

立教大学学術推進特別重点資金 (立教 S F R)  
 在外研究  
 2012 年度研究成果報告書

研究代表者	所属・職名		氏名	
	法務研究科・教授		深町 晋也 印	
研究課題	緊急避難論の理論的基礎—ドイツ法、スイス法、日本法の比較を通じて—			
研修期間	2012 年 4 月 1 日 ~ 2012 年 8 月 22 日 ( 144 日間 )			
経費	年度経費	SFR 助成額	所属学部からの補助額	合計
	2011 年度	0 円	3,350,000 円	3,350,000 円
	2012 年度	1,337,103 円	150,000 円	1,487,103 円
主な滞在国及び研究機関名	国名	研究機関名		
	ドイツ	ケルン大学 (外国・国際刑法研究所)		

研究成果の概要 (図・グラフは使用しないこと)

本研究に関しては、概要以下のような成果が得られた。

第 1 に、ドイツにおける緊急避難規定を巡っては、現行規定であるドイツ刑法 34 条及び 35 条の形成過程、及び、35 条の前身であるライヒ刑法典 52 条及び 54 条に関する判例・学説における議論を綿密に調査・分析した。ドイツ刑法 34 条は正当化的緊急避難を、35 条は免責的緊急避難を規定するが、緊急避難の法的性質をこのように 2 つに分ける立場 (二分説) は、ライヒ裁判所における判例 (RG61,242) 以降、ドイツにおいて定着するに至った。当該判例は、本人または親族に対してのみ緊急避難を認めていた旧 52 条・54 条の法的性質を免責的なものと把握した上で、こうした人的範囲の限定のない正当化的緊急避難を、明文がないにも拘らず認めるものであった (超法規的正当化的緊急避難)。このような、人的範囲の限定のない正当化的緊急避難と、人的範囲に限定がある免責的緊急避難との両方が存在するという立場が、前述のように、ドイツにおいては定説化されて行き、1975 年改正において明文化されるに至るのである。

しかし、当該判例が登場する以前に、既にドイツにおいては、緊急避難の本質を巡って大きな対立があり、そこでの対立においては、むしろ、緊急避難の本質を一元的に解する見解が有力であった。そうした中、ライヒ刑法典 52 条及び 54 条とほぼ同様の規定を有する 1870 年北ドイツ連邦刑法草案 50 条及び 52 条についての立法理由においては、50 条については、(責任無能力とは異なり) 違法性の意識を有しているものの、自己の自由な意思決定ができず、他者の意思が強要された結果、他者の道具となっている場合を規定したものであるのに対して、52 条は、(正当防衛とは異なり) 権利同士が衝突する局面で、より小さな権利がより大きな権利に譲歩する場合を規定したものであるとされており、既に二元説的な萌芽を看取することができるのである。こうした二元説的な萌芽は、その後のライヒ刑法典 52 条及び 54 条の解釈論としては発展しなかったものの、超法規的正当化的緊急避難を判例 (RG61,242) が認めるに至った経緯に鑑みると、重要な意義を有するものと言える。

第 2 に、ドイツにおける緊急避難論の問題性が特に顕在化した領域として、いわゆる「拷問による救助」事例について、ドイツの判例・学説を綿密に調査・分析した。ドイツでは、2002 年に、犯人が被害者を誘拐した後に直ちに殺害し、家族に身代金を要求したが、警察により逮捕され、取調べにおいても、被害者殺害の点を供述しなかったため、捜査官が、なお被害者が生存していると誤信し、被害者を直ちに救助する必要があると考えて、脅迫という手段を用いて、犯人に自供させたという事件 (Daschner 事件) を巡って、捜査官の行為が、正当防衛 (ドイツ刑法 32 条) あるいは正当化的緊急避難 (ドイツ刑法 34 条) に該当するか、という点が激しい論争の対象となった。

**研究成果の概要 (つづき)**

ドイツにおける通説的見解は、「拷問による救助」については、違法阻却事由の成立を一切否定するというものである。すなわち、拷問は、ドイツ基本法 104 条 1 項や 1 条 1 項により、「人間の尊厳」を侵害するものとして、絶対的に禁止される結果、刑法上も、およそ正当化の余地がない、とされている。しかし、このような帰結は、捜査機関による拷問のみならず、私人が行う場合であっても同様に妥当することになり、被害者自身、あるいは被害者の家族が犯人に対して脅迫という手段を用いる場合についても、一切の正当化の余地を封じることになる。こうした帰結が妥当であるかについては、それ自体として疑わしいが、仮に正当化が否定されたとした場合には、私人についてはなおドイツ刑法 35 条の免責的緊急避難の成立がありうるものの、捜査機関については、当該規定が適用されない結果、超法規的な免責しか考慮し得なくなるが、ほとんどの場合には、超法規的な免責は認められないであろう。こうした結論の過酷さを回避するために通説に残された手段としては、量刑による解決しかあり得ないことになる。

これに対して、有力な見解は、「拷問による救助」についても、一定の範囲で正当防衛あるいは正当化的緊急避難の成立を認める。様々な見解が主張されているが、基本的には、ドイツ基本法 1 条 1 項による「人間の尊厳」の絶対性を一定の場合に相対化したり、あるいは例外を認めたりするものである。こうした見解については、「人間の尊厳」の相対化を一旦認めると、理論的に歯止めが効かなくなる、あるいは明確な限界を設定することが原理的に困難である、といった批判が向けられており、こうした批判に対処する必要がある。

第 3 に、スイスにおける緊急避難論の現状について、判例・学説を精査・分析した。スイス刑法における緊急避難規定は、2007 年に施行された刑法 17 条 (正当化的緊急避難)・18 条 (免責的緊急避難) に規定されているが、これらの規定は、従来の判例・学説を反映・追隨したものとなっている。

刑法 17 条においては、ドイツ刑法 34 条とは異なり、「著しい (wesentlich) 優越」が要件とされていないこと、刑法 18 条においては、ドイツ刑法 35 条とは異なり、保全法益の限定がなく、また、免責が認められる人的範囲についても (本人または親族・一定の近親者などといった) 限定がないことが特徴的であり、そうした条文の差異を反映して、ドイツにおけるものとはやや異なる解釈論が展開されている。こうした議論状況は、従来、ドイツの緊急避難論にのみ依拠してきた我が国の刑法解釈論についても極めて示唆的であり、ドイツ刑法独自の規定に由来する議論を敢えて (条文構造が大きく異なる) 我が国で論じる意味についても再考させるものである。

他方、いわゆる「家庭内の暴君」事例を巡っては、スイスの最高裁においては、ドイツの判例・学説を援用しつつ議論が展開されている。ここでは、スイス刑法とドイツ刑法とで、条文の文言においても、法的な問題としても、かかる援用を許すような共通の基礎があると言え、こうした比較的分析枠組みは、我が国の緊急避難の解釈論にとっても、極めて有益であろう。

**キーワード** (研究内容を適確に表しているものを 5 項目で記入)

〔正当化的緊急避難〕〔免責的緊急避難〕〔正当化と免責〕〔拷問による救助〕〔利益衡量〕

**研究発表** (研究によって得られた研究経過・成果を発表した①～④について、該当するものを記入してください。該当するものが多い場合は主要なものを抜粋してください。)

- ①雑誌論文 (著者名、論文標題、雑誌名、巻号、発行年、ページ)
- ②図書 (著者名、出版社、書名、発行年、総ページ数)
- ③シンポジウム・公開講演会等の開催 (会名、開催日、開催場所)
- ④その他 (学会発表、研究報告書の印刷等)

深町晋也 「ドイツにおける『拷問による救助』を巡る諸問題」『理論刑法学の探究 6』成文堂 2013 年 (掲載予定)