めていることを被告人に話したり、Cにおいては、……上司から接触を禁じられた被告人に対し、他所へ行くことを勧めるなどしたなどというのであつて、このような両者の関係からすると、情報提供者を捜査に深入りさせることはしないなどという警察官らの証言が合理的であり、信用できるかどうかについて、たやすく判断し難いものといわざるを得ない。……Bの原審証言等によれば、本件覚せい剤密売事件は、規模の大きい事件であり、A警察署のほか、神奈川県警本部や他の警察署も別途捜査を行っていたものであることが認められ、被告人から当初の情報提供を受けたBらが、より確実で詳しい情報を被告人から得ることを期待していたと考えるのが自然である。……以上のような諸点に照らすと、平成二三年八月ないし九月ころ、寿司屋で食事をした際や、その後の引き当たりの際等に、Bらが、被告人に対し、捜査対象者に接触することを明示的に求めたり、またサンプル採取を求めたということについては疑問の余地はあるものの、本件覚せい剤密売事件に係る覚せい剤の保管場所等について、更なる情報提供をしたか、少なくともこれを期待する発言をしたということは、十分にあり得るといえ、その

限度で被告人の供述の信用性は否定できないというべきである。……被告人から本件覚せい剤密売事件に関する情報提供を受けることを中断する……という点に関する警察官らの証言が信用できるとしても、警察官らがそれを被告人に伝えたかは別途検討すべきものであるところ、原判決はこの点に関する説示をしていない。……本件情報提供の中断を聞いていなかったという被告人の供述の信用性を排斥することはできず、被告人が警察官らから本件情報提供の中断を伝えられていたとするには合理的な疑いが残るというべきである。」

「原判決は覚せい剤使用の強要によつて警察への通報抑止効果を期待するとしても、それは、尿中に覚せい剤が排出される期間内にとどまるとして、捜査対象者にとつて被告人に覚せい剤使用を強要するメリットがない等と説示するのであるが、所論も指摘するように、捜査対象者が覚せい剤を使用してその影響下にあつたことを前提とすれば、そうした冷静な判断や行動ができるか疑問であるし、被告人が自分自身の経験として述べるとおり、覚せい剤使用者において、相手も自分と同じように覚せい剤を使用するのを見ることで、相手が捜査機関に密告するのではないかとの疑念を払拭し、あるいは一時的にでも安心するという心境も、理解できないもの

ではない。……以上によれば、捜査対象者からけん銃を頭部に突き付けられて覚せい剤の使用を強要されたため、断れば殺されると思い、仕方なく覚せい剤を使用した旨の被告人の供述は、その信用性を排斥できないというべきである。

そして、これに反し、被告人の上記供述の信用性を否定した原判決の判断は、経験則に反した不合理なものであつて、事実を誤認したものというべきである。」

「被告人は、心理的に覚せい剤の摂取を強要される状況にあつたとはいえ、覚せい剤が入っている注射器を、それと認識しながら、自分で自己の身体に注射したのであるから、被告人の行為は、客観的にも主観的にも覚せい剤使用罪の構成要件に該当するものと認められ、所論は失当である。」

「被告人は、覚せい剤を使用してその影響下にある捜査対象者から、けん銃（以下『本件けん銃』という。）を右こめかみに突き付けられ、目の前にある覚せい剤を注射するよう迫られたというのである。関係証拠上、本件けん銃が真正けん銃であつたか否かや、実弾が装填されていたか否か等は不明であるが、逆に、本件けん銃が人を殺傷する機能を備えた状態にあつたことを否定する事情もなく、被告人の供述する状況下では、被告人の生命及び身体に対する危険が切迫していた

こと、すなわち、現在の危険が存在したことは明らかというべきである。

次に、被告人が、自己の身体に覚せい剤を注射した行為が、現在の危険を避けるためにやむを得ずにした行為といえるかについて検討すると、『やむを得ずにした行為』とは、危険を避けるためには当該避難行為をするよりほかに方法がなく、そのような行為に出たことが条理上肯定し得る場合をいうと解される（最高裁判所大法廷昭和二十四年五月一八日判決・裁判集刑事第一〇号二三一頁参照）ところ、本件においては、覚せい剤の影響下にあつた捜査対象者が、けん銃を被告人の頭部に突き付けて、目の前で覚せい剤を使用することを要求したというのであるから、被告人の生命及び身体に対する危険の切迫度は大きく、深夜、相手の所属する暴力団事務所の室内に二人しかいないという状況にあつたことも考慮すると、被告人が生命や身体に危害を加えられることなくその場を離れるためには、覚せい剤を使用する以外に他に取り得る現実的な方法はなかつたと考えざるを得ない。また、本件において危険にさらされていた法益の重大性、危険の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に

接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、本件において被告人が覚せい剤を使用した行為が、条理上肯定できないものとはいえない。

そして、本件において、被告人の覚せい剤使用行為により生じた害が、避けようとした被告人の生命及び身体に対する害の程度を超えないことも明らかであるから、被告人の本件覚せい剤使用行為は、結局、刑法三七条一項本文の緊急避難に該当し、罪とならない場合に当たるとする。

以上によれば、原判決が、本件覚せい剤使用の経緯に関する被告人の供述の信用性を否定して、緊急避難の成否について判断することなく、被告人に原判決の覚せい剤使用罪が成立すると認定したのは、証拠の評価を誤った結果、事実を誤認したものであって、これが判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

【評釈】

一 本件では、第一に、強要されて覚せい剤を摂取した場合に、覚せい剤使用罪の構成要件該当性を否定しうるかが問題となる。これにつき、本判決は、「覚せい剤が入っている

注射器を、それと認識しながら、自分で自己の身体に注射したのであるから、被告人の行為は、客観的にも主観的にも覚せい剤使用罪の構成要件に該当する」として、構成要件該当性を肯定している。強要されて行為に出た場合に、何故構成要件該当性が否定されるべきであるのか、弁護人の主張内容は必ずしも明確とはいえない。本件事案について、敢えて構成要件該当性を否定しようとするのであれば、違法性の意識を故意の要素とする嚴格故意説を前提に解釈するほかないであろう。嚴格故意説は、行為者が違法性の意識を有していた場合にのみ故意を認め、たとえ犯罪事実の認識があっても違法性の意識を欠く場合には故意を阻却し、過失犯の成否のみを検討すべきとする学説である⁽¹⁾。本説によれば、強要による緊急避難の成否が問題とされた本件事案では、被告人が覚せい剤注射の際に違法性阻却事由たる緊急避難に当たると認識していたならば、違法性の意識を欠くから故意が阻却され、覚せい剤使用罪には過失の処罰規定がないから、結局は同罪の構成要件該当性が否定されるとする余地があるかもしれない。しかし、このように解すると、主観的に正当防衛や緊急避難と認識して行為に出た以上は、誤想防衛や誤想避難に当たるとした場合のみなら

ず、本件のように、実際に正当防衛や緊急避難の客観的要件を満たし違法性が阻却される場合にも、常に故意犯の構成要件該当性を否定しなければならないことになる。これは、違法性阻却事由の有無を検討した後に構成要件該当性の有無を検討するという、いわゆるブーメラン現象を惹起するうえ、正当防衛や緊急避難が、常に過失犯の違法性のみを阻却することになるため支持し難い。一方、上告審判例は、違法性の意識を故意の要素ではないと解している⁽³⁾。本判決もこれに従い、違法性の意識を欠く行為について、故意の阻却を否定的に解したと見る余地がある。

あるいは、違法性阻却事由を組成する事実的前提たる行為事情を構成要件要素とする、いわゆる消極的構成要件要素の理論⁽⁴⁾を前提とするならば、緊急避難の成立が認められる本件事案では、当然に構成要件該当性が否定される。しかし、この理論に拠ったとしても、本件では、構成要件該当性を緊急避難と別個に問題とする必要はなかった。緊急避難が成立するならば、自ずと構成要件該当性は否定されることになるのである。いずれにせよ、緊急避難の成否が違法性の意識の有無や消極的構成要件要素の問題にもかかわる以上、本件において、構成要件該当性の有無を緊急避難

の成否と別個に検討する必要性は乏しいように思われる。本判決の判断は妥当である。

二 第二に、他者から暴行・脅迫により犯罪を強要され、強制状態で犯罪を実行した場合について、緊急避難を認めうるかが問題となる。これにつき、本判決は、緊急避難の危難の現在性、補充性、法益権衡性の各要件に照らして肯定している。他者に強制された状態における行為は、ドイツでは「強要緊急避難 (Nötigungsnotstand)」として、危難が自然力や物によって生じた場合と同様に、緊急避難規定(ドイツ刑法第三四条ないし第三五条)⁽⁵⁾により違法性ないし責任が阻却されうると解されている。わが国でも、従来、強制状態における行為は緊急避難となりうるとの主張が有力であり、犯罪を強要された事案において緊急避難の成否に言及した判例も多数あるが、実際に緊急避難の成立を認めたものはなかった。

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は、Xが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を縛り上げ強盗を実行した事案について、緊急避難が成立するとの主張に対し、「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難であるといえないし、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の脅迫行為を避け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」としてこれを否定した。②東京高判昭和五三年八月八日東高判報二九巻八号一五三頁は、暴力団員に拉致・監禁されて改造けん銃製作を強要され、組事務所から解放され帰宅後に組員の監視下で改造けん銃を製作した事案について、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ところ、暴力団員の要求に応じない場合には生命、身体、自由等に危害を加えられる「現在の危難」を認めうるものの、帰宅後直ちに警察等に通報する余裕があり補充性を欠いていたとして、緊急避難を認めなかった。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は、Xが、Aから、覚せい剤を日本に運ばなければ同行の女友達B子に危害を加える等と脅迫されて覚せい剤を密輸入した事案について、覚せい剤取締法違反(輸入)、関税法違反行為が緊急避

難あるいは期待可能性の不存在により不可罰となるかが争われたところ、「前記認定の程度のAによる一連の脅迫があったからといって、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っ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⁽⁶⁾。

もっとも、④東京地判平成八年六月二六日判時一五七八号三九頁(オウム落田さんリンチ殺害事件)は、緊急避難の成立及び期待可能性の不存在を否定したものの、過剰避難による刑の減軽を認めた。すなわち、オウム真理教の元信者XがAとともに両手に前手銃を掛けられ、ガムテープで口を塞がれて身体を拘束された状態で、教団の教祖Bから「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」などと告げられ、Bの申し出を拒否しても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、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事案について、X

の生命を保全法益、Aの生命を侵害法益とする緊急避難が成立するとの主張に対し、「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」とし、「実際に、B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が認められないことに加え、……B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、……B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A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」として否定したが、「Xは、B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険が存在

在したことは明らかである」とした。⁽⁷⁾さらに「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Bの翻意を促す説得行為を要求してみたところで、Xの身体が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」として補充性を認め、「避けようとした危険が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える」として避難行為の相当性も認めたが、Xの身体とAの生命では法益の均衡を失っており、結局は過剰避難となるとした。なお、期待可能性については、「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」としたうえで、「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った

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っ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、B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ったと認められるし、
 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
 であっ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」とした。

しかし、その後の判例では、強制状態における行為につ
 いて緊急避難あるいは過剰避難を認めたものは見られな
 い。⑤仙台高判平成九年三月一三日高検速平成九年一四三
 頁は、Xが自称祈祷師のA女方に夫B、幼い子らと同居し
 たところ、Xらは当初知らなかったものの、A女方にはA
 女の信奉者C、D、E女が同居し、悪霊除去の名目で対象
 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、既に四名が「御用」によって殺害され
 ており、XもA女に指示され、A女らと共にB及びA女方
 に入入りしていたFに対し「御用」を加え、B、Fの順に
 殺害した後、自身が「御用」を受ける立場となったところ
 で救出された事案について、Xは、A女の意向に逆らって
 「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、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ものの、「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。……
 そのころXはA女の霊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」として、危険の現存性及び適法行
 為の期待可能性の不存在を認めなかった。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は、オウム真理

教の教団内において、教祖Aから、公安、警察のスパイと疑われた出家信者Bを白自させるよう指示されたCが、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、X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事案について、Xは、Xの死を選ぶかBを殺害するか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、「Xが、Bの殺害を断った場合に、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」としたうえで、「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かがわれず、その場で直ちに自己の生命に危難が及ぶ『現在』の危難を誤想し

たとはいえないというべきである」として誤想防衛ないし誤想避難を否定し、「Xは、犯行当時、Aに対する不信感から、……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」として、期待可能性の不存在も否定した。

上記の判例の動向から、次の二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難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難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難を否定したこと、③判決が「一連の脅迫があったからといって、……生命、身体に対する危難が現在していた……とはとうていいうことができない」としたこと、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

する現在の危難を否定したこと、⑤判決が「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」ことを根拠に危難の現在性を否定したこと等から推測しうる。

第二は、補充性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ぬという点である。これは、②判決が「直ちに警察……あるいは検察庁に被害を通報」する「他に適切な逃避の道」を指摘したこと、④判決が脱出や官憲の救助を求めることが不可能であったことを根拠に補充性を肯定したことから推測しうる。ドイツでは、証言者が脅迫され法廷で偽証した事例が強要緊急避難の典型例として挙げられている。しかし、わが国の判例の姿勢からすれば、ドイツ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、補充性を満たさず緊急避難は成立しないことになるう。

三 以上のように、従来の判例は、強制状態における行為について、一般論としてはともかく、実際には危難の現在性や補充性の要件を満たさないなどとして緊急避難の成立を認めず、かろうじて④判決が過剰避難を認めたにとどまっ

ていた。これに対し本判決は、強要緊急避難の成立を認めて無罪を言い渡した、現時点（平成二五年五月）で最初にして唯一の判例である。以下、本判決について、緊急避難の各要件に照らして検討する。

（一）本判決は、けん銃を右こめかみに突き付けられ覚せい剤の注射を迫られたことから、被告人の生命及び身体に対する危難の現在性の存在を肯定した。上述したように、従来の判例の動向に照らすと、危難の現在性が認められるためには、暴行等による、身体への直接的な強要の存在が必要と考えられる。本件では、けん銃を右こめかみに突き付けられていたことから、生命に対する危難は④判決と比べても切迫していたといえよう。

（二）補充性については、右こめかみにけん銃を突き付けられて覚せい剤の注射を迫られ、深夜、相手の所属する暴力団事務所の室内に二人しかいないという状況にあったことも考慮し、覚せい剤を使用する以外に他に取り得る現実的な方法はなかったとして肯定した。本件は密室内で強要され、被告人が官憲の助けを求めることも不可能な事案であったから、補充性は、従来の判例の動向に照らしても容易に認めることができよう。

ところで、本判決は、「被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等」を参照して避難行為を「条理上肯定できないものとはいえない」としている。従来の判例は、「条理上肯定」しうるか否かを、補充性とともに「やむを得ずにした行為」にかかる要素と解していた。⁽⁹⁾ 避難行為が「危険を避けるためには当該避難行為をするよりほかに方法がない」という補充性の要件を満たし、かつ「そのような行為に出たことが条理上肯定し得る」ものでなければ、「やむを得ずにした行為」とはいえないとするのである。本判決も、これと同様の理論構成を採用しているが、判例のいう「条理」の緊急避難要件上の位置づけは問題となろう。学説上は、緊急避難の「やむを得ずにした行為」の要件について、補充性、法益権衡性に加えて、「緊急避難としてその損害を第三者に転嫁することが相当」であり、「避難行為をなすことが無理もないと認められることという要件」、いわゆる避難行為の相当性を具備する必要があるとの見解がある。⁽¹⁰⁾ 判例が用いる「条理」の要件も、避難行為の相当性の内容として位置づけることができるかもしれない。

もつとも、従来の判例は、正当防衛・緊急避難における侵害・危険が予測可能であったか否かを、必要性、補充性あるいは相当性ではなく、急迫性、現在性にかかる問題として位置づけていた。すなわち、最判昭和三〇年一〇月二五日刑集九卷一〇二二九五頁は、侵害の予期がある場合に正当防衛の急迫性が失われるとした。その後、最判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九六六頁は、予期された侵害を回避しないことに合理的理由があつたかを重視して急迫性を判断する姿勢に転じた。⁽¹¹⁾ さらに最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁は、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当である」としたうえで、積極的加害意思の基準により急迫性の有無を判断する、いわゆる積極的加害意思論に転じて現在に至っている。⁽¹²⁾

強要緊急避難における危険とは、すなわち強要者による強要である。従って、被強要者にとって強要が予測可能であったか否かは、従来の判例に照らせば、「やむを得ずにし

た行為」ではなく、危険の現在性にかかる問題として検討されるべきであった。本判決は、そもそも強要行為の予測が可能であったとはいえないとしているから、実際には予測された危険の問題にまで至っていないが、仮に予測可能であったならば、強要されることを予測しつつ敢えて強要者と対面する合理的理由、あるいは強要の機会を利用して覚せい剤を積極的に摂取しようとする意思の有無が、危険の現在性にかかる問題として検討されるべきということになる。しかし、本判決は、危険の現在性を肯定した後で、補充性、そして条理上肯定しうるかを検討した際に「被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機」を参照した。この「経緯、動機」は、補充性や避難行為の相当性にかかる要素ではなく、最判昭和四六年一月一六日のいう合理的理由にかかる要素というべきではないか。以上に鑑み、本判決には、強要行為の予測可能性を、危険の現在性ではなく、避難行為の相当性にかかる要素と解したのではないかとの疑念がある。

(三) 法益権衡性の要件については、「被告人の覚せい剤使用行為により生じた害が、避けようとした被告人の生命及び身体に対する害の程度を超えないことも明らかである」と

した。覚せい剤取締法違反罪の保護法益は、公衆の健康という社会的法益であると解される¹³⁾。これは、同法第一条に「覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため」と規定されていることから明らかである。同罪の科刑は「一年以上の有期徒刑」であり、公衆の健康と生命とを比較すれば、生命法益が著しく優越する。覚せい剤使用罪はいわゆる「被害者なき犯罪」であるから、生命、身体等の個人法益との衡量において後者が常に優先されることは当然であろう。なお、社会的法益を侵害法益とする強要緊急避難が争われた判例として、銃器や刀剣という危険物の所持による社会的危害の予防を保護法益とする銃砲刀剣類所持等取締法違反罪¹⁴⁾に関する②判決、本判決と同様の覚せい剤取締法違反罪に関する③判決がある。これらは、法益権衡性の判断においては有利であったと思われるが、両判決とも補充性が否定されたことにより、法益権衡性の判断にまで至らずに緊急避難の成立が否定されている。

四 強制状態における行為では、③④⑤⑥判決に見られるように、緊急避難の成否に加えて期待可能性の存否が争われることも多いが、判例は、責任の減少に言及した④判決を

除き、いずれも消極的である。強制状態における行為について、期待可能性の存否のみが争われた判例として、東京高判昭和五二年六月三〇日東高刑二八巻六号七二頁、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、東京高判平成七年二月七日高判速平成七年三五頁、東京高判平成八年六月七日判時一五九〇号一四六頁、神戸地判平成一六年一〇月一三日（判例集未登載）があるが、期待可能性の不存在による責任阻却はすべて否定されている。④判決は、期待可能性を欠くというには前手錠による拘束では足りず、「凶器を突き付けるなどして有無を言わせず」行為を迫るような心理的強制下でなければならぬとする。このことから、緊急避難と期待可能性の関係について、前者は現在の危険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、後者は心理的強制が重視されると解しうる。本判決では、期待可能性の存否は争われなかった。しかし、被告人は、まさに凶器の最たるものであるけん銃を右こめかみに突き付けられた状態で覚せい剤の注射を迫られたのであるから、④判決の基準でいえば当然に、心理的強制による期待可能性の不存在も肯定されうる事案であったといえよう。

五 学説上は、強制状態における行為について、不可罰とする立場が支配的ではあるものの、その根拠については、緊急避難の法的性質と関連する激しい争いがある。主な学説としては、被強要者の身体の動静に意思による支配可能性ないし有意性がないから「行為ではない」とする非行為説^⑮、被強要者の行為は緊急避難となるから一般的違法性が阻却されるとする一般的違法阻却説^⑯、これに対し可罰的違法性が阻却されるとする可罰的違法阻却説^⑰、適法行為の期待可能性を欠くから責任が阻却されるとする責任阻却説^⑱が主張されている。これらの対立点は、主に以下の二つに集約される。すなわち、第一は、被害者が被強要者に対して反撃に出た場合に、その反撃は正当防衛により許容されるのか、それとも緊急避難の限度で許容されるに過ぎないのかという点、第二は、被強要者に犯罪の実行を強要した背後の強要者について教唆犯や間接正犯の成立を認めうるかという点である。

非行為説は、第一の点について、強要者は間接正犯となるから、被強要者の身体の動静は非行為で、被強要者は強要者の道具となるとする。そうすると、被害者の被強要者に対する反撃は、道具自体への反撃と同様に解される。A

が無関係のBの犬をけしかけてXを襲わせ、Xが反撃してBの犬を殺害した事例について、通説は、犬の所有者が誰であっても、Aの道具として使用されている以上は「不正な侵害」の手段であるから、Xの行為はBの犬に対する正当防衛に該当すると解している。⁽²⁰⁾これに従えば、被害者の被強要者に対する反撃は、正当防衛として第三六条により違法性が阻却されることとなる。第二の点については、被強要者が行為性を欠いているから、強要者は間接正犯、被強要者は不可罰となるとする。

一般的違法阻却説は、第一の点について、緊急避難により被強要者の行為が正当化される以上、被強要者の行為は適法行為であるから、被害者はこれに対して緊急避難の限度でのみ反撃が許容されるとする主張が支配的である。⁽²¹⁾すなわち、XがAから「銀行強盗をしなければお前の娘を殺す」等と脅迫され、Xが銀行強盗に入った場合についても、銀行側はAに対しては正当防衛による対抗が可能であるものの、Xに対しては緊急避難による対抗のみが許されることになり、結論の妥当性について疑問を生じる。これを受け、被害者が正当防衛と誤信して被強要者に対抗し、緊急避難の法益権衡性や補充性を欠いていた場合には、過剰避

難の成立を認めれば良いとの主張もなされているが、いずれにせよ被害者に正当防衛と同一状況での違法阻却は認められない。第二の点については、被強要者の正当化を認めたらば、背後の強要者は適法な者への関与となるから、制限従属性説により教唆犯の罪責を問い得ないものの、⁽²²⁾被強要者の避難行為が適法であるならば、強要者は構成要件の結果の惹起を支配しているといえるから、強要者について間接正犯の成立を認めうる。⁽²³⁾

可罰的違法阻却説は、第一の点について、被強要者の行為には可罰的ではないとはいえ違法性が残存するから完全な適法行為とはいえず、従ってこれに対する被害者の正当防衛は許容されるとする。第二の点については、強要者は一般的違法性が残存する被強要者への関与者となるから教唆犯の罪責を問いうるが、一般的違法性が残存する被強要者は規範的障害を生じるから、強要者について間接正犯の罪責を問うことは困難であるとする。

責任阻却説は、第一の点について、違法行為に出た被強要者に対する被害者の正当防衛を許容する。強要者自身が犯罪行為に出たのであれば、被害者は当然に正当防衛に出ることが許容されるのに対し、強要者が被強要者を用いて

犯罪を實現しようとした場合に、このような事情で被害者の法的地位が崩されるのは不合理だというのである。⁽²⁶⁾ 第二の点については、被強要者の行為が違法である以上、被強要者には規範的障害が発生するから、強要者について間接正犯の成立を認めることは困難であるが、制限從属性説によっても教唆犯を認めることは可能であるとする。⁽²⁸⁾

もっとも、以上の学説の対立が、実際の裁判において表面化したことはない。そもそも、強要緊急避難自体を認めた判例も、被強要者に対する被害者の反撃が問題とされた事案もこれまでなかったのである。強要者の罪責については、④判決の強要者を被告人とした下級審判例が二件ある。すなわち、強要者の一人であった教団幹部を被告人とした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は、「Xは自分が助かるのであれば、Aを殺害することもやむを得ないと自ら判断して殺害行為に及んだものであって、間接正犯の道具とはいえないし、また、殺害の実行行為の間、他の教団幹部らも、Aの身体を押さえ付けるなど実行行為と評価できる行為に及んでいることからすると、……共謀共同正犯の認定は揺るがない」と判示している。さらにXの直接の強要者である教祖Bを被告人とした東京

地判平成一六年二月二七日判時一八六二号四七頁は、被告人Bが「Xらと共謀の上、Aを殺害しよう」と企て……Aを窒息死させて殺害した」と認定している。上記二判例は、強要者を被強要者との共謀共同正犯となると解しているから、間接正犯ではなく教唆犯の成立を認める可罰的違法阻却説及び責任阻却説に近いと見る余地があるかもしれないが、④判決は被強要者Xの行為を過剰避難としているから、過剰部分について違法性が残存し、強要者はこれに加功すること教唆犯や共謀共同正犯の罪責を負うと解しうる。従って、第一、第二の点についての判例の立場は不明といわざるを得ない。

本判決は、構成要件該当性を肯定し、「行為」であることも明示しているから、非行為説を採らないことは明白である。しかし、本件は強要者と被強要者間で完結する事案で、強要者の強要行為についての立件もなされていないから、非行為説以外の三説のいずれに拠るかはやはり不明である。

ところで、本件は覚えい刑取締法違反行為を避難行為とするところ、講学上は、第一の点に関連し、仮に第三者が被強要者の覚えい刑摂取を目撃したとして、正当防衛によ

り覚せい剤摂取を妨害することが許容されるかという問題を想定することができよう。覚せい剤使用罪は前述のとおり保護法益を社会的法益とする「被害者なき犯罪」であるが、第三者が社会的法益を保全法益とする正当防衛ないし緊急避難に出てこれを妨害しうるかは、いわゆる国家正当防衛ないし国家緊急救助の問題として議論されている。最判昭和二十四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁は、「国家的、国民的、公共的法益についても正当防衛の許さるべき場合が存することを認むべきである。だがしかし、本来国家的、公共的法益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」と判示している。一方、学説上は、国家的法益は究極的には個人の生活の保護向上のための手段として保護されるものであること、⁽²⁹⁾法秩序維持の任務を個人にまで拡大すべきでないこと、⁽³⁰⁾防衛者の個人的価値観・世界観に拠った極め

て高度の濫用の危険を伴うこと、⁽³¹⁾政治的濫用のおそれがあることなどを根拠に、公共的法益に対する正当防衛・緊急避難を認めるべきでないとする否定説は一定の支持を得ているものの、多数説は、判例と同様、ごく例外的に緊急救助を許容すべきとする。⁽³²⁾多数説に従えば、社会的法益を保全法益とする正当防衛については、必要性・相当性の点で緊急避難と同等の厳格性が要求されるであろうから、結局、一般的違法阻却説、可罰的違法阻却説、責任阻却説のいずれによっても、被害者の許容される覚せい剤摂取妨害行為の程度に差を生じないことになるう。

六 なお、覚せい剤の使用を強要されたとの被告人の供述について、原判決は「かなり荒唐無稽とも思える」としたのに対し、本判決は「その信用性を排斥できないというべきである」として強要緊急避難の成立を認めるに至った。被告人は、原判決公判では捜査対象者の氏名、覚せい剤を注射した場所についての供述を拒んでいたものの、控訴審である本判決公判では具体的に供述していた。この点は、強要に関する被告人の供述の信用性の判断に大いに影響したものと思われる。

注

- (1) 岡野光雄「故意——体系論と実態——」中山研一他編『現代刑法講座第二巻』（一九七九年）三〇一頁。他に嚴格故意説を採るものとして、小野清一郎『刑法講義総論』（新訂増補・一九五〇年）一五四頁、内田文昭『刑法Ⅰ総論』（改訂補正版・一九九七年）二四四頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第四版・二〇〇八年）四五九頁。
- (2) ただし、この場合に阻却される故意が構成要件的故意か責任故意かは問題となる。
- (3) 最判昭和三年七月一四日刑集二巻六号八八九頁、最判昭和五年一月二八日刑集四巻一二号二四六三頁。なお、嚴格故意説に拠ると解される下級審判例として、大阪高判昭和五年三月七日高判特八号八四頁、広島高岡山支判昭和五年一月二二日高判特一四号一五五頁。
- (4) 中義勝『誤想防衛論』（一九七一年）一九頁以下。
- (5) Karl Lackner / Kristian Kuhl, Stragesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. (2011), §35 RdN. 2; Thomas Fischer, Stragesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl. (2013), §35 RdN. 6.
- (6) なお、上級審判決である東京高判平成元年七月三一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。
- (7) これに対し、学説の多くは、身体の自由にとどまらずむしろ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。

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）一二頁、吉田敏雄「刑法理論の基礎」（第三版・二〇一三年）三四四頁注二八、拙稿「強制状態における行為（一）」北海道大学法学研究四八巻一号（二〇一二年）八七頁。

- (8) これに対し、むしろ身体の自由を限度に危険の現在性を認めるべきであったとするものとして、拙稿・前掲論文（二）九二頁以下。
- (9) 東京高判昭和五七年一月二九日判時一〇七一号一四九四頁、大阪高判平成一〇年六月二四日高判集五一巻二号一一六頁、松江地判平成一〇年七月二二日判時一六五三号一五六六頁（ただし、控訴審である広島高松江支判平成一三年一〇月一七日判時一七六六号一五二頁は「条理」を問題とせず緊急避難、過剰避難の成立を否定している）。

- (10) 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（四訂・一九八一年）二〇七頁。なお、大谷實『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）は、これを「避難行為の社会的相当性」と呼び、補充性と法益権衡性からなる「避難行為の相当性」とは別個の要件とし

て位置づける。これに対し、山口厚『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）一四三頁、林幹人『刑法総論』（第二版・二〇〇八年）二二二頁は、避難行為の「相当性」ないし「社会的相当性」の要件について、内容が不明瞭であり要求しうる根拠もまた不明であることから不要と解すべきとする。

- (11) 西田典之『刑法総論』（第二版・二〇一〇年）一六六頁、山口・総論一九頁参照。

- (12) 積極的加害意思論への批判として、橋爪隆「正当防衛論」（二〇〇七年）一三六頁、照沼亮介「正当防衛と自招侵害」刑法雑誌「第五版・二〇一一年」一六頁、前田雅英『刑法総論講義』（第五版・二〇一一年）三六四頁、山口・総論一二〇頁、曾根威彦『刑法総論』（第四版・二〇〇八年）一〇二頁、大谷・総論二七五頁（防衛の意思の問題とすべきとする）。

- (13) 大谷實『刑法講義各論』（新版第四版・二〇一三年）四二〇頁、川端博『刑法各論講義』（第二版・二〇一〇年）五九六頁、西田『刑法各論』（第六版・二〇一二年）三二三頁、山口『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）四一三頁。

- (14) 東京高判昭和四一年六月二七日東高刑報一七卷六号一〇五頁。

- (15) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』（一九六五年）六八、七六頁、船山泰範『刑法学講話（総論）』（二〇一〇年）八五頁。

- (16) 山口・総論一四一頁、林・総論二二〇頁、大谷・総論二九九頁、高橋則夫『刑法総論』（二〇一〇年）二九六頁、伊東研祐『刑法講義総論』（二〇一〇年）二〇七頁、奥村正雄「強要

による緊急避難」清和法学研究第六卷二号（一九九九年）一七一、一七四頁、大沼・前掲論文一六六頁、浅田和茂『刑法総論（補正版・二〇〇七年）二五一頁（違法阻却中心の三分説）。

- (17) 林・総論二二〇頁。もつとも、林『刑法の現代的課題』（一九九一年）一一〇、一一二頁注二五は、「AがBを『殺す』と脅してCの物を毀させたような場合……、適法行為（あるいは少なくとも可罰的に違法とはいえない行為）を利用する違法行為と認めることができる。」としたうえで、「この場合はBの行為には違法性を阻却する緊急避難を認めるのが通説であるように思われる……。しかしこの場合、Aに対してはCの正当防衛を認めるべきだが、Bに対しては認めるべきではないであろう。その意味で、Aの行為は違法だが、C（原文ママ。B?）の行為は適法と考えるべき」とする。

- (18) 本説は、内部において、緊急避難の法的性質について責任阻却説あるいは二分説を採ったうえで緊急避難の成立を認めるものと、強制状態における行為について緊急避難の成立自体を否定ないし格別肯定せずに期待可能性の不存在による責任阻却を認めるものとに分かれる。前者の学説として、井田良「講義刑法学・総論」（二〇〇八年）三〇六頁（緊急避難の法的性質につき責任阻却説を基本とするが、著しい保全法益の優越がある場合に限り、違法性が阻却され被害者は正当防衛による反撃が許されないとする）。後者の学説として、小野・前掲書一六七頁、団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一

- 九九〇年）三二七頁注一一、大塚・前掲書四七六頁、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（増補版・一九七八年）三三〇頁注二、橋田久「強制による行為の法的性質（一）」法学論叢一三一巻一号（一九九二年）一〇七頁（緊急避難の相当性の要件を満たさないとする）、堀内捷三『刑法総論』（第二版・二〇〇四年）一七五頁（違法性阻却事由である緊急避難とは別個の、責任を阻却あるいは減輕する義務の衝突の問題であるとする）、松宮『刑法総論講義』（第四版・二〇〇九年）一五九頁（緊急避難の成否は社会連帯という観点から判断すべきで、強制状態における行為については被強要者の法益と被害者の法益が二律背反の関係にあるとはいえず、従って社会連帯は認められず「緊急避難に当たらないといわざるをえない」が、「三七条一項本文による可罰的違法性阻却や、三七条一項ただし書きによる刑の免除が前提とする責任阻却まで否定されるとはいきれないであろう」とする）。
- (19) これらの学説の詳細と対立状況については拙稿「強制状態における行為（二）」北海学園大学法学研究四八巻二号（二〇一二年）六七頁以下、私見については拙稿「強制状態における行為（三）」北海学園大学法学研究四八巻三号（二〇一二年）二七頁以下参照。
- (20) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）二二二頁。
- (21) 山口・総論一四一頁。
- (22) 山口『問題探究刑法総論』（一九九八年）一一一頁、高橋・前掲書二九六頁、奥村・前掲論文一七五頁。
- (23) 大沼・前掲論文一一八頁。
- (24) 奥村・前掲論文一七三頁。
- (25) 大沼・前掲論文一二七頁。
- (26) 橋田・前掲論文九二頁。
- (27) 松宮・総論二五七、二五八頁。
- (28) 橋田・前掲論文一〇〇頁。
- (29) 平野・前掲書二三八頁。
- (30) 内田・前掲書一九五頁、中山『刑法総論』（一九八二年）二七六頁、曾根・前掲書一〇三頁、松宮・総論一四一頁。
- (31) 伊東・前掲書一八七頁、井田・前掲書二八五頁。
- (32) 曾根・前掲書一〇三頁、浅田・前掲書二四頁。
- (33) 団藤・前掲書二三七頁、大塚・前掲書三八七頁、木村・前掲書二六〇頁、青柳・前掲書二〇三頁注二、大谷・総論二七八頁、高橋・前掲書二六三頁、前田・前掲書三五九頁、山口・総論一一頁、船山・前掲書一七二頁（社会的法益について肯定するが国家的法益については否定）。なお、林・総論一九二頁、佐久間修『刑法総論』（二〇〇九年）二一五頁は、国家的・社会的法益を保全法益とする罪の中でも、個人に対する法益侵害を含む罪（例えば放火罪や死体損壊罪）に限って、例外的に正当防衛を認めうるとする。これによれば、本判決で問題とされた覚せい剤使用罪については、強要者に対してはともかく、被強要者たる覚せい剤使用者に対する正当防衛は困難となるう。