

〔翻訳〕

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔九の一〕

吉田 宣之・谷脇 真渡

第六章 正当化的緊急避難と類例

文献…省略

A. 基本規定たる三四条

第一節 現行緊急避難権の発展

1 一八七一年の刑法典は、緊急避難規定として、旧五二条、五四条を置いているに過ぎなかった。しかし、これら規定は、現行の三五条に対応するものではあるが、その適用範囲は比較的狭いものとなっていた。一九〇〇年一月一日の民法典の施行に伴い、特別法上の個別規定のほか、今日までも民法典上に存在する重要な二つの緊急避難規定が付け加えられた。すなわち、民法二二八条の対物防衛(より厳密には、民法上の防衛的緊急避難)と、同九〇四条の民法上の攻撃的緊急避難である。それは、二世代にわたる思考作業を必要としたのであったが、やがて一九三〇年ごろに至って、緊急避難規定は、正当化事由か、あるいは免責事由かのいずれかとする「単一説」に代わって、緊急避難の事例は、一部は正当化事由として、また一部は免責事由として判断されなければならないとする「個別化説」

の理解が、学問上広く受け入れられた。そのため、民法二二八条、九〇四条は正当化事由として、刑法五二条、五四条（現行三五条）は免責事由として認められることになった。

2 もっぱら民法二二八条、九〇四条だけが正当化事由と考えられ得るという前提から出発した場合、正当化的緊急避難の規定が極めて不完全であるということが明らかになった。それは、これらの規定が、物に内在する危険からの防衛（民法二二八条）と任意の危険からの防衛に必要な第三者の物への作用（民法九〇四条）を把握してはいたものの、緊急避難状況における、物以外の法益の侵害を許容する規定を含んでいなかったからである。たとえば、交通事故において、事故に遭った者の生命を救うために早急に彼を病院に搬送する必要があるがあつたが、その際、あえて交通法規に違反しなければならなかった場合、生命を救うために交通の安全を侵害することを許容する規範が欠けていた。また、妊婦の生命を守るために胎児を殺害することが不可避である場合、確かに当時の法によると、妊婦は五四条（現行三五条）によって免責され得るが、医師には免責可能性が欠けており、その結果、彼の行為は、一般的な法的見地からすると、免責され得るだけでなく、むしろ、相当な行為と考えられるにもかかわらず、法律の文言に従って処罰されなければならなかったのである。

3 このような状況から、超法規的な正当化的緊急避難は生まれた。これは、あらゆる正当化事由の基礎をなしている、次のような原則から展開された。すなわち、対立する利益の衝突が避けられない場合において、行為者が、価値の低い利益よりも価値の高い利益を優先させ、そうすることで、結論において、何らかの社会的に有用な行為をする場合、その行為は合法的である（これについては、超法規的緊急避難のところすでに述べた。第七章 Ringo および第一四

章 Rn.9,38ff. 参照）。民法二二八条、九〇四条の正当化事由としての性格は、この衝突説によって説明可能であった。そして、法律が何も語っていない場合であっても、記述された正当化事由が帰されるべき利益考量の原則から、超法規的な正当化の結論を導き出すことは可能であり、また、方法論上正当な思考でもあった。超法規的緊急避難の基本思想は、とりわけ、対立する二様の定式化において主張された。特に Liszt（第一四章 Rn.38 参照）とその門下生である Eb.Schmidt によって主張された目的説によれば、「国家によって一般的に承認されている目的を達成するための相당한手段として現れる、法的に保護された利益の侵害は違法ではない」とされる。また、**法益考量説**は、「価値の低い法益を侵害あるいは危殆化することによってのみ、価値の高い法益が救われ得る場合、行為者の行為は違法ではない」という命題を主張する。

4 判例は、一九二七年三月一日の RGSt 61, 242 の先駆的な判決において、この理論的な展開を受け入れるとともに、ある程度ではあるが解決へと導いた。医学的に適応した妊娠中絶の事例に係るこの判決は、正当化事由を免責事由から初めて、しかも、明らかに切り離し、緊急避難において個別化説に従い、成文法の中に含まれていない正当化的緊急避難の存在を肯定し、この新しい正当化事由を「法益考量と義務考量」(S.254) の理論で理由づけた。他方、「その包括範囲があまりにも広く、実際の適用の際に、憂慮すべき結果に導きかねない」(S.253) と、目的説の主張は拒否された。これに対して、「法益が対立する事例において、二つの法益の均衡を毀損あるいは損壊することなしにはそれを保つことが不可能な場合、価値の低い財は、価値の高い財に屈しなければならず、したがって、より価値の低い財の侵害は違法ではないという考えが承認された」(S.254)。同様に、義務が対立する——義務の緊急避難の事例において、「より高次の義務はそれに劣る義務を犠牲にして果たされ得るのであり、その場合には、後者の

不履行は違法ではない」という考えが承認された。

5 RGS1 62.35 (461) は、ルール工業地帯への関税未納物品の輸入が、こうしたやり方でのみ、占領地域の経済的な崩壊が阻止され得ると考えられる場合に、正当化されるのかという問いに答えなければならなかったが、その際に、初めて、「超法規的緊急避難」という術語を用いた。RGS1 62.137 は、別の墮胎の事例において、「超法規的緊急避難」という概念を、すでに判旨の中で挙げてはいるが、それに加え、正当化の要件として、今日、学問上は例外なく拒否されているもの（詳しくは、第四章 RGS1 231 参照）、判例においては、一貫して主張されている「検討義務」、すなわち、「そのような検討が欠如している場合には、仮に、その他の要件が与えられていたことが事後的に確定された場合であっても、正当化事由は認められない」(S.138) という義務を主張した。

6 新しい三四条が発効するに至った一九七五年までは、このような基本的な判決が判断の基礎とされていた。もっとも、抽象的な財考量に制限を加えることは、はじめから硬直し過ぎた議論であり、また無制限に実行可能なものもないということは自明のことであった。すでに RGS1 61.242 は、その出発点と矛盾するにもかかわらず、医学的な適応がある場合であっても、母親の意思に反する妊娠中絶は許容し得ないとした。この実際の重要な観点は、対立する法益の価値とは関係がないものである。民法三二八条、九〇四条によって法律に規定された事例も、立法者がここで扱われた衝突を型どおりの法益の比較によって解決したのではなく、考量の際に、決定的な意味を付与するという方法で、その他の要素をも考慮に入れたということを教示している。それは、民法三二八条における危険が緊急避難の被害者の領域に由来したという事情、民法九〇四条における緊急状況に関与していない者の自律的な領域に介入

したという事実である。正当ではあるが、比較的大きな不確実性を伴わざるを得ない目的説の思考が、考量する価値のあるあらゆる観点を包括的に考慮することを可能にした。

7 それにもかかわらず、新しい総則の準備にあたっては、さしあたり、純粋な財考量説から出発されることとなった。連邦司法省の第一草案においては、「緊急避難において行為した者は、彼が保護した法益が、その行為によつて侵害された法益よりも著しく価値の高いものであった場合、不法を犯していない」とされていた。しかし、審議会において、考量に際して、法益の比較で折り合いをつけるべきではなく、具体的事例のすべての事情を考慮に入れなければならないという意見が出され、承認された。すでに一九六二年草案に由来する現行三四条の規定において、それを二重に考慮するという試みがなされた。まず、要求された法益考量を、衝突している法益の価値が、考慮されるべき複数の観点のうちの一つの観点に過ぎないと考えられる利益考量へと置き換えられた（「対立する利益、とりわけ、当該法益とそれにさし迫っている危険の程度の考量」）。さらに、こうすることで、判断の中で利益考量を凌駕している評価に言及し得ることとなり、著しく修正された財考量説は、三四条二文の相当性条項が付け加えられたこともあつて目的説と結び付けられた。一九六二年草案の理由書によれば、正当化は、次のような超法規的緊急避難にまで発展させた諸見解に対応する「二つの評価」に依拠すべきであるとされる。すなわち、まず、「相対立する利益と法益との間で適切な考量をする場合、行為者によつて保護された利益は、彼が侵害した利益よりも著しく優越していなければならない（財考量説）。次に、緊急避難行為は、社会倫理的な全体的価値において、正当な目的に対する正当な手段の適用として現れなければならない（目的説）」。したがって、ここでは、理論史的な発展の理解が、直截的に立法者の意図の解明へと導く。すなわち、個々の正当化要素の解釈は、立法者の意図に基づくものではあるが、同

時に、必ずしも彼らが徹底した理論の積み重ねによって生み出したものではないという立法の困難性も指摘されなければならぬのである (Rn. 77ff, 80ff. 参照)。

8 超法規的緊急避難を形成する主たるきっかけとなった、医学的に適応した妊娠中絶に関する事例は、確かにそうこうするうちに、各則における特別規定 (二二八条 a 二項) という地歩を得た。この事例は、二二八条 a 三項において必要とされる要件が、侵害の緊急的必要性のために満たされないという、稀にしか起こり得ない例外的状況の場合に限って、三四条によって正当化されることになる。また、RGSi 61, 242 が財の衝突と同列に置いた義務の衝突は、新しい法律にあっても、裁判所の判断に委ねられていた。一九六二年草案に対する理由書は、「克服し難い障害が法規定の妨げになっている」としている。この義務の衝突について、本書では、正当化的緊急避難のところで扱われている (Rn. 101ff.)。国家のための緊急救助の事例を成文化した基本法二〇条四項の抵抗権も、特別な議論を必要とする (Rn. 115ff.)。その上さらに、三四条よりも優先する、類型化が可能な緊急避難状況に対する旧規定があるが、しかし、ここでは詳細には述べない。たとえば、連邦狩猟法二六条 (野生動物による森林被害の阻止、これについては、前出第一四章 Rn. 45 参照)、商法七〇〇条 B (大海損)、船員法一〇六条 (緊急事例における船長の権利) が挙げられる。

第二節 緊急避難の危険

9 任意の法益に対する危険で十分である (「生命、身体、自由、名誉、財産」は単に際立った例として列挙されているに過ぎない)。この法益は、緊急避難行為者自身に帰属すべきものである必要はない。また、——正当防衛における侵害された法益に対応して (第一五章 Rn. 30 参照) —— 刑法上保護されている必要もない。したがって、たとえ

ば、「安全な職場」も緊急避難適格のある「その他の法益」と考えられる（OLG Oldenburg NJW 1978, 1869を参照すれば十分。職場を危険に晒さないために、規則違反の使用者の指示を遵守すること）。財産の保護は、場合によっては、一六八条違反を正当化し得る（OLG Frankfurt JZ 1975, 379。遺族年金の不当な支払いを回避するために、飲酒していた事故の被害者の血液を採取すること）。「法治国家的な刑事訴訟手続」の防御も、場合によっては、正当化的緊急避難のプロセスの中で実現され得る（OLG Frankfurt NJW 1979, 1172。弁護士は裁判官の予断を、権限の無いテープ録音を利用することによってのみ立証し得る。）。

10 緊急避難適格は、原則的に、公共の法益にもある（したがって、正当防衛適格の場合とは異なっている。第一章 Rn.1,36ff.参照）。すでに、たとえば、ルール工業地帯の経済（RGSt 62,46f.; Rn.5参照）あるいは住民の食糧供給（RGSt 77,113）を法益として認め、それ故、その保護は、場合によっては、規範侵害を正当化すると判示した、超法規的緊急避難に対する旧い帝国裁判所判決は、このことを出発点としている。もっとも、公共の法益のための正当化的緊急避難は、実際上はほとんど問題にはならないであろう。というのは、第一に、危険はほとんど別の方法で、すなわち、当局への依頼によって回避可能だからである。それ故、前掲帝国裁判所判決が、国家的な例外的状況に關与することになったのも偶然ではない。そして、第二に、実際上の結論においては、公共の法益の正当防衛不適格の裏をかいてその効果を失わせることが許されるのは、緊急避難の承認によって緊急避難適格を認める場合だからである。たとえば、私人が、道路交通における酩酊（三二六条）あるいはわいせつ文書の陳列（一八四条）に対して、緊急救助の手段に出ることが許される場合（これについて詳しくは、第五章 Rn.57）、彼に正当化的緊急避難の援用を認めることは不合理であるといえるのだろうか。ここで問題となっている法益それぞれ自体に、緊急避難適格があるのである。し

かし、その考量は、正当防衛権によって事前に示された価値決定と比較して、不利益を被らなければならぬ。ただし、事例の状況が、正当防衛の排除の判断基準となる観点がそれに該当しないというほどに極めて例外的な場合のみ、この限りではない(刑事訴訟法一二七条と競合する類似の事例として、詳しくは、第一章 Rn.49 参照)。RGS1 63,220 (第一五章 Rn.41 参照) によって形成された、スパイが重要な資料を持って、今まさに国境を越えようとしているという事例において、国家の安全を防御したいと思う私人による彼の逮捕は、三四条によって正当化され得るのではなからうか。なぜなら、もっぱら公共の法益を保護する権利を有するに過ぎない国家権力は、この場合、もはや介入あるいは刑事訴追の可能性を持っていないからである。このような緊急避難によって正当化された緊急事例は、酩酊者による自動車運転を阻止する際にも存在し得る (OLG Frankfurt NSZ-RR 1996,136)。

11 緊急避難は、法益に対する危険を要件とする。危険概念は、刑法総論において、最も議論の余地があり、最も最も明らかにされていない領域であるが、とりわけ、三四条においては、ほとんど研究されていない。大多数の学者は、ためらいなく刑法の全範囲に対して一貫した危険概念から出発し、そして、とりわけ、具体的危殆化(これについては、第一章 Rn.121ff.) に対して展開された原則を三四条に転用する。しかし、これは正しくない。というのは、具体的危険犯は、たまたま結果が生じなかったという高められた危険を要件とするのに対して(詳しくは、第一章 Rn.125)、三四条においては、危険がどの程度であれば救助措置が許容されるべきであるかが重要だからである。しかし、そうであるからといって、危険が大きいものである必要はない。また、事故に遭った者が、すぐに病院に搬送されずに死亡するか、あるいは健康上の損害を被る危険が、一〇%に過ぎない場合であっても、搬送のために必要な他人の自動車の使用(二四八条 b) を、三四条によって正当化することには意味がある。これが法律の立場でもある

ということが、三四条の文言から明らかである。すなわち、その文言によれば、「さし迫った危険の程度」は、危険の存在に対してではなく、利益考量に対してのみ重要なものと考えられているからである。したがって、事故に遭った者に対する危険がわずかな場合、確かに、自動車の使用という比較的軽微な占有侵害（二四八条b）は正当化され得るが、搬送中の速度超過運転による他の道路使用者に対する危険化は正当化され得ない。それ故、法益侵害の発生を完全には否定できない場合、すでに三四条の意味において危険は存在するといえる。

12 危険が存在するかどうかという問いに、どのような基準に従って答えるべきかについても疑問の余地がある。とはいえ、事前的に（つまり、行為時の見地から）危険が存在するかが判断されなければならないという本質的な部分については、見解の一致をみている。というのは、行為が行われている間に、行為の正当化が確定されなければならないのであって、事後的に確定される必要はないからである。さらに、危険の存在は、純主観的に、すなわち、緊急避難行為者の見地から判断されるべきではないという認識が、一般的な同意を得ている。というのは、法律の文言は、正当化を危険の存在に結びつけるのであって、単なる危険の想像に結びつけているのではないからである。

13 これに対して、そのような議論に従ってあてはめられるべき「客観的・事前的基準」が、どのような外観を呈している必要があるかは明らかでない。Schafsteinは、「決定的なのは、…行為者の生活領域から、特別の知識をも意のままにすることのできる、分別ある観察者の行う客観的判断である」と述べている。この判断基準に従って、たとえば、農民Xが事故現場に行くわした場合を想定してみよう。その現場で、分別ある「平均的な農民」が何もし得ないし、損害の発生を考慮に入れざるを得ないと考える場合には、緊急避難行為を正当化する危険が存在してい

るということになるだろう。その際、緊急避難行為者の特別の知識（たとえば、農民 X が個人的に知っていた被害者の体質に関する正確な情報）は、判断の基礎に取り入れられ得るだろう。Lemos は（同様に、特別の知識を取り入れて）、「疑わしい種類の紛争状況に対して」は権限を有している専門家の判断が決定的であると主張する。したがって、危険が存在するかどうかは、たとえば、「火の危険に対しては職業消防士が、建造物設計の危険に対しては構造力学専門家が、病気に対しては医師がというように」決定すべきである。危険判断のさらなる客観化を要求するのは、Blei と Lencker である。Blei によれば、危険の存在は、「（行為者の特別の知識をも含めて）あらゆる現在の知識を把握し、そして、その判断の根拠にすることができる」専門的な知識に依拠しなければならぬと主張する。同様に、Lencker は、「行為の時点で、人間の全経験的知識」を考慮に入れるべきであるとする。そこから、彼は、「予測の基礎に現在のものとして置かれている事情（たとえば、病気の状態）が、実際に備わっていないなければならない」という要求を導き、Blei よりも一層危険判断の客観化を推し進める。

14 争いの意味は、ここで主張された見解によれば、実際上の帰結に対して重要性を持たないことになり、それ故に相対化される。というのは、社会生活上客観的に要求される注意義務に違反することなく、自らの緊急避難行為に際して危険を受け入れる者の行為は、いかなる場合であつても適法だからである。Schaffstein によれば、この場合、危険は実際に存在しているということになる。その他の学説は、それぞれの基準に従って、場合によっては、誤想避難が認められるに過ぎないとする。しかしながら、誤想避難は故意を阻却し、そして、行為無価値が欠けるために過失も認められず、それ故、誤想避難行為には違法性が欠ける。これらの学説の唯一の差異は、緊急避難を肯定すれば、端的に過失が否定される場合には、適法性判断と結びつけられていない侵害権を認めるということにある（第一四

章 Rn.109 参照)。しかし、この差異は何の効果も持っていない。というのは、侵害権の欠如は、緊急避難行為によって被害を被った者が、より良い専門的な知識あるいは具体的な特別の知識に基づいて、危険な状況にないことを認識した場合であっても、三四条の寛大な基準に従って抵抗することが許されるという結論に導かれざるを得ないからである。とはいえ、侵害権が肯定される場合であっても、被害を被った者は例外的にこのことを許容しているに過ぎない。不確実な事情あるいは将来の事情を考慮に入れた正当化事由においては、正当な行為からその根拠を除去してしまうような事実関係についての特別の知識を有している場合、侵害権はそれ自体として存在しているにもかかわらず、三四条によって慎重な対抗措置が保障されているに過ぎないのであり、このことは、すでに詳述されている（前述第一四章 Rn.106）。

15 依然として存在する、危険判断についての適切な基準をめぐる論争に対する最良の決定は、専門家を必要とする状況にあつては、Jacobsと同様に、専門家の判断を追及することである。救助者がさまざまな生活領域から急いでかけつけた場合を想定してみると、一方の者に対しては、現実の緊急避難が、他方の者に対しては、誤想避難が存在するに過ぎないということになる。それ故、Schaffsteinによる行為者の「生活領域」への方向づけは、危険判断を極めて相対化することになる。また、LenckerとBleiによって支持された、危険判断を時代の「最高の知識」（したがって、たとえば、卓越した専門学者の知識）に結びつけることも実用的ではない。というのは、この最高の知識は、すべての学問的な認識の未解明性と不安定性において、ほとんど確定不可能だからである。危険判断に対して専門知識が何も役立たない場合（たとえば、ボートで転覆した者が海で泳ぐことができるかどうか明らかでないという、第一四章 Rn.89 において論じられた事例）には、Schaffsteinと同様に、「分別ある観察者」に目を向けなければなら

いであろう。分別ある観察者が、(転覆したボートの事例のように) 真に損害の発生の可能性を考慮に入れる場合には、危険を肯定しなければならぬ。また、Lancker とは異なつて、予測の基礎に現在のものとして置かれている事情(たとえば、ボートで転覆した者の水泳能力の欠如)が、実際に備わっていることが必要である。というのは、予測は、常に与えられた事情から発生し、それから必ずしも有意味的に切り離され得るものではないからである。たとえば、事故の被害者ができる予測は、常に認識することができるわけではない、緊急避難行為の際に、彼にすでに備わっている身体の状態に、広範囲にわたつて依存している。したがつて、認識不可能な現在の事情も、危険を基礎づけることができる。

16 危険の出所は重要ではない。それは、自然現象、災難、戦中戦後の混乱状態に起因するものであつても、また人間に由来するものであつてもよい(人間によつて惹き起こされた防衛的緊急避難について、RUGGE 参照)。確かに、現在の違法な侵害が存在する限りで、正当防衛(三二条)が介入するので、三四条に手を伸ばす必要はない。もっとも、この場合、考量は三二条に指示された基準に従う必要がある(第一四章 RUDING 参照)。同様に、物に由来する危険の場合には、民法二二八条において適切に表現された特別規定が先行する。

17 危険は、現在のものでなければならぬ。現在の危険は、正当防衛における急迫の侵害と同じではない(第一五章 RUDING 参照)。むしろ、危険の現在性は、少なくとも、未遂に近似しているものを前提とし(第一五章 RUDING)、また、なお現在と呼ぶことが許される侵害を、次のような二つの本質的な点において超えている。まず第一に、確かに、損害の発生が、いまださほどさし迫つてはいないものの、後になつてからでは、防衛の可能性がない、あるいは極めて

大きな危険を伴うにもかかわらず、その可能性がわずかである場合にも、危険は現在であるといえる。そのような危険は、原則的に、かつて緊急避難の原則に従って取り扱われた、医学的に適応した妊娠中絶の事例において存在する。たとえば、妊娠三ヶ月目に侵襲が行なわれたが、母親自身に対する危険は、出産の際にはじめて現実化するという場合である。というのは、すでにRGSt 61,255においても、それに対して措置を講じない場合には、「現在の危険という概念のもとでは、経産則上、自然的に発展すれば、傷害の発生が確実にさし迫ったものとして現れている状態が理解されなければならない」とされているからである。今日、目下の問題は、とりわけ、いわゆる予防的正当防衛（これについては、Rn 73ff.および第五章 Rn 72）である。違法な侵害が、いまだ急迫ではないが、近い将来そうなるであろうと思われるような場合にも、三四条の基準に従って予防措置を講じることが許される現在の危険がすでに存在しているといえる。

18 現在の危険が三二条における急迫の侵害を超えている第二の場合には、継続的危険の場合である。この概念は、すでに免責的緊急避難に対する古い判例によって展開され（RGSt 59,69,60,318; BGHSt 5,373のみ参照；これについては、第二章 Rn 17）、そして、特別の議論もなく、三五条によって、その限りでは表現を同じくする三四条に援用された。これによると、継続的危険とは、比較的長い時間継続し、常にいつ損害に変わり得るかかわらないような危険がさし迫った状況である。ただし、その際、損害が長い時間、いまだ出現しないという可能性は残されているといつてよからう。すでに緊急避難措置が講じられ得るそのような継続的危険は、たとえば、老朽化した家屋あるいは公共の利益にとつて有害な精神病者に認められる。いわゆる、のぞき魔事件（BGH NW 1979,2053）が新しい判例から具体例を提供する。すなわち、ある男が、何度も夜に、見知らぬ夫婦の住居に侵入し、彼らを恐怖に陥れたが、ついには逃

走の際、夫によって発砲され負傷したという事件である。ここで、発砲の時点においては、急迫の侵害が存在しないため、正当防衛は問題にならない。しかし、侵入者が再び姿を現す危険性があったので、彼は継続的危険を創り出している。その結果、三四条によって発砲の正当化を考慮に入れることが可能となった (Rn.75 参照)。

19 最後に、危険は、他の方法によっては回避することのできないものである必要がある。この要件は、正当防衛における必要性に対応し (第一五章 *Rn.75ff* 参照)、危険を回避するために用いられた手段が適切であり、自由に用いることができる複数の手段のうち最も穏やかな手段、すなわち、他人の法益をわずかにしか侵害しない手段でなければならぬということの意味する。正当防衛の場合とは異なり、この場合、すべての達成可能な救助が、危険を回避するために他人の法益に対する侵害が許されることになる前の段階で講じられなければならない。というのは、緊急避難の場合、危険の除去だけが重要なのであって、必ずしも法の確証は重要ではないからである。他人の法益に不必要な侵害をしないために、手段の妥当性に厳しい評価が下されるべきである。もともと、損害が、確実性あるいは高い蓋然性をもって回避できないからといって、そのことだけで手段が不適切なものといわれるわけではない。したがって、重傷者が救助され得るかどうかが疑わしい場合であっても、制限速度を超えて彼を病院に搬送することは許される。しかし、規範違反は、少なくとも、より高い利益を保護する機会を測定可能な程度に高めなければならない。運転適格のない医師が三二六条に違反して患者のもとに車を運転して赴いた場合、医師が、酩酊のため適切な行為をする立場にない場合、この行為は、三四条によって正当化され得ない (OLG Koblenz MDR 1972.885)。さらに、たとえば、タクシーを利用することができたとするならば、車での走行は最も寛大な手段ではない。

20 法益を侵害された者の承諾を求めることができるような場合には、他の方法（つまり、より緩やかな手段）によって危険を回避することは許されない。それ故、人命の救助のために、一六八条に違反して故人から臓器が摘出された場合には、利益考量が移植にとって有利な結果になるのであるから、あらかじめ故人の家族にその承諾を要請する必要はなくなるのである。確かに、LG Bonn IV 1971, 56は、ドイツにおいて初めて実施された肝移植について、これとは異なる判断を下してはいる。しかし、正当化を、事態を遅延させ、しかもしばしば、紛争を生み出すことにもなりかねない承諾の要求に依拠せしめるということは、承諾が拒否された場合であっても、いずれにせよ侵襲を実施することが許されているという意味で、承諾が重要でない場合には無意味である。また、法益主体への配慮も、この承諾の要件化を命じることはできない。なぜなら、合意の場合には、形式上、事前の照会が彼には無用なものであるように思われるし、拒否の場合には、明示的に表現された意思を無視することが彼にとって二重の苦痛となるからである。

21 救助のための侵害にとつて同程度に適切な複数の財を自由に処分することができ、しかも行為者が、それらの中から一つの財を選び出したような場合にも、緊急避難行為の必要性は欠けていない。したがって、電話をかけて事故現場に医師を呼び寄せるために、行為者が一二三条に違反して他人の家屋に侵入しなければならない場合、危険は、次のような理由から、他の方法で回避することはできないと考えられる。すなわち、彼はAの家屋であっても、またBの家屋であっても、いずれにせよ強制的に立ち入らなければならなかったはずだからである。危険を回避するために、他人の金銭が要求されなければならない場合、緊急避難行為者は自己のために、金銭調達の複数の可能性の中から一つの可能性を選択することができる。正当化は、「特殊な衝突関係」が必然的であることを理由に否定されるわけではなく、任意に金銭を調達することができるために、正当化が否定されるのである。むしろ、より寛大な行為と

は取り替えられ得ない、いずれの緊急避難行為も必要なのである。その危険は、——前述の事例において——第三者が、任意に自らの家屋あるいは金銭を使用することができる場合、あるいは緊急避難行為者が、危険を自らの法益あるいは受益者の法益を断念することによって回避可能である場合に、はじめて、他の方法をもって回避可能であるといえる。しかし、「近くに存在」する者の法益を用いることは、分別ある範囲においてのみ考慮することが許される。したがって、軽微な身体傷害を甘受しさえすれば、自力で緊急避難を排除し得る者は、それによって自らの健康を侵害することなしに危険の回避が可能となる場合には、第三者の財物を用いることが許される。

第三節 対立する利益の考量

一 考量の観点

22 法案審議の過程で、抽象的な財考量が利益考量の公式と取り替えられたので、具体的事例のすべての事情が、緊急避難行為の適法性あるいは違法性に関する判断に取り入れられなければならない。そのほか、三四条二文の相当性の公式を、一般にどの程度まで必要とするのかは、*pro se*において詳細に論ぜられる予定である。しかし、利益考量にとって重要なすべての要素が、すでに三四条一文の範囲で検討されることは明らかである。このような事情が、財考量説の場合には可能であったような緊急避難の正当化に対する画一的な公式の提供を不可能にする。それ故、考量に対する一連の指針の提示のみが可能となる。考量は、それよって絶対的に妥当するのではなく、どの考量も他の指針によって相対化され、補充される。それ故、その都度、具体的な事例に妥当するすべての指針が援用されるべきであり、そして、ある利益あるいは他の利益のために、その指針の意味が評価されるべきである。このような「部分的な」、あらゆる局面からすべての観点を検討するという手続きの結果として表現されるのは、原則として客観化可

能かつ同意可能な、ある利益あるいは他の利益の優位性である。もつとも、限界事例においては、別の判断者であれば、おそらくは異なった判断をするのであるような決定の一部も、そこに入り込んでいるだろう。しかし、これは緊急避難考量の特殊性ではなく、法が評価的な決定を要求するところでは常に認められている。

a) 法定刑の比較

23 超法規的緊急避難を世に知らしめた RGSi 61.242 判決において、「財考量の際に、法益保護のために公布された現行法の刑罰威嚇の中に、一般的に表現されている価値判断から出発すべきである」(S.25f) という原則が打ち立てられた。ところで、確かに法益の考量は、包括的な利益考量の場合には、今日、——もちろん、重要で、かつ三四条において明文をもつて際立たせられている——単なる要素に過ぎないが、その場合であっても、刑罰威嚇の比較は、いまだに重要なよりどころである。実際、一方では、二二一条、二二二条の、他方では、二二八条の法定刑の比較は、立法者がいまだ生まれていない子供よりも、すでに生まれた子供の生存権を高く評価することを示している。人命を救助する目的で、死者から遺族の意思に反して臓器を摘出しなければならぬ場合、二二二条、一六八条の法定刑に注目すれば、人命を保全するための必要性は、死体の無傷性に対する利益よりも優遇されるべきであることになる。二二三条、一七七条の刑罰威嚇は、強姦を阻止するため、他人の住居権を侵害した者は、緊急避難によって正当化されるという推論を許容する。ここで述べられたような事例は、容易に追加可能である。

24 しかし、この観点を過大評価することは許されない。一般的な人格権や財産のような多くの緊急避難適格のある法益は、刑法上、それ故に一般的ではなく、一定の性質を持った侵害に対してのみ保護される。刑罰威嚇は、侵害

の態様によって本質的に規定されているものなので、その場合には、刑罰による保護の領域において、刑罰威嚇は、法益の価値に対する確実な推論を許すものではない。しかし、刑罰威嚇が欠けている場合、このことは、しばしば法益の価値の低廉性ではなく、刑法の補充性、すなわち、立法者が、他の方法で十分に保護できると考えているというに基づいている。それ故、同業者組合の組合長が、遺族年金の不当な支払い、すなわち、数十万マルクの財産的損害を回避するために、一六八条に違反して死亡した組合員から採血させた場合、家族の死者に対する畏敬の念は刑罰規定によって保護されているにもかかわらず、この措置の正当化は、具体的な事例における財産が刑罰によって保護されていないという理由で、否定されるべきではない (OLG Frankfurt NJW 1975,271;1977,859)。さらに、法定刑の比較は、刑罰威嚇は、中程度の犯罪領域においてほとんど差がなく、しかも、明確な優位的傾向を認識させるものではないから、単に制限された意味を持っているに過ぎない。

b) 法益の価値の格差

25 法益考量の重要性は限定されているのであるから、法定刑の比較を、三つの命題に定式化可能な、法益の価値関係に関する一般原則によって補充しなければならないであろう。秩序規定は、具体的な侵害に対する保護の背後に退く。人格的価値は物的財よりも優先されるべきである。身体と生命の保護は、他の人格的価値あるいは超個人的な法益の保護に対してもよりも高次の利益性を基礎づける。

26 したがって、たとえば、営業時間外の販売によって、少なからず物的損害が避けられる場合、閉店時間に関する法律の侵害は正当化されるであろう (原則一)。二二三条と三〇四条の法定刑は一致しているが、公共物の損壊によつ

てのみ、健康侵害が回避され得る場合には、その損壊行為は、通常、許される（原則二）。精神病あるいはてんかん患者が自動車交通へ関与することによって、他人の生命を深刻な危険に晒した場合、医師がこのことを当局に報告するという守秘義務（二〇三条一項一号）違反は、それが、危険を除去するための唯一の方法である限り、三四条によって正当化される（BGH NJW 1968, 2288; OLG München MDR 1956, 556; 原則三）。重い身体傷害を避けるために必要な梅毒感染に対する警告もまた、医師の守秘義務違反を正当化することができる（RGSt 38, 62）。同様のことは、HIV感染者が、他人を危険に晒した場合（「麻薬中毒者同士が共通の注射針を使って、同性愛者として、あるいは体液のドナーとして」であるにせよ）にも妥当する。感染者が危険に晒された者に情報の伝達を拒否した場合、守秘義務に違反した医師は三四条によってカバーされる。さらに、他の道路使用者に、直接さし迫った危険を回避するために、酒に酔った運転手からエンジンキーを取り上げた場合、強要罪（二四〇条）は正当化的緊急避難によってカバーされている（OLG Koblenz NJW 1963, 1991）。追跡を受けている亡命志願者を逃走させる場合、偽造パスポートの不可避的な使用も三四条によって正当化されている（AG München StrV 1988, 306）。

27 もっとも、これらの原則は、必ずしも確固たるものとして妥当するわけではない。とりわけ、高価な物的価値を救うため（たとえば、火災の際）、人格権への軽微な侵害（たとえば、強要あるは軽微な身体傷害）は許容され得る。すでに一六八条が財産の保護の背後に退いている事例を指摘した（Rn 24）。人命の救助でさえ、例外なく高次の利益性を基礎づけるものではない。たとえば、テロリストが、人質を保護するためとして、多数の重要な国家利益の広範な侵害を要求する場合、人質の生命は、いかなる場合でも優位であるとは限らない。

c) 法益侵害の強さ

28 具体的な利益考量と法益の抽象的な価値関係とが矛盾する (Rn 27) 結論に至る例外は、法益の価値のほかに、現実の紛争状況において、その法益にさし迫っている侵害の大きさも、考量において本質的な役割を演じるという原則が示される。人間の自由それ自体が、物的所有権よりも価値の高い法益であっても、確かに、突然の、何の影響もない数人間の自由の剥奪、すなわち、二二三九条において保護された法益の極めて軽微な侵害は、非常に高次の物的損害を阻止するために、三四条によって正当化されなければならない。法益が抽象的に重要な価値の差異を示さない場合、次の例で示されるような、さし迫った侵害の強さも、考量に対して決定的なものとなることもあり得よう。たとえば、交通事故に関与した者が、時間の浪費によって、商売上の損失を見込まなければならないので、待機義務(一四二条)に違反した場合には、この義務と一四二条によって保護された事故に関与した者の利益の保全と増加に対する利益とが対立している。これらは、概して、同価値の法益である。その結果、考量は連邦裁判所、具体的な損害の大きさに依拠させられることになる。正当にも、シュトゥットガルト高等裁判所 (MDR 1956, 245) は、「他人を確定するという利益と比べて…、極めて重要で、かつ急を要する場合は別だが」、事故現場から離れることを正当化するための根拠としては、事故に関与した者の「さし迫った…: 商売上の要件」では足りないとしている。上で挙げられた例のように、同じ法益が脅かされている場合、もちろん、法益侵害の程度は、本質的に重要な役割を演じている。連邦裁判所も、同種ではあるが、非常に異なった規模の経済的な損失(ここでは、資金を双方とも危険に晒すこと)が対立している場合、正当化的緊急避難の可能性を認めた (BGHSt 12, 299)。

d) 生命对生命の考量不可能

29 もっとも、人間の生命という法益は重要であるから、数量化は許されない。基本法一条、二条および三条からすでに明らかのように、法の前にいかなる生命も平等である。すなわち、格差のある「生命価値」は存在しない。したがって、たとえば、医師が、遅れて病院に運び込まれた七〇%の延命可能性を有する患者を救おうとして、延命可能性が三〇%に過ぎない患者から病院に一つしかない人工呼吸器を取り外し、そうすることで、彼を死神に委ねた場合、三四条による正当化は不可能である。同様に、医師が、死期のさし迫った患者のために、延命をもたらし得るかもしれない臓器を摘出しようと、余命幾ばくもない別の患者を殺害した場合、それは違法である。さらに、価値の高い生命とさほど高くない生命という区別を設けることは、決して許されるべきではない。したがって、ノーベル賞受賞者を救助するために精神薄弱者を、力強い若者を救うために老人を、価値の高い生命を保護するために社会的に有害な犯罪者を、それぞれ犠牲にすることも許されるべきではない。国家社会主義者によって宣伝された「生きる価値のない生命」というカテゴリーを、単に生命緊急避難の極端な場合としてのみ承認した場合、非人間的な行為へと導く。したがって、これは、今日、原則的に誰からも承認されていない。

30 対立している人間の生命の数によって考量することも許されない。Weizelは、運転手のいない貨物車が満員の旅客列車に向かって走行しているのを目撃した踏切番は、多くの人々が死亡するのを回避するためにその寸前で旅客列車を、いずれにしても複数の保線作業員が轢き殺されてしまう待避線へと迂回させたという踏切番の事例を想定している。同様に、多くの人々を救助するために、数名の罪のない人を犠牲にすることは、法の前に存続することはできない。ギャング団あるいはテロ集団が、「もし拒否した場合には、一〇〇人も罪のない人を射殺するぞ」と脅して、ある者の殺害を要求してきた場合、その殺害行為は違法以外の何ものでもない。

31 しかし、人間の生命の考量不可能性の原則は、いわゆる危険共同体の事例においても維持できるものであるのが、さかんに議論されている。さまざまなバリエーションの中に現れる基本的状況は、同じ危険に陥っている複数人のうち、さもなくば全員が死に至るということを回避するために、一人が殺される、あるいは数名が犠牲になるというものである。五つの主として議論されている事例のうち、はじめに三つの講壇事例として記述されるのは、次のものである。まず、「登山家の事例」がある。すなわち、一本のザイルでつながれた二人の登山家のうち、一方の者が転落した場合に、他方の者が彼を支えることができず、一緒に転落することを避けるために、ザイルを切り離したというものである。また、「気球の事例」がある。すなわち、ゴンドラの中に A と B がいるが、そのゴンドラは、一人しか持ちこたえることができず墜落するおそれがあるため、A は B をゴンドラの外へ投げ捨て、助かったというものである。これに非常に類似したものとして、「フェリーの船長の事例」がある。すなわち、子供たちを流れの激しい川の対岸へ渡すフェリーに浸水があり、しかも重量超過のため、沈没するおそれがあった。そのため、子供たち全員が一緒に死へと向かっている。それ故、フェリーの船長は、数名の子供たちを死んでもかまわないと、川の中へ突き落とし、それによって残りの子供たちが救われたというものである。歴史的には、「ミニヨネット号事件」がある。すなわち、嵐の中で沈没したイギリスの客船「ミニヨネット号」の乗組員が、食糧なしで二〇日もの間、避難船の中で公海上を漂流し、そして、飢え死にするおそれがあった。それ故、船長は、今にも死にそうな見習い船員を殺害した。乗組員は、後に、彼らが救助船によって発見され救助されるまで、死体の血と肉から栄養を摂取し、それによって命を守ったというものである。そして、最も時宜にならなっているのが、「安楽死の事例」である。すなわち、ヒトラー政権時代、医師たちは、仮に、彼らが拒否した場合には、政権の手先らによって、すべての患者が殺害されてしまう

のではないかと考えて、勤務している施設に収容されている数名の精神病患者の殺害に協力したというものである。

32 このような事例において——一部は制限つきで——正当化が可能であると考える学者が少なからずいる。このことは、ほとんどの場合、さもなくば避けられない大きな災いを減少させることはできず、それ故、そのような行為を禁止できないという思考によって基礎づけられている。「理性的な法は、二人の生命の救助が不可能である場合、少なくとも一人の生命が救助されるということ禁止することはできない」。Oleは、「チャンスの僥倖」の原理を展開する。これによると、ある者が他人の生きるチャンスを僥倖する（すなわち、否定する）ということは、決して三四条によっては正当化することはできない。これに対して、緊急避難行為者が、いかなる救助のチャンスをも不当に自分のものにはしていない場合、殺害された者は、いずれにせよ生きる望みがないのであるから、正当化される。このことは、共同防衛の事例において、場合によっては、人間の殺害をも正当化する。Mangakisは、そのような状況において「実存の不合理性」が、どの行為態様も「同時に、間違いと全く同じように正しい」ものとして現出させるといふ熟慮とともに、類似した解決に至っている。それ故、法が「個々人の良心に決定を委ねなければならない」。このことは、個々人によって、具体的に良心的に下された決定を正当なものとして、それ故、合法的なものと認める。Eberhard Schmidtは、たとえば、登山家の事例における被害者が、すでに運命によって死期の迫ったものとして「描かれて」いる場合を他の場合と区別し、正当化を許容するとしている一方で、たとえば、安楽死の事例のように、行為者が危険に晒された者たちの大きな集団から被害者を選び出さなければならぬ場合、正当化を許容していない。

33 これに対して、通説は、危険共同体も生命の考量を正当化しないという原則に固執する。それに従えば、Rn31

で叙述されたすべての事例において、行為者は違法な行為をした者であるという結論にならざるを得ない。しばしばこの結論は、そのような状況において、緊急避難行為者に、より高次の利益を認めるという目的合理的な思考に対して、人間の生命を考量し計算することを禁止する価値合理的な倫理に基礎づけられた思考が漁夫の利を得ることができるようにと、その理由づけがなされている。「…複数の人命が、共通の危険に陥っている場合、総計算の中の単なる計算項目として人命を考慮することは、道徳的な感情にそぐわない」。「それに対して、法的価値が単に有益価値しかない、というよりはむしろ、法を基礎づけることを、われわれの文化圏の道徳的な基本的確信…において、意識している法的思考…は、そのような（つまり、合理的に目的を考慮することによって定められた）考察の方法では、満足することはできない」。連邦裁判所 (N.W. 1953:514) も、「キリスト教倫理学から定められた文化的見解…に矛盾するのは、人間の生命が危険に晒されている場合に、比較的小さな害悪という物的価値の保全にとつて相当な基本命題を用いること、および行為の法的無価値を社会の全体的結果に従つて考量することである」としている。しかし、これは、反対意見を完全に正当に評価しているわけではない。というのは、この意見は、人間の生命を可能な限り保全するつもりであるため、そこでは、純然たる有益性だけではなく、生命を保護することの倫理的価値をも援用しているからである。

34 それにもかかわらず、正当化を拒否することは、詳しくいうと、原理的および実践的な理由から、正当である。原理的な熟慮は、いずれにせよ、助かる見込みのない者を殺害することも、彼の生命の独断的な短縮であるということにある。それを許容するのであれば、死期のさし迫った者の生命も法秩序によって保護されているという原則が放棄されることになりかねない。たとえば、臓器移植によって、他の人間を生き長らえさせるために、ある瀕死の状態

にある者を殺害することが、なぜ、共同防衛以外でも許容されるべきではないのか、納得のいく説明はできないであろう。ここでは、早めに手が打たれるべきである。そこから、否定された生命に、なお期待された生の継続期間に従って区別することには意味がない。すなわち、被害者が、まだ、分、時、あるいは日という単位で、生きることができただかどうかは、（しばしば解決不可能な、経験的な確認の問題を除いて）区別することはできない。

35 実践的な理由は、数学的に確実に死に至るといふ観念は、思考上の産物に過ぎないという点に求められる。現実において、確信をもつて、どんなことが起こるのであるかを知ることなどできない。見かけ上、医師にも見捨てられたような人が、「奇跡によって」救われるというよく知られた事例は、日々生じている。安楽死の事例を考えてみよう。すべての医師が、殺害計画への協力を徹底して拒否した場合、本当に、すべての入院患者が殺害されたであろうと結論づけることは、推測に基づいて認められるものに過ぎない。また、危険に陥っている者は、後に誤りであったと証明されることはないであろうという予測を立てがちであると同時に、運命を共にする仲間を犠牲にして、自らの生命を守ることは許されているという予測を立てる傾向がある。そのような自力救済的な傾向を刑法は援助しない。

36 したがって、危険共同体における生命の衝突を、法的に自由な領域へと追放するという学説も、拒否されるべきである（詳しくは、第四章 Rn.25ff 参照）。それは、殺害の禁止を取り消すことによつて、正当化に反対して提起されたのと同じ反論に晒されている。確かに、避けられない生命の衝突の領域における殺害の場合、法律上の免責あるいは超法規的な免責が問題となり得るか否かは、明らかでない。それについては、該当箇所を取り扱われるべきことにならう（第二章 Rn.142ff.）。

37 また、意図的な生命の短縮を拒否するということは、人間の生命そのものを三四条の領域におけるあらゆる考量から取り上げることまでをも述べているわけではない。ある危殆化の甘受は、価値の高い法益の（とりわけ、生命の）救助が重要である場合、さし迫った危険の程度 (Rn.38ff.) の観点と同時に、特別の危険負担義務 (Rn.56f.) あるいは不法の側での行為 (Rn.58ff.) の観点のもとでも可能である。ある事例においては、故意に人を殺害することとさえも、三四条によって正当化され得る。すなわち、防衛的緊急避難の事例である (Rn.63ff.)。しかし、これらすべての事例においては、(生命の期間やその価値に従った) 人間の生命それ自体のさまざまな評価が、ではなく、秤皿を正当化の側に傾かせる追加の要素が重要である。

e) 急迫の危険の程度

38 この観点は、法文それ自体で強調されている。明らかに、對抗的にさし迫った損害の大きさと並んで、その発生ほどの程度あり得るのかという問いも、考量の際に考慮されなければならない。何もしないでおけば、確実に発生する損害から身を守るため、他人の法益をほんのわずかに危険に晒すだけの救助行為を行う者は、原則的に、著しく優越している利益を守ることになる。とりわけ、これは、若干の緊急性を持った具体的な危険から身を守るため、単に抽象的危殆化が甘受されなければならないという場合であろう。このような状況については、立法者も考えている。一九六二年草案の理由書は、原則的に、「個人の直接さし迫った侵害を防ぐという利益は、たとえその規定が個人の保護よりも高次の価値に役立つ場合であったとしても、抽象的な危険を防止するために公布された規定に対する違反を正当化する」ことになると強調する。実務的に、この問題は、今日、ほとんどが秩序違反行為である道路交通違反

において大きな役割を演じている。秩序違反法一六条は、三四条に完全に一致するので、秩序違反法一六条による正当化は、以下の叙述に取り込まれている。

39 ある自動車運転手が、先行して走っている貨物トラックの二重タイヤの間に、レンガが挟まっているのを発見し、それ故、そのトラックの運転手に警告するために、制限速度を超過してトラックを追い越したというような事例がすでに数件存在する。この事例は、緊急避難によって正当化された（OLG Düsseldorf VRS 30 [1966] 39; NJW 1970, 674）。というのは、そのレンガが走行中に投げ出され、そして、重大な損害を惹起する危険が、一時的な速度超過の危険よりも非常に大きいからであった。同様に、速度超過運転が、治療を要する重篤な患者を病院へ搬送するために必要である場合にも許容される（OLG Schleswig VRS 30 [1966] 463; BayObLG NZV 1991, 81; OLG Hamm NSZ 1996, 344）。遅延によって重大な損害が患者にさし迫っている場合（その場合のみ）、禁じられている速度が内に孕んでいる抽象的危険化が希釈される。ある者が、事故に遭った者を救助するために、他の者を具体的に危険に晒した場合、考量は反対の結果になる。OLG Karlsruhe VRS 46 [1974] 275 の事例において、ある男が、自殺未遂によって、その生命の危険に陥った女友達を救助するために、他の交通関与者がその損害をほとんど避けられないと思われる方法、すなわち、「いくつかの交差点を、赤信号で、しかも高速度で」通過した。これは、具体的には死亡事故にはならなかったのであるが、死亡事故に至らない場合であっても、正当化されるべきではないであろう。これに対して、損傷を受けた車で、逆走してアウトバーンから下りるといふ、それ自体禁止されている行為も、それによってしか重大な欠陥の可能性のある乗り物を継ぐことから生ずる「身体、生命および財産に対する」直接の危険を回避することができない場合には、正当化される（OLG Köln VRS 59 [1980] 53）。

40 三二六条に違反する救助運転が特別の問題を提供する。道路交通における酩酊は、抽象的危険犯であるので、ある者が、酒に酔っているにもかかわらず、負傷者を病院へ搬送する、あるいは救助の目的で、事故現場へ赴く場合 (OLG Hamm VRS [1961], 232)、正当化は、門前払いされているわけではない。しかし、第一に、その際、酒に酔った運転手が、それにもかかわらず、具体的危殆化を発生させないように、自動車を運転することができるということが条件である。そして、第二に、飲酒運転が、危険の回避にとって必要であるなどということは稀であり、この点が考慮されるべきである。ほとんどの事例において、医師あるいは警察を電話で呼び寄せることが可能であり、そして、それで十分であるだろう。また、しばしば、自転車の代わりに、タクシーを使用することも可能である。この場合、飲酒運転の正当化は問題外であり、それ故、三四条によって正当化されることはまずない。

f) 自立原則

41 さらに、個人的法益へのあらゆる侵害において重要な考量の観点から、第三者に向けられた攻撃的緊急避難が、法益の担い手の自己決定権 (自立性) を侵害していることである。この要素は、侵害財の有利に、保全財の不利に作用するものでなければならぬ。この思考は、他人の物的所有権の侵害を、正当化的攻撃的緊急避難として規定する民法九〇四条の中に実定法的に表現されている。純粋な財の考量だけの次元でみれば、保全される法益が侵害される法益よりも価値が高い場合、明らかに正当化されなければならないはずである。立法者が、そうすることの代わりに、さし迫った損害が、惹起された損害に対して「不均衡なほどに大きいもの」であることを要求する場合、それは、自立原則に基づいている。自己の領域が侵害された第三者は、物的損害を被っただけでなく、自立性の自由をも侵害さ

れているので、保全財が侵害財よりも極めて価値が高い場合にのみ、彼の主張は正当化され得る。

42 上で述べたすべてのことが、三四条の正当化的緊急避難にも妥当する。確かに、対立している法益が同質的であるからといって、正当化が否定されるわけではない。それ故、BGHSt 12/299は、保全財と侵害財が、それぞれ八〇〇〇マルク対五〇〇〇マルクという価値関係にあるということが、正当化にとって十分であるとしている。そうであるならば両者の差がもつと小さい場合には、許されないことになるのであろうか。非常に重い侵害を阻止するために小さな侵害を与えることは許される。しかし、重い侵害を回避するために、中程度の侵害を惹起することは許されていない。さらに、三四条を援用して、責任能力のある患者が承諾することを拒絶しているにもかかわらず、生存のために必要な手術を実施することは許されない。また、生命を救う目的は、第三者に重大な侵害を与えることを容認していない。人間の生命が、他人の腎臓を犠牲にすることによってしか保全され得ない場合、もちろん、生きていないドナーの同意のある移植は許されるが、ドナーの意思に反する移植は許されない。それにもかかわらず、手術によって腎臓を摘出することは、救助される者の生命を保全するという利益の優越性が認められないほどの被害者の人格権と身体の不可侵性に対する重大な侵害である。

43 それどころか、通説は、さらに厳格である。しばしば議論され、しかも最初、Galligによって挙げられた、ある者が具体的な危険状況において、ただ一人必要な血液型を有しているにもかかわらず、生命を救助するための供血を拒否したという事例において、そのような侵害は危険がなく、また重大でないにもかかわらず、通説は、医師による強制採血ですら許されないと主張する。したがって、自由意思による提供者が見つからない場合、患者を死なせるこ

とが必要になるというべきである。ここでは、人格的自立性に対するわずかな強制侵害であっても人間の尊厳に違反し、それ故に、生命を保全するという利益の優越性を否定するほどの高次の価値が認められる。一九六二年草案の理由書もこの観点を採用した。理由書は、「自由権と答責的道德的な決定を越えて他人を強制し、仮に、望ましいものであっても、彼の身体を目的達成のための単なる手段として用いることは」、「人間の尊厳と矛盾する」としている。

44 しかし、それに従うべきではない。というのは、他人の法益を保護するための身体に対する軽微な強制侵害は、どんな場合であっても、人間の尊厳に違反するという結論は正しくないからである。種痘法はこれを証明している。刑事訴訟法八一条 a 一項二、八一条 c および民事訴訟法三七二条 a によれば、比較的軽微な犯罪の解明のためであっても、あるいは血統の確認のためであっても、強制的に採血することが許容されている！連邦憲法裁判所は、この規定の合憲性を認めている (BYERLE 5:13:16, 194:17, 108)。この観点から、類似した侵害が人間の生命を救助することに役立つ場合、その許容性は否定されない。Wessels は、強制侵害それ自体が、人間の尊厳に違反するものであるとの主張を、いまだ基礎づけることのできない主張とは認めているが、採血のための侵害は、「医療—技術的な補助手段」の意味しか持ち得ないのに対して、供血の場合には、個人の自己の倫理的決断に委ねられなければならないような「価値にかかった、仲間による親切心に基づく行為」が重要であるとしている。しかし、これは説得力もない。というのは、道徳的な行いを強制することはできないとしても、なぜ、採血が、少なくとも「医療—技術的な補助手段」として、生命救助のために用いられることが許されるべきではないのであろうか？その上、三三三条 c が、救助は、強制可能であるということを示している。正当にも、Jacobs は、「侵害の被害者（つまり、被採血者）に実現された損失は、たとえば、刑法三三三条 c による緊急状態下の救助行為に伴う損失と区別されることは許されない」と述べている。

したがって、自分自身の身体についての自立性は、より高次の価値をも持っているが、だからといって、考量が全く禁止されているわけではない。

45 これに対して、たとえば、腎臓病のBの生命を助けるために、Aが九か月もの間、強制的にBの血液循環に直接つながれているということは、度を越している。というのは、自立原則によれば、このような著しい侵害の場合、生きたまま人工透析器具として使用されるというAの犠牲において生き延びるといふBの利益は、AはBの保証者ではないのであるから、煩わされないでいるというAの利益を、必ずしも著しく優越していないという結論が導かれるからである。これに対して、誤っているのは、Bの人間の尊厳が、利益考量の範囲において、「針穴をあけられた」Aの身体の無傷性に対する利益に優越しているという結論に至ることを禁止することである。しかし、その行為は三四条二文の意味において相当な手段ではない。というのは、関係法益の抽象的な評価ではなく、救助義務のないAの領域の侵害の許容性が重要だからである。また、相当性条項も人間の尊厳の要請に逆らうことはできない。

g) 法律の規定

46 考量にとって決定的な要素には、しばしば、三四条以外の法律の規定の中に現れている評価もある。これは、さしあたり、三四条と他の考量規範との関係にとって重要である。特別の正当化事由の中に現れている考量が、三四条に立ち戻ることによって、弱体化されることは許されないという点については、すでに（第一章 Rn 47ff.）詳細に述べられている。したがって、特別許可の中で起こり得る紛争状況がすでに考慮されている場合、その申請が許可された場合であっても、三四条を援用しての封鎖された道路の走行は許されない（BayObLG JR 1956, 307）。禁猟期

間中に猟をするのは、三四条によつては正当化されないだろう。なぜなら、州の狩猟法は、ここで処理されるべき考量を、すでに行っているからである (BayOBLG NJW 1953,1563)。警察が薬物犯罪の捜査に際して、刑事訴訟法一〇二条中を無視して、他人の住居に侵入した場合、その行為は緊急避難によつてはカバーされない (これと結論を異にするものとして、OLG München NJW 1972,2275)。というのは、立法者は、刑事訴訟法一〇二条中において、立法者が、国家の刑事訴追と被疑者の自由の利益との間における紛争について、どのような考慮が彼の意思に合致するかを規定し、それに拘束力を付与しているからである。一九七五年から七六年にかけてシユタムハイムにおいて、大臣の指示に基づいて、弁護士と未決勾留中の依頼者との会話が二〇一条に違反して盗聴されたが、それは、三四条によつては正当化されない。というのは、立法者は、どのような監督措置が許容されるかを、すでに刑事訴訟法一四八条において、慎重に検討し決定しているからである。

47 もっとも、さし迫った危険が考量において、法律の特別規定に受け入れられないほど過度であり典型的でない場合には、例外的に、三四条との関連づけを許容しなければならないだろう。したがって、たとえば、弁護士と被疑者との間の接見交通を刑事訴訟法一四八条で規定する場合、確かに立法者は、個々の事例において、その際の会話によつて、刑を無効にする行為、文書の隠匿、宣誓違反あるいは有罪判決を阻止するための他の犯罪の計画に至り得るということを甘受している。すなわち、三四条を使つてそれを防止することはできない。しかし、具体的にさし迫った謀殺行為を阻止するために、それが必要である場合、盗聴を三四条に依拠させることは許されるだろう。というのは、そのような出来事は、刑事訴訟法一四八条において考慮された可能性の外にあるからである。この観点をもとにしてのみ、Schleyer 事件において、刑事訴訟法一四八条に違反する「接触禁止」を正当化するために、三四条を援用する

こともできる（BGHSt 22/260）。しかし、この事例においては、協力を惜しまない国選弁護人を任命することができるので、思い切った措置が必ずしも必要ではなく、そのために正当化は否定された。

48 例外的に、特別規範に規定された法律上の侵害の諸要件を無視しても、緊急避難行為者の行為が、被害者の利益のために、さもなければ必要とされる侵害を緩和する作用をもたらすことができな場合にも、三四条によって正当化することができるであろう。たとえば、BGH 13/197には、子供たちが、精神障害のある母親が、発作の間、家から逃走しないようにと、あるいは、さらなる損害の惹起を阻止するために、一時的に監禁したという事例がある。三四条による二三九条違反の正当化は、緊急避難規定の助けを借りて、自力行為によつては回避することは許されない禁治産手続き（旧民法一八九六条^中、現行民法一八〇〇条、一六三二条一項参照）が、精神病者に対する自由の剥奪を予定している（今日では、民法一八九六条^中および一九〇六条が、一九九〇年九月一二日の看護法の条文において関連する）ことと矛盾する。連邦裁判所によつて正当化のために主張された「家族による自力救済」は「国家による統制と取り締まり」（S.201f.）を受けることは許されないと配慮は、それに対して無意味である。というのは、禁治産手続きは、まさに、家族が、精神病者であるとみなした家族の一員を、法的な統制なしに監禁することを阻止すべきだからである。しかし、禁治産手続きの広範囲に及ぶ身分と自由の制限を家族内部の保護措置によつて補うことは、その寛大な形式によつて、侵害の被害者自身に最も役に立つのであり、それ故に正当化され得る。

49 危険の除去は、侵害は甘受されなければならないということが、法秩序の相互関係から生ずる場合にも、三四条によつては正当化されない。有罪確定者は、たとえ、彼が無罪であったとしても、三四条を援用して看守に暴行を加

ることは明らかである。市民の不服従は、「公的に知らされた、倫理的・規範的に根拠づけられた抗議を目的とする手段、すなわち、意識的な規則侵害であり、その抗議は、平和的であり、そして、抗議者は、その結論に対する責任を取る覚悟をしているもの」である。BVerfGE 73,206 (350) は、「示威的で、シンボリックな抗議によって、不幸な結果を招く決定、および倫理に違反するものと思われた決定に対処するために、市民の個々の重要な国家の決定に対する抵抗」とについて語っている。三四条による市民の不服従の正当化は、「他の方法によっては回避することのできない危険」という要件も否定されるべきであろう、ということとは別として、民主的な多数決の原理が原因によって否定される。すなわち、国家が、一定の措置（たとえば、軍備増強、原子力発電所の敷設など）を合法的な方法で決定する場合、犯罪行為（たとえば、強要、住居侵入、器物損壊）の遂行によって、この決定と戦うという市民の不服従に、三四条の意味における「著しく優越する利益」を、必ずしもまた同時に認めることはできない。国家は、それによって自己矛盾に陥り、そして、多数決の原則を無効にすることになるだろう。それと同じ理由から、Dreierによつて記された、考量を手段とする正当化を直接的に基本法五条および八条から導き出すという方法もまた、実行不可能である。しかしながら、個々の事例においては、超法規的な答責性阻却が問題となり得る（詳しくは、第二章 Rn.130ff.）。

h) 緊急避難状況の責任

51 今日、緊急避難状況の自招性は、三四条を援用することを否定しないという点で見解の一致をみている。古い文献の中には、Bindingの厳格なモットーに従っているものが少なくなかった。「自ら危険に陥った者は、そこで死す」というモットーは、自ら招いた緊急避難の場合には、あらゆる正当化の可能性を否定した。しかし、すでに、帝国裁

判所は、超法規的緊急避難についての基本的な判決において (RGSt 61, 242, 255)、自ら招いた緊急避難状況においても、免責的緊急避難 (現行三五条) の場合とは別様に、当時、すでに法律に規定されていた民法二二八条、九〇四条の事例が、緊急避難状況の非自招性を問題にしなかったということを理由として、正当化が許容されると言明した。新しい三四条も、三五条とは反対に非自招性の要件を含んでいない。この点について、正当化的緊急避難および免責的緊急避難は、それぞれ異なった取扱いがなされなければならないが、それは、法律の文言による場合は当然のこと、目的論的にも基礎づけられる。というのは、行為者が、三五条の場合には、何らかの違法行為、それ故、社会的に許されない行為を行っており、しかも、彼がその状況をさらに自招しているものであるから、いかなる免責も獲得し得ないのに対して、三四条の場合には、彼は緊急避難状況の自招性によって、その他の点で認められている著しい優越性が、簡単には失われないような利益の維持のために、行為しているのである。

52 多くの範例によれば、危険発生の自招性があるにもかかわらず、正当化は可能でなければならないと指摘されている。ある登山家が、その土地に明るい者の警告があつたが、ロッククライミングツアーを実施したところ、下山することができなくなった場合、それにもかかわらず、彼には重い凍傷にかかる危険から身を守るため、他人所有の山小屋に侵入することが許容されなければならない。そして、自殺志願者が入水自殺を図つたが、その後考え直した場合、ボートの所有者は、自殺志願者がそれを使って助かりたいと思つている場合、必ずしも次のような理由によって、それから彼を押しつけることは許されないのである。すなわち、自殺志願者は、緊急状況を自ら惹起し、しかも、そこで死んでもかまわないと思つているからである。実務においてしばしば起こる事例は、ある者が、交通事故を惹起したが、一四二条に違反して事故現場から逃走することによって、被害者による暴行を逃れたというものである。判

例によれば、この行為は三四条によって正当化される。同様に、アウトバーンからの退出時に、有責に誤認した結果、アウトバーン入口を出口として使用しようと思っただが、その後過ちに気がついて、それ自体禁止されているにもかかわらず、バックして戻ったという事例において、正当化が認められた（OLG Köln VRS 56[1979],63）。というのは、注意深くバックすることによって生じた危険は、入口に向かってさらに走り続けた、あるいはそこに停車した場合に生じたであろう危険よりも、著しく低いからである。自動車運転者が、その状況を自ら惹起したということは、危険の程度から生ずる考量に何ら変更を加えるものではない。多く議論されている「排泄物の事例」において、トラック運転手は、汚物を満載した車を、過失によって、舗装されていない農道へと導いた。車が脱輪し、横転するおそれがあるとき、運転手は、トラックに重大な損害を与えないように、旧廃棄物処理法四条一項、一八条一項一号に違反して、その所有者が荷を降ろすことに同意していなかった隣接する土地の上に荷を下ろし、荷台を空にした。運転手は、雇用者の著しい損害を回避するために行為したので、バイエルン州最高裁判所は、彼に正当化的緊急避難を認めず。緊急避難状況の自招性は、正当化を拒否するための理由とは考えられなかった。しかし、裁判所は、農道へ迂回するという不正な原因から、旧廃棄物処理法四条一項、一八条一項一号に対する過失に基づく違反の責任を導き出した（NJW 1978, 2046）。

53 このことは、もちろん、緊急避難状況の自招性が、利益考量に全く影響を与えないということを意味するものではない。というのは、利益の考量に際し、その抽象的な価値関係が重要なのではなく、具体的事例におけるその保護価値が重要だからである。そして、これにとつて、緊急避難状況の自招性は、いずれにせよ判決に取り込まれるべき観点なのである。決定的な意味は、「意図的な挑発」の場合に与えられるべきである。他人を犠牲にして、そこから

解放され得るために、あらかじめ熟慮して緊急避難状況を惹起した者は、その点を除けば、彼の利益が著しく優越している場合であっても正当化されない。その他の点では、行為者が、自分自身の危殆化だけを惹起したかどうか、あるいは、はじめから他人の法益の侵害によってのみそこから解放され得るだろうという必然性をも予見しているかどうかによって区別されるべきである。後者の場合は、考量に際し、前者の場合よりも、緊急避難行為者に重い負担が認められることになる。これに対して、緊急避難行為者の自招性は、彼が、第三者を危険に陥れて、そして、この者を他の第三者を犠牲にして救助した場合、考量の観点にはなり得ない。というのは、救助者の自招性から、危険に晒された者にとって、不利益が生ずることは許されないからである。

54 連邦裁判所によって判決の下された「轢き逃げの事例」(VSR 36 [1969] 23) が具体例を提供する。この事例は、行為者が、乗用車の運転手として未必の故意で交通事故を惹起し、それに引き続き、当初から危惧されていた暴行を逃れるために、一四二条に違反して逃走したというものである。原則的に、判例は、この場合、実際は三四条の場合であるとしている (Rn. 52, 68 参照)。しかし、この状況のように、確かに行為者は、意図的ではないが、しかし、未必の故意で、危険もまた、その結果として生じた法益侵害的な「救助」も彼の計画の中に取り込んでいたとするならば、彼の身体の完全性の利益は、侵害された被害者の身柄の確保の利益より、もはや著しく優越したものではない。このことは、彼が暴行に身を委ねなければならぬことを意味するものではない。というのは、彼は、自らの正当防衛権を保持しているからである。もつとも、彼は、わかっているが、自分自身の危険を惹起したのであるから、その危険に身を晒さなければならぬ。正当にも、連邦裁判所 (MSZ 1989, 43ff.) は、考量の際に、「緊急避難状況は、行為の被害者ではなく、被告人自身による納屋への違法な侵入とその放火によって惹起された」という点を

も考慮しようとしている。他方で、排泄物の事例（Rn.52）において、トラック運転手の責任は、考量の際に問題とはならない。なぜなら、危殆化された車は、彼ではなく彼の雇用主の所有に属しているからである。確かに、これは、場合によっては、従業員の責任とされなければならないが、危険状況の惹起が、従業員の権限領域にある場合にのみ妥当する。しかし、この事例では、それは問題になり得ない。

55 しばしば、緊急避難行為の正当化にもかかわらず、緊急避難行為者の刑法上の責任は、自らの事前行為から、原因において違法な行為の原則に従って導き出される。これは、正当防衛の場合と類似の問題であり（第一五章 Rn.64,70）、そして、この法形象に対して提起された異議が、ここでもまた部分的に妥当する。しかし、それを別にして、原則的に、処罰を事前行為に結びつけることは、すでに構成要件固有の行為を要求し、単なる結果の惹起を要求しない構成要件の構造を理由に否定される。それ故、たとえば、轢き逃げの事例（Rn.57）において、事故を惹起することを、すでに、轢き逃げの着手と考えることは不可能である。「緊急避難状況を創りだすことによって、後の逃走行為およびその結果に対する原因の設定は、まさにそれ自体としては、いまだ『交通事故後の逃走』でもなければ、『事故現場からの離脱』でもない」からである。不当にも、バイエルン州最高裁判所は、排泄物の事例においてもまた、旧廃棄物処理法四条一項、一八条一項一号によって次の点に過失行為があったとしている。すなわち、緊急避難行為者が、「トラックでの走行が、その性質上、全く不適切であるような道路へと向けた」[NJW 1978,204]という点である。というのは、農道を走行することは、「ごみの廃棄」という構成要件のもとには包摂し得ないからである。それを包摂しようとするれば、それは、類推解釈の禁止に違反する！法政策的にも、原因において違法な行為は、全く賛同を得ていない。すなわち、行為者が、救助を行う際、確かに、救助行為を理由として正当化はされるが、彼の事前行為を理

由として処罰される、と心中で覚悟しなければならないとするならば、彼は罪を犯したくないので、救助行為をしなくなるだろう。法秩序にとつては、しかし、救助が、したがって、より価値の高い利益の保護が重要でなければならぬのであるから、その結果、原因において違法な行為を用いた処罰は、法秩序の本来の目的を妨げることになるであらう。

i) 特別の義務のある地位

56 三五条の免責の緊急避難の場合には、免責事情として、「行為者には、特別な法的關係に立つという理由で」、危険を甘受することが期待され得たという事情が、もつぱら明示的に強調される。同様に、一般に認められているように、この観点は、正当化的緊急避難の場合にも考慮されなければならない。すでに一九六二年草案の理由書は、「兵士あるいは消防士は、さまざまな場合において、有形財産の保護および救助のため、身体あるいは生命の危険を甘受しなければならない」としている。したがって、彼が危険から逃れる場合、生命および健康の保護は、通常、有形財産の侵害を正当化するにもかかわらず、三四条を援用することは許されない。特別の義務ある地位は、物の所有者の利益を、より保護に値するという外観を提供する。もつとも、危険負担義務は、自己犠牲義務ではなく危険義務に過ぎない。すなわち、死あるいは重い健康侵害が、確実性あるいは高度の蓋然性をもって予期される場合、危険から逃れることは特別の義務ある地位が存在する場合であっても、三四条によって正当化される。

57 すでに挙げられたもののほか、とりわけ、警官、船員、鉱山の監視員、しかもそれに加えて、職務上特有の危険を考慮すれば、たとえば、医師や裁判官も、特別の義務ある地位にある担い手に属する。たとえば、本来なら適切に

判決され得る事例に対して、ギャングが裁判官を、「殺すぞ」と脅したため、裁判官が法の歪曲へと誘われてしまった場合、このような事情は三四条によっては正当化されはしない。確かに、生命は、司法との関係において、より価値の高い法益である。しかし、とりわけ、裁判官に司法が委ねられているのであるから、彼は、司法のために危険も甘受しなければならぬ。裁判官に、法のために自らの生命を犠牲にすることを要求することはできないが、彼には、当局に「殺すぞ」と脅されたことについて報告し、警察による保護を依頼し、そして、それでもまだ残った危険は甘受されるようにと要求することはできるだろう。危険に晒されている財に対して、保証者的地位が存在する場合（たとえば、両親の子供に対する関係において）、危険負担義務が受け入れられなければならないだろう。したがって、火災の際、父親が、救助による健康上の危険を指摘することをもって、彼の子供を燃え盛る家の中に置き去りにする場合、この父親は、三四条によっては正当化されない。

1) 不法の側に立った活動

58 いまだ議論があり、また解決されていないのは、第三者の強要によって、他人の法益を侵害している行為者が、危険な状況に陥らされたような場合、このような事情が利益考量に影響を及ぼし得るかどうかという問題である。たとえば、ある者が、「殺すぞ」という脅しによって、偽証あるいは窃盗をするように唆されたような場合、すなわち、被脅迫者が他の方策を持っていない場合、少なくとも、三五条によって免責されなければならないことは明らかである。しかし、被脅迫者の生命は、司法および財産と比較して、より高次の法益であるから、三四条の正当化的緊急避難は、介入できないのであろうか？とりわけ、Lencknerによって主張された見解によれば、強制による緊急避難の事例において、三四条による正当化は常に排除されるべきであるとされる。それ故、行為者は、被害者との関係で、著

しく高次の利益を追求することはできない。このことは、行為者は仮に強制されているとはいえ、不法の側に足を踏み入れているのであり、そのことを法が、自己の妥当要請の基本的な前提を放棄しようと思わないのであれば、基本的に承認することはできないということから導かれる。これに対して、「反対意見は、強制による緊急避難に、利益考量へのいかなる影響も認めない。なぜなら、行為者は、たとえ、「危険が、自然力あるいは他人の違法な行為に起因するもの」であるかどうかにかかわらず、「同じく法仲間の連帯性」を、要求し得るからである。

59 正当な解決は、「不法の側に立つた活動」を、考量にとつて重要なものと考え、また正当化を端的に否定するものではないと考えることにあるといつてよからう。これを敷衍すれば、この観点を、他の要素と相まって、考量において、考慮されなければならない要素とみなし、正当化を必然的に阻止することなしに、さらに、正当化にとつて重要な要素と考えるという点にあるといつてよからう。實際上、このことは、軽微な犯罪の場合、被強要者の利益が優越するということを意味している。住居侵入、軽微な器物損壊あるいは軽窃盗が問題になる場合、法益の担い手に被強要者との連帯性を理由に侵害を甘受するよう要求をすることができ、それは、あたかも、これ以外の危険の発生の場合と同様、法益の担い手によって甘受されなければならないからである。同様なことは、刑法上保護されていない法益侵害にも妥当する(たとえば、占有侵害、一般的な人格権の侵害)。これに対して、重大な犯罪(とりわけ、重罪)の場合、Lenker とともに、被強要者によって保全された法益は、抽象的にみれば、より価値の高いものとみなされるような場合であったとしても、被強要者の利益が著しくは優越していないとして、法秩序の保全に高次の価値を認めなければならぬだろう。さもなければ、巧妙なギャングは、被害者の防衛権をも排除するために、三五条に順応するような手段を使えばよいことになってしまうであろう。

60 「殺すぞ」という脅しによって強制された偽証あるいは強盗は違法であり、それ故、三五条の基準に従つてのみ免責される。（たとえば、強盗の場合のように）個人的法益が侵害されている限り正当防衛権は、責任のない者に對しても妥当する社会倫理的な制限に服してはいるが、強要された侵害者に依然として認められている（第一五章 Rn.57ff. 参照）。その他の点では、比較的重大な犯罪の場合、緊急避難の観点とは異なる観点において、被強要者の正当化が問題となることもあり得る。たとえば、銀行の出納係が、人質の生命を救うために、ギャングに金銭を渡す場合、この、それ自体二六六条に該当する行為は、銀行の頭取の推定的承諾によって正当化される。

61 解決困難な特別の問題を形成するのは、「人質を殺すぞ」という脅しによって強制された被拘禁者の解放の事例である。被拘禁者奪取罪（一一〇条）は、決して軽微な犯罪ではない。それが、特に、重大な犯罪に関係する場合に、なおのことである。さらに、逃走援助によって生じた、さし迫った危険を考量の中に取り込む場合、人質の生命の利益でさえ、簡単には、著しく優越するものと考えすることはできないであろう。したがって、施設長が、拘禁された者を簡単に解放する場合、施設長は罪を犯したということになるだろう。たとえば、Lorenz 事件におけるように、解放が行政府（すなわち、連邦政府）の首脳によって命じられたような場合にのみ、この状況が異なったものである。というのは、解放によって犠牲にされた財は、公共のそれであるからである。また、この種の限界状況において、最終的に選ばれた公共の代表者に対して——そして、彼らに対してのみ！——同様に、生命の保護のための、まさに最高ランクに位置づけられる国家の義務を考慮したとき、この法益に拘束的で二次的な地位を与え、その結果、被拘禁者の解放が正当化されることを許容しなければならないからである。正当にも、Lenaker は、「政治的な包括責任

の範囲において、正当化の障害となつてゐる法確証の思考を、個々の事例において、避けられない他の利益の後ろに——ここでは、国民に対する保護義務に対して従属的な地位を与えることが——秩序づけることは、；法の番人としての国家にのみ認められてゐる」と述べてゐる。しかしながら、生命の保護のため、人質テロの圧力に屈するといふ義務は存在してゐない。

k) 当事者ごとの守られた損害と発生した損害の個別的意味

62 考量において考慮されるべき要素というものは、当事者に対する意味でもある。その意味は、客観的な基準に従つて判断されるべきであるが、しかし同時に、最も個人的な所与も考慮したうえで判断されるべきである。六週間もの時間を費やしやつとの思いで仕上げた試験に代わるレポートを器物損壞によつてしか侵害から守ることができない学生は、宿題の抽象的な価値が、与えられた損害よりも劣つてゐる場合であつても、三四条によつて正当化されるであらう。同様のことは、被害者の側にも妥当する。すなわち、母親が妊娠中絶に承諾を与えないで、そうすることによつて、彼女自身の健康のほうに、胎児の生命よりも、決して高次の価値を持つものではないということを他人に悟らせる場合については、医学的に適応しているため、それ自体二一八条 a によつて許容され得る妊娠中絶が許されないことになる。この場合、法秩序は、妊婦の主観的な意思をその客観的な考量の基準にする。また、医師が、手術を拒んでいる患者の生命を、彼の意思に反しない限りで、三四条を援用して救うことは許される。むしろ、患者による利益の重要性の判定が、考慮の結果に対し先行する。もつとも、法秩序は、個人的な評価に決定的な意義を認める必要はない。たとえば、自殺しようとする意思を、判例のように、不文の道徳律違反を理由に、考慮する必要がないと言明する場合、暴力による自殺の阻止は三四条によつて正当化される。もつとも、自殺意思が、實際上、常に考慮される

必要がないのかどうかは大きな問題であるが、ここでは説明されない。

〔次号へ続く〕

（よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授）
（たにわき まさと・本学法学部助教）