

正当化と免責：ドイツの犯罪概念の発展について

エーザー, アルビン

フライブルク大学教授：マックス・プランク外国・国際刑法研究所所長

<https://doi.org/10.15017/1837>

出版情報：法政研究. 52 (1), pp.1-32, 1985-09-17. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



正当化と免責

——ドイツの犯罪概念の発展について——

アルビン・エーザー

一 コモン・ローにおけるこの区別の欠如

大陸ヨーロッパの刑法学者は、正当防衛、同意、責任無能力、錯誤、緊急避難あるいは強要といった英米の分類を見て、そこでは、行為の「正当化」と行為者の単なる「免責」との間の明確な区別が欠けていることに、おそらくびっくりするであろう。このことは、英米法——そして、同じことはコモン・ローに範をとる他の法秩序にも必然的に妥当するであろう——が、犯罪阻却事由のなかの一定の相違——例えば、一方での正当防衛や懲戒権と、他方での責任能力の欠缺——を知らないということの意味するものではない。しかし、実務においては、「正当化 (Justification)」と「免責 (excuse)」との間のコモン・ロー上の区別は異なる効果をもたらすものではないというステイブンの認定⁽¹⁾が、依然として妥当性を有しているように思われる。というのは、この区別にある一定の手続的価値を認め

る場合ですら、そこにそのつど独自の実法法的諸カテゴリーを見出そうとすることは、依然として「人を欺き迷わせ」⁽²⁾ものと看做されるからである。なるほど、正当化と免責を、いわば交換可能な、あるいはいずれにせよ基本的には相違のない概念として処理するこの伝統は、争いのないものではない。例えば、とりわけ模範刑法典（第二乃至四條）は、その「防衛行為」と「責任阻却」の対置について、これは免責と正当化の区別に基づくものであると述べた。⁽³⁾しかし、ジョージ・フレッチャー——いずれにせよ、数年前までは、正当化と免責の基本的相違の承認に賛成するのは、彼だけであったように思われる⁽⁴⁾（この間、もちろん、とりわけ、彼の弟子ロビンソンは彼に賛成している⁽⁵⁾）——を除いて、その他の全てのこの種の試みは、必要な明確性と首尾一貫性を欠いている。⁽⁶⁾

しかし、英米の刑法理論についてのこのかなり乱暴な判断は、大陸の立法や理論の側では、すでに、正当化と免責の問題の十分に納得のいく解決を見出しているということの意味しない。なるほど、西ドイツ刑法典新総則においては、行為の（客観的）正当化と行為者の単なる（主観的—個別的）免責の区別が、今や、明確に原則的区別として承認されている。しかし、それでもなお、それと同時に全ての問題が解決されたわけではない。例えば、とりわけ、両者の間に、どこに、またどのようにして、境界線を引くべきかという避け難い問題が依然として残っている。これに関する最も顕著な事例は、「正当化する緊急避難」（西ドイツ刑法第三四條）と「免責する緊急避難」（第三五條）の区別である。第三四條の場合、行為は、行為者がそれによってより高い価値のある利益を現在の危難から救助することを試みた場合は、「違法ではない」と看做される。他方、第三五條において問題となるのは、行為それ自体は違法であるが、しかしそれにもかかわらず、行為者は、自己又は親族を生命、身体又は自由に対する現在の危難から救助しようとしたものであるが故に、「責任なく」⁽⁷⁾行為しえた場合である。同様に、正当防衛をなした行為は、行為者に対して過剰防衛の非難をなしえない限りにおいて、「違法でない」と看做される（第三二條）。しかし、例えば、行為者

が単なる傷害によって攻撃者を防ぎえたであろうにもかかわらず、彼を殺害してしまったが故に、過剰防衛が成立する——すなわち、彼の行為は依然として違法である——場合ですら、にもかかわらず、行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を越えた場合は、「罰せられない」——そして、この場合、この「罰せられない」ということは、一般に免責と看做されている。

二 ドイツ法におけるこの区別の実務上の意義

目下のところは、立法者にとっては、純理論的な理由から正当化と免責を区別することは、ほとんど意味のないことは確かであろう。⁽⁸⁾しかし、すでに数十年前、グスタフ・ラートブルッフが指摘したように、この区別は実務的な意義も持っている。このことは、例えば、正犯と共犯において明らかになる。すなわち、一方では、第二九条によれば、「すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って」処罰されるが、他方では、教唆犯と従犯は、関与される正犯行為が少なくとも違法かつ故意に遂行されたことを要件とする（第二六、二七条）。このことは、共犯者は、例えば、彼が緊急避難により正当化される行為を幫助した場合は処罰されないが、緊急避難が免責効果しか持っておらず、それ故、正犯行為が違法である場合は可罰的であるということの意味する。同じことは、犯罪庇護（第二五七条）、刑を無効果にする罪（第二五八条）、及び犯罪隠匿（第二五九条）に対して妥当する。同様の相違は、一方での、違法ではあるが免責されるにすぎない行為と、他方での、正当化される行為の制裁において明らかになる。すなわち、刑罰（真の「刑事罰」の意味での）は、客観的に違法でかつ主観的に有責な行為を前提とする（第三八乃至四五条b）が、一定の改善及び保安処分は、すでに、違法であるにすぎず、他の点で免責される行為に基づいて科しうるのである。例えば、精神医療施設への收容（第六三条）、運転免許の取消し（第六九条）、職

業禁止（第七〇条）、あるいは利益の追徴（第七二条）がそれである。それ故、例えば、行為者が攻撃者を殺害した場合に、たとえ彼が恐怖と驚愕から正当防衛の限度を越えたとしても、それにもかかわらず、彼の恐怖が病的なものであり、それ故治療を要する場合は、彼を精神医療施設へ収容することができる。蓋し、彼の行為は、免責されるにもかかわらず、依然違法であるからである。

しかし、以上のような、ドイツの刑法理論と実務において今日では原則的には争いのない、正当化と免責の間の基本的区別は、一八七一年の最初の帝国刑法典のなかにはまだ見出すことは出来なかった。というのは、英米の立法や判例と同様に、ドイツ帝国刑法典においても、正当化と免責はまだ全く混同されていたからである。例えば、当時、——このことは、今日もなお、日本の刑法典にあてはまるのだが——正当防衛も緊急避難も、行為はただ「不可罰」と宣言されていたにすぎず、この不処罰が正当化として理解されるべきか、それとも単なる免責として理解されるべきかは、明確には認識不可能であった。⁽¹⁰⁾この混同の説明は割合簡単である。というのは、一八七一年帝国刑法典が制定された当時は、ドイツの刑法理論においてすら、違法性と責任の区別はまだほとんど知られておらず、いわんや、一般に受け入れられるどころではなかったからである。例えば、当時の最もポピュラーな、アルベルト・ベルナーの教科書⁽¹¹⁾のなかに、正当化や免責の概念を捜しても無駄である。それと同時に、比較法的な視点からは、何故に、正当化と免責の区別が一方の法体系においては承認されなかったのに、もう一方の法体系においては展開されたのかという、非常に興味深い問題が生ずる。異なる法秩序を比較する場合は、当然そのつど、異なる伝統やあるいはまた別様に構成された体系がその背後に存在するということに注意せねばならない。しかし、それにもかかわらず、まさに理論的な体系は、一般的な諸原理に基づいているが故に、注目し値する程までに互いに近づけ、洗練することが可能である。このことは、ドイツ刑法学において展開され、そして今日、原則的には大部分の大陸ヨーロッパ諸国（特に、イ

タリア、スペイン)やラテン・アメリカにおいても広く一般に承認されている犯罪概念の発展を追跡すれば、容易に説明しうる。犯罪は、構成要件該当性、違法性、責任から構成されているという観念がそれである。

三 三段階的犯罪構造への発展

正当化と免責の概念や、それらの間の区別は、(行為の)違法性と(行為者の)責任の区別にまで遡ることなしには、ほとんど説明不可能である。違法性と責任の区別はそれ独自の重要な歴史を有している。それ故、この歴史を、少なくとも、その主要な歩みについて述べねばならない。これは、もちろん、簡単なことではない。というのは、ドイツの法理論は、当の概念や用語を——その際そのつど様々な理論が基礎となっていてということとを全く度外視しても——統一的に使用していないからである。私はここではこの極めて複雑な発展を簡単に呈示しうるにすぎないの⁽¹²⁾で、短縮化は避けがたい。またその際、(責任能力、違法性の意識等の)様々な人的帰属可能性の要素の重要性を示すことはできないし、また、責任の理解の本質的な変更も、ここでは詳細に論ずることはできない。

(1) 違法性と責任の分離

正当化的犯罪阻却事由 (Straffreistellungsgründe) と免責的犯罪阻却事由との区別の基本的な前提条件は、事実上も体系上も区別を要する犯罪要素としての違法性と責任の承認であった。責任に関する限りでは、この発展は一九世紀の中葉にまで遡る⁽¹³⁾。しかし、このことは、そもそもそれ以前は責任原則自体が知られていなかったということを意味しない⁽¹⁴⁾。というのは、犯罪の要素としては、責任はすでにずっと以前から承認されていたからである。しかし、これは——そしてこのことが決定的な点であるのだが——ただ、サミュエル・プーフエンドルフの「帰責論 (Imputationslehre)」にちかのぼる、広く理解された「帰属 (Zurechnung)」概念の下位的要素としてのそれにすぎな

った。この学説によれば、責任は行為の違法性の構成要素であった。そこでは帰属概念は、単なる偶然的事象から人間の行為としての犯罪を区別する機能を持っていた。それ故、当時は違法性と責任は今日の刑法理論の意味で理解することはできないにもかかわらず、帰属という概念の下での違法性と責任の結合によって、責任は違法性の不可欠の要素とみなされていたことは依然として認められる。例えば、一八六七年においてすら、(当時の指導的な刑法学者の一人である) アドルフ・メルケルは、責任がなければ違法はないということを確認しえたし、⁽¹⁵⁾ カール・ビンディングですら、いずれにせよ、彼の初期の文献においてはまだこの見解を擁護したのである。⁽¹⁶⁾

これは当時の刑法理論の通説であったが、責任から独立の違法性概念の発展の第一歩が私法の領域で企てられたことを観ることは、それだけに一層思いがけないことである。人的な責任は違法性の不可欠な要件ではないということを最初に指摘しようとしたのは、民法学者ルドルフ・v・イエーリングであった。それは結果として、すでに違法性それ自体が一定の法的帰結を——しかも行為者に対する人的な非難可能性を考慮することなしに——持ちうるということになった。⁽¹⁷⁾ もちろん、それによってはまだ、いかなる方法で違法性を責任から区別しうるのかという問題は解決されなかった。にもかかわらず、独立の諸カテゴリーの発展にとって、「客観的違法性」の展開は、やがては犯罪概念にとっても重要なものであることが実証される基本的な一歩であったことは、疑いえない。やがて、刑法理論において、「客観的違法性」の概念をさらに洗練し、犯罪概念に転用したのは、とりわけ、エルンスト・v・ベーリングとフランツ・v・リストであった。

しかし、これらの理論を詳細に検討する前に、前もって準備されたカール・ビンディングの理論について簡単に述べておくことが有益であるように思われる。というのは、ビンディングはおそらく、「不法」と「責任」の概念に包括的な体系の中でそれぞれ独自の意義を与えた最初の人であったからである。⁽¹⁸⁾ ここではビンディングの有名な「規範

論」を詳細に考察することは不可能であり、それ故、問題を切り縮めて単純化せざるをえないとしても、少なくとも、「刑罰法規」からの「規範」の区別によって、ビンディングが、法律の文言から違法性の概念を分離し、そしてそれによって違法性に独自の機能を与えるための道を示したことは、心に留めておかねばならない。というのは、可罰的行為によって侵害されるものは、厳密に言えば、刑罰法規ではなく、その背後に存する法体系の命令及び禁止、すなわち、理論的には記述された法以前にすでに実存する、いわゆる「規範」であるからである。それ故、ビンディングによれば、違法性の観念は規範の本質へと方向づけられねばならないし、またそれから把握されねばならない。それに従って、責任は「違法性の原因としての行為能力者の意思」ないし「反法性に向けられた行為能力者の意思」⁽¹⁹⁾とみなされた。それ故、責任の要素としての意思と責任能力は、一種の上位概念として行為者の故意と過失を包括する。こうして、ビンディングは責任概念に特殊な意義を与えることによって、彼はまた責任からの違法性の分離に対しても貢献したのである。それにもかかわらず、彼をベーリングやリストと同等に扱うことはできない。というのは、彼は依然として、違法性は責任なしには基礎づけることはできないという、当時の支配的見解に従っていたからである。⁽²⁰⁾

(2) 「構成要件」の発見

今まで見た発展は主として違法性と責任の分離に向けられていたけれども、ベーリングの注意は、刑罰規定の実現から違法性を区別する試みに向けられた。有名な「犯罪論」（一九〇六年）において、ベーリングは、法定の諸要素——これらから様々な犯罪類型が構成されているのであるが——の包括概念として、いわゆる構成要件を展開した。この意味で、「構成要件該当性」は犯罪の独立の概念的要素である。そして、構成要件該当性はある行為の類型の徴表として理解されたにすぎず、それによって行為の違法性についての最終的判断は下されないから、ドイツの犯罪概

念の三段階の体系が基本的に生まれたのである。すなわち、構成要件該当性（刑罰構成要件の全ての法定要素の実現）、違法性（行為についての違法であるという客観的判断）、責任（行為者に対する行為の主観的な非難可能性）がそれである。

この三つの段階に基づいて、フランツ・V・リストは自らのさらに一層展開された体系において、犯罪を、刑罰法規の行為類型を充足し（構成要件該当性）、違法、有責な行為（有意的な身体の挙動の意味での）と定義した⁽²¹⁾。そこでは、違法性は行為の客観的な諸要素に関係づけられたが、責任は刑事制裁の主観的な要件として理解された。後の著作において、V・リストは、責任をより心理学的な意味で、すなわち、責任を禁止された法益侵害と行為者の主観的関連として説明しようと試みた。客観的な犯罪要素と主観的な犯罪要素との間のかかる区別によって犯罪概念は基礎づけられ、それまで見たことがないほど明確に特色づけられた。いずれにせよ、これは、一九世紀の刑法理論に比して大きな解釈学上の前進として認められた。

(3) 行為の実質的不法と行為者の主観的答責性

にもかかわらず、ベーリング・リストの犯罪概念は、その更なる発展において、さらに多くの修正をこうむった。V・リストが違法性を行為と、ないしは、責任を行為者と関係づけた時、彼は、全ての客観的な構成要件要素はもっぱら違法性と関わるが、全ての主観的要素は責任に帰せしめねばならないということから出発するように思われた。同様に、ベーリングも、違法性と責任はきっちりとの外的事情と内的事情とに、ないし、客観的要素と主観的要素に分けることができるという見解をとった。しかし、この、V・リストの「心理的責任概念」が依拠したところの区別は、後に不十分であることが判明した。このことは、とりわけ、二つの点においてあてはまる。

第一に、アウグスト・ヘークラーとエドムント・メツガーによって、構成要件は客観的要素（例えば、窃盗におけ

る他人の動産の奪取）から構成されるだけでなく、主観的要素をも含む（例えば、行為者の不法領得の意思）とい
うことが示された。それと同時に、一方での純客観的な違法要素と他方での純主観的な責任要素の分離は、あまりに
も表面的に特定の（客観的ないし主観的な）存在所与性に限定されているが故に、浅薄にすぎることが判明した。⁽²²⁾か
かる「自然主義的」観察に代わって、より規範的な試みが基盤を獲得したのである。それによれば、構成要件の全て
の（客観的及び主観的な）諸要素——行為の不法内容の意味はこれら全体に基づいて開示される——は違法性に属す
べきであるが、意思的動機づけの瑕疵や非難可能性を基礎づける、ないしはそれらに影響を及ぼす全ての（客観的及
び主観的な）諸要素は責任にとって重要なものと解さるべきであった。⁽²³⁾これが意味するものは、客観的要素と主観的
要素との間に境界線が走っているのではなく、むしろ、いかなる諸要素が実質的、不法にとって重要なものとして現わ
れるのか、ないしは、いかなる諸要素が行為者に対する、人的、非難可能性を基礎づけうるのかが問題とさるべきだ、
ということである。

ベーリング・リストの犯罪概念の第二の修正は、責任の理解に関して必要とされた。両者は、責任はそもそも唯
一、故意又は過失という形式をもつ、行為者と彼の行為の心理的関連の上に基礎づけられるということから出発し
たが、この「心理的」責任概念はやがていわゆる「規範的」責任概念によって取って替えられた。これは、とりわけ、
ラインハルト・フランクとジェイムズ・ゴルトシュミットによって展開された。それによれば、なるほど故意と過失
は責任の必要条件であるが、十分条件ではない。というのは、責任については、かの心理的関連を超えて、行為者
に対して彼の（故意ないし過失）行為を「非難」しうることが必要であるからである。しかし、このことがあてはま
るのは、行為者が合法的に行為しえたであろう場合、しかも、行為者の個人的能力や諸状況を考慮したとしても彼に
対してかような態度を期待しえたであろう場合のみである。⁽²⁴⁾我々が後に見るであろうように、この「期待可能性」の

理論が、今日の免責の理論の土台となったのである。

しかし、総括的には、ベーリング・リストの犯罪体系は、一定の点で修正され洗練されたにもかかわらず、構成要件該当性・違法性・責任の三つの段階が問題となる限りでは、いずれにせよ安定したものであることが判明したという⁽²⁵⁾ことは確認されうる。

四 正当化と免責の区別への最終段階

しかし、前述の違法性と責任の区別は、それだけで、正当化事由と免責事由の間の妥当な分離と明確化には導びかれなかった。「責任阻却事由」という概念はすでに以前の理論のうちにも見出されうるにもかかわらず、それは各々の正確な意味内容を欠いていた。というのは、この概念は、責任能力という古典的な責任阻却事由を越えて、時には正当化にも適用されたからである。⁽²⁶⁾

様々な中間的な（たとえ非常に重要であるとしても）発展段階を度外視すれば、ジェイムズ・ゴルトシュミットが、おそらく、有効かつ包括的であることが明らかで、正当化と免責の体系を構築した最初の刑法学者であった。彼の区別を完全に理解するためには、彼の「義務規範論」の詳細な説明を要するけれども、我々は、ここでは、彼の方法と結論に関する若干の簡単な言及で満足せざるをえない。ゴルトシュミットは、法律上類型化された「法規範」はある一定の外的態度を命ずるが、それは暗黙のうちに、各人に、自らの外的態度が法秩序に合致するようふるまうように自らの内的立場を条件づけることを義務づける、「義務規範」を伴っている⁽²⁷⁾ことを見出した。従って、法規範の違反である違法性が正当化事由によって排除されうると同様に、義務規範の違反もまた、行為者が免責事由を主張することが出来、それによって彼の人的答責性が排除される場合は、非難不可能とみなされうる。

さらに、ゴルトシュミットは、様々な犯罪阻却事由の部分的には併行的な、そして部分的には相違する諸基準の説明を見出そうと試みた。彼は、正当化は最終的には「優越的利益の原則」に拠ると解するが、免責は「より高い価値のある主観的な動機づけ」によって説明されうるとする。これは特に、行為者が——所与の事情の下で——「義務的動機」に従う必要のない「異常な動機づけ」の場合にあてはまる。かような「了解可能な動機」は、例えば、なるほど正当化する緊急避難ないし正当防衛の要件を全て充足しているわけではないが、しかし、行為者に対して——例えば恐怖による過剰防衛の場合のように——、彼が自己の利益を保護することを試みたが故に、非難をなさない緊急状態において存在しうる。⁽²⁹⁾

たとえば、ゴルトシュミットの理論が様々な点において修正、洗練されねばならなかったとしても、少なくともそれから、我々の文脈にとって依然として有効な二つの点を読み取られねばならない。

一つは、（とりわけ、緊急避難において示された）正当化と免責の原則的な区別である。それ故、「区別理論」とも呼ばれる。

もう一つは、優越的な客観的利益による正当化の説明と、優越的な主観的動機による免責の説明である。

いずれにせよ、それによって、正当化と免責の区別は原則的にドイツの刑法理論と実務において完全な承認を見出した。⁽³⁰⁾ 今日では、立法上の区別が、「正当化する」緊急避難（ドイツ刑法第三四条、行為は「違法ではない」と「免責する」緊急避難（ドイツ刑法第三五条、違法行為は「責任がない」と）との間の明示的な用語上の区別のなかに見出される。

五 正当化事由とその根拠

西ドイツ新刑法典は、ある行為は、行為者が正当化事由を主張しうる場合は、完全な構成要件該当性があるにもかかわらず、「違法ではない」ことについて疑問をさしはさませない。⁽³¹⁾ 要するに、正当行為は合法とみなされるのである。

(1) 禁止規範と許容規範の共同作用

この結論の依拠する構造上の構想がおそらく最もよく説明されうるのは、刑法を、一定の諸行為を禁止しあるいは許容する規範の体系として表象する場合である。

一方では、刑法は、個別の構成要件の形式において、一定の法益侵害行為を禁止することにより（ないし、不作為犯の場合には、構成要件該当結果を回避する義務を課すことにより）、一定の法益を保護に値するものと宣言する機能を持つ、禁止—命令規範である。⁽³²⁾

他方では、刑法は一定の許容命題であって、これによって、法は、例外的事例においては保護された法益は他の合法的利益によって償われうること、それ故、一般的禁止は妥当せず、保護法益の侵害は許容されるとみなさるべきことを承認している。

それ故、ある行為それ自体が——いずれにせよ、それが類型上法益を侵害しているが故に、「一般に」——違法であるとしても、行為者が特定の正当化事由を主張しうる場合は、この行為の一般的違法性が具体的には排除される。⁽³³⁾

(2) 「二元的」正当化説と「多元的」正当化説

しかし、かような「許容」のより深い根拠は何か。その、あらゆる場合に妥当する一般原理は見出されうるのか。実質的な正当化原理にかかわるこれらの疑問によって、我々は、ドイツの刑法理論において依然として争いのある問題に関わる。しかし、一般的に見れば、「二元的」正当化説から「多元的」正当化説への明白な傾向が見られる。

「一元」説の特徴は、一つの一般原理によって、しかも多くはいわゆる「目的説」によって、全ての正当化事由を説明しようと試みることにある。目的説によれば、構成要件該当行為が正当化されるのは、それが「法的に承認された目的を達成するための相当な手段」を示す場合である。⁽³⁴⁾しかし、この説は正当防衛やおそらくまた緊急避難は説明出来るが、被害者の同意に対しては適用困難である。同様のことは他の類似の説、例えば、「損害を上回る利益」の原則⁽³⁵⁾あるいは「利益衡量原則」⁽³⁶⁾にも妥当する。これらの原則も、確かに若干の正当化事由については適切なものであるが、しかし、説明原理がさらに何らかの供述能力を持つべき限りにおいて、まさに全ての正当化事由について適切なものではない。⁽³⁷⁾

それ故、いわゆる「多元的」な説明の試みが、しかも、とりわけ「二元的」方法がますます有力になりつつある。それによれば、正当化事由は、本質的には、二つの基本的状態に還元することができる。一つは、ある利益が別のものと重大な利益と衝突し、それ故後退せざるをえなかったが故に、それが侵害された場合である（例えば、正当防衛、正当化する緊急避難、あるいは、正当化する義務衝突の事例）。もう一つは、自己の利益が問題となる個人が法益の保護を放棄した場合である（例えば、同意⁽³⁸⁾）。最終的にこれらの状態を二元的な定式にまとめ上げたのは、メツガーであった。それによれば、正当化は優越利益か、利益の欠缺のどちらかに還元されうる。⁽³⁹⁾これらの原則は、具体的事例に適用するためには、依然、抽象的すぎることは疑いない。⁽⁴⁰⁾しかし、優越利益ないし利益の欠缺という根拠を一般的な正当化規則として取り扱うとき、我々は少なくとも、承認された正当化事由を適用する、ないしは新たに展

開するための重要な出発点を持っている。⁽⁴¹⁾

(3) 正当化の類型——「法秩序の統一性」

多様な正当化の可能性という観念を得るためには、ドイツ法において承認されている若干の比較的重要な正当化事由を一瞥しておくことが望ましい。その際注意せねばならぬのは、構成要件該当行為を正当化しうる許容命題は、刑法の中にだけ見出されるのではないということである。というのは、いわゆる「法秩序の統一性」の原理によれば、全ての許容命題が、しかも、これらが刑法か、それとも行政法、私法のなかに見出されるのかどうかを斟酌することなく、考慮されねばならないからである。⁽⁴²⁾ 正当化事由をその源泉ないしはその目的を考慮して分類することを試みるならば、四つの主要なグループに區別しうる。

(a) 被害者が自己の利益を放棄したことの証拠としての、被害者の（明示的ないし推定的）同意。⁽⁴³⁾ この——法律上の手がかりは、ドイツ刑法第二二六条aにおいて述べられているにすぎない——場合、「利益の欠缺」の原理に関わる。

(b) 侵害に対する防衛権。とりわけ、正当防衛と緊急救助（ドイツ刑法第三二条ないしドイツ民法第二二七条⁽⁴⁴⁾）。

(c) 緊急状態や義務衝突の場合の緊急避難権。⁽⁴⁵⁾ 法律上規定された「正当化する緊急避難」（ドイツ刑法第三四条）、ないし（法律上規定されていない）義務衝突を越えて、ここでは、いわゆる「攻撃的緊急避難」（ドイツ民法第九〇四条）にも言及せねばならぬであろう。それによれば、他人の財産の破壊は、これが他の均衡を失した損害を回避するため必要である場合は、正当化される。⁽⁴⁶⁾

(d) 最後に、行為者が一定の権利を行使することによって構成要件を充足する（例えば、自己の利益を守るため）、他人の侮辱（ドイツ刑法第一九三条⁽⁴⁷⁾）、あるいは義務を履行することによってそれを充足する（例えば、警察

官の権限ある行為） 場合の正当化事由は全て「（権利）主張権（Wahrnehmungsrechte）」として総括しうる。⁽⁴⁸⁾

本論において全ての正当化事由を詳細に論ずることは不可能であるのは自明である。しかし、少なくとも、正当化の特徴と問題のいくつかを示すために、「優越利益」に由来する二つの最も重要な正当化事由について比較的詳細に見ることにする。(4)正当防衛と、(5)正当化する緊急避難がそれである。

(4) 正当防衛

正当防衛—全ての法体系においておそらく最も古い正当化の事例である—は、ドイツ法においては、構成要件該当行為の正当化のための特に広範な根拠である。これの広い適用領域は、特に、「正は不正に譲歩する必要はない」という古い法原則から生ずる。この原則は依然として再三再四強調されているにもかかわらず、近年においてはもはや全く議論の余地のないものではない。⁽⁵⁰⁾ 譲歩する必要のない「正」とは何か。我々が譲歩する必要のない「不正」とは何か。何人たりとも何らかの方法で非合法の行為をなしているのではないか。その際に関係する諸利益の均衡性についてはどうなっているのか。これらの問題や類似の諸問題に関しては、二つの考察が注目し値するよう思われる。

(a) 正当防衛は長い間、主として、自己の法益の脅威に対する個人の権利とみなされてきたが、⁽⁵¹⁾ 今日では正当防衛の社会的機能に同様の比重が与えられている。すなわち、被攻撃者による自己の利益の防衛と並んで、正当防衛においては、公共の法的平和利益の保護も認められるのである。⁽⁵²⁾ しかし、この個人的な自己防衛と社会的な法秩序の保護(Rechtshewahrung)の結合によって、正当防衛概念は拡張的並びにまた限定的な発展を経験した。すなわち、一方では—社会的な観点からは—正当防衛権は、無条件に、攻撃される個人に限られるわけではなく、「緊急救助」という形式により第三者のためにも行使してよい（しかも—原則的には—一種の国家の緊急救助も公共の利益のために可能とされる⁽⁵³⁾）という限りにおいて、拡張的傾向が現われる。他方では、正当防衛はいかなる「犠牲を払っても」

行使を許される絶対的権利ではなく、その社会的な平和維持機能が妨げられない方法でだけ行使を許されるという限りにおいて、限定的作用が現われるのである。この問題は、今日ふつう、正当防衛の「社会倫理的制限」という言葉の下で論じられる。⁽⁵⁴⁾ここから、とりわけ正当防衛の二つの重大な制約が生ずる。すなわち、まず第一に、いわゆる回避義務がある。それによれば、被攻撃者は、面目を失なうことなしに攻撃を回避しうる限り、積極的な自己防衛を断念せねばならない。⁽⁵⁵⁾第二に、いわゆる「挑発、正当防衛」の場合の正当防衛権が全ては排除されない場合に、それ故、行為者が自分で前もって攻撃者を挑発した場合に制限が生ずる。⁽⁵⁶⁾

(b) すでに上述の後者の事例においては、正当防衛権の「権利濫用的な」行使が問題となりうる。これと密接に関連するのは、今日激しく議論されている更なる論点、すなわち、攻撃者によって危険を及ぼされた法益と著しく不均衡な損害が防衛行為によって惹起された場合における、正当防衛の「不均衡」の問題である。古い理論や実務は、例えば、リンゴ園の所有者が自己の果実を防衛するために窃盗犯人に向けて発砲し、彼に重傷を負わせた場合、所有者を正当とみなすことをためらわなかったが、⁽⁵⁷⁾近年の理論は、そして実務の一部もまた、比較的軽微な財産的価値の防衛が攻撃者の殺害に到りうる場合もまた、正当防衛を許容することに、しりごみしている。⁽⁵⁸⁾古い見解は、攻撃者は、自己の非合法行為によって、いわば、自ら法秩序の外に出たのであり、それ故、危険を及ぼされる諸利益の必要的防衛と結びつきうるあらゆるリスクを負担せねばならないという見解を主張した。そして、当然の帰結として、そこでは防衛行為の均衡性の問題は考慮の外に置かれた。この見解は、さもなければ正当防衛権が弱体化されるであろうという理由で、依然として少なからぬ論者たちによって承認されているけれども、⁽⁵⁹⁾有力になりつつある傾向は、攻撃によって脅威を及ぼされる利益と防衛行為によって害される利益が著しく均衡を欠く場合は正当防衛を排除することによって、明らかに別の方向へと進んでいる。⁽⁶⁰⁾このような見解を原則的に承認するならば、かような事例において正当防

衛を、「権利の濫用」⁽⁶¹⁾によって、あるいは防衛行為の「必要性」の否定⁽⁶²⁾により、もしくはしばしば（しかも、もっと率直に）「均衡した」防衛行為の必要性⁽⁶³⁾によって排除するかは、第二義的な意味しか持たない。というのは、それによれば、正当防衛は自動的にいかなる犠牲を払っても許される反撃として承認されるわけではないということが決定的な点であるからである。むしろ、双方の関係利益が唯一の——たとえ限定されているとしても——意義を持つのである。

以上のことは、正当防衛は最終的には「優越利益」に基づく正当化の事例であることが明らかとなったことを意味する。もちろん、このことは無条件に、正当防衛は、防衛行為によって害される法益よりもそれ自体が価値の大きい法益の救助を前提とするということを意味するものではない。というのは、すでに前に見たように、正当防衛は個人的な機能と共に社会的機能も持っているからである。すなわち、自己を防衛する者は自分自身の利益を救助するだけでなく、公共の法的平和も保護しようとするのであるから、この社会的利益もまた防衛者の側の天びんの皿にのせられねばならない。それ故、正当防衛は、社会的な平和保護利益を考慮した上で、防衛利益が、攻撃者に加えられる損害よりも均衡を失するほど小さいものである場合に初めて、その正当化効果を失ないうるのである。⁽⁶⁴⁾

(5) 正当化する緊急避難

正当防衛の場合は——既に指摘したように——利益衡量は文言から明らかでなく、いずれにせよ、解釈によって構成されねばならないが、正当化する緊急避難（刑法第三四条）の場合は、我々は明らかに、優越利益に基づく正当化の事例を問題とせねばならない。⁽⁶⁵⁾しかし、奇妙なことに、まさにこれは、最後に明示的に成文法のなかに取り入れられた正当化事由であった。この発展の最も重要な一步は、一九二七年のライヒ裁判所の判決のなかに見出される。そこで初めて母親を生命、身体の危険から救助するための墮胎が免責であるのみならず、正当と宣言された（RGSt 61,

242)。確かに、すでにまた、この判決以前に一定の緊急避難の事例が法律上承認されていたが、しかし、これらは財産的価値に対する攻撃に限定されており、⁽⁶⁶⁾従って、誕生していない人間の生命の毀滅には適用不可能であった。その当時すでに法律上認知されていたが、免責事由としてのみ承認されていた緊急避難⁽⁶⁷⁾もまた、なるほど母親を免責することは出来たが、しかし、医師自身は個人的に危険を及ぼされていないが故に、彼を免責することは出来なかった。にもかかわらず、人々は、これらの規定のなかに、行為者が互いに衝突する利益の比較衡量を行なってより高い価値を優先する場合は、行為者は正当化されうるといふ、すでに判例によって展開された一般原理の十分な基礎を見出した。⁽⁶⁸⁾その後に至り、ライヒ裁判所によるこの一般的な承認に基づき、このいわゆる「超法規的緊急避難」は多くの事例において利用されたのである。⁽⁶⁹⁾

従って、新ドイツ刑法第三四条は、基本的には、もはや、優越利益の原則に基づくすでに十分に根拠づけられた正当化事由の形式的法典化以外の何ものでもない。それにもかかわらず、この正当化事由の適切な処理に関しては、当然多くの問題が残っている。主な論点は、刑法第三四条二項のいわゆる「適切条項」である。それによれば、そもそも優越利益の救助それだけでは不十分であつて、「行為が危険を回避するために適切な手段である場合に限り」十分であるにすぎない。これによって、立法者が「利益衡量原則」をいわゆる「目的説」⁽⁷⁰⁾と結合して、こうして、正当化する緊急避難を、「緊急避難を行なう行為者の態度が一般に承認される観念からしても衝突状態の適切な、そして法に適った解決として現われる」⁽⁷¹⁾ような事例に限定しようと試みたことは全く明らかである。多数の論者たちはこのよくな限定の実際上の必要性を認めない。とりわけ、利益衡量が何もかも含めた全体的衡量として理解される場合はそうである。⁽⁷²⁾にもかかわらず、適切条項が、行為の包括的な社会倫理的全体評価が必要であるという意味での一定の宣言的機能を持つことは否定できない。⁽⁷³⁾

しかし、適切条項のいかなる解釈が最終的に正しいものであるとも、いずれにせよ、刑法第三四条の文言は、正当化が、例えば一方での胎児の生命と他方で母親の生命、健康及び自己決定権の間のような単純な利益衡量以上のものを要求することについては疑いをさしはさませない。むしろ、例えば、危険の程度や原因、一定のリスクを負担する義務のような、あらゆる重要な諸利益や比較衡量要素の包括的評価が必要とされている。それ故、「全体的利益、衡量」も語られるのである。このような、あらゆる関係利益の包括的な全体的衡量に基づき、行為が明白により高い価値のある利益に奉仕した場合に、それは正当とみなされうるのであり、それ自体は可罰的な態度が適法とみなされるという結論が生ずるのである。

六 免責事由とその根拠

正当化と異なり、単なる免責は行為の違法性には手を触れない。というのは、免責は行為者に対する一身的な非難可能性を排除するにすぎないからである。彼は免責される(にすぎない)。かような免責は、当然に、免責条件の下で行為する行為関与者に対してだけ認められるにすぎない。それ故、共働して違法行為を行なったが、自らは免責されないその他の行為関与者は依然可罰的である。⁽⁷⁵⁾ また、その限りにおいて、免責は基本的に正当化と区別される。蓋し、我々が既に見たように、正犯行為が正当化される場合は、あるいはありうるその他の行為関与者についても、可罰性は脱落するからである。

(1) 「責任阻却事由 (Schuldausschließungsgründe)」と「免責事由 (Entschuldigungsgründe)」
免責事由の種類と数に関しては、ドイツ法は、例えば、英米のコモン・ローにまさるように思われる。というのは、英米法においては明らかに責任能力や強要状態、並びにある——もちろんわずかな——程度までの法律の錯誤の

みが責任阻却事由として承認されているにすぎないが、⁽⁷⁶⁾ドイツ法においては、それ以上に、すでに数年来、錯乱、恐怖又は騒愕のある場合の「過剰防衛」(刑法第三三条)や、「免責する緊急避難」(第三五条)並びに一定種類の「義務衝突」が免責事由として認められているからである。さらにその上、ドイツの刑法理論は、「責任阻却事由」と「免責事由」とを細かく区別する。責任阻却事由(例えば、責任無能力や回避不能な禁止の錯誤)の場合は、行為者は免責と認められるだけでなく、——いわば邪悪な意思の欠缺の故に——すでに最初から責任がすべり落ちるのであるが、免責事由(例えば、緊急避難、強要状態、義務衝突及び過剰防衛)の場合、問題となるのは、即自的には全ての責任要件が存在し、従ってかような行為において、場合によっては、即自的には存在する責任の免責が問題となりうる事例である。⁽⁷⁷⁾この最後に挙げた免責事由のみが我々の文脈においてより大きな意義をもつ。

(2) 責任減少と不法減少による免責

責任阻却事由が認識的、責任要素の欠缺(例えば、禁止の錯誤)や意思的要素の欠缺(例えば、制御能力の欠缺)によって特徴づけられるのに対して、免責事由は行為者の異常な心理的抑圧状況に基礎をもつ。いずれにせよ、これはゴルトシュミットの説明であるが、⁽⁷⁸⁾依然として大部分の刑法学者によって受け入れられている説明である。⁽⁷⁹⁾しかし、実際にあらゆる免責事由がかかる主観的な動機づけによるのみで完全に説明されるか否かの問題がますます提起されている。例えば、過剰防衛(ドイツ刑法第三三条)の事例においては恐怖による行為の故に責任非難が減少せしめられることは疑いないが、しかしそれ以上に、行為者が——たとえ過剰な方法によってではあれ——違法な攻撃に対して防衛したからには、客観的、不法内容の減少も認められる。同じことが「免責する緊急避難」(ドイツ刑法第三五条)に対しても妥当する。そこでは、免責(Exkulpierung)は緊急状態における主観的に免責される行為とまた一定の法益の救助に基礎づけられうる。それ故、一定の主観的な緊急避難状態や抑圧状況における免責という主観

的根拠を否定することなく、大部分のドイツの刑法学者は客観的な不法減少のなかにも行為者の免責の根拠の一つを見出す⁽⁸⁰⁾。

しかし、最近、それを越えて、免責の根拠と範囲を（一般又は特別）予防的、考察によって説明しようとする試みが、また再三行なわれている⁽⁸¹⁾。なるほど、かような観点を完全に排除することは出来ないが、しかし、——それによって、その他の（不法と責任の外に存する）犯罪阻却事由との境界線が、完全になくなるわけではないとしても、あいまいになる⁽⁸²⁾、ということを全く度外視しても——またそれだけでは不十分である。

(3) 免責する緊急避難

少なくとも免責事由の一つを多少詳しく示すためには、「免責する緊急避難」（刑法第三五条）を他の緊急避難の事例から区別することが得策である。既に論じた「正当化する緊急避難」はあらゆる法益の救助を許すが、「免責する緊急避難」は行為者又は親族の生命、身体、自由の救助に限定されている⁽⁸³⁾。この限定は一見自家撞着であるように思われるが、実はそうではない。というのは、正当化する緊急避難はより高い価値のある法益の救助を要件とする（そしてすでにこのことから救助可能な利益のかなりの限定が生ずる）⁽⁸⁴⁾が、第三五条は侵害される法益に対する救助される法益の優越を要求しない。それ故、免責する緊急避難は生命対生命の場合ですら可能である⁽⁸⁵⁾。この客観的な比較衡量的側面の欠如は、すなわち、救助される利益の優越を欠くことによるのであるが、いわば、——そして、これが免責の本質的な特徴であるのだが——一身の危険の存在によって代替されねばならない。というのは、正当化する緊急避難は自己並びに他人の利益のために可能であるが、免責する緊急避難は、行為者が自己の利益のために（あるいは、少なくとも親族の利益のために）行為したものでなければならぬからである。かかる、異常な一身の危険という要件は刑法第三五条第一項において明示的に強調されている。すなわち、これによれば、一定の事情に基づき行為

者に「危険を甘受することを期待しえた」場合は、免責は適用されない。これによって、法律は、免責はまず第一に行為者における個人的に限定された諸要素に基づくことを表現しようとしているのである。すなわち、行為者が危険を自ら生ぜしめた場合、あるいは、彼が一定の身分の引き受けにより（例えば、警察官や消防士のような）、同時にまた一定のリスクの引き受けを義務づけられている場合は、他者にとっては非常に危険であるかもしれないが、彼にとってはそのでもない相当なリスクを甘受することを彼に期待しうるのである⁽⁸⁶⁾。従って、今日では一身的な期待不能性が⁽⁸⁷⁾決定的な免責要素として承認されている。

(4) 「期待不可能性」は一般的な免責事由か

この、ドイツ刑法第三五条に法律上規定された場合を越えて、若干の論者は、期待不可能性のうちに一般的な免責事由を見出しうると信じた⁽⁸⁸⁾。しかし、こうした極端な個別化は刑法の弱体化に通じうるであろうから、かような広範な免責概念は今日では拒否されている⁽⁸⁹⁾。

しかし、このことは、免責要素としての期待不可能性という基準を、特にいわゆる義務衝突のような、免責する緊急避難に比しうる諸状況に対して適用することを排除するものではない。すなわち、行為者が二つの害悪のうちどちらかを選択するしかない場合——例えば、選抜に参与することによって出来るだけ多くの精神病患者をガス室から救うか、それとも関与しないことによって他のおそらくはるかにずっと悪い同僚に席を譲るかどちらかを選択しなければならぬナチの強制収容所の医者の場合のような——は、通説によれば、行為者が「より少ない害悪を選ぶ」よう義務づけられていると感じた場合は、彼を免責することが出来る⁽⁹⁰⁾。それ以上に、期待不可能性は過失における注意義務の一般的な限定根拠としても重要でありうる⁽⁹¹⁾。

総括的には、次のようなことを確認しうるであろう。すなわち、正当化事由の承認によって、法は客観的により高

い価値のある法益の救助を許すが、免責によっては、たんに主観的に抵抗できない動機づけが、いわば「人間として理解しうる」ものとして承認されるのである。しかし、あらゆる例外におけると同様に、免責事由もまた、それが原則にならない限りでのみ我慢できるのである。

- (1) Stephen, *History of the Criminal Law of England*, 3. Bd, 1883, S. 11.
- (2) Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2. Aufl. 1960, S. 233. また Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, S. 13 も参照。ホーケは「今日(イギリスの)法律家としてこの(正当化と免責の)区別はもはや法的意義をもたない。……これら二つの異なる道程の区別は、諸行為が犯罪行為であるという根拠とはならないが、しかし、依然として大きな道徳上の意義をもつ」とする。
- (3) American Law Institute (ALI), *Model Penal Code, Tentative Draft (1961)*, No. 8, S. 2(general survey, art. 3).
- (4) Fletcher, *The Individualization of Excusing Conditions*, in: *So. Cal. L. Rev.* 47(1974), S. 1269. 以下 Fletcher, *Criminal Theory as an International Discipline*, in: *Crim. Justice Ethics* 4(1985), 60, 69ff. 参照。
- (5) Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in: *Cal. L. Rev.* 82(1982), 199, 213ff.
- (6) このことがアメリカ法律家協会の模範刑法典にも採り込まれていないが、ホーニッツがそのドイツ語訳で指摘したとおりである。Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches, *Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung*, Nr. 86, 1965, S. 35 Fußn. 87.
- (7) 詳細は以下の H. 5, 6, 3。
- (8) たもかかわらず、正当化と免責の区別は「法律家の発明」にすぎないものではない。それどころか、この区別は、すでに近代哲学文献で採りこまれている。例えば Austin, *A Plea for Excuses*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57(1956-1957), S. 1ff.
- (9) Radbruch, *Jurisprudence in the Criminal Law*, in: *J. Comp. Legislation and International Law*, 18(1936),

S. 218-219. 不幸なことに、ホール（前注2、S. 233-235）はラートブルッフを誤解した。おそらく、その理由は、彼が、ラートブルッフは、少なくともこの点に関しては、推測を行なっているだけでなく、ドイツの制定法規の解釈をなしているということをはっきりと理解しなかったからであろう。

(10) 一九五三年の日本刑法典第三五条乃至第四一条参照。一九六一年の日本の「改正刑法準備草案」(第一二条乃至第一五条の犯罪阻却の事例においても「罰しない」と述べるにすぎない。同様のことは、韓国刑法典第二〇条乃至第二四条、及び、中華民国刑法典第二三条、第二四条にも妥当する。

(11) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857 (一八七二年の第六版では、一八七一年の帝国刑法典に合わせられた)。

(12) この問題についての詳細は、Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974. ユーディ・シュニemann(Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 所収の諸論稿を参照。

(13) Achenbach (前注9), S. 19ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1978, S. 159 を参照。

(14) ユーディ・責任原則についてのロマン・ローの見解との興味深い併行関係がまた見られる。Vgl. Mueller, On Common Law Mens Rea, in: Minn. L. Rev. 42(1958), S. 1043ff.

(15) Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 1, 1867, S. 42ff.

(16) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 1872, S. 135f.

(17) v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867, S. 4.

(18) Binding (前注9), ユーディ・Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Achenbach (前注9), S. 27ff. 参照。

(19) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 1877, S. 102f. Jescheck (前注9), S. 160 を参照。

(20) Binding (前注9), S. 135f. 並びに彼の Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 159 参照。

(21) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl. 1919, S. 110ff. Beling, Die Lehre vom

- Verbrechen, 1906, S. 5-47 を参照。更なる発展については Plate, Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966 を参照。
- (23) Mezger, Strafrecht, 1931, S. 168ff. ; Die subjektiven Unrechtselemente, in : Der Gerichtssaal 89(1924), S. 207ff. ; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, in : ZStW 36(1915), S. 19ff., 31-38 ; ders., Subjektive Rechtfertigungselemente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffes, in : Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, 1930, S. 251ff.
- (24) Vgl. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 385. ツェン法における刑法体系形成の時代の概観については Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Schünemann (前注22), S. 118ff. を参照。
- (25) v. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, 及び ders. in : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 136ff. ; やさしい Goldschmidt, Normativer Schuld begriff, in : Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, 1930, S. 428ff.
- (26) しかし、構成要件該当性が違法性と同様な地位をもつ独立の要素であるかどうか——これは、更に加わる責任とよんで、三段階的犯罪概念に帰着するであろう (Lenkner in : Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Aufl. 1985, Vorbem. 12ff. vor § 13 の詳しく報告を参照)——あるいは、構成要件該当性はたんに不法——これは、法律の諸規定のうち類型化されている諸々の犯罪要素の実現から構成されており、同時に正当化事由が存在しない場合である——の下位的要素にすぎないかどうか (vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, S. 141ff.) については、今なお不一致が存在するところのことについて、やむに適切なコメントをつけておかねばならぬ。おそらくその説得的な、後者の二段階的試みにおいては、不法(行為についての判断としての)と責任(行為者の一身的な非難可能性についての判断としての)が可罰性の本質的な前提条件である。しかし、この関連においては、この二段階か、三段階かについての学問上の論争は本質的な意義を持たない。双方の見解とも、違法性と責任の、並びに、それに応じてまた、正当化と免責の基本的区別に基いているからである。
- (26) Achenbach (前注25), S. 117 参照。
- (27) Goldschmidt, Der Notstand : ein Schuldproblem, in : Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4(1913), S. 144ff.

- (28) 以下の五を参照。
- (29) Goldschmidt (前注27), S. 162ff. を参照。
- (30) Achenbach (前注27), S. 118ff.; Jescheck (前注13), S. 384f. 参照。この理論の一定の変遷については Eser, Strafrecht I, 3. Aufl. 1980, S. 123ff., 193f., 及び本稿の以下の五・(2)を参照。
- (31) 西ドイツ刑法第三二条「正当防衛によつて必要とされる行為を行なつた者は、違法に行為をしたものとはならない」を参照。同第三四条は、正当化する緊急避難に関わるが、同様に定式化されている。
- (32) 不法の本質は法益侵害という客観的な結果無価値のなかに見出さるべきか、それとも第一義には人的な行為無価値のなかに存するかというこの際、今なお争ひのある問題については Eser, The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime, in: Duguesne Univ. L. Rev. 4(1966), S. 345-418 及び———と反対に———Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtbegriff, 1973 の極端な主観的な見解を参照。最近の展開については Lenckner in: Schönke/Schröder (前注29), Vorbem. 53ff. vor § 13 参照。
- (33) かなる構成上の阻却としてこの精細な関連として Eser, Hirsch in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 10. Aufl. 1985, Vorbem. 19ff. vor § 32 及び Lenckner in: Schönke/Schröder (前注29), Vorbem. 4, vor § 32 参照。
- (34) zu Dona, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905 ; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., 26. Aufl. 1932, § 32 Anm. Bl, S. 187ff.; Lenckner in: Schönke/Schröder (前注29), Vorbem. vor § 32.
- (35) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 275ff.; Fleischer (前注4), S. 1274.
- (36) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: ZStW 77 (1965), S. 1, 9 参照。Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, S. 15. ロンゲンが「累積的な利益の社会的な正否な調整」をしようとする。Schmidhäuser (前注29), S. 328 を参照。彼によれば、行為者が正否化されるのは、彼が具体的な状況においてより高い価値のある利益を守ったか否かである。
- (37) Hirsch, LK (前注29), Vorbem. 47f. vor § 32 参照。

- (38) Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 7 vor § 32 参照。
- (39) Mezger (前注32), S. 207, 225. Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 7, vor § 32 ; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926, S. 120 ; Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, S. 130f. 以下を参照。
- (40) Maurach/Zipf, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Aufl. 1983, S. 326ff. 参照。
- (41) Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 7 vor § 32 参照。
- (42) RGSt 61(1928), S. 242/247, 1927 ; Englisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 55ff. 参照。もちろん、この「統一性の原理」は最近特に Günter, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsschluss, 1983 によって疑問が提起されている。彼によれば、「不真性刑事不法阻却事由」(例えば、正当防衛や正当化する緊急避難のような)にのみ、あらゆる点において正当化する力が与えられるべきであって、「真性刑事不法阻却事由」(例えば、西ドイツ刑法第二一八条 a の妊娠中絶の適応事由のような)によつては、ただ刑事不法が阻却されるにすぎず、これを反して、その他の点では依然として行為の違法性が維持されるのである(同様の努力は、Schünemann (前注32), S. 60ff. 以下に見られる)。この最終的にはおそく、ほとんど徹底的に区別のための批判については、更なる証明を伴って、Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 827ff. vor § 32 参照。
- (43) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955 ; Hirsch (前注32), Vorbem. 92-141 vor § 32 ; Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 29-60 vor § 32 を参照。
- (44) Jescheck (前注32), S. 268ff., 285ff.
- (45) Otto, Pflichtenkonkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, mit Ergänzungen 1974 und 1978 ; Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 71-77 vor § 32 参照。
- (46) Jescheck (前注32), S. 282ff., 286ff. 参照。
- (47) Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als Allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969 参照。
- (48) Jescheck (前注32), S. 295ff., 313ff. ; Lenckner in : Schönke/Schröder (前注32), Vorbem. 83-91 vor § 32 を参照。

- (49) RGSt 21(1890), S.168/170.
- (50) ドイツ法における正当防衛の様々な要件については、西ドイツ刑法第三四条についての諸注釈、更に、とりわけ、Maurach/Zipf(前注40), S.334ff.を参照。
- (51) "Naturalis ratio permittit se defendere"(自然の理は自身を防衛することを許す)。Jescheck(前注13), S.269f.参照。
- (52) "Deficiente magistratu populus est magistratus"(政務官がいなな場合は、人民が政務官である)。Jescheck(前注13), S.270参照。
- (53) しかし、実務においては、国家緊急救助はすぐには認められない。まず第一に当局がこの緊急状態を自ら処理しうるからである。これについては、BGHSt 5(1954), S.245において判決された事例が啓発的である。この事例においては、被告人は、猥褻なフィルムの上映の暴力的な阻止を、公共の利益の防衛のための正当防衛を主張することによって正当化しようと試みた。しかし、BGHは、これに対して、これはそれに対する権限のある国家機関の公的職務であるという異議を唱えた。Lenckner in: Schönke/Schröder(前注25), §32 Randnr. 6f.も参照。
- (54) この基礎は「Roxin, Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, in: ZStW 93(1981) S.68ff. Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Festschrift für R. Maurach, 1972, S.127ff.も参照。しかし、この「社会倫理」との関連は、決して、あたかもこのことによって「社会道徳」が決定的な正当化根拠となるかのように理解されてはならない。蓋し、これによって、「法律なければ犯罪なし」の原則が最後には覆えされるからである。それ故、いずれにせよ、「社会倫理的」確信は正当防衛を制限する意義はもつが、しかし、正当防衛を構成する意義は決してもたない。この限りで、この見解は、「社会道徳に適合した行為」に基づく一般的正当化——これは、例えば、韓国刑法典第二〇条に見出される——とはまた本質的に区別される。
- (55) かような「回避義務」の基礎づけについての先駆的な判決は、RGSt 71(1937), S.133によって判決された事例である。この事例においては、被告人は料亭の中庭で他の客によって攻撃を受けたが、彼は、攻撃者を射殺する前に、料亭の中へ逃げるか、あるいは他の人々に助けを求めることを義務づけられているとみなされた。「(行為者が)自己あるいは他人の正当な利益を犠牲にするあるいは危殆化することなく、攻撃の方向から離脱することによって、現在の違法な攻撃を回避しうる

- 場合は、行為者が攻撃者の法益を侵害することは、それが攻撃の防衛のために必要でないならば、正当化されない。例えば、実際の攻撃によって脅威を及ぼされた者に対して、事情によっては、防衛の能力がなかったその用意のある第三者の救助を待てしむを要求しうるのである。この回避義務は近年制限されているにもかかわらず (特に BGH NJW 1975, S. 62を参照) したままに一般に承認されている。更なる詳細については Jescheck (前注31), S. 276ff.; Lenckner in: Schönke/Schröder (前注25), § 32 Randnr. 53, 58 参照。
- (5) 様々な解釈学的な構成と区別 (特に「意図的挑発」) については「有責に危険状態に陥ること」の問題の) については Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: ZStW 84(1972), S. 1ff.; Eser (前注28), S. 112-116; Lenckner in: Schönke/Schröder (前注25), § 32 Randnr. 54-61a 参照。
- (15) RGSt 55(1920), S. 82 参照。当時の大多数の刑法学者がこの見解をとっていた。Frank, Strafgesetzbuch (前注24), S. 163; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 211f. 参照。
- (35) OLG Stuttgart Deutsche Rechtszeitschrift 1949, S. 42 参照。
- (35) Bockelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1979, S. 94 参照。更なる証明は Spendel in Leipziger Kommentar (前注33), § 32 Randnr. 229, 246, 313ff.
- (39) Schroeder (前注54), S. 137ff. 参照。
- (16) 最近の事例については判例として BGH NJW 1962, S. 308, BGHSt 24(1972), S. 356 参照。同じ原則に基づいて Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972, S. 258; Lenckner in: Schönke/Schröder (前注25), § 32 Randnr. 46, 50.
- (22) 更なる証明は Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, S. 303, Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch 42. Aufl. 1985, § 32 Randnr. 18.
- (33) Eser (前注33), S. 98ff.; Schroeder (前注54), S. 137ff. Schünemann (前注33), S. 10 を参照。
- (46) Eser (前注33), アメリカの見解からの正当防衛事例の不均衡の問題性については Fletcher, Proportionality and the Psychotic Aggressor, in: Israel L. Rev. 8(1973), S. 367ff. 参照。
- (65) ドイツ刑法第三四條「生命、身体、自由、名譽、財産、又はその他の法益に対する他の方法をもってしては回避すること

との出来ない現在の危難の中で、自己又は他人をその危難から避けるため、行為を行った者は、対立する利益、殊に当該法益とそれをおびやかしている危険の程度とを考量し、保護された利益が侵害された利益をはるかに超えているときは、違法行為したものとはならない。ただし、その行為が、危難を回避するために適切な手段である場合に限る」(法務大臣司法法制部編・宮沢浩一訳・ドイツ刑法典(一九八二年)一四頁以下)。

- (66) 例えば、西ドイツ民法第二二九条、第九〇四条による「攻撃的」あるいは「防衛的緊急避難」。
- (67) 旧西ドイツ刑法第五四条。現在は第三五条(後注83)。
- (68) Fletcher (前注4), S.1274ff.
- (69) 従って、例えば、運転能力のない人の道路交通への関与を阻止するための、医師の黙秘義務の違反 (BGH NJW 1968, S.2288) や、あるいはまた、麻薬取引を暴露するための住居侵入 (OLG München NJW 1972, S.2275) 等、正当化された。更なる諸事例については、Lenckner in: Schönke/Schröder, 19. Aufl. 1978, § 34 Randnr. 2 参照。
- (70) 前注34参照。
- (71) Amtliche Begründung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, E 1962, S.159.
- (72) Lenckner in: Schönke/Schröder (前注8), § 34 Randnr. 46. Maurach/Zipf (前注9), S.364f. 参照。
- (73) Jescheck (前注9), S.291; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch(SK), 3. Aufl. 5. Lieferung 1984, § 34 Randnr. 22 参照。詳細については、Eser (前注8), S.127f. 参照。全体については、H. K. Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, Diss. Heidelberg 1978.
- (74) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S.96ff., 127ff. 参照。及び ders. in: Schönke/Schröder (前注8), § 34 Randnr. 2, 22ff. には更なる指摘がある。
- (75) これについては、及び正当化と免責の同様な様々な効果については、本稿の前述二を参照。
- (76) Fletcher (前注4), 特に S.1280ff. 参照。
- (77) この区別については、もちろん、その意味及び射程は明確なものではない。一方では、Lenckner in: Schönke/Schröder (前注8), Vorbem. 108 vor § 32, 他方では、(否定的な) Hirsch, LK (前注8), Vorbem. 181f. vor § 32.

- (78) 本稿の前述三・(3) 四参照。
- (79) 以下に殊に Baumann/Weber (前注28), S. 442 及び Schmidhäuser (前注28), S. 465. それによれば、「期待不可能性」は「行為者の一身の状況からして、規範に適合した態度は期待をねえなかつた」という意味で、理解されるべきである。Fletcher (前注4), S. 1300 も参照。
- (80) Eser (前注28), S. 192ff.; Lenckner in: Schönke/Schröder (前注28), Vorbem. 111 vor § 32; Rudolphi SK (前注78), § 35 Randnr. 3 参照。
- (81) 例えば、以下に Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 (齊藤誠二訳、一九七二年), S. 33ff.; 並びに ders., "Schuld und Verantwortung als strafrechtliche Systemkategorien", in: Festschrift für Henkel, 1974, S. 171ff. 以下に Achenbach und Schönemann in: Schönemann (前注29), S. 135, 140ff. など。S. 154, 168ff. 参照。
- (82) 批判については Burkhardt, Das Zweckmoment im Schuld begriff, in: Goldammers Archiv (GA) 1983, S. 193, 321, Lenckner in: Schönke/Schröder (前注28), Vorbem. 118a vor § 13 の以下に於ける証明も参照。
- (83) 西ドイツ刑法第三五条「生命、身体又は自由に対する他の方法をもちつては回避することの出来ない現在の危難の中で、自己、親族又はその他の自己と密接な関係にある者をその危難から回避させるために、違法行為を行った者は、責任なく行為したものである。このことは、事実上、殊に、行為者がその危険をみずから生ぜしめたことを理由にして、又は行為者が特別な法的関係のあったことを理由にして、その危難を甘受することがその者に期待しえた場合に限り適用されない…」(前掲・宮沢浩一訳一五頁)。
- (84) 前述の五・(5)を参照。
- (85) Fletcher (前注4), S. 1278ff. 参照。
- (86) 免責する緊急避難についての更なる詳細は、西ドイツ刑法第三五条の諸注釈、並びに Eser (前注28), S. 194-197 を参照せよ。
- (87) 前注79を参照。
- (88) 例えば、殊に Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, S. 25ff.

- (88) Lenckner in: Schönke/Schröder (前注25), Vorbem. 122ff. vor § 32 参照。
- (89) これらの事例についての詳細は、Lenckner in: Schönke/Schröder (前注25), Vorbem. 115ff., 122ff. vor § 32 を参照。特に、行為者の個人的な良心的決定の考慮による免責についての更なる証明がある。
- (91) この点についての先駆的判決は RGSSt 30(1897), S. 25, 1897 の事例でもあった。Eser, Strafrecht II, 3. Aufl. 1980, S. 37ff. 参照。不作為犯における類似の限定については、Jescheck (前注31), S. 515f. 参照。

〈附記〉 本稿は、一九八五年三月四日に早稲田大学（東京）、一九八五年三月二三日に九州大学（福岡）で行なった講演の原稿に加筆し、注を加えたものである。翻訳につきお世話になった九州大学の井上祐司教授に感謝したい。更に、この研究旅行を可能にして下さった日本学術振興会、親切にお世話くださった早稲田大学の西原春夫教授にも深い感謝の意を表す。

（松生 建・訳）