

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔二十〕

クラウス・ロクシン
吉田宣之 訳

第 22 章 答責性阻却的緊急避難と類例

B. 刑法 33 条過剰防衛

〈文献：省略〉

I. 規定の体系的な位置づけと目的論的内容

立法者は、(刑法 35 条とは異なり)、過剰防衛を体系的に位置づけていない。刑法 33 条には、行為者は「罰せられない」とのみ規定されている。このような体系づけの放棄は、事前の熟慮によるものである。「罰せられない」との表現は、刑罰阻却事由を意味しているのではない。というのは、その場合には、立法者は、「無罪である」との表現を用いているからである(例えば、刑法 258 条 6 項のように)。むしろ、「今後も過剰防衛の法的性質についての多様な解釈にその余地を与えるために、ある程度中立的な形式」を選んでいるのである。立法者は、学説の争いには、「必要止むを得ない場合以外」には介入したくないのである。

実態に即して考えれば、一刑法 35 条のように一刑法上の答責性を阻却する事由(伝統的な表現方法の意味からすれば責任阻却事由)が問題になっているのである。すなわち、過剰行為者は、(たとえ軽減されているとはいえ)有責に行為しているのである。しかし、立法者は、処罰の必要性が特別予防的にも一般予防的にも必然的でないために、処罰を放棄しているのである。行為者の(軽減された)責任は、容易に、狼狽、恐怖あるいは驚愕が、原則として、刑法 20 条の意味での「深刻な意識障害」

を基礎づけるほどのものではない、ということから導かれる。もし、それを基礎づけるほどのものであれば、刑法 33 条は無用のものとなってしまふであろう。予防的な処罰の必然性の欠如は、容易に説明できる。すなわち、違法な侵害の犠牲者となり、特別な驚愕から導かれた不安に苛まれ、そのために法律に違反した者は、社会的に見て問題のない、特別予防的作用を必要としない市民である。また、一般予防的な理由からの処罰も、同様に、必要とはされていないのである。というのは、そのような「無力犯罪」は、処罰されないことになっても、それを模倣しようとする者を元気づけるわけでもなければ、同様に、行為者が本来被侵害者なのであり、侵害者自身が防衛の限界を超えたことについて専ら責任があるのであるから、法的平和を動揺させることもないからである。過剰防衛が処罰されないのは、過剰行為が無力性の(弱さに由来する)情動に基づいている場合のみで、怒り、憤慨あるいは喧嘩好きのような、強壮な(力に由来する)情動に基づいている場合には何故そうではないのか、その理由は、予防的な端緒から無理なく説明される。攻撃的な情動は、一般的に、危険度が高く、それ故、法益の維持という利益の観点からは、刑罰を使ってでも、何が何でも阻止されなければならないのに対して、行為に至る動機としての狼狽、恐怖あるいは驚愕は、扇動的あるいは模範的な作用を営まないのであり、それ故に、寛大に取り扱われるべきである。

ここで主張された見解は、刑法 35 条の際に考慮された他の解釈 (Rn. 7ff. 参照) と比較検討することが必要である。その結果、そこにおけるのと同様の論争状態が存在することが明らかになる。また、刑法 33 条の説明のためには、過剰行為者の不可罰性を「著しく低下させられた意思支配」あるいは「心理的な例外状況」へ還元するという心理学的な演繹が見て取れる。しかし、それらは責任阻却の緊急避難の場合のように (Rn. 8 参照)、納得させるものではない。というのも、狼狽、恐怖あるいは驚愕が、一他のすべての情動のように一合規範的な意思決定の能力を阻却することは非常に稀な場合にはありうるという点は別として、この観点からは、何故正当防衛の過剰の場合にのみ不処罰とならざるをえないの

かの理由が明らかにされないからである。このような観点からは、論理必然的に、法律が問題としていないような、狼狽、恐怖あるいは驚愕からなされたすべての行為が不処罰であるということになってしまうからである。

支配的なのは、過剰防衛の不可罰性を二重の責任減少から説明する見解である（Rn. 9f. 参照）。それによれば、責任減少的情動には、違法な侵害に対する（過剰にはなったが）不法減少も加わるとされる。そして、このような不法減少は、間接的に責任減少として評価されていることになる。このような二重の減少から、処罰が適切とは思われなほどの責任の減少が生ずるとされるのである。

しかし、そのような説明は、決定的な観点到触れていない。というのは、他の正当化事由の場合にもまた、刑法 34 条の緊急避難のように、狼狽、恐怖あるいは驚愕による限界の超過が不処罰とならなければならないことになってしまうからである。なぜならば、ここでも同様に、責任減少的情動が法益保護によって減少させられた不法と重なり合っているからである。であるのに、過剰避難の場合には、不処罰はまったく考えられていないのである。ここで主張された刑罰目的説からは、その理由は、回避可能な第三者の侵害は（違法な侵害者の代わりに）法的平和を侵害し、それ故に、一般予防的な理由からは、処罰化が必要なのであると明らかにされるのである。それに対して、情動や不法減少をのみ目指す立場からは、異なった法的規定となっていることの理由が理解できない。同様に、ここで批判された説は、何故無力性の情動の場合のみ無罪を導くのかという点に対する理由を提供することができない。というのも、強壯な情動の場合にも二重の責任減少になっているからである。最後に、不法減少に立脚している説も、結局のところは、過剰行為が無関係な第三者に関係する場合には、そうすることによってのみ被侵害法益が守られるのであるから、その限りで無罪を認めざるをえなくなるのではなかろうか。しかし、そのような結論は、一般予防的な理由から適切ではない（Rn. 91f. 参照）。そして、加えて、過剰防衛の場合に、そもそも一般的に、不法減少に言及できるのか、疑問である。例えば、正当防

衛状況にいる誰かが、狼狽から、防禦のためには傷害で足りるにもかかわらず、侵害者を射殺したという場合、殺害行為は、客観的にまったく不必要な行為であり、しかも、その不法の質の低さは明々白白であるわけではないのである。

過剰特権の理由が種々であるということは、その解釈にも大きな意味を持っている。しかし、その相違は、責任阻却事由もしくは答責性阻却事由としての体系的な位置づけを変更するものではない。現在でも刑法 35 条について再三再四議論される (Rn. 5f. 参照) 正当化事由の承認は、適法な正当防衛の限界を超えることが論理的に正当化されないのと同様に、ここでは問題になりえない。他方、刑罰阻却事由は、責任の存在にもかかわらず、刑事政策的な寛容から認められた刑罰からの解放が、体系的に答責性の範疇の中では処理できない場合にのみ認められるのである。したがって、M. E. Mayer は、有責な行為を無罪とすることを拒否して、「帰責という刑事司法の繊細な機能は、粗雑な規則によったのでは、その機能を封じ込められることになる。」のであるから、「体裁は悪いが、一身の刑罰阻却事由」として体系的に位置づけることが唯一の方法として残されている、としている。それに従って、Fisher も、途方にくれた上で、「すべての犯罪要件が存在しているにもかかわらず無罪であるということが確定しているのであれば、一身の刑罰阻却事由が重要にならざるをえないと述べれば、その内容は表現しつくされている、としている。しかし、これらの見解は説得力がない。なぜならば、刑事政策的に動機づけられた無罪は、刑法 35 条の場合にも存在している (Rn. 6, 11 参照) のであり、しかも、ここでは、立法者自身によって責任阻却事由とされているからである。責任阻却事由に対して、刑罰阻却事由は、刑法外の (例えば、国法上及び国際法上の) 理由から命ぜられているものなのである。過剰防衛の場合には、そのような理由は問題になっていないのである。

判例は、過剰防衛の体系的な位置づけに関して動揺している。当初は、専ら、刑罰阻却事由として受け入れていた。後に、帝国裁判所は、例えば、RGSt66, 288f. に見られるように、過剰防衛の違法性のみを確定した上で、加えて、「この規定から責任阻却事由を導くことも、あるいは、一身の刑

罰阻却事由を導くことも許されるのではないかと述べて、疑問を未解決のままにしているのである。戦後の判例は、一貫して、責任阻却から出発している（例えば、BGHSt3, 197:「過剰防衛の責任阻却可能な原因」; aaO., 198: 怒りからの過剰防衛は「責任を阻却・・・しない」）。新しいすべての判決は、この線に沿っており、立法者の慎重な態度にもかかわらず、この問題は、判例的にも、既に決定済みと看做される。

II. 答責性阻却効果

1975年総論の立法者は、「混乱、恐怖あるいは驚愕」を、行為を惹き起こす動機と呼んでいる。これは、「狼狽」が「混乱」に入れ替えられているという点を除けば、1871年の刑法典の規定と一致している。すなわち、1962年の刑法草案の理由づけによれば、「そうすることによって」「不意の侵害に対峙し、熟慮した上での反撃をすることができないような者の、無秩序状態に陥った心的あるいは精神的な状態がより適切に記述される」とされている。本質的な点で一致しているのは、弱さに基づいた興奮状態にのみ特権が与えられていることと、刑法33条を強い情動にまで拡大することは許されないとする点である。この点については、刑法33条の存在理由を考慮すれば、賛成できることを強調しておく。

部分的にはあるが異なった見解を主張するのは、Spendelである。彼によれば、弱い情動としての恐怖と、「しばしばそのような情動の根拠となりうるような」驚愕についてはそのように言えるが、混乱は、他の（強い）情動の結果としての意味があるに過ぎないとされる。彼によれば、混乱は「専ら」弱い情動によって惹き起こされるものではあるが、「正当な怒りのために」かつとなり、取り乱した者もまた「混乱している」と見えるのであり、それ故に、刑法33条に包摂されるべきことになってしまうというのである。しかし、このような見解は拒否されるべきである。というのは、「人が怒っている」という判断基準によって行われる私的制裁は、広く国民に、潜在する攻撃性を開放することを許してしまうために、極めて危険であるからである。むしろ、それは、刑罰威嚇によって対処しなければならないのである。RGが、「正当な怒りからくる興奮」によっ

て惹起された過剰防衛を無罪と認めることを最初から拒否していたのには十分な理由があるのである (RGRspr. 9, 120)。とはいえ、強い情動が、事情によっては、刑法 21 条によってその刑を減輕するように機能し、稀な例外的場合には、刑法 20 条によって免責されることもありうるということを排除するものではない。しかし、これらすべては、刑法 33 条とは無関係である。

行為者は、1975 年より妥当している文言によれば、混乱、恐怖あるいは驚愕からとなっているが、他方で、1871 年の刑法典の規定によれば、狼狽、恐怖あるいは驚愕にある行為であることが要求されている。「にある」が「から」と変更されたことは、法律の理由書によれば、「挙示された情動の特徴と行為者の行為の内的相関関係を明確にする」ためであるとされている。それ故、情動は、行為者の行為に影響を与えていなければならない、他に動機づけられた過剰防衛の単に偶然的な附随現象であることは許されないということが、一以前の法律の文言下では争われていたのであるが一明らかにされているというべきである。このことは、全体の傾向としては、弱さから生じた過剰のみが立法者の寛容を担うるのであるから、正しい。しかし、この文言の改変に特別の実践的意味があるわけではない。それは、三つの情動の一つはあるが、その動機づけ作用に疑問がある場合には、「疑わしきは被告人に有利に」の原則に従わなければならないからである。

挙示された三つの情動は、一般に、予期されない侵害の場合には、生ずるものである (RGSt 69, 265, 270)。しかし、必ずしも、必然的ではない。それ故、BGHSt 3, 197f. は、正当にも、行為者は、混乱、恐怖あるいは驚愕していても、長い間予感していた、しかも恐れていた出来事が生じた際に、それが彼を心的に圧倒したような場合には、反抗することができる」と強調している。また、過剰状況の予見可能性と回避可能性とは、刑法 33 条の援用を排除するものではない。というのは、行為者は、情動を呼び起こしうるような侵害を回避するよう義務づけられていないからである。情動は、無責である必要はない (RG HRR1929, Nr. 670)。現行法にとっては、このことは、以下のような経緯から明らかである。すなわち、

混乱、恐怖および驚愕を理由に過剰防衛について行為者を「非難することができない」ような場合にのみ無罪を予定するという1962年草案の提案が、立法の審議の過程で、再度削除されたからである。

刑法33条は、正当防衛の限界を極端に逸脱したような場合（混乱した行為者が、侵害者の軽度の平手打ちを防禦するために、彼を射殺した場合）でも、適用可能であるのかは、争われている。この間は否定されなければならないであろう。正当防衛における極端な不均衡の場合には、それ自体として必要な防禦行為も放棄されなければならないように、過剰防衛の場合も、その他の条件が同じであれば、答責性阻却は否定されなければならない。寛容さも、一般予防の耐性の限界に衝突する。

刑法33条は、混乱、恐怖および驚愕に、他の一例えそれが強いものであったとしても一情動が加わったからといって、それによって即座に脱落するものではない。それどころか、弱い情動が行為者の動機を支配しているとあくまで主張しなければならない。というのは、侵害に対する怒り、憤激あるいは憤慨のために正当防衛の限界を超える場合、少々の驚愕あるいは混乱は、ほとんどの場合、攻撃的な情動を伴わないからである。それでは刑法33条を否定するには、十分ではない。何故ならば、禁止された、攻撃的動因は、一般予防的な理由から刑罰威嚇によって抑制する必要があるからである。さもなければ、自力救済権に至る復讐をそもそも阻止することができなくなるからである。

残念なことに、BGHは、この点について明確には述べていない。BGHSt 3, 194は、行為者は、「彼の行為が、加えて、侵害者に対する怒りによって規定されているような場合であっても、防衛の意思が完全にその陰に隠れてしまっていない限りは」、過剰を主張することができるとしている。ここでは、弱い情動の優越の問題がいつの間にか防衛の意思の問題と混合されている。GA 1969, 24のなかで、BGHは、過剰規定の適用のためには「行為者が専らこのような理由からあるいはそれらの内の一つの理由から防衛の限界を逸脱することは必要ではない」と述べている。それは、正しい。しかし、何らかの、その他の情動が混乱、恐怖あるいは驚愕の背後に退かなければならないとの誤解の虞のない言明をこの判

決から取り出すことはできない。また、BGH NStZ 1987, 20 は、刑法 33 条で「挙げられている情動が過剰に対して協同原因であった」ことを要求しているに過ぎない。

Ⅲ . 意識的及び無意識的正当防衛の過剰

判例は、刑法 33 条をずっと以前から無意識的過剰防衛のみならず、意識的過剰防衛の場合にも適用している。ほぼ支配的といって良い見解は、注目すべき少数説に対して、これに従っているが、至極当然のことである。意識的な過剰防衛をも考慮することに賛成する根拠は、まず、条文の文言がすべての種類の過剰防衛を包摂していることにあり、また、特別委員会の会議で、「行為者が、知らずに、正当防衛の限界を超える・・・」という表現形式が、原理・原則の評決の際に、明示的に却下されたという、その発生史からも、明らかである。さらに、故意と過失を、瞬時の行為を要求し、また、情動が洞察力や阻止能力のような洞察力を犯すような状況下で、明確に限界づけることの困難さも根拠である。もしも行為者が冷酷に正当防衛の限界を超えた場合には、刑法 33 条を持ち出すことは、弱い情動による行為者の動機づけが欠けているので、許されない。

他方、混乱、恐怖および驚愕からの故意的過剰防衛が不可能であるとも言えない。内面のパニックと恐怖のために、意識的に思わず過剰な反撃に出るということは、彼は制御を失っているのであるから、恐らくは起こりうることである。けれども、意識的な過剰防衛の際には、法律に予定されている完全な不可罰性を考慮して、刑法 33 条の意味での恐怖を認めるためには強度の不安が要求されるべきである (BGH NStZ 1995, 76)。それ故、意識的な過剰防衛の諸事例は、刑法 33 条の根拠によって、把握されるのである (Rn. 69 参照)。もしも故意的事例を故意行為として処罰しようとするならば、それは、不当な厳しさといえるであろう。そのみならず、そのように解釈することによって、刑法 33 条は、ほぼ不要なものとなってしまふであろう。というのも、その際考慮されることになる過失処罰は、刑法 33 条を持ち出す必要すらなく、本書で判例によって認められているとされた期待不可能性の観点から、排除されるからで

ある。しかし、立法者が意識的に不必要な規定を作ったなどということ、立法者に押しつけることなど、例え、立法者が答責性阻却を故意の過剰の場合にも拡大したいと望んでいたということを知らなかったとしても、許されるわけがなからう。

IV. 内在的及び拡張的過剰防衛

刑法 33 条は、所謂内在的過剰防衛、すなわち、行為者が防衛に際して必要性の程度を逸脱したという場合を包摂することには異論がない。古典的な例としては、被侵害者が混乱と不安のため、侵害を握りこぼして容易に防禦することができるにもかかわらず、ナイフやレボルバー銃を手にする場合である。その際、彼が、武器の使用はそれ自体として程度を超えているという認識を持ちつつも、しかし、弱い情動が彼を過剰へと駆り立てたというような場合、意識的であるが、不処罰の過剰が問題になっている（Rn. 82f. 参照）。行為者が誤って、武器の使用が必要であると信じていた場合、故意は誤想防衛であるから阻却される。しかし、残った過失が、その場合、刑法 33 条によって、不処罰となる。

争われているのは、拡張的過剰防衛が刑法 33 条に包摂されるかどうかという問題である。そのような場合は、行為者が弱い情動に導かれて正当防衛の時間的限界を超えた時に、すなわち、侵害が、防禦行為の際に、現在性を渡河しているか、あるいは、現在性以前であるかというような場合である。事後的—拡張的過剰防衛は、例えば、行為者がパニック状態で、すでにへたばっている侵害者をさらに殴打したような場合に、存在する。事前的—拡張的過剰防衛が問題になるのは、行為者が、まだ筋肉のウォーミングアップ中に、侵害の準備をしているに過ぎないボクサーを射殺したような場合である。

判例は、拡張的過剰について、常に、その無罪性を否定してきたし、その際には、正当防衛の限界は正当防衛状況が存在している場合にのみ超えられるのであるという、非常に形式的な理由づけによってきた。正当防衛が存在しない以上、その過剰は「概念上問題にはなりえない」というのである（RGSt 62, 77）。もっとも、判例は、侵害の現在性を「侵害

の危険を最終的に排除する」(RGSt 62, 77) までとすることで、拡張的過剰の是認に近づいている。また、それ自体としては終了した侵害が時間的に近接して繰り返される恐れがある場合にも、「現在性」があるとされるべきであるとするならば、この段階での過剰防衛は、拡張的過剰と判断されることになろう。

文献上いまだ支配的な見解は、拡張的過剰の不可罰性を拒否しているという点では、判例に従っている。ただ、その際、一部では判例の理由づけを引き継ぎながら、一部では、その都度主張されてきた「過剰理論」の視点から目的論的な理由づけを付加しようとの試みがなされている。例えば、Geilen は、心理学的な解釈の観点から、既に終了している侵害の場合には、劇的な緊張から来る心理学的に過大な要求が欠けている、としている。特に、刑法 33 条を責任の減少に加えらるべき不法の減少から導いてこようとする、一般の見解 (Rn. 71) は、防禦を必要とする侵害がいまだ存在しないか、そもそも存在しないような場合について、不法の減少が欠如しているとの事情を指摘する (Rudolphi, Jescheck, Eser)。

これに対して、力を得て来ている少数説は、刑法 33 条を拡張的過剰防衛にも適用可能であるとする。というのは、答責性阻却を予防的な処罰の必然性が欠けているという点から説明しようとする場合 (Rn. 69 参照)、内在的過剰と拡張的過剰の間には区別が生じないからである。必要な程度の二倍も執拗に殴打をしたのかどうか (内在的過剰)、侵害を終了させるための殴打の後で、第二段の殴打を加えたのかどうか (拡張的過剰) は、刑事政策的観点からは、どうでもよいことである。同じ力を使うのなら、二回の、適度な殴打の方が、一回の、しかし、度を越えた殴打よりも、害が少なく、しかも、容易に許容できるのである。内在的過剰の場合に不可罰性を正当化する理由は、同様に、拡張的過剰の場合にも適用可能である。すなわち、事前あるいは事後の行為の場合にも、侵害されるのは違法な侵害者に過ぎない。ここでもまた、怒りに任せた応報は、三つの弱い情動に限定することによって、予防されているのである。したがって、この場合の限界の逸脱も、同様に、不自然なものではないし、許容できるものであるし、しかも、その社会的重要性 (すなわち、法的

平和を考慮しても）は、内在的過剰とまったく同じように判断されるるのである。

また、拡張的過剰を取り入れることに対する反対の論拠も、説得的ではない。確かに、時間的限界を超えているということはできる。だからといって、拡張的過剰の「概念的不可能性」が存在しているわけではない。また、このような諸場合には、「状況の劇的緊張による過剰な要求」も欠けてはいない。というのも、現に、事前効果あるいは事後効果として弱い情動を呼び起こす、違法な侵害が存在しているからである。同様に、内在的過剰の場合には不法の減少が存在し、拡張的過剰の場合には存在しないなどという仮定も納得のできるものではない。というのは、適度な反撃の際に正当防衛の時間的限界を少しだけ超えたというよう場合は、現在の侵害の際に必要な限界を著しく超えた場合と比較すると、その不法はずっと少ないからである。加えて、内在的過剰の場合も拡張的過剰の場合も、共に、限界を超えた後、被侵害者の行為は、もともと保護されていなかった法益を改めて保護しているわけではないのであるから、その限りでは、両過剰の場合に、過剰行為によって不法の減少が問題になることはないのである。

もちろん、刑法 33 条を拡張的過剰に適用しうするためには、終了した侵害あるいは切迫した侵害との直接的な、時間的な関連性が前提条件となっている。流動的な経過の中で、現在の侵害が、まさにこれからであるか、あるいは、終了したばかりかでなければならない。闘争能力を失い、地面に横たわっている侵害者に対して、侵害が終了した後もまだ殴打を加える場合、(ショックによる、刑法 20 条によって判断されるべき意識障害があるかもしれないということは留保して)、その場合には、強い情動が支配的であるということを想定しなければならない。刑法 33 条は、そのような場合には、排除される。このことを認識していても、刑法 33 条の適用範囲から事前の拡張的過剰を取り除く理由はない。もちろん、個別の場合には、予防的防禦は、刑法 34 条によって既に正当化される (§ 16, RN. 73ff. 参照)。また、内在的過剰と拡張的過剰の競合の場合にも、刑法 33 条は、適用可能である。それは、例えば、被侵害者が、直接に、

侵害の終了後に、もしも侵害が現在しておれば必要であったであろうよりも、激しく殴ったというような場合である。

V. 無関係な第三者への侵害

過剰防衛は、行為者が侵害者の代わりに混乱、恐怖あるいは驚愕によって第三者を侵害したような場合にも、存在する。RGSt 54, 36 の被害者が侵害者に対して発射した弾丸を「脇に立っていた」妻に当てて殺してしまった。そのような第三者への侵害は、刑法 33 条によっては把握されない。そのことは、刑法 33 条の文言からではなく、その本質から生ずるのである。というのは、過剰行為の法を動揺させる効果、および、同時に処罰の一般予防的必要性は、損害が、それについて共同して責任のある、違法に行為する侵害者に関係するという理由によってのみ、脱落するからである (RN. 69 参照)。その点は、無関係な第三者については問題にならない。無関係な者に向けられた過剰の可罰性は、立法者が刑法 34 条に関係づけられた、不可罰的過剰避難を認めていないし、また、刑法 35 条が、無関係な者を侵害した場合の免責を必要性の基準に結びつけているということからも明らかである。

BGH NStZ 1981, 299 によれば、過剰防衛が許可なしで携帯されていた銃器 (§ 53 I Nr. 7a WaffG) によって犯された場合には、異なった主張がなされるべきだとされる。すなわち、過剰防衛が「武器の携帯をも」免責するべきであると。これは、正当にもあまねく否定されている。ここでは、個別的な第三者がではなく、公衆の法益が侵害されているからである。しかし、射撃が正当防衛によってカバーされるとしても、不許可の銃器の使用は刑法 34 条によってのみ正当化され得るのではなからうか (§ 15, Rn. 108ff. 参照)。刑法 33 条は、刑法 34 条にではなく、刑法 32 条に基づいているからである。過剰防衛の場合に、銃器の使用が刑法 34 条によってカバーされる場合があるとすれば、高々、少なくとも武器の使用自体が防禦にとて必要であった場合である。内在的過剰は、武器の使用の適法性それ自体を止揚するものではない。しかし、武器の使用がおよそ不必要なものであった場合、強い情動が、武器法による可罰性に

変更を加えることはない。

VI. 挑発された正当防衛状況下における過剰防衛

判例によれば、免責的過剰防衛は、侵害された過剰行為者が侵害を有責に挑発したような場合にも、排除される。これもまた、正当にも、賛同がえられていない。というのは、確かに、先行する挑発の事例の場合、防禦行為の際に、被侵害者には回避が期待されるのであるから（詳しくは、§ 15, Rn. 61ff.）、そもそも正当防衛が脱落するからである。とすれば、正当防衛と共に、刑法 33 条も脱落し、その結果、その限りで、挑発は、間接的にはあるが、過剰規定の適用範囲をも制限していることになる。しかしながら、挑発にもかかわらず正当防衛権が維持されている場合（例えば、回避可能性が欠如している場合）には、過剰の場合には、刑法 33 条が介入しなければならないのである。確かに、理論的には、挑発された侵害の場合に正当防衛権を制限するだけでなく、過剰特権を全面的に脱落させるということも思考可能ではある。しかし、その場合には、法律の文言の中に、そのことが、例えば、刑法 35 条 1 項 2 文で、行為者が「危険を自ら惹起した」場合に、答責性阻却を明示的に拒否しているが、そのように、「行為者が落度のない正当防衛の限界を超える」のような形式で、表現されていなければならないのではなかろうか。されていないのであれば、正当防衛権を持っている挑発者も、過剰防衛を引合いに出すことができるのでなければならない。BGHSt 39, 133, 139 も、刑法 33 条の適用範囲をそのように大幅に制限することを「正当化されない」としている。原則的に、有責な過剰防衛の場合であっても、「刑法 33 条の余地」は残されているとする。ただ、そういえないのは、「違法に侵害された者が、…警察を排除し、…彼の相手に対する優位をうるために、計画通りに相手との腕ずくでの対決に持込んだ」ような場合であるとされる（aaO., 140）。というのは、過剰防衛の本当の原因は、被侵害者の弱さではなく、「防衛状況の発生前から、強い情動に基づいてなされた、相手との『戦い』を自ら行うとの決心」にあるからであるとされる。しかし、それもまた、納得できない。というのは、被侵害者に一いきさつ

がどのように見えるかはさて置いて—正当防衛権が認められる場合、この権利が混乱、恐怖および驚愕のために超えられるのであり、刑法 33 条は、その法律の一義的な文言に従えば、適用可能であるからである。

Ⅶ. 誤想 - 過剰防衛

誤想-過剰防衛は、誤って、存在してもいないし、間近に迫ってもいない侵害を表象し、混乱、恐怖あるいは驚愕のために、彼の「防禦」が、正当防衛状態が存在した場合に想定される限界を超えた場合に、存在する。親しく肩を叩こうとした他人を誤って侵害者と思い、侵害は、実際には、拳での防禦で十分であったにもかかわらず、刺し殺したような場合である。誤想-過剰防衛は、確定的判例と絶対的に支配的な見解によれば、刑法 33 条の場合ではない。それは、原理的には、正当であり、この場合—拡張的過剰の場合とは異なり—一言から既に明らかである。というのは、行為が現実の（同時的であれ、差迫ったものであれ、終了したばかりであれ）正当防衛状況と直接的な関連性を持っていないと、超えられるべき限界が存在しないからである。

このことは、目的論的理由からも導かれる。想像上の正当防衛の場合、過剰行為者の心理状態は、現実に存在するものと異ならない。それ故、刑法 33 条の心理学的意味は、少なくとも、その類推適用を支持するに違ひなからう。ところが、予防的処罰の必然性の欠如が立法者の温情による許可であると認識されると (Rn. 69 参照)、誤想-過剰防衛の場合には、厚く保護されるべき非侵害者が暴行の犠牲者となるのであるから、このような理由は脱落してしまう。回避可能な誤想-正当防衛が可罰的であるのに対して、誤想-過剰防衛が不可罰であるなどというのは、辻褃があわないのではなからうか。

とはいえ、誤想-正当防衛の場合に刑法 33 条が否定されるのは、原則的な場合に過ぎない。すなわち、例外的に、錯誤者に責任がなく、過剰の犠牲者が、侵害をする振りをしたというように、そのような状況に対して専ら答責的であるような場合には、誤想-過剰防衛のこのような事例に対して刑法 33 条が適用されるべきである。というのは、ここでは、

過剰が無関係な者に関係していないという理由で、刑罰の放棄は、一般予防的に支持可能なのである。Spendel は、このような事例について、外観上の侵害の責任が行為者を「合法的な抵抗の義務および違法な抵抗に対する刑罰」から解放するものではないという理由で、完全な刑罰を科そうとしているが、その場合、彼は、過剰の基礎を形成する回避不可能な誤想防衛が不処罰であるという点を看過している。他方、Rudolphi は、回避不可能なすべての誤想防衛の場合に刑法 33 条を適用しようとしているが、それは広過ぎる。というのは、正当防衛状況に対する回避不可能な錯誤が過剰行為者の行為以外に根拠を持っていたような場合には、過剰のみが、処罰の必然性が犠牲者の保護の必要性から発生するために、可罰性を基礎づけることになるからである。もちろん、そのような場合には、過剰に関して、責任のない錯誤者の過失も欠けることになる。しかし、これは、刑法 33 条の問題ではなく、錯誤論の問題である。

Ⅷ. その他の正当化事由の過剰への刑法 33 条の類推適用？

他の正当化事由の限界、例えば、逮捕権の（刑事訴訟法 127 条）、自力救済権の（民法 229 条）、防御的緊急避難の（民法 228 条）あるいは正当化的緊急避難（刑法 34 条）の限界をも、混乱、恐怖あるいは驚愕のために逸脱することができる。そのような場合に刑法 33 条の類推が考慮されるべきかについては、争いがある。Stratenwerth は、一般的に、Rudolphi は、すべての「正当な程度を特に著しく逸脱しない場合」は責任が阻却されるとの制限つきで、これを認めている。Jakobs は、特に、刑事訴訟法 127 条や民法 228 条の場合に存在しうるような、当事者の有責な行為の場合にのみ、類推を認めている。他方、Spendel は、「一義的な法律の規則を考慮して」、その他の正当化事由に対する刑法 33 条の援用を拒否している。Otto は、過剰に見舞われた当事者が「違法な…侵害」によってそのような状況を惹起した場合に、刑法 33 条を類推適用しようとしている。

正しくは、民法 228 条の二、三の例外を除き、その他の正当化事由への刑法 33 条の類推適用はすべて拒否されなければならないであろう。こ

のことは、疑いもなく、第三者が、刑法 34 条の状況下と同様に、過剰の犠牲者となっているような場合にも妥当する。というのは、刑法 33 条の刑の放棄は犠牲者の本質的な共同責任の故にのみ可能なのであるから、刑法 33 条の根拠は、そもそも、無責者への侵害の場合には相応しくないのである。類推は、刑事訴訟法 127 条 や民法 228 条の場合にも拒否されなければならないであろう。というのは、その場合、逮捕の犠牲者は、いずれにしろ自分自身に責任があるのではあるが、逮捕者の利益は、法秩序によって、正当防衛の行為者と比較して、ずっと軽く評価されており、しかも、実力の行使も著しく限定されて付与されているに過ぎないからである。武器の使用がそもそも認められていないような場合には、過剰の無実の証明も許されない。人間の生命の保護が、単なる逮捕のために他人を射殺した者が刑法 33 条の類推適用によって不処罰となってしまうのでは、由々しきまでに相対化されてしまうのではなからうか。刑罰から解放されるという特権は、法律の文言に正に一致するように、正当防衛におけるような、直接的な威嚇状況に限定されていなければならない。

このような観点からは、民法 228 条の場合（防衛的緊急避難）のみが、それと類似の状態を規定している。それ故、その場合には、類推適用も、適切である。犬に襲われ、恐怖のあまり射殺した者は、決然とした威嚇的身振りさえすればその動物を追払うことができるとしても、刑法 33 条に則した適用によって、不処罰でありうる。民法 228 条の場合に過剰規定が欠けているが、それは、刑法的にのみ重要な免責は民法上に戸籍はないのであるから、反対の推論を許すものではない。また、民法 227 条の規定は、刑法 33 条に相当する規定は含んでいない。

C. 良心的行為

〈文献：省略〉

I. 刑法的評価の基礎としての基本法第 4 条

緊急避難の免責的効果および免責の限界が刑法 35 条に明確に規定されている一方で、良心的行為は、刑法典上、明示的に規定されていない。良心的決定と看做されるのは、「個人が一定の状況の下で自分自身を拘束

し、無条件的に義務づけていると内面的に実感し、そのために、この決定に反することは真剣な良心の葛藤なしにはなしえないような、すべての真剣な、すなわち、『善』と『悪』のカテゴリーに向けられた決定」である。良心的な行為者は、緊急避難の行為者と、彼がこのような心理的な重圧の下で行為しているという限りで、似ている。彼は、内面的な緊急避難状態にあるのである。他方、刑法 35 条は外面的な緊急避難を規定しているのである。

良心的行為に対する刑法 35 条の類推適用は、時折主張されているように、残念ながら可能ではない。Peters と v. Burski が、自己の良心に反する行為をする際に差迫る永遠の生命の喪失と、刑法 35 条が教慮している此岸の生命を同置しようと主張するのであれば、それに従うことはできない。というのは、「永遠の生命」は、世界観的に中立な国家の保護法益ではないからである。加えて、刑法 35 条の類推は、良心的行為者の責任阻却は、緊急避難規定から取り出すことのできない比較的狭い限界内でのみ可能であるために、否定されるのである。刑法 35 条 1 項 2 文は、良心的活動の自由に引かれるものとはことなつた限界を示しているのである。Stratenwerth は、もちろん、類推を、現世的な生命と永遠の生命との比較からではなく、もしも自己の良心に反する行為を強制することが「行為者人格を破壊する」ことを迫るものであるとすれば、「刑法 35 条に挙げられているものより劣ることのない法益が危険に」晒されることになるとの視点から手に入れているのである。しかし、基本法 4 条は、一方で、刑法に影響を与えており、行為者に、合法的な行為の際に、それが即座に「人格破壊」を迫るものではないようなところでも、原則的に、良心の自由を保障しているのである。そして、他方で、限界の問題は、そのような制限的な端緒の場合でも、高い地位にある法益に対する良心に条件づけられた侵害が、しばしば行為者に対する心理的な影響とは無関係に、行為者が刑法 20 条によっていずれにしろ無責とされない範囲では、可罰的であらねばならないという限りで、未解決のままにしているのである。

刑法 35 条の類推ではなく、基本法 4 条へ直接的に立ち戻ることが、良

心的行為の刑法的評価を決定しているのである。基本法 4 条が「信仰、良心の自由」等が「不可侵である」としている場合、良心的行為は、その処罰が基本法で保障された良心の自由を侵すのであれば、必然的に不可罰である。というのは、基本法 4 条は、妥当する、位階の高い権利として、直接的に刑法に作用しているからである。基本法 4 条の解釈は、刑法的評価の基礎とされるべき 6 個の認識を提供する。

(1)良心的行為と確信的行為とは区別されなければならない。良心的決定は、確信とは、その実存的性格、無条件的に義務づけられた存在という内面的な感情の点で、際立っている。確信を個々人は、立法者の異なった決定がある場合には、見合さなければならない。対立する確信を理由に法律を無視する者は、それ故、常に、可罰的である。「行為が語る心情」 (§ 46 II) は、量刑の際に考慮されるに過ぎない。しかしながら、良心は、その行使が基本法の保護の下にある限りは、行為を行う力として、不可罰を呼び起こす。

(2)良心的決断は、一定の、内容的な質を前提としない。裁判官は、端的に、「外界へ向けて良心の決定として表現されたものが、拒否できない命令なのか、全人格を把握する重大性を持っているのか」を検討しなければならない (BVerfGE 12, 55)。良心的決定は、「何らかの意味で『誤りである』、『間違いである』、『正しい』と評価されることは」許されない (aaO., 56)。それ以外のいかなる推定も国家の世界観的中立性を損なうものであろうし、また、良心的決定の自由を一定の世界観あるいは信教のために止揚してしまうことになるであろう。

(3)基本法 4 条は、内面的な良心の構築、内的な法廷を守るのみならず、外へ向けての良心の活動の自由をも保障する。そうでなければ、基本法 4 条は、広く内容空虚になってしまい、「オーウエルの方法論のみをかりうじて自制し止めるという程度の、どんな独裁者でも満たすことのできる」程度に成り下がってしまうであろう。拡張的解釈に賛成するのは、また、

世界人権協定9条1項が良心的活動を承認しているという事実である。

(4)良心的活動の自由は、また、不作為に限定するものでもない。良心的行為は不作為の場合にのみ無罪になりうるという見解が、文献上でも、種々主張されている。確かに、不作為犯における良心的行為の問題は、兵役代替社会奉仕勤務拒否、あるいは、宗教的理由から病院への運搬の不作為のように、特に頻繁に発生している。しかし、基本法4条は、その妥当領域を原則的に不作為に限定するための根拠を与えていない。

(5)最後に、基本法4条は、一般的な法律の留保に服せしめられることはない。キームゼー湖専門者会議の草案に見られるような、公の安全性、倫理性および健全性のための留保は、審議の際に、拒否されている。連邦通常裁判所は、加えて、基本法2条の制限の三徴候は、基本法4条の個別的な個人の自由には援用できないという考えを出発点としている(BVerfGE 32, 107)。それは、刑法的には、いずれにしろ、刑法それ自体は良心的活動の自由を必ずしも制限することが必要であるとは考えていないという結論を示している。

(6)他方、基本法4条によって認められた自由は無限定的ではなく、内在的な限界の下にある。連邦通常裁判所は、そのような制限を基本法の価値体系から導いている(BVerfGE 32, 108)。Böckenfördeは、制限を「現代国家の基本的な、最終の目的が直接的に脅かされる」ところ」に引いている。その目的とは、すなわち、「国内的な平和状態、国家の存立および国家安全の対外的可能性、人の生命と自由の保護、個人の、無条件的に保護されるべき権利である」としている。当然、本来の困難性は、これらの広範な表現を刑法的にどのように具体化するかにある。

II. 良心的行為の可罰性についての諸帰結

(1)最初の帰結については、今日、ほぼ争いはない。国家は、良心的行為を、国家がその目的を良心に中立な二者択一によって達成することがで

きるようなところでは、処罰してはならない（あるいは、その他の何らかの方法で制裁を科してはならない）。というのは、そのような場合、個人の良心によって条件づけられた行為は国家の目的を脅かすことはできないからである。それ故、両親が宗教的に動機づけられた良心的理由から、彼等の子供にとって必要不可欠となっている輸血に対する同意を拒否する場合、彼等を刑法 323 条 c あるいは、場合によっては 22 条、212 条によって処罰することは、彼等の同意が看護人の要請によって、あるいは、緊急の場合には、緊急避難（刑法 34 条）によって保護された医師の行為によって代替されるのであれば、許されない。そこでは、既に、両親の援助が不必要であるか、あるいは、殺害行為への着手が否定されるために、構成要件の実現が欠如しているのである。

また、立法者は、このような見地に対して、種々の規定によって考慮を払っている。すなわち、医師は、墮胎に協力することを、妊婦の重篤な危険が他の医師を呼ぶことによって回避することができる限り、拒否することが許される（第 5 次刑法改正法 2 条）。宣誓を良心的な理由から拒否した者に、秩序金あるいは秩序拘禁を科すことは許されず、宣誓を裁判所に対する答責性を意識しての保障によって代替することができる（BVerfGE 33, 23 に関連する刑事訴訟法 66 条 d）。兵役拒否者の代替社会奉仕は、「良心的決定の自由を侵害していない」とされている（基本法 12 条 a 2 項 3 文）。場合によっては、良心の葛藤の場合には、社会奉仕を命ぜらざることを思い止まることも、拒否者が自発的に「病院施設あるいは治療施設あるいは養護施設で働いているかあるいは働こうとしている場合には、可能である（兵役代替社会奉仕勤務法 15 条 a）。

他方、無罪の言い渡しは、行為者に刑罰の科せられない二者択一が彼の両親の活動のために開かれていた場合には、最初から否定されなければならないであろう。というのは、そのような場合、良心は行為者を法律の逸脱へと強要した可能性がないからである。それ故、重病の人をその求めに応じて、自己の良心に押されてやむをえず殺した者は、良心によって命ぜられた死の援助が、不可罰の自殺の共犯という形式で行うことができたのであれば、そのような事情にもかかわらず、刑法 216 条で

処罰されなければならない。良心によって、国家の決定に抵抗するよう迫られていると感じている者は、それにもかかわらず、彼がこの抵抗を住居侵入、強要等の形式で行う場合には、この抵抗が適法に言葉で表現もできるであれば、可罰的である。

(2)その他の、行為者が、回避できない紛争状態にあつて、良心的理由から刑法に違反したという場合、まず、国家の存立、その安全および最高の憲法原則が、良心的自由の活動に限界を設定する。したがって、良心的理由から外患誘致を行った、国家の転覆を実行した、あるいは、システム破壊のためにテロ行為を行った者は、基本法4条を引き合いに出すことはできない。というのは、基本法は、良心的活動の自由を、その法律が作った国家の範囲内でのみ保障しているからである。基本法が国家保護に対する犯罪を許すことによって国家自身の止揚を予定しているのだという仮定は、不合理である。

(3)その他の公衆に対する犯罪の場合には、比較考量がなされなければならない。良心的行為が本質的な国家の任務の充足を挫折させるような場合には、基本法4条は、限界に達している。さもなければ、国家は、萎えてしまうであろう。けれども、行為が中心的な国家の利益の危殆化を意味しないのであれば、基本法4条は、無罪に至る。例えば、宗教的良心が彼に種痘を禁じているために、刑罰によって補強された種痘義務に従わなかった場合、原則的に、刑罰は放棄されると思われる。というのは、宗派的な種痘拒否者の数は、統計的に少なく、その少ない人々が種痘をしなくても、それが国民の健康を危殆化することはないからである。ところが、人口の広範囲の者が種痘を拒否するとか、あるいは、伝染性の疫病であるために例外のない種痘が要求されるような場合には、事情が異なってくるので、種痘義務の履行は、良心的行為者に対しても貫徹されなければならないであろう。というのは、国家は、個々の人や集団にそれ以外の者の生命や健康を犠牲にしてまで優先権を与えてはならないからである。

良心的理由からの兵役代替社会奉仕勤務拒否の問題も、正しくは、上述のような考量によって解決されるべきである。連邦憲法裁判所の判例は、基本法 4 条 3 項の反面解釈によって、良心に条件づけられた代替奉仕勤務の拒否が、憲法上、保護されていないと結論づけているが、それは納得し難い。というのは、同じ法によって、基本法 4 条 3 項が特に議論のある良心の自由の場合のみをはっきりと規定し、その他の良心的決定の取り扱いについて基本法 4 条 1 項は何も述べていないとの立場を主張できるからである。むしろ、良心に条件づけられた兵役代替社会奉仕勤務拒否を許すことが国家の外面的安全性とその他の基本的な国家の任務と調和するのかどうかを目指さなければならないのではなからうか。このことが、現在の事情の下において、肯定できるのであれば、無罪の言渡しも適切であるのではなからうか。

(4)良心的行為者が個人的法益に介入する場合、彼は、原則として、他人の基本権（生命、身体の不可侵性、自由、財産等）を侵害しているのである。そのような場合、どの基本権が優越的地位を享受しているのかという考量がなされなければならない。他人に対する基本権行使について一定の形式が原則的に否定されているが、これは、当然に良心的行為者のものに比較して決して保護の程度が低いことのない、同胞の人格展開の可能性を、基本法の価値体系に反する方法で侵害することになるために、基本法 4 条によってカバーされ得ない。

このことは、まず、生命保護についていえる。すべての良心的活動の自由を許容することに反対するために、驚愕事例として、しばしば持ち出される人身御供などの儀式殺人や寡婦の殉死が基本法 4 条の内在的限界を大きく逸脱しており、減輕されない可罰性を免れえないとの点に言及する必要はない。そして、稀ではあるが、極端な場合にも、生命の保護が優先されなければならない。例えば、Peters が、良心的理由からの不作為を、それが人の生命を代償にするような場合についても不処罰にしようとしているが、それには賛成できない。自分の小さな子どもを、彼等の宗教上の教義が病院での治療、あるいは、輸血を行わせることを禁

止しているために、不作為で死なせた両親も、墮胎が良心と合致しないので、妊婦を死ねに任せた医師も、処罰されなければならない。というのは、それらの行為者は、生ある犠牲者から、良心的活動の自由をすら含む、他のすべての基本権を奪っているからである。それ故、考量は、彼等にとって不利益な結果とならざるをえない。

また、良心の自由と、自由や所有権のような、他の基本法上保護されている法益とが衝突しているような場合にも、基本法4条は内在的限界と隣り合わせになっている。というのは、良心を引合いに出して、他人に彼の基本権の行使を認めない者は、自分の行動の自由のために、基本権—所有権の場合もある—の助けを借りて実現される彼の同胞の人格展開の可能性を否定しているのである。良心に駆り立てられて、他人を彼の不道徳な行状を阻止するために監禁した者、あるいは、無神論者の本を、その魂を救済するために燃やした者は、監禁（§239）あるいは器物損壊（§303）を理由に、刑罰の責めを負わなければならない。これ以外の見解は、基本権を個人の自由に任せることになり、個人に国家よりも大きな侵害の可能性を与えることになるであろう。そのような憲法秩序の止揚は、論じる価値のないものである。

(5)もちろん、このことは、刑法上保護されている個人法益に影響を与えるような、すべての良心的行為が罰せられるべきだという意味ではない。むしろ、無罪は、他人の、自由あるいはその他の基本権が侵害されていないか、あるいは、その枝葉末節が侵害されているに過ぎないようなところでは、認められるのである。不作為あるいは作為が他人の生命に関係するところでは、このような条件が、当事者の自由な意思決定が侵害されていないという非常に稀な場合にではあるが、存在しうる。正当にも、BVerfGE 32, 98は、「福音主義の信仰団体」の構成員として、宗教的良心に強制されて、妻に救命のための輸血を思い止まるように助言した夫を、刑法323条cによって処罰できないとの決定を下した。彼が妻の意思決定の自由を侵害してない限度で、彼の良心的行為は赦される。基本法4条によって保護された不可罰性に至るのは、また、回避するこ

とのできない良心の葛藤の中で、非常に苦しんでいる回復不可能で、しかも、自ら自殺することもできないような患者を、その願いを入れて、刑法 216 条に違反して殺した場合である。というのは、ここでは、良心は他人の犠牲の上ではなく、他人への奉仕のために働いているからである。

その他の個人法益の場合、考量は、良心的行為者が基本法上保護された、他人の行動の自由それ自体を否定しないで、彼の良心の窮地にあつて、他人の権利を一時的に巻添えにしたに過ぎないような場合には、刑法的保護の後退に至るのである。例えば、信仰の命ずるままに、無条件で一定の礼拝に参加しなければならないのに、不幸な事情のためにこれを逃がしそうになり、しかも、他の可能性がないという条件下で、刑法 248 条 b に違反して、他人の自転車あるいは自動車を使用した場合、彼は、他人の所有権およびそこから生ずる権限を承認しており、個別の実行可能性を止むを得ず侵害しているに過ぎないのである。われわれの憲法によって保障された基本法秩序それ自体は不可侵のままであるのだから、基本法 4 条をそのような場合に刑罰を免除する方向で作用させることには疑問がない。

Ⅲ . 刑罰阻却的良心的行為の体系的位置づけ

(1)良心的行為が、刑罰を免除する作用を営むという場合に、構成要件、違法性あるいは責任のいずれが阻却されるのかの点については、争いがある。良心的行為が、国家にとって良心的に中立な行為を自由に選択できるからという理由で (Rn. 109f. 参照)、不処罰であるとすると、構成要件の充足が欠如する。このような場合は、不作為としてのみ生じうる。すなわち、不作為者に立法者の目的が他の方法によって到達されうることが知られている場合には、作為義務も故意も欠けるからである。それに反して、その他の場合には、良心的行為の不処罰性は、犯罪類型が実現され、それによって構成要件が充足されているという事実を何ら変更しうるものではない。内心的に、機密漏洩、無権使用あるいは囑託殺人に義務づけられていると感じている者は、常に、構成要件充足を正当化したり、あるいは、その責任を阻却したりすることのできる、しかし、

最初から阻却することができるわけではない葛藤状態下で行為している。また、良心的に条件づけられた予防接種あるいは兵役代替社会奉仕勤務、あるいは、救助行為の不作为の場合に、基本法4条を顧慮して、命令を充足する期待可能性が否定されるような場合も、構成要件阻却を意味するものではない。というのは、法律に合致した行為の要請と願望可能性は、それによっては影響されることはないからである。

(2)刑罰を免除する良心的行為は、しかし、正当化事由でもない。正当化事由を承認するためには、一見して納得できる、基本権の行使は違法ではありえないという考慮が明らかにされなければならないとされている。しかし、それは、間違っている。というのは、良心の自由の不可侵性は、刑罰威嚇が行うような良心への強制から個人を保護すべきであるからである。とはいえ、その不可侵性は、賢明にも、国家が個人の良心的決定を、それが法律から外れていても、我がものとして認めなければならないなどとの意味ではない。客観的で普遍的な規範を定立することは、民主主義の原理に一致しないばかりか、権利の要請とも一致しないとされている。基本権の行使と刑法上の適法性とを同置することは、それ故、誤った推論である。刑罰によって自己の良心に反する行為へと強制されないという権利は、寛容を求める権利をのみ要求するのであって、自己の立場の適法化を要求するものではない。

(3)それに対して、刑罰を免除する良心的行為は答責性を阻却する（従来の用語法によれば責任阻却事由の）一場合であるとの推論は、正しい。それは、良心的行為者が刑法上の視点からは、責任がないわけではないということの意味する。というのは、彼は、基本法上の価値秩序と民主主義的な多数決原理に合致し、それ故、正当にも、尊敬されるべきことを要求する法律を軽侮しているからである。彼は、厳格化された条件の下ではあるが、適法に行為することはできる。というのは、良心の述べた言葉は、確かに、強い動機強制力を形成するが、精神病あるいは強迫神経症がそうであるように、他の行為の二者択一が排除された状態下で

の、意思決定ではないからである。

良心的行為が基本法 4 条によって守られている限り、立法者は、その行為が彼にとって予防が必要であるとは見えないので、刑罰を断念するのである。そのように、良心的行為者に、通常の法律の違反者に我々の法が認めていないほどに、それでも限定されてはいるのであるが、寛容に振舞うというのには、十分な理由がある。自由な法秩序には、その逸脱者をも、この者が最高の憲法原理および国家の安全を侵害していない限りで、また、他人の基本権を原則的に否定しない限りで、赦すことが、本来似合っているからである。また、その限りで、現にそのように生きている非追従主義者といえども、追放されることはなく、我々の社会を彼等の社会と看做すことができるのである。そして、それに従って活動することが現在ではまだ違法であるような、多くの良心の決定は、明日になれば、大多数の支持を得て、その革新的な刺激によって、社会の進展に寄与しうるのである。それ故、それは、国家が、自己放棄をしなくても存続しうるような、そのような良心的行為の制裁を放棄する場合には、法治国家、人間の尊厳および社会の進歩に、同様に、貢献するのである。

しばしば批判されてきた、連邦裁判所が、福音主義の友愛協会の事案 (BVerfGE 32, 98 ff.; 上記 Rn. 118 参照) において、被告人を無罪とした刑罰目的の議論は、それ故、その本質的部分に関しては、賛同を得ている。そこで (aaO., 109) で述べられている、妻に輸血を勧めないという夫の決断は「社会内で一般的に支配的な価値表象に従えば、客観的には拒否されるべき」ではあるが、決して「社会が意のままに使うことのできる最も強力な武器である刑法で行為者に立ち向かうことが正当化されるほどまでに、非難可能であるわけではない。」「刑事罰は、—その程度には関係なく—そのような事案の事情の場合、どのような観点から考えても、…適切な制裁ではない」のである。それ故に、適切にも、規範秩序の撤収ではなく、処罰の必然性が欠如していることに基づく制裁の放棄が重要であると認識されたのである。

(4)良心の特権の教義解釈は、それ故、全犯罪カテゴリー（§ 19, Rn.1-8 参照）、特に、免責的緊急避難（Rn.4, 6, 11）、および、過剰防衛（Rn. 69）を基礎づけている答責性阻却の諸原則に一致するのである。それに対して、支配的見解は、刑罰を免除する良心的行為を、そのようなものとして承認される限りで、責任阻却事由と看做しているものの、刑罰免除の理由は、一緊急避難や過剰防衛の場合のように一合規範的な行為への能力の制限あるいは二重の責任減少に求めている。しかし、このような理論は、ここでは、賛同を得ていない。

Ebert は、「良心的行為者は、（多かれ少なかれ）極めて強い精神的強制によって行為へとせき立てられているのであること、彼は、なした行為以外に、主観的には行為できなかつたのであること、したがって、彼は、不法に反対するとか、法のためにするとかを決定する状況にはなかつた」ということを仮定している。それにもかかわらず、論者は、免責を行為者の精神的状況にではなく、「共同体の利益を考慮する価値判断」に依存せしめている。「誰かが心理的強制の下で耐えられることではなくて、彼が耐えるべきであったことが、最終的に、期待可能性にとって決定的である。」

このような解決は、結局は、比較考量に行き着くのであり、その限りでは、正当である。しかし、この正しい結論は、二つの、相互に止揚される誤った仮定に基づいている。まず、良心的行為者が他の行為をすることがまったくできなかつたとの仮定は、誤りである。もしも、事案がこのようであれば、刑法 20 条に従って免責へと至る精神病理学上の状態が、存在しているのである。そうではなくて、通常人は、彼の良心によって警告されており、一定の方法で行為するように強く要求されているのである。しかし、その際、彼は、常に、良心の声に自由に従っており、異なつた決断をすることができるとの感情を保持しているのである。良心的行為者が行為の二者択一の可能性を持っていないという点がつけ加えられるというのであれば、つぎには、それは、行為者を共同生活の利益に方向づけられた価値判断に基づいて、場合によっては、あえて処罰しようというのであれば、責任主義に反することを意味することになる

う。責任主義の中心的任務は、共同体利益に対して個人の自由を守ることにあるのであるから、それによって、この主義が放棄されてしまうことになるう。

二重の責任減少の理論を、Rudolphi は、良心的行為に転用しようとしている。彼は、良心的行為は正当化はしないが、「人格を破壊するような状況と、それに結び付いている我々の社会における民主的な生活に対する間接的な害悪を回避する」ことによって、不法を減少させると言う。これに、逸脱した良心の決定によって合規範的な動機づけがかなり困難になるという点がつけ加わるのである。「また、このことは、単独で行為者の責任を阻却することはできないが、二つの観点が総合的に作用して、良心的行為者に対して刑法上重要な責任非難が提起されえないようにするのである。」

責任を減少させる動機づけの困難化という仮定は、確かに、正しい。けれども、良心的行為者が彼の人格破壊を阻止し、それによって、それが付加されることで責任の阻却へと至るような「結果価値」を創出するという論拠は、種々の観点から、問題である。というのは、まず、良心の自由の活動が持つ人格統合作用は、あまりにも劇的に描かれ過ぎた、合法的な行為に存在する動機づけの困難化の裏面に過ぎず、それ故に、結局のところ、新たに「付加された」視点などではないのである。そして、つぎに、責任阻却を基礎づけるべき二つの要素は、基本法 4 条の保護下にはないような良心的行為にも存在しているのである。基本法 4 条の内面的な限界によって命ぜられた比較考量の教義的な処理を、この端緒は、なさないのである。最後に、何故二つの責任減少が一緒になって免責に至るのか、そして、通常の場合に仮定されるように、単なる責任減少に至らないのかの問いは、開かれたままになっている。

D. 私法上の不服従

〈文献：C の文献と § 16, Fn.71 参照〉

私法上の不服従は、正当化は否定されているが（詳しくは、§ 16, Rn. 50）、制限的な諸条件のもとであれば、同様に、基本法条の答責性阻却に

至ることがありうる。というのは、規則に違反する、象徴的且平和的な、公共の福祉に配慮してなされた抗議行動（座込みによる封鎖あるいは座込みのような）は、BVerfGE 73, 206ff. によって、命ぜられた考量が正当化には至らない場合であっても、いずれにしる基本法5条と8条の保護範囲にはいるからである。このことは、一良心的行為についての詳述と同じく（Rn. 100ff.）一、示威行動が極めて重要な問題についての公の意見構築に役立ち、その行動による妨害が公共の福祉に関する、重要な、他の利害関係を危殆化しないのであれば、刑法的答責性阻却を阻止するものではない。このような基本法上の可罰性阻却と、私法上の不服従の正当化を阻止するような中核的考慮とは、矛盾関係には立たない。というのは、民主主義にとって不可侵の多数決原理は、国家がたとえ処罰を断念するような場合であったとしても、完全な妥当性を保持しているからである。

このような結論は、答責性についての刑法解釈学的熟慮によって支えられる。というのは、行為者は、確かに、無責ではない。しかも、彼は規範的に話しかけることができ、それ故、「他様に行為する」ことが出来たのである（§ 19, Rn. 36ff. 参照）。しかし、この責任は、通常の犯罪事案に比較して、二重に、しかも、大幅に縮減されるのである。第一に、客観的に見れば、不法は存在しているが、彼に相応しい責任は、刑法的重要性の点で、その最低限度に留まっている。というのは、法律に対する違反の程度が僅かであり、しかも、示威行動の基本法との親和性によって、さらに大幅に縮減されるからである。そして、第二に、主観的に見ても、争う余地のない、責任にとって重要な行為者の動機づけは、不可罰性しか考慮できないような諸事例におけるように、否定される法規違反はあるが、その「非難可能性」はほんの少しに過ぎないほどに、公共の福祉に方向づけられているのである。そのような僅かな責任は、予防的根拠が処罰を必然的としない場合には、刑法的答責性の阻却を求めるのである（この点についての基本は、§ 19, Rn. 3-8 参照）。

私法上の不服従の、些細な、寛容な措置を受けるに相応しい諸事例には、特別予防的にも、また、一般予防的にも、刑罰の必要性が存在して

いない。特別予防的には、行為者が公共の福祉を気遣う市民であり、「犯罪者」ではないからであり、また、社会政策的に、規則違反の拒否は、その違反があくまで違法性があるという点（何らかの私法上および公法上の帰結と共に）を固持すれば十分であるからである。刑事処罰は、それが行為者を孤立化させ、過激化させ、さらに重大な犯罪の実行へと誘うものであるという本質を持っているが故に、特別予防には向いていないのである。また、一般予防的にも、刑事処罰は、今日、刑罰理論上の目的設定の前面に立っている「統合的予防」（§ 3, Rn. 27 参照）の考えは、威嚇をではなく、社会的な紛争解決を目指しているからである。このような紛争処理は、些細な事案の場合には、処罰によるよりは、刑罰の放棄によっての方がより良く達成できるのである。というのは、我々の社会の、基本的に体系に一致する抵抗の潜在能力を統合することの方が、そのような能力を刑事処罰によって差別化し、除外するよりは、望ましいからである。

しかしながら、その時々の基本権の法的制限が規定されている基本法 5 条 2 項、8 条 2 項を顧慮するならば、常に、個人的利益と社会的利益の比較考量がなされなければならない。この考量は、以下の六つの前提が充たされている場合には、私法上の不服従の免責に有利になされる。すなわち、(1)規則を侵害する抵抗が、生存に関係し、全国民に襲い掛かる問題に係らなければならない。(2)行為者は、公共の福祉を憂慮して行為しなければならない。(3)規則違反は、抗議の名宛人との認識可能な関連性が示されていなければならない。(4)例えば、軍の施設への自動車道路が平和運動の支持者達によって閉鎖されたような場合であれば、抗議者は、一義的に、議会民主主義を自ら認めなければならない。(5)革命者は、それ故、免責されない。規則の侵害は、秩序力に対するあらゆる暴力行為および積極的な反抗を回避しなければならない。(6)抵抗から生じた障害や迷惑は、些細で、時間的に限定されていなければならない。

E. 刑法各則における答責性阻却根拠

〈文献：省略〉

I. 個別的事例

狭義の責任阻却は、刑法総論にのみ属するテーマである。というのは、一定の状況下で他様に行為することができたかどうか、すなわち、規範的にまだ話しかける可能性があったのか否かは、単一的な基準によって判断されるべきであるからである。これに対して、一定の紛争状況下において処罰が予防的に必要不可欠であるか否かは、個々の犯罪の特殊性にしたがって多面的に決定されるのである。とするならば、答責性が阻却される事案は刑法総論の中と、超法規的な視点（良心的行為！）の下においてのみならず、刑法各論の中、および、一定の構成要件に限っても生起するものであることは、明らかである。ここでそれらを包括的に叙述することは必要ではないが、例示的に、重要な事案の内の二、三のものを選び出すことで足りよう。

1. 刑法 139 条 3 項 1 号：近親者の不告発

刑法 139 条 3 項によれば、刑法 138 条によってそれ自体命ぜられている近親者の告発が為されなかったという不作為は、非常に重大な犯罪の場合を除いて、行為者が真剣に近親者を「犯行を防ごうとするか、あるいは、結果を防止しようと努めた場合には、刑を免れる。」のである。この規定は、部分的には、「人的刑罰阻却事由」と看做されている。けれども、刑法 35 条との構造的類似性が、この規定を答責性阻却事由と示している。告発義務と親族の連帯性との衝突は、当事者の意思決定の自由を、解消しはしないまでも、減少させる。行為者の真剣な防止の努力が彼を、特別予防的作用を必要としない、原則的に法に忠実な人間であると示すのであり、また、公衆も（非常に重大な犯行の場合を除いて）、誰も彼の近親者を告発しえないであろうと了解させるのであるから、彼を刑法的に答責的であるとすることを断念できるのである。

2. 刑法 173 条 3 項：未成年者との近親同衾

刑法 173 条 3 項によれば、子孫や兄弟姉妹は、「彼等が行為の際に 18 歳になっていなければ」、近親同衾で処罰されない。この場合も、また、

不可罰の根拠が、予防的処罰の必要性の欠如と結び付いた、責任の減少にあることは、明らかである。思春期の混乱期にある青少年には、性的問題についての洞察力や制御能力が、完全に排除されているわけではないが(そうでなければ、刑法 173 条 3 項は余計なものになるであろうが)、減少しているのである。加えて、処罰は、特別予防的に見れば、それが青少年を後々に至るまで傷つけるものであるにちがいないために、正に、症状に適合していないのである。また、一般予防的にも、このような領域における青少年の脱線は、成年者をその模倣へと刺激するものではなく、他方、公衆もそのような出来事を発展のための条件と大目に見るのが通常であるため、刑罰威嚇は必要とされていない。

これに対して、刑法 173 条 3 項は、文献上は、専ら、人的刑罰阻却事由を意味するものとされている。しかし、そのような主張は、責任阻却が責任が完全に阻却されるような事案に限定されるというのであれば、その場合にはかろうじて納得できるであろう。けれども、刑罰の目的に向けられた予防の要素が、刑法 35 条のような一般に認められた責任阻却事由に入って来ているのであるから、刑法 173 条 3 項を答責性阻却の外にある犯罪の範疇の中に定住させるという理由はない。刑法 173 条は、むしろ、明示的に、「責任の考量に基づいた人的な刑罰阻却事由」と特徴づけられるならば、それは、体系的な混乱へと至るに過ぎないであろう。というのは、このような事案を他の責任阻却事由から区別する特殊性がどこかに存在するべきであろうが、それは見えてこないからである。

3. 刑法 258 条 5 項：他人のためであると同時に自己のためにもなる刑を無効にする行為

刑法 258 条 5 項によれば、犯行によって、同時に、彼自身に向けられた刑罰あるいは処分を妨げようとする者は、刑の免脱として、処罰されない。この刑の免除が緊急避難類似の状況に基づいているのかの点については、争われている。行為者は自分自身をナイフに向けて投げ出すように強制されるべきではない。刑罰に対する恐怖は、刑法 35 条によって免責されるような動機と同置される。明らかに、刑法上の答責性が阻却

される事案が重要であるにもかかわらず、広く一般的に人的刑罰阻却事由が認められている。その際、このような事案が「その基礎を責任領域に持っている」とか、「責任領域に根付いている」とかが、種々に、強調されている。けれども、どうして「責任領域」への分類が責任阻却事由ではなくて、刑罰阻却事由になるべきであるのか、いまだ説明されていない。

4. 刑法 258 条 6 項：近親者のためにする刑の免脱

刑法 258 条 6 項によれば、犯行を近親者のために行った者も刑が免ぜられる。ここでは、内面的な葛藤の持つ動機づけを困難にする状況が、刑罰が予防的にも必ずしも必要不可欠ではないように見えるという事情と出会っている。というのは、近親者のためだけに刑罰を無効にするよう行為する者は、それによって基本的に法敵対的な立場をまったく示しておらず、その結果、特別予防的見地からのみならず、公衆を考慮してもまた、刑法的威嚇が放棄されるのである。これに対して、刑法 258 条第 5 項の場合のように、もちろんここでもまた部分的に「責任領域」と結びつけられている人的刑罰阻却事由が認められるとするのが支配的となっているが、他方、連邦通常裁判所は、刑法 258 条 6 項に対応する、以前の 257 条 2 項の規定についての帝国裁判所の立場に関連して、「違法性にも行為者の責任にも無関係である」人的刑罰阻却事由であるとしている。

II. これら諸事例の理論的処理

述べられた諸事案に答責性阻却事由を認める場合には、それらの解釈論的取扱いは、また、この範疇の基準となる原則に従わなければならない。答責性阻却的狀況にない者の共犯は、それ故、可罰的であるし、答責性阻却の事実的前提についての錯誤は、刑法 35 条 2 項を類推して処理されるべきである。

とりわけ、錯誤論は、多くの不明確性が支配している。ある部分は、客観的な状態のみが基準を提供するとされ、他の部分では、行為者の主

観的な態度が規準となるとされている。これらすべての仮定は検討の必要がある。それらは、これらの規定の体系的立場がまだ解明されておらず、しかも、責任阻却的錯誤についての法律の規定がまだものされていなかった時期に由来するものである。例えば、Ruß は、刑法 258 条 6 項を人的刑罰阻却事由と性格づけ、それにもかかわらず、「その基礎を責任の領域に」限定しているが、錯誤を以前の判例を指示しながら、まったく考慮する必要がないと説明しているのは矛盾である。なぜならば、責任にとって重要な要素についての回避不可能な錯誤をまったく考慮しないというのは、責任主義に違反しているからである。他方、Stree は、同じ規定を同じ方法で解釈し、すべての誤った認識を構成要件的錯誤の一種として取扱おうとしているが、これは、刑法 35 条 2 項に表現された法的価値判断に矛盾する。刑法 35 条の場合に、例えば、誤って他人を近親者と思った者は、その錯誤が回避不可能である場合にのみ免責されることになるのに対して、刑法 139 条 3 項 1 文および 258 条 6 項において、同じ誤った認識をした者は、そのような重大な過失の場合でも刑罰を免れることができるというのでは、そのような結論は、到底理解されるものではなからう。

F. 超法規的答責性阻却

〈文献：省略〉

I. 超法規的責任阻却事由としての期待不可能性？

一般的、超法規的責任阻却事由としての期待不可能性は、第一次世界大戦後まもなく Freudenthal によって規範的責任概念から展開されたものであるが、既にワイマール時代には、当初は広く承認を得ていたのにもかかわらず、専ら拒否されていたのであり（詳細は、既に、§ 19, Rn. 13）、また、帝国裁判所によっても、若干の変遷の後、退けられたのである（RGSt 66, 397）。但し、ここで検討された故意の作為犯に関してのみであるが。第二次世界大戦後、まず、Eb. Schmidt が、期待不可能性の問題は「永い眠りから・・・再度目覚めさせられるべきである」との見解を主張した。しかし、期待不可能性を一般的な責任阻却事由として、以

後基本法から導こうとした試みは、一般的な拒否に出会うことになった。

このような拒否は、正当である。Wittig は、期待不可能性を超法規的責任阻却事由として、直接、憲法上保障された責任主義から演繹しようとしたが、その場合、彼は、ここでは責任無能力の事案が問題になっているのではなく、それ自体としては存在している責任にもかかわらず、刑罰が放棄されうるのであるとの問題が重要であるという点を見過しているのである。それに対しては、責任主義は、いかなる回答も与えてくれない。そして、Lücke の、期待不可能性を民法 242 条（信義則）の類推適用の助けを借りて「法治国家の原理の一要素としての正義（基本法 20 条 2 項および 3 項）」から展開しようとした試みも、民法上の給付行為に妥当し、取引慣習を参照するように指示する一般条項を、責任主義、予防および法律の確定性の原理に方向づけられている刑法に転用することができる点で挫折するのである。

ここで基礎づけられた答責性の構想は、規範的責任概念を援用するよりも、何故期待不可能性の一般的な免責事由が考慮されないのか、その理由をむしろ容易に認識させるのである。責任が問題である場合、その欠如の場合には、法定の免責事由がなくても、刑の免除は責任主義から直接的に導かれうるとされる。というのは、責任主義への拘束は、憲法に定められているか、あるいは、少なくとも刑法上でも、それへの拘束が、かつて優越的な社会的利益の原則から、利益衝突について超法規的な正当化的緊急避難が展開されたのと同様に、責任阻却事由を獲得するのに貢献しうるとされるほど保障されているからであるとされている。けれども、ここで関心を持たれている諸事案は、どのような条件の下で、自己危殆化なしに行為しないでおくこともできる不法な行為を、あえて実行した行為者に、法律の文言を超えて温情が保障されるのかという問題に直面するのである。それは、責任の問題ではなく、答責性の問題である。行為者が他の行為をすることができたかどうかは議論の余地はないが、彼の違法で、回避可能な有責な行為が刑罰を科する必要があるか否かが議論されるのである。そのために用いられる刑事政策的な刑罰目的の考慮は、原則的には、立法者に留保されていなければならない。裁

判官の刑事政策が行為の可罰性について決定する場合というのであれば、それは、三権分立に対しても、憲法上の明確性の原則に対しても違反することになる。

それ故、裁判官に期待不可能性のような、法律にまったく根拠のない、内容空虚な公式の助けを借りて刑の免除の権限を付与することは許されない。とはいえ、それは、実定法から得られた価値基準が予防的な刑罰の必要性の欠如を確実に認識させるような場合についてまで、厳格に限界の画された事例群について成文法を慎重に発展させ、答責性阻却を認める可能性を排除するものではない。これに関連し、特に頻繁に示される、二つの事例群にとっては、確かに、超法規的な答責性阻却に立ち戻ることは、余計なことである。義務の衝突は、正しくは、むしろ正当化事由と分類されるべきである（限界づけと整序について詳しくは、§ 16, Rn. 101ff.）。そして、良心的行為（上述、Rn. 100ff.）と私法上の不服従（上述、Rn. 130ff.）は、場合によっては、刑法外の、しかし、「超法規的」答責性阻却事由を基礎づける。というのは、免責は、基本法 4 条若しくは 5 条、8 条に基づいているからである。そのようなものとして、さらに、「危険共同体」と「軽微損害」の観点から議論されるべき、事実関係が残っている。

II . 答責性阻却事由としての危険共同体

1. 超法規的答責性阻却の基礎づけ

不可罰であることが、その本質的部分について、一致されている唯一の事例群は、危険共同体である。すなわち、多くの人があるいは、一団の人が、等しく、死の危険に晒されている。一人だけ、あるいは、若干の人が、少なくとも残りの人を救うための唯一の手段であるために、犠牲に供される。尊重されるべき少数意見は、これらの事案の場合、正当化的緊急避難を認めている。当該典型事例と、この見解を拒絶する理由については上で（§ 16, Rn. 31ff.）述べている。ここでは、その点を指摘しておけばよからう。

正しい解決は、超法規的答責性阻却を肯定することにある。このよう

な解決は、ドイツの判例において今までに実務的に問題になった唯一の例（§ 16, Rn. 31ff. 参照）である安楽死事例において例証しておいた。医師達が、国家社会主義的活動の範囲で、精神病者の殺害のために、大多数を救おうと、一定の人数の犠牲者の「選定」に協働したという場合、彼等は違法に行為しているのである。というのは、救助目的といえども、無辜の者の生命を短縮する権限を付与はしないからである。というのも、この協働を拒否する度に何が起こるのかを絶対的に確実に知ることはできないからおさらである。違法性についての判断と共に、医師達の責任も肯定されるべきである。というのは、彼等は自己の生命に対する危険もなく安楽死-行動に協働し、そうすることで殺害行為を拒否することができたはずであるからである。確かに、彼等は内的な葛藤の中にはいた、しかし、これは、他の行為の可能性を排除はしない。

だからといって、医師達が処罰されなければならないと言っているわけではない。というのは、ここで追求された構想によれば、責任が依然として残っている場合でも、予防的処罰の必要性が欠けている場合には、答責性が阻却されるからである。これらの事案では、そのようになっているのである。人間の生命を可能な限り救うというのが医師達の動機である。彼等の行為は、それ故、法益に対して敵対的ではなく、法益維持の意図によって支えられていたのである。このような事情、および、たぶん二度とは起こりえないような極限状態の一回性による過剰な要求は、処罰の必要性を欠落させるのである。特別予防的には、行為者が社会に適合しており、累犯の危険もないのであるから、何も必要とされていない。一般予防的理由による処罰も、行為者の行為が、状況が絶望的であることから、公衆の温情を期待することができ、また、事態の経過が希であることが模倣を防止することをも不要とするのであるから、不要である。このことは、多少の修正を加えれば、危険共同体の観点から議論されている事態にも妥当する（§ 16, Rn. 31）。

超法規的答責性阻却の事実的前提を誤って認めた場合は、一各則の答責性阻却事由の場合のように（Rn. 140f.）一刑法 35 条 2 項を類推して処理されるべきである。

2. 支配的見解としての超法規的責任阻却説

通説は、Welzel と Eb. Schmidt を模範として、超法規的責任阻却を認めている。そして、そうすることで、超法規的責任阻却という結論に至っているが、十分に基礎づけられているとは言い難い。Welzel は、「人間の生命が問題になっている危険共同体の場合には、より小さな害の選択が責任阻却根拠である」べきであるとしている。法秩序は「他の法仲間の誰もが、行為者と代わって、正しく行為したとしても、行為者と同じように行為せざるをえなかったという場合には、そのことを理由に、温情をたれ」なければならない。もしもその主張が正しいとすれば、行為者には正当化が認められなければならないことになろう。行為者により小さな害の選択を認めることはできないし、他の市民に同様の行為を義務づけることも、同時に、「正しく行為したとしても」(!) 誰もが行為しなければならないようなことを違法と説明することはできない。ある行為を違法であると判断するならば、その行為は、むしろ、必然的に、なされるべき事柄に違反するのである。その場合には、不法を決意した行為者に責任非難がまったく加えられないという理由が見えてこない。

同様の矛盾に、Eb. Schmidt も、巻き込まれている。彼は、一方で、医師達の行為を、彼等が「法の観点から耐え難いことであるが、等しく危険に晒されているすべての者達の「運命を弄んでいる」ために、違法であると考えている。「運命の機先を制する権利」など存在しない。そうした上で、彼は、責任が「動機づけの瑕疵という規範的責任要素が欠如するので否定され」なければならないという点に、責任阻却の拠りどころを求めているのである。すなわち、「義務に違反する、瑕疵のある、そうあってはならないものとしての、違法な行為への動機づけは、このような状況下では、いずれにしろ、国家によって評価されることはない。」しかし、一体、どのようにして、法的に「耐え難く」、それ故に違法な行為へと向けられた動機づけを「瑕疵がある」、「そうあってはならない」との判断の例外とすることができるというのであろうか。

Lang-Hinrichsen は、責任を一義的に否定しようとはせず、責任の存在

を決定不可能として未解決のままにし、「責任の肯定が欠如するために無罪の言渡をしなければならない」という効果を持った「刑法上の責任判断から閉め出された領域」を認めようとしている。それによれば、事案は、「有責性とも、無責性とも決定されず、責任についての判断をやめる」ものとして取り扱われるべきであるとされる。しかし、法が、医師達に対して、適切にも、謀殺に対するあらゆる関与を断念するように要求しているのであれば、その場合に、彼等が容易に履践可能な命令に従わなかったとすれば、何故彼等の責任が肯定されえないのか、正に明白ではない。

3. 刑罰阻却事由の承認

イギリス占領下の高等裁判所は、医師達に責任阻却事由ではなくて人的刑罰阻却事由を認めることによって、責任阻却の問題性を回避しようと試みた。Peters は、この解決法を熱心に擁護した。高等裁判所は、違法な行為を認める場合にはそうすることが論理一貫していることになるが、行為者の責任を肯定し、無罪の理由づけのために、既に、最初の判決から、しかし、必ずしも明確とは言いえない方法を用いてではあるが、「刑法政策的考量」を援用している。第二の判決では、明示的に、しかも、適切に、「無条件的な殺害禁止の遵守のみ」が（すなわち、あらゆる協働の拒否）「すべての法的な責任非難」（詳しくは：既に、行為者の行為の違法性も）を阻却しているという点が、強調されている。そこでは、しかしながら、責任は、医師達の行為の倫理的内的矛盾と問題性の故に、単純に彼等が、強制されることなく、法的に命ぜられていることに反して決意したと、理由づけられるわけではない。これに、Peters は、従っている。それ故、有責な行為の肯定にもかかわらず、「刑罰の放棄のみが」、重要であるとしている。また、責任の欠如ではなく、特別予防的あるいは一般予防的刑罰の必要性が欠けているとしている。

したがって、高等裁判所と Peters は、ここで主張された見解とは、責任ではなく、刑事政策的刑罰の必要性の欠如が刑の免除を支えているとの点では、一致している。答責性という範疇の持つ刑事政策的な効果を

無視する伝統的な見解の軌道に従ったために、彼等は、刑罰阻却事由という観点の下でのみ、刑事政策的刑罰の必要性の欠如が刑の免除を支えているとの点に配慮しようと、誤って考えたのである。Welzel は、Peters に対して、適切にも、「人的刑罰阻却事由は、行為の刑事的無価値内容自体が重要であるとされる場合にではなくて、単に刑法外の観点から、構成要件に該当する、違法かつ有責な行為に対する刑罰が度外視される場合にのみ考慮される。」と反論している（詳しくは、§ 23, Rn. 21 ff. 参照）。また、免責の緊急避難は、例えば、責任をではなく、刑罰の必要性のみを排除するのであり、刑罰阻却事由のみではなく、答責性阻却の事案でもあるのである。

4. 禁止の錯誤の仮説

連邦通常裁判所は、「安楽死事案」において、同様に、責任阻却事由を否定し、しかも刑罰阻却事由を検討せず、下級審に回避不可能な禁止の錯誤が存在しえないのか否かを検討する義務を課したに過ぎなかった。けれども、そのような方法では医師達の不可罰性を基礎づけることは困難であった。というのは、連邦通常裁判所が、彼等の行為の違法性を、それが「キリスト教の倫理教義によって決定されている、支配的な文化観、すなわち、人間の生命が問題になっている場合には、事物の価値を維持するために適切であるとされる、軽微損害の原則を適用すること、行為の法的無価値を社会的な全体的結果に従って考量することという文化観・・・」に違反しているとの考慮に依拠させているのであれば、如何にして禁止の錯誤が回避不可能であると言えるのか、考えることができない。というのは、「支配的な文化観」の不知は、到底、回避不可能ではありえないからである。超法規的な、刑事政策的に動機づけられた答責性阻却の思想が、それ故、唯一の、調和の取れた解決を提供するのである。

Ⅲ . 殺害の際の答責性阻却事由としての軽微損害の選択

さらに続けて、危険共同体の他に、責任のない人間を犠牲にすること

が、それが、多数の人間、あるいは、生き長らえる高度のチャンスを持っている人間を救うために、唯一の手段であるとして、許される場合がありうるのかという問が立てられている。Welzel は、「軽微損害の選択」という観点から、それを認めており、そうすることによって、文献上、かなりの賛同を得ている。彼は、運転手のいない貨物列車が旅客列車に乗り上げて、「そして多数の人が死亡する」であろうという事案を設定している。最後の瞬間に、鉄道員が、そこで働いている三人の労働者が死亡するという結果を予見しながら、貨車を待避線へと誘導した。Welzel は、鉄道員に「真剣に・・・彼が、そうすることによって、さもなければ生き長らえるであろう、何の責任もない人間の意識的殺害を決意することになるために、転轍機を切り替えること禁止する」ことはできないと考えている。転轍機を切り替えなかった鉄道員は、「法的にのみならず、倫理的にも、明らかに不適切な行為をしている。」確かに、鉄道員は、転轍機の切り替えによっても、倫理的な責任を負うことになっている。しかし、法的責任は、「まずは、一定程度の重い倫理的責任から」始まるのである。「法的責任は、行為に対する一定の社会的非難可能性である。それ故、法的仲間も、行為者に代わったとしても、同様に行為しなければならないのであるから、行為の社会的非難可能性が欠如し、そこでは、法的責任も欠けるのである。」同様な手法によって、Welzel は、人工心肺機の事例、すなわち、人工心肺機が既に「使用されている」にもかかわらず、外科医が、既にその機械につながれている、生き長らえるチャンスの少ない患者を、新しく運び込まれた、生き長らえるチャンスの多い患者を救うために、その機械を取り外すことによって殺害するという事例についても責任を阻却する。

しかし、それに従うことはできない。まず、ここにも危険共同体と同じ矛盾が生じるからである。法が、問題となっているような行為を禁止することができず、しかも、消極的行為も「法的に・・・明白に不適切」であったとしたならば、正当化事由が存在することになるはずである。例え些細な「倫理的」責任が存在したとしても、それは何も変更しうるものではない。けれども、実際のところ、危険共同体の場合に挙げられ

た理由によったとしても、違法性も責任も欠けることはないである。しかも、加えて、予防的な刑罰の必要性も肯定されなければならないのである。その結果、このような状況にあつては、超法規的答責性阻却は排除され、一ある程度軽減されるとしても一可罰性が残るのである。

その理由は、この種の事案にあつては、介入者が何もしなかった場合にはいずれにしても失われてしまうはずの個々人に対する共同の危険が縮減されるのではなくて、無関係な者に転嫁されているという点にある。確かに、ここでも、行為者の法に友好的な性状を認識するができ、その結果、特別予防的根拠は刑罰威嚇を要求しないのである。しかし、威嚇は、一般予防的には要請されている。刑法 35 条によって賄うことのできないような、危殆化されていない者に対する侵害が考慮されるような危険共同体は、非常に稀である。安楽死医師の事案は、今までに生じた唯一の事例であり、繰り返されることは、法治国家的諸関係の中では考えられえないことであるから、不可罰性が甘受されるのである。それに対して、危険の他者への転嫁は、いつでも、しかも、種々に可能なのであり、また、答責性阻却的な寛容は一般の法的安定性感情を我慢できないほど動揺させるといえるのである。

このことは、Welzel の転轍手の例の中では、現実的にはほぼ表象することのできないような仮想された事例が問題になっているために、登場しては来ない。呼吸器への接続が改善の見込みをまったく示さない場合には、いずれにしても、超法規的答責性阻却に立ち戻るまでもなく、スイッチを切ることが許されるのである。改善の見込みがまだある場合には、他人の救済のためであれ、医師による専断的な殺害を甘受することは、医師に対する信頼を破壊し、用心深い患者に、およそ今後病院を訪れることのないように躊躇させてしまうに違いない。この論理を一貫させれば、殺害が彼の心臓と腎臓を移植することによって他人の生命を救おうとする目的でなされたような場合には、死に瀕しているような患者の殺害は、責任が阻却されなければならないことになってしまうであろう。同様に、許されなことは言うを待たない、健常者からの強制的な、腎臓の採取も、他人の生命の救助のために必要であれば、責任が阻却さ

れなければならないことになろう。高位の政治家を謀殺した者は、扇動者が、断った時には、一般市民から無作為に五人を射殺すると脅迫していた場合には、責任が阻却されなければならないことになろう。同様のことを甘受することはできない。むしろ、責任のない者や、危険状況と無関係な者は、法が彼等を生命あるいは健康の無法な破壊に対して、いかなる事情があろうとも、刑罰威嚇によって守ってくれることを信頼できなければならないのである。

不作為状態であることがさらに多くの犠牲者を出すことになり、それ故、より大きな責任を負わなければならないような場合にまで、異議を述べようとするのではない。したがって、Welzelも、もちろん、「・・・人間は回避しようとして、決心したのであるから、彼の不行為によってより大きな責任を負うのである。」としている。しかし、それは正しくない。というのは、運命が課しているものを、人間のせいにはすることはできない。そのように、一般的な法意識も反応している。多くの人が心臓や腎臓を移植するために十分に利用できないために、死ななければならないということは知られている。しかし、それは、さらにまた、各人は各人の一往々にして悲劇的な一運命に耐えなければならないのであるから、甘受されなければならない。そもそも、無関係な者を犠牲にして運命を修正しようとの試みは、法的平和を乱すのである。それ故、そのような試みは、刑罰によって阻止されなければならない。

（よしだ・のぶゆき 桐蔭横浜大学法科大学院教授）