

## クリスチャン・イエーガー「構成要件該当性、違法性、および責任：「生命対生命」という法学上の葛藤状況における3つの位置づけ」

野澤，充  
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/2534544>

---

出版情報：法政研究. 86 (2), pp.126-93, 2019-10-17. 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「構成要件該当性、  
違法性、および責任——「生命対生命」という  
法学上の葛藤状況における3つの位置づけ」

野澤 充 (訳)

【翻訳者はしがき】

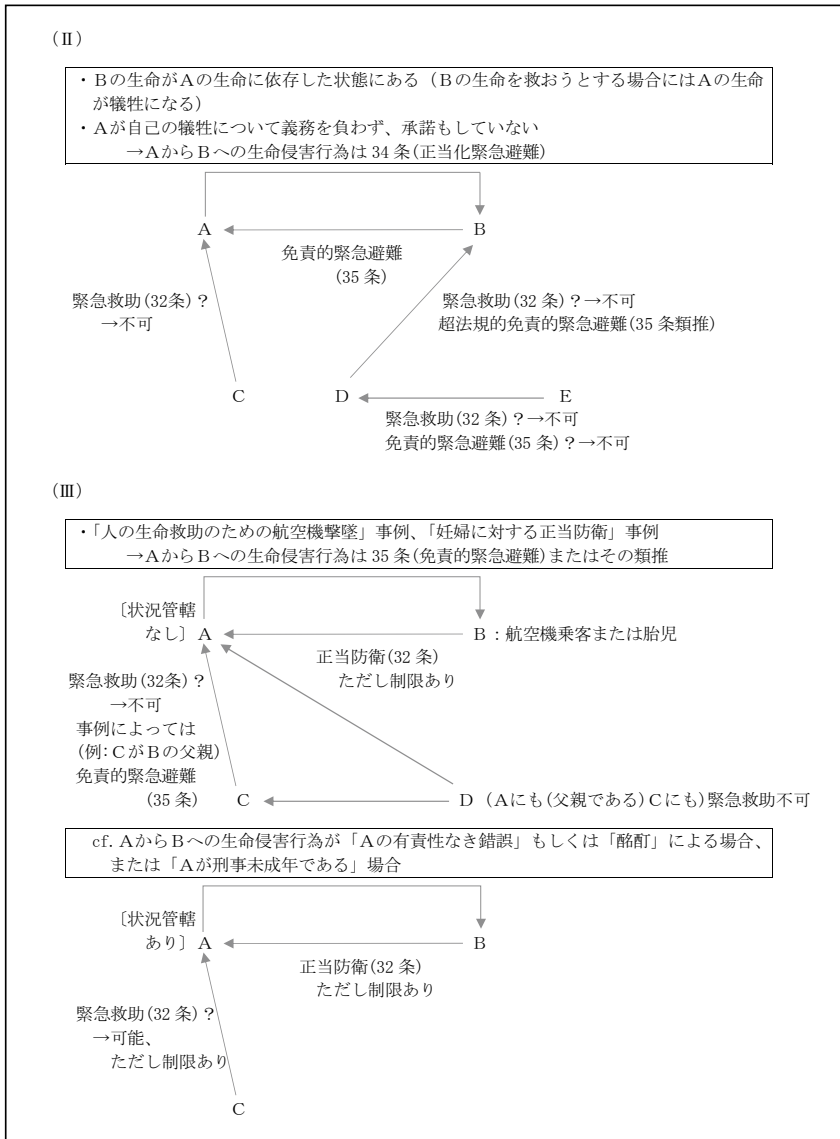
以下に紹介するのは、クラウス・ロガール70歳祝賀論文集に掲載された、クリスチャン・イエーガー教授による論文「構成要件該当性、違法性、および責任——「生命対生命」という法学上の葛藤状況における3つの位置づけ」(Christian Jäger, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld - Drei Standorte im juristischen Dilemma zur „Leben gegen Leben“, Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018, S.171-192)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、いわゆる「生命対生命」が問題となるような葛藤状況における行為についての評価づけを検討するものである。結論としてイエーガー教授は、この「生命対生命」が問題となるような事例を3種類に分け、(Ⅰ)同価値の行為義務の衝突が問題となる「義務衝突」の事例においては、そもそもなされなかった義務履行の部分に関しては「構成要件阻却」の効果が生じ、(Ⅱ)ある者の生命が他の者の生命に依存した状態にあり、その依存された者がそのような犠牲について何ら義務を負っていない場合には、そのような「義務を負わない」ことによる「権限ある不作為」が内在するような行為であることにより、たとえ積極的行為がなされたとしても刑法34条の正当化緊急避難による「違法性阻却」の効果が生じ、さらに(Ⅲ)このような「依存関係」がない場合(論文中に挙げられた具体的事例としては、

「人の生命救助のための航空機撃墜」事例、「妊婦に対する正当防衛」事例など)には、当該行為には刑法35条の免責的緊急避難の適用(ないしは類推)による「免責的な評価」が生じるものとする。

とりわけ(Ⅱ)と(Ⅲ)の区別之际には、例えば「当該行為に対して第三者による緊急救助が可能なのか」などといった点にも配慮したうえでの検討を行っており、(Ⅱ)の依存された者に対して、依存した状態の者を救助すべく第三者が「緊急救助」を行うことは、当該第三者に「依存性に基づく不作為要素」が欠けているがゆえに認められないとするのに対し、そのような依存関係が前提にならない(Ⅲ)についても、「第三者からの緊急救助を否定するために当該行為を正当化緊急避難とすべき」とした(被祝賀者である)ロガールの主張に対し、緊急救助が否定されるのは35条の免責的緊急避難が「葛藤状況にある行為者に対する社会的理解に基づくもの」であって、このような観点からその緊急救助権は社会倫理的に根拠づけられた排除を受けざるを得ないのであるとして、やはり第三者からの緊急救助は認められないものとする(本論文中の第Ⅱ章および第Ⅲ章(それぞれ前述の(Ⅱ)および(Ⅲ)の内容に対応する)におけるイエーガー教授の見解(結論)については、参考となるよう図①にまとめたので、あわせて御参照頂きたい)。このような免責(答責性阻却)された者に対する「第三者の緊急救助」が制限され否定されるべきとする点で、本論文の内容は、過去に訳者が紹介したイエーガー教授の論文「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 Stfrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S.127-136、その翻訳は法政研究83巻1・2号F25頁以下参照)の内容に関連したものとなっている。

「生命対生命」の状況における行為に関しては、それによって害を被る者の生命が失われてしまうものであり、回復不可能でもあることから、日本においてもとりわけ緊急避難論に関連して昔から多く議論されてきたところである。ドイツでも本論文中に挙げられた2005年1月15日施行の航空安全法14条第3項が2006年2月15日に連邦憲法裁判所によって違憲判決を受けたことなどを受けて、広く議論されることになった(これについて詳しくは森永真綱「テロ目的でハイジャックされた航空



図①

機を撃墜することの刑法上の正当化（Ⅰ）～（Ⅲ・完）」姫路法学41・42号（2004年）195頁以下、43号（2005年）149頁以下、45号（2006年）157頁以下など参照、憲法学からのものとして嶋崎健太郎「航空安全法判決」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅳ』（2018年）81頁以下など）。本論文はこのような昔から絶えることなく議論され続けている論点に関して、多くの事例を素材として丁寧な検討を加えるものであり、例えば（Ⅰ）で挙げられた「事故現場に到着した医師が、複数人の重症者から1人しか救助できない事例（そして救助されないことになった重傷者が武力で自己を救助するよう強制した場合の評価）」、（Ⅱ）で挙げられた「登山者事例」、「穿頭術事例」、「無意識行為（非行為）者への抵抗事例」、（Ⅲ）で挙げられた「人の生命の救助のための旅客航空機の撃墜事例」や「攻撃する妊婦に対する正当防衛事例」など、それらに対する第三者の介入行為が許されるのか（許されないとすればどのような理由によるものか）などに関して、日本でも議論されるべき課題は多いものと考え、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ェ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、いくつかの誤植に関して、必要に応じてイェーガー教授に確認したものも含めて、修正を行った。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。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。

\*

\*

\*

すべての施設居住者の全滅について強いられることを免れるために、何人かの施設居住者に対するガス室殺人へと関与した事例に対する、イギリス占領地区最高裁判所刑事部の2つの刑事判決は、量的な、もしくは少なくとも質的な観点<sup>(1)</sup>が、生命対生命という考量において實際上完全に顧慮され得ないのかどうかという、活発

---

(1) OGHZ 1, 321および2, 117.

に議論された問題を引き起こすものであった。<sup>(2)</sup> 死が間近に迫った人命を細分化する可能性は、この場合において、そのつどそれ自体として功利主義的な目的思想を表明するような2種類の観点の下で可能になる。すなわち一方では、純粋に量的な観点が採用され得るであろう。それによれば、多くの人命の救助のために少ない人命を犠牲にすることは正当化されなければならないとするのである。しかし他方では、質的な観点もまた持ち出され得るであろう。それによれば、すべての人命が既に死を間近に控えたものとされており、その結果、ある者の救助は他の者の許されない殺害としては現れないことになる。

しかしながらまったくの通説によって、このような見解は既に当時結論として当然にも拒絶され、そしてそれゆえ正当化緊急避難の援用は拒まれた。<sup>(3)</sup> それに応じて、わずかばかり後に Welzel によって形作られた例においてもまた、正当化は拒絶された。その事例では、転轍係が転轍器を切り替え、その結果、停車中の満員の旅客車両へと向かって猛スピードで走る運転者のいない機関車が、その旅客車両ではなくて保線作業員の小さな集団の中に突っ込んで、そして彼らを死亡させた。<sup>(4)</sup> ここでは上述の、施設の住人の殺害の事例と同様に、既に「人間の選択の恣意性」が、緊急権の援用を拒絶したのである。<sup>(5)</sup>

被祝賀者〔Klaus Rogall〕もまた2008年にその論考「ハイジャックされた飛行機の撃墜は違法なのか？」<sup>(6)</sup> で、人命の救助のための殺害という特に困難な問題に深く取り組んだ。このことは、あり得る緊急権の組み合わせのさまざまな事例を祝賀論文集の枠内で彼の名誉のためにもう一度詳細にはっきりと見せるための歓迎すべききっかけとなる。

(2) かつての学説から、Eberhard Schmidt, Anmerkung vom OGH Urteil vom 5. 3. 1949 [OGHBZ 1, 321], SJZ 1949, 559; Hans Welzel, Anmerkung vom OGH Urteil vom 5. 3. 1949 [OGHBZ 1, 321], MDR 1949, 373; 同じく Hans Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 47; Karl Peters, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, 742; Dietrich Oehler, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, 489; Th. Klefisch, Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, MDR 1950, 258; Theodor Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S.29ff 参照。

(3) それに対して正当化に賛成するものとして、Anne-Eva Brauneck, Der strafrechtliche Schuld begriff, GA 1959, 261 (271); Harro Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.Aufl. 1978, 109; Georgios Mangakis, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 (1972), 447 (476f.)

(4) Welzel (Fn.2), ZStW 63 (1951), 51 参照。

(5) Reinhart Maurach/ Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8.Aufl. 1992, § 33 Rn.19ff.

(6) Klaus Rogall, Ist der Abschuss gekaperter Flugzeuge widerrechtlich?, NSTz 2008, 1ff.

## I. 危険状態にあるすべての人物を救助することが義務衝突により不可能である場合の、構成要件に該当しない不作為の殺害

行為者が2つの義務を充足する必要があるが、しかしながら実際上の理由からそのうちの一方のみを履行することができるという点で特徴づけられる義務衝突において、既に解釈論上の解決に関する争いが支配的である。

### 1. 義務衝突の状況

義務衝突の場合における特別な正当化の問題は、通説によれば、同価値の行為義務の衝突に限定されている<sup>(7)</sup>。ここでようやく、行為者が選択を決定する必要があるだけでなく、一定の方向で行動するよう義務づけられてもいるという特殊性が用いられる。純粹ななりゆき任せは彼を義務から解放し得ないのである<sup>(8)</sup>。

このような場合に対してだけは、立法者は判断することをやめ、その結果その限りにおいて慣習法上の規格化および法形成にとどまったままなのである。今や、あらゆる義務衝突の場合において一括して同価値の義務の侵害もまた正当化することは適切ではあり得ない。むしろ刑法34条をこえて、行為者に対する複数の同価値の法的義務が衝突した場合には、不作為行為のみが正当化されるのである<sup>(9)</sup>。このような見解は今日非常に既に支配的である考え方に合致するものである<sup>(10)</sup>。

したがって真の義務衝突にとっては、34条によって解決され得ないような事例のみが残ったままなのである。このことは、衝突状況にある者がさまざまな被害者に対する等級の等しい行為強制の状況にあり<sup>(11)</sup>、そして他者の同等の法益のうちの1つまたは複数を救助するために、1つまたは複数の義務が不作為によって侵害さ

<sup>(7)</sup> Otto (Fn.3), S.111; Lenckner (Fn.2), S.5, 27参照。

<sup>(8)</sup> Maurach/ Zipf (Fn.5), § 27 Rn.54.

<sup>(9)</sup> Wilfried Küper, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474参照。

<sup>(10)</sup> 標準的な見解である。Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 137を出发点として, Adolf Schönke/ Horst Schröder/ Theodor Lenckner/ Detlev Sternberg-Lieben, StGB, 29.Aufl. 2014, vor § § 32ff. Rn.73; Lenckner (Fn.2), S.5 27; Jürgen Baumann/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12.Aufl. 2016, § 15 Rn.66および § 21 Rn.95ff; Johannes Wessels/ Werner Beulke/ Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47.Aufl. 2017, Rn.1035; Hans Welzel, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, 142; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2.Aufl. 1984, S.476参照; 異なる見解として Wilhelm Gallas, Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund, FS Metzger, 1953, S.311; 広範囲に同様なのは Otto (Fn.3), S.112, 細分化して評述された積極的作為の事例に拡張する。

<sup>(11)</sup> OLG Frankfurt NJW 1970, 674; Joachim Hruschka, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, 385参照。

れなければならない場合には、まさにそうである。このことは、2つの義務の負担者が、ある行為義務の充足によって必然的に他の行為義務を充足されないままにしなければならないような状況に身を置いていると判断される場合にのみ、肯定され得るものである。<sup>(12)</sup>

例：事故現場へと呼び出された医師が2人の重傷者のうちの一方のみを救助することができる。彼は2人の被害者のうちのより若い方に決断した。——災害事故後に短時間に相次いで多くの負傷者が病院に運び込まれた。しかし人工心肺装置は1台のみが使えたので、その結果当直中の医師は決断をしなければならなかった。医師は最初に運び込まれた負傷者について決断し、そしてこの者を救助した。医師が予見していたように、他の者は死亡した。——危篤状態の患者のために呼び出された医師は、時宜を得た治療のためには遅すぎた、なぜなら彼は途中で交通事故により重傷を負った者の世話をしなければならなかったからである。

しかしながらこのような種類の衝突は、医学的領域においてだけ現れ得るものではない。

例：Vは浜辺にいた。彼の2人の息子AとBは乗っていたボートが転覆し、そしていまも溺死しそうになった。Vはそのうちの1人のみを救助することができ、そしてアルファベット順でAを助けた。Bは溺死した。原則として、Aの代わりにBを救助することもVには可能でもあった。したがって救助の可能性は存在していたのである。しかしながら両方の子供を溺死から救うことは可能ではなかった。

## 2. 真の義務衝突の法律効果

### a) 通説によって支持された正当化効果

1. において描写された例においては、同等の行為義務が衝突している（負傷者の救助ないしは息子の救助）。原則的に保証人的義務に違反した不作為は、その度ごとの被害者を独立して考察するならば、構成要件に該当し、かつ違法でもあろう、なぜなら一般的な緊急避難規定による正当化は排除されるからである。というのも、生命対生命は同等に相対峙しており、そして個別の被害者の生命の価値による区別はまさしく不可能だからである。

<sup>(12)</sup> Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn.513; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Sternberg-Lieben (Fn.10), vor § 32ff. Rn.71.



しかし通説によれば、不作為はこのような場合においても、義務衝突という特別な正当化事由を〔新たに〕形成することで正当化され得るとする（いわゆる正当化義務衝突<sup>(13)</sup>）。したがって死亡した者への救助の不作為は、このような見解によればすべての例示事例において正当化される<sup>(14)</sup>。

#### b) 構成要件阻却効果の採用の優位性

もっとも、法律において規定されていない同等の義務衝突に際して正当化事由が問題となるという見解は、争われていないわけではない。むしろ、当然既に構成要件阻却についての根拠をその中に見てとろうとする者の数が増えている<sup>(15)</sup>。その限りにおいて既に評価的な観点の下で見落とすことが許されないのは、真の義務衝突状況にある者に、緊急避難行為者よりもより大きな寛大さがもたらされることである。このことは既に完全に實際上、——正当化緊急避難におけるのとは異なって——履行された義務と侵害された義務の同価値性においてさえも処罰が発生しないということにおいて、明らかとなっている。

その限りにおいて正当化義務衝突は、正当化緊急避難に比べて、すべての義務の充足について實際上不可能である場合において、複数の同等の法益のうちの1つが不可避免的に損なわれるという決定的な違いを指摘することになる。このような葛藤の累積は、義務衝突において行動した者の態度に対して、保護された利益の本質的な重要性にその正当化が依拠しているような刑法34条の一般的な緊急避難行為者におけるよりも、より大きな寛大さを示すことを許容するのである。

その背後には、法秩序はこのような状況において、切迫した法益のうちの1つの救助以上のものを要求し得ない、なぜならさもなければ不可能なことが要求され

<sup>(13)</sup> BGHSt 47, 322; Mangakis (Fn.3), ZStW 84 (1972), 473; Arm. Kaufmann, Unterlassungsdelikte (Fn.10), 137f.; Karl Lackner/ Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 28.Aufl. 2014, § 34 Rn.15; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Sternberg-Lieben (Fn.10), vor § 32 Rn.73; NK/ Ulfrid Neumann, 5.Aufl. 2017, § 34 Rn.124; LK/ Thomas Rönnow, 12.Aufl. 2006, vor § 32 Rn.116; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4.Aufl. 2006, § 16 Rn.118ff.; Wessels/ Beulke/ Satzger (Fn.10), Rn.1035; Helmut Satzger, Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Jura 2010, 753; MK/ Horst Schlehofer, 3.Aufl. 2017, vor § 32 Rn.127.

<sup>(14)</sup> さらなる指摘とともに Jan C. Joerden, Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht, FS Otto, 2007, S.331ff.も参照。

<sup>(15)</sup> Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil - Personale Straftatlehre, 2.Aufl. 2008, § 6 Rn.95; 同く Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 281ff.; SK/ Andreas Hoyer, 9.Aufl. 2017, vor § 32 Rn.42ff.; Georg Maria Scheid, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, 150ff.

ることになるだろうからという認識が存在する<sup>(16)</sup>。したがって一般的な法命題である「*ultra posse nemo tenetur*」(何人もその能力を超えて義務づけられ得ない)が当てはまるのである。

その際に、不作為犯は既に客観的に、行為者が實際上命令された行動を行うことが可能であったことを前提としていることも考慮に入れられるべきである。その限りにおいて、上述の事例群において、確かに関連性のない考察に際しては確実に、不作為者には危険な状態にある人物への救助についてのそのつど必要不可欠な行為が可能なるものであったということが主張され得る。しかしながらそのような論拠は、両方の行動の同時の実行についての不可能性が実際には帰属阻却を根拠づけるものであることを顧慮しないものであろう。すなわち2つの行為義務のうちの1つのみが充足され得るような状況の主導権を運命が握っている場合には、それは結果回避義務の行為者に帰属可能な侵害を描き出すものではないのである。なぜなら、法、およびとりわけ刑法もまた、その完全な遵守が個々の者には実際上の根拠から不可能であるような行動義務を何ら負わせ得ないからである。すなわち純粋な出来事の成り行きは行為者に対して決して負荷を軽減し得ないので、ここで一方の可能な行為の遂行が他方の可能な行為の実行についての義務をはじめから失わせなければならないのである。これについての本来の根拠は、真の義務衝突において行動する者は実際上、危険減少の特別な形式を描き出していることにある<sup>(17)</sup>。というのも衝突状況にある者は、許容されない形で2つの危険をなりゆきに任せるか、もしくは2つの危険を1つの危険に減らすことを選択を迫られている——排中律 (*tertium non datur*) ——からである。まさに行為可能性を分離することができないことにより、義務衝突状況にある者の標準的な視点から、危険の原因が問題となることなしに、被害者に対する不可分の危険共同体が創出されるのである。したがって義務衝突状況にある者の観点からは、ある者がちょうど列車によって轢かれそうになっている一方で、他の者が溺死しそうであり、2人の人物のうち的一方のみの救助が可能である場合にさえも、その者にとって完全に解消可能なわけではない危険共同体が存

<sup>(16)</sup> Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.Aufl. 2017, § 18 Rn.137; Satzger (Fn.13), *Jura* 2010, 754.

<sup>(17)</sup> これについては既にChristian Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, 30. [当該論文の日本語訳として、クリスチャン・イエーガー著・野澤充訳「刑法におけるカテゴリー原理としての帰属と正当化」神奈川法学42巻1号(2009年)23頁以下を参照。]

在するのである。まさに両者ともに救助が不可能であることが、具体的な状況において帰属阻却へと至るのである。なぜなら運命により個々の者が解決不可能な課題全体に直面している場面において、その者が自己にとってもつばら可能であった一部分の課題の充足を行うことに決めた場合には、この者に当該運命は帰属され得ないからである。

結論として、たとえ理由づけにおいてではなかったとしても、このことはRoxinによっても不作為犯の枠内で主張されている見解へと至り、その結果として、行為者が義務衝突において命令された行動のうちの1つのみを行っていた場合にも、既に構成要件充足が否定されるべきことになる。Roxinはこのことを、不作為犯が構成要件および違法性を包括する全体不法構成要件を含んでおり、そこでは構成要件に基づいて独立した違法性は打ち立てられないということによって根拠づけている<sup>(18)</sup>。そのような第2の評価水準はむしろ不適當である、なぜなら行為者は不作為の正当化において結果がなされないうまでであることについて保証する必要があるわけではなく、そしてその者の不作為が構成要件に該当する作為と同価値であることを出発点にすることもできないからである。

もっとも、Roxinがその教科書の第1巻でなお、義務衝突において「ある利益と反対利益との調整」が問題となっているということから出発する場合には、このような帰結は相対化される<sup>(19)</sup>。それによりここで逆方向の利益が考量されるであろうような印象が呼び起こされる。しかしながら同等の義務衝突においては、まさにそのような考量の可能性は欠けているのである、なぜならそこでは、それらのうちの片方のみが充足され得るという2つの完全に等しい行為命令の葛藤が問題となっているからである。このような考量可能性の不存在もまた、構成要件段階へと問題を位置づけるための有利な材料となるものである<sup>(20)</sup>。両方の行為の実行が不可能であることは出来事から恣意性を奪うのである。

<sup>(18)</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2, 2003, § 31 Rn.204.

<sup>(19)</sup> Roxin (Fn.13), § 14 Rn.41および§ 16 Rn.115、そこでは義務衝突はなお正当化事由として理解されている。

<sup>(20)</sup> 結論においてSK/ Hoyer (Fn.15), vor § 32 Rn.42ff.もこれと同様である、しかしながらそれは義務衝突を帰属阻却事由としてではなく、消極的構成要件要素として理解している。

c) 責任の段階への義務衝突の誤った位置づけ

もっとも、ここで主張されている構成要件阻却という見解とは大きく隔たって、義務衝突を免責事由として格付けしようとする学説上の見解が存在する<sup>(21)</sup>。このような見解はとりわけ、義務衝突において行為義務による救助が与えられなかった者に、自分自身の救助の強制的な貫徹のための正当防衛権が否定されることは許されないであろう、ということによって根拠づけられている。

例：医師Aは事故現場に到着したが、そこには2人の重傷者BおよびCがいた。Aは2人の被害者のうちの1人のみを救助することができ、そしてBを治療すると決断した。Cがこれを目にした時、Cは自らを救助してBを見殺しにするようAに武力で強制した。

したがって例えばMomsenおよびSavićは、Cに医師への強要についての正当防衛権を与えるために、ここで存在している義務衝突を免責事由としてのみ、超法規的免責の緊急避難の形式で位置づけるのである。しかしそれは異議を唱えられるべきである。Cに正当防衛権が承認される場合には、Bには同じ権利が当然与えられるべきであり、そしてBもまた医師を正当に、AがCを救助しないように強要することが可能になるであろう。BもCも武装していた場合には、このことは両者が結論において互いの救助を遮断することができることへと至ってしまう。このような悪循環の論拠は、単なる免責が結論において義務衝突の法制度の矛盾を論証するであろうことを示している。このことは、義務衝突状況にある者が構成要件該当性なしに、もしくは少なくとも正当化されて2つの救助のうち的一方をしないままにすることができる場合にのみ、阻止され得るものである。2つの救助のうち被害を受けた者は、このような決断を付け加えて、その結果その者には、医師によって一度なされた救助の決断の変更を目指すことができるような、何らの正当化事由も味方するものではないのである。むしろ可能なのは、当該事例においてCが医師を、Bの有利になるような救助の達成を行わないように武力で強制しようと試みた場合には、刑法35条によるCの免責のみにとどまるとすることである。

<sup>(21)</sup> すなわち例えばBeckOK-StGB/ Carsten Momsen/ Laura Iva Savić, StGB, 35.Edition 2017, § 34 Rn.24; Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 33 V 2; NK/ Hans-Ulrich Paeffigen/ Benno Zabel, 5.Auf. 2017, vor § 32 Rn.174; Thomas Fischer, StGB, 65.Auf. 2018, vor § 32 Rn.11.

<sup>(22)</sup> BeckOK-StGB/ Momsen/ Savić (Fn.21), § 34 Rn.24参照。

## II. 他者の救助のために自己の生命が使用されることを権限により行わなかったこと〔＝権限ある不作為〕に基づく積極的殺害

### 1. 正当化防衛的緊急避難の下での誤った帰結

以下において記述されるべき種類の事例は、上述した義務衝突とは構造上異なる問題を指摘するものである。ここでは行為者は、他者の生命を救助することができたか、もしくは少なくともなおいくらか延長できたであろうが、しかしながらこれが自分自身の生命の使用の下でのみ可能であった場合である。具体的にはこのことを、R. Merkelの例が示している。すなわち、ただ一人クレバスへの滑落を免れた登山家Aが、ザイルを切り、そしてこの方法で、まさにザイルの下部にぶら下がっている登山者によってAが死亡してしまうように深みに引き込まれることをなお避けることができた、という事例である。ここでもまたまさに、当該行動の恣意性は存在しない、なぜなら上にとどまり続けた者は、他者ととも深みに引張られていくか、もしくは少なくとも自己の生命を救助するかを選択を迫られているからである。

学説においてここで緊急避難行為による被害者の利益が後方へと退くことは、「防衛的緊急避難」の見地の下で議論<sup>(23)</sup>されている。その際に検討されている事例状況は、通説によればそのような後方へと退くことを正当化する、なぜならここで民法228条の法思想が作用するからである。しかしながら刑法34条の拡張は異論のないものではない。<sup>(25)</sup>なぜなら本質的な重要性という〔刑法34条の〕要件がこのような方法では過小評価されるべきではない修正を被ることになるからである。その際に防衛的緊急避難の下で、除去されるべき危険がその法領域においては救助行為によっても介入されるようなものに由来する<sup>(26)</sup>ような状況が理解<sup>(27)</sup>される。

人間によって誘発された防衛的緊急避難の概念の下で、Roxinはまさに名指しされた状況と並んで、4つのさらなる特別な適用事例をまとめている。すなわち非行為、注意が尽くされた行為、穿頭術、および切迫した準備段階攻撃への予防防衛

<sup>(23)</sup> Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895, 48.

<sup>(24)</sup> それについてより詳しくは、詳細な指摘とともにSchönke/ Schröder/ Walter Perron, StGB, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn.30.

<sup>(25)</sup> Lackner/ Kühl (Fn.13), § 34 Rn.9; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 13/22参照。

<sup>(26)</sup> 詳細にはClaus Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS Jescheck, 1985, S.468ff参照。

<sup>(27)</sup> Kühl (Fn.16), § 8 Rn.134.

である。とりわけHruschka<sup>(28)</sup>によって主張された見解とは逆に、Roxinはこのような場合において超法規的防御の緊急避難という独自の法形象を、刑法34条の規定の外側には不必要かつ許容されないものとした、なぜなら議論されている事例群は刑法34条の枠内で十分に解決されうるからである。<sup>(30)</sup>

實際上、考量に際して危険の種類と起源が顧慮されないなどということは許されないであろう。その法益において介入される者が、危険を自らもたらした場合には、このことは——民法228条の法思想によれば——利益衡量の枠内で考慮されるべきである。民法228条の防御の緊急避難におけるのと同様に、引き起こされた侵害が回避された侵害に比べて著しく比例状況を欠くわけではない場合には、それで十分である。<sup>(31)</sup>

このような端緒により、のぞき事例もまた受容可能な解決へと導かれ得る。そこではのぞき嗜好者が、どのように彼らが寝ているのか、そこに居住している夫婦を見物するために再三再四家の中に侵入した。夫が最終的に健康上極端に負荷がかかり、そして耐え難いものであった侵入者の「訪問」を終わりにしようとして行われた逃亡者への発砲は、(独立した考察によるならばのぞき犯の健康と夫婦の健康が相對峙しているにもかかわらず) 比例性を欠いているわけではない。なぜなら被害を受けた夫に対する長期的な危険をその夜間ののぞき見的な住居訪問によって創出した者の法益が侵害された事例であるからである。BGHもまたのぞき見事例において刑法34条による解決を非常に優先する価値のあるものと把握した。しかしこの問題は未解決のままである、なぜならのぞき見した者の身体傷害が具体的な事例では臀部へと狙われた銃の発射によって、いずれにせよ刑法35条により免責されたからである。<sup>(32)</sup> しかしながらこのような刑法35条への立ち戻りは實際上、不必要なものであった。なぜなら正当化は既に防御の緊急避難の原則により民法228条の法思想の援用の下で明らかになったからである。<sup>(33)</sup>

もっとも、疑わしいままであるのは、Roxinによって挙げられたその他の事例群

(28) Roxin (Fn.26), FS Jescheck, 1985, S.457ff.

(29) Joachim Hruschka, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?, NJW 1980, 21f.

(30) Roxin (Fn.26), FS Jescheck, 1985, S.457 (468ff.).

(31) さらなる指摘とともにFreund, AT (Fn.15), 3/81; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 2015, 6/137; Wessels/ Beulke/ Satzger (Fn.10), Rn.461; SK/ Hans-Ludwig Günther, 7.Aufl. 1998, § 34 Rn.82も参照、その主張によれば単なる考量要素が重要なのではなく、鏡像的な考量基準が重要であるとする。

(32) BGH NJW 1979, 2053; Kühl (Fn.16), 8/23.

(33) Hruschka (Fn.29), NJW 1980, 22参照。

が防衛的緊急避難の観点でそれに分類されるかである。なぜなら危険に分類されるものは、原則的に管轄を定式化するものであり、そしてこのことはRoxinによって<sup>(34)</sup>挙げられた事例群において大きく問題となっているからである。とりわけこのことは穿頭術事例について当てはまる。

例：婦人科の医師Gは陣痛の開始後に、当該子供が先天的な水頭症により母親の産道を通って出てこれないことを確認した。特別な身体的状況を理由として手術され得ないものであったがゆえに、帝王切開は母親について問題外であったので、医師は母親の同意により、子供の頭を手術によって死の結果を伴う形で切開し、そして母親の命をこの方法で救助した。

Roxinは、ここでは生命が生命に対峙していることを認めるにもかかわらず、母親の有利になるように刑法34条の適用について<sup>(35)</sup>決定している。防衛的緊急避難の観点の下で、このような判断は疑わしいものである。なぜなら子供がここで母親に対する危険をもたらしたことは、たやすく出発点とはされ得ないであろうからである。確かに危険が子供から由来することを口にする傾向があり得るだろう。なぜならこのことは、その自然的な出生不能性を結果として伴うような誤った形成を指摘するものだからである。しかしながらこのような論拠は既に、その際に例えば両親によって遺伝された遺伝子欠陥が問題となる場合には問題性をはらむものであろう。それは完全に別問題であるとしても、防衛的緊急避難の考え方の適用のためには単なる惹起を越えて緊急避難状況についての罪過が要求されなければならないであろう。そして結局として防衛的緊急避難の考え方は、生命対生命の考量に際して原則的な懸念にもさらされるものである。なぜなら侵害が危険との比例性を欠いているわけではない場合に緊急避難を許容する民法228条の法思想は、最も高い価値の考量に際してははじめからほとんど適切ではないからであり、それ故にこれは結局としては比較考量の下には置かれ得ないからである。むしろ生命侵害は、原則的に比較考量の外に置かれるのである。<sup>(36)</sup>したがって例えばのぞき事例においてのぞき

<sup>(34)</sup> Jakobs (Fn.25), 13/22 Fn.44.

<sup>(35)</sup> Roxin (Fn.26), FS Jescheck, 1985, S.457 (475ff.).

<sup>(36)</sup> この意味において、HK-GS/ Gunnar Duttge, 4.Aufl. 2017, § 34 Rn.20; SK/ Hoyer (Fn.15), § 34 Rn.45ff.; 結論においてSchönke/ Schröder/ Perron (Fn.24), § 34 Rn.24; LK/ Frank Zieschank, 12.Aufl. 2006, § 34 Rn.74a; Rudolf Rengier, Strafrecht AT, 9.Aufl. 2017, § 19 Rn.39も同様。例えば妊娠中絶における防衛的緊急避難の論拠の疑わしさについて、Reinhard Merkel, Forschungsobjekt Embryo, 2002, 93ffも参照。異なる見解としてRoxin (Fn.13), § 16 Rn.75ff., Roxinは生命対生命の考量の場合においても徹頭徹尾その防衛的緊急避難という法的考え方を援用する。

犯の利益の後退は、のぞき犯の脇腹への発砲に際して最も高い価値の比較が問題となっているわけではないがゆえに、民法228条の法思想によって主張され得る。むしろそこでは被害者の身体の無傷性と、夜間の訪問によって苦しめられた夫婦の健康が対峙しているのである。それに応じて、のぞき犯の負傷は彼自身によって創出された危険を理由として比例性を欠いているわけではないということが出発点とされ得るであろう。それに対して、人間の生命の侵害は少なくとも原則的には比例性を欠き、そのためこのような結果は原則的に比例性があることにはならないのである。

上述の理由から、民法228条の考え方はRoxinの提案に対して、非行為においても何らの適用を見得るべきものではない。

<sup>(37)</sup> 例：Bはその配達用のライトバンの中で心筋梗塞に基づいて意識を失い、そして急傾斜の道を岩礁へと暴走した。この岩礁のところにAがその車の中にいて、その車はBがそのライトバンとともに岩礁へと衝突することを引きとめるであろうが、しかしAはその場合には確実性に接する蓋然性により死亡するに至るであろうものであった。それゆえにAはアクセルを踏んで前方へと少しばかり移動し、それによってAは自己の生命を救助したが、しかしながらBは岩礁の上への転落によって死の犠牲となった。

ここではBの運転はその無意識性に基づいて非行為を描き出すものである。まさにそれゆえに、防衛的緊急避難の法思想の適用は、ここでもまた疑わしいものである。なぜなら、このような事例においてもBには罪過が負わされるべきことはなく、Bはせいぜいのところ盲目的因果要因であるからである。

## 2. 自然的な依存性からの不作為要素

それにもかかわらず刑法34条の適用は、穿頭術事例において、および非行為への抵抗の状況において、結論において適切であるだろう。しかしながらそれについての根拠は、実際には上述の事例が不作為要素を示していることにある。すなわち両方の事例において、(水頭症者ならびに無意識者の)生存は、第三者の生命を犠牲にするような身体的使用に左右されている。しかしまさにそのような使用のために

<sup>(37)</sup> この事例についてはRoxin, FS Jescheck, 1985, 471. その事例はR. Merkel (Fn23), Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895, 48 に由来するものである。



は〔第三者には〕何らの義務づけも存在し得ない。したがって穿頭術事例においておよび非行為の事例において、第三者に有利になるように自らの身体の致命的な使用をしないままでおくような、個別の者の権利を指摘することがより適切であろう。したがって当該母親は、このことが自己の生命の危険と結び付けられているであろう場合に、不作為という意味で、自らの子供の有利になるような生命を贈与する<sup>(38)</sup> 手続を打ち切ることができるのである。穿頭術は、ここでは〔後述の〕妊婦に対する正当防衛の事例とは異なって、子供が母親に対する危険を描き出し、そして刑法218a条の法的考え方から母親の生命権の優位性が導き出され得ることによって、攻撃する妊婦に対して行われた未出生児にとって致命的な正当防衛の事例とは区別される（詳しくはそれについてはなお後述Ⅲ）。なぜなら穿頭術事例においてこのような規定は、ただ単に陣痛開始が既に始まったことを理由にして、適用しないことになるからである。しかしこのことは、それにもかかわらず刑法218a条の法思想を考量に際して刑法34条の内部で考慮することを妨げるものではない。そしてこのような法思想は、妊娠中絶もまた不作為要素をその中に持つことに存在する。というのも、母親には少なくとも所与の要件に際して、妊娠状態についてさらには継続しないことを自分で自由に行うことを法が認めているからである。したがって刑法34条による正当化は、穿頭術の場合においても、出生における問題が子供の異常か、もしくは母親の「出生の好ましくない」状況に依拠するのかに左右されずに可能なものである。その際にまさに存在している依存関係の観点、およびこれに根拠づけられた不作為要素の観点（他者の生命の保持のための自らの身体の不使用）は、刑法34条による正当化が担うものである。

同様の方法で、上述した、傾斜面を暴走して降りていくライトバンの事例において、Aがアクセルを踏んでそして危険領域から出ることによって、破城槌（Rammbock）としてAを死亡させるという効果を伴って〔その生命を〕自由に使

<sup>(38)</sup> Roxin (Fn.13), § 16 Rn.70において、「子供に命を贈る母親は……生命の被害者……となることを要求はされ」得ないと記述されている場合には、このような観念もまた、防衛的緊急避難という考え方よりも、ここで主張されている不作為という考え方をより支持するものとなる。なぜならこのような観念によって、穿頭術において実際には生命を贈与する手続が、母親によって自らの救助のために打ち切られることについて、徹頭徹尾具体的に理解が得られるからである。

<sup>(39)</sup> Rogall (Fn.6), NStZ 2008, 2参照。

<sup>(40)</sup> この不作為の考え方については、BVerfG NJW 1993, 1774 (Mahrenholz裁判官およびSommer裁判官の少数意見)も見よ。

<sup>(41)</sup> しかしManuel Ladiges, Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs.3 LuftStG - ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung, ZIS 2008, 137参照。

わせることを、Aは回避することが可能である。その限りにおいて、評価に関して、Aが致死的なBの運転を止めるために、自らの車を後退させなかったか、もしくは前方へ運転してそれによりBの救助をしなかったのかは違いをなし得ない。両方の場合において自らの身体および生命を使用しなかったことが存在するのであり、その危険による被害者〔A〕はそれについて正当でなければならないのである。

したがって同様の方法で既に上で引用された、R. Merkelによる登山者事例もまた解決され得る。この場合においても、不作為要素がその中に存在する。<sup>(42)</sup>なぜならクレバスの中にある登山者は上にいる者に依存しているのであり、そして誰にもその自らの身体を致死的な結果を伴って他者の幸福のために投入するような義務は負わせられ得ない。したがって、学説において正当防衛検討を一瞥して、Aが下のつるされている者の生命を終わらせる権利を持つことは許されないということを指摘する場合には、そして下のつるされている者に、わずかな残りの生存期間を例えば彼の上でつるしているAへの発砲によって、または発砲についての脅しによって防衛するための権利は否認されることは許されないとする場合には、それは適切でもない。なぜなら正当防衛検討はここでは見たところ役に立たないものであるらしいからである。実際、下でつるされている人は、上で最後の力でザイルを保持する者に、武力の使用によってザイルを数秒間なおより長く保持するよう、すなわち短い時間の後に深みへと引っ張られるということであったとしても、そうするように強制する権利をもたない場合には、それは正しいものである。なぜならその場合にはザイルを切断するような時間はもはや十分には残されていないからである。ここでは、クレバスの中でぶら下がっている人には、その者らが上にいる登山者に対してザイルを切断することを武力で妨げようとした場合に、刑法35条による免責を承認することで十分である。それに対して、上にいる者にそのような場合において免責的緊急避難のみを承認しようとする者は、<sup>(43)</sup>第三者が出来事を掌握していた場合には困難へと行き着く。なぜなら下でぶら下がっている者が刑法32条による正当防衛権を持つ場合には、上で残された者には免責的緊急避難のみが与えられる一方で、第三者がザイルの切断を阻止するための緊急救助権を持つに違いないであろうし、

<sup>(42)</sup> それについて詳しくは既にChristian Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003), 771f.

<sup>(43)</sup> すなわち例えばWessels/ Beulke/ Satzger (Fn.10), Rn.466.

そして彼はこのような方法ですべての登山家が死亡するような結果をもたらす権限を持つであろうからである——バカげた帰結である！第三者には下にぶら下がった者のための緊急救助権も上に残された者のための緊急救助権も承認しないというのがより適切であろう。しかしこのことは、第三者においてまさに所与の依存性からの不作為要素が欠けていることに基づく。なぜなら、部外の第三者はまさにその自らの身体を他者の生命を守るために使用することを強制されていないからである。したがって、第三者には事実上、刑法35条の類推による超法規的免責の緊急避難のみが許容される。すなわち、下でぶら下がっている者の殺害によって、危険共同体の状態にあるすべての登山者が死に至ることを避けることができるであろう。このことは、第三者がさらなる観察者によってまたもやその行為を答責性を阻却するような緊急避難で妨げられ得るとのことへと至らない。なぜなら間もなくお示されるであろうように、第三者は（超法規的な）免責の緊急避難での行為に対して理解を示さなければならぬからであり、その結果社会倫理的な排除に基づいて緊急救助権は除外されるからである。

生命の比較不可能性に固執することを可能にするために、上述の事例に内在している不作為要素の基礎に基づいた論拠が優位性を持つ価値があるように思われる。そうであるならば、それによりつねにその要素が生命を他者によって左右させた場合には、不作為要素が承認され得ることになるような構造上の違いが明らかになる、このことは穿頭術事例、爆走する運送者の事例におけるのと同様に、しかし自分自身を救助するためにザイルの切断によって上に残されたままの者が死へと犠牲にした、クレバスに落ちた仲間の例においても、実際そうであるように。このような場合においてもさまざまに、刑法34条による正当化は支持される。このことは、下にぶら下がっている登山家の利益は彼が重力によって危険の誘発者となったがゆえに背後に押しやられなければならないという防御的緊急避難の見地からも根拠づけられ、もしくは「他者の命をいずれにしてもせいぜいのところなお短期間保持させるが、しかしそれによって自らの命は同様に救助不能に失ってしまうことにな<sup>(44)</sup>る」がゆえに、下にぶら下がっている者の利益がここではザイルを支えている者の

<sup>(44)</sup> SK/ Hoyer (Fn.15), § 34 Rn.49参照、同様のものとしてMK/ Volker Erb, 3.Aufl. 2016, § 34 Rn.127; NK/ Neumann (Fn.13), § 34 Rn.76.

正当化のために背後に隠れなければならないということも指摘されることから根拠づけられる。しかし両方の論拠は結論において納得のいくものではあり得ない。なぜなら〔前者の論拠のように〕管轄要因としての重力を天秤ばかりの皿に投げ込むことは、その中に民法228条の法思想の転用を正当化し得るような攻撃的態度は何ら見て取られ得ないがゆえに、既にわずかにしか納得できないものなのである。かと言って〔後者の論拠である〕いずれにしても消滅する生命という観点もまたそれ自体として見たところ緊急避難の正当化を担うことはできない。なぜならこのような観点は危険共同体の場合にも当てはまるがゆえに、そして危険共同体にいる者に、共同の危険から自己を救助するために他者を、同時に危険の中に漂っている者を積極的に殺害することについて権限を付与しなければならないであろうからである。その場合には例えばそうすることによって2人のうちの1人のみが救助されるような湖に運び得る場合には、AがBを正当に熱気球から落とすことができることになる。しかしこのことは全くもって我慢できない帰結であろう。したがって基準となるのは、たとえこのことが積極的な作為によってのみ（ここでは例えばザイルの切断）実現され得るとしても、誰でも他者の生命の保持のために自らの身体を使用するようなことをしないでおく権利を持たなければならないという観点のみである。

### 3. 権限ある不作為による正当化された積極的作為の法形式

私は既に2003年に別の形式でこのような見解を主張した<sup>(45)</sup>。しかし当時はまだ、描写されたような事例において作為による不作為の法形式の適用例が問題となっていたことを出発点としていた。その結果として評価に関して、例えば穿頭術において（しかし墮胎においても）、ならびにライトバンに対して死をもたらすような破城槌として作用しないための自動車による回避走行においても、もしくはしかクレパスの中でぶら下がっている者が転落死するという結果を伴うザイルの切断においても、そのつど不作為行為のみが見て取られ得るとしていたのである。現在では私はこのような帰結をものは導こうとは思わない。むしろより詳細な考察によれば、「そ

<sup>(45)</sup> 詳しくはJäger (Fn.42), ZStW 115 (2003), 766ff.

の正当化を権限ある不作為から導くような積極的作為」、すなわち積極的行動（母親を救助するための、水頭症の子供の頭部の積極的な致命的切開、自己を危険な場所から抜け出すために積極的にアクセルを踏む行為、一緒に深みへと引きずられないための積極的なザイルの切断）が問題となっているのである。しかしこのような積極的作為はそれぞれ、内在する正当な不作為によって、その不法の内実を喪失しているのである。したがって記述したすべての事例において、積極的殺害を根拠づけるような、自らの身体投入の不作為についての権利が存在するのである。その限りにおいて、不作為についての権限が積極的殺害事実から不法の内実を取り去ることになるのである。正当防衛において、不正な不作為（例えば有責的な挑発による攻撃者を寛大にあしらうことを不当にしなかったこと）が、積極的作為の不法を生み出し得るのと同様に、自己の生命投入による救助の正当な不作為は、積極的殺害事実から不法の内実を奪い去り得るのである。

このことは、救助されるべき者の生命が他者の生命に依存した状況にあり、なおかつその依存された他者がその自らの死もしくは自らの重大な傷害という不利益の甘受の下で、犠牲になることについて承諾していない場合には、常にそうである。その構造上ある者の生命が他者の生命へと依存する関係において、その正当化を見出だすという、このような限定によって、それぞれの場合の殺害行為の正当化を担う自然主義的な糸口が明らかになる（したがって子供の生命は母親の生命贈与行為に依存しており、そしてその逆はないのである。ライトバン事例において意識喪失したライトバン運転手の生命は、岩礁のそばにいた自動車運転者がその場にとどまり続けることに依存している。そして登山者事例においては下でぶら下がっている者の生命は上にとどまってザイルをもっている者に依存している）。このような依存関係が正当化の条件とされる場合にだけ、刑法34条からの逸脱の危険、およびそれと結びついた刑法34条の不適切な拡大傾向に十分な対処がなされるのである。

ところでこのような依存関係は、すでにアメリカ人のJudith Jarvis Thomson<sup>(46)</sup>によって墮胎の許容性に関する議論の中で、有名なヴァイオリン奏者事例を手がかりに、紹介されている。そこで彼女は以下のように記述している。

---

<sup>(46)</sup> Judith Jarvis Thomson, A defense of abortion, in: Philosophy and Public Affairs, 1971, 47ff.

「以下のように想像して頂きたい。あなたはある朝に目覚め、そして意識を失ったヴァイオリン奏者とベッドで背中合わせの状態にされていることに気づく。意識のない、著名なヴァイオリン奏者。彼は致死的な腎臓病であることが知られていた。音楽愛好家の集団は達成可能な医学的基礎のすべてを調査し、そしてあなたのみが適切な血液型であることを確認した。それゆえに音楽愛好家達があなたを誘拐し、そして昨夜ヴァイオリン奏者の血液循環はあなたと接続され、その結果あなたの腎臓は、あなたの血液とまったく同様に、彼の血液からの有害物質を濾過することができた。病院長はあなたに言った。『残念だが、この音楽愛好家達はあなたをこのような状態にしてしまいました。我々がこのようなことを知っていたならば、我々は決してこのようなことを許可はしなかったでしょう。しかし今や、その音楽愛好家達がそのようなことをしてしまったからには、そのヴァイオリン奏者はあなたとつながれてしまったこととなります。あなたを解放することは、彼を死なせることを意味するでしょう。そして我々はこれを行うことはできません。しかしあなたは心配する必要はありません、これは9か月間のみなので。その後は彼は病気から回復し、そしてあなたは傷を負うことなく解放されることが可能になります。』さて、どうしよう？その医者が9か月ではなくて、9年と言ったなら、どうだろうか？もしくはあなたの残り生涯ずっとだと言ったなら？すべての人間は生命に対する権利を有しており、そしてヴァイオリン奏者も人間である。当然にあなたは彼の体の中で起こるべきことを決定する権利を有するが、しかしヴァイオリン奏者の生命権はより重いものである。したがってあなたは決して分離され得ない。これは納得のいくものだろうか？」

Thomsonがここで提示した問題は、「納得のいくものではあり得ないだろう！」という回答をすでに前提としている。他者の生命保持の手段として自らの体を使用しなければならない人間などいない。それゆえに、〔自らの〕生命が〔他者の〕生命に依存し、なおかつこの結びつきに基づいて自己の救助の継続が他者の生命の破棄と結び付けられている場合にも、自らの生命保持の継続のために他者の身体を使用することについての依存者の権利は要求され得ないのである。逆に、他者の生命によって依存されている者は、自らの身体によってのみ保持するような、生命を救助する接続という解決についての権利をもつ。ところで通説は、第三者の生命を維

持するために自らの身体を使用することについて拒絶する権利を、はるかにより小さな侵害に際しても承認している。したがって例えば必要不可欠な輸血に際しても、潜在的な輸血者の拒絶権は、自らの身体の使用についての義務が基本法1条、2条に目を向けるならば存在しないがゆえに、輸血の人的被害者は刑法323c条による一般的救助義務の対象ではあり得ず<sup>(47)</sup>、そしてそれゆえにそれに対応した拒絶権も認められるのである、ということを示して肯定されている。しかしそうであるならば、ある人物の生命が他の人物の身体を死に到らしめるような使用に依存する場合には、そのような拒絶権がいよいよもって存在しなければならないのである。

### Ⅲ. 依存関係の欠落における生命葛藤状況での単なる免責された殺害

見かけの上での類似した事例が、「人の生命の救助のための航空機の撃墜」または「妊婦に対する正当防衛<sup>(48)</sup>」という題名の下でも見られる。

罪なき者を正当に殺害することの可能性に関する議論は、2005年1月15日の航空安全法<sup>(49)</sup>によって新たな衝撃を持つことになった。それに関しては連邦憲法裁判所<sup>(50)</sup>によって述べられた、正当化される撃墜を予定した当該規定(14条3項)の無効判決もまた、何も変更しなかった。すなわち、事情によってはこれが人間の生命に対して投入されるべきであり、そして当該武力が危険に対して防衛する唯一の手段であることから出発しなければならない場合に、航空機に対する武力による直接的な作用が刑法34条によって許容されるかどうかという問題は、さらに残ったままなのである<sup>(51)</sup>。基本法2条2項第3文を顧慮して、被害者が、例えばテロリストである場合には、彼が機械をさらったがゆえに、危険を惹起したのであるというのであれば<sup>(52)</sup>、わざわざにしか問題にならない。それに対してはむしろ既に刑法32条の緊急救助権が問題となっている。しかしその状況としてもっとも疑わしいのは、例えばその飛行機が誘拐されたがゆえに責任なくその状況に陥った人も機械とともに撃ち殺される

<sup>(47)</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger (Fn.10), Rn.474参照。

<sup>(48)</sup> この事例についてはWolfgang Mitsch, Notwehr gegen Schwangere, JR 2006, 453およびManuel Ladiges, Nochmals: Notwehr gegen Schwangere, JR 2007, 106.

<sup>(49)</sup> BGBI. I, 78.

<sup>(50)</sup> BVerfGE 115, 118.

<sup>(51)</sup> Arndt Sinn, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?, NSStZ 2004, 585; Torsten Hartleb, Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, NJW 2005, 1397参照。

<sup>(52)</sup> Hartleb (Fn.51), NJW 2005, 1401.

場合（おそらく通常は実際そうなのであろう）に、航空機の撃墜についての正当化事由がその場合にも〔＝人に対しても〕考慮される限りにおいて、である。

ここでは当該状況は実際には本質的には妊婦に対する防衛の事例と変わらない。比喩的にいえば、責任なき乗客が飛行機の腹の中にいるのであり、それは責任なき子供が母親の腹の中にいるのと同様なのである。意図された飛行機の衝突へと至らなかった場合には高層ビルの住民またはスタジアムの観客は生き延びる可能性をもっている一方で、飛行機の中にいる乗客は数秒間または数分間の後にいずれにせよ飛行機の撃墜に際して死亡するであろうという事実は、飛行機の撃墜の正当化がこのような場合における乗客に対しては排除されることに関して、何も変更し得ないのである。

連邦憲法裁判所はその限りにおいて、もっともなことに、乗客に対する撃墜の正当化によって、犯罪者ではない飛行機の乗客が客体に貶められるという見解を主張した。「飛行機の乗客は、その殺害が他者の救助のための手段として利用されることによって、物扱いされ、そして同時に権利が剥奪される。すなわち、その生命が国家の立場から一方的に自由処分されることによって、被害者自身として保護を必要とする飛行機の乗客について、人間であるがゆえに受けるべきその価値が否定されるのである。<sup>(53)</sup>」その他の点では、それにもかかわらず行われた撃墜行為およびそれに関する命令が刑法上どのように評価されるべきものであろうかについて、連邦憲法裁判所はまさに未解決のままとした。<sup>(54)</sup>適切なことに、そのような場合において撃墜について決断し、そしてそれによる乗客の殺害について決断したパイロットの免責は、刑法35条の類推による超法規的免責的緊急避難に基づいて許容されなければならないであろう、なぜなら乗客および飛行機が目指すこととされている高層ビルの住民は、危険共同体にあるのであり、それはパイロットを刑法35条に匹敵し得る葛藤状況に置くものなのである。

例：妊婦のBはAを刺し殺そうとした。Aはまさになお適時にBに先んじてそして彼女を射殺することに成功した。その際にBが臨月間近であり、そして胎児が同様に死亡するであろうことを彼は認識していた。防衛のための他の可能性はしかしながら存在しなかった、なぜなら攻撃の危険性を

(53) BVerfGE 115, 118 Rn.124.

(54) BVerfGE 115, 118 Rn.130.



理由として、コントロールされた、致命的でない発砲のための時間は存在しなかったからである。

いくつかの見解は、このような場合において胎児の殺害（刑法218条）を顧慮して刑法34条による正当化緊急避難を利益優越の観点の下で適用しようとする<sup>(55)</sup>一方で、他の見解は、未出生児の利益が背後に隠れることを理由として、民法228条の法的考え方により防衛的緊急避難からの正当化を援用する<sup>(56)</sup>。後者に挙げたやり方にKlaus Rogallもまた賛成を決断した、すなわち彼は以下のように述べたのである。「……被攻撃者が妊婦の殺害の代償としてのみ自己の生命を救助することができる場合であったとしても、ここで被攻撃者は決して自殺するようには義務づけられない。攻撃者の殺害はその場合には刑法32条によって正当化され、その一方で（仮定するならば、同時に回避不可能である）胎児の殺害（刑法218条第1項第1文）は防衛的緊急避難の原則によってのみ正当化され得る。胎児が妊婦の攻撃に対して『何も行い得ない』ことは、ここでもまた論拠としては役に立たない。防衛者に免責的緊急避難（刑法35条）を認めることも許されない、なぜならこれは、被攻撃者がどんな場合であっても助からないであろうという結果を伴う形で、胎児の有利になるように緊急救助を達成するという第三者の権利を手つかずのままにするだろうからである。このことは合理的なものではあり得ない。」<sup>(57)</sup>

Rogallはこの文章において、第三者の緊急救助権を保持するために、有責性なき生命の殺害が例外的に正当化されなければならないかどうかという問題に関して、決定的な観点に言及している。

しかし自然と疑問とされるのは、どうして第三者が有責性なき被攻撃者の有利になるように緊急救助権を有すべきものなのであって、どうして母親の攻撃について有責性なき子供の有利になるように、ではないのか、ということである。おそらくこれについての理由は、妊婦によって攻撃された者の生命権の優越に、もしくは攻撃に対する子供の答責性ないしは少なくとも管轄の帰属に存在し得るであろう。

しかし両方とも説明の試みは、疑わしいものである。なぜなら〔前者の論拠である〕子供という既に初期段階にある生命に対する被攻撃者の生命権の本質的な優

<sup>(55)</sup> 例えばMitsch (Fn.48), JR 2006, 453参照。

<sup>(56)</sup> NK/ Neumann (Fn.13), § 34 Rn.91f.

<sup>(57)</sup> Rogall (Fn.6), NStZ 2008, 4.

越は、ほとんど根拠づけ可能であるように思われなからである。その子供を間もなく誕生するものとして思い描くのであれば、このことは非常に明白であろう。攻撃およびそれに伴う防衛行為が、開口陣痛の開始の直前に生じたのか、もしくはその直後に生じたのかは、差異があるとは言えないのである。かと言って〔後者の論拠である〕その状況についての子供の答責性もしくは管轄もまた認識可能なものではなく、その結果、どうして防衛者の権利が民法228条の考え方から優先されるべきなのかは理解可能なものではない。危険創出者に対する拡大された侵害権は、この危険創出者がその者によって創出された危険について答責的であることに基づいている。しかしさらなる意味におけるそのような「答責性」は、ここで示されている状況において承認され得るものではない。なぜなら子供ではなくて、母親のみが攻撃しているのであり、そして単なる生物学的な結合は法的な帰属を発生させ得るものではないからである。このことをそうではないように評価しようとするのであれば、母親のお腹の中にいる子供の人格上の独自性を否定することになるであろう。

ところで、未出生の生命の立場の意味づけのそのような相対化、ならびに胎児の個人性の承認の縮小化は、結局としては連邦憲法裁判所の判例と相容れないものとなるであろう。なぜなら連邦憲法裁判所は、既にこのような初期の成長段階において個人性は承認され得るものであり、そして萌芽的な生命に母親から切り離された<sup>(58)</sup> (!) 保護が認められるべきであることを、明文で強調しているからである。したがって連邦憲法裁判所のこのような明確な立場もまた、結論において、母親と子供を攻撃する一体のものとして考察することに対して否定的な材料を提供するのである。

以上の理由からここでは、刑法35条による免責のみを出発点とすることがより適切であろう。防衛者が危険を回避するためにそれ以外には行動し得なかった場合には、その子供に対する当該行為（刑法218条）は刑法35条により免責されるのである（母親に対してはいずれにせよ刑法32条による正当防衛の正当化が肯定されることになる）。

免責による解決が長所を持つに値することを、類似の事例についての考慮が示し

<sup>(58)</sup> BVerfGE 39, 1 (41f.) ; しかしBVerfGE 88, 203, 252および267も参照、まとめたものとしてGloria Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015, 58ff., 117ff.

ている。それは以下のような事例である。

例：家に立てこもった謀殺者が、女性を自らと（子供のへその緒に類似するものとして）鎖でつないだ。謀殺者の傍にいる彼女とともに、彼は斧を持って、家の前に位置どっていた警察にめがけて突進した。彼はできるだけなお多くの警察官を殺害することを望んでいた。警察官が彼の攻撃に対し発砲によって先手を打つことになり、人質が少なくとも彼とともに死亡することを彼は望んでいた。実際そのようになった。警察官たちは自己の保護のために攻撃者へと発砲しなければならず、しかし謀殺者とつながれた人質をも場合によっては殺害するであろうことを警察官たちは知っていた。

この場合に、謀殺者と結合されていることに基づいてのみ、警察官の人質に対する正当化を承認する者はいないであろう。同様に、攻撃する女性が腕に抱いた状態にある子供に対する正当防衛権は肯定されないであろう。しかしそこから、当該解決が攻撃する妊婦に際しても何ら異なり得ないことは明白である。なぜなら未出生児は、人質または出生して腕に抱えられた子供よりも有責性なきものでしかないものであり、それゆえに胎児の正当化された殺害は問題にならないからである。これを異なるように評価するのであれば、それが結局としてやはり初期段階の生命をより軽視することであり、それは実際には正当化という解決へと促すものであることを認めなければならないであろう。しかしこのことは、初期段階の生命の高い潜在的可能性を前提にすれば、ほとんど主張され得ないであろう。

もっとも、結局として、Rogallによって免責という解決を批判する主たる論拠として挙げられた異議、すなわちこのような方法で、免責のみされる被攻撃者の射殺を許容し得るであろう第三者の緊急救助権が妨害されなければならない〔したがって第三者の緊急救助権を否定するために、被攻撃者の胎児への行為を免責ではなくて正当化としておくべきである〕という反論（いわゆる正当防衛検討ないしは緊急救助検討）は、残されたままとなる。しかしながら一見すると決定的であるように見えるこのような論拠に対しては、そのような緊急救助権は実際には存在しないことが反論され得る。なぜなら刑法35条は適切な見解によれば、葛藤状況にある行為者に対する社会的理解に基づくものだからである。この理解は、関与していない第三者を社会の一端として分かち合うことを必要とし、その結果その緊急救助権は社会倫理的に根拠づけられた排除を受けざるを得ないのである。さらにその際に、免

責された攻撃者もしくは有責性が減少した攻撃者に対する正当防衛権が否定されることは、通説によれば承認されている。もっとも、ここでは主として、攻撃者が錯誤に陥り、もしくは例えば強度の酩酊もしくは攻撃者に年齢的成熟が備わらなかった場合（例えば子供である攻撃者において）のように、その他の理由が存在していたような事例が挙げられる。それらの事例では、正当防衛権の制限へと至り得るのである。そのような場合において、被攻撃者はさしあたり逃走の可能性に限られなければならない、さらに被攻撃者が抵抗行為の手段へと転じることが許されない限りは、防御行為にまで限定されなければならないのである。それに対して今日までわずかにしか議論されていないのは、刑法35条による防衛者の免責の場合における緊急救助権の抑制である。適切なことに、ここで第三者の緊急救助権は、これが例えば責任無能力者または限定責任能力者の攻撃における事例であった場合よりも、なおより広範囲に制限されなければならない。その理由は、刑法35条第1項第1文の事例が存在している限りにおいて、被攻撃者の管轄が承認され得ないことにある。このことは結局として、緊急避難状況が行為者によって惹起された場合においては答責性阻却を否定している刑法35条第1項第2文からも、明らかとなる。しかしながらこのことは、妊婦の攻撃に際してはまさに承認され得ない。その場合には、子供に対する免責の緊急避難状況は、攻撃する妊婦のみに負責されるものであろう。しかしそうであるならば、子供に対して致死的な効果を伴って行動する行為者の答責性阻却は刑法35条第1項第1文に向けられるのであり、それがゆえにその行為者に対して第三者もまたこの規範に表れた社会的理解を示さなければならないのである。しかしその場合にはこのことは、それ以外の責任無能力の攻撃者または限定責任能力の攻撃者の場合において当てはまるような正当防衛権の制限だけではなく、完全な排除のための原因となるのである。なぜなら有責性なく勘違いした攻撃者において、または酩酊もしくは刑事未成年である攻撃者において、少なくともたとえ場合によっては適法ではなかったとしても、やはりいづれにしても、正当防衛状況ないしは緊急救助状況について〔当該攻撃者に〕事実上の管轄があることが述べられ得るであろうからである。それに対して、生命を危険にさらすように攻撃された者においては、当該行為者が刑法35条により有責性なき子供の殺害についても強制されたと認識するような状況の客観的帰属可能性さえもが欠けているの

である。ここで行為者に残りの答責性を負わせようとする場合には、このことは刑法35条第1項第2文の基本思想に矛盾するだけでなく、攻撃する妊婦の答責性の一部を被攻撃者に不当にも移し替えることにもなるのである。

緊急避難行為者が当該緊急避難状況それ自体を引き起こした場合に初めて、刑法35条第1項第2文により、社会的な理解は為されなくなるのである。その場合にももちろんこのことは、第三者の緊急救助権がそのような状況において——たとえ免責された人物に対する通常の制限を伴うものであったとしても——与えられ得ることをも結果として伴い得る。

例：例えばAが放火を有責的に惹起し、そして今や第三者の殺害によって放火の危険性をもたらそうとした（例えば火元の領域にいた人物Bから、その水をBがまさに火から保護するために注ぎかけようとしていたバケツ1杯の水を暴力的に無理に奪うことによって）場合には、第三者に全く以て緊急救助権がBの有利になるように与えられなければならないであろう。なぜなら社会はそのような場合において行為者に対する何らの理解をもたらしすものではないので、このことは第三者にも代償として要求され得ないからである。

もちろんこのような問題すべては、これまでわずかにしか議論されなすぎたものである。しかしながら刑法35条を形成している社会倫理的な見地は、それに対応して最終的に正当防衛権の社会倫理的な制限へと波及することが明らかになるのである。したがって、刑法35条により免責された攻撃者の事例は、刑法20条によりその責任が阻却される攻撃者の事例とは区別されるのである。なぜなら後者の事例は、葛藤状況に対する社会的な理解から免責されるのではなく、当該行為の不法がその者に認識され得ないというその者の病気の状態に基づいて免責されるからである。したがってその者に対しては——たとえ制限されていたとしても——緊急救助権が肯定されるべきなのである。

再び攻撃する妊婦の事例に取り組むならば、しかしながらここで主張されている立場によれば、第三者の緊急救助権の社会倫理的な排除が明らかになる。なぜならまさに刑法35条が社会倫理的な根拠に基づく答責性阻却事由として、必要性の枠内における緊急救助権の抑制へと至るからである。

もっとも、まだ問題とされなければならないのは、そのような緊急救助権の排除が初期段階の子供の父親にとってさえも適用される必要があるのかどうか、であ

る。結論において、これもまた肯定されなければならないであろう。なぜなら社会の一部として、原則的に父親もまた被攻撃者の状況に対して理解をなさねばならないであろうからである。このように見ると、被攻撃者が未出生児への行為に目を向けて正当化されることはないであろうし、また父親が妊婦によって攻撃された者に対する行為に目を向けて正当化されることもないであろう、という状況が存在する。むしろ父親もまた、父親がその初期段階の子供を防衛者に対する射殺によって救助した限りにおいて、刑法35条によってのみ免責されるであろう。2つの免責事由の存在によって特徴づけられるこのような状況（被攻撃者の有利になるような、未出生時の殺害に目を向けての刑法35条、および他方で子供の父親の有利になるような、その未出生時の救助のために母親によって攻撃された者の殺害に際しての刑法35条）において、他方これに対して、両方の相手方のうちの一人を緊急救助という方法で射殺することについて、第三者は許容されないであろう、なぜなら両者に対して社会的理解の観点およびそれによる緊急救助権の抑制の観点が介入するであろうからである。しかしこのことは首尾一貫さえしているものでもある、なぜならさもなければ第三者には正当化の次元において成り行きに身を任せる権利〔＝適法に何もしない権利〕が容認されるであろうからである。

しかし全体として、緊急救助権の排除という観点が、攻撃する妊婦の事例における免責的解決に不利な材料を提供するというのは必然的なものではないということが示される。なぜなら、実際には第三者についてそのような緊急救助権は存在しないからである。

確かに攻撃する妊婦の事例において、母親に対して自己を防衛する者に対する、子供の父親の緊急救助権の有利になるように、刑法13条からこのような父親が子供に対する行動についての法的義務を持つことを引き合いに出すことは可能であろう。しかしながら刑法13条においても刑法32条においても、必要性の要件は根拠もっているものであり、その結果、行為者に対する社会的な理解が必要性を排除する場合には、必要性は子供の有利になるような行為も、母親によって攻撃された者の負担による防御も排除されることになる。このことは最初は奇妙であるように思われるかもしれない。しかし国家が社会に対する刑罰権を執行する場合には、第三者も、そしてその上親族も、国家に服従する必要がある。しかしこのことは、不法段

階および責任段階にも比較的当てはまる。国家が当該行為に対して刑法35条により理解を示した場合には、第三者に、そしてその上親族にも、正当化の段階において同様に国家に服従する必要があるのである。その場合には刑法35条を基礎にした免責的行動のみがその者らに残されたままとなるのである。

このような方法で物事を観察した場合には、さらに刑法35条第1項第1文による行為によって自らに被害を被る者の正当防衛権も問題とされ得るであろう。しかしながらその者に関して、刑法35条により行動した者に対する正当防衛権は排除され得ないであろう。なぜなら自らに被害を被る者として、その者は社会における部外者、すなわち出来事を観察する部分ではあり得ないがゆえに、その者はまさに、他者に対して理解を呼び起こすに違いない状況にはないからである。それゆえ、攻撃する妊婦のお腹の中にいる子供は、自らに対して刑法35条により免責された緊急避難で行為する者に対して、理論上の正当防衛権を有するだろう、もちろんその行使については生物学的な理由から可能な状況にはないであろうけれども。同様に、飛行機の乗客は、彼らが身を守ることができた場合には、高層ビルにいる数千人の人々を救助するためにその飛行機を撃墜する戦闘機のパイロットに対して、刑法32条による正当防衛権を持つであろう。まさにその者らが自らその行為によって切迫した緊急状況に陥ったがゆえに、その者らには社会的な理解は要求され得ない。せいぜいのところその者らは通常原則による正当防衛の制限が指示されることになるであろう。それにより、結局として緊急救助権の排除のみが示されるのであって、正当防衛権の排除が示されるわけではないことが明らかになる。

ここで述べられた意見は、もう一度以下のような例によって明確化されることになる。

最終事例：ある渡し守は、50人の子供——全員泳ぐことができない——を川を横断して運んでいたが、彼のいかに浸水箇所があり、それでもはや最大でも25人の子供しか川の向こう岸へ連れていくことができないことに気づいた。そこで渡し守は、少なくとも25人の子供を救助することを可能にするために、それ以外の25人の子供を致命的な結果を伴うように川に投げ入れることを決心した。

ここで渡し守は、圧倒的通説によれば、25人の子供の殺害に目を向けて、刑法35条の類推による超法規的な免責的緊急避難に基づいて、刑罰を免れることになる。

ここで実際上岸辺にいた武装した男が、25人の子供の生命をなお一時的にせよ生き永らえさせるために、渡し守を緊急救助により射殺することが許されるべきであろうか？誰も本気でこれを望む者はいないであろう。しかしその場合には刑法35条において渡し守にもたらされる理解は、緊急救助の社会倫理的排除として刑法32条に波及しなければならない。そのような場合において、被害者となった子供たちのみには、刑法32条による正当防衛権が否定され得ることはないであろう。

したがって比較して結局として、飛行機の撃墜の事例もまた決定され得ることになる。ここでもまた刑法34条に関する撃墜のあり得る正当化はもはや考えられないことになる。なぜならそのような正当化の解決に対しては——攻撃する妊婦の事例におけるのと同様に——飛行機の乗客の生命利益に比べて高層ビルの居住者の生命利益が本質的に優越していることが的確に説明可能ではないことが、決定的に不利な材料を提供するからである。しかしそれを越えて、有責性のない乗客の管轄もまた危険状況に対して根拠づけがなされ得るものではない。確かに飛行機の腹の中にいる乗客は、攻撃する母親の腹の中にいる子供と同様の状態にある<sup>(59)</sup>。しかしながらこのことはここでそれと同様に、すでに上述された根拠から、それぞれの有責性なき人物の答責性を何ら根拠づけけないのである。その限りにおいて、連邦憲法裁判所は、有責性なき乗客と使用されたテロ手段としての飛行機との同一視と、基本法1条において保護された人間の尊厳と相容れないであろう具体化が同時に現れること<sup>(60)</sup>において、適切と認められることになる。したがってここで主張された見解によれば、戦闘機のパイロットは、撃墜に関するその決断に際して、法律上の免責事由を越える、刑法35条第1項第1文についての類推での免責の可能性へと押し戻される

<sup>(59)</sup> この類似性についてはRogall (Fn.6), NStZ 2008, 4参照。

<sup>(60)</sup> BVerfGE 115, 118 Rn.124, その論評としてChristian Starck, Anmerkung, JZ 2006, 417参照、同様なのはWolf-Rüdiger Schenke, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftStG, NJW 2006, 736; しかしそれに対してJosef Isensee, Leben gegen Leben - Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug, FS Jakobs, 2007, S.205.

<sup>(61)</sup> Horst Dreier, Grenzen des Tötungsverbot - Teil 1, JZ 2007, 261; Wolfgang Mitsch, Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen - Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandssituationen, GA 2006, 11; Claus Roxin, Der Abschluss gekapert Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, ZIS 2011, 552; Franz Streng, Gerechtfertigte Aufopferung Unbeteiligter? Anmerkungen zum Defensivnotstand bei terroristischen Angriffen, FS Stöckel, 2010, S.135; Stephan Stübinger, „Not macht erfinderisch“ - Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik - am Beispiel der Diskussion über den Abschluss einer sog. „Terrormaschine“, ZStW 123 (2011), 403; しかしそれに対してTatjana Hörnle, Töten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und strafrechtlicher Sicht, FS Herzberg, 2008, S.570; Manuel Ladiges, Erlaubte Tötungen, JuS 2011, 879; Rogall (Fn.6), NStZ 2008, 1.



のである。ここでもまた、戦闘機のパイロットが撃墜について決心した限りにおいて、第三者に緊急救助権は生じ得ないであろう。なぜなら超法規的免責的緊急避難は同様に行為者に対する社会的理解に基づいているからである。そもそも刑法35条についての類推は、そのようにしてのみ説明され得るものなのである。

ここでⅢ. の下で挙げられたすべての事例は、人間の殺害の正当化が、危険共同体においてこのような殺害が危険な状態にある人々のうちの一部の救助の目的に役立つ場合にさえも、排除されなければならないことをいずれにせよ明確化する。このことはいずれにせよ、当該殺害が不作为要素をその中に含んでいない場合にさえも当てはまる（それについては上述Ⅱ.）。むしろある者の生命が他者の生命に依存しているという存在構造上の状態が欠落しているような状況においては、せいぜいのところ答責性阻却が考慮に入れられるにすぎないのである。このことは、最初に記述した、すべての施設居住者の全滅について強いられることを免れるために、少数の施設居住者の毒ガスによる殺害へと医者が寄与した事例が、どうして正当化へと行き着くものではなかったのかの理由でもある。

#### Ⅳ. 最終考察

ここで行われた熟考は、衝突状況に関して、およびその刑法上の克服に関して、より徹底して考え抜く価値があることを示すことになった。Rogall自身はこの種の困難な熟考を決してしり込みしなかった。このことは2008年の彼の論考<sup>(62)</sup>が、その中に含まれている人命救助のための飛行機の撃墜の正当化の可能性についての考慮により示している。ここで述べられた帰結は、Rogallが当時到達した解決と完全に一致するわけではないのであるが、まさしくその中で述べられていることは、異なった緊急状況の絡み合いの領域における学説上の論争が変わることなく重要なままであることを示している。被祝賀者であるRogallはそれについて必要な学問的議論を、その際にそれぞれの法的问题の実際上の影響を見失うことなく、再三再四賢明な論考により進捗させたのであり、この論考をその70歳の誕生日に心からの祝福とともに贈るものである。

---

<sup>(62)</sup> Rogall (Fn.6), NStZ 2008, 1ff.

## 【参考条文】

### 〔刑法〕

#### ▼13条 不作為による犯行

(1) 刑法の構成要件に属する結果を防止することを行わなかった者は、その者が結果が発生しないことについて法律上保証しなければならず、なおかつ不作為が作為による法律上の構成要件の現実化に相当する場合にのみ、この法律により可罰的である。

(2) その刑罰は49条第1項に従って減輕され得る。

#### ▼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。

#### ▼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、現在する違法な攻撃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。

#### ▼34条 正当化緊急避難

<sup>1</sup>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、その危険を自己また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。<sup>2</sup>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) <sup>1</sup>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、その危険を自己、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。<sup>2</sup>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) <sup>1</sup>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。<sup>2</sup>その刑罰は49条第1項により減輕されるものとする。

#### ▼218条 妊娠中絶

(1) 妊娠を中絶した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。子宮内での受精卵の着床完了前にそのような効果が生じる行為は、この法律の意味における妊娠中絶とはみなされない。

(2) 特に重大な場合においては、その刑は6年以上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. 妊婦の意思に反して行為した場合、または
2. 軽率に妊婦の死亡もしくは重大な健康侵害の危険を惹起した場合である。

(3) 妊婦が当該行為を実行した場合には、その刑は1年以下の自由刑または罰金刑とする。

(4) 本条の未遂は可罰的である。妊婦は、未遂としては処罰されない。

#### ▼218a条 妊娠中絶の不処罰

(1) 218条の構成要件は以下の場合には実現されていない、すなわち

1. 妊婦が妊娠中絶を要求し、なおかつ少なくとも侵害の3日前に相談したことを219条第2項第2文による証明書によって医師に対して証明し、
2. 妊娠中絶が医師によって行われ、なおかつ

3. 受胎後12週を過ぎていない場合

である。

(2) 妊婦の現在または将来の生活環境を考慮して、妊婦の生命に対する危険もしくは妊婦の身体的もしくは精神的健康状態の重大な程度の侵害の危険を回避するために、医師の知見によれば妊娠の中絶が適切であり、なおかつ当該危険が妊婦に対して期待可能な他の方法では回避され得ない場合には、妊婦の同意により医師によって行われた妊娠中絶は、違法ではない。

(3) 本条第2項の要件は、妊婦の同意により医師によって行われた妊娠中絶に際して、医師の妊婦に関する知見によれば刑法典176条ないし178条による違法な行為が実行され、明白な根拠により当該妊娠が当該行為に基づくものと認められ、なおかつ受胎後12週を過ぎていない場合にも、充足されたものとみなす。

(4) 相談(219条)後の妊娠中絶が医師によって行われ、なおかつ受胎後22週を経過していなかった場合には、妊婦は218条によっては可罰的ではない。当該妊婦が侵害の時点において特別な苦境状態にあった場合には、裁判所は218条による刑罰を免除することができる。

▼323c条 救助の不作为：救助者の妨害

(1) 事故または公共の危険または緊急状況に際し、この救助が必要であり、かつ当該状況によればその者にこの救助が期待され得るものであり、とりわけ自らへの重大な危険なく、かつ他の重要な義務を侵害することなく可能であったにもかかわらず、救助をなさなかった者は、1年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 前項の状況において、第三者に救助をなし、またはなそうとした人物を妨害した者も、前項と同じく処罰される。

[民法]

▼民法228条 緊急避難〔防衛的緊急避難〕

他者の物によって切迫する危険を自己または他人から回避するために、その物を侵害または損壊した者は、当該侵害または損壊が当該危険の回避のために必要であり、なおかつその損害が当該危険と比して不相当ではない場合には、違法に行動したのではない。当該行為者が当該危険を惹起したものである場合には、その者は損害賠償の義務を負う。

▼民法904条 緊急避難〔攻撃的緊急避難〕

物の所有者は、現在する危険の回避のために他者の介入が必要不可欠であり、なおかつ切迫した損害が当該介入から所有者に生じる損害に比べて過度に大きい場合には、物への当該介入を禁止する権限をもたない。当該所有者は自らに生じた損害の補償を要求できる。

[基本法]

▼基本法1条

(1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。

(2) そのためにドイツ国民は、世界におけるあらゆる人間の共同社会、平和および正義の基礎としての、不可侵かつ放棄不可能な人権を信奉するものである。

(3) 以下に挙げる基本権は、直接的な適用法として、立法、執行権および裁判を拘束する。

▼基本法2条

(1) あらゆる者は、その者が他者を侵害することなく、かつ憲法に合致した秩序もしくは道徳律に違反しない限りにおいて、その人格の自由な発展についての権利を有する。

(2) あらゆる者は、生命への権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は侵害されてはならない。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ介入することが許される。