

# 緊急避難と自己決定

山 川 秀 道

1. はじめに
2. 学説
3. 考察
4. むすびにかえて

## 1. はじめに

近年、自己決定（権）という概念が、刑事法の領域においても活発に議論されている<sup>(1)</sup>。とりわけ、医事刑法の領域においては、患者の自己決定権が、生命・身体の処分権として非常に重要視されている<sup>(2)</sup>。そこで、刑法は、個人的法益の担い手に対して、その処分権を如何なる範囲で保障すべきであるか。本稿では、緊急状況下における法益主体の意思決定に焦点を当てて若干の検討を試みることにしたい。すなわち、本稿で扱うのは、緊急避難状況において、保全法益の担い手（被救助者）の意思が、緊急避難の成否に影響を与えるのかどうかという問題である。

現行刑法 37 条 1 項本文は、「自己又は他人の」法益に対する現在の危険を避けるための行為を罰しないと規定しており、他人のための避難行為もまた緊急避難として認めている。それ故、他人のための緊急避難（Notstandshilfe<sup>(3)</sup>）が、危険にさらされている者の意思に反して強行されるという事態が考えら

---

(1) 「特集 刑法における自律と自己決定」刑法雑誌 41 卷 2 号 (2002) 160 頁以下参照。

(2) 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986）130 頁以下参照。

れる。たとえば、（１）Aが、不可抗力で逃げ出したB所有の犬に突然、噛付かれた場合に、Aが自己への侵害を甘受し、Cの救助を拒絶したにもかかわらずCがBの犬を殺傷した場合、（２）信仰上の理由から輸血を拒否する妊婦の意思に反して、医師が、生命の救助に必要な輸血を行った場合などがあり得る。このように、危難に遭遇した者が、危難を受忍するつもりである、あるいは、一定の条件で救助を拒絶しているにもかかわらず、第三者が、危難にさらされている者を、その意思に反して救助する場合、緊急避難は成立し得るであろうか。それとも、被救助者の意思に反する、避難行為の押しつけ（Die aufgedrängte Notstandshilfe）は、常に犯罪となるのか、検討してみたい。

## 2. 学説

日本の学説上、緊急避難は、被救助者の意思にかかわらず成立するという見解が比較的多数を占める。しかしながら、その根拠については、余り詳しく論じられていない。たとえば、他人のための緊急避難が被救助者の意思に反して行われた場合においても成立することは他人のための正当防衛と同様である<sup>(4)</sup>、緊急避難の法的性質にかんがみれば、本人の意思とは無関係に許されると解すべきである<sup>(5)</sup>、緊急避難が違法性阻却事由である以上、本人

---

(3) 従来、他人のための正当防衛のみを指して緊急救助（Nothilfe）と称するのが通例であったが、比較的最近では、他人のための正当防衛を Notwehrhilfe、他人のための緊急避難を Notstandshilfe として細かく区別することも多くなっている。津田重憲「緊急救助と退避義務に関する一考察」（明治大学）法律論叢 83 巻 2・3 号（2011）289 頁脚注（6）参照。

Vgl., Michael Koch, Die aufgedrängte Nothilfe im Strafrecht, 2003, S.2 Fn.2

(4) 井上正治『刑法學（總則）』（1951、朝倉書店）101 頁、齊藤金作『刑法總論』（改訂版、有斐閣、1955）140 頁、齊藤金作「緊急行為」『刑事法講座 1 巻』（有斐閣、1952）245 頁参照。

(5) 大谷實『刑法講義総論』（新版 4 版、成文堂、2012）300 頁参照。

の意思に反するかどうかを問うべきでない<sup>(6)</sup>、緊急避難状況は、客観的状況を意味するので、本人の意思に反すると否とを問わない<sup>(7)</sup>、とするほかは、直接に根拠が示されているわけではない<sup>(8)</sup>。これに対して、被救助者本人が処分可能な法益については、第三者による緊急避難を認める必要はないとする否定説もかなり有力に主張されている。

さらに、ドイツの学説においては、被救助者本人の意思に反する避難行為については、緊急避難の成立を否定する見解がほぼ異論なく認められており、ただ、その根拠づけが分かれているに過ぎない状況にある<sup>(9)</sup>。したがって、以下では、否定説の根拠を略述することとした。

緊急避難否定説の主要な根拠は、次の二つに大別することができる。すなわち、優越的利益の不存在（保護価値の欠缺）と、要保護性の欠如である。

先ず、前者の代表的見解によれば、たとえば、A 所有の高価な猟犬が、不可抗力で逃げ出した B 所有の安価な雑種犬に突然、噛み伏せられた場合に、A が自己の猟犬への侵害を甘受し、C の救助を拒絶したにもかかわらず C が B の雑種犬を殺傷した場合には、緊急避難が否定され、C には器物損壊罪が成立するとされる<sup>(10)</sup>。たとえ、A 所有の猟犬の金銭的価値が B の雑種犬に優

(6) 大塚仁『刑法概説（総論）』（4 版、有斐閣、2008）404 頁、岡野光雄『刑法要説総論』（2 版、成文堂、2009）123 頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 [第 2 版] 2 巻』〔虫明満＝篠田公穂〕（青林書院、1999）457 頁参照。

(7) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986）429 頁参照。

(8) 肯定説として、泉二新熊『日本刑法論上巻（総論）』（43 版、有斐閣、1933）394 頁、草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣、1956）67 頁、吉川経夫『3 訂 刑法総論』（法律文化社、1989）148 頁、香川達夫『刑法講義 [総論]』（3 版、成文堂、1995）189 頁、西原春夫『刑法総論 改訂版（上巻）』（成文堂、1998）252 頁、野村稔『刑法総論』（補訂版、成文堂、1998）246 頁、福田平『全訂 刑法総論』（5 版、有斐閣、2011）169 頁脚注（3）参照。

(9) Vgl., Koch, a.a.O., S.6 ; Gunnar Duttge, in Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 2008, § 34 Rn.13

(10) 町野・前掲 165 頁以下参照。

越していたとしても、Aの利益は、Aの意思によって放棄されているために、保護されるべき利益が欠缺する結果、緊急避難が成立しないとされるのである。法益主体の放棄意思によって保護されるべき利益が欠缺するならば、(1)、(2)の事例においても、優越的利益の不存在という理由から緊急避難が否定されるであろう。これと同趣旨の根拠が、「法益の保護価値」の欠缺である。その内容は、たとえば、「『現在の危難』が向けられた法益主体が、侵害に同意している場合には、法益の保護価値は失われたものと解され、したがって『現在の危難』が認められず、緊急避難は否定される<sup>(11)</sup>」というものである。同様に、受刑者が刑の執行を免れるために刑務官に暴行を加えて逃走する行為が緊急避難の成立を妨げるのは、法益の保護価値が否定されることによって、現在の危難が認められないからであるとされる<sup>(12)</sup>。また、被救助者本人が自己の法益を放棄している場合には、緊急避難の対象とならない、緊急避難状況が存在しないという見解の一部も、同趣旨の根拠から主張されている<sup>(13)</sup>。さらにまた、侵害についての同意がある以上は、保護に値する利益を欠くが故に、害の衡量、または、利益衡量ができないとする見解も同様の見地といえる<sup>(14)</sup>。

次に、後者の見解、つまり、緊急避難否定説の根拠のもう一方は、要保護

(11) 山口厚『刑法総論』（2版、有斐閣、2007）140頁

(12) 山口・前掲140頁参照。

(13) 武藤真朗「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』（第一法規出版会、2002）89頁以下参照。

Vgl., Baumann / Weber / Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn.55; Frank Zieschang, in LK StGB, Bd.2, 12. Aufl., 2006, § 34 Rn.38; Georg Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn.62

(14) 林幹人『刑法総論』（2版、東京大学出版会、2008）212頁以下参照。

Vgl., Andreas Donatsch, SchwZStr 106 (1989), S.350; Koch, a.a.O., S.9f., 60ff.; Ulfrid Neumann, in NK StGB Bd.1, 3. Aufl., 2010, § 34 Rn.82ff.; Volker Erb in MK zum StGB Bd.1, 2. Aufl., 2011, § 34 Rn.139

性の欠如である。危難状況に置かれた本人が、自己の法益を適切に放棄しているならば、法益の要保護性が欠けると主張される<sup>(15)</sup>。また、他人のために行う正当防衛と同様、個人保全という観点からは、他人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を肯定する必要はないとする見解も同趣旨である<sup>(16)</sup>。

このほか、「他人のため」の緊急避難という概念から考えて他人の意思に反する緊急避難は、原則的に存在しないという見解<sup>(17)</sup>、事務管理の法理に従い、原則として本人の意思に反しないことを必要とする見解<sup>(18)</sup>、などの否定説が主張されている<sup>(19)</sup>。

### 3. 考察

以上のように、とりわけドイツの学説において、被救助者本人の意思に反する専断的な救助行為が許容されない背景には、如何なる理由が存するのであろうか。

(15) 奥村正雄「緊急避難の法的性格をめぐる問題」同志社法学 56 卷 6 号 (2005) 618 頁、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、2010) 292 頁、西田典之ほか編『注釈刑法 1 卷』[深町晋也](有斐閣、2010) 499 頁参照。また、大塚仁・川端博編『新・判例コンメンタール刑法 2』[中森喜彦](三省堂、1996) 68 頁、松原芳博「緊急避難論」法学教室 269 号 (2003) 99 頁も同趣旨とみて良いであろう。

Vgl., Maurach / Zipf, Strafrecht AT Bd.1, 7.Aufl., 1987, § 27 Rn.41 ; Walter Perron, in Schönke / Schröder, StGB, 28.Aufl., 2010, § 34 Rn.9 ; Zieschang, LK, § 34 Rn.25 ; Wessels / Beulke, Strafrecht AT, 41.Aufl., 2011, § 8 Rn.302

(16) 山中敬一『刑法総論』(2 版、成文堂、2008) 524 頁参照。

Vgl., Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2.Aufl., 1991, 13.Abschn., Rn.29

(17) 内田文昭『刑法概要 中巻 [犯罪論 (2)]』(青林書院、1999) 132 頁参照。

Vgl., Joachim Hruschka, Strafrecht AT, 1983, S.174ff. ; Joachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S.64

(18) 江家義男『刑法講義 總則篇』(東山堂書房、1940) 182 頁参照。

(19) そのほか、否定説として、宮本英脩『刑法學粹』(弘文堂書房、1933) 255 頁、青柳文雄『刑法通論 I 総論』(泉文堂、1965) 222 頁、莊子邦雄『刑法総論』(3 版、青林書院、1996) 263 頁、堀内捷三『刑法総論』(2 版、有斐閣、2004) 167 頁参照。

第一に指摘することができるのは、他人のための正当防衛との関係である。すなわち、急迫不正の侵害にさらされた本人（被救助者・防衛権者）の意思に反して第三者が強行する正当防衛の成否と整合的な思考があるように思われる。もっとも、他人のための正当防衛においては、被救助者本人が急迫不正の侵害との関係で侵害に同意している場合は、基本的に除外されている。その場合には、不正の侵害が欠けると解されるためである<sup>(20)</sup>。それ故、被救助者本人の意思に反する正当防衛の可否が問われるのは、次のような場合である。たとえば、強盗に遭遇した被攻撃者が、他人に救助されることを恥だと思い、他人の救助を拒絶するような場合、強盗犯人に人質にとられた被攻撃者が、自身に対する危険が高まることを危惧したため、あるいは、強盗犯人が知人であることを知ったが故に、過激な方法での救助は望まないというような場合などである。比較的最近では、このように、被攻撃者本人の意思内容に応じて、場合によっては、本人の意思に反する正当防衛を肯定するという見解が支持されてきているようであるが<sup>(21)</sup>、その基礎には否定的見地がある。法確証、または、法秩序の保護という正当化原理が機能する正当防衛状況においてさえそのように否定的に解される以上、正当な法益が衝突する緊急避難にいたっては、正当化の余地が一層狭く解されるのである。このような結論は、とりわけドイツの学説において、次のような理解に基づいていると思われる。すなわち、緊急行為を為す権限というものは、本来的には、急迫不正の侵害、または、現在の危難にさらされている者の特権であり、第

---

(20) 武藤・前掲72頁、川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法1巻』〔井田良〕（立花書房、2006）256頁参照。異説、津田重憲「被侵害者の意思と緊急救助」（明治大学）法律論叢77巻4・5号（2005）217頁以下、228頁参照【同『正当防衛と緊急救助の基本問題』（成文堂、2012）所収】。

(21) 武藤・前掲74頁以下参照。Vgl., Jakobs, AT, 12.Abschn., Rn.59ff.; Claus Roxin, Strafrecht AT Bd.1, 4.Aufl., 2006, § 15 Rn.118; Kristian Kühl, StGB Kommentar 27.Aufl., 2011, § 32 Rn.12

三者は、本人の権限に従属する限度で緊急行為を代行する権限が付与されるに過ぎないという理解がこれである<sup>(22)</sup>。したがって、不正の侵害または現在の危難にさらされている本人が、緊急権を放棄ないし制限するならば、第三者は、本人の意思に反した救助行為に出る権限をもたないことになる。こうした見地に対して、法確証、または、法秩序の保護を重視する立場から正当防衛の成立を認めるべきであるという見解も主張されているが、「正は不正に屈しない」という思考を過度に強調してはならないという趣旨の反駁もみられる<sup>(23)</sup>。

しかしながら、どの程度の防衛行為を為すのかは原則として防衛権者である被攻撃者が決定できる<sup>(24)</sup>、という正当防衛権思想を日本でも直接支持する必要はないであろう。被攻撃者本人が、侵害そのものに同意しているわけではなく、したがって、急迫不正の侵害が認められるならば、本人の意思内容の如何を問わず、第三者による正当防衛も不可能ではないと解すべきと思われる。緊急行為は、法による本来の保護を受ける時間的余裕のないときに限り、許容され得る。つまり、国家機関の適宜の救済が間に合わないからこそ、法益保全任務の、私人による代行が許容され得るという一面を考慮すれば<sup>(25)</sup>、被攻撃者本人、すなわち、防衛権者に、反撃行為の許容性についての排他的決定権限が完全に付与されると考えることは困難なように思われる。また、防衛行為によって法益侵害の危険が高まるおそれがある場合についても、具体的事案において防衛行為の必要性、相当性等を考慮すれば足りるであろう<sup>(26)</sup>。もちろん、被攻撃者本人よりも冷静であることが想定され得る第三者におい

(22) Vgl., Perron, § 32 Rn.25/26, Zieschang, LK, § 34 Rn.25 また、武藤・前掲 72 頁参照。

(23) Vgl., Stratenwerth / Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn.97

(24) Vgl., Roxin, AT, § 15 Rn.118

(25) 団藤重光『刑法綱要総論』（3 版、創文社、1990）232 頁、川端博『刑法総論講義』（2 版、成文堂、2006）326 頁以下、354 頁参照。

(26) 津田・前掲 228 頁、232 頁参照。

ては、正当防衛状況の認識如何によって、採り得る防衛手段が制限的に解されることも考えられるが、このことは個別具体的な状況に左右される事柄であるといえよう。また、防衛行為者に防衛意思を要求すれば、他人の正当防衛状況に藉口して攻撃者を不必要に侵害するという事態を懸念する必要もないと思われる。したがって、他人のための正当防衛が、たとえ被救助者本人の意思に反していたとしても、正当防衛の成立する余地を認めるべきであろう。

次に、緊急避難否定説を検討するうえで指摘しなければならない第二の点は、被害者の承諾との関係である。他人のための緊急避難がとりわけ重要な意味を持つのは、医療行為、特に緊急手術が、患者の同意を得ずに行われる場合である。そのような場合には、推定的同意が正当化根拠とされる。そして、患者の同意を推定し得る根拠が存在しない場合に限り、緊急避難が補充的に正当化事由として機能し得る余地が認められる<sup>(27)</sup>。しかし、患者が、拒絶の意思を表明している場合には、生命を救助する場合であっても、緊急避難を援用して手術を強要してはならないと説かれるのである<sup>(28)</sup>。このように、被害者の承諾、とりわけ、医的侵襲に関する患者の同意が、正当化事由としての緊急避難に優先すると解されるのは、保全法益主体の意思決定を尊重するためである。このことは、侵害法益と保全法益の担い手が同一である場合に顕著である。緊急避難状況において、保全法益主体の意思決定がどの程度

---

(27) Vgl., Doris Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996, S.149f.; Matthias Boll, Strafrechtliche Probleme bei Kompetenzüberschreitungen nichtärztlicher medizinischer Hilfspersonen in Notsituationen, 2001, S.105ff., 198f.

これに対して、緊急避難の余地を認めないものもある。Vgl., Heinz Müller-Dietz, JuS 1989, S.281; Frank Müller, in Roxin / Schroth (hrsg.), Medizinstrafrecht 2.Aufl., 2001, S.39ff.; Frister / Lindemann / Peters, Arztstrafrecht, 2011, Rn.70ff.

(28) Vgl., Roxin, AT, § 16 Rn.71; a.A., Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S.113

重要な意味をもつかは、侵害法益と保全法益の担い手が別人である場合と、同一人の場合とで異なる。そのことを念頭に置きつつ、否定説の根拠を検討することとしたい。

上述のように、緊急避難否定説の主要な根拠は、保護価値の欠缺と、要保護性の欠如に求められている。つまり、「法益」主体である個人が、法益に対する侵害を承諾することによって、「(法的) 保護に値する利益」のうち、法的保護、または、保護に値する利益が失われることになるという理解が、上述の否定説に基底されていると考えられる。こうした理解は、一見、明白な説得力をもつように思われるが、いくつかの疑問を内包している<sup>(29)</sup>。

まず、両説に共通の問題として、受刑者の事例との整合性が挙げられる。受刑者に対する刑の執行の例においても、法益の要保護性、または、保護価値が欠如するので、緊急避難は成立しないと説かれる。しかし、危難にさらされた本人が危難を甘受している場合と異なり、受刑者は、自己の法益に対する制約について、まったく承諾していない。受刑者の事例と、同意のある場合を同様に論じては、法益の要保護性、または保護価値が欠如する統一的な根拠を示すことにはならないであろう。それどころか、この場合には保護する必要がない、保護に値しないという結論が先行しているように見えるおそれがある。

次に、法的保護は、個人の意思に依存するののかという疑問も存する。生命の放棄不可能性は一先ず措くとしても、その他の法益は、法益主体が保護を要求することによって初めて実質的法益たり得るのであろうか。もし、財に対する処分意思が、保護の対象に含まれているとすれば、処分意思を表明できない状態にある者に対しては、現実の意思決定に対する侵害がない以上、

---

(29) 同旨、佐久間修『最先端法領域の刑事規制』（現代法律出版、2003）102 頁以下、伊東研祐『『被害者の承諾』論の再検討と犯罪論の再構成』現代刑事法 6 卷 3 号（2004）19 頁以下、辰井聡子「治療行為の正当化」中谷陽二ほか編『精神科医療と法』（弘文堂、2008）349 頁以下参照。

常に、推定に基づく法益侵害を認めざるを得ないであろう。これを肯定するならば、原則的に、個人による処分可能性は、国家による保護を前提としていと解すべきではないであろうか。つまり、一定の利益は、国家が保護すべき重要性をもつものとして一般的に定立されているのであって、個人の意思に基づく保護の必要性を、再び検討する必要はないと考え得る。行為事情に基づく、個別具体的な保護の有無は、法益侵害の存在を前提としたうえで検討されるべきではないであろうか。

さらに、深刻な問題は、要保護性が欠けることによって、何故、緊急避難は禁止されるのかという点である。たとえば、法益主体の承諾に基づいて、「法によって保護されるべき利益」のうち、利益（財）は残っても、法的保護が放棄されるために法益侵害は生じないとされるならば<sup>(30)</sup>、緊急避難成否の判断に際して、残存する利益を衡量する必要は残るのではないか。この点に関して、要保護性が欠けるために利益の比較衡量を行う端緒が失われると説かれる場合<sup>(31)</sup>、その理由が承諾に基づく利益の喪失にあるならば、保護価値の欠缺と同様の理論構成になる。しかし、そうでない限り、何故、当該利益を保全する行為が禁止されるのかは、未だ不分明である。要保護性の欠ける利益を保全する行為が犯罪を構成するということは、単に保全の必要性が欠けるに止まらず、保全行為の禁止を意味する。この点につき、被救助者本人の意思に反してまで、その法益を保全する義務、すなわち救助の作為義務は生じないことを説く見解がある<sup>(32)</sup>。確かに、本人の拒絶によって、作為義務が解除される場合も存するであろう。しかし、作為義務の否定は、不作為義務の肯定と直結するわけではない。たとえば、川で溺れている他人を救助する義務をもたない者は、たとえ難なく救助が可能であったとしても、救助

---

(30) 山中・前掲 203 頁参照。

(31) 関哲夫「緊急避難の法的性質について」早稲田法学 87 卷 3 号 (2012) 421 頁参照。

(32) Vgl., Donatsch, a.a.O., S.345ff.

してはならないという不作為を命じられてはいない。この場合に、不作為義務の根拠が存在し得るとすれば、それは、川で溺れている者が自己の法益の放棄を望んでいる場合には、その意思決定を尊重しなければならない、という要請にほかならないであろう。このような理解は、被害者の承諾を自己決定という価値の表明として理解する見解につながる。つまり、法益の放棄という処分意思は、消極的な意味での、保護の放棄ではなく、積極的な価値の要求であると理解し、この処分意思に優越的利益を認めるという見解がこれである<sup>(33)</sup>。それ故、客観的財よりも処分意思の価値が優越することによって緊急避難が否定されることになるのである。

これは、法益主体の承諾によって保護に値する利益が失われるという見解と同様の理論的帰結に至る。というのも、先述のとおり、承諾に伴う、保護されるべき利益の欠缺は、常に、優越的利益の不存在という結論を導くからである。

したがって、要保護性の欠如を根拠とする見解が、要保護性の欠ける利益については、これを衡量してはならないというルールを設定するのでない限り、両説は、結局、「優越的利益の不存在」を理論的根拠とする点で一致する。もっとも、その構成は対照的である。前者は、法益主体の処分意思に自己決定という積極的価値を付与することによって、保全利益（客観的価値）の存在を認めつつも、自己決定（主観的価値）の侵害を重大視する結果、保全法益が侵害法益に優越しないことになるという構造である。これに対して、後者は、保全利益（客観的価値）が欠如する結果、必然的に保全利益が侵害利益を下回るので、優越的利益が存在しないことになる。要するに、主観的価値が、客観的価値とは別個独立に評価されるか、あるいは、客観的価値が、主観的価値を前提とするかのいずれかである。

---

(33) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂、1980）146 頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社、2004）6 頁参照。

いずれにせよ、主観的な価値が、利益衡量にとって決定的な影響力をもつことになる。しかしながら、このような理解を、保全法益と侵害法益の担い手が異なる場合にまで貫徹することは、無理があるように思われる。というのも、そのように解するならば、緊急避難の成否は、客観的な法益侵害ではなく、もっぱら、当事者がどのような価値観を有していたか、という一事に左右されることになるからである。一部では、危難にさらされている者の、財に対する主観的意味づけを利益衡量に計上することに積極的な見解が示されている<sup>(34)</sup>。たとえば、学生が6週間かけて作成したレポートを保全するため、より高価な財物を損壊することも、緊急避難として正当化され得るのである<sup>(35)</sup>。しかし、同説の主張者が、当該レポートを保全するために、他人の生命を侵害することまで許容し得るとは到底思われない。衝突する法益の各主体が、生命、身体、自由、財産という順で定立された価値の序列とは異なる価値秩序を有していたとしても、第三者が、それをそのまま尊重したうえで両者の利益に優劣を決することは、およそ不可能である。やはり、利益衝突は、先ず、客観的価値の衝突を前提としなければならない。

これに対して、保全法益と侵害法益の担い手が同一である場合には困難な問題が生じる。というのも、同一法益主体の内部で利益衝突が生じている場合には、他者の法益との利害調整が問われているのではなくて、当事者の内心での利害調整、すなわち、本人の価値選択が問われているからである。したがって、同一法益主体内での葛藤においては、客観的、社会的に特徴づけ

---

(34) Vgl., Roxin, AT, § 16 Rn.71 ; Perron, § 34 Rn.33 ; Erb, MK, § 34 Rn.137ff.

しかし、これらの見解も、基本的には、保全法益と侵害法益の担い手が同一である場合を想定している。

(35) Vgl., Roxin, AT, § 16 Rn.71 ; Erb, MK, § 34 Rn.138

この設例は、「財産」としての価値を評価する限りで意味をもつに過ぎないであろう。辰井・前掲 353 頁以下参照。Vgl., Neumann, NK, § 34 Rn. 82

られる最善の解決策ではなくて、当事者の主観面における最善の方法が要求されると考えられるのである<sup>(36)</sup>。このことは、とりわけ医療の場において、患者にとっての最善の利益の追求というかたちで反映される<sup>(37)</sup>。いかに社会的価値のある治療行為であっても、それが医師の専断によるときには、許容されない。このような理解は、緊急時にも妥当する。つまり、緊急時には、推定的同意を要求することによって、患者の意思決定に適うと想定される行為が正当化されるのである。それ故、現在の危難に遭遇した者がその危難を受忍するつもりでいるならば、その意思に反する行為には、緊急避難の援用による正当化が許されないと考えられているのである。

ところが、實際上、生命に対する現在の危難が認められる場合には、少し事情が異なる。たとえば、ハンガーストライキを敢行する受刑者の生命に危険が生じたときには、強制的な栄養補給がドイツ行刑法 101 条に基づいて許容され得る<sup>(38)</sup>。また、(2) の専断的治療行為が、緊急避難 (ドイツ刑法 34 条) として正当化され得ることが判示された稀有な事例も存在するようである<sup>(39)</sup>。さらに、親の意思に反して、子どもに必要な治療を行ってその生命を救助することは正当化され得るし、場合によっては義務づけられることもある<sup>(40)</sup>。さらにまた、たとえ、患者の自由意思に基づく自殺であっても、医師がその意思を尊重して救助を行わない場合には、不救助罪 (ドイツ現行刑法 323 条 c) に問われ得るのである<sup>(41)</sup>。

(36) Vgl., Renzikowski, a.a.O., S.65

(37) 町野・前掲 231 頁参照。

(38) そのほか、緊急時には本人の意思に反する救助が合法化されている例も少なくない。Vgl., Klaus Ulsenheimer, in Laufs / Kern (hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4.Aufl., 2010, § 139 Rn.77f.; Frister / Lindemann / Peters, a.a.O., Rn.72f.

(39) Vgl., OLG Stuttgart Bescheid vom 30.11.1993 Az.26 Zs 1056/93 この裁判例については、Klaus Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4.Aufl., 2008, § 1 Rn.94e を参照した。

(40) Vgl., RGSt 74, 350; OLG Hamm NJW 1968, S.212; Th. Lenckner, in Balduin Forster (hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, 1986, S.596; Ulsenheimer, Handbuch, § 139 Rn.77

もちろん、これらは、生命に危険のある場合のなかでも例外的な事例に属するといえるが、これでは、救助を行う第三者、とりわけ、救助義務が課されている者にとって余りに過酷ではないであろうか。たとえば、上述（1）の例において、犬がAの手足に噛付いた程度では救助が禁止され、生命に対する危険性が高まった途端に一転、救助が義務づけられ得ることになる。このような過酷な状況が生じるのは、緊急避難状況においても、本人の意思決定を尊重しようとする結果であろう。前述のように、同一法益主体の内部で利益衝突が生じている場合には、他者の法益との利害調整が問われているのではなく、当事者の主観における最善の解決策が要求されると考えられる。しかしながら、患者の同意が、本人にとって最善の利益を達成するための前提であるならば、それは、一方的な意思の表明では足りないはずである。医師が、患者の要求すべてに応えるのは不可能である。医師と患者の双方が、可能な条件を提示し、互いに納得のゆく合意に至ることで患者本人の最善の利益に近接可能であるとすれば、緊急状況にこれを要求することはできないように思われる。それどころか、実際には、緊急時に表明された患者の意思が真意であるかどうかを判断することも困難であろう。

今日、緊急避難の正当化根拠を優越的利益説から説明する見解が有力に主張されている。しかし、緊急避難の趣旨が、当事者の最善の利益を追求することにあるとは考えがたい。むしろ、非常に大きな害を避けるためには、より小さな害を惹起することも止むを得ないことを理由とした犯罪成立性阻却事由と解することはできないであろうか。このように理解するならば、危険にさらされている本人の意思に反した専断的救助の場合であっても、緊急避難の成立する余地を一切否定することはできないと思われる。

もっとも、被救助者の意思に反する緊急避難を肯定する見解に対して、次のような批判が提示されている。すなわち、肯定説によれば、法益主体が法

---

(41) Vgl., BGHSt 32, 367 ; NSStZ 1988, S.127

益を自由な意思に基づいて処分しようとしている場合でも緊急避難としてそれを妨害し得ることになりかねないが、これは結論として不当であろうと主張される<sup>(42)</sup>。いかなる場合が想定されているのか必ずしも明らかではないが、たとえば、自己の所有物を焼却しようとしている者や、ボクシングに参加して殴られそうな者に、緊急避難と称して干渉する場合が考えられるであろうか<sup>(43)</sup>。しかし、これらの場合に現在の危難があるとは言いがたいであろう。確かに、避難行為は、違法でない危難に対しても可能ではあるが、ボクシングというスポーツも含めて、適法行為であることが疑いない場合が、緊急避難状況として想定され得るか疑問である<sup>(44)</sup>。受刑者の事例もこれと同様である。緊急行為は、法による本来の保護を受ける時間的余裕のないときに限り許容され得ると解するならば、「危難」とは、時間的猶予がある場合には、国家機関に救済を求めるべきものに限定されるべきではなかろうか。また、そのように適法な行為を「危難」と解することは、現行刑法 37 条に対応すると考えられる旧刑法 75 条 2 項の「天災又は意外の変」と余りにも乖離するように思われる。

したがって、その限りで、緊急避難を肯定する見解に弊害は生じないであろう。むしろ、問題は、被救助者本人の意思決定の侵害を如何に解するか、という点にある。この点につき、本人の意思決定への侵害を利益衡量に計上するという見解もあり得るが、前述のとおり、主観的価値を利益衡量することは困難と思われる。これに対して、客観的法益侵害の範疇を越えない限りで、害の衡量に含ませることは可能であろう。たとえば、(2) の事例において、被救助者である妊婦の意思決定に対する侵害を、傷害の限度で考慮することは可能である。また、緊急状況において患者本人の最善の利益を追求

(42) 山口厚『問題探求 刑法総論』(有斐閣、1998) 101 頁参照。

(43) これらの説例については、Zieschang, LK, § 34 Rn.38、林・前掲 213 頁参照。

(44) 同旨、西原・前掲 251 頁参照。

できない理由が、医師と患者の双方が納得のゆく合意に至るための時間的猶予が存在しないことにあるならば、本来、そうした時間的余裕があったにもかかわらず、意図的に、緊急避難状況を招致した場合には、自招危難に準じて処理することも可能であろう。そのほか、救助者の専断を制限するために避難行為の相当性を考慮するという方法も考えられるが、この点については今後の検討課題としたい。

#### 4. むすびにかえて

作為義務と不作為義務の衝突、緊急避難の法的性質、避難行為の相当性などの論点のほか、判例の検討も含めて、本稿では考察の及ばなかった点が多いけれども、これらの検討は他日に期することとして、本稿の考察内容を纏めると以下ようになる。

他人のための避難行為が被救助者本人の意思に反する場合には、緊急避難の成立を否定する見解が有力である。その根拠は、保護価値の欠缺と、要保護性の欠如に求められているが、両説は、結局、「優越的利益の不存在」を理論的根拠とする点で一致すると思われる。いずれの見地に立っても、被救助者本人の意思決定（主観的価値）が、緊急避難の成否を決定的に左右する。とりわけ、被救助者の受忍意思に基づいて保全法益の保護価値が欠けると解する場合には、緊急避難の成立する余地はまったく存しないこととなる<sup>(45)</sup>。しかし、他者との利害調整において主観的価値を基準とすることはできないし、同一法益主体の内部衝突の場合においても、本人にとって最善の利益を追求することを緊急避難状況で要求することはできない。緊急避難においては、客観的な利益衝突状況の下で、最善の利益ではなく、最悪の事態の回避が要求されると解する。

したがって、現在の危難にさらされている被救助者本人の意思に反する場

---

(45) もっとも、故意が阻却される余地は認められる。山中・前掲 524 頁参照。

合であっても、緊急避難の成立する余地は認められる。もちろん、具体的状況如何によって、避難行為の必要性・相当性が制限されることは考えられるが、(1)、(2)のいずれの事例においても、緊急避難の成立する余地を認めるべきであると思われる。