

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)[十四]

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之／小田純子 訳

第18章 許された危険による正当化事由

1 許された危険による正当化事由の概念(193条)のもとで、ここでは推定的承諾と正当な利益の擁護がまとめて論じられている。許された危険の範疇はその体系的な位置づけと同様に内容的にもきわめて議論の余地がある、全く解明されていないものであるため、ここで少し説明をする必要がある。通常の場合、許された危険は、すでに犯罪類型を阻却し、したがって客観的構成要件への帰属を阻却する一要素である(11章,Rn.59以下参照)。なぜならば、道路交通への関与や工業施設の建設などの危険行為は、法律上の規定を遵守する場合、一般的には、すなわち、個々の場合に関連づけられた利益衡量によらず許容されているからである。しかし例外的に、対立する観点の具体的な衡量により、ある犯罪類型の実現が危険にもかかわらず許容されるという正当化事由も、また、存在する。推定的承諾の場合、他人の法益に対する侵害が、単なる推定された承諾を根拠にすると同時に、現実の意思が法益の侵害と対立しているという危険にもかかわらず許されている。また仮に、その事実が真実ではなく、その結果それが真実ではないという事情を知っている場合には、名誉毀損になる可能性が払拭されないが、それにもかかわらず、「正当な利益の擁護」(193条)のためであれば、名誉に関わる事実が主張され、流布されても処罰されることはない。

2 このような正当化事由の教義上の特殊な地位は、それが受け入れられることは珍しくはないが、認められるべきではない。したがって、見かけに反して、正当化条件を注意深く検討する義務（この点については 14 章 ,Rn.81 以下参照）は、ここでも正当化の要件（詳しくは後述の Rn.30 以下と 46 以下）ではない。また、その他の正当化事由が保障している侵害権とは対照的に、危険の正当化の場合には「単純な行為権限」が与えられているにすぎないということもできない。確かに、行為者が間違った認識から出発しているということを知っている者には、34 条の適度な範囲内で防衛権を認めねばならないであろう。しかしそれは推定的承諾や正当な利益の擁護の場合だけではなく、正当化の特徴を不確かなまたは将来の状況に適合させる（14 章 ,Rn.106 参照）ような場合のどこにでも存在する。これが事実であるとすれば、危殆（34 条）と嫌疑（刑事訴訟法 127 条）の概念の場合のように、危険の要素は他の正当化事由のなかにも入り込んでいるのである！

A. 推定的承諾

第 1 節 正当化事由の構造

3 構成要件を阻却することになる（前述の 13 章 ,Rn.12 以下）承諾とは異なり、推定的承諾は正当化事由である。承諾が法益保持者の行為の自由の表現であり、承諾を得た行為者は、それ故、法益保持者の法益を侵害していない。それに対して、推定的承諾に基づいている者は許可なく、したがって犯罪の典型的な方法で他人の法益を侵害しており、彼は法益保持者の承諾が客観的な判断に従って推定されることによってのみ正当化されるのである。それ故、行為者により推定された意思と、もしかすると対立しているかもしれない法益保持者の現実の意思は衝突しているのである。そしてこの衝突は、法秩序が客観的かつ細分化された判断基準に従って「推定的意思」を確定することにより調整されるのであり、その推定的意思は、法益保持者の現実の意思が間違っていたことが後に

なって判明した場合においても、その侵害を正当化するのである。

4 教義上、推定的承諾は承諾と正当化的緊急避難のあいだに位置するものであるが、双方に対してその独自性を主張している。推定的承諾は承諾と正当化事由としての性質の点で区別されるだけでなく、とりわけ、推定的承諾は規範的構成物であり、それに対して現実の承諾は意思の表現であるという点でも区別される。Mezger は、この正当化事由を最初に広く、今日もなお通用する形式において分析したのだが、彼が推定的承諾の場合にただ「行為被害者の意思の方向の解釈」に関わる問題であると考えたとすれば、この正当化事由を現実的承諾に近寄せすぎたのである。なぜならば「解釈」されうるであろう意思はまったく知られてはおらず、たいていの場合何も知らない法益保持者には心的な現実性として存在すらしていないからである。それに対して、彼が別の箇所で、推定的承諾を「裁判官による承諾の推測」よりも「論理的により正しく」表現することができるという場合、正しい軌道に立っているのである。ともかく、双方の法律で定められた制度の間には密接な類似性が存在している。なぜならば承諾が欠けていることを除き、推定的承諾は現実の承諾と同一の前提条件を持っているからである。すなわち、推定的承諾は行為の時点に関係づけられるべきである（それにより後で同意を得ることへの期待は重要ではない :RGSt 25,383）、法益保持者は承諾能力を持たなければならない（さもないと、法律上の代理人の推定的意思しだいになる）、問題となっている法益に関して、有効な承諾の可能性が存在しなければならない、などがある。以上の点については一括して実際の承諾の記述を参照することができる。（前述の 13 章）

5 推定的承諾は、正当化という点で客観的な利益衡量が問題となっているのではなく、法益保持者の仮定的意思が問題となっているということにより、正当化的緊急避難と区別される。当事者が、仮にその事情を十分に承知していたのであれば、彼の個人的な立場からならその行為を承諾していたであろうという蓋然性の判断が重要である。それゆえ、当

事者の「真の幸福」に合致するものが決定的なものなのではなく、彼が、非理性的なことであるかもしれないがおそらく望んでいたであろうものが決定的なものなのである。「客観的判断基準、とりわけ一般的に理性的で通常の…としてある措置を判断することは独自の意味をもつものではなく、ただ個々の仮定的意思を突き止めることに貢献するだけである」(BGHS135,249f.)。水道管が破裂したために他人の家に侵入し、送水を止めようとすることは、確かに理性的であり、その家の所有者の客観的利益と合致している。それにもかかわらず、行為者が、別の出来事から、家の所有者はどんなことがあっても決して自分の家の中を見せたくはないのだということを知っているのであれば、推定的承諾を根拠にすることはできない。それでも、推定的承諾は、法益を侵害された人の仮定的意思は、多くの場合、客観的利益衡量の結果に適合しているという点においては、正当化的緊急避難と近い位置にある。例えば、水道管破裂の場合、その家の所有者の考え方についてなにも知らないのであれば、その所有者は客観的に理性的なこと、すなわちここでは水道を止めることを望んでいるという前提から出発することが許される。それにもかかわらず、推定的承諾の場合、客観的な優越的利益は単に問題となっている諸状況（詳しくは Rn.19 以下）の一部として、そしてそれゆえ比較衡量の目的としてではなくただ仮定的意思に対する徴憑として考慮に入れられるにすぎないのである。

6 このことは、推定的承諾を単なる正当化的緊急避難の現象形態として認めようとする人々から誤認されている。そして Welzel は「超法規的緊急避難の一亜種」という言葉を用いている。すなわち、「まず第一の正当化の根拠は被害者による利益の一般的放棄（つまり承諾）にあるのではなく、彼の利益のための積極的な行為にある。推定的承諾を制限する要件はただ第三者の熱心すぎる配慮を阻止するべきということにある。」これは主客転倒の議論である。すなわち、被害者の仮定的意思が緊急避難の正当化を制限することに役立つのではなく、利益衡量が場合によっては仮定的意思を確定するための補助手段になるのである。Schmidhäuser が客観的利益状況だけに照準を合わせていることはさらに正しくないこ

とである。すなわち「具体的な状況においては、権利者がどのように決断するのかについてのどのような種類の推測も問題にはならない。彼の仮定的意思は重要ではない。」といている。しかし、仮に法益主体がその場に居合わせている場合、彼の現実の意思だけが彼の法益への侵害を適法と認めうるのだとすれば、なぜ彼の不在中には彼がたぶん望んでいるであろうことがまるで問題にすべきでないのかが理解できないのである。

7 若干の著者は民法上の事務管理（民法 677 条以下 Rn.8 以下参照）に応じて、正当化に対しては客観的利益のためと被害者の推定的意思に基づく行為を要求するという方法で、緊急避難と承諾の観点を組み合わせて結論を導き出している。それにより法益保持者を後見することは回避されている。しかし、なぜ法益保持者の意思に合致している行為が、この意思が客観的な第三の判断者の意見に従い法益保持者の真の利益に役立たないという理由から、処罰されるべきなのであろうか？ 当事者が、彼の法益を侵害した行為に満足し、その上さらに喜んでいるのであれば、国家はその行為者を犯罪者と見なす必要はない。非理性的な承諾が無効なものになることは少ないとはいえ、推定的承諾が正当化効力を欠きうるのは、ただ客観的判断基準に従い利益に反すると思われるからである。いうまでもなく、法益保持者の客観的利益に反する方向に向けられた行為が彼の推定的意思と合致することはほとんどないというのは正しい。しかし、そのことに関しては推定的意思の適切な決定（この点について詳しくは Rn.19 以下）により考慮されねばならず、推定的意思に左右されない「真の利益」との結合により考慮されるべきではない。

8 上述された独自性において、推定的承諾は慣習法上の正当化事由である。しかし、推定的承諾は無秩序なものではなく、憲法上保障された行為の自由（基本法 2 条 I 項）から導き出された承諾の思想をつきつめることに基づいている（13 章, Rn.14 参照）。以前は推定的承諾の代わりに、たびたび民法上の事務管理（民法 677 条以下）を必要に迫られて用いてきたのであり、今日でもなお Baumann や Jakobs に類似の説であるが（Rn.7

参照)、事務管理は行為の正当化に対して使用者の利益と同様使用者の推定的意思を考慮することも要求しているのである。しかし、これが刑法上の正当化に対しては要求されえないという理由は、Rn.7 で説明されている。民法が正当化のために設定している厳格な諸要求は、そこでは広範囲な事務管理者の費用償還請求権（民法 683 条）が重要なことであるということから説明される。推定的承諾は、それ故、刑法に限定された「刑事不法阻却事由」なのである（詳しくは 14 章, Rn.30 以下）。

9 いうまでもなく民法 679 条は特別な場合を規定している。それは、仮に事務管理なしにその義務の履行が公の利益とされている雇い主の義務、または、雇い主の法的扶養義務が適宜に履行されないであろうという場合には、雇い主の意思に反しても事務管理を正当化する。一般に、この規定は事務管理に比べて推定的承諾が優位にあるため、刑法上重要でないと考えられている。しかしそうではない。民法上の許可は刑法においてもいつも正当化するという原則に従い、（詳しくは 14 章, Rn.30 以下）民法 679 条もまた、推定的承諾とはもちろんなんのかかわりもない、優位にある公共の利益に基づいているが故に、しかも 34 条と重なり合うために刑法上の正当化事由を形成する。それは、例えば、ある者が隣人の不在中に隣人の禁止に反して、公共の保護のために緊急の交通安全措置を遂行しようとその土地に侵入した場合に適用される。しかし、ある銀行の行員が、世界一周旅行に出かけている顧客の不在中に彼の銀行口座から独断で法律上の扶養義務を果たしたとしても、また、民法 679 条に従い正当化されねばならないだろう。なぜならば、民法により是認された財産移動は犯罪として適切に説明されえないからである。

第 2 節 推定的承諾の補充性

10 推定的承諾は単に実際の承諾が欠けていることを補うべきであるにすぎないので（それに左右されない利益衡量を突然出現させるべきではない）、現実の承諾を求めることが不可能である場合にのみ問題となりう

るのである。法益保持者に彼の権利領域を侵害することが許されるかどうかを尋ねることが可能であるところで、法益保持者の現実の意思が違っているという危険を容認する理由は存在しない。意識不明の者を手術する医者は、健康を損なうことなく患者の意識が回復することを待つことができるという場合には、それ故、彼の独断行為を正当化するために推定的承諾に依拠することはできない。飲食店の前で他人の車に衝突し、破損した車に自分の住所を残しすぐに立ち去った者は（142条!）、仮に彼が破損した自動車の所有者に飲食店内でこの事故について知らせることができたのであれば、（すべてを度外視して）、はじめから推定的承諾により援護されることはない。電話での会話をテープに録音すること（201条1項1号）もまた推定的承諾により正当化されえないのであるが、それというのも会話の相手にいつでも尋ねられるからである。

11 それに対して、Tiedemann は、所有者に尋ねることが可能であったとしても、取るに足らない一時的な侵害の場合には推定的承諾による正当化を是認しようとしている。その理由を彼は、そのような「利益の欠缺」の場合においては、承諾を求めることに対する必然性が存在しないからであるとする。しかし、それに従うことはできない。いうまでもなく、最小限の侵害の場合、目的論的に制限した解釈によりすでに構成要件は充足されえないのである。その場合には、はじめから推定的承諾による正当化を必要としていない。しかし、仮に構成要件が充足されるのであれば、なぜ、権利者の公然たる明白な意思に反しているために許されない、可罰的行為が、内密裏に、しかも尋ねもしないで行うことが許されるべきことになるのか、理解できない。

12 BGHSt 35,246, が、医者達がある女性患者について、彼女のために、しかし、彼女の承諾を得ないで、帝王切開での出産の後に行った不妊手術を、推定的承諾により正当化出来ると判断しているのも正しくはない。なぜならば、この場合、医者達により認められたその女性の生命の危険は、次の出産においてはじめて差し迫った問題になるのであるから、患

者にまず第一に、不妊手術を望むのかどうか尋ねられなければならないのではなかろうか。医者達の視点から「新たな妊娠が母と子に対して生命の危険をはらんだ状態になるであろう」という理由で、医者達が「即座に行うこと」を要請されていると思う事情があったとしても、それは妊婦に尋ねることの必然性を何ら変更しうるものではない。なぜならば第一に、そのように生命をおびやかす危険をあえて冒すのかどうか（患者である夫人が後でそうすることを望んでいたとしても）の決定は、患者の問題だからである。そして第二に、新たな妊娠を阻止するために卵管を結紮するという方法（実際には、後に次の子供が生まれるということを阻止することができなかったのであるが）以外の、他の方法が存在するからである。

13 法益保持者に尋ねることが可能であるにもかかわらず推定的承諾が考慮される数多くの状況においては、むしろ現実の（黙示的、または、解釈により確認することができる）承諾が問題となっている。例えば、新聞の読者が、キオスクの所有者が短時間不在にしている間に代金をその場に残し、キオスクから新聞を持ち去るということがどこかで慣習となっている場合、この行為は現実の（黙示的且つ包括的な）承諾によってカバーされるのであり、はじめから推定的承諾によりカバーされるべきものではないのである。同様のことは、相互の了解のもとにビジネス会話のやり取りを録音するために発展したのである慣習にも適用される。また、ある病院において患者の期待とは逆に、ほんのわずかな侵害が医師によってではなく、それについて同様の資格のある医学生によって行われた場合、このような行為は、この点について尋ねられうる状態にあったのに尋ねられなかった患者の推定的承諾により適法とされるのではなく、患者の侵害への承諾が目的にかなった解釈によって専門知識のある医学生による治療にも及んでいたことから適法とされるのである。

14 同様に推定的承諾の援助によらず解決できる特別な問題は、金銭の横領の場合に生じる。OLG Köln NJW1968,2348 によって決定された事案であるが、警察官が、有料の戒告として徴収していた現金から 15 マルク

を借用し、それで自家用車で帰宅するためのガソリンを購入していたというものがあつた。その際、彼は再び勤務に就くまでに自費でその借入金を補うつもりであつたし、それができる状態であつた。にもかかわらず彼は横領で有罪判決を受けた。實際上、上司の推定的承諾が認められることはない。なぜなら、上司に（電話または無線通話により）尋ねることが可能であつたであろうし、それに加えて勤務規定が徴収された金銭に対してどのような手出しも禁止していることから、同意できなかったであろうからである。しかし、正しくは、金銭債務は価格の合計の債務であることから、ある者がただちに返済することが可能でありかつそのつもりで他人の金銭に手をつけるという場合には、すでに横領とはいえないのである。なぜならば、金銭総額に関していえばそのような事例においては短期間の無断使用が存在するにすぎないからである。同様のことは、独断での両替にも適用される。

第3節 利己的行為における推定的承諾？

15 推定的承諾の通常の場合は、利他的行為である。すなわち、ある者が他人にとって有利な結果となるようにその人の権利領域に介入し（例えば、医者が意識不明の事故犠牲者に緊急手術を行う場合など）、その介入に対するその人の同意を信頼している場合である。しかし利己的行為の場合にも、また、多くの人は、法益保持者がすでに了承しているものと信頼して、行為しているのである。例えば、ある者が旅行に出かけた隣人の庭にある放置しておけばただ腐ってしまうだけであろう落下した果実を集めるとか、または、ある者が大事な電車に乗り遅れないために不在中の友人の自転車を使用する（248条b）というものである。利己的行為において推定的承諾による正当化が一般に可能なのかどうかは、議論の余地があり、この正当化事由の構造上の分類に左右されるのである。

16 推定的承諾を正当化的緊急避難の事例、または少なくとも被害者の客観的利益衡量の事例と考えるのであれば（Rn.6,7 参照）、利己的行為は

推定的承諾により決して正当化されることはない。なぜならば、34 条の諸条件が自らの利益のために行為している人にとって有利な結果となるように認められているのであれば、この規定は直ちに適用される。しかし、庭に落ちた果実の事例や自転車事例のような諸状況においては、緊急避難が欠けている。法益保持者の客観的に優位にある利益に照準を合わせる場合もまた、利益は行為者の側には存在するが被害者の側には存在しないために、正当化は最初から除外されねばならない。実際 Schmidhäuser もまた、「権利者の支配領域への侵害」は、そのような場合、「なにによっても正当化されず」、「他人に対する高権を多用するという結果になる。そのために承諾が、『推定的に』与えられたであろうということは問題にはなりえない。」と述べている。Jacobs は、「利益主体の推定的意思によって一方的に制限される、他人の利益を補償もなく減少させてしまうような許可について、それはひどく危険すぎる」とみなしている。それは、しばしば、些細な不法だが、しかし「まさに不法は不法である。」と。

17 だがこのような主張には賛同できない。確かに利己的行為における推定的承諾の承認にはきわめて慎重でなければならない(詳しくは Rn.28 以下参照)。しかしながら、推定的承諾に関しては、ただ法益保持者の仮定的意思が問題となるにすぎないのであるから(Rn.5 以下)、利己的行為の場合に推定的承諾を完全に拒絶することは、ある者が他人にほんの少しではあっても好意を示したいと思うかもしれないという推測を理由がないとして、根拠もなく否定してしまう結果になるであろう。また、他人の友情や好意を正当に信頼するなかで行われた行為を処罰することは、刑事政策的にも誤りであり、実際的にも実行可能ではない。Jakobs 自身は、「不意に訪ねてきた友人」が不在中の家主を「豪雨の中……鍵のかかっている車庫の中で」待っているという場合を、推定的承諾により 123 条に対する違反を正当化するつもりである。そのために、彼は、この「限界事例」において、その侵害が「侵害者にとっても」役立っているにもかかわらず、車庫を用意するという家主の漠然とした「非公式な(法的ではない)義務」を新たに構成しているのである。だが、これは、義務

の構成の助けによって、回り道をして利己的行為の正当化を再び可能にするという、作為的なものである。なぜならば、他人に好意を示すという漠然とした「非公式な義務」は、常に根拠づけられるからである。それ故、王道を歩むべきであり、利己的行為の場合にも、また、推定的承諾による正当化がはじめてから除外されはしない、と承認されるべきであろう。

18 Zipf は、利己的行為の場合に正当化の可能性を完全に排除するつもりはないものの、その正当化を推定的承諾ではなく社会的相当性に依拠させようとしている。しかし、仮に社会的相当性の判断基準に対する根本的な疑念を度外視するとしても、また、これは通用する道筋ではない。なぜならば、ここで関心のある諸事例においては、法益保持者が事案の非常に個別的な特殊性にしたがってその侵害（例えば、自転車の使用、または落ちた果実を集めることなど）を推定的に許容するであろうかどうか重要なのであるのに対して、社会的に相当な行動は単に典型的で一般的な行為態様にすぎないからである。

第4節 推定的意思確定のための基準

1. 他人の利益のための行為

19 他人の利益のために行われる侵害の場合、推定的承諾の承認は、その状況が事物に結合された決断（a）、人格に結合された決断（b）、生存に関する決断（c）を要求するかどうかにより、異なった諸前提に左右されることになる。

a) 事物に結合された決断

20 事物に結合された決断は、一身専属的な生活様式の領域が救助者の介入により干渉されていないか、または干渉されているとしてもほんの少しにすぎないかの場合に、必要である。それは、例えば、ある者が悪天候の中テラスにそのまま残されていた椅子を安全な場所に移すために不在の隣人の屋敷に入る場合、あるいは、ある者が水道管の破裂により

送水を止めるためにあえて住居に立ち入る場合、そしてまた、ある者が他人の狩猟区において、重傷の鹿を狩猟権をもった人に引き渡すために撃ち殺す場合、さらにはある者が意識不明の事故被害者を燃えさかる車から救出し、その際に、被害者に軽傷を与えるであろうことを甘受する場合である。ここで問題となっている諸決断は、代替不可能な個人的基準によるのではなく、一般化可能な比較衡量に基づいて下されることを常としている。それ故、事物に結合された決断の場合には推定的承諾を引き合いに出すことができるのは、行為者が法益保持者の反対意見を物語る諸事情を知っている場合を除き、客観的な衡量において明確に優位にある法益保持者の利益を考慮する者であるという原則が適用されるのである。実際に、当事者の内心事情について詳しいことはなにも知られていない場合、上記の四つの事例すべてにおいて、救援措置が推定的承諾により正当化されるということを意味する。後になって当事者が了承していなかったということが判明したとしても、それが正当化を変更することにはならない。それに対して、悪天候の事例において、所有者が防水性のテストのために庭の家具を意図的に屋外に置いたままにしていたのだということを近くに住人から「救助者」に知らされている場合には、大いに説得力のある反対の徴憑があることになる。そのような場合には、隣人が所有者に推定的に望んでもいない救助を押しつけたのであり、住居侵入罪の可罰性が生じるのである。

b) 人格に結合された決断

21 人格に結合された決断は、ある状況における正当なこととは何かについて一般化することのできる基準がえられない場合にではなく、法益保持者の非常に個人的な見解が重要である場合に要求されるのである。例えば、ある者が旅行中の隣人宛に届いた速達郵便を開封しても良いのかどうかという問の前に立たされている場合には、または、そうすることで開封者が単に受取人に発生しうる損害を阻止するつもりであるような場合にも、受取人が手紙の開封をどのように判断するであろうかを、普遍妥当性に基づいて主張することはできない。もしも詳細な事情につ

いて知らないのであれば、受取人が恋人との約束の機会を逸することの
 ほうが第三者に彼女の恋文を読まれることを許すよりはましだと思うか
 どうかを知ることはできないが、受取人が良い仕事を断念するよりはむ
 しろ他人に商業上の関係や業務行為を認識させてもかまわないと思っ
 ているのかどうかをも、決して知ることはできない。それ故、人格に結合
 された決断には、事物に結合された決断とは逆の原則が適用される。す
 なわち、特別な事情により、法益保持者が侵害を了承するという推定が
 充分に納得される場合を除き、行為者は推定的承諾を出発点としては
 ならない。また、他人の手紙をまったくの善意により開封した者も、も
 しろ彼が受取人の考え方について正確なことをなにも知らないものであ
 れば、（それに対応する告訴がある場合には）202条にしたがって処罰され
 ざるをえない。具体的な反対の徴憑がある場合にのみこれとは別の判断
 が下される。例えば、夫が妻に、または、上司が秘書に、彼の不在中に
 到着した手紙を彼のために開封することをいつも許可している場合には、
 夫、または、上司が新たな旅行に出かける際に手紙を開封する権限につ
 いて何も言わなかったとしても、推定的承諾を出発点とすることができ
 る。なぜならば、彼は同意を表現するのを忘れていたにすぎないと推定
 することが、当然に可能だからである。さらに、受取人が、今回に限って、
 手紙を他人に読まれなくてその内容を知りたいと思っていたという事情
 が後になって判明した場合であっても、この開封は適法である。

22 ある者が、車に衝突し重傷を負っている他人の犬を殺すべきかどうか
 という問の前に立たされている場合にも、人格に結合された決断が問題に
 なる。負傷した鹿の事例（Rn.20）とは異なり、所有者がしばしば感情的
 な結びつきを感じているペットの場合には、所有者にその瞬間に尋ねるこ
 とができたとしたら、かわいそうだと思い即死を望むというか、または犬
 をもしかしたら再び回復させることのできる獣医によって治療したいとい
 うかについては、一般的に述べることはできない。それ故、まず所有者を
 捜すべきで、それをせずに即座に犬を殺した場合には、303条によって罰
 せられる。

23 人格に結合された決断は、特に、子供がひどく不作法な振る舞いをした場合に、教育上の観点から体罰を加えることが許されるかという場合にも、問題となる。社会通念上不適当な、粗野な振る舞いをする他人の子供を、その両親がすでに了承してくれているであろうと信頼して、平手打ちによって叱責することは決して許されるものではない。もしも、両親自身が、体罰を加える方法を回避したいと思っていると知っている場合であれば、さらにまた許されることではない。なぜならば、両親自身がこの教育方法を留保しているということが、両親は他人による子供への懲罰をも了承しているという推測を基礎づけえないからである。だが、他人の子供への懲罰が推定的承諾により正当化されうるという可能性がまったく排除されると考えるのは、行き過ぎである。なぜなら、懲罰権の行使が特別の監護関係の範囲内に転用可能である(17章,Rn.38 参照)限りで判断すると、そのような行使は、具体的な根拠がこれを当然であると考えさせる限り、推定的承諾に基づく場合にも承認されるからである。両親が、共に旅行する際には、友人に彼らの子供の面倒をみてもらうのが常であり、その場合、以前には不作法な子供への適度な懲罰を友人に常にはっきりと許していたのであれば、もしもそれ以後の場合に懲罰権限の譲渡に対する明確な指示がなされていなかったとしても、友人は推定的承諾から出発することが許されるのである。

c) 生存に関する決断

24 生存に関する決断とは、ここでは、特に、意識不明者の手術の場合に問題となるような、生と死についての決断のことであると理解されている。いうまでもなく、医者が、患者の健康を損ねることなく手術を延期できるのであれば、患者が再び意識を取り戻すまで待ち、それから患者に尋ねなければならない。その限りでは、推定的承諾は問題外である(この点については、すでに述べた Rn.12 参照)。もしも患者が、意識を失う前に頭のはっきりした状態で手術を拒否していた場合も、同様に推定的承諾は除外される。なぜならば、その時患者の意思ははっきりとし、推定するようなもの

は何も残っていないからである。

25 他のすべての場合では、意思を表現することが現在不可能な患者に対する人命を救うための手術は、推定的承諾により正当化されねばならない。人格に結合された決断の場合とは異なり、明確な根拠が欠けている場合には、侵害への権利を拒否することはできない。なぜならば、患者の死は不可逆的なものであり、死は非常にまれな場合にのみ彼の意思に適合するにすぎないと考えられるからである。通説は、例えば親族に質問することにより—患者の一般的な考え方を推論させるようななんらかの徴憑がえられないのかという点に焦点を合わせているが、これも正しくはない。また、患者が手術を拒否するある宗派の構成員として知られており、以前に手足を切断された身障者として生き続けるよりも死を選ぶであろうと述べていた場合であっても、彼が死に直面して実際にどのように決断するであろうかを、決して知ることはできない。多くの人々は、実際に死に向かう際に、以前の見解を変更し、生き続けることを望むようになるのである。そのような性質の生存に関する決断は、当事者自身から理論的に熟考したとしても予想すらされないものである。それ故、患者に事後になってからの決断—死に対する決断でさえも—を留保することになる人命救助を許容する場合が、患者の自律性にいちばん貢献するのである。救助された者が後になって彼の救助に同意しない場合であっても、その場合には、推定的承諾が正当化する。

26 特別な問題は、重度の脳障害を負った患者が意識を不可逆的に失っており、したがって二度と話しかけられる状態にはならないという場合に生じる。BGHSt 40,257 は、人工的な栄養補給の中止による安楽死について、そのような諸事例においては死の事象がいまだ始まっていないのであるから、その段階ではまだ許されてはいないということを議論の出発点としている。しかし、患者の推定的承諾が生命維持装置の撤去に関しては考慮されるべきであろう。なぜならば、患者の自己決定権は、そのような諸事例においてもまた尊重されるからである。だが、推定的了

承の受諾には、厳格な要求が出されるべきであろう。なにが分別のある患者の利益と通常合致するのかを一般的に熟考することは、個人の仮定的意思を確認するためのせいぜい一根拠となりうるにすぎず、その際には、患者の以前の発言が、彼の宗教的信条、彼のその他の個人的な価値観、彼の年齢に制約された平均余命、そして痛みによる苦痛をこうむることと共に考慮されるべきであろう (aa0.,863)。具体的な事例において、連邦通常裁判所は 8 年か 10 年前にテレビ放送の印象のもとでなされた患者の「そのように終わりにたくない」という発言を推定的承諾を肯定するためには十分でないとした。連邦通常裁判所は、不可逆的な意識喪失の場合—生死に関するその他の決定とは異なり—厳密な前提条件のもとに死にむかう推定的承諾も正当化すると見なしているが、これは賛同に値する。なにげない口頭での発言は推定的承諾としてまだ不十分であるとするのも正しい。必要な場合に備えて患者の決断が書きとめられている文書による遺言は、最も確実な徴憑となる。

27 文献は、推定的承諾の問題については連邦通常裁判所の見解にほぼ賛成している。だが Merkel は、これに対してずいぶん否定的で、「……自分自身の場合の治療中止についての (想定された) 質問に対する遷延性意識障害の患者の以前の見解の根拠のどれ一つでも欠けるような場合」治療が中止されるべきである、としている。これは、依然として考慮する価値のある代案 214 条 1 項 2 号の安楽死の考え方に近いものであり、それは、以前の連邦医師会の方針と一致し、死の手助けとなるそれ以上の生命維持措置の制御は、心的にもはや確立することのできない患者の意思を考慮することなしに、常に、不可逆的な意識喪失の場合には、許されるというのである。

2. 自己の利益のための行為

28 自己の利益のための行為においては、人格に結合された決断に対して立てられた原則 (Rn.21) が適用される。すなわち、個々の場合の具体的な状況が法益保持者の同意を推論させない場合には、推定的承諾は否定

されるのである。行為者の利己的な行為の場合、法益保持者はただ法益の侵害があるにすぎず、期待できる利益は何もないのであるから、法益保持者の考え方に関する詳しい事情が行為者に知られていないのであれば、法益保持者の同意から出発されるべきではない。緊急状態にかかわる問題であれば、いずれにしても34条で他人の法益の利己的な侵害を正当化することができる。その他の場合には、他人の法的な領域を侵害してはならない。これはまったく取るに足りない侵害の場合でさえも適用される。もしも家主の旅行中に庭に落ちた果物がただ腐ってしまうであろうという場合であっても、その家の所有者が彼の庭に落ちた果物を集めてくれる赤の他人がいるのを望んでいるという前提から出発することはできない。

29 法益保持者の同意に対する具体的な徴憑が存在する場合は別である。例えば、隣人がいずれにせよ旅行中の者の庭にきちんと事が行われるよう気を配る立場にある場合、または、所有者が教区の構成員に果物を集め、それを老人ホームに配達することをすでに以前にも許していた場合には、彼の推定的承諾が承認される。法益主体の利益を侵害することが（そうでなければ傷んでしまう果物を集める場合や短期間の自転車使用の場合のような）まったく軽微な場合であれば、親密な好意により作り上げられた交友範囲だけに推定的承諾への推論が許容される。それに対して、友人または恋人が不在者の金銭を横領することによって自身の経済的な窮状を切り抜けることは、推定的承諾を援用したとしても許されない。この場合に正当化しようとするれば、例えばある女性が友人とともに生活をして彼の家事のめんどろをみており、必要不可欠であるが予測していなかった出費のために、彼が旅立ちに際して彼女に与えていた金銭の範囲内でやり繰りすることができないというような特別な状況を付け加えなければならない。それと同様に、車を無断で使用することを正当化するためには、車の所有者との友好な関係だけでもまた十分ではない。さらに、知人が一時的に止めてあった車に衝突した者が、知人はこのことを了承してくれるであろうという考えのもとに142条に反してあっさりと事故現場を立ち去ることは許されない。少なくとも、彼は、損傷を与えられた車に彼の名前と、彼は

この損害に対する十分な補償の義務を負っているという説明を書き残さなければならない。しかし、行為者が駐車中の車に衝突し、被害者は彼と個人的に親しい交友関係にあり、彼が事故現場で待つ代わりに被害者を訪問したという場合には、Bay ObLGJZ1983,268 は、当然のことながら推定的承諾による正当化を是認している。

第 5 節 錯誤と検討義務

30 推定的承諾の場合もまた、行為者が当事者の同意の存在を物語る諸状況を入念に検討していたという事実は、正当化の前提条件ではない。推定的承諾が是認される状況を受け入れている者は、この状況が現実存在するのであれば、仮に彼が状況の再検討をまったく行わなかったとしても、正当化される。行為者により軽率に受け入れられた推定的承諾の前提条件が実際には存在しないのであれば、彼は正当化事由の事実についての前提条件に関する錯誤により行為しているのであり、その錯誤は制限責任説に従って故意を阻却し (14 章, Rn.51 以下参照)、場合によっては過失行為に対する処罰を可能にする。

31 このことは、他人は了承してくれるであろうという、あらゆる軽率な想定が故意を阻却し、それ故、処罰されないということまでも意味しているわけではない。例えば、ある者が他人の子供に体罰を加え、それを両親は歓迎してくれるだろうという根拠のない信念になんの疑いもなく浸っている場合、彼は正当化事由の事実についての前提条件に関して誤っているのではない。なぜならば、彼はそのような懲罰が推定的承諾により正当化されるという状況を認識していないからである (Rn.23)。もしも、彼が推定的承諾を引き合いに出す場合には、彼はむしろ正当化事由が介入することのない事態にまでこの正当化事由を拡大しているのである。(14 章, Rn.78 参照)。すなわち、それは故意の傷害罪による処罰を変えることのない、責任のある禁止の錯誤 (17 条) である。同様に、医者が、手術を行った女性は医学的に適切な不妊手術を了承しているであろうと、彼女に尋

ねることなく考えているという場合には、それは禁止の錯誤であって許可構成要件の錯誤ではない（誤っているのは BGHSt35,250 ; 詳しくは前述の Rn.12）。故意を阻却する錯誤は、ある者が、他人の子供の懲罰に際して、両親は、彼らの不在中には、そのような懲罰を彼にいつもはっきりと許していたという彼の記憶違いによる思い込みのために、両親の推定的承諾を想定している場合に、または手術を行う医者が、女性に尋ねることはもはや不可能であろうと想定していた場合に、初めて認められるであろう。この両方の事例においては、せいぜい過失傷害罪が問題となる。

B. 正当な利益の擁護

第1節 193条の構造

32 193条は、構成要件に該当する名誉毀損行為に対する関係において、その教義上の構造がいまだ説明し尽されているわけではない特別な正当化事由であり、しかもそれは185条以下と密接に関連しているという理由で各論に属するものであるため、ここではその概略が取り扱われることになる。その規定の表現は、不適切である。なぜならば、そこで広く列挙されている非難的判断、叱責、そして非難は、仮にそれらが実際には間違いであるとしても、それ自体としてはいまだ侮辱であるわけではなく、はじめから正当化を必要としないからである。しかし、それらが名誉毀損的な方法で当事者の人格を攻撃する場合には、193条後半によって正当化が除外されることになり、そのために形式的侮辱がしばしば認められることになる。この点で193条は、それ故、きわめてわずかな役割しか演じていないのである。例えば、ある批評においてある著者に「低俗作家」と、またはある芸術家に「へたくそ」と低い評価が下された場合には、この規定が介入することもあるであろう。なぜならば、そこには、少なくとも、形式的侮辱の限度を越えてはいないが、個人的過小評価がすでに存在しているからである。

33 したがって、この規定の重点は、「権利の実現もしくは防衛のため、

または正当な利益の擁護のためになされた表現」にあることになる。しかも、両者は融合的である。

このように構成要件に規定された二者択一については、正当化が部分的に相違する利益衡量に基づくことになり、それ故に、非常に多様な表現形式が問題として考慮されることになるのである。悪評の正当化が問題である場合には、ある犯罪行為を解明するために、またはある公的な不正を暴くために、確信を持って実証することの可能でない事実が主張され、流布される場合が重要である。例えば、ある者が企業内で起こった犯罪行為に関して、雇用者または警察の前である特定の人物に対する疑いを述べ、その疑いが後に証明できない場合、または、報道機関が議論の余地のないと思われる資料に基づきある汚職への非難の声を上げたが、その根拠が完全には解明されなかったような場合である。もしもそのような場合に 193 条による正当化が可能であるとすれば、そこには主張の間違いについての危険の査定に基づく利益衡量が基礎にあるのである。正当な利害の擁護における利益は、当事者の名誉の不可侵に対する利益に対してよりも、場合によっては、より高く評価されるのである。それ故、表現者は間違った主張を排除できないという危険を冒すことが許されているのである。この危険が—比較的厳格な前提条件のもとで—193 条により許されているということは、何よりも、真の（証明不可能ではあるが）事実の主張をも包摂してしまい、表現者の善意を保護しない 186 条の特別な「幅の広さ」に原因がある。重要な利害の擁護が危険にさらされているところで、あらゆる社会参加をはじめから抑制しないようにと、ある一定の前提条件のもとで名誉侵害の危険が甘受されるのである。これが、何故ここで正当な利益の擁護が許された危険による正当化事由に整理されたのか、という理由である。

34 185 条の侮辱的価値判断が正当な利益の擁護によりカバーされるところにまでは、危険の衡量という考えは持ち込まれない。ここでは公的な—とりわけ政治的な—言論闘争における表現が問題となっているのであり、そこでは民主主義の存続にとって不可欠な自由な意見表明の利益（基本法 5 条 1 項）のために、個人的な議論においてはすでに可罰的な侮

辱と見なされるような、攻撃的で辛辣な表現に至ることが許されているのである。これは利益衡量の一つの事例であり、その場合には193条は基本法5条により完全に満たされ、重なっているもので、あらためて基本法5条を持ち出すことは、結局のところ、必要ではない。関連する判例は実際また連邦憲法裁判所により大幅に発展させられている。この状況は、193条の独立した意義をなによりも危険の比較衡量という考えの中で認めることが適当であると思わせる。

第2節 正当化事由としての正当な利益の擁護

35 正当な利益の擁護は正当化事由であり、単なる責任阻却事由ではない。なぜならば優越的な利益の観点は一危険が量られるところにおいてもまた一正当化の原理を表すからである。それ故、表現者は、彼が行ったように、彼によって主張された利益のために行動することが許される。仮にそのことが彼に禁止されているのであれば、そもそも何故彼は免責されるべきなのかという理由もまた前もって見いだされなければならないであろう。なぜならば、もし立法者がそのような表現を阻止することを望んでいたのであれば、それを処罰するほうが予防的には望ましいことであろうからである。特に、民法上の文献にかなり頻繁に主張されている、193条は責任阻却事由の一つであるという命題は、適切でない名誉を傷つける事実の主張によって被害者となった者にはこれを甘受することを要求できないだけでなく、少なくとも民法上の防衛権限（撤回および差し止め訴訟のような）を認めねばならないという、それ自体としては理由のある熟慮に基づいている。しかし、このような考えには、不確かな状況を目的とする正当化事由の場合、真相を知っている者は34条にしたがって予防手段をとることが許されているという事実が考慮されなければならない（詳しくは、14章,Rn.106）。その一部には、少なくとも民法上の法的救済が属している。Lenknerは、さらに、193条に該当する悪評の犠牲者は、「仮に彼が編集部の事務所に侵入し校了の原稿を破棄した場合」であっても、仮処分が不可能である限り、34条に従って合法的に行動している、とさえ考えているのである。

36 193 条は利益衡量の原理に基づく正当化事由の一つであるが、34 条の特例ではない。34 条の中心となる条件である「現在の、他の方法では回避不可能な危険」は、193 条の場合には、そもそも存在する必要がないからである。193 条により正当化される学問に関する、または芸術に関する批評、風刺あるいは戯画は、緊急避難説の意味における危険の防止にはまったく貢献しない。そして、およそ名誉を傷つける事実の主張によって暴かれるべき不都合な状態もまた、法益を危殆化している必要はない。さらに、193 条における衡量の観点は、34 条の範囲内で考慮に入れられなければならない衡量の観点と確かに類似してはいるが、一致してはいない (例えば、「Nahe - Angehens」に関しては、Rn.42 参照)。

37 許された危険の事例としての 193 条が、この正当化事由を利益衡量の原則の下に置く見解と矛盾するかのように理解することも誤解を招きやすい。なぜならば、ここでは互いに排除し合う観点が問題となっているのではないからである。むしろ、「行為者の利益の擁護」と「被害者の利益に注意すること」は、名誉を傷つける事実の主張の場合には、危険分配の観点のもとで衡量されなければならないのである。そのほかに、危険の思想は価値判断に際しては問題にならないのであり、それ故、危険の思想だけで 193 条を支えることはできない。また、BGHSt 12,293 が述べている「刑法 193 条の正当化事由は、基本法 5 条において規定された自由な意見表明の基本権を特別にはっきりと示したものである」という面も一面的にすぎない。なぜならば、事態の (特に政治的議論の範囲内での侮辱の場合、Rn.34 参照) 一部分に際してだけ言論の自由が利益衡量の決定的な要素となるからである。虚偽の名誉を傷つける事実の主張は、言論の自由によってではなく、別の差し迫った利益によってのみ正当化されるのである。

38 誹謗 (187 条) も、また、193 条によっては正当化されない。なぜならば、万一の場合には、善意による虚偽の主張の危険が、正当な利益の擁護のために甘受されうるからである。故意の偽りによる誹謗の利益を

法秩序は承認することはできない。もちろん、判例（特に、帝国裁判所）は、ある者が不当な非難に対して、単にその嫌疑を他の同様に罪のない者に転嫁するという方法によってのみ、自分の身を守ることができたという場合には、誹謗についても、折に触れて 193 条を適用してきた。しかし、そのような状況は、34 条の意味における真正の緊急避難である。それ故、もっぱら 34 条のかなり厳格な条件にしたがって、このようなまれな事案でそもそも正当化が顧慮されるのかが、決定されなければならないのである。判例が、以前、193 条を引用していた場合は、34 条がいまだ存在せず、「超法規的」正当化事由よりも、193 条の書かれた規範を優先させていたということがおそらくその理由であろう。このような動機は今ではなくなっているのであり、その結果、文献においても信奉者が散見されるにすぎない、この比較的古くなった判例は、放棄されるべきであろう。

第 3 節 侮辱の構成要件を越えて 193 条が及ぶことはない

39 特に Eser によって展開された学説にしたがえば、193 条は、201 条や 203 条の場合のように、他の「共同社会に関係する」法益についても類推適用できるとされている。正当防衛や緊急避難が危険防止に制限されているのに対して、「正当な利益の擁護には、特に強い社会的結合を持った保護法益の場合、発展的機能が同時に与えられるべきである。すなわち、人格の展開の自由に対するできるだけ大きな保護とそれに基づく社会の果てしなき発展において、その発展的機能が一場合によっては起こりうる価値の損失に対する抵抗を克服して—新しい価値の創造にも貢献すべきである」というのである。それによって、特に 193 条が基本法 5 条の具体化として立ち現れてくるところで (Rn.34)、193 条に当然に与えられるべき機能が、正しく特徴づけられてはいる。しかし、このまったく名誉犯罪に特有な正当化事由を他の構成要件にまで拡大するという要求は、そこから生じはしない。201 条と 203 条において正当な対立する利益を考慮するというこの要求は、制限的な構成要件解釈、黙示的承諾の承認および、34 条にしたがった正当化の可能性によって十分に満たされるのである。それに

加えて、さらに、これらの構成要件のために調整されたのではない、しかもそう考えることによって内容空虚にならざるをえない正当化条項が置かれたと考えるのであれば、法益保護は憂慮すべき方法において相対化されてしまうであろう。当然のこと、証言犯罪 (153 条以下) と虚偽の疑い (164 条) において、193 条が正当化事由として問題になることはない。

第 4 節 正当な利益の擁護の個別的条件

40 正当な利益の擁護の個別的条件はここではただその概略を述べるにとどめる。以下では、今日なお 193 条の純粋な適用範囲、すなわち、権利の実行、権利の防衛、権利の原状回復、または憂慮すべき状況の暴露に貢献する事実の主張が、重要である。この分野で、判例は、一連の判断基準を苦勞して作り上げてきており、その判断基準が満たされる場合に、正当な利益の擁護が承認される。

41 (1) 表現によって追求された利益は、「正当」でなければならない、すなわち、法律や良俗に違反することは許されない。センセーショナルに仕立てることやスキャンダルのためだけに利益が追求されるところ (RGSt 36,423;BGHSt18,187) では、193 条は最初から認められない。同様に、他人の私生活を暴露することにより彼の信用を落とすという利益のみが存在する場合にも認められない (RGSt 40,103)。

42 (2) 追求された利益は表現者になにか関係するものでなければならない、すなわち、表現者は思慮分別にしたがって利益の擁護者を僭称することが許されねばならない (RGSt63,231)。これは、個人的にその事態の当事者となっている場合だけでなく、ある者が当事者の利益を弁護士、親友あるいは親族として自分の利益とすることが許されている場合もそうである。それに対して、ある者が自分に何も関係しない他人の私用のためにする場合には、193 条の保護のもとで行為することは許されない。ここに、緊急の際の救助者をすべて許す 34 条に対する特徴的な差違があ

る。193条は34条に比べより多くを正当化するのであるから、その適用領域は制約されなければならない。まったく関与していない者のために当事者が名誉毀損の危険に身を晒す必要はない。

43 公共の利益は確かにすべての人に関係している。その時々の方が自分で直接関係していない限り、不都合な状態の暴露に際し、報道機関に対して193条による保護を拒否してきた帝国裁判所の古い判例は、基本法5条を考慮する時、時代遅れである。むしろ、「一般大衆にむけた報道機関誌を通じて意見を述べる人は誰でも、公共のために重要な事柄を報告し論究することによって正当な利益を擁護しうるのである。この権限は政治的な意思の形成に積極的に関与するというすべての国民の権利に基づいている」。

44 （3）選ばれた表現形式は利益の擁護のために適しており、しかも必要なものでなければならない。この32条、34条においても現れる「最も寛大な手段の原則」は、非常に実践的な意味を持っている。弁護士の介入、または管轄官庁が、追求された利益の達成を手助けできるのであれば、表現を通して広く世に問う必要はない。報道機関が公表する場合、名誉にかかわる事実の主張によって傷つけられる被害者を、名前を挙げて目立たせることは、常に必要であるとは限らない。私的な利益の擁護の場合には、知人に名誉にかかわる事実を知らせることは、必要な手段としてはまれである。

45 （4）表現は相応なものでなければならない、すなわち、表現は被害者の負担となる名誉毀損の危険に対して適切な関係であらねばならない。それ故、客観的に取るに足りない事柄のために、その主張が間違いであった場合には、取り戻すことのできないような生存毀損的な作用を営む主張をすることは、許されない。公開の論争において許容される表現方法の辛辣さは、相手方がどのような話し方で表現するのかということにも左右される。

46 (5) 帝国裁判所、連邦通常裁判所の確立した判例および文献上広く支配している学説にしたがうと、事実の主張の正当化は、さらに「情報義務」の履行により左右されるのである。すなわち、主張された、または流布された事実が真実であるのかどうかを、表現者が入念に検討した場合にのみ正当化されるのである。それ故、ある者が政治的な敵対者に関して、単にある政党から聞いたにすぎない、しかも検討することなく受け取った差別的な主張を流布した場合 (BGHS:3,73 以下)、または、あまり親しくはない情報提供者の口頭での表現を深く検討することなく新聞記事の根拠とした場合 (BGHS:14,48 以下) には、正当化されない。新聞雑誌報道における公共の表現の場合には、再検討への厳格な要求が課される。それに反して、ある者が管轄の刑事訴追官庁で嫌疑を述べた場合、わずかな徴憑に依拠した推測であっても十分でありうる。なぜならば、嫌疑をかけられたことは官庁の内部にそのままとどまっており、その申し立ての正しさを調査することは、まさしく警察と検察庁の任務だからである。

47 しかしながら「情報義務」の承認は、正当化事由の場合一般的に検討義務が正当化の条件とはなりえないという認識と対立する (詳しくは 14 章, Rn.81 以下参照)。確かに情報義務の承認は、193 条の場合においては、軽率で根拠のない承認は表現者を無罪にすることはないという、実際的には理由のある、理論上間違った表現形式にすぎない。だが、このような見解は、特別な情報義務を肯定しなくとも、一般化しうるのである。なぜならば、表現者が何らかの再検討を行ったかどうかにかかわらず、虚偽の危険を取り除いた正当化状況は、次のような場合には、客観的に存在するのである。すなわち、ある表現をあえてすることが許されるほどに、その表現の真実性に関して多くの徴憑が有利な証拠となっているような場合である。ある者がこれといった目的もなく、根拠のない非難を流布させる場合、193 条による正当化が排除されるのは、彼が十分な調査をしなかったからではなく、正当化を根拠づけることができるであろう客観的な事情が与えられなかったからである。確かに情報義務の構成には、表現者に、

193 条の具体的前提条件に関して、故意を阻却することのできる錯誤を援用させないという別の目的がある。しかし、そのような錯誤は、彼の根拠のない主張が信頼できない情報に基づいている場合には、いずれにせよ存在しない。なぜならば、ただ単に不十分な徴憑を意識化しただけの者は、彼の表現を正当化するであろう事情をまったく想像していなかったからである。すなわち、表現することが許されていると彼が思っていた場合、彼は責任を有する禁止の錯誤（17 条）の状態にあるのであり、それは故意行為の結果の可罰性をなにも変更することはできない。それ故、特別の情報義務は、仮に判例が特別な情報義務の助けを借りて到達することができた結果が問題なく正しいものであったとしても、必要ない。

48 （6）最後に、判例と支配的見解からは、主観的な正当化要件として、表現者は正当な利益の擁護の「ために」行動したということが、すなわち、正当と認められるべき利益の擁護が表現の本来の動機を形成したということが要求されている（BGHSt 18,187 のみを参照）。しかし、行為者が彼の表現を正当化する諸事情を承知で行動することで十分でなければならない。彼にとって決定的な動機が問題となりえないのは、裁判上で認定不可能であるからである。そのような理由により、判例は、正当な利益の擁護が行為者を導いていさえすれば、たとえ別の非難すべき（憎悪や復讐のような）動機があったとしても、常にそれだけで十分であるとしてきた（RGSt 61,401 のみを参照）。しかし、そもそも正当な利益が動機付けをする力を含んでいたのかどうかを誰が判断するのだろうか？それ故、警察での客観的根拠のある疑惑の表現も、また、証人にとって刑事訴追の利益を擁護することが問題であったのではなく、もっぱら容疑者を痛めつけることが目的であった場合でさえも正当化されなければならない。官庁、政党などの機関誌が、客観的に正当な利益の擁護に貢献する報道を、それが正当化される状況を十分承知の上で、実際にはただそれにより発行部数の増大を期待するという理由により公表する場合でさえも、また、正当化されねばならない。まったくのスキャンダルやセンセーショナルな報道を 193 条により正当化することを拒否するとい

う判例の正当な目的は、報道が、まじめな公共の利害関係に役立つ情報を何も含んでいない場合には、客観的に正当な利益 (Rn.41 参照) が欠けていると考えることによって、すでに顧慮されている。

C. 芸術の自由

第 1 節 独自の正当化事由としての芸術の自由

49 最近数年間に、基本法 5 条 3 項に基づく芸術の自由という基本権は、多数の犯罪構成要件の適用に際して意義を獲得し、非常に大量の判例と文献を生み出している。侮辱の場合 (185 条) の他にも、刑事被告人は、国民の扇動に際して、国家とその象徴への誹謗、信仰、宗教団体と世界観的結社に対する罵倒、器物損壊、わいせつ文書の流布、憲法に違反した団体の標識の使用、そしてさらに動物虐待の場合にまで、基本法 5 条 3 項に基づく基本権を引き合いに出している。

50 憲法によって保護される芸術の自由がどのようにして刑法上の価値評価に入ってくることができるのかに関して、三つの可能性が原則的に存在する。その時々々の刑罰法規の解釈の際に芸術上の表現形式を構成要件段階で濾過するという構成要件的解決策は、構成要件をその時々々の犯罪の典型的な特徴を限界づけるものと見なし、それとは逆に正当化事由を犯罪類型を上回るものと見なす場合には、説得的ではない。なぜならば、芸術の自由は数多くの構成要件に対して重要な意義を有しているからである。とはいえ構成要件の段階での「芸術に好意的な」解釈は、現実の生活とも合致しないであろう。ある表現は、芸術的な性格をもっているからといって感情を害する効力を失うわけではない。むしろ、その表現は、その芸術的な性格のゆえに、当事者に甘受されなければならないのである。結局、芸術の自由と刑罰法規により保護されている諸法益の間に出現する紛争状態は、価値の衝突が原則的に根底にある正当化事由に対して典型的なものである。第二の可能性は、ある表現形式の芸術的内容を正当な利益の擁護の正当化事由の範囲内において考慮することであ

る。このような解決策は、185条以下に対してのみ適合するにすぎないといわなければならない。なぜならば、上述したように、侮辱の構成要件を超える193条の適用は問題にはならないからである。むしろ優先する価値があるのは、芸術の自由に独自の正当化事由を認める第三の見解である。このような解決策は、芸術の自由の場合には数多くの刑罰法規に影響を及ぼしうる独自の憲法上の財にかかわる問題であるという事実を顧慮しているのである。この解決策は、また、同時に、抵抗権や良心になかった行為への視線が示すように、その他の領域においても直接基本法に回帰せざるをえない刑法解釈に適合してもいるのである。

第2節 基本法5条3項に基づく正当化事由の前提条件

51 芸術の自由という正当化事由に関する検討は三段階で行われる。まず第一に、刑罰法規範の構成要件を満たす表現が基本法5条3項に基づく基本権の保護領域に属していなければならない、つまり、その表現は芸術作品と評価されなければならない。もちろん、芸術の概念を定義することはきわめて困難である。良い「芸術」と悪い「非芸術」を区別することは、一般に認められているように、それが趣味の検閲という結果になってしまうという理由から許されてはいない。連邦裁判所は疑問であるがいくつかの異なった定義の端緒を組み合わせ、それにより広い芸術概念を獲得している。その結果、ある種の文学的な、描写的なまたは絵画的な作品群に芸術作品の性格を否定し、処罰に至ることはほとんどありえないこととなっている。

52 仮に芸術作品としての性質が認められたのであれば、第二段階として当該刑罰法規がそもそも芸術の自由に制限を加えるという状態にあるかどうかを確定しなければならない。すなわち、例えば基本法5条1項に基づく言論の自由とは異なり、芸術の自由は法律の留保の影響下にはないのである。今日非常に優位を占めている見解に従えば、基本法5条2項に基づく制限も基本法2条1項に基づく制限もどちらも類推適用で

きないのであるから、芸術の自由を限定することは地位の等しい憲法的財によってのみ問題となるにすぎない。したがって、刑罰規範は、それ自身がそのような憲法的財を表す場合にのみ芸術の自由を制限することができる。これはもちろんたいいの刑事法上の構成要件についていえる。つまり、侮辱の背後には一般的な人格権（基本法 1 条 1 項と関係ある基本法 2 条 1 項）が、さらに重大な侵害の場合に人間の尊厳（基本法 1 条 1 項）が、器物損壊の背後には基本法 14 条に基づく所有権が、そして信仰告白による罵倒の背後には宗教と世界観の自由（基本法 4 条 1 項）が存在する。それに反して、刑事法上の保護財を憲法上保証していない場合には、芸術の自由という正当化事由は自らを貫徹できるのであり、芸術的表現であるという理由によって可罰性がなくなる。個別的には、90 条 a の例が示しているように、保護されている法益とその憲法上の保証に対する詳細な問いが生じうるが、しかしここでは、それを論じつくすことはできない。

53 刑法上の保護財が憲法上保証されるということが確実なものであるならば、第三段階として、財衡量の一般的原則にしたがって生じる、刑法上の保護財と芸術の自由の間の本来の比較衡量が行われなければならない。その際に、個々の犯罪の特殊性が考慮されなければならないのであるが、しかし、一般的には、芸術的表現が人間の尊厳を傷つけている場合、正当化事由としての芸術の自由は絶対的な限界と衝突していると認定されるのである。

(よしだ・のぶゆき 本学法科大学院教授)

(おだ・じゅんこ 翻訳家)