

## クリスチャン・イエーガー「国家の尊厳の表れとしての拷問の禁止」

野澤, 充  
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/1468219>

---

出版情報 : 法政研究. 81 (1/2), pp.85-108, 2014-10-09. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

クリスチャン・イエーガー  
「国家の尊厳の表れとしての拷問の禁止」

野 澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルク70歳祝賀論文集に掲載された、エアランゲン・ニュルンベルク大学のクリスチャン・イエーガー教授による論文 (Christian Jäger, Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates, in: Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S.539-553) の翻訳である。イエーガー教授は、クラウス・ロクシン教授に師事し、2003年8月にトリアー大学教授に就任した後、2008年10月からバイロイト大学に移籍し、さらに2013年10月からエアランゲン・ニュルンベルク大学に移籍した。

本論文の内容は、フランクフルト地方裁判所2004年12月20日判決のいわゆる「ダシュナー (Daschner) 事件」を素材に、捜査機関による拷問が、人命救助の場合などにおいて正当化される余地があるのかどうかに関して検討するものである。この点に関してはドイツにおいても刑法学者のみならず憲法学者などをも巻き込んで、正当化を認めるべきか否か、認めるとすればどのような要件によるべきか (具体的には正当防衛規定または緊急避難規定の適用の可否)、またどのような事例について正当化が認められるのか、さらには免責 (責任阻却) の可能性はあるのか等の点について激しい議論がなされている状況にあり、日本においてもそのような問題状況を前提にした先行研究も既に存在しているところである (飯島暢「救助のための拷問の刑法上の正当化について——ドイツにおける議論を中心に——」香川法学29巻3・4号 (2010年) 45頁以下、深町晋也「ドイツにおける「拷問による救助」を巡

る諸問題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』（2013年）243頁以下など、憲法学から論じたものとして玉蟲由樹「人間の尊厳と拷問の禁止」上智法学論集52巻1・2合併号（2008年）225頁以下、川又伸彦「拷問禁止の絶対性について——日本とドイツの憲法論を比較して——」社会科学論集（埼玉大学）133号（2011年）75頁以下など）。

本論文においてイエーガー教授は、「救助のための拷問」を、刑事訴訟法136条 a の観点から問題があり、また人間の尊厳の比較衡量という構成自体が疑わしいものであって、さらに拷問を正当化することそのものが国家の尊厳を害するものである以上、正当化の可能性は認められないとする。その上で、「救助のための拷問」事例の中でも極端な例外的事例における免責の可能性は否定しないものの、ロクシンが主張するような「超法規的免責的緊急避難」という手法は採用せず、過剰防衛（ドイツ刑法33条）の要件が充たされる限りにおいてその過剰防衛を認めるべきであるとする。

人間の尊厳の比較衡量という構成手法そのものに対して批判を向け、さらに救助のためとはいえ「拷問を行う」ということ自体が著しく「国家の尊厳」を害する以上、一切の正当化は認められないとするイエーガー教授の主張は、非常に傾聴に値するものである。しかしその一方で、（ドイツでは免責事由の1つとされている）過剰防衛が認められる場合があるという結論は、結局正当防衛状況、すなわち「現在する違法の侵害」（日本でいうところの「急迫不正の侵害」）が存在している状況のみが前提にされており、結局誰もそのような犯罪を行ってはいなかったような場合である（「誤想による」救助のための拷問）における問題（とりわけそのような事例である（と考えられた）場合に結局拷問が（躊躇を生じさせることなく）行われ得ることになってしまう懸念）を過小評価することになりはしないか、この種の「救助のための拷問」がそのような犯罪行為者に対してだけでなく、何らかの事情でその情報をもつ者（すなわち、結果的に爆弾の場所を知ることになった、爆発物設置犯の近親者）に対しても問題になり得ることを看過しているのではないかとの批判は考えられ得る。そうではあるものの、前述のとおり日本でも正当化事由ないしは免責事由、とりわけ緊急避難論の検討の際にこのような「救助のための拷問」事例が取り上げられるようになってきており、本論文を翻訳・紹介することは日本での

議論にとっても非常に有意義なものであると考えた次第である。翻訳・紹介に関して快く承諾していただいたイエーガー教授に対して、心より感謝申し上げる次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に関して、意識した部分があることを御承知頂きたい（言葉を訳者が完全に補うなどした場合には、〔 〕 括弧内に示した）。さらに脚注については、できるだけ原論文の脚注を補足するような形で文献名等を記載するように努めたが、いくつかの文献に関しては原論文の引用のままとなっている点を御承知頂ければ幸いである。また、明確な誤植や誤引用について、いくつか修正した。なお、文末脚注（ローマ数字の注）は本文の補足説明として訳者が説明を加えたものであるため、文末脚注の文責は訳者にある。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

\*

\*

\*

被祝賀者〔Rolf Dietrich Herzberg〕の学問上の生涯の業績に目が向けられるとき、印象に残る姿が見える。まさに総論の領域において、Herzbergは解釈論的な論争を決して回避してこなかった。逆に、学問的な論争を常に探究し、その際に再三再四燃え上がる原則問題を取り上げて、そして新しい考えにより議論を豊かにした。

確かに私の場合には、この祝賀論文集には中止犯の問題についての論説が、うってつけであっただろう<sup>1)</sup>。被祝賀者とは数年来、公刊物だけでなく、個人的な手紙のやり取りにおいても刑法24条の規定に関して論じ合ってきただけに、なおさらそうである。私はその代わりに、拷問禁止という多く議論されているテーマを取り上げるのであるが、このことはとりわけ2種類の理由から行われるものである。まず第一に、拷問問題は、Herzbergもまた若かりし過去に詳細に関心を持っていたテーマ領域なのである。<sup>(1)</sup> さらに加えて、テロとの戦いという趨勢においてははっきりと感じられる法の侵食過程が、我々自身が現在いる場所をこれまで以上に確認させるもの

<sup>(1)</sup> Rolf Dietrich Herzberg, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, 321ff.

だからである。

その際に、拷問禁止に関する全ての考察の出発点を形成した事例がある。その事例においてフランクフルトの警察副署長Daschnerは、銀行家の11歳の息子の誘拐犯を、当該方法で少年の隠避場所を知るために、拷問で脅迫することを、部下に命令した。Daschnerとその部下は後にフランクフルト地裁で有罪判決を受けた。<sup>(2)</sup> 当該地裁は、部下には公務における強要罪の有罪判決を下し、そしてDaschnerには公務における強要への部下に対するそそのかし<sup>11)</sup>での有罪判決を下した。もっとも、当該裁判所はDaschnerの事案において、量刑として、1日あたり120ユーロでの90日の日数罰金という罰金刑（合計10800ユーロ）を定め、1年間刑の執行を猶予した（いわゆる刑罰の留保を伴う戒告<sup>11a)</sup>）。それにより当該裁判所は刑事被告人について、内心的葛藤および少なくとも法益を保持するような傾向に免じて酌量してやることによって、最も軽い刑罰の限界ぐらいにまで裁量したのである。

## 1. 法律学上の議論の状況

警察副署長Daschnerの事例は、ドイツにおいて拷問禁止に関する議論を呼び起こした。それは、以前にはもはやあり得るものとは考えられていなかったものであった。

ドイツ裁判官連盟（der deutsche Richterbund）の理事長やフランクフルト・アム・マインの警察本部の広報担当者だけでなく、多数の大学教員もまた、人命の救助のための拷問は許容されなければならないと主張した。

その際に拷問問題の取り扱いにおいて、本質的に四つの立場が見出される。

第一の見解は、拷問の正当化は断固として排除されなければならないとする。なぜならばそれは国際的に認められた、拷問からの保護の規定に違反するのみならず、憲法上保障された、人間の尊厳に対して敬意を払うという法規定に違反するものだからである。<sup>(3)</sup>

---

<sup>(2)</sup> LG Frankfurt a.M., Urt.v.20.12.2004, NJW 2005, 692ff..

<sup>(3)</sup> Werner Beulke, Strafprozessrecht, Rn.134a; Heinz Düx, Meinungen zur „Folterdiskussion“, ZRP 2003, 180; Klaus Ellbogen, Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich,

それに対して第二の見解は、特別な場合における拷問、すなわち人命の救助のための拷問は正当化されるとする、なぜなら行為者の人間の尊厳は、被害者の人間の尊厳に対して比較衡量されなければならない、そしてこのような比較衡量においては被害者保護の利益が貫徹される必要があるだろうからである。<sup>(4)</sup>

第三の見解は、被祝贺者もまたこれに分類され得るのだが、確かに拷問〔それ自体〕は正当化されないであろう、しかし少なくとも人命の保護の目的で、拷問するぞと脅迫することは、正当化されるだろうとする。<sup>(5)</sup>

最後に第四の見解は、少なくとも限界事例においては、超法規的免責的緊急避難という原理による拷問者の免責を考えることができるとするものである。<sup>(6)</sup>

---

Jura 2005, 342ff.; Günter Haurand/ Jürgen Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, NVwZ 2003, 518ff.; Wolfgang Hecker, Relativierung des Folterverbots in der BRD?, KJ 2003, 210; Eric Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 2004, 331ff.; Matthias Jahn, Gute Folter - schlechte Folter?, KritV 2004, 24ff.; Florian Jeßberger, »Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu.«, Jura 2003, 713ff.; Jörg Kinzig, Not kennt kein Gebot?, ZStW 115 (2003), 791ff.; Bernhard Kretschmer, Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?, RuP 2003, 104; Hans Kudlich, Strafbarkeit der Androhung von Rettungs- „Folter“ gegenüber dem Entführer eines Kindes, JuS 2005, 376ff.; Theodor Lenckner/ Walter Perron, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, StGB, §32 Rn.62a; Klaus Lüderssen, Die Folter bleibt tabu - Kein Paradigmenwechsel ist geboten, in: FS Rudolphi, 2004, 691ff.; Jan O. Merten, Folterverbot und Grundrechtsdogmatik, JR 2003, 404ff.; Ali B. Norouzi, Folter in Nothilfe - geboten?!, JA 2005, 306ff.; Walter Perron, Foltern in Notwehr?, in: FS Weber, 2004, 143ff.; Ralf Poscher, „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“, JZ 2004, 756ff.; Claus Roxin, AT/ I, §15 Rn.103ff.; 同く Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, in: FS Eser, 2005, 461ff.; Frank Saliger, Absolutes im Strafprozeß?, Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, ZStW 116 (2004), 35ff.; Hans Christoph Schaefer, Kommentar, NJW 2003, 947; Wolfgang Schild, Folter (androhung) als Straftat, in: Günter Gehl (Hrsg.), Folter - Zulässiges Instrument im Strafrecht?, 2005, 59; Walter Schmitt Glaeser, Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: FS Isensee, 2007, 507ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Meinungen zur „Folterdiskussion“, ZRP 2003, 180; 同く Schroeder, in: FS Spinellis, 2001, 983; Harald Welsch, Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats?, BayVBL 2003, 481. 原則的にChristian Fahl, Angewandte Rechtsphilosophie - »Darf der Staat foltern?«, JR 2004, 182ff.も同様である。

<sup>(4)</sup> Winfried Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165ff.; Volker Erb, Notwehr als Menschenrecht, NSTz 2005, 593ff.; 同く Erb, Nothilfe durch Folter, Jura 2005, 24ff.; 同く Erb, in: MüKo-StGB, §32 Rn.173ff.; Heinrich Götz, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, NJW 2005, 953ff.; Günter Jerouschek, Gefahrenabwehrungsfolter - Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?, JuS 2005, 296ff.; Günter Jerouschek/ Ralf Kölbl, Folter von Staats wegen?, JZ 2003, 620参照、補充的に——たゞ部分的に例外的事例に限定したとしても——認めるものとしてKarl Heinz Gössel, Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, »absolute« Folterverbote?, in: FS Otto, 2007, 60ff.; Karl Lackner/ Kristian Kühl, StGB, §32 Rn.17a; Kristian Kühl, AT, §7 Rn.156a; Harro Otto, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, JZ 2005, 480f.; Georg Wagenländer, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, 2006, 199; Fabian Wittreck, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV 2003, 873ff.も。

<sup>(5)</sup> Herzberg (Fn.1), 325ff.

<sup>(6)</sup> Roxin, AT/I, §15 Rn.103ff.; 同く Roxin, in: FS Eser, 2005, 461ff.

さまざまな解決の提案の、ここでは編集して記述されたものでしかないこのようなまとめは、既にその中で細かく分類される見解の多様さの範囲の広さを示すものである。しかしそれらの本質的な理由づけの方向性については、この論文の途中においてなお言及されるべきものとした。

## II. 原則問題としての拷問の正当化

### 1. 拷問に対する正当化根拠としての救助目的

社会の中で当初はほとんど反映されなかった、警察副署長の決断に対する理解〔賛同〕としてのみ再び映し出される内容は、学説において具体的な評価が与えられている。すなわち例えばErbはDaschnerの正当化に賛成すると述べて、そして緊急救助の法制度をこの見解の根拠としている<sup>(7)</sup>。なぜなら当該勾留は、被害者の自由および生命に対する現在の違法な侵害に基づくものであり、このような侵害を効果的に除去するために必要不可欠なことは行われ得るからである。それゆえに、行為者が被害者の隠し場所を漏らすことを拒絶した際には、現在の侵害が除去され得ようがないときには、場合によっては拷問の脅迫および使用も許容されるのである、と。その際にErbは、当該防衛が必要不可欠なことだけでなく、それを超えて当該防衛が要請もされなければならないことを要件として要求もしているということにより、刑法32条の正当防衛権が追加的な制限を加えられていることを決して見逃さない。今日、これにより正当防衛権の社会倫理的なある一定の制限が考えられていることについて、ほとんど意見の一致がある<sup>(9)</sup>。そこではErbは、拷問禁止は、文明国家の法秩序により徹頭徹尾、社会倫理的な、人権に依拠した、拷問に反対する論拠として理解され得るであろうということをも当然に認識している。しかしながらErbは、このような論拠に対して、行為者の人権は被害者の人権とつりあいの取れたものでなければならないという根拠から反論する。すなわち、この比較衡量に際しては、被害者の人権が優位にある。とくに行為者自身が自らの犯罪行為によって、そして

<sup>(7)</sup> この箇所とそれに続く箇所については、Erb, NStZ 2005, 598ff.; 同じくErb, Jura 2005, 26ff..

<sup>(8)</sup> すでにこれに関して異なる見解として、Kretschmer, RuP 2003, 111f..

<sup>(9)</sup> これについて包括的にまとめたものとして、Roxin, AT/I, §15 Rn.55ff..

被害者の隠し場所を告白することを頑強に拒絶することによって、暴行による情報の引き出しがなされなければならないような状況をもたらしたのであるから、なおさらである<sup>(10)</sup>。それゆえにその比較衡量において、拷問の不使用についての行為者の権利は、被害者の生命の保護という被害者の権利の背後に隠れなければならないのである、と<sup>(11)</sup>。

このような比較衡量の考え方は最近、支持者を増やしている。すなわち最近では Gössel や Wagenländer もまた、国内のおよび国際的な法律の基礎に関する広範囲な議論において、制限なく認められるような、絶対的な拷問禁止は存在せず<sup>(12)</sup>、そして救助のための拷問の正当化は、少なくとも被害者の尊厳が行為者の尊厳と対立している場合において可能なものと評価されることを証明しようと試みた<sup>(13)</sup>。

それによりいまや問題は、比較衡量支持者にとってさえもなお解決されていない。なぜならドイツの刑事訴訟法もまた、明文で刑事訴訟法136条aにおいて挙げられた、禁止されている尋問手法を関知しているからである。その規定により、強制力というものは、刑事訴訟法がこれを許容する限りにおいてのみ〔136条aに反しない限り〕使用することが許される。その規定からは許容されない措置による脅迫は、禁止されているのである。例外的状況における拷問の許容の支持者は、もちろん、尋問についてのこのような規定は暴行の使用ならびに暴行についての脅迫を警察も含む刑事訴訟官庁の側から原則的に禁止しているものと見ている。そしてそれにより本来は、すでに〔検討されるべき〕全てのことが述べられていることにはなるのであろう。しかしながら例外的な状況における拷問の可能性の擁護者は、それに対して反対し、拷問をする警察官がその緊急救助に際してあらゆる私人と同様に振舞う場合には、それゆえにその態度は「国家的な」行為としては把握されることが許されず、したがって欧州人権条約2条ならびに国連拷問等禁止条約2条2項の拷問

<sup>(10)</sup> Erb, NStZ 2005, 599は、少なくとも手詰まりの状態について述べている。補足的に、同様のものとしてGötz (Fn.4), 955f..

<sup>(11)</sup> Erb (Fn.10) 参照、その結果として、生命救助が可能である場合において、「(文民の、または軍人の)緊急救助者に対する刑法上の制裁またはその他の制裁によって、誘拐被害者の生存権および尊厳に不利益になる拷問禁止を貫徹すること」は、国家の義務だけでなく、国家の権利もまた失わせるのである。

<sup>(12)</sup> Gössel (Fn.4), 41; Wagenländer (Fn.4), 164ff.を参照、それらは基本法1条第1項は「不可侵」という単語を機能的に注意義務および保護義務に適用しており、そして被害者の救助という目的での言明の惹起は、その重大に差し迫った尊厳侵害を理由として正当化され得ることを根拠としている。

<sup>(13)</sup> Gössel (Fn.4), 60; Wagenländer (Fn.4), 199.



禁止もまた適用不可能であるということ<sup>(14)</sup>を指摘する。その他の点では、刑事訴訟法136条aは刑事訴追をするための、すなわち〔既に起こった刑事事件に対する〕抑圧的な尋問のみにかかわるものであって、危険を防御するような、すなわち予防的な尋問にかかわるものではない、ともされる<sup>(15)</sup>。したがって行為者を尋問すること、彼の犯罪行為を証明することが重要なのではなくて、当該尋問が専ら人質として拘禁状態にある被害者の救助に役立つことが重要なのである。危険への防御の観点の下で、その他の点では、人質をとる——例えば銀行における——事例においては、その上警察法により死に至る、いわゆる最終的な救助発砲が被害者の保護のために正当化されているということが、拷問の許容性にプラスの材料を提供しているとされる。したがって、人命の救助のための、死へと至らない拷問は、いよいよもって適法に投入されうるものに違いない、とするのである<sup>(16)</sup>。このことは、その場合には、確かに国家の拷問としては許容していないが、しかしながらここでは個人的な正当防衛権が正当化をもたらすに違いないのである。

他方で拷問の許容性は、それが学説において支持される限りにおいて、その擁護の強さはさまざまである。實際上、国家的に組織された拷問について多くの専門家は、暴行の使用が段階づけられて行われ、そしてこの方法で必要性の程度が超過されないことについて、懸念し得るであろう<sup>(17)</sup>。他の専門家は、例えばErbもそうであるように、むしろそのことをその成り行きに任せようとし、国家的に組織された暴行使用を許容できないものと評価するのである。私人としての緊急救助という方法で行動したのであるから、国家組織はまさに排除されているのである、と。

さらに他の者は、——そして被祝賀者もこれに属するのだが<sup>(18)</sup>——暴行および拷問

<sup>(14)</sup> それについて、およびその他の国際的な規則についてはHecker (Fn.3), 210ff.; Gössel (Fn.4), 60 ff.; Matthias Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, 510ff.; Jerouschek/ Köbel (Fn.4), 617f.参照。

<sup>(15)</sup> それについてはErb, Jura 2005, 28f.、それによればこのことは、公職者が勤務中である場合にもまたあてはまるべきである、なぜなら刑法上の評価と公法上の評価とは厳格に区別されるべきであり、それゆえに「一般的な正当化事由は……一身的な刑法上の答責性阻却事由として、場合によってはあり得る、当該態度の警察法規違反性および職務法規違反性の問題には左右されることなく、検討され」なければならないからである。

<sup>(16)</sup> Jerouschek/ Köbel (Fn.4), 614.

<sup>(17)</sup> Brugger, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 10. 3. 2003, 8; Olaf Miehe, Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Foltterverbot, NJW 2003, 1219も参照。

<sup>(18)</sup> しかし拷問の法律上の規定に対して厳しい目を向けるものとしてLüderssen (Fn.3), 704; Peron (Fn.3), 144, Jerouschek (Fn.4), 300も見よ。

<sup>(19)</sup> Erb (Fn.15), 28.

<sup>(20)</sup> Herzberg (Fn.1), 325ff.参照。

の使用をそもそも許容しようとしませんが、〔それに関しての〕脅迫の許容性については賛成し、しかしその場合に脅迫された内容が実際に現実へと転化されることは許されないとするのである。

## 2. 救助のための拷問の正当化の否定

實際上、拷問の正当化に賛成する全ての見解は、納得できるものではない。

### a) 予防的な拷問と抑止的な拷問の間の区別

まずさしあたり、許容される予防的拷問、すなわち危険への防衛のための拷問と、許容されない抑止的拷問、すなわち刑事訴訟法136条 a による特定の尋問手段の使用の禁止がもつばら当てはまるような刑事訴追のための拷問との区別が存在する<sup>(21)</sup>。

そのような細分化は、現行法を背景にしては支持され得ないものである。まず第一に、各ラントの警察法は、刑事訴訟法136条 a の規定を参照するように指示している<sup>(22)</sup>。第二に、刑事訴訟法136条 a はナチスの経験から生じたものであり、被疑者に対して暴行の使用およびその脅迫は根本的に許容され得ないと述べているのである。その際に、被疑者としての立場は遅くとも、特定の人物に対する十分な犯行の容疑が形成されることによって、その瞬間に始まるという点については意見の一致がある。すなわち警察官が十分な確実性を伴って、特定の人物が被害者を人質として取っているということに基づくことができる場合に、上述の被疑者としての立場はすでに充足されているのである。そして仮にこの時点においての処置がまず危険防衛に役立つものであったとしても、被疑者の尋問は、当然のことながら刑事訴追的な性質のものなのである。なぜなら、犯罪行為者が人質誘拐との関連において供述した全てのことは、その犯罪行為の証拠を提供するからである。それに対して、拷問という方法で強制された自白は後に刑事手続において利用することが許されないことにより、刑事訴追〔の側面〕は次第に弱められ得るのである、ということを経験した擁護者が反論として持ち出すことがあるが、その場合にはそれらの見解は、刑事訴訟法136条 a が既に証拠獲得の禁止を規定していることを見逃すことになる。

<sup>(21)</sup> Jerouschek/ Kölbel (Fn.4), 614参照。

<sup>(22)</sup> それについて詳しくはさらなる証拠とともに、Saliger (Fn.3), 43ff.

言い換えるならば、「お前は拷問すべきではない」という証拠獲得禁止は、当然に「私は〔刑事訴追に〕利用しないつもりだ」という理由づけによって無視することができるようなものではないのである。<sup>(23)</sup>

## b) 拷問禁止と関連づけての、人間の尊厳の比較衡量可能性

行為者の問題が、行為者が苦痛を受けないことと被害者の生命との間の比較衡量にまで後退させられる必要がある、ということに基づく見解は、ほとんど賛成できるものではない。

比較衡量的見解の主張者は、ここではとりわけ連邦憲法裁判所の判例をその見解のよりどころとしている。<sup>(24)</sup>そして實際上、ごく最近の憲法判例は、比較衡量的見解を正当なものと認めたようにみえる。なぜなら、確かに基本法は人間の尊厳を最高のものとし、そして自由に処分することはできないものと明言したが、しかしながら連邦憲法裁判所もまた航空安全法14条3項についての判決において、旅客飛行機の墜落は乗組員または乗客として、墜落を誘発する事件の惹起に「何らの影響を及ぼさなかった」者に対する関係でのみ人間の尊厳に対する違反となる、ということを出発点とする場合には、きっかけを作り出した者（より正確には、テロリストおよびハイジャック犯）の人権と、きっかけを作り出していない者（より正確には、<sup>(25)</sup>乗客および乗組員）の人権とを細分化していることになる。

そこから明らかに導かれるべき単純な論理構成は、拷問を支持することを正しいものと認めるように思われる。すなわち、尊厳対尊厳である。この段階において、被害者に有利になるように国家の保護義務が重要な位置を占め、逆にこのような状況を作り出した行為者の尊厳という利益はより下位のものと位置づけられるというような比較衡量が生じる必要がある。

そのような論証はその限りにおいて、救助的拷問に際して実際には、警察法において許容された、死に至るような救助的発砲の特別事例が問題となっている、という主張へと至る。<sup>(26)</sup>

<sup>(23)</sup> それゆえに不当にも、Miche (Fn.17), 1220は、警察による、重大な危険に対する防衛のための情報的身体的な強要は、刑事訴訟法136条aに該当しないということを出発点とする。

<sup>(24)</sup> これについてはとりわけ、Gössel (Fn.4), 55ff.における詳細な説明を参照。

<sup>(25)</sup> BVerfG NJW 2006, 760.

しかしながら、その被害者を脅かしている人質誘拐犯に対する、いわゆる最終的な救助発砲もしくは致死発砲に対する法律上の許容との比較もまた、説得力のあり得るものではない。その際にすなわち、人格の最も内心的な領域は絶対的に比較衡量不可能であること、そして拷問の卑劣さはまさに人間の最も内心的な部分が外部的にさらけ出される点にあることは顧慮されな<sup>(27)</sup>いままとなるのである。なぜなら拷問の本質は実際上、苦痛の合目的な使用にあり、すなわち拷問の目的が苦痛を加えることそれ自体にあるのかもしくは情報の獲得にあるのかは重要ではないからである。それゆえ拷問は常にテロとかかわりあわねばならないのである。国家は拷問の使用によってテロリストの傾向を獲得し、そこでは〔拷問が〕使用された被害者がもはや人格としては理解されず、苦痛へと束ねられるのである。救助発砲は比較の根拠として既に適してはいない、なぜなら他者の意思の下への手続的な従属という拷問の本質的な点が、まさにそれには欠けているからである。最終的な救助発砲とのこのような違いを見よう<sup>(28)</sup>としない者は、法治国家を形成する営みを否定するものである<sup>(29)</sup>。

それゆえ当然なことに、最近、Schmitt Glaeserもまた人間の尊厳による人間の尊厳の相対化に対して反対を表明し、そして予防的拷問もしくは救助的拷問を明白に許容されないものとして説明した。すなわち、「実際、悪魔をベルゼブブによって追ひ払うことはできない。このような『水準』に自由国家が陥ることは決して許されないが、それは常に生じるかもしれないことである。他者の人間の尊厳の防衛であ

<sup>(26)</sup> Brugger (Fn.17), 8, Miede (Fn.17), 1219も参照。

<sup>(27)</sup> したがって結論において当然にも、BVerfG NJW 2005, 656ff.も以下のように述べる。「拷問の使用は、尋問を受ける者を、その者の憲法上保護される社会的な価値要求および敬意要求を侵害することで犯罪撲滅の単なる客体にしてしまい、そして人間の個々の存在および社会的な存在についての基本的な前提条件を破壊してしまうのである。」Pawlik, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13. 3. 2003も参照、Pawlikは適切にも、拷問においては人格が身体的・精神的干渉によって消滅されることを出発点としている。彼に賛成するものとしてSaliger (Fn.3), 47, SaligerはKantの術語を引き合いに出して、「拷問された者は、もはや目的それ自体ではなくて、他者または他の物のための手段にすぎない」のであることを指摘している。

<sup>(28)</sup> Hassemer, Süddeutsche Zeitung v. 27. 2. 2003, 7参照。

<sup>(29)</sup> この意味において、かつてのラインラント・プファルツ州司法大臣Herbert Mertinもまた、拷問の論争を顧慮して以下のように警告した、すなわち「法治国家はそのような議論を許容し得るものではない、さもなければ法治国家は自らを放棄することになる」と。Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28. 2. 2003を参照。同様にRoxin, in: FS Eser, 2005, 461ff., Roxinは、1977年のドイツの経営者団体会長であるSchleyerの誘拐をきっかけとして、連邦政府の危機対策本部において拷問問題が議論され、そして法律上の考慮に基づいて拒絶されたがゆえに、当時、今日と同様に、「国家の救助義務は、国家が法治国家として課されることによってその義務が充足され得るであろう場合にのみ、終了する」ということが認められるべきとされたことを、当然にも指摘する。

ることさえも、濃厚な犯罪の嫌疑に際しても、そのような苦痛を与えることを埋め合わせうるものではないのである。」<sup>(30)</sup>と。

しかしたとえ仮に、両方の側での人間の尊厳に関わりがある事例に対して、比例的比較衡量が可能であるべきだという疑わしい主張を立てたととしても、その際には拷問の事例においては行為者の側および被害者の側の人間の尊厳の比較衡量だけが問題となっているのではなくて、実際には法治国家性もまた関わっているということを見過ごすであろう。<sup>(31)</sup>

### 3. 国家の尊厳の表れとしての拷問禁止

ここで、最近になってようやく連邦憲法裁判所がその「ハイリゲンダム (Heiligen-damm)」判決において言及し、そして拷問との関連で本質的であるが、しかしこれまで注意を払われなかった役割を演じるような観点が効果を発揮する。それに際しては、あらゆる国家的行為が従属しなければならない国家の尊厳という観点が問題となった。

具体的な判決において、連邦憲法裁判所は確かに、ドイツ連邦共和国の威信が、例えば集会およびデモに関する法律15条1項の意味における固有の保護法益を描き出すものかどうかは未解決とした。<sup>(32)</sup>しかしながら公法においては既に長い間、国家の尊厳という考え方は、その国際法上の承認だけでなく、国内的にも、例えば国家の象徴、自己描写の行為において、そしてとりわけ職業義務において、「敬意に値する振る舞い」を明らかにするという見解が支配的であった。<sup>(33)</sup>しかし例えば刑法90条a第1項第2号において、連邦国旗への中傷が刑罰の下におかれているように、刑

<sup>(30)</sup> Schmitt Glaeser (Fn.3), 515ff. Schmitt Glaeserはそれに応じて国家の保護義務の達成の可能性を、拷問という限界線よりも低い処置においてのみ見て取るのである。具体例としてSchmitt Glaeser (a.a.O., 522)は、Hilgendorf, JZ 2004, 338f.を引き合いに出して、(例えば耳たぶに対する)苦痛を与えるつねり行為、(警察式での)腕の捻じ曲げ、または手首の関節の引き伸ばしを挙げている。しかし、それと結び付けられた限界づけの困難さおよび限界線の決壊の危険性(それについては後述脚注(53)を見よ)は別として、そのような処置が例えば、危険で冷酷なテロリストにおいてはほとんど望まれた効果を持たないであろうことは、おそらく明白であるといつてよいだろう。

<sup>(31)</sup> それについてはSchmitt Glaeser (Fn.3), 515ff.も参照。

<sup>(32)</sup> BVerfG NJW 2007, 2168ff.

<sup>(33)</sup> それについてはとりわけJosef Isensee, Grundrecht auf Ehre, in: FS Kriele, 1997, 5; Detlef Merten, Zur Würde des Staates, in: FS Isensee, 2007, 123, 125ff., ならびにそれ以前にすでに Helmut Quaritsch, Probleme der Selbstdarstellung des Staates, 1977, 13ff., 32ff.; Karl Josef Partsch, Von der Würde des Staates, 1967, 18ff.参照。

法もまた、そして刑法こそまさに国家の威信と尊厳の保護を明らかにするのである。連邦憲法裁判所は明文でこれに関して何ら一般的な芸術の自由の優位性を承認しなかったものであり、そしてこの際に、国家の威信の必要不可欠な保護に依拠したのである。<sup>(34)</sup>

アブグレイブおよびグアンタナモは警告的な例である。それらは、国家の威信が拷問の使用によって——すなわちそれらがいまや国家的に指示されたものであるにせよそうでないにせよ——どれほどにその面目を失わせるかを示している。秘密裏に執行されるということが拷問の本質において存在するがゆえに、このことはよりいっそう当てはまる。それゆえに、拷問を個々の場合においてのみにも許容する国家は、公衆の目からは必然的に拷問国家となるに違いない。それに対して、ドイツは長らく拷問国家とはなっていないがゆえに、拷問は人命救助のためにのみ使用されるのであるということは反論として持ち出されるものではない。<sup>(35)</sup>なぜなら拷問を許容する国家は、すなわちそれが拷問国家そのものであり、どのような目的で、およびどれだけかの数の拷問が使用されたのかは問題にならないからである。

公務員はその職責において国家機関として行動するのではなく、緊急救助に際しては個人として行動するのであるという詭弁もまた、このような事実を乗り切らせることのできるものではない。なぜなら、公務員は——そしてとりわけ常にその職にある警察官は——国家の代執行者として行動するのであり、そしてそれゆえに常にその自己防衛原理に拘束されているために、一方の国家と、そして他方の職責を果たす公務員との間の区別は、実際のところそもそも可能なものではないからである。<sup>(36)</sup>

それゆえ当然なことに、既にWilhelm von Humboldtは、国家は犯罪の取調べにおいて確かに最終目的にふさわしいあらゆる手段を使用することが許される、それに対して国家を非道徳的な行為ゆえに有責的であるとするであろう手段は一切許されないのだ、と警告した。<sup>(37)</sup>それに応じて彼は、拷問の使用は「裁判官が思い描いて

<sup>(34)</sup> BVerfGE 81, 278ff..

<sup>(35)</sup> しかしErb (Fn.15), 28.

<sup>(36)</sup> 当然にもNorouzi (Fn.3), 306.

<sup>(37)</sup> Wilhelm von Humboldt, Werke in fünf Bänden, in: Andreas Flitner und Klaus Giel (Hrsg.), Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 3.Aufl., 1960, 198.



いる国家の尊厳にとって常に不適当なものなのである」、とする。<sup>(38)</sup> PetersenはこのHumboldtの考えを的確に、国家が暴力の独占の委任によって、関連する点についての道徳的な評価づけをなすのであると解釈した。それゆえ国家権力の執行に際しては、国家へと統合された個人の尊厳はもはや問題とはならないのであって、「権力機能および刑罰機能の委譲により……」<sup>(39)</sup> 国家は「自ら尊厳を獲得するのである」。

このような背景を前提にすれば、Kühlが人命の救助のための拷問を支持し、そして反対の立場をまさに理解不能な原理主義として拒絶する場合には、彼にも賛成し得ない。明文でKühlは、ドイツにおいて相対立して述べられている拷問の議論に一瞥をして、次のように述べる、「われわれドイツ人は、われわれの原則を愛するのである」、と。<sup>(40)</sup> それにより、拷問の禁止は我々の法においては設けられておらず、そしてそれゆえにそれは、この原則が生命保護に関する法治国家的な要求との比較に打ち勝ち得ることなくして不適当な原則へと隷属することを表すものでしかないと、明らかに述べるのである。

しかし、まさにそれは逆なのである。Jan Philip Reemtsmaに由来する「文明破壊」<sup>(41)</sup> としての拷問の特徴づけは、共同体における漠然とした道徳的自明性のみを参照するよう指示するのではなく、法治国家に根ざしている国家の尊厳をも参照するよう指示するのであって、その保護は、国家自らのイメージの維持のために<sup>(42)</sup>、拷問の絶対的な禁止においてのみ存在し得るのである。

それゆえに、被祝賀者によって提案された拷問の脅迫の許容もまた、問題のあるものである。<sup>(43)</sup> なぜなら一方ではその実行が周知のごとく禁じられている脅迫を国家が口にすることで、そのようなばかげたことに身をさらす場合も国家はその尊厳を失うからであり、<sup>(44)</sup> そして他方ではそのような手法がテロ犯罪行為に際してそもそも

<sup>(38)</sup> Wilhelm von Humboldt (Fn.37), 187.

<sup>(39)</sup> Jens Petersen, Wilhelm von Humboldts Ideen im Lichte der angloamerikanischen Rechtsphilosophie, 2.Aufl., 2007, 171.

<sup>(40)</sup> Kühl (Fn.4), Rn.156aの最後。

<sup>(41)</sup> Jan Philip Reemtsma, Folter im Rechtsstaat?, 2005.

<sup>(42)</sup> Jakobsさえも、敵味方刑法に関する議論との関連において以下のように認めている。「立派な根拠をもって行い得たであろう全てのことが、実際にも実行されなければならないわけではない。……まさに自らの自己イメージを理由として実行されなかった行動様式は存在するのである。」(Günther Jakobs, Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtmäßigkeit, HRRS 2006, 297)

<sup>(43)</sup> Herzberg (Fn.1), 325ff..

<sup>(44)</sup> それについては既にRoxin (Fn.29), 464も参照、しかしそれに対してまたもやHerzberg (Fn.1), 328は警察の警告発砲を指示している。もっとも、警察の警告発砲が拷問の脅迫と比較可能かどうか

効果を示すものなのかどうかもまた疑わしいままだからである。<sup>(45)</sup>

### III. 最終手段としての拷問の正当化

既に述べたことによれば、拷問と法治国家性、さらには拷問と国家の尊厳は両立しないものであることが明らかにならざるを得ない。そうはいうものの、確かに拷問には原則的には反対するが、しかし個々の事例に対して拷問禁止の例外を承認したいとする意見が見られる。それに賛成する見解は、いずれにせよ確実な程度以上に人命の損失が差し迫りつつある場合に、行為者保護よりも被害者保護が優先されねばならないということを明確にするべきような、恐ろしいイメージを描き出す。その際にとりわけ、既にLuhmannによって持ち出された、いわゆる「時限爆弾」事例が好んで用いられる。それは、国家が敢然と立ち向かわなければならないような、新しい法治国家的挑戦を形成する事例である。その際の、「時限爆弾」事例とはすなわち以下のように述べられる事例である。テロリストが逮捕され、彼が大都市に、わずかな時間の後に爆発し、そして数百人、もしくはそれどころか数千人もの被害者が出るであろうような爆弾を設置したことを示唆した。当該問題事例をなおより劇的に描き出させるために、加えて秘密の場所に世界全体を破壊するに足りるだけの爆弾を設置したテロリストが描かれることもある。<sup>(47)</sup>ここでは以下のように論証される、すなわち、希望する情報およびそれによる爆弾の隠し場所を獲得するために、まさにテロリストを拷問する義務が存在しており、そしてそれによりこの方法で数千人、ないしはさらに数百万人を死から救うことができるのである、と。

しかしながらそのような法の方向性の帰結は例外事例を意識させるものに違いない。すなわち、拷問禁止に絶対的に緊急避難が確定することを認めない者でも、当

---

かは、疑わしいものとせざるを得ない、なぜなら事実における変更可能性が異なっているからである。

<sup>(45)</sup> 後者のことはFahl (Fn.3), 190の提案に対しても当てはまる。それによればいずれにせよ、そのようなやり方はしばしば、時間の経過を理由としても、例えば時限爆弾の事例において、除外しなければならないがゆえになおさら、真実という血清を投与することが許容されるべきであるとす（それについてはすぐ後の後述IIIを参照）。

<sup>(46)</sup> Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, 1.

<sup>(47)</sup> もっとも、その例は大衆迎合的であるだけでなく、役立たないものでもある、なぜならそのような事例においては、爆弾がその場合には公務員自らの生命を、および場合によってはその親族の生命をもまた危険にさらしているだろうがゆえに、公務員にとって容易に刑法35条が介入するだろうからである。



該禁止を実際には〔例外事例において〕既に放棄しているのである。それゆえ当然なことに、このような立場に対しては、反論が持ち出されている。すなわち拷問者は「既に常に一個人の利益に対して公共の福祉ないしは多数者の利益を対置」しており、そして既に古代および中世において、ならびに歴史上の全ての独裁者において、真の国家の敵および誤想された国家の敵への拷問は、「より大きい多くの災厄によって、それだけいっそうテロ行為が阻止され、もしくは除去され得る」ということにより根拠づけられたのである、と。すなわちここでは邪悪な手段は(推定上の)<sup>(48)</sup>良い目的のために、すなわち内心への干渉が外部者の救助のために許容されるのである。

錯誤の問題もまた、全く未解決のままである。すなわち、拷問を受ける者が実際に行行為者であることはどのようにして保障されるべきなのであろうか。Erbは錯誤の問題について認識しているが、彼は錯誤の場合において許容構成要件の錯誤の原則を介入させ、そして拷問者を場合によっては過失身体傷害により処罰しようとする<sup>(50)</sup>。警察官から動機づけを奪うために、彼は錯誤の回避不可能性を、「単なる嫌疑」に対して拷問措置を使用することを越えて、拷問対象者の答責性の「絶対的に明白な証拠」<sup>(51)</sup>の事例においてのみ、肯定しようとする。

この立場に関しては、既に1532年の刑罰に関する重罪刑事裁判所規則〔カリナ刑事法典〕が拷問措置を、「嫌疑が確実さと近い状態にある場合——すなわち嫌疑事実および間接事実（徴憑）が、容易に有罪判決が下され得るほどに強い証明力を持つ場合に」のみ許容していたことが意識されねばならない<sup>(52)</sup>。しかし我々は、このような拷問の制限が、魔女裁判において初めて拒絶されたのではなく、すでにそれ以前にユダヤ人迫害においても拒絶されていたということを記憶にとどめるべきであろう。このことが今日、テロリスト裁判の場合においても生ずるのであろうことは、予測可能である。なぜなら、テロリストに対する不安が嫌疑を明白な証拠の限界線

<sup>(48)</sup> 一説に値するのは、Heribert Prantl, Süddeutsche Zeitung vom 10. 3. 2003.

<sup>(49)</sup> このようなイメージに反対するものとして、Jahn (Fn.3), 48.

<sup>(50)</sup> Erb (Fn.15), 29.

<sup>(51)</sup> ハイデルベルクの国法学・国際法学者であるDoehringもまた結論において同様である、Die Welt vom 26. 6. 2006. 彼は描写された事例において、供述させられることになる者が、どこに危険が潜んでいるのかを実際に知っていることについて、嫌疑が存在するだけでなく、……完全な明白さがある場合に、拷問を許容しようとする。

<sup>(52)</sup> これについてはPrantl (Fn.48) も見よ。

にまで煽り立てることは、容易に可能だからである。それゆえ過失身体傷害による処罰についての公務員の恐れは、ここではいずれにせよより長期的な視野で見れば、釣り合いをとる重しとしては大して働かないであろう。<sup>(53)</sup>

その際に、ここで支持された絶対的な拷問禁止が、極端な場合には多くの人命の喪失という代償を要求し得るということは否認されるべきものではない。なぜなら、人命を救助するような情報は、場合によっては適時には獲得できないからである。しかし国家の尊厳の保持は、このような高い犠牲を場合によってはいとわないことを正当化する一つの根拠である。<sup>(54)</sup>その限りにおいて、拷問に関する問題によって、実際には、法治国家の立場決定に関する問題が問われており、まさにそれゆえに拷問の正当化は例外事例においてもまた問題となり得るべきものではないということが、はっきりと認識されなければならない。

#### IV. 免責的解決

もちろんそれにより、場合によっては拷問者の免責が例外事例においても問題とはなり得ないとまでは、なお述べられてはいない。

##### 1. 超法規的免責的緊急避難

すなわち例えばRoxinは、拷問またはその脅迫が人命の救助に役立つ場合に、超法規的な答責性阻却によって不処罰となされ得るものかどうか、という問題を投げかけた。<sup>(55)</sup>もちろんその際にRoxinは、彼自身はこれまで全くの通説と同様に、超法規的

<sup>(53)</sup> 拷問の議論における限界線の決壊の論拠については、一般的にはReinhard Marx, Eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, 2005, 113ff.; Roxin (Fn.29), 467f.参照。

<sup>(54)</sup> それについてはHerzberg (Fn.1), 324も参照、その文献は、欧州人権条約第3条と関連する第15条において、その条約の制作者およびそれを移し替えたドイツの立法者が、その上今や最も極端な緊急避難事例において拷問の許容に対して反対する判断をし、そしてそれに関して、明白であり、かつ望むらくは決して現実とはならない事例において支払われなければならないであろう代償を支払うことを正当化する原則および『原則排除』という根拠を争っていることを、当然にも指摘する。——このような関連において、欧州人権裁判所が、拷問禁止を緩和するあらゆる試みに対して、つねに反対する判断をしたこともまた見逃されることは許されない。それについてはNJW 2001, 59のSelmouni判決、ならびに2003年3月12日および2005年5月12日のÖcalan判決を参照。これらの判決について一般的にはJörg Kinzig, Not kennt kein Gebot?, ZStW 115 (2003), 791ならびにとりわけ最後に挙げた判決についてはHans-Heiner Kühne, Das zweite Öcalan-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JZ 2005, 653ff.参照。

<sup>(55)</sup> このことさらに続く引用はRoxin (Fn.29), 468f.; 同じくRoxin (Fn.9), §22 Rn.166ff., それ以前に

答責性阻却緊急避難を、いわゆる危険共同体の事例に限定していたとした。すなわちそれは、多数、もしくはさらに多くのほとんどの人間が危険に瀕した状態にあり、そして救助のためには危険共同体の中にある人間のうちの少なくとも1人、もしくはさらに多くの一部の人間が、他の人達のために犠牲になる、という事例である。このような状況と、拷問という出来事は、決して比較可能なものではない。なぜなら拷問される者は当該措置によって初めてその法益を侵害されるのであり、彼が自分自身で前もって自らを危険状態に置いたのではないからである。

しかしこのような法概念の、救助のための拷問への拡張を、Roxinは少なくとも議論の価値があるものと評価した。なぜなら法益侵害は非関与者ではなくて、確実性に接する程度の蓋然性により回避されるべき危険を惹起した者に転嫁されるのであり、そして少なくとも「時限爆弾」事例のような極端な状況においては、拷問禁止の違反は、特異な状況において法益を保持する動機づけに帰せしめられ得るからである。

まさに最後に述べられた制限が、Roxinもまた超法規的免責的緊急避難の可能性を、大多数の人命が危険にさらされ、そしてそれゆえに拷問が「より小さい」害悪として現れるような場合のみ許容しようとしていることを、明らかに示している。とくにDaschner事例においては、Roxinは実際にも刑法上の答責性阻却の可能性をも否定した。なぜなら誘拐事例はまさに特異な限界状況を形成するものではなく、そしてそれゆえに不処罰にすることは、「甘受できない拷問禁止の相対化へと至るだろうから」<sup>(56)</sup>である。

しかしそれとは関わりなく、拷問使用の事例に対する超法規的免責的緊急避難の承認は、根本的な異議さえも加えられるものである。例えばRoxinによって支持された、事例の特異性との結合は、問題をはらんだものである。なぜなら、拷問が免責されるであろうかどうかという問題は、阻止可能なテロ攻撃が現在なお個々の特殊な事例であるかどうか、もしくは起こり得るテロ攻撃の増加に直面して、述べられた方法での脅迫の場が将来の慣習となるかどうかには、左右され得るものではないからである。その他の点では、まさにある一事例に対してその特別な特徴づけに

すでにKlaus Bernsmann, »Entschuldigung« durch Notstand, 1989, 93参照。

<sup>(56)</sup> Roxin (Fn.9), §22 Rn.169.

において特異性が示されるという根拠が常に見い出され得るのであれば、その結果、拷問が法律外の責任阻却を超えて、結局のところやはり言うなれば、犯罪訴追において裏口からの出入り口を獲得する〔すなわち「特異性がある」限りにおいて「拷問の場合にも免責される」ということが一般化してしまう——筆者注〕危険が存在するのである。それにより、超法規的な免責の緊急避難に基づく答責性阻却は、やはり再び正当化されることへと間近に迫ることになるであろう。

このような問題を、フランクフルト地方裁判所もまたDaschner事例<sup>(57)</sup>において見て取った。明文で地方裁判所の判決において、Böckenförde<sup>(57)</sup>を引用して、以下のように述べられている。「その上、国家組織の侵害権限への超法規的な緊急避難の適用は、現行の組織法および管轄法の無理なこじ開けへと至り得ることが考慮され得る。……憲法における適用に際しては、超法規的な緊急避難が『超憲法的な緊急避難へと至り、そして緊急避難および緊急状態による事務処理のための、開かれた一般的な権限付与が』生ずるのであろう危険が存在する。それにより権限に関しての、あらゆる憲法上の、もしくは法律上の限界づけは、暫定的なものでしかなくなるであろう。」

それゆえ結論として、超法規的な答責性阻却緊急避難の、救助的な拷問の事例への拡張に対しては、以下の点から反対である。すなわち、法的安定性を持つ適用の限界づけが排除され、そしてそれによって、国家による拷問の厳格な禁止と両立しないような、新しい「行動の自由」も創出されるという点である。

## 2. 答責性阻却となる過剰防衛

しかしそれでも私は、これまで——その点では明らかに——どの程度まで刑法33条が緊急救助の場合において適用可能でありうるのか、そしてそれが救助的な拷問の領域においても適用可能であり得るのかは、なお検討されてこなかった点について指摘したい。刑法33条は、正当防衛の限度を——そしてすなわち第三者のための正当防衛の限度も——混乱、恐怖または驚愕から超えた者は、責任なく行動したことを述べている。それゆえに、行為者がある人間に対する心配から、もしくはさら

<sup>(57)</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881.

に多数の人間に対する心配から行動した事例にもこの規定を適用することは、全く  
 によって考えられるであろう。しかしながらその際に当然に、ある警察官には——と  
 りわけ、たとえある個人の生命が問題となっている場合、すなわちたとえその際に  
 最高価値をもつものが関わる問題であったとしても——その警察官が毅然とした自  
 己主張により拷問措置を思いとどまることが期待され得る点が考慮されるべきであ  
 る。このことは、被疑者が犯人であることを否認している限りにおいて、なおさら  
 いっそう当てはまる。そのような事例において公務員は、我々の法秩序の規定との  
 関係に従って、被疑者という人物に隠れていた知識で我慢しなければならないので  
 ある。したがってここでは刑法33条に従っても、免責は考慮に入れられない。

被疑者が自ら、例えば、数分後に大勢の、数百人、もしくはさらに数千人の人間  
 を殺害するような殺傷能力のある爆弾の所有を自慢した場合には、異なり得る。そ  
 のような場合においては、最も冷酷な公務員も、比喩的に言うならば「かっとなっ  
 てしまう」ことが全くによってあり得るのであり、その結果その者は多数の人間の命  
 が脅かされる恐怖から、緊急救助の限界を超えてしまい、そしてその際に場合によっ  
 ては、その者の拷問行為の免責が刑法33条によって問題になるのである。その際に  
 この恐怖の原因は、そのような事例においては全くによって、誤った決断に対する心  
 配でもあり得るのである。

行為者が混乱、恐怖または驚愕から正当防衛および緊急救助の限界を超えた限り  
 で免責を可能にする刑法33条の適用は、確かに通説によれば、実際にはそもそも何  
 ら正当防衛状況ないしは緊急救助状況が存在しておらず、すなわち例えば犯人と思  
 しき人間が実際にはそもそも何ら爆弾を設置していなかった場合には、考慮に入れ  
 られない。<sup>(58)</sup>しかしながらこれについての例外を全くの通説によれば当然に、以下の  
 ような事例が作り出している。それは過剰防衛の被害者が侵害を装っていた事例で  
 ある。なぜならその場合には正当防衛行為の被害者は、当該状況についての単独の  
 答責性を負担し、そしてそれゆえに刑法33条による免責が問題になり得るからで  
 ある。<sup>(59)</sup>

<sup>(58)</sup> BGH NJW 1962, 309; 1968, 1885; BGH NSTZ-RR 2002, 203; BGH NSTZ 2003, 599; Jäger, AT, Rn.221; Roxin (Fn.9), §22 Rn.94、異なる見解としてKöhler, AT, 424参照。

<sup>(59)</sup> Jürgen Fischer, Die straflose Notwehrüberschreitung, 1971, 97; Claus Roxin, Über den Notwehrexzeß, in: FS Schaffstein, 1975, 120; 同じくRoxin (Fn.9), §22 Rn.96. 類似したものとす

その際に刑法33条を適用することの長所は、刑法32条の正当防衛権との過剰防衛の直接的な結びつきという点にも存在する。その結果、釈明は必然的に、侵害がまきに行われ、もしくは直接的に差し迫っている場合にのみ問題となり得る。それゆえ、将来のテロ行為を阻止する目的でテロリストが拷問された場合には、免責は決して考慮に値しないであろう。超法規的緊急避難に基づく免責という解決は、適用の限界づけというこのような長所をまさに提供しないのである。

したがって、公安官が多数の、場合によってはさらに数千人の人に対する心配から、見せかけられた爆弾テロ行為に際して、単独では別の選択肢がもはや全く見出され得なかったというような例外的事例における、公務員のありうる免責に関してここで示された解決は、全く以って個別の特殊事例において考慮され得るものである。しかし一般化するための事前的考察は、ここでもまた不可能であろう。なぜなら個別の特殊事例は、当該公務員が実際に混乱、恐怖または驚愕から行動したかどうかを示さなければならぬからである。しかしいずれにせよそのような場合においては、その公務員は、答責性に配慮された、寛大な裁判にかけられることが期待されるに違いない。

## V. 結論

本稿の最後に私は、被祝賀者に誕生日について心からの祝福をおくりたい。

全体としては以下のような結論となる。人権は自由に処分できるようなものではなく、それは緊急状況の瞬間においてもそうである。<sup>(60)</sup>拷問および拷問の脅迫は、国家の尊厳と相容れないものであり、その結果正当化は排除されたままでなければならぬ。私によって基礎におかれた構想によればせいぜいのところ、公務員が極端な例外的事例においてその緊急救助権を、誤った決断への恐怖または心配から超えてしまった限りにおいて、刑法33条による釈明が考えられ得る。

---

<sup>60)</sup> Bernhard Hardtung, Der Irrtum über die Schuld im Lichte des §35 StGB, ZStW 108 (1996), 60. なおさらに進めるものとしてJakobs, AT, 20/33, Jakobsは見せかけの攻撃を本物の攻撃として評価し、そしてそれゆえに刑法33条を直接適用する。もっとも、異なる見解としてGünter Spindel, in: LK, 11. Aufl., §33 Rn.33.

<sup>(60)</sup> Hassemer, Spiegel Online, Interview vom 27. 2. 2003.

我々はこちらでMax Weberの言葉を思い出す。「これは運命である。そう、すなわちこれが学問という仕事の意義なのである。そのほかになお当てはまるとされる他の文化的要素があるとしても、それら全てとは異なって全く以って特徴的な意味において、学問は運命に征服され、犠牲にされるということである。すなわち、あらゆる学問的な『達成』は新しい『問題』を意味し、そして『凌駕』され、時代遅れのものとなることを自ら望むのである。<sup>(61)</sup>それゆえ学問は、独創性と革新を必要としているのである、それらをHerzbergが常に探究していたように。しかしこれはもちろん、進歩が可能である場面においてのみ、当てはまることが許される。人権問題においては、このことはそうではない〔＝独創性と革新が進歩につながる場面ではない〕のだ！

- i) イェーガー教授の博士号請求論文 (Dissertation) は中止未遂をテーマとしたものであった (Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996)。一方で本論文が献呈されたヘルツベルク教授も、1985年の論考 (Rolf Dietrich Herzberg, Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, in FS für Günter Blau, 1985, S.97-121) 以降、中止未遂に関する10数本の論考を発表している (それらの表題については野澤充『中止犯の理論的構造』(2012年) 528頁以下参照)。
- ii) 参考条文のドイツ刑法357条を参照。
- iii) 参考条文のドイツ刑法59条参照。

## 【参考条文】

〔刑法〕

### ▼32条 正当防衛

- (1) 正当防衛により要請される行為を行つた者は、違法に行爲したものではない。
- (2) 正当防衛は、現在する違法の侵害を自己または他人から回避するために必要な防衛である。

### ▼33条 過剰防衛

行為者が混乱、恐怖または驚愕から正当防衛の限度を超えた場合には、その者は罰せられることはない。

### ▼34条 正当化緊急避難

現在する、そうする他は回避し得ないような、生命、身体、自由、名誉、財産、またはその他の法益に対する危険において、その危険を自分自身ないしは他人から回避するために、行為を実行した者は、衝突する利益、特に関係する法益とその威嚇された危険の程度を、十分に衡量して、保護された利益が侵害された利益よりも本質的に重要である場合には、その者は違法に行爲した者ではない。しかしこれは、行為がその危険を回避するのに相当な手段である限りにおいてのみ、当てはまる。

<sup>(61)</sup> Max Weber, Wissenschaft als Beruf, 1922, Kapitel 5 (Unterschied von Wissenschaft und Kunst).



▼35条 免責の緊急避難

- (1) 現在する、そうする他は回避し得ないような、生命、身体、または自由に対する危険において、その危険を自分自身、親族またはその他の近親者から回避するために、違法な行為を実行した者は、その者は責任なくして行為したのである。これは、事情により、特にその者が危険を自ら惹起させたが故に、またはその者が特別な法律関係にあったが故に、危険を甘受することがその者に要求され得た限りにおいては、当てはまらない。しかし行為者が特別な法律関係を顧慮することなく、危険を甘受しなければならなかった場合には、49条第1項により刑罰は減輕され得る。
- (2) 行為者が行為の実行において、前項によってその者を免責するであろうような、実際には誤った事情を想定していた場合には、その錯誤が回避可能であったときにのみ、その者は処罰される。刑罰は49条第1項により、減輕され得る。

▼59条 刑罰の留保を伴う戒告の要件

- (1) 180日以下の罰金刑を科せられる者が、
  1. 行為者が将来的に、刑罰についての宣告なしにも犯罪行為をもはや実行しないであろうことが予期され得るものであり、
  2. 行為者の犯罪行為および人格の全体的評価によれば、刑罰を言い渡すことを不必要なものとするような特別な事情が存在しており、なおかつ
  3. 法秩序の防衛が刑罰についての宣告を要求しているわけではない場合には、裁判所は有罪宣告と併せて、その者を戒告し、刑罰を決定し、そしてこの刑罰についての宣告を留保することができる。56条第1項第2文は準用される。
- (2) 戒告と併せて、追徴、没収、または廃棄は宣告され得る。改善保安処分と併せて刑罰の留保を伴う戒告をすることは、認められない。

▼90条 a 国家およびその象徴の侮蔑

- (1) 公然と、集会において、もしくは文書（11条第3項）の配布により、
  1. ドイツ連邦共和国もしくはそのラントの一つもしくはそれらの憲法的秩序を罵倒し、もしくは悪意をもって軽蔑した、または
  2. ドイツ連邦共和国の、もしくはそのラントの一つの象徴色、旗、紋章、もしくは国歌州歌を侮蔑した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。
- (2) 公然と示されたドイツ連邦共和国もしくはそのラントの一つの旗、または官庁によって公然と設置されたドイツ連邦共和国もしくはそのラントの一つの国章を、撤去し、破壊し、損壊し、使用不能もしくは判別不能にし、または冒瀆的な狼藉をそれに対して行った者も、同様に処罰される。本項の未遂は可罰的である。
- (3) 当該行為者が当該行為によって意図的に、ドイツ連邦共和国の存立もしくは憲法諸原理に反する企てのために尽力した場合には、その刑罰は5年以下の自由刑または罰金刑とする。

▼240条 強要

- (1) ある人に、暴行により、またはひどい害悪についての脅迫により、違法にある行為、容認、もしくは不作為を強要した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。
- (2) 努力された目的のための暴行または害悪の脅迫が、非難すべきものとして評価される場合には、当該行為は違法である。
- (3) 本条の未遂は可罰的である。
- (4) 特に重大な場合においては、その刑は6月以上5年以下の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常次のような場合である、すなわち、行為者が、
  1. 他の人間に性的な行為を強要した場合、
  2. 妊婦に妊娠中絶を強要した場合、または
  3. 公職者としてのその者の権限もしくはその者の地位を濫用した場合である。



▼357条 部下に対する犯罪行為へのそのおかし

- (1) ある上司が、自らの部下を職務において違法行為へとそのおかし、またはそのおかしと試みた、または自らの部下のそのような違法行為をみすみす放っておいた場合には、この違法行為に対して定められた法定刑が科せられる。
- (2) 同規定は、他の公職者の仕事に関する監督もしくは管理が委託された公職者にも、この前者の公職者が実行した違法行為が監督もしくは管理に属する仕事に係る限りにおいて、適用される。

〔刑事訴訟法〕

▼136条 a [禁止された尋問方法]

- (1) 虐待、疲労、身体的侵害、薬品の投与、苦痛、欺罔、または催眠によって、被疑者の意思決定および意思活動の自由が侵害されることは許されない。強制は、刑事手続法がこれを許容している限りにおいてのみ、使用が許される。刑事手続法の規定により許されていない処分による脅迫、および法律上予定されていない利益の約束は、禁止される。
- (2) 被疑者の記憶力または弁識能力を侵害する処分は、許されない。
- (3) 本条第1項および第2項の禁止は、被疑者の同意を考慮せずに適用される。この禁止に違反して実現された供述は、被疑者がその利用に同意した場合においても、利用されることは許されない。