

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(17)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

川口浩一・森永真綱 (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. 正当防衛と防衛的緊急避難 (以上, 65巻5号)
 - 4. 攻撃的緊急避難

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

- I. 刑事不法の概念と帰属論の機能
- II. 基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か? (以上, 65巻6号)
- III. 市民の不法としての犯罪
- IV. 不法帰属の前提 (以上, 66巻2号)

B. 帰属可能性の限界

- I. 管轄問題としての限界問題
- II. 帰属を阻却する禁止の錯誤
 - 1. 錯誤を回避する責務 (Obliegenheit) (以上, 66巻3号)
 - 2. 禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性 (以上, 66巻4号)
 - 3. 狭義の禁止の錯誤 (以上, 67巻1号)
 - 4. 行為事情の錯誤 (広義の禁止の錯誤) (以上, 67巻3号)
- III. 行為規範に従った行動への動機づけの重大な阻害 (川口浩一・森永真綱) (以上, 本号)

C. 義務違反の範囲

第3章 刑法的協働義務の違反

B. 帰属可能性の限界

III. 行為規範に従った行動への動機づけの重大な阻害

1. 自己動機づけへの責務

何が一定の状況において法に適しているのかを知ることと、法的に要請されていると認識したことを履行するために自らを動機づけることは、異なることであることは稀ではない。しかし、法共同体の構成員の、法に従う用意なしに、ある法秩序は生き延びることはできないであろう。その指導理念が自由である法秩序にとって、このことは特別な態様で妥当する。すなわち高権的な統制・制裁審級の一般的な後退は、まさにそれが自由な法共同体の特徴であるのだが、その共同体の安定化の需要を阻害しないのは、外部的な統制なしで済ますことができるように、個々の市民が自己統制によってそれを

埋め合わせる場合のみである⁵³⁵⁾。それゆえ行為状況の法的小および事実的枠組条件の探知の際に「検証する思慮深さ」を明らかに示すこと⁵³⁶⁾のみならず、それに基づき法に適合する行動へと自らに動機づけることは、市民の責務に属する。

この責務の履行は、個々の市民にとってその気質や状況によりその程度は異なるが困難なことがある。たいていの日常的状況においては、そこでは義務違反はいずれにせよ真摯な行動オプションとして考慮されていないがゆえに、義務適合的行為の負荷はほとんど感じられないのである。このスケールの反対側の端に位置づけられるのが、ある市民が自らの責任なしに重大な危険にさらされ、その危険の回避のために同様に責任のない他の人格の権利(法)領域に重大な介入をせざるを得なくなった事例である。刑法秩序は、そのような事例においても、その市民にとって行為規範に適合した行為を自らに動機づけることに成功しなかった場合にも、それは行為者自身だけの問題であるという原則を維持することが許されるであろうか? 結論的に、このことは一般に否定されている。しかしその理由づけには古くから争いがある。特により古い文献においては、行為者の「自己保存衝動」が考慮に値するということが基準として重視されていた(2.)。この一面的に心理学化された視点は、本書の構想によれば、行為規範違反の介入の対象になった者の法的地位も考慮に入れた規範的に省察された次のような見解に対置されるものである。すなわち、この対象者に当該コンフリクト状況の克服のための共同管轄がある限りにおいてのみ、介入者の努力責務の制約は、正当化可能である(3.)。

2. 行為者の「自己保存衝動」の認容としての免責?

生存に関する緊急事例を取り扱う最もラディカルな方法は、国家の服従要求の妥当領域を始めから制限するというものである。ホップズは、これに関連した根拠づけモデルを既に提示した⁵³⁷⁾。プーフENDORFとフィヒテは、それを緊急避難問題に適用した⁵³⁸⁾。それによれば、国家的服従要求の基礎は、国家は市民の自己保存利益に奉仕するものであるということに求められる。国家によって自己保存について自ら努力するように委ねられた市民達について、国家はその側から法的な規則の順守をまよ要求でき

535) *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 852.

536) 上述 S. 307 f.

537) これについての詳細は、*Bernsmann*, „Entschuldigung“, S. 267 ff.; *Lübbe*, *Lebensnotstand*, S. 314 ff.

538) *Pufendorf*, *Pflicht*, S. 68; *Fichte*, *Grundlage*, S. 246 f. 参照——同様の見解として *Grolman*, *Grundsätze*, §§ 23, 138 (S. 20 f., 140).

ないとされる。

しかしこの解釈は、帰属問題のもつれを解きほくのではなく、無理やり突き抜けようとするものである⁵³⁹⁾。帰属拒却の緊急避難の法内部的正当化の問題をコンフリクト事象を法の門の前に出してしまうことにより、振り払おうとする者は、なお何らかの法的カテゴリーをそれに適用することを拒絶する。このことは重大な帰結をもたらす。生存に関わる財の喪失を含む欠乏は、この解釈によれば「秩序立てて管理することができない」⁵⁴⁰⁾。したがってコンフリクトの当事者の一方（介入者）に生存を脅かす危険がある場合には、自己的事実的な利益の援用のみによって行為することを認める者は、同じことを当該コンフリクトの他の当事者（介入の対象となった者）にも認めなければならないのである。すなわち「一方のみを拘束する法状態」という構成は、まさに形容矛盾であろうし、その上、それは規範的に拘束されない者に、拘束されている者と比べて平等原則からみて甘受し得ない有利な地位を与えてしまい、その結果、拘束されている者は、自己の防御に際して（いずれにせよ既に広く認められる）正当防衛の限界すら遵守する必要はないことになってしまうであろう⁵⁴¹⁾。さらに、そのような考察方法においては、通時的な秩序（*transtemporale Ordnung*）、——すなわち人的および制度的継続性を保証しなければならない、それゆえ個々人の義務づけやその他の割り当てられた役割をその過去から承認する法秩序としての法の性格が失われてしまう。これに対して、その都度の現在の自己保存だけが重要となる個々の個人の観点を基礎に置くことは、当該コンフリクトがその前史から切り離されされてしまうという帰結を生じる。介入者の自身のコンフリクト状況の成立に対する答責性、一定の危険の受忍を義務づけられている公務の担当者としての役割、たとえそれが不当であると考えたとしても、国家的手続によって導き出された結論に委ねなければならない市民—これらすべてのファクターは、専ら個々人の自己保存の利益から演繹された緊急避難構想においては、考慮の余地はない⁵⁴²⁾。

539) フィヒテに反対してそのように主張するものとして、*Janka* (Notstand, S. 88).

540) *Lübbe*, Lebensnotstand, S. 317.

541) 既にこのことを強調していたものとして *Köstlin*, System, S. 113. ——このホップズに示唆された正当防衛の解釈について上述 S. 121.

542) このことを既に認識していたものとして、*Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 121. ——今日の解釈論的文献において、この批判は、人間の自己保存衝動に焦点を当てることによって刑法35条1項2文の規定を首尾一貫して説明することはできないと定式化されている（例えば、LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 326; MK-Müssig, § 35 Rn. 4; NK-Neumann, § 35 Rn. 4; S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vorbem. §§ 32 ff. ↗

↘Rn. 110; *Jakobs*, AT, 20/1; *Roxin*, AT 1, § 22 Rn. 8; *ders.*, FS Mangakis, S. 247; *Hörnle*, JuS 2009, 875; 哲学の立場からのものとして *Lübbe*, *Lebensnotstand*, S. 321 f., 325)。——そのことは別にしても、ホップズのモデルの吸引力は、今でもなお大きい。例えばベルンスマンの立場 (*Bernsmann*, „Entschuldigung“, S. 306 ff.) は、ホップズの特徴を強く持っている。このアプローチの前に示した諸帰結をベルンスマンが逃れたのは、彼の緊急避難論の展開においてホップズに特有のラディカルな自然状態の「脱規範化」(それについて *Kersting*, *Hobbes*, S. 121 ff.) を真摯に取りあげなかったからにすぎないのである。例えば、ベルンスマンの維持される財と介入される財の均衡性の擁護 (aaO, S. 401 ff.) や刑法35条1項2文の通常の事例における「(後に) 危殆化される者の先行行為」(aaO, S. 394) による義務の加重の彼の根拠づけは緊急避難状況における法・権利性の存続をほとんど自明なものとして前提としている。またモムゼンの次のような解釈も、ホップズの根拠づけモデルを復活させる試みに至るものである。すなわち刑法は、市民が「いつでも自己の原初状態において想定された自由を、より大きな自己の利益を保全するために、放棄する」ように構成されなければならないとされるのである。それによれば自己放棄の義務づけの引き受けは明らかに非理性的であり、それゆえモムゼンによれば社会契約的拘束の内容として考慮されない」(*Momsen*, *Zumutbarkeit*, S. 78, 384)。むしろ全体的、国家的な強制行為およびそれとともに刑罰の正当性は、それらが行為者に自己の生存の放棄を強制することができないという条件のもとに成り立つとされる (aaO, S. 186, 536)。この構想によってモムゼンは、全面的に先ほど示した批判に晒される。すなわち彼は、緊急避難行為者の先行行為を適切に把握することができないのである。刑法35条1項2文前段によれば緊急避難の免責作用は、行為者がその危険を惹起した場合には、欠落する。しかし、この自己惹起の危険の事例における帰属中断の否定は、刑罰によって担保された自己放棄の義務づけに他ならぬのではないか？ モムゼンは、この批判に対して、彼の構想によれば緊急避難行為は「刑法的非難の契機に過ぎず、決してその結節点にならない」(aaO, S. 362) という反論を試みる。しかしこのテーゼを維持するのは困難である。すなわち、私が救助のための板を取り合う競合者を突いた場合に初めて私が自殺行為を実現するのであって、私の船に救命ボートを十分に装備しなかったことによって既にそれを実現している訳ではない。より重要なのは第二の批判点である。モムゼン自身が、他者の不侵害の義務の履行が生存を否定する結果をもたらすであろうような状況においては、「社会契約論の拘束作用」が破棄される (aaO, S. 188) と述べている。これは、服従の目的は保護であるというまさにホップズ的な想定である。「個々の市民の給付が国家の反対給付をもたらさないならば、この個々の市民にとって社会契約の当該規定を遵守することは無意味である。なぜならばそれはその市民にとって不利益しかもたらさないからである。」(aaO, S. 369) しかしモムゼンはいかにして緊急避難行為者のこの行為を(緊急避難の対象者に対する) 不法と資格づけること (aaO, S. 196) ができるのであろうか？ 緊急避難行為者が自己の生存のかかった限界状況に直面して社会契約によってもはや対象とされ得ない場合において刑事

ホップズと異なりカントは、国家理論的ではなく、刑罰論的な論証を行った。しかし彼のイングランドの先駆者と同様に、彼も自己保存への人間的努力に重要な役割を認めた。確かにカントは、緊急権の存在を争ったが⁵⁴³⁾、しかし彼の「カルネアデスの板」についての考察において、行為者の「不処罰」を擁護している⁵⁴⁴⁾。すなわち、そこで刑法は、「意図された効果を全く持ち」得ない、なぜならば、まだ不確実な（裁判官の判決による死という）害悪による威嚇は、確実な（溺死という）害悪への虞れを上回るものではないからとされるからである⁵⁴⁵⁾。フォイエルバッハはカントの考慮を取り上げ、それを一般化した。すなわち生命または他の代替不可能な人的財に対する現在の、切迫した危険がある場合、刑罰法規の欲求に対する「可能的効果」は破棄される⁵⁴⁶⁾。この要件の下でなされた緊急避難行為は、行為者に結果的に帰属されないとされる⁵⁴⁷⁾。フォイエルバッハは、ここで例えば、人間には、文字通りあらゆる代償を払ってでも自己の没落の危険から逃れようとする抗し難い精神的傾向（Disposition）を持っているという（経験的に維持され得ない）テーゼを立てているのではない⁵⁴⁸⁾。むしろ彼は、カントの先に示した考慮にまさに適合する彼の消極的一般予防の刑罰理論からこれらの帰結を引き出しているのである⁵⁴⁹⁾。この刑罰理論は、犯罪行為は「割の合う」ものでは

ゝ不法のみならず、間人格的な不法の規定にとっての基礎が欠落する。後者を争うのはレンチコフスキーである。生存を脅かす緊急避難は、確かに公法的な行為規範は破棄されるが、市民間の私法関係——およびそれと共に介入の対象者の自己保護権限——は存立し続ける（*Renzikowski*, JRE 11 [2003], 284）。相対的な自然状態の想定へと——そう望むならば——至るこのような構成は、そのホップズ主義的な先駆的構成と同様に、緊急避難の免責作用の限界を説明することに成功していない。それを説明するためにはむしろ純粋に法的なカテゴリーが不可欠となるのである。

543) 上述 S. 248 f.

544) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 343.

545) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 343. ——カントの刑罰の根拠づけにその他の記述との不調和については、既に以前から指摘されている。*Köstlin*, Revision, S. 599; *dens.*, System, S. 113; *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 273; *Wessely*, Befugnisse, S. 11; *Janka*, Notstand, S. 88 参照。

546) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 91 (S. 179). ——同様に *Tittmann*, Handbuch, §§ 97 f. (S. 239 ff.); *Roßhirt*, Lehrbuch, § 25 (S. 54). ——比較的新しい時代のものとしては *Dohna*, ZStW 66 (1954), 512.

547) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 84 (S. 153 f.) 参照。

548) この立場は、何人かの論者によって実際に主張されている。それについては上記 S. 301 Fn. 289 に示した文献参照。

549) *Köstlin*, Revision, S. 599; *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 273; *Wessely*, ↗

ないと確信するに違いない、賢く計算する個人像を基礎におくものである⁵⁵⁰。しかしまさにこの証明は、既にカントの考察において示したように、生存に関する危険に直面した個人に対してはもはやなすことができない。そこから、そのような事例における刑罰威嚇の無意味性が導き出されるのである。

ホップズ主義的な特徴を持つ諸構想と異ならず、カントとフォイエルバッハのアプローチも緊急避難コンフリクトの点描的な把握へと至る。すなわち「カント [およびフォイエルバッハ——著者記す] のように論証するならば、今日の刑法35条における免責の例外は、管轄のある者は管轄のない者よりもよりよく威嚇できないがゆえに、誤りであるということになろう！」⁵⁵¹このことは別としても生存への脅威が存在する事例における緊急避難的介入の不可罰性は、19世紀になってからもなお緊急避難行為者の「自己保存衝動」に依拠するという見解が流布していた⁵⁵²。しかしながら、この思想は大抵は包括的な刑罰論的考察に依拠するものではなく、——国家は「人倫的な英雄性を刑罰によって促進する」ことはできない⁵⁵³という——*コモンセンス*的なもってもらしさ (Plausibilität) やあからさまな刑事政策的要請に基づくもの⁵⁵⁴であった。その後の規範的責任概念の登場は、「自己保存衝動」に基づく特殊な動機づけの圧力を法内部的な根拠づけ形象——「期待不可能性」⁵⁵⁵または「法敵対的心情」⁵⁵⁶の欠如——に位置づける可能性を開いた。これは内容的には、今日に至るまで根拠づけに関する多くのアプローチの中心にある多くの君もそうだろう (tu quoque) という思想によって作動している。すなわち、誰も確実に行為者の状況において自分は異なる行動をとったであろう

↘ Befugnisse, S. 11, 15.

550) 上述 S. 66 f.

551) ヤコブス (*Jakobs*, FS Krey, S. 212 Fn. 12) は、以前の著書 (*Jakobs*, Studien, S. 141) における同じ根拠づけモデルを他の点にも適用した。

552) *Marquardsen*, ACrim (N. F.) 24 (1857), S. 403 f.; *Wessely*, Befugnisse, S. 16 f.; *Janka*, Notstand, S. 198 ff.; *v. Wächter*, Strafrecht, § 56 (S. 139); *Berner*, Lehrbuch, S. 103; *Oetker*, Notwehr, S. 331; *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 121 f.; *Kohlrausch*, SchwZStrR 34 (1921), 174 f.

553) そのように述べるものとして *Berner*, Lehrbuch, S. 103.

554) そのように述べるものとして *Wessely*, Befugnisse, S. 16 f.

555) 基礎的なものとして *Goldschmidt*, Notstand, S. 34. さらに *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch, S. 283 f.; *Henkel*, FS Mezger, S. 289 ff. 参照; 判例からは RGSt 66, 225.

556) *Bockelmann*, Untersuchungen, S. 84 f.; *Gallas*, Beiträge, S. 68 f.; 類似の見解として *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 404.

と自ら言うことはできないから、行為者に対して寛大に扱うことが適切であったとされるのである⁵⁵⁷⁾。

557) *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 23 Rn. 7; *Heinrich*, AT 1, Rn. 563; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 398, 414; *Hruschka*, Strafrecht, S. 267; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 33 Rn. 4, 7; *Puppe*, AT, § 17 Rn. 5; *Rengier*, AT, § 26 Rn. 1; *Hardwig*, Zurechnung, S. 126; *Lippold*, Rechtslehre, S. 381; *Lugert*, Gefahrtragungspflichtige, S. 102 ff.; *Röttger*, Unrechtsbegründung, S. 247; *T. Walter*, Kern, S. 136, 142; *ders.*, 2. FS Roxin, S. 772 ff.; *Frisch*, Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 245; *Hörnle/von Hirsch*, Generalprävention, S. 99; *Hörnle*, FS Tiedemann, S. 342; *Schmidhäuser*, FS Jescheck, S. 494 f.; 類似の見解として, *Schmidhäuser*, AT, 11/2, 4 f.; *Silva Sánchez*, FS Hruschka, S. 693. — フリスターは、期待可能性判断の基礎づけのために、ある行為の評価は「共同体の中立的な観点」からのみ生じるのではなく、「(また) 当事者自身の観点からの否定的な評価」を前提としていることを指摘している (*Frister*, Struktur, S. 161)。しかし、このことを、そのように一般的に定式化することは妥当ではない。重大な負荷となるような理由(「法敵対性」)に基づく自己の行為の一般による評価に共感しない者は、法的にも社会道徳的にも寛容に扱われることを当てにすることはできない。むしろ、その個人的評価が社会的に少なくとも理解可能なものとして評価されるかどうかが重要なのである。このことは、フリスターによれば、典型的な緊急避難状況において妥当する。すなわち、われわれがすべての個々の人間に、自己の利益は自分自身にとっては、他人の生存に関する利益よりも高い価値を有するであろうということ認められるであろうから、われわれはそれを免責することを認めるのであるとされる (aaO, S. 156)。それによれば、決定的なのは、フリスターにおいても究極的には古くから知られている自己保存の動機なのである。ヴォルトマンも免責的緊急避難の根拠 (ratio) を同様に規範適合的な行為の期待可能性の思想に求める (*Wortmann*, Inhalt, S. 110)。緊急避難状況は、普遍主義的価値基準と忠誠主義的 (loyalistisch) 価値基準の抵触によって特徴づけられるとされる。法秩序は、法共同体に根ざした特殊な忠誠主義的社会道徳に自ら閉じこもることはできないが、同様に普遍主義的な基本構造にも忠実でないわけにはいかないのとされるのである。この「balancing (Spagat)」は緊急避難行為が免責されることによって最も良く実現される (aaO, S. 88)。このこともまた、少なくとも正確であるとはいえない。いわゆる「名誉殺人 (Ehrenmorde)」に関する議論がはっきりと証明しているように、忠誠主義的社会道徳は決してそれ自体 (per se) 考慮に値するものではない。このことが自己の生存に関する利益の、他者の対応する利益に対する優先において異なって見られるならば、それは、この忠誠主義が社会において、ヴォルトマン自身が書いているように「法共同体の視点から自明で共感できるもの [と見なされる]」 (aaO, S. 89) ということが広く認められているからである。すなわち、大抵の社会の構成員は、緊急避難者の立場に立てば、同じことをしたであろうということを認めざるを得な

しかしながら、そのような理由づけは新しい革袋に古いワインと入れるものに他ならない。それらは、間接的に依然として介入者の自己保存利益に依拠する理解の中に生きて続けている⁵⁵⁸⁾。確かに期待不可能性という評価的概念は、行為者の生存に関する窮

ゝいであろう。このことによってヴォルトマンの論拠もまた通常の路線に再び戻っているのである。

- 558) 同じことは今日支配的な「二重の責任減少の理論」(基礎的なものとして *Armin Kaufmann*, *Lebendiges*, S. 204 f.; *ders.*, *Dogmatik*, S. 156 ff.; *Rudolphi*, *ZStW* 78 [1966], 81 ff.; *SK-Rudolphi*, § 35 Rn. 2 ff.; さらに *HK-GS-Duttge*, § 35 Rn. 1; *LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn. 325; *LK-Zieschang*, § 35 Rn. 4; *MK-Schlehofer*, Vor §§ 32 ff. Rn. 201; *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 111; *S/S-Perron*, § 35 Rn. 2 [*Perron*, *Rechtfertigung*, S. 83, 90, 96 f. は、これに対し予防理論に対する選好を示していた]; *SSW-Rosenau*, § 35 Rn. 1; *Bringewat*, *Grundbegriffe*, Rn. 586; *Ebert*, *AT*, S. 106 f., 108; *Gropp*, *AT*, § 7 Rn. 64, 66; *Haft*, *AT*, S. 137; *Jescheck/Weigend*, *AT*, § 43 I 2, II 2, III 2 b [S. 476 ff.]; *Krey/Esser*, *AT*, Rn. 748; *Kühl*, *AT*, § 12 Rn. 1 ff., 18 f.; *Murmann*, *Grundkurs*, § 26 Rn. 55, 77; *Welzel*, *Strafrecht*, S. 178 f.; *Wessels/Beulke*, *AT*, Rn. 433, 446; *Stratenwerth/Kuhlen*, *AT*, § 20 Rn. 99; *Küper*, *JuS* 1971, 477; *Lenckner*, *Notstand*, S. 35; *Ulsenheimer*, *GA* 1972, 23; *Vogler*, *GA* 1969, 105; 結論において同じものとしてまた *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32 ff. Rn. 242, 252, 273, 275, 290) にも妥当する。緊急避難者に有利に働くのは、この理論によれば、精神的な逼迫のみならず、緊急避難者が「通常の」行為者よりもより少ない不法のみを実現しているという事情であるとされる。すなわち、緊急避難者によっては財の破壊のみならず、その維持もまた志向されており(ポジティブな行為価値)、原則としてそれも実現されている(ポジティブな結果価値; 例えば *Rudolphi*, *ZStW* 78 [1966], 81 ff.; *Armin Kaufmann* [aaO] は、なお行為無価値の減少のみに焦点を当てていた)。その責任減少の心理学化された根拠づけ(これに対して上記本文参照)に対してのみならず、そのような見せかけの不法減少に対しても疑念が向けられる。部外者の他の市民の緊急状態を回避するための管轄は極めて狭い範囲のみで承認する法概念を基礎とした場合、被害者の権利領域への(場合によっては生存を不可能にするような)介入は、ある一人の他人がそのことによって利益を受けることになることだけを理由により少ない不法であるとすることはできないのである。このような困難は、すでに正当化的緊急避難に関する議論から知られている優越的利益の原則、その特殊形態としてのより小さな害悪が優先に値するという原則(基礎的なものとして *Lenckner*, *Notstand*, S. 89 ff.)によっても、乗り切ることができない。この原則は個々の人格の決定選択(*Entscheidungsfindung*)に合わせて判断されるものであり(*Pawlik*, *Notstand*, S. 40)、これに対して間人格的なコンフリクトの解決には適さない。この原則によって要請される得失の全体的差し引き計算はすでにそのアプローチにおいて、個々の市民を優越的な公共の利益の単なる執行者としてではなく、自立し、それゆえ原則的に自己の計算と責

状についての宥恕 (Nachsicht) を限界づけることを許容するが、その限界がどこに引かれるかは、期待不可能性トポスから演繹されるのではなく、多かれ少なかれ個々の解釈者の法感情に委ねられている。それゆえ新たな種類の規範的な装いにもかかわらず、内容的問題は相変わらず、以前のままなのである⁵⁵⁹⁾。

これに対して期待不可能性の十分に内容のある概念は、行為者の自己保存利益が刑法に特有の目的設定および正当化構造との関連において注目に値するものであるという証明を前提とする⁵⁶⁰⁾。そのためには、それ自体において犯罪理論的に正当化されなければならない評価基準が必要となる。そのような種類の基準を展開する努力を行なっているのは、免責的緊急避難の軽減作用 (Entlastungswirkung) を、フォイエルバッハのように刑罰理論的に根拠づけることを試みる論者達である。ただし、そこではフォイエルバッハのように消極的一般予防に基づくものではなく、積極的一般予防の領域からの論拠が援用され⁵⁶¹⁾、時には特別予防的考慮によって補充される⁵⁶²⁾。帰属阻却的緊急避難が前提とする状況は、緊急避難行為者によって計画可能ではなく、その上、非常に稀

↘任において生活する人格として把握する自由的な刑法構想と調和しない (本書と類似の見解として NK-Neumann, § 35 Rn. 4; ders., Zurechnung, S. 210 ff.; Puppe, AT, § 17 Rn. 4; Frister, Struktur, S. 208 f.; Hörnle, JuS 2009, 875 f.; Lübke, Lebensnotstand, S. 322; Renzikowski, JRE 11 [2003], 275 f.)。今日の緊急避難解釈論のいかなる点においても、レンツイコフスキー (Renzikowski, aaO. 276) によって嘆かれている「法哲学的論拠の完全な意味喪失」が⁵⁶¹⁾この問題ほど痛々しく目立つところはない。

559) 同様の見解として Jakobs, AT, 20/2.

560) 的確にも、ヤコブス (Jakobs, FS Krey, S. 213) は「不法が存在する場合には、被造物 [生きもの] に特有の規則 (Regeln des Kreatürlichen) が妥当してよいとされるならば、責任が欠ける。」と主張する。

561) Jakobs, AT, 20/4, 28; ders., System, S. 63 f.; ders., Schuld, S. 20 ff.; MK-Müssig, § 35 Rn. 3; Gonzales-Rivero, Zurechnung, S. 204 ff.; Safferling, Vorsatz, S. 249; Timpe, Strafmilderungen, S. 297 ff.; ders., JuS 1984, 862 f.; Achenbach, JR 1975, 494 f.; Streng, ZStW 92 (1980), 655. — 刑罰目的論志向的緊急避難構想を主張するものとしてまた Kindhäuser, Gefährdung, S. 36 ff.

562) Roxin, AT 1, §§ 19 Rn. 3; 22 Rn. 4, 6, 11 ff.; ders., FS Henkel, S. 182 ff.; ders., FS Bockelmann, S. 282 f.; ders., ZStW 96 (1984), 655; ders., JA 1990, 98 f.; ders., FS Mangakis, S. 248 ff.; ders., GA 2011, 686. — それに賛成するものとして, Jäger, AT, § 5 Rn. 190 f., 195; Amelung, JZ 1982, 621 f.; Greco, Lebendiges, S. 505 ff.; Schneider, Grund, S. 96 f.; Schünemann, GA 1986, 300; ders., Chengchi L. R. 50 (1994), 278 f.; Ziegert, Vorsatz, S. 136 f.

なものであり、さらにそれは通常、行為者との連帯を呼び起こすものであるとされる⁵⁶³⁾。このような特別の状況を考慮すれば、刑法35条1項1文に規定されている帰属阻却の緊急避難の基本事例においては、「通常の」刑法的規範秩序が妨げられずに存続することへの民衆の期待の維持も、行為者の再社会化の必要性も処罰を要求しないとされるのである。

この予防志向理論的なアプローチは、伝統的な自己保存利益の強調との関係を断つものであり、このような利益それ自体ではなく、その社会的受容可能性の根拠づけによって初めて緊急避難行為者の免責を担うことができるということを示すものである。二重の責任減少の理論⁵⁶⁴⁾とは異なり、衝突する利益を評価し、全体的的に見てより小さな害悪を行う「偉大な人間 (großer Mensch)」といったフィクション的形象ではなく、「当該社会」が根拠づけの提案の中に現れており、そこでは「社会」は、むしろ、その行為者の処罰という手段によって自己の秩序信頼の安定化を行う——帰属阻却的な緊急避難の基本事例において欠けている——必要性が処罰を根拠づけるとともに限定するので、公衆 (Publikum) として優先的に現れるのである。

しかし、それによって積極的一般予防的緊急避難論は、積極的一般予防の刑罰論に対するものと同様の批判に晒される。この刑罰論は、正当化理論的観点の下で社会的帰属モデルを援用することは過剰な回り道になるか、あまり収穫のないものになってしまうというジレンマに陥っている。すなわち、その社会的な処罰実務が適切な根拠に依拠している限り、この根拠はそのこと自体であり、処罰を正当化する社会の構成員の意識の中において初めて反映されることではないのである。これに対してこの根拠が不十分であれば、この欠陥はまた異なる社会的な説得材料 (Überzeugungshaushalt) の指示によっても除去されえない⁵⁶⁵⁾。緊急避難論の文脈においても同じことが妥当する⁵⁶⁶⁾。ただ、ここにおける正当化の必要性は、第一時的に行為者に対して存在しているのではなく——この行為者は、むしろまさに免責される——、帰属阻却的緊急避難の要件の下で侵害された法的地位の刑法的保護が否定されている被害者に対して存在しているのである。この被害者の法的利益の切り下げが、その市民としての承認と調和するかどうかは、

563) *Jakobs, Schuld*, S. 20.

564) これについては上述 S. 350 f. Fn. 558。

565) 上述 S. 80 ff.

566) 本書と本質的に同様の見解として、S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 111; *Frister*, AT §§ 16 Rn. 38; 20 Rn. 4; *Murmann*, Grundkurs, § 26 Rn. 77; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 101.

その基礎にある規範的評価に基づいてのみ判断されるものであって、社会的な状態の援用によるものではないのである。

(川口浩一 訳)

3. 衝突状況の克服に対する、介入の名宛人の共同管轄

a) 責務 (Obliegenheit) の限界としての管轄問題の規定

努力責務 (Bemühensobliegenheit) の限界づけが意味するのは、以下のことである。すなわち、非行者が行為規範に違反する行動をしたが、義務の履行のためには、期待可能性の限度を超えた努力を必要としたらう、という類型化判断が行われる限り、その行為は当罰的不法とはみなされない、ということである。伝統的な刑法解釈学は、こうした問題を「免責事由」というタイトルの下で取り扱っている。正当化事由と免責事由の区別は、不法と責任の区別の最も重要な顕れの一つとみなされている。こうした見方は、二つのグループの法制度の正当化論的、体系的な共通性を背後に押しやる傾向がある⁵⁶⁷⁾。しかし、この共通性を認識することは、免責事由、よりよく表現すれば、帰属阻却事由の適切な理解にとって、不可欠なのである。

その理由は、帰属阻却的（「免責的」）緊急避難への新たな視線から明らかになる。これが問題となる状況、例えば、有名なカルネアデスの板の事例で、たしかに、より強い者は権利を持たないが、それでもその強さを利用した場合、このことについて刑法上の責任を負わされない⁵⁶⁸⁾。「法は一義的なものではなく、二番目の難船者を常に正当化しないという形式的な判断を、免責事由を認めて一定の観点から実質的に遮ることで、いわば状況に屈するのである。」⁵⁶⁹⁾ そうすると、刑法秩序は、現実の自由な状態の維持に資することで自らを正当化する以上⁵⁷⁰⁾、行為規範違反的な行動を刑事不法として行為者に帰属するのを断念することについて、違反された行為規範によって保護される者との関係でも根拠づけなければならない⁵⁷¹⁾。したがって、この断念に内在する、介入の

567) 例えばヘルンレ (Hörnle, JuS 2009, 877) は、「正当化的緊急避難と免責的緊急避難の類似性は表面的」なものにすぎないことを確認している。

568) Joerden, Kleist, S. 166.

569) Joerden, Kleist, S. 168.

570) 上述 S. 99 ff.

571) 同旨 Silva Sánchez, FS Hruschka, S. 684. — 自己保存の利益の観点に固定された解釈の伝統の感銘の下、これについて、異なった見方が広まっている。「犯罪被害者に対して……、緊急避難行為を受け入れなければならないことは根拠づけられない」という主張を支えるために、ヘルンレ (Hörnle, JuS 2009, 877) は、自

名宛人の法的地位の切下げが、この者の市民としての持続的な承認と調和可能であることの理由が、明らかにされなければならない。相手方に差し迫っている危険の回避に、介入の名宛人がおよそ動員されてよいことが、根拠づけることができることを理由に、そしてその限りでのみ、このことは可能なのである。ある市民に対して、他の市民の緊急状況の克服に協働するよう要求することが許される根拠は、管轄理論から明らかにされる。すでに、錯誤の回避可能性を論じた際に⁵⁷²⁾、この理論の意義は、当該の行為規範の輪郭を描くことに資することに尽きないことが示された。義務者の実際上の負担は、行為規範と努力責務との共同作用によってはじめて明らかになることから、管轄の根拠づけの形象は、規範の名宛人の、負わされた義務の履行に向けて努力する責務の範囲をも合わせて明確にする⁵⁷³⁾。それゆえ、完全な行為規範違反の非難から行為者を免れさせる必要条件は、こうした根拠に基づいて、介入の名宛人の共同管轄が成立することである。

この共同管轄は、その範囲に応じて限界づけられる。その限界がどこにあるかは、前の箇所でも説明されている⁵⁷⁴⁾。正当化事由は、行為者の介入がこの限界の内側にとどまることを前提とするのに対し、帰属阻却事由は、この限界の外側の介入に適用される。それゆえ、後者の場合、その侵害行為にもかかわらず、行為者が法共同体の忠実な構成員にとどまっていた、すなわち、刑事不法を犯さなかったという判断を支えることを可能にするために、介入の名宛人の共同管轄の援用は、さらなる観点によって補完されなければならない。これについては、後に詳細に取り組むことにする。もっとも、この考

ゝ由的な体制にとって特徴的である「個人主義的な基本方針 (individualistische Grundausrichtung)」すら援用する。それによれば、英雄的な自己犠牲を求めることは全体主義的なシステムにおいては一般的であるが、自由な国家では許されない、とされる。この論証が依拠するのは、——ちなみに、ヘルンレ (上述 S. 91 Fn. 479) は、刑罰論の文脈では強力に支持しているのだが——被害者の観点の考慮は、英雄的な自己犠牲の要請に必然的に至るため、潜在的に全体主義的である、という幾分底意のある想定である。これは、決してそうではない。本書の構想も、行為規範適合的に振る舞うよう自らを動機づける責務に、限界を引かなければならないことは承認している。しかし、ヘルンレが唱える「個人主義的な基本方針」を侵害者の観点からだけでなく、——全市民の平等性の原則にしたがって——介入の名宛人の観点からも考慮しようとしているのである。これに対し、ヘルンレの視点の一面性は、リベラルというよりは、むしろ恣意的である。

572) 上述 S. 329 ff., 341 ff.

573) 同旨 MK-Müssig, § 35 Rn. 4; ders., Mord, S. 168; ders., FS Jakobs, S. 408 ff.

574) 上述 S. 329 ff., 341 ff.

察の出発点を形成しなければならないのは、すでに見たように、管轄分析である。それによれば、重要なのは、危険な状況の支配が行為者の管轄領域にあるか、危険状況が介入の名宛人に由来するか、それとも、それは、関与者の誰の責にも帰せられないかどうかである。一つ目の場合、行為者の免責は問題とならない (b)。それとは異なるのが、二つ目および三つ目の場合である。これらの場合、被侵害者の共同管轄は認められる。一方は、帰属可能な自己危殆化の観点から認められる——過剰防衛の場合 (c) ——、他方は、無辜の者を重大な生存の危機から逃れさせるという考え方から認められる——帰属阻却的緊急避難の場合 (d)。

b) 困難にする状況に対する行為者の優先的管轄

以上に述べたことによれば、帰属阻却が考慮されるのは、行為者自身がコンフリクトの克服に対して管轄を有していない場合だけである⁵⁷⁵⁾。これにより、「免責的に」作用する緊急状況の考慮可能性の限界に関する、見せかけ上の特殊問題は、「はじめは保障人的地位の根拠づけや体系化のために展開され、その後、客観的帰属の現代的解釈論を全体的に形成する根本的な帰属構造」の適用事例であることが明らかになる。「そのうちの一つは、個人的帰属の図式である組織管轄である。つまり、法的な万人の役割 (Jedermannsrolle) としての各々の組織領域の形成についての帰責 (Verantwortungszuschreibung) である。もう一つは、制度的な帰属の図式である。これは、際立たされた規範的文脈、特に分化した社会的な組織化の構造に人格を組入れることに還元される、法的な特別の役割 (Sonderrolle) と特徴づけられる⁵⁷⁶⁾。

以上によれば、介入者の管轄は、一方では、当事者自身の処分に起因する毀損は、まさに、この者自身によって、担われなければならないという原則から導き出される⁵⁷⁷⁾。それゆえ、ある行為者の現在の緊急状況が、自分自身の違法な、あるいは、そうでないとしても受忍義務のない先行行為の帰結である場合、この者は刑法上の責任を免れるに値しない⁵⁷⁸⁾。例えば、正当防衛措置や防御的緊急避難措置に対して、実力を用いて防衛する者は、これについて処罰されるのである⁵⁷⁹⁾。もっとも、自己の先行行為から

575) 同旨 MK-Müssig, § 35 Rn. 40; Jakobs, AT, 20/12.

576) MK-Müssig, § 35 Rn. 40.

577) MK-Müssig, § 35 Rn. 47 ff.; NK-Neumann, § 35 Rn. 33; Jakobs, AT, 17/74, 20/16.
——尊重思想からこの原則を導き出すことについては、上述 S. 216, 219 f.

578) 同旨 MK-Müssig, § 35 Rn. 48; Jakobs, AT, 17/74; Timpe, JuS 1985, 38.

579) 同旨 MK-Müssig, § 35 Rn. 49; 正当防衛の事例については、LK-Zieschang, ↗

介入者に生ずる管轄の射程は、はるかに広さに渡る。前の箇所です示したように、刑法秩序は、管轄に反する行為をしないという市民に対する要求を、セカンドオーダーの予期で補完する場合にのみ、現実の自由性を安定化させる任務を果たすことができる。この予期の内容である「充分な信頼をもってその要請に従うことができることを目指して努力せよ!」⁵⁸⁰⁾そこから自己に生ずる責務に反した者は、管轄に反する自分の行為が義務違反として自己に負責されることを甘受しなければならない。それゆえ、自己の社会の評価図式によれば、それを冒すことについて理解可能な契機を持たない、異常なリスクにさらされた避難行為者は、刑法第35条第1項第2文前段第1選択肢 (Variante) の用語で言えば、さらされている危険を「自ら惹起」したのであり、そのため、緊急避難による帰属の中断を期待してはならないのである⁵⁸¹⁾。

他方で、帰属阻却を認めることの障碍となりうるのは、諸制度の優位性である。この命題が実践的な意義を獲得するのは、同じように一次的には緊急避難の諸事例においてである。市民であるということは、緊急状況やコンフリクトを一次的には制度的な方法で処理することを試みる公共体 (Gemeinwesen) に属していることを意味する⁵⁸²⁾。こ

↘ § 35 Rn. 61; Hörnle, JuS 2009, 880 も同旨。さらに、正当化される介入の全体について同旨のものとして、NK-Neumann, § 35 Rn. 52; S/S-Perron, § 35 Rn. 32; Jakobs, AT, 20/14.

580) 上述 S. 310.

581) 本書の見解と本質的に同じものとして、HK-GS-Duttge, § 35 Rn. 13; Lackner/Kühl, § 35 Rn. 8; Kühl, AT, § 12 Rn. 63; MK-Müssig, § 35 Rn. 54; NK-Neumann, § 35 Rn. 35; S/S-Perron, § 35 Rn. 20; SSW-Rosenau, § 35 Rn. 14; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 23 Rn. 27; Haft, AT, S. 143; Hruschka, Strafrecht, S. 287 f.; Jakobs, AT, 17/74, 20/16; Otto, AT, § 14 Rn. 12; Puppe, AT, § 17 Rn. 9; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 46; Hörnle, JuS 2009, 879; Timpe, JuS 1985, 38. — これに対し、広く流布した見解は、行為者が客観的に (一部の論者によれば補完的な形で、主観的に) 義務違反的なやり方で危険を惹起しなければならないことを要求する。(義務違反を要求するのは LK-Zieschang, § 35 Rn. 49; SK-Rudolphi, § 35 Rn. 15 f.; Jäger, AT, § 5 Rn. 194; Maurach/Zipf, AT 1, § 34 Rn. 5; Rengier, AT, § 26 Rn. 19; Wessels/Beulke, AT, Rn. 441; さらに主観的な義務違反を要求するのは, Ebert, AT, S. 108; Frister, AT, § 20 Rn. 12; Gropp, AT, § 7 Rn. 79; Jescheck/Weigend, AT, § 44 III 2 a [S. 485]; Köhler, AT, S. 338; Krey/Esser, AT, Rn. 755). この見解は、内容的には、大体において本書の見解と同じ結論に至るだろうが、しかし、概念的には、真正な法的義務と責務との区別を解消するものである (同旨 HK-GS-Duttge aaO; NK-Neumann aaO; ders., Zurechnung, S. 231 ff.; Baumann/Weber/Mitsch aaO).

582) 上述 S. 105.

の任務にふさわしい諸制度——例えば、裁判所、警察、保安官庁 (Ordnungsbehörde), 給付行政官庁 (Behörde der Leistungsverwaltung) ——は、中立であることを義務づけられており、活動に際しては、手続法上の様々な諸規定を遵守しなければならない。それゆえ、諸制度は、それらがもたらす結果に対して、「フリーハンドに」(さらに、大抵は自己の利益のために) 行動する個々の市民よりも、明らかに高い説得力を主張できる。したがって、規制の名宛人の利害が考慮されてしかるべき範囲は、これらの場合、最終的に彼らの市民的役割 (Bürgerrolle) によって規定されるのである。そのため、その利害の独自の主張 (Geltendmachung) の可能性は、これらの場合、当事者には開かれていない⁵⁸³⁾。このことを法律の用語に置き換えていえば、介入者が、彼の緊急状況の回避または阻止のための国家的手続を利用することができたのに、それを全く用いないか、首尾よく用いない場合、この者に対する帰属阻却的緊急避難の援用は否定されなければならないのである (刑法第35条第1項第2文前段第2選択肢)⁵⁸⁴⁾。

もっとも、諸制度の優位性の参照が市民に期待可能なのは、これらの諸制度の側が、義務づけられた自由保障的な給付をもたらすという条件下に限られる。特に、(中心に治安官庁 [Sicherheitsbehörde] や裁判制度 [Gerichtswesen] を持った) 組織化された法の妥当という諸前提、および一定の最低限の、主体としての生存の可能化の諸条件 (想定されるのは災害保護や医療扶助) が市民に保障されなければならない⁵⁸⁵⁾。もしも、

583) 緊急避難の特権は「おそらく、事前 (ex ante) と事後 (ex post) が、コンセンサスを得る時間が全くないほど近接している場合に関する正当な規定の代替物にすぎない」と、リュッベは推定している (Lübbe, Lebensnotstand, S. 330)。ここで興味を引くのは、この見解の裏返しである。すなわち、優越する正義の内実を備えたコンフリクト解消の規定が存在する限り、一般的な緊急避難の諸原則を持ち出すことは遮断されているのである。

584) 原則的に、このことは一般的に承認されている (LK-Zieschang, § 35 Rn. 60; MK-Müssig, § 35 Rn. 66 f.; NK-Neumann, § 35 Rn. 52; SK-Rudolphi, § 35 Rn. 12; S/S-Perron, § 35 Rn. 24 ff.; Frister, AT, § 20 Rn. 14 f.; Jakobs, AT, 20/14; ders., System, S. 64; Jescheck/Weigend, AT, § 44 III 3 [S. 487]; Kühl, AT, § 12 Rn. 77 ff.; Maurach/Zipf, AT 1, § 34 Rn. 10; Rengier, AT, § 26 Rn. 25 f.; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 42; Silva Sánchez, FS Hruschka, S. 692 f., 695. — 争いがあるのは、行為者が不当な形で長期の自由刑の有罪判決が下され、あらゆる手続法上の修正手段を使い尽くしたという事例だけである (こうした場合につき、緊急避難の可能性を認めるのは、MK-Müssig, § 35 Rn. 67; NK-Neumann aaO; S/S-Perron aaO; Kühl, AT, § 12 Rn. 79; Bernsmann, „Entschuldigung“, S. 433 f.)。

585) これについての詳細は、MK-Müssig, § 35 Rn. 59 ff.

これらに関する職業的役割を担う者が、任務特有の危険が生じた際に、処罰されることなく責任を逃れることができるなら、以上に述べたことと相容れないことになろう。かような理由から、これらの者についても、緊急避難による免責は否定されるのである⁵⁸⁶⁾。

(森永真綱 訳)

c) 過剰防衛 (Notwehrexzeß)

これに対して(当該の)介入の名宛人にコンフリクトの惹起に対する管轄が認められる場合には、帰属中断が考えられる。したがって特に、介入の名宛人が他者の権利領域に対する受忍義務のない干渉(nicht-duldungspflichtiger Übergriff)によってその権利領域の所有者に防御措置を採ることを契機を与えた場合に認められる⁵⁸⁷⁾。この管轄構

586) このことに争いはない。さしあたり、*Lackner/Kühl*, § 35 Rn. 9; *MK-Müssig*, § 35 Rn. 61 ff.; *NK-Neumann*, § 35 Rn. 41; *S/S-Perron*, § 35 Rn. 23; *Jakobs*, AT, 20/13 参照。——このような場合、刑の減輕すら正当化されない。刑法は、コンフリクトを厳格に制度的に囲い込むことを押し通すことによるのみ、自らが平和的秩序であることを確証し、保障された自由のインフラを市民に提供することができる。個別のケースで痛みを伴う場合にも、諸制度の優位性を尊重するという市民への要求は、こうした理由から、決して弱まらないのである。法律技術的には、上記の諸事例を「特別な法的関係」という概念にあてはめることによってのみ、この結論は達成される。なぜなら、これらの場合には、刑法第35条第1項第2文後段最後部により、刑の減輕の可能性が否定されるからである。緊急避難の文献において、この分類については、特に法律上の受忍義務をめぐって争われている。刑の減輕の可能性を留保する目的から、刑法第35条第1項第2文の一般的な期待可能性条項に分類されることも、しばしばである(*Fischer*, § 35 Rn. 13; *LK-Zieschang*, § 35 Rn. 57 ff.; *NK-Neumann*, § 35 Rn. 52; *Jescheck/Weigend*, AT, § 44 III 3 [S. 487]; *Krey/Esser*, AT, Rn. 760; *Roxin*, AT 1, § 22 Rn. 42; これに対し、本書と同様の見解として、*Lackner/Kühl*, § 35 Rn. 9; *Kühl*, AT, § 12 Rn. 77 ff.; *MK-Müssig*, § 35 Rn. 67; *SK-Rudolphi*, § 35 Rn. 12; *S/S-Perron*, § 35 Rn. 24 ff.; *Ebert*, AT, S. 108; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 110)。

587) *Jakobs*, AT, 20/28; *Kindhäuser*, AT, § 25 Rn. 1; *Puppe*, AT, § 18 Rn. 1; *Grüne-wald*, Tötungsdelikt, S. 228 ff.; *Heuchemer*, Erlaubnistatbestandsirrtum, S. 135 f.; *Motsch*, Notwehrexzeß, S. 66 ff.; *T. Walter*, Kern, S. 152; アプローチとしてはまた *Roxin*, FS Schaffstein, S. 117。——その種の管轄は、介入の名宛人が自己の対立者に対する正当防衛状況を呼び起こした場合に初めて認められるのではなく、すでに介入の名宛人がその対立者を防衛的緊急避難状況に陥らせた場合に既に認められるのである(上記 S. 241 f.)。それゆえ後者のような場合においても過剰行為に

造は、過剰行為 (Exzeßtaten) における帰属中断の可能性を根拠づけるが、同時にそれを限定するものでもある。特に攻撃に対する成功した反撃の後の期間における場合はいかに判断されるのであろうか？ 自己の対立者に対していまお暴力 (Gewalt) を行使する行為者も免責 (Entlastung) を享受するのであろうか？ 一見、この争われている問いに肯定的に答える多くの根拠があるように見える⁵⁸⁸⁾。なぜゆえこのような外延的過剰防衛 (extensiver Notwehrexzeß) [日本の議論における量的過剰防衛——訳者記す] の事例において (刑法33条が適用されることについて争いのない) 内包的過剰 (intensiver Exzeß) [強度の過剰、質的過剰] の事例以上の保護を受けるにふさわしいとすべきなのか？ 介入の名宛人が自らコンフリクトを惹き起こしたということによってそのような反撃の危険に対して自己答責的に自らを危険に晒したと言えないだろうか？

しかしそのように論じることは、十分に分化されたものとはいえないであろう。過剰防衛は管轄の観点の下では正当防衛に依拠したものであるがゆえに、過剰防衛の事例においても正当防衛の場合とまったく同様に被害者 [被害者] の共同管轄 (Mitzuständigkeit des Verletzten) は、行為者が——極端な、まさに過剰な態様であるとはゆえ——それ自体被害者が自ら行わざるを得なかったであろうような危険中和措置 (Maßnahme der Gefahrneutralisierung) を行ったという事情に基づくものである⁵⁸⁹⁾。

↘おける帰属中断の可能性は承認されるべきである (同様の見解として LK-Zieschang, § 33 Rn. 69; MK-Erb, § 33 Rn. 17; NK-Herzog, § 33 Rn. 17; SK-Rudolphi, § 33 Rn. 1a; SSW-Rosenau, § 33 Rn. 2; Haft, AT, S. 138; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 98 f.; Motsch aaO, S. 109; H.-L. Günther, FS Amelung, S. 150; Hirsch, FS Dreher, S. 230; 原則に同旨のものとしてまた S/S-Perren, § 33 Rn. 2, § 34 Rn. 52; 立法論 (de lege ferenda) としてさらに T. Walter aaO)。

588) この意味において Lackner/Kühl, § 33 Rn. 2; MK-Erb, § 33 Rn. 14; NK-Herzog, § 33 Rn. 11; S/S-Perren, § 33 Rn. 7; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 23 Rn. 42; Haft, AT, S. 138; B. Heinrich, AT 1, Rn. 587; Kindhäuser, AT, § 25 Rn. 13; Köhler, AT, S. 424 f. (但し無意識の外延的過剰防衛に限定する); Otto, AT, § 14 Rn. 23; Rengier, AT, § 27 Rn. 19; Wessels/Beulke, AT, Rn. 447; Diederich, Ratio, S. 92 ff.; Zabel, Schuldtypisierung, S. 446; Timpe, JuS 1985, 121. ——事前的外延的過剰防衛をも含めることを擁護するものとして Jakobs, AT, 20/31; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 88 ff.; ders., FS Schaffstein, S. 117 f.; Aschermann, Rechtsnatur, S. 136; Motsch, Notwehrexzeß, S. 101; 結論において同じものとしてまた LK-Zieschang, § 33 Rn. 6 ff.

589) 上記 S. 237 f.

その場合、被害者のコスト負担義務 (Kostentragungspflicht) は、それ以上中和するものがなくなった時点で終わる。なぜならば、もはや緊急状態は存在しないからである。被害者は、自分が他者の権利領域の不可侵性を脅かしたことについてののみ責めを負うのであり、自己の敵対者を本来の対立を越えて継続する興奮状態に陥らせたことについてまで責めを負うわけではない。したがっていわゆる外延的過剰防衛は行為者の免責に導かない⁵⁹⁰⁾。

しかしながら、介入の名宛人が当該コンフリクトを惹き起こしたという事情だけでは、内包的過剰防衛の事例においてもまた過剰行為者 (Exzendent) の免責にとって十分ではない。行為者の行動を、その者が置かれている状況のみに帰することは、その者の立場に立った他のすべての者も、それを克服するために必要で要請されていると考えるであろうような措置との関連においてのみ可能となる。これに対して内包的過剰防衛の文脈においては、このような閾 (Schwelle) を越えた介入が問題となる。確かにそれもまたなお介入の名宛人によって惹き起こされた緊急状況の克服に役立つものである。しかし、その克服の態様においては過剰行為者の措置は状況によって要請されたものを越えている。この過剰 (Überschuß) において行為者の個人性が現れている。当該行為者がその過剰にもかかわらず市民共同体の忠実な構成員であるとするためには、なお追加的な理由づけが必要となる。この目的のためには、客観的な行為状況を越えて行為者の動機にまで遡ることが不可避となる。行為者を過剰行為へと至らせた諸動機は、その行為者の同胞たる市民 (Mitbürger) が、その行為者が他人の不可侵性要求 (Integritätsansprüche) の尊重の原則的用意と能力を持っているということに対して疑念を持つ契機を持たないような、性質のものでなければならない。それゆえ刑法33条は、本来の期待内容の修正を正当にも、当該行為者が、「狼狽、恐怖または驚愕 (Verwirrung, Furcht oder Schrecken)」から、その正当防衛権の限界を越えたというさらなる要件と結びつけている。虚弱性情動 (asthenische Affekte) は、典型的に弱さ (Schwäche)⁵⁹¹⁾ に基

590) 結論において本書と同じ見解として HK-GS-Duttge, § 33 Rn. 7 f.; SK-Rudolphi, § 33 Rn. 2; SSW-Rosenau, § 33 Rn. 6; Ebert, AT, S. 109; Frister, AT, § 16 Rn. 40; Gropp, AT, § 7 Rn. 85 ff.; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 411; Jäger, AT, § 5 Rn. 196; Jescheck/Weigend, AT, § 45 II 4 (S. 493); Krey/Esser, AT, Rn. 765; Maurach/Zipf, AT 1, § 34 Rn. 27; Murmann, Grundkurs, § 26 Rn. 82; Schmidhäuser, AT, 11/27; Sauren, Jura 1988, 571.

591) LK-Zieschang, § 33 Rn. 53; MK-Erb, § 33 Rn. 19; NK-Herzog, § 33 Rn. 19; NK-Paeffgen, Vor §§ 32 ff. Rn. 274; S/S-Perron, § 33 Rn. 4; Baumann/Weber/

づくものであり、通常の状態においては法規範の違反よりもその過剰なまでの遵守 (Übererfüllung) が期待される精神的傾向 (Disposition) を徴憑している。極端なコンフリクト状況におけるその拒絶は、「法による平和」という共同プロジェクトからの離反をそこに見出さなければならないわけではないのである⁵⁹²⁾。

d) 帰属阻却の緊急避難 (Der zurechnungsausschließende Notstand)

帰属阻却事由を認めるということから、介入の名宛人の不可侵性要求を侵害する (それゆえ介入の名宛人がそれを受忍する必要のない) 行為は、それにもかかわらず刑事的不法を構成しないということが帰結する。そこで行われている、介入の名宛人の負担による通常の刑法的保障水準の変更 (Verschiebung) は、この介入の名宛人に、介入者が直面している緊急状態の克服に対する共同管轄が認められることを前提とする。それゆえ、介入者自身がこのような状況に対して何もできないことでは十分ではない。むしろ介入の名宛人の管轄は、積極的に認定されなければならない⁵⁹³⁾。過剰防衛の事例においては、このことは困難ではない。そこでは、管轄理論に属する正当化事由の管轄理論的な構造を志向することが文字どおり強いられる。それゆえ正当防衛の根拠づけから類推して、過剰防衛についても次のことが妥当した。すなわち、介入の名宛人が行為者

↘ *Mitsch*, AT, § 23 Rn. 45; *Roxin*, AT 1, § 22 Rn. 69, 75.

592) 本書の解釈と結論においてほとんど同じものとしてロクシンの見解 (*Roxin*, AT 1, § 22 Rdn. 69; *dens.*, FS Henkel, S. 189; *dens.*, FS Schaffstein, S. 116 f.; *dens.*, FS Bockelmann, S. 283; *dens.*, ZStW 96 [1984], S. 656; *dens.*, FS Lampe, S. 430; *dens.*, FS Mangakis, S. 249 を参照) がある。しかしこの両説の根拠づけの背景は根本的に異なっている。本書においては、自由論的に方向づけられた不法概念の分析によって論証されているのに対し、ロクシンは虚弱性情動の場合の免責を直接的に——その根拠上批判に値する (上記 S. 77 ff.) —— 予防的刑罰目的考慮から導き出している。

593) 「介入の名宛人の地位において具現化された (実定化された) 法実務の原則的な妥当要求とそれを指示し、それを出発点とする行為者の主体性の間の緊張」をツァーベル (*Zabel*, Schuldtypisierung, S. 474) も確認している。しかし彼の提案は、この緊張の解消をもっぱら心理学主義においてなそうとするものである。すなわち「異なっ^て体験され、認識された危険および緊急避難状況とそれに応じた対立者の危険判断が均衡していること」が重要だとされる (aaO, S. 476)。それゆえ——その思い切った結論によれば——「両者、すなわち介入の名宛人と介入者はその法および自由領域の (一時的な) 新たな調整 (Neujustierung) を回避できない」とする (aaO, S. 474)。なぜ「行為者の主体性」と、介入の名宛人に不利益なその個人的な危険判断が規範的に重要性を持つのかを、このことは説明していない。

の緊急状況を惹き起こしたがゆえに、介入の名宛人はその除去処置に対するコストを負担しなければならず、このコストには行為者の免責において表明される通常の刑法的保護の縮減も含まれるのである。

帰属阻却の緊急避難にとっては、それに対応して不救助罪と正当化的緊急避難の事例において確認された正当化モデルに依拠しなければならぬように見える。一定の生存に関する生活リスク (existentielle Lebensrisiken) の相互的負担軽減 (wechselseitige Entlastung) という準保険法的思考に基づき、個々の市民は、そこでは法共同体の代表者として把握されなければならない。そのような者として、その市民は確かに一定の特別負担 (Sonderopfer) を担わなければならないが、その役割において、個別的な、一時的なものでしかない喪失の受忍を要求されるに留まる⁵⁹⁴⁾。これに対して帰属阻却的な緊急避難においては、大抵の場合、介入の名宛人に重大な回復不可能な喪失に瀕しており、極端な場合、その生命さえ脅かされる。それにもかかわらず、そのような事例において、行為者に対する刑事不法非難を免除させうるとすれば、それは、その被害者がなお法共同体の代表者として支出しうるのであろうからではなく、その役割分担が具体的なコンフリクトにおいては偶然的であるがゆえのことにのみによるのである。すなわち、現在の被害者は、次は緊急避難行為者に立場に置かれうるし、その逆の場合もあるといえる。これまで介入の名宛人はその同胞たる市民と同様に緊急状況における補充的な救助のチャンスが開かれる見込みを得ていたがゆえに、介入の名宛人は、今やこのオプションの反面を実感せざるを得なくなったとしても、平等原則に反して不利益に扱われたということにはならならず—そして自らコスト計算をして、互惠性 (Reziprozität) の論理を实践した行為者は、自らの側で共同の自由秩序に対する不忠誠を示しているわけではないのである。

しかしながら、このチャンスとリスクの抽象的に平等な分配によって、この件はこれで決着としようというわけにはいかない。緊急避難規定の具体的な形成の際にも介入の名宛人の利益と介入者の利益の同価値性が考慮されている。このことにより、一方で、介入を動機づけた緊急状況の重さの観点において正当化的緊急避難の基本的評価の引き受けが必要となる。すなわち帰属中断的な緊急避難は正当化的緊急避難の異物 (*aliud*) ではなく、一定の「危険のピーク (Gefahrenspitzen)」の除去に向けられた、それと同じ性質を持ったものであり、少なくとも差し迫る損害は正当化的緊急避難の場合と同様

594) 上記 S. 251 f.

の重さを持ったものなのである。それゆえ、この危殆化された財の喪失は該当者にとってその生活の遂行 (Lebensführung) の明らかな変更 (spürbare Umstellung) を後に残さざるを得なくなるであろう⁵⁹⁵⁾。他方、衝突する利益の同価値性は、緊急避難的介入によって生じた損害とそれによって回避された損害との関係の形態において現れていなければならない。それゆえ後者は前者を本質的に優越している必要はない⁵⁹⁶⁾。結論的に帰属中絶的緊急避難には非常に小さな適用領域が残されているに過ぎない。このことで済ませられることは、よく秩序づけられた国家 (wohlgeordneter Staat) の、日常においては大抵気づかれずに留まっている名誉称号 (Ruhmestitel) に属することなのである。

(川口浩一 訳)

595) 類似の見解として HK-GS-Duttge, § 35 Rn. 5; Lackner/Kühl, § 35 Rn. 3; MK-Müssig, § 35 Rn. 3, 11, 25; SSW-Rosenau, § 35 Rn. 6; Frister, AT, § 20 Rn. 6; Haft, AT, S. 140; Köhler, AT, S. 334; Rengier, AT, § 26 Rn. 30; Welzel, Strafrecht, S. 179; Zabel, Schuldtypisierung, S. 474, 476; Hörnle, JuS 2009, 878; Renzikowski, JRE 11 (2003), 282; Timpe, JuS 1984, 864。——対応する正当化的緊急避難の下限について上述 S. 251——なお支配的な反対説は、その限りで明らかにより寛大である。それによれば身体的不可侵性と移動の自由の軽微な危殆化のみが最初から刑法35条1項の適用領域から排除されている (LK-Zieschang, § 35 Rn. 16; SK-Rudolphi, § 35 Rn. 8; S/S-Perron, § 35 Rn. 6/7; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 23 Rn. 32; Ebert, AT, S. 107; B. Heinrich, AT 1, Rn. 566; Jescheck/Weigend, AT, § 44 I 1 [S. 481]; Maurach/Zipf, AT 1, § 34 Rn. 13; Otto, AT, § 14 Rn. 13; Puppe, AT, § 17 Rn. 6; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 25, 29; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 104)。

596) 本質的に本書と同じ見解として Lackner/Kühl, § 35 Rn. 11; Kühl, AT, § 12 Rn. 90; MK-Müssig, § 35 Rn. 34; NK-Neumann, § 35 Rn. 6, 47; Frister, AT, § 20 Rn. 10; Gropp, AT, § 7 Rn. 71; Haft, AT, S. 142; Bernsmann, „Entschuldigung“, S. 414 ff.; Lugert, Gefahrtragungspflichtige, S. 114 f.; Wortmann, Inhalt, S. 93 f。——さらに狭いものとして (「大体において同価値 (mehr oder weniger gleichwertig)」) Zabel, Schuldtypisierung, S. 476。——より寛大なものとして (明らかな不均衡の場合にのみ緊急避難を排除) LK-Zieschang, § 35 Rn. 62; SSW-Rosenau, § 35 Rn. 17; B. Heinrich, AT 1, Rn. 571; Krey/Esser, AT, Rn. 751, 760; Jescheck/Weigend, AT, § 44 III 1 (S. 484); Rengier, AT, § 26 Rn. 10, 30; Wessels/Beulke, AT, Rn. 439。——均衡性衡量のあらゆる考慮に反対する見解として HK-GS-Duttge, § 35 Rn. 17。