

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)[十五]

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之 訳

第17章 職務上の権限と強制権；官庁の許可

第1節 公務員の侵害権

1 国家公務員は、法規を貫徹するために種々強制を用いなければならない。そのような強制処分は、通常、強要罪（刑法240条）、逮捕監禁罪（刑法239条）、傷害罪（刑法223条）あるいは住居侵入罪（刑法123条）のような刑罰構成要件を充足している。それが許されるのは、正当化事由として作用する侵害規範が前提として存在しているからである。国家の侵害権は、極めて多く、種々の法に点在している。ここで、それらを個別的にテーマとして取上げることも不可能であるし、また、一つずつ記述することさえ不可能であるため、二、三を例示することに留めざるをえない。決定的に重要な侵害権は、刑事訴訟法に含まれている。例えば、刑事訴訟法81条（精神病院への収容処分）、刑事訴訟法81条a（身体への侵害、血液検査のための採取）、刑事訴訟法81条b（写真撮影と指紋押捺の強制的採取）、刑事訴訟法94条以下（差押）、刑事訴訟法102条以下（搜索）、刑事訴訟法112条以下（逮捕）、刑事訴訟法126条a（仮留置）、刑事訴訟法127条以下（仮逮捕）、刑事訴訟法134条（勾引）、刑事訴訟法164条（妨害者の逮捕）、刑事訴訟法449条以下（刑罰の執行）である。行刑法は、全体として、行刑によって制限される自由剥奪の法治国家的限界を規定しているし、また、多くの強制処分の合法性を個別的に認めている（行刑法94条以下参照）。更なる侵害を可能にしている

のは、民事訴訟法である。例えば、民事訴訟法 883 条以下（執行官の侵害）、あるいは、民事訴訟法 888 条、901 条、909 条（拘禁）である。さらに、破産法は、例えば、破産法 101 条 2 項（勾引、拘禁）、117 条（占有侵奪）、121 条 1 項 2 文（親書の開披）で、侵害の可能性を認めている。加えて、ほとんどの州で規定されている警察の強制処分、性病者の強制入所（性犯罪対策法 18 条 2 項）、精神病患者および中毒患者の強制入院（州法による）、その他多数の規定が、それに属する。

2 これらの侵害の前提条件は、相互の関連性を保ちながら、それぞれの法領域によって規定されており、それ故に、それらが刑法的な作用を営んだとしても、刑法的な実体を持ったものではない。これに反して、公務員による侵害は、それ自体、一つの問題を持っており、それは、特殊刑法的で、公務員の錯誤が彼らの行為の適法性に関係しないのか、あるいは、関係した場合にはどの程度なのか、また、当事者から正当防衛権が奪われるのか否か、奪われるとしてどの程度なのかという間に係るものである。確定した判例および支配的見解によれば、その点に関しては、特別の、刑法的違法性概念が適用されるとされる。それによれば、公務員は、彼の行為が、例えば、公法的には違法であり、取り消しうるものである場合でも、適法に行為していることになるのである。

3 このような見解によれば、侵害の適法性の条件は、まず、公務員が事物的および場所的に管轄権を持っていることである。公務員が事物的に管轄権のない場合とは、当該種類の侵害がおよそ彼の職務権限の領域には入らないような場合（例えば、検察官が刑事訴訟法 114 条に基づいて勾留状を発付するような場合）である。土地管轄権は、州の公務員の場合、いずれにしろ、州の境が限界である（例外：裁判所構成法 167 条）。その他、「個別的には、執行された職務行為の種類が重要である。適法性は、ある職務行為の場合には、その管轄区域に拘束されている。しかし、他の職務行為の場合には、土地管轄が管轄区域を超えているために、そのような拘束はない」（連邦通常裁判所刑事判例集 4 卷 112 頁）。例えば、

地方警察の場合、可罰的行為の阻止のためであれば管轄区域外であっても介入することができるのに対して、例えば、鉄道警察の場合は、「警察権限の行使は鉄道の範囲に限られて」いる。

4 事物管轄と土地管轄に加えて、本質的な様式規定が尊重されなければならないし（例えば、刑事訴訟法 114 条によれば、勾留状は、書面で提示されなければならない）、必要性と相当性の基本要件を遵守していなければならない。それに対して、侵害権限の事実的前提の存否に関する錯誤は、公務員が合義務的な検討にもかかわらず、誤った判断に至ったような場合には、正当性を変更するものではない。他方、侵害権の法的限界についての錯誤は、公務員の行為を、刑法的な意味で、常に、違法化するべきである。

5 既に、大審院は、このような考えを判例として確立している。大審院刑事判例集 30 卷 348 頁以下では、警察の巡査が、「実体的には間違っている」措置であるにもかかわらず、「事態の全体を考慮して」、「義務に違反することもなく」、しかし、誤って他人の住居に侵入することが許されていると考えたという住居侵入事案が、検討されている。このような事情は、大審院にとっては、適法な公務の執行とするには、十分ではなかった。それは、公務員の錯誤が誤った法解釈に基づいていなかったのかどうか明らかになっていないからである。したがって、「そのような事案にあっては、自らの行為態様の合義務性についての公務員の確信は、重要ではない（350 頁）」としている。大審院刑事判例集 38 卷 373 頁以下では、刑事訴訟法 127 条 2 項に従った逮捕の条件が問題になっているのであるが、この点について、「これらの・・・行為事情が、客観的にも存在しているのかどうかは、どうでもいいことであって・・・、むしろ、このような事情が彼（公務員）の合義務的な裁量によって存在していると看做されていたかどうかで十分である（375 頁）」とされている。大審院刑事判例集 61 卷 297 頁以下は、執行官による差押ええについて、彼が「その住居が債務者の物であると誤って思い込んでいる」ような場

合であっても、事情によれば、適法でありうる、としている。ただし、その場合に唯一重要なのは、「執行官が、それを債務者の物であると思うことができたし、また、そう思っていたという点について、義務に違反するような過失が存在しないかどうか (299 頁)」である。

6 この判例は、連邦通常裁判所によっても、また、その他の上告裁判所によっても、一貫して維持されている。連邦通常裁判所刑事判例集 4 巻 161 頁以下によれば、「違法に行為する執行官に対しては・・・正当防衛が・・・当然に許されるが、執行行為の適法性は、主として、当該事実に応用される法によるのではなく、原則的には、侵害についての公務員の物的および場所的権限に、法律の合式性に、・・・あるいは・・・裁量行為の秩序違反性によっている (163 頁以下)」とされている。連邦通常裁判所刑事判例集 21 巻 334 頁以下によれば、「駅前広場でのビラ撒きを阻止するという秩序維持のために介入する」鉄道警察官は、「全事情の合義務的検討の結果、彼の介入行為が事実に正当化されていると思うことが許される」ような場合には、適法であるとされている。ただし「その場合、秩序が事実として危殆化されているか否かは重要ではない (335 頁、さらには、363 頁、365 頁)」とされている。警察官が刑事訴訟法 81 条 a に違反し、医者代わりに医学助手を使って採血をさせた場合について、連邦通常裁判所刑事判例集 24 巻 125 頁以下 (130 頁) は、このような行為の実体的・法的適法性を、「彼が善意で行為している、すなわち、被疑者からの採血を強制しようとするに至った事実的条件を誤って前提としている」ことから導かれうるとしている。ただし、このような仮定が無過失であるべきであるのかの点については、詳細な検討は加えていない。

7 部分的にはあるが、公務員の強制的侵害の適法性には、わずかではあるが、要求が付加されている。とはいえ、連邦通常裁判所の判例が、既に、立入りの事実的前提条件についての錯誤の際に、少なくとも、「合義務的検討」を詳細且つ厳格に取調べるべきであるとの認識を示してい

るわけではない。むしろ、時折、明示的に、公務員の重大な落度があった場合にのみ、彼の行為の適法性が阻却されるとの結論を是認している。誤った法解釈に基づいた裁判の執行の場合には、すべての場合に違法となるわけではないとの見解を示している。公務員が上司の命令、あるいは、指揮権の在る官庁の委任に基づいて行為している場合、判例によれば、彼が善意である場合に限り、その指揮が瑕疵ある法的仮定に基づいており、しかも、彼が検討を全くしていない場合であっても、適法に行為しているのである。いずれにしろ、恣意的で、しかも、無効な要求の場合には、結論が異なることになるのである。少数の学者は、さらに、自己のイニシアチブに従って行為している公務員の場合には、事実関係についての錯誤と法的状況を誤った錯誤を同列に取り扱おうとしているが、その理由は、執行力の点について、「その法的な形成が完全ではない」可能性があるからであるとされている。

8 文献にある注目すべき見解は、既に述べられた「刑法的違法性概念」を批判し、当該市民の地位がさらに不利益になるような方法で、行政法にリンクしている。すなわち、公法上無効な、すなわち、「重大且つ明白な瑕疵」のある高権的行為の場合にのみ、違法であるとすべきであるが、許可されていないが、取り消し可能な程度の公務員の行為は、この見解によれば、受忍されるべきであり、それ故に、適法であるというのである。この見解によれば、公務員は、判例によるよりはさらに広範に特権を与えられることになる。それは、判例が公務員の行為の適法性に（管轄権、相当性、合義務的検討のような）要求を、しかも、それを欠くことが直截的に命令の無効性を基礎づけるわけではないような要求を設定しているからである。

9 まず支持できないのは、刑法的違法性概念である。それは、行政法上の理由からも、刑法上の理由からも説明される。侵害権の事実的前提条件を確定する際の合義務的な裁量は、判例はいつもこの概念から議論を出発しているのであるが、存在しない。むしろ、このような条件は、事

実として存在していなければならない。それが欠けていれば、侵害権はそもそも存在しない。すべての高権的侵害に存在している法律の留保を理由に、刑法判例には、そのような侵害権を特別の、刑法上の違法性概念の助けを借りて創造することが禁止されている。このような概念は、刑法解釈学のあらゆる原則に矛盾する。というのは、侵害の違法性概念が、公務員の落度あるいは重大な落度に依存している場合、二つの刑法上の基本的カテゴリーが、修復不可能なまでに混同されてしまうからである。また、多くの判決が引用している、公務員の「善意」は、故意を阻却することはできるかもしれないが、不法を法に変換することはできない。

10 職務行為の適法性を、その行為の基礎に取消し可能な高権的行為が横たわっているような場合にまで、認めるのも、正しくない。高権的行為自体は、それが取消されるまでは、実効的であるが、刑罰構成要件を充足するような執行は、独自の正当化を、すなわち、特に、侵害を基礎づける事実の存在を前提とするような正当化を必要とする。行政行為が無効となるのは稀であることを考えると、公務員は、刑法的な帰結や防衛を恐れることなく、可能的に違法なすべての行為を行うことができることになってしまうであろう。正当にも、大刑法委員会の会議の際に、部長である Baldus は、同様の Welzel の提案に対して反対したのである。すなわち、「・・・私の経験からすると、警察の側にもある程度リスクが残されているべきである。これらの公務員がリスクなしで命令し、行為することができる」と、一定の喜ばしくない手練手管がもっと悪質化するであろう。」と。

11 それ故、公務行為に関して、特別な違法性概念は放棄されるべきであり、受忍義務のある侵害権は、授権的法律によって規定された条件が存在していない場合には、拒否されなければならないであろう。これに対して、「国家が間違いを犯すという特権をもっている。」という支配的見解を、再三再四、国家秩序に奉仕するために行為している公務員の背面を援護すべきであるという誤解された刑事政策的必然性が、正当化し

ている。錯誤の特権は、連邦通常裁判所刑事判例集 4 卷 116 頁によれば、「公務員の執行を、公務の遂行の際に、彼の決断力の点で保護しようとするのであり、さもなければ、その力は、公の要求に沿うことのできない程に弱められてしまうであろうし、許されない抵抗を行う危険性を抵抗勢力に委ねてしまうことになってしまう。」のである。

12 当然、良心的な公務員も錯誤に陥ることはあるし、保護する必要もある。しかし、この保護は、必要な範囲内で、一般的な違法性概念を前提に保障されるのである。公務員が、全体の見通しがきかない、わかりにくい状況を解決しようとしたり、予測に基づいて行為したり、あるいは、緊急措置を講じなければならないような場合には、侵害構成要件自体が、既に、有効な執行行為の必要性に配慮するような原則を予定している。このような現象は、嫌疑構成要件、危険構成要件および仮執行力に関する原則に見られる。古典的な嫌疑構成要件は、例えば、刑事訴訟法 112 条、127 条である。そこでは、切迫した嫌疑が存在する場合に、市民は逮捕あるいは刑事訴訟法 127 条 2 項の仮逮捕を、たとえ責任がない場合であっても、忍従しなければならない。特に、警察法を支配している「危険」および「外観上の危険」という基準は、現実の進行によっては否定されるかもしれないような事前判断を根拠にした侵害権を保障している。仮執行という制度（民事訴訟法 708 条以下のみを参照）は、侵害が、後になって、無権限であることが明らかになったとしても、とりあえずは受け入れられるべきであることを前提にしている。それによって、不明確な状況であるにもかかわらず行為されなければならないような、非常に重要な諸事例に対して、いずれにしても、執行権の持つ錯誤の危険を阻止し、特別な違法性概念を無用のものとする規定が適用されることになる。

13 その他、特に重要なものとしては、執行官が誤って他人の住居に入ってしまった（大審院刑事判例集 61 卷 297 頁）とか、採血を誤って医者ではない者に委託した（連邦通常裁判所刑事判例集 24 卷 125 頁）とか、あ

るいは、人違いの結果、他人を逮捕状の出ている人として逮捕したというような諸事例がある。そのような場合に、公務員が命ぜられた注意を尽くしているにもかかわらず錯誤に屈してしまったのであれば、公務員は、いずれにしろ、故意および過失が欠けるために、自己に対する可罰性からは守られている。当事者は、また、正当防衛権を持つことはない。というのは、客観的な、日常生活上必要な注意を怠っていない行為は、行為無価値を示してはおらず、また、違法でもないからである。当然のこと、客観的に回避不可能な錯誤であっても、公務員に侵害権を得させることはない。その結果、市民には刑法 34 条による防衛的緊急避難を行使する権利が留保される (14 章、側注 50 参照)。しかし、その場合に必要とされる利益考量に際しては、当然のこと、錯誤の犠牲者が公務員を有無を言わせず撲り倒すことまでを許しているのではなく、まず、疑いなどを晴らさなければならないが、いずれにしろ、用意されている防衛的な抵抗をすることは許される。そのような理性的な利益の調整は、結果的には、執行権に有利に操作された違法性概念の手を借りることもなく、判例の解決方法に近いものとなる。

14 市民の正当防衛権は、まず、公務員が侵害権の事実的前提条件を過失的に認識した場合に、生ずる。そのような場合に、判例も、正当防衛を保障する傾向にある (重大な過失を要求するわけでも、あるいは、公務員の無実を証明する、主観的不十分性を、常に、刑法上「適法」とするわけでもない)。しかし、そのことから、「公の利益」に「治癒不可能な」不利益が生ずるわけではない。というのは、公務員には犯罪故意が欠けているために、正当防衛権は、社会倫理的に制限された形 (詳細は、15 章、側注 57 以下) でのみ、存在するからである。それ故、防衛のためには、誤っていると主張する市民が、公務員にその錯誤を明らかにしてやるのが、「必要」である。そのようになされたならば、法治国家に相応しく、公務員は、再照会によって真の事態を確認することになるのである。このことは、多くの事例にとって、容易に可能である (執行官が正しい住居に入っているのかが、あるいは、採血している者が現

に医者なのかが疑わしい場合には)。被逮捕者が逮捕状に記載された人物との同一性を争う場合、十分に証明することができないのであれば、制限された正当防衛が基礎づけられていることを前提に、彼には、短時間公務員に従い、彼の同一性を確定することを可能にすることが期待されている。このような仲裁的な解決の方が、有無を言わせない法の徹底よりも、公共の福祉に資するのである。

第2節 違法拘束命令

15 執行中の公務員に対する違法拘束命令は正当化根拠を提起するのか、あるいは、責任阻却根拠を提起するのかという、以前よりしばしば議論された問題は、実定的-法的規定の力によって、多くの領域において、違法な命令が明示的に拘束力を持たないとされたことによって、議論の対象ではなくなった。そのために、公務員は、上司の命令を、彼に命ぜられた行為が可罰的でも、あるいは、秩序違反でも・・・ない場合に限り、また、・・・人間の尊厳を侵害していない場合に限り、実行しなければならないのである（連邦公務員法 56 条 2 項 3 文、同法 38 条 2 項 2 文）。軍隊に関しては、軍人法 11 条 2 項 1 文が、秩序違反については触れていないが、次のように命じている。すなわち、「命令に従えば犯罪を犯してしまうような場合には、その命令に従う必要はない。」と。軍人法 11 条 1 項 2 文によれば、「人間の尊厳を侵害するか、あるいは、職務上の目的のために与えられたのではない命令に従わなくとも、不服従ではない」とされている。同様の規定は、その他の領域にも見られる（例えば、連邦執行官による公権力行使の際の直接強制に関する法律、および、州の公務員法）。

16 このような最初の外観にもかかわらず、可罰的行為の実行への義務は、現行法上で、完全に排除されているわけではない。例えば、連邦公務員法（例えば、連邦公務員法 56 条 2 項 3 文）には、「公務員に命ぜられた行為が可罰的ではなく・・・、また、彼に可罰性が認識不可能であ

る場合に限り」、公務員の次席上司によって命令が許可された場合には、その命令を実行しなければならないとされる規定がある。部下がその可罰性を認識できなかった場合には、可罰的命令は、依然として拘束的である。このようなことは、実態違反であるが、現行法上では、甘受されなければならない。實際上、さらに重要なのは、上司と部下の間に命ぜられた行為の可罰性についての見解の相違があった場合である。その場合、命令は、原則として、部下が正当にも可罰性を認めていたということが後に明らかになったような場合であっても、なお拘束的であるという点である。というのは、階級組織では本質に、疑問がある場合、大抵はより大きな事物権限を持っている上司の主張が通らなければならないのである。例外があるが、それは、「上司の決定が事實的観点からも法的観点からも主張不可能であるという場合」、すなわち、命ぜられた行為の可罰性が明白である場合である。

17 一部では、違法な行為へ向けられた指示および命令も、その他の場合も（それ故、兵士の場合、例えば、秩序違反行為の命令、あるいは、公務員の場合の民法上違法な行為の指示）拘束力を持っていない。しかも、そのような指図の実行に対しては制裁が科せられていないという事実は、それらが拘束力を持っていないということを意味する、との見解も主張されている。このような見解は、魅力的にスムーズな解決を可能にするが、当該法律の文言と一致し難い。公務員法上の規定は、誤解の余地なく、指示の適法性について疑問を持った部下である公務員は、このことを上司に報告しなければならないが、この上司がこの指示を追認した時には、「公務員はその指示を実行しなければならない」のである（連邦公務員法 56 条 2 項 1 文乃至 3 文、連邦公務員基本法 38 条 2 項）。このことは、指示が拘束力を持っているということ以外の何者でもない。軍人法 11 条 1 項 1 文は、「兵士は、上官に服従しなければならない。」と規定している。続いて、同法は、何時命令は従われなくても良いのか（命令が犯罪行為へ向けられている場合）、また、何時兵士は命令を拒否して不服従をしてはならないのか（軍人法 11 条 1 項 2 文、側注 15 参照）をも、詳細に規

定している。また、ここでは、他の命令は、通常の場合、拘束力を持つという結論を回避することはできない。法律のそのようなスタンスを擁護するために、二、三の点を主張できる。かなり小さな法衝突の可能性が問題になっているような場合に、すべての部下が法的疑問があるからといって国家作用を封じることができるようになると、執行行為が、事実として、「回復できないほど萎えさせられる」（側注 11 参照）。このように考えると、部下にストライキ権を保障することに限定し、より広く深い識見を期待することのできる上司に決定を委ねることがほうが好ましいといえよう。彼が、完全な、しかも、排他的な責任を負うのであるから、はじめから争いのあるような紛争事案において、彼が権力を濫用するという危険も少なからう。

18 違法な命令を実行しなければならない部下に責任が問われないというのは、自明のことで、また、このことは、すべての該当法律からも明らかにされるのである。けれど、彼が正当化されるのか、あるいは、単に責任が阻却されるのかの問題は、当該市民が命令の実行に対して正当防衛権を持っているかという問に関係し、しかも、その決定が実定法しだいであるというのに、実定の法律によっては解決されていない。一般化している見解によれば、実行した公務員の責任阻却が認められるとされている。この見解は、主として、違法な命令は不法を法には変更しないということ、また、上司は、彼自身がすることの許されないようなことを、部下に命令することによって実現することが許されているわけではないということを根拠としている。服従義務に従った受命者の正当化を肯定する反対説は、公務員を命令の実行へと義務付け、同時に、この合義務的行為を違法と評価し、そうすることで公務員を正当防衛の効力に晒すことは問題であると指摘している。

19 正しいのは、部下に対しての拘束的命令は、それが例外的に違法であったとしても、正当化根拠を意味するとの見解である。そのような状況下にあっては、部下の人格には、服従義務が違法な行為を行うなとい

う禁止と矛盾関係に陥っているような、刑法 34 条で判断されるべき衝突事例が存在しているのである。このような衝突にあっては、公務員および兵士の服従への利益が、些細な衝突が問題になっている限りでは、不法を回避すべきであるという利益を凌駕しているのである。しかし、重大な（例えば、刑法あるいは人間の尊厳、部分的には、秩序違反法をも侵害している）衝突の場合には、不法を回避するべきであるという利益が優先するのである。場合によっては服従義務が優先するという結論を支持する根拠は、些細な領域では、そもそも、部分的には違法命令の拘束性を認めさせようと、立法者を導くことになる根拠と同じものである（側注 17 の最終部参照）。拘束力を決定する基礎には、服従義務のある公務員への考慮（側注 18 の最終部参照）が、利益考量の際に、決定的影響を与える。

20 これに対して、責任阻却説は、自らを貫徹することはできない。というのは、違法命令を与える上司は、不法を法へ変換することなどできない。むしろ、彼の行為（そして同時に国家の行為）は、その行為が適法に行為する道具によって行われたとしても、不法のままである。もちろん、違法命令の拘束力は、市民から、上司個人の行為に対しては認められるはずの正当防衛権を、実行している受命者に対しては奪うことになる。しかし、そのことに矛盾はない。というのは、服従義務を負っている第三者を挿入することによって、正当防衛権の許可についての決定を異なった結論へと導くような新しい考量要素が入ってくるからである。だからといって、市民に何か耐え難いことが期待されることになるわけではない。というのも、第一に、次のような事情が、彼を重大な侵害を甘受する義務から守るからである。すなわち、刑法上保護された法益の侵害へと向けられた違法な命令は、はじめから拘束力を持たないという事情である。また、第二に、市民は、発生した損害について、国家を確実な、しかも、支払い能力のある債務者とすることができるからである。そして、第三に、違法な指示の実行に対しては、当事者の防御的な抵抗が、当事者が法律状況についての適切な判断に従って行為している場合

には、刑法 34 条に従って正当化されるからである。

21 民法上違法な行為、あるいは、一兵士の場合一秩序違反に向けられた命令が、過失犯の危険を帯有しているような場合にも、拘束的であるのかという問題が、争われている。このような事案は、特に、軍事的領域において、兵士に、事故の恐れのある交通秩序違反行為が命ぜられたような場合に（例えば、速度超過運転、あるいは、無灯火運転）生じるものである。連邦通常裁判所刑事判例集 19 卷 232 頁は、「受命者が命ぜられた行為の実行によって、違法な軽罪を犯す、多少の差はあるとしても、高度の蓋然性について責任を負わなければならないような場合には、命令の拘束性が脱落するのではないかという疑問は、もっともである」とする。この疑問は、多くの秩序違反自体に付随する抽象的な危険が、命令を非拘束的とするには十分ではないが、しかし、道路交通の危殆化、傷害あるいは殺人の具体的危険はそうではないというように、解決されるべきである。というのは、立法者が可罰的行為に向けられた指示を非拘束的であると宣言している場合には、結果が現実生じたか否かは重要ではありえないからである。部下は、命令の瞬間に、それを遂行するのに種々の危険がある場合には、それを実行する必要はないということを知らなければならないのである。

第 3 節 公職者の代理権に基づく行為

22 「公職者の代理権に基づく」行為としては、一般に、私人が、原則的に管轄権を有するが、適時に現場に到達することができないか、あるいは、出勤準備のできていない官憲に代わって、行為を行うような場合が挙げられる。二つの重要な場合を挙げれば、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 号による私人による逮捕と、民法 229 条ないし 231 条の自助権である。両規定は、以下で述べるが、基本的な且つ刑法にとって重要な視点から、取り扱われる。さらにここに取り込まれるべきは、基本法 20 条 4 項の抵抗権である。この事案については、既に、緊急避難との絡みの中で取

り扱われた (16 章、側注 115 以下)。正当防衛は、公職者の代理権に基づく行為ではない。それは、正当防衛が、主として、個人の保護に資するものであり、また、補充的にのみ用いられるものでもないからである。それどころか、正当防衛は、(特に、法確証の権限によって) ここで述べたような性質を示すものである。

I. 仮逮捕

23 刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文は、「現行犯として捕らえられるか、あるいは、追跡されている者は、逃走が疑われたり、あるいは、彼を即座に識別することができないような場合には、誰でも、裁判官の指示がなくとも、彼を仮に逮捕することができる。」と規定している。行為者は、それ故、一錯誤を可能な限り排除するために一犯行中に (現行犯で) 捕まえられなければならない。刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文の場合、「立会を保障するような、且つ、個人の識別を保障するような明白な逮捕」の場合であるとされうる。行為は、可罰的な未遂の段階であれば、「現行」であるし、既遂に達していても「現行」といえる。さらに、行為者は、行為の現場で、あるいは、立去ろうとする際に捕まえられるか、また、追跡されるのである。行為が、場合によっては、数時間にも及ぶ犯人狩りの末に可能となったような逮捕の場合には、「現行」である必要はない。

24 主たる争点は、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文が、被逮捕者が後になって、事実として行為者であったことの証明を前提条件としているのか、あるいは、客観的に差迫った嫌疑が存在し、逮捕者が無過失で犯行現場の当事者の正犯性から出発することで足りるのかの点にある。広く行渡った、そして、特に刑法学者の間で支配的な見解は、最初の立場を主張している。その見解は、本質的に、公務員の錯誤特権 (側注 2 以下参照) は私人には適用できないこと、経験もなく、しかも逮捕の義務があるわけでもない私人に公務員と同じような権利が与えられるべきではないこと、不法に私人の手によって逮捕された者に正当防衛権を拒否することはできないであろうことを根拠としている。賛同がえられるのは、訴訟法学

者の間で支配的な、ことのほか浸透している見解、すなわち、差迫った犯罪の嫌疑がある場合には、彼が客観的に要請された注意を払ったうえで、出くわした者を行為者であると思ったのであれば、既に、私人に逮捕権が与えられているというものである。というのは、国家は、市民から公の任務のための助力を得ようとする場合、私人に客観的に可能な限りの注意を払う以上のことを要求してはならないからである。加えて、一般的な、訴訟上の基本原則に従えば、刑事手続きへの導入行為は、常に、嫌疑構成要件（側注12参照）からはじまっているのである。それは、この段階では絶対的な確実性は存在しえないのであるから、侵害権はその時に認識可能であった事柄に結び付かざるをえないからである。また、逮捕の適法性を、被逮捕者の正犯性が既判力のあるものとして確定されるまで、中途半端な状態のままにしておくことなどできないからである。私人の経験のなさに対する指摘は、公務員が払うべき注意と同じものを私人に要求するのであれば、反対の論拠にはなりえない。公務員に対する要求よりも高い要求を設定すること、あるいは、認識不可能な事情の認識を適法性の前提条件にすることは、誤りである。

25 「錯誤によって逮捕された者が、正当防衛の権利もなく、耐え」なければならないということは、必ずしも、不当ではない。というのは、彼には、無罪解明まで、単に、短時間の自由剥奪の危険があるだけであるから。この解明は、犯行現場の疑わしい事情に関係する者には、ほとんどの場合、重要なのである。彼を犯罪行為者と思わざるをえない者に対する暴力的行動は、無罪ではあるが明白に嫌疑のある者をより一層疑わしい者にしてしまうのではなからうか。また、逮捕者に対して、原則的な正当防衛権の承認を勧めてしまうことになってしまうのではなからうか。それはさて置き、許可は、結果的には、正当防衛権を排除しなければならないことにならう。というのは、逮捕者が客観的に必要な注意に違反していない場合、彼の行為には、行為無価値が欠け、それ故に、違法性が欠けているからである。確かに、逮捕者は、彼の不可避免的な錯誤によって侵害権をそもそも持っていないのかもしれない。しかし、刑法

34 条からの権利に制限された被逮捕者に、利益考量の際に、派出所へ行くことを簡単に期待することができるであろうか。注意深く逮捕された者の正当防衛権の存在を認めるとしても、逮捕者に対する暴力的な行動を正当化することにはならないのではなからうか！ というのは、逮捕者の善意性は社会倫理的に制限された正当防衛権を考慮することになるであろうし、また、このことは少々の侵害は忍受することを要求する（15 章、側注 58 参照）と考えられるからである。このような忍受が重要であるとすると、明白に嫌疑を受けた者には、事態の解明のために短時間を提供してもらうことが要求されるのである。

26 行為は、私人による逮捕を正当化するためには、犯罪でなければならない。不可罰の未遂行為あるいは予備行為では、十分ではない。防衛的な防衛措置は、いずれにしろ、刑法 34 条によって保護される（16 章、側注 73 以下参照）。また、刑事未成年の子供による犯罪行為は、秩序違反行為がそうであるように、逮捕権を付与しない（秩序違反法 46 条 3 項 1 文）。けれども、責任のない者（例えば、精神病者）の行為は、その限りで、常に、刑法上の処分や訴訟手続き（刑事訴訟法 126 条 a、413 条以下）が考慮されるのであるから、私人による逮捕の正当化にとって十分である。

27 逮捕の前提条件は、逃亡の嫌疑あるいは即時の個人識別の不可能性である。「逃亡の嫌疑」とは、支配的見解によれば、具体的な状況の下で限界づけられた判断能力によってではあるが、逮捕者が逃亡もあり得ると自然に考えられるような場合には、存在する。このことは、重大かつ秘密の犯罪の場合には、原則的に当てはまる。それ故、個別の事案の諸事情の評価が前提とされている刑事訴訟法 112 条 2 項 2 号の「逃亡の危険」よりは、より緩やかな条件が要求されるのである。少数説によれば、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文の「逃亡の嫌疑」という専門用語は、用語選択を誤っているとされる。正しくは、ここでは、教育された公務員以上のことは私人には許されないのであるから、刑事訴訟法 112 条 2 項 2 号

の意味での逃亡の危険が要求されるべきであるとされる。しかし、そのような見解に従うことはできない。それは、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文で要求される「状況に条件づけられた瞬時の決断」は、逮捕状の際に正に要求される個別の事案の諸事情の考量を許さないからである。法律上の専門用語の差異は、それ故、十分な理由がある。刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文で択一的に要求されている、個人識別の可能性の欠如は、特に、現行犯として現場で取押さえられた者が身分証明書を所持していないか、あるいは、その呈示を拒否した場合に認められる。当然、逮捕者が行為者を個人的に知っている場合や、彼が住んでいるところを知っている場合は、別である。自動車番号のメモの可能性では、個人識別の可能性は十分ではない。それは、番号から、運転者の人物を確実に推論することができないからである。

28 刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文は、逮捕に通常欠かすことのできないような構成要件の充足をのみ、それ故、猛然と掴みかかることによる軽度の傷害、身柄確保、および、場合によっては、閉じ込めや枷にはめることによる逮捕・監禁、派出所への同行を強制することによる強要をのみ正当化する。これに対して、健康侵害（例えば、逮捕すべき者を打ちのめすこと）、および、当然のことながら、殴打用の武器、刺突用の武器あるいは銃器の利用は、支配的で且つ正当な理論によれば、許されない。また、警察官は、仮逮捕の目的のために、オートバイの運転手をオートバイから意識的に落下させ、それによって故意に傷害することが許される。他の見解は、広範な暴力の行使を相当性の範囲内で、また、重大な犯罪の際には、銃器の使用さえも許そうとしている。しかし、私人にそのような重大な侵害を許すのは、まず、場合によっては、無責の者が犠牲になることもありうることを考えるならば（側注 24 以下）、侵害権を広げ過ぎる。行為者が逮捕に抵抗し、逮捕者に暴行を加えるような場合には、むしろ、逮捕者は、必要ならば武器の使用をも許すような正当防衛権を有する。これに対して、身体的拘束や、これを不要にする、もっと寛大な手段（例えば、身分証明書あるいはエンジンキーの奪取）の適

用は、許されている。

II. 自助権

29 民法 229 条によれば、「自助の目的で、物を奪取し、破壊し、あるいは、損壊した者は、あるいは・・・債務者を」逃亡の恐れがある場合に、「逮捕し」、あるいは、その抵抗を排除した者は、「官憲の救助を適宜に求められず、また、即座に介入しなければ権利の要求の実現が無に帰するか、あるいは、本質的に困難になる危険がある場合には、違法に行為したのではないとされる。「自助は、危険を回避するために必要である以上に及ぶことは許されない（民法 230 条 1 項）」。実際上の主たる事案は、名前も宛名も知らない債務者に偶然街頭で出会った者が、永久に消えうせる前に、自助行為に出たという場合である。それ故、例えば、所有者が、思いがけず、彼から窃取した物を携行している窃盗犯人と遭遇した場合、警察がその場に居合わせていなければ、逃走者を「逮捕し」、彼から物を「奪取し」、場合によっては、彼の「抵抗を排除する」ことが許される。その際、暴力は、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文で許されている範囲で、行使することが許される。それ故、債務者を骨折させるとか、あるいは、生命を危殆化するとかは禁止されている（大審院刑事判例集 69 卷、308 頁）。債務者が債権者に対してナイフを出し、積極的な抵抗をなした場合には、債権者は、完全な正当防衛権を持つ。

30 けれども、自助権は、債権者を満足させるのではなく、財産の保全をさせるだけである。債権者は、債務者から有責な金額を確かに奪取することは許されている。しかし、そのお金を単純に自分のものとすることは許されない。むしろ強制執行の判断を求めるか、あるいは、物的仮差押を申し立てなければならない（民法 230 条 2 項、連邦通常裁判所刑事判例集 17 卷 89 頁以下）。このことは、債権者が、窃盗犯人に対して、犯人がその物について直接的な占有権を保持しているような場合についても、そのまま妥当するのか、民事上争われている。また、自助権は、自己の請求権の証明が裁判所にもたらす困難を回避するために使用する

ことを許さない。というのは、そのような場合には、「—基本的には規定されている—訴訟方法では得られないであろうような・・・利益を認めることになってしまうからである（連邦通常裁判所刑事判例集 17 卷 331 頁）」。個別的には、極めて困難な民事上の基礎的問題のためには、民法への言及が参照されるよう指示されなければならない。比較的最近の判例によれば、日常生活上の簡単な事案ですら、民法 229 条の助けを借りても、満足のいく解決に到達するのは難しいとされている。しばしば議論された「ガチョウの胸肉」—事件（お客が彼の元に運ばれてきたガチョウの胸肉があまりにも小さいので、お金を支払わないでその場を後にしたところ、彼の道を遮ったウエートレスと衝突し、傷害させ、それを排除した）にしる、「タクシー運転手」—事件（乗客が無一文で、一身上の申告を拒否し、運転手による身体の拘束に対して身を守るために強打した）にしる、いまだに争われている。冷静に考えれば、少なくとも一身上の申告を得る目的での身体の拘束は、民法 229 条によってカバーされていると思える。

31 さらに自助権を、民法 561 条、581 条 2 項、704 条、859 条 2 項ないし 4 項、860 条、910 条、962 条および 1029 条が規定している。それらは、官憲の救助の不可能性を要求してはいないため、語の厳格な意味では、公職者の代理権に基づく行為ではない。

第 4 節 懲戒権

32 懲戒権は、傷害（殴打を加える場合）についてのみならず、例えば、自由剥奪（監禁）あるいは強要（許し、弁償の強制など）についても正当化事由と考えられる。可否とその範囲については、ことの外、争われている。

I. 私的懲戒権

33 支配的見解によれば、家族内での未成年の子供に対する、教育的理由による懲戒は許される、とされている。その懲戒が殴打によってなさ

れる場合、構成要件には該当するが、それが健康に対する加害を惹起し、屈辱的な態様でなされない限り、正当化される。両親にとって、懲戒権は、民法 1631 条から（それ故、一般的な養育権から）、非嫡出の子供の母親、養親、および、後見人にとっては、民法 1705 条、1754 条、1800 条にある同じ規定から導かれる。これに対して、継親は、継子と姻戚関係に立つので（民法 1590 条）、継子に対しては、固有の懲戒権を持っていない。

34 教育目的でなされた、身体的懲戒は、虐待ではないので、既に刑法 223 条の意味での構成要件該当性がないという見解には、賛同できない。というのは、刑法 223 条は、身体的に健康な状態を保護している。この状態は懲戒によって直接的に侵害されるものであるために、犯罪類型自身はそれによって実現されており、それ故に、構成要件は充足されているからである。そのような苦痛の付与がそれによって遂行される目的によって許されるのが、正当化の問題である。むしろ、そのような正当化は、肯定されるべきである。確かに、法律は、教育権は節度のある身体的懲戒の権利を内包していると明示的に述べているわけではない。また、教育学的観点からは、家族内での教育の手段として身体的懲戒が放棄されることが、望ましい。しかし、現在の社会的および心理学的条件の下で、すべての両親が、腕力による教えなしに済ませることができるとはならずなど考えるのは、浮世離れた話と受取られるべきではなからうか。度を越した無作法に端を発した平手打ちに刑法を動員するというのであれば、家族を満足させるよりもむしろ破壊してしまうことになるのではなからうか。

35 家族内の懲戒権は、むしろ、出血のある傷、内出血などを加えるような場合には、教育権の濫用として刑法 223 条 b によって処罰されるが、そうでない限りで、許容されるのである。それは、民法 1631 条 2 項によって明示的に禁止された、屈辱的な懲戒（例えば、足蹴あるいは髪の毛を不恰好に切ることによって、枷にはめでの、あるいは、強制的に丸裸にした上での殴打によって）と同じである。これには、これといった

原因なくなされた殴打も加えられるべきであろう。そのように客観的に限界づけられた懲戒権は、「教育学的動機からの懲戒に重きを置く」ことに正当化の根拠を求める、一般化している見解よりも優れていると考えられるべきである。というのは、懲戒者の最終的動機は、懲戒のために十分な原因があり、その懲戒行為が客観的に許容される範囲内にある限り、裁判上確定される必要がないからである。また、「教育学上の動機」という要件は、懲戒の原因としての腹立ちや怒りが正当化を排除しない余地を残しておくのであれば、既に、基本的には、放棄されてしまっている。他方、「彼に身を委ねて、その求めに応じて洋服を脱いだ少女を鞭打つ」（連邦通常裁判所刑事判例集 13 卷、138 頁）場合、それは、客観的には、屈辱的な、決して正当化することのできない行為である。前面にある教育目的も、「性的動因が意識的に協働している」のであれば、正当化には十分ではないという点に関する連邦通常裁判所の緻密な検討も、もはや、必要はないのではなかろうか。懲戒の際には往々にして一定の役割をになっている、サディスティックな動機は、サディスティックな行為に表現されるのが常である。このような行為は、それ自体として処罰されるのであって、まずは、その動機の故に処罰されるのではない。主観的正当化要素の問題について、根本的には、14 章、側注 91 以下を参照。

36 1987 年、連邦政府によって、「暴力に関する委員会」が外国の例に習って開催され、1990 年 1 月にその結論が発表された。懲戒権の領域では、民法 1631 条 2 項による「懲戒禁止」の導入が提案された。この禁止は、補助策、例えば、特に、非暴力および社会関係的行為への両親の教育、被害者保護の強化のような社会的ストレス要因の克服（被害者識別の改善、医師や他の職業集団のための届出権の法律的な明確化、家族の切迫した危機状況において被害者を保護するための迅速な救助の確立、いわゆる「子供保護センター」の設置）によって支えられるべきであるとされている。このような提案は、歓迎されるべきである。けれども、明示的な懲戒禁止にもかかわらず、それを行った両親の可罰性が、どのよう

な場合でも適当で且つ貫徹可能であるかという問題は、側注 34 で挙げられた理由から、疑問視されなければならない。委員会もこのことを認識しており、「国家による救済」を応援している。1993 年 12 月 3 日の連邦政府による法案（ドイツ連邦議会印刷物 12 / 6343）は、民法 1631 条 2 項の新規定を予定している。すなわち、「身体的および精神的虐待やその他の侮辱的処置は、許されない。」と。しかし、その理由付けの中（上記印刷物 12 頁）では、「現存する刑罰威嚇を・・・拡大する」意図はないとされている。このような不明確な規定が利用されるのかは、見通しが立たない。この規定は、実際のところ、現在に至るまで法律にはなっていない。

37 他人の子供を懲戒する権利は存在しない。酷い悪戯にその場で罰を与える場合であっても、同じである。以前しばしば高等裁判所によって、また、論文によって主張されていた反対意見には、現在では、正当にも、支持者がいない。懲戒権は、教育の権利を持った者の一身専属的な権限である。それ故に、いわゆる公の利益を根拠に他人の意思に反してまで懲戒権を「民法 679 条に相応しく」認めようとするのは、重要ではない。おそらくは、両親の推定的承諾を根拠とする正当化が考えられる。しかし、彼らの賛同についての具体的なよりどころが存在しているような、例外的な場合に限られよう（詳しくは、18 章、側注 23 参照）。もちろん、正当防衛は、留保されている。すなわち、それ故、子供によって侵害された者は、それに対して、必要があれば、殴打によって対抗することが許される。けれども子供に対する正当防衛権の社会倫理的制限は尊重されなければならない（15 章、側注 57 以下参照）。この領域では、緊急救助も許される。子供が老婦人に石を投げている現場に来合わせた者は、諫めたが、効果がなかった場合に、平手打ちを食わせ、追い払うことが許される。これは、懲戒権の事案ではなく、刑法 32 条の問題である。

38 懲戒権自体は、その一身専属的な性質のために譲渡不可能であるが、しかし、特別の世話をする関係にある場合にも実行できる（連邦通常裁

判所刑事判例集 12 卷 67 頁以下）。それ故、両親が不在中に彼等の子供の世話を隣人にお願いしていたような場合には、彼等は、子供がひどい悪ふざけをした場合に懲戒することを隣人に許すことができる。同様のことは、「乳幼児専門の看護婦、幼稚園女教諭、家庭教師、および、同様の地位にある人たち」（連邦通常裁判所刑事判例集 12 卷 68 頁）、特に、固有の懲戒の権限を持っていない継親（側注 33 参照）についても主張できる。確かに、懲戒権限は、一定の教育任務の譲渡に内包されているものではなく、わざわざ付与されなければならない（大審院刑事判例集 76 卷 3 頁）。実行の譲渡可能性も、教育に携わる者が、両親類似の任務を引き受けていることを前提としている。それ故に、公立の学校の教師への譲渡も、許されない。それは、それによって教師の職務権限が許容できないほど拡大されるからであり、また、生徒に対する懲戒権限が、同一のクラスで、多様に運用される恐れがあるからである。懲戒権の実行について法律によって譲渡が認められるのは、感化教育の範囲である。可罰的傷害（同様に、法の歪曲）は、これに対して、少年事件の検察官が、処罰すべき少年を身体的に懲戒し、その後、捜査手続きに付したような場合には、常に、存在することになる。また、少年やその両親の何らかの「承諾」があったとしても、何も事情は変わらない。というのは、このような方法で、検察官に、法律的に禁止されている制裁の可能性が与えられるはずがないからであり、また、処罰威嚇によって強要された「承諾」は、いずれにしろ、有効ではないからである（13 章、側注 81 以下参照）。

II . 教師の懲戒権？

39 これに対して、公立学校の教師の懲戒権は、現在、認められていない。大審院は、この教師の懲戒権を直接、教師の教育任務から導いていた。連邦通常裁判所は、最初、そのような権利の存続を疑問視していた（連邦通常裁判所刑事判例集 6 卷 263 頁）が、連邦通常裁判所刑事判例集 11 卷 241 頁は、それに反する行政命令によっても無効とされることのない、慣習法としての懲戒権を認めた。この権利は、小学校の年齢の子供

に対しても有効で、籐のムチで殴り、加えて、節度のある平手打ちをすることも正当化できるとしている。職業学校の教師（連邦通常裁判所刑事判例集 12 卷 62 頁）には、親方や聖職者がそうであるように、懲戒権は、帰属していない。判例は、当初、これらの判例に従っていた。BGH NJW 1976, 1949 以下は、論文の中で裁判に対して用いられた批判に「重大な反対の根拠」を承認した。判決は、懲戒権の存続を、起訴された教師には、従来判例を考慮すれば、いずれにしろ、回避不可能な禁止の錯誤を認めるべきであるからとして、未解決のままにしている。

40 その内に、教師の懲戒権は、文献上、賛同者を見つけられなくなっている。ほとんどの州は、教師の懲戒権を法律的に廃止した（一覧表は、Dreher/Tröndle の 223 条、側注 13a を参照）。残りの州も、遅かれ早かれ廃止されることになるであろうから、この問題は、このような理由から、時代遅れのものとなっている。それはさて置き、法律の禁止を公布していない諸州にあっても、教師の懲戒権は、存在していない（あるいは、少なくとも、これからも存在しない）。第一に、基本法 2 条 2 項によれば、身体の不可侵の権利は「法律を根拠にしてのみ」侵襲することが許されている。慣習法は、まさに、法律ではない。連邦通常裁判所刑事判例集 11 卷 250 頁の試みは、このような問題を、殴打は身体の不可侵性に違反していないということを承認して回避しようとしているが、基本法の用語選択および目的設定からして、成功しているとは思えない。第二に、過去数十年の間確固として存在していた、懲戒権の慣習法としての妥当性は、時の経過の中で、それとは反対の慣習法によって止揚されている。多くの州で法律によって、また、その他の州で、少なくとも、行政布告によって禁止され、さらに、教師と両親、教育者と心理学者によって、ほぼ一致して拒否されている行為は、慣習法上の承認に基づいているとはいえない。このような帰結から、判例は、これ以上顔を背けている事はできない。BGH NStZ 1993, 591 は、ともかくも、現在、バーデン-ビュルテンブルクの学校法に違反する平手打ちは正当化されないということを強調している。

41 もちろん、教師は、必要があれば、腕力によるたしなめをも正当化できる正当防衛権を持っている。高権の担い手としての教師の性質は、その権利に反するものではない（15章、側注91以下参照）。しかし、実際的には、教師による生徒の殴打は、稀な例外的場合（例えば、生徒の積極的な侵害行動の場合）に限り、正当防衛によって正当化されるのである。というのは、すべての学校法上予定されている秩序措置が奏効しなかった場合にのみ「必要」でありうるからである。加えて、正当防衛権は、いずれにしろ、教師が殴り返すことが許されるのは、本当に重大な事案に限られるという、社会倫理的制限（15章、側注53以下参照）の下にあるのである。

42 Güntherは、「真正の刑罰的不法阻却事由」として、教育目的のための節度ある懲戒の可罰性を阻却する「教師の教育者特権」を認めている。しかも、身体的懲戒が法律によって明示的に禁止されているような場合であっても、である。しかし、この見解に従うことはできない。というのは、それによって、一責任上の否定的判断を害することなく一身体的懲戒に対する阻止限界が、法外に引下げられてしまい、以前の不十分な法状態が永久化されてしまうからである。基本法2条2項の帰結は、正当化を超法規的な無罪の言渡しに代替することによって、回避されることはないであろう。

第5節 官庁の許可

43 官庁の許可（あるいは同意）は、特に、特別刑法において、当然、刑法においても、重要な役割を演じているが、これまで、その法律上の特殊性のために、長い間注目されることがなかった。行政法上の許可の欠如とその可罰性を広範に結び付ける（いわゆる行政従属性）、環境刑法（刑法324条以下）の意義の高まりを受けて、初めて、官庁の許可は、刑法解釈上の関心の焦点となったのである。それにもかかわらず、この題

材の学問的浸透は、まだ、緒についたばかりである。ここでは、それ故に、大雑把な議論のみが可能である。それは、大概の官庁の許可が、違法性をではなく、既に構成要件を阻却するのであり、また、多種多様性の故に、各則の規定のコンテキストからのみ解釈可能であるからである。

44 官庁の許可が、正当化事由であると同時に構成要件阻却事由でありうるとの事情については、既に、構成要件論の箇所でも、指摘しておいた(10章、側注32)。その許可は、まず、一被害者の「合意」同様(13章、側注2参照)一官庁の意思に反する行為を構成要件の前提条件としているような場合には、構成要件を阻却する。公金の支出の許可は、刑法266条の意味での財産配慮義務の侵害を、また、公的機関の捜索許可は刑法123条の侵入を阻却する。

45 官庁の許可は、問題の行為がそれ自体として、また、客観的にも、社会に受け入れられており、それ故、許可義務は、危殆化の観点から、予防的制御のみに資するためであるような、いわゆる許可を留保した予防的禁止の場合にも、構成要件阻却的に作用する。そのようなものとして、例えば、車の運転は、官庁の許可がある場合(免許証!)、構成要件には該当しない。ただし、許可なしでは、可罰的である(道路交通法21条)。パスポートなしで入国した外国人は、外国人登録法47条によって、可罰的である。有効なパスポートを持っていれば、構成要件を充足することはない。連邦保険庁による麻薬取引許可を持っている者(麻薬法3条)は、麻薬犯罪の構成要件を実現することはない。同様に、核エネルギーの平和利用は、「必要な許可」がある限り、いかなる構成要件も充足しない(刑法327条)。

46 しかし、原則的には拒否される行為が、ただ例外的に許可されるというような、いわゆる許可を留保した抑止的禁止の場合には、許可は、官庁の許可が交付された場合には、通常の場合であれば存在する危険が個別的に排除される限りにおいて、構成要件を阻却することになる。例

えば、公務員による贈り物の受取は、官庁によって許可されている場合（刑法 331 条 3 項）には、構成要件に該当しない。

47 官庁の許可が正当化事由として本質的に機能する、それ自体としても、また、客観的にも有害な、しかも、望まれない行為が他の優越的利益のために正当化されるといような、いわゆる許可を留保した抑止的禁止の場合が、さらにある。支配的見解によれば、それは、刑法 284 条の場合であるとされる。そこでは、原則的には否定されている賭博熱の活用が、優越した、国庫上の利益のために甘受されている（10 章、側注 32 参照）。同様に、私的な武器の所持（武器法 53 条 1 項 3 号、3 号 a）は、常に一定の危険を持っており、原則的に可罰的であるため、構成要件には該当する。しかし、武器法 32 条によれば、「必要性」を根拠に、許可され、正当化されるのである。収集された文化財の輸出は、官庁によって許可される（文化財保護法 16 条 1 項 a、1 条 4 項）が、それによって、文化財所持に対する構成要件的に典型的な侵害が存在するという事実は、何ら変更を受けるものではない。これは、所有者の販売利益が、個別的に、より重要である場合にのみ、正当化される。また、兵器の輸入許可（兵器の制御に関する法律 3 条、22 条 a）も、正当化事由を意味する。その結果、許可の必要性についての錯誤は、（原則的には、回避可能な）禁止の錯誤である。

48 官庁の許可が構成要件を阻却するか、あるいは、正当化事由を構成するかという問の実践的意味は、官庁側の意思の欠如にある。支配的見解によれば、欺罔や脅迫によって手に入れられた官庁の許可の利用は、権利の濫用であり、その結果、行為者は、許可が行政法上無効ではなく、単に不服を申立てるに過ぎないような場合であっても、可罰的であることになる。他の論者は、この結論を、官庁の汚職の場合、その他の共謀的協働、さらには、実質的違法性を認識しての行為の場合にも認めようとしている。このような理論構成は、許可が構成要件を阻却するような場合には、当初から貫徹不可能である。例えば、運転免許証を偽りの

申告によって不正に手に入れたような場合、道路交通法 21 条による処罰は、法律なければ犯罪なしという基本命題に違反することになるであろう。というのは、行為者が自動車を運転したといえないからである。彼はそのために必要な許可を持っていなかった（彼は、行政法上妥当する形式で、許可を持っていたのではあるが！）。それに対して、許可が正当化事由であれば、濫用の構成を主張することができる。何故ならば、ここでは、犯罪なしの基本命題は、目的論的に制限されて、妥当しているのであり、法律の文言への拘束は強制されないからである（詳しくは、5 章、側注 42）。

49 基本法 103 条 2 項の直截的な適用は、正当化的許可の場合にも可能であるとする、注目すべき主張をするのは Rengier で、彼は、そうすることで、この領域における権利の濫用思想の完全な拒否に至っている。Scheele は、法秩序の無矛盾性を目指し、その許可の無効性が明白でない限りで、刑事裁判官を瑕疵のある官庁の許可に拘束することを認める。けれども、彼は、濫用的な、許可の入手あるいは許可の利用は、刑法 324 条、326 条の意味での「無権限」であるとの前提から出発している。これに対して、Perschke は、法秩序の単一性という前提から、実体的に瑕疵のある許可は正当化できないという結論を導いている。同様に、Schünemann も、明確に、確定力ではなく、取下げ可能性の基準を考慮して、行政行為の従属性のドクトリンを行政法の従属性のために拒否している。Rogall は、刑法の新 330 条 d 5 号から、環境刑法の、純粹に行政行為従属的な解釈を導いている。Won によれば、信頼保護と法秩序の無矛盾性の原則が、違法な、しかし、有効な許可を一身専属的な刑罰阻却事由とみなすことに賛成するとされる。但し、違法性の認識のある場合には、この刑罰阻却事由は、脱落するのであるが。学問的議論の発展は、解明されたというには程遠く、正に流動的である。

50 正当化的、官庁の許可は、刑法 34 条の特殊な事案である。このことから、許可と並列的にあるいはそれに代えて、刑法 34 条を根拠にするこ

とは、原則として考えられないという結論が導かれる（刑法 34 条と他の正当化事由との競合について詳しくは、14 章、側注 47 以下参照）。というのは、許可によって生ずる、拘束的な利益考量は、刑法 34 条の異なる考量によって根本的に変えられてはならないからである。事情が異なるのは、構成要件該当行為（例えば、文化財として保護されている、突然倒れ掛かった家の取壊し）が、許可がまだ得られないのに、急いでなされなければならないような場合である。

51 他の原則は、構成要件阻却的許可と正当化的許可に共通に関係する。それによれば、単なる許可資格では、すなわち、許可が交付されたはずであるとか、あるいは、されなければならないはずであるという事情では、原則として、無罪の地位を獲得するには十分ではない。というのは、許可手続きは、もしもその手続きが、許可資格の援用の回避を許すものであるとするならば、不合理なものになってしまうからである。ただ、官庁が、交付する義務のある許可を、違法に拒否したような場合は、別である。この場合、無罪か、あるいは、後に許可の拒否が取消されたような場合には、少なくとも、刑罰消滅事由が認められる。

52 また、行為の官庁による受忍は、許可を、原則的に、代替するものではない。というのは、法律による禁止は、法律によって規定された方式によってのみ無効とされうるからである。官庁の禁止権限が使用されないという、拘束的な、裁量の瑕疵もない確証は、もちろん、許可に同置される。それ以外に、許可資格のある行為の受忍は、回避不可能な禁止の錯誤になることが多いであろう。文献上では、部分的ではあるが、正当化事由を援護する声もある。また、刑罰阻却事由の是認も、そのような事案にある行為者の行為の不法内容が、形式的な、訴訟上の違反に尽きるという理由から検討されるのである。しかし、そのような主張は、刑法 327 条のように、規定の犯罪的内容が、専ら、許可手続きによって保障される制御の回避にあるようなところでは、妥当しない。刑罰阻却事由は、それ故、それに従えば、刑法 325 条（大気の汚染および騒音）

のような規定の場合にのみ、構成要件に該当する環境の危殆化を惹起しないような、許可を義務付けられている行為が受忍されるのであれば、考慮される。

53 官庁の許可が、その許可行為の際に生じる個人的法益（身体、財産等）の侵害についての刑法的責任をどの程度阻却するのかという問題は、いまだ最終的結論を得るところまで明らかにされていない。明らかなのは、許された危険を理由に、帰属が、次のような場合には、阻却されるというのである。すなわち、結果が許可によってカバーされた残余の危険の実現と実証された場合、また、刑法上の責任が、結果が行為者の付加的な過失行為に起因しているために、そのまま認められるという場合である。このことを単純な例で明らかにしよう。運転免許証の所有者は、道路交通の通常の危険から生じるような結果については答責的ではないが、自身の交通違反に基づく結果については答責的である。特に困難な問題を提起するのは、法律的に許された危険の凌駕を理由に、許可が違法ではあるが、無効ではない諸事案である。そのような事案で、許可に基づく行為が、損害を発生させるならば、行為者が寛恕される危険の違法な凌駕を意識していたような場合には、刑法的責任は肯定されなければならないであろう。許可を引合いに出すのは、その場合には、権利の濫用である。

(よしだ・のぶゆき 桐蔭横浜大学法科大学院教授)