

緊急状態の法理と英米におけるジャストデザートの理論

中 村 秀 次

一

英米における議論の出発点は、周知のミニヨネット号事件^[1]である。この事件の判決は、その後、英米において緊急状態の抗弁に関する指導的判例となつた。

最近、この判例及びそれが取り扱つた問題を、所謂刑法上のジャストデザートの理論^[2]の視点からとらえ返す議論が有力に主張されてきた。そこで、日本の現状との相違を内に含みつつ、法と倫理との関係の再検討・再構築を表明するジャストデザート論への関心という観点から、緊急避難の正当根拠をめぐる議論の様相を一べつしてみると本

説 誰の目的である。既に、マイシ刑法学・日本刑法学等においては多くの議論が積み重ねられて、膨大な文献が表出されてしまし、最近にもなお研究は進められている。そして、その中にも極めて興味深い思想の表明を見出す」とがで
編 めるべし、それらを尊重しつつも、他方では、余りにも立派に行われ過剰といふに何か欠落ないし思い違いがありは
しないか、危惧されるのもあろうから。何か近年敬遠され——確かに敬遠されるべき理由はあるであらうが——、
蔑視されられた——確かに蔑視されるべき理由があつたであろうが——倫理観念に現実的にふれる理論が提供や
れてくるかもしかねどもこういふので、その思考の跡を辿るといふにも意味があらうと思つ。

注

- (一) R. v. Dudley and Stephens, 14 Q. B. D. 273 (1884), All E. L. Rep. 61. See A. Simpson, Cannibalism and the Common Law (1984); A. von Hirsch, "Lifeboat Law," Criminal Justice Ethics 88 (1985); G. Williams, "A Commentary on R. v. Dudley and Stephens," 8 Cambrian L. Rev. 94 (1977); Note, "In Warm Blood: Some Historical and Procedural Aspects of Regina v. Dudley and Stephens," 34 U. Chicago L. Rev. 387 (1967); Simonson, "Der Mignonette"—fall in England," 5 ZStW 367 (1885); Fuller, "The Case of the Speluncean Explorers," 62 Harv. L. Rev. 615 (1949). 1 曲線は上部 一本ヤメーの小帆船がハッタクハムのオーストラクトへ回む
レ半回転した。長い航海の途中、アフリカ沿岸からなるか沖合にて嵐に遭遇して、帆船は顛覆した。四名の乗組員はヨーム
に乗り移つたが、水と食糧がなくしかつた。そのまことに時間が過ぎ、食糧も飲料水もなくなつた。視界には船や島影のしか
めは何も見当らなかつた。タッダリー船長と船員スティーケンズは、衰弱して死に瀕してこらように見えた最年少の
ボーイを殺害した。残つた三名の者は、その肉を食べ、血を飲んで、更に数日間生きのびることができた。それから、彼
らは航海中の三本マストの帆船によって救助された。イングラムに戻るよ、タッダリーとスティーケンズは謀殺罪で裁

かれた。彼らは、自らの行為は緊急状態の下で行われたものであり、そうしなかつたら飢え死にしていたであろう」と抗弁した。その抗弁は退けられ、有罪が言い渡され死刑が宣告された。しかし、その刑の執行は行われず、その刑は六ヶ月の自由刑に減輕された。

その他、緊急避難の抗弁について、一般論に次のように概説する。A. Wertheimer, Coercion (1987) ; Arnolds and Garland, "The Defence of Necessity in Criminal Law," 65 J. Cr. L. & Crimi. 289 (1974).

(2) Cf. J. Kleinig, Punishment and Desert (1973) ; A. von Hirsch, Doing Justice (1976) ; W. Sadurski, Giving Desert Its Due (1985) ; Braithwaite and Pettit, Not Just Deserts (1990).

(3) メーリー語の文献はあくまでも日本語の文献の多數あるが、鶴山弘子著「デザート論と類似の理論・思想を展開された鶴山幸辰博士の論稿を適宜あげるに留める。

II

「ミコネット号事件をめぐる」の最近の研究で特に指摘されたのは、次の二点であった。第一は、当時、その問題に関する文献が乏しかつたことである。弁護人は、緊急避難の抗弁の議論を余り強く展開してはこないようであり、事件そのものの影響力の大きさに比して、論点は十分には煮つめられなかつた、ところどころである。これは、それだけのことである。

第一に、当事者たちは、功利主義の立場の中での二つの見解の間の衝突として、その論点を受け取つた、といふことである。この点がデザート論として注目される所以である。「ミコネット号の船長のダッシュリーと船員のスター

ヴァンズは、当時の水夫仲間の信念に相応して、自分たちの行動は正当なものである、と信じていたとされる。その信念によれば、極限の飢餓状態にある集団の間では、より多くの生命を救うためにその集団内の一人ないし一部の者を殺すことは法に適つたことである。その考え方は、所謂利益衡量の原則、被害最小の理論と呼ばれるものである。ダッドリー船長は、そのような海事の慣習⁽⁶⁾を体現した者として、年少水夫を殺害することによって残つた三名の者の生命が救われたのであるから正しいことをしたと確信していた。彼には殺害の件について良心の呵責はなかつたとされる。

他方、訴追側の目的は、ダッドリーとステイーヴァンズとが代弁したような信念、即ち、避難行動は謀殺行為ではないという船員仲間の信念をくつがえすことであつた。海事事故での避難殺人行為に対する緊急避難の正当化無罪の抗弁は、一般的に法が殺人行為を禁止していることの効果を減殺し、抑止力を弱体化させることになり、ひいては必要に殺人行為を奨励することになるであろう、というのがその論拠であつた。

裁判所の判決意見の骨子は、緊急状態においてこそ刑法を支える刑罰威嚇の良心喚起作用はその本領を發揮すべきものである、ということであつた。コールリッジ判事によれば、殺人行為への誘惑が最も強いとき、自制の努力が最も困難であるときこそ、個々人の良心をしつかりと支えるために刑法による刑罰の威嚇力が役立つときである。⁽⁷⁾

弁護側の所謂利益衡量論ないしより小さい害悪の選択の理論にしろ、訴追側の抑止効果の理論にしろ、そしてまた、裁判所の良心の補強力の理論にしても、効用的観点が先行する議論であつた。人の生命の保護という目的意識から、最も効果的で推し進めるに足りる最良の方法は何かというように問題は設定されていた。その中での相違点というのは、意図された効果の有無・程度をめぐる議論であつた。緊急避難の抗弁はより多くの人の命を救うことになるか否か、一般的に殺人行為を奨励することになるかならないか、という点にあつた。このようなことが最近の経験論的

な判例研究及び今日のデザート論的視点からの反省をこめた指摘である。

英米においては、緊急避難の問題は、一般的にはミニヨネット号事件以降殆ど一世紀の間、功利主義の議論のやり方で取り扱われたと理解される。アメリカの裁判所は——特にアメリカの裁判所に限られるわけではないであろうが、表現的にという意味においては——刑罰の抑止力の観点から事件を処理する傾向にあつた。緊急状態の下での避難行為について一般的に刑事責任を問わないことは、社会的にみて望ましくない結果を、即ち違反行為の奨励という結果をもたらすであろう、と宣言してきた。⁽⁹⁾

具体的な例としては、アメリカにおいて顕著に見られる論点として、プリズンにおける不健康な状態や人身への侵害の脅威から逃れるために逃走を企図するという分野の問題がある。⁽¹⁰⁾ その好例としてあげられるのがグリーン事件である。⁽¹¹⁾ 被告人は、同僚の受刑者らによって一連の同性愛的強姦と言われる暴行を受けていた。被告人は看守に対して何度も助けを求めたが、その申し立ては無視されてきた。事件当日の朝、被告人は、同僚の受刑者らから今夜数人で強姦すると告げられていた。被告人は、州の刑事施設からの逃走の罪で起訴された。被告人は、裁判所で強姦の脅威という危難の件を申し立てたが、その証拠は確定できないとして退けられ、新たに三年の刑を追加された。判決意見の中では、無罪にすると逃走を奨励する結果を招き、プリズンの規律を無に帰せしめる恐れがあるという理由が述べられていた。同様の論点は、政治上の抗議行動をめぐる裁判に関しても提出されてきた。⁽¹²⁾

他方、功利主義的立場をとると言われる理論家たちは、ミニヨネット号事件判決及びそれに同調する諸判決例に対して、利益衡量の理論ないしより少ない害悪の理論を認知しなかつたことを非難してきた。⁽¹³⁾ アメリカの模範刑法典は、ミニヨネット号事件における船員仲間の立場、即ち当時の海事の慣習を反映するかのように、緊急避難を正当化事由として取り扱うことにしている。模範刑法典の勧告は、アメリカの幾つかの州の立法府によって明白に受け入れられ

てきた。⁽¹³⁾ ところで、英米法において、緊急避難及びそれと類比できる責任阻却事由の法理が、主に所謂ジャストデザート論の主張者を中心として、近年新たに論議されてきている。デザート論ないしジャストデザート論の有力な考え方によれば、緊急避難は正当化事由ではなく、恐らく責任阻却事由ないし免責事由であろう、ということになる。その根拠は、当該行為が正しかつたというのではなく、緊急状態の下で罪を犯したことに対しても非難されるのは正当な均衡を得たことではない、ということであろう。⁽¹⁴⁾

注

- (→) A. Simpson, *supra* note 1 ; A. von Hirsch, *supra* note 1, at 89.

(15) 'The theory of lesser evils' or 'the lesser-evils theory'. See G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 774 et seq. (1978).

(φ) A. Simpson, *supra* note 1, at 95-145.

(ι~) A. Simpson, at 230-234 ; G. Fletcher, *supra* note 5, at 824-826.

(∞) A. Simpson, at 256 ; A. von Hirsch, *supra* note 1, at 89 ; W. Hitchler, "Necessity as a Defence in Criminal Cases," 33 Dickinson L. Rev. 138, 148 (1929) (ニニニ羅の内難が殺すやうだよ)。

(σ) G. Fletcher, *supra* note 5, at 827 ; Hinckle v. Commonwealth, 66 S. W. 816 (1902) (本殺の惡性より脱すやうだよ) ; State v. Cahill, 194 N. W. 191 (1923) (殺すやうじゆめをもつて強制拘禁本懲かし脱すやうだよ) ; People v. Whipple, 279 P. 1008 (1929) (トコトハ本懲は取説の限度をこえひ離かいたため逃走したたま逃走したまから本懲は脱すやうだよ) ; State v. Palmer, 72 A. 2d 442 (1950) (裁判所は公共政策の観点を根拠して本懲難の逃走の本懲を脱すやうだよ) ; Dempsey v. U. S., 283 F. 2d 934

- (5th Cir. 1960) (被服に蒙難したが、その蒙難を取扱うための法律を取扱うたるの状況は想ひ出だす) ; People v. Noble, 170 N. W. 2d 916 (1969) (被服に蒙難の恐れを心配せたが、その状況は想ひ出だす) ; People v. Brown, 333 N. Y. S. 2d 342 (1972) (トランクが運転する車の状況は想ひ出だす)。
- (㊂) M. Gardner, "The Defense of Necessity and the Right to Escape from Prison," 49 Sou. Calif. L. Rev. 110 (1975).
- (㊃) State v. Green, 470 S. W. 2d 565 (1971), cert. denied, 405 U. S. 1073 (1972) ; G. Fletcher, supra note 5, at 827-828.
- (㊄) B. Rude, "Political Protest and the Illinois Defense of Necessity," 54 U. Chicago L. Rev. 1070 (1987) (該地に抗議するための政治的行動上蒙難する事例を挙げ)。
- (㊅) G. Williams, Criminal Law (1961).
- (㊆) A. L. I., Model Penal Code § 3.02 (1962). Cf. Lafave and Scott, Substantive Criminal Law (1986) (元相撲の公務員による蒙難を想ひ出だす)。
- (㊇) G. Fletcher, supra note 5, at 789 ; Tiffany and Anderson, "Legislating the Necessity Defense in Criminal Law," 52 Denver L. J. 839 (1975) (蒙難用法典を構成するための諸立派な検討) ; N. Padfield, "Duress, Necessity and the Law Commission," 1992 Criminal L. Rev. 778 (イギリスの歴史的背景の検討の母題を提出する)。
- (㊈) G. Fletcher, supra note 5, at 576-577 ; J. Hall, "Comment on Justification and Excuse," 24 Am. J. Comparative Law 638 (1976) ; A. Esser, "Justification and Excuse," 24 Am. J. Comparative Law 621 (1976) ; K. Greenwald, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse," 84 Colum. L. Rev. 1897 (1984) ; P. Robinson, Cri-

minal Law Defenses (1984).

(17) G. Fletcher, *supra* note 5, at 577-579.

(18) い)のような英米における思考の変化は、主にフレッチャー教授によって刺戟を与えられたものであった。その考え方には、英米刑法学の功利主義偏重を批判したものであり、ドイツ刑法学流のもつと複合的な理論を参考にしたものであった。

III

功利主義に偏向する議論を批判するジャストデザート論からすれば、ミニアネット号事件のような緊急状態の下での殺人行為は正当化されるか。危難を脱するための正しい行動であったと評されるか。

アメリカの模範刑法典及びドイツの刑法典は共により少ない害悪の選択という利益衡量の条項を含んでいる。我国の刑法典は同価値の利益衡量条項を含んでいる。一般的には、何れの場合にもその規定にあてはまる行為を正当化するものと理解されている。先の指摘によれば、一九世紀の英国の船乗りたちは、生き残る者の生命を救うための殺人行為を正当化されるものとみなしていた。その結論は模範刑法典の当該条項の下でも可能と考えられるところである。避けられようとした害（四人の殆ど確実な餓死）は、加えられた害（その中の一人の死）よりも大きいとみなされようからである。ところで、従来もアメリカの模範刑法典は緊急避難を正当化事由としてのみ取り扱って、所謂免責事由ないし責任阻却事由としては扱わない、という理由で批判する人々がいたが、ジャストデザート論の視点からは、模範刑法典のように緊急状態下の避難行為を正当化事由として取り扱うことそれ自体に疑問が投げかけられる。そのよう

な解決策は健全といえるか、そのような殺人行為はいつも正しい結果として取り扱われるべきかどうか、疑問視されるに至る。

功利主義の所謂利益衡量論によれば、特定の行為が侵害の総量を減少させることになるのは是認される。異常な緊急状態の下で人を一人殺害することによって、そのような行為にでなかつたとすれば餓死していたであろう三人の生命が失われずにはんだし、そのような行為を是認する社会正義の考え方こそが社会の活力と持続性を支えることになる、と言われるであろう。しかし、デザート論によれば、そのような緊急状態下の殺人行為を制度的に正当なものとして許容している法体系が、はたしてそのような殺人行為を正当化することによって惹起される害悪より以上の害悪を予防することになるのかどうか、必ずしも分明ではない。⁽¹⁹⁾ その点は、既述の通り、ミニヨネット号事件では弁護側と訴追側とで主張の食い違うところであつた。一般的に当時の船乗りにとっての関心事は、海難に遭遇した際に生き残る機会を高めることであると思われていた。これに対し、訴追側にとっての関心事は、殺人行為禁止の法規範の抑止力を弱体化させる危険性を回避することにあつた。また、その事件での裁判所の態度も声高には一般的に抑止力の点に凝集された。⁽²⁰⁾ 一般的な予防力とか抑止効果の点に関して議論が展開される場合に、何れかの主張を支持するための確証的証拠が明らかに得られるか、疑問視されようし、その検証可能性を一般的に想定すること自体に困難さが指摘される。

このように功利主義的正義観念自体に疑いの目が向けられると、緊急避難的殺人行為への対処の仕方にも変化が生じる。カント的倫理学の影響の下で考えた場合、利益衡量条項についても、如何に多くの人の命を救うためとはいっても、殺人行為自体は正当なものとしては許容されないと解釈されるであろう。⁽²¹⁾ カント的倫理学の思想は、アメリカの法学界においては當ては概して無視ないし敬遠されてきたよう見えるが、近年においてはそうではないとい

う声も大きくなつてきた。倫理学並びに法律学に関する指導的な人々は、最近では個人の基本的な価値ないし権利を擁護するやり方において、カント的であることを公言していると言われる。⁽²²⁾ 各人の生命は、他者の各生命と同じく、重要であり尊厳であるはずである。したがつて、たとえ他の三人の生命を救うためであつたとしても、そのために一人の存在即ち生命を犠牲に供することは正当なことであるとは言われない。⁽²³⁾ この考え方によれば、ミニヨネット号事件のダッドリー船長とスティーヴンズの殺人行為は正当化されない。年少水夫の生命は、他の三人の漂流者たちの生命と同じく価値あるもの、かけがえのない尊厳性を有するものと見られなければならない。」の思想の道筋からは、アメリカの模範刑法典のような、利益選択（諸害の選択）を正当なものとして許容する条項は改訂を求められる。ただ、英米を中心とするデザート論によつても、生命以外の価値・利益の場合、また、生命と財産との関係の場合についての対応の仕方は、必ずしも分明にしえない。」の点では、ジャストデザート論者の中にも所謂二分説的ないし多元説的な考え方を示唆する者もあるようである。正確には、所謂一元説か二元説か等ということ自体が必ずしも重要なわけではない、ということであるうが。⁽²⁴⁾

注

- (22) G. Fletcher, supra note 5, at 790-792.
- (23) A. Simpson, supra ; G. Fletcher, supra note 5, at 825-826 ; A. von Hirsch, supra note 1, at 90.
- (24) G. Fletcher, supra note 5, at 787-788.
- (25) Cf. J. Rawls, A Theory of Justice (1971).
- (26) Taurer, "Should the Numbers Count?" 6 Phil. & Pub. Aff. 293 (1977).

(2) See A. von Hirsch, *supra* note 1, at 90 ; G. Fletcher, "The Individualization of Excusing Conditions," 47 S. Cal. L. Rev. 1269 (1974) ; P. Robinson, "A Theory of Justification," 23 UCLA L. Rev. 266 (1975) ; P. Robinson, "Criminal Law Defenses : A Systematic Analysis," 82 Cal. L. Rev. 199 (1982). Also see G. Williams, "The Theory of Excuses," 1982 Crim. L. Rev. 732 ; M. Gur-Arye, "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?" 102 L. Q. Rev. 71 (1986) (「*犯行せし外臨空襲想は抗罪當たるや。*」).

四

緊急状態下の避難行為不处罚の根拠として提供されるものとして、所謂自然状態説ないし放任行為説と称されるものがある。これにて、ジャストデザート論はどのように看做されるのであらうか。デザート論によれば、この考え方は興味深い可能性としては映るようである。そこには個人主義的な考え方の徹底面をも反映するものがあると思われる。

所謂自然状態説の主張によれば、社会生活面で異常な事態である緊急状態の中の出来事は、社会状態下の行為と關係とはやむを得ず、言わば自然状態の中で生じた行動である。そのような行動に対しては社会状態を前提として構想された刑法はもはや適用可能性がない、と考えられる。裁判所としても、当該行動の犯罪性を決定するべき適格性を欠くに至るものと推論される。この理論は、次のように展開されてくる。即ち、絶望的な緊急状態の下にある人は、自然的事情によって全体として法律が適用されるのにふさわしくない状態へと強制されるものである。法律は、正常な

状態における社会システムを規制するものであつて、社会システムの中で亀裂が生じてそのシステムの働きかけ自体が崩壊しているような場合には、適用の前提を欠く。要するに、法律は、全体として異常な状態の中での出来事を規制するようにはできない⁽²⁵⁾、と。

ミニヨネット号事件の中では、このような自然状態説の理論は弁護側によつても展開されることはなかつた。これに対して、アメリカのホームズ事件の中では、弁護人はこの種の主張を展開して⁽²⁶⁾いた。

自然状態の理論は啓蒙期の社会契約説を想起させるが、その政治理論・法理論に現われる前法律的自然状態の事実的存否の争いとは一応別個に、緊急避難の説明論議は展開される。およそ文明化した国の刑法典は、一定の社会制度の存在を前提として書かれている。当該社会の構成員は、許容可能な手段を用いて自分の生計を維持するべきであつて、他人の財物を盗用すべきではないとか、法律を通して苦情・紛争を解決するべきであつて、自ら有形力を行使すべきではない。しかしながら、極端な緊急状態にあつては刑法が前提とする制度的基盤は一掃され、刑法は通例の通りには適用されない。そのような絶望的状況にあつては、殺人の禁止や窃取の禁止等の法的義務は適用可能性を有しない。何故なら文明生活のための最低の条件が充足されていない場合には、文明化された社会人としてふるまうこと人々に強制しようとしても意味をなさないからである、と。ただし、その場合でも、働く可能性が欠如するのでは法的義務であつて、所謂倫理的・道徳的義務まで欠落するということでは必ずしもないであろう。デザート論の評価では、そのような状況に對しては倫理的規範も適用できないと仮定する必要はないのであり、難破船の漂流者といえども、その同じ苦難にあつてはいる者に對して倫理的義務を有しているものである。⁽²⁷⁾

この自然状態の中味は、客観的な法的許容条件に關係させられる正当化事由には含まれられず、また、法的非難の主觀的・行為者関係的な可能条件に關係させられる責任阻却事由ないし免責事由にも屬させることはできない。

そして、その理論による場合、その不処罰の根拠は、英米法において所謂可裁性⁽²³⁾の阻却とでも言われるものにあたることになるかもしれない。これは、超法的性格を帯びた一定の事項について展開された概念であろう。例えば純粹に（高度に）政治的な争いとか純粹に宗教的な争いに関しては、通例の裁判所においては裁かれない、と言わってきた。これは、変転はあるが、英米法における理論として相當に確固とした基盤と支持を得ているとも言われる。それらの純政治的ないし純宗教的な争いとして特定された事柄については、裁判所の適性を超えるものとみなされ、内容的論議に立ち入るまでもなく避けられるものとされてきた、と言われている。⁽²⁴⁾

自然状態の理論によれば、緊急避難の場合についても同様のことが言わることになる。文明世界との連係から切り離されて生き残るためにむきだしの生命への執着欲求にとりつかれた人々の世界という特殊事情の中においては、刑法の働きは停止するに至る。その特殊事情の域内に閉い込まれた人々は、独自の救済方法を案出せざるをえない。そのような状況の中で選択された行動に対しては、事後的に訴追することは許されない。それらの行動が法律上正当であつたかどうか、あるいは法律上非難可能であつたかどうかというよくなことに目を向けるまでもなく、訴追は退けられる、と。

自然状態説ないし放任行為説に対しても、既に様々の批判が向けられてきた。今日ではその理論の鮮明な主張者は見当らないほどである。

英米におけるデザート論よりの批判として特に着目される点は、やはりその理論の包括範囲への懷疑の念である。自然状態説は、その形式的欠陥、法理論としての自己矛盾の欠点を有しているであろうが、デザート論からみると、消し難い困難さをかかえている。優れて倫理的な非難と見られよう。即ち、自然状態説の適用範囲を、難破して食糧もなく救命ボートで漂流するというような最も極端な状況に限るとしても、その状況の中でとられた行動については、

自然状態説によれば、たとえ如何なる行動とくえども刑事訴追から免除されるいとなるであろう。避難行為者自身の生命を救うためといられた行動に対してもみならず、自然状態とみなされねべき緊急状態にある間に行われた行動であれば、たとえ生命の保持のために不必要な行動であつたり、または、駄菓子・残虐であると見える行動に対してもまた刑事訴追は受けられないことになるであらへ。絶望的な飢餓状態にあらような場合には法的抑制とくわものは殆ど意味をなさないと弁明せねむとして、何故止めるやうな場合に法的抑制がすべて取り去られる必要があるのか、明白な合理的説明は聞かれないことである。⁽²⁵⁾

注

- (25) A. Simpson, *supra* note 1, at 231.
- (26) U. S. v. Holmes, 26 Fed. Cas. 360, 368 (1842).
- (27) A. von Hirsch, *supra* note 1, at 91.
- (28) Justiciability. See *infra* note 29.
- (29) L. Tribe, American Constitutional Law 67 et seq. (2d ed. 1988); Flast v. Cohen, 392 U. S. 83, 94-95 (1968) ; H. Monaghan, "Constitutional Adjudication : The Who and When," 82 Yale L. J. 1363 (1973) ; L. Brilmayer, "The Jurisprudence of Article III : Perspectives on the 'Case or Controversy' Requirement," 93 Harv. L. Rev. 297 (1979) ; M. Tushnet, "The Sociology of Article III : A Response to Professor Brilmayer," 93 Harv. L. Rev. 1698 (1980).
- (30) A. von Hirsch, *supra* note 1, at 91. 「それはアーネストの懇願であるかう疑いがなきことはないが、近代法を支へる人間理性の本性」コレ懇懃たる相手である。

五

緊急避難の不処罰の根拠として、避難行為の行為性ないし任意性に関係させて説明するものがある。この考え方は、所謂責任能力阻却説の説明と類似する。これによれば、異常な緊急状態下の行為は不任意の行動と同一の性格をもつたものとして取り扱われる。避難行為者は、実際的みて、犠牲となる者の生命を奪う、殺害するという行為を現実的・合理的に選択するというものではなく、絶望にかられて、言わば外部的事態そのものによって行動に駆り立てられるものである。その極端な事情のために、避難行為者は、自分の行為の善悪を弁別し、考慮するべきその能力が損なわれる等と説明されるところである。

行為の不任意性の問題が体系論的に行行為論において取り扱われるとすれば、ここでも避難行為の任意性の要件の欠如が認められる場合には、その行為性を欠くと主張されることになるかもしれないが、そのような主張は現実的な説明とはみられない。また、責任能力阻却的な考え方方は、ドイツなどで主張者がみられたが、緊急避難一般の説明として説得力をもたないこと、一時的精神異常等のために精神生理的な問題が生じた場合には、本来の責任能力の場面で説明すれば足りることなど、今日では一般的に考え方としてのみあげられるのが通例である。なお、責任無能力説などは、責任能力阻却説は、心理強制説と結びつけて避けられることもある。⁽²⁾ 意思の自由や不任意の問題をつきつめて、主観的違法論的な考え方を通して、一種の放任行為説的な見地に導かれるものもある。何れにしろ、現在の社会生活状態の下では、恣意的に不公平な取り扱いを招くことになろう。

ところで、不任意性の理論に関連して、英米におけるデザート論者の論じ方として、特に免責の期待の問題がとりあげられることがある。不任意性の理論に依拠した場合、避難行為者として、自分の避難行為は法律上処罰されないであろうと予期することがあるかどうか問題とされる。もしも避難行為者が自分は処罰されることはないであろうと期待して行為にてたとした場合、そのような合理的な期待が存在したということは、そのこと自体当該行為の不任意性を減殺するとみなされるであろう。当該避難行為者は、任意の合理的思考の可能性のない絶望的状態の中で避難行為にてたとのではなく、なお自分の行為のもたらす利益と損失について考慮をめぐらせて行為にてたわけであり、もはや免責される理由はなくなると考えられるであろう。要するに、ここまでとのところでは、この予測の理論は、免責されることを予期している行為者は免責されるべきではないというように定式化される。⁽³²⁾

この定式化に対する、デザート論の中にも循環論法に陥るとの非難がある。ミニヨネット号事件では、ダッドリーワード船長は免除されることを期待していたし、自分の行為を正当化できるとさえ考えたであろう。ダッドリーワード船長が、避難行為について罰しないという今日支配的な考え方方に賛同して、自分の行為は免除可能なものであると信じて行為にてたものであったとすれば、そのこと自体船長を免除することを否定するのに十分な理由になるというのには奇妙ではないか。文献の中で見られる例として、刑法学者が難破船のボートの中でダッドリーワード船長と同様の殺人行為を行つた場合はどのように取り扱われるべきかという設例がある。一般的に生命を救うための殺人行為は処罰されないものとして考えられる。しかし、この学者はこのことを知っている。そのことの認識があるためにその避難行為は熟慮されたものとなり、不任意の行為ではないことになつて免責されない、ということになる。その結果、刑法学者は、もしも自分がこの事態で人を殺したとしたら処罰を免れないとの結論に達しなくてはならないであろう。そうであるとして、それでもなお殺人行為によよんだとすれば、当該刑法学者の殺人行為はもはや免責されることを期待して為さ

れたものではないことになり、その行為は免責可能なものとなるかもしれない。しかし、その際、その刑法学者が避難のための殺人行為の前にその点に関する考査を加えていたとすれば、多分免責されるであろうとの期待に依拠していだと判断され、その行為はやはり免責されない、等々といふことで無限の悪循環に陥る事にならぬか」と。⁽³³⁾ したがって、この循環論法を回避する論法も考案されるであろうが、い)のような詭弁的方向にのみむとむかうむは、むとむの不任意性の理論自体に不完全な点があつたためであろう。

なお、緊急状態に関する所謂主觀説の姿を変えたものとして、一身的または事実的刑罰阻却事由説と称されるものがある。⁽³⁴⁾ い)のような理論がドイツなどで主張されていたとしても驚くことでもないであろうが、英米においても、い)れに近似するのではないかと思われる議論もあるようである。⁽³⁵⁾ これらについては、何故に緊急状態下での避難行為が刑罰阻却事由であるかの理由がわからないし、思想の混乱を招くだけであると批判される通りである。い)の際、徒らに概念の数を増すことは避けられるべきであろう。

注

- (31) 龍川幸辰 犯罪論序説 1四九頁。
- (32) G. Fletcher, "Rights and Excuses," 3 Crim. Just. Ethics 23 (1984); G. Fletcher, supra note 5, at 811-813 (1978). ハンナチャーチ社による著述の全部を譲り受けた。
- (33) A. von Hirsch, supra note 1, at 92.
- (34) 龍川幸辰 犯罪論序説 1四九頁以下。
- (35) C. Finkelstein, "Duress : A Philosophical Account of the Defense in Law," 37 Arizona L. Rev. 251 (1995).
- (36) 龍川幸辰 犯罪論序説 1五〇頁以下。

六

こうして、英米におけるジャストデザート論者は、緊急避難の不处罚の法的性格の説明として本来的責任阻却事由（免責事由）の考え方へ帰着する。緊急避難によつて実行された行為が处罚されるべきでないのは、そのような行為は所謂非難可能性を欠くからである。そのような行為を正当化しようとしたり、あるいは、法の適用範囲を超えるものとして取り扱おうとするよりも、非難可能性を欠くものとして取り扱う方がよいと判断される。そのような行為もなお法の適用範囲内において方がよいとされるのであり、そのような行為もなお正当化されるとは言わない方がよいと認識されるのである。異常な緊急状態の下にあって、例えば人間として自分自身の生命を維持することに排他的な利害関心をもつことは、合理的に理解可能であるという観点から、法の一般的禁止に従うことが自己の死を意味するであろうとき、禁止規範としての法を破つたことについて、その者に法的非難を加えるようなことは為すべきではない。その行為に対する責任を阻却させることは、その殺人行為が正しかつたとの主張を許容するものではないから、緊急避難において犠牲に供されようとする者が自己の生命を防衛するために反撃行動にてたとしても、刑事责任を問われることはない。より多くの者の生命を保持するために一人の、あるいは少數の者の生命を犠牲にすることは決して善とされるものではない、というカント的命題が援用される。端的に刑事制裁は現実社会において叱責・非難を含むものとして現象するものであるということ、しかまた、行為者が他者の利益を侵害し、罪を犯した理由が自分自身の生き残りへの関心であつたときには、その叱責・非難は退くべきである、という見解が確認

される。⁽³⁵⁾

緊急状態下の避難行為者の責任を阻却させるための理論として、このように英米のデザート論者もやはり所謂非難可能性の理論に依拠することになるであろう。刑事制裁は非難を伴うものであり、したがつて刑事制裁は行為者に対する非難可能性に基づいてのみ科せられるべきであるということである。異例の緊急状態の中であつても何人に対してもあれ合理的に期待することができるような行動規準の範囲内にある違反行為についてしか非難を加えるべきではない。人が自分の生命の保持について相応の关心を抱くことは合理的に説明できることである。もしも法的一般的禁止命令に従つた結果は殆ど必然的に死亡することになるとすれば、そのような法に違反する行動いでたとしてももはや非難するわけにはいかない。この理論によれば、違反行為に対して責任非難を脱落させるための基礎は、行為の任意性の要求にあるというのではなく、普通の人間が聖人のようにあるまわなかつたからといって非難されるべきではない、という観念にある。⁽³⁶⁾ 近代の法治国家において正当な根拠をもつて成立している刑法は、非難を受けるに値する者だけを非難する。それは、国民に対して国家や社会の福利のために犠牲になつたりすることとか、英雄的行為などといったものを求めはしない。それはまた、公正に期待される地平を超えて社会的行動の水準を高めることを求めたりもしない。⁽³⁷⁾

アメリカのデザート論者がここに公正な期待というのは、ドイツや我国などの法律用語では期待可能性という概念の意味するところのものに相当する。ただ、その理論にいう期待の標準については、デザート論者と言われる人々の間でも若干の相違があるようである。これを行為者の期待を直接に問題にするという意味で主観的に理解する考え方がある。例えば、避難行為者の免責への期待が問題であろうというような場合がそれである。⁽³⁸⁾ それに対して、普通人・平均人を期待可能性の標準に据えて理解するという意味で客観的標準を立てる考え方がある。デザート論としての理

論の徹底さは一応おくとして、この客観的方向の画一的公正さがむしろ魅力的に見える。この見地によれば、行為者の期待は、時としてその行為をより熟慮された合理的なものにするかもしれないが、本当のところその行為が実際に熟慮されたものであるかどうか、それとも無意識的なものであつたかどうかは期待可能性の問題とは関連性のない事柄でしかない、ということになる。重要な点は、避難行為者の行為の任意性如何ではなくて、当の避難行為者が直面した生きるか死ぬかといった事柄の選択の客観的な意味である。緊急状態下の避難行為者が殺人行為を差し控えることは自己の生命の喪失を意味したであろうとすれば、その者は免責されるべきである、ということになる。そのような状況にあってなお死を選ぶのは聖人といわれるような人であろうから⁽¹²⁾、と。

このような生死の選択の理論に対しても、緊急状態の下にある者に対して殺人行為を奨励する結果を招くことになりかねないとの批判が加えられるであろう。免責の法理を認識している者が免責されることを予期して行為したとしてもやはり免責されるものとすれば、行為者は例えば飢餓による死の時期が現実に切迫するまで待たないで他者を殺害することに傾かないか、同じ危難の中にある他の者が彼を殺すという事態に先をこすためにはもつと早くに殺害行為にでる必要があると信じることさえあるかもしれない、と危惧する人々があるであろう。これに対して、この種の功利主義的議論は免責事由の理論に相応しないというのはデザート論の本領であろう。もしも免責事由（責任阻却事由）の考え方が眞面目に受け取られるとすれば、それが第三者の行動にどのように影響を及ぼしうるかに關係なく、非難可能性のない行為者は処罰されるべきではないからである⁽¹³⁾。この考え方によれば、問題となる点は、端的に避難行為者は他者を殺さなかつたとすれば死亡するであろうと信すべき相当な理由を有していたかどうか、である。もその際の事情が避難行為者のそのような信念を正当化するに十分に極端な急迫したものとなつていたとすれば、行為者は免責されるであろう。もしもその際の事情が單なる危険にすぎないとか、あるいは、その信念を正当化するに

十分に極端なものではなかつたとすれば、免責されることはないであろう。

また、避難行為者の行為態様はどうか。この点については、デザート論によれば、その避難行為者の行為態様がそれほど同情をひくようなものではなかつたとしても免責されねばならないであろう。ミニヨネット号事件の場合、避難行為者らは相當ためらいながらボーアイを殺していたし、どのみちボーアイはまもなく死ぬであろうと信じていた。その行為態様は決して残虐苛烈というわけではなかつた。他方、ホーミズ事件において生存者らの用いた方法というものは、行為 자체としてはともかく、生死の選択の公平さについては疑問視されることになるであろう。本船が沈没した後、生存者の多くが大ボートに乗り移つた。過剰に乗り込んだため大ボートも沈没の危険にさらされた。船員たちは、航行可能になるまで若干の乗客をボートから排除することにした。⁽¹⁴⁾ 船員たちは、乗客らの生存に対して自分たちの生存の方を選択すべき理由としては、結局は、自己保存のための欲求以外の理由は有しなかつた。それにもかかわらず、先述の考え方によれば船員らの行為は免責可能とされる。その考え方において考慮に入れられることは、選択過程が公平であつたか不公平であつたかではない。避難行為者の行動が勇敢であつたか、怯懦であつたかといふようなことでもなく、人は自分自身の生き残りの方を選択したことに対する責任非難を加えられるべきではないという事実だからである。その論点が中心であるとしても、デザート論によれば、そこには条件が付せられる。当該避難行為が過度に粗野に、野蛮に行われたその度合いにおいて、あるいは、生存を保証するために必要とされる以上の被害者をまきぞえにした程度において、避難行為者はなお責任非難を被らざるを得ない。そのような程度においては、避難行為者は自己の生命を保持するために行爲したということにはならないからであり、その点にこそ、⁽¹⁵⁾ 責任阻却事由としての緊急避難論と非司法的自然状態としての緊急避難論との本質的な相違があると強調される。

以上の通り、英米の刑法理論家によつて免責事由（責任阻却事由）と正当化事由（違法阻却事由）との相違が明確に

者は、それまで英米法学において重要視されていなかつた責任の理論、責任阻却の根拠について、意識的にとりあげておいた」とが、比較法的視点からも注目される。更に、デザート論が責任判断の中味を純化しようとする目的意識が注目される。責任判断における適切な問ひは、責任解除が社会的に利益となる結果に導くかどうかではなく、行為者はその行動に対し非難に値すると言えるかどうかである。⁽³⁹⁾ そして、法的非難が脱落させられる正確な理由が探究される、⁽⁴⁰⁾ となるであろう。そこでは、経験法的伝統に従つて、非難を脱落させる根拠が様々の免責事由について個別的に検討され、夫々の理由の違ひは違ひとして是認される態度が予期される。⁽⁴¹⁾ 本論で扱つた極限状態における緊急避難行為の免責根拠についてのデザート論の考え方も、その中での一つの試みとして考慮に値するであろう。

注

- (27) A. von Hirsch, *supra* note 1, at 91-92.
- (28) *Id.* at 92.
- (29) G. Fletcher, *supra* note 32, at 25-26.
- (30) *Id.*
- (31) A. von Hirsch, *supra* note 1, at 92.
- (32) *Id.*
- (33) *Id.* at 93. Also see G. Fletcher, *supra* note 5, at 813-817 ; G. Fletcher, *supra* note 32, at 25.
- (34) U. S. v. Holmes, 26 Fed. Cas. 360 (1842).
- (35) A. von Hirsch, *supra* note 1, at 93.

(46)

緊急避難の免責性は行為者の意思内容には依存しないこと、緊急避難の免責の正当根拠は人が自分自身の生命ないし安全を選択することの合理性の中にあること、行為者のその後の自己の法的地位に関する予期如何は関係がないこと、等の主張を指す。