

アルミン・エンゲレーダー
「自動運転自動車とジレンマ状況の克服」
Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die
Bewältigung dilemmatischer Situationen

富川 雅 満

- I. はじめに
 1. 紹介論文の概要
 2. ドイツにおける緊急避難
- II. 文献紹介
 1. 人が車両を運転している場合のジレンマ状況
 - (1) 刑法34条による正当化
 - (2) 刑法35条及び超法規的免責緊急避難による免責
 - (3) 防御的緊急避難における特殊性
 - (4) 不作為犯における特殊性
 2. 自動運転自動車におけるジレンマ状況
 - (1) 車両利用者
 - (a) 許されたりスク
 - (b) 緊急避難による正当化
 - (c) 緊急避難による免責
 - (2) 車両製造者
 - (a) 他の交通参加者が犠牲となる場合
 - (b) 車両利用者及びその他の車両客が犠牲となる場合
- III. コメント
 1. エンゲレーダーの緊急避難論
 - (1) 緊急避難の根拠論について
 - (2) 正当化緊急避難の要件解釈
 - (3) 免責緊急避難の要件解釈
 2. 自動運転自動車のプログラミング問題とわが国の緊急避難
 - (1) 「現在の危険」要件
 - (2) 「避けるため」要件

- (3) 「やむを得ずにした行為」要件
 - (4) 「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったこと」要件
3. むすびに代えて

I. はじめに

1. 紹介論文の概要

紹介論文は、国際刑法学雑誌(*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*)の11巻9号(2016)608頁以下に掲載されたもので⁽¹⁾、事故時における自動運転自動車の回避行動をどのようにプログラミングするべきか、との問題を刑法的観点から論じるものである⁽²⁾。紹介論文のタイトルにもある「ジレンマ状況」とは、車両運転中の危険回避行動に際して、どのような行動に出たとしても誰かしらに損害が発生せざるをえないような状況を指す。このジレンマ状況にあって、どのような行動が選択されるべきであろうか。

これに類似した問題は、従前、電車問題⁽³⁾やトロッコ問題⁽⁴⁾として扱われてきたものであり、必ずしも新しいものではない。しかしながら、自動運転自動車の導入が現実的となってきたいま、この問題を検討する必要性は高い。なぜならば、ジレンマ状況においてどのような行動が法的責任を負わないものといえるかは、自動運転自動車を開発するにあ

-
- (1) *Armin Engländer*, Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die Bewältigung dilemmatischer Situationen, ZIS 2016, 608.
 - (2) 本研究会でも、同問題を扱う論文はこれまでも紹介してきた。たとえば、富川雅満「エリック・ヒルゲンドルフ『法と自律型械—問題概説』」千葉大学法学論集31巻2号(2016)103頁以下(107頁以下及び122頁以下)など。また、本誌掲載の今井紹介論文(139頁)および永井論文(186頁)を参照。
 - (3) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)177頁以下。
 - (4) 自動運転自動車におけるトロッコ問題を、仮装事例を複数挙げて紹介するものに、平野晋『「ロボット法」と自動運転の『派生型トロッコ問題』—主要論点の整理と、AIネットワークシステム『研究開発8原則』』NBL第1083号(2016)29頁。

たって、単なる形而上学的な思考実験にとどまるものではないからである。自動運転自動車の製造者は、事故発生時の自動運転自動車の行動をあらかじめ決定しておかなければならない。場合によっては、ジレンマ状況における自動運転自動車の行動を選択する必要性に迫られるかもしれない。しかしながら、その選択は、多分に哲学的色彩も帯びる法学上の難題でもある。そのような難題に法の素人たる製造者が直面するのであれば、少なくとも現状での法適用の帰結を示すことで彼らの負担を軽減することは法学者の役割に属する。この難題を検討するにあたっての指針となりうるものを提示している点で、紹介論文は参照価値が高いものと言える。

紹介論文は大きく2つのパートから構成されている。まず、人が自動車を運転していた場合での法的評価が、ドイツの支配的見解を基礎に参照され(Ⅱ1)、その後、自動運転自動車へと検討が進められている(Ⅱ2)。本稿ではこれらを要約的に紹介し、そののちに日本法との比較を踏まえて若干のコメントを付す(Ⅲ)。

2. ドイツにおける緊急避難

さて、文献紹介に入る前に、基礎的なドイツ法の知識を確認しておく。上述のジレンマ状況における行為者の態度を検討する際には、緊急避難の成否が問題となりうる。紹介論文においても、緊急避難に関する検討が主たるテーマとなっている。そこで、紹介論文の理解を促進するうえでも、ごく簡単にドイツの緊急避難について言及することとする。

わが国とは異なり、ドイツにおいては2つの緊急避難規定がある。違法性阻却事由としての正当化緊急避難(刑法34条)⁽⁵⁾と、責任阻却事由としての免責緊急避難(刑法35条)⁽⁶⁾である。

正当化緊急避難が肯定されるには、緊急避難状況(Notstandslage)と緊急避難行為(Notstandshandlung)、そして主観的正当化要素が必要となる。図式化すると以下の通りである。わが国の緊急避難規定と類比して考えると、③は補充性要件、④は害の均衡要件、⑤は相当性要件に対応する(後述Ⅲ2)。

緊急避難状況

- ① 保全利益が緊急避難に適した(notstandsfähig)ものであること
- ② 現在の危難が存在すること

緊急避難行為

- ③ 代替手段によって危難が回避不可能であること
- ④ 保全利益が侵害利益よりも著しく優越していること
- ⑤ 手段の適切性(Angemessenheit)が認められること

主観的正当化要素

- ⑥ 緊急避難状況の認識

免責緊急避難においても大枠としては正当化緊急避難同様に(しかし個々の内容では相違点が当然に見られる)、緊急避難状況、緊急避難行為、主観的免責要素が必要とされる。加えて、危難の甘受が行為者に期待されえないこと(35条1項2文)も必要となる。

-
- (5) 「生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する現在の危難が存在し、この危難が他の方法では回避することのできない状況下で、自己又は他の者から危難を回避するために行為した者は、相互に対立する各利益、特に各法益とそれらを脅かす危険の程度を衡量し、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。ただし、行為が危難を回避するのに適切な手段である場合に限られる。」(訳出にあたって法務省大臣官房司法法制部(平成19年)『ドイツ刑法典』を参照し、一部変更を加えた。以下同じ。)
 - (6) 1項「生命、身体又は自由に対する現在の危難が存在し、この危難が他の方法では回避することのできない状況下で、自己、親族又は密接な関係にあるその他の者に対する危難を回避するために違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。事情により、特に、行為者が危難を自ら惹起したことを理由にして、又は、行為者が特別な法的関係にあったことを理由にして、危難を甘受することが行為者に期待し得た場合は、この限りでない。ただし、特別な法的関係の考慮によらないで、行為者が危難を甘受すべきであったときは、刑は、第49条第1項により、減輕することができる。」

緊急避難状況

- ① 保全利益が生命及び身体、自由であること
- ② 自己又は親族、その他の密接な者に危難が迫っていること

緊急避難行為

- ③ 代替手段によって危難が回避不可能であること

主観的免責要素

- ④ 避難意思

刑法35条1項2文の要件を充足しないこと

- ⑤ 危難の甘受が避難行為者に期待できないこと

正当化緊急避難、免責緊急避難ともに、③要件の補充性が要求されており、②要件についても現在の危難が存在する限りでは共通しており、これら共通要件が否定されると34条にせよ35条にせよ緊急避難の成立が認められない。それぞれの内容についてはⅢ1で補足するとして、大まかに以上の理解を前提に文献紹介を行う。

Ⅱ. 文献紹介

道路交通のオートメーション化に伴い、交通参加者がジレンマ状況に陥りうることは、新しい問題ではない。すでに、コーラーは、20世紀初頭の自動車草創期に、「自動運転手事例(Autolenker-Fall)」を仮想事案として検討を加えていた⁽⁷⁾。

このジレンマ状況においては、ある者の法益を救助するには他の者の法益を犠牲にするしか手段がない。その際には、正当化緊急避難(刑法34条)、免責緊急避難(刑法35条)、超法規的免責緊急避難⁽⁸⁾が考えられ

(7) Kohler, ARSP 8 (1915), 411 (431 f.).

(8) 刑法35条が「自己、親族又は密接な関係にあるその他の者から危難を回避させるため」であることを要求しているところ、この要件に該当しない場合に免責を認める類型(Engländer; in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 35 Rn. 19 f.).

る。行為者の行為が不作為である場合には、正当化的義務衝突⁽⁹⁾や、合規範態度の期待不可能性⁽¹⁰⁾などが検討される。これらの法形象の内実や根拠等々についての問題は、解釈学上いまだ決着を見ていない。

人が車両を運転している場合、このジレンマ状況での人の態度は無意識あるいは本能的判断に基づくものといえるが、自動運転自動車の場合には車両を制御するソフトウェアのプログラムに左右されることになる。突発的に生じる事故において、自動運転自動車のセンサーが外部の状況を適切に把握できるのかとの技術的問題はさておき、法的問題においては自動車の利用者や製造者の可罰性が問題となる。どのようなプログラミングがなされていれば、利用者及び製造者は処罰されないことになるのであろうか。以下では、この問題について、支配的見解を基礎に検討を加える。

1. 人が車両を運転している場合のジレンマ状況(原文609頁から611頁)

まず、人が車両を運転している場合には、どのような評価がされるのであろうか。

(1) 刑法34条による正当化

運転手が車両走行中に、自己又は他人に対する現在の危難を避けるために、他の者の法益を侵害した場合、保全利益が侵害利益を著しく優越している限りで、刑法34条にいう正当化緊急避難が認められる。たとえば、車両走行中に突如として目前に障害物が現れ、これに衝突すれば運転手が死亡しうような場合、これを回避するために、道路脇に停車していた第三者の自動車に損害を与えたとしても、運転手の生命という保

(9) ある者にそれぞれ内容の異なる保証人義務が2つ以上課されており、そのうちのひとつしか履行できない場合(*Engländer* (Fn. 8), Vor §§ 32 ff. Rn. 29 ff.)。たとえば、自分の子どもが2人溺れているが、その父親がそのうちの1名しか救助できない場合が、これに当たる。ドイツでは、慣習法上、この場合に行為者態度の正当化が認められている。つまり、父親が一方の子どもを救助するために、他方の子どもを見捨てたとしても、その救助の不作為は正当化されるということである。

(10) *Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 13 Rn. 30 ff.

全利益は、自動車(財物)という侵害利益よりも高い価値を有しているの
で、正当化緊急避難が認められる。

これに対して、回避措置により第三者が死亡する場合や重大な傷害を
受ける場合では、保全利益の著しい優越性は認められないとされてい
る。支配的見解によれば、生命法益は比較衡量を許さないからであ
る⁽¹¹⁾。たとえ1名の犠牲で複数の者が救助される場合でも、正当化は認
められない⁽¹²⁾。たとえば、40名の児童を載せたスクールバスの運転手
が、目前に現れた障害物を回避し、歩道上の1名の歩行者を轢いて死亡
させ、自分と40名の児童の生命を救助した場合、この1名の歩行者の殺
害は刑法34条によって正当化されない。このことは、「運転手がジレン
マ状況を認識していた場合もしくは認識しえたであろう場合に、自動車
の方向を変更してはならないことを意味している」(609頁)。その場合に
は、免責が考慮されるにとどまる。

(2) 刑法35条及び超法規的免責緊急避難による免責

生命及び身体に対する危難が、行為者(運転手)に差し迫っているか、
その親族及び密接な関係にある者に差し迫っている場合には、刑法35条
による免責が認められうる。ただし、刑法35条1項2文によれば、自招
危難を理由に行行為者に当該危険の甘受が期待されうる場合には、免責が
否定される。一般に、ここでの免責の否定は、単に行行為者が緊急状況を
惹起しただけでは不十分だとされ、この点に異論は存在しない。たとえ

(11) *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 23. なお、エングレンダー自身は社会連帯性説(後述)の立場から、生命が侵害された場合に刑法34条の適用を認めない根拠を、「何人に対しても、自己の死や身体が無傷性への重大な傷害を連帯被害者として他人のために甘受することは要求されえない」ことに求める(*Engländer* (Fn. 8), § 34 Rn. 32)。

(12) 判例としては、たとえば、BVerfGE 115, 118 (151 ff.); BGHSt 35, 347 (350)。学説においては、*Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 34 Rn. 74; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 467。

ば、ある論者によれば、法定速度を超えて高速度で走行していたために運転手がジレンマ状況に陥ったなど、行為者に義務違反性が認められる場合に、刑法35条の免責が否定されるという⁽¹³⁾。

刑法35条の要求する人的関係性(親族又は密接な関係性のある者)が充足されない場合、支配的見解は超法規的免責緊急避難による不処罰の余地を認める。たとえば、直進すると20名の子どもと衝突してしまう場合に、これを回避するために、左右にいた歩行者のいずれかを轢き、死亡させたとする。この場合、運転手自らは危険状態になく、さらに子どもと人的密接関係にもないから、刑法35条の適用は否定されるが、超法規的免責緊急避難の可能性は残る。もっとも、超法規的免責緊急避難の適用領域については、これを「危険共同体(Gefahrgemeinschaft)」⁽¹⁴⁾に限定する見解⁽¹⁵⁾と、単に数名の犠牲でより多数が救助される「量的生命緊急避難(quantitativer Lebensnotstand)」にも適用を認める見解⁽¹⁶⁾とがある。後者の見解によれば、直上の例でも免責が認められる。

(3) 防御的緊急避難における特殊性

避難行為によって無関係の第三者の利益が侵害される通常事例(攻撃的緊急避難)に比して、危険の起因者の利益が侵害される場合(防御的緊急避難)、保全利益と侵害利益との衡量基準は緩やかとなる。自動運転自動車のコンテクストで防御的緊急避難として考えられるのは、たとえば、運転手が道路上の障害物を避けるために歩道上の歩行者を轢いて傷

(13) *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 661.

(14) 誰かしらを犠牲にせねば、全員が死亡する関係にある場合をいう。紹介論文においてはナチ時代の精神病患者の安楽死事例が例として挙げられている(OGHSt 1, 321)。被告人は政府から精神病患者の殺害を命じられたところ、これを拒否した場合には更迭され、当該政策を忠実に遂行する同僚が後任となることを防ぐため、政策実行を見せかける目的で数名かの患者だけを殺害した、という事案である。

(15) たとえば、*Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 60 f.; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor §§ 32 ff. Rn. 117など。

(16) たとえば、*Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/ Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 347など。

害を負わせたが、この障害物を置いたのがその歩行者であった場合である。この場合には保全利益が侵害利益よりも劣後していないことで足りる(つまり、著しい優越を必要としない)。

ただし、危険の起因者が死亡するような場合にも正当化されるかについては争いがある。判例上は、生命の衡量不可能性を理由に、起因者を死亡させる場合での正当化は否定されている⁽¹⁷⁾。もっとも、社会的連帯性説⁽¹⁸⁾からすれば、この場合での正当化は肯定されうる。攻撃的緊急避難においては、連帯性から要求される行動として自己の生命を犠牲にすることは誰にも強制しえず、それゆえに、正当化を許容することはできない。これに対して、防衛的緊急避難においては、連帯義務は問題とならない。ここでは、危険起因者が自ら危険結果について責任を負うことになる。「逆に、防衛的緊急避難では、危険にさらされた者[すなわち、保全利益の保有者：訳注]が、危険起因者との連帯性から重大な損害を引き受ける義務を負うことはありえない」からである(611頁)。

(4) 不作為犯における特殊性

たとえば、走行中にタイヤがパンクしたために、運転手が車両のコントロールを失い、その結果、道路脇に停車中の他人の車両に接触しそうになったとする。接触した場合には相手方の車両に軽微な損害を負わすことになるが、運転手は接触直前に再び車両のコントロールを得たにもかかわらず、回避行動をとらなかった。回避行動によって自己の生命に危険が生じる可能性があったからである。このように避難行為の不作為が問題となる場合に、緊急避難の検討に際して特殊性が見られる。正当化状況に関連して、保全利益(ここでは運転手の生命)は避難行為の不作為時点で危険状況にある必要はなく、避難行為を実施した場合に危険状況に陥ることである。

(17) BGHSt 48, 255 (260). いわゆる、DV反撃殺人事例である。詳細は、深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題—緊急避難論を中心として」山口厚先生献呈論文集(2014)95頁(98頁以下)。

(18) その内容については後述(Ⅲ 1(1))参照。

2. 自動運転自動車におけるジレンマ状況(611頁以下)

以上、人が車両を運転した場合での法的処理を概観してきた。他方、自動運転自動車がジレンマ状況に陥った場合、そこでの避難行為は運転手の判断によるものではなく、プログラミングの帰結である。このような相違は、人が車両を運転していた場合との法的評価の差異を基礎付けるものになるうか。

ここで可罰性が問題となりうるのは車両利用者と製造者であり、以下ではそれぞれ区別して検討を加える。

(1) 車両利用者

まずは、自動運転自動車を実際に作動させ、道路交通へと供した車両利用者について検討する。車両利用者の可罰性を検討するうえで、その実行行為は車両を作動させた行為である。

(a) 許されたりスク

自動運転自動車は事故のリスクを著しく減じるものであって、社会全体にとって高い利益をもたらすものである。ごく稀に他人に侵害を加えるようなジレンマ状況に陥ることがあったとしても、その危険性は著しく低い。ヒルゲンドルフは、この点に着目して、それでも生じた例外的な危険実現は許されたりスクであって、発生結果を車両利用者のせいにするにはできないとして、客観的帰属を否定する。

しかしながら、許されたりスクによる犯罪不成立が認められるには、行為態様に高い社会的有用性が内在していることに加えて、「その行為によって例外的に惹起される損害が、あらゆる注意要求を遵守しているにもかかわらず回避できない」(612頁)ものであることが必要である。つまり、具体的な犯罪結果の発生が当該行為を一般に放棄するしか防止されえないような関係を要求するのである(しかし、その行為に大きな利益が認められることを理由に社会が当該行為を放棄するのを望まない)。たとえば、予防接種がこれに当たる。予防接種は対象となる病種の罹患リスクを下げるものであるが、医師が十分な安全措置を講じていたとしても、一部の者に健康侵害を生ぜしめうる。この健康侵害は予防接種をそもそも放棄しない限り回避できないが、そのような放棄はすべての人にとっての高い健康リスクを伴うものである。それゆえ、予防接種によっ

て生じた一部の健康侵害は許されたリスクとして甘受され、接種を行った医師に帰属されない。

このように許されたリスクが認められるのは、行為者に損害発生回避権限が存在せず、かつその不存在につき行為者に責任がない場合に限られるが、自動運転自動車はこの場合に当たらない。たしかに、ジレンマ状況の発生は完全に防止できるものではないが、しかしながら、具体的な交通参加者の法益侵害は自動運転自動車を放棄しなければ回避が不可能といったものではない。他の者を犠牲にするように自動運転自動車のプログラミングを変えればよいのである。このプログラミングの変更は、自動運転自動車の利益を放棄するものではない。したがって、許されたリスクを理由に、車両利用者の不可罰性を根拠付けることはできない。

(b) 緊急避難による正当化

自動運転自動車を作動させたことを実行行為だと捉えた場合に、緊急避難の要件のひとつである危難の現在性は肯定されないようにも思われる。事故が発生するのは、車両作動時(実行行為時)ではなく、車両走行中だからである。しかしながら、正当防衛においても防衛のための事前準備⁽¹⁹⁾が認められていることからすれば、緊急避難においても同様の理解が妥当する。したがって、危難の現在性の点で、正当化緊急避難は否定されない。

問題となるのは、自動運転自動車が緊急状況において車両利用者を保護するために歩行者を轢いたような場合に、保全利益の著しい優越性が肯定されるか、である。上述のように、生命の衡量可能性が一般に否定されていることからすれば、正当化緊急避難は否定されることになる。

この点、ヘベルケ／ニーダ・リュメリンは、自動運転自動車の特殊性を考慮して、衡量基準を変更することを提案している⁽²⁰⁾。人が車両を運転している場合、具体的なジレンマ状況において、他人を救助するため

(19) たとえば、侵入者に対する予防策として、電流柵を設置する行為。

(20) Hevelke/Nida-Rümelin, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 19, 2015, S. 5 ff. (S. 10 ff).

に誰が犠牲にされなければならないのかはすでに確定されている。この場面で、多数を助けるために少数を犠牲にするとの判断は、行為の違法性を阻却するものではない。これに対して、自動運転自動車の場合はプログラミングの時点で具体的状況下で誰が犠牲になるのかは決定されていない。このように誰も何も知らない状況において(無知のベールのもとで)は、多数を救助するために少数を犠牲にするようなプログラミングを行うことは、リスクの最小化という観点で、すべての人にとって利益をもたらすものであって、許されるものであるという。

しかしながら、この主張は、ルール設定とルール適用とを混同するもので、説得的ではない。自動運転自動車のプログラミングは、ジレンマ状況においてどのように行動するべきかのルールを設定するものである。この時点で、誰が犠牲となるのかは決定されていない。人が車両を運転する場合であっても、ジレンマ状況においてどのように行動するべきかの一般的なルールを設定する段階では、同様にルール適用時における具体的な役割配分は未決定なのである。自動運転自動車がプログラムを実行する時点、つまりルールを適用する段階では、誰が犠牲者となるのかは確定しているのであり、人が車両を運転する場合と同様である。

では、自由な判断が行われている時点を区別することで、自動運転自動車の場合と人が車両を運転する場合とを区別することはできないか。自動運転自動車においては、プログラミング時にすでに判断が行われ、実際にジレンマ状況が発生した時点でのプログラム実行は自動に行われる。人が車両を運転する場合では具体的にジレンマ状況が発生した時点で判断が行われているから、この相違に着目して、自動運転自動車のプログラミングにおいて衡量基準の変更を認めることも考えられうる。しかしながら、このような区別の仕方も、説得的ではない。というのも、法的に見れば、具体的ジレンマ状況における人の判断はすでに拘束されており、規範的には運転手は選択肢を有していないからである。その限りでは、自動運転自動車が自動的にプログラムを実行するのと同様である。

したがって、結論においては、人が車両を運転している場合に「自己又は他人の生命への危険を回避するために第三者である交通参加者(危険の起因者ではない)を死亡させたり、重度の傷害を負わせたりするこ

とは正当化されない」とのルールが妥当するのであれば、自動運転自動車においても同様のことが妥当する。少数を犠牲に多数を救助するように自動運転自動車をプログラミングすることは、違法性のレベルでは許容されない。

(c) 緊急避難による免責

かりに自動運転自動車とそのプログラミングに応じて他の交通参加者の生命を侵害した場合、車両利用者が当該車両を作動させた行為は違法となる。なお、考えられうるのは免責緊急避難である。

自動運転自動車の場合、ジレンマ状況における行動はプログラミング時での事前の冷静な判断に基づく。この場合に、免責緊急避難という心理的強制状況の存在を認めることができるか。刑法33条⁽²¹⁾とは異なり、心理的強制状況の存在は刑法35条の明文上の要件ではないが、一般的には免責根拠との連動から、書かれざる要件として要求されている。支配的見解によれば、刑法35条は、二重の責任減少、すなわち、違法減少に伴う責任減少、そして、心理的強制状況における合規範的態度に出る能力の減少に伴う責任減少の両者により行為者の免責を基礎付ける。車両利用者は車両を作動させる時点で心理的強制状況にないから、そもそも刑法35条の免責根拠に合致しないと考える。

二重の責任減少説を維持しながら、この問題を解決するには2通りの手法がある。一つ目に、プログラムが実行される段階、すなわち実際の避難行為時の心理状態を捉える手法である。しかし、心理的強制状況は実行行為時に必要なものであって、車両利用者にとっては車両を作動させる時点で存在しなければならない。二つ目に、緊急避難状況において行為者が冷静に判断を行っていても、刑法35条の適用は否定されないとする手法である。この考えからすれば、心理的強制状況は免責緊急避難の必須要件ではなく、あくまでも通常そういった場合が多いという意味での一般的記述にすぎない。しかしながら、一般的記述にすぎないのであれば、責任減少の根拠とすることはできないはずである。とすれば、二

(21) 過剰防衛(Notwehrexzess)の規定。「行為者が、錯乱、恐怖または驚愕から正当防衛の限度を超えたときには、罰せられない」。

重の責任減少を根拠とする支配的見解からすれば、車両利用者が実行行為時に心理的強制状況にない以上、刑法35条の適用は否定されることになる。

もっとも、免責緊急避難の根拠論に関する支配的見解は、被害者の利益と行為者の利益とを相互に計算可能な利益として扱っている点でそもそも妥当ではない。行為者が自己の所為から利益を得ているとの事情が、被害者に加えられた不法内容を減少させる理由は明らかではない⁽²²⁾。むしろ、刑法35条の免責根拠は、個々人の主観的権利の相互是認を基礎に、なお個人に現存利益を保持する最後に道を残すことに認められる⁽²³⁾。この考えからすれば、行為者が心理的強制状況にあったかどうかは重要ではない。したがって、自動運転自動車での車両利用者を刑法35条により免責することには、異論は認められない。

(2) 車両製造者

ついで、車両製造者の可罰性についての検討である。ここでは、自動運転自動車が、ジレンマ状況において誰を犠牲とするようにプログラミングされていたかによって2つに区分して検討される。第三者たる交通参加者が犠牲となる場合と、車両利用者及びその他の車両客が犠牲となる場合である。

(a) 他の交通参加者が犠牲となる場合

車両を作動させる(実行行為の)時点で車両利用者に構成要件結果の発生に関する故意⁽²⁴⁾又は過失が認められるかによって、製造者の可罰性は幫助犯及び過失同時犯に区分して検討され、車両利用者の可罰性に対応

(22) エングレンダーはさらに刑罰目的から刑法35条を根拠付ける見解も紹介している。すなわち、免責緊急避難の場合には、行為者の再社会化は不要で、行為者の行為により法秩序の妥当性に対する市民の信頼は裏切られていないとする見解である(*Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 4, 6*)。もっとも、この見解に対して、「他人への違法な侵害があるにもかかわらず規範妥当の信頼を損なわせていないとの結論に至る理由は明らかではない」として批判している(614頁)。

(23) この点についての詳細は、紹介論文の614頁以下及び*Engländer (Fn. 8), § 35 Rn. 3*。

したものとなる。車両利用者が正当化される場合、車両製造者の行為も正当化される。幫助犯においては違法な正犯行為がないため、過失同時犯においては製造者と利用者とは同一の正当化事由を参照できるためである。問題が生じるのは、車両利用者が免責されるにとどまる場合である。

上述のように、車両利用者が自動運転自動車を作動させた結果、自動運転自動車はそのプログラミングに従い、利用者を保護するために第三者を死亡させた場合、刑法34条による正当化は認められない。このことは、利用者のために車両に上記プログラミングを行ってはならない法的義務を製造者が負っていることを意味している。ヴェーバーは、このような義務付けは基本法の人間像に合致しないと批判する⁽²⁵⁾。というのも、この義務付けにより、車両利用者がジレンマ状況において自己の現在する財を犠牲にするように間接的に強制されることになるからである。しかしながら、このヴェーバーの考えは、他者の生命を犠牲に自己の生命を保護してはならないとの法秩序の要請を看過するものである。この法秩序の要請にもかかわらず、緊急状況が現に生じた際に車両利用者が他者を犠牲に自己の生命を守った場合に、単にこれが宥恕され、処罰が放棄されるにすぎないのである。したがって、その態度は違法⁽²⁶⁾であって、単に刑法35条に従い免責されるにすぎない。

しかし、車両利用者が刑法35条によって免責される場合を考えてみる

(24) エングレンダー自身は、故意犯の成立に懐疑的である。曰く、「車両利用者が通常、自律型車両を作動させる場合に結果発生を極めて可能性が低いこととして考えており、加えて、所為の時期、場所、その被害者に関して詳細な表象も有していないとの事情に鑑みて、侵害故意の要件が充足されるかどうかには、明らかに疑念がある」という(615頁脚註46)。

(25) Weber NZV 2016, 249 (253 f.). ヴェーバー論文の紹介として、本誌139頁今井論文参照。

(26) エングレンダーによれば、この場合でなお違法性を否定するためには、「法から自由な領域の理論(Lehre vom rechtsfreien Raum)」に依拠するしかないという。この理論は、一方では正当化されておらず、つまりは許容されていないが、他方では違法ではなく禁止されていないような、「非禁止的」行為が存在することを前提とする(616頁)。

と、通常、車両製造者は、車両利用者にとっての「親族、その他の密接な関係にある者」ではないから、人的関係性要件を充足せず、製造者が35条によって免責されることはない。その場合、製造者は超法規的免責緊急避難を根拠に免責されることもない【訳注：その理由はエンゲレンダーが想定する35条による免責が認められる場合とは、運転手を救助するために、歩行者らをはねたような事案であって、その場合には量的緊急避難にも当たらないと考えているためだと思われる】。刑法29条は、「いずれの関与者も、他の者の責任を考慮することなく、その者の責任に応じて罰せられる」と規定しているから、利用者が免責されて製造者が免責されないと考えることに矛盾はない。他方、超法規的免責緊急避難が車両利用者に認められるとすれば、すなわち、たとえば40名との衝突を回避するために自動運転自動車が1名の歩行者を轢いた場合で、超法規的免責緊急非難の適用範囲が量的生命緊急避難にも及ぶとの見解⁽²⁷⁾から車両利用者に超法規的免責緊急避難を認めるのであれば、そのようなプログラミングを行う製造者の行為も、免責されることになる。

(b) 車両利用者及びその他の車両客が犠牲となる場合

逆に、第三者たる交通参加者を救助するために、車両利用者やその他の車両客が犠牲となるようにプログラミングされている場合はどうか。たとえば、障害物が目前に現れたが、これを回避すると歩行者を轢くことになるので、そのまま衝突し、車両利用者等を死亡させるようにプログラミングした場合である。ここでは、製造者には過失作為犯⁽²⁸⁾の可罰性が考えられる。

ただし、車両利用者がジレンマ状況における車両の動作につき正確な情報を受けており、あるいは、その動作の可能性について認識していた場合には、発生した構成要件結果は製造者の仕業として帰属されない。

(27) 上述Ⅱ. 1(2)参照。

(28) 故意の肯否については、前掲注24参照。作為形式については、エネルギー投入の基準に鑑みて(*Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 8 ff.)、車両のプログラミングが動作的事であること、車両を道路交通において利用させることから、認められるという。

車両利用者に自己答責的な自己危殆化が認められるからである。リスク状況の認識にくわえて、車両を作動させる判断を利用者が行っている限りでは、危殆化支配(Gefährdungsherrschaft)も肯定される⁽²⁹⁾。

反対に、車両利用者が十分な説明を受けておらず、ジレンマ状況においては自動運転自動車が利用者の生命を優先するようプログラミングされていると誤信していた場合には、許されたリスクによる帰属排除が考えられる。ここでの許されたリスクの参照は、上述(2.(1)(a))の批判に当たらない。たしかに、プログラムを異なるものに設定していれば、車両利用者の死亡結果は現実には回避することができた。しかしながら、そのようなプログラミングは、法的には不可能である。上述のように、他者を犠牲とするプログラミングは規範的に許容されていないのである。評価矛盾を避けるためには、プログラミングに際しての他の選択肢は法的評価において除外されなければならない。すなわち、法的に考えた場合、ジレンマ状況において唯一取りうる選択は、「他の交通参加者に損害を転嫁させないこと」なのである。したがって、具体的状況における車両利用者の死亡結果はもはや避けられえないものなのである。この結果を回避するには、そもそも自動運転自動車を放棄することしかない。しかし、これは、自動運転自動車には事故の一般的リスクを減少させるという社会全体にとってのメリットがあることに鑑みると、あまりに高い代償である。それゆえ、許されたリスクとして、客観的帰属を否定することは考えられる。

その他の車両客に対する侵害結果についても、基本的には同様のことが妥当する。車両利用者がリスク状況を認識していた場合には、合意ある他者危殆化の問題となり、帰属が否定されるか、承諾論に基づき違法性が否定される。

(29) ドイツ判例上は、自己危殆化と他者危殆化との区別は「危殆化支配」の存否による(BGHSt 53, 55 (60 f.) : 公道レース事例)。この点については、*Rengier*; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 13 Rn. 81 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 265 ff.

Ⅲ. コメント

以上、紹介論文の内容を要約的に紹介してきた。紹介論文は、ドイツの緊急避難論を比較的にわかりやすく叙述するとともに、自動運転自動車のプログラミング問題について、その帰結を具体的に示すものであり、比較法的見地からも参照価値の高いものと思われる。

紹介論文自体は、基本的にドイツの支配的見解を基礎として、ニュートラルな立場から記述されていることが多いが、それでもなお、エングレンダー自身の主張が混在している部分もある。そこで、以下では、まず筆者自身の緊急避難論を紹介論文と関連する限りで確認し、その理解の一助とする⁽³⁰⁾。その後、同一の問題状況がわが国の緊急避難論からすればどのように捉えられるか、簡単に整理することとする。

1. エングレンダーの緊急避難論

(1) 緊急避難の根拠論について

前述の通り、ドイツはわが国とは異なり、緊急避難の性質論について2分説を採用することを明文上規定しているが、各緊急避難の根拠論については争いがある。

正当化緊急避難について、支配的見解は優越的利益説を採用しているのに対して、エングレンダーは、いわゆる社会的連帯性説を採用している (§ 34 Rn. 3)⁽³¹⁾。同説によれば、法益の犠牲を第三者に義務付けることは、このような義務付けが「相互性に基づく同一性保証ルールの構成要素」であることを理由に正当化されるという。社会におけるすべての

(30) ここでのエングレンダーの見解は、*Engländer* (Fn. 8)での記述を参考としている。以下では、該当箇所の条文番号と欄外番号だけを本文中括弧内で指摘し、引用の重複を避ける。さらに、刑法34条の正当化原理についてのエングレンダーの考え及び他説への批判は、*Engländer GA* 2017, 242に詳しい。そこでの主張の骨子は、刑法34条は攻撃的緊急避難の正当化だけを規定するもので、その正当化根拠は「利益と衡量を基礎とする連帯関係」の維持に求められるが、他方では、防御的緊急避難はそれとは異なる独自の正当化事由である(ゆえに衡量基準にも相違が存在する)、という点にある。

人は、自己が緊急避難に陥ることを前提としなければならない。そのような状況に陥った際に他人を犠牲として危難を回避してもよいのは、自己が緊急避難状況において他人の犠牲とされてもよいことを認めているからである。換言すれば、立場の互換可能性を前提に、相互に他人の犠牲となる社会的義務を連带的に負っているからこそ、緊急避難において他人に犠牲を義務付けることが可能となる、という。もっとも、どのような場合にも連帯義務が生じるのではなく、あくまでも保全利益が侵害利益よりも著しく優越する場合に限られる。著しい優越性が認められる場合にのみ、他人に犠牲を義務付けてよい。

他方、免責緊急避難においては、前述の通り、支配的見解は二重の責任減少説を採用する。Ⅱ章で触れたように、エンゲレンダーは、二重の責任減少説を採用しない(§35 Rn. 3)。その主張は、やや難解であるものの、正当化緊急避難の要件が充足されない場面で、各人が自己の現存する利益を保持する最後の道を残すことに、免責の根拠を認める。各人は、それぞれが持つ主観的権利を相互に是認しなければならない。相互是認こそが、各人にとっての重要な財の保護を保証するものだからである。この利益を保持するために他者の利益を侵害する行為は、正当化緊急避難が認められない以上、たしかに、違法ではある。しかし、自己の現存利益を保持することは相互是認の基盤であって、これは被侵害者の利益に劣後するものではない。この点に現存利益のための侵害行為と通常の侵害行為との相違点が認められ、免責を根拠付けるというのである。免責緊急避難が親族やその他の密接な者に限定されていることも、そのように人的に密接に関係する者の利益保護が自己の現存利益の保持に含まれることを理由とする。決して、代理的な利益保持が問題となっているわけではない。

(2) 正当化緊急避難の要件解釈

ここでは、エンゲレンダーの考えにおいて特徴的と思われる要件解釈

(31) ドイツにおける社会的連帯性説の展開については、森永真綱「緊急避難論における社会的連帯義務(1)(2)」姫路法学46号(2007)1頁、鹿児島法学43巻1号(2008)1頁、橋田久「緊急避難に対する緊急避難」法政論集256号(2014)496頁(452頁以下)が詳しい。

について紹介する。冒頭に挙げた緊急避難の要件図式も併せて参照されたい。

まず緊急避難状況のうちの、①保全利益が緊急避難に適したものであることについて、支配的見解は、この緊急避難に「適した」利益のなかに個人的法益に限らず、国家的法益や社会的法益も含めるが⁽³²⁾、エンゲレンダーは、条文上、「自己又は他の者」から危難を回避することが要求されていることを理由に、概念上は個人的法益を保全するための緊急避難に限られるべきと主張する(§ 34 Rn. 17)。

②現在の危難に関連して、まず差し迫った損害の程度に制限を設けない。たとえば、軽微な損害を除外するとか⁽³³⁾、著しい損害に限定される⁽³⁴⁾との見解を採用しない。損害の程度は、利益衡量(後述④要件)で考慮されるというのがその主張である(§ 34 Rn. 10)。同様に、危険が現実化する可能性についても特段の制限を設けない。事前的判断に基づき、一般抽象的なリスクを超えて具体的な損害発生の可能性で足りるとする一方で、危険の程度が低い場合であっても刑法34条の適用領域に含まれるとする(§ 34 Rn. 11 f.)。現在性については、支配的見解同様⁽³⁵⁾に、即座に回避行動が取られなければ結果回避がなしえないような場合を含めて、後の時点では危険実現の回避が確実とはいえない時点で肯定する(§ 34 Rn. 15)。

緊急避難行為について、③代替手段によって危難が回避不可能であることは、他人の法益を侵害する避難行為が危険回避の目的に適したものであって、かつ、相対的に穏当な手段であることをいうとする(§ 34 Rn. 19)。当該行為が結果回避を確実に保証している必要はないが、結果回避の可能性が著しく低い場合には、危険回避の目的に適したものとはいえない。また、穏当な手段といえるには、単なる逃走や国家又は他人の救助を求めることでは危険回避ができないといえなければならない。

⁽³²⁾ Perron (Fn. 11), § 34 Rn. 10.

⁽³³⁾ Günther, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 2014, § 34 Rn. 18.

⁽³⁴⁾ Pawlik, Der rechtfertigender Notstand, 2002, S. 160 ff.

⁽³⁵⁾ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 12), Rn. 303.

④保全利益の著しい優越性について、優越的利益説を採用する支配的見解は、保全利益と侵害利益の保護価値性の程度を測るうえで、全ての事情を考慮する。たとえば、法益の序列や、危難の程度、結果回避の可能性、被侵害者の自律性、危険発生についての答責性、危難甘受義務の存否、個々人の好みなどはすべて、衡量に際しての要素となりうる。これに対して、エンゲレンダーは社会的連帯性説の立場から、自律性や連帯性の存否は、衡量の基準を定立する際に考慮されるものであって、具体的な考慮要素とならないとする (§ 34 Rn. 23 ff)。衡量要素となるのは、まず、法益の一般的な価値序列である。もっとも、それに限られず、損害の程度や危険発生の可能性も考慮され、その結果、価値序列として高い法益に軽微な損害を加えることで、それよりも価値的に低い法益への重大な損害を回避したような場合であっても、緊急避難として正当化されるという (§ 34 Rn. 28)。したがって、ごく軽微に他人の身体を傷害することでもって価値の高い物を救助するような場合でも、刑法34条の適用領域に含まれる。

⑤手段の適切性については、④要件との類似性を理由にこれを不要とする論者もいる⁽³⁶⁾が、エンゲレンダー自身は、保全利益が著しく優越していたとしても避難行為が適切なものではない場合があるとして、適切性の必要性を支持している (§ 34 Rn. 23, 31)⁽³⁷⁾。エンゲレンダーは、④要件の検討の中に法益関連的な視点だけを導入し、それ以外の考慮要素によって正当化緊急避難を制限する役割を、⑤の適切性要件に求める。たとえば、II章でも触れたように、生命を侵害する緊急避難が正当化されないのは、生命を犠牲にするほどの連帯義務を他人に課すことはできないからであるとの主張は、生命に対する緊急避難が④要件によって否定されるのではなく、⑤要件によって否定されることを主張するものである⁽³⁸⁾。

主観的正当化要件については、支配的見解と同様に、⑥緊急避難状況

⁽³⁶⁾ Perron (Fn. 11), § 34 Rn. 46.

⁽³⁷⁾ 立法理由(BT-Drucks. V/4095, S. 15)においても同様の指摘がなされていた。

⁽³⁸⁾ その他、適切性要件によって刑法34条の適用が否定される類型については、§ 34 Rn. 35 ff.

の認識があれば足り、それ以上の危険回避意思(Gefahrabwendungsabsicht)は不要であるとする(Vor § 32 ff. Rn. 7, § 34 Rn. 44)。

(3) 免責緊急避難の要件解釈

ついでに免責緊急避難の要件解釈についてである。

緊急避難状況に関連して、①刑法35条は、免責緊急避難の対象を生命及び身体、自由に対する危難に限定している。エンゲレンダーは、刑法35条の免責根拠を、現存利益を保持する最後の道を残すことに求める立場から、これらの法益に対するなんらかの侵害では不十分であるとする(§ 35 Rn. 4)。支配的見解は、差し迫った侵害が取るに足りないとはいえない程度であれば足りるとするが、エンゲレンダーは法益への本質的な(substantiell)毀損の危険性がある場合(たとえば、長期的な視覚障害や聴覚障害など)に限定し、その意味で、刑法34条にいう危難よりも狭い概念規定を行っている⁽³⁹⁾。

②人的密接性要件に関しては特筆すべきところはないものの、支配的見解並びに判例が認める超法規的免責緊急避難について、エンゲレンダーは、その実体的根拠付けに照らして、懐疑的な立場を採用する(§ 35 Rn. 20)。エンゲレンダーの立場からすれば、現存利益の保持という観点から人的密接性要件を充たさない場合での免責を認めることは困難であるという。

緊急避難行為に関して、③代替手段による回避不可能性は、刑法34条と同様の解釈が妥当する(§ 35 Rn. 7)。

主観的免責要素について、刑法34条とは異なり、単なる緊急避難状況の認識では足りず、④危険回避意思が要求される(§ 35 Rn. 16)⁽⁴⁰⁾。違法阻却が問題となる正当化緊急避難とは異なり、刑法35条においては、避難行為の動機も考慮されなければならないからである。

刑法35条1項2文によれば、⑤危難の甘受が避難行為者に期待されえ

(39) なお、自由概念に関連して、支配的見解は身体的自由に限定しているが(Perron (Fn. 11), § 35 Rn. 8.)、エンゲレンダーは性的自己決定の自由もここに含まれると解している。

(40) 支配的見解も同様である(Perron (Fn. 11), § 35 Rn. 16)。

ないことが、要求される。その理由として条文上は、行為者が自ら危難を惹起したこと(自招危難)、又は行為者が特別な法的関係にあったことが例示的に列挙されている。このうち前者の自招危難については、II章でも触れたように、単なる惹起では足りない。行為者態度の客観的な義務違反性(pflichtwidrig)を要求する見解⁽⁴¹⁾や、行為者が自己の財を責務に反して(obliegenheitswidrig)扱っていることを要求する見解があるが、エンゲレンダーは後者の見解に与する(§ 35 Rn. 9)。ここにいう「責務に反した」とは、自己の財に対する危難の存在を予見できたことで足りる。

2. 自動運転自動車のプログラミング問題とわが国の緊急避難論

最後に、紹介論文の設定した問題状況において、わが国の緊急避難の適用が可能であるかについて、各要件ごとに検討を加える。その際に、その検討の対象は、紙幅の関係から、製造者のプログラミング行為に限定することとする。というのも、自動運転自動車の法的問題を検討するにあたっては、利用者の行為を問題とする以前に、プログラミングのあり方についての法的評価を定める必要性が高いと思われるからである⁽⁴²⁾。

刑法37条1項本文は、①自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する②現在の危難を③避けるために④やむを得ずにした行為であって、⑤これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったことを要件とする。このうち、本稿で検討している事例状況においては、①要件は問題なく充足されるため、そのほかの②から⑤要件について言及する。緊急避難の要件解釈については、その性質論をいかに解するかに応じて相違が認められるものの、ここではその点には立ち入らず、見解の相違についての言及も最小限にとどめる。

(41) *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 441.

(42) なお、本稿で問題とするようなジレンマ状況に関する検討ではないが、自動運転自動車の車両利用者と車両製造者の可罰性を検討する試みとして、岡部雅人「自動運転者による事故と刑事責任」愛媛法学会雑誌43巻3・4号(2017)1頁、今井猛嘉「自動化運転をめぐる法的問題」国際交通安全学会誌40巻2号(2015)56頁(60頁以下)、同「自動車の自動運転と刑事実体法」西田典之先生献呈論文集(有斐閣、2017)519頁(530頁以下)。

(1) 「現在の危難」要件

まず、ジレンマ状況において事故が生じた場合に、生命・身体その他の法益についての危難が存在していることについては争いようがない。本要件との関連で問題となるのは、危難の現在性が肯定されうるか、である。紹介論文でも言及されていた通り、プログラミング時には、いまだ具体的状況における法益への危難は生じていない。

現在性の要件については、正当防衛にいう急迫性と同じ意味で理解されるとの見解が多く⁽⁴³⁾、この解釈に従った場合には、法益の侵害が間近に押し迫ったことが要求される。危難の現在性において時間的切迫性を要求するか否かについては学説上の争いも見られるところであるが⁽⁴⁴⁾、仮に時間的切迫性を厳格に要求したとしても、ここで問題としている事案においては現在性は否定されないことになる。時間的切迫性をめぐる議論対立が意味をなすのは、危難が現に存在していないが現時点で他人の利益を害する避難行為を開始しなければ結果発生が回避できない場面である。つまり、危難発生以前に、他人の法益への侵害が現に行われる場合に限定される。ここで問題としている避難行為はプログラミング行為であって、このプログラミング行為時には、他人の法益への現実的侵害は生じていない。あくまでも、ジレンマ状況に陥った場合には、他人が犠牲になる可能性があるといった、他人の法益への抽象的危殆化が問題となっているにすぎない。

正当防衛においても、忍び返しなどの防衛装置を事前に設置する行為であっても、当該行為の防衛効果が実際に侵害が急迫した時点で生じる場合には、急迫性は否定されないと解されている⁽⁴⁵⁾。現在性と急迫性と

(43) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法2巻 [3版]』(青林書院、2016)689頁(安田拓人)、前田雅英ほか編『条解刑法 [3版]』(弘文堂、2013)122頁参照。判例においても、最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁。

(44) 議論状況の概要については、西田典之ほか編『注釈刑法1巻』(有斐閣、2010)482頁以下(深町晋也)、遠藤聡太「緊急避難論の再検討(2)」法学協会雑誌131巻2号405頁(452頁以下)など。そもそも現在性要件を不要とする論者に、小林憲太郎「刑法判例と実務11回緊急避難」判例時報2305号3頁(6頁)、同「緊急避難論の近時の動向」立教法務研究9号143頁(145頁)。

を平行に考えるならば、緊急避難にも同様のことが妥当することになる。したがって、のちに生じる危難に対処するために、プログラミングを施す行為においては、危難の現在性は否定されないことになる。

(2) 「避けるため」要件

本要件の理解については、客観的に保全利益に対する危難を避ける可能性があることのほかに、避難意思の要否と関連して問題とされているが、いずれの立場に立ったとしても、プログラミング行為が本要件を充足することには争いようがないように思われる。ジレンマ状況に対処するためのプログラミング行為は、具体的事例で損害が差し迫った者の利益を保全するためのものであることは疑いようがない。

(3) 「やむを得ずにした行為」要件

本要件の理解については、これが避難行為の補充性を示すものであることには一致が見られ、さらに避難行為の相当性が必要とされるかには争いが見られる⁽⁴⁶⁾。

補充性は、その他にとりうる被害の少ない方法がなかったことを要求する⁽⁴⁷⁾。本稿で問題としている事案で考えてみた場合、たとえば、製造者が、障害物との衝突が差し迫った際には、車両利用者の生命・身体を

(45) 大塚編・前掲注(43)556頁(堀籠幸男＝中山隆夫)、川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法1巻』(立花書房、2006)240頁(井田良)、前田ほか・前掲注(43)107頁参照。

(46) 深町・前掲注(44)492頁。

(47) 厳密にはここでは、代替手段がないことと、被害が最小限度のものであることの2つが要求されうる(この点については、遠藤・前掲注(44)463頁)。後者の被害の最小限度性を厳格に要求した場合、とくに本稿で問題としているような避難行為者以外の利益の侵害が問題となる事案では、補充性要件は害の均衡要件と相対化することになる。というのも、自動運転自動車のプログラマーにとっては、車両利用者を犠牲にすることと、無関係の歩行者を犠牲にすることのいずれが、被害を最小限度に抑えるものであるかを補充性要件のなかで検討することは、害の均衡要件で保全利益と侵害利益とを比較することと同義になるからである。さらに、相当性要件において保全利益と侵害利益との著しい不均衡の存否を問題とする場合(深町・前掲注(44)493頁)、同様に各要件の相対化が生じることとなる。

保全するために、これを回避し、第三者である歩行者に衝突するようなプログラミング行為を行ったとする。この場合、利用者を救助するには、第三者を犠牲にせざるを得なかったのであるから、代替手段がなかったという意味での補充性は否定されない。

問題は、これが相当性を充たすかについてである。一般に相当性要件の内容については、最高裁の示した「かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合」⁽⁴⁸⁾との言い回しを基礎にした理解がなされている。ただし、相当性要件のなかで具体的に何が検討されるべきかは必ずしも明らかではない⁽⁴⁹⁾。

裁判例を参考に考察を試みると、身体拘束を逃れるために被害者を殺害した事案(いわゆるオウム事例)において、将来的に生命に対する侵害の可能性がありえたことを前提に「被告人の身体に対する侵害を免れるためにD〔被害者：補注〕の殺害行為に出ることが条理上肯定できないとまではいえない」⁽⁵⁰⁾と判断していることからすれば、必ずしも相当性要件は否定されないように思われる。もっとも、紹介論文でエングレンダーが述べていた通り、たとえば人間の尊厳を害するような避難行為は相当性を欠くとした理解に立った場合、他人の生命を犠牲にする避難行為には相当性が否定されるとの結論にいたりうる。

(4) 「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったこと」要件

本要件は害の均衡、つまり、保全利益が侵害利益を上回っていること、あるいは少なくとも同等であることを要求する。ドイツとは異なり、著しい優越性は法文上要求されていない。紹介論文において言及されている通り、ドイツ法において支配的見解は、生命に対する緊急避難を認めず、その理由として生命の衡量不可能性を掲げる。これに対して、わが国においては、ドイツ法ほどに生命の衡量不可能性を厳格に支持するわけではない。先に挙げたオウム事例の裁判例においても、「生

(48) 最判昭和24年5月18日判例体系30巻954頁。

(49) 安田・前掲注(43)697頁以下参照。また、相当性理解に関する学説と判例との相違を指摘するものに、深町・前掲注(44)492頁以下。

(50) 東京地判平成8年6月26日判タ921号93頁。

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」として⁽⁵¹⁾、厳格な解釈の必要性を説くものの、生命に対する緊急避難それ自体を否定しているわけではない。その限りでは、わが国においては、ある者の生命を救助するために他人の生命を犠牲とするようなプログラミング行為に刑法37条を適用することには、ドイツ法と比して、そのハードルは低いともいえる。

もっとも、害の均衡要件に関しては、解釈学上の議論が華やかに展開されているところであり⁽⁵²⁾、論者によって異なる結論に至ることは想像に難くない⁽⁵³⁾。この点についての検討は、文献紹介としての本稿の射程に収まるものではないと思われるため、割愛する。ただし、本要件を充足しなかったとしても、なお刑法37条1項ただし書にいう過剰避難が成立しうることは指摘しておく⁽⁵⁴⁾。

3. むすびに代えて

紹介論文の意義は自動運転自動車のプログラミング問題に一応の回答を与えていることにある。エンゲレンダーの結論は、ジレンマ状況において無関係の第三者を犠牲にしてはならない、というものである。この結論に従えば、製造者にとって許されるのは車両利用者を犠牲とするように自動運転自動車をプログラミングすることである。車両利用者の法益に対する侵害結果との関係では、許された危険の法理が適用されるので、このプログラミングによって車両製造者が処罰されることもない。

(51) 東京地判平成8年6月26日判タ921号93頁。

(52) 議論状況については、安田・前掲注(43)699頁、深町・前掲注(44)496頁以下、遠藤聡太「緊急避難論の再検討(3)」法学協会雑誌131巻6号1093頁(1094頁以下)など。

(53) たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)184頁以下、小林憲太郎「緊急避難論の近時の動向」立教法務研究9号143頁(153頁)など。

(54) 過剰避難に関する近時の論稿として、永井紹裕「過剰避難の減免根拠と要件について(1)(2・完)」早稲田大学大学院法研論集153号(2015)341頁、154号205頁。

他方、わが国の緊急避難論に目を転じてみると、刑法37条の適用を認めることは十分に考えられる。もっとも、事故が発生した場合での自動運転自動車のプログラミング行為の可罰性を問うこと自体に、そもそも懐疑的な視点を持つとすれば、緊急避難といった違法性阻却ないし責任阻却の観点から検討を加えるよりも、そもそも構成要件該当性がないとの立論を試みる方が妥当ではなからうか。その限りでは、許された危険の法理の適用を踏まえた検討が望ましいように思われる。というのも、①自動運転自動車が事故の発生率を下げる点、さらには、②事故が発生した際にも損害を最小限にとどめることができる点には、自動運転自動車の高い社会的効用が認められるように思われるからである。

たしかに、エンゲレンダーによれば、無関係の第三者を犠牲とするようなプログラミング行為については、当該プログラムを書き換えれば、結果発生が容易に回避できたのであるから、許された危険の法理を適用できないという(上述Ⅱ. 2(1)(a))。

しかしながら、そもそも許された危険を検討するにあたって、「その行為によって例外的に惹起される損害が、あらゆる注意要求を遵守しているにもかかわらず回避できない」という意味での回避権限の不存在を要求するのは自明ではない⁽⁵⁵⁾。行為者に要求されている注意義務を履行している以上、例外的に発生する結果については、そもそも通常の過失犯の構造からすれば可罰性は認められず、許された危険の法理を用いるまでもない。その点では、一部論者が主張するように、上記①②の点を理由に、自動運転自動車による損害を許された危険として広く可罰性領域から除外する見解の方が賛同に値する⁽⁵⁶⁾。とりわけ、②の点は、生命の衡量不可能性を厳格に維持するドイツにおいては、少数であっても生命の損失を「許されたもの」として評価することにハードルが高く、このハードルを超えることは解釈上の難題となる。対して、緊急避難における害の衡量要件で触れたように、わが国では、たとえ生命が問題となる場面であっても、事故発生時における損害の最小化という点に自動運

(55) これは、そもそも *Kindhäuser*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, 197 (215 ff.)の発想に基づく。

転自動車の効用を積極的に認め、プログラミングによる損害を「許されたもの」と評価する障害は低いというように思われる。

(56) ヒルゲンドルフ紹介論文・前掲注(2)107頁以下。ここでは、「不法の段階付け」の観点から、生命の量的評価も許されるとされている。不法の段階付けによるジレンマ状況の解決については、*Hilgendorf, Autonomes Fahren in Dilemma*, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 143に詳しい。同論文では、エンゲレンダーによる批判に対しての再反論も行われている (S. 168 ff.)。なお、許された危険の法理を用いることの問題性を指摘するものとして、稲谷龍彦「技術の道德化と刑事規則」松尾陽編『アーキテクチと法』(弘文堂、2017)93頁(110頁以下)参照)