

クリスチャン・イエーガー「個人責任である刑法における第三者作用問題としての答責性および責任」

野澤, 充
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/1786941>

出版情報 : 法政研究. 83 (1/2), pp.223-242, 2016-10-03. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

クリスチャン・イエーガー「個人責任である刑法における第三者作用問題としての答責性および責任」

野 澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、ヴェルナー・ポイルケ65歳祝賀論文集に掲載された、クリスチャン・イエーガー教授による論文「個人責任である刑法における第三者作用問題としての答責性および責任」(Christian Jäger, Verantwortung und Schuld als Drittwirkungsproblem in einem personal zurechnenden Strafrecht, Ein menschengerechtes Strefrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S.127-136) の翻訳である。イエーガー教授は現在、エアランゲン・ニュルンベルク大学教授であるが、その経歴については法政研究81巻1・2合併号(2014年)F47頁以下を参照して頂きたい。

本論文の内容は、従来までの犯罪論体系における「責任(有責性)」段階に関して、その内容を再検討し、「規範的応答可能性」をその内容とする「(狭義の)責任(Schuld)」と「予防的な処罰の必要性」に基づく「答責性(Verantwortung)」という二元的な構成として理解する見解に基づいて、このような見解の実際上の意義を具体的事例により明らかにするものである。このような二元的な責任の構想は、本論文の中でも述べられているとおり、マウラッハ(Reinhard Maurach)の1948年の著書『刑法における責任と答責性』(Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948)において示された「行為答責性」論に由来するものであり、現在ではロクシン(Claus Roxin)などによって引き継がれているものである(Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.1, 4.Aufl., 2006, §19 Rn.1ff. 日本語文献としては、浅田和茂「責任と答責性」『現代の刑事法学(上)平場安治博士還暦祝賀』(1977年)272頁以下などを参照)。本論文では、とくにその行為について「責任阻却され

た者」および「答責性阻却された者」のそれぞれに対して緊急救助行為を行った第三者についての正当防衛成立の可否、さらには同じくそのそれぞれに対して関与行為を行った第三者について共犯（教唆犯または幫助犯）の成立の可否を検討することで、その区別の意義を明らかにしようとしている。

結論においてイエーガー教授は、「責任阻却された者」に対する第三者の緊急救助行為について正当防衛としての評価を認める一方で、「答責性阻却された者」に対する第三者の緊急救助行為については正当防衛権が制限されるとする。また「責任阻却された者」に対して関与行為を行った第三者については、刑法29条の考え方により共犯成立の可能性があり得るものとする一方で、「答責性阻却された者」に対して関与行為を行った第三者については、免責的緊急避難行為を行った正犯者に対しては（当該行動についての）社会的理解が向けられており、そのように社会的に理解される行動を同様にもたらしたに過ぎない当該関与者については同様の不処罰となる評価が与えられるべきであるとする。

従来までの考え方であれば、制限従属形式の発想に基づいていずれにせよこのような関与行為を行った者は共犯者（教唆犯もしくは幫助犯）として処罰されても仕方のないものとされており、このような考え方に基づけば「例えば緊急状況に陥った者に、その者の刑法上の答責性が35条の要件の下で阻却されることを説明した者」は、「適切に教えられた者がそれに基づいて緊急避難行為を行った場合」（Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd.1, §22 Rn.67）であったとしても、共犯者として処罰され得ることになる。しかしそのような結論は感覚的には不当であるように感じられるのであって、イエーガー教授はそのような事例において共犯者の不処罰を導くための基準を、「当該共犯者の動機の状態」について、「その者の行為寄与が葛藤状況に対する理解に裏打ちされている場合には、その者の処罰は阻却されることになる」が、それに対して「その者の寄与が利己的な動機に基づくものである場合には、正犯行為に対する共犯者としてその者の処罰に何ら不利な材料は存在しないことになる」とするのである。

このようなイエーガー教授の見解に対しては、——イエーガー教授自身が本論文内で批判を予想しているように——（悪しき主観面のみに基づいて処罰を根拠づけるような）心情刑法に陥ってしまっているのではないか、悪しき動機の有無のみが

処罰の可否を決定づけてしまうのは、犯罪論の構成として問題があるのではないかと批判が考えられる。またこのような帰結に至る出発点としてイエーガー教授は、正犯者が刑法35条の類推によって不処罰となる超法規的免責の緊急避難の事例において、当該行為に対して社会が理解を向けているがゆえに、当該行為への関与者もまた責任非難を受けるべきものではない、という点を挙げており、ここから正犯者が刑法35条の直接適用を受ける場合も同様である、として理論を展開していくのであるが、このような正犯者が刑法35条の類推により不処罰となる場合に関与者が共犯として処罰されないのは、「共犯者自身についても(当該共犯行為それ自体に対しても社会が理解を向けているがゆえに)刑法35条の類推適用を受ける資格があること」に基づくものなのであって、「正犯者の行為が(責任阻却ではなく)答責性阻却とされたこと」に基づく派生効果とは言えないのではないかと、すなわちこの問題は、「責任阻却か答責性阻却か」ということで解決されているのではなくて、純粹に「刑法35条の(類推)適用範囲」によって解決されていることになるのではないかと、という点が指摘され得るように思われる。

しかし本論文内でもときおり示されているように、ドイツにおいてもこの論点に関する先行研究はあまりなく、また日本においてもその点は同様であると考えられる。従来までの考え方では、有責性が阻却される者への関与は(極端従属形式の考え方ではなくて制限従属形式の考え方を採用することにより)処罰され得ることになるのが当然とされていたが、ロクシンの教科書や本論文内で指摘されているように「責任(答責性)阻却事由として処罰されないことを法的に助言した者」が共犯者として処罰されるという結論には違和感があり得るものであり、そうであるならば処罰されない場合を要件を明確化したうえで具体的に示すことは望ましいものともいえる(前述の「心情刑法に陥っている」との批判も、本論文のこの理論構成が「悪しき動機の者を処罰する」ためのものではなく、「(本来処罰されても仕方がないとされてきた者の中から)合理的な動機に基づく者を処罰から解放する」ためのものであると言えるのであれば、その限りにおいて批判はかわし得るものといえるかもしれない)。そのような観点から本論文が検討する「責任(答責性)阻却される行為への第三者による緊急救助行為についての正当防衛の成否」ないしは「責任(答責性)阻却される行為への第三者による関与行為についての共犯の成否」に関する

問題、およびそこからの帰結である「責任概念と答責性概念の区別」といった点、さらには答責性阻却される行為への緊急救助行為について正当防衛を否定する際に用いられた「正当防衛権の社会倫理的な限定」という考え方などについて日本でも検討していくべき論点として意義があると考え、ここで紹介する次第である。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）。また、具体例に関して登場人物の表記に関する本文中の誤植について、イエーガー教授に確認したうえで2か所修正した。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、原論文の引用のままとなっている箇所もある点を御承知頂ければ幸いである。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〔Werner Beulke〕は高い名声のある研究者および実務家であるだけでなく、昔からも天分に恵まれた教員であるとの呼び声が彼について先行していた。このことは、とりわけ、その法律学上の寄与において反映されており、その中で彼は常に困難な解釈論上の問題を伴う新しいことに取り組み、そしてその際に複雑な題材を単純かつ納得のいくように解明することに長けていた。したがってここでの以下の論考によって、まだわずかにしか解明されていない刑法学上の問題領域、すなわち免責事由においてあり得べき第三者作用を明らかにし、そしてその解釈論上の関連性を明確化することが試みられている。

A. 責任概念の展開

その際に考察の出発点はさしあたり、責任概念の歴史でなければならない⁽¹⁾。学問において、この責任概念は心理的な出発点から規範的理解を経て、一段と機能的考察の方向へと展開している。それによれば、「責任は……一般予防の『派生物』として示され、そして責任概念は刑罰の予防目的の点から定義づけられるのである⁽²⁾。このような機能的な解釈は、「非難可能性」もしくは「他行為の期待可能性」という意味における責任の理解を、はるかに超えて出るのである。その際に近年においては、とりわけ二元的な責任理解がその支持者を次第に増やしつつある。それによれば、被祝賀者の教科書に述べられているように、「責任という体系上のカテゴリーは、人間の『規範的な応答可能性』に基づいて、『予防的な制裁の必要性』という要素に関連して補充され、そして答責性として示される」べきである、すなわち「その者によって実行された不法に対して行為者が、まず第一に有責的に行動し、なおかつ第二に有責的な態度の処罰のための予防的な必要性が存在する場合にのみ、答責的であるとされるべきである」とする⁽³⁾のである。このような二元的な責任構想は、Maurachによって1948年に基礎づけられた、行為答責性の理論に由来するべきものである。それによれば、行為答責性は、犯罪論体系において責任の前にある段階を形成すべきものであり、そして行為者に対する規範呼びかけが確かに達成されたが、しかしそれにもかかわらず、その者の行動が具体的な状況において人間的に追体験可能であり、そしてそれゆえに特別予防上および一般予防上の処罰の必要性が失われるがゆえに、社会的な理解が示されるような場合を把握している。Maurachはこれについての例として、とりわけ刑法35条による免責の緊急避難ならびに刑法33条による過剰防衛を挙げていた。

不法を行うという弁識、ないしはこのような弁識に従って行動するという必要不可欠な弁識が行為者に欠けている場合である刑法17条および20条とは逆に、刑法33条および35条の場合においては「個々の行為者が免責されるのではなく、特定の状

⁽¹⁾ これについてはJohannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, AT, Rn.406ff. (43.Aufl.; 45.Aufl.ではRn.618ff.)を参照。

⁽²⁾ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn.408 (43.Aufl.; 45.Aufl.ではRn.620)参照。

⁽³⁾ それについてはWessels/Beulke/Satzger, AT, Rn.408b (43.Aufl.; 45.Aufl.ではRn.623)参照。

況に対して誰でも答責性から」解放されるのである。なぜなら行為者の態度は「ここでは確かに正当なものではない（行為不法は存在する）が、しかし——通常の人間の性質に鑑みて——個別的に免責可能であるというだけでなく、一般的に許容できる」からである。⁽⁴⁾学説においてこのような理論は、内容からして広く承認されているように感じられる。とりわけRoxinは、⁽⁵⁾（例えば刑法17条、20条の場合におけるような）規範的応答可能性と並んで、それとは切り離された、（例えば刑法33条、35条の場合におけるような）予防的な処罰の必要性という観点も考慮に入れるような責任の考え方を展開した。したがってRoxinの考え方には、Maurachの行為答責性の理論が関連していると言われている。すなわち、「単語の選択においてまで、ここで主張されている見解に近いものであることが明らかになる。」⁽⁶⁾。もともと、Roxinは行為答責性の理論が正当な出発点から適切な帰結を引き出したかについては、疑問視している。すなわち「なぜなら行為答責性は……『責任の前段階』ではなく、その結果その阻却においては——違法性阻却におけるのと同様に——責任に関して問題とすることはもはやできないであろうが、しかし違法性と責任は35条の場合において、および過剰防衛において、徹頭徹尾肯定されるのである。すなわち刑罰は……予防的な根拠が何ら刑罰を必然的に必要としないがゆえにのみ、無くなるのである。行為答責性は、可罰性に関して、すでに責任がはじめから阻却されている場合と隔たりのあるものではなく、むしろより近くにあるものなのである。」⁽⁷⁾しかしひとたび「行為答責性の理論」の正しい位置づけの問題が度外視される場合には、やはりMaurachとRoxinの見解は終始相互に匹敵し得るような目的設定に従うものであることが明らかになるであろう。

他方で、規範的な応答可能性と予防的な処罰の必要性の分離に基づくこのような責任構想は多く敵対視されていることは、見逃され得るものではない。すなわち例えばFristerは、⁽⁸⁾「刑法上の帰責の基準は理論的に（積極的）一般予防の観点の下でも、

⁽⁴⁾ Reinhart Maurach/Heinz Zipf, AT/1, §31 Rn.3参照。

⁽⁵⁾ Claus Roxin, AT I, §19 Rn.1ff. 詳しくは同じくClaus Roxin, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit, Brauneck-FS, 1999, S.385ff.

⁽⁶⁾ Roxin, AT I, §19 Rn.59を参照。

⁽⁷⁾ Roxin, AT I, §19 Rn.60; 同様なのはLK-Hans Joachim Hirsch, Vor §32 Rn.186、それはRoxinの意味で行為答責性の理論が「評価段階の順番」を変更するものであることを出発点としている。

⁽⁸⁾ Helmut Frister, Die Struktur des „voluntativen Schulselements“, 1993, S.79ff.

伝統的な責任概念の基準とは異なったものではあり得ない⁽⁹⁾」ということを証明しようと試みた。それゆえ実際には、単に概念の取り違えが問題となっているにすぎない、とするのである。予防的な目的思考は恣意性に委ねられることになり、責任原理はこのような方法によってもはや個人の保護のためには役立たないものとなり、そしてそれにより憲法上の保証としてはもはや理解され得ない、ということも述べられている⁽¹⁰⁾。

しかしながら結論において、とりわけ責任問題の第三者作用は2つの責任システムの必要性を裏付けるということが示されることになる。

B. 第三者作用問題としての責任と答責性

答責性と責任の区別が部外者である第三者の評価に対する影響をもたもち得るという事実は、法律学上ではいまだにわずかにしか認識される状況になっていない。

I. 責任なき行為および答責性なき行為に対する緊急救助の問題

規範的応答可能性の欠落という意味での責任阻却事由と、予防的な処罰の必要性の欠落という意味での答責性阻却事由との区別の必要性は、既に行為者に対する第三者の緊急救助権に際して示されている。これについて2つの事例が挙げられる。

例1：統合失調症に罹患しているSがその分裂病質の病状が悪化し、そしてこのような状況で、とある女性をナイフで攻撃したときに、隣人Nが現れた。Nは〔Sの〕分裂病質の発作について知っており、そして当該侵害はそのような発作によるものであることをはっきりと認識していたが、最終的に、当該女性のために緊急救助を為すために、行為者であるSを射殺した。

例2：猟師であるJは、子供たちの一団と共にかだに乗っていた渡し守がまさにもちよどこの子供たちの何人かを水の中に突き落しかかっているのを見て、川辺にやって来た。心配したJの呼びかけの声に対して、渡し守はJに、いかだが水漏れして、それゆえもはやすべての子供達を救助するように岸辺に

⁽⁹⁾ Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, AT, §10, Rn.7参照。

⁽¹⁰⁾ それについては同様に、さらなる指摘とともにStratenwerth/Kuhlen, AT, §10, Rn.7参照。

到達することができないということを説明した。すべての子供が泳げなかった
ので、それゆえ彼は、少なくとも残りの子供をなお救助することを可能にする
ために、何人かを水に投げ入れて死の危険にさらしたのだ、と。Jは確かに渡
し守のいうことを信じたが、しかしながらJは惑わされず、その銃を手に取り、
そして渡し守が子供達の何人かを川に投げ入れて致命的な結果をもたらすこと
を避けるために、渡し守を射殺した。したがって当然、すべての子供が川の流
れにのみ込まれ、そして最終的に誰も生き残らない結果になった。

緊急救助の許容性の問題が、両方の事例において異なって取り扱われなければなら
ないことは、明白であろう。しかしながらこのことは、一方では規範的応答可能
性の欠落に基づく責任阻却、そして他方では予防的な処罰の必要性に基づく答責性
阻却という区別が認められる場合にのみ、達成され得る。

なぜなら第1の事例においては、刑法20条による免責は、行為者に対する社会の
理解に基づくものではなく、当該人物の他行為可能性の不存在に基づくものだから
である。したがって部外者である第三者に緊急救助権を完全な範囲において認める
ことが理由づけられる。

それに対して通説が渡し守事例において刑法35条の類推を承認するような、超法
規的な免責的緊急避難である免責事由は、このような場合においては予防的な処罰
の必要性が欠けているという考え方に基づいている。社会は行為者にその葛藤状況
において理解を示し、そしてそれゆえに処罰を断念する、なぜならまさに超法規的
な免責的緊急避難が社会倫理的な紛争解決に基づいており、そしてそれゆえに正当
防衛権の社会倫理的な限定として緊急救助権限の排除へと至らなければならないか
らである。それに対して渡し守の行為によって脅かされた子供たちの正当防衛権は、
完全な範囲において維持されたままである。なぜなら脅かされた個人はまさに社会
倫理的な外部者ではないがゆえに、当然に社会の理解を同様の方法では分かち合う
必要はないからである。⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ それについては既にChristian Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 [2003], 788f. を参照。これに対して、答責性阻却事由による緊急救助権の社会倫理的な限定に対して批判的なのはMichael Pawlik, §14 Abs.3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, 1045ff.

II. 責任なき行為および答責性なき行為に対する共犯の問題

1. 学説を反映した共犯問題

たった今言及された緊急救助問題は実際にはそもそもまだ議論されていないが、その一方で共犯の問題は学説において既に時おり取り扱われてきた。⁽¹²⁾ もっとも、ここでもまた態度表明は、同様に「解釈論上の未開地〔terra incognita〕」という言葉が用いられ得るほどに散発的なままであった。したがってこのような領域についても、さしあたりいくつかの事例をはっきりと見せることが考慮に値するものとなる。

例1：Aは分裂病質の発作状態にあるBに、Cを殺害するよう促し、Bは実際にこれを行った。

例2：すでに上述された渡し守事例において、岸辺に偶然にちょうど通りかかったハイカーAが、水漏れしたいかだかもはやすべての子供達を岸辺まで運ばないであろうことを見てとった。同時にAは、渡し守が自らの心と葛藤していること、そして渡し守がこのような状況において行うべきことを認識していた。したがって渡し守にAは、複数の子供達を致死的な効果を伴って水に突き落すべきである、そしてそれによりその他の子供をようやくなおいかだで地面まで運んでいくことができる、と岸辺から大声で呼びかけた。

Maurach/Zipf⁽¹³⁾においても、類似の事例が見られる。

例3：「カルネアデスの板」の事例において部外者Aが、海難事故にあったBが助かるように、その苦難を共にしているCを板から突き飛ばすようBに助言を与えた。

上述の事例において、危険共同体の状況が、そしてそれにより刑法35条を類推する超法規的な免責の緊急避難の状況が問題となっている一方で、記述された種類の事例はなおより広く刑法35条の直接適用の状況を先鋭化させるものである。このことは具体的に説明するならば、以下のとおり。

例4：Aは構えた拳銃によりBに、Cを刺し殺すことを強要した。Bは驚いて後ずさりし、そして部外者であるDに、自分が何をすべきか質問した。Dは

⁽¹²⁾ とりわけRoxin, AT I, §22 Rn.66; Hans-Joachim Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§52, 53 Abs.3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 78 [1966], 67; 同じくSK-Rudolphi, 7.Aufl., §35 Rn.21; Maurach/Zipf, AT/1, §33 Rn.40ならびに§13 Rn.4を参照。

⁽¹³⁾ Maurach/Zipf, AT/1, §13 Rn.4.

Bが自分の心と葛藤しているのを察知し、そして自分がその状況であればCを殺害するであろうと断言した。その結果としてBは自らのためらいに打ち勝ち、そして実際にCを刺し殺した。

このような事例の解決に近づくためには、さしあたり第1の事例の共犯者は可罰的でなければならないことに関する意見の一致がおそらく存在することになるであろう、なぜならここでは、当該正犯者については規範的応答可能性の欠如に基づく責任阻却事由のみによって刑罰が免ぜられるような行為へと教唆した共犯者の可罰性が問題となっているからである。というのもそこでは立法者の判断は、予防的な処罰の必要性の欠如という意味での社会的理解に基づくのではなくて、(例えば刑法20条におけるように)正犯者の規範的応答可能性の欠如にのみ基づくのである。そしてその正犯者の規範的応答可能性の欠如は、刑法29条が基礎にしている(刑法の)個人責任理解を理由として、共犯となる背後者を刑事責任から解放し得ないのである。

それに対してより困難なのは、その他の事例の取り扱いである。それらの事例は、確かに同様にそれに際して違法な行為へと教唆したことによって際立っている。しかしそこでは、それゆえに實際上刑法26条による刑事責任が不可避であるのかどうかという問題が存在している。

ここで学説に目を通すと、このような問題もまたなおほとんど取り扱われないものとされているに違はなく、そしてわずかな意見表明においても明確な見解内容は何ら認識され得ないということが示される。したがってMaurach/Zipfにおいては明確に、カルネアデスの板事例(例3を参照)を一瞥して以下のように述べられている。『『カルネアデスの板』事例において、部外者Aは海難事故にあったBに助かるために、その苦難を共にしているCを板から突き飛ばすよう助言を与えた場合には、そのAは違法な行為を教唆し、そして26条により刑事責任を負う——これは議論の余地のない結論である!』⁽¹⁴⁾

⁽¹⁴⁾ Maurach/Zipf, AT/1, §13 Rn.4; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, AT, §23 Rn.17およびその脚注27; Eduard Dreher, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd.12, 1959, S.194; Emil Niethammer, Sinn und Wirkung des §50 StGB, DRZ 1946, 169; Friedrich Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 [1937], 323も参照。

それに対してRoxinは教唆問題を完全に異なって取り扱い、そして明らかに共犯の可罰性において何らの問題があるとは見ていない。Roxinによれば以下のとおりである。⁽¹⁵⁾「35条により無罪となる緊急避難行為への共犯は——当該行為が親族によって、もしくは親密な関係にある者によって行われた場合は別として——原則的に可罰的なものである。確かにときおり異なる見解が主張される。その見解は立法者が『その規範の順守を刑罰という手段によって強制する』⁽¹⁶⁾ ことについてここで一般的に断念したという仮定に依拠している、しかし制限従属性の原理が不処罰と相いれないというだけでなく……緊急避難論それ自体もまた共犯者の不処罰に不利な材料を提供するのである。なぜなら緊急避難行為は立法者によって拒否され、そして規範によって阻止されるべきだからである。正犯者において、その窮迫した状況を顧慮して寛大に扱われ、そして刑罰が断念される場合であっても、やはりこのような状況にはなかった部外者においては、答責性阻却を根拠づけるような事情がまさに与えられていないのである」、と。もともと、第三者が法的助言を与え、そして刑法35条の存在について指摘した場合には、明らかにRoxinもまた例外としようとしている。その限りにおいてRoxinは、「法的状況についての単なる指摘が可罰的なものであり得るわけではない」ということについて注意を喚起している。すなわち、「例えば緊急状況に陥った者に、その者の刑法上の答責性が35条の要件の下で阻却されることを説明した者は、適切に教えられた者がそれに基づいて緊急避難行為を行った場合には、処罰され得ないのである」、と。

2. 共犯問題の優先されるべき解明としての中間的解決

しかしながら結論において、共犯者の可罰性を原則的に肯定することも原則的に否定することも、納得のいくものではあり得ない。より正しいのはおそらく、両方の極端な立場の間にあって、そして答責性阻却事由という特別な地位を、狭義の責任阻却事由との比較において顧慮するような中間的解決であろう。その際に、異なっ

⁽¹⁵⁾ このこと次の個所についてはRoxin, AT I, §22 Rn.67参照、結論において同様なのはMK-Volker Erb, §34 Rn.140; Thomas Fischer, StGB, 61.Aufl., 2014, §35 Rn.9; Karl Lackner/Kristian Kühl, StGB, §35 Rn.15; Adolf Schönke/Horst Schröder- Walter Perron, §35 Rn.46; LK-Zieschang, §35 Rn.71.

⁽¹⁶⁾ SK-Rudolphi, 7.Aufl., §35 Rn.21、同じくRudolphi, ZStW 78 [1966], 66.

た状況を相互に比較することが有意義であるように思われるのであり、私は以下においてその状況について解説したい。

a) 状況1：正犯者が、刑法35条を類推する超法規的免責的緊急避難の状況にある場合

最も単純であるのは、正犯者が超法規的な免責的緊急避難の状況にあり、そして部外者が正犯者に対して理解を示すことで、正犯者の最終的な行為決意を呼び起こしたという状況であるように思われる。このような種類の状況は、上述された渡し守事例（例2）ならびにカルネアデスの板事例（例3）である。そこでは、子供たちがいかだにおいて、ないしは海難事故にあった者たちが木の板において、通説によれば葛藤状況を引き起こすような危険共同体の中にあり、その上第三者が、危険共同体にあるすべての者を死に委ねないために、積極的な殺害について権限があったであろう状況なのである。したがって渡し守事例において、仮に渡し守が何もしなかった時に、岸辺を偶然に通じかかったハイカーが、例えば携行していた拳銃によっていかだにいる複数の子供たちを射殺して、これによりなお残りの生き残った子供たちを救助するよう岸辺に到達させたであろう場合には、その上免責されるであろう（その際に我々は、当該ハイカーが泳ぐことのできない者であり、そしてそれゆえにその他に救助のためには何ら寄与し得なかったということ、とりわけ渡し守もまた武器による脅迫によっても、子供たちを川の中へ投げ入れる気にさせられなかったということを〔前提として〕想定したい）。しかしハイカーがこのような状況において既に自分自身で、いかだの上の子供たちを必要な数だけ射殺することが許されるであろう場合には、渡し守への教唆は同様にわずかにしか可罰的なものとならないであろう、なぜならそれは積極的な殺害行為に比べて、より小さい可罰性を描き出すものだからである。というのも教唆についても、ここでは超法規的な免責的緊急避難という免責事由が共犯者に対して直接的に把握することになるからである。したがって当該教唆は、その立場では刑法35条の類推により超法規的緊急避難に基づいて免責されるのである。

これに対しておそらく、直接に危機的状況にあるような者のみが超法規的な免責的緊急避難に依拠し得るべきことが、反論として挙げられ得る。このことは事例に

においてはもっぱら渡し守の事例がそうであろう、したがって岸辺にいたハイカーはいかだの上での出来事に関して「管轄外」であると説明され得ることになるであろう。しかしながら管轄の観点から超法規的な免責的緊急避難においては何らの役割をも果たし得ないことは、テロリストによって略取誘拐され、数千人が居住する高層ビルへと操縦桿を向けられている航空機を撃墜するという事例が示している。被祝賀者はここでその教科書において当然にも、脅かされた高層ビルの居住者と犠牲とされた罪のない乗客が共同して危険共同体を形成するということ、そしてその危険共同体の内部において、飛行機の中の間人はいずれにせよ命を落とすことになったであろうことを出発点としている。したがって首尾一貫して彼は、超法規的な免責的緊急避難に基づく非難可能性の阻却をあり得るものと評価している。このような見解に同調するのであれば、部外者が〔撃墜を行う戦闘機の〕パイロットをこのような行為へと強く迫ることも許されるであろうかどうかという問題が立てられることになる。その際には、直接的な問題解決者の立場にあるパイロットのみを答責性から解放することは、全くもって不適当であろう。むしろ指示する大臣もまたそのような責任阻却を自分自身のために要求することが許されるに違いない。しかし同様のことは、パイロットが大臣の無理な要求に従うことを拒否し、そして自らの妻が彼にとって唯一の道徳的な管轄部局として考慮の対象になるがゆえに、彼女と電話をつなぐことを要求した場合にもあてはまるであろう。パイロットの妻がここで、撃墜が倫理的に正しい解決であろうことをその夫に納得させた場合には、当然に彼女もまた有責性から解放されるに違いない、なぜなら彼女の決断は——仮に彼女が直接的には葛藤状況にはなかったとしても——人間的に理解可能なものであり、そして責任非難を何らうけるべきものではないからである。

完全性のために、ここではなお、危険共同体の状況以外においても、その共犯者が罪責から解放され得るような超法規的な免責的緊急避難の事例が考えられ得ることが述べられる。それは以下のとおりである。

⁽¹⁷⁾ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn.452a (43.Aufl.; 45.Aufl.ではRn.678).

⁽¹⁸⁾ すなわち既にChristian Jäger, Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsgüterhaltende Notwendigkeiten?, JA 2008, 684; Günther Jakobs, Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand, Krey-FS, 2010, S.207; Lackner/Kühl, §34 Rn.8; Claus Roxin, Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, ZIS 2011, 552、異なる見解としてIngo Bott, In dubio pro Straffreiheit?, 2011, S.272.

例5：Aは突きつけた銃により、BにCの腕を刺すように要求した。部外者であるDはこれに対して、Dが常に携帯している折りたたみナイフをBに手渡した。これが生じなかったならば、AはBを射殺したであろう。

ここではBの生命の維持という利益がCの身体的無傷性という利益に比べて本質的により高く格付けられ得るにもかかわらず、CがBによって腕を刺されるという甘受される結果を伴うナイフの手渡し行為は、刑法34条によっては正当化されないであろう。つまり決定的なのは、ナイフの手渡し行為が、議論の余地があるものの通説的見解によれば、刑法34条第1文の意味において法益権衡があるわけではなく、もしくはいずれにせよ刑法34条第2文の意味において相当でもないことなのである、なぜならDは重大な犯罪行為（刑法224条）について自らを不法行為者の道具とすることで、この態度によって不法の側についたであろうからである⁽¹⁹⁾。しかしながらDには手渡し行為の事例において超法規的免責的緊急避難が承認されるに違いないであろう、なぜならDはCへの侵害の甘受によってBの生命を救助できたからである。したがって共犯者であるDはこの事例それ自体においても、刑法34条によつての正当化はされ得ないが、しかし刑法35条の類推により超法規的な緊急避難を理由として免責されるのである。その際にこのような帰結の正当性は、正当防衛検討によって証明される。すなわち、Bによって腕を刺されることになりそうな状況にあるCは、Bへのナイフの手渡し行為に対してDに対する正当防衛という方法で防衛することができるに違いないのである。

b) 状況2：正犯者が、刑法35条による法律上の免責的緊急避難の状況にある場合
 上述の記述が受け入れられる場合には、当該帰結は、正犯者に対して刑法35条が直接にかかわることになる場合と実際上何ら異なり得ない。なぜなら、共犯者によって正犯者にもたらされた理解が、刑法35条の類推適用の場合において共犯の可罰性の阻却へと至る場合には、このことは刑法35条の直接適用の場合においても事実そのとおりであることになるだろうからである。そして実際上、例4において、立法

⁽¹⁹⁾ Schönke/Schröder- Perron, §34 Rn.41b; Christian Jäger, AT, §4 Rn.161、ならびに少なくとも著しい侵害においては、それぞれさらなる証拠とともにRoxin, AT I, §16 Rn.67もそうである。異なる見解としてさらなる指摘とともにJoachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 67.

者もまた刑法35条の下におくことになった理解をその部外者が正犯者にもたらした限りで、なぜ部外者が刑法26条により可罰的であるべきなのかは、ほとんど理解され得るものではない。とりわけ、行為決意を誘発するようなはっきり表明された法感情が可罰性の肯定へのきっかけを与えることになるであろう一方で、なぜ行為決意を煽るような法的助言が不処罰であるべきなのかは、理解可能なものではない。⁽²⁰⁾したがって全体として、刑法35条において明らかにされている理解を示された共犯者を一般的に不処罰なものとして説明するためのよりよい根拠が提供されるのである。

もっとも、今説明されたことによれば、共犯者の不処罰の限界は、教唆者が行為者に対する理解からではなくて、利己的な動機から行動した場合において見出されなければならない。したがって例えばカルネアデスの板事例における部外者が、このような方法でその〔自己〕ライバルを厄介払いしたかったがゆえに、とある海難事故被災者に他の海難事故被災者の殺害を教唆した場合には、このような教唆はもはや、立法者を行為者に対する理解へともたらしようにきっかけを作った動機から生じたものではないのである。しかしそれにより、狭義の共犯の可罰性に対する特典の根拠もまた喪失することになる。カルネアデスの板の事例を簡単に変化させて、すなわち海難事故被災者が助かるための板をすでに握りしめ、そして他の海難事故被災者がなお海上に漂っていたという事例を形作った場合にも、事情は同様である。

このような状況において、部外者が水に漂っている海難事故被災者に他者を板から突き飛ばすことを自発的に要求する場合には、その葛藤状態に対する理解は何らその中に現れないのであって、共犯者がとある海難事故被災者を他の海難事故被災者から無条件で優先させたという事実が明らかになるのである。水の中に漂っている者が明らかに自分の心と葛藤し、そして第三者がその者にこのような状況において、立法者をもまた刑法35条を創設する気にさせたような理解をもたらした場合にのみ、部外者は理解を示すのである。ここから、緊急状況にある者は葛藤状況を外側へ認識可能な形で自ら吹聴しなければならず、そして共犯者の寄与は——すなわ

⁽²⁰⁾ Roxin, AT I, §22 Rn.67を参照（彼の理由づけについては上述の脚注15を参照）。

ち行為を誘発するような——理解をもたらすことにおいて汲みつくされなければならない、そしてそれゆえに結論において立法者の譲歩を超えて出るとは許されないということが明白となるのである。

もっともここで、個別の場合において、重畳的な状態の動機について、困難な状況へと至り得るといことが見誤られるべきではない。すなわち例えば、教唆者が正犯者の行為決意を、理解からおよび同時に利己的な動機からも、呼び起こすことが考えられ得る。そのような場合においては、動機状況の重点を考慮に入れなければならないであろう。とりわけ教唆者が、正犯者に対する理解という背景を前提にして行為決意を生じさせた限りにおいては、刑罰は断念されなければならないであろう。それに対して当該教唆行為が、その重点を利己的な動機に基づくものとしてい場合には、刑法26条による可罰性は指示されなければならないであろう。そのような区別は、心情刑法である、との非難にさらされるものではない、なぜなら他の場所でも、例えば刑法216条において、重畳的な状態の動機づけの事例において動機状況という重点が考慮に入れられており、その箇所において、禁じられた心情刑法は見られないであろうからである。⁽²¹⁾同様に刑法33条においても、正犯者が虚弱性情動からも強壯性情動からも行動していた場合には、重点ないしは決定的な動機の共同原因性が注意を向けられることになる。⁽²²⁾

したがって全体としていずれにせよ、正犯者が答責性阻却される場合における共犯者の可罰性の無制限の肯定も完全な否定も、説得力のあり得るものではないということが示される。むしろ決定的なのは、共犯者の動機状況である。その者の行為寄与が葛藤状況に対する理解に裏打ちされている場合には、その者の処罰は阻却されることになるだろう。それに対してその者の寄与が利己的な動機に基づくものである場合には、正犯行為に対する共犯者としてその者の処罰に何ら不利な材料は存在しないことになる。

ところで、答責性阻却事由の第三者作用は、教唆という共犯形態についてだけで

⁽²¹⁾ ただしBGHSt 50, 92; Fischer, §216 Rn.10; HK-GS-Dieter Rössner/Sabine Wenkel, 3.Aufl., 2013, StGB, §216 Rn.10を参照。

⁽²²⁾ しかしここでは、虚弱性情動の明白な優越で十分であるのか、もしくは共同原因性で十分であるのかについては、争われている。それについては、さらなる指摘とともにBGHSt 3, 198; BGH NStZ 1987, 20; NSTZ-RR 1999, 264; StV 1999, 148; HK-GS-Gunner Duttge, StGB, §33 Rn.13; Fischer, §33 Rn.4を参照。

なく、補助の事例においても有効なものである。それについてももうひとつ例を挙げる。

例6：Aは突きつけた銃により、BにCを刺し殺すように要求した。部外者であるDはこれに対して、Dが常に携帯している折りたたみナイフをBに手渡した。これが生じなかったならば、AはBを殺害したであろう。Dはこれについて答責的ではありたくなかったので、Bにナイフを手渡し、それに引き続いてこのナイフを用いてBが実際にCを刺し殺した。

ここでは、Bが葛藤状況を自分自身で解決できるということにDが寄与したにもかかわらず、Dを違法な殺害に対する補助を理由として処罰することにはならないであろう。ここでDの補助の可罰性が肯定される場合には、このことは同時に、DがBの方を取らずにCの方を取らねばならず、そして何もしないままでなければならなかったということを意味するであろう。しかしその場合にはBの殺害はまさにDの行為として現れるのである、なぜならこのAによる殺害は本来意図されたものではなかったからである。それに対してDがBにナイフを手渡し、そのナイフによりBがCを刺し殺した場合には、第三者はこれをむしろAの行為とみなし得るであろう、なぜならその行為の遂行は、強要者によって望まれたように生じたからである。それにより、答責性阻却事由が第三者をも含めて、社会が理解するに違いないような葛藤状況に陥れることが示されているのである。事件全体に対する答責性を強要者の下にとどめておくために、その者が高潔な心情から行動しないままであったのか、もしくは強要状況において補助行為へと決断したのかは重要ではなく、第三者は何ら刑罰を受けるにふさわしくないのである。

C. 学説上の批判を浴びる二元的な責任理論

ようやくここで説明された第三者作用の帰結が、二元的な責任の理解の必要性を裏付けることを可能にする。なぜならそれによれば、(例えば刑法20条および17条のような)責任阻却事由は、正犯者の個人的な不十分性に基づくからである。したがってそれは個人個人のものなので、あらゆる関与者がその自らの責任に応じて処罰されることになるという刑法29条の考え方がそれに当てはまる。それに対して(例え

ば刑法35条および33条のような) 答責性阻却事由は、正犯者の個人的な不適格性を引き継ぐものではなく、そのような状況においては同様にそもそもそれ自体に寛大さを要求するであろうような、社会の一般的な理解に基づくものなのである。したがってそれは一般的に妥当するものであるので、刑法29条の評価づけはここでは通用し得ないのである。それゆえに、社会の理解を分かちあった共犯は、同様に不処罰とならねばならないのである。⁽²³⁾ここで示された第三者作用は、責任阻却事由と答責性阻却事由との間の⁽²⁴⁾評価に合致した区別が存在していることを明らかにする。その限りにおいて、Fristerが免責的緊急避難の刑事政策的な解釈を、彼が当該解釈に対し結論において循環論法を非難することによって拒絶した場合には、正しいものでもない。すなわちFristerによって以下のように述べられているのである。「免責的緊急避難においても、行為者の不法または責任が阻却され、ないしは減少しているという限りにおいてのみ、一般予防的な処罰の必要性が欠けていることがあり得る。ある行為が正犯者の死活にかかわる緊急状況にもかかわらず、実際に刑法上責任を根拠づけるような規範侵害として評価され得るであろう場合に、そしてその限りにおいて、その場合には侵害された規範が妥当することを死活にかかわる緊急状況に対しても示すために、正犯者を処罰するという一般予防の必要性も存在するであろう。⁽²⁵⁾」その背後に、一般予防的な処罰の必要性は常に、責任の喪失によってのみ消滅され得るものであるという考え方が存在している。しかしながらこのことは、まさにここで言及された第三者作用において具体的な方法で現れるような異なった法的帰結が、一方では責任阻却事由と、他方では答責性阻却事由と結びつけられるべきことを顧慮していない。ここで記述された第三者作用事例は、答責性阻却事由が特殊性によって特徴づけられるということをも示している。すなわち答責性阻却事由においては、外部的な行為事情(刑法35条による個人的関係者の強要緊急避難、そして刑法35条の類推による、すべての被害者が今にも破滅しそうな状態にある危険共同体)に直面して、正犯者に対し、その内心的状態についての理解が示されるのである。それに対して、——刑法20条のような——免責事由はもっぱら、外部的

⁽²³⁾ 結論においてこれと同様なのは、Rudolphi, ZStW 78 [1966], 98.

⁽²⁴⁾ Frister, Die Struktur des „voluntativen Schulselements“, S.209f..

⁽²⁵⁾ Helmut Frister, AT, 20.Kap., Rn.4.

な事情に反映しないような行為者の内心的状態についての理解に基づくのである。したがって、答責性阻却事由が外因的な動機づけに負うものであり、そしてまさにそれゆえに社会的な理解へと出くわすものである一方で、行為者の規範的な応答可能性は、刑法20条の場合においてはもっぱら内因的な要素のままなのである。

D. 結論

個人的な帰属という意味での責任の欠落は、完全に異なった理由づけに基づき得るものである。その際に、責任の問題が第三者である関与者に拡散する場面では、一方の答責性阻却事由と他方の責任阻却事由との間の区別が、あまりにも注目すべき明確さで展開されるがゆえに、第三者作用問題への学問的な取り組みの不足は、まさに理解できないものであるように思われる。この論考により、被祝賀者に70歳の誕生日について心から祝福を送るとともに、答責性阻却事由が緊急救助者の防衛権を限定するだけでなく、教唆寄与ないしは幫助寄与が免責の緊急避難の状態にある正犯者に対する理解を単にもたらしたものであることに尽きる限りにおいて、第三者の共犯を不処罰にする可能性をも拡大し得るということが示されることになった。このような問題設定の詳細な検討はとつくに時機を失したものであり、そして場合によっては第三者作用問題は責任解釈論の本来の試金石であるという洞察へと至り得るものであろう。

【参考条文】

〔刑法〕

▼17条 禁止の錯誤

¹行為の実行に際して、不法を行う認識が行為者に欠けている場合に、その者がこの錯誤を回避し得なかったときには、その者は責任なくして行為したものである。²行為者がその錯誤を回避し得た場合には、その刑罰は49条第1項により減輕され得る。

▼20条 精神障害による責任無能力

行為の実行の際に、病気による精神障害を理由として、深刻な意識障害を理由として、または精神薄弱もしくはその他の重大な精神異常を理由として、行為の不法を弁識する、またはこの弁識に従って行動する能力がなかった者は、責任なくして行動したものである。

▼26条 教唆

故意に他の者を、その故意により実行される違法な行為へと決定させた者は、教唆犯として正犯と同様に処罰される。

▼29条 関与者の独立的な可罰性

それぞれの関与者は、他者の責任に関わることなく、その者の責任にしたがって処罰される。

▼32条 正当防衛

(1)正当防衛により要請される行為を行った者は、違法に行為したのではない。

(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、その者は罰せられない。

▼34条 正当化緊急避難

¹現在する、そうする他は回避し得ないような、生命、身体、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、その者は違法に行為したのではない。
²ただしこれは、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。

▼35条 免責的緊急避難

(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。²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、ただ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のみ、その者は処罰される。²その刑罰は49条第1項により減輕されるものとする。

▼216条 要求による殺人

(1)ある者が、被殺者の明示的かつ真摯な要求によって殺害へと決意させられた場合には、6月以上5年以下の自由刑が科されるものとする。

(2)本条の未遂は可罰的である。

▼224条 危険な傷害

(1)傷害を

1. 毒物もしくはその他の健康を侵害する物質を与えることによって、
2. 武器もしくはその他の危険な道具を手段として、
3. 陰險な襲撃を手段として、
4. 他の関与者と共同して、または
5. 生命に危険をもたらす扱いを手段として、

実行した者は、6月以上10年以下の自由刑に処し、それほど重大ではない場合においては、3月以上5年以下の自由刑に処する。

(2)本条の未遂は可罰的である。