

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)[十七]

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之／小田純子 訳

第 22 章 答責性阻却的緊急避難と類例

A. 35 条の緊急避難

第一節 規定の体系的な位置づけと目的論的内実

1 35 条の緊急避難は、その文言が一義的に明らかにしているように（35 条 I 項 1 文「責任なく行為した」）、立法者によって責任阻却事由として構想されている。それにより、新しい総則は緊急避難の諸事例の取り扱いにおいて、1930 年頃のドイツの学会で価値を認められていた個別化説に従っている（詳細は第 16 章、Rn. 1）。利益衡量に基づく 34 条の緊急避難は、（ドイツ民法 228 条、904 条の民法上の緊急避難例も同様に）35 条の状況がただ免責されているのに対して、正当化されているのである。

2 この個別化は原則的には賛同に値する。なぜならば、正当化的緊急避難の場合、行為者は目的達成のため明らかに優越する利益を保全し、その結果その侵害は社会的に有益で適法なものとして評価されているのに対して、35 条の場合これとはまったく異なっているからである。この規定は、行為者の態度の正当化に対する優先的疑問が明示的に否定され、それ故、行為者の行動は非難され、社会的に有害であると明らかにされていることを前提としている。ある者が第三者を殺害することによってのみ重大

な身体的危難から我が身を救うことが可能である場合には、法秩序の基準に従って行われるべきではないことをなしているのである。それにもかかわらず、行為者が 35 条で刑罰を免除される場合、それは、法秩序による行為の拒否が欠如していることに依拠しているのではなく、その態度が法律上の拒否にもかかわらず刑罰の必要性がないものとして評価されていることに基づいているからである。

3 この叙述されたとらえ方の違いは、また、体系的分類に結びつけられる異なった法的効果をもたらしている。正当化的緊急避難の場合、正当防衛は許されず、共犯は正当化され、事実的前提条件に関する錯誤はせいぜい過失犯としての処罰を可能にする一方で、単なる免責的緊急避難の行使に対しては正当防衛権が存在し（詳細は第 15 章 Rn. 17ff.）、35 条の事実的前提条件に関する錯誤は故意を阻却せず（Rn. 59ff.）、緊急避難行為の共犯は可罰的である（Rn. 66f.）。

4 確かに、この法規の用語法は、35 条が言葉の厳密な意味において、（狭義の）責任ではなく刑法上の答責性を阻却するという意味で不正確なものである（第 19 章 Rn. 1—8 参照）。なぜならば、35 条は、危難に遭遇している者が規範的なお感応可能な状態にあって、他の方法で行為することが可能であったはずであり、そのため、著しく減少されてはいるが責任が認められるという場合にのみ実践的意義を持つからである。そうでなければいずれにしても 20 条が存在するのであり、35 条の適用は不必要であろうからである。それ故、刑罰免除の根拠は責任の欠如にあるのではなく、予防的な処罰の必要性の欠如に存在するのである（第 19 章 Rn. 3 と後述の Rn. 6, 11 参照）。そこから、35 条の「責任」という述語は、17 条（それに関しては、第 21 章 Rn. 69）と同様に、広義の全刑法上の答責性を包括するものであると理解されるべきである。

5 もっとも、個別化説は、あらゆる緊急避難事例は一貫して正当化事由として評価されねばならないという見解をもつ支持者を完全に黙らせる

までには至っていない。Welzel は、戦後もなお現行の 35 条（当時は 54 条）を正当化事由として判断していたようである。「自己の生存に関して・・・同等に扱われ、もしくはより高い価値のある他人の法益と・・・衝突に陥り、前者が後者の犠牲によってのみ救出されうるという場合には、自己保存の行為は拒否されるものではない」。Gimbernat は、1974 年にこの命題にたいする教義上の理由づけを補充した。行為者は、35 条の緊急避難においても規範的なお感応可能な状態にあり、そのため、原則的には、他人への侵害を控えるよう科刑により動機づけ可能なのであるから、立法者は、彼が行為者を他人への侵害を控えるようにと動機づけることを欲しない場合にのみ、この手段を放棄しうるであろう、と彼は述べている。それは、緊急避難行為の正当化を意味している。すなわち、「緊急避難が正当化事由であるのは、刑法が、刑罰は緊急行為制圧に対して無意味であるという理由によりこれを放棄しないからではなく、刑法がそのような行為の制圧をまったく望んではいないからである」。

6 仮にドイツの立法者による個別化説のための実定法上の決定を度外視するとしても、このような見解に従うべきではない。確かに、35 条は規範にかなった行為をする能力という意味では責任を完全に阻却しうるものではないという Gimbernat の前提条件はまったく的確である（Rn. 4 のみ参照）。しかし、彼は、刑罰放棄がそのような場合必ずしも必然的に正当化に基づく必要はなく、刑罰放棄の原因が、立法者は彼によって拒否される行為の処罰を必要不可欠なものと考えてはいないという点にもあるということを看過しているのである。それがここに示されている。すなわち、35 条 I 項 1 文の場合には規範による動機づけの作用が確かに不可能ではないが、しかし異常な事態のため刑罰による威嚇に期待することもほとんど不可能であろうし、さらにこの状況が希有なことであるため他者を威嚇するための一般予防の必要性はほとんど存在せず、またそのような行為を行う行為者は特別予防の作用も必要としないのであるから、規範違反者の処罰は刑事政策上不適切なものではなかるうか。したがって、（減少した）責任にもかかわらず大目に見られて、刑法上の答責

性が阻却されるのである。単純傷害罪の未遂 (223 条) や過失の器物損壊罪は、立法者が処罰していないことによって正当化されることがないように、これが正当化を意味するものではない。

7 実際、また、通説は (広義の) 責任阻却事由であるとする立法者の決定を是認しているのである。免責の根拠はいうまでもなく十分解明されてはいない。以前の見解は、刑罰免除をここで指示されている見解により予防的な処罰の必要性の欠如に帰するのではなく、規範にかなった行為に対する能力の低下のためであるとしている。「特殊な外的事態により惹起された自由な意思決定への侵害」が存在し、その侵害は「自己保存の本能を考慮する場合、合規範的行為」を期待不可能なものと思わせる、ということである (RGSt 66, 225)。すなわち、「異常な精神的圧迫」が規範違反を責任阻却可能なものとするのである (RGSt 66, 398)。さらに、現行の 35 条の立法資料は、「動機づけに影響を及ぼす過剰な圧力」を根拠としている。

8 しかしながら、もっぱらこの観点だけで刑罰免除を説明することはできない。なぜならば、まず第一に、意思決定に対する制限が、他の責任減少事由の場合と同様に単に刑罰を軽減するのではなく、なぜ刑罰を排除するのかが不明確なままだからである。第二に、このような構想は、35 条 I 項 2 文が、これらの場合行為者にのしかかる精神的圧迫は同一のものであるにもかかわらず、なぜ刑罰免除について一連の例外を作っているのかを明らかにしていない。第三に、心理的な圧迫は緊急避難の状況が現実に存在していようと、行為者がその状況を回避可能なものとして、あるいは回避不可能なものとして誤って受け入れようと、いずれにせよ同一であるのに、なぜ 35 条 II 項が回避不可能な場合にのみ錯誤を免責するのかが、この見解によって理解可能にされてはいない。また、「生命、身体、自由」の法益に制限することの意味が、心理的にほとんど理解できない。経済的生存の危殆化は、精神的に同様の圧迫を発生させるのであり、しかし免責されてはいない。

9 現在の支配的見解は、35条の場合、刑罰免除は二重の責任減少に基づいているとする。行為者の責任が減少させられるのは、まず第一に精神的圧迫によって、第二に緊急避難の行為者がただ法益を侵害するだけではなく、他者の法益を保全したことによる、といわれている。法益救済は不法を減少させ、それにより間接的に責任を減少させるという。二重の責任減少が不可罰性に到達する。しかし、この学説もまた35条の説明としては不十分である。確かに、この学説からは、35条I項2文による免責の欠如の場合を、他の理由により高められた、それ故刑罰に値する不法の状況として解釈することができるのであり、一方で35条II項は、この見解からは、錯誤の場合、法益は保全されていないと説明されている。しかし、そうであるならば、35条I項1文により、同様に結果価値のない失敗に終わった救助の試みも免責されることとつじつまが合わないのである。

10 そもそも、不法減少が35条による刑罰免除の中心的観点であるということが疑われねばならない。なぜならば、現実化した不法の量は行為者がなにを保全したのかだけではなく、行為者が侵害した法益がどれだけ超過していたかにも左右されるからである。自らの生命を救うために多数の人間を死に陥らせた者は、「結果価値」を差し引いた後に残っている不法とそれと同様の責任が通常の故意殺人の場合よりもはるかに大きな量に到達しているにもかかわらず、それでもなお不可罰である。35条による刑罰免除が立法者によって半分だけ不法減少から導き出されているとする仮説に対しては、純然たる不法減少が刑法においてまったく考慮されていない状況もまた、マイナスの材料を提供している。他人を犠牲にして自分と親しい関係にない人間を救った者は、不法減少が仮にそれが免責作用をもたらすのであれば責任減少事由を期待されるであろうにもかかわらず、全面的に可罰的なのである。

11 ここで支持されている刑罰目的説（第19章Rn.3と上述のRn.6参照）に基づく答責性阻却の根拠は、他の諸学説間にある軋轢を回避している。

この根拠は、一般予防および特別予防のための刑罰の必要性が欠如するという点から、自由に 35 条 I 項 1 文による刑罰阻却を導き出すことが出来るが、それに対して可罰性の残る場合 (35 条 I 項 2 文; 35 条 II 項; 生命、身体、自由に限定) は、一般予防の必要性によって条件づけられている。国家の法益保護の義務は、危険防止に任命された者が不可罰的にその義務から逃れうることを許容しない (35 条 I 項 2 文)。平和秩序を維持することから、自ら危険を惹起した者 (35 条 I 項 2 文)、若しくは危険を誤って認識している者 (35 条 II 項) が簡単に 35 条を引き合いに出すことは、禁じられている。経済的損失の危険が刑罰を免除する作用を持たないことは、そうでなければ、自救行為が正規の訴訟手続きを排除し、社会が無秩序になりかねないということから説明されるのである。

12 答責性阻却を説明するための刑罰目的説の援用を、Jakobs と彼の弟子の Timpe もまた、Jakobs の機能的な責任概念に依拠して (第 19 章 Rn. 33ff.) 35 条の規定をもっぱら一般予防の必要性の欠如またはその存在からのみ説明し、特別予防的作用の必要性の欠如を刑罰免除に対する根拠として拒否するという条件付きで主張している。Timpe は、仮に社会復帰が必要な者でも 35 条に基づいて行為しているのであれば免責を受けるのであるが、反対に 35 条 I 項 2 文の場合には社会復帰の必要性の欠如にもかかわらず処罰されるのだと考えている。しかしこのような主張の論拠は刑罰目的説を誤解している。35 条の状況の下で行為する者の行為は社会復帰の必要性を明らかにしはしない。すなわち、社会復帰の必要性に左右されず存在する犯罪傾向のみが処罰の必要性を正当化できるものではないことは、いまだ犯罪を犯していない者の危険性が処罰の必要性を正当化できないことと同様である。そして、35 条 I 項 1 文に関する例外は、特別予防の観点からではなく、主として一般予防の観点から説明されるべきであることは間違いない。しかも、このことは責任が存在する際に、場合によっては、一般予防の必要性だけが処罰を必要不可欠なものとしうるといって、刑罰目的説の一般原則に合致しているにすぎないのである。しかし、これらすべては、35 条の適用される行為者を通常の状態の下では法律に忠

実な人間として判断し、彼は特別予防的作用を必要とせず、それ故、一般予防的に耐えうる限りで刑罰を免除されうるということは何も変更するものではないのである。

13 ここで展開された構想に対するこれまでで最も詳細な批判を Bernsmann が提供している。彼の考えはこうである。すなわち、「Roxin による一般予防および特別予防の演繹は全面的に賛同できるものである。しかし、そこで使用されている『原理』が結局不明確なもので、内容的に広すぎるものであるため刑罰免除の限界を導き出すために役立つものではない」と。続けて、彼は、特別予防と一般予防が「いわば不必要」であるような緊急事態が存在するが、反対に、「35条I項1文に含まれる全事実事情について、両刑罰目的の達成が不可能であるような場合がある」ともいえない、と述べている。一般予防および特別予防の必要な者に関して種々の見解が可能であるという指摘は正しい。だが、Bernsmann は、重要なのは異なった判断者による不安定な見解にあるのではなく、予防の必要性に関する立法上の見解の多様性にあるということを見過している。しかし、このことは、35条の中に書きとめられているのである。すなわち、「開かれた」期待可能性条項に対する裁判官の解釈自体が、そのときどきの裁判官の主観的見解ではなく、「明記された」免責状況とその反対例外から演繹される評価に対応しなければならないのである。

14 Bernsmann 自身は、分類的方法を用いて緊急状況を整理しようとしている。その結果、彼は「大災害下の不安反応」を20条に近いため責任阻却事由と考えているが、それは、具体的状況において20条の前提条件が現実的に満たされている限りで賛同に値するにすぎない。それに対して、「熟考して回避された生命の危険」は、確かに有責であり、刑罰目的に対応する処罰を受け入れやすいものではあるが、刑罰阻却事由になるべきであるとする。不可罰性は刑法外の、国家哲学的理由によるものとしている。すなわち、「国家は生命を保護しかつ尊重しなければならず、どのような状況の下でも刑罰によって死を甘受するよう命じることはできない」

と。しかし、そのような国家理論上の「最終的な理由付け」には極めて問題がある。なぜならば、それは現実と合致していないからである。大多数の近代国家は、刑罰強制力によって戦中および 35 条 I 項 2 文の状況において、死、もしくは甚大な死の危険を甘受することを命じているのであり、多数の国家は、35 条 I 項 1 文の場合の刑罰阻却を認識すらしておらず、そのために法治国家違反で責められることもないのである。その上さらに、不可罰性により犠牲者の生命保護までも放棄しているのだから、35 条は生命保護のための国家的義務の観点からは、ほとんど説明不可能であろう。そして最後に「最終的な理由付け」を身体、または自由に対する危険に転用することも納得のゆくものではない。仮に国家が身体、または自由に対する危険における緊急避難行為について刑罰を放棄するのであれば、その原因は「刑罰権限の欠如」にあるのではなく、刑罰の目的がそのような場合犯罪化を無条件に要求するものではない、との承認に基づく寛大さにある。

第二節 現在の、他の方法によっては回避することのできない危険

15 立法者は、答責性阻却を「現在の、他の方法によっては回避することのできない危険」に結びつけている。それと同一の前提条件を 34 条の正当化的緊急避難も持っている。異なった解釈をする根拠は存在しないのであるから、その限りでは 34 条に対する説明を参照することができる(第 16 章 Rn. 11f.)。とりわけ、さし迫った危険の程度、すなわち、身体、生命または自由に対する侵害が生じる蓋然性も 34 条の場合より高く定める必要はない。例えば、致命的な結果が単に 10% の蓋然性で危惧されうるとしても、すでに 35 条の生命の危険は存在するのである。それ故、それを回避するために無関係な第三者を殺害した場合、不可罰的であるかどうかの問題は生命の危険にあるのではなく、35 条 I 項 2 文による期待可能性にある。これに対して、「危険」の存在は予期される法益侵害の一定の強度を前提としている。したがって、(どれほどの蓋然性でも) さし迫った軽微な傷害や監禁はいまだ 35 条 I 項 1 文の「身体に対する危険」や「自

由に対する危険」ではない。この二つの観点は、今日まで判例においても文献においても十分に区別されていない。

16 危険が人に由来するか、または自然の暴威、もしくは物に由来するかは重要ではない。現行の35条は、1871年の刑法の規定ではその52条において人に由来する強制による緊急避難をそれ以外の緊急避難の場合と対置していたのであるが、それを引き継いでいるのではなく、あらゆる危険の根源をひとつの規定の中に統合しているのである。実際に、人に由来する危険はおびただしい数にのぼる。それらは、殺害の脅迫により強制された第三者の殺人（RGSt 64, 30）に始まり、殺すぞと言って脅すことによる（BGHSt 5, 371）または、厳しい虐待による（RGSt 66, 98）司法上の虚偽の陳述の導出や政敵による報復に対する恐怖からの虚偽の陳述（RGSt 66, 222）の惹起から、恒常的な厳しい虐待を行う家庭内暴君による親族の殺害（RGSt 60, 318；BGH NJW 1966, 1823；NSZ 1984, 21）にまでわたっている。しかし、物による危険（RGSt 59, 69：切迫した老朽化家屋の倒壊）や自然の暴威（RGJW 1933, 700：洪水；RGSt 72, 246：鉱山での坑内ガス爆発）もまた違法な行為の原因となり、刑法上の答責性を阻却しうるのである。

17 特別な意味は、まさに答責性を阻却する緊急避難の場合、危険の現在性が、32条における攻撃の現在性よりも本質的により長い時間的範囲にまで及ぶという事実にある（詳細は第16章 Rn. 17 参照）。それはとりわけ継続的危険にいえることであり、危険性をおびた状況がいつでも損害へと転化しうるものであり、それがいつ起きるのかを正確にいうことができないという場合である。このような継続的危険は、老朽化家屋が今すぐにも、しかし場合によっては数ヶ月後になって初めて倒壊する可能性があるというような、物から引き起こされる危険である（RGSt 59, 69）。継続的危険は、また、家庭内暴君が、今のところ平和な状態ではあるがいつ新たな虐待へと転じるかもしれない場合（RGSt 60, 318；BGH NJW 1966, 1823；NSZ 1984, 21）、強要者が、事実通りの供述をすれば生命また

は身体に対する危険にさらすと証言者を脅迫しながら、その脅迫が実際に行われるのがいつか正確にはわからない場合 (RGSt 66, 98 ; BGHSt 5, 371)、そして、夜間の侵入者が、侵入を再三繰り返しているが、次回の出現が確実に決まっているわけではない場合 (BGH NJW, 2053) にも形成される。同様に、危険がすでに現在化しているといえるのは、確かに危険はまだなかなか現実化していないが、危険が現実化した後での防御では遅すぎることはないように今実行に移さなければならないという場合である。これらの事例群は、継続的危険の事例としばしば部分的に重なり合っている。

18 答責性阻却は、危険が他の方法により回避可能であった場合には問題にならない。それはまず第一に、危険を正当な方法で排除する可能性が存在した場合である。軍隊において許されない身体的危険にさらされてはいるが、国防委員への苦情や嘆願によってその危険から逃れうる者は、そうする代わりに軍隊から逃亡した場合には、35 条を援用することはできない (BayObLG GA 1973, 208)。偽証を強要する脅迫を、司法上の保護の申し立てによって免れることのできる者は、それにもかかわらず偽証した場合には、その答責性は 35 条によって阻却されるものではない (RGSt 66, 98 ; BGHSt 5, 371)。また、家庭内暴君の殺害は、彼からの予期される虐待に対して、家を離れることや警察の助けを呼ぶことによって防止できたであろうという場合、35 条には該当しない (OGHSt 1, 369)。もちろん、他の方法での回避可能性を軽々しく承認してはならない。例えば、脅迫された証人を法廷外で効果的に保護することはほとんど不可能であるが、それは彼を永続的に監視することができないからである。虐待を行う家父に対する警察への依頼は度々無効であることが証明されている (RGSt 60, 318)。そして、家を離れることは家庭の理由によりしばしば実行不可能なものである (BGH NJW 1966, 1823 ; NStZ 1984, 21)。

19 危険を単に場合によっては排除する、または部分的に排除するにすぎない逃げ道がどの程度まで試みられねばならないかは、判例に従って判

断すれば、期待可能性の問題であり、その限りでは、35条I項1文においてすでに役割をはたしており、35条I項2文において初めて役割を果たすわけではない。他人の力により35条の手段を用いて、別の人間の自由を奪うよう強要された者は、彼が単なる見せかけの服従によって犠牲者の逃亡を可能にすべく最小限のことを試みたのでなければ、免責はされない（BGH NJW 1952, 111）。ナチ政権下での殺害命令を盲目的に実行した者は、彼がその命令から逃れる可能性を試していない場合、可罰的である。「強要された犯罪が・・・重大であればあるほど、より綿密に検査されねばならない」（BGHSt 18, 311 [312]）。他方、連邦通常裁判所は、飲酒癖のある家庭内暴君の夫人に対して、離婚かまたは施設への収容を進めることが他の回避可能性を意味するものではないと考えている。なぜならば、「これらの措置が万が一成功するまで夫による非人間的な扱いをそれ以上耐え忍ぶこと」を彼女に期待すべきものではないとしている（BGH NJW 1966, 1823 [1825]）。連邦通常裁判所 NStZ 1992, 487 によれば、被告人はやむをえず殺人罪の関知者となってしまった。そのため彼は実行者等の脅迫により「参加」を強要されることになった。実行者等は、彼を関与させることによって、彼が警察に届け出ないことを確保するつもりであった。このような場合、初めに実行者等に話すことを通じて彼らの不当な要求を改めさせ、それによって自らが殺されるような著しい危険を冒す試みを、強迫された者に期待することはできない。

20 他の回避可能性として、判例は、法的な不利益の甘受の場合を認めている。真実の供述をすれば身体または生命に対する危険にさらすと強迫された証人は、仮にドイツ刑事訴訟法70条の制裁を受けることがあるとしても、結局は処罰されることにはならないが、偽証する前に、証言または宣誓を拒否すべきである（RGSt 66, 222 [227]）。軍隊で、彼にとっては発疹と耐え難い搔痒刺激の原因となる制服の着用を違法に命じられた者は、35条を援用して脱走により身体的危険から逃れるよりも、むしろ命令拒否による処罰を甘受しなければならないといわれる（BayObLG GA 1973, 208）。しかし、これは期待できないものであろう。なぜならば、

35 条が行為者を刑法上の有罪判決によって不利になるような差別から守ろうとしているのであれば、有責な供述、宣誓、もしくは命令拒否を行った者であるとの非難から免除すべきだからである。そして、行為者に刑法的な処罰を与えるべきでないのであれば、決して軽くはない秩序制裁や官吏懲戒規定の制裁も行為者に与えるべきではないであろう。さもないと、国家は一方では優遇措置を保障しながら、もう一方でその良い部分を再び取り上げることになる。

21 第三者の権利を侵害することによってのみ危険を回避しうる者は、もちろん、種々の方法の中から一番損害の少ない方法を選択しなければならない。無関係な第三者を殺害することによって生命の危険から我が身を救う者は、生命の危険を排除するためには他者に対する単なる傷害だけで十分であったという場合には、それ故、可罰的である。事故原因を惹起した者として身体的危険を加えると脅迫された者は、35 条を援用して危険領域から逃れることは許されるが、それ以上必要ではない。彼が永久に姿を消した場合には、142 条により可罰的である (BayObLG DAR 1956, 15)。

第三節 緊急避難が可能な法益

22 緊急避難が可能なものは、生命、身体そして自由のみである。「自由」は、旧法では特権を与えられていなかったが、1962 年草案の範例に従って、1975 年の総則で受け入れられたのであるが、それはこの法益が「身体や生命と同じような高い地位を享受している」からである。これに対して、名誉や財産のような他の法益への拡大は明文をもって拒否されている。それは、「規範にかなった行為が期待不可能であることが・・・広範囲にわたり責任阻却事由として承認され、科刑の峻厳性が疑問視される結果になってしまうかもしれない」からである。これは、ここでの説明のために引用された刑罰目的説によって証明される (Rn. 6, 11)。その他の法益を保護するための行為について刑罰免除を立法者に思いとどまらせた根拠が一般予防にあることは、明白である。

23 そこから、さらに、他の「人格類似の」法益に対する35条の類推適用は、少なくとも、故意犯の場合を除外しなければならないという結論が導かれる。さらに、代用のきかない物的利益（例えば、学者の原稿など）に対する35条の拡大も、法律にその根拠を見出しえない。これらすべてが法政策的に問題の多いものといえよう。種畜の救出のため使用人を火災によって死なせた者、またはヘーゲル派法哲学の講義記録を保存するために夫人の重度の煙中毒を甘受した者は、人間の生命保護が法律上の価値観と矛盾する方法で相対化されるべきでないとするれば、無罪であることは許されない。同様に、経済的困難を回避するために行った犯罪に対して、超法規的責任阻却を援用することにより刑を免除するのであれば、それは、35条の法目をすり抜けることになる。将来的には、もちろん、そのような場合には刑の減輕が可能となるよう法律が定められるべきであろう。

24 生命法益の場合、発生段階の生命にも35条により特権が与えられているのか否かが議論されている。これは支配的な見解に反して否定されるべきである。「身体」および「自由」の法益は人間にのみ関連づけることのできる法益であるから、その他の法律上で生命と身体が並置されている場合のように、それに反対する根拠もないのであるから、35条においてもまた現実に存在する生命だけが考えられるべきである。とりわけ発生段階の生命に対する比較的弱い法的保護の等置には反対なのである。そのうえ、胚は35条の「親族」または「親しい関係にある者」ではありえない。さらに、そのような35条の拡大に対する刑事政策的必要性も存在しない。なぜならば、胚に対する人的な攻撃の場合には緊急救助（32条）が介入できるからである。そして、妊婦がさらされるその他の危険の場合には、親しい関係にある者も彼女のために行動することができるが、それと同様に、彼女自身も35条を援用することができるからである。

25 緊急避難を根拠づける身体的危険は、さし迫った侵害が軽微である場

合には、明白に存在しているわけではない。軽微なものとは、判例によれば、特に「一時的なものにすぎない、身体の無傷性または健康に対する損傷」を生じさせない程度の虐待であるとされている (255 条に関する最初の判例としては、RGSt 29, 78)。したがって、単純な殴打による脅迫では十分ではない。それは、そのような場合に「身体または生命に対する危険」(RGSt 29, 78) や「緊急事態」(RGSt) という用語法を許容しないからである。連邦通常裁判所は、この判例を追認した (DAR 1981, 226)。これに対して、さし迫った手指の喪失の場合や、身体的危険による切迫した腕の骨折の場合には肯定されるべきである。これらが他の人間の殺害を責任阻却しうるか否かは期待可能性の問題である (35 条 I 項 2, Rn. 54f. 参照)。性的自由に対する攻撃は身体的危険をまったく基礎づけるものではなく、ただその攻撃が単純な虐待の限界を越えた傷害を必然的に引き起こす事態が切迫している場合にのみ基礎づけられるのである。しかし、それは、35 条の自由に対する危険と考えることができる (Rn. 28 参照)。

26 35 条の身体に対する危険は、全国民 (またはその多数であっても) が、同様にさらされることになる「すべての人にとっての危険」ではない。このことは、住空間や暖房装置の欠如により結果的に生じる健康に関する有害性とまったく同様に、戦時中および戦後の一時期における食糧難についてもいえる。これに対して、35 条の援用が可能である場合とは、個別的に、負荷が一般の限度をはるかに越えており、修復不可能な損傷が間近に迫っている場合である。判例もまたこれを是認している。「経済的諸規定が個別事例における餓死を阻止しえない場合、真の緊急事態のため、統制規定違反によって生命を維持しようとする消費者を処罰することはできない。」したがって、住空間の欠如の場合もまた、「現状がまさに居住者の身体または生命に対する直接的危険を意味するという…希有な場合」に緊急避難を基礎づけるのである。

27 この原則は、すでに Rn. 26 で示したように、官庁の命令に対しても適用される。健康に関する有害性、すなわち、食糧や住空間の統制から、

または当局による自由の剥奪（逮捕、拘禁）から法律上甘受されうる程度で結果的に生じる有害性は、緊急事態ではない。しかし、その効果が、その程度を超えている場合には、緊急状態があるといえる。それ故、すでに RGSt 41, 214 は、母親が自分の子供を感化教育から誘拐した場合には、その場においては子供が破滅するか、もしくは重大な被害を被る恐れがあったためであるというのであれば、責任阻却が可能なものと判断した。同様に、刑事施設における虐待も緊急避難状況を基礎づける（BGH ROW 1958, 33）。

28 1975年の総則において新たに受け入れられた「自由」（Rn. 22 参照）という緊急避難法益は、まず第一に、239条の空間的行動の自由を意味する。それに加えて、177条、178条の性的自己決定の自由が受け入れられなければならないであろう。それが独立した意味を持つのは、性的自己決定の自由に対する脅威がまだ身体的危険を基礎づけてはいない場合である（Rn. 25 参照）。これらの場合を含めることは、切迫した侵害の性質や重大さを基準として判断すると通常的自由の剥奪よりも生命および身体に対する危険により近いことから正当化される。これに対して、一般的な意思活動の自由を緊急避難可能な法益とみなすことはできないであろう。強要を阻止するために無関係な第三者の法益を侵害する者は、それ故、35条により責任阻却されない。このことは、強要的性格を少しも持たない自由な人格の展開を侵害する場合にも当然のこと適用される。のぞき見をする闖入者の再来に対する恐怖から夜間住居を離れることのできない者は、彼が予防的発砲によって「継続的危険」の根源である望まれざる訪問者の戦闘力を失わせた場合には、したがって、BGH NJW 1979, 2053f. に反して、35条によって責任阻却されることはない。さもないならば、35条により特権を与えられた法益の範囲が立法者の明白な意図に反して（Rn. 22f.）、際限なく拡大することになってしまうであろう。というのは、大抵の個人的法益に対する侵害は、犠牲者の行動の自由をなんらかの方法で侵害しているからである。

29 身体的危険に対する説明と同様であるが、軽微な自由の剥奪、つまり短時間で危険のない監禁は 35 条に該当しない。城の見物の際に悪ふざけから侯爵の部屋に閉じ込められた者が、高価なドアを破壊し出口を作り出した場合、それ故、責任は阻却されない。むしろ、彼は、城の管理人が次の案内で彼を解放するまで待っていなければならない。同様に、適法な当局の自由剥奪（逮捕、拘禁、自由刑の執行など）も緊急避難を基礎づけるものではない（詳細は、Rn. 42 参照）。法治国家違反にあたる国家の暴力的、専断的な処置の場合は別である。

第四節 特権を有する人的範囲

30 行為者は、危険が彼や親族、もしくは他の彼と親しい関係にある者に切迫した場合にのみ、刑を免除される。「親しい関係にある者」は、旧法では考慮されていなかったのであるが、1962 年草案によって 1975 年の総則に取り入れられた。「親族」に連結する「他の彼と親しい関係にある者」という表現法は、「この中には、例えば緊急避難行為者と家族共同体として生活している者、または同様の方法で親族のように彼と結びつけられている者だけが含まれている」ということを明らかにしている。緊急避難の特典を親密な人的範囲に制限する根拠は、1962 年草案において、「免責に対する内面的な根拠」となる「精神的圧迫状態」が、「大部分は」法律にあげられた人々を顧慮する場合にのみ生じるからである、と説明されている。しかし、これは不正確な理由づけである。なぜならば、一方では、親族の場合には、行為者と現実に親しい関係にあるか否かの点は、まったくのところ重要ではないとされているのに対して、他方、愛してはいるが決して親しい関係ではない者（例えば秘密の恋人など。Rn. 31 参照）に切迫した危険は、重大な精神的圧迫の原因となりうるものであるのにもかかわらず緊急避難行為として免責されないからである。実際的には、法的な規定は、取り上げられた人的範囲の場合にのみ、それ自体違法な緊急避難行為が世の中において承認され、その行為に対する立法上の寛大な措置が一般予防上支持できると思われるに至っている

と説明される。それ故、緊急避難規定の根拠として援用された刑罰目的説（Rn. 11 参照）は、この場合にも正しいことが確証されたのである。

31 「親族」である者は、11 条 I 項 Nr.1 で明らかにされている。「親しい関係にある者」としては、法律上親族の概念を結びつけられているために、行為者が長期間接触し、親族同様の関係にあるような人々だけが問題となる。とりわけ、そのような者は婚姻同様の生活共同体の場合に存在する。しかし、それは長期間自身の住居に迎え入れられている他の者の場合にも是認されるべきである。住居共同体が欠けている場合には、「親しい関係」は定まった性的な関係の場合、または 11 条 I 項 Nn.1 で挙げられた範囲（例えばおじ、おば、甥、姪）外の血縁者との個人的に密接な関係の場合には是認されうる。さらに名親の関係も、彼らの行動が、慣習的な心遣いを越えて、親族のする配慮に類似するような場合には、親しい関係を基礎づけることができる。これに対して、スポーツでの友人、党内の友人、隣人、職場の同僚等、好感を持って社会的交際を続けてきた人々は親しい関係にある者ではない。なぜならば、そのような関係はある一定の生活範囲に限られており、親族関係と同等に扱われえないからである。それ故、教師対生徒もまた親しい関係にある者ではない。さらに、関係は双方向的なものでなければならない。ある青年が他の誰よりも愛している映画女優は、しかし、彼女自身は彼の好意を何も知らず、または少なくともその好意に返答もしていない場合、彼女は彼にとって親しい関係にある者ではない。他方、「親しい関係」が肯定されうるのであれば（例えば「愛人」関係の場合）、親族の場合と同様、親しい関係にある者に対する危険によって行為者が具体的に特別な精神的苦境に陥っていたかどうかは問題ではない。

第五節 危険回避のための行為

32 法文は、行為者が「危険を…回避するために」行為したことを要求している。したがって、彼は救助の意思によって動機づけられていなか

ればならず、その結果、単に危険の存在を認識しているだけではまだ免責されない。例えば、国家社会主義政権に命令された犯罪的行為を筋金入りの党员として進んで実行した者は、拒否した場合には身体または生命に対する危険を覚悟しなければならなかったであろうとしても、それだけで不可罰的であるとはいえない。主観的正当化要素の場合に生じ、例えば正当化的緊急避難の場合であれば正当化的事情の認識を制限し、救助の意思を動機づける力を断念することにならざるをえない問題（詳細は第 14 章 Rn. 94ff. ; 第 16 章 Rn. 91f. 参照）は、答責性阻却の場合、別の方法で立てられることになる。なぜならば、ここでは行為者は一正当化的状況の場合とは異なり一どのような場合でも客観的に拒否されることを行っているからである。それにもかかわらず彼が刑罰から免除されるのかという問いに答える場合には、彼の動機（例えば量刑のような場合でもまた）が十分に考慮されるのである。刑罰により威嚇された行為を危険回避のためではなく、犯罪的内的動機から行った者は、一般予防と同様に特別予防の理由から制裁を必要とする。したがって、緊急避難規定（Rn. 11）の根拠は免責の前提条件として救助の意思を要求するのである。

33 それに対して、Jakobs は、「法律の文言に反して」、そして絶対的な支配的見解に反して、「責任阻却のためには緊急および回避作用の認識だけを要求し、回避のための行為を要求していない」のである。さもなければ、行為の帰責は「外部に現れない内部事情により左右される」こととなり、行為原則に矛盾するとしている。しかし、進んで、しかも熱望して犯罪的命令を実行する行為者は、彼の心情によってではなく、彼の行為により処罰されるのである。いうなれば、仮に彼が犯罪的動機からではなく彼自身または彼の隣人に対する心配から行為していたのであれば、当然彼に認められたであろう寛大な措置だけが、彼には許されないのである。しかし、理解可能な動機が無罪の方向へ働きうるということは周知の現象である。さらに、この方法で、Jakobs の考えるように、「動機づけの分析を越えて立証責任が行為者の負担へと移動させられる」と

いうわけではない。なぜならば、彼が危険回避のために行為した可能性が存在しさえすれば、彼にとって有利な結果となるように、そこから出発しなければならぬからである。

34 もちろん、救助の動機は特に高潔な内的動因によって引き起こされたものである必要はなく、行為者の最終目的である必要もない。ある者が親族を35条の前提条件のもとで、親族への好意からではなく、ただ彼が臆病者ではないと思わせるため、または彼が被救助者から相続人に指定されることを望んでそれだけのために救助した場合には、それにもかかわらず不可罰である。人間の行為の最終的な動機は法律による理解から離れたところにある。救助の動機で十分である。

第六節 35条I項2文による答責性阻却の拒否

1. 反対例外の根拠について

35 35条I項2文は、行為者に危険を受け入れることが期待されている場合、答責性阻却を拒絶している。拒絶の可能性は二つの例により明らかにされる一般条項の形式をとっている。すなわち、危険の自己惹起と「特別な法的関係」における義務である。これらの例外は公共への配慮に起因しており、その限りでは同様に一般予防的性質のものである。しかし、これらは、一般予防的な留保の傾向と程度によって区別される。これらは、例えば警察官や消防隊員の下にある「特別な法的関係」の場合に最も強い。法益保護は、そのような職業従事者が危険に対する恐怖により不可罰的に義務を怠ることが許されるのであれば、直接的被害を被るであろう。したがって、ここでは減輕の可能性は予定されていない。これに対して、自己惹起の場合、刑罰免除の拒否は一般の法意識に対する譲歩にある。ある者が第三者の法益を激しく（それ故34条によりカバーされない）侵害することによって不可罰的に自らが招いた危険から抜け出しうるのだとするのであれば、それは一般には理解されないであろう。しかし、一般的な法意識に対する可能な動揺を防止することは、危険回避のために任命された職

業従事者の拒否により生じるであろう明白な損害の阻止よりは、その緊急性の点で重要性が低いのである。それ故、ここでは任意的刑の減軽が許容されれば足りるとされているのである。また、この減軽は両方の事例群によっては補足されない、したがって同様に一般的な法意識を考慮して説明されるべき一般条項の事例群にも妥当する。

36 それに対して、35 条 I 項 2 文の諸事例の場合には、自由な意思決定の制限によって緊急避難を説明することはまったく役に立たない (第 19 章 Rn. 3f. と同様、既述の Rn. 7f. 参照)。確かに、特別委員会の理由づけによれば、「ここでもまた、動機づけに影響を及ぼす過剰な圧迫は本来の緊急避難の場合と同じように大きなものでありうるのであって」、そして、それ故、刑の減軽の可能性が予定されているのである、といわれている。しかし、なぜ自らが惹起した危険の場合、行為者にのしかかっている精神的な圧迫は一般的に軽微なものであるとされているのか、という問に対する理由がまったく欠けている。仮に精神的な圧迫が問題であるとすれば、ここでもまた刑罰免除が維持されねばならないであろう。また、委員会は、「特別な法的関係にある」場合に、すべての減軽可能性の排除を一時的にも！—公共に対して行為者が負う「保護義務」のせいであるとしている。そうであれば、法益保護に対する配慮が規定の基本的な根拠であることを非常に明白に示しているのである。高められた動機づけの圧力は、「量刑の範囲内で」考慮されうるとする指摘は、この点を何も変えるものではない。

37 また、自らが惹起した危険の場合における可罰性を、原因において自由な行為 (a. l. i. c.) を指摘することによって、伝統的な責任帰属の原則と一致させることもできない。なぜならば、まず第一に、行為を犯した際に、緊急避難行為者に対して規範的な呼びかけの可能性が一原因において自由な行為の場合とは異なり一排除されないのであるから、すでにこのような理由により行為者の事前行為への遡及は不可能だからである。そして、第二に、仮に原因において自由な行為の諸原則が適用可能であつ

たとしても、ここで著しく重要な位置を占めている過失による危険の惹起の場合、緊急避難行為者の過失処罰のみが許されるに過ぎないことになるであろうが、しかし、これは明らかに法律と矛盾するものである。

38 35条の刑罰免除を責任および不法減少の重なり合いによって説明する（Rn. 9f. 参照）広く知られている学説は、35条I項2文を次のように解釈している。すなわち、「それ自体として減少した不法は特別な危険引き受け義務を侵害することの内に存在する不法によって再び埋め合わされている」が、そこには、免責のためにはそれだけでは十分でない「特別な精神的圧迫状態」が追加的に存在している。不法減少の意味に対してマイナスとなる（Rn. 10 参照）疑問は別として、しかし、それ自体としては正しい、特別な「危険引き受け義務」の構成によって、その真の解明を提供する次のような根拠を隠蔽してはならない。すなわち、既述の一般予防的な考慮だけが、ある一定の場合に、行為者に危険引き受け義務を課することになるのである。

2. 特別な法的関係

39 緊急避難行為者は、彼が「特別な法的関係を考慮し、危険を甘受しなければならなかった」場合には、35条I項2文により全面的に可罰的である。もっとも、いつがこのような事態なのかは、35条I項2文においては詳細には説明されていない。例として、特別委員会は、「特に、軍人、公務員である連邦国境警備隊および消防隊員」を挙げている。その他に、1962年草案は、船員、警察官と登山ガイドに言及していた。その上、若干の事例においては、そのような危険引き受け義務が法律によって定められている（§§6WStG, 29 II ff., 106, 109 SeemannsG）。その点では、兵役代替社会奉仕勤務従事者も、特別な法的関係にある（§27 III ZivildienstG）。鉱山での「気象士」もまたここに属している（RGSt 72, 246）。争われているのは、公共に対する特別な義務にかかわる問題でなければならないのか、または同様に、ただ存在する保護義務に対する個々の人間（親子関係、保母、プライベートな登山ガイド）にかかわる問題で十分であるのかの

点である。狭義の見解に賛同できる。なぜならば、特別委員会は、すべての刑の減軽拒否を直に「当該関係者は公共に対する特別な保護義務を引き受けた」という事実に基づかせているからである。

40 それとともに、保護義務が公法に基づかねばならないとは要求されない。同様に、医師または病院職員は公共に対する保護義務を有し、感染の危険可能性を指摘したからといって国民の健康に対する職務から逃れることにはならない。さらに、特別な法的関係は、具体的なケースで特別な法律的行为によって初めて成立するものであるからといって、否定されるものではない。裁判官は訴訟係属によって初めてある一定の事実に関係するものであるが、裁判官はそれとは無関係に、公共に対して一段と高い危険引き受け義務を持っているのである。それ故、裁判官がある政党からの脅迫による恐怖から法律を曲げた場合には、彼は軽減されず、336 条での処罰を免れない。さらに、例えば、公衆浴場の監視員なども特別な法的関係にある。なぜならば、浴客は監視員の監視下においてもらうために入場料金を払わなければならないのではあるが、監視員はその個人にではなく、匿名のすべての人に義務を負っているからである。これに対して、1962 年草案で言及された山岳ガイド（山岳遭難対策組織とは異なる！）は、個々の契約に基づいて個別の旅行者に対して仕事をするのであれば、ここには含まれない。彼に対しても、その他の付き添い人や危険共同体のメンバー（探検隊、ザイル登山隊）に対するものと同様に、確かに特別な保護義務が課される場合もある。しかし、それは 35 条 I 項 2 文 (Rn. 53) の一般条項に包摂されるものであり、その結果、刑の減軽を受けることができるのである。

41 高められた危険引き受け義務が職業に特有の危険に対してのみ妥当することも承認されている。それ故、海難事故の犠牲者である医者や、救助の際に、他の乗客に対し優先することは許されない。連邦通常裁判所の判例 (NJW 1964, 731) によれば、警察の行刑官は、武装した犯人の逮捕や暴動の鎮圧に関与する場合、確かに、場合によっては生命を懸けな

なければならない。しかし、彼が35条を援用することができるのは、犯罪的国家権力（ナチ政権！）により、それを拒否した場合、彼自身が殺されてしまうような「真の危険」を冒すことになるであろうような犯罪行為を強要された場合である。さらに、職業に特有の危険に際して、保護義務者が確実なまたは間違いのない死を受け入れることまでもは、もちろん要求しうるものではない。法律は危険の受け入れを要求するが、意識的に生命を犠牲にすることを要求してはいない。35条I項2文の文言と、この制限は、何の問題もなく調和しうるものであり、それは、危険受け入れの期待可能性は、「特別な法的関係」に対して依然として付加的なものでなければならないからである。

42 一貫して、法的な許容義務もまた、身体的な侵害を受け入れる義務（例えば、§§81a StPO, 17 IV 3SoldG, 17 II GeschlKrGを基準とする）や自由の剥奪に耐える義務（例えば §§127, 112 StPOを基準として、または自由刑の服役の場合）と同様に、特別な法的関係の一部と見なされている。しかし、ここではすでに35条I項1文の緊急避難が排除されていると見た方がよいだろう（既述の Rn. 27, 29 参照）。それは、国家の強制権は、35条I項1文を前提にするような過大な負担を最初から基礎づけるものではないからである。したがって、35条I項2文は、過大な危険引き受け義務の場合に関連するだけなのである。無罪の者が法律上効力のある自由刑を宣告された場合だけは別である。なぜならば、そのような侵害を法秩序は欲していないからである。それ故、そこでは緊急避難が存在し、その緊急避難は、むしろ法治国家的公共団体内では再審への道が開かれた場合にのみ排除されてよいのであり、その他の手段による場合には、緊急避難が受け入れられなければならない。公共に対する保護義務にかかわる問題ではないので、もちろんこの状況もまた期待可能性という一般条項の領域に属する。それは同時に、行為者に少なくとも刑の減輕が保障されているという利点を持つのである。

43 特別な法的関係にある者は、危険が彼自身ではなく、親族または

親しい関係にある者にさし迫っている場合にも危険を受け入れなければならない。なぜならば、例えば、大災害において、公共の保護のために動員された者が不可罰的に自らの義務を果たさず、その代わりに彼の親族やその他の親しい関係にある者に気を配ることができるのであれば、公共の福祉は損なわれるからである。逆の場合（例えば、船長の夫人が乗客を犠牲にして彼女の夫を救助する場合）、特別な力関係に立脚する緊急避難行為者に照準を合わせた法律の文言がそれとは反対のことを物語っているように見えるのではあるが、緊急避難の援用は通説のように、拒否されねばならない。しかも、期待可能性の一般条項も、親しい関係にある者にも危険の受け入れを負わせることを許容しているのである。公共の保護のための機構が機能を果たすことが可能であるには、危険引き受け義務を負う者自身が義務を果たすだけでなく、彼と親しい関係にある者も彼の特別な責務を顧慮することが要求される。もちろん、特別な法的権利関係の外側に立つ者には、期待可能性の規定のケースに対して予定されている刑の減輕可能性を役立てることはできる。

3. 自らが惹起した危険

44 行為者は、彼が危険を「自ら惹起した」ために危険の受け入れが期待可能な場合にもまた、35 条を援用することができない。1975 年以前に適用された緊急避難規定には、「自分に落ち度のない」緊急避難という言葉が用いられていた。新しい法律で変更された文言は、特別委員会の理由づけによれば、刑罰を阻却するためには「有責な惹起だけでは十分ではない」ことを明示している。しかし、それによって、排除されたもの以上に多くの不明確な点が生じている。なぜならば、単なる危険の惹起は答責性阻却を拒否するためには十分ではないとされうるからである。例えば、ある者が法廷でありのままの供述を行うことによって、行為者の背後者等に殺害される危険に身をさらしており、彼がそのような脅迫に応じて今まさに偽証したのであれば、場合によっては彼から 35 条の援用を奪うことはできない。なぜならば、国民としての義務の履行が、緊急避難の特権を剥奪することによって処罰されてはならないからである。

同様のことは、ある者が告発により、訴訟の提起により、もしくは単に率直な言葉により危険に陥る場合にも妥当する。平等の法則に対する違反となるであろう場合とは、国民としての権利の行使によって緊急避難状況に陥った者が他の緊急避難行為者よりも不利な処遇を受けるような場合である。

45 したがって、緊急避難の特権を排除するためには、危険の惹起よりもさらに多くのものが要求されねばならない。法律の文言と、このことは矛盾するものではなく、それは、法律の文言が惹起だけではなく、惹起のために行為者に危険の受け入れを期待しうるかどうかに焦点を合わせているからである。それ故、すべては期待可能性の要件次第ということになるのである。一般化された見解は、客観的義務に違反して強制状態を招来した場合に、緊急避難の特権の中止を是認している。若干の著者は、緊急避難状況の主観的義務に違反するか、または有責な惹起も要求している。その他の著者は区別を認めるか、個々の場合に、または「緊急避難状況の原因に対する行為者の権限」に焦点を合わせている。

46 論争状況は、とりわけ、そのような場合に新法に対する明らかな判決が欠けているため、混乱している。旧法に対する判例からは、RGSt 54, 338; 72, 19; BGH ROW 1958, 33 を挙げることができる。そこで、大審院の判決が、緊急避難を責任があると考えているのは、行為者が過去の犯罪に基づく告発を覚悟しなければならず、それを回避することで新たな違法行為を犯すことになるという場合である。しかし、さし迫った刑事訴訟手続きを35条の緊急避難と呼ぶことはできない(Rn. 27, 29, 42 参照)。今日もなお主として用いられている「義務に違反する」、「違法な」、「有責な」というような概念は、自己危殆化が禁止されていないため、問題の克服に適しているものではない。それ故、緊急避難の援用が排除されるべき要件をこれらの専門用語を放棄することで記述することが適当である。行為者が彼の態度に対し答責性があるといえるのは、行為者が十分な理由もなく、緊急避難状態になりうるということが予見可能であるような危

険を冒す場合である。そのような危険の回避は義務ではなく、不履行であっても損害賠償を伴わない責務であり、その侵害について行為者は緊急避難の特権を失う。

47 ある者がいつ十分な理由もなく危険を冒したのか判断する場合には、人間による危険と自然による危険を区別しなければならない。ある者が人間によって危険にさらされた場合、彼の緊急避難の特権は、彼が社会的に適切な態度をとっていた場合と同様に、いつまでも侵害されることはない (Rn.44 の例参照)。他方、帰責的な方法で他人の感情を害し、またはさらに損害を与えた者は、そこから生じる予見可能な危険は自分自身に帰するものであるとされねばならず、他人を犠牲にして不可罰的にその危険から逃れることはできない。自然による危険に身をさらす者は、彼が他人を助け、あるいはその他に (調査旅行の場合のように) 社会的利益をもたらすことを望んでいる限り、彼はその危険に対して十分な理由があるのであり、その場合、彼自身または他人の認識可能な危険は、最初から、利益を超過しないということを前提とすることができる。

48 いうまでもなく、行為者が十分な理由もなく危険を冒していた場合であっても、緊急避難行為が依然として、可罰的であるとはいえないのであり、このことは常に顧慮されなければならない。さらに緊急避難状況の発生が予見可能であったのでなければならない。すでに RGSt 36, 340 は、旧法の責任の要件に関して、次のように詳述している。すなわち、不可罰性が否定される緊急避難が有責であることは危険の有責者とは等しいものではないが、それは、「前者の概念は危険発生だけではなく、危険からの救出が他人の権利を侵害することを手段としてのみ可能であるような状況をも含むという意味を持つ限りにおいてである」としている。これは実践的な意味を持つ。例えば、ある者が他人と危険なヨットの航海を企画し、軽率にも自分の救命胴衣は家に置き忘れ、ヨットが嵐で転覆し、彼は同行者の救命胴衣を無理に奪って同行者を溺死させ、それによって生き残ったという場合、彼は 212 条により可罰的である。な

ぜならば、危険だけではなく、他人を犠牲にして我が身を救う必然性も予見可能だったからである。しかし行為者が入念に検査した救命胴衣を携行し、この救命胴衣が予見不可能的に機能を果たす能力がないことが証明されるのであれば、他の事情が同じならば答責性阻却が生じる。なぜならば行為者に緊急状態に対して責任を負わせることができないからである。もちろん、厳密にはそれは緊急避難行為の予見不可能性ではなく、緊急避難状況の予見不可能性と解されることになる。また、救命胴衣を家に置き忘れた我々の事例の行為者が、彼の同行者がそのような救命胴衣を携帯していることを予見できなかったであろうという場合でも、行為者がそれを奪うことによって同行者を死なせたのであれば、彼は可罰的である。

49 さらに、顧慮されねばならない点は、行為者が緊急避難状況を十分な理由もなく、予見可能的に惹起した場合であっても、軽微な場合は34条による正当化さえも生じうることである。ある者が装備不十分のために登攀の際に危険に陥り、最初から予期されていたように、個人所有の山小屋に侵入することによってかろうじて凍死から身を救うことができたという場合、それにもかかわらず彼の住居侵入罪については、本質的に優越する利益によって正当化されるのである。なぜならば、35条I項2文の危険惹起の基準は34条に転用できないからである（詳細は、16章Rn. 51 ff）。したがって、危険を「自ら惹起した」という理由による緊急避難行為の処罰は、重大な法益侵害の場合にのみ問題となるのである。

50 さらに自らが惹起した危険の際に、危険を引き起こした者と救助された者が同一人物ではない場合にどのように判断されるべきなのかが問題となる（特別な法的関係にある場合の同様の問題についてはRn. 43参照）。ある父親が彼の家族を有責的に緊急避難状態に陥らせ、第三者を侵害することによってのみ家族をそこから救助しうる場合、その父親は不可罰であろうか？ 法律の文言は、特権を拒否する場合には、緊急避難行為者による惹起に焦点を合わせているように思われ、さらに特別委

員会も、その根拠を「緊急避難行為者の態度だけが考慮されなければならない」にあると考えている。しかし、父親が処罰されねばならないという結果にはとても納得がいかない。なぜならば、父親が彼の家族にさし迫った危険に対して自ら責任があるとすれば、彼は単にそれだけいっそう強く一第三者が犠牲になろうとも一家族を危険から救助する義務を負ったと感じるようになるからである。また、公衆もそのような動機づけに対して理解を示すであろうし、その結果、世間一般の法意識を考慮すれば処罰は必要とされない。「ある者が自らの義務違反で生命の危険に陥れた親族を助けること以上のものは、何一つ存在しない」からである。それ故、原則として、行為者によって引き起こされた緊急避難状況にもかかわらず、行為者に危険の受け入れを期待すべきではないということが承認されねばならない。法律の文言と、このことは、一般的な期待可能性の規定に立ち戻ることが可能であるため、完全に一致しうるのである。

51 逆の場合、すなわち、緊急避難行為者ではなく救助された者が危険を惹起した場合も（夫人が自ら「有責に」緊急状態をもたらし、彼女の夫が第三者を侵害して彼女を救助する）同様に、原則的に、答責性阻却を承認しなければならない。この点については、法文（緊急避難行為者は危険を「惹起」していない）だけではなく、彼の夫人（またはその他の特別に親しい関係にある者）の救助者は、彼女がどのようにしてその状況に陥ったのかを気にせず、寛大な措置を受けるに値するという事情も肯定的である。自らの緊急避難行為の場合、救助された者自身には許されないであろうような寛大な措置を救助者が要求することはできないとする反論には納得できない。なぜならば、世間一般の法意識は、利己的な行為よりも利他的な行為の場合のほうがはるかに容易に無罪を容認するからである。したがって、自らが惹起した危険の場合は、特別な法的関係の場合とまったく逆である。すなわち、特別な法的関係の場合、第三者の犠牲によって親しい関係にある者を救助することは、親しい関係にある者を犠牲にして危険引き受け義務者を救助することとまったく同じで、可罰的であるのに対し（Rn. 43 参照）、ここでは、危険を惹起し

た者によって親しい関係にある者を救助することは、親しい関係にある者によって危険を惹起した者を救助することと同じで、原則的に、不可罰である。すなわち、危険の惹起は、緊急避難行為者に対する寛大な措置を、特別な法的関係による結びつきの場合と比較して、きわめて軽微にしか制限していないからである。これは、特別な法的関係にある者には完全に禁じられている刑の減輕が、可罰的に自ら惹起した者にも認められるということとも合致するのである。

4. 期待可能な危険受け入れのその他の事例

52 特別な法的関係と危険の惹起に基づく危険引き受け義務は、例示にすぎない。重要なのは、行為者に「危険の受け入れが期待可能」であったか否かである。期待可能性の規定は、まず第一に、特別な法的関係と危険の惹起の範囲の修正を可能にする。軍人、警察官、消防隊員にも、自らの生命を確実に犠牲にする者と期待することはできない。さらに危険を惹起した者も（とりわけ親しい関係にある者を顧慮したとき）、事情によっては、35条を援用できる。期待可能性の規定が可罰性を制限する方向で作用するこれらの事例は、Rn. 41, 50f. ですでに明らかにされている。しかし、その他にも期待可能性の規定は、それが危険の甘受を事情によっては、特別な法的関係と危険の惹起以外にも要求するのであり、そうすることで可罰性を拡大する機能をも持つことにもなるのである。この関連において二つの事例グループが特に強調される必要がある。保障的地位と引き起こされた損害の非相当性の場合である。

53 高められた危険引き受け義務は、保障的地位を不作為犯の枠内で根拠づける関係の場合にも、肯定されねばならないだろう。これは、公共に対する義務が問題である範囲においては、35条I項2文の「特別な法的関係」に該当する（Rn. 39f. 参照）。しかし、それ以外に、例えば、ある夫には、彼の家族にさし迫っている（爆弾、火災による船舶事故、交通事故）危険に際しては、夫人と子供を見殺しにするのではなく、彼が自らを危険にさらすことにより不利益を甘受して家族を救助することが要求され

ねばならない。彼がそれを怠った場合、彼は、公共に対する義務の懈怠の場合とは異なり、より軽い刑の範囲ではあるが、無罪を予測することはできない。同様に、探検や登山の際の危険共同体に対して、または監督、看護関係（登山ガイド、教師）に対しても妥当する。全体主義国家内での抵抗集団の場合、危険共同体の観点のもと、同じく高められた危険引き受け義務が承認されるべきである（OLG Freiburg HESt 2, 200 ; OGHSt 3, 130 参照）。したがって、ある構成員が、危険のさし迫った同志を裏切ることによって危険から逃れた場合、何の問題もなく 35 条の援用を否定することに問題はない。これに対して、先に行われた行為（先行行為）から発生する保障的地位は、直接ここで問題となるのではなく、自ら惹起した場合に属する問題である。

54 それに加えて、危険引き受け義務は、引き起こされた損害に相当性がない場合にも肯定されねばならない。これは、避けられた損害を与えた損害よりも大きなものでなければならぬことを意味しているわけではない。そのような状況は、たいていすでに 34 条に該当するからである。例えば、「単なる身体的な緊急事態を防ぐために行われた他者の殺害もまた免責されうる」のである（RGSt 66, 400）。同様に、他の方法では自らの生命を救うことができない場合、より多くの、多数の人間の殺害でさえも免責される（BGHSt NJW 1964, 730）。しかし、修復可能な身体的損傷を防ぐために、責任のない者を殺害し、または彼に重大で永続的な損害を与えた者の場合、それはすべての均整の外にあり、寛大な措置に値しない。

55 ただし、非相当性を組み入れる場合は類別化が必要である。健康を損なうことのない、または身体的に無傷である単純な虐待は、初めから身体的緊急事態を惹起しているのではないから、35 条 I 項 2 文をそもそも超えるものではなく、除外されるべきである（Rn. 25 参照）。これに対して、例えば、切迫した腕の骨折や重い打撲傷は身体的緊急事態を基礎づけるものであるから、他の者に同様の損傷を与えることによるのみその危

険から逃れうるという場合には、刑法上の答責性は阻却される。しかし、そのような損害を防ぐために他の者を殺害し、または彼に横断麻痺を与えた場合は、もはや許容しうるものではない。この場合、刑罰の免除は、一般予防を理由にする限り不可能だからである。さし迫った危険の程度もまた緊急避難行為の非相当性になりうる。これは、切迫した段階に至ればすべての必要な救助行為が免責されるような生命の危険性の場合に問題となる。しかし、自らの生命を失う蓋然性がわずか10%にすぎない場合であっても、それはすでに、それを回避することが他の者の侵害を免責しうる生命の危険である（Rn. 15 参照）。だがそれでも、相当な、そのようなつもりのもったくない危険を回避するため第三者を確実に死へと追いやった場合には、その緊急避難行為者は刑罰を免除されえない。

5. 期待可能な危険引き受けの場合の量刑

56 ある者が35条I項1文に従った緊急避難状況に基づき行為し、しかし危険の引き受けが彼に期待可能であった場合、刑は49条I項により軽減される。これは、行為者が特別な法的関係を顧慮して危険を引き受けるべきであった場合には妥当しない。この区別は一般予防的な観点のもとで正当化される（Rn. 35 参照）。しかし、「特別な法的関係」の場合、処罰範囲の軽減の排除と責任主義を調和させることは困難であるとの見解が種々主張されている。これらの懸念は、通常の場合、根拠のないものであるが、それは、危険引き受け義務者の軽微な責任は通常の処罰範囲内で考慮されるからである。特に問題となっている212条、213条、223条、223条aは軽微な刑罰を可能にするので、過大な刑量を期待することはできない。責任主義違反は、211条に違反する緊急避難行為の場合にのみ存在するであろう。というのは、絶対的な刑の範囲は軽減された責任の顧慮を許容しないからである。緊急避難行為者が211条の構成要件を満たすということは、もちろん、ひじょうに稀にしか生じない。もしそれが起こった場合には、BGHSt 30, 105の諸原則を適用し、法律外の刑の減輕を行うべきである。

57 期待可能性その他の場合において認められる任意的な刑の減輕は、35 条 I 項 2 文の場合を超えて、期待可能性が問題となる場合である 35 条 I 項 1 文の状況の場合へも拡大されなければならない (Rn. 19 参照)。したがって、より寛大な手段の適用が期待できたからというだけで無罪とならなかった者は、35 条 I 項 2 文の類似の適用によりより軽い刑を受けることができる。

58 49 条による刑の減輕の前提条件が存在するのであれば、通例は減輕しなければならない。刑の軽減を見合わせることは、ひき起こされた損害と避けられた損害の極端な不均衡の場合にそうでありうるように、責任減少が軽微である場合だけである。

第七節 錯誤による緊急避難状況の受け入れ

59 立法者は、35 条の事実的前提条件についての錯誤に対して、特別な規定を設けた。35 条 II 項により、回避不可能な場合には刑法上の答責性が阻却され、それ以外の場合は 49 条 I 項による刑の範囲の必要的減輕が行われる。もっとも、緊急避難特権の心理学的意味を明らかにするには、それは、すでに法律の理由づけの中に透けて見えているのであるが、別の規定がより自然であったであろう。ただ緊急避難の錯誤の場合に、行為者が受ける心理的圧迫は、現実の緊急避難の場合と同一のものであるから、錯誤と現実の緊急避難状況を同列に置く解決策が提示されてしかるべきであったであろうが、しかしそれは妥当ではなかったといえよう (そして、35 条の心理学的説明の不十分さを示している)。なぜならば、すでに事実上存在する緊急避難が行為者の責任を阻却するからではなく、ただ立法者は彼に予防的な処罰の必要性が欠けているため彼の行為に対して答責性を負わせていないからである。この予防的的要求は、緊急避難が行為者の表象の中にだけ存在する場合には、変容する。客観的に強制された状態に起因しない、故意的で違法な犯罪が、回避可能な錯誤による行為者の表象に基づくというだけで不可罰になるというのであ

れば、それは効果的な刑法的法益保護の使命と相容れないであろう。むしろ、行為者が状況を入念に検討していたので、彼を錯誤のため非難できない場合にのみ答責性は阻却されうる。その他の場合には、彼の動機づけの状況はすでに刑の減輕により十分に顧慮されている。それ故、法律上の規定は賛同に値するのである。

60 新しい総則が施行される前の判例は、35条Ⅱ項によるものとも、緊急避難とその錯誤による思い込みを同列に置くこととも異なった第三の解決策を主張していた。BGHSt 5, 371 (374)によれば、身体と生命に対する危険が免れえないことを、回避可能な錯誤により思い込んだ行為者が偽証していた場合、（ドイツ大審院に引き続き）過失偽証罪（163条）が存在するというのであった。BGHSt 18, 311f. は、この判例を誤想された命令による緊急避難における殺人罪を認め、しかし、行為者が他に回避できる方策を少なくとも検討していた場合には、（211条、212条の代わりに）222条による処罰が可能であると考えていた。免責状況の錯誤による思い込みは、常にまたは少なくとも（仮に不十分であったとしても）この検討により故意を阻却する、というこの両判決を基礎に置く見解は、刑事政策的に、同列に置く解決策とほとんど同一の抗弁権を与えただけではなく（Rn. 59）、解釈論上の根拠もない。なぜならば、現実には存在する緊急避難は行為の故意性をなにも変えることはない（場合によっては答責性が阻却されるだけである）のであるから、行為者の錯誤による思い込みは、故意に対して当然に何ら影響を及ぼしえないからである。

61 したがって、責任阻却事由（免責的錯誤）の事実的前提条件に関する錯誤は、純粋な緊急避難事例ではなく、構成要件的錯誤、違法性阻却的錯誤、および禁止の錯誤と並ぶ独立した錯誤の範疇にある。とりわけ、免責的錯誤と禁止の錯誤とは混同されてはならない。虚偽の殺害の脅迫により犯罪に踏み切らされた者は、彼が違法な行為を行っていることは十分に知っていて、免責的事情についてのみ思い違いをしていたのである。さらに、免責的錯誤の法的効果は他の錯誤による法的効果と区別される。

もちろん、それは、禁止の錯誤の法的効果と似ている。しかし、35 条 II 項により、回避可能な免責的錯誤の場合、刑の減輕は必要的であるのに対して、禁止の錯誤 (17 条) の同様の事例における刑の減輕は、任意的である。この相違点は、禁止の錯誤の場合、刑の減輕を拒否することになる法律に対する敵対性を有する事例 (第 21 章 Rn. 8f., 70) が、免責的錯誤の場合と同一ではないからである。

62 その他の錯誤に対する免責的錯誤の独立性にもかかわらず、それはその他の錯誤と共同して生じうる。その場合、実践的な意義があるのは免責的錯誤と禁止の錯誤が重なり合う場合だけである。なぜならば、免責的事情について錯誤に陥っている行為者が彼の行為をすでに許されていると考えるであろうということは、珍しくはないからである。そのような場合、この二つの錯誤は別個に検討されねばならない。例えば、ある者がヒトラー時代に命令に従って犯罪構成要件を実現し、彼が拒否した場合は射殺されるが、しかし彼の行為はその当時の情勢下では許されてもいるのだと錯誤により考えていたのであれば、彼は同時に禁止の錯誤と免責的錯誤の状態にあったのである。禁止の錯誤が回避できなかったのであれば、免責的錯誤が回避できたとしても、行為者は 17 条 1 文により無罪でなければならない。反対に、免責的錯誤が回避不可能であった場合、禁止の錯誤が免責に値しない場合であっても、行為者の答責性は 35 条 II 項により阻却される。両方の錯誤が回避可能であった場合には、行為者は可罰的であるが、二重の刑の軽減が問題となる。禁止の錯誤が法律に敵対することに基づくものであったとしても (ナチズムの暴行罪の場合可能であるというような)、それでもやはり 35 条 II 項により刑罰は軽減されねばならない。もちろん、その場合には、行為者が「危険を回避するために」(Rn. 32ff. 参照) 行為を行っていたかどうか、特に入念に検討されねばならないのである。

63 免責的錯誤の最も極端な場合は、行為者が彼に危険がさし迫っていると思いついでいたにすぎない場合である。そのような状況は、ある者

が錯誤により脅迫されたと思ひ（犯罪者の背後者等によるなど）、その危険を防止するために犯罪（例えば偽証罪）を犯す場合に、最も頻繁に生じる。さらに、独裁政権の下で錯誤により思い込まれた命令による緊急避難もここに属する。しかし、同様に、免責的錯誤は、現実に窮地に陥っている行為者が他の方法で危険を回避できること（RGSt 64, 32 ; OLG Hamm NJW 1958, 271 ; VRS 35 [1968], 342）または、危険が現在化していない（BGHSt 5, 374）ことを認識していない場合、若しくは、彼が、35条I項2文により高められた危険引き受け義務を基礎づける状況（緊急避難状況に対する自らの答責など）を誤認する場合にも、存在する。同様に、緊急避難行為の際に、救助されている者を親族であると混同した結果、錯誤に陥った者も、35条II項の前提条件の下で行為しているのである。

64 法律は、35条I項2文による危険引き受け義務者が35条I項1文の前提条件について錯誤に陥る場合を規定していない。例えば、自ら危険を惹起した者がまだ他に危険を回避する可能性が存在することを認識していない場合や、錯誤により脅迫されていると思っている警察官が第三者を犠牲にして我が身を救った場合である。さらに、回避不可能な錯誤もここでは答責性を阻却することができない。なぜならば、思い込まれた事情が存在しさえすれば、刑法上の答責性が認められるのであるから、そのような事情についての表象がどんなに避けられないものであっても、そもそもそのような阻却作用を持つことはできないからである。しかし、35条I項1文に従った状況の避けられない思い込みは、それが現実に存在する場合と同列に置かれるべきであろう。その場合、確かに警察官はあてはまらないが、しかし、「自ら惹起した者」は、35条I項2文により任意的な刑の減輕を受けるであろう。これに対して、錯誤が回避可能であった場合には、刑の減輕は行われえない。なぜならば、さもないと回避可能な錯誤が、緊急避難状況が現実に存在する場合と同列に置かれることになるからであり、それは法律上の錯誤規定の目的と矛盾するからである。

65 行為者が 35 条 I 項 1 文の限界を超えて錯誤に陥った場合は、35 条 II 項の事例にはあたらない。例えば、行為者が、危険がいまだ現在化していない場合やより穏やかな手段を懈怠した場合にも、免責されると考えていた場合である。そのような錯誤は、世間一般に認められているように注目されるべきではない。なぜならば、実際には、行為者はそのような場合、責任阻却事由が存在しないことを承認しているからである。そのような錯誤を顧慮したいのであれば、免責の限界を行為者の表象に従属させることになるであろうが、それは不可能である。さらに、危険の甘受は期待できないとする誤った法的考慮に基づく確信も、行為者を無罪に方向づけることはできない。なぜならば、同様に行為者が独断により免責の限界を移動させるという結果になるからである。

第八節 緊急避難行為の共犯

66 35 条により免責される緊急避難行為の共犯は—それが親族や親しい関係にある者によって行われた場合を除き—原則として可罰的である。確かに、立法者はここでは一般的に、「刑罰という手段による規範の遵守を強要する」ことを放棄したのだとする、仮定に依拠した異説が、時々主張されてはいる。しかし、不可罰性の結論には、共犯処罰に対して違法ではあるが有責ではない主たる行為を前提とする (26 条、27 条、29 条) 制限従属形式の原則が矛盾するだけでなく、さらにまた、緊急避難の学説自体も共犯の不可罰性に否定的である。なぜならば、緊急避難行為は立法者により違法であるとされており、規範によって阻止されるべきだからである。行為者に関しては苦しい立場に置かれた状況を顧慮して寛大に扱われ、刑罰が放棄されてはいるが、この状態にない部外者に関しては、答責性阻却を基礎づける事情は、与えられていないのである。不可罰を許すのであれば、親族や親しい関係にある者の場合にも緊急避難の緊急救助を無罪とした立法者の意思決定の効力が失われてしまうことになる。共同行為者に対しても同様のことがいえる。二人の共同行為者のうち一人だけが答責性を阻却する緊急避難の要件の下で行為したの

であれば（例えば、もう一人は35条I項2文による高められた危険引き受け義務を有していたなど）、もう一人の方は可罰的である。

67 もっとも、緊急避難の共犯の可罰性には実践的にほとんど重要な意義はない。なぜならば、仮に部外者が第三者を侵害するために緊急避難状況を作り出したり、または利用したのであれば、間接正犯になるからである。例えば、部外者が、ある者を生命の危険から救助することを、救助に対してあらかじめ犯罪を犯すこと（運命を共にする仲間を殺害することなど）に従属させたのであれば、教唆犯ではなく、間接正犯である。なぜならば、彼は、答責性のない仲介者を用いることによって、行為を支配しているからである。それ故、共犯に対しては、緊急避難行為者の（制限された）免責の余地をそれ以上減少させない要請的または援助的協力だけが残されている。しかし、単なる法的状況の指摘は可罰的となりえないのであり、この点も考慮されねばならない。例えば、窮地に陥っている者に、彼の刑法上の答責性は35条の要件のもとで阻却されると説明した者は、それに該当する指示をされた者がそれに基づいて緊急避難行為を行っているのであれば、処罰されえない。最後に、共犯が法益侵害を引き起こしたと同時に行った不法を減少する法益保護は、共犯に対して量刑で斟酌されねばならない、という可罰的な共犯についての比較的まれな場合も考慮すべきである。

（よしだ・のぶゆき 桐蔭横浜大学法科大学院教授）

（おだ・じゅんこ 翻訳家）