

ミヒャエル・パヴリック

## 『市民の不法』(10)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

山本和輝 (訳)

### 目 次

監訳者まえがき

文 献

(以上, 63巻 2 号)

導 入

#### 第 1 章 犯罪の概念

##### A. 刑法学と実践哲学

I. 刑罰強制の不快さ

II. 実践哲学と法の実定性

III. 実践哲学に替わる法政策?

(以上, 63巻 4 号)

IV. 出発点としての刑罰論

##### B. 予防の道具としての刑罰?

##### C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰

I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス

II. 協働義務の正当化根拠: 自由であるという状態の維持 (以上, 63巻 5 号)

1. 政治共同体に奉仕する刑法?

2. 自由の理念と市民の地位

(以上, 63巻 6 号)

3. フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念

##### III. 応報理論と刑罰賦課

##### IV. 市民と外部者

##### V. 法益侵害としての犯罪?

1. 「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念?

2. 法益概念の批判能力?

(以上, 64巻 2 号)

3. 法益から法的人格へ

##### VI. 犯罪概念から一般的犯罪論へ

#### 第 2 章 市民の管轄

##### A. 管轄の体系

I. 不作為犯の特別財?

II. 保障人的地位の理論の系譜学について

(以上, 64巻 5 号)

Ⅲ. 管轄の体系

1. 法の任務と管轄の根拠づけの諸形象
2. 他の人格の尊重
3. 人格的存在の基本的現実条件の保証

B. 被侵害者の優先的管轄

I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)

II. 構成要件と違法性の関係 (以上, 65巻2号)

Ⅲ. 被侵害者の管轄の体系

1. 統一的な評価問題としての管轄分配
2. 自己答責的な自己侵害及び同意 (以上, 65巻4号)
3. 正当防衛と防御的緊急避難 (山本和輝) (以上, 本号)

第3章 刑法的協働義務の違反

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法

B. 帰属可能性の限界

C. 義務違反の範囲

## 第2章 市民の管轄

### B. 被侵害者の優先的管轄

#### Ⅲ. 被侵害者の管轄の体系 (承前)

##### 3. 正当防衛と防御的緊急避難

###### a) 尊重義務と防御権

他者を尊重することは、他者をあるがままにしておくことを意味する<sup>496)</sup>。他者は、彼が総じて尊重義務を負った者と全く出会わなかったであろう状態よりも悪い状態に置かれるべきではない。尊重義務は、上述のように<sup>497)</sup>、他の人格の積極的な侵害の禁止も、帰属可能なかたちで創出された他の人格の危殆化を中和する命令も含むものである。危殆化の起因者 (Urheber) がこの義務を履行しない場合には、危殆化された者自身が、必要な防衛手段を講じてよい。攻撃者の中和義務は、この場合においては受忍義務へと変容する<sup>498)</sup>。しかしながら、基礎にある管轄構造は、同じままである<sup>499)</sup>。すなわち、

496) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 4, S. 176 (Nachschrift v. Griesheim) 参照。

497) 上述 S. 180 f.

498) *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rn. 1; *Mitsch*, Rechtfertigung, S. 129 f., 344; *Köhler*, AT, S. 238; *Lippold*, Rechtslehre, S. 354; *Frisch*, FS Puppe, S. 428 ff.; *Jakobs*, Kommentar, S. 165; *Lesch*, FS Dahs, S. 92. —つまり、単に、攻撃者が、「攻撃の放棄によって自らの法益侵害の危険を阻止することを、防衛ノ

攻撃者は、防衛者に必要な防衛行為を強制し、またそれによって犯行の文脈に対する責任を負うので<sup>500)</sup>、攻撃者は、防衛行為及びその諸帰結を、プーフェンドルフの言葉によれば、「攻撃者自身の悪事としての責任を負」わなければならないのであり<sup>501)</sup>、そしてそれゆえに、攻撃者が防衛行為及びその諸帰結を自らの手で実行ないし惹起したであろう場合と全く同様に帰属させなければならないのである<sup>502)</sup>。「規範的にみれば、攻撃者は、彼が自らの違法な行為の遮断のために必要となる致死的な防衛行為によって自殺することになるのである」<sup>503)</sup>。

自由主義的であり、かつ相互尊重思想に基づいた法概念と、攻撃者に対する強制権限との関係を、カントよりも鋭く際立たせた者はいなかった<sup>504)</sup>。カントによれば、「その行為が、あるいはその行為の格率から見て、その者の選択意志の自由が、いかなる者の自由とも普遍的法則に従って両立できるならば」、その行為は正しい<sup>505)</sup>。しかしながら、選択意志は、要求された自己規律化に対する内在的な保証を与えることができないのであるから、法の理性的秩序は、「相互的に自らを制限へと指示する者 (Sich-in-die-Schranken-Verweisen) の自らを維持するための強制メカニズム」としてのみ構成可能である<sup>506)</sup>。それゆえに、カントにとっての主観的権利の概念は、「矛盾率に従って」い

「行為の時点までに自らの手中に収める」ということだけが重要なのではない(しかし、そのように述べるのは、*Frister*, GA 1988, 300 ff.; 最近のものでは、*Puppe*, AT, § 12 Rn. 1; *Fasten*, Grenzen, S. 240; *v. Scherenberg*, Einschränkungen, S. 1)。その者のありうる事実上の「自己保全の可能性」ではなく (*v. Scherenberg*, aaO), 規範的な尊重文法 (Respektierungsgrammatik) から導出された中和義務が、攻撃者の法的地位を特徴づけるのである。

499) *Jakobs*, FS Spinellis, S. 452 f.

500) *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 271; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 233 f.

501) *Pufendorf*, Pflicht, I/5, § 6 (S. 62).

502) *Joerden*, Strukturen, S. 77; *Merkel*, JZ 2007, 377; *ders.*, FS Schroeder, S. 310 Fn. 48; *ders.*, FS Jakobs, S. 390 f. —これに賛成する見解として, *Jakobs*, System, S. 45; *ders.*, Rechtszwang, S. 16 Fn. 26.

503) *Merkel*, JZ 2007, 377; *ders.*, FS Jakobs, S. 391.

504) もっとも、それについて、カントは、定式化に至るまでカントの叙述と驚くほどの類似性を示しているアッヘンヴェールの先行業績に依拠することができた。*Achenwall/Pütter*, Anfangsgründe, § 181 (S. 61, 63) 参照。——カントの正当防衛理論について、詳細には、*Hruschka*, ZStW 115 (2003), 201 ff.; *Pawlik*, ZStW 114 (2002), 266 ff.

505) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 337.

506) *Kersting*, Macht, S. 92. —最近のもので詳細なのは、*Buttermann*, Fiktion, 7

る、つまり、分析的には、「法を侵害する者を強制する」権限と結び付けられている<sup>507)</sup>。強制措置のための権限は、法の法則 (Rechtsgesetz) との一致において行使された選択意志が、普遍化可能性テストに合格しない選択意志に対して貫徹されうるということを保証する<sup>508)</sup>。「何人の権利領域であっても、その者の行為によって他者の権利領域を損なってもかまわないというところにまでは及ばないのである」<sup>509)</sup>。攻撃者は、法的人格であり、また法的人格でありつづける。その者の攻撃は、攻撃者（及び防衛者）を自然状態へと連れ戻すわけではないのである<sup>510)</sup>。しかしながら、攻撃者は、自らに属する法的自由の領域をこえ、そして他者の法的空間へと侵入しようとするのであるから、強制的な態様で排斥されてもよいのである。——カントが、この「簡潔であり、かつ説得力のある」思想を定式化しているように<sup>511)</sup> ——「ある自由を行使すること自体が普遍的法則に従う自由を妨害すること（すなわち、不正）であるなら、この行使に対置される強制は、自由に対する妨害の阻止として、普遍的法則に従う自由と調和する、すなわち、正しい」<sup>512)</sup>。

---

↳ S. 263 f.

507) Kant, MS, Werke Bd. 7, S. 339.

508) Kersting, Freiheit, S. 105 ff 参照。——それゆえに、誤りであるのは、——特に、その他の点ではカント主義的に論証している——反撃行為は、それが攻撃者の意思をくじくことによって、必然的に彼の自己決定を否定することになるとするクレシェヴスキーの主張である (Kleszczewski, FS E. A. Wolff, S. 233)。違法な攻撃において現れる自己決定は、法的な保護に値しないのである。

509) Seeger, Abhandlungen, S. 451.

510) しかしそのように述べるものとして、フェイエルバッハ (Feuerbach, Lehrbuch, § 36 [S. 62 f.]) に立ち返る基礎づけ路線がある。最近では, Hoyer, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 112; v. d. Pfordten, FS Schreiber, S. 372; これに近い見解として, Erb, NStZ 2005, 595. ——このアプローチに対して批判的であるのは, Engländer, Grund, S. 60 f.; van Rienen, Einschränkungen, S. 33, 92, 101; Grünewald, ZStW 122 (2010), 61 f.; Koriath, FS Müller-Dietz, S. 374 f.; Pawlik, ZStW 114 (2002), 278 ff.

511) Buttermann, Fiktion, S. 261; Höffe, Rechtsprinzipien, S. 143; Kühnemund, Eigentum, S. 37.

512) Kant, MS, Werke Bd. 7, S. 338 f. ——具体的なのは、カント主義者であるハイデンライヒの定式化である (Heydenreich, System, S. 115)。すなわち、「他者は、私を強制してはならないから、彼は、いまや、私を強制しないことを強制されるべきである」。

ここでカントは二重否定という思考形式を用いているが<sup>513)</sup>、これは、ヘーゲルが類似の形式で刑罰理論の枠内で採用したものである<sup>514)</sup>。カントによれば、ある法的地位の否定をその者の側から否定する者は、その地位を取り戻しているのである。すなわち、不法は廃棄され、法が再び承認されるのである<sup>515)</sup>。この点で、違法な攻撃の防衛に資する正当防衛は、まさしく権限が与えられた強制の原型として現れるのである<sup>516)</sup>。したがって、カント的な構想によれば、正当防衛行為者の強制権限は、自らの法則にかかった(gesetzlich)自由が攻撃者によって侵害されそうになっている者の法的地位にその源泉を有する<sup>517)</sup>。正当防衛権は、「第二段階」を意味する<sup>518)</sup>。すなわち、「人格に属する他の多くの権利と併存する特殊な権利ではなく、一定の場合に攻撃された特殊な権利が行使される形式にすぎないのである」<sup>519)</sup>。「すなわち、違法な攻撃に対して、暴

513) Höffe, Rechtsprinzipien, S. 145.

514) Hegel, Grundlinien, § 97 Z, Werke Bd. 7, S. 186 参照。

515) Höffe, Rechtsprinzipien, S. 144.

516) 同旨の見解として, R. Haas, Notwehr, S. 96 ff.; Küper, FS E. A. Wolff, S. 289, 292 f.; Sander, Begründung, S. 33 f.

517) 例えば, 同様の見解として, R. Haas, Notwehr, S. 97, 184 f.; Merkel, FS Jakobs, S. 386; Sander, Begründung, S. 16.

518) Höffe, Rechtsprinzipien, S. 139.

519) Hälschner, Preußisches Strafrecht, Bd. 2, S. 252. — ルーデンにとっても (Luden, Abhandlungen, Bd. II, S. 481), 正当防衛は, 「権利の侵害をまさにそれによる以外には防止されえないようなあらゆる権利の当然の現れ」として生じるものである。——本質的には, 本書と同様の見解であるのは, MK-Erb, § 32 Rn. 12; SK-Günther, § 32 Rn. 7, 12; Freund, AT, § Rn. 92; Frister, AT, § 16 Rn. 3; Köhler, AT, S. 262; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Rn. 58; Engländer, Grund, S. 84 ff.; Fasten, Grenzen, S. 239 f.; H. Fuchs, Grundfragen, S. 62; Haas, Kausalität, S. 101; Kioupis, Notwehr, S. 44 ff.; Mitsch, Rechtfertigung, S. 328 f.; Pouleas, Einschränkungen, S. 109 f.; Adomeit, JZ 1970, 497; Jakobs, Kommentar, S. 151; B. Koch, ZStW 104 (1992), 796 f.; Krauß, FS Puppe, S. 642 f.; Lesch, FS Dahs, S. 88 f.; Merkel, FS Jakobs, S. 385 f.; Müssig, ZStW 115 (2003), 232 f., 248; Neumann, Zurechnung, S. 165 f.; ders., Begründung, S. 225 f.; Renzikowski, FS Hruschka, S. 662; 類似の見解として (あまりにも強く心理主義的ではあるが), Kargl, ZStW 110 (1998), 60 f. — これに対して, 正当防衛の「基本思想」に関する今日の通説は, 「個人主義的な」基礎づけのモメントを, 「超個人主義的な」基礎づけのモメントと結びつける。「個人主義的な」モメントによれば, 正当防衛は, 攻撃された法益の保護に資する。「超個人主義的な」要素によれば, 正当防衛の任務は, そのようなものとしての法秩序の確証にある (BGHSt 24, 356, 359; 48, 207, 212; /

↘ Fischer, § 32 Rn. 2; HK-GS-Duttge, § 32 Rn. 2 f.; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 1; Kühl, AT, § 7 Rn. 6 ff.; ders., JuS 1993, 181 ff.; NK-Herzog, § 32 Rn. 100; S/S-Perron, § 32 Rn. 1 f.; SSW-Rosenau, § 32 Rn. 2; Heinrich, AT 1, Rn. 337, 356; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 215; Jescheck/Weigend, AT, § 32 I 1/2 [S. 336 f.]; Krey/Esser, AT, Rn. 470; Maurach/Zipf, AT 1, § 26 Rn. 4; Otto, AT, § 8 Rn. 17; Rengier, AT, § 18 Rn. 1; Roxin, AT 1, § 15 Rn. 1 ff.; ders., ZStW 93 [1981], 70 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 324a; さらに、同旨の本テーマを扱う、最近の二つのモノグラフィーとして、van Rienen, Einschränkungen, S. 140 ff.; v. Scherenberg, Einschränkungen, S. 45 ff.)。しかしながら、二元主義的な正当防衛の基礎づけは、カテゴリー的誤謬に基づくものである。すなわち、「法秩序の防衛は、法秩序によって法的に保護された利益に対して、メタレベルに位置づけられる。しかしながら、相互に差引されうるのは、論理的に同列な衡量の諸観点だけである」(Renzikowski aaO)。通説が、この誤謬のために支払わなければならない代償は高くつく。すなわち、二元主義的アプローチから導き出される帰結、中でも正当防衛の制限に対する帰結は、結局のところ、恣意的なままなのである(同旨の見解として、LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 227; MK-Erb, § 32 Rn. 11; Langer, Sonderstrafat, S. 104; Mitsch, Rechtfertigung, S. 366; Koriath, FS Müller-Dietz, S. 369; Krauß aaO, S. 641)。解消されえない二元主義にとどまろうとする者は、自らの探究対象の概念を定式化することができない。それゆえに、彼は、自らによって承認された部分要素が並立している関係を、体系的に制御された態様で——すなわち、それらに共通する上位概念に基づいて——規定することができないのである(Freund, AT, § 3 Rn. 86)。むしろ、二元主義者は、——支配的な正当防衛理論が、実際にそうしているように——自らによって承認された個別の要素のそのときどきの適用領域を、その都度獲得された諸帰結を参照することによって示すことができるにすぎない。このことが意味するのは、諸帰結は、諸原理を参照して正当化されるが、諸原理の側では、既にあらかじめ正しいと見なされた諸帰結の獲得のための必要性を参照することで正当化されるということである。(Pawlik, ZStW 114 [2002], 261 f. m. w. N.)。——ファン・リーネン(van Rienen, Einschränkungen, S. 140)は、前進防衛(Vorwärtsverteidigung)という方法でこの批判に対応しようとする。法確証原理と個人保護原理の共働を、硬直的に分類して理解する必要はないとされる。むしろ、両構成要素の総重量が、必要な限界値に達しているということだけで十分であるとされる。それは聞こえは良いが、大部分の問題が未解決にされてしまっている。すなわち、それらが「限界値」を語る際に前提とされるような共通の基準値ならびに評点を見出すこと、およびある程度客観化可能な態様で組み込むことが可能であるかが、まさに問題の大部分をなすのである。——通説の基礎づけの難点は、通説が「個人主義的」正当防衛の構成要素を一方的に法益保護に関連させて理解しているという事情に根ざしている。法益保護思想の根本的な弱点は、前述したように(上述 S. 137 ff.)、禁止された態度を、単に法益客体の毀損として論じるだけで、法的人格間の関係の攪乱として論じていないという点にある。支配的な正当防衛



力によって対抗することが許されないのであれば、自然ないし努力 (Fleiß) が我々にもたらしたあらゆる財は、何ら価値をもたないことになってしまうだろう<sup>520)</sup>。それゆえに、この権限の廃棄によって、「総じて、人格の独立した権利が存続することはない」だろう<sup>521)</sup>。

#### b) 防御権の範囲

尊重文法の基準に従って厳格に構成された防御権は、その要件からしても、その法効果からしてもきわめて広いものである。正当防御を基礎づけている危険状況に鑑みれば、差し迫っている権利領域への侵害に対する予防的防御は、その他の危険防御の措置と同様に<sup>522)</sup>、危険化の起因者が有責的に行動することを要件としない<sup>523)</sup>。「というのは、他者が、私に襲いかかる、あるいはそれどころか私を殺す権利を有していないということと十分だからである」<sup>524)</sup>。カントに反して、危険化する態度が、無条件に義務違反であるということすら必要としないのである。すなわち、合法的ではあるが、特に危険な危険創出が、行為者の先行行為管轄をひき起こすために十分なものである場合<sup>525)</sup>、こ

---

ゝの解釈もまた、それが被攻撃者の防御権限を、間人格的に、すなわち被攻撃者とその相手方との間の管轄分配の分析から展開しないという欠陥があるのである。そこから特定の財の存立の具体的な要保護性の範囲が明らかになる(管轄性の)諸条件を共に考慮することを怠ることが、通説の支持者がその出発点となる構想に法・権利性 (Rechtlichkeit) のモメントを、いわば外側から継ぎ足さざるをえないように見えるということに帰せられる。そのとき、「確証」されなければならない「法秩序」へと、そのモメントを実体化することは、ほとんど回避することができなくなるのである。

520) Pufendorf, Pflicht, I/5, § 6 (S. 62).

521) Heffter, Lehrbuch, § 42 (S. 41). — v. d. プフォルテンは (v. d. Pfordten, FS Schreiber, S. 366 f.), 行為自由ないし自己決定権の制限は、攻撃によってだけでなく、たとえ、自らの車が、洪水によって押し流される場合のように緊急避難状況にあっても生じうると主張する。それによって、v. d. プフォルテンは、19世紀後半のナイーヴな自然主義的立場に回帰し、利益と権利を混同し、そして法的関係の本来的な間人格的な性格を否定するのである。

522) それについて後述 S. 182 f.

523) 近時の同旨の見解として、Lesch, FS Dahs, S. 95 ff.

524) Pufendorf, Pflicht, I/5, § 10 (S. 64). — 自然法に関する著作では、このような所見は、広く承認されていた。Leibniz, Schriften, S. 119; Achenwall/Pütter, Anfangsgründe, § 223 (S. 77) のみを参照。

525) 上述 S. 182 f.

の中和義務の代わりをする危殆化された者の防御権に同じことが妥当しなければならない<sup>526)</sup>。権利領域の危険な状態それ自体さえも、場合によっては、権利領域の主体 (Rechtskreisinhaver) の特別な管轄を基礎づけることができる。基礎づけは、既に社会生活上の義務 (Verkehrspflicht) から認められる。すなわち、他者を組織化から排除する者は、害を与える組織化形態の結果コスト (Folgekosten) を自ら負担しなければならない<sup>527)</sup>。最後に、首尾一貫して、危殆化された者の権利領域を損なわずに保持す

526) それにつき、個別の点については、*Pawlik*, Notstand, S. 321 ff.; *ders.*, GA 2003, 19 ff.

527) *Jakobs*, Kommentar, S. 165; 結論において、広範囲にわたって本書と同様であるのは、*Köhler*, FS Schroeder, S. 264 f.; *Renzikowski*, FS Hruschka, S. 655 f. — 人的な管轄性の限界に達するのは、危険源に関する被要求者の法的に重要な支配が欠如している場合である。どのようなときにいまだそのような支配に関して語られうのか、またどのようなときに既にもはや語られえないのかは、限界事例において——例えば、自らの身体に関するコントロールを喪失する場合——、異なる形で答えられることになろう (一方では、*Pawlik*, Notstand, S. 321 ff., 他方では、*Jakobs*, Rechtszwang, S. 21 f. を参照)。しかしながら、少なくとも、法的に重要な支配が欠如するのは、ある個人に起因する危殆化が、他の人格がその個人の権利領域を違法な態様で奪取したということから生じる場合である。すなわち、強要緊急避難 (これについて詳細には、*Pawlik*, Notstand, S. 300 ff.) 及び近時、実際の事件を契機として、頻繁に議論された航空機のハイジャックの場合 (それについて、*Pawlik*, JZ 2004, 1048 f.; 同旨の見解として、*Fischer*, § 34 Rn. 18; SSW-Rosenau, § 34 Rn. 26; *Bott*, Straffreiheit, S. 98 ff.; *Jakobs*, System, S. 50; *ders.*, FS Krey, S. 207 Fn. 1; *Frisch*, FS Puppe, S. 449 f. Fn. 112; *Hilgendorf*, Fälle, S. 127; *Ladiges*, ZIS 2008, 132; *ders.*, JuS 2011, 882; *Roxin*, ZIS 2011, 559; *Streng*, FS Stöckel, S. 146 ff.; *Stübinger*, ZStW 123 [2011], 420 f.; 異なる見解として、*Gropp*, GA 2006, 287 f.; *Hirsch*, FS Küper, S. 160) である。「違法な攻撃者の領域と被強要者の領域との間の従属的な関係」に関するケーラーのテーゼは (*Köhler* aaO, S. 267 f.), 内容からいって、被強要者は「不法の側に」つくとするレンクナーの著名な定式化 (*Lenckner*, Notstand, S. 117) をこえるものではない。両者ともに、「単純な、多かれ少なかれ直観的な現象学」にとどまっているものでしかない (*Küper*, Staat, S. 59)。このことは、攻撃的緊急避難における連帯義務は、類型化された財衝突及び利益衝突にだけ生じるが、強要者が衝突状況を恣意的に創出するという場合においては生じないとする松宮のテーゼに対しても妥当する (*Matsumiya*, FS *Jakobs*, S. 370)。被強要者にとっては、強要者に起因する強制は、自然的な原因に基づく緊急状況に劣らず偶然的なものである。同様の方向を指し示す F. マイヤーの主張 (*F. Meyer*, GA 2004, 368) は、市民は互いに、強要緊急避難の場合について、相互の連帯を承諾しないとされる。というのも、このようなノ



るという関心事に方向付けられた防御権は、現在の攻撃を特徴づける、かの状況の時間的な切迫性を必要とするものではない。むしろ、その発動のためには、危殆化された者は、将来、差し迫る自らの権利領域の侵害を防衛するためには、いま行動しなければならないということでも十分なのである（いわゆる予防的正当防衛）<sup>528)</sup>。

尊重要求に基づく正当防衛権の範囲に関していえば、その限界は、必要性の基準にのみ見出される。すなわち、確かに、正当防衛行為者は、攻撃者と防衛者との間の継続している法関係に基づいて、自らに差し迫った危険の防衛のために、不必要に厳しい措置を講じてはならない<sup>529)</sup>。正当防衛行為者は、同程度の効果を有する複数の手段を用いることができる限りで、最小限度の手段を選択しなければならない。この範囲においてのみ、正当防衛行為者によってなされた強制は、——文字通り——「必要な」ものである。この限りで、その強制は、比例性の考慮を問題とすることなく許容されるというこ

ゝ緊急避難の類型の構造は、「市民の大多数が相互的に対象とすることができ、またそれによって総じてはじめて、事前の配慮（Vorsorgen）として介入権及び受忍義務に関して合意に至る受容を生じさせることになる危険状況というには、あまりにも背後者の意図および強制手段によって形成されすぎている」からである。後者の点は、正しくない。すなわち、強要緊急避難の状況はまた、あらゆる他の緊急避難状況よりも抽象化しにくいわけでない。そして、前者の点は、既に、被強要者によって被攻撃者が背後者に対する自らの緊急権を完全に保持し続けているがゆえに考慮されるものではない。——人間的な生命体——胎児——は、自らがその母親の「出産に適さない（geburtsunfreundlich）」体質に遭遇するがゆえに、あるいは自らの存在が、その母親の人生設計と衝突するがゆえに阻害的であるとみなされる場合については、もはや人格的な管轄について語ることはできないのである（同旨のことを述べる近時の見解として、*Bott* aaO, S. 107 f.; *Frisch* aaO, S. 447; *Herzberg*, Anfang, S. 51; *Ladiges*, ZIS 2008, 136 f.; *ders.*, JuS 2011, 882; 異なる見解として、*Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 114 f.; *H.-L. Günther*, FS Amelung, S. 154; *Köhler* aaO, S. 266; *Merkel*, Grenzen, S. 150 f.）。というのは、生き続けることに対する、かの生命体の機会を決定するアクターは、もっぱら他者の処分権限（Dispositionsmacht）の内部にのみ存在するからである（詳細には、*Pawlik*, aaO, S. 327 ff.）。ここではむしろ、胎児は脱人格化されるのである（基本的な文献として、*Jakobs*, JR 2000, 405 f.; 最近の文献として、*ders.*, Rechtszwang, S. 23 ff.; 旨の見解として、*Silva Sánchez*, ZStW 118 [2006], 551 ff.）。

528) 同旨の見解として、*Lesch*, FS Dahs, S. 109 ff.

529) 既にこのことを強調しているのは、*Pufendorf*, Pflicht, I/5, § 7 (S. 62)。——今日の文献からは、*Jakobs*, Norm, S. 111; *ders.*, Kommentar, S. 150; *ders.*, FS Spinellis, S. 452; *ders.*, Rechtszwang, S. 15; *Grünewald*, ZStW 122 (2010), 62; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 242.

とでもある。「人格性は、保護するものとなると同時に、負担となるのである」<sup>530)</sup>。

しかしながら、このような厳格な防衛権は、管轄の考慮について不十分にしか顧慮していないと非難されなければならないだろう。一般的な管轄の考慮は、正当防衛権を基礎づけるだけでなく、正当防衛権を限界づけもする<sup>531)</sup>。まず第一に、先ほど素描された防衛権限の制限が要請されるのは、尊重思想の論理に基づいて、コンフリクトに対する防衛者の共同答責が基礎づけられる場合である。当該ケースに対しては、「挑発防衛 (Notwehrprovokation)」という名称が定着している。そこでは、これまで考察された、関連する二つの行為——攻撃と防御——からなる連続が、先行して行われた第三の行為——後の防衛者の挑発的な先行行為——によって補われる<sup>532)</sup>。この先行行為が、コンフリクトの当事者間の法的な承認関係を既に弛緩させ<sup>533)</sup>、そしてそれゆえに被挑発者の違法な反応の危険を共に基礎づけていることから、またその限りで、挑発者は、コンフリクトを解消するコストの一部を担わなければならない。すなわち、防衛権限に関するマイナスに、コンフリクトの管轄に関する彼のプラスが一致するのである<sup>534)</sup>。

530) *Jakobs, Rechtszwang*, S. 16.

531) ポウレアス (*Pouleas, Einschränkungen*, S. 110 f., 118 f.) は、正当防衛の制限の基礎づけについて、責任原理、保障人原理、及び比例性原理のような一般的な法原則、および法外部的な社会的価値の観点に遡らなければならないと考えている。このような諸基準の拡散性にこそ、以下のような正当防衛理論の弱点が典型的に示されることになるのである。すなわち、その弱点とは、確かに従来の「二元主義的」正当防衛構想の見せかけの基礎づけからは解放されてはいるが（その限りで説得的であるのは、*Pouleas*, aaO, S. 107 ff.）、しかしながら、いまだ保障人説と正当化理論との間の体系的な関係の認識へと到達できずにいるというものである。

532) *Kioupis, Notwehr*, S. 81 f.; *v. Scherenberg, Einschränkungen*, S. 177.

533) このことは、先行行為の方が違法であった場合にのみ問題となる。これに対して、単に「社会倫理的に」是認されるべきでない行為は、通常の正当防衛の権限を手つかずのままにする（最近では、この点について争われていない。最近の文献として、*v. Scherenberg, Einschränkungen*, S. 177 ff.; *Grünewald, ZStW* 122 [2010], 79 ff.）

534) 同旨の見解として、*SK-Günther*, § 32 Rn. 125; *Freund, AT*, § 3 Rn. 116; *Jakobs, AT*, 12/49; *ders.*, Kommentar, S. 159; *Köhler, AT*, S. 273 ff.; *Puppe, AT*, § 12 Rn. 21; *Engländer, Grund*, S. 368; *Fasten, Grenzen*, S. 255 f.; *Marxen, Grenzen*, S. 58; *Montenbruck, Thesen*, S. 42; *Pouleas, Einschränkungen*, S. 113; *Grünewald, ZStW* 122 (2010), 77 ff., 85; *Lesch, FS Dachs*, S. 105 ff.; 同様のアプローチをとるのは、*Stratenwerth/Kuhlen, AT*, § 9 Rn. 85; 意図的挑発ではない場合について異なる見解に立つのは、*Loos*, 1. FS Deutsch, S. 234 ff.; *Matt, NStZ* 1993, 271 ff. ——従来の見解も、コンフリクトの発生に対する挑発者の共同ノ

しかしながら、管轄形象の体系は、尊重思想の具体化につきるものではない。それと並んで、とりわけ、その者の一般的な市民の役割に基づいて個々人に帰せられる答責性が存在する<sup>535)</sup>。この類型の管轄は、正当防衛権の枠組みにおいても意義を有する。その管轄から、被攻撃者の防衛権限のさらなる制限が生じる。一般的な市民の義務の第一義的な現れは、国家的に組織化された法の貫徹の優位を尊重する点に存在する<sup>536)</sup>。この観点は、緊急権の文脈においても重要となる。それは、あらゆる緊急権を単なる「補充機能」<sup>537)</sup>に制限するのであり、またそれゆえに、国家が一定の、裁判的、あるいは警察的な手続きにおいて、コンフリクトの解決の道筋をつけている場合には、その緊急権を終わらせるのである<sup>538)</sup>。しかしながら、軽微な攻撃の場合、防衛される財と害を

↘答責が、彼の法的地位を弱体化させなければならないということを認める。もっとも、このような考え方の理論的な転換のために、従来の見解は、あまり説得的ではない基礎づけモデルに遡っている。すなわち、権利濫用という形象 (LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 252, 254; Heinrich, AT 1, Rn. 375; 意図的挑発について同様の見解に立つのは, Hoffmann-Holland, AT, Rn. 255; Roxin, AT 1, § 15 Rn. 65; Engländer aaO, S. 318 f.),あるいはこの場合においては、法確証の利益が、欠如している、もしくは少なくとも減少されたものと称する主張 (NK-Herzog, § 32 Rn. 115, 120; Jescheck/Weigend, AT, § 32 III 3 a [S. 346 f.]; Kühl, AT, § 7 Rn. 240, 257; v. Scherenberg, Einschränkungen, S. 200 ff.; その他の有責的な挑発について同様の見解に立つのは, Roxin, AT 1, § 15 Rn. 69; ders., ZStW 93 [1981], 87) のいずれかに遡っているのである。しかしながら、前者は、防衛状況における挑発者は、自身に対する侵害を阻止する正当防衛権を実際に必要とするのであるから、既に不適切である。「『濫用』は、先行行為にあてはまるのであって、防衛にはあてはまらない」(SK-Günther, § 32 Rn. 122; 同旨の見解として, Jakobs, AT, 12/50 Fn. 106; Neumann, Zurechnung, S. 157)。後者は、法秩序を独自の(「超個人主義的な」)保護対象へと実体化することに依拠するものであるが、これは、以前述べた箇所 (S. 240 Fn. 519) で既に批判した。

535) 上述 S. 186 ff.

536) 上述 S. 105 f.

537) LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 70.

538) 同旨の見解として, Jakobs, AT, 12/45; Lesch, Notwehrrecht, S. 55 ff.; ders., FS Dahs, S. 111 ff. — 反対説は、正当防衛の一般的な補充性を認めるのではなく、国家による危険防御の優位を、もっぱら必要性の考慮を用いて認めようとする (Lackner/Kühl, § 32 Rn. 11a; Kühl, AT, § 7 Rn. 119 ff.; MK-Erb, § 32 Rn. 131; ders., FS Nehm, S. 181 ff.; NK-Herzog, § 32 Rn. 71; SK-Günther, § 32 Rn. 99 ff.; Frister, AT, § 16 Rn. 24; Köhler, AT, S. 269; Krey/Esser, AT, Rn. 524 ff.; Rengier, AT, § 18 Rn. 50; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Rn. 91; Sengbusch, ↗

加えられる財との間の著しい不均衡の場合、現在しない、もしくは責任なき攻撃の場合、および受忍義務はないが、適法な危殆化の場合の防衛権限の制限もまた、被攻撃者の市民としての立場への立ち返りによってのみ基礎づけられる。

これらの制限は、刑法32条の規定には、一般的な均衡性条項の不存在がゆえに現代的なものの欠如を証明する<sup>539)</sup>、あるいはこの不存在の中に、「倫理的な方向付けの喪失 (Orientierungsverlust)」という帰結を見出す<sup>540)</sup> 者が想定しているほど当然のことではない。エルプが正当にも強調するように、攻撃者の法益をより強固に考慮しようという、見かけ上、博愛主義的な主張は、通常、正当防衛権限の制限の裏側を見落としているのである<sup>541)</sup>。すなわち、刑法は、いまや、権利侵害の被害者に向かうことになるが、その者は、自分から誰かに対して何か損害を与えたわけではないのであり、また必要性の枠内で、他者の平和侵害 (Friedensbruch) に対して、自らを防衛したにすぎないのである<sup>542)</sup>。すなわち、正当防衛権限を後退させること (Zurücknahme) は、通常、被攻撃者に、その者の主観的権利を効果的に防衛することを不可能にする<sup>543)</sup>。しかしなが

↘Subsidiarität, S. 184 ff.; 結論的には、広範囲にわたって同様の見解として、*Engländer*, Grund, S. 164 ff.)。

539) そのように述べる最近の文献として、LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 73.

540) *Bülte*, GA 2011, 148.

541) MK-Erb, § 32 Rn. 3; *ders.*, NStZ 2005, 593 f.; *ders.*, NStZ 2011, 193. —同旨の見解として、*Freund*, AT, § 3 Rn. 120; *Krey/Esner*, AT, Rn. 530 f.; *B. Koch*, ZStW 104 (1992), 801; *v. Scherenberg*, Einschränkungen, S. 28, 81, およびとりわけファン・リーネン (*van Rienen*, Einschränkungen, S. 232 ff., 305 f.) が挙げられる。それゆえに、彼は、著しく不均衡な場合において、また酩酊者や錯誤者の攻撃の場合には、正当防衛の制限の許容性を否定する (aaO, S. 230 ff., 259)。——比例性の考慮による正当防衛権の制限に対して批判的であるのは (「正当防衛の価値構造と相いれない」), *Langer*, Sonderstraftat, S. 103 f. も同様である。

542) クレスシェヴスキー (*Kleszczewski*, FS E. A. Wolff, S. 226) は、正当防衛権のより一層の縮小化から、次のような傾向を看取する。すなわち、「攻撃者を、彼が自らの攻撃によって自らを不法な状態に置いたを招くにもかかわらず、もはや単に制圧されるべき反世界的存在 (Gegenwelt) と見なすのではなく、彼の人格性を、彼の逸脱行為にもかかわらず、法の保護の過程において、一貫して法構成的なものとして一緒に考慮する」ような傾向である。被攻撃者の法的地位には——制限に対する安っぽい呼びかけが、この者にとって何を意味するのか (すなわち、通常、事実上の権利喪失である) には——、クレスシェヴスキーは、一言も言及していないのである。

543) *Kühl*, AT, § 7 Rn. 160; 傾向的には、*Köhler*, AT, S. 272 も同様である。——ノ

ら、権利主体が貫徹してはならない主観的権利は、もはやほとんど中身の無い内容空疎な言葉 (Worthülse) にすぎないのである<sup>544)</sup>。

厳格に間人格的な、相互尊重の原則に限定された法思想において、この種の結果の甘受が期待される者は、「権利主体でない者へと格下げする」者と見なされなければならないことになる<sup>545)</sup>。それゆえに、被攻撃者への犠牲の要求 (Aufopferungsansinn) の法・権利性を基礎づけるためには、被攻撃者は、単なる尊重の論理をこえて、管轄性の体系の下に置かれなければならない。その点で、相互尊重思想から導かれる管轄分配は、一方の市民が、公共の代表者として他方の市民に負っている配慮によってさらに形成される<sup>546)</sup>。攻撃者と防衛者は、法共同体の構成員として、その目的設定——「法による自由」——が個別のコンフリクトをこえた法的関係という関係にある。それゆえに、法共同体は、防衛者に対して、まず第一に、攻撃者の態度が、法共同体に対する彼の共同義務の無視として現れない (あるいは、著しく弱い形でしか現れない) 場合には制限を要求することが許される——攻撃者が責任なく (schuldlos) 行為したから<sup>547)</sup> にせよ、

↘同じことは、防衛的緊急避難に対して、なおのこと妥当する。というのは、そこでは、防衛権限の制限が、さらに進んでいるからである。レンツィコフスキー (Renzikowski, FS Hruschka, S. 656) が強調するように、このことは、「危険の由来となる者の財が他者の権利領域を奪っているにもかかわらず、その者の自由領域が法的に保護されるがゆえに拡大する」という結果になる。

544) Hruschka, ZStW 115 (2003), 222.

545) Hruschka, ZStW 115 (2003), 222.

546) 原則的には、同旨の見解として, Grünwald, ZStW 122 (2010), 63 f.

547) 広範囲にわたって、本書と同様の見解であるのは, Freund, AT, § 3 Rn. 112; 類似の見解として, Neumann, Zurechnung, S. 167. ——このような思考は、責任なき者に対する正当防衛の制限が、このような場合には、法確証の利益がわずかにしかないとすることが根拠とされる場合には歪められているのである (HK-GS-Duttge, § 32 Rn. 26; NK-Herzog, § 32 Rn. 103; S/S-Perron, § 32 Rn. 52; SSW-Rosenau, § 32 Rn. 32; Gropp, AT, § 6 Rn. 85; Heinrich, AT 1, Rn. 383; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 248; Jescheck/Weigend, AT, § 32 III 3 a [S. 345]; Kühl, AT, § 7 Rn. 195; Rengier, AT, § 18 Rn. 66; Roxin, AT 1, § 15 Rn. 61; v. Scherenberg, Einschränkungen, S. 133)。正当防衛行為者と攻撃者との間の法的関係の形態が、両者の市民としての地位を通じて共に規定されるという事情は、正当防衛行為者が、自らの人格的な法的地位を防衛しているのであって、たとえば「法秩序」を防衛しないということを変えるものではない。しかしながら、「個人主義的な」正当防衛理解の主張者によって持ち出された、責任なき攻撃者の「制限された攻撃回避力 (Angriffsvermeidemacht)」への指摘は、不十分なものである。



彼が社会的に相当な範囲を非本質的にしか逸脱していないから<sup>548)</sup>にせよである。防衛者は、彼が既に攻撃の前段階で行為者に対して自らを防衛するところの予防防衛の状況においても自制しなければならない。この場合、行為者は、「私は、被害者のために、存在している規範に違反するであろう」という自らの予告から、「私はこの規範に現在違反しているのだ!」という表明に至っていないので、つまり彼の態度には、現在の攻撃というドラスティックが欠けるので、彼の行為の不尊重的性格 (Mißachtungscharakter) は、自らの決心を、差し迫ったコンフリクト状況での過酷なテスト (Feuerprobe) においても貫く者ほど明確ではない<sup>549)</sup>。

結局、現実のコンフリクトを超える攻撃者と防衛者との間の法関係の存在は、著しい不均衡の場合において、通常の正当防衛権限の制限をも正当化する。攻撃者は、この場合、過去における推定された自らの法への忠誠 (Rechtstreue) に対する一種の報奨、またいわばその者に将来期待される法忠誠的な態度に関する前払いを受け取るのである<sup>550)</sup>。このような給付の保障は、攻撃者の現在の態度の中には十分な根拠が見いださ

---

↘ (Mitsch, Rechtfertigung, S. 383; 同旨の見解として, SK-Günther, § 32 Rn. 119; Fasten, Grenzen, S. 243; v. Scherenberg, aaO, S. 133 f.)。すなわち、そのことによって、責任なき攻撃の特殊性は特徴づけられないのである。有責的な攻撃者であっても、例えば、事象を終局的に手放したという理由から、自らの「攻撃回避力」の点で制限されていることはありうるのである。結局、責任無能力者に対する配慮義務 (Schonungspflicht) を、責任無能力者が、「被攻撃者と正当な『答責の対話』を行う」ことができ「ない」であろうし、またそのことから、「被攻撃者との『ゲーム (Spiel)』を『フェア』に行うこと」はできないということに依拠させる試みは維持できないのである (しかしそのように述べるものとして, Kioupis, Notwehr, S. 78)。すなわち、有責的な攻撃は、決して「フェア」なものではないのである。

548) この場合に、一部の論者は、正当防衛行為者の法確証の利益が減少していること (Roxin, AT 1, § 15 Rn. 83), 別の一部の論者は、正当防衛行為者の個人保全の利益が減少していること (NK-Herzog, § 32 Rn. 106; 結論的には, Fasten, Grenzen, S. 250 も同様である。), そしてそのまた別の一部の論者は、両方の観点の組み合わせに着目する (HK-GS-Duttge, § 32 Rn. 28; S/S-Perron, § 32 Rn. 49; SSW-Rosenau, § 32 Rn. 35; v. Scherenberg, Einschränkungen, S. 94) ——以上のものは、上で批判した、一般的な論証のトポス (Argumentationstopoi) の曖昧さにとって有益な例である。

549) Jakobs, AT, 12/27. ——詳細には, Pawlik, Notstand, S. 313 ff.; ders., GA 2003, 17 f.

550) Pawlik, GA 2003, 16; 類似の見解として、「保険類似の双務的なルール」につ



れないにもかかわらず、その保障によって、以下のことが明らかにされる。すなわち、攻撃者は、依然として、それぞれの個別的なコンフリクトそれ自体とは異なり、現在の中に解消されるのではない、過去、現在、そして未来を相互に結び付ける制度、すなわち市民社会に属しており、その市民社会は、現実的にあらゆる市民に——それについて現在は何も根拠を示さない市民であったとしても——原理的には適法な態度への意思を認めるということである。確かに、このような想定は、個別の事例では裏切られるかもしれない。すなわち、危険とならないように自己表現することに対する自らの責務に継続的に重大な態様で違反する者は、自らが、対応する国家的な手続きの執行の後、少なくとも目下のところは社会能力がない者として扱われ、そしてそれゆえに保安監置(Sicherungsverwahrung)されるということに甘んじなければならない<sup>551)</sup>。もっとも、定式化されていない正当防衛権の枠組みでは一般化されなければならない。そして、このような一般化は、いずれにせよ、単に相対的にささいな危殆化への対応が問題となる場合にのみ、原則的な合法の推定の確定にとって有利となるようにのみ働くのである。

もっとも、このような体系的な背景の下では、法秩序に内包されているという要求(Inklusionsanliegen)に背く者が、自らの防衛において、先に述べた正当防衛の制限をこえることによって、侵害犯として処罰されるということは、ほとんど基礎づけることができないだろう。その者の不法は、むしろ不救助罪の実行者の不法と同様のものである<sup>552)</sup>。逆に、公共の利益において、その者の尊重要求の厳格な貫徹の断念が要求され

---

ゝいて言及するのは、*Engländer* (Grund, S. 357); *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 316 ff. — 従来の正当防衛理論は、本質的には、いわゆる迷惑防衛(Unfugabwehr)の文脈におけるのと同様の論証のトポスを用いる。すなわち、個人保全の利益が、通常の場合よりも小さいものしかないとするか(SK-Günther, § 32 Rn. 111; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 3 b [S. 348]), 法確証の利益が減少しているとするか(*Rengier*, AT, § 18 Rn. 58; *Roxin*, ZStW 93 [1981], 94 ff.), 自己保全の利益も法確証の利益も減少するとするか(NK-Herzog, § 32 Rn. 107; S/S-Perren, § 32 Rn. 50; SSW-Rosenau, § 32 Rn. 34; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 178, 181), 完全な正当防衛の行使は、権利濫用的であるとするか(*Fischer*, § 32 Rn. 39; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 246; *Kindhäuser*, AT, § 16 Rn. 42; *Puppe*, AT, § 12 Rn. 17), 「社会の倫理上の需要」にふさわしくないとするかである(v. Scherenberg, *Einschränkungen*, S. 51)。

551) *Jakobs*, Rechtszwang, S. 43 ff.

552) 例えば、同様の見解として、*Jakobs*, Kommentar, S. 153 f.; 類似の見解として、*Kratzsch*, JuS 1975, 440.

る市民には、救助義務者の場合と同様に、市民の喪失に対して、法共同体に対する補償要求 (Entschädigungsanspruch) が認められなければならないだろう<sup>553)</sup>。

管轄の構造の分析から区別され、これとの対比では単に副次的にすぎないのが、先のように輪郭づけられた防御権が、法技術的に刑法32条によってどの程度把握されているように見えるのか、またそのような防御権が、防御的緊急避難という書かれざる独自の緊急権にどの程度組み込まれるのかという問題である<sup>554)</sup>。防御的緊急避難は一般的な(攻撃的)緊急避難の特別形態ではなく、「ミニ正当防衛 (kleine Notwehr)」を意味するということが明確であるという限りで<sup>555)</sup>、まさしく、二つの法制度間の正確な線引きは、単なる分類問題であり、このような問題は、この種のあらゆる問題と同様に実用的な基準に従って解決すべきである。内容上、決め手となるのは、一般的な管轄論の中への緊急権の組み入れなのである。

(山本和輝 訳)

553) 同旨の見解として、*Jakobs*, AT, 12/46 Fn. 97; *ders.*, Kommentar, S. 152; *Lesch*, FS Dahs, S. 104; *Loos*, 1. FS Deutsch, S. 248 f.; *Erb*, NStZ 2005, 597 も同様のアプローチをとる。

554) 例えば、ここでは、責任なき攻撃に対する防衛が、制限された正当防衛権のケースとして把握されるのか、それともそれが防御的緊急避難というキーワードの下で論じられるのかという内容的には重要でない争点をしておこう (前者の意味で理解する見解として、*S/S-Perron*, § 32 Rn. 52; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 3 a [S. 345 f.]; *Köhler*, AT, S. 268; *Roxin*, AT 1, § 15 Rn. 18 ff., 61; *ders.*, ZStW 93 [1981], 82 ff.; 後者の意味で理解する見解として、*Freund*, AT, § 3 Rn. 98; *Hruschka*, Strafrecht, S. 141 f.; *Jakobs*, AT, 12/16 ff.; *Otto*, AT, § 8 Rn. 21)。

555) 同旨であるのは、*NK-Neumann*, § 34 Rn. 86; *Jescheck/Weigend*, AT, § 33 II 1 (S. 356); *Köhler*, AT, S. 262; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 135; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 275; *Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 95 ff., 108, 151; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 88; *Perron*, Rechtfertigung, S. 93; *Frisch*, FS Puppe, S. 429; *Jakobs*, Kommentar, S. 145; *Joerden*, System, S. 46; *Lesch*, FS Dahs, S. 99. —SK-Günther, § 32 Rn. 12, 105; *Freund*, AT, § 3 Rn. 92; *Frister*, GA 1988, 295 が、正当防衛を防御的緊急避難の特殊ケースとして分類する場合には、実質的には同旨である。